

노동판례리뷰

2023

김근주·남궁준·박제성·양승엽·이은주 編

노동판례리뷰

2023

김근주·남궁준·박제성·양승엽·이은주 編

목 차

노동법의 적용	1
• 자동차제조업에서의 간접공정 및 2차 협력업체 소속 하청근로자의 파견근로자성	1
• 아이돌보미의 근로자성 인정과 소정근로시간	11
• 카마스터의 근로기준법상 근로자성	17
• CJ대한통운은 대리점 택배기사에 대해 단체교섭의무를 지는 사용자이다	21
• CJ대한통운 원하청교섭, 교섭주체에서 교섭의제로의 전환	27
근로조건 결정규범	32
• 취업규칙 불이익변경에서 집단적 동의권 남용 법리의 적용	32
• 사회통념상 합리성 법리의 폐기와 동의권 남용 이론의 형성	43
• 사업(장) 상시 근로자 수 산정 기준	50
• 생활임금 조례의 위법성	55
• 취업규칙 불이익변경의 적법한 동의 절차	60
• 임금피크제 도입이 취업규칙의 불이익 변경인지 여부	65
• 예산 사정을 이유로 한 공무원 근로자에 대한 차별적 처우	72
근로조건	77
• 평균임금의 계산	77
• 탄력적 근로시간제의 도입 방식을 정한 법률규정의 무게	81
• 당직(숙직·일직)근무시간의 법적 지위	84
• 근로자 동의 없는 사업장 CCTV 설치의 위법성	97
• 변호사의 급여채권의 법적 성격	103

• 대학 시간강사의 강의시간과 소정근로시간	108
• 자택에서의 대기시간을 근로시간으로 인정할 수 있는지 여부	114
■ 인사이동, 징계, 근로관계의 변동	119
• 남성을 우선선발하기 위한 금융권의 노력들: 채용성차별 사건	119
• ‘그 밖의 징벌’의 해석과 인사평가에 대한 사법심사 가능성	124
• 승격 성차별의 판단 및 그로 인한 손해액의 산정	131
• 차별적 처우로 인한 임금 차액 상당의 손해액 산정	136
• 노동위원회 구제신청 과정에서 지출한 변호사 비용 상환의무의 인정 여부	140
• 부정청탁채용 시 근로자의 책임 있는 사유의 의미	145
• 보복적 불이익처분에 대한 위자료 배상책임	150
■ 근로관계의 종료	156
• ‘목시적 의사표시에 의한 해고’의 판단 방법	156
• 구제명령에 반하는 업무지시 거부를 이유로 한 징계해고의 정당성	164
• 퇴직금 지급기일 연장에 관한 합의가 형사책임을 배제하는지 여부	169
■ 노동조합	173
• 대법원의 쌍용차 노조에 대한 국가손해배상청구소송 판단과 그 의미	173
• 택시노조 조직형태 변경 관련 부당징계 사례	179
• 노동조합 활동과 취업규칙상 사업장 관리에 관한 조항의 적용	185
• 소수노동조합의 노사합의는 무효라는 효력정지 가처분 결정	192
• 소수노동조합의 노사합의의 효력 여부와 쟁점	198
• 사회적 대화로서 소수 노동조합과의 대화와 합의의 가치	202

- 교섭창구단일화 제도에서 소수노조가 체결한 노사협약의 효력 207
- 소수노조의 사회적 합의와 단체협약 212
- 법상 보장된 기본 권리 실현을 위한 소수노동조합의 노동3권과
교섭창구단일화 제도 217

쟁의행위 221

- 적법한 쟁의행위에 부수된 행위에 대한 형사책임 221
- 위법한 쟁의행위에 가담한 조합원들에 대한 손해배상청구
소송에서의 책임제한 법리 225
- 위법한 쟁의행위에 대한 노동조합원의 책임범위 제한 229
- 위법한 쟁의행위에 대한 손해배상 책임의 행위자별 개별화 가능성 235
- 업무방해죄에 해당하는 쟁의행위를 조력한 행위에 대한
업무방해방조죄 적용기준 242
- 택배기사 과로사 방지를 위한 사회적 합의 및 단체협약에 따른
택배기사의 분류작업 거부는 쟁의행위에 해당하지 않는다 248
- 직장점거와 손해배상 253
- 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임 258

비정규직 264

- 불법파견에서 사용사업주 파산시 파견근로자의 임금채권 보호 264
- 불법파견인 경우의 손해배상청구권의 성격·소멸시효 및 산정기준 270
- 회생절차개시가 불법파견 사용사업주의 직접고용의무에 미치는
영향 275
- 정년 후 재고용 기대권 281
- ‘기간제근로자임을 이유로 한 불리한 처우’의 판단기준 287
- 무기계약직인 공무원이 공무원에 대한 관계에서 근로기준법 제6조의
‘사회적 신분’에 해당하지 않고, 공무원은 비교집단이 아니다 293

- 무기계약직과 공무원의 근로기준법상 사회적 신분 여부 300
- 무기계약직 근로자의 사회적 신분의 성격과 단체협약 내용의
차별성 305
- 기간제근로자의 갱신기대권 및 호봉 산정 311
- 타워크레인 조종사에게 지급된 월레비에 대한 법적 평가 319
- 무기계약직의 비교대상성 판단 문제 324
- 기간제근로계약 갱신기대권과 정규직 전환기대권 329

■ 사회보장, 노동시장 340

- 육아휴직 불리한 처우에 대한 판단: 남양유업 사건 340
- 고용촉진지원금의 지급요건 및 부정수급에 관한 비판적 검토 345
- 산업안전보건법위반죄와 중대재해처벌법위반(산업재해치사),
업무상과실치사죄의 죄수관계 352
- 공정한 채용 절차에 대한 기대와 신뢰 침해를 이유로 한 위자료
인정 여부 357
- 파견근로자의 안전에 관한 파견사업주의 책임 362
- 도급인 경영책임자의 중대재해처벌법상 책임: 상식의 길은 멀더라도
가게 된다 368
- 항만시설의 개발 및 관리·운영을 위하여 항만법에 따라서 설립된
○○항만공사가 갑문 정기보수공사의 시공에서 산업안전보건법
제2조 제7호의 도급인에 해당하는지 여부 372
- 채용 과정에서 성별을 사유로 차별한 행위의 남녀고용평등법
위반 여부 379
- 특수형태근로종사자 산재보험료 부담의 헌법적 판단 383

■ <부록> 노동판례리뷰 2023 목록(주제별) 389

노동법의 적용

자동차제조업에서의 간접공정 및 2차 협력업체 소속 하청근로자의 파견근로자성

- 대상판결 ① 현대차: 대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다14581 판결 등 -
- 대상판결 ② 기아차: 대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다9732 판결 등 -

【판결요지】

원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 「파견근로자보호 등에 관한 법률」의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 그 근로자에 대하여 직·간접적으로 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 그 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 그 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.

1. 사건의 경과

현대자동차 울산공장의 사내협력업체에서 근로하던 최병승이 2007년에 쏘아올린 작은 공이 2022년 15년 만에 결실을 보았다. 대법원은 지난 2022. 10. 27. 현대자동차 주식회사(이하 ‘현대차’)와 기아 주식회사(이하 ‘기아차’)의 사내협력업체 근로자 총 1,580여 명에 대해 최종적으로 판결하였고, 이는 이들이 서울중앙지방법원에 근로자지위 확인 등의 소를 제기한 지 12년 만이다. 이 과정에서 일부 사내협력업체 근로자들이 사망하거나 정년이 지나 각하되는 상황까지 벌어져 안타까움을 더 했다. 대법판결의 재판 진행 과정을 파악하기 위해서는 2004년으로 거슬러 올라가는데¹⁾, 2004년 민주노총 금속연맹 등은 현대차와 그 사내협력업체를 상대로 불법파견임을 이유로 (구)노동부에 진정하였고, 노동부는 이에 대해 조사한 결과 위 도급계약이 불법파견에 해당한다고 결론짓고 2004. 11.과 2005. 2.에 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘파견법’) 위반 혐의로 (울산 동부)경찰서에 고발하였다. 그러나 울산 동부경찰서는 이들 기업 중 25개사만을 불법파견으로 판단하여 기소 의견으로 울산지방검찰청에 송치하였으나 울산지방검찰청은 2006. 12.에 현대차와 그 협력업체 모두에 대하여 혐의없음을 이유로 불기소 처분하였고 부산고검 및 대검에 항고·재항고하였으나 결국 무혐의로 처분함으로써 형사사건이 일단락되었다.²⁾ 그리고 나서 위 2004년 노동부의 불법 판정 등을 근거로 현대차 울산공장 사내협력업체 소속 근로자 최병승의 1명이 부당해고 및 부당노동행위로 다투어 대법원(2008두4367)에서

-
- 1) 보다 자세한 내용은 강선희(2015), 「H자동차 아산공장 모든 공정의 사내하도급 근로자는 도급으로 위장된 파견근로자이다 - 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결, 『노동리뷰』 4월호(통권 제121호), 한국노동연구원, pp.83~87 참조.
 - 2) 이 당시 파견법 위반 사건에 대해 사법처리 권한이 근로감독관(고용노동부)에 있지 않았으며, 고용노동부가 사업장감독 후 경찰에 고발하는 절차를 거쳐야 했다. 이러한 업무처리의 이원화로 비효율이 발생할 소지가 있었으며, 경찰의 조사는 전문성과 일관성을 확보하지 못한 경우도 있었다. 이러한 문제점을 극복하기 위하여 2005. 3.부터 근로감독관에게 수사권을 부여하여 근로감독관이 직접 파견법 위반을 수사할 수 있도록 하였다.

<대상판결 관련 목록>

피고	1심	2심	최종심
현대차	(1) 서울중앙지방법원 2014. 9. 18. 선고 2010가합112481, 2010가합112528, 2010가합112535, 2010가합112597, 2012가합70567 판결	서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2014나49625, 2014나49632, 2014나49649, 2014나49656, 2014나49663 판결	대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다15010, 2017다15027, 2017다15034 판결
	(2) 서울중앙지방법원 2014. 10. 23. 선고 2010가합112450, 2010가합112467, 2010가합112504, 2010가합112559, 2010가합112573, 2010가합112610, 2011가합1410, 2011가합33059, 2011가합33226, 2011가합33615, 2011가합34359, 2012가합70550, 2012가합75722 판결	서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2014나51666, 2014나51673, 2014나51680, 2014나51697, 2014나51703, 2014나51710, 2014나51727, 2014나51734, 2014나51741, 2014나51758, 2014나51765, 2014나51772, 2014나51789 판결	대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다14581, 2017다14598, 2017다14604, 2017다14611, 2017다14628, 2017다14635, 2017다14642, 2017다14659 판결
	(3) 서울중앙지방법원 2014. 9. 19. 선고 2010가합112474, 2010가합112498, 2010가합112542, 2010가합112580, 2010가합135767, 2011가합1427, 2011가합33608, 2012가합56, 2012가합75715, 2012가합93324, 2013가합60185 판결	서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2014나51475, 2014나51482, 2014나51499, 2014나51505, 2014나51512, 2014나51529, 2014나51536, 2014나51543, 2014나51550, 2014나51567, 2014나51574 판결	대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다14833, 2017다14840, 2017다14857, 2017다14864 판결

〈대상판결 관련 목록〉의 계속

피고	1심	2심	최종심
현대차	(4) 서울중앙지방법원 2014. 9. 19. 선고 2010가합112511, 2010가합112443, 2010가합112566, 2010가합112603, 2010가합127537, 2011가합33066, 2011가합33233, 2011가합33622 판결	서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2014나51581, 2014나51598, 2014나51604, 2014나51611, 2014나51628, 2014나51635, 2014나51642, 2014나51659 판결	대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다15065, 2017다15072, 2017다15089, 2017다15096, 2017다15102, 2017다15119, 2017다15126, 2017다15133 판결
기아차	(1) 서울중앙지방법원 2014. 9. 25. 선고 2011가합75848, 2011가합75916, 2011가합126630 판결	서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2014나50458, 2014나50465, 2014나50472 판결	대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다9763, 2017다9770, 2017다9787 판결
	(2) 서울중앙지방법원 2014. 9. 25. 선고 2011가합75831, 2011가합75909, 2011가합113115 판결	서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2014나48790, 2014나48806, 2014나48813 판결	대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다9732, 2017다9749, 2017다9756 판결

주: 병합 생략.

2010. 7. 22. 불법파견임을 인정받았다. 또한 현대차 아산공장 사내협력업체 소속 근로자 7명이 2005. 12. 근로자지위 확인 소송을 제기하여 대법원(2010다106436)에서 2015. 2. 26. 불법파견임을 인정받았으며, 이 판결은 기본 판결로서 대상판결들이 원용하는 판결이 되었다. 위 최병승의 현대차 울산공장 대법원 판결이 나오자 2010년과 2011년에 걸쳐 현대차와 기아차 사내협력업체 소속 근로자(원고들) 약 2,950명이 서울중앙지방법원에 이들을 대상으로 근로자지위 확인 등의 소를 제기하였고³⁾, 소송과정에서 사내협력

3) 이에 대한 평석으로 강선희(2014), 「불법파견인 경우 사용사업주의 직접고용의무 등 - 서울중앙지방법원 2014. 9. 18. 선고 2010가합112481 판결 등」, 『노동법학』 제52호, 한국노동법학회, pp.364~369 참조.

업체 근로자의 약 46%가 취하하고 약 1,580명에 대해 대법원이 2022. 10. 27.에 비로소 판결하였다.

근로자의 입사날짜에 따라 구 파견법(제정법, 2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제6조 제3항의 규정에 따라 ‘직접고용간주’(또는 ‘고용의제’)가 적용되거나⁴⁾ 2006년 개정 파견법(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되어 2007. 7. 1. 시행) 제6조의2에 따라 ‘직접고용의무’가 적용된다. 위 판결목록들 중 현대차(2)의 경우는 직접고용간주만 적용되고, 나머지는 직접고용간주와 직접고용의무가 동시에 적용되는 사건이므로 직접고용간주가 적용되는 경우(근로자지위 확인 및 임금 차액 청구)는 현대차(2)를 중심으로, 직접고용의무가 적용되는 경우(고용의 의사표시 및 임금 차액 상당의 손해배상)는 현대차(1)을 중심으로 살펴본다.

2. 근로자파견관계의 성립 여부

대상판결들과 원심은 근로자파견의 판단기준에 대한 기본 판결(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결 등, 위 【판결요지】)을 전제로 근로자파견관계 성립 여부를 판단하였다.

(1) 컨베이어벨트를 직접 활용하는 공정(직접 생산공정): 컨베이어벨트를 직접 활용하는 공정은 크게 프레스공정, 차체공정, 도장공정, 조립공정으로 나눌 수 있는데, 이러한 공정에서 사내협력업체 근로자는 정규직 근로자와 공동 작업을 하는 등 하나의 작업집단을 이루었던 사실 등을 고려하면 근로자파견관계를 어렵지 않게 인정할 수 있다. 근로자파견관계가 인정되었던 대법원 2008두4367 판결, 대법원 2010다106436 판결도 의장, 엔진조립 공

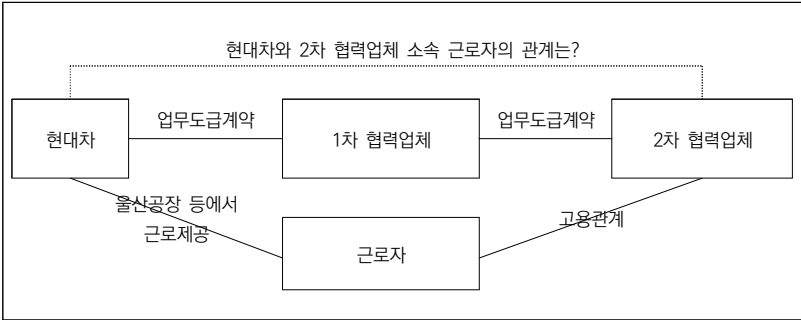
4) 구 파견법 제6조 제3항 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다. 다만, 당해 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하는 경우를 제외한다.” 이에 따라 2005. 7. 1. 이전에 입사하여 사용사업주에게 파견되어 개정법 시행 당시(2007. 7. 1.)에 2년을 초과하여 계속 근로한 사실이 있는 근로자들은 종전 고용의제 규정에 따라 파견근로를 개시한 날로부터 2년이 만료된 날의 다음 날에 직접 고용이 간주된다.

정을 담당한 사내협력업체 근로자였다.

(2) 컨베이어벨트를 직접 활용하지 않은 공정(간접 생산공정): 생산관리(서열·불출), 품질관리, 내수출고PDI(pre-delivery inspection), 수출방청 등의 간접 생산공정의 경우에도 모든 심급에서 근로자파견관계를 인정받았다. 간접 생산공정도 실제 업무수행 과정에서 시·종업시간, 휴계시간, 연장 및 휴일 근무시간의 근무시간 등 근로조건의 설정·관리 방식이 컨베이어벨트를 이용한 직접 생산공정과 크게 다르지 않을 뿐만 아니라 피고가 사양일람표, 서열 모니터, PDI 정비지침서 등을 통해 해당 업무의 수행에 필요한 업무지시를 하는 등의 지휘·명령권을 행사한 반면, 사내협력업체가 스스로 독자적인 지휘·명령을 하였다는 정황을 찾아보기 어렵고, 해당 공정의 작업량이나 투입 인원 또한 컨베이어벨트의 작동 속도 및 생산량을 감안하여 책정되는 등 간접 생산공정의 경우도 근로자파견관계가 인정된다고 판단하였다.

(3) 2차 협력업체 소속 근로자의 경우: 2차 협력업체 소속 근로자의 경우는 사실관계에 따라 일부는 근로자파견관계를 인정한 원심을 파기환송하였고, 나머지는 원심을 유지하였다. 원심은 근로자파견인지 여부는 형식적인 계약서의 작성 여부보다 해당 업체들 사이에서 근로자가 제공하는 근로의 실질적인 경위와 내용이 검토되어야 한다고 전제한 다음, 1차 협력업체와 도급계약을 체결한 2차 협력업체 소속으로 수출방청업무를 담당하거나의 장라인 부근에서 생산관리업무를 담당한 원고들이 2차 협력업체 소속 근로자라고 하여 피고를 사용사업주로 하는 근로자파견관계가 부정될 수 없다는 취지로 판단하였고⁵⁾, 대상판결도 이러한 원심 판단을 수긍하였다. 한편

5) 이에 대해 1심은 현대차와 2차 협력업체 간에 묵시적 근로자파견계약 관계가 성립하였다고 보았고, 원심은 “② 2차 사내협력업체는 피고의 사업장에 소속 근로자들을 파견하였고, 피고가 이들 2차 사내협력업체 소속 근로자들을 사용하여 자동차 생산 등 업무를 수행하도록 하였을 뿐, 현대0000 등이 2차 사내협력업체 소속 근로자들을 관리하거나 지휘·명령권을 행사하는 등으로 업무수행에 관여하였다는 사정을 찾아보기 어렵다. 그렇다면 근로자를 실제로 사용한 피고에게 파견법에 따른 사용사업주로서의 책임을 부담하도록 하는 것이 그 실질과 형평에 있어 부당하다고 보이지 않는다. ③ 만일 피고가 2차 사내협력업체로부터 위



대상판결은 일부에 대해 원심이 위 【판결요지】와 같은 판단 요소에 관한 사정들을 보다 구체적으로 심리하였어야 한다고 판단하여 파기환송 하였다.

대상판결은 컨베이어벨트를 직접 활용하지 않는 공정(간접 생산공정)을 포함한 전반적인 공정에 대해 불법파견임을 인정한 대법원 판결로서 의의가 있고, 그동안 이중업무도급 내지 이중파견으로⁶⁾ 논란이 있었던 2차 협력업체 소속 근로자에 대해서도 근로자를 실제로 사용한 사업주에게 파견법에 따른 사용자로서의 책임을 부담하도록 하였다는 점에서 큰 의의가 있다.

와 같이 직접 근로자를 제공받아 실질적으로 사용하였음에도 불구하고, 단지 2차 사내협력업체들과 명시적인 계약 체결을 하지 않았다는 이유만으로 피고에게 사용자로서의 책임을 물을 수 없다고 본다면, 실질적으로는 위법하게 근로자를 파견받아 사용하면서도 제2의 사내협력업체를 끼워 넣는 방식으로 파견법의 적용을 손쉽게 회피할 수 있는 길을 열어주게 됨으로써, 파견근로자의 상용화와 장기화 방지라는 입법 취지를 훼손하는 결과에 이르게 된다.”라고 판단하였다.

6) 김기선(2014), 「근로자파견의 특수문제」, 『노동법률』 1월호, 중앙경제, pp.70~73;
 김동욱(2014), 「이중파견의 법률관계」, 『노동법률』 12월호, 중앙경제, pp.89~91;
 전형배(2014), 「묵시적 근로자파견계약관계」, 『노사저널』 11월호, 노사신문사, pp.28~33 참조.

3. 불법파견의 법적 효과

가. 직접고용간주(고용의제)가 적용되는 경우

① 구 파견법 제6조 제3항의 직접고용간주가 적용되는 경우(2005. 7. 1. 이전 입사자)에는 파견근로를 개시한 날로부터 2년이 만료된 날의 다음 날에 직접 고용된 것으로 간주되므로 피고의 근로자지위에 있다고 할 수 있다. 따라서 대상판결들은 원고들이 근로자지위의 확인을 구할 이익이 있다고 판단하고, 이들에 대해서 피고에 고용된 것으로 간주되는 시점부터 피고 소속 정규직과 동일한 기준에 따라 산정된 임금을 지급할 의무가 있다고 판시하였으며, 구체적인 임금액은 피고 소속 정규직이 받았던 임금에서 원고들이 사내협력업체로부터 받은 임금을 공제한 차액분이다.

② 대상판결은 구 파견법상 직접고용간주 효과 발생 후 사내협력업체에서 근로관계 중단 또는 종료로 근로제공을 계속하지 못한 기간 동안 임금청구가 가능한지 여부에 대한 판단기준을 제시하였다는 점에서 의의가 있다.⁷⁾ 대상판결은 직접고용간주 효과가 발생하였음에도 파견사업주와 사이의 근로관계 단절로 인해 사용사업주에 대하여 근로제공을 중단한 기간이 있더라도, 파견근로자의 근로제공 중단이 사용사업주의 책임 있는 사정으로 말미암은 것이라고 볼 수 있는 경우(다만 사용사업주가 현실적으로 파견근로자를 직접 고용하였더라도 파견근로자가 근로를 제공하지 않았을 것이라고 평가할 수 있는 예외적인 경우를 제외)에 파견근로자로서는 사용사업주를 상대로 「민법」 제538조 제1항에 따라 근로제공 중단 기간 동안 근로제공을 계속하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액을 청구할 수 있다고 하여 이와 다른 결론에 선 원심판결을 파기하였다.

③ 직접고용간주가 적용되는 원고들 중 단체협약에서 정한 정년(만 60세가 되는 해의 말일)이 도래한 원고들은 근로자지위를 ‘확인할 이익’이 없어

7) 개정 파견법에 따른 직접고용의무 발생 후 근로제공 중단기간의 손해배상청구의 기준은 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024, 2016다239031(병합), 2016다239048(병합), 2016다239055(병합), 2016다239062(병합) 판결이 제시하였다.

원심을 파기하고 각하되었다(원심 진행 중 정년 도과한 원고들도 마찬가지로 1심을 취소하고 각하하였다.). 이는 ‘확인의 소’의 특성에서 비롯된 것으로 ‘확인의 이익’이란 당사자의 권리 또는 법률상 지위에 현존하는 불안·위험이 있고 이를 제거함에 확인판결을 받는 것이 가장 유효적절한 수단일 때 인정되는데⁸⁾, 원고들의 정년이 도래하여 근로자지위에 있다는 확인을 구하는 것이 이들의 현존하는 권리 또는 법률상 지위에 대한 불안·위험을 제거하기 위한 가장 유효적절한 수단이라고 볼 수 없게 되었다. 판결에 오랜 시간이 걸리면서 발생한 상황이다.

나. 직접고용의무가 적용되는 경우

대상판결은 2006년 개정 파견법의 직접고용의무 규정의 법적 성격을 판시한 종전 대법원 판결(“개정 파견법하에서 파견기간 제한을 위반한 사용사업주는 직접고용의무 규정에 의하여 파견근로자를 직접 고용할 의무가 있으므로, 파견근로자는 사용사업주가 직접고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용사업주를 상대로 고용 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 판결이 확정되면 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다. 또한 파견근로자는 사용사업주의 직접고용의무 불이행에 대하여 직접고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다.”)⁹⁾ 전제로 고용 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있다고 판단한 원심 판단을 수긍하였다. 그 손해액은 파견근로 개시 시점부터 직접고용의무 발생일까지의 손해액[사용사업주는 합리적인 이유 없이 임금 차별을 받은 파견근로자에게 그러한 차별(파견법 제21조 제1항)이 없었더라면 받을 수 있었던 적정한 임금과 실제 지급받은 임금의 차액에 상당하는 손해액]과 직접고용의무 발생일부터 직접고용관계가 성립할 때까

8) 대법원 1991. 10. 11. 선고 91다1264 판결, 대법원 2022. 7. 28. 선고 2016다40439 판결 등 참조.

9) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결, 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024, 2016다239031(병합), 2016다239048(병합), 2016다239055(병합), 2016다239062(병합) 판결 등 참조.



지의 손해액(사용사업주에게 직접 고용되었다면 받았을 임금 상당 손해배상금)이다.

강선희(고려대학교 일반대학원 강사, 법학박사)

아이돌보미의 근로자성 인정과 소정근로시간

- 대법원 2023. 8. 18. 선고 2019다252004 판결 -

【판결요지】

근무시간 및 장소가 근로계약 체결 시부터 확정적으로 정해지지 않고 특정 가정과 연계된 경우에 확정되는 것은 서비스 기관이 이용가정의 수요에 따라 아이돌보미를 배정하도록 규정한 아이돌봄지원법에 기인한 것이지 원고들의 근로자성을 부인할 만한 근거가 된다고 보기는 어렵다.

2022년 개봉작 「헤어질 결심」에서 송서래(탕웨이 연기)의 직업은 요양보호사이다. 요양보호를 받는 노인은 월요일이 기다려질 만큼 서래를 좋아한다. 송서래는 근로기준법상 근로자인가? 근로자라면, 송서래의 주휴수당·연차수당 등의 근로조건은 어떻게 되는가? 대상판결은 첫 번째 질문은 명확한 답을 준 반면, 두 번째 질문은 판단 범위 밖의 것이라 답을 하지 않았다.

아이돌보미의 근로기준법상 근로자성을 인정한 대상판결은, 아이돌보미 뿐만 아니라 요양보호사, 장애인활동지원사와 같은 돌봄노동자에게도 적용될 수 있어 그 파급효과가 클 것으로 보인다. 이러한 돌봄노동자들의 업무 운영 방식은 유사하기 때문이다.

대상판결의 개요는 다음과 같다. 원고들(아이돌보미 163명)은 아이돌봄 서비스 사업을 수행하는 서비스 제공기관인 피고들¹⁾을 상대로 근로기준법상 근로자라고 주장하면서 2013년 1월부터 2016년 10월까지 발생한 연장·야간·휴일근로수당, 주휴수당, 연차휴가수당을 청구하였다.

대상판결의 1심²⁾은 원고들의 근로자성을 인정하였으나, 2심(원심)³⁾은

- 1) 광주대학교 산학협력단, 사단법인 건강가정연구개발원, 초당대학교 산학협력단, 사회복지법인 가톨릭광주사회복지회.
- 2) 광주지방법원 2018. 6. 22. 선고 2016가합50308 판결.
- 3) 광주고등법원 2019. 6. 19. 선고 2018나23307 판결.

근로자성을 부정하였다. 대상판결은 원고들의 근로기준법상 근로자성을 인정하면서 원심을 파기하였다. 한편 대상판결은 피고들의 사용자성도 인정⁴⁾하였는데 지면 관계상 이 부분은 생략하고, 근로자성 부분을 중심으로 살펴본다.

통상적인 근로자의 경우 근로계약 체결 시에 구체적인 근로제공 내용(업무내용, 근로일, 근로시간, 근무장소 등)이 정해진다. 그러나 아이돌보미의 경우는 근로계약 체결 시에 업무내용은 정하나 근로일, 근로시간, 근무장소를 정하지 않는다는 점이 특징이다.

사안에서 원고와 피고가 체결한 '표준계약서'에 업무내용(아이돌봄 등)과 수당(2015년 기준 1시간당 6,000원)은 명시되어 있으나, 소정근로일과 소정근로시간은 명시되어 있지 않다. 구체적인 소정근로시간 등은 향후 '아이돌봄서비스를 이용하려는 가정'(이하 '이용가정')이 배정될 때 정해진다. 근로계약 체결 시의 표준계약서에 소정근로시간이 없다는 점에서, 아이돌보미의 노동은 호출노동 또는 0시간 계약(zero-hours contracts)⁵⁾ 노동이라 할 수 있다.

표준계약서는 계약 체결 시뿐만 아니라 매년 새로 체결한다. 표준계약서를 매년 체결하는 이유는 수당이 매년 변동하기 때문이다(1년 단위의 근로계약기간을 정하긴 하나, 실제로 계약기간은 별 의미가 없다.). 매년 1. 1.에 체결하는 표준계약서에도 역시 소정근로시간의 정함은 없다.

- 4) 광주광역시시 각 구(지자체)에서 설치한 '건강가정지원센터'가 아이돌보미 사업을 수행하는 사무실이다. 지자체는 건강가정지원센터의 운영을 피고들에게 위탁하였다. 원고들의 4대보험 가입 사업장은 건강가정지원센터로 되어 있고, 건강가정지원센터의 명의로 근로계약서가 체결된 사정 등 때문에 원심판결은 건강가정지원센터가 사용자라고 판단하였다. 그러나 대상판결은 「아이돌봄 지원법」상 서비스 제공기관인 피고들이 사용자라고 판단하였다.
- 5) 이정희(2015), 『영시간 계약』, 한국노동연구원, p.9에 따르면, "영시간 계약(zero-hours contracts)은 '미리 정해둔 근로시간 없이 사용자의 필요에 따라 근로자가 호출에 응해 근로를 제공하고, 그 시간만큼의 임금을 받는 것을 내용으로 하는 계약이다.' 또한 호출노동에 대한 연구로는 구미영(2011), 「호출형 근로를 둘러싼 영국 노동법의 쟁점」, 『국제노동브리프』 9월호, pp.66~77; 김기선(2015), 「0시간 계약(Zero-Hour Contract)」, 『월간 노동법률』 3월호, pp.74~77 참조.

아이돌보미가 실제 근로를 개시하려면 특정 '이용가정'과 연계되어야 하는데, 그 연계는 다음과 같은 순서로 이루어진다. ① 서비스 기관(피고)이 아이돌보미(원고)들⁶⁾에게 이용가정의 신청조건을 문자로 공지한다(청약의 유인). ② 아이돌보미들이 해당 가정에 돌봄서비스를 제공할 의사를 밝힌다(청약). ③ 서비스 기관이 그중 적합한 아이돌보미를 해당 가정에 배정한다(승낙).⁷⁾

이러한 절차를 거쳐 아이돌보미는 연계된 이용가정에서 근로(돌봄서비스)를 제공하게 되는데, 이때의 근로시간은 해당 이용가정의 신청조건에 따라 다르다. 예컨대, 하루에 3시간 근로할 수도, 또는 하루에 5시간 근로할 수도 있다. 근로일수도 다를 수 있다.

아이돌보미 甲이 이용가정 A에서 돌봄서비스를 제공하다가 그 서비스가 종료되면, 다시 위의 연계 절차를 거쳐 이용가정 B에서 돌봄서비스를 제공하게 된다. 이용가정이 부족한 경우에 연계가 되지 않아 근로를 제공하지 못하는 대기기간이 발생할 수 있다. 아무튼 甲이 이용가정 A와 연계될 때, 그리고 이용가정 B와 다시 연계될 때마다 구체적인 근로시간이 정해지는데, 이때 정해지는 근로시간이 바로 '소정근로시간'이 된다. 소정근로시간은 이용가정의 신청조건에 따라 달라진다. 이와 같이 특정 이용가정과 연계될 때 소정근로일과 소정근로시간을 정하는 계약이 성립하게 되는데, 이를 '업무별계약'이라 부르도록 하겠다(이에 대응하여 위의 표준계약서는 '포괄계약'이다).

이러한 사실관계를 바탕으로 각 심급 법원의 판단을 살펴본다. 대상판결의 원심⁸⁾은 아이돌보미의 근로자성을 부정하였는데, 주요 논거는 표준계약서에 소정근로시간이 없다는 점이다. 즉, 원심판결은 "표준계약서에서, 근로자가 사용자와 종속관계에서 사전에 근로하기로 정한 시간을 의미하는

6) 특정 아이돌보미 한 명에게 공지하는 것이 아니라 다수의 돌보미들에게 공지하는 것이다.
 7) 요양보호사의 경우 2단계(청약, 승낙) 만으로 연계되기도 한다. 즉, 사용자가 특정 보호사 한 명을 지정하여 청약을 하고, 그 보호사가 승낙을 하는 방식이다.
 8) 광주고등법원 2019. 6. 19. 선고 2018나23307 판결.

소정근로시간을 포함하여, 아이돌보미가 자신의 노동력을 서비스 기관의 처분에 맡긴다는 내용을 핵심으로 하는 근로계약의 본질적인 요소를 찾아볼 수 없다.”며, “표준계약서를 작성하는 것만으로는 아이돌보미에게 아이돌봄서비스를 제공할 의무가 발생하지 않는다.”고 하였다.

원심판결은 ‘표준계약서’만 주목한 나머지 특정 이용가정과 연계될 때 성립하는 ‘업무별계약’에서 소정근로시간이 정해지는 것을 간과하였다. 반면 대상판결은 원심판결이 간과한 것을 정확히 짚어냈다. 대상판결은 표준계약서에 소정근로시간이 없는 것은 관련 법령에 근거한 업무배정 방식 때문이라고 하였다.

즉, 대상판결은 “근무시간 및 장소가 근로계약 체결 시부터 확정적으로 정해지지 않고 특정 가정과 연계된 경우에 확정되는 것은 서비스 기관이 이용가정의 수요에 따라 아이돌보미를 배정하도록 규정한 아이돌봄지원법에 기인한 것이지 원고들의 근로자성을 부인할 만한 근거가 된다고 보기는 어렵다.”고 판시하였다. 물론 대상판결은 다른 판단 요소에서도 근로자성 인정의 징표들을 상세히 설시하였으나, 역시 이 부분이 대상판결의 백미(白眉)이다.

서두에서 던진 첫 번째 질문(송서래는 근로기준법상 근로자인가?)에 대해 대상판결은 명확한 답을 했다. 그러나 두 번째 질문(송서래의 주휴수당·연차수당 등의 근로조건은 어떻게 되는가?)에 대한 답은 향후 상당한 시간이 걸릴 것이다. 대상판결의 파기환송심에서는 원고들이 청구한 수당들을 구체적으로 산정해야 하는데, 관련 쟁점은 이미 대상판결의 1심에서 드러났다.

1심판결⁹⁾은 아이돌보미들의 연장·야간·휴일근로수당은 산정하였으나, 주휴수당과 연차휴가수당은 산정하지 못하였다. 1심판결은 소정근로일의 정함이 없다는 이유로 “주휴수당과 연차수당은 발생하지 않는다.”고 하였다. 나아가 “원고들과 피고들이 근로의무가 있는 것으로 정한 일수, 즉 소정근로일수를 미리 정하는 것은 사실상 불가능하다.”고 하였다.

9) 광주지방법원 2018. 6. 22. 선고 2016가합50308 판결.

1심판결도 원심판결과 마찬가지로 표준계약서만 주목한 나머지 ‘업무별 계약’에서 소정근로일이 정해지는 것을 간과하였다. 따라서 ‘소정근로일수를 미리 정할 수 없다.’는 1심판결은 타당하지 않다. 특정 이용가정과 연계될 때, 즉 그 이용가정에서 근로를 제공하기 이전에 소정근로일과 소정근로시간이 정해진다. 따라서 원고와 피고가 소정근로일수를 미리 정하는 것은 가능하다.

아이돌보미의 소정근로일과 소정근로시간을 미리 정하는 것은 가능하지만, 그 소정근로시간 등이 계속 변한다는 것이 특징이다. 심지어 어떤 기간은 소정근로시간이 0시간(이용가정과 연계되지 않은 대기기간)이 될 수도 있다. 아이돌보미 업무의 특성상 발생하는 특징이다.

통상적 근로자의 경우 소정근로시간은 고정적이다. 그러나 아이돌보미와 같은 호출노동자는 변동적이다. 소정근로시간 등이 반드시 고정되어 있어야 한다는 고정관념에서 벗어나면, 아이돌보미의 소정근로시간 등은 간명하게 눈에 들어온다.

아이돌보미와 같은 호출노동의 경우는 두 종류의 근로계약으로 구성된다. 첫째, 사안의 표준계약서와 같은 ‘포괄계약’이다. 포괄계약은 일반적으로 서면으로 작성되며, 포괄계약에서 가장 중요한 근로조건은 임금(시간당 수당)이다. 둘째, 특정 이용자와 연계될 때 성립하는 ‘업무별계약’이다. 업무별계약은 서면으로 체결되지 않는 경우가 일반적이다. 전화, 문자메시지, 스마트폰 앱 등을 통해서 계약이 성립되기 때문이다. 업무별계약에서 중요 근로조건인 소정근로일과 소정근로시간이 정해진다.

근로계약은 불요식(不要式)계약이란 점을 상기하자. 서면으로 작성되는 표준계약서만 보면 안 된다. 특정 이용자와 연계될 때 성립하는 비서면(非書面)의 업무별계약도 함께 보아야 한다. 업무별계약을 보면 아이돌보미의 소정근로일과 소정근로시간의 약정은 명확해진다.

하나 다행인 것은, 원고들의 수당 산정과 관련하여 근로시간 기록은 명확하다는 점이다. 원고들은 돌봄서비스를 수행한 후 여성가족부가 운영하는 ‘아이돌봄 통합 업무관리시스템’에 접속하여 돌봄서비스 시작 및 종료 시각



등을 기록하고, 이를 토대로 피고들이 수당을 지급한다. 원고들의 소정근로 시간은 변동적이나, 정부 예산이 투입되는 사업이라 서비스시간(즉, 근로시간) 관리는 정확하게 이뤄지고 있다. 근로시간 수에 대한 다툼은 없을 것으로 보인다.

방강수(공인노무사, 법학박사)

카마스터의 근로기준법상 근로자성

- 대법원 2023. 10. 12. 선고 2023다254366 판결 -

【판결요지】¹⁾

출근시간이 명시적으로 정해진 것은 아니었고, 오전 회의에 불참할 경우에 불이익을 받는다는 명문의 규정이나 계약조건 등은 없었으나, 정상적으로 출근을 못 하면 팀장이나 지점장이 이를 확인할 수 있었고 근무태도가 불량할 경우 당직근무 배정에서 제외되는 등의 불이익을 받았으므로, 원고는 자율적인 출퇴근이 보장되지 않았고 사실상 정시 출퇴근 및 오전 회의 참석이 강제되었다고 볼 수 있다. [...] 피고 회사는 영업사원들이 정한 당직 순번을 임의로 변경하거나 제외시키는 방법으로 당직표를 최종 수정하는 권한을 행사하였고, 원고는 당직 제외로 인한 소득 감소로 인하여 퇴사를 결심하기도 하였다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 피고 회사는 영업사원들을 상당한 수준으로 관리·감독하며 통제한 것으로 보인다. [...]

만일 피고 회사와 영업사원들과의 관계가 단순히 도급이나 위임 관계였다면, 근무시간이라는 개념이 있을 수 없어 설령 영업사원들이 근무시간에 일을 하지 않고 놀러 갔더라도 이를 비난할 수 없는 것이므로 [외부 영업 활동의 결과 보고 지시는] 근로제공 관계의 실질과 배치된다. [...]

피고 회사가 원고에게 지급한 보수의 액수가 자동차 판매실적에 따라 좌우되는 사정은 있으나, 다른 한편 피고 회사는 영업사원들에게 자동차 판매실적에 따른 수당과 별개로 직급에 따라 110만 원 내지 150만 원의 기본급을 지급하였고, 영업사원들이 한 달에 3대를 판매하지 못할 경우 위 기본급의 50%를 삭감하여 지급하였는바, 이에 의하면 위 판매실적에 따라 수당이 달라지는 사정만으로 근로 자체의 대상적 성격이 부정된다고 볼 수는 없다.

대상판결은 자동차판매업을 영위하는 법인의 대표이사인 피고가 동 사업장에서 자동차판매 영업사원으로 일한 원고에 대해 「근로자퇴직급여 보장

1) 판결요지는 대상판결의 항소심인 '대구지방법원 2023. 5. 31. 선고 2022나315781 판결'의 판시 사항이다.

법」에 따른 퇴직금을 지급할 의무가 있는지 판단한 판결이다.²⁾ 이 사건의 핵심 쟁점은 원고가 「근로기준법」상 근로자에 해당하는지였고 대상판결은 이를 긍정하였다. 대상판결은 기존의 판례가 이 사건의 원고와 유사한 업무를 수행한 '카마스터'의 「근로기준법」상 근로자성을 주로 부정했다는 점에서 관심을 모은다.³⁾ 따라서 이 글에서는 대상판결과 카마스터의 「근로기준법」상 근로자성을 검토한 최근의 대법원 판결을 비교해 분석한다.⁴⁾

대상판결은 먼저 '2006년 학원강사 판결'을 인용하며 「근로기준법」상 근로자에 해당하는지를 판단하기 위한 기준을 밝혔다. 12개 요소로 정리될 수 있는 근로자의 징표는 다시 세 종류로 묶을 수 있는데 첫째, 업무수행과 관련해 사용자의 상당한 지휘·감독 사실이 있는지; 둘째, 근로자임을 주장하는 자가 독립사업자성을 결여하고 있는지; 셋째, 보수의 성격이 근로 자체의 대가로서 지급되어 임금이라고 볼 수 있는지가 그것이다.

첫째, 대상판결은 상당한 수준의 지휘·감독과 관련해 특정 장소로의 출근·근무, 실질적으로 고정되어 있는 출·퇴근 시각, 매일 반복되는 오전 회의 참석, 외근 시 보고의무, 회사가 영업사원들이 자율적으로 정한 당직 순번을 최종적으로 변경·제외할 수 있는 사실 등을 지적하였다. 둘째, 대상판결은 독립사업자성 결여와 관련해 피고 회사가 원고에게 명함, 명찰, 브랜드 배지 등을 지급하고 회사의 연락처만 기재된 회사 현수막 게시를 지시한 사실, 영업사원이 자유롭게 경업을 하거나 제3자가 자신의 업무를 대신하도록 하기는 어려웠던 사실 등에 주목하였다; 셋째, 대상판결은 피고 회사가 영업사원들에게 판매실적에 따른 수당과 별개로(한 달 판매 할당량을 채우지

-
- 2) 대상판결은 「소액사건심판법」 제3조에 따른 상고이유가 있는지를 살펴보고 상고이유가 없다는 결론만을 간단히 실시하였기 때문에, 구체적 판결 내용은 실질적으로 항소심이었던 대구지방법원의 판결에 근거한 것이다.
 - 3) 이와 달리 '카마스터'의 「노동조합 및 노동관계조정법」상 근로자성에 대해서 판례는 계속해서 적극적 판단을 내리고 있다(대법원 2019. 8. 14. 선고 2019두41225 판결; 대법원 2019. 8. 14. 선고 2019두41256 판결; 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두33828 판결; 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두33712 판결 등).
 - 4) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2021두60687 판결. 본 상고심은 항소심의 판단을 모두 수용하여 구체적 판결 내용은 서울고등법원 2021. 11. 3. 선고 2020누68372 판결을 인용한다.

못한 영업사원에게는 기본급의 50%를 삭감하기는 하지만) 직급에 따라 기본급을 지급한다는 사실을 확인하며 근로 자체의 대상적 성격이 부정되지 않는다고 설시했다. 이러한 사실 판단을 바탕으로 대상판결은 원고를 「근로기준법」상 근로자로 인정하고 피고 회사의 원고에 대한 퇴직금 지급 의무를 긍정하였다.

대상판결은 2022년 대법원의 카마스터 판결(이하 ‘2022년 판결’)과 비교해 몇 가지 차이를 보인다. 부당해고 여부가 다투어진 2022년 판결은 자동차판매업체(‘대리점’)와 영업사원(‘카마스터’)에 더해 판매업체와 판매대리점 계약을 체결한 자동차 제조 및 판매업을 하는 회사(‘제조회사’)가 포함되어 일종의 3자 관계가 문제 되었다. 특히 제조회사는 직영 판매점(‘지점’, 지점의 판매사원은 제조회사가 직접 채용한 정규직)도 두고 있고 업무수행을 위한 전산망/전산프로그램을 운영하며 지점의 정규직 근로자는 물론 판매대리점의 카마스터(판매대리점과 판매용역계약 체결)에게도 이 전산시스템에 접속해 업무에 사용할 수 있도록 사번(판매코드)을 발급해 주었다.

2022년 판결은 첫째, 지휘·감독과 관련해 대상판결과는 다른 결론에 도달했다. 당직 순번이 카마스터들의 자율적 협의에 따라 결정되었다는 사실, 당직 근무 시 전시장 시·종업 시간, 복장 및 고객응대 방법, 판매절차, 판매조건, 채권확보, 연체관리 등 업무처리에 있어서 관련 업무지침의 철저한 준수를 요구한 것은 구체적·개별적인 지휘·감독이 아니며 판매대리점 계약과 판매용역계약의 본질상 불가피한 결과로 이해했다. 아울러 출·퇴근시간 준수, 조회 참석을 요구하는 문자메시지를 보내거나 시말서를 징구한 사실 등은 그것이 일부 예외적 사례에 국한되거나 위반에 대해서도 우수사원 선정 관련 사실상 불이익만을 부과할 뿐 제재를 가하지 않았던 점도 근거로 작용했다. 제조회사의 전산프로그램만 사용하도록 하고 사설 프로그램 사용을 금지한 것, 제조회사가 카마스터를 상대로 각종 교육을 실시한 것, 정기적 업무지도, 미스터리 쇼핑 등을 통해 대리점의 업무 지침 준수 여부를 확인한 것도 제조회사의 사업을 영위하고 판매방침을 유지하기 위해 불가피한 조치일 뿐 지휘·감독의 일환으로 평가하지 않았다. 2022년 판결은 이

어서 카마스터들이 지급받는 판매수당이 오직 개인의 판매실적에 연동될 뿐 고정된 기본급이나 최저 판매실적도 정해지지 않았던 점에 착안해, 보수가 근로 자체의 대상적 성격을 갖는 임금에 해당하지 않는다고 보았다.

요컨대 대상판결과 2022년 판결을 비교검토하면 자동차판매 영업사원/카마스터의 「근로기준법」상 근로자성 판단 시 고려해야 할 다음의 유의미한 사실을 추려볼 수 있다. ① 통일적 판매 업무처리를 위해 제조회사에 의해 제공된 전산프로그램(만)을 사용하고 업무처리에 대한 지침을 준수하는 것 자체는 판매대리점 계약과 판매용역계약의 이행에 따른 결과적 모습일 뿐 구체적·개별적 지휘·감독의 근거라고 보기 어렵다. ② 업무처리 지침 준수 유인을 위한 관리·보상/제재는 그 빈도나 강제적 성격 혹은 불이익의 정도에 따라 판단이 달라진다. 빈도가 잦고 법적 성격의 제재이며 당사자에게 중요한 이익에 대한 것이면 사용종속관계를 긍정하는 증거가 되고, 빈도가 낮고 단순한 사실상의 불이익으로 당사자에게 크게 중요한 것이 아니라면 그것을 부정하는 증거가 될 것이다. ③ 판매실적과 무관한 기본급 지급은 근로에 대한 보수의 대가성을 긍정하는 일응의 증거가 되고 판매성적에만 비례해 산정되는 실적급 지급은 그 반대가 될 수 있다.

대상판결과 이 분석이 향후 유사 사건의 판단을 좀 더 합리적으로 예측하고 구체적으로 타당한 결론을 이끌어내는 데 기여하기를 기대한다.

남궁준(한국노동연구원 연구위원)

CJ대한통운은 대리점 택배기사에 대해 단체교섭의무를 지는 사용자이다

- 서울행정법원 2023. 1. 12. 선고 2021구합71748 판결 -

【판결요지】

노동조합법상의 '사용자'에는 근로조건을 실질적으로 지배하거나 결정할 권한을 갖는 사업주가 포함된다고 해석하는 것이 노동조합법의 입법 목적과 정의와 형평의 관념에 부합하고, 근로3권을 실질적으로 보장하며, 법률유보 원칙, 과잉금지원칙에 위배되는 결과를 초래하지 않는다는 측면에서 합헌적인 법률해석이라고 할 것이다.

노동조합법상 단체교섭의무를 부담하는 사용자에 해당하는지는 사업주가 근로조건인 교섭 요구사항에 대하여 실질적으로 결정하거나, 근로자가 해당 근로조건을 사업주의 의사대로 또는 정해진 대로 복종하여 따를 수밖에 없어 사업주가 해당 근로조건을 지배하고 있는지를 기준으로 판단해야 하고, 그러한 판단을 함에 있어서는 원고와 집배점의 관계, 집배점 택배기사의 업무가 상시적·필수적인 업무인지, 원고의 사업체계의 일부로 편입됨으로써 근로조건을 지배하거나 결정하는 원고의 지위가 지속적인지 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

최근 법원은 단체교섭거부의 부당노동행위 국면에서 당해 분쟁을 해결할 수 있는 지위에 있는 CJ대한통운을 집배점(대리점) 소속 택배기사의 사용자로 인정하였다. 이 판결이 헌법상 노동3권 보장의 의미를 적극적으로 고려하여 원사업주 이외의 사업주가 단체교섭의무를 지는 논거와 단체교섭의무 인정 여부의 판단기준 등을 제시하였다는 점에서 큰 반향을 불러왔다. 대법 판결의 사건의 개요 및 주된 쟁점은 다음과 같다.

원고 CJ대한통운의 택배사업부는 전국 6개의 권역으로 나누어 사업 담당을 두며 사업 담당 아래 총 68개의 지점을 두고 있다. CJ대한통운은 전국 13개의 허브터미널과 약 270개의 서브터미널을 운영하고 있고 각 서브터미널

당 평균 8개, 총 1,800개의 집배점과 위수탁 계약을 체결하고 있다. 집배점주는 책임배송 구역을 세분화하여 집배점 택배기사들과 각각 택배화물운송에 관한 위수탁 계약을 체결한 뒤 각 구역의 택배 화물 집화 및 배송 업무를 재위탁하고 있다.

피고보조참가인 전국택배노동조합은 택배기사 등 전국의 택배 관련 노동자를 대상으로 조직된 전국 단위 산별 노동조합으로, CJ대한통운 및 집배점에는 CJ대한통운과 직접 위수탁 계약을 체결하거나 집배점주와 위수탁 계약을 체결한 택배기사 약 1,200명이 조합원으로 가입해 있다. 그 대부분은 집배점과 위수탁 계약을 체결한 집배점 택배기사이다.

전국택배노동조합은 2020. 3. 12. CJ대한통운에게 단체교섭을 요구하였으나 CJ대한통운은 집배점 택배기사에 대해 노동조합법상 사용자가 아니라 는 이유로 교섭 요구 사실을 공고하지 않으며 단체교섭을 계속 거부하였다. 전국택배노동조합은 CJ대한통운이 교섭 요구 사실을 공고하지 않은 것이 단체교섭 거부의 부당노동행위에 해당한다며 구제신청을 하였다. 피고 중앙노동위원회는 CJ대한통운이 노동조합법상 단체교섭의무를 부담하는 사용자로 인정되므로 교섭 요구 사실을 공고하지 않고 단체교섭 요구를 거부하는 것은 단체교섭 거부의 부당노동행위에 해당한다고 판단하며 이와 달리 본 초심 판정을 취소하고 구제신청을 인용하였다. CJ대한통운은 재심 판정에 불복하여 서울행정법원에 그 취소를 구하는 소를 제기하였다. 대상판결은 중앙노동위원회의 재심판정에 대한 제1심판결이다.¹⁾

대상판결은 CJ대한통운이 “집배점 택배기사들의 근로조건과 관련된 이 사건 의제에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있다고 할 것이므로 집배점 택배기사들에 대한 관계에서 노동조합법상 사

1) 대상판결의 사안에서 첫째, CJ대한통운이 집배점 택배기사들에 대한 관계에서 노동조합법상 사용자에 해당하는지, 둘째, CJ대한통운이 단체교섭 요구를 거부한 데에 정당한 이유가 있는지가 주된 쟁점이 되었다. 이 글에서는 첫 번째 쟁점에 초점을 맞추어 살펴보고자 한다(두 번째 쟁점에 관한 더 자세한 논의는, 김홍영·강주리(2021), 「택배회사를 집배점 택배기사에 대해 단체교섭의무를 지는 사용자로 인정한 중앙노동위원회 판정의 의미」, 『노동법연구』, 제51호, 서울대학교 노동법연구회, pp.407~414 참조).

용자에 해당한다.”고 판단하였다.

2010년 대법원은 현대중공업 판결²⁾에서 “구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 한 그 한도 내에서는 구제명령의 대상인 사용자로 보아야 한다.”고 판시하면서 부당노동행위 금지의무의 수범자인 사용자 개념을 제시하였다. 근로계약의 상대방으로서 사용자와 노동조합법상 사용자는 달리 이해되어야 함을 명확히 하였다. 나아가 기본적인 노동조건에 대하여 실질적인 지배력을 가진 현대중공업을 하청업체 소속 근로자와의 관계에서 노동조합법상 사용자로 판단하였다. 현대중공업 판결이 지배·개입의 부당노동행위 국면에서 금지의무의 수범자로서의 사용자성이 다투어진 사안이라는 점에서 단체교섭거부의 부당노동행위 국면에서 교섭의무를 부담하는 사용자를 판단함에 있어서도 현대중공업 판결의 법리가 적용될 수 있는지와 관련하여 다툼이 있어 왔다. 대상판결은 “노동조합법상 ‘사용자’ 개념의 해석에 관한 문제는 단결권과 관련한 지배·개입 행위에 한정되는 문제가 아니라 단체교섭권, 단체행동권 등 전반적인 근로3권 보장과 유기적으로 연결”되어 있다는 점을 강조하며, 부당노동행위 금지의무의 수범자로서의 사용자 개념을 해석함에 있어 단체교섭거부 행위와 지배·개입 행위를 달리 판단할 이유가 없음을 명확히 하였다.

대상판결은 현대중공업 판결의 판지를 따르면서 다음의 두 가지 점을 새롭게 정립하여 판단한 것으로 생각된다.

첫째, 대상판결은 현대중공업 판결을 적용함에 있어 ‘부분적 사용자론’을 강조하기보다는, 현대중공업 판결이 원사업주 이외의 사업주가 갖는 지배력에 입각하여 병존적 혹은 중첩적 사용자의 존재를 인정하였다는 점을 강조하였다. 단체교섭거부의 부당노동행위 국면에서 단체교섭 응낙의무를 부담하는 사용자에 대한 판단기준을 새롭게 제시하였다. ‘부분적 사용자론’은 현대중공업 판결 중 “근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자로 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로”

2) 대법원 2010.3.25. 선고 2007두8881 판결.



라고 제시한 부분을 의미한다.³⁾ 현대중공업 판결은 지배·개입 부당노동행위 국면에서 금지의무 수범자로서의 사용자성이 다투어진 사안이다. 현대중공업 판결의 법리를 단체교섭거부의 부당노동행위 국면에서 그대로 인용하여서는 그 판지가 충실히 실현되기 어렵다. 대상판결은 현대중공업 판결의 ‘부분적 사용자론’ 법리 부분을 인용하면서도,⁴⁾ “노동조합법상 단체교섭의무를 부담하는 사용자에 해당하는지는 사업주와 근로조건인 교섭요구사항에 대하여 실질적으로 결정하거나, 근로자가 해당 근로조건을 사업주의 의사대로 또는 정해진 대로 복종하여 따를 수밖에 없어 사업주가 해당 근로조건을 지배하고 있는지를 기준으로 판단”하여야 한다고 판시하며 단체교섭거부 부당노동행위 국면에서 단체교섭의무를 부담하는 사용자에 대한 판단기준을 새로이 정립하였다.

둘째, 대상판결은 단체교섭의무를 부담하는 사용자를 규명함에 있어 각

-
- 3) 현대중공업 판결은 일본의 아사히방송사건 최고재판소 판결(最三小判 平成7(1995).2.28. 労働判例668号)을 상당 부분 참고한 것이라 평가되고 있다. 일본에서도 아사히방송사건 최고재판소 판결의 의미를 근로계약설로 이해하는 견해, 부분적 사용자론을 제시한 것으로 이해하는 견해, 병존적 사용자의 존재를 인정하는 견해 등 다양한 해석이 존재한다. 특히 최고재판소 판결이 제시한 ‘부분적 사용자론’과 관련하여, 첫째, 최고재판소 판결 이후 중앙노동위원회를 중심으로 형성된 법리(최고재판소 판결의 부분적 사용자론과 근로계약기준설을 접합한 법리)를 적용하면서, 최고재판소 판결의 판지는 부분적 사용자론을 제시한 것으로써 부분적 사용자론은 교섭요구의제별로 부분적으로 사용자성이 인정될 수 있음을 제시한 것으로 해석하는 견해, 둘째, 최고재판소 판결이 “고용주와 부분적으로라도 동일시할 수 있을 정도”라는 표현을 사용한 것에 초점을 두어 부분적 사용자론을 이해하면서, 부분적 사용자론은 특히 사내하청 유형에서 단체교섭거부의 부당노동행위 금지의무의 수범자로서의 사용자성 판단법리를 제시한 것으로서, 최고재판소 판결의 판지를 교섭요구의제별로 중첩적 혹은 병존적 사용자의 존재를 인정하는 것으로 해석하는 견해가 존재한다(더 자세한 내용은, 강주리(2022), 「다면적 노무제공관계에서 단체교섭 응낙의무자 - 일본법의 논의를 중심으로」, 『서울법학』, 29(4), 서울시립대학교 법학연구소, pp.332~352 참조).
- 4) CJ대한통운 판결은 “노동조합법 제81조 제1항 제3호의 사용자에는 같은 항 제4호의 사용자와 마찬가지로 근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자뿐만 아니라 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자도 포함된다”고 해석함이 타당하다.”고 판시하며 현대중공업 판결의 ‘부분적 사용자론’ 법리 부분을 인용하였다.

교섭요구의제를 기준으로 판단하여야 함을 제시하였다. 현대중공업 판결의 사안은 사내하청 유형에서 부당노동행위 금지의무의 수범자인 사용자가 다 들어진 사안이다. 즉 현대중공업 판결의 ‘부분적 사용자론’은 지배·개입 부당노동행위 국면에서 특히 원사업주가 결정해야 하는 노동조건에 대하여 원사업주 이외의 사업주가 지배력 혹은 영향력을 미친 사안에 대한 판단기준을 제시한 것이다. 사내하청 유형 외에도 대상판결의 사안과 같은 다양한 형태의 다면적 노무제공관계가 확산되면서, 원사업주 이외의 사업주만이 교섭요구사항을 해결할 수 있는 지위에 있는 사안이 증가하고 있다. 다양한 단체교섭 국면에서 현대중공업 판결의 법리(특히 ‘부분적 사용자’ 부분)를 기계적으로 적용하여서는 단체교섭권이 온전히 실현되기 어렵다. 대상판결은 계약의 밀접성 혹은 존부에 따라 단체교섭권 행사의 자격여부가 결정되게 되면 “사실상 원청사업주에 의해 근로3권의 보장 범위 혹은 제한의 정도가 결정되고, 그 정도에 따라서는 근로자가 개선을 기대할 수 없는 근로조건에서의 노무제공을 합법화하는 결과가 초래된다.”는 점을 지적하며, “노동조합법상 ‘사용자’에는 근로조건을 실질적으로 지배하거나 결정할 권한을 갖는 사업주가 포함된다고 해석하는 것이 노동조합법의 입법목적과 정의와 형평의 관념에 부합하고, 근로3권을 실질적으로 보장하며, 법률유보원칙, 과잉금지원칙에 위배되는 결과를 초래하지 않는다는 측면에서 합헌적 법률해석”임을 명확히 하였다. 이러한 이해에서 동 판결은 “노동조합법상 단체교섭의무를 부담하는 사용자에게 해당하는지는 사업주와 근로조건인 교섭요구사항에 대하여 실질적으로 결정하거나...사업주가 해당 근로조건을 지배하고 있는지를 기준으로 판단”하여야 하고, “그러한 판단을 함에 있어서는 원고와 지배점과의 관계, 지배점 택배기사의 업무가 상시적·필수적인 업무인지, 원고의 사업체계의 일부로 편입됨으로써 근로조건을 지배하거나 결정하는 원고의 지위가 지속적인지 등을 종합적으로 고려하여야 한다.”고 판시하며, 구체적인 사실관계에서 단체교섭의무를 부담하는 사용자의 판단 기준을 새롭게 정립하였다.⁵⁾

5) 대상판결의 사안에서 전국택배노동조합의 교섭요구의제는 크게 여섯 가지이다.

최근 노동조합법상 사용자를 ‘근로조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자’로 확대하는 내용의 노동조합법 개정안이 국회 환경노동위원회의 법안심사소위원회를 통과하였다. 동 법안이 최종적으로 통과될 경우 단체교섭의무를 부담하는 사용자가 계약의 준부를 중심으로 해석되어야 하는지에 대한 논란은 사라질 것으로 보인다. 다만 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자에 대한 해석과 관련하여서는 다툼이 이어질 것으로 보인다. 대상판결은 다양한 단체교섭 국면에서 현대중공업 판결의 판지를 가장 잘 실현하기 위해서는 교섭요구의제를 기준으로 실질적 지배·결정 권한을 판단하여야 함을 명확히 하며, 구체적인 사실관계에서 단체교섭의무를 부담하는 사용자의 판단기준을 제시하였다. 향후 대상판결의 법리가 이후의 판례들에 인용되고 발전을 거쳐 단체교섭권의 구체적인 실현 관점에서 단체교섭의무를 부담하는 사용자를 해석하는 기본 법리로 확립되길 기대한다.

강주리(서울시립대학교 강사, 법학박사)

① 배송 상품 인수 시간의 단축, ② 집화 상품의 인도 작업 대기시간의 단축, ③ 택배기사 1인당 1개의 하차장 보장 등 작업환경 개선, 이 세 가지 교섭요구의제는 CJ대한통운이 소유 내지 관리하고 있는 서버터미널과 연관된 작업조건 내지 작업환경에 관한 사항이다. 동 판결은 위 교섭요구의제들에 대해서는 서버터미널을 운영하는 CJ대한통운이 실질적·구체적으로 지배·결정할 수 있는 사항에 해당한다고 보았다. 그다음으로 ④ 휴일, 휴가 및 주 5일 근무제 실시, ⑤ 급지 수수료 인상, ⑥ 사고 부책 개선은 집배점 택배기사들의 근무일 또는 수수료라는 노동조건과 관련 있는 사항이다. 동 판결은 CJ대한통운이 우월적 지위에서 집배점주와 체결하는 위수탁 계약 등을 통해 그 기준을 정한다는 점을 고려하면 위 교섭요구의제들은 CJ대한통운이 지배·결정하는 사항에 해당하나, 집배점주가 위 교섭요구의제들에 대하여 제한적으로나마 일정한 정도의 지배·결정 권한을 갖고 있다고 보이므로 CJ대한통운과 집배점주가 중첩적인 지배·결정 권한을 가지고 있다고 보았다(더 자세히는, 노상헌(2023), 「원청사업주 CJ대한통운의 단체교섭 거부는 부당노동행위」, 『노동법률』, 381호(2023년 2월호), pp.152~153 참조).

CJ대한통운 원하청교섭, 교섭주체에서 교섭의제로의 전환

- 서울행정법원 2023. 1. 12. 선고 2021구합71748 판결 -

【판결요지】

노동조합법상의 '사용자'에는 근로조건을 실질적으로 지배하거나 결정할 권한을 갖는 사업주가 포함된다고 해석하는 것이 노동조합법의 입법 목적과 정의와 형평의 관념에 부합하고, 근로3권을 실질적으로 보장하며, 법률유보원칙, 과잉금지원칙에 위배되는 결과를 초래하지 않는다는 측면에서 합리적인 법률해석이라고 할 것이다.

노동조합법상 단체교섭의무를 부담하는 사용자에 해당하는지는 사업주가 근로조건인 교섭요구사항에 대하여 실질적으로 결정하거나, 근로자가 해당 근로조건을 사업주의 의사대로 또는 정해진 대로 복종하여 따를 수밖에 없어 사업주가 해당 근로조건을 지배하고 있는지를 기준으로 판단해야 한다.

'계약관계 중심적 사고'가 강고하면서도 만연히 퍼져있는 상황에서, 계약관계가 없는 'CJ대한통운 주식회사'와 '집배점 택배기사'¹⁾ 간의 단체교섭관계를 인정한 대상판결²⁾은 그 의미가 매우 크다. 하청근로자로 조직된 노동조합(이하 '하청노조')의 단체교섭 요구에 대해 원청회사가 교섭의무를 부담하는지에 대해 20년 가까이 논란이 지속됐던 상황에서, 대상판결은 원청회사(CJ대한통운)를 단체교섭상 사용자로 인정하면서 두 가지 인상적인 판시를 남겼다.

첫째, 원청회사의 단체교섭상 사용자성을 인정하는 주요 근거로 헌법상

-
- 1) 집배점 택배기사들이 가입한 노동조합은 전국택배노동조합이다.
 - 2) 대상판결에 대한 평석은 노상헌(2023), 「원청사업주 CJ대한통운의 단체교섭 거부는 부당노동행위」, 『노동법률』 제381호, 중앙경제; 강주리(2023), 「CJ대한통운은 대리점 택배기사에 대해 단체교섭의무를 지는 사용자이다」, 『노동리뷰』 제216호 참조.

노동3권을 꼽고 있다. 먼저 대상판결은 “일정한 근로조건에 대하여 지배력과 결정권이 없거나 그 권한이 한정적”인 원사업주(하청사업주)는 “단체교섭능력 또한 없거나 한정적일 수밖에 없”다고 한다. ‘능력’이 없거나 한정적인 하청사업주와의 단체교섭은 실질적으로 무의하다는 현실을 정확히 지적하고 있다. 계약관계가 있다는 이유 하나로 하청사업주와 교섭을 하라는 주장이 얼마나 허망한지를 말해준다.

결국 원청사업주의 사용자성 부정은 하청근로자의 노동3권을 형해화시킨다고 한다. 즉, “하청 근로자는 불완전한 권리 또는 제한적인 권리로서의 근로3권(특히 단체교섭권, 단체행동권)을 향유할 수 있을 뿐인데, 이는 원청사업주의 복합적 노무관계의 형성이라는 경영상 방침에 의해 헌법상 기본권인 근로3권의 효력이 일부 중단되는 것과 같은 부당한 결과를 초래한다.”고 강조하고 있다.

둘째, 대상판결은 원청사업주가 단체교섭의무를 부담하는 사용자가 되는지 여부는 결국 ‘교섭의제’(교섭대상) 판단에 달려 있다는 점을 보여줬다. 전국택배노동조합이 CJ대한통운에 교섭을 요구한 의제는 여섯 가지이다. ① 배송 상품 인수 시간의 단축, ② 집화 상품의 인도 작업 대기시간의 단축, ③ 택배기사 1인당 1개의 하차장 보장 등 작업환경 개선, ④ 휴일, 휴가 및 주5일 근무제 실시, ⑤ 급지 수수료 인상, ⑥ 사고 부책 개선 등이다. 대상판결은 여섯 가지 의제에 대하여 CJ대한통운이 지배·결정할 권한이 있는지를 꼼꼼히 따진 후, 여섯 가지에 대한 단체교섭의무를 인정하였다.

대상판결은 ‘실질적 지배력설’ 법리³⁾의 연장선 상에 있다. 대상판결은 지배개입 사건에서 형성된 실질적 지배력설 법리를 단체교섭 사건에서도 적용하였다. 따라서 원청사업주의 사용자성 판단의 핵심은 원청사업주가 하청근로자의 근로조건 등을 실질적으로 지배하거나 결정하는지 여부이다. 결국 단체교섭 주체의 판단(이른바 당사자 적격 판단)은 단체교섭 의제(대상)로 귀결된다. 교섭의제(근로조건 등)에 대해 원청사업주의 지배·결정 권한이 없다면 단체교섭의무를 부담하지 않는다.

3) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결.

대상판결은 원·하청 단체교섭관계에서의 핵심 쟁점을 교섭주체에서 교섭의제로 획기적으로 전환시켰다고 평가할 만하다. 교섭의제에 대한 실질적 지배·결정 권한이 있는 자가 바로 교섭주체가 된다는 사실(어찌보면 너무 당연한 사실)을 일깨워 주었다.

한편 대상판결의 반대편에는 이른바 ‘근로계약설’ 법리가 자리잡고 있다. 하청노조가 현대중공업을 상대로 단체교섭을 요구한 사건에서, 울산지방법원 2018. 4. 12. 선고 2017가합20070 판결(이하 ‘현중판결’이라 한다.)은 근로계약관계가 없다는 이유로 현대중공업은 하청노조의 단체교섭 요구에 응할 의무가 없다고 판단했다.⁴⁾

현중판결은 단체교섭상 사용자성을 판단할 때에도 여전히 묵시적 근로 ‘계약’관계 법리를 활용하고 있다. 현중판결은 “단체교섭 제도 안에서의 개별 근로계약관계가 갖는 의미, 단체교섭제도의 목적과 기능 등을 고려할 때, 이 사건에서 피고가 사내 하청업체 소속 근로자들과의 관계에서 단체교섭 의무가 있는 사용자에게 해당하는지는 사내 하청업체 소속 근로자들과 피고 사이에 적어도 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가할 수 있을 정도로 사용종속관계가 있는지 여부에 따라 결정된다.”고 한다.

그러나 대상판결은 직접적인 계약관계가 없는 경우에도 단체교섭상 사용자가 될 수 있음을 인정했다. 현중판결로 대표되는 ‘계약관계 중심적 사고’에서 벗어났다는 점에서 큰 의미가 있다. 그러나 다소 뒤늦은 감은 있다.

이미 ‘개별적 근로관계법’의 영역에서도 계약관계가 없는 사용자에게 노동법상 책임을 인정하는 법령과 대법원 판례는 다수 존재한다. 먼저 법령을 본다. 파견근로자 차별에 대한 사용자업주의 연대책임을 규정한 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘파견법’) 제21조, 사용자업주를 일정한 근로조건에 대해 근로기준법 및 산업안전보건법상 사용자로 보는 파견법 제34조 제1항 및 제35조, 수급인 근로자의 안전보건 조치를 해야 할 도급인의 의무를 정한 「산업안전보건법」 제64조부터 제66조, 여러 차례 도급에서 원수

4) 항소심 법원(부산고등법원 2018. 11. 14. 선고 2018나53149 판결)도 현중판결의 판단을 그대로 인정했다.

급인을 사업주로 보는 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」 제9조, 직상수급인 등의 임금지급책임을 정한 「근로기준법」 제44조부터 제44조의3, 「중대재해 처벌 등에 관한 법률」 제2조 제7호의 인적 적용범위 확대 규정, 원청사업주의 휴게시설 설치 의무를 규정한 「산업안전보건법」 제128조의2 등이다.

다음은 실질적인 권한과 능력이 있는 자를 ‘개별법’상 사용자로 본 판례이다. 농협이 대형할인매장에 제품을 납품하는 납품업체의 근로자에 대하여 농협과 근로계약관계는 없지만 농협이 그 근로자에 대해 임금지급의무가 있다고 판단한 ‘실질적 근로관계 법리’,⁵⁾ 산업안전보건법상 사업주의 의무는 근로자를 사용하여 사업을 행하는 사업주가 부담하여야 하는 재해방지 의무로서 사업주와 근로자 사이에 실질적인 고용관계가 성립하는 경우에 적용된다는 ‘실질적 고용관계 법리’,⁶⁾ 남녀고용평등법상 성희롱 피해자에 대한 불리한 처우를 하지 말아야 할 의무를 부담하는 사업주에는 사용사업주도 포함되므로, 사용사업주가 피해자(파견근로자)에게 파견근로계약 해제를 통보하면서 파견업체에게 피해자의 교체를 요구한 것을 유죄로 판단한 판결,⁷⁾ 사용자가 누구인지와 관계없이 그 근로계약관계의 종료로 인하여 원직복직이 불가능하게 되었더라도 해고기간 동안의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다고 본 판결⁸⁾ 등이다.

이와 같이 계약관계가 없는 사용자라도 어떤 근로조건에 대한 실질적인 권한과 능력이 있는 자를 노동법상 사용자로 파악하는 것이 우리 법령과 대법원 판례의 경향이다. 노동법상 사용자를 ‘근로계약상 사용자’로 파악하고 그 사용자가 모든 의무와 책임을 부담한다는 것은 이미 낡은 시각이 되었다.⁹⁾ 따라서 계약관계와 무관하게 근로조건에 대한 실질적인 권한이나 능

5) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006도300 판결

6) 대법원 2006. 4. 28. 선고 2005도3700 판결; 대법원 2009. 5. 14. 선고 2008도101 판결; 대법원 2022. 7. 28. 선고 2021도11288 판결.

7) 대법원 2017. 3. 9. 선고 2016도18138 판결

8) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2020두35592 판결

9) 묵시적 근로계약관계 법리도 계약관계 중심적 사고에서 벗어나지 못한 낡은 시각에 머물러 있다.

력이 있는 자가 사용자 책임을 부담한다는 원칙을 확립할 필요가 있다(이른바 ‘능력주의 사용자 책임론’인데, 향후 연구과제로 미뤄둔다.).

이미 ‘개별법’ 영역에서도 계약관계 없는 사용자의 책임을 인정하는 경향인데, 개별법보다 당사자성을 더 넓게 보는 것이 일반적인 집단법 영역에서 ‘계약관계에 집착하는 현중판결’은 시대의 현실을 못 보는 것인지 안 보는 것인지 의문스럽다.

최초의 근대 민법전인 1804년 프랑스민법전(이후 나폴레옹법전으로 개명), 헨리 메인의 “신분에서 계약으로” 등이 풍미하던 시절의 계약(契約)이란 매우 진보적인 것이다. 계약이란 합의(合意, 의사의 합치)이며, 의사(意思)란 곧 자유의지를 의미하므로, 계약을 통해 신분 구속에서 벗어났기 때문이다. 그러나 200년이 지난 지금 시기에든 계약은 그러한 의미를 갖는가? 오히려 계약은 실질적 권한·능력을 가진 사용자가 그 책임을 회피하기 위한 수단으로 활용되고 있다. 계약을 통해 하청사업주 하나를 중간에 세워 두면 쉽게 책임에서 멀어질 수 있기 때문이다. 계약관계 중심적 사고에서 벗어나야 한다.

방강수(공인노무사, 법학박사)

근로조건 결정규범

취업규칙 불이익변경에서 집단적 동의권 남용 법리의 적용

- 대법원 2023. 5. 11. 선고 2017다35588, 2017다35595(병합) 전원합의체 판결 -

【판결요지】

사용자가 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하면서 근로자의 집단적 의사결정방법에 따른 동의를 받지 못한 경우, 이는 근로기준법 제94조 제1항 단서를 위반하여 근로자의 집단적 동의권을 침해한 것으로 원칙적으로 무효이고, 노동조합이나 근로자들이 동의를 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 해당 취업규칙의 작성 또는 변경에 사회통념상 합리성이 있다는 이유만으로 그 유효성을 인정할 수는 없다.

취업규칙의 불리한 변경에 대하여 근로자가 가지는 집단적 동의권은 사용자의 일방적 취업규칙의 변경 권한에 한계를 설정하고 헌법 제32조 제3항의 취지와 근로기준법 제4조가 정한 근로조건에 노사대등결정 원칙을 실현하는 데에 중요한 의미를 갖는 절차적 권리로서, 변경되는 취업규칙의 내용이 갖는 타당성이나 합리성으로 대체될 수 없다.

노동조합이나 근로자들이 집단적 동의를 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그 동의가 없더라도 취업규칙의 불이익변경을 유효하다고 볼 수 있다. 여기에서 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의를 남용한 경우란 관계 법령이나 근로관계를 둘러싼 사회 환경의 변화로 취업규칙을 변경할 필요성이 객관적으로 명백히 인정되고, 나아가 근로자의 집단적 동의를 구하고자 하는 사용자의 진지한 설득과 노력이 있었음

에도 불구하고 노동조합이나 근로자들이 합리적 근거나 이유 제시 없이 취업규칙의 변경에 반대하였다는 등의 사정이 있는 경우를 말한다. (다만, 근로기준법 제94조 제1항 단서의 입법 취지와 절차적 권리로서 동의권이 갖는 중요성을 고려할 때, 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였는지 여부는 엄격하게 판단할 필요가 있다.

(한편) 집단적 동의권의 남용 여부에 대하여 법원은 직권으로 판단할 수 있다.

2023. 5. 11. 대법원 전원합의체는 취업규칙의 불이익변경에 관한 오랜 법리 중 하나인 사회통념상 합리성 법리를 폐기하고, 집단적 동의권 남용 법리를 새로이 도입하였다. 7명의 대법관이 다수 의견에 선 반면, 기존 법리를 계속 유지하자는 별개 의견에 선 대법관도 6명이나 된다. 대법원 전원합의체에서 이렇게 의견 대립이 팽팽했던 것은, 더구나 결론(파기환송)이 같으면서도 법리 변경 여부가 쟁점이 되어 의견이 7:6으로 갈린 일은, 이례적인 일이다.¹⁾

연구자들도 찬반이 갈린다. 찬성하는 쪽은 다수 의견과 유사하게 법 이론적 정합성을 거론함에 비해, 반대하는 쪽은 별개 의견의 주장과 마찬가지로 실익이 크지 않은 법리 변경의 부당함을 주장한다.²⁾ 사회통념상 합리성 법리와 집단적 동의권 남용 법리를 현실에 적용한 실제 결과가 어떻게,

1) 다수 의견에는 대법원장 김명수, 대법관 박정화, 대법관 민유숙, 대법관 김선수, 대법관 노정희, 대법관 이흥구, 대법관 오경미가, 소수 의견에는 대법관 조재연, 대법관 안철상, 대법관 이동원, 대법관 노태약, 대법관 천대엽, 대법관 오석준이 참여했다. 한편, 다수 의견에 대한 대법관 이흥구, 대법관 오경미의 보충 의견, 별개 의견에 대한 대법관 조재연, 대법관 안철상, 대법관 노태약의 보충 의견이 있다.

2) 별개 의견은 이렇게 요약할 수 있다. 다수 의견이 제시하는 집단적 동의권 남용 법리는 그 판단기준이 불명확하고, 사회통념상 합리성 법리와 비교하여 결과적으로 어떠한 차이가 있는지도 불분명하다. 사회통념상 합리성 법리는 그동안 사례가 축적되어 법적 안정성과 예측 가능성이 확보되어 있고, 오랜 기간 판례 법리로 타당성을 인정받아 사회일반의 신뢰가 구축되어 있으므로, 종전 판례를 변경할 필요성을 납득하기 어렵다. 한편, 이 사건의 경우, 간부사원 취업규칙 중 연월차휴가 관련 부분은 사회통념상 합리성이 분명하게 인정된다.

또 얼마나 달라질지 예측하기는 쉽지 않다. 어쨌든 지금은 대상판결에 대한 예측이나 평가에 앞서 판결의 내용과 논리를 정확하게 파악하는 일이 우선이다.

1. 사안 및 경과

사안은 복잡하지 않다. 2003년까지 현대자동차(피고, 이하 ‘현대차’라 한다.)는 전체 직원에게 하나의 취업규칙을 적용하였다. 법정근로시간을 주 44시간에서 40시간으로 단축한 개정 「근로기준법」(이하, 근로기준법)이 2004년 7월부터 현대차 사업장에 시행되자, 현대차는 그 무렵 과장급 이상의 간부사원에게만 적용되는 간부사원 취업규칙을 별도로 제정하였다. 간부사원 취업규칙은 종전 취업규칙과는 달리 개근자에게 월 1일씩 부여하던 월차휴가제도를 폐지하고 또한 총 인정일수에 상한이 없던 연차휴가에 25일의 상한을 신설하였다. 현대차는 간부사원 취업규칙을 제정하면서 전체 근로자 과반수가 가입한 노동조합인 현대자동차노동조합(이하, ‘현대차노조’라 한다.)의 동의를 받지는 않았지만, 2004. 8. 16. 지역본부별, 부서별로 간부사원들을 모아 전체 간부사원 6,683명 중 약 89%에 해당하는 5,958명으로부터 동의서를 받았다. 이 사건의 원고들과 선정자들(이하, ‘원고 등’이라 한다.)은 현대차에 입사하여 과장급 이상의 직위에서 근무하던 근로자들이다.

원고 등은 제1심에서 간부사원 취업규칙 중 연월차휴가 관련 부분이 무효라는 주장을 하면서 2004년부터 지급받지 못한 연월차휴가수당 상당액을 부당이득 반환으로 청구하였다가 청구원인의 문제로 제1심(서울중앙지법 2015. 11. 6. 선고 2014가합41686, 57643(병합) 판결)에서 패소한 후,³⁾ 원심(서울고등법원 2017. 7. 21. 선고 2015나31898, 2015나31904(병합) 판결)에

3) 제1심은 청구원인 주장 자체에 의하더라도 원고 등이 피고를 상대로 미지급 연월차휴가수당을 직접 청구할 수 있으므로 부당이득이 성립하지 않는다는 취지로 원고 등의 청구를 기각하였다.

서는 2011년부터의 미지급 연월차휴가수당의 지급을 직접 구하는 청구를 추가하였다. 원고⁴⁾와 피고⁵⁾ 모두가 상고한 이 사건에서 대법원 전원합의체는 아래의 상고심 주요 쟁점을 제외한 모든 상고 이유를 배척하였다. 기실 단 하나의 쟁점을 두고 대법원은 무려 6년 가까운 고민과 논의 끝에 대상판결을 선고한 것으로 보인다.

2. 쟁점

전원합의의 쟁점은 사회통념상 합리성 법리의 유지 여부였다. 종래 대법원은 사용자가 근로자에게 불리하게 취업규칙을 변경하면서 근로기준법 제

-
- 4) 대상판결은 원고 측의 네 가지 상고 이유 모두에 관해 원심의 판단을 긍정했다. 즉 ① 간부사원만을 적용대상으로 하는 취업규칙의 효력 관련 주장에 대하여, “원심은, 사용자가 사업장에 소속된 근로자들의 근로조건, 근로형태, 직종 등의 특수성에 따라 근로자 일부에 적용되는 별도의 취업규칙을 작성할 수 있으므로 간부사원에만 적용되는 취업규칙을 제정하는 것을 그 자체로 무효로 볼 수는 없다고 판단하였다.” ② 단체협약의 적용 관련 주장에 대하여, “원심은, 생산직 기장 등 과장급 이상의 직위에서 근무하여 온 원고 등은 피고가 현대차노조와 체결한 단체협약 제6조 제1호에 의하여 조합원의 자격이 인정되지 않는 ‘과장급 이상의 직책을 가진 자’인 간부사원에 해당하므로, 단체협약의 적용이 예상된다고 할 수 없어 단체협약의 일반적 구속력이 미치는 동종의 근로자라고 볼 수 없다고 판단하였다.” ③ 소멸시효 중단의 효력 관련 주장에 대하여, “원심은, 부당이득반환청구의 소제기로 발생한 소멸시효 중단의 효력은 소송물을 달리하는 미지급 연월차휴가수당청구권에 미치지 않는다고 보았다.” 그리고 ④ 통상임금 산정 방법 관련 주장에 대하여는 상고심에서 처음으로 주장된 것으로서 적절한 상고이유가 될 수 없다고 하였다.
- 5) 피고의 상고이유 중에서 나머지 두 개는 ‘취업규칙의 불이익변경이 아니라는 주장’과 ‘동의 주체의 적법성 주장’이었다. 대상판결은 둘 모두에 대해 원심 판단을 긍정했다. 곧 전자에 대한 “간부사원 취업규칙 중 구 취업규칙과 달리 월차유급 휴가 조항을 삭제하고 연차휴가일수의 상한을 25일로 제한한 부분은 그 문언상 간부사원들에게 불리한 취업규칙의 변경에 해당한다고 보고, 피고가 주 5일 근무제를 도입하면서 간부사원의 감소된 연월차휴가수당 상당액을 2005년 10월경 기본급 인상으로 보전하려고 했더라도, 이는 간부사원 취업규칙의 제정·시행과는 별개의 조치이므로 취업규칙의 불이익변경 여부를 판단할 때 고려할 요소가 아니”라는 판단과 후자에 대한 “간부사원 취업규칙 제정 당시 간부사원이었던 직원뿐만 아니라 장래 간부사원으로 승진할 가능성이 있던 일반직·연구직·생산직 등의 직원들까지 포함한 근로자 집단이 간부사원 취업규칙 중 연월차 휴가와 관련된 부분의 동의주체가 된다.”라는 판단이 옳다고 보았다.

94조 제1항 단서6)가 요구하는 근로자의 집단적 동의를 받지 않았다고 하더라도 해당 취업규칙의 작성, 변경에 사회통념상 합리성이 있다면 유효하다고 판단하여 왔고, 이러한 법리를 사회통념상 합리성 법리라고 불렀다. 조금 구체적으로 설명하면 다음과 같다. 근로기준법 제94조 제1항 단서는 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 근로자 측의 집단적 동의를 받아야 한다고 규정하고, 판례는 이를 “취업규칙의 작성·변경이 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 내용일 때에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 받아야 한다.”라는 의미로 해석하여 왔다. 그런데 종래 대법원은, 취업규칙의 작성, 변경이 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아 그에 의하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 ‘사회통념상 합리성’이 있다고 인정되는 경우에는 근로자의 집단적 동의가 없다고 하여 변경된 취업규칙의 효력을 부정할 수 없다고 판단해 왔다(사회통념상 합리성 법리). 이 사건의 쟁점은, 이 판례를 그대로 유지할 것인지, 아니면 판례를 변경하여 사회통념상 합리성 유무와 관계없이 근로자의 집단적 동의를 받지 않은 취업규칙의 불이익변경을 무효로 볼 것인지 여부였다.

3. 판례 변경의 이유

대상판결은 종전 판례를 변경하였다. 사용자가 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하면서 근로자의 집단적 동의를 받지 못한 경우, 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 해당 취업규칙의 작성 또는 변경에 사회통념상 합리성이 있다는 이유만

6) 근로기준법 제94조(규칙의 작성, 변경 절차) ① 사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받아야 한다.

으로 그 유효성을 인정할 수는 없다는 것이다. 대상판결이 든 이유들은 다음과 같다.

① 취업규칙의 불리한 변경에 대하여 근로자가 가지는 집단적 동의권은 사용자의 일방적 권한에 한계를 설정하고 「헌법」 제32조 제3항⁷⁾의 취지와 근로기준법 제4조⁸⁾가 규정한 근로조건의 노사대등결정 원칙을 실현하는 데에 중요한 의미를 갖는 절차적 권리로서, 변경되는 취업규칙의 내용이 갖는 타당성이나 합리성으로 대체될 수 없다.

② 대법원은 1989년 개정 근로기준법이 집단적 동의 요건을 명문화하기 전부터 취업규칙의 불리한 변경에 대하여 근로자의 집단적 동의를 요한다는 법리를 확립하였다(대법원 1977. 7. 26. 선고 77다355 판결 참조). 근로자의 집단적 동의권은 명문 규정이 없더라도 근로조건의 노사대등결정 원칙과 근로자의 권익 보장에 관한 근로기준법의 근본정신, 기득권 보호의 원칙으로부터 도출된다. 이러한 집단적 동의는 단순히 요식적 절차 이상의 중요성을 갖는 유효요건이다. 더욱이 현재와 같이 근로기준법이 명문으로 집단적 동의 절차를 규정하고 있음에도 취업규칙의 내용에 사회통념상 합리성이 있다는 이유만으로 근로자의 집단적 동의를 받지 않아도 된다고 보는 것은 취업규칙의 본질적 기능과 그 불이익변경 과정에서 필수적으로 확보되어야 하는 절차적 정당성의 요청을 도외시하는 것이다.

③ 근로자의 집단적 동의가 있는 경우 취업규칙의 불리한 변경에 반대한 개별 근로자에 대해서도 변경의 효력을 인정함으로써 근로조건의 통일적 결정에 관한 요청이 충족되고 있으므로, 사용자가 근로자의 집단적 동의를 받지 않은 채 일방적으로 근로조건을 불리하게 변경한 경우에까지 사회통념상 합리성을 이유로 그 유효성을 인정하여 근로조건의 통일성을 도모할 필요는 없다. 근로조건의 유연한 조정은 사용자에게 의한 일방적 취업규칙 변경을 승인함으로써가 아니라, 단체교섭이나 근로자의 이해를 구하는 사용

7) 헌법 제32조 제3항 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”
 8) 근로기준법 제4조 “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다.”

자의 설득과 노력을 통하여 이루어져야 한다. 또한 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 불이익변경의 유효성을 인정할 여지가 있으므로, 근로자의 집단적 동의가 없다고 하여 취업규칙의 불리한 변경이 항상 불가능한 것도 아니다.

④ 대법원은 단체협약에 대해서도 동의권 남용 법리를 적용하고 있다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38007 판결 등).⁹⁾ 취업규칙의 불이익변경에 대하여는 단체협약보다 상위 규범인 법률에서 근로자의 집단적 동의권을 부여하고 있으므로, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하면서 근로자의 집단적 동의를 받지 않았다면 이를 원칙적으로 무효로 보되, 다만 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용한 경우에 한하여 유효성을 인정하는 것이 단체협약에 의한 노동조합의 동의권에 관한 위 대법원 판례의 태도와 일관되고 법규범 체계에 부합하는 해석이다.

⑤ 사회통념상 합리성이라는 개념 자체도 매우 불확정적이어서 어느 정도에 이르러야 법적 규범성을 시인할 수 있는지 노동관계 당사자가 쉽게 알기 어려울 뿐만 아니라, 개별 사건에서 다툼의 대상이 되었을 때 그 인정 여부의 기준으로 대법원이 제시한 요소들을 종합적으로 고려한 법원의 판단 역시 사후적 평가일 수밖에 없는 한계가 있다. 이에 취업규칙 변경의 효력을 둘러싼 분쟁이 끊이지 않고, 그 유효성이 확정되지 않은 취업규칙의 적용에 따른 법적 불안정성이 사용자나 근로자에게 끼치는 폐해 역시 적지 않았다.

⑥ 종전 판례의 해석은 강행규정인 근로기준법 제94조 제1항 단서의 명문 규정에 반하는 해석일 뿐만 아니라, 근로기준법이 예정한 범위를 넘어 사용자에게 근로조건의 일방적인 변경 권한을 부여하는 것이나 마찬가지로 여서 헌법 정신과 근로자의 권익 보장에 관한 근로기준법의 근본 취지, 근로조건의 노사대등결정 원칙에 위배된다.

9) 판례는 단체협약에 사용자의 조합원에 대한 인사처분 시 노동조합의 동의를 받도록 하는 규정이 있을 때 사용자가 노동조합의 동의 없이 조합원에 대한 인사처분을 하였다면 이는 원칙적으로 무효이고, 다만 노동조합이 동의권을 남용한 것으로 평가할 수 있는 경우 그 인사처분은 유효하다는 견해를 취하고 있다.

4. 집단적 동의권의 남용 범위

근로자의 집단적 동의 없이 일방적으로 불리하게 변경된 취업규칙이라도 어떤 경우에 그 효력이 예외적으로 인정될 수 있는가? 대상판결이 취업규칙의 불이익변경에 새로이 적용하는 집단적 동의권 남용 범리의 주요 내용은 다음과 같다.

① 민법은 신의성실과 권리남용의 금지를 민사법의 중요한 원칙으로 선언하고 있고, 이는 법질서 전체를 관통하는 일반 원칙으로서 실정법을 형식적이고 엄격하게 적용할 때 생기는 부당한 결과를 막고 구체적 타당성을 실현하는 작용을 하므로, 근로기준법상 취업규칙의 불이익변경 과정에서 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 행사할 때도 신의성실의 원칙과 권리남용금지 원칙이 적용되어야 한다.

② 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그 동의가 없더라도 취업규칙의 불이익변경을 유효하다고 볼 수 있다. 여기에서 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용한 경우란 관계 법령이나 근로관계를 둘러싼 사회 환경의 변화로 취업규칙을 변경할 필요성이 객관적으로 명백히 인정되고, 나아가 근로자의 집단적 동의를 구하고자 하는 사용자의 진지한 설득과 노력이 있었음에도 불구하고 노동조합이나 근로자들이 합리적 근거나 이유 제시 없이 취업규칙의 변경에 반대하였다는 등의 사정이 있는 경우를 말한다.

③ 다만, 취업규칙의 불이익변경에 근로자의 집단적 동의를 받도록 한 근로기준법 제94조 제1항 단서의 입법 취지와 절차적 권리로서 동의권이 갖는 중요성을 고려할 때, 집단적 동의권의 남용 여부는 엄격하게 판단할 필요가 있다.

④ 신의성실 또는 권리남용금지 원칙의 적용은 강행규정에 관한 것으로서 당사자의 주장이 없더라도 법원이 그 위반 여부를 직권으로 판단할 수 있으므로(대법원 1989. 9. 29. 선고 88다카17181 판결, 대법원 1995. 12. 22. 선고 94다42129 판결 등 참조), 집단적 동의권의 남용에 해당하는지 여부에

대하여도 법원은 직권으로 판단할 수 있다.

5. 대상판결의 의의

판례 변경의 결과 사회통념상 합리성 법리를 적용했던 종전의 대법원 판결들¹⁰⁾은 모두 대상판결의 견해에 배치되는 범위에서 변경된다.

이 사건에 관해 대상판결은, 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하였다. 그러나 파기환송의 취지가 피고의 결론적 주장을 수용한 것은 아니며,¹¹⁾ 단지 간부사원 취업규칙 중 연월차휴가와 관련된 부분에 대해 원심법원이 새로운 법리(집단적 동의권 남용 법리)에 따라 다시 한 번 판단해 보라는 데에 있는 것 같다.¹²⁾

대법원 공보연구관실은 대상판결의 선고와 함께 공개한 보도자료를 통해, 이 판결의 의의를 세 가지로 요약하였다. ① 취업규칙이 근로자에게 불리하게 변경되는 경우 근로자의 절차적 권리인 집단적 동의권이 침해되었다면 내용의 합리성이 있다는 이유만으로 취업규칙이 정당화될 수 없어 원칙적으로 무효라고 선언하였다.¹³⁾ 이로써 집단적 동의를 사회통념상 합리

10) 대법원 1978. 9. 12. 선고 78다1046 판결, 대법원 1988. 5. 10. 선고 87다카2853 판결, 대법원 2001. 1. 5. 선고 99다70846 판결, 대법원 2002. 6. 11. 선고 2001다16722 판결, 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다68953 판결, 대법원 2007. 11. 30. 선고 2005두13247 판결, 대법원 2009. 6. 11. 선고 2007도3037 판결, 대법원 2015. 8. 13. 선고 2012다43522 판결과 그와 같은 취지의 판결들.

11) 원고 등의 결론적 주장에 동조하는 것이 아님도 당연하다.

12) 이 점은 다수 의견에 대한 대법관 이흥구와 대법관 오경미의 보충의견에 잘 드러난다. “다수 의견은 (중략) 집단적 동의권 남용에 관한 법리를 채택하였다. 이는 이번 전원합의체 판결에서 새롭게 제시한 법리이고, 사실심에서 이 쟁점에 관한 당사자의 공방이나 심리도 이루어지지 않은 상태이므로, 법률심인 대법원이 직접 판단을 하기보다는 당사자로 하여금 사실심에서 다시 충실히 변론할 기회를 갖게 함으로써 재판받을 권리를 실질적으로 보장하는 것이 바람직하다. 다수 의견이 제출된 증거와 변론의 전 취지를 종합하여 직접 집단적 동의권 남용 여부를 판단하지 않은 것을 비판하는 지적은 이러한 점에서 타당하지 않다.”

13) 이 점은 다수 의견에 대한 대법관 이흥구와 대법관 오경미의 보충의견에 잘 드러난다. “취업규칙의 불이익변경에 관한 근로자의 집단적 동의권은 헌법에 근

성으로 대체할 수 없음을 명시하여 취업규칙 불이익변경의 유효요건을 법문대로 정립하였다. ② 근로자의 집단적 동의권이 갖는 절차적 중요성을 강조하여 사용자로서는 근로자의 집단적 동의를 구하고자 하는 진지한 설득과 노력이 필요하다는 점을 확인함으로써, 취업규칙 변경 절차가 근로조건 기준 결정에 관한 헌법(인간의 존엄성 보장) 및 근로기준법(근로조건의 노사대등 결정, 자율적 결정)의 이념과 취지에 더욱 부합하도록 유도하였다. ③ 근로자 측이 집단적 동의권을 남용한 경우에는 예외적으로 불이익한 취업규칙 변경의 효력을 인정할 가능성을 열어 둠으로써 구체적 타당성을 기할 수 있도록 하였다.

종전 판례와 새 판례의 현실적 차이는 시간이 지나야 드러나겠지만, 적어도 이론적 차이는 확연하고 또 분명하다. 종전 판례는 사회통념상 합리성의 유무를 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도, 사용자 측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등 관련된 다른 근로조건의 개선상황, 노동조합 등과의 교섭경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등 다양한 요소들을 종합적으로 고려하여 판단하였다. 이러한 판단 구조에서 근로자의 동의를 구하기 위한 사용자의 노력(노동조합 등과의 교섭경위

거하여 법률이 명문으로 보장하는 근로자의 절차적 권리이다. 근로자에게 근로현장은 삶의 토대이고 취업규칙에서 정하는 근로조건은 이를 구성하는 뼈대이다. 헌법과 근로기준법이 취업규칙에 관한 근로자의 절차적 권리를 보장하는 취지는 근로자가 근로조건을 설정, 변경하는 과정에 주체적으로 참여하는 것이 인간의 존엄성과 자율성의 보장을 위한 요청임에 주목하여 근로조건의 노사대등결정 원칙을 실현하려는 데에 있다. 종전 판례 법리의 가장 근본적인 문제점은 이처럼 중요한 근로자의 절차적 권리를 변경된 내용의 결과적 합리성을 이유로 형해화한다는 것이다. 절차적 정당성과 실제적 합리성은 구별되어야 하고, 내용이 합리적이라는 이유로 절차적 권리의 침해를 정당화할 수 없다. 취업규칙의 불리한 변경이 정당화되는 근거는 근로자들이 자율적이고 주체적인 판단으로 동의절차를 통해 자신에게 불리한 근로조건을 수용하였다는 점에 있는 것이지 그 내용이 합리적이어서가 아니다. 사회통념상 합리성을 이유로 무효인 취업규칙의 효력을 인정하는 종전 판례 법리는 근로자를 자신의 근로조건을 결정하는 절차적 과정의 주체로 인정하지 않고 보호의 객체에 머물게 하는 결과를 가져온다.”

및 노동조합이나 다른 근로자의 대응)은 여러 요소들 중 하나의 요소 또는 부차적 요소로서 취급되었다. 그에 비해 새 법리인 집단적 동의권 남용 법리에서 근로자의 집단적 동의를 구하기 위해 사용자의 진지한 설득과 노력이 있었는가라는 점은, 관계 법령이나 근로관계를 둘러싼 사회 환경의 변화로 취업규칙을 변경할 필요성이 객관적으로 명백히 인정되는가라는 점과 함께, 일방적으로 불리하게 변경된 취업규칙의 효력을 예외적으로 인정할 수 있는 유효 요건을 구성하게 된다. 요컨대 앞으로는 취업규칙의 불이익변경에 있어 실제적 합리성이 절차적 정당성을 대체할 수 없다.

강성태(한양대학교 법학전문대학원 교수)

사회통념상 합리성 법리의 폐기와 동의권 남용 이론의 형성

- 대법원 2023. 5. 11. 선고 2017다35588, 2017다35595(병합) 전원합의체 판결 -

【판결요지】

사용자가 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하면서 근로자의 집단적 의사결정방법에 따른 동의를 받지 못한 경우, 이는 근로기준법 제94조 제1항 단서를 위반하여 근로자의 집단적 동의권을 침해한 것으로 원칙적으로 무효이고, 노동조합이나 근로자들이 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 해당 취업규칙의 작성 또는 변경에 사회통념상 합리성이 있다는 이유만으로 그 유효성을 인정할 수 없다.

이와 달리 사용자가 근로자의 집단적 동의 없이 취업규칙을 작성·변경하여 근로자에게 기존보다 불리하게 근로조건을 변경하였더라도 해당 취업규칙의 작성 또는 변경에 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우 그 적용을 인정한 종래의 대법원 판례를 모두 변경한다.

1. 사안의 배경

대법원은 1977. 7. 26. 선고 77다355 판결에서 취업규칙의 불이익 변경에 대하여 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 있어야 효력을 인정할 수 있다고 판시한 후 -이는 1989년 「근로기준법」 제95조 제1항으로 입법화됨- 1978. 9. 12. 선고 78다1046 판결에서 취업규칙의 불리한 변경에 대하여 근로자의 집단적 동의를 받지 않더라도 ‘사회통념상의 합리성’이 인정된다면 그 취업규칙이 유효하다는 법리를 제시하였다. 이른바 ‘사회통념상의 합리성’ 법리는 취업규칙의 사회적 정의 관념과 구체적 타당성, 그리고 법적 안정성을 위해 필요하다는 견해도 있지만,¹⁾ 오랫동안 노동계와 노동

1) 구자형(2022), 「사회통념상 합리성 법리의 근거와 필요성」, 『월간 노동법률』 2022년 12월호, (주)중앙경제.

법학계의 다수는 현행 「근로기준법」 제94조 제1항 단서가²⁾ 규정하고 있는 명문을 전면 위반하는 것으로 근로자의 집단적 동의권을 형해화할 뿐만 아니라 ‘사회통념상의 합리성’이라는 모호한 개념으로 오히려 법적 안정성을 무너뜨리고 있다는 비판을 하여 왔다.

본 대상판결이 나오기까지 약 45년 동안 취업규칙의 절차적 정당성이 다투어질 때마다 사용자 측은 ‘사회통념상의 합리성’ 법리를 주장하였고, 대법원은 그것을 근거로 취업규칙의 유효를 판단하는 다수의 판결례를 판시하였다. 또한 박근혜 정부는 ‘취업규칙 지침’을 내려 취업규칙의 불이익 변경에 과반수 노동조합 또는 근로자 과반수가 반대하더라도 사회통념상 합리성 법리에 따라 취업규칙의 효력을 인정할 수 있다는 가이드라인을 제시하였고 이를 공공기관의 임금피크제와 성과연봉제 도입에 활용하였다. 해당 지침은 문재인 정부 때 공식적으로 폐기하였다.

2. 사실관계 및 법원의 판단

피고 회사(현대자동차)는 취업규칙을 제정하여 ‘전체’ 직원에게 적용해 왔는데, 2003년 「근로기준법」이 개정되어 근로시간을 주 44시간에서 주 40시간으로 단축(일명 ‘주5일제’)하고, 월차 휴가를 폐지하며, 연차휴가의 상한을 25일로 규정하자, 이러한 개정 내용을 반영하여 과장급 이상 ‘간부’ 사원에게만 적용되는 취업규칙을 2004년 따로 제정하였다. 해당 취업규칙 제정 당시 직접 적용 대상인 간부 사원의 89%에게서 동의서를 받았지만, 간부 사원이 아닌 근로자들이 과반수 가입한 노동조합의 동의는 받지 않았다.

원고들은 과장급 이상의 직위에서 근무하던 근로자들로서 제1심에서³⁾

2) 「근로기준법」 제94조(규칙의 작성, 변경 절차) ① 사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받아야 한다.

3) 서울중앙지방법원, 2015. 11. 6. 선고 2014가합41686·2014가합57643(병합) 판결.

간부 사원 취업규칙 중 연월차 휴가 관련 부분은 무효이므로 2004년부터 지급받지 못한 연월차휴가수당 상당액을 ‘부당이득’으로 보아 반환할 것을 청구하였다. 그러나 제1심 법원은 원고들이 받지 못한 연월차휴가수당은 부당이득이 아니라고 보아 원고들에게 패소 판결을 하였다. 즉, 부당이득은 피고가 법률상 원인 없이 이득을 얻고 원고들에게 손해가 발생하여야 하는데, 피고 회사가 제정한 취업규칙이 무효라고 전제할 때 피고는 여전히 연월차휴가수당 지급이라는 채무를 부담하고 있으므로 이득을 얻은 바가 없다는 것이다.

제2심인 원심에서⁴⁾ 원고들은 청구취지를 변경하여 미지급 연월차휴가수당의 지급을 직접 구하는 청구를 추가하였다. 원심은 먼저 간부 사원에게 적용되는 취업규칙의 동의 범위를 확정하는데, “여러 근로자 집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있어 비록 취업규칙의 불이익 변경 시점에는 어느 근로자 집단만이 직접적인 불이익을 받더라도 다른 근로자 집단에게도 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 경우에는 일부 근로자 집단은 물론 장래 변경된 취업규칙 규정의 적용이 예상되는 근로자 집단을 포함한 근로자 집단이 동의 주체가” 된다는 대법원판결을⁵⁾ 근거로 피고 회사는 간부 사원으로 승진할 가능성이 있는 일반직·연구직·생산직 등의 직원들을 포함한 근로자 집단 과반수의 동의를 얻어야 한다고 판시하였다. 따라서 피고 회사는 적법한 동의 절차를 따르지 않은 것이 된다. 그렇다면 해당 취업규칙은 동의 절차를 따르지 않더라도 사회통념상의 합리성이 있어 유효가 될 것인지가 쟁점이 되는데, 원심은 이 역시 간부 사원이 아닌 근로자들과 영업직 간부 사원의 경우 구 취업규칙을 적용하여 월차유급휴가 제도를 유지하고 휴가일수에 제한을 두지 않은 것을 들어 원고 등과 같은 간부 사원에게만 월차유급휴가를 폐지하고 휴가일수를 제한할 필요성이 있어 보이지 않다는 이유 등을 들어 부정하였다. 결과적으로 원고 중 일부는 소멸시효 등으로 패소되

4) 서울고등법원, 2017. 7. 21. 선고 2015나31898·2015나31904(병합) 판결.
 5) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2009두2238 판결. 다만, 사실관계에서 피고 회사의 간부 사원 취업규칙 제정 당시는 2004년으로서 위 대법원판결 선고 시기인 2009년보다 5년 앞서 있다.

어 원고와 피고 회사 모두 상고하였다.

대법원의 다수 의견(7명)은 취업규칙이 불리하게 변경될 때 근로자의 집단적 동의를 받지 못한 경우, 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 없으면 취업규칙 변경이 사회통념상 합리성이 있다는 이유만으로 그 유효성을 인정할 수 없다고 판시하였다. 그 근거로는 취업규칙의 불이익 변경에 대한 근로자의 집단적 동의권은 헌법 제32조 제3항에⁶⁾ 근거하고 「근로기준법」 제4조가⁷⁾ 명시한 근로조건을 노사대등결정 원칙을 실현하는 중요한 절차적 권리인데, 변경되는 취업규칙의 내용이 타당하고 합리적이라고 해서 그것을 대체할 수 있는 것이 아니라는 점이다. 따라서 종전 판례가 제시하는 사회통념상 합리성 법리는 강행규정인 「근로기준법」 제94조 제1항 단서의 명문 규정에 반하고, 헌법 정신과 「근로기준법」의 근본 취지, 근로조건을 노사대등결정 원칙에 어긋난다고 한다.

사회통념상 합리성 법리에 대한 비판점 중 하나는 그 개념의 불확정성이었다. 대법원의 다수 의견 역시 이 점을 지적하며 어느 정도에 이르러야 사회통념상 합리성이 인정되는지 당사자가 쉽게 알기 어렵기 때문에 법적 분쟁이 계속되어 법적 불안정성이 큰 점도 판례 변경의 이유로 꼽았다.

다만, 사회통념상 합리성 법리의 장점이었던 취업규칙의 사회정의 관념 및 구체적 타당성을 확보하기 위해 예외적으로 집단적으로 동의를 남용할 경우 동의가 없는 취업규칙의 불이익 변경도 유효하다는 판시도 함께 하였다. 근로자 측이 집단적으로 동의를 남용한 경우란 ① 관계 법령이나 근로관계를 둘러싼 사회 환경의 변화로 취업규칙을 변경할 필요성이 객관적으로 명백히 인정되고, ② 근로자의 집단적 동의를 구하고자 하는 사용자의 진지한 설득과 노력이 있었음에도 불구하고, ③ 근로자 측이 합리적 근거나 이유 제시 없이 취업규칙의 변경에 반대하였다는 등의 사정이 있음을 의미

6) 헌법 제32조 ③ 근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.

7) 「근로기준법」 제4조(근로조건 결정) 근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다.

한다. 다만, 「근로기준법」 제94조 제1항 단서의 입법 취지와 절차적 권리로써 동의권이 갖는 중요성을 고려할 때, 집단적 동의권의 남용은 엄격하게 판단할 필요가 있다고 한다.

이러한 다수 의견에 반대하는 별개 의견(6명)이 제시되었는데, 별개 의견은 사회통념상 합리성 법리가 오랜 기간 실무에서 활용된 만큼 그 타당성(또는 유용성)을 인정하여 그대로 유지되어야 한다는 입장이다. 그 근거로 별개 의견은 먼저, 1989년 「근로기준법」이 개정되면서 판례의 취업규칙 불이익 변경 시 집단적 동의 요건을 명시적으로 규정하였는데, 이때 사회통념상 합리성 법리도 함께 ‘수용’한 것으로 보아야 한다고 주장한다. 그리고 법리가 실무에 장기간 고착되었으므로 신의칙이나 조리 등 법의 일반원칙으로서의 성격을 가지므로 법문에 명시되지 않았다고 하여 적용이 배제되지 않는다고 한다. 또한, 법적 불안정성에 대한 비판 역시 오히려 오랜 기간 판례가 축적되었고 대법원이 해당 요건을 판시한 이상 법적 안정성과 예측 가능성이 확보되었다는 의견이다.

3. 시사점 및 법원의 별개 의견에 대한 반론

먼저 해당 판결의 시사점을 생각하면 다음과 같다.

첫째, 사법부의 법 형성 기능을 지금이라도 바로 잡았다는 점에서 바람직하다. 「근로기준법」 제94조 제1항 단서의 명문이 동의 요건을 규정하고 있음에도 불구하고 그것을 부정하는 대법원의 기존 판시는 새롭게 법을 형성하는 기능이였다. 즉, 법원은 국회가 만든 법률을 충실히 해석하는 역할을 하여야 하는데, 우리 헌법이 규정한 3권분립에 반하여 입법부가 담당할 일을 사법부가 한 것이다. 만일 불리하게 변경된 취업규칙의 정의 관념과 구체적 타당성을 확보하는 것이 필요하다면, 그것은 어디까지나 의회가 입법을 통해 해결할 영역이지, 법원이 법률적 근거 없는 법리를 창설(수입)하여 스스로 법을 만들어서는 안 되는데 그동안 그런 상황을 방치한 것이다.

여기서 덧붙여 살펴볼 점은 별개 의견이 제시한 근거이다. 별개 의견은 대법원의 판시 사항을 1989년 「근로기준법」이 개정되면서 사회통념상 합리성 법리가 '수용'된 것이라 밝히는데, 그렇게 따지면 대법원의 법률 해석은 입법부가 그것을 부정하는 법을 제·개정하지 않는 이상 모두 법률에 '수용'된 것으로밖에 볼 수 없다. 그렇다면 도대체 수용은 무엇인가? 별개 의견은 그것을 자세히 설명하지 않는다. 만들어진 법률이 기존의 대법원 판시를 부정하지 않는다고 해서 그것을 받아들였다고 보는 것은 대법원이 새롭게 법을 형성하는 역할을 하겠다는 것으로 해석될 수밖에 없고, 이는 3권분립에 반하는 매우 위험한 발상이다.

둘째, 노사관계에서 절차적 권리의 중요성을 재확인하였다. 다수 의견에 대한 보충 의견은 근로자가 갖는 집단적 동의권의 중대성을 다음과 같이 설명한다. 근로현장은 삶의 토대이고, 취업규칙이 정한 근로조건은 뼈대인데, 헌법과 「근로기준법」이 취업규칙에 관한 절차적 권리를 보장하는 취지는 근로자가 근로조건을 설정, 변경하는 과정에서 '주체적'으로 참여하는 것이 인간의 존엄성과 자율성을 보장하는 것에 합당하는 것이다. 따라서 사회통념상 합리성 법리는 결과적 합리성을 근거로 중요한 근로자의 절차적 권리를 형해화한 것이라고 설명한다. 근로자가 불리한 취업규칙을 받아들이는 이유는 자신이 동의해서이지 그 내용이 합리적이기 때문은 아니다.

셋째, 이번 판결로 인해 취업규칙의 불이익 변경 시 일어나는 노사갈등이 줄어들 것으로 보인다. 대법원은 근로자 측의 집단적 동의권의 남용 요건으로 사용자의 진지한 설득과 노력을 들고 있다. 즉, 사용자는 근로자 측의 동의권 남용을 주장하기 위해서는 전제로 취업규칙의 불이익 변경에 대해 근로자 측을 진지하게 설득하고 이해시킬 노력 의무를 부담하는 것이다. 취업규칙 불이익 변경 시 발생하는 노사갈등의 다수가 사회통념상 합리성 법리를 믿고 노사대화보다는 일방적으로 변경을 밀어붙이는 것에서 발생한다는 점을 감안하면 대화를 전제로 한 협의 과정이 증진할 것으로 판단된다.

관련하여 별개 의견 중 사회통념상 합리성 법리가 이미 법적 안정성과 예측 가능성을 확보하였다는 주장을 검토하면, 법적 안정성과 예측 가능성이

확보되었다면 노사 양측은 그 결과를 예상할 수 있기 때문에 이와 관련된 분쟁이 발생하지 않아야 한다. 그러나 취업규칙의 불이익 변경과 관련하여 다툼에서 사용자는 약방의 감초처럼 사회통념상의 합리성 법리를 이유로 취업규칙의 유효성을 주장하고 그것에 반발하는 근로자 측으로 인해 소송으로까지 이어지는 것이 다반사인 것을 보면 법적 안정성과 예측 가능성이 담보되었다고 보기 힘들다. 더불어 이렇게 법적 안정성과 예측 가능성이 취약한데 사회통념상 합리성 법리가 신의칙이나 조리에 버금가는 법의 일반 원칙으로 자리잡았다고도 볼 수 없다.

다만, 불리하게 변경된 취업규칙의 구체적 타당성을 확보하기 위해 대법원은 집단적 동의권 남용 법리를 내세우는데, 별개 의견은 사회통념상 합리성 법리보다 남용 법리가 더 모호하다고 주장한다. 그러나 이는 새로운 법리를 창설한 것이 아니라, 사법(私法)뿐만 아니라 법의 일반원칙으로 자리잡은 신의칙의 하나로서 권리남용 이론을 적용한 것뿐이다. 따라서 기존의 권리남용 이론에 따라 축적된 판례의 해석 기준이 잣대가 될 수 있다고 생각되며, 대법원이 해당 판결에서 실시한 대로 엄격하게 해석되는 한, 말 그대로 정의 관념에 반하는 매우 예외적인 경우에만 적용될 것으로 예상된다.

양승엽(한국노동연구원 부연구위원)

사업(장) 상시 근로자 수 산정 기준

- 대법원 2023. 6. 15. 선고 2020도16228 판결 -

【판결요지】

근로기준법 제11조 제1항의 '상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장'이란 '상시 근무하는 근로자의 수가 5명 이상인 사업 또는 사업장'이 아니라 '사용하는 근로자의 수가 상시 5명 이상인 사업 또는 사업장'을 뜻하는 것이고, 이 경우 상시란 상태(常態)를 의미하므로 근로자의 수가 때때로 5인 미만이 되는 경우가 있어도 사회통념에 의하여 객관적으로 판단하여 상태적으로 5인 이상이 되는 경우에는 이에 해당한다.

이러한 취지에 비추어 보면, 주휴일은 근로기준법 제55조 제1항에 의하여 주 1회 이상 휴일로 보장되는 근로의무가 없는 날이므로, 주휴일에 실제 근무하지 않은 근로자는 근로기준법 제11조 제3항의 '상시 사용하는 근로자 수'를 산정하는 기준이 되는 같은 법 시행령 제7조의2 제1항의 '산정기간 동안 사용한 근로자의 연인원' 및 같은 조 제2항 각 호의 '일(日)별 근로자 수'에 포함하여서는 아니 된다. 주휴일은 매주 일정하게 발생하는 휴일로서, 주휴일에 실제 출근하지 않은 근로자를 상시 사용 근로자 수에서 제외하여야 해당 사업장의 보통 때의 통상적인 사용 상태를 제대로 반영할 수 있고, 이를 제외하여도 사용자나 근로자가 근로기준법의 적용 여부를 사전에 파악하는 데에 어려움이 없어 법적 안정성과 예측 가능성을 해하지 않기 때문이다.

「근로기준법」(이하, 근로기준법)은 원칙적으로 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용되지만, 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 법의 일부 규정을 적용할 수 있다(제11조 제1항 및 제2항). 상시 근로자 수를 기준으로 근로기준법의 일부 규정을 제외하는 것의 취지에 대해 학설에서는 ① 행정감독상의 어려움, ② 사용자의 법 준수 능력 고려, ③ 법과 현실과의 괴리로 규범의 실효성이 떨어지는 것을 방지 등을 언급하고 있다.¹⁾

상시 근로자 수 산정 기준에 관한 명문의 규정은 2008년 근로기준법 개정²⁾을 통해 도입되었으며, 구체적인 산정 방법은 대통령령에 위임하고 있다.³⁾ 그 주요 내용은 상시 사용하는 근로자 수는 원칙적으로 해당 사업 또는 사업장에서 법 적용 사유 발생일 전 1개월 동안 사용한 근로자의 연인원을 같은 기간 중의 가동 일수로 나누어 산정하되, 예외적으로 그 산정 결과가 해당 사업 또는 사업장의 상태(常態)적인 고용 현황을 반영하지 못하는 경우에는 상태적인 고용 현황에 따라 법을 적용하도록 하는 것이다. 이처럼 상시 근로자 수 산정을 세부적으로 정하고 있기 때문에, 사전에 영세사업주들이 사업(장) 근로자 수를 인지하는 것은 쉽지 않다. 이러한 점은 최근 대법원 2023. 6. 15. 선고 2020도16228 판결에서 잘 나타나고 있다.

기본적인 사실 관계를 살펴보면 다음과 같다. 이 사건 사업주는 2018. 6. 부터 2018. 9.까지 사이에 통상근로자 3명과 단시간근로자 몇 명을 사용하였고 위 기간 동안 이 사건에서 근무한 근로자의 수는 아래 표와 같다.

산정기간 (가동일수)	근로자의 수 (명)	연인원 (명)	연인원(주휴일 인원 포함, 명)
2018. 6. 1.~2018. 6. 30.(30일)	143	4.76(=143/30)	5.1명(=153/30)
2018. 7. 1.~2018. 7. 31.(31일)	153	4.96(=153/31)	5.48(=170/31)
2018. 8. 1.~2018. 8. 31.(31일)	149	4.80(=149/31)	5.03(=156/31)
2018. 9. 1.~2018. 9. 6.(6일)	29	4.83(=29/6)	5.0(=30/6)

- 1) 예컨대 노동법실무연구회(이용구·임상은 집필부분)(2020), 『근로기준법주해 I (제2판)』, 박영사, pp.888~889에서는 “소규모 영세 사업장까지 법 전체를 적용할 경우 현실적으로 소규모 영세 사업자들이 법을 준수할 수 없고, 행정 감독 관청도 이를 감독하기가 어렵기 때문에 결과적으로 법의 규범적 효력이 약화되는 결과를 가져오기 쉽다.”고 설명하고 있다.
- 2) 근로기준법(시행 2008. 7. 1.) [법률 제8960호, 2008. 3. 21. 일부개정].
- 3) 근로기준법 시행령(시행 2008. 7. 1.) [대통령령 제20873호, 2008. 6. 25. 일부개정].

이 중 근로자 1은 이 사건 사업장에서 2018. 6. 1.부터 2018. 9. 5.까지, 근로자 2는 2018. 6. 25.부터 2018. 9. 6.까지 근무하였고, 각 14:30부터 04:00까지 1일 11.5시간 주 6일을 근무하였다. 이 사건 사업주는 근로자 1, 근로자 2에게 임금 각 월 230만 원을 지급하였다.

그런데 이에 대하여, 검찰에서는 상시 사용하는 근로자 수의 계산에 필요한 연인원에는 실제 근무한 근로자의 수에 근로기준법 제55조에 따른 주휴일인 근로자를 포함하여야 하고, 이렇게 계산한 이 사건 사업장의 연인원은 5명 이상이므로 이 사건 사업장은 상시 5인 이상을 사용하는 사업장으로 판단하고, 이 사건 사업주가 상시 5인 이상을 사용하는 사업주로서 근로기준법 제50조, 제56조에 따라 근로자에게 연장근로, 야간근로에 대한 가산임금을 지급하여야 한다고 판단하였다. 그런데 지급된 임금이 최저임금법상 최저임금에 미달하는지 여부는 최저임금 적용여부를 위한 임금(이하 '비교대상 임금'이라 한다.)을 고시된 최저임금과 비교하여야 하는데, 비교대상 임금은 「최저임금법」 제6조 제4항 및 같은 법 시행규칙 제2조 [별표 1]이 정한 바에 따라 피고인이 근로자에게 지급한 임금 중 가산임금을 제외한 '비교대상 임금'을 소정근로시간으로 나누어 산정, 피고인이 근로자 1, 근로자 2에게 지급한 임금 월 230만 원에서 가산임금을 공제한 나머지 금액은 1,563,546 원이고, 근로자 1, 근로자 2의 1주 소정근로시간은 69시간(=11.5시간×6일)이며, 이를 시간당 임금으로 환산하면 5,214원(=1,563,546원/299.82시간)이므로, 2018년도 고시된 최저임금인 7,530원에 미치지 못하여 최저임금법위반에 해당한다고 보았다.

사실 관계가 다소 복잡하지만, 법리적 논점은 '상시'의 개념을 어떻게 판단할 것인지 여부이다. 과거 행정해석 및 질의회시에서는 '상시'의 개념을 주로 고용관계를 중심으로 판단하여 왔다. 반면 대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도364 판결에서는 "사용하는 근로자의 수가 상시 5인 이상인 사업 또는 사업장"을 뜻하는 것이고, 이 경우 상시라 함은 상태(常態)라고 하는 의미로서 근로자의 수가 때때로 5인 미만이 되는 경우가 있어도 사회통념에 의하여 객관적으로 판단하여 상태적으로 5인 이상이 되는 경우에는 이에 해당

한다.”고 보면서, 사회통념상 객관적인 판단을 중시하고 있다. 이 2008년 판결은 식당에 관한 사건이지만,⁴⁾ 그 주요 법리는 대법원 2000. 3. 14. 선고 99도1243 판결에 따른 것이다. 2000년 판결은 이삿짐센터에서의 근로자 수 산정에 관한 것으로, 일용근로자 수가 사업장 근로자 수 산정에서 어떻게 판단할 것인지가 주요 쟁점이 된 사건이라는 점이 특징적이다. 이처럼 ‘상시’의 개념 판단은 원칙적으로 고용된 자를 기준으로 파악하는 것이 타당하지만, 구체적인 사건에서 문제되는 사업장은 주로 임시·일용직, 단시간근로 등이 문제되고 있으므로, 2008년 판결이 기준으로 작용하고 있다.

대상판결에서는 “근로기준법 시행규칙 제7조의2는 ‘상시근로자 수’는 산정기간 동안 사용한 근로자의 연인원을 같은 기간 중 가동일수로 나누어 산정하도록 정하고 있고, 이때 연인원은 통상근로자 외 기간제근로자, 단시간근로자 등 고용형태를 불문하고 사업장에서 근로하는 모든 근로자로 규정하고 있는바, 위 규정이 말하는 연인원은 사업장에서 ‘고용된 근로자’가 아니라 ‘실제 근무한 근로자’를 말하는 것으로 보는 것이 위 규정의 문언에 충실한 해석이고, 잠시 사용하는 일용근로자를 포함한다는 위 판례의 취지에 부합하며, 주휴일인 근로자가 고용관계가 유지되고 있다는 이유로 연인원에 포함시키는 것은 법률상 근로의무가 없는 근로자를 근무한 것으로 산정하는 것이어서 불합리하다.”고 판단하고 있다.

이러한 판례의 입장을 일반 원칙으로 받아들인다면, 사업(장)에서 근로자를 산정할 때 가동일의 ‘실제 근무한 근로자’가 상시근로자 수의 기준이 된다고 볼 수 있다. 다만 이처럼 비정기적 휴식제도인 휴가, 휴직 등을 매번 상시근로자 사용에서 고려해야 한다면, 사업(장) 상시근로자 수 산정의 예측가능성은 현저하게 떨어질 수밖에 없게 된다.

다만 근로기준법상 상시근로자 수가 형사처벌의 기준이 되므로, 피의자에게 불리하게 확장 해석하는 것은 타당하지 않다는 점도 이러한 판단에 영

4) 이 판례는 주방직원이 3명, 홀에서 서빙하는 직원이 적어도 2명으로 보통 3~4명이고, 폐업일 직전 등 일시적으로 직원 수가 4인이었던 기간이 3~4개월인 식당이 근로기준법 적용대상인 ‘상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장’에 해당한다고 본 사건이다.



향을 미쳤을 것으로 보인다. 보다 근본적으로는 상시근로자 수에 따른 근로 기준법 적용 제외의 입법 취지상 사후 산정을 통해 근로자 수가 확정되는 방식에 대한 입법적 타당성이 검토될 필요가 있다.

김근주(한국노동연구원 연구위원)

생활임금 조례의 위법성

- 대법원 2023. 7. 13. 선고 2022추5156 판결 -

【판결요지】

시의 공공기관 소속 근로자, 시와 공공계약을 체결한 기관·단체 또는 업체에 소속된 근로자 등에 대하여 생활임금을 지급하도록 하는 사무는 그 주민이 되는 근로자가 시에서의 기본적인 생활여건을 형성할 수 있도록 하는 것으로 주민복지에 관한 사업이라 할 것이고, 이는 경제적 여건이 상이한 지방자치단체의 현실을 고려하여 결정되는 것이므로, 이러한 생활임금의 지급에 관한 사무는 지방자치단체 고유의 자치사무인 지방자치법 제13조 제2항 제2호 소정의 주민의 복지증진에 관한 사무 중 주민복지에 관한 사업에 해당되는 사무라고 할 것이다.

피고 부산광역시의회는 2022. 3. 23. ‘부산광역시 생활임금 조례 일부개정조례안’(이하, ‘이 사건 조례안’이라 한다.)을 의결하여, 2022. 3. 24. 원고 부산광역시시장에게 이송하였다. 원고는 2022. 4. 11. 이 사건 조례안 제11조 제3항이 자신의 예산안 의결권을 침해한다는 등의 이유로 피고에게 재의를 요구하였으나, 피고는 2022. 6. 21. 이 사건 조례안을 원안대로 재의결함으로써 이를 확정하였다. 이에 원고는 피고를 상대로 조례안재의결무효확인 소송을 제기하였다.

제3조(적용대상) ① 생활임금 적용대상은 다음 각 호 중 부산광역시장(이하 “시장”이라 한다.)이 제5조에 따른 부산광역시생활임금위원회의 심의를 거쳐 결정한다.

1. 「공무원보수규정」 및 「지방공무원 보수규정」의 적용을 받지 않는 시 소속 노동자
2. 공공기관 및 공공기관의 자회사 소속 노동자

3. 시로부터 사무를 위탁받은 기관·단체 또는 업체에 소속된 노동자
 4. 시의 공사·용역 등을 수행하는 기관 및 업체에 소속된 노동자 중 시의 업무를 직접 수행하는 노동자
 5. 제4호의 기관 및 업체의 하수급인이 직접 고용한 노동자
 6. 시비 또는 국비로 운영비를 보조받아 인건비를 지급해야 하는 민간단체에 고용된 노동자
- ② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 적용을 제외한다.
1. 공공근로, 지역공동체사업 등과 같이 국비 또는 시비 지원으로 일시적으로 채용되어 임금의 추가 지급이 금지된 노동자
 2. 그 밖에 생활임금 이상의 임금을 받고 있는 노동자

제11조(생활임금의 장려) ① 시장은 부산시와 위탁·용역 및 그 밖의 계약(이하 “공공계약”이라 한다.)을 체결하는 자가 그 공공계약을 이행하는 소속 노동자에게 생활임금을 지급하도록 권장하고 필요한 경우 가점 등의 장려정책을 시행할 수 있다.

- ② 시장은 공공계약 체결을 위하여 공공계약 대금을 산출하는 경우에 노무비는 생활임금이 반영될 수 있도록 노력하여야 한다.
- ③ 시장은 제3조 제1항 각 호의 적용대상 전 직원을 대상으로 호봉 재산정을 통해 생활임금을 반영하여야 한다.
- ④ 시장은 생활임금 운영상황에 대한 지도·감독 활동을 성실히 수행하여야 한다.

대법원은 이 사건 조례안 제11조 제3항이 주민의 복지증진에 관한 사무 중 주민복지에 관한 사업에 해당하는 사무라는 점, 원고의 예산안 편성권을 본질적으로 침해한다고 볼 수 없다는 점, 원고의 임금 결정에 관한 고유권한에 대하여 사전에 적극적으로 관여하는 것이라고 보기 어려운 점, 근로기준법 제4조에 위반되지 않는다는 점, 조례안 내 다른 규정과 상호 모순·저촉되지 않는다는 점을 이유로 효력이 부인되지 않는다고 판단하면서, 원고의 청구를 기각하였다.

‘생활임금’이란 근로자가 보다 여유 있는 생활을 할 수 있도록 최저임금

보다 높은 수준의 임금을 지급하도록 하는 제도이다. 우리나라의 생활임금은 2013. 1월 서울특별시 성북구와 노원구에서 구청장의 행정명령으로 최초로 도입된 이후, 순차적으로 지방자치단체별로 조례를 통하여 확대 시행되고 있다.

생활임금은 지방자치단체 소속 공무원이 아닌 근로자, 지방공사·공단 및 지방자치단체 출자·출연기관(이하, '지방공공기관'이라 한다.) 소속 근로자, 민간위탁 수탁기관 소속 근로자 등의 임금 산정에 직·간접적인 영향을 미친다. 특히, 최저임금 수준의 저임금 근로자의 임금 수준을 결정함에 있어 가장 중요한 기준으로 작용한다.

이 생활임금 조례에 관해서는 도입 초기부터 위법 논란이 제기되었다. 대표적인 것이 바로 지방의회와 지방자치단체의 장 사이의 권한 갈등이다. 이와 관련하여, 대상판결은 생활임금 조례가 지방자치단체의 장의 예산안 편성권과 인사권을 침해하지 않는다고 판단하여 그 간의 논란이 되었던 일부 사항에 관하여 정리하였다.

대상판결에도 불구하고 생활임금을 둘러싼 모든 논란이 해소된 것인지는 의문이다. 대표적인 것이 바로 생활임금 조례를 통하여 지방자치단체가 아닌 지방공공기관 또는 민간위탁 수탁기관 근로자에 대한 임금 결정을 강제할 수 있느냐의 문제이다. 부산광역시 생활임금 조례 제3조 제1항과 유사하게 대부분의 생활임금 조례에서는 지방자치단체 소속 공무원이 아닌 근로자 외에도 지방공공기관 또는 민간위탁 수탁기관 근로자도 적용범위로 정하고 있기 때문이다.

우선, 지방공공기관 또는 민간위탁 수탁기관 근로자에게 생활임금을 강제한다면 법률유보의 원칙 등에 반하여 위법일 수 있다는 견해가 있다. 지방자치법 제28조 제1항에서는 “지방자치단체는 법령의 범위에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리 제한 또는 의무 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.”라고 규정하여, 법률우위의 원칙과 법률유보의 원칙을 규정하고 있다. 이에 생활임금 조례로 지방공공기관 또는 민간위탁 수탁기관에게 생활임금을 강제하는 것이

주민의 권리 제한 또는 의무 부과하는 것으로 법률유보원칙에 위반하여 무효일 수 있다는 지적이 있다.¹⁾ 또한, 지방자치단체의 장이 계약을 통하여 생활임금을 강제하는 것이 지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 제6조 제3항의 “지방자치단체의 장 또는 계약담당자는 계약을 체결할 때 이 법 및 관계 법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약이나 조건(이하 “부당한 특약 등”이라 한다.)을 정하여서는 아니 되고, 부당한 특약 등은 무효로 한다.”는 규정에 위반될 소지가 있다는 지적도 있다.²⁾ 법제처도 일찍부터 “시 소속 근로자에게 생활임금을 지급하도록 조례로 강제하는 것은 양산시장의 고유권한을 침해할 소지가 있고, 시 출자·출연기관 소속 근로자에 대하여 생활임금을 지급하도록 하는 내용은 양산시의 소관 사무에 관한 사항으로 보기 어려워 조례의 제정 대상이 될 수 없을 것으로 보이므로, 「양산시 생활임금 지원 조례안」 제3조는 「지방자치법」에 위반될 소지가 있어 조례로 제정할 수 없을 것으로 보입니다.”(회신일자 2016. 3. 3. 의견16-0037)라고 하여, 지방공공기관 소속 근로자에 대한 생활임금 강제에 대하여 부정적인 의견을 제시하기도 하였다.³⁾

반면, 생활임금 조례는 지방자치단체에게 생활임금 지급을 권고하는 것에 불과하므로 위법이 아니라고 견해가 있을 수 있다. 생활임금 조례의 적용 범위 중 지방자치단체가 아닌 기관의 근로자에 대해서는 지방자치단체가 해당 근로자의 사용자에게 적어도 생활임금 수준으로 임금을 지급하라고 권장하고 장려하는 것에 불과하다고 보는 것이다. 즉, 지방자치단체는 지방공공기관에 대해서는 예산편성 및 승인 권한을 통하여, 민간위탁의 경우에는 구체적인 계약조건 등을 통하여 권장하여 생활임금을 유도할 뿐이라는 것이다. 예컨대, 부산광역시 생활임금 조례 제11조 제1항 및 제2항 등도 그러한 취지로 도입된 규정으로 이해하는 것이다.

-
- 1) 이일세(2018), 「생활임금조례의 위법성에 관한 고찰」, 『노동법논총』 제44집, 한국비교노동법학회, p.123.
 - 2) 이해영(2016), 「자치조례의 범위와 한계 - 서울시 생활임금 조례안을 중심으로 -」, 『지방자치법연구』 통권 제52호, 한국지방자치법학회, p.125.
 - 3) 대상판결을 통하여 법제처는 지방자치단체 장의 고유권한을 침해하지 않는다고 판단하였다.

살피건대, 개별 지방자치단체의 생활임금 조례의 구체적인 내용을 바탕으로 법률우위의 원칙, 법률유보의 원칙 등에 위반하는지, 그리고 노동규범으로 조례의 허용 여부 등에 대해 보다 면밀하게 검토하여야 하겠지만, 대다수의 지방자치단체 생활임금 조례는 지방자치단체의 장은 별론으로 하더라도 지방공공기관 및 민간위탁 수탁기관에 대하여 법적 구속력이 있는 규범으로 작용하지 아니하고, 해당 기관에 대하여 생활임금 수준으로 임금을 설정하도록 안내하는 기준 제시의 유도적 기능만을 한다고 볼 수 있을 것이다. 따라서 지방공공기관 및 민간위탁 수탁기관에서 근로계약, 취업규칙, 단체협약을 통하여 생활임금 조례를 적용한다고 정하고 있지 않는 한 노동규범으로는 작용하지 아니한다. 이에 지방자치단체가 아닌 기관 소속 근로자는 해당 사용자에게 생활임금 조례만을 근거로 생활임금의 임금 지급을 청구할 수는 없을 것이다.

지방자치단체별로 주민의 복리 증진, 지역 일자리 사업 창출 등 다양한 이유로 전통적인 노동규범인 노동관계법령과 근로계약, 취업규칙, 단체협약이 아닌 지방자치단체의 자치입법권인 조례를 통하여 지역 특유의 근로기준 설정 등이 논란이 되고도 있다.⁴⁾ 이와 같은 상황에서 대상판결은 생활임금뿐만 아니라 노동규범으로서 조례의 역할과 한계에 대하여 다양한 고민을 남겨주는 판결로서 의미가 있다고 보여진다.

장호진(지방공기업평가원 연구위원, 법학박사, 변호사)

4) 유경선(2023. 7. 7), 「서울기술연구원 - 서울연구원 통폐합 놓고 근로조건 협의 진통 예상」, 경향신문, <https://www.khan.co.kr/local/Seoul/article/202307071627011> 등 참조.

취업규칙 불이익변경의 적법한 동의 절차

- 서울고등법원 2022. 10. 12. 선고 2022나2004418(본소),
2022나2004425(반소) 판결 -

【판결요지】

‘근로자 과반수 동의’라는 요건은 과반수 노동조합이 동의하는 것과 마찬가지로 사용자에게 대하여 자주적이고 대등한 지위에서 근로자들의 의사를 충분히 반영할 수 있는 집단 의사가 형성되어 ‘집단적 근로조건 대등결정의 요청’이 충족되었는지 여부에 따라 결정되어야 한다. 나아가 위와 같은 요건 충족 여부는 근로조건이 불이익하게 변경되는 정도와 그것이 개별 근로자들에게 미치는 영향 및 사용자 측이 제도 변경을 추진하게 된 경위 등을 종합적으로 고려하여 근로자들이 사용자 측의 영향력이 배제된 상태에서 상호 의견교환이나 토론 등 집단적인 논의를 거쳐 취업규칙 변경을 수용할 것인지 여부를 스스로 결정할 수 있는 기회를 실질적으로 보장받았는가라는 관점에서 평가되어야 한다.

취업규칙은 그 명칭을 불문하고, 근로조건이나 복무규율 등에 관하여 사용자가 사업 또는 사업장 근로자들에게 공통적으로 적용하기 위하여 설정하는 준칙을 의미한다. 취업규칙은 사업 운영의 효율성을 위하여 근로조건을 통일적으로 설정하기 위하여 정하는 것으로, 이에 대한 작성 권한은 사용자에게 있다. 그러나 취업규칙은 근로자의 근로조건에 직접 영향을 미치는 규범이므로 작성 또는 변경 시 근로자의 의견 청취를, 그리고 이전 취업규칙보다 근로자에게 불리하게 변경할 때에는 근로자의 동의를 요건으로 하고 있다.

취업규칙 불이익변경과 관련해서, 판례에서는 주로 동의를 주체, 동의의 방법, 불이익변경 여부의 판단, 그리고 동의 취득 여부의 효과를 둘러싸고 (근로자집단의 동의 없이) 사회통념상 합리성 법리(에 따라 효력이 발생하는 경우) 등이 다루어져 왔다. 대상판결은 이 중 취업규칙 불이익변경에서

의 적법한 동의 절차에 관하여 검토하였는데, 쟁점 사실을 살펴보면 다음과 같다.

원고 회사는 연봉제 사원 취업규칙(이하 ‘변경전 취업규칙’이라 한다.)에 의하여 연봉제 직원들에게 연차휴가 이외의 4일의 유급휴가(이하 연중휴가)를 부여하여 왔다 그런데 원고는 2012년 5월경 ‘2012년도 임금조정 공지’를 하면서 ‘연봉제사원의 연중휴가를 폐지하고 연차로 대체하며, 연차축진을 실시하여 미사용(연차)잔여분을 현금보상’하는 취지의 ‘복리후생/연차수당 변경’ 공지를 하였다. 이후 상당 시간이 지난 2015년 12월 8일 ‘사내계시판’을 통하여 취업규칙 개정 공지를 하면서, “취업규칙 내 미반영된 인사제도 변경사항 반영”으로 해당 사항을 표현하고,¹⁾ 취업규칙 불이익변경 동의 절차를 진행하였다. 그리고 동의의 방식은 대상 근로자 449명을 66개 팀별 단위로 분리하여, 4일 동안(2015년 12월 8일부터 2015년 12월 11일까지) 의견을 취합하는 형식으로 진행되었다.

원심 법원은²⁾ 2010년 대법원 판결³⁾을 인용하면서, “... 그 동의의 방법은 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의를 요하고, 회의방식에 의한 동의라 함은 사업 또는 한 사업장의 기구별 또는 단위부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 간의 의견을 교환하여 찬반을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용된다. 여기서 사용자측의 개입이나 간섭이라 함은 사용자측이 근로자들의 자율적이고 집단적인 의사결정을 저해할 정도로 명시 또는 묵시적인 방법

1) 2015. 12. 8. 사내계시판에 이 사건 공고를 전산으로 게시하였으나, 위 공고에서 기재한 취업규칙 개정의 ‘주요내용’에는 “정년연장 및 임금피크제 내용 반영”, “연봉제 퇴직자 급여 지급방법 변경”, “취업규칙 내 미반영된 인사제도 변경사항 반영”, “징계관련 규정 변경”, “법률 개정사항 반영”이라고만 기재되어 있었을 뿐, 근로자들이 ‘정기휴가 제도 폐지’에 관한 내용이 취업규칙 개정 내용에 포함되어 있다는 점을 바로 알 수 있거나 쉽게 추측할 수 있는 문구는 기재되어 있지 않았다.

2) 서울중앙지방법원 2022. 1. 13. 선고 2020가합582294(본소), 2021가합502998(반소).

3) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다32362 판결.

으로 동의를 강요하는 경우를 의미하고 사용자측이 단지 변경될 취업규칙의 내용을 근로자들에게 설명하고 홍보하는 데 그친 경우에는 사용자측의 부당한 개입이나 간섭이 있었다고 볼 수 없다.”라고 하면서, 「근로기준법」 제94조 제1항 단서에서 정한 절차를 거친 것으로 동의를 유효하다고 판단하였다.

반면 이 사건에서 서울고등법원은 동일하게 2010년 대법원 판결을 인용하면서도 “근로자 과반수 동의”라는 요건은 과반수 노동조합이 동의하는 것과 마찬가지로 사용자에 대하여 자주적이고 대등한 지위에서 근로자들의 의사를 충분히 반영할 수 있는 집단 의사가 형성되어 ‘집단적 근로조건 대등 결정의 요청’이 충족되었는지 여부에 따라 결정되어야 한다. 나아가 위와 같은 요건 충족 여부는 근로조건이 불이익하게 변경되는 정도와 그것이 개별 근로자들에게 미치는 영향 및 사용자 측이 제도 변경을 추진하게 된 경위 등을 종합적으로 고려하여 근로자들이 사용자 측의 영향력이 배제된 상태에서 상호 의견교환이나 토론 등 집단적인 논의를 거쳐 취업규칙 변경을 수용할 것인지 여부를 스스로 결정할 수 있는 기회를 실질적으로 보장받았는 가라는 관점에서 평가되어야 한다.”라고 그 법리적 근거를 추가하였다. 즉 집단적 근로조건 대등 결정의 요청에 따른 실질적인 기회가 보장되었는지를 불이익 변경의 적법한 동의 절차의 기준으로 제시한 것이다. 그리고 이에 따라서 ① 근로자 과반수(약 88%)가 찬성란에 서명한 사실은 인정되나 원고가 사내게시판에 취업규칙 개정의 주요내용을 기재하며 정기휴가폐지에 관한 내용을 바로 알 수 있는 문구를 기재하지 않는 등 그 구체적인 내용과의 무가 무엇인지를 주지할 수 있도록 정당한 방법으로 이를 공고·설명하는 절차를 거치지 않은 점, ② 원고는 동의를 구해야 하는 근로자들의 1.5%에 불과한 팀으로 전체 근로자를 66개로 분리하여 찬반 의견을 취합하였는바 이는 집단적 의사 확인을 위한 의미 있는 최소단위로 기능하기 어렵다는 점, ③ 원고가 영위하는 사업 특성상 출장 등이 빈번함에도 찬반 의견을 취합하는 기간이 4일에 불과하였다는 점 등 개정안에 대한 설명의 내용과 방법, 의견취합을 위해 부여한 시간, 의견 취합의 단위와 방법을 종합하여 고

려하면, 원고가 집단적 의사결정방법을 통해 취업규칙 개정의 수용 여부를 결정할 수 있는 실질적인 기회를 부여하였다고 보기 어려우므로 이 사건 취업규칙 개정 중 정기휴가 제도 폐지에 관한 부분은 효력이 없다고 판단하였다.

취업규칙 불이익변경의 동의 방법에 관한 기존의 판례들을 살펴보면, 기구별 또는 단위 부서별 의견 취합의 유효성을 인정하거나(대법원 1994. 9. 23. 선고 94다23180판결⁴⁾), 사용자의 개입이나 간섭의 범위를 정하는 등(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다32362 판결) 구체적인 방식의 유효성 판단이 주를 이루었다. 그런데 이러한 구체적인 방식의 판단은 사안에 따라서 차이가 있게 된다. 예컨대 기구별 또는 단위 부서별 의견 취합의 유효성은 인정되지만, 대상판결에서와 같이 실질적인 의견 교환이 어렵게 만드는 세부 단위로의 의견 취합은 ‘집단적 의견 취합’이라는 취지와 부합되지 않는다.

대상판결은 취업규칙 불이익변경 동意的 적법성은 “... ‘집단적 근로조건 대등 결정의 요청’이 충족되었는지 여부에 따라 결정되어야 하며, 취업규칙 변경을 수용할 것인지 여부를 스스로 결정할 수 있는 기회를 실질적으로 보장받았는가라는 관점에서 평가되어야 한다.”는 실질적 기준을 제시하였다는 점에 의의가 있다. 이는 취업규칙 불이익 변경의 적법한 동의 요건을 제시한 2017년 대법원 판결⁵⁾과 맥락을 같이하는 것으로, 단순히 ‘행태의 유효

4) 이 판결에서는 “사용자가 취업규칙의 변경에 의하여 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하려면 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요하고, 이러한 동의를 얻지 못한 취업규칙의 변경은 효력이 없으며, 그 동意的 방법은 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의를 요하고, 회의방식에 의한 동의라 함은 사업 또는 한 사업장의 기구별 또는 단위 부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 간에 의견을 교환하여 찬반을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용된다.”라고 하면서, ‘기구별·부서별 취합방식’이 허용됨을 최초로 실시하였다.

5) 대법원 2017. 5. 31. 선고 2017다209129 판결에서는 취업규칙 불이익 변경에 대하여 적법한 동의 요건을 ① 불이익 변경 내용에 대하여 근로자들이 주지할 수 있도록 적당한 방법에 의한 공고 및 설명 절차가 존재, ② 근로자들이 회의를 개최하여 불이익 변경 내용에 대하여 찬반 의견을 교환, ③ 불이익 변경에 대한 집단적 의견이 찬

성'만을 판단하는 것이 아니라 적법성 판단의 기본 원칙을 보강한 것이다. 이후 판례들에도 이러한 법리가 반복적으로 인용되어서, 취업규칙 불이의 변경의 적법한 동의 절차에 관한 기본 법리로 확립될지 주목해 볼 필요가 있을 것이다.

김근주(한국노동연구원 연구위원)

성일 것으로 제시하고 있다. 더 나아가 단위 부서별 회합 방식의 유효성에 관해서도, “근로기준법이 ‘회의 방식’에 의한 근로자 과반수의 동의를 요구하는 이유는 ‘집단 의사’의 주체로서 근로자’의 의사를 형성하기 위함이므로, 사용자의 특별한 사정으로 인하여 전체 근로자들의 회합이 어려워 단위 부서별로 회합하는 방식을 택할 수밖에 없는 경우에, 사용자는 부분적 회합을 통한 의견을 취합하더라도 전체 근로자들의 회합이 있었던 것과 마찬가지로 근로자들이 집단 의사를 확인, 형성할 수 있도록 상당한 조치를 취할 의무를 부담한다고 봄이 상당하다.”라고 판시하고 있다.

임금피크제 도입이 취업규칙의 불이익의 변경인지 여부

- 대전고등법원 청주 제2민사부 2022. 12. 7. 선고 (청주)2022나450254 판결 -

【판결요지】

이 사건 임금피크제의 도입이 취업규칙의 불이익한 변경에 해당한다고 보기 어렵다. (…중략…) 고령자고용법 제19조의2 제1항은 (…중략…) 정년연장과 함께 임금체계 개편 등이 이루어질 수 있음을 예정하고 있으며, 위 임금체계 개편이 오로지 모든 측면에서 근로자들에게 유리한 방향으로의 임금체계 개편만을 의미하는 것이 아닌 이상 부분적인 임금 감액이 수반될 수 있음은 분명하다. 이에 비추어 보면, 개정된 법률을 따른 것이라는 이유로 정년연장이 특별히 유리한 변경에 해당하지 않는다고 보면서도 연장된 정년 전의 임금 삭감은 불리한 변경에 해당한다고 보는 것은 논리적으로 일관되지 않고, 정년연장 및 그에 수반되는 임금체계 개편을 종합적으로 평가하여야 한다.

정년의 연장 자체가 계속 근무를 희망하는 근로자에게는 근로하면서 소득을 얻을 수 있는 추가적인 기회를 제공하는 가장 중요한 대상조치에 해당(한다).

1. 사례의 쟁점

대법원은 2022. 5. 26. 선고 2017다292343 판결에서 ‘정년유지형’ 임금피크제가 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」(이하 ‘고령자고용법’이라 함.)의 연령차별인지 여부에 대해 “임금피크제의 도입 목적의 타당성, 대상 근로자들이 입는 불이익의 정도, 임금 삭감에 대한 대상 조치의 도입 여부 및 그 적정성, 임금피크제로 감액된 재원이 임금피크제 도입의 본래 목적을 위하여 사용되었는지 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단”하여야 한다고 판시하였다. 이를 바탕으로 해당 사안을 검토한 결과 연령차별의 ‘합리적인 이유’가 없어 해당 임금피크제를 도입한 단체협약, 취

업규칙과 근로계약은 무효라고 하였다. 위 대법원판결 이후 임금피크제가 도입된 많은 사업장에서 임금피크제가 고령자고용법에 따른 무효여서 임금의 차액을 구하는 소송이 제기되고 있다.

위 대법원판결은 임금피크제가 연령차별이 되지 않기 위한 요건을 잘 설명하는 한편 임금피크제의 의의와 효용에 대해 다시 한 번 숙고하게 하였다. 이는 점에서 시사점을 가진다. 그러나 해당 사안은 '정년유지형' 임금피크제에 국한되어 임금피크제가 '정년연장형'일 때에도 관련 법리가 그대로 적용될 수 있는지가 불명확하고, 강행법규인 연령차별금지라는 규범적 관점에서 접근하여 「근로기준법」상의 취업규칙 불이익 변경과는 어떤 관계가 있는지 밝히지 않았다는 점에서 한계가 있었다. 이에 해당 판결 이후 제기된 사건 — 또는 이전 사건을 포함하여 — 에서 여전히 정년연장형 임금피크제와 취업규칙의 불이익 변경에 관한 쟁점이 다투어지고 있다. 리뷰 대상인 본 사안에서도 원고 근로자 측은 정년연장형 임금피크제가 취업규칙의 불이익 변경에 해당한다는 주장을 견지하고 있다.

2. 사실관계 및 법원의 판단

원고들은 1961년생이며 피고인 한국농어촌공사의 근로자들로서 2021. 2. 16.과 2021. 12. 31.에 정년인 60세가 도래함으로써 퇴직하였다. 고령자고용법이 2013. 5. 22. 사업주로 하여금 근로자의 정년을 60세 이상으로 하도록 개정되었고, 피고인은 동법에 따라 2015. 9. 1. 취업규칙인 인사규정을 개정하여 58세였던 정년을 2016. 1. 1.부터 60세로 연장하였다. 인사규정을 변경하는 과정에서 개정되는 취업규칙을 적용받는 근로자들의 과반수로 조직된 노동조합의 동의를 받았다.

인사규정 변경 이후 원고인 근로자들은 개정된 인사규정은 다음과 같은 이유로 무효이기 때문에 한국농어촌공사를 상대로 변경된 인사규정 이전의 임금을 기준으로 한 차액을 청구하는 소를 제기하였다.

첫째, 정년이 60세로 연장된 것은 고령자고용법의 개정에 따른 것으로 사

실상 정년을 연장한 것으로 볼 수 없는데 이에 대해 임금을 삭감한 것은 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경한 것이다. 그런데 임금피크제 도입 당시 불이익을 주겠다는 정부와 피고 공사의 부당한 개입이 있어 노동조합의 동의는 무효이므로 취업규칙의 변경 역시 무효이다.

둘째, 취업규칙의 변경 절차가 유효하다고 하더라도 불리하게 변경된 취업규칙은 그보다 유리한 근로조건을 정한 기존의 개별 근로계약에 우선하는 효력을 가질 수 없으므로 변경에는 근로자의 개별적 동의가 필요한데(대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709 판결) 이러한 동의를 받지 않았으므로 취업규칙의 변경은 무효이다.

이에 대해 제1심인 청주지방법원은 2022. 1. 19. 원고 근로자들의 청구를 모두 기각하였다. 청주지방법원은 해당 사건의 임금피크제가 불이익 변경이 아니며, 만일 불이익 변경이더라도 절차상 하자가 없고 취업규칙보다 유리한 개별 근로계약이 적용되려면 그러한 개별 근로계약이 존재한다는 증거가 필요한데 사안에서는 연봉제 규정에 우선하는 개별적 근로계약을 인정할 수 없다고 하였다. 원고 근로자들은 이에 불복하여 항소하였다.

항소심인 대전고등법원 청주 민사부도 제1심인 청주지방법원의 판시를 그대로 받아들였다. 제1심은 정년유지형 임금피크제에 대해 조건부 무효 판결을 내린 대법원의 판시 이전에 내려졌지만, 항소심은 그 이후에 내려져서 대전고등법원 청주 민사부는 대법원의 판시 사항에 대해서도 검토하였다.

먼저 항소심은 다음과 같은 논거에서 정년연장형 임금피크제 도입이 취업규칙의 불이익 변경이 아님을 판시하였다.

첫째, 고령자고용법은 제19조 제1항에서 정년을 60세로 연장하면서 제19조의2를 신설하여 제1항에서 “정년을 연장하는 사업 또는 사업장의 사업주와 근로자의 과반수로 조직된 노동조합(근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자를 말한다.)은 그 사업 또는 사업장의 여건에 따라 임금체계 개편 등 필요한 조치를 하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이에 “정년연장과 함께 임금체계 개편 등이 이루어질 수 있음을 예정하고 있으며, 위 임금체계 개편이 오로지 모든 측면에서 근로자

들에게 유리한 방향으로의 임금체계 개편만을 의미하는 것이 아닌 이상 부분적인 임금 감액이 수반될 수 있음은 분명하다. 이에 비추어 보면, 개정된 법률을 따른 것이라는 이유로 정년연장이 특별히 유리한 변경에 해당하지 않는다고 보면서도 연장된 정년 전의 임금 삭감은 불리한 변경에 해당한다고 보는 것은 논리적으로 일관되지 않고, 정년연장 및 그에 수반되는 임금체계 개편을 종합적으로 평가하여야 한다.”고 한다. 즉, 법조문을 인용할 때 취사선택하지 말라는 것이다.

둘째, 정년이 연장되면서 임금지급률이 감소되지만, 정년이 2년 연장되면서 추가로 받는 금액을 생각하면 이를 임금 삭감으로 보아 불이익이라 할 수 없다는 것이다.

셋째, 임금피크제 적용대상 근로자에게는 보직을 부여하지 않고 근로시간을 임금조정률과 동일하게 단축(90% → 70% → 60%)하여 업무 강도를 경감하였으므로 불이익이라 볼 수 없다는 것이다.

또한 항소심은 만일 본 사안의 임금피크제 인사규정 개정이 취업규칙의 불이익 변경이더라도 과반수 노동조합의 동의를 받았으므로 절차상 유효하며, 제1심과 마찬가지로 취업규칙보다 유리하여 우선 적용할 개별적 근로계약의 존재를 인정할 수 없다고 하였다.

그리고 항소심은 앞서 언급한 대법원의 정년유지형 임금피크제 판결에 대해서도 언급하는데, 첫째, 대법원의 사안은 정년유지형 임금피크제이기 때문에 정년연장형인 본 사안에 그대로 원용하는 것은 적절하지 않고, 둘째, “정년 연장 자체가 계속 근무를 희망하는 근로자에게는 근로하면서 소득을 얻을 수 있는 추가적인 기회를 제공하는 가장 중요한 대상조치에 해당”하므로 대상조치의 적정성도 인정된다고 한다.

3. 법원 판단에 대한 반론

그러나 항소심인 대전고등법원 청주 민사부가 정년연장형 임금피크제가 취업규칙의 불이익 변경이 아니라는 점은 다음과 같은 반론이 있을 수 있다.

항소심은 첫 번째 논거로서 원고 근로자들이 고령자고용법 제19조의 정년연장은 법률 개정에 따라 이루어진 것으로 유리한 사항이 아니라 주장하면서, 동법 제19조의2 신설에 따른 임금체계개편(임금피크제)은 불리한 것이라 주장하는 것은 논리적으로 모순이라고 한다.

그러나 항소심은 제19조와 제19조의2를 별개의 것으로 분리해서 보는 우를 범하였다. 제19조가 취업규칙에 미친 영향은 무시하면서 제19조의2가 취업규칙에 끼친 영향은 살펴보자는 원고 근로자들의 주장이 모순적이라는 항소심의 판단은 일견 타당해 보인다. 분명 정년연장과 임금피크제는 별개의 제도로서 양자가 반드시 같이 연결되어야 하는 것은 아니다. 그러나 입법 당시의 상황을 보면 입법자는 정년연장을 하는 대신 사용자 측의 부담을 줄여주기 위해 “제19조 제1항에 따라 정년을 연장”할 경우 사업주는 “사업 또는 사업장의 여건에 따라” 임금체계를 의무적으로 개편(임금피크제)할 것을 동시에 입법하였다. 따라서 양자는 분리하여 취사선택할 수 있는 것이 아니라 한 몸(또는 패키지)과 같은 입법으로 법체계의 편의상 별개의 조문으로 임금피크제를 신설한 것뿐이다. 따라서 원고 근로자들이 제19조의 정년연장이 유리한 것이 아니라고 주장하는 것은 임금피크제를 전제한, 즉 임금 삭감을 동반한 정년연장은 유리한 것이 아니라는 주장으로 해석되어야 한다. 정년연장은 예정되지만, 패키지로 임금도 삭감된다는 규정이 어떻게 유리한 변경이라고 할 수 있을지 의문스럽다. 즉, 원고 근로자들의 주장을 논리 모순으로 보는 것은 타당하지 않다.

항소심은 구체적으로 임금피크제가 취업규칙의 불이익 변경이 아닌 이 유로 정년연장이 되었으므로 삭감되지만 연장된 기간만큼 임금을 더 받는다는 점을 제시하고 있다. 그러나 근무기간이 늘어나 돈을 더 받는다는 것 자체가 유리하다고 볼 수 없다. 일의 대가를 정당하게 받지 못한다면 동일 가치노동 동일임금이라는 노동법상의 원칙을 위반하기 때문이다. 노동법상의 원칙에 어긋난 제도를 돈을 준다는 이유만으로 유리하다고 평가할 수는 없다.

따라서 임금피크제를 시행하는 많은 사업장은 임금 삭감에 맞추어 근로 시간 또한 조정한다. 이것은 원칙상 정당하다. 그러나 정당성과 근로조건의 유불리는 다른 문제이다. 깎인 근무시간만큼 임금을 삭감한다는 것은 정당할지 몰라도, 우리 노동 관행상 임금 삭감이 전제되는 근로시간 단축은 근로자에게 특별한 사정(육아기 근로시간 단축제도 등)이 없다면 근로조건의 하락으로 판단된다. 취업규칙으로 근로조건이 불이익하게 변경된다면 근로자의 집단적 동의가 필요하다는 것이 우리 「근로기준법」 제94조 제1항의 취지이다.

따라서 정년연장형 임금피크제라도 취업규칙의 불이익 변경이라 보아야 하고 「근로기준법」 제94조 제1항에 따라 과반수 노동조합의 동의 또는 근로자 과반수의 (집단적) 동의가 필요하다는 점에서 항소심의 의견에 찬성할 수 없다.

다만, 항소심은 해당 사안이 취업규칙의 불이익 변경이더라도 구체적인 사실관계에서 과반수 노동조합의 동의를 받았기 때문에 절차상 하자가 없고, 취업규칙에 앞선 근로계약상의 내용도 찾을 수 없어 근로자의 개별적 동의를 받을 필요도 없다고 하였는데, 이 점은 수긍할 수 있다.

결론적으로 취업규칙은 불리하게 변경되었지만, 변경 절차의 하자가 없었기 때문에 「근로기준법」상으로는 정당하다. 그렇다면 본 취업규칙은 대법원이 정년유지형 임금피크제에서 판시한 대로 “임금피크제의 도입 목적의 타당성, 대상 근로자들이 입는 불이익의 정도, 임금 삭감에 대한 대상 조치의 도입 여부 및 그 적정성, 임금피크제로 감액된 재원이 임금피크제 도입의 본래 목적을 위하여 사용되었는지 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여” 그 정당성을 다시 판단하여야 한다. 만일 위의 대법원 판시 사항에 부합하지 않는 내용들이 나온다면, 정당하게 변경된 취업규칙이더라도 고령자고용법의 연령차별금지 규정에 따라 무효이다.

항소심 또한 이 점을 인식한 것인지 위 대법원의 판시는 본 사안에서 적용될 수 없다는 점을 밝힌다. 항소심은 대법원의 판결은 정년유지형 임금피크제에 관한 것이기 때문에 본 사안의 정년연장형에 그대로 적용될 수 없다

고 한다. 그러나 이는 성급한 예단이다. 대법원이 비록 정년유지형 임금피크제의 고령자고용법상 정당성 요건에 대해 판시하였지만, 그 내용이 정년유지형에 국한한다고 판시한 적은 없다. 대법원이 실시한 ① 임금피크제 도입 목적의 타당성, ② 대상 근로자들의 불이익 정도, ③ 임금 삭감에 대한 대상 조치 여부와 적정성, ④ 임금피크제로 감액된 재원이 제도 목적에 맞게 사용되었는지 여부라는 요건은 정년연장형과 정년유지형에서 그 차이를 찾아볼 수 있는 내용이 아니기 때문이다. 그럼에도 불구하고 항소심이 정년연장형이기 때문에 그 검토를 배제한 것은 너무 성급한 판단이다.

항소심은 또한 정년연장이 추가적으로 일할 기회를 주기 때문에 가장 중요한 대상조치라고 한다. 판결문 전반에서 항소심은 근로의 연장 자체를 매우 큰 이익이기 때문에 다른 사소한 불이익은 상쇄될 수 있다는 시각을 유지하고 있다. 그러나 정당한 대가가 주어지지 않는 근로 연장은 사용자에게만 이익일 뿐 결코 근로자에게 이익이라고 할 수 없다.

항소심의 판단은 취업규칙의 불이익 여부에 대한 판단기준을 종합적으로 보지 않고 편면적으로 보았다는 점에서 한계를 드러냈을 뿐만 아니라, 그 결과 임금피크제라는 매우 중요한 근로조건 변경 절차에서 취업규칙의 불이익 변경이 아니라고 하여 근로자의 참여권을 봉쇄하는 제도적으로도 위험한 결론을 도출하였다는 점에서 여러모로 다양한 비평이 필요하다.

양승엽(한국노동연구원 부연구위원)

예산 사정을 이유로 한 공무원 근로자에 대한 차별적 처우

- 서울북부지방법원 2023. 9. 20. 선고 2022가소347415 판결-

【판결요지】

피고는 예산에 반영되지 않았음을 이유로 원고들과 같은 보험가입조사원 직렬의 공무원 근로자들에 대한 자녀학자금보조비를 지급하지 않는 것의 정당화 근거로 위 복리후생관리규정 제50조 제1항 규정을 들고 있으나, 복리후생관리규정 제50조 제1항은 단체협약 제78조에 위반되는 범위에서 효력이 없고 단체협약에 정한 기준에 의하여야 하며(노동조합 및 노동관계조정법 제33조), 상한액을 노사가 협의한다는 단체협약 제78조 단서를 근로자에게 불리하게 예산의 범위에서 지급하는 것으로 변형 해석할 수 없다고 할 것이므로(대법원 2021. 2. 4. 선고 2019다230134 판결 등 참조), 피고는 원고들이 구하는 별지 기재 자녀학자금보조비를 지급할 의무가 있다.

피고는 산업재해보상보험법에 근거하여 설립된 근로복지공단이고, 원고들은 피고와 상시·지속적 업무에 대하여 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 보험가입조사원 직렬의 공무원 근로자들이다.

피고가 노동조합과 체결한 단체협약 제78조(자녀학자금지원)는 “공단은 고등학교에 재학 중인 자녀가 있는 직원에게 학자금을 무상 지원한다. 단, 상한액은 노사가 협의한다.”라고 정하고 있고, 이에 관하여 피고 이사회 의결과 고용노동부장관의 승인이 있었다. 한편 피고의 복리후생관리규정에는 초·중·고교생 자녀가 있는 직원들에게 학자금보조비를 지원하도록 정하면서(제2조 제1항 5호, 제37조), 공무원 및 기간제 근로자에게는 예산의 범위에서 제2조에 따른 복리후생을 지급할 수 있다는 규정을 두고 있다(제50조 제1항).

원고들은 단체협약 제78조에 기하여 자녀학자금보조비 지급을 구하면서, 예비적으로 공무원 중 보험가입조사원 직렬의 근로자들에 대하여 예산이

배정되지 않았음을 이유로 자녀학자금보조비 지급을 하지 않는 차별적 처우를 한 것은 불법행위에 해당됨을 원인으로 손해배상을 청구하였다.

대상판결은 원고의 청구를 인용하였다.¹⁾ 즉, 주위적으로 피고가 복리후생관리규정에 따라 예산에 반영되지 않았음을 이유로 원고 등 공무원 근로자들에 대하여 자녀학자금보조비를 지급하지 않은 것이 정당하다고 주장하지만, 복리후생관리규정은 단체협약에 위반되는 범위에서 효력이 없고 단체협약에 정한 기준에 의하여야 하며(노동조합 및 노동관계조정법 제33조), 상한액을 노사가 협의한다는 단체협약 제78조 단서를 근로자에게 불리하게 예산의 범위에서 지급하는 것으로 변형 해석할 수 없다고 하면서, 피고는 원고들이 구하는 자녀학자금보조비를 지급할 의무가 있다고 하였다. 그리고 예비적으로 공무원 근로자들에게 자녀학자금보조비를 지급하지 않는 이유로 내세우는 예산 사정은 원고들의 근로 내용과는 무관한 것으로서 동일한 가치의 노동을 차별적으로 처우하는 데 합리적인 이유가 될 수 없다고 하면서 근로기준법 제6조 및 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 제8조 등을 위반하는 행위로서 불법행위에 해당한다고 하면서 손해배상책임이 있다고 하였다.²⁾

피고는 공공기관의 운영에 관한 법률에 따라 지정·고시된 기금관리형 준정부기관으로 ‘공기업·준정부기관 예산운영지침’ 등에 따라 예산을 편성받아 운영한다. 공공부문에 종사하는 근로자의 임금 등 근로조건 결정에 가장 큰 영향을 미치는 것이 정부 또는 지방자치단체로부터 편성되는 바로 예산이며, 그 중 가장 중요한 통제 항목으로 작용하는 것이 총인건비이다. 총인건비란 모든 인건비 항목과 사실상 급여로 볼 수 있는 복리후생비 등을 포함한 것을 말한다. 정부는 공공기관에 대하여 총인건비 한도 내에서의 개인

1) 현재 항소심 진행 중이다(서울고등법원 2023나40732 사건).

2) 대상판결의 사안은 공무원과 공무원 근로자 사이의 대법원 2023. 9. 21. 선고 2016다255941 전원합의체 판결과 달리 공공기관과 근로계약을 체결한 일반직 근로자와 공무원 근로자 사이의 문제로 근로기준법 제6조에 위반되는지 여부 등은 보다 면밀하게 살펴보아야 할 문제이다.

별·항목별 등 구체적인 증감은 기관이 자율적으로 결정하되, 수당·복리후생비 등의 신설을 억제하고 유사한 수당 등을 통·폐합하는 등 임금체계를 단순화하도록 안내하고 있다. 이에 따라 공공기관은 총인건비의 틀 하에서 임금의 인상뿐만 아니라 각종 수당의 신설 및 폐지 등을 결정한다. 대상판결에서의 자녀학자금보조비도 급여성 복리후생비로 총인건비에 포함되는 항목이다.

일반적으로 정부의 예산에 관한 지침이 바로 근로자의 규범으로 작용하지 않는다고 보고 있다. 일찍이 대법원은 내부적으로 단순한 행정지시로서 법률상 강제력이 없는 권고 내지 기준 설정에 불과하다고 하였으며,³⁾ 헌법재판소도 공공기관의 운영에 관한 법률 제정 이전 국가 산하 공기업을 규율하는 정부투자기관관리기본법에 따른 예산편성공통지침 통보행위의 헌법 소원대상 여부와 관련하여, 예산편성공통지침의 통보행위는 성질상 정부의 그 투자기관에 대한 내부적 감독 작용에 해당할 뿐이고 국민에 대하여 구체적으로 어떠한 권리를 설정하거나 의무를 명하는 법률적 규제 작용으로서의 공권력작용에 해당한다고 볼 수 없으며 나아가 위 예산편성지침에 임금에 관한 부분이 포함되어 있다 하더라도 이는 사용자측이라고 할 수 있는 정부가 그 투자기관에 대하여 내부적 지시로서 임금에 관한 예산편성의 공통지침을 시달하여 임금협상에 관한 유도적 기준을 제시한 것이지, 단체교섭에 직접 개입하거나 이를 강제하는 것은 아니라고 하였다.⁴⁾

위와 같이 근로자에 대한 직접적인 구속력이 없다는 헌법재판소 태도 등에도 불구하고, 실무에서는 예산운영지침은 노동규범으로서의 사실상 구속력을 가진다. 우선, 예산운영지침에서는 총인건비 기준을 초과하는 경우 차년도 예산편성에서 총인건비 등의 감액 편성이 이루어질 수 있다고 정하고 있다. 또한, 예산운영지침 준수 여부는 공공기관 경영평가의 주요 평가사항이므로 공공기관 임직원의 경영평가 성과급에 직접적 영향을 미친다. 더 나아가, 예산운영지침 위반은 방만경영 등을 이유로 한 감사의 대상이 될 수

3) 대법원 1993. 9. 14. 선고 93누9163 판결 등.

4) 헌법재판소 1993. 11. 25. 선고 92헌마293 전원재판부 결정, 그 외 헌법재판소 2002. 1. 31. 선고 2001헌마228 결정 등.

있다. 설령, 예산운영지침에 벗어난 임금, 복리후생비 등에 관한 단체교섭을 하더라도 이사회 의결 및 주무관청의 승인을 받는 것은 용이하지 않다. 설령, 단체협약을 체결하더라도 이사회 의결 또는 주무관청의 승인을 받지 못하면 그 효력이 인정되지 않을 수 있다.⁵⁾ 또한, 대상판결에서도 드러나듯이, 예산운영지침에 따른 총인건비 등의 준수로 인하여, 기본급의 인상, 휴일·연장근로수당 지급한도 제한에 따른 휴일·연장근로의 허용여부, 특정 수당의 지급 여부 등에서 특정 근로자 집단을 우선한다면, 노사 또는 노노 간의 갈등의 원인으로 작용할 수 있는 것이다.

공공기관은 예산에 따른 논란을 회피하기 위하여 예산운영지침을 취업규칙 또는 단체협약에 반영하여 규범력을 확보하고자 한다. 취업규칙, 단체협약 등의 한 내용으로 임금, 복리후생에 관해서는 정부의 예산운영지침에 따른다고 규정하는 경우가 있다. 또한, 취업규칙 등에 “예산의 범위 내” 등의 문구를 삽입하여 임금 등 근로조건 결정에서 예산을 이유로 한 사용자의 재량사항으로 정하는 경우도 있다.

하지만, 사용자는 예산 등 재정상황을 이유로 근로기준법 등의 강행법규를 위반할 수 없다. 지방공무원의 사례이지만, 대법원은 “지방공무원의 수당은 법령에 의하여 정해지므로, 해당 법령에서 정한 시간외근무수당, 야간근무수당, 휴일근무수당 등의 초과근무수당이 예산에 계상된 이상 지방공무원 복무규정 제5조에서 말하는 현업공무원 등의 지방공무원은 근무명령에 의하여 실제로 초과 근무한 시간에 해당하는 초과근무수당의 지급을 구할 수 있다.”고 하면서도, “현업기관근무자 또는 교대근무자 등과 같이 업무 성격상 초과근무가 제도화되어 있는 공무원인 현업대상자에 대하여 시간외 근무수당의 월 지급시간을 ‘예산의 범위 내’로 정하도록 규정하고 있다거나, 구 지방공무원보수업무 등 처리지침을 근거로 지방자치단체가 예산의 편성지침에 의하여 실제 근무한 초과근로시간에 미달되도록 초과근무수당을 예산에 편성하였다고 하여 달리 볼 것이 아니다.”라고 하였다.⁶⁾

5) 대법원 2015. 1. 29. 선고 2012다32690 판결 등 참조.

또한, 사용자의 예산 등 재정상황을 이유로 한 각종 인사조치 등이 정당성 또는 합리성이 그대로 인정되는 것도 아니다. 대법원은 시간강사에 대한 열악한 처우를 개선할 의도로 강사로 단가를 인상하고자 하였으나 예산 사정으로 부득이 전업 여부에 따라 강사로 단가에 차등을 둔 것이라는 사용자 측의 재정 상황은 시간제 근로자인 시간강사의 근로 내용과는 무관한 것으로서 동일한 가치의 노동을 차별적으로 처우하는 데 대한 합리적인 이유가 될 수 없다고 하였다.⁷⁾ 대상판결도 이 대법원 판결을 인용하여 예비적 청구에 대해서도 원고의 청구를 인용하였다.

공공부문에서는 예산운영지침 등 입법이 아닌 각종 지침 등을 통하여 노동관계를 규율하고 있다. 하물며, 민간부문과 달리 노동관계법령 외에 각종 특별 행정법령이 노동규범으로 작용하고 있다. 대상판결의 사실관계도 본질적으로 이러한 연장선 상에 있다고 볼 것이다. 이에 정부의 공공부문에 대한 각종 행정통제가 실무적으로 어떠한 영향을 미치는지 그리고 그러한 행정통제가 노동법 원리, 더 나아가 법체계에 부합하는지 등 다양한 연구가 지속적으로 요구된다.⁸⁾

장호진(지방공기업평가연구원 연구위원, 법학박사, 변호사)

6) 대법원 2019. 10. 17. 선고 2014두3020, 2014두3037(병합) 판결.

7) 대법원 2019. 3. 14. 선고 2015두46321 판결.

8) 김인재(2015), 「공공기관 노동조합의 노동권 - 단체교섭과 단체협약을 중심으로 -」, 『노동법연구』 제38호, 서울대학교노동법연구회; 김진(2002), 「공기업 등에서의 노사관계에 관한 몇 가지 문제」, 『노동법연구』 제12호, 서울대학교노동법연구회; 김선수(2015), 「노동법 행정지침의 법적 성질과 통제방안」, 「노동부, 지침과 예규를 넘어 - 고용노동부 지침과 예규에 대한 분석과 비판」, 2015 공동심포지엄 등 참조.

근로조건

평균임금의 계산

- 대법원 2023. 4. 13. 선고 2022두64518 판결 -

【판결요지】

... 평균임금에 산입되는 임금의 총액에는, 근로자가 현실적으로 지급받은 금액뿐 아니라 평균임금을 산정하여야 할 사유가 발생한 때를 기준으로 사용자가 지급 의무를 부담하는 금액도 포함된다. ... (중략) ... 현실적으로 지급받은 임금의 액수는 물론 그 시점에 망인에게 현실적으로 지급되지는 않았지만 이 사건 회사가 지급 의무를 부담하는 임금의 액수도 평균임금 계산에 포함하여야 한다. 피고는 이러한 방식에 의하지 않고, 고소사건에서 원고가 주장한 금액 및 원고와 이 사건 회사가 합의한 금액을 반영하여 망인의 평균임금을 계산하였다. 그러나 이는 원고와 이 사건 회사의 사후적인 의사에 따라 계산한 액수일 뿐, 평균임금 산정 사유 발생 시점에 망인이 지급받아야 할 금액을 기초로 평균임금을 계산한 것이라고 보기 어렵다. ...

평균임금은 「근로기준법」(이하, 근로기준법)상 각종 수당, 「근로자퇴직급여보장법」상 퇴직급여, 「산업재해보상보험법」(이하, 산업재해보상보험법)상 보험급여 등의 산정 기초가 된다. 근로기준법 제2조 제1항 제6호에서는 평균임금 산정 원칙을 규정하고 있다. 이러한 평균임금의 산정 방법은 “사유 발생 당시 근로자의 통상적인 생활임금을 가장 정확하게 반영”할 수 있도록 한 것이다.¹⁾ 더불어 평균임금의 산정 방법을 획일적으로 적용할 경우

평균임금 본래의 취지가 퇴색할 수도 있으므로 근로자 보호를 위하여 다양한 보완 규정들을 두고 있다.²⁾ 문제는 각종 보완 및 특례 규정으로 인해 평균임금 계산에 있어서 원칙적 전제들이 간과되는 경우가 발생할 수 있다는 점이다. 대상판결에서는 평균임금 산정에 있어서 기본원칙과 그 전제가 무엇인지를 다시 한 번 재확인해 주고 있다.

대상판결의 사실관계를 요약하면 다음과 같다. 산업재해보상보험법상의 유족급여 및 장의비 계산과 관련하여 망인의 유족은 근로복지공단에 대한 평균임금 정정과 차액 추가 지급을 청구하였다. 이에 대하여 공단은 다음과 같이 처분하였다. (1) 망인의 배우자와 회사 간의 임금체불 고소 건에서 미지급 금품 총액으로 주장한 액수 중 퇴직금을 제외한 임금이 차지하는 비중은 77.52%이다. (2) 회사로부터 지급받기로 합의한 금액에 77.52%를 곱하여 나온 금액이 미지급 임금액이므로, 다시 그 금액 중에서 평균임금 산정 기간에 해당하는 부분만을 계산한다. (3) 이렇게 계산된 액수를 임금으로 추가 반영하여 망인의 평균임금을 정정하고, 이에 따라 재산정한 유족급여 및 장의비와 기지급액의 차액을 추가로 지급한다. 이러한 공단의 처분에 대하여 망인의 배우자인 원고가 평균임금정정 및 보험금 차액부지급 처분 취소를 청구하였다.

대법원의 판시사항과 그 의미는 다음의 세 가지로 요약될 수 있다.

첫째, 평균임금 계산에서 '지급된'의 의미이다. 평균임금은 '이를 산정하여야 할 사유가 발생한 날 이전 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액'으로 규정되어 있다. 산정기간 동안 '지급된' 임금은 실제로 지급행위가 산정기간에 있었다는 의미가 아니라, 당해 기간 제공된 근로로 인하여 구체화, 현실화된 지급의무를 말한다. 즉, 평균임금에 산입되는 임금의 총액에는 근로자가 현실적으로 지급받은 금액뿐

1) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2006다17287 판결.

2) 근로기준법 제2조 제2항, 근로기준법 시행령 제2조 제1항, 산업재해보상보험법 제36조 제7항 등.

아니라 평균임금을 산정하여야 할 사유가 발생한 때를 기준으로 사용자가 지급 의무를 부담하는 금액도 포함한다. 이는 기존의 대법원 태도를 확인한 것이다.

둘째, 평균임금 계산 시 당사자 간의 사후적인 의사에 따라 계산한 액수는 평균임금 산정 사유 발생 시점에 지급받아야 할 금액을 기초로 평균임금을 계산한 것이라고 볼 수 없다는 것이다. 대상판결의 사실관계에서 망인의 배우자와 회사 간에 미지급임금과 퇴직금에 대한 사후 합의와 이를 기초로 한 평균임금의 계산이 그 예이다.³⁾ 통상임금의 경우 대법원은 근로자와 사용자 간에 통상임금의 의미나 범위 등에 관하여 합의할 수 있는 성질의 것이 아니라고 보고 있다.⁴⁾ 평균임금도 통상임금과 같이 근로조건의 기준을 마련하기 위하여 법이 정한 도구개념이므로 그 산정방식과 관계되는 사항에 대하여 당사자 간에 의사로 정할 수 없다고 생각된다.

셋째, 대법원은 “근로계약서나 급여대장 등이 존재하며 거기에 근무시간, 임금의 항목과 액수 등이 기재되어 있는 점을 고려하면, 지급받아야 할 임금의 액수를 계산하는 것이 충분히 가능할 것이 보인다. 그럼에도 불구하고 당시 지급받지 못한 임금이 존재하는지, 존재한다면 그 액수가 얼마인지에 관하여 심리하지 않은 채 당사자 간의 사후적인 의사에 따라 평균임금을 계산한 것은 평균임금에 관한 법리를 오해한 것이다.”라고 판시하고 있다. 평균임금이 계산 가능하다면 현실적으로 ‘지급된(또는 지급되어야 할)’ 금액을 기초로 하여 산정해야 한다. 평균임금의 계산이나 그 액수를 정함에 있어

3) 대상판결의 사실관계에서 당사자 간 합의에 기초하여 퇴직금을 계산하게 되면 모순이 발생한다. 망인의 배우자와 회사는 미지급임금과 퇴직금에 대하여 사후적인 합의를 하였는데, 사후적 합의 금액 중 비율에 따라 퇴직금으로 인정된 액수를 퇴직금으로 보게 되면, 역산에 의하여 평균임금이 계산될 수 있다. 퇴직금은 평균임금과 계속근로연수로 정해지는데, 계속근로연수를 확정할 수 있으면 평균임금이 도출되기 때문이다. 그렇다면, 퇴직금 산정 기간 내 미지급임금을 산정기간 내의 총임금에 포함시켜 평균임금을 구하는 방식을 사용하여 계산된 평균임금과 그 액수가 서로 다르게 될 수 있다. 또한 퇴직금에 대한 사후 합의는 평균임금에 따른 퇴직금이 계산 가능하다는 것(즉, 평균임금의 계산 가능성)을 의미할 여지도 있다.

4) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결.

보정 내지 특례 규정과 같이 예외적인 방법을 적용하는 경우, 우선적으로 원칙적인 평균임금의 계산 가능성을 최대한 강구하여야 함을 확인한 것이라 평가할 수 있다.

장우찬(경상국립대학교 법학과 교수)

탄력적 근로시간제의 도입 방식을 정한 법률규정의 무게

- 대법원 2023. 4. 27. 선고 2020도216431 판결 -

【판결요지】

탄력적 근로시간제는 구 근로기준법 제50조 제1항과 제2항에서 정한 1주 간 및 1일의 기준근로시간을 초과하여 소정근로시간을 정할 수 있도록 한 것으로서 법률에 규정된 일정한 요건과 범위 내에서만 예외적으로 허용된 것이므로 법률에서 정한 방식, 즉 취업규칙에 의하여만 도입이 가능할 뿐 근로계약이나 근로자의 개별적 동의를 통하여 도입할 수 없다. 근로계약이나 근로자의 개별적 동의로 탄력적 근로시간제를 도입할 수 있다고 한다면 취업규칙의 불리한 변경에 대해 근로자 과반수로 조직된 노동조합(그러한 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수)의 동의를 받도록 한 근로기준법 제94조 제1항 단서의 취지가 무색해지는 결과가 초래되기 때문이다.

대상판결은, 항공기 기내청소 용역 업무를 수행하는 회사를 운영하는 피고인이 이 사건 근로자들에게 연장근로수당을 지급하지 않고, 여성 근로자에게 정근수당을 지급하지 않아 각각 「근로기준법」과 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하 ‘고용평등법’) 위반 혐의로 기소된 형사 사건에 대한 대법원의 판결이다. 이 사건의 핵심쟁점 중 하나는 회사와 근로자들이 작성한 근로계약서에 공통적으로 기재된 탄력적 근로에 대한 내용을 (구)「근로기준법」 제51조 제1항에 따른 2주 단위 탄력근로제의 적법한 도입 방식 및 법적 근거로 볼 수 있는가이다. 만약 (피고인의 주장처럼) 그렇게 볼 수 있다면 회사는 탄력근로제를 이유로 이 사건 근로자들이 청구하는 연장근로수당에 대한 지급 의무를 면하기 때문이다. 두 번째 쟁점은, 객실 청소·정리 업무를 이행하는 회사의 남성근로자와 여성근로자의 임금 간 격차(‘정근수당’의 지급 유무)가 있는 것으로 확인되는데, 그들의 노동이 「고용평등법」 제8조의 ‘동일가치노동’에 해당하는지, 그래서 그러한 격차가 ‘동일임금 지급 의무’를 위반한 차별에 해당하는가이다.

대상판결은 첫 번째 쟁점과 관련하여 먼저 탄력적 근로시간제를 규정한 근로기준법 규정의 성격과 그것이 법률해석에 주는 함의를 밝혔다. 즉 “탄력적 근로시간제는 [근로시간 규율의 원칙인] 1주간 및 1일의 기준근로시간을 초과하여 소정근로시간을 정할 수 있도록 한 것으로서 법률에 규정된 일정한 요건과 범위 내에서만 예외적으로 허용된 것”이기에 해당 법률규정을 엄격하게 해석해야 한다고 보았다. 따라서 “법률에서 정한 방식, 즉 취업규칙에 의하여만 도입이 가능할 뿐 근로계약이나 근로자의 개별적 동의를 통하여 도입할 수 없다.”는 점을 명확히 했다. 대상판결은 이러한 판단의 배경으로, “근로계약이나 근로자의 개별적 동의로 탄력적 근로시간제를 도입할 수 있다고 한다면 취업규칙의 불리한 변경에 대해 근로자 과반수로 조직된 노동조합(그러한 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수)의 동의를 받도록 한 근로기준법 제94조 제1항 단서의 취지가 무색해지는 결과가 초래”될 수 있다는 우려를 덧붙였다.

대상판결은 탄력적 근로시간제 도입방식·법적근거에 대한 엄격하고 제한적인 이해를 바탕으로, 탄력근로 관련 일부 내용을 공통적으로 담고 있는 이 사건 근로계약이 실질적인 취업규칙에 해당한다고 본 원심의 입장을 받아들이지 않았다. 다음과 같은 이유가 제시되었다: ① 해당 사업장에는 취업규칙이 별도로 존재하였기에 해당 근로계약서가 실질적 관점에서 취업규칙으로 평가할 수 없다(형식적 측면). ② 근로계약서에 기재된 탄력근로 관련 내용은 단위기간 등 필수적 기재사항이 누락되어 있었다(내용적 측면). ③ 항공기 기내 청소 용역업은 탄력적 인력 활용이 요구되는 업종인 데다가, 이 사건 회사의 규모도 상당하여 법정 요건을 충족하는 방식으로 탄력적 근로시간제를 운영하는 것이 현실적으로 충분히 가능했음에도 그렇게 하지 않았다(정황적 측면). 대상판결은 이러한 사실판단을 기초로 해당 근로계약이 관련 근로기준법 규정의 “취업규칙”으로 볼 수 없다는 점을 재확인하고 피고인의 동 조항 위반의 고의까지 인정하였다.

대상판결은 두 번째 쟁점, 즉 “근로자가 근무한 기간의 출근 성적에 따라 지급하는 근무일수에 연동”하여 지급되어야 하나 실제로는 성별에 따라 지

급된 ‘정근수당’이 ‘동일가치노동 동일임금’ 지급 의무를 위반하였다고 판단하였다. 이를 위해, 남성근로자와 여성근로자가 수행하는 작업의 구체적 내용과 강도를 살피고 다음과 같은 사실에 근거해 남성·여성 근로자가 동일가치노동을 하였다고 인정하였다: ① 이 사건 회사의 남성근로자와 여성근로자의 객실 업무의 내용은 기내를 청소하고 정리하는 점에서 본질적으로 같고 특별한 기술자격이나 경력조건이 요구되지 않는 점, ② 남성근로자와 여성근로자가 함께 업무를 수행하는 경우가 많고 여성근로자만 업무를 수행하기도 하는 등 성별에 따른 명확한 역할 분담에 의하지 않는 점, ③ 남성근로자가 순간적인 근력을 이용하여 수행하는 증량물 처리 작업에 비하여 여성근로자가 기내 화장실과 주방을 청소하고 좁은 객실 사이에 들어가 오물을 수거하며 자리를 정돈하는 작업의 노동 강도가 더 낮다고 단정하기도 어려운 점이 그것이다.

대상판결은 「근로기준법」 제51조 제1항에 따른 2주 이내를 단위기간으로 하는 탄력적 근로시간제가 반드시 취업규칙을 통해서만 도입될 수 있고 개별 근로자의 동의를 통해서(예: 근로계약) 도입될 수 없다는 점을 분명히 밝힌 최초의 판결이다.¹⁾ 게다가 동 판결이 피고인의 동 「근로기준법」 규정 위반의 고의까지 인정한 형사판결이라는 점을 고려하면 대상판결에서 설정한 판단기준이 사건의 성격(예: 민사사건)에 따라 이보다 완화될 것으로 보이지는 않는다. ‘주 40시간, 일 8시간’이라는 근로시간 원칙을 벗어나기 위한 예외적 제도로써 탄력적 근로시간제 법률규정의 ‘무게’를 느끼게 해준 판결이다. 두 번째 쟁점에 대한 대상판결의 판단 역시, 1989년 舊「남녀고용평등법」에 도입된 이래 거의 적용되지 않았던 ‘동일가치노동 동일임금’ 규정이 실제 차별 성립의 근거로 인정된 사례라는 점에서 큰 의의가 있다.²⁾

남궁준(한국노동연구원 연구위원)

1) 대법원 2020도16431 근로기준법 위반 등 사건 보도자료, 2023. 5. 22.
 2) ‘동일가치노동 동일임금’ 규정이 적용된 사례 및 그 판단기준에 대해 자세한 내용은 구미영(2023), 「동일가치노동 동일임금의 판단기준」, 『노동법학』 제85호, 한국노동법학회, p.144 이하 참조.

당직(숙직·일직)근무시간의 법적 지위

- 대법원 2023. 6. 23. 선고 2023다223508 판결 -
- 서울고등법원 2023. 2. 15. 선고 2020나2047305 판결 -

【판결요지】

1. 일반적으로 숙·일직이라 함은 정기적 순찰, 전화와 문서의 수수, 기타 비상사태 발생 등에 대비하여 시설 내에서 대기하고 있는 것으로서 그 자체의 노동의 밀도가 낮고 감시·단속적 노동인 경우가 대부분이어서 이러한 업무는 관행적으로 정상적인 업무로 취급되지 아니하여 별도의 근로계약을 필요로 하지 아니하여 원래의 계약의 부수되는 의무로 이행되어야 하는 것으로서 정상근무에 준하는 임금을 지급할 필요가 없고, 야간·연장·휴일근로수당 등이 지급되어야 하는 것도 아니며, 관례적으로 실비변상적 급품이 지급되고 있다는 등의 특징이 있으나, 이러한 감시·단속적인 숙·일직시 그 업무의 내용이 본래의 업무가 연장된 경우는 물론이고 그 내용과 질이 통상의 근로와 마찬가지로 평가되는 경우에는 그러한 초과근무에 대하여는 야간·연장·휴일근로수당 등을 지급하여야 한다.

2. 원고들의 숙·일직 근무 중 4시간의 근무시간당 30분의 휴게시간을 제외한 나머지 시간 동안의 근로는 그 내용과 질에 있어서 통상근로와 마찬가지로 평가할 수 있으므로 피고는 그러한 초과근무에 대하여 야간·연장·휴일근로수당 등을 지급하여야 하며, 위 근무를 통상근로에 포함하여 재산정한 통상임금, 야간·연장·휴일근로수당 및 퇴직금을 기초로 계산한 금액을 지급할 의무가 있다.

1. 사실관계 등

일직, 숙직, 당직 등의 이름으로 불리는 ‘과외’ 근무(정상근무와 다른 근무) 시간은 근로시간인가? 대법원 2023. 6. 23. 선고 2023다223508 판결은 한국은행(피고)의 전·현직 청원경찰 등(원고)이 청구한 임금청구 소송에서 이 문제에 관한 기존 판례 법리를 재확인했다. 대법원은 원심의 판단 즉, 당

직근무가 통상업무를 수행한 것이라면 그 시간은 연장근로수당 등의 계산에 포함되지만, 통상업무와 달리 본래 숙·일직이라는 이름에 부합하게 전화 응대, 순찰 등 경이한 업무만을 수행했다면 그 시간은 연장근로수당 등의 계산에 포함될 수 없다는 법리 및 이 사건의 숙·일직 근무는 통상근무와 마찬가지로 평가할 수 있다는 결론을 그대로 인용했다. 그러므로 이 판례 리뷰의 대상은 형식상으로는 대법원 2023. 6. 23. 선고 2023다223508 판결이지만, 실질적으로는 원심인 서울고등법원 2023. 2. 15. 선고 2020나 2047305 판결이다.

이 사건의 사실관계를 요약하면 다음과 같다.¹⁾ 원고들은 한국은행(피고)에서 청원경찰 등으로 일하는 근로자들 또는 그에서 퇴직한 근로자들이다. 원고들은 한국은행의 안전관리규정 및 안전관리규정 시행절차에 따라 당직근무(숙직 18시부터 다음 날 9시까지, 일직 공휴일, 토요일 9시부터 18시까지)를 하고, 정액의 당직비(숙직 8만 원, 일직 7만 원)를 받았다. 소속에 따라서 그 주기가 다르기는 하나, 주로 ‘주간근무-주간근무-주간 및 당직근무(24시간 근무)-비번’의 순서로 하여 약 3~4일을 주기로 돌아가면서 당직근무를 수행하였다. 원고들은 위와 같이 주간 및 당직근무(24시간 근무)를 한 다음 날인 비번일에는 출근하지 않았다.

1심(서울남부지방법원 2020. 11. 13. 선고 2019가합108627 판결)과 원심은 당직근무의 성격을 정반대로 판단하여 결론을 달리했다. 1심은 이 사건 당직근무가 통상업무와 다른 경이한 업무였으므로 그 시간을 연장근로수당 등의 계산에 포함할 수 없다고 판결하였지만, 원심은 당직근무가 통상업무

1) 원고들은 당직 즉 숙·일직근무 시간뿐만 아니라, 당직근무 중의 휴게시간, 정규근로시간 중 점심시간(휴게시간을 보장받지 못한 채 사용자의 지휘·감독 하에 대기근무 수행), 실제 출근하여 정식 근무에 돌입하기 위해 준비한 시간 등도 근로시간 산정에 포함시켜야 하며, 또한 한국은행은 퇴직한 원고들에 대하여 위 각 수당을 포함하여 재산정한 퇴직금에서 기지급받은 퇴직금을 공제한 차액을 지급하여야 하고, 확정기여형퇴직연금제도에 가입한 원고들의 계정에 위 수당을 포함하여 계산한 퇴직연금 부담금 차액을 납입할 의무가 있다고 주장하였다. 1심과 2심 법원은 원고들이 주장하는 모든 문제에 대해 검토하였으나, 대법판결은 주로 당직근무의 성격에 대해서만 판단했다. 이 글에서도 당직근무 부분에만 한정하여 살펴본다.

와 유사한 업무이므로 그 시간을 연장근로수당 등의 계산에 포함하여 별도 수당을 추가 지급해야 한다고 판결했다.

2. 원심의 요지

가. 전제

원심은 당직근무와 근로시간의 의의와 요건 등에 관한 기존 판례의 법리에서 출발한다. 기실 이 점은 1심도 다르지 않다.

먼저 당직근무의 법리는 다음과 같다. “일반적으로 숙·일직이라 함은 정기적 순찰, 전화와 문서의 수수, 기타 비상사태 발생 등에 대비하여 시설 내에서 대기하고 있는 것으로서 그 자체의 노동의 밀도가 낮고 감시·단속적 노동인 경우가 대부분이어서 이러한 업무는 관행적으로 정상적인 업무로 취급되지 아니하여 별도의 근로계약을 필요로 하지 아니하여 원래의 계약의 부수되는 의무로 이행되어야 하는 것으로서 정상근무에 준하는 임금을 지급할 필요가 없고, 야간·연장·휴일근로수당 등이 지급되어야 하는 것도 아니며, 관례적으로 실비변상적 금품이 지급되고 있다는 등의 특징이 있으나, 이러한 감시·단속적인 숙·일직시 그 업무의 내용이 본래의 업무가 연장된 경우는 물론이고 그 내용과 질이 통상의 근로와 마찬가지로 평가되는 경우에는 그러한 초과근무에 대하여는 야간·연장·휴일근로수당 등을 지급하여야 한다(대법원 1995. 1. 20. 선고 93다46254 판결, 대법원 2019. 10. 17. 선고 2015다213568 판결 등 참조).”

다음으로 근로시간의 의의와 요건에 관한 법리는 다음과 같다. “근로시간이란 근로자가 사용자의 지휘·감독을 받으면서 근로계약에 따른 근로를 제공하는 시간을 말하고, 휴계시간이란 근로시간 도중에 사용자의 지휘·감독으로부터 해방되어 근로자가 자유로이 이용할 수 있는 시간을 말한다. 따라서 근로자가 작업시간 도중에 실제로 작업에 종사하지 않은 대기시간이나 휴식·수면시간이라도 하더라도 근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니라 실질적으로 사용자의 지휘·감독을 받고 있는 시간이라면 근로시간

에 포함된다고 보아야 한다. 근로계약에서 정한 휴식시간이나 수면시간이 근로시간에 속하는지 휴게시간에 속하는지는 특정 업종이나 업무의 종류에 따라 일률적으로 판단할 것이 아니다. 이는 근로계약의 내용이나 해당 사업장에 적용되는 취업규칙과 단체협약의 규정, 근로자가 제공하는 업무의 내용과 해당 사업장에서의 구체적 업무 방식, 휴게 중인 근로자에 대한 사용자의 간섭이나 감독 여부, 자유롭게 이용할 수 있는 휴게 장소의 구비 여부, 그 밖에 근로자의 실질적 휴식을 방해하거나 사용자의 지휘·감독을 인정할 만한 사정이 있는지와 그 정도 등 여러 사정을 종합하여 개별 사안에 따라 구체적으로 판단하여야 한다(대법원 2017. 12. 5. 선고 2014다74254 판결, 대법원 2019. 10. 17. 선고 2014두3020, 3037 판결 등 참조).”

나. 사안의 판단

이상의 판례 법리와 아래의 사정들을 이유로 원심은, 1심 판결과는 정반대로,²⁾ 원고들의 숙·일직근무 중 4시간의 근무시간당 30분의 휴게시간을

-
- 2) 1심 법원은 다음과 같은 점들에 비추어 볼 때, 원고들이 숙·일직근로 시 행한 업무가 본래의 업무가 연장된 경우이거나 그 내용과 질이 통상의 근로와 마찬가지로 평가되는 경우라고 보기 어렵다고 판단했다. ① 정규근로시간에 한국은행의 청사에는 직원뿐만 아니라 다수의 외부인들의 출입이 허용되고, 하루 평균 방문객이 상당한데, 출입자 신원 확인과 비인가자 통제 업무를 담당하는 경비근무자에게 높은 주의가 요구될 것으로 보인다. ② 숙·일직근로시 원고들은 정해진 순찰을 실시하는 것 외에는 청사 내에 머무르고 있고, 간헐적, 비정기적으로 월담자 등 특이사항이 발생하는 경우에도 함께 숙·일직을 수행하는 특수경비원이나 시스템경비업체 직원들과 공조를 통하여 해결하고 있고, 한국은행의 청사는 일부 출입문을 제외한 대부분의 출입문이 폐쇄된 상태로 잔류인원도 한정되어 있어 정규근로시간에 비하여 경비근무자에게 요구되는 주의의 정도가 현저히 낮다고 할 것이다. ③ 숙·일직근로시 비상상황에 따른 대비훈련이 이루어지는 경우가 있기는 하나, 이는 정규근로시간에는 훈련을 실시하기 곤란한 사정이 있어 숙·일직근로시 이루어지는 것으로 보이고, 숙·일직 근로시 훈련이 이루어졌다는 사정만으로 숙·일직근로가 통상의 근로와 같다고 보기는 어렵다. ④ 당직 순찰자가 ‘사무실 방화 및 보안점검표’에 서명하도록 하고 있으나, 위 보안점검표는 야근 후 전열기 등 전원을 차단하고 퇴실하는지, 사무실 문을 잠그고 퇴근하는지 확인하기 위하여 마련된 양식일 뿐이고, 보안점검표에 서명하였다고 하여 원고들의 숙·일직시 근로가 통상의 근로와 같다고 보기는 어렵다. ⑤ 안전관리규정 시행절차에 중요사항 발생시 당직근무자가 관련부서 책임자 등에게 보고하도록

제외한 나머지 시간, 즉 9시간의 일직 근무시간 중 8시간 및 15시간의 숙직 근무시간 중 13시간 30분 동안의 근로는 전체적으로 보아 그 내용과 질에 있어서 통상의 근로와 마찬가지로 평가할 수 있고, 따라서 그러한 초과근무에 대하여는 야간·연장·휴일근로수당 등을 지급해야 한다고 판결했다.

① 경비근무자들에 의해 당직시간에 이루어지는, 피고 청사의 방호·방법·방화·보안 상태를 순찰 및 점검하고 경비상황실에서 방호장비를 운영 및 관리하는 업무는, 정규근무시간에도 청원경찰 등 경비근무자에 의하여 수행되는 업무이다. 이러한 업무는 그 근무시간에 상관없이 모두 피고 청사의 경비, 질서유지, 범죄 예방 및 진압을 목적으로 이루어진다. 국가 중요시설이자 보안시설인 피고의 성격상 위와 같은 피고 청사의 경비 업무는 중단 없이 계속되어야 하는 업무이다.

② 피고가, 그 직원들 중 다른 일반직원들과는 달리 경비근무자들만을 4개조로 편성하여 1년 내내 24시간 연속되는 업무체제로 운용하고 있는 것 자체가, 이들이 맡은 경비 업무가 당직 시간을 포함하여 24시간 중단될 수 없는 지속적인 업무임을 반영한다.

③ 피고의 일반 직원들과는 달리 4일마다 한 번씩, 평일의 경우 오후 6시부터 다음 날 오전 9시까지 이루어지는 15시간의 당직(숙직) 근무, 휴일의 경우 오전 9시부터 다음 날 오전 9시까지 이루어지는 24시간의 당직(일직 및 숙직) 근무라는 이들의 근무 형태, 4일마다 이를 수행해야 하는 위 업무의 빈도, 야간을 포함하여 오랜 시간 이루어지는 업무의 강도에 비추어 보더라도, 경비근무자들이 4일에 한 번씩 수행한 위 당직 업무를 통상의 근로와는 내용과 질이 달라 임금을 지급할 필요가 없고 실비변상적 금품의 지급으

되어 있기는 하나, 이는 화재 발생 등 중대한 사항에 한정되고, 월담자 등 특이 사항이 발생할 경우에는 경비상황일지에 기재하거나 문자메시지를 통하여 간략히 보고하는 정도에 그친다. ⑥ 한국은행 청사 내부에는 보안 유지를 위하여 각종 방호장비가 설치·운영되고 있으나, 이러한 방호장비는 별도의 조작 없이도 계속 가동되는 자동화 설비이고, 간혹 숙·일직근로시에 고장 등으로 제대로 작동이 되지 않을 경우가 있을 수 있으나, 그러한 비상상황에 대비하여 당직근무를 실시하는 것이므로, 방호장비 오작동 등에 대처하였다는 것이 숙·일직근로가 통상 근로와 마찬가지로 평가되어야 할 사정으로 보기는 어렵다.

로 충분한 '당직(숙·일직)근무'에 불과하다고는 도저히 보기 어렵다.

④ 정규근무시간이 종료된 후에는 경비근무자들이 제복을 착용하지 않았으나, 당직근무시간에 착용하는 순회복은 제복과 마찬가지로 피고로부터 지급되는 급여품으로서 피고에서 근무하는 청원경찰임을 쉽게 식별할 수 있도록 제작되어 있는 점, 당직근무시간에도 2018. 7.경 이전에는 경비근무자들이 가스발사총을 휴대한 점(2018. 7.경 이후 정규근무시간 종료 후에는 가스발사총을 무기고로 입고시키기로 하였으나, 이는 안전사고를 예방하기 위한 것으로 보이고, 이로 인해 당직근무의 경비업무로서 성격이 변경되었다고 보기는 어렵다.), 당직근무 중이라도 비상사태 등 필요한 경우에는 가스발사총 등의 무기를 지급할 수 있도록 한 점, 피고의 청원경찰에 대한 근무성적평가표의 '평가항목별 착안사항' 중 '업무지식'란에는 '주·야간 근무요령을 정확히 숙지하고 있는가?'의 항목이 기재되어 있는데, 이는 청원경찰의 야간 근무도 단순한 당직근무가 아닌 평가의 대상이 되는 근무에 해당함을 전제로 하는 것인 점 등에 비추어, 복장이 다르고 2018. 7.경 이후에는 무기 휴대 여부가 다르다는 사정만으로 야간 및 휴일에 이루어지는 경비업무와 정규근무시간의 업무가 그 내용과 질이 다르다고 평가하기 어렵다.

⑤ 당직근무시간에는 피고 청사가 폐쇄되는 등의 이유로 외부인 출입 통제와 같은 업무는 적었을지라도 외부인의 월담과 같은 무단 청사침입이 곧바로 사고 또는 비상사태로 이어질 수 있는 점, 정규근무시간보다 적게 배치된 인원만으로 그러한 업무를 처리해 온 점 등을 고려할 때, 당직근무시간에 처리하는 위 업무의 강도가 주간의 것에 비해 약하다고 단정하기 어렵다. 또한 피고의 안전관리규정 시행절차에서 당직근무자 중 경비근무자에 대하여만 숙직근무 종료일의 근무시간 전부에 휴식을 취하도록 정하고 있는데(제122조 제2항), 이는 경비근무자의 당직근무 업무 강도가 일반적인 당직근무에 비해 높다는 것을 고려한 조치로 보인다(위 시행절차에서 당직주임만 오후 11시부터 다음 날 7시까지 취침할 수 있도록 정하고 있는 점에 비추어 보더라도 경비근무자의 당직근무는 당직주임에 비하여 과중하였을 것으로 보인다.).

⑥ 피고가 국가중요시설이자 국가보안시설에 해당하는 점, 경비근무자는 야간과 휴일을 포함하여 하루 24시간 내내 교대로 근무하고 있는 점, 경비근무자는 주간 및 야간 훈련 등을 통하여 항시 비상사태 등에 대비하여야 하는 점, 경비상황일지 및 방호장비일지 등의 일지는 24시간 단위로 작성되고 있는 점 등에 비추어 볼 때, 앞서 본 바와 같은 경비근무자의 업무는 중단 없이 24시간 계속되어야 하는 업무에 해당한다. 피고는 경비근무자의 본래 업무를 야간과 휴일에도 계속 유지하게 할 목적으로 경비근무자로 하여금 야간 및 휴일 근무를 하게 한 것으로 봄이 타당하다.

⑦ 특히 근무지 이탈을 금지하고, 당직근무 시에도 청사 내 식당에서 교대로 취식하도록 규정한 점, 실제로 근무지 이탈을 사유로 징계를 받은 경비근무자도 있는 점, 당직근무일지를 작성하여 보고하거나 인수인계를 하는 점, 불시에 당직근무실태를 점검하도록 하고 있는 점 등에 비추어, 야간 및 휴일 근무시간에 경비근무자들은 그 자유로운 이동 등이 보장되었다고 보기 어렵고, 전체적으로 사용자의 지휘·감독 아래 업무를 수행하거나 업무를 위하여 상시 준비하는 형태로 근로를 제공한 것으로 보인다.

⑧ 피고 청사의 내·외부를 감시하는 CCTV를 포함한 방호장비가 갖추어진 경비상황실을 중심으로 하는 경비 업무는 경비근무자들의 주요한 근무 내용으로 보이고, 원고들과 같은 경비근무자들이 이러한 경비업무를 24시간 수행하였다(이러한 경비상황실을 통한 경비업무의 연속성과 중요성을 고려하면, 평일 주간에 이루어지는 초소 근무만이 경비업무의 주요 내용이라고 보기는 어렵다.). 이는 주간 및 야간, 평일 및 휴일, 본점 및 지점에 따른 차이가 없다. 야간 및 휴일에는 피고의 일반 업무가 종료되고 일반인이 출입하지 않지만, 야간 및 휴일의 경우 평일 주간에 비하여 경비 근무를 하는 경비근무자의 수가 1/3 정도로 줄어들게 되므로 업무 강도에서 차가 난다고 보기 어렵다(경비근무자들은 평일 주간과 달리 야간 및 휴일에는 초소 근무를 하지 않으나, 그 기간에는 아래에서 보는 청사 외곽 경비를 하는 특수경비원의 수도 1/2 내지 1/3 정도로 줄어든다.).

⑨ 피고는 주식회사 Z와 경비도급계약을 체결하여 위 회사로 하여금 경

비업법상 경비업무를 하도록 하고 있다. 야간 및 휴일에는 피고 청사에서 근무하는 일부 직원 등의 출입을 위하여 필요한 출입구만 개방되고, 정규근무시간에 외부에 개방되어 있던 나머지 출입구는 폐쇄되며, 위 도급계약에 따른 특수경비원들이 청사 출입구를 통제한다. 그러나 특수경비원들의 위 경비업무와는 별도로 원고들을 포함한 경비근무자들이 야간 및 휴일에도 경비상황실을 통한 경비 업무를 중단 없이 수행하고, 국가보안시설이 아닌 지역본부를 제외한 나머지 청사에서는 당직 시간에도 경비근무자들이 청사의 내·외곽을 모두 순찰한다. 또한 평상시에는, 청원경찰 대장 또는 반장은 특수경비원 감독자에게 경비업무를 지시하고, 일상적인 업무에 대해서는 청원경찰 조장이 지시를 할 수 있으며, 긴급상황 시에는, 청원경찰 대장 또는 경비상황실 근무 청원경찰 반장 또는 조장은 각 초소의 특수경비원 선임자에게 긴급 지시를 할 수 있게 되어 있다. 따라서 특수경비원이 야간 및 휴일에 청사 출입구를 통제하고 경비한다고 하여도, 특수경비원만이 전적으로 피고 청사의 경비업무를 담당하는 것이라고 볼 수 없고, 경비근무자들이 청원경찰 대장, 조장 등의 지시 등을 통해 특수경비원들과 협력하여 경비업무를 하는 것이라고 봄이 타당하다.

⑩ 경비근무자들이 당직근무 시간에 2교대로 근무하기는 하나, 이들의 경비 업무는 24시간 내내 이루어지는 것인 점, 경비근무자는 당직 중 주근무시간이 아닌 때에도 청사 내에서 대기해야 하는 점, 이 사건 청구기간에 피고의 취업규칙, 안전관리규정 및 그 시행절차에 당직근무자에 대한 휴게시간을 명문으로 규정하고 있지 않았고, 반면에 경비근무자 주·야간 편성표에는 ‘**경비근무대기자는 비상출동 대기조로 비상 시 출동함**’이라고 기재되어 있고, 경비상황근무일지에는 ‘주·야간 대기자는 비상출동 업무수행’이라고 기재되어 있는 점, 피고가 원고들에게 4일마다 한 번씩, 평일의 경우 오후 6시부터 다음 날 오전 9시까지 15시간, 휴일의 경우 오전 9시부터 다음 날 오전 9시까지 24시간 동안의 당직 시간 내내 피고 청사에 출근하여 지정된 근무장소에서 이탈하지 않을 의무를 부과한 점 등의 사정을 종합해 보면, 경비근무자들이 당직 시간에 2교대로 근무하고, 주근무시간이 아닌 때

에는 대기실 내지 휴게실에서 휴식 또는 수면을 할 수 있었다는 점을 감안 하더라도, 원고들의 당직근무 시간은 아래에서 인정하는 법률상의 휴게시간을 제외하고는 모두 근로시간에 해당한다고 봄이 타당하고, 그 중 절반이 피고의 지휘·감독에서 벗어난 휴게시간이라고 보기는 어렵다.

⑪ 다만 근로기준법 제54조 제1항은 ‘사용자는 근로시간이 4시간인 경우에는 30분 이상, 8시간인 경우에는 1시간 이상의 휴게시간을 근로시간 도중에 주어야 한다.’고 정하고 있고, 피고의 안전관리규정 시행절차가 당직근무자에게 교대로 취식할 수 있게 하고, 불가피한 경우에는 당직근무에 지장이 없는 범위에서 외식도 허용하고 있는 점 등에 비추어, 위 법정휴게시간인 4시간 근무 당 30분의 시간, 즉 원고들의 일직 근무 9시간(오전 9시부터 오후 6시까지) 중 1시간, 숙직 근무 시간 15시간(오후 6시부터 다음 날 오전 9시까지) 중 1시간 30분을 각 피고의 지휘·감독에서 벗어난 휴게시간으로 인정한다.

3. 당직(숙·일직) 판례법리에 관한 의문

이 사건에 관한 한 원심과 이를 인용한 대법원 판결의 결론이 타당하다고 생각한다. 한국은행(피고)의 전·현직 청원경찰의 당직근무는 본래 직무와의 연관성, 상시성과 지속성, 근무 강도 등을 고려할 때, 일반적인 당직근무와 달리 통상 업무로 봄이 상당하기 때문이다. 그런데 당직(숙·일직) 근무의 법적 성격 내지 지위에 관해, 이 사건 1심과 원심과 대법원 판결이 모두 인용하고 있는 아래와 같은 확고한 판례 법리에 한 가지 의문이 생긴다.

“일반적으로 숙·일직이라 함은 정기적 순찰, 전화와 문서의 수수, 기타 비상사태 발생 등에 대비하여 시설 내에서 대기하고 있는 것으로서 그 자체의 노동의 밀도가 낮고 감시·단속적 노동인 경우가 대부분이어서 이러한 업무는 관행적으로 정상적인 업무로 취급되지 아니하여 별도의 근로계약을 필요로 하지 아니하여 원래의 계약의 부수되는 의무로 이행되어야 하는 것

으로서 정상근무에 준하는 임금을 지급할 필요가 없고, 야간·연장·휴일근로수당 등이 지급되어야 하는 것도 아니며, 관례적으로 실비변상적 금품이 지급되고 있다는 등의 특징이 있으나, 이러한 감시·단속적인 숙·일직시 그 업무의 내용이 본래의 업무가 연장된 경우는 물론이고 그 내용과 질이 통상의 근로와 마찬가지로 평가되는 경우에는 그러한 초과근무에 대하여는 야간·연장·휴일근로수당 등을 지급하여야 한다(대법원 1995. 1. 20. 선고 93다46254 판결, 대법원 2019. 10. 17. 선고 2015다213568 판결 등 참조).”

요컨대 당직근무가 통상업무를 수행한 것이라면 그 시간은 연장근로수당 등의 계산에 포함시켜야 하지만, 통상업무와 달리 본래 숙·일직이라는 이름에 부합하게 전화 응대, 순찰 등 경이한 업무만을 수행했다면 그 시간은 연장근로수당 등의 계산에 포함 시킬 수 없다는 법리이다.

만약 이 논리대로 한다면 이런 의문이 생긴다. ‘통상업무가 아니라 경이한 업무를 담당한 숙·일직 시간’은 법적으로 어떤 지위를 가지는가? ① 근로시간이 아니라는 말인가? ② 본래의 근로계약과는 다른 별개의 근로계약에 따른 근로시간이란 말인가? 혹은 ③ 본래의 근로계약에 부수하는 의무를 이행하는 시간으로서 근로시간이긴 하지만 통상적인 보상(임금)보다 낮은 보상을 할 수 있는 시간이란 말인가?

①번 즉 ‘근로시간이 아니라는 말’은 절대 아닐 것이다. 우리 판례는 근로시간과 휴게 또는 근로자의 자유 시간에 관해 엄격하게 구별하고 있고,³⁾ 그

3) 대법판결들의 실시에서도 이는 분명하다. “근로시간이란 근로자가 사용자의 지휘·감독을 받으면서 근로계약에 따른 근로를 제공하는 시간을 말하고, 휴게시간이란 근로시간 도중에 사용자의 지휘·감독으로부터 해방되어 근로자가 자유로이 이용할 수 있는 시간을 말한다. 따라서 근로자가 작업시간 도중에 실제로 작업에 종사하지 않은 대기시간이나 휴식·수면시간이라도 하더라도 근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니라 실질적으로 사용자의 지휘·감독을 받고 있는 시간이라면 근로시간에 포함된다고 보아야 한다. 근로계약에서 정한 휴식시간이나 수면시간이 근로시간에 속하는지 휴게시간에 속하는지는 특정 업종이나 업무의 종류에 따라 일률적으로 판단할 것이 아니다. 이는 근로계약의 내용이나 해당 사업장에 적용되는 취업규칙과 단체협약의 규정, 근로자가 제공하는 업무의 내용과 해당 사업장에서의 구체적 업무 방식, 휴게 중인 근로자에 대한 사용

법리에 따를 때 숙·일직 시간은 사용자의 지휘·감독하에 있는 시간으로서 당연히 근로시간에 속한다. ②번 즉 '본래의 근로계약과는 다른 별개의 근로계약에 따른 근로시간'이라는 논리도 가능하다. 그러나 현행법상 이런 유형의 계약이 즉 한 사용자와 한 근로자가 동시에 둘 이상의 근로계약 관계를 유지하는 것이 가능한지도 의문이지만, 이렇게 근로계약을 체결하였다고 하더라도 근로기준법의 규율 특히 근로시간과 휴식의 규율이라는 목적에서 단위 기간 내의 근로시간을 모두 합산할 수밖에 없다. 만약 그렇지 않다면 사용자는 한 근로자는 복수의 근로계약을 통해 근로시간 규율을 회피할 수 있기 때문이다. ③번 즉 '본래의 근로계약에 부수하는 의무를 이행하는 시간으로서 근로시간이긴 하지만 통상적인 보상(임금)보다 낮은 보상을 할 수 있는 시간'이 판례 법리의 취지로 보인다. 실제 '당직근무 판례 법리'를 보아도, '별도의 근로계약을 필요로 하지 아니하여 원래의 계약의 부수되는 의무로 이행되어야 하는 것으로서 정상근무에 준하는 임금을 지급할 필요가 없고, 야간·연장·휴일근로수당 등이 지급되어야 하는 것도 아니며, 관례적으로 실비변상적 금품이 지급되고 있다는 등의 특징'이 있다고 실시한다.

그렇다면 이런 판례 법리는 타당한가? 분석의 목적에서 판례 법리를 나누어 보면 다음과 같다. ㉠ 당직근무(의무)는 별도의 근로계약을 필요로 하지 않으며 원래 계약에 부수하는 의무이다. ㉡ 이에 대해서는 정상근무에 상응하거나 그에 준하는 임금을 지급할 필요가 없다. ㉢ 해당 시간의 근무가 형식상 야간근로, 연장근로, 휴일근로에 해당하더라도 야간·연장·휴일근로수당 등을 지급할 필요는 없으며, ㉣ 실비변상적 금품이 대가로서 지급되는 것이 관례이다. 먼저 ㉠ 당직근무의 성격을 '별도의 근로계약을 필요로 하지 않으며 원래 계약에 부수하는 의무'로 파악하는 것은 논리적으로나 현실적으로나 크게 이상하지 않다. 다음으로 그 시간에 대한 임금과 관련하여 '㉡

자의 간섭이나 감독 여부, 자유롭게 이용할 수 있는 휴게 장소의 구비 여부, 그 밖에 근로자의 실질적 휴식을 방해하거나 사용자의 지휘·감독을 인정할 만한 사정이 있는지와 그 정도 등 여러 사정을 종합하여 개별 사안에 따라 구체적으로 판단하여야 한다(대법원 2017. 12. 5. 선고 2014다74254 판결, 대법원 2019. 10. 17. 선고 2014두3020, 3037 판결 등 참조)."

이에 대해서는 정상근무에 상응하거나 그에 준하는 임금을 지급할 필요가 없다.’고 한다. 현실에서는 낮은 논리이지만, 제공하는 노동의 강도나 밀도에 따라 임금을 달리하는 것이 논리적으로 가능한 하다. 다만 이런 방식의 근로계약을 체결하려면 실질적 취급의 대상이 되는 노동의 종류와 노동의 종류별 대가가 명시되어야 하고 그에 대한 근로자의 명시적이고 구체적인 동의가 있어야 할 것이며, 어떠한 노동이든 그 대가는 최저임금 이상이어야 할 것이다. 마지막으로 ㉔과 ㉕을 하나로 묶어 보면, ‘해당 시간의 근무가 형식상 야간근로, 연장근로, 휴일근로에 해당하더라도 야간·연장·휴일근로수당 등을 지급할 필요는 없고 실비변상적 금품만 제공해도 무방하다.’라는 것이다. 판례법리에서 가장 이상한 부분이다. 후단부터 보면, 통상 실비변상이란 특정 노동의 수행에 필요적으로 소요되는 비용(대개는 추가 비용)에 대해 사용자가 임금과 별개로 지급하는 것으로서 이는 본래 사용자의 경영 비용이지 제공된 근로 자체의 대가인 임금과는 다르다. 예를 들어 출장비는 출장이라는 노동의 수행에서 필수적으로 추가 소요되는 경비에 대한 대가이지 출장이라는 노동에 대한 대가는 아니다. 사용자가 출장비와는 별도로 출장시간에 상응하는 임금을 근로자에 지급하는 것도 이 때문이다. 이러한 실비변상적 금품의 성격에 비추어 보면 근로시간에 해당하는 당직근무에 대해 임금이 아니라 실비변상적 금품만 지급해도 되는 듯한 설시는, 비록 그것에 ‘관계적이라는’ 유보적 표현이 붙어있다고 해도 적절한 것은 아닐 것이다. 이보다 더 큰 문제는 ㉔ 즉 ‘해당 시간의 근무가 형식상 야간근로, 연장근로, 휴일근로에 해당하더라도 야간·연장·휴일근로수당 등을 지급할 필요는 없다.’는 부분이다. 아무리 노동의 강도나 밀도가 통상업무보다 약하거나 희박하더라도 당직근무는 엄연히 근로계약상 의무의 이행이고 그 시간은 사용자의 지휘·명령하에서 근로를 제공하는 시간이다. 일반적으로 당직근무보다 노동의 강도나 밀도가 약한 대기시간도, 근로기준법 제50조 제3항에 따라, 연장근로수당 지급의무의 존부를 따지기 위한 전제인 근로기준법상 근로시간인가의 판단에서 휴계시간이 아니라 근로시간으로 파악된다.

요약하면 당직근무도 근로계약의 이행으로서 근로이므로 그 시간에 대해

서는 당연히 임금이 지급되어야 한다. 만약 당직근무 시간이 법정기준시간 내라면 근로계약에서 해당 시간에 대한 별도의 임금을 설정할 수는 있을 것이나, 이질적 취급의 대상이 되는 노동의 종류와 노동의 종류별 대가가 명시되어야 하고 그에 대한 근로자의 명시적이고 구체적인 동의가 있어야 하며, 해당 임금 수준이 최저임금 이상이어야 한다. 그에 비해 당직근무 시간이 법정기준시간을 초과하거나 야간근로와 휴일근로에 해당한다면, 사용자는 근로기준법 제56조에 따라 그에 상응하는 가산수당을 지급하여야 할 것이다.

강성태(한양대학교 법학전문대학원 교수)

근로자 동의 없는 사업장 CCTV 설치의 위법성

- 대법원 2023. 6. 29. 선고 2018도1917 판결 -

【판결요지】

이 사건 회사가 근로자 대부분의 반대에도 불구하고 CCTV의 정식 가동을 강행함으로써 피고인들의 의사에 반하여 근로 행위나 출퇴근 장면 등 개인정보가 위법하게 수집되는 상황이 현실화되고 있었던 점, 개인정보자기결정권은 일반적 인격권 및 사생활의 비밀과 자유에서 도출된 헌법상 기본권으로 일단 그에 대한 침해가 발생하면 사후적으로 이를 전보하거나 원상회복을 하는 것이 쉽지 않은 점 등을 고려하면, 피고인들이 다른 구제 수단을 강구하기 전에 임시조치로서 검정색 비닐봉지를 씌워 촬영을 막은 것은 (정당행위의) 행위의 동기나 목적, 수단이나 방법 및 법익의 균형성 등에 비추어 그 긴급성과 보충성의 요건도 갖추었다고 볼 여지가 있다.

사용자가 사업장의 도난·화재 예방과 근로자 안전을 위해 CCTV를 설치하는 경우는 매우 많다. 그러나 CCTV가 목적을 판단해 선별적으로 촬영되는 것은 아니어서 CCTV는 촬영 범위 내 근로자의 일거수일투족 모든 행적을 담게 된다. 사용자는 근로자 감시의 목적이 아니었다 항변하더라도 그러한 효과가 나타나게 된다면 어떻게 해야 할 것인지? 그리고 사용자가 일방적으로 CCTV 등 감시장치를 설치하는 경우 근로자는 무엇을 할 수 있는지 현장에서는 여전히 다툼이 일고 있다.

「개인정보보호법」 제25조 제1항에 따라 개인정보처리자(예 : 사용자)는 공개된 장소에서는 영상정보처리기기(예 : CCTV)를 정보주체(예 : 근로자)의 동의 없이 설치할 수 있다. 다만, 안내판 부착 등의 의무가 부과될 뿐이다. 여기서 공개된 장소란 불특정 다수인이 자유롭게 드나들 수 있는 장소를 말하는데, 보통의 사업장은 소속 근로자만이 드나들 수 있어 공개된 장소라 할 수 없다. 따라서 「개인정보보호법」상 개인정보수집과 이용의 일반원칙이라 할 수 있는 동법 제15조 제1항의 적용을 받게 된다.

「개인정보보호법」 제15조 제1항 제1호는 원칙적으로 개인정보처리자가 정보주체의 개인정보를 수집하기 위해서는 정보주체의 ‘동의’가 필요하다고 한다. 즉, 사용자가 CCTV를 통해 근로자의 개인정보인 영상을 수집할 경우, 근로자의 동의가 필요하다. 그러나 동 조항은 제2호에서 제7호까지 정보주체의 동의가 없어도 개인정보를 수집할 수 있는 예외적인 요건을 규정하는데, 그중 본 사건에서 쟁점이 된 것은 제6호였다. 제6호는 “개인정보처리자의 정당한 이익을 달성하기 위하여 필요한 경우로서 명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우, 이 경우 개인정보처리자의 정당한 이익과 상당한 관련이 있고 합리적인 범위를 초과하지 아니하는 경우에 한한다.”고 하여 이때에는 정보주체의 동의가 필요 없다고 한다. 즉, 사용자가 정당하게 필요한 경우로 근로자의 개인정보를 수집하였을 때 그 이익이 근로자의 개인정보에 관한 권리보다 명백하게 우선할 경우 근로자의 동의는 필요 없다. 그러나 개인정보처리자인 사용자의 정당한 이익이 정보주체인 근로자의 권리보다 명백하게 우선하는 경우란 무엇인지에 대해 동법은 “개인정보처리자의 정당한 이익과 상당한 관련이 있고 합리적인 범위 내”라는 추상적인 규정을 제시하여 법원의 해석에 맡기고 있다. 그렇다면 화재·도난 예방을 위해 설치한 사용자의 CCTV는 근로자의 개인정보에 관한 권리보다 그 정당한 이익이 명백하게 우선할 것인지 법원은 판단하여야 했고, 이것이 본 사례의 첫 번째 쟁점이다.

비록 첫 번째 쟁점에서 사용자의 CCTV 설치가 위법하다고 하더라도 그것은 업무방해죄의 구성요건 해당에 아무런 지장을 미치지 않는다. 대법원은 업무방해죄의 보호 대상이 되는 ‘업무’란 “타인의 위법한 행위에 의한 침해로부터 보호할 가치가 있는 것이면 되고, 그 업무의 기초가 된 계약 또는 행정행위 등이 반드시 적법하여야 하는 것은 아니”라고 판시하기 때문이다(대법원 2003. 4. 11. 선고 2002도1747 판결 등 참조). 따라서 본 사례에서 근로자인 피고인들이 사용자의 CCTV를 검은 비닐봉투로 가린 것은 업무방해죄의 구성요건에 해당한다.

그러나 우리 형법은 위법성조각사유라 하여 제20조(정당행위)에서 “법령

에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 별하지 아니한다.”라고 규정한다. 만일 피고인인 근로자들이 CCTV를 가린 행위가 기타 사회상규에 반하지 않는다면 정당행위가 인정되어 업무방해죄가 최종적으로 성립하지 않게 된다. 그렇다면 근로자들의 행위는 기타 사회상규에 위배되지 않는 것인지 법원이 해석하는 것, 이것이 두 번째 쟁점이다.

피고인들(3인)은 A 자동차 회사의 근로자로서 B 노동조합 A 회사 지회의 지회장 등 간부이다. A 회사는 공장 내에서 도난 및 화재가 발생하자, 2015. 8. 경 시설물 안전과 화재 감시 등을 이유로 CCTV 설치공사를 시작하였다. 피고인들의 CCTV 가림은 모두 네 차례에 걸쳐 발생하였다.

① 2015. 11. 12. 피고인들은 공장 외곽 울타리, 출입문, 출고장 등에 설치된 CCTV 51대에 검은 비닐봉지를 씌워 5일 동안 촬영을 방해하였다. 다만, 이 기간의 CCTV는 시험 가동 전이었다.

② 2015. 12. 18. 경 같은 장소의 위 CCTV 51대에 검은 비닐봉지를 씌워 5일 동안 촬영을 방해하였다. 이 기간의 CCTV는 시험 가동 중이었다.

2015. 12. 24. 회사가 정식으로 CCTV를 작동시키자, 피고인들은 ③ 2015. 12. 28. 근로자들의 작업 모습이 찍히는 CCTV 12대에만 검은 비닐봉지를 씌워 9일 동안 촬영을 방해하였다.

피고인들의 노동조합과 회사 간에 CCTV 설치 및 운용에 관한 협의가 무산되자 ④ 2016. 1. 4. 경 근로자들을 직접 촬영하는 CCTV 14대에 검은 비닐봉지를 씌워 22일 동안 촬영을 못하게 하였다.

제1심 법원은 피고인들의 CCTV 가림은 업무방해죄에 해당하고, 정당행위가 성립하기 위해서는 행위의 동기나 목적의 정당성, 행위의 수단이나 방법의 상당성, 보호이익과 침해이익과의 법익 균형성, 긴급성, 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없는 보충성을 갖추어야 하는데 피고인들의 가림 행위는 목적의 정당성에서부터 탈락되어 정당행위를 인정할 수 없다고 하였다(전주지방법원 군산지원 2017. 6. 14. 선고 2016고정382 판결).

원심 역시 피고인들의 CCTV 가림은 업무방해죄에 해당하고, 사용자의 CCTV 설치가 근로자 개인정보의 불법 수집이어서 CCTV 가림이 정당행위의 동기·목적의 정당성 요건은 만족하더라도, 그 외 수단·방법의 상당성 요건 등을 갖추지 못해 정당행위를 인정하지 않았다(전주지방법원 2018. 1. 12. 선고 2017노881 판결).

본 사건에서 대법원은 피고인들의 CCTV 가림은 업무방해죄에 해당하나, 피고인들의 ③과 ④ 가림 행위는 정당행위가 될 수 있는 여지가 있다고 판시하면서 원심의 판결을 파기환송하였다. 다만, ①~④ 행위에 대해 하나의 형이 선고되었기 때문에 전부 파기를 하였다.

대법원은 첫 번째 쟁점인 사용자의 CCTV 설치가 그 이익이 정당하고 정보주체인 근로자의 권리보다 명백히 우선하는지를 다음과 같이 판시하였다. ‘명백하게 정보주체의 권리보다 우선하는 경우’에 해당하는지 여부는, “개인정보처리자의 정당한 이익의 구체적인 내용과 성격, 권리가 제한되는 정보주체의 규모, 수집되는 정보의 종류와 범위, 정보주체의 동의를 받지 못한 이유, 개인정보처리자의 이익을 달성하기 위해 대체가능한 적절한 수단이 있는지 등을 종합적으로 고려하여 신중하게 판단하여야 한다.”는 것이다.

이를 본 사건의 사실관계에 대입하여 보았을 때, 대법원은 도난과 화재 예방이라는 사용자의 정당한 이익을 인정할 수 있다고 하더라도 ① CCTV가 다수 근로자들의 근로 현장과 출퇴근 장면을 찍고 있어 권리가 제한되는 정보주체가 다수인 점, ② 근로 공간과 출퇴근 장면을 촬영 당하는 것은 정보주체의 개인정보자기결정권에 대한 중대한 제한이 될 수 있는 점, ③ CCTV 설치 공사 시 근로자들의 동의가 없었던 점, ④ 근로자들이 현장 작업을 하는 주간에 시설물 보안 및 화재 감시 목적을 달성하기 위하여 다른 방법을 강구하지 않은 점을 고려할 때, 이 사건 회사의 정당한 이익을 달성하기 위해 필요한 경우로서 명백하게 정보주체인 근로자의 권리보다 우선하는 경우가 아니라고 판시하였다.

또한, 대법원은 추가로 「근로자참여 및 협력증진에 관한 법률」(이하 ‘근로

자참여법'이라 함) 제20조 제1항은 노사협의회가 협의해야 하는 사항으로 제14호 '사업장 내 근로자 감시 설비의 설치'를 들고 있는데, 비록 사용자의 본래 목적이 근로자 감시가 아니더라도 실질적으로 감시하는 효과가 나타나다면 노사협의회와의 협의를 거쳐야 한다고 판시하였다. 따라서 이 사건 사용자의 CCTV 설치는 「개인정보보호법」 제15조 제1항을 위반할 뿐만 아니라 근로자참여법 제20조 제1항을 어긴 위법한 것이라고 대법원은 판단하였다.

다만, 업무방해죄의 대상인 업무는 앞서 설명한 바와 같이 반드시 적법한 것이어야 하는 것은 아니어서 대법원 역시 업무방해죄의 구성요건 해당성은 긍정하였다. 다만, 다음과 같이 사실관계에 정당행위의 요건을 포섭하였을 때 피고인들의 세 번째와 네 번째 CCTV 가림은 정당행위에 해당한다고 판시하였다.

첫째, 위법한 CCTV 설치에 대한 기본권 방어를 목적으로 한 것이기 때문에 동기·목적의 정당성이 인정된다. 둘째, CCTV 카메라 자체를 훼손한 것이 아니라 검은 비닐봉지로 임시로 촬영을 방해한 것에 불과하기 때문에 수단과 방법의 상당성이 인정된다. 셋째, CCTV 정식 가동 이후 근로자들의 작업 모습이 찍히는 카메라 12대와 14대만을 가리고 사용자에게 이 카메라에 대해서는 야간에만 작동시키는 방안을 제시하는 등 보호이익과 침해이익 사이의 법익균형성도 갖추었다. 넷째, 침해된 근로자들의 개인정보자기결정권은 사후적으로 이를 전보하거나 원상회복이 쉽지 않기 때문에 긴급성과 보충성도 갖추었다는 것이다.

대법원의 판시는 근로자의 동의 없는 CCTV 등 감시장비 설치는 「개인정보보호법」 및 근로자참여법에 따라 위법하며, 이에 대해 소극적인 가림 행위는 정당행위로 위법성이 조각되어 업무방해죄가 성립하지 않는다는 것이다. 그렇다면 이것이 일반화되어 다른 사업장에서도 적용될 수 있는 것인지 아니면 본 사안의 특수한 경우에만 해당하는 것인지 살펴볼 필요가 있다.

대법원은 판시에서 도난과 화재 예방이 주된 목적이더라도 촬영이 되는

정보주체인 근로자가 ① 다수라면, 촬영에 근로자들의 ② 작업 및 출퇴근 장면이 포함된다면, 근로자들의 ③ 동의가 없고, 감시 목적을 위해 ④ 다른 방법을 강구하지 않았다면 이라는 네 가지 판단 요소를 제시하였다. 이러한 판단 요소는 대규모 작업 현장이든, 소규모 사무실이든 모두 적용될 수 있는 것으로, 향후 대법원의 판시 내용은 공개된 장소가 아니라면 대부분의 사업장에 일반적으로 적용될 수 있다. 특히 근로자의 동의 여부와 사용자가 다른 방법을 제안하지 않았다는 것은 현장에서 사용자의 CCTV 등 감시장비 설치에 주요한 관건이 될 듯하다.

이 판결은 화재·도난 예방과 근로자 안전이라는 목적을 위해 일방적·관행적으로 이루어지던 CCTV 등 감시장비 설치에 제동을 걸었다는 점에서 의미가 있으며, 기존에 CCTV 등 감시장비가 설치된 사업장은 향후 근로자들의 동의 및 노사협의회가 있을 경우 협의회 협의의 절차를 거쳐야 하는 과제를 안게 되었다고 할 수 있다.

양승엽(한국노동연구원 부연구위원)

변호사의 급여채권의 법적 성격

- 대법원 2023. 7. 27. 선고 2023다227418 판결 -

【판결요지】

변호사는 상법상 당연상인으로 볼 수 없고, 변호사의 영리추구 활동을 엄격히 제한하고 그 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하는 변호사법의 여러 규정과 제반 사정을 참작하여 볼 때, 변호사를 상법 제5조 제1항이 규정하는 '상인적 방법에 의하여 영업을 하는 자'라고도 볼 수 없어 위 조항에서 정하는 의제상인에 해당하지 아니하며(대법원 2007. 7. 26. 자 2006마334 결정 참조), 이는 법무법인도 마찬가지이다. 한편, 상법 제5조 제2항은 회사는 상행위를 하지 아니하더라도 상인으로 본다고 규정하고, 상법 제169조는 회사는 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 하여 설립한 법인을 말한다 고 하고 있다. 그런데 법무법인은 변호사가 그 직무를 조직적·전문적으로 수행하기 위하여 변호사법에 따라 설립하는 것으로서 변호사법과 다른 법률에 따른 변호사의 직무를 업무로서 수행할 수 있다(변호사법 제40조, 제49조). 변호사법은 법무법인에 관하여 변호사법에 정한 것 외에는 상법 중 합명회사에 관한 규정을 준용하도록 하고 있을 뿐(제58조) 이를 상법상 회사로 인정하고 있지 않으므로 법무법인이 상법 제5조 제2항에서 정하는 의제상인에 해당한다고 볼 수도 없다. 따라서 변호사가 소속 법무법인에 대하여 갖는 급여채권은 상사채권에 해당한다고 할 수 없다.

대상판결의 사안에서 원고 A는 피고 법무법인 소속 변호사 L을 상대로 약정금 청구소송을 하여 2017년 4월, 소정의 금원과 이자를 지급하라(이하 '판결금 채권')는 판결을 선고받았고 동 판결은 2018년 1월 확정되었다.¹⁾

L 변호사는 피고 법무법인에 대해 월 700만원의 급여채권을 갖고 있었는데, 원고 A는 2016년 12월 L에 대한 위 판결금 채권 중 일부를 청구금액으

1) 대상판결의 1심 판결인 서울중앙지방법원 2021. 11. 3. 선고 2019가합584492 판결 참조.

로 하여 L이 피고 법무법인으로부터 매월 지급받을 급여에서 1/2씩 위 청구 금액에 이를 때까지의 금액에 대한 채권 가압류결정을 받았다. 2017년 10월 13일, 원금에 지연이자를 더한 위 판결금 채권 금액을 청구채권으로 하여 위 가압류결정으로 가압류한 급여채권에 대하여는 가압류를 본압류로 이전하고 나머지 금액을 압류하는 내용의 채권압류와 추심명령을 받았고, 이 추심명령은 2017년 10월 18일 피고 법무법인에게 송달되었다. 원고 A는 이후 피고 법무법인을 상대로 추심금 소송을 하였고(대상판결의 1심 판결인 서울중앙지방법원 2021. 11. 3. 선고 2019가합584492 판결) 이에 대해 1심 법원은 원고 A의 피고 법무법인에 대한 청구를 인용하였다.

1심 판결에 대해 피고 법무법인은 항소를 하였고 항소심을 맡은 법원은 피고 법무법인이 추심권자인 원고 A에게 변호사 L의 급여 중 압류채권액을 지급하라고 판결하였는데, 그 지연손해금을 계산하면서 상사 법정이율인 연 6%를 적용했다(서울고등법원 2023. 2. 15. 선고 2021나2049513 판결).

이에 대해 피고 법무법인은 상고를 하였고 대상판결에서 대법원은 지연손해금 이자율을 상사 법정이율 6%가 아닌 민사 법정이율 5%를 적용하라고 하면서 파기자판하였다. 대상판결의 사안에서는, 원고 A가 압류한, 변호사 L이 피고 법무법인에 대해 가지는 급여채권에 적용되는 지연손해금의 법정이율을 상사이율로 볼 것이냐 민사이율로 볼 것이냐가 다투어진 것이다. 결국 변호사를 상인 또는 의제상인으로 볼 수 있느냐 아니냐가 쟁점이 되었다.

변호사가 상인 또는 의제상인에 해당하는지 여부는 대상판결 이전에도 이미 대법원에서 밝힌 바 있다(대법원 2007. 7. 26.자 2006마334 결정). 당시 대법원은 “변호사의 영리추구 활동을 엄격히 제한하고 그 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하는 변호사법의 여러 규정에 비추어 보면, 위임인·위촉인과의 개별적 신뢰관계에 기초하여 개개 사건의 특성에 따라 전문적인 법률지식을 활용하여 소송에 관한 행위 및 행정처분의 청구에 관한 대리행위와 일반 법률사무를 수행하는 변호사의 활동은, 간이·신속하고 외관을 중시하는 정형적인 영업활동을 벌이고, 자유로운 광고·선전활동을

통하여 영업의 활성화를 도모하며, 영업소의 설치 및 지배인 등 상업사용인의 선임, 익명조합, 대리상 등을 통하여 인적·물적 영업기반을 자유로이 확충하여 효율적인 방법으로 최대한의 영리를 추구하는 것이 허용되는 상인의 영업활동과는 본질적으로 차이가 있다.”는 전제에서 “근래에 전문직업인의 직무 관련 활동이 점차 상업적 성향을 띠게 됨에 따라 사회적 인식도 일부 변화하여 변호사가 유상의 위임계약 등을 통하여 사실상 영리를 목적으로 그 직무를 행하는 것으로 보는 경향이 생겨나고, 소득세법이 변호사의 직무수행으로 인하여 발생한 수익을 같은 법 제19조 제1항 제11호가 규정하는 ‘사업서비스업에서 발생하는 소득’으로 보아 과세대상으로 삼고 있는 사정 등을 감안한다 하더라도, 변호사를 상법 제5조 제1항이 규정하는 ‘상인적 방법에 의하여 영업을 하는 자’라고 볼 수는 없다.”고 하였다.

그런데 변호사는 그 직무를 수행하기 위해서 시험을 통과하여 관련 자격을 취득해야 하며 별도로 변호사협회에 등록을 해야 한다. 즉 해당 직업으로의 진입 및 활동 등 직업 수행이 자유롭지 않으며 법령 이외에도 변호사협회라고 하는 동업조합의 강한 규제를 받는다. 또한 법무법인의 경우에도 고용하는 자와 고용되는 자가 변호사협회라는 하나의 동업조합에 가입되어 있는 동료이기도 하다. 그리고 고용된 자는 경력이 쌓이면 때로는 고용하는 자의 지위에 올라가기도 한다. 이미 법무법인에 고용된 변호사의 경우 근로자에 해당하는지 여부가 문제되는 사례들이 등장하였고 대법원은 근로자에 대한 일반적인 판단기준을 실시한 다음 “법무법인에 근무하는 변호사의 근로자 해당 여부도 변호사법에 규정된 변호사의 추상적 지위나 구성원 등기 여부 등의 형식만을 따질 것이 아니라 위와 같은 기준을 종합적·실질적으로 고려하여 판단하여야 한다.”라고 판시하면서(대법원 2012. 12. 13. 선고 2012다77006 판결) 변호사가 법무법인으로부터 받아야 하는 급여채권에 민사이율을 적용하는 것을 긍정한 바 있다. 변호사라는 직업세계에서도 종속적인 임노동관계로 변모하고 있는 모습이 공식적으로 인정된 것이기도 하다.

현행 「변호사법」에서는 “변호사는 기본적 인권을 옹호하고 사회정의를

실현함을 사명으로 한다.”(법 제1조 제1항), “변호사는 그 사명에 따라 성실히 직무를 수행하고 사회질서 유지와 법률제도 개선에 노력하여야 한다.”(법 제1조 제2항), “변호사는 공공성을 지닌 법률 전문직으로서 독립하여 자유롭게 그 직무를 수행한다.”(법 제2조)라고 하고 있고 변호사가 아닌 자와의 동업도 금지되고 있다(법 제34조). 그러한 이유에서일까.

「변호사 윤리강령」에서도 “변호사는 기본적 인권의 옹호와 사회정의의 실현을 사명으로 한다.”, “변호사는 성실 공정하게 직무를 수행하며 명예와 품위를 보전한다.”, “변호사는 법의 생활화 운동에 헌신함으로써 국가와 사회에 봉사한다.”, “변호사는 용기와 예지와 창의를 바탕으로 법률문화향상에 공헌한다.”, “변호사는 민주적 기본질서의 확립에 힘쓰며 부정과 불의를 배격한다.”, “변호사는 우애와 신의를 존중하며, 상부상조 협동정신을 발휘한다.”, “변호사는 국제 법조간의 친선을 도모함으로써 세계평화에 기여한다.”라고 한다. 즉 변호사의 공익성, 공공성, 전문성, 윤리성, 소명의식 등이 대단히 강조되어 있다고 할 수 있다.

심지어 2000. 7. 4. 전문개정되어 시행되다가 2014. 2. 24. 전문개정 되기 전까지의 「변호사윤리장전」에서는 “변호사의 사명은 기본적 인권의 옹호와 사회정의의 실현에 있으므로 그 직무는 영업이 아니며 대가적 거래의 대상이 되어서는 아니 된다.”고 규정하고 있기도 하였다(구 변호사윤리장전 제 29조).²⁾

이와 같이, 변호사의 명예직으로서의 직업적 성격이나 변호사의 직무가 가지는 공공성, 공익성, 윤리성 등을 보면 변호사는 의뢰인이 감사의 표시로 전달하는 ‘사례금’을 받을 수 있을 뿐인데, 그러한 사례금을 의미하는 라틴어인 honorarium을 어원으로 하여 여전히 스페인어에서는 honorario, 포르투갈어에서는 honorário, 영어에서는 honorarium이 사용되고 있다. 이러한 용어들은 공통적으로 명예를 의미하거나 명예와 관련되거나 전문적인 지적 서비스에 대한 예우의 의미를 담고 있다. 그런 점에서 보아도, 변호사의 직무수행의 대가나 보수를 상사채권으로 보는 것은 어울리지 않는다. 다만 법

2) 동 제29조는 2014. 2. 24. 개정으로 삭제되었다.

를서비스의 상업화 흐름 속에서 언제까지 변호사라는 직업인이 상인과의 차별성을 지켜나가면서 명예직으로서의 품위와 사회적 인정을 유지해나갈 수 있을지는 의문이다.

한편 의사의 경우에도 의사가 의료기관에 대하여 가지는 급여, 수당, 퇴직금 등 채권이 상사채권인지 문제된 사례가 있었는데, 이 사례에서도 대법원은 변호사 사건에서와 유사한 논리를 적용하여 의사의 상인성을 부정하면서 의사의 급여등 채권을 상사채권이 아니라고 한 바 있다(대법원 2022. 5. 26. 선고 2022다200249 판결).

“의사의 영리추구 활동을 제한하고 직무에 관하여 고도의 공공성과 윤리성을 강조하며 의료행위를 보호하는 의료법의 여러 규정에 비추어 보면, 개별 사안에 따라 전문적인 의료지식을 활용하여 진료 등을 행하는 의사의 활동은 간이·신속하고 외관을 중시하는 정형적인 영업활동, 자유로운 광고·선전을 통한 영업의 활성화 도모, 인적·물적 영업기반의 자유로운 확충을 통한 최대한의 효율적인 영리추구 허용 등을 특징으로 하는 상인의 영업활동과는 본질적으로 차이가 있다 할 것이다. 또한 의사의 의료행위와 관련하여 형성된 법률관계에 대하여 상인의 영업활동 및 그로 인한 형성된 법률관계와 동일하게 상법을 적용하여야 할 특별한 사회경제적 필요 내지 요청이 있다고 볼 수도 없다. 따라서 의료법의 여러 규정과 제반 사정을 참작하면 의사나 의료기관을 상법 제4조 또는 제5조 제1항이 규정하는 상인이라고 볼 수는 없고, 의사가 의료기관에 대하여 갖는 급여, 수당, 퇴직금 등 채권은 상사채권에 해당한다고 할 수 없다.”

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

대학 시간강사의 강의시간과 소정근로시간

- 서울고등법원 2023. 1. 27. 선고 2022나2011720 판결 -

【판결요지】

연차휴가수당 및 주휴수당 지급 대상인지 여부를 결정하는 기준인 '소정근로시간'은 원고들과 피고 사이에 체결된 시간강사 위촉계약에서 정한 근로시간만이 해당된다고 봄이 타당하다.

원고들은 위 기간 동안 평균 주 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자에 해당하므로, 원고들에게는 근로기준법 제55조와 제60조가 적용되지 않는다.

대학 시간강사의 '근로시간'은 몇 시간일까? '강의시간 + α '임은 분명한데, '+ α '가 얼마인지는 불분명하다. 시간강사는 강의뿐만 아니라 필수적 행정업무(강의계획서, 시험 출제·채점, 성적입력 등)와 강의준비를 위해 자신의 근로를 제공한다. 따라서 시간강사의 근로시간은, 강의시간에 α 시간(행정업무·강의준비 시간)을 더해서 산정한다. 그러나 시간강사의 근로계약서에는 '강의시간'(그리고 시간당 강사료)만 명시적으로 기재되어 있을 뿐 ' α 시간'에 대해서는 아무런 정함이 없기 때문에, 근로시간 산정 및 소정근로시간이 얼마인지가 문제가 된다.

대상판결의 사실관계는 다음과 같다. 甲을 비롯한 11명의 원고들은 국립대인 부산대학교 또는 부경대학교의 비전업 시간강사로 재직 중이거나 재직했었다. 원고들은 대한민국(피고)을 상대로 강사료 차별에 따른 강사료 차액과 주휴수당·연차휴가수당을 청구하는 소를 제기하였다(강사료 차액 부분은 논외로 한다.¹⁾).

「근로기준법」(이하 '근기법') 제18조 제3항에 따르면 "1주 동안의 소정근

1) 전업 강사에 비해 강사료 차별을 받았으며 강사료 차액을 청구한 부분에 대해서는, 2019년 안동대 판결(대법원 2019. 3. 14. 선고 2015두46321 판결)의 법리에 따라 강사료 차별이 인정되었다.

로시간이 15시간 미만인 근로자”(이하 ‘초단시간 근로자’)에게는 주휴수당·연차휴가 규정이 적용되지 않으므로, 시간강사의 1주 소정근로시간이 15시간 이상인지가 쟁점이 되었다.

대상판결 이전에도 이러한 쟁점에 대한 판결이 있었다. 2012년 의정부지방법원 판결은, 소정근로시간은 “1주당 강의시간의 3배(= 1주당 강의 자체에 소요되는 시간 + 그 2배의 강의준비시간)”라고 판단하였다.²⁾ 즉, ‘근로시간 = 강의시간 × 3배’라는 것이다. 또한 2020년 서울중앙지방법원 판결은, 구체적인 소정근로시간수는 판단하지 않은 채, 강의준비를 위한 연구·자료수집과 수강생 평가 등과 관련한 행정업무 처리에 소요되는 시간 등을 감안하여 1주 소정근로시간 15시간 미만인 근로자에 해당하지 않는다고 판단했다.³⁾ ‘1주 15시간 미만’이라는 피고의 주장을 배척한 것이다.

대상판결의 제1심판결(이하 ‘1심판결’)⁴⁾은 앞의 두 판결의 연장선에 있다. 1심판결은, 근기법 규정의 적용을 예외적으로 배제하는 초단시간 근로자인지 여부는 피고에게 증명책임이 있다며, 근로시간에는 강의시간 외에 행정업무·강의준비 시간이 포함되므로 “임용계약에는 강의시간 외에 일정한 수준의 근로시간을 소정근로시간에 포함시키기로 하는 묵시적 합의가 포함”되어 있고, 원고들이 주당 강의시간이 5시간 이상인 기간에 대해서만 주휴수당·연차휴가수당을 청구한 점 등을 보았을 때, 원고들을 초단시간 근로자로 볼 수 없다고 판단했다. 1심판결은 구체적인 소정근로시간수를 판단하지는 않았지만, 소정근로시간의 “묵시적 합의”를 인정한 점은 눈여겨볼 만하다.

1심판결을 뒤집은 대상판결의 판단은 언뜻 참신해 보인다. 앞의 두 판결과 1심판결과는 전혀 다른 관점에서 서 있다. 대상판결은 원고들이 초단시간 근로자에 해당한다며 주휴수당·연차휴가수당 청구를 기각했다. 이런 결론을 위해 대상판결은 주위적 판단과 예비적 판단을 했다.

첫째, 대상판결은 주위적으로 ‘강의시간 = 소정근로시간’이라고 보았다. 예컨대, ‘강의시간이 9시간인 시간강사 甲’의 1주 소정근로시간은 9시간이

2) 의정부지방법원 2012. 10. 5. 선고 2012가단8840 판결.

3) 서울중앙지방법원 2020. 7. 14. 선고 2019가단5230151 판결.

4) 서울중앙지방법원 2022. 2. 11. 선고 2020가합593188 판결.

된다. 대상판결은 실제 근로시간과 소정근로시간의 개념이 다르다며(이것은 맞다.), 근로계약서에 기재된 '주당 강의시수'만을 소정근로시간으로 파악했다(이것이 문제이다).

둘째, 대상판결은, 예비적 판단으로, 설령 원고들의 주장처럼 강의시간과 α 시간(행정업무·강의준비 시간)을 소정근로시간에 포함시켜야 한다고 하더라도, 甲의 α 시간이 주당 6시간 이상을 초과하지 않는다며 甲은 초단시간 근로자라고 판단하였다.

대상판결의 주위적 판단(강의시간 = 소정근로시간)은 명쾌하기 때문에 설득력이 있어 보인다. 그러나 이런 판단은 시간강사 노동의 기본적 특성을 완전히 간과한 데서 기인한 것으로 전혀 타당하지 않다. 시간강사 강의시수당 임금(예컨대, 강의 1시간에 8만 원)에서 오는 착시현상인지, 시간강사를 자연스레 시간급제 근로자로 인식할 수 있다. 하지만 시간강사는 도급제 근로자(도급제 임금을 받는 근로자로서 근기법 제47조의 “도급 근로자”)이다.⁵⁾ 예컨대, 1주 9시간 강의에 대한 주당 임금인 72만 원(9시간×8만 원)에는 강의 노동뿐만 아니라 행정업무·강의준비 노동에 대한 대가가 모두 포함되어 있다. 甲은 1주 9시간 ‘근로’의 대가로 72만 원을 받는 것이 아니라, 1주 9시간 ‘강의’를 제대로 수행한 것에 대한 대가로 72만 원을 받는 것이다.

시간강사는 도급근로자이기 때문에 근로계약서에 소정근로시간을 정하지 않는다. 노사 모두 소정근로시간을 정할 필요를 느끼지 않기 때문이다. 근로계약서에는 몇 시간의 강의를 맡길지와 그 대가(강사료)만 정하면 충분하다. 게다가 시간강사 노동은 ‘재량 업무’이기 때문에 대학이 강사의 근로시간을 직접 통제할 필요가 없다. 대학은 강사가 매주 9시간의 강의와 부수 업무를 제대로 수행했는지만 평가하면 된다.

2007년 대법원이 시간강사의 근기법상 근로자성을 인정⁶⁾하기 전까지, 시간강사도 특수고용노동자 중에 하나였다는 점을 상기하자. 근로자성이 인

5) 도급근로자에 대해서는 방강수(2022), 「비전형 근로자의 소정근로와 근로조건 - 소정근로일 없는 도급근로자의 연차휴가권을 중심으로」, 『법학논총』, 39(2)(박수근 교수 정년기념호), 한양대학교 법학연구소, pp.114~118 참조.

6) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018,13025 판결.

정되었어도 임금형태(도급제 임금)는 변함이 없다. 대상판결은 시간강사가 도급근로자라는 것을 인식하지 못하였기에, 근로계약에 ‘소정근로시간의 정함이 없을 수밖에 없다.’는 점을 이해하지 못했다.

시간강사나 특수고용노동자 등과 같은 도급근로자에게는 ‘몇 시간을 일하고 그 시간의 대가가 얼마인지’보다는 ‘건당 임금’이 더 중요하기 때문에, 근로계약에 명시적인 소정근로시간이 없는 경우는 비일비재하다. 그렇다면 이들의 소정근로시간은 어떻게 되는가? 묵시적 합의에 의한 소정근로시간을 산정하면 된다.

소정근로시간의 묵시적 약정은 낯선 개념은 아니다. 시간급제 근로자의 경우도 인정될 수 있다. 예컨대, 새벽인력시장에서 하루 일감을 구해 일하려는 건설 근로자의 경우, 근로계약에 명시적으로 소정근로시간이 정해져 있지 않더라도, 업계 관행에 의해 소정근로시간의 묵시적 약정은 성립된다(계절마다 근로시간수가 다를 수는 있다.). 따라서 도급근로자의 경우도 소정근로시간의 묵시적 약정은 충분히 성립할 수 있다.

소정(所定)의 사전적 의미는 “정해진 바”이다.⁷⁾ 계약에서 뭔가를 정했다면, 그것은 ‘의무’가 된다. 따라서 소정근로시간이란 의무근로시간이라 할 수 있다. 즉, 사전에 정해진 근로의무가 있는 시간이다.⁸⁾ 이런 점에서 소정근로시간은 (실)근로시간⁹⁾과는 구별되는 개념인 것은 맞다.

시간강사의 경우 도급제 임금이란 특성 때문에 근로계약에 명시적으로 소정근로시간을 정하지 않지만, 시간강사가 의무적으로 해야 할 일은 분명히 정해져 있다. 1주 9시간의 강의, 필수적 행정업무, 강의 질을 위한 강의준비 등은 사전에 정해진 시간강사의 의무이고, 이러한 노동을 수행하기 위하여 필요한 시간도 소정근로시간(의무근로시간)에 포함된다. α시간이 몇 시간인지의 정함이 없고, α시간이 정확히 몇 시간인지는 불분명하나, 대학과

7) 국립국어원 표준국어대사전.

8) 방강수(2022), 「비전형 근로자의 소정근로와 근로조건 - 소정근로일 없는 도급근로자의 연차휴가권을 중심으로」, 『법학논총』, 39(2)(박수근 교수 정년기념호), 한양대학교 법학연구소, p.118.

9) 일반적으로 근로시간이란 실제 근로시간을 의미한다.

강사는 강의시간 외에 α 시간의 근로제공도 있다는 것을 사전에 합의한 후 1주 72만 원의 임금을 지급하기로 한 것이다.

결국 시간강사가 의무적으로 수행하기로 정한 근로의 시간(즉, 소정근로시간)에는 강의시간뿐만 아니라 α 시간(행정업무·강의준비 시간)도 모두 포함된다. 문제는 근로계약에 α 시간의 정함이 없다는 것이므로, 법원이 α 시간이 몇 시간인지를 밝혀내야 한다. 노사 간에 근로시간(실 근로시간이든 소정근로시간이든)에 관한 다툼이 있는 경우 그것을 밝혀내는 것은 법원의 역할이다. 이미 실근로시간에 관한 분쟁(주로 대기시간이 근로시간에 해당하는지 여부)에서 법원이 근로시간수를 판단한 판결례는 무수히 많다.

그렇다면 법원은 어떻게 α 시간을 밝혀내야 하는가? 그 힌트는 근기법 제 58조 제1항 단서에 있다. 사업장 밖 근로 때문에 근로시간 산정이 어려운 근로자는 일정한 경우에 “업무의 수행에 통상 필요한 시간”을 근로시간으로 간주한다. 이 규정을 참조하여 시간강사의 행정업무·강의준비 “업무의 수행에 통상 필요한 시간”은 평균인의 관점에서 판단한다. 대상판결은, 예비적 판단에서, 원고 전○○은 특정 강좌를 15년 동안 총 34차례의 강의를 했다는 점을 근거로, 상당한 정도로 숙련되었기 때문에 α 시간이 6시간을 초과하지 않았다고 판단했는데, 이는 타당하지 않다. 각 강사들의 경험과 숙련도의 차이를 배제하고, 평균인의 관점에서 α 시간을 판단해야 한다.

원래 도급근로자는 근로시간 산정이 어렵기 때문에, 법원은 α 시간을 정확히 밝혀내야 한다는 강박에 빠질 필요는 없다. 도급근로자인 정수기 기사의 근로시간 판단이 좋은 예이다. 시간당 통상임금¹⁰⁾을 위한 총 근로시간수가 문제된 사안에서, 엘트웰 정수기 기사 판결은 “피고에 의해 권장되고 또 원고들이 실제 근무한 시간에 가장 근접해 보이는 1일 8시간을 근로한 것으로 본다.”라고 판단했다.¹¹⁾ 도급근로자의 특성상 “실제 근무한 시간에 가장

10) 도급근로자의 시간당 통상임금은 근기법 시행령 제6조 제2항 제6호에 따라 “도급 금액으로 정한 임금은 그 임금 산정 기간에서 도급제에 따라 계산된 임금의 총액을 해당 임금 산정 기간(임금 마감일이 있는 경우에는 임금 마감 기간을 말한다.)의 총 근로시간 수로 나눈 금액”으로 산정한다.

11) 울산지방법원 2020. 2. 19. 선고 2018가합24567 판결. 이 판결에 대한 평석은 방강수(2020), 「도급제 임금에서 시간급 통상임금 계산방법」, 『노동리뷰』 7월

근접해 보이는” 시간으로 판단할 수밖에 없다.¹²⁾

법적 안정성을 위해 시간강사의 소정근로시간은 ‘강의시간의 몇 배’라는 식으로 법령이나 지침을 통해 명확히 정해주는 것이 바람직하다. 연구용역 등을 통해 평균인의 관점에서 α 시간이 얼마나 소요되는지를 정리할 필요가 있다. 이 작업은 적잖은 시간이 소요될 테니 그 전까지는 어쩔 수 없이 법원이 판단해야 한다. 강의시간의 2배이든 2.5배이든, 뭐든 판단해야 한다. 대법판결의 상고심에서 대법원이 이러한 기준을 제시하길 기대해 본다.

이미 대법원은 다른 사례에서 이러한 법원의 역할을 제시했다. 도급근로자의 최저임금 위반 여부 사안에서, 2007년 흥익회 매점운영자 판결¹³⁾은, 근로시간 파악이 어려운 도급근로자(매점운영자)의 경우, 노동부장관이 최저임금법 시행령 제4조(도급제 등의 경우 최저임금액 결정의 특례)의 최저임금을 결정·고시한 바 없어 매점운영자에게 적용될 최저임금이 없으므로, 법원이 제반 사정을 참작하여 매점운영자에게 적용될 적정한 월 최저임금액을 정할 수밖에 없다고 판시하였다.

하나 덧붙이면, 초단시간 근로자 판단의 본질은 ‘1주 15시간 여부’이며, 소정근로시간은 그 15시간 여부를 판단하는 ‘도구’이다. 소정근로시간은 근로제공의무의 기준¹⁴⁾과 가산임금 산정의 기준 등의 중요한 기능을 하나, 초단시간 근로자를 판단할 때에는 도구일 뿐이다.¹⁵⁾ 소정근로시간에 대한 대법판결의 엄격한 인식은 그래서 좀 과하다.

방강수(공인노무사, 법학박사)

호, 한국노동연구원 참조.

- 12) 정수기 업계 1위인 ‘코웨이’ 정수기 기사의 근로시간 산정에 대해서는 방강수(2021), 「도급근로자의 근로시간은 ‘양날의 검(劍)’이다」, 『노동법학』 12월호, 한국노동법학회; 방강수(2022), 「코웨이 판결로 본 ‘양날의 검」, 『노동법률』 4월호, 중앙경제 참조.
- 13) 대법원 2007. 6. 29. 선고 2004다48836 판결.
- 14) 근로자는 소정근로시간을 초과하는 근로를 거부할 수 있고, 사용자는 소정근로시간을 초과하는 일감을 제공할 의무가 없다.
- 15) 자세한 내용은 방강수(2023), 「비전형 근로자의 소정근로와 근로조건(2) - 플랫폼 품노동: 초단기 소정근로의 근로계약」, 『노동법연구』 제54호, 서울대학교 노동법연구회 참조.

자택에서의 대기시간을 근로시간으로 인정할 수 있는지 여부

- 서울중앙지방법원 2022. 9. 29. 선고 2020가합602440 판결 -

【판결요지】

근로기준법상의 근로시간은 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래 근로계약상의 근로를 제공하는 시간을 말하는바, 근로자가 작업시간 도중에 현실로 작업에 종사하지 않은 대기시간이나 휴식·수면시간 등이라 하더라도 그것이 휴게시간으로 근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니고 실질적으로 사용자의 지휘·감독 아래 놓여 있는 시간이라면 이는 근로시간에 포함된다.

원고들로서는 소정근로시간인 평일 9시부터 해외 파견(Dispatch) 팀 담당자의 연락을 기다리면서 대기하고 있다가 어디에 위치한 고객사이든 2시간 이내에 방문을 마칠 수 있도록 준비를 하고 있어야 하므로, 원고들의 평일 9시 이후 자택에서의 대기시간 역시 피고의 실질적인 지휘·감독이 미치는 근로시간에 해당한다고 봄이 타당하다.

원고들은 피고가 고객사에 약속한 장애 신고 시 2시간 이내 방문 서비스 약속을 이행하기 위하여 고객사에 신속히 이동하여야 하므로, 이러한 이동시간 역시 원고들에게 자유로운 이용이 보장된 시간이 아니어서 근로시간에 해당한다고 봄이 타당하다.

원고들은 컴퓨터 하드웨어, 소프트웨어, 데이터 저장장치 등의 개발, 매매, 유통업 등을 영위하는 피고의 SSD Team 직원들로, 피고와 유지보수계약을 체결한 고객사에 설치된 컴퓨터 하드웨어 등 장비에 장애가 발생한 경우 기술지원 업무를 수행하였다. 원고들은 평소 회사에 출근하지 않고 주로 자택에 대기하다가 수리 엔지니어로 지정되면, 피고 전산망 및 모바일 어플리케이션에 해당 엔지니어가 고객사를 방문해야 하는 시각과 작업에 소요되는 예상시간이 기록되고, 원고들은 전산망 및 모바일 어플리케이션을 통해 확인한 일정에 따라 장비를 지참하고 해당 고객사에 직접 방문하여 장애를 해결하고 다시 자택으로 돌아오는 방식으로 업무를 수행하였다.

원고들은 평소 9시부터 18시까지 피고의 지휘·감독하에 대기, 이동, 고객사 방문수리, 피고의 교육 및 회의 참여, 기타 잡무 등 근로를 제공하였고, 평일 18시 이후 및 토요일·일요일·공휴일 등 휴일에도 순번에 따른 당직근무를 서거나 고객사와 미리 일정을 조율한 방문수리를 하는 등 평일 소정근로시간 업무와 동일한 내용의 연장·야간·휴일근로를 제공하였으므로, 평일 18시 이후 및 휴일에 제공한 근로에 대한 연장·야간·휴일근로수당을 청구하는 소를 제기하였다. 이에 대하여 피고는 실제 수리를 시작한 시각과 마친 시각만이 근로시간에 해당하는데, 원고들은 소정근로시간을 초과하여 근로를 제공하지 않았고, 당직근무는 통상근로와 달리 대부분의 당직시간을 대기하면서 단순적 업무를 수행하였을 뿐이므로 연장·야간·휴일근로수당을 청구할 수 없다고 주장하였다.

대상판결은 고객사가 시스템 장애 신고를 하면 피고의 모회사 해외 파견(Dispatch) 팀 담당자가 수리 엔지니어를 배정하고 있는 점, 피고는 고객사에 유사시 24시간 출동 서비스 및 장애 신고 시 2시간 이내 방문 서비스를 약속하고 있는데, 수리 엔지니어의 전체 일정을 관리하고 인력을 효율적으로 운용하기 위하여 구글 캘린더 및 자체 개발한 모바일 애플리케이션에 고객사 방문 시간, 소요 예상시간, 종료시간 등을 입력하도록 하고 이를 토대로 해외 파견 팀 담당자가 인공지능을 통하여 일정이 비어 있는 수리 엔지니어를 추천받고 있는 것으로 보이는 점, 작업건수, 배정 거절건수 및 수리 소요시간은 인사평가의 근거로 삼고 있으며, 배정을 거부하거나 고객사 방문 예정시간보다 늦은 경우 구체적인 소명을 요구하고 있는 점 등을 고려하면, 원고들로서는 평일 9시부터 해외 파견 팀 담당자의 연락을 기다리면서 대기하고 있다가 어디에 위치한 고객사이든 2시간 이내에 방문을 마칠 수 있도록 준비를 하고 있어야 하므로, 평일 9시 이후 자택에서의 대기시간 역시 피고의 실질적인 지휘·감독이 미치는 근로시간에 해당한다고 판단하였다.

또한 대상판결은 피고가 2015년 이후 본사에 원고들과 같은 엔지니어들이 근무할 수 있는 공간을 제공하지 않고 자택을 대기 장소로 지정하고 있

으므로 원고들의 자택 역시 근무지에 해당하고, 원고들은 피고가 고객사에 약속한 2시간 이내 방문 서비스 약속을 이행하기 위하여 고객사에 신속히 이동하여야 하므로 이동시간 역시 원고들에게 자유로운 이용이 보장된 시간이 아니어서 근로시간에 해당하고, 교육 이수나 피고 주관 회의에 참여 시간 역시 전부 근로시간으로 인정된다고 판단하였다.

그러나 대상판결은 당직근무 시간에 대해서는 원고들이 6주마다 순번을 정하여 1주일 동안 소정근로시간 이외의 나머지 시간에 자택에서 대기를 하는 방식으로 당직근무를 서게 되는데, 긴급한 경우 고객사에 출동하여 유지·보수업무를 수행하기도 하였으나 출동 요청이 없는 경우 자택에서 수면이나 휴식을 취하고 있었던 점, 원고들이 출동하는 경우 피고 회사 시스템에 고객사 방문시간, 업무수행시간, 업무종료시간 등을 기록하기는 하였으나, 당직근무 시 원고들이 수행한 업무는 통상의 주간업무에 비하여 근무의 밀도나 노동의 강도가 낮다고 보이는 점, 당직근무를 하는 동안 고객사로부터 장애 접수를 받는 건수 및 그로 인하여 출동하는 빈도도 훨씬 더 적었다고 보이는 점, 당직근무 특성상 근로시간과 휴계시간이 명확하게 구분되지 아니하여 정확한 근로시간을 산정하기 어렵고, 피고는 원고들에게 별도의 당직수당을 지급해온 점 등을 고려하면, 원고들이 수행한 당직근무가 통상근로의 연장이라거나 그 내용과 질에 있어서 통상근로와 마찬가지로 평가될 만한 정도에 이르렀다고 보기는 어렵다고 하여, 당직근무에 대해서는 연장·야간·휴일근로수당을 지급할 의무가 없다고 판단하였다.

대기시간은 근로자가 실제로 근로를 제공하지는 않지만, 완전히 근로자의 자유로운 시간이라고 보기 어려운 측면도 존재한다. 근로기준법은 근로시간과 휴계시간을 규정하고 있을 뿐, 업무와 관련된 제3의 영역에 해당하는 시간을 규율하기 위한 호출대기시간 등의 개념을 별도로 인정하고 있지 않는다. 따라서 대기시간은 근로시간 또는 휴계시간 중 어느 하나에 해당하게 된다. 「근로기준법」 제50조 제3항은 “작업을 위하여 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래에 있는 대기시간 등은 근로시간으로 본다.”고 규정하고 있다. 통상 대기시간이 근로시간인지 여부는 사용자의 지휘·명령권이 완전히

배제되어 근로자의 자유로운 이용이 가능한 시간인지 여부에 따라 판단해야 하는 것으로 본다.¹⁾

대법원은 휴식시간이나 수면시간이 근로시간에 해당하는지 휴게시간에 해당하는지 여부는 “근로계약에서 정한 특정 업종이나 업무의 종류에 따라 일률적으로 판단할 것이 아니다. 이는 근로계약의 내용이나 해당 사업장에 적용되는 취업규칙과 단체협약의 규정, 근로자가 제공하는 업무의 내용과 해당 사업장에서의 구체적 업무 방식, 휴게 중인 근로자에 대한 사용자의 간섭이나 감독 여부, 자유롭게 이용할 수 있는 휴게 장소의 구비 여부, 그 밖에 근로자의 실질적 휴식을 방해하거나 사용자의 지휘·감독을 인정할 만한 사정이 있는지와 그 정도 등 여러 사정을 종합하여 개별 사안에 따라 구체적으로 판단하여야 한다.”고²⁾ 하여 대기시간에 대한 판단 기준을 제시하고 있다. 이에 따라 대법원은 아파트 경비원의 야간 휴게시간이 휴식 발생할 수 있는 긴급상황에 대비하는 대기시간으로 볼 수 있고, 관리소장을 통해 야간휴게시간 등에 관한 실질적인 지휘·감독을 하였다고 볼 수 있다면 근로시간에 해당한다고 하거나,³⁾ 버스기사가 다음 운행 전까지 대기하는 시간의 대부분은 자유롭게 활용할 수 있었고, 다음 출발시각이 배차표에 미리 정해져 있었으므로 대기시간이 다소 불규칙하였다고 하더라도 대기시간 전부가 근로시간에 해당한다고 볼 수 없다고 하는 등⁴⁾ 구체적인 사안에 따라 대기시간이 근로시간인지 여부를 판단하고 있다.

대상판결이 원고들이 평일 9시부터 18시까지의 대기시간 동안 고객사에 2시간 이내에 방문을 마칠 수 있도록 준비를 하고 있어야 하고, 피고가 엔지니어의 일정 등을 관리하고 있다는 점 등을 고려하여 대기시간 등을 근로시간에 해당한다고 판단한 것은, 대법원이 제시한 판단 기준에 따른 것으로 타당한 판단으로 보인다.

1) 김유성(2016), 『노동법 I - 개별적 근로관계법』, 법문사, p.138; 김형배(2018), 『노동법(제26판)』, 박영사, p.424; 임종률(2021), 『노동법(제19판)』, 박영사, pp.461~462.

2) 대법원 2017. 12. 5. 선고 2014다74254 판결.

3) 대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다243078 판결.

4) 대법원 2018. 6. 28. 선고 2013다28926 판결.

대상판결에서 주목할 만한 부분은 원고들의 대기장소가 자택이라고 하더라도 대기시간이 근로시간에 해당한다고 판단한 점이다. 원고들과 같이 호출이 있을 때까지 대기하다가 업무를 수행하는 형태의 근로자들은 대기 장소가 중요한 의미를 가지지 않을 수 있다. 이 경우 사업장 밖에서 대기하는 시간도 사업장에서 대기하는 시간과 본질적인 차이가 없고, 자택에서 대기하는 것이 가능한 경우라면 자택에서의 대기시간 역시 달리 볼 이유는 없다.

한편 대상판결은 당직근무 시간이 근로시간이 아니라고 판단하였는데, 그러한 판단의 근거는 당직근무의 업무는 노동 강도가 낮고, 출동이 없는 경우 자택에서 휴식을 취하였으며, 당직근무 특성상 정확한 근로시간 산정이 어렵고 별도의 당직수당이 지급된 점 등이다. 그런데 피고가 고객사에 24시간 출동 서비스 및 2시간 이내 방문 서비스를 약속하고 있고, 배정 거절이나 방문 지연 등이 발생하면 엔지니어들에게 불이익이 발생할 수 있다는 점을 고려하면, 원고들에게 당직근무 시간 동안 피고의 지휘·감독에서 벗어나 자유로운 휴식·수면시간의 이용이 보장되었다고 볼 수 있을지 의문이다.

원고들은 당직근무 시간 동안 언제 있을지 모르는 고객사의 신고에 대비하여 2시간 이내에 출동할 수 있는 준비를 하고 있어야 하므로, 설사 당직근무 시간 동안 고객사의 장애접수 건수나 출동 빈도가 적었다고 하더라도 원고들이 그 시간을 자유롭게 활용하였다고 보기 어렵다. 또한 정확한 근로시간 산정이 어렵다거나 당직수당이 지급되었는지 여부는 당직근무 시간이 근로시간인지 여부를 판단하는 근거가 되기 어렵다. 당직근무 동안 대기한 시간에 사용자의 지휘·감독을 인정할 수 있다면 그 부분은 근로시간으로 인정하여야 하고, 당직수당을 초과하는 연장·야간·휴일근로수당이 발생하였다면 이를 지급해야 하는 것이다.

당직근무 시간이 근로시간인지 여부는 구체적인 사실관계에 따라 판단이 달라질 수 있는 부분이지만, 이에 대한 대상판결의 판단은 그 타당성에 의문이 들게 한다. 이에 대해서 항소심은 어떤 판단을 할 것인지에 대해서도 주목할 필요가 있을 것이다.

인사이동, 징계, 근로관계의 변동

남성을 우선선발하기 위한 금융권의 노력들 :

채용성차별 사건

- 대법원 2023. 3. 16. 선고 2022도3393 판결 등 -

【원심 판결요지】

피고인들이 이 부분 공소사실 기재와 같이 성별을 사유로 합리적인 이유 없이 채용에 있어 여성에게 불리한 조치를 하고, 근로자의 모집 및 채용에서 남녀를 차별하였고 피고인들에게 고의가 있음을 충분히 인정할 수 있다. ... (중략) ... 서류전형 이후에 이어지는 필기전형, 합숙면접전형, 임원면접전형 등의 과정에서 남녀 합격자 비율이 변동될 수 있는데도 피고인들은 첫 전형인 서류전형에서부터 남녀 예상 인원을 9:1(2013년 상반기), 8:2(2013년 하반기, 2015년), 7:3(2014년)으로 설정하였는바, 이는 지나치게 불균형적이다.

2015년경부터 이슈가 되었던 금융권의 성차별적 채용 관행이 2018년 금융감독원의 조사로 사실임이 밝혀졌다. 2018년 6월 17일, 대검찰청 반부패부는 전국 6개 지방검찰청이 금융감독원과 공조해 2017년 11월부터 2018년 6월까지 국민·하나·우리·부산·대구·광주은행 등 6개 시중은행의 채용비리를 수사해 12명을 구속기소하고 26명을 불구속 기소했다고 발표했다.¹⁾ 남녀고용평등법을 위반한 KEB하나은행과 KB국민은행은 양벌규정에

1) 대검찰청(2018), 『“은행권 채용비리” 중간 수사 결과 - 반칙과 특권의 고리에 대

따라 은행도 재판에 넘겨졌다.

리뷰 대상판결은 그중 하나인 KEB하나은행에 대한 판결이다. 그러나 이 사건은 KEB하나은행만의 문제가 아니라, 금융권 전반의 성차별적 채용 관행 문제이기 때문에 본 리뷰에서는 남녀고용평등법 위반이 문제가 된 KB국민은행, 신한은행 사건도 함께 검토하기로 한다.

KEB하나은행은 2013~2016년 신입행원 채용 과정에서, 내부적으로 남녀 채용비율을 4:1로 사전에 설정한 다음, 성별에 따라 별도의 커트라인을 적용하는 방법으로 남녀를 차별하여 채용하였다. 지원자 남녀 비율은 1.3:1로 거의 비슷했지만, 전형이 진행될수록 성비 차이가 벌어졌고, 여성 지원자만 서류 전형 커트라인이 크게 높아졌다. 검찰은 인사담당자들과 KEB하나은행을 업무방해와 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하, 남녀고용평등법) 위반으로 기소하였다.

원심(서울서부지법 2022. 2. 14. 선고 2020노1607 판결)은 피고인들과 회사가 남녀고용평등법 위반 부분에 대해 합리적인 이유가 있었다고 주장한 부분에 대해서 “피고인들이 이 부분 공소사실 기재와 같이 성별을 사유로 합리적인 이유 없이 채용에 있어 여성에게 불리한 조치를 하고, 근로자의 모집 및 채용에서 남녀를 차별하였고 피고인들에게 고의가 있음을 충분히 인정할 수 있다. … (중략) … 피고인 A, B가 남녀 최종합격자 비율을 남성에게 유리하도록 설정한 이유는, 야근이 많은 여신이나 대출업무, 격지 근무나 원격지 출장 등은 여성이 담당하기에 힘이 들고, 다른 기업들의 남성 직원들을 상대하기에 남성이 더 유리하며, 여성 직원이 많을 경우 육아휴직 등으로 비가용 인력이 증가하기 때문인바, 이는 남성과 여성의 역할에 관한 전형적인 고정관념에 근거한 정책으로, 전형적인 차별이고, 우리의 전체 법질서가 강화시켜 온 남녀평등의 원칙에 전면으로 반하는 것이라 평가할 수 있다. … 위와 같은 사정들은 여성을 직무에서 배제하고 그 대신 남성을 채용할 만한 합리적인 사유에 해당한다고 볼 수도 없고, 남녀고용평등법 제2조 제1호가.목에서 정한 ‘직무의 성격에 비추어 특정성이 불가피하게 요구되는 경우’

에 해당한다고 보기도 어렵다.”라고 실시하며 유죄로 인정하였다. 피고인들(KEB하나은행 포함), 검사 모두 상고하였으나, 2023년 3월 16일, 대법원은 상고를 기각하고 유죄를 확정지었다(2022도3393 판결).

2022년 1월 14일, 대법원은 KB국민은행과 인사담당자들에 대해서 유죄를 확정지었다(2021도10330 판결). KB국민은행은 2015년 상반기 채용 과정에서 서류전형 결과 여성합격자의 비율이 높게 나타나자 남성합격자의 비율을 높일 목적으로 특별한 기준 없이 117명(그중 남성 113명)의 자기소개서 평가등급을 상향시켜 합격시키고, 119명(그중 여성 11명)의 평가등급을 하향조작하여 불합격시켰다. 이어진 2차 면접전형에서 청탁대상자 20명을 포함하여 28명의 면접 점수를 조작하여 20명을 부정하게 합격시켰다. 그 결과, KB국민은행은 채용 과정에서의 성 차별로 ‘남녀고용평등법’을 위반해서 기소되는 첫 사례로 기록되기도 했다.

재판에서 KB국민은행은 “은행 전체 직원의 남녀비율은 남성 53%, 여성 47%였으나, L1(공채 신입행원) 직급의 경우 남성이 1,440명, 여성이 2,917명으로 남녀 비율이 남성 33%, 여성 67%였고, L0(특성화고 출신행원 등) 직급의 경우 남성이 92명, 여성이 3,992명으로 남녀 비율이 남성 2.3%, 여성 97.7%로 여성 편중현상이 심했고, 이에 채용팀장은 여성편중현상을 완화시켜야 할 ‘기업경영상의 필요’에 따라 부행장, HR본부장, 인력지원부장의 지시 내지 승인하에 2015년 상반기 신입행원 채용의 서류전형 절차에서 성별을 고려한 조정을 실시한 것이며, 은행과 같은 사기업이 기업경영상의 필요에 따라 인재 채용 기준을 달리 정할 수 있는 폭넓은 재량권을 가지고 있으므로, 일부 남성지원자들의 자기소개서 등급을 상향하고, 일부 여성지원자들의 자기소개서 등급을 하향한 것은 ‘합리적인 이유’가 있으므로 차별에 해당하지 않는다.”라고 주장하였으나, 법원은 “2015년 은행의 상반기 신입행원 채용절차에서 여성을 배제하고 그 대신 남성을 서류전형에서 합격시켜야 할 만한 기업경영상의 필요성이 있었다고 보기 어려우므로, 위 서류전형에서 합리적인 이유 없이 여성을 남성과 차별하여 심사위원이 부여한 등급을 하향 변경하여 불합격하도록 한 것은 남녀고용평등법 제7조(모집과 채

용) 제1항을 위반한 행위이다. ... 은행 전체 직원의 남녀 비율은 오히려 여성이 더 많다. ... 일선 지점에서 기업금융을 담당할 남성 직원에 대한 수요가 있었다고는 하나 기업금융 업무 등에 대하여 여성의 선호도가 낮다는 사실상 이유일 뿐 남녀고용평등법 제2조 제1호 가호에서 정한 '직무의 성격에 비추어 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우'에 해당한다고 볼 수 없다. ... 서류전형에 이어지는 필기전형, 1차 면접전형, 2차 면접전형 과정에서 남녀 합격자 비율이 변동될 수도 있는 점까지 고려하면, 은행에게 여성을 배제하고 그 대신 남성을 서류전형에서 합격시켜야 할 만한 필요성이 인정되지 않는다."라고 하며 유죄를 확정하였다.

2022년 6월 30일, 대법원은 신한은행과 인사담당자들에 대해서 유죄를 확정지었다(2021도16473 판결). 신한은행은 2013년 상반기부터 2015년 상반기까지 신입사원 공채에서 부정 청탁 등을 통해 채용하였고, 서류 지원자 남녀 비율을 서류전형 단계부터 3 대 1로 정한 후, 면접전형 및 최종 선발 시까지 해당 비율이 유지되도록 관리하였다. 그러나 원심(서울고법 2021. 11. 22. 선고 2020노269 판결)은 "신입행원 채용절차 중 2차 면접 과정에서 합격권 밖에 있던 48명의 지원자의 면접 점수를 임의로 조작하여 남녀의 합격자 비율을 인위적으로 맞추는 방법으로 남녀를 차별하였다고 인정하기에 부족하다는 이유로" 남녀고용평등법 위반에 대해서는 무죄로 판단하였다.

위의 사건들로 금융권의 채용성차별 관행이 명백하게 드러났지만, 여전히 변화가 느껴지지는 않는다. 그 이유 중 하나는 남녀고용평등법의 제7조 제1항 "사업주는 근로자를 모집하거나 채용할 때 남녀를 차별하여서는 아니 된다"는 채용성차별 금지조항의 처벌규정이 벌금 500만 원에 불과하기 때문이라 생각한다.

모집·채용 과정에서 발생하는 성차별은 노동시장 진입 단계에서 발생하는 차별로서 노동의 기회와 생계를 위협할 수 있다는 점에서 다른 노동조건에서의 차별과 비교할 때 권리의 침해 정도와 피해가 크다.²⁾ 따라서 임금차

2) 박선영(2018), 「고용상 성차별 해소를 위한 법제도 정비방안」, 『금융권 성차별 채용 비리를 통해 본 남녀고용차별 개선과제』 토론회 자료집(2018. 7. 17), p.25.

별금지, 정년·퇴직 및 해고에서의 차별금지 조항과 같이 징역형을 병과하여 처벌을 강화해야 할 것이다.

신수정(대전대학교 연구교수)

‘그 밖의 징벌’의 해석과 인사평가에 대한 사법심사 가능성

- 대법원 2023. 1. 12. 선고 2022다281194 판결 -

【판결요지】

근로기준법 제23조 제1항은 ‘사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌을 하지 못한다.’고 규정하고 있다. 여기서 감봉은 근로 제공의 대가로 발생한 임금액에서 일정액을 삭감하는 제재를 말하고, ‘그 밖의 징벌’이라 함은 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉을 제외한 처분으로써 사용자가 당해 근로자에게 과거의 잘못에 대한 제재로서 가하는 불이익한 처분만을 의미하며, 근로계약관계에서 일반적으로 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 의미하는 것은 아니라고 할 것이다. 개인의 업무성적을 파악하여 연간 단위로 임금을 결정하는 연봉제 급여제도를 채택하고 있는 원고들에게 인사 평가 결과에 따라 급여를 차등 지급한 것을 두고 근로기준법 제23조 제1항에서 정한 제재로서의 감봉 기타 그 밖의 징벌에 해당한다고 볼 수 없다.

1. 사실관계 및 쟁송의 경과

이 사건 원고들은 피고 회사로부터 수년간 저조한 인사평가를 받아온 근로자들로서 피고 회사가 저성과자들을 대상으로 실시하는 성과향상 프로그램(Productivity Improvement Program : PIP)의 대상자였는데, 피고 회사는 원고들의 저조한 인사평가 결과를 이유로 연봉을 삭감 또는 동결하였고, 그 외에도 PS(Profit Sharing)와 PI(Productive Incentive) 등을 지급하지 않거나 다른 근로자에 비해 적게 지급하였다. 이에 원고들은 ① 피고 회사의 PIP 운용은 근로자의 퇴직 유도를 목적으로 만들어진 위법한 조치로 채무불이행 또는 불법행위에 해당하고, ② 피고 회사가 원고들의 급여를 동결하거나 삭감한 것은 실질적인 감봉(減俸)으로 징벌에 해당하며, ③ PIP 도입은 취업규칙의 불리한 변경임에도 그 도입과정에서 취업규칙 불이익변경 절차를 거

치지 않아 무효이고, ④ 그 외 피고 회사가 연봉제를 운영하면서 매년 연봉 계약을 체결하지 않고 연봉제 급여규칙에 근거하여 연봉을 불리하게 조정 한 것은 근로조건 대등결정의 원칙을 위반한 것이라는 등의 이유로 피고 회사가 부당하게 지급하지 않은 임금액 또는 이에 상당하는 금액의 손해배상을 구하는 소를 제기하였다.

이러한 원고들의 소 제기에 대하여 1심법원은 아래의 이유로 원고들의 청구를 모두 기각하였다.¹⁾ 먼저, ‘인사권 일탈 남용을 이유로 한 채무불이행 내지 불법행위 주장’에 대하여는 피고가 상시적 구조조정을 위한 편법적인 수단으로 원고들을 퇴출할 목적으로 인사권을 일탈 남용하였다고 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 원고들의 관련 주장을 배척하였고, 다음으로 ‘일방적인 임금 동결, 삭감 위법 주장’에 대하여는 “근로기준법 제23조 제1항은 ‘사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌을 하지 못한다.’고 규정하고 있다. 여기서 감봉은 근로 제공의 대가로 발생한 임금액에서 일정액을 삭감하는 제재를 말하고, ‘그 밖의 징벌’이라 함은 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉을 제외한 처분으로서 사용자가 당해 근로자에게 과거의 잘못에 대한 제재로서 가하는 불이익한 처분만을 의미하며, 근로계약관계에서 일반적으로 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 의미하는 것은 아니라고 할 것이다.”라는 등의 이유로 원고들의 주장을 배척했다.

1심 판결에 대하여 원고들이 항소하였고, 이에 원심법원은 “원고들이 제출한 증거들만으로는 피고의 원고들에 대한 인사평가가 상시적인 구조조정을 위하여 이루어진 것으로 공정성 및 객관성이 없어 위법하거나 무효라고 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거도 없다.”라는 등의 이유를 추가하는 것 외에 1심법원의 판단을 대부분 인용하면서 원고들의 항소를 모두 기각하였다.²⁾ 이에 원고들이 상고하였으나 대법원의 심리불속행 기각으로 원심판결이 확정되었다.³⁾

1) 서울동부지방법원 2021. 8. 12. 선고 2018가합111081 판결.

2) 서울고등법원 2022. 8. 19. 선고 2021나2032652 판결.

3) 대법원 2023. 1. 12. 선고 2022다281194 판결.

2. 검토

이 사건 원심판결과 1심판결에서 다투어진 법적 쟁점은 상당히 많다. 이 글에서는 이러한 법적 쟁점 중에서 ‘피고 회사가 개인의 업무성과를 파악하여 연간 단위로 임금을 결정하는 연봉제 급여제도를 채택하고 있는 원고들에게 인사평정결과에 따라 급여를 차등 지급한 것을 두고 「근로기준법」(이하, 근로기준법) 제23조 제1항에서 정한 제재로서의 감봉 기타 그 밖의 징벌에 해당한다고 볼 수 없다.’라는 판단에 대하여 리뷰한다.

가. 근로기준법 제23조 제1항의 ‘그 밖의 징벌’의 의미

근로기준법 제23조 제1항은 ‘사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉 그 밖의 징벌을 하지 못한다.’라고 규정한다. 위 조항은 사용자가 일방적으로 행사할 수 있는 징계권과 인사권을 제한하기 위한 취지로 이해된다. 한편 근로기준법 제28조 제1항은 “사용자가 부당하고 등을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이러한 두 조항을 종합해 보면 노동위원회는 근로자의 구제신청이 있는 경우 부당하고 등에 대한 심판권을 행사할 수 있다고 해석된다.⁴⁾

근로기준법 제23조 제1항의 적용 범위와 관련하여, “그 밖의 징벌”이라는 문구의 해석이 문제 되고 있다. 사건으로는 근로기준법 제23조 제1항의 적용 범위의 맥락에서 “그 밖의 징벌” 부분이 해석은 같은 항에서 규정하고 있는 ‘전직(轉職)’이라는 말을 어떻게 해석할 것인지와 관련성이 있다고 생각한다. 만일, 전직을 회사의 경영상 필요에 따라 근로자의 담당업무 기타 기업 내에서의 근로자의 신분상 지위를 변경시키는 사용자의 행위 전반을 의미한다는 식으로 ‘넓게’ 본다면 사용자에 의해 이루어진 불이익한 일방적 행위는 전직의 개념에 포섭(包攝)될 수 있을 것이다. 그러나 근로기준법 제23조 제1항의 전직을 근무지나 업무의 변경, 즉 배치전환이라는 의미로 제한

4) 다만, 이 사건은 임금 등을 청구하는 민사소송이므로, 노동위원회의 심판권의 범위가 직접 다투어진 사건은 아니다.

적으로 해석할 경우, 이러한 의미의 전직에 해당하지 않는 사용자의 일방적인 행위는 그러한 행위가 설사 근로자에게 불이익한 경우라도 ‘전직’의 개념에 포섭되기는 어렵다. 따라서 후자의 입장을 택하는 경우 (협의의) 전직 개념에 포섭되지 않는 사용자의 불이익한 행위를 ‘그 밖의 징벌(懲罰)’로 볼 수 있는가에 따라 ① (실체법적으로) 근로기준법 제23조 제1항의 적용 범위와 ② (절차법적으로는) 노동위원회의 심판권의 범위가 달라질 것이다.

근로기준법 제23조 제1항에 기재된 해고, 휴직, 전직, 정직 그 밖의 징벌에 대하여 판례는 기본적으로 이를 열거(列擧) 규정으로 이해하는 입장에서 서 있다고 평가된다. 다만 근로기준법 제23조 제1항은 사용자의 불이익한 처분에 대하여 근로자를 보호하기 위한 조항이라는 취지를 고려할 때, 징계라는 명칭이 쓰이지 않았더라도 근로자의 행위에 대한 제재의 목적으로 사용자가 불이익한 행위를 한 것이라면 이러한 행위에 대해서는 근로기준법 제23조 제1항이 적용되는 것으로 이해할 필요가 있다고 생각한다. 즉, 사용자의 행위가 사실상 징벌적 효과가 있는 경우라면 그 명칭이나 법적 근거 여부를 불문하고 ‘그 밖의 징벌’에 해당하는 것으로 해석할 필요가 있다. 실제 이러한 입장에 선 판결들도 발견된다.

먼저, 근속승진(勤續昇進) 누락이 ‘그 밖의 징벌’에 해당하는지가 다투어진 사안에서 서울행정법원 2009. 10. 29. 선고 2008구합46477 판결(확정)은 “근로기준법 제23조 제1항 및 제28조 제1항에 의하면 ‘부당한 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌’을 구제신청의 대상으로 규정하고 있고, 원고의 취업규칙 제56조는 징계의 종류를 ‘파면, 해임, 정직, 감봉, 견책’으로 구분하고 있는바, 위 근로기준법 규정에서 구제신청의 대상으로 ‘그 밖의 징벌’을 규정하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 구제신청의 대상은 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 견책 등에 한정되는 것이 아니라 근로자에 대한 불이익한 제재로서 이에 준하는 징벌적 성격을 갖는 것도 포함된다고 봄이 상당하다.”라고 판시하고, 이에 근거하여 근속승진 누락은 그에 따라 급여상의 불이익을 받게 되어 감봉과 비슷한 징벌적 효과를 갖는 것으로서 사실상 견책보다 가혹한 불이익제재에 해당하므로 구제신청의 대상인 근로기준법 제23

조 제1항 소정의 ‘그 밖의 징벌’에 해당한다고 판단하였다. 위 판결의 취지에 비추어 보면, 근속승진의 누락은 감봉과 비슷한 징벌적 효과를 갖는다는 점에서 실질적으로 ‘그 밖의 징벌’에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다. 다만, 위 판결은 근속승진, 즉 일정한 기간을 ‘근속’한 근로자를 대상으로 한 승진에 관한 판단이므로, 특별한 공적(功績)이 있는 근로자를 대상으로 한 소위 ‘특별승진’의 경우에는 판단이 달라질 수는 있을 것이다.

반면, 호봉(號俸) 승급 누락이 ‘그 밖의 징벌’에 해당하는지가 다투어진 사안에서 서울행정법원 2009. 2. 20. 선고 2008구합41168 판결(확정)은 “근로기준법 제23조의 ‘그 밖의 징벌’이라 함은 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉을 제외한 처분으로서 사용자가 근로자에게 제재로서 가하는 불이익 처분만을 뜻하고 근로계약관계에서 일반적으로 일어날 수 있는 모든 불리한 처분을 의미하는 것은 아니”라고 판단하면서, 호봉승급에서 누락된 근로자가 호봉승급된 근로자들에 비하여 상대적으로 불이익한 처우를 받게 됐다고 하더라도 이를 ‘제재로서의 성질’을 가진 것으로서 노동위원회 구제신청 대상이 되는 근로기준법 제23조 제1항의 ‘그 밖의 징벌’에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 다만, 이 판결은 업무수행능력이 우수한 자에 대하여 이루어지는 ‘특별승급’의 대상에서 제외하는 취지의 호봉(號俸) 승급 누락이 ‘그 밖의 징벌’에 해당하지 않는다는 취지를 판단한 사건이다. 따라서 소위 ‘승호(乘號)’라고 불리는 근무연한에 따른 일률적인 승급(昇級)에서 특정 근로자를 제외하는 것은 ‘그 밖의 징벌’에 해당한다고 생각한다.

나. 인사평가에 대한 사법심사의 가능성

근로자에 대한 인사평가는 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량이 긍정된다는 것이 일반적인 인식이며, 필자도 이러한 인식에 반대하지 않는다. 그러나 필자는 사용자는 인사평가를 함에 있어 근로자의 근무실적이나 업무능력 등을 중심으로 객관적이고 공정한 평가의 기준에 따라 이루어지도록 노력하여야 하고, 인사과과가 해고에 관한 법적 규제를 회피하고 퇴직을 종용하는 수단으로 악

용되는 등의 불순한 동기로 남용되어서는 안 된다는 ‘법적 의무’를 부담한다고 생각한다. 따라서 사용자의 인사평가가 헌법, 근로기준법 등에 위반되거나 객관적이고 공정한 평가의 기준을 위반하여 정당한 인사권의 범위를 유월(踰越)한 때에는 그러한 ‘위법한’ 인사평가는 사법심사의 대상이 된다고 할 것이다.⁵⁾ 다만, 사용자의 인사평가가 사법심사의 대상이 될 수 있다고 하여, 인사평가를 근로기준법 제23조 제1항의 ‘그 밖의 징벌’로 보아 노동위원회 심판권의 범위 내로 포섭할 논리필연적 이유가 있다고 보기는 어렵다.

이와 관련하여 서울행정법원 2011. 7. 14. 선고 2010구합32587 판결(확정)은 “이 사건 인사고과가 해고, 휴직, 정직, 전직이나 감봉에 해당하지 아니함은 그 문언의 해석상 명백하므로 ‘그 밖의 징벌’에 해당하느니 여부가 문제되는데, 여기서 ‘그 밖의 징벌’이라 함은 그 문언 자체의 뜻과 앞서 본 해석원칙에 비추어 보면, 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉을 제외한 처분으로서 사용자가 당해 근로자에게 과거의 잘못에 대한 제재로서 가하는 불이익한 처분만을 의미하고, 근로계약관계에서 일반적으로 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 의미하는 것은 아니라 할 것이다.”라고 하면서, 인사고과가 ‘그 밖의 징벌’에 해당하지 않는다고 판단하였다. 위 판결은 그 이유를 ① 근로자에 대한 인사고과는 해당 근로자를 상대로 한 전인격적, 복합적인 평가로서 인사권자인 사용자의 고유권한에 속하고, 따라서 원칙적으로 그 평정을 위한 평가기준이나 항목의 설정, 점수의 배분 등에 있어 사용자에게 광범위한 재량이 인정되며, ② 인사고과의 결과는 보수수준 등 각종 인사관리에 활용·반영될 것이 예정되어 있다고 할 것인바, 평가대상에 해당하는 모

5) 수원지방법원 2013. 1. 29. 선고 2012나6377 판결(확정): “근로자에 대한 인사고과는 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 가진다 할 것이나, 사용자는 근로자의 근무실적이나 업무능력 등을 중심으로 객관적이고 공정한 평정의 기준에 따라 이루어지도록 노력하여야 하고 그것이 해고에 관한 법적 규제를 회피하고 퇴직을 종용하는 수단으로 악용되는 등의 불순한 동기로 남용되어서는 아니 된다고 할 것이다. 이와 같이 사용자의 인사고과가 헌법, 근로기준법 등에 위반되거나 객관적이고 공정한 평정의 기준을 현저하게 위반하여 정당한 인사권의 범위를 벗어난 때에는 인사고과의 평가 결과는 사법심사의 대상이 되어 그 효력을 부인할 수 있다.”

든 근로자들에게 동일한 기준에 의하여 이루어진 인사과과평가 결과가 어느 근로자에게 불리하다고 하여 그 평가 자체를 일정한 규칙이나 관습 등의 위반에 대하여 일정한 제한을 가하거나 금지하는 조치를 의미하는 제재로서의 징벌에 해당한다고 볼 수 없고, ③ 인사과과제도의 목적과 성질 등에 비추어 사용자는 근로자의 근무실적이나 업무능력 등을 중심으로 객관적이고 공정한 평정이 이루어지도록 노력하여야 하고 그것이 불순한 동기로 남용되어서는 아니 되므로 이러한 기준에 위배되어 사용자의 인사과과가 이루어진다면 당해 근로자에 대하여 사법상 구제절차가 요구되고 그 인사과과평가 결과 또한 사법심사의 대상이 된다고 할 것이나, 그러한 사정만으로 사용자의 인사과과평가 결과 자체를 ‘그 밖의 징벌’의 범위에 포함시켜 노동위원회의 구제대상으로 삼아야 할 응당의 필요가 있다고 보이지는 않는다는 취지로 이유를 설시하였다. 이러한 판시에 불만이 없는 것은 아니지만, 근로기준법의 법문상 인사평가의 결과 그 자체는 부당해고 등 구제신청의 대상이 되지 않는다는 결론에는 동의한다. 다만, 부당노동행위의 경우에는 사정이 다르다. 근로기준법 제23조 제1항과 달리 노동조합법 제81조 제1항 제1호는 “근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위”라고 규정하고 있으므로, 인사평가 결과 그 자체도 ‘근로자에게 불이익을 주는 행위’에 해당할 수 있기 때문이다.

권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)

승격 성차별의 판단 및 그로 인한 손해액의 산정

- 서울중앙지방법원 2022. 11. 3. 선고 2019가합571199 판결 -

【판결요지】

J1등급으로 입사하여 20년 이상 재직한 생산직근 근로자 108명 중 남성 56명은 모두 S등급 이상으로 승격하였지만, 여성 52명은 모두 J등급에 머물러 있었다. 2010년 이후 신규 채용된 생산직근 남성 근로자 25명 중 21명이 J3등급으로, 다시 그중 7명은 S4등급으로 승격하는 동안 여성 근로자 48명 중 8명만이 J2등급으로 승격하였다.

남녀 생산직근 근로자들 사이에 ‘승격에서의 차별적 처우’가 존재하지 않았음에도 우연에 의하여 위와 같은 결과가 발생할 확률은 통계학적으로 0에 수렴한다고 단정해도 무방하다.

직장에서 흔히 보이는 성별 고정관념으로 여성은 남성에 비해 ‘생산 현장에서의 대응 능력이 낮다’, ‘고객 대상 영업 능력이 낮다’ 등이 있다. 사용자가 성별 고정관념에 따라 기업을 운영할 경우 코스별 고용관리제나 성별 직군분리 등의 성차별적 제도 시행으로 연결될 수 있다. 대상판결은 통계적 증거를 활용하여 반도체 업체 생산직 업무의 수행 능력에서 남녀가 다를 것이라는 성별 고정관념에 바탕한 승격 차별을 인정한 사례라는 의의가 있다. 다만 승격 차별로 인한 재산적, 정신적 손해의 산정과 관련하여서는 논란의 여지가 있는 판결을 하였기에 상급심의 판단 결과를 주시해야 할 것이다.

대상판결의 사건에서 성별에 따라 승격을 달리한다는 취업규칙 규정, 경영진의 발표, 관리자의 진술 등과 같은 직접증거는 존재하지 않았다. 대상판결은 아래와 같은 통계적 증거에 바탕하여 “남녀 생산직근 근로자들 사이에 ‘승격에서의 차별적 처우’가 존재하지 않았음에도 우연에 의하여 이러한 결과가 발생할 확률은 통계학적으로 ‘0’에 수렴한다고 단정해도 무방하다.”고 판시하면서 성별을 이유로 한 승격 차별이 사실로 인정된다고 하였다.¹⁾ 반

도체 생산 라인에서 함께 일하였음에도 여성은 J등급 안에서만 승격시키고 S등급으로 진입하지 못하게 하는 등 사실상의 유리천장을 두는 사업장이었던 것으로 확인되는 결과이다. 대상판결은 매 연도 승격 시기별로 승격에 성공한 남성과 여성의 인원을 비교하고, 그 결과 S등급으로의 승격에 성공한 총인원을 비교하며, 같은 시기에 입사한 여성과 남성 중 S등급으로 올라온 사람의 비율을 비교하는 방법 등을 사용하여 승격 성차별 여부를 판단하였다. 통계 증거를 바탕으로 불이익한 취급을 하는지 여부를 판단하는 판결이 부당노동행위 사건에서 나타나기 시작하였으나 고용 차별 사건에서는 첫 판결이라는 점에서 중요한 의의가 있다.²⁾ 통계적으로 차별이 의심된다는 점을 원고 측에서 소명하였기 때문에 성별이 아닌 다른 합법적인 이유가 있음을 사용자 측에서 입증해야 하는데, 이 사건 사용자가 제시한 ‘경정비 능력’이 승격 기준이라고 규정되어 있지 않은 점, 경정비 능력이 있는 여성도 S등급으로 승격하지 못하였다는 점 등을 바탕으로 승격 성차별의 추정이 유지되었다.

- ① 2016년도 정기승격심사 당시 근속연수가 5.19년이던 J3등급 남성 생산직군 근로자 2명이 S4등급으로 승격하였으나, 근속연수가 20년이 넘는 J3등급 여성 생산직군 근로자들 36명 중에는 승격한 근로자가 없었다.³⁾
- ② 2017년도 정기승격심사 당시 근속연수가 6.24년이던 J3등급 남성 생산직군 근로자가 S4등급으로 승격하였으나, 근속연수가 20년이 넘는 J3등급 여성 생산직군 근로자들 38명 중에는 승격한 근로자가 없었다.

- 1) 통계적으로 검증하였을 때 여성의 S등급 승격이 20년간 전무하고 성별에 따라 승격 비율의 차이가 현격한 것이 우연에 의한 것일 가능성이 매우 낮다는 분석 결과 및 방법은 구미영·마경희·김창환·차혜령·정다운(2021), 『고용 성차별 시정제도 개선방안 연구』, 한국여성정책연구원, p.58 참고.
- 2) 부당노동행위 사건 판결례로는 서울고등법원 2017. 1. 19. 선고 2016누62216 판결 등이 있다.

- ③ 2018년도 정기승격심사 당시 근속연수가 6.68~7.13년인 J3등급 남성 생산직군 근로자 4명이 S4등급으로 승격하였으나, 근속연수가 20년이 넘는 J3등급 여성 생산직군 근로자들 36명 중에는 승격한 근로자가 없었다.
- ④ 이에 2019. 9. 10. 이 사건 인권위 결정 무렵, 피고 회사의 생산직군 근로자 중 여성은 151명인데 모두 J등급으로 S등급이 전무한 반면, 남성은 202명 중 20명(9.9%)만 J등급이고 나머지 182명은 모두 S등급 이상이었다. 같은 J1등급으로 입사하여 20년 이상 재직한 생산직군 근로자 108명 중 남성 56명은 모두 S등급 이상으로 승격하였지만, 여성 52명은 모두 J등급에 머물러 있었다.

이러한 의의에도 불구하고 재산적, 금전적 손해배상의 판단과 관련하여서는 논란의 여지가 큰 판결이기 때문에 상급심 판결의 결과에 주목해야 할 필요가 있다.

승진, 승격 차별로 인한 재산상 손해를 판단할 때에는 차별로 인하여 발생한 금전적 손해를 산정해야 하기 때문에 임금차별 사건에 비해 더 큰 어려움이 있다. 성차별이 없었다면 원고인 여성이 어느 직급, 직위까지 승진하였을지 확정하기 쉽지 않은 문제이기 때문이다. 이 사건은 특정 직위로의 1회적인 승진 사안이 문제된 것이 아니라 10~20년에 걸친 장기간 동안 2~4회에 걸친 승격 과정에서의 차별이 문제된 사안이기 때문에 손해액 산정 기준 관련 더욱 복잡한 경우이다. 재산상 손해와 관련하여 원고 측은 같은 연도에 입사한 남성 동기 중 가장 등급이 낮은 경우를 기준으로 하여 임금 차액에 상당하는 금액을 손해액으로 청구하였다. 대상판결은 입사 연도가 더 늦음에도 승격을 더 빨리 한 입사 기수들이 있기 때문에 재산상 손해의 산정 기준으로서 일관성이 없어 부족하다고 판단하였다. 또한 임금 차액의 비교 기준을 S4, S5등급 중 어느 것으로 할지에 대해서도 원고 측의 주장과 입증

3) 원고들이 속한 생산직 직군의 경우, 사원직은 J1부터 J3, S-4부터 S-5등급까지 부여받을 수 있고 S-4등급부터는 관리자가 될 자격이 있는 직제 구조를 두고 있다.

이 부족하다고 판단하였다. 비슷한 시기에 입사한 남성 비교대상자의 현 등급이 S4, S5로 나뉜다는 점을 고려한 것이다. 그러나 근속연수에 따라 승격 정도가 결정되는 경향을 보이는 사업장에서 입사 시기가 같은 남성의 현재 등급을 기준으로 원고 측의 손해액을 주장하는 것은 합리적인 대응이다. 비교대상인 남성의 고과평정과 원고인 여성의 상황에 대한 정보를 모두 보유하는 사용자 측에서 각 원고별로 승격이 되지 않았을 사유를 입증하지 않는 이상 입사 동기인 남성의 현 등급을 기준으로 손해액을 산정하는 것이 이 법의 증명책임 전한 조항(제30조)을 고려하여도 타당하다. 일본에서도 장기간에 걸친 승진, 승격 성차별이 인정된 사례들이 있는데, 시바신용금고 사건 판결, 쇼와셀석유 사건 판결 등에서 위자료 외에도 재산상 손해배상을 인정한 하급심 판결들이 있다. 이 판결에서도 원고인 여성과 같은 시기 입사한 남성의 현 직급, 직위를 기준으로 손해배상액을 산정한 바 있다.⁴⁾

마지막으로 대상판결에서 고용 차별 사건에서의 위자료 판단 기준을 제시한 부분과 관련해서도 비판적 검토가 필요하다. 대상판결은 여성 근로자들이 지속적으로 승격 기회의 공정한 보장을 요구하였고, 고용노동부와 인권위 등도 차별 해소 조치를 촉구하였음에도 여성 생산직 중 S4로의 승격을 한 명도 시행하지 않은 점을 고려하여 위자료 지급을 명하였다. 그러나 위자료지급 대상을 판단한 법리에 있어서는 의문스러운 지점들이 있다. 대상판결은 “일반적으로 사업주가 남녀 근로자를 차별적으로 처우하였다는 사정만으로 곧바로 그러한 차별적 처우가 차별을 당한 근로자들의 인격적 이익을 침해한 것이라고 단정할 수는 없다. 그러나 남녀 간 차별적 처우의 정도가 중대하고, 그러한 차별적 처우가 「남녀고용평등법」에 위반된다는 것이 객관적으로 명백하며, 사업주로서도 조금만 주의를 기울였더라면 이와 같은 사정을 쉽게 알아볼 수 있었음에도 장기간·지속적으로 차별적 처우를 가해왔다면, 이는 차별을 당한 근로자들의 인격적 법익을 침해하고 정신적

4) 이 판결들에 대해서는 김진(2021), 「일본의 고용차별 규제 - 성별과 고용형태 차별을 중심으로」, 『노동법연구』, 제51호, 서울대학교 노동법연구회, pp.111~162에서 소개하고 있다.

고통을 가한 것이라고 인정할 수 있고, 이 경우 사업주는 차별을 당한 근로자들의 정신적 고통에 대하여도 이를 배상할 의무가 있다고 봄이 타당하다.”고 하였다. 승격 차별이라는 불법행위 사실이 인정되면 이로 인한 정신적 손해의 발생은 함께 인정되어야 할 것인데 위자료 인정 관련 조건을 추가적으로 부과한 근거가 무엇인지 의문이다. 이러한 논리를 적용할 경우 한번의 승진 기회에서 차별당한 피해자는 그로 인한 정신적 피해에 대한 손해 배상을 주장할 수 없다는 불합리한 결론에 이르게 된다. 이 사건 원고인 여성 근로자들은 같은 라인에서 같은 일을 하던 남성 동기 또는 후배 사원들조차 승격을 하는데 여성들은 뒤처지는 일을 겪을 때마다 ‘비참한 기분, 열등한 존재로 취급받는 기분’을 느꼈다고 토로한 바 있다. 노동현장에서 성차별을 경험한 여성의 존엄과 경력관리 의욕에 미치는 영향을 실질적으로 고려해야 했었다는 점에서 한계가 있는 판결이다.

구미영(한국여성정책연구원 연구위원)

차별적 처우로 인한 임금 차액 상당의 손해액 산정

- 서울중앙지방법원 2022. 11. 3. 선고 2019가합571199 판결 -

【판결요지】

원고들은 이 사건에 그대로 적용하기 어려운 계산 방법만을 원용하면서 법원이 석명한 사항들에 관하여 구체적인 주장 및 증거들을 제시하지 않았고, 원고들이 제출한 증거들만으로는 원고들이 입은 재산상 손해의 액수를 정확하게 산정하기 어려울 뿐만 아니라, 근본적으로 법원이 원고들의 주장과 다른 계산 방법으로 손해액을 산정하는 것은 변론주의에도 위반된다.

민사소송법 제202조의2는 “손해가 발생한 사실은 인정되나 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 법원은 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 정할 수 있다.”고 규정하고 있으나, 이 사건은 사안의 성질상 구체적인 재산상 손해의 액수를 증명하는 것이 매우 어렵다고 인정되지 않고, 법원이 원고들 소송대리인에게 여러 차례 주장과 증명의 기회를 부여하고 이를 촉구하였음에도 불구하고 원고들의 주장과 전혀 다른 방법으로 손해액을 산정하는 것이 정의와 공평의 관념에 부합한다고 보기도 어렵다.

대상판결에서 피고 회사의 여성 근로자인 원고들은, 피고가 비교 대상 근로자인 남성 근로자들에 비해 채용 시 등급 부여와 채용 후 승격에서 성별을 이유로 한 불합리한 차별을 한 것은 불법행위에 해당하므로, 원고들과 대상 근로자들의 임금 차액에 해당하는 재산상 손해와 정신적 손해에 대한 위자료를 청구하였다. 이에 대하여 피고는 원고들과 남성 근로자들의 승격 차이는 채용경로, 수행업무, 근무성적 등에 따른 합리적 이유 있는 차별이므로 불합리한 차별이 아니라고 주장하였다.

대상판결은 남녀 근로자의 근속년수와 승격 여부를 고려할 때 피고 회사 남녀 생산직근 근로자들 사이에 승격에서의 차별이 존재하고, 공업고등학교를 졸업한 남녀 근로자에 대하여 채용 시 다른 등급을 부여한 것도 차별

적 처우에 해당한다고 인정하였다. 그러면서 남녀 근로자를 기능직과 생산직으로 구분하여 채용한 사실이 인정되지 않고, 작업조건이나 책임에 본질적 차이가 없으며, 여성 근로자에게 승격을 위한 기회 부여가 공정하게 이루어져 왔다고 보기 어려우므로 피고의 차별적 처우에는 합리적 이유가 없다고 판단하였다.

구체적인 손해배상책임의 범위와 관련하여, 원고들이 주장하는 남성 생산직군 근로자를 비교대상으로 삼기 부족하고, 원고들의 주장과 같이 당연히 승격할 수 있었을 것으로 단정하기 어려우며, 기본급과 상여금 산정을 위한 주장 및 증거 제출도 충분히 이루어지지 않은 점 등을 이유로 원고들이 주장하는 재산상 손해 산정방법은 인정할 수 없다고 하였다.

그러면서 대상판결은 원고들이 주장하는 재산상 손해 산정방법에는 오류가 있고 법원이 석명한 사항들에 관하여 구체적인 주장 및 증거를 제시하지 않았으므로 원고들이 입은 재산상 손해의 액수를 정확하게 산정하기 어려울 뿐만 아니라, 법원이 원고들의 주장과 다른 계산 방법으로 손해액을 산정하는 것은 변론주의에도 위반된다고 하였다. 또한 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려운 경우에 해당하지 않으므로 민사소송법 제202조의2는 적용되지 않고, 법원이 원고들에게 여러 차례 주장과 증명의 기회를 부여하고 이를 촉구하였음에도 불구하고 원고들의 주장과 전혀 다른 방법으로 손해액을 산정하는 것이 정의와 공평의 관념에 부합한다고 보기 어렵다고 하여 임금 차액 상당의 손해배상청구는 인정하지 않았다.

그러나 적어도 2000년 이전에 입사한 원고들에 대해서는 20여 년 이상 성실하게 봉직한 원고들에 대하여 관리자로 승격할 수 있는 최소한의 심사 기회조차 부여하지 않음으로써 원고들의 인격적 이익을 침해하였고, 이는 헌법, 근로기준법, 남녀고용평등법 및 건전한 사회통념과 사회상규에 비추어도저히 용인할 수 없는 정도에 이르렀으므로 차별적 처우로 인하여 원고들이 입은 정신적 고통에 대하여 500만 원의 위자료를 인정하였다.

대상판결은 승격에 있어서 피고의 차별적 처우를 인정하였다. 승격에서의 차별적 처우로 인해 임금 차이가 발생하였다면 이는 불법행위에 해당하므로 손해배상의무가 발생한다. 차별적 처우로 인한 재산상 손해배상은 차별적 처우가 없었더라면 받았을 임금과 실제 지급된 임금의 차액을 청구하게 되는데, 임금 산정을 위한 객관적이고 구체적인 기준이 없는 경우라면 차별적 처우가 없었더라면 받았을 임금을 확정하는 것은 쉬운 일이 아니다. 더욱이 대상판결과 같이 승격 여부에 따라 임금 액수가 달라지는 경우, 승격 여부를 결정하는데 있어 사용자의 평가나 판단이 개입하게 된다는 점에서 그 판단을 더욱 어려워질 수 있다.

이와 같이 손해의 발생한 사실은 인정되지만 구체적인 손해의 액수를 증명하는 것이 사안의 성질상 곤란한 경우, 판례는 법원의 증거조사 결과와 변론 전체의 취지에 의하여 밝혀진 간접사실들을 종합하여 그 손해액을 판단할 수 있다는 입장을 취해왔고,¹⁾ 이는 민사소송법 제202조의2로 입법되었다. 법원이 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상의 액수로 정할 수 있다고 하더라도, 법관에게 손해액 산정에 관한 자유재량을 부여한 것은 아니므로 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실들의 탐색에 최선의 노력을 다해야 하고, 간접사실들을 합리적으로 평가하여 객관적으로 수긍할 수 있는 손해액을 산정하여야 한다.²⁾

한편 대상판결에서 인용하고 있는 것처럼 우리 대법원은 법원의 증명 촉구에도 불구하고 원고가 이에 응하지 아니하면서 손해액에 관하여 나름의 주장을 펴고 그에 관하여만 증명을 하고 있는 경우라면 법원이 굳이 스스로 적정하다고 생각하는 손해액 산정 기준이나 방법을 적극적으로 원고에게 제시할 필요까지는 없다고 보고 있다.³⁾

대상판결은 민사소송법 제202조의2가 적용될 사안이 아니며, 법원의 석명 및 증명촉구에도 불구하고 원고들이 이에 불응하여 손해액을 산정할 수 없었다고 하여 원고들의 임금 차액 상당의 손해배상 청구를 기각하였다. 그

1) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002다6951 판결 등.

2) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다3561 판결 등.

3) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다88617 판결.

런데 대상판결의 사안이 민사소송법 제202조의2 적용 대상이 아니라고 본 것은 의문이다. 피고의 차별적 처우로 인해 손해가 발생한 사실이 인정되지만, 원고들이 제출한 증거만으로 손해의 액수를 정확히 산정하기 어렵다고 한다면 법원이 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 산정할 필요가 있었다.

대상판결에서는 그에 따라 손해배상 액수를 산정하는 것이 정의와 공평의 관념에 부합하지 않는다고 하고 있으나, 차별적 처우로 인해 근로자에게 손해가 발생하였음에도 불구하고 이에 대한 적절한 배상이 이루어지지 못하는 것은 남녀고용평등법과 헌법상 평등원칙 등에 비추어 정당성을 인정하기 어렵다. 일부 원고들의 위자료 청구를 인정하였으나, 위자료만으로는 충분한 배상이 이루어진다고 할 수 없다. 이러한 점을 고려한다면 법원이 적정한 손해액 계산 방법을 적극적으로 제시할 필요까지는 없다고 하더라도, 적정한 손해액 산정에 필요한 간접사실을 적극적으로 탐구하고, 이를 바탕으로 적정한 손해액을 산정하였어야 하는 것은 아닌가 생각한다.

다만 대상판결에서 원고들이 법원의 석명과 증명 촉구에 불응하여 법원이 최선의 노력을 다하였음에도 손해액 산정의 근거가 되는 간접사실들을 충분히 탐색하지 못하였다면, 민사소송법 제202조의2에도 불구하고 법원이 임의로 손해배상액을 산정할 수는 없다. 특히 기본급 산정을 위한 자료도 제대로 제출하지 않았다면 법원으로서 적정한 손해액을 산정하는 것이 불가능할 수도 있다. 원고들로서는 원고들이 주장하는 손해액 계산방법과 그에 대한 근거 뿐 아니라, 그 외의 손해액 계산 방법이나 손해액 산정에 고려할 간접사실들에 대해서도 충분히 주장·증명을 하여, 법원이 적정한 손해액을 산정할 수 있도록 할 필요가 있었던 것으로 보인다.

조재호(법무법인(유한) 민 변호사)

노동위원회 구제신청 과정에서 지출한 변호사 비용 상환의무의 인정 여부

- 인천지방법원 2022. 10. 13. 선고 2021나70304 판결 -

【판결요지】

근로자가 사용자의 부당노동행위로 인하여 해고를 당한 경우, 민사소송으로 해고의 무효 확인 및 임금의 지급 등을 청구할 수 있으나, 부당노동행위에 대한 신속한 권리구제를 위하여 마련된 구 근로기준법 제33조와 노동조합 및 노동관계조정법 제82조 내지 제86조의 행정상 구제절차를 이용하여 노동위원회에 구제신청을 한 후 노동위원회의 구제명령 또는 기각 결정에 대하여 행정소송에서 다투는 방법으로 임금청구권 등 부당노동행위로 침해된 권리의 회복을 구할 수도 있다. 그리고 근로자가 노동위원회 등에 부당해고 구제신청을 하지 아니하고 민사소송 등을 제기하여 승소하였을 경우 사용자로부터 일정한 범위 내에서 소송비용을 상환받을 수 있는 점 등을 고려하면, 사용자는 근로자가 사용자의 부당해고 등에 대응하기 위하여 노동위원회에 구제신청 등을 하는 과정에서 지출한 변호사 선임비용에 대하여도 상당하다고 인정되는 범위 내에서 근로자에게 상환의무를 부담한다고 봄이 상당하다.

의과대학 부속병원 등 학교 경영을 목적으로 설립된 피고 학교법인은 2003. 3. 1.부터 원고와 1년 단위로 임용계약을 체결하였고, 원고는 위 병원 건강증진센터에서 내시경 검사를 담당하는 진료교수로 근무하였다.

피고는 2018. 1. 22. 원고에게 2018. 2. 28.자로 2017년 임용계약이 종료된다는 통보(이하 '제1차 갱신거절')를 하였고, 원고는 제1차 갱신거절에 대한 부당해고 구제신청을 하여 부당해고에 해당한다는 판정을 받았다. 피고는 이에 대하여 중앙노동위원회에 재심 신청을 하였다가 2018. 9. 21. 취하하였다.

원고와 피고는 2018. 10. 1. 계약일을 2018. 3. 1.로 소급한 2018년 임용계

약을 체결하였고, 피고는 인사위원회 의결을 거쳐 2018. 12. 10. 정직 2개월의 징계처분을 하였다.

그 후 피고는 2019. 1. 25. 임용계약이 기간의 만료로 2019. 2. 28. 종료된다는 통지(이하 '제2차 갱신거절')를 하였다. 이에 원고는 지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하여 제2차 갱신거절이 부당해고에 해당한다는 판결을 받았고, 피고가 중앙노동위원회에 재심 신청을 하였으나 중앙노동위원회는 2019. 7. 8. 피고의 재심신청을 기각하였다. 피고는 서울행정법원에 재심판정 취소의 소를 제기하였다가 청구기각 판결을 받았고, 이에 항소하였으나 서울고등법원의 항소기각 판결을 받았으며, 위 판결은 그대로 확정되었다.

피고는 2021. 2. 1. 원고를 피고 병원 건강증진센터에 복직시켜 소화기내과 전문의 자격면허 진료교수 업무를 맡도록 하였다.

원고는 제1차 및 제2차 갱신거절 후 각 복직 전 기간 동안의 성과급과, 두 차례 부당해고로 인해 지출한 변호사 선임료 2,420만 원 중 1,760만 원 및 피고가 부당하게 공제한 중간수입 공제금액에 대한 청구를 하였다.

대상판결의 제1심(인천지방법원 2021. 8. 11. 선고 2021가단212374 판결)은 피고는 원고에게 성과급 7,107만 5,333원과 변호사비용 중 1,694만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 하였으나 피고의 중간수입 공제는 정당하므로 이 부분 원고의 청구는 기각하였다. 이에 피고가 항소하였으나, 대상판결은 피고의 항소를 기각하였다.

민사소송과 민사소송법을 준용하는 행정소송에서는 소송비용 부담 규정에 따라 승소한 당사자는 상대방에게 소송비용을 청구할 수 있고, 「민사소송법」(이하, 민사소송법) 제109조 제1항은 「변호사 보수의 소송비용 산입에 관한 규칙」 제3조 및 별표의 범위 내에서 변호사 보수를 소송비용으로 인정하도록 규정하고 있다. 그러나 노동위원회의 부당해고 구제사건 등의 경우 소송비용 부담에 관하여 규정을 두고 있지 않다.

대상판결과 제1심은 사용자에게 근로자가 노동위원회 절차에서 지출한 변호사 비용을 지급할 의무가 있다고 판단하였는데, 그 근거에 대해서는 차

이가 있었다. 제1심은 사용자의 부당한 해고 등으로 근로자가 권익을 지키기 위해 노동위원회 등에 구제신청을 하면서 법률전문가의 도움을 받으면서 비용을 지출한 경우, 사용자는 근로계약에 따른 행위의무 중 부당하게 근로자의 재산에 손해가 발생하지 않도록 보호할 의무를 위반한 것이므로, 근로자에게 상당하다고 인정되는 범위 내에서 손해를 배상할 의무가 있고, 이 경우에도 과실상계의 법리가 적용되므로 피고의 손해배상책임 비율을 70%로 제한하여 1,694만 원의 배상책임을 인정하였다.

이에 대하여 대법판결은 근로자가 사용자의 부당노동행위로 인하여 해고를 당한 경우, 민사소송으로 해고의 무효 확인 및 임금의 지급 등을 청구할 수 있으나 행정상 구제절차를 이용하여 노동위원회에 구제신청을 한 후 노동위원회의 구제명령 또는 기각결정에 대하여 행정소송에서 다투는 방법으로 임금청구권 등 부당노동행위로 침해된 권리의 회복을 구할 수도 있고, 근로자가 노동위원회 등에 부당해고 구제신청을 하지 아니하고 민사소송 등을 제기하여 승소하였을 경우 사용자로부터 일정한 범위 내에서 소송비용을 상환받을 수 있는 점 등을 고려하면, 사용자는 근로자가 사용자의 부당해고 등에 대응하기 위하여 노동위원회에 구제신청 등을 하는 과정에서 지출한 변호사 선임비용에 대하여도 상당하다고 인정되는 범위 내에서 근로자에게 상환의무를 부담한다고 봄이 상당하다고 하였다. 그러면서 소가 5,000만 원을 기준으로 변호사 보수의 소송비용 산입에 관한 규칙을 적용하여 피고는 원고에게 건당 440만 원의 변호사 보수를 상환하여야 한다고 판단하였다(다만 피고만 항소를 하였기 때문에 피고가 상환할 금액의 변경 없이 항소 기각 판결을 선고하였다.).

근로자가 부당해고 등을 이유로 노동위원회의 구제절차를 신청하는 경우, 추후 사용자로부터 변호사나 노무사 보수를 상환받을 수 있다면 비용의 부담으로 인해 전문가의 조력을 받기 어려운 문제를 상당 부분 해소할 수 있을 것으로 기대된다. 이 점에서 사용자에게 근로자가 지출한 변호사 보수의 상환의무를 인정한 대법판결의 의미는 적지 않은 것으로 보인다.

그런데 대법판결에서 변호사 보수의 상환의무를 인정한 근거에 대해서는

의문이 든다. 대상판결이 바로 소송을 제기한 경우 소송비용을 상환받을 수 있다는 점을 언급하면서 변호사 보수의 소송비용 산입에 관한 규칙의 기준을 적용하고, '상환'의무를 인정한 점 등을 고려하면, 명시적으로 언급하고 있지는 않지만 노동위원회 절차에서 민사소송법을 준용하여 소송비용 상환의무를 인정한 것으로 보인다.

그런데 명시적인 규정이 존재하지 않음에도 민사소송법 규정에 준하여 변호사 보수의 상환의무를 인정할 수 있는지에 대해서는 의문이 든다. 또한 민사소송법 규정에 준하여 변호사 보수의 상환 의무가 인정된다면, 공평의 원칙상 근로자의 부당하고 구제신청이나 재심신청 등이 기각된 경우 사용자가 지출한 변호사 보수를 근로자가 상환해야 한다는 결론이 도출될 수 있는데, 이는 오히려 근로자가 노동위원회를 통한 구제절차를 통해 권익을 보장받는 것을 억제하는 결과를 야기할 수 있다.

위와 같은 점을 고려하면, 대상판결의 원심에서와 같이 변호사 보수 상환의 근거를 사용자의 보호의무 위반에 따른 손해배상에서 구하는 것이 좀 더 적절한 것이 아닌가 하는 생각이 든다. 이와 관련하여 대법원은 채무자의 고의 또는 과실에 의하여 자신의 권리를 침해받은 채권자가 부득이하게 외국에서 소를 제기하고 그와 관련하여 변호사 비용을 지출할 수밖에 없었던 경우, 상당한 범위 내의 변호사 보수가 상당인과관계 있는 손해로 보아야 한다는 판시를 한 사례가 있다.¹⁾

변호사 보수의 상환을 손해배상의 문제로 접근하면 구체적인 사안을 고려하여 사용자의 부당하고 등이 근로자에 대한 보호의무 위반에 해당하는 경우 상당한 금액의 변호사 보수 지급 의무를 인정하면서, 근로자의 주장이 인정되지 않는 경우에는 특별한 사정이 없는 이상 사용자의 변호사 보수의 상환을 부정할 수 있다.²⁾

1) 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다81315 판결.
 2) 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010다15363, 15370 판결은 부당제소는 소의 제기가 재판제도의 취지와 목적에 비추어 현저하게 상당성을 잃었다고 인정되는 경우에 한하여 불법행위가 될 수 있다고 판시하였는데, 부당하고 등에 대한 구제신청에 대해서도 신청이 노동위원회 제도의 취지와 목적에 비추어 현저하게 상당성을 잃었다고 인정되는 경우가 아니라면 불법행위가 성립하지 않아 사용자의 근로자

대상판결에 따라 노동위원회 단계에서 지출한 변호사 보수의 상환 청구가 활발해질 것으로 보이는데, 이로 인한 혼란을 방지하고 근로자가 노동위원회의 구제절차에 적극적으로 참여할 수 있도록 보장하기 위해서는 법률에 변호사 보수의 상환 여부 및 근거를 명확히 규정할 필요가 있을 것이다.³⁾

조재호(법무법인(유한) 민 변호사)

에 대한 변호사 보수 청구를 인정하지 않을 수 있을 것이다.

- 3) 이와 관련하여 사용자의 부당노동행위 등이 인정될 경우 사용자가 근로자에게 변호사 보수 등을 지급하도록 하는 내용의 노동조합 및 노동관계조정법 일부개정안(양경숙 의원 대표발의, 의안번호 제2119483)이 발의되었다.

부정청탁채용 시 근로자의 책임 있는 사유의 의미

- 서울중앙지방법원 2023. 8. 24. 선고 2021가합561614 판결 -

【판결요지】

원고가 피고 임직원들의 이 사건 공개채용 과정에서의 부정행위를 전혀 알지 못하였다 하더라도 원고와 밀접한 관계가 있는 타인이 원고를 위하여 부정행위를 한 경우에는 그 부정행위의 이익을 받게 되는 원고 역시 부정행위를 한 자와 마찬가지로 평가함이 타당하다고 할 것이므로(대법원 2006. 7. 13. 선고 2006다23817 판결 취지 참조), 원고에게 발생한 이러한 일신상의 사유를 기준으로 본다면, 앞서 본 바와 같이 피고와의 근본적인 신뢰관계가 훼손되는 등으로 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없게 된 것은 원고에게 책임이 있는 사유로 인한 것으로 봄이 타당하다.

부정청탁으로 채용된 근로자가 그 부정행위에 전혀 관여하지 않은 경우에도 자신의 책임 있는 사유로 해고가 되는지가 쟁점이다.

피고는 은행업을 영위하는 회사이며 원고는 피고의 2017년 공개채용에서 서류전형과 1·2차 면접에 합격하여 피고에 입사하여 근무하던 사람이다. 국회의 2017년 국정감사에서 피고의 신입행원 공개채용 과정에서 청탁으로 부정채용이 있었다는 의혹이 제기되었고 수사가 개시되었다. 수사 결과 피고의 대표이사 A와 인사부장 B 등이 2015년부터 2017년까지 피고 신입행원 공개채용 절차에서 원고를 포함하여 서류전형 점수 미달로 불합격 대상인 자를 서류전형에 합격한 것처럼 처리하거나, 면접 시험결과 불합격권인 지원자의 점수를 조작하여 면접시험에 합격한 것처럼 처리하는 등으로 면접관들 및 피고의 적정하고 공정한 신입직원 채용업무를 방해하였다. 이에 업무방해 혐의로 기소되어 2020. 2. 13. 유죄 판결이 상고심에서 확정되었다.

원고는 1차 면접에서 탈락하였으나 2차 면접 대상자가 되었고 이 과정에서 원고와 원고의 아버지인 피고 은행의 지점장인 C의 명시적인 부정행위는 없었다.¹⁾ 피고는 이 사건과 관련하여 부정입사한 당사자들에게 1·2차

권고사직 면담을 진행하였는데, 원고는 피고의 권고사직 제안에 응하지 아니하였다. 이에 피고는 2021. 2. 25 인사협의회를 개최하여 자발적으로 사직하지 않은 원고에 대하여 기타 퇴직 처분을 내렸다. 원고는 피고의 인사규정을 침해한 적이 없기 때문에 피고의 기타 퇴직 처분이 부당해고임을 주장하여 이 사건 소를 제기하였다.

본 사건의 법원인 서울중앙지방법원은 먼저 피고의 기타 퇴직 처분이 해고인가부터 판단한다. 본 법원은 인사규정에 따른 기타 퇴직의 경우도 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적인 의사에 기한 경우에는 「근로기준법」 제23조 제1항의 ‘해고’에 해당한다고 한다. 그리고 단체협약 중 보충협약 제10조 제6호 “업무상 중대한 고의, 과실 또는 인사규정 위배로 인하여 인사위원회의 결의에 의할 시” 해고할 수 있다는 인사규정을 해석함에 있어 원고의 주장대로 근로자의 “업무상 중대한 고의, 과실”과 “인사규정 위배”는 병렬적으로 나열되어 있으므로 인사규정 위배 역시 업무상 중대한 고의·과실과 대등할 정도로 근로관계의 계속에 장애가 되는 것으로 근로자의 귀책 사유를 요구한다고 판시한다.

그러나 본 법원은 “당해 근로자가 아닌 제3자의 인사규정 위배가 있었고 그로 인하여 당해 근로자가 부당한 이익을 얻고 사용자에게 손해가 발생함으로써 사용자인 피고와의 근본적인 신뢰관계가 훼손되는 등으로 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 당해 근로자에게 책임 있는 사유가 인정되는 것이 명백한 경우라면, 비록 당해 근로자가 직접 인사규정에 위배되는 행위를 하지 않았더라도 당해 근로자에 대한 해고가 이 사건 단체협약의 보충협약 제10조 제6호를 위반하였다고 보기는 어렵다(밑줄은 글쓴이 강조).”고 한다.

해고 사유에 있어 직접적인 위배는 없지만 책임은 있다는 말은 쉽게 잘 이해되지 않는다. 특히 앞서 인사규정 위배 시 근로자의 귀책 사유를 요구한다고 하였으므로 이 사건의 해고는 해당 근로자에게 귀책 사유는 없지만

1) 다만, 원고의 아버지 C가 정보관 D와 개인적인 친분이 있어 딸의 입사 지원 이야기가 나왔고, D가 E 부문장에게 “미리 좀 알려만 주십시오”라고 한 적이 있다.

사회통념상 고용관계를 계속할 수 없는 책임 있는 사유가 있어 정당하다는 것이다(밑줄은 글쓴이 강조). 귀책 사유는 없지만 책임 있는 사유가 있다는 얼핏 언어 모순적 상황을 법원은 어떻게 설명할 것인지가 관건이다.

본 법원은 먼저 인사관리지침에서 다른 퇴직 사유는 당해 근로자의 귀책 사유 있는 행위에 대한 제재이지만, 본 사건 해고의 근거가 되는 인사관리지침 제39조 제2호의 ‘그 밖에 명백한 퇴직 사유가 발생하였을 때’의 기타 퇴직은 근로자 자신의 귀책사유 있는 행위에 한정되지 않는다고 한다. 그리고 원고의 아버지 C가 직접적인 부정한 채용청탁을 하지는 않았지만, 정보관 D를 통해 지원 사실이 전파되고 알아봐 달라고 한 것은 ‘묵시적인’ 채용청탁으로 평가되므로 원고가 채용청탁에 관해서 전혀 몰랐다고 하지만 “원고와 밀접한 관계가 있는 타인이 원고를 위하여 부정행위를 한 경우에는 그 부정행위의 이익을 받게 되는 원고 역시 부정행위를 한 자와 마찬가지로 평가함이 타당하다고 할 것(대법원 2006. 7. 13. 선고 2006다23817 판결 취지 참조)”이라고 판시한다.

즉, 원고는 직접적인 부정청탁을 하지 않았으므로 ‘귀책사유’는 없다. 그러나 관련 인물이 부정청탁을 하여 원고가 그 수혜를 받았으므로 부정청탁을 한 것과 마찬가지로 평가되므로 ‘책임 있는 사유’가 있다는 것이다. 그러므로 피고의 원고에 대한 해고는 정당하다는 것이다.

본 법원은 판결문의 마지막에 원고는 당초 합격할 자격이 없지만 “채용비리라는 부정행위를 통하여 직업적 안정과 보수라는 이익을 상당기간 향유할 수 있었던 반면”, “선의를 다른 합격 가능 대상자는 불합격이라는 결과와 채용 준비를 위하여 투자한 시간과 노력의 기회가치 상실이라는 커다란 경제적·정신적 손해를 입게 되었는데, 이를 시정하지 않고 두는 것은 사회정의의 관념에도 반한다.”고 판시한다.

본 법원의 사회 관념에 반하기 때문에 이러한 결과가 허용되어서는 안 된다는 취지에는 전적으로 찬성한다. 그러나 그 결론에 이르기까지의 논리 과정이 매우 어색하다. 일단 본 법원이 부정행위를 알지 못하더라도 부정행위

의 이익을 받게 된다면 그 자 역시 부정행위를 한 자와 마찬가지로 평가함이 타당하다고 한 대법원 2006. 7. 13. 선고 2006다23817 판결의 사실관계는 대학입시 부정이다. 대학입시나 기업채용이나 합격과 불합격이 갈리며 절차상의 공정함이 국민적인 관심사인 것은 동일하지만, 두 제도는 엄밀히 다른 근거 규범을 갖고 있다. 대학입시 제도는 국가제도로서 공법상의 「고등교육법」 및 동법 시행령에 따라 부정행위를 처리하는 근거 규범을 갖고 있고, 자세한 규정과 거기에 따른 해석의 범위로 충분히 직접 부정행위를 하지 않은 입시생을 '기타 부정행위자'로 적용할 수 있는 구조였다. 이것은 부정행위로 인한 합격의 '무효' 문제이지만, 본 사건은 채용의 무효가 아닌 '해고'의 문제이다. 그리고 본 사건은 비록 채용의 공정성이 매우 중요하지만 어디까지나 원고와 피고 간의 기업 내 문제이므로 인사규정의 해석에 충실하여야 한다.

살펴보건대 해고 등 징계는 별도의 성문 규정이 없는 한 책임주의의 원칙이 적용되어야 한다. 즉, 자신이 하지 않은 행위에는 책임을 지지 않는 것이 원칙이다. 청탁 등 부정채용이 사회문제화되자 근래에는 당사자뿐만 아니라 당사자 이외의 부정행위로 채용된 경우에도 채용 자체를 무효로 한다는 규정을 채용공고 단계부터 알려 입사지원자들에게 주시시키고 있다. 예를 통해 법적 안정성을 확보한 이러한 별도의 규정이 없는 한 근로자의 귀책 사유가 없을 경우 징계는 부당하다고 할 수 있다. '귀책 사유는 없지만 부정행위로 이익을 얻은 것은 책임 있는 사유이다.'에서 자신의 행위가 관여되지 않았음에도 책임이 있다는 것에는 쉽게 동의할 수 없다.

그렇다면 이러한 논리에 따라 부정채용으로 입사한 지원자의 퇴직 처분을 부당해고로 보아 원직복귀시켜야 할 것인가에 대해서는 법 논리 이전에 많은 이들이 생각하는 정의 관념에 부딪히는 것이며, 이것을 본 법원은 염두에 두고 있다. 법규정상으로는 권리를 인정해야 하되, 그것이 사회통념상의 정의에 현저히 반하여 기업에게 돌이킬 수 없는 손해 - 여기서는 회복할 수 없을 정도의 사회적 신뢰 실추 - 를 일으킬 경우에는 그 권리는 신의칙으로 제한될 필요가 있다. 비록 신의칙이 정교한 법리로 법적 안정성을 추구하

기보다는 강력한 파괴력으로 정의 관념을 수호하는 무기이기는 하지만, 일종의 피해자라고 할 수 있는 피고 회사의 신뢰 이익과 우리 사회의 정의 관념을 위해서 부득이하게 사용될 경우도 있다고 생각된다.

결론으로 본 법원은 직접적인 부정행위를 하지 않은 입사지원자의 채용 무효 아닌 해고를 위해 귀책사유 없지만 책임 있는 사유라는 복잡한 논리 전개를 할 것이 아니라 해고 무효 주장이 신의칙에 반한다는 근거를 제시하는 것이 더 타당하다고 생각한다.

양승엽(한국노동연구원 부연구위원)

보복적 불이익처분에 대한 위자료 배상책임

- 서울중앙지방법원 2023. 8. 24. 선고 2021가합539235 판결 -

【판결요지】

연속적으로 이루어진 이 사건 각 처분은 피고가 원고를 자신의 사업장에서 몰아내거나 고통을 주려는 의도하에 명목상의 징계사유 및 업무상 필요를 내세워 한 것으로서, 피고의 이러한 일련의 행위들은 원고에 대한 불법행위에 해당하거나 적어도 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에 해당하고, 피고는 원고가 위 불법행위로 입은 정신적 손해에 대해 5천만 원을 위자료로 지급하여야 한다.

화물자동차운수사업 및 부동산임대업을 영위하는 피고 회사에서 인사업무를 담당해 온 원고는 피고 회사의 내부고발시스템에 본인이 소속된 인사팀 팀장과 총무파트장 등의 비위행위를 제보한다는 취지의 글을 작성하였다. 그러나 피고 회사는 '원고의 제보내용을 토대로 한 감사 과정에서 제보의 상당 부분이 허위임이 확인되었고, 오히려 원고의 지시 불이행, 임직원 비방, 근태 불량 등이 발견되었다.'는 이유로 원고에 대하여 견책처분(1차 처분)을 하였고, 이후 원고를 부동산본부 내 부동산자산관리팀으로 배치전환(2차 처분)하였다.

이후 피고 회사는 부동산본부의 사업성 악화를 이유로 원고에게 권고사직을 통보하였으나, 원고가 이를 거부하자 '사업구조조정 및 직무 부여의 어려움'을 이유로 자택대기발령(3차 처분)을 통보하였다. 자택대기발령은 총 9차례 반복되어 약 9개월 동안 유지되었으나, 그 기간 중 임금은 계속 지급되었다.

계속되는 자택 대기발령에 대해 원고가 지방노동위원회에 구제신청을 하자, 피고 회사는 원고를 건설본부 공사팀 소속으로 배치전환(4차 처분)하여 건물 신축공사 현장에서 현장관리(보조)로서 안전 및 순찰 업무를 담당하도록

록 하였다. 이에 원고는 위 4차 처분에 대해서 재차 구제신청을 하였고, 지방노동위원회는 원고의 인사업무 경력 등을 고려하면 공사팀으로의 배치 전환은 업무상 필요성이 인정되지 않아 부당하다고 판정하였다. 그러자 피고 회사는 원고의 직무를 ‘현장관리 업무 중 인사 및 총무업무’를 담당하는 것으로 변경하여 원고를 거주지에서 상당한 거리가 있는 다른 건설현장으로 배치전환(5차 처분)하였다. 이에 원고는 피고 회사가 일련의 연속적인 불이익처분을 통해 근로계약상의 보호의무를 위반하여 원고의 인격권을 침해하였음을 주장하며, 본인이 입은 정신적 손해에 대해 위자료 5천만 원을 청구하는 이 사건 소를 제기하였다.

이에 대해 재판부는 “사용자가 근로자에 대하여 해고 등 불이익처분을 할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도하에 고의로 명목상의 불이익처분 사유를 내세우거나 만들어 불이익처분을 한 경우나, 불이익처분의 사유가 취업규칙 등에서 정한 불이익처분 사유에 해당되지 아니하거나 불이익처분 사유로 삼을 수 없는 것이임이 객관적으로 명백하고, 또 조금만 주의를 기울이면 그와 같은 사정을 쉽게 알아볼 수 있는데도 그것을 이유로 불이익처분에 나아간 경우와 같이 불이익처분이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에는 그 불이익처분은 재량권의 범위를 일탈하거나 재량권을 남용한 위법한 처분으로서 효력이 부정됨에 그치지 아니하고, 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성한다.”는 대법원의 확립된 판례법리에 따라,¹⁾ “연속적으로 이루어진 이 사건 각 처분은 피고가 원고를 자신의 사업장에서 몰아내거나 고통을 주려는 의도하에 명목상의 징계사유 및 업무상 필요를 내세워 한 것으로서, 피고의 이러한 일련의 행위들은 원고에 대한 불법행위에 해당하거나 적어도 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에 해당한다.”고 보고, 원고의 위자료 5천만 원 청구를 그대로 인용하였다.

1) 대법원 1993. 10. 12. 선고 92다43586 판결; 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다 86246 판결 등.

구체적 판단 근거는 다음과 같다. 먼저 원고의 제보에 대한 피고 경영진 단팀의 감사보고서를 살펴보면 원고의 제보 내용 일부는 사실로 확인되었고 비록 일부 사실을 확대해석한 경우가 있기는 했으나 본인이 주관적 판단이 개입된 부분이나 사실관계가 확실하지 않은 부분은 따로 표시하는 등 고의적으로 타인의 권리나 이익을 침해하려는 의도를 가지고 제보했던 것으로는 보이지 않으므로 이를 징계사유로 삼을 수 없고, 또한 원고의 비위행위는 징계에 이를 정도로는 보이지 않는데 만약 원고의 제보행위가 없었다면 피고가 이를 징계사유로 삼지는 않았을 것이라고 보았다.

또한 원고는 당초 인사업무 경력을 인정받아 피고 회사에 입사하였고, 피고와 체결한 근로계약에서도 원고의 업무를 '인사팀 관련 전반적인 업무 수행'으로 정하고 있었기 때문에 이와 다른 업무를 담당하게 하기 위해서는 원고의 동의가 있어야 함에도 원고로부터 진정한 동의를 받은 것으로 보이지 않고, 2) 업무상 필요성도 없을뿐더러 배치전환에 따른 생활상의 불이익도 상당한 것으로 보았다. 그리고 장기간의 자택대기발령은 원고에게 중대한 불이익을 가하는 것임에도 불구하고 사전에 원고와 충분한 협의절차를 거치지 않았고, 타 부서에서 원고의 이동을 거부하였다는 사정은 대기발령을 장기간 유지할 합리적 이유에 해당하지 않는다고 판단하였다.

이에 따라 대상판결은 일련의 처분들이 불법행위에 해당하는 이상 피고는 원고가 입은 정신적 손해를 배상하여야 한다고 하면서, 위 인사처분 등의 경위 및 내용, 원고의 종전 직위, 처분이 행해진 기간, 그 기간을 전후하여 원고가 받았을 정신적 고통의 정도 등의 사정을 종합하여 위자료를 5천만 원으로 정하였다. 이에 대해서는 양 당사자 모두 항소하지 않아 그대로 판결이 확정되었다.

먼저 대상판결에서 눈길을 끄는 것은 인정된 위자료의 액수이다. 현재 법

2) 이와 관련하여 피고는 2차 처분 당시에는 원고가 먼저 부동산자산관리팀으로의 이동을 희망하였다고 항변하였으나, 재판부는 '당시 원고와 다른 인사팀 직원들 사이에 갈등이 있는 상황이었고, 원고가 소속 인사팀장을 제보한 사실이 알려진 상황에서는 인사팀장이 추천한 부동산자산관리팀 이외에는 다른 부서로 이동하기는 어려운 상황이었으므로, 이를 두고 원고가 먼저 또는 진정한 자유의사로서 이동을 희망하였다고 보기는 어렵다.'고 판단하였다.

원의 위자료 산정기준은 교통사고나 산재사고로 피해자가 사망한 경우에도 통상적인 위자료 상한을 1억 원 정도로 정하고 있으며, 기타 민사소송에서도 인정되는 위자료는 상당히 적은 편이다. 게다가 대상판결과 같이 원고가 청구한 위자료 전액이 그대로 인정되는 것은 이례적이라고 할 수 있다.

유사한 사건³⁾과 비교해 보아도 대상판결에서 인정한 위자료 5천만 원은 그만큼 피고의 보복적 불이익처분이 고의적이고 심각하다는 점을 보여준다. 이처럼 중한 배상책임이 인정된 배경에는 원고로부터 비위행위를 제보당한 인사팀장은 이러한 연속적인 불이익처분을 실질적으로 결정·실행할 수 있는 지위에 있을 뿐만 아니라 이것이 정당하지 않다는 점도 쉽게 알 수 있었다는 점에서 불이익처분의 보복성·고의성이 짙고, 비밀로 보장되어야 할 제보자의 신원이 회사 전체에 알려져 모든 부서가 원고의 배치를 거부하게 되는 등 원고의 명예가 크게 실추되었고, 기약 없는 자택대기발령의 장기간 지속 및 공사현장·단순업무로의 배치전환으로 인한 원고의 인격권 침해의 정도가 심각하고, 노동위원회의 구제명령 이후에도 불이익처분이 계속된 점 등이 영향을 준 것으로 보인다.

이와 같은 사용자의 고의적·반복적인 보복성 불이익처분에 대해서는 보다 무거운 법적 책임을 묻는 추세로 우리 사회가 나아가고 있는 것으로 보인다. 「공익신고자보호법」은 공익신고자들에게 공익 침해행위에 대한 공익 신고⁴⁾등을 이유로 불이익 조치를 하지 못하도록 규정하고 있으며(제15조 제1항), 「근로기준법」과 「남녀고용평등법」은 사용자가 직장 내 괴롭힘이나

3) 서울북부지법 2022. 9. 1. 선고 2021가합24817 판결에서는 사립초등학교를 운영하는 학교법인의 내부 비위를 교육청에 제보한 직원에 대한 보복적이고 연속된 불이익처분(직위해제, 해임, 전직, 해고)이 이루어졌던 사안에서는 각 처분당 500만 원씩 총 2천만 원의 위자료를 인정하였다. 또한 서울고등법원 2018. 4. 20. 선고 2017나2076631 판결에서는 직장 내 성희롱 피해를 신고한 원고 및 원고를 조력한 동료 근로자에게 오히려 견책 및 대기발령, 정직 등의 '2차 가해'를 한 사용자에게 (5천만 원의 청구 중) 3천만 원의 위자료 배상책임을 인정하였다.

4) 동법에서 공익신고란 '국민의 건강과 안전, 환경, 소비자의 이익, 공정한 경쟁 및 이에 준하는 공공의 이익을 침해하는 공익 침해행위가 발생하였거나 발생할 우려가 있다는 사실을 신고·진정·제보·고소·고발하거나 공익 침해행위에 대한 수사의 단서를 제공하는 것'(제2조 참조)을 의미한다.

성희롱 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해근로자 등에게 해고나 그 밖의 불리한 처우⁵⁾를 할 수 없도록 명시하고 있으며, 위 법률들은 이를 위반한 사용자를 형사 처벌하도록 하고 있다. 또한 2022년 5월부터 시행된 개정 「남녀고용평등법」에 따르면 성차별 및 직장 내 성희롱 신고자에 대한 불리한 처우에 대해서는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있으며(제26조), 노동위원회는 사업주의 차별적 처우 등에 명백한 고의가 인정되거나 차별적 처우 등이 반복되는 경우에는 손해액의 3배를 넘지 않는 범위에서 배상을 명령할 수 있다(제29조).

한편, 대상판결은 원고의 제보에 일부 사실을 확대해석한 내용이 있기는 했으나 고의적으로 피 제보자의 권리나 이익을 침해하려는 의도를 가지고 제보를 했던 것은 아니라고 보이므로 이를 정당한 징계사유로 삼을 수 없다고 보면서, 그 근거로는 일부 허위 내지 과장된 내용이 담긴 유인물 배포 행위가 조합활동으로서 정당한 것으로 볼 수 있는지에 대한 대법원의 판례법리를 참조하였다. 이러한 판단은 비록 사실관계를 달리하는 선례를 인용한 것이기는 하지만, 제보가 사후적으로 허위로 판명되었다는 이유만으로 이를 징계사유로 삼을 수 있도록 하는 것은 근로자들의 제보를 위축시켜 이와 같은 제보시스템을 만든 취지가 몰각될 수 있다는 점, 「공익신고자보호

- 5) 가령 「남녀고용평등법」 제14조는 ① 파면, 해임, 해고, 그 밖에 신분 상실에 해당 하는 불이익 조치, ② 징계, 정직, 감봉, 강등, 승진 제한 등 부당한 인사조치, ③ 직무 미부여, 직무 재배치, 그 밖에 본인의 의사에 반하는 인사조치, ④ 성과평가 또는 동료평가 등에서 차별이나 그에 따른 임금 또는 상여금 등의 차별 지급, ⑤ 직업능력 개발 및 향상을 위한 교육훈련 기회의 제한, ⑥ 집단 따돌림, 폭행 또는 폭언 등 정신적·신체적 손상을 가져오는 행위를 하거나 그 행위의 발생을 방치 하는 행위, ⑦ 그 밖에 신고를 한 근로자 및 피해근로자 등의 의사에 반하는 불리한 처우를 금지하고 있다.
- 6) 대법원 1997.12.23. 선고 96누11778 판결(유인물로 배포된 문서에 기재되어 있는 문언에 의하여 타인의 인격, 신용, 명예 등이 훼손 또는 실추되거나 그렇게 될 염려가 있고, 또 그 문서에 기재되어 있는 사실관계의 일부가 허위이거나 그 표현에 다소 과장되거나 왜곡된 점이 있다고 하더라도 그 문서를 배포한 목적이 타인의 권리나 이익을 침해하려는 것이 아니라 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지 증진 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하기 위한 것으로서 그 문서의 내용이 전체적으로 보아 진실한 것이라면 이는 근로자들의 정당한 활동범위에 속한다.).

법」 또한 공익신고 내용이 거짓이라는 사실을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 공익신고를 한 경우에는 공익신고로 보지 아니하도록 하여(제2조 제2호 가목) 법에서 정한 보호의 적용여부 판단에 있어 객관적 사실판단과 함께 신고자의 주관적 인식을 함께 고려하고 있다는 점을 고려하면, 제보가 객관적인 허위로 판명 내지 과장된 경우에도 제보에 이르게 된 경위 및 제보자의 의도 내지 인식을 함께 고려하여 이것이 정당한 징계사유로 인정되는지를 살펴야 한다는 대상판결의 판단은 타당하다고 본다.

이와 관련하여 2019년 유럽연합이 마련한 「유럽연합법 위반행위 신고자 보호를 위한 지침」(2019/1937)은 내부고발자의 고발 시점에 그 내용이 사실이라고 믿는 데 합리적인 근거(reasonable grounds)가 있는 경우에는 당해 내부고발자를 보호하도록 하고(제6조), 반면 고의로 허위정보를 제보하거나 공개적으로 폭로한 경우에는 처벌하도록 하고 있다(제23조).⁷⁾

기업의 사회적 책임과 준법경영(compliance) 내지 윤리경영이 강조되고, 한편으로는 직장 내 괴롭힘 및 성희롱에 대한 분쟁이 증가하고 있는 사회적 분위기 속에서 이 사건과 같이 내부고발(whistle-blowing) 또는 신고의 진실성과 의도성, 그리고 이에 대한 보복성 불이익조치 등의 정당성을 둘러싼 법적 분쟁 또한 점차적으로 증가할 것으로 예상된다. 대상판결을 계기로 내부고발자에 대한 실효적 보호방안에 대한 보다 활발한 논의가 이루어지기를 희망한다.⁸⁾

문준혁(서울대학교 법학연구소 고용복지법센터 연구원, 법학박사)

7) 이을경(2020), 「내부고발 근로자에 대한 노동법적 보호」, 『노동법논총』 제49호, 한국비교노동법학회, p.247.
 8) 최근 제정된 독일의 내부고발자보호법(Hinweisgeberschutzgesetz : HinSchG)은 내부고발자가 이 법에 따른 신고로 인하여 불이익을 받았다고 주장하는 경우 이러한 불이익은 해당 신고에 대한 보복으로 추정하고 불이익을 준 사람이 이에 대한 반증책임을 부담하도록 하며, 내부고발 활성화를 위해 50인 이상의 기업에 내부 신고사무소를 설치하고 익명제보도 처리할 수 있도록 하고 있다(박진애(2023), 「내부고발자 보호 강화를 위한 독일 입법례」, 『최신외국입법정보』 2023-18호, 국회도서관 참조).

근로관계의 종료

‘묵시적 의사표시에 의한 해고’의 판단 방법

- 대법원 2023. 2. 2. 선고 2022두57695 판결 -

【판결요지】

해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 절차에 관계없이 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 모든 근로계약관계의 종료를 의미한다(대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결, 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92148 판결 등 참조). 해고는 명시적 또는 묵시적 의사표시에 의해서도 이루어질 수 있으므로, 묵시적 의사표시에 의한 해고가 있는지 여부는 사용자의 노무 수령 거부 경위와 방법, 노무 수령 거부에 대하여 근로자가 보인 태도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 사용자가 근로관계를 일방적으로 종료할 확정적 의사를 표시한 것으로 볼 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다.

1. 사실관계 및 쟁송의 경과

가. 사실관계

이 사건 사용자는 2010. 6. 18. 설립되어 상시 7명의 근로자를 사용하여 전세버스 운송사업을 영위하는 회사(이하 편의상 “참가인”)으로 약칭한다.) 이고, 근로자는 2020. 1. 9. 이 사건 회사에 버스 운전원으로 입사한 자이다 (이하 편의상 “원고”)로 약칭한다.). 원고는 2020. 1. 30.과 2020. 2. 11.에 출

퇴근버스를 운행하도록 되어 있었으나 무단 결행하였다. 2020. 2. 11. 참가인의 관리팀장과 원고는 원고의 무단 결행(缺行)을 지적하는 과정에서 버스 키 회수를 요구하며 말다툼하는 과정에서 관리팀장이 원고에게 사표를 쓰라고 하였고, 원고가 “뭘요, 해고시키는 거요 지금?”이라고 묻자 관리팀장이 “응, 당신은 3개월 동안, 왜 그러나 하면, 그만두라니까. 사표 쓰고 가라니까.”라고 답변하였다. 이에 원고는 다음 날부터 출근하지 않았다. 이후 원고는 자신이 참가인으로부터 2020. 2. 11.자로 해고되었다고 주장하며 전남지노위에 부당해고 구제신청을 하였고, 참가인은 원고가 전남지노위에 부당해고 구제신청을 접수한 이후 원고에게 정상근무를 요구하였다.

원고의 구제신청에 대하여 전남지노위는 ‘해고가 존재하지 않는다.’는 이유로 구제신청을 기각하였다. 이에 이 사건 근로자는 중노위에 재심신청을 하였는데, 중노위도 ‘참가인의 일방적 의사로 당사자 사이의 근로계약 관계가 종료되었다고 보기 어려워 원고가 주장하는 해고는 존재하지 않는다.’라는 이유로 재심신청을 기각하였다. 이에 이 사건 근로자는 중노위위원장을 상대로 대전지방법원에 부당해고구제재심판정의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다.

나. 1심판결 및 원심판결

1심법원은 “원고가 녹음하여 제출한 원고와 관리팀장 사이의 대화 내용만 놓고 보더라도 관리팀장이 원고에게 일방적인 해고의 의사표시를 했다고 보기 어렵다. 관리팀장은 원고가 무단으로 결행한 뒤 자신에게 무례한 언행을 한 데에 화를 내는 과정에서 우발적으로 ‘사표를 쓰라’는 표현을 사용한 것으로 이해될 뿐이다. ‘사표를 쓰라’는 표현 그 자체도 원고에게 사직서 제출을 종용하는 것일 뿐 사용자의 의사표시로 원고와의 근로계약관계를 종료시키겠다는 것이 아니다. 원고가 이러한 말을 들은 후 사직서를 제출하는 등 따로 분명한 사직의 의사표시를 한 적도 없다. 따라서 관리팀장의 위와 같은 말만으로 참가인과 원고 사이의 근로계약관계가 종료되었다고 보기 어렵다.” 및 “참가인의 관리팀장에게 근로자를 해고할 권한이 있다고 볼 만한 자

료가 없다. 원고와 관리팀장 사이에 위와 같은 말다툼이 있는 이후에 원고의 해고를 참가인의 대표이사가 정식으로 승인한 적도 없고, 원고가 참가인의 대표이사에게 자신이 해고당했는지 확인한 바도 없다.”라는 이유로 참가인이 원고를 해고한 사실이 없다고 판단한 이 사건 재심판정은 적법하다고 보아 원고의 청구를 기각하였다.¹⁾

이에 원고가 항소하였으나, 원심법원은 1심 판결의 사실인정과 이에 근거한 판단은 모두 정당하다고 보아 원고의 항소를 기각하였다.²⁾ 이에 원고가 상고하였고, 대법판결은 그 상고심 판결이다.

다. 대상판결

대법원은 먼저 “해고는 명시적 또는 묵시적 의사표시에 의해서도 이루어질 수 있으므로, 묵시적 의사표시에 의한 해고가 있는지 여부는 사용자의 노무 수령 거부 경위와 방법, 노무 수령 거부에 대하여 근로자가 보인 태도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 사용자가 근로관계를 일방적으로 종료할 확정적 의사를 표시한 것으로 볼 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다.”라는 법리를 제시하고, 이러한 법리 및 ① 참가인의 관리팀장이 관리상무를 대동한 상태에서 원고에게 버스 키 반납을 요구하고 실제로 회수하였으며, 원고에게 사표를 쓰고 나가라는 말을 여러 차례 반복하는 등의 언행을 한 것은 원고의 의사에 반하여 일방적으로 근로관계를 종료시키고자 하는 의사표시를 한 것으로 봄이 상당하고, ② 관리팀장이 대동한 관리상무는 해고에 관한 권한이 있다고 볼 여지가 많으며, ③ 특히 참가인 회사의 규모와 인력 운영 현황 등을 고려할 때 원고의 노무수령을 거부하는 경우 참가인 회사에 여러 어려움이 발생할 가능성이 많았던 상황임에도 위 조치가 이루어진 것은 참가인 회사 차원의 결단이라고 볼 여지가 많고, ④ 실제로 원고가 3개월 넘도록 출근하지 않아 참가인 회사의 버스 운행 등에 어려움이 발생한 것으로 보임에도 불구하고 원고에게 출근 독려를 하지 않다가 원고가 전

1) 대전지방법원 2022. 1. 19. 선고 2020구합107451 판결.

2) 대전고등법원 2022. 9. 16. 선고 2022누10205 판결.

납지노위에 구제신청을 접수한 직후에야 정상근무를 촉구한 점을 고려하면 관리팀장의 위 언행 당시 이미 대표이사가 묵시적으로나마 원고의 노무수령 거부를 승인하거나 추인했을 가능성이 높아 보이며, ⑤ 해고 서면통지를 이행하지 않은 것은 해고의 효력 여부를 판단하는 요건일 뿐 해고의 의사표시 존부를 판단하는 기준이 아니라는 점에 근거하여 참가인이 원고를 해고한 것으로 볼 수 없다고 판단한 원심판결을 파기하고, 사건을 대전고등법원에 환송하였다.³⁾

2. 검토 : ‘묵시적 의사표시에 의한 해고’의 판단 방법

이 사건의 주된 쟁점인 해고의 존부를 판단하기 위해서는 ① 원고에게 사표를 쓰라고 한 참가인 관리팀장의 (표시)행위를 해고의 의사표시로 해석할 수 있는지 및 ② (관리팀장의 행위를 해고의 의사표시로 해석할 수 있다면) 그러한 의사표시를 할 권한이 없는 관리팀장의 의사표시를 참가인의 대표이사 등이 추인하였다고 볼 수 있는지의 두 가지 쟁점에 대한 판단이 필요하다고 생각한다.

이에 대하여 대상판결은 “해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 절차에 관계없이 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 모든 근로계약관계의 종료를 의미한다.”라는 기존의 판례법리를 재확인한 다음,⁴⁾ 묵시적 의사표시에 의해서도 해고가 이루어질 수 있다고 하면서 “묵시적 의사표시에 의한 해고가 있는지 여부는 사용자의 노무 수령 거부 경위와 방법, 노무 수령 거부에 대하여 근로자가 보인 태도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 사용자가 근로관계를 일방적으로 종료할 확정적 의사를 표시한 것으로 볼 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다.”라고 판시하였다. 이러한 판시만 보면 대상판결은 위 ①과 ②를 엄격히 나누지 않고

3) 대법원 2023. 2. 2. 선고 2022두57695 판결.

4) 대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결, 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다 92148 판결 등 참조.

참가인이 원고를 해고하였다고 평가할 수 있는가라고 직접 판단을 한 것처럼 읽힌다. 특히, 대상판결의 이유 중 “참가인의 관리팀장이 참가인의 관리상무를 대동한 상태에서 통근버스 운행 업무를 담당하는 근로자인 원고에게 버스 키의 반납을 요구하고 이를 회수한 것은 근로자의 노무를 수령하지 않겠다는 의미로 평가할 수 있고, 그와 동시에 원고에게 사표를 쓰고 나가라는 말을 여러 차례 반복하는 등의 언행을 한 것은 참가인이 원고의 의사에 반하여 일방적으로 근로관계를 종료시키고자 하는 의사표시를 한 것으로 봄이 상당”하다는 부분을 보면, 관리팀장의 무권대리를 참가인이 추인한 것으로 구성하지 않고, 해고권이 있는 관리상무를 대동한 상태에서 이루어진 관리팀장의 행위는 참가인의 행위로 볼 수 있다는 취지로 보인다.

다만, 대상판결의 이유 중 “원심으로서서는 참가인의 관리팀장이 2020. 2. 11. 10:48 원고에게 버스 키를 반납하라는 문자 메시지를 보낸 경위, 참가인의 관리팀장이 같은 날 17:00경 원고로부터 버스 키를 회수하고 원고에게 ‘사표를 쓰라’는 발언을 하는 과정에 참가인의 관리상무가 관여한 정도, 참가인의 임원진 구성 및 역할에 비추어 참가인의 관리상무가 해고에 대해 가지는 권한 및 정도, 참가인의 대표이사가 참가인의 관리팀장에 의하여 주도된 일련의 노무 수령 거부행위를 묵시적으로나마 승인 혹은 추인했다고 볼 수 있는지 등을 면밀히 심리한 후 원고에 대한 해고가 존재하는지 여부를 판단했어야 함”이라는 부분을 보면, 관리팀장이 원고에게 사표를 쓰라고 하는 과정에서 관리상무가 관여한 정도 및 관리상무가 해고에 대해 가지는 권한 등의 부분은 위에서 본 바와 같이 관리팀장의 행위를 참가인의 행위로 볼 수 있는가와 관련이 있는 사항인 반면, 참가인의 대표이사가 관리팀장에 의하여 주도된 일련의 노무 수령 거부행위를 묵시적으로나마 승인 혹은 추인했다고 볼 수 있는가는 관리팀장의 의사표시에 대한 ‘사후적인’ 추인이 있었는가와 관련이 있다. 따라서 대법원도 관리팀장이 한 표시행위의 해석에 관한 쟁점(위 ①)과 관리팀장의 의사표시에 대한 추인 여부에 관한 쟁점(위 ②)을 구분하고 있다고 생각된다.

다소 복잡해 보일 수 있으나, 필자가 굳이 관리인에 의한 표시행위에 대

한 해석문제와 이러한 행위에 대한 추인의 문제를 나누려는 것은 각 단계에서 해석의 대상을 명확히 할 필요가 있다고 생각하기 때문이다. 의사표시의 해석은 그 방법에서 객관적 법규범인 법령의 해석과 차이가 있다. 법률행위의 해석에 관해서는 간략히 소개하기 어려운 다양한 견해들이 있지만, 일단 해고와 같이 상대방(수령자)이 있는 의사표시의 경우 “법관은 수령자의 입장에 자신을 위치 지워야 하며, 수령자가 표시로부터 추측할 수 있었고 또한 추측했어야 하는 의미가 어떤 것인가를 자문(自問)해 보아야 한다.”⁵⁾ 이 사건에서 원고가 관리팀장에게서 들은 말은 “응, 당신은 3개월 동안, 왜 그러냐 하면, 그만두라니까. 사표 쓰고 가라니까”이다. 이러한 표시행위가 해고의 의사를 표시한 것인가는 그냥 관리팀장의 표시행위만 가지고 해석하면 된다. 관리팀장과 동행한 관리이사가 관리팀장의 행위를 만류하지 않았다거나, 대표이사가 출근을 독려하지 않았다거나 하는 사정은 참가인 “회사”가 관리팀장의 무권대리를 추인(追認)하였다고 볼 수 있는가의 차원에서 검토되어야 할 문제이다. 이들 두 쟁점을 한데 섞게 되면, ‘해고’라는 법률행위의 존부를 판단하는 데 어느 범위의 사정까지 고려해야 하는지 모호해지게 된다.

물론, 대상판결은 이처럼 관리팀장이 한 표시행위의 해석문제와 관리팀장의 의사표시에 대한 추인 문제를 명확히 구분하지 않은 점에서 다소 아쉬움이 있지만, 해고가 묵시적 의사표시에 의해서도 이루어질 수 있음을 명확히 하였다는 점에서는 그 의의가 매우 크다고 생각한다.

3. 조금 다른 이야기

이 사건은 중노위 재심판정의 취소를 구하는 행정소송이다. 따라서 이 사건의 소송물은 중노위 재심판정의 적법성이다. 그런데, 노동위원회의 부당해고구제명령은 해고 등이 부당한 경우에 발령될 수 있다. 즉, 노동위원회에서는 먼저 해고가 존재하여야만 그러한 해고의 부당성을 판단하여 구제명

5) Karl Larenz(엄동섭 역)(2010), 『법률행위의 해석』, 서강대학교 출판부, p.39.

령을 발령할 수 있다. 그렇다면, 해고 자체가 존재하지 않는 경우 노동위원회는 자동적으로 신청을 기각해야만 하는가? 사실 현행 근로기준법의 해석상으로는 해고 자체가 존재하지 않을 경우 노동위원회에 구제명령을 발령할 권한은 없다고 보아야 할 것이다. 따라서 해고가 존재하지 않을 경우에는 근로자가 사직의 의사표시를 하였는지에 관계없이 신청은 기각될 수밖에 없다. 문제는 해고가 존재하지 않지만 사직도 존재하지 않는 경우이다. 기간제 근로계약에서 계약기간의 만료나 정년 등 별도의 근로계약 종료 사유가 없다면, 당사자 간의 근로관계는 존속한다. 즉, 신청인은 규범적으로는 여전히 사용자의 근로자이다. 노동위원회의 입장에서 이러한 경우에도 신청인의 구제신청을 거부하는 것이 합리적인가? 앞서 언급했지만, 현행 근로기준법의 규정상으로는 그렇게 볼 수밖에 없을 것이다.

그런데, 실제로 이러한 일이 벌어지는 상황은 사용자가 근로자를 해고하였다고 볼 정도까지는 이르지 않았지만⁶⁾ 사용자 측의 사정(예컨대, 상급자의 괴롭힘)에 의해 근로자가 계속 출근하기 어려운 상황이 조성된 경우가 대부분이다. 이 사건에서 대법원이 해고의 존재를 긍정하지 않았다고 가정해보자. 이 경우 해고가 없다고 해서 근로자의 사직이 당연히 인정되지는 않을 것이다. 만일 사직의 의사표시를 인정하지 않는다면 근로계약은 여전히 존속한다고 보아야 할 것이다. 물론, 이 경우 앞에서 살펴본 바와 같이 현행 근로기준법의 해석상 노동위원회에는 구제명령을 발령할 권한은 없다.

그런데, 원고가 이 사건처럼 행정소송을 제기한 것이 아니라 민사법원에 ‘해고무효 확인의 소’를 제기한 경우를 가정해 보자. 이 경우 법원은 어떠한 판단을 해야 하는가? 해고가 존재하지 않는다고 막바로 원고의 청구를 기각할 수 있는가? 만일 근로자가 ‘해고무효 확인의 소’가 아니라 ‘근로자지위 확인의 소’를 제기한 경우에는 어떠한 판단을 해야 할 것인가? ‘해고무효 확인의 소’와 ‘근로자지위 확인의 소’의 소송물이 동일하다는 점을 생각해 보면, 원고가 소의 명칭을 무엇이든 붙이든 해고도 없고 사직도 없는 경우 원

6) 이러한 경우라면 당연히 해고의 존재가 긍정될 것이고, 대부분 서면통지 의무 위반으로 해고가 무효가 될 것이다.

고의 청구를 기각하기는 어려울 것이다. 물론, 확인의 이익이 없는 경우 소를 각하할 수는 있겠지만 말이다.

그렇다면, 우리에게 필요한 논의는 무엇인가? 사실 필자는 노동위원회에서 유사한 사건을 처리하면서 신청인 측에 “만약 노동위원회에서 해고가 존재하지 않는다는 이유로 기각결정을 하더라도, 민사소송을 제기하면 결과가 다를 수도 있을 것”이라고 말해 준 적이 있다. 민사재판의 판사였다면 정말 큰일 날 말을 했다는 생각은 든다. 하지만, 근로관계가 종료되었다고 볼 만한 이유가 없음에도, 해고라고 볼 만한 사정 또한 없다는 이유로 신청인을 구제할 수 없다는 결과는 타당한가? 해고도 사직도 존재하지 않지만, 사용자에 의해 초래된 노동환경의 악화로 인하여 근로자가 출근하지 못하게 된 것을 사용자에 의한 ‘그 밖의 징벌(懲罰)’로 이해할 방법은 없는 것일까?

권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)

구제명령에 반하는 업무지시 거부를 이유로 한 징계해고의 정당성

- 대법원 2023. 6. 15. 선고 2019두40260 판결 -

【판결요지】

근로기준법의 규정들과 구제명령 제도의 취지에 비추어 보면, 구제명령을 받은 사용자가 구제명령을 이행하지 아니한 채, 오히려 구제명령에 반하는 업무지시를 하고 근로자가 그 지시를 거부하였다는 이유로 근로자를 징계하는 것은 그 구제명령이 당연무효라는 등의 특별한 사정이 없는 한 정당성을 가진다고 보기 어렵다.

한편, 업무지시 후 구제명령을 다투는 재심이나 행정소송에서 구제명령이 위법하다는 이유에서 이를 취소하는 판정이나 판결이 확정된 경우라면, 업무지시 당시 구제명령이 유효한 것으로 취급되고 있었다는 사정만을 들어 업무지시 거부 행위에 대한 징계가 허용되지 않는다고 볼 수 없다. 이때 그러한 징계가 정당한지는 앞서 본 구제명령 제도의 입법취지를 충분히 고려하면서, 업무지시의 내용과 경위, 그 거부행위의 동기와 태양, 구제명령 또는 구제명령을 내용으로 하는 재심판정의 이유, 구제명령에 대한 쟁송경과와 구제명령이 취소된 이유, 구제명령에 대한 근로자의 신뢰의 정도와 보호가치 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

노동위원회의 구제명령의 적법 여부가 확정되지 않은 기간에, 구제명령에 반하는 사용자의 업무 지시를 근로자가 거부하였다는 이유로 이루어진 징계는 정당한가?

최근 대법원은 구제명령에 반하는 업무지시 거부를 이유로 한 징계는 원칙적으로 정당성이 없다는 점을 명확히 하며, 구제명령을 취소하는 판결이 확정된 경우에도 구제명령에 대한 근로자의 신뢰의 정도와 보호가치 등을 고려하여 징계의 정당성을 판단하여야 한다고 판시하였다. 구제명령에 대한 근로자의 신뢰 등을 고려하면, 구제명령에 반하는 사용자의 업무지시 거

부를 징계사유로 삼은 것은 부당하다고 판단하였다. 대상판결은 구제명령을 취소하는 판결 등이 확정된 경우 구제명령에 반하는 업무지시 거부행위를 징계사유로 하는 징계의 정당성에 대한 판단기준을 제시한 최초의 판결이기도 하다.

대상판결의 사건의 개요 및 주된 쟁점은 다음과 같다.

원고는 2011년 피고보조참가인 회사에 입사하여 생산팀에서 근무하다가 2013년 연구개발팀으로 전보되었는데, 그 이듬해 상급자와 말다툼을 하는 과정에서 상해를 가하여 정직 3월의 징계처분과 경비실로의 전보발령을 받았다(1차 징계처분 및 전보처분). 원고는 2015년 2월 노동위원회에 구제신청을 하였으나 위원회는 징계처분은 정당하나 전보발령은 부당전보에 해당한다고 보았고 위 판정은 그대로 확정되었다. 참가인은 2015년 6월 원고를 연구개발팀으로 복직시켰고, 같은 해 10월 연구개발팀의 명칭이 품질관리팀으로 변경되었다.

원직복직 이후 원고는 자리에 컴퓨터 등의 비품이 없어 업무를 할 수 없다는 등의 이유로 3층에서 근무하라는 참가인의 지시를 따르지 않고 1층 공용탁상에서 대기하다가 약 두 달 뒤에야 3층으로 이동하는 한편, 리포트를 제출하라는 팀장의 지시에 응하지 않다가 수차례 재촉을 받아 참가인의 규정 등을 그대로 복사하여 제출하는 행위를 하여 2015년 10월 정직 1개월의 징계처분과 시스템관리실로의 전보처분을 받았다(2차 징계처분 및 전보처분). 이에 원고는 다시 노동위원회에 구제신청을 하였고 중앙노동위원회는 2016년 6월 징계처분은 정당하나 전보발령은 부당전보에 해당한다고 보아 ‘원고를 원직에 복직시키라’는 내용의 구제명령을 하였으나, 참가인은 원고를 원직인 품질관리팀으로 복직시키는 대신 생산1팀으로 전보발령을 하였고, 원고가 이를 거부하자 시스템관리팀에서 근무하게 하면서 업무수행을 지시하였다.

한편, 참가인 회사는 이 사건 구제명령의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 2017년 6월 항소심 법원은 이 사건 전보처분은 정당하다고 보아 구제명령을 취소한 원심을 확정하였다. 판결이 확정되자 참가인 회사는 2017년 7

월 업무지시 거부 등을 이유로 원고를 징계해고하였다. 이에 원고는 노동위원회에 부당해고 구제신청을 제기하였으나, 지방노동위원회, 중앙노동위원회, 제1심 법원,¹⁾ 항소심 법원²⁾은 모두 이 사건 해고가 정당하다고 판단하였다. 대상판결은 위 재심판정 취소소송의 상고심 판결이다. 동 판결에서는 구제명령의 적법 여부가 확정되지 않은 기간에 구제명령에 반하는 업무지시를 징계사유로 한 징계해고의 정당성이 인정되는지 여부가 쟁점이 되었다.

대상판결은 구제명령 제도의 취지를 강조하며, 구제명령에 반하는 사용자의 업무지시를 거부하였다는 이유로 근로자를 징계하는 것은 원칙적으로 정당성이 없다고 판시하며, 적법 여부가 확정되지 않은 구제명령의 효력을 명확히 하였다. 대상판결에 제시된 구체적인 논거는 다음과 같다.

먼저, 대상판결은 부당해고나 부당전보 등으로부터 근로자를 신속하게 구제하기 위한 노동위원회의 구제명령의 취지를 강조하며, 구제명령의 효력이 존속하는 기간에는 사법상의 법률관계의 변경과 무관하게 사용자는 공법상 의무를 부담한다는 점을 명확히 하였다. 즉, 구제명령이 사용자의 재심 신청이나 행정소송 제기에 의하여 그 효력이 정지되지 않도록 하고(「근로기준법」 제32조), 노동위원회가 구제명령에 대한 재심이나 행정소송이 진행 중이더라도 이행 기한까지 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에게 이행강제금을 부과하는(「근로기준법」 제33조 제1항) 등으로, 근로기준법이 사용자에게 구제명령에 대한 준수 의무를 부과한 취지는, 부당해고나 부당전보 등으로 인해 생계의 곤란이나 생활상의 불이익을 겪게 되는 근로자를 신속하게 구제하기 위함이다. 아울러 구제명령은 근로자와 사용자 간의 사법상 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것을 전제로 하는 것이 아니라, 사용자에 대하여 구제명령에 복종하여야 할 공법상 의무를 부담시킨다는 점을 고려하면(대법원 2011.3.24. 선고 2010다21962 판결 등 참조), 구제명령을 받은 사용자가 구제명령을 이행하지 않은 채 구제명령에 반하는 업무지시를

1) 서울행정법원 2018. 10. 5. 선고 2018구합58813 판결.

2) 서울고등법원 2019. 4. 12. 선고 2018누69839 판결.

하고 그 지시를 거부하였다는 이유로 근로자를 징계하는 것은 그 구제명령이 당연무효라는 등의 특별한 사정이 없는 한 정당성이 없다고 판단하였다.

다음으로, 대상판결은 구제명령을 취소하는 판정이나 판결이 확정된 경우 구제명령에 반하는 업무지시 거부행위를 징계사유로 하는 징계의 정당성에 대한 판단기준을 제시하며, 구제명령에 대한 근로자의 신뢰의 정도와 보호가치 등을 고려하였을 때 근로자가 구제명령에 반하는 업무지시를 거부한 행위를 징계사유로 삼은 것은 부당하다고 보았다. 즉 대상판결은, 구제명령을 취소하는 판정이나 판결이 확정된 경우라면 업무지시 당시 구제명령이 유효하게 취급되었다는 사정만으로 업무지시 거부 행위에 대한 징계가 허용되지 않는 것은 아니라고 판시하면서도, 그러한 징계가 정당한지는 “구제명령 제도의 입법취지를 충분히 고려하면서, 업무지시의 내용과 경위, 그 거부 행위의 동기와 태양, 구제명령 또는 구제명령을 내용으로 하는 재심판정의 이유, 구제명령에 대한 쟁송경과와 구제명령이 취소된 이유, 구제명령에 대한 근로자의 신뢰의 정도와 보호가치 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”고 판시하며, 구제명령을 취소하는 판결 등이 확정된 경우 구제명령에 반하는 업무지시 거부행위를 징계사유로 하는 징계의 정당성에 대한 판단기준을 제시하였다. 이러한 판단기준에 비추어, 대상판결의 사안에서 특히 구제명령을 취소하는 제1심 판결이 선고되기 전까지는 구제명령을 신뢰하여 행동한 원고에게 책임 있는 사유가 없다고 볼 여지가 많음에도, 이러한 사정을 구체적으로 고려하지 않고 구제명령에 반하는 업무지시를 거부한 원고의 행위가 정당한 징계사유에 해당한다고 본 원심판단에 는 잘못이 있다고 보아, 원심판결을 파기환송 하였다.

그동안 대상판결의 사안과 같이 사용자가 구제명령에 불복하여 구제명령을 취소하는 소송 등을 제기하면서 구제명령에 반하는 업무지시를 하고 근로자가 그 업무지시를 거부하였다는 이유로 다시 징계하는 경우가 다수 존재하였다. 이러한 경우 사법상 법률관계의 변경과는 무관하게 근로기준법의 규정에 따라 부당해고 등으로부터 근로자를 신속하게 구제하기 위해 내려진 구제명령이 존중되어야만, 부당해고 등 구제제도의 본연의 취지가 충

실히 실현될 수 있다. 대상판결은, 부당해고 등으로부터 근로자를 신속하게 구제하기 위한 구제제도의 취지, 근로기준법의 규정을 고려하여 첫째, 노동위원회의 구제명령의 적법여부가 확정되지 않은 기간에 구제명령에 반하는 업무지시를 거부한 행위를 이유로 한 징계는 원칙적으로 정당성이 없고, 둘째, 구제명령을 취소하는 판정이나 판결이 확정된 경우에도 업무지시 당시 유효한 것으로 취급된 구제명령에 대한 근로자의 신뢰의 정도와 보호가치 등을 종합적으로 고려하여 징계의 정당성을 판단하여야 함을 명확히 하면서, 그 판단기준을 제시한 최초의 판결이라는 점에서 중요한 의의가 있다고 하겠다.

강주리(서울시립대학교 강사, 법학박사)

퇴직금 지급기일 연장에 관한 합의가 형사책임을 배제하는지 여부

- 대법원 2023. 7. 13. 선고 2023도188 판결 -

【판결요지】

사용자가 구 퇴직급여법 제9조 단서에 따라 퇴직금의 지급사유가 발생한 날부터 14일 이내에 근로자와 지급기일을 연장하는 합의를 하였더라도 연장한 지급기일까지 퇴직금을 지급하지 아니한다면 구 퇴직급여법 제9조 위반죄가 성립한다.

피고인은 자신이 운영하는 사업장에서 근무하다 퇴직한 근로자의 퇴직금을 퇴직일에 지급하지 못하였고, 퇴직일에 퇴직금의 지급기일을 연장하는 합의를 하였으나 그 연장된 기일까지 퇴직금을 전혀 지급하지 않았다.

여기서 퇴직금 지급기일 연장에 대한 합의가 있으면 「근로자퇴직급여 보장법」(이하 퇴직급여법) 위반으로 처벌할 수 없을 것인가가 쟁점이다. 추가적으로, 퇴직금 미지급으로 인한 퇴직급여법 위반죄는 소위 반의사불벌죄, 즉 피해자의 명시적인 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없도록 되어 있는 범죄여서 퇴직금 미지급의 피해자인 근로자가 사용자에게 해준 퇴직금 지급기일 연장합의를 처벌불원의사로 보아도 되는지 여부도 문제된다.

대상판결의 원심에서는 구 퇴직급여법(2021. 4. 13. 법률 제18038호로 개정되기 전의 것) 제9조 단서 규정에 따라 사용자가 근로자와 퇴직금의 지급기일을 연장하는 합의를 하였다면, 그 후 사용자가 연장된 지급기일까지 퇴직금을 지급하지 않았다 하더라도 구 퇴직급여법 제9조 위반죄가 성립하지 않는다고 판단하였다. 즉 범죄 성립 자체가 안 된다고 보았다.

그런데 대상판결은 원심의 판단을 다음과 같은 이유에서 파기하였다.



구 퇴직급여법 제9조는 “사용자는 근로자가 퇴직한 경우에는 그 지급사유가 발생한 날부터 14일 이내에 퇴직금을 지급하여야 한다. 다만, 특별한 사정이 있는 경우에는 당사자 간의 합의에 따라 지급기일을 연장할 수 있다.”라고 규정하고, 제44조 제1호는 “제9조를 위반하여 퇴직금을 지급하지 아니한 자”를 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하는 것으로 규정하고 있다. 금품청산의무에 대한 구 퇴직급여법 제9조 본문은 근로자가 퇴직으로 근로관계가 종료된 후에도 당연히 지급받아야 할 퇴직금을 조속히 지급받지 못한다면 금품을 받기 위하여 사업장에 남아 있는 등 부당하게 사용자에게 예속되기 쉽고 또한, 근로자 및 근로자가족의 생활이 위협받을 우려가 있을 뿐만 아니라 시간이 흐름에 따라 금품을 지급받지 못할 위험이 커지므로 법률관계를 조기에 청산하도록 강제하려는 취지이다(대법원 2006. 5. 11. 선고 2005도8364 판결 등 참조). 위와 같은 규정의 문언과 형식, 취지에 비추어 보면, 구 퇴직급여법 제9조 단서는 당사자 간의 합의에 따라 지급기일을 연장할 수 있도록 하는 규정에 불과하고 연장한 지급기일까지 퇴직금을 지급하지 아니한 사용자의 형사책임까지 배제하는 취지라고 볼 수 없다. 따라서 사용자가 구 퇴직급여법 제9조 단서에 따라 퇴직금의 지급사유가 발생한 날부터 14일 이내에 근로자와 지급기일을 연장하는 합의를 하였더라도 연장한 지급기일까지 퇴직금을 지급하지 아니한다면 구 퇴직급여법 제9조 위반죄가 성립한다.

현행 퇴직급여법에서도 마찬가지로이지만 대상판결의 근거가 된 구 퇴직급여법 제9조는 퇴직금에 대해 지급사유가 발생한 날로부터 14일 이내에 지급하도록 하고 있고 당사자 간 합의에 따라 지급기일을 연장할 수 있도록 하고 있을 뿐이다. 그런데 퇴직금을 기한 내에 지급하지 않는 경우 구 퇴직급여법 제44조는 3년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 되어 있었는데 그 벌금 액수마저 2021. 4. 13. 법률 제18038호로 개정되면서 3천만 원으로 증액되어 있다. 다만 “피해자의 명시적인 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없”도록 하는 반의사불벌죄 규정은 종래부터 현재까지 유지되고 있을 뿐이다(구 퇴직급여법 제44조, 현행 퇴직급여법 제44조).

법문의 해석상 퇴직금 지급기일의 연장에 대한 합의는 퇴직금 미지급을

이유로 하는 퇴직급여법 위반죄의 성립 시점을 늦추어 주는 법적 효과를 가지는 것에 불과한 것으로 보이고, 이 점에 대해서, 대상판결에서는 퇴직금 지급기일 연장에 대한 합의가 형사책임을 배제하지 않고 퇴직금에 대해 연장된 지급기일까지 지급하지 않으면 퇴직급여법 위반죄가 된다고 판시함으로써, 분명히 확인해준 것이다.

국가와 국민의 관계에서 국민이 범죄를 저지르는 경우 국가로부터 형벌을 받게 되어 있다. 다만 소추조건 측면에서, 친고죄의 경우 피해자 기타 고소권자의 고소가 있어야 수사 및 공소제기가 가능하고, 반의사불벌죄의 경우 피해자의 의사와 관계없이 수사 및 공소제기가 가능하나 피해자가 처벌불원의사를 명시적으로 밝히는 경우 공소제기가 부적법하게 된다.

퇴직금을 기한 내에 지급하지 않아서 성립하게 되는 퇴직급여법 위반죄의 경우 퇴직금을 기한 내에 지급하지 않았다는 사유로 범죄가 성립되는 것이지만 행위자를 수사하여 처벌하고자 하는 과정에서 피해자가 행위자의 처벌을 원하지 않는다는 의사를 명시적으로 밝히는 경우, 형사절차 단계가 어디냐에 따라서 수사를 할 수 없게 되거나 공소 제기된 이후에는 공소제기가 부적법하게 되어 공소기각 판결을 받게 된다.

이와 관련하여, 추가적으로, 퇴직한 근로자가 기한 내에 퇴직금을 지급받지 못하였는데 퇴직금 지급의무를 지고 있는 사용자와 피해자인 근로자가 합의하여 퇴직금의 지급기일을 연장하는 합의를 한 경우, 이를 퇴직급여법 위반죄에 대한 처벌불원의 의사를 표시한 것으로 받아들여도 되느냐 하는 문제가 발생한다.

반의사불벌죄에 있어서 처벌불원의 의사가 표시된 것으로 보는데 있어서 가장 중요한 것은 피해자의 의사가 진정성이 있는 것으로 확인된 것이라고 볼 수 있느냐는 것이다. 반의사불벌죄에 있어서 피해자의 처벌불원의사는 국가의 형사절차 진행 여부를 좌우할 수 있는 중대한 요건에 해당하기 때문에 그 의사의 진정성은 신중하게 인정될 필요가 있다. 그런 이유로 법원 실무에서는 피해자가 법정에서 증인으로 출석하여 그러한 의사를 표시한다든가 아니면 피해자의 처벌불원의사가 진지하게 표시되었다고 볼 만한 사정

들, 예컨대 피해자의 인감증명서가 첨부되어 제출되는 등의 정도는 되어야 피해자의 처벌불원의사를 인정한다.

대상판결의 사안에서는 피해자인 근로자 측에서 퇴직금 지급기일의 연장에 대한 합의를 해주었을 뿐 추가적으로 처벌불원의 의사가 진지하게 표시되었다거나 퇴직금 지급기일 연장 합의에 그러한 불처벌의 의사가 포함되었다고 볼 만한 상황도 보이지 않는다. 따라서 그에 대한 언급도 별도로 보이지 않는다.

퇴직금 지급기일의 연장에 대한 합의가 있으면 그 연장된 기일까지 퇴직금 미지급에 대한 퇴직급여법 위반죄의 성립 시점을 뒤로 미루는 법적 효과를 가질 뿐이고 연장된 기일까지 지급하지 않으면 퇴직급여법 위반죄는 성립하는 것이다. 다만 피해자인 근로자의 진지한 의사에 의해 퇴직금 지급의무를 지고 있는 사용자에 대한 불처벌의 의사가 표시되었을 때에 한하여 공소를 제기할 수 없을 뿐인 것이다.

그럼에도 불구하고 기업 현장에서는 근로자가 퇴직금 지급기일 연장의 합의를 해주면 퇴직금 미지급에 대한 죄가 아예 성립되지 않는다고나 처벌불원의사의 표시가 있는 것으로 오해될 여지가 없지 않을 것이다. 대상판결은 이러한 오해를 불식시켜주었다는 점에서 중요한 의미가 있다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

노동조합

대법원의 쌍용차 노조에 대한 국가손해배상청구소송 판단과 그 의미

- 대법원 2022. 11. 30. 선고 2016다26662, 2016다26679(병합), 2016다26686(병합) 판결 -

【판결요지】

[1] … 그 직무수행 중 특정한 경찰장비를 필요한 최소한의 범위를 넘어 관계 법령에서 정한 통상의 용법과 달리 사용함으로써 타인의 생명·신체에 위해를 가하였다면, 불법적인 농성의 진압을 위하여 그러한 방법으로라도 해당 경찰장비를 사용할 필요가 있고 그로 인하여 발생할 우려가 있는 타인의 생명·신체에 대한 위해의 정도가 통상적으로 예견되는 범위 내에 있다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 직무수행은 위법하다고 보아야 한다. 나아가 경찰관이 농성 진압의 과정에서 경찰장비를 위법하게 사용함으로써 그 직무수행이 적법한 범위를 벗어난 것으로 볼 수밖에 없다면, 상대방이 그로 인한 생명·신체에 대한 위해를 면하기 위하여 직접적으로 대항하는 과정에서 경찰장비를 손상시켰더라도 이는 위법한 공무집행으로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당한다.

[2] 일반적으로 영업용 물건이 손괴된 경우 수리를 위하여 필요한 기간 동안 그 물건에 의한 영업을 할 수 없었던 경우에는 영업을 계속하였더라면 얻을 수 있었던 수익상실은 통상손해에 해당한다. 그러나 위법한 가해행위로 인하여 영업용 물건이 손괴되었더라도 위법행위의 태양, 물건이 사용 및 손괴된 경위 등에 비추어 볼 때 가해자가 그것이 영업용 물건으로

서 이를 손괴함으로써 그 물건을 이용하여 얻을 수 있었던 영업수익이 상실될 수 있다는 사정을 통상적으로 예견할 수 없었다면 그러한 경우까지도 위 손해가 통상손해에 해당한다고 보기는 어렵다.

[3] … 진압작전 과정에서 … 대항행위로 인하여 이 사건 기증기가 손상될 수 있음을 충분히 예상할 수 있었다고 볼 수 있으므로, 진압작전 중 기증기가 손상되는 것은 원고 스스로가 감수한 위험이라고 할 수 있다. 또한 통상적으로 무거운 짐을 들어 올려 느린 속도로 이동시키는 용도로 사용되는 고가의 장비인 기증기를 위와 같이 그 용법을 벗어난 방법으로 사용하였다면 … 이 사건 기증기가 손상된 구체적 경위와 부위, 손상 정도 등을 심리하여 이를 책임의 범위를 정하는 데 참작하여야 하고, 나아가 손해분담의 공평이라는 손해배상제도의 이념에 비추어 볼 때 이러한 고가의 장비 손상은 불법 집회·시위에 통상 수반되는 것으로서 일반적으로 예견할 수 있는 범위를 넘어선다는 사정도 참작하여 그 책임을 제한함이 타당하다.

2023년 1월 현재 국회에는 ‘노란봉투법’으로 통칭되는 「노동조합 및 노동관계조정법」 개정안들이 발의되어 있다. 노란봉투법이란 쌍용차 손해배상 사건에서 노동조합을 지지하는 사람들이 노란색 봉투에 성금을 모아 전달한 것으로부터 유래된 것일 만큼, 쌍용차 사태는 파업과 손해배상에 있어서 대표적인 사건으로, 사회적으로 큰 파장을 가져왔다.

‘노란봉투법’은 파업 시 사용자에 대한 손해배상에 관한 것이지만, 쌍용차 사건의 손해배상 중 또 다른 쟁점은 파업 진압 과정에서 발생한 경찰에 대한 손해배상 문제였다.

2009년 쌍용차는 구조조정으로 근로자들을 대거 해고했다. 사측의 정리 해고 방침에 반발한 노동조합은 평택 쌍용차 생산공장을 77일간 점거하며 파업했고, 노사의 대립이 지속되자 경찰은 진압 작전을 벌였다. 이후 같은 해, 경찰은 파업 진압 과정에서 헬기와 기증기 등 인적·물적 피해를 입었다며 쌍용차 노조에 손해배상을 청구하는 민사소송을 제기했다.

2013년 1심¹⁾은 쌍용차 노조에게 약 13억 7,000만 원을 배상하라고 판결했다. 2015년 2심(이 사건 원심²⁾)은 배상금 액수를 약 11억 2,000만 원으로

낮추긴 했지만, 여전히 상당한 금액을 노조의 배상책임으로 인정했다. 이에 대한 최종심인 대법판결은, 헬기 손상과 기중기 손상에 관한 손해배상 판단 법리와 손해액 산정 부분에 관한 원심판결을 파기·환송하였다.³⁾

쌍용차 사태에서 경찰이 노조 등에 대한 손해배상은 주로 헬기 및 기중기 손상에 관한 것이었다.⁴⁾ 이에 관하여 원고의 주장 손해액과 1심과 원심이 인정한 손해액은 다음과 같다.

-
- 1) 수원지방법원 평택지원 2013. 11. 29. 선고 2009가합3151, 3992(병합), 4314(병합) 판결.
 - 2) 서울고등법원 2016. 5. 13. 선고 2014나1487, 2014나1494(병합), 2014나1500(병합) 판결.
 - 3) 대법판결의 세부 쟁점에 관해서는 “대법원2016다26662 손해배상(기) 사건 보도자료”에 자세히 설명하고 있다. 이하의 내용은 대법원 보도자료의 내용 중 일부를 발췌·수정하여 활용한 것임을 밝힌다.
 - 4) 법원이 인정한 사실에 따르면, 경찰은 이 사건 점거파업을 진압하기 위하여 헬기에 물탱크를 부착하여 조합원들이 있던 공장 옥상을 향하여 다량의 최루액을 살포하였고, 비행 중인 헬기에서 최루액을 담은 비닐봉지를 공장 옥상에 직접 떨어뜨리기도 하였다. 또한 경찰은 헬기를 운행할 때 발생하는 강한 하강풍을 이용하여 진압작전을 수행하기로 하고 수회에 걸쳐 조합원들이 있던 공장 옥상으로부터 30~100m 고도로 제자리 비행을 하여 조합원들을 헬기 하강풍에 노출되게 하였다. 그 과정에서 진압에 투입된 헬기 3대가 새충으로 발사된 볼트 등의 이물질에 맞아 손상되었다. 원고는 크레인업체로부터 220톤, 200톤, 100톤 규격의 독일제 기중기 3대를 임차하여 이를 점거파업 진압 현장에 투입하였고, 진압작전 수행 중 기중기가 손상될 경우 이를 수리하고 운휴보상을 하기로 한다는 내용의 약정을 하였다. 이 사건 기중기의 조종기사들은 2009. 8. 5. 07:00경부터 각 기중기에 약 7톤 무게의 빈 컨테이너 1개씩을 매달은 후 경찰의 지시에 따라 약 1시간 동안 이 컨테이너들을 이용하여 조합원들이 자동차조립공장 옥상에 설치해 놓은 장애물들을 부수어 제거하고, 조합원들에게 겁을 주고 조합원들의 화력을 소모시키기 위하여 컨테이너들을 옥상에 내릴 것 같은 동작을 취하는 등으로 이 사건 기중기를 급조작하였다.

〈표 1〉 손해배상 항목과 세부 손해액 판단

항목	세부항목	원고주장 손해액	원심인정 손해액	인용된 피고 (상고인 겸 피상고인들)
① 경찰 부상 관련 (치료비)	점거파업	15,778,530	10,222,380	A분류 (A1~A3분류 피고 일부 공동책임)
	제1집회·시위	481,920	437,490	B분류
	제2집회·시위	85,190	85,190	C분류
① 경찰 부상 관련 (치료비)	개별행위	85,000	85,000	D분류
	합계	16,430,640	10,830,060	
② 차량 관련		1,236,000	659,000	A분류
③ 진압장비 관련 (채증카메라 등)		6,035,520	329,000	
④ 휴대용 무전기 관련		10,431,620	2,193,990	
⑤ 헬기 관련		684,472,730	520,496,241 (1심 인정액 : 614,303,718)	
⑥ 기증기 관련		740,010,332	594,408,265 (1심 인정액 : 743,010,332)	
합계		1,458,616,842	1,128,916,556	

- A분류 피고 : 쌍용차지부 간부들(피고 4~37), 선봉대장(피고 63), 금속노조 미조직 비정규국장(피고 97) 및 금속노조.
- A1~A3분류 피고 : 일반조합원들로서 경찰관에 대한 구체적 폭행행위가 입증된 자들.
- B, C분류 피고 : 제1회 집회·시위(민주노총 주최), 제2회 집회·시위(금속노조 주최)에서 경찰관에 대한 구체적 폭행 행위가 입증된 집회참여자 및 민주노총, 금속노조(집회주최자로서의 책임).
- D분류 피고 : 피고46, 1인으로서 경찰관에 대한 단독 폭행 행위가 입증됨.

- 나머지 피고(상고인들): 금속노조 간부들, 쌍용차지부 일반조합원들, 민주노총 소속원, 민노당 당원으로 시위 참여 대학생 등으로 이들에 대한 원고 청구는 전부 기각됨.

대상판결에서의 쟁점은 크게 두 가지이다. 우선 피고들의 헬기에 대한 손상행위가 불법행위에 해당하는지 여부(헬기를 이용한 경찰 진압작전의 위법성 여부)이고, 그다음으로 기증기 손해액 산정의 합리성 여부이다. 후자는 기증기 임대인의 휴업손해 부분이 피고들이 예상가능한 손해에 해당하는지 여부, 기증기 손상으로 인한 수리비 손해에 관하여 원심의 20%의 책임제한(원고: 피고의 책임 비율 = 20 : 80)이 현저히 불합리한지 여부로 나누어진다.

이 쟁점들에 대하여 대법원은 앞의 【판결요지】와 같은 법리를 근거로, 원심 판결 중 <표 1>의 ⑤ 헬기 손상에 관한 손해배상책임을 인정한 부분, ⑥ 기증기 손상에 관한 손해배상액에 휴업손해액을 포함시킨 부분과 기증기 손상에 관한 책임을 80%나 인정한 부분은 잘못되었다고 판단하면서 원심판결을 파기·환송하였다.⁵⁾

대상판결은 파업 시 경찰관의 직무수행 및 장비 사용에 관한 재량권의 한계에 관한 기준을 제시하면서, 쟁의행위의 합법성 유무에 상관없이 과잉 진압 행위는 정당화될 수 없다는 점을 명확하게 판단했다는 점에서 의의가 있다. 그러나 이 사건은 2009년 쌍용차 파업 이후 13년, 원심의 판단 후 6년 5개월 만에 내려진 판결이다. 특히 원심 이후 시민단체와 노동조합의 주장뿐만 아니라 정부기구에서도 쌍용차 노조 진압 과정에서 경찰의 위법하고 부당한 공권력 행사가 있었다는 사실이 확인된 바 있다.⁶⁾ 노동 현실에서 다시는 쌍용차 사태와 같은 안타까운 상황이 다시 발생하면 안 되겠지만, 만약

5) 대법원은 위 표 중 나머지 ①~④ 부분의 손해배상책임을 인정한 부분에는 문제가 없다고 판단하였다.
 6) 대표적으로 2018년 8월 8월 경찰청 자체 기구인 ‘인권침해사건 진상조사위원회’는 쌍용차 노조 진압 과정에서 경찰의 위법하고 부당한 공권력 행사가 있었다는 조사 결과를 발표했다. 또한 2019년 12월 국가인권위원회는 “과도한 손해배상책임으로 근로자의 노동3권 행사가 위축되지 않도록 담당재판부가 이를 심리·판단할 필요성이 있다.”는 의견을 대법원에 제출한 바 있다.

이와 유사하게 ‘경찰의 노조 진압에 대한 부당한 공권력 행사’가 문제 될 경우 다른 사건에서도 이러한 법리가 엄격하게 적용될 수 있을지, 법원의 후속 판결들에 주목할 필요가 있을 것이다.

김근주(한국노동연구원 연구위원)

택시노조 조직형태 변경 관련 부당징계 사례

- 대법원 2023. 8. 18. 선고 2023두41383 판결 -

【판결요지】

[1] '조직형태의 변경에 관한 사항'을 노동조합 총회 의결 요건으로 규정한 노동조합법 제16조 제1항 제8호 및 제2항이 근로자로 하여금 노동조합의 설립이나 조직형태 선택의 자유를 실질적으로 뒷받침하도록 하기 위한 취지에서 비롯된 것인 점을 고려하면, 이 사건 조직형태 변경을 결정한 이 사건 결의가 "조합은 단위노조(기업)조합으로써 여타의 상급단체 가입을 하지 아니한다."고 규정하고 있는 이 사건 단체협약 제1조 제2항에 반하는 것으로서 위법하다고 보기 어렵다. 본건 단협 제1조 제2항은 노동조합법 제16조 제1항 제8호 및 제2항의 적용을 배제하고 근로자의 노동조합의 설립 내지 노동조합 조직형태 선택의 자유 및 그에 관한 효력을 배제할 수 있다는 취지에 다른 아니어서 단체협약에 따른 협약자치로 인정할 수 있는 범위를 넘어서는 것이기 때문이다.

[2] 기존 노조가 조직형태 변경을 하면서 행정관청에 해산신고를 하였다 는 사정만으로 본건 분회가 기존 노조와의 동일성을 상실하였다고 보기는 어렵다. 노동조합법 제16조 제1항 제8호, 제2항에 따른 노동조합 조직형태의 변경은 동일성을 유지하면서 새로운 조직형태로 변경되는 것일 뿐 구 조직의 형태가 소멸하는 것이 아니어서 해산사유에 해당하지 않고 따로 청산절차를 필요로 하지는 않는다.

원고는 상시 약 115명의 근로자를 사용하여 택시자동차운송사업 등을 영위하는 법인이다. 근로자 1~6은 원고에 입사하여 택시기사로 근무하였다. 근로자들은 전국택시산업노동조합 분회(이하 "본건 분회"라 한다.)에서 간부급의 직책을 수행하였는데, 원고는 2020. 11.~12.경 아래 표와 같이 이들을 징계하였다(이하 총칭하여 "본건 징계처분").¹⁾

1) 위 판결요지는 서울행정법원 2022. 9. 29. 선고 2021구합3141 판결에서 추출하였다. 항소심(서울고등법원 2023. 4. 21. 선고 2022누64626 판결)은 거의 그대로

성명(조합 내 직책)	징계사유	징계종류
근로자 1 (분회장)	1. 회사 공금 횡령(근로자 1: 416,000원; 근로자 2: 1,793,660원)	해고
근로자 2 (副本회장)	2. 성실 근무 위반 3. 변호사법 위반(소송위임과 선임에 관한 알선, 권유)	
근로자 3 (대외협력부장)	1. 일일 운송수입금 공금횡령(현금 / 6월분 328,160원) 2. 무단결근 및 불성실 근무	
근로자 4 (총무부장)	1. 일일 운송수입금 공금횡령(현금 / 6월분 296,700원) 2. 무단결근 및 불성실 근무	
근로자 5 (대의원)	1. 일일 운송수입금 공금횡령(현금 / 6월분 424,300원) 2. 무단결근 및 불성실 근무	정직 1개월
근로자 6 (대의원)	1. 일일 운송수입금 공금횡령(현금 / 6월분 238,700원) 2. 무단결근 및 불성실 근무	

원고에는 종래 기업단위 노동조합(이하 “기존 노조”)이 설립되어 있었는데, 기존 노조는 2020. 1. 7. 유효기간을 2020. 1. 1.부터 2021. 12. 31.까지로 하여 원고와 단체협약(이하 “본건 단협”)을 체결하였다. 한편, 근로자 1과 2는 2020. 7. 1. 기존 노조의 위원장, 부위원장으로 각각 추대되었다. 그 후 2020. 8. 5. 기존 노조는 임시총회를 개최하여 상급단체 가입 건에 대해 투표를 진행하여 안건이 가결되자, 2020. 8. 12. A 노동조합(이하 “본건 노조”라 한다.)에 가입하고, 조직형태를 기업단위 노동조합에서 전국 규모의 산업별 단위노동조합인 본건 노조로 변경하였다(이하 “본건 조직형태 변경”). 본건 조직형태 변경 과정에서 조합원 수가 154명에서 95명으로 감소하였다.

그런데 원고는 2020. 8. 20. 본건 노조 및 본건 분회에 ‘본건 조직형태 변경에 따라 기존 노조와 체결한 본건 단협의 채무적 부분은 효력이 상실되었다.’는 내용의 공문을 발송하였고, 같은 날 사내 게시판에 ‘본건 단협이 당일자로 효력이 상실되었으므로, 2020. 8. 24. 자로 노조전임자(조합장, 부조합장)를 폐지하고, 노조 사무실을 폐쇄하겠다.’는 내용의 공고를 게재하였다.

기존 노조는 관할 행정관청에 해산사유로 ‘조직형태 변경(상급단체 가

원용했고, 대법원도 심리불속행 기각하였다.

입)을 명시하여 해산신고를 하였고, 행정관청은 2020. 9. 7. 이를 수리한 다음 기존 노조, 원고 등에게 해산사유를 위와 같이 표기하여 공문을 시행하였다. 그 후 원고는 9. 12. 사내 게시판에 ‘금일 자로 회사는 무노조 상태임을 공표함’이라는 내용의 공고를 게재하였다. 이어 원고는 2020. 9. 23. 사내 게시판에 ‘승무원 137명이 운송수입금 42,684,620원을 횡령하였고 9. 28.까지 변제하지 않으면 업무상 공금 횡령으로 고발하겠다.’는 취지의 공고를 게시하였다. 그 후 원고는 2020. 10. 7. ‘승무원 중 18명만 미납된 운송수입금 합계 4,903,145원을 변제하였으며, 미 변제자에 대해서는 급여, 성과급 등으로 정산 처리한다.’는 내용의 답화문을 게시하였다.

근로자들은 본건 징계처분에 불복하여 노동위원회에 부당해고 및 부당정직 구제신청을 하였고, 지노위와 중노위 모두에서 전부 인정을 받았다. 원고는 이에 불복하여 법원에 행정소송을 제기하였는데, 1심, 항소심, 대법원 모두 근로자들의 손을 들어주었다.

이 리뷰에서는 징계의 정당성과 관련하여 근로자 1, 2에 대한 징계사유인 ‘성실근무 불이행’과 전원에 해당하는 ‘운송수입금 횡령’을 중심으로 살펴본다.

근로자 1, 2에 대한 ‘성실근무 불이행’의 징계사유는 기존 노조가 동일성을 상실한 본건 분회로 조직형태를 변경하였으므로 본건 단합이 승계되지 않아 이들은 더 이상 원고에 대한 관계에서 근로시간 면제자의 지위에 있지 않음에도 2020. 8. 24.부터 2020. 10. 17.까지 배차를 거부하였다는 것이다. 그러나 노동조합 조직변경 시 기존 지위를 승계한다는 점에 대해서는 대법원 2016. 2. 19. 선고 2012다96120 전원합의체 판결 등²⁾에서 이미 확인된 사항이라는 점에서 원고 측의 대응 이유에 궁급증이 생긴다. 원고가 동일성

2) “노동조합법 제16조 제1항 제8호 및 제2항은 노동조합의 해산·청산 및 신설 절차를 거치지 아니하고 조직형태의 변경이 가능하도록 함으로써 노동조합을 둘러싼 종전의 재산상 권리·의무나 단체협약의 효력 등의 법률관계가 새로운 조직형태의 노동조합에 그대로 유지·승계될 수 있도록 한 것으로서, 근로자의 노동조합의 설립 내지 노동조합 조직형태 선택의 자유를 실질적으로 뒷받침하기 위한 것이다.”

을 상실해 승계가 되지 않는다고 주장한 주된 근거는 두 가지로 볼 수 있다.

먼저, 본건 단협상 '조합은 단위노조(기업)조합으로써 여타의 상급단체 가입을 하지 아니한다.'고 규정하고 있으므로 본건 조직변경은 이에 위반한 것이라는 점이다. 이에 대해 1심 법원은 판결요지[1]과 같은 취지로 판시하며 원고의 주장을 배척하였고, 이 결론은 대법원까지 그대로 이어졌다. 「헌법」 제33조 제1항이 보장하는 단결권에는 근로자의 노동조합의 설립 내지 노동조합 조직형태 선택의 자유가 포함되어 있는데, 「노동조합 및 노동관계조정법」 제16조 제1항 제8호, 제2항은 이를 구체화한 규정으로 볼 수 있다. 만약 사용자와의 합의에 의해 조직형태 변경의 자유를 제한한다면 근로자 또는 노동조합으로서는 이를 우회하기 위해서는 기존에 체결된 단체협약을 포기하고 별개의 노동조합을 설립해 다시 새로운 단체협약을 체결하여야 하는데 이 과정에서 근로자의 노동3권은 실질적으로 제한받는 상황이 발생할 것이다. 이러한 점에서 본건 단협 제1조 제2항과 같은 규정은 그 효력이 제한되어야 한다는 점에서 이를 '단체협약에 따른 협약자치로 인정할 수 있는 범위를 넘어선 것'이라는 법원의 판단은 타당하다고 할 수 있다.

다음으로는, 기존 노조에 대한 해산신고가 완료되어 소멸되었으므로 본건 분회와는 동일성이 존재할 수가 없다는 점이다. 그러나 판결요지[2]와 같이 조직형태 변경은 기존 조직이 소멸하는 것이 아니므로 해산사유가 될 수 없다는 점, 절차적으로도 행정관청에 제출한 해산신고 사유가 조직변경으로 기재된 점에 비추어 형식적으로 해산신고가 되었다는 점을 이유로 동일성이 없다고 보기에는 무리가 있다. 해산은 자연인으로 치면 사망과 같은 것이어서 그 실체적 요건과 형식적 요건을 모두 엄격히 갖추어야만 인정되는데 본건에서는 그저 일부의 형식만 갖추었을 뿐이다.

법원은 결론적으로 본건 단협이 승계되므로 근로자 1, 2는 여전히 근로시간 면제자에 해당하고 따라서 그들의 배차 거부행위는 징계사유로 볼 수 없다고 판단하였다.

다음으로, 운송수입금 횡령 부분에 대해 살펴보자. 법원은 본건 협약 등에서 '일일 타코운송수입과 일치하는 금액을 입금하지 않은 때'를 징계사유

로 규정하고 있고, 근로자들 전원이 해당 사실을 인정하고 있어 징계사유가 인정된다고 보았다. 다만, 징계양정에 있어서, 관련 형사사건에 대해 불송치 결정이 내려진 점에서 고의를 인정하기 어렵고, 여객자동차운수사업법 제 21조 제1항 개정으로 2020. 1. 1.부터 이른바 ‘운송수입금 전액관리제’가 시행되었음에도 원고는 소속 택시기사들의 운송수입금 미납 행위에 대해 별 다른 조치를 취하지 않다가 2020. 9. 23.경에야 비로소 소속 택시기사들에게 운송수입금의 납부를 독촉한 점, 운송수입금 미납자 137명 중 18명만 이를 납부하였음에도 근로자 1~6만 형사고소를 하고 본건 징계처분을 한 점, 앞에서 본 바와 같은 본건 조직형태 변경에 대해 원고가 행한 일련의 조치들과 관련하여 중노위가 부당노동행위라 판정한 점, 근로자 3~6의 경우 미납 운송수입금과 불성실 근무일수가 큰 차이가 없음에도 근로자 3, 4에 대해서는 해고를 한 데 반해 근로자 5, 6은 정직처분을 하였는데, 이는 분회에서의 지위를 기준으로 양정을 한 것으로 볼 수 없는 점 등을 근거로 양정이 부당하다고 보았다. 운송수입금 횡령과 관련한 사실관계는 전체적으로 원고가 본건 분회 활동에 영향력을 미치기 위해 노조 간부를 표적 삼아 선별적으로 불이익처분을 했다는 점에서 부당노동행위에도 해당할 가능성도 높아 보인다. 이 경우에는 징계사유 자체가 인정되지 않는다고 보아야 할 것이다.³⁾ 다만, 근로자들이 노동위원회 단계에서 징계의 부당성만을 먼저 다투고 이후에 별건으로 부당노동행위에 대해서 다투는 탓에 이 사건 재판에서는 원고의 이러한 행위가 부당노동행위에 해당하는지 여부에 대해서는 본격적으로 다루어지지 않았다.

2020. 1. 1. 시행된 개정 여객자동차운수사업법 제21조 제1항은 이른바 운송수입금 전액관리제 실시를 천명하고 있다. 장시간 택시노동을 조장하는 등 택시 운수종사자들의 처우를 어렵게 하는 병폐로 오랜 기간 지적되어

3) “사용자가 근로자에 대하여 징계해고 등 불이익 처분을 함에 있어서 표면상의 징계처분 사유와는 달리 실질적으로 근로자가 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 징계처분한 것으로 인정되는 경우에는 노동조합 및 노동관계조정법에 정한 부당노동행위의 하나라고 보아야 할 것”(대법원 2008. 1. 24. 선고 2007도6861 판결).

은 사납금제의 유지가 법적으로도 한계에 달한 것이다. 택시업계는 이 문제에 대응하고자 시도하고 있으나 기존의 사업관행은 그대로 유지한 채 소정 근로시간을 단축하거나, 기준 금액에 미달한 경우 급여를 감액하거나, 사업주가 보기에 심각하게 기준 미달인 근로자에 대해서는 저성과자로 낙인찍어 징계하는 등 다양한 “우회 수단”들을 시도하고 있지만 최저임금법 내지 근로기준법 위반이라는 또 다른 난제에 부딪히고 있다. 여하튼 택시업계에 서는 그러한 시도를 관철(?)하는 수단으로 단체협약을 활용하는 경우도 종종 볼 수 있다. 이 경우에는 노동조합의 협조(?)가 필수적이다. 이 사건의 판결문만으로 사업주와 노동조합 간의 속사정을 알기는 어렵지만, 전액관리제와 같은 제도 변화에 대한 대응 과정에서 노사 간 협조여부를 두고 발생한 갈등은 아닐지 추측해 본다. 전근대적 사업 행태를 현대에 와서도 그대로 유지하는 것은 동시대를 살아가는 사람들에 대한 모독이다. 부디 택시업계가 새로운 질서를 수궁해 함께 나아가기를 기대해 본다.

김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)

노동조합 활동과 취업규칙상 사업장 관리에 관한 조항의 적용

- 서울고등법원 2022. 10. 20. 선고 2022누34120 판결 -

【판결요지】

어느 취업규칙 조항이 노동조합법 또는 단체협약에 따라 보장되는 정당한 노동조합 활동을 금지하거나 제한하는 내용을 정한 경우에는 그 조항은 무효이고, 사용자는 해당 조항을 근거로 근로자를 징계할 수 없다.

사용자가 금산공장 소속 근로자가 아닌 근로자들의 집회 참석을 금지하고, 더 나아가 그 참석을 이유로 대전공장 소속인 E 등을 징계한 것은 노동조합법 제81조 제4호가 금지하는 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다.

원고인 한국타이어 주식회사(이하 ‘회사’라 한다.)는 대전공장, 금산공장 및 중앙연구소 등을 두고 있다. 이 회사 근로자들로서 대전공장 소속인 E 등은 금속노조 한국타이어 지회(이하 ‘노동조합’이라 한다.)의 조합원으로 2019. 8. 20. 노동조합이 개최한 금산공장 집회에 참여하였고, 회사는 2019. 11. 25. ‘E 등이 2019. 8. 20. 금산공장에 불법으로 침입함으로써 취업규칙 및 금산공장 보안관리 요령을 위반하였다.’는 이유로 E 등에게 ‘경고’의 징계처분을 하였다. E 등과 노동조합은 경고처분이 부당징계이자 부당노동행위라고 주장하면서 노동위원회에 구제를 신청하였다. 초심인 충남지방노동위원회는 2020. 6. 3. 구제신청 모두를 기각한 반면 재심인 중앙노동위원회는 2020. 9. 11. 구제신청 중 일부를 인용하는 재심 판정(‘경고처분이 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다.’는 취지의 판정)을 하였다. 재심 판정에 대해 회사가 행정소송을 제기하였고, 대상판결은 2심 판결이다.

사건의 경과는 다음과 같다. 노동조합은 2019. 8. 15. 회사에 같은 달 20. 개최예정 집회에 대한 협의요청 문건에서 참가 예정인원을 40명의 대전공장 근로자와 10명의 금산공장 근로자의 명단을 첨부하였다. 회사는 2019. 8. 19. 노동조합에게 집회장소를 금산공장 복지동 앞으로 국한하고 휴직자를

제외한 해당 사업장(금산공장을 의미) 인원에 한해 진행할 것을 조건부로 협조하겠다는 취지로 회신하였다. 그러자 노동조합은 다시 2019. 8. 20. 원고에게 당일 개최예정인 집회에 참여하는 추가 인원의 명단(대전공장 근로자 3명, 금산공장 근로자 15명)을 첨부하여 금산공장 출입을 허가하여 줄 것을 요청하였지만, 회사는 2019. 8. 20. 노동조합에게 재차 휴직자를 제외한 해당 사업장(금산공장을 의미) 인원에 한하여 집회를 진행해 달라는 취지로 통보하였다. 회사 측의 요청에도 불구하고, 노동조합은 2019. 8. 20. 13:30 부터 15:00까지 금산공장에서 대전공장 소속인 E 등을 포함하여 약 60명의 조합원들이 참석한 가운데 이 사건 집회를 개최하였다.

이 사건의 핵심 쟁점은 다른 공장에서의 출입에 관한 회사 취업규칙을 위반한 노동조합 활동의 정당성 여부이다. 이 사건과 관련된 취업규칙의 여러 규정들을 요약하면, “회사 소속 근로자라 하더라도 금산공장 소속이 아닌 자가 금산공장을 출입하기 위해서는 원고의 승인을 얻어야 하고, 승인을 얻지 않고 출입할 경우에는 징계사유가 될 수 있다.”는 것이다.¹⁾ 1심 판결은 회사의 주장을 받아들여 중앙노동위원회의 재심 판정을 취소하였으나,²⁾ 대법판결은 다음과 같은 이유를 들어 중앙노동위원회의 재심 판정이 정당하다고 판단하였다.

대상판결은 취업규칙은 노동관계법령과 단체협약을 위반할 수 없다는 당

- 1) 회사의 취업규칙 제22조 제2항은 ‘사원이 회사에 출입을 할 때는 회사에서 정하는 기준을 준수해야 하며, 경비원이 신분증 제시나 지참물의 검색, 음주 측정 등을 요구할 때에는 이에 응하여야 한다.’고 규정하고 있고, 제87조는 ‘회사의 허락 없이 사내에서 집회를 개최하거나 이에 참여한 자’(제14호)와 ‘제22조에 정한 출입·근무 수칙을 위반한 자’(제35호)를 징계사유의 하나로 규정하고 있다. 그리고 금산공장의 보안관리 요령 제8항은 타사업장 소속 근로자로서 출장, 회의, 미팅 등을 목적으로 금산공장을 방문하는 ‘업무방문사원’(8.1.1.)은 방문사원 출입대장 양식에 맞게 기재한 후 경비실에 출입을 신청하고, 경비실에서는 신청인이 출입대장에 기재한 방문팀 및 담당자에게 연락·확인 후 출입을 허용하며(8.2.), 출입이 승인되지 않은 타사업장 사원 또는 비근무자가 출입수칙을 위반하고 공장 내에 출입하여 시설물 점거, 폭력행위 등 질서위반 행위 발생 시 보안관리자는 경고 및 인사위원회 회부 등의 적절한 조치를 취한다고 규정하고 있다(13.3.).
- 2) 1심 판결(서울행정법원 제14부 2021. 12. 23. 선고, 2020구합81984 판결)은 회사의 주장을 받아들여 중앙노동위원회의 재심 판정을 취소하였다.

연한 전제에서 시작한다. 즉 「근로기준법」 제96조 제1항(“취업규칙은 법령이나 해당 사업 또는 사업장에 대하여 적용되는 단체협약과 어긋나서는 아니 된다.”)과 「노동조합법」 제33조 제1항(“단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙은 무효로 한다.”)에 비추어, 어느 취업규칙 조항이 노동조합법 또는 단체협약에 따라 보장되는 정당한 노동조합 활동을 금지하거나 제한하는 내용을 정한 경우에는 그 조항은 무효이고, 사용자는 해당 조항을 근거로 근로자를 징계할 수 없다.

위의 논리를 이 사건에 적용할 경우, 대전공장 소속인 E 등이 취업규칙(금산공장 보안관리 요령을 포함한다.)에서 정한 금산공장 출입 절차를 위반하였다는 사정만으로 곧바로 부당한 것으로 판단하여서는 안 되고, 노동조합의 집회가 노동조합법과 단체협약에 따른 정당한 노동조합 활동에 해당하는지를 먼저 판단하여야 한다. 대상판결은 아래 사정들을 종합할 때, 위의 8. 20. 집회가 노동조합의 정당한 활동에 해당한다고 인정하였다.

① 노동조합의 활동은 결사의 자유 내지 노동3권에 바탕을 둔 것으로서, 노동조합법은 노동조합의 정당한 활동에는 민형사상 책임을 면제하고(제3조, 제4조) 사용자의 해고나 불이익처분으로부터 보호한다(제81조 제1항 제1호). 노동조합의 활동이 정당하려면, 첫째 주체의 측면에서 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있거나 노동조합의 목시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 볼 수 있어야 하고, 둘째 목적의 측면에서 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적 지위의 향상을 도모하기 위하여 필요하고 근로자들의 단결 강화에 도움이 되는 행위이어야 하며, 셋째 시기의 측면에서 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행이나 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 원칙적으로 근무시간 외에 행하여져야 하고, 넷째 수단·방법의 측면에서 사업장 내 조합활동에서는 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 하며 폭력과 파괴행위 등의 방법에 의하지 않는 것이어야 한다. 이 중에서 시기·수단·방법 등에 관한 요건은 조합활동과 사용자의 노무지휘권·시설관리권 등이 충돌할 경우에 그 정당성을 어떠한 기준으로 정할 것인지 하는 문제이므로, 위 요건을 갖추었는지

여부를 판단할 때에는 조합활동의 필요성과 긴급성, 조합활동으로 행해진 개별 행위의 경위와 구체적 태양, 사용자의 노무지휘권·시설관리권 등의 침해 여부와 정도, 그 밖에 근로관계의 여러 사정을 종합하여 충돌되는 가치를 객관적으로 비교·형량하여 실질적인 관점에서 판단하여야 한다(대법원 2020. 7. 29. 선고 2017도2478 판결³⁾ 참조).

② 단체협약 제63조는 사업장 시설 내의 조합활동은 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 하고(제2항), 조합 홍보활동에서는 홍보활동의 내용, 장소, 시간, 유인물의 매수, 참여인원 등을 사전에 회사에 통보하여 미리 충분히 협의해야 하고 협의를 거쳤을 때에는 회사는 이에 관여하지 아니하며(제3항), 홍보활동은 업무에 지장을 줄 정도의 소음을 유발하거나, 집회나 시위 등 사내질서를 훼손하는 형태로 이루어져서는 아니 되고, 유인물, 게시물의 내용이 회사나 타인의 명예를 훼손하는 것이어서는 아니 된다(제4항)고 규정하고 있다. 그런데 ㉠ 단체협약에는 특정 사업장 내에서 행하는 노동조합 활동에 관하여 그 사업장 소속 근로자만이 참여할 수 있다는 명시적인 내용이 없고, ㉡ 노동조합은 자신이 개최하려는 행사나 활동에 참여하는 근로자의 범위를 자유롭게 정할 수 있고, 사용자가 그 참여 자격을 결정하는 것은 노동조합 내부 사항에 관여하는 것으로서 원칙적으로 지배·개입에 해당하며, ㉢ 회사 근로자라면 소속 공장을 불문하고 회사의 노무지휘권이 미치므로 참여 근로자가 노동조합 활동의 장소가 된 금산공장 소속이 아니더라도 그의 위법 또는 사규 위반 행위에 대해서 회사는 징계처분 등으로 적절히 대처할 수 있고 신원 확인도 용이하고, ㉣ 이 사건 집회는 옥외에서 개최되는 것이어서 다른 공장 소속 근로자들이 참여한다고 하여 회사의 영업비밀이 누출될 위험이 발생한다고 볼 수 없는 점 등을 고려하면, 이 사건 집회에 금산공장 소속이 아닌 근로자들의 참석을 금지하는 것은 위 ①의 법리 및 단체협약 제63조 제2항에서 말하는 ‘시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약’에 해당한다고 볼 수 없다.

3) 이 판결의 의의에 관해서는 김홍영(2020), 「산별노조 간부의 사업장 출입 권한: 대법원 2020. 7. 29. 선고 2017도2478 판결」, 『노동리뷰』 11월호(통권 제188호), 한국노동연구원 참조.

③ 노동조합은 회사에 두 차례에 걸쳐 이 사건 집회의 일시, 장소, 참여자 등을 통보하며 집회의 세부적인 사항을 조율하고자 하였으나, 회사가 금산공장 소속이 아닌 근로자들의 참석을 허용할 수 없다는 입장을 견지하여 더 이상 협의가 진행되지 않았다. 회사가 정당하지 아니한 사유를 내세움으로 인하여 협의가 중단된 것이므로 참가인 노동조합은 이 사건 단체협약 제63조 제3항에 따른 충분한 협의를 위한 노력을 다하였다고 보아야 한다.

④ E 등이 집회 참여를 위해 금산공장에 출입하면서 취업규칙 제87조 제35호 및 보안관리 요령 제8항에 따른 출입절차를 밟지 않은 사실은 인정되나, E 등이 그러한 절차를 밟았더라도 회사가 이들의 출입을 허용하지 않았을 것이 분명하고 만일 회사가 E 등의 출입을 허가하였다면 E 등은 자연스럽게 정상적인 출입절차를 거쳤을 것으로 보인다. 그러한 이상 E 등이 위 절차를 거치지 않고 금산공장에 출입하였다고 하더라도 이것이 정당한 징계사유가 된다고 볼 수 없다(E가 참가인 노동조합이 사전에 통보한 이 사건 집회의 참석자 명단에 포함되어 있지 않았더라도 마찬가지이다.).

⑤ 단체협약 제63조 제4항은 ‘홍보활동은 집회나 시위 등 사내질서를 훼손하는 형태로 이루어져서는 안 된다.’고 규정하고 있는데, 아래와 같은 이유에서 위 조항은 ‘모든 집회나 시위’가 아니라 ‘사내질서를 훼손하는 집회나 시위’만을 금지하는 취지라고 해석된다. 따라서 집회 형태의 홍보활동이라는 이유만으로 이 사건 집회가 정당성을 상실한다고 볼 수 없다. ㉠ 노동조합의 홍보활동은 노동조합원들이 복수로 행하는 것이 통상적일 뿐 아니라 이러한 복수 활동성은 원칙적으로 보장되어야 하는 것이다. 따라서 위 규정의 취지는 본질상 복수의 참여자를 전제로 하는 의사표현 방식인 집회나 시위를 전면적으로 금지하는 것으로 해석될 수는 없고, 사내질서를 객관적이고도 구체적으로 훼손하는 경우에 비로소 그 집회나 시위가 금지되는 취지로 새김이 타당하다. ㉡ 회사는 2019. 8. 19. 노동조합에 보낸 공문에서 ‘이 사건 집회가 절대로 사내 질서를 훼손하는 형태로 이루어져서는 안 되고, 과도한 소음을 유발하지 않도록 당부 드리며 장소는 금산공장 복지동 앞으로 국한하여 휴직자를 제외한 해당 사업장 인원에 한하여 진행할 것을 조

건부로 협조토록 하겠습니다.’라고 회신하였는데, 이는 회사 또한 일정한 범위 내의 집회·시위는 허용되는 것으로 이해하고 있었음을 보여준다.

⑥ 이 사건 집회는 총 60명이 참가한 가운데 진행되었는데, 집회는 비교적 평온한 분위기에서 질서정연하게 이루어져 회사의 업무를 방해하거나 사내질서를 훼손하는 방식으로 이루어졌다고 볼 수 없다. 회사가 일부 근로자들을 ‘건조물침입’ 혐의로 고소한 관련 형사사건에서도 담당 검사는 위와 같은 취지에서 불기소처분을 하였고, 관련 가처분사건 항고심 법원 역시 단순히 참여인원 수가 많다는 이유만으로 시설관리권이 침해된다고 볼 수 없다고 보아 회사의 집회 참가인원 제한 가처분신청 부분을 기각하면서, 이 사건 집회를 수십 명 규모에도 불구하고 시설관리권이 침해되지 않은 사례로 든 바 있다.

대상판결은 이상과 같은 논리에 바탕하여 이 사건 징계가 노동조합법 제 81조 제1항 제4호가 금지하는 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 하면서, 특히 다음과 같은 점들을 추가로 지적했다.

① 경고처분을 받은 12명 중 10명은 노동조합의 부회장, 감사, 부장, 차장, 대의원인바, 회사는 참가인 노동조합에 적극적으로 참여해 온 근로자들에 대하여 노동조합 활동을 이유로 정당하지 않은 사유를 내세워 징계처분을 한 것이다.

② 회사가 금산공장 소속이 아닌 조합원들의 집회 참여를 막은 것은 노동조합과 조합원들이 자유롭게 결정해야 할 노동조합 행사 및 활동의 참여 범위를 사용자가 제한한 것으로서 노동조합 내부 활동에 관여한 행위에 해당한다. 회사는 조합활동의 참여 자격을 제한하는 데에 그치지 않고 그 제한 위반을 이유로 징계까지 하였는바, 이로 인하여 노동조합의 활동이 위축될 위험이 발생하였다.

③ 회사는 이 사건 노동조합에게만 노동조합 사무소를 제공하지 않음으로써 공정대표 의무를 위반한 사실이 있는 등 이 사건 노동조합에 대하여 차별적 또는 적대적인 태도를 보여 왔다.

대상판결은 취업규칙은 단체협약과 노동관계법령을 위반할 수 없다는 점에서 출발한다. 이 당연한 법리를 조합활동의 장소와 방법에 관한 구체적 분쟁에서 체계적이고 적절하게 적용하였다는 점에서 특히 의의가 있다. 대상판결의 법리는 다음처럼 요약할 수 있겠다. 조합활동의 수단과 방법에 관한 취업규칙이 있고 그 취업규칙에 위반한 조합활동이 있다고 해서 곧바로 조합활동의 정당성을 부정하여서는 안 되며, 거기에 앞서 그 취업규칙 규정이 노동조합법 등 노동관계법령과 그 사업장에 적용되는 단체협약에 부합하는지 그리고 해당 노동조합 활동이 노동조합법과 단체협약에 정합하는지를 살펴서 판단하여야 한다.

강성태(한양대학교 법학전문대학원 교수)

소수노동조합의 노사합의는 무효라는 효력정지 가처분 결정

- 수원지방법원 성남지원 2023. 1. 31. 자 2022카합50288 결정 -

【결정요지】

소수노동조합과 사용자가 체결한 노사합의(노사협약서 및 부속협약서)는 단체교섭권 내지 단체협약체결권이 없는 소수노동조합이 근로자의 노동조건 기타 근로자의 대우 또는 당해 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항으로 사용자가 처분할 수 있는 사항에 관하여 체결한 것으로 교섭대표노동조합의 단체교섭권 내지 단체협약체결권을 침해한 것이라고 할 것이다.

1. 사건의 개요와 가처분 결정 내용

주식회사 피비파트너즈(이하 ‘사용자 Y’)는 SPC그룹이 파리바게뜨 제빵기사 불법파견을 해소할 목적으로 이들을 직접 고용하기 위해 2017. 10. 설립한 자회사로 상시 5,000여 명의 근로자를 사용하여 파리바게뜨에 제빵 및 카페기사 등의 인력을 공급하는 회사이다. 사용자 Y의 사업장에는 위 제빵기사 등을 조직대상으로 2017. 12. 설립한 기업단위 노동조합인 A 노동조합과 전국단위 산업별 노동조합인 B 노동조합의 C 지회가 있고, A 노동조합은 한국노총을, B 노동조합은 민주노총을 상급단체로 하고 있다.

사용자 Y가 설립될 당시인 2017년으로 거슬러 올라가 보면, 불법파견 등이 사회문제로 불거지자 법조계, 학계, 종교계 등의 시민사회가 이 문제를 해결하기 위해 지원에 나서면서 2018. 1. 11. 임금과 복지수준 향상 등 노사간 상생협력 및 좋은 일자리 창출을 위한 내용으로 노사, 가맹점주협의회, 정치권과 시민사회는 사회적 합의를 체결하였다. 그러나 B 노동조합은 사용자 Y가 위 사회적 합의를 이행하지 않고 B 노동조합을 파괴하는 등의 부당노동행위를 행한다고 주장하면서 단식농성 등을 이어가자 다시금 시민사회의 지원으로 B 노동조합과 사용자 Y는 2022. 11. 3. 노사협약서 및 부속협약

서(‘이 사건 노사합의’)를 체결하였다. 이의 주요 내용은 아래와 같다.

노사 협약서

사용자 Y와 B 노동조합(C 지회, 이하 ‘B 노조’)은 2018. 1. 11. 함께한 사회적 합의 정신을 계승 발전시키고 회사와 B 노조간의 상생문화 조성을 위해 상호 신뢰를 바탕으로 아래와 같이 협약한다.

1. 회사와 B 노조는 ‘사회적 합의 발전 협의체’를 발족하여 이전 합의 내용을 확인하고 발전 방안을 모색한다.
2. 회사와 B 노조는 ‘노사간담회’를 구성한다.
3. 부당노동행위와 관련하여 대표이사가 사과한다.
4. 부당노동행위자는 인사 조치한다.
5. 회사는 노동조합 활동을 보장하기 위해 적극 지원한다.
6. 부당노동행위 재발 방지를 약속하며, 승진 평가는 차별없이 진행한다.
7. 회사는 신입직원에게 조합 선택의 기회를 공정하게 제공한다.
8. 자유로운 조합 선택과 관련하여 회사는 캠페인을 진행하고 정기적으로 알린다.
9. 보건 휴가와 연차 휴가는 현행보다 자유롭게 사용하도록 한다.
10. 회사는 점포 내 방송시스템을 통해서 점심시간을 알리고 보장하기 위해 노력한다.
11. 본 협약서 체결 후 회사와 B 노조는 상호 회사와 관련된 모든 고소, 고발, 진정 등을 즉시 취하하고 B 노조는 I 사옥 주변에 설치한 시위 천막 등을 철거한다.

부속 협약서

1. [사회적 합의 발전 협의체 구성 및 역할], 2. [노사 간담회], 3. [사과]
4. [직무배제 및 징계조치] 노동위원회에서 부당노동행위로 판정받은 00부장 6명과 ***장 3명 중에서 00부장 1명과 ***장 3명에 대해 협약 체결 후 사규에 따라 1개월 이내에 해당 직무배제 및 징계조치하고 나머지 5명에 대해서는 조사 결과 및 사규에 따라 징계한다. (후략)
5. [타임오프] 회사는 노동조합에 무급 전임 근로시간 면제자 1명(2,000시간)을 2024년까지 제공하고 2025년 이후 근로시간 면제자는 ‘사회적 합의 발전 협의체’에서 협의한다.
6. [승진] 승진은 노조가입 여부와 상관없이 차별없이 진행한다.

7. [신입사원 노조 선택의 자유 보장], 8. [재발 방지]
9. [보건 및 연차 휴가] 회사는 보건휴가를 협약 체결 즉시 자유롭게 사용하고 연차 휴가는 2023년 임금협상 및 단체협약을 통해서 개선한다.
10. [점심시간 보장] 회사 직원들이 점심시간을 인지하고 충분한 식사 시간을 보장하기 위해서 매장 내 방송시스템을 이용하여 점심시간 안내 방송을 매일 일정시간(11시 30분에서 13시 30분)에 3회 방송한다.
11. [고소, 고발 취해], 12. [효력]
13. [비공개] 부속협약서는 외부(언론, 외부단체 등)에 비공개한다.

이 사건 노사합의가 체결되기 1개월 전쯤에 교섭창구단일화 절차가 진행되었는데, 사용자 Y는 2022. 10. 4. A 노동조합(조합원 수 4,415명)으로부터, 2022. 10. 7. B 노동조합 C 지회(조합원 수 210명)로부터 각 교섭 요구를 받고, 2022. 10. 12. 위 양 노동조합을 교섭요구 노동조합으로 확정·공고하였다. A 노동조합은 2022. 11. 1. 사용자 Y에게 자신이 과반수노동조합임을 통지하였고, 사용자 Y는 2022. 11. 8. A 노동조합이 교섭대표노동조합임을 확정·공고하였다.¹⁾ A 노동조합은, B 노동조합과 사용자 Y 간 2022. 11. 3. 체결한 이 사건 노사합의는 실질적인 단체협약에 해당하므로 교섭대표노동조합으로 가지는 단체교섭권 및 단체협약체결권을 침해한다며 법원에 이 사건 노사합의에 대해 효력정지 가처분 신청을 하였다.

이에 법원은 위와 같은 【판결요지】로 A 노동조합의 가처분 신청을 인용(이 사건 노사합의의 효력을 정지하고, 이 사건 노사합의 상의 사회적 합의 발전 협의체 회의와 노사 간담회를 중지한다.)하는 결정을 하였다.²⁾

법원이 이 사건 노사합의가 교섭대표노동조합의 단체교섭권 및 단체협약권을 침해하였다고 판단한 논거를 살펴보면, 우선 이 사건 노사합의서의 당사자인 B 노동조합 위원장 D는 교섭요구 노동조합 확정 당시의 B 노동조합

- 1) 이 사건 노사합의가 A 노동조합이 새로운 교섭대표노동조합으로 확정되기 전에 체결된 것이기는 하나 노동조합법 시행령 제14조의10에 따라 A 노동조합이 종전 교섭대표노동조합으로서 지위 유지기간 중에 있다.
- 2) 다만, 법원은 A 노동조합의 간접강제(주문의 명령을 위반할 경우 위반행위 1회당 1,000만 원의 지급)의 신청은 기각하였다.

의 C 지회의 대표자로 기재되어 있다는 점을 들고 있다. 이는 이 사건 노사합의의 당사자와 교섭창구단일화를 통해 체결하고자 하는 단체협약의 당사자가 일치한다는 사실을 말하고자 하는 것으로 보인다. 두 번째의 논거는 이 사건 노사합의의 내용이 근로자의 노동조건 기타 근로자의 대우 또는 당해 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항으로 단체교섭 내지 단체협약체결의 대상이라는 점이다. 세 번째의 논거는 이와 같은 단체교섭 대상에 대해 '단체교섭권 내지 단체협약체결권'이 없는 소수노동조합(B 노동조합)이 이 사건 노사합의를 체결했으므로 교섭대표노동조합의 단체교섭권 내지 단체협약체결권을 침해한다는 것이다.

2. 결정문에 대한 의구심

대상 결정문에 대해 두 가지 의구심이 있는데 먼저 세부적인 의구심부터 살펴본다.

① 법원은 이 사건 노사합의의 법적 성격을 그 내용 및 형식으로 보았을 때 단체협약으로 보면서 교섭대표노동조합의 단체교섭 및 단체협약 체결권을 침해했다는 것이다. 법원의 판단대로 단체협약이라면 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 '노동조합법'이라 함)상의 단체협약 관련 조항(제31조 단체협약의 작성 및 신고, 제32조 유효기간, 제33조 기준의 효력, 제34조 단체협약의 해석 및 제92조 단체협약 위반에 대한 벌칙 등)이 적용될 것이다.

이 사건 노사합의의 내용을 보면, '회사와 B 노조 간의 상생문화 조성을 위한' 사용자 Y와 B 노동조합 C 지회로 구성된 협의체의 구성, 노사간담회 실시 등은 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률 상의 '노사공동위원회'(제21조 제5호)와 같은 성격을 가지는 것으로 볼 수도 있다. 더 나아가 굳이 관련법을 소환하지 않아도, 노동조합이 아니더라도 근로자집단과 사용자는 언제든지 간담회를 실시할 수 있고, 자유로이 협의체를 구성할 수 있으며, 교섭대표노동조합만이 노사간담회 및 협의체 구성의 독점권이 있는 것이 아니다. 또한 법원이 언급한 부당노동행위 관련 조치는 노동위원회에서 부

당노동행위로 판정받은 사람에 대해 사규에 따라 징계한다는 내용이고, (이미 사규로 규정된) 보건휴가는 자유롭게 사용한다는 취지이며, 더욱이 연차휴가는 교섭대표노동조합에 의한 2023년 임금협상 및 단체협약에 유보한다는 내용이다. 그리고 점심시간을 보장하기 위해 일정한 시간에 방송한다는 내용의 합의로서 이는 노동조합이 아니더라도 사용자는 개별 또는 단체 누구와도 자유로이 합의할 수 있다. 노동조합 선택의 기회를 제공한다는 취지의 합의가 교섭대표노동조합의 교섭권을 침해하는지 여부는 더 이상 언급할 만한 가치도 없어 보인다. 이 사건 노사합의는 노동조합법의 규율을 받는 단체협약이 아니라 일반적인 노사협정으로 봄이 타당하고, 만약 일부 규정이 단체협약의 성격을 가지거나 교섭대표노동조합의 교섭권 및 협약체결권을 침해했다면 그 해당 규정에 한정하면 될 것이지 노사합의 그 자체를 대상으로 노사자치주의를 부정할 것은 아니다(이 사건 노사합의에는 이러한 규정조차 발견할 수 없다).

대법원은³⁾ “교섭창구단일화 및 공정대표 의무에 관련된 법령 규정의 문언, 교섭창구 단일화 제도의 취지와 목적, 교섭대표노동조합이 아닌 노동조합 및 그 조합원의 노동3권 보장 필요성 등을 고려하면, 교섭창구단일화 절차에서 교섭대표노동조합이 가지는 대표권은 법령에서 특별히 권한으로 규정하지 아니한 이상 단체교섭 및 단체협약 체결(보충교섭이나 보충협약 체결을 포함한다.)과 체결된 단체협약의 구체적인 이행 과정에만 미치는 것이고, 이와 무관하게 노사관계 전반에까지 당연히 미친다고 볼 수는 없다.”라고 판시하였듯이 이 사건도 마찬가지로 교섭대표노동조합의 교섭권의 범위는 이 사건 노사합의에 미치지 않는 것으로 보아야 한다.

② 다음은 본질적 의구심인데, 교섭대표노동조합이 아닌 소수노동조합은 「헌법」 제33조 제1항에서 보장하는 단체교섭권 및 단체협약체결권이 박탈되어 협약능력을 상실하는지이다. 설령 교섭대표노동조합의 대표 권한과 중복하여 소수노동조합이 사용자와 단체협약을 체결하였더라도 단결체의 형성과 더불어 원시적으로 발생하고 헌법상 단결체 자체에게 당연히 부여

3) 대법원 2019. 10. 31. 선고 2017두37772 판결.

되는 협약능력에 기해 체결된 것이므로 이의 효력을 부인할 필요는 없다고 본다. 노동조합법 제29조의2는 표제 그대로 '교섭창구단일화 절차'만을 규정한 것으로 교섭창구단일화 절차를 신속하게 진행시킴으로써 교섭대표노동조합의 선정을 둘러싼 소모적인 시간의 단축과 불필요한 논쟁을 불식시키고 신속하게 교섭대표노동조합을 확정하는 데에 목적이 있는 것이지, 소수노동조합 또는 창구 단일화 불참노동조합의 협약능력을 박탈하는 규정이 아니다. 다만 이 규정은 사용자가 교섭창구가 단일화가 되지 않은 상태에서 노동조합들의 교섭 요구나 소수노동조합 및 불참노동조합의 교섭 요구를 거부하는 것은 '정당한 이유'가 있는 것으로 보아 부당노동행위의 성립을 저지하는 데에 의미가 있다고 볼 수 있다.⁴⁾ 사용자가 임의로 응하여 교섭대표노동조합이 아닌 소수노동조합과 단체협약을 체결하였다면 이는 자율교섭(노동조합법 제29조의2 제1항)에 동의한 것과 마찬가지로 보아야 한다. 따라서 사용자와 소수노동조합이 체결한 단체협약이 노동조합 간의 차별행위로 인한 지배·개입의 부당노동행위에 해당하는 등의 특별한 사정이 없다면 그 효력을 부인해서는 아니 될 것이다.

「헌법」 제33조 제1항의 노동3권을 통해 보장하는 노사자치주의의 의미를 곱씹어 볼 때이다.

강선희(고려대학교 일반대학원 강사, 법학박사)

4) 강선희(2011), 「노동기본권과 소수 노동조합의 협약능력 및 단체협약의 효력에 관한 연구-교섭창구단일화를 중심으로」, 『노동법학』, 제38호, 한국노동법학회, pp.77~116 참조.

소수노동조합의 노사합의의 효력 여부와 쟁점

- 수원지방법원 성남지원 2023. 1. 31. 2022카합50288 결정 -

교섭대표 노동조합이 건재한 가운데 소수 노동조합이 사용자와 노사간담회 구성, 부당노동행위 방지, 보건 및 연차휴가 보장 등에 관한 협의를 하고 노사합의를 체결하였다면, 이것은 단체교섭 과정 및 단체협약이고 교섭대표 노동조합의 단체교섭권 및 단체협약체결권을 침해한 것인지 문제가 될 수 있다. 2023. 1. 31. 수원지방법원 성남지원은 2022카합50288 결정에서 교섭대표 노동조합(채권자)이 사용자(채무자)에게 신청한 노사협약 및 부속협약 효력정지가처분을 인용하여 이를 긍정하였다.

이에 대하여 소수 노동조합이 체결한 노사합의는 단체협약에 해당하는지, 만일 그렇다면 우리 헌법이 보장하고 있는 노동조합의 단체교섭권을 침해한 것은 아닌지 등 여러 쟁점이 제기될 수 있으며, 이 결정문에 대하여 다수의 리뷰 작성 신청이 접수되어 특집편으로 글들을 신기로 하였다.

본 사건의 사실관계는 다음과 같다. 채무자(사용자)는 2017. 10. 27. 설립되어 상시 5,000여 명의 근로자를 사용하여 주식회사 A의 가맹점인 B에 제빵 및 카페 기사 등의 인력을 공급하는 사업을 행하는 법인이다. 채권자는 채무자의 근로자를 조직 대상으로 하여 2017. 12. 8. 설립된 기업 단위 노동조합이다. C 노동조합은 전국의 화학·섬유·식품 산업에 종사하는 근로자를 조직 대상으로 하는 전국단위 산업별 노동조합이다. 채무자의 근로자 중 채권자 소속 조합원 수는 4,415명, C 노동조합 소속 조합원 수는 210명이다.

채무자는 각각 2022. 10. 4. 채권자로부터, 2022. 10. 7. C 노동조합 D 지회로부터 교섭 요구를 받고, 2022. 10. 12. 채권자와 C 노동조합 D 지회를 교섭요구 노동조합으로 확정, 공고하였다. 채무자는 2022. 11. 1. 채권자에게, 채권자가 채무자의 과반수 노동조합(교섭대표 노동조합)임을 통지하고, 이를 공고하였다.

채무자는 2022. 11. 3. C 노동조합 사이에 다음과 같은 내용의 노사 협약 및 부속 협약을 체결하였다.

노사 협약서

채무자와 C 노동조합(D 지회, 이하 'C 노조')은 2018. 1. 11. 함께한 사회적 합의 정신을 계승 발전시키고 회사와 C 노조 간의 상생문화 조성을 위해 상호 신뢰를 바탕으로 아래와 같이 협약한다.

1. 회사와 C 노조는 '사회적 합의 발전 협의체'를 발족하여 이전 합의 내용을 확인하고 발전방안을 모색한다.
2. 회사와 C 노조는 '노사간담회'를 구성한다.
3. 부당노동행위와 관련하여 대표이사가 사과한다.
4. 부당노동행위자는 인사 조치한다.
5. 회사는 노동조합 활동을 보장하기 위해 적극 지원한다.
6. 부당노동행위 재발 방지를 약속하며, 승진 평가는 차별없이 진행한다.
7. 회사는 신입직원에게 조합 선택의 기회를 공정하게 제공한다.
8. 자유로운 조합 선택과 관련하여 회사는 캠페인을 진행하고 정기적으로 알린다.
9. 보전 휴가와 연차 휴가는 현행보다 자유롭게 사용하도록 한다.
10. 회사는 점포 내 방송시스템을 통해서 점심시간을 알리고 보장하기 위해 노력한다.
11. 본 협약서 체결 후 회사와 C 노조는 상호 채무자와 관련된 모든 고소, 고발, 진정 등을 즉시 취하하고 C 노조는 I 사옥 주변에 설치한 시위 천막 등을 철거한다.

부속 협약서

1. [사회적 합의 발전 협의체 구성 및 역할]
 - 가. 사회적 합의 발전 협의체는 회사와 C 노조 각 3명 이내로 구성하며 상호 협의하여 간사를 둘 수 있다.
 - 나. 사회적 합의 발전 협의체에서는 사회적 합의를 발전시키기 위한 노사 관련 사항을 다루며 회사와 C 노조는 사회적 합의 이행을 회사가 제공하는 자료로 확인하고 확인결과를 통해 발전방안을 협의한다.
 - 다. 본 협약서에서 협의 완료되지 않은 건은 사회적 합의 발전 협의체에서 지속 협의한다.



라. 매 분기 1회 개최를 원칙으로 한다. 단, 2022년까지는 격주 1회 개최하고 2025년 타임오프 협의 완료 시 2024년까지 운영한다(협약 체결 후 2주 이내 구성한다.).

2. [노사 간담회]

회사와 C 노사 F 지회는 노사간담회를 각각 5인(총 10명)으로 구성하며 2개월마다 1회 진행하고 부득이한 경우 연기할 수 있다.

노사간담회는 고충처리 및 조합활동에 필요한 사항, 기타 근로환경과 관련된 사항을 의제로 다룬다(협약 체결 후 1개월 이내 구성한다.).

3. [사과]

회사는 부당노동행위에 대한 사과와 재발방지를 약속하는 사과문을 대표이사 명의로 점포제조시스템에 게시한다(협약 체결 1주 이내에 시행한다.).

4. [직무배제 및 징계조치]

노동위원회에서 부당노동행위로 판정받은 사업부장 6명과 제조장 3명 중에서 사업부장 1명과 제조장 3명에 대해 협약 체결 후 사규에 따라 1개월 이내에 해당 직무배제 및 징계조치하고 나머지 5명에 대해서는 조사결과 및 사규에 따라 징계한다. 징계 결과는 점포제조시스템에 공지한다.

추가 징계 인원은 '사회적 합의 발전 협의체'에서 논의한다.

5. [타임오프]

회사는 노동조합에 무급 전임 근로시간 면제자 1명(2,000시간)을 2024년까지 제공하고 2025년 이후 근로시간면제자는 '사회적 합의 발전 협의체'에서 협의한다.

6. [승진]

승진은 노조가입 여부와 상관없이 차별없이 진행한다.

7. [신입사원 노조 선택의 자유 보장]

신입사원 근로계약서 작성 시 모든 노동조합에게 동등한 설명 기회를 부여하고 현장에서 노동조합을 선택하여 가입하는 것을 원칙으로 한다. 회사는 모든 노동조합에 근로계약서 작성 일시 1주일 전까지 시간과 장소를 통보한다(협약 체결 후 2주 이내에 시행한다.).

8. [재발 방지]

회사는 노조 선택의 자유 및 부당노동행위를 방지하는 교육을 6개월에 1회 이상 실시한다. 교육은 회사 시스템(점포제조시스템, 문자 등)을 이용하여 진행한다. (협약 체결 후 문자발송은 1주 이내, 교육자료는 1개월 이내에 시행한다.)

9. [보건 및 연차 휴가]

회사는 보건휴가를 협약 체결 즉시 자유롭게 사용하고 연차휴가는 2023년 임금 협상 및 단체협약을 통해서 개선한다.

10. [점심시간 보장]

회사 직원들이 점심시간을 인지하고 충분한 식사 시간을 보장하기 위해서 매장 내 방송 시스템을 이용하여 점심시간 안내 방송을 매일 일정시간(11시 30분에서 13시 30분)에 3회 방송한다.

11. [고소, 고발 취해]

가. 본 협약서 체결 후 회사(☉)E, (☉)J 포함과 C 노조(소속 조합원 포함)는 B, (☉)E, (☉)J와 관련된 상호 모든 고소, 고발, 진정, 이의신청, 소제기, 항소, 항고 등 민사, 형사, 행정사건에 관한 법적 조치를 즉시 취하하고 민형사상 책임을 묻지 않는다.

나. C 노조는 I 사옥 주변에 설치한 시위천막 등을 철거하고 노사상생을 위해 노력한다.

다. 회사와 C 노조는 각종 소송비용에 대하여 법원의 판결과 무관하게 각각 부담한다. (협약 체결 후 1주일 이내 시행한다.)

12. [효력]

본 협약은 위 11. 가.항의 조치가 이행되지 않는 경우 효력이 발생하지 않는다.

13. [비공개]

부속협약서는 외부(언론, 외부단체 등)에 비공개한다.

사회적 대화로서 소수 노동조합과의 대화와 합의의 가치

- 수원지방법원 성남지원 2023. 1. 31.자 2022카합50288 결정 -

【결정요지】

사용자와 소수 노동조합 사이에 합의한 노사 협약서 및 부속 협약서는 단체교섭권 내지 단체협약체결권이 없는 그 소수 노동조합이 근로자의 노동조건 기타 근로자의 대우 또는 당해 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항으로 사용자가 처분할 수 있는 사항에 관하여 체결한 것으로, 교섭대표 노동조합의 단체교섭권 내지 단체협약체결권을 침해한 것이다. 따라서 법원은 그 노사 협약서 및 부속협약서의 효력을 정지하며, 사용자는 그 노사 협약서 및 부속협약서 상의 사회적 합의 발전 협의체 회의와 노사 간담회를 중지하라는 가처분 결정을 내린다.

2010년대 말 파리바게뜨 제빵기사의 불법파견 등 간접고용을 둘러싼 사회적 이슈가 주목되었다. 이를 해결하기 위해 2018년 1월 노사뿐만 아니라 다양한 사회적 주체가 참여한 사회적 합의를 이루어냈다. 합의 주체는 파리크라상(파리바게뜨 본사), 파리바게뜨 가맹점주협의회, 한국노총 공공연맹 중부지역 공공산업노동조합, 민주노총 전국화학섬유식품산업노동조합(이하 '화학섬유식품산업노조'), 더불어민주당 을지로위원회, 정의당 비상구, 시민사회대책위원회 등이다. 합의의 내용은, 파리크라상이 제빵기사를 직접 고용하는 것은 아니지만, 파리크라상과 가맹점주협의회 등의 합작회사(SPC 피비파트너즈, 이하 '피비파트너즈')인 자회사에 직접 고용하는 대신, 근로조건을 3년 내 파리바게뜨 본사 수준으로 맞춘다는 것이었다. 이후 그 사회적 합의가 제대로 이행되었는지 관해 피비파트너즈와 화학섬유식품산업노조 간에 대립했고, 그 과정에서 노조 와해와 승진 차별 등 부당노동행위 논란이 제기되었다. 결국 2022년 3월 피비파트너즈와 화학섬유식품산업노조는 위 대상판결에서 언급된 노사 협약서 및 부속 협약서를 체결하여 그 문제를 일 단락하였다. 그 합의의 핵심은 노사가 공동 협의체(사회적 합의

발전 협의체)를 꾸려 사회적 합의 이행 여부를 노사 공동으로 확인하고 발전방안을 모색하고, 노사 간담회를 구성한다는 것이다.

그런데 대상판결인 가처분 결정은 그 노사 협약서 및 부속 협약서의 효력을 정지하고, 사용자에게 그 노사 협약서 및 부속협약서상의 사회적 합의 발전 협의체 회의와 노사 간담회를 중지하라고 명령한다. 그 이유는 교섭창구 단일화 절차를 거쳐 정해진 교섭대표노동조합(한국노총 전국식품산업노동조합연맹 피비파트너즈노동조합)의 단체교섭권 내지 단체협약체결권을 침해한 것이기 때문이라고 본다. 그 결정에 따르면, 노사 및 정치적 세력, 시민 세력이 동참한 사회적 합의라는 그 시작이, 그 결말에서는 교섭대표노동조합의 단체교섭 활동에 전적으로 맡기는 모양새가 된다. 따라서 다른 노동조합은 사용자와 만나 노사 현안에 관해 대화하더라도, 소수 노동조합이므로, 대화의 결과로 노사가 합의하거나 그 합의를 실현하여서는 안 된다. 사용자는 소수 노동조합으로부터 의견을 듣더라도 합의는 교섭대표노동조합과만 하여야 한다. 필자는 이러한 해석에 대해, 노동의 국면에서의 나타나는 다양한 모습의 사회적 대화들을 법이라는 도구로 억압하는 것이 될지 우려된다. 이는 궁극적으로 집단적인 노사관계의 발전과 안정에 도움이 되지 못하기 때문이다.

역사적으로 볼 때, 집단적 노사관계의 국면에서 근로자들은 임금, 근로시간, 고용, 조합활동 등 다양한 요구들을 원해왔고, 사용자와 이해관계에서의 대립이 있어왔으며, 그러한 현안들을 대화를 통해 합의하고 그 합의를 따르는 방식으로 해결되어 왔다. 그러한 대화에는 노사 당사자뿐만 아니라 정부 관계자, 정치인, 종교인, 사회 명망가 등 다양한 사람들이 참여하여 대화의 성공을 도모하였다. 사회적인 대화들을 통해 문제를 해결할 수 있다는 지혜는 인류의 소중한 문화유산이다.

노사 당사자가 주기적으로 만나 협상하여 임금협약·단체협약을 체결하는 단체교섭은 사회적 대화들 중에 법 제도로서 정착된 하나의 모습이다. 노사 간의 단체교섭과 단체협약의 체결은 소중한 법 제도이다. 비록 법 제도로 정착되지 못하였다 하더라도, 노사 간의 현안을 해결하기 위해 다양한 모

습으로 나타나는 사회적 대화들도 소중하다. 대화의 경험과 그 결과의 축적은 사업장, 지역 또는 국가적 차원에서 새로운 제도를 형성할 수 있는 계기나 토대가 될 수 있기 때문이다. 그러므로 다양한 사회적 대화들의 가능성을 부정하고, 노동조합법으로 구체화한 단체교섭과 단체협약의 틀만을 고집하는 우매함을 경계하여야 한다.

노동조합법 제33조(기준의 효력) 조문은 다음과 같이 규정하고 있다. 제1항은 “단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준을 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다.”이고, 제2항은 “근로계약에 규정되지 아니한 사항 또는 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준에 의한다.”이다. 이를 단체협약의 규범적 효력이라 부른다. 노사합의가 서면으로 작성하여 당사자 쌍방이 서명 또는 날인하는 형식성을 갖추는 것을 전제로(노동조합법 제31조 제1항 참조), 그러한 노사합의의 법적인 효력에 대해, 합의한 노사 당사자 간의 관계를 넘어 그 노사합의가 적용되는 근로자들에게 직접적으로 법적인 효력을 발생시킨다는 것이 규범적 효력의 본질이다. 단체협약에서 정하고 있는 근로자들의 근로조건을 실현하기 위해 근로자가 사용자에 대해 직접 이행청구 소송을 제기할 수 있는 등, 법적인 강제 수단을 이용할 수 있다는 점에서, 규범적 효력은 단체협약의 실현에 중요한 도움이 된다. 그렇다고 해서 노사합의가 단체협약으로서의 규범적 효력이 있는 경우만이 그 존재 의의가 있는 것은 아니다. 법원을 통한 강제 단계를 논하기 이전에, 노사합의 내용을 노사 당사자 및 그 구성원들이 존중하고 이에 따른다면, 그 노사합의는 실현되는 것이다. 따라서 규범적 효력이라는 틀로 설명되지 않는 노사합의에 대해, 단체협약도 아니고, 법적으로 지지할 필요도 없으며, 나아가 법적으로 무효라고 선불리 선언한다면, 법 또는 법의 해석이라는 미명 아래, 집단적 노사 자치를 훼손하려는 오만일 뿐이다.

노동조합법 제29조의2(교섭창구단일화 절차) 제1항은 “하나의 사업 또는 사업장에서 조직형태에 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우 노동조합은 교섭대표노동조합(2개 이상의 노동조합 조합

원을 구성원으로 하는 교섭대표기구를 포함한다. 이하 같다.)을 정하여 교섭을 요구하여야 한다.”고 규정하며, 제29조(교섭 및 체결권한) 제2항은 “제29조의2에 따라 결정된 교섭대표노동조합(이하 “교섭대표노동조합”이라 한다.)의 대표자는 교섭을 요구한 모든 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다.”고 규정한다. 교섭창구 단일화 제도는 효율적이고 안정적인 단체교섭 체계를 구축하는 데에 그 주된 취지 내지 목적이 있고,¹⁾ 아울러 소속 노동조합과 관계없이 조합원들의 근로조건을 통일하기 위한 것이므로 소수 노동조합의 단체교섭권을 제한함에도 위헌은 아니다.²⁾ 그런데 한편으로는 단체교섭권 등 노동3권은 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적인 권리이며, ‘국가에 의한 자유’가 아니라 ‘국가로부터의 자유’가 보다 강조되어야 하므로, 노동관계법령을 입법할 때에는 이러한 노동3권의 헌법적 의미와 직접적 규범력을 존중하여야 하고, 이렇게 입법된 법령의 집행과 해석에 있어서도 노동3권의 본질과 가치가 훼손되지 않도록 하여야 한다.³⁾

- 1) 대법원은 “노동조합법이 이처럼 복수 노동조합에 대한 교섭창구 단일화 제도를 도입하여 단체교섭 절차를 일원화하도록 한 것은, 복수 노동조합이 독자적인 단체교섭권을 행사할 경우 발생할 수도 있는 노동조합 간 혹은 노동조합과 사용자 간 반목·갈등, 단체교섭의 효율성 저하 및 비용 증가 등의 문제점을 효과적으로 해결함으로써, 효율적이고 안정적인 단체교섭 체계를 구축하는 데에 그 주된 취지 내지 목적이 있다.”고 설명한다(대법원 2017. 10. 31. 선고 2016두36956 판결 등).
- 2) 헌법재판소는 “교섭창구단일화제도는 근로조건 결정권이 있는 사업 또는 사업장 단위에서 복수 노동조합과 사용자 사이의 교섭절차를 일원화하여 효율적이고 안정적인 교섭체계를 구축하고, 소속 노동조합과 관계없이 조합원들의 근로조건을 통일하기 위한 것으로, 교섭대표노동조합이 되지 못한 소수 노동조합의 단체교섭권을 제한하고 있지만, 소수 노동조합도 교섭대표노동조합을 정하는 절차에 참여하게 하여 교섭대표노동조합이 사용자와 대등한 입장에 설 수 있는 기반이 되도록 하고 있으며, 그러한 실질적 대등성의 토대 위에서 이뤄낸 결과를 함께 향유하는 주체가 될 수 있도록 하고 있으므로 노사대등의 원리 하에 적정한 근로조건 구현이라는 단체교섭권의 실질적인 보장을 위한 불가피한 제도라고 볼 수 있다.”고 설명한다(헌법재판소 2012. 4. 24. 2011헌마338 결정).
- 3) 대법원은 “헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 규정함으로써 노동3권을 기본권으로 보장하고 있다. 노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비

그러므로 소수 노동조합과 사용자가 임의로 교섭하여 합의에 이르고 그 합의를 실현하는 모습이, 교섭대표노동조합이 단체교섭을 하는 권한을 구체적으로 어떻게 침해하였는지를 고려하여 성실교섭의무 위반 내지 단체교섭거부의 부당노동행위에 해당하는지 여부를 신중하게 판단하여야 한다. 그 노사합의에 따라 사용자가 소수 노동조합만 배려하는 조치들이 교섭대표노동조합 또는 다른 노동조합에 대해 구체적으로 어떠한 불합리한 차별을 초래하였는지를 고려하여 지배·개입의 부당노동행위에 해당하는지 여부를 신중하게 판단하여야 한다. 또한 교섭대표노동조합이 체결한 단체협약의 규범적 효력을 구체적으로 어떻게 침해하였는지를 고려하여 소수 노동조합과의 노사합의의 효력의 유무를 신중하게 판단하여야 한다. 그러한 해석 판단의 장에서는 헌법이 보장하는 노동3권의 질서와 집단적 노사관계에서의 노사자치를 존중하는 방법을 더욱 고민하여야 한다.

사용자가 소수 노동조합과 대화하여 노사합의를 이루고 실현하는 것도 사회적 대화의 한 모습으로서 나름의 소중한 가치가 인정된다. 다양한 모습으로 등장하는 사회적 대화들이 단체교섭 및 단체협약이라는 법제도의 발전에도 도움이 될 수 있다는 역사적인 가치 평가를 사법부도 겸허히 받아들이는 지혜가 필요하다.

김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다. 노동조합법 제1조가 '이 법은 헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여' 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 도모함을 목적으로 한다고 규정하고 있는 것도 이러한 차원에서 이해할 수 있다. 특히 노동3권 중 단결권은 결사의 자유가 근로의 영역에서 구체화된 것으로서(헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2011헌바53 전원재판부 결정 등 참조), 연혁적·개념적으로 자유권으로서의 본질을 가지고 있으므로, '국가에 의한 자유'가 아니라 '국가로부터의 자유'가 보다 강조되어야 한다. 따라서 노동관계법령을 입법할 때에는 이러한 노동3권, 특히 단결권의 헌법적 의미와 직접적 규범력을 존중하여야 하고, 이렇게 입법된 법령의 집행과 해석에 있어서도 단결권의 본질과 가치가 훼손되지 않도록 하여야 한다."고 설명한다(대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결). 단결권뿐만 아니라 다른 노동3권인 단체교섭권, 단체행동권도 마찬가지로 존중되어야 한다.

교섭창구단일화 제도에서 소수노조가 체결한 노사협약의 효력

- 수원지방법원 성남지원 2023. 1. 31.자 2022카합50288 결정 -

【결정요지】

단체교섭 내지 단체협약체결권의 대상에 관하여, 단체교섭권 내지 단체협약체결권을 가지는 교섭대표 노동조합 없이, 사용자가 단체교섭 내지 단체협약체결권이 없는 소수 노동조합과 이 사건 협약의 체결에 관하여 교섭을 하고 이 사건 협약을 체결하는 것은 교섭대표 노동조합의 단체교섭권 내지 단체협약체결권을 침해하는 것이라 할 것이다.

1. 체결 경위

이 사건 회사는 2017년 10월경 설립되어 상시 5,000명의 근로자를 고용하여 관계회사에 제빵 및 카페 기사 등의 인력을 공급하는 사업을 행하는 법인이다. 이 회사의 근로자 중 약 4,000명 이상이 기업단위 노동조합인 다수노조에 조합원으로 가입해 있으며, 근로자 약 210명은 소수노조인 전국단위 산업별 노동조합에 조합원으로 가입에 있다. 이 회사는 노조법상 교섭창구단일화 절차에 따라 2022. 11. 1. 다수노조에게 과반수 노동조합임을 통지하고 이를 공고하였다.

관계회사는 불법파견 문제를 해결하기 위해 제빵기사 등을 이 사건 회사에 고용하기로 하는 등의 내용으로 사회적 합의를 하였다. 그러나 2021년부터 소수노조와 이 사건 회사 간 갈등이 시작되었고 10차례 이상 논의를 거듭하여 2022. 11. 3. 이 사건 노사협약 및 부속협약을 체결하였다. 이것에는 위 사회적 합의 이행, 부당노동행위 중지, 휴가·휴식권의 보장, 노사 간담회 개최 등의 내용¹⁾이 포함되어 있다.

1) 이에 관한 자세한 사항은, 강선희(2023), 「소수노동조합의 노사합의는 무효라는 효력정지 가치분 결정」, 『노동리뷰』 2023년 5월, 한국노동연구원 참조.

이에 다수노조는 회사와 소수노조를 상대로 노사협약이 무효라는 소송을 제기하면서, 회사를 상대로 노사협약 효력정지 가처분을 신청하였다. 가처분 절차의 특성상 신청인 다수노조와 피신청인 회사인 간에 진행되므로 소수노조가 이 절차에 참여하지 못했으나, 회사는 노사협약의 과정과 효력에 관해 법률적으로 충분히 주장하였을 것이다.

2. 법원의 판단²⁾

신청인 다수노조의 주장을 받아들여 ‘노사 협약서 및 부속협약서의 효력을 정지하고, 사회적 합의 발전 협의체 회의와 노사 간담회를 중지한다.’라는 결정을 하였다. 결정문 이유는 관련 법리, 구체적 판단으로 구성되어 있다.

1) 관련 법리에서, 교섭창구단일화 절차에 참여한 노동조합과 조합원에 대한 공정대표 의무, 단체교섭의 대상이 되는 단체교섭사항에 해당하는지 여부, 헌법 제33조 제1항에서 보장된 노동3권을 설명하고 있다.

2) 구체적 판단에서, 이 사건 협약을 주체, 내용, 다수노조와 회사 체결된 단체협약 관계 등으로 나누어 판단하며, 이 사건 협약은 단체교섭권 내지 단체협약체결권이 없는 소수노조가 근로자의 노동조건 기타 근로자의 대우 또는 당해 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항으로 사용자가 처분할 수 있는 사항에 관하여 체결한 것으로 다수노조의 단체교섭권 내지 단체협약체결권을 침해한 것이라고 결정했다.

3. 검토

교섭창구단일화 제도 아래에서 교섭대표노조인 다수노조와 소수노조가 입장이 대립하며, 기존에 체결된 사회적 합의 이행 여부를 두고 회사와 소수노조가 갈등을 겪자, 회사는 이를 해결하려는 취지에서 노사협약을 체결하였다. 그런데, 법원은 이 사건 노사협약을 단체협약으로 파악하고 다수노조

2) 이 가처분 결정에 대해 회사가 이의를 제기하였으나 기각되었다.

의 단체교섭권 내지 단체협약체결권을 침해하였다고 판단했다. 따라서 이를 단체협약으로 파악할 수 있는지, 교섭창구단일화제도 아래에서 다수노조와 입장이 다른 경우 소수노조는 어떤 활동을 할 수 있으며, 어떻게 보호 받을 수 있는지가 문제된다.

가. 이 사건 노사협약은 단체협약인가?

단체협약은 노동조합과 사용자 사이에 근로조건 기타 노사관계사항에 관해 단체교섭이라는 집단적 거래의 결과를 문서로 합의한 것을 의미하고, 반드시 정식의 단체교섭절차를 거쳐서 이루어져야만 하는 것은 아니다. 단체교섭과 단체협약의 대상은 광의로는 근로자의 경제적·사회적 지위 향상에 관련되는 사항을, 협의로는 근로자의 근로조건 유지·개선에 필요한 내용과 활동으로 파악할 수 있다. 이러한 내용에 대해 노사가 합의하고 서면으로 체결하는 경우 단체협약으로 파악될 것이다. 예컨대, 노사가 '경영상 해고를 하지 않는다 또는 서로 합의하여 구조조정을 한다.'는 취지의 고용안정협약도 법적 성격은 단체협약으로 판단될 수 있다.

첫째, 회사는 이 사건 협약 체결 당시 다수노조에게 과반수 노동조합임을 통지하고 이를 공고하였다. 교섭창구단일화제도로 인해 교섭대표노조가 협약 체결의 주체가 되겠으나 공동교섭 또는 개별교섭인 경우는 소수노조 등도 가능하다. 둘째, 노사가 어떤 내용 대상으로 진행할 때 단체교섭으로 파악할 것인지, 어떤 내용을 담고 있을 때 단체협약으로 판단되는 것인지 법리적 판단은 어려운 문제가 아니다. 그러나 다수노조와 소수노조 그리고 회사가 입장이 대립하는 상황에서 체결된 노사협약의 법적 성격을 판단하는 것은 어렵고 예민한 문제이다. 위와 같이 주체와 내용의 관점에서 보면, 이 사건 노사협약은 단체협약으로 볼 수 있고, 이는 교섭대표노조인 다수노조의 단체교섭권과 단체협약체결권을 침해하였다고 판단할 여지는 충분히 있어 보인다.

그러나, 이 사건 회사에서 근무하던 근로자들이 조합원으로 가입한 상태를 기준으로 다수노조와 소수노조로 판단되지만, 소수노조는 2017년부터

불법파견 문제를 강하게 거론하여 사회적 합의를 도출하는데 큰 역할을 하였고, 회사와 사회적 합의 이행을 두고도 갈등을 겪어 왔기 때문에, 회사도 소수노조와 그 해결의 필요성과 내용을 인정하여 이 사건 노사협약 및 부속 협약서를 체결하였던 것으로 파악된다. 이렇게 이 사건 협약의 체결 경위, 그 내용 등을 종합적으로 고려하면, 이 사건 협약의 체결이 단체협약의 체결로 판단할 수 있는지, 또한 다수노조가 가진 단체교섭권 내지 단체협약체결권을 침해하였다고 판단할 수 있는지는 의문이다. 이에 관한 면밀한 검토가 필요하다.

나. 교섭창구단일화제도에서 소수노조는 어떻게 보호해야 하는가?

교섭창구단일화 제도는 복수노조의 허용시 문제점을 완화하고자 하는 측면에서 도입된 제도라는 긍정적인 측면도 있으나, 제도의 도입시부터 우려하였던 다양한 문제점³⁾도 있다. 예컨대, 사용자의 적극적인 노무관리와 친기업 노조 활동, 특정한 내용에 관해 다수노조와 소수노조의 대립하는 경우 공정대표의무의 한계, 소수노조는 자생적인 활동을 하기 어려워 노동기본권이 제한되는 점 등이다.

첫째, 공정대표의무는 소수노조를 보호하기 위해 중요하다. 이는 교섭대표노조와 사용자가 단체교섭을 하고 단체협약을 체결하는 등 일련의 과정에서 소수노조의 의견을 충분히 수렴하는 등의 절차적 측면, 협약의 구체적인 내용을 정함에 있어서도 합리적인 이유 없이 소수노조를 차별하지 않을 실제적인 공정대표의무를 포함한다. 이 사건처럼 다수노조와 소수노조의 입장이 다른 경우 이를 공정대표의무로 해결하기 어려운 점이 노출이 되어 소수노조의 보호에 한계로 파악된다.

둘째, 소수노조는 노동기본권이 제한되어 위헌이라고 주장했지만, 헌법재판소는 재판관 8명의 의견이 동일하게 기각되었으며, 교섭창구단일화를 “단체교섭권의 실질적인 보장을 위한 불가피한 제도”라고 판단⁴⁾했다. 이에

3) 민주노총, 복수노조 창구단일화제도 위헌성(노동3권 침해사례), 2022.1. 참조.

4) 헌재 2012. 4. 24.자 2011헌마338 결정.

소수노조의 보호를 충분히 고려하지 못한 결정이라는 비판이 있었고, 현재도 헌법재판소에서 진행 중인 사건이 있다. 헌법재판소의 합헌 결정에도 불구하고, 소수노조는 단체교섭권과 쟁의권이 제한되고 있는데, 이것은 노동기본권의 본질적인 내용을 침해하는 것으로 헌법 제37조 제2항에 해당될 수 있다. 이것을 극복하기 위해서는 교섭창구단일화 절차를 인정하더라도 이에 관한 제도적 개선 또는 해석으로 보완이 요청된다고 생각한다. 이런 점에서 이 사건을 어떻게 해결하는 것이 교섭창구단일화 제도를 유지하면서도 소수노조를 보호할 수 있는지 문제 의식을 가지게 된다. 향후 이 사건의 본안 재판에서 다수노조와 소수노조 그리고 회사의 대응, 특히 법원의 판단도 주목된다.

박수근(한양대학교 법학전문대학원 명예교수)

소수노조의 사회적 합의와 단체협약

- 수원지방법원 성남지원 2023. 1. 31.자 2022카합50288 결정 -

【결정요지】

소수노동조합과 사용자가 체결한 노사합의(노사협약서 및 부속협약서)는 단체교섭권 내지 단체협약체결권이 없는 소수노동조합이 근로자의 노동조건 기타 근로자의 대우 또는 당해 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항으로 사용자가 처분할 수 있는 사항에 관하여 체결한 것으로 교섭대표노동조합의 단체교섭권 내지 단체협약체결권을 침해한 것이라고 할 것이다.

2018년 1월 11일 파리크라상은 불법파견 문제를 해소하기 위해 사회적 합의를 체결했다.

2017년 9월, 고용노동부는 파리크라상이 파리바게뜨 제빵기사를 불법 파견하고 있다면서 근로자 5,400여 명을 직접고용하라고 시정 지시했다. 노조와 시민사회단체, 정당, 가맹점주, 회사가 함께 협의한 후, 파리크라상은 자회사인 피비파트너즈를 설립해 이들을 고용하기로 했다. 피비파트너즈에 고용된 근로자들의 임금은 3년 안에 본사와 동일한 수준으로 맞추기로 했다.

그러나 3년이 지난 2021년, 지회와 회사 간 갈등이 나타나기 시작했다. 회사는 사회적 합의 이행이 완료됐다고 홍보했지만, 지회는 그렇지 않다고 반박했다. 지회는 임금에 관한 합의 외에도 근로자 처우 개선을 위한 노사 협의체 운영, 불법파견에 대한 유감 표명, 부당노동행위 시정 등 대다수 합의 내용이 이행되지 않았다고 주장했다.

지회와 회사는 입장 차를 좁히지 못하다가 2022년 10월에 협의를 다시 시작하였고, 10차례에 걸친 논의 끝에 2022. 11. 3. 시민사회의 지원으로 다시 합의를 도출하였다. 지회는 민주노총 화섬식품노조 소속으로, 현재 피비파트너즈 지회의 조합원 수는 210명이고, 피비파트너즈의 교섭대표노조는

4,515명이 가입한 한국노총 피비파트너즈노동조합이다.

리뷰 대상 결정은 교섭대표노조인 피비파트너즈노조가 지회와 사용자가 체결한 노사합의는 실질적인 단체협약에 해당하므로 교섭대표노조의 단체교섭권 및 단체협약체결권을 침해한다며 신청한 효력정지 가처분을 인용(노사합의 효력 정지 및 사회적 합의 발전 협의체 회의와 노사 간담회 중지)한 것이다.

법원은 지회와 회사의 노사합의가 교섭대표노조의 단체교섭권 및 단체협약체결권을 침해한다는 논거로, ① 교섭창구단일화 제도하에서 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합은 독자적으로 단체교섭권을 행사할 수 없고(즉, 지회는 교섭대표노동조합이 아니고), ② 이 사건 협약은 근로자의 노동조건 기타 근로자의 대우 또는 당해 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항으로 단체교섭 내지 단체협약체결의 대상이며, ③ ‘단체교섭권 내지 단체협약체결권’이 없는 지회가 협약의 체결에 관하여 교섭을 하고 체결한 것은 교섭대표노동조합의 단체교섭권 내지 단체협약체결권을 침해한다는 점을 들고 있다.

이 결정에는 다음과 같이 몇 가지 문제점들이 있다.

1) 단체교섭권과 단체행동권은 헌법상의 권리로 노조법의 교섭창구단일화제도로 인해 사라지지 않는다. 법원이 결정문에서 사용한 “단체교섭권 내지 단체협약체결권이 없는 지회”라는 표현은 잘못된 표현이다.

2) 사용자가 임의로 응하여 교섭대표노동조합이 아닌 소수노동조합과 단체협약을 체결한 것의 효력에 관한 문제이다.

3) 회사와 지회가 시민사회단체, 정당, 가맹점주 등과 함께 체결한 사회적 합의가 단체협약에 해당하는가의 문제이다.

다만, 본 리뷰에서는 제목에서 밝힌 바와 같이 3) 사회적 합의와 단체협약의 관계에 대해서만 살펴보기로 한다.

사회적 합의(social consensus)란 다양한 사회적 갈등 상황에서 사회의 주

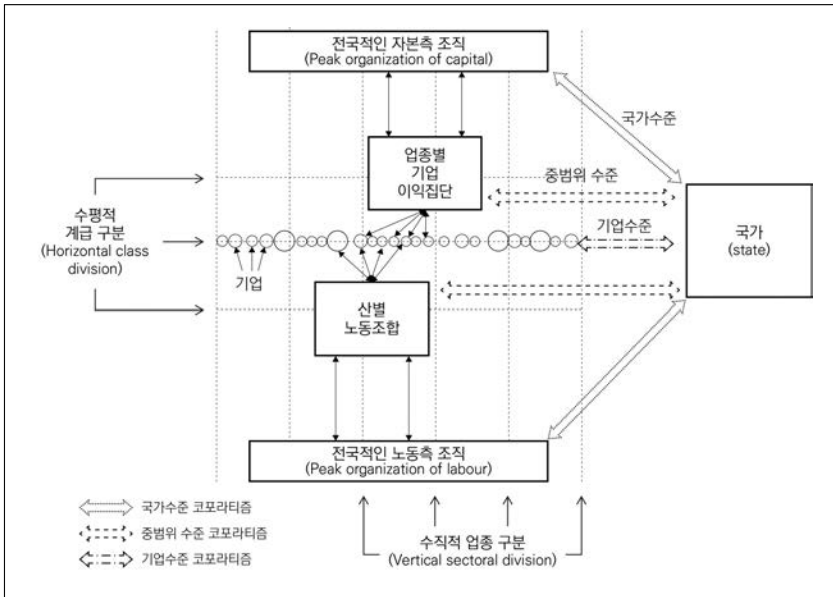
요 주체들이 이를 해결하기 위해 각자의 이해관계를 조율하고 조정하여 일정 수준의 동의를 이루는 것을 의미한다.¹⁾ 이는 사회구성원 사이에서 이루어지는 여러 형태의 협력적 노력(collaborative efforts)을 포괄하는 개념이지만(Innes and Booher, 1999), 기본적으로 강제력에 의존하지 않고 사회적 갈등이 해소되는 과정을 의미하며 사회 전체의 문제해결 능력을 의미하기도 한다(Susskind and Field, 1996). 특히, 공식적인 사회적 합의는 체계적 성격을 지니며 사회 규범의 내면화 과정이라는 점에서 단순히 갈등 해소의 최종산물(end-product)이 아니라 갈등을 해소해가는 연속적 과정으로 이해될 수 있다.²⁾

우리나라에서 가장 일반적으로 사용되는 ‘사회적 합의’는 노동자와 사용자가 참여하는 공공정책의 결정 과정을 의미한다. 노사정위원회에서 social corporatism을 사회적 합의주의로 번역한 이후로는 많은 이들이 이러한 개념을 받아들이고 있다.³⁾ 즉, 사회적 합의(social corporatism)란 노조와 기업 등 주요 이익집단들이 국가 정책결정에 참여하고 협력하는 방식, 즉 ‘노·사·정 3자(tripartite) 협력체제’로 정의할 수 있다(Lehmbruch, 1984; Regini, 1984). 이처럼 사회적 합의를 국가수준으로 한정하면 사회적 합의란 정치적 교환이나 거시적 협상에 관한 거시적 협력의 특수한 형태로서 상호 연결된 정책영역(소득, 노동시장, 재정, 사회정책)에 관해 협상하고 그 결과로 나타난 합의를 의미한다. 우리나라에서도 사회적 합의 또는 사회협약은 대체로 임금, 고용, 그리고 사회복지를 둘러싼 노사정 간 정치적 교환의 결과 형성된 국가수준의 합의로 이해되고 있다.⁴⁾

국가수준 사회적 합의에 참여하는 행위자들은 국가수준에서 경제와 사회

-
- 1) 김주현·박명준(2013), 「사회의 질과 사회적 합의 지향성의 효용」, 『국제지역연구』 제22권 제3호, 서울대학교 국제학연구소, p.93.
 - 2) 이호영 외(2006), 『사회적 합의 수준 제고방안』, 『정보통신정책연구원 연구보고서』, p.27.
 - 3) 정상호(2020), 「한국의 ‘지역의 사회적 협의’에 관한 연구」, 『NGO연구』 제15권 제3호, 한국NGO학회, p.190.
 - 4) 이종수·임상훈(2017), 「한국영화산업에서 사회적 합의의 발전에 관한 연구」, 『산업관계연구』 제17권 제1호, 한국고용노사관계학회, p.55.

문제들을 해결하려고 하며, 광범위한 총체적 이익을 갖는 사회적 계층과 직종들을 대표하는 집단들이 포함된다. 한편, 업종별 사회적 합의에서는 주요 행위자에 ‘중앙부처’가 포함될 수 있으며, 해당 업종이나 지역을 관할하는 기관이 포함된다(Cawson, 1986). Cawson에 의하면, 노·사·정 3자간 전국적 수준뿐 아니라 업종, 기업수준에서도 사회적 합의가 가능하다.



자료 : Cawson(1985)

이러한 사회적 합의의 정의 및 설명에 따르면, 회사와 지회가 시민사회단체, 정당, 가맹점주 등과 함께 체결한, 법원의 결정에 의하면 ‘단체협약’인 노사합의는 ‘기업수준의 사회적 합의’인 것이다. 법원은 노사합의를 단체협약이라 보고, 교섭대표노동조합의 단체교섭권 내지 단체협약체결권을 침해한 소수노조의 단체협약 체결은 무효라는 취지로 판단했지만, 지회와 회사의 노사합의는 2018년 사회적 합의 이행과 관련된 후속 사항들과 부당노동행위에 대해 사과하고 재발을 방지하자는 내용이 담겨있는 사회적 합의이다.

앞에서 살펴봤듯이, 사회적 합의는 기본적으로 강제력에 의존하지 않고 사회적 갈등이 해소되는 과정을 의미한다. 피비파트너즈의 경우에도 2018년에 사회적 갈등을 노조와 시민사회단체, 정당, 가맹점주, 회사가 함께 협의한 후 해소하기 위한 노력의 일환으로 사회적 합의를 체결한 것이다. 그리고 2018년의 사회적 합의 내용이 이행되지 않자 2022년 10월에 다시 협의를 시작하여 다시 사회적 합의를 체결한 것이다.

이에 대해서 법원은 사회적 합의의 성격이나 내용에 대한 검토 없이 단지 그 내용에 근로자의 노동조건 기타 근로자의 대우 또는 당해 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항이 있다는 이유로 교섭대표노조의 단체교섭 및 단체협약체결권 침해라고 판단하였다. 이는 노사가 체결한 것은 무조건 단체협약이라는, 획일적인 도식화로 분쟁을 해결하는 기관인 법원의 책임을 방기하는 무책임한 결정이라 생각한다. 법원의 결정에 따라 노사합의 효력이 정지되고 사회적 합의 발전 협의체 회의와 노사 간담회는 중지되었다. 그 결과 사회적 합의로 사회적 갈등이 해소되는 과정도 중단되었다.

지회와 회사의 노사합의를 사회적 합의가 아니라 단체협약으로 보더라도 단체교섭권은 노동조합이 갖는 헌법상 권리인데, 결정문 내용에서 “단체교섭권 내지 단체협약체결권이 없는 지회”라는 표현은 소수노조의 헌법상 단체교섭권 자체를 형해화시키는 것으로 위헌적 표현이다.

사족으로 한 마디 더하자면, 이 사건은 교섭대표노조인 피비파트너즈노조가 지회와 사용자가 체결한 노사합의에 대해 효력정지 가처분을 신청한 것이다. “만국의 노동자여, 단결하라”라는 <공산당 선언>의 문구는 상상 속의 유니콘 같은 것인가...라는 생각에 입맛이 쓰다.

신수정(대전대학교 연구교수)

법상 보장된 기본 권리 실현을 위한 소수노동조합의 노동3권과 교섭창구단일화 제도

- 수원지방법원 성남지원 2023. 1. 31.자 2022카합50288 결정 -

【결정요지】

일반적으로 구성원인 근로자의 노동조건 기타 근로자의 대우 또는 당해 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항으로 사용자가 처분할 수 있는 사항은 단체교섭의 대상인 단체교섭 사항에 해당한다고 봄이 상당하다.

이 사건 협약은 단체교섭권 내지 단체협약체결권이 없는 소수 노동조합이 근로자의 노동조건 기타 근로자의 대우 또는 당해 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항으로 사용자가 처분할 수 있는 사항에 관하여 체결한 것으로, 교섭대표노동조합의 단체교섭권 내지 단체협약체결권을 침해한 것이라고 할 수 있다.

1. 이 사건 노사합의는 단체교섭 내지 단체협약체결의 대상인가?

이 사건에서 사용자인 피비파트너즈와 이 사용자 사업장에서 소수노조인 B 노동조합의 C 지회(이하 C 지회)를 대표하는 B 노동조합이 맺은 노사협약서 및 부속협약서(이하 이 사건 노사합의)의 내용을 검토해본다. 이 노사합의는 11개 항으로 되어 있다. 이 11개 항 중 3개 항(3항, 4항, 6항)은 이 사건 사용자가 행한 부당노동행위를 인정하며 이에 대한 조치와 재발방지를 내용으로 하고 있다. 다른 3개 항(5항, 7항, 8항)은 C 지회의 조합활동을 보장하고, C 지회에게 노동조합 활동 보장의 기회를 공정하게 보장하는 것을 내용으로 한다. 이는 노동조합 및 노동관계법상 공정대표의무에도 밀접하게 관련된 문제로 보인다. 그리고 다른 2개 항은 연차휴가와 점심시간 보장에 대한 것으로 근로기준법상 근로자의 권리를 실현하는 것을 내용으로 한다. 나머지 3개 항은 이 사건 사용자와 B 노동조합의 법적 분쟁의 취하와 시위

의 중단을 내용으로 하거나(11항), 이 사건 사용자와 B 노조 사이의 협의체(‘사회적 합의 발전협의체’와 ‘노사간담회’)의 구성을 합의하는 내용이다(제1항과 제2항). 부속합의서는 13개 항으로 구성되는데, 앞의 노사합의를 구체적으로 이행하는 것을 내용으로 한다. 이상으로 보면 이 사건 노사합의는 관련 노동법(노동조합 및 노동관계조정법과 근로기준법)의 위반을 시정하고 이의 재발을 방지하기 위한 것임을 알 수 있다. 왜냐하면 이 노사합의의 내용은 개별 근로자에게 보장된 근로기준법의 권리와 노동조합 및 노동관계조정법상 부당노동노동행위 및 공정대표의무에 대한 것이기 때문이다.

이 사건 법원은 위 노사합의가 “근로자의 노동조건 기타 근로자의 대우 또는 당해 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항”이고, “단체교섭 내지 단체협약체결의 대상이 아니라고 보기 어렵다.”고 판단하였다. 이 사건 노사합의가 근로조건에 대한 것이고 집단적 노사관계에 대한 것도, 이 사건 교섭 대표노동조합인 B 노동조합이 위 노사합의의 내용으로 단체교섭을 하고 합의를 할 수 있다는 점에서 이 사건 법원의 이와 같은 판단은 부정될 수 없을 것이다.

2. 이 사건 노사합의는 교섭대표노동조합의 단체교섭 및 단체협약 체결권을 침해하였는가?

이 사건 법원은 이와 같은 판단에 근거하여 이유를 전혀 실시하지 않고 바로 B 노동조합 C 지회가 이 사건 노사합의를 위한 교섭을 하고 노사합의를 체결한 것은 A 노동조합의 단체교섭권 내지 단체협약체결권을 침해하는 것이라고 판단하였다. 그러나 노사합의의 내용이 단체교섭 및 단체협약 체결의 대상이라는 이 사건 법원의 판단이 인정된다고 하더라도 이에 대해 소수노조인 B 노동조합 C 지회가 교섭하고 이 사건 노사합의를 체결한 것이 A 노동조합의 단체교섭권 내지 단체협약체결권을 침해한 것이라고 볼 수 없다. 왜냐하면 B 노동조합 C 지회는 A 노동조합과 중복적으로 위 노사합의 내용에 대하여 교섭하고 노사합의를 체결할 수 있기 때문이다. 그 이

유는 다음과 같다.

우선 B 노동조합 C 지회는 자신들의 조합원과 관련하여 근로기준법상 보장된 연차휴가와 휴게시간이 실질적으로 보장되도록 요구하고 이에 대해 교섭할 수 있다고 보아야 한다. 연차휴가와 휴게시간의 보장과 실현은 교섭 대표노동조합이든지 소수노동조합이든지에 관계없이 노동조합이 자신들의 조합원들을 위하여 할 수 있고, 해야 하는 활동이기 때문에 이에 대한 노사 교섭은 허용되어야 한다. 두 번째로 유사한 이유로 부당노동행위의 인정 및 사과, 재발 방지의 활동도 그 부당노동행위로 피해를 입은 근로자를 위하여 그리고 동시에 피해자이기도 한 소수노동조합이 당연히 할 수 있는 활동이라고 보아야 한다. 더구나 교섭대표노동조합은 이러한 부당노동행위로 소수노조가 위축되면 수혜를 얻을 수 있다는 점에서도 소수노동조합에게 당연히 보장된 활동이라고 보아야 한다. 셋째로 공평한 조합활동을 보장하지 않는 것은 부당노동행위와 관련이 있지만 동시에 공정대표의무 위반으로 볼 여지가 크다. 공평한 조합활동이 보장되지 않는다는 것은 교섭대표노동조합에게만 조합활동 보장이 되고 있었다는 것을 의미하는 것이기 때문이다. 노동조합 및 노동관계조정법이 사용자나 교섭대표노동조합에게 공정대표의무를 부과하는 상황에서 공정대표의무 위반의 소지가 있는 사항에 대해서 소수 노동조합이 시정을 요구하고 사용자와 교섭을 하는 것은 지극히 정당하다고 보아야 한다. 넷째로 소수 노동조합에게 부여된 이러한 교섭권을 실현하기 위해서 노사간담회 등을 구성하는 것도 앞의 문제에 대한 소수 노동조합의 권리가 인정되는 이상 이를 실현하기 위한 방법으로 당연히도 인정될 수 있다고 본다.

3. 중복적으로 교섭을 허용하는 것이 교섭창구단일화 제도의 취지에 반하는 것인가?

B 노동조합 C 지회에 중복적으로 교섭을 허용하는 것은 다음과 같은 이유로 교섭창구단일화 제도의 취지에 반하는 것이라 볼 수 없다.

우선 실제로 중복적인 교섭이 발생할 가능성이 매우 적다. 이 사건에 대한 언론보도와 합의서의 내용으로 본다면, 교섭대표노동조합인 A 노동조합이 중복적으로 교섭하는 상황이 발생하지 않았고, 실제로도 발생할 가능성이 상당히 낮은 것으로 보인다. 특히 부당노동행위나 공정대표의무와 관련된 내용은 교섭대표노동조합이 이 사건 사용자의 관련 행위로 이익이나 수혜를 얻을 가능성이 높고, 교섭대표노동조합이 이러한 점을 인정하기가 어려울 것이라는 점을 고려하면 더욱 그렇다.

두 번째로 중복적인 교섭의 경우에도 사용자가 동의하는 경우 개별적인 교섭이 허용된다. 이 사건 사용자는 중복적 교섭의 가능성이 있음에도 불구하고 이러한 교섭에 동의하고, 이 사건 노사합의서를 체결하였다. 사용자가 각각의 노조와 개별적으로 교섭하기로 동의하는 경우 이것이 부당노동행위에 해당하지 않는 한, 개별적인 교섭이 허용되는 점을 감안하면, 이 사건에서의 소수노조와의 교섭이 교섭창구단일화 제도의 취지에 반하는 것이라 볼 수 없다.

세 번째로 교섭창구단일화제도는 소수노조와 자신의 조합원들에게 보장된 법적인 권리의 침해를 구제하고 방지하기 위하여 수행하는 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 부정하는 것으로 해석될 수 없다. B 노동조합 C 지회는 C 지회와 C 지회 조합원들에 대한 이 사건 사용자의 부당노동행위와 공정대표의무 위반 행위에 대해 시정을 요구하였고, 이를 위해 천막농성 등의 집단적 활동을 한 것으로 보인다. 이러한 요구와 활동이 단결권이나 단체행동권의 일환이고 그 정당성이 부정되지 않는다고 하면, 이러한 요구를 사용자가 수용하여 이루어진 단체교섭과 그것의 결과물인 이 사건 노사합의의 효력은 부정될 수 없다. 교섭창구단일화 제도가 법상 소수 노동조합에게 보장된 권리의 실현을 위한 자구적인 활동까지 제약하는 것으로 해석할 수는 없기 때문이다.

쟁의행위

적법한 쟁의행위에 부수된 행위에 대한 형사책임

- 대법원 2022. 10. 27. 선고 2019도10516 판결 -

【판결요지】

근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위에 해당하려면, ① 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, ② 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사 간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, ③ 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, ④ 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 조건을 모두 구비하여야 한다(대법원 2003. 11. 13. 선고 2003도687 판결 참조). 이러한 기준은 쟁의행위의 목적을 알리는 등 적법한 쟁의행위에 통상 수반되는 부수적 행위가 형법상 정당행위에 해당하는지 여부를 판단할 때에도 동일하게 적용된다.

대상판결의 사안은 다음과 같다. 한국철도시설공단 노동조합의 위원장인 피고인이 방송실 관리자인 총무부장의 승인 없이 방송실 문을 잠근 다음 방송을 하고 다른 노조 간부들은 방송실 문밖에서 총무부장 등 방송실 관리직원들이 방송실에 들어가지 못하도록 막는 등의 행위를 하여 업무방해 등의 혐의로 기소된 사안이다.

대상판결에서는 문제 된 행위가 형법상 정당행위에¹⁾ 해당하는지 여부가

쟁점이 되었다. 대상판결에서는, 쟁의행위가 형법상 정당행위에 해당하는지에 관한 기준은 쟁의행위의 목적을 알리는 등 적법한 쟁의행위에 통상 수반되는 부수적 행위가 형법상 정당행위에 해당하는지 여부를 판단할 때에도 동일하게 적용된다는 전제에서, 제반 사정에 비추어보았을 때 피고인의 행위는 각 구성요건에 해당한다고 볼 여지가 있으나 그 주체와 목적의 정당성이 인정되고 절차적 요건을 갖추어 적법하게 개시된 쟁의행위 목적을 공지하고 이를 준비하기 위한 부수적 행위이자 그와 관련한 절차적 요건의 준수 없이 관행적으로 실시되던 방식에 편승하여 이루어진 행위로서 전체적으로 수단과 방법이 적정성을 벗어난 것으로 보이지 않으므로 형법상 정당행위에 해당하여 위법성이 조각된다고 봄이 타당하다고 판시하며, 이와 달리 피고인에 대한 공소사실을 모두 유죄로 인정한 원심을 파기환송 하였다.

대상판결은 적법한 쟁의행위에 수반되는 부수적 행위가 정당행위로서 위법성이 조각되는 기준에 관하여 최초로 판시한 판결이라는 점에서 의미를 가진다. 그런데 대상판결을 바라보는 데 있어서 주의점이 몇 가지 있다. 대상판결이 판단한 정당행위라는 것이 쉽게 인정되는 위법성 조각사유가 아니라는 점이다.

일반적으로 대법원은 위법성 조각사유로서 정당행위의 경우 그 인정 요건을 매우 엄격하게 바라본다. 예컨대, 다음과 같다.

‘어떠한 행위가 위법성 조각사유로서의 정당행위가 되는지의 여부는 구체적인 경우에 따라 합목적적·합리적으로 가려야 하는바, 정당행위로 인정되려면 첫째 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호법익과 침해법익의 균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 이외의 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성의 요건을 모두 갖추어야 한다.’²⁾

-
- 1) 형법 제20조(정당행위) 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다.
 - 2) 대법원 2000. 3. 10. 선고 99도4273 판결; 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도3000 판결 등.

정당행위의 인정 여부를 엄격하게 바라보는 이유는 정당행위는 사회상규라는 초법규적 정당화 사유를 실정법에 들어온 예외적인 조항이기 때문이다. 그런 이유로 정당행위는 다른 위법성 조각사유에 대해 일반법적 성격을 가지며 문제된 구성요건적 행위가 개별 위법성 조각사유에 해당하지 않는 경우 보충적으로 적용된다.

정당행위가 쉽사리 인정되는 그런 위법성 조각사유가 아니라 엄격한 요건 충족하에 인정되는 것이라는 관점에서 대상판결을 주의해서 살펴보아야 한다. 대상판결에서 주의깊게 바라본 부분들은 다음과 같다.

첫째, 주된 행위에 해당하는 쟁의행위 그 자체는 적법했다는 것이다.

둘째, 대상판결에서 문제되었던 공간인 경영노무처 사무실 내 '방송실'은 대규모 방송시설이 설치된 독립적인 공간 혹은 공단 직원들이 상주하면서 통상적인 업무를 수행하는 공간이 아니라 위 사무실 내의 회의용 공간 또는 그 주변에 칸막이를 하여 마이크 등이 설치된 소규모 공간에 불과했다는 것이다.

셋째, 피고인 등이 방송실을 사용하는 동안 위 사무실에서 통상적으로 이루어지던 업무를 처리하는 데 별다른 지장이 없었다는 것이다.

넷째, 위 방송실이 원칙적으로 출입이 금지되거나 제한된 곳이 아니고 잠금장치도 없고 또한 방송실 출입 과정에서 폭력 등 파괴행위가 수반되지 않았다는 것이다.

다섯째, 방송실 사용을 위해서 사전 사용신청서 작성·제출 및 총무부장 승인이라는 절차가 내부규정상 있기는 하지만 공단에서 이를 엄격히 적용한 것도 아니고 구두로 신청·통지 후 사용하는 것을 허용하는 노사관행이 계속되어 왔었다는 것이다. 이는 내부 규정상 절차적 흠결이 있으나 노사관행이 피고인에게 유리하게 작용한 것이다.

여섯째, 피고인 등은 약 2분가량 극히 짧은 시간 동안 방송을 하였고 피고인이 방송을 통해 조합원들에게 관련 내용을 알릴 수밖에 없었던 긴급성·필요성이 매우 크다는 점이 인정되었다는 것이다.

일곱째, 피고인이 위 방송실을 사용한 행위와 관련하여 공단의 시설관리

권 등의 침해 정도는 미미하였다는 것이다.

이와 같이 대법원은 위법성 조각사유로서의 정당행위의 요건을 토대로 해당 사안을 엄격하게 살펴서 정당행위를 인정했던 것이다. 따라서 적법한 쟁의행위에 수반되는 행위라면 일반적으로 정당행위에 해당한다는 식으로 오해하면 안 된다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

위법한 쟁의행위에 가담한 조합원들에 대한 손해배상청구 소송에서의 책임제한 법리

- 대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결 -

【판결요지】

위법한 쟁의행위를 결정·주도한 노동조합의 지시에 따라 그 실행에 참여한 조합원으로서의 쟁의행위가 다수결에 의해 결정되어 일단 그 방침이 정해진 이상 쟁의행위의 정당성에 의심이 간다고 하여도 노동조합의 지시에 불응하기를 기대하기는 사실상 어렵고, 급박한 쟁의행위 상황에서 조합원에게 쟁의행위의 정당성 여부를 일일이 판단할 것을 요구하는 것은 근로자의 단결권을 약화시킬 우려가 있다. 그렇지 않은 경우에도 노동조합의 의사결정이나 실행행위에 관여한 정도 등은 조합원에 따라 큰 차이가 있을 수 있다. 이러한 사정을 전혀 고려하지 않고 위법한 쟁의행위를 결정·주도한 주체인 노동조합과 개별 조합원 등의 손해배상책임의 범위를 동일하게 보는 것은 헌법상 근로자에게 보장된 단결권과 단체행동권을 위축시킬 우려가 있을 뿐만 아니라 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상제도의 이념에도 어긋난다. 따라서 개별 조합원 등에 대한 책임제한의 정도는 노동조합에서의 지위와 역할, 쟁의행위 참여 경위 및 정도, 손해 발생에 대한 기여 정도, 현실적인 임금 수준과 손해배상 청구금액 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

2010. 7. 22. 대법원에서 원고 현대자동차 주식회사가 현대자동차 비정규 직지회(이하 '사내하청노조'라 한다.) 소속 근로자를 직접 고용한 것으로 간주된다는 취지의 판결이 선고되자 현대자동차 사내하청노조는 조합원들의 정규직 전환 및 미지급 임금 지급을 요구하며 특별교섭을 요구하였는데, 원고는 근로계약관계 부존재를 이유로 교섭요구를 거절하였다. 그러던 중 사내하청업체인 동성기업이 폐업하고 청문기업이 고용을 승계하기로 하였으나, 사내하청노조 소속 근로자들은 전직을 거부하면서 원고에 직접 고용을 요구하였고, 조합원 40여 명이 현대자동차 울산공장 시트사업부 1공장에 진

입하였다. 원고는 노조원들을 강제퇴거시키고 현행법으로 체포하여 울산중부경찰서에 인계하였고, 이에 사내하청노조 노조원들은 파업에 돌입하여 2010. 11. 15.경부터 2010. 12. 9.경까지 25일간 울산공장 1공장을 점거하여 생산라인 가동을 중단시켰다.

원고는 위와 같은 쟁의행위는 적법한 쟁의행위의 요건을 갖추지 못하였으므로, 사내하청노조 조합원인 피고들은 생산라인 가동이 중단된 시간 동안 발생한 고정비, 장비손실, 기타손실, 수선비용 등의 손해를 배상해야 한다고 주장하면서, 손해 중 일부인 20억 원의 배상을 청구하는 소를 제기하였다.

이 사건 원심은 사내하청노조 조합원들이 단체교섭의 주체가 될 가능성은 높아보이지만, 위력으로 공장을 점거하고 가동을 중단시키는 등 폭력의 행사로 나아간 것은 사회통념상 용인될 정도를 넘어선 반사회적 행위에 해당하므로 쟁의행위의 정당성을 인정할 수 없으므로, 위와 같은 불법행위에 가담한 것으로 인정되는 피고들은 공동불법행위책임을 부담한다고 판단하였다. 또한 쟁의행위로 인해 거액의 재산상 손해를 입은 원고가 손해의 일부인 고정비만을 전보받기 위해 이 사건 소를 제기한 것이 권리남용이라고 단정할 수도 없다고 판단하였다.

다만 원심은 사내협력업체 근로자들이 법원의 판결을 통해 파견근로자의 지위를 확인받을 가능성이 있음에도 원고가 단체교섭을 거부하여 갈등이 심화된 점, 쟁의행위의 경과에 비추어 쟁의행위에 관한 책임을 피고들에게만 물을 수 없는 점, 원고의 피해가 큰 것은 생산설비가 대규모인 것에서 기인한 측면이 있고 가동중단기간 중 기계고장 발생 가능성을 완전히 배제할 수 없는 점, 원고가 영업비밀을 이유로 개발비 관련 전표를 제출하지 않아 개발비가 손해액 산정을 위한 감정에서 모두 제외되고 원고의 ERP 시스템 교체로 간접비의 상당부분이 감정에 반영되지 못한 점 등을 고려하여 피고들의 책임을 50%로 제한하였다. 이에 따라 원심은, 피고들은 공동하여 쟁의행위로 인해 원고가 입은 고정비 손해의 50%에 해당하는 135억 7,091만 8,810원 중 원고가 일부 청구하는 20억 원과 이에 대한 지연이자를 지급하

라는 판결을 선고하였다.

이에 피고들이 상고하였는데, 대법판결은 원고의 소 제기가 권리남용에 해당한다는 피고들의 주장은 인정하지 않았으나, 손해배상책임을 일률적으로 50%로 제한한 것은 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하므로 원심 판결에는 위법한 쟁의행위로 인한 손해배상청구사건에서 개별 조합원 등의 책임제한 사유의 인정 및 그 비율의 산정에 관한 법리오해의 잘못이 있다고 하여, 피고들 패소 부분을 파기하고 원심법원에 환송하는 판결을 선고하였다. 대법판결은 쟁의행위에 따른 책임의 원칙적인 귀속주체는 노동조합인 점, 조합원이 노동조합의 지시에 불응하는 것을 기대하기는 사실상 어렵고 조합원이 쟁의행위의 정당성을 일일이 판단할 것을 요구하는 것은 단결권을 약화시킬 우려가 있는 점, 노동조합의 의사결정이나 실행행위에 관여한 정도에 큰 차이가 있을 수 있는 점을 근거로, 이러한 사정을 고려하지 않은 채 노동조합과 개별 조합원의 손해배상책임 범위를 동일하게 보는 것은 헌법상 단결권과 단체행동권을 위축시킬 우려가 있을 뿐만 아니라 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상제도의 이념에도 어긋난다고 보았다.

쟁의행위가 위법한 경우 노동조합과 쟁의행위에 참여한 조합원들은 공동 불법행위 책임을 부담하게 된다. 대법원은 공동불법행위가 성립하는 경우가해자들은 부진정연대책임을 부담하는 것으로 보고 있다. 여러 사람이 불법행위에 가담하는 경우 가해자들이 공동으로 한 불법행위에 대한 책임을 추궁하는 것이므로 피해자에 대한 관계에서 가해자들 전원의 행위를 전체의 행위로 전체적으로 평가하고, 각 가해자는 그 금액 전부에 대하여 책임을 부담하게 된다. 과실상계를 할 때에도 과실비율을 각 가해자별로 판단할 것이 아니라, 가해자 전원에 대한 과실을 전체적으로 평가한다. 따라서 불법쟁의행위로 인한 손해배상책임이 문제되는 경우, 노동조합과 그 조합원은 각자가 손해액 전부에 대한 책임을 지게 되는 것이다.

그러나 손해배상에서 피해자 보호에만 치우치는 경우 오히려 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상제도의 취지가 상실되는 경우가 있다. 우리 법원은 이러한 점을 고려하여 해석상 과실상계와는 다른 형태의 책임제한

을 인정하여 배상액의 일부를 감경하고 있다. 판례상 책임제한은 가해자 전원에 대하여 일률적으로만 이루어지는 것은 아니다.¹⁾

대상판결의 원심은 책임제한 사유를 전체적으로 판단하여 일률적인 책임 제한을 인정하였으나, 대상판결은 정의행위의 성격과 헌법상 단결권 및 단체보장권 보장 등을 고려하여 조합원의 지위와 역할, 가담 정도, 임금 수준과 청구금액 등을 고려하여, 개별적인 책임제한 비율을 결정해야 한다고 보았다. 대상판결은 기존의 판례상 책임제한 법리에 따른 것이지만, 헌법상 단결권과 단체행동권의 보장이라는 관점에서, 개별 조합원의 위법한 정의행위로 인한 손해배상청구에 있어서는 책임제한의 정도를 개별적으로 판단하여야 함을 분명히 한 점에서 의미가 있다.

대상판결은 조합원들의 부진정연대책임은 인정하되 책임제한의 단계에서 개별적인 판단을 해야 한다고 본 점에서, 각 손해의 배상의무자별로 귀책사유와 기여도에 따라 개별적으로 책임 범위를 정하도록 하는 노동조합 및 노동관계조정법 개정안(의안번호 23038 환경노동위원회 대안) 내용과는 차이가 있다. 그러나 대상판결이 제시하고 있는 책임제한 비율을 개별적으로 판단해야 하는 근거는, “근로3권이 헌법에 부여된 권리임을 감안하면 지급처럼 모든 행위자 각각에 대해 과다한 배상책임이 부과되는 것은 막아줄 필요”가 있다는 위 개정안의 제안 이유와 같다. 이 점에서 대상판결은 현행법 규정하에서 해석을 통해 위 개정법의 입법취지를 부분적으로나마 실현하고자 한 것으로 평가할 수 있을 것이다.

조재호(법무법인(유한) 민 변호사)

1) 대법원 2007. 11. 30. 선고 2006다19603 판결은 가해자별로 책임을 60%와 40%로 제한한 원심 판결이 정당하다고 판단하였고, 대법원 2010. 1. 28. 선고 2007다16007 판결은 가해자별로 책임을 40%와 10%로 제한한 원심 판결이 정당하다고 판단하였고, 대법원 2014. 4. 10. 선고 2012다82220 판결도 가해자별로 책임을 50%, 40%, 20%, 10% 등으로 개별적으로 제한한 원심 판결이 정당하다고 판단하였다.

위법한 쟁의행위에 대한 노동조합원의 책임범위 제한

- 대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결 -

【판결요지】

위법한 쟁의행위를 결정·주도한 주체인 노동조합과 개별 조합원 등의 손해배상책임의 범위를 동일하게 보는 것은 헌법상 근로자에게 보장된 단결권과 단체행동권을 위축시킬 우려가 있을 뿐만 아니라 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상제도의 이념에도 어긋난다. 따라서 개별 조합원 등에 대한 책임제한의 정도는 노동조합에서의 지위와 역할, 쟁의행위 참여 경위 및 정도, 손해 발생에 대한 기여 정도, 현실적인 임금 수준과 손해배상 청구금액 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

1. 사실관계 및 법원의 판단

사내하청 노동조합으로서 현대자동차 비정규직지회는 원고인 현대자동차를 상대로 사내하청 노동조합 소속 근로자들의 정규직 전환(직접고용)을 요구해왔는데, 대법원이 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결로 현대자동차의 불법파견 사용을 긍정하여 관계 법률에 따라 사내하청 노동조합 소속 근로자의 직접고용 간주를 인정하였다. 그 후 현대자동차 비정규직지회는 현대자동차의 불법파견 시정과 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」에 따른 정규직 전환을 요구하며 2010. 11. 15.부터 12. 9.까지 현대자동차의 울산 공장 1, 2라인을 점거하여 위 공장을 278.27시간 동안 가동을 중단시켰다. 그러자 원고 현대자동차는 29명의 피고-상고심에서는 4명으로 줄어듦-를 상대로 20억 원의 손해배상을 청구하였다.¹⁾

1) 본 사안에서 쟁점은 모두 3가지였다. 첫째, 손해배상책임에서 고정비용의 범위 및 포함 여부, 둘째, 원고의 손해배상청구가 권리남용인지 여부, 그리고 셋째, 손해배상책임의 제한에 관한 판단이었다. 제1심법원에서 대법원까지 첫째와 둘째 쟁점에 대해서는 모두 피고의 항변이 받아들여지지 않았으며, 본 글에서는 셋째

제1심법원은²⁾ 현대자동차 비정규직지회가 현대자동차에 대한 단체교섭의 주체가 될 수 없고 위력으로 공장을 점거하여 생산 설비의 가동을 전면 중단한 것은 사회통념상 용인할 정도를 넘어선 것으로 정당성이 없는 쟁의행위로 불법행위를 구성한다고 판시하였다. 다만, 제반 사정을 고려하여 피고들의 손해배상책임을 50%로 제한하였다. 그리고 이 손해배상액에 대해 피고들은 연대하여 손해배상할 것을 판시하였다.

제2심법원은³⁾ 제1심법원의 판결에서 청구 기각된 피고 A에 대해서 원금 전부를 인용하는 판결을 했을 뿐 나머지 항소를 기각하여 제1심법원의 판시 내용을 유지하였다. 다만, 피고들의 손해배상책임 50% 제한의 이유를 좀 구체적으로 실시하여 원고 회사가 비정규직지회와의 단체교섭을 일관적으로 거부한 점, 하청업체의 반복적인 폐업과 하청근로자들의 전직 등과 같이 우회적인 방식으로만 문제를 해결하려 한 점 등을 들었다.

그러나 대법원은 원심의 이러한 판단에 대해 다음과 같은 이유로 원심의 내용을 파기환송 한다.

“불법행위로 인한 손해배상사건에서 과실상계 또는 책임제한의 사유에 관한 사실인정이나 비율을 정하는 것은 원칙적으로 사실심의 전권사항에 속하는 것이지만, 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되는 경우에는 위법한 것으로서 허용되지 않는다. 노동조합 및 노동관계조정법은 쟁의행위의 주체가 노동조합이고(제2조, 제37조), 노동조합은 쟁의행위에 대한 지도·관리·통제책임을 지며(제38조 제3항), 쟁의행위는 조합원 과반수의 찬성으로 결정하여야 한다(제41조 제1항)고 규정하고 있다. 이처럼 노동조합이라는 단체에 의하여 결정·주도되고 조합원의 행위가 노동조합에 의하여 집단적으로 결합하여 실행되는 쟁의행위의 성격에 비추어, 단체인 노동조합이 쟁의행위에 따른 책임의 원칙적인 귀속주체가 된다. 위법한 쟁의행위를 결정·주도한 노동조합의 지시에 따라 실행에 참여한 조합

쟁점에 대해서만 국한하여 판단한다.

2) 울산지방법원 2013. 10. 10. 선고 2010가합8446 판결.

3) 부산고등법원 2017. 8. 24. 선고 2013나9475 판결.

원으로서는 쟁의행위가 다수결에 의해 결정되어 일단 방침이 정해진 이상 쟁의행위의 정당성에 의심이 간다고 하여도 노동조합의 지시에 불응하기를 기대하기는 사실상 어렵고, 급박한 쟁의행위 상황에서 조합원에게 쟁의행위의 정당성 여부를 일일이 판단할 것을 요구하는 것은 근로자의 단결권을 약화시킬 우려가 있다. 그렇지 않은 경우에도 노동조합의 의사결정이나 실행행위에 관여한 정도 등은 조합원에 따라 큰 차이가 있을 수 있다. 이러한 사정을 전혀 고려하지 않고 위법한 쟁의행위를 결정·주도한 주체인 노동조합과 개별 조합원 등의 손해배상책임의 범위를 동일하게 보는 것은 헌법상 근로자에게 보장된 단결권과 단체행동권을 위축시킬 우려가 있을 뿐만 아니라 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상제도의 이념에도 어긋난다. 따라서 개별 조합원 등에 대한 책임제한의 정도는 노동조합에서의 지위와 역할, 쟁의행위 참여 경위 및 정도, 손해 발생에 대한 기여 정도, 현실적인 임금 수준과 손해배상 청구금액 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”(밑줄은 글쓴이 강조)

요약하자면, 위법한 쟁의행위에 대한 손해배상책임에서 노동조합과 노동조합원 사이의 책임 분담을 동일하게 하는 것은 형평의 원칙에 어긋날 수 있는데 이는 쟁의행위는 관계 법률에 따라 노동조합의 지도하에 이루어지는바, 노동조합원이 개별적으로 노동조합의 지시를 불응하기는 어렵고, 급박한 쟁의행위 상황에서 조합원에게 쟁의행위의 정당성 여부를 일일이 판단하게 하는 것은 근로자의 단결권을 약화시킬 수 있기 때문이다.

2. 대법원의 판단은 부진정연대책임을 부정한 것인가?

민법 제760조 제1항은 “수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.”라고 규정한다. 판례와 학계의 다수설은 이를 부진정연대책임이라 하여 손해배상채무를 가해자는 공동으로 채무 전체를 부담한다.⁴⁾ 대법원의 이번 판결이 나온 이후 일부 의견

4) 지원림(2016), 『민법강의(제14판)』, 홍문사, p.1698.

은 이것이 민법 제760조 제1항과는 별개로 손해배상책임의 ‘개별화’를 판시한 것으로 국회에 계류 중인 「노동조합 및 노동관계조정법」 개정안(의안번호 2123038, 일명 ‘노란봉투법’) 제3조 제2항과⁵⁾ 그 내용을 같이 하는 것이라 주장한다.⁶⁾

그러나 대법원의 추가 보도자료가⁷⁾ 설명한 것과 같이 본 판결은 노동조합과 노동조합원 사이의 부진정연대책임을 해소하여 책임을 개별화한 것이 아니라, 부진정연대책임을 그대로 유지하되 공동불법행위자들 간 책임 제한 비율만을 설정한 것이다.

기존에는 위법한 쟁의행위 가담자 A, B, C의 조업 중단으로 사측에 손해가 20억 원이 발생하고 법원이 책임 비율을 50%로 하였다면, 피고 A, B, C는 공동으로 사측에 10억 원을 배상하여야 하고, 내부의 책임 비율에 따라 서로 구상권을 행사할 수 있을 뿐이었다. 그러나 대법원이 실시한 바와 각자의 책임 제한 비율을 법원이 설정할 경우, 가령 A의 책임 비율을 50%, B의 책임 비율을 40%, C의 책임 비율을 30%로 하면, 기업에 배상할 금액 20억 원 중 피고 A는 10억 원 배상, 피고 B는 A와 공동하여 10억 원 중 8억 배상, 피고 C는 A, B와 공동하여 10억 원 중 6억 원까지 배상하면 된다는 것이다. 그러나 어디까지나 ‘공동’으로 배상하는 것이지, 이를 ‘개별적’으로 나누어 분할 채무가 되는 것은 아니다.

또한 공동불법행위책임 사안에서 대법원은 이렇게 개별 불법행위자별 책임 제한 비율을 다르게 판단한 선례(대법원 2014. 4. 10. 선고 2012다82220 판결 등)가 있기 때문에 판례의 변경이 아니어서 전원합의체를 통해 선고할 필요가 없었다고 한다.

- 5) 「노동조합 및 노동관계조정법」 개정안 제3조(손해배상 청구의 제한) ② 법원은 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인한 손해배상책임을 인정하는 경우 각 손해의 배상의무자별로 귀책사유와 기여도에 따라 개별적으로 책임 범위를 정하여야 한다.(밑줄은 글쓴이 강조)
- 6) 정기호(2023. 6. 28), 「조합원의 손해배상책임과 고정비 손해를 제한한 판결」, 매일노동뉴스.
- 7) 대법원, 2023. 8. 22.자 보도자료, “대법원 2017다46274 손해배상[기] 사건 추가 보도자료”

그리고 노동조합법 개정안 제3조 제2항과 대법원의 판시 사항을 비교하자면 개정안 제3조 제2항은 손해배상에서 연대성을 깨고 가해자의 귀책사유와 기여도에 따라 '개별적'으로 책임 범위를 규정한다. 가령 20억 원 중 법원이 A, B, C의 책임 비율을 각 50%, 30%, 20%로 정한다면, 손해배상액도 각 10억 원, 6억 원, 4억 원으로 정해지는 것이다.

3. 위법한 쟁의행위의 손해배상책임의 개별화는 부당인가?

마지막으로 노동조합법 개정안 제3조 제2항이 규정하고 있는 손해배상책임의 개별화가 부당인가를 살펴보고자 한다. 대법원은 분석 대상판결은 민법 제760조 제1항의 부진정연대채무의 원칙을 깬 것이 아니라고 강조하는 바, 사견으로는 오히려 그것이 본 판결의 한계라고 지적하고자 한다.

민법 제760조 제1항이 공동불법행위에 대해 부진정연대채무를 인정한 이유는 첫째, 불법행위자 간의 책임 비율을 증명하는 데 있어 인과관계의 증명이 어렵기 때문에 이를 간단히 하는 것과 둘째, 피해자의 손해배상청구권을 두텁게 담보하는 것이다.⁸⁾ 따라서 만일 불법행위책임 채무자 간의 책임 비율이 계산 가능하고, 피해자의 손해배상채권 보호가 필요하다면 민법 제760조 제1항의 부진정연대책임의 의의는 사라질 것이다.

이를 위법하다고 인정된 쟁의행위에 비추어 판단하면, 먼저 노동조합과 노동조합원 사이에 책임 비율을 정하는 것이 쉽지 않다는 의견이 있다.⁹⁾ 그러나 불법행위의 정도가 계량화되어 수치로 정확히 떨어지는 것은 원래부터 불가능하다. 그 책임 비율은 원래부터 불법행위의 동기와 기여도, 그리고 행위태양 등에 따라 '규범적'으로 판단하는 것이다. 그렇기에 법원의 재량 사항인 것이며 노동조합법 개정안 제3조 제2항도 법원이 재량으로 정할 것을 규정하고 있다. 위법한 쟁의행위를 지시한 간부 조합원과 이를 받아들여

8) 지원림, 앞의 책, p.1692.

9) 김희성(2023. 6. 26), 「위법한 쟁의행위 시 손해배상 책임의 개별화를 인정한 대법원 판결의 문제점과 평가」, 『노동법률』, (주)중앙경제.

수행한(단순 노무제공 거부가 아닌) 일반 조합원 간의 책임 비율은 앞서 설명한 동기, 기여도, 행위태양 등에 따라 얼마든지 법원은 책임 비율을 설정할 수 있다.

두 번째로 연대채무는 피해자의 채권을 인적 담보처럼 두텁게 보호하는 기능을 한다. 그러나 가해자와 피해자 간의 힘의 균형이 상당히 역전되어 있는 관계라면 이를 달리 보아야 한다. 폭행 범죄 등에서 피해자의 손해배상 채권은 피해 회복을 위해 반드시 필요하다. 그러나 노사관계에서 현재 벌어지고 있는 쟁의행위에 대한 사측의 노조측에 대한 과도한 손해배상청구 및 가압류가 사측의 피해회복을 위해 반드시 필요한 조치라고 생각하는 사람은 많지 않을 것이다. 그것은 일종의 보복 행위로 앞으로 또 다시 쟁의행위가 일어난다면 당신도 전임처럼 이런 고통을 당할 수 있다는 일종의 위하(威嚇)일 뿐이다. 즉, 피해자의 피해 회복을 위한 두터운 보장이라는 민법 제 760조 제1항의 본래 취지와는 맞지 않는 것이다.

민법 제760조 제1항의 공동불법행위가 원래 특칙인 만큼 그 특칙의 의의에 맞지 않는다면 원칙은 민법 제408조(분할채권관계)로 돌아갈 필요가 있다. 이를 확인한 것이 노동조합법 개정안 제3조 제2항인 것이다. 노동조합법 개정안 제3조 제2항은 절대 위법한 쟁의행위에 대한 면책을 규정한 내용이 아니다. 그것은 각자에게 부담해야 할 책임 이상을 지지 말 것을 규정한 것으로 대법원의 이번 설시대로 공평타당한 손해의 분담이라는 손해배상제도의 이념에 충실한 것이라 생각한다. 이번 판결도 아쉬운 면이 있지만 그러한 형평성에 대한 노력이라는 점에서 높게 평가하고 싶다.

양승엽(한국노동연구원 부연구위원)

위법한 쟁의행위에 대한 손해배상 책임의 행위자별 개별화 가능성

- 대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결 -

【판결요지】

위법한 쟁의행위를 결정·주도한 주체인 노동조합과 개별 조합원 등의 손해배상책임의 범위를 동일하게 보는 것은 헌법상 근로자에게 보장된 단결권과 단체행동권을 위축시킬 우려가 있을 뿐만 아니라 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상제도의 이념에도 어긋난다. 따라서 개별 조합원 등에 대한 책임제한의 정도는 노동조합에서의 지위와 역할, 쟁의행위 참여 경위 및 정도, 손해 발생에 대한 기여 정도, 현실적인 임금 수준과 손해배상 청구금액 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

1. 사실관계 및 판결 주요 내용

가. 사실관계 개요

피고는 산별노조 산하 원고 회사(이하 ‘회사’) 사내하청지회(이하 ‘하청지회’)의 조합원들이다. 피고 중 1인에 대한 불법파견을 인정하는 판결이 선고되자¹⁾, 하청지회는 소속 산별노조를 통해 2010. 10. 6.부터 11. 5.까지 4차례에 걸쳐 회사에 임금 인상, 사내하청업체 소속 근로자의 정규직 전환, 정규직 전환에 따른 임금 차액 지급(임사일 기준) 등을 안건으로 특별교섭을 요구했다. 회사는 하청지회 소속 조합원들과 근로계약관계가 없으므로 교섭 당사자가 아니라는 취지로 교섭요구를 거절했다. 하청지회는 산별노조를 통해 중앙노동위원회에 조정을 신청하고, 조합원 총회를 열어 찬성률 76.34%로 쟁의행위를 가결했다. 중앙노동위원회는 2010. 11. 15. 위 조정신

1) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결.

청에 대하여 회사와 하청지회 조합원 사이에 직접적인 고용관계가 없어 조정대상이 아니라고 결정했다.²⁾ 한편 사내하청업체 중 하나인 D기업이 2010. 11. 14.자로 폐업하고 C기업이 사내하도급업무 및 고용관계를 승계하기로 하였으나, D기업 소속인 하청지회 조합원들은 C기업으로의 전직을 거부하고 회사에 직접고용을 요구했다.

2010. 11. 15. 05:30경, 하청지회 조합원 40여 명이 회사 1공장의 담을 넘어 진입하자 회사는 관리직 직원을 동원해 강제 퇴거시키면서 현행범으로 체포하여 경찰서에 인계했다. 이에 하청지회의 지침에 따라 수백 명의 조합원이 회사의 1공장과 2공장 생산라인을 점거하여 가동을 전면 중단시켰다. 이후 2공장 소속 조합원들이 1공장 점거에 합류하여 1공장 생산라인은 2010. 11. 15.부터 2010. 12. 9.까지 25일간 가동이 중단되었다.

회사는 조합원들 중 29명의 피고들이 위법한 쟁의행위에 적극적으로 가담하여 1공장 생산라인을 중단시켰으므로, 해당 중단 기간 동안 회사가 입은 총 손해 중 회사가 일부 청구한 20억 원의 손해를 공동불법행위자로서 연대하여 배상할 의무가 있다고 주장하면서 소송을 제기했다. 회사는 약 371억 원 상당의 고정비 손해 외에 수억 원에 이르는 생산자재 손실, 장비손실, 1공장 수선비용 등의 손해를 주장했다. 피고 측은 회사가 단체교섭을 거부하여 교섭요구를 관철하기 위한 정당한 쟁의행위를 한 것이므로 불법행위에 해당하지 않으며, 위법한 쟁의행위라고 보더라도 피고 모두가 불법행위를 한 것이 아니라고 주장했다. 또한, 회사가 손해를 입증하지 못했으므로, 피고들은 손해를 배상할 의무가 없고, 배상책임이 인정된다고 하더라도 피고별로 각자의 가담 시간에 따라 책임이 제한된다고 주장했다(생산라인 점거에 가담한 기간은 개인별로 차이가 있다.).

나. 소송 경과

이 사건의 1심 판결³⁾은 피고 29명 중 11명에 대해서 원고가 청구한 20억

2) 중앙노동위원회 2010. 11. 15. 결정 2010조정53.

3) 울산지방법원 2013. 10. 10. 선고 2010가합8446 판결.

원의 배상액 전액에 대한 공동불법행위책임을 인정했다. 2심 판결⁴⁾은 피고 중 일부에 대하여 위법한 쟁의행위 가담에 따른 고정비용 상당 손해배상책임을 50%로 제한하였지만, 원고의 일부 청구액 20억 원을 사실상 전부 인용했다. 이에 대하여 피고들이 상고했다.

다. 대법원 판결 주요 내용

대법원은 이 판결에서(이하 ‘대상판결’) 우선 “노동조합이라는 단체에 의하여 결정·주도되고 조합원의 행위가 노동조합에 의하여 집단적으로 결합하여 실행되는 쟁의행위의 성격에 비추어, 단체인 노동조합이 쟁의행위에 따른 책임의 원칙적인 귀속주체가 된다.”라고 하여 위법한 쟁의행위로 인한 책임의 원칙적인 귀속 주체가 노동조합이라는 점을 전제한다.

그리고 “위법한 쟁의행위를 결정, 주도한 노동조합의 지시에 따라 그 실행에 참여한 조합원으로서 쟁의행위가 다수결에 의해 결정되어 일단 그 방침이 정해진 이상 쟁의행위의 정당성에 의심이 간다고 하여도 노동조합의 지시에 불응하기를 기대하기는 사실상 어렵고, 급박한 쟁의행위 상황에서 조합원에게 쟁의행위의 정당성 여부를 일일이 판단할 것을 요구하는 것은 근로자의 단결권을 약화시킬 우려가 있다. 그렇지 않은 경우에도 노동조합의 의사결정이나 실행행위에 관여한 정도 등은 조합원에 따라 큰 차이가 있을 수 있다. 이러한 사정을 전혀 고려하지 않고, 위법한 쟁의행위를 결정·주도한 주체인 노동조합과 개별 조합원 등의 손해배상책임을 동일하게 보는 것은 헌법상 근로자에게 보장된 단결권과 단체행동권을 위축시킬 우려가 있을 뿐만 아니라 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상제도의 이념에도 어긋난다. 따라서 개별 조합원 등에 대한 책임제한의 정도는 노동조합에서의 지위와 역할, 쟁의행위 참여 경위 및 정도, 손해 발생에 대한 기여 정도, 현실적인 임금 수준과 손해배상 청구금액 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”라고 하여 개별 조합원의 경우에는 위법한 쟁의행위로 인한 손해배상책임을 소위 ‘개별화’해야 한다고 판단했다. 그리고

4) 부산고등법원 2017. 8. 24. 선고 2013나9475 판결.

고정비용 상당의 손해에 대하여 배상책임을 제한한 원심 판결의 타당성을 인정했다.

2. 쟁점 검토

가. 위법한 쟁의행위로 인한 책임이 노동조합에 귀속되는 근거

현행 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노조법') 제3조를 반대해석하면, 위법한 쟁의행위로 인하여 손해를 입은 사용자는 그 손해를 입증하여 노동조합을 상대로 배상을 청구할 수 있다고 해석된다. 그러나 노조법 제3조가 쟁의행위의 민사면책을 선언하는 책임 제한 규정으로서 헌법 제33조 제1항의 취지를 확인하고 구체화하는 규정이라는 점을 고려하면, 반대해석을 통해 곧바로 노조법 제3조를 노동조합에게 적극적으로 손해배상책임을 부과하는 근거로 삼아서는 안 된다. 따라서, 위법한 쟁의행위로 인한 손해배상책임 노동조합에 귀속시키기 위해서는 노조법 제3조 이외에 별도의 법적 근거가 추가로 필요하다. 이를 위해 노동조합 또는 행위자에게 민법 제750조에 따른 불법행위가 성립할 것을 요구한다. 그 불법행위 성립 인정을 위한 법리구성에 관하여 민법 제35조 제1항을 유추적용하여 노동조합의 불법행위 책임을 인정할 수 있다고 보는 견해⁵⁾와 노동조합이 단체로서 스스로 책임을 부담하므로 직접 민법 제750조를 적용할 수 있다는 견해⁶⁾가 대립한다. 대법원은 “민법 제35조 제1항의 유추적용에 의하여 노동조합은 그 불법 쟁의행위로 인하여 사용자가 입은 손해를 배상할 책임이 있다.”고 하여 민법 제35조 제1항 유추적용이 필요하다는 전자의 견해를 취해왔다.⁷⁾

그러나 대상판결은 앞에서 설명한 바와 같이 노동조합이 단체로서 스스

-
- 5) 김형배(2021), 『노동법(제27판)』, p.1388 이하; 손종학(2018), 「쟁의행위의 정당성과 민·형사책임」, 원광대학교 박사학위논문, p.170 이하.
 - 6) 권오성(2022), 「구체적 권리로서의 단체행동권과 쟁의행위의 민사책임」, 『실천적 노동법의 길(박수근 교수 정년기념논문집)』, p.310.
 - 7) 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다32828·32835; 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30610 판결 등.

로 불법행위 책임을 부담하는 것처럼 서술하고 있다. 그 서술을 보면, 대법원이 민법 제35조 제1항 유추적용이 필요하다는 기존의 견해를 변경했다고 보는 것이 합리적이다. 양 견해 중 어느 것이 타당한지와는 별개로 대법원이 이전의 판결과 다른 법리를 제시했다는 것은 부인하기 어렵다.

나. 위법한 쟁의행위에 가담한 조합원의 책임의 개별화

위법한 쟁의행위로 인해 사용자에게 손해가 발생한 경우, 결론적으로는 노동조합과 위법한 쟁의행위를 주도한 조합원이 모두 사용자가 입은 손해 전부에 대하여 부진정연대책임을 부담해야 한다는 견해가 대다수이다.⁸⁾ 또한, 민법 제760조의 공동불법행위로 인한 부진정연대책임을 인정하기 위해서는 주관적 공동관계, 객관적 공동관계를 막론하고 다수의 가담자들 사이에 관련·공동성이 필요하다고 본다.⁹⁾ 대법원 판례도 마찬가지이다.¹⁰⁾ 위법한 쟁의행위를 실질적으로 기획·조직·추진한 주도적인 조합원의 행위와 노동조합의 단체로서의 행위와의 사이에는 주관적 공동관계의 존재가 긍정된다. 그렇다면, 부진정연대책임 인정에 관하여 주관적 공동관계가 필요하다는 견해¹¹⁾와 객관적 공동관계만으로 충분하다는 견해¹²⁾, 객관적 공동성

8) 김형배, 앞의 책, p.1389; 이철수(2023), 『노동법』, p.602; 임종률(2022), 『노동법(제20판)』, p.261; 대법원 1994. 3. 25. 선고 93다32828·32835 판결; 대법원 1997. 7. 11. 선고 97다1266 판결; 대법원 1998. 1. 23. 선고 97다44027 판결; 대법원 2004. 8. 19. 선고 2003다21490 판결; 대법원 2006. 6. 28. 선고 2006다21040 판결; 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30610 판결 등.

9) 곽윤직(2003), 『債權各論(제6판)』, p.430; 김상중(2012), 「공동불법행위에 관한 현행 민법 제760조의 개정 방향과 내용」, 『민사법학(제60호)』, p.331; 김형배(2001), 『민법학강의(제2판)』, p.1223; 송덕수(2023), 『채권각론(제6판)』, p.595; 지원림(2013), 『民法講義(제11판)』, p.1729 이하.

10) 대법원 1998. 10. 20. 선고 98다31691 판결; 대법원 2000. 9. 29. 선고 2000다13900 판결; 대법원 2001. 9. 7. 선고 99다70365 판결; 대법원 2005. 10. 31. 선고 2003다24147 판결; 대법원 2005. 11. 10. 선고 2003다66066 판결; 대법원 2008. 6. 26. 선고 2008다22481 판결 등.

11) 지원림, 앞의 책, p.1729.

12) 곽윤직, 앞의 책, p.429; 송덕수, 앞의 책, p.588 이하; 대법원 1963. 10. 31. 선

과 주관적 공동성을 종합적으로 판단해야 한다는 견해¹³⁾ 중 어떤 견해를 취하더라도 노동조합의 간부나 주도적인 조합원에 대해서는 위법한 쟁의행위로 인한 손해에 대해서는 부진정연대책임을 인정하게 된다. 그러나 대법원은, 기존 판례와 달리, 해석론 변경에 대한 상세한 근거 제시 없이 가담자의 배상책임을 개별화하는 판단을 내렸다. 대상판결이 참조판례로 제시한 「대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30610 판결」은 위법한 쟁의행위에 단순히 가담한 일반조합원은 사용자가 입은 손해에 대하여 배상책임을 부담하지 않는다는 취지의 판결로서, 위법한 쟁의행위를 적극적으로 주도한 조합원에 관한 판결이 아니다. 그러므로 참조판례로서는 적당하지 않다. 대상판결은 조합원들이 상호 의사연락 하에 적극적이고 주도적으로 생산라인을 점거한 사례에 관한 것이기 때문이다. 대법원이 대상판결의 사안과 참조판례의 사안 사이의 차이점을 간과했다고 보기는 어렵다. 아마도 단순 가담 정도에 그친 일반 조합원에 대하여 부진정연대책임을 부인했던 법리를, 위법한 쟁의행위에 적극적·주도적으로 가담한 조합원에게도 적용하겠다는 점을 나타내기 위한 의도일 것이다.

대상판결은 다른 문제도 있다. 공동불법행위책임을 인정하는 이유는 책임재산의 범위를 넓게 확보하고, 피해자가 변제자력이 충분한 배상책임자를 선택하여 배상을 받을 수 있도록 하는 데에 있다. 책임의 크기에 따른 배상액의 분배는 공동불법행위자 간의 내부관계에서 해소하도록 부담이 이전된다. 이전 판례도 불법 쟁의행위에 대한 노동조합 간부의 손해배상책임을 개별화하는 것을 부인했다.¹⁴⁾ 그러나 대상판결은 공동불법행위자의 재산상태를 고려하여 배상책임을 개별해야 한다고 판시하여 책임재산의 범위를 축소하고 있다.

고 63다573 판결; 대법원 1982. 6. 8. 81다카1130 판결; 대법원 1989. 5. 23. 선고 87다카2723; 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다35850 판결; 대법원 2009. 4. 23. 선고 2009다1313 판결; 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008다51120·51137·51144·51151 판결 등.

13) 김형배, 앞의 책, p.1222.

14) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30610 판결.

3. 총 평

이상의 검토를 종합하면, 대상판결은 위법한 쟁의행위에 대한 노동조합과 조합원의 책임에 관하여 지금까지 대법원이 유지해 왔던 태도를 상당히 큰 폭으로 변경하고 있음을 확인할 수 있다. 그러므로 그 내용 변경의 정당성을 별론으로 하더라도, 당연히 법원조직법 제7조 제1항 제3호에 따라 전원합의체 판결의 형식을 취해야 했다. 그러나 대법원은 내용면에서 판례 변경의 충분한 근거를 제시하지도 못하고, 형식 측면에서도 전원합의체 회부를 회피했다. 오히려 판례 변경이 아니라는 취지의 보도자료까지 냈다. 이는 내용과 형식 모두에서 정당하지 않을 뿐만 아니라, 향후 유사한 사안에 대해서도 책임 개별화 여부와 범위를 둘러싼 소송이 오히려 크게 증가할 우려가 있다는 점에서, 그리고 그 소송이 1심이나 2심에서 멈추지 않을 것이라는 점에서, 법적 안정성마저 확보하지 못했다는 비판을 스스로 초래한 것이라고 하지 않을 수 없다.

이준희(광운대학교 법학부 교수)

업무방해죄에 해당하는 쟁의행위를 조력한 행위에 대한 업무방해방조죄 적용기준

- 대법원 2023. 6. 29. 선고 2017도9835 판결 -

【판결요지】

쟁의행위가 업무방해죄에 해당하는 경우 제3자가 그러한 점을 알면서 쟁의행위의 실행을 용이하게 한 경우에는 업무방해방조죄가 성립할 수 있다. 다만 헌법 제33조 제1항이 규정하고 있는 노동3권을 실질적으로 보장하기 위해서는 근로자나 노동조합이 노동3권을 행사할 때 제3자의 조력을 폭넓게 받을 수 있도록 할 필요가 있고, 나아가 근로자나 노동조합에 조력하는 제3자도 헌법 제21조에 따른 표현의 자유나 헌법 제10조에 내재된 일반적 행동의 자유를 가지고 있으므로, 위법한 쟁의행위에 대한 조력행위가 업무방해방조에 해당하는지 판단할 때는 헌법이 보장하는 위와 같은 기본권이 위축되지 않도록 업무방해방조죄의 성립 범위를 신중하게 판단하여야 한다.

철도노조 조합원 2명이 한국철도공사에서 시행하기로 한 순환전보에 반대한다는 명분으로 2014. 4. 9. 06:20경부터 사업소에 설치된 높이 15m가량의 조명탑 중간 대기 장소에 올라가 2인용 텐트를 설치한 후, “단 한 명도 못 보낸다. 강제전출 철회”라고 쓴 현수막을 걸고 20여 일간 점거하여, 한국철도공사로 하여금 조명탑의 전원을 차단하게 하여 위 기간 동안 조명 용도인 조명탑 본연의 기능을 사용할 수 없게 하여 한국철도공사의 야간 입환 업무를 방해하였는데, 이들은 이 농성과 관련하여 업무방해죄 등으로 형사처벌을 받았다. 한편, 대상판결의 피고인들은 이 농성을 지지하고자 조명탑 아래 천막을 설치하고, 가까운 곳에서 거의 매일 지지집회를 개최하고, 음식물·책 등 농성자 2인이 필요로 하는 물품을 제공하거나 조명탑에 올라 이들을 위로하였다. 이 사건에서 문제가 된 피고인들의 행위를 정리하면 ① 지지집회, ② 물품제공, ③ 위로방문이다. 검사는 피고인들의 위 행위들이 업무방

해방조치에 해당한다며 기소하였는데, 1심과 원심은 모두 유죄를 인정하였으나, 대법원은 이러한 행위와 농성자들의 업무방해죄의 실현 사이에 인과관계를 인정하기 어려우므로 피고인들의 행위가 업무방해방조죄를 구성한다고 볼 수 없다고 보았다. 대법원이 인과관계를 부정할 이유를 정리하면 다음과 같다. 먼저, 철도노조는 한국철도공사의 순환전보 방침에 반대하는 투쟁을 준비하고 있었는데, 농성자들은 철도노조의 사전 계획과 무관하게 조명탑을 점거하였던 것으로 보이고, 이들의 점거개시에 피고인들이 관여하였다고 보이지 아니한다. 다음으로, ① 지지집회는 기본적으로 회사의 순환전보 방침에 반대하는 의사를 표명하고 그 방침을 철회시키려는 노동조합 활동의 일환에서 이루어진 것으로, 조명탑 점거행위를 지지하는 발언이 일부 있었다고 하더라도 그 경위 등에 비추어 표현의 자유, 일반적 행동의 자유나 단결권의 보호 영역을 벗어났다고 볼 수 없으므로 농성자들의 범죄 실현에 현실적 기여를 하였다고 보기 어렵다. 마지막으로, 농성자들이 고공의 좁은 공간에 장시간 고립되어 있는 상황에 비추어 ② 물품제공행위는 생존과 안전을 위해 요구되는 행위로 보았고, ③ 위로방문의 경우에도 농성자들의 안위를 확인하는 차원에서 이루어진 것으로 볼 여지가 충분하다.

한편, 위 판결요지를 깊이 이해하기 위해서는 이 요지를 처음으로 언급한 대법원 2021. 9. 16. 선고 2015도12632 판결(이하 “선행판결”)도 함께 살펴볼 필요가 있다. 이 사건에서는 2010. 11. 금속노조 현대차 비정규직지회 조합원이 사내하청 근로자의 정규직 전환 등을 요구하며 현대차의 생산라인 일부를 25일간 점거하며 농성한 사건과 관련하여, 1) 금속노조 미조직비정규국장이 ④ 현대차 정문에서 열린 점거농성 지지집회에 참가한 행위, ⑤ 점거농성장에 들어가 비정규직지회 조합원들을 독려한 행위, ⑥ 금속노조의 공문을 비정규직지회에 전달한 행위가 업무방해방조죄에 해당하는지가 문제

1) 위법한 쟁의행위와 손해배상책임을 다룬 대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결의 배경이 된 사건이다. 선행판결의 업무방해방조자인 금속노조 국장은 이 사건의 공동피고 중 한 명으로 해당 방조행위가 공동불법행위에 해당한다는 판단을 받았다. 이 판결의 리뷰는 조재호(2023), 「위법한 쟁의행위에 가담한 조합원들에 대한 손해배상청구소송에서의 책임제한 법리」, 『노동리뷰』 8월호, p.117.

되었다. 대법원은 이 중 ⑤ 농성현장 독려 행위는 위법한 업무방해행위가 계속되고 있던 생산라인 점거 현장에서 직접 이루어진 것으로 피고인 2의 노동조합 내 지위, 영향력, 현장에서의 구체적인 발언 내용 등에 비추어 볼 때 정범의 범죄 실현과 밀접한 관련성을 가지고, 현실적으로 범행을 실행하고 있던 정범으로 하여금 그 범행을 더욱 유지·강화하게 한 행위에 해당한다고 보아 유죄로 인정하였다. 그러나 ④ 정문 지지집회 참가행위는 집회사회를 보고 기자회견을 함으로써 생산라인을 점거하고 있던 조합원들에게 일정 정도의 영향력을 미쳤다고 하더라도, 이는 쟁의행위의 목적 자체를 지지하는 과정에서 발생한 간접적이고 부수적인 결과에 불과하며, ⑥ 공문 전달 행위는 미조직비정규국장의 통상적 활동에 해당하는 것으로 생산라인 점거 자체를 직접 독려하거나 지지하였다고 보기는 어려워, ④와 ⑥은 비정규직 지회의 쟁의행위를 전체적으로 보아 거기에 일부 도움을 준 측면이 있었다고 하더라도 업무방해 정범의 실행행위에 해당하는 생산라인 점거로 인한 범죄 실현과 밀접한 관련성이 있다고는 단정하기 어려워 인과관계가 있다고 볼 수 없다고 판시하였다.

「형법」 제32조 제1항에 따르면 타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다. 형법상 방조행위란 정신적 또는 물질적으로 정범의 실행행위를 돕는 것을 말한다.²⁾ 즉, 정범이 범행한다는 점을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가리킨다.³⁾ 이러한 점에서 실행행위를 용이하게 할 수 있다면 모두 방조에 해당한다는 결론에 이르기 쉬워 처벌대상이 되는 행위가 무한 확대될 수 있다. 그에 따라 연대집회에서 행한 지지 발언을 처벌한다면 가령 점거 농성을 지지한다는 성명서에 이름을 올리는 행위, 철탑 점거가 위력에 의한 업무방해로 처벌되어서는 안 된다는 취지의 논문을 쓰는 행위도 방조범을 구성하게 되어, 범행에 대한 단순한 지지나 연대를 처벌하기 시작하면 헤어 나올 수 없는 늪으로 들어가는 것이다.⁴⁾ 주지

2) 이재상 외(2018), 『형법총론(제9판)』, 박영사, p.508.

3) 대법원 2011. 12. 8. 선고 2010도9500 판결 등.

4) 박지현(2017), 「쟁의권 행사에 대한 지지·지원행위의 업무방해방조죄 처벌의 문제점」, 『민주법학』 제65호, 민주주의법학연구회, p.88.

하다시피 쟁의행위는 일단 업무방해죄의 구성요건에 해당한다고 보던 사법부의 입장이 이른바 “전격성” 법리를 도입한 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결에 의해 업무방해죄의 구성요건요소인 ‘위력’을 제한적으로 인정하는 방향으로 변화되었다.⁵⁾ 이에 대한 반작용인지 쟁의행위를 형사처벌을 통해 억제해 온 기존의 관성은 업무방해방조를 기소하는 방향으로 나타난 듯하다. 그러나 방조죄는 앞서 언급한 바와 같이 처벌의 무한 확대로 이어질 위험이 있다는 점에서 그 적용범위를 제한할 필요가 있다. 대상판결은 쟁의행위에 대한 업무방해방조의 인정범위를 제한할 필요가 있음을 인정하고 그 기준으로 기본권 보장을 제시한 판결요지를 선행판결에 이어 재확인하였다는 점에서 의의가 있다.

그렇다면 이제 대상판결과 선행판결에서 다른 행위유형을 비교해 쟁의행위에 대한 업무방해방조의 구체적 인정범위를 살펴보자. 대상판결 ①과 선행판결 ④의 각 행위는 지지행위로서 무죄가 선고된 반면, 같은 지지행위의 일종이라 볼 수 있는 선행판결 ⑤의 농성현장 독려 행위는 유죄가 선고되었다. 한편, 대상판결 ③ 위로방문, 선행판결 ⑥의 공문 전달 행위는 ⑤의 행위와 같이 업무방해가 이루어진 현장에서 이루어진 행위임에도 무죄가 선고되었다. 이를 정리하면, 업무방해방조의 유무죄가 갈린 이유는 - 단 두 개의 사건만으로 일반화하기는 한계가 있지만 - 지지행위가 이루어진 장소가 업무방해죄가 발생한 현장과 일치하는지 여부와, 그 행위태양의 업무방해행위와의 밀접성 유무라 할 수 있다.

판결요지에 따르면이라도, 쟁의행위에 대한 조력행위는 표현의 자유는 물론이고 일반적 행동의 자유 영역에 속하므로 그 행위태양이 매우 다양하다.

5) “근로자는 원칙적으로 헌법상 보장된 기본권으로서 근로조건 향상을 위한 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가지므로(「헌법」 제33조 제1항), 쟁의행위로서 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 보는 것이 타당하다.”

그런데 노동조합은 연대의 정신을 기반으로 인정된 제도이다. 그 연대는 같은 조합원들 간에만 한정되지 않으며 같은 처지에 있는 일반 근로자 사이, 더 나아가 사회적 약자 일반과의 사이로도 확장될 수 있다. 다양한 행위로 나타나는 연대활동 중 연대감을 표시하는 가장 기본적인 것은 바로 지지행위이다. 지지는 그 대상이 되는 자의 행동에 찬성한다는 의사를 표시하는 것으로 표현의 자유가 직접적이다. 만약 지지를 표하는 자가 같은 노조의 조합원이라면, 표현의 자유와 특별한 관계에 있는 노동3권에 의해 향유될 수도 있다. 그런데 두 판결 사례를 종합해 볼 때, 현장에서 농성자들과 함께하는 방식으로 지지의 의사를 표현하는 경우에는 밀접성이 높아 업무방해방조죄에 해당할 수 있다. '시간과 공간을 공유하며 같은 방식으로' 이루어지는 지지, 즉 가장 강력한 연대적 행위가 거세되는 것이다. 이에 반해 일반적 행동의 자유로 포섭가능한 물질적/정신적 지원행위(대상판결 ②, ③ 행위), 본연의 일상 업무(선행판결 ⑥ 행위)는 넓게 허용되는 양상이다. 요컨대, 대법원은 노동3권의 실질적 보장을 위해 제3자의 조력을 폭넓게 받을 수 있도록 해야 한다고 하지만, 쟁의행위가 이루어진 목적과 관련하여 가장 핵심적인 조력행위의 태양은 금지시킨다는 점에서 엇박자라는 비판을 면하기 어렵다.

한편, 선행판결과 대상판결 사이인 2022. 4. 결사의 자유에 관한 ILO 기본협약(제87호 및 제98호)이 발효되었다. 대상판결은 선행판결과는 달리 이 협약들을 재판규범으로 적용하여야 한다. ILO 결사의 자유 위원회가 쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용에 대해 부정적 입장을 취한다는 점을 염두에 둔다면 업무방해방조 역시 마찬가지로 봄이 상당하다. 따라서 대상판결이 선행판결보다는 더 엄격한 기준을 적용하여야 한다.⁶⁾ 두 판결을 놓고 비교할 때, 대상판결이 선행판결과 달리 기소된 모든 유형의 행위를 무죄로 판단하기는 했지만, 선행판결은 하청노조가 원청을 상대로 교섭을 요구한 사안이라는 점에서 대상판결의 사안과는 질적 차이가 있고, 판결요지의 문구 자체

6) 우리나라의 쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용에 대한 결사의 자유 위원회의 권고사례에 대한 소개로는 김동현·이혜영(2022), 『결사의 자유에 관한 국제노동기구(ILO) 기본협약 비준과 노동법의 쟁점』, 사법정책연구원, pp.427~429 참조.

에도 아무런 변동이 없어 대법원의 업무방해방조행위에 대한 실질적 판단 기준이 선행판결에 비해 더 엄격해졌다고 평가하기에는 무리가 있다. 즉, 두 판결만으로는 대법원이 ILO 기본협약을 재판규범으로 어떻게 적용하였는지는 확인이 어렵다. 판결요지의 실질적 적용 양상을 앞으로도 관심을 가지고 지켜보아야 하는 이유이다.

김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)

택배기사 과로사 방지를 위한 사회적 합의 및 단체협약에 따른 택배기사의 분류작업 거부는 쟁의행위에 해당하지 않는다

- 서울동부지법 2022.12.15. 선고 2021가단126529 판결 -

【판결요지】

원고 우체국물류지원단을 포함한 택배사들과 피고 전국택배노동조합 등은 택배기사 과로사 대책 사회적 합의를 하였고, 이를 단체협약에 반영하였던 사실, 이후 피고 조합 등과 우정사업본부가 분류비용에 관하여 논의를 하였으나 협의가 되지 아니하였고 원고가 기존 택배수수료에 분류비용이 포함되어 있다는 입장을 통보한 사실 등을 인정할 수 있는바, 위 합의 및 단체협약에 따르면 분류작업은 택배기사의 업무에서 원칙적으로 제외되어 있고 다만 불가피하게 분류작업을 하는 경우의 수수료를 추후 정하기로 하였다고 판단된다. 따라서 설령 피고들이 분류작업을 거부하였다고 하더라도 이를 쟁의행위에 해당한다거나 채무불이행에 해당한다고 볼 수 없다.

일하는 사람이 자신의 노동에 관한 사항에 발언하고 근로조건 결정 과정에 참여하는 것은 일하는 사람의 보편적인 권리이다. 일하는 관계에서 자신의 노동에 관한 대화가 필요하다. 일하는 관계에서 자신의 노동에 관한 대화와 합의는 반드시 노동조합법이 규율하는 단체교섭 및 단체협약을 통해서 이루어져야 하는가. 노동3권을 존중하는 헌법 질서에서 사회적 합의에 기반하여 이루어진 분류작업 거부는 정당한 단체행동권 행사에 해당한다고 볼 수 있지 않을까. 최근 하급심 판결은, 택배기사 과로사 방지를 위한 사회적 합의 및 단체협약에 따른 택배기사의 분류작업 거부는 쟁의행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 동 판결은 헌법상 단체교섭권 보장의 의미와 관련하여 필자에게 몇 가지 물음을 던져주었다.

대상판결의 사건의 개요 및 주된 쟁점은 다음과 같다.

코로나19로 인해 택배 수요가 급증함에 따라 택배노동자들에게 과로사

문제가 발생하자 전국택배노동조합과 시민단체들은 택배노동자 과로사 대책위원회를 구축하여 과로사 대책 마련을 위한 민관공동위원회를 구성할 것을 요구하였다. 이에 지난 2020. 12. 원고 우체국물류지원단과 피고 전국택배노동조합을 포함한 사용자·노동자 단체, 홈쇼핑 등 대형화주, 국회·정부관계자들로 구성된 사회적 합의기구가 출범하였다.¹⁾ 사회적 합의기구는 2021.1.21. 택배기사 과로사 대책 사회적 합의기구 합의문을 통해 ‘택배기사의 기본 작업범위는 택배의 집화 배송으로’하고, ‘설비 자동화가 완료되기 전까지는 택배사업자, 영업점은 분류전담인력을 투입하거나 적정대가를 지급하되, 분류작업 비용 및 책임은 택배기사에게 전가하지 않는다.’고 규정하면서 택배기사의 작업범위에서 분류작업이 제외됨을 명확히 하였다.²⁾ 또한 위 사회적 합의 직후인 2021.1.29. 체결된 원고와 피고 조합 간의 단체협약은 ‘사회적 합의기구 관련 내용을 준수’하며 ‘사회적 합의기구에서 정한 내용 중 우정사업본부에 대해 명기되지 않은 사항은 2021.2.1.부터 상시협의체를 구성, 운영하여 협의한다.’고 정하였다.

그런데 원고가 사회적 합의기구에서 논의한 분류작업 별도 인력 투입 등 사회적 합의를 이행하지 않자 2021.6.7. 피고노조 소속 조합원들은 분류작업을 거부하는 등의 행위를 하였다. 이에 원고가 피고노조 소속 조합원들의 노무제공 거부 등의 행위는 쟁의행위에 해당하고 그 주된 목적이 사회적 합의의 내용 및 단체협약을 일방적으로 해석하여 분류작업에 대한 수수료의 즉시 소급지급을 추가로 요구하기 위하여 쟁의행위에 바로 돌입한 것으로 그 목적에 있어서 정당성을 결여하였다. 또한 피고노조는 원고와 단체협약

1) “택배노동자 적정 수수료·물량 정할 사회적 대화 시작”, 매일노동뉴스 2020.12.8. 자 기사 <http://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=200209>

2) 이와 함께 등 합의에서는, ‘분류작업 수수료는 분류인력을 투입하는 비용보다 높아야 한다는 원칙하에 택배거래구조 개선작업이 완료되는 시점 이전에는 택배사업자가 투입하기로 한 분류인력(C)대한통운 4천 명, 한진·롯데 1천 명)을 투입하되, 현장여건을 감안하여 일부 분류인력을 투입하지 못한 택배사업자는 해당 분류인력 투입비용에 상응하는 비용을 택배기사에게 수수료로 지급하여야 한다. ... 분류작업 인정시간에 대한 기준은 사회적 합의기구에서 논의하여 확정한다.’고 하여 수수료 결정에 관한 사항을 정하였다.

을 체결하여 평화의무를 부담하고 있음에도 노동조합법상 쟁의조정 절차 및 조합원 찬반투표 절차를 거치지 않은 채 쟁의행위를 개시하는 등 노동조합법을 위반한 불법파업에 해당하는바, 피고노조 소속 간부인 피고들은 원고와 소포우편물 배달 위·수탁 계약을 체결한 수탁자들로서 계약상 배달의무를 위반하여 배달 거부를 하고 있다고 주장하며, 피고노조와 피고들을 상대로 불법행위 및 채무불이행을 원인으로 한 손해배상 청구를 하였다.

대상판결에서 법원은 “원고를 포함한 택배사들과 피고조합 등은 택배기사 과로사 대책 사회적 합의를 하였고, 이를 단체협약에 반영하였던 사실, 이후 피고조합 등과 우정사업본부가 분류비용에 관하여 논의를 하였으나 협의가 되지 아니하였고 원고가 기존 택배수수료에 분류비용이 포함되어 있다는 입장을 통보한 사실 등을 인정할 수 있는바, 위 합의 및 단체협약에 따르면 분류작업은 택배기사의 업무에서 원칙적으로 제외되어 있고 다만 불가피하게 분류작업을 하는 경우의 수수료를 추후 정하기로 하였다고 판단된다.”고 판시하면서, “설령 피고들이 분류작업을 거부하였다고 하더라도 이를 쟁의행위에 해당한다거나 채무불이행에 해당한다고 보기는 어렵다.”고 판단하였다.

대상판결에서 쟁점이 된 분류작업은 택배기사들의 장시간 근로 및 과로사의 원인으로 지목되어 왔다. 먼저 대상판결은 원고와 피고노조가 분류작업을 택배기사의 업무에서 제외한 사회적 합의기구의 합의를 존중하여 사회적 합의기구 관련 내용의 준수와 상시협의체 구성 및 운영에 관한 사항을 규정한 단체협약을 체결한 배경 및 문언 등을 적극적으로 고려하여, 분류작업은 택배기사의 업무가 아니라고 보았다. 따라서 택배기사들이 자신의 업무가 아닌 분류작업을 거부한 행위는 쟁의행위에 해당하지 않는다고 판단하였다. 이러한 이해에서 대상판결은 사회적 합의의 내용이 ‘집화 및 배송작업’과 ‘분류작업’ 구분을 통해 개인별 분류원칙을 합의한 것일 뿐, 택배기사 개인별 분류에 대한 구체적 방법과 그 적용시기에 대해서는 택배거래구조 개선 연구용역 결과를 고려하여 다시 협의하기로 하였다거나 분류작업 수수료가 아직 특정되지 않았다는 점 등을 들어 분류작업 거부 행위가 쟁의행

위에 해당하고 이는 평화의무 및 쟁의행위 절차 규정을 위반한 위법한 쟁의행위에 해당한다는 원고의 주장을 배척하였다.

대상판결의 사안에서는 원고와 피고노조가 택배기사의 업무에서 분류작업을 제외한 사회적 합의를 존중하여 단체협약을 체결하였기에 법원이 분류작업거부가 노동조합법상 쟁의행위에 해당하지 않는다고 인정하였거나 인정하기가 용이하였다고 생각된다.

만약 원고와 피고노조가 단체협약을 체결하지 않았다면 사회적 합의에 기반하여 이루어진 택배기사들의 분류작업 거부는 어떻게 평가될 수 있을 것인가.

최근 헌법재판소가 강조한 바와 같이 헌법상 단체교섭권 보장에는 집단적 근로조건 대등결정 원칙이 포함되어 있다는 점을 고려하면,³⁾ 집단적 근로조건 대등결정의 원칙을 통해 결정된 노동조건 속에서 일하는 것은 노동3권을 보장하는 헌법 질서 그 자체에 해당한다고 할 수 있다.⁴⁾ 노동3권을 보장하는 헌법질서에서 일하는 사람은 자신의 노동에 관한 사항에 발언하고 근로조건 결정 과정에 참여할 수 있다. 그러한 참여는 노동조합법을 통해 법률로 보장된 단체교섭 나아가 규범적 효력이 인정되는 단체협약을 통해서만 이루어지는 것이 아니다. 노동3권을 보장하는 헌법 질서에서 노동자들은 자신의 노동에 관한 대화의 장에 참여하고 해당 산업 등의 단위에서 노

3) 최근 헌법재판소는 취업규칙의 불이익 변경 요건을 완화한 최저임금법 조항에 대한 헌법상 정당성이 다투어진 사안에서 헌법상 단체교섭권의 보장에는 집단적 근로조건 대등결정 원칙이 포함되어 있음을 강조한 바 있다. 다수 의견은 단체교섭권을 “근로자가 단결하여 그 대표자를 통해 근로조건에 관하여 사용자 또는 사용자단체와 집단적으로 교섭할 수 있는 권리”라 실시하며, 헌법이 단체교섭권을 보장하는 취지를 “근로자가 사용자와 대등한 지위에서 집단적 교섭을 통해 자율적으로 근로조건을 결정할 수 있도록 하는데” 있음을 강조하였다(헌법재판소 2021.12.23. 선고 2018헌마629,630(병합) 결정; 동 결정에 관한 평석으로는, 박제성(2022), 「집단적 근로조건 대등결정 원칙의 헌법적 승인」, 『노동판례리뷰』, 2022년 2월호, 한국노동연구원, pp.93~95; 문준혁(2023), 「취업규칙제도의 위헌성」, 서울대학교 노동법연구회 2023년 2월 정기세미나 발표문, 참조).

4) 강주리(2023), 「단체협약 효력확장제도의 재검토 - 사업 네트워크에서의 단체협약 효력확장 적용 방안을 중심으로 -」, 『산업관계연구』 제33권 제2호, 한국고용노사관계학회.

동에 관한 질서를 형성할 수 있다. 택배기사들의 노동에 관한 이해관계자들의 사회적 대화 및 합의를 통해 택배기사들이 자신들의 노동조건을 결정하였다면 그러한 합의는 헌법 질서에 기반하여 이루어진 것으로 존중되어야 한다.

노동3권이 헌법 규정만으로도 직접 효력이 발생하는 구체적 권리임을 고려하였을 때,⁵⁾ 헌법상 단체행동권 행사는 그 자체의 권리남용이 아닌 한 정당하다고 해석될 필요가 있다.⁶⁾ 노동3권을 보장하는 헌법 질서에서 노동조합법상 단체협약이 체결되지 않았다고 하여 사회적 합의에 기반하여 이루어진 작업분류거부가 단체행동권 남용에 해당한다고 평가될 수 있는가. 노동조합법상 규범적 효력이 인정되지 않는 단체협약 나아가 사회적 합의에 있어서도 헌법상 단체교섭권 보장, 나아가 노동3권을 보장하는 헌법 질서는 충분히 존중되어야 한다.

강주리(서울시립대학교 강사, 법학박사)

5) 대법원 2020.9.3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결.

6) 박제성 박사는 “노동삼권이 구체적 권리성을 갖는다고 인정되는 이상, 제도보장으로서의 쟁의행위의 정당성 법리는 구체적 권리로서의 파업권의 남용 법리로 수정”되어야 함을 강조한다(박제성(2022), 『21세기 노동3권』, 무빈다방, p.77); 이와 유사한 견해로, 김린(2023), 「단체행동의 자유」, 『노동법연구』 제54호, 서울대학교 노동법연구회, pp.111~112, 참조.

직장점거와 손해배상

- 대구지방법원 김천지원 2022. 12. 21. 선고 2019가단36260 판결 -

【판결요지】

원고의 이 사건 청구는 이 사건 점거행위 그 자체에 대한 손해배상청구가 아니라 이 사건 점거행위가 발생하는 과정 및 그 기간 동안 이루어진 [...] 원고 소유 시설물의 파손으로 인한 손해배상청구이므로, 피고들에게 위 시설물의 파손으로 인한 공동불법행위책임을 묻기 위해서는 위 시설물의 파손행위와 관련하여 피고들이 구체적으로 어떤 객관적 관련 공동성이 있는 행위를 하였는지가 원고에 의해 입증되어야 한다.

판결문을 토대로 재구성해 본 사실관계의 풍경은 대강 이러하다. 갑 노동조합 간부들이 회사 본관 로비 점거행위를 기획했고, 이에 따라 갑 노동조합 조합원들이 회사 본관 로비를 점거하고 있다. 을 노동조합 소속 조합원들도 본관 주변에 모여 있다. 만약의 사태를 대비하여 경찰도 주변에 대기하고 있다. 그 과정에서 본관 출입문 유리창이 깨졌고, 본관 주위의 보도블럭과 잔디밭이 훼손되었다.

원고인 회사는 이 모든 손해에 대한 배상을 피고인 갑 노동조합과 그 간부들에게 청구하였다. 직장점거는 불법이고, 그 과정에서 손해가 발생했는데, 갑 노동조합 간부들이 직장점거를 기획·지시·지도했으므로, 손해를 공동으로 배상해야 한다는 것이 회사의 주장이다.

이에 대하여 대법판결은 이렇게 대답했다. 점거행위 그 자체와 시설물 파손행위는 별개의 행위이고, 손해의 발생은 점거행위가 아니라 시설물 파손행위에 의한 것이므로, 손해배상책임이 인정되기 위해서는 누가 구체적으로 어떤 불법행위를 하였는지 입증해야 한다. 즉 피고들이 점거행위를 기획·지시·지도했다는 사실이 아니라, 피고들이 직접 혹은 조합원들에게 시설물 파손행위를 기획·지시·지도했다는 사실이 입증되어야 한다. 그런데 원

고는 피고들이 점거행위를 기획·지시·지도하였다는 사실만 주장할 뿐, 시설물 파손행위에 관한 고의/과실을 입증하지 못했다. 개별 조합원의 불법행위로 인한 책임을 조합 간부에게 묻는 것은 자기책임의 원칙에 반한다. 그러므로 피고들은 손해배상책임이 없다.

“근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”¹⁾ 이 “노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다.”²⁾

단체행동권에는 파업권과 기타 단체행동권이 있는데, 이 후자에는 대표적으로 직장점거가 있다. 직장점거의 적법성 여부는 그 자체의 법리에 따라서 판단된다. 판례에 따르면 사용자의 영업이나 다른 근로자의 노무제공을 전면적으로 방해하지 않고 평화적으로 전개되는 병존적·평화적 직장점거는 적법하다.

모든 기본권과 마찬가지로 단체행동권의 행사에 있어서도 고의/과실로 인하여 타인에게 손해를 야기한 경우에는 손해배상책임이 인정된다. 손해배상책임의 인정을 위해서는 세 가지 요건이 충족되어야 한다. 첫째, 고의/과실이 있어야 한다. 둘째, 손해가 있어야 한다. 셋째, 개인책임의 원칙에 따라서 고의/과실과 손해 사이에 인과관계가 입증되어야 한다. 이것은 민사책임법리의 일반적인 원칙이다. 단체행동권 사건이라고 해서 특별히 달라야 할 이유가 없다.

첫 번째 요건과 관련하여 적법한 단체행동권의 행사와 기타 불법행위를 구분해야 한다. 불법행위로 인한 손해배상책임이 인정되기 위해서는 고의/과실이 있어야 하는데, 병존적·평화적 직장점거 그 자체는 적법한 행위이기 때문에 고의/과실이 될 수 없다. 적법성의 범위를 벗어나 배타적으로 전

1) 「헌법」 제33조 제1항.

2) 대법원 전원합의체 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 판결.

개된 직장점거 또는 평화적 직장점거와 무관하게 발생한 폭력이나 파괴 등 불법행위에 대해서만 고의/과실이 인정되고, 그것으로 인해 야기된 손해에 대해서는 배상책임이 발생한다.

두 번째 요건과 관련하여 손해의 산정에 있어서는 단체행동이 없었던 경우와 비교하는 것이 아니라 단체행동이 위법한 경우와 비교해야 한다. 적법한 단체행동의 경우에도 일정한 손해는 발생할 수 있는데, 이 손해는 단체행동권이라는 기본권의 행사에 따른 결과로써 배상책임이 발생하는 손해로 인정되지 않기 때문이다. 2층 건물에 빗대어 말하자면, 1층은 단체행동권의 영역이고, 2층이 불법의 영역이다. 1층에서 발생할 수 있는 손해는 2층의 불법이 있거나 없거나 동일하다. 2층이 불법이라고 해서 1층까지 불법이 되는 것은 아니다. 그러므로 손해배상책임은 2층의 손해에 대해서만 인정된다. 단체행동이 없는 경우를 기준으로 삼아 1층과 2층의 손해 전체를 배상하라고 하는 것은 적법한 단체행동의 경우에도 발생할 수 있는 손해까지도 모두 배상하라는 것이어서 단체행동권 그 자체를 처벌하는 것과 같다. 이는 단체행동권을 기본권으로 보장하고 있는 헌법에 반하는 것이다.

세 번째 요건에 따르면, 근로자와 노동조합의 손해배상책임이 인정되기 위해서는, 근로자와 노동조합이 각각 구체적으로 어떤 불법행위를 했는지, 그 불법행위로 인해서 어떤 손해가 발생했는지 입증되어야 한다. (누가 했는지는 모르겠지만 어쨌든) 불법행위가 있었고, (각각의 불법행위로 인한 손해가 얼마인지는 모르겠지만 어쨌든 전체적으로 상당액의) 손해가 발생했으니, 근로자와 노동조합은 연대하여 손해의 전부를 배상할 책임이 있다는 식으로 만연히 판단하면 안 된다. 「민법」 제760조 공동불법행위의 경우에도 마찬가지이다. 판례에 따르면 공동불법행위에 대해서는 부진정연대채무가 인정된다. 그러나 단체행동권의 행사와 관련하여 이 법리가 적용되려면, 적법한 단체행동권의 행사 범위를 벗어난 불법의 행위에 각각의 근로자가 공동으로 가담했다는 사실이 입증되어야 한다. 그렇지 않고 불법행위가 있긴 하지만 단체행동에 참가한 근로자 전부를 만연히 공동불법행위자로 간주하는 것은 「민법」 제760조의 해석 범위를 벗어난 것이라고 할 것이다.

대상판결의 의의는 단체행동권의 행사와 손해배상책임에 관한 문제에서 이 세 가지 요건을 명확히 했다는 점에 있다. 대상판결에 따르면, “원고의 이 사건 청구는 이 사건 점거행위 그 자체에 대한 손해배상청구가 아니라 이 사건 점거행위가 발생하는 과정 및 그 기간 동안 이루어진 [...] 원고 소유 시설물의 파손으로 인한 손해배상청구이므로, 피고들에게 위 시설물의 파손으로 인한 공동불법행위책임을 묻기 위해서는 위 시설물의 파손행위와 관련하여 피고들이 구체적으로 어떤 객관적 관련 공동성이 있는 행위를 하였는지가 원고에 의해 입증되어야 한다.”

다시 말하면, 직장점거 그 자체와 시설물 파괴행위는 별개의 행위이므로, 시설물 파괴행위에 대한 손해배상책임이 인정되기 위해서는 시설물 파괴행위에 관한 고의/과실이 각 근로자 수준에서 존재하고 있음을 입증해야 한다. 직장점거를 기획하고 지시한 사실이 있다고 해서, 그것만으로는 시설물 파괴행위에 대한 고의/과실이 있다고 인정하기 어렵다. 그럼에도 불구하고 “원고는 피고 간부들이 피고 노조들 소속 조합원들에게 이 사건 점거행위에 관한 기획, 지시, 지도를 하였다고만 주장하고 있을 뿐, 위 시설물의 파손행위와 관련하여서는 피고 간부들이 언제, 어떤 방식으로 피고 노조들 소속 조합원들에게 이를 기획, 지시, 지도하였는지에 관하여 아무런 주장 및 입증 을 하지 못하고 있다.”

나아가 대상판결은 「민법」 제760조의 적용에 따른 공동불법행위책임을 묻는 것에도 신중함을 보여주고 있다. 대상판결에 따르면, “위 시설물의 파손행위가 이 사건 점거행위에 필연적으로 부수되는 행위라 할 수 없는 점” 및 “피고 노조들 소속 조합원들의 개인적 일탈에 의한 위 시설물 파손행위에 대해서도 이를 기획, 지시, 지도한 바 없는 피고 간부들에게까지 그 법적 책임을 지우는 것은 자기책임의 원칙에 반하는 점” 등을 고려하면, “피고 간부들이 피고 노조들 소속 조합원들에게 위 시설물 파손행위에 대해서는 기획, 지시, 지도한 바 없고, 단지 이 사건 점거행위에 관하여만 이를 기획, 지시, 지도하였다면, 피고 간부들에게 이 사건 점거행위가 발생하는 과정 및 그 기간 동안 이루어진 위 시설물의 파손행위에 대하여도 「민법」 제760조

에 근거한 공동불법행위책임을 묻는 것은 부당하다.”

노동조합의 손해배상책임과 관련해서는, 노동조합 간부들이 시설물 파손 행위를 기획·지시·지도했다는 사실이 인정되지 않는 한, 이를 전제로 한 노동조합의 손해배상책임도 인정되지 않는 것은 물론이다.

박제성(한국노동연구원 선임연구위원)

근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임

- 서울동부지방법원 2023. 7. 20. 선고 2022가합100033 판결 -

【판결요지】

쟁의행위로서 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다.

쟁의행위가 정당하기 위하여는 첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 및 노동쟁의 발생신고 등 절차를 거쳐야 하는 한편, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다.

1. 사실관계

원고는 지역문화 진흥을 위해 설립된 법인으로, 사업 중 하나로 강동아트 센터를 운영하고 있었고, 피고들은 원고의 근로자로 민주노총 전국민주일반노동조합 서울본부 강동문화재단분회(이하 '이 사건 노동조합'이라 한다.)의 조합원들이다. 원고와 이 사건 노동조합은 2021년도 임금 및 보충협약 체결을 위한 교섭을 하였으나 교섭이 결렬되었고, 서울지방노동위원회의 노동쟁의 조정도 조정안 제시 없이 2021. 6. 21. 종료되었다. 이 사건 노동조합은 쟁의행위에 관한 찬반투표를 거쳐 2021. 11. 11. 17:39경 사내 게시판에 2021. 11. 12. 18:30 파업전야제 집회 소집을 게시하고 2021. 11. 12. 소

식지를 통해 2021. 11. 13.과 11. 14. 전면 파업에 돌입함을 공지하였다.

강동아트센터에서는 2021. 11. 12.부터 11. 14.까지 발레 <돈키호테>, 뮤지컬 <두근두근 움스프렌즈>, 전국고교패션 콘테스트 행사가 예정되어 있었는데, 공연전시팀 무대감독, 기계감독, 음향감독, 조명감독이었던 피고들은 파업전야제에 참가하기 위해 2021. 11. 12. 19:30에 예정된 공연에 대한 연장근로를 하지 않을 것임을 알렸고, 2021. 11. 12. 18:00경 대극장과 소극장의 음향, 조명, 기계 등 장비 전원을 끄고 퇴근하였다. 원고는 2021. 11. 12. 19:30에 예정된 공연과 2021. 11. 13. 및 11. 14. 공연을 모두 취소하였고, 전국고교패션 콘테스트 행사는 장소를 온조대왕문화체육관으로 변경하여 진행하였다.

원고는 피고들이 원고가 예정하는 행사를 정상적으로 진행할 수 있도록 협조할 의무가 있음에도 집단적으로 극장 장비 전원을 끄고 정시 퇴근을 감행하였고, 이로써 원고는 공연과 행사를 취소할 수밖에 없었으므로, 피고들은 위력으로 원고의 업무를 방해한 불법행위에 대하여 연대하여 재산상 손해를 배상할 의무가 있다고 주장하면서 이 사건 소를 제기하였다.

2. 법원의 판단

대상판결은 이 사건 노동조합이 파업에 이르게 된 경위와 소식지 게시, 소집 공고 등을 고려하면 원고가 이 사건 노동조합의 파업전야제 개최 및 전면파업 돌입이나 피고들이 이에 참가할 것을 전혀 예측할 수 없었던 상황은 아니었고, 단체행동권에 있어서 쟁의행위는 핵심적인 것으로 쟁의행위는 사용자의 업무에 어느 정도 지장을 초래하는 것을 당연한 전제로 하고 있으므로, 헌법상 기본권 행사에 본질적으로 수반되는 것으로서 정당화될 수 있는 업무의 지장 초래가 당연히 불법하다고 평가할 수는 없는 점, 취소된 공연은 재공연이 이루어졌거나 예정되어 있는 점 등을 고려하면 피고들의 행위로 원고의 사업 운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해가 발생하는 등 사용자의 사업계속에 관한 자유의지가 제압·혼란될 정도에 이르렀다고 단

정하기 어려우며 원고가 피고들을 업무방해 혐의로 고소한 사건은 혐의없음의 불송치 결정이 있었던 점 등을 고려하면 피고들의 행위가 위력에 의한 업무방해죄에 해당하지 않는다고 판단하였다.

원고는 피고들이 극장 장비 전원을 끄고 퇴근을 한 것 자체가 조업방해에 해당하므로 이에 불법성의 본질이 있다고 주장하나, 대상판결은 피고들이 집단적 근로제공을 거부한 행위는 쟁의행위의 일환인데, 이 사건 노동조합의 파업은 원고도 자인하고 있는 것처럼 목적과 절차가 정당하고, 극장의 장비 전원을 끄는 과정에서 어떠한 무력행사나 원고의 소유권 침해가 발생하지 않았으며, 장비 전원을 켜는데 특별한 용법이나 장애가 없었고, 피고들의 행위로 인해 원고가 그 경영에 심각한 타격을 끼칠 정도로 손해를 입었다고 단정할 수도 없으므로 쟁의행위의 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루지 못하였다고 보기 어려운 점을 고려하면, 피고들의 행위가 공연을 바로 앞두고 이루어졌다는 이유만으로 위법한 쟁의행위로서 원고에 대한 불법행위가 성립한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

3. 업무방해죄의 성립 여부와 불법행위 책임의 판단

노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 한다.) 제3조는 “사용자는 이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위로 인하여 손해를 입은 경우에 노동조합 또는 근로자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다.”고 하여 손해배상청구의 제한을, 제4조는 “형법 제20조의 규정은 노동조합이 단체교섭·쟁의행위 기타의 행위로 제1조의 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용된다. 다만, 어떠한 경우에도 폭력이나 파괴행위는 정당한 행위로 해석되어서는 안 된다.”고 하여 정당행위를 이유로 한 위법성 조각을 규정하고 있다. 위 규정에 따라 정당한 쟁의행위에 대해서는 민사상, 형사상 면책이 이루어진다.

민사상 불법행위는 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 경우 성립한다. 형사상 범죄행위에 해당하는 경우에는 민사상으로도

불법행위가 성립하는 것으로 볼 수 있다. 피고들의 행위가 최종적으로 형사상 업무방해죄에 해당하는 것으로 판단된다면 불법행위에서의 위법성이 인정될 수 있다.

쟁의행위의 행사책임과 관련하여 가장 많이 문제가 되는 것은 업무방해죄의 적용 여부이다. 업무방해의 결과가 발생하였다고 하여 항상 업무방해죄가 성립하는 것은 아니다. 형법 제314조는 '위계' 또는 '위력'으로써 사람의 업무를 방해한 경우 업무방해죄가 성립한다고 규정하고 있으므로, 업무방해의 방법이 위계나 위력에 해당하지 않는다면 업무방해죄는 성립할 여지가 없다.

대법원은 과거 "다수의 근로자들이 상호 의사연락하에 집단적으로 작업장을 이탈하거나 결근하는 등 근로의 제공을 거부함으로써 사용자의 생산·판매 등 업무의 정상적인 운영을 저해하여 손해를 발생하게 하였다면, 그와 같은 행위가 노동관계법령에 따른 정당한 쟁의행위로서 위법성이 조각되는 경우가 아닌 한, 다중의 위력으로써 타인의 업무를 방해하는 행위에 해당하여 업무방해죄를 구성한다."고 하여 집단적인 근로 제공의 거부가 위력에 해당한다고 보았다. 그러나 이후 입장을 변경하여 "근로자는 원칙적으로 헌법상 보장된 기본권으로서 근로조건 향상을 위한 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가지므로(헌법 제33조 제1항), 쟁의행위로서 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 보는 것이 타당하다."고 하였다.

대상판결은 원고가 피고들의 근로제공 거부를 전혀 예측할 수 없었던 상황이 아니고, 원고의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 경우로 볼 수 없으므로 피고들의 행위가 위력에 의한 업무방해죄에 해당하지 않는다고 판단하였다.

그런데 민사상 불법행위와 형사상 범죄행위 범위가 반드시 일치하는 것은 아니다. 대법원 역시 “불법행위에 따른 형사책임은 사회의 법질서를 위반한 행위에 대한 책임을 묻는 것으로서 행위자에 대한 공적인 제재(형벌)를 그 내용으로 함에 비하여, 민사책임은 타인의 법익을 침해한 데 대하여 행위자의 개인적 책임을 묻는 것으로서 피해자에게 발생한 손해의 전보를 그 내용으로 하는 것이고, 손해배상제도는 손해의 공평·타당한 부담을 그 지도원리로 하는 것이므로, 형사상 범죄를 구성하지 아니하는 침해행위라고 하더라도 그것이 민사상 불법행위를 구성하는지 여부는 형사책임과 별개의 관점에서 검토하여야 한다.”고 판시하고 있다.¹⁾

쟁의행위에 있어서도 쟁의행위가 업무방해죄 등 형사상 범죄행위에 해당하는 경우에는 일반적으로 불법행위로 인한 손해배상책임을 인정할 수 있을 것이지만, 업무방해죄에 해당하는지 여부에 따라 반드시 민사상 손해배상책임의 성립 여부가 결정되는 것은 아니다. 특히 쟁의행위가 위력에 해당하지는 않더라도 업무방해의 결과를 야기하였고, 그 행위에 위법성이 인정된다면 불법행위가 성립할 여지가 있다.

따라서 쟁의행위가 업무방해죄에 해당하지 않는다고 하여 곧바로 불법행위가 성립하지 않는다고 단정하기는 어렵다. 대상판결도 피고들의 행위가 업무방해죄에 해당하지 않는다고 판단한 후, 추가적으로 피고들의 행위가 위법한 쟁의행위로서 불법행위에 해당하지 않는다고 판단을 하였다.

4. 대상판결의 판단 구조에 대하여

노동조합법 제3조가 사용자의 손해배상 청구를 제한하는 규정을 두고 있는 이상, 사용자가 노동조합 또는 근로자를 상대로 손해배상 청구를 하기 위해서는 해당 쟁의행위가 정당성이 없다는 점이 우선 인정되어야 할 것이다. 정당한 쟁의행위에 대해서는 애초에 사용자의 손해배상 청구 자체가 불가능하기 때문이다. 이에 따르면 쟁의행위가 민사상 불법행위의 요건을 충족

1) 대법원 2008. 2. 1. 선고 2006다6713 판결.

하는지 여부는 쟁의행위의 정당성이 인정되지 않을 때 문제되는 것으로 볼 수 있다.

따라서 피고들의 쟁의행위가 정당성이 인정된다면 원고의 피고들에 대한 손해배상청구는 불법행위의 요건 충족 여부에 관한 판단까지 나아가지 않더라도 그 자체로 인정될 수 없다. 따라서 민사소송법 제3조의 적용 여부를 우선 판단을 하고, 민사상 면책이 적용되지 않는 경우에 불법행위의 요건에 대한 판단으로 나아가는 것이 타당하다고 보이며, 이 경우 업무방해죄의 성립 여부는 불법행위의 위법성 요건에서 판단할 사항이다.

대상판결에서 원고의 주된 주장이 피고들의 업무방해죄 성립을 이유로 불법행위가 성립한다고 주장하여 이에 대한 자세한 판단을 하였던 것으로 보이지만, 쟁의행위에 대하여 손해배상청구를 하는 사건인 점을 고려하면, 쟁의행위의 정당성에 대한 판단을 먼저 하고, 피고들의 행위가 정당한 쟁의행위로 민사상 면책의 대상이 되므로 원고의 손해배상청구권이 인정되지 않는다는 판단을 하였어야 하는 것은 아닌가 하는 생각이 든다.

조재호(법무법인(유한) 민 변호사)

비정규직

불법파견에서 사용사업주 파산시 파견근로자의 임금채권 보호

- 대법원 2022. 12. 1. 선고 2018다300586 판결 -

【판결요지】

[1] 법령 내용에 의하면, 사용사업주가 정당한 사유 없이 근로자파견의 대가를 지급하지 아니하고 그로 인하여 파견사업주가 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우 사용사업주는 근로자에 대하여 파견사업주와 연대하여 임금지급의무를 부담하게 된다. 이와 같이 사용사업주가 파견법 제34조 제2항에 따라 근로자에 대하여 임금지급의무를 부담하고 그에 따라 파견근로자가 사용사업주에 대하여 임금채권을 가지는 경우, 파견근로자의 복지증진에 관한 파견법의 입법취지와 더불어 사용사업주가 파견사업주와 연대하여 임금지급의무를 부담하는 경우 임금 지급에 관하여 사용자로 본다는 파견법 제34조 제2항 후문 및 근로자의 최저생활을 보장하려는 근로기준법 제38조 제2항의 규정 취지를 고려하여 보면, 파견근로자의 사용사업주에 대한 임금채권에 관하여도 근로기준법 제38조 제2항이 정하는 최우선변제권이 인정된다고 봄이 타당하다.

[2] 사용사업주의 파견근로자에 대한 임금지급책임을 인정하는 파견법 제34조 제2항을 적용하기 위하여 당해 근로자파견이 파견법 제5조의 파견사유가 있고 제7조의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 이른바 ‘적법한 근로자파견’에 해당하여야만 하는 것은 아니다.

[3] 채무자 회생 및 파산에 관한 법률(이하 “채무자회생법”) 제415조의2 단서는 “다만, 임금채권보장법 제8조에 따라 해당 채권을 대위하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 정하고 있다. 이는 파산채무자인 사업주를 대

신하여 미지급 임금을 지급하고 임금채권보장법 제8조 제2항에 따라 근로자의 권리를 대위하는 근로복지공단은 별제권 행사에 따른 경매절차에서 근로자와는 달리 배당금을 직접 받을 수 없다는 뜻일 뿐, 근로복지공단이 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리를 부정한 것이 아니다. 따라서 근로복지공단이 대지급금채권자로서 배당요구를 하면 조세채권자가 교부청구를 한 경우 등과 마찬가지로 그 배당금은 파산관재인에게 교부되고, 파산관재인을 통하여 변제받게 된다.

(1) 대상판결의 사실관계는 다음과 같다. B는 2016. 2. 1. A와 근로자파견 계약을 체결하고, B 소속 근로자들(이하 “C”)이 2016. 2. 말경부터 5. 말경까지 A의 공장에서 근로를 제공하였다. B는 근로자파견업 허가를 받지 않았고, 파견근로자가 근무한 업무는 근로자파견이 허용되지 않는 업무였다. 그런데 A가 B에게 근로자파견의 대가를 지급하지 않았고, 그로 인하여 B는 C에게 2016. 4.분 및 2016. 5.분 임금을 지급하지 못하였다(편의상 이 미지급 임금액의 총액을 100, 근로복지공단의 대지급금(구 ‘체당금’)은 이 중 70, 파견근로자가 지급받지 못한 잔여 임금을 나머지 30이라 한다.). 근로복지공단은 위 근로자들에게 위 미지급 임금 중 일부인 70을 B를 대신하여 지급하였다. 한편, A는 2016. 9. 28. 법원으로부터 파산선고를 받았고 K가 A의 파산관재인으로 선임되었다. D는 A 소유 부동산에 대한 근저당권을 보유하고 있었는데, 별제권을 행사하여 이 부동산에 대해 임의경매신청을 하였다. K는 해당 경매법원에 위 근로복지공단의 대지급금 70과 파견근로자의 임금 30에 대해 배당요구를 하였으나 경매법원은 이를 배당표에 반영하지 않았다. 이에 K는 법원에 D를 상대로 배당이의의 소를 제기하였다. 원심은 판결요지 [1]과 [2]의 결론을 받아들여(다만, 이론구성은 대법원과 차이가 있음) 위 파견근로자의 임금 30만을 별제권자인 D에 우선하여 K에게 배당하여야 한다고 판단하였으나, 대법원은 위 판결요지 [1]~[3]의 법리를 제시하며 근로복지공단의 대지급금 70도 D에 우선하여 K에게 배당하여야 한다고 결론을 내렸다.

(2) 근로기준법 제38조 제2항은 근로자의 최종 3개월 치 임금채권 등은 사용자의 총재산에 대해서 다른 담보권부 채권 등보다 최우선변제 받을 수 있음을 선언하고 있다. 동 규정은 근로자의 생활안정을 도모하는 데 취지가 있는 것으로 사용자와 직접적인 근로계약관계에 있는 근로자에 대해 적용된다는 점에는 의문의 여지가 없다. 그런데 이 규정이 근로관계가 3면화된 근로자파견관계에서 어떻게 적용되는지가 문제된다. 이 사건에서도 C가 파견사업주 B로부터 미지급받은 임금채권을 사용사업주인 A의 총재산에 대해서도 최우선변제를 받을 수 있는지가 쟁점이 되었다. 이에 더해 미지급 임금에 대해 임금채권보장법상 대지급금이 지급되어 이를 근로복지공단이 회수하는 경우 사업주가 파산한 경우 최우선변제권이 부인되는지도 문제되었다.

(3) 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(이하 “파견법”) 제34조 제1항은 파견근로자와의 관계에서 파견사업주와 사용사업주가 근로기준법상 사용자임을 규정하면서, 단서를 통해 파견사업주와 사용사업주가 사용자로서의 의무를 어떻게 분담하는지에 대해 구체적으로 조문을 열거하면서 규정하고 있는데, 이 단서에는 「근로기준법」 제38조가 명시되어 있지 않다. 그런데 제34조 제2항은 “파견사업주가 대통령령으로 정하는 사용사업주의 귀책사유로 근로자의 임금을 지급하지 못한 경우에는 사용사업주는 그 파견사업주와 연대하여 책임을 진다.”라고 규정하여 일정한 경우 사용사업주가 임금 지급에 대한 연대책임을 부담한다고 규정하고 있다. 원심은 제34조 제1항 본문이 양 사업주를 모두 근로기준법상 사용자로 보고 있는 점, 파견법이 파견근로자 보호를 목적으로 하는 점, 근로기준법 제38조의 취지, 파견법 제34조 제2항에 따라 사용사업주가 연대책임을 부담하는 점 등을 근거로 비록 제34조 제1항이 명시하지는 않았지만, 근로기준법 제38조는 두 사업주에게 모두 적용된다고 보았다.¹⁾ 이에 반해 대법원은 제34조 제1항에 대해서는 언급 없이, 판결요지[1]과 같이 설시하였다. 이에 따르면 사용사업주의

1) 이 입장에 따르면, 제34조 제2항에 따른 사용사업주의 ‘귀책사유 유무를 따지지 않고’ 파견근로자의 임금채권은 사용사업주의 총재산에 대해서도 우선변제권이 인정된다.

귀책사유로 파견사업주가 파견근로자의 임금을 지급하지 못한 경우 연대책임을 부담하는데 우선변제권은 그러한 연대책임의 내용 중 하나로 인정되는 것이다. 원심과 대법원의 입장은 사용사업주의 귀책여부가 우선변제권의 인정여부에 영향을 미치는지 여부에서 차이가 난다.²⁾ 원심의 견해에 따르면, 사용사업주는 적시에 대금을 지급하였으나 파견사업주가 이를 착복하고 임금을 지급하지 않았거나 파견사업주의 귀책사유로 사용사업주가 근로자파견계약을 해지하는 등 사용사업주가 대금지급거절의 정당화 사유가 있는 경우에 대해서까지 사용사업주의 파견근로자에 대한 임금지급의무를 부담시킨다는 점에서 파견법 제34조 제2항을 별도로 규정한 이유를 무색케 한다는 문제가 있다는 점에서 원심과 같이 파견법 제34조 제1항의 관점에서 접근하기보다는 이를 임금채권의 일반적 효력으로서 연대책임의 내용으로 파악한 대법원의 논리가 더 설득력 있어 보인다. 다만 근로관계의 다면화는 근로자의 지위를 약화시키는 바람직하지 않은 상태를 작출하는바, 이로 인한 위험(위에 예시한 사례도 이러한 위험의 일종이다.)은 별도의 입법적 대책을 마련하여 접근하는 방안도 고려할 필요가 있다.

(4) 이 사건에서 D를 둘러싼 근로자파견관계는 파견법에 위반되는 근로자파견인바, 파견근로자의 임금채권 보호에 관한 판결요지[1]과 같은 해석론을 이와 같은 불법파견관계에 대해서도 적용할 수 있는지가 문제된다. 이에 대해 대법원은 ① 파견법은 제5조에 정한 근로자파견 대상 업무에 해당하는 등 파견사유가 있을 것 또는 제7조에 정한 근로자파견사업의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 근로자파견에 해당할 것을 '근로자파견'의 요건으로 들고 있지 않은 점(제2조 제1호 참조), ② 파견근로자를 보호하고자 하는 것이 제34조 제2항의 취지인 점, ③ 적법하지 않은 파견의 경우 파견법 제34조 제2항이 적용되지 않는다고 보면 파견법이 규정한 제한을 위반하여 근로자파견의 역무를 제공받은 사용사업주는 오히려 임금지급책임을 지지 않는 결과가 되어 법적 형평에 어긋나게 되는 점 등을 근거로 판결요지[2]와 같이

2) 다만, 원심과 대법원은 이론구성을 달리하나, 이 사건은 A의 귀책사유로 C가 임금을 지급받지 못한 점이 인정된다는 점에서 이 사건에서는 그 결론에 차이가 없다.



판단하였다. 불법파견에 대해 파견근로자 보호를 위한 규정을 적용하지 않는다면 파견법 위반을 조장하고 근로자파견사업 허가제도의 근간을 무너뜨릴 염려가 있다는 취지의 종래 판례³⁾와 궤를 같이한다는 점에서 타당한 설시라고 생각한다.

(5) 판결요지[3]은 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」(이하 “채무자회생법”) 제415조의2의 해석에 관한 판시이다. 회생절차 내지 파산절차는 기업의 입장에서는 생사가 걸린 막다른 길이다. 이중 파산의 경우에는 기업의 소멸을 예정하고 속된 말로 ‘빚잔치’라는 극단적 상황을 전제하므로 파산법은 총 채권자의 공평한 만족 실현을 중요한 가치 중 하나로 여긴다. 채무자회생법 제477조 제1항 본문은 “파산재단이 재단채권의 총액을 변제하기에 부족한 것이 분명하게 된 때에는 재단채권의 변제는 다른 법령이 규정하는 우선권에도 불구하고 아직 변제하지 아니한 채권액의 비율에 따라 한다.”라고 규정하여 파산법의 이러한 특성을 잘 보여준다. 임금채권도 ‘재단채권’의 일종으로 이 규정의 적용을 받는다.⁴⁾ 따라서 모든 재단채권을 만족시키기 부족한 빚잔치 상황에서는 근로기준법상 최우선변제권이 있는 임금채권도 우선변제권이 없는 다른 재단채권과의 안분비례가 적용되므로 경우에 따라서는 최우선변제권의 보장을 받지 못하는 근로자가 발생할 수 있다. 이러한 문제를 해결하고자 채무자회생법은 2014. 12. 30. 제415조의2를 신설하여 임금채권의 최우선변제권을 이러한 상황에서도 관철할 수 있도록 제도를 개선을 하였다. 즉, 제415조의2는 파산절차에서 흐려진 임금채권 최우선변제권을 원상회복시켜 비록 모든 재단채권을 만족시키기 부족한 경우라도 근로자는 최우선변제권이 인정되는 범위에서 우선적으로 변제를 받을 수 있도록

3) 대표적으로 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결[에스코 사건].

4) 재단채권이란 파산재단 전체로부터 파산채권(파산선고 전의 원인으로 생긴 재산상 청구권)에 우선하고, 파산재단으로부터 파산절차에 의하지 아니하고 수시로 변제받을 수 있는 권리를 가진 재산상의 청구권을 말한다(온주(로앤비), 채무자회생및파산에관한법률 제4장 총설 참조). 법에 명시적인 규정이 있는 경우(채무자회생법 제473조 참조)에만 인정되는데 대체로 공평의 관점이나 공익적 요청에 강한 성격의 채권이다.

록 한 것이다. 다만 이 규정 단서는 근로복지공단이 대지급금을 지급한 경우에 대해서는 예외를 두도록 규정하였는데, 이 예외 규정의 해석을 두고 실무상 견해가 대립하였다. 하나는 근로복지공단이 대지급금을 지급하고 이를 사용자로부터 회수하는 경우 해당 사용자가 파산선고를 받은 경우에는 우선변제권을 완전히 상실하여 담보권자(별제권자)보다 후순위에 놓인다는 견해와 제415조의2 본문에 의해 회복된 근로자의 최우선변제권만 행사하지 못할 뿐 재단채권으로서의 지위는 여전히 누릴 수 있다는 입장⁵⁾이 그것이다. 원심은 전자의 입장을 택하였으나, 대법원은 대법원 2022. 8. 31. 선고 2019다200737 판결에서 처음으로 후자의 입장을 밝힌 바 있고 이 사건에서 이를 재확인하였다. 전자의 견해에 따르면 사업주 파산상황에서 근로자가 대지급금을 신청하였는지 여부라는 우연한 사정에 의해 담보권자의 채권회수 범위가 변동하며,⁶⁾ 근로복지공단으로서는 변제금 회수가 어려워 사회보장제도로서의 성격이 있는 임금채권보장기금의 재원 관리에 어려움을 겪게 될 위험에 처하게 된다. 대법원의 판단은 제415조의2와 제477조를 체계적으로 파악한 것으로 파산법의 관점에서 공평을 꾀하고, 임금채권보장제도에 있어서도 기금의 안정성을 담보한다는 점에서 타당하다.

김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)

5) 이 견해는 대지급금 회수시 별제권자보다는 우선하나, 재단채권들 사이에서는 안분비례에 복종한다. 전자의 견해와 비교하여 근로복지공단의 대지급금 회수가능성이 높아진다.

6) 근로자가 미지급 임금채권에 대해 대지급금을 신청하지 않았다면 최우선변제권 행사에 의해 담보권자가 회수할 금액이 줄어드나, 대지급금을 신청하였다면 담보권자가 자신보다 선순위의 채권이 사라져 더 많은 금액을 회수할 수 있게 된다.

불법파견인 경우의 손해배상청구권의 성격·소멸시효 및 산정기준

- 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229588 판결 -
- 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229601 판결 -
- 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다213477 판결 -

【판결요지】

사용사업주가 파견근로자와 비교대상 근로자가 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하고 있음을 알았거나 통상적인 사용사업주의 입장에서 합리적인 주의를 기울였으면 이를 알 수 있었는데도 파견근로자의 임금을 결정하는 데 관여하거나 영향력을 행사하는 등으로 파견근로자가 비교대상 근로자보다 적은 임금을 지급받도록 하고 이러한 차별에 합리적인 이유가 없는 경우, 이는 개정 파견법 제21조 제1항을 위반하는 위법한 행위로서 민법 제750조의 불법행위를 구성한다. 이 경우 사용사업주는 합리적인 이유 없이 임금 차별을 받은 파견근로자에게 그러한 차별이 없었더라면 받을 수 있었던 적정한 임금과 실제 지급받은 임금의 차액에 상당하는 손해를 배상할 책임이 있다. 구 파견법에 따라 고용간주된 파견근로자들의 경우에도 현실적으로 파견근로자의 지위에서 사용사업주를 위한 근로에 종사하는 한 개정 파견법 제21조의 차별적 처우 금지의 보호 대상이 된다고 보아야 하므로 위와 같은 법리가 적용된다.

대상판결들은 삼표시멘트(이하 '사용사업주 S'라 한다.)의 하청업체 A(대상판결 ①)·B(대상판결 ②)·C(대상판결 ③)에서 일하던 근로자들이 파견근로자임을 주장하며, 근로자지위를 확인하거나 고용의사표시를 청구(직접고용청구권)하면서 이에 따른 손해배상을 청구한 사안이다. 대상판결들은 여러 가지 쟁점 사항(특히 사용사업주에 대한 회생절차개시결정이 파견근로자의 직접고용청구권에 미치는 영향, 즉 회생절차개시결정이 있는 후에 파견근로자의 직접고용청구권이 발생하는지 여부와 회생절차개시결정 전에 직접고용청구권이 발생한 경우에도 회생절차개시결정으로 인하여 직접고

용청구권이 소멸하는지 여부 등)을 포함하고 있으나 이 글은 불법파견임을 전제로 이로 인한 손해배상청구권의 성격·소멸시효 및 산정기준에 한정하여 살펴본다.¹⁾

불법파견에 대한 분쟁유형은 크게 파견근로자의 입사 시기에 따라 구 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 파견법’이라고 한다.) 제6조 제3항 고용간주조항이 적용되는 경우와 개정 파견법의 직접고용의무 규정이 적용되는 경우로 나누어 볼 수 있다. 고용간주조항을 먼저 살펴보는 것이 타당하겠지만 논의 전개의 편의상 직접고용의무의 경우를 먼저 살펴본다.

2006년 개정 파견법에 따라 직접고용의무조항이 적용되는 경우 파견근로자는 사용자업주를 상대로 고용 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 판결이 확정되면 사용자업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다.²⁾ 이에 따라 파견근로자는 고용의사표시와 이에 따른 손해배상을 청구하게 되는데, 손해배상은 파견근로자의 지위에 기하여 발생하는 사용자업주의 차별행위(파견법 제21조 제1항)에 대한 손해배상으로 「민법」(이하 ‘민법’이라고 한다.) 제750조의 불법행위책임이다(위 【판결요지】).³⁾⁴⁾

1) 대법판결 ①의 근로자 1은 구 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘구 파견법’이라고 한다.) 제6조 제3항 본문에 따라 고용간주되었으므로 근로자지위 확인청구를 하였으나 대법원은 근로자 1이 2022. 12. 31. 정년(60세)이 도래하여 확인의 이익이 없다고 판단하고 원심판결을 파기하고 각하하였다. 이는 ‘확인’의 특성에 비추어 비롯된 것으로 판결에 오랜 시간이 걸리면서 발생한 상황으로 보이고, 유사한 내용은 강선희(2023), 「자동차제조업에서의 간접공정 및 2차 협력업체 소속 하청근로자의 파견근로자성」, 『노동리뷰』 1월호(통권 제121호), 한국노동연구원, pp.148~154 참조.

2) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결, 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024, 2016다239031(병합), 2016다239048(병합), 2016다239055(병합), 2016다239062(병합) 판결.

3) 대법원은 ‘합리적인 이유 없이 임금 차별을 받은 파견근로자’라 판시하였는데 차별은 합리적인 이유가 없어야 성립되는 개념이므로 동어반복적인 표현으로 정확히 표현하면 ‘합리적인 이유 없이 임금상 불이익을 받은 파견근로자’ 내지 ‘합리

이와 같은 민법 제750조의 불법행위로 인한 손해배상청구권은 민법 제 766조가 적용되어 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 않거나(제1항, 단기 3년) 불법행위를 한 날부터 10년을 경과하면 소멸한다(제2항, 장기 10년). 따라서 손해를 안 날로부터 3년 이내에 소송을 제기하면 10년 기간 안에 받지 못한 임금 차액(차별 임금)에 상당하는 손해배상액을 청구할 수 있다.

일반적으로 2005. 7. 1. 이전에 입사하여 구 파견법의 고용간주조항이 적용되는 파견근로자는 사용자에게 근로자지위확인청구를 하면서 고용된 것으로 간주되는 시점부터 받지 못한 임금 차액(사용사업주 소속 정규직과 동일한 기준에 따라 산정된 임금과 파견근로자가 사내협력업체로부터 받은 임금을 공제한 차액분)을 청구한다. 이때의 임금청구소송은 민법 제 390조의 채무불이행으로 인한 손해배상채권으로 소멸시효는 「근로기준법」 제49조에 따라 3년이 적용된다.⁵⁾ 그동안 이러한 이유로 고용간주조항이 적용되는 경우 임금채권의 소멸시효를 적용해 3년 이내의 임금 차액만을 청구하였다. 그렇다면 고용간주된 파견근로자는 위 ‘가.’의 직접고용의무가 적용되는 파견근로자보다 더 장기간 차별적 처우를 받았음에도 손해배상의 범위가 더 축소되는 불합리한 결과가 초래된다.

대상판결들은 이와 같은 문제에 대해 해답을 제시하였는데, “구 파견법에 따라 고용간주된 파견근로자들의 경우에도 현실적으로 파견근로자의 지위에서 사용자업주를 위한 근로에 종사하는 한 개정 파견법 제21조의 차별적 처우 금지의 보호 대상이 된다고 보아야 하므로 위와 같은 법리가 적용된다.”라고 판시함으로써 고용간주된 파견근로자에게도 민법 제750조의 불법행위의 손

적인 이유 없는 임금 차액’이라고 표현하는 것이 타당하다.

- 4) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024 판결 등, 대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다14581 판결 등, 대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다9732 판결 등.
- 5) 대법원 2018. 2. 28. 선고 2016다45779 판결(채무불이행으로 인한 손해배상채권은 본래의 채권이 확장된 것이거나 본래의 채권의 내용이 변경된 것이므로 본래의 채권과 동일성을 가진다. 따라서 본래의 채권이 시효로 소멸한 때에는 손해배상채권도 함께 소멸한다.).

해배상청구권을 인정하였다. 즉 법적으로 고용간주조항이 적용되더라도 **사실상** 사용사업주에게 파견근로를 제공하면서 사용사업주 소속 근로자에 비해 차별적 처우를 받았으므로 개정 파견법 제21조의 차별적 처우 금지의 보호 대상이 된다고 판단한 것이다.⁶⁾ 따라서 고용간주된 근로자도 직접고용 의무가 적용되는 경우와 마찬가지로 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있고 소멸시효는 민법 제766조가 적용된다.

대상판결 ①·②는 사용사업주 S의 사업장에서 정한 정년이 있더라도 이와 관계없이 정년이 넘도록 사용사업주 S에게 파견근로를 제공하였거나(대상판결 ①) 정년이 넘어 하청업체 B에 입사하여 파견근로를 제공하였다면(대상판결 ②) 직접고용의무가 있고, 이에 대한 손해배상을 해야 한다고 판단하였다. 이때 차별적 처우가 있는지 여부를 판단할 때 대상판결 ①·②는 “비교대상 근로자는 원칙적으로 사용사업주의 사업장에서 정년을 경과하여 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 정규직 근로자가 있다면 그 근로자가 되어야 한다. 만일 그러한 근로자가 없는 경우 정년이 경과하여 퇴직한 근로자가 사용사업주에게 촉탁직 등 기간제 근로자로 채용되어 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하고 있다면, 위 기간제 근로자 역시 비교대상 근로자가 될 수 있다. 사용사업주의 사업장에 정년을 경과하여 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 없는 경우에는 정년을 경과하지 않은 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자를 비교대상 근로자로 삼을 수밖에 없을 것이나, 이러한 경우에도 파견근로자의 정년이 경과하였다는 사정을 불리한 처우에 합리적 이유가 있는지 판단하는 데에 고려하여야 한다.”라고 산정기준을 제시하였다. 이러한 산정기준에 따라 정년을 넘어 하청업체 B에 입사하여 사용사업주 S에게 파견근로를 행한 근로자의 손해배상액 산정기준은 ‘사용사업주의 사업장에서 정년을

6) 이러한 법리는 손해배상채권의 소멸시효 및 손해액 산정과 관련된 것으로 그 외의 영역으로 확장 적용할 수 있을지는 좀 더 고려해야 할 것으로 보인다. 예컨대 고용간주된 근로자에 대해 파견법상 노동위원회에 차별시정 신청권을 가진다고 볼지 여부 등이다.

경과하여 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 정규직 근로자 → 기간제 근로자'이어야 하나 정년이 경과하지 않은 사용사업주 S 소속 정규직 근로자를 기준으로 손해액을 인정한 원심을 파기·환송하였다(대상판결 ②). 대상판결들이 '차별적 처우가 있는지 여부를 판단할 때'라고 실시한 부분은 아쉬운 부분이다. 지면의 한계상 구체적 언급은 생략하고 간략히 지적하면, 위 판시내용은 차별적 처우가 있는지 여부, 구체적으로 불이익이 있는지 여부를 확인하기 위한 비교대상자 선정기준으로 볼 수 없고, 차별적 처우의 성립을 전제로 손해배상액을 산정하기 위한 기준으로 한정하여 해석함이 타당하다.

강선희(고려대학교 일반대학원 강사, 법학박사)

회생절차개시가 불법파견 사용사업주의 직접고용의무에 미치는 영향

- 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229601 판결 -

【판결요지】

파견법 제6조의2 제2항은 파견근로자가 명시적인 반대의사를 표시하거나 대통령령이 정하는 정당한 이유가 있는 경우에는 같은 조 제1항의 사용사업주의 직접고용의무규정이 적용되지 않는다고 규정하고 있고, 구 파견법 시행령은 구 「임금채권보장법시행령」을 준용하여 사용사업주에 대한 파산선고, 회생절차개시결정 및 미지급 임금 등을 지급할 능력이 없다고 인정되는 일정한 경우를 파견법 제6조의2 제2항에 규정된 ‘대통령령이 정하는 정당한 이유가 있는 경우’의 하나로 규정하고 있다(현행 규정도 동일한 내용이다).

파견법이 이처럼 파견근로자의 고용안정과 보호를 위하여 사용사업주에게 직접고용의무를 부과하면서도, 위와 같은 직접고용의무의 예외규정을 둔 이유는 재정적 어려움으로 인하여 파탄에 직면하여 회생절차가 개시된 사용사업주에 대하여도 일반적인 경우와 동일하게 직접고용의무를 부과하는 것은 사업의 효율적 회생을 어렵게 하여 결과적으로 사용사업주 소속 근로자뿐만 아니라 파견근로자의 고용안정에도 도움이 되지 않는다는 정책적 고려에 바탕을 둔 것이다. 이와 같은 예외 규정을 둔 입법 목적과 취지를 고려하면, 파견법 제6조의2 제2항에 따라 ② 사용사업주에 대한 회생절차개시결정이 있는 후에는 직접고용청구권은 발생하지 않고, ① 회생절차개시결정 전에 직접고용청구권이 발생한 경우에도 회생절차개시결정으로 인하여 직접고용청구권이 소멸하는 것으로 봄이 타당하다. 다만, ③ 사용사업주의 회생절차가 종결되면 파견근로자는 그때부터 새로 발생한 직접고용청구권을 행사할 수 있다.

피고 삼표시멘트(이하 ‘S’라 한다.)는 자신의 삼척공장 종합 컴프레서, 펌프, 보일러 등의 운전 및 점검업무를 하청업체 Y에게 도급주었다. 해당 업무에서 일하다 2018. 3. 31. Y를 퇴사한 근로자 A, B, C, D는 사용사업주 S의

파견근로자임을 주장하며 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(이하 “파견법”) 제6조의2 제1항에 따른 직접고용 및 손해배상을 청구하였다. 구체적으로 근로자들은 아래 표와 같은 일자에 S의 직접고용의무가 발생하였다고 주장하였고, 손해배상청구의 근거에 대해서는 주위적으로 직접고용의무 불이행을, 예비적으로 차별적 처우를 주장하였다.¹⁾ 원심은 S의 직접고용의무 및 그 위반에 따른 주위적 손해배상청구를 인용하였는데, 대상판결은 이에 대해 S가 상고한 사건에 대한 대법원의 판단이다.²⁾ 한편, S는 2013. 10. 17. 법원으로부터 회생개시결정을 받았고, 2014. 3. 18. 회생계획인가결정을 받았으며, 이후 위 회생절차는 2015. 3. 6. 종결되었다(이해의 편의를 위해 일자를 아래 표에 함께 기재한다).

	입사일	고용의무 발생일	청구내용	고용발생 근거규정
A	2008.6.1.	2010.6.1.	고용 및 손해	2012.2.1. 개정 전의 파견법 제6조의2 제1항 제4호 적용
B	2011.6.10.	2012.8.2.	고용 및 손해	2012.2.1. 개정된 파견법 제6조의2 제1항 제5호 적용 (2012. 8. 2. 시행)
S		2013.10.17.		회생개시결정
C	2014.12.26.	2014.12.26.	고용 및 손해	B와 동일
S		2015.3.6.		회생절차종결
D	2016.8.13.	2016.8.13.	손배	B와 동일

- 1) 대상판결의 원고는 위 4인 외에도 2명이 더 있는데, 이 리뷰에서 다루는 내용과 관련 있는 원고만 소개한다.
- 2) 삼표시멘트가 피고인 불법파견 사건으로 대상판결 외에도 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229588 판결, 대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다213477 판결이 함께 선고되었다. 이 사건들의 또 다른 쟁점인 손해배상청구에 대해서는 강선희 (2023), 「불법파견인 경우의 손해배상청구권의 성격·소멸시효 및 산정기준」, 『노동리뷰』 7월호, pp.82~85 참조.

파견법 제6조의2 제2항은 제1항에 따른 사용자업주의 직접고용의무의 적용배제 사유를 규정하고 있는데, 여기에는 파견근로자의 명시적 반대의사를 표시한 경우와 시행령으로 정한 정당한 사유가 있는 경우로 한정되어 있다. 한편, 파견법 시행령 제2조의2는 고용의무의 예외사유로 천재지변과 임금채권보장법상 이른바 도산 대지급금(구 임금채권보장법상의 용어로는 ‘도산채당금’) 지급사유인 파산, 회생개시, 도산 등 사실인정을 명시하였다.³⁾

대상판결은 고용의무의 예외로 회생개시결정의 적용이 문제된 사례로서, 사용자업주의 회생개시결정 및 회생절차종료 전후에 걸쳐 직접고용의무가 발생한 여러 경우를 경우별로 다루고 있다는 점에 의의가 있다.

먼저 근로자 A와 B는 고용의무발생일이 S의 회생개시결정 이전으로 판결요지①의 경우에 해당한다. 즉, 이들에 대한 직접고용의무는 해당일자에 적법하게 발생하였으나, 그 의무자가 회생개시결정을 받아 제6조의2 제2항의 적용이 문제된 경우이다. 대상판결은 이러한 경우의 법적 효과에 대해 직접고용의무의 이행이 유예되는 것이 아니라 아예 의무 자체가 “소멸”한다고 밝혔다. 따라서 A와 B는 S의 회생절차가 종료된 이후에도 직접고용을 요구할 수 없다.

근로자 C는 회생개시결정이 되었으나 회생절차가 종결되기 전에 직접고용의무가 발생한 경우인데, 대상판결은 이 경우 판결요지②가 적용되며, 이 기간 중에는 직접고용의무가 아예 발생조차 하지 않는다.

근로자 D는 회생절차가 종결된 이후에 직접고용의무가 발생하였다는 점에서 판결요지③에 해당하며, 이 경우에는 직접고용의무를 행사하는 데 장애사유가 없다.

한편, 직접고용의무는 고용관계의 형성은 물론이고 그 불이행에 따른 손해배상청구에도 영향을 미친다. 대상판결은 판결요지 ①의 경우와 관련하여 “피고는 A, B에 대하여 더 이상 회생절차개시 전에 발생한 직접고용의무에

3) 임금채권보장법의 변천에 따라 파견법 시행령의 인용조문이 변경되기는 하였으나 현재까지도 동일한 사유가 유지되고 있다.

터잡아 희생절차개시 후의 직접고용의무의 불이행으로 인한 손해배상의무를 부담하지 않는다.”라고, 판결요지②의 경우에 대해서도 “C의 희생절차 진행 중 발생한 직접고용청구권에 근거한 고용의사표시 청구 및 이를 전제로 한 고용의무 불이행으로 인한 손해배상청구는 받아들일 수 없다.”라고 각 판시하였다. 즉, 판결요지 ①, ②의 경우에 해당하는 근로자에 대해서는 직접고용의무 위반에 대한 손해배상청구도 인정되지 않는다.

대상판결과 관련하여 생각해 볼 점이 두 가지 있다. 하나는 기업희생의 필요성과 파견근로자 보호라는 가치 사이의 형량 문제이고, 다른 하나는 희생절차 진행 중인 사용사업주와의 관계에서 파견근로자의 다른 구제수단은 없는지 여부이다.

앞에서 본 바와 같이 재무적 어려움을 이유로 한 파견법 시행령상 고용의무의 예외는 파산, 도산, 희생의 총 세 가지가 규정되어 있다. 대상판결은 이러한 예외 인정의 취지를 “소속 근로자뿐만 아니라 파견근로자의 고용안정에도 도움이 되지 않는다.”고 제시하였다. 그러나 이 중 당사자의 파산, 도산은 고용의무의 이행 자체가 법률상, 사실상 불가능함이 확정된 경우이나, 희생의 경우에는, 기업의 부활을 꾀하는 제도라는 점에서 이들과 동일하게 보기는 어렵다. 희생기간 중에는 채권자의 희생이 강요된다는 점에서 일용근로자의 이행이 불가능하지만 희생절차가 완결되면 그러한 상태가 해소된다는 점에서 다르게 볼 여지가 있는 것이다. 그러나 대상판결은 이러한 차이점을 외면하였다. 대상판결의 논리에 따르면 희생의 경우에도 파견근로자 고용안정의 핵심수단인 직접고용의무가 부인되므로 ‘파견근로자의 고용안정’은 파산, 도산, 희생 등 그 어떤 경우에도 달성될 수 없다. 대상판결에 따르면 심지어 판결요지 ②의 경우, 즉 희생절차가 진행 중에 C와 같이 무허가 파견업자로부터 근로자파견을 받더라도 사용사업주는 파견근로자에 대한 관계에서는 직접고용의무를 부담하지 않는다. 기업의 희생을 명분으로 불법파견근로를 방치하는 결과가 된 것이다. 희생제도는 채무자가 재정적 파탄에 직면하였지만 사회의 일원이라는 점을 고려하여 채권자의 희생하에 부활의 기회를 주는 제도로서 채무자가 기업인 경우 기업의 사회적 책임과

도 밀접한 관련이 있다. 회생이 개시되었다고 하여 근로자보호라는 사회적 책임을 방기해도 좋다고 볼 수는 없는 것이다. 이러한 점에서 판결요지 ②와 같이 회생기간 중이라 하더라도 파견법에 따른 책임을 원칙적으로 부담하는 것이 타당하다. 나아가 판결요지 ①의 경우에도 입법정책적으로는 회생이 개시되어 종결되는 기간 동안 고용의무의 행사를 잠정적으로 정지시키는 정도로 구성할 필요가 있다. 직접고용의무는 채무자의 여는 금전채권과 달리 파견근로자 고용안정을 피하고 불법파견을 억제한다는 고도의 공익을 피하는 특수한 채권이라는 점에서 특별한 보호가 필요하기 때문이다.

대상판결의 법리하에서는 회생 중인 사용사업주를 형사처벌하는 외에 파견근로자 A, B, C를 위한 다른 구제수단은 없는가? 앞에서 소개한 바와 같이 이 사건에서 근로자들은 손해배상청구의 원인을, 주위적으로는 고용의무 불이행을, 예비적으로는 파견법 제21조(차별적 처우의 금지 및 시정 등) 제1항 위반을 제시하였다. 그런데 원심은 주위적 청구를 인용함으로써 예비적 청구에 대해서는 별도의 판단을 하지 않았다. 대상판결은 위와 같은 이유로 A, B, C에 대한 원심판결을 파기환송 하였는데, 이는 예비적 청구 부분에 대해서는 아직 판단이 없었으므로 파기환송심에서 판단해 보라는 취지로 이해된다. 대상판결은 회생개시결정을 이유로 사용사업주의 직접고용의무 및 그 불이행에 따른 손해배상의무를 배척하였으나, 차별적 처우에 기한 손해배상청구에 대해서는 파기환송심이 어떤 결론을 내릴지 지켜볼 필요가 있다.

참고로, 구 파견법에 근거하여 고용‘간주’된 협력업체 Z 소속 파견근로자가 S를 상대로 ‘회생절차가 진행 중인 기간의 일부’ 동안의 근로에 대해 ‘파견법 제21조 제1항’ 위반(차별적 처우)을 이유로 제기한 손해배상청구 사건에서 대법원은 다음과 같이 판시하였다. “파견근로자에 대한 차별적 처우를 하여 온 사용사업주에 대하여 회생절차가 개시된 경우 관리인은 사용사업주의 차별적 처우를 해소함으로써 위법행위를 시정할 의무를 부담하고, 이러한 의무를 이행하지 않은 채 차별적 처우를 계속하는 것은 새로운 불법행위가 되며 그 손해는 날마다 발생하는 것이다. 관리인의 이러한 불법행위로



인한 파견근로자의 손해배상청구권은 채무자회생법 제179조 제1항 제5호의 '채무자의 업무 및 재산에 관하여 관리인이 회생절차개시 후에 한 자금의 차입 그 밖의 행위로 인하여 생긴 청구권'에 해당하므로 공익채권이 된다."(대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229588 판결)

김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)

정년 후 재고용 기대권

- 대법원 2023. 6. 1. 선고 2018다275925 판결 -
- 대법원 2023. 6. 29. 선고 2018두62492 판결 -

【판결요지】

근로자의 정년을 정한 근로계약, 취업규칙이나 단체협약 등이 법령에 위반되지 않는 한 그에 명시된 정년에 도달하여 당연퇴직하게 된 근로자와의 근로관계를 정년을 연장하는 등의 방법으로 계속 유지할 것인지 여부는 원칙적으로 사용자의 권한에 속하는 것으로서, 해당 근로자에게 정년 연장을 요구할 수 있는 권리가 있다고 할 수 없다(A).

그러나 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 정년에 도달한 근로자가 일정한 요건을 충족하면 기간제근로자로 재고용하여야 한다는 취지의 규정을 두고 있거나(B-1), 그러한 규정이 없더라도 재고용을 실시하게 된 경위 및 그 실시기간, 해당 직종 또는 직무 분야에서 정년에 도달한 근로자 중 재고용된 사람의 비율, 재고용이 거절된 근로자가 있는 경우 그 사유 등의 여러 사정을 종합하여 볼 때, 사업장에 그에 준하는 정도의 재고용 관행이 확립되어 있다고 인정되는 등 근로계약 당사자 사이에 근로자가 정년에 도달하더라도 일정한 요건을 충족하면 기간제근로자로 재고용될 수 있다는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우에는 특별한 사정이 없는 한 근로자는 그에 따라 정년 후 재고용되리라는 기대권을 가진다(B-2). 이와 같이 정년퇴직하게 된 근로자에게 기간제근로자로서의 재고용에 대한 기대권이 인정되는 경우, 사용자가 기간제근로자로서의 재고용을 합리적 이유 없이 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 근로자에게 효력이 없다(말줄 친 부분은 대상판결②의 추가 설시).

그동안 노동위원회 실무 및 하급심에서 인정되던 정년 후 재고용 기대권(또는 정년 후 계속고용 기대권)이 금번의 대상판결들을 통해 정식화되었다. 기간제 근로계약의 갱신기대권¹⁾, 기간제근로자의 무기계약직 전환기대

1) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결 등.

권(또는 정규직 전환기대권)²⁾, 아웃소싱업체 변경 시 고용승계기대권에³⁾ 이어 대상판결들로 정년 후 재고용 기대권이 인정되었다. 또한 이로부터 2주일 뒤에 선고된 정규직 전환 채용 기대권(또는 직접고용 기대권, 대법원 2023. 6. 15. 선고 2021두39034 판결)으로써⁴⁾ 기대권 5탄이 완결되었다.

정년 후 재고용 기대권도 다른 기대권과 마찬가지로 정년의 도래 등을 원인으로 한 근로관계 종료는 원칙적으로 해고는 아니나(위 A) 정년에도 불구하고 근로관계를 지속하겠다는 명시적 약정·규정이 있거나(위 B-1) 근로관계가 계속될 것이라는 신뢰관계가 형성되어(위 B-2) 근로자에게 위와 같은 근로관계 종료는 해고와 마찬가지로의 효과가 나타날 경우 예외적으로 근로자의 근로관계를 보호하기 위해 해고제한 법리를 적용하는 것으로 원칙과 예외의 관계가 성립된다.

정년의 도달로 당연히 근로관계가 종료되는 것이 원칙이나 근로계약서에 일정한 요건을 충족하면 기간제근로자로 재고용하여야 한다는 취지의 규정을 두고 있다면 이에 따라 사용자는 근로자를 정년 후 재고용할 의무를 부담하고, 사용자가 이를 합리적 이유 없이 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 근로자에게 효력이 없다. 계약은 지켜야 한다는 로마법의 격언(“pacta sunt servanda”)을 굳이 언급하지 않아도 당연한 논리적 귀결이고, 기대권의 영역이 아니라 이미 형성된 권리(기득권에 비견할 수 있음)로 볼 수 있다. 따라서 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에 이와 관련된 규정이 있

2) 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결 등.

3) 대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결 등. 이에 대한 평석으로 강선희(2021), 「용역업체 변경 시 고용승계기대권 - 대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결」, 『노동리뷰』 7월호(통권 제196호), 한국노동연구원; 강선희(2021), 「용역업체 등의 변경 시 관행 등을 근거로 한 고용승계기대권 및 두 가지 의문 - 대법원 2021. 6. 3. 선고 2020두45308 판결」, 『노동리뷰』 9월호(통권 제198호), 한국노동연구원 참조.

4) 이는 주로 2017. 7. 20. 발표된 정부의 ‘공공부문 비정규직 근로자 정규직 전환 가이드라인’에 따라 아웃소싱업체에 맡겼던 업무를 도급업체가 직접 처리하는 직영 시 또는 도급업체가 자회사를 설립하여 자회사에 해당 업무를 위탁하는 경우 종전 아웃소싱업체 소속 근로자에 대해 도급업체 및 자회사의 정규직으로 전환하여 채용하는 ‘정규직 전환 채용 기대권’이다. 이는 위 가이드라인에 따라 이루어진 것으로 실무에서의 확장성은 그리 커 보이지 않는다.

다면 이것이 사용자에게 의무를 부여하는 규정인지 아니면 사용자의 재량에 의존하는 규정인지 여부만을 판단하면 된다(위 B-1).

대상판결들은 이와 같은 명시적 규정이 없는 경우 정년 후 재고용 기대권에 대한 판단기준을 위 【판결요지】의 B-2와 같이 “... 등의 여러 사정을 종합하여 볼 때, 사업장에 그에 준하는 정도의 재고용 관행이 확립되어 있다고 인정”되어야 한다고 판시하고 있다. 다른 기대권과 달리 더욱 엄격한 판단요소를 내세운 것인데 정년 후 재고용 기대권은 ‘그에 준하는 정도의 재고용 관행’, 다시 말하면 ‘재고용하여야 한다는 취지의 규정에 있는 경우에 준하는 정도의 재고용 관행’까지 요구하고 있다. 대상판결 ①과 ②가 이에 대해 어떻게 판단했는지를 살펴보자.

대상판결 ①⁵⁾의 경우, 피고(사용자)는 주식회사 포스코로부터 2005. 3. 7. 분사된 회사로 포스코가 운영하는 포항제철소의 방호 및 보안 업무를 수행하였고, 근로자 X(1957. 2. 12. 생)는 포스코에서 경비 업무 등을 수행하다가 2005. 5. 1.부로 피고 회사로 전직하여 근무하던 중 포스코의 하도급업체 직원들에 의한 고철 무단 반출사고를 방조하였다는 이유로 2013. 8. 6. 징계면직 처분을 받은 사람이다. 이에 대해 근로자 X는 지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하여 구제명령을 받았으며, 이는 중앙노동위원회를 거쳐 행정소송을 통해 최종적으로 대법원에서 2017. 8. 18. 자 심리불속행 기각으로 부당해고에 해당한다는 고등법원 판결이 확정되었다. 사용자는 이 판결에 따라 근로자 X를 제외한 나머지 근로자들을 복직시키면서 해고기간에 대한 임금 상당액 및 지연손해금 등을 지급하였으나 근로자 X에게는 징계면직일부터 정년퇴직일인 2014. 3. 31.까지의 임금 상당액, 퇴직금 및 이에 대한 지연손해금을 지급하였다. 그러자 근로자 X는 징계면직이 부당해고로서 무효이며, 징계면직이 아니었다면 정년 후에도 재고용되었을 것이므로 재고용 연한(만 60세, 2017. 2. 12.)까지의 임금 상당액 등을 청구하는 소송을 제기하였다.

5) (1심) 대구지방법원 포항지원 2017. 12. 22. 선고 2015가합40284 판결 → (2심) 대구고등법원 2018. 9. 5. 선고 2018나20454 판결 → 대상판결 ①

사용자는 취업규칙에 직원의 정년을 만 57세(정년에 달한 분기의 말일에 퇴직)로 정하면서, 2012. 9. 무렵부터 정년퇴직자에게 1개월의 휴식기간을 준 후 이들을 기간제근로자로 재고용하고 이후 갱신을 통해 만 60세(재고용 연한)까지 근무할 수 있도록 하는 제도를 시행하였다. 이 제도가 도입된 이래로 정년에 도달한 근로자들은 모두 기간제근로자로 재고용되었으며, 정년 도래 후에도 수년 동안 정년퇴직자 스스로 재고용을 신청하지 않은 경우를 제외하면 모두 기간제근로자로 재고용되었다.⁶⁾ 고등법원은 이러한 사실 관계를 근거로 근로자 X의 주장을 배척한 1심 판결⁷⁾을 취소하였고, 대법원은 정년 후 재고용 기대권이 인정된다고 판단한 원심 판단을 수긍하였다. 실제 재고용을 희망하는 근로자 모두 기간제근로자로 재고용된 사실에 비추어 근로자 X의 정년퇴직 무렵에는 재고용하는 관행이 성립되었다고 판단한 것으로 보인다.

대상판결²⁾의⁸⁾ 사안에서 정년 후 재고용 기대권과 관련된 근로자 B를 중심으로 본다. 근로자 B는 1999. 6. 11. 입사하여 근로하던 중 2016. 12. 13. 정년이 도래하여 근로관계가 종료되었다. 단체협약 및 취업규칙에는⁹⁾ 정년

-
- 6) 사용자는 일부 근로자가 재고용이 거부되었다고 주장하였으나 고등법원은 정년 퇴직자를 재고용하지 않은 경우가 아니라, 정년퇴직 후 일단 기간제근로자로 재고용하였다가 새로 체결한 근로계약의 기간이 만료될 무렵에 갱신하지 않은 경우에 해당한다며 사용자의 주장을 배척하였다.
- 7) 1심 행정법원은 피고 회사가 근무이력 등을 종합평가하여 기준 점수 70점 이상 근로자에게만 재고용의 기회를 부여하였고, 6개월마다 업무활동내역, 동료평가 등을 바탕으로 재평가하여 재고용 기회를 연장해 온 사실을 근거로 근로자 X의 경우 징계면직에 이르게 된 업무상 과실이 있는 점 등에 비추어 정년 후 당연히 재고용될 것이라는 기대권이 있다고 보기 어렵다고 판단하였다. 이에 대해 고등법원은 근로자 X와 출생연도가 같은 근로자 T도 재고용 당시 재고용 평가를 시행하지 않았다는 증인 등을 근거로 근로자 X의 정년퇴직 무렵 피고 회사에 재고용 평가기준이 실제로 시행되었다고 보기 어렵다고 판단하였다. 근로자 X에게 재고용 평가기준을 적용할 경우에도 기준 점수 70점을 충족하지 못하였다고 단정하기 어렵다고 보았다.
- 8) (초심) 인천지방법노동위원회가 2014. 4. 13. 판정 2017부해70, 71/부노21, 22 병합(기각) → (재심) 중앙노동위원회 2017. 7. 21. 판정 2017부해465, 466/부노75, 76 병합(취소) → (1심) 서울행정법원 2018. 4. 12. 선고 2017구합76357 판결(취소) → (2심) 서울고등법원 2018. 10. 17. 선고 2018누45543 판결(취소) → 대상판결 ② (파기환송).

퇴직자를 촉탁직 근로자로 재고용할지 여부에 대해 기본적으로 사용자에게 재량을 부여하는 취지의 규정을 두고 있고, 재고용 적격 심사의 기준도 추상적으로만 제시되어 있을 뿐 일정한 기준을 충족할 경우 재고용이 보장된다는 취지의 규정은 없다. 그리고 2014. 1. 1.~2017. 3. 27.까지 정년에 도달한 근로자 23명 중 근로자 B 외에도 적어도 8명이 촉탁직 근로자로 재고용되지 않았는데, 재고용을 희망하였으나 거절된 것인지, 거절되었다면 거절 사유가 무엇인지 등이 분명하지 않다. 이에 대해 초심 지방노동위원회부터 대법원에 이르기까지 재고용 기대권에 대한 판단을 달리하였는데, 행정법원은 정년에 도달한 근로자 23명 중 13명이 촉탁직 근로계약을 체결하였으나 이와 같은 사정만으로 사용자와 근로자 간에 촉탁직 근로계약 체결에 관한 관행이 성립되었다고 보기 어렵다고 보았다. 한편 고등법원은 근로자 B의 정년 즈음에 2명의 근로자와 신규 촉탁직 근로계약을 체결하였고¹⁰⁾, 기존 촉탁직 근로자 4명과 근로계약을 갱신한 사실에 비추어 취업규칙 제65조에 규정된 촉탁직 근로자를 채용할 ‘업무상 필요성’이 있었던 것으로 보이며, 정년이 도래한 근로자 23명 중 13명이 촉탁직 근로계약을 체결한 사실이 이를 뒷받침하는 것으로 보았다. 반면 대법원은 위와 같은 사실관계만으로 “원고의 사업장에는 정년에 도달한 근로자를 촉탁직(기간제) 근로자로 재고용하여야 한다는 단체협약 등의 규정이 존재하거나 그에 준하는 정도의 재고용 관행이 확립되어 있었다고 볼 수 없다.”라고 판시하면서 원심을 파기하였다. 위 【판결요지】의 B-2와 같은 판단기준에 따르면 이 사안은 그 정도의 관행이 성립되었다고 보기 어려울 것이다.

9) 단체협약 제47조 “회사는 고령화 시대의 대비와 안정적인 고용확보를 위하여 정년에 도달한 조합원을 촉탁직으로 재고용하고자 하는 때에는 근로자의 과반수로 조직된 노동조합과 협의하여 재고용할 수 있다.”라고 정하였다. 취업규칙 제65조에는 “정년퇴직자로서 회사의 업무상 필요가 있는 경우 1년 이내의 기간을 정하여 촉탁으로 채용할 수 있다. 다만, 채용에 관하여는 다음 각 호의 기준에 따라 그 적부를 심사한 후에 결정한다.”라고 정하면서 각 호에 건강상태가 양호하여 업무수행에 지장이 없는 자(제1호), 재직 중의 근무태도, 성적 및 성격 등이 양호한 자(제2호), 재직 중 종사하고 있는 업무의 필요성이 계속 인정된 자(제3호)로 규정하였다.

10) 고등법원은 기대권을 주관적 기대권으로 파악하고 있는 것으로 보인다.

대법원이 다른 기대권과 달리 더욱 엄격한 판단요소(‘재고용하여야 한다는 취지의 규정이 있는 경우에 준하는 정도의 재고용 관행’)를 내세운 것은 정규직으로서 정년까지 근로한 근로자의 경우 다른 기대권의 기간제근로자에 비해 상대적으로 보호 필요성이 낮다고 본 것으로 보인다.

강선희(고려대학교 일반대학원 강사, 법학박사)

‘기간제근로자임을 이유로 한 불리한 처우’의 판단기준

- 대법원 2023. 6. 29. 선고 2019두55262 판결 -

【판결요지】

「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’이라고 한다.) 제8조 제1항은 “사용자는 기간제근로자임을 이유로 해당 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.”라고 정하고 있다. 여기서 ‘차별적 처우’라 함은 근로기준법 제2조 제1항 제5호에 따른 임금 등의 사항에서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말하는데(기간제법 제2조 제3호), 기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자의 근로조건 보호를 강화하려는 기간제법의 입법 취지와 목적(기간제법 제1조) 등에 비추어 볼 때, 불리한 처우가 ‘기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자’와 비교하여 기간제근로자만이 가질 수 있는 속성을 원인으로 하는 경우 ‘기간제근로자임을 이유로 한 불리한 처우’에 해당하고, 모든 기간제근로자가 아닌 일부 기간제근로자만이 불리한 처우를 받는다고 하더라도 달리 볼 수 없다.

근로자 X는 서울시(사용자 Y) 교육청 소속 B고등학교 행정실에서 수납 업무를 담당하던 무기계약직 근로자 C의 출산휴가 및 육아휴직 대체자로 채용된 기간제근로자이다(2016. 2. 15.~2016. 5. 14. 출산휴가 대체 채용, 2016. 5. 15.~2016. 6. 1. 일급제 18일, 2016. 6. 2.~2017. 6. 1. 육아휴직 대체 채용 1년).

위 교육청은 무기계약직 근로자(교육공무직원)의 처우개선을 위해 ‘교육공무직원 처우개선수당 업무지침’(이하 ‘이 사건 지침’)을 마련하였는데, 이 사건 지침에 따르면 ‘공통기준’을 충족하는 교육공무직원에게 장기근무가산금, 교통보조비, 가족수당, 자녀학비보조수당, 명절휴가보전금, 정기상여금을 내용으로 하는 처우개선수당(이하 통틀어 ‘처우개선수당’)을 지급하도

록 정하였다(장기근무가산금, 교통비는 통상임금 및 평균임금, 명절휴가보전금, 정기상여금은 평균임금에만 포함).

가. 공통기준

- 1) 적용기준일 : 각급 학교는 2016. 3. 1.
- 2) 지급대상
 - ① 적용기준일로부터 근로계약기간 또는 계속 근로기간이 1년 이상이며, 1주간 소정근로시간이 40시간 이상으로 급여를 월급제로 적용받는 근로자
 - ② 적용기준일로부터 근로계약기간 또는 계속 근로기간이 1년 이상이며, 1주간의 소정근로시간이 40시간 이상으로 일급 단가로 적용받는 근로자

나. 지급대상 예외자

- 1) 기준일로부터 근로계약기간이 1년 미만 및 기준일 이전 계속 근로기간이 1년 미만인 근로자

근로자 X는 이 사건 지침에 따라 적용기준일 2017. 3. 1.을 기준으로 '계속 근로기간이 1년 이상인 경우'에 해당하여 처우개선수당을 받았으나 그 이전까지는 위 지침의 지급요건을 갖추지 못했다는 이유로 받지 못했고(2016년도에 이를 지급했다가 회계감사에서 지급대상이 아니라는 지적을 받고 환수하였다.), 2017. 6. 1. 계약기간 만료로 퇴사할 때 이를 반영하지 않고 산정한 퇴직금을 받았다. 그러자 근로자 X는 2016. 3. 1.부터 2017. 2. 28.까지 처우개선수당을 지급받지 못했고, 이로 인해 연장근로수당과 퇴직금도 적게 지급받았으며 전임자인 무기계약직 근로자 C를 비교대상 근로자로 지정하고 노동위원회에 차별시정신청을 하였다. 지방노동위원회는 기각하였으나 중앙노동위원회는 초심 판정을 취소하여 근로자의 손을 들어주었고, 행정법원과 고등법원은 재심판정을 취소하였으나 대법원은¹⁾ 중앙노동

1) 서울지방법노동위원회 2017. 11. 9. 판정 2017차별19(기각_근로자 패) → 중앙노동위원회 2018. 3. 16. 판정 2017차별37(초심 취소_근로자 승) → 서울행정법원

위원회와 결론을 같이하며 원심을 파기·환송함으로써 최종적으로 근로자 X의 주장이 받아들여졌다.

① (비교대상 근로자 선정과 관련) 노동위원회 단계에서 당사자 간 이견이 없었으나 취소소송 단계에서 사용자 Y는 근로자 X의 전임자(무기계약직 근로자 C)는 근로자 X와 함께 종사하고 있는 자가 아니라며 비교대상 근로자의 적정성(특히 동시성)에 대해 다투었다. 원심(1심 판결문을 인용하는 판결)은 전임자는 근로자 X가 근무하는 기간 동안 육아휴직자로서 사용자 Y와 근로관계를 유지하고, 육아휴직을 마친 후 종전 업무에 복귀할 것이 예정되어 있으므로 비교대상 근로자라고 판단하였다.²⁾ 더 나아가 전임자가 아니더라도 “사용자 Y 소속의 다른 학교에서 근무하는 무기계약직 행정실 무사들의 임금체계는 근로자 X의 임금체계와 같고, 각 학교 행정실에서 주로 수납 행정업무를 수행하는 경우는 근로자 X와 동종·유사 업무를 수행하였다고 볼 수 있다.”라고 판시하였다.

② (‘기간제근로자임을 이유로 한’ 불리한 처우의 해석과 관련하여) 이 사건의 핵심 쟁점은 이 사건 지침의 공통 기준이 ‘기간제근로자임을 이유로 한’(기간제법 제8조 제1항) 불리한 처우인지 여부이다. 이 사건 지침의 내용을 정리하면, 무기계약직 근로자는 실제로 근무한 기간이 1년 이상이 되지 않더라도 근로계약기간이 1년 이상이므로 계약체결 시부터 처우개선수당을 지급받을 수 있다. 반면 기간제근로자는 근로계약기간을 1년 이상으로 정하거나 계속 근로한 기간이 1년 이상이어야만 위 수당을 지급받게 된다. 결과적으로 보면 위 기준은 근로계약기간을 1년 이상이든 미만이든 기간을

2018. 12. 13. 선고 2018구합62874 판결(재심판정 취소·근로자 패) → 서울고등법원 2019. 9. 19. 선고 2019누33288 판결(각각·근로자 패) → 대상판결(파기환송) → 파기환송심(서울고등법원 2023누49594) 진행 중. 처우개선수당 중 장기근무가산금은 환송심의 판단을 받아야 한다.

2) 기간제법 제4조 제1항 단서 제2호(휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 해당 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우)에 해당하는 경우는 특별한 사정이 없는 한 전임자(육아휴직자 및 파견근로자 등)가 비교대상 근로자가 될 것이다. 강선희(2023), 『온주 파견근로자 보호 등에 관한 법률』 제21조, 2023. 3. 2. 개정, 로앤비 참조.

정할 리 없는 무기계약직 근로자에는 실제 근로기간과 상관없이 모두 지급 대상이 되고, 기간제근로자만이 1년 이상의 근로계약기간을 정하여 체결하거나 계속근로기간이 1년 이상이어야 하는 것이다.

고등법원은 이 사건 지침은 무기계약 근로자나 기간제근로자임을 구분하지 않고 동일하게 적용되고, 기간제근로자라도 계속근무한 기간이나 근로계약기간이 1년 이상이면 처우개선수당을 받을 수 있는 사실에 비추어 이는 '1년 미만의 단기 근로계약을 체결한 기간제근로자'라는 측면에 기인한 것이지 "오직 '기간제근로자'이기 때문에 생긴다고 단정할 수 없다는 것이다. 또한 고등법원은 근로자 측 주장(1년 이상 계속근로기간을 충족하는 기간제근로자도 통상근로자와 달리 그 수가 적은 현실을 고려해야 한다는 주장)을 고려하더라도 근로자 X에게 위 기간에 처우개선수당을 지급하지 아니한 것은 '기간제근로자임을 이유로 한' 불리한 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다(고등법원 추가 부분).

반면 대상판결은 "불리한 처우가 '기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자'와 비교하여 기간제근로자만이 가질 수 있는 속성을 원인으로 하는 경우 '기간제근로자임을 이유로 한 불리한 처우'에 해당하고, 모든 기간제근로자가 아닌 일부 기간제근로자만이 불리한 처우를 받는다고 하더라도 달리 볼 수 없다."라는 이유로 원심을 파기환송하였다. 즉 근로계약기간 1년 미만이라는 속성은 기간제근로자만이 가질 수 있기 때문에 이를 원인하였다면 이는 '기간제근로자임을 이유로 한' 불리한 처우에 해당한다는 것이다. 그리고 기간제근로자 모두가 아니라 이들 중에서 근로계약기간 내지 계속근로기간 1년 미만인 일부 기간제근로자만이 불리한 처우를 받더라도 마찬가지라는 판단이다. 그대로 타당하다.

이 사건 지침을 단순화시켜서 보면 적용기준일에 재직 중인 무기계약직 근로자는 모두 처우개선수당을 받고, 지급요건인 공통기준은 오로지 기간제근로자에게만 적용되는 것이다. 결국 처우개선수당은 무기계약직 근로자는 지급요건(공통기준)과 상관없이 지급하는 반면 기간제근로자에게만 지급요건을 설정한 것으로 볼 수 있다. 따라서 사실상 지급요건을 기간제근로

자에게만 부과한 것으로 이는 ‘기간제근로자임을 이유로 한’ 불리한 처우로서 차별에 해당한다.

다만, (처우개선수당 중 장기근무가산금 관련) 대상판결은 처우개선수당 중 장기근무가산금은 무기계약직 근로자 중 계속근로기간이 1년 미만인 사람은 받지 못할 수도 있으므로 이의 미지급은 ‘기간제근로자임을 이유로 한’ 불리한 처우에 해당하지 않을 여지가 있으므로 이를 다시 심리하여 확정할 것을 부가하였다. 이와 같은 경우 구별의 칸막이가 기간제근로자인지 무기계약직 근로자인지(‘기간제근로자임을 이유’)가 아니라 ‘계속근로기간 1년 이상’인지 여부이기 때문이다.

③ (차별금품 관련 주문) 중앙노동위원회는 “2. 사용자 Y가 근로자 X에게 2016. 3.부터 2017. 2.까지 처우개선수당을 지급하지 아니한 것과 그로 인한 연장근로수당 및 퇴직금을 적게 지급한 것은 비교대상 근로자에 비하여 합리적인 이유 없는 차별적 처우임을 인정한다. 3. 사용자 Y는 근로자 X에게 차별적 처우로 인하여 미지급한 금전보상금을 지급하라.”는 내용으로 주문하였다(주문에는 명시되지 않았으나 판정서에는 이 사건 지침에 대한 제도 개선명령이 포함되었다.). 근로자가 기본급 및 각종 수당에 불리한 처우를 받았다고 주장하면서 이러한 금품을 기초로 책정되는 시간외근로·야간·휴일근로수당, 연차수당 및 퇴직금에서도 불리한 처우를 받았다고 차별시정 신청을 하는 경우가 있다. 이 사안도 마찬가지로 필자는 이 경우 불리한 처우를 받았다고 주장하는 처우개선수당의 변동으로 인해 발생하는 연장근로수당과 퇴직금 등의 과소지급은 처우개선수당의 차별 여부의 확정 에 따라 사후적으로 재정산해야 하는 사항으로 연장근로수당과 퇴직금에 대한 차별이 아니라고 본다.³⁾

위와 같은 사례에서의 주문을 재구성하면, “2. 사용자 Y가 근로자 X에게 2016. 3.부터 2017. 2.까지 처우개선수당(장기근무가산금은 원심 판결에 따라 명시)을 지급하지 않은 것은 차별적 처우임을 인정한다. 3. 사용자 Y는

3) 강선희(2023), 『온주 파견근로자 보호 등에 관한 법률』 제2조 제7호, 2023. 3. 2. 개정, 로앤비 참조.

근로자 X에게 위 2.의 미지급 처우개선수당 000원과 이로 인하여 적게 지급한 연장근로수당 및 퇴직금 000원을 근로자 X에게 이 판정서를 송달받은 날부터 30일 이내에 지급하라.”가 될 것이다. 위 사례에서 노동위원회가 연장근로수당 및 퇴직금 차액의 지급을 명한 것이 문제가 아니라 차별적 처우로 인정하는 것에 문제가 있다고 볼 수 있다. 왜냐하면 ‘차별적 처우’로 인정한다면 배액배상명령(파견법 제21조 제3항 및 기간제법 제13조 제2항: “제1항에 따른 배상액은 차별적 처우로 인하여 기간제근로자 또는 단시간근로자에게 발생한 손해액을 기준으로 정한다. 다만, 노동위원회는 사용자의 차별적 처우에 명백한 고의가 인정되거나 차별적 처우가 반복되는 경우에는 손해액을 기준으로 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상을 명령할 수 있다.”)의 대상이 될 수 있기 때문이다.

강선희(고려대학교 일반대학원 강사, 법학박사)

무기계약직인 공무원은 공무원에 대한 관계에서 근로기준법 제6조의 ‘사회적 신분’에 해당하지 않고, 공무원은 비교집단이 아니다

- 대법원 2023. 9. 21. 선고 2016다255941 전원합의체 판결 -

【판결요지】

근로기준법 제6조에서 말하는 사회적 신분이 반드시 선천적으로 고정되어 있는 사회적 지위에 국한된다거나 그 지위에 변동가능성이 없을 것까지 요구되는 것은 아니지만, 개별 근로계약에 따른 고용상 지위는 공무원과의 관계에서 근로기준법 제6조가 정한 차별적 처우 사유인 ‘사회적 신분’에 해당한다고 볼 수 없고, 공무원은 그 근로자와의 관계에서 동일한 근로자 집단에 속한다고 보기 어려워 비교대상 집단이 될 수도 없다.

국도관리원인 원고들은 피고 대한민국 산하 국토교통부 소속 각 지방국토관리청장과 기간의 정함이 없는 근로계약(무기계약)을 체결하고 도로의 유지·보수 업무 또는 과적차량을 단속하는 업무를 수행한 근로자들이다. 피고는 국토교통부 소속 운전직 및 과적단속직 공무원들에게 정근수당, 성과상여금, 가족수당, 직급보조수당(이하 ‘이 사건 각 수당’) 및 출장 여비를 지급하였으나 무기계약직인 원고들에게는 이를 지급하지 않았다. 원고들은 비교대상 근로자인 운전직 및 과적단속 공무원들과 자신들을 달리 처우하는 것은 헌법상 평등원칙 및 「근로기준법」(이하, 근로기준법) 제6조 위반이라고 주장하면서, 피고를 상대로 미지급 수당 및 출장 여비 상당액을 불법행위로 인한 손해배상으로 청구했다. 제1심과 항소심은¹⁾ 무기계약직인 원고들의 지위가 근로기준법 제6조의 사회적 신분에는 해당하나, 이들과 운전직 및 과적단속직 공무원들이 동일한 비교집단에 속하지 않고, 또한 위 공무원

1) 서울중앙지방법원 2016. 4. 29. 선고 2014가합543472 판결(원고 패) → 서울고등법원 2016. 8. 31. 선고 2016나2030683 판결(1심 인용판결, 원고 패) → 대상판결.

들과 원고들을 달리 처우하는 데에 합리적 이유가 있다는 이유로 원고들의 청구를 기각하였다. 한편 대상판결의 전원합의체는 위 【판결요지】와 같은 이유로 원고들의 청구를 기각하였다.²⁾

이 사건은 피고가 무기계약직인 원고들에게 이 사건 각 수당 등을 운전직 및 과적단속 공무원과 달리 지급하지 않은 것이 「헌법」 제11조의 평등원칙을 구체화한 근로기준법 제6조를 위반한 것인지 여부이다. 이를 세부 쟁점으로 나누어 보면, 첫 번째 쟁점은 원고들의 지위인 ‘무기계약직’이 근로기준법 제6조(“사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.”)에서 금지되는 차별요소인 ‘사회적 신분’에 해당하는지이다. 두 번째는 차별금지 원칙은 본질적으로 같은 것임에도 합리적 이유 없이 다르게 취급하는 것을 금지하는 원칙이므로 이의 위반 여부를 심사하기 위해서는 우선 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는지를 확인해야 하고³⁾, 본질적으로 동일하다면 그러한 상이한 대우에 합리적 이유가 있는지를 판단해야 한다.⁴⁾ 즉 원고들과 운전직 및 과적단속직 공무원들이 본질적으로 동일한 집단인지(비교대상성), 위 공무원들이 비교집단이라면 이들과 달리 원고들에게 이 사건 각 수당 등을 지급하지 않은 데에 합리적 이유가 있는지이다. 그러나 대상판결은 사회적 신분의 해당성 및 비교대상

2) 대법원 전원합의체(재판장 대법원장 김명수, 주심 노정희)는 7명 다수 의견(김명수, 안철상, 이동원, 노태약, 천대엽, 오석준, 서경환), 5명의 반대 의견(민유숙, 김선수, 노정희, 이흥구, 오경미), 1명의 별개 의견(권영준)으로 원고들의 청구를 기각하였다.

3) 임금 영역에서의 차별적 처우 금지 원칙은 임금이 근로의 대가라는 사실에 비추어 ‘본질적으로 같은 노동’에 대해 같은 금액의 임금을 지급하는 것인데, ‘본질적으로 같은 노동’이 무엇인지에 대해서는 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」은 ‘동일가치노동’(제8조)으로, 「단시간 및 기간제근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’)은 ‘동종 또는 유사한 업무에 종사’(제8조), 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」은 ‘같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행’(제21조)하는 근로자로 입법화되었다. 강선희(2022), 「남녀고용평등법상 동일가치노동 동일 임금 원칙의 해석 및 개선방향」, 『노동법학』 제83호, 한국노동법학회, pp.32~33 참조.

4) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다1051 판결.

성을 부인함으로써 불리한 처우에 대한 합리적 이유는 더 나아가 판단하지 않았다(1심과 항소심은 비교대상성과 불리한 처우의 합리적 이유를 통합하여 판단하였다.).

첫 번째 쟁점(무기계약직의 사회적 신분 해당성 여부)을 살펴보기에 앞서 근로기준법 제6조의 차별금지 요소인 ‘남녀의 성(性), 국적, 신앙, 사회적 신분’이 ‘예시’인지 ‘한정 열거’인지 문제시되나, 대상판결은 이를 한정 열거로 전제하고 판단한 것으로 보인다. 무기계약직이 위 차별금지 요소 중 ‘사회적 신분’에 해당하는지만을 쟁점으로 다룬 점, 그리고 근로기준법 제114조 제1호의 벌칙 조항(죄형법정주의 원칙)을 언급한 점에 비추어 보면 그러하다.

1심과 항소심, 반대 의견 및 별개 의견은 사회적 신분의 해당성과 공무원의 비교대상성을 분리하여 판단하였으나 대상판결은 이를 구분하지 않고 통합하여 판단하였으므로 이를 먼저 살펴본 후 1심과 항소심 및 반대 의견을 살펴본다.

대상판결은 결론적으로 위 【판결요지】와 같이 사회적 신분의 해당성과 공무원의 비교대상성을 모두 부인하였는데, 그와 같이 판단한 주요 논거를 보면 아래와 같다.

첫째, (공무원 지위의 특수성) 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자로서 헌법이 정한 직업공무원제도에 따라 국가 또는 지방자치단체와 공법상 신분 관계를 형성하고, 청렴의무, 종교중립의 의무 등 여러 법률상 의무를 부담하며, 정치운동이나 집단행위도 금지되는 등 일반 근로자보다 무거운 책임과 윤리성을 요구받는 지위에 있다.

둘째, (근무조건의 결정방식) 공무원의 보수 등 근무조건은 ‘근무조건 법정주의’에 따라 예산을 고려하여 법령으로 정해지고 공무원의 노동3권 행사 역시 법률로 제한되므로 공무원은 단체협약을 통해 근로조건의 향상을 도모할 수 있는 여지가 적다. 반면 공무원이 아닌 근로자들은 노동3권의 행사에 특별한 법적 제한을 받지 않으므로 단체협약 체결을 통해 근로조건을 개선할 수 있고, 실제로도 원고들이 가입한 국토교통부 국토관리노동조합을 통해 단체협약의 체결로 호봉제를 도입하는 등 임금 등 근로조건을 개선해

왔다.

셋째, (공무원 보수의 성격) 공무원에게 지급되는 보수는 근로의 대가라는 성격 외에도 안정적인 직업공무원제도의 유지를 위한 정책적 목적을 가지고, 공무원 조직의 특수성을 반영하고 있다.

넷째, (업무의 변경 가능성과 보수체계) 공무원에 대한 전보인사는 관련 법령의 제한 내에서 인사권자에게 상당한 재량이 부여되어 있고, 공무원이 담당하는 업무는 변경될 가능성이 열려 있다. 또한 공무원의 봉급은 기본적으로 공무원의 종류, 계급, 직급, 호봉 등에 따라 결정되고, 담당 업무를 기초로 설정된 것이 아니므로 특별한 법률의 규정이 없는 한 공무원과 공무원이 아닌 근로자의 업무 내용에 유사한 부분이 있다는 사정만으로 앞서 본 지위 및 근로조건 결정 방법 등의 차이에도 불구하고 공무원과 같은 처우가 보장되어야 할 근거가 되지 못한다. 한편 원고들은 근로계약 기간 중 언제든지 공무원 채용 절차를 거쳐 공무원으로 임용됨으로써 업무 및 보수에서 공무원과 같은 처우를 받을 수 있고, 거기에 어떠한 법률적, 제도적 장애 사유도 존재하지 않는다.

한편 1심과 항소심은 “사회적 신분’이란 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 의미하는 것으로서, 원고들과 같은 기간의 정함이 없는 계약직 근로자의 지위는 사업장 내에서 근로자 자신의 의사나 능력발휘에 의해서 변경될 수 없는 계속적·고정적인 성격을 가지는 사회적 신분에 해당한다.”고 보았다.

다수 의견에 대한 반대 의견의 요지는, “근로기준법 제6조가 차별금지 사유로 정한 사회적 신분은 선천적으로 출생에 의하여 고정되는 지위에 국한되지 않고, 후천적으로 획득하여 사회에서 장기간 점하는 지위를 포함한다. 원고들의 공무원직 근로자라는 고용상 지위는 자신의 의사나 능력 발휘에 의해 쉽게 회피할 수 없고, 한번 취득하면 장기간 점하게 되는 성격을 지니는 점과 공무원직 근로자에 대한 열악한 근로조건과 낮은 사회적 평가가⁵⁾ 고착

5) 반대 의견은 무기계약직에 대해 공무원이나 정규직에 비해 매우 열악한 근로조건을 적용함으로써 ‘무기계약직’이란 말이 우리 사회에서 정규직과 비교하여 매우 낮은 처우를 받는 근로자 집단을 지칭하는 의미로 인식되는 등 낮은 사회적

되고 있는 우리 사회의 현실에 비추어 보면 사회적 신분에 해당한다.”고 볼 수 있다는 것이다.

한편 공무원의 비교대상성과 관련하여 1심과 항소심도 대상판결과 결론을 같이하였으나 그 논거에서 차이가 있고, 비교대상성을 부인하는 논거와 불리한 처우에 대한 합리적 이유를 구분하지 않고 통합하여 판단하였다.⁶⁾ 이에 대한 개략적 평가는 생략하더라도 1심과 항소심이 비교대상과 불리한 처우의 합리적 이유를 구분하지 못하는 것은 분명해 보인다.

다수 의견에 대한 반대 의견의 요지는, “비교대상 근로자는 해당 사업 또는 사업장에서 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무에 종사하는 근로자인지를 기준으로 판단해야 한다. 공무원을 무기계약직인 공무원직 근로자와의 관계에서 근로기준법 제6조에 따른 차별 판단의 전제가 되는 비교대상근로자에서 배제하는 것은 근로기준법 제6조의 의미와 관련 법률과의 체계적 해석, 공평의 관념 등에 비추어 납득하기 어렵고 선례의 취지에도 부합하지 아니한다. 이 사건 공무원은 같은 사업장에서 본질적으로 같거나 유사한 업무를 수행하고 있는 공무원직 근로자인 원고들의 비교대상 근로자에 해당”한다는 것이다.

대상판결은 국가와 근로계약을 체결한 무기계약직 근로자가 공무원을 비교대상자로 하여 근로기준법 제6조에 따른 차별을 인정할 수 있는지 여부에 관하여 명시적으로 판단한 첫 대법원 사례로서 판결이 나오기 전부터 주목 받던 사안이었다. 대법원의 보도자료에 따르면 “이 판결은 공무원을 비교대상자로 지목한 차별 사안에 관한 판단이고, 공무원이 아닌 일반 근로자(정규직, 무기계약직 등)를 비교대상으로 하여 차별을 주장하는 사안에 관한 판

평가를 수반한다고 밝히고 있다.

- 6) 그 주요 내용을 보면, 원고들은 국가공무원법에 따른 공무원이 아닌 자로서 한정된 업무를 수행하기 위해 채용된 무기계약근로자이고, 공무원과 채용요건·채용형태 및 채용절차에 있어 분명한 차이가 있으며, 원고들과 공무원 간 업무범위가 구분되고 수행하는 업무에 차이가 있는 등 양자의 업무내용과 범위가 동일하지 않고, 업무의 변경가능성에서 차이가 있으며, 원고들의 임금체계는 단체협약으로 정해져 공무원의 임금체계와 달리함으로써 이 사건 각 수당을 지급하지 않은 것에 합리적 이유가 있다고 판단하였다.

단은 아니며, 무기계약직의 사회적 신분을 일반적으로 부정한 것도 아님”이라고 밝히고 있다.

대상판결이 ‘무기계약직’이 ‘사회적 신분’에 해당한다고 볼 수 없는 유일한 논거는 ‘개별 근로계약에 따른 고용상 지위는 공무원과의 관계에서’ 사회적 신분이 아니라는 것이다. 그간 ‘사회적 신분’과 관련하여 “사회적 신분이란 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 의미”한다는 헌법재판소 결정(헌재 1995. 2. 23. 93헌바43)을 중심으로 무기계약직과 같은 고용형태가 사회적 신분에 해당하는지를 둘러싸고 고용형태의 고정성 및 부정적 사회적 평가의 수반 여부 등을 판단하였다.⁷⁾ 그런데 대상판결은 이러한 논증을 생략한 채 무기계약직과 같은 ‘개별 근로계약에 따른 고용상 지위’는 ‘공무원과의 관계’에서 사회적 신분이 아니라고만 선언한 것에 지나지 않는다. 사회적 신분을 ‘사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것’으로 파악하면 대상판결과 같이 비교대상이 누구인지에 따라 달라지는 상대적 개념으로 볼 수 없을 것이다(이러한 점을 반대 의견도 적절하게 지적하고 있다.). 요컨대 대상판결이 무기계약직과 공무원 간에 공무원 지위의 특수성, 근무조건의 결정방식, 공무원 보수의 성격, 업무의 변경가능성과 보수체계 등 차이를 근거로 무기계약직이 ‘공무원과의 관계’에서 사회적 신분이 아니라는 것은 <비공무원(개별 근로계약에 따른 고용상 지위, 무기계약직) & 공무원>과의 관계 측면에서 비공무원은 사회적 신분이 아니라는 것으로 읽혀진다.⁸⁾ 그래야 (사기업) 무기계약직의

7) 서울중앙지방법원 2018. 6. 14. 선고 2017가합507736 판결(선천적 신분과 같이 사실상 쉽게 변경할 수 없는 고정성이나 국적·신앙 등과 같이 특정한 인격과 관련된 일신전속적 표시일 것을 요하는 견해도 있으나, 위와 같은 고정성이나 인격표지성은 사회적 신분의 개념징표로 볼 수 없다.), 서울고등법원 2017. 11. 24. 선고 2016나2070186 판결(사회적 신분에는 선천적 신분뿐만 아니라 자기의사에 의해서도 피할 수 없는 후천적 신분도 포함되므로, 후천적으로 근로자가 상당 기간 동안 차지하고 있고 개인의 의사로 쉽게 변경할 수 없는 인격적 표지), 대상판결의 1심과 항소심.

8) 오히려 비공무원(공무직)은 공무원에 비해 공개경쟁 채용시험 또는 경력경쟁 채용시험을 거치지 않았다는 이유로 낮은 대우나 보수를 받고, 공무원에 비해 자격이나 능력이 열등하다는 평가로 인해 달리 대우를 받은 사정을 고려하면 비

사회적 신분을 일반적으로 부정하는 것이 아니라는 보도자료의 내용이 타당성을 가질 것이다. 그리고 향후 사기업에서의 무기계약직과 정규직 사이에서의⁹⁾ 차별 사안에서 대법원이 어떠한 판단을 할지는 지켜봐야 한다.

일반 근로자에 대하여 공무원의 비교대상성을 부정한 대상판결에 대해 반대 의견은 기간제근로자에 대한 차별 사안에서 공무원의 비교대상성을 인정한 대법원 선례의¹⁰⁾ 취지에도 반한다고 지적하였고, 실제 종전 대법원 판결을 부정하는 것은 아닌지에 대한 의구심을 표하는 견해도 있다. 그러나 대상판결이 명시적으로 종전 판례(대법원 2011두5391 판결)를 폐기하지 않았고 보도자료에서도 해당 사안에 한정하였음을 강조한 점, 그리고 대법원 2011두5391 판결의 사안은 근로기준법 제6조의 해석이 아니라 기간제근로자에 대해 차별적 처우를 금지하는 기간제법의 해석이고, 기간제근로자에 대한 비교집단을 ‘동종 또는 유사한 업무’에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 규정한 기간제법 제8조 제1항의 적용 문제인 점을 고려하면 대상판결이 대법원 2011두5391 판결에 영향을 미치지 않는다고 평가해야 한다.

강선희(고려대학교 일반대학원 강사, 법학박사)

공무원(공무직)은 공무원에 비해 열등하다는 사회적 평가를 수반하는 것으로 보여 비공무원 및 공무원이라는 지위는 근로기준법 제6조의 사회적 신분으로 봄이 타당하다.

9) 양자 모두 개별 근로계약에 따른 고용상 지위를 갖는다.
 10) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2011두5391 판결은 기간제법 제3조 제3항은 국가 또는 지방자치단체의 기관에 대하여도 기간제법이 적용됨을 명시적으로 규정하였으므로 공공부문에서 근무하는 비공무원인 기간제근로자와 공무원 사이에 비교 가능하다고 판단하였다.

무기계약직과 공무원의 근로기준법상 사회적 신분 여부

- 대법원 2023. 9. 21. 선고 2016다255941 전원합의체 판결 -

【판결요지】

근로기준법 제6조에서 말하는 사회적 신분이 반드시 선천적으로 고정되어 있는 사회적 지위에 국한된다거나 그 지위에 변동 가능성이 없을 것까지 요구되는 것은 아니지만, 개별 근로계약에 따른 고용상 지위는 공무원과의 관계에서 근로기준법 제6조가 정한 차별적 처우 사유인 '사회적 신분'에 해당한다고 볼 수 없고, 공무원은 그 근로자와의 관계에서 동일한 근로자 집단에 속한다고 보기 어려워 비교대상 집단이 될 수도 없다.

1. 기초적 내용

가. 청구 원인

원고들은 국토교통부 소속 각 지방국토관리청장과 근로기준법이 적용되는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고 해당 국토관리사무소에서 도로의 유지·보수 업무를 하는 도로보수원 또는 과적차량 단속 등의 업무를 하는 과적단속원으로 근무하는 사람들이고(이하, 국토관리원), 피고는 대한민국이다. 국토관리원들은, 피고가 자신들과 같거나 유사한 업무를 담당하고 있는 운전직 공무원 및 과적단속직 공무원(이하, 이 사건 공무원)들에게 지급하는 정근수당, 직급보조비, 성과상여금, 가족수당(이하, 이 사건 수당)을 지급하지 않은 것이 헌법상 평등의 원칙 및 근로기준법 제6조를 위반한 차별적 처우에 해당한다고 주장하면서 손해배상으로 이 사건 수당 상당액 등을 청구하였다.

나. 원심 판단¹⁾

근로기준법 제6조의 사회적 신분이란 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것을 의미하는 것으로써, 국도관리원들과 같은 기간의 정함이 없는 계약직 근로자의 지위는 사업장 내에서 근로자 자신의 의사나 능력발휘에 의해서 변경할 수 없는 계속적·고정적 성격을 가진 사회적 신분에 해당한다고 볼 수 있다. 여기서 금지하는 차별적 처우에 해당하기 위해서는 그 전제로서 차별을 받았다고 주장하는 사람과 그가 비교대상자로 지목하는 사람이 본질적으로 동일한 비교집단에 속해 있어야 한다. 국도관리원들과 비교대상 운전직 및 과적단속직 공무원들이 본질적으로 동일한 비교집단에 속한다고 보기 어렵고, 위 공무원들과 원고들을 달리 처우하는 것에 합리적 이유가 있다고 봄이 상당하다.

2. 대법원 판단

가. 다수 의견

근로기준법 제6조에 규정된 사회적 신분은 반드시 선천적으로 고정되어 있는 사회적 지위에 국한된다거나 그 지위에 변동 가능성이 없을 것까지 요구되는 것은 아니지만, 개별 근로계약에 따른 고용상 지위는 공무원과의 관계에서 동법 제6조가 정한 차별적 처우 사유인 사회적 신분에 해당한다고 볼 수 없다. 헌법 제11조의 평등원칙을 실현하는 동법 제6조에서 금지되는 차별적 처우는 복수의 근로자들이 본질적으로 동일한 근로자 집단에 속하는 것을 전제로, 그럼에도 합리적 이유 없이 서로 다르게 취급하는 경우에 한하여 성립할 수 있다. 그런데 이 사건 국도관리원과 공무원은 동일한 근로자 집단에 속한다고 보기 어려워 비교대상 집단이 될 수도 없다.

1) 원심은 서울고등법원 2016. 8. 31. 선고 2016나 2030683 판결이지만 1심인 서울중앙지방법원 2016. 4. 29. 선고 2014가합543472 판결 내용을 그대로 인용하고 있다.

나. 반대 의견

무기계약직 근로자라는 고용상 지위는 자신의 의사나 능력 발휘로 쉽게 회피할 수 없고 한번 취득하면 장기간 지속되는 성격을 지니는 점, 무기계약직 근로자에 대한 열악한 근로조건과 낮은 사회적 평가가 고착되고 있는 우리 사회의 현실 등에 비추어 사회적 신분에 해당한다. 비교대상 근로자는 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무에 종사하는 근로자인지를 기준으로 판단해야 하며 운전직 공무원과 과적단속직 공무원은 원고들과 같거나 유사한 업무를 수행하므로 비교대상 근로자가 될 수 있다. 가족수당은 업무의 내용과 관계없이 오로지 부양가족의 존재와 수에 따라 일률적으로 지급되므로 원고들에게만 지급하지 않은 것은 합리성이 없고, 성과상여금은 근무성적, 실적 등이 우수한 사람에게 지급하는 급여 항목인데, 국도관리원들에게는 업무실적과 성과에 따른 보상을 받을 기회를 전혀 부여하지 않았으므로 합리적 이유가 없다.

다. 별개 의견

무기계약직 근로자라는 고용형태에 수반되는 근로조건의 틀은 법령과 정책에 따라 형성된 측면이 있고, 근로를 제공하는 동안 그 체계에서 쉽게 벗어나기 어렵다는 점 등을 고려하면 무기계약직 근로자인 국도관리원들의 지위는 근로기준법 제6조의 사회적 신분에 해당한다. 여기서 비교대상성은 차별로 문제되는 처우의 내용에 따라 달라질 수 있는 유동적이고 상대적 개념이며, 운전직 공무원과 과적단속직 공무원은 국도관리원들과 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하므로 비교대상이 될 수 있다. 그러나 국도관리원과 공무원은 신분적 특성과 보수체계에서 차이가 있고 피고가 원고들에게 가족수당 등을 지급하지 않은 것은 단체협약에 따른 것으로 단체협약으로 전체적인 근로조건을 향상시키는 과정에서 수당체계를 일부 조정할 결과라는 점 등을 고려하면 원고들이 받은 불리한 처우에는 합리적 근거가 있으므로 차별이 성립하지 않는다.

3. 검 토

가. 근로기준법 제6조의 사회적 신분과 쟁점

첫째, 근로기준법 제6조의 '사회적 신분'이 어떤 의미인지에 관해 많은 논의가 있었다. 대체로 사회에서 장기간 차지하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반하는 것 또는 자기의 의사로 회피할 수 없는 사회적 분류로 공무원, 교원, 생산직, 임시직도 이에 포함된다.²⁾ 이를 판단하는 기준은 근로자 자신의 의사로 벗어날 수 없는 계속적이고 고정성이 있으며 사회적 분류 또는 평가 등이 된다.

둘째, 일반적으로 고용형태가 사회적 신분에 포함되는지 여부에 관해 노동법 연구자들의 입장은 다양하다.³⁾ 방송국에 근무하는 무기계약직들이 정규직에게 지급하는 주택수당, 가족수당 등을 자신들에게 지급하지 않은 것은 동법 제6조에 규정된 사회적 신분에 의한 차별이라고 판단한 경우⁴⁾도 있으나 하급심을 기준으로 보면 이를 부정한 사례가 더 많다. 그러나 대법원에서 무기계약직 등 고용형태가 사회적 신분에 해당되는지를 직접 판단한 사례는 아직 없는 것으로 파악된다.⁵⁾

셋째, 동법 제6조의 사회적 신분을 판단할 때 비교집단이 필요한지 여부이다. 이는 사회적 신분을 절대적으로 그 의미를 정리할 수 있는가 아니면 비교대상을 통해 상대적으로 정립할 수 있는지이다. 사회적 신분은 절대적인 의미에서 파악될 수 있으나 내용에 따라서는 비교집단을 통해 상대적으로 의미를 정리될 수도 있다. 우선, 어떤 근로자가 전과자이었기에 해고되었다며 근로기준법 제6조 위반을 주장하는 경우, 전과자는 사회적 신분에 해당하는지 판단하면 되고 다른 근로자와 비교할 필요가 없다. 그러나 이 사건

2) 임종률(2022), 『노동법(제20판)』, 박영사, p.392.

3) 노동법실무연구회(2020), 『근로기준법 주해(제2판)』, 박영사, p.373 이하.

4) 서울남부지방법원 2016. 6.10. 선고 2014가합3505판결이 있으나 판결 후 당사자간에 합의로 종결된 것으로 파악된다.

5) 노상현(2023), 「무기계약직 근로자와 공무원은 차별적 처우에서 비교대상이 아니다」, 『월간노동법률』 2023년 11월호, 중앙경제사, p.138.

처럼 국토관리원들이 유사한 업무를 수행하는 공무원과 비교하여 수당 등에서 차별적 처우를 주장하면, 차별적 처우는 복수의 근로자들이 본질적으로 동일한 근로자 집단에 속하는 것을 전제로 하므로 비교집단이 필요하다. 물론, 이때에도 사회적 신분은 그 자체로 판단되고 차별적 처우를 판단할 때 비교집단이 필요한 것이라고 판단할 수도 있다.

나. 정리

이 사건에서 다수 의견과 반대 의견 및 별개 의견이 나누어진 원인은 어디에 중심을 둘 것인지에서 생긴 것 같다. 다수 의견은 국토관리원과 비교 대상인 공무원 사이에 신분적인 차이에 중심으로 두고, 공무원 지위의 특수성, 근로조건의 결정방식에서 차이점, 공무원 보수의 성격, 업무의 변경 가능성 등을 고려하여 국토관리원은 사회적 신분에 해당되지 않는다고 판단했다. 그러나 반대 의견은 이 사건 근로자들과 공무원들이 동일 또는 유사한 업무를 수행하는 점에 중심을 두고 판단했다. 근로기준법 제6조에 규정된 사회적 신분 판단 기준을 자신이 극복할 수 없고 사회적 평가를 수반하는 것으로, 국가 또는 공공기관에서 근무하는 무기계약직 근로자들은 사회적 신분에 해당한다고 판단한 반대 의견과 별개 의견이 타당하다.

박수근(한양대학교 법학전문대학원 명예교수)

무기계약직 근로자의 사회적 신분의 성격과 단체협약 내용의 차별성

- 대법원 2023. 9. 21. 선고 2016다255941 전원합의체 판결 -

【판결요지】

개별 근로계약에 따른 고용상 지위는 공무원과의 관계에서 근로기준법 제6조가 정한 차별적 처우 사유인 '사회적 신분'에 해당한다고 볼 수 없고, 공무원은 동일한 근로자 집단에 속한다고 보기 어려워 비교대상 집단이 될 수도 없다.

무기계약직 국토관리원인 원고들이 공무원을 비교대상으로 삼아 사용자인 국가를 상대로 차별적 처우를 주장하는 이 사건에서 원고들의 고용상 지위가 공무원에 대한 관계에서 사회적 신분에 해당한다거나 공무원이 원고들의 비교대상이 될 수 없으므로 피고가 공무원에게 지급하는 가족수당, 성과상여금 등을 원고들에게 지급하지 않은 것이 근로기준법이 금지하는 차별적 처우에 해당한다고 볼 수 없다.

1. 사실관계 및 법원의 판단¹⁾

'국토관리원'으로 불리는 원고들은 피고(대한민국) 산하 국토교통부 소속 각 지방국토관리청장과 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고 도로의 유지·보수 업무 또는 과적차량을 단속하는 업무를 수행한 근로자들이다. 국토관리원은 공무원이 아니고, 국가와 근로계약을 체결한 무기계약직 근로자로 공공부문에 종사하는 무기계약직 근로자를 공무원직 근로자라고도 한다.

피고는 정근수당, 성과상여금, 가족수당, 직급보조비, 출장여비 등을 지급하는 국토교통부 소속 운전직 및 과적단속직 공무원들과 달리, 원고들에

1) 사실관계 및 하급심의 판결요지는 대법원의 보도자료 "대법원 2016다255941 임금 사건 전원합의체 판결 보도자료"(2023. 9. 21.)를 인용함.

게는 위 네 가지의 수당과 출장여비를 지급하지 않았다. 원고들은 운전직 및 과적단속 공무원들과 같거나 유사한 업무를 수행하고 있음에도 위 공무원들에게 지급되는 위 각 수당 등을 지급받지 못한 것이 헌법상 평등원칙 및 근로기준법 제6조를²⁾ 위반한 차별적 처우에 해당한다고 주장하면서 피고를 상대로 위 각 수당 상당액 손해배상을 2014년 청구하였다.

추가로 원고들이 가입한 국토교통부 국토관리노동조합은 2012년과 2013년 피고와 임금협약 체결 시 국토관리원의 기본급 액수를 정하면서 정근수당을 포함하였고, 정액제인 임금체계를 호봉제로 바꾸면서 기본급에 정근수당, 정근수당 가산금, 직급 보조비를 포함하고 가족수당은 별도로 지급하지 않는 것으로 단체협약을 체결하였다.

제1심은³⁾ 원고들의 무기계약직 근로자로서의 지위는 근로기준법 제6조의 사회적 신분에 해당하나, 원고들과 운전직 및 과적단속직 공무원들은 본질적으로 동일한 비교집단에 속하지 않고 위 공무원들과 원고들을 달리 처우한 데에는 합리적 이유도 있다고 하였고, 원심⁴⁾ 또한 이를 그대로 받아들였다.

본 사안에 대해 대법원은 전원합의체로 회부하였고, 다수 의견과⁵⁾ 별개의견,⁶⁾ 그리고 반대 의견으로⁷⁾ 나뉘었다. 결론으로 다수 의견은 무기계약직인 공무원 근로자들은 공무원과의 관계에서 근로기준법 제6조 상 사회적 신분이 부정되고, 공무원은 신분관계 및 제도의 특수성 때문에 공무원 근로자와 비교대상이 될 수 없다는 것이다.

2) 근로기준법 제6조(균등한 처우) 사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.

3) 서울중앙지방법원 2016. 4. 29. 선고 2014가합543472 판결.

4) 서울고등법원 2016. 8. 31. 선고 2016나2030683 판결.

5) 대법관 김명수(대법원장), 안철상, 이동원, 노태약, 천대엽, 오석준, 서경환.

6) 대법관 권영준.

7) 대법관 민유숙, 김선수, 노정희, 이흥구, 오경미.

2. 사안의 쟁점 ① 사회적 신분의 의미와 포섭 여부

대법원이 보도자료를 통해 스스로 밝힌 본 사안의 쟁점은 모두 3가지이다. 첫째, 무기계약직 공무원 근로자의 지위는 근로기준법 제6조의 사회적 신분에 해당하는가, 둘째, 운전직 및 과적단속직 공무원은 원고들인 국도관리원의 비교대상 근로자가 될 수 있는가, 셋째, 원고들에게 사건의 각 수당을 지급하지 않은 것에 합리적 이유가 있는가이다. 여기에 쟁점을 하나 덧붙이자면 넷째, 단체협약으로 관련 수당을 임금체계에 포함한 내용은 차별적 처우의 정당성을 심사하는 기준이 될 수 있는가이다. 이 글은 첫째 쟁점과 넷째 쟁점에 대해서만 의견을 개진하고자 한다.

다수 의견은 먼저 무기계약직인 공무원 근로자의 사회적 신분에 대해 “근로기준법 제6조에서 말하는 사회적 신분이 반드시 선천적으로 고정되어 있는 사회적 지위에 국한되거나 그 지위에 변동가능성이 없을 것까지 요구되는 것은 아니지만, 개별 근로에 따른 고용상 지위는 공무원과의 관계에서 근로기준법 제6조가 정한 차별적인 처우인 ‘사회적 신분’에 해당한다고 볼 수 없”다고 하였다. 이외 다수 의견의 구체적인 논거는 발견되지 않는다.

이에 반해 별개 의견은 먼저 “근로기준법 제6조의 사회적 신분은 후천적 지위도 포함하는 개념이고, 여기에는 개인의 선택이 개입되는 지위도 포함”되며 “계약과 신분은 양립할 수 있”는 것이라 한다. 그다음 “기간제법이나 파견근로자보호 등에 관한 법률에서의 차별금지 조항은 현대 사회의 다양한 고용형태의 등장에 따른 차별 문제에 대응하기 위하여 개별 법률 조항의 형태로 구체화된 것”으로 “이러한 변화는 근로기준법 제6조의 사회적 신분의 해석에도 환류되어야 한다. ‘환류(還流)’, 즉 다시 거꾸로 거슬러 올라가야 입법의 취지를 살릴 수 있다는 것이다. 이러한 논거를 바탕으로 “무기계약직 근로자라는 고용형태에 수반되는 근로조건은 틀은 법령과 정책에 따라 형성된 측면이 있고, 근로를 제공하는 동안 그 체계에서 쉽게 벗어나기 어렵다는 점 등을 고려하면 무기계약직 근로자인 원고들의 지위는 사회적 신분에 해당”한다고 한다.

반대 의견은 “사회적 신분은 선천적 지위에 국한되지 않고, 후천적으로 획득하여 사회에서 장기간 점하는 지위를 포함하며, 시대에 맞게 탄력적으로 해석, 적용하여야” 하며, “무기계약직 근로자라는 고용상 지위는 자신의 의사나 능력 발휘로 쉽게 회피할 수 없고 한번 취득하면 장기간 지속되는 성격을 지니는 점, 무기계약직 근로자에 대한 열악한 근로조건과 낮은 사회적 평가가 고착되고 있는 우리 사회의 현실 등에 비추어 사회적 신분에 해당한다고 보아야” 한다고 적시한다. 그리고 다수 의견을 비판하는데, “다수 의견은 공무원의 신분적 특성을 강조하면서 공무원을 비교대상에서 배제하면서도 신분에서 큰 차이가 나는 무기계약직 근로자에 대하여는 사회적 신분이 아니라고 하여 일관성 없는 판단을 하고 있다. 그러므로 “사회적 신분이 비교대상이 누구인지에 따라 달라지는 상대적 개념이라고 할 수도 없다”고 한다.

반대 의견의 논지에 찬성하며, 근로기준법 제6조 상의 ‘사회적 신분’이 어떤 지위와 관련하여 상대적일 수 있는가를 생각해 보면 그렇지 않다고 생각한다. 먼저 반대 의견의 논거부터 살펴보면, 반대 의견은 “사회적 신분은 성별, 국적, 신앙 등과 같이 해당 근로자에 대한 차별적 처우를 하는 이유 내지 사유가 되는 것으로 차별을 주장하는 근로자가 가지는 속성이므로, 비교 대상자가 누구인지에 따라 달라진다고 하기 어렵다. 예를 들어, 성별을 이유로 한 차별을 주장하는 여성 근로자가 비교 대상자로 어떤 근로자를 주장하든지 간에 위 여성 근로자의 ‘여성’이라는 속성이 달라지거나 상대적으로 평가되지 않는다.”고 한다.

여기에 덧붙여 하나 더 생각해 보아야 할 것은 ‘사회적 신분’과 ‘차별적 처우’ 중 무엇이 앞서서 형성되는가이다. 차별적 처우는 비교대상 집단이 필요하다는 점에서 상대적 개념이고 차별적 처우가 앞선다면, 여기에서 비롯된 사회적 신분 역시 상대적인 개념이 된다. 그러나 사견으로는 ‘사회적 신분’이 ‘차별적 처우’보다 앞서서 개념으로 생각된다. 즉, 차별적 처우를 받음으로 그것이 특징이 되어 사회적 신분이 되는 것이 아니라, 사회적 신분이라는

낙인이 찍히고 차별적 처우를 받는다. 그렇다면 사회적 신분이 어떤 개념이길래 차별적 처우보다 앞서는 것인가를 살펴보면, 우리 헌법재판소는 “사회적 신분이란 사회에서 장기간 점하는 지위로서 일정한 사회적 평가를 수반”하는 것이라 한다.⁸⁾ 따라서 사회적 신분이란 사회에서의 ‘저평가’를 받는 지위이고, 그 저평가에서 사회적으로 그리하여도 된다는 인식에서 차별적 처우가 비롯된다고 생각한다. 그러므로 사회적 신분은 차별적 처우보다 먼저 앞선 개념이라 할 수 있고 어떤 지위와 비교하여 그것에 한정하여 상대적 신분을 가진다고 볼 수 없다.

3. 사안의 쟁점 ② 단체협약의 내용은 차별적 처우의 정당성에 고려될 수 있는가?

이 쟁점은 무기계약직 근로자 측이 단체협약을 체결할 때 수당 등 일정한 근로조건을 받아들였다면 차별적 처우의 정당성을 인정할 수 있는가이다. 별개 의견은 “차별적 처우로 문제 되는 행위가 노동조합과 사용자가 체결한 단체협약에 따른 노사합의의 결과라면 그 위법성을 판단할 때에는 단체협약의 존재와 그 단체협약을 둘러싼 구체적인 사정을 종합적으로 고려해야”하고 공무원 근로자들이 가족수당 등을 지급받지 못하는 이유가 “단체협약에 따른 것으로 단체협약으로 전체적인 근로조건을 향상시키는 과정에서 수당체계를 일부 조정한 결과”로 “단체협약에 따라 각 수당을 지급하지 않은 행위가 위법하다고 평가할 만한 별도의 사정이 보이지 않”는 이상 차별적 처우는 정당하다는 것이다.

이를 간추리면 별개 의견은 원고인 공무원 근로자들이 단체협약을 통해 다른 유리한 조건을 받아들이며 수당을 받지 않기로 하였다면 이는 노사합의에 따른 것으로 그 차등을 규정한 단체협약이 강행규정 또는 선량한 사회질서에 위반되지 않는 한 차별적 처우는 정당하다는 것이다. 단체협약의 내용이 일정 부분 불리한 측면이 있더라도 노사자치로서 받아들여야 하고 그

8) 헌법재판소 1995. 2. 23. 93헌바43 결정.

런 측면에서 그것이 차별을 불러일으키는 원인이 된다면 합리성이 인정된다는 것이다.

별개 의견은 매우 합리적인 견해처럼 보이지만 ‘합의’라는 용어에 지나치게 천착한 사법적(私法的) 시각이다. 반대 의견의 보충 의견이 비유한 것처럼 30℃의 작업장에서 일하던 근로자들이 교섭을 통해 29℃로 실내 온도를 맞추었다면, 단체협약을 통해 합의된 사항이므로 여전히 차별적 처우가 아닌 것이 될까? 보충 의견은 “노동법적 시각에서 볼 때는 비정규직 고용형태에 주어진 열악한 근로조건을 조금이나마 개선하고자 한 원고들이, 사용자인 국가가 제시한 제한된 개선 안의 범위에서 한정된 선택을 한 다음 여전히 남아 있는 차별에 대하여 ‘그때도 틀리고 지금도 틀리다.’라고 말할 수 있다.” 따라서 단체협약의 내용이 유효하더라도 그것이 차별적 처우가 될 수 있는가는 별개의 문제이다.

양승엽(한국노동연구원 부연구위원)

기간제근로자의 갱신기대권 및 호봉 산정

- 서울고등법원 2022.11.18. 선고 2021나2042116 판결¹⁾ -

【판결요지】

호봉제도란 피고가 내부적으로 정한 급여체계로서 기존의 이력을 가진 자에게 일종의 혜택을 부여하려는 목적을 가지는 제도로서 어떠한 이력까지를 호봉산정에 산입할지 여부에 관하여는 피고의 재량이 인정된다. 채용 경로나 급여체계를 달리하고 있음에도 피고에 대하여 타 공기업에서의 근무이력을 모두 동일하게 평가할 것을 요구할 수는 없는 점, 피고는 당해 회사에서의 계약직 근무이력을 우대하는 것인 점에서, 피고의 기간제 근무이력은 호봉에 산입하고 다른 공기업의 경우 정규직 이력만을 호봉에 산입하는 것이 합리적인 재량을 벗어난 불합리한 차별이라고 보기는 어렵다.

1. 기초사실

피고는 「지방공기업법」과 B 공사 설립 및 운영에 관한 조례에 따라 설립되어 서울특별시 C의 건설, 운영 등의 사업을 수행하는 지방공기업이다. 원고는 2018. 3. 23. 피고와 사이에 2018. 3. 23.부터 2020. 3. 22.까지로 하는 전문업무직 기간제 근로계약을 체결하였고, 피고 법무실에서 사내변호사로 근무하였다. 피고는 2020. 2. 19. 원고에게 근로계약 기간이 2020. 3. 22. 만료된다는 취지의 사전 예고 공문을 발송하였다. 피고 법무실은 2020. 2. 20. 업무직 관리규정 제15조 및 제19조에 기하여 피고 인사처에 계약연장 심의를 의뢰하였고, 피고 인사처는 2020. 3. 5. 업무실적평가위원회 개최 후 이 근로계약에 대한 기간 연장을 하지 않기로 의결하여 그 결과를 피고 법무실에 통보하였다. 한편, 원고는 공공기관 D 공사에서 1년 10개월간 기간제근

1) 이 사건 법원의 판결에 대해 피고가 대법원에 상고하여 2023. 3. 13. 기준 계류 중이다(대법원 2022다305144).

로자로 근무한 이력이 있었는데, 피고는 이 1년 10개월을 근무경력에 포함하지 않고 원고에 대한 호봉을 산정하여 급여를 지급하여 왔다.

대상판결에서는 크게 2개의 쟁점에 대하여 판단이 이루어졌다. 하나는 원고에게 계약갱신기대권이 인정되는지, 계약갱신기대권이 인정될 경우 피고의 갱신거절에 합리적 이유가 인정되는지 여부이다. 그리고 다른 하나는 원고가 1년 10개월간 기간제근로자로 근무한 공공기관 D 공사의 근무경력을 호봉 산정에 산입하여야 하는지 여부이다.

2. 갱신거절 무효 확인 청구

원고는 전문자격인 변호사 자격을 소지하고 해당 분야에 종사하여 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, ‘기간제법’이라 함) 제4조 제1항 단서 제5호 예외사유에 해당한다. 즉, 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하더라도 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주되지 않는다. 하지만, 예외사유에 해당한다는 이유만으로 갱신기대권에 관한 법리가 배제되지는 않는다.²⁾ 대상판결에서도 대법원의 갱신기대권 판례 법리를 근거로 갱신기대권 및 갱신거절의 합리적 이유를 판단하였다.³⁾

2) 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016두50563 판결 등.

3) “기간을 정하여 근로계약을 체결한 근로자의 경우 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되는 것이 원칙이다. 그러나 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합할 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 그에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당하고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 보아야 한다. 나아가, 기간제 근로계약을 체결한 근로자에게 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권을 인정하는 취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 기간제근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자의 근로조건 보호를 강화하려는 데에 있다. 그러므로 근로자에게 이미 형성된 갱신에 대한 정당한 기대권이 있음에도 사용자가 이를 배제하고 근로계약의 갱신을 거절한 데에 합리적 이유가 있는지가 문제 될 때에는 사용자의 사업 목적과

대상판결을 요약하면, ① “필요시 재계약 가능”이라고 명시한 채용공고의 내용과 “근무성적 평가를 실시하여 계약의 연장 여부를 반영한다.”는 근로계약서의 내용, ② 근로계약의 갱신 시의 절차에 관하여 정하고 있는 피고의 업무직관리규정, ③ 피고에 속한 전문업무직 근로자들의 재계약 실태, ④ 상시적이고 지속적인 원고의 업무 등을 고려하여 갱신기대권을 인정하였다. 그리고 피고의 갱신거절의 합리적 이유가 없다고 하면서, ① 근로계약서와 업무직관리규정에 따른 계약 갱신 여부를 판단하는 주된 평가기준인 업무실적이 최상위권에 해당한다는 점, ② 상시적이고 지속적인 원고의 업무, ③ 서울특별시가 산하 공기업에 법률전문가 운영을 확대할 것을 권고한 점, ④ 인력운용상 유연성 감소 우려는 갱신 거부의 사유라고 볼 수 없는 점 등을 이유로 하였다.

대상판결은 대법원 판례 법리에 따라 사안을 포섭한 건으로 일반적인 갱신기대권 사건과 크게 차이가 없다. 다만, 대상판결을 통하여 갱신기대권에 관한 기업의 대응에 대하여 일부 살펴볼 수 있다. 피고는 원고 등 기간제근로자에 대한 갱신기대권이 인정되는 경우 인력운영의 유연성 감소를 우려하여 갱신 거절의 의사결정을 하였다. 원고가 성과평가 결과가 최상위권에 해당함에도 다른 기간제근로자에게 미칠 영향을 고려하여 갱신거절이라는 인사결정을 한 것으로 볼 수 있다. 민간기업보다 상대적으로 고용이 안정된 공공부문인 지방공기업에서 전문자격을 보유한 기간제근로자마저도 고용안정이 쉽게 보장되지 않는 현실을 볼 수 있다.

성격, 사업장 여건, 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용, 근로계약 체결 경위, 근로계약의 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부와 운용 실태, 근로자에게 책임 있는 사유가 있는지 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 갱신 거부의 사유와 절차가 사회통념에 비추어 볼 때 객관적이고 합리적이며 공정한지를 기준으로 판단하여야 하고, 그러한 사정에 관한 증명책임은 사용자가 부담한다(대법원 2017. 10. 12. 선고 2015두44493 판결).”

3. 호봉 재산정 주장에 관한 판단

피고의 인사규정 제19조 제1항에서는 “직원의 호봉은 단일호봉으로 하며 초임호봉은 1호봉으로 한다. 다만, 별표 2에 있는 직원은 그에 상응한 호봉을 가산하여 부여하고 최고호봉 초과시에는 가호봉을 주지 아니한다.”고 정하고 있다. 그리고 별표 2의 ‘경력환산기준표’는 아래와 같다.

경력환산기준표	
적용대상경력	적용율
○ 국가공무원법 및 지방공무원법에 의한 공무원 ○ 공공기관의운영에관한법률에 의한 공공기관 중 공기업 ○ 지방공기업법에 의한 지방공기업 중 서울특별시 지방공기업 중략 - ○ 군복무 기간(군 교육기간 제외) ○ 피고 신규자 교육기간(연수기간) ○ 피고 기간제 또는 무기계약직 근무기간(F, G 공사 포함)	100%
○ 은행법에 의한 은행 ○ 초·중등교육법 및 고등교육법에 의한 학교 이하 생략 -	90%
○ 그 밖의 일반 기업체(종업원 200인 이상 또는 상장업체)	80%
○ 그 밖의 일반 기업체(종업원 200인 미만 30인 이상)	50%

1. 위 기준에 명시되지 않은 해당기관 또는 업체는 성격, 경력내용 등에 따라 인사위원회의 의결을 거쳐 경력을 환산 적용한다.
2. 경력기간 환산 시 둘 이상의 경력사항이 있을 때에는 각각의 경력을 합산(환산)한 후 시정한다.
5. 경력 또는 자격요건을 전제로 공개 채용하는 경력직원에 대하여는 경력환산기준표에서 정한 기준 이외의 경력에 대하여 인사위원회 의결을 거쳐 경력을 환산 적용할 수 있다.

대상판결에서는 원고의 공공기관 D 공사에서의 기간제근로자로 근무한 이력은 호봉에 산입되는 경력으로 인정되지 않는다고 하였다. 구체적으로, “① 피고는 구 업무직관리규정 제35조, 구 업무직보수 및 복지후생규정 제

16조, 인사규정 제19조 및 [별표 2: 경력환산기준표]에 의하여 원고를 비롯한 업무직의 호봉을 산정한다. ② 경력환산기준표에 의하면 공공기관의 운영에 관한 법률에 의한 공공기관 중 공기업에서의 경력을 100% 환산한다고 기재되어 있으나 ㉠ 기간제 또는 정규직 등 구체적인 근로형태에 따른 환산 가능 여부는 기재되어 있지 않은 점, ㉡ 다른 기관에서의 경력과 대비하여 피고의 기간제 또는 무기계약직 근무 경력을 100% 환산한다고 부가하여 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면 문언상 다른 공기업에서의 기간제 근무이력은 피고의 호봉산정을 위한 근무경력으로 환산되지 않는 것으로 규정하는 것으로 봄이 타당하다. ③ 호봉제도란 피고가 내부적으로 정한 급여체계로서 기존의 이력을 가진 자에게 일종의 혜택을 부여하려는 목적을 가지는 제도로서 어떠한 이력까지를 호봉산정에 산입할지 여부에 관하여는 피고의 재량이 인정된다. 채용경로나 급여체계를 달리하고 있음에도 피고에 대하여 타 공기업에서의 근무이력을 모두 동일하게 평가할 것을 요구할 수는 없는 점, 피고는 당해 회사에서의 계약직 근무이력을 우대하는 것인 점에서, 피고의 기간제 근무이력은 호봉에 산입하고 다른 공기업의 경우 정규직 이력만을 호봉에 산입하는 것이 합리적인 재량을 벗어난 불합리한 차별이라고 보기는 어렵다.”고 하였다.

우선, 대상판결의 판시 중 ①, ②부분은 취업규칙인 인사규정의 해석을 한 부분이다.⁴⁾ 공무원, 공공기관 중 공기업, 지방공기업에 대해서는 별도의 기간제 등에 대한 제한이 없으므로 근무기간 전부를 경력에 포함되어야 한다고 해석한 것이 아니라, “피고 기간제 또는 무기계약직 근무기간(F, G 공사 포함)”이라는 문구에 중점을 두어 다른 공기업에서의 기간제 근무이력은 피고의 호봉산정을 위한 근무경력으로 환산되지 않는다고 해석한 것이다.

문제는, 대상판결의 판시 중 ③에 해당하는 피고가 공공기관에서 기간제 근로자로 근무한 원고의 경력을 호봉에 산입하지 않은 것이 불합리한 차별

4) “취업규칙은 노사 간의 집단적인 법률관계를 규정하는 법규범의 성격을 갖는 것이므로 명확한 증거가 없는 한 그 문언의 객관적 의미를 무시하게 되는 사실인정이나 해석은 신중하고 엄격하여야 한다.”(대법원 2016. 6. 9. 선고 2015다 78536 판결 등).

이라고 보기 어렵다는 부분이다. 여기서 의미하는 차별이 어떠한 법률적 근거를 가지고 있는지 명확하지 않다.

종전부터 국가인권위원회에서는 기간제근로자 등의 경력인정에 대하여 다수의 결정을 하였다. 국가인권위원회는 「헌법」 제11조 제1항과 「국가인권위원회법」 제2조 제3호 등에 따라 기간제근로자는 정규직근로자에 비하여 고용이 불안정할 뿐 아니라 보수 등 측면에서 더 낮은 대우를 받는 경우가 많아 정규직에 비하여 사회적으로 낮게 평가된다고 하며, 기간제라는 고용형태는 자신의 의사나 능력 발휘와 무관하게 그 지위를 벗어나기 어려운 상황을 발생시키므로 사회적 신분에 해당한다고 보았다. 그러면서 기간제로 근무한 경력을 불인정하는 것은 차별에 해당한다고 하였다. 예컨대, 국립대병원에서 정년이 보장된 공무원과 달리 임기제공무원으로 근무한 경력을 인정하지 아니하고 호봉을 산정한 것을 차별이라고 하여 필요한 조치를 권고한 사례,⁵⁾ 지방공기업에서 연봉책정을 위한 경력 환산과 관련하여 계약직 공무원이라는 비정규직 근무 경력을 일률적으로 배제한 인사관리규칙을 개정하고 경력 산정에 반영할 것을 권고한 사례⁶⁾ 등이 대표적이다. 하지만, 국가인권위원회의 권고는 권리·의무에 어떠한 변동도 가져오는 것이 아니며 개별적·구체적으로 규제하는 효과가 있는 것도 아니므로, 피진정인이 받아들이지 않는다면 사법적 효력이 인정되지 않는다. 그 같은 점에서 「국가인권위원회법」을 근거로 한 것으로 보이지 않는다.

한편, 기간제법 제8조 제1항에서는 “사용자는 기간제근로자임을 이유로 해당 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.”고 하여 차별을 금지하고 있다. 여기서 차별적 처우란 임금 등에서 합리적인 이유없이 불리하게 처우하는 것을 말한다(제2조 제3호). 기간제근로자에 대한 차별적 처우가 있었는지를 판단하기 위해서는 해당 사업 또는 사업장에서 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자인 비교대상근로자

5) 국가인권위원회 21진정0831600 결정.

6) 국가인권위원회 20진정051250 결정.

를 통하여 차별적 처우를 판단하고 있다. 하지만, 대상판결의 사안에서는 비교대상근로자를 상정하기 곤란하다는 점 등에서 기간제법에서 금지하는 차별적 처우로 볼 수 없을 것이다. 예컨대, 정규직근로자로 채용되었으나 채용 이전 기간제근로자의 경력은 불인정하고, 기간제근로자로 채용되었지만 채용 이전 정규직근로자의 경력은 인정될 수 있기 때문이다.⁷⁾ 즉, 기간제법을 근거로 한 것으로도 보이지 않는다. 이 같은 점에서 대상판결에서 합리적인 재량을 벗어난 불합리한 차별이 아니라는 법률적 근거를 명시적으로 제시하지 않은 점에 대해서는 아쉬움이 있다.⁸⁾

하지만, 실제 대부분의 공공기관, 지방공기업 등에서 유사한 경력환산기준표에 따라 경력직의 호봉을 재산정하고 있다는 점에서 대상판결의 판단은 실무상 상당한 영향을 미친다. 수년간 특정 분야에서 종사하더라도 기간제근로자로 종사하였다면 공공부문에서 해당 경력을 인정받지 못하게 된다. 특히, 기간제근로자 사용기간 제한 예외사유에 해당하는 경우, 정규직근로자로 채용될 기회가 적기 때문에 기간제근로자 경험을 통하여 전문성을 확보한다고 하더라도 경력을 일체 인정받지 못하게 된다. 더 나아가, 개인사업자로 근무하는 경우에도 경력 전부를 인정받지 못하며, 종업원 수가 적은 민간기업에서 정규직근로자로 종사하더라도 경력 중 일부분만을 인정받게 된다.⁹⁾

과거와 달리 장기고용을 전제로 하여 공채를 중심으로 한 채용방식은 변화하고 있다. 공공부문에서도 다르지 않으며, 경력직 채용도 이미 일반화되

-
- 7) 물론, 동일·유사한 업무를 수행하고 정규직근로자로서의 경력을 갖춘 기간제근로자와 정규직근로자 중 정규직근로자에게만 입사 전 경력을 인정하고, 기간제근로자에게는 입사 전 경력을 전혀 반영하지 않는다면 기간제법에 의한 차별로 볼 수 있을 것이다.
 - 8) 한편, 대상판결에 대하여 피고만이 상고한 사항이므로 본 쟁점에 대해서는 대법원에서 판단받을 기회도 적을 것으로 보인다.
 - 9) 국가인권위원회에서는 호봉책정 시 기업의 규모 등에 따라 경력을 불인정하는 것 역시 차별에 해당한다고 권고한 사례(국가인권위원회 06진차393 결정), 입사 이전의 경력이 공무원 경력일 경우 해당 경력의 100%를 모두 인정하는 반면, 민간기업 경력에 대해서는 퇴직 당시 종업원 수를 기준으로 근무경력을 달리 인정하는 것 역시 차별이라고 권고한 사례가 있다(국가인권위원회 07진차342 결정).

었다. 청년세대에서는 상대적으로 좋은 일자리인 공공부문 정규직 채용을 위하여 기간제로 종사하는 경우는 흔히 있다. 하물며, 첨단 ICT기술 발전 등에 따라 개인사업자로 종사하거나 소규모 민간기업의 근로자로 근무하더라도 공공부문에 필요한 전문성과 경험을 갖춘 경우는 흔하다. 이에 단순히 기업의 종사자 수와 기간제 등의 고용형태를 이유로 경력을 인정하지 않는 것은 현행 고용행태에 부합하지 않는다. 물론, 공공기관, 지방공기업 등 공공부문에서 재직 경험을 통하여 조직 적응도를 파악하고, 호봉제가 유지된 상황에서는 인건비 절감 등을 이유로 경력환산의 구분이 불가피하며, 호봉뿐만 아니라 직급 등에 따라 달리 임금 구간을 달리 설정한다면 적정 임금 수준도 확보할 수 있다고 할 수 있다고 할 수 있다. 하지만, 기간제 또는 기업 규모에 따라 임금 불평등이 존속되는 상황에서 공공부문에 채용된다고 하더라도 기존 경력으로 달리 취급받게 된다면, 단순히 임금만의 문제가 아니라 경력불인정이라는 근로자 개인의 상실감에 더하여 민간부문 종사자의 공공부문 진입 장벽 등으로 작용할 수 있는 것이다. 국가인권위원회에서 지적한 바와 같이, 경력인정제도의 취지가 근로자의 과거 경력이 현재 업무에 도움이 된다는 전제에 기초하고 있으므로, 단지 비정규직으로 근무한 고용형태라는 형식적 요소에 의하여 경력 인정 여부를 판단할 것이 아니라 직무의 동일·유사성에 기초한 합리적인 적용 기준을 마련하는 것이 필요하다.¹⁰⁾

장호진(지방공기업평가원 연구위원, 법학박사, 변호사)

10) 국가인권위원회 20진정0656800 결정 등 참조.

타워크레인 조종사에게 지급된 월레비에 대한 법적 평가

- 광주고등법원 2023. 2. 16. 선고 2021나22465 판결 -

【판결요지】

원고와 피고들 사이에 이 사건 각 공사현장에 관하여 원고가 피고들에게 월레비 상당의 돈을 증여하기로 하는 내용의 묵시적인 계약이 성립하였고, 피고들은 이에 따라 원고로부터 월레비를 지급받은 것이라고 봄이 타당하다. … 원고는 자신에게 월레비를 지급할 의무가 없음을 알면서도 철근콘크리트 업체가 타워크레인 기사들에게 월레비를 지급하는 관행에 따라 피고들에게 이 사건 각 현장에 관한 월레비를 지급한 것으로 보인다. 따라서 원고가 자유로운 의사에 반하여 부득이하게 피고들에게 월레비를 지급하게 된 것이라고 보기 어려우므로, 원고는 민법 제742조에 따라 피고들에게 월레비의 반환을 구할 수 없다.

대상판결에서 원고는 철근콘크리트 공사업 등을 목적으로 설립된 회사이고 피고들은 타워크레인 회사에 소속된 타워크레인 조종사들이다. 원고는 도급인으로부터 여러 공사현장의 골조공사, 철근공사 등을 하도급받았다. 도급인은 각 공사현장과 관련하여 각 타워크레인 회사들과 타워크레인인에 관한 임대차계약을 체결하였고 타워크레인 회사들은 피고들을 각 공사현장으로 보내 타워크레인을 이용하여 건설장비 및 골재를 운반하는 일을 하게 하였다. 이 과정에서 피고들은 원고에게 타워크레인 업체의 관행이라는 이유로 시간 외 근무수당(OT비) 및 월레비 명목으로 월 약 3,000,000원 상당의 돈을 요구하였고, 원고는 피고들의 요구에 따라 월레비 명목으로 피고들 본인, 가족, 지인 명의의 계좌로 돈을 지급한 바 있다.

원고는 도급인과의 사이에 하도급계약들을 체결하였을 뿐 피고들과 사이에는 어떤 계약도 체결한 사실이 없으므로 피고들에게 월레비를 지급할 의무가 없는데, 피고들의 월레비 지급 요구에 대해 피고들의 작업거부나 태업으로 인하여 공사가 지연되는 것을 막기 위해서 어쩔 수 없이 월레비를 지

급한 것이므로 피고들은 법률상 원인 없이 월레비 상당의 이익을 얻었고 원고는 그만큼 손해를 입은 것이므로 피고들은 원고에게 수령한 월레비를 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 주장하였다. 또한 원고는 자신이 피고들에게 월레비를 지급한 것이 「민법」 제742조의 비채변제에 해당한다고 하더라도, 원고는 타워크레인 기사들인 피고들의 작업 거부나 태업으로 인한 공사의 지연을 막기 위해 부득이하게 월레비를 지급한 것인바, 피고들에 대한 그 반환청구권을 상실하지 않는다고 주장하였다.

원고의 주장에 대해 피고는 다음과 같이 주장하였다. 첫째, 월레비는, ① 타워크레인 회사가 피고들에게 지급하여야 하는 임금을 원고가 대신 지급한 것이거나, ② 원고가 사실상 사용종속관계 또는 파견 관계에 있는 피고들에게 근로를 지시하고 사용자의 지위에서 임금을 지급한 것으로 볼 수 있거나, ③ 도급 또는 위임사무에 대한 보수에 해당하거나, ④ 용역 또는 위험부담의 대가와 사례금의 성격을 가진 것이므로, 피고들이 법률상 원인 없이 그 가액 상당의 이익을 취한 것이라 볼 수 없다. 둘째, 설령 부당이득이 성립한다고 할지라도, 원고가 지급할 의무가 없음을 알고서도 피고들에게 월레비를 지급한 것이므로 이는 「민법」 제742조에 따른 비채변제에 해당하거나 적어도 「민법」 제744조의 도의관념에 적합한 비채변제이므로 원고는 피고들을 상대로 그 반환을 구할 수 없다. 셋째, 원고가 상관습 등에 따라 피고들에게 월레비를 지급한 점, 피고들은 월레비를 받고 철근 선 조립 등 위험 업무를 수행하였고, 이로 인해 원고는 공사기간 단축 등의 이익을 본 점, 원고가 이 사건 소송 계속 중인 2020년 7월경 자신이 지급한 '성과수당 및 추가 OT 수당 등'에 관해 어떠한 민·형사상의 이익을 제기하지 않겠다는 취지의 약속서를 작성한 점, 월레비는 타워크레인 조종사들의 주요 수입원 중 하나이고, 만일 원고의 월레비 반환 청구를 인정하게 된다면 건설산업의 특수성에 따른 문제의 책임을 모두 타워크레인 조종사들에게 전가시키는 결과가 되는 점 등을 고려하면, 원고가 피고들에게 월레비의 반환을 요구하는 것은 신의칙에 반한다.

대사판결은, 당사자 일방이 자신의 의사에 따라 일정한 급부를 한 다음

그 급부가 법률상 원인 없음을 이유로 반환을 청구하는 이른바 급부부당이득의 경우에는 법률상 원인이 없다는 점에 대한 증명책임은 부당이득반환을 주장하는 사람에게 있고, 이 경우 부당이득의 반환을 구하는 자는 급부행위의 원인이 된 사실의 존재와 함께 그 사유가 무효·취소·해제 등으로 소멸되어 법률상 원인이 없게 되었음을 주장·증명하여야 한다(대법원 2018. 1. 24. 선고 2017다37324 판결 등)는 부당이득반환 법리를 전제로 하여, 원고와 피고들 사이에 이 사건 각 공사현장에 관하여 원고가 피고들에게 월레비 상당의 돈을 증여하기로 하는 내용의 묵시적인 계약이 성립하였고 피고들은 이에 따라 원고로부터 월레비를 지급받은 것이라고 보았고¹⁾ 원고는 자신에게 월레비를 지급할 의무가 없음을 알면서도 철근콘크리트 업체가 타워크레인 기사들에게 월레비를 지급하는 관행에 따라 피고들에게 이 사건 각 현장에 관한 월레비를 지급한 것으로 보인다고 지적하면서, 원고가 자유로운 의사에 반하여 부득이하게 피고들에게 월레비를 지급하게 된 것이라고 보기 어려우므로 원고는 「민법」 제742조에 따라 피고들에게 월레비의 반환을 구할 수 없다고 하여 피고들의 손을 들어주었다.

사안의 모습을 보다 잘 파악하기 위해서는 건설현장의 실태를 이해할 필요가 있다. 날로 고층화되고 있는 건설현장의 모습에서 단연 눈에 띄는 것은 거대한 타워크레인이다. 그런데 이 타워크레인은 건설사의 소유가 아니다. 본래는 타워크레인을 건설사가 소유하고 타워크레인 조종사도 건설사의 근로자로 되어 있었으나 IMF 금융위기 이후 건설사는 타워크레인 작업을 모두 외주화하였다. 그렇게 되면서 타워크레인은 임대업체가 소유하고 있다가 건설시공사로부터 타워 공사를 수주하게 되면 타워크레인 조종사를 현장계약직으로 채용하여 근로시키는 방식으로 바뀌었는데, 이 과정에서 임대업체 소속 관리직이 현장에 나오는 것이 아니라 건설사의 판단과 지휘·감독하에 타워크레인 운영과 관리가 이루어지고 해당 공사가 종료되면 타

1) 이와 관련하여, 대상판결은, 첫째, 시공사와 원고 및 피고들 간에 적어도 피고들이 월레비를 지급받아야 한다는 점에 관한 의사의 합치가 있었다고 보았다. 둘째, 원고와 시공사 간에 월레비를 원고가 부담하기로 하는 내용의 합의가 있었던 것으로 보았다.

워크레인 조종사는 계약기간 만료를 이유로 자동으로 해고되어 왔다.²⁾ 이와 관련하여 타워크레인 조종사들은 90% 정도가 임시계약직이며 계약기간은 평균 10.5개월로, 연 3~4개월의 반복적 실업, 장시간 노동에 따른 각종 직업 병에 시달린다고 조사된 바 있다.³⁾ 갈수록 고층화되어 가는 건설현장에서 타워크레인은 핵심 중장비인데도 불구하고 시공사가 공사에 반드시 필요한 타워크레인을 직접 보유하지 않고 필요할 때마다 타워크레인 임대업체로부터 장비와 조종사를 그때그때 공급받아 사용하는 고용형태가 지배적인 것이다. 이는 필연적으로 타워크레인 조종사 입장에서는 단기 취업과 실업이 반복되는 고용불안정 및 그로 인한 생계의 위협을 의미한다.⁴⁾

건설현장의 이러한 실태를 기준으로 생각해보면, 타워크레인 조종사에게 월레비는 생계 유지에 매우 필요한 금전이라는 점은 분명할 것이다. 특히 대상판결에서, 하청업체인 철근콘크리트 업체의 타워크레인 조종사들에 대한 월레비 지급은 수십 년간 지속하여 온 관행으로서 타워크레인 조종사들에게 월레비는 사실상 근로의 대가인 임금의 성격을 가지게 되었다고 지적한 부분을 주목해야 한다. 타워크레인 조종사 입장에서 보면, 사실상 근로의 대가로 취급될 수도 있는 월레비를 지급받지 못하게 된다면 공기단축, 기한 내 공사완공 등을 위해 노력할 유인이 있을 리 없다. 공기단축, 기한 내 공사완공은 타워크레인 조종사가 책임질 사항이 아니기 때문이다. 대상판결에서도, 월레비 지급에 대해 원고는 도급인에게 이를 알려서 이의제기를 하거나 도급인으로 하여금 타워크레인 조종사 교체를 요구하게 하는 등의 방법을 통해 월레비 지급을 거부하는 것이 불가능한 것이 아니었다고 지적한다. 처음부터 공사기간을 길게 잡거나 공사지연을 감수하겠다고 생각했다면 월레비는 얼마든지 지급하지 않아도 되었을 수 있다. 타워크레인 조종사의 월

2) 이정훈(2016), 「건설노동자 고용과 노동조건 실태」, 『「건설노동자 차별 없는 고용 보장, 건설노동자 노동기본권 확보방안 마련을 위한 토론회」 자료집』(2016. 7. 14), p.14.

3) 정승국·노광표·김혜진(2014), 『직무급과 한국의 노동』, 한국노동연구원, p.71.

4) 노호창(2016), 「노조원의 채용요구 등에 대한 공갈·협박죄 등 적용의 타당성: 서울남부지방법원 2016. 6. 2. 선고 2015고합505 판결」, 『노동법학』, 제59호, 한국노동법학회, p.142.

레비 요청에 대해 원고가 지급을 거절할 수도 있는 상황에서 자신에게 유리하다고 판단하여 월레비 지급을 하였다면 증여계약이 성립되어 이행된 것이고 원고의 자유로운 의사에 반하여 이루어진 것이라고 보기 어렵다.

월레비 지급 관행에 바람직하지 않은 측면이 존재할 수도 있다.⁵⁾ 그러나 명백하게 불법이라고 판단되지 않은 이상, 노동관행에 의해 월레비가 사실상 근로의 대가인 임금성을 가질 수 있는 정도에 이르른 것이라면 존중할 필요도 있다. 그러므로 월레비 요청에 대해 응했다는 것은 월레비 지급에 대한 묵시적인 증여계약이 이루어진 것으로 보는 것에 무리가 없고, 거기에 강제적인 지급이라고 볼 만한 요소도 없다면, 이를 두고 악의의 비채변제이므로 반환을 구하는 것은 어불성설이다. 대상판결의 입장은 타당하다고 본다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

5) 대상판결의 원심(1심) 판결은 월레비 지급이 원청인 도급사나 타워크레인 회사가 부담할 인건비가 합리적 이유 없이 하도급업체에 전가되는 측면이 있어 부당하고 월레비 지급 방식과 관련하여 회계처리상 문제가 없지 않다는 점을 지적하고 있다. 광주지방법원 2021. 6. 4. 선고 2019가합59979 판결 참조.

무기계약직의 비교대상성 판단 문제

- 서울고등법원 2023. 10. 13. 선고 2022나2041172 판결 -

【판결요지】

특정직에서 일반직 근로자로 전환된 원고들은 기존 일반직 직원들과 본질적으로 동일한 비교집단에 속해 있다고 볼 수 없고, 피고가 원고들과 기존 일반직 직원들 사이에 호봉 부여에 차이를 둔 것은 합리적인 이유가 있다. 피고의 원고들에 대한 호봉 부여가 헌법 제11조와 근로기준법 제6조에 반한다는 주장은 받아들여지지 않는다.

“요즘 따라 내꺼인 듯 내꺼 아닌 내꺼 같은 너, 니꺼인 듯 니꺼 아닌 니꺼 같은 나”

우리나라에 ‘썸을 탄다.’는 새로운 표현이 등장하던 당시, 크게 유행한 노래의 한 구절이다. 사귀는 것이 맞는지 아닌지 모호한 관계를 의미하는 ‘썸’을 표현한 가사인데, 이러한 모호함을 보여주는 또 다른 신조어로 ‘중규직’이 있다. 중규직은 2017년 7월, 문재인 정부 당시 공공부문 정규직 전환 가이드라인에 따라 공공부문을 중심으로 비정규직에서 정규직으로 전환된 무기계약직을 일컫는 말로, 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하는 점은 정규직과 다르지 않지만, 정규직과는 다른 별도의 직군으로 분류되며 연봉이나 승급 등 다른 처우를 적용받는 경우가 대부분이다. 다시 말해, 정규직인 듯 정규직 아닌 정규직 같은 중규직이다.

문제는 중규직이 갖는 ‘모호함’이 점차 법적 분쟁으로 이어지고 있다는 점이다. 공공부문 정규직 전환 정책 이후 무기계약직이 급증하면서 정규직과의 차별적 처우, 특히 임금 차별로 「근로기준법」(이하, 근로기준법) 제6조 위반을 다투는 법적 사례가 증가하고 있다. 기간제·단시간·파견제 근로자의 경우, 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 및 「파견근로자보호 등에 관한 법률」을 통해 정규직 근로자와의 차별적 처우를 금지하고 있

는 반면에 무기계약직 근로자는 차별을 금지하고 보호하기 위한 별도의 법률이 없다. 이에 따라 무기계약직 근로자와 정규직 근로자 간 차별을 다루는 문제는 근로기준법 제6조에서 금지하고 있는 차별적 처우에 해당하는지가 쟁점이 된다.

차별적 행위가 있었는지에 관한 법적 판단은 주로 세 단계로 이뤄지는데, 첫째는 무기계약직이 정규직과 동일한 비교집단에 속하는지 여부, 둘째로 무기계약직이 「근로기준법」 제6조에서 명시하고 있는 ‘사회적 신분’에 해당하는지 여부, 마지막으로 차별에 합리적 이유가 있는지 여부이다. 이전의 무기계약직과 정규직 간 차별적 처우가 문제된 판결례를 보면, 무기계약직이 근로기준법 제6조의 사회적 신분에 해당하는지를 주로 다루고 있다. 이에 관하여 사회적 신분으로 인정하는 입장과 부정하는 입장으로 하급심 판결이 나뉘었는데, 최근 전원합의체 판결(대법원 2023. 9. 21. 선고 2016다 255941 판결)은 무기계약직과 같은 개별 근로계약에 따른 고용상 지위는 ‘공무원과의 관계에서’ 근로기준법 제6조의 사회적 신분에 해당하지 않는다고 판시하였다. 해당 판단은 무기계약직이 사회적 신분에 해당하는지에 관하여 명시적으로 판단한 첫 대법원판결로 그 중요성이 언급되지만, 대법원이 보도자료를 통해 공무원과의 관계에서만 한정된 판단이며 무기계약직의 사회적 신분 해당성을 일반적으로 부정한 것이 아님을 설명하였듯이, 무기계약직이라는 고용형태가 사회적 신분에 해당하는지 여부를 기존 논의에 따라 구체적으로 판단하지는 않았다. 오히려 공무원이란 지위의 특수성에 초점을 맞추어 공무원 지위나 책임, 근로조건의 결정 방식 등의 특수성에 따라 무기계약직과 비교대상 집단이 될 수 없다고 보아 비교대상성을 비교적 더욱 명확하게 부정한 판단으로 볼 수 있다.

비교대상 집단에 관한 판단은 근로기준법 제6조에서 금지하는 차별적 처우 여부 결정 시, 선결적으로 이뤄져야 하는 판단이라는 점에서 중요하다. 차별을 받았다고 주장하는 사람이 비교 대상자로 지목하는 사람과 본질적으로 동일한 비교집단에 속해 있어야 하기 때문이다. 이와 같은 비교대상성 판단에 있어서 어떤 기준으로 또는 어느 초점에 맞추어 판단하느냐에 따라

비교대상성 인정이 달라질 수 있다는 문제가 있는바, 대상판결 또한 비교대상 판단이 접근 방식에 따라 유동적일 수 있다는 점을 보여주었다.

먼저 대상판결의 사실관계를 간단히 살펴보면 다음과 같다. 피고 서울시 설공단은 특정직(무기계약직) 근로자를 일반직 근로자로 전환하는 노사 합의를 노동조합과 체결하였고, 이에 따라 원고들은 2015년부터 일반직 근로자로 전환되었다. 당시 노사합의서에 따르면, 특정직을 일반직으로 전환 시 임금을 호봉조정 방식으로 조정하되 기존 임금 수준을 유지한다는 내용이 포함되어 있었고, 공단은 해당 조항에 근거하여 원고들이 기존에 부여받은 호봉 수준을 낮추어 임금 수준을 유사하게 맞추었다. 예를 들어, 2015년 기준으로 원고 A에게 적용되는 특정직 다급 12호봉의 임금 총액이 1,720,600 원이라면, 기존 호봉보다 2호봉을 낮추어 일반직 6급 10호봉을 적용(1,722,600원)하는 것으로 임금을 비슷하게 맞추었다. 원고들은 공단의 인사 규정에 따라, 기존 일반직은 군 복무 기간, 기간제 근무 기간, 사회 경력을 모두 반영한 호봉을 부여하고 있음에도 특정직에서 일반직으로 전환한 원고들에게는 이를 전혀 반영하지 않고 자의적으로 호봉을 부여하는 것이 근로기준법 제6조의 사회적 신분을 이유로 하는 근로조건 차별이므로 무효라고 주장하며 임금 차액을 구하였다.

해당 사안에서 특정직에서 일반직으로 전환한 원고들이 일반직 근로자와 동일한 비교집단에 해당하는지에 대한 판단과 관련하여, 1심판결과 대상판결의 재판부의 판단은 달랐다. 우선 1심판결은 일반직이라는 동일한 직군 내 혼재되어 일원화된 승급 체계를 구축하였고, 동일한 직종 내에서 동일한 업무를 수행한 것에 당사자 간 다름이 없으므로 본질적으로 동일한 비교집단에 속한다고 보는 것이 타당하다고 판단하였다. 이처럼 비교집단 해당성을 인정한 뒤, 다음으로 무기계약직이 사회적 신분에 해당하는지를 판단하고, 차별에 합리성이 있는지를 살펴보았다. 이와 달리, 대상판결은 특정직에서 일반직으로 전환한 근로자들이 기존 일반직 근로자들과 본질적으로 동일한 비교집단에 속해 있다고 인정하기 부족하다고 판단하였다. 주된 이유는 원고들이 일반직 근로자와 동종 또는 유사한 업무를 수행하였다고 보기

어렵다는 점이었는데, 구체적으로는 함께 근무하였지만 담당 업무가 나누어 있었던 점, 특정 시기에는 동종 또는 유사한 업무를 하였더라도 해당 업무를 수행하게 된 보직 경로가 달라 '대체로' 동종 또는 유사한 업무를 하였다고 평가하기에 부족한 점, 원고들의 업무와 정규직의 업무에 직렬단위 차이가 있는 점, 일반직으로 자동 전환된 원고들과 공개경쟁시험을 통해 임용된 일반직 근로자와는 임용 경로의 차이가 있는 점을 근거로 들며, 특히 마지막 임용 경로의 차이는 본질적으로 동일한 비교집단에 속하는지를 판단하는 요소라고 명시적으로 강조하였다.

차별을 판단함에 있어 동일한 비교집단에 해당하는지 문제는 차별적 처우의 판단, 즉 "본질적으로 같은 것을 다르게 같은 것을 같게 취급하는 것"에 관한 논리적 전제에 해당한다. 즉, 차별을 주장하는 대상 집단이 동일한 비교집단에 속하지 않으면, 차별 여부에 관한 실제적인 판단은 이뤄질 수 없게 되므로 그에 관한 판단은 중요하다. 그러나 비교대상성은 앞서도 언급했듯이 판단 기준을 무엇에 맞추는지, 문제되는 차별이 무엇인지 등에 따라 결과가 달라질 수 있어 판단 주체의 재량이 클 수밖에 없다는 문제가 있다. 이는 결국 법에 비교대상성에 관한 판단 요건이 명시되어 있지 않기 때문에 해석을 통해 판단이 이뤄질 수밖에 없는바, 대상판결은 근로기준법 제6조에서 금지하고 있는 차별적 처우의 비교대상성 판단 기준을 비교적 구체적으로 실시한 판례라는 점에서 그 의의가 있다고 할 수 있다.

다만, 원고들과 비교대상 집단인 일반직 근로자들의 담당 업무가 동종 또는 유사한 업무였는지에 관한 대상판결 판단 논증은 아쉬운 부분이다. 동종 또는 유사한 업무에 관한 비교대상성 판단은 근로자 집단 간 실제로 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 않고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면 비교대상성을 인정할 수 있다고 보는 것이 기존 판례의 입장이다(대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결). 즉 '똑같은' 업무를 수행하고 있는지의 문제가 아니므로, 대상판결에서 비교대상성을 부정하는 논거로 제시한 양 집단 간 보직경로의 차이와 직렬단위의 차이로 근로자 개개인이 수행하는 업무

에 다소 차이가 있더라도 결국 주된 업무에 본질적인 차이가 없는지 좀 더 넓은 관점에서 판단이 이뤄졌어야 한다.

더욱이 대상판결이 마지막으로 제시한 근거, ‘임용 경로’의 차이가 비교대상성 판단에 있어 타당한 판단 요소가 될 수 있는지는 다시 생각해 보아야 한다. ‘무기계약직’은 그 개념 자체로 정규직과 임용 경로의 차이를 내포하고 있는 것이 일반적일 것인데, 그 차이를 이유로 정규직과의 비교대상성이 부정되는 것은 차별적 처우에 관한 실체적인 법적 판단을 애초부터 막고 있는 것과 다름없다. 임용 경로의 차이가 담당 업무의 차이를 설명하기 위한 주요한 요소가 되는 경우라면 그 또한 판단의 근거가 될 수 있겠지만, 대상판결에서는 임용 경로의 차이만 언급하고 있을 뿐 그러한 차이로 인하여 담당 업무가 어떠한 차이가 발생하였는지에 관한 검토는 없다.

앞에서 언급한 최근 대법원 전원합의체 판결(대법원 2023. 9. 21. 선고 2016다255941 판결)에서는 비교대상성 판단과 관련하여, “비교대상성 판단에 고려되는 상당수의 요소는 최종적인 차별적 처우 판단 단계에서 충분히 고려될 수 있다. 그러므로 비교대상성의 문턱을 너무 높여 최종적인 차별적 처우 판단의 길을 좁히기보다는 … (중략) … 가급적 너그럽게 이들을 비교의 저울에 올려 최종적인 차별적 처우 여부를 판단하는 쪽이 타당하다.”는 별개 의견이 있었다. 비교의 저울에 올라갈 최소한의 기회를 보장하기 위한 판단의 유연화가 필요한 이유이다.

이은주(한국노동연구원 부연구위원)

기간제근로계약 갱신기대권과 정규직 전환기대권

- 서울행정법원 2022. 10. 28. 선고 2020구합65838 판결 -

【판결요지】

기간제근로자에게 기간제근로계약의 갱신기대권과 정규직 전환기대권이 모두 인정되는 상황에서, 근로자들이 정규직 전환 절차에 합격하지 못하였다는 사정은 평가절차 자체를 누락한 갱신거절을 정당화하는 합리적인 이유가 될 수 없다. 기간제근로자에 대한 계약갱신과 정규직 전환은 법적 효과가 전혀 다른 별개의 행위로서, 정규직 전환 절차에서 판단하는 것은 정규직으로 전환하는 것이 타당한지 여부였을 뿐 계약을 갱신할 필요가 있는지 여부가 아닌바, 근로자들이 정규직 전환 절차를 신청하였다는 것이 곧 전환되지 않을 경우 계약을 종료하고 갱신하지 않겠다는 의사를 표시한 것으로 볼 수는 없다.

1. 서론

갱신기대권에 관한 최근의 사례들에서는 갱신기대권이 존재함에도 불구하고 갱신을 거절할 수 있는지 여부의 문제들을 다루고 있다. 문제된 유형들은 크게 4가지 정도로 구분해볼 수 있는데, 첫째 업무평가에 따라 갱신을 거절할 수 있는지 여부, 둘째 사업의 축소나 폐지에 따라 인력조정이 필요한 상황에서 갱신을 거절할 수 있는지 여부, 셋째 기간제근로자들을 무기계약직 근로자로 전환채용하는 과정에서 공개경쟁 채용절차를 통해 갱신을 거절할 수 있는지 여부, 넷째 정년이 도래하였음을 이유로 갱신을 거절할 수 있는지 여부 등이다. 각각의 개별 사례에서 구체적인 판단에 따라 갱신거절의 합리성이 인정되거나 그러하지 않았는데, 여기에서 확인할 수 있는 것은 기간제근로자의 갱신기대권은 사실은 기간제근로계약 갱신에 대한 청약의 권리가 보장된다는 정도의 의미를 갖는다는 것이다. 기간제근로자에게 근로계약 갱신에 대한 청약의 권리는 사용자에게 의한 승낙의 의무를 반드시 수

반하는 권리가 아니다. 물론 판례가 그동안 발전시켜 온 논리에 의하여, 정당한 사유가 없는 승낙의 거절은 해고나 마찬가지로이다. 따라서 사용자가 근로자의 갱신청약에 대한 승낙을 거절하기 위해서는 정당한 해고 사유에 준하는 사유가 필요하다.

한편, 법원은 기간제근로자의 근로계약 갱신기대권과 소위 '정규직 전환기대권'을 구분하여 보고 있다. 정규직 전환기대권을 인정한 최초의 대법원 판결인 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결에서는, 기간제근로계약을 체결하고 약 2년간 근무하던 근로자가 인사평가를 통해 정규직 승격의 기회를 제공받았지만 인사평가에서 낮은 점수를 받아 정규직으로 전환되지 못한 채 기간제근로계약이 종료된 것의 정당성을 평가하면서 정규직 전환기대권을 인정하고, 이 기대권이 있음에도 불구하고 사용자가 이를 위반하여 합리적 이유 없이 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환을 거절하며 근로계약의 종료를 통보하는 것은 부당해고와 마찬가지로 효력이 없고, 그 이후의 근로관계는 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된 것과 동일하다고 보아야 한다고 보았다. 이 사건은 명시적으로 기간제근로자의 '기간의 정함이 없는 근로계약으로의 전환'(이를 편의상 '정규직 전환기대권'이라고 하였다.)에 대한 기대권이 갱신기대권과 마찬가지로 존재할 수 있다는 것, 정규직 전환에 대한 정당한 기대권이 존재함에도 불구하고 정규직 전환을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 보았다는 중요한 의미를 갖는 판결이었다. 이후 여러 사건이 이 판결을 원용하면서 정규직 전환기대권의 논리를 수용하고 있는데, 이후 대법원 2017. 10. 12 선고 2015두44493 판결은 신규채용 방식으로 정규직 전환을 실시하면서 갱신기대권이 있는 근로자들을 채용하지 않은 경우, "재계약 절차가 아닌 신규채용절차를 통하여 선발되어야만 계약 갱신을 해주겠다고 주장하면서 대규모로 갱신 거절을 한 경우, 이는 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권을 전면적으로 배제하는 것"으로서, "사용자로서 그와 같은 조치를 취하지 않으면 안 될 경영상 또는 운영상의 필요가 있는지, 그에 관한 근거 규정이 있는지, 이를 회피하거나 갱신 거절의 범위를 최소화하기 위한 노력을 하였는지, 그 대상자를 합리적이고 공정

한 기준에 따라 선정하기 위한 절차를 밟았는지, 그 과정에서 차별적 대우가 있었는지 여부 등”을 종합적으로 판단하여 그 정당성이 인정된다고 보았다. 따라서 공정하지 않은 정규직 전환 과정이 있었고 그 전환 과정에서 기간제근로자의 정규직 전환이 이루어지지 않음으로써 기간제근로계약이 종료되는 것은 사실상 근로자의 갱신기대권을 배제하는 것으로서 부당해고와 마찬가지로인 것이다.

위와 같이 기존 법원의 입장에 비추어 보았을 때 기간제근로자에게는 갱신기대권과 정규직 전환기대권이 형성될 수 있고, 정규직 전환의 절차를 통해 갱신기대권을 배제하는 결과가 나타나서는 안된다고 볼 수 있다. 그런데 만약 정규직 전환 절차가 공정하였다면, 근로계약상 기간제근로자에게 갱신기대권을 주장할 수 없다는 문언이 존재한다면, 그래서 정규직 전환을 신청한 근로자가 정규직 전환심사에서 탈락하고 근로계약의 기간이 종료하였다면, 위와 같은 대법원의 갱신기대권과 정규직 전환기대권에 대한 논리는 어떻게 적용될 수 있을 것인가에 대한 질문이 던져질 수 있다.

서울행정법원 2022. 10. 28. 선고 2020구합65838 판결(이하, ‘검토대상판결’)은 위와 같은 질문에 일정한 답을 주고 있다. 갱신기대권이나 정규직 전환기대권에 관한 기초 이론 자체를 기존의 판례들과 달리하는 것은 아니지만, 이 양자에 대한 판단 구조를 체계화함으로써 향후 구체적 사안에 따라 기간제근로계약의 갱신기대권과 기간제근로자들의 정규직 전환기대권이 보다 정치하게 판단될 수 있도록 하는 단초를 제시하였다고 생각되어 아래에서 자세하게 살펴보고자 한다.

2. 사건 개요

가. 사실관계

이 사건(이하, ‘검토대상사건’) 근로자들은 정부출연연구기관(이하, ‘회사’)의 사업단 소속 위촉연구직으로 입사하여 5~6년간 계약을 7차례에 걸쳐 갱신하여 왔다. 근로자 1은 전국단위 연구직 노동조합 지부의 지부장이었

고, 근로자 2는 해당 노동조합 조합원이었는데, 회사는 2018년 9월 정규직 전환심의위원회를 개최하여 사업단의 계약직 직원들을 정규직으로 전환하기로 결정하였다. 정규직 전환심의위원회가 결정한 정규직 전환 방식은 1단계-고용승계, 2단계-제한채용, 3단계-공개채용이었다. 검토대상사건 근로자들은 모두 1단계 전환을 신청하였지만 탈락하였고, 이후 각각 2단계 및 3단계 전환을 신청하였지만 역시 탈락함으로써 2019년 9월 근로계약 만료 통보를 받게 되었다. 이에 따라 근로자들은 정규직 전환을 위한 각 단계의 평가가 공정하지 못하였고 노동조합 지부장이거나 조합원인 이 사건 근로자들에 대한 부당노동행위라는 것을 주장하면서 충남지노위에 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 한 것이다.

나. 사건의 쟁점

검토대상사건의 쟁점은 계약직 근로자들에게 갱신기대권이 존재하는지, 그리고 정규직 전환기대권이 존재하는지 여부이다. 충남지노위 및 중노위는 이 사건 계약직 근로자들에게 기간제근로계약에 대한 갱신기대권이 존재함은 인정하면서도, 정규직 전환 과정에서 요구된 각 단계별 요건을 충족하지 못함에 따라 정규직으로 전환되지 못한 것, 그리고 그에 따라 기간제 근로계약이 종료된 것의 정당성을 인정하였다.

위의 기간제근로계약에 대한 갱신기대권과 정규직 전환기대권에 대한 쟁점 이외, 부당노동행위에 대한 근로자들의 주장이 있기도 하였지만, 이에 대한 쟁점은 여기에서는 제외하도록 한다.

다. 법원의 판단

검토대상사건에서 서울행정법원은 근로자들이 주장한 것과 같은 전환단계별 평가절차의 공정성 내지 합리성은 의심되지 않는다고 판단하였다. 특히 근로자들은 절대평가 방식으로 진행된 내부 부서장평가가 통상적인 정규직 전환 절차의 합리성에 반한다고 주장하였지만, 법원은 이 주장을 받아들이지 않았다. 따라서 회사의 각 단계별 전환절차가 통상적인 정규직 전환

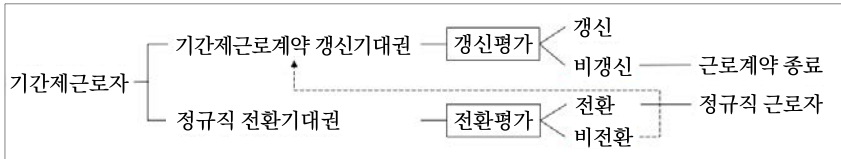
절차의 객관성·공정성·합리성에 반한다고 보기 어렵다고 평가하였다.

위와 같이 전환절차의 객관성 등이 확인된 상태에서 문제되는 것은 이 사건 근로자들의 기간제 근로계약에 대한 갱신기대권, 그리고 정규직 전환절차에 있어서의 정규직 전환기대권이 될 것인데, 우선 법원은 회사가 정규직 전환 신청 기준을 수립하고, 그 기준에 따라 근로자들을 전환 신청 대상으로 인정한 이상 근로자들에게 정규직 전환기대권이 인정되는 한편, 근로자들이 2012~2013년 채용된 이후 7차례에 걸쳐 기간제근로계약을 갱신하여 왔고 근로자들이 참여하고 있는 사업의 완료 시기가 최초 예정시점보다 8년 이상 미루어지게 된 점 등으로부터 기간제근로계약의 갱신기대권도 인정된다고 보았다. 특히 법원은 근로자들이 갖고 있는 기간제근로계약에 대한 갱신기대권은 근무실적이 일정 수준 이상일 경우 계약이 갱신될 것이라는 신뢰이고, 실령 고용계약서에 갱신기대권을 주장할 수 없다는 문구가 있다고 하더라도 이것이 곧 갱신기대권을 사전에 포기한 것으로 보기는 어려우며(법원은 추가적으로 이러한 사전포기가 가능한지가 의문이라는 의견도 덧붙이고 있다.), 나아가 원고들의 계약이 계속하여 갱신되어 온 사정에 비추어 근로자들이 갱신기대권을 사후적으로 포기하였다고 추단하기도 어렵다고 보았다.

그리고 법원은 위와 같은 정규직 전환 갱신기대권과 기간제근로계약의 갱신기대권을 명확히 구분하여 이해하였다. 우선, 근로자들에게 발생한 정규직 전환 갱신기대권과 관련하여, 객관성 등을 부정하기 어려운 회사의 정규직 전환 절차 과정에서 근로자들이 정규직 전환에 필요한 평가점수 이상을 얻지 못하였기 때문에 정규직으로 전환되지 않은 것은 부당하지 않은 것으로 보았다. 그런데 법원은, 위에서 정리한 것과 같이 근로자들의 기간제근로계약에 대한 갱신기대권이 인정됨에도 불구하고 그 갱신을 거절한 것은 부당해고와 마찬가지로 효력이 없고, 회사는 근로자들을 매년 평가하여 70점 이상인 경우 근로계약을 갱신하여 왔기 때문에 근로자들은 이러한 평가를 통과하면 근로계약이 갱신될 것이라는 기대권을 가지고 있음에도 불구하고 회사가 통상 시행하던 기간제근로계약 갱신을 위한 평가를 하지 않고

단지 정규직 전환 절차에 따라 정규직으로 전환되지 못한 기간제근로자의 계약갱신을 거절하는 것은 합리적 이유가 없는 부당한 해고라는 입장을 보여주었다.

위와 같은 이 사건 법원의 판단구조를 그림으로 나타내 보면 다음과 같다.



3. 정규직 전환기대권과 갱신기대권

가. 정규직 전환기대권의 인정

서론에서 살펴본 바와 같이, 처음으로 정규직 전환기대권을 인정한 대법원 판결은 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014두45765 판결이다. 이 사건은 기간제근로계약을 체결하고 약 2년간 근무하던 근로자가 인사평가를 통해 정규직 승격의 기회를 제공받았지만, 인사평가에서 낮은 점수를 받아 정규직으로 전환되지 못한 채 기간제근로계약이 종료된 후 정규직 전환기대권을 주장한 사건이다. 이 사건에서 대법원은 “당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때, 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이를 위반하여 합리적 이유 없이 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환을 거절하며 근로계약의 종료를 통보하더라도 부당해고와 마찬가지로 효력이 없고, 그 이후의 근로관계는 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된 것과 동일하다고 보아야 한다.”고 보았다.

이 사건에서는 기간제근로자의 기간제근로계약에 대한 갱신기대권과 정규직 전환기대권을 명백하게 구분하였는지는 다소 불분명하다. 근로자는

기간제 근로계약의 갱신기대권을 주장하였지만, 법원은 위와 같이 “기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수 있으리라는 정당한 기대권”(이를 편의상 ‘정규직 전환기대권’이라고 표현한다.)을 인정하였기 때문이다. 기간제근로자에게 기간제법 제4조 제1항 단서 각 호의 예외사유(2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있는 사유)가 존재하지 않는 한, 2년이 지나는 시점에서 갱신기대권은 사실상 기간제법 제4조 제2항에 따른 정규직 전환기대권이라고 할 수 있고, 이때 갱신기대권과 정규직 전환기대권은 동일한 결과를 가져올 수 있기 때문에 양자의 구분을 분명하게 하는 것이 최소한 근로계약 기간의 측면에서는 무의미할 수도 있다. 하급심 판결인 서울행정법원 2021. 3. 18 선고 2020구합55879 판결은 갱신기대권과 정규직 전환기대권이 기본적으로 다른 것임을 확인하면서, “근로계약 갱신에 대한 기대권과 기간의 정함이 없는 근로자로의 전환에 대한 기대권은 기본적으로 그 내용을 달리 한다. … 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 인정되어 … 근로계약이 갱신된다면 기간제법 제4조 제2항에 따라 (근로자들은) 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 의제되므로, (근로자들에게) 기간의 정함이 없는 근로자로 전환되는 데에 정당한 기대권이 인정되는 경우와 사실상 그 결과를 같이할 뿐이다.”고 판단한 바 있다.

나. 정규직 전환을 위한 공개채용과 기간제근로계약 갱신의 거절

한편, 기간제근로자의 정규직 전환 과정에서 공개채용 방식을 취하는 경우가 있다. 역시 서론에서 살펴본 바와 같이, 대법원 2017. 10. 12. 선고 2015두44493 판결은 기간제근로자들에게 기간제근로계약의 갱신기대권이 인정되는 상황에서 이루어진 공개채용을 통한 정규직 전환의 정당성을 판단하고 있다. 이 사건에서는 사용자가 갱신에 대한 정당한 기대권을 보유한 기간제근로자들에 대하여 사전 동의 절차를 거치거나 가점 부여 등의 구체적인 기준도 마련하지 않은 채 재계약 절차가 아닌 신규채용절차를 통하여 선발되어야만 계약 갱신을 해주겠다고 주장하면서 대규모로 갱신 거절한 경우, 이는 근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권을 전면적으로 배제하는

것이라고 판단하면서, 사용자로서 그와 같은 조치를 취하지 않으면 안 될 경영상 또는 운영상의 필요가 있는지, 그에 관한 근거 규정이 있는지, 이를 회피하거나 갱신 거절의 범위를 최소화하기 위한 노력을 하였는지, 그 대상자를 합리적이고 공정한 기준에 따라 선정하기 위한 절차를 밟았는지, 그 과정에서 차별적 대우가 있었는지 여부 등을 종합적으로 살펴보아 그 주장의 당부를 판단해야 한다고 보았다. 이 판결에서는 법원이 정규직 전환기대권이라는 것을 명백히 표현하고 있지는 않지만, 기간제근로계약의 갱신기대권이 존재하는 상태에서 이루어지는 정규직 전환 거절은 갱신기대권을 배제할 수 있을 정도의 정당성이 요구되는 것이고, 그러하지 않다면 근로자들에게는 갱신기대권을 통해 정규직 전환에 대한 합리적 기대도 가질 수 있는 것이라고 볼 수 있을 것이다.

4. 판례 검토

가. 검토대상사건의 특이점과 의미

검토대상사건에 대한 법원의 판단부분에서 살펴본 바와 같이, 검토대상사건에서 법원은 갱신기대권에 대한 기존 법원의 논리에 기초하고 있다. 다만, 검토대상사건에서 갱신기대권을 주장한 근로자들은 기간제근로계약을 7회 반복갱신하고 있었는데, 이 사건 근로자들은 기간제법 제4조 제1항 단서 각 호 중 어느 하나에 해당하는 근로자들일 것으로 추측된다. 즉, 2년의 기간제 근로계약 사용기간 제한을 받지 않는 근로자들인 것이다. 따라서, 이 근로자들에게 기간제 근로계약의 갱신기대권이 존재한다고 하더라도 그것이 당연히 '기간의 정함이 없는 근로계약'으로의 전환을 의미하는 것은 아니고, 그러므로 이 사건 근로자들에게는 갱신기대권과 정규직 전환기대권이 각각 다른 의미를 갖는다. 갱신기대권은 기존의 기간제 근로계약의 '갱신'이라는 결과를 가져올 수 있는 것이고, 정규직 전환기대권은 기간의 정함이 없는 근로계약으로의 '전환'이라는 결과를 가져올 수 있기 때문이다.

기존의 사례들에서 위와 같이 갱신기대권과 정규직 전환기대권이 각기

별개의 효과를 가져온다는 것을 확인했던 경우는 없었던 것으로 생각된다 (다만 위에서 언급한 서울행정법원 2021. 3. 18 선고 2020구합55879 판결이 갱신기대권과 정규직 전환기대권은 기본적으로 그 내용을 달리한다는 것을 확인한 바 있기는 하다.). 그리고 검토대상사건에서 법원이 정규직 전환기대권은 인정되지만 정규직으로 전환되지 않은 것의 정당성을 인정하면서도, 갱신기대권에 대한 별도의 검토를 통해 갱신기대권에 따른 기간제 근로계약의 갱신 효과를 고려하지 않은 근로계약의 종료는 갱신기대권에 관한 기존의 논리에 기초하여 부당한 해고라는 결론을 내린 것도 이전의 사례에서는 찾아보기 어려웠다. 검토대상판결은 정규직 전환기대권과 기간제근로계약 갱신기대권을 분명하게 구분하면서, 설사 정규직 전환 심사 과정에서 탈락하게 된 기간제근로자라도 갱신기대권이 인정된다면, 그 갱신기대권에도 불구하고 근로계약의 갱신을 거절할 수 있는 사유가 합리적 해고 사유에 준하여 존재해야 함을 보여주었다.

확실히, 검토대상판결은 갱신기대권론을 개별 사안에 매우 적실하게 적용하기 위해 노력한 것으로 보인다. 특히 기존의 사건들에서는 갱신기대권과 정규직 전환기대권의 효과가 사실상 일치하는 경우가 많았고, 따라서 이를 명백하게 구분하여 판단하지 않더라도 사안을 해결하는데 큰 문제가 없었을 수도 있다. 그러나 검토대상사건에서와 같이 기간제법 제4조 제1항 단서 각 호의 기간제근로계약 사용기간 예외사유에 해당하는 경우에는, 정규직 전환이라는 결과가 정규직 전환기대권을 통해 도출될 수 없는 경우에도 갱신기대권을 통해 근로계약의 갱신을 검토해야 한다는 논증 구조를 보여 준 것은 중요한 의미가 있다고 생각된다.

나. 그리고 남는 의문

위와 같이 검토대상사건 판결의 의미를 이해하면서도 남는 의문이 있다. 첫째는, 사용자가 정규직 전환 신청을 받으면서 정규직으로 전환되지 않는 경우에는 기간의 만료와 함께 기간제근로계약을 종료시키기로 명시한 경우, 그리고 계약갱신에 대한 신뢰가 있는 근로자가 이에 동의하여 정규직

전환 신청을 하는 경우이다. 검토대상사건의 법원은 이 사건에서 근로자가 갱신기대권을 사후적으로 포기하였는지 확인할 수 없기 때문에, 근로자의 갱신기대권이 정규직 전환 심사 이후에도 살아 남아있다고 본 것인데, 이는 갱신기대권의 포기가 사후적으로는 가능할 수도 있다는 의미로 읽힌다. 갱신기대권 자체가 법정 권리가 아니고 계약갱신에 대한 신뢰를 보호하는 것 인바, 근로자의 갱신 포기는 근로자가 스스로 자신의 권리를 포기한 것으로 이해할 수 있을 것이다. 그런데 갱신기대권은 다수의 판례를 통해 확인되고 있는바 “근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성” 된 경우에 발생한다. 따라서 갱신기대권은 다분히 사후적인 성격을 갖고 있는 동시에 일정한 요건의 충족에 따라 발생하는 자동적 권리로서의 성격을 갖고 있다. 법원이 갱신기대권을 근로계약 등으로 미리 포기하기로 하는 약정이 가능한지 의문이라고 말한 것은 갱신기대권의 사후적 성격을 감안한 것으로 생각되어 이에 적극 동의하는 한편, 사후적이면서 자동적인 권리의 포기가 과연 가능한지 의문이 생기는 것이다.

두 번째 의문은, 검토대상사건에서 근로자들은 기간제법 제2조 제1항 단서 각 호에 해당하는 사용기간제한 예외사유에 해당하는 근로자들일 것으로 생각된다. 그렇지 않다면 5~6년간 7회에 걸쳐 기간제근로계약을 반복갱신할 수 없었을 것이기 때문이다. 그리고 법원은 이러한 근로자들에게 발생하는 갱신기대권과 정규직 전환기대권을 구분하여 판단하였고, 그 이유는 각각의 권원과 결과가 다르기 때문임은 위에서 살펴본 바와 같다. 그런데 만약 사용기간 제한 예외사유에 해당하지 않는 근로자들이 2년간 기간제근로자로 종사한 경우, 따라서 갱신기대권에 따른 결과와 정규직 전환기대권에 따른 결과가 동일한 경우에도 같은 결론을 내릴 수 있을지 여부이다. 만약 갱신기대권을 충족시키는 조건과 정규직 전환기대권을 충족시키는 조건이 각각 다르다면 정규직 전환이 되지 않는 근로자가 갱신기대권에 따라 정규직이 될 수도 있을 것인데, 기간제법의 취지와 목적 그리고 기간제근로자의 보호라는 관점에서 어떤 결론을 내릴 수 있을까.

5. 결 론

기간제근로계약의 갱신기대권 내지 정규직 전환기대권은 다분히 논쟁적일 수 있다. 최근에는 촉탁직 재고용 기대권이나 용역업체 변경에 따른 근로관계 승계기대권과 같은 논리로의 확산도 볼 수 있는데, 이러한 기대권을 인정하는 기본적인 취지는 물론 근로자를 보호하기 위한 것이다. 기대권에 대한 논리가 갖고 있는 긍정적인 부분을 부정할 수는 없지만, 이들 기대권은 법정권리가 아니기 때문에 유연하면서도 유약하다. ‘기대’라는 사실이 어떻게 권리가 될 수 있는지에 대한 논증 구조가 취약하기 때문에, 기대권이 형성되는 범위나 효력 또한 기대하는 만큼 넓거나 강력하지 않다. 그래서 기대권은 종종 기대에 못미친다. 그럼에도 불구하고 이번의 검토대상판결과 같이 제한적인 기대권론을 개별 사안에 집중하여 정치하게 해석해 내는 판결문을 만나게 되면 그래도 기대권이 존재함으로 기대할 수 있는 것들이 있음을 확인하게 된다. 본문에서 말한 것처럼 검토대상판결은 기존의 기대권론을 획기적으로 전환시켰다거나 전혀 다른 논증구조를 제시한 것은 아니다. 다만, 법원이 기대권론을 채택한 그 취지에 매우 적절하게 판단함으로써, 약간은 모호했던 논증구조를 좀 더 명확하게 보여주었다는 의미를 부여하고 싶다.

박은정(인제대학교 법학과 교수)

사회보장, 노동시장

육아휴직 불리한 처우에 대한 판단 : 남양유업 사건

- 대법원 2022. 9. 16. 선고 2019두38571 판결 -

【판결요지】

1. 남녀고용평등법 제19조 제3항의 '불리한 처우'란 육아휴직 중 또는 육아휴직을 전후하여 임금 그 밖의 근로조건 등에서 육아휴직으로 말미암아 육아휴직 사용 근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미하므로, 사업주는 육아휴직 사용 근로자에게 육아휴직을 이유로 업무상 또는 경제상의 불이익을 주지 않아야 하고, 복귀 후 맡게 될 업무나 직무가 육아휴직 이전과 현저히 달라짐에 따른 생경함, 두려움 등으로 육아휴직의 신청이나 종료 후 복귀 그 자체를 꺼리게 만드는 등 근로자로 하여금 심리적으로 안정된 상태에서 육아휴직을 신청·사용함에 지장을 초래하지 않아야 한다 (대법원 2022. 6. 30. 선고 2017두76005 판결 참조).

... (중략) ...

2. 원심은 판시와 같은 이유로 1년간 육아휴직을 사용하고 업무에 복귀한 원고를 광고팀원으로 발령한 이 사건 인사발령이 부당한 인사발령에 해당하지 않으므로 이와 결론을 같이하는 이 사건 재심판정이 적법하다고 판단하였다. 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 다소 부적절한 부분이 있으나, 위와 같은 원심의 결론은 정당하고, 거기에 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 남녀고용평등법 제19조 제3항과 제4항의 해석 및 인사발령의 부당성에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

A는 2002. 12. 16. 남양유업 광고팀에 입사하여 2008. 12. 22.부터 광고팀장으로 근무하던 중 2015. 12. 30.부터 2015. 12. 29.까지 1년간 육아휴직을 사용한 후 복직하였다. A는 2016. 12. 30. 업무에 복귀하였으나, 남양유업은 A에게 곧바로 보직을 부여하지 않았다. 남양유업은 2017. 1. 3. 광고팀장으로 계속 근무하게 해줄 것을 요구하는 A에게 광고팀원으로서 '남양유업 및 타회사의 광고 식음료 관련 시장 기사 모니터링 업무'와 '편의점 및 마트 현장 조사 업무'를 부여하였으며 복사기 및 탕비실 앞자리에 자리를 배치하였다.

A는 2017년 2월 서울지노위에 부당인사발령 구제신청을 했고, 지노위와 중노위는 남양유업의 2011년~2014년 인재분류, 인사고과, 다면평가 결과 A가 특별협의대상자로 선정되었고, 그에 따라 2015. 12. 30. A의 팀장 직위를 면하는 인사발령을 하였다라는 주장을 받아들여 A에 대한 인사발령은 업무상 필요성이 인정되며, 생활상 불이익이 없고 신의칙상 요구되는 협의절차도 거쳤으므로 '정당한 인사권의 행사'라고 판단하였다. 이에 A는 2017년 7월 서울행정법원에 재심판정 취소 청구의 소를 제기하였고, 행정법원은 이를 인용하였다.

1심(서울행정법원 2018. 8. 31. 선고 2017구합74337 판결)은 “원고가 육아휴직 전 업무에 비해 그 업무 수준이 현저히 떨어지는 이 사건 육아휴직 복귀 후 업무를 부여받게 된 경위에, ① 참가인이 광고팀 책상이 아닌 홍보전략실 책상으로 원고의 사무실 좌석을 배치한 점, ② 참가인 사육을 이전한 이후에도 동일하게 사무실 좌석을 배치한 점, ③ 원고가 광고팀 회의에도 참석하지 못한 점 등을 더하여 보면, 결국 참가인은 정당한 이유 없이 육아휴직에서 복귀한 원고를 광고팀 업무에서 배제할 의도를 가지고 인사상 불이익을 주었다고 봄이 상당하다. 따라서 원고에 대한, 이 사건 인사발령은 정당한 이유 없는 부당한 인사발령에 해당함에도 불구하고, 이와 다른 전제에 선 이 사건 재심판정은 위법하여 취소되어야 한다.”라고 판단하였다.

원심(서울고등법원 2019. 4. 12. 선고 2018누65424 판결)은 “① 남양유업은 2012년부터 A가 육아휴직을 신청한 해인 2015년까지 A를 특별협의대상자로 선정하였는데 그 이유는 A가 2012년부터 계속 평가결과가 좋지 않았기 때문이지 원고가 육아휴직을 신청하였기 때문으로 보기는 어렵다. ② 남

양유업은 특별협의대상자에게 그 사실을 고지하지 않았고, ‘특별협대상자’라는 용어가 취업규칙이나 인사규정에 규정되어 있는 용어가 아니며, A가 소속된 광고팀의 관할 부서장인 커뮤니케이션 본부장이던 증인은 원고가 특별협대상자에 선정되었다는 사실을 전혀 고지받지 못하였다고 증명한 점에 비추어 볼 때, 남양유업이 특별협대상자로 선정하는 기준이 객관적인지 의문이 들고, 혹시 사후에 특별협대상자 명단을 만들어낸 것은 아닌지 의문이 들기는 한다. ③ 그러나 남양유업은 정기 인사 등을 하기에 앞서 특별협대상이라는 자체 기준을 정해 특별협대상자를 선정한 후 관련 부서장의 의견을 참고하여 인사위원회에서 후속조치를 검토하여 권고사직이나 보직해임 여부를 결정하는 방식으로 인사제도를 운용하였던 것으로 보이고, A가 특별협대상자에 선정된 이유는 평가저조인데 A 또한 2012년도부터 계속하여 다면평가 결과가 나쁘고, 다른 부서로부터 업무협조가 잘 이루어지지 아니한다는 불만이 제기되고 있다는 사실을 잘 알고 있었으며, A가 육아휴직을 신청하기 훨씬 이전인 2012년부터 A는 특별협대상자에 선정되었던 점 등에 비추어 볼 때, A를 특별협대상자에 선정한 것이 객관적이지 않다거나 사후에 만들어낸 것으로 보기는 어렵다.”라고 하면서, “① A는 이 사건 인사발령 후에도 종전과 같은 수준의 급여를 받은 점, ② A가 이 사건 인사발령으로 광고팀에서 팀원으로 근무하면서 수행한 참가인 및 타 회사의 광고, 식음료 시장 관련 모니터링 업무, 편의점 및 마트 현장조서 업무가 광고팀의 업무와 전혀 무관하다고 보기 어려운 점, ③ A가 근무한 장소는 이 사건 인사발령 전과 동일한 건물인 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 인사발령으로 인해 A에게 감내할 수 없는 수준의 생활상의 불이익이 있다고 보기는 어렵다.”라고 판단하였다.

이에 A는 2019년 4월 상고하였고, 대법원은 “원심은 1년간 육아휴직을 사용하고 업무에 복귀한 A를 광고팀원으로 발령한 이 사건 인사발령이 부당한 인사발령에 해당하지 않으므로 이와 결론을 같이하는 이 사건 재심판정이 적법하다고 판단하였다. 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 다소 부적절한 부분이 있으나, 위와 같은 원심

의 결론은 정당하고, 거기에 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 남녀고용평등법 제19조 제3항과 제4항의 해석 및 인사발령의 부당성에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.”라고 판시하였다.

육아휴직을 이유로 한 불리한 처우는 1987년 제정된 남녀고용평등법부터 금지되었다. 남녀고용평등법 제19조 제3항과 제4항에서는 ‘사업주는 육아휴직을 이유로 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 된다.’, ‘사업주는 육아휴직을 마친 후에는 휴직 전과 같은 업무 또는 같은 수준의 임금을 지급하는 직무에 복귀시켜야 한다.’라고 규정하고 있다.

대상판결의 원심은 A에 대한 인사발령은 육아휴직으로 인한 것이 아니라 업무상 필요에 의한 것이고, 생활상의 불이익이 없으며 신의칙상 요구되는 협의절차도 거쳐 정당하다고 인정하였다. 즉, A는 육아휴직 사용 이전에도 지속적으로 낮은 평가를 받았고, 그 평가에 기하여 ‘특별협의대상자’로 선정되기까지 하였으므로 보직해임의 필요성이 인정되고, 그 전과 같은 수준의 임금을 받았으므로 생활상의 불이익이 있다고 할 수 없으며, 남양유업이 보직해임에 관한 협의를 복귀 이후에도 거쳤으므로 협의절차를 아예 거치지 않았다고 볼만한 사정이 없다고 하여 A에 대한 인사발령은 정당하다고 판단하였다. 대법원도 원심과 마찬가지로, 근로기준법상 인사명령의 정당성 판단기준에 입각하여 남녀고용평등법 제19조 제3항과 제4항의 해석 및 인사발령의 부당성에 관한 법리를 오해하지 않았다고 판시하였다.

그러나 고등법원과 대법원은 남양유업 사건에서 부당전보의 정당성을 매우 일반적이고 평면적으로 판단한 것이라 생각한다. 남양유업 사건은 육아휴직을 사용한 후 복귀한 이후의 업무와 관련된 것이므로, 단순히 일반적인 부당전보의 판단 기준으로 판단해서는 안 된다. 오히려 행정법원의 판단인 “이 사건 인사발령의 업무상 필요성을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으며, 오히려 이 사건 인사발령은 정당한 이유 없이 육아휴직에서 복귀한 원고에게 인사상 불이익을 준 부당한 인사발령에 해당한다.”가

더 타당한 결론이다.

남양유업 사건은 불과 3개월 전에 나온 롯데쇼핑 사건(대법원 2022. 6. 30. 선고 2017두76005 판결)의 판결요지를 인용하면서 그 법리를 제대로 적용하지 않아 사건 관계자뿐만 아니라, 판결문을 읽는 사람들에게도 의구심을 자아내고 있다. 본인이 알지 못하는 특별협의대상자 선정의 효과를 인정 한 고등법원과 대법원의 의도가 무엇인지 궁금하다. 오히려 재판부는 ‘저조한 다면평가 성적에도 불구하고 12~15년까지 직책을 유지했는데 왜 15년 말에서야 직책에서 해임하는 근거가 되었는가’라는 의문을 던졌어야 했다.¹⁾ 게다가 A는 2014년부터는 D에서 C로 다면평가 점수가 개선되는 흐름을 보이기도 하였음에도 직책에서 해임하는 결정을 내린 근거가 보이지 않는다. 사용자측은 ‘통상 4년 이상 다면평가 결과가 저조한 사람은 보직 해임을 하는 인사관행이 있다.’라든가 ‘광고팀장의 직이 회사 경영상 매우 중요하기 때문에 예외적으로 보직해임 하였다.’ 등을 입증해야 했다. 그러나 판결문 상으로는 다면평가만으로(인사고과는 적정한데) 직책 해임한 사례가 많은지, 특별협의대상자 중 직책을 잃는 자의 비율, 특별협의대상자 중 육아휴직 사용자의 보직 유지 비율이 어느 정도인지 확인되지 않는다. 여러 번 다시 읽어도 이해가 가지 않는 지점이다. 오히려 행정법원 판결이 더 논리적이고 사회통념상으로도 합리적이라 생각한다.

남양유업 사건은 롯데쇼핑 사건의 대법원 판결요지를 인용하면서 “이 사건 인사발령이 참가인에게 실질적으로 불리한 직무를 부여한 것인지”를 판단하지 않고, 인사발령이 육아휴직으로 인한 불이익 처우가 아니라 정당한 인사권의 행사라 판단하면서 그 근거도 제시하지 않았다. 이 판결이 향후 남녀고용평등법 제19조 제3항 및 제4항의 육아휴직자에 대한 불이익 처우를 피할 수 있는 가이드라인이 된 것 같아 아쉬울 따름이다.

신수정(대전대학교 연구교수)

1) 同擘 구미영(2022), 「육아휴직을 이유로 한 불리한 처우 금지 조항의 의의와 해석」, 2022.10.20. (사)여성노동법률지원센터 주최 『‘남양유업 어디에나 있다’ 토론회』 자료집 中 첫 번째 토론문 p.3.

고용촉진지원금의 수급요건 및 부정수급에 관한 비판적 검토

- 대법원 2022. 12. 15. 선고 2018두63143 판결 -

【판결요지】

사업주가 고용촉진 지원금을 지급받기 위해 고용하여야 하는 사람이 ‘실업자’여야 한다는 것과 ‘고용노동부장관이 고시하는 취업지원 프로그램을 이수한 사람’이어야 한다는 것은 각각 별개의 요건이다. 따라서 위와 같은 취업지원프로그램이 실업자가 아닌 사람의 참여를 일부 허용하고 있다고 하더라도, 실업자가 아니면서 그러한 취업지원프로그램을 이수한 사람을 고용한 경우에 고용촉진지원금 지급 대상이 된다고 해석할 수는 없다.

구 「고용보험법」(이하, ‘고용보험법’)(2020. 5. 26. 법률 제17326호로 개정되기 전의 것)은 고용안정·직업능력개발사업의 한 가지로 동법 제23조에서 고령자등 고용촉진 지원 사업을 두고 있다. 그 내용은 다음과 같다.

구 고용보험법 제23조(고령자 등 고용촉진의 지원) 고용노동부장관은 고령자 등 노동시장의 통상적인 조건에서는 취업이 특히 곤란한 자(이하 “고령자 등”이라 한다.)의 고용을 촉진하기 위하여 고령자 등을 새로 고용하거나 이들의 고용안정에 필요한 조치를 하는 사업주 또는 사업주가 실시하는 고용안정 조치에 해당된 근로자에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 필요한 지원을 할 수 있다.

해당 법 조항의 내용은 기본적으로 사업주 또는 근로자에게 필요한 지원을 고용노동부장관이 할 수 있다는 취지를 담고 있는, 고용노동부장관의 지원 권한을 명시한 조항이다. 법률에서 행정청의 지원 권한을 명시하고 있지만 이 조항만으로는 지원 권한의 구체적 내용이 무엇인지는 알 수 없다. 그

런 이유로 동 조항에서는 대통령령에 그 구체적 내용을 위임하고 있다.

그 위임에 따라 구 고용보험법 시행령에서는 지원의 구체적 내용이 무엇 인지를 규정하고 있다.

구 고용보험법 시행령 제26조(고용촉진 지원금) ① 고용노동부장관은 법 제 23조에 따라 장애인, 여성가장 등 노동시장의 통상적인 조건에서는 취업이 특히 곤란한 사람의 취업촉진을 위하여 직업안정기관이나 그 밖에 고용노동 부령으로 정하는 기관(이하 이 조에서 “직업안정기관 등”이라 한다.)에 구직 등록을 한 사람으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 실업자를 피보험자로 고용한 사업주에게 고용촉진 지원금을 지급한다.

1. 고용노동부장관이 고시하는 바에 따라 노동시장의 통상적인 조건에서는 취 업이 특히 곤란한 사람을 대상으로 하는 취업지원프로그램을 이수한 사람

... 중략 ...

② 제1항에 따른 고용촉진 지원금은 사업주가 피보험자를 3개월 이상 고용 한 경우에 지급한다.

③ 제1항에 따른 고용촉진 지원금은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경 우에는 지급하지 아니한다.

5. 제1항에 따른 고용촉진 지원금 지급대상자를 고용한 사업주가 해당 근로자의 최종 이직 당시 사업주와 같은 경우. 다만, 사업주가 「근로기준법」 제25조 제1항에 따라 해당 근로자를 우선적으로 고용한 경우에는 그러하지 아니 하다.

동 시행령 조항을 보면 요건을 갖춘 사업주에게 고용노동부장관은 고용 촉진지원금을 지급하도록 규정하고 있다. 이는 행정청인 고용노동부장관의 입장에서는 해당 조항에서 규정된 요건이 충족된 경우 고용촉진지원금을 지급해야 한다는¹⁾ 기속행위를 규정한 것인 동시에 사업주의 입장에서는 해 당 요건을 갖춘 경우 고용촉진지원금을 지급받을 권리를 가진다는 것을 규 정한 것이 된다. 권리는 요건을 갖춘 경우 발생하는 것으로 법이 인정하는

1) 실제로는 권한위임에 의해 지방고용노동청 등 고용노동부 소속 행정청에서 집행 이 이루어진다.

힘을 의미하는바, 권리는 헌법 차원의 권리도 있고 법률 차원의 권리도 있고 시행령 기타 하위규범 차원의 권리도 있지만, 권리로 구체화된 이상 규범적 보호를 받아야 한다는 점에서는 동일하다.

대상판결의 사실관계는 다음과 같다. 이 사건의 사안에서 근로자들은 2015. 3. 27. 피고(대전지방고용노동청 보령지청장) 신하의 고용센터를 방문하여 고용노동부장관이 고시한 취업지원프로그램인 ‘취업성공패키지’ 참가 신청을 하고, 2015. 4. 21. 취업성공패키지 1단계를 이수하였다. 그런데 원고(개인사업자)는 이 사건 근로자들이 취업성공패키지를 이수하기 이전 시점인 2015. 3. 28. 이 사건 근로자들을 고용하면서 근로시간을 주 28시간으로 하였다. 원고는 이 사건 근로자들이 취업성공패키지 1단계 이수 직후인 2015. 4. 22. 이 사건 근로자들과 근로계약을 작성하면서, 근로계약기간의 정함이 없으며 근로시간을 주 44시간으로 한다는 취지로 기재하였다. 이후 원고는 이 사건 근로자들을 2015. 4. 22. 기간의 정함이 없는 근로자로 고용하였다는 사유를 들어 피고에게 고용촉진지원금 지급을 신청하여 여러 차례 지급받았다.

그러나 피고는 2016. 7. 12. 원고가 이 사건 근로자들을 고용노동부장관이 고시한 취업지원프로그램인 취업성공패키지 1단계 이수 전에 채용한 사실을 고의로 숨기고 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 고용촉진지원금을 지급받았다는 등의 이유로, 고용보험법 제35조 제1항, 제2항 등에 근거하여 원고에게 각종 제재처분(고용촉진지원금 부정수급액의 반환명령, 고용촉진지원금 지급 거부처분 등; 이하 ‘이 사건 각 처분’)을 하였다. 이에 원고는 이 사건 각 처분의 취소를 구하는 이 사건 소를 제기하였던 것이다.

이 사건 각 처분의 취소를 구하는 소송의 쟁점은 원고가 ‘거짓이나 그 밖의 부정한 방법’으로 고용촉진지원금을 지급받거나 지급받으려 하였다고 볼 수 있는지 여부[원고가, 취업지원프로그램 이수자이지만 실업자가 아니었던 이 사건 근로자들을 고용한 것이 구 고용보험법 시행령 제26조 제1항 제1호에 따른 고용촉진지원금 지급 요건을 갖춘 것인지]였다.

1심 판결에서는 실업자가 아니고 이미 재직 중이었던 이 사건 근로자들

을 고용한 경우, 그 근로자들이 취업지원프로그램을 이수한 자라 하더라도 고용촉진지원금 지급 요건을 충족하지 못한 것이므로, 원고는 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지원금을 지급받거나 지급받으려고 한 경우에 해당하여 이 사건 각 처분이 적법하다고 판단하였다.

그러나 원고가 항소하였고 2심(원심) 판결에서는 이 사건 근로자들은 실업자에 해당하지는 않지만, 고용보험법의 취지나 소정근로시간이 주 30시간 미만인 근로자도 취업지원프로그램의 지원 대상에 포함되는 사정 등을 고려하면, 원고가 취업성공패키지 프로그램을 이수한 이 사건 근로자들을 고용한 것은 고용촉진지원금 지급 요건을 충족했다고 볼 수 있으므로 이 사건 각 처분이 위법하다고 판단하였다.

이에 피고가 상고하였고, 대법판결에서는 ‘법령의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없다.’는 전제하에, 구 고용보험법 시행령 제26조 제1항 제1호의 문언상 사업주가 고용촉진지원금을 지급받기 위해 고용하여야 하는 사람이 ‘실업자’(근로의 의사와 능력이 있음에도 취업하지 못한 상태에 있는 사람)여야 한다는 것과 ‘고용노동부장관이 고시하는 취업지원프로그램을 이수한 사람’이어야 한다는 것은 각각 별개의 요건이므로, 취업지원프로그램이 실업자가 아닌 사람의 참여를 일부 허용하고 있다고 하더라도 취업지원프로그램을 이수한 자 중 실업자 아닌 사람을 고용한 경우는 고용촉진지원금 지급 대상이라고 볼 수 없다고 하여 피고의 처분이 적법하다고 판단하였다.

또한 대상판결은, 원고가 이 사건 근로자들을 기간의 정함이 없는 근로자로 고용한 시점이라고 주장한 2015. 4. 22. 당시 시점과도 관련하여 구 고용보험법 시행령 제26조 제3항 제5호 본문이 ‘사업주가 실업자를 고용하였더라도 해당 실업자가 실업 상태에 놓이기 직전에 해당 사업주에 고용되었던 근로자라면 고용촉진지원금 지급 대상에서 제외한다.’는 취지로 이해된다고 하면서 설령 원고가 이 사건 근로자들을 소정근로시간을 주 30시간 미만으로 정하여 고용하고 있다가 2015. 4. 22. 이들을 기간의 정함이 없으며 소

정근로시간이 주 30시간 이상인 근로자로 '다시 고용'하였다고 보더라도, 원고가 고용촉진지원금을 지급받을 수 있다고 해석할 수는 없다고 하였다. 따라서 원고가 2015. 4. 22. 이 사건 근로자들과 근로계약을 작성하면서 근로계약기간의 정함이 없다고 기재하였다는 것만으로는 고용촉진지원금을 지급받기 위한 요건이 갖추어졌다고 볼 수 없으므로, 이와 달리 본 원심의 판단에는 법령 해석 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 대법판결은 지적하였다.

고용촉진지원금의 요건을 규정한 해당 법령 조항의 내용을 살펴보면, 적극 요건으로 사업주가 고용한 사람이 실업자면서 동시에 취업지원프로그램을 이수한 경우라야 한다는 점은 분명해 보인다. 동시에 실업 전후 동일한 사업주가 아닐 것을 소극 요건으로 규정하고 있는 점이 확인된다. 따라서 대법판결의 사안에서 급여의 지급요건이 충족되지 않았다는 점은 분명히 확인되고 그러한 한도에서는 대법판결의 판단 자체가 일견 그릇된 것이라고 단정하기는 어렵다. 다만 부정수급이라 함은 급여를 지급받을 수 없음에도 불구하고 자격을 가장하거나 자격이 없다는 점 등을 감추기 위하여 행하는 일체의 부정행위로서 급여 지급에 관한 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 적극적·소극적 행위를 의미하는 것이긴 하지만, 부정수급에 대한 처리는 부정수급액에 대한 반환, 요청하였으나 지급되지 않은 부분에 대한 지급 거부, 향후 지급제한, 부정수급죄로서의 형사처벌 등 다양한 제재조치가 가능하다. 즉 수익처분의 효과를 부정하는 것에 더하여 다양한 제재조치 및 형벌까지 가능하다는 점을 고려해야 하기에 부정수급인지 여부를 판단하는데 있어서는 신중하게 접근할 필요는 있다.

한편으로 생각해 보면, 사업주가 근로자를 고용할 때는 최저임금법에 따른 최저임금 이상의 임금을 지급해야 하고 사업주 몫의 각종 사회보험료를 부담한다. 그런데 대법판결과 같은 사안에서 실제로 사업주가 고용촉진지원금을 신청해서 받는다고 해도 근로자 1인당 월 몇십만 원 정도의 금액을 지급받는 것에 불과하여 실제 사업주가 해당 근로자를 고용하였기 때문에 지출하는 임금 등 제반비용에 비하면 상당히 적은 액수이다. 그에 비해 사

업주가 부정수급 혐의로 인해 받게 되는 불이익조치의 결과는 단순히 부정수급으로 간주된 금액만의 반환이 아니라 그 외에 지급 신청되었으나 아직 지급되지 않은 금액의 지급거부, 향후 신청하는 금액에 대한 지급제한, 추가징수 등 여러 처분이 복합적으로 이루어진다. 게다가 부정수급의 경우 관련 당사자가 형사처벌을 받을 수도 있고(고용보험법 제116조 참조), 부정수급이 자주 발생하게 되면 제도에 대한 신뢰성을 감소시키고 때로는 제도 자체의 존폐논란을 유발하기도 하기 때문에 제도의 실효성과 관련해서도 부정수급 문제는 대단히 중요한 쟁점이 된다. 이와 관련하여, 대법판결의 사안과 동일하거나 유사한 사례는 아니지만, 자녀와 비동거인 상태인데 육아휴직급여를 지급받은 것이 문제된 사례에서 육아휴직급여의 요건에 부합하지는 않지만 그렇다고 해서 부정수급에 해당하는 것은 아니라고 판단된 사례가 있는데(대법원 2017. 8. 23. 선고 2015두51651 판결), 이 사례에서는 요건에 맞지 않는 지급이라고 해서 무조건 부정수급이 되는 것은 아닐 수 있다는 점을 확인한 바 있다.²⁾

대법판결의 원고(사업주)가 근로자에 대한 임금 비용 보전에도 미칠 수 없는 적은 액수의 지원금을 받고자 복합적인 불이익이 주어질 수 있는 부정수급을 한다는 것은 선뜻 납득이 가지 않는다. 또한 대법판결의 사안에서, 원고에게 고용된 근로자들은 통상적인 조건하에서라면 취업이 특히 곤란한 취약자들이었다는 점도 주목할 필요가 있다. 원고 입장에서는 이 근로자들이 취업지원프로그램을 모두 이수한 후에 채용하는 것도 얼마든지 가능하였다. 그럼에도 취업지원프로그램 이수 전이지만 이들을 고용한 것은, 원고가 이들이 취약자라는 점을 고려하여 선량한 마음에서 배려해준 것이라고 볼 수는 없었을까. 그런 관점에서 보면, 이 근로자들이 취업지원프로그램을 이수하기 전에 고용하였다는 것이 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 고용촉진지원금을 지급받기 위한 것이었다는 행정청의 주장에 대해서 법원은 조금 더 신중하게 접근해야 하지 않았을까 하는 아쉬움이 남는다. 그렇기

2) 이 사례에 대한 평석으로는 노호창(2017), 「자녀와의 비동거와 육아휴직급여 부정수급 여부 - 대법원 2017. 8. 23. 선고 2015두51651 판결」, 『노동리뷰』 10월호, 한국노동연구원, pp.57~62.

때문에 부정수급인지 아닌지 문제되는 경우, 부정수급이 맞는지 아니면 단순히 요건이 흠결된 것에 불과한 지급이었던 것으로 보아야 하는 것인지는 엄격하게 따져볼 필요가 있다.

대상판결은 아쉬움이 남는 판결이지만, 어쨌거나 고용촉진지원금의 지급 요건에 대해 규정한 구 고용보험법 시행령 제26조 제1항 제1호의 해석론을 최초로 판시한 사례이다. 한편 고용보험법 시행령이 2016. 12. 30. 대통령령 제27738호로 개정되면서 이 사건에서 문제된 지원금의 명칭이 기존의 ‘고용촉진지원금’에서 ‘고용촉진장려금’으로 변경되었으나, 고용보험법 시행령 제26조 제1항 제1호의 문언에 따른 지급 요건 자체는 유의미하게 변경되지 않았다. 따라서 본 판결이 선언한 법리는 현행 법령에 따른 ‘고용촉진장려금’에 대해서도 동일하게 적용될 수 있다. 그러므로 사업주들은, 대상판결의 취지에 따라, 딱한 처지에 있는 취업 취약계층이라고 하더라도 법령상 요건에 부합하는지 철저히 확인을 하여 고용을 하고 지원금을 신청할 때도 혹시라도 예상치 못하게 부정수급에 걸리지 않을지 주의하여 신청하여야 할 것이다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

산업안전보건법위반죄와 중대재해처벌법위반(산업재해치사), 업무상과실치사죄의 죄수관계

- 부산고등법원(창원) 2023. 8. 23. 선고 2023노167 판결 -

【판결요지】

중대재해처벌등에관한법률위반(산업재해치사)죄와 안전조치의무위반치사로 인한 산업안전보건법위반죄 및 업무상과실치사죄는 상호간 상상적 결합범으로 보는 것이 타당하다.

1. 사실관계

피고인 C 회사는 상시 340명의 근로자를 사용하여 열간 압연, 압출 및 인발제품 제강 제조 등을 하는 사업주이고, 피고인 B는 피고인 C 회사의 대표이사로 중대재해처벌법상 경영책임자이자 산업안전보건법상 안전보건총괄책임자이다. 피고인 C 회사는 피고인 A가 운영하는 개인사업체 H와 제강 및 압연 일용보수작업 업무에 관하여 1년 단위의 도급계약을 체결하고 매년 갱신하여 왔다. 피해자는 H의 근로자로 C의 야외작업장에서 방열판 보수작업을 하였다.

방열판 보수 작업은 중량물을 취급하는 작업에 해당하므로 피고인들은 사고를 미리 방지하여야 할 업무상 주의의무가 있었으나, 피고인 A는 중량물 취급작업에 관한 작업계획서를 작성하지 않았고 중량물 인양 작업을 제대로 관리하지 않았으며, 피고인 B는 중량물 취급 작업에 관한 작업계획서를 작성하지 않았을 뿐 아니라 안전보건관리체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치를 하지 않아 H의 안전보건관리책임자인 A가 산업재해 예방에 필요한 안전조치를 하도록 하지 않았다.

피해자는 손상되고 안전성이 확인되지 않은 섬유벨트를 샤클 없이 표면

이 날카로운 고리에 직접 연결한 후 크레인을 조작하여 방열판을 들어 올리면서 중량물과 근접하여 크레인을 조작하였고, 그러던 도중 섬유벨트가 끊어지고 방열판이 낙하하면서 피해자를 덮쳐 피해자의 왼쪽 다리가 방열판과 바닥 사이에 협착되었다. 결국 피해자는 좌측 대퇴동맥 손상에 의한 실험성 쇼크로 사망하였다.

2. 법원의 판단

대상판결의 원심은 피고인 A, B의 근로자 사망으로 인한 산업안전보건법 위반 및 업무상과실치사와 피고인 B의 중대재해처벌법위반(산업재해치사), 피고인 B의 안전조치 및 보건조치 불이행으로 인한 산업안전보건법위반을 모두 인정하고 피고인 A에게 징역 6개월에 집행유예 2년, 피고인 B에게 징역 1년을 선고하였고, 피고인 C 회사에 대해서도 양벌규정에 따라 벌금 1억 원을 선고하였다. 이에 피고인들은 양형부당을 이유로, 검사는 죄수관계에 대한 법리오해 및 양형부당을 이유로 각각 상고하였는데, 대상판결은 피고인들과 검사의 항소를 모두 기각하였다.

산업안전보건법위반죄와 중대재해처벌법위반(산업재해치사), 업무상과실치사죄의 죄수관계에 대하여 대상판결의 원심은 안전조치의무위반치사로 인한 산업안전보건법위반죄와 중대재해처벌법위반(산업재해치사)죄는 모두 근로자의 생명을 보호법익으로 하는 범죄이고, 두 죄의 구성요건을 이루는 주의의무는 내용 면에서 차이가 있기는 하나 산업재해를 예방하기 위해 부과되는 것으로서 서로 밀접한 관련성이 있으며, 각각의 의무위반행위가 피해자의 사망이라는 결과 발생으로 향해 있는 일련의 행위라는 점에서 규범적으로 동일하고 단일한 행위라고 평가할 수 있으므로, 두 죄는 상상적 경합 관계에 있고, 산업안전보건법위반죄와 업무상과실치사죄는 상상적 경합 관계에 있고, 중대재해처벌법에 따라 부과된 안전보건 확보의무는 산업안전보건법에 따라 부과된 안전보건 조치의무와 마찬가지로 업무상과실치사죄에서의 주의의무를 구성할 수 있으므로, 업무상과실치사죄와 중대재해

처벌법위반(산업재해치사)죄 역시 상상적 경합관계에 있다고 판단하였다.

이에 검사는 중대재해처벌법에서 요구되는 안전·보건 확보의무는 산업안전보건법에서 요구되는 안전·보건 조치의무 및 업무상과실치사죄에서 정하는 행위자의 주의의무와 성격 및 내용이 다르고, 중대재해처벌법위반(산업재해치사)죄는 고의범에 해당하는 반면 업무상과실치사죄는 과실범이며, 서로 보호법의 내지 입법목적에 차이가 있으므로 중대재해처벌법위반(산업재해치사)죄와 산업안전보건법위반죄 및 업무상과실치사죄는 별개의 행위로서 동일성이 인정되지 않아 실제적 경합관계에 있다고 주장하였다.

그러나 대상판결은 원심이 실시한 근거를 인용하면서 이에 대하여, 피고인 B의 산업안전보건법상 산업재해를 예방할 의무와 형법 제268조에 따른 업무상 주의의무, 중대재해처벌법에 따른 안전 및 보건 확보의무 등은 모두 같은 일시·장소에서 같은 피해자를 대상으로 결과의 발생을 방지하지 않은 부작위에 의한 범행에 해당하여 법적 평가를 떠나 사회관념상 1개의 행위로 볼 수 있고, 산업안전보건법 제1조 및 중대재해처벌법 제1조의 목적 규정을 고려할 때 각 법의 보호법익이 완전히 동일하지는 않지만, 궁극적으로는 사람의 생명보호를 목적으로 한다는 점에서 일치하며 이는 형법상 업무상과실치사죄와도 같다는 이유로 검사의 주장을 배척하였다.

3. 중대재해처벌법위반죄의 죄수관계

대법원은 근로자 사망으로 인한 산업안전보건법위반죄와 업무상과실치사죄는 그 의무가 일치한다고 보아 상상적 경합 관계로 보고 있다.¹⁾ 그런데 중대재해처벌법이 제정되면서 경영책임자 등에 대하여 중대재해처벌법위반(산업재해치사)죄가 동시에 성립하는 경우가 발생할 수 있다. 대상판결의 사안에서도 피고인 B에 대하여 위 3개의 죄가 모두 인정되었다. 문제는 위 3개의 죄 사이에 죄수관계가 어떻게 되는지 여부이다. 상상적 경합인 경우 형법 제40조에 따라 가장 무거운 죄에 정한 형으로 처벌될 뿐이지만, 실제

1) 대법원 1991. 12. 10. 선고 91도2642 판결.

적 경합인 경우에는 형법 제38조에 따른 경합범 가중이 된다는 점에서 처단 형에 차이가 발생하게 된다.

상상적 경합은 수 개의 범죄가 하나의 행위에 해당하는 경우로서, 어떠한 경우 하나의 행위로 인정할 것인지 여부를 판단하기는 쉽지 않다. 대법원은 “형법 제40조에서 말하는 1개의 행위란 법적 평가를 떠나 사회관념상 행위가 사물자연의 상태에서 1개로 평가되는 것”이라고 하면서도,²⁾ “음주로 인한 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(위험운전치사상)죄와 도로교통법위반(음주운전)죄는 입법 취지와 보호법익 및 적용영역을 달리하는 별개의 범죄”라고 하여 실제적 경합을 인정하는 등³⁾ 법적 관점에 따른 평가를 고려하기도 한다.

중대재해처벌법위반(산업재해치사)죄와 근로자 사망으로 인한 산업안전보건법위반죄의 관계에 대하여 상상적 경합으로 보는 견해,⁴⁾ 실제적 경합으로 보는 견해,⁵⁾ 중대재해처벌법상 의무와 산업안전보건법상 의무가 내용이 중첩되는 경우에는 상상적 경합으로 보고 중대재해처벌법상 의무가 산업안전보건법상 의무와 중복되지 않고 새로운 의무를 창설한 경우에는 실제적 경합으로 보아야 한다는 견해⁶⁾가 대립하고 있었는데, 대상판결의 원심과 대상판결은 상상적 경합이라는 입장을 취한 것이다. 그러나 산업안전보건법은 의무자에게 안전조치 및 보건조치를 하도록 직접적인 의무를 부과하고 있으나 중대재해처벌법은 안전보건관리체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치 등 관리의무를 부과하고 있다는 점에서 행위의 태양이나 성격이

2) 대법원 1987. 2. 24. 선고 86도2731 판결.
 3) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도7143 판결.
 4) 안요한(2021), 「우리나라 중대재해처벌 관련 법제의 개선방안 연구: ‘중대재해처벌법’을 중심으로」, 『입법과 정책』 제13권 제1호, 국회입법조사처, 2021. 4, p.74; 전형배(2021), 「중대재해처벌법의 해석과 쟁점」, 『노동법포럼』 제34호, 노동법이론실무학회, 2021. 11, pp.286~287.
 5) 권오성(2022), 『중대재해처벌법의 체계』, 도서출판 새빛, p.198; 조재호(2022), 「중대재해처벌법상 경영책임자등에 관한 검토」, 『노동법연구』 제53호, 서울대학교 노동법연구회, pp.66~67.
 6) 정정임(2023), 「중대산업재해의 법적 쟁점과 규율에 관한 연구」, 고려대학교 대학원 박사학위논문, p.214.

동일하다고 보기는 어렵다. 중대산업재해가 발생하였다고 하여 중대재해처벌법상 경영책임자가 항상 산업안전보건법위반죄의 책임을 지는 것도 아니다. 따라서 산업안전보건법상 안전 및 보건조치 의무와 중대재해처벌법상 안전 및 보건 확보의무는 자연적인 평가 방법에 따를 때 1개의 행위로 평가하기는 어려우므로 산업안전보건법위반죄와 중대재해처벌법위반(산업재해치사)죄는 실제적 경합으로 보는 것이 타당하다.

중대재해처벌법위반(산업재해치사)죄와 업무상과실치사죄의 관계에 대하여 고의범인 중대재해처벌법위반(산업재해치사)죄가 성립하면 과실범인 업무상과실치사죄는 이에 흡수된다는 견해⁷⁾가 있으나, 양자의 관계를 불가별적 사후행위나 불가별적 수반행위로 볼 수는 없으므로 흡수관계에 해당한다고 볼 근거는 없다.⁸⁾ 중대재해처벌법이 경영책임자의 안전 및 보건 확보의무를 규정하고 있는 이상 업무상과실치사죄에서 업무상주의의무는 중대재해처벌법상 위 의무를 포함하는 것으로 볼 수 있으므로, 중대재해처벌법위반(산업재해치사)죄와 업무상과실치사죄는 상상적 경합으로 보는 것이 타당하다.

위와 같이 중대재해처벌법위반(산업재해치사)죄와 산업안전보건법위반죄를 실제적 경합관계로 보고, 위 각 죄와 업무상과실치사죄는 상상적 경합관계로 본다면, 업무상과실치사죄의 법정형이 경한 것을 고려하였을 때 중대재해처벌법위반(산업재해치사)죄와 산업안전보건법위반죄 사이에서 경합범 가중을 한 다음 업무상과실치사죄와 상상적 경합으로 처리하면 될 것이다.

조재호(법무법인(유한) 민 변호사)

7) 권오성, 앞의 책, p.778.

8) 조재호, 앞의 글, pp.67~68.

공정한 채용 절차에 대한 기대와 신뢰 침해 이유로 한 위자료 인정 여부

- 서울고등법원(춘천) 2023. 9. 15. 선고 2021나2092, 2108, 2115 (병합)판결 -

【판결요지】

사업자가 취업규칙을 비롯한 내부규정에 채용원칙, 채용기준, 채용방법 등을 정하고, 이를 채용공고에 의하여 불특정 다수인에게 광고함으로써 공개채용을 실시하는 경우, 채용공고에 응시한 다수의 응시자들로서는 공정한 채용절차, 즉 사업자가 채용원칙에 따라 객관적이고 공평하며 편파적이지 않은 채용절차를 준비 진행하고, 객관적인 채용방법에 따라 응시자들에게 대한 채용기준의 충족여부를 평가하며, 공정한 평가에 따라 채용기준을 충족한 응시자를 선발할 것이라고 기대하고 신뢰하게 된다. 이러한 응시자들의 채용절차의 공정성에 대한 기대와 신뢰는 법적으로 보호할 필요성이 있는 정당한 이익에 해당한다. 그리고 사업자는 특별한 사정이 없는 한 자신이 스스로 정한 내부규정과 채용공고를 준수하고 합리적인 범위 내에서 인사에 관한 재량권을 행사할 의무가 있고, 채용절차의 공정성과 객관성을 확보 유지하여 응시자들의 정당한 기대와 신뢰를 보호하고 배려할 의무도 있다.

따라서 채용절차의 내용과 그 진행 경과 등에 비추어 응시자가 단순한 사실상의 기대를 넘어 채용절차의 공정성에 대한 보호할 가치가 있는 정당한 기대와 신뢰를 가지게 된 경우, 이를 보호하고 배려할 의무를 부담하는 사업자가 오히려 내부규정과 채용공고에서 정한 채용원칙, 채용기준, 채용방법 등을 위반하여 응시자의 기대와 신뢰를 상당한 정도로 침해하여 손해를 가하였다면, 신의성실의 원칙에 비추어 볼 때 사업자의 해당 행위에 위법성을 인정할 수 있고 응시자에 대한 불법행위가 성립할 수 있다고 봄이 타당하다.

피고 주식회사 강원랜드는 카지노 영업시설 확대 등에 따른 인력 충원을 위해 2012. 11. 16. 1차 교육생 모집 공고를, 2013. 3. 22. 2차 교육생 모집공고를 하고 채용절차를 진행하였다. 모집공고에 따르면 1단계 서류전형 합격

자에 한하여 2단계 직무능력검사를 실시하고, 2단계 직무능력검사 합격자에 한하여 3단계 면접전형을 실시하여 최종 합격자를 선정하기로 하였다. 원고들은 피고의 1, 2차 교육생 채용에 지원하였으나 서류전형 또는 면접전형에서 불합격하였다.

그런데 위 교육생 채용 과정에서 피고의 인사팀장은 피고의 대표이사 및 임직원과 외부인사로부터 청탁을 받아 청탁경로와 구체적인 청탁자 등이 기재된 청탁명단을 관리하였고, 대표이사의 지시에 따라 청탁대상자 중 서류전형 탈락예정자들의 자기소개서 평가점수를 상향조정하여 1차 교육생 선정 과정에서 133명, 2차 교육생 선정 과정에서 139명이 불합격하였어야 함에도 서류전형에 합격하도록 하였다. 그 후 실시한 직무능력검사에서 도 청탁대상자 중 일부가 탈락 예정이 되자 인사팀장의 보고를 받은 대표이사는 직무능력검사를 참고자료로만 활용하도록 지시하였고, 이에 따라 1차 교육생 선정 과정에서 138명, 2차 교육생 선정 과정에서 47명이 불합격하였어야 함에도 면접전형 대상자로 선정되었다. 면접전형에서도 피고의 인사담당자는 심사위원으로 참여하여 다른 면접위원들에게 청탁대상자들의 점수를 높게 줄 것을 요청하였고, 일부 청탁대상자가 불합격 점수를 받게 되자 면접평가표의 점수를 조작하여 1차 교육생 채용 과정에서 청탁대상자 320명이 모두 최종합격하도록 하였고, 2차 교육생 채용 과정에서도 청탁대상자 51명이 불합격하였어야 함에도 최종 합격하도록 하였다.

2015. 5.경부터 2015. 11.경까지 진행된 피고의 내부감사에서 위와 같은 부정행위가 확인되었고, 피고의 대표이사와 인사팀장은 업무방해 등으로 기소되었는데, 인사팀장에 대해서는 2021. 7. 31. 징역 1년에 집행유예 2년이, 대표이사에 대해서는 2022. 2. 17. 징역 3년이 각각 확정되었다.

피고는 2018. 1. 29. 정부의 공공기관 채용비리 특별점검 후속조치 및 제도 개선 방안에 따라 피해자 구제 특별채용을 실시하였고, 특별채용에는 285명이 지원하여 2018. 6. 25. 그중 255명이 최종 합격자로 선정되었다. 원고 중 일부는 특별채용에서 최종합격자로 선정되었고, 일부는 특별채용에 지원하였으나 불합격하였으며, 일부는 특별채용 절차의 지원대상자였으나

지원을 하지 않았다.

원고들은 피고가 교육생 채용 과정에서 인사재량권의 내재적 한계를 일탈하여 청탁대상자들을 부정하게 합격시키는 불법행위를 하였고, 채용에 지원하여 절차가 공정하고 객관적으로 진행될 것으로 믿은 원고들의 신뢰 및 기대이익을 침해하였다고 주장하면서 위자료로 각 1,000만 원 및 이에 대한 지연손해금을 청구하는 소를 제기하였다.

대상판결의 제1심은 공개채용을 실시하는 경우 객관적이고 공정하게 절차가 진행되어 채용 여부를 결정할 것이라는 정당한 기대를 가지고, 피고의 설립 근거, 명성, 공공성 등을 고려하면 피고의 인적 구성 및 채용에 대한 투명성, 공정성과 사회적 기대나 신뢰는 크다고 하면서, 피고의 채용 과정에서 부정행위는 재량권을 일탈·남용한 정도에 이르러 위법하며, 그로 인해 원고들의 합리적인 신뢰 및 기대를 침해하여 정신적 고통을 입었다고 판단하였다. 위자료 액수에 대해서는 응시횟수 및 특별채용 여부에 따라 300만 원부터 800만 원까지 손해배상을 차등적으로 인정하였다. 그러나 원고 중 4명은 청탁대상자들에 해당하므로 그러한 합리적 신뢰 및 기대이익이 있었다고 보기 어렵고, 정신적 고통을 받았다고 보기 어렵다고 하여 청구를 기각하였다.

이에 피고와 피고보조참가인이 항소하였는데, 대상판결 역시 공개채용을 실시하는 경우 공정한 채용절차에 대한 기대와 신뢰는 법적으로 보호할 필요성이 있는 정당한 이익에 해당하고, 사업자는 응시자들의 정당한 기대와 신뢰를 보호하고 배려할 의무가 있으므로, 채용공고에서 정한 채용원칙, 채용기준, 채용방법 등을 위반하여 응시자의 기대와 신뢰를 상당한 정도로 침해하였다면 응시자에 대한 불법행위가 성립할 수 있다고 판단하였다. 다만 구체적인 손해배상액에 관하여는 원고들의 응시 횟수뿐 아니라 어느 단계에서 탈락하였는지 여부도 고려하여야 한다고 하면서 위자료는 1회 응시한 때마다 200만 원으로 정하되, 각 응시마다 서류전형의 단계를 넘어 다음 전형까지 참여한 경우에는 200만 원을 추가로 인정하고, 특별채용에 합격한 경우에는 위와 같이 계산한 금액의 50%를 최종 위자료로 산정하였다. 또한

원고들 중 청탁대상자에 포함되었으나 최종 합격하지 못한 사람들은 보호할 가치가 있는 정당한 기대와 신뢰를 가진다고 할 수 없다고 하면서, 제1심에서 손해배상이 인정된 원고 중 5명은 위 원고들과 밀접한 관계에 있는 노조위원장이 위 원고들을 위해 청탁하였으므로 보호가치 있는 기대와 신뢰가 있었다고 인정할 수 없다고 하여 제1심 판결을 취소하고 청구를 기각하였다.

채용비리에 가담한 임직원들에 대하여 업무방해 등으로 형사처벌까지 확정되었다면 이들의 강원랜드에 대한 불법행위가 성립한다는 점은 별다른 의문이 없겠지만, 채용에 응시한 사람들에 대한 불법행위까지 성립한다고 할 수 있는지는 문제 될 수 있다. 사기업의 경우 누구를 채용할 것인지를 결정하는 것이 기본적으로 계약자유의 원칙이 적용되는 영역이라고 본다면, 채용비리에 따른 채용 결정 역시 사용자의 재량이 인정되는 영역으로 볼 여지가 있다. 피고는 이러한 입장에서 원고들에 대한 손해배상의무는 인정되지 않는다는 주장을 하였다. 그러나 대상판결은 채용예정자의 자격, 평가방법 등을 미리 공고하여 공개채용을 실시하는 경우 채용시험에 응시한 지원자들은 공정하고 객관적으로 채용 여부가 결정될 것이라는 정당한 기대를 가지고, 인사권자가 합리적인 재량을 넘어 자의적으로 채용 여부를 결정함으로써 지원자들의 정당한 기대와 신뢰를 침해하고 그 정도가 사회통념상 허용될 수 없는 정도라면 지원자들에 대한 불법행위가 성립한다는 점을 분명히 하였다. 채용비리로 인해 인사권자 등의 응시자들에 대한 불법행위가 성립한다면 강원랜드 역시 사용자책임을 부담하게 되므로 원고들의 손해를 배상할 책임을 부담한다.

대상판결에서 피고들은 채용상 부정행위와 원고들의 손해 사이에 인과관계가 없다는 주장도 하였다. 그러나 대상판결에서 원고들이 청구한 것은 공정하고 객관적으로 채용절차가 진행될 것이라는 기대 또는 신뢰가 침해된 것을 원인으로 정신적 손해배상을 청구한 것이다. 채용비리 자체가 원고들의 정신적 고통에 대한 직접적인 원인이므로, 원고들이 채용비리가 없었더라면 채용절차에서 최종 합격하였을 것인지 여부는 손해배상 의무에 영향

을 미치지 않는다.

다만 정당한 기대와 신뢰가 있어야 채용비리로 인해 응시자에 대한 불법행위가 성립한다고 볼 수 있는데, 구체적인 사실관계에서 원고 스스로 채용비리에 관련이 되어 있다면 공정하고 객관적인 채용절차에 대한 기대가 있었다거나 그러한 기대가 법적으로 보호할 필요가 있다고 하기 어려울 것이다. 이와 관련하여 대상판결은 채용비리로 인한 해고의 정당성 판단과 같은 기준을 적용하여, 응시자가 직접 부정한 청탁을 하지 않았다고 하더라도 채용비리와 밀접한 관계에 있는 응시자로서는 그와 같은 정당한 기대나 신뢰를 인정할 수 없고, 이는 원고들이 채용절차에서 최종 합격을 하지 못하였다고 하더라도 마찬가지로 하여 불법행위의 성립 범위를 판단하였다.

대상판결은 위자료의 산정 기준에 대해서도 구체적인 기준을 제시하고 있다. 위자료의 액수는 사실심법원이 여러 사정을 참작하여 그 직권에 속하는 재량에 따라 확정할 수 있는데, 대상판결에서는 응시자들의 응시횟수, 어느 단계에서 탈락하였는지 여부, 특별채용에 합격하였는지 여부를 위자료 산정에서 고려할 요소로 판단하였다. 이러한 위자료 산정 기준은 부정채용으로 인한 정신적 고통의 정도를 구체적으로 평가하여 반영하고자 노력한 것으로 볼 수 있으며, 앞으로 이루어질 채용비리에 대한 손해배상 소송에서도 참고할 수 있을 것으로 보인다.

조재호(법무법인(유한) 민 변호사)

파견근로자의 안전에 관한 파견사업주의 책임

- 서울남부지방법원 2023. 3. 14. 선고 2022가단245857 판결 -

【판결요지】

파견사업의 성격상 파견사업주가 파견근로자의 작업현장에서 직접적으로 근로자를 관리, 감독할 지위에 있다고 볼 수는 없으나, 산재사고에 관하여 파견사업주 자신에게 직접적인 과실이 있는 경우는 물론 직접적인 과실이 없는 경우에도 근로자파견계약에 의하여 파견근로자를 사용하는 사용사업주 등에게 과실이 있는 경우에는 파견사업주도 산재사고로 인한 손해배상책임을 져야 한다.

피재근로자는 경비용역업 등을 영위하는 법인인 피고 회사에 고용된 후 서울 강서구 소재 학교에 파견되어 시설관리원으로 근무하던 사람이다. 피재근로자는 학교 정문 위쪽에 있는 플래카드 줄을 연결하기 위해 사다리를 설치한 후 올라가서 작업을 하다가 중심을 잃고 3.65m 높이에서 바닥으로 추락하여 곧바로 병원으로 후송되었으나 같은 날 사망하였다(이하 “이 사건 사고”라고 한다.). 이 사건 사고 당시 작업 현장에는 안전대, 피재근로자를 보조할 추가인력 등이 마련되어 있지 않았고, 피재근로자는 안전모 등 보호구를 착용하지 아니하였다.

이에 피재근로자의 배우자, 직계비속은 피고 회사와 서울특별시학교안전공제회를 상대로 위자료로 각 2,000만 원 및 지연손해금의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 소송진행 과정에서 원고 측은 서울특별시학교안전공제회는 학교안전사고로 인하여 생명·신체에 피해를 입은 학생·교직원 및 교육활동참여자에게 그 피해의 정도에 따라 요양급여, 장해급여 및 유족급여 등의 보상을 하는 곳¹⁾일 뿐 학생·교직원 및 교육활동참여자에 해당하

1) 학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률.

지 않는 피해근로자에게 이 사건 사고로 인한 손해를 배상할 주체에 해당하지 않는다고 판단하여 서울특별시학교안전공제회를 상대로 한 소는 취하하였다.

사건을 심리한 후 법원은 파견사업의 성격상 파견사업주는 파견근로자가 파견근로자의 작업현장에서 직접적으로 근로자를 관리, 감독할 지위에 있다고 볼 수는 없으나, 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(이하 “파견근로자보호법”이라고 한다.) 제34조, 제35조 제2항에 의하면, 근로기준법 중 재해보상에 관한 규정과 산업안전보건법 중 산업재해예방에 관한 규정을 적용함에 있어 파견사업주를 사용자 내지 사업주로 보도록 되어 있는 점, 사용자책임에 관한 「민법」(이하 “민법”이라고 한다.) 제756조의 취지 등을 종합하여 보면, 산재사고에 관하여 파견사업주 자신에게 직접적인 과실이 있는 경우는 물론 직접적인 과실이 없는 경우에도 근로자파견계약에 의하여 파견근로자를 사용하는 사용사업주 등에게 과실이 있는 경우에는 파견사업주도 산재사고로 인한 손해배상책임을 져야 한다고 판시하였다.²⁾ 이어서 이 사건 사고는 소외 학교가 추락의 위험이 있는 작업과 관련하여 망인에 대한

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

5. “교육활동참여자”란 학생 또는 교직원인 아닌 사람으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다.

가. 학교장의 승인 또는 학교장의 요청에 따라 교직원의 교육활동을 보조하거나 학생 또는 교직원과 함께 교육활동을 하는 사람

나. 비영리민간단체 지원법 제4조 제1항에 따라 등록된 비영리민간단체에서 학생의 등교·하교 시 교통지도활동 참여에 관하여 미리 서면으로 학교장에게 통지하여 학교장의 승인을 받거나 학교장의 요청에 따라 그 단체의 회원으로서 교통지도활동에 참여하는 사람

제11조(학교안전사고보상공제 사업의 실시) ① 교육감은 학교안전사고로 인하여 생명·신체에 피해를 입은 학생·교직원 및 교육활동참여자에 대한 보상을 하기 위하여 학교안전사고보상공제(이하 “학교안전공제”라 한다.) 사업을 실시한다.

2) 대상판결과 동일한 취지의 판결로 수원지법 2008. 7. 11. 선고 2008나6950 판결이 있다. 위 2008나6950 판결은 파견사업주에게도 사용사업주가 피해근로자에게 시킬 작업의 내용을 사전에 파악하여 사용사업주에게 안전교육 등을 요구하는 등 사고발생을 방지할 의무가 있음에도 이를 게을리하여 사고를 발생하게 한 과실이 있다고 하여, 파견사업주의 과실 내용을 구체적으로 적시하였다.

안전조치를 제대로 취하지 아니한 과실로 인하여 발생하였다고 봄이 상당하므로, 피고 회사는 소외 학교에 피재근로자를 파견한 파견사업주로서 이 사건 사고로 인한 손해를 배상할 책임이 있다고 하면서, 작업 당시 피재근로자도 안전모 등 보호구를 착용하지 아니하고, 보호조치가 이루어지지 않았음에도 소외 학교에 이를 요청하는 등의 조치 없이 그대로 작업하다가 과실로 추락하여 스스로의 안전을 도모할 주의의무를 위반한 잘못이 있다는 이유로 피고의 책임을 30%로 제한하고, 피고 회사는 상속위자료 및 고유위자료로 피재근로자의 배우자에게 1,900만 원, 자녀에게 1,500만 원 및 각 그에 대한 지연손해금을 지급하라고 판결하였다.

근로기준법상 재해‘보상’제도는 재해근로자와 그 유족을 보호하고자 하는 사회정책적 견지에서 사용자의 고의·과실 유무를 불문하고 사용자에게 법정의 재해보상 책임을 부과하는 것인데,³⁾ 이와는 달리 민사상 손해‘배상’책임이 인정되기 위해서는 민법 제750조에 따라 사용자의 고의, 과실이 입증되어야 한다.

대상판결은 파견사업주의 손해배상책임을 인정하는 첫 번째 근거로서 파견근로자보호법에 따라 근로기준법상 재해보상(제78조부터 제92조)에 대해서는 파견사업주를 사용자로 본다는 점을 들고 있으나, 근로기준법상 재해보상은 업무상 사고 또는 질병에 해당하기만 하면 이루어지고 사용자의 과실을 요건으로 하지 않는다는 점(사용자의 과실이 없더라도 인정된다는 점)에서 파견근로자보호법 제34조 제1항에 따라 파견사업주가 무과실의 법정 책임인 산재보상책임을 부담한다는 것이 과실책임인 손해배상책임을 근거가 될 수는 없다.

대상판결의 두 번째 근거인 산업안전보건법 중 산업재해예방에 관한 규정을 적용함에 있어 파견사업주를 사용자로 보도록 되어 있는 점과 관련하여 살펴보면, 파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여는 사용자사업주를 산업안전보건법 제2조 제4호의 사업주로 보아 같은 법을 적용하는 것이 원칙이

3) 이철수(2023), 『노동법』, 현암사, p.295.

고(파견근로자보호법 제35조 제1항), 산업안전보건법 제5조4), 제132조 제2항 단서5), 같은 조 제4항6)(작업장소 변경, 작업 전환 및 근로시간 단축의 경우로 한정한다.), 제157조 제3항7)을 적용할 때에만 파견사업주 및 사용자사업주를 같은 법 제2조 제4호의 사업주로 보도록 규정하고 있다(파견근로자보호법 제35조 제2항). 즉 산업안전보건법상 근로자의 생명과 신체를 보호하기 위한 구체적인 안전 및 보건조치 의무는 근로자로부터 근로를 제공 받으면서 작업 지시를 하는 사용자사업주가 부담하되, 피로 및 스트레스를 줄일 수 있는 환경의 조성, 해당 사업장의 안전보건정보 제공, 건강진단 결과 누

-
- 4) 제5조(사업주 등의 의무) ① 사업주는 다음 각 호의 사항을 이행함으로써 근로자의 안전 및 건강을 유지·증진시키고 국가의 산업재해 예방정책을 따라야 한다.
1. 이 법과 이 법에 따른 명령으로 정하는 산업재해 예방을 위한 기준
 2. 근로자의 신체적 피로와 정신적 스트레스 등을 줄일 수 있는 쾌적한 작업환경의 조성 및 근로조건 개선
 3. 해당 사업장의 안전 및 보건에 관한 정보를 근로자에게 제공
- ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 발주·설계·제조·수입 또는 건설을 할 때 이 법과 이 법에 따른 명령으로 정하는 기준을 지켜야 하고, 발주·설계·제조·수입 또는 건설에 사용되는 물건으로 인하여 발생하는 산업재해를 방지하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.
1. 기계·기구와 그 밖의 설비를 설계·제조 또는 수입하는 자
 2. 원재료 등을 제조·수입하는 자
 3. 건설물을 발주·설계·건설하는 자
- 5) 제132조(건강진단에 관한 사업주의 의무) ② 사업주는 산업안전보건위원회 또는 근로자대표가 요구할 때에는 직접 또는 제129조부터 제131조까지의 규정에 따른 건강진단을 한 건강진단기관에 건강진단 결과에 대하여 설명하도록 하여야 한다. 다만, 개별 근로자의 건강진단 결과는 본인의 동의 없이 공개해서는 아니 된다.
- 6) 제132조(건강진단에 관한 사업주의 의무) ④ 사업주는 제129조부터 제131조까지의 규정 또는 다른 법령에 따른 건강진단의 결과 근로자의 건강을 유지하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 작업장소 변경, 작업 전환, 근로시간 단축, 야간 근로(오후 10시부터 다음 날 오전 6시까지 사이의 근로를 말한다.)의 제한, 작업환경측정 또는 시설·설비의 설치·개선 등 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 적절한 조치를 하여야 한다.
- 7) 제157조(감독기관에 대한 신고) ① 사업장에서 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반한 사실이 있으면 근로자는 그 사실을 고용노동부장관 또는 근로감독관에게 신고할 수 있다.
- ③ 사업주는 제1항에 따른 신고를 이유로 해당 근로자에 대하여 해고나 그 밖의 불리한 처우를 해서는 아니 된다.

설금지, 건강진단에 따른 작업장소 변경, 작업 전환, 근로시간 단축, 법 위반 신고로 인한 불이익 조치 금지 등 파견사업주에게도 요구되는 의무와 관련하여서만 예외적으로 파견사업주도 산업안전보건법상 사업주로 보고 있는 것이다. 물론 산업안전보건법 제5조 제1항 제1호에 따라 산업안전보건법의 위임을 받아 산업안전보건기준에 관한 규칙에서 정하고 있는 모든 조치의무를 파견사업주도 부담하여야 한다는 주장도 있을 수 있지만, 그렇게 해석한다면 파견근로자보호법 제35조 제1항에서 사용사업주를 산업안전보건법상의 사업주로 본다고 규정하고 있는 취지를 설명할 수 없어 타당하지 않다고 본다. 대법원도 “사업주가 고용한 근로자가 타인의 사업장에서 근로를 제공하는 경우 그 사업장을 사업주가 직접 관리·통제하고 있지 아니한다는 사정만으로 사업주의 재해발생 방지 의무가 당연히 부정되는 것은 아니다. 타인의 사업장 내 작업장에 폭발성, 발화성 및 인화성 물질로 인한 재해발생의 위험이 있다면 사업주는 당해 근로관계가 근로자파견관계에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법 제23조 제1항 제2호8)에 따라 재해발생의 위험을 예방하는 데 필요한 조치를 취할 의무가 있다.”라고 하여 근로자파견의 경우에는 파견사업주에게 산업안전보건법상 안전조치를 할 의무가 인정되지 않는다는 취지로 판시한 바 있다.⁹⁾

대상판결이 세 번째 근거로 들고 있는 민법 제756조 사용자책임의 취지는 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다는 것인데, 파견사업주와 근로자파견계약을 맺어 그 계약에 따른 권리, 의무를 부담할 뿐이고 파견사업주가 그를 실질적으로 지휘·감독하는 관계에 있거나 객관적으로 보아 지휘·감독할 지위에 있지 않은 사용사업주를 파견사업주의 피용자로 볼 수 없다는 점¹⁰⁾에서 민법 제756조에 따른 사용자책임을 파견사업주의 과실을

8) 현행 산업안전보건법 제38조 제1항 제2호에 해당하는 안전조치 조항이다.

9) 대법원 2022. 7. 28. 선고 2021도11288 판결.

10) 사용자책임이 성립하려면 사용자와 불법행위자 사이에 사용관계, 즉 사용자가 불법행위자를 실질적으로 지휘·감독하는 관계에 있어야 한다(대법원 1999. 10. 12. 선고 98다62671 판결).

인정하는 근거가 되기는 어렵다. 파견사업주의 과실은 손해배상책임을 인정하기 위한 요건사실임에도 대상판결이 든 세 가지 근거는 파견사업주의 과실을 인정하는 근거로 납득하기 어렵고, 달리 판결문에서 파견사업주의 과실을 인정할 만한 근거를 찾아보기 어렵다.

즉 대상판결은 파견사업주에게 사고에 대한 직접적인 과실이 없음에도 사용자사업주의 과실로 인한 사고 발생에 대한 책임을 물을 수 있는 근거에 대한 논증이 충분하지 않다고 판단된다.

한편, 이 사건 사고는 중대재해 처벌 등에 관한 법률(이하 “중대재해처벌법”) 시행 이전인 2021. 12. 17. 발생하였는바, 만약 중대재해처벌법 시행 이후에 이러한 사고가 발생한다면 공립학교에 노무를 제공하는 종사자에 대한 안전 및 보건 확보의무를 이행할 책임이 있는 경영책임자인 교육감이 중대재해처벌법위반의 책임을 질 것으로 사료된다.

오대영(제주대학교 법학전문대학원 교수)

도급인 경영책임자의 중대재해처벌법상 책임 : 상식의 길은 멀더라도 가게 된다

- 의정부지방법원 고양지원 2023. 4. 6. 선고 2022고단3254 판결 -

【판결요지】

경영책임자는 법인 또는 기관이 실질적으로 지배·운영·관리하는 사업 또는 사업장에서 제3자에게 도급 등을 하였으면 제3자의 종사자의 안전·보건상 유해 또는 위험을 방지하기 위하여 그 사업 또는 사업장의 특성 및 규모 등을 고려하여 재해예방에 필요한 인력 및 예산 등 안전보건관리 체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치를 해야 한다.

대상판결은 법원이 「중대재해 처벌 등에 관한 법률」(이하, 중대재해처벌법)을 적용하여 판결한 최초의 사건이다. 보통 1호 사건이라고 많이 부른다. 이미 잘 알려진 것처럼 중대재해처벌법이 적용된 최초의 사건은 이 사건이 아니고 삼표그룹이 운영하던 채석장에서 발생한 3명의 근로자 사망사건이다. 삼표그룹 사건은 특히 그룹의 오너라고 불리는 회장이 경영책임자로 기소된 사례로 향후 법원의 판결을 크게 주목하고 있다.

대상판결은 요양병원 증축공사에서 중량물 취급 작업을 수행하던 수급인 소속 근로자가 추락하여 사망한 사고이다. 추락 사망은 건설업 사망사고의 가장 전형적인 형태이다. 법원은 도급인 사업주의 대표이사에게 징역 1년 6월에 집행유예 3년을, 도급인 사업주에게 중대재해처벌법 및 산업안전보건법 위반을 인정하여 벌금 3천만 원을 선고하였다. 수급인 사업주 소속 현장 소장에게는 징역 8월의 실형을, 수급인 사업주에게는 벌금 3천만 원을 선고하였다.

이 짧은 평석에서 검토하고자 하는 것은 도급인 사업주의 대표이사에게 적용된 중대재해처벌법의 조문이다. 이 사건은 도급관계에서 수급인 소속 근로자가 사망한 사건이므로 중대재해처벌법의 조문 중 도급관계를 규율하

는 부분이 적용된다. 중대재해처벌법 제5조는 ‘도급, 용역, 위탁 등 관계에서의 안전 및 보건 확보의무’라는 표제를 가지고 있는데 내용은 ‘사업주 또는 경영책임자 등은 사업주나 법인 또는 기관이 제3자에게 도급, 용역, 위탁 등을 행한 경우에는 제3자의 종사자에게 중대산업재해가 발생하지 아니하도록 제4조의 조치를 하여야 한다. 다만, 사업주나 법인 또는 기관이 그 시설, 장비, 장소 등에 대하여 실질적으로 지배·운영·관리하는 책임이 있는 경우에 한정한다.’는 것이다. 제5조 자체에 자세한 의무를 규정하지 않고 직접 근로자를 고용하여 사업을 영위하는 경영책임자에게 적용되는 제4조를 준용하고 있다. 따라서 제5조의 해석은 다시 제4조의 해석으로 이어진다.

제4조는 법률 수준에서 4개의 안전보건확보의무를 규정하고 있고 그 구체적인 내용은 다시 시행령에 위임하는 형태를 취하고 있다. 대상판결에 적용된 의무는 제1호 ‘재해예방에 필요한 인력 및 예산 등 안전보건관리체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치’에 관한 의무이다. 다만, 판결서의 ‘법령의 적용’ 부분에서는 시행령 중 어떤 조항을 적용하였는지 제시하고 있지는 않고 ‘범죄사실’ 부분에서 이를 가늠하게 할 수 있는 설명이 있다. 도급인 사업주 경영책임자의 범죄사실을 살펴보면 “① 사업 또는 사업장의 특성에 따른 유해·위험 요인을 확인하여 개선하는 업무절차를 마련하여야 하고, ② 안전보건관리책임자, 관리감독자 및 안전보건 총괄책임자가 업무를 각 사업장에서 충실히 수행할 수 있도록 안전보건관리책임자 등이 해당 업무를 충실히 수행하는지를 평가하는 기준을 마련하여야 하고, ③ 사업 또는 사업장에 중대산업재해가 발생하거나 발생할 급박한 위험이 있을 경우를 대비하여 작업중지, 근로자 대피, 위험요인 제거 등 대응 조치에 관한 매뉴얼을 마련하여야 한다.”라고 쓰고 있다. 이것을 시행령 제4조가 구체화하고 있는 ‘안전보건관리체계의 구축 및 이행 조치’와 비교하면 제3호, 제5호, 제8호를 적용하였다는 것을 확인할 수 있다. 요약하면 사업장의 유해위험요인평가(위험성 평가)가 없었고, 안전보건관리책임자의 업무평가기준도 없었으며, 사고발생 대응 대책도 없었다는 것이다.

필자의 입장에서 너무나 상식적이고 당연한 법령 적용이라고 생각한다.

사업장 안전보건관리의 첫 단추는 사업장에 상존하는 유해위험요인을 찾아서 관리하는 것인데 그 도구가 바로 위험성평가이다. 위험성평가가 없는 사업장에 관리책임자에 대한 온전한 업무평가가 있을 수 없고, 사고 발생을 대비한 적절한 대응책이 있을 수 없다.

대상판결에 대하여 한국경영자총협회는 “중대재해처벌법의 과도한 처벌 규정에도 이번 판결은 인과관계 입증에 대한 철저한 법리적 검토가 이뤄지지 않아 아쉬움이 크다.”라는 코멘트를 하였다는 보도가 있다.¹⁾ 기사의 전반적인 취지는 피고인이 공소사실을 자백하면서 적극적으로 무죄를 다투지 않은 사건이라 인과관계에 관한 세밀한 검토가 없이 이루어진 판결이라는 것이다. 그런데 필자가 알기로는 한국경영자총협회가 구체적으로 어떤 형태의 인과관계가 인정되면 중대재해처벌법으로 처벌될 수 있는지를 밝힌 적은 없는 것 같다. 게다가 대상판결은 안전보건확보의무(제3호, 제5호, 제8호) 자체를 이행하지 않던 중 발생한 사고를 다루고 있는데 여기에 어떤 인과관계를 더 요구할 수 있을지 큰 의문이다.

중대재해처벌법은 산업안전보건법과 달리 구체적인 안전보건조치의무를 경영책임자에게 부담시킨 법률이 아니다. 사업을 경영하면서 안전보건에 관하여 경영상 필요한 의무를 정해놓은 것이고 그 내용은 주지하다시피 법률 시행 이전부터 한국산업안전보건공단이 중요 사업으로 추진하던 안전보건경영시스템(KOSHA-MS) 인증기준을 참조한 것이다. 2022년 기준으로 한국산업안전보건공단의 안전보건경영시스템 인증 사업장의 수는 119개이다. 필자에게 별다른 문제 없이 시행되었던 인증기준이 형사처벌의 구성요건으로 바뀌자, 명확성 논쟁을 시작한 것으로 느껴진다. 안전보건확보의무란 본질상 추상적인 경영상 의무이므로 내용을 구체화하면 할수록 실효성이 떨어진다. 따라서 끊임없이 그 명확성에 문제 제기하면서 인과관계 논쟁으로 제도를 공격하는 것은 안전보건경영시스템이 무엇인지를 잘 모른다는 자백을, 부끄러움을 모르고 하는 것이 아닐까?

상식의 길은 멀더라도 결국 가게 된다는 게 필자의 생각인데, 삼표연탄

1) 안전신문(<https://www.safetynews.co.kr>). (2023년 5월 17일 검색).

채석장 사망사고 사건에서도 상식이 재확인될지 지켜본다.

전형배(강원대학교 법학전문대학원 교수)

항만시설의 개발 및 관리·운영을 위하여 항만법에 따라서 설립된

○○항만공사가 갑문 정기보수공사의 시공에서 산업안전보건법

제2조 제7호의 도급인에 해당하는지 여부

- 인천지방법원 2023. 6. 7. 선고 2022고단1878 판결 -

【판결요지】

“건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하는 자”의 의미는 사실상 의미에서 실제로 시공을 주도하여 총괄·관리하였는지에 초점을 맞추기보다, 규범적으로 평가하여 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하는 지위에 있는 자에 해당하는지에 의해 판별해야 한다. 이 사건 갑문을 항만시설로 유지·보수하는 업무는 규범적으로 볼 때 피고인 ○○항만공사의 기본적인 업무이고, 갑문 정기보수공사는 ○○항만공사의 핵심적이고 본질적인 사업의 하나라는 점 등에서 볼 때 피고인 ○○항만공사는 규범적으로 볼 때 이 사건 갑문 정기보수공사의 “시공을 주도하여 총괄·관리하는 지위”에 있다고 해야 한다. 나아가 시공의 사실상 역할에서 볼 때에도 피고인 ○○항만공사와 그 대표자인 피고인은 사실상 이 사건 공사의 시공을 주도하여 이를 총괄·관리하는 지위에 있는 사업주이자 도급인으로서 산업재해발생 예방을 위한 조치를 다해야 할 의무를 부담한다고 해야 한다.

항만시설의 개발 및 관리·운영을 위하여 항만법에 따라서 설립된 ○○항만공사는 국가로부터 위탁받아서 관리·운영하는 갑문에 대한 정기보수공사를 목적으로 하는 계약을 주식회사 A 및 B와 체결하였다. A 및 B가 자신의 근로자로 하여금 갑문 보수공사를 하게 하던 중 2020. 6. 3. 08:15경 공사 현장에서 A 소속 근로자인 C가 18미터 아래 갑문 바닥으로 추락하여 그 자리에서 사망하였다. 이에 검찰은 근로자의 산업재해를 예방하기 위하여 필요한 안전조치를 하지 아니하여 근로자인 피해자를 사망에 이르게 하였다고 하여 ○○항만공사와 그 대표자 D, 그리고 A 및 B와 현장소장인 E를 「산업안전보건법」(이하 산업안전보건법) 제167조 제2항의 안전보건조치의무

위반 치사죄 등으로 기소하였다.

이 사건의 쟁점은 ○○항만공사가 이 사건 갑문 정기보수공사의 시공에서 산업안전보건법 제2조 제7호의 도급인에 해당하는지, 아니면 제10호의 건설공사발주자에 해당하는지 여부였다. 산업안전보건법 제2조 제10호는 “건설공사발주자”를 “건설공사를 도급하는 자로서 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니하는 자”라고 정의하고 있는데, 건설공사발주자는 산업안전보건법 제67조 내지 제73조에서 정하는 책임을 지고, 산업안전보건법 제63조 등에서 정하는 도급인으로서의 안전보건조치의무를 지지 않는다. 이 사건에서 만약 ○○항만공사가 건설공사발주자에 해당한다면, 그 대표자인 D는 산업안전보건법 제167조 제2항에 의해서 처벌될 수 없고, ○○항만공사도 제173조의 양벌규정에 따라서 처벌될 수 없다. 이에 관해서 ○○항만공사와 D는 건설공사인 이 사건 갑문 정기보수공사를 A 등에게 발주하기는 하였으나, 시공을 주도하여 총괄·관리할 책임도 없고, 실제로도 시공을 주도하거나 공사를 총괄·관리하지는 않았으므로, ‘건설공사발주자’에 해당할 뿐이지 ‘사업주’로서 산업안전보건법 제38조의 ‘안전조치’ 및 제39조의 ‘보건조치’ 의무를 부담한다거나 ‘도급인’으로서 산업안전보건법 제63조에 따른 ‘도급인의 안전조치 및 보건조치’의무를 부담하지 않기 때문에 D에게 산업안전보건법 제167조 제1항 위반죄가 성립하지 않고, ○○항만공사도 제173조(양벌규정)를 적용할 수 없다고 주장하였다. 산업안전보건법 제2조 제10호의 “건설공사발주자”에 관한 해석, 특히 ‘건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하는지 여부’에 관한 해석에 관해서는 아직 대법원 판결은 없고 하급심 판결도 극소수에 불과하다.¹⁾ 이와 같은 상황에서 대상판결은 건설공사발주자의 해석 기준과 그 근거를 제시하고 그에 따라서 ○○항만공사가 도급인 지위에 있음을 인정하여 유죄를 선고하였다는 점에서

1) 대구지방법원 경주지원 2023. 3. 16. 선고 2022고단303 판결(한국농어촌공사 사건: 건설공사발주자 지위 부정(도급인 지위 인정)); 대전지방법원 홍성지원 2022. 8. 31. 선고 2021고단249 판결(중부발전사고 사건: 건설공사발주자 지위 인정(도급인 지위 부정)); 울산지방법원 2021. 11. 11. 선고 2021고단1782 판결(건설공사발주자 지위 인정(도급인 지위 부정)).

향후 동종 사건에서 참고가 될 것으로 생각한다.²⁾

2019년 산업안전보건법 전면 개정에 의해서 도급인과 건설공사발주자 개념이 신설되고 이들 재해예방책임이 확대되었지만, 정의 조항의 문언만으로는 도급인과 건설공사발주자를 구분하는 것이 쉽지 않은 것이 사실이다. 이 점은 고용노동부도 이미 인식하고 있었는데, 고용노동부의 「도급시 산업재해예방 운영지침(2020. 3.)」에서는 구분 기준에 대해서 다음과 같이 해설하고 있다. “공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하는지 여부는 당해 건설공사가 사업의 유지 또는 운영에 필수적인 업무인지, 상시적으로 발생하거나 이를 관리하는 부서 등 조직을 갖췄는지, 예측가능한 업무인지 등 다양한 요인을 종합적으로 고려하여 판단”하여야 하고, “건설사업관리, 감리 등은 건설산업기본법, 건설기술진흥법, 건축사법 등에서 의무를 부여한 사항으로 이를 총괄·관리로 보지 아니함”이라고 하고 있다. 이 기준에 따라서 보면, 갑문의 유지·보수는 ○○항만공사의 중요 업무 중의 하나이며, 갑문은 정기적으로 보수하고 있으므로 이는 상시적인 업무이며 이를 관리하는 부서도 있다는 점에서 ○○항만공사는 도급인으로 해석될 가능성이 높은 것으로 보인다. 실제로 이 사건 사망재해를 수사한 근로감독관도 역시 ○○항만공사를 도급인으로 판단하였다.

대상판결은 먼저 ‘건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하는 자’의 의미를 해석하는 기본적인 방향을 확정한다. 즉, “건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하는 자”는 “사실상 의미”에서 실제로 시공을 주도하여 총괄·관리하였는지에 초점을 맞추기보다, “규범적으로” 평가하여 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하는 지위에 있는 자에 해당하는지에 의해 판별해야 한다고 한다. 이렇게 해석하지 않으면, 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있는데도 그와 같은 책임을 방기하고 실제로 총괄·관리하지 않은 도급인은 산업안전보건법이 정하는 의무를 면하고, 시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있거나, 그러한 지위에 있지 않는데도 수

2) 대상판결은 ○○항만공사에게는 벌금 1억 원을, 그 대표자 D에게 징역 1년 6월을 선고하고 법정구속하였다.

급인의 근로자들의 안전을 위해 최선을 다해 산업재해발생 예방조치를 취하였는데도 산업재해의 결과가 발생한 사안의 도급인은 처벌위험을 감수해야 하는 부당한 결론에 이르게 되기 때문이라고 한다. 사실 이러한 해석과 논거는 종래 건설공사발주자 해당 여부를 판단한 하급심 판결들도 동일하게 설시하고 있는 것으로서 새로운 것은 없다.³⁾

건설공사발주자에 대한 이러한 이해를 전제로 하여, 대상판결은 ○○항만공사의 법적 지위에 대해서 갑문보수공사 시공상의 “규범적 지위”와 “사실상의 역할”로 나누어서 구체적으로 판단한다. 이러한 판단 구조는 종래의 하급심 판단과는 다른 대상판결만의 특징이라고 할 수 있다. 종래 하급심 판단 중에서 가장 주목되는 판결은 2021년 울산지방법원 판결이다. 이 판결은 ‘건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하여야 할 지위에 있는 자’로 이해될 수 있는 경우로서 다음의 세 가지를 들고 있다. 첫째로, 도급하는 건설공사가 도급인의 사업의 일부를 구성하고 도급인의 사업과 같은 장소에서 이루어짐에도 불구하고 이를 외주화하여 도급에 의하여 행하는 경우이다.⁴⁾ 둘째로, 도급하는 건설공사에 관하여 도급인의 지배하에 있는 특수한 위험요소가 있어, 도급인이 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 않고서는 수급인이 산업안전보건법이 정한 안전·보건조치를 실질적으로 이행하는 것이 현저히 곤란하고 도급인의 총괄·관리가 필수적인 경우이다.⁵⁾ 셋째로, 도급인과 수급인의 각 전문성, 규모, 도급계약의 내용 등에 비추어 볼 때, 도급인에게는 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리할 능력이 있는

3) 이러한 판단을 한 최초의 판결은 울산지방법원 2021. 11. 11. 선고 2021고단 1782 판결이다.

4) 이 판결은 이러한 예로서 도급인의 주요 생산 기계에 대한 유지·보수 공사 등 그 건설공사 자체가 도급인의 사업의 본질적이고 필수적인 일부에 해당하는 경우를 들고 있다.

5) 이 판결은 이러한 예로서 도급한 건설공사의 목적물이 도급인만이 그 위험을 파악하고 적절하게 대처할 수 있는 특수한 위험 설비나 자재가 위치한 공간 내에 있고, 도급인이 주도적으로 시공을 총괄·관리하면서 그 설비나 자재의 폭발, 전도 및 낙하 방지, 근로자 출입 금지 등의 적극적인 조치를 취하지 않고서는 수급인이 독자적으로 그러한 위험을 제거하는 조치를 취하는 것이 불가능한 경우를 들고 있다.

반면에 수급인에게는 산업안전보건법이 정한 안전·보건조치를 스스로 이행할 능력이 없음이 도급인의 입장에서 명백한 경우이다.⁶⁷⁾

대상판결은 ○○항만공사가 갑문보수공사 시공상의 “규범적 지위”에 있음을 긍정하고 있는데, 이를 긍정하는 근거는 다음과 같다. 첫째, 항만시설 중 “갑문”은 적어도 항만공사법상 ○○항만공사의 직접사업은 아니지만 항만공사법에 따라 2005. 7.경부터 무려 15년 이상 국가로부터 위탁받아서 갑문을 관리해 오고 있으므로 이 사건 갑문을 항만시설로 유지·보수하는 업무는 규범적으로 볼 때 피고인 ○○항만공사의 기본적인 업무라고 평가해야 한다. 둘째, 갑문 정기보수공사는 ○○항만공사의 핵심적이고 본질적인 사업의 하나이다. 셋째, ○○항만공사의 대표자 D는 소속 근로자의 안전보건에 관한 사항과 관계수급인이 사용하는 근로자의 안전보건에 관한 사항을 총괄·관리하는 안전보건관리총괄책임자이다. 넷째, ○○항만공사의 3본부 13실 7부의 조직 중 이러한 갑문 보수공사와 그로 인해 발생하는 재해를 예방하고 재해발생시 이를 처리할 부서인 사장 직속의 재난안전실, 그리고 건설본부 산하에 갑문관리실이 있으며, 갑문 설비팀, 갑문 운영팀으로 조직되어 있다. 다섯째, 이 사건 공사의 실질적 수급인인 B의 인력(상근직원이 10명 안팎에 불과한 소규모 업체)이나 자산규모, 시설규모를 비교해 보나, 나아가 이 사건 갑문 보수공사의 발주자가 공공기관인 ○○항만공사임을 감안해 보더라도, ○○항만공사는 B에 비해 월등히 우월한 지위에 있다. 여섯째, 이 사건 사고는 ○○항만공사가 직접 관리하고 있는 사업장에서 발생하였다.

6) 이 판결은 이러한 예로서 스스로 충분히 건설공사 시공을 주도하여 총괄·관리할 수 있는 능력이 있는 대규모 사업체가 안전조치를 취하는 것이 불가능함이 명백할 정도의 낮은 금액으로 전문성과 안전조치 능력을 갖추지 못했음이 명백한 영세한 사업체와 도급계약을 체결한 경우를 들고 있다.

7) 대구지방법원 경주지원 2023. 3. 16. 선고 2022고단303 판결(한국농어촌공사 사건)과 대전지방법원 홍성지원 2022. 8. 31. 선고 2021고단249 판결(중부발전사고 사건)도 모두 세 가지 경우를 들면서 당해 사건에서 건설공사의 발주자가 이들 경우에 해당되는지 여부를 판단하고 있다. 다만, 이들 판결은 2021년 울산지방법원 판결을 명시적으로 인용하고 있지는 않다.

다음으로 대상판결은 ○○항만공사가 갑문 보수공사 시공에서 한 “사실상의 역할”에 관해서도 역시 도급인의 지위를 인정하고 있다. 즉, “사실상으로 보더라도” 이 사건 공사의 시공을 주도하여 이를 총괄·관리하는 지위에 있는 사업주이자 도급인이라고 판단하고 있다. 대상판결은 이를 긍정하는 근거로서 ① ○○항만공사의 직원들이 정기적으로 갑문 정기보수공사에 관한 업무보고를 월간·주간으로 작성하고 이에는 근로자보호조치도 포함되어 있었던 점, ② 수급인 근로자가 위험작업을 할 때 ○○항만공사의 승인을 받아서 작업을 하였고, ○○항만공사의 위험성평가표에는 이 사건 사고와 같은 재해 발생 위험성이 적시되어 있던 점, ③ 안전관련회의 및 공정협의회에 ○○항만공사 직원들도 거의 매일 참석하였고, ○○항만공사의 감독관들이 A와 B에 대해서 조언이나 시정 지시 등을 하였던 점, ④ ○○항만공사 갑문운영팀에서 갑문 보수공사의 설계, 시공방법, 감리 등 준공까지의 전 과정을 기획하고, 설계도면도 직접 작성하고, 수급인의 공정상황을 고려해 설계도를 직접 변경하기도 하였던 점, ⑤ ○○항만공사가 B부터 공정관리계획서를 제출받아 검토하고, 안전교육 이행 여부 확인 및 기타 위험평가서 작성·이행 상황을 보고하도록 하여 이를 확인하였으며 위험성 평가가 적합하게 이루어지는지 이행점검하고, 주간작업일보, 월간작업일보 등을 제공받은 점, ⑥ 고용노동부의 「도급시 산업재해예방 운영지침(2020. 3.)」을 시행한 점 등을 들고 있다.

이상과 같이 대상판결은 규범적 지위와 사실상 역할의 두 관점으로 나누어서 건설공사의 발주자가 산업안전보건법 제2조 제7호의 도급인지 아니면 제10호의 건설공사발주자인지 여부를 판단하고 있다. 이 점은 종래의 하급심 판단과는 다른 중요한 특징이라고 할 것이다. 하지만 보다 중요한 의의는 대상판결이 종래의 하급심 판결보다 도급인의 지위를 적극적으로 판단하고 있다는 점에 있다고 할 수 있다. 종래 하급심 판단에서는 위에서 본 바와 같이 “현저히” 또는 “명백한”과 같이 상당히 높은 수준의 제약 조건을 제시하고 있다. 대상판결이 이상에 본 바와 같이 적극적으로 도급인의 지위를 인정할 수 있는 것은 「헌법」 제34조 제6항으로부터 출발하고 있기 때문이

라고 생각된다. 이 점은 대상판결이 “건설공사 도급을 주된 업무로 하는 공공 기관에 대하여 산업안전보건법상 도급인인 사업주로서의 책임을 더 엄격하게 지워야, 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다고 규정한 우리 「헌법」 제34조 제6항을 국가공동체 안에서 살아 숨 쉬게 하여 국민의 기본권을 제대로 보장하는 본연의 사법작용을 충실하게 수행하는 것이 될 것이다.”라고 하고 있는 점에서 잘 드러나 있다.

정영훈(부경대학교 법학과 교수)

채용 과정에서 성별을 사유로 차별한 행위의 남녀고용평등법 위반 여부

- 서울중앙지방법원 2023. 8. 10. 선고 2023고단443 판결 -

【판결요지】

피고인들이 2018년 신입사원 공개채용 과정에서 성별을 사유로 합리적인 이유 없이 여성에게 불리한 조치를 하였고, 피고인 A에게 남녀를 차별하여 채용한다는 고의가 있었다고 판단된다. 또한 B는 인사팀장이었던 피고인 A가 위와 같은 채용 과정에서의 차별행위를 함에 있어 이를 방지하기 위한 주의감독의무를 게을리하였다고 보기 충분하다.

대상판결은 형사판결인데, 피고인은 B 주식회사(법인)와 자연인 A이다. 피고인 B 주식회사는 신용카드의 발행 및 관리업무 등을 영위하는 법인이고 A는 해당 법인에서 인사팀장으로 근무하며 신입직원의 채용관련 업무 등을 담당하였던 사람이다.

피고인 A는, 2017. 10. 24.경 위 B 주식회사 사무실에서, '2018년도 정규직 신입 사원 공개 채용'에 있어 4개 직무(디지털, 신사업/핀테크, 빅데이터, ICT)에 지원한 총 3,720명[남성 2,097명(56%), 여성 1,623명(44%)]의 지원자들에 대하여 각 직무별로 남성 지원자 순위와 여성 지원자 순위를 구분하여 서열화하는 작업을 한 후, 미리 정해 놓은 남녀 비율(7:3)에 맞추어 1차 서류전형 합격자를 선발하는 방법으로 남성 지원자와 점수가 같거나 남성 지원자보다 점수가 높은 여성 지원자 92명을 탈락시키고 같은 수에 해당하는 남자 지원자를 합격시켜 1차 서류전형에서 남성 257명(68%), 여성 124명(32%)을 각각 선발함으로써 근로자를 모집·채용함에 있어 남녀를 차별하였다는 혐의하에 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하 '남녀고용평등법') 위반으로 기소되었다.

피고인 B 주식회사는 인사팀장인 피고인 A가 피고인 B 주식회사의 업무

에 관하여 위와 같이 근로자를 모집·채용함에 있어 남녀를 차별하였다는 혐의하에 남녀고용평등법 위반으로 기소되었다.

이 사건에서 피고인들은 “피고인 B 주식회사는 신용카드 업무의 특성상 휴일 및 야간·심야에도 업무가 이루어지고, 영업환경의 변화에 따라 야간 근무의 수요가 더욱 증가하고 있다. B의 주 업무인력인 사원급 직원 중 여성의 비율이 2012년경부터 남성의 두 배 이상으로 성비의 불균형이 심각한 수준이었는데, 근로기준법상 여성근로자의 경우 야간(오후 10시부터 오전 6시까지) 및 휴일 근로, 시간외근로에 제한이 있고, 의무적으로 보장되는 휴가가 많아, B는 보다 많은 남성근로자를 채용할 필요가 있었다. 이러한 필요성에 따라 2018년도 공개채용 과정에서 1차 서류전형에서만 미리 정해둔 성비에 따라 합격자를 선발하였을 뿐, 이후 2, 3차 면접절차에서는 성별에 따른 차등대우를 하지 않았고, 근로조건 등에 있어서도 여성을 불리하게 대우하지 않았다. 따라서 B가 미리 정해둔 비율에 따라 1차 서류전형 합격자를 정한 데에는 합리적인 이유가 있어 남녀고용평등법이 금지하는 차별에 해당하지 않는다. B는 성비 불균형 해소 및 사업 환경 변화에 대한 대응이라는 경영상 필요에 따라 적어도 2009년부터 정해둔 성비에 따라 서류전형 합격자를 정해 왔다. 피고인 A는 10여 년간 유지되어 온 회사의 방침대로 신입사원을 채용하도록 한 것일 뿐 남녀고용평등법을 위반한다는 인식이나 의사가 전혀 없었다.”고 주장하였다.

대상판결에서는 몇 가지 근거를 제시하면서 피고인들의 주장을 배척하였다.

첫째, 신입사원 공개채용으로 채용하려는 직무에서 성격상 휴일 및 야간 근무가 반드시 필요하지는 않은 점 및 피고인들은 신용카드업의 특성상 과거에는 여성을 위주로 채용하였다고 주장하나 이를 뒷받침할 자료가 없고 사원급 근로자 중 여성의 비율이 높다는 사정만으로 남성 근로자에 대한 차별이 있었다고 보기 어려운 점에 비추어 보면, 피고인들이 주장하는 위와 같은 사정들은 이 사건 공개채용에서 서류전형 합격자 남녀성비를 미리 정하여 남성을 우대할 합리적인 사유에 해당하지 않는다는 것이다.

둘째, 피고인들의 주장과 같이 B 주식회사의 일부 직무에 있어 휴일 및 야

간 근무가 필요한 경우, 해당 직무에 관한 채용과정에서 휴일 및 야간 업무가 필요함을 지원자들에게 알림으로써 지원자들이 휴일 및 야간 업무 가능성을 고려하여 지원하도록 하거나, 채용 후 다른 근로자들이 꺼려 하는 휴일 및 야간 업무를 담당한 근로자에게 보다 좋은 근무평정을 주는 등의 대안을 고려할 수 있는데도 불구하고, 피고인들은 내부적으로 서류전형 합격자 성비를 정함으로써, 일부 여성지원자는 서류전형 합격자로 선정된 남성 지원자보다 좋은 서류전형 종합평가 점수를 받고도 서류전형에서 탈락하는 불이익을 입었다는 것이다.

셋째, B 주식회사는 2009년 내지 2010년부터 위와 유사한 방법으로 신입사원 공개채용 과정에서 남성을 우대하여 선발하여 왔고, 이러한 남녀 차별적 신입사원 공개채용 방식을 개선하려는 노력을 하지 않았다는 것이다.

대상판결은 이 사건 피고인들의 남녀고용평등법 위반을 인정하고 피고인 A와 B에게 각각 벌금 500만 원씩을 선고하였다.

사업주 입장에서 보면, 채용의 문제는 오직 사용자의 전권 사항이고 여기에 간섭하는 것은 기업의 자유라는 관점에서 허용될 수 없는 것 아니냐고 반문할지도 모르겠다. 그러나 우리 헌법은 애초부터 성별에 따라 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별하는 것을 허용하지 않았고 예외적으로 합리적 사유가 있는 경우에 한해서 정당한 차별로서 허용되는 식의 해석이 가능했을 뿐이다. 그런데 사업주의 인사권이나 경영권의 전속사항으로 간주되었던 근로관계 개시 이전 단계에서의 모집이나 채용 행위에 대해서까지 법이 개입하여 규제해야 할 필요성이 있는 것은, 모집과 채용에서의 성차별행위가 일할 의사와 능력이 있는 여성구직자나 근로여성의 근로권과 생존권 행사를 원천적으로 봉쇄하거나 중대하게 침해할 뿐 아니라 채용된 이후의 근로조건 수준을 결정하는 요인으로 작동할 위험성이 크기 때문이다. 이런 이유에서 남녀고용평등법이 제정되었던 것이고, 남녀고용평등법이 현재는 일과 가정의 양립지원에 관한 내용까지 담은 단계로까지 확대되었지만, 남녀고용평등법의 근본적 취지는 근로관계 개시 이전의 단계에서부터의 불합리한 차별을 철폐해야 한다는 것이다. 즉 남녀

고용평등법은 개별적 근로관계법으로서의 성격 외에 노동시장에서 성평등한 질서 구축을 동시에 지향하는 ‘노동시장질서법’으로서의 성격도 아울러 가지고 있는 것이다.

대상판결은 모집이나 채용에 관한 문제에서도 불합리한 차별은 허용되어서는 안 된다는 법의 취지를 유죄 판단을 통해서 확인해 주고 있다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

특수형태근로종사자 산재보험료 부담의 헌법적 판단

- 헌법재판소 2023. 3. 23. 선고 2022헌바139 결정 -

【판결요지】

특수형태근로종사자에게 산재보험료의 절반을 부담하게 하는 것은 객관적으로 정의와 형평에 반한다거나 자의적인 것이어서 불합리한 차별이 있다고 볼 수는 없어 평등원칙에 위반되지 않는다.

산재보험법(법률 제18753호, 2022. 1. 11., 일부개정)

제125조(특수형태근로종사자에 대한 특례) ① 계약의 형식과 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 사람으로서 다음 각 호의 모두에 해당하는 사람 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 사람(이하 이 조에서 “특수형태근로종사자”라 한다.)의 노무(勞務)를 제공받는 사업은 제6조에도 불구하고 이 법의 적용을 받는 사업으로 본다.

1. 주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활할 것
2. 노무를 제공할 때 타인을 사용하지 아니할 것

고용산재보험료징수법(법률 제19209호, 2022. 12. 31., 일부개정)

제49조외3(특수형태근로종사자에 대한 특례)

- ② 제1항에 따른 산재보험료는 사업주와 특수형태근로종사자가 각각 2분의 1씩 부담한다. 다만, 사용종속관계(使用從屬關係)의 정도 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 특수형태근로종사자의 경우에는 사업주가 부담한다.

위 법조문은¹⁾ 검토대상사건과 관련된 법조문이다. 주지하는 바와 같이 산재보험급여, 심사청구 등 산재보험제도의 일반 내용에 대해서는 「산업재해보상보험법」(이하, 산재보험법)이 규정하고 있지만, 보험사업의 수행주체, 보험관계의 성립 및 소멸, 보험료, 보험사무대행기관, 보험료의 성실신고 등을 위한 조사 등 보험관계의 구체적인 실현에 필요한 내용은 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료 징수에 관한 법률」(이하, 고용산재보험료징수법)이 규정하고 있다. 이 법은 2003년 제정되어 2005년 1월 1일부터 시행되고 있는데, 이전까지는 고용보험법과 산업재해보상보험법에 각각 규정된 보험관계의 성립·소멸, 보험료의 납부 및 징수 등에 관한 사항을 통합규정하는 단일의 법률을 제정하여 민원인의 보험업무 편의를 도모하고 보험관리와 그 운영을 효율적으로 하려는 목적으로 제정되었다. 따라서 실제적 권리의무관계를 정하는 것이라기보다는, 고용보험법과 산재보험법을 적용하는 데 필요한 보험관계의 성립과 소멸 조건 및 절차, 보험료의 결정과 납부·징수 절차 등에 대하여 규정하고 있다. 실질적으로는 고용보험법과 산재보험법의 하위법으로서 의미를 갖는다고 볼 수 있다.

2007년 특수형태근로종사자의 직종에 관한 특례규정이 산재보험법에 규정되면서, 고용산재보험료징수법에서는 특수형태근로종사자의 산재보험료는 사업주와 특수형태근로종사자가 각각 1/2씩 부담한다는 것(법 제49조의3 제2항 본문), 다만 사용종속(使用從屬) 관계의 정도 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 특수형태근로종사자의 경우에는 사업주가 부담한다는 것을 규정하였다(제49조의3 제2항 단서). 그러나 아직까지 사업

1) 본문의 법조문은 법률 제18928호, 2022. 6. 10. 산재보험법 일부개정(시행 2023년 7월 1일)과 법률 제18919호, 2022. 6. 10. 고용산재보험료징수법 일부개정(시행 2023년 7월 1일) 이전의 법조문이다. 각 법 시행 이후 산재보험법 제125조 및 고용산재보험료징수법 제49조의3은 삭제되고, 산재보험법상 특수형태근로종사자는 노무제공자에 포함되어 산재보험법이 적용되는 한편, 이 노무제공자의 산재보험료에 대해서는 제48조의6이 규정하게 된다. 개정법 제48조의6에서도 노무제공자는 산재보험료를 사업주와 각각 1/2씩 부담하는 한편, “사용종속관계(使用從屬關係)의 정도 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 산재보험 노무제공자의 경우에는 사업주가 부담한다.”는 규정을 특수형태근로종사자의 경우와 마찬가지로 규정하고 있다(제48조의6 제6항).

주가 보험료를 전액 부담하는 직종은 대통령령으로 정해진 바가 없다. 이에 대해서는 두 가지 방향, 즉 ① 2020년 1월 15일 고용산재보험료징수법 제49조의3 제2항 단서규정에 대한 헌법소원이 제기되었고, ② 2022년 7월 19일에는 동법 제49조의3 제1항 본문규정에 대한 헌법소원이 제기되었다. 검토 대상 헌재 결정은 후자 ②에 관한 것이다.²⁾ 이 헌법소원에서 특수형태근로종사자에 해당하는 청구인 3명은 위 고용산재보험료징수법 제49조의3 제2항 본문이 특수형태근로종사자에 대하여 산재보험료의 2분의 1을 부담시키는 것은, 평등원칙에 위배되어 위헌이라고 주장하였다. 이에 앞서 청구인들은 고용산재보험료징수법 제49조의3 제2항 본문에 기초한 ‘근로복지공단의 청구인들이 소속된 각 사업장에 대한 산재보험료 부과처분’의 취소를 구하는 소를 제기하였고(서울행정법원 2020구합53613), 당해 사건이 계속 중이던 2020. 2. 24. 위 법률조항에 대하여 같은 이유로 위헌법률심판제청신청을 하였지만(서울행정법원 2020아10699), 2022. 5. 19. 위 사건 및 위헌법률심판제청신청이 모두 기각됨에 따라 헌법소원을 제기한 것이다. 검토대상 헌재 결정은 이 주장에 대한 판단이다.

특수형태근로종사자에 대한 산재보험법 제125조 규정의 입법화 과정을 되짚어 보면, 이 조문은 근로기준법상 근로자성이 인정되지 않는 모든 특수고용노동자들을 포괄적으로 포섭하고자 한 것은 아니었다. 그래서 산재보험법 제125조는 우선적인 ‘보호의 필요성’을 검토하고, 구체적인 적용대상을 산재보험법 시행령으로 규정하였는데, 이 ‘보호의 필요성’과 산재보험 행정의 현실적 실현가능성을 위해 산재보험법 제125조 제1항 각 호와 같은 전속성 요건을 두었다. 산재보험제도는 사업주의 산재보험료 납부에 기초하여 운용되고 있기 때문에, 어떤 사람을 산재보험제도의 적용 대상으로 할 것인가에 대한 문제는 그 사람에 대한 산재보험제도 적용필요성과 함께 산재보험료 수납의 가능성, 업무상 재해가 발생한 경우 해당 재해에 대한 산재

2) 한편 본문 ①의 헌법소원과 관련하여, 청구인들은 사업주가 보험료 전액을 부담해야 하는 직종에 종사하는 특수형태근로종사자의 종류를 시행령으로 정하지 않은 것은 정부의 입법부작위에 해당한다고 주장하였다. 이 주장에 대한 헌재 결정은 아직 내려지지 않은 상태이다.

보험급여지급액의 결정 가능성 등을 고려할 수밖에 없는 것이다.

다른 한편, 2007년 국회에서 산재보험법 제125조 신설이 논의되는 과정에서 근로기준법상 근로자가 아닌 특수형태근로종사자의 보험료를 누가 부담해야 하는지에 대한 논란이 있었고, 근로자는 사업주가 100%, 자영업자는 본인이 100% 보험료를 부담하고 있음을 고려하여 “근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는” 특수형태근로종사자는 전속성 요건 하에서의 사업주가 보험료를 50%, 특수형태근로종사자 본인이 50%를 부담하는 것이 합리적이라는 주장이 설득력을 얻게 됨에 따라 고용산재보험료징수법 제49조의3 제2항 본문과 같은 규정이 만들어지게 되었다. 검토대상 사건에서도 현재는 특수형태근로종사자의 특징, 즉 독립적 노동의 모습(자영인의 징표)과 종속적 노동의 모습(근로자의 징표)을 동시에 갖고 있음에 따라 사업주와 그 종사자가 각각 보험료의 2분의 1씩 부담하는 것의 합리성을 인정할 수 있다고 보고 있다. 이전의 현재 결정례가 말하고 있듯, 사회보험정책은 국가의 재량에 상당 부분 맡겨져 있다는 시각(헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2002헌바51 결정 참조)도 기본적인 배경에 깔려 있을 것이다.

따라서 검토대상 현재 결정의 결론은 어느 정도 예상된 것이었다고 생각한다. 산재보험법 제125조가 전제되는 한, 산재보험법의 적용구조를 구체적으로 현실화하는 고용산재보험료징수법이 전체 산재보험제도의 체계를 형해화시키는 것이 아닌 한 그 위헌성 판단에는 한계가 있을 수밖에 없다. 산재보험제도가 근로기준법상 사용자의 재해보상책임을 대체하기 위해 만들어진 제도로부터 출발한 태생적 한계를 가진 상태에서, 산재보험법은 이미 근로자와 특수형태근로종사자를 구분하고 있고, 그 전제하에서 고용산재보험료징수법이 근로자와 달리 특수형태근로종사자가 산재보험료 중 일부를 납부하도록 한 것 자체가 헌법상 평등권을 침해한 것으로 판단되기는 어려웠을 것이라는 의미이다.

이 점에서 필자는 헌법소원의 대상에 산재보험법 제125조 제1항이 포함되지 않은 것에 대한 아쉬움이 있다. 산재보험법 제125조 제1항에 따라 특

수형태근로종사자는 근로자가 아닐 것이 전제가 되고, 고용산재보험료징수법을 통해 근로자가 아닌 특수형태근로종사자는 보험료 1/2을 스스로 부담해야 하지만, “사용종속관계(使用從屬關係)의 정도 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 특수형태근로종사자의 경우에는 사업주가 부담”하는 경우를 상정하고 있다. 그러나 근로기준법상 근로자 개념은 획일적이거나 일률적이지 않고, 지속적으로 재평가되면서 실질적 판단에 기초할 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 고용산재보험료징수법은 제49조의3 제2항 단서를 통해 산재보험법 제125조 제1항의 특수형태근로종사자 개념에서 필연적으로 발생할 수밖에 없는 오분류 문제에 따라 사업주가 보험료 전액을 부담해야 하는 특수형태근로종사자가 있을 수 있음을 고려하겠다는 것, 그리고 이를 시행령을 통해 해결하겠다고 선언하였지만, 지금까지의 입법부작위를 통해 이 문제를 해결할 수 없음을 확인하고 있는 것이나 마찬가지다. 그렇다면 핵심적 문제는 고용산재보험료징수법 제49조의3 제2항 단서 본문이 특수형태근로종사자로 하여금 보험료의 1/2을 부담하도록 한 것이라기보다는, 산재보험법 제125조 제1항의 특수형태근로종사자가 입법상 오분류의 문제를 내포하고 있고, 오분류된 근로자에게는 산재보험료의 일부를 직접 부담하게 함으로써 다른 근로자와의 형평성에 어긋난 처우를 하도록 만들고 있다는 것이 아닐까 생각한다.

결국 본질적 문제는 산재보험법이 근로기준법상 근로자 개념에 기초하면서 보험행정체계를 이에 정합적인 구조로 만들어 두고 있으면서도 특수형태근로종사자와 같이 근로기준법상 근로자가 아니라고 전제되는 범주를 설정하고, 보험료부담 등을 근로기준법상 근로자와 다르게 접근하고 있는 것이다. 2023년 7월 1일부터는 더 이상 특수형태근로종사자라는 산재보험법의 용어는 사라지고, 노무제공자라는 용어가 그 자리를 대신한다. 그리고 문제되었던 특수형태근로종사자의 전속성 기준도 폐지된다. 그러나 여전히 고용산재보험료징수법에서는 노무제공자가 특수형태근로종사자와 마찬가지로 산재보험료의 1/2을 부담하도록 하고 있어 청구인들이 제기한 문제는 남아 있다. 비록 현재가 평가하고 있듯 산재보험제도가 다양한 고용형태를

포괄할 수 있도록 개선되어 가고 있고 이에 따라 산재보험법의 보호가 확대되어 가고 있기는 하지만, 산재보험법의 기본 구조 자체를 혁신시켜 나가지 않는 한 검토대상 사건에서 청구인들이 제기한 것과 같은 형평성에 대한 문제의식은 계속 남아 있을 것이다.

박은정(인제대학교 법학과 교수)

〈부록〉 노동판례리뷰 2023 목록(주제별)

대주제	대상판례	필자	발간연월	발행처
노동법의 적용	대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다14581 판결 대법원 2022. 10. 27. 선고 2017다9732 판결	강선희	202301	노동리뷰 2023년 1월호
	대법원 2023. 8. 18. 선고 2019다252004 판결	방강수	202310	노동리뷰 2023년 10월호
	대법원 2023. 10. 12. 선고 2023다254366 판결	남궁준	202312	노동리뷰 2023년 12월호
	서울행정법원 2023. 1. 12. 선고 2021구합71748 판결	강주리	202303	노동리뷰 2023년 3월호
	서울행정법원 2023. 1. 12. 선고 2021구합71748 판결	방강수	202303	노동법학 제85호
	근로조건 결정규범	대법원 2023. 5. 11. 선고 2017다35588, 2017다35595(병합) 전원합의체 판결	강성태	202306
대법원 2023. 5. 11. 선고 2017다35588, 2017다35595(병합) 전원합의체 판결		양승엽	202306	노동법학 제86호
대법원 2023. 6. 15. 선고 2020도16228 판결		김근주	202310	노동리뷰 2023년 10월호
대법원 2023. 7. 13. 선고 2022추5156 판결		장호진	202309	노동법학 제87호
서울고등법원 2022. 10. 12. 선고 2022나2004418(본소), 2022나2004425(반소) 판결		김근주	202301	노동리뷰 2023년 1월호
대전고등법원 청주 제2민사부 2022. 12. 7. 선고 (청주)2022나50254 판결		양승엽	202302	노동리뷰 2023년 2월호
서울북부지방법원 2023. 9. 20. 선고 2022가소347415 판결		장호진	202312	노동법학 제88호
근로조건	대법원 2023. 4. 13. 선고 2022두64518 판결	장우찬	202306	노동리뷰 2023년 6월호
	대법원 2023. 4. 27. 선고 2020도216431 판결	남궁준	202307	노동리뷰 2023년 7월호
	대법원 2023. 6. 23. 선고 2023다223508 판결 서울고등법원 2023. 2. 15. 선고 2020나2047305 판결	강성태	202312	노동법학 제88호
	대법원 2023. 6. 29. 선고 2018도1917 판결	양승엽	202309	노동리뷰 2023년 9월호
	대법원 2023. 7. 27. 선고 2023다227418 판결	노호창	202309	노동법학 제87호
	서울고등법원 2023. 1. 27. 선고 2022나2011720 판결	방강수	202304	노동리뷰 2023년 4월호
	서울중앙지방법원 2022. 9. 29. 선고 2020가합602440 판결	조재호	202301	노동리뷰 2023년 1월호
인사이동, 징계, 근로 관계의 변동	대법원 2023. 3. 16. 선고 2022도3393 판결 등	신수정	202305	노동리뷰 2023년 5월호
	대법원 2023. 1. 12. 선고 2022다281194 판결	권오성	202305	노동리뷰 2023년 5월호
	서울중앙지방법원 2022. 11. 3. 선고 2019가합571199 판결	구미영	202303	노동리뷰 2023년 3월호
	서울중앙지방법원 2022. 11. 3. 선고 2019가합571199 판결	조재호	202303	노동법학 제85호



대주제	대상판례	필자	발간연월	발행처
인사이동, 정계, 근로 관계의 변동	인천지방법원 2022. 10. 13. 선고 2021나70304 판결	조재호	202304	노동리뷰 2023년 4월호
	서울중앙지방법원 2023. 8. 24. 선고 2021가합561614 판결	양승엽	202311	노동리뷰 2023년 11월호
	서울중앙지방법원 2023. 8. 24. 선고 2021가합539235 판결	문준혁	202311	노동리뷰 2023년 11월호
근로관계의 종료	대법원 2023. 2. 2. 선고 2022두57695 판결	권오성	202304	노동리뷰 2023년 4월호
	대법원 2023. 6. 15. 선고 2019두40260 판결	강주리	202309	노동리뷰 2023년 9월호
	대법원 2023. 7. 13. 선고 2023도188 판결	노호창	202309	노동리뷰 2023년 9월호
노동조합	대법원 2022. 11. 30. 선고 2016다26662, 2016다26679(병합), 2016다26686(병합) 판결	김근주	202302	노동리뷰 2003년 2월호
	대법원 2023. 8. 18. 선고 2023두41383 판결	김 린	202310	노동리뷰 2023년 10월호
	서울고등법원 2022. 10. 20. 선고 2022누34120 판결	강성태	202304	노동리뷰 2023년 4월호
	수원지방법원 성남지원 2023. 1. 31. 자 2022카합50288 결정	강선희	202305	노동리뷰 2023년 5월호
	수원지방법원 성남지원 2023. 1. 31. 자 2022카합50288 결정	양승엽	202306	노동법학 제86호
	수원지방법원 성남지원 2023. 1. 31. 자 2022카합50288 결정	김홍영	202306	노동법학 제86호
	수원지방법원 성남지원 2023. 1. 31. 자 2022카합50288 결정	박수근	202306	노동법학 제86호
	수원지방법원 성남지원 2023. 1. 31. 자 2022카합50288 결정	신수정	202306	노동법학 제86호
수원지방법원 성남지원 2023. 1. 31. 자 2022카합50288 결정	심재진	202306	노동법학 제86호	
쟁의행위	대법원 2022. 10. 27. 선고 2019도10516 판결	노호창	202301	노동리뷰 2023년 1월호
	대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결	조재호	202308	노동리뷰 2023년 8월호
	대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결	양승엽	202309	노동법학 제87호
	대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결	이준희	202309	노동법학 제87호
	대법원 2023. 6. 29. 선고 2017도9835 판결	김 린	202309	노동리뷰 2023년 9월호
	서울동부지방법원 2022. 12. 15. 선고 2021가단126529 판결	강주리	202306	노동법학 제86호
	대구지방법원 김천지원 2022. 12. 21. 선고 2019가단36260 판결	박제성	202303	노동리뷰 2023년 3월호
	서울동부지방법원 2023. 7. 20. 선고 2022가합100033 판결	조재호	202312	노동법학 제88호

대주제	대상판례	필자	발간연월	발행처
비정규직	대법원 2022. 12. 1. 선고 2018다300586 판결	김 린	202302	노동리뷰 2003년 2월호
	대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229588 판결	강선희	202307	노동리뷰 2023년 7월호
	대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229601 판결			
	대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다213477 판결	김 린	202308	노동리뷰 2023년 8월호
	대법원 2023. 4. 27. 선고 2021다229601 판결			
	대법원 2023. 6. 1. 선고 2018다275925 판결	강선희	202308	노동리뷰 2023년 8월호
	대법원 2023. 6. 29. 선고 2018두62492 판결			
	대법원 2023. 6. 29. 선고 2019두55262 판결	강선희	202309	노동리뷰 2023년 9월호
	대법원 2023. 9. 21. 선고 2016다255941 전원합의체 판결	강선희	202311	노동리뷰 2023년 11월호
	대법원 2023. 9. 21. 선고 2016다255941 전원합의체 판결			
대법원 2023. 9. 21. 선고 2016다255941 전원합의체 판결	박승근	202312	노동법학 제88호	
대법원 2023. 9. 21. 선고 2016다255941 전원합의체 판결	양승엽	202312	노동법학 제88호	
서울고등법원 2022. 11. 18. 선고 2021나2042116 판결	장호진	202303	노동법학 제85호	
광주고등법원 2023. 2. 16. 선고 2021나22465 판결	노호창	202304	노동리뷰 2023년 4월호	
서울고등법원 2023. 10. 13. 선고 2022나2041172 판결	이은주	202312	노동리뷰 2023년 12월호	
서울행정법원 2022. 10. 28. 선고 2020구합65838 판결	박은정	202303	노동법학 제85호	
사회보장·노동시장	대법원 2022. 9. 16. 선고 2019두38571 판결	신수정	202303	노동법학 제85호
	대법원 2022. 12. 15. 선고 2018두63143 판결	노호창	202303	노동리뷰 2023년 3월호
	부산고등법원(창원) 2023. 8. 23. 선고 2023노167 판결	조재호	202312	노동법학 제88호
	서울고등법원(춘천) 2023. 9. 15. 선고 2021나2092, 2108, 2115 (병합)판결	조재호	202312	노동리뷰 2023년 12월호
	서울남부지방법원 2023. 3. 14. 선고 2022가단245857 판결	오대영	202307	노동리뷰 2023년 7월호
	의정부지방법원 고양지원 2023. 4. 6. 선고 2022고단3254 판결	진형배	202306	노동리뷰 2023년 6월호
	인천지방법원 2023. 6. 7. 선고 2022고단1878 판결	정영훈	202308	노동리뷰 2023년 8월호
	서울중앙지방법원 2023. 8. 10. 선고 2023고단443 판결	노호창	202310	노동리뷰 2023년 10월호
	헌법재판소 2023. 3. 23. 선고 2022헌마139 결정	박은정	202306	노동리뷰 2023년 6월호

◆ 집 필 진

- 김근주(한국노동연구원 연구위원)
- 남궁준(한국노동연구원 연구위원)
- 박제성(한국노동연구원 선임연구위원)
- 양승엽(한국노동연구원 부연구위원)
- 이은주(한국노동연구원 부연구위원)
- 강선희(고려대학교 일반대학원 강사, 법학박사)
- 강성태(한양대학교 법학전문대학원 교수)
- 강주리(서울시립대학교 강사, 법학박사)
- 구미영(한국여성정책연구원 연구위원)
- 권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)
- 김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)
- 김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)
- 노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)
- 문준혁(서울대학교 법학연구소 고용복지법센터 연구원, 법학박사)
- 박수근(한양대학교 법학전문대학원 명예교수)
- 박은정(인제대학교 법학과 교수)
- 방강수(공인노무사, 법학박사)
- 신수정(대전대학교 연구교수)
- 심재진(서강대학교 법학전문대학원 교수)
- 오대영(제주대학교 법학전문대학원 교수)
- 이준희(광운대학교 법학부 교수)
- 장우찬(경상국립대학교 법학과 교수)
- 장호진(지방공기업평가연구원 연구위원, 법학박사, 변호사)
- 전형배(강원대학교 법학전문대학원 교수)
- 정영훈(부경대학교 법학과 교수)
- 조재호(법무법인(유한) 민 변호사)

노동판례리뷰 2023

- 발행연월일 | 2024년 4월 19일 인쇄
- 발행연월일 | 2024년 4월 24일 발행
- 발 행 인 | 허 재 준
- 발 행 처 | 한국노동연구원
30147 세종특별자치시 시청대로 370
세종국책연구단지 경제정책동
☎ 대표 (044) 287-6080 Fax (044) 287-6089
- 조판 · 인쇄 | (주)이환디앤비 (02) 2254-4301
- 등 록 일 자 | 1988년 9월 13일
- 등 록 번 호 | 제2015-000013호

© 한국노동연구원 2024 정가 15,000원

ISBN 979-11-260-0735-6

한국노동연구원

30147 세종특별자치시 시청대로 370 경제정책동
TEL : 044-287-6083 <http://www.kli.re.kr>

