

# 노동판례리뷰

## 2022

남궁준·김근주·박제성 編



# 노동판례리뷰

## 2022

남궁준·김근주·박제성 編



# 목 차

<b>■ 노동법의 적용</b> .....	1
• 접촉률·수락률 평가점수가 낮은 사고출동 요원에 대한 불이익 부과와 근로자성 판단 .....	1
• 보험회사 위탁계약형 지점장의 근로기준법상 근로자성 .....	8
• 사이비(似而非) 플랫폼과 타다 드라이버의 근로자성 .....	13
<b>■ 근로조건 결정규범</b> .....	25
• 취업규칙과 근로계약 간의 유리성 원칙의 적용 범위 .....	25
• 취업규칙 불이익 변경의 판단기준 .....	29
• 특별퇴직 근로자에 대한 재채용 부분은 취업규칙 .....	34
• 취업규칙 불이익 변경 시 근로자의 집단적 동의 방법 .....	37
• 집단적 근로조건 대등 결정 원칙의 헌법적 승인 .....	45
<b>■ 근로조건</b> .....	49
• 근로계약상 사용자의 보호 의무 위반에 따른 근로자의 손해배상 청구권의 소멸시효 .....	49
• 고정시간외수당(고정 OT)이 소정 근로의 대가인 통상임금에 해당하는지 여부 .....	52
• 임금 지급 관행과 통상임금성 판단 .....	57
• 매각위로금 반환약정의 유효성 .....	61
• 임금피크제와 연령차별 .....	66
• 임금피크제 실시가 고령자 차별에 해당하는 경우 언제나 무효인지 여부 .....	72
• 사납금제 근절을 위한 여객자동차법의 강행 규정성 .....	75

• 승진 취소에 따른 급여차이와 부당이득 판단기준 .....	80
• 택시 전액관리제와 최저임금법 위반 판단 방법 .....	84

## ■ 인사이동, 징계, 근로관계의 변동 ..... 89

• 성희롱 피해 내용 이메일 송부가 명예훼손에 해당하는지 여부 .....	89
• 성 비위행위인 경우 징계사유에 대한 서면 통지 요건과 징계사유의 확정 .....	94
• 징계 시효의 기산점 .....	100
• 직장 내 괴롭힘 신고한 근로자 원거리 전보는 근로기준법 위반 .....	104
• 전직 시 약정에 따른 재고용 의무 .....	109
• 정리해고의 우회 수단인 후선배치에 대한 정당성 여부 .....	114

## ■ 근로관계의 종료 ..... 119

• 해고의 서면 통지 요건과 갱신 거절 등 .....	119
• 부당해고 복직 후 근로 제공 거부에 대한 사용자의 위자료 지급 인정 .....	125
• 사용기간은 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로기간에 포함된다 .....	130
• 퇴직급여제도의 설정 의무와 퇴직급여의 지급 의무 .....	134
• 노동위원회의 부당해고 구제이의 .....	137
• 사업장 폐업과 부당해고 구제이의 .....	142
• 정년 도래, 근로계약기간 만료, 폐업 등 이후 부당해고 등 구제신청과 구제이의 .....	149
• 근무 성적 부진에 따른 대기발령 후 무보직으로 인한 해고의 정당성 .....	155
• 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임 .....	160
• 초단시간 근로자의 퇴직급여 미지급 위헌 여부 .....	163

<b>■ 노동조합</b> .....	169
• 교원노조법 위반 행위 이후의 법 개정과 형사처벌 여부의 판단기준 .....	169
• 단체협약으로 처분할 수 없는 구체적으로 지급 청구권이 발생한 임금의 판단 기준 .....	174
• 노동조합의 선진행위와 형사처벌 : 주거침입과 업무방해의 판단기준 .....	177
• 조합활동 중 거친 표현에 대한 모욕죄 인정 여부와 단결권의 보장범위 .....	181
• 체크오프 조합원 수 적용과 공정대표의무 위반 .....	186
• 노조설립 무효확인 소송의 남용(濫用) .....	193
<b>■ 쟁의행위</b> .....	198
• 부당노동행위 구제명령의 상대방으로서 사용자 .....	198
• 주요 방위산업체 근로자들의 연장근로 · 휴일근로 거부가 쟁의행위에 해당되는지 .....	205
• 단순 파업의 형법상 업무방해죄 적용 여부 .....	210
<b>■ 비정규직</b> .....	215
• 도급근로자의 판매수수료는 임금에 해당한다 .....	215
• 직접고용 의무이행은 정규직 고용이 원칙이다 .....	220
• MES를 통한 상당한 지휘 · 명령 여부 .....	225
• 파견법상 직접고용 의무가 자회사 설립으로 이행되는지 여부 .....	229
• 공공기관 민간위탁과 근로자파견 .....	235
• 무기 계약 간주 근로자에 대한 기간제법 차별 처우 금지의 적용 여부 .....	241
• 정규직을 계약직으로 공고한 거짓 구인 광고 .....	246

• 채용형 인턴 및 정규직 전환자의 법적 지위와 차별행위로 인한 손해배상 .....	250
--	-----

## ■ 사회보장, 노동시장 ..... 257

• 산재보험법 제87조에 따른 근로복지공단의 대위권 행사 범위 .....	257
• 근로자의 범죄행위가 원인이 된 경우 업무상 재해의 인정 여부 .....	264
• 육아휴직자에 대한 불이익처우 .....	268
• 육아휴직 복귀 시 ‘같은 업무’의 기준 : 롯데쇼핑 사건 .....	273
• 사내하도급 사망사고와 수급인 사업주의 산업안전보건 위반죄 .....	277
• 직장 내 성추행 가해 근로자에 대한 산재보험 구상권 인정 여부 .....	281
• 산업안전보건법상 도급인의 안전·보건 조치 의무가 배제되는 ‘건설공사 발주자’의 판단기준과 의미 .....	286
• 김용균 씨 사망사건에 대한 제1심법원의 판결은 전부개정 산업안전보건법과 중대재해처벌법의 필요성과 정당성을 웅변한다? .....	294
• 역학적 연구 결과가 부족한 업무상 재해에 대한 근로자의 증명책임의 정도 .....	301
• 불법체류 외국인을 파견받아 사용한 경우의 법적 쟁점 .....	304
• 외국인근로자에 대한 사업장 변경 제한의 위헌 여부 .....	307
• 재혼을 유족연금수급권 상실 사유로 규정한 공무원연금법 규정이 재혼한 배우자의 인간다운 생활을 할 권리와 재산권을 침해하는지 여부 .....	318
• 재혼으로 인한 유족연금수급권 상실에 관한 쟁점 .....	324

## ■ 〈부록〉 노동판례리뷰 2022 목록(주제별) ..... 328



# 노동법의 적용

## 접속률·수락률 평가점수가 낮은 사고출동 요원에 대한 불이익 부과와 근로자성 판단

- 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다237117 판결 -

### 【판결요지】

원고들은 출동 가능 상태로 표시할 것인지를 자유롭게 결정하는 것이 원칙이고, 출동 요청 메시지를 수락할 것인지도 스스로 결정하였다. 원고들은 출동을 수락한 다음에도 직접 업무를 수행하지 않고 다른 에이전트들에게 출동 업무를 넘겨주기도 하였다. 피고가 원고들의 출동 가동률(출동 가능 상태의 비율), 관제 수용률(출동 요청 메시지에 대하여 출동을 수락한 비율) 등을 평가하였더라도 이를 근거로 수수료율을 차등 적용하거나 우선적으로 출동 요청을 받을 수 있는 권한을 부여하는 것 외에는 다른 불이익이 없었다... 이러한 사정에 비추어 볼 때, 원고들이 피고가 지정한 근무 시간과 근무 장소에 구속되었다고 평가하기 어렵다.

### 1. 사실관계

자동차 사고 조사를 하는 손해사정사 사고출동 요원이 퇴직금을 청구한 사건에서, 대상판결은 사고출동 요원의 근로기준법상 근로자성을 부정하여 그 청구를 기각하였다. 사실관계는 다음과 같다. 피고(삼성화재에니카손해사정 주식회사)는 삼성화재보험(주) 고객의 자동차 보험사고 발생 시 대물 보상 처리를 위해 설립된 손해사정 전문회사이다. 원고들은 피고와 ‘사고출동

서비스 대행 계약'을 체결하고 사고 발생 시 사고 초기에 현장에 출동하여 현장 사진을 찍는 등의 업무를 수행했다. 원고들은 '에이전트'라고 불린다.

원고들이 사고출동 서비스 업무를 수행하고자 하면 '스마트애니카 시스템 애플리케이션'을 통하여 출동 가능 상태를 표시(즉, 어플에 접속)하고, 사고 접수를 받은 콜센터 직원이 출동 가능 상태에 있는 에이전트에게 출동 가능 여부를 묻는 메시지를 발송하면, 에이전트가 이를 수락하고 업무를 수행한다. 원고들은 출동 가능 상태로 표시할 것인지 여부를 원칙적으로 자유롭게 결정할 수 있었고, 출동 요청 메시지를 수락할 것인지 여부도 스스로 결정하였다.

원고들은 피고가 배부한 '사고출동 가이드북'에 따라 복장과 명찰 등을 갖추고 업무를 했다. 에이전트가 사고출동 가이드북 기재 사항을 준수하였는지 여부는 평가항목 중 'CS 만족도'의 평가대상이다. 사고출동 서비스 업무를 위하여 필요한 차량·카메라·핸드폰은 원고들의 소유이고, 출동에 필요한 주유비·주차비 등의 비용도 원고들이 부담하였다.

피고는 원고들의 출동 가동률(출동 가능 상태의 비율, 이하 익숙한 표현으로 '접속률'이라 함), 관제 수용률(출동 요청 메시지에 대하여 출동을 수락한 비율, 이하 '수락률'), 고객만족도 등을 평가하고 관리하였다. 원고들은 매월 1회 노동의 대가로 수수료를 받았다. 수수료율은 개인별 접속률·수락률·고객만족도<sup>1)</sup> 평가에 기초한 등급에 따라 차등 적용되었다. 또한 피고는 이 평가를 바탕으로 사고 발생 시 높은 등급의 에이전트에게 우선적으로 출동 가능 여부를 묻는 메시지를 발송하였다.

피고는 낮은 등급의 에이전트에게 업무 형태 개선을 요구하고, 미개선 시 업무구역 축소 및 계약 해지의 불이익이 가해질 수 있다는 취지의 통고서를 보냈다. 또한 시말서 형태의 개선계획서를 작성케 하기도 하였다. 피고는 카카오톡 메신저를 통해 표준적인 지침이나 공지사항을 전달했고, 고객 만족도는 높이고 불만사항은 줄이라는 지시를 반복했다.

1) 고객만족도는 서비스 '질'에 대한 고객 평가인 반면 접속률과 수락률은 단순한 서비스 '양'에 대한 평가이다. 접속률과 수락률은 평소 노무제공자의 충성도(Loyalty)를 평가하는 것이라 할 수 있다.

## 2. 판결 요지 및 쟁점

대상판결은 원고들의 근로기준법상 근로자성을 부정하였는데, 다음의 다섯 가지 근거를 제시했다. (1) ‘사고출동 가이드북’은 사고출동 서비스를 표준화하고 균질화하기 위한 의도로 제작·배포되는 것으로 취업규칙이나 복무규정이 아니고, 가이드북을 통한 지휘·감독을 하였다고 보기 어렵다. (2) 접속률·수락률을 평가하였더라도 차등수수료와 업무요청순위를 정하는 것 외에는 다른 불이익이 없었으므로, 접속과 수락 여부를 원고들이 자유롭게 결정할 수 있었다. 따라서 피고가 지정한 근무 시간에 구속되었다고 평가하기 어렵다. (3) 원고들은 스스로 업무수행에 필요한 비품·작업 도구를 마련하고 업무수행 비용을 부담하였다. (4) 에이전트마다 수수료율이 달라서, 원고들이 피고로부터 지급받는 수수료 금액은 시기별로 또는 사람별로 비교적 큰 차이가 발생하기도 하였다. (5) 계약기간 중에 렌터카 회사를 설립하여 운영한 에이전트가 일부 존재하는 등 겸업 사례가 있다.

대상판결이 제시한 위의 근거 중에서 (1) 가이드북, (3) 비품·작업 도구, (4) 수수료 차이, (5) 겸업은 근로자성 분쟁 관련 다른 사례에서도 자주 등장하는 판단 요소인데, 동일한 사실관계라도 얼마든지 반대의 판단(즉, 근로자성 인정의 판단)이 가능한 부분이다. 이 부분의 검토도 매우 중요하지만, 지면 한계상 다루지 않는다.

이 글에서는 ‘(2) 접속률·수락률 평가에 의한 불이익 여부’에 대해 집중적으로 다룬다. 최근 플랫폼 노동의 논의에서 자주 등장하는 쟁점이기 때문이다. 피고회사의 업무방식을 플랫폼 노동으로 규정하기는 어렵지만, 어쨌든 피고회사는 플랫폼 노동의 방식(대기자 풀을 통한 인력 운영 방식)을 채택하였기에, 대상판결의 판단은 향후 플랫폼 노동 분쟁에 영향을 끼칠 수 있다. 그러나 대상판결은 너무나 뒤쳐진 인식을 보여주고 있다.

## 3. 차등 수수료와 후순위배정, 이보다 더 큰 불이익이 있는가

대상판결은 “원고들은 출동 가능 상태로 표시할 것인지를 자유롭게 결정하는 것이 원칙이고, 출동 요청 메시지를 수락할 것인지도 스스로 결정”하였

고, “피고가 원고들의 출동 가동률(출동 가능 상태의 비율), 관제 수용률(출동 요청 메시지에 대하여 출동을 수락한 비율) 등을 평가하였더라도 이를 근거로 수수료를 차등 적용하거나 우선적으로 출동 요청을 받을 수 있는 권한을 부여하는 것 외에는 다른 불이익이 없었다.”고 판단했다(밑줄은 필자가 강조). 즉, 평가 등급이 낮아도 별다른 불이익이 없으니, 원고들에게는 업무를 할지 말지의 자율성이 있다는 것이다. 하지만 ‘과연 불이익이 없는 것인지’를 면밀히 따져 볼 필요가 있다.

사안에서 업무의 요청과 수락은 ‘스마트애니카 시스템 애플리케이션’을 통해 이루어진다. 업무를 하려는 원고들은 필수적으로 어플에 접속(로그인)해야 한다. 피고는 원고들의 개별적인 접속률(출동 가동률)과 수락률(관제 수용률)을 평가하였고, 등급을 나누어 관리했다. 평가 등급에 따라 에이전트 별로 수수료가 달라지고, 피고는 사고 발생 시 등급이 높은 에이전트에게 우선적으로 출동을 요청하였다.

그 결과 평가 등급이 낮은 에이전트는 적은 수수료를 받게 된다. 또한 후순위로 출동 요청을 받게 되므로, 일감이 부족한 경우 출동 요청이 적거나 없을 수도 있다. 이러한 ‘차등 수수료’와 ‘후순위배정’은 에이전트의 수입에 직결되는 것으로 가장 중요한 노동조건이다. 대상판결의 판시처럼 “수수료 금액은 시기별로 또는 사람별로 비교적 큰 차이가 발생”한다. 평가 등급이 낮은 에이전트의 수입이 상당히 적어짐에도 불구하고, 대상판결은 차등 수수료와 후순위배정을 불이익이 아니라고 판단했다.

그렇다면 무엇이 저 평가자에 대한 불이익인가. 대상판결의 원심에 따르면, 피고는 평가 등급이 낮은 에이전트에게 “업무 구역 축소 및 계약 해지의 불이익이 가해질 수 있다는 취지의 통고서, 시정요구서 등을 발송”하였다.<sup>2)</sup> 우리 법원은 여전히 계약 해지 등만을 불이익이라고 보는 인식에 머물고 있다. 또한 계약 해지 등을 실제로 한 바가 없으니 불이익이 없었다고 보는 시각도 문제이다. ‘칼은 칼집에 꽂혀 있을 때 더 위협적이다.’라는 말처럼 ‘유보된 권한’ 자체가 커다란 불이익이 될 수 있다는 관점이 없다.

대상판결은 “업무 구역 축소 및 계약 해지”만을 저 평가자에 대한 불이익이라고 보고 있는데, 이는 매우 잘못된 인식이다. 일반적인 노무제공계약에

2) 대상판결의 원심(서울중앙지방법원 2020. 5. 21. 선고 2018나58464 판결) 판결문의 p.5.

서는 계약 해지가 노무제공자에게 커다란 불이익이다. 근로자이든 종속적 자영업자이든 계약 해지는 곧 실업을 의미하기 때문이다. 하지만 대상판결 사안이나 플랫폼 노동관계에서는 그렇지 않다. 대상판결에서 피고는 아무리 평가 등급이 낮은 에이전트라 하더라도 계약 해지를 하지 않을 것이며 또한 계약 해지를 할 이유도 없다. 다수의 대기자 풀(Pool)을 활용하는 인력 운영 방식에서, 대기자 풀은 많을수록 좋기 때문이다.

요컨대, 접속률·수락률 저 평가자에 대한 차등 수수료와 후순위배정은 그들의 수입과 직결되므로 이것이야말로 에이전트들에게는 가장 큰 불이익이다.

#### 4. 사용자에게 더 불이익한 저평가자 계약 해지

일반적인 근로관계에서 소정 근로 시간에 대한 사용자의 일감제공의무<sup>3)</sup>가 있는 것과 달리, 대상판결에서 피고는 원고들에게 일감을 제공할 의무가 없다(소정 근로 시간을 정하지 않는 특수고용과 플랫폼노동에서 흔히 나타난다.). 피고가 일감을 제공하지 못했을 때의 위험은 원고들이 부담한다. 일감이 부족한 경우, 원고들이 업무를 위해 로그인을 하더라도 업무를 배정받지 못할 수도 있다. 반대로 일감이 많은 경우, 원고들에게 충분한 일감이 제공되겠지만 차질 노동 인력 부족으로 피고는 고객에게 출동 서비스를 제때 제공하지 못할 수도 있다. 그래서 피고는 최대한 많은 수의 에이전트를 대기자 풀(Pool)로 두려 할 것이다. 아무리 등급이 낮은 에이전트라 하더라도 계약 해지를 할 이유가 없다.

물론 에이전트가 출동을 한 이후에 가이드북대로 업무수행을 하지 않거나 또는 고객과 마찰을 빚어 고객만족도 평가가 낮은 경우에는 계약 해지를 할 수 있다. 이것은 에이전트가 출동을 한 이후 업무수행 ‘과정’에서의 귀책사유에 따른 것이다. 이 경우에는 확실히 피고가 계약 해지를 할 이익이 있다. 하지만 업무수행(출동) ‘이전’의 접속률·수락률 평가 등급이 낮다는 이유로 계약 해지를 할 이유는 없다. 접속률·수락률 평가의 등급이 낮은 에이전트

3) 사용자가 일감을 제공하지 못하여 근로자가 근로를 제공하지 못한 경우라 하더라도 사용자는 소정 근로 시간에 대한 임금 지급할 의무가 발생한다. 즉, 사용자의 귀책 사유로 근로를 제공하지 못한 경우에는 ‘무노동 유임금’이 된다.

도 대기자 풀로 그대로 두는 게 피고에게 이익이다. 즉, 접속률·수락을 저평가자에 대한 계약 해지는 오히려 피고에게 불이익이다. 대기자 풀이 감소하기 때문이다.

결론적으로 접속률·수락을 평가 등급이 낮다는 이유에 의한 차등 수수료와 후순위배정은 원고들에게 가장 큰 불이익 부과이므로, 원고들이 접속과 수락 여부를 자유롭게 결정할 수 있었다는 대상판결의 판단은 잘못됐다. 원고들이 업무를 할지 말지에 대한 실질적 자유는 없다. 이론상의 자유일 뿐이다.

플랫폼 노동자인 글로보(Glovo)의 배송원을 근로자(trabajador)로 인정한 스페인 대법원(Tribunal Supremo) 판결<sup>4)</sup>은 시사하는 바가 크다. 업무 시간대를 선택하고 업무요청을 거절할 자유가 있는 글로보 배송원에 대하여, 스페인 대법원은 “배송원에 대한 이 점수체계는 근무일정 선택의 자유를 제약”한다고 판시했다. 점수가 낮은 배송원은 수입이 줄어드는데 이는 일자리와 보수를 잃는 것과 마찬가지이기 때문이라고 한다. 즉, 평가점수에 따른 업무 배정은 “배송원이 근무일정을 선택하고 주문을 거절할 수 있는 이론상의 자유를 결정적으로 제약”한다는 것이다.<sup>5)</sup> 스페인 대법원이 배송원의 자유를 “이론상의 자유”라고 한 점을 곱씹을 필요가 있다.

플랫폼 기업은 늘 플랫폼 노동자의 접속률과 수락을 평가한다. 디지털 기술의 발달로 이런 평가는 쉽다. 그러나 플랫폼 기업은 ‘평가만 할 뿐 이를 통한 불이익은 없다’고 주장한다. 노무제공자들은 ‘알고리즘으로 업무 배정의 불이익을 주는 것이 아니냐’고 따지지만, 실제로 입증하기는 쉽지 않다. 그런데 플랫폼 노동관계와 유사한 대상판결의 사안에서, 평가의 이유가 분명히 밝혀졌다. 바로 수입과 직결되는 차등 수수료와 업무 배정순위이다. 가장 중요한 노동조건이 접속률·수락을 평가를 통해 정해진다는 점을 만천하에 드러냈다. ‘평가만 할 리가 없다’는 진실을 증명했다. 대상판결의 큰 공로이다.

4) Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, Sentencia 805/2020 de 25 Sep. 2020, Rec. 4746/2019.

5) 스페인 대법원 글로보 판결의 번역은 노호창(2022), 「플랫폼노동 관련 해외 판례소개 ③ - 2020. 9. 25. 스페인 대법원 판결」, 노동자권리연구소 『이슈페이퍼』 참조.

## 5. 정규군 없이 예비군만으로 전투를 치르는 이점(利點)

흔히 플랫폼 노동에서 노무제공자의 자율성을 말하곤 한다. 노무제공자가 원하는 때에 접속하여 원하는 시간만큼 일한다고 한다. 우버(Uber) 운전기사, 스페인의 글로보 배송원, 우리나라의 ‘쿠팡이츠’와 ‘배민커넥트’ 음식배달원 등이 이렇게 일하고 있다. 그러나 이러한 대기자 풀을 통한 인력 운영은 사용자에게도 큰 이점(利點)이 있다는 점을 간과하면 안 된다. 플랫폼 기업도 일감 제공 의무에서 자유롭기 때문이다. 그래서 소정 근로 시간의 정함이 없는 근로자를 사용한다. 비유하면, 정규군 없이 예비군만으로 전투를 치르고 있는 셈이다. 플랫폼 기업은 이런 이점을 극대화하여 활용하고 있다. 플랫폼 노동자보다 플랫폼 기업이 더 자유롭다.

노무제공자가 ‘언제 일할지 또는 얼마나 일할지’에 대한 자율성이 있다고 해서 근로자성을 부정해서는 아니 된다. 이러한 자율성과 종속성은 별개의 문제이다. 전자는 업무수행 이전 단계에서의 자율성이고, 후자는 업무수행 과정에서의 종속성이다. 언제 일할지 등을 스스로 결정한다고 해서 그 ‘일’의 종속성이 변하는 것은 아니다. 프랑스와 스페인의 대법원은 이 점을 분명히 하고 있다.

우버 운전기사를 임금근로자(salarié)로 인정한 프랑스 대법원(Cour de Cassation) 판결<sup>6)</sup>은 “접속의 자유 및 근로 시간의 자유로운 선택”과 관련하여 “근로일과 근로 시간을 선택할 수 있다는 사정은 그 자체로는 종속적 근로 관계를 배제하지 않는다.”고 명확히 밝히고 있다.<sup>7)</sup> 법리 통일적 상고심인 앞의 글로보 판결 역시 “근무일정에 있어서의 자유의 존재가 어떤 경우에도 노동계약의 존재를 배제하지 않는다.”는 기존 입장을 유지하고 있다.

방강수(공인노무사, 법학박사)

6) Arrêt n°374 du 4 mars 2020 (19-13.316) - Cour de cassation - Chambre sociale

7) 프랑스 대법원 우버 판결의 번역은 박제성(2021), 『플랫폼노동 관련 해외 판례소개 ① - 2020. 3. 4. 프랑스 대법원 판결』, 노동자권리연구소 『이슈페이퍼』 참조.

## 보험회사 위탁계약형 지점장의 근로기준법상 근로자성

- 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다254372 판결 -
- 대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다246934 판결 -
- 대법원 2022. 4. 14. 선고 2021두33715 판결 -
- 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다238691 판결 -

### 【판결요지】

#### [대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다254372 판결 요지]

피고는 지점별 업무계획, 실적 목표 등을 제시하고 그 달성을 독려한 것으로 보이나, 그 공지 또는 통보된 내용의 추상적·일반적 성격에 비추어 피고가 원고들의 업무 내용을 정하고 업무수행 과정에서 상당한 지휘·감독을 한 것으로 평가하기 어려운 점, 피고가 원고들에 대한 근태관리를 하였다고 보기 어려운 점, 원고들은 자신의 비용으로 업무보조인력을 직접 채용하기도 하였고, 소속 보험설계사 등의 해촉으로 환수되지 못한 수수료를 피고로부터 환수당하기도 하는 등 사업자로서의 비용이나 책임을 부담한 것으로 볼 수 있는 점 등에 비추어, 원고들은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공한 근로자에 해당한다고 보기 어렵다.

#### [대법원 2022. 4. 14. 선고 2021두33715 판결 요지]

피고 보조참가인은 지역단장을 통해 그 소속의 지점장들을 관리·감독하였는데 지역단장이 정규직 지점장과 위탁계약형 지점장에 대한 관리·감독을 다른 방식으로 하였던 것으로 볼 만한 자료가 없고, 오히려 지역단장이 위탁계약형 지점장에게도 실적 달성을 위한 구체적인 업무 내용에 관하여 일일 보고, 현장 활동 보고를 지시하는 등 피고 보조참가인이 원고의 업무수행 과정에서 상당한 지휘·감독을 한 점, 위탁계약형 지점장의 실제 업무시간은 정규직 지점장과 크게 다르지 않았고, 원고가 피고 보조참가인이 제공한 지점 사무실에서 지점 운영 업무를 하면서 현장 활동이나 휴가 일정 등을 지역단에 보고한 점 등에 비추어 보면 근무 시간 및 근무 장소에 구속받지 않았다고 보기 어려운 점, 지점 사무실과 비품, 지점 운영 비용은 모두 피고 보조참가인이 제공하였고, 위탁계약형 지점장이 그와 별개로 사무실 운영 비용 등을 투입하였다고 볼 만한 자료가 없는 점 등에 비추어 보면, 원고는 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 피고 보조참가인에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다.



최근 대법원은 2022. 4. 14. 같은 날 한꺼번에 보험회사와 위탁계약을 맺고 지점의 운영·관리 및 보험설계사의 교육 업무를 수행한 이른바 ‘위탁계약형 지점장’의 근로기준법상 근로자성이 문제되는 4건의 사건들을 판단했는데, 그 판결 결과는 상반되었다. A 회사(대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다254372 판결)와 B 회사 사건(대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다246934 판결)은 퇴직금 청구 소송, C 회사 사건(대법원 2022. 4. 14. 선고 2021두33715 판결)과 D 회사 사건(대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다238691 판결)은 각각 부당해고 구제 재심 판정 취소 소송, 해고 무효 확인 소송이었다.

A 회사 사건과 B 회사 사건은 1심과 2심에서 근로자성이 부정됐고 대법원 또한 원심판결을 유지하였으나, C 회사 사건의 경우에는 1심과 2심에서는 근로자성이 부정됐으나 대법원은 원심판결을 파기하고 근로자성을 인정했고, D 회사의 경우 1심에서는 근로자성이 부정됐으나 2심에서는 근로자성이 인정됐고 대법원에서도 근로자성이 인정됐다. 결론적으로 대법원은 A 회사 사건과 B 회사 사건에서는 보험회사 위탁계약형 지점장의 근로기준법상 근로자성을 부정했으나, C 회사 사건과 D 회사 사건에서는 근로기준법상 근로자에 해당한다고 보고 계약 해지가 부당해고라고 판단하였다.

보험회사는 고객들을 상대로 한 보험모집 영업을 통해 매출을 발생시키고 사업을 운영하는데, 더 효율적인 모집 영업을 위하여 지점 단위 조직을 구성하는 경우가 많다. 보험모집 영업은 보험회사마다 특징이 있고, 방식이 대면 보험모집인지 전화 보험모집인지에 따라 조금씩 다르지만, 보험회사의 지점 단위의 영업조직은 대체로 보험설계사, 다수의 보험설계사를 관리하는 매니저 혹은 팀장, 보험설계사를 교육하는 육성팀장 또는 트레이너(매니저라고도 한다), 지점장으로 구성되어 있다.<sup>1)</sup> 보험설계사들 중 일부는 성향과 영업 능력에 따라 팀장으로서 보험설계사를 지도·교육하고 영입하는 ‘매니저’로 위촉되거나, 매니저 출신으로 지점 단위 보험모집 조직의 운영·관리를 총괄하면서 보험설계사의 모집·위촉과 교육·관리를 통해 지점 소속 매니저 및 보험설계사들이 보험모집 업무에 전력을 다하도록 지원하는 ‘지점장’으로 위촉되기도 한다. 지점장은 보험사마다 그 역할과 성격이 다르나, 대부분

1) 최여진(2020), 「보험회사와 위탁관계를 맺은 여러 직종의 근로기준법상 근로자성」, 『월간 노동법률』, 1월호, 중앙경제, pp.111~112 참조

은 지점 소속 보험설계사와 매니저 등을 교육·관리하고, 실적 목표를 제시한 뒤 목표 달성을 독려하며 조직을 운영·관리하고, 보험회사와 의사소통을 하는 일도 자주 있다. 특히 지점장의 보수는 고정급이 아닌 성과급으로서 지점의 실적과 연동되어 지급되는 경우가 대부분이어서 지점의 실적이 높으면 많은 성과급을 받기도 하나, 소속 설계사에게 환수가 발생하였을 때 이를 대신 책임지기도 한다. 이와 같은 ‘지점장’은 개인사업자로 보험회사와 위촉계약을 체결함으로써 엄격한 근태관리를 받지 않고 본인의 재량하에 자율적으로 업무를 수행하는 대신, 실적에 따른 수수료를 수령한다는 의미에서 ‘사업가형 지점장’, ‘위촉계약형 지점장’, ‘위탁계약형 지점장’이라 불리기도 한다.<sup>2)</sup>

보험회사별로 차이는 있으나 대체적으로 광역시·도별로 영업본부를 설치하고 각 영업본부 산하에 지역단, 총국 등을 두고 다시 지역단, 총국 등 산하에 지점(영업소 등)을 운영하고 있으며, 지점장에 대하여 정규일반직 또는 전문계약직 지점장과 위탁계약형 지점장을 병행하여 운영하는 경우도 있고, 전적으로 위탁계약형 지점장만으로 운영하는 경우도 있다.

다시 사건으로 돌아와 보면, 아쉽게도 대법원은 A 회사 사건과 B 회사 사건에서 상고기각 판결을 하면서 ‘근로기준법상의 근로자에 해당하는지는 계약의 형식보다 근로제공관계의 실질이 근로제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다.’는 기존 판례 법리를 적용하고 원심이 근로기준법상 근로자성 인정에 관한 법리를 오해하지 않았다고 판단하였을 뿐 위탁계약형 지점장의 근로기준법상 근로자성을 부정한 구체적 이유를 제시하지는 않았다. C 회사 사건과 D 회사 사건에서도 위탁계약형 지점장의 근로자성을 인정하면서도 근로기준법상 근로자성 인정에 관한 새로운 판단기준을 제시하지는 않았다. 다만, 대상판결들은 대법원이 보험회사 위탁계약형 지점장의 근로자성 인정 여부에 관해 판단한 최초의 사례라는 점에서 의의가 있다.

A 회사 사건과 B 회사 사건에서 대법원은 ① 위탁계약형 지점장은 보험설계사로 활동하다가 스스로의 판단에 따라 자발적으로 지점장 위촉계약을 체

2) 김경한(2020), 「보험회사 지점장의 근로기준법상 근로자성에 관한 선례」, 『월간 노동법률』, 8월호, 중앙경제, pp.112~113 참조.

결한 점, ② 보험회사가 지점별 업무계획, 실적 목표 등을 제시하고 그 달성을 독려한 것으로 보이나, 업무계획, 실적목표 등을 제시하고 달성을 독려한 내용이 추상적·일반적 성격에 그치고 민법상 위임계약의 본지에서 벗어난 것으로 보기도 어려운 점, ③ 위탁계약형 지점장은 보험회사의 동의나 허가 없이 휴가를 사용하고, 출근 시간은 지점마다 자체적으로 정하는 등 보험회사가 근로 시간 또는 출퇴근 시간을 관리하지 않은 점에서 보험회사가 위탁 계약형 지점장들에 대한 근무관리를 하였다고 보기 어려운 점, ④ 위탁계약형 지점장들은 자신의 비용으로 업무보조인력을 직접 채용하기도 하였고, 소속 보험설계사 등의 해촉으로 환수되지 못한 수수료를 보험회사로부터 환수당하기도 하는 등 사업자로서의 비용이나 책임을 부담한 것으로 볼 수 있는 점 등을 근거로 위탁계약형 지점장의 근로자성을 부정하였다(대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다254372 판결, 대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다246934 판결).

반면에 C 회사 사건과 D 회사 사건에서 대법원이 위탁계약형 지점장의 근로자성을 인정한 근거는 ① 지역단장을 통해 그 소속의 지점장들을 관리·감독하였는데 지역단장이 정규직 지점장과 위탁계약형 지점장에 대한 관리·감독을 다른 방식으로 하였던 것으로 볼 만한 자료가 없는 점, ② 오히려 지역단장이 위탁계약형 지점장에게도 실적 달성을 위한 구체적인 업무 내용에 관하여 일일 보고, 현장 활동 보고를 지시하는 등 업무수행 과정에서 상당한 지휘·감독을 한 점, ③ ‘지점 운영 매뉴얼’이 정규직 지점장과 위탁 계약형 지점장에게 모두 교부됐는데, 위탁계약형 지점장이 정규직 지점장의 업무와 비교해 지점의 운영에 관한 독립적인 결정권이나 재량권을 가지고 독자적인 방법으로 업무를 수행했다고 볼 만한 사정은 없는 점, ④ 위탁계약형 지점장의 실제 업무시간은 정규직 지점장과 크게 다르지 않았고, 회사가 제공한 지점 사무실에서 지점 운영 업무를 하면서 현장 활동이나 휴가 일정 등을 지역단에 보고하거나 ‘지점 운영 매뉴얼’, ‘지점 운영 기준’ 등에서 정한 근무 시간과 근무 장소에 맞추어 업무를 수행할 수밖에 없었을 것으로 보이는 점, ⑤ 지점 운영비 등의 명목으로 법인카드를 제공하거나 지점 사무실과 비품, 지점 운영비용은 모두 회사가 제공하였고, 위탁계약형 지점장이 그와 별개로 사무실 운영비용 등을 투입하였다고 볼 만한 자료가 없는 점 등에 비추어 지점의 운영에 따른 손실의 위험을 스스로 부담한다고 보기도

어려운 점, ⑥ 매월 정기적으로 지급받은 수수료는 성과급 형태의 임금으로 볼 수 있는 점 등이다(대법원 2022. 4. 14. 선고 2021두33715 판결, 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다238691 판결).

근로자성이 인정된 C 회사와 D 회사에는 정규직 지점장과 위탁계약형 지점장이 함께 존재하였으나, 근로자성이 인정되지 않은 A 회사와 B 회사에는 정규직 지점장은 없고 위탁계약형 지점장만 있었다. 물론 대법원이 명시적으로 정규직 지점장의 존재 및 정규직 지점장과 위탁계약형 지점장의 혼재 여부가 위탁계약형 지점장의 근로자성 인정의 결정적 근거로 본 것은 아니지만 결과적으로 정규직 지점장과 위탁계약형 지점장이 혼재된 보험회사와 그렇지 않은 보험회사의 판결 결과가 달랐다는 점에서 위탁계약형 지점장과 정규직 지점장이 명확히 구분되지 않고, 위탁계약형 지점장이 독립사업자로서 지점의 운영에 관한 상당한 재량권을 가지고 독자적인 방법으로 업무를 수행하거나 비용이나 책임을 부담하지 않는 이상 근로기준법상 근로자로 볼 수 있을 것이다.

근로기준법상 근로자성은 사안별로 사용 종속성을 인정할 수 있는 징표가 있는지를 실질적이고 구체적인 조건 및 사정 등 사실관계에 따라 종합적으로 검토할 수밖에 없으므로, 앞서 살펴본 위탁계약형 지점장의 근로기준법상 근로자성이 항상 인정된다거나 부정된다고 일률적으로 말할 수는 없을 것이다. 대법원이 보험회사 위탁계약형 지점장의 근로기준법상 근로자성 판단에 관한 구체적 기준 등을 제시하지 않았다는 점에서 아쉬움이 있지만, 실질적인 사실관계를 보다 더 중시해 좀 더 전향적인 판결을 할 수 있기를 기대해 본다.

권오상(노무법인 유엔 공인노무사, 법학박사)

## 사이비(似而非) 플랫폼과 타다 드라이버의 근로자성

- 서울행정법원 2022. 7. 8. 선고 2020구합70229 판결 -

### 【판결요지】

디지털 데이터와 매칭 알고리즘 등을 기본 속성으로 하는 플랫폼을 기반으로 노동에 종사하는 자가 증가하고 있고, 이에 따라 종속적 노동자와 독립계약자 사이에 경계가 모호해지고 있다. 이러한 모호함으로 인하여 플랫폼 노동 종사자가 근로기준법이 정한 근로자로서의 보호가 상실될 위험에 노출될 가능성이 높아지고 있고, (중략) 플랫폼 노동 종사자에 대한 계약 관계의 일방적 종료 등에 대하여 규제가 필요하다고 하더라도 별도의 입법을 통하여 규율하거나 근로기준법의 개정을 통하여 규율하는 것이 타당하다.

### 1. 3명의 사용자와 1명의 노무제공자

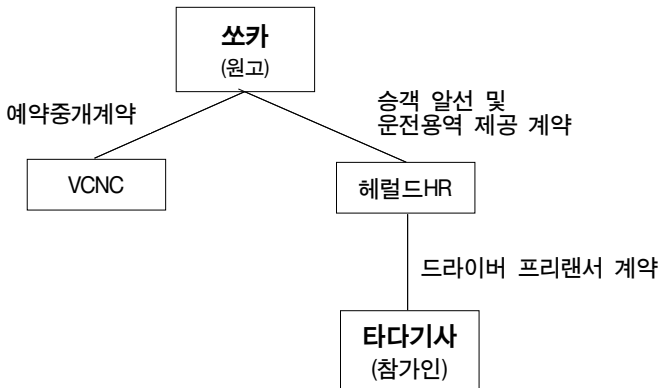
대상판결은 사회적으로도 큰 이슈가 되었던 ‘타다 드라이버’(이하 ‘타다기사’)의 부당해고 사건에 대한 법원 판결이다. 타다기사에겐 3명의 사용자가 있다. 차량을 소유하고 자동차대여사업을 하는 주식회사 쏘카(이하 ‘쏘카’), 쏘카의 자회사로서 모바일 애플리케이션(앱)을 운영하는 브이씨엔씨 주식회사(이하 ‘VCNC’), 인력공급업체인 헤럴드에이치알 주식회사(이하 ‘헤럴드 HR’)이다.

이 3명의 사용자가 ‘타다’라는 브랜드로 택시와 유사한 승객 운송 사업을 하였다. 즉 복수의 사업주가 하나의 사업을 운영하였다.<sup>1)</sup> 타다 서비스(타다 사업)는, 대상판결의 언급처럼, 쏘카가 소유한 11인승 승합차를 승객에게 대여하고 그 승객에게 운전용역을 제공할 운전기사까지 알선해주는 “기사 알

1) 복수의 사업주가 하나의 사업을 운영하는 친숙한 예로는 음식 배달 대행업이 있다. 앱을 운영하는 ‘프로그램사’(생각대로, 바로고 등)와 배달 기사와 계약을 체결한 지역 ‘배달대행사’가 음식 배달 대행이라는 하나의 사업을 운영한다. 배달 기사의 근로조건에 대하여 누가 사용자 책임을 부담하는지가 주요 쟁점이 된다. 타다 사업의 경우도 마찬가지이다.

선 포함 차량 대여서비스”이다.

타다 서비스를 둘러싼 계약 관계는 다음과 같다. 쏘카는 VCNC와는 ‘예약 중개계약’을, 헤럴드HR과는 ‘임차인(승객) 알선 및 운전용역 제공 계약’을 체결하였다. 헤럴드HR은 타다기사와 ‘드라이버 프리랜서 계약’을 체결하였는데, 이에 따르면 타다기사는 시간당 10,000원의 보수를 지급받는다. 이를 그림으로 하면 다음과 같다.



인원 감축 통보를 받은 타다기사 甲은 3명의 사용자(쏘카, VCNC, 헤럴드HR)를 상대로 노동위원회에 부당해고 구제신청을 하였다. 서울지방노동위원회는 타다기사의 근로기준법(이하 ‘근기법’)상 근로자성을 부정하여 구제신청을 기각하였다.<sup>2)</sup> 반면 중앙노동위원회는 타다기사의 근로자성을 인정한 후, 그 사용자는 VCNC와 헤럴드HR이 아니고 쏘카라고 판단하면서 구제신청을 인정하였다(해고의 존부 및 정당성, 그리고 타다 서비스 폐지로 인한 구제이익 등의 쟁점은 논외로 한다).<sup>3)</sup>

쏘카(원고)는 중앙노동위원회 재심 판정에 불복하여 행정소송을 제기하였다. 주요 쟁점은 타다기사 甲(참가인)이 근기법상 근로자인지, 그리고 쏘카는 甲의 근기법상 사용자인지이다. 대소판결은 타다기사의 근로자성을 부정하면서 이 사건 재심 판정을 취소하는 판결을 하였다. 타다기사의 근로자성을

2) 서울지방노동위원회 2019. 12. 26. 서울2019부해2668 판정.

3) 중앙노동위원회 2020. 5. 28. 중앙2020부해170 판정.

부정하였기에, 쏘카의 사용자성은 더 이상 판단하지 않았다.

## 2. 근로자성 판단과 사용자성 판단의 혼동

대상판결은 타다기사의 근로자성을 부정하였다. 즉 “원고가 참가인에 대하여 사용자의 지위에 있다고 보기 어렵고, 또한 참가인이 원고에 대한 종속적인 관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하였다고도 보기 어렵다.”고 판시하였다.

대상판결의 첫 번째 문제점이다. 분명 근로자성 판단에 관한 부분임에도 “원고가 참가인에 대하여 사용자의 지위에 있다고 보기 어렵다”고 설시하였다. 근로자성 판단에서는 쏘카의 사용자 지위를 따질 필요가 없다. 누가 사용자이든 타다기사가 종속적인 관계에서 근로를 제공한 근로자인지만 판단하면 된다. 누가 사용자인지는 그다음의 문제이다.

대상판결은 근로자성 판단과 사용자성 판단을 혼동하였다. 이는 근로자성 부정의 판단으로 귀결되는 데에 일정한 영향을 끼쳤다. 대상판결은 ‘구체적 판단’ 부분에서 첫 번째로 “원고가 참가인과 계약 관계가 있는지”를 살폈다. 하나의 사업(타다 서비스)을 3명의 사용자가 운영하는 복잡한 계약 관계에서, 쏘카와 타다기사 간에 직접적 계약 관계는 없다. 타다기사는 헤럴드HR과 계약 관계를 맺고 있는데, 이는 쏘카를 비롯한 3명의 사용자가 설계한 것이다. 이런 상황에서 쏘카와 타다기사의 계약 관계 여부를 판단할 필요는 없다. 대상판결은 따질 필요가 없는 것을 따졌다. 그 결과 쏘카와 타다기사의 계약 관계가 없다는 점이 근로자성 부정 요소로 작용했다.

또한 대상판결은 지속적으로 쏘카가 직접 타다기사에게 지휘·감독을 했는지를 살폈다. 대상판결은 “원고가 참가인의 업무 내용을 결정했는지”, “참가인이 원고가 정한 취업규칙 또는 복무규정을 적용받았는지”, “원고가 사용자로서 지휘·감독을 하였는지” 등을 판단했다. 근로자성 판단에서는 타다기사가 누군가의 지휘·감독을 받으며 종속적인 관계에서 근로를 제공했는지를 살펴야 함에도, 쏘카가 사용자가 아니라는 점만을 부각시켰다. 심지어 타다기사의 업무 내용을 누가 결정하는지와 관련하여 “출발지, 목적지, 경유지 등 타다 드라이버의 구체적인 업무 내용은 이용자의 호출에 의하여 결정”

된다며(판결서 40쪽), 승객(이용자)이 타다기사 업무 내용을 결정한다는 궤변도 보여주었다.<sup>4)</sup>

대상판결은 근로자성 판단과 사용자성 판단을 혼동했다. 이러한 혼동의 의도적인 것인지 헛갈려서 그런 것인지는 알 수 없지만, 결과적으로 타다기사의 근로자성을 제대로 판단하지 않은 셈이다. 향후 항소심에서는 양자의 판단을 명확히 구별할 필요가 있다.

### 3. 택시기사(도급제)와 타다기사(시간급제) 비교

개인택시가 아닌 법인택시(회사택시)의 기사는 근로계약을 체결하고 근무를 한다. 택시기사의 근기법상 근로자성은 한 번도 문제 된 적은 없다. 근로계약을 체결한 택시기사와 프리랜서 계약(非 근로계약)을 체결한 타다기사 중에 누가 더 종속성이 강한지를 비교하는 것은 의미가 있다.

과거 정액사납금제하에서의 택시기사의 임금체계는 매우 적은 기본급과 임금의 대부분을 차지하는 실적급으로 구성되어 있다. 실적급은 ‘사납금을 초과하는 운송수입금’(초과운송수입금)인데, 최저임금법은 이러한 실적급을 “생산고에 따른 임금”이라고 규정한다(최저임금법 제6조 제5항). 이것이 바로 도급제 임금이다. 근기법 제47조의 “도급 근로자”이다. 도급제 보수에는 약간의 사업자성이 포함되어 있다. 반면 타다기사는 시간급제 보수(시간당 10,000원)를 받고 있다.

시간급제는 그 시간을 사용자가 지배하겠다는 것이므로 강력한 근로자성의 징표가 된다. 시간급제의 경우 바로 근로자로 추정해도 무방하다(거의 대부분의 특수고용노동자가 도급제 보수를 받는다는 사실이 이를 반증해 준다). 이런 사정으로 대상판결은 타다기사가 근로 제공을 통한 이윤 창출과 손실 초래 등의 위험을 안았다고 보기 어렵다고 판단했으며, 타다기사의 보수와 관련하여 “참가인은 운전용역의 수행 횟수 등이 아닌 운전용역을 제공한 시간에 따라 대가를 지급받았으므로, 그 보수는 근로 자체의 대가적 성격

4) 또한 타다기사가 근로 제공을 통한 이윤 창출과 손실 초래 등의 위험을 안았다고 보기 어렵다고 판단하면서 “참가인이 친절도 등 스스로의 노력 여하에 따라 타다 서비스 이용자로부터 추가적인 금원으로서는 팁을 받을 수 있는 여지는 있었다.”(판결서 p.51)고 덧붙인 것은, 너무 당황스러운 나머지 옅은 미소를 짓게 한다.



을 가지고 있다.”는 것을 인정했다(판결서 p.51).

임금체계만 보더라도 도급제 보수를 받는 택시기사에 비해 시간급제의 타다기사의 종속성은 훨씬 더 강하다. 그럼에도 어떠한 근거로 타다기사의 근로자성을 부정했는지는 납득하기 어렵다.

#### 4. 감정까지 통제받는 타다기사<sup>5)</sup>

택시기사는 감정노동자인가? 감정노동자 보호를 연구했던 필자<sup>6)</sup>에게 누군가 했던 질문이다. 택시기사가 산업안전보건법 제41조의 고객 응대 근로자임은 분명 맞는데, 감정노동자인지는 좀 의문이 든다.

반면 타다기사는 확실히 감정노동자이다. 손님에게 아무 말이나 거는 택시기사와 달리, 타다기사는 정해진 멘트 외에는 하지 못한다. 하루 종일 운전하느라 심심해도 손님에게 사적인 대화를 걸어서는 아니 된다. 자신의 감정을 손님에게 표현해서도 아니 된다. 이것은 승객이 타다를 이용하는 장점 중의 하나이다. 조용히 쉬면서 운송 서비스를 이용할 수 있다. 타다기사의 멘트와 감정을 통제하는 것은 고객의 ‘별점 평가’이다.

나아가 택시기사와 달리 타다기사는 회사 시스템에 의한 지시대로 움직인다. GPS를 통해 사용자는 타다기사의 동선을 모두 파악할 수 있다. 타다기사가 근무 중에 식사나 화장실 이용을 하려면 잠시 앱 접속을 중지시켜야 한다. 5분 정도 앱이 중지되면 화장실에 갔다는 것을 사용자는 알 수 있다. 30분 이상 앱이 중지되면 식사하러 갔다는 것을 알 수 있다. 앱, GPS 등을 통해 근무 시간 도중에 식사 중인지 용변 중인지까지도 모두 파악할 수 있다.

과학기술의 발달은 ‘외근’ 중인 타다기사의 식사 또는 용변 시간, 그리고 감정까지 통제하고 있다. 기존 택시기사에게는 볼 수 없었던 통제이다. 택시기사에게는 사납금을 통한 ‘실적관리’ 밖에 할 수 없었다면, 타다기사에게는 공장 노동자와 동일한 수준의 ‘과정 관리’까지도 가능해졌다. 근로계약을 체결한 택시기사에 비해, 타다기사가 업무수행 과정에서 훨씬 더 강한 지휘·감독을 받

5) 방강수(2022), 「과학기술에 의한 종속성 강화」(토론문), 『노동법의 미래 ③ : 과학기술과 노동법』(서울대 노동법연구회 2022년 춘계공동학술대회 자료집), pp.63-64의 내용을 가져왔다.

6) 방강수(2019), 「감정노동자의 법적 보호」, 한양대 박사학위논문.

고 있다. 타다기사에 대한 지휘·감독의 수준은 “구체적·개별적”이다.

업무수행 과정에서, 지휘·감독의 ‘방식’이 변했을 뿐 지휘·감독의 ‘강도’는 훨씬 더 세졌다. 과학기술의 발달은 더 강한 지휘·감독을 가능케 해 준다. 심지어 감정까지도 쉽게 통제한다.

## 5. 주(週) 단위 소정 근로 시간 약정

흔히 플랫폼 노동의 특징으로 자율성을 꼽곤 한다. 특히 근무 시간을 자유롭게 정할 수 있기에 근로자로 인정하기 어렵다고도 한다. “내가 원할 때 달리고 싶은 만큼만..... 하고 싶은 일이 생길 때 한두 시간 가볍게”<sup>7)</sup>를 모토로 하는 배민커넥트 음식배달원에게 소정 근로 시간 약정은 없다(쿠팡이츠 음식배달원도 마찬가지이다.). 소정 근로 시간이란 의무적으로 일을 해야 하는 시간을 의미하는데,<sup>8)</sup> 이러한 음식배달원들은 어떤 날에 근로할지 여부 및 (한다면) 몇 시간을 할지 여부 등을 자유롭게 결정할 수 있다는 점에서, 이들에게 의무 근로 시간(소정 근로 시간)이 없다.<sup>9)</sup>

타다기사는 매주 헤럴드HR에게 “운행을 희망하는 요일과 시간대를 자유롭게 선택하여 배차 신청을 하였”다. 구체적으로 매주 목요일 자정까지 구글 폼을 통해 다음 주 월요일부터 일요일까지의 희망 근무 요일, 차고지, 근무 시작시각 및 종료시각을 선택하여 배차를 신청하였다. 이러한 사정 때문인지 대법판결은 “프리랜서 드라이버는 본인의 의사에 따라 운전용역 제공 여부를 자유롭게 결정”했다고 보았다. 그 결과 근무 시간의 구속성을 부정하였다. 또한 타다기사가 희망하는 차고지를 선택할 수 있다고 하여 근무 장소의 구속성도 부정하였다. 그러나 대법판결은 핵심을 간과하였다.

타다기사가 희망하는 요일과 근무 시간대를 선택하여 배차 신청을 한 것은

7) <https://www.youtube.com/watch?v=zQ9xyGZGHfw>, <https://www.youtube.com/watch?v=DwCvzVU6KEY>

8) 노동법상 ‘소정 근로’는 ‘의무 근로’를 의미한다. 자세한 내용은 방강수(2022), 『비전형 근로자의 소정 근로와 근로조건 - 소정 근로일 없는 도급근로자의 연차 휴가권을 중심으로 -』, 『법학논총』 제39집 제2호(박수근 교수 정년기념호), 한양대학교 법학연구소, pp. 118~119 참조.

9) 소정 근로 시간이 없다고 해서 반드시 근로자성이 부정되는 것은 아니다. ‘소정 근로 시간 없는 근로자’에 대해서는 향후 연구과제로 남겨둔다.

사실이다. 그렇다고 이것만으로 타다기사가 원하는 날과 시간대에 근무하는 것이 확정되는 것이 아니다. 타다기사의 배차 신청에 대하여 헤럴드HR이 배차표를 정한다. 이 배차표에 의해 타다기사의 근무일과 근무 시간이 정해진다.

타다기사의 배차 신청은 소정 근로 시간 약정에 대한 ‘청약’이며 사용자 측이 배차표를 작성하는 것이 그에 대한 ‘승낙’이다. 대상판결도 인정한 사실인 “매주 배차표에 따라 업무를 수행”한다는 것은, 매주 소정 근로 시간을 약정하는 것이다. 청약과 승낙에 의해 결정되는 배차표가 소정 근로 시간 약정인 셈이다. 결국 타다기사는 주(週) 단위로 소정 근로 시간을 약정하는 근로자이다.

전형적 근로자가 근로계약 체결 시에 일괄적으로 고정된 소정 근로 시간을 약정하는 것과 차이가 있지만, 타다기사가 소정 근로 시간을 약정한 근로자인 것은 분명하다. 소정 근로 시간을 주 단위로 정한다는 점과 매주 소정 근로 시간 수가 달라질 수 있다는 점이 전형적 근로자와 다를 뿐이다.

‘타다 드라이버의 근무 규정’에 따르면 무단결근은 계약 해지 사유이다. 매주의 배차표로 인해 의무적으로 근로를 제공해야 하는 소정 근로 시간이 정해져 있으므로, 타다기사에게도 무단결근이 발생한다. 따라서 ‘타다기사는 근무 시간을 자유롭게 선택할 수 있다’는 것은 허상에 불과하다. ‘근무 시간의 자율성’과 ‘무단결근’은 양립할 수 없는 개념이다.

차고지 또한 타다기사의 청약과 사용자의 승낙에 의한 배차표에 의해 정해진다. 주 단위로 차고지가 달라질 수는 있어도, 배차표에 의해 정해진 차고지로 반드시 출근해야 한다. 근무 장소의 구속성 또한 인정해야 할 것이다.

## 6. ‘일하지 않을 자유’는 있으나 ‘일할 자유’는 없다

타다기사는 본인이 원하는 요일과 시간대를 자유롭게 선택할 수 있다. 뒤집어 말하면 배차 신청을 아예 하지 않아도 된다. 타다기사에게 ‘일하지 않을 자유’가 있는 것은 맞다(후술하겠지만 실질적 자유는 아니다.). 하지만 타다기사가 배차 신청한 요일과 시간대에 꼭 근무할 수 있는 것은 아니다. “헤럴드HR은 배정된 차량 대수보다 운행을 신청한 드라이버의 수가 많을 경우

자체적인 배차 우선순위 기준에 따라서 드라이버를 선별”(판결서 p.46)했기 때문이다.

차량보다 배차신청 기사의 수가 많은 경우(즉, 인력공급 과잉) 타다기사는 일을 못할 수 있다. 일하고 싶어도 못 하는 상황이 발생한다. 인력공급 과잉의 경우, 사용자는 ‘배차 우선순위 기준’에 따라 배차표에 넣을 타다기사를 정한다. 예컨대, 기사 100명이 소정 근로 시간 약정의 ‘청약’을 했는데, 사용자는 80명에 대해서만 ‘승낙’할 수도 있다. 기사 20명은 일할 자유가 사라졌다.

‘배차 우선순위 기준’은 다음과 같다. 1순위는 10시간 근무자, 2순위는 9시간 근무자, 3순위는 그 외 근무자이다. 또한 서울지방노동위원회 심문회의 당시 해럴드HR의 실장 ○○○은 ‘운행 횟수’를 기준으로 드라이버에 대한 배차를 실시한다고 진술하였다. 한마디로, 평소 많은 시간을 근무한 타다기사(즉, 양적으로 성실한 근무자)가 우선 순위자가 된다.

타다기사에게 일하지 않을 자유가 있긴 하다. 그러나 평소 근무량이 적은 경우 배차에서 후순위로 밀리게 되고, 그 결과 배차 신청은 했으나 일을 하지 못하는 상황이 발생한다. 이런 점에서 타다기사의 일하지 않을 자유는 실질적 자유가 아니다.

## 7. 콜 미 수락에 대한 불이익

길거리에서 운행 대기 중인 타다기사에게 사용자가 운행요청(콜)을 했을 때, 타다기사가 콜 수락을 거절할 자유가 있는지도 주요 쟁점이다. 대상판결은 콜 미 수락에 대한 불이익 조치가 없다며, 타다기사는 콜 수락 여부를 스스로 결정할 수 있다고 판단했다. 대상판결은 “콜 미 수락과 배차 취소 건수는 드라이버 레벨제의 평가 요소로서 고려되었으나, 특별수수료율을 차등 적용하는 것 이외에 별다른 불이익은 없었다.”고 판시했다(판결서 p.48).

대상판결은 콜 미 수락에 대한 불이익 조치를 경고·계약 해지 등과 같은 전통적 불이익으로 편협하게 이해하고 있다.<sup>10)</sup> 콜 미 수락이 많은 경우, 대

10) 최근 삼성화재에너지 사고출동 요원 사건에서 대법원 판결도 이러한 인식을 보여줬다. 이 판결에 대한 비판적 검토로는 방강수(2022), 「접속률·수락률 평가점수가 낮은 사고출동 요원에 대한 불이익 부과와 근로자성 판단」, 『노동리뷰』 제207호, 한국노동연

상관결도 인정했듯이 레벨제 평가에 따라 특별수수료를 적게 받으며, 배차 우선순위에서 후순위로 밀려 일할 기회를 상실할 수 있다. 타다기사에게 차등수수료와 후순위배차만큼 큰 불이익은 없다. 대상판결은 타다기사에게 가장 큰 불이익(차등수수료와 후순위배차)은 외면한 채, 사용자 측이 행사하지도 않을 계약 해지와 같은 불이익이 없었다는 사실만 주목했다.<sup>11)</sup>

사용자 측은 콜 미 수락 비율이 높은 타다기사에게 계약 해지를 할 이유가 없다. 대상판결은 이 점을 간과했다. 이를 설명하기 위해, 차등적 특별수수료 지급<sup>12)</sup>을 위한 ‘드라이버 레벨제 평가요소’를 먼저 살펴보자. 평가요소는 다음과 같다(업데이트 이전 평가요소는 생략).

#### 2019. 2. 28. 업데이트 후 평가 요소

1. 서비스 친절
  - 별점(손님 평가), CS인입내역(궁정, 부정)
2. 업무성과
  - 매출(운행 건수와 운행 거리로 산정), 일별 최소 운행 건수
3. 참여도
  - 출근 일수, 미 수락 및 배차취소 건수, 대기지역 이탈 건수

위의 평가요소는 3가지인데, 이것을 질적 평가요소와 양적 평가요소로 해서 다시 2개로 구분할 수 있다. ‘서비스 친절’은 타다기사 노동에 대한 질적 평가요소이며, ‘업무성과’와 ‘참여도’는 양적 평가요소이다. 양적 평가요소는 노무제공자가 얼마나 많은 시간을 일했는지에 대한 평가로서, 성실도 또는 충성도라고도 불리운다. 플랫폼 노동이나 이와 유사한 노동에서 대부분 이런 방식으로 평가한다.

위의 평가요소는 차등수수료의 지급 기준인데, 이 외에도 질적평가와 양

구원, pp.65~70 참조.

11) 보다 자세한 내용은 방강수, 위의 글 참조.

12) VCNC는 2019. 2. 1.부터 드라이버 레벨제를 시행하기로 결정하고 타다 앱 등을 통해 이를 공지하였다. 드라이버 레벨제는 평가 요소별로 가중치를 부여하여 드라이버의 레벨을 결정하고, 출퇴근 및 심야 피크 시간대에 운행한 매출액에 대해 레벨에 따라 차등적으로 특별수수료를 지급하는 것이다. 레벨별 특별수수료율은 PERFECT는 10%, BEST는 8%, GOOD은 5%, BASIC은 0%이다.

적평가의 구분은 사용자의 불이익 수단의 차이를 알 수 있는 기준으로도 유의미하다.

타다기사 노동의 질적 평가점수가 낮은 경우, 이는 계약 해지 사유가 된다. ‘타다 드라이버 근무 규정’에 따르면, 서비스 이슈(폭력, 성희롱, 성추행, 난폭운전, 불친절 등)는 대표적인 계약 해지 사유이다. 질적 평가(즉, 승객에 대한 서비스 평가) 점수가 낮다는 것은 타다 사업의 핵심 이미지를 해치는 중대한 위반행위로서 사용자는 당연히 계약을 해지하려 할 것이다.

반면 양적 평가점수가 낮은 경우(즉, 평소 근무량이 적은 경우), 사용자는 계약 해지를 할 이유가 없다. ‘타다 드라이버 근무 규정’에 콜 미 수락을 계약 해지 사유로 규정하고 있긴 하나, 다음과 같은 이유로 실제 그럴 일은 없다.

타다와 같은 사업의 경우, 핵심 중의 하나는 ‘인력공급 과잉’ 상태를 유지하는 것이다. 정해진 고정인력을 사용하지 않기 때문에 인력공급의 과잉 또는 부족 상태가 늘 발생하는데, 사용자에게 치명적인 위험은 ‘인력공급 부족’이다. 차량보다 배차신청 기사의 수가 적은 경우, 실제 운행되는 차량은 적어질 수밖에 없으므로 타다 서비스에 큰 차질이 발생한다. 미운행 차량이 많을수록 사용자에게는 당연히 손해이다.

‘인력공급 과잉’ 상태를 유지할 필요성이 있는 사용자 입장에서 양적 평가점수가 낮은 타다기사와의 계약을 해지할 이유는 없다. 평소 근무량이 적은 타다기사라 하더라도 그대로 인력 풀(Pool)로 두는 것이 유리하다. ‘실제 일하는 사람’보다 ‘인력 풀’이 훨씬 더 많은 상태를 원하는 사용자에게 너무 당연하다.

‘인력공급 과잉’ 상태에서 위험은 고스란히 타다기사에게 전가된다. 일을 하고 싶어도 하지 못하는, 그래서 수입이 줄어드는 기사가 발생한다. ‘인력공급 과잉’ 상태에서 선순위로 배차를 받기 위해서는 양적 평가점수가 높아야 한다. 양적 평가점수가 높으면 선순위 배차와 특별수수료 지급으로 더 많은 수입을 얻는다. 또한 ‘인력공급 과잉’ 상태는 타다기사의 충성도를 높이는 수단으로도 작용한다.

콜 미 수락으로 인한 차등수수료와 후순위배차는 타다기사에게 가장 큰 불이익이다. 계약 해지는 당할 일이 없기 때문이다. 따라서 타다기사가 콜 수락을 거절할 실질적인 자유는 없다.

## 8. 타다기사는 플랫폼 노동자인가?

대상판결은 타다기사를 플랫폼 노동자로 규정하고, 플랫폼 노동자는 근기법상 근로자로 인정되기 어렵다며 다음과 같이 입법론도 제시하였다. “디지털 데이터와 매칭 알고리즘 등을 기본 속성으로 하는 플랫폼을 기반으로 노동에 종사하는 자가 증가하고 있고, 이에 따라 종속적 노동자와 독립계약자 사이에 경계가 모호해지고 있다. (중략) 플랫폼 노동 종사자에 대한 계약 관계의 일방적 종료 등에 대하여 규제가 필요하다고 하더라도 별도의 입법을 통하여 규율하거나 근로기준법의 개정을 통하여 규율하는 것이 타당하다.”

2020. 5. 28. 중앙노동위원회가 타다기사의 구제신청을 인정하는 판정을 한 다음 날, 타다기사의 대리인인 민주노총 법률원은 보도자료를 통해 “최초로 플랫폼노동자인 타다 드라이버의 근로자성을 인정”한 판정이라고 그 의미를 부여했다.<sup>13)</sup> 근로자측 대리인도 타다기사를 플랫폼 노동자로 규정했다. 어려운 문제를 해결할 때 성취감이 더 크긴 하겠으나, 굳이 문제를 어렵게 만들 필요가 있을까. 과연 타다기사는 플랫폼 노동자인가?

플랫폼은 연결 또는 중개의 의미이다.<sup>14)</sup> 중개를 통해 공유경제를 만들어 내기도 한다. 나의 차량을 남과 공유하기 위해서는 중개자(플랫폼)가 필요하다. 우버(Uber) 택시는 이렇게 출발했다. 우버는 ‘차량을 소유한 운전자’와 ‘승객’을 연결 또는 중개하는 것으로 사업을 시작하였다. 그러다가 점차 우버가 운임 가격을 정하고, 운전자에 대한 통제가 강화하면서, 우버는 중개자에서 사용자의 지위를 갖게 되었다. 프랑스(2020. 3.)<sup>15)</sup>와 영국(2021. 2.)<sup>16)</sup>의 대법원은 우버기사를 근로자로 인정하였다. 우버는 중개자가 아닌 사용자가 되었다.

어쨌든 우버는 ‘차량을 소유한 운전자’와 ‘승객’의 중개가 출발점이었다.

13) 민주노총 법률원(2022.5.29.), 「중앙노동위원회, 타다 드라이버 근로자성 인정」, 보도자료.

14) 오랜 역사와 함께 지금도 우리에게 익숙한 대표적인 플랫폼은 복덕방(공인중개사 사무소)이다. 오프라인 플랫폼인 복덕방은 온라인 플랫폼(다방, 직방 등)으로 진화하고 있다. 이 플랫폼의 특징은 중개물 가격을 플랫폼이 결정하지 않는다는 점이다. 중개물에 대한 가격결정권이 없어야 진정한 중개자(플랫폼)이다.

15) Arrêt n°374 du 4 mars 2020 (19-13.316) - Cour de cassation - Chambre sociale

16) Uber BV and others v Aslam and others [2021] UKSC 5

하지만 타다는 전혀 다르다. 차량은 쏘카의 소유이다. 중개라고 볼 요소가 전혀 없다. 복잡하게 얽힌 사용자들(쏘카, VCNC, 헤럴드HR)이 승객운송 사업을 위해 그냥 운전기사를 고용한 것뿐이다. 우버와 타다의 공통점은 ‘유사 택시’와 ‘스마트폰 앱 사용’뿐이다.

2022. 3. 31. ‘플랫폼 노동자 적정소득 보장방안 공개토론회’가 있었다(한국노동사회연구소 등 주최). 이 토론회의 ‘현장 노동자 발언’에는 가사 노동자, 대리운전기사뿐만 아니라 택배기사도 참석하여 발언하였다. 택배기사도 스스로 플랫폼 노동자로 규정한 듯하다. 또한 ○○지역플랫폼택시노동조합도 있다. ○○플랫폼노동조합도 있는데 이 노동조합의 주요 조합원은 택시기사이다. 회사택시기사도 역시 스스로 플랫폼 노동자로 규정했다.

택배기사나 택시기사가 플랫폼 노동자라는 것은 참으로 당혹스럽다. 현실에서는 ‘스마트폰 앱 = 플랫폼’으로 여기는 것 같다. 하지만 스마트폰 앱을 사용하여 노동을 한다고 해서 플랫폼 노동자인 것은 아니다.

타다기사도 마찬가지로 플랫폼 노동자가 아니다. 승객 운송 사업을 하는 사용자들(쏘카, VCNC, 헤럴드HR)에게 고용된 운전기사일 뿐이다. 스마트폰 앱을 사용하고 기존 택시와는 다른 세련된 친절함 등이 있다고 해서 플랫폼 노동이 되는 것은 아니다. 타다기사의 특이점은 주 단위로 소정 근로 시간 약정을 하는 근로자라는 점이다.

대상판결은 “플랫폼을 기반으로 노동에 종사하는 자가 증가하고 있고, 이에 따라 종속적 노동자와 독립계약자 사이에 경계가 모호”하다고 했는데, 이러한 진단은 이미 많은 연구자들이 한 것이다. 플랫폼 노동자의 근로자성 판단이 쉽지 않다는 점은 동의한다. 그러나 과연 누가 진정한 플랫폼 노동자인가?!<sup>17)</sup>

추상적 차원에서 플랫폼 노동의 정의와 유형 등에 대한 연구도 중요하겠지만, 구체적으로 어떤 노무제공자가 플랫폼 노동자인지를 쉽게 알려주는 것도 연구자의 몫이다. 플랫폼 노동을 둘러싼 이론과 현실의 커다란 간극이 대상판결을 낳았다.

방강수(공인노무사, 법학박사)

17) “내가 원할 때 달리고 싶은 만큼만” 일하는 배민커넥트와 쿠팡이츠의 음식배달원 정도는 되어야 플랫폼 노동자라고 할 수 있다. 택배업의 쿠팡플렉서도 마찬가지이다. 그 외 플랫폼 노동자라고 할 만한 직업은 아직은 잘 모르겠다.



# 근로조건 결정규범

## 취업규칙과 근로계약 간의 유리성 원칙의 적용 범위

- 대법원 2022. 1. 13. 선고 2020다232136 판결 -

### 【판결요지】

변경된 취업규칙의 기준에 의하여 유리한 근로계약의 내용을 변경할 수 없으며, 근로자의 개별적 동의가 없는 한 취업규칙보다 유리한 근로계약의 내용이 우선하여 적용된다. 그러나 근로기준법 제4조, 제94조 및 제97조의 규정 내용과 입법 취지를 고려할 때, 위와 같은 법리는 근로자와 사용자가 취업규칙에서 정한 기준을 상회하는 근로조건을 개별 근로계약에서 따로 정한 경우에 한하여 적용될 수 있는 것이고, 개별 근로계약에서 근로조건에 관하여 구체적으로 정하지 않고 있는 경우에는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건이 근로자에게 적용된다고 보아야 한다.

2019년 대법원 판결(이하, 2019년 판결)<sup>1)</sup>은 취업규칙과 근로계약 사이의 ‘유리성 원칙’을 인정하는 법리를 제시하였다. 즉, 근로자집단의 동의를 얻어 취업규칙을 불리하게 변경한 경우라도, 근로자의 개별적 동의가 없는 한 취업규칙보다 유리한 근로계약이 우선하여 적용된다는 법리이다.

대상판결은 이러한 법리를 따르면서 유리성 원칙의 ‘적용 범위’에 관한 법

1) 대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709 판결. 이 판결에 대한 평석은 박제성(2020), 『노동법상 일반원칙으로서의 유리의 원칙』, 『노동리뷰』 1월호, 한국노동연구원, pp.157~160; 신권철(2020), 「취업규칙과 근로계약의 관계」, 『노동법연구』 제48호, 서울대학교 노동법연구회, pp.35~73; 김기선(2020), 「취업규칙 불이익 변경과 근로계약」, 『노동법포럼』 제29호, 노동법이론실무학회, pp.21~41 참조.

리를 덧붙였다는 점에서 의의가 있다. 요컨대, 어떤 근로조건에 관하여 개별 근로계약에서 구체적으로 정하지 않은 경우에는 해당 근로조건에 대해서는 유리성 원칙이 적용되지 않는다는 것이다. 대상판결의 사실관계는 다음과 같다.

원고는 1994년에 A학교법인(피고)이 운영하는 ○○대학교의 조교수로 신규 임용되었다. 피고는 교원 급여체계에 관하여 ‘호봉제’<sup>2)</sup>를 실시하다가, 연봉제급여지급규정을 제정하여 2000년부터 ‘연봉제’<sup>3)</sup>를 시행하였다. 연봉제 시행으로 원고의 임금은 종전보다 적어졌다. 2005. 4. 1. 원고는 교수로 승진임용되었는데, 피고와 별도로 임용계약서를 작성하거나 임금 등 근로조건에 관하여 새로운 약정을 체결하지 않았다. 이는 원고가 ○○대학교의 조교수로 신규 임용된 이래 수차례에 걸쳐 계속 재임용되었을 때에도 마찬가지였다.

한편 원고는 대상판결 사건 이전에도 피고를 상대로 ‘연봉제 시행은 취업규칙 불이익 변경인데 근로자집단의 동의를 얻지 않아 무효’라고 주장하며, 2007~2016년까지의 ‘호봉제 적용 시의 임금 차액분’을 청구하는 소를 네 차례 제기하여 모두 승소한 바 있다. 피고는 뒤늦게나마 연봉제로 임금체계를 변경한 연봉제급여지급규정에 대하여, 2017. 8. 16. 찬반투표를 실시하였는데 당시 재직 중인 전임교원 총 145명 중 100명이 찬성함으로써 가결되었다.

원고는 연봉제급여지급규정에 대한 2017. 8. 16.자 근로자 과반수의 동의를 얻은 이후에도, 기존의 호봉제에 따른 임금이 지급되어야 한다며 그 임금 차액분의 지급을 구하는 소를 제기하였다.

대상판결은 먼저 2019년 판결의 유리성 원칙에 관한 법리를 인용하고 있다. 2019년 판결은 “근로자에게 불리한 내용으로 변경된 취업규칙은 집단적 동의를 받았다고 하더라도 그보다 유리한 근로조건을 정한 기존의 개별 근로계약 부분에 우선하는 효력을 갖는다고 할 수 없다. 이 경우에도 근로계약의 내용은 유효하게 존속하고, 변경된 취업규칙의 기준에 의하여 유리한 근로계약의 내용을 변경할 수 없으며, 근로자의 개별적 동의가 없는 한 취업규칙보다 유리한 근로계약의 내용이 우선하여 적용된다.”는 법리를 제시한 바

2) 연공 서열의 호봉에 따라 봉급과 각종 수당을 더한 금액을 보수로 지급  
3) 직전 연도 성과를 반영한 연봉에 따라 보수를 지급

있다.

그리고 대상판결은 여기에 덧붙여 유리성 원칙의 ‘적용 범위’에 관한 새로운 법리를 다음과 같이 제시하였다. 대상판결은 “근로기준법 제4조, 제94조 및 제97조의 규정 내용과 입법 취지를 고려할 때, 위와 같은 법리는 근로자와 사용자가 취업규칙에서 정한 기준을 상회하는 근로조건을 개별 근로계약에서 따로 정한 경우에 한하여 적용될 수 있는 것이고, 개별 근로계약에서 근로조건에 관하여 구체적으로 정하지 않고 있는 경우에는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건이 근로자에게 적용된다고 보아야 한다.”고 하였다.

원고는 연봉제 시행 이후에 임금에 관하여 별도의 근로계약을 체결한 바 없었다. 연봉제 시행 이전에도 마찬가지였다. 피고의 급여규정(취업규칙)에서 정한 바에 따라 임금을 지급받았기 때문이다. 따라서 대상판결은 “적어도 2017. 8. 16. 연봉제 임금체계에 대하여 근로자 과반수의 동의를 얻은 후에는 원고에게 취업규칙상 변경된 연봉제 규정이 적용된다고 봄이 타당하다.”고 하여, ‘원고와 피고 사이에 임금을 기존의 호봉제에 의하여 정하기로 하는 내용의 근로계약이 성립되었음을 전제로 2017. 8. 16.자 연봉제 변경 동의일 이후에도 연봉제는 적용될 수 없다.’는 원심의 판단을 파기하였다. 요컨대, 원고는 기존 호봉제에 의한 임금을 받기로 하는 근로계약을 체결한 바가 없기 때문에, 2017. 8. 16. 이후에는 원고에게도 취업규칙상 연봉제가 적용된다는 것이다.

대상판결이 새롭게 제시한 법리에 따르면, 유리성 원칙은 “근로자와 사용자가 취업규칙에서 정한 기준을 상회하는 근로조건을 개별 근로계약에서 따로 정한 경우에 한하여 적용”된다.

2019년 판결의 사안에서는, 근로자가 연봉계약(즉, 근로계약)으로 임금을 정한 후, 사용자가 취업규칙 불이익 변경 절차를 통해 임금피크제를 도입하였는데, 근로자가 임금피크제에 개별적 동의를 하지 않아, 임금피크제(취업규칙)를 상회하는 연봉계약(근로계약)을 따로 정하고 있었기 때문에 유리성 원칙이 적용되었다. 그러나 대상판결의 사안에서는, 적법하게 변경된 취업규칙인 연봉제급여지급규정을 상회하는 임금을 개별 근로계약에서 따로 정한 바가 없기 때문에, 유리성 원칙이 적용될 여지가 없는 것이다.

한편 취업규칙 기준을 상회하는 근로계약을 취업규칙 불이익 변경 시점으로 기준으로 언제 체결했는지는 상관이 없을 것이나, 아마도 취업규칙 변경 이

전에 체결하는 경우가 일반적일 것이다. 취업규칙 변경 이후에 취업규칙을 상회하는 근로계약을 체결하려는 사용자는 많지 않을 것이기 때문이다. 2019년 판결 사안도, 취업규칙 변경 이전에 근로계약을 체결했었다.

취업규칙과 근로계약 사이에 유리성 원칙이 문제되는 경우는 해당 근로조건이 ‘임금’인 경우가 많을 것이다. 취업규칙에 임금 규정이 있다고 하더라도, 임금은 그 속성상 개별 근로자마다 달리 정하는 부분이 있기 때문이다. 임금 이외의 근로조건의 경우는 취업규칙과 근로계약에 그 기준을 달리 정할 필요성이 많지 않다.

따라서 임금에 관해 유리성 원칙 적용 여부가 다투지는 사례가 많을 것으로 보이는데, 그 임금체계가 어떤 것인지도 주요하게 볼 필요가 있다. 호봉제는 적용 대상이 되는 모든 근로자에게 공통적인 기준을 적용하여 임금액을 결정하는 것이므로 그 속성상 취업규칙으로 정하면 충분하다. 반면 연봉제는 개개인의 근무 성적을 바탕으로 개별적으로 임금액이 결정되므로 그 속성상 근로계약으로 정하는 것이 일반적이다.

2019년 판결의 사안에서는 애초에 연봉제를 채택하고 있었기에 ‘근로계약’으로 임금액을 정하고 있었다. 그렇기에 취업규칙 기준을 상회하는 개별 근로계약이 따로 정해져 있었던 것이다. 반면 대상판결의 사안에서는, 애초에 호봉제를 채택하고 있었기에 임금에 관하여 근로계약에 별도로 정할 필요가 없었다.<sup>4)</sup> 이러한 임금체계의 차이로 인해 양 판결의 결론이 달라졌다고 할 수 있다.

방강수(공인노무사, 법학박사)

4) 대상판결 사안처럼 호봉제에서 연봉제로 변경했으면, 연봉제에 따라 각각의 근로자들과 개별 연봉계약(근로계약)을 체결해야 할 것이다. 연봉제 임금에 따른 근로계약(즉, 연봉계약)을 체결했다면 애초에 유리성 원칙은 쟁점이 되지 않았을 것이다. 그러나 대상판결의 피고는 별도의 연봉계약을 체결하지 않은 채, 연봉제급여지급규정에 따른 연봉액을 일방적으로 결정하여 지급한 것 같다. 여러모로 바람직하지 않은 임금 지급 방식이다.

## 취업규칙 불이익 변경의 판단기준

- 대법원 2022. 3. 11. 선고 2018다255488 판결 -
- 대법원 2022. 3. 17. 선고 2020다219928 판결 -

### 【판결요지】

<대상판결 1> 취업규칙의 변경이 근로자에게 불이익한지 여부를 판단할 때 근로조건을 결정짓는 여러 요소 중 한 요소가 불이익하게 변경되더라도 그와 대가관계나 연계성이 있는 다른 요소가 유리하게 변경되는 경우라면 그와 같은 사정을 종합적으로 고려하여야 한다.

<대상판결 2> 취업규칙 불이익 변경의 대상인 근로조건이나 복무규율에 관한 근로자의 기득의 권리나 이익은 종전 취업규칙의 보호영역에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 말한다.

### 1. 근로조건 결정의 ‘요소’ 간에 유불리가 다른 경우(대상판결 1)

퇴직금이라는 ‘근로조건’은 두 가지의 ‘요소’로 구성되어 있다. 바로 ‘지급률’과 ‘기초임금’이다. 계속근로기간 1년에 대한 법정퇴직금의 구성 요소는 30일분(지급률)과 평균임금(기초임금)이다.<sup>1)</sup> 정기상여금이라는 근로조건도 역시 구성 요소는 지급률(연간 600% 또는 750%)과 기초임금(기본급)이다. 한편 약정 퇴직금은, 그 금액이 법정 퇴직금에 미달하지 않는 이상, 법정 퇴직금과 달리 지급률과 기초임금을 정할 수 있다.

퇴직금과 같이, 어떤 근로조건이 복수의 요소로 구성되어 있고, 어떤 요소는 유리하게 변경되는 반면 다른 요소는 불리하게 변경되는 경우, 그 근로조건(취업규칙)이 불리하게 변경됐는지 여부에 대해, 판례는 오래전부터 복수의 요소를 종합적으로 고려하여 판단하고 있다.<sup>2)</sup>

1995년 대법원 판결은, 퇴직금 지급률이 전반적으로 인하되었다고 하더라도

- 1) 「근로자퇴직급여 보장법」 제8조(퇴직금제도의 설정 등) ① 퇴직금제도를 설정하려는 사용자는 계속근로기간 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 퇴직 근로자에게 지급할 수 있는 제도를 설정하여야 한다.
- 2) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다18072 판결 등.

도 다른 요소가 유리하게 변경된 경우에는 그 대가관계나 연계성이 있는 제반 상황(유리하게 변경된 부분 포함)을 종합 고려하여 그 퇴직금에 관련한 개정 조항의 불이익 여부를 판단해야 한다고 판시했다.<sup>3)</sup> 또한 2004년 판결은, 명예퇴직수당의 지급률이 낮아져 그 자체로는 불리해졌다고 하더라도 기초임금이 인상된 경우, 반드시 불이익한 변경이라고 단정할 수 없다고 하였다.<sup>4)</sup>

대상판결 15)도 이러한 법리에 따라 판단하고 있다. 즉, “취업규칙의 변경이 근로자에게 불이익한지 여부를 판단할 때 근로조건을 결정짓는 여러 요소 중 한 요소가 불이익하게 변경되더라도 그와 대가관계나 연계성이 있는 다른 요소가 유리하게 변경되는 경우라면 그와 같은 사정을 종합적으로 고려하여야 한다.”라는 법리이다.

대상판결 1의 사실관계는 다음과 같다. 한국방송공사(피고)는 지역총국과 지역국에서 방송기술업무(TV조정실, 라디오조정실, 송출센터)를 담당하는 기술직 근로자의 근무 형태를 ‘4조 3교대제’에서 ‘3조 3시차와 4조 3교대의 병합 근무제’로 변경하는 근무 형태 전면 개편 조치를 시행하였다. 이 개편 조치로 인해, 지역총국 TV조정실의 경우에는 기존 16명(4조 3교대) 근무에서 13명(9명은 시차 근무, 4명은 4조 3교대) 근무로 바뀌었다. 이에 원고들(KBS노동조합 외 4인)은 업무 부담이 가중되고 근무 일정이 불규칙해졌다는 등의 이유로 취업규칙의 불이익 변경이라고 주장하였다.

그러나 대상판결 1은 취업규칙의 불이익 변경이 아니라고 판단하였다. 즉, “근무 형태가 크게 불규칙해졌다거나 업무 부담이 증가하였다고 보기 어렵고, 설령 일부 요소에서 다소 저하된 부분이 있다고 하더라도 밤샘 근무가 대폭 축소되는 등 오히려 다른 요소가 향상된 부분도 있으므로 여러 요소들을 종합적으로 고려해 보면 취업규칙이 불이익하게 변경되었다고 보기 어렵다.”는 원심판결<sup>6)</sup>을 그대로 인정하였다.<sup>7)</sup>

3) 대법원 1995. 3. 10. 선고 94다18072 판결.

4) 대법원 2004. 1. 27. 선고 2001다42301 판결.

5) 대법원 2022. 3. 11. 선고 2018다255488 판결.

6) 서울고등법원 2018. 7. 6. 선고 2018나2000198 판결.

7) 원심판결은 “설령 일부 근로조건에서 다소 저하된 부분이... 근로조건이 향상된 부분도 있으므로”라고 설시하고 있는데, 여기서 ‘근로조건’이란 용어는 잘못됐다. ‘요소’라고 해야 맞다.

대상판결 1은 근로조건을 결정짓는 요소가 복수이고, 그 요소들 간에 유불리를 달리하는 경우, 여러 요소를 종합적으로 고려하여 불이익 변경 여부를 판단한다는 기존의 법리를 재확인하였다. 차이점은 기존의 사례들이 퇴직금과 명예퇴직수당인 데 반해, 대상판결 1은 좀 더 복잡한 요소로 구성되어 있는 교대근무제 형태라는 점이다.

퇴직금·명예퇴직수당은 지급률과 기초임금을 바탕으로 계산하여 기존의 금액보다 더 많아졌는지 아니면 적어졌는지에 따라 판단하면 된다. 즉, 금액 수치로 판단할 수 있다. 그러나 교대근무제는 그 요소가 훨씬 많고 수치화하여 판단할 성질이 아니므로, 불이익 변경인지 여부의 판단은 더 복잡하고 정교해야 할 것이다.

## 2. ‘기득의 권리나 이익’의 의미(대상판결 2)

하나의 예를 들어본다. A 회사는 호봉제를 실시하고 있는데, 호봉제에 따른 임금은 매년 인상되었다. 그러다가 A 회사는 2022년부터 성과주의에 기반한 연봉제를 실시하기로 하였다. 甲, 乙, 丙의 2021년 월급(호봉제)은 모두 300만 원이었다. 그런데 2022년 월급(연봉제)은 인사평가에 따라 달라져서, 甲은 300만 원, 乙은 315만 원, 丙은 330만 원을 받게 되었다. A 회사가 호봉제에서 연봉제로 변경한 것은 취업규칙의 불이익 변경에 해당하는가?

언뜻 봐서 전년도에 비해 월급이 적어지지 않았으니 불이익 변경이 아니라고 할 수 있다. 그러나 자세히 보면 이는 불이익 변경이다. 매년 임금인상이 이뤄지는 호봉제를 계속 시행했다라면, 2022년 甲의 월급은 300만 원보다 더 많았을 것이다. 그러나 연봉제의 시행으로 甲은 전년도와 동일한 300만 원을 받게 되었다. 즉, 호봉제에서 연봉제로 변경되면서, 甲은 임금 인상에 대한 기득 이익이 박탈된 것이다. 쉽게 말해, 호봉제를 계속 시행했다라면 월급이 올랐을 텐데 연봉제 시행으로 월급이 동결되었으니, 이러한 것도 취업규칙의 불이익 변경이 된다. 전년도에 비해 지급받는 임금 액수가 적어져야만 불이익 변경이 되는 것은 아니다.

대상판결 2<sup>8)</sup>는 위와 같은 상황도 취업규칙의 불이익 변경에 해당한다는

8) 대법원 2022. 3. 17. 선고 2020다219928 판결.

점을 법리(法理)로써 명확히 했기에 그 의의가 크다. 판례는 오래전부터 취업규칙의 불이익 변경이란 근로조건 등에 관한 근로자의 “기득의 권리나 이익을 박탈”하는 것이라고 했는데,<sup>9)</sup> 대상판결 2는 “기득의 권리나 이익”의 의미에 대한 새로운 법리를 제시하였다. 즉, “취업규칙 불이익 변경의 대상인 근로조건이나 복무규율에 관한 근로자의 기득의 권리나 이익은 종전 취업규칙의 보호영역에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 말한다.”는 법리이다.

대상판결 2의 사실관계는 다음과 같다. 피고는 ○○대학교를 설치·운영하는 학교법인이고, 원고들은 ○○대학교에 임용된 교수들이다. 피고의 교직원보수규정 제4조는 ‘교원과 직원의 봉급월액은 공무원보수규정 제5조에 의한다’고 규정하고 있다. 공무원보수규정(대통령령) 제5조에 따른 ‘별표12’는 국립대학 교원 등의 봉급월액을 구체적으로 정하고 있다. 2014년부터 2019년까지 공무원보수규정의 개정으로 별표12에 따른 국립대학 교원 등의 봉급월액은 매년 인상되었다.

피고의 교직원보수규정 제4조에서 말하는 공무원보수규정은 그 보수를 책정할 당시 시행되는 당해 연도의 공무원보수규정을 의미하는 것으로 해석되므로, 원고들도 국립대 교수와 마찬가지로 매년 인상된 보수규정을 적용받아 왔다.

그러다가 피고는 ‘이사회 의결’을 통해, 교원의 보수에 관하여 2014년에는 2013년에 시행된 공무원보수규정을, 2015년부터 2017년까지는 2014년에 시행된 공무원보수규정을, 2018년부터 2019년까지는 2015년에 시행된 공무원보수규정에 따라 보수를 지급하기로 하였다. 이에 따라 원고들의 임금에 삭감된 것은 아니나, 과거에 시행된 공무원보수규정을 적용함에 따라 원고들의 임금 인상은 없거나 그 인상액이 줄어들게 되었다.

위 이사회 의결에 따른 보수규정 개정이 취업규칙의 불이익 변경에 해당하는지에 대하여, 원심판결<sup>10)</sup>은 불이익 변경이 아니라고 판단했다. 그러나

9) “취업규칙의 불이익 변경이란 사용자가 취업규칙을 작성 또는 변경하여 근로조건이나 복무규율에 관한 근로자의 기득의 권리나 이익을 박탈하고 근로자에게 저하된 근로조건이나 강화된 복무규율을 일방적으로 부과하는 것”이다.(대법원 1993. 8. 24. 선고 93다17898 판결 등)

10) 광주지방법원 2020. 2. 7. 선고 2018나65308 판결.



대상판결2는 “원고들의 보수는 국립대학교 교원의 봉급월액과 동일한 수준으로 인상되지 않았다. 이 사건 각 이사회결의로 인해 형식적으로 교원의 보수가 삭감되지 않았다고 하더라도, 당해 연도의 공무원보수규정을 적용함에 따른 임금 인상에 대한 기득의 권리나 이익은 종전 취업규칙의 보호영역에 의해 보호되는 직접적이고 구체적인 이익이라고 봄이 타당하다.”며, 보수규정 개정은 취업규칙의 불이익 변경에 해당한다고 판단하여 원심판결을 파기하였다.

요컨대, 원심판결은 지급받는 임금이 삭감되지 않았다는 이유로 불이익 변경이 아니라고 판단했으나, 대상판결2는 종전 취업규칙에 따른 임금 인상이 이루어지지 않았기 때문에 불이익 변경이라고 본 것이다. 즉, ‘종전 취업규칙에 따른 임금 인상 가능성’도 ‘기득의 권리나 이익’이라는 것이다.

방강수(공인노무사, 법학박사)

## 특별퇴직 근로자에 대한 재채용 부분은 취업규칙

- 대법원 2022. 9. 29. 선고 2018다301527 판결 -

### 【판결요지】

특별퇴직자들에 대한 재채용 행위 자체는 특별퇴직자와 피고 사이의 종전 근로관계가 종료된 후에 이루어지는 것이기는 하나, 이 사건 재채용 부분은 특별퇴직하는 근로자와 피고 사이에 존속하는 근로관계와 직접 관련되는 것으로서 특별퇴직하는 근로자의 대우에 관한 조건을 정한 것이므로 취업규칙으로서 성질을 가진다.

원고들의 특별퇴직 신청에 관하여 원고들과 피고 사이에 이 사건 재채용 부분의 효력을 배제하고 재채용 신청의 기회 부여만을 특별퇴직조건으로 하는 것에 대하여 확정적인 의사 합의가 있었다고 보기 어렵고, 설령 원고들과 피고 사이에 그와 같은 개별 합의가 성립되었다고 가정하더라도 그러한 개별 합의는 피고의 재채용 의무를 규정하고 있는 이 사건 재채용 부분에 반하여 원고들에게 불리한 내용의 합의로서 근로기준법 제97조에 따라 무효이므로 그에 대하여는 여전히 이 사건 재채용 부분이 적용된다.

사실관계이다. H은행(이하 ‘회사’)은 2007. 7. 노사 합의로 일정 연령에 도달한 근로자에게 임금이 감액되는 임금피크제로 정년을 1년 연장할 것인지, 아니면 회사가 제시한 혜택을 받으며 특별퇴직할지를 선택하는 임금피크제를 도입하였다. 2009. 1. 회사는 임금피크 연령과 기간을 ‘만 55세부터 만 58세까지(4년)’에서 ‘만 56세부터 만 59세까지(4년)’로 상향하고, 임금피크제 기간 중 받게 되는 총급여의 기본 지급률을 250%(80%, 60%, 60%, 50%)에서 170%(50%, 50%, 40%, 30%)로 변경하는 임금피크제 개선안을 마련하여 노동조합의 동의를 받았다. 노사가 합의한 임금피크제 개선안에는 근로자가 특별퇴직을 선택하는 경우 ‘계약직 별정직원으로 재채용되면, 최장 만 58세까지 계약을 갱신하고 월 200만 원의 급여를 지급한다.’(이하 ‘재채용 부분’)는 내용이 포함되어 있었다. 회사는 2016년 상반기 임금피크제 적용 대상 근로자들에게 임금피크제와 특별퇴직 중 하나를 선택하라고 안내하였고, 특별퇴

직을 선택한 근로자들은 2016. 5. 31. 자로 퇴직하였다. 특별퇴직자들은 회사가 자신들을 재채용할 의무가 있음에도 이를 이행하지 않았으며, 퇴직일 다음 날부터 만 58세에 도달하는 달의 말일까지 발생한 임금, 퇴직금 상당액의 손해배상금 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하는 소를 제기하였다.

대상판결의 첫 번째 쟁점은 재채용 부분이 취업규칙에 해당하는지 여부이다. 취업규칙상 근로조건은 근로관계의 존속을 전제로 하는데, 이 사안에서 ‘근로관계 종료 후’, ‘채용’에 관한 규정이므로 회사 측 주장과 같이 재채용 부분은 특별퇴직자에게 재채용을 신청할 수 있는 기회만을 부여하는 것인지, 아니면 재채용 부분이 취업규칙에 해당하여 회사가 재채용 의무를 부담하는 가이다.

취업규칙에 관한 판례법리를 살펴보면, 취업규칙은 사용자가 당해 사업의 근로자 전체에 통일적으로 적용될 근로자의 복무규율과 근로조건에 관한 준칙을 규정한 것으로서 그 명칭은 불문하는 것이고(대법원 1998. 11. 27. 선고 97누14132 판결), 근로조건이란 사용자와 근로자 사이의 근로관계에서 임금·근로 시간·후생·해고 기타 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말한다(대법원 1992. 6. 23. 선고 91다19210 판결). 한편 대법원이 채용에 관한 기준은 취업규칙에 포함되지 않는다고 판시한 바 있다(대법원 1992. 8. 14. 선고 92다1995 판결). 이와 같은 판례법리에 비추어 재채용 부분이 ‘퇴직’ 이후 ‘채용’에 관한 것으로서 근로조건에 해당하는지 다투어진 것이다.

대상판결은 취업규칙에서 정한 복무규율과 근로조건은 근로관계의 존속을 전제로 하는 것이지만, 사용자와 근로자 사이의 근로관계 종료 후의 권리·의무에 관한 사항이라고 하더라도 근로자와 사용자 사이에 존속하는 근로관계와 직접 관련되는 것으로서 근로자의 대우에 관하여 정한 사항이라면 이 역시 취업규칙에서 정한 근로조건에 해당한다고 실시하였다. 요컨대 특별퇴직 관련 재채용 부분은 취업규칙에 해당한다고 대법원이 처음으로 확인한 것이다.

두 번째 쟁점은 취업규칙의 해석과 적용이다. 우선 취업규칙은 그 객관적인 의미에 따라 해석하여야 하고, 문언의 객관적 의미를 벗어나는 해석은 신중하고 엄격하여야 한다는 판례법리가 정립되어 있다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2017두70793 판결). 대상판결은 재채용 자체를 특별퇴직에 대한 혜택으로 명시하고 있는 점 등을 근거로 임금피크제 개선안의 재채용 부분은 재채용을 신청할 기회만 부여한다는 취지가 아니라 사용자에게 원칙적으로 특별

퇴직자를 재채용할 의무를 부과하는 취지라고 해석하였다. 구체적으로 재채용 ‘의무’가 아니라 ‘기회 부여’라는 주장에 대하여 “재채용 부분은 특별퇴직 조건 중의 하나로서 특별퇴직을 선택한 근로자에게 특별퇴직 후 계약직 별정직원으로 재채용되어 근무기간 동안 정해진 임금과 퇴직금 등을 지급받을 수 있는 지위를 보장하는 것이고, 재채용 신청의 기회만을 부여할 경우 회사의 재량에 의하여 위와 같은 지위가 보장되지 않을 수도 있으므로 특별퇴직 조건이 근로자에게 불리하게 변경되는 경우에 해당한다. 이러한 변경을 위해서는 근로기준법 제94조 제1항 단서에 따라 근로자의 동의를 받아야 하는데, 노동조합의 동의를 받지 않았고, 나아가 회사가 주장하는 사정들만으로 위와 같은 변경이 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될 만한 사회 통념상의 합리성이 있다고 단정하기도 어렵다.”고 실시하여 재채용 부분에 대한 취업규칙 변경이 없었다고 판단하였다.

또한 회사는 재채용 부분에 대하여 재채용 신청의 기회 부여만을 특별퇴직조건으로 하는 것에 대한 합의가 있다고 주장하였다. 대법원은 근로자들과 회사 사이에 이 사건 재채용 부분의 효력을 배제하고 재채용 신청의 기회 부여만을 특별퇴직조건으로 하는 것에 대하여 확정적인 의사의 합치가 있었다고 보기 어렵고, 설령 근로자들과 회사 사이에 그와 같은 개별 합의가 성립되었다고 가정하더라도 그러한 개별 합의는 회사의 재채용 의무를 규정하고 있는 재채용 부분에 반하여 근로자들에게 불리한 내용의 합의로서 근로기준법 제97조에 따라 무효이므로 그에 대하여는 여전히 재채용 부분이 적용된다고 판시하였다.

현재 중·고령 근로자가 임금이 감액되는 임금피크제 적용을 받으면서 계속 근무할지, 아니면 특별퇴직금과 별정직 등 재채용의 조건으로 퇴직할지 선택해야 할 경우가 적지 않다. 대상판결은 특별퇴직 근로자의 대우를 정한 노사합의는 취업규칙에 해당하고, 특별퇴직 근로자의 대우를 불리하게 변경하는 경우에는 취업규칙 불이익 변경 절차가 적용되어 근로자의 집단적 동의가 없는 개별 합의는 그 효력을 인정할 수 없다고 확인하였다. 따라서 특별퇴직에 따른 별정직 등 재채용이 ‘단지 재채용 신청의 기회 부여’라면 노사 합의로 명시하고, 이 사항을 근로자에게 주지해야 재채용 의무를 면할 수 있게 된다.

## 취업규칙 불이익 변경 시 근로자의 집단적 동의 방법

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

### 【판결요지】

원고가 취업규칙 개정을 위해 근로자들의 동의의사를 취합하는 과정에서 회의방식을 통한 근로자들의 자율적이고 집단적인 의사결정이 보장되어야 함에도 불구하고 앞서 본 바와 같이 원고가 취하였던 일련의 조치, 즉 개정안에 대한 설명의 내용과 방법, 의견취합을 위해 부여한 시간, 의견취합의 단위와 방법 등의 문제를 종합하여 고려하면, 결국 원고가 피고들을 포함한 소속 근로자들에게 집단적 의사결정방법을 통해 이 사건 취업규칙 개정의 수용 여부를 결정할 수 있는 실질적인 기회를 부여하였다고 보기 어렵다. 따라서 특별한 사정이 없는 한 이 사건 취업규칙 개정 중 ‘정기휴가 제도 폐지’에 관한 부분은 효력이 없다.

### 1. 취업규칙 불이익 변경 시 근로자의 집단적 동의를 요하는 취지 및 요건

취업규칙이란 근로자에 대한 근로조건과 복무규율에 관한 기준을 집단적이고 통일적으로 설정하기 위하여 사용자가 일방적으로 작성한 준칙을 말하고, 그 명칭은 불문한다.<sup>1)</sup> 그런데 취업규칙이 근로조건과 복무규율의 결정에서 근로계약이나 단체협약보다 더 중요한 역할을 담당하고 있는 현실에서 사용자에게 의하여 일방적으로 작성되는 것을 허용하는 것은 근로조건 등을 사용자가 단독으로 결정하고 이를 좌우할 위험성을 내포하고 있다. 이에 근로기준법은 비록 이러한 위험성이 있지만 사용자가 일방적으로 작성하는 취업규칙을 승인하여 법적 제도로 편입하는 한편, 사용자의 일방적인 취업규칙 작성·변경에 대하여 작성 의무, 신고 의무, 의견 청취의무 등의 다양한 법적규제를 가함으로써 근로자의 보호, 근로조건 대등 결정의 원칙을 관철

1) 대법원 1992. 2. 28. 선고 91다30828 판결, 대법원 1997. 11. 28. 선고 97다24511 판결, 대법원 1998. 11. 27. 선고 97누14132 판결 등 참조.

하러 하고 있다.)

제정 근로기준법은 취업규칙의 작성·변경의 절차와 관련해 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자의 의견을 들어야 하는 의견 청취의무만을 부과했었다.

대법원 1977. 7. 26. 선고 77다355 전원합의체 판결은 “원칙적으로 취업규칙의 작성·변경권은 사용자에게 있다고 하면서도 취업규칙의 변경에 의하여 기존 근로조건의 내용을 일방적으로 근로자에게 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자 집단의 집단의사결정 방법에 의한 동의를 요한다고 할 것이며 그 동의 방법은 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 조합의, 그와 같은 조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의가 없는 한 취업규칙의 변경으로서의 효력을 가질 수 없고, 따라서 그러한 취업규칙 변경에 대하여 개인적으로 동의한 근로자에 대하여도 효력이 없다.”라고 판단했다. 이후 1989. 3. 29. 근로기준법을 개정을 통해 현행 제94조 제1항 단서의 “다만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받아야 한다.”는 내용이 신설되었다.

근로자 개개인은 사용자에 대하여 종속 상태에 놓여 있기 때문에 사용자의 단독 결정에 의하여 근로조건이 규율될 가능성이 있으므로, 일단 사용자가 일방적으로 작성한 취업규칙에 대하여 법규범적 효력을 인정하되, 적어도 취업규칙이 불이익하게 변경되는 경우에는 근로자로 하여금 집단의 힘으로 근로조건의 결정에 실질적으로 관여하게 함으로써 형해화된 계약 자유를 집단적 차원에서 회복하고 근로조건의 집단적 대응 결정 원칙을 구현하는 것이 필요하므로 취업규칙 불이익 변경이 효력을 가지기 위해서는 집단적 동의가 요구된다 할 것이다.)

취업규칙의 작성·변경권이 사용자에게 있다고 하더라도 기존 근로조건의 내용을 사용자가 일방적으로 근로자에게 불이익하게 변경하는 것은 근로기준법의 정신과 기득권 보호의 원칙 및 근로조건은 근로자와 사용자가 동

2) 노동법실무연구회(2020), 『근로기준법 주해』(제2판), 박영사, p.688 참조.

3) 노동법실무연구회, 앞의 책, pp.753~754 참조.

등한 지위에서 자유의사에 의하여 결정되어야 한다는 근로기준법 제4조의 규정에 비추어 허용될 수 없다는 측면에서 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자들의 집단적사결정 방법에 의한 동의를 요구하는 것은 취업규칙을 불이익하게 변경하기 위한 필요 조건이라 할 것이다.

그런데 근로기준법은 취업규칙이 불리하게 변경되고 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없을 때 근로자 과반수의 동의 방법 및 절차에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않고 있다. 이는 해석에 맡겨져 있는데 대법원은 “그 동의를 방법은 과반수 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의를 요하고, 회의방식에 의한 동의라 함은 사업 또는 사업장의 기구별 또는 단위 부서별로 사용자 측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 간에 의견을 교환하여 찬반을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용된다.”<sup>4)</sup>고 판시해 ‘회의 방식’과 관련하여 ① 전체 또는 일부(기구별 또는 단위부서별) 근로자 집단의 회합이 있을 것, ② 사용자 측의 개입이나 간섭이 배제된 상태일 것, ③ 회의에서 찬반 의견을 교환할 것, ④ 찬반 의견 집약이라는 요건을 요구하고 있다.<sup>5)</sup>

## 2. 회의 방식에 의한 집단적 동의에 관한 판례 범위

회의 방식에 의한 동의가 있다고 하기 위해서는 전체 근로자가 일시에, 한 자리에 집합해 회의를 통해 의사를 교환하는 것이 원칙이나, 대규모 사업장 등의 경우 모든 근로자가 일시에, 한자리에 집합해 회의를 개최하는 방식이 사실상 불가능한 경우가 많다는 점에서 전체 근로자 집단 회합 방식이 불가능할 경우 기구별 또는 단위부서별 회의를 통해 의견을 취합하는 방식도 예외적으로 가능할 것이다. 그러나 전체 근로자가 회합하기 어려운 사정을 이유로 기구별 또는 단위 부서별로 회합하는 절차를 생략할 수 없고, 그 절차를 밟지 않는 경우에는 비록 근로자들의 개별적 동의가 있다고 하더라도 근

4) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다18322 판결, 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다23185, 23192 판결, 대법원 2005. 3. 11. 선고 2004다54909 판결, 대법원 2010. 1. 28. 2009다32362 판결 등 참조.

5) 이정현(2017), 「취업규칙 불이익 변경 시 근로자의 집단적 동의 방법」, 『노동법률』 Vol.310, 중앙경제, pp.99-100 참조.

로자들의 회의 방식에 의한 동의가 있었다고 볼 수는 없다.

사용자의 개입이나 간섭이라 함은 사용자가 근로자들의 자율적이고 집단적인 의사결정을 저해할 정도로 명시 또는 묵시적인 방법으로 동의를 강요하는 경우를 의미하고 사용자가 단지 변경될 취업규칙의 내용을 근로자들에게 설명하고 홍보하는 데 그친 경우에는 사용자의 부당한 개입이나 간섭이 있었다고 볼 수는 없다.<sup>6)</sup> 사용자가 취업규칙 변경의 취지 등을 설명하거나 홍보하는 것이 아닌 근로자들에게 동의하도록 강요하거나 근로자들의 의사결정 과정에 관여하는 것은 사용자의 개입이나 간섭으로 볼 수 있다.

집단적 동의의 방법으로 동의서 등을 회람하여 근로자들이 개별적으로 서명하는 방식이 아예 허용되지 않는 방식이라고 할 수는 없을 것이나, 동의서 등의 회람에 의한 개별적 서명 방식은 자칫 사용자의 개입이나 간섭을 손쉽게 하고 근로자들의 의견교환을 저해하는 도구로 사용될 위험성이 있다. 대법원 판결 중에서 회람 방식의 동의를 유효하다고 본 판결들은 대부분 외환위기 과정에서 경영 사정이 악화된 매우 특수한 사안에 대한 판단이었다는 점을 염두에 둘 필요가 있다.<sup>7)</sup>

대법원 2017. 5. 31. 선고 2017다209129 판결은 종전 대법원 판결보다 회의 방식에 의한 집단적 동의 방법의 구체적인 요건을 제시한 점에서 의미가 있는 판결이다. 동 대법원 판결은 비록 심리불속행 상고 기각 판결이나, 1심<sup>8)</sup> 및 항소심<sup>9)</sup>의 “취업규칙 불이익 변경(직급정년제도의 도입 및 임금피크제도 실시)과 관련하여 근로자 과반수의 동의를 받았음에도 불구하고 ① 회사의 공고·설명에 적절하지 않았고, ② 의견취합의 단위가 전체 근로자 수에 비해 지나치게 작아 근로자 집단의 의사를 형성, 확인하기 어려웠으며, ③ 의견취합의 시간·방법이 부적절하였고, ④ 사용자에 의한 개입·간섭의 여지가 있었고, ⑤ 토의 사실의 존재를 인정할 증거가 부족하므로 집단적 동의를 인정할 수 없다.”는 판결을 그대로 유지하였다는 점에서<sup>10)</sup> 그동안 대법원이

6) 대법원 2003. 11. 14. 선고 2001다18322 판결, 대법원 2004. 5. 14. 2002다23185 판결, 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다32522 판결 등 참조.

7) 노동법실무연구회, 앞의 책, p.780 참조.

8) 서울중앙지방법원 2015. 8. 28. 선고 2014가합557402 판결 참조.

9) 서울고등법원 2017. 1. 13. 선고 2015나2049413 판결 참조.

10) 이광선(2017), 「취업규칙 불이익 변경시 집단적 동의 방법」, 『노동법률』 Vol.319, 중앙경제, p.41; 남장현(2019), 「취업규칙 불이익 변경 시 근로자의 집단적 동의 방법」, 『노



침묵하고 있던 법리의 공백 부분을 보완하였다고 평가할 수 있다.<sup>11)</sup>

좀 더 구체적으로 살펴보면, 대법원 2017다209129 판결은 “(1) 사용자의 설명·홍보의 정도가 적절한지와 관련해 간략한 설명과 의견취합 일정만을 기재한 서면에만 새로이 도입되거나 변경될 제도의 내용을 요약하여 첨부한 파일을 사내 홈페이지 등을 통해 게시한 것 외에, 임금피크제의 도입 등을 포함한 취업규칙의 개정 필요성 및 개정안의 구체적인 내용과 이의 실시로 인한 영향 등을 근로자들을 상대로 직접 설명하거나 설명회를 개최한 사실이 없다는 점에서 적당한 방법에 의해 취업규칙 변경 내용에 대한 적절한 공지와 설명이 충분히 이뤄졌다고 볼 수 없고, 또한 (2) 의견취합의 단위와 관련해 사용자의 특수한 사정으로 인하여 전체 근로자들의 회합이 어려운 단위 부서별로 회합하는 방식을 택할 수밖에 없는 경우에, 사용자는 부분적 회합을 통한 의견 취합을 하더라도 전체 근로자들의 회합이 있었던 것과 마찬가지로 근로자들이 집단의사를 확인, 형성할 수 있도록 상당한 조치를 할 의무를 부담한다고 봄이 상당한데, 지역 거점별로 편제된 단위부서별로 찬반 의견을 취합하였을 때 이들 부서는 가장 말단의 조직으로서 평균 4.2명 정도가 1개 단위가 되어 찬반 회의를 거친 셈이어서 이는 3,331명의 약 0.12%에 불과하므로 근로자 전체의 집단적 의사 확인을 위한 의미 있는 최소 단위로 기능하기 어려우며, (3) 의견취합의 시간의 적정성과 관련하여 사업의 특성상 각 조직이 지역 단위로 편제되어 있으며 소속 근로자들의 수도 또한 적지 않은 점을 고려할 때, 단지 3일간에 걸쳐 의견취합을 한 것은 근로자들이 상호 의견교환이나 토론 등 집단적 논의를 거치도록 보장하기에는 상당히 촉박한 시간만을 부여하였다고 평가할 수밖에 없고, (4) 의견취합의 방법과 관련하여 근로자들의 동의 유무를 파악하기 위하여 사용한 기명 방식의 의견취합(‘찬성’과 ‘반대’란 중 본인의 서명을 하는 방식) 또한 그 자체로는 근로자들의 집단적 의사를 확인함에 있어 부적절한 의견취합 방식이라고 평가하기 어렵더라도, 관리자인 지점장 등이 극히 소수 단위의 직원들을 직접 대면하여 동의서를 교부 및 징구하는 한편, 기명 날인된 찬반 의사를 취합하여 인사팀에 보고하는 형식으로 의견취합이 이루어졌다면, 근로자들

동법률』 Vol.335, 중앙경제, p.116 참조.

11) 도재형(2017), 「취업규칙의 불이익 변경에서 집단적 동의 요건의 심사 기준」, 『노동법률』 Vol.315, 중앙경제, p.138 참조.

이 찬반 의사를 교환·형성함에 있어 유지되어야 할 집단성·자율성은 상당한 정도로 축소될 것임을 어렵지 않게 예상할 수 있어 이를 다른 근로자들과의 찬반 의견 교환을 위한 의사표시를 한 것으로는 볼 수 없다는 점에서 회의 방식에 의한 근로자의 집단적 동의를 인정할 수 없다.”고 판단했다.

### 3. 대상 판결에 대한 평가

대상 판결은 대법원 2017다209129 판결의 연장선에서 근로자들이 사용자 측의 영향력이 배제된 상태에서 상호 의견교환이나 토론 등 집단적인 논의를 거쳐 취업규칙 불이익 변경을 수용할 것인지 여부를 스스로 결정할 수 있는 기회를 실질적으로 보장받았는가라는 관점에서 회의 방식에 의한 근로자의 집단적 동의 여부의 충족 여부를 평가하고 판단한 것으로 보이고, 그 결론은 수긍이 가고 타당하다고 판단된다.

대상 판결은 “(1) 원고가 사내 게시판에 취업규칙 개정의 주요 내용을 기재하면서 정기휴가 폐지에 관한 내용을 바로 알 수 있는 문구를 기재하지 않는 등 취업규칙 변경의 그 구체적인 내용과 의미가 무엇인지를 주지할 수 있도록 적당한 방법으로 공지와 설명을 하였다고 보기 어렵다는 점, (2) 동의 대상 근로자들은 서울에 소재한 본사와 울산에 소재한 지사에만 근무하고 있어 전체 근로자들을 회합하거나 ‘서울 본사’와 ‘울산 지사’ 두 군데로 나누어 회합하는 등의 조치를 취할 수 있는 충분한 여건이 있었음에도, 동의 대상 근로자 449명을 66개의 팀별 단위로 분리하여 평균 6.8명 정도가 1개 단위가 되어 찬반 회의를 거친 셈으로 6.8명은 449명의 약 1.5%에 불과해 근로자 전체의 집단적 의사 확인을 위한 의미 있는 최소 단위로 기능하기 쉽지 않고, 더욱이 6.8명은 같은 직급의 근로자들이 아니라 팀장 등 상급자까지 포함된 숫자이며, 일부 동의서는 근로자 1인에 의하여 작성되어 찬반 회의 자체가 불가능하였고, 사내 인트라넷에 ‘토론방’이나 ‘찬반 의견란’ 등의 근로자들이 의견을 게시하고 교환할 수 있는 장치를 마련해 두거나 공고 후 상당한 기간을 두어 집단 의사를 형성할 수 있는 기회를 부여하는 등의 조치를 취하지 않았다는 점, (3) 사업의 특성상 서울 본사의 경우 출장 등이 빈번하고, 울산 지사의 경우 휴무 없이 생산이 계속되는 점 등을 고려할 때, 4

일 동안 449명에 이르는 근로자들로부터 취업규칙에 대한 동의 여부를 단순히 확인·취합하는 것을 넘어 상호 의견교환이나 토론 등 집단적 논의를 거치도록 보장하기에는 촉박한 시간만을 부여하였다고 평가된다는 점, (4) 동의 대상 근로자들 449명 중 약 397명(약 88.4%)이 ‘찬성’란에 서명을 한 사실은 인정되나, 회의를 통하여 찬반 의견을 교환한 후 동의서에 그에 대한 찬반 서명을 하였다고 보기 어려워 숫자만으로 근로자들이 과반수 동의를 함으로써 그에 대하여 진정한 찬성의 집단적 의견을 표시하였다고 보기 어렵다는 점을 종합하여 고려하면 원고가 집단적 의사결정 방법을 통해 취업규칙 개정의 수용 여부를 결정할 수 있는 실질적인 기회를 부여하였다고 보기 어려우므로 이 사건 취업규칙 개정 중 정기휴가 제도 폐지에 관한 부분은 효력이 없다.”라고 판단하였다.

취업규칙 불이익 변경 시 회의 방식에 의한 근로자의 집단적 동의가 인정되기 위해서는 첫째, 사전에 근로자들에게 취업규칙 불이익 변경 내용에 대하여 공고·설명 절차를 거치지 않았다는 이유만으로 곧바로 취업규칙 변경 효력을 무효로 보기는 어렵지만, 취업규칙 변경의 구체적인 내용과 이로 인한 영향 등을 모른 채 근로자들이 의견을 개진하고 찬반 의견을 모으기는 어렵다. 따라서 사용자 측에서 근로자들을 대상으로 직접 설명회를 개최하거나 사내 인트라넷 등에 구체적 변경 내용을 게시하는 등의 방법으로 충분한 설명과 고지를 할 필요가 있어 보인다.

둘째, 근로자 수가 적고 단일 사업장의 경우 3~4일 정도의 의견취합의 시간이 부족하다고 보기는 어렵지만, 대기업이나 대규모 사업장으로 사업조직이 전국적으로 산재해 있는 경우 3~4일 정도의 의견취합 시간만으로는 토론과 의견교환의 기회를 충분히 부여한 것으로 보기 어렵다는 점에서 사용자 측에서는 충분한 의견취합의 시간 및 기간을 보장해야 할 것이다.

셋째, 의견취합의 단위가 전체 인력 대비 그 비율이 지나치게 작거나 너무 소수라면 근로자들의 집단적 논의가 사실상 배제되거나 사용자 측의 개입이 확대될 수 있다는 점에서 사용자 측에서 여러 개의 팀(부서) 등을 묶어 근로자들이 회합을 할 수 있도록 하거나 사내 인트라넷 등에 온라인 공간을 마련하여 근로자들 간의 실질적인 의견교환이 이루어질 수 있도록 할 필요가 있겠다.

마지막으로, 찬반 의견을 취합하는 방식과 관련하여 무기명 비밀투표, 기명 투표, 거수, 연서 방식도 가능하겠지만, 근로자 상호 간에 의견 교환의 과정이 결여된 채 단순히 각서, 동의서 등 문서를 회람하거나, 회람하는 문서에 서명하는 방식은 회의 방식에 의한 것이라고 볼 수 없다는<sup>12)</sup> 점에서 관리자가 아닌 근로자대표나 노사협의회 근로자위원 등 근로자 측에서 근로자들의 찬반 의견을 취합하고 집약하는 절차를 거친다면 집단적 의사결정이 실질적으로 이루어졌다고 볼 수 있을 것이다.

권오상(노동법인 유엔 공인노무사, 법학박사)

---

12) 노동법실무연구회, 앞의 책, p.778 참조.

## 집단적 근로조건 대등 결정 원칙의 헌법적 승인

- 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌마629, 630(병합) 결정 -

### 【결정요지】

사회적·경제적 열위에 있는 개별 근로자의 입장에서는 사용자의 의사에 따라 정해진 근로조건을 강요받을 수밖에 없어 계약자유의 원칙이 침해될 우려가 있는바, 근로자에 대해서도 계약자유의 원칙이 실현되기 위해서는 근로자들이 단결체를 조직하고 집단적으로 교섭함으로써 사용자와 실질적으로 대등한 관계에서 근로조건을 결정·개선할 수 있어야 한다. 이러한 배경에서 헌법 제33조 제1항은 근로3권을 기본권으로 보장하는 것이고, 여기에는 근로조건에 대한 집단적 결정은 대등한 위치에 있는 노사 간의 교섭과 합의를 통해 이루어져야 한다는 이른바 집단적 근로조건 대등 결정의 원칙이 내포되어 있다고 할 것이다.

2018년 6월 12일 개정 최저임금법은 최저임금 산입범위를 정하는 규정을 개정하면서, 이와 관련하여 취업규칙 변경 절차의 특례를 규정한 조항을 도입하였다. 새로 도입된 제6조의2에 따르면, “1개월을 초과하는 주기로 지급하는 임금을 총액의 변동 없이 매월 지급하는 것으로 취업규칙을 변경하려는 경우에는 「근로기준법」 제94조 제1항에도 불구하고 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수의 의견을 들어야 한다.”<sup>1)</sup>

이 규정에 대해서 근로자와 노동조합의 단체교섭권 등을 침해한다는 이유로 위헌확인을 구하는 헌법소원심판이 청구되었다. 헌법재판소는 심판청구

- 1) 해당 조문이 특례를 규정하는 방식이 좀 묘하다. 이미 근로기준법 제94조 제1항이 “의견을 들어야 한다.”(단순 변경의 경우) 또는 “동의를 받아야 한다.”(불이익 변경의 경우)고 규정하고 있기 때문에, 여기에 대해서 특례를 정한다면 “여차저차 한 경우에는 근로기준법 제94조 제1항에도 불구하고 동의를 받지 않아도 된다.”는 방식으로 규정하는 것이 논리적인 것이다. 그런데 해당 조문은 “~에도 불구하고 (...) 의견을 들어야 한다.”는 식으로 규정하고 있다. “동의를 받지 않아도 된다.”는 내용을 “의견을 들어야 한다.”는 내용으로 적은 것이다.

를 기각했다.<sup>2)</sup>

그런데 결정문에는 헌법 제33조 제1항의 노동3권, 특히 단체교섭권과 관련하여 필자가 알기로는 지금까지 헌법재판소의 결정문에서 언급된 적이 없는 법리와 원칙이 제시되었다. 즉 “집단적 근로조건 대등 결정의 원칙”을 헌법적 원칙으로 승인한 것이다. 헌법재판소에 따르면 :

“사회적·경제적 열위에 있는 개별 근로자의 입장에서는 사용자의 의사에 따라 정해진 근로조건을 강요받을 수밖에 없어 계약자유의 원칙이 형해화될 우려가 있는바, 근로자에 대해서도 계약자유의 원칙이 실현되기 위해서는 근로자들이 단결체를 조직하고 집단적으로 교섭함으로써 사용자와 실질적으로 대등한 관계에서 근로조건을 결정·개선할 수 있어야 한다. 이러한 배경에서 헌법 제33조 제1항은 근로3권을 기본권으로 보장하는 것이고, 여기에는 근로조건을 집단적 결정은 대등한 위치에 있는 노사 간의 교섭과 합의를 통해 이루어져야 한다는 이른바 집단적 근로조건 대등 결정의 원칙이 내포되어 있다고 할 것이다.”

지금까지 근로조건 대등 결정의 원칙은 교과서 등에서 근로기준법 제4조를 설명하는 용어로만 사용되었다. 근로기준법 제4조에 따르면, “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다.” 근로기준법의 규정을 오로지 개별적 근로관계 차원에서만 해석하고, 반대로 노동조합법의 규정은 오로지 집단적 노사관계의 차원에서만 해석하는 태도는 지양되어야 한다. 노동관계는 필연적으로 개별적 차원과 집단적 차원이 교차하는 영역이기 때문이다. 헌법재판소에 따르면 :

“[근로기준법 제4조의] 규정이 주로 개별적 근로관계를 규율 대상으로 하는 근로기준법에 마련되어 있기는 하나, 근로자 개별적 차원의 형식적 평등을 집단적 차원의 실질적 평등으로 실현하고자 했던 노동법의 생성 과정을 보면, 위 규정에서 선언한 근로조건 대등 결정의 원칙

2) 최저임금 산입범위를 개정 한 조항에 대해서도 헌법소원심판이 청구되었고, 헌법재판소는 청구를 기각했다. 이에 대한 논평은 이 글에서 하지 않기로 한다.

은 개별 근로계약을 체결하거나 변경하는 경우뿐만 아니라 집단적 근로조건을 결정하는 내용의 취업규칙이나 단체협약에 대해서도 적용되어야 한다.”

그러므로 근로기준법 제94조 제1항에서 취업규칙의 불이익 변경에 대해서 근로자들의 동의를 받도록 하고 있는 것도 “집단적 근로조건 대등 결정의 규범적 요청에 따른 것으로 볼 수 있다.”

“따라서 일정한 경우에 사용자로 하여금 일방적으로 취업규칙의 작성·변경을 통하여 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경할 수 있도록 하는 것은 근로자들이 그 단체체를 통해 해당 근로조건에 관하여 사용자와 집단적으로 교섭하는 것을 제한하게 되므로, 근로자 또는 근로자단체의 단체교섭권을 제한한다.”

이것은 노동조합이 따로 단체교섭을 요구하고 단체협약을 체결할 수 있는 여지가 남아 있다고 해서 달라질 수 있는 결론은 아니다. 헌법재판소에 따르면 :

“설령 노동조합이 사용자에게 대하여 해당 근로조건에 관하여 단체협약의 체결을 주장하면서 단체교섭을 요구할 수 있고 그러한 요구에 별다른 제한이 없다고 하더라도, 사용자가 일방적으로 기존의 근로조건을 불리하게 하는 내용으로 취업규칙을 작성·변경할 수 있고 근로자로서는 이렇게 불리하게 변경된 근로조건을 적용받을 수밖에 없는 국면에서 해당 근로조건의 결정에 관한 근로자 또는 근로자단체의 단체교섭권은 제한된다고 보아야 한다.”

그렇다면 개정된 최저임금법에서 일정한 경우에는 근로자들의 동의를 받지 않아도 되도록 취업규칙 변경 절차의 특례를 정한 것은 그 자체로 근로자들의 단체교섭권을 제한하는 것이라고 하지 않을 수 없다. 헌법재판소도 이 점을 인정한다.

“이 사건 특례조항은 근로조건에 해당하는 상여금 등 및 복리후생비의 지급 주기에 관한 취업규칙의 변경에 대하여 최저임금 산입을 목적으로 하면서 총액의 변동이 없는 경우에는 사용자가 일방적으로 상여금 등 및 복리후생비의 지급 주기를 변경할 수 있도록 함으로써 근로자가 근로자단체를 통해 상여금 등 및 복리후생비의 지급 주기에 관하여 사용자와 교섭하는 것을 제한하므로, 노동조합인 청구인 조합들과 그 조합원인 청구인 근로자들의 단체교섭권을 제한한다.”

여기까지는 논리가 단정하고 빈틈이 없다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 청구를 기각했다. 해당 특례조항이 단체교섭권을 “제한”하기는 하지만, “침해”하는 것은 아니라는 이유로<sup>3)</sup> 여기에서 헌법재판소는 입법목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성 등 기본권 제한의 일반론을 제시한다. 헌법재판소는 이미 최저임금 산입범위를 개정된 조항의 합헌성을 인정한 다음에 취업규칙 변경절차의 특례조항의 위헌성 여부를 심사했다. 후자의 판단은 전자의 판단에 영향을 받지 않을 수 없을 것이다. 헌법재판소는 “집단적 근로조건 대등 결정의 원칙”을 헌법적 원칙으로 승인하는, 매우 의미있는 법리를 제시했음에도 불구하고, 특례조항이 단체교섭권의 “침해”에는 이르지 않는다는 우회로를 선택함으로써, 스스로 그 성취를 반감시키고 말았다.

박제성(한국노동연구원 선임연구위원)

3) 여기에 대해서 해당 특례조항은 단체교섭권을 제한하는 것조차 아니라는 일부 반대의 견이 제시되었다. 이에 따르면, “교섭”과 “동의”는 서로 다른 것이며, 특례조항은 동의권을 제한하는 것일 뿐 교섭권을 제한하는 것은 아니라고 한다. 이것은 단체교섭권을 지나치게 형식적으로 협애하게 이해하는 것이다. 그 근거에는 노동3권이라는 구체적인 권리의 헌법적 보장 의의를 단체협약의 제도적 보장으로 이해하는 독일류 학설의 문제점이 존재한다.



# 근로조건

## 근로계약상 사용자의 보호 의무 위반에 따른 근로자의 손해배상청구권의 소멸시효

- 대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다270876 판결 -

### 【판결요지】

사용자가 상인으로서 영업을 위하여 근로자와 체결하는 근로계약이 보조적 상행위에 해당하더라도 사용자가 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무인 보호 의무를 위반하여 근로자에게 손해를 입힘으로써 발생한 근로자의 손해배상청구와 관련된 법률관계는 근로자의 생명, 신체, 건강 침해 등으로 인한 손해의 전보에 관한 것으로서 그 성질상 정형적이고 신속하게 해결할 필요가 있다고 보기 어렵다. 따라서 근로계약상 보호 의무 위반에 따른 근로자의 손해배상청구권은 특별한 사정이 없는 한 10년의 민사 소멸시효기간이 적용된다고 봄이 타당하다.

대상판결의 사안에서, 근로자는 사업장 내에서 경매받은 양배추를 팔레트 위에 쌓던 중 미끄러지면서 오른쪽 발목이 팔레트의 깨진 부분에 끼어 상해를 입었다. 이 상해에 대해 근로자는 산재로 인정되어 산재급여(요양급여, 장해급여 등)를 지급받았다. 그런데 이후 근로자는, 사용자가 깨진 팔레트를 작업장에 방치하는 등 보호 의무 내지는 안전배려의무를 다하지 아니하였고 이로 인하여 이 사건 사고가 발생하였다고 주장하면서 사용자에게 불법행위 또는 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구하였다. 이에 대해 사용자는, 근로자가 이 사건 소를 제기한 시점이 손해 발생에 대해 안 날로부터 5년 이상

지났다는 이유로 불법행위로 인한 손해배상청구권 및 채무불이행으로 인한 손해배상청구권 모두 소멸시효가 완성되었다고 주장하였다. 대법판결의 원심은<sup>1)</sup> 불법행위로 인한 손해배상청구권은 소멸시효가 3년이라는<sup>2)</sup> 이유로 또한 회사와 근로자 사이의 근로계약은 회사의 보조적 상행위로서 그 채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 5년의 상사소멸시효가 적용되므로 근로계약상 안전배려의무 위반을 원인으로 한 손해배상청구권에도 5년의 상사소멸시효가 적용되어야 한다는 이유로 불법행위로 인한 손해배상청구권과 채무불이행으로 인한 손해배상청구권 모두 시효로 소멸하였다고 판시하였다.

근로자에 대한 근로계약상 보호 의무 위반에 대한 손해배상청구권의 소멸시효에 대해서는 구체적인 규정이 없다. 그리고 시효와 관련하여서는 상법상의 상사시효 5년 규정과 민법상의 민사시효 10년에 관한 규정이 있을 뿐이다.

이런 상황에서 대법판결은 사용자가 상인으로서 영업을 위하여 근로자와 체결하는 근로계약이 보조적 상행위에 해당한다는 점을 인정하면서도 사용자가 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무인 보호 의무를 위반하여 근로자에게 손해를 입힘으로써 발생한 근로자의 손해배상청구와 관련된 법률관계는 근로자의 생명, 신체, 건강 침해 등으로 인한 손해의 전보에 관한 것으로서 그 성질상 정형적이고 신속하게 해결할 필요가 있다고 보기 어렵다고 보고 근로계약상 보호 의무 위반에 따른 근로자의 손해배상청구권은 특별한 사정이 없는 한 10년의 민사 소멸시효기간이 적용된다고 봄이 타당하다는 해석을 하였다. 이는 대법원의 종래의 입장을<sup>3)</sup> 재확인한 것이다.

근로계약에서 노무제공자가 자신의 노무를 제공하는 이유는 노무제공을 하지 않고서는 살아갈 수 없기 때문이다. 그런 점에서 노무제공자는 최소한 이념적으로는 약자일 수 있다. 근로계약에 있어서 사용자의 보호 의무 위반으로 인해 초래된 근로자의 손해배상청구권에 대하여, 근로계약이 보조적 상행위임에도 불구하고 상사시효 5년이 아니라 민사시효 10년을 적용해야

1) 인천지방법원 2018. 8. 9. 선고 2018나51853 판결.

2) 민법 제766조(손해배상청구권의 소멸시효) 불법행위로 인한 손해배상의 청구권은 피해자나 그 법정대리인이 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년간 이를 행사하지 아니하면 시효로 인하여 소멸한다.

3) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004다22742 판결.

한다고 판시한 대법원의 이러한 해석은, 소위 ‘의심스러울 때는 근로자의 이익으로’(in dubio pro operario)라는<sup>4)</sup> 원칙을 채택하고 있다고 밝힌 바는 없지만 사실상 그런 관점에 대해 긍정하고 있는 것으로 보아도 되지 않을까 생각한다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

---

4) 이 원칙은 노동법 영역에서 법 해석이 모호한 경우 근로자에게 우호적인 입장에서 해석한다는 원칙이며 스페인, 브라질 기타 중남미 국가의 노동법에서 발견할 수 있다.

## 고정시간외수당(고정 OT)이 소정 근로의 대가인 통상임금에 해당하는지 여부

- 대법원 2021. 11. 11. 선고 2020다224739 판결 -

### 【판결요지】

회사는 사무직 등으로 구성된 월급제 근로자들에게 기본급 외에 ‘시간외수당’ 명목으로 ‘기본급 20% 상당액의 수당’을 지급하고, 평일 연장·야간 근로에 따른 법정수당은 별도로 지급하지 않았다. 이러한 고정시간외수당은 소정 근로에 대한 대가로 지급된 것이라고 보기 어렵다. 따라서 원심이 월급제 근로자들에게 지급한 고정시간외수당이 소정 근로에 대한 대가로서 통상임금에 해당한다고 판단한 부분을 파기한다.

(1) 원래 근로계약에서 정한 소정 근로 시간을 넘는 시간외근로에 대해서는 시간외수당을 계산하여 지급하여야 하는데, 초과근로 시간을 엄밀히 계산하지 않고 미리 정해둔 고정시간외수당(흔히 ‘고정 OT’라고도 부름)을 지급하는 것으로 갈음하는 회사가 많다.

이러한 고정시간외수당은 두 가지 법적 쟁점이 제기된다.

첫째, 고정시간외수당이 「근로기준법」(이하 근기법)상의 연장근로수당(법정수당)에 해당하는가이다. 만약 연장근로수당이 아니라 오히려 연장근로수당을 계산하는 데 기초가 되는 통상임금에 해당한다면 근기법상 계산된 연장근로수당 전액을 추가로 지급해야 한다.

둘째, (고정시간외수당이 근기법상의 연장근로수당에 해당한다면) 고정시간외수당이 근기법상의 연장근로수당에 비해 적은 경우 차액을 추가로 지급해야 하는가이다.

대상판결은 이러한 쟁점에 대해 이 사건 회사에서 월급제 근로자에게 지급된 고정시간외수당이 통상임금에 해당하지 않고 연장근로수당을 지급한 것으로 보아야 하며, 근기법상 계산된 연장근로수당보다 적은 경우 차액을 추가로 지급해야 하는 것으로 판단하였다. 원심판결(부산고등법원 2020. 2.

19. 선고 2018나58007 판결)이 고정시간외수당을 통상임금에 포함시켜 근기법상 계산된 연장근로수당 전액을 추가로 지급해야 한다고 본 것과는 차이가 있다.

이 사건 회사(삼성SDI)는 사무직 등으로 구성된 월급제 근로자들에게 기본급 외에 ‘시간외수당’ 명목으로 ‘기본급 20% 상당액의 수당’을 지급하고 평일 연장·야간 근로에 따른 법정수당을 별도로 지급하지 않은 반면, 시급제 근로자들에게는 위와 같은 ‘기본급 20% 상당액의 수당’을 지급하는지와 무관하게 실제 평일 연장·야간 근로의 시간에 따라 산정한 법정수당을 지급하였다. 월급제와 시급제의 차이점으로, 시급제는 실제의 초과근로 시간에 통상시급을 적용하여 법정 가산 수당을 지급하므로 월급명세서에 통상시급 및 근로 시간이 기재된다는 점이다. 그런데 이 사건 회사는 시급제 근로자 중 고정시간외수당이 지급되는 근로자의 경우 통상시급에 고정시간외수당을 포함시키지 않고 계산하였다.

근기법은 법정근로 시간(1일 8시간, 1주 40시간)을 초과한 연장근로나 야간근로에 대해 통상임금의 1.5배로 가산한 연장·야간 근로 수당인 법정수당을 지급하도록 하고 있다(제56조). 그런데 이 사건 회사에서 고정시간외수당이 법정수당으로 지급된 것이 아니라 오히려 소정 근로의 대가인 통상임금에 포함된다면 다음과 같은 문제가 발생한다. 즉, 시급제 근로자들에게는 그 통상임금을 기초로 계산된 법정수당과 이미 지급된 금액의 차이만큼 추가로 지급돼야 하며, 월급제 근로자들에게는 법정수당이 전혀 지급되지 않았으므로 전액을 지급해야 한다는 점이다.

(2) 대법판결에서는 이 사건 회사의 월급제 근로자들에 대한 검토가 이루어졌다.

판례는 통상임금에 해당하는지의 판단에 대해 다음과 같은 법리에 따르고 있다. “어떠한 임금이 통상임금에 속하는지 여부는 그 임금이 소정 근로의 대가로 근로자에게 지급되는 금품으로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것인지를 기준으로 그 객관적인 성질에 따라 판단하여야 한다. 소정 근로의 대가라 함은 근로자가 소정 근로 시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로에 관하여 사용자와 근로자가 지급하기로 약정한 금품을 말한다. 근로자가 소정 근로 시간을 초과하여 근로를 제공하거나 근로계약에서 제공하기

로 정한 근로 외의 근로를 특별히 제공함으로써 사용자로부터 추가로 지급 받는 임금이나 소정 근로 시간의 근로와는 관련 없이 지급받는 임금은 소정 근로의 대가라 할 수 없으므로 통상임금에 속하지 아니한다. 소정 근로의 대가가 무엇인지는 근로자와 사용자가 소정 근로 시간에 통상적으로 제공하기로 정한 근로자의 근로의 가치를 어떻게 평가하고 그에 대하여 얼마의 금품을 지급하기로 정하였는지를 기준으로 전체적으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결 참조)”.

따라서 월급제 근로자에게 지급된 고정시간외수당이 ‘소정 근로 시간을 초과하여 제공된 근로의 대가’로 지급된 것이라면 통상임금에 해당하지 않고, 반대로 ‘소정 근로 시간의 대가’로 지급된 것이라면 통상임금에 해당한다.

대상판결에서 대법원은 다음과 같은 이유로 월급제 근로자들의 고정시간외근로수당은 소정 근로를 초과하는 근로의 대가에 해당하고, 소정 근로의 대가인 통상임금에 해당되지 않는다고 판단했다. 시급제 근로자들에게는 고정시간외수당이 지급되는지와 무관하게 별도로 추가 근로 시간에 대해 계산된 법정수당이 지급된 반면, 월급제 근로자들에게 고정시간외수당이 지급되고 별도의 법정수당은 지급되지 않았다는 점에 주목하고 있다.

시급제 근로자들에게 추가 근로 시간에 상응하여 별도로 계산된 법정수당이 지급되고 있다는 점에서 그들에게 지급된 고정시간외수당은 명칭만 시간외수당일 뿐이고 그 실질은 정기적·일률적·고정적으로 지급되어 소정 근로 시간의 대가인 통상임금에 해당할 수 있다. 판례는 통상임금인지 여부의 판단에서 명칭보다는 실질을 중시하여 판단해 오고 있다.

그러나 시급제 근로자들과 달리 월급제 근로자들에게는 추가 근로 시간에 상응하여 별도로 계산된 법정수당이 지급되지 않았다는 점에서 고정시간외수당은 법정수당으로서 지급된 것일 가능성이 높다. 특히 사무직 등 월급제 근로자들에게도 초과근로가 자주 발생하는 회사가, 시급제 근로자들에게는 근기법상의 규율을 존중하여 법정수당을 계산해 지급하면서도, 월급제 근로자들에게는 근기법상의 규율을 무시하여 전혀 법정수당을 지급하지 않겠다는 것은 상식적으로 납득되지 않는다. 회사가 고정시간외수당을 정해 지급하는 목적은 그 이름처럼 법정수당으로 지급하겠다는 취지를 담고 있는 것이다. 이 사건에서 고정시간외수당이 ‘자기계발비’로 명칭이 바뀌었던 적이 있었지만, 대체로 월급제였다고 보이는 사무직 근로자들의 잔업에 대한 보

상제도를 명확히 하려는 취지에서 다시 수당의 명칭이 ‘시간외수당’으로 환원되었다는 점도 고려하였다.

결국 회사가 월급제 근로자들에게 기본급 20% 상당액의 수당을 고정적으로 시간외수당 명목으로 지급한 것은, 실제의 평일 연장·야간 근로 시간과 관계없이 소정 근로 시간 월 240시간을 기준으로 월 32시간을 평일 연장·야간 근로 시간으로 간주하고 그에 대한 대가로서 이 사건 고정시간외수당을 지급하였을 가능성이 있다. 따라서 고등법원의 판결은 이에 대해 다시 판단해 보라는 취지에서 나온 것이다.

(3) 이처럼 고정시간외수당은 그 명칭대로 그 실질이 연장근로의 대가로 약정한 수당일 경우가 대부분일 것이다. 수당을 계산하는 방법이 시간에 상응하는 것이 아니라 기본급의 몇 %처럼 시간과 무관하게 고정된다는 점 때문에 연장근로수당의 약정이 위법하다거나 연장근로수당이 될 수 없다는 해석은 타당하지 않다. 약정 연장근로수당이 근기법에서 정한 계산 방법에 따른 법정수당에 비해 같거나 많은 금액이라면 근기법 위반의 문제가 발생하지 않는다.

다만 실제 초과근로 시간에 대해 근기법에 따라 계산한 법정수당이 그러한 약정된 금액보다 더 많다면, 그러한 약정된 금액만 지급하여야 하는지, 아니면 차액을 추가로 지급하여야 하는지의 문제가 발생한다.

흔히 회사는 고정 금액만 지급하기로 약속되어 있다는 항변을 한다. 포괄 임금제 약정에 해당한다는 뜻이다. 그러나 더 이상 지급하지 않는다는 포괄 임금제 약정은 근로 시간 계산이 어려운 경우이어야 적법하며(대법원 2010. 5. 13. 선고 2008다6052 판결 참조), 또한 더 이상 지급되지 않는다는 포괄 임금제 약정이 성립되었다고 인정되려면 그러한 뜻에 명백한 또는 묵시적인 합의가 이루어져야 한다. 판례는 “묵시적 합의에 의한 포괄 임금 약정이 성립하였다고 인정하기 위해서는, 근로 형태의 특수성으로 인하여 실제 근로 시간을 정확하게 산정하는 것이 곤란하거나 일정한 연장·야간·휴일 근로가 예상되는 경우 등 실질적인 필요성이 인정될 뿐 아니라, 근로 시간, 정하여진 임금의 형태나 수준 등 제반 사정에 비추어 사용자와 근로자 사이에 그 정액의 월급여액이나 일당 임금 외에 추가로 어떠한 수당도 지급하지 않기로 하거나 특정한 수당을 지급하지 않기로 하는 합의가 있었다고 객관적

으로 인정되는 경우이어야 할 것이다(대법원 2016. 10. 13. 선고 2016도1060 판결 참조).”라고 한다. 이 사건에서 대상판결은 기본급의 몇%를 고정적으로 시간외수당으로 지급하여 왔다는 사정, 그간에 별도의 추가지급 청구가 없었다는 사정만으로는 더 이상 지급하지 않는다는 합의가 묵시적으로 있었다고 인정되지는 않는다고 본 원심판결의 판단이 타당하다고 보았다.

(4) 고정시간외수당(고정 OT)은 초과근로에 대한 대가를 초과시간 수에 상응하지 않게 고정적으로 계산된 금액을 지급하지만, 그 실질이 시간외근로수당일 수 있다. 다만 초과근로가 거의 발생하지 않는 근로자에게 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 경우이거나, 초과근로가 때때로 발생하는 근로자에게 고정시간의 수당을 지급하는 것과 별도로 실제 초과근로 시간에 상응하여 계산된 시간외근로 수당도 지급되어 왔다면, 그러한 근로자에게는 고정시간외수당이 그 명칭과 달리 그 실질 면에서 초과근로가 아니라 소정 근로의 대가인 통상임금에 해당될 수 있다. 고정시간외수당을 설정한 취지대로 운영되어야 통상임금이 아니게 된다.

나아가 고정시간외수당을 설정한 취지인 때때로 초과근로가 발생하는 경우에 대비한다는 점도 재검토가 요청된다. 사무직 등에게 지급되어 온 고정 시간외수당은 연장근로를 많이 해온 장시간 노동 관행과 연관이 있다. 고정 시간외수당이 지급되는 근로자인 경우 장시간 노동이 쉽게 이루어질 수 있다는 점에서 비판받는다. 일과 생활의 조화(work and life balance)라는 측면에서도 법정근로 시간(1일 8시간, 1주 40시간의 제한)을 초과하는 근로를 가능한 한 억제할 필요가 있다. 법정근로 시간 제한보다 ‘적은’ 근로 시간을 소정 근로 시간으로 정한 근로계약에서, 초과근로 시간까지의 총근로시간이 법정 근로 시간 이내임을 전제로, 때때로 소정 근로 시간을 초과해 근로하는 경우 고정적인 시간외수당을 미리 정해둔 것은 일과 생활의 조화에 장애가 될 수 있다는 비판을 조금은 완화할 수 있을 것이다.

김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)



## 임금 지급 관행과 통상임금성 판단

- 대법원 2021. 12. 16. 선고 2016다7975 판결 -

### 【판결요지】

특정 시점이 되기 전에 퇴직한 근로자에게 특정 항목의 임금을 지급하지 않는 관행이 있더라도, 단체협약이나 취업규칙 등이 그러한 관행과 다른 내용을 명시적으로 정하고 있으면, 그러한 관행을 이유로 해당 임금 항목의 통상임금성을 배척함에는 특히 신중해야 한다.

H중공업(이하, 회사)의 2012년 급여세칙은 상여금에 관하여 다음과 같이 정하고 있다. 상여금의 연간 지급률은 800%로 하되, 2월, 4월, 6월, 8월, 10월, 12월 말에 100%씩 합계 600%의 기간 상여를, 설날과 추석에 각각 50%의 명절 상여를, 12월 말에 100%의 연간 상여를 지급한다. 상여금 적용 일수는, 기간 상여가 지급 월 전월 2개월, 연간 상여가 전년도 12월부터 당해연도 11월까지, 명절 상여는 이전 명절 상여 지급일 이후부터 다음 지급일까지이다. 퇴직자에 대한 상여금은 적용대상 기간 동안 근무분에 대해서 일할계산하여 지급한다.

회사는 중도입사자에 대하여는 기간 상여와 연간 상여를 지급하면서도 중도퇴직자에 대하여는 일괄적으로 상여금을 지급하지 않다가, 1994년경부터 법적 다툼 및 노사 간 다툼 소지의 근절, 타사와의 균형 관리, 상여금 수령을 위한 지연 퇴사 방지 등의 목적으로 중도퇴직자에 대하여도 상여금을 일할계산하여 지급하였다. 다만 급여세칙이 정하는 명절 상여는 2011년에 신설되어 지급되기 시작한 것으로서, 그 이전까지 상여금은 명절 상여 100%를 제외한 700%였다. 회사는 근로자들에게 기간 상여금·연간 상여금·명절 상여금은 통상임금에 포함되지 않는 것으로 보고 이를 제외하고 계산한 연장근로수당, 야간근로수당 등 법정수당을 지급하였다.

제1심(울산지법 2015. 2. 12. 선고 2012가합10108 판결)은 기간 상여금·연간 상여금·명절 상여금은 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금인

통상임금에 해당한다고 판단하였다. 반면 원심(부산고법 2016. 1. 13. 선고 2015나1888 판결)은 기간 상여금과 연간 상여금은 통상임금에 해당하지만, 실제로 재직 중인 근로자에게만 지급되는 명절 상여금은 ‘고정성’을 부정하여 통상임금에 포함되지 않는다고 보았다.

신의칙 위반에 대하여 제1심과 원심은 모두 대법원 전원합의체(2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결)가 제시한 기업의 ‘중대한 경영상 어려움’과 ‘기업의 존립 자체가 위태’로울 것을 신의칙의 판단 기준으로 삼았다. 제1심은 근로자의 미지급분 청구 시점(소 제기 시점)을 기준으로 근로자의 청구는 신의칙에 위반하지 않는다고, 원심은 판결 시점(사실심 변론종결 시점)을 기준으로 신의칙 위반으로 청구를 기각하는 다른 결론을 내렸다.<sup>1)</sup>

대상판결은 제1심과 원심의 상반된 판결에 대한 판단이다. 첫 번째 쟁점은 명문의 취업규칙과 다른 임금 지급 관행이 존재하는 경우, 해당 취업규칙의 규정이 효력을 상실하였거나 다른 내용으로 변경되었는지 여부이다. 요컨대 ‘명절 상여금은 재직자에게만 지급’하는 것이 확립된 관행으로서 규범력을 갖는가이다. 노동 관행은 근로조건이나 직장 질서 및 조합활동 등에 관해 단체협약, 취업규칙 등의 명시적인 규정에 근거하지 않고, 어떤 사실이나 행위가 노사 간에 상당 기간 이의 없이 반복해 계속 행해지고, 기업 내에서 사실상의 제도로서 확립되어 있다고 할 수 있을 정도의 규범의식에 의해 지지되는 경우 노동법령이나 근로계약을 해석하거나 보충하는 기능을 가지게 된다.

원심은 ‘기업의 내부에 존재하는 특정의 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 하기 위하여는 그러한 관행이 기업 사회에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나 기업의 구성원에 의하여 일반적으로 아무도 이의를 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여져서 기업 내에서 사실상의 제도로서 확립되어 있다고 할 수 있을 정도의 규범의식에 의하여 지지되고 있어야 한다(대법원 2002. 4. 23. 선고 2000다50701 판결).’는 판례법리를 전제하였다. 원심은 기존 법리를 적용하여 ‘일할 지급’ 규정은 명절 상여가 신설되기 이전에 기간 상여와 연간 상여에 적용될

1) 양승엽(2016), 「미지급된 통상임금 청구의 신의칙 위반 판단 기준- 부산고등법원 2016. 1. 13 선고 2015나1888 판결, 『노동리뷰』(통권 제132호)에서 제1심 판결과 원심 판결을 상세하게 비교 검토하고 있다.

것을 예상하여 도입된 조항이고, 그 후 신설된 명절 상여의 경우에는 처음부터 기존의 상여금과 별개로 인식되고 지급되어 일할지급 조항의 적용이 없거나, 적어도 그러한 점에 관하여 노사 간의 묵시적인 합의 또는 관행이 생성된 것으로 보인다고 판단하여 명절 상여금의 ‘고정성’을 부정하였다.

반면 대상판결은 ‘특정 임금 항목이 근로자가 소정 근로를 했는지 여부와 상관없이 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하는 임금인지를 판단할 때는, 그에 관한 근로계약이나 단체협약 또는 취업규칙 등 규정의 내용, 사업장 내 임금 지급 실태나 관행, 노사의 인식 등을 종합적으로 고려해서 판단해야 한다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다94643 전원합의체 판결, 대법원 2020. 4. 29. 선고 2018다303417 판결).’는 법리를 실시한 다음 ① 회사는 1994년경부터 중도퇴직자에게 상여금을 일할계산하여 지급하기 시작하였고, 회사의 2012년 급여세칙은 명절 상여를 포함하여 상여금을 지급일 이전 퇴직자에게도 근무 일수에 비례하여 일할지급한다는 점을 명시하고 있고, ② 회사 사업장에서 근로자 개인 또는 노동조합이 지급일 그 밖의 특정 시점 이전에 퇴사함으로써 명절 상여를 받지 못한 근로자에게도 근무 일수에 상응하는 명절 상여를 지급할 것을 요구하거나 이의를 제기하지 않았다는 사정만으로 급여세칙 등 취업규칙이 정한 명절 상여의 퇴직자 일할지급 규정이 효력을 상실하였다거나 다른 내용으로 변경되었다고 단정할 수 없으며, ③ 회사가 퇴직한 근로자에게 명절 상여를 지급하지 않는다는 사정을 공지하거나 근로자들이 이러한 사정을 분명하게 인식하고 있었다고 볼 자료도 없으며 원심과 달리 판단하였다.

노동법의 법원(法源)으로 이해되는 단체협약이나 취업규칙에서 규정한 사항과 다르게 계속적·반복적으로 이루어진 행위를 ‘노동관행’으로 인정함에는 신중해야 한다. 더구나 명문의 규정과 달리 근로자에게 불리하게 형성된 관행에 규범력을 부여하는 데에는 더욱 그러하다. 대법원은 ‘단체협약과 같은 처분문서를 해석할 때 명문의 규정을 근로자에게 불리하게 변형 해석할 수 없다(2011. 10. 13. 선고 2009다102452 판결).’는 법리를 정립하고 있다. 취업규칙은 단체협약과 함께 근로계약의 내용을 이루고 있다는 점에서 명문의 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변형 해석할 수는 없다는 결론에 이른다. 더구나 명절 상여금을 일할지급하지 아니한 사용자의 의무 불이행을 관행으로 보아 근로자에게 불리하게 해석할 수 없는 것이다. 원심 판결을 파기한

대상판결이 타당하다.

두 번째 쟁점은 근로자의 추가 법정수당 청구가 신의칙에 위반되는지 여부이다. 대상판결은 ‘통상임금 재산정에 따른 근로자의 추가 법정수당 청구가 기업에 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업 존립을 위태롭게 하여 신의칙에 위반되는지 여부는 여러 사정을 종합적으로 고려하여 신중하고 엄격하게 판단해야 한다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다217287 판결).’는 기존 법리를 따랐다. 구체적으로 근로자의 미지급분 청구 시점(소 제기 시점) 인지, 판결 시점(사실심 변론 종결 시점)을 기준으로 신의칙 위반 여부를 판단할 것인지 명시하지 않고, 중대한 경영상의 어려움을 초래하는지 여부는 사실심 변론 종결 시라는 특정 시점에 국한한 회사의 경영상태만을 기준으로 볼 것이 아니라 기업의 계속성이나 수익성, 경영상 어려움을 예견하거나 극복할 가능성이 있는지 등 판단 기준을 제시하면서 근로자의 청구가 신의칙에 위배되지 않는다고 보았다. 결국 ‘기업 운영을 둘러싼 종합적이고 신중한 판단’이며, 대상판결은 통상임금 소송에서 신의칙 항변 인용이 보다 엄격해졌다고 판시한 것이다.

노상헌(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

## 매각위로금 반환약정의 유효성

- 대법원 2022. 3. 11. 선고 2017다202272 판결 -

### 【판결요지】

근로기준법 제20조는 “사용자는 근로계약 불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약을 체결하지 못한다.”라고 규정하고 있다. 근로자가 근로계약을 불이행한 경우 반대급부인 임금을 지급받지 못한 것에서 더 나아가 위약금이나 손해배상금을 지급하여야 한다면 근로자로서는 비록 불리한 근로계약을 체결하였다 하더라도 그 근로계약의 구속에서 쉽사리 벗어날 수 없을 것이므로, 위와 같은 위약금이나 손해배상액 예정의 약정을 금지함으로써 근로자가 퇴직의 자유를 제한받아 부당하게 근로의 계속을 강요당하는 것을 방지하고, 근로자의 직장선택의 자유를 보장하며 불리한 근로계약을 해지할 수 있도록 보호하려는 데에 위 규정의 취지가 있다(대법원 2004. 4. 28. 선고 2001다53875 판결 참조). 사용자가 근로자에게 일정한 금전을 지급하면서 의무 근로기간을 설정하고 이를 지키지 못하면 그 전부 또는 일부를 반환받기로 약정한 경우, 의무 근로기간의 설정 양상, 반환 대상인 금전의 법적 성격 및 규모·액수, 반환 약정을 체결한 목적이나 경위 등을 종합할 때 그러한 반환 약정이 해당 금전을 지급받은 근로자의 퇴직의 자유를 제한하거나 그 의사에 반하는 근로의 계속을 부당하게 강요하는 것이라고 볼 수 없다면, 이는 근로기준법 제20조가 금지하는 약정이라고 보기 어렵다.

대상 판결의 기초 사실을 살펴보면, 2014년 삼성토탈 주식회사가 한화그룹에 매각된다는 소식이 알려지자 근로자들은 ‘삼성토탈 주식회사 매각대응 비상대책위원회’(이하 ‘비상대책위원회’라고 한다)를 결성하여 주식 매각에 반대하고 나섰다. 조속한 거래를 원하는 삼성 측과 달리 한화 측은 주식 인수 전 노동조합 문제를 먼저 해결하라고 요구하여 수개월간 주식 매매가 이루어지지 않았고, 이에 삼성토탈주식회사는 비상대책위원회와 협상을 진행한 끝에 2015. 4. 29. 비상대책위원회 위원장과 ① 2015. 4. 30. 직원들에게 매각위로금으로 ‘4,000만 원 + 상여기초 6개월분(평균 6,000만 원)’을 지급하고,

② 매각위로금을 받은 직원이 2015. 12. 31. 이전에 퇴사할 경우 이미 지급받은 매각위로금을 월할 계산하여 반납한다는 내용의 약정(이하 ‘이 사건 약정’이라고 한다)을 하였다. 삼성토탈주식회사는 ‘매각위로금 지급 안내’라는 문서에서 위로금 지급 배경에 관하여 ‘주주 변경에 따라 그간 헌신해 온 임직원들의 노고와 열정에 대해 감사를 표하고, 새로운 출발을 위한 도약의 의지를 다지고 격려코자 함’이라고 안내하였고, 세금에 관하여는 ‘위로금은 주주가 지급하는 금액으로 세법상 근로소득이 아닌 기타소득으로 분류되어 지급 시 22%의 세금이 공제됨’이라고 안내하였다. 삼성토탈주식회사는 2015. 4. 30. 근로자 A(이하 ‘A’라 한다)에게 위로금 63,700,000원에서 22%의 세금을 원천징수한 나머지 49,686,000원을 지급하였다. 그 무렵 주식 매각에 따른 대주주의 변경으로 삼성토탈주식회사는 한화그룹에 속하게 되었고, 상호가 ‘한화토탈주식회사’로 변경되었다. 그런데 매각위로금을 지급받은 A가 2015. 5. 12. 일신상의 사정을 이유로 퇴직 의사를 밝힌 다음 2015. 6. 4. 퇴직하자, 한화토탈주식회사는 A에게 위로금 월할 계산액의 반환을 구하는 소를 제기하였고, A는 이 사건 약정 중 위로금 반환 부분이 「근로기준법」(이하, 근로기준법) 제20조가 금지하는 근로계약 불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약으로서 무효라고 주장하였다.

1심은 원고인 한화토탈주식회사의 청구를 인정하였으나, 2심은 이 사건 약정 중 위로금 반환 부분은 근로자가 일정 기간 근무하기로 하면서 이를 위반할 경우 사용자의 손해 범위를 묻지 않고 바로 소정 금액을 사용자에게 지급하기로 하는 것으로서 근로기준법 제20조에 위반된다고 판단하여 청구를 기각하였다. 그러나 대법원은, 이 사건 약정 중 위로금 반환 부분은 근로계약상의 근로기간 약정 위반 시 위약금이나 손해배상으로서 일정 금액을 지급하기로 하는 내용이라거나 미리 정한 근무 기간 이전에 퇴직하였다는 이유로 임금을 반환하기로 하는 취지로 보기 어려우며, 제반 사정상 근로자의 의사에 반하는 근로의 계속을 부당하게 강요한다고 볼 수도 없으므로 근로기준법 제20조에 위반된다고 보기 어렵다고 판단하여, 2심판결을 파기환송 하였다.

헌법상 보장된 직업선택의 자유, 노동법의 대원칙인 강제 근로의 금지 원칙상 회사가 근로자의 재직을 직접 강제하는 것은 원칙적으로 금지된다. 근로기준법 제7조는 「헌법」 제12조 제1항 2문 후단이 법률과 적법한 절차에 의하지 않은 강제노역을 금지하고 있는 것을 구체화하여 법의 기본원칙을

규정하고 있다. 근로기준법 제7조는 경제적으로 우위에 있는 사용자가 그 힘의 우위를 이용하여 근로자의 자유의사에 반하는 근로를 강요하지 못하도록 함으로써 전근대적인 노사관계를 극복하고 근로자의 인격 존중과 실현을 도모하기 위한 것이다. 또한 근로기준법 제20조는 “사용자는 근로계약 불이행에 대한 위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약을 체결하지 못한다.”라고 규정하고 있다. 위약금이란 계약불이행의 경우에 근로자가 사용자에게 일정액을 지불하는 금액이고, 손해배상액의 예정이란 근로자의 계약불이행의 경우에 근로자가 사용자에게 실제 손해의 발생 여부 및 손해의 액수에 관계없이 일정액을 지불할 것을 미리 약정하는 것이다. 이러한 위약금 또는 손해배상액 예정 금지 규정을 둔 입법 취지는 근로자가 근로계약을 불이행한 경우 반대급부인 임금을 지급받지 못한 것에 더 나아가서 위약금이나 손해배상을 지급해야 한다면 근로자는 비록 불리한 근로계약을 체결했다고 하더라도 그 근로계약의 구속에서 쉽사리 벗어날 수 없을 것이므로 이와 같은 위약금이나 손해배상액예정의 약정을 금지함으로써 근로자가 퇴직의 자유를 제한받아 부당하게 근로의 계속을 강요당하는 것을 방지하고, 근로계약 체결 시의 근로자의 직장선택의 자유를 보장하며 불리한 근로계약의 해지를 보호하려는 데 있다.

기업변동(인수합병, 분할, 영업양도 등) 시 통상 금액의 차이는 있지만 노동조합 또는 근로자 집단의 실사 방해나 파업 등으로 인한 기업 가치 훼손을 막고, 근로자들의 상실감을 달래고 위로하기 위해 매각 위로금 등을 지급하고 있는 경우가 많다. 기업 인수합병, 기업분할 후 매각, 영업양수도 시 근로자에게 매각 위로금 등을 지급하고, 일정 기간 근무하기로 약정을 하면서 만약 그 해당 기간 동안 근무를 하지 못하게 되는 경우 지급받은 위로금 등의 전부 또는 일부를 반환하기로 약정하는 경우 그 약정의 유효성이 문제되고 있다. 특히 반환약정을 근로기준법 제20조가 규정하는 근로계약 불이행에 대한 ‘위약금 또는 손해배상액을 예정하는 계약’으로 볼 수 있는지가 해석상 문제된다.

근로기준법 제20조를 엄격하게 해석한다면 계속근로를 조건으로 한 어떤 형태의 금원 지급도 무효라고 보아야 할 것이나, 사용자와 근로자가 임금과는 별도로 일정 기간 근무를 조건으로 해 추가적인 금원을 지급하되 그 조건을 충족하지 못한 경우 지급받은 금원을 반환토록 하는 것은 계약 자유의

원칙에 속하는 것이고 나아가 근로기준법의 취지에도 반하는 것이 아니라고 볼 수 있는 측면도 충분히 있다. 예를 들어 근로자의 해외 유학이나 연수, 위탁교육 훈련 등 소요 경비를 사용자가 부담하고 사후에 일정 기간 의무적으로 근무하면 경비상환을 면제하되 그렇지 않으면 반환하는 약정을 한 경우 연수비 반환약정의 필요성이 인정되고, 근로자의 자발적 희망과 이익까지 고려하여 근로자가 전적으로 또는 공동으로 부담하여야 할 비용을 사용자가 대신 지출한 것으로 평가되며, 약정 근무 기간 및 상환해야 할 비용이 합리적이고 타당한 범위 내에서 정해져 있다면 근로기준법 제20조에 위반되지 않는다고 보아야 할 것이다(대법원 2008. 10. 23. 선고 2006다37274 판결 등 참조).

한편, 최근 기업이 우수한 인재를 채용하기 위하여 근로자와 근로계약을 체결함과 동시에 근로자에게 사이닝 보너스를 지급하거나, 핵심인재에 대해 이직을 억제하고 계속 보유하기 위해 리텐션 보너스를 지급하고, 일정 기간 근무하기로 약정을 하면서 만약 그 해당 기간 동안 근무를 하지 못하게 되는 경우 지급받은 보너스의 전부 또는 일부를 반환하기로 약정하는 경우 그 약정의 유효성이 문제되고 있다. 대법원은 사이닝 보너스가 이직에 따른 보상이나 근로계약 등의 체결에 대한 대가로서의 성격만 가지는지, 더 나아가 의무근무기간 동안의 이직 금지 내지 전속 근무 약속에 대한 대가 또는 임금 선급금으로서의 성격도 함께 가지는지는 i) 해당 계약이 체결된 동기 및 경위, ii) 당사자가 계약에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, iii) 계약서에 특정 기간 동안의 전속 근무를 조건으로 사이닝 보너스를 지급한다거나 그 기간의 중간에 퇴직하거나 이직할 경우 이를 반환한다는 등의 문언이 기재되어 있는지 및 iv) 거래의 관행 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 보고 있다(대법원 2015. 6. 11. 선고 2012다55518 판결 참조). 사이닝 보너스 반환약정은 원칙적으로 ① 제공되는 보너스의 액수와 의무근무기간 및 전직 제한의 정도가 적정하게 균형을 이뤄야 하고, ② 근로자의 전직 자유의 본질적인 내용을 침해해서는 아니 되며, ③ 제공된 보너스가 임금으로서의 성격을 가지고 있어서는 안 되며, ④ 근로자의 전직에 사용자의 귀책사유가 없어야 유효하다 할 것이다.

그렇다면, 대상 판결이 “소속 기업집단의 변경에 따른 매각위로금은 주식 매각대금을 재원으로 하여 지급되고, 세법상 근로소득이 아닌 기타소득으로



분류된다고 안내되었다는 점에서, 이 사건 약정 중 위로금 반환 부분이 미리 정한 근무 기간 이전에 퇴직하였다는 이유로 마땅히 근로자에게 지급하여야 할 임금을 반환하기로 하는 취지의 약정이라고 보기 어려우며, 주식 매각에 대한 기존 근로자들의 반대를 무마하고 일정 기간의 계속근로를 유도함으로써 주식 매각 이후에도 사업을 차질 없이 운영하려는 일회적이고 특별한 경영상의 목적에서 이 사건 약정을 하고 근로자들에게 매각위로금을 지급한 사정과 함께 의무근로기간 설정 양상, 반환 대상인 금전의 규모나 액수 등을 종합하면, A 등 매각위로금을 지급받은 근로자들이 이 사건 약정으로 퇴직의 자유를 제한받는다고거나 그 의사에 반하는 근로의 계속을 부당하게 강요 받는다고 볼 수 없으므로, 이 사건 약정 중 위로금 반환 부분이 근로기준법 제20조에 위반된다고 단정하기 어렵다.”라고 판단한 부분은 수긍할 수 있고 타당하다 할 것이다. 대상판결은 최근 상시적인 기업 구조조정이 성행하고 근로자들의 일상적인 이직이 빈번히 이루어지는 상황에서 인수합병, 영업양도 등 기업변동 시 매각 위로금을 지급하는 동시에 의무근로기간을 설정하고 이를 지키지 못하면 지급받은 위로금의 전부 또는 일부를 반환하기로 약정한 경우, 그 반환약정의 유효성에 대한 판단기준을 제시하였다는 점에서 의의가 있다.

통상 인수합병, 영업양도 등 기업변동 시 지급되는 매각 위로금은 그간의 노고를 치하하고 매각에 따른 상실감을 달래며 또한 근로자들의 집단을 반발을 최소화하고 매각 이후에도 사업을 차질 없이 운영하기 위해 일정 기간의 계속근로를 유인하기 위한 목적에서 지급되는 일회적인 성격의 돈으로, 일정 기간 근무하기로 약정을 하면서 만약 그 해당 기간 동안 근무를 하지 못하게 되는 경우 지급받은 위로금의 전부 또는 일부를 반환하기로 하는 약정이 무효라고 보기는 어려울 것이다. 다만, 위로금과 의무근로기간 사이에는 비례와 형평의 원칙이 적용되어야 할 것이고, 의무근로기간을 채우지 못하여 약정을 위반하는 경우 약정의 위반 정도에 대한 고려 없이 어떠한 경우에도나 일률적으로 지급받은 위로금 전액을 반환하도록 하는 것은 과도하고 합리성과 공정성을 잃은 것으로 볼 수 있다는 측면에서 잔여 의무근로기간을 고려하여 반환하도록 하는 것이 타당하겠다.

## 임금피크제와 연령차별

- 대법원 2022. 5. 26. 선고 2017다292343 판결 -

### 【판결요지】

「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」 제4조의4 제1항에서 “사업주는 모집·채용(제1호), 임금, 임금 외의 금품 지급 및 복리후생(제2호), 교육·훈련(제3호), 배치·전보·승진(제4호), 퇴직·해고(제5호) 분야에서 합리적인 이유 없이 연령을 이유로 근로자 또는 근로자가 되려는 자를 차별하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 … 이와 같은 규정들의 내용과 고용의 영역에서 나이를 이유로 한 차별을 금지하여 헌법상 평등권을 실질적으로 구현하려는 구 고령자고용법상 차별 금지 조항의 입법 취지를 고려하면, 구 고령자고용법 제4조의4 제1항은 강행규정에 해당한다. 따라서 단체협약, 취업규칙 또는 근로계약에서 이에 반하는 내용을 정한 조항은 무효이다. 연령을 이유로 한 차별을 금지하고 있는 구 고령자고용법 제4조의4 제1항에서 말하는 ‘합리적인 이유가 없는’ 경우란 연령에 따라 근로자를 다르게 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나 달리 처우하는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 말한다.

사업주가 근로자의 정년을 그대로 유지하면서 임금을 정년 전까지 일정 기간 삭감하는 형태의 이른바 ‘임금피크제’를 시행하는 경우 연령을 이유로 한 차별에 합리적인 이유가 없어 그 조치가 무효인지 여부는 임금피크제 도입 목적의 타당성, 대상 근로자들이 입는 불이익의 정도, 임금삭감에 대한 대상조치의 도입 여부 및 그 적정성, 임금피크제로 감액된 재원이 임금피크제 도입의 본래 목적을 위하여 사용되었는지 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

### 1. 사건 개요

피고 연구원은 2009년에 경영 효율을 높이기 위한 목적으로 정년 61세를 유지하면서 일정 역량등급의 만 55세 이상 정규직 직원에게만 적용되는 성과연급제(이하 ‘임금피크제’<sup>1)</sup>)라고 한다.)를 노사 합의로 도입하였다. 그에 따

라 만 55세 이상 정규직 직원에게는 그 이전의 직급·역량등급과 무관하게 특정 기준연급을 지급하였고, 그 결과 성과평가에 따라서는 월 급여가 약 93만~283만 원이 감소하였다. 이에 원고(명예퇴직자)는 위 임금피크제가 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」(대상판결의 이해에 더 적절할 듯하여 이하 ‘연령차별금지법’이라고 한다.)의 연령차별 금지 규정(제4조의4 제1항)<sup>2)</sup> 위반으로 무효라며 위 임금피크제가 시행되지 않았으면 받을 수 있었던 임금 등과 이미 지급받은 임금 등의 차액을 구하는 소를 제기하였다. 원심판결은 위 임금피크제는 연령차별로 무효라고 하였고, 대상판결도 그 결론을 같이하였다.

## 2. 대상판결의 의의와 내용

1) 대상판결은 첫째, 나이를 이유로 한 차별을 금지하여 헌법상 평등권을 실질적으로 구현하려는 연령차별금지법상 차별금지 조항은 강행규정에 해당한다고 하였다. 둘째, 해당 규정에서 합리적 이유 없는 경우란 연령에 따라 근로자를 다르게 처우할 필요성이 인정되지 않거나 달리 처우하는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 않은 경우를 말한다고 하였다. 셋째, 정년을 그대로 유지하면서 일정 나이 이상 근로자의 임금을 정년 전까지 일정 기간 삭감하는 형태의 임금피크제(정년보장형 임금피크제)가 무효인지는, 임금피크제 도입 목적의 타당성, 대상 근로자들이 입는 불이익의 정도, 대상조치의 도입 여부 및 그 적정성, 감액된 재원이 임금피크제 도입의 본래 목적을 위하여 사용되었는지 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단한다고 하였다. 연령차별 금지 규정의 강행 규정성을 인정하고, 합리적 이유 없는 차별의 의미와 특히 정년보장형 임금피크제의 효력에 관한 판단기준을 처음으로 밝혔다는 데에 그 의의가 있다.

- 
- 1) 연령차별은 나이가 많다는 또는 적다는 이유만으로 직접 또는 간접적으로 차별(우대 또는 배제)하는 것을 말하는데, 우리나라 임금피크제는 어떤 업무능력이 아닌 일정한 나이를 기준으로 임금피크를 정하고 이후 임금을 삭감하는 형태여서 단지 나이가 많다는 이유로 직접적으로 차별한다는 논란이 있을 수밖에 없었다.
  - 2) 대상판결은 제4조의4 제1항의 강행 규정성을 다루었으나, 제2항(간접차별)도 마찬가지로 일 것이다.

2) 대상판결은 그 판단기준을 해당 사안에 적용하여, 임금피크제의 목적이 인건비 부담 완화와 실적 달성률을 높이기 위한 것인데, 특히 55세 이상 직원의 실적 달성률보다 51~54세 직원의 달성률이 오히려 떨어진다면, 위 목적을 임금삭감 조치를 정당화할 사유로 보기 어렵고, 임금의 대폭 감소로 그 불이익이 큰데 조기퇴직을 장려하는 명예퇴직 제도는 불이익 보전의 대상 조치가 아니고 달리 대상 조치가 강구되지 않았으며, 임금피크제 전후로 부여된 목표 수준이나 업무 내용에 차이가 있지 않으므로, 연령차별에 합리적인 이유가 없다고 하였다. 다만 감액된 재원의 목적에 맞는 사용 여부는 해당 사안에서는 별도의 판단이 필요치 않아 따로 적용하지는 않았다.

### 3. 대상판결에 대한 단상들

1) 대상판결은, 정년보장형 임금피크제(정년보장+임금삭감)의 무효 여부에 관한 판단기준을 제시하였다. 해당 사안과 대비되어 언급되는 정년연장형 임금피크제(정년연장+임금삭감)에도, 대상판결의 판단기준이 그대로 적용될 수 있을 것 같다.<sup>3)</sup> 연령차별의 판단기준이 그 유형에 따라 달라져야 할 이유가 없기 때문이다. 다만, 그 적용에서 정년 연장의 이익은 임금피크제에 따른 불이익에 대한 대상 조치나 불이익의 정도에서 상당한 의미를 가질 수밖에 없다.<sup>4)</sup> 한편 감액된 재원의 목적에 맞는 사용 여부는 감액된 재원의 활용 목적이 있는 사안에서 그 목적의 정당성(합리성) 판단에서 고려 요소 정도의 의미라고 보아도 될 것이다(대상판결은 그러한 특별한 목적의 사안이 아니어서 그 적용이 필요하지도 않았다.). 그리고 합리적인 이유가 있어 연령차별은 아니더라도(또한 현저히 합리성이 없어 단체협약의 내재적 한계를 벗어났다고 할 수 없더라도), 개별적·집단적 근로조건 대등 결정의 원칙(『근로기준법』 제4조, 『헌법』 제33조 제1항)에 비추어 단체협약이나 취업규칙,

3) 서울중앙지법 2022. 6. 16. 선고 2019가합592028·2020가합505662 판결은, 대상판결의 법리는 정년연장형 임금피크제 사안에 대하여도 하나의 참고 기준이 될 수 있다고 하면서, 법령에 따른 임금 개편 조치 의무, 경영상태에 비추어 임금피크제 도입 필요성을 고려 요소에 추가하였다.

4) 위 판결은, 정년 연장과 연계해서 임금피크제가 시행된 사안에서 정년 연장 자체가 임금삭감에 대응하는 가장 중요한 보상에 해당한다고 볼 수 있다고 하였다.

개별 근로계약의 개정이나 변경 과정에서 절차적 정당성, 취업규칙과 개별 근로계약과의 관계(유리의 원칙)<sup>5)</sup> 등은 쟁점이 될 수 있다.

2) 대상판결은, 임금피크제의 목적이 인건비 부담 완화와 실적 달성률을 높이기 위한 것인데, 55세 이상 직원의 실적 달성률보다 51~54세 직원의 달성률이 오히려 떨어진다면, 위 목적을 임금삭감 조치를 정당화할 사유로 보기 어렵다고 하였는바, 실적 달성률에 대해서는 인정 사실을 기초로 목적의 정당성을 부정하였으나 인건비 부담 완화 목적의 정당성을 명백히 판단한 것은 아닌 것 같다. 그런데 단순히 인건비 절감, 정리해고 등 탈법적인 목적,<sup>6)</sup> 사실상 퇴출 의도<sup>7)</sup>는 그 정당성을 인정하기 어렵다. 한편 신규 채용 재원 마련 등 일자리나누기 목적이 임금피크제의 목적으로 정당한지는 의문이다. 일자리나누기는 사회 공동의 문제이거나 기업, 또는 전체 구성원이 함께 부담하여야 할 문제이지 단순히 나이가 많음이 일자리나누기 재원의 부담을 모두 떠안아야 할 이유가 될 수는 없다는 생각이다.<sup>8)</sup>

3) 대상판결은 대상조치의 예로 임금삭감에 준하는 업무량 또는 업무강도의 저감을 들고 있다(대법원 보도자료). 그러나 일정한 나이가 되었다는 이유만으로 업무량 등을 줄이고 그에 상응하는 임금삭감을 하였다면, 일정 나이만을 이유로 업무량을 줄이는 것 자체가 연령차별이라고 할 수도 있다.<sup>9)</sup> 임금피크제에 따른 임금삭감의 합리성을 인정하려면, 나이가 많은 근로자는 생산성 등이 더 낮다는 것이 확인되어야 하는데, 단순히 그럴 것이라는 추정

5) 대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709 판결은, 근로자와 회사가 기본연봉을 정한 연봉 계약으로 근로계약을 체결한 후 회사가 소속 근로자의 과반수로 조직된 노동조합의 동의를 받아 취업규칙인 임금피크제 운용세칙을 제정·공고한 사건으로, 취업규칙보다 유리한 근로조건을 정한 근로계약이 우선하여 적용된다고 하였다.

6) 대구고법 2021. 7. 21. 선고 2019나25043 판결(대법원 2022. 5. 12. 선고 2021다263052 상고기각 확정).

7) 서울고법 2021. 9. 8. 선고 2019나2016657 판결(확정).

8) 반면 임금피크제는 고령자 정년 보장과 연장, 청년 신규 채용 확대의 목적도 가지고 있으므로 그 목적의 정당성을 긍정하는 견해도 있다(인천지방법원 2022. 2. 23. 선고 2019가합61600 판결(확정), 서울남부지방법원 2022. 5. 27. 선고 2020가합103192 판결).

9) 그러나 서울중앙지방법원 2022. 6. 16. 선고 2019가합592028·2020가합505662 판결은, 업무량과 업무강도 등이 줄어들지 않았다는 주장에 대하여, 정년 연장 자체가 임금삭감에 대응하는 가장 중요한 보상이고, 연장된 기간에 지급되는 임금이 삭감된 임금의 가장 중요한 사용처이므로, 업무량과 업무강도 등에 관한 명시적인 감소 조치가 없더라도, 합리적 이유 없는 연령차별에 해당한다고 쉽사리 단정할 수는 없다고 하였다.

이나 예감만으로는 곤란하고, 사용자는 나이가 해당 직무의 정상적 운영을 위한 필수적 요소라는 점, 일정 나이 이상 근로자는 모두 혹은 상당수가 해당 직무를 수행할 수 없다는 점 등을 의학적 증거, 타당성 연구, 전문가의 분석 등으로 증명하여야 한다.<sup>10)</sup> 그러한 확인·증명 없이 일정 나이 이상 근로자의 임금삭감을 위해 그의 업무량 등을 줄이려 한 것은 합리적이라고 하기는 어려워적이다.

4) 연령차별의 문제는 어디에 서서 보느냐에 따라 주장과 결론이 달라질 수 있다, 나이가 적다는 이유로 임금을 적게 받아도 되는지에 대하여도 위와 같은 확인·증명이 없으면 연령차별이라는 주장이 제기될 수도 있다.<sup>11)</sup> 향후 직무 가치와 성과를 반영하는 임금체계가 더 객관적·합리적인 임금체계라는 인식이 더 힘을 얻는다면 임금에서 연공서열에 따른 우대가 합리적인지에 관한 논란은 더 커질 수밖에 없다. 대상판결은 고령자 연령차별만을 다루었지만, 어쩌면 고령자 연령차별을 넘어 동일가치노동 동일임금의 원칙, 동종·유사 업무수행 여부에 관한 판단, 책임과 권한 및 근로 성격 등 직무 특성, 성과 등 직무수행 결과에 관한 평가 등을 둘러싼 논의를 재촉하는 계기가 될 수도 있다.

5) 노동조합이 이 판결을 계기로 법적 쟁송에 마냥 적극적으로 나서려 할지는 알 수 없으나, 사업장 내외의 세대 갈등 등이 가져올 파장이 임금피크

10) 안진(2020), 「연령차별금지법의 실효성 제고방안에 대한 연구」, 『법학논총』, 제40권 제1호, 전남대학교 법학연구소, p.283(정년 잔여기간 3년 차에 이르러서는 업무성적과 무관하게 1949년생 직원 전원을 나이에 근거하여 역직위 보임하는 역직위 제도는, 나이가 지점장 등의 업무수행을 불가능하게 하는 본질적인 요소임을 사용자가 입증하지 못한다면, 평등권 침해를 금지하는 헌법 등 현행법에 위반되는 수단으로 용인할 수 없다고 한 국가인권위 2006. 2. 27. 04진차657 결정을 참조하고 있다).

11) 이 때문에 연령차별금지법은 합리적인 이유 있는 연령상 차등을 차별로 보지 않는 예외적인 경우를 명확히 규정함으로써 차별 여부에 관한 판단을 명확히 하여 불필요한 다툼을 사전에 방지하고자 하였다(제4조의5 각호 신설 2008. 3. 21., 시행 2009. 3. 22.). 그 예외적인 경우란, 직무의 성격에 비추어 특정 연령기준이 불가피하게 요구되는 경우, 근속기간의 차이를 고려하여 임금이나 임금 외의 금품과 복리후생에서 합리적인 차등을 두는 경우(연공급 임금, 근속 수당 등), 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 정년을 설정하는 경우(정년제도), 특정 연령집단의 고용유지·촉진을 위한 지원 조치를 하는 경우(실질적 평등 실현을 위한 적극적 개선 조치, 고령자 고용유지나 채용, 청년고용 할당 등)을 말한다. 고령자 정년 보장과 연장, 청년 신규 채용 확대 목적의 임금피크제는 마지막의 경우에 해당하므로 그 목적의 정당성을 인정할 수 있다는 견해와 그에 대한 의문은 위에서 본 것과 같다.

제 도입 당시와 다를 수 있음을 고려할 수밖에 없을 것 같다.<sup>12)</sup> 한편 노동조합은 이 판결을 계기로 연령차별의 법적 쟁송의 고민을 넘어 개별기업의 지불능력에 바탕을 둔 연공서열에 따른 임금체계가 아닌, 초기기업별 단체교섭으로 동일가치노동과 동일 임금의 원칙 등을 바탕으로 하는 임금체계의 마련이라는 오랜 과제에 다시 관심을 가져야 한다. 개별기업의 지불능력에 기초한 직무급과 같은 엉뚱한 임금체계가 선부르게 먼저 들어설 수 없게 말이다.

장영석(전국언론노동조합, 법학박사)

12) 노사 합의가 강행규정 위반이어서 무효라는 것만 보면 언뜻 이른바 통상임금 소송과 유사하나, 임금피크제는 통상임금과 그 적용 대상과 범위가 다를 뿐 아니라 제도 도입 당시에 드러났던 세대 갈등이 재현될 수 있는 등 그 파장도 다르기 때문이다.

## 임금피크제 실시가 고령자 차별에 해당하는 경우

### 언제나 무효인지 여부

- 대법원 2022. 5. 26. 선고 2017다292343 판결 -

#### 【판결요지】

연령을 이유로 한 차별을 금지하고 있는 구 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률(2020. 5. 26. 법률 제17326호로 개정되기 전의 것) 제4조의4 제1항에서 말하는 ‘합리적인 이유가 없는’ 경우란 연령에 따라 근로자를 다르게 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나 달리 처우하는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 말한다. 사업주가 근로자의 정년을 그대로 유지하면서 임금을 정년 전까지 일정 기간 삭감하는 형태의 이른바 ‘임금피크제’를 시행하는 경우 연령을 이유로 한 차별에 합리적인 이유가 없어 그 조치가 무효인지는 임금피크제 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 판단하여야 한다.

대상판결의 사안에서, 피고 회사는 노조와 신인사제도를 합의하여 임금피크제에 해당하는 성과연급제를 운영하기로 하였다. 피고 회사에서 근로자의 직급은 5단계로, 직급별로 역량등급은 21~33등급으로 구분하였고, 근로자는 직급별 역량등급에 따라 정해지는 기준연급과 평가 결과 등에 따라 정해지는 변동 연급을 지급받게 된다. 그런데 피고 회사는 이 사건 성과연급제 적용과 관련하여, 근로자의 정년을 61세로 유지하면서 55세 이상 정규직 직원들에 대해서는 이전의 직급과 역량등급과 무관하게 고정등급으로 책정하여 임금을 지급하기로 하였다. 이러한 조치에 따라 종전 감액된 임금을 지급받게 된 원고 근로자는 피고가 실시하는 성과연급제가 연령을 이유로 한 것이어서 고령자고용법을 위반하여 무효라고 주장하면서 감액된 임금의 지급을 청구한 것이다. 대상판결의 사안에서는 연령을 이유로 한 임금피크제가 적



법한 것인지가 쟁점이 된 것이다.

대상판결에서 대법원은 연령을 이유로 한 차별을 금지하고 있는 구 고령자고용법 제4조의4 제1항은 강행규정에 해당한다고 지적하면서, 위 조항에서 말하는 ‘합리적인 이유가 없는 경우’란 연령에 따라 근로자를 다르게 처우할 필요성이 인정되지 아니하거나 달리 처우하는 경우에도 그 방법·정도 등이 적정하지 아니한 경우를 말한다고 판시하였다. 즉 대법원의 판단은, 기본적으로 나이를 이유로 한 차별금지는 강행규정으로서 이에 반하는 단체협약, 취업규칙, 근로계약은 무효이며 따라서 임금피크제 시행 시 합리적인 이유가 있어야 한다는 것이다.

또한 대상판결에서 대법원은 사업주가 근로자의 정년을 그대로 유지하면서 임금을 정년 전까지 일정 기간 삭감하는 형태의 임금피크제를 시행하는 경우 이러한 임금피크제 시행이 ‘합리적인 이유 없는 연령을 이유로 한 차별’로 무효인지 여부는 임금피크제 도입 목적의 타당성, 대상 근로자들이 입는 불이익의 정도, 임금삭감에 대한 대상조치의 도입여부 및 그 적정성, 임금피크제로 감액된 재원이 임금피크제 도입의 본래 목적을 위하여 사용되었는지 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다는 등 여러 판단기준을 제시하였다.

대법원은 이러한 전제에서 사안의 사실관계를 검토하였는데, 55세 이상 직원들이 51~55세 직원들보다 수주 목표 대비 달성률이 높았음에도 불구하고 55세 이상 근로자의 업무 내용이 변경되지 않은 채 55세 이상의 급여는 현저하게 감소하였다는 점을 지적하였다. 또한 대법원은, 이 사건 성과연급제가 피고 회사의 인건비 부담 완화 등 경영 제고를 목적으로 도입되었지만 그런 목적을 55세 이상 근로자만을 대상으로 하는 임금 감액 조치를 정당화할 만한 사유로 인정하지 않았다. 그런 한편으로 대법원은 피고 회사의 명예 퇴직제도는 조기퇴직을 장려하려는 제도에 불과하여 이 사건 성과연급제로 인하여 원고 근로자가 임금이 일시에 대폭 하락하는 불이익을 입는 것에 대한 적정한 대상조치가 될 수도 없다고 보았다. 요컨대, 대법원은 이러한 근거들에 터잡아 이 사건 성과연급제가 합리적 이유 없이 연령을 이유로 한 차별에 해당하여 무효라고 보았다.

대상판결이 선고된 후, 사회 일각에서는 연령을 이유로 하는 임금피크제는 모두 무효라는 식의 오해가 생기기도 하였다. 그러나 사실 대상판결은 임

금피크제 전반에 대한 위법 여부에 대한 판단이 아니라는 점을 주의해야 한다. 대상판결에서는, 목표수준이나 업무 내용에서는 차이가 없는데 단지 연령을 이유로 하는 급여 삭감이어서 합리적 사유가 없다고 본 것이었다. 만약 목표수준이나 업무 내용에 차이를 두는 등 대상판결의 사안과는 구체적인 사실관계가 다른 경우가 문제라면, 연령을 이유로 하는 차별을 내용으로 하는 임금피크제라 하더라도 대상판결과는 다른 판단이 충분히 가능할 것이다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

## 사납금제 근절을 위한 여객자동차법의 강행 규정성

- 대법원 2022. 8. 11. 선고 2022다243871 판결 -

### 【판결요지】<sup>1)</sup>

기존 ‘사납금제’의 문제점과 오랜 기간 그 시정이 제대로 이루어지지 않기에 마련된 이 사건 여객자동차법 신설 조항은 강행규정이라고 보는 것이 타당하다. 따라서 2020년 1월분 및 2월분 월 급여와 관련하여 이 사건 근로계약 중 기준운송수입금을 정하여 그 부족액 공제를 정한 부분은 강행규정인 이 사건 여객자동차법 신설 조항에 위반되어 무효이다.

택시업계의 사납금제는 장시간 노동을 조장하고 택시기사의 수입을 불안정하게 하는 등의 문제가 있어, 오래전부터 사납금제를 근절하기 위한 입법 노력이 있었다. 구 「자동차운수사업법」에서 「여객자동차 운수사업법」(이하 ‘여객자동차법’)으로 1997. 12. 13. 전문 개정된 이래 줄곧 ‘전액관리제’에 대해 규정하였다. 즉, 여객자동차법은 ‘운송사업자는 운수종사자가 이용자에게서 받은 운송수입금의 전액을 그 운수종사자에게서 받아야 한다.’ ‘운수종사자는 운송수입금의 전액을 운송사업자에게 내야 한다.’라고 규정하였다.

그러나 택시업계는 명목상으로 전액관리제를 실시한다고 하면서도 실제로는 기존의 사납금제를 시행하였다. 일정한 ‘기준운송수입금’(이하 ‘기준금액’)을 정하고 그 기준금액을 채우지 못하는 경우, 그 부족액을 월 고정급여에서 공제하는 제도를 시행하였다. 이러한 제도는 주로 노동조합과의 단체협약으로 정하는 경우가 많았다.

이에 2019. 8. 27. 사납금제를 다시금 근절하기 위해 여객자동차법을 개정하였다(시행일 2020. 1. 1.). 기존의 전액관리제 규정에 몇 가지 준수사항을 더 추가하였다. 운송사업자에게는 “일정 금액의 운송수입금 기준액을 정하여 수납하지 않을 것”(제21조 제1항 제2호)을 준수사항으로 추가했고, 운수종사자(택시기사)에게는 “일정 금액의 운송수입금 기준액을 정하여 납부하지 않을

1) 대법판결은 “상고이유는 소액사건심판법 제3조 각 호에 정한 어느 사유에도 해당하지 않아 적법한 상고이유가 될 수 없다.”며 상고 기각 판결을 하였다. 본 판결요지는 대법판결의 원심(광주지방법원 2022. 5. 18. 선고 2021나63388 판결)의 판시 내용이다.

것”(제26조 제2항 제2호)을 준수사항으로 추가하였다. 즉, 택시회사 노사 모두에게 기준금액을 설정하여 운송수입금을 납부하지 말라는 것을 명확히 했다.

2020. 1. 1.부터 시행된 개정 여객자동차법의 취지는 “운송사업자와 운송종사자의 준수사항에 운송수입금 전액관리제에 관한 구체적 근거를 명시함으로써 택시업계의 고질적 관행인 사납금 제도를 근절”하기 위한 것이다.<sup>2)</sup> 그러나 노사가 기준금액을 설정하고 그 부족분 발생 시 월 고정금에서 공제하는 관행은 사라지지 않았다. 또는 기준금액을 채우지 못한 택시기사를 징계하는 경우도 있다. 기존의 사납금과 유사한 기준금액을 둘러싸고 법령과 노사 관행이 충돌하고 있는 상황에서(관련 하급심 판결이 다수 있다.), 대법판결은 첫 번째 대법원 판결이라는 점에서 의미가 크다. 사실관계는 다음과 같다.

피고(○○교통 유한회사)는 여객자동차법에 따라 광주광역시에서 택시운송업을 하는 회사이고, 원고(택시기사)는 2018. 4. 1.부터 2020. 5.경까지 피고 회사에서 택시 운전을 한 근로자이다.

광주지역택시노동조합은 2019년경 피고와 ‘월 기준운송수입금을 정액 임금 시켰을 때에는 성실 근무한 것으로 간주하며 미입금 시 급여에서 공제한다.’는 내용의 임금 협약을 체결하였고, 원고는 이 임금 협약에 근거하여 2019. 8. 1. 피고와 임금에 관한 근로계약을 체결하였다. 주요 내용을 요약·정리하면 다음과 같다.

#### 〈시간급 산정〉

- 월 급여 산정을 위한 소정 근로 시간은 1일 6시간 40분
- 만근(25일) 기준 ‘월 급여’는 1,750,000원

#### 〈성과급 산정 및 임금 공제〉

- 2인1차제의 기준운송수입금(기준금액)은 월 3,937,500원(일 157,750원), 1인1차제의 기준금액은 월 4,800,000원(일 192,000원)
- 기준금액을 초과한 운송수입금(이하 ‘초과운송수입금’)은 기사의 성과급으로 지급
- 기준금액을 채우지 못한 경우에는 그 미달 금액만큼 월 급여에서 공제

2) 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr>).

원고는 2020. 1월에 1인1차제로 22일 근무했으므로, 기준금액은 4,224,000원(=1일 192,000원×22일)이고, 근무 일수에 따른 월 급여는 1,573,521원이다. 그러나 원고는 기준금액을 채우지 못하였는데 그 부족분은 1,331,000원이다. 이에 피고는 월 급여에서 부족분을 공제한 110,771원(1,573,521원-1,330,200원)만을 임금으로 지급하였다.

또한 원고는 2020. 2월에 1인1차제로 24일 근무했으므로, 기준금액은 4,608,000원(=1일 192,000원×24일)이고, 근무 일수에 따른 월 급여는 1,866,284원이다. 그러나 원고는 기준금액을 채우지 못하였는데 그 부족분은 2,433,000원이다. 이에 피고는 월 급여에서 부족분을 공제하면 남은 금액이 없다(1,866,284원-2,432,380원)며 임금을 전혀 지급하지 않았다.

(단위 : 원)

	근무일	월 급여	기준금액	납입액	차액(부족분)	실지급액
2020. 1월	22일	1,573,521	4,224,000	2,893,000	-1,331,000	110,771
2020. 2월	24일	1,866,284	4,608,000	2,175,000	-2,433,000	0

원고는 ‘기준금액 부족분을 월 급여에서 공제하는 것은 무효’라고 주장하며, 근무 일수에 따라 지급받기로 했던 1월과 2월의 ‘월 급여’(시간급)의 지급을 청구하는 소송을 제기하였다.

대사판결의 원심은, 기준금액 설정에 따른 운송수입금 납부를 금지하기 위하여 2020. 1. 1.부터 시행된 여객자동차법 제21조 제1항 제2호 및 제26조 제2항 제2호(이하 ‘이 사건 신설 조항’)를 강행규정으로 보았다. 그 결과 “2020년 1월분 및 2월분 월 급여와 관련하여 이 사건 근로계약 중 기준운송수입금을 정하여 그 부족액 공제를 정한 부분은 강행규정인 이 사건 여객자동차법 신설 조항에 위반되어 무효”라고 판단하였다. 대사판결은 소액심판법상 상고이유에 해당하지 않는다는 이유로 기각 판결을 하였다. 대사판결에 특별한 판시 내용은 없지만 원심의 판단을 지지한 것으로 볼 수 있다.

대사판결의 원심이 이 사건 신설 조항을 강행규정으로 해석한 근거는 다음과 같다. “① 택시운송사업은 택시운송사업자의 택시운수종사자의 근로에

대한 상당한 지휘·감독이 쉽지 않다는 특징과 택시운수종사자가 승객의 수요를 찾아 배회하거나 대기하는 것이 필수적으로 수반된다는 특징이 있는바, 이는 모두 택시운송사업의 경영에 필수적으로 수반되는 위험으로서, 택시운송사업자가 택시운수종사자에게 위와 같은 경영위험을 그대로 전가하는 것은 형평에 맞지 않는 점, ② 그럼에도 운송수입금 기준액을 정하여 그 운송수입금 부족액을 월 고정급에서 공제하는 것이 허용되는 한 기존 ‘사납금제’가 시행되든 그것이 다소 변형되어 시행되든 관계없이 위와 같은 경영위험의 전가를 낳게 되는 점, ③ 운송수입금 부족액을 월 고정급에서 공제하는 것이 금지된다고 하더라도, 그와 별개로 운송수입금 부족액을 생겨나게 한 운수종사자의 원인행위(근무 해태 등)는 징계 등 별도의 제재로 대처하는 것이 가능하다고 보이는 점”이다.

이전에도 이 사건 신설 조항을 강행규정으로 해석한 하급심 판결은 있었다. 기준금액을 채우지 못한 택시기사를 징계한 사안에서, 서울행정법원 2021. 10. 14. 선고 2020구합84648 판결은 이 사건 신설 조항은 강행규정이므로 “당해 운수종사자를 해고하거나 징계하는 등 신분상의 불이익을 가하는 방법도 운수종사자에게 운송수입금 하락의 책임을 전가함과 동시에 향후 기준액 납입을 강제하는 것이므로 역시 금지된다.”고 하여, 해당 징계사유는 부당하다고 판단하였다. 또한 부산지방법원 2022. 4. 5. 선고 2021가소608426 판결도 운송수입금의 기준액을 설정하여 주고받는 행위를 금지하는 규정은 강행규정으로서, 노사 간의 합의로 이를 배제할 수 없고, 이를 배제하기 위한 합의를 하더라도 무효로 보는 것이 타당하다고 판시하였다.

이러한 하급심 판결과 대법판결을 종합하면, 이 사건 신설 조항은 강행규정이므로, 기준금액 부족분을 월 급여에서 공제하는 약정은 무효가 되고, 기준금액을 채우지 못한 택시기사에 대한 징계는 그 사유의 정당성이 인정되지 않는다.

한편 기준금액을 초과한 경우에 그 초과운송수입금을 성과급으로 지급하는 것은 허용될 수 있다. 기준금액 미달 시 월 급여에서 공제하는 것이 금지될 뿐, 기준금액 초과분을 월 급여에 더해서 성과급으로 지급하는 것은 가능할 수 있다. 또한 기준금액 미달 자체를 징계사유로 삼을 수는 없지만, 기준금액 미달의 원인행위(예컨대, 근무 해태 등)를 징계사유로 삼는 것은 가능할 것이다.<sup>3)</sup>

사납금제 근절을 위한 입법 노력과 이에 저항하는 노사 관행 간의 충돌은 오래됐다. 택시기사의 고정급 비중을 높이기 위한 2008년 최저임금법 개정<sup>4)</sup>에도 불구하고, 실제 운행 시간의 변경 없이 소정 근로 시간만을 단축하기로 하는 노사 합의에 대하여, 이를 무효로 판단한 대법원 2019. 4. 18. 선고 2016다2451 전원합의체 판결이 1라운드라면, 2020. 1. 1. 시행된 여객자동차법을 둘러싼 충돌에 대한 대법판결이 2라운드라 할 수 있다.

방강수(공인노무사, 법학박사)

3) 서울행정법원 2021. 10. 14. 선고 2020구합84648 판결.  
4) [시행 2008. 3. 21.] [법률 제8964호, 2008. 3. 21., 일부개정]

## 승진 취소에 따른 급여차이와 부당이득 판단기준

- 대법원 2022. 8. 19. 선고 2017다292718 판결 -

### 【판결요지】

승진발령이 무효임에도 근로자가 승진발령이 유효함을 전제로 승진된 직급에 따라 계속 근무하여 온 경우, 승진 전후 각 직급에 따라 수행하는 업무에 차이가 있어 승진된 직급에 따른 업무를 수행하고 그에 대한 대가로 임금이 지급되었다면, 근로자가 지급받은 임금은 제공된 근로의 대가이므로 근로자에게 실질적인 이득이 있다고 볼 수 없어 사용자가 이에 대해 부당이득으로 반환을 청구할 수 없다. 그러나 승진 전후 각 직급에 따라 수행하는 업무에 차이가 없어 승진 후 제공된 근로의 가치가 승진 전과 견주어 실질적 차이가 없음에도 단지 직급의 상승만을 이유로 임금이 상승한 부분이 있다면, 근로자는 임금 상승분 상당의 이익을 얻었다고 볼 수 있고, 승진이 무효인 이상 그 이득은 근로자에게 법률상 원인 없이 지급된 것으로서 부당이득으로 사용자에게 반환되어야 한다. 여기서 승진 전후 제공된 근로의 가치 사이에 실질적으로 차이가 있는지는 제공된 근로의 형태와 수행하는 업무의 내용, 보직의 차이 유무, 직급에 따른 권한과 책임의 정도 등 여러 사정을 종합적이고 객관적으로 평가하여 판단하여야 한다.

한국농어촌공사(이하, 원고)는 「한국농어촌공사 및 농지관리기금법」에 따라 설립되어 농어촌정비사업 등을 수행하는 공기업이며 피고는 원고 소속 직원들이다. 원고는 직원들의 승진시험을 외부업체에 의뢰하여 실시하고 있었는데, 피고들을 포함한 일부 직원들이 사전에 외부업체로부터 시험문제와 답을 제공받아 시험에 합격하고 그 대가로 금전을 제공하였다는 사실이 사후에 경찰의 수사과정에서 확인되었다. 원고는 해당 직원들에 대한 승진발령을 취소하고 승진에 따른 급여상승분의 반환을 청구하는 소송을 제기하였다.

사건의 핵심 쟁점은 승진을 이유로 피고가 수령한 급여 상승분이 법률상 원인 없이 지급된 이득(부당이득)으로서 원고에게 반환되어야 하는 금원인



가였다.<sup>1)</sup> 법문 “법률상 원인 없이”를 이 사건에 해석·적용함에 있어 두 가지 입장이 제시되었다. 첫째, 급여 상승분 전체를 승진된 직급 그 자체 혹은 승진 자체에서 비롯된 정당한 대가로 보아야 한다는 관점이다(형식적 직급과 급여의 포괄적 연계). 둘째, 개별 급여항목의 구체적 내용을 살피고 승진된 직급에 따른 업무와 이전 업무를 비교하여 제공한 근로의 가치가 실질적으로 차이가 있는지 검토한 후 그러한 경우에만 정당한 대가로 보아야 한다는 견해이다(실질적 근로와 급여의 개별적 연계).

원고는 ‘표준가산급’ 상승분과 ‘승진가산급’<sup>2)</sup>은 피고들이 수행한 업무와 상관없이 승진으로 인하여 지급되는 금원이므로 피고들은 표준가산급 상승분과 승진가산급 및 그에 따라 상승한 기준급, 연차수당, 인센티브는 부당이익이 된다고 주장했다. 이에 대해 대법판결의 제1심<sup>3)</sup>과 원심<sup>4)</sup>은 비록 이 사건 각 승진발령이 무효라고 하더라도 피고들이 승진한 각 직급의 업무를 수행하고 원고로부터 급여를 지급받은 이상 해당 급여 상승분이 ‘법률상 원인 없이’ 지급된 것은 아니라고 판단하였다. 나아가 원심은 승진 결정사유가 없는 동일한 직급의 다른 직원과 “동일한 업무에 동일한 기간 근무할 경우” 원고가 주장하는 “금원을 차별 없이 지급받게 되는 점과 각 금원의 성격 등에 비추어 볼 때, 피고들이 연봉제의 적용을 받아 수령한 급여 중 ‘표준가산급 상승분과 승진가산급 및 그에 따라 상승한 기준급, 연차수당, 인센티브’만을 따로 떼어내 이 부분 금원이 피고들이 수행한 업무와는 전적으로 상관없이 ‘승진 자체’에 대한 보상으로 지급된 것으로서 부당이익 반환의 대상이 된다고 보기 어렵다”고 판시했다. 즉, 제1심과 원심의 논지를 정리해 보자면: ①

- 1) 「민법」 제741조(부당이익의 내용) 법률상 원인없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 이익을 반환하여야 한다.
- 2) 대법판결에 따르면 ‘표준가산급’은 직원이 1년 근속할 때마다 1년 근속한 자체에 대한 기여를 고려하여 가산되는 임금이다. ‘승진가산급’이란 직원이 승진할 때마다 기본연봉에 일정 비율을 곱하여 또는 정액으로 가산되는 금원이다.
- 3) 광주지방법원 2017. 5. 18. 선고 2015가합50127 판결.
- 4) 광주지방법원 2017. 11. 22. 선고 2017나11734 판결. 나아가 항소심에서 원고는 급여 상승분이 부당이익에 해당하지 않는 것은 신의성실의 원칙에 반한다는 주장을 추가했으나 “피고들이 부정한 방법으로 승진하였다고 하더라도, 위 급여 상승분이 부당이익으로 반환될 대상이 아니라는 피고들의 주장은 원고의 청구원인 사실을 부인하는 진술에 불과하여 신의성실의 원칙에 위반되는 권리의 행사라고 볼 수 없고, 나아가 위와 같은 피고들의 주장이 형평에 어긋나거나 정의 관념에 반하는 것이라고 할 수도 없다.”라고 하여 원고의 청구를 기각하였다.

일단 승진된 직급에 따른 직무를 수행했고, ②(승진발령에 하자가 없었던) 다른 동일 직급 근로자와 비교해 그 직무와 기간에 차이가 없다면(수평적 비교), 승진된 직급에서 새로운 직무를 수행하면서 제공된 근로는 더 높은 가치를 지닌 것으로 인정되어야 하고(형식적 평가), ③ 급여 상승분은 전체로서 그 가치가 증대된 해당 근로에 대한 대가로 평가되어야 한다는 것이다(포괄적 연계).

이러한 하급심의 법리에 대해 대법판결은 “승진 전후 각 직급에 따라 수행하는 업무에 차이가 있”는지 여부를 기준으로 접근해야 한다고 판단했다. 즉 승진한 개별 근로자를 기준으로 보아 승진된 직급에서 “수행하는 업무에 차이가 없”다면 “승진 후 제공된 근로의 가치가 승진 전과 견주어 실질적 차이가 없”다고 보아야 하므로 “단지 직급의 상승만을 이유로 임금이 상승한 부분이 있다면, 근로자는 임금 상승분 상당의 이익을 얻었다고 볼 수 있고, 승진이 무효인 이상 그 이득은 근로자에게 법률상 원인 없이 지급된 것으로서 부당이득으로 사용자에게 반환되어야 한다”는 원칙을 정립했다. 그리고 “여기서 승진을 전후하여 제공된 근로의 가치 간에 실질적으로 차이가 있는지는 제공된 근로의 형태, 수행하는 업무의 내용, 보직의 차이 유무, 직급에 따른 권한과 책임의 정도 등을 종합적이고 객관적으로 평가하여 판단하여야 한다”는 심사기준을 제시했다.

결론적으로 대법원은 원심이 실시한 ②와 ③ 기준을 배척했다. 원심은 같은 직급의 다른 근로자와 비교해 형식상 직무·기간이 동일하다면(형식적·수평적 비교) 승진한 근로자의 근로 가치는 그들과 동일한 것(해당 근로자를 기준으로 보면 근로의 가치가 추상적으로 더 증대)으로 보았지만, 대법원은 해당 근로자의 승진 전후, 즉 상하 직급에서 각각 수행했던 업무를 실질적으로 비교해서(실질적·수직적 비교) 근로의 가치가 증가했는지를 구체적으로 판단할 것을 주문했다. 또한, 원심은 비교와 평가를 추상적으로 행한 만큼 급여항목 중 일부를 분리해 개별적으로 판단할 수 없다고 봤지만, 대법원은 (명시하지는 않았으나) 개별적으로 판단할 수 있다고 본 것으로 이해된다.

대법판결은 발표된 후 많은 관심을 모았다. 승진발령이 사후적으로 무효 또는 취소된 경우 근로자가 승진된 직급에 따른 업무를 수행하고 지급받은 임금이 부당이득에 해당하는지 살피고 관련 기준을 제시한 첫 판결이기 때문이다.<sup>5)</sup> 이 글에서 분석한 것처럼 하급심과 대법판결의 입장이 나누어진다면

서 쟁점이 선명하게 부각되었고 대법원의 판단기준이 보다 명확하게 드러나  
대상판결은 향후 유사 쟁점에 대한 사건의 지침으로 활용될 것으로 보인다.

남궁준(한국노동연구원 연구위원)

---

5) 이현수(2022), 「승진발령이 취소된 경우에 지급된 임금이 부당이득인지 판단하는 기준」,  
대한변협신문 제861호, 2022. 10. 24.

## 택시 전액관리제와 최저임금법 위반 판단 방법

- 대법원 2022. 9. 29. 선고 2017다242928 판결 -

### 【판결요지】

구 여객자동차법하에서 택시운송사업자가 운송수입금 전액관리제를 시행하면서, 단체협약에서 실제 운송수입금 납부액이 기준 운송수입금액에 미치지 못하는 경우 택시운전근로자의 월 정액급여에서 그 미달액을 공제하기로 정하는 것 자체는 허용된다는 점은 앞에서 살펴본 바와 같다. 그러나 이러한 공제가 이루어진 경우에는, 택시운전근로자가 운송수입금의 전부 또는 일부를 택시운송사업자에게 납부하지 않음으로써 공제액이 발생하게 되었거나 공제액이 증가하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 위에서 본 원칙과는 달리 기준 운송수입금 미달액을 공제한 후의 급여를 토대로 비교 대상 임금을 계산하여 최저임금법 위반 여부를 판단하여야 한다.

2015년 3월 A 택시회사의 기사 甲의 급여는 다음과 같다고 가정해 보자. 甲의 월 정액급여는 120만 원이고(참고로 2015년 최저임금은 월 1,166,220 원), 운송수입금에 따른 성과수당을 받기로 하였다. A 회사의 월 ‘기준 운송수입금’(이하 ‘기준금액’)은 275만 원이다. 그런데 甲은 기준금액을 채우지 못하였다. A 회사는 정액급여에서 기준금액 미달분을 공제한 금액인 60만 원을 甲의 3월 급여로 지급하였다.

두 개의 쟁점이 발생한다. 첫째, 정액급여에서 기준금액 미달분을 공제하는 것이 「여객자동차 운수사업법」(이하 ‘여객자동차법’) 제21조 제1항)에 위반하여 무효가 되는지이다. 둘째, 甲에게 지급한 3월 급여가 최저임금법에 위반하여 甲이 그 차액을 청구할 수 있는지이다. 대상판결은 이에 대한 답을 제시하였는데, 특히 두 번째 쟁점에 관한 판단 방법이 의미가 있다.

- 1) 제21조(운송사업자의 준수 사항) ① 대통령령으로 정하는 운송사업자는 제24조에 따른 운전업무 종사자격을 갖추고 여객자동차운송사업의 운전업무에 종사하고 있는 자(이하 “운수종사자”라 한다.)가 이용자에게서 받은 운임이나 요금(이하 “운송수입금”이라 한다.)의 전액을 그 운수종사자에게서 받아야 한다.

대상판결의 사건 개요는 다음과 같다. ‘합자회사 ○○택시’(피고)는 2014. 12. 10. 교섭대표노동조합과 2015년 임금협정을 체결하여 2015. 1. 1.부터 시행하였는데 그 주요 내용은 다음과 같다(밑줄은 필자가 강조).

- (1) 노사는 소정 근로 시간 내 운행기록장치(타코미터기)에 의한 운송수입금의 전액을 납부 및 수납 관리하고 최저임금법에 기초하여 월 기준금이 있는 정액급여와 성과수당제를 병행하는 월급제를 실시한다.
- (2) 택시운송수입금전액관리제 시행요령 제4조 1항에 의거 1일 근무 시간 동안 운송수입금 전액을 근무 종료 당일 입금하여야 한다.
- (3) 월정(기준금)액은 1일 2교대 1인 2,750,000원으로 한다.
- (4) 운송수입금을 입금하지 않고 유용한 금액은 가불 처리 후 급여 및 퇴직금에서 공제하며, 월 급여에 미달할 경우에는 징계 및 형사 건으로 처벌한다.
- (5) 월간 운송수입금 기준액 미달 시에는 가불금 처리 후 임금 및 퇴직금 등 회사에서 지급하는 임금 및 금품에서 공제하며, 상벌위원회에 징계 회부한다.

피고는 위 임금협정에 따라 기준금액(2,750,000원)에 미달하는 운송수입금을 납부한 택시기사(원고)들에 대하여 그 미달분만큼 가불금 명목으로 정액급여에서 공제(이하 ‘이 사건 공제’)하고 임금을 지급하였다. 이에 원고들은 ① 주위적으로는 이 사건 공제가 구 여객자동차법(2016. 1. 19. 법률 제13800호로 개정되기 전의 것) 제21조 제1항을 위반하는 등으로 무효라고 주장하며 가불금 명목으로 공제된 금액 전부의 지급을 구하고, ② 예비적으로는 이 사건 공제가 그로 인해 원고들에게 최저임금에 미치지 못하는 급여를 지급한 부분에 한하여 최저임금법에 위반되어 무효라고 주장하며 가불금 명목으로 공제된 금액 일부의 지급을 구하는 이 사건 소를 제기하였다.

먼저 ‘주위적 청구’에 대하여 대상판결은, 이 사건 공제는 구 여객자동차법 제21조 제1항에 위반되지 않는다고 판단했다. 대상판결은 “운송사업자가 운수종사자들로부터 근무 당일의 운송수입금 전액을 받는 이상 단체협약에서 실제 운송수입금 납부액이 기준 운송수입금액에 미치지 못하는 경우에는

월 정액급여에서 그 미달액을 공제하기로 정하는 것도 원칙적으로 가능하고, 그러한 공제 행위가 구 여객자동차법 제21조 제1항을 위반한 것이라고 볼 수도 없다(대법원 2006. 1. 26. 선고 2005도8221 판결, 대법원 2007. 3. 30. 선고 2004두7665 판결 등 참조)”는 기존 법리를 그대로 따랐다.

그러나 주의할 것이 있다. 대상판결은 2020. 1. 1. 이전 사안이란 점이다. 2020. 1. 1.부터 시행된 개정 여객자동차법은 기존의 전액관리제 규정에 몇 가지 준수사항을 더 추가하였다. 운송사업자에게는 “일정금액의 운송수입금 기준액을 정하여 수납하지 않을 것”(제21조 제1항 제2호)을 준수사항으로 추가했고, 운수종사자(택시기사)에게는 “일정금액의 운송수입금 기준액을 정하여 납부하지 않을 것”(제26조 제2항 제2호)을 준수사항으로 추가하였다. 즉, 택시회사 노사 모두에게 기준금액을 설정하여 운송수입금을 납부하지 말라는 것을 명확히 했다.

2020. 1. 1. 시행된 여객자동차법의 관련 조항을 ‘강행규정’으로 해석하여, 기준금액 미달분을 공제하는 약정은 무효라는 최근 판결들이 잇따르고 있다.<sup>2)</sup> 따라서 주위적 청구에 대한 대상판결의 판단은 2020. 1. 1. 이전 사안에만 적용된다고 보아야 한다. 같은 취지로 대상판결에 대한 대법원 보도자료도 “2020. 1. 1. 이후에 이 사건과 같이 기준 운송수입금을 정하여 공제하는 내용의 단체협약은 여객자동차법 제21조 제1항 제2호, 제26조 제2항 제2호 위반으로 무효”라고 한다.<sup>3)</sup>

다음으로 ‘예비적 청구’와 관련된 쟁점은, 최저임금법 위반 여부를 판단하기 위한 ‘비교대상임금’(최저임금법령에 따라 최저임금에 산입되는 임금)을 이 사건 공제 이전의 급여로 할지 아니면 공제 이후의 급여로 할지 여부이다. 예컨대, 2015년 3월 甲의 월 정액급여는 120만 원인데(2015년 최저임금은 월 1,166,220원) 기준금액 미달을 이유로 그 미달분을 공제한 후 60만 원을 지급한 경우, 비교대상임금이 120만 원인지 아니면 60만 원인지 문제가 된다.

대상판결의 원심<sup>4)</sup>은 임금 협약에 따라 정해진 공제 이전의 정액급여(예컨

2) 방강수(2022), 「사납금제 근절을 위한 여객자동차법의 강행 규정성」, 『노동리뷰』 10월호, 한국노동연구원, pp.104-107 참조.

3) 대법원 공보연구관실, 「대법원 2017다242928 미지급 임금 청구 사건 보도자료」, 2022. 10. 14., p.8.

4) 전주지방법원 2017. 6. 14. 선고 2016나6128 판결.

대, 120만 원)가 비교대상임금이므로 최저임금법 위반이 아니라고 판단했다. 반면 대상판결은 공제 이후 실제로 받은 급여(예컨대, 60만 원)가 비교대상임금이므로 최저임금법 위반에 해당될 수 있다며 원심판결을 파기하였다.

대상판결은 “구 여객자동차법 하에서 택시운송사업자가 운송수입금 전액 관리제를 시행하면서, 단체협약에서 실제 운송수입금 납부액이 기준 운송수입금액에 미치지 못하는 경우 택시운전근로자의 월 정액급여에서 그 미달액을 공제하기로 정하는 것 자체는 허용”되지만, “이러한 공제가 이루어진 경우에는, 택시운전근로자가 운송수입금의 전부 또는 일부를 택시운송사업자에게 납부하지 않음으로써 공제액이 발생하게 되었거나 공제액이 증가하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한 …… 기준 운송수입금 미달액을 공제한 후의 급여를 토대로 비교대상 임금을 계산하여 최저임금법 위반 여부를 판단하여야 한다”고 하였다.

즉, ‘공제 이후의 급여’를 토대로 비교대상임금을 계산하여 최저임금법 위반 여부를 판단하라는 것이다. 이것은 택시기사가 운송수입금 전액을 회사에 납부한 경우에 적용되는 것이고, 기사가 운송수입금의 전부 또는 일부를 납부하지 않은 경우(전액 납부했으나 ‘기준금액 미달’인 경우와 구별)에는 그러하지 아니하다.

대상판결은 이 사건 공제와 같은 경우에는 ‘공제 이후의 급여’를 토대로 비교대상임금을 계산하라는 법리를 명확히 했다.<sup>5)</sup> 이와 달리 대상판결의 원심은 ‘공제 이전의 급여’를 비교대상임금으로 보았는데, 이러한 원심의 입장은 아마도 통상임금과 최저임금의 개념과 취지를 제대로 파악하지 못한 데서 기인한 것 같다. 공제 이전의 급여 전체가 통상임금에 해당함은 분명하나, 이것을 곧바로 최저임금으로 볼 수는 없다. 통상임금과 최저임금의 범위는 대부분이 겹치기는 하나, 분명 다른 개념이다.

대상판결을 통해 다음의 내용들이 분명해졌다. 첫째, 택시업계에서 기준금액 미달분을 공제하기로 하는 노사의 약정은 2020. 1. 1. 이전에만 유효하다. 그 이후의 공제 약정은 강행규정인 여객자동차법 위반으로 무효이다. 이 경

5) 다만 2020. 1. 1. 이후 개정 여객자동차법이 시행되는 사안에서는 이러한 공제가 무효로 판단될 것이므로, 대상판결의 판단 법리가 적용될 여지는 없을 것이다. 이러한 법리는 공제 자체는 유효임을 전제로 하는 것이기 때문이다(대법원 공보연구관실, 앞의 보도자료, p.9.).

우 근로기준법 제43조 제1항의 임금전액지급 원칙 위반이 된다. 둘째, 공제 이후의 급여가 최저임금액에 미달되는 경우에는 추가로 최저임금법 위반도 성립한다. 임금전액지급 원칙 위반과 최저임금법 위반에 대해서는 형사처벌 까지 부과된다는 점도 염두에 두어야 할 것이다.

방강수(공인노무사, 법학박사)



# 인사이동, 징계, 근로관계의 변동

## 성희롱 피해 내용 이메일 송부가 명예훼손에 해당하는지 여부

- 대법원 2022. 1. 13. 선고 2017도19516 판결 -

### 【판결요지】

이 사건 이메일은 피고인의 직장 내 성희롱 피해사례에 관한 것으로 회 사조직과 그 구성원들의 공적인 관심 사안이다. 피고인은 자신의 성희롱 피해사례를 공유함으로써 직장 내 성희롱 예방과 피해구제에 도움을 주 고자 이 사건 이메일을 전송하였다. 따라서 이 사건 이메일을 전송한 피 고인의 주된 동기나 목적은 공공의 이익을 위한 것이다. 설령 부수적으로 피고인에게 이 사건 전보인사에 대한 불만 등 다른 사익적 목적이나 동기가 있었다고 하더라도, 그러한 사정만으로 피고인에게 피해자를 비방할 목적이 있다고 보기는 어려우므로, 피해자를 비방할 목적이 있다는 점에 대하여 범죄의 증명이 이루어졌다고 볼 수 없다.

### 1. 기초 사실

A는 2013. 6. 3. B 주식회사(이하, B 회사)에 입사하여 2014. 8. 27.부터 본 사 마케팅본부 마케팅팀 사원으로 근무하던 중 2016. 3. 21. 둔촌동 매장으로 전보 발령을 받은 후 B 회사에 사직 의사를 표시한 후 퇴사 전인 2016. 4. 4. 16:28경 B 회사 소속 전국 208개 매장 대표와 본사 직원 80여 명에게 ‘성희 롱 피해사례에 대한 공유 및 당부의 건’이라는 제목하에 “현 HR팀장에게 성 적 수치심을 느꼈다. 사람들을 모아 마련한 자리에서 테이블 밑으로 손을 잡

으며 성추행이 이뤄졌고, 그 이후에 문자로 추가 회롱이 있었다. 당황스러웠고 무서웠으며 엄청난 수치심을 느꼈다. 현재 절차상 성희롱 고충 상담 및 처리 담당자가 성희롱을 했던 HR팀장이므로 불이익이 갈까 싶어 말하지 못하였다. 이제 회사를 떠나게 되었고 회사의 발전을 위해 이런 일이 다시는 일어나지 않았으면 하는 마음으로, 또 불편부당 신고안내문에 적힌 내용처럼 회사 전체의 발전을 위해서 적극적으로 처리되기 바라는 마음으로 용기를 내어 이 메일을 보낸다. 사내에서 성희롱 교육을 담당하고 성희롱 고충 상담을 들어주고 처리하는 업무를 하는 현 HR팀장이 직장 내 성희롱을 한 자신의 사례가 있으니 같은 일이 발생한 직원들은 팀장님이나 고용노동부, 국가인권위원회, 여성가족부 등으로 신고하기 바란다. 또한 관련 사건에 대한 고소 등을 준비하고 있으며 또 다른 피해자분들이 있으면 현명하게 판단하시기 바란다.”는 내용의 이메일을 보냈다.

2014. 10. 20.경 퇴근 시간 이후 HR팀장 C는 A 및 다른 사원 3명과 함께 술자리를 가졌는데, C는 술자리가 끝날 무렵인 20:59경부터 23:49경까지 약 12회에 걸쳐 A에게 일방적으로 ‘오늘 같이 가요’, ‘맥줏집 가면 옆에 앉아요. 싫음 반대편’, ‘답 안 주네. 힘들게 안 할게’, ‘집에 데려다줄게요’, ‘애기할 것도 있는데’, ‘나 그냥 가요?’, ‘언제까지 기다려’, ‘왜 전화 안 하니’, ‘남친 이랑 있어. 답 못 넣은 거니’ 등의 문자메시지를 보냈고, A는 C의 문자메시지에 대하여 아무런 답장을 보내지 않았다.

B 회사 영업관리 본부장은 A의 이메일이 발송된 다음 날인 2016. 4. 5.경 A와 C를 순차적으로 따로 면담하였는데, 당시 A는 “C가 잘못했다, 안 했다가 떠나 진심 어린 사과를 받고 싶다. (C가) HR팀장을 하는 것은 맞지 않으니 물러났으면 좋겠다.”는 취지로 말하였고, C는 “본인은 아니다. 정확하게 기억은 안 나는데 술 취해서 그런 것 같다. 2년 전 일이라 본인도 정확하게 기억이 안 난다.”는 취지로 답변하였다. 그 후 C는 인사위원회를 거쳐 2016. 4. 8. HR팀장에서 경영지원본부 EHS팀장으로 전보 발령을 받았다.

A는 2016. 4. 6. 직장 내 성희롱이 있었다는 이유로 고용노동부 서울지방고용노동청에 B 회사 대표이사를 상대로 진정을 제기하였으나, 서울지방고용노동청장은 2016. 5. 23.경 혐의없음(증거불충분)으로 행정 종결 처리하였고, 이후 C는 명예훼손 혐의로 A를 고소했다.

## 2. 법원의 판단

1과 2심은 “A는 이메일에 C를 모욕하는 표현을 사용하지는 않았지만 C의 행위가 언제 있었는지 기재하지 않아 마치 최근 행위로 회사를 떠나게 된 것으로 오인하게 했고, C의 성희롱으로 인해 불이익한 인사명령을 받았고 이로 인해 회사를 떠난다는 내용을 기재했다.”며 “A가 원하지 않는 인사발령을 한 C의 명예를 훼손하기 위해 이메일을 작성했다고 보여 C에 대한 비방의 목적이 있었다고 인정된다.”면서 벌금 30만 원을 선고했다.

그러나, 대법원은 A의 이메일은 직장 내 성희롱 피해사실에 관한 것으로 회사조직과 그 구성원들의 공적인 관심 사안인 점, A가 자신의 성희롱 피해사실을 공유함으로써 직장 내 성희롱 예방과 피해구제에 도움을 주고자 이 사건 이메일을 전송한 것인 점 등에 비추어 보면, 이메일을 전송한 A의 주된 동기나 목적은 공공의 이익을 위한 것이고 설령 부수적으로 A에게 전보인사에 대한 불만 등 다른 사익적 목적이나 동기가 있었다고 하더라도 그러한 사정만으로 A에게 C를 비방할 목적이 있다고 보기 어려우므로 C를 비방할 목적이 있다는 점에 대하여 범죄의 증명이 이루어졌다고 볼 수 없다고 보아, 원심을 법리 오해를 이유로 파기환송 하였다.

## 3. 검 토

아직까지도 성희롱 피해자가 자신의 성희롱 피해사실을 곧바로 알리거나 문제로 삼을 경우 오히려 부정적 반응이나 여론, 불이익한 처우 또는 그로 인한 정신적 피해 등에 노출되는 이른바 2차 피해에 대한 불안감이나 두려움으로 인하여 직장생활을 계속하는 동안 성희롱 피해사실을 문제 삼거나 신고하지 않고 있다가 퇴사를 계기로 비로소 이를 알리는 경우가 있다. 이 경우 시간적 경과로 성희롱 피해사실을 입증할 만한 증거자료가 사라지거나 진술에만 의존할 수밖에 없는 상황에 놓이곤 한다. 이때 가해자가 피해자를 상대로 명예훼손을 이유로 고소를 하는 경우가 종종 발생한다.

「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하, 정보통신망법) 제70조는 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통해 공공연하게 거짓 또는

사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손하는 경우 이를 형사처벌하고 있다. 명예훼손죄는 공연히 사실 또는 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손함으로써 성립하고(「형법」 제307조), 허위사실적시 명예훼손이든, 사실적시 명예훼손이든 명예훼손죄가 성립하기 위해서는 주관적 요소로서 타인의 명예를 훼손한다고 하는 고의를 가지고 사람의 사회적 평가를 저하시키는 데 충분한 구체적 사실을 적시하는 행위를 할 것이 요구된다(대법원 2000. 2. 25. 선고 98도2188 판결 참조). 정보통신망법상 ‘비방할 목적’은 공공의 이익을 위한 것과는 행위자의 주관적 의도라는 방향에서 상반되므로, 드러낸 사실이 공공의 이익에 관한 것인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 비방할 목적은 부정되고, 그 사실이 공공의 이익에 관한 것인지는 명예훼손의 피해자가 공인인지, 그 표현이 객관적으로 공공성·사회성을 갖춘 공적 관심 사안에 관한 것으로 사회의 여론형성이나 공개토론에 기여하는 것인지 아니면 순수한 사적인 영역에 속하는 것인지, 피해자가 명예훼손적 표현의 위험을 자초한 것인지 여부, 그리고 표현으로 훼손되는 명예의 성격과 침해의 정도, 표현의 방법과 동기 등 여러 사정을 고려하여 판단하여야 하며, 행위자의 주요한 동기와 목적이 공공의 이익을 위한 것이라면 부수적으로 다른 사익적 목적이나 동기가 포함되어 있더라도 비방할 목적이 있다고 보기는 어려울 것이다(대법원 2020. 3. 2. 선고 2018도15868 판결 등 참조).

대상 판결은 위와 같은 판례 법리에 따라 피해자가 보낸 이메일이 자신의 성희롱 피해사례를 공유함으로써 직장 내 성희롱 예방과 피해구제에 도움을 주고자 한 것으로 이메일을 전송한 주된 동기나 목적은 공공의 이익을 위한 것이고, 설령 부수적으로 전보인사에 대한 불만 등 다른 사익적 목적이나 동기가 있었다고 하더라도, 그러한 사정만으로 가해자를 비방할 목적이 있다고 보기는 어렵다고 보아 명예훼손에 해당하지 않는다고 보았는바, 이는 타당하고 성희롱 피해자의 구제를 위해서도 상당한 의의가 있다.

오히려 회사에 입사한 지 채 2년이 안 된 사원인 피해자가 다른 사원들 몰래 테이블 아래로 입사 15년 차의 상급자인 가해자의 손을 먼저 잡거나 껴안았다는 것은 선뜻 납득하기 어렵고, 가해자가 술자리에서 이성인 부하 직원과 부적절한 신체접촉을 하였으며, 성희롱적인 내용이 포함된 문자메시지를 보내는 등의 사실이 드러났다는 점에서 회사와 고용노동부의 직장 내 성희롱 발생 여부 사실 조사(확인) 및 판단의 미흡함에 아쉬움이 남는다.

직장 내 성추행이나 성희롱의 문제는 회사조직 자체는 물론이고, 그 구성원 전체의 관심과 이익에 관한 것으로 순수한 사적인 영역에 속하는 것이라고 할 수 없다는 점에서 성희롱 피해자가 근무 중 또는 퇴사 후라도 성희롱 피해사실을 이메일 등을 이용하여 제3자에게 알릴 경우 그 내용이 사실에 부합하거나 사실에 가까운 것으로 추단된다면 쉽게 명예훼손에 해당한다고 판단하여서는 아니 될 것이다.

권오상(노무법인 유앤 공인노무사, 법학박사)

## 성 비위행위인 경우 징계사유에 대한 서면 통지 요건과 징계사유의 확정

- 대법원 2022. 1. 14. 선고 2021두50642 판결 -

### 【판결요지】

성 비위행위의 경우 각 행위가 이루어진 상황에 따라 그 행위의 의미 및 피해자가 느끼는 수치심 등이 달라질 수 있으므로, 원칙적으로는 해고 대상자의 방어권을 보장하기 위해서는 각 행위의 일시, 장소, 상대방, 행위 유형 및 구체적 상황이 다른 행위들과 구별될 수 있을 정도로는 특정되어야 한다. 그러나 불특정 다수를 상대로 하여 복수의 행위가 존재하고 해고 대상자가 그와 같은 행위 자체가 있었다는 점을 인정하는 경우에도 해고 사유의 서면 통지 과정에서 개개의 행위를 모두 구체적으로 특정하여야 하는 것은 아니다.

### 1. 사건의 개요와 쟁점

근로자 X는 여자고등학교에 기간제교사로 입사하여 체육교사로 근무하던 중 성 관련 비위행위로 해고되어 노동위원회에 구제신청을 하였으나 초심·재심 모두 해고가 정당하다고 판정하였다. 그러나 행정법원과 고등법원은 재심 판정을 취소하였는데, 행정법원은 해고의 서면 통지 요건은 갖추었으나 징계사유가 존재하지 않아 부당하다고 판단한 것에 비해 고등법원은 해고의 서면 통지 절차를 위반하였다고 판단하였다. 대법판결은 해고의 서면 통지 요건은 갖춘 것으로 보아야 한다며 원심을 파기하고 고등법원으로 환송하였다.<sup>1)</sup> 결국 파기환송심은 징계사유의 존부 등 징계의 정당성에 대해 다시 판단해야 한다.

1) 서울지방법노동위원회 2018. 11. 29. 판정 2018부해2044(기각\_근로자 패) → 중앙노동위원회 2019. 2. 28. 판정 2019부해22(초심유지\_근로자 패) → 서울행정법원 2020. 9. 17. 선고 2019구합61977 판결(재심판정 취소\_근로자 승) → 서울고등법원 2021. 8. 12. 선고 2020누58139 판결(기각\_근로자 승) → 대법판결(파기환송)

이 사건의 법적 쟁점은 「근로기준법」(이하, 근로기준법) 제27조 해고의 서면 통지 절차에서 성 관련 비위행위(이하, 성 비위행위)의 경우 해고 사유가 되는 구체적인 비위행위를 어느 정도로 특정해야 하는지에 있고, 부수적으로 징계사유(대상)의 확정 여부와 어떠한 관계가 있는지에 있다.

이와 관련된 사실관계를 보면, 근로자 X가 담임교사로 있는 학급의 학생들이 학급회의를 하면서 근로자 X가 학생들에 대한 신체접촉 등의 부적절한 행위를 하였다는 내용으로 논의하였고, 학급회의가 종료된 후 근로자 X는 이 학급의 회장 등과 면담하였으며, 며칠 뒤에는 이 학급의 학생들과 대화하였다. 학생들과 대화한 다음 날 사용자는 이 학급의 학부모로부터 근로자 X의 신체접촉 등에 대해 제보를 받고, 같은 날 근로자 X를 조사하면서 진술서를 징구하였다. 근로자 X의 진술서에는 학급회의에서 논의되거나 문제제기된 근로자 X의 구체적 언행과 소명 내용이 기재되어 있다.<sup>2)</sup> 근로자 X는 성희롱고충심의위원회가 개최되기 전 학교 교장 등과의 면담에서 ‘불쾌한 신체접촉, 그리고 상처 주는 언어표현’을 하였고, 학생들을 지도하는 과정에서 팔을 꼬집은 사실이 있다고 진술하였으며, 또한 성희롱고충심의위원회에서 학생들의 팔을 꼬집거나 손목을 잡고 데리고 간 사실이 있음을 인정하였다. 그 후 근로자 X는 몇몇 선생님들과의 면담자리에서 자신의 행위(배를 쿡 쿡 찌르며 배에 살이 찼다는 등의 행위)에 대해 사실이 아니라며 억울함을 호소하기도 하였다. 사용자는 근로자 X가 시작하지 않으면 해고하기로 결정하면서 근로자 X의 성 비위행위에 대해 전수 조사를 실시하기로 하였고, 2018. 8. 16. 학생들을 대상으로 무기명 설문조사를 실시하였으며, 2018. 8. 17. 근로자 X에게 해고통지서를 내용증명으로 보냈다. 해고통지서에는 해고 사유로 “근로자 X의 담당 학생들에 대한 부적절한 신체접촉 및 발언으로 다수의 학생들이 불쾌감이나 수치심을 느꼈다고 진술하고 있다. 이에 사용자는 근로계약 제12조 제1항 제3호에 따라 근로계약을 해지한다.”라고 기재되어 있다.

2) 학생들을 꼬집은 행위, 학생들의 손목을 잡고 데려가는 행위, 학생들에게 외모적인 부분과 개인사에 대한 기분 나쁜 발언(살이 찼다, 아줌마 같다, 할머니 같다는 취지의 이야기)

## 2. 심급별 엇갈리는 판단

1심·2심 및 대법원이 원용한 판례는 ‘대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결’<sup>3)</sup>과 ‘대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다81609 판결’로 같은데, 이는 법원이 “징계해고의 경우에는 해고의 실질적 사유가 되는 구체적 사실 또는 비위 내용을 기재하여야 하지만, 해고 대상자가 이미 해고 사유가 무엇인지 구체적으로 알고 있고 그에 대해 충분히 대응할 수 있는 상황이었다고 하면 해고통지서에 징계사유를 축약해 기재하는 등 징계사유를 상세하게 기재하지 않았더라도 위 조항에 위반한 해고통지라고 할 수는 없다.”라는<sup>4)</sup> 견해를 취하는 것이다. 근로기준법 제27조의 입법 취지는 사용자로 하여금 근로자를 해고하는 데 신중을 기하게 하고, 해고를 둘러싼 분쟁이 적정하고 쉽게 해결될 수 있도록 하며, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위함이다. 따라서 징계사건의 경우 서면 통지 요건을 갖추었는지 여부의 핵심은 근로자가 해고에 대해 적절하게 대응할 수 있었는지 여부에 있다. 특히 성 비위행위인 경우 가해자의 행위로 인하여 피해를 입었다고 주장하는 사람이나 신고한 사람에 대한 2차 가해 우려가 있고, 더욱이 이 사건과 같이 피해자가 불특정 다수인 경우에는 성 비위행위를 구체적으로 특정하는 것이 곤란하거나 한계가 있을 수 있다. 그러나 이와 같은 비위행위가 실제로 있었는지 등을 확인하기 위해서는 가해자로 지목된 근로자에게 소명할 기회를 주어야 하고, 근로자가 소명할 기회를 갖기 위해서는 적어도 문제가 되는 행위가 무엇인지는 알아야 한다. 만약 사용자가 근로자에게 소명할 기회를 제대로 부여하지 않았다면 방어권을 침해한 것이 된다.

1심 서울행정법원은, ‘부적절한 신체접촉 및 발인’은 근로자 X가 징계사유로 삼은 것을 충분히 알고 있었고, 그에 대해 충분히 대응할 수 있는 상황이었으므로 통지문에 징계사유를 축약해 기재하는 등 징계사유를 상세하게 기재하지 않았더라도 근로기준법 제27조 위반은 아니라고 판단하였으나, ‘불

3) “사용자가 해고 사유 등을 서면으로 통지할 때는 근로자의 처지에서 해고 사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있어야 하고, 특히 징계해고의 경우에는 해고의 실질적 사유가 되는 구체적 사실 또는 비위 내용을 기재하여야 하며 징계대상자가 위반한 단체협약이나 취업규칙의 조문만 나열하는 것으로는 충분하다고 볼 수 없다.”

4) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다81609 판결.



등을 만진 행위 등 그 밖의 행위'는 근로기준법 제27조를 위반한 것으로서 허용되지 않는다고 보았다. 그러면서도 '부적절한 신체접촉 및 발언'의 경우 근로자 X가 그와 같은 언행을 한 날짜, 장소, 행위의 대상이 된 학생이 특정되어 있지 않았음을 근거로 '해고의 징계사유는 구체적으로 특정되지 아니하여 근로자 X의 방어권 행사에 현저한 지장을 초래하였다고 할 것이므로 위법'하여 부당하다고 판단하였다. 즉 징계해고 사유 자체가 특정되지 않아 해고가 부당하다는 것이다. 만약 방어권 행사에 현저한 지장을 초래하였다면 행정법원은 근로기준법 제27조를 위반하였다고 판단했어야 한다. 위 행정법원은 해고의 서면 통지 요건, 징계 대상의 확정 및 징계사유의 존부 등을 구별하지 못한 것으로 보이고, 상호모순이다.

원심과 대법원 모두 위 【판정요지】의 전문(前文)에 실시하였듯이 “성 비위행위의 경우 각 행위가 이루어진 상황에 따라 그 행위의 의미 및 피해자가 느끼는 수치심 등이 달라질 수 있으므로, 원칙적으로는 해고 대상자의 방어권을 보장하기 위해서는 각 행위의 일시, 장소, 상대방, 행위 유형 및 구체적 상황이 다른 행위들과 구별될 수 있을 정도로는 특정되어야 한다.”라고 밝히면서도 사실관계에 대해 판단을 달리하였다. 먼저 원심은 해고 사유로 주장하는 성 비위행위들이 포괄적으로 행위 유형 및 대상 신체부위만이 나열되어 있을 뿐 각 행위별로 일시, 장소, 상대방, 행위 유형 및 구체적 상황이 특정되어 있지 않는 등 해고 사유가 되는 구체적 비위행위가 기재되어 있지 않아 근로자 X로서는 해고 사유가 되는 비위행위가 무엇인지 구체적으로 알고 그에 대해 충분히 대응할 수 있었다고 보기 어려우므로 해고의 서면 통지 의무를 위반한 절차상 하자가 있다고 판단하였다. 반면 대상판결은 원칙적으로 ‘각 행위의 일시, 장소, 상대방, 행위 유형 및 구체적 상황이 다른 행위들과 구별될 수 있을 정도로는 특정’되어야 하나, 예외적으로 불특정 다수를 상대로 하여 복수의 행위가 존재하고(and) 해고 대상자가 그와 같은 행위가 성희롱 등인지(즉 징계사유가 존재하는지)는 별론으로 하더라도 ‘그와 같은 행위 자체’가 있었음을 인정하는 경우에는 근로자가 징계사유로 삼은 내용을 충분히 알고 있었으며 이에 대해 충분히 대응할 수 있는 상황이었다고 보아 개개의 행위를 모두 구체적으로 특정하여 서면으로 통지하지 않아도 된다고 판시하였다.

### 3. 해고의 서면 통지 요건, 징계 대상의 확정 및 징계사유의 존부

징계해고의 경우 근로기준법 제27조에 따라 서면으로 통지된 해고 사유가 축약되거나 다소 불분명하더라도 징계 절차의 소명 과정이나 해고의 정당성을 다투는 국면을 통해 구체화하여 확정되는 것이 일반적이라고 할 것이므로 해고 사유의 서면 통지 과정에서까지 그와 같은 수준의 특징을 요구할 것은 아니다. 징계사유의 존부를 판단하기 위해 우선 해고의 서면 통지 절차를 준수하였는지 여부를 따져야 하고, 해고통지서에 기재된 징계혐의사실 및 사유를 통해 사용자가 징계사유로 삼은 대상이 무엇인지 확정해야 한다. 해고통지서에 기재되지 않은 징계혐의사실 및 징계혐의사유 등은 그것이 사실로 입증되더라도 해당 징계해고의 대상이 아니다. 이를 인정한다면 사용자의 자의적 의사에 따라 사후적으로 징계사유가 선택되는 결과가 초래되기 때문이다. 몇 가지 유형의 예를 들어보도록 한다.

① 사용자가 징계의결을 요구하면서 관련 증빙 자료를 근로자에게도 보내는 등 징계혐의사실에 대해 사전통지도 하였고, 이에 대해 근로자가 소명서를 제출하는 등 소명의 기회를 가졌다면, 해고통보서에 사유에 대해 다소 추상적으로 기재되어 있더라도 근로자는 인사위원회 개최 전에 해고 사유 및 해고혐의사실을 구체적으로 알았을 것으로 보이고, 이후 노동위원회에 구제신청을 하는 등 적절히 대응하였다면 해고 사유의 서면 통지 요건을 위반하였다고 보기 어렵다.

② 근로자를 해고하면서 해고 사유를 추상적으로 기재(예컨대 ‘복무기강 및 성희롱 진정 건’)하면서 징계위원회 출석통지서, 징계의결서, 징계처분사유 설명서, 징계위원회 회의록 등 어디에도 징계의 실질적 사유가 되는 구체적인 사실 또는 비위 내용이 기재되지 않은 경우에는 근로기준법 제27조를 위반하였다고 보아야 한다.<sup>5)</sup>

③ 한편, 해고 혐의사실이 5가지이고 이에 대해 사전통지 및 소명 기회를 부여하였으나 최종적으로 해고 통보서에 3가지만 기재한 경우 해고 다툼에서 나머지 2가지 또는 그 외의 사유를 다시 주장하는 경우가 있다. 이와 같은 경우는 해고 서면 통지 절차 준수 문제가 아니라 징계대상의 확정 문제

5) 서울고등법원 2017. 12. 21. 선고 2017누71101 판결 등.

인데, 해고통보서에 기재되지 않은 징계혐의사실을 징계사유로 인정하게 되면 근로기준법 제27조에 정한 서면 통지를 근거로 위 징계혐의사실이 해고사유를 구성하지 않는다고 신뢰한 근로자의 방어권이 침해되는 결과가 초래되므로<sup>6)</sup> 징계 대상은 해고 통보서에 기재한 3가지 사유이고, 이것이 징계사유로 인정될 것인지 여부는 그다음 단계에서 판단되어야 하고, 이는 입증상의 문제가 될 것이다. 징계사유가 존재하는지 여부는 먼저 징계 대상이 확정된 다음에 이루어지는 과정으로 해고의 서면 통지 절차와는 다소 결을 달리한다.

강선희(법학박사)

6) 서울고등법원 2016. 9. 23. 선고 2015누62585 판결(이 판결은 대법원 2017. 1. 18. 자 2016두55179 판결에서 심리불속행 기각으로 확정됨)

## 징계 시효의 기산점

- 대법원 2022. 3. 11. 선고 2019두59103 판결 -

### 【판결요지】

만일 근로자에게 징계사유가 있더라도 그 사유가 나중에 밝혀지기 전까지 징계를 할 수 없었던 부득이한 사정이 있다면, 사용자가 징계절차를 개시해도 충분할 정도로 징계사유에 대한 증거가 있다는 것을 알게 된 때부터 징계위원회의 개최시한이 기산된다고 보아야 한다.

근로자와 사용자 간의 관계에 있어서, 형식적으로는 민법상 인격 대등의 원리에 따라 노사대등으로 이해되고 있지만 실질은 상하 권력관계가 인정되고 있다. 그러한 것을 극명하게 드러내고 있는 것이 바로 징계라고 할 수 있겠다. 징계라는 것은 의미 그대로 벌주어서[懲] 조심시키느[戒] 것이기 때문에 대등한 관계를 전제로 할 수 없고 상하 권력관계가 내재하는 개념일 수 밖에 없다. 국가가 국민에게 형벌을 부과할 수 있는 것이 권력적으로 국민이 국가보다 아래에 있기 때문인 것과 같은 맥락이다. 국가는 스스로 자의적인 형벌권을 행사하여 인권을 침해하지 않도록 하기 위해 죄형법정주의라는 원리를 채택하고 있다. 근로자에 대한 징계 역시 이와 같은 맥락에서 죄형법정주의에 준해서 징계법정주의를 채택하는 것이 원리상 타당하다. 우리 근로기준법은 근로자의 징계에 있어서 정당한 이유를 요구하고 있는데, 이는 실체적 정당성과 절차적 정당성을 담보하라는 요구를 입법적으로 명시한 것이다.

한편 근로자에게 징계사유가 있다고 해서 무한정 시간이 지난 후에도 사용자는 징계를 할 수 있다고 볼 수 있을 것인가? 그렇게 보기는 어려울 것이다. 국가형벌권의 경우에도 범죄자를 잡아서 벌을 줄 권한과 책임을 국가가 가지고 있고, 법률관계의 조속한 안정의 필요성도 있으며, 수사권이라는 국가의 재원을 효율적으로 운용할 당위성도 있고, 시간이 지날수록 증거보전의 어려움도 있기에 공소시효를 두어 국가의 소추권 행사를 제한하고 있으

며(「형사소송법」 제252조~제253조의2), 설사 형을 선고받은 경우에도 일정 기간 집행을 하지 않으면 형 집행권을 소멸시키는 형의 시효마저 두고 있다(「형법」 제78조).<sup>1)</sup> 또한 이와 유사한 취지에서, 근로자의 특수한 형태에 해당하는 공무원의 경우에도 징계 시효를 규정하고 있고(「국가공무원법」 제83조의2) 이는 다른 공무원에 준용되고 있다. 이러한 취지들이 반영되어 민간 근로자의 경우에도 기업에서 취업규칙 등으로 징계 시효를 규정하고 있고, 설사 징계 시효를 규정하고 있지 않다고 할지라도 시간이 너무 흐른 뒤에 징계를 하는 것은 징계권 남용으로 취급될 여지가 클 것이다.

대상판결의 사안에서는, 보험업을 영위하는 원고 회사에서 보상실무업무를 담당하던 근로자인 피고 보조참가인이 2014년 보험사기 혐의로 기소된 뒤 유죄판결(벌금형)을 확정받았는데 원고 회사가 판결이 확정된 지 3개월이 되었을 무렵인 2017년 6월에야 이 사실을 알게 되어 같은 해 7월에 징계의결을 요구하고 피고를 해임하였다. 원고 회사의 인사규정에는 ‘판결이 확정된 날로부터 3개월 이내에는 징계의결을 요구할 수 있다’고 규정하고 있어서 징계 시효의 기산점을 판결이 확정된 날로 보아야 하는지, 아니면 원고 회사가 판결 확정 사실을 알게 된 날로 보아야 하는지가 다투어졌다.<sup>2)</sup> 대상판결은, 제반 사정에 비추어 보았을 때 원고로서는 근로자에 대한 이 사건 형사판결이 확정된 사실을 알기 전까지는 징계를 할 수 없었던 부득이한 사정이 있었다고 판단되므로, 원고가 근로자에 대한 판결이 확정되었다는 사실을 알게 된 날부터 3개월 이내에 징계요구를 한 이상 인사규정에서 정한 징계 시효를 준수한 것이라고 보았다.

근로자에 대해 형사판결이 확정되었다는 사실은 금고 이상의 실형인 경우라면 근로자의 인신이 구속되는 조치가 발생되므로 사용자 입장에서 당연히 알게 될 수밖에 없다. 그러나 금고 미만의 실형인 경우라면 근로자 스스로 사용자에게 알려주지 않는 이상 사용자가 알기는 쉽지 않을 수 있다. 그렇기 때문에 벌금형 선고 및 확정사실을 사용자 입장에서 모르고 있다가 시간이

- 1) 예컨대, 사형의 경우 시효가 30년인데, 사실상 사형폐지국가로 분류되고 있는 우리나라에서 사형판결이 확정되고 나서 사형이 집행되지 않은 상태에서 미결수로 수감되어 있는 사형수 가운데는 시효 30년이 거의 다 되어 가는 사형수도 있는바, 시효 30년을 채우는 경우 석방을 해야 할 것인지 수용을 계속 해야 할 것인지 등 어떻게 해야 할 것인가가 무기징역과의 형평성 관점에서 문제가 된다.
- 2) 사실관계는 대상판결의 원심인 서울고등법원 2019. 10. 31. 선고 2019누42299 판결 참조.

많이 흐른 다음에 알게 되었다고 하는 경우, 대상판결의 입장에 따르면, 사용자로서는 유죄 판결 확정을 알기 전까지는 징계를 할 수 없었던 부득이한 사정이 있었던 것이 되어 근로자의 유죄 판결이 확정된 후 오랜 시간이 지난 다음에야 비로소 사용자가 판결 확정 사실을 알게 된 경우라도 징계 절차 개시가 가능하다는 것으로 이해될 여지가 크다. 게다가 대법원도 종래부터, 만일 근로자에게 징계사유가 있더라도 그 사유가 나중에 밝혀지기 전까지 징계를 할 수 없었던 부득이한 사정이 있다면, 사용자가 징계절차를 개시해도 충분할 정도로 징계사유에 대한 증명이 있다는 것을 알게 된 때부터 징계위원회의 개최시한이 기산된다고 보아야 한다고 판시하고 있기도 하다.<sup>3)</sup>

그런데 대상판결의 경우 그 사실관계를 주의해서 살펴보아야 한다. 대상판결의 사안에서는, 사용자가 근로자의 비위사실에 대해 전혀 아무것도 모르고 있던 상태에서 어느 날 갑자기 과거의 유죄 판결 확정이 있었다는 사실을 알게 되어 그로부터 3개월 내에 징계 절차에 착수한 것이 아니다. 대상판결 사안의 경우, 사용자가 근로자의 귀책사유 및 그에 관한 형사재판이 진행 중이던 것을 이미 알고 있었고 면담 및 판결문 요구 등으로 징계권 행사의 사전 준비를 하고 있던 상태였다. 다만 사용자가 근로자의 말을 믿고 기다려 주고 있었는데 근로자가 사용자에게 재판 진행 상황을 알려주지 않았고 판결 확정 후에도 판결문을 제출하고 있지 않던 중이었다. 그러다가 사용자가 우연히 다른 경로로 근로자의 판결 확정 사실을 알게 된 후 신속하게 징계절차에 착수했던 것이다. 그러하였기 때문에 대상판결은, 근로자에게 사용자가 징계권을 행사하지 않으리라는 기대가 형성되어 있었다고 볼 만한 사정이 전혀 보이지 않는다고 보았고 따라서 징계권 남용도 인정하지 않았던 것이다.

결국, 대상판결이 말하고자 하는 것은, 사용자가 근로자의 징계사유에 대해 징계를 할 수 없었던 부득이한 사정이 있었고 그 이후에 징계사유의 존재에 대해 알게 되었다고 해서 징계사유 발생 이후 아무리 오랜 시간이 지나더라도 징계사유의 존재를 알게 된 시점을 무조건 징계 시효 기산점으로 인정할 수 있다는 것은 아니고, 근로자에게 사용자가 징계권을 행사하지 않

3) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2013두26750 판결.

으리라는 기대가 형성되어 있지 않는 등 징계권 남용으로 평가될 만한 사정이 없어야 그렇게 할 수 있다는 점이다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

## 직장 내 괴롭힘 신고한 근로자 원거리 전보는 근로기준법 위반

- 대법원 2022. 7. 12. 선고 2022도4925 판결 -

### 【판결요지】

직장 내 괴롭힘을 신고한 근로자에 대한 원거리 전보조치는 불리한 조치로서 위법하다.

병원 구내식당 등을 위탁 운영하는 회사 대표인 피고인이 직장 내 괴롭힘을 신고한 근로자의 의사에 반하여 대중교통으로 출근이 불가능한 원거리로 전보시키는 등 불리한 처우를 하여 근로기준법 제76조의3 제6항을 위반하였다는 혐의로 기소된 사안에서, 피고인의 공소사실을 유죄로 인정하여 징역형의 집행유예(징역 6월, 집행유예 2년, 보호관찰, 사회봉사 명령 120시간)를 선고한 원심을 수긍하고 상고를 기각하였다.

### 1. 기초 사실

피고인 A는 청주시 청원구 D에 있는 E 주식회사의 대표이사이고, 충북 음성군 F에 있는 G 병원 구내식당 등을 위탁 운영하며 상시근로자 약 30명을 사용하는 사업주이다.

피해근로자 H를 비롯하여 J, S, O는 2019. 7. 10. 피고인 A가 운영하는 E 주식회사(이하 편의상 ‘피고인 회사’라 한다)를 방문하여 관리이사(피고인 A의 배우자)에게 I의 신고식 강요 등 부당한 행위를 호소하였다. 이에 피고인 A는 2019. 7. 12. 관리이사와 함께 H의 근무지인 G 병원 구내식당에 찾아가 직원들을 대상으로 신고식, 직장 내 금전거래 금지를 교육하였다. 이때 관리이사는 H 등 위 4인의 이름을 밝히며 이들이 본사를 찾아와 면담을 요청하였고, 구내식당의 불법 잔반 처리에 관하여 관할청에 내부고발자에 의한 신고가 있었다는 사실을 직원들 앞에서 공개하였다. 이때부터 2019. 7. 24.까지 I는 H에게 폭언하고, 사직을 강요하고, 잔반 처리 내부고발자를 색출한다며



전화통화내역 제출을 강요하였다.

H는 2019. 7. 24. 위와 같이 I로부터 폭언 등을 듣고 출근하지 않은 채 2019. 7. 27. R 센터의 도움을 받아 피고인 회사에 내용증명으로 I의 직장 내 괴롭힘을 신고하였다. 그 구체적인 신고 내용은 I가 2019. 7. 12.경부터 2019. 7. 24.경까지 신고식 명목으로 회식비 지급을 강요하고, 업무편성 권한을 남용하여 자신의 말을 듣지 않는 직원들은 수당을 적게 받도록 업무시간을 조절하고, 업무 과정에서 마음에 들지 않으면 욕설과 폭언을 일삼는다는 내용이었다. 특히 2019. 7. 24.경 I가 H에게 “벼락 맞아라 자식도”, “차에 갈려서 박살나라”, “눈알들이 다 빠져라”라는 등의 폭언을 하였으며, 정당한 이유 없이 해고를 빌미로 통화내역서 제출을 강요하였고, 사직서 작성을 강요하는 등 회사 상사인 I가 직장에서의 우월적 지위를 이용하여 업무상 적정 범위를 넘어 피해 근로자 H에게 신체적, 정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시켰다는 내용이었다.

그러자 피고인 회사는 2019. 7. 29. 무단결근을 사유로 H를 해고하였다. 한편, 피고인 회사는 H의 무단결근 전인 2019. 7. 23.경 I에게 ‘부하 직원들에게 업무상 지시를 함에 있어 오해 소지가 있었다며 언행 주의’의 취지로 서면으로 인사경고(시말서 1회, 벌점 2점)를 하였다. 피고인 회사는 2019. 8. 27. 외부 인사 4명과 내부인사 2명(위원장 피고인 포함) 등 6명으로 구성된 인사위원회를 개최하여 I에 대하여 기존 인사경고(시말서 1회, 벌점 2점)를 유지하는 의결을 하고, 피해자 H에 대하여는 2019. 7. 25.자 무단결근으로 인한 자진퇴사 처리를 복직명령으로 변경하면서 2019. 7. 25.부터 2019. 8. 31.까지 무단결근 기간을 무급휴가 처리하고, 2019. 9. 2.자로 H를 L 구내식당으로 전보하는 내용을 의결하였다. 그런데, 인사위원회에는 I만 출석하여 청문의 기회가 주어졌을 뿐 피해자 H를 비롯한 괴롭힘을 호소한 근로자들에게는 출석 및 의견 진술 등의 기회를 보장하는 절차가 없었고, 전보 근무지에서 H의 주거지까지의 거리가 매우 멀어 첫 버스를 타더라도 출근 시간에 도착할 수 없어 사실상 대중교통으로 인한 출근이 불가능하였으며, H의 가족이 간병이 필요한 상황임에도 출퇴근의 어려움으로 인하여 강제로 기숙사 생활을 하여야 하는 상황이었다.

H는 2019. 9. 18. 피고인 회사를 상대로 충청지방노동위원회에 L 구내식당으로 한 전보가 부당하다며 구제를 신청하는 한편, 피고인 A에 대하여 「근

로기준법」(이하, 근로기준법) 제76조의3 제6항에서 정하고 있는 불리한 처우를 하였음을 이유로 고소를 제기하였다. 충북지방노동위원회는 2019. 11. 12. 부당전보를 인정하고, 전보를 취소하는 판정을 하였다. 피고인 회사는 2019. 11. 14. 위 판정에 따라 H에 대하여 본래 근무지였던 G 병원 구내식당으로 복직을 명하였다.

검찰은 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 신고한 H에게 불리한 처우를 한 혐의(근로기준법 위반)를 적용해 피고인 A를 기소했고, 피고인 A는 재판에서 H의 바뀐 근무지가 노동 강도나 의사소통에서 더 낮고, 시설 역시 종전 구내식당에 비해 더 쾌적하다며 불리한 처우로 볼 수 없다고 주장했다.

## 2. 법원의 판단

1심은 “이 사건 공소사실에 불리한 처우로 적시된 ‘L 구내식당으로의 전보’만을 떼어놓고 본다면, 피해근로자에게 그리 과하지 않은 정도의 불리한 처우로 볼 여지도 있다. 그러나 피해근로자가 본사를 찾아가 관리이사에게 피해를 호소한 이래 부당전보 구제심판이 확정될 때까지 일련의 단계에서 피고인 회사가 취한 개개의 조치를 살펴보면, 근로자에 대한 배려를 조금도 찾아볼 수가 없다. 이는 이른바 피고인의 경영마인드라는 것이 현행 규범에 못 미치는 매우 낮은 수준으로 근로자를 대상화하고 인식하는 것에 기인한다. 비록 최근 가해자 I가 해고되어 직장 내 괴롭힘의 원인이 제거된 것처럼 보이지만, 피고인의 범정 태도와 진술에 비추어 보면, 피고인의 근로자에 대한 낮은 수준의 인식은 언제든지 또 다른 I를 용인하고, 또 다른 다수의 H를 방치할 것이다. 위와 같은 사정을 고려하여 당초 피고인에게 구약식 청구된 벌금 200만 원을 넘어 피고인을 징역 6월에 처한다. 다만, 이 사건은 직장 내 괴롭힘 규정의 신설 직후에 발생한 것으로 소규모 기업을 운영하는 피고인이 미처 대응하지 못한 측면이 있으므로, 이를 유리한 정상으로 참작하여 형의 집행을 2년간 유예하되, 재범 예방을 위해 특별준수사항을 담아 보호관찰을 부과하고, 피고인으로 하여금 피사용인의 위치에서 노동의 의미를 일깨우기 위하여 120시간의 사회봉사를 부과한다.”는 선고를 하였다(청주지방법원 충주지원 2021. 4. 6. 선고 2020고단245 판결).

이와 같은 1심의 판단은 항소심(청주지방법원 2022. 4. 13. 선고 2021노438 판결)과 대상 판결에서 그대로 유지되었다.

### 3. 검토

직장 내 괴롭힘에 관한 개정 근로기준법 제76조의2(직장 내 괴롭힘의 금지) 및 제76조의3(직장 내 괴롭힘 발생 시 조치) 규정(2019. 1. 15. 법률 제 16272호로 개정 신설되었고, 그 부칙 제1조, 제3조에 의하여 2019. 7. 15. 시행 이후에 직장 내 괴롭힘이 발생한 경우에 한하여 적용된다.)은 사용자 또는 근로자가 직장 내에서 갖가지 방법으로 동료 근로자를 괴롭혀 심지어 사망에 이르게 하는 등으로 사회적인 문제로 비화되자 이를 방지하기 위하여 입법된 것으로 직장 내 괴롭힘이 근로자의 정신적·신체적 건강에 심각한 악영향을 끼칠 뿐만 아니라 나아가 기업에도 막대한 비용 부담을 초래하므로 이에 대한 대책이 필요하다는 인식하에 신설되었던 것이다.

대상 판결은 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해근로자 등에게 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하지 않도록 한 근로기준법 제76조의 3 제6항을 위반한 자에 대하여 형사처벌을 확정된 대법원의 첫 판결이라는 점에서 의의가 있다. 특히 검찰이 사용자인 피고인에 대하여 벌금 200만 원의 구약식 청구를 하였으나, 사용자가 직장 내 괴롭힘 발생 시 조치 의무를 방지하고 피해근로자를 방지하는 것을 넘어 불이익한 조치를 취한 것에 대하여 징역 6월, 집행유예 2년, 보호관찰, 사회봉사명령 120시간을 선고한 1심 판결을 항소심과 대법원이 그대로 유지하였다는 점에서 직장 내 괴롭힘 발생 시 조치를 제대로 취하지도 않고 취할 의사도 없이 오히려 피해근로자에 대한 불이익 처우를 한 위법행위에 대한 경종을 울린 판결로 의미가 있겠다.

근로기준법 제76조의3 제3항에서 사용자의 사전 임시조치 시 ‘피해근로자의 의사’에 반하는 조치를 금지한 점, 제4항에서 직장 내 괴롭힘이 인정된 후 사용자는 ‘피해근로자가 요청하는 경우’에 근무 장소 변경, 배치전환 등으로 조치할 수 있는 점, 제5항에서 행위자(가해자)에 대한 징계 시 ‘피해근로자의 의견’을 들어야 하는 점 등에 비추어 보면, 불리한 처우인지를 판단함에 있어 피해근로자의 주관적 의사를 가장 중요한 요소로 고려하여야 한

다고 봄이 타당하다. 또한 제3항은 신고 접수 후 직장 내 괴롭힘 사실 유무의 확인 전까지 사전 조치 의무이고, 제2항은 신고 접수 후 직장 내 괴롭힘의 사실 유무에 대한 사용자의 조사 의무이고, 제4, 5항은 직장 내 괴롭힘이 사실로 확인된 경우에 한하여 사용자에게 부과되는 사후 조치 의무이며, 제6항은 직장 내 괴롭힘이 사실로 확인되었는지 여부에 관계없이 불리한 처우를 금지함으로써 설혹 신고가 진실이 아닌 경우라도 신고근로자 및 피해근로자를 보호하는 규정이므로, 제6항의 불리한 처우를 판단함에 있어 직장 내 괴롭힘에 대한 문제 제기 등과 근접한 시기에 있었는지, 조치를 한 경위와 과정, 조치를 하면서 사업주가 내세운 사유가 피해근로자 등의 문제 제기 이전부터 존재하였던 것인지, 피해근로자 등의 행위로 인한 타인의 권리나 이익 침해 정도와 사업주의 조치로 피해근로자 등이 입은 불이익 정도, 그러한 조치가 종전 관행이나 동종 사안과 비교하여 이례적이거나 차별적인 취급인지 여부, 사업주의 조치에 대하여 피해근로자 등이 구제신청 등을 한 경우에는 그 경과 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.

고용노동부에 접수된 직장 내 괴롭힘 신고사건은 2019년 총 2,130건, 2020년 총 5,823건, 2021년 총 6,763건으로 매년 증가하고 있고, 최근 민간 조사 결과에서도 사회적 거리두기가 끝나면서 직장 내 괴롭힘이 증가한 것으로 나타났다.<sup>1)</sup> 실질적으로 직장 내 괴롭힘 문제를 해결하기 위해서는 가해자 처벌만이 능사가 아니고 피해자 구제와 예방이 이루어져야 하는데 무엇보다 직장 내 괴롭힘의 신고부터 조사 및 피해자 보호조치, 가해자 징계 등 제반 절차 전반에 걸친 사용자의 적극적이고 구체적인 노력이 필요하겠다. 물론 직장 내 괴롭힘 발생 시 조치 의무를 방기하고 피해근로자를 방치하는 것을 넘어 불이익한 조치를 하여 위법행위를 한 경우 엄중한 처벌을 통하여 제도 취지를 살리고 경각심을 줄 필요가 있다.

권오상(노무법인 유엔 공인노무사, 법학박사)

1) 2022. 7. 3. 연합뉴스, “사회적 거리두기 풀리며 직장 내 괴롭힘도 증가… 6.1%p 늘어” (<https://www.yna.co.kr/view/AKR20220703021400004>).

## 전적 시 약정에 따른 재고용 의무

- 대법원 2022. 11. 10. 선고 2019다282333 판결 -

### 【판결요지】

서울메트로와 원고들 사이에 ‘서울메트로가 원고들에게 연장된 정년을 보장하고, 연장된 정년 동안 서울메트로 보수 대비 약 60~80%의 보수를 보장하며, 위와 같이 연장된 정년만큼 전적 회사에서 계속 근무하면서 보수를 지급받을 수 있도록 원고들의 신분 및 고용을 보장’하는 내용의 약정은, 신분 및 고용보장과 관련하여 서울메트로가 위탁업무를 승계하는 경우로 “위탁용역회사가 파산 또는 위탁계약이 해지되는 경우”만을 규정하고 있기는 하지만, 이 사건 약정이 체결된 동기와 경위, 원고들과 서울메트로가 이 사건 약정에 의하여 달성하려고 했던 목적과 의사, 이 사건 약정의 내용, 이 사건 위탁계약 종료의 경위 등을 종합적으로 고려하면 이 사건 약정은 서울메트로가 기간만료로 인한 이 사건 위탁계약 종료의 경우에도 원고들의 고용을 승계할 의무를 부담한다는 의미로 해석하여야 하므로, 피고는 원고들이 전적 회사에서 퇴직한 다음 날인 2016. 10. 1.부터 원고들의 정년이 지나기 전까지 원고들을 재고용할 의무를 부담하며, 이를 이행하지 않은 기간에 대한 임금 상당액의 손해를 배상할 의무도 부담한다는 원심을 수긍한 판결이다.

(1) 서울메트로의 직원이었던 원고들이 전적 회사로 전직한 이후, 서울특별시가 구의역 사고를 계기로 민간위탁에서 직영으로 전환하기로 결정하면서 원고들을 재고용 대상에서 배제하자, 전적 당시 고용 승계 및 정년 연장 보장 등을 약정하였다고 주장하며 피고 서울교통공사(서울메트로의 소송수계인)를 상대로 고용의 의사표시, 고용의무 불이행으로 인한 임금 상당액의 손해배상 등의 지급을 구한 사건이다.

(2) 대법원은 전적할 당시 체결한 고용 승계 및 정년 연장 보장 등을 약정의 효력에 관해 다음과 같이 판단하였다. 대법원판결은 원심 판단을 소개하고 수긍할 뿐인 부분이 많아, 원심판결 등을 통해 보충하여 설명해 보도록

하겠다.

첫째, 서울메트로가 원고들을 재고용할 의무가 있다(위 판결 요지에서 소개한 부분임). ① 원고들의 다른 회사로의 전적은 서울메트로가 분사화를 하면서 이루어졌다. 서울메트로가 ‘비핵심업무의 분사화’ 절차를 추진하면서 2008년경 프로종합관리주식회사에 전동차 경정비 업무를 위탁하고, 2011년경 전적 회사로의 전적을 희망하는 직원을 모집하였고, 원고들은 서울메트로에서 근무하다가, 2011년 12월경부터 2013년 10월경까지 사이에 전적 회사로의 전적을 희망하여 서울메트로와의 근로계약을 종료한 다음 전적회사와 새로 근로계약을 체결하고 전적 회사로 전적하였다. ② 원고들의 전적한 회사로부터의 퇴사는 서울메트로가 분사화한 업무를 직영화하면서 이루어졌다. 2016. 5. 28. 서울메트로가 운영하는 서울 지하철 2호선 구의역에서 스크린도어를 수리하던 위탁용역업체 소속 비정규직 근로자가 열차에 치여 사망하는 사고가 발생하였다. 이를 계기로 서울특별시는 2016년 6월경 민간 위탁하였던 전동차 경정비 업무 등을 위탁하지 않고 직영으로 전환하기로 결정하고, 그 과정에서 원고들을 포함한 전적 직원들을 재고용 대상에서 배제하기로 하였다. 위와 같은 서울특별시의 방침에 따라, 서울메트로에는 더 이상 전적 회사와 위탁계약을 갱신하지 않고 전동차 경정비 업무를 직영으로 전환하기로 결정하였다. 서울메트로와 전적 회사의 위탁계약은 2016. 9. 30. 기간 만료로 종료되었다. 전적 회사는 2016. 8. 31. 원고들에게 기간 만료로 근로계약이 종료된다는 사실을 통지하였고, 원고들은 2016. 9. 30. 전적 회사에서 퇴직하였다. ③ 원고들이 전적할 때 체결한 신분 및 고용보장의 약정은 분사화해서 나가더라도 계속 일할 수 있도록 하겠다는 취지이다. 서울메트로가 위탁업무를 승계하는 경우로 “위탁용역회사가 파산 또는 위탁계약이 해지되는 경우”만을 규정하고 있다. 서울메트로가 위탁계약 기간만료를 이유로 위탁계약을 종료하는 경우도 고용보장의 측면에서는 위탁계약의 해지와 마찬가지로 고용보장이 필요한 경우이다. 약정할 때 그러한 경우는 배제된다고 명시하려 했다면 아마도 그 약정은 체결되지 않았고 전적이 이루어지지 않았을 것이다.

둘째, 원고들의 정년은 만 60세가 아니라 이 사건 약정에 따라 2년 내지 3년 더 연장된다. ① 원고들이 전적할 당시 서울메트로의 인사규정에 따른 정년은 만 58세였지만, 곧 「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법

를」(이하 ‘고령자고용법’이라 한다.)에 따라 정년이 60세로 연장될 분위기였다. ② 서울메트로가 전직하는 원고들에게 정년을 연장하여 더 근무하게 하겠다고 제안한 이유는 전직 희망자를 모집하기 위함이었다. 서울메트로가 전직 회사로의 전직 희망자를 모집하면서 공고한 안내문과 설명자료 등에는 ‘위탁용역업체로 전직 시 서울메트로의 정년이 1년 이상 2년 미만 남은 사람은 정년이 2년 연장되어 만 60세가 정년이 되고, 2년 이상 남은 사람은 정년이 3년 연장되어 만 61세가 정년이 되며, 전직 후 서울메트로의 정년이 연장될 경우 추가 연장된 정년만큼 서울메트로가 고용을 보장(서울메트로 정년 2년 연장 시 최종 60세 → 62세, 61세 → 63세)한다’는 취지의 기재가 있고, 이는 이 사건 약정의 내용에 포함되었다. ③ 서울메트로는 2014. 1. 15. 인사규정을 개정하여 직원의 정년을 만 60세로 변경하였으므로, 이 사건 약정에 따라 원고들의 정년은 62세 또는 63세로 연장된다.

셋째, 원고들이 서울메트로를 퇴직하고 전직할 당시 받은 명예퇴직금을 서울메트로에게 반환할 의무가 없다. 서울메트로는 원고들이 퇴직할 당시, 원고들에게 서울메트로에서 근무한 기간을 기초로 산정한 명예퇴직금을 지급하였다. 이 명예퇴직금의 제시도 전직 희망자를 모집하기 위함이므로, 명예퇴직금의 지급은 재고용 의무 이행의 거절 사유가 되지 않으며, 명예퇴직금 상당액의 전부 또는 일부를 손해액에서 공제하여야 하는 것이 아니다.

넷째, 대법원이 원심 판단과 달리 판단하여 파기 환송한 부분인데, 1956년생 원고들의 정년은 만 63세가 되는 해인 2019년의 각 출생일이 아니라 2019. 6. 30.이다. ① ‘정년’은 실제의 생년월일을 기준으로 산정하여야 하지만(대법원 2018. 11. 29. 선고 2018두41082 판결, 대법원 2019. 3. 14. 선고 2018다269838 판결 등 참조), 이러한 기준은 고령자고용법 제19조에 위반하는 60세 미만의 정년일 경우 법상의 강행규정 해석에서 그러하다. 60세를 초과하는 정년기준은 고령자고용법 제19조에 위반되지 않으므로 실제 생년월일과 다른 기준으로 산정하도록 정하는 것도 허용된다. ② 서울메트로는 2014. 1. 15. 인사규정을 개정하여 직원의 정년을 만 60세로 변경하면서(제32조 제1항), ‘제32조 규정에도 불구하고 1955년생은 2014. 12. 31., 1956년생은 2016. 6. 30., 1957년생은 2017. 12. 31. 각 정년퇴직한다.’고 규정하였다(부칙 제2조 제2항). ③ 원고들 중 1956년 하반기 출생자인 원고들이 서울메트로에서 퇴직하고 전직 회사로 전직할 당시, 서울메트로의 정년이 2년 이상 남아

있었으므로 이 사건 약정에 따라 그들의 정년은 3년 연장되었다. 이후 2014. 1. 15. 서울메트로의 인사규정이 개정되면서 부칙 제2조 제2항에 따라 서울메트로의 1956년생 직원들의 정년이 2016. 6. 30.까지로 연장됨으로써, 이 사건 약정에 따라 그들의 정년은 재차 서울메트로의 1956년생 직원들의 정년이 연장된 것과 동일한 기간만큼 연장되었다. 이로써 그들의 정년은 최종적으로, 위 개정된 서울메트로 인사규정 부칙 제2조 제2항에 따른 서울메트로의 1956년생 직원들의 정년 퇴직일에 3년을 더한 날인 2019. 6. 30.까지로 연장되었다.

(3) 위와 같이 대상판결의 판단을 자세히 설명해 보았는데, 이는 어디까지나 전적을 모집할 당시 회사가 근로자들에게 제시하여 합의한 약정의 해석론에 해당한다. 원고들이 전적할 때 명예퇴직금도 받았고, 전직한 회사에서 다른 근로자들보다 높은 임금 등 근로조건을 보장받다가, 다시 서울메트로로 재고용되고, 서울메트로에서의 정년도 서울메트로 근로자들보다 2년 내지 3년이 연장되는 등이 ‘특혜’를 누리는 것이 아니다. 서울메트로가 분사화를 추진하면서 내보낼 직원들을 모집하기 위하여 서울메트로가 제시하여 근로자들과 합의한 조건들의 해석, 즉 계약의 해석일 뿐이다. 전적 회사로 나가면 임금 등 근로조건이 향상이 어려워질 수 있다. 더 오래 근무할 수 있거나 원래 회사로 복귀할 수 있다는 약속도, 실제로는 이 사건에서 위탁계약 기간 만료는 명시되지 않았다는 이유로 재고용하지 않았듯이, 장래 어떻게 될지 불투명한 것이다. 이러한 위험을 감수하고 나가는 만큼 상응하는 대가가 있어야 합의가 이루어질 수 있다.

(4) 노동법의 법리 측면에서 아쉬운 점은, 전적 및 전적 회사로부터의 복귀에 관한 해석이, 서울메트로와 원고들이 체결한 계약의 해석론에 그친다는 점이다. 분사화를 통한 사업의 분할 및 이전, 사업의 직영화로 인한 사업의 이전, 고용 및 근로조건에 관한 단체협약에 따른 통일적·안정적 규율 등의 노동법 특유의 함의가 논의되지 못한 사건이다. 사업 이전에 관한 법리의 발전이 부족하고, 초기업 단위의 교섭과 협약 체결의 관행 형성도 부족하기 때문이다. 나아가 그러한 것이 가능할 수 있는 토대인, 기업 단위를 넘어 사회적으로 ‘동일 가치 노동, 동일 임금’이 정착되지 못하고 있기 때문



이다.

2016년 구의역 사고는 우리의 비참한 현실이다. 그 사건을 내세운 서울시와 공사의 결정으로 인해 일자리를 잃은 근로자들이 대법원판결을 받을 때까지 6년의 세월이 흘렀다. 개별 회사와 개별 근로자들이 분쟁을 법원으로 가져가 소송으로 해결하는 방법밖에 없도록 내몰리는 것은 바람직하지 못할 수 있다. 경영계와 노동계가 분쟁을 스스로 해결해 내는 책임감과 노력이 더 권장되어야 할 시기이다.

김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

## 정리해고의 우회 수단인 후선배치에 대한 정당성 여부

- 서울고등법원 2022. 4. 7. 선고 2021누55861 판결 -

### 【판결요지】

전보발령이 근로자의 능력 등에 따라 인원을 효율적으로 재배치하는 것을 넘어, 실질적으로는 희망퇴직 권고에 불응한 자에 대하여 사직을 압박하기 위한 편법적인 조치로 남용됨으로써 법률상 정리해고의 제한 요건을 우회하는 수단으로 기능할 경우에는 이를 정당한 전보발령이라 할 수 없다.<sup>1)</sup>

‘후선배치’라는 업계의 관행이 있다. “상대평가에 따른 근무평가 결과를 바탕으로 명예퇴직·희망퇴직 대상자를 선정한 다음 신청을 받고, 미신청자를 임시보직에 배치하여 일정한 실적 목표를 부과하고서 이를 달성하면 원래의 직무로 복귀시키되, 그렇지 못한 경우에는 주기적으로 대기발령·휴직 등을 거쳐 최종적으로 면직 또는 사직에 이르게 하는 제도”이다.<sup>2)</sup> 이러한 후선배치는 저성과 근로자에 대해 급여를 낮추는 등 근로조건을 저하시켜 비용을 절감하고 재교육을 통해 근로능력을 향상시킬 수 있다는 점에서 사용자의 경영상 필요성을 일응 인정할 수 있다. 그러나 희망퇴직 대상자를 먼저 선정하고 임의적인 상대평가를 통해 후선배치한 뒤 지속적인 압박을 주어 근로자를 자진 퇴사하게 하는 경우가 많아 경영상 이유에 의한 해고의 우회적인 수단으로도 활용되고 있다. 이러한 후선배치가 허용되는지, 만일 허용된다면 그 정당성의 판단기준으로 해고와 유사한 수준으로 할 것인지 아니면 인사명령으로 보아 전보의 수준으로 할 것인지가 문제 된다.

원고는 상시 약 20,000명의 근로자를 고용하여 하이퍼마켓 상점 등에서

- 1) 본 판결 요지는 리뷰 대상인 서울고등법원 판결의 제1심인 서울행정법원 2021. 7. 23. 선고 2020구합66466 판결의 내용을 발췌함. 서울고등법원은 제1심판결의 이유를 그대로 인용한다고 판시할 뿐 별도의 내용을 적시하지 않음.
- 2) 노동법실무연구회, 『근로기준법주해(제2판)』, 박영사, p.358 참조(최누림 집필).

도·소매업을 영위하는 법인으로 전국에 140개의 점포를 운영하고 있으며, 참가인 근로자들은 원고의 근로자로 입사하여 최근 몇 년간 각 점포의 점장으로 근무하였다. 원고는 2019. 11. 5. 참가인들을 포함한 점장 10명을 본부내 ‘영업개선TF팀’으로 전환배치하는 인사발령을 내렸고, 참가인들은 이 사건 전보 처분이 부당전보에 해당한다고 주장하며 노동위원회에 구제신청을 하였다. 서울지방법노동위원회와 중앙노동위원회는 각 전보 처분이 부당하다고 판단하여 구제신청을 받아들이는 판정을 하였다. 이에 사용자인 원고는 중앙노동위원회 위원장을 대상으로 구제심판판정의 취소를 청구하는 소를 제기하였다.

제1심인 서울행정법원은 후선배치를 인사명령의 일종인 전보로 판단한다. 따라서 “근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서 사용자는 상당한 재량을 가지며 그것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 무효라고 할 수 없고, 전보 처분 등이 권리남용에 해당하는지의 여부는 전보 처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교, 교량하고 근로자 측과의 협의 등 그 전보 처분 등의 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 결정하여야 한다.”는 기존 대법원의 판시를 인용한다. 즉, 전보명령의 정당성 심사기준으로 확고히 자리 잡은 ①업무상의 필요성과, ②근로자의 생활상 불이익, 양자를 비교형량하고, ③신의칙상의 절차를 거쳤는가라는 3단계 심사를 이 사안에도 적용한다.

그리고 후선배치라는 특성상 추가적인 설명을 덧붙이는데 “업무능률 증진, 경제적 수익성 제고 등과 같이 추상적, 일반적인 경영상 필요성이 인정된다 하더라도, 이를 이유로 한 모든 형태의 전보발령이 정당화되는 것은 아니고, 해당 전보발령이 실제로 그와 같은 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이어야 업무상 필요에 따른 정당한 인사권의 행사라고 평가할 수 있다.”고 한다.

이어 정당한 후선배치의 요건을 설명한다. “합리적 기준에 근거한 상대방 및 그 근무평정 결과를 바탕으로 희망퇴직 대상자를 선정한 다음 신청을 받고 미신청자를 임시보직으로 전보 발령하여 실적 목표를 달성하지 못하면

최종적으로 면직 또는 사직에 이르게 하는 방식으로 비용을 절감하고 근로 의욕 고취 등을 통해 경영의 효율성을 제고하는 것이 전혀 불가능하지는 않”다고 한다. 그러나 이러한 후선배치가 “근로자의 능력 등에 따라 인원을 효율적으로 재배치하는 것을 넘어, 실질적으로는 희망퇴직 권고에 불응한 자에 대하여 사직을 압박하기 위한 편법적인 조치로 남용됨으로써 법률상 정리해고의 제한 요건을 우회하는 수단으로 기능할 경우에는 이를 정당한 전보발령이라 할 수 없다.”고 한다.

이후 사실관계를 포섭하는데, 서울행정법원은 ① 업무상의 필요성에 있어 “점장 직책에 적합하지 않은 근로자들을 보다 적합한 업무를 수행할 수 있는 부서로 전보함으로써 실적 개선을 꾀할 일반적인 경영상의 필요성”은 인정한다. 그러나 본 전보 처분은 희망퇴직을 하지 않을 경우 고강도의 전진배치 프로그램이라는 것을 실시할 것을 경고하여 희망퇴직을 유도하는 등 업무능률을 증진시키고 근로의욕을 고취시키기 위한 기능을 하지 않았고, 사실상 퇴직대상자를 선정하는 전보대상자 선정 기준에 있어 합리성과 공정성을 갖추지도 못하였다. 이 점에서 서울행정법원은 업무상의 필요성을 인정하지 않았다.

② 생활상의 불이익을 보더라도 참가인들은 본부 팀장급인 점장 직책으로부터 팀원급으로 강등되었고, 점장 직책수당을 지급받을 수 없게 되었을 뿐 아니라, 오랫동안 생활근거지를 두고 있던 지역에서 서울 본부로 근무지가 변경되어 가족 생활상의 불이익도 초래되었다. 서울행정법원은 또한 원고의 대상조치인 이사비와 비연고지 수당 지급은 이러한 참가인의 불이익을 상쇄하지 못한다고 판단하였다.

③ 신의칙상 요구되는 절차 역시 전보 처분에 앞서 원고는 참가인들과 2차례 면담 절차를 거치기는 하였으나, 이는 원고의 희망퇴직 제안에 불응한 근로자들을 압박하여 사직을 종용하기 위한 절차였을 뿐이며, 특히 전보대상자 선정을 위한 기준에 관하여 참가인들 또는 원고의 노동조합 등 근로자측과 어떠한 협의를 거친 바도 없다. 따라서 서울행정법원은 신의칙상 요구되는 절차도 거쳤다고 볼 수도 없다고 판단하였다.

결국 서울행정법원은 ①, ②, ③의 요건을 판단하건대 사안의 전보 처분은 부당전보에 해당한다고 판단하였다.

후선배치의 성격에 대해서 서울행정법원은 그 자체는 허용되며 해고가 아닌 전보의 성격이기 때문에 정당성 판단 또한 전보의 수준으로 하고 있다. 이는 대법원이 2009. 4. 23. 선고 2007두20157 판결에서도 밝힌 바이다. 대법원은 이 판결에서 후선배치를 전보의 일종으로 보아 사용자가 가지는 정당한 인사명령권의 하나이며, 사용자의 업무상 필요성과 근로자의 생활상 불이익을 비교형량하고 신의칙상 절차를 거쳤는가를 심사하여 해당 사안에서 후선배치의 정당성을 긍정하였다.

그러나 후선배치의 경우 전보의 외형을 띠고 있으나 사실상 해고에 가까운 모습을 띠기도 한다는 점에서 사례별로 달리 보아야 한다고 생각한다. 즉, ① 단계에서 업무상의 필요성이 인정되면, ② 근로자의 생활상 불이익과 비교형량하고, ③ 신의칙상 절차를 거쳤는가를 살펴보아야 하지만, 본 사안처럼 ① 업무상의 필요성조차 부정될 경우 이는 경영상 이유에 의한 해고의 요건을 회피하기 위한 꼼수로서 「근로기준법」 제24조라는 강행규정을 잠탈하는 것이다. 따라서 본 사안의 경우 전보의 정당성 기준이 아닌 경영상 이유에 의한 해고의 정당성 기준을 적용하여 심사하였어야 한다. 이와 유사하게 후선배치명령이 “근로계약 내용의 본질적 변경에 해당함을 이유로 해고의 정당성 판단기준에 가까운 엄격한 요건을 적용할 필요가 있다는 견해”도 있다.<sup>3)</sup>

이러한 해고에 준하는 정당성 기준을 적용하자는 견해에 대해서는 다음과 같은 반론이 있다. “후선배치명령은 근로 내용을 변경하는 전보명령의 일종이고, 그 자체로 당연면직 등 근로관계의 종료와 직접적·필연적 연관관계가 있다고 볼 수 없으며, 그러한 경우에도 당연면직 등의 정당성에 대해 별도로 판단할 수 있으므로, 다른 인사이동과 달리 후선배치 명령에 대하여만 해고와 유사한 수준의 정당성 판단기준을 적용하는 것은 신중할 필요가 있다.”는 것이다.<sup>4)</sup>

3) 김진(2011), 「상시적 구조조정 수단으로서의 금융기관 ‘후선 발령’의 정당성」, 『노동법실무연구』 제1권(김지형 대법관 퇴임기념), 노동법실무연구회, p.52; 김종범(2013), 「부당전직에 관한 몇 가지 문제」, 『재판자료』 제125집, 법원도서관, p.338; 노동법실무연구회, 위의 책, pp.359-360(최누림 집필)에서 재인용.  
4) 노동법실무연구회, 위의 책, p.360(최누림 집필).

그러나 앞서 언급한 바와 같이 사용자가 정당한 인사명령으로서 그 목적과 내용이 업무상 필요성에 부합한다면 전보 명령으로 보아 나머지 요건인 근로자의 불이익과 신의칙상 절차를 살펴보아야 하겠지만, 명백히 경영상 이유에 의한 해고를 회피하기 위한 수단으로 본 사안과 같이 임의적인 선정 기준으로 대상을 낙점하고 강한 압박으로 자진 퇴사를 하게 하는 경우는 사실상의 정리해고이므로 경영상 이유에 의한 해고의 요건이 적용되어야 하는 것이다. 위의 견해도 후선배치 명령이 전보로서의 성격을 띤다는 것을 전제로 한 의견이라 생각된다.

후선배치는 허용될 수 있다. 그러나 그것은 어디까지나 그 선정대상 기준이 합리적이고 공정하여야 하며 경영상의 필요성이 인정되어야 한다. 본 대상판결은 근로자들을 구제한 중앙노동위원회의 재심판정을 유지하였다는 점에서 결과적으로 정당하지만 이론 구성에 있어 전보가 아닌 경영상 이유에 의한 해고의 요건을 적용하지 않았다는 점에서 아쉬운 면이 남는다.

양승엽(국회입법조사처 입법조사관)

# 근로관계의 종료

## 해고의 서면 통지 조건과 갱신 거절 등

- 대법원 2021. 10. 28. 선고 2021두45114 판결 -

### 【판결요지】

「근로기준법」 제27조는 사용자가 근로자를 해고하려면 해고 사유와 해고 시기를 서면으로 통지하여야 효력이 있다고 규정하고 있는데 이는 해고 사유 등의 서면 통지를 통하여 사용자로 하여금 근로자를 해고하는 데 신중을 기하도록 하고, 해고의 준비 및 시기와 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하며, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지이다. 기간제 근로계약은 기간이 만료됨으로써 당연히 종료하는 것이므로 갱신 거절의 준비 및 시기와 사유를 명확하게 하여야 할 필요성이 해고의 경우에 견주어 크지 않고, 「근로기준법」 제27조의 내용과 취지에 비추어 볼 때 기간제 근로계약이 종료된 후 갱신 거절의 통보를 하는 경우에까지 「근로기준법」 제27조를 준수하도록 예정하였다고 보기 어렵다. 이러한 사정을 종합하면, 기간제 근로계약이 종료된 후 사용자가 갱신 거절의 통보를 하는 경우에는 「근로기준법」 제27조가 적용되지 않는다.

### 1. 사건의 개요 및 문제 제기

이 사건의 경우 애초의 쟁점은 해고의 서면 통지 요건을 갖추었는지 여부가 아니라 갱신 거절의 합리적 이유가 있는지 여부에 있었다. 아파트 경비원으로 근무하던 근로자 2명(2015년 입사 당시 66세, 2018년 입사 당시 64세,

이하 ‘근로자들’이라 한다.)은 2018. 12. 31.자 근로계약 기간 만료로 근로관계가 종료되었다. 이에 근로자들은 갱신기대권을 주장하며 노동위원회에 부당해고 구제신청을 하였고, 초심·재심 노동위원회 모두 근로자들에게 근로계약 갱신기대권이 있고, 사용자가 합리적 이유 없이 근로계약 갱신을 거절한 것은 부당하다고 판정하여 근로자들의 손을 들어주었다.<sup>1)</sup> 이에 사용자가 재심판정에 불복하여 행정소송을 제기하였고, 행정법원·고등법원 및 대법원(대사판결) 모두 갱신기대권은 인정되나 갱신 거절에 합리적 이유가 있다고 판단하여 재심판정을 취소하였다.<sup>2)</sup> 행정법원에서 패소한 근로자 측이 고등법원 단계에서 근로계약 갱신기대권 침해는 단순히 근로계약의 갱신 거절에 관한 문제가 아니라 해고로 보아야 하므로 「근로기준법」(이하, 근로기준법) 제27조에서 정한 해고의 서면 통지 요건을 갖추어야 한다고 주장하였고, 이에 대해 고등법원과 대법원은 위 【판결요지】와 같이 판단하여 근로자 측의 주장을 배척하였다.

갱신기대권 법리가 발전하기 전까지 법원은 “근로계약 기간을 정한 경우에 있어서 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그 기간이 만료함에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료된다.”라고<sup>3)</sup> 보거나, 근로계약 기간의 만료 등을 근로관계의 자동소멸사유로<sup>4)</sup> 보았다. 이와 같이 근로계약 기간 만료 내지 정년 등과 같은 근로관계의 자동소멸사유로 인한 퇴직 처리는 “법률상 당연히 발생한 퇴직의 사유 및 시기를 공적으로 확인하여 알려주는 ‘판념의 통지’에 불과할 뿐 근로자의 신분을 상실시키는 ‘해고처분’과 같은 새로운 형성적 행위가 아니다.”라고 판결하면서<sup>5)</sup> 근로기준법상의 해고제한법리를 적용하지 않았다. 그

1) 경기지방법노동위원회 2019. 5. 15. 판정 2019부해649, 650 병합 전부 인정(근로자 승) → 중앙노동위원회 2019. 8. 19. 판정 2019부해769 초심 유지(근로자 승)

2) 서울행정법원 2020. 8. 21. 선고 2019구합6130 판결 재심 취소(근로자 패) → 서울고등법원 2021. 6. 17. 선고 2020누59323 판결 기각(근로자 패) → 대사판결 기각(근로자 패)

3) 대법원 1996. 8. 29. 선고 95다5783 전원합의체 판결, 대법원 1992. 9. 1. 선고 92다26260 판결 등 참조

4) “사용자가 어떤 사유의 발생을 당연퇴직 또는 면직 사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와 달리한 경우에 그 당연퇴직 사유가 근로자의 사망이나 정년, 근로계약 기간의 만료 등 근로관계의 자동소멸사유로 보이는 경우”(대법원 2009. 2. 12. 선고 2007다62840 판결 등)

5) 대법원 1997. 10. 24. 선고 97누1686 판결, 대법원 1997. 11. 11. 선고 97누1990 판결, 대법



러던 중 갱신기대권 법리(“근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간 만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는, 사용자가 이를 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 **부당해고와 마찬가지로** 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간 만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다.”)<sup>6)</sup> 발전하면서 갱신기대권이 인정될 경우 ‘부당하게’ 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 ‘부당해고와 마찬가지로’ 효력이 없으므로 근로기준법상 해고제한법리(근로기준법 제23조 제1항 및 제24조, 제28조)가 적용되고, 더 이상 근로계약기간 만료는 근로관계의 자동소멸사유가 아니게 되었다. 특히 갱신기대권 법리에 이어 고용승계기대권<sup>7)</sup> 및 정년 후 재고용 기대권 등의 법리<sup>8)</sup>가 발전함에 따라 당사자의 소멸(폐업 내지 근로자의 사망)과 이에 준하는 것을 제외하면 ‘물지도 따지지 않는 근로관계의 자동소멸사유’는 더 이상 존재하지 않는다고 볼 수 있다. 따라서 계약기간 만료 내지 정년을 알리는 사용자의 통지가 ‘관념의 통지’라는 위 대법원 2007다85997 판결 등은 당사자의 소멸과 이에 준하는 것에 적용될 뿐 그 밖의 것에 대해서는 더 이상 적용될 여지가 없어 보인다.<sup>9)</sup>

원 2008. 2. 29. 선고 2007다85997 판결 등

6) 대법원 2011. 4. 14. 선고 2007두1729 판결 등

7) 대법원 2021. 4. 29. 선고 2016두57045 판결, 대법원 2021. 6. 3. 선고 2020두45308 판결

8) 사업 양도 시 고용승계법리 및 용역계약 해지 등을 포함

9) 만약 갱신 거절의 합리적 이유 여부에 따라 ‘관념의 통지’인지 ‘해고’(‘해고와 마찬가지로’)인지가 최종적으로 결정된다면 논리 모순에 봉착하게 될 것이다. 갱신 거절의 합리적 이유는 갱신기대권이 있음을 전제로 한 것이므로, 기간 만료를 통지할 때 갱신기대권이 인정될 것을 예측하여 갱신 거절의 사유를 서면으로 명시하여야 한다는 주장과 다를 바 없게 된다. 여기서 더 나아가 서면으로 명시된 갱신 거절의 사유가 합리적이라면 해고가 아니라 기간 만료로서 ‘관념의 통지’가 될 것이므로 구태여 서면으로 그 사유를 명시할 필요는 없었던 것으로 되는 모순적 순환논리에 빠지게 될 것이다.

그렇다면 계약기간 만료, 정년, 용역업체 변경 시, 사업 양도 시 등에 해고 제한법리(근로기준법 제23조 제1항 및 제24조, 제28조)가 적용되더라도 근로기준법상 해고와 관련된 규정(근로기준법 제23조 제2항의 해고금지 시기, 제25조 우선 재고용 등, 제26조 해고의 예고, 제27조 해고 사유 등의 서면 통지)이 그대로 적용되는가?(문제 제기)

## 2. 근로계약 기간 만료에 근로기준법 제27조가 적용되지 않는다고 판단한 논거

대상판결은 기간제 근로계약이 종료된 후 사용자가 갱신 거절의 통보를 하는 경우 해고의 서면 통지(근로기준법 제27조)가 적용되지 않는다고 판단하였는데, 이와 같이 판단한 근거를 살펴보도록 한다.

첫째, 대상판결은 기간제근로자의 경우 근로계약 기간이 만료되면 근로관계는 당연히 종료되므로 갱신 거절의 의사 표시가 없어도 당연 퇴직되는 것이 원칙이나, 갱신기대권이 인정되고 합리적 이유 없이 갱신을 거절하는 경우에만 예외적으로 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 인정하는 것이다. 그러므로 “기간제 근로자계약의 종료에 따른 사용자의 갱신 거절은 근로자의 의사와 관계없이 사용자가 일방적으로 근로관계를 종료시키는 해고와는 구별되는 것이고, 근로관계의 지속에 대한 근로자의 신뢰나 기대 역시 동일하다고 평가할 수는 없다.”라고 판시하였다. 대상판결은 갱신 거절에 해고제한법리가 적용되어 기간 만료로 인한 근로관계 종료는 보호받을 수 있어도 그 성격에 있어 해고와 동일하지 않다고 판단한 것으로 보인다.

둘째, 대상판결은 위 【판결요지】와 같은 내용으로 갱신 거절의 사유를 명확하게 해야 할 필요성이 해고에 견주어 크지 않고, 근로기준법 제27조의 내용과 취지에 비춰 볼 때 갱신 거절의 통보에까지 적용할 것을 예정하지 않았다고 판단하였다.

위 논거 중 두 번째의 경우 원심인 고등법원은 근로기준법 제27조의 입법 취지에 비추어 “근로자의 보호 필요성 및 정도가 해고에 비해 낮은 갱신 거절의 경우”에는 근로기준법 제27조가 그대로 적용되지 않는다고 보았다. 오히려 기간제근로자의 갱신 거절이 해고보다 보호 필요성 및 정도가 더 높다

고 보는 견해도 있을 수 있다. 이와 같은 사정을 고려하여 대법원은 ‘갱신 거절의 사유를 명확하게 해야 할 필요성’으로 표현을 바꾼 것으로 보인다. 해고의 서면 통지 절차가 갱신 거절에도 적용되어야 한다는 근로자 측 주장은 갱신기대권의 인정 여부 및 갱신 거절의 합리적 이유의 존부를 불문하고 계약기간 만료 시 서면으로 만료 사유(또는 갱신 거절 사유)를 통지하여야 하고, 서면 통지 절차를 준수하지 않았다면 부당한 기간 만료로서 해고라고 평가하여야 한다는 것이다. 이에 대해 사용자는 기간이 만료되기 약 한 달 전에 근로관계 종료 사유를 ‘근로계약 기간의 만료’라고 명시하여 서면으로 통보하였다고 주장한다. 필자의 눈에는 무의미한 논쟁으로 보인다. 근로자 측과 같은 주장이 가능하기 위해서는 기간의 정함이 있는 근로계약이 원칙적으로 그 기간 만료로 종료되지 않는다는 전제가 있어야 하는데, 그렇다면 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결할 이유가 없게 된다. 또한 갱신 거절의 사유를 서면으로 명시하여야 한다는 것은 갱신기대권의 인정을 전제로 하는데, 이는 선형적으로 주어지는 것이 아니라 사후적으로 법적 평가에 따라 달라진다. 이러한 사실을 고려할 경우 앞서 각주 9)에서 언급했듯이 모순적인 상황에 봉착하게 된다.

### 3. 위 문제 제기에 대한 답변 등

간혹 노동위원회 판정문을 보면 계약기간 만료, 정년, 용역업체 변경 시, 사업 양도 시 등에서 갱신기대권, 재고용기대권 및 고용승계기대권 등이 인정되는 경우 근로기준법 제27조에 규정된 서면 통지가 없어 부당해고라는 결론을 접할 때가 있다. 갱신기대권이 인정되는 경우, 사용자가 기간 만료를 주장하며 근로관계를 종료하거나, 고용승계의무가 인정됨에도 고용의 승계를 거부하는 것 자체가 근로기준법 제23조 제1항의 ‘정당한 이유’가 없는 해고가 되는 것이다. 필자는 위와 같은 근로관계의 종료에 해고제한법리(근로기준법 제23조 제1항 및 제24조, 제28조)가 당연 적용되어 사용자의 부당한 근로관계 종료로부터 보호받아야 한다고 본다. 그러나 그 밖의 근로기준법상 해고와 관련된 규정, 구체적으로 근로기준법 제23조 제2항의 해고금지 시, 제25조 우선 재고용 등, 제26조 해고의 예고, 제27조 해고 사유 등의 서

면 통지 규정을 - 근로자의 의사와 관계없이 사용자가 일방적으로 근로관계를 종료시키는 해고와 달리- 그대로 적용하는 데에는 한계가 있어 보인다. 한계가 있더라도 위 규정의 입법 취지를 고려하여 해고금지기간 중에는 계약기간 또는 정년 등을 연장하거나, 갱신기대권의 인정에 다툼이 없는 경우 갱신 거절 사유 즉, 일정한 요건을 충족하지 못했다는 사실과 사유는 근로자에게 알려주는 것이 바람직하다.

강선희(법학박사)

## 부당해고 복직 후 근로 제공 거부에 대한

### 사용자의 위자료 지급 인정

- 대법원 2021. 11. 25. 선고 2018다272698 판결 -

#### 【판결요지】

사용자는 자신의 업무지휘권·업무명령권의 행사와 조화를 이루는 범위 내에서 근로자가 근로 제공을 통하여 자아를 실현하고 참다운 인격의 발전을 도모하도록 배려할 신의칙상의 의무를 부담한다. 따라서 사용자가 근로자의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 근로자의 근로 제공을 계속적으로 거부하는 경우 위와 같은 근로자의 인격적 법익을 침해하게 되고 사용자는 이로 인하여 근로자가 입는 정신적 고통에 대하여 배상하여야 한다.

원고는 피고 학교법인이 설립한 A 대학교 B 학과의 교수로 재직 중 파면되었으나 법원에서 부당파면으로 승소하여 복직하였다. B 학과의 신입생 모집이 정지되고 재적생이 모두 졸업한 상황이어서 A 대학교는 복직한 원고에게 새롭게 개설할 수 있는 강좌를 문의하였고, 원고는 개설할 수 있는 강좌와 학과 전환도 가능함을 답변하였다. 그러나 A 대학교는 원고에게 강의와 소속 학과를 배정하지 않았다. 이후 원고의 임용 기간이 완료하여 재임용 신청을 하였으나 원고의 강의 점수 부족으로 재임용이 어렵게 되자 학교는 임용 기간을 6개월로 정하였다. 원고는 계속 강의를 받지 못했고 6개월 후 업적평가 점수 미달로 재임용 거부처분을 받았다. 이에 원고는 재임용 거부처분이 무효임을 확인하는 소를 제기하였고 제1심인 서울중앙지방법원<sup>1)</sup> 이를 인정하였으며 원심<sup>2)</sup> 또한 같은 판결을 하였다.

그러나 원고가 피고 학교법인에 청구한 위자료 청구에 대해서는 제1심과 원심은 부정하였다. 원고는 학교법인이 자신에게 아무런 강의를 배정하지

1) 서울중앙지방법원 2017. 6. 27. 선고 2016가합504341 판결 [재임용거부처분무효확인 등]  
2) 서울고등법원 2018. 9. 7. 선고 2017나2040076 판결 [재임용거부처분무효확인 등]

않아 결과적으로 재임용에 다시 탈락하게 한 것은 불법행위에 해당하기 때문에 위자료 3천만 원을 청구하였는데, 제1심법원은 원고가 별도의 정신적 고통을 받았음을 이유로 위자료를 청구하기 위해서는 학교법인이 재임용을 거부할 만한 사유가 전혀 없음에도 오로지 해당 교원을 대학교에서 몰아내려는 고의가 있거나 재임용 거부 사유로 삼을 수 없음을 객관적으로 명백하게 또는 조금만 주의를 기울이면 이와 같은 사정을 쉽게 알아볼 수 있어야 하는데,<sup>3)</sup> 본 사안에서는 피고 학교법인은 동일한 기준을 원고뿐만 아니라 재임용 심사 대상인 모든 교원에게 적용하였고 원고를 대학교에서 몰아내려는 의도가 있었다고 추단할 수 없으므로 원고의 위자료 청구는 이유가 없다고 판시하였다. 원심 역시 원고의 항소 이유에서 위자료에 관한 부분은 판단하지 않음으로써 원심의 결론을 유지하였다.

그러나 대법원은 다음과 같이 판시함으로써 원심의 위자료 청구 부분을 파기하고 고등법원으로 환송하였다.

“사용자는 자신의 업무지휘권·업무명령권의 행사와 조화를 이루는 범위 내에서 근로자가 근로 제공을 통하여 자아를 실현하고 참다운 인격의 발전을 도모하도록 배려할 신의칙상의 의무를 부담한다. 따라서 사용자가 근로자의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 근로자의 근로 제공을 계속적으로 거부하는 경우 위와 같은 근로자의 인격적 법익을 침해하게 되고, 사용자는 이로 인하여 근로자가 입는 정신적 고통에 대하여 배상하여야 한다(대법원 1996. 4. 23. 선고 95다6823 판결 등 참조). 대학교수가 자신의 전공분야에 대해 강의하고 이를 통해 자신의 학문연구를 발전시키는 것은 대학교수의 인격권 실현에 있어 본질적 부분에 해당한다. 그러므로 대학교수의 사용자인 학교법인이 업무지휘권 등의 행사에 지장을 초래하는 등 특별한 사정이 없는데도 소속 대학교수를 본연의 업무에서 배제하려는 의도 하에 강의과목이나 시간을 배정하지 않는 등으로 강의를 할 수 없게 하는 행위는 대학교수의 인격적 법익을 침해하는 것이 되고, 학교법인은 그로 인하여 대학교수가 입는 정신적 고통에 대하여 배상할 의무가 있다(대법원 2012. 5. 9. 선고 2010다88880 판결 등 참조).”

본 사안에서 제1심과 대법원이 위자료 인정에 관한 판단을 달리한 이유는,

3) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2007다47481 판결 참조.

제1심은 정신적 손해배상의 원인인 불법행위를 재임용 거부로 보았지만, 대법원은 근로 제공 거부로 보았기 때문이다. 물론 제1심의 관점에서 불법행위를 재임용 거부로 보아도 제1심이 본 바와 같이 피고 학교법인이 과연 원고를 직장인 학교에서 쫓아내려는 의도가 없었을까는 의심스럽다. 상고이유서를 볼 수 없어 자세한 이유는 알 수 없지만, 대법원은 제1심과 달리 불법행위의 태양을 근로 제공 거부로 보았고 이에 대한 인격적 법익의 침해를 수증하여 정신적 불법행위의 성립을 인정하였다.

법원의 선고로 해고(또는 파면)가 무효가 되면 사용자와 근로자의 근로관계는 소급하여 존속하게 되고 사용자는 근로자를 원직 복귀시킬 의무를 진다.<sup>4)</sup> 그런데 해고에 관한 법원의 판단은 ‘확인’의 소이기 때문에 법원은 해고에 대해 무효를 확인해 줄 뿐, 사용자에게 근로자를 업무에 복귀시켜 일을 제공할 강제적인 수단이 없다. 따라서 현실적으로 사용자가 근로자를 괴롭혀 스스로 사직하게 만들려는 목적으로 승소한 근로자에게 사업장 내 출입을 금지하거나 근무 장소를 배정하지 않는 등 원직 복귀를 시키지 않거나, 원직 복귀를 하여도 아무런 일을 배정하지 않는 등 근로 제공을 거부하는 행태가 벌어지고 있다.

그동안 부당해고 후 원직 복귀와 근로 제공 거부에 관한 논의는 ‘금전보상’에 초점이 맞추어져 온 듯하다. 오랜 기간 해고에 대한 다툼으로 상호 간 신뢰를 상실한 사용자와 근로자가 원직에 복귀하여 계속 갈등을 발생시키기 보다는 그에 상응하는 금전보상을 받음으로써 분쟁을 해결하는 것이다. 2007년 1월 개정된 「근로기준법」은 노동위원회의 부당해고 구제명령 중 “근로자가 원직복직을 원하지 아니하면 원직복직을 명하는 대신 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액 이상의 금품을 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다.”고 규정하여 금전보상제도를 도입하였다. 다만, 금전보상의 신청자를 근로자에만 국한함으로써 사용자가 금전을

4) 여기서 원직이란 근로자가 부당해고 전 수행하던 직위와 업무 그대로를 의미하는 것은 아니고 “해고 전에 담당하였던 직무·직급과 유사한 직무·직급의 지위를 부여받은 경우에는 원직복직에 해당한다고 해석함이 옳다”고 한다(서울행정법원 2012. 3. 22. 선고 2011구합37121 판결). 조용만(2012), 「부당해고에 따른 원직복직의 정당한 범위」, 『노동법학』 제43호, 한국노동법학회, p.346 참조.

보상하고 근로자를 축출하는 것은 방지하였다. 제도 도입 이후 금전보상과 관련된 논의가 활발하지만, 금전보상은 원직 복귀 대신 이루어지는 것으로 근로자가 원직 복귀 후 일을 원할 경우 그것을 강제할 방법은 아니다.

오랜 분쟁으로 상호 신뢰가 상실하였다 하더라도 원래의 일을 자신의 천직으로 알고 보람을 찾는 이들이 많다. 그들에게는 일터가 대법원의 설시대로 자아를 실현하고 참다운 인격의 발전을 도모하는 곳이다. 따라서 그들에게는 금전보상보다는 일터로의 복귀가 더욱 소중하다. 사용자의 부당한 원직 복귀와 복직 후 근로 제공 거부에 대해서 제도적으로 강제할 수 있는 방법이 없다면 일종의 이행강제금과 같은 역할로 높은 정신적 손해배상(위자료)을 인정하여 사용자에게 압박을 가하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 그런 점에서 대법원의 이번 판시는 사용자가 원직 복귀와 근로 제공을 부당하게 거부할 경우 위자료를 지급함으로써 그런 행태를 막을 수 있는 선례를 만들었다는 점에서 뜻깊다.

원직 복귀와 근로 제공 거부에 대한 위자료 역시 민법상의 불법행위 손해배상이기 때문에 불법행위의 성립요건이 필요하다. ① 고의 또는 과실 있는 행위, ② 위법성, ③ 책임능력, ④ 손해의 발생, ⑤ 인과관계에서, 원직 복귀와 근로 제공 거부에 있어 특히 문제가 되는 것은 고의의 여부이다. 먼저 대체근무자가 있어 일시적으로 원직에 복귀할 수 없다든지 근로자 측의 사정으로 사용자가 근로 제공을 수령할 수 없는 등의 사정이 있다면 사용자의 고의를 인정할 수 없어 불법행위가 성립하지 않는다. 그러나 원직 복귀와 근로 제공 거부의 내심의 의사가 근로자를 축출할 목적일 필요는 없다고 생각한다. 불법행위의 고의에 반드시 해악의 의사는 요구되지 않기 때문이다. 따라서 고의는 “일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 감히 이를 행하는 심리상태”이므로<sup>5)</sup> 사용자가 자기의 행위의 결과에 대하여 인식하고 그 결과의 발생을 인용한 경우에는 고의는 인정된다.

다시 한번 환기하면 일을 통해 자기 삶의 의미를 찾고 일터를 고향으로 반드시 돌아가야 하는 곳으로 여기는 근로자들이 있다. 이들에게 그런 일터를 빼앗는 것은 재산적 손해 이상의 의미가 있다. 이들에게 일터를 돌려줄 제도적 장치, 즉 사용자의 원직 복귀와 근로 제공 거부를 막는 법제 도입이

5) 김용담 편집대표(2016), 『주식민법』 제3편 채권, 한국사법행정학회, p.158 참조.



서둘러져야 한다. 그 전에 이번 대법원의 위자료 인정 판시가 선례가 되어 근로자를 보호하기를 기대한다.

양승엽(국회입법조사처 입법조사관)

## 시용기간은 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로기간에 포함된다

- 대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다218083 판결 -

### 【판결요지】

시용이란 본 근로계약 체결 이전에 해당 근로자의 직업적 능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무적격성을 관찰·판단하고 평가하기 위해 일정기간 시험적으로 고용하는 것을 말한다. 계속기간 중에 직종 등 근로제공의 형태가 변경된 경우와 마찬가지로, 시용기간 만료 후 본 근로계약을 체결하여 공백 기간 없이 계속 근무한 경우에도 시용기간과 본 근로계약 기간을 통산한 기간을 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로기간으로 보아야 한다.

원고가 피고의 수습사원으로 근무한 기간은 단순히 실무전형에 불과한 것이 아니라 현실적으로 근로를 제공한 시용기간에 해당하였던 것으로 보이므로, 원고가 수습 기간 만료 후에도 계속 피고의 근로자로서 근무한 이상 원고의 수습사원 근무 기간도 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로기간에 포함된다고 봄이 타당하다.

시용이란 일반적으로 사용자가 근로자를 정식으로 채용(본채용)하기 이전에 업무 적격성 등을 평가하기 위하여 일정 기간 동안 시험적으로 사용하는 것을 말한다. 사용자의 측면에서 볼 때, 시용은 정식 채용에 앞서 근로자의 업무능력 및 업무 적격성을 평가함으로써 향후에 발생할지도 모르는 인사리스크를 완화하는 기능을 한다. 반면, 근로자의 입장에서 본다면 시용에서는 업무능력 및 적격성에 대한 평가가 사용자에게 일정 기간 유보된다는 점에서 시용근로자의 법적 지위는 불안정하게 되고, 시용은 근로기준법상 해고 제한 법리를 회피하는 기능을 수행한다. 이에 따라 시용을 둘러싼 기존 법률 분쟁은 시용은 언제 인정될 수 있는가(대법원 1999. 11. 12. 선고 99다30473 판결 참조), 본채용 거부의 정당성 판단기준(대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다 62432 판결 참조) 등이 주로 다투어져 왔다.

이와는 달리 대상 판결은 사용기간이 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로기간에 포함되는지가 문제가 된 사안이다. 사실관계를 살펴보자. 원고는 피고 의료원의 수습사원 채용시험에 합격하여 1999. 12. 1.부터 1개월간 피고의 원무과에서 수습사원으로 근무하였다. 이후 원고는 피고 의료원의 인사위원회 심의를 거쳐 2000. 1. 1.자로 피고 의료원의 임시직 근로자로 채용되었고, 원고는 2001. 8. 1.자로 피고 의료원의 정규직 근로자에 채용되었다. 한편, 피고 의료원의 보수규정은 5년 이상 근속한 퇴직자에 대하여 퇴직금 누진제를 적용하고 있었다. 그러나 피고는 2001. 1. 11. 보수규정이 개정되어 1999. 12. 31. 이전 입사자에 대해서는 종전처럼 5년 이상 근속 시 퇴직금 누진제를 적용하되, 2000. 1. 1. 이후 입사자에 대해서는 퇴직금 단수제를 적용토록 하였다. 원고는 2018. 3. 31. 피고 의료원을 퇴직하였고, 피고는 원고에 대해 원고가 2000. 1. 1. 입사했음을 전제로 퇴직금 단수제를 적용한 퇴직금을 지급하였다. 이에 원고는 자신은 1999. 12. 1. 입사하였으므로 퇴직금 누진제가 적용되어야 한다고 주장하면서 퇴직금의 추가 지급을 청구하는 소송을 제기하였다.

대상 판결은 【판결요지】와 같이 판시하면서 원고패소 판결한 원심(제주지방법원 2021. 2. 2. 선고 2020나12622 판결)을 파기 환송하였다. 대상 판결과 원심이 결론을 달리하게 된 이유는 ‘실무전형’이라고 보았던 원심과 달리 대상 판결은 원고의 수습 기간이 사용기간에 해당한다고 보았기 때문이다. 그리고 이는 대상 판결이 원고가 수습사원으로 근무한 기간의 실질에 주목하였던 것에서 비롯된 것으로 이해할 수 있다. 첫째, 대상 판결에 따르면 원고는 수습사원으로 근무한 기간 중 피고의 원무과에서 사무 보조 등 업무를 수행하였고, 이는 대상 판결이 원고가 수습사원으로 근무한 기간 중 사용종속관계에 있었고, 일반적인 근로자의 업무와 크게 다르지 않다고 판단한 것으로 보인다. 둘째, 원심판결이 원고에게 지급된 급여는 피고의 급여지급일이 아닌 다른 날에 지급된 점, 급여의 산정방식도 피고의 보수규정이 아닌 일당으로 산정되었다는 점을 지적하여 원고의 수습기간 중 지급된 급여의 형태 및 급여일에 주목하였던 반면, 대상 판결은 피고가 급여 명목으로 지급한 액수에 보다 주목하였던 것으로 보인다. 피고는 원고의 수습기간 중 근무의 대가로 1개월간 338,000원을 지급하였는데, 1999년 시간당 최저임금은 1,525원으로 피고가 원고에게 지급한 일당 13,000원은 최저임금 8시간분을

상회하는 금액에 해당한다. 이는 원고가 수습기간 중 받은 급여는 근로의 대가로 지급받은 것이라 이해할 수 있는 대목이다. 셋째, 대상 판결은 원고가 피고의 인사위원회 심의를 거쳐 2000. 1. 1.자로 임시직 근로자로 채용된 점에 주목하였다. 시용근로관계는 정식 채용 이전 정식 채용 여부를 결정하기 위한 기간이라는 점에서 원고가 1개월의 수습기간 이후 인사위원회 심의를 거쳐 임시직 근로자로 채용되었다는 점은 해당 법률관계가 시용이라는 점을 추단케 하는 사정에 해당한다고 볼 수 있다.

한편, 대상 판결 이전 시용기간이 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로기간에 포함되는지를 명시적으로 밝힌 판결은 없었다. 다만, 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로자로 전환되었는지와 관련하여 노선연습 기간이 근로기간에 포함되는지가 문제된 사안에서, 대법원은 “노선연습 기간은 실질적으로 원고의 지휘·감독을 받아 운전기사로서 근무하는데 필요한 기본적인 사항을 습득하기 위한 시용기간으로서 근로기간에 포함되고, 참가인은 2011. 8. 6.부터 근로를 제공하였으므로 2013. 8. 6. 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로자로 전환되었다.”고 판단한 사건이 있었다(대법원 2018. 1. 25. 선고 2017두59987 판결).

대상 판결은 어찌 보면 응당 긍정되어야 할 결론을 도출하기 위해 대법원 1995. 7. 11. 선고 93다26168 전원합의체 판결에 근거하였다. 1995년 전원합의체 판결에서 대법원은 일용근로자의 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로기간과 관련하여 “형식상으로는 비록 일용직근로자로 되어 있다 하더라도 일용관계가 중단되지 않고 계속되어 온 경우에는 상용근로자로 보아야 할 것이고(대법원 1976. 9. 14. 선고 76다1812 판결; 1986. 8. 19. 선고 83다카657 판결 등 참조), 근로계약이 만료됨과 동시에 근로계약 기간을 갱신하거나 동일한 조건의 근로계약을 반복하여 체결한 경우에는 갱신 또는 반복한 계약 기간을 모두 합산하여 계속근로년수를 계산하여야 할 것이며(대법원 1975. 6. 24. 선고 74다1625, 1626 판결; 1979. 4. 10. 선고 78다1753 판결 등 참조), 임시고용원으로 채용되어 근무하다가 중간에 정규사원으로 채용되어 공백기간 없이 계속 근무한 경우처럼 근속기간 중에 근로제공형태(직종 또는 직류)의 변경이 있는 경우에도 임시고용원으로서의 근무기간과 정규사원으로서의 근무기간을 통산한 기간을 퇴직금 산정의 기초가 되는 계속근로년수로 보아

야 할 것이다(대법원 1980. 5. 27. 선고 80다617 판결 참조).”라고 판시한 바 있다. 대상 판결은 이와 같은 93다26168 전원합의체 판결의 법리는 근로기간 중 근로제공형태의 변경이 있는 경우 뿐만 아니라 시용기간 종료 후 본 근로계약을 체결하여 공백 없이 계속 근무한 경우에도 동일하게 적용되어야 한다는 점을 분명히 하였다.

대상 판결이 원심과 달리 근로 제공의 실질, 근로 제공의 대가성, 정식 채용을 위한 인사위원회의 심의 절차 등에 근거하여 원고의 수습 근무 기간을 시용기간으로 판단한 것은 타당하다고 할 것이다. 대상 판결 이전에도 대법원은 본채용 거부 시 해고서면 통지 여부(대법원 2015. 11. 27. 선고 2015두48136 판결 참조), 시용기간 중 업무상 부상 등으로 요양이 필요한 휴업 기간 중 해고 또는 본채용 거부(대법원 2021. 4. 29. 선고 2018두43958 판결) 등과 관련하여 시용기간을 근로계약을 전제로 하여 판단한 바 있었다. 이러한 점에서 대상 판결이 대법원 1995. 7. 11. 선고 93다26168 전원합의체 판결의 법리가 시용관계에도 적용될 수 있음을 밝힌 것은 기존 판례의 입장에도 부합하는 것일 뿐만 아니라 타당한 결론이라 할 것이다.

김기선(충남대학교 법학전문대학원 교수)

## 퇴직급여제도의 설정 의무와 퇴직급여의 지급 의무

- 대법원 2022. 4. 14. 선고 2022도1168 판결 -

### 【판결요지】

사용자는 계속근로기간이 1년 이상인 근로자가 퇴직하는 경우 그 근로자에게 급여를 지급하기 위하여 퇴직급여제도 중 하나 이상의 제도를 설정하여야 한다.

대상판결의 사안은 다음과 같다. 법무법인의 대표인 피고인이, 변호사 시험에 합격 후 채용되어 근무하다 퇴직한 변호사에게 퇴직금을 지급하지 않았다는 혐의로 기소된 사안이다. 피고인은 이 사건의 해당 변호사가 「변호사법」이 정한 6개월간의 실무수습 기간을 제외하면 자신의 사무실에서 근로한 기간이 1년이 되지 않는다는 이유로 퇴직금을 지급하지 않은 것이다. 대상판결은, 이 사건에서 해당 변호사가 변호사 시험 합격 후 실무수습기간 동안 위 법원에서 기록 검토, 준비서면 작성 등 통상적인 업무를 수행하다가, 수습 기간 경과 후 변호사협회에 등록을 하고 같은 법무법인에 계속 근무하면서 이전에 할 수 없었던 사건 수임, 법정 변론 등의 업무를 추가로 수행하였으나, 기존의 업무도 계속하여 동일하게 수행한 점 등에 비추어 보았을 때 실무수습기간을 전후하여 동일한 근로 계속을 제공한 것으로 보아야 하고 따라서 계속근로기간에 실무수습기간이 포함된다는 전제에서 피고인이 별다른 노력을 하지 않고 선례나 지침을 찾기 어렵다는 이유로 내부 회의만을 거친 후 해당 변호사가 퇴직금 지급 대상이 아니라고 결론 내린 것이라든가 퇴직금 미지급에 대해 상당한 이유가 있다고 보기 어렵다는 점 등을 통해 퇴직금 미지급의 고의도 인정되어 피고인이 「근로자퇴직급여 보장법」을 위반하였다는 공소사실을 유죄로 판단한 원심을 수긍하였다. 대상판결의 결론과 논리는 문제가 없다고 본다.

다만 대상판결의 이유 중 퇴직금의 근거 법률인 「근로자퇴직급여 보장법」에 대한 서술이 다소 불분명하거나 부정확해 보이는 부분이 있어서 의문이

있다. 대상판결에서는 다음과 같이 서술하고 있다.

“사용자는 계속근로기간이 1년 이상인 근로자가 퇴직하는 경우 그 근로자에게 급여를 지급하기 위하여 퇴직급여제도 중 하나 이상의 제도를 설정하여야 한다.”

대상판결에 나타나 있는 이러한 서술은 마치 ‘계속근로기간이 1년 이상인 근로자’가 퇴직하는 순간 비로소 퇴직급여제도 중 하나 이상의 제도를 설정하여야 하는 것처럼 읽힌다. 그런데 대상판결의 이러한 서술은 퇴직급여제도의 설정 의무와 퇴직급여의 지급 의무의 발생을 구분하고 있지 못한 서술로 보인다. 그 이유는 다음과 같다.

근로자퇴직급여의 근거 법률인 「근로자퇴직급여보장법」(이하 ‘법’)은 다음과 같이 규정하고 있다.

법 제4조(퇴직급여제도의 설정) ① 사용자는 퇴직하는 근로자에게 급여를 지급하기 위하여 퇴직급여제도 중 하나 이상의 제도를 설정하여야 한다. 다만, 계속근로기간이 1년 미만인 근로자, 4주간을 평균하여 1주간의 소정 근로 시간이 15시간 미만인 근로자에 대하여는 그러하지 아니하다.

법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

6. “퇴직급여제도”란 확정급여형퇴직연금제도, 확정기여형퇴직연금제도, 중소기업퇴직연금기금제도 및 제8조에 따른 퇴직금제도를 말한다.

법 제11조(퇴직급여제도의 미설정에 따른 처리) 제4조 제1항 본문 및 제5조에도 불구하고 사용자가 퇴직급여제도나 제25조 제1항에 따른 개인형퇴직연금제도를 설정하지 아니한 경우에는 제8조 제1항에 따른 퇴직금제도를 설정한 것으로 본다.

각 법문의 내용 및 각 법문의 관계에 대해 체계적으로 보면, 분명 법은 퇴직급여제도 설정 의무와 퇴직급여 지급 의무를 구별하고 있음을 알 수 있다. 또한 지급 의무의 존재는 당연히 지급 의무의 발생을 전제로 하는 것이다. 즉 퇴직급여제도 설정 의무의 존재와 퇴직급여를 실제 지급해야 하는 의무의 존재는 서로 다른 것이다. 그리고 이 두 가지 의무는 서로 다른 시점에 발생하는 것이다.

법 제4조 제1항 단서에 따르면, 퇴직급여제도 설정 의무가 없는 경우에 해당하는 것으로는, 계속근로기간이 1년 미만인 경우(1년 미만 기간제근로자)와 4주간 평균하여 1주간 소정 근로 시간이 15시간 미만인 경우(초단시간 근로자)의 두 가지이다. 이 두 가지는 실제 근로를 했느냐라는 과거의 사실을 기준으로 하는 것이 아니라 앞으로 근로를 할 것을 예정한 것을 전제로 하는 것이라고 보아야 한다. 왜냐하면, 근로계약을 먼저 체결하고 나서 근로제공이 이루어지며 또한 사용자가 근로계약을 근로자에게 교부해야 하는 의무가 있기 때문이다.

그러므로 법 제4조 제1항 단서의 두 가지 예외 중 어느 하나에 해당하는 경우가 아닌 한, 일단 퇴직급여제도의 설정 의무는 존재하는 것이다. 그리고 법 제4조 제1항 단서의 내용은 퇴직급여 지급 의무의 발생여부에 대한 판단 근거로 기능할 수도 있다. 따라서 퇴직급여제도의 설정 의무가 있다 할지라도 실제로 퇴직급여의 지급 의무가 발생하였는가는 사후적으로 달리 판단해야 할 수도 있다. 예컨대, 사용자가 어떤 근로자와 4주간 평균하여 1주간 소정 근로 시간이 15시간 이상인 근로계약을 체결하였다고 할 때, 일단 퇴직급여제도의 설정 의무는 존재하는 것이다. 다만, 퇴직급여를 실제 지급해야 하는 의무가 발생했는가는 1년 이상 근로를 실제로 했느냐 여부에 따라 달라지게 될 것이다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)



## 노동위원회의 부당해고 구제이의

- 대법원 2022. 5. 12. 선고 2020두35592 판결 -

### 【판결요지】

부당해고구제명령제도에 관한 근로기준법의 규정 내용과 목적 및 취지, 임금 상당액 구제명령의 의의 및 그 법적 효과 등을 종합적으로 고려하면, 근로자가 부당해고구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약 기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도 해고 기간 중의 임금 상당액을 받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익이 유지되므로 구제신청을 기각한 중앙노동위원회의 재심 판정을 다툼 소의 이익이 있다.

### 1. 금전보상명령제도에 대한 기존의 해석

1989년 「근로기준법」(이하, 근로기준법) 개정을 통해 노동위원회에 의한 부당해고 구제신청 절차가 신설되어 복직을 전제한 부당해고 구제명령제도가 도입되었다. 준사법적 권리구제 절차인 노동위원회의 부당해고 구제제도는 노동분쟁 해결의 신속성과 효율성, 분쟁당사자의 접근성을 높이기 위해 만들어졌는데, 제도적 원형은 미국의 NLRB(National Labor Relations Board)와 일본의 노동위원회에 있다고 할 수는 있지만,<sup>1)</sup> 개별적 노동관계 영역에 대한 관할권은 우리나라의 노동위원회가 가진 범위가 훨씬 넓다.

부당해고 구제신청 절차가 도입된 지 20여 년이 지난 2007년 근로기준법에서는 노동위원회의 부당해고 구제명령 시 근로자가 원직복직을 원하지 않는 경우 근로자가 부당 해고된 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액 이상의 금품 지급명령을 하는 금전보상제도가 도입되었다. 금전보상제도는 정당한 이유 없는 해고의 구제방식을 다양화함으로써 권리구제의 실효성을 높일 목적으로 도입되었는데, 그럼에도 불구하고 구제명령으

1) 박은정(2017), 「미국·일본·한국 노동위원회 제도에 대한 연혁적 고찰」, 『노동법학』, 제61호, 한국노동법학회, pp.79-114 참조.

로서의 독립성은 인정되지 않았다. 중앙노동위원회의 재심 판정에서 해고가 정당하다고 판정받은 근로자가 법원에 재심 판정 취소의 소를 제기한 후에 계약기간이 만료된 사안에서 법원이 “임기 만료로 구제가 객관적으로 실현 불가능하게 되었기 때문에 소를 각하해야 한다.”라고 판단한 이래,<sup>2)</sup> 근로관계가 종료하여 원직복직의 가능성이 사라진 경우에는 일관되게 부당해고구제신청의 구제이익이 없다고 판단해 오고 있었다. 법원은 금전보상명령제도가 근로기준법으로 신설된 이후에도 ① 근로기준법에서 명백히 임금지급명령을 허용하고 있지는 않고, ② 근로기준법 제30조 제3항의 금전보상명령제도 또한 원직복직이 가능한 경우만을 전제하고 있으며, ③ 이행강제금제도는 임금지급명령이 원직복직명령에 수반된 경우를 전제하고, ④ 근로관계가 종료하여 구제명령제도를 이용할 수 없는 것은 기간의 정함이 있거나 없거나 마찬가지이므로 근로계약이 종료됨에 따라 원직복직이 불가능한 경우 독립적인 임금지급명령에 대한 구제이익은 긍정할 수 없고, 근로기준법 제30조 제3항의 금전보상명령제도가 도입되었다고 하여 결론이 달라지지는 않는다는 이유로 입장을 바꾸지 않았다.<sup>3)</sup>

## 2. 2020년 대법원 전원합의체판결

위와 같은 법원의 입장에 변화를 가져오게 만든 것은 2020년 대법원 전원합의체 판결(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 판결)이다. 이 판결에서 대법원은 “해고를 당한 근로자가 원직에 복직하는 것이 불가능하더라도, 부당한 해고라는 사실을 확인하여 해고 기간 중의 임금 상당액을 받도록 하는 것도 부당해고 구제명령제도의 목적에 포함”된다는 것을 확인하면서, “종래 대법원이 근로자가 구제명령을 얻는다고 하더라도 객관적으로 보아 원직에 있더라도 민사소송절차를 통하여 해결할 수 있다는 등의 이유를 들어 소의 이익을 부정하여 왔던 판결들은 금품지급명령을 도입한 근로기준법 개정 취지에 맞지 않고, 기간제근로자의 실효적이고 직접적인 권리구제를 사실상 부정하는 결과가 되어 부당하다.”라고 하면서, 금전보상명령제도의 독립성을

2) 대법원 1995. 12. 5. 선고 95누12347 판결.

3) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012두4036 판결.

적극적으로 인정하였다.

### 3. 검토대상판결의 사실관계와 판단

검토대상판결(대법원 2022. 5. 12. 선고 2020두35592 판결)은 위 대법원 전원합의체 판결 이후, 위와 같은 요지의 부당해고 구제이익과 금전보상명령의 의미를 적극적으로 수용한 첫 대법원판결이다. 사실관계를 잠시 확인하면, C 아파트 입주자대표회의와 공동주택 위·수탁관리 계약을 체결한 A사와 근로계약을 체결하여 2016. 9. 8.부터 2016. 12. 31.까지 관리소장으로 근무하였고, C가 A의 공동주택 위·수탁관리 계약이 종료된 후 B사와 2017. 2. 1.부터 2019. 1. 31.까지로 하는 공동주택 위·수탁관리계약을 체결한 후에는 고용 승계가 되지 않아 2017. 2. 1. 이후 더는 아파트 관리소장으로 근무하지 않았고, 근로자가 A·B·C를 피신청인으로 하여 부당해고구제신청을 하였다. 2017년 5월과 8월에 지노위 및 중노위는 모두 B·C의 당사자적격은 부정하고 A와의 근로계약은 계약기간 만료로 종료되었음을 이유로 근로자의 구제신청을 기각하였다. 원심판결은 이 사건 근로계약은 2016. 12. 31. 그 기간이 만료되었지만, 2017. 1. 1.부터 묵시적으로 갱신되었고, 근로자의 사용자가 A 혹은 B 중 누구인지와 관계없이 갱신된 근로계약은 원심 변론종결 일인 2019. 4. 3. 이전에 종료하였기 때문에 재심 판정을 다룰 소의 이익이 없는 것으로 판단하였다. 설사 근로자의 사용자가 C라고 하더라도 근로계약의 기간은 공동주택 위·수탁관리 계약의 기간인 2년과 같다고 보아야 하는데 늦어도 위·수탁관리 계약기간이 만료된 2019. 1. 31. 근로계약의 기간도 함께 만료하였으므로, 이 사건 재심 판정을 다룰 소의 이익은 소멸하였다고 보았다. 대법원은 2020년 대법원 전원합의체 판결을 원용하면서 근로자의 사용자가 누구인지와 관계없이 그 근로계약 관계의 종료로 인하여 원직복직이 불가능하게 되었다더라도 해고 기간의 임금 상당액을 받을 필요가 있으므로 그러한 한도에서 근로자에게 재심 판정을 다룰 소의 이익을 인정할 수 있다고 판단하였다.

#### 4. 노동위원회에서의 구제이익과 취소소송에서의 소의 이익

부당해고구제신청 재심 판정에 대한 취소소송은 사인인 근로자와 사용자 사이의 분쟁을 다룬다는 점에서 실체법으로는 노동법이 적용되지만, 근로자의 신속한 구제를 위해 행정청인 노동위원회가 개입하여 구제명령을 내리고 그 불복이 행정소송 절차에 의하게 됨으로써 절차법으로는 행정법의 규율을 받게 된다는 점에서 노동법과 행정법이 교차하는 영역이다.<sup>4)</sup> 2020년 전원합의체 판결이나 검토대상판결이 비록 부당해고구제에 대한 재심 판정에서의 소의 이익에 대한 것이기는 하지만, 해고당한 근로자가 원직에 복직하는 것이 불가능하더라도, 부당한 해고라는 사실을 확인하여 해고 기간 중의 임금 상당액을 받도록 하는 것도 부당해고 구제명령제도의 목적에 포함된다는 판단은 재심 판정 취소소송의 ‘소의 이익’뿐만 아니라 노동위원회 단계에서의 ‘구제이익’의 의미를 해석함에도 영향을 미친다.

#### 5. 문제의 발전

2020년 전원합의체 판결이나 검토대상판결은 근로자가 부당해고구제명령을 노동위원회로부터 받더라도 취소소송의 결론이 나기 전에 객관적으로 근로계약 관계가 유지될 수 없게 된 사건들을 대상으로 한 것이다. 즉 정년제 도나 위수탁관리계약 기간의 만료 등으로 근로자에 대한 복직명령의 실현 가능성이 없는 경우들이었다. 따라서 부당해고구제절차 진행 과정 중에 근로자의 복직 실현 가능성이 없게 되는 경우라도 2020년 전원합의체 판결이나 검토대상판결에 따라 근로자는 부당해고를 다룰 구제이익 또는 소의 이익을 갖는다고 보아야 할 것인데, 이 논지를 발전시켜 근로자가 노동위원회에 부당해고구제신청을 하기 전에 이미 객관적으로 근로계약 관계가 유지될 수 없게 되었음에도 근로자가 부당해고를 이유로 한 금전보상명령을 신청할 때도 금전보상명령의 독자성에 기초한 부당해고구제 제도상 구제이익을 인정할 수 있을지를 생각해 볼 수 있을 것이다. 그러나 부당해고구제 제도는

4) 이병희(2018), 『부당해고 등 구제 재심판정에 대한 취소소송이 가지는 행정쟁송으로서의 보편성과 노동쟁송으로서의 특수성: 법원의 심판 범위, 구제이익/소의 이익, 임금 상당액 지급명령의 독자성을 중심으로』, 『사법논집』, 제67집, 법원도서관, p.409 참조.

‘부당한 해고로부터의 구제’이므로 근로자가 노동위원회에 부당해고구제신청을 하기 전에 이미 객관적으로 근로계약 관계가 유지될 수 없게 된 경우에 대해서까지 구제이익이 인정되기는 어려울 것이다.<sup>5)</sup>

다른 한편, 금전보상명령 제도의 독립적 지위를 인정할 때, 부당해고구제신청 사건에서 근로자에게 복직의 의사가 확인되지 않음에도 불구하고 금전보상명령 신청을 하는 경우 그에 대한 구제이익을 인정해야 할 것인지도 생각해 볼 수 있다. 물론, 근로자가 원직복직을 신청하는 경우에는 그것을 통해 복직의 의사가 추정될 것이다. 그런데 근로자가 금전보상명령을 신청하는 경우에도 복직의 의사가 명시적 혹은 추정적으로 존재할 것이 필요한가에 대한 의문이다. 실제 노동위원회 심문과정에서는 근로자가 금전보상명령을 신청하는 경우에도 복직의 의사가 존재하는지 여부를 확인하고는 한다. 예를 들어, 부당해고 후 바로 다른 회사에 취업한 후 해고된 회사에 복직할 의사 없이 부당해고구제 제도상 금전보상명령을 신청할 때도 근로자의 복직 의사를 확인한 후 복직의사가 없다고 한다면 근로자에게 부당해고구제 신청상 구제이익을 인정하지 않을 것인지의 문제이다. 이에 대해서는, 금전보상명령 신청제도의 성격상 반드시 원직복직을 전제하지 않는다는 점, 부당해고구제제도의 본질은 해고의 부당성을 다투고자 하는 것이라는 점, 금전보상명령은 사용자의 부당한 해고에 대한 손해배상적 성격의 금품지급 의무를 사용자에게 부과하는 것이라는 점 등에 근거하여 필자는 복직의 의사가 없는 경우라 하더라도 근로자가 부당해고구제 제도상 금전보상명령신청을 할 수 있다고 해야 할 것으로 생각한다.

박은정(인제대학교 법학과 교수)

5) 박은정·권오성(2020), 「부당해고구제신청의 구제이익과 소의 이익」, 『법학논집』, 제24권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, p.375 참조.

## 사업장 폐업과 부당해고 구제이익

- 대법원 2022. 7. 14. 선고 2020두54852 판결 -

### 【판결요지】

근로자가 신속한 구제를 받기 위해 행정적 구제절차를 이용했는데 중간에 근로계약 관계가 종료되었다는 이유로 그 신청인을 구제절차에서 배제하거나 그동안 노동위원회가 진행한 조사나 그 조사결과를 토대로 내린 판정을 모두 무위로 돌리는 것은 바람직하지 않을 것이나, 구제신청 당시 이미 근로계약 관계가 종료된 경우에는 그러한 고려를 할 필요성이 크지 않다. 근로계약 관계가 종료된 시점을 구제신청 이전과 이후로 구분하여 구제명령을 구할 이익의 판단을 달리하는 것은 충분히 합리적인바, 근로기준법 제30조 제4항은 부당해고 등 구제절차 도중 근로계약기간의 만료, 정년의 도래 등으로 근로자의 원직복직이 불가능한 경우에도 근로자에게 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익을 인정해야 한다는 취지이고, 구제신청 당시 이미 근로계약 관계가 소멸하여 근로자의 지위에서 벗어난 경우에까지 구제이익을 인정해야 한다는 의미로는 해석되지 않는다.

### 1. 사실관계

근로자는 육군○○사단 본부근무대의 간부이발소에서 소속 간부들을 대상으로 미용업무를 수행하기로 하는 근로계약을 체결하고 근로계약을 갱신하며 근무하다가, 채용 후 2년이 지난 시점에 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하였다. 이후 육군○○사단은 간부이발소의 수익성이 악화되어 이발소를 폐쇄하기로 결정하고 근로자를 해고하면서 근로자 해고 일자에 간부이발소도 폐쇄하였다. 이에 근로자는 부당해고를 이유로 경남지방노동위원회에 구제를 신청하였는데, 처음에는 육군○○사단을 피신청인으로 하였다가 이후 피신청인을 대한민국으로 경정하였다.

## 2. 사건의 경과

경남지방노동위원회는 근로자를 복직시킬 사업장이 없어져 구제이익이 소멸하였다는 이유로 근로자의 구제신청을 각하하였고, 중앙노동위원회도 같은 이유로 재심신청을 기각하였다. 1심 서울행정법원(2019. 12. 19. 선고 2019구합54733 판결) 또한 같은 입장을 취하였는데, 판결의 요지는 ① 이 사건 근로자가 근로계약상 근로제공의 장소인 육군○○사단 이외 다른 군사시설로 전보될 가능성이 없었고 해당 사단 내 다른 업무에 종사하도록 전보될 수도 없었다는 것, ② 종래 근무하던 사단의 간부이발소가 폐쇄되었으므로 판결로써 이 사건 재심판정을 취소하고 그에 따라 중앙노동위원회가 이 사건 해고가 부당해고라는 구제명령을 내리더라도 그 이행을 기대할 수 없게 되었다는 것이다. 그러나 2심 서울고등법원(2020. 10. 30. 선고 2020누34591 판결)은 위 ①의 점에 대해서는 같은 결론을 내리면서도, ②의 점에 대해서는 다른 결론을 내렸다. 2심 서울고등법원은 “원고가 근무하던 D이발소가 폐쇄됨에 따라 복직시킬 사업장이 남아있지 않은 등의 이유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 되었다고 하더라도, 이 사건 해고가 무효여서 원고가 참가인으로부터 해고 기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익이 유지된다고 보아야 한다.”고 본 것이다. 검토대상판결의 원심인 2심 서울고등법원은 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결을 인용하였다.

## 3. 대법원의 판단

대법원은 원심의 판단을 부정하였다. 대법원은 “부당해고 등 구제신청을 할 당시 이미 근로자의 지위에서 벗어난 경우라면, 과거의 부당해고 등으로 인한 손해를 보상받을 목적으로 행정적 구제절차를 이용하는 것은 부당해고 등 구제명령제도 본래의 보호범위를 벗어난 것”이기 때문에, “근로자가 부당해고 구제신청을 할 당시 이미 정년에 이르거나 근로계약기간 만료, 폐업 등의 사유로 근로계약 관계가 종료하여 근로자의 지위에서 벗어난 경우에는 노동위원회의 구제명령을 받을 이익이 소멸하였다고 봄이 타당”하다고 보면

서, 구제이익을 인정한 원심과 다른 결론을 내렸다. 이와 같은 결론의 배경에는 “침익적 행정처분은 상대방의 권익을 제한하거나 상대방에게 의무를 부과하는 것이므로 헌법상 요구되는 명확성의 원칙에 따라 그 근거가 되는 행정법규를 더욱 엄격하게 해석·적용해야 하고, 행정처분의 상대방에게 지나치게 불리한 방향으로 확대해석이나 유추해석을 할 수 없으므로(대법원 2021. 11. 11. 선고 2021두43491 판결 등 참조), 부당해고 등 구제신청을 할 당시 이미 근로계약 관계가 종료한 경우에도 근로자의 구제이익을 인정하여 사용자에게 공법상 의무의 부과 또는 형사처벌의 범위를 확대하는 것은 위와 같은 행정법규 해석 원칙 등에 반할 우려가 있다.”는 점도 확인하였다. 따라서 근로자가 부당해고 구제신청을 기각한 재심판정에 대해 소를 제기하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약 기간이 만료하는 등의 사유로 원칙에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도 해고 기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 소의 이익이 유지될 수 있지만(대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결), 근로자가 부당해고 등 구제신청을 하기 전에 이미 근로자의 지위에서 벗어난 경우까지 위와 같은 법리가 그대로 적용된다고 할 수 없는 것이다.

위와 같은 대법원의 판단과 관련하여 드는 의문은 두 가지이다. 첫째, 군대 내 간부이발소라면 다른 부대에도 있을 것인데, 그런 곳으로 전보발령을 낼 수는 없었는가? 둘째, 동일한 날짜에 이루어진 해고와 폐업 후 제기된 이 사건에서 부당해고구제신청에 대한 구제이익과 관련하여 기존의 전원합의체 판결이 원용될 수는 없는가?

#### 4. 전보발령의 가능성에 대하여

이 사건에서 대법원은 간부이발소의 폐업과 함께 이 사건 근로자의 전보 가능성에 대해서는 별도로 검토하지 않았다. 따라서 이 점에 대하여 대법원은 1심 및 원심의 판단을 수긍한 것으로 보인다. 즉, 전보발령의 가능성은 이 사건 법원들이 공통되게 부정하였다는 것이다. 그 이유는 1심 법원 판결에서 자세하게 나타난다. 근로자의 근로계약에서는 근로계약상 명시되지 않



은 사항에 대해서는 국방부 훈령인 무기계약근로자 등 인사관리 훈령(2018. 10. 31. 국방부훈령 제2210호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘인사관리훈령’이라고 한다.)을 따르는 것으로 하였다. 따라서 근로자에 대한 인사상 조치는 이 인사관리훈령에 따르게 되는데, 사건 당시 인사관리훈령에서는 무기계약근로자 등의 채용, 근무성적평정, 상훈, 징계 등을 포함하여 인사에 관한 기본 방침은 각급 기관 및 부대의 장이 설치하여 운영하는 무기계약근로자 등 인사위원회에서 심의하도록 하고, 무기계약근로자 등을 채용할 때 고려할 채용자격 및 담당하게 할 업무, 근무부서 이동기준 및 해고 여부는 해당 무기계약근로자 등을 채용할 각급 기관 및 부대의 장이 해당 기관 및 부대의 실정에 맞게 결정하도록 하였다. 이러한 훈령에 기초하여 법원은 무기계약근로자를 다른 근무부서로 이동시키거나 하는 문제는 무기계약근로자를 채용한 각급 기관 및 부대의 실정에 따라 결정이 되고, 근무부서 이동 또한 그 기관 및 부대 내의 부서 사이에서 이루어질 수 있는 것으로 보았다. 즉 무기계약근로자의 다른 기관이나 부대로의 인사이동은 사실상 불가능하였던 것이다. 이러한 상황에서 육군○○사단 본부근무대의 간부이발소에서 소속 간부들을 대상으로 미용업무를 수행하는 근로자를 간부이발소 폐쇄 후 다른 부서(이 사건 근로자와 같이 별도의 근로계약을 체결하고 근로를 제공하는 다른 근로자들이 담당하였던 업무는 복지회관 청소 및 조리업무 등이었다.)로 인사이동시킬 수 없었고, 다른 기관이나 부대로 보낼 수도 없었으며, 육군○○사단 또한 간부이발소가 지속적으로 적자 운영되는 상황에서 이발비 인상을 검토하고 근로자에 대한 처우를 조정하고자 협상을 반복하는 등의 노력을 하다 결국 간부이발소를 폐쇄하기로 하는 결정을 하였다. 이 사건 근로자가 공무원의 신분을 가졌다면 다른 기관이나 부대로의 전출이 결정될 수도 있었겠지만, 소위 ‘공무직 근로자’로서 사법상 근로계약을 체결한 기관 이외의 곳으로 전출되는 것은 전적을 의미하게 되는데, 사용자인 육군○○사단에게 이 사건 근로자의 해고를 피하기 위해 전적까지도 고려해야 할 의무가 있었다고 보기는 어렵다는 의미가 담겨 있다고 생각된다. 한편, 이와 같은 대법원의 판단은 현재 정부 부처 소속기관에 고용된 수많은 공무직 근로자들의 근로관계는 어디까지나 근로계약을 체결한 해당 기관을 벗어나지 못한다는 것을 확인하고 있는 것으로도 볼 수 있다.

## 5. 부당해고구제의 이익에 대하여

주지하는 바와 같이, 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결은 근로자가 부당해고 구제신청을 기각한 재심판정에 대해 소를 제기하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약 기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도 해고 기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 소의 이익이 유지된다고 보았다. 이후 이 전원합의체 판결을 따르는 대법원 판결(대법원 2022. 5. 12. 선고 2020두35592 판결 등)이 있기도 하였다. 위의 전원합의체 판결이나 이후의 따름 판결들은 근로계약의 회복 가능성이 있는 상태에서 근로자가 부당해고구제신청을 하였고, 그 구제절차의 결론이 나기 전에 근로자가 정년에 이르거나 근로계약 기간이 만료하는 등의 경우를 대상으로 한 것이다.

따라서 위 전원합의체 판결에도 불구하고 근로자가 노동위원회에 부당해고구제신청을 하기 전에 이미 객관적으로 근로계약 관계가 유지될 수 없게 되었음에도 근로자에게 부당해고구제신청의 이익이 있는지, 특히 금전보상 명령의 독자성에 기초한 부당해고구제 제도상 구제이익을 인정할 수 있을지의 문제는 해석상 쟁점으로 남아 있었다고 볼 수 있었다. 그리고 이에 대해 필자는 지난 5월 본 지면을 통해 “부당해고구제 제도는 ‘부당한 해고로부터의 구제’이므로 근로자가 노동위원회에 부당해고구제신청을 하기 전에 이미 객관적으로 근로계약 관계가 유지될 수 없게 된 경우에 대해서까지 구제이익이 인정되기는 어려울 것”이라는 견해를 내보인 바 있다.<sup>1)</sup>

검토대상판결은 이 쟁점에 대한 대법원의 입장이 밝혀졌다는 의미를 갖는데, 대법원은 “(근로자가) 부당해고 구제신청을 할 당시 이미 폐업으로 … 근로계약 관계가 종료하였다면 (근로자에게) 구제명령을 받을 이익을 인정할 수 없”다고 판단하였다. 구제명령의 이익이 있다고 본 원심은 다소 기술적으로 이전의 전원합의체 판결을 원용하면서 사업장의 폐쇄에도 불구하고 “해고가 무효여서 … 해고기간 중의 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임

1) 박은정(2022), 「노동위원회의 부당해고 구제이익 - 대법원 2022. 5. 12. 선고 2020두35592 판결」, 『노동리뷰』 5월호, 한국노동연구원, p.106 참조.

금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익이 유지”된다고 보았지만, 대법원은 간부이발소 사업 폐지가 폐업과 같다고 인정할 만한 사정이 있는지, 그러한 사정이 있는 경우 폐업 시기가 원고의 구제신청보다 앞서는지 여부 등을 심리하였어야 함에도 그러하지 않은 것은 심리미진과 구제명령의 이익에 관한 법리를 오해한 것이라고 지적하였다. 결국 부당해고구제신청의 이익은 해고된 사업장으로의 복귀 가능성이 존재하는지 여부에 따라 판단되고, 이는 원직복직을 목적으로 하는 구제신청이거나 금전보상을 목적으로 하는 구제신청이거나 마찬가지로 보여준다.

그런데 대법원은 원심의 심리미진을 지적하면서 폐업 시기에 대한 판단을 요구하였다. 이 사건에서 만약 간부이발소 폐지일이 근로자의 해고일보다 늦었고, 간부이발소 폐지 이전에 근로자가 부당해고구제신청을 하였다면 부당해고구제신청의 이익이 인정될 수도 있었다는 의미이고, 그렇다면 이 경우 금전보상명령의 범위는 어디까지인지(즉, 부당해고일 이후 부당해고구제명령이 발해지는 시점까지를 기준으로 하는지, 아니면 부당해고일 이후 사업 폐지일까지인지)와 같은 쟁점이 추가적으로 발생할 수도 있다.

한편, 검토대상판결은 2021년 5월 18일 「근로기준법」(이하, 근로기준법) 제30조 제4항의 신설 이전에 발생한 사건에 대한 판결이다. 2021년 5월 18일 개정 근로기준법 제30조 제4항은 “노동위원회는 근로계약 기간의 만료, 정년의 도래 등으로 근로자가 원직복직(해고 이외의 경우는 원상회복을 말한다.)이 불가능한 경우에도 제1항에 따른 구제명령이나 기각결정을 하여야 한다. 이 경우 노동위원회는 부당해고 등이 성립한다고 판정하면 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액에 해당하는 금품(해고 이외의 경우에는 원상회복에 준하는 금품을 말한다.)을 사업주가 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이 규정은 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결의 취지를 받아들인 것으로 보이는데, 개정이유문에서는 “노동위원회의 부당해고 구제절차는 원직복직이 어려운 근로자를 위한 중요한 권리구제 수단임에도 불구하고 현행법은 근로자가 원직복직을 원하지 아니하는 경우에 한하여 원직복직 대신 금전보상을 명하도록 규정하고 있어 근로계약기간의 종료, 정년 등으로 원직복직이 불가능해진 경우에는 구제를 받지 못하고 있(어서), 원직복직이 불가능해진 경우에도 근로자가 노동위원회의 부당해고 구제절차를 통해 금전보상을

받을 수 있도록 근거를 마련”한다고 하고 있다. 신설된 근로기준법 제30조 제4항의 취지가 검토대상판결과 같이 “(근로자가) 부당해고 구제신청을 할 당시 이미 폐업으로 ... 근로계약 관계가 종료하였다면 (근로자에게) 구제명령을 받을 이익을 인정할 수 없”다는 의미를 담고 있는 것인지, 아니면 해고된 사업장으로의 복귀 가능성과 상관없이 구제명령의 이익을 인정한다는 의미인지에 대한 논란이 있을 수 있을 것으로 보인다. 그러나 부당해고구제신청제도 본연의 취지를 고려한다면, 금전보상명령도 어디까지나 부당해고로부터의 구제를 전제하는 것이고, 만약 원직복직의 가능성이 객관적으로 전혀 없는 경우에 대해서도 금전보상명령을 인정한다면 그것은 부당해고에 대한 민사상 손해배상명령을 노동위원회가 할 수 있는 것과 마찬가지로 될 것이기 때문에, 검토대상판결과 다른 해석은 취하기 어려울 것이라고 생각된다.

박은정(인제대학교 법학과 교수)

## 정년 도래, 근로계약기간 만료, 폐업 등 이후 부당해고 등 구제신청과 구제이익

- 대법원 2022. 7. 14. 선고 2021두46285 판결 -

### 【판결요지】

근로자가 부당해고 구제신청을 할 당시 이미 정년에 이르거나 근로계약 기간이 만료하는 등의 사유로 근로자의 지위에서 벗어난 경우에는 노동위원회의 구제명령을 받을 이익이 소멸하였다고 봄이 타당하고, 이와 같은 법리는 해고 이외의 징계나 그 밖의 징벌 등에 대한 구제신청에 대하여도 마찬가지로 적용된다.

근로기준법 제28조 이하에서 정한 부당해고 등 구제명령제도는 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌 등과 같이 사용자의 징계권 내지 인사권의 행사로 인해 근로자에게 발생한 신분상·경제적 불이익에 대하여, 민사소송을 통한 통상적인 권리구제 방법보다 좀 더 신속·간이하고 경제적이며 탄력적인 권리구제 수단을 마련하는 데에 그 제도적 취지가 있다. 따라서 부당해고 등 구제신청을 할 당시 이미 근로자의 지위에서 벗어난 경우라면, 과거의 부당해고 등으로 인한 손해를 보상받을 목적으로 행정적 구제절차를 이용하는 것은 부당해고 등 구제명령제도 본래의 보호범위를 벗어난 것으로 보아야 한다.

### 1. 사건 개요

A 공사는 2018. 12. 28. 원고에 대하여 정직 1개월의 징계처분을 하였고, 원고는 12. 31. 정년퇴직하였다. 원고는 2019. 1. 3. 정직의 취소와 정직에 따른 임금 감액 상당액의 지급을 구하는 구제신청을 하였다. 전남지방노동위원회는 원고의 정년퇴직으로 근로관계가 종료되었으므로 원고에게 구제명령을 받을 이익(구제이익)이 없다며 그 신청을 각하하였고, 중앙노동위원회는 초심판정과 같은 이유로 원고의 재심신청을 기각하였다.

원고가 제기한 재심판정취소의 소에서 제1심판결은, 부당해고 구제신청을

하여 해고의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약 기간이 만료하는 등의 사유로 원직복직이 불가능하여도 해고기간의 임금상당액 지급을 바라는 구제이익이 유지되는데, 이는 이미 정년퇴직한 근로자가 종전의 정직에 따른 임금 감액 상당액의 손실을 회복하기 위해 부당정직 구제신청을 한 경우에도 마찬가지라며, 재심판정을 취소하였다. 원심판결은, 부당정직 구제신청 당시 이미 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하는 등의 사유로 원직복직이 불가능한 경우에는, 근로자가 부당정직의 효력을 다투던 기간 중의 근로관계의 불확실성에 따른 법률관계를 정리할 필요성이 없어 구제이익이 없다는 피고(중앙노동위원회 위원장)의 ‘추가 주장’에 대하여, 부당정직 구제신청 당시 이미 정년이 지난 원고에게 정직기간의 임금상당액 지급에 관한 구제이익이 있다는 판단을 길고 자세하게 덧붙였다.<sup>1)</sup> 이 추가 주장에 대한 원심판결의 판단이 대상판결에서 쟁점이 되었다.

## 2. 대상판결의 내용

대상판결은, 부당해고 구제신청을 할 당시 이미 정년에 이르거나 근로계약 기간이 만료하는 등의 사유로 근로자의 지위에서 벗어난 경우에는, 노동위원회의 구제명령을 받을 이익이 소멸하였다고 봄이 타당하고, 이와 같은 법리는 해고 이외의 징계나 그 밖의 징벌 등에 대한 구제신청에 대하여도 마찬가지로 적용된다고 하였다. 그 이유는 다음과 같다(판결 이유 순서를 바꾸거나 한데 묶기도 하였다).

1) 근로자의 보호나 절차경제적 측면에서, 근로자가 신속한 구제를 받기 위해 행정적 구제절차를 이용하였는데 중간에 근로계약 관계가 종료되었다는 이유로, 그 신청인을 구제절차에서 배제하거나, 그동안 노동위원회가 진행한 조사나 그 조사결과를 토대로 내린 판정을 근로계약 관계가 종료되었다는 이유로 모두 무위로 돌리는 것은 바람직하지 않다고 볼 여지가 있으나, 구제신청 당시 이미 근로계약 관계가 종료된 경우에는 그러한 고려를 할 필요성이 크지 않다. 근로계약 관계가 종료된 시점을 구제신청 이전과 이후로

1) 원심판결(대전고법 2021. 6. 18. 선고 2020누12481)은 피고의 ‘추가 주장’에 관한 판단을 덧붙인 것 외에는 제1심판결의 판결이유를 그대로 인용하였다.

구분하여 구제이익의 존부를 달리 취급하는 것은 충분히 합리적이다.

2) 부당해고 등 구제명령제도는 민사소송을 통한 통상적인 권리구제 방법보다 좀 더 신속·간이하며 경제적이고 탄력적인 권리구제 수단을 마련하는데 그 제도적 취지가 있다. 따라서 부당해고 등 구제신청 당시 이미 근로자의 지위에서 벗어난 경우에까지 과거 부당해고 등으로 인한 손해를 보상받을 목적으로 행정적 구제절차의 이용을 허용하는 것은 사용자가 근로자에게 제재로서 가하는 불이익한 처분에 대한 구제라는 부당해고 등 구제명령제도의 본래의 보호 범위에 포함되지 않는다.

3) 노동위원회의 구제명령이 내려지면 사용자는 이를 이행하여야 할 공법상의 의무를 부담하고(이행하지 않으면 3천만 원 이하의 이행강제금 부과), 확정된 구제명령을 이행하지 않은 사용자는 형사처벌 대상이 된다. 따라서 부당해고 등 구제신청 당시 이미 근로계약 관계가 종료된 경우에도 근로자의 구제이익을 인정하면 사용자에게 공법상 의무를 지나치게 부과하거나 형사처벌의 범위를 확대하는 결과가 된다.<sup>2)</sup>

4) 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결은 부당해고 등의 효력을 다투던 중 정년에 이르거나 근로계약 기간이 만료하는 등의 사유로 원직에 복직하는 것이 불가능하게 된 경우에도 임금 상당액을 지급받을 필요가 있다면 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 구제이익이 인정된다는 취지이다. 따라서 부당해고 등 구제신청을 하기 전에 이미 근로자의 지위에서 벗어난 경우에까지 그 법리가 그대로 적용된다고 할 수 없다. 또한 2021.

5. 18. 개정 「근로기준법」 제30조 제4항(신설)<sup>3)</sup>은 부당해고 등 ‘구제절차 도

2) 폐업으로 근로계약 관계가 종료되어 근로자의 지위에서 벗어난 경우에는 구제이익을 인정할 수 없다고 한 대법원 2022. 7. 14. 선고 2020두54852 판결은 대상판결과 똑같은 판결이유에 “침익적 행정처분은 상대방의 권익을 제한하거나 상대방에게 의무를 부과하는 것이므로 헌법상 요구되는 명확성의 원칙에 따라 그 근거가 되는 행정법규를 더욱 엄격하게 해석·적용해야 하고, 행정처분의 상대방에게 지나치게 불리한 방향으로 확대해석이나 유추해석을 할 수 없으므로(대법원 2021. 11. 11. 선고 2021두43491 판결 등 참조)”라는 이유를 덧붙였다.

3) 근로기준법 제30조 ④ 노동위원회는 근로계약 기간의 만료, 정년의 도래 등으로 근로자가 원직복직(해고 이외의 경우는 원상회복을 말한다.)이 불가능한 경우에도 제1항에 따른 구제명령이나 기각결정을 하여야 한다. 이 경우 노동위원회는 부당해고 등이 성립한다고 판정하면 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액에 해당하는 금품(해고 이외의 경우에는 원상회복에 준하는 금품을 말한다.)을 사업주가 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다.

중’ 근로계약기간의 만료, 정년의 도래 등으로 근로자의 원직복직이 불가능한 경우에도 근로자에게 임금 상당액 지급의 구제명령을 받을 이익을 인정해야 한다는 취지이고, 구제신청 당시 이미 근로계약 관계가 소멸하여 근로자의 지위에서 벗어난 경우에게까지 구제이익을 인정하여야 한다는 의미로는 해석되지 않는다.

5) 근로기준법은 근로자에게 부당해고 등에 대해 구제신청권을 부여하고 있으므로, 부당해고 등 구제신청 당시 이미 근로계약 관계가 종료된 경우에는 더 이상 근로자의 지위에 있다고 볼 수 없으며, 부당해고 등 구제신청을 하기 전에 그 사용자와의 관계에서 근로계약 관계가 있었다는 사정만으로 구제신청권을 갖는 근로자의 범위에 포함된다고 해석하기는 어렵다.

### 3. 대상판결의 의의

대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결은 구제신청 시점이 근로계약 관계의 종료 이전 사안으로 대상판결과 그 시점이 달랐다. 대법원 전원합의체 판결의 취지가 2021. 5. 18. 개정 근로기준법에 반영된 것은 명백하지만 개정 근로기준법은 대상판결과 같은 사안에 대하여까지 분명히 규정하지는 않았다(물론 대상판결의 해석처럼 ‘구제절차 도중’ 근로계약 기간의 만료, 정년의 도래 등으로 원직복직이 불가능한 경우로 한정하여 규정한 것도 아니다.). 따라서 근로계약 관계가 종료된 시점을 구제신청 이전과 이후로 구분하여 구제이익의 존부를 달리 취급하여야 하는지가 쟁점이 되었다.

대상판결은 대법원 전원합의체 판결의 적용 범위를 분명히 하였다. 대법원 전원합의체 판결에 대한 이해가 대상판결과 같다면, 그 판결의 취지를 반영한 것이 명백한 개정 근로기준법에 대한 해석과 적용도 대상판결과 같을 수밖에 없다. 그러한 이해와 해석에 기초하여 대상판결은 구제신청 당시 이미 정년의 도래, 근로계약 기간의 만료 등의 사유가 있어도 구제이익을 인정할 수 있다고 한 원심판결을 깨고, 구제신청 당시 이미 정년의 도래, 근로계약기간의 만료 등의 사유로 근로계약 관계가 종료된 경우에는 구제이익을 인정할 수 없다고 하였다. 여기에 대상판결의 의의가 있다.<sup>4)</sup>



#### 4. 대상판결에 대한 검토와 그 적용

1) 원심판결과 대상판결이 밝힌 것처럼, 부당해고 등 구제명령제도는 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌 등과 같이 사용자가 근로자에게 제재로서 가하는 불이익한 처분에 대하여, 민사소송을 통한 소송절차의 번잡성, 절차의 지연, 과도한 비용부담 등의 폐해를 지양하고 좀 더 신속·간이하며 경제적이고 탄력적인 권리구제 수단을 마련하는 데에 그 제도적 취지가 있다. 근로자 보호 목적의 근로기준법에 담긴 그러한 취지의 제도는 폭넓게 적용할 필요가 있다.<sup>5)</sup> 대상판결에 따르면, 근로자는 반드시 정년에 이르거나 근로계약기간이 만료하기 전에 구제신청을 하여야 한다. 결국 정년이 임박한 근로자 또는 통상 2년 이하로 근로계약기간을 정하는 기간제근로자의 경우에는 근로기준법이 보장하는 구제신청의 제척기간(3개월)이 잔존 근로기간으로 한정되는 결과를 초래하는데, 그러한 결과는 부당해고 등으로부터 열악한 지위에 있는 근로자를 보호하려는 근로기준법의 목적에도 반한다. 근로기준법의 목적과 부당해고 등 구제명령제도의 취지, 그리고 그 제도의 적용 배제가 가져올 부당한 결과를 고려할 필요성은 크므로 대상판결과 같은 사안에서 그 신청인을 구제절차에서 배제하는 것은 바람직하지 않고, 근로계약 관계가 종료된 시점을 구제신청 이전과 이후로 구분하여 구제명령을 구할 이익의 존부를 달리 취급하는 것은 매우 불합리하다. 게다가 구제신청의 제척기간은 3개월로 아주

4) 대상판결은 부당해고 구제신청에서 구제이익에 관한 법리는 해고 이외의 징계나 그 밖의 징벌 등에 대한 구제신청에도 적용된다고 하였는데, 그 적용은 개정 근로기준법에서 분명히 규정하고 있으므로 대상판결만의 의의라고 하기는 어렵게 되었다.

5) 이는 원심판결의 취지이기도 한데 원심판결은 “부당해고 등 불이익처분에 대한 노동위원회 행정적 구제절차는, 일반적으로 우월한 지위에 있는 사용자와 그렇지 않은 근로자 사이에 경제적 불균형이 심하고 증거의 편재와 정보 접근성의 현저한 차이로 인하여 권리를 주장하는 자가 권리발생의 요건사실을 주장·증명하여야 하는 민사소송에서는 근로자가 부당해고 등을 주장·입증하기는 쉽지 않다는 고려에서 민사소송을 통한 통상적인 권리구제 방법에 따른 소송절차의 번잡성, 절차의 지연, 과도한 비용부담 등의 폐해를 지양하고 신속·간이하며 경제적이고 탄력적인 권리구제를 도모하는 데에 그 제도적 취지와 의의가 있다고 할 것이다. 사용자와 근로자 사이의 불균형을 완화하고 경제적 내지 사회적인 면에서 상대적으로 열악한 지위에 있는 근로자를 보호하기 위해서는 근로기준법 제30조 제1항의 노동위원회 구제제도를 폭넓게 적용할 필요가 있다.”고 하였다. 원심판결에 대한 필자의 리뷰는 「정년 도래, 근로계약 기간 만료 등 이후에 부당정직 등 구제신청과 구제이익 - 대전고등법원 2021. 6. 18. 선고 2020누12481 판결」, 『노동리뷰』 2021년 9월호, 한국노동연구원, pp.133~136 참조.

짧고 그 정도의 예측 가능한 보호가 사용자에게 공법상의 의무를 지나치게 부과하거나 형사처벌을 확대하는 결과를 가져온다고 할 수 있는지 의문이다.

2) (1) 대상판결이 개정 근로기준법을 ‘구제절차 도중’ 근로계약 기간의 만료, 정년의 도래 등으로 원직복직이 불가능한 경우로 한정하여 해석·적용하였으므로, 당장 원심판결의 취지와 같은 입법 개선이 없다면, 앞으로는 대상판결과 같은 사안은 부당해고 등 구제명령제도보다 좀 더 신속·간이하지 않으며 경제적이지 않고 탄력적이지 않은 권리구제 수단인 민사소송절차를 통해 해결하는 수밖에 없게 되었다. (2) 대상판결과 같이 개정 근로기준법을 해석·적용하더라도, 원직복직이 불가능하여도 임금상당액 지급 등의 구제이익을 인정할 수 있는 근로계약 관계의 종료 사유인 “근로계약 기간의 만료, 정년의 도래 등”에는 폐업은 물론이고, 위수탁업체 변경, 자발적 사직(퇴직)이나 당연퇴직(면직) 등 그 명칭을 불문하고 객관적으로 원직복직이 불가능한 사유도 포함하여야 한다.<sup>6)</sup> (3) 정년의 도래 등의 사유 그 자체가 부당해고라며 구제신청을 하였다면, 외형상으로는 구제신청을 할 당시 그 사유로 이미 근로계약 관계가 종료되어 더 이상 근로자의 지위에 있지 않은 것처럼 보이더라도, 구제신청을 하기 전에 그 사용자와 관계에서 근로계약 관계가 있었다는 사정만으로 구제신청을 할 수 있는 근로자의 범위에 포함된다.<sup>7)</sup> 이는 지금도 그러하고, 앞으로도 지금과 달라지는 것은 없다.

장영석(전국언론노동조합, 법학박사)

6) 대법원 2022. 7. 14. 선고 2020두54852 판결은 폐업도 그 사유의 하나로 보면서 대상판결과 같은 취지를 밝히고 있다(다만 구제신청 당시 이미 폐업으로 근로계약 관계가 종료된 사안이므로 구제이익을 인정할 수 없으므로, 육군 ○○사단 간부이발소 사업 폐지가 폐업과 같다고 인정할 만한 사정이 있는지, 그러한 사정이 있는 경우 폐업 시기가 구제신청보다 앞서는지 여부 등을 심리하여 구제명령을 받을 이익이 있는지 판단하였어야 한다는 이유로 원심판결을 깨뜨렸다.). 강선희(2020), 「해고기간 중의 임금 상당액 지급 명령 및 금전보상명령을 구할 독자적 구제이익이 있다 - 대법원 2020. 2. 20. 선고 2019두52386 전원합의체 판결」, 『노동리뷰』 4월호, 한국노동연구원, p.90에서는 자의에 의한 사직을 또 다른 예로 들고 있다.

7) 대법원 2022. 5. 12. 선고 2020두35592 판결도, 위수탁업체를 변경하여 계약기간을 2017. 2. 1.부터 하는 위수탁관리계약 체결 과정에서 고용승계가 되지 않아 같은 날부터 근무할 수 없게 되자 3. 17. 구제신청을 한 데 대하여 사용자가 누구인지와 관계없이 재심판정에 대해 다룰 소의 이익이 있다고 하였다.

## 근무 성적 부진에 따른 대기발령 후 무보직으로 인한 해고의 정당성

- 대법원 2022. 9. 15. 선고 2018다251486 판결 -

### 【판결요지】

취업규칙이나 인사규정 등에서 근로자의 근무성적이나 근무능력 부진에 따른 대기발령 후 일정 기간이 경과하도록 보직을 다시 부여받지 못하는 경우에는 해고한다는 규정을 두고 사용자가 이러한 규정에 따라 해고할 때에도 마찬가지로 적용된다. 이때 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 근로자의 지위와 담당 업무의 내용, 그에 따라 요구되는 성과나 전문성의 정도, 근로자의 근무성적이나 근무능력이 부진한 정도와 기간, 사용자가 교육과 전환배치 등 근무성적이나 근무능력 개선을 위한 기회를 부여하였는지 여부, 개선의 기회가 부여된 이후 근로자의 근무성적이나 근무능력의 개선 여부, 근로자의 태도, 사업장의 여건 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다.

### 1. 사실의 개요 및 법원의 판단

피고 회사의 인사규정은 직제개편 등으로 인원 변동이 있거나 ‘직무수행 능력이 부족하거나 인사고과평가 성적이 하위 5% 이내인 경우’에 보직을 부여하지 않을 수 있고, 보직이 제한된 자에 대해 대기발령을 할 수 있다고 정하였다. 또한 취업규칙 및 인사규정은 “사원이 무보직으로 3개월이 경과하였을 때는 해고한다.”라고 정하였다. 관리직 근로자인 원고는 2013년 표창을 받았고, 인사고과평가는 2013년 상반기 A등급, 2013년 하반기 및 2014년 상반기 각 B등급, 2014년 하반기 D등급(관리직 총 254명 중 253위, 하위 5%에 해당)을 받았다. 원고는 2015. 1.경 처음 실시한 업무역량 및 리더십역량에 대한 다면평가에서 D등급(피평가자 총 35명 중 33위)을 받았다. 피고 회사는 2015. 2. 27. 원고에게 직제개편 및 인사고과평가 불량을 이유로 2015. 3. 1. 자 대기발령 하였다. 원고는 대기발령기간 중 업무과제(‘절박한 경영위기 타

개를 위한 연간 간접비 150억 원 절감 방안을 제시하라.’를 부여받고 방안을 제시하였으나 평가 결과 D등급을 받았고, ‘안전보건경영시스템 교재를 통한 업무 테스트’의 수행과제를 부여받았으나 업무부적격 기준인 40점에 미달하는 31점을 받았다. 피고 회사는 무보직으로 3개월이 경과한 원고를 2015. 7. 17.자로 해고하였다. 이에 근로자는 위 대기발령과 해고가 무효라며 해고무효확인 등의 소를 제기하였고, 1심(부산지방법원 2017. 9. 14. 선고 2016가합3532 판결)과 2심(부산고등법원 2018. 6. 20. 선고 2017나5619 판결)에서 모두 패소하였다. 그러나 상고심인 대법원(대상판결)은 대기발령은 기각하고, 해고에 대한 부분은 원심판결을 파기환송하여 현재 파기환송심이 진행 중이다.

모든 심급에서 결론을 같이한 대기발령의 정당성과 관련해서 대상판결은 “기업이 계속 활동하기 위해서는 노동력을 재배치하거나 수급을 조절하는 것이 필요불가결하므로 대기발령을 포함한 인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다.”라는 종전 판례 법리를 전제하면서 이 사건 대기발령은 피고 회사의 조직 개편 및 원고에 대한 인사고과평가에 따른 것으로 인사규정에 근거한 정당한 인사권의 행사이고 권리남용에 해당하지 않는다고 판단하였다.

## 2. 대기발령 후 무보직으로 인한 해고

실무에서 저성과, 직무수행능력 부족, 실적 및 성적 부진 등을 이유로 한 통상해고는 직권면직(당연퇴직, 당연면직, 면직 등)으로 나타나고 있는데 대상판결의 사안처럼 저성과자 등에 대해 대기발령이나 직위해제를 하고 그 기간 내에 보직이나 직위를 부여받지 못할 경우 해고(직권·당연면직)되는 규정을 두는 경우이다. 이의 정당성이 인정된다면 세상 해고가 쉽다는 말이 나올 법하겠지만 그리 만만치 않다. 그럼에도 이와 같은 규정이 여전히 기승을 부리는 이유는 징계해고보다 용이하다는 측면이 존재하기 때문이다.

우리 대법원은 대기발령에 이은 해고를 일체로써 관찰하여 해고의 정당성

1) 대법원 2002. 12. 28. 선고 2000두8011 판결; 대법원 2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결 등.

을 판단하는데, 대기발령이 인사규정 등에 의하여 정당하게 내려진 경우라도 일정한 기간이 경과한 후 해고가 정당한 처분이 되기 위해서는 대기발령 당시에 이미 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도의 사유가 존재하였거나 대기발령 기간 중 그와 같은 해고 사유가 확정되어야 한다고 판단하고 있다.<sup>2)</sup> 그러나 이러한 판례 법리는 해고가 일정한 비위행위에 대한 제재로서 이루어지는 경우이며, 성적 부진 등을 이유로 한 대기발령과 그에 이은 해고의 경우는 위와 달리 판단해야 한다. 이와 관련하여 대법원 2021. 2. 25. 선고 2018다253680 판결은 “일반적으로 사용자가 근무성적이나 근무능력이 불량하여 직무를 수행할 수 없는 경우에 해고할 수 있다고 정한 취업규칙 등에 따라 근로자를 해고한 경우, 사용자가 근로자의 근무성적이나 근무능력이 불량하다고 판단한 근거가 되는 평가가 공정하고 객관적인 기준에 따라 이루어진 것이어야 할 뿐 아니라, 근로자의 근무성적이나 근무능력이 다른 근로자에 비하여 상대적으로 낮은 정도를 넘어 상당한 기간 동안 일반적으로 기대되는 최소한에도 미치지 못하고 향후에도 개선될 가능성을 인정하기 어렵다는 등 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정된다.”라고 전제하면서 【판결요지】와 같은 내용으로 판단기준을 제시하였다.

대상판결은 위 대법원의 판단기준에 따라 “원심은 원고의 근무성적이나 근무능력의 부진이 어느 정도 지속되었는지, 그 부진의 정도가 다른 근로자에 비하여 상대적으로 낮은 정도를 넘어 상당한 기간 동안 일반적으로 기대되는 최소한에도 미치지 못하는지, 나아가 향후에도 개선될 가능성을 인정하기 어려운지, 피고가 원고에게 교육과 전환배치 등 근무성적이나 근무능력 개선을 위한 기회를 충분히 부여하였는지 등에 관하여 제대로 심리하지 않은 채 단지 이 사건 대기발령이 정당하고 대기발령 기간 동안 원고의 근무성적이나 근무능력이 개선되지 않았다는 이유만으로 이 사건 해고가 정당하다고 판단”한 원심판결을 파기환송 하였다. 그대로 타당한 지적이다. 대상판결은 대기발령이 정당하다고 판단하였기 때문에 대기발령의 원인행위인 인사고과평가의 정당성 여부는 별도로 판단하지 않고 대기발령 후 해고의

2) 대법원 2002. 8. 23. 선고 2000두9113 판결; 대법원 2004. 10. 28. 선고 2003두6665 판결; 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007두1460 판결 등.

정당성, 즉 해고가 ‘사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도’인지에 초점을 두고 판단한 것으로 보인다. 필자는 위 대법원 2018다253680 판결에서 제시한 평가의 공정성 및 객관성 여부를 살펴보고자 한다.

### 3. 인사고과 평가가 객관적이고 공정한지

대상판결의 사안에서 인사고과 평가의 항목·요소 및 평가자 등이 드러나지 않았으므로 드러난 사실관계만으로 살펴보고자 한다.

우선 평가 결과가 공정한지 및 대기발령 기준으로 타당한지에 대한 의구심이다. 원고는 2013년 상·하반기와 2014년 상반기의 평가에서 A·B등급을 받았는데 2014년 하반기에 D등급을 받아 대기발령 및 해고의 대상자가 되었다. 평가항목이 계량적 지표여서 그에 미달하였다는 객관적 사실이 없는 한 갑자기 D등급을 받았다는 사실은 쉽게 수긍하기 어렵다. 또한 대기발령 및 해고가 될 수 있는 기준이 사용자의 재량사항(인사고과 평가 성적이 하위 5% 이내인 경우에 보직을 부여하지 않을 수 있다.)으로 규정되어 있고, 그것도 1회의 결과만으로도 대기발령뿐만 아니라 해고까지도 가능하도록 하였다는 사실이다.

더욱이 평가 결과 D등급은 절대평가가 아니라 상대평가(하위 5% 이내)라는 점이다. 누군가를 선발하거나 추천하는 등으로 선택하여야 하는 상황(특히 승진이나 정리해고 대상자 선정 등)이나 제한된 자원을 배분하는 데에 있어 서열을 정하여 차등적으로 배분하거나 우선 배분하는 경우(특히 임금 및 보상에서의 차등, 성과급의 배분 등)에는 상대평가방법이 주로 활용된다. 이러한 상대평가는 근로자들 간 비교를 통하여 개별 근로자의 위치를 부여하는 것이므로 개별 근로자의 근무실적 및 근무태도 등을 그대로 고과하는 평가방법이 아니다. 특히 대상판결의 사안처럼 상대평가 결과 하위 순위·등급에 해당하는 근로자를 고용 종료시키는 경우 근로자의 직무수행능력 및 근무태도 등과 상관없이 일정 비율의 근로자가 고용 종료될 수밖에 없게 된다. 다시 말하면, 상대평가방법에 의한 평가는 특별한 경우를 제외하고는 근로자의 저성과 및 근무태도 불량이 객관적으로 입증되지 않는다는 점에서 고용종료의 기준으로 될 수 없다고 보아야 한다. 즉 상대평가에 따라 하위

순위·등급에 해당한다고 해서 근무실적 및 근무태도 등이 저조하다거나 불량하다는 것이 객관적으로 확인되지 않기 때문에 해고의 정당성 요건인 ‘사회통념상 고용관계를 지속하기 어려운 상태’라고 볼 수 없다.<sup>3)</sup>

이 글을 작성하게 된 배경은 하위 5%에 해당하는 것이 과연 성과 부진자, 저성과자인가라는 의구심에 있었고, 이와 더불어 언제든지 하위 5%에 해당하는 근로자는 나올 수밖에 없는데 경쟁에서 탈락하면 해고로 내몰려야 되는 이러한 상황이 경쟁에서 탈락하면 죽음이 기다리고 있는 오징어게임과 무엇이 다른가. 해고로 내모는 무한 경쟁의 한 단면을 보여주는 사례이다.

강선희(법학박사)

3) 강선희(2018), 「인사평가와 사법심사Ⅱ」, 『노동법포럼』, 제23호, 노동법이론실무학회, pp.93~95 참조.

## 근로관계의 종료 원인에 대한 증명책임

- 서울행정법원 2022. 5. 13. 선고 2021구합66319 판결 -

### 【판결요지】

근로관계가 종료되었다는 점에 대하여는 근로자와 사용자 사이에 다툼이 없으나, 그 종료 원인이 무엇인지에 관하여 다툼이 있어, 근로자는 ‘해고’를, 사용자는 ‘근로자의 사직 의사표시’ 또는 ‘근로계약의 합의해지’를 각 주장하는 경우에는, 사용자가 근로관계의 종료 원인이 해고가 아니라 쌍방 의사합치에 의한 근로계약 관계 종료라는 점을 증명하여야 한다.

대상 판결에서 근로자인 원고는 해고를 당하였다고 주장하였으나, 사용자는 근로계약의 합의해지 또는 원고의 자진퇴사를 주장하여 근로계약 관계의 종료 원인이 무엇인지 여부가 쟁점이 되었다. 자동차 도장부 팀원으로 근무하던 원고는 2020. 10. 26. 팀장과 다투는 과정에서 “뭐 하러 기어들어 왔어”, “니가 옷 벗고 나가면 되지 뭘 해결해” 등의 발언을 듣고, 공장장에게 팀장 행위의 부당함을 이야기하면서 신고하겠다고 하였으나 공장장이 이를 만류하였다. 이에 원고는 곧바로 ‘팀장 폭행, 모욕죄, 협박죄 경찰서 신고, 노동부 신고’를 사유로 기재한 월차계를 제출하고 퇴근하였고, 2020. 11. 2. 국민신문고에 “팀장에게 폭행을 당하였고 ‘강제해고’당하였습니다.”라는 글을 기재하면서 말미에 고용보험 상실신고 및 이직확인서 처리를 부탁하며 고용노동부에 정식으로 신고한다는 내용을 기재하였다. 국민신문고 민원 접수 이야기를 들은 회사는 원고와 연락을 취하지 않은 채 2020. 11. 4.경 원고가 2020. 10. 27. 개인사정으로 인해 자진퇴사한 것으로 고용보험 상실신고를 하였다.

원고는 노동위원회에 부당해고 구제신청을 하면서 일관되게 부당해고임을 주장하였고, 회사는 합의해지 내지 자진퇴사라는 주장을 하였다. 부당해고구제신청 사건에서 중앙노동위원회는 원고의 신청을 기각하였고, 원고가 중앙노동위원회의 부당해고구제 재심판정 취소를 구하는 소를 제기하였다.

대상판결은 사용자가 근로관계의 종료 원인이 합의해지 또는 자진퇴사라



는 점을 증명해야 하는데, 그에 대한 자료가 거의 없으므로 원고의 근로계약 관계는 합의해지에 의하여 종료하였다고 볼 수 없고, 오히려 원고의 의사에 반하는 회사의 일방적인 의사표시에 따라 근로계약 관계가 종료되었으므로 해고에 해당한다고 판단하였다. 그러면서 해고사유나 해고시기를 서면으로 통지하지 않았으므로 원고에 대한 해고는 효력이 없는 부당해고라고 판단하였다.

부당해고 구제신청 사건에서 근로계약 관계의 종료 원인이 무엇인지에 대해 다툼이 있는 경우가 있다. 이때 근로계약 관계의 종료 원인에 대한 증명 책임을 누가 부담하는지의 문제는 그 종료 원인이 진위불명에 빠진 경우 소송의 결과를 결정할 수 있는 중요한 문제가 된다. 대상 판결은 사용자가 근로계약 관계의 종료 원인에 대한 증명 책임을 부담한다고 보았고, 서울행정법원은 대상 판결을 “자진사직 내지 합의해지의 증명 책임을 사용자 측이 부담하는 구체적 상황 및 요건에 관한 법리를 종전보다 더 분명하게 실시한 판결례”로 소개하고 있다.

그런데 사용자가 근로계약 관계의 종료 원인에 대한 증명 책임을 부담한다는 것은 증명 책임의 법리에 부합하지 않는 문제가 있다. 증명 책임 분배 기준으로 지배적인 견해인 규범설에 따르면 권리근거규정은 권리의 발생을 주장하는 자가, 권리방해규정, 권리소멸규정, 권리저지규정은 그 상대방이 증명 책임을 부담한다고 본다. 규범설에 따르면 사용자가 해고의 의사표시를 하였다는 사실은 근로자가 부당해고에 대한 구제를 받기 위한 요건이고, 근로기준법은 근로관계의 종료 사유를 해고로 추정하는 등 증명 책임 전환에 관한 규정을 두고 있지도 않으므로, 해고가 있었다는 점에 대해서는 근로자가 증명 책임을 부담하게 된다.

근로자가 해고당하였다는 주장을 하는 것에 대하여, 사용자가 해고 사실을 부인하면서 합의해지 또는 자진퇴사에 의해 근로계약 관계가 종료되었다는 사용자의 주장은 일반적으로 해고와 양립될 수 없는 사실을 주장하는 것이다. 따라서 합의해지 또는 자진퇴사 주장은 소송상 항변이 아닌 간접부인 또는 이유부부인에 해당한다. 사용자 측에서 간접부인을 하면서 주장한 사실이 인정되지 않는다고 하여 곧바로 근로자의 주장을 사실로 인정할 수 있는 것은 아니며, 증명 책임 분배의 원칙에 따라 근로자가 여전히 해고 사실에 대한 증명 책임을 부담하는 것이 된다. 그러나 대상판결은 사용자측이 근로

계약 관계의 종료 원인이 해고가 아니라는 점에 대한 증명책임을 부담한다고 하여 특별한 근거도 제시하지 않은 채 증명책임을 전환하고 있다는 점에서 문제가 있다.

대상 판결은 원고가 직접 사직하겠다는 의사를 명시적으로 표시한 적이 없고 월차계를 제출한 것은 계속 근무하면서 팀장과의 문제가 해결되기까지 휴가를 원하였던 것으로 볼 수 있는 점, 국민신문고에 고용보험 상실신고 처리에 관하여 문의하는 글은 주된 취지가 부당해고를 당하였다는 것이어서 그와 같은 글만으로 근로계약의 합의해지 의사가 있었다고 보기 어려운 점, 회사는 원고의 의사를 직접 확인하지 않은 채 원고의 고용보험 피보험자격 상실신고를 한 점을 근거로 원고의 근로계약 관계가 합의해지에 의해 종료되었다고 볼 수 없다고 판단하였다.

그러나 위와 같은 사정은 원고의 의사에 의하지 않고 회사가 일방적으로 원고와의 근로계약 관계를 종료하겠다는 의사를 표시하였다는 점에 대한 근거가 될 수도 있다. 대상 판결 역시 “오히려 원고의 의사에 반하는 이 사건 회사의 일방적인 의사표시에 따라 위 근로계약 관계가 종료된 것으로서 해고에 해당한다고 봄이 타당하다”고 하여 사용자에게 의한 해고의 의사표시가 있었다는 사실을 인정하고 있는 것으로 보인다. 그렇다면 대상 판결에서 사용자가 합의해지 내지 자진퇴사 사실을 증명하지 못하였으므로 해고에 의해 근로계약 관계가 종료되었다고 판단할 것이 아니라, 대상 판결의 사실관계를 기초로 원고가 주장하는 해고 사실을 인정하였어야 증명책임의 법리에 부합하는 판결이 되었을 것이다.

조재호(법무법인(유한) 민 변호사)

## 초단시간 근로자의 퇴직급여 미지급 위헌 여부

- 헌법재판소 2021. 11. 25. 선고 2015헌바334, 2018헌바42(병합) 결정 -

### 【결정요지】

4주간을 평균하여 1주간 소정 근로 시간이 15시간 미만인 근로자에게 퇴직급여를 지급하지 않는 「근로자 퇴직급여 보장법」 제4조 제1항 단서는 헌법에 위반되지 아니한다. 근로조건에의 보장은 일방적으로 근로자를 두텁게 보호하는 것만으로 달성되는 것이 아니라, 사용자의 효율적인 기업경영 및 기업의 생산성이라는 측면과 조화를 이룰 때 달성이 가능한 것이다. 근로자가 일시적이거나 임시적으로 근로를 제공하는지에 관계없이 모든 근로자에 대하여 퇴직급여 지급 의무를 부담하게 하는 것은 지나치게 과중한 부담이 될 수 있으며, 사용자가 감당하기 어려운 경제적 부담만을 가중시켜 오히려 근로조건을 악화시키는 부작용을 초래할 우려가 있다. 퇴직급여법에서 규정하고 있는 퇴직급여는 사회보장적 급여로서의 성격이 강하며 근로자의 장기간 복무와 충실한 근무를 유도하는 기능을 갖고 있다. 즉, 근로자의 해당 사업 또는 사업장에서의 전속성이나 기여도가 퇴직급여 성립의 전제가 된다고 할 것이므로 전속성이나 기여도가 낮은 일부 근로자를 한정하여 지급대상에서 배제한 것은 입법형성권의 한계를 일탈하여 명백히 불공정하거나 불합리한 판단이라 할 수 없다.

헌행 「근로자 퇴직급여 보장법」(이하, 퇴직급여법) 제4조 제1항은 본문에서 “사용자는 퇴직하는 근로자에게 급여를 지급하기 위하여 퇴직급여제도 중 하나 이상의 제도를 설정하여야 한다.”라고 규정하고, 단서로서 “4주간을 평균하여 1주간의 소정 근로 시간이 15시간 미만인 근로자에 대하여는 그러하지 아니하다.”라고 예외 사항을 두고 있다. 청구인들은 각각 한국마사회의 시간제 경마직 직원과 대학교의 시간강사로서 4주간을 평균하여 1주간 소정 근로 시간이 15시간 미만인 소정 근로 시간을 근로계약으로 체결하였다(이하, 이러한 근로자를 초단시간 근로자라 함).

쟁점은 퇴직급여법 제4조 제1항이 「헌법」(이하, 헌법) 제32조 제3항의 근

로조건 법정주의 간에, 또한 초단시간 근로자가 아닌 단시간 근로자에 대해 차별이 일어나므로 헌법 제11조의 평등원칙에 어긋나는 것이 아닌가 하는 점이다.

헌법재판소의 다수의견(7인)은 먼저 근로조건 법정주의 위배에 대해서 다음과 같은 이유로 합헌 의견을 제시하였다.

첫째, 근로조건의 보장은 일방적으로 근로자를 두텁게 보호하는 것만으로 달성되는 것이 아니라, 사용자의 효율적인 기업경영 및 기업의 생산성 측면과 조화를 이룰 때 달성이 가능하고, 이것이 헌법 제32조 제3항이 근로조건의 기준을 법률로 정한 취지라는 점이다. 그런데 근로자가 일시적이거나 임시적으로 근로를 제공하는지에 관계없이 모든 근로자에 대하여 퇴직급여 지급 의무를 부담하게 하는 것은 지나치게 과중한 부담이 될 수 있으며, 사용자가 감당하기 어려운 경제적 부담만을 가중시켜 오히려 근로조건을 악화시키는 부작용을 초래할 우려가 있다는 것이다.

특히 퇴직급여법상 퇴직급여는 사회보장적 성격이 강하며 근로자의 장기간 복무와 충실한 근무를 유도하는 기능을 갖고 있는데, 근로자의 해당 사업 또는 사업장에서의 전속성이나 기여도가 퇴직급여 성립의 전제가 된다고 할 것이다. 그러므로 전속성이나 기여도가 낮은 일부 근로자를 한정하여 지급 대상에서 배제한 것이 입법형성권의 한계를 일탈하여 명백히 불공정하거나 불합리한 판단이라 할 수는 없다는 것이다.

둘째, 현행 법조문은 이러한 사업 또는 사업장에 대한 전속성이나 기여도를 ‘소정 근로 시간’을 기준으로 삼아 판단하도록 되어 있는데, ‘근로실적’ 또는 ‘근로성과’ 등의 지표를 객관적으로 측정하기 힘들기 때문에 객관적이고 명확한 기준인 ‘소정 근로 시간’을 기준으로 삼은 것을 두고 현저히 불합리하다고 평가하기는 어렵다는 것이다. 이러한 판단에는 현실적으로 초단시간 근로계약이 대부분 계약기간을 정하지 않거나 1년 미만의 단기고용인 점이 전제되었다.

셋째, 이렇게 초단시간 근로자의 퇴직급여 지급이 제한된다고 하더라도 이러한 상황을 보완해 줄 다른 사회보장적 제도, 즉 국민연금제도, 기초노령연금제도, 기초생활보장제도, 그리고 「고용보험법」상의 실업급여제도가 존재한다는 점도 감안이 되어야 한다.

넷째, 국제노동기구(ILO)의 제175호 「단시간 근로 협약」(1944) 제8조에서

도 단시간 근로자의 근로 시간 또는 소득이 일정 기준에 미달하는 경우 법정 사회보장제도의 모든 범주, 고용관계 종료, 연차 유급휴가와 유급휴일, 병가제도에 대해 예외를 가능하도록 하고 있다는 점도 고려될 수 있다고 한다.

그리고 평등원칙 위배 역시 되지 않는다고 하는데, 국가는 합리적인 수준에서 능력이 허용하는 범위 내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위해 제도의 단계적 개선을 추진할 수 있다고 전제한다. 즉, 어떤 사회보장적 가치를 실현하는 데 일거에 그것이 곤란할 때는 단계적 실현이 가능하다는 것이다. 퇴직급여법의 목적은 ‘안정적인 노후생활 보장’(제1조)인데 초단시간 근로자의 배제 역시 퇴직급여제도의 보편적인 적용이라는 법적 가치의 상향적 구현을 단계적으로 추구하는 과정에서 발생한 결과로 사용자와의 이해관계를 조정하기 위한 나름의 합리적 이유가 있어 입법 재량을 벗어난 자의적인 재량권 행사라고 보기 어렵다는 것이다.

이러한 다수의 합헌 의견에 대해 소수(이석태, 김기영, 이미선 재판관)의 반대의견이 있었다. 소수의견은 초단시간 근로자의 퇴직급여제도 배제가 헌법 제32조 제3항에 위배된다면서 다수의견의 논거를 하나하나 반박하였다.

먼저 다수의견이 퇴직급여제도의 법적 성격을 노후보장 목적의 공로보상에서 찾았다면, 소수의견은 그것을 근로 제공의 대가인 ‘후불임금’의 성질을 지닌 것으로 본다. 초단시간 근로자 역시 해당 사업이나 사업장에서 근로를 제공한 것인데도 불구하고 그 반대급부인 임금의 성격을 갖는 퇴직급여의 지급대상에서 이들을 배제하는 것은 입법 취지의 정당성을 인정하기 힘들다는 것이다.

그리고 다수의견은 사회보장적 측면에서 다른 제도가 보완을 하고 있다고 하지만 많은 경우 초단시간 근로자는 「고용보험법」, 「국민연금법」, 「국민건강보험법」에서 초단시간 근로자를 적용대상에서 제외하고 있으며, 초단시간 근로가 일시적인 근로형태이기는 하지만 그 수가 비약적으로 증가하고 있다는 점에서 보호의 사각지대가 발생할 수 있다고 한다.

또한, 초단시간 근로자까지 퇴직급여제도의 적용을 받게 될 경우 사용자에게 과도한 경제적 부담이 될 수 있다는 우려에 대해 우리 「근로기준법」 제18조 제1항은 “단시간 근로자의 근로조건은 그 사업장의 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 근로 시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결

정되어야 한다.”고 하여 비례 보호의 원칙을 규정하고 있다. 이에 근거해 소수의견 측은 초단시간 근로자의 경우 역시 그 근로 시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 퇴직급여액을 결정하는 방법으로 퇴직급여액에 대한 비례성을 담보할 수 있어 초단시간 근로자를 퇴직급여제도의 적용대상에 포함시킨다 하더라도 사용자에게 심대한 수준의 영향을 미친다고 판단하기는 어렵다고 본다.

평등권 침해에 대해서도 퇴직급여의 후불임금적 성격을 전제로 다른 단시간 근로자와 지급 여부에 차이를 둘 합리적 이유를 찾기 힘들며, 사회보장적 기능에 따른 지급 필요성 역시 소정 근로 시간에 따라 본질적인 차이가 있다고 보기 어렵다는 점을 들어 합리적 기준이 될 수 없다고 한다.

공로보상적 측면에서 본다고 할지라도 시간의 양적인 차이가 있을지언정 질적인 차이가 있다고 보기 어려우며, 소정 근로 시간이 아닌 ‘실제’ 근로 시간에서 다른 단시간 근로자와 유사한 경우도 충분히 가능하다는 점에서, ‘소정 근로 시간’을 기준으로 퇴직급여 적용 여부에 차별을 두는 것은 합리적이지 못하다고 한다.

국제노동기구(ILO) 제175호 「단시간근로 협약」(1944) 제8조의 경우도 본 협약이 ‘근로 시간 및 소득 기준’이 다수의 단시간 근로자들을 배제하지 않도록 설정되어야 하며, 노사단체의 협의 등을 통해 그 기준이 정기적으로 검토되어야 한다고 하면서 점진적으로 보호 범위를 확대하기 위한 고려가 필요하다고 한 점을 염두에 두어야 한다.

이상 헌법재판소의 다수의견과 소수의견을 살펴보았을 때, 두 의견의 가장 큰 차이점은 ‘퇴직급여’의 법적 성격을 어떻게 볼 것인가였다. 다수의견은 퇴직급여를 사회보장적 측면에서 사용자가 근로자에게 주는 ‘공로보상금’의 성격으로 보았고, 이는 기존 헌법재판소의 다수 결정문에서 실시한 바였다(헌재 2008. 11. 27. 2007헌바36; 헌재 2011. 7. 28. 2009헌마408 등). 그렇기 때문에 입법자가 본 제도를 설계함에 있어 입법 형성 재량의 여지가 컸고, 이에 따라 합헌의견이 도출되었다. 그러나 소수의견은 퇴직급여의 성격을 ‘후불임금’의 성격으로 보았으며 이는 기존 대법원의 견해이다(대법원 2017. 5. 11. 선고 2012다200486 판결 등). 내가 일해서 받아야 할 돈, 즉 반대급부인데 왜 입법자가 제한하는가가 심각한 문제이고 엄밀한 이론 구성이 필요

한데, 이를 뒷받침할 논거가 부족하다는 판단에 따라 자연스레 위헌의견이 제시된 것이다.

따라서 퇴직급여의 법적 성격 여부를 다시 한번 검토할 필요가 있다. 관련 논쟁은 현재의 퇴직급여법이 제정되기 전 「근로기준법」에서 퇴직금제도가 설정되어 있을 때로 거슬러 올라간다. 퇴직금의 법적 성격에 대해서는 ① 공로보상설, ② 임금후불설, ③ 생활보장설로 나뉠 수 있다.<sup>1)</sup>

먼저 공로보상설에 대해서는 사용자의 은혜에 기초한 것으로 임의적·시혜적 성격의 급여이기 때문에 그 권리성이 희박하며, 현재는 이를 주장하는 견해가 없다고 한다. 임금후불설은 임금의 미지급분을 퇴직 시 일괄하여 정산한다는 것으로 다만, 1년 미만이라는 단서가 붙는 것은 불확정 기한이 붙어 있다는 것이다. 현재 학계의 통설이자 대법원의 확고한 견해이다. 마지막으로 생활보장설은 임금후불설에 대한 비판에서 생겨난 것으로 임금이 퇴직 후의 최저생활을 보장하기 위한 것이라 한다. 단독적인 성격이라기보다는 후불임금적 성격을 겸한다는 견해라고 볼 수 있다.

생각건대, 현실적으로 퇴직금이 일정 근속연수와 근로 시간을 채운 ‘모든’ 근로자에게 일률적으로 지급되며 그 시기 또한 퇴직 시로 확정되어 있다는 점을 보면 후불임금의 성격이 타당해 보인다. 또한, 근로계약·취업규칙·단체협약에서 명문화되어 일종의 규범으로 작용되고 있다는 점 역시 노사 모두 이것을 임금을 매개로 한 관례로서 합의한 것이라 판단된다.

다만, 퇴직급여법이 제정되면서 그 목적으로 근로자의 노후생활 보장을 언급하고 있으나 생활보장설 역시 후불임금적 성격을 부정하는 것은 아니다. 또한 퇴직금의 법적 성격이 후불임금인데 퇴직금을 연금 형식으로 변환시켰다고 해서 그 법적 성격이 달라진다는 것도 논리적으로 맞지 않는다. 현재 퇴직급여제도가 도입되었다고 해서 퇴직금의 법적 성격이 달라졌다는 주장도 제시되지 않았다고 한다.

따라서 헌법재판소의 다수의견은 사용자의 경제적 상황을 규범적 판단으로 치환하려 한 데서 무리가 있다고 생각된다. 법제도의 기본권 침해 여부를 판단할 때 일체의 사회·경제적 상황을 도외시할 수는 없다. 그러나 사회·

1) 이하 세 학설의 내용에 대해서는 노동법실무연구회(2020), 『근로기준법주해 II』(제2판), 박영사, pp.702~706 참조.

경제적 상황에 매몰되어 사회적 약자의 기본권이 침해되는 것을 막는 것이 헌법재판소 본연의 임무라고 생각한다. 퇴직급여의 법적 성격에 좀 더 충실한 해석을 하여 초단시간 근로자라는 사회적 약자의 기본권 보호 해석에 충실한 소수의견이 보다 더 타당하다고 판단한다.

양승엽(국회입법조사처 입법조사관)



# 노동조합

## 교원노조법 위반 행위 이후의 법 개정과 형사처벌 여부의 판단기준

- 대법원 2021. 12. 30. 선고 2017도15175 판결 -

### 【판결요지】

구 노동조합법 제93조 제2호 위반죄의 보호법익과 구성요건, 이 사건 시정명령의 경위와 근거법령, 이 사건 법률 개정의 경위와 내용 등을 종합하여 보면, 이 사건 법률 개정은 법령상 해직 교원의 교원 노동조합 가입을 허용하지 아니한 종전의 조치가 부당하였다는 법률이념의 변천에 따른 것으로서, 해직 교원에게 조합원 자격을 인정하는 교원 노동조합의 규약에 대하여 시정을 명하거나 그 시정명령 위반행위를 범죄로 인정하고 처벌한 것 역시 부당하였다는 반성적 고려를 전제하고 있다고 봄이 상당하므로, 이 사건 시정명령 위반행위는 형법 제1조 제2항의 ‘범죄 후 법령의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니한 때’에 해당한다고 볼 것이다. 그렇다면 피고인들에 대한 이 사건 공소사실에 대하여는 형사소송법 제326조 제4호에 의하여 면소판결을 하여야 할 것인바, 이에 대하여 유죄를 선고한 제1심판결 및 이를 그대로 유지한 원심판결은 더 이상 유지할 수 없게 되었다.

종래 구 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」(이하 ‘교원노조법’) 제2조는 해직 교원의 노동조합 가입을 허용하지 않고 있었고 이에 따라 이를 허용하는 전국교직원노동조합(이하 ‘전교조’)의 규약에 대하여 고용노동부장관이 시정명령을 하였으나(이하 ‘이 사건 시정명령’), 전교조 대표가

이를 이행하지 않았다. 전교조 대표가 이 사건 시정명령을 이행하지 않은 것에 대하여, 전교조 대표는 행위자로서 전교조는 양벌규정에 의해서 시정명령 불이행을 구성요건으로 하는 구 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노동조합법’) 제93조 제2호 위반죄로 기소되어 원심에서 유죄 선고를 받았다. 이후 대법원에 사건이 계속되던 중, 국제노동기구의 핵심협약인 「결사의 자유에 관한 협약」의 비준을 추진하면서 해당 협약에 부합하는 내용으로 관련 법률을 개정하기 위하여, 교원으로 임용되어 근무하였던 사람으로서 노동조합 규약으로 정하는 사람도 교원 노동조합에 가입할 수 있도록 하는 등 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하기 위한 조치로서 구 교원 노조법이 2021. 1. 5. 법률 제17861호로 개정되면서 제2조 단서가 삭제되고, 법상 ‘교원’ 뿐만 아니라 ‘교원으로 임용되어 근무하였던 사람으로서 노동조합 규약으로 정하는 사람’도 교원 노동조합에 가입할 수 있도록 제4조의2가 신설되는 법 개정이 이루어졌고, 이는 2021. 7. 6.부터 시행되었다. 이에 따라 대법원은 전교조 대표와 전교조의 시정명령 위반행위는 형법 제1조 제2항의 ‘범죄 후 법령의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니한 때’에 해당하여 면소판결이 가능하다고 보아 원심을 파기하고 면소판결을 하였다.

범죄 후 법률의 개정에 의하여 어떤 행위가 죄가 되지 아니하거나 형벌이 가볍게 바뀐 경우의 처리에 관하여는 형법에서 다음과 같이 규정하고 있다.

### 형법

제1조(범죄의 성립과 처벌) ② 범죄 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 되거나 형이 구법(舊法)보다 가벼워진 경우에는 신법(新法)에 따른다.

③ 재판이 확정된 후 법률이 변경되어 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하게 된 경우에는 형의 집행을 면제한다.

이처럼, 범죄 후 법률의 개정에 의하여 어떤 행위가 죄가 되지 아니하거나 형벌이 가볍게 바뀐 경우의 처리에 관한 형법상 규정을 문자 그대로 보면, 구법상 처벌되는 내용이 신법에 의해 처벌되지 않거나 형벌이 가볍게 개정되지만 하면 무조건 신법에 따라 처벌되지 않거나 가볍게 처벌될 것으로 예

상된다. 그런데 문제는 형법 제1조 제2항·제3항의 적용에 있어서 우리 판례는 신법을 문자 그대로 적용하는 것이 아니라 소위 ‘동기설’이라는 입장에 입각하여 사안에 따라 신법의 적용여부 판단을 달리한다는 것이다.

동기설이란 구법이 신법으로 변경된 동기가 무엇이나에 따라 신법과 구법의 적용여부를 결정한다는 이론이다.<sup>1)</sup> 법률변경의 동기가 법률이념의 변경인 때에는 피고인에게 유리한 신법을 적용하지만<sup>2)</sup> 법률변경의 동기가 사실관계의 변경인 때에는 피고인에게 불리한 구법을 적용한다는 것이다.<sup>3)</sup>

1) 오영근(2018), 「형법총론」 제4판, 박영사, p.46 참조. 대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도 2770 판결: “형법 제1조 제2항의 규정은 형벌법령 제정의 이유가 된 법률이념의 변천에 따라 과거에 범죄로 보던 행위에 대하여 그 평가가 달라져 이를 범죄로 인정하고 처벌한 그 자체가 부당하였다거나 또는 과형이 과중하였다는 반성적 고려에서 법령을 개폐하였을 경우에 적용하여야 할 것이고, 이와 같은 법률이념의 변경에 의한 것이 아닌 다른 사정의 변천에 따라 그때그때의 특수한 필요에 대처하기 위하여 법령을 개폐하는 경우에는 이미 그전에 성립한 위법행위를 현재에 관찰하여도 행위 당시의 행위로서는 가벌성이 있는 것이어서 그 법령이 개폐되었다 하더라도 그에 대한 형이 폐지된 것이라고는 할 수 없다.”

2) 대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도2770 판결: “구 자동차관리법시행규칙(2003. 1. 2. 건설교통부령 제346호로 개정되기 전의 것) 제138조 제1항 제1호가 삭제되면서 제138조 제3항, 제4항이 신설되어 폐차 과정에서 회수되어 자동차 수리용으로 재사용되는 중고 부품은 자동차안전기준 등에 저촉되지 아니하여야 하고, 폐차업자는 재사용되는 원동기 등 기능성장치 또는 부품에 업체명, 전화번호, 사용된 차종, 그 형식 및 연식, 부품의 명칭, 주행거리 등이 기재된 표지를 부착하도록 하였는데, 그 취지는 자동차 생산기술의 발달로 그 부품의 성능과 품질이 향상됨에 따라 폐차되는 자동차의 원동기를 재사용할 필요가 있고 이를 일정한 조건 아래에서 허용하더라도 별다른 문제가 발생할 여지가 많지 않음에도 불구하고 폐차 시 원동기를 압축·파쇄 또는 절단하도록 한 종전의 조치가 부당하다는 데에서 나온 반성적 조치라고 보아야 한다.”

대법원 2017. 3. 16. 선고 2013도16192 판결: “형법 제257조 제2항의 가중적 구성요건을 규정하고 있던 구 폭력행위처벌법 제3조 제1항을 삭제하는 대신에 위와 같은 구성요건을 형법 제258조의2 제1항에 신설하면서 그 법정형을 구 폭력행위처벌법 제3조 제1항보다 낮게 규정한 것은, 위 가중적 구성요건의 표지가 가지는 일반적인 위험성을 고려하더라도 개별 범죄의 범행경위, 구체적인 행위태양과 범의침해의 정도 등이 매우 다양함에도 불구하고 일률적으로 3년 이상의 유기징역으로 가중 처벌하도록 한 종전의 형벌규정이 과중하다는 데에서 나온 반성적 조치라고 보아야 할 것이므로, 이는 형법 제1조 제2항의 ‘범죄 후 법률의 변경에 의하여 형이 구법보다 경한 때’에 해당한다.”

3) 대법원 2000. 6. 9. 선고 2000도764 판결: “식품위생법 제30조의 규정에 의하여 단란주점의 영업시간을 제한하고 있던 보건복지부 고시가 유효기간 만료로 실효되어 그 영업시간 제한이 해제됨으로써 그 후로는 이 사건과 같은 영업시간제한 위반행위를 더 이상 처벌할 수 없게 되기는 하였으나, 이와 같은 영업시간제한의 해제는 법률이념의 변천으로 종래의 규정에 따른 처벌 자체가 부당하다는 반성적 고려에서 비롯된 것이라기보다는 사회상황의 변화에 따른 식품접객업소의 영업시간제한 필요성의 감소와 그 위반

대상판결도 이러한 동기설의 입장에 입각하여 “이 사건 법률 개정은 해직 교원의 교원 노동조합 가입을 전면적으로 금지하는 것이 타당한지 여부에 관하여 오랜 기간 사회적 논란이 이어져 온 상황에서 국민의 대표자인 국가 이를 허용하기로 입법적 결단을 한 것일 뿐만 아니라, 그 제안이유에서 알 수 있는 바와 같이 교원 노동조합 제도를 국제적 규범기준에 부합하도록 개선하기 위한 목적으로 이루어진 것이다. 이 사건 법률 개정 당시 부칙 등에도 개정법률 시행 전의 시정명령 위반행위 등 해직 교원의 교원 노동조합 가입과 관련된 벌칙규정의 적용에 관하여 아무런 경과규정을 두고 있지 않다.” 이와 같은 구 노동조합법 제93조 제2호 위반죄의 보호법익과 구성요건, 이 사건 시정명령의 경위와 근거법령, 이 사건 법률 개정의 경위와 내용 등을 종합하여 보면, 이 사건 법률 개정은 법령상 해직 교원의 교원 노동조합 가입을 허용하지 아니한 종전의 조치가 부당하였다는 법률이념의 변천에 따른 것으로서, 해직 교원에게 조합원 자격을 인정하는 교원 노동조합의 규약에 대하여 시정을 명하거나 그 시정명령 위반행위를 범죄로 인정하고 처벌한 것 역시 부당하였다는 반성적 고려를 전제하고 있다고 봄이 상당하므로, 이 사건 시정명령 위반행위는 형법 제1조 제2항의 ‘범죄 후 법령의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니한 때’에 해당한다고 볼 것이다.” 라고 판시하고 있다.

그렇지만 만약 전교조가 인기가 없어서 가입하는 교사들도 없고 대다수 조합원이 탈퇴하며 전교조에 대해 시민들도 관심이 없는 상태에서, 해직 교사가 가입했던 말든 누구도 문제삼지 않는 그런 사회적 분위기에서 교원노동조합이 해직 교원이 가입해도 되는 것으로 개정된 것이었다라면, 이러한 개정은 어떤 법 이념의 변경에 따른 반성적 고려에 의한 것이 아니라 단순히 사실상태의 변경에 의한 것으로 취급되어서 동기설 입장에 따라 구법상 위반행위에 대해서는 처벌될 수도 있는 것이다.

물론, 대상판결에서 취하고 있는 입장인 동기설에 대해서는, 피고인에게 유리한 형법 제1조 제2항·제3항을 축소 해석하는 것이라거나 법률이념의

---

행위의 단속과정에서 발생하는 부작용을 줄이기 위한 특수한 정책적인 필요 등에 대처하기 위하여 취하여진 조치에 불과하므로, 위와 같이 영업시간제한이 해제되었다고 하더라도 그 이전에 범하여진 피고인의 이 사건 위반행위에 대한 가벌성이 소멸되는 것은 아니다.”

변경과 사실관계의 변경에 대한 명확한 기준이 없기 때문에 법적 안정성을 해할 우려가 있다는 등의 비판이 없는 것이 아니다.<sup>4)</sup>

다만, 구법 위반 행위에 대해 처벌하고자 하는 의도가 있었더라면 신법에서 그 행위를 죄가 되지 않거나 가볍게 처벌하는 것으로 개정된 경우에도 신법에서 경과규정을 두어 구법 위반 행위를 처벌하도록 하는 것이 가능하다. 그런데 신법에서 이러한 경과규정을 두지 않는다면 신법의 개정을 법률이념의 변천에 의한 개정으로 볼 여지가 더 높아지긴 한다. 게다가 대상판결의 사안은, 노동조합법상 시정명령 위반에 대한 처벌의 전제가 되는 교원노조법의 개정이 국제노동기준에 부합하는 방향으로의 법 개정이라는 취지도 포함되어 있는 만큼 법률이념의 변천에 따른 법 개정으로 보아야 할 당위성이 더 높을 수밖에 없었다.

결론적으로 보건대, 대상판결의 논리와 판단은 타당하다고 본다. 특히 대상판결은 단결권에 대한 중요한 평가를 포함하고 있어서 노동법적으로 매우 의미있는 판결이며, 동시에 형법적으로도 어떤 처벌 법규의 개정이 형법 제1조 제2항·제3항이 명시하고 있는 “법률의 변경”에 해당하는지 여부의 판단에 있어서 동기설이 다시 한번 확인되고 있는 중요한 판결이라고 평가할 수 있겠다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

4) 오영근, 앞의 책, p.47 참조.

## 단체협약으로 처분할 수 없는 구체적으로 지급 청구권이 발생한 임금의 판단 기준

- 대법원 2022. 3. 31. 선고 2020다294486 판결 -

### 【판결요지】

이미 구체적으로 지급 청구권이 발생한 임금은 근로자의 사적 재산영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이기 때문에 노동조합이 근로자들로부터 개별적인 동의나 수권을 받지 않는 이상, 사용자와 사이에 단체협약만으로 이에 대한 반환, 포기, 지급유예와 같은 처분행위를 할 수 없다. 이때 구체적으로 지급 청구권이 발생하여 단체협약만으로 포기 등을 할 수 없게 되는 임금인지 여부는 근로계약, 취업규칙 등에서 정한 지급기일이 도래하였는지를 기준으로 판단하여야 한다.

경영위기 상황을 극복하기 위해 임금의 일부를 포기하거나 지급을 유예하는 내용의 단체협약을 체결하는 경우가 있다. 대법원은 협약 자치를 이유로 이러한 단체협약의 효력을 인정하면서, 다만 ‘이미 구체적으로 지급 청구권이 발생한 임금’은 근로자의 사적 재산영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이기 때문에 근로자의 개별적인 동의나 수권을 받지 않으면 노동조합이 단체협약만으로 이에 대한 포기 등 처분행위를 할 수 없다고 판시하고 있다.<sup>1)</sup> 단체협약 체결 당시 이미 지급시기가 도래하였거나, 실제로 지급을 받은 임금이 구체적으로 지급 청구권이 발생한 임금에 해당한다는 점은 분명하다. 그런데 임금 지급일과 임금 지급일 사이에 그러한 단체협약을 체결한 경우 단체협약 체결일까지 근로한 대가에 해당하는 임금이 단체협약을 통한 포기 등의 대상에 해당하는지 여부가 문제 될 수 있는데, 대상판결은 이에 대한 판단 기준을 제시하고 있다.

피고 회사는 기능직 사원들에 대하여 전 월 21일부터 당월 20일까지를 급여

1) 대법원 2000. 9. 29. 선고 99다67536 판결; 대법원 2019. 10. 18. 선고 2015다60207 판결; 대법원 2019. 10. 31. 선고 2016다31831 판결 등.

산정기간으로 정하여 매월 25일 급여를 지급하였고, 상여금으로 연간 7회에 걸쳐 기준금액의 700%를 지급하였다. 또한 피고 회사는 만 5년, 10년, 15년, 20년, 25년, 30년, 35년 근속자는 창립기념일인 매년 5월 22일 또는 퇴사일을 기준으로 근속포상금을 지급하였다. 피고 회사는 2016년 이전부터 상당한 기간 적자 상태가 이어져 왔고, 피고와 노동조합은 경영난 타개를 위해 2017. 1. 25. 연간 상여금 중 절반을 포기하고, 감축된 상여금 중 일부의 지급시기를 유예하는 내용의 노사합의를 하였다. 그 후에도 경영난이 계속되자 피고는 2018. 2.경 서울 회생법원에 파산신청을 하였다가, 2018. 3. 8. 노동조합과 퇴직연금은 100% 적립하되, 급여, 복리후생비, 상여는 잠정 반납하기로 하는 내용의 노사합의를 하고 파산신청을 철회하였다. 피고는 위 노사합의 후 3월에는 월 100만 원의 한계임금을 지급하였고, 2018. 4. 17. 노사합의 후 매월 일정액의 한계임금을 지급하였다. 피고의 근로자였던 원고들은 피고가 2017년 12월 상여, 2018년 2월 상여, 2018년 3월 상여, 3월 급여, 4월 급여, 5월 급여, 5월 상여, 6월 급여와 근속포상금 등을 지급하지 않았다고 하여 이를 청구하는 소를 제기하였다.

대상판결의 원심은 2018. 2. 21.부터 2018. 3. 8.까지 근로에 대한 대가인 급여는 2018. 3. 8.자 노사합의 당시 구체적으로 발생하여 해당 근로자의 사적 재산영역으로 옮겨졌으므로 이에 해당하는 임금 부분은 2018. 3. 8.자 노사합의에 의해 반납될 수 없다고 판단하였다. 이에 따라 2018년 3월 급여 중 2018. 3. 9.부터 2018. 3. 20.까지 발생한 부분과, 2018년 3월 이후의 상여, 4월 이후의 급여 등만이 잠정 반납의 대상이 된다고 보았다. 근속포상금에 대해서도 2018. 3. 8. 이전에 근속연수가 경과한 근로자에 대해서는 2018. 3. 8.자 노사합의 이전에 근속포상금 지급 청구권이 구체적으로 발생하였기 때문에 잠정 반납의 대상이 될 수 없다고 하였다.

그러나 대상판결은 구체적으로 지급 청구권이 발생하여 단체협약만으로 포기 등을 할 수 없게 되는 임금인지 여부는 지급기일이 도래하였는지를 기준으로 판단하여야 하므로, 위 노사합의 후 지급기일이 도래한 2018년 3월 급여 전부가 반납의 대상이 되고, 근속포상금도 2018. 3. 8. 이전에 근속연수가 경과하였는지 여부를 불문하고 지급기일이 위 노사합의 이후인 경우에는 반납의 대상이 된다고 하여 이 부분에 대한 원고의 상고를 인용하였다.

사법상 청구권이란 채권과 구별되는 개념으로 특정인이 다른 특정인에게 일정한 행위를 요구할 수 있는 권능이다. 청구권은 채권을 실현하는 수단이

라고 할 수 있다. 채권이 존재한다고 하더라도 이행기가 도래하지 않았다면 청구권은 아직 발생하지 않는다. 즉 이행기 전의 채권은 상대방에게 즉시 이행을 청구할 수 없다는 점에서 추상적인 권리의 성격을 가진다고 볼 수 있을 것이다.

근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공하면 임금채권이 발생한다. 그런데 「근로기준법」 제43조 제2항은 임금은 원칙적으로 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하여야 한다고 규정하여, 매월 일정한 임금 지급일에 사용자의 임금 지급 의무가 발생하는 것으로 규정하고 있다. 따라서 근로자의 임금청구권은 임금채권의 이행기인 임금 지급일에 발생하는 것이다. 「근로기준법」 제45조는 임금의 비상시 지급을 규정하고 있으나, 일정한 요건에 따라 근로자가 청구하여야 사용자의 지급 의무가 발생한다. 따라서 근로자가 실제로 비상시 지급 청구를 하지 않는 이상 임금 지급일 이전에 임금을 지급 받을 가능성이 있다는 이유만으로 임금 지급일 이전에 임금청구권이 성립하였다고 보기는 어렵다.

대상판결과 원심은 동일한 법리를 인용하면서도 서로 다른 결론에 이르렀다. 원심은 매일 근로의 제공으로 임금채권이 발생하였다면 그 부분에 해당하는 임금은 근로자의 사적 재산영역으로 옮겨져 노동조합이 처분행위를 할 수 없다고 보았다. 반면 대상판결은 임금채권의 발생과 임금청구권의 발생을 구분하여, 지급기일이 도래하여 임금청구권이 발생하여야 임금이 근로자의 사적 재산영역으로 옮겨진 것으로 보았다고 해석할 수 있다.

대상판결은 단체협약을 통한 임금 포기 등에 관한 기존 법리에 따라 구체적인 판단 기준을 제시한 것이기는 하지만, 이에 따르면 근로자 입장에서는 당연히 받을 것으로 기대하던 임금을 소급적으로 상실하게 되는 것과 같은 결과가 될 수 있다. 이러한 점에서 대상판결에서 구체적인 임금청구권이 발생해야 비로소 단체협약을 통한 처분이 금지된다는 법리 자체에 대한 검토도 함께 이루어졌다면 좋지 않았을까 생각한다. 또한 단체협약을 통한 임금 포기 등을 하는 경우 대상판결의 사안과 같이 포기의 범위와 관련된 분쟁을 방지하기 위해 단체협약 과정에서 포기의 범위에 대해서도 명확하고 구체적인 합의를 할 필요가 있을 것으로 보인다.



## 노동조합의 선전행위와 형사처벌 :

### 주거침입과 업무방해의 판단기준

- 대법원 2022. 9. 7. 선고 2021도9055 판결 -

#### 【판결요지】

(1) 일반적으로 출입이 허용되어 개방된 H 강서점 매장에 관리자의 출입 제한이나 제지가 없는 상태에서 통상적인 방법으로 들어간 이상 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 들어갔다고 볼 수 없으므로 건조물침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다.

(2) 업무방해죄의 ‘위력’이란 사람의 자유의사를 제압·혼란하게 할 만한 일체의 세력으로, 유형적이든 무형적이든 묻지 아니하고, 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압되어야만 하는 것도 아니지만, 범인의 위세, 사람 수, 주위의 상황 등에 비추어 피해자의 자유의사를 제압하기 족한 정도가 되어야 하는 것으로서, 그러한 위력에 해당하는지는 범행의 일시·장소, 범행의 동기, 목적, 인원수, 세력의 태양, 업무의 종류, 피해자의 지위 등 제반 사정을 고려하여 객관적으로 판단하여야 하고(대법원 2016. 10. 27. 선고 2016도10956 판결 등 참조), 피해자 등의 의사에 의해 결정되는 것은 아니다.

노동조합은 자신들의 의견을 표명하기 위하여 다양한 활동을 한다. 노동3권에 기반한 조합활동은 법적으로 보호받는 것이 원칙이지만, 실질적으로 구체적인 태양에 따라 법적 판단은 다르게 나타날 수 있다.

쟁의행위를 중심으로 「노동조합 및 노동관계조정법」에서 정하고 있는 제도들은 학설과 판례를 통해 다양한 논의와 판단기준이 수립되어 있다. 반면 노동조합의 사업장 구성원 또는 경영진에 대한 홍보·선전활동 등은 노동법학의 영역에서 이론적으로 검토되기보다는 판례를 통하여 그 행위태양에 따른 형사책임 판단이 주를 이루고 있다. 대표적으로 홍보물 및 주장에 대한 허위사실공포<sup>1)</sup> 내지 명예훼손<sup>2)</sup>이나 경영진의 의사에 반하는 사업장 내 선

1) 대법원 2017. 8. 18. 선고 2017다227325 판결; 대법원 1993. 12. 28. 선고 93다13544 판결;

전활동에 대한 주거침입 내지 업무방해 등이 이에 해당한다.

대상 판결은 노동조합이 사용자에게 한 선전행위에 대한 (『폭력행위 등 처벌에 관한 법률』상 공동) 주거침입과 업무방해죄가 문제가 된 사건으로, 대법원은 1심 및 원심의 유죄 판단을 전부 무죄의 취지로 파기환송 하였다.

주거침입의 판단 대상인 사실관계를 살펴보면, 서비스연맹 마트노조 간부와 조합원인 피고인들이 공동으로 2020년 5월 28일 오전 11시경 서울 강서구에 있는 대형마트 H 강서점에 방문한 대표이사 등에게 해고와 전보 인사발령에 항의하기 위해 위 H 강서점장인 피해자의 의사에 반하여 정문을 통해 H 강서점 2층으로 들어간 것이다.<sup>3)</sup> 이 사건의 1심(서울남부지방법원 2020. 11. 11. 선고 2020고정1601판결)과 원심(서울남부지방법원 2021. 7. 6. 선고 2020노2600 판결)은 피고인들이 관리자의 추정적 의사에 반하여 H 강서점에 들어감으로써 건조물의 사실상의 평온을 해하였다는 이유로 유죄로 판단하였다.<sup>4)</sup>

이에 대하여 대법원은 ①H 강서점 2층 매장은 영업시간 중에는 출입자격 등의 제한 없이 일반적으로 개방되어 있는 장소라는 점, ② 피고인들은 공소 사실과 같이 영업시간에 손님들이 이용하는 정문과 매장 입구를 차례로 통과하여 2층 매장에 들어가면서 보안요원 등에게 제지를 받거나 보안요원이 자리를 비운 때를 노려 들어가는 등 특별한 조치를 취하지도 않았다는 점 등을 근거로, 관리자의 추정적 의사를 주된 근거로 건조물침입죄의 성립을 인정한 원심 판단에는 본죄의 성립에 관한 법리를 오해해 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 판단하였다.

이러한 대법원의 판단은 최근의 유사한 사건(대법원 2022. 6. 16. 선고 2021도7087 판결)에서 실시한 대법원 판단의 연장선에 있는 것으로,<sup>5)</sup> “일반

대법원 1992. 6. 23. 선고 92누4253 판결 등.

2) 대법원 2011. 2. 24. 선고 2008다29123 판결; 대법원 1992. 3. 13. 선고 91누5020 판결 등.

3) 이 리뷰의 사실관계 정리는 로이슈, “대법원, 업무방해·공동주거침입 마트노조 유죄 원심 파기환송,” 2022. 10. 18.자 기사를 참조하였다(<https://lawissue.co.kr/view.php?ud=2022101809092976869a8c8bf58f12>).

4) 이 사건의 1심은 피고인들 중 4명에게 각 벌금 150만 원에 1년간 형의 집행을 유예하는 한편, 피고인 중 3명에게는 형의 선고를 각 유예하였고, 원심은 공소사실을 유죄로 인정한 제1심 판단을 그대로 유지했다.

5) 이 사건은 피고인들이 공동하여 ○○시청에 이르러 150여 명의 조합원들과 함께 시청 1층 로비로 들어가 바닥에 앉아 구호를 외치며 소란을 피움으로써 시청 건물 관리자의

적으로 출입이 허용되어 개방된 건조물에 관리자의 출입 제한이나 제지가 없는 상태에서 통상적인 방법으로 들어갔다면, 사실상의 평온상태를 해치는 행위 태양으로 그 건조물에 들어갔다고 볼 수 없으므로 건조물침입죄에서 규정하는 침입행위에 해당하지 않는다.”는 입장을 재차 확인한 것으로 볼 수 있다. 다만, 이러한 법리에도 불구하고 하급심 판단에서 ‘소유자 및 관리자의 추정적 의사에 반하는 것’으로 주거침입을 쉽게 인정한 점은, 과거의 주거침입죄의 해석론이 아직까지 영향을 미치기 때문인 듯하다. 그러나 최근 간통 목적의 주거침입에 관한 대법원 전원합의체 판결(대법원 2021. 9. 9. 선고 2020도12630 전원합의체 판결<sup>6)</sup>)이나 범죄 목적의 상가 침입을 건조물 침입을 부정한 사건(대법원 2022. 5. 12. 선고 2022도2907 판결) 등에서 ‘추정적 의사’에 의한 주거침입을 일관되게 부정하고 있는 것이 판례의 흐름으로 보인다. 그렇다면 노동관계에서도 사업장의 종업원은 물론, 종업원이 아닌 조합원(예컨대 상급노조의 간부 등)이라 하더라도 공개된 장소에서, 통상적인 출입 방식에 의한 조합활동에 대해 주거침입을 부정하는 것은 법리적으로 타당하다.

한편 업무방해에 관한 사실관계를 살펴보면, H 강서점 2층 매장에 들어간 7명의 피고인들이 공모해 ‘부당해고’라고 쓰인 피켓을 들고, 피해자(강서점 지점장)와 H 대표이사 등 임직원을 따라다니며 “강제전배 멈추어라, 통합운영 하지마라, 직원들이 아파한다, 부당해고 그만하라”라고 고성을 지르는 방법으로 약 30분간 피해자의 현장점검 업무를 방해한 것이다. 이에 대하여 1심과 원심은 다수의 피고인들이 매장에서 피켓을 들고 피해자 등을 계속 따

---

의사에 반하여 건조물에 침입하였다고 기소된 사안인데, 당시 피고인들 등 조합원들은 시청 1층 중앙현관을 통해 1층 로비에 들어가면서 공무원 등으로부터 아무런 제지를 받지 않았고, 다수의 힘 또는 위세를 이용하여 들어간 정황이 없었다는 이유 등을 들어, 대법원은 관리자의 의사를 주된 근거로 유죄를 인정한 원심판결을 파기환송 하였다.

- 6) 이 사건에서 대법원은 피고인이 피해자의 부재중에 피해자의 처와 혼의 성관계를 가질 목적으로 피해자의 처가 열어 준 현관 출입문을 통하여 피해자와 피해자의 처가 공동으로 거주하는 아파트에 들어간 사안에서, 피고인의 주거 출입이 부재중인 피해자의 의사에 반하는 것으로 추정되더라도 주거침입죄가 성립하지 않는다고 판단하였다. 이는 남편이 일시 부재중 간통의 목적하에 그 처의 승낙을 얻어 주거에 들어간 경우 주거침입죄가 성립한다는 종전 판례(대법원 1984. 6. 26. 선고 83도685 판결)를 37년 만에 변경한 것이다.

라다니며 고성을 지르고 이를 카메라로 촬영한 것은 피해자의 자유의사를 제압할 만한 위력을 행사한 것이라고 하여 유죄로 인정하였다.

이에 대하여 대법원은 ① 피고인들은 7명(여성 4명, 남성 3명)임에 반하여, 당시 매장 현장점검에 참여한 인원은 피해자 등 20명 이상이었던 점, ② 피고인의 카메라 촬영은 단지 노동조합 조합원들에게 소식을 알리기 위한 목적이라는 점, ③ 피고인들의 행위가 피해자와의 일정 거리(1~2m 이상)를 유지하면서 진행을 가로막지 않는 등 물리적인 업무 방해가 없었다는 점, ④ 피고인들이 피해자 등에게 욕설 등을 하지 않고 존댓말을 사용하여 요구사항을 외쳤으며 당시는 매장 내부이지만 이러한 행위가 현장점검 업무를 방해할 정도의 소음이라고 보기 어려운 점, ⑤ 피고인들의 행위에도 불구하고 대표이사의 현장점검 업무가 약 30분간 진행된 점 등에 비추어 피해자 등의 자유의사를 제압하기에 족한 위력을 행사하였다고 단정하기는 어렵다고 판단하였다.

쟁의행위와 업무방해죄 문제를 별론으로 하더라도, 필자의 생각으로는, 제 1심과 원심의 판단 같이 노동조합 활동에 대한 업무방해죄 적용이 쉽게 인정되는 경향이 있는 듯하다. 이는 노동조합의 행위가 집단성으로 인하여 ‘위력’이 있다고 판단하기 쉽기 때문이다. 또한 노동조합의 의사표현 방식도 웬지 모르게 강하고, 거칠다는 선입견도 있는 듯하다. 그러나 잘못된 관점들이 “노동조합의 활동 = 위력”이라는 인식으로 이어져서는 안 되며, 대법원의 판시 사항과 같이 “범인의 위세, 사람 수, 주위의 상황 등에 비추어 피해자의 자유의사를 제압하기 족한 정도가 되어야 하는 것으로서, 그러한 위력에 해당하는지는 범행의 일시·장소, 범행의 동기, 목적, 인원수, 세력의 태양, 업무의 종류, 피해자의 지위 등 제반 사정을 고려하여 객관적으로 판단”되어야 함은 당연하다.

김근주(한국노동연구원 연구위원)

7) 사실관계를 살펴보면, 피고인들의 행위는 많은 고객들이 방문하고 판매촉진행사가 진행되기도 하는 대형마트 식품매장 등에서 이루어졌다.

## 조합활동 중 거친 표현에 대한 모욕죄 인정 여부와 단결권의 보장범위

- 대법원 2022. 10. 27. 선고 2019도14421 판결 -

### 【판결요지】

피고인은 2018년 5월 자신의 페이스북에 집회 일정을 알리면서 피해자들을 지칭하며 “버스노조 악의 축, A, B 구속수사하라!!”(이하 ‘이 사건 표현’이라 한다.)는 내용을 적시하였다. 우선 피고인이 사용한 이 사건 표현은 피해자들의 사회적 평가를 저하시킬 만한 경멸적인 표현에 해당하는 것으로 보인다. 그러나 피고인이 노동조합 집행부의 공적 활동과 관련한 자신의 의견을 담은 게시글을 작성하면서 이 사건 표현을 한 것은 사회상규에 위배되지 않는 정당행위로서 형법 제20조에 따라 위법성이 조각된다고 볼 여지가 크다.

### 1. 대법판결의 일반적 의의

(1) 이 사건의 주요 사실관계는 다음과 같다. A는 1991년부터 2008년까지 ○○지역버스노동조합(이하 ‘조합’이라 한다.)의 위원장이었고 현재도 조합의 상임지도위원이다. B도 조합의 사무처장으로서 조합의 집행부를 구성하고 있다. 피고인을 포함한 일부 조합원들은 ○○버스노동자협의회(이하 ‘협의회’라 한다.)라는 별도의 소규모 단체를 만들어 활동하고 있는데, 협의회에서는 2018년 5월 무렵 2018년 5월호 소식지를<sup>1)</sup> 만들어 버스기사들에게 배포하고 그 무렵 자신들의 주장을 알리기 위한 집회를 열기로 하였다. 이들은 조합 운영에 문제를 제기하면서 조합 재산의 투명한 운영, 위원장 직선제 등을 요구하고 있었고, 피고인은 그 주장을 하기 위한 집회 참여를 독려하면서

1) 이 소식지의 주요 내용은 퇴직금 누진제 폐지 과정에서 조합 집행부의 의견수렴절차 미비에 대한 비판, 조합이 퇴직금 누진제 폐지의 대가로 받은 돈의 사용처에 대한 의혹제기 및 조합 재산의 투명한 운영촉구, 조합 위원장 간선제에 대한 비판 및 직선제의 필요성 등이다.

이 사건 표현을 사용하였다.

(2) 대법원은 위 판결요지 2문과 같이 이 사건 표현이 구성요건해당성을 충족한다는 취지의 전제를 한 후 위법성조각의 근거로 다음과 같은 이유를 제시하였다.

① 노동조합의 조합원은 노동조합의 의사형성 과정에 참여하고 내부문제에 대하여 의견개진을 비롯한 비판활동을 할 권리가 있으며, 피고인은 조합 운영 등에 관한 자신의 주장을 하기 위한 집회 참여를 독려하면서 이 사건 표현을 사용한 것으로, 조합의 운영 등에 대한 비판적인 의견을 표현하는 과정에서 자신의 입장과 의견을 강조하기 위한 의도로 위 표현을 사용한 것으로 보인다. ② ‘악의 축’이라는 용어는 미국의 부시 대통령이 북한 등을 일컬어 사용한 이래 널리 알려지면서 자신과 의견이 다른 상대방 측의 핵심 일원이라는 취지로 비유적으로도 사용되고 있어 피해자들의 의혹과 관련된 이 사건 표현이 지나치게 모욕적이거나 악의적이라 보기도 어렵다. ③ 이 사건 표현에서 ‘구속수사하라!’ 부분은 협의회에서 2018년 5월호 소식지를 통해 제기한 의혹들에 대해 수사기관의 적절한 수사를 통한 사실관계 확인을 촉구하는 내용으로 위 부분 자체로는 피해자들의 사회적인 평가를 저해시킬 만한 경멸적인 표현에 해당한다고 볼 수 없다. ④ 피고인이 게시한 글의 전체적인 내용은, 조합의 비리를 막기 위해서는 조합 위원장의 직선제가 필요하고 이를 위한 집회를 개최할 예정이므로 많은 참석을 바란다는 취지이다. 피고인이 게시한 글 전체에서 이 사건 표현이 차지하는 비중이 그리 크지도 않다.

(3) 그런데 대법원이 형법 제20조의 사회상규에 위배되지 않는 정당행위로서의 위법성조각의 근거로 제시한 이유를 다시 살펴보면, ‘악의 축’이라는 표현은 비유적 표현으로 널리 알려져 있어 “모욕적이거나 악의적이라 볼 수 없다”고 하고, ‘구속수사하라’는 부분도 “경멸적인 표현에 해당한다고 볼 수 없다”는 것인바, 이는 모욕죄의 구성요건해당성 자체를 조각한 것으로 보아야 하는 것은 아닌지 의문이다.

(4) 결론적으로 무죄라는 점에서 피고인의 입장에서는 차이가 없다. 그러나 구성요건해당성조차 없는지 구성요건해당성은 인정되나 위법성이 조각되는지는 법질서가 당해 행위를 어떤 관점에서 이해하고 있는지를 보여준다는 점에서 중요한 문제가 아닐 수 없다. 노동법 영역에서 오랜 논쟁거리인, 업

무저해를 본질적 요소로 하는 쟁의행위가 형법상 업무방해죄의 구성요건을 일단 충족하는지 여부와 외형상 동일한 문제이다.<sup>2)</sup> 대상판결의 논리전개에 대해서는, 표현 그 자체만을 들여다보면 경멸적이지만(구성요건 해당), 그 표현이 이루어진 전후의 맥락, 사회적 관계 등을 고려하면 경멸적이지 않다고 본 것(사회상규에 위배되지 않음)이라고 평하는 것이 ‘무난한’ 평가가 될 것이다. 그리고 이러한 입장에서 이 판결을 이해하면 쟁의행위와 업무방해죄의 관계와 같은 치열한 논란 따위는 불필요하다. 그냥 대상판결은 ‘악의 축’, ‘구속수사하러’는 표현은 평소 함부로 사용하면 모욕죄로 처벌받을 수 있으나 일정한 맥락에서는 써도 무방하다는 정도의 소개면 충분하다.

## 2. 사 족

하지만 이번 기회에 단결권 행사 중 사용된 거친 표현이 (i) 명예훼손죄 내지 모욕죄의 구성요건에 일단 해당한다고 볼 것인지 아니면, (ii) 헌법이 보장하는 단결의 자유를 행사한 것이므로 구성요건해당성은 원칙적으로 인정되지 않으며 다만 그 정도가 심한 경우에 권리남용으로 보아 구성요건해당성이 인정될 뿐이라고 볼 수는 없는지를 생각해 보는 것도 나쁘지 않아 보인다. 일반적으로 명예훼손죄나 모욕죄는 표현의 자유의 한계선을 제시하는 기능을 한다. 따라서 이 문제는 단결권행사에 사용된 표현의 법적 한계선이 일반 표현의 자유의 그것과 동일한지 혹은 그보다 더 먼 영역까지 미치는지와 관련이 있다. 궁극적으로 단결권 자체의 보장 한도와 연결되는 질문이다.

단결권은 표현의 자유가 (결사의 자유를 거쳐) 근로자를 위하여 노동관계의 영역에서 특별히 발현된 것으로 우리 헌법은 이를 기본권으로 보장하고 있다(제33조 제1항). 즉, 일반적 표현의 자유로는 근로조건의 유지·개선을 주장하는 근로자에게 충분한 보호를 달성할 수 없기에 더 강력한 보호를 하는

2) 이 논의는 “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.”는 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결로 불완전하지만 해결되었다.

것이다. 비유컨대 일반법과 특별법의 관계라 할 수 있다. 최근 대법원은 단결권에 대하여 “자유권으로서의 본질을 가지고 있으므로, ‘국가에 의한 자유’가 아니라 ‘국가로부터의 자유’가 보다 강조되어야 한다.”고 밝힌 바 있다(대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결). 단결의 자유는 단순히 노동조합을 조직하는 것 외에도 그렇게 조직된 노동조합이 단체로서의 활동을 영위하는 것도 포괄하고 이 사건에서와 같이 조합원이 “노동조합의 기관으로서 행한 것이 아니라 개인적·자발적으로 행한 행위라도 그 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있거나 노동조합의 묵시적인 수권이나 승인을 받았다고 볼 수 있을 때”와 같은 경우에도 적용된다. 그런데 근로조건의 유지·개선은 단순히 근로자가 뭉치는 것만으로는 부족하고 자신의 목소리를 대외적으로 표출해야만 달성될 수 있다. 그 과정에서 노동조합의 활동에는 다양한 표현들이 사용된다. 사용자 내지 다른 근로자를 설득하기 위한 표현, 잘못을 따지기 위한 표현, 그러한 노력이 실패했을 때의 아쉬움, 서러움, 분노나 좌절 등 표현의 내용이 다양하다. 사회적 약자가 격조있는 언어로 품위있게 자신의 요구를 말하고 그것을 들어주는 분위기가 조성되어 있다면 좋겠지만 현실은 그렇지 못한 경우도 많이 있다. 약자의 소리에는 욕설이 들어가기도 하고 때로는 사업주의 감추고 싶은 사실을 직설적으로 또 때로는 풍자적으로 내뱉기도 한다. 단결권이 행사되는 풍경은 통상 이러하다. 노동조합의 활동은 여러가지 표현이 허용되어야만 그 본래적 효과를 얻을 수 있다. 우리 단결권은 이러한 다양성을 포용하고 있는가. 다양한 표현의 방식에 대해 단결권은 어디까지를 보호 영역으로 하는가. 이에 대한 연구는 아직 많지 않아 보인다. 단결권의 영역에서 사실적시 명예훼손죄(형법 제 307조 제1항)는 적용되지 말아야 하는 것은 아닌지, 혼자 운전대를 잡고 운전하던 중 비매너 운전자와 조우했을 때 무의식중에 쉽게 내뱉는 그런 흔히 사용되는 욕설이 단결활동 중 잠깐 사용되는 경우 모욕죄의 구성요건해당성은 배제된다고 보아야 하지 않은가와 같은 질문을 던져본다. 물론 이를 당장 인정하지는 것은 아니다. 설령 인정하더라도 일정한 한계는 존재할 것이다. 요점은 표현의 자유와 구분되는 단결권의 고유한 영역을 고민해 보자는 것이다.

한편, 노동조합 활동과 관련하여 일련의 표현으로 회사의 명예를 실추시켰다거나, 직원으로서의 품위를 손상시켰다는 등의 사유로 징계에 회부되는



근로자의 사례를 종종 본다. 경우에 따라서는 그러한 징계가 부당노동행위에 해당한다고 인정되기도 하지만 부당노동행위의사가 인정되기 어렵다 하여 징계처분의 정당성이 인정되기도 한다. 단결권의 보호영역이 일반 표현의 자유보다 좀 더 넓어진다면, 그 독자성이 견고해진다면, 이런 문제에 대해서도 다른 접근을 할 수 있을 것이다.

### 3. 대상판결 다시읽기

사족을 피해 다시 대상판결로 돌아와 보자. 노동조합 및 노동관계조정법 제4조 본문은 “형법 제20조의 규정은 노동조합이 단체교섭·쟁의행위 기타의 행위로서 제1조의 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용된다.”고 규정하고 있지만, 대상판결은 이 조문은 언급조차 하지 않았다. 곧장 형법 제20조로 달려갔다. 이것은 대상판결이 노동조합 조합원의 조합활동을 특별히 보호해야 한다는 단결권 보장적 관점에서 접근한 것이 아니라 피고인의 행위의 사실적 맥락을 설명하기 위한 도구로 노동조합 활동을 언급한 것으로 읽어야 함을 의미한다. 그렇다면 대상판결에 대해서는 I.(3)에서 언급한 무난한 평가가 역시 무난했음을 확인할 수 있다. 즉, 사법부의 입장에서는 단결권이라고 하여 표현의 자유의 일반적 한계를 넘지는 못하므로 특별히 노동조합법을 언급할 가치가 없는 것이다. 여기가 우리 단결권의 현주소이고, 위 II.의 제목이 蛇足인 이유이다.

김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)

## 체크오프 조합원 수 적용과 공정대표 의무 위반

- 서울고등법원 2022. 10. 13. 선고 2021누58990 판결 -

### 【판결요지】

[1] 공정대표의무는 헌법이 보장하는 단체교섭권의 본질적 내용이 침해되지 않도록 하기 위한 제도적 장치로 기능하고, 교섭대표노동조합과 사용자가 체결한 단체협약의 효력이 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에게도 미치는 것을 정당화하는 근거가 된다. 이러한 공정대표의무의 취지와 기능 등에 비추어 보면, 공정대표의무는 단체교섭의 과정이나 그 결과물인 단체협약의 내용뿐만 아니라 단체협약의 이행 과정에서 준수되어야 한다고 봄이 타당하다. 또한 교섭대표노동조합이나 사용자가 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합 또는 그 조합원을 차별한 것으로 인정되는 경우, 그와 같은 차별에 합리적인 이유가 있다는 점은 교섭대표노동조합이나 사용자에게 주장·증명책임이 있다(대법원 2019. 10. 31. 선고 2017두37772 판결 등 참조).

[2] 차량 지원이 노동조합의 존립과 발전에 필수적인 요소는 아니더라도 사용자가 이를 제공하기로 한 이상 구 노동조합법 제29조의4 제1항에 의하여 교섭창구 단일화에 참여한 노동조합 사이에는 그 이용에 합리적인 이유 없이는 차별이 없어야 한다. 이는 차량 제공이 법적으로 규정된 의무가 아니라도 마찬가지이다. 원고가 이 사건 차량 배분을 하며 차량 배분 시점의 체크오프 조합원 수만을 기준으로 배분한 것은 합리적인 이유가 없는 차별에 해당한다.

### 1. 대법판결의 주요 사실관계

(1) 포항, 광양, 서울 등에 사무소를 설치·운영하고 있는 주식회사 포스코(이하 “원고”라 한다)에는 한국노동조합총연맹 산하의 기업단위 노동조합인 포스코노동조합(이하 “A 노조”라 한다.)과 전국민주노동조합총연맹 산하의 전국단위 산업별 노동조합의 포스코 지회(이하 “B 노조”라 한다.)가 설치되어 있다. A 노조는 1988. 6. 29. 설립되었고, B 노조는 2018. 9. 16. 설치되었다.

(2) B 노조는 원고 노무협력실 소속 직원들의 2018. 9. 23.자 ‘금속노조 대응방안 문건’ 작성 등의 행위 등에 대하여 부당노동행위 구제신청을 한 바 있는데, 이 구제신청이 경북지방노동위원회(이하 “지노위”라 한다.)에서 기각된 이후 조합원 수가 감소하였다고 주장한다. 아울러 원고는 2018. 12. 11. B 노조의 지회장, 사무장, 기획부장을 해고하였고 이후 당사자들의 구제신청 절차를 거쳐 위 각 해고가 부당해고로 판결이 확정되었다.

(3) 2019년 단체교섭을 위한 교섭대표노조 결정을 위해 원고가 위 조합들에 ‘조합원 수’를 알려달라고 요청하였는데, A 노조는 조합원 수가 과반수를 넘는 6,484명이라 통지하였으나, B 노조는 이를 통지하지 않았다. 이에 원고는 A 노조를 과반수 노동조합으로 공고하였다.

(4) B 노조는 지노위에 이 교섭대표 결정에 대한 이의신청을 하였고, 지노위는 2018. 12.경 원고의 근로자 명부를 토대로 조합원 명부에 조합원의 소속 부서, 직책, 직군 및 직급 등에 대한 확인절차를 거쳐 사용자 여부, 이중조합 가입자, 규약상 가입 제외자 등 다툼이 있는 가입자를 제외하더라도 B 노조의 조합원 수는 3,137명이고, A 노조의 조합원 수는 4,783명이므로, A 노조의 조합원 수가 더 많다고 판단하였고, B 노조의 재심신청에 대해 중앙노동위원회도 같은 취지의 기각 결정을 하였다.

(5) 2019. 2. 원고와 A 노조는 근로 시간면제운영에 관한 합의를 하였다. 이 합의에 따르면 전체 근로 시간면제 한도는 연간 24,200시간, 최대 사용인원은 24명으로 그 사용시간과 인원은 교섭창구단일화에 참여한 노조 간의 상호 합의에 따라 부여하되, 노조 간 합의가 이루어지지 않는 경우 최종적으로 교섭참여노조 확정공고일 당시의 조합원 수를 기준으로 결정한다.

(6) 차량지원과 관련하여 2019. 8. 원고와 A 노조는, 창구단일화 절차에 참여한 노조에 대하여 스타렉스 차량 3대를 2019. 11.부터 2021. 6.까지 총 20개월간 지원하기로 잠정합의하였다. 이에 따라 원고는 2019. 10. 두 노조에 ‘2019년 10월’의 ‘체크오프 인원’을 기준으로 3대 중 2대는 A 노조가, 나머지 1대는 1개월 단위로 5개월간은 B 노조가, 나머지 15개월은 A 노조가 이용하되(즉, 1:1의 비율로 배분), B 노조가 요구하면 먼저 사용할 수 있다는 취지의 공문을 보냈다.

## 2. 사건의 경과

(1) 지노위는 B 노조가 위 차량 배분에 대하여 제기한 공정대표의무위반 시정신청을 인용하였고, 원고가 불복한 재심에서 중노위도 동일한 결정을 하였다.

(2) 원고는 행정소송을 제기하였는데, 서울행정법원은 ① 차량을 전혀 제공하지 않은 것이 아니고 조합원 수에 비례하여 사용기간을 정한 점, ② B 노조가 주장하는 조합원 수가 3,300명이나 체크오프 조합원은 600명에 불과해 차이가 크에도 이에 관한 구체적 증빙자료를 제출하지 않아 합의 도출이 어려운 점을 고려할 때 원고가 체크오프 조합원 수를 기준으로 한 것은 합리적인 점, ③ 사무실과 달리 차량은 노동조합이 스스로 조달하는 데 아무 제약이 없고, 차량이 제공되지 않는 시기가 발생하더라도 이러한 사정이 양 노조의 조합활동에 질적 차이가 수반된다고 볼 수 없는 점 등을 근거로 중노위의 판정을 취소하였다.

## 3. 대상판결의 취지

(1) 그러나 대상판결은 원고의 입장에서 ‘조합원의 수’를 기준으로 하는 것은 합리성을 인정할 수 있으나, 1심과 달리 ‘조합원의 수’를 판단하는 시점과 산정방법, 사업장의 특수한 사정 등을 고려할 때 합리적 이유가 없는 차별이라 보았다.

(2) 먼저 판단시점을 2019년 10월로 본 것과 관련하여, 차량 배분에 관한 잠정합의에서 창구단일화 절차에 참여한 노조를 대상으로 하고 있고, 차별 금지의무도 역시 창구단일화 참여여부를 기준으로 부과되는 점, 위 근로 시간면제한도 배분의 경우에도 협의가 이루어지지 않는 경우 최종적으로 교섭 참여노조 확정공고일 당시의 노동조합원 수를 기준으로 하는 점 등에 비추어 보면 가장 유력한 시기는 교섭창구 단일화 절차에 참여 시점으로 보아야 한다는 취지로 판시하였다. 이에 이 사건에서는 노동위원회에 제기된 교섭 대표 결정에 대한 이의신청 사건에서 파악한 바에 따르면 다툼이 있는 조합원을 제외할 경우 B 노조 3,137명, A 노조 4,783명이고, 다툼이 있는 조합원

을 포함하더라도 B 노조 3,306명, A 노조 6,426명이므로, 차량 사용에 있어서 최대 약 1:2의 비율이 적용되어야 한다.

(2) 조합원 수 산정방법에 있어서도 I.(2)의 사실에 비추어 B 노조 조합원이 불이익한 처분을 받을 것을 우려해 체크오프를 신청하지 않았을 가능성이 높으므로 객관적인 제3자로 하여금 B 노조의 CMS(Cash Management Service, 자금 관리 서비스) 내역과 조합원 명부 등을 확인하게 하는 방법 등을 시도하여 B 노조 주장의 조합원 수를 확인하려는 노력을 기울일 필요가 있으나 그렇게 하지 않았다.

(3) 원고의 사업장은 포항과 광양이라는 원거리에 나뉘어 분포되어 있는 특수성이 있어 차량 지원이 조합활동에 필요해 보이는 점, 이러한 차량을 한 쪽에 일방적으로 유리하게 할 경우 향후 조합원 모집에서도 일방이 과도하게 유리해질 가능성이 존재하는 점, 특정 기간만 B 노조가 사용하도록 하는 방식은 실질적으로 제대로 차량을 사용할 수 없는 조치에 해당하는 점 등에서 차량 배분의 합리성을 인정하기 어렵다고 보았다. 그리고 결론적으로 위 판결요지 [2]와 같이 차량 지원을 일단 하기로 한 이상 합리적 이유 없이는 차별을 해서는 안된다고 보았다.<sup>3)</sup>

#### 4. 대선평결의 의의

##### 가. 공정대표의무의 취지 확인

복수노조 허용시 도입된 창구단일화제도가 단체교섭권을 심각하게 제약한다는 비판이 있다. 이러한 비판을 고려한다면 공정대표의무를 강화해 교섭대표노동조합이 되지 못한 노조의 교섭권을 보완할 필요가 있다. 대선평

3) 이외에도 이 사건에서 원고는, 이 사건 차량 배분은 원고와 교섭대표노동조합과의 합의에 따른 것이어서 교섭대표노동조합의 동의 없이 원고가 단독으로 그 내용을 변경할 수 없는바, 원고가 이 부분에 관하여 교섭 대표노동조합을 제외하고 단독으로 공정대표의무 위반의 주체가 될 수 없으므로 부적법 각하되어야 한다는 주장을 하였으나, 이 주장은 노동위원회, 1심, 대선평결에도 모두 받아들여지지 않았다. 대선평결은 그 이유로 구 노동조합 및 노동관계조정법 제29조의4 제1항에서 공정대표의무의 주체를 교섭대표노동조합과 사용자로 규정하고 있는바, 문언상 사용자가 단독으로 공정대표의무의 주체가 될 수 없다고 해석하기는 어려운 점, 이 사건 차량 배분의 경위에 비추어 원고가 단독으로 차량 배분 방식을 변경할 수 없다고 보이지는 않는 점 등을 제시하였다.

결은 판결요지[1]에 나타난 대법원의 입장을 확인하고, 이를 사안의 맥락을 고려하여 적용하였다는 점에 의의가 있다.

#### 나. 체크오프 기준 조합원 수 산정의 문제점 지적과 대안 제시

1심 판결과 대상판결은 사건을 이해하는 방식의 차이를 보인다. 1심은 조합원 수 산정에 협조하지 않는 B 노조를 탓하는데 방점을 두었다면 대상판결은 B 노조가 협조하지 않은 이유에 주목했다. 교섭대표노조 결정에 대한 이의신청 사건이 노동위원회에 제기되는 경우 경쟁하는 노조 중 누가 진짜로 조합원이 더 많냐를 다투는 경우가 일반적이다. 즉, 조합원 수를 정확하게 가늠해 보자는 것이다. 그런데 이 문제는 창구단일화절차에 참여하여 교섭대표노조가 되려는 각 노조들이 사용자에게 자신의 조합원 수를 정확하게 공개하면 쉽게 해결될 일이다. 이렇게 간단한 방법이 있는데 B 노조는 조합원 수 공개를 꺼리고 있으니 그에게는 불이익이 가해져야 한다는 사고가 1심 판결의 기저에 깔려 있다. 그러나 현실은 그렇게 녹록하지 않다. 조합원 수를 공개하는 과정에서 사용자(혹은 상대 노조)에게 어느 근로자가 어느 노조에 가입했는지에 대한 정보가 노출되기 십상이다. 경쟁하는 노조 사이에 신뢰가 존재해 그저 ‘조합원 수’의 숫자만을 제시하고 서로 대소를 비교한다면 문제가 되지 않지만, 현실은 상대방이 제시한 숫자를 믿지 못하는 경우가 다반사다. 이에 조합원 명부와 근로자명부를 서로 대조해 보고 한 명씩 그 수를 세어 보아야 직성이 풀린다. 조합비 ‘체크오프’ 중인 근로자의 수를 세어보는 방법도 이러한 문제를 해결하는 용이한 방법 중 하나이다. 그러나 이 사건과 같이<sup>4)</sup> 사용자가 선호하지 않는(혹은 그와 적대적인) 노조의 경우에는 불이익을 염려해 조합원들이 자신이 해당 노조에 가입했음을 드러내지 않기 위해 체크오프를 신청하지 않는 경우도 있을 것이다. 단결권은, 최근 대법원판결에 따르면 자유권으로서 구체적 권리성이 있다.<sup>5)</sup> 이 단결권에는

4) 위 I(2)의 사실관계를 참고.

5) “노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 범규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다. (중략) 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.”(대법원 2020. 9. 3. 선고

어느 노조에 가입했는지를 숨기고 싶은 자유 혹은 사용자에게 알리고 싶지 않은 자유도 포함되는데, 근로자가 편의를 위해 체크오프를 선택하면 이 자유를 스스로 포기하는 셈이 된다. 그런데 교섭대표노동조합을 결정하거나 혹은 이 사건과 같이 근로 시간면제의 사용, 차량 배분에 있어 체크오프만을 기준으로 하여 조합원 수를 산정한다면 사용자가 선호하지 않는 노조에 가입한 근로자들은 ‘움짤’할 수밖에 없다. 자신이 속한 노조가 법률 내지 단체협약이 부여한 대우를 받기 위해서는 자신의 이러한 자유를 포기해야 하기 때문이다. 내 자유를 행사하는데 당당하지 못하고 움짤해야 한다는 것은 우리나라 같은 법치주의 국가에서는 말이 되지 않는다. 체크오프만을 조합원 수 산정기준으로 적용하는 것은 이처럼 자유의 포기를 강제한다는 점에서 당사자가 동의하지 않는 한 그리고 다른 대안이 존재하는 한 지양할 필요가 있다. 대상판결은 이에 대한 대안으로 “객관적인 제3자로 하여금 B 노조의 CMS 내역과 조합원 명부 등을 확인하게 하는 방법 등을 시도”할 것을 주문하고 있다. 교섭대표노조 결정과정에서 노조들이 노동위원회를 찾는 것도 노동위원회가 위와 같은 역할을 위와 같은 방법으로 수행하고 있기 때문일 것이다. 그러나 노동위원회는 교섭대표노조가 결정된 이후에 사후적으로 개입한다는 점에서 교섭촉진을 저해할 수 있고, 나아가 노사가 근로 시간면제나 차량 배분의 시점을 보다 세밀하게 정하고자 하는 경우에는 결국 이 사건과 같이 공정대표의무위반 시정신청을 할 수밖에 없어 우회적이며, 일단 시정명령이 내려지면 그 준수여부가 다시 쟁점이 되어 또 다른 사건이 될 수도 있는 등 목적에 비해 과도한 대응이 된다는 문제가 있다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 장차 이에 관한 별도의 행정제도를 만드는 방법도 있지만, 노사합의로 변호사나 공인노무사같이 법률상 비밀유지의무를 부담하는 자에게 조합원 수를 정확하게 세어 줄 것을 위임하는 방법도 고려해 볼 수 있을 것이다.

#### 다. 질적 공정 추구

대상판결은 차별의 합리성 판단에 있어 조합원 수에 비례하는 형식적 공정을 넘어 실질적 공정을 추구했다는 점에서도 1심 판결과 결을 달리한다. 1

심은 차량 사용이 중요하지 않다고 본데 반해, 대상판결은 사업장의 분산도를 고려해 차량의 필요성을 살피고 일방적 차량지원이 초래할 문제점까지도 검토했다. 소규모 사업장이라면 1심 판단을 수긍할 수 있지만, 포스코는 주된 사업장이 매우 멀리 떨어져 있고 해당 사업장 부지 역시 소도시 급으로 넓다는 점에서 일반 사업장과 동일시하기는 어렵다. 기실 우리가 추구하는 ‘공정’은 형식적인 것이 아니라 실질적인 것이나, 실질 판단은 다양한 차원의 고려를 요한다는 점에서 쉽지 않은 것이 사실이다. 이 때문일까. 우리는 공정대표의무위반을 따질 때 통상 조합원 수에 기반한 양적 비례성이 달성되었는지를 중심으로 보는 경향이 강하다. 대상판결은 이러한 경향에 대한 경계심을 일깨웠다는 점에서도 유익하다.

김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)



## 노조설립 무효확인 소송의 남용(濫用)

- 서울중앙지방법원 2021. 12. 2. 선고 2020가합548720 판결 -

### 【판결요지】

출장소장, 지소장의 보직을 부여받은 변호사들이 노동조합법 제2조 제4호 단서 (가)목의 ‘사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자’에 해당하지 않는 이상, 피고가 이들의 참가를 허용한다 하더라도 노동조합법 제2조 제4호에서 정한 노동조합의 실질적 요건을 갖추지 못하였다고 볼 수 없으므로, 이와 다른 전제에선 원고의 주위적 청구와 예비적 청구는 더 나아가 살펴볼 필요 없이 모두 이유 없다.

2021년 대법원은 사용자의 부당노동행위의 일환으로 설립된 노동조합(이른바 ‘어용노조’)은 그 설립이 무효로서 노동3권 향유 주체가 될 수 없다는 법리를 제시하며, 해당 사건에서 ‘유성기업 주식회사 노동조합’은 자주성 등을 갖추지 못하여 그 설립이 무효라고 판단하였다.<sup>1)</sup> 이 판결은 다른 노동조합<sup>2)</sup>이, 문제가 되는 노동조합의 실질적 요건을 소송상 법률적 대상으로 삼을 수 있다는 점을 확인한 최초의 사건이다.<sup>3)</sup>

이와 같이 노동조합이 다른 노동조합을 상대로 그 설립의 무효를 주장하는 경우는, 이후에 에버랜드 노동조합 사건이 있다. 역시 사용자의 부당노동행위에 의해 설립된 노동조합은 그 설립이 무효라고 판단했다.<sup>4)</sup> 대선평결도 노동조합의 설립 무효를 다룬 사안인데, 앞의 유성기업 주식회사 노동조합이나 에버랜드 노동조합 사건과는 분명 다른 점이 있다. 대선평결의 사실관

1) 대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다51610 판결. 이 판결에 대한 평석은 김근주(2021), 「노동조합의 자주성에 관한 법적 판단」, 『노동리뷰』 제193호, 한국노동연구원, pp.99~101 참조.

2) 전국금속노동조합

3) 김근주, 앞의 글, p.101 참조.

4) 수원지방법원 2021. 8. 26. 선고 2019가합101811 판결. 이 판결에 대한 평석은 강주리(2021), 「사용자의 부당노동행위에 의해 설립된 노동조합의 법적 지위」, 『노동리뷰』 제199호, 한국노동연구원, pp.62~66 참조.

계와 판결요지는 다음과 같다.

대한법률구조공단(이하 ‘공단’)은 법률구조 사업을 행하는 공공기관으로써, 관련 법률에 따라 지방법원 소재지에 18개 지부를, 지방법원지원 소재지에 41개 출장소를, 시·군법원 소재지에 73개 지소를 두고 있다. 공단은 법률구조업무를 전담하는 변호사(이하 ‘소속변호사’)를 두고 있고, 소속변호사 외에 일반직·서무직·계약직 등의 직원(이하 ‘소속직원’)을 두고 있다.

대한법률구조공단노동조합(이하 ‘직원노조’ 또는 ‘원고노조’)은 공단의 소속직원을 조직대상으로 하여 1988년에 설립되었고, 소속직원 560여 명이 조합원으로 가입하고 있다. 대한법률구조공단 소속변호사노동조합(이하 ‘변호사노조’ 또는 ‘피고노조’)은 공단의 소속변호사를 조직대상으로 하여 2018. 3. 5. 설립되었고, 소속변호사 80여 명이 조합원으로 가입하고 있다. 변호사노조는 2018. 6. 22. 중앙노동위원회로부터 교섭단위 분리 결정을 받았고, 이 결정은 확정되었다.<sup>5)</sup>

직원노조는, 변호사노조 조합원들 중에 출장소장·지소장의 보직을 부여 받은 변호사들은 출장소·지소의 최고 책임자로서 해당 출장소·지소의 업무를 통할하고 소속직원을 지휘·감독하는 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노조법’) 제2조 제2호의 사용자에 해당하고, 따라서 변호사노조는 노동조합의 실질적 요건을 갖추지 못하여 그 설립이 무효로서 노동조합의 지위를 가지지 않는다며, 노동조합 설립무효 확인의 소를 제기하였다.

대상판결은 먼저 ‘확인 의 이익’에 대하여 직권으로 판단하였다. 대상판결은 2021년 대법원판결의 법리<sup>6)</sup>를 인용하며, 피고노조의 설립이 무효일 경우

5) 중앙노동위원회 2018. 6. 22. 중앙2018단위6. 이 재심결정은 사용자가 행정소송을 제기하지 않아 그대로 확정되었다.

6) “복수 노동조합의 설립이 현재 전면적으로 허용되고 있을 뿐 아니라 교섭창구 단일화 제도가 적용되고 있는 현행 노동조합법하에서 복수 노동조합 중의 어느 한 노동조합은 원칙적으로 스스로 교섭대표노동조합이 되지 않는 한 독자적으로 단체교섭권을 행사할 수 없고(제29조의2, 제29조 제2항 등), 교섭대표노동조합이 결정된 경우 그 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원의 과반수 찬성 결정이 없으면 쟁의행위를 할 수 없게 되며(제41조 제1항), 쟁의행위는 교섭대표노동조합에 의해 주도되어야 하는(제29조의5, 제37조 제2항) 등 법적인 제약을 받게 된다. 그러므로 단체교섭의 주체가 되고자 하는 노동조합으로서의 위와 같은 제약에 따르는 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위협이나 불안을 제거하기 위하여 다른 노동조합을 상대로 해당 노동조합이 설립될 당시부터 앞서 본 노동조합법 제2조 제4호가 규정한 주체성과 자주성 등의 실질적 요건을 흠결하였음을 들어 그 설립무효의 확인을 구하거나 노동조합으로서의 법적 지위가 부존재한다

원고노조만이 공단의 유일한 노동조합으로서 단체교섭권을 갖게 되느냐, 원고노조로서는 복수 노동조합이 존재하는 경우의 노조법상 제약에 따르는 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 피고노조를 상대로 그 설립무효의 확인을 구할 이익이 있다고 판단하였다.

다음으로 본안의 쟁점은 변호사노조가 실질적 요건을 갖추었는지 여부이다. 변호사노조가 지부장의 보직을 부여받은 변호사의 조합원 가입을 허용하지 않은 사실은 다툼이 없으므로, 변호사노조에 가입하여 활동하는 출장소장·지소장의 보직을 받은 변호사가 노조법 제2조 제4호 단서 가목의 “사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자”에 해당하는지가 쟁점이다.

대상판결은 출장소장·지소장의 보직을 받은 변호사는 사용자 또는 그 이익대표자가 아니라고 판단하였다. 근거는 다음과 같다. 출장소장·지소장은 해당 출장소·지소의 예산 편성 및 집행에 관한 권한과 책임을 부여받았다고 보기 어려운 점, 출장소 소속 직원에 대한 근무평정 권한 및 책임을 출장소장이 아니라 지부장 내지 근무성적평정위원회에 귀속되어 있는 점, 출장소장·지소장은 해당 출장소나 지소 직원의 승진·징계·근로조건 결정 등에 관한 권한이 없는 점, 출장소나 지소에 소속변호사가 1명만 배치되어 소속변호사가 소송업무를 하면서 출장소장·지소장의 보직을 겸하는 경우도 많은 점 등이다. 따라서 변호사노조가 이들의 참가를 허용한다 하더라도 노조법 제2조 제4호에서 정한 노동조합의 실질적 요건을 결여했다고 볼 수 없다는 이유로 직원노조의 청구를 모두 기각하였다.

대상판결과 관련하여 두 가지를 지적해 본다. 첫째, 대상판결은 ‘확인의 이익’을 인정하였는데, 이 부분은 좀 더 면밀한 검토가 필요하다. 중앙노동위원회는 공단의 교섭단위를 ‘소속변호사 직군’과 ‘소속직원 직군’으로 분리하는 결정을 하였고, 이 결정은 확정되었다. 따라서 분리된 교섭단위에서 변호사노조와 직원노조는 각각 단체교섭권을 행사할 수 있다. 분리된 교섭단위에서는 복수노조가 아닌 단수노조인 상황이 되므로, 이런 상황에서 ‘노조법상 제약에 따르는 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안’이

는 확인을 구하는 소를 제기할 수 있다고 보는 것이 타당하다.”(대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다51610 판결)

인정되기는 어렵다. 2021. 1. 5.에 개정된 노조법에 따라 ‘분리된 교섭단위를 다시 통합’하는 것이 가능하긴 하나(노조법 제29조의3 제2항 참조), 특별한 사정변경이 없는 한 교섭단위 통합이 인정되기도 어려울 것으로 보인다.

둘째, 대상판결은 출장소장·지소장의 보직을 받은 변호사는 사용자 또는 그 이익대표자가 아니라고 판단하였다. 이 판단에 동의하면서, 하나의 질문을 던져본다. 만약에 이들이 사용자 또는 그 이익대표자에 해당한다고 전제했을 때, 과연 이 때문에 노동조합의 지위가 부정되는가? 즉, 어떤 노동조합에 사용자의 이익대표자가 일부 가입하여 활동을 하는 경우, 그 노동조합의 지위 자체가 부정되는가의 문제이다. 이는 쉽게 결론 내리기 어려운 노동법의 대논쟁 중의 하나이다.

사용자가, 어떤 노동조합에 사용자의 이익대표자가 일부 가입하여 활동한다는 이유로 단체교섭을 거부한다거나 또는 이익대표자의 탈퇴를 요구하는 것이 부당노동행위에 해당하는지는 다툼의 대상이 될 수 있다. 그러나 이는 부당노동행위 판단의 문제이지, 그 노동조합의 지위(즉, 존재) 자체를 부정하고자 하는 분쟁은 아니다.

이러한 논쟁적인 사항과 관련하여, 노동조합이 다른 노동조합을 상대로 그 존재 자체를 부정하고자 하는 노동조합설립무효 소송을 제기하는 것이 과연 온당한가. 대상판결을 읽으며 느끼는 본질적인 문제이다. 게다가 앞선 유성기업과 에버랜드 노동조합 사건의 경우는, 사용자의 부당노동행위에 의해 설립된 노동조합이란 사실이 명확했던 사안이다. 반면 대상판결의 변호사노조가 부당노동행위의 일환으로 탄생했다는 사실은 전혀 드러나지 않는다.

2021년 대법원판결은 “노동조합의 조직이나 운영을 지배하거나 개입하려는 사용자의 부당노동행위에 의해 노동조합이 설립된 것에 불과하거나, 노동조합이 설립될 당시부터 사용자가 위와 같은 부당노동행위를 저지르려는 것에 관하여 노동조합 측과 적극적인 통모·합의가 이루어진 경우”에 그 노동조합의 지위가 부정된다는 법리를 제시하였다. 따라서 대상판결의 사안처럼 ‘조합원 중에 일부가 사용자의 이익대표자인지 여부’가 쟁점이 되는 경우에는, 그 노동조합의 설립이 무효로 인정될 여지는 없다. 대상판결의 결론에 전적으로 동의하지만, 대상판결이 이러한 점을 지적하지 않은 것은 조금 아쉽다.

아무리 노동조합들 간에 경쟁관계에 있다고 하더라도, 대상판결 정도의 사안을 가지고서 노조설립 무효확인 소송을 제기하는 것은 바람직하지 않다. 이는 소권의 남용(濫用)이 될 수 있다. 향후 법원은 노조설립 무효가 인정될 수 있는 범위를 다시금 명확히 제시해 줄 필요가 있다. 그 이전에 부당노동 행위 일환으로 설립된 노동조합이라는 등의 특별한 사정이 없는 한, 노조설립무효확인 소송은 제기하지 않겠다는 노동조합들 간의 신사협정이 필요하다(예컨대, 양대 노총의 신사협정).

방강수(공인노무사, 법학박사)

# 쟁의행위

## 부당노동행위 구제명령의 상대방으로서 사용자

- 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두54005 판결 -

### 【판결요지】

부당노동행위에 대한 구제제도는 집단적 노사관계의 질서를 침해하는 사용자의 행위를 예방·제거함으로써 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 확보하여 노사관계의 질서를 신속하게 정상화하는 것에 그 목적이 있다. 그런데 현실적으로 발생하는 부당노동행위의 유형이 다양하고 노사관계의 변화에 따라 그 영향도 다각적이어서 부당노동행위의 예방·제거를 위한 구제명령의 방법과 내용은 유연하고 탄력적일 필요가 있으므로, 구제명령을 발령할 상대방도 구제명령의 내용이나 그 이행 방법, 구제명령을 실효적으로 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는지 여부 등을 고려하여 결정하여야 하고, 그 상대방이 사업주인 사용자에 한정된다고 볼 수 없다.

### 1. 사건의 개요 및 주된 쟁점

원고1은 택시회사인 A 회사에 조직되어 있던 전국택시산업노동조합의 A 택시분회위원장으로 재임하다가 2015년 2월 A 회사의 기업단위 노동조합인 A 택시(주)노동조합을 설립하여 그 위원장이 되었고 같은 해 3월 전국택시산업노동조합에서 제명되었다. 이후 A 택시(주)노동조합이, 전국택시산업노동조합의 부산지역본부 부분부장이 위 노동조합을 탈퇴한 후 2015년 2월 설립

한 원고 전국택시 산별노동조합(이하 “원고 노동조합”이라 한다.)에 가입신청을 하였고 원고 노동조합으로부터 인준장을 받았다. 같은 달 교섭창구단 일화 절차가 개시되었는데 원고1과 원고 노동조합의 활동 여하에 따라 오랜 기간 A 회사와 우호적인 관계를 유지하며 교섭대표노동조합 지위를 보유하고 있던 전국택시산업노동조합(A 택시분회)이 교섭대표노동조합 지위를 상실할 수도 있는 상태에 처하자, A 회사의 상무이사가 원고1에게 ‘원고 노동조합에 가입하거나 연대하는 등으로 A 택시(주)노동조합을 개입시키지 않는다면 그에 따른 대가를 지급하겠다.’는 등의 회유성 발언을 하였다. 이에 원고 1과 원고 노동조합이 위 발언이 부당노동행위에 해당한다고 주장하며 A 회사와 상무이사를 피신청인으로 하여 부당노동행위구제신청을 제기하였다. 지방노동위원회는 상무이사에 대한 구제신청은 피신청인 적격이 없음을 이유로 각하하는 한편, A 회사에 대한 구제신청은 부당노동행위가 인정되지 않음을 이유로 기각하였다.<sup>1)</sup> 피고 중앙노동위원회도 초심지노위 판정이 정당하다고 보아 원고1과 원고 노동조합의 재심신청을 모두 기각하였다.<sup>2)</sup> 이에 원고1과 원고 노동조합은 위 재심판정의 취소를 구하는 소를 제기하였다.

대상판결의 제1심은 원고들의 청구를 기각하였다.<sup>3)</sup> 원심은 A 회사의 상무이사는 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 사람에 해당하므로 부당노동행위 구제신청의 피신청인 적격이 인정되고, 이 사건 대화를 통해 원고1을 회유한 행위도 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 보아, 재심판정을 취소하였다.<sup>4)</sup>

대상판결은 위 재심판정 취소소송의 상고심 판결로, 동 판결에서는 부당노동행위 구제신청의 신청인 및 피신청인 적격이 다투어졌다. 특히 부당노동행위 구제신청의 피신청인 적격과 관련하여, 사업주가 아닌 사용자인 상무이사에게 부당노동행위 구제신청의 피신청인 적격이 있는지, 사업주를 위하여 행동하는 사람인 상무이사의 부당노동행위가 사업주의 부당노동행위에 해당하는지 여부가 쟁점이 되었다.

1) 부산지방법노동위원회 2015. 8. 24.자 부산2015부노76 결정.

2) 중앙노동위원회 2015. 12. 7.자 중앙2015부노188 결정.

3) 대전지방법원 2017. 1. 26. 선고 2016구합100262 판결.

4) 대전고등법원 2017. 6. 22. 선고 2017누10508 판결.

## 2. 부당노동행위 구제명령의 상대방으로서 사용자

대상판결은 “부당노동행위 구제신청과 구제명령의 상대방인 사용자는 노동조합법 제2조 제2호에서 정한 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 사람 모두 포함된다고 해석함이 타당하다.”고 판시하며, 이 사건 상무이사의 부당노동행위 구제신청의 피신청인 적격을 인정하였다. 이러한 결론에 이르는 과정에서 부당노동행위 구제제도의 취지, 구제명령의 성격에 입각하여 구제명령을 이행할 상대방으로서의 사용자의 의미를 고려하였다.<sup>5)</sup> 대상판결에 제시된 구체적인 논거는 다음과 같다.

먼저 대상판결은 부당노동행위 구제제도의 취지는 정상적인 집단적 노사관계 질서의 형성 내지 회복임을 강조하였다. 그러한 취지에 입각하여 구제명령을 발령할 상대방인 사용자를 결정하여야 한다고 보았다. 이에 따라 구제명령을 발령할 상대방은 구제명령을 실효적으로 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는지 여부 등을 고려하여 결정되어야 함을 명확히 하였다. 즉 “부당노동행위에 대한 구제제도는 집단적 노사관계의 질서를 침해하는 사용자의 행위를 예방·제거함으로써 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 확보하여 노사관계의 질서를 신속하게 정상화하는 것에 목적이 있다(대법원 2018. 12. 27. 선고 2017두37031 판결 참조). 그런데 현실적으로 발생하는 부당노동행위의 유형이 다양하고 노사관계의 변화에 따라 그 영향도 다각적이어서 부당노동행위의 예방·제거를 위한 구제명령의 방법과 내용은 유연하고 탄력적일 필요”가 있다. 따라서 “구제명령을 발령할 상대방도 구제명령의 내용이나 그 이행방법, 구제명령을 실효적으로 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는 여부 등을 고려하여 결정하여야 하고, 그 상대방이 사업주인 사용자에 한정된다

5) 이와 함께, 대상판결은 부당노동행위 금지 및 구제명령, 구제신청에 관한 사항을 정하고 있는 노동조합법 제81조, 제82조, 제84조 조문의 체계 및 규정의 문언 등에 비추어 보았을 때, 동법 제82조, 제84조의 사용자의 범위는 동법 제81조에서 정한 ‘사용자’의 범위와 같다고 해석하는 것이 논리적으로 일관된다는 점, 부당노동행위 구제신청에서 피신청인 적격의 존부를 판단할 때에도 노동조합법이 각 조항의 실효성을 확보하기 위한 정책적 배려에서 각 조항의 준수의무자로서 사용자를 확대한 취지를 충분히 고려할 필요가 있다는 점을 사업주 아닌 사용자의 피신청인적격을 인정하는 이유로 들고 있다.



고 볼 수 없다.”는 것이다.

대상판결은 위와 같은 법리를 제시하며, 이 사건 상무이사는 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 사람에 해당하여 부당노동행위 구제신청의 피신청인 적격이 있다고 보았다.

동 판결에서 대법원이 제시한 법리는 다음의 두 가지 점에서 중요한 의미를 갖는다.

첫째, 대상판결은 구제명령의 실효적인 이행의 관점에서, 부당노동행위 금지의무의 수범자로서의 사용자는 “구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적 권한이나 능력을 가지는” 지위에 있는 자임을 재확인하였다. 비록 대상판결에서 대법원이 명확히 밝히고 있지는 않으나, 동 판결의 법리는 지배·개입 부당노동행위의 수범자로서 원청의 사용자성을 인정한 현대중공업 판결(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결)의 법리를 참조한 것으로 보인다. 현대중공업 판결에서 대법원은 “부당노동행위의 예방·제거는 노동위원회에 구제명령을 통해서 이루어지는 것이므로, 구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 한 그 한도 내에서는 부당노동행위의 주체로서 구제명령의 대상자인 사용자에게 해당한다”고 판시하며, 부당노동행위 금지의무의 수범자인 사용자 개념을 제시하였다. 나아가 현대중공업 판결의 사안인 지배·개입의 부당노동행위 국면(사용자 개념의 외부적 확장 국면)에서 금지의무의 수범자인 사용자의 판단기준으로 실질적 지배력설을 원용한 기준을 제시하였다.<sup>6)</sup> 대상판결에서 대법원은 “구제명령을 발령할 상대방도 구제명령의 내용이나 그 이행방법, 구제명령을 실효적으로 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는 여부 등을 고려하여 결정하여야 한다.”고 판시하며, 부당노동행위 금지의무의 수범자로서 사용자는 “구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사

6) 즉 현대중공업 판결은 원칙적으로 “구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 자”는 부당노동행위 금지의무의 수범자인 사용자에게 해당함을 명확히 하면서, 동 판결의 사안인 지배·개입 부당노동행위 국면에서 원청인 현대중공업이 “구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적 권한이나 능력을 가지는 지위”에 있어 지배·개입 부당노동행위의 금지의무의 수범자인지 여부를 판단하기 위한 구체적인 기준으로 실질적 지배력설을 원용한 기준을 제시하며, 원청인 현대중공업의 사용자성을 인정한 것이라 이해된다(더 자세히는, 강주리 (2022), 「다면적 노무제공관계에서 단체교섭 옹악의무자-일본법의 논의를 중심으로」, 『서울법학』 제29권 제4호, 서울시립대학교 법학연구소, p.353 참조).

실적 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 자”라는 현대중공업판결의 판지를 암묵적으로 재확인한 것으로 보인다. 이러한 이해에서 대상판결은 사용자 개념의 내부적 확장이 문제가 된 동 판결의 사안에서 부당노동행위 구제신청과 구제명령의 상대방인 사용자에는 사업주는 물론 사업의 경영담당자 또는 사업주를 위하여 행동하는 사람 모두 포함된다고 판시하며, 이 사건 상무이사의 피신청인 자격을 인정하였다. 요컨대 대상판결은 “구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적 권한이나 능력을 가지는” 지위에 있는 자라는, 근로계약상 사용자와 다른 부당노동행위제도상의 사용자 개념을 재확인하면서, 현대중공업 판결의 사안인 사용자 개념의 외부적 확장의 국면뿐만 아니라, 사용자의 내부적 확장의 국면에서도 부당노동행위제도상의 사용자의 개념을 가장 잘 실현하는 방향으로 부당노동행위 금지의무의 수범자가 해석되어야 함을 명확히 하였다.

둘째, 대상판결의 사안과 같이 실제로는 사업주뿐만 아니라, 사업주 이외에 사용자를 위하여 행동하는 사람이 노동조합에 대한 지배·개입 발언을 하는 경우도 많다.<sup>7)</sup> 그런데 다수의 노동위원회 판정은 사업주 이외의 행위자인 사업주를 위하여 행동하는 사람 등은 부당노동행위 구제명령의 피신청인이 될 수 없다고 판단하여, 행위자에 대한 직접적인 시정명령 등을 통한 노사관계 질서의 신속한 정상화가 이루어지기 어려웠다.<sup>8)</sup> 이러한 입장은 부당노동행위에 대한 원상회복은 ‘사업주’인 사용자에게 명령하는 것으로 충분하며, 부당노동행위제도를 통한 구제의 핵심은 ‘원상회복’이라는 이해에서 비롯된 것이라 생각된다. 그런데 대상판결이 실시한 바와 같이 “현실적으로 발생하는 부당노동행위의 유형이 다양하고 노사관계의 변화에 따라 그 영향도 다각적이어서 부당노동행위의 예방·제거를 위한 구제명령의 방법과 내용은 유연하고 탄력적일 필요”가 있고, 특히 사용자의 지배·개입 행위가 사실행위(지배·개입 발언 등)로 이루어진 경우 그 행위 자체를 제거하여 원상회복하는 것은 어렵다.<sup>9)</sup> 또한 이와 같은 사용자의 행위는 반복적으로 이루

7) 박진환(2016), 「사용자 중 부당노동행위 구제신청의 피신청인 적격성 범위」, 『저스티스』 통권 제157호, 한국법학원, p.289; 지성근, 「부당노동행위 구제신청과 구제명령의 상대방인 사용자에는 사업주를 위하여 행동하는 자가 모두 포함된다 : 대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두54005 판결」, 『월간 한국노총』 제582호, p.21 참조.

8) 박진환, 앞의 논문, p.301; 지성근, 앞의 논문, p.21 참조.

9) 김홍영 교수는 “부당노동행위 ‘구제’가 이미 지나간 과거의 일을 다시 과거의 시점으

어질 가능성이 높다. 그렇기 때문에 대상판결의 사안과 같이 사실행위를 통해 지배·개입이 이루어지는 경우, 사용자의 행위 자체를 금지하는 부작위 명령(부작위 의무부과 명령)이 적절한 구제방법이 될 수 있다.<sup>10)11)</sup> 나아가 부당노동행위 구제제도의 목적이 “집단적 노사관계의 질서를 침해하는 사용자의 행위를 예방·제거함으로써 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 확보하여 노사관계의 질서를 신속하게 정상화하는 것”에 있음을 고려하였을 때, 행위자인 사용자에 의해 부당노동행위가 이루어진 경우, 노사관계 질서의 신속한 정상화는 실제 행위자에 대한 구제명령을 통해 실현될 수 있다. 대상판결이 부당노동행위 구제신청과 구제명령의 상대방인 사용자에게 사업주를 위하여 행동하는 자가 포함된다고 판시한 취지는, 행위자인 사용자에게 구제명령을 통해 노사관계 질서의 신속한 정상화라는 부당노동행위 구제제도의 목적을 충실히 실현하기 위한 것이라 이해된다.

다만 행위자인 사용자만을 부당노동행위제도의 구제대상으로 할 경우, 구제명령 발령 이후 행위자가 퇴직해버리면 노동위원회가 발령한 구제명령이 실질적으로 이행되기 어렵다.<sup>12)</sup> 따라서 사용자를 위하여 행동하는 사람에 의해 부당노동행위가 이루어진 경우, 실제 행위자인 사용자뿐만 아니라 사업주의 피신청인 적격을 인정하여 부당노동행위 구제제도의 실효성을 확보할 필요가 있다. 대상판결은 사업주를 위하여 행동하는 사람이 사업주로부터 부여받은 권한과 책임의 범위 내에서 사업주를 위하여 한 행위가 부당노동행위에 해당한다면 이러한 행위는 사업주의 부당노동행위로도 인정할 수

로 되돌아가 그러한 일이 발생하지 않도록 만드는 것이 아니”라는 점을 강조하며, “‘원상회복’의 의미에 관해 너무나 형식적인 개념론에 빠져 구제명령의 기반조성적 및 장애지향적인 면을 등한시하는 해석”은 타당하지 않다고 지적한다(김홍영(2002), 「부당노동행위 구제의 실효성 확보」, 『노동법학』 제14호, 한국노동법학회, p.103 참조).

- 10) 박진환, 앞의 논문, pp.312~313; 양현(2021), 「부당노동행위제도 개선방안과 부당노동행위 성립요건에 관한 소고」, 『일감법학』 제50호, 건국대학교 법학연구소, p.176 참조.
- 11) 비록 대상판결의 사안에서 원고들은 상무이사의 발언이 원고들에 대한 지배·개입의 부당노동행위에 해당함을 인정하고, 부당노동행위를 인정하는 내용의 벽보를 사업주인 A 회사의 사업장에 3개월 동안 게시할 것을 구하는 부당노동행위 구제신청을 하였으나, 대상판결의 사안과 같이 사용자 특히 사업주 이외의 사용자의 사실행위를 통해 지배·개입이 이루어지는 경우, 사용자의 행위 자체를 금지하는 부작위명령이 더 적절한 구제방법이 될 것이라 생각된다.
- 12) 권오성(2022. 5. 25.), 「부당노동행위 구제절차에서의 피신청인적격 문제」, 매일노동뉴스 노동사건 따라잡기; <http://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=209094>

있다고 판시하며, 이 사건 상무이사의 발언이 사업주의 부당노동행위에 해당한다고 보았다. 대상판결의 사안처럼 사업주를 위하여 행동하는 사람의 발언 등으로 지배·개입의 부당노동행위가 이루어진 경우, 행위자인 사용자 뿐만 아니라 사업주의 신청인 적격을 인정하여 구제명령 이행의무를 부과하여야만, 부당노동행위 구제제도 본연의 취지가 충실히 실현될 수 있다. 대상판결은 정상적인 노사관계 질서의 형성 내지 회복이라는 부당노동행위 구제제도의 취지를 고려하여 행위자인 사용자 및 사업주의 피신청인 적격을 인정하였다는 점에서 지극히 타당한 판결이라 생각된다. 향후 노동위원회의 적극적인 피신청인 적격의 판단과 유연하고 탄력적인 구제명령을 통해 정상적인 집단적 노사관계 질서의 형성·회복이라는 부당노동행위 구제제도 본연의 취지가 충실히 실현되기를 기대한다.

강주리(서울시립대학교 강사)

## 주요 방위산업체 근로자들의 연장근로·휴일근로 거부가 쟁의행위에 해당되는지

- 대법원 2022. 6. 9. 선고 2016도11744 판결 -

### 【판결요지】

연장근로의 집단적 거부와 같이 사용자의 업무를 저해함과 동시에 근로자들의 권리행사로서의 성격을 아울러 가지는 행위가 노동조합법상 쟁의행위에 해당하는지는 해당 사업장의 단체협약이나 취업규칙의 내용, 연장근로를 할 것인지에 대한 근로자들의 동의 방식 등 근로관계를 둘러싼 여러 관행과 사정을 종합적으로 고려하여 엄격하게 제한적으로 판단하여야 한다.

「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 “노동조합법”)은 헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장함을 목적으로 한다(제1조). 이에 따라 근로자들이 그 주장을 관철할 목적으로 한, 파업·태업 등 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위 즉 쟁의행위(동법 제2조 제6호)는 일용 형법상 업무방해죄의 구성요건에 해당될 수 있지만 적법한 쟁의행위인 경우 정당행위로서 위법성이 조각된다(제4조).

그런데 헌법은 법률이 정하는 주요 방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다고 하여 주요 방위산업체 종사 근로자의 단체행동권에 대한 기본권 제한적 법률유보 조항을 두고 있고(제33조 제3항), 이처럼 주요방산업체 근로자의 단체행동권을 제한하는 근거에 관하여 헌법재판소는 “우리와 같이 남북이 대치하고 있는 상황에서는 주요방산업체의 원활한 가동은 국가의 안전보장에 필수 불가결한 요소이고, 그 근로자의 단체행동으로 인한 생산차질은 국가의 안전보장에 대한 위해와 직결된다는 점에서 그 단체행동권의 제한 또는 금지는 불가피하다.”라고 설명하고 있다(헌법재판소 1998. 2. 27. 95헌바10 결정).

위 법률유보에 따라 노동조합법은 방위사업법에 의하여 지정된 주요 방위 산업체에 종사하는 근로자 중 전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자<sup>1)</sup>는 쟁의행위를 하지 못하도록 금지하고 있다(제41조 제2항, 이하 “이 사건 조항”이라고 한다.). 이를 위반하여 주요 방위산업체에 종사하는 근로자 중 전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자가 쟁의행위를 한 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처해 지는데(노동조합법 제88조), 이는 노동조합법의 벌칙규정 가운데 가장 무거운 법정형에 해당한다. 쟁의행위 중 폭력이나 파괴행위를 한 경우에도 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있는데(동법 제89조 제1호, 제42조 제1항), 쟁의행위의 구체적 태양과 관계없이 주요 방위산업체 종사자가 쟁의행위를 하였다는 사실만으로 중하게 처벌하도록 하고 있는 것이다. 이 사건 조항은 주요 방위산업체 종사자 중 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자가 쟁의행위를 하면, 노동조합이 주도한 것인지, 목적, 절차·시기, 수단·방법이 정당한지 여부 등을 따지지 않고 노동조합 법위반죄로 처벌한다는 점에서 ‘주요 방위산업체 종사자에 대한 쟁의행위의 절대적 금지’라고 칭할 만하다.

이 사건 조항 및 그에 대한 벌칙인 노동조합법 제88조가 적용되기 위해서는 (i) ‘주요 방위산업체에 종사하는 근로자 중 전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자’에 해당되어야 하고, (ii) 이들의 행위가 ‘쟁의행위’에 해당될 것이 요구된다.

이 사건 조항의 첫 번째 요건인 ‘주요 방위산업체에 종사하는 근로자’의 해석과 관련하여, 대법원은 주요 방위산업체의 원활한 가동이 국가의 안전보장에 필수불가결한 요소라는 점에서 법률로써 주요 방위산업체 종사자의 단체행동권을 제한하거나 금지하는 것이 불가피한 면은 있으나, 「헌법」 제37조 제2항이 규정하는 기본권 제한입법에 관한 최소침해의 원칙과 비례의 원칙, 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 형벌법규 엄격해석의 원칙에 비추어 볼 때 노동조합법 제41조 제2항에 의하여 쟁의행위가 금지됨으로써 기본권이 중대하게 제한되는 근로자의 범위는 “엄격하게 제한적으로 해석하여야

1) “주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자”라 함은 방산물자의 완성에 필요한 제조·가공·조립·정비·재생·개량·성능검사·열처리·도장·가스취급 등의 업무에 종사하는 자를 말한다(노동조합법 시행령 제20조).

한다.”는 원칙을 밝히면서, 주요 방위산업체의 사내협력업체에 소속되어 특수선의 도장업무에 종사한 근로자는 주요 방위산업체에 소속된 것이 아니라 주요 방위산업체로 지정되지 않은 독립된 사업자인 하수급업체에 소속되었다는 이유로 쟁의행위가 금지되는 ‘주요 방위산업체에 종사하는 근로자’에 해당되지 않는다고 판시한 바 있다(대법원 2017. 7. 18. 선고 2016도3185 판결). 방위산업체로서 지정을 받은 업체라고 하더라도 방산물자 생산을 일시 중단하거나 휴지한 것이 아니라 방산물자 생산을 포기하고 그 생산조직과 활동을 폐지하여 방산물자 생산업체로서의 실체가 없어진 경우에는 형식상 방위산업체 지정처분이 미처 취소되지 않은 채 남아 있다고 하더라도 노동쟁의조정법 제12조 제2항2)의 쟁의행위제한규정을 적용할 방위산업체에 해당하지 않는다는 판결(대법원 1991. 1. 15. 선고 90도2278 판결)도 이 사건 조항이 적용되는 인적 범위를 엄격하게 해석하려는 입장에 서 있다고 이해할 수 있다.

대상판결은 이 사건 조항의 두 번째 요건인 ‘쟁의행위’의 해석에 관한 것이다.

대상판결의 사실관계는 다음과 같은데, ① 노동조합과 회사가 체결한 단체협약상 연장근로·휴일근로는 노동조합의 사전 동의를 얻어 실시하되, 그에 대한 소정의 가산임금을 지급하고, 연장근로·휴일근로를 하지 않은 이유로 불이익 처우를 하지 못한다고 정하고 있었고, ② 회사는 필요할 때마다 연장근로는 당일 아침에, 휴일근로는 보통 이틀 전에 중간관리자를 통해 신청자를 모집하는 방식으로 연장근로·휴일근로를 실시해 왔으며, ③ 이렇게 실시된 연장근로 또는 휴일근로에 참여하는 근로자의 비율은 70 내지 80% 정도였고, ④ 노동조합이 임단협 진행 기간에 조합원들에게 연장근로·휴일근로 거부 지침을 내릴 때에는 회사가 애초에 연장근로·휴일근로 신청자 모집 자체를 하지 않은 경우도 있었다.

종래 대법원은 노사 간에 체결된 단체협약에 작업상 부득이한 사정이 있거나 생산계획상 차질이 있는 등 업무상 필요가 있을 때에는 사용자인 회사가 휴일근로를 시킬 수 있도록 정하여져 있어서 회사가 이에 따라 관행적으

2) “국가·지방자치단체 및 방위산업에관한특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다.”

로 휴일근로를 시켜 왔음에도 불구하고, 근로자들이 자신들의 주장을 관철할 목적으로 정당한 이유도 없이 집단적으로 회사가 지시한 휴일근로를 거부한 것은 회사업무의 정상적인 운영을 저해하는 것으로서 쟁의행위에 해당된다고 판시하거나(대법원 1991. 7. 9. 선고 91도1051 판결), 연장근로가 당사자 합의에 의하여 이루어지는 것이라고 하더라도 근로자들을 선동하여 근로자들이 통상적으로 해오던 연장근로를 집단적으로 거부하도록 함으로써 회사업무의 정상운영을 저해하였다면 이는 쟁의행위로 보아야 한다고 하여(대법원 1991. 10. 22. 선고 91도600 판결; 대법원 1996. 2. 27. 선고 95도2970 판결) 연장근로·휴일근로의 집단적 거부를 쟁의행위로 보는 입장(이른바 사실정상설)에 서 있었는데<sup>3)</sup>, 대상판결의 원심 역시 이러한 판례의 입장에 따라 피고인들이 조합원들과 함께 연장근로, 휴일근로를 거부한 행위는 쟁의행위에 해당한다고 판단하였다.

그러나 대상판결은, ① 노동조합법이 쟁의행위에 대하여 그 목적·방법 및 절차가 법령 기타 사회질서에 위배되지 않아야 하고 조합원은 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위를 하여서는 아니 되는 등 일정한 제한을 하고 있고, 특히 방위사업법에 의하여 지정된 주요 방위산업체에 종사하는 근로자 중 전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자는 쟁의행위를 할 수 없는데 이를 위반한 경우 노동조합법상 가장 중한 형사처벌을 하도록 규정하고 있는 쟁의행위에 대한 법령상의 엄정한 규율 체계와 ② 「헌법」 제33조 제2항이 노동3권을 기본권으로 보장한 취지 등을 고려하면 연장근로의 집단적 거부와 같이 사용자의 업무를 저해함과 동시에 근로자들의 권리행사로서의 성격을 아울러 가지는 행위가 노동조합법상 쟁의행

3) 조합원들이 노동조합의 지시에 따라 연장근로(잔업) 및 휴일근로(특근)를 거부한 것이 쟁의행위에 해당한다 하더라도 곧바로 업무방해죄가 성립하는 것이 아니라, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 또는 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 한해 비로소 그 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립된다(대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체 판결; 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012도2701 판결; 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013도7186 판결 등). 그런데 이 사건과 같이 주요 방위산업체의 생산 업무에 종사하는 근로자가 쟁의행위를 한 경우에는 이 사건 조항에 따라 바로 노동조합법위반죄가 성립되고, 사실관계에 따라서는 업무방해죄도 성립될 수 있다. 노동조합법위반죄와 업무방해죄가 동시에 성립하는 경우 양죄는 상상적 경합범으로 처리될 것이다.



위에 해당하는지는 해당 사업장의 단체협약이나 취업규칙의 내용, 연장근로를 할 것인지에 대한 근로자들의 동의 방식 등 근로관계를 둘러싼 여러 관행과 사정을 종합적으로 고려하여 “엄격하게 제한적으로 판단하여야 한다.”라는 원칙을 천명하고, 이 사건 사실관계를 위 법리에 비추어 살펴보면, 회사는 노동조합의 사전 동의를 얻고 필요시 근로자의 신청을 받아 연장근로·휴일근로를 실시해 왔을 뿐 일정한 날에 연장근로·휴일근로를 통상적 혹은 관행적으로 해 왔다고 단정하기는 어려우며, 따라서 방산물자 생산부서 조합원들이 통상적인 연장근로·휴일근로를 집단적으로 거부함으로써 정의행위를 하였다고 볼 수 없다고 판단하였다.

즉 대상판결은 관행적 또는 통상적으로 휴일근로 또는 연장근로를 해 온 경우 휴일근로·연장근로를 집단적으로 거부하는 행위를 정의행위로 본 기존 판례의 입장을 변경하지는 않으면서, 통상적 또는 관행적인 연장근로·휴일근로를 해 왔는지 여부를 엄격한 기준에 따라 판단하여 대상판결의 사안은 통상적, 관행적 연장근로·휴일근로가 있어 왔다고 단정할 수 없어 그에 대한 거부가 정의행위에 해당하지 않는다고 판단한 것이다.

이러한 대상판결의 결론은 이 사건 조항의 수범자인 ‘주요 방위산업체에 종사하는 근로자’의 범위를 “엄격하게 제한적으로” 해석하는 기존 판례(위대법원 2016도3185 판결)와 같은 맥락에 있는 것으로서, 헌법상 기본권인 단체행동권에 대한 제한은 비록 헌법상 근거(개별적 법률유보)를 가지고 있다고 하더라도 필요최소한도에 거쳐야 한다는 점에서 타당하다고 본다. 다만 정의행위에 해당하면 곧바로 노동조합법위반죄가 성립하는 주요 방위산업체 종사자가 아닌, 일반사업체 종사자의 연장·휴일근로 거부에 대해서도 대상판결과 동일하게 연장·휴일근로의 거절이 근로자의 권리행사로서의 성격도 가지는 점을 고려하여 “엄격하게 제한적으로 판단”할 것인지에 관해서는 후속 판결의 추이를 지켜볼 필요가 있다.

오대영(명지대학교 객원교수, 법학박사)

## 단순 파업의 형법상 업무방해죄 적용 여부

- 헌법재판소 2022. 5. 26. 선고 2012헌바66 결정-

### 【결정요지】

심판대상조항(「형법」 제314조 제1항)은<sup>1)</sup> 노사관계의 형성에 사회적 균형을 이루기 위한 것으로 정당한 목적 달성을 위한 적합한 수단에 해당하는 다(입법목적의 정당성 및 수단의 적합성).

집단적 노무제공 거부의 경우, 전격성으로 인하여 사용자가 근로자단체와의 교섭·협상 등에 보다 적극적으로 나설 수 없도록 하고, 이는 단체행동권의 목적에 부합한다고 보기 어려운 점이 있다. 또 사용자가 사업운영상의 혼란이나 손해를 방지할 수 없도록 하여, 결과적으로 사용자의 사업 ‘계속’에 영향을 미칠 수 있다는 점에서 사용자의 재산권, 직업의 자유 등에 대한 중대한 제한을 초래한다. 나아가 사용자에게 민사상 권리구제 수단이 인정되어 사용자 개인의 재산적 손해 전보는 가능하다고 하더라도 직업의 자유 및 경제활동의 자유, 거래질서에 대한 저해가 민사상 책임 부과만으로 예방되고 회복된다고 보기 어렵다. 따라서 심판대상조항은 침해의 최소성 요건을 갖추었다(침해의 최소성).

심판대상조항은 사용자가 예측하지 못한 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업 운영에 심대한 혼란이나 막대한 손해를 초래하여 사용자의 사업계속에 관한 자유의사를 제압·혼란시켰다고 평가할 수 있는 집단적 노무제공 거부를 형사처벌의 대상으로 삼고 있다. 이러한 단체행동권의 행사를 금지함으로써 근로자 집단이 받은 불이익은 단체행동권 행사의 시기·방법적 제약으로서 사용자 및 제3자의 기본권 보장이나 거래질서 유지의 공익보다 중대한 것이라 단언하기는 어렵다. 따라서 심판대상조항은 법익균형성 요건도 갖추었다(법익의 균형성).

그러므로 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위배하여 단체행동권을 침해하지 아니한다.

1) 「형법」 제314조(업무방해) ① 제313조의 방법(허위사실 유포 또는 위계) 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천 500만 원 이하의 벌금에 처한다.

청구인들은 A 자동차 공장 협력업체에 근무하는 사람들로서 전국금속노동조합 전북지부 B 지회의 간부들이다. 청구인들은 A 자동차가 협력업체 직원 일부를 정리하고 한다는 통보를 하자 위 지회 소속 조합원들에게 2010. 3. 13. 08:00경부터 익일 08:00경까지 통상적으로 실시하던 휴일근로를 집단적으로 거부하도록 하여 위력으로써 협력업체의 업무를 방해하였다는 등의 범죄사실로 기소되었다. 제1심법원은 청구인들에게 위력에 의한 업무방해죄를 인정하여 징역과 집행유예의 유죄를 선고하였고, 제2심법원은 범죄 성립을 인정하되 형량을 감해 벌금형을 선고하였다. 청구인들은 항소심 도중 위헌 법률심판제청을 신청하였으나 기각되자 2012. 2. 17. 이 사건 헌법소원 심판을 청구하였다. 한편 대법원은 청구인들의 상소를 모두 기각하였다(대법원 2012. 7. 12. 선고 2012도1039 판결).

본 결정에서 쟁점은 대상조항이 ① 죄형법정주의의 명확성 원칙을 위배하는지, ② 책임과 형벌 간의 비례원칙을 위배하는지, ③ 단체행동권을 침해하는지이다. ①과 ② 쟁점에 대해서는 헌법재판관 간의 이견이 없어 각각 위배하지 않는다고 실시하였다.

이견이 갈라진 영역은 ③ 대상조항이 단체행동권을 침해하는지인데 헌법재판관 4인은 합헌의견을 내었고, 5인은 심판대상조항이 근로조건의 향상을 위한 정의행위 가운데 집단적 노무제공 거부행위인 단순 파업에 대해서는 단체행동권을 침해한다는 이유로 일부 위헌의견을 제시하였다. 일부 위헌의견이 다수이기는 했지만, 「헌법」 제113조 제1항과 「헌법재판소법」 제23조 제2항 단서 제1호의 위헌결정을 위한 심판정족수에는<sup>2)</sup> 이르지 못해 합헌을 선고하였다. 합헌의견과 위헌의견의 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다.

먼저 합헌의견은 근로3권의 법적 성격에 대해서 논하는데, 기존 헌법재판소의 결정례에 따라 자유권적 성격과 사회적 성격을 함께 지닌 기본권임을

2) 「헌법」 제113조 ① 헌법재판소에서 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용 결정을 할 때에는 재판관 6인 이상의 찬성이 있어야 한다. 「헌법재판소법」 제23조(심판정족수) ② 재판부는 중국심리에 참여한 재판관 과반수의 찬성으로 사건에 관한 결정을 한다. 다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 재판관 6명 이상의 찬성이 있어야 한다.

1. 법률의 위헌결정, 탄핵의 결정, 정당해산의 결정 또는 헌법소원에 관한 인용결정을 하는 경우

밝힌다. 다만 합헌의견은 후술할 위헌의견과 달리 사회권적 성격을 강조한다. 즉, 근로3권의 사회권적 측면은 근로자들의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지하여야 할 국가의 적극적인 활동을 요구하며, 이러한 성격에서 단체행동권은 자기 목적적인 기본권이 아니라 근로자들의 협상력을 사용자와 대등하게 만들어 줌으로써 집단적인 노사관계의 자율적인 형성과 실질적인 자치를 달성하기 위하여 인정된 (한정적) 기본권이라는 것이다. 따라서 입법자가 단체행동권을 보장하기 위한 입법을 함에 있어서는 사회·경제적 요구를 반영하여 접근하여야 한다고 한다.

합헌의견이 사회권적 성격을 강조한 이유는 사회권은 국가의 적극적 역할(개입)을 전제하기 때문에 단체행동권에 관한 법제 역시 국가의 개입이 광범위하게 허용되고 심판대상조항 역시 그런 국가의 적극적인 법제도 형성 중 하나라는 논리로 합헌의 여지를 넓히기 위한 것이라 생각된다.

그 후 합헌의견은 심판대상조항이 단체행동권을 침해하는지 여부를 과잉금지원칙 기준에 따라 심사하는데, 그 내용은 위의 결정요지와 같으며 입법 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성을 모두 갖추고 있으므로 심판대상조항은 단체행동권을 침해하지 않는다고 결론지었다.

이에 대하여 위헌의견은 근로3권의 성격부터 합헌의견과 다른 결을 보인다. 헌법재판소의 앞선 결정례에 따라 근로3권의 기본권적 성격을 자유권과 사회권의 혼합적 성격을 지닌 것으로 보지만, 연혁적으로 근로3권의 보장은 국가권력으로부터의 자유에서 시작된 것이고 사회권적 성격은 집단적 노사자치의 기반을 조성함으로써 근로3권을 실질적으로 보장하는 데 의미가 있다고 한다. 즉, 근로3권의 사회적 성격은 국가가 근로3권의 자유로운 행사를 뒷받침하기 위한 것이지 그것을 제한하기 위해 있는 것이 아니라는 점을 강조한 것이다.

그리고 심판대상조항이 단체행동권을 침해하는지를 합헌의견과 같이 과잉금지원칙 기준에 따라 심사한다. 먼저 입법목적의 정당성과 수단의 적합성은 인정된다고 한다. 그러나 침해의 최소성과 법익의 균형성을 충족하지 못한다고 하는데, 먼저 침해의 최소성 측면에서 위헌 여지는 아래와 같다. 유형력이 수반되지 않은 채 단순히 근로자들이 사업장에 출근하지 않음으로써 노동제공을 거부하는 행위, 이른바 단순 파업은 그 본질에 있어 근로계약상의 채무불이행과 다를 바 없는데 단순 파업 그 자체를 형사처벌의 대상으

로 하는 것은 사실상 근로자의 노무제공의무를 형벌의 위하로 강제하는 것이고, 노사관계에 있어 근로자 측의 대등한 협상력을 무너뜨려 단체행동권의 헌법상 보장을 형해화할 위험이 존재한다는 것이다. 그리고 근로계약상 채무불이행에 따른 손해 등은 형사처벌에 의존하지 않더라도 충분히 해결할 수 있는데도 제재 수단으로 형벌을 택한 것은 형벌의 보충성 및 최후수단성 원칙에 부합한다고 보기 어렵다고 한다.

법익의 균형성 측면에서 볼 때, 심판대상조항이 단순 파업에도 노동조합 법상의 처벌조항 외에 추가적인 형사처벌이 가능하도록 하는 것은, 노동조합법이 공정하게 조정하고 있는 노사 간의 균형을 허물어뜨리는 것일 뿐만 아니라, 국가가 노사 간의 자율적인 근로관계 형성을 위한 전제조건을 제대로 마련한 것이라고 보기도 어렵다고 한다. 따라서 심판대상조항이 달성하고자 하는 공익에 비하여 이로 인하여 제한되는 사익이 크다고 할 것이므로, 심판대상조항은 법익의 균형성 원칙에도 위배된다고 결정하였다.

결정요지에 나온 합헌의견의 내용을 보면 한 가지 전제가 있다. 대법원 2011. 3. 17. 선고 2007도482 전원합의체가 제시한 심판대상조항인 「형법」 제314조 제1항의 해석 기준을 전제로 하여 동 조항이 청구인들의 단체행동권을 침해한 것인지 여부를 심사한 것이다. 대법원의 위 전원합의체 판결은 “쟁의행위로서의 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업 운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 그 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 봄이 상당하다.”라고 판시하였다. 즉, 파업의 전격성과 결과의 중대성이라는 판단기준을 넣어 파업의 위력에 의한 업무방해죄를 한정해석한 것이다. 헌법재판소는 “어떤 법률조항에 대하여 법원의 확립된 해석이 있으면 특별한 사정이 없는 한 이를 존중하여 그 조항의 위헌 여부를 판단하는 것은 당연한 것”이라고 하여 심판대상조항의 위헌 여부를 심사할 때 위의 판단기준을 전제로 한다.

그러나 이에는 의문이 든다. 심판대상조항인 「형법」 제314조 제1항을 보면 “제313조의 방법(허위사실 유포 또는 위계) 또는 위력으로써 사람의 업무

를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천 500만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 되어 있지, 그 어디에도 파업 시 그 전격성과 결과의 중대성을 고려한다고 규정되어 있지 않다. 이에 대해 위헌의견은 법률에 문외한이라고 할 수 있는 근로자가 사전에 파업의 정당성 문제를 관련 법령에서 명확하게 판단한다는 것을 기대하기 어렵고, 결국 근로자들은 “항상 심판대상조항에 의한 형사처벌의 위험을 감수하여야 하고, 이는 그 자체로 단체행동권의 행사를 위축시킬 위험이 있다.”고 하여 그 문제점을 지적한다.

법조문이 모든 경우를 다 예상할 수는 없기 때문에 입법자가 일반적·추상적 내용을 규정하고 법원이 이를 구체적으로 해석할 수밖에 없는 것이 사실이다. 그러나 법규의 수범자인 일반 국민들이 문언에서 예상할 수 있는 범위 내에서 구체적인 해석이 들어가야 할 것인데 심판대상조항을 보면 그 어디에서도 파업의 경우 전격성과 결과의 중대성을 요구한다는 것을 알 수가 없다. 심판대상조항에 법전문가들만이 알 수 있는 내용을 첨가하여 그것의 위헌 여부를 심사한다는 것은 법을 일반 국민들로부터 괴리시켜 법을 국민들의 보호 수단으로 삼는 것이 아니라 통치 수단으로 삼는 것과 별반 다르지 않다고 생각한다.

또한 한 가지 덧붙이고 싶은 것은, 파업 참가에 대한 형벌 부과는 우리가 아직 비준하지 않은 ILO 핵심 협약인 제105호 협약 「강제근로 폐지협약」과도 관련된다는 점이다. 동 협약 제1조는 ‘파업 참가에 대한 제재’로 강제로 근로시키는 것을 금지한다. 즉, 파업 참가에 대한 형사제재로 징역형을 선고 받을 경우 ILO 제105호 협약 위반이 되는 것이다. 따라서 단순 파업의 「형법」상 업무방해죄 적용은 국제기준에도 맞지 않는다.

양승엽(국회입법조사처 입법조사관)

# 비정규직

## 도급근로자의 판매수수료는 임금에 해당한다

- 대법원 2021. 11. 11. 선고 2020다273939 판결 -

### 【판결요지】

비록 판매업무는 설치·AS 업무와 달리 원고 고○를 등이 피고로부터 판촉활동을 할 고객을 할당받는 것은 아니지만, 이는 판매업무의 특성상 발생하는 차이일 뿐이다.

이와 같이 원고 고○를 등이 피고를 위해 하는 판매활동 역시 설치·AS업무와 마찬가지로 주로 SM을 통한 피고의 상당한 지휘·감독하에 이루어지는 근로제공의 성격을 가지며, 따라서 원고 고○를 등이 그 대가로 지급받는 판매수수료는 피고에 대한 근로의 대가에 해당한다.

원고들은 피고(청호나이스 주식회사)와 서비스용역위탁계약을 체결하고 피고가 제조·판매하는 정수기 등 가정용 기기에 대한 ‘설치·사후관리(AS)’ 및 ‘판매’ 등의 업무를 수행하는 이른바 엔지니어로서, 피고가 고객으로부터 서비스 요청을 받아 배정한 업무 등을 수행하였다.

원고들의 기본적인 업무는 피고가 배정하는 고객에게 정수기 등을 설치하거나 사후관리(AS)를 하는 것이다. 원고들은 피고의 수수료 규정에 따라 기본급이나 고정급 없이 ‘수행한 설치·AS 업무의 건수 등’에 직접적·비례적으로 대응하는 ‘설치·AS 수수료’를 지급받았다. 또한 원고들은 정수기 등 상품에 대해서 매매계약이나 렌탈계약을 체결할 고객을 모집하는 판매업무도 하였다. 원고들은 직접 판촉활동을 통해 판로를 개척하고, 그에 대해 채

결된 판매·렌탈 계약만큼의 ‘판매수수료’를 피고로부터 지급받았다.

먼저 원심판결<sup>1)</sup>과 대상판결은 피고와 위탁계약을 체결한 원고들을 「근로기준법」상 근로자로 인정하였다(근로자성도 주요 쟁점이나, 이 글에서는 자세히 다루지 않는다.).<sup>2)</sup> 또한 원심과 대상판결은 원고들의 ‘설치·AS 수수료’를 평균임금의 산정기초가 되는 임금에 해당한다고 판단하였다. 문제는 원고들의 ‘판매수수료’가 임금에 해당하는지이다. 이 부분에 대해 원심과 대상판결의 결론이 달라졌다.

원심은 원고들이 지급받은 ‘판매수수료’의 임금성을 부정하였다. 원심이 제시한 근거는 다음과 같다. 판매업무는 원고 고○를 등<sup>3)</sup>이 피고에 대해 이를 수행할 의무를 부담하고 있었다고 보기 어렵고, 피고가 원고 고○를 등의 판매업무 수행 과정에서 상당한 노무지휘권을 행사하였다고도 보기 어려워 원고 고○를 등이 받은 판매수수료는 피고의 지휘·감독을 받으며 근로제공 의무를 이행하고 받은 대가로 보기 어려운 점, 판매수수료는 원고 고○를 등 개인의 판매 실적에 의해 결정되고 원고 고○를 등이 들인 비용·시간·노동력에 직접 또는 비례적으로 대응하지도 않아 원고 고○를 등이 계속적·정기적으로 지급받았던 것으로 볼 수 없는 점, 판매수수료가 평균임금 산정의 기초가 되는 임금에 포함되는 것으로 보면 원고 고○를 등이 퇴직 전 일정 기간 동안 집중적으로 판매 실적을 올리는 방법으로 의도적으로 현저하게 퇴직금을 높이는 것이 가능하여 생활임금을 사실대로 산정하려는 평균임금의 기본원리에 반하는 점 등이다.

반면 대상판결은 다음과 같은 이유로 판매수수료의 임금성을 인정하여 원심을 파기하였다. ① 판매업무는 설치·AS 업무와 함께 피고 사업의 핵심 부분으로, 피고는 판매업무를 강화하고 SM(Senior Manager) 등을 통해 원고들의 매출 목표를 설정·관리한 점, ② 비록 판매업무는 설치·AS 업무와

1) 서울고등법원 2020. 9. 18. 선고 2019나2022249 판결.

2) 대상판결과 같은 날 선고된 청호나이스 정수기 기사와 다른 소송에서, 대법원 2021. 11. 11. 선고 2019다221352 판결도 역시 정수기 기사의 근로기준법상 근로자성을 인정하여, 근로자성을 부정한 해당 원심판결(서울중앙지방법원 2019. 1. 15. 선고 2018나29169 판결)을 파기하였다.

3) 설치·AS 업무만을 수행하여 판매수수료를 지급받지 않았던 임○혁, 정○웅을 제외한 나머지 원고들(이하 ‘원고 고○를 등’)을 의미한다. 즉, ‘설치·AS 수수료’와 ‘판매수수료’를 모두 지급받았던 원고들이다.



달리 피고로부터 판촉활동을 할 고객을 할당받는 것은 아니지만, 이는 판매 업무의 특성상 발생하는 차이일 뿐이란 점, ③ 판매활동 역시 설치·AS 업무와 마찬가지로 주로 SM을 통한 피고의 상당한 지휘·감독하에 이루어지는 근로제공의 성격을 가지는 점, ④ 원고들이 판매실적을 올린 경우 피고는 위탁계약에 따라 일정한 판매수수료를 지급할 의무가 있고, 원고 고○를 등의 경우 이 사건 위탁계약 기간 중 거의 매월 판매수수료를 지급받은 점(즉, 계속적·정기적 지급), ⑤ 평균임금의 기본원리에 반할 수 있다는 원심의 논리와 그와 같은 사정은 판매수수료를 임금으로 인정하는 데에 방해가 되지 않는다는 점 등이다. 판매수수료의 임금성을 인정한 대법판결의 결론을 지지하며, 원심 판단의 문제점을 지적해 본다.

원고들은 기본급이나 고정급 없이 설치·AS·판매의 건수 등에 따른 수수료, 즉 도급제 보수를 받고 있다(그리고 근로기준법상 근로자성이 인정되었으니, 근로기준법 제47조의 “도급 근로자”이다). 원고들이 받은 수수료는 ‘고객선택권’<sup>4)</sup>에 따라 두 가지로 구분된다. ‘설치·AS 수수료’는 사용자가 배정한 고객에게 노무를 제공하고 받는 보수인 반면, ‘판매수수료’는 노무제공자가 스스로 개척한 고객에게 정수기 등을 판매한 대가로 받는 보수이다. 즉, 전자의 경우는 회사가 고객 선택권을 갖고, 후자의 경우는 노무제공자가 고객선택권을 갖는다.

‘설치·AS 수수료’는 전형적인 도급제 임금에 해당한다. 도급제 임금은 근로의 시간이 아닌 실적·성과 등에 따라 임금액이 결정되는 방식이지만, 설치·AS 수수료와 같은 도급제 임금은 결국은 ‘근로 시간에 비례’하여 임금액이 결정된다. 사용자가 배정한 업무에 대하여 많은 시간을 일할수록 많은 임금을 받기 때문이다. 따라서 이러한 임금은 ‘시간비례 실적급’<sup>5)</sup>이라 할 수 있다. 일반적인 근로자가 지급받는 시간급제 임금과 비교했을 때, 시간비례 실적급은 임금액·결정 방식만 다를 뿐, 종속노동의 대가라는 ‘본질’에 있어서는 하등의 차이가 없다. 따라서 ‘설치·AS 수수료’와 같은 도급제 임금을 받는다는 사정은, 근로자성 인정에 아무런 장애가 되지 않는다.

반면, ‘판매수수료’는 원고들의 근무 시간에 비례하지 않는 도급제 임금이

4) 고객선택권에 대해서는 방강수(2021), 「누가 자영업자인가? - 진정 자영업자의 징표인 가격·고객 선택권에 대하여 -」, 『노동법학』 제78호, 한국노동법학회, pp.324-330 참조.  
5) 여기서 ‘실적급’은 도급제 임금을 의미한다.

다. 노무제공자가 스스로 고객을 발굴해야 하는 것으로, 노무제공자가 동일한 시간과 노력을 기울이더라도 판매실적은 얼마든지 달라질 수 있다. 그런 점에서 판매수수료에는 일부의 사업자성이 내포되어 있다고 할 수 있다. 만약에 ‘보수의 전부’가 판매수수료인 노무제공자의 경우 근로자성이 부정될 수도 있다(반드시 부정된다는 의미는 아니다).<sup>6)</sup>

그러나 대상판결의 원고들은 전혀 그렇지 않다. 원고들은 설치·AS 수수료와 함께 판매수수료를 받았다. ‘보수의 일부’가 판매수수료라는 사정이 근로자성 부정의 징표가 될 수 없음은 물론이다. 엘트웰(주) 정수기 기사 사건의 경우, 판매수수료(보수의 일부)를 받는다는 사정이 근로자성 판단에서 하나의 쟁점이 되었다. 이에 대해 대법원 2021. 8. 12. 선고 2021다222914 판결<sup>7)</sup>은 “원고들이 정수기 등을 판매하거나 임대하는 경우 피고 회사로부터 수당을 지급받을 수 있도록 되어 있으나 이는 개별적인 영업활동의 결과가 아니라 피고 회사의 지휘·감독하에서 그 독려에 따른 영업활동의 결과”라고 하여, 근로자성을 인정하였다.

대상판결도 마찬가지로 원고들의 근로자성을 인정하긴 했다. 재밋는 것은, 엘트웰 정수기 사건에서는 판매수수료가 근로자성 판단의 한 요소였으나, 대상판결에서는 판매수수료의 임금성 여부가 문제 된 것이다. 이처럼 ‘판매수수료’라는 동일한 사실을 가지고서 어떤 경우에는 근로자성이 다른 경우에는 임금성이 문제될 수 있는데, 양자는 당연히 구별해서 판단해야 한다. 그러나 대상판결의 원심은 이를 구별하지 않는 오류를 범하였다.

근로기준법상 근로자로 인정되는 한, 그 노무제공자가 노동의 대가로 받은 보수는, 그것이 설치·AS 수수료이든 판매수수료이든 상관없이 모두 임금에 해당한다. 한편 근로계약을 체결한 근로자(근로자성 다툼은 없음)가 판매활동의 대가로 지급받은 보수가 임금에 해당한다는 판례는 오래전부터 있었다. 자동차 판매수랑에 따라 영업사원들에게 지급되는 ‘인센티브’는 근로의 대가로서 임금에 해당한다는 판례<sup>8)</sup>가 대표적이다. 판매활동도 당연히 근

6) 백화점 판매원의 경우, 대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다59146 판결은 근로자성을 인정한 반면, 대법원 2020. 6. 25. 선고 2020다211184 판결은 근로자성을 부정하였다. 백화점 판매원의 근로자성에 대해서는 김린(2020), 「근로자성 판단기준: 사용종속성을 넘어 - 백화점 위탁판매원 사건을 계기로 -」, 『노동법학』 제75호, 한국노동법학회 참조.

7) 이 판결에 대한 평석은 방강수(2021), 「근무 시간대 선택권이 있는 근로자의 연차휴가」, 『노동리뷰』 제200호, 한국노동연구원, pp.99-102 참조.

로제공의 하나라는 점에서, 원고들이 받는 판매수수료는 당연히 임금에 해당한다고 보아야 한다.

오히려 대상판결의 원심에게 되묻고 싶다. “근로자가 일을 해서 받은 대가 중에 과연 임금이 아닌 것이 있는가?”라고 회사가 지정한 고객에게 노무를 제공하는 것이나 노무제공자 스스로 고객을 개척하여 판매활동을 하는 것이나 모두 사용자에게 대한 근로제공에 해당한다. 따라서 설치·AS 수수료 뿐만 아니라 판매수수료도 당연히 임금이다.

즉, 근로기준법상 근로자가 일을 해서 받은 대가는 모두 임금에 해당한다고 보아야 한다. 원심판결처럼 원고들의 근로자성을 인정하면서도, 판매활동의 대가로 받은 판매수수료의 임금성을 부정하는 것은, 양립하기 어렵다. 판매활동도 분명 근로의 제공이기 때문이다.

근로자가 사용자로부터 받는 금품 중에 임금성이 부정될 수 있는 것은, 순수한 복리후생비(예컨대, 복지포인트)<sup>9)</sup>나 경영성과급<sup>10)</sup> 정도이다. ‘경영’성과급의 임금성은 여전히 논쟁적이긴 하나,<sup>11)</sup> 대상판결의 판매수수료나 자동차 판매수량에 따른 인센티브와 같은 근로자 ‘개인’의 성과나 실적에 따른 보수는 이론(異論)의 여지 없이 임금으로 보아야 한다.<sup>12)</sup>

방강수(공인노무사, 법학박사)

8) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23149 판결.

9) 판례는 선택적 복지제도 하에서의 복지포인트의 임금성을 부정하였다(대법원 2019. 8. 22. 선고 2016다48785 전원합의체 판결).

10) 판례에 따르면, 민간기업에서 그 해의 생산실적에 따라 지급 여부나 지급률이 달라지는 목표달성 성과금은 임금성이 부정되었으나(대법원 2005. 9. 9. 선고 2004다41217 판결), 공공기관의 경영평가성과금은 임금성이 인정되었다(대법원 2018. 12. 13. 선고 2018다231536 판결).

11) 경영성과급의 임금성을 학설로는 심재진(2021), 「집단적 경영성과급의 임금성」, 『노동리뷰』 제197호, 한국노동연구원, pp.93-97 참조.

12) 대상판결의 판매수수료와 같은 임금을, ‘경영’성과급에 대비하여 ‘개인’성과급이라고 칭할 수 있다. 물론 경영성과급에서도 전체적인(또는 집단적인) 경영평가 이후에 개인에 대한 평가를 하여 성과급을 지급하는데, 이때의 개인평가는 이른바 정성평가라 할 수 있다. 반면, 판매수수료와 같은 개인성과급에서의 평가는, 아주 단순한 정량평가이다. 정수기 몇 개를 팔았는지 등만 계산하면 된다.

## 직접고용 의무이행은 정규직 고용이 원칙이다

- 대법원 2022. 1. 27. 선고 2018다207847 판결 -

### 【판결요지】

직접고용 의무 규정의 입법 취지 및 목적에 비추어 볼 때 특별한 사정이 없는 한 사용사업주는 직접고용 의무 규정에 따라 근로계약을 체결할 때 기간을 정하지 않은 근로계약을 체결하여야 함이 원칙이다. 다만, 파견법 제6조의2 제2항에서 파견근로자가 명시적으로 반대 의사를 표시하는 경우에는 직접고용 의무의 예외가 인정되는 점을 고려할 때 파견근로자가 사용사업주를 상대로 직접고용 의무의 이행을 구할 수 있다는 점을 알면서도 기간제 근로계약을 희망하였다거나, 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 대부분 기간제 근로계약을 체결하고 근무하고 있어 파견근로자로서도 애초에 기간을 정하지 않은 근로계약 체결을 기대하기 어려웠던 경우 등과 같이 직접고용관계에 계약기간을 정한 것이 직접고용 의무 규정의 입법 취지 및 목적을 잠탈한다고 보기 어려운 특별한 사정이 존재하는 경우에는 사용사업주가 파견근로자와 기간제 근로계약을 체결할 수 있을 것이다. 그리고 이러한 특별한 사정의 존재에 관하여는 사용사업주가 증명책임을 부담한다. 따라서 직접고용 의무를 부담하는 사용사업주가 파견근로자를 직접고용하면서 앞서 본 특별한 사정이 없음에도 기간제 근로계약을 체결하는 경우 이는 직접고용 의무를 완전하게 이행한 것이라고 보기 어렵고, 이러한 근로계약 중 기간을 정한 부분은 파견근로자를 보호하기 위한 파견법의 강행규정을 위반한 것에 해당하여 무효가 될 수 있다.

구 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, 파견법)상의 직접고용 간주 규정에 따라 사용사업주가 파견근로자를 직접고용 하는 경우 그 계약기간을 어떻게 해야 하는지는 이미 대법원의 판결이 있었다. 구 파견법상의 직접고용 간주 규정은 ‘적법한 근로자 파견’에만 적용된다고 축소 해석할 수 없다고 판시했던 이른바 ‘에스코 판결’<sup>1)</sup>에서 대법원은 직접고용 간주된 경우의

1) 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결.

근로계약 기간은 특별한 사정이 없는 한 기한의 정함이 없는 것으로 보아야 한다고 판시한 바 있다. 그러나 2007. 7. 1. 구 파견법상의 직접고용 간주 규정이 현행 파견법상의 직접고용 의무 규정으로 바뀐 이후 직접고용 의무 규정에 따른 직접고용 시 그 고용 형태에 대한 대법원판결은 없었다. 대상 판결은 이 쟁점에 대한 첫 번째 대법원판결이다.

대상 판결을 검토하기에 앞서 그 사실관계를 살펴보면 다음과 같다. 근로자 파견업무 등을 하는 인터프로셀 주식회사의 근로자인 원고는 2010. 7. 12.부터 2014. 7. 13.까지 방송사업자인 피고 대전방송의 사업장에 파견되어 방송 운행(MD) 업무를 수행하였다. 피고는 2014. 7. 14. 직접 원고와 기간을 2014. 7. 14.부터 2015. 7. 13.로 하고 원고가 피고의 방송 운행 업무 등에 종사하기로 하는 근로계약을 체결하고, 기간을 2015. 7. 14.부터 2016. 7. 13.까지로 하여 근로계약을 1회 갱신(이하, 이 사건 근로계약)하였으나, 이후 근로계약을 갱신하지 않고 근로관계를 종료하였다. 이에 원고는 피고를 상대로 갱신거절 무효확인 청구 소송을 제기하였다.

이에 대해 1심과 원심이 2심 법원은 직접고용 의무 규정에 따른 직접고용 시 근로계약의 기간에 대하여는 판단하지 않은 채 이 사건 근로계약에서 정한 기간이 유효하다는 전제하에 갱신 기대권의 존재 여부 및 갱신 거절의 합리적 이유의 존재 여부에 대해 판단하였다. 이에 대한 1심 판결과 2심 판결은 엇갈렸다. 1심 법원이었던 대전지방법원<sup>2)</sup>은 원고에게는 이 사건 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권이 존재하고, 피고가 근로계약 갱신을 거절한 행위는 원고의 정당한 기대권을 합리적 이유 없이 침해한 행위로서 실질적으로 해고에 해당한다고 판단하여 원고의 청구를 인용하였던 반면, 2심 법원이었던 대전고등법원<sup>3)</sup>은 원고의 청구를 기각하였다. 이에 대해 대상 판결은 【판결요지】와 같이 판시하면서, 원심이 이 사건 근로계약에서 정한 기간이 그대로 유효하다고 전제하고 이 사건 근로계약은 이 사건 갱신거절에 따라 기간 만료로 종료하였다고 판단한 것은 파견법상 직접고용 의무에 관한 법리를 오해한 것이고 이에 대해 심리를 다하지 않았다는 이유로 파기환송 하였다.

대상 판결은 직접고용 의무 규정에 따라 사용자사업주가 파견근로자를 직접

2) 대전지방법원 2017. 7. 5. 선고 2016가합105651 판결.

3) 대전고등법원 2018. 1. 11. 선고 2017나12910 판결.

고용하는 경우에 그 고용 형태에 대해 판시한 최초의 판결로서 몇 가지 의미를 지니고 있다.

첫째, 대상 판결은 사용사업주가 직접고용 의무 규정에 따라 파견근로자와 직접 근로계약을 체결할 때 사용사업주는 구 파견법상 직접고용 간주 규정과 마찬가지로 파견근로자를 정규직으로 고용하는 것이 원칙임을 선언한 판결로서 의미가 있다. 현행 파견법상의 직접고용 의무 규정은 구 파견법상의 직접고용 ‘간주’가 ‘의무’로 바뀐 것으로 파견근로자의 고용안정이라는 규정의 입법 취지 및 목적에는 변화가 없다는 점에서 직접고용 간주 규정과 달리 해석할 하등의 이유가 없다는 점에서 대상 판결의 결론은 지극히 타당하다.<sup>4)</sup> 한편, 대상 판결에 따르더라도 사용사업주에게 직접고용 의무가 발생하기 전에 파견근로자를 직접 고용하는 경우와 사용사업주에게 직접고용 의무가 발생한 이후에 직접 고용하는 경우는 구분될 필요가 있다. 전자의 경우에는 사용사업주에게 파견법상의 의무가 존재하지 않기 때문에, 사용사업주가 파견근로자를 기간제로 채용하는 경우에도 법 위반이라고 볼 수 없는 데 반해, 후자의 경우에는 대상 판결이 적용되어 직접고용 의무 규정을 잠탈하는 것으로 보기 어려운 특별한 사정이 없는 한 기간의 정함이 없는 근로계약으로 체결하여야 한다.<sup>5)</sup>

둘째, 대상 판결은 직접고용 시 계약기간을 정한 것이 직접고용 의무 규정의 입법 취지 및 목적을 잠탈하는 것으로 보기 어려운 특별한 사정이 있는 경우에는 사용사업주가 파견근로자와 기간제 근로계약을 체결할 수 있으나, 이러한 특별한 사정의 존재에 관하여는 사용사업주가 증명책임을 부담한다고 밝히고 있다. 직접고용 간주 규정에 대한 종래 대법원판결에서는 사용사업주가 파견근로자를 기간제로 고용할 수 있는 ‘특별한 사정’을 구체적으로 언급하고 있지 않았던 데 반해, 대상 판결은 직접고용 의무를 부담하는 사용

4) 대상 판결과 같은 주장이 없었던 것은 아니다. 「파견법」과 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, 기간제법)은 2년 초과 사용근로자를 기간의 정함이 없는 근로계약으로 직접 채용하라는 취지로 이해되는 점, 직접고용 의무 시 기간제 근로계약이 가능하다고 해석하면 단기의 기간제 근로계약을 체결함으로써 직접고용 의무를 이행함으로써 이를 회피하는 것이 가능하다는 점 등을 이유로 직접고용 간주 규정에 대한 대법원 판결과 마찬가지로 특별한 사정이 없는 한 기간의 정함이 없는 근로계약이 된다고 해석하는 것이 타당하다는 견해로 온주 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」 제6조의2 방주 9.

5) 같은 취지로 온주 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」 제6조의2 방주 9.

사업주가 파견근로자를 기간제로 고용할 수 있는 ‘특별한 사정’을 판단하는 원칙적인 기준을 제시하고 있다. 대상 판결에 따르면, ‘특별한 사정’이란 직접고용 관계에 계약기간을 정한 것이 직접고용 의무 규정의 입법 취지 및 목적을 잠탈한다고 보기 어려운 경우를 말한다. 이와 관련하여 대상 판결은 ‘특별한 사정’이 인정되는 대표적인 경우로 파견근로자가 사용사업주를 상대로 직접고용 의무의 이행을 구할 수 있다는 점을 알면서도 기간제 근로계약을 희망한 경우 또는 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 대부분 기간제 근로계약을 체결하고 근무하고 있어 파견근로자로서도 애초에 기간을 정하지 않은 근로계약 체결을 기대하기 어려웠던 경우를 예시적으로 열거하고 있다.

셋째, 대상 판결은 직접고용 의무를 부담하는 사용사업주가 특별한 사정이 없음에도 파견근로자를 기간제로 직접고용 하는 것은 직접고용 의무를 완전히 이행한 것이라 볼 수 없고, 근로계약 중 기간에 관한 부분은 강행규정인 파견법에 위반하여 무효가 된다고 밝히고 있다. 직접고용 간주 시 근로계약 기간에 대한 종전 대법원판결이 특별한 사정이 없음에도 기간제 근로계약을 체결한 경우의 법적 효과에 대해 밝히고 있지 않았던 데 반해, 대상 판결은 근로계약 기간에 관한 정함은 파견법 규정의 강행성에 비추어 일부 무효가 될 수 있다는 점을 분명히 하고 있다는 점에 의의가 있다.

한편, 대상 판결은 향후 해석상의 여지를 남기고 있다. 대상 판결이 직접고용 의무 규정의 경우에도 기간제 근로계약을 체결할 수 있는 특별한 사정이 없는 한 사용사업주는 파견근로자를 기간의 정함이 없는 근로계약으로 고용하는 것이 원칙임을 선언한 이상 향후 어떠한 경우에 ‘특별한 사정’이 인정될 수 있는지가 해석상 집중적으로 논의될 것으로 판단된다. 대상 판결이 예시하고 있는 경우 이외에 사업의 완료 등과 같이 근로 제공에 대한 사업상의 필요성이 명확히 정해져 있는 경우 등에도 ‘특별한 사정’이 인정될 수 있는지가 문제될 수 있다.<sup>6)</sup> 사용사업주가 파견근로자를 기간제 근로자로

6) 참고로, 파견근로자와 사용사업주 간에 직접고용이 간주되는 경우 그 근로관계의 기간에 대하여는 정하고 있는 독일 근로자파견법 제10조 제1항 제2문은, 사용사업 내 파견근로자의 근로제공에 기간의 정함이 있었고, 사용사업주와 파견근로자 간에 기간의 정함이 있는 근로관계의 체결을 정당화할 수 있는 객관적인 사유가 있는 경우 파견근로자와 사용사업주 간에 고용이 의제된 근로관계는 기간의 정함이 있는 것으로 본다 고 규정하고 있고, 독일의 경우 사용사업주와 파견근로자 간에 기간제 근로계약을 체결할 수

고용할 수 있는 ‘특별한 사정’에 대한 후속 판결 및 해석상의 논의가 이어지기를 기대한다.

여하튼 대상 판결은 직접고용 의무 이행은 정규직 고용이 원칙임을 선언하였다. 대상 판결이 있기 전 고용노동부는 파견근로자를 직접 고용하는 경우 기간제근로자로 고용하는 것이 가능한지에 대해 기간제 근로계약을 체결하는 것도 가능하다는 견해를 취하고 있었다. 고용노동부는 질의회시에서 “파견법에서는 직접고용 의무만 부과하고 있을 뿐 고용 형태에 대하여는 달리 규정하고 있지 않으므로 기간제 근로계약의 방식을 취하더라도 무방하다.”<sup>7)</sup>거나 “노사 당사자 간의 합의로 무기 계약 또는 기간제 근로계약을 맺을 수도 있다.”<sup>8)</sup>라고 밝힌 바 있다.<sup>9)</sup> 이에 따라 실제 노동 현장에서는 사용사업주에게 직접고용 의무가 적용되는 경우에 사용사업주가 파견근로자를 기간제 근로자로 고용하여도 그 의무를 이행한 것으로 처리하는 경우가 적지 않았다. 대상 판결에 배치되는 고용노동부의 행정해석은 이 판결의 취지에 따라 즉시 변경되어야 할 것이다.

김기선(충남대학교 법학전문대학원 교수)

있는 객관적인 정당한 사유가 있는지 여부는 독일 단시간·기간제 근로법 제14조 제1항 제2문에 열거된 사유에 비추어 판단된다. 독일 단시간·기간제 근로법 제14조 제1항 제2문에 따르면, ① 근로제공에 대한 사업상의 필요가 일시적인 경우, ② 직업훈련생 또는 학생이 근로관계로 이전하는 것을 쉽게 하기 위한 기간제 근로계약의 체결, ③ 다른 근로자의 업무를 대체하기 위한 기간제 근로계약의 체결, ④ 근로제공의 성질상 기간제 근로계약의 체결이 정당한 경우, ⑤ 시용을 위한 기간제 근로계약의 체결, ⑥ 근로자의 일신상의 사유에 의한 기간제 근로계약의 체결, ⑦ 재정법상 기간제 근로자의 고용을 정하고 있는 예산으로 근로자의 보수를 지급하는 이에 따라 근로자를 사용하는 경우, ⑧ 법원의 화해나 조정의 의해 근로계약의 기간이 정해지는 경우에는 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결할 수 있는 정당한 사유가 인정된다(독일 단시간·기간제 근로법 제14조 제1항 제2문). 한편, 독일 다수설에 따르면, 법률에 열거된 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결할 수 있는 정당한 사유는 예시적인 것이기 때문에 여기에 국한되지 않는 것으로 해석된다.

7) 고용노동부 2007. 5. 3. 비정규직대책팀-1504.

8) 고용노동부 2007. 6. 26. 비정규직대책팀-2424.

9) 다만 고용노동부는 “사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하면서 사회통념상 합리성이 결여될 정도로 짧은 계약기간을 설정하는 경우라면, 당해 파견근로자의 사용기간, 종사했던 업무의 상시성 여부, 그간 동종 근로자의 채용관행 등 구체적 사실관계를 고려해 볼 때 사용사업주가 직접고용 의무를 면하기 위한 절차에 지나지 않는 것으로 판단되는 때에는 직접고용 의무를 이행하지 않은 것으로 볼 수 있”다고 밝히고 있다.



## MES를 통한 상당한 지휘·명령 여부

- 대법원 2022. 7. 28. 선고 2021다221638 판결 -

### 【판결요지】

원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 …… 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무 수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지 …… 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.

다음과 같은 사정을 종합하여 보면 (…… 원고들은 1999년경까지는 피고가 제공한 작업표준서에 따라, 그 이후에는 협력업체가 기존 작업표준서를 기초로 핵심적 내용이 질적으로 동일하게 자체적으로 작성한 피고로부터 검증을 받은 작업표준서에 따라 작업을 수행하였다. 또한 피고의 제품 생산 과정과 조업체계는 현재 전산관리시스템(MES)에 의해 계획되고 관리되는바, 원고들은 전산관리시스템(MES)을 통해 전달받은 바에 따라 작업을 수행하였다……) 원고들이 이 사건 각 협력업체와 고용을 유지하면서 피고의 사업장에서 크레인·지게차 운전 및 제품·공장 업무를 수행한 기간에는 원고들을 파견근로자로서 사용하였다고 판단된다.

주지하는 바와 같이 2015. 2. 26. 이래 대법원은 근로자파견과 도급의 구별에 대해, 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라 실질에 따라 판단하라고 하면서 그 실질에 대해 다음과 같은 기준을 제시하고 있다(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결 등): ① 원청이 하청에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, ② 하청 근로자가 원청 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 원청의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, ③ 하청 고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 하청 근로자가 맡은 업무가 원청 소속 근로자의

업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, ⑤ 하청 고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지. 본 판결 역시 대법원의 이러한 기준에 의거해 판단되었다.

본 판결의 몇 가지 쟁점 중 이 글은 불법파견 판단의 요소 중 ① 사용자로서 직·간접적으로 상당한 지휘·명령을 하는지(이하, “상당한 지휘 등”이라 함)에 대해 다루고자 한다. 특히 이 글의 관심은 MES를 상당한 지휘 등의 징표로 볼 수 있는지 여부이다.

본 판결에서 전산관리시스템이라 언급된 MES(Manufacturing Execution System)는 제조업에서 널리 활용되는 생산 공정을 관리하기 위한 전자시스템을 말한다. 그간 하급심은 MES를 “단순히 도급업무를 발주하고 일의 결과에 대한 검수를 하는 데 필요한 정보를 입력하고 확인하는 PDA 단말기와 같은 기능에 그치는 것이 아니라 사용자가 하청 근로자들에 대한 작업을 지시하고 관리·감독할 수 있는 측면의 기능이 강화된 시스템(광주고법 2019. 9. 20. 선고 2016나546.553.560.577 판결)”이라 이해하기도 하고 “장비 관리사이트일 뿐 근로자별로 성과와 실적을 관리하거나 감독하는 것이 아니며 종전 작업확인 과정을 전산화한 것에 불과할 뿐 지시나 통제 수단으로 보기 어렵다(서울고법 2019. 9. 27. 선고 2018나2062639 판결).”라거나 “MES 입력은 업무수행 여부를 사후적으로 확인하기 어렵고 정량적으로 평가하기 어려운 이 사건 보전업무의 특성을 반영한 것으로써, 예정대로 작업이 수행되었음을 확인하고, 업무수행의 대가 산정과 관련하여 실제로 보전업무가 수행되었다는 증빙자료의 의미가 있는 것으로 보인다(수원지법 평택지원 2020. 2. 13. 선고 2017가합9246, 2018가합10243 판결).”고 평가하기도 하였다. 비록 대법원은 MES의 성격에 대해 판단하지 않았지만 그 원심에서 MES를 통한 업무 수행에도 불구하고 이를 상당한 지휘 등으로는 해석하지 아니한 입장을 취한 바 있다(대법원 2018. 12. 13. 선고 2016다240406 판결 및 원심인 서울고법 2016. 7. 6. 선고 2015나2023411 판결).

본 판결은 이 사건의 MES를 상당한 지휘 등의 징표라 판단한다. 이 사건 원청의 제품 생산 과정과 조업체계가 MES에 의해 계획되고 관리되며 하청 근로자들은 MES를 통해 전달받은 바에 따라 협력작업을 수행한다고 본 것이다. 본 판결과 동일한 결론을 내린 하급심을 보면 이 사건의 MES 운영에 대한 사실관계를 좀 더 면밀히 확인할 수 있다(광주고법 2021. 2. 3. 선고

2019나21018 판결).

이 사건 원청이 정보를 입력하면 MES는 작업내용, 작업장소, 작업위치, 작업순서 등과 같은 구체적인 공정계획을 자동으로 생성하여 이를 하청 근로자들에게 전달하는 기능을 한다. 그리고 하청 근로자들은 MES를 통해 전달받은 바에 따라 원청과 협력 작업을 수행하였다. MES는 원청이 사전에 설정해 둔 프로그램에 따라 공정계획·작업내용을 자동으로 생성할 뿐만 아니라, 생산과정의 오류 등이 있어 하청 근로자들의 업무 수행 간 수정이 필요한 경우 원청 소속 근로자가 직접 MES에 새로운 정보를 입력하여 업무를 조정하기도 하였다. 이를 두고 하급심은 원청이 설정한 방식에 의하여 생성된 구속력 있는 공정계획·작업내용에 따라 하청 근로자들의 업무가 수행되었다고 평가하였고, 본 판결 역시 같은 태도를 취하고 있다.

불법 파견의 판례 법리는 직접적인 것은 물론 원청의 간접적인 지휘·명령 역시 문제를 삼고 있다. 그리고 판례는 근로자성 법리에서 ‘구체적, 개별적인 지휘·감독’과 ‘상당한 지휘·감독’이 구별되는 것처럼, 원청의 ‘상당한’ 지휘·명령을 불법 파견 여부의 판단 근거로 보고 있다. 판례는 그래서 현장감독자가 선임되어 있는 경우라도 그 현장감독자가 원청이 결정한 지시내용을 그대로 전달하는 수준이라거나(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결) 원청이 작업계획서, 작업지시서, 매뉴얼 등을 교부한 경우에도 이를 통해 하청 근로자에 대한 간접적인 지시를 하였다고 평가할 수 있다면(대법원 2019. 8. 29. 선고 2017다219072 판결) 이를 원청의 지휘·명령으로 해석하고 있는 것이다. 판례의 이 같은 해석은 MES에 관한 판단에서도 그대로 유지되어야 한다.

물론 모든 MES를 동일하게 평가할 수는 없을 것이다. 구체적인 사안에 따라 그 기능은 상이할 것이고 공정에서의 활용도 역시 차이가 있을 것이다. 하지만 MES를 통해서도 사실상 업무 지시의 효과를 낸다면 이는 상당한 지휘 등으로 보아야 한다. 그것이 대면이 아니라 해서, 장소적으로 분리되었다 해서, 직접 접촉이 없다고 해서 지휘·명령이 아니라 해석할 일은 아니라는 것이다. 더구나 일반 근로자라 하더라도 원격 근무가 일상화되고 SNS 등을 통한 업무 지시가 보편화되고 있다. MES가 사실상 구속력 있는 통제 시스템으로서 기능을 한다면 이는 당연히 불법파견 판단에 있어 중요 징표가 되어야 할 것이다.

중속의 징표를 발견하고 그로부터 중속에 관한 법체계를 발전시켜 온 것이 노동법의 역사이다. 전산시스템, 인공지능, 알고리즘이라는 새로운 통제 수단 앞에 다시 중속의 의미를 새롭게 정의하고 중속을 통해 다양한 일의 양태를 포섭해 가는 노력은 4차 산업 혁명이 도래하는 지금 더 절실해져야 한다. MES라는 새로운 중속 도구에 대한 본 판결의 의의는 그래서 크다 할 것이다.

김영택(법학박사)

## 파견법상 직접고용 의무가 자회사 설립으로 이행되는지 여부

- 서울고등법원 2022. 9. 16. 선고 2021나2025265 판결 -

### 【판결요지】

피고는 근로자 대표단을 포함한 노사협의기구를 구성하고 노사협의 결과에 따라 위와 같이 자회사를 설립하여 피고에 대한 파견 용역근로자들을 위 자회사의 정규직으로 채용하였고, 원고들도 위와 같은 경위를 모두 인정한 상태에서 스스로의 선택에 따라 파견법상의 고용 의무 이행에 갈음하여 시행된 위와 같은 정규직 전환 절차를 통하여 자회사의 정규직 근로자로 채용되었으므로, 피고는 그 무렵 위와 같은 자회사 전환방식으로 원고들에 대한 파견법상 사용자주로서의 고용 의무를 이행하였다고 봄이 타당하다.

### 1. 사례의 쟁점

문재인 정부는 ‘공공부문 비정규직 근로자의 정규직 전환정책’에 따라 공공부문의 파견·용역근로자들을 정규직화하였고, 그 방안으로 직접고용 방식, 자회사 방식, 사회적기업 등 제3섹터 방식을 제안하였다.<sup>1)</sup> 이 중 주로 추진된 방식은 자회사 방식이었다. 그런데 용역근로자들의 경우 이미 사용기업으로부터의 직접적인 지휘·감독 관계가 인정된다면 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘파견법’이라 함.) 제6조의2 제1항에 따라 직접고용 의무가 발생하였고 사용기업(본 사례에서는 피고 회사)은 용역근로자들을 직접 고용할 의무를 부담한다. 이에 사용기업은 자회사를 설립하여 용역근로자들을 채용하였으므로 자신의 직접고용 의무는 이행되었다고 주장한다. 그러나 자회사는 별개의 법인이기 때문에 자회사로의 채용 전환은 법의 명문에 반하는 입법 취지의 잠탈이라는 주장이 있을 수 있다. 다만, 파견법 제6조의2

1) 관계부처 합동, 『공공부문 비정규직 근로자 정규직 전환 가이드라인』, 2017. 7. 20, pp.34-35 참조

제2항은 “해당 파견근로자가 명시적으로 반대 의사를 표시”한 경우에는 사용사업주의 직접고용 의무는 적용되지 않는다고 규정하여 용역근로자들이 자회사에 지원한 것을 이러한 반대 의사표시로 볼 수 있을 것인가 또한 쟁점이 된다.

## 2. 사실관계 및 법원의 판단

원고 근로자들은 피고인 한국전력공사 사옥에서 시설관리를 담당하는 외주 사업체 소속의 용역근로자들이다. 정부의 ‘공공부문 비정규직 근로자의 정규직 전환정책’에 따라 피고 회사는 외주 사업체 소속의 용역근로자들을 포함한 노사합의기구를 구성하고 그 기구에서 협의한 대로 자회사인 한전에 프엠에스를 설립하여 자회사에 시설관리를 맡기는 한편 기존의 외주 사업체와는 용역계약을 종료하고 그 소속 용역근로자들은 자회사에 신규 채용하기로 하였다.

원고 근로자들은 노사합의기구의 결정에 반대의사를 표시하지 않았고 전환채용 지원서를 제출하여 자회사인 한전에프엠에스에 근무하던 중 한국전력공사를 상대로 외주 사업체에 소속된 기간과 한전에프엠에스에 소속된 기간 모두 불법파견임을 주장하며 한국전력공사가 직접 고용할 의무가 있으며 두 기간 동안의 임금 차액에 대한 손해배상을 청구하였다.

제1심인 서울남부지방법원 2021. 6. 4. 선고 2019가합112404 판결은 피고 한국전력공사가 외주 사업체 소속의 원고 근로자들을 사용한 것은 파견 관계가 맞아 임금 차액 등의 손해배상을 하여야 하지만, 자회사를 설립한 이후에는 피고 회사는 원고들의 근무 장소를 분리하고 시설관리업무가 필요할 경우 자회사에 용역통보서를 작성하여 교부하는 등 별도의 지휘·감독을 하지 않아 파견 관계를 부정하였다.

또한 한국전력공사의 파견법상 원고 근로자들의 직접고용 의무 이행에 대해서도 “자회사를 다른 외주 사업체들과 동일하게 볼 수 없고” 원고 근로자들이 자회사가 한국전력공사의 “정규직 전환정책에 따라 설립된 자회사라는 점을 알면서도 이에 입사”한 점을 들어 한국전력공사는 파견법상의 직접고

용 의무를 이행한 것으로 보았다.

본 리뷰 대상인 제2심 역시 제1심과 같이 원고 근로자들이 외주 사업체 소속이었던 기간에는 한국전력공사와의 파견 관계를 인정하여 손해배상을 인정하였지만 - 다만, 손해배상액의 산정에 있어서는 제1심과 결론을 달리 하였다. 자회사를 설립한 이후에는 자회사의 독립적인 실체를 확인하고 한국전력공사의 별도의 지휘·감독을 인정하지 않아 파견 관계를 부정하였다.

그리고 한국전력공사의 파견법상 원고 근로자들의 직접고용 의무 이행도 이행한 것으로 인정하였는데 제1심의 내용에다 다음과 같은 논거를 보충하였다. 즉, 원고 근로자들은 한국전력공사가 구성한 노사합의기구의 논의 상황을 모두 인지하고 “스스로의 선택에 따라 파견법상의 고용의무 이행에 갈음하여 시행된” 정규직 전환 절차를 통하여 “자회사의 정규직 근로자로 채용”되었다는 것이다.

### 3. 시사점 및 법원 견해에 대한 반론

본 판결문은 제1심과 같이 비록 정부의 ‘공공부문 비정규직 근로자의 정규직 전환정책’으로 자회사를 설립하였지만, 그 전 외주 사업체를 통하여 형성된 근로관계를 불법파견으로 인정하여 사용사업주에 손해배상을 인정한 점은 긍정적이다. 그러나 자회사를 설립하여 용역근로자들을 채용한 것을 파견법 제6조의2 제1항에 따라 사용사업주가 직접고용 의무를 이행한 것으로 본 것은 동의할 수가 없다.

파견법 제6조의2 제1항은 “사용사업주가 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다.”라고만 규정할 뿐 직접고용의 의미를 구체적으로 명시하고 있지는 않다. 대법원 역시 아직 구체적인 사례를 판시한 바 없다. 그렇다면 입법의 취지를 살펴보는 목적론적 해석과 법문의 문언적 의미를 따지는 문리적 해석, 그리고 다른 법조문과의 관계를 보는 구조적 해석을 해 보아야 한다.

먼저 목적론적 해석을 하면, 불법 파견근로자에 대한 구 파견법상 고용 간주나 현 파견법상의 직접고용 의무 규정은 무분별한 파견을 통하여 간접고용이 남발되는 것을 막기 위하여 규정된 것으로 불법파견에 대한 책임을 직

접 지휘·감독을 하고 해당 근로자를 사용한 사업주에게 물리는 것으로 보아야 한다. 그러나 자회사 설립을 통한 고용 역시 간접고용 형태이기 때문에 직접적인 책임을 부과한 것으로 볼 수 없다.

문리적 해석을 하여도 ‘직접’이란 사용자와 근로자 간의 근로계약에 제3자가 개입하지 않은 형태를 의미한다. 한국전력공사와 원고 근로자들 사이에는 자회사인 한전에프엠에스가 개입하고 있으므로 이를 ‘직접’ 고용이라고 볼 수는 없다.

구조적 해석을 보면, 제6조의2 제3항은 “제1항에 따라 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하는 경우의 파견근로자의 근로조건을 다음 각호의 구분에 따른다.”고 하고 제1호와 제2호를 다음과 같이 규정하고 있다.

제6조의2(고용의무) ③ 제1항에 따라 사용사업주가 파견근로자를 직접 고용하는 경우의 파견근로자의 근로조건은 다음 각호의 구분에 따른다.

1. 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 있는 경우: 해당 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건에 따를 것
2. 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 없는 경우: 해당 파견근로자의 기존 근로조건 수준보다 낮아져서는 아니 될 것

즉, 사용사업주가 직접 고용한 근로자 중 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 사람이 있는지부터 살펴보고 만일 있다면 그와 동일한 근로조건을 부과하라는 것이다. 이는 자회사가 아닌 사용사업주의 사업에 직접 채용한다는 것을 전제로 한 것이며, 비록 사용사업주의 근로자 중 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 사람이 없다고 하여도 제1호와의 관계를 보건대 달리 해석할 것은 아니다.

따라서 파견법 제6조의2 제1항에 따른 사용사업주의 직접고용 의무는 자회사를 통한 간접고용은 포함하지 않는 것으로 해석된다.

그러나 두 번째 쟁점으로 원고 근로자들의 자회사 채용지원이 파견법 제6조의2 제2항에 따른 사용사업주의 직접고용에 대한 ‘명시적 반대의사’로 볼



수 있는가이다. 만일 원고 근로자가 사용사업주의 직접고용에 대해 명시적으로 반대의사를 표명하고 자회사를 스스로 지원한 것이라면 사용사업주는 원고 근로자들에 대한 직접고용 의무를 면한 것으로 볼 수 있다.

고등법원은 이에 대해서 명시적으로 판단 내리지는 않았다. 하지만 사용사업주의 직접고용 의무를 인정한 논거인 한국전력공사가 노사합의기구를 구성하고 노사협의 결과 자회사를 설립한 점과 원고 근로자가 그 과정에 아무런 이의를 제기하지 않고 스스로 지원한 점이 그대로 파견법 제6조의2 제2항의 ‘명시적 반대의사’로 해석될 여지가 있기 때문에 이에 대해서도 살펴볼 필요가 있다.

일단 여기서의 명시적 반대의사는 근로자의 개별적인 의사표시이어야 한다. 이미 형성된 권리에 대해서는 근로자대표기구라 하여도 근로자의 개별적 동의 없이 그것을 위임받아 포기할 수 없기 때문이다. 따라서 노사합의기구의 노사협의 과정에 근로자들이 이의를 제기하지 않는 점을 들어 이것을 명시적 반대의사라 할 수 없다.

그리고 원고 근로자들이 자회사를 채용 지원한 것을 명시적 반대 의사로 보기 위해서는 좀 더 명확한 사실관계가 필요하다. 즉, 원고 근로자들은 한국전력공사라는 사용사업주와 직접적인 근로관계를 형성할 수 있는 선택지와 자회사 채용이라는 선택지, 양자를 대등하게 받고 이 중 하나를 선택할 수 있는 상황이어야 한다. 그렇다면 원고 근로자들의 명시적인 반대 의사를 인정할 수 있을 것이다. 그러나 제1심과 고등법원에서 나타난 사실관계에서는 원고 근로자들은 대등한 양 선택지를 받아든 것이 아닌 일방적인 자회사 선택만을 받은 듯하다. 따라서 한 가지 선택지만을 주어진 상황에서 어쩔 수 없이 선택한 것을 자발적인 반대의 의사표시라고 볼 수 없다. 또한 주의할 점은 사용사업주의 직접적인 근로관계라는 선택지가 주어진다고 하더라도 이는 전과 동등하다고 평가될 수 있는 보직과 근로조건이 전제되어야 한다. 사용사업주의 사업에 채용될 때 기존 경력과는 관계없는 보직으로의 변경 등 어떤 불이익이 주어진다면 이 역시 자발적인 반대의 의사표시라고 볼 수 없다.

마지막으로 파견법 제6조의2 제2항의 근로자의 반대 의사표시의 존재는 사용사업주가 증명하여야 한다. 대법원은 2022. 1. 27. 선고 2018다207847 판결에서 파견법 제6조의2 제2항의 “파견근로자가 명시적으로 반대의사를 표

시하는 경우에는 직접고용 의무의 예외가 인정되는 점을 고려할 때,” “직접 고용 관계에 계약기간을 정한 것이 직접고용 의무 규정의 입법 취지 및 목적을 잠탈한다고 보기 어려운 특별한 사정이 존재하는 경우에는 사용사업주가 파견근로자와 기간제 근로계약을 체결할 수 있을 것이다. 그리고 이러한 특별한 사정의 존재에 관하여는 사용사업주가 증명책임을 부담한다.”고 하였다. 여기서 특별한 사정의 존재에는 파견근로자의 명시적인 반대의사도 포함된다고 해석된다. 따라서 본 사안의 경우도 원고 근로자들이 자회사를 자발적으로 선택하였다는 것은 피고인 한국전력공사가 증명해야 할 부분이다.

양승엽(국회입법조사처 입법조사관)

## 공공기관 민간위탁과 근로자파견

- 광주고등법원 2022. 9. 21. 선고 2021나24430 판결 -
- 광주지방법원 2021. 9. 2. 선고 2020가합52691 판결 -

### 【판결요지】

원고가 제출한 증거들만으로는 원고와 피고 사이에 B대 산단이 원고를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 원고로 하여금 피고의 지휘·명령을 받아 피고를 위하여 근로하게 하는 근로자파견 관계가 있었다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

### 1. 사실관계 및 판결의 태도

피고는 한국산업안전보건공단법에 따라 설립된 준정부기관으로서 고용노동부장관으로부터 소규모 사업장 근로자의 건강을 보호·증진하기 위한 근로자건강센터(이하, ‘센터’라고 한다.) 업무를 위탁받았고, 센터의 구체적인 운영에 관하여는 소규모 사업장 소속 근로자에 대한 건강상담관리, 직업성 질병 예방활동 등의 업무를 수행할 수 있는 전문 인력과 지역 네트워크를 보유하고 있는 민간기관에 다시 위탁하였는데, 그중 C센터의 운영은 2012년부터 2019년까지 1년 단위로 B대 산업협력단(이하, ‘B대 산단’이라 한다.)에 위탁하였다.

원고는 2013. 1. 1.부터 2020. 1. 1.까지 B대 산단에 소속된 근로자로서 C센터의 사무국장으로서 근무하였다. 그런데 원고를 비롯한 C센터 직원들은 B대 산단이 아니라 B대 산단에 C센터의 운영을 위탁한 피고로부터 그 업무수행에 관한 지휘·명령을 받는 관계에 있으므로, 피고와 B대 산단 사이의 이 사건 위탁운영계약의 실질은 근로자파견계약이고, B대 산단은 고용노동부장관으로부터 근로자파견사업의 허가를 받지 아니하였으므로, 파견근로자보호 등에 관한 법률 제6조의2 제1항 제5호에 따라 피고는 원고에게 고용의 의사 표시를 할 의무가 있다면서 피고를 상대로 근로자지위 확인 소송을 제기하였다. 이에 대해 피고는 이 사건 위탁운영계약은 근로자파견계약이 아니라

도급계약 내지 위임계약 등에 해당한다고 주장하였다.

1심은 피고와 B대 산단 사이의 이 사건 위탁운영계약은 실질적으로 근로자파견계약에 해당한다고 하였지만,<sup>1)</sup> 항소심인 대상판결에서는 근로자파견 관계가 있었다고 인정하기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다고 하였다. 해당 사건은 현재 대법원에 계류 중에 있다.<sup>2)</sup>

## 2. 시사점

법률에 규정된 행정기관의 사무 중 일부를 민간의 법인·단체 또는 개인 등에게 맡겨 그의 명의로 그의 책임 아래 행사하도록 하는 민간위탁이 근로자파견에 해당하는지는 종전부터 논란이 되었다. 대상판결은 이에 관한 사안으로 대법원의 근로자파견 판단기준을 근거로 1심과 결론을 달리하고 있다.<sup>3)</sup> 해당 사건은 일반적인 근로자파견 분쟁과 마찬가지로 어떠한 시각으로 볼 것인지에 따라 판단을 달리할 수 있으며 다양한 쟁점을 포함하고 있다. 다만, 이하에서는 민간위탁에서 주로 논란이 될 수 있는 일부 쟁점에 대하여 간략히 살펴해보도록 하겠다.

### 가. 민간위탁의 성과평가

민간위탁은 행정조직의 방대화를 억제하고, 위탁되는 사무와 동일한 업무

1) 광주지방법원 2021. 9. 2. 선고 2020가합52691 판결.

2) 대법원 2022다279870.

3) “원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률 관계가 파견근로자보호 등에 관한 법률의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 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 당해 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 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.”(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결 등).

를 수행하는 자에게 이를 담당하도록 하여 행정사무의 능률성을 높이고 비용도 절감하며, 민간의 특수한 전문기술을 활용함과 아울러, 국민생활과 직결되는 단순 행정업무를 신속하게 처리하기 위한 것이다. 하지만, 다른 한편으로는 비용이 더 드는 경우가 있고, 공평성의 저해 등에 의한 행정서비스의 질적 저하를 불러올 수 있으며, 위탁기관과 수탁자 간에 책임 한계가 불명확하게 될 우려가 있고, 행정의 민주화와 종합성이 손상될 가능성도 있다.<sup>4)</sup> 이와 같은 단점을 보완하기 위하여 다양한 제도를 도입·운영하고 있으며, 대표적인 것이 성과평가이다. 즉, 발주기관은 성과평가를 통하여 민간위탁 서비스에 대한 결과를 확인하고, 서비스 개선을 도모하며, 연장계약 등을 통하여 인센티브 또는 페널티를 부여하고 있다.

대상판결에서도 피고는 1년에 2회 각 센터의 운영실태평가를, 매년 하반기에 성과평가를 시행하고 있다. 운영실태평가의 점검항목은 ① 인력관리(인력구성, 인력 운영), ② 사업수행(위탁업무 수행, 센터 운영 결과물 사용, 대외 업무 협력), ③ 예산·장비 관리, ④ 정보·보안 관리로 구성되어 있고, 성과평가의 지표는 ① 성과(사업목표 달성 비율, 이용자 수 증가율, 재상담 비율), ② 고객(건강수준 향상 비율, 작업환경 관리 비율), ③ 내부프로세스(운영 실태 점수, 고객만족도 점수, 업무 협력 노력도 점수)로 구성되어 있다.

문제는 이와 같은 성과평가를 통한 발주기관의 관여가 ‘제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지’ 등 근로자파견의 판단요소로 인정될 수 있는지 여부이다. 1심에서는 성과지표의 항목 등을 고려하면 센터 운영은 운영기관의 자율에 따라 이루어졌다고보다는 피고로부터 상당한 정도의 구속을 받아 이루어졌다고 평가할 수 있다고 하였다. 하지만, 대상판결에서는 운영실태평가와 성과평가를 시행하였다고 하더라도 개별 근로자인 원고에게 간접적으로나마 업무를 지시하거나 구체적인 업무과정과 방법을 감독하였다고 볼 수 없다고 하였다. 특히, 피고가 시행한 성과평가의 성과지표 대부분은 객관적인(정량적인) 성과(실적)를 평가하는 항목들로 구성되어 있고, ‘업무협력 노력도’ 등 일부 정성적인 성과지표가 성과평가에 포함되어 있었다는 사정만으로 각 센터가 피고에게 업무상 구속되어 있다고 보기 어렵다고

4) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009추121 판결 등.

하였다.

성과평가는 사전에 마련된 평가지표에 따라 일정기간 운영성과를 판단하는 것으로, 원칙적으로 근로자파견의 판단요소에 영향을 미치지 않는 중립된 지표로 보아야 할 것이다. 다만, 예외적으로 몇 가지 경우에는 근로자파견의 판단요소로 작용할 수 있을 것이다. 첫째, 평가지표를 수시로 개정·변경하면서 상시적인 업무 개입을 위해 활용되는 경우이다. 둘째, 대상판결에서도 고려하고 있듯이 객관적인(정량적인) 성과(실적)가 아닌 정성적인 성과 지표, 특히 발주기관의 자의에 따라 평가되는 지표에 의하여 평가 결과뿐만 아니라 업무수행 그 자체를 직접 지휘·명령하는 경우이다. 특히, 종사자의 고용환경 등의 제고를 위해 휴가, 휴게, 근로 시간 등을 평가지표로 두는 경우에 있어서 근로기준법 등 법령 준수 여부를 확인하는 것이 아니라 이를 근거로 발주기관이 직접 복무관리를 할 경우가 대표적인 경우가 될 수 있다.

#### 나. 법령에 근거한 위탁

대상판결에서 C센터의 위탁은 산업안전보건법령에 근거한 것이다. 법령에 근거한 위탁에 있어서는 근로자파견의 판단기준인 ‘당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지’ 등이 문제 될 수 있다. 즉, 발주기관은 법률에 규정된 자신의 사무 중 일부를 민간에게 맡기는 것이므로 해당 사업 수행에 수탁기관과 연계될 수밖에 없으므로 발주기관의 사업에 속한다고 볼 수 있기 때문이다. 따라서 이를 이유로 일의적으로 근로자파견의 판단요소로 판단하는 것은 적절하지 않다. 보다 주목할 부분은 ‘직접 공동 작업’ 등을 하는지 여부이다. 예컨대, 발주기관은 해당 사업의 기획업무를 담당하고, 수탁기관은 그에 따른 집행업무를 수행한다고 한다면 직접 공동 작업을 한다고 단정할 수 없을 것이다. 반면, 발주기관의 종사자와 수탁기관의 종사자가 해당 업무에 혼재하여 종사하고 있다면 그렇지 아닐 것이다. 대상판결에서도 1심과 달리 피고와 각 센터의 업무, 피고 소속 직원과 원고의 업무는 중첩되어 있지 않고 서로 구별된다는 점 등을 고려한 것은 이 같은 입장을 반영한 것으로 보인다.

한편, 공공부문은 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법령 또는 지방자치

단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법령을 적용 또는 준용하여야 한다. 이들 공공계약법령에서는 개산계약, 사후원가검토부조건부계약인 계약금액 정산 제도와 물가변동, 설계변경 및 기타 계약내용변경에 의한 계약금액 조정제도를 두고 있다. 더 나아가 별도로 계약금액의 정산·조정 등에 관한 사항을 특약으로 두는 경우가 있다. 이러한 계약금액의 정산 또는 조정제도는 공공계약의 공정성과 투명성을 제고하고 불필요한 예산낭비를 방지하기 위한 목적인 제도로 근로자파견의 판단요소에 직접적인 영향을 미치지 않는 중립된 지표로 보아야 할 것이다. 특별한 사정이 없는 한 공공계약법령에 따른 규범 준수를 두고 근로자파견의 판단요소로 고려하는 것은 계약행정에 부합하지 않기 때문이다. 해당사건 1심에서는 비용 정산 등을 이유로 B대 산단의 독립성을 부정하였으나, 대법판결에서는 이를 고려하고 있지 않은 것은 이 같은 이유로 보인다.

#### 다. 민간위탁 종사자의 고용불안

공공부문의 민간위탁에서 노동 분쟁은 대부분 종사자의 고용 불안이 주된 원인이다. 대상판결에서도 이러한 것이 하나의 원인이었음을 짐작할 수 있다.

원고는 C센터장과 2013년부터 2019년까지 1년 단위로 매년 근로계약을 체결하였다. 각 근로계약에는 C센터가 폐지되는 등의 경우 근로계약이 종료된다거나, 계약기간은 C센터 운영사업 기간에 한하고 고용문제와 관련하여 B대 산단을 상대로 이의제기를 하지 않는다거나, 계약기간이 종료되면 B대 산단이 근로계약을 갱신하여야 할 의무가 없고, C센터가 폐지되는 등의 경우에도 B대 산단은 원고를 B대 산단 내의 다른 부서나 센터로 근무지를 변경하여 임용할 의무가 없다는 취지의 규정을 포함하고 있다.

원고는 1년 단위 근로계약 기간을 정한 기간제 근로자이면서도, 위탁 기간으로 근로계약 기간이 추가적으로 제한 받고 있다. 그리고 원고가 B대 산단에 소속된 근로자이지만 B대 산단은 고용책임을 부담하지 않기 위하여 다양한 조건을 제시하고 있다. 물론, 대법원은 근로관계와 직접적인 연관관계가 없는 위탁사업의 종료 등을 근로계약의 종료 사유로 정한 경우에는 이를 근로관계의 자동 소멸 사유로 인정할 수 없다고 하고 있고,<sup>5)</sup> 그 외의 제한

역시 그대로 효력이 인정된다고 단정할 수 없다. 하지만, 근로자로서는 고용 불안을 느끼지 않을 수 없을 것이다. 이에 원고가 분쟁을 제기하는 것이 당연한 수준이 아닐까도 싶다.

향후 민간위탁의 노동분쟁은 증가할 것으로 예상된다. 특히, 현 정부의 공공기관 정책 방향 중 대표적인 것이 민간 경합사업의 정비이다. 공공기관 사업 중 민간과 경합하는 경우 등에 있어서 민간위탁으로 전환하거나 민간으로의 이양을 추진한다는 것이다.<sup>6)</sup> 이에 근로자파견에 해당하는지 여부 등이 보다 문제시될 수 있을 것이다. 이와 관련하여 대상판결은 구체적인 사실관계를 바탕으로 근로자파견에 관하여 판단을 한 것으로서, 공공성 등을 이유로 발주기관의 관여 또는 개입이 근로자파견의 판단요소로 작용할 수 있는지를 구체적으로 살펴볼 수 있다는 점에 의미가 있다. 대법원의 최종 판단이 기다려진다.

장호진(지방공기업평가원 연구위원, 법학박사, 변호사)

5) 대법원은 “주차관리 및 경비 요원을 파견하는 사업을 하는 사용자가 근로자가 근무하는 건물의 소유자 등과의 관리용역계약이 해지될 때에 근로자와의 근로계약도 해지되는 것으로 본다고 약정하였다고 하여, 근로자와 약정한 사안에서 그와 같은 해지사유를 근로관계의 자동 소멸 사유라고 할 수 없다.”라고 하였으며(대법원 2009. 2. 12. 선고 2007다62840 판결), “사용자가 아파트의 위탁관리업무를 주요 사업으로 하는 회사로서 그 근로자와 사이에, 근로자가 근무하는 아파트의 관리주체 등과 사용자 사이의 위탁관리계약이 해지될 때에 그 근로자와 사용자 사이의 근로계약도 자동 종료되는 것으로 한다고 약정하였다고 하여 그와 같은 해지사유를 근로관계의 자동 소멸 사유라고 할 수는 없다”(대법원 2017. 10. 31. 선고 2017다22315 판결).”고 하였다.

6) 기획재정부, 「생산성·효율성 제고를 위한 새 정부 공공기관 혁신 가이드라인」, 2022. 7. 29.; 행정안전부, 「새 정부 지방공공기관 혁신 지침(가이드라인)」, 2022. 9. 4.



## 무기 계약 간주 근로자에 대한 기간제법 차별 처우 금지의 적용 여부

- 서울중앙지방법원 2022. 4. 7. 선고 2020가합552422 판결 -

### 【판결요지】

1) 근로자가 기간제법 제4조 제1항 단서의 적용을 받는지 여부는 해당 근로자가 실제로 업무에 종사하였는지 여부를 기준으로 판단함이 타당하다. … 기간제법 제4조 제1항 단서에 해당하는 경우 기간제법 제4조 제2항이 적용되지 않으므로, 기간제법 제4조 제1항 단서의 예외 사유는 기간제근로자의 고용불안 해소 및 근로조건 개선이라는 입법 취지에 비추어 엄격하게 해석하여야 한다.

2) 기간제법 제8조 제1항은 … 문언상으로는 기간제근로자에 대한 차별적 처우만을 금지하고 있지만, 규정 취지와 공평의 관념 등을 함께 고려하면, 기간제법 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주되는 근로자의 근로조건은 다른 특별한 사정이 없는 한 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에게 적용되는 근로조건보다 불리하여서는 아니 된다고 해석된다.

3) 복지포인트가 비록 근로기준법에서 말하는 임금에 해당하지 않는다고 하더라도, 기간제법 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 있고, 위 규정은 기간제법 제4조 제2항에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주되는 근로자의 근로조건은 다른 특별한 사정이 없는 한 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에게 적용되는 근로조건보다 불리하여서는 아니 된다고 해석되므로, 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주되는 근로자의 근로조건 역시 ‘임금’부분에만 국한된다고 볼 수 없다.

본 판결은 국립대학에 기간제 예외 사유로 채용된 원고들인 ‘체육지도사’에 관한 것이다. 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, 기간제법) 제4조 제1항은 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결할 수 있도록 하나, 단서 조항에서 시행령으로 2년을 초과하는 예외도 허용하고 있다. 그중 원고들은 시행령 제3조 제3항 제7호 ‘국민체육진흥법 제2조 제6호에 따른 체육지도사 업무’를 근거로 고용된 자들이다.

원고들은 자신들이 기간제 예외 사유에 해당되지 아니하므로 2년을 초과한 근로계약 체결로 인해 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주되는 자, 즉 무기 계약 간주 근로자라 주장하였다. 판결의 쟁점은 다음과 같다. 1) 원고들의 이러한 주장은 타당한가?, 2) 타당하다면 이들은 기간제근로자임을 이유로 미지급되거나 정규직 근로자에 비해 미달된 근로조건의 차액을 청구할 수 있는가? 있다면 그 근거는 무엇인가?, 3) 특히 이들 원고는 임금이 아닌 복지포인트까지 정규직과 차별 없이 지급받을 수 있는가? 그렇다면 그 근거 역시 무엇인가?

1) 재판부는 원고들의 주장을 받아들였다. 원고들이 기간제 예외 사유에 해당하지 않는다고 판단한 것이다. 재판부는 이들이 명칭만 체육지도사일 뿐 실제로는 체력단련실을 유지·관리하는 업무를 수행한 자로 보았다. 기간제법 예외 사유인 체육지도사는 소속된 단체에서 체육을 지도하는 사람이어야 하는데 이들은 명칭만 체육지도사라 재판부는 판단하였다. 그러면서 판결은 기간제법 제4조 제1항 단서 기간제 예외 사유는 기간제근로자의 고용불안 해소와 근로조건 개선이라는 입법 취지에 비추어 엄격하게 해석함이 옳다고 한다. 명칭이 아닌 실질을 따져 노동법 적용 여부를 결정하는 판례법리의 원칙에 비추어 이러한 재판부의 판단은 지극히 당연하고 타당해 보인다.

2) 무기 계약 간주 근로자인 원고에 대해, 재판부는 기간제근로자임을 이유로 지급되지 않았거나 정규직 근로자에 비해 미달된 근로조건의 차액을 청구할 수 있다고 하였다. 그간 무기 계약 간주 근로자의 근로조건 적용에

대해 지금까지 학설의 입장은 나뉘어 왔다. ① 2년이 지난 그 시점부터 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것으로 의제되므로 종전 근로계약과는 별개의 새로운 근로계약이 체결된 것으로 해석해야 한다는 견해(김형배(2016), 『노동법』 제25판, p.803), ② 법문은 기간의 정함 부분을 제외하면 그 어떠한 효과도 명시적으로 규정한 바가 없으니, 기간의 정함 이외의 근로조건에 대해서까지 정규직 근로자와 동일하게 할 필요는 없다는 견해(박지순·김형배(2020), 『노동법 강의』 제9판, p.400) 등이 그것이다. 다만 두 견해의 결론은 유사하다. ①의 견해는 별개의 새로운 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것이니 당사자 사이에 달리 정함이 없다면 정규직 근로자의 취업규칙이 적용되어야 한다고 본다. ②의 견해 역시 달리 정함이 없는 한 정규직 근로자의 취업규칙을 적용하는 것에 이견은 없으나 별단의 약정(가령 무기 계약직의 별도 취업규칙)이 있다면 그에 따르는 것이 타당하다고 본다. 즉 ‘달리 정함이 없는 한’ 정규직 근로자의 취업규칙이 적용되어야 한다는 결론이다.

대법원의 입장은 무기 계약직 간주 근로자에게 정규직 근로자의 취업규칙을 적용해야 한다는 점에서 학설과 그 결론이 같다. 다만 그 이유나 접근에서는 차이가 있고 본 판결 역시 대법원의 법리를 그대로 원용하고 있다(대법원 2019. 12. 24, 선고 2015다254873 판결). 대법원의 판단 근거는 이러하다. ① 기간제법 제4조 제2항은 2년을 초과하지 않은 범위 안에서 기간제근로자를 사용할 수 있다고만 할 뿐 그 기간을 초과하여 사용한 경우의 효과에 대해서는 규정하고 있지 않다. ② 기간제법 제8조 제1항은 기간제근로자에 대해서만 합리적 이유 없는 차별을 금지하고 있다. 하지만 그 규정 취지와 공평의 관념 등을 함께 고려하면, 무기 계약 간주 근로자의 근로조건은 다른 특별한 사정이 없는 한 동종 유사성을 가진 정규직 근로자에게 적용되는 근로조건에 비해 불리해서는 아니 된다고 해석된다. ③ 기간제법의 목적, 관련 규정 체계와 취지, 제정 경위 등을 종합하면 ‘다른 특별한 사정이 없는 한’ 정규직 근로자에게 적용되는 근로조건은 이들에게도 적용되어야 한다.

대법원 판례는 기간제법의 목적과 취지, 공평의 관념 등을 고려해 볼 때 무기 계약 간주 근로자에게도 ‘다른 특별한 사정이 없는 한’ 정규직 근로자

에 비해 불리한 근로조건을 적용해서는 아니 된다는 것으로 요약된다. 이는 정규직 근로자에 비해 합리적 이유 없는 차별 대우는 원칙적으로 무기 계약 간주 근로자에게 금지됨을 의미한다. 동시에 무기 계약 간주 근로자 역시 기간제법 제8조 제1항이 적용되어 차별시정의 대상이 된다는 해석으로까지 나아가지는 못했음을 의미하기도 한다. 이 중간적 결론이 대법원 판례와 본 판결의 의의이자 한계이다.

한편 학설이 언급하고 있는 ‘달리 정함이 없는 한’ 정규직 취업규칙이 적용된다는 해석과 판례가 가지는 ‘다른 특별한 사정이 없는 한’ 정규직에 비해 불리한 근로조건을 적용해서는 아니 된다는 결론 사이에는 다소간의 간극이 있다. 가령 무기 계약 간주 근로자에게 달리 정함을 뒤서, 별단의 약정인 무기 계약 근로자의 별도 취업규칙을 설정하는 경우가 그러하다. 이는 학설에 의해 지지된다. 하지만 판례의 견해가 이를 지지한다고 보기는 어렵다. 별도 취업규칙을 제정하여 차별을 허용하는 것을 다른 특별한 사정으로 보게 되면 판례가 스스로 말한 기간제법의 목적과 취지, 공평의 개념 등을 형해화할 우려가 있기 때문이다.

학설과 구별되는 또 다른 판례의 의의로는, 판례의 취지대로라면 취업규칙에 정한 근로조건을 넘어선 정규직 근로자의 근로관계하에서의 지급된 모든 금품까지도 차별이 금지되는 영역으로 볼 여지가 있다는 것이다. 가령 쟁점 3)이 그러하다.

3) 대법원은 맞춤형 복지포인트는 근로의 대가가 아니므로 임금으로 인정되지 않는다고 판시한 바 있다(대법원 2019. 8. 22. 선고 2016다48785 전합합의제 판결). 피고의 주장처럼 복지포인트가 임금이 아닌 이상 원고들에게 이를 지급할 의무가 없다고 결론지을 수도 있다. 하지만 본 판결 재판부의 생각은 달랐다.

본 판결은 비록 복지포인트가 임금에 해당하지 않는다 하더라도 기간제법 제8조 제1항 차별 처우의 금지 조항은 무기 계약 간주 근로자에게도 적용되고, 이 조항은 무기 계약 간주 근로자의 근로조건은 동종 유사한 업무에 종

사하는 정규직 근로자의 근로조건보다 불리하여서는 아니 된다고 해석되므로, 무기 계약 간주 근로자의 근로조건은 ‘임금’부분에만 국한될 수 없다고 한다. 즉 차별처우 금지 조항인 기간제법 제8조 제1항에서 차별이 금지되는 영역이 임금에 국한되지 않는다는 결론인 것이다.

재판부의 이러한 결론은 환영할 만하다. 차별금지의 영역은 취업규칙 등이 정한 근로조건에 한정될 것이 아니라 근로관계에서 오는 모든 금품 및 복리후생 등도 포함된다는 측면에서 그러하다. 다만 논리 구조의 취약함은 지적될 필요가 있다. 기간제법 제8조 제1항은 차별금지영역에 대해서는 어떠한 언급도 하고 있지 아니하다. 해당 조항은 기간제근로자에 대한 차별금지의 원칙을 선언할 뿐, 차별금지영역은 기간제법 제2조 제3호가 정의한다.

기간제법 제2조 제3호 라목은 “그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항”이 차별금지영역임을 규정하고 있다. 복지포인트는 임금이 아니라 하더라도 무기 계약 간주 근로자에게 차별이 금지됨을 재판부가 확인한 이상 해당 조항에 따라 이는 지급해야 함이 당연하다. 향후 판결에서는 이러한 논리적 부분이 보강되기를 기대해 본다.

김영택(법학박사)

## 정규직을 계약직으로 공고한 거짓 구인 광고

- 창원지방법원 2021. 12. 1. 선고 2021가소114560 판결 -

### 【판결요지】

피고는 거짓 구인광고 및 구직조건을 제시하여 직업안정법 제34조 제1항을 위반한 후 원고에게 불리한 근로계약을 체결하였고, 본 채용 거부사유를 통지하지 않고 부당해고를 하여 피고에게 부당해고에 대한 고의 내지 과실도 인정된다. 따라서 피고의 위와 같은 행위는 위법하고 원고에게 정신적 고통을 가한 것으로 불법행위가 된다고 봄이 타당하다.

피고(주식회사)는 구직사이트에 수습기간 3개월이 포함된 정규직으로 생산물류 관리직을 모집한다는 채용공고를 게시한 후, 원고와 3개월간 계약직으로 고용하는 계약을 체결하였다. 피고는 3개월 후 성과평가를 실시한 뒤 원고에게 근로계약이 종료되었음을 통지하였다. 원고의 수사 의뢰로 피고는 정규직 구인광고와 달리 원고와의 계약직 채용이 「직업안정법」 제34조 제1항에 위반된다는 이유로 벌금 2백만 원의 약식명령을 받았다.<sup>1)</sup> 또한, 원고는 지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하였고, 지방노동위원회는 ‘원고와 피고 사이에 체결된 근로계약은 거짓 구인광고 및 원고에게 불리한 근로조건의 일방적 변경에 해당하므로, 원고와 피고는 3개월 수습기간을 포함하여 정규직으로 근로계약을 체결하였다고 봄이 타당하고, 피고가 원고에 대한 본 채용 거부 시 그 시기와 구체적이고 실질적인 거부사유를 서면으로 통지하지 아니하였으므로<sup>2)</sup> 피고의 원고에 대한 해고는 부당해고이다.’라는 이유로 원고의 신청을 인용하였다. 원고는 복직을 하였으나, 혼란형 불안 및 우울장애로 인하여 3개월 뒤 질병치료를 이유로 퇴사하였으며, 근로복지공단에 산재요양급여를 신청하여 부당해고에 의한 스트레스로 인한 업무상 질병

1) 창원지방법원 2021고약1628호.

2) “사용근로관계에서 사용자가 본 근로계약 체결을 거부하는 경우에는 근로자에게 거부사유를 파악하여 대처할 수 있도록 구체적·실질적인 거부사유를 서면으로 통지하여야 한다.”(대법원 2015. 11. 27. 선고 2015두48136 판결).

이 인정된다는 판단을 받았다. 이후 원고는 피고를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였다.

대상판결은 부당해고가 불법행위에 해당하기 위한 요건을 제시한 기존 판례 법리를 근거로,<sup>3)</sup> 원고의 2천만 원 손해배상청구 중 7백만 원을 일부 인용하였다. 대상판결은 소액사건 심판으로 1심에 불과하지만, 판결 이유를 기재하여 형사사건, 노동위원회 결정까지도 종합적으로 살펴볼 수 있는 기회를 제공하고 있다.

첫째, 기한이 정함이 있는 근로계약인 기간제 근로계약과 시용제도의 구분에 관한 사항이다. 시용이란 정식채용(본채용) 이전에 업무 적격성을 판단하기 위해 일정 기간 시험적으로 고용하는 것을 말한다. 엄밀하게 수습과 시용의 개념을 구분하기도 하지만, 통상 구분없이 사용하고 있다. 대상판결에서의 수습 기간 역시 시용기간으로 볼 것이다. 시용은 확정적인 근로관계로 들어가기 이전에 일정 기간 동안 당해 근로자의 직업적 능력과 업무 적격성 등을 관찰·판단하려는 데에 목적이 있다. 시용계약은 그 자체로 근로계약이고, 시용기간 만료 시 본 근로계약 체결을 거부할 수 있는 사용자에게 해약권이 유보되어 있다고 볼 것이다.<sup>4)</sup> 아직, 기간제 근로계약과 시용(수습)을 명확하게 구분하는 법리를 제시한 판결은 보이지 않는다. 다만, 우리나라와 노동관계법령이 유사한 일본의 최고재판소는 “사용자가 근로자를 신규로 채용할 시에 고용계약에 기간을 설정한 경우에 있어서, 그 설정의 취지·목적 이 근로자의 적성을 평가·판단하기 위한 것일 때에는 기간의 만료에 따라 고용계약이 당연히 종료한다는 취지의 명확한 합의가 성립하고 있는 등의

3) “일반적으로 사용자의 근로자에 대한 해고 등의 불이익처분이 정당하지 못하여 무효로 판단되는 경우에 그러한 사유만에 의하여 곧바로 그 해고 등의 불이익처분이 불법행위를 구성하게 된다고 할 수는 없으나, 사용자가 근로자에 대하여 징계해고 등을 할 만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도하에 고의로 어떤 명목상의 해고사유 등을 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고 등의 불이익처분을 한 경우나, 해고 등의 이유로 된 어느 사실이 취업규칙 등 소정의 징계사유에 해당되지 아니하거나 징계사유로 삼을 수 없는 것임이 객관적으로 명백하고 또 조금만 주의를 기울였더라면 이와 같은 사정을 쉽게 알아볼 수 있는데도 그것을 이유로 징계해고 등의 불이익처분을 한 경우처럼, 사용자에게 부당해고 등에 대한 고의·과실이 인정되는 경우에 있어서는 불법행위가 성립되어 그에 따라 입게 된 근로자의 정신적 고통에 대하여도 이를 배상할 의무가 있다.”(대법원 1996. 4. 23. 선고 95다6823 판결, 대법원 1999. 2. 23. 선고 98다12157 판결 등)

4) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결 등 참조

특단의 사정이 인정되는 경우를 제외하고는, 위 기간은 계약의 존속기간이 아니라 시용기간이라고 해석하는 것이 상당하다.”<sup>5)</sup> 살피건대, 근로계약 기간인지 시용기간인지는 근로계약서 등 처분문서를 중심으로 해석하여야 하겠지만, 명확한 정함이 없는 한 기간을 설정한 목적이 신규로 채용하면서 업무적응성 등을 판단하기 위함이라면 기간제 근로계약이 아닌 시용기간으로 보아야 할 것이다.

한편, 직업안정법에서는 근로자 모집을 하는 자 또는 이에 종사하는 사람이 거짓 구인광고를 하거나 거짓 구인조건을 제시하여서는 아니 된다고 정하고 있으며(제34조), 이를 위반한 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 형사처벌과 양벌규정을 정하고 있다(제47조, 제49조). 창원지방법원 형사재판에서는 수습 기간 3개월이 포함된 정규직 채용공고와 달리 3개월의 계약직 계약을 체결한 것이 “구인자가 제시한 직종·고용형태·근로조건 등이 응모할 때의 그것과 현저히 다른 광고”에 해당하는 거짓 구인 광고를 하거나 거짓 구인 조건을 제시한 것으로 판단하였다. 반면, 지방노동위원회는 원고와 피고의 3개월의 계약직 계약이 거짓 구인 광고에 해당하며 원고에게 불리한 근로조건의 일방적 변경에 해당한다는 이유로 3개월의 수습 기간을 포함하는 정규직 근로계약으로 보았다.

3개월의 계약직 계약이 수습 기간이라고 한다면 피고가 구직사이트에서 공고한 바와 같이 수습 기간 3개월이 포함된 정규직 채용에 부합하므로 거짓 구인 광고에 해당하지 않는다고도 볼 수 있을 것이다. 하지만, 거짓 구인 광고를 하거나 거짓 구인 조건을 제시한 자에 대한 형사처벌과 노동관계법령을 근거로 노동관계의 실질을 판단하는 것은 차이가 있을 수 있다. 즉, 대소판결의 사실관계에서 드러난 바와 같이 피고가 성과평가를 실시하였다는 점까지 고려하면, 해당 3개월의 기간을 근로자로서의 신분 관계가 당연히 종료되는 기간제 근로계약이 아닌 시용기간으로 본 지방노동위원회의 결정은 타당하다고 보여진다.

둘째, 대소판결의 사실관계와 언론 보도를 종합하면 현재 공공부문 공무원 근로자와 기간제 근로자의 열악한 노동 현실을 엿볼 수 있다. 2017년부터 실시된 ‘공공부문 비정규직의 정규직화’로 다수의 비정규직 근로자들이 공

5) 神戸弘陵學園事件・最三小判1990. 6. 5. 民集44卷4号668頁 등.



기업 소속으로 전환되었다. 하지만, 정규직이 아닌 별도의 직군인 공무직(무기 계약직)으로 구분되어, 정규직에 비하여 상대적으로 열악한 대우를 받고 있기도 한다. 이에 공무직 노동조합을 중심으로 열악한 근로조건이 사회적 신분에 의한 차별에 해당한다며 균등처우 원칙을 위반한다는 이유로 소송을 제기하고 있기도 한다.<sup>6)</sup> 일부 근로자들은 개인적 차원에서 다른 직장을 찾는 경우도 흔히 있다. 원고는 당초 정년이 보장된 공기업에서 최저임금 수준의 임금을 받는 공무직 근로자였다. 원고는 상당 수준의 임금을 제공한다는 피고의 정규직 채용공고를 신뢰하여 지원하였고 일련의 절차를 거쳐 채용되었을 것이다. 하지만, 첫 출근의 설렘이 채 가시기도 전인 바로 출근 당일에 3개월의 계약직에 불과하다는 근로계약서를 손에 받아 들고 어쩔 수 없이 근로계약을 체결하였을 것이다. 박봉이라고 하더라도 최소한 정년까지 보장되는 안정된 일자리가 바로 3개월 후에 실업자가 될 수 있는 일자리로 바뀌어 버린 것이다.

기간제 근로자의 취약성도 간접적으로 살펴볼 수 있다. 산업재해보상보험법의 적용대상이 되려면 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 근로기준법상 근로자이어야 한다. 업무상 정신적 스트레스가 원인이 되어 발생한 질병 등에 대하여는 산업재해로 인정받을 수 있다(산업재해보상보험법 제37조 제1항 제2호). 하지만, 기간제 근로계약이 종료되어 새로운 직장을 찾을 때까지 일자리를 찾지 못하는 자는 구직으로 인한 우울증, 불안장애(공황장애), 적응장애, 수면장애 등 정신적·신체적으로 심각한 장애가 발생하더라도 산업재해로 보호받지 못한다. 물론, 국민건강보험 등으로 일정 부분 보호를 받겠지만, 원치 않는 실업으로 인하여 경제적 어려움에 더하여 신체적·정신적으로 절박한 상황에 처할 수 있는 것이다. 원고는 다행히도 산업재해로 인정받았다. 하지만, 원고와 달리 기간제 근로계약 단절 후 새롭게 일자리를 찾는 다수의 구직자들에게 적절한 일자리를 제공하지 못한다고 하더라도, 그들의 신체적·정신적 장애에 대해서도 더 큰 관심이 필요할 것이다.

장호진(지방공기업평가원 연구위원, 법학박사, 변호사)

6) 대법원 2020. 11. 26. 선고 2019다262193 판결 등.

## 채용형 인턴 및 정규직 전환자의 법적 지위와 차별행위로 인한 손해배상

- 대구지방법원 2022. 6. 16. 선고 2020가합212341 판결 -

### 【판결요지】

기간제법 제8조 제1항은 모든 국민에게 평등권을 보장하고 있는 헌법 제11조 및 근로자에게 차별적 처우를 금지하고 있는 근로기준법 제6조를 구체화하여 기간제근로자에 대하여 그 차별적 처우를 금지하는 규정이고, 기간제법 제24조 제1항은 그 시정명령 불이행에 대하여 과태료까지 부과하도록 하고 있는바, 위와 같은 규정 취지 및 성격에 비추어 위 규정에 위반하여 기간제근로자에 대하여 합리적인 이유가 없는 차별적 처우를 한 경우에는 위법행위로서 불법행위를 구성한다고 봄이 상당하다.

### 1. 사건의 개요

원고들은 한국가스공사(피고 회사)에 2016년 하반기, 2017년 상·하반기, 2018년 상반기 채용형 인턴으로 입사하여 2~3개월의 인턴 기간을 거쳐 모두 정규직으로 전환된 사람들(39~42기)이다. 한국가스공사는 원고들을 채용할 당시 “신입 직원으로 채용된 직원은 약 3개월간의 인턴 기간 동안 교육연수, 부서 근무 평가, 최종업무발표회 등의 평가 결과를 바탕으로 적격자에 한하여 정규직으로 전환되므로 입사 지원서 작성 시 이 점을 반드시 확인하시기 바랍니다(2017년 인턴의 정규직 전환율은 90% 이상임).”라는 취지의 채용공고를 하였다.

한국가스공사의 성과급은 고정상여금과 인센티브 성과급으로 나뉘고, 고정상여금은 연 300%를 6회(3, 5, 7, 9월, 설·추석)에 걸쳐 각 기본급의 50% (신규채용·복직 등으로 근무 기간이 60일이 되지 못할 경우 근무 기간에 따라 16.5~33.5%)를 재직 중인 자에게 지급하는데 채용형 인턴인 원고들은 이를 받지 못했다(41기 원고들은 인턴 기간 중 고정상여금 지급일이 없으므로 이들을 제외한다. ①부분). 인센티브 성과급은 평가 대상기간에 60일 이상

근무실적이 있는 3급 이하의 직원에 대해 해당 연도의 근무실적 평가에 따라 차등 지급하는데, 채용형 인턴으로 있었던 인턴 기간을 제외하고 재직기간을 산정하였다. 이와 같이 정규직 전환 이후 성과급(고정상여금과 인센티브 성과급)을 지급할 때 채용형 인턴으로 근무한 기간을 재직기간에서 제외함으로써 고정상여금을 적게 받거나 인센티브 성과급을 받지 못했다(②부분). 이에 원고들은 고정상여금 미지급(①부분)과 채용형 인턴으로 근무한 기간이 재직기간에서 제외되면서 고정상여금과 인센티브 성과급을 받지 못하거나 적게 받은 것(②부분)은 정규직 근로자 또는 처음부터 정규직으로 신규 채용된 근로자들에 비해 차별적 처우를 한 것으로 「근로기준법」(이하 ‘근로기준법’이라 함.) 제6조와 「단시간 및 기간제근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’이라 함.) 제8조를 위반한 불법행위라며 손해배상 소송을 제기하였다. 대상판결은 위와 같은 판결요지로 근로자들의 손을 들어주었다.

위 사안에서 필자가 주목하는 쟁점은 채용형 인턴을 거쳐 정규직으로 전환된 원고들에게 기간제법상의 차별금지원칙을 적용할 수 있는지(인턴 기간을 재직기간에서 제외한 것이 기간제근로자임을 이유로 한 기간제근로자에 대한 차별적 처우인지) 및 이들의 법적 지위를 ‘사회적 신분’(근로기준법 제6조)으로 볼 수 있는지, 근로기준법 제6조의 차별금지 요소(성별, 국적, 신앙, 사회적 신분)가 한정 열거인지 등이다. 그러나 이 모든 쟁점을 다루는 것은 짧은 지면 및 필자의 한계로 어려움이 있어 간략하게 살펴볼 것이다. 이에 앞서 채용형 인턴의 법적 지위와 ①부분과 관련된 고정상여금 미지급부터 살펴본다.

## 2. 채용형 인턴의 법적 지위 및 인턴 기간 중의 고정상여금 미지급 부분 (①부분)

대상판결의 법원은 별다른 설시 없이 채용형 인턴의 고용 형태를 기간제 근로자로 전제하고 기간제법 제8조 제1항(“사용자는 기간제근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 된다.”)을 적용하였다. 채용형 인턴제도는 주로 공공기관 및 공기업 등

에서 신규 채용의 형태로 정규직 채용을 전제로 인턴 기간 중 교육연수, 근무 실적 등의 평가를 거쳐 정규직으로 전환하여 채용하는 제도이다. 일반적으로 인턴(intern)은 회사나 조직에서 정식 구성원이 되기에 앞서 실제로 실무를 수행하면서 직무능력을 배양시키는 과정으로 이해되고 있다. 이의 법적 성격이 수습(修習)인지 시용(試用)인지는 사용되는 용어가 아니라 그 실질에 따라 결정된다. 수습과 시용은 실무에서 혼용하고 있는데, 수습은 정식 근로계약 체결 후에 근로자의 근무능력이나 사업장에서의 적응능력을 향상하기 위한 제도이다. 한편 시용은 근로자를 기업조직에 확정적으로 편입시키는데 신중을 기하기 위하여 정규사원으로 임명하기 전에 2~3개월간의 기간을 설정하여 근로자의 직업적성과 업무능력 등을 판단하려는 제도이다. 그래서 기업 실무에서 용어를 수습으로 사용하더라도 그 취지로 보아 근로자의 직업적 능력, 자질, 인품, 성실성 등 업무 적격성을 관찰·판단하고 평가하여 근로자로서의 적격성이 인정될 경우 시용기간 만료 시 본채용을 하는 것이라면 이는 ‘시용’으로 판단해야 한다. 그렇다면 위 채용형 인턴의 법적 성질은 시용(試用)으로 평가할 수 있다. 시용계약은 시용(試用)을 목적으로 기간을 정하여 체결한 기간제 근로계약이므로 고용형태로 분류하면 기간제근로자이다. 다만 일반적인 기간제 근로계약과 차이가 있다면, 기간제 근로계약은 갱신기대권 등이 인정되는 특별한 사정이 없다면 근로자와 사용자가 정한 근로계약 기간이 끝나면 근로관계는 사용자의 해고 등의 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료하는 것이다(기간 만료는 해고가 아니므로 해고의 서면 통지 절차를 거칠 필요도 없다.).<sup>1)</sup> 반면 시용은 이와 달리 시용기간 만료 시 본계약(本契約)의 체결을 거부하는 것은 사용자에게 유보된 해약권의 행사로서 근로자로서의 업무적격성이 부족하다는 객관적인 합리적 이유가 있어야 하고<sup>2)</sup>, 그 사유를 서면으로 통지하여야 한다.<sup>3)4)</sup> 정리하면,

- 
- 1) 강선희(2022), 「해고의 서면 통지 요건과 갱신 거절 등-대법원 2021. 10. 28. 선고 2021두45114 판결-」, 『노동리뷰』 1월호, 한국노동연구원, pp.133~137 참조.
  - 2) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2002다62432 판결.
  - 3) 대법원 2015. 11. 27. 선고 2015두48136 판결.
  - 4) 시용계약을 해제조건(解除條件)부 계약으로 보더라도 달리 판단되지 않는다. 해제조건(解除條件), 즉 근로자로서 부적격성이 인정된다면 근로계약이 해제되므로 그 해제조건 달성 여부는 해고의 정당성을 판단하는 사유이므로 그 사유를 근로자에게 서면으로 통지해야 한다.

채용형 인턴은 기간제근로자이므로 인턴기간 중에 받은 차별적 처우는 기간제법 제8조가 적용되고, 당사자적격이 인정된다.<sup>5)</sup>

채용형 인턴기간 중 고정상여금 미지급(①부분)이 차별적 처우인지를 보면, 먼저 한국가스공사는 원고들이 채용형 인턴으로 근무하던 당시 정규직으로 신규 채용된 근로자가 존재하지 않으므로 비교대상근로자가 없고, 설령 정규직 근로자들이 비교대상근로자이더라도 채용형 인턴의 취지에 비추어 고정상여금을 지급하지 않은 것은 합리적 이유가 있다고 주장하였다. 그러나 대상판결은 2016년도 하반기부터 2018년도 상반기까지 채용형 인턴을 모집하는 외에 정규직 근로자를 신규 채용하지 않았음에도 업무 공백이 생기지 않았고, 채용형 인턴 운영 매뉴얼에도 채용형 인턴에게 ‘정규직 수준에 준하는 수준의 업무’를 부여한다고 명시되어 있고, 채용공고의 지원 자격에도 ‘채용일부터 현업근무 가능한 자’라고 기재되어 있으며, 채용형 인턴도 정규직 근로자와 마찬가지로 특정 직무·직렬의 업무를 수행한 사실 등을 종합하면 채용형 인턴 근무 과정에 교육연수가 일부 포함되어 있더라도 정규직 근로자의 주된 업무 내용에 본질적인 차이가 있다고 보기 어렵다고 판단하였다. 그리고 한국가스공사의 보수 규정 등에 ‘보수계산일 기준일 현재 재직 중인 직원’에게 고정상여금을 지급한다고 규정하였고, 근무 기간이 60일 또는 30일 미만인 경우에도 지급률의 차이(33.5% 또는 16.5%)는 있으나 고정상여금을 지급한다고 정한 사실에 비추어 근무 기간이 60일 또는 30일 미만인 정규직 근로자에 비해 같은 기간 근무한 채용형 인턴의 업무능력이 떨어진다고 볼 수도 없어, 채용형 인턴에게 고정상여금을 지급하지 않을 특별한 이유를 찾기 어렵다고 판단하였다. 그대로 타당하다.

### 3. 정규직 전환 이후 채용형 인턴으로 근무한 기간이 재직기간에서 제외되면서 고정상여금과 인센티브 성과급을 받지 못하거나 적게 받은 것(②부분)

대상판결의 법원은 ①부분의 채용형 인턴과 마찬가지로 별다른 실시 없이 채용형 인턴 기간을 거쳐 정규직으로 전환된 원고들의 법적 지위를 기간제

5) 대상판결의 사안에서 노동위원회에 차별시정을 신청하지 않고 법원에 손해배상 소송을 제기한 것은 시정신청기간(6개월)의 문제로 보인다.

근로자로 보아 기간제법 제8조 제1항을 적용한 것으로 보인다. ①부분과 달리 이 부분에 대해서는 다소의 의구심이 존재하나 이를 제외한 나머지 부분은 대상판결의 결론에 찬동한다. 처음부터 정규직으로 신규 채용된 근로자들의 경우 교육연수 기간을 포함한 신규 채용시점부터를 재직기간으로 계산하여 성과급을 지급한 반면 원고들에게 정규직 전환 이후 성과급을 지급함에 있어서는 채용형 인턴으로 근무한 기간을 재직기간에서 제외하여 성과급을 산정하였다. 또한 채용형 인턴이 처음부터 정규직 근로자로 신규 채용된 사람에 비하여 채용된 시점의 업무능력이 떨어진다고 볼 수 없고, 한국가스공사는 채용형 인턴제도를 운영하지 않았다면 유사한 인원의 정규직 근로자를 신규 채용하였을 것이고, 채용 시점부터를 재직기간으로 기산하여 성과급을 지급하였을 것이므로 채용형 인턴 기간을 제외하고 성과급을 산정·지급한 것은 합리적 이유가 없다.

애초의 문제의식으로 돌아가 보자. 먼저 채용형 인턴(기간제)을 거쳐 정규직 근로자로 전환된 원고들의 고용형태가 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자(무기 계약 근로자)로서 정규직임에는 다툼의 여지가 없다. 그렇다면 기간제근로자에 대한 차별적 처우가 아니므로 기간제법이 적용된다고 보기 어렵다. 또한 ①부분과 같이 기간제근로자로 있었던 채용형 인턴 중에 발생한 차별적 처우가 아니라 채용형 인턴을 거쳐 정규직으로 전환된 근로자와 애초부터 신규로 정규직으로 채용된 근로자 사이의 차별적 처우이다. 따라서 채용형 인턴을 거쳐 정규직으로 전환된 원고들에게 기간제법을 적용한 대상판결을 쉽게 수긍하기 어렵다.

다음으로 기간제법 제8조 제1항을 적용할 수 없다면 근로기준법 제6조 (“사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.”) 균등처우의 원칙을 적용할 수 있는지 여부이다. 무기 계약 근로자가 ‘사회적 신분’인지는 다툼의 여지가 있고, 이를 긍정하는 하급심 판결<sup>6)</sup>과 부정하는 판결<sup>7)</sup> 있으나 근로기준법 제6조의 차별금지 요소(성별, 국적, 신앙, 사회적 신분)를 한정 열거한 것이 아니라 예시로 본다면 채용형

6) 서울중앙지방법원 2018. 6. 14. 선고 2017가합507736 판결.

7) 서울고등법원 2017. 11. 24. 선고 2016나2070186 판결.

인턴을 거쳐 정규직으로 전환된 근로자와 애초부터 신규로 정규직으로 채용된 근로자는 동일한 비교집단으로 볼 수 있다<sup>8)</sup>. 이는 대법원 2019. 3. 14. 선고 2015두46321 판결을 통해 간접적으로 확인할 수 있는데, 위 대법원은 근로기준법 제6조에서 정하고 있는 균등대우원칙은 「헌법」 제11조 제1항의 평등원칙을 근로관계에서 실질적으로 실현하기 위한 것이므로 “사회적 신분이나 성별에 따른 임금 차별을 하여서는 아니 됨은 물론 그 밖에 근로계약상의 근로 내용과는 무관한 다른 사정을 이유로 근로자에 대하여 불합리한 차별 대우를 해서는 아니 된다.”라면서 시간강사를 전업과 비전업으로 구분하여 시간당 강의를 차등 지급하는 것이 부당한 차별적 대우에 해당한다고 판단하였다. 다시 말하면, 위 대법원은 근로기준법 제6조를 법문에 명시된 차별금지요소(성별, 국적, 신앙, 사회적 신분) 뿐만 아니라 ‘그 밖에 근로계약상의 근로 내용과는 무관한 다른 사정을 이유로’ 근로자에 대하여 불합리한 차별 대우를 금지하는 것으로 보았다. 위 대법원이 ‘전업’과 ‘비전업’이라는 고용형태를 ‘사회적 신분’으로 본 것인지는 명확하지 않으나 근로기준법 제6조를 근로관계에서 일반적 차별금지규정으로 보아 성별, 국적, 신앙, 사회적 신분 외에 ‘그 밖에 근로계약상의 근로 내용과는 무관한 다른 사정을 이유로’ 차별적 처우를 해서는 아니 된다고 해석한 것으로 보인다. 이러한 측면에서 근로기준법 제6조를 근로관계에서 본질적으로 동일한 비교대상(집단) 사이에 성별, 국적, 신앙, 사회적 신분뿐만 아니라 인종, 고용형태 등 근로 내용과 관계없는 다른 사정을 이유로 차별적 처우를 금지하는 것으로 해석할 수 있다.<sup>9)</sup> 그렇다면 대상판결과 같이 채용형 인턴을 거쳐 정규직으로 전환된 근로자와 애초부터 신규로 정규직으로 채용된 근로자 사이에 근로 내용과 무관한 사정으로 차별적 처우를 한 것으로 볼 수 있다. 일반적인 차별금지법 제정까지 나아가지 않더라도 입법적으로 근로기준법 제6조가 일반적

8) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2013다1051 판결(“근로기준법에서 말하는 차별적 처우란 본질적으로 같은 것을 다르게, 다른 것을 같게 취급하는 것을 말하며, 본질적으로 같지 않은 것을 다르게 취급하는 경우에는 차별 자체가 존재한다고 할 수 없다. 따라서 근로기준법에서 금지하는 차별적 처우에 해당하기 위해서는 우선 그 전제로서 차별을 받았다고 주장하는 사람과 그가 비교대상자로 지목하는 사람이 본질적으로 동일한 비교집단에 속해 있어야 한다.”).

9) 근로기준법 제6조를 위반할 경우 500만 원 이하의 벌금(근로기준법 제114조 제1호)에 처해지기 때문에 죄형법정주의 원칙에 따라 한정 열거로 보아야 한다는 견해도 있다.

차별금지 규정으로 거듭 탄생해야 하고, 그 전이라도 해석으로 근로기준법 제6조에서 정하고 있는 균등대우원칙이 「헌법」 제11조 제1항의 평등원칙을 근로관계에서 실질적으로 실현하기 위한 법률임을 확인시켜 주어야 할 것이다.

강선희(법학박사)



# 사회보장, 노동시장

## 산재보험법 제87조에 따른 근로복지공단의 대위권 행사 범위

- 대법원 2022. 3. 24. 선고 2021다241618 전원합의체 판결 -

### 【판결요지】

(1) 산재보험법에 따라 보험급여를 받은 재해근로자가 제3자를 상대로 손해배상을 청구할 때 그 손해 발생에 재해근로자의 과실이 경합된 경우에, 재해근로자의 손해배상청구액은 보험급여와 같은 성질의 손해액에서 먼저 보험급여를 공제한 다음 과실상계를 하는 ‘공제 후 과실상계’ 방식으로 산정하여야 한다.

(2) 불법행위가 사업주와 제3자에 의하여 발생한 경우 순환적인 구상소송을 방지하는 소송경제적인 목적 등에 따라 공단은 제3자에 대하여 산재보험 가입 사업주의 과실 비율 상당액은 대위행사할 수 없다는 원칙은 여전히 타당하고, 따라서 근로복지공단은 ‘공제 후 과실상계’ 방식에 따라 ‘보험급여에서 재해근로자의 과실 비율 상당액을 공제’한 다음, 여기서 다시 ‘재해근로자가 배상받을 손해액 중 가입 사업주의 과실비율 상당액을 공제한 차액’에 대해서만 재해근로자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있다.

### 1. 산재보험급여와 손해배상청구권의 병존

「산업재해보상보험법」(이하, 산재보험법) 제80조 제2항에서는 “수급권자

가 동일한 사유에 대하여 이 법에 따른 보험급여를 받으면 보험가입자는 그 금액의 한도 안에서 「민법」이나 그 밖의 법령에 따른 손해배상의 책임이 면제된다. 이 경우 장해보상연금 또는 유족보상연금을 받고 있는 사람은 장해보상일시금 또는 유족보상일시금을 받은 것으로 본다.”고 규정하고 있다. 산재보험법이 제80조 제2항에서 민법상 손해배상과 산재보험급여 간 조정의 법리를 규정하고 있는 것은, “보험급여의 대상이 된 손해와 민사상 손해배상의 대상이 된 손해가 같은 성질을 띠는 것이어서 보험급여와 손해배상이 상호보완적 관계”이기 때문이다(대법원 1991. 7. 23. 선고 90다11776 판결). 따라서 “산업재해로 인하여 손실 또는 손해를 입은 근로자는 재해보상 청구권과 산재보험 급여수급권을 행사할 수 있고, 아울러 일정한 요건이 충족되는 경우(사용자 또는 제3자에 대하여) 불법행위로 인한 손해배상청구권도 행사할 수 있”지만, “청구권 상호 간의 관계와 손실의 이중 전보를 방지하기 위한 보상 또는 배상액의 조정 문제를 규율”하기 위해 산재보험법 제80조가 존재하는 것이고, 특히 이때 “동일한 사유”는 “산업재해보상보험급여의 대상이 되는 손해와 근로기준법 또는 민법이나 그 밖의 법령에 따라 보전되는 손해가 같은 성질을 띠는 것이어서 산재보험급여와 손해배상 또는 손실보상이 상호 보완적 관계에 있는 경우를 의미”하는 것이라고 이해된다(대법원 2015. 1. 15. 선고 2014두724 판결).<sup>1)</sup>

산재보험급여와 손해배상의 관계에 대해서는, ① 재해보상책임이 인정되는 경우에는 원칙적으로 별도의 민사상 손해배상책임을 인정하지 않는 배타적 보장제도와, ② 산재보험급여와 민사상 손해배상책임을 모두 인정하되 피해 근로자의 선택에 따라 다른 쪽의 청구권 행사를 제한하는 선택적 보장제도, ③ 산재보험급여와 민사상 손해배상책임을 모두 인정하면서 양자의 범위를 조정하는 병존적 보장제도 등이 있다. 이들 각각의 방식은 장단점이 있다. 1) 배타적 보장제도에 의하면 산재보험은 민사책임의 원칙에 따랐을 때 배상을 받아낼 수 없는 경우 피해 근로자에게 신속하고도 효과적인 사회적 보호를 할 수 있기 때문에 균형을 유지하기 위해 민법상 손해배상책임을 배제한다는 취지이기는 하지만, 산재보험급여로써 입은 손해를 완전히 전보하

1) 박은정(2021), 「산재보험법과 다른 법과의 관계에 관한 검토」, 『산재보험 패러다임 변화 정책포럼』, 제4권, 근로복지공단 근로복지연구원, p.270 참조.

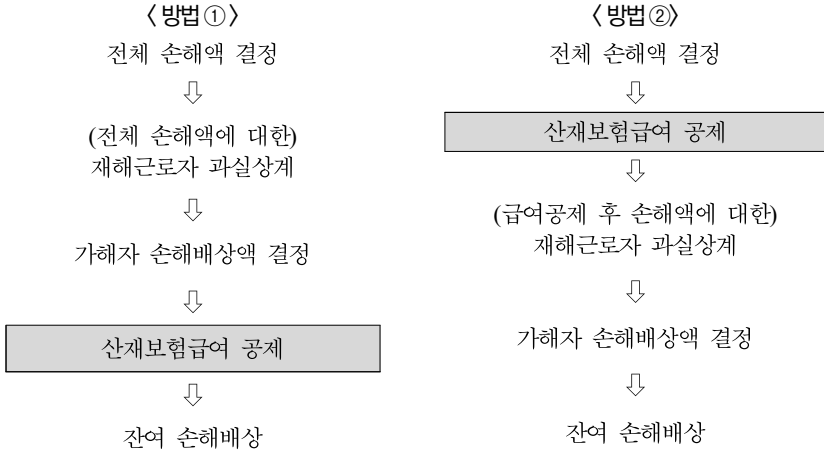
기 어려운 경우에는 어떻게 하느냐의 문제가 있고, 2) 선택적 보장제도는 산재보상과 손해배상의 조정이라는 점에서는 어려움이 없지만 피해 근로자의 선택이 타당하지 못한 때 구제할 방법이 없다는 문제가 있으며, 3) 병존적 보상제도는 산재보험급여를 피해 근로자나 유족에게 취득시키고 손해액 중 받은 보험급여를 초과하는 경우에만 손해배상을 인정한다는 것으로서, 피해 근로자의 보험급여를 넘는 범위에서 손해배상책임을 남겨두어 사용자·제3자의 이유 없는 면책을 방지함과 동시에 다른 한편으로는 피해 근로자에게 차액 청구만을 인정함으로써 산재보험 급여의 장점을 살리면서 피해 근로자의 이중 이득도 막을 수 있다는 장점이 있지만, 산업재해에 대한 보상 내지 배상의 문제를 일거에 해결하지 못하고 중복의 절차를 거쳐야 하는 번거로움과 양 권리 간의 조정의 문제가 남는다.<sup>2)</sup> 우리나라는 세 번째 방법을 채택하고 있기 때문에 산재보험급여와 손해배상청구권 간 조정의 문제가 있는 것이다.

그러나 산재보험법은 산재보험급여와 손해배상청구권의 병존을 인정하면서도 그 구체적인 방법에 대해서는 규정하고 있지 않기 때문에 산재보험법에 따라 보험급여를 받은 재해근로자 또는 수급권자가 가해자를 상대로 손해배상청구를 할 때 그 손해 발생에 재해근로자의 과실이 경합된 경우 재해근로자가 청구할 수 있는 손해배상액을 산정함에 있어서는 ① 재해근로자의 전체 손해액을 산정한 다음 여기에 과실상계를 하여 가해자의 손해배상액을 정하고, 그 손해배상액에서 ‘보험급여 전액’을 공제하는 방식(‘과실상계 후 공제’ 방식)을 따라야 하는지, ② 재해근로자의 전체 손해액에서 먼저 공단의 ‘보험급여 전액’을 공제한 다음 과실상계를 하는 방식(‘공제 후 과실상계’ 방식)을 따라야 하는지 문제 된다.<sup>3)</sup> 특히 산재보험법 제87조 제1항은 “공단은 제3자의 행위에 따른 재해로 보험급여를 지급한 경우에는 ‘그 급여액의 한도 안’에서 급여를 받은 사람의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위한다.”라고 규정하고 있기 때문에, 위 방식 중 어느 방식에 따르는지에 따라 재해근로자의 제3자에 대한 손해배상청구권 중 공단이 대위할 수 있는 범위가 ‘보험급여 전액’인지, ‘보험급여 중 재해근로자의 과실 비율 상당액을 공제

2) 김진석(1998), 「산업재해보상보험금 지급 청구권과 민법상 손해배상의 관계」, 『노동법연구』, 제7호, 서울대학교 노동법연구회, pp.365-366 참조.

3) 대법원 2022. 3. 24. 선고 2021다241618 전원합의체 판결.

한 금액'으로 제한되는지가 결정되어 재해근로자의 취득할 수 있는 권리의 범위에 영향을 미치게 된다.



현행법은 위 문제에 대한 명시적 규정을 두고 있지 않기 때문에 이는 법률 해석의 영역에 맡겨져 있고, 지금까지 대법원은 방법①에 따라 근로복지공단(이하 '공단')이 제3자의 행위에 따른 재해로 재해근로자에게 보험급여를 지급한 경우 재해근로자가 제3자에 대하여 갖는 손해배상청구권 중 근로복지공단이 대위할 수 있는 범위를 결정하여 왔다. 즉 그 손해 발생에 재해근로자의 과실이 경합된 경우에는 먼저 '전체 손해액에서 과실상계를 한 다음 거기에서 공단의 보험급여 전액을 공제'하여야 한다거나, 공단이 재해근로자에게 보험급여를 지급함으로써 재해근로자의 보험자에 대한 보험금 직접청구권을 대위 취득하여 '그 한도 내, 즉 보험급여 전액'에서 재해근로자의 보험자에 대한 보험금 직접청구권은 감축된다는 입장을 취한 것이다.

## 2. 검토대상 판결의 의미

대법원 2022. 3. 24. 선고 2021다241618 전원합의체 판결(이하, '검토대상 판결')은 위와 같은 재해근로자가 갖는 불법행위 손해배상청구권에 대한 근

로복지공단의 대위권의 범위를 기존 판례와는 다르게 해석하고, 이에 위반되는 기존 판례를 변경하였다. 즉, 판결요지와 같이 종래의 ‘과실상계 후 공제’ 방식에서 ‘공제 후 과실상계’ 방식으로 변경한 것이다. 검토대상 판결이 제시하고 있는, 위와 같은 판례 변경이 필요한 이유는 다음과 같다.

첫째, 사회보험제도로서의 산재보험은 분명 사업주 책임보험적 성격을 갖고 있기는 하지만 근로기준법은 사업주의 손해배상책임이 산재보험급여로써 완전히 면제되는 것으로 규정하고 있지는 않기 때문에, 보험급여 중 재해근로자의 과실 비율에 상당한 부분에 대해서는 당연히 산재보험의 책임보험적 성격이 작용하는 것이라고 볼 수 없으므로, 보험급여의 지급으로 이 부분에 대한 손해배상이 이루어진 것이라고 보기 어렵다.

둘째, 재해근로자에게 과실이 있다는 이유로 재해근로자에게 그 위험을 부담하도록 하는 것은 산재보험제도의 존재 목적에 반하고, 산업현장에 엄연히 존재하는 고도의 위험을 고려하지 않은 것으로 오히려 형평에 반하는 결과를 가져온다.

셋째, 산재보험제도의 사회보장제도로써 목적과 기능을 고려한다면 산재보험의 책임보험적 성격의 관점에 치중하였던 종래의 ‘과실상계 후 공제’ 방식에서 벗어나 건강보험에 관하여 대법원 2021. 3. 18. 선고 2018다287935 전원합의체 판결<sup>4)</sup>에서 선언된 ‘공제 후 과실상계’ 방식을 따르는 것이 법질서 내에서 통일된 해석이다.

넷째, 사업주나 제3자의 손해배상 후 재해근로자가 보험급여를 받았다면 공단이 산재보험법 제84조에 따라 재해근로자에게 부당이득으로 징수할 수 있는 범위도 보험급여 중 사업주나 제3자의 책임 비율에 해당하는 금액으로 한정된다.

다섯째, 보험급여 중 재해근로자의 과실 비율에 해당하는 금액에 대해서는 공단이 재해근로자를 대위할 수 없으며 이는 보험급여 후에도 여전히 손해를 전보받지 못한 재해근로자를 위해 공단이 종국적으로 부담해야 한다.

위와 같은 이유에 따라 검토 대상 판결은 판례변경을 하면서도 그 범위는 재해근로자가 ① 제3자의 불법행위로 산업재해를 입은 때임을 분명히 하였

4) 검토대상판결이 판례변경을 하게 한 선행판례로서, 국민건강보험법에 따른 보험급여를 받은 피해자의 가해자에 대한 치료비 손해배상청구권의 대위 행사 범위를 산정함에 있어 종래의 ‘과실상계 후 공제’ 방식에서 ‘공제 후 과실상계’ 방식으로 변경한 판례이다.

다. ② 산재보험 가입 사업주와 제3자의 공동불법행위로 산업재해를 입은 경우에도 근로복지공단은 재해근로자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위할 수 있기는 하지만, 그 대위의 범위는 제3자의 손해배상액을 한도로 하여 보험급여 중 제3자의 책임비율에 해당하는 금액으로 제한되기 때문에, 검토대상판결에서의 판례변경에도 불구하고 순환적인 구상소송을 방지하는 소송경제적인 목적 등에 따라 공단은 제3자에 대하여 산재보험 가입 사업주의 과실 비율 상당액은 대위행사할 수 없다는 원칙을 선언한 대법원 2002. 3. 21. 선고 2000다62322 전원합의체 판결의 위 판시 부분은 여전히 타당하다는 입장을 정리하였다.

### 3. 정리하며

검토대상 판결이 직접 밝히고 있듯, 검토대상 판결의 결론은 “국민건강보험법에 따라 보험급여를 받은 피해자가 가해자를 상대로 손해배상청구를 할 경우 그 손해 발생에 피해자의 과실이 경합된 때에는, 기왕치료비와 관련한 피해자의 손해배상채권액은 전체 기왕치료비 손해액에서 먼저 공단부담금을 공제한 다음 과실상계를 하는 ‘공제 후 과실상계’ 방식으로 산정하여야 한다.”고 판시한 대법원 2021. 3. 18. 선고 2018다287935 전원합의체 판결(13인 대법관 중 1인 반대)이 선행된 결과이다. 선행 판결이나 검토대상 판결이 전원합의체 판결로 판례변경을 하는 중요한 이유로 제시한 것은 피보험자에 대한 충분한 보상의 필요성과 각 사회보험제도가 갖는 취지와 목적이었다. 특히 산재보험법 제87조와 같이 공단의 대위권 행사가 규정되고 있는 것은 공단의 보험재정을 확보하려는 취지도 포함되어 있다고 할 수 있고, 공단이 재해근로자의 손해배상청구권을 대위할 수 있는 범위를 늘릴수록 보험재정에 도움이 되는 것도 사실이기는 하지만, “산재보험법의 입법 취지와 산재보험제도의 사회보장적 성격에 비추어 보면, 재해근로자의 이익이 보험재정의 확보보다 우선적으로 고려되어야 한다.”는 판시는 인상적이다.

한편, 위에서 주로 정리한 바와 같이 검토대상 판결은 재해근로자가 갖는 불법행위 손해배상청구권에 대한 근로복지공단의 대위권의 범위에 주로 초점을 맞추고 있기는 하지만, 대법원은 이 쟁점 이외 산재보험제도가 존재함에도 불구하고 근로기준법에 따라 사업주가 별도의 손해배상책임을 지게 되

는 우리나라의 병존적 보상제도에 관한 비판적 견해를 인지하였던 것으로 보인다. 1.에서 정리한 것과 같이 배타적 보상제도로써 산재보험급여의 성격을 이해하는 경우도 있을 수 있는데, 검토대상 판결은 이 문제에 대하여 “사업주는 근로자를 위험에 노출시켜 이윤을 추구하고 있다는 점과 산업재해 현장의 위험에 노출된 근로자에게 일부 과실이 있다고 하여 이를 전적으로 근로자만의 책임이라고 할 수 없다는 점까지 종합적으로 고려하면, 보험급여 전액에 대하여 사업주가 손해배상책임을 면하는 것이 당연하다고 보기 어렵다.”고 한 것이다. 사실, 병존적 보상이 필요한 이유는 산재보험은 위자료 청구가 인정되지 않는 반면에 손해배상청구는 위자료 청구가 가능하다는 점, 손해배상은 실손해 전부를 보전할 수 있지만 산재보험은 정액으로 지급되어 근로자의 재산상 손실인 임금을 100% 보전할 수 없다는 문제가 발생한다는 점, 산재보험은 실손해의 전보가 아니라 평균임금을 기준으로 한 일정액의 보상이기 때문에 실손해의 전보를 위하여 근로자는 다시 사용자에게 손해배상청구권을 행사할 수밖에 없다는 점 등이기 때문이다.<sup>5)</sup> 배타적 보상제도로써 산재보험급여제도가 성립할 수 있는 시기는, 병존적 보상의 필요성이 해소된 후의 일이다.

박은정(인제대학교 법학과 교수)

5) 신혜림(2016), 「산업재해보상보험급여와 손해배상의 조정 및 업무상 재해로 인한 손해배상청구에서의 과실상계에 관한 논의」, 『사회보장법학』 5(2), 한국사회보장법학회, p.230 참조.

## 근로자의 범죄행위가 원인이 된 경우

### 업무상 재해의 인정 여부

- 대법원 2022. 5. 26. 선고 2022두30072 판결 -

#### 【판결요지】

산재보험법 제37조 제2항 본문에서 규정하고 있는 ‘근로자의 범죄행위가 원인이 되어 발생한 사망’이라 함은 근로자의 범죄행위가 사망 등의 직접 원인이 되는 경우를 의미하는 것으로, 근로자가 업무수행을 위하여 운전을 하던 중 발생한 교통사고로 인하여 사망한 경우, 해당 사고가 근로자의 업무수행을 위한 운전 과정에서 통상 수반되는 위험의 범위 내에 있는 것으로 볼 수 있다면, 그 사고가 중앙선 침범으로 일어났다는 사정만으로 업무상 재해가 아니라고 설블리 단정하여서는 아니 되고, 사고의 발생 경위와 양상, 운전자의 운전 능력 등과 같은 사고 발생 당시의 상황을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

망인은 출장 후 복귀하기 위해 업무용 차량을 운전하던 도중 중앙선을 침범하여 반대편에서 진행하던 트럭과 충돌하여 사망하였다. 망인의 중앙선 침범 이유가 무엇인지는 규명되지 않았고, 혈액감정 결과 망인의 음주운전 사실은 확인되지 않았다. 수사기관은 사고의 원인을 졸음운전으로 추정하였고, 망인은 1992. 3. 20. 자동차운전면허를 취득한 후 교통법규 위반 내지 교통사고 전력은 없었다.

망인의 배우자인 원고는 유족급여 및 장의비 지급 신청을 하였으나, 피고 근로복지공단은 망인이 중앙선 침범에 따른 교통사고처리특례법위반의 범죄행위를 원인으로 사망하였으므로 업무상 재해에 해당하지 않는다고 하여 유족급여 및 장의비 부지급처분(이하 ‘이 사건 처분’이라 한다.)을 하였다. 이에 원고는 이 사건 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다.

대사판결의 제1심은 「산재보상보험법」(이하, 산재보험법) 제37조 제2항의 범죄행위는 고의·자해행위에 준하는 행위로서 산재보험법과 산재보험수급권 제한사유의 입법 취지에 따라 해석·적용되어야 하고, 중앙선 침범 등 교



통사고가 형사처벌의 대상이 된다고 하여 산재보험법 제37조 제2항의 범죄행위에 당연히 포함된다고 할 수 없으며 위반행위와 업무관련성을 고려하여야 한다고 판시하였다. 그러면서 망인의 과실로 사고가 발생하였다고 하더라도 출장 후 복귀 과정에서 사고가 발생하였으므로 업무상 재해에 해당한다고 하여 원고의 청구를 인용하였다.

그러나 항소심은 산재보험법 제37조 제2항의 범죄행위는 형법 등에 위배되는 모든 범죄행위를 의미하고 고의·자해행위에 준하는 경우로 한정하여 해석할 수 없는데, 망인의 중앙선 침범 행위는 범죄행위로 사회적 비난 가능성이 크다고 할 수 있으므로, 이 사건 처분은 정당하다고 하여 제1심판결을 취소하고 원고의 청구를 기각하였다.

대상판결은 망인의 사망이 범죄행위가 직접 원인이 되어 발생한 것이라 단정할 수 없고, 오히려 망인의 사고가 근로자의 업무수행을 위한 운전 과정에서 통상 수반되는 위험의 범위 내에 있는 것으로 볼 여지가 큼에도 불구하고, 망인의 사망이 업무상 재해에 해당하지 않는다고 한 원심판결에는 법리 오해의 잘못이 있다고 하여 원심판결을 파기하고 사건을 서울고등법원에 환송하였다.

산재보험법 제37조 제2항이 범죄행위로 인한 재해를 업무상 재해에서 배제하는 근거는 반사회적 행위에 대한 제재를 통해 공동체의를 보호하는데 있다고 이해할 수 있다. 산재보험법 제37조 제2항이 문제 되는 경우는 출퇴근 도중 또는 운전 과정에서 도로교통법을 위반하는 사례가 대부분이다. 그런데 도로교통법위반죄 중 상당수는 법정형이 높지 않고 통고처분의 대상이 되어 실제로 형사처벌까지 되는 경우는 많지 않다는 점에서, 이러한 경우에도 재해를 당한 근로자에게 징벌적 제재를 가하는 것이 산재보험제도의 취지에 부합한다고 할 수 있는지에 대한 문제 제기가 이루어지고 있다.

범죄행위로 인한 보험급여 제한은 그동안 주로 건강보험법상 급여 제한과 관련하여 논의가 되어 왔는데, ‘범죄행위’는 형사 범죄 또는 법정범만 해당한다고 하여 범죄행위를 축소 해석하는 견해,<sup>1)</sup> 고의 또는 중대한 과실에 의한 범죄행위에 한하여 급여 제한이 가능하다는 견해<sup>2)</sup> 등이 있다. 근로자의

1) 전광석(2016), 『한국사회보장법론』, 제11판, 집현재, p.226; 이홍재(1999), 「신자유주의와 복지행정의 법이론 - 사회보장법의 형성과 실효성의 검토를 중심으로」, 『공법연구』 27(2), 한국공법학회, p.61 참조.

고의·자해행위에 준하는 범죄행위에 한하여 산재보험법 제37조 제2항을 적용하지는 견해도 있다.<sup>3)</sup> 한편 산재보험법 제37조 제2항의 범죄행위를 한정하여 해석할 근거는 없으므로 범죄행위와 재해 사이의 인과관계를 엄격하게 판단하여 업무상 재해를 넓게 인정하지는 견해도 있다.<sup>4)</sup>

대상판결의 제1심과 원심의 판단이 달라진 것은 산재보험법 제37조 제2항의 범죄행위의 개념에 대한 해석이 달랐기 때문이다. 대상판결의 원심은 산재보험법 제37조 제2항의 범죄행위는 형법 등에 위배되는 모든 범죄행위라고 판단하여, 고의·자해행위에 준하는 범죄행위에 대해서만 산재보험법 제37조 제2항이 적용된다는 제1심과는 다른 판단을 하였다. 대상판결은 이 부분에 대한 원심 판단을 문제 삼지는 않고 있어 범죄행위의 해석은 원심과 동일하게 한 것으로 보인다.

다만 대상판결은 범죄행위로 인해 산재보험의 급여가 제한되는 것은 근로자의 범죄행위가 재해의 직접 원인이 되는 경우를 의미한다고 하면서, 제반 사정을 종합적으로 고려하였을 때 망인의 중앙선 침범으로 사고가 일어났다는 이유만으로 망인의 사망이 범죄행위가 직접 원인이 되어 발생한 것으로 단정할 수 없다고 하여 원심과 결론을 달리하였다.

범죄행위가 직접 원인이 되어 재해가 발생하였다는 사실은 근로복지공단이 증명책임을 부담하는 것으로 보아야 하므로, 대상판결에 따르면 범죄행위가 직접 원인이 되어 사고가 발생하였다는 점이 명확히 증명되는 경우가 아니라면 해당 사고가 산재보험법 제37조 제1항의 요건을 충족하는 이상 업무상 재해로 인정해야 하는 것이다.

산재보험법 제37조 제2항에서 범죄행위의 범위를 축소하는 것은 해석론으로서 무리한 것으로 보인다. 그렇다고 하여 근로자의 도로교통법위반 행위가 개입되었다는 이유만으로 일률적으로 산재보험제도에 따른 보호에서 제외하는 것은 정당성을 인정하기 어렵다. 이런 측면에서 대상판결은 범죄행위를 한정적으로 해석하지는 않으면서도, 업무상 사유로 인한 재해로 인

- 
- 2) 진성영(2010), 「범죄행위를 이유로 한 요양불승인」, 『사회보장판례연구』, 법문사, pp. 299-300 참조.
  - 3) 황운희(2017), 「재해보상과 음주사고」, 『아주법학』, 10(4), 아주대학교 법학연구소, p.362 참조.
  - 4) 조재호(2020), 「범죄행위가 원인이 된 경우 업무상 재해의 인정 여부」, 『사회보장법연구』, 9(1), 서울대 사회보장법연구회, pp.83-86 참조.

정된다면 범죄행위와 재해 사이의 인과관계 판단을 통해 업무상 재해의 배제 범위를 최소화하려 한 것으로 이해할 수 있다. 대상판결의 취지에 따라 추후 업무상 재해의 인정 범위가 최대한 확대될 수 있기를 기대해 본다.

조재호(법무법인(유한) 민 변호사)

## 육아휴직자에 대한 불이익처우

- 대법원 2022. 6. 30. 선고 2017두76005 판결 -

### 【판결요지】

남녀고용평등법 관련 규정의 문언, 체계 및 취지 등에 비추어 보면, 사업주가 남녀고용평등법 제19조 제4항에 따라 육아휴직을 마친 근로자를 복귀시키면서 부여한 업무가 휴직 전과 ‘같은 업무’에 해당한다고 보려면, 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무 내용뿐만 아니라 실제 수행하여 온 업무도 아울러 고려하여, 휴직 전 담당 업무와 복귀 후의 담당 업무를 비교할 때 그 직책이나 직위의 성격과 내용·범위 및 권한·책임 등에서 사회통념상 차이가 없어야 한다. 만약 휴직기간 중 발생한 조직체제나 근로환경의 변화 등을 이유로 사업주가 ‘같은 업무’로 복귀시키는 대신 ‘같은 수준의 임금을 지급하는 다른 직무’로 복귀시키는 경우에도 복귀하는 근로자에게 실질적인 불이익이 있어서는 아니 된다.

마트를 운영하는 종합유통업 회사에 근무하던 원고는 1999년 입사한 후 2011. 4. 1. 대리로 승진하였고, 같은 해 8월에 ‘발탁매니저’로 인사발령을 받아 근무하던 중 2015. 6. 13.부터 1년간의 육아휴직을 사용하였다. 본래 매니저 직책은 과장 직급 이상만 담당할 수 있는 것이 원칙이나, 대리 직급 직원이 임시로 맡는 경우 ‘발탁매니저’라 하였고 총 20만 원의 수당을 지급하였다. 육아휴직 기간 도중이던 2016년 2월 원고는 육아휴직 종료 의사를 회사 측에 통지하였는데, 회사는 ‘육아휴직 대체근무자가 원고가 맡았던 생활문화 매니저 직책을 2015년 10월부터 수행하고 있다.’는 이유로 매니저보다 아래 직책인 ‘담당’으로 인사발령하였다. 이러한 인사발령이 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하, 남녀고용평등법) 제19조 제4항 위반으로 부당한 전직명령인지 다투어진 사안이다. 지노위와 중노위에서 부당전직 구제신청이 인용되었으나 중노위 재심판정 취소청구의 소송에서는 1심과 2심에서 근로자 측이 패소하였고 상고심에서 파기 환송 결정이 내려졌다.

대사판결의 가장 큰 의의는 육아휴직자에 대한 불리한 처우를 금지하는

남녀고용평등법 제19조 제3항과 제4항의 해석론을 제시하였다는 점이다. 이 사건 1심과 항소심 판결에서는 제19조 제4항의 “휴직 전과 같은 업무 또는 같은 수준의 임금을 지급하는 직무”의 해석론만을 검토하였으나, 상고심에서는 제19조의 문언과 전체적인 체계를 종합적으로 고려하였을 때 제19조 제4항을 어떻게 해석해야 하는지를 제시하였다는 점에서 차이가 있다. 대상 판결은 동조 제4항은 육아휴직자에 대한 불리한 처우를 금지하는 제3항을 보다 구체화한 것이라고 실시하였다. 따라서 제4항 위반 여부를 판단함에 있어, “단순히 육아휴직 전후의 임금 수준만을 비교하여서는 아니 되고” 임금 외 다른 사정을 종합적으로 고려하였을 때 제3항의 입법 취지와 맥락을 고려하여 “실질적으로 불이익이 있었는지” 판단하였어야 한다고 판시하였다. ‘임금 수준이 같기만 하면 제19조 제4항 위반이 아니다.’라는 해석론은 제19조 제3항에서 육아휴직 사용자에게 대한 불리한 처우를 금지하는 입법자의 의사에 반하는 것임을 명확히 한 것이다. 제4항의 문언만 볼 경우에는 같은 업무이거나 임금 수준이 같은 업무로 복귀시키면 법 위반이 아닌 것으로 해석할 소지가 있으나, 이러한 해석은 제19조 제3·4항의 입법 취지와 내용에 반한다는 것이다.

그렇다면 대상판결이 제시한 제19조 제3항의 입법 취지와 내용은 무엇일까. 대상판결은 제3항의 불리한 처우란, “육아휴직으로 말미암아 발생하는 불이익 전반을 의미하므로 사업주는 육아휴직 사용자에게 업무상 또는 경제상의 불이익을 주지 않아야 하고 업무가 현저히 달라짐에 따른 생경함, 두려움 등으로 휴직 신청이나 복직 그 자체를 꺼리게 만드는 등의 지장을 초래하지 않아야”한다라고 실시하였다. 즉, 제19조 제3항의 불리한 처우 금지 조항은 육아휴직자에 대한 사업주의 처분이 노동자의 육아휴직 신청이나 복직 신청을 저해하지 않아야 한다는 관점에서 해석하도록 방향을 제시한 것이다. 이는 사업주의 복직 명령이 ‘인사재량권의 범위를 일탈했는지’가 아니라 ‘노동자의 육아휴직 신청이나 육아휴직 후 복직 신청을 저해하는 영향을 미치는지’를 중심으로 그 정당성을 판단하게 한다는 점에서 사안을 판단하는 관점을 완전히 전환시킨다. 일반적인 전직의 정당성 사건과 다르게 육아휴직 복직자 사건을 판단해야 한다고 제시하기 때문이다.

이러한 관점에서 대상판결은 제19조 제4항의 구체적인 해석론을 제시하였다. 우선 제4항의 “같은 업무”에 해당하려면 ‘문서상 명시된 업무 내용뿐만

아니라 실제 수행하여 온 업무도 함께 고려해야 하고 휴직 전후의 업무를 비교했을 때 그 직책, 직위의 성격, 내용, 범위 및 권한, 책임 등에서 사회 통념상 차이가 없어야 한다고 하였다. 같은 업무인지 판단함에 있어서도 상대적으로 엄격한 기준을 제시한 것이다.

또한 제4항의 “같은 수준의 임금을 지급하는 다른 직무”에 해당하는지를 판단할 때 ‘근로환경의 변화나 조직의 재편 등으로 인하여 다른 직무를 부여해야 할 필요성 여부 및 정도, 임금을 포함한 근로조건이 전체적으로 낮은 수준인지, 업무의 성격과 내용·범위 및 권한·책임 등에 불이익이 있는지 여부 및 그 정도, 대체 직무를 수행함에 따라 업무상·생활상 이익의 박탈 여부 및 정도, 불리한 처우를 하지 않기 위하여 사전 협의 등 필요한 노력을 하였는지 여부 등을 종합적으로 고려’해야 한다고 판시하였다. 임금이 같은 수준인 것만으로는 육아휴직자에 대한 불리한 처우를 하지 않을 의무를 다 했다고 할 수 없고 실질적으로 불리한지 여부를 판단해야 한다는 것이다.

이 사건 인사발령이 노동자에게 실질적으로 불리하였는지 여부를 판단함에 있어 발탁매니저 직책의 성격이 문제 되었다. 이 사건 노동자는 휴직 전의 직책이었던 발탁매니저를 복직 후 유지하지 못한 것이 제19조 제3-4항 위반이라고 주장하였는데, 하급심 판결에서는 발탁매니저가 정식직책이 아니고 회사의 필요에 따라 임시적, 시혜적으로 부여되는 임시직책이라고 판단하였다. 회사의 ‘발탁매니저 운영세칙’에 따르면 발탁매니저는 회사의 필요에 따라 임시로 보직된 직책이고 경영상 필요한 경우 발탁매니저 보직을 해임하고 과장급 이상의 간부사원을 보할 수 있다고 규정하였다. 또한 발탁매니저로 발령받았다가 다시 담당 직급으로 발령받은 다수 사례가 존재하기도 하였다. 이러한 규정과 사실을 바탕으로 하급심에서는 발탁매니저가 임시직책에 불과하므로 본래의 직급에 따라 수행해야 할 직책으로 복귀시킨 것이 노동자의 이익을 침해하는 불리한 처우라고 할 수 없다고 판단하였다. 그러나 대법원은 매니저 직책 267개 중 45.3%인 121개가 발탁매니저에 의해 수행되는 사실, 17년의 기간 동안 발탁매니저로 일하다 사원으로 변경된 자가 101명인데 발탁매니저로서의 근무 기간이 2년 이상인 경우가 절반가량이라는 점, 발탁매니저로 근무하다 육아휴직을 사용한 경우 대부분 복귀 후 얼마 지나지 않아 다시 발탁매니저 직책이 부여된 점 등을 고려했을 때 임시직책에 불과하다고 볼 수 없다고 하였다. 위와 같은 사실관계는 발탁매니

저로 근무하는 기간이 사원과 매니저 사이의 중간단계처럼 정례화되어 있음을 보여준다. 또한 회사 측도 육아휴직 복직 후 발탁매니저 직책을 다시 부여하는 방식으로 운영해 왔는데 원고인 노동자에게 부여하지 않은 이유가 무엇인지 제시하지 않고 임시직책 운영상의 재량이라고만 설명하였던 것이다. 대상판결은 취업규칙상 임시직책으로 규정되어 있다 하더라도 실질적인 운영 실태를 고려할 것, 제19조 제3항의 취지를 고려하여 직책 운영상의 재량이 육아휴직 사용 관련 권리를 침해하지 않는지를 심사할 것을 제시한 것으로 보인다.

발탁매니저를 정식직책으로 인정하더라도 제19조 제4항의 ‘같은 수준의 임금을 지급하는 직무’에 해당한다면 인사명령의 정당성이 인정될 수 있을 것이다. 그러나 앞에서 설명하였듯이 대상판결은 단순히 휴직 전후의 임금 수준만을 비교하는 것이 아니라 “육아휴직 이전보다 불리한 직무가 아니어야 하는 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사업주가 필요한 조치를 다하였는지”를 판단해야 한다고 하였다. 그러므로 대상판결은 같은 업무로 복귀시킨 경우인지에 대하여 원심판결이 임시직책이라는 잘못된 판단을 하였고, 같은 수준의 임금인 직무를 부여한 경우인지에 관련해서는 임금 수준만 비교하는 등 필요한 심리를 다하지 않았다는 점에서 잘못이 있다는 결론에 이르렀다.

과거 육아휴직자 불리한 처우 관련 사건은 해고 처분을 하는 등 불리함 여부에 이론의 여지가 없는 경우가 대부분이었다. 그런데 대상판결 사안은 육아휴직 이전과 같은 직급이나 직책과 달리 부여한 경우라는 점에서 특색이 있는데, 사업주의 인사재량 이전에 육아휴직을 자유롭게 사용할 권리의 보호라는 관점에서 제19조의 문언과 체계를 종합적으로 고려하였다는 점에서 중요한 의의가 있는 판결이다. 고용노동부의 육아휴직 관련 업무편람에서는 같은 임금 수준의 직무라 하더라도 제19조에서 금하는 불리한 처우가 될 수 있음을 안내하고 있으나 실무에서는 임금 수준만 같으면 된다는 해석이 통용되었던 것도 사실이다.<sup>1)</sup> 이 판결을 계기로 육아휴직자에 대한 인사명령의 정당성이 남녀고용평등법 제19조의 입법 취지를 고려하여 엄격하게

1) 고용노동부가 발간하는 「모성보호와 일·가정 양립 지원 업무편람」(2021)에서도 “같은 수준의 임금을 지급하는 업무로 복귀시켰다 하더라도 법 제19조 제3항에 따른 불리한 처우로 판단될 수 있음.”이라고 안내하고 있다(p.131).

해석되어야 한다는 인식이 확산될 것으로 기대된다.

구미영(한국여성정책연구원 연구위원)



## 육아휴직 복귀 시 ‘같은 업무’의 기준 :

### 롯데쇼핑 사건

- 대법원 2022. 6. 30. 선고 2017두76005 판결 -

#### 【판결요지】

사업주가 남녀고용평등법 제19조 제4항에 따라 육아휴직을 마친 근로자를 복귀시키면서 부여한 업무가 휴직 전과 ‘같은 업무’에 해당한다고 보려면, 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무 내용뿐만 아니라 실제 수행하여 온 업무도 아울러 고려하여, 휴직 전 담당 업무와 복귀 후의 담당 업무를 비교할 때 그 직책이나 직위의 성격과 내용·범위 및 권한·책임 등에서 사회 통념상 차이가 없어야 한다. 만약 휴직기간 중 발생한 조직체제나 근로환경의 변화 등을 이유로 사업주가 ‘같은 업무’로 복귀시키는 대신 ‘같은 수준의 임금을 지급하는 다른 직무’로 복귀시키는 경우에도 복귀하는 근로자에게 실질적인 불이익이 있어서는 아니 된다. 사업주가 위와 같은 책무를 다하였는지 여부는 근로환경의 변화나 조직의 재편 등으로 인하여 다른 직무를 부여해야 할 필요성 여부 및 정도, 임금을 포함한 근로조건이 전체적으로 낮은 수준인지, 업무의 성격과 내용·범위 및 권한·책임 등에 불이익이 있는지 여부 및 정도, 대체 직무를 수행하게 됨에 따라 기존에 누리던 업무상·생활상 이익이 박탈되는지 여부 및 정도, 동등하거나 더 유사한 직무를 부여하기 위하여 휴직 또는 복직 전에 사전 협의의 기타 필요한 노력을 하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

A는 1999. 9. 18. 롯데쇼핑에 입사한 후 사원으로 롯데마트 ○○○점, △△점, □□점 등에서 근무하다가 2011. 4. 1. 대리로 승진하였다. 롯데쇼핑은 2011. 8. 10. 롯데마트 ◇◇점에서 근무하던 참가인을 ‘발탁매니저’로서 같은 지점의 ‘생활문화매니저’로 인사발령하였고, 2013. 10. 3. 다시 롯데마트 ☆☆☆점의 생활문화매니저로 인사발령하였다. 롯데쇼핑은 A가 휴직 중이던 2015. 10. 16. 공석이었던 이 사건 지점의 생활문화매니저로 과장 직급 직원을 인사발령하였다. A는 2015. 6. 13. 휴직 기간 1년의 육아휴직에 들어갔다가

2016. 2. 1. 복직을 신청하였다. 회사는 ‘대체근무자가 이미 생활문화매니저로 인사발령을 받아 근무하고 있다.’는 이유로 2016. 3. 1.자로 같은 지점의 식품 담당 가공 일상 파트 냉장냉동 영업담당으로 A를 인사발령하였다.

A는 2016년 5월 경기도지노위에 부당전직 구제 신청을 했고, 지노위와 중노위는 ‘발탁매니저’와 영업담당은 업무 성격이나 권한, 임금에서 차이가 있는 만큼 A의 인사발령은 남녀고용평등법을 위반한 ‘부당전직’이라고 판단하였다. 그러나 롯데쇼핑은 2017년 1월 서울행정법원에 재심판정 취소 청구의 소를 제기하였고, 1심과 원심은 이를 인용하였다.

원심(서울고등법원 2017. 11. 30. 선고 2017누64042 판결)은 “① 이 사건 사업본부의 매니저 직책은 원칙적으로 과장 이상 직원만이 담당할 수 있고 발탁매니저 운영세칙에서도 발탁매니저가 임시직책임을 명시적으로 규정한 점, 실제로 발탁매니저로 인사발령을 받았다가 다시 담당으로 인사발령을 받은 사례가 다수 존재하는 점 등에 비추어 발탁매니저는 대리 직급의 직원이 일반적으로 수행할 수 있는 직책이 아닌 원고의 필요에 따라 부여되는 임시직책에 불과하므로 원고가 참가인을 다른 업무에 복귀시킨 것이라고 볼 수 없고, ② 업무추진비(150,000원)와 사택 수당(50,000원)의 성격 및 액수에 비추어 볼 때 원고가 참가인을 육아휴직 전과 다른 수준의 임금을 받는 직무로 복귀시켰다고 볼 수도 없다.”라고 판단하였다.

이에 A는 2017년 12월 상고하였고, 대법원은 “원심으로서서는 단순히 육아휴직 전후의 임금 수준만을 비교하여서는 아니 되고, 육아휴직 전 업무에 대신하여 원고가 참가인에게 부여한 냉장냉동 영업담당직의 직무가 육아휴직 전에 담당했던 생활문화매니저 업무와 비교할 때 임금을 포함한 근로조건, 업무의 성격·내용·범위 및 권한·책임 등에서의 불이익 유무 및 정도, 참가인에게 냉장냉동 영업담당직의 직무를 부여할 필요성 여부 및 정도, 그로 인하여 기존에 누리던 업무상·생활상 이익이 박탈되었는지 여부, 원고가 참가인에게 동등하거나 더 유사한 직무를 부여하기 위하여 휴직 또는 복직 이전에 협의, 기타 필요한 노력을 하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 이 사건 인사발령이 참가인에게 실질적으로 불리한 직무를 부여한 것인지를 판단하여야 한다. 그런데도 원심은, 회사가 A를 육아휴직 전과 같은 업무에 복귀시킨 것으로 볼 수 있다거나, 육아휴직 사용 근로자가 복귀 후 받는 임금이 휴직 전과 같은 수준이기만 하면 사업주가 남녀고용평등법 제19조 제4

항에 따른 의무를 다한 것으로 볼 수 있다는 잘못된 전제 아래, 이 사건 인 사발령이 참가인에게 실질적으로 불리한 직무를 부여하는 것인지 여부에 관 하여 나아가 심리·판단하지 아니하였다.”라며 파기환송 하였다.

남녀고용평등법은 ‘근로자의 일과 가정의 양립을 지원함으로써 삶의 질 향상을 도모’하기 위해 육아휴직 제도를 도입하였다. 남녀고용평등법 제19조 제1항은 사용자에게 근로자의 육아휴직 신청에 대한 허용 의무를 부과하고 있고, 동조 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.

대법판결은 남녀고용평등법의 취지와 목적에 입각하여 육아휴직제도와 제19조 제3항의 불리한 처우에 대해서 판시하고 있다. 즉, 대법원은 남녀고용평등법 제19조 제3항의 ‘불리한 처우’란 “육아휴직 중 또는 육아휴직을 전후하여 임금 그 밖의 근로조건 등에서 육아휴직으로 말미암아 육아휴직 사용 근로자에게 발생하는 불이익 전반을 의미”한다고 하면서, “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.”라고 하여 남녀고용평등법에서 육아휴직 복직자에 대한 ‘불리한 처우’를 금지한 취지를 설시하였다.

또한, 대법원은 이 사건에서 “사업주가 남녀고용평등법 제19조 제4항에 따라 육아휴직을 마친 근로자를 복귀시키면서 부여한 업무가 휴직 전과 ‘같은 업무’에 해당한다고 보려면, 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무 내용뿐만 아니라 실제 수행하여 온 업무도 아울러 고려하여, 휴직 전 담당 업무와 복귀 후의 담당 업무를 비교할 때 그 직책이나 직위의 성격과 내용·범위 및 권한·책임 등에서 사회 통념상 차이가 없어야 한다. 만약 휴직기간 중 발생한 조직체제나 근로환경의 변화 등을 이유로 사업주가 ‘같은 업무’로 복귀시키는 대신 ‘같은 수준의 임금을 지급하는 다른 직무’로 복귀시키는 경

우에도 복귀하는 근로자에게 실질적인 불이익이 있어서는 아니 된다. 사업주가 위와 같은 책무를 다하였는지 여부는 근로환경의 변화나 조직의 재편 등으로 인하여 다른 직무를 부여해야 할 필요성 여부 및 정도, 임금을 포함한 근로조건이 전체적으로 낮은 수준인지, 업무의 성격과 내용·범위 및 권한·책임 등에 불이익이 있는지 여부 및 정도, 대체 직무를 수행하게 됨에 따라 기존에 누리던 업무상·생활상 이익이 박탈되는지 여부 및 정도, 동등하거나 더 유사한 직무를 부여하기 위하여 휴직 또는 복직 전에 사전 협의 기타 필요한 노력을 하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”라고 판시하여 육아휴직 복귀 시 ‘같은 업무’의 기준을 제시하였다.

즉, 대법판결은 “육아휴직을 마친 근로자의 업무가 복귀 전과 ‘같은 업무’에 해당하려면 업무의 성격·내용·범위·권한·책임 등에서 사회 통념상 차이가 없어야 한다.”며 구체적인 법적 기준을 처음으로 제시했다는 점에서 의미가 있다.

신수정(경제사회노동위원회 전문위원)

## 사내하도급 사망사고와 수급인 사업주의 산업안전보건 위반죄

- 대법원 2022. 7. 28. 선고 2021도11288 판결 -

### 【판결요지】

타인의 사업장 내 작업장에 폭발성, 발화성 및 인화성 물질로 인한 재해발생의 위험이 있다면 사업주는 당해 근로관계가 근로자파견관계에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 구 산업안전보건법(2019. 1. 15. 법률 제16272호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라고 한다.) 제23조 제1항 제2호에 따라 재해발생의 위험을 예방하는 데 필요한 조치를 취할 의무가 있다. 따라서 사업주가 재해발생의 위험을 예방하기 위하여 법 제23조 제1항에 규정된 조치를 취하지 아니한 채 타인의 사업장에서 작업을 하도록 지시하거나 그 안전조치가 취해지지 아니한 상태에서 위 작업이 이루어지고 있다는 사정을 알면서도 이를 방치하는 등 위 규정 위반행위가 사업주에 의하여 이루어졌다고 인정되는 경우에는 법 제66조의2, 제23조 제1항의 위반죄가 성립한다.

경기도 포천시 신북면 신평리 장자산업단지에 있는 지에스 석탄화력발전소는 당초 사용연료를 LNG로 할 계획이었지만 지에스 이앤알(E&R)의 전신인 STX에너지가 2013년 2월 사용연료를 유연탄으로 해서 집단에너지 사업허가를 취득하고 2015년 10월 발전소 허가를 받아 같은 해 12월 착공했다. 석탄화력발전소는 인근 산업단지에 전기를 공급하기 위해 건설 중인 집단에너지 시설로, 지에스 이앤알(E&R)이 시행하고 지에스건설이 시공을 맡아 지난 2015년 12월 착공에 들어가 2018년 8월 말 준공을 앞두고 있었다.

지에스건설은 2017. 3. 5. 주식회사 에스아이테크(이하 ‘피고인 에스아이테크’)에 석탄화력발전소 내 연료운송 설비의 제작, 설치, 시운전 용역을 도급해 주었다. 도급계약서에서 정한 용역 기간은 2017. 3. 5.부터 2018. 8. 9.까지였다. 피고인 A는 2018. 1. 2. 석탄화력발전소 사업장에 관하여 피고인 에스아이테크의 근로자로서 안전보건관리책임자였다. 피고인 에스아이테크는

2018. 8. 8. 석탄화력발전소 내 연료운송설비 중 버킷엘리베이터의 속도 감지 장치가 정상적으로 작동하는지 확인하는 작업(이하 ‘이 사건 작업’)을 진행하였는데, 이 작업은 2018. 7. 12. 지에스건설로부터 요청받은 사항이었다. 피고인 에스아이테크 소속 근로자들은 이 사건 작업을 위하여 위 버킷엘리베이터의 속도 감지장치를 확인하던 중 버킷엘리베이터 하부에 쌓여 있던 석탄 분진이 폭발하는 사고가 발생하는 바람에 그 자리에서 튕겨 나가 바닥에 떨어지면서 1명이 사망하고 4명이 부상했다.

원심법원인 의정부지방법원은 피고인 에스아이테크가 연료운송설비 관리권을 지에스건설에 이관하였기 때문에 위 연료운송설비 설치장소를 피고인 에스아이테크가 관리·감독할 권한과 책임이 있는 사업장으로 볼 수 없다는 이유를 들어, 양벌규정에서 위반행위자인 피고인 A와 소속 법인인 피고인 에스아이테크가 위 연료운송설비 설치장소에서 작업한 피고인 에스아이테크 소속 피해자들에 대하여 구 「산업안전보건법」(2019. 1. 15. 법률 제16272호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라고 한다.) 제23조 제1항이 정한 안전조치 의무를 부담하는 ‘사업주’에 해당하지 않는다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다(의정부지방법원 2021. 8 10. 선고 2020노1421 판결).

그러나 대법원은 원심법원 판결을 다음과 같은 이유로 파기환송 하였다(파기 환송심 의정부지방법원 제1형사부, 사건번호 2022노2116). 먼저, 기본법리로 최근 선고된 2개의 대법원 판례를 언급하면서 다음을 제시하였다. 사업주가 고용한 근로자가 타인의 사업장에서 근로를 제공하는 경우 그 작업장을 사업주가 직접 관리·통제하고 있지 아니한다는 사정만으로 사업주의 재해발생 방지책의무가 당연히 부정되는 것은 아니다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2016도14559 판결, 대법원 2021. 3. 11. 2018도10353 판결 등 참조). 타인의 사업장 내 작업장에 폭발성, 발화성 및 인화성 물질로 인한 재해발생의 위험이 있다면 사업주는 당해 근로관계가 근로자과견관계에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법 제23조 제1항 제2호에 따라 재해발생의 위험을 예방하는 데 필요한 조치를 취할 의무가 있다. 따라서 사업주가 재해발생의 위험을 예방하기 위하여 법 제23조 제1항에 규정된 조치를 취하지 아니한 채 타인의 사업장에서 작업을 하도록 지시하거나 그 안전조치가 취해지지 아니한 상태에서 위 작업이 이루어지고 있다는 사정을 알면서도 이를 방치하는

등 위 규정 위반행위가 사업주에 의하여 이루어졌다고 인정되는 경우에는 법 제66조의2, 제23조 제1항의 위반죄가 성립한다.

대상판결의 사례에서는 이 사건 작업을 수행한 피해자들은 피고인 에스아이테크 소속 근로자이고 이들과 피고인 에스아이테크 사이에는 실질적인 고용관계가 성립하므로, 이들을 사용하여 사업을 행한 피고인 에스아이테크는 법 제23조 제1항에서 정한 ‘사업주’에 해당한다. 그리고 피해자들이 작업을 수행한 석탄화력발전소 내 연료운송설비에는 폭발성, 발화성 및 인화성 물질로 인한 재해발생의 위험이 있었음에도 안전보건 규칙 제232조 제1항(통풍·환기 및 분진 제거 등의 조치), 제237조(자연발화 방지를 위한 조치)에 따른 안전조치는 취해지지 않았던 것으로 보인다. 따라서 원심으로서는 피고인 A가 피고인 에스아이테크의 업무에 관하여 재해발생의 위험을 예방하기 위한 위와 같은 조치를 취하지 아니한 채 이 사건 작업을 하도록 지시하거나 그 안전조치가 취해지지 아니한 상태에서 이 사건 작업이 이루어지고 있다는 사정을 알면서도 이를 방치하는 등 법 제23조 제1항을 위반하여 법 제71조 본문, 제66조의2에 해당하는 행위를 하였는지 심리·판단하여야 할 것이다. 따라서 피고인 에스아이테크가 법 제23조 제1항에서 정한 사업주에 해당하지 않는다고 보아 피고인 A와 피고인 에스아이테크에게 법 제23조 제1항의 안전조치 의무가 없다고 본 원심의 판단에는 법 제23조 제1항의 사업주에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

대상판결은 사내하도급에서 사망사고가 발생하였을 때 도급인 사업주 이외에 수급인 사업주에게도 산업안전보건법 위반죄가 성립할 수 있다는 2020년 4월과 2021년 3월에 선고된 대법원 판례의 취지를 따르고 있다. 위 2개의 판결이 선고되기 전에는 사내하도급의 경우 도급인 사업주가 사업 전체를 총괄하고 해당 사업장은 도급인 사업주의 관리 아래에 있으므로 수급인 사업주에 대하여 책임을 물을 수 없지 않은가 하는 논의가 있었다. 이에 대하여 위 2개의 선례는 사내하도급의 사업장이라도 도급인과 수급인은 해당 작업에서 발생하는 유해위험요인을 각자 관리하여야 한다고 결론을 내렸다. 대상판결은 앞선 판례 이론에 따라 석탄분진폭발의 유해위험요인에 대해서는 도급인 사업주뿐만 아니라 수급인 사업주도 해당 업무의 범위 내에서는

산업안전보건법이 요구하는 안전조치를 하여야 할 의무가 있다고 판단한 것이다. 따라서 도급 사업의 경우에는 도급인 사업주와 수급인 사업주가 공동으로 해당 사업장의 유해위험관리를 위한 협업을 하여야 한다. 이러한 논리는 「산업안전보건법」 제63조 이하에 잘 나타나 있다.

그런데 이 판례에서는 사망 또는 부상한 피해자들과 이들을 고용한 피고인 에스아이테크 사이의 관계를 ‘실질적 고용관계’라고 평가하고 따라서 피고인 에스아이테크가 이들의 사업주라고 설명한다. 그런데 이러한 설명은 종전 ‘실질적 고용관계’ 이론의 용례와는 다소 거리가 있다. 종전 설명은 명시적인 근로계약 관계를 인정할 수 없는 노무제공 관계에도 지휘감독 권한이나 그 실태 등을 고려할 때 명시적인 근로계약 관계에 준하여 노무지휘감독을 한 자를 산업안전보건법상 사업주로 파악한다는 것이다(예를 들어, 대법원 2002. 8. 27. 선고 2002도27 판결 참조). 따라서 명시적인 근로계약 관계가 있는 사람들이 작업 중 사고로 사망하고, 당시 그들을 고용하고 노무지휘권을 행사했던 사업주에게 산업안전보건법 책임을 묻는 대상판결에서는 굳이 실질적 고용관계라는 용어를 사용할 필요가 없었다. 판결문을 읽어보면, 수급인 사업주가 피해자들이 자신의 근로자가 아니라고 다툼 것으로 보이지도 않는 상황에서 더욱 그러하다. 따라서 대상판결의 이 부분 설명을 바탕으로 명시적 근로계약 관계가 서면으로 인정되더라도 추가적으로 실질적 고용관계 여부를 살펴서 산업안전보건법을 적용하여야 한다는 취지로 확대해석하여서는 아니 된다. 이처럼 실질적 고용관계는 종전 산업안전보건법이 근로자만을 주된 보호대상으로 삼았던 한계를 판례 이론으로 극복하고자 도입한 것이다. 따라서 개정 산업안전보건법이 보호대상을 노무를 제공하는 사람으로 확대하고 아울러 중대재해처벌법이 보호대상을 종사자로 확대한 이상 점차 실질적 고용관계 이론의 적용 범위는 축소될 것이다. 또 그래야 마땅하다. 산업안전보건법 영역에서는 노무를 제공하는 법적 형식이 중요한 것이 아니다. 노무를 제공하는 사람이라면 누구든지 동일하게 보호를 받아야 한다. 사업상 위험을 발생시켰으므로 책임을 부담하는 것이지, 사업주가 책임을 부담하는 노무 제공 형태가 따로 있는 것이 아니다. 이것이 현대 산업안전보건법의 기초이다.



## 직장 내 성추행 가해 근로자에 대한 산재보험 구상권 인정 여부

- 대법원 2022. 8. 19. 선고 2021다263748 판결 -

### 【판결요지】

[1] 동료 근로자에 의한 가해행위로 다른 근로자가 재해를 입어 그 재해가 업무상 재해로 인정되는 경우에 그러한 가해행위는 사업장이 갖는 하나의 위험이라고 볼 수 있으므로, 그 위험이 현실화하여 발생한 업무상 재해에 대해서는 근로복지공단이 궁극적인 보상책임을 져야 한다고 보는 것이 산업재해보상보험의 사회보험적 또는 책임보험적 성격에 부합한다. 이러한 사정을 감안하면 근로자가 동일한 사업주에 의하여 고용된 동료 근로자의 행위로 인하여 업무상의 재해를 입은 경우에 그 동료 근로자는 보험가입자인 사업주와 함께 직·간접적으로 재해 근로자와 산업재해보상보험관계를 가지는 사람으로서 산재보험법 제87조 제1항에서 정한 ‘제3자’에서 제외된다고 봄이 타당하다(대법원 2004. 12. 24. 선고 2003다33691 판결 참조).

[2] 그런데 원심은 동료 근로자의 가해행위가 사회적 비난 가능성이 매우 큰 경우에는 동료 근로자가 궁극적인 책임을 지도록 하는 것이 사회정의에 부합한다는 이유 등을 들어 피고가 산재보험법 제87조 제1항에서 정한 ‘제3자’에 포함된다고 판단하였다. 원심판결에는 산재보험법 제87조 제1항에서 정한 ‘제3자’에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

### 1. 사실관계

A와 피고는 모두 동일한 사업주에 의하여 고용된 동료 근로자로, 직속 상사인 피고의 약 2년여에 걸친 직장 내 성희롱·성추행 등 불법행위(이 행위 중 두 행위는 강제추행죄로 인정되어 형사판결이 확정되기도 하였다.)로 A가 자살하였고, 원고인 근로복지공단은 이를 업무상 재해로 인정하여 A의 유족에게 산업재해보상보험법(이하 “산재보상법”이라 한다.)에 따른 보험금

여를 지급하였다. 이에 원고는 “공단은 제3자의 행위에 따른 재해로 보험급여를 지급한 경우에는 그 급여액의 한도 안에서 급여를 받은 사람의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위(代位)한다.”는 산재보험법 제87조 제1항 본문에 따라 망인의 권리를 대위하여 피고를 상대로 구상권을 행사하였다.

## 2. 하급심의 판단

대법원은 이미 오래전부터 판결요지[1]와 같은 입장을 취해 이 사건과 같이 동료 근로자의 가해행위로 인한 업무상 재해 사건에 대해서는 근로복지공단의 해당 가해 근로자에 대한 구상을 인정하지 않고 있었다. 이 사건의 1심과 원심은 다음과 같은 이유를 제시하며 이러한 대법원의 기존 입장과 다른 결론을 내렸다.

① 동료 근로자의 가해행위가 산재보험법상 업무상 재해로 인정되는 경우라고 하여 일률적으로 그 동료 근로자가 산재보험법 제87조 제1항의 제3자가 아니라고 볼 논리적 필연성이나 현실적 필요성은 없는 점, ② 만일 일률적으로 동료 근로자의 가해행위로 인하여 업무상 재해가 있는 경우 그 동료 근로자가 제3자가 아니라고 보아 근로복지공단으로 하여금 구상권을 행사하지 못하도록 한다면, 이 사건과 같이 업무와는 무관하게 고의의 범죄행위를 한 자 또는 그 상속인은 실질적으로 아무런 경제적 책임을 부담하지 않게 되고, 근로복지공단과 보험료를 납부하는 보험가입자들이 고의의 범죄행위에 따른 경제적 책임을 분담하는 부당한 결과가 초래되어 산업재해보상보험의 사회보험적 내지 책임보험적 성격에도 부합한다고 보기 어려운 점, ③ 이 사건 사고와 같이 동료 근로자의 가해행위가 업무와의 관련성이 거의 없고 그로 인한 결과가 극히 중대하며 가해행위에 대한 사회적 비난 가능성이 매우 큰 경우에는, 그 동료 근로자가 경제적 측면에서도 궁극적인 책임을 지도록 하는 것이 사회 정의와 공평의 관념에 부합할 뿐 아니라, 산업재해보상보험사업의 재정을 건전하게 하여 산업재해보상보험제도가 더 원활히 작동할 수 있도록 하는 데 도움이 되는 점 등을 종합하여, 하급심은 피고는 망인과 직·간접적으로 산업재해보상보험관계가 있다고 볼 수 없고, 산재보험법 제87조 제1항의 제3자로서 원고의 구상에 응해야 한다고 볼 수밖에 없다고 판

단하였다.)

### 3. 대법원의 판단

그러나 대법원은 위 판결요지[2]와 같이 실시하며 하급심의 판단은 법리 오해의 잘못이 있다면서 종래의 입장을 그대로 유지하였다. 판결요지[2]의 설시에 대해서는 다른 특별한 이유를 제시하지 않아 그 배경을 파악하기는 어렵다. 다만, 대상판결의 설시에 비추어 보건대, 대법원은 가해행위의 성격이나 유형, 업무 관련성 등을 따지지 않고 일단 업무상 재해로 인정되는 동료 근로자의 가해행위로 인한 피해는 사업장이 갖는 위험의 범주에 포함된 것으로 해석하여야 한다는 입장을 취한 것으로 이해할 수는 있겠다.

### 4. 검토

동료 근로자에 의한 가해행위로 인하여 다른 근로자가 재해를 입어 그 재해가 업무상 재해로 인정되는 경우 근로복지공단의 구상권 행사가 인정되는지 여부에 대한 리딩케이스는 판결요지[1]에서 인용한 대법원 2004. 12. 24 선고 2003다33691 판결로 보인다. 이 판결의 판시를 다시 확인해 보면, “가해행위는 마치 사업장 내 기계기구 등의 위험과 같이 사업장이 갖는 하나의 위험이라고 볼 수 있으므로, 그 위험이 현실화하여 발생한 업무상 재해에 대하여는 근로복지공단이 궁극적인 보상책임을 져야 한다고 보는 것이 산업재해보상보험의 사회보험적 내지 책임보험적 성격에 부합하고 (이하 생략)”라고 언급하고 있다. 대상판결은 위 이탤릭 글씨체 부분을 삭제하고 이를 인용한 것이다. 리딩케이스의 사례는 가해 근로자가 주점에서 종업원으로 일하던 중 사업주의 지시로 동료 종업원과 함께 시너를 이용하여 페인트가 묻어 있는 화장실 바닥을 청소하다가 라이터로 시너가 뿌려져 있는 바닥에 불이 붙게 함으로써 화재를 일으켜 그곳에 있던 동료 종업원으로 하여금 우측 옆구리 등에 화상을 입게 한 사건이다. 방화인지 실화인지는 불명확하나 청소

1) 원심(서울중앙지방법원 2021. 7. 23. 선고 2020나84404 판결)은 1심(서울중앙지방법원 2020. 11. 10. 선고 2019가단5067629 판결) 판결문을 그대로 원용하였는데, 위 논리는 1심 판결문에 구체적으로 언급되어 있다.

업무를 수행중 발생한 사고라는 점에서 사업장에 내재된 전형적 위험으로 보는데 이견을 달기 어려운 사건이다. 그런데 대상판결 사안의 경우에는 위 법리를 적용함에 있어 석연찮은 구석이 있다. 대상판결이 하급심의 판시를 배척하면서 좀 더 설득력 있는 배척이유를 제시하지 않았고, 오히려 기존 선례를 인용하면서 이 사건의 성격에 부합하지 않는 문구는 쏙 뺀다는 점이 그러한 평가의 이유이다. 최근 수년 사이에 직장내 괴롭힘, 직장 내 성희롱 등에 대한 사회적 경계심이 매우 높아졌고 법률의 태도 역시 이와 일치되는 방향으로 개정이 이루어지고 있다는 점에서 대상판결은 이러한 흐름과 결을 달리하고 있다고 볼 수 있고, 오히려 하급심의 지적이 지금의 규범 환경에 더 부합해 보인다.

가해 근로자에 대한 구상권을 차단하는 근거는 ‘가해 근로자는 보험가입자인 사업주와 함께 직·간접적으로 재해 근로자와 산재재해보상보험관계를 가지는 사람’이라는 것이다. 산재보험보상관계의 의미는 산재보험법상 가해 근로자를 사업주와 동일한 지위에 있는 것으로 보아야 한다는 것으로 이해되는데, 문제는 가해행위의 종류가 무엇이건 무조건 이러한 관계에 있다고 볼 수 있는가이다. 사업주가 이들 사이의 인간관계가 시작되는 계기를 제공하였으나 업무와 관련성이 먼 영역에 대해서까지 사업주와 가해 근로자를 동일시할 수 있는지는 논란의 여지가 있어 보인다. 이 문제에 대해서는 장차 연구가 더 필요해 보이나 일단 시론적으로 민법 제756조에 따른 사용자책임의 법리를 참고해 볼 수 있을 것이다.<sup>2)</sup> 민법 제756조는 피용자의 제3자에 대한 불법행위에 대해 사용자가 원칙적으로 배상책임을 부담하고, 사용자가 피용자에 대해 구상할 수 있음을 규정하고 있다. 다만 판례는 사용자의 피용자에 대한 구상권 행사를 다음과 같은 법리로 제한하고 있다.

- 
- 2) 민법 제756조(사용자의 배상책임) ① 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 사용자가 피용자의 선의 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.
- ② 사용자에 갈음하여 그 사무를 감독하는 자도 전항의 책임이 있다. <개정 2014. 12. 30.>
- ③ 전2항의 경우에 사용자 또는 감독자는 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다.

“일반적으로 사용자가 피용자의 업무수행과 관련하여 행하여진 불법행위로 인하여 직접 손해를 입었거나 피해자인 제3자에게 사용자로서의 손해배상책임을 부담한 결과로 손해를 입게 된 경우에 사용자는 사업의 성격과 규모, 시설의 현황, 피용자의 업무 내용과 근로조건 및 근무태도, 가해행위의 발생 원인과 성격, 가해행위의 예방이나 손실의 분산에 관한 사용자의 배려의 정도, 기타 제반 사정에 비추어 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 손해배상을 청구하거나 구상권을 행사할 수 있다.”(대법원 2017. 4. 27 선고 2016다271226 판결; 대법원 1987. 9. 8 선고 86다카1045 판결 등 다수)

산재보험과 사용자책임의 법적 성격이나 제도적 취지가 동일하지는 않지만 이 사건과 같은 사건에서는 산재보험이 있기에 사용자책임을 논할 여지가 없다는 점에서 상호 연관성이 있다. 하급심의 논리에 더해 사용자의 구상권 제한 법리를 가미한다면 사업장에서 발생하는 괴롭힘이나 성희롱과 같은 인격권 침해 행위에 대해서는 사업주와 가해 근로자를 분리하여 책임을 추궁하는 것이 해석론상 불가능해 보이지는 않는다. 물론 하급심의 지적은 입법론으로서도 유의미하다.

참고로, 이 사건의 사업주는 근로복지공단의 급여 지급과 별도의 배상금을 유족에게 지급하였는데, 그 후 사업주는 해당 배상금 상당액의 지급을 구하는 구상금청구의 소를 가해자를 상대로 제기한 바 있다. 법원은 민법 제756조 제3항을 근거로 가해자가 사업주의 구상청구에 응해야 한다고 판결하였다.<sup>3)</sup> 피용자에 대한 구상권행사 제한 법리로도 피고를 면책시킬 수 없는 사안이었기 때문일 것이다.

김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)

3) 광주지방법원 2021. 12. 16. 선고 2021나54384 판결. 이 판결에 피고가 대법원에 상고하였으나 2022. 4. 14. 심리불속행기각으로 확정되었다.

## 산업안전보건법상 도급인의 안전·보건 조치 의무가 배제되는 '건설공사 발주자'의 판단기준과 의미

- 울산지방법원 2021. 11. 11. 선고 2021고단1782 판결 -

### 【판결요지】

#### 1. 건설공사 발주자('건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니하는 자') 의 판단기준

“건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니하는 자’는 실제로 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니한 자를 의미하는 것이 아니고 ‘건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있지 않은 자’를 의미한다고 봄이 타당하다(위와 같이 해석하지 않을 경우, 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있음에도 불구하고 그와 같은 책임을 방기하고 실제로 총괄·관리하지 않은 도급인은 산업안전보건법이 정한 의무를 면하고, 시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있지 않음에도 불구하고 수급인 근로자들의 안전을 위해 의무가 없었던 안전조치까지 취하는 등 시공을 총괄·관리하였으나 그 안전조치가 산업안전보건법이 정한 기준에 미치지 못한 도급인은 산업안전보건법에 따라 처벌되는 불합리한 결과가 발생하고, 이는 규범의 목적에 부합하지 않는다.)”

#### 2. '건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있지 아니하는 자' 에 해당하는 경우

“산업안전보건법의 개정 취지 및 개정 내용은 안전조치 및 보건 조치를 부담하는 “도급인”의 범위를 최대한 넓히고, “도급인”에서 제외되는 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리할 능력과 의무가 없는 발주자로 그 범위를 최대한 좁히는 것이다. 이에 비추어 볼 때, “건설공사 발주자”는 구 산업안전보건법에 의하여 도급사업주로서의 책임을 부담하는 건설공사 도급인, 즉 ① 도급하는 건설공사가 도급인 사업의 일부를 구성하고 도급인의 사업과 같은 장소에서 이루어짐에도 불구하고 이를 외주화하여 도급에 의하여 행하는 사업주의 경우에는 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있다고 할 것이다(예를 들어, 도급인의 주요 생산 기계에 대한 유지·보수 공사 등 그 건설공사 자체가 도급인의

사업의 본질적이고 필수적인 일부에 해당하는 경우가 이에 해당한다.).

또한, ② **도급하는 건설공사에 관하여 도급인의 지배하에 있는 특수한 위험요소가 있어, 도급인이 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 않고서는 수급인이 산업안전보건법이 정한 안전·보건 조치를 실질적으로 이행하는 것이 현저히 곤란하고 도급인의 총괄·관리가 필수적인 경우에도** 도급인에게 그러한 지위를 인정할 수 있다(예를 들어, 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 경우가 이에 해당한다.).

또한, ③ **도급인과 수급인의 각 전문성, 규모, 도급계약의 내용 등에 비추어 볼 때, 도급인에게서는 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리할 능력이 있는 반면에 수급인에게서는 산업안전보건법이 정한 안전·보건 조치를 스스로 이행할 능력이 없음이 도급인의 입장에서 명백한 경우에도 그 도급인은 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있다고 해석함이 타당하다(예를 들어, 스스로 충분히 건설공사 시공을 주도하여 총괄·관리할 수 있는 능력이 있는 대규모 사업체가 안전 조치를 취하는 것이 불가능함이 명백할 정도의 낮은 금액으로 전문성과 안전조치 능력을 갖추지 못했음이 명백한 영세한 사업체와 도급계약을 체결한 경우가 이에 해당한다.).**

(굵은 글씨 강조와 번호표기는 인용자가 한 것임)

이 사건에서 주식회사 B(이하, B 회사)는 건설업 등을 영위하는 사업주이고, 주식회사 D(이하, D 회사)는 B 회사에 자신의 공장동 지붕 및 벽체 일부 보수공사(이하, 이 사건 공사)를 도급주었고, A는 B 회사 소속으로 이 사건 공사의 현장 책임자이고, C는 D 회사의 대표이사이다. 2020. 9. B 회사 소속으로 이 사건 공사에서 지붕 보수 작업을 하던 피해자가 지상으로 추락하여 사망하는 사고가 발생하였다. 검사는 A와 C를 공동으로 업무상 과실치사와 산업안전보건법상 안전·보건 조치 불이행으로 사망하게 이르게 한 죄(제167조)로 기소하였고, B 회사와 D 회사는 A와 C의 산업안전보건법 위반죄에 대해

양벌규정을 적용하여 기소하였다. 이 사건 공사에서는 산업안전보건법상(산업안전보건기준 제45조) 안전조치로 설치되어야 하는 작업 발판이나 추락방지망이 설치되지 않았고, 최소한으로 근로자에게 안전대를 착용하도록 하여야 하는데, 안전대 부착설비가 부적합하게 설치되어 사고 지점에서는 실제 사용이 불가능하였다. 울산지방법원(이하, 이 사건 법원)은 A와 B 회사에 대해서는 검사의 기소대로 모두 유죄를 인정하고, A에 대해서는 징역 1년(집행유예 2년), B 회사에 대해서는 2,000만 원의 벌금에 처하는 것으로 결정하였다. 그러나 이 사건 법원은 C와 D 회사에 대해서는 모두 무죄를 선고하였다.

주지하는 바와 같이 김용균 씨 사망사건을 계기로 2019년 전면 개정되어 2020. 1. 시행된 산업안전보건법(이하, 전면 개정 산업안전보건법)은 도급인의 사업장에서 일하는 수급인 근로자에 대한 안전·보건 조치 의무의 적용 범위를 전면적으로 확대하고, 이 의무위반으로 인해 사망에 이르게 된 경우 제167조에 의해 가중하여 처벌하도록 하여 위반에 따른 책임을 크게 강화하였다. 그런데도 이 사건에서 도급인 회사의 대표이사와 도급인 회사에 대하여 무죄가 선고된 것은 이 사건 공사가 도급에 의해 수행되지만, 이 사건 법원이 D 회사를 전면 개정 산업안전보건법 도급인의 정의(제2조 제7호)에서 명시적으로 제외되는 건설공사 발주자로 보기 때문이다. 산업안전보건법에서 건설공사 발주자는 ‘건설공사를 도급하는 자로서 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니하는 자’로 규정하고 있는데(제2조 제10호), 이 사건 법원은 D 회사가 이러한 의미의 건설공사 발주자에 해당한다고 본 것이다.

위 판결요지 1은 이 사건 법원이 건설공사 발주자인 ‘시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니하는 자’를 ‘실제로 시공을 총괄·관리하지 아니하는 자’가 아니라 ‘시공을 주도하여 총괄·관리할 지위에 있지 아니하는 자’로 보아야 한다는 판단기준을 실시한 판례법리이고, 위 판결요지 2는 판결요지 1에 따라 건설공사 발주자를 ‘시공을 주도하여 총괄·관리할 지위에 있지 아니하는 자’로 보는 경우, 그러한 자에 해당하는 경우 세 가지를 한정적으로 제시하는 판례법리이다.

이 사건에서 D 회사는 B 회사 근로자들에게 안전교육을 실시하고, 화기작업인 고소작업에 대하여 작업허가서를 발부하는 등 현실적으로 이 사건 공사의 시공을 감독·관리한 사실이 인정되었다. 이렇게 실제로 시공을 주도



하여 총괄·관리하였는데도 불구하고 이 사건 법원은 판결요지 1의 판단기준에 따라 D 회사가 ‘시공을 주도하여 총괄·관리할 지위에 있지 아니하는 자’에 해당하는지를 별도로 검토하였다. 이 사건법원에 따르면 ‘시공을 주도하여 총괄·관리할 지위에 있지 아니하는 자’는 판결요지 2에 따라 세 가지 경우에 한정된다. 이 사건 법원은 D 회사가 세 가지 경우 각각에 해당하는지를 구체적으로 검토하여, 세 가지의 경우 어느 것에도 해당하지 아니한다고 판단하였다. 이에 따라 D 회사는 건설공사 발주자에 해당되어 이 사건 피해자인 수급인 근로자에 대한 안전·보건 조치 의무가 있는 도급인에 해당하지 아니하다고 보아 위와 같이 D 회사 대표자 C와 D 회사에 대해 무죄를 선고한 것이다.

세 가지 경우 중 위 ①과 관련해서는 이 사건 법원은 공장건물이 여러 종류의 제조업을 영위하는 D 회사의 사업수행에 필수적인 고유의 생산설비에 해당하지 않아 공장건물 지붕 및 벽체의 보수공사 자체가 D 회사 사업의 일부라고 인정할 수 없다고 보았다. ②와 관련해서는 공장건물 지붕에 D 회사만이 파악할 수 있는 특수한 위험 요소가 없고, D 회사가 시공을 주도적으로 총괄·관리하지 않고서는 B 회사가 산업안전보건법상 안전·보건 조치를 실질적으로 이행하는 것이 현저히 곤란한 경우에 해당하지 않는다고 보았다. ③과 관련해서는 D 회사와 B 회사의 각 전문성, 각 업체의 규모 및 이 사건 공사 도급계약의 내용에 비추어 ③에 해당하지 않는다고 판단하였다.

위 ①과 관련해서는 실제 영위하고 있는 사업을 하기 위해 지붕 및 벽체의 보수공사가 필요하다는 점으로만 보면 부수적이라고 하더라도 사업의 일부로 볼 수 있지 않을까 의문이 든다. ②, ③과 관련하여 지붕과 벽체의 준공 연도와 특성, 내구성, 수리의 기록 등의 정보는 D 회사가 제공하고 협조하지 않으면 B 회사가 파악하지 못하거나 안전조치를 취할 수 없는 경우도 있을 것 같다. 그리고 B 회사가 비용상의 문제로 추락방지망 등을 설치하지 않았다고 하는 것으로 보면, D 회사와의 도급계약금액 자체가 낮아 비용상의 제약이 발생할 가능성도 있어 보인다. 이러한 점들이 의문으로 남지만, 이 사건 법원이 구체적인 사실관계를 제시하지 않아 법원의 사실 판단이 적절한지에 대해 판단하기는 어렵다.

그러나 판결요지 2에서 이 사건 법원은 ‘시공을 주도하여 총괄·관리할 지위에 있지 아니하는 자’로 세 가지 경우를 한정적으로 들고 있는데, 법 취지

에 비해 지나치게 협소한 것은 명백해 보인다. 이 사건 법원도 전면 개정 산업안전보건법의 취지가 안전조치·보건 조치를 부담하는 ‘도급인’의 범위를 최대한 넓히고, 그 의무를 부담하지 않는 발주자는 그 범위를 최대한 좁히는 것이라고 실시하였는데, 위 판례법리 2로 실시한 세 가지 경우로만 한정하면서 이 취지와는 정반대로 오히려 건설공사와 관련하여 ‘도급인’의 범위는 최소한으로 축소되고, 그 의무를 부담하지 않는 건설공사 발주자는 그 범위가 최대한으로 넓혀지게 되어버리는 결과가 초래된 것이다.

우선 위 ①은 전면 개정되기 전의 산업안전보건법상 ‘사업의 일부를 분리하여 도급을 주어 하는 사업’(구 산업안전보건법 제29조 제1항 1호)에 대한 해석과 동일하다. 당시 고용노동부는 이에 대한 지침<sup>1)</sup>에서 ‘도급인의 사업 장소에서 도급인의 사업목적 달성에 본질적이고 불가분의 관계에 있는 사업의 생산·제조 등 일련의 과정 중 일부를 분리하여 도급을 주는 경우에 도급인의 의무’를 부과하는 것으로 해석하고, ‘고유 사업목적 달성을 위해 필요한 부수적이거나 보조적 사업’은 미적용하는 것으로 해석하였다. 그러나 고용노동부는 전면 개정 산업안전보건법에서는 도급인의 업무에 해당한다면 사업목적과 i) 직접적 관련성이 있는 경우뿐만 아니라 ‘직접적으로 관련이 없는 경우’에도 도급에 포함된다고 해석하고 있다.<sup>2)</sup> 이 사건 법원의 판결요지 2의 ①은 이러한 해석과 명백히 배치된다. 또한 ②와 ③의 기준은 수급인이 안전·보건 조치를 스스로 이행하는 것이 현저히 곤란한 경우 혹은 수급인의 안전·보건 조치 능력이 없는 경우로만 한정되어 그러지 아니한 경우에는 도급인의 안전·보건 조치 의무가 발생하지 않게 되어 그 범위가 현저하게 협소해진다.

법원 스스로가 인정하는 전면 개정 산업안전보건법의 취지에도 반하는 이 사건 법원의 세 가지 요건은 건설공사 발주자를 ‘총괄·관리하는 지위에 있지 아니한 자’로 해석하는 이 사건 법원의 판단기준에서 기인하는 것으로 보인다. 이 사건 법원은 총괄·관리하는 ‘지위’를 실제로 행사되는 권한이나 능력에 의해서 확인되는 것이 아니고, 그러한 권한이나 능력이 있어도 ‘지

1) 고용노동부, ‘도급사업 안전·보건 조치 적용 지침’, 2013. 1(고용노동부, ‘개정 산업안전보건법 시행’(20. 1. 16.)에 따른 도급 시 산업재해예방 운영지침’, 2020. 3.에서 재인용)  
2) 고용노동부(2020. 3), ‘개정 산업안전보건법 시행(2020. 1. 16.)에 따른 도급 시 산업재해예방 운영지침’, p.12 참조.

위'에 있지 않으면 '총괄·관리하는 자'에 해당하지 않는다고 하는 의미에서의 지위로 본다.

이러한 의미의 '지위' 개념으로 건설공사 발주자인 '총괄·관리하지 아니하는 자'를 파악하는 것은 전면 개정 산업안전보건법에서 '도급인'을 사실적 상태로 파악하는 방식에 반한다. 전면 개정 산업안전보건법은 실제로 행사되거나 행사될 수 있는 권한이나 능력의 의미로 도급인을 파악한다. 이 점을 확인할 수 있는 것은 도급인의 사업장에 통상의 사업장 이외에 '도급인이 제공하거나 지정한 경우로서 도급인이 지배·관리하는' 장소를 포함하는 것으로 규정하고 있다(제10조 제2항). 여기에서 지배·관리는 사실상 이루어지고 있거나 실제로 이루어질 수 있으면 성립되는 사실적 상태의 개념이다. 이러한 의미에서 고용노동부도 지배·관리를 "도급인이 해당 장소의 유해·위험 요인을 인지하고, 이를 관리·개선하는 등 통제할 수" 있는 것을 의미하는 것으로 보고 있다.<sup>3)</sup> 이렇게 보면 전면 개정 산업안전보건법이 지배·관리에 대한 조건이 없이 도급인의 사업장에서 일하는 수급인 근로자에 대해 도급인의 안전 및 보건 조치 의무가 발생한다고 규정하는(제63조) 것도 도급인의 사업장은 도급인이 실제로 지배·관리하거나 지배·관리할 수 있는 권한과 능력이 있다는 것을 전제로 한 것이라고 볼 수 있다.

그럼에도 판례요지 1에서 보는 바와 같이 산업안전보건법상 도급인의 의무 발생과 관련한 이러한 판단기준을 배척하고, 위 지위에 근거한 판단기준을 채택하면서 두 가지의 이유를 들고 있다. 첫째로 사실적 상태 개념으로 파악할 경우 "건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있음에도 불구하고 그와 같은 책임을 방기하고 실제로 총괄·관리하지 않은 도급인은 산업안전보건법이 정한 의무를 면하"기 때문이라고 한다(제1 이유). 둘째로 사실적 상태개념으로 파악할 경우 "시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있지 않음에도 불구하고 수급인 근로자들의 안전을 위해 의무가 없었던 안전조치까지 취하는 등 시공을 총괄·관리하였으나 그 안전조치가 산업안전보건법이 정한 기준에 미치지 못한 도급인은 산업안전보건법에 따라 처벌되는 불합리한 결과가 발생하"기 때문이라고 설명한다(제2 이유).

3) 고용노동부(2020. 3.), '개정 산업안전보건법 시행(2020. 1. 16.)에 따른 도급 시 산업재해 예방 운영지침', p.23 참조.

그러나 위의 제1 이유에서 ‘시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위’에 있는 것은 그 지위로 인하여 실제로 ‘시공을 주도하여 총괄·관리할 능력’이 있는 것이어서 그러한 능력이 있음에도 불구하고 실제로 총괄·관리하지 않은 도급인은 산업안전보건법이 정한 의무를 면하지 못하기 때문에 제1 이유는 타당하지 않다. 이러한 방식의 해석이 산업안전보건법에서만 독특한 것도 아니다. 예를 들어 임금체불 등 근로기준법 위반과 관련하여 형사적 책임을 부담하는 ‘사업의 경영담당자’에 대하여 대법원은 회사의 대표이사 및 이사직에서 사임하였으나 실질적으로 회사를 직접 경영해 온 자는 물론, 이 사용자 개념이 근로기준법의 각 조항에 대한 실효성을 확보하기 위한 정책적 배려로 확대되었기 때문에 반드시 현실적으로 그러한 경영담당자의 권한을 행사하여야만 하는 것은 아니라는 이유로 제도적으로 권한이나 책임이 있으나 그 권한을 행사하지 않았던 대표이사 모두 사업의 경영담당자로 보고 임금체불 등의 근로기준법 위반에 대해 유죄로 인정하였다.<sup>4)</sup> 이러한 점에 비추어 보더라도 당연히도 ‘실제로 총괄·관리할 권한과 능력’이 있음에도 불구하고 ‘총괄·관리하지 아니한 자’는 건설공사 발주자가 아닌 도급인이 된다.

그리고 제2 이유에서 시공을 총괄·관리하였다는 것은 그 자체로 ‘총괄·관리하지 아니하는 자’가 아니라는 것을 의미하기 때문에 수급인 근로자에 대한 안전 및 보건 조치 의무가 있는 도급인에 해당한다. 따라서 이 사건 법원이 판결요지 2의 제2 이유에서 보는 바와 같이 불합리한 결과가 발생한다고 말하는 것은 산업안전보건법상 수급인에 대한 도급인의 안전·보건 조치 의무 자체가 불합리하다고 말하는 것과 동일할 정도로 전면 개정 산업안전보건법에 대한 무지와 몰이해를 보여주는 것이라 생각한다. 도급인의 수급인 근로자에 대한 안전·보건 조치 의무는 산업안전보건법은 사업장을 지배·관리하는 것을 이유로 수급인 근로자에 대한 수급인의 안전·보건 조치 의무와 별개로 중첩적으로 부과하는 것이다. 전면 개정 이전의 산업안전보건법에서도 수급인 근로자에게 사고가 발생하면 원칙적으로 도급인과 수급인 사업주가 산업안전기준에 열거되어 있는, 동일한 안전·보건 조치 의무를 부담하는 것으로 보았다.<sup>5)</sup> 도급인이 수급인 근로자에 대해 갖는 안전·

4) 대법원 1997. 11. 11. 선고 97도813 판결 등.

5) 전형배(2018), 「산업안전보건법 전부개정안의 내용과 과제」, 『사회법연구』, 제36호, p.75 참조.

보건 조치 의무의 성격은 전면 개정 산업안전보건법에서 훨씬 더 뚜렷하게 나타난다. 전면 개정 산업안전보건법은 수급인과 도급인 사업주의 안전·보건 조치 의무가 원칙적으로 동일한 것을 전제로 하여 ‘관계수급인 근로자의 작업행동에 관한 직접적인 조치’만을 도급인의 안전·보건 조치 의무에서 제외하였고(제63조 단서), 수급인 근로자가 도급받은 작업과 관련하여 이 법을 위반하는 경우 그 근로자의 수급인에게 그 위반행위를 시정하도록 조치할 수 있고, 수급인은 정당한 사유가 없으면 그 조치에 따라야 할 의무가 발생한다(제66조 제1항). 고용노동부는 제63조의 도급인의 수급인 근로자에 대한 안전·보건 조치 의무의 중첩적인 성격에 따라 도급인이 이 의무 이행의 목적으로 수급인 근로자에게 안전·보건 조치를 해야 하는 경우 이를 근로자 파견 관계의 징표인 ‘업무상 상당한 지휘·명령’에 해당하지 않는다고 해석한다.<sup>6)</sup> 사정이 이러함에도 불구하고, 이 사건 법원이 제2 이유와 같이 불합리하다고 보는 것은, 판결요지 2의 세 가지 경우가 보여주는 바와 같이, 도급인의 안전·보건 조치 의무의 중첩적 성격을 이해하지 못하고, 수급인이 자신의 근로자로서 도급인의 사업장에서 일하는 근로자에 대한 안전·보건 조치 의무를 독립적으로 행하기 어려운 경우에만 도급인이 갖는 의무로 잘못 파악하고 있기 때문으로 보인다.

이 사건은 전면 개정 산업안전보건법 시행 이후 도급인의 의미와 범위가 법적 쟁점으로 문제가 되는 최초의 사건으로 보인다. 특히 이 사건은 수급인 근로자에 대한 도급인의 안전·안전보건 조치 의무가 명시적으로 제외되는 건설공사 발주자의 판단기준에 대한 것이어서 제63조의 적용 범위와 대상의 해석에 중요한 의미를 갖고 있다. 건설공사는 일반적인 건설공사뿐만 아니라 관련법상의 전기공사, 정보통신공사, 소방시설공사, 문화재수리공사를 포함하고 있기 때문이다(제2조 제11호 가목~마목). 항소가 이루어졌는지 명확히 확인되지는 않지만, 이 사건 상급심에서 이 사건 법원의 판결요지와 도급인의 대표이사과 도급인 사업주에 대한 유무죄 판단이 모두 정정되는 것이 마땅하고, 필연적이라고 생각한다.

심재진(서강대학교 법학전문대학원 교수)

6) 고용노동부(2019. 12. 30), 「근로자파견의 판단기준에 관한 지침」, p.7 참조.

## 김용균 씨 사망사건에 대한 제1심법원의 판결은 전부개정 산업안전보건법과 중대재해처벌법의 필요성과 정당성을 웅변한다?

- 대전지방법원 서산지원 2022. 2. 10. 선고 2020고단809 판결 -

### 【판결요지】

1. 구 산업안전보건법상 안전조치 의무(23조 제1항)와, 근로자의 사망 시 이 의무 위반에 대해 가중하여 처벌하는 조항(구 법 66조의2)은 사업주가 소속 근로자를 보호하기 위하여 안전조치를 취하여야 할 의무를 전제로 하는 것이므로 사업주와 근로자 사이에 실질적인 고용관계가 있어야 한다. 태안발전소를 운영하는 서부발전과 피해자를 비롯한 운전원들 사이에 실질적인 고용관계가 있었다는 점을 인정하기에 부족하므로, 서부발전을 산업안전보건법에서 정한 사업주라고 볼 수 없다. 이를 전제로 하여 근로자의 사망으로 인한 산업안전보건법상 가중처벌조항 위반은 인정하기 어렵다.

2. 도급계약의 경우 원칙적으로 수급인의 업무와 관련하여 사고방지에 필요한 안전조치를 취할 주의의무가 없지만, 도급인이 공사의 시공이나 개별 작업에 관하여 구체적으로 지시·감독하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 도급인에게도 수급인의 업무와 관련하여 사고방지에 필요한 안전조치를 취할 주의의무가 있다. 서부발전은 이 사건 컨베이어벨트를 비롯한 발전소 내부에 있는 설비의 소유자로서 설비에 관한 주요 결정권을 가지고 있으면서 설비 운전 및 운전원들의 작업에 관하여 구체적, 직접적 업무지시를 하고 감독을 하였으므로 운전원들의 안전을 보호할 주의의무를 부담한다. 그러나 서부발전의 대표이사는 검사가 제출한 증거만으로는 회사의 기술안전본부장이나 태안발전본부장을 철저하게 지휘·감독하여 컨베이어벨트 등에 방호조치를 하게 하고, 2인 1조 근무를 정한 작업매뉴얼 준수를 점검하게 하여, 나아가 설비개선과 인력증원을 통해, 안전사고를 근본적으로 예방할 업무상 주의의무를 위반함으로써 피해자를 사망에 이르게 하였다는 공소사실이 합리적 의심 없이 증명되었다고 볼 수 없다.

이 판결은 한국전력공사에서 분사하여 설립된 한국서부발전(주)(이하, 서부발전)의 태안발전소에서 협력업체 직원으로 일하던 김용균 씨가 2018. 12. 10. 홀로 발전소 석탄 연료를 운반하는 컨베이어벨트를 점검하다가 협착되어 사망한 것과 관련하여 서부발전 및 해당 협력업체와 그 간부들을 「산업안전보건법」(이하, 산업안전보건법)과 업무상 과실치사죄 등으로 기소한 것에 대해 제1심법원(이하, 이 사건 법원)이 내린 결정이다. 이 사망 사고 이전에도 사업장에서의 사망사고가 끊임없이 발생해서 이를 예방하기 위한 산업안전보건법의 개정·강화가 지속적으로 제기되어 왔지만, 특히 김용균 씨 사망을 마지막 촉매로 해서 2019. 1. 산업안전보건법이 대폭 강화되는 방향으로 전면적으로 개정되었고(이하, 전부개정 산업안전보건법), 2020. 1.부터 시행되었다.

검찰은 전부개정 이전의 구 산업안전보건법을 적용하여 이 법상의 안전조치 의무(제23조 제1항, 현재는 제38조 제1항) 위반으로 김용균 씨가 사망해서 가중처벌조항(제66조의2, 현재는 제167조)을 위반한 것으로 서부발전에 대해서는 대표이사와 기술안전본부장(전 태안발전본부장, 서부발전 안전보건관리책임자), 태안발전본부장(태안발전소 산업보건관리총괄책임자)을, 협력업체에 대해서는 대표이사와 태안사업소장(안전보건관리책임자)을 기소하였고 이 가중처벌조항 위반에 대한 양벌규정을 적용해 서부발전과 협력업체를 각각 기소하였다. 그리고 이들 모두와 하위 직급의 중간관리자(서부발전 6인, 협력업체 4인)에 대해서는 업무상 주의의무 위반을 이유로 하여 업무상 과실치사죄를 적용하여 기소하였다.<sup>1)</sup>

위와 같은 기소는 산업안전보건법 위반에 대한 통상적인 기소와 다르다. 우선 이 사건에서는 통상 행위자로 기소되는, 사고가 발생한 사업장의 안전보건관리총괄책임자(이 사건의 경우 서부발전 태안발전본부장)와 협력업체의 안전보건관리책임자(이 사건의 경우 태안사업소 사업소장)뿐만 아니라 서부발전과 협력업체 대표이사까지 기소되었다. 이 사건의 특성 등 여러 요

1) 이 외에도 검찰은 가중처벌조항 위반으로 기소된 서부발전 대표이사 등 3인에 대해서는 구 산업안전보건법상 위험 기계 방호조치의무(제33조) 위반으로도 기소하였고, 앞의 서부발전 태안발전본부장과 협력업체 태안사업소 사업소장에 대해서는 김용균 씨 사망 후에 이 법상의 작업중지 의무를 위반한 것을 추가하여 기소하였고, 모두 유죄가 인정되었다. 이 평석에서는 이에 대한 제1심법원의 판결은 다루지 않는다.

인이 있겠지만, 대표이사까지 기소하게 된 것은 검찰의 적극적인 수사 의지도 작용한 것으로 보인다.

다음으로 다른 점은 외견상 도급사업주인 서부발전이 수급인인 하청업체 근로자의 사망에 대하여 도급사업주로서가 아니라 서부발전이 직접 고용한 근로자가 사망한 것과 동일하게 안전조치 의무(구 법 제23조 제1항) 위반으로 가중처벌조항을 적용하였다는 점이다. 서부발전은 구 산업안전보건법상 도급사업주에 해당하지만, 수급인 근로자에 대한 안전보건 조치 의무(제29조 제3항)가 적용되지 않는다. 구 법상 이 의무는 수급인 근로자가 붕괴, 화재, 폭발, 추락 또는 낙하 위험이 있는 장소 등 산업재해발생위험이 있는 장소에서 일할 때, 동일 장소의 도급사업주에게 발생한다. 그런데 구 법상 산업재해발생위험이 있는 장소는 22개의 장소(시행규칙 제30조 제4항)로 한정되는데, 컨베이어 협착의 재해발생 위험이 있는 장소는 이에 해당하지 않는다. 더구나 구 법상으로는 도급사업주의 이러한 안전보건 조치 의무 위반으로 인한 수급인 근로자의 사망에는 가중처벌 조항(제66조의2)이 적용되지 않았다.

이러함에도 불구하고 검찰이 원청업체인 서부발전을 구 산업안전보건법상 가중처벌조항으로 기소한 것은 서부발전과 수급인인 하청업체 소속 근로자들 사이에 ‘실질적인 지휘·감독관계’가 있다고 판단하였기 때문이다.<sup>2)</sup> 검찰은 이렇게 함으로써 서부발전 소속 근로자가 아닌 하청업체 소속 근로자가 사망하였음에도 불구하고 서부발전이 자신이 고용한 근로자와 동일하게 사망한 김용균 씨에 대해 안전보건 조치 의무를 부담하는 사업주로 본 것이다. 이렇게 볼 수 있었던 법적인 근거는 형식에 관계없이 “사업주와 근로자 사이에 근로의 실질에 있어 근로자가 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하는 것이라면” 근로자로서 사업주의 안전조치 의무의 보호대상이 된다고 보는 대법원의 판례법리인 것으로 보인다.<sup>3)</sup> 이 사건 법원은 이 판례법리를 인용하여 서부발전과 사망한 김용균 씨와 같은 협력업체 근로자 사이에 실질적인 고용관계가 있는지를 먼저 판단하였다.

그러나 법원이 참조로 인용한 대법원 판례가 보여주는 실질적 고용관계법

2) 대전지방법검찰청 서산지청, 보도자료 “한국서부발전(주) 하청업체 근로자 사망사건 수사 결과”, 2020. 8. 3.

3) 대법원 2006. 4. 28. 선고 2005도3700 판결 등.



리는 지휘·감독 관계만 인정되면, 산업안전보건법상 사업주 책임을 사업주에게 확대하는 것이라기보다는 지휘·감독의 요소까지 포함하여 종속적인 관계에 있을 때만 산업안전보건법상 사업주로서 안전보건 조치 의무를 취해야 하는 근로자에 해당한다는 것으로 산업안전보건법상 사업주 책임을 제한하는 것이었다.<sup>4)</sup> 따라서 이 사건에서 피해자인 김용균 씨는 분할하여 민영화된 다른 발전회사들의 다수 사업장에도 유사한 업무를 위탁받아 독립적으로 사업을 수행하는 협력업체에 소속되어 있었기 때문에 원청업체인 서부발전과 근로기준법상 근로자에 준할 정도로 실질적 고용관계에 있다고 보기는 어렵다.

그러나 이 사건 법원이 명시하지는 않았지만, 위 실질적 고용관계에는 근로자 파견과 유사한 관계도 포함된다고 판단한 것으로 보인다. 왜냐하면 이 사건 법원이 이 사건 협력업체 근로자에 대해 서부발전과 실질적인 고용관계가 있는지를 살펴보는 데에, 협력업체 업무의 독자성과 전문성, 업무의 비혼재성, 업무지시의 일상성 및 구속성, 근로자 작업배치권의 유무 등을 기준으로 판단하였기 때문이다. 이러한 판단기준은 이 사건 법원이 명시적으로 참조하지는 않았지만, 위의 실질적인 고용관계법리보다는 도급과 구별하여 근로자 파견을 판단하는 기준을 제시하는 대법원의 판례법리<sup>5)</sup>에 바탕을 두

- 
- 4) 대법원 2006. 4. 28. 선고 2005도3700 판결과 대법원 2009. 5. 14. 선고 2008도101 판결 참조. 관련 대법원 판결 중에는 예외적으로 작업인부에 대해 임금을 주면서 일했던 집장이나(대법원 2002. 8. 27. 선고 2002도27 판결), 다른 회사로부터 임차한 덤프트럭의 운전기사(대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도1264 판결)에 대해 실질적인 고용관계를 인정하여 원청업체의 직접적인 안전보건 조치 의무가 적용된다고 본 사례가 있다. 그렇지만 형식적으로 작업인부와 원청업체가 고용계약을 체결한 점이나(대법원 2002. 8. 27. 선고 2002도27 판결), 운전기사만을 파견받아 지휘명령을 한 것이 명백한 경우라서(대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도1264 판결), 김용균 씨 사망사건의 경우와는 사정이 상당히 다르다.
- 5) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결. “원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자 파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, ① 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, ② 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, ③ 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게 시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무

고 있는 것이 명백하다. 결론적으로는 원청업체 대표이사까지 기소하는 검찰의 적극적인 의지에도 불구하고, 위 판결요지 1과 같이 이 사건 법원은 서부발전과 사망한 협력업체 근로자 사이에 실질적인 고용관계가 없다고 보고, 가중처벌조항위반죄로 기소된 서부발전 대표이사 등 3인에 대해 모두 무죄를 선고하였다.<sup>6)</sup>

필자는 이 사건 법원의 결정은 구 산업안전보건법의 문제점을 적나라하게 보여주고 있다고 생각한다. 즉 이 사건 법원의 결정은 구 산업안전보건법이 협력업체 근로자인 김용균 씨 사망을 예방하기 위하여 만들어진 법이 아니고, 따라서 사업장과 설비에 대한 지배력이 있고, 구체적으로 업무를 지시했던 사정도 인정되는 원청업체인 서부발전의 임원이나 중간관리자에게 아무런 책임도 부과할 수 없는 법이었다는 것을 그대로 드러내고 있다고 생각한다. 전부개정 산업안전보건법은 같은 장소에서 일을 하는 수급인 근로자에 대한 도급인 사업주의 안전보건 조치 의무는 특정한 위험이 있는 22개의 장소에 한정되는 제한 자체를 폐지하였다(제63조 참조). 그리고 이러한 도급인 사업주의 안전보건 조치 의무 위반으로 인하여 사망의 결과가 발생하는 경우 가중처벌이 되도록 개정되었다. 따라서 전부개정 산업안전보건법을 적용하였다면, “실질적인 고용관계”인지 여부에 대한 판단의 필요 없이 원청업체인 서부발전에 대해 산업안전보건법상 가중처벌조항 위반으로 기소가 가능하였을 것이다. 현실에서도 협력업체 근로자인 김용균 씨 사망사건을 마지막 축매로 하여 산업안전보건법이 전부 개정되었지만, 내용상으로도 이 사건 법원의 결정은 산업안전보건법이 전부 개정이 될 정도로 강화되어야 한다는 요구가 얼마나 정확하고 정당했는지를 극명하게 보여준다.

그리고 서부발전 임원 등 9인에 대한 업무상 과실치사죄에 대해서 이 사

---

에 전문성·기술성이 있는지, ⑤ 원고용주가 계약의 목적을 달성하는 데 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.”

- 6) 기존의 대법원 법리에서 실질적 고용관계에 근로자 파견 등이 포함될 수 있는지 그리고 이러한 판단기준 자체의 적정성이나 그 기준이 이 사건에 올바르게 적용되었는지는 이 글에서 다루지 아니한다. 이를 다루기 위해서는 도급으로부터 근로자 파견을 구별하는 대법원 법리를 본격적으로 검토해야 하고, 이에 기반하여 이 사건 협력업체와 서부발전이 근로자 파견인지의 문제를 판단해야 할 뿐만 아니라, 근로자 파견에 해당되어 근로자파견법 위반의 위법한 근로자 파견이 되는 경우 근로자파견법상의 사용자업주로서 안전보건 조치 의무를 부담하는지 여부까지도 함께 판단하여야 한다.

건 법원은 위 판결요지 2에서 보는 바와 같이 서부발전 기술안전본부장 이하 8인에 대해서는 구체적으로 지시·감독하였다는 사정을 인정하여 업무상 주의의무가 있다고 보아 업무상 과실치사죄에 대해 유죄를 선고하였으나 서부발전의 대표이사는 구체적인 업무상 주의의무를 갖고 있지 않다고 보아 무죄를 선고하였다. 이는 이 사건 법원이 기존의 판례법리<sup>7)</sup> 즉 “도급계약의 경우에는 원칙적으로 도급인에게 수급인의 업무와 관련하여 안전조치 의무가 없지만, 도급인이 공사의 시공이나 개별작업에 관하여 구체적으로 지시·감독하였다는 사정 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 도급인에게도 안전조치 의무가 있다.”에 따라 이 사건 협력업체에 구체적으로 지시·감독한 것을 사실로 인정하여 업무상 주의의무를 인정한 것에 따른 것이다. 그러나 이 사건 법원은 서부발전 대표이사가 협력업체의 안전관리에 문제가 있고, 비슷한 유형의 기존 재해사고가 있었고, 2인 1조 근무 등의 대책을 보고받았다는 사실을 인정하였음에도 불구하고, 이 대표이사에 대해서는 업무상 과실치사죄를 인정하지 아니하였다. 이 사건 법원은 이러한 보고로 대표이사가 안전관리를 강화해야겠다는 인식 또는 협착의 위험성이 있는 설비를 찾아내어 개선해야겠다는 일반적인 주의의무를 가지게 되었다고 볼 수 있지만, 이러한 일반적, 추상적 의무를 부담하는 것을 넘어서 구체적, 직접적인 주의의무를 부담한다고 단정할 수 없다고 판단하였다. 안전관리·안전사고에 관한 사항과 용역계약의 변경 등에 관한 사항은 대표이사의 직접적인 결재가 아니라 하위직급자의 전결로 처리하였다는 점 등을 이유로 이 사건 법원은 대표이사에게 구체적, 직접적인 주의의무가 발생하지 않는다고 본 것이다.

이 사건 법원의 판단기준에 따르면, 서부발전의 임원 등에 대해 구 산업안전보건법상 가중처벌조항이 적용된다고 하더라도 서부발전의 대표이사에 대해 이 조항 위반죄가 적용되기는 어려웠을 것으로 보인다. 가중처벌조항을 대표이사에게 적용하기 위해서는 대표이사가 개별적·구체적으로 지시하지 않았더라도 ‘사업장에서 안전조치가 취해지지 않은 상태에서 작업이 이루어지고 있고 향후 그러한 작업이 계속될 것이라는 사정을 미필적으로 인식하고서도 이를 그대로 방치하고, 이로 인하여 사업장에서 안전조치가 취해지지 않은 채로 작업이 이루어져야 한다.’<sup>8)</sup> 이 사건 법원은 대표이사에게 이러

7) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도7030 판결.

한 미필적 고의의 인식이 있다고 보기 어렵다고 판단했을 것이다. 왜냐하면 협력업체와 관련하여 산업안전보건법상 안전조치 의무의 행위자로 위 법리에 따라 통상 기소되는 안전보건총괄책임자인 서부발전 태안발전본부장에게 유죄를 인정하고, 전임으로 태안발전본부장을 하다가 본사의 안전보건관리 책임자로서 기술안전본부장까지 유죄가 인정된 상태에서, 업무상 구체적 주의의무가 없다고 보는 이유와 유사하게 이 사건 법원은 안전조치가 취해지지 않은 상태에서 작업이 이루어지고 있을 것이라고 인식할 수 없었다고 볼 가능성이 크기 때문이다. 그래서 필자는 전부개정 산업안전보건법이 적용된다고 하더라도 이 사건에서 원청업체인 서부발전의 대표이사가 유죄가 인정될 수 있을 것으로 생각하지 않는다. 중대재해 사고와 관련하여 산업안전보건법상 행위자로서 대표이사의 처벌의 어려움은 미필적으로도 고의를 요건으로 하는 해당 죄의 법리 그 자체에 기인하기 때문이다. 이러한 점 때문에 필자는 김용균 씨 사망사건에 대한 이 사건 법원의 판결은 중대재해를 예방하기 위하여 산업안전보건법의 안전·보건 조치 의무와 다른 것으로 최고경영자에게 일정한 안전·보건 확보 의무를 부과하는 「중대재해처벌법」을 제정하는 것이 정당했음을 또한 보여준다고 생각한다. 서부발전의 대표이사는 유사 사건이 이미 발생하였고, 대안으로 2인 1조의 작업을 해야 한다는 것이 대표이사에게 이미 보고되었던 이 사건에서 서부발전 대표이사가 중대재해 처벌법상 경영책임자의 수급인 근로자에 대한 안전 및 보건 확보 의무를 위반한 것은 분명해 보이기 때문이다(「중대재해처벌법」 제5조, 제4조 제1항 1호, 2호, 4호 참조).

심재진(서강대학교 법학전문대학원 교수)

## 역학적 연구 결과가 부족한 업무상 재해에 대한 근로자의 증명책임의 정도

- 서울행정법원 2022. 7. 20. 선고 2021구단51976 판결 -

### 【판결요지】

연구 결과가 충분하지 않아 발병 원인으로 의심되는 요소들과 이 사건 상병 사이에 인과관계를 명확하게 규명하는 것이 현재의 의학과 자연과학 수준에서 곤란하다 하더라도 그것만으로 인과관계를 쉽사리 부정할 수는 없다. 아울러 근로 현장에서 발생할 수 있는 산업안전보건상의 위험을 사업주나 근로자 어느 일방에게 전가하는 것이 아니라 공적 보험을 통해 산업과 사회 전체가 이를 분담하도록 하는 산업재해보상보험제도의 목적을 고려하더라도, 근로자에게 책임 없는 사유로 사실관계 등이 제대로 규명되지 않는 사정에 관하여 열악한 지위에 있는 근로자에게 증명 책임을 엄격하게 요구하는 것은 부당하다.

대상판결은 배전전기원의 업무와 갑상선암 발병 사이의 상당인과관계를 최초로 인정한 판결이다. 동 판결의 사건 개요 및 주된 쟁점은 다음과 같다.

원고는 1995년부터 2015년경까지 한국전력공사의 협력업체에서 배전전기원으로 근무하면서 약 18년간 하루 8시간 이상 무정전 상태에서 살아있는 고압 전선에 직접 다가가 작업을 하는 직접활선공법으로 배전작업을 수행하였다. 원고는 2015년 갑상선 유두상암(이하 ‘이 사건 상병’이라 한다.)을 진단받게 되자 활선 작업 시 특고압 전자파에 노출되었고 살아있는 전기를 만진다는 강박감과 과도한 스트레스로 인해 이 사건 상병이 발병하였다고 주장하면서 피고 근로복지공단에 요양급여를 신청하였으나 요양을 불승인하는 결정이 내려졌다. 이에 원고가 이 사건 처분에 불복하여 피고를 상대로 요양 불승인처분 취소의 소를 제기한 사안이다.

대상판결의 사안에서 극저주파 자기장과 이 사건 상병의 관련성에 대한 소수의 연구들이 있으나 통계적으로 유의미한 위험도 증가를 보인 연구는

아직 없는 상황에서 원고의 업무와 이 사건 상병에 상당인과관계가 인정되는지 여부가 쟁점이 되었다.

대사판결은 기존 대법원 법리(대법원 2017. 8. 29. 선고 2015두3867 판결)에 비추어 보면 “근로자에게 책임 없는 사유로 사실관계 등이 제대로 규명되지 않는 사정에 관하여 열악한 지위에 있는 근로자에게 증명책임을 엄격하게 요구하는 것은 부당하다.”고 판시하면서, 원고의 업무와 이 사건 상병 사이에 상당인과관계를 인정하였다. 대사판결에 제시된 구체적인 논거는 다음과 같다.

먼저 대사판결은 “산업재해보상보험제도의 목적은 근로 현장에서 발생할 수 있는 산업안전보건상의 위험을 사업주나 근로자 어느 일방에게 전가하는 것이 아니라 공적 보험을 통해 산업과 사회 전체가 이를 분담”하도록 하는 것임을 강조하였다. 그러한 목적에 비추어 보았을 때 “연구 결과가 충분하지 않아 발병 원인으로 의심되는 요소들과 이 사건 상병 사이에 인과관계를 명확하게 규명하는 것이 현재의 의학과 자연과학 수준에서 곤란하다 하더라도 그것만으로 인과관계를 쉽사리 부정할 수는 없다.” 따라서 “근로자에게 책임 없는 사유로 사실관계 등이 제대로 규명되지 않는 사정에 관하여 열악한 지위에 있는 근로자에게 증명책임을 엄격하게 요구하는 것은 부당”하다는 것이다.

대사판결은 위와 같은 법리를 제시하며, 원고가 배전전기원으로 근무하는 동안 지속적으로 노출된 극저주파 자기장이 원고의 체질 등 다른 요인과 함께 복합적으로 작용하여 이 사건 상병을 발병하게 하였거나 적어도 그 발병을 촉진 내지 자연 경과 이상으로 악화시킨 원인이 되었다고 추단할 수 있다고 보아, 원고의 업무와 이 사건 상병 사이의 상당인과관계를 인정하였다.

동 판결은 다음의 두 가지 점에서 주목할 필요가 있다.

먼저, 대사판결의 사안에서 종일 장시간 극저주파 자기장에 노출되는 직접활선작업을 수행한 자들의 갑상선암의 발병율에 관한 역학적 연구 결과가 부족한 사정이 존재하였다. 안전상의 문제로 직접활선작업을 도입한 국가가 많지 않았으며, 국내에서 직접활선작업은 1990년대 후반에 시작되어 감전 사고와 전자기장 노출 위험 때문에 2017년경 폐지되었다. 대사판결에서 법원은 고밀도의 전자기장에 노출되는 직업군의 건강 영향에 대한 과학적 결과를 도출할 만한 자료 자체가 없는 것을 두고 의학적·과학적 근거가 없다고 해석하여 근로자에게 불리하게 판단하는 것은 타당하지 않다고 보았다.

이처럼 역학적 연구 결과가 부족한 상황에서 의학적·자연과학적 근거가 없다는 이유로 업무와 재해 사이의 상당인과관계를 부정하는 것은 산업재해보상보험제도의 목적과 기능, 유해 화학물질로 인한 질병에 대해 근로자를 보호할 현실적·규범적 이유 등에 비추어 타당하지 않다(대법원 2017. 8. 29. 선고 2015두3867 판결, 참조). 대상판결은 기존 대법원 판례의 취지에 비추어 “근로자에게 책임 없는 사유로 사실관계 등이 제대로 규명되지 않은 사정에 관하여 열악한 지위에 있는 근로자에게 증명책임을 엄격하게 요구하는 것은 부당”함을 명확히 하였다.

둘째, 원고는 18년간 하루 8시간 이상 22,900V 고압 전류가 흐르는 활선을 다루며 작업을 하는 과정에서 감전 사고 등에 대한 과도한 스트레스를 안고 업무를 수행하였다. 동 판결에서 법원은 법적·규범적 관점에서 위와 같은 “업무상 과도한 스트레스가 원고의 면역력에 악영향을 미침으로써 면역력과 연관된 이 사건 상병의 발병이나 진행을 촉진하는 원인의 하나로는 작용하였을 것으로 추단할 수 있다.”고 판시하였다. 즉 원고의 근무형태가 이 사건 상병을 유발하는 직접적 원인이 되었다고 볼만한 근거가 없는 대상판결의 사안에서 업무상 과도한 스트레스 그 자체가 이 사건 상병을 촉발하거나 그 진행을 촉진하는 원인의 하나로 작용하였다고 보았다.<sup>1)</sup>

대상판결은 기존의 법리를 적극적으로 해석·발전시켜, 역학적 연구 결과가 부족하거나 과학적 결과를 도출할 자료가 없는 상황에서 업무와 재해 사이의 인과관계를 쉽사리 부정하거나 근로자에게 증명책임을 엄격하게 요구하는 것은, 근로 현장에서 발생할 수 있는 산업안전보건상의 위험을 공적 보해를 통해 산업과 사회 전체가 분담하도록 하는 산업재해보상보험제도의 목적에 반하는 것임을 명확히 하였다는 점에서 중요한 의의가 있다고 하겠다.

강주리(서울시립대학교 강사)

1) 그 밖에 대상판결에서 법원은 업무상 재해를 인정함에 있어 관련 연구들에 비추어 보았을 때 극저주파 자기장 노출과 감상선암 발병 사이의 인과관계가 의학적·자연과학적으로 명백하게 증명된 것은 아니라 하더라도 원고가 전기원으로 일하면서 극저주파 자기장에 장기간 노출된 것이 이 사건 상병 발병에 유해한 영향을 미쳤을 가능성을 배제하기 어렵다는 점, 원고에게 업무상 요인과 별개로 체질적·내재적·개인적인 소인에 의하여 이 사건 상병이 발생할 가능성이 더 큰 것으로 볼 만한 근거가 없다는 점 등을 고려하였다.

## 불법체류 외국인을 파견받아 사용한 경우의 법적 쟁점

- 울산지방법원 2022. 9. 30. 선고 2021고단2202 판결 -

### 【판결요지】

사용사업주인 피고인과 인력 도급계약에 따라 공급된 이 사건 외국인 근로자들의 관계를 두고 출입국관리법이 규정하고 있는 고용관계에 해당한다고 보기는 어렵다.

본 사건의 개요는 다음과 같다. 자동차부품 제조업을 영위하는 피고인 회사의 대표자인 피고인이 인력공급업체와 인력도급계약을 체결하고 태국 국적의 불법체류 외국인 69명을 고용하여 출입국관리법을 위반하거나(주위적 공소사실) 무허가 근로자파견업체로부터 불법체류 외국인 근로자를 파견받아 파견법 위반 행위를 하였다(예비적 공소사실)는 혐의로 기소된 사안이다. 이 사건에서 대상판결은, 이 사건 인력도급계약 관계는 파견법이 규정하고 있는 근로자파견관계라고 봄이 상당하고 사용사업주인 피고인 회사와 인력도급계약에 따라 공급된 이 사건 근로자들의 관계를 두고 출입국관리법이 규정하고 있는 고용관계에 해당한다고 보기는 어렵다고 보아 이 사건 예비적 공소사실을 유죄로 인정하여 피고인 대표와 피고인 회사에 각 징역형의 집행유예(징역 6개월, 집행유예 1년) 및 벌금형(1,500만 원)을 선고하였다.

저출산·고령화 문제가 심각한 우리 사회의 상황은 잡 미스매치(job mismatch) 및 노동력 부족에 노출되어 있다. 그렇다 보니 노동력이 필요한 많은 사업장들이 외국인 근로자를 고용하고 있고 때로는 불법체류 외국인을 고용하는 실정이다. 경우에 따라서는 불법체류 외국인을 파견받아 사용하다가 적발되기도 한다.

외국인은 본래 우리나라에 입국할 자유가 없다. 다만 출입국관리법에 따른 입국허가 및 체류자격을 부여받아서 우리나라에 입국하여 체류할 수 있을 뿐이다. 그런데 체류자격에는 체류기간과 활동가능범위가 포함되어 있다. 체류기간을 초과해도 불법이 되고 해당 체류자격에서 허용하지 않는 활동을



하는 경우에도 불법이 된다.<sup>1)</sup>

출입국관리법령은 체류질서의 유지를 위해 불법체류 외국인은 우리나라에서 취업활동을 할 수 없도록 하고 있고 불법체류 외국인을 고용한 자는 처벌하도록 하고 있다.

그렇다면 불법체류 외국인을 파견받아서 사용하는 경우 사용사업주는 불법체류 외국인을 고용한 것인가? 만일 고용이라고 판단한다면 출입국관리법 위반이 될 것이다. 그러나 이러한 사례에 대해서 이미 대법원은 외국인을 파견받아 사용한 경우에는 출입국관리법에서 규정된 ‘고용’은 아니라는 것이 대법원의 입장이다(대법원 2020. 5. 14. 선고 2018도3690 판결).<sup>2)</sup> 즉 출입국관리법에서 금지하는 불법체류 외국인의 고용은 어디까지나 ‘직접고용’을 의미하는 것이다.

그렇지만 인력을 불법파견 받아서 사용한 경우 사용사업주는 파견법 위반이 된다. 대상판결의 사안의 경우와 같이 무허가 파견업체로부터 인력을 파견받아 사용한 경우 당연히 불법파견이 되고, 불법체류 외국인을 무허가 파견업체로부터 파견받아서 사용한 경우 이것 역시 불법파견이 되므로 사용사업주가 파견법을 위반한 것이 된다. 대상판결은 불법체류 외국인을 불법파견받아 사용한 경우 이는 파견법 위반이라는 점을 확인하였고 형벌적 규율의 방향을 정리한 점에서 의미가 있다.

그런데 본 사건은 형사사건이지만 사실 민사적으로 중요한 쟁점을 던져주는 사건이기도 하다. 불법체류 외국인을 무허가 파견업체로부터 파견받아 사용한 경우 불법파견이라는 점에서 파견법상 사용사업주에게 직접 고용의무를 인정할 수 있을 것인가라는 점이 그것이다.

현행 파견법에서 파견법이 외국인에게 적용되지 않는다는 적용 범위에 관한 명시적 제한은 없다. 그러므로 불법체류 외국인이라 할지라도 파견받아 사용한 것이 불법파견에 해당하지 못할 리가 없다. 그렇다면 파견법 해석상 사용사업주의 직접고용의무를 인정할 여지가 있어 보이기도 한다. 그러나

1) 관련된 논의로는 노호창(2018), 「체류자격의 규정방식에 관한 검토」, 『행정법연구』 제54호, 행정법이론실무학회, pp.245-274 참조.

2) 이 판결에 대한 검토로는 노호창(2020), 「불법취업 외국인을 파견받아 사용한 행위가 “출입국관리법”상 고용인지 여부」, 『노동법학』 제74호, 한국노동법학회, pp.195-201 참조.

그렇게 해석하는 경우 세 가지의 문제가 생긴다.

첫 번째, 출입국관리법은 불법체류 외국인을 고용할 수 없도록 하고 있고 고용하는 경우 사용자는 처벌 대상이 된다. 또한 불법체류 외국인은 원칙적으로 출국의무가 있는 강제퇴거 대상이기도 하다. 이런 측면에서 불법체류 외국인을 불법파견받아 사용한 경우 직접고용의무를 인정하게 되면 출입국 관리법과 충돌하는 상황이 발생한다.

두 번째, 외국인고용법상 고용허가제는 원칙적으로 내국인 고용 노력 의무를 두고 있고 사용자가 내국인을 고용하려고 노력했지만 안 되는 경우 외국인을 고용할 수 있도록 하고 있는데 국내에 인력송출 양해각서를 체결한 해당 외국에 가서 특정 외국인과 고용계약을 먼저 체결한 후<sup>3)</sup> 해당 외국인이 국내에 해당 업체에 와서 일을 하는 방식으로 운영되기 때문에<sup>4)</sup> 사용자와 외국인 근로자가 사전에 특정되어 있다. 이런 측면에서 불법체류 외국인을 불법파견받아 사용한 경우 직접고용의무를 인정하게 되면 외국인 고용허가제를 와해시키는 결과가 생기게 된다.

세 번째, 우리나라는 외국인 고용허가제를 채택하고 있긴 하지만, 외국 국적 동포의 경우 사실상 노동허가제에 해당하는 특례고용허가제를 채택하여 운영하고 있다. 즉 외국 국적 동포의 경우 처음부터 특정 사용자와의 고용관계라는 것이 없다.<sup>5)</sup> 그러므로 만약 불법파견 받아서 사용한 대상자가 불법체류가 아닌 외국 국적 동포인 경우 직접고용의무를 인정할 여지가 보다 커질 수 있는데, 물론 이 경우 해당 외국 국적 동포의 체류기간 동안만 인정될 수 있겠지만, 외국 국적 동포인 외국인과 그렇지 않은 보통의 외국인과의 차별 문제가 제기될 수 있게 된다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

3) 이런 업무를 산업인력공단이 대행하고 있다. <https://eps.hrdkorea.or.kr/main/intro.do> 참조할 것.

4) 노호창(2019), 「외국인근로자 고용에 있어서의 법적·정책적 쟁점」, 『노동법학』 제70호, 한국노동법학회, p.192 참조.

5) 노호창(2019), 「외국인근로자 고용에 있어서의 법적·정책적 쟁점」, 『노동법학』 제70호, 한국노동법학회, p.193 참조.

## 외국인근로자에 대한 사업장 변경 제한의 위헌 여부

- 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2020헌마395 결정 -

### 【결정요지】

외국인고용법이 채택한 고용허가제는 사용자에 대한 규율을 중심으로 하는 제도이기 때문에, 외국인근로자에 대한 입국에서의 완화된 통제를 체류와 출국에서의 강화된 규제로 만회할 필요성을 가지며, 외국인근로자가 근로계약을 해지하거나 갱신을 거절할 때 자유로운 사업장 변경 신청권을 부여하지 않는 것은 불가피하다. 따라서 이 사건 사유제한조항이 외국인근로자의 자유로운 사업장 변경 신청권을 인정하지 않는 것은 고용허가제를 취지에 맞게 존속시키기 위해 필요한 제한으로 볼 수 있다. ... 이 사건 고시조항은 외국인근로자들이 사업장 현장에서 경험하는 근로조건 위반 및 부당한 처우를 반영하여 종합한 것이라고 볼 수 있다. 종래 추상적인 용어를 객관적이고 구체적인 기준으로 개정하여 사유의 불명확성이 상당 부분 해소되었고, 변화하는 상황에 대응하여 지속적으로 사업장 변경 사유를 추가하고 있다. 또한 사업장 변경 사유에 대한 입증 이 부족하거나 사업장 변경 사유에 준하는 사유가 있는 경우에는 외국인근로자 권익보호협회의를 통해 사업장 변경을 허용할 수 있는 제도가 갖추어져 있다. 따라서 이 사건 고시조항은 입법재량의 범위를 벗어나 명백히 불합리하다고 볼 수 없으므로, 청구인들의 직장선택의 자유를 침해하지 않는다.

우리나라가 외국인력을 본격적으로 받아들이기 시작한 것은 1994년부터다. 이후 25년 이상이 지나는 동안 외국인과 관련된 다수의 제도 및 정책 변화가 있었다. 체류 외국인의 유형도 산업연수생, 단순기능직 외국인근로자 등에서 결혼이민자, 전문인력, 유학생, 투자자 등으로 다양화되었다. 그런데 특히 최근 몇 년 사이에 출생자 수가 매년 40만 명대에서 30만 명대로 감소하였고 급기야 2020년 이후 출생자 수는 20만 명대로 감소하는 등 그 어느 때보다 저출산고령화가 심화되었다. 또한 베이비부머 세대가 급속하게 노동시장에서 퇴장할 것이 예견되고 있고 인구 문제가 한국의 경제 및 사회 전

반에 어두운 그림자를 드리울 것으로 예상된다. 이런 상황에서 외국인근로자에 관한 법적 문제는 매우 중요한 쟁점으로 등장하고 있다.

우리 노동시장에서는 이중화 문제가 심각하고 3D업종 기피와 잡 미스매치(job mis-match)로 인한 노동력 부족이 나타나고 있다. 그런 가운데 이제는 외국인근로자가 없다면 노동시장이 마비된다고 해도 될 정도로 외국인근로자가 우리의 경제와 산업에서 차지하는 비중이 높아졌다. 다른 한편으로는 경기침체로 인해 내국인 실업자가 늘어나면서 내국인 일자리 문제도 정부가 해결해야 할 시급한 과제가 된 지 오래다. 이러한 복합적 상황에서 외국인근로자의 규모가 커지면서 중소기업들이 내국인보다 외국인을 선호하기 때문에 고용환경 개선에 저해 요소가 된다는 우려도 등장하고 있고 업무 자동화, 디지털화 등 정보통신기술(ICT)의 발달로 단순기능직 일자리도 감소하고 있는데 외국인근로자를 계속 도입할 필요성이 있느냐라는 문제제기도 있다.

외국인이 우리나라에 적법하게 입국하려면 「출입국관리법」을 비롯하여 관련 법령상 입국금지사유가 없어야 하고 경우에 따라서는 사증(비자) 발급 기타 입국허가, 체류허가 등이 추가적으로 요구된다. 또한 외국인이 국내에 머물면서 자신이 원하는 어떤 활동을 합법적으로 하기 위해서는 이에 부합하는 체류자격을 갖추는 것이 요구된다.<sup>1)</sup>

우리나라에서 체류하는 외국인의 유형은 체류자격을 기준으로 할 때 여러 가지가 있지만, 그중에서도 가장 중요한 집단은 외국인근로자라고 본다.<sup>2)</sup> 그렇게 보아야 하는 이유는 다음과 같다. 첫째, 외국인근로자가 전체 노동시장에서 차지하는 인력 비중이 높지는 않지만 노동공급의 한계비용을 하락시키기 때문에 업종에 따라서는 그 업종 전체의 임금 기타 근로조건을 경쟁적으로 악화시키는 방향으로 악영향을 미칠 수도 있다.<sup>3)</sup> 둘째, 외국인근로자의 대부분은 소위 3D업종이라든가 서비스업종에 종사하고 있어서 이들이 우리

1) 체류자격은 외국인이 국내에 머물면서 일정한 활동 기타 생활을 영위할 수 있는 법적 지위를 유형화한 것이다. 출입국관련 법령에서는 체류자격의 정의 규정을 두고 있지는 않고 체류자격의 유형만을 다양하게 세분화해서 규정하고 있다. 체류자격의 개념과 취지에 관해서는 노호창(2018), 「체류자격의 규정방식에 관한 검토」, 『행정법연구』, 제54호, 행정법이론실무학회, p.246 참조.

2) 이주노동자(migrant worker)라는 용어가 보다 중립적인 표현일 수 있다. 그렇지만 여기서는 현행법률상 용어인 ‘외국인’, ‘근로자’라는 단어에 기초하여 표기하기로 한다.

3) 김환학(2013), 「불법체류자의 고용관계에 대한 통제」, 『행정법연구』, 제35호, 행정법이론실무학회, p.94 참조.

나라 노동시장에서 차지하고 있는 중요성이나 비중을 단순히 수치적인 것으로만 보아서는 제대로 평가할 수 없게 되었다. 셋째, 대기업과 중소기업으로 대별되는 이중화된 노동시장 구조에서 외국인근로자가 저임금의 열악한 노동시장의 대부분을 떠받치고 있다는 점이다.<sup>4)</sup>

우리나라에서 외국인의 ‘입국-체류-출국’이라고 하는 일련의 과정을 규율하는 기본적인 법령은 출입국관리법령이다. 그런데 외국인의 국내 체류에 있어서 가장 중요한 규율 사항은 결국 고용이다. 외국인의 장기체류는 결국 고용을 통해 경제적 수익을 창출하는 것에 그 최종 목적이 있고 외국인의 장기체류는 고용을 통한 경제활동에 의하지 않고서는 불가능하기도 하기 때문이다. 외국인은 원칙적으로 「출입국관리법」 및 동법 시행령에 따라 취업이 허용된 체류자격을 부여받아야만 국내에서의 취업이 가능하다. 취업할 수 있는 체류자격을 기준으로 취업을 할 수 있는 외국인력은 법령상 ‘단순기능인력’과 ‘전문인력’의 두 가지로 대분류된다.<sup>5)</sup>

외국인의 ‘입국-체류-출국’을 규율하는 출입국관리법령 외에 외국인의 고용을 규율하는 가장 중요한 법령은 단순기능인력에 속하는 외국인근로자에 대해 규율하는 「외국인 근로자의 고용 등에 관한 법률」(이하, 외국인고용법)이다. 이에 더하여 중국이나 구소련 등에 속하는 국적의 외국국적동포의 고용, 소위 방문취업의 체류자격과 관련해서는 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」(이하, 재외동포법)이 추가적인 규율을 한다. 반면 같은 외국인이라도 전문인력의 고용에 대해서는 외국인고용법이 적용되지 않고 출입국관리법령에서 명시하는 체류자격에 해당하는 자가 사용자와 고용계약이 있으면 실질적으로 비자 발급이 가능하고<sup>6)</sup> 전문인력은 거주(F-2) 체류자격 또는 영주(F-5) 체류자격 그 밖에 특별 귀화 등에 있어서 혜택을 받기도 한다. 요컨대, 단순기능인력의 경우 출입국관리법령에 따라 비전문취업(E-9)이나 방문취업(H-2)의 체류자격을 받아서 외국인고용법의 적용을 받게 되고,

4) 이규용(2015), 「이주노동정책의 현황과 쟁점」, 『이주노동의 정책과 법제』, 2015 한국이민법학회 춘계공동학술대회 자료집, pp.34-37 참조.

5) 「재한외국인차우기분법」에서는 전문외국인력이라는 표현을 사용한다(동법 제16조).

6) 전문인력에 속하는 체류자격은 교수(E-1), 연구(E-3), 기술지도(E-4), 전문 직업(E-5) 등이 있다. 그 도입직종에 관해서는 외국인정책위원회 산하의 전문인력 유치지원 실무분과위원회에서 주무부처 등을 대상으로 전문성 여부, 내국인 일자리 대체 여부 등을 심사하여 선정한다.

전문인력의 경우 출입국관리법령에서 규율되고 있다.

현행 외국인고용법이 적용되는 외국인근로자는 고용허가제의 규율을 받는다. 우리나라에서의 고용허가제는 내국인 근로자 구인 노력에도 불구하고 내국인 근로자를 채용하지 못한 사용자가 정부로부터 특정한 단순 기능 외국인근로자를 고용할 수 있도록 허가를 받고, 외국인근로자는 그 사용자와 근로계약을 체결한 다음에 체류자격을 부여받고 입국하여 합법적인 근로자로 고용되는 제도를 말한다.<sup>8)</sup> 고용허가제는 ‘외형상’ 사용자에 대한 규율이 중심에 놓여있다. 그래서 사용자가 적절한 근로조건을 준수할 수 있는 능력을 갖춘 사용자인지 여부가 심사대상이 되고, 사용자의 업종이나 규모, 불법 여부 등에 대한 국가의 통제에 효과적이다. 이 경우 외국인은 해당 사용자에게 고용된 것을 전제로<sup>9)</sup> 후에 체류자격을 부여받아 입국을 하게 된다. 따라서 사용자가 적절한 사업체를 운영하고 있는지, 규모나 업종 등은 어떠한지 확인하는 데 유리하다. 그리고 사용자가 내국인 근로자를 고용하기 위한 구체적인 노력을 했는지 또는 현재 내국인의 고용인원이 어떠한지 등을 확인할 수도 있다.<sup>10)</sup> 그러나 고용허가제는 외형상 사용자를 중심적인 규율 대상으로 하고 있어서 외국인근로자 본인에 대한 세밀한 심사와 평가 등 검증을 제대로 하지 못한다는 약점이 있다. 그렇기 때문에 국가는 입국에 있어서의 완화된 통제를 체류와 출국에서의 강화된 통제로 만회하고자 한다. 그래서 출입국관리법과 외국인고용법은 양 측면에서 외국인근로자에 대한 사업장 이동 제한, 고용변동신고, 출국만기보험 등의 다중적인 통제 수단을 마련하고 있다.<sup>11)</sup>

7) 허가라고 명칭을 쓰고 있지만, 일반적 금지를 해제하여 자연적 자유를 회복시켜 주는 고유한 의미의 ‘허가’가 아니라 특정인에게 어떤 자격 내지 권리를 설정하거나 법적 지위를 부여하는 것이어서 법적 성질은 강학상 ‘특허’에 해당할 것으로 보인다.

8) 차용호(2015), 『한국이민법』, 법문사, p.913 참조.

9) 직업안전기관(고용센터)으로부터 고용허가서가 사용자에게 발급되면 사용자는 표준근로계약서를 작성하여 직업안전기관(고용센터)에 제출하고, 이를 산업인력공단을 통해 외국인근로자에게 전송하여 외국인근로자가 확인 후 서명하는 경로를 통해 외국인근로자와 국내 사용자 간에 근로계약이 체결되는데, 이때의 근로계약은 외국인근로자가 체류자격을 획득하여 입국한 이후에 효력이 발생하기 때문에 일종의 채용내정의 성격을 가진다. 최홍엽(2017), 『외국인근로자와 전문외국인력』, 『이민법』(중판), 박영사, pp.376~377 참조.

10) 최홍엽, 앞의 글, p.366 참조.

11) 노호창(2019), 『외국인근로자 고용에 있어서의 법적·정책적 쟁점』, 『노동법학』, 제70

반면 고용허가제와 규율의 방식이 상이한 제도로 노동허가제가 있다. 노동허가제는 법령에 따라 외국인근로자가 국내에서 취업할 수 있는 노동허가를 받아서 입국한 이후에, 그가 자신이 원하는 사업장에서 자유롭게 취업을 할 수 있도록 허용하는 제도이다.<sup>12)</sup> 노동허가제는 자격을 갖추었다고 판단되는 외국인으로 하여금 국내에서 체류하면서 취업할 수 있도록 해당 외국인에게 허가를 내려주는 것이기 때문에 사용자가 아니라 근로자에 대한 규율을 중심에 두게 된다.<sup>13)</sup> 따라서 해당 외국인에게 보다 강화된 사전심사가 전제될 수밖에 없고, 또한 그의 개인적 사정을 고려하여 체류자격의 종류나 체류기간 등을 달리 정할 수도 있다. 특히 해당 근로자의 체류 기간, 가족 동반 여부, 연령, 출신국 등 개별적·구체적 사정을 고려할 필요가 있는 경우 노동허가제가 보다 적절할 수 있다.<sup>14)</sup> 즉 노동허가제의 경우 해당 외국인 자체에 대해 강화된 심사를 하기 때문에 해당 외국인의 국내에서의 취업 장소나 취업 기간에 제한을 둘 필요성이 고용허가제에 비해 높지 않다.

현행 외국인고용법에서는 단순 기능인력에 속하는 비전문 취업(E-9) 자격자와 방문취업(H-2) 자격자에 대해서 고용허가제를 적용한다고 되어 있으나, 사실 E-9 자격자와 H-2 자격자에 대해 적용되는 고용허가제는 서로 성격이 다르다. 외국인고용법상 비전문 취업(E-9) 자격을 받은 외국인에게 적용되는 제도는 ‘일반고용허가제’라고 한다.<sup>15)</sup> 외국인고용법상 사용자는 내국인 구인 노력을 하였으나 하지 못한 경우 정부로부터 고용허가를 받아 우리나라와 인력송출 양해각서를 체결한 국가의 단순 기능 근로자를 먼저 고용하고 이후 입국시켜 자신의 사업장에서 근로를 제공하게 해야 한다(선고용 - 후입국). 고용허가제를 통해 국내에 들어온 외국인근로자의 경우 원칙적으로 사업장 이동의 제한을 받게 되고 아주 예외적으로만 사업장 변경이 인정된다(외국인고용법 제25조).

반면 외국국적동포처럼 방문취업(H-2) 자격으로 입국한 후에 취업 교육,

호, 한국노동법학회, p.190 참조

12) 차용호, 앞의 책, p.914 참조

13) ‘허가’라고 명칭을 쓰더라도 일반적 금지를 해제하여 자연적 자유를 회복시켜 주는 것이 아니라 특정인에게 어떤 자격 내지 권리를 설정하거나 법적 지위를 부여하는 것이어서 법적 성질은 강학상 ‘특허’에 해당할 것으로 보인다.

14) 최홍엽, 앞의 글, p.366 참조

15) 최홍엽, 앞의 글, p.367. 고용허가제라고 지칭할 때 보통 일반고용허가제를 의미한다.

구직등록 절차 등을 거쳐 자유롭게 취업하는 것이 가능한 외국인에게 적용되는 제도는 ‘특례고용허가제’라고 부른다. 그런데 특례고용허가제는 명칭과 달리 ‘고용’허가제가 아니라 실제로는 ‘노동’허가제에 해당한다는 점을 주의할 필요가 있다. 특례고용허가제에서는, 내국인 구인 노력을 하였으나 하지 못한 사용자에게 대해서 특례고용 가능 확인을 받을 것만 요구하는 것이어서 특별히 사용자를 규율하는 것이 아니다. 오히려 H-2 체류자격을 취득한 외국국적동포는 우리나라에 입국하여 소정의 취업관련 교육을 받은 후 자신이 취업가능한 사업장을 찾아 자유롭게 고용계약을 체결하여 취업을 할 수 있다(선입국-후취업). 그렇다 보니 특례고용허가제는 사용자가 아니라 외국인 근로자 그 자신에게 보다 초점이 맞춰져서 규율이 이루어진다.<sup>16)</sup> 특히 H-2 취득자는 그 자신의 신고만으로써 자유롭게 사업장도 변경할 수 있다(외국인고용법 제25조, 제12조, 출입국관리법 제21조 참조).

대상결정의 사안에서 헌법소원심판의 청구인들은 캄보디아, 몽골, 베트남, 우즈베키스탄, 미얀마 등 국적의 외국인근로자들로서 외국인고용법상 고용허가를 받아서 우리나라에 입국하여 근로하고 있었다. 청구인들은 사용자의 일방적 근무 시간 변경, 연장근로수당 미지급, 기숙사비 추가 공제, 무면허 건설기계 조종 강요, 협박성 발언, 근로계약 불이행 위약금 예정 계약, 보호장구 미지급, 산재 사고 목격 등의 사유로 사업장 변경을 하려고 하나, 이러한 사유들이 외국인고용법 및 ‘외국인근로자의 책임이 아닌 사업장변경 사유’(고용노동부고시) 조항이 정하는 사업장 변경 사유에 해당하지 않아서 자신들의 기본권이 침해되었다고 주장하면서 위 조항들에 대한 헌법소원심판을 청구하였다.

사안에서는 청구인들이 사업장 변경을 하려고 하였기 때문에 외국인고용법상 사업장 변경의 회수 제한 규정이 기본권을 침해하고 있는 것은 아닌지 그리고 외국인고용법 및 고시에서 정하고 있는 사업장 변경의 제한 근거와 그 사유들이 기본권을 침해하고 있는 것은 아닌지 문제 되었다. 심판 대상 조항은 다음과 같다.

16) 노호창, 「외국인근로자 고용에 있어서의 법적·정책적 쟁점」, p.193 참조.



외국인근로자의 고용 등에 관한 법률(2014. 1. 28. 법률 제12371호로 개정된 것) 제25조(사업 또는 사업장 변경의 허용) ④ 제1항에 따른 외국인근로자의 사업 또는 사업장 변경은 제18조에 따른 기간 중에는 원칙적으로 3회를 초과할 수 없으며, 제18조의2 제1항에 따라 연장된 기간 중에는 2회를 초과할 수 없다. 다만, 제1항 제2호의 사유로 사업 또는 사업장을 변경한 경우는 포함하지 아니한다.

구 외국인근로자의 책임이 아닌 사업장 변경 사유(2019. 7. 16. 고용노동부고시 제2019-39호로 개정되고, 2021. 4. 1. 고용노동부고시 제2021-30호로 개정되기 전의 것)

제4조(근로조건 위반) 법 제25조 제1항 제2호에 따라 사업장 변경이 허용되는 근로조건 위반 등에 해당하는 사유는 다음 각 호와 같다.

1. 사용자가 다음 각 목과 같이 임금체불 등을 한 경우(이 경우 임금체불 또는 지급 지연 중이거나, 임금체불 또는 지급 지연이 종료된 날부터 4개월이 경과하기 전에 사업장 변경을 신청하여야 하며, 사용자의 단순 계산착오로 인한 경우는 제외한다.)
  - 가. 월 임금의 30퍼센트 이상의 금액을 2개월 이상 지급하지 않거나 지연하여 지급한 경우
  - 나. 월 임금의 10퍼센트 이상의 금액을 4개월 이상 지급하지 않거나 지연하여 지급한 경우
  - 다. 「최저임금법」에 따른 최저임금액에 미달하여 지급한 경우
2. 사용자가 채용할 때 제시하였거나, 채용한 후에 일반적으로 적용하던 임금 또는 근로 시간을 20퍼센트 이상 감축한 기간이 사업장 변경 신청일 이전 1년 동안 2개월 이상인 경우(이 경우 해당 임금 또는 근로 시간이 감축되고 있는 중이거나, 해당 임금 또는 근로 시간 감축이 종료된 날부터 4개월이 경과하기 전에 사업장 변경을 신청하여야 한다.)
3. 사용자가 채용할 때 제시하였거나, 채용한 후에 일반적으로 적용하던 근로 시간대를 외국인근로자의 동의 없이 2시간 이상 앞당기거나 늦춘 사실이 사업장 변경 신청일 이전 1년 동안 1개월 이상 지속된 경우
4. 사용자의 「산업안전보건법」 위반으로 외국인근로자가 3일 이상의 휴업이 필요한 부상

외국인근로자의 고용 등에 관한 법률(2019. 1. 15. 법률 제16274호로 개정된 것) 제25조(사업 또는 사업장 변경의 허용) ① 외국인근로자(제12조 제1항에 따른 외국인근로자는 제외한다.)는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 경우에는 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 직업안전기관의 장에게 다른 사업 또는 사업장으로의 변경을 신청할 수 있다.

1. 사용자가 정당한 사유로 근로계약 기간 중 근로계약을 해지하려고 하거나 근로계약이 만료된 후 갱신을 거절하려는 경우
2. 휴업, 폐업, 제19조 제1항에 따른 고용허가의 취소, 제20조 제1항에 따른 고용의 제한, 제22조의2를 위반한 기숙사의 제공, 사용자의 근로조건 위반 또는 부당한 처우 등 외국인근로자의 책임이 아닌 사유로 인하여 사회 통념상 그 사업 또는 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정하여 고용노동부장관이 고시한 경우
3. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유가 발생한 경우

또는 질병이 발생한 경우에 사용자가 해당 부상 또는 질병 발생일부터 1개월이 경과하는 시점까지 「산업안전보건법」에 따른 안전·보건상의 조치를 하지 아니한 경우 제5조(부당한 처우 등) 법 제25조 제1항 제2호에 따라 사업장 변경이 허용되는 부당한 처우 등에 해당하는 사유는 다음 각 호와 같다.

1. 외국인근로자가 사용자로부터 성폭행 피해를 이유로 사업장 변경을 신청한 경우로서 긴급하게 사업장 변경이 필요하다고 인정되는 경우
2. 외국인근로자가 사용자로부터 성희롱, 성폭력, 폭행, 상습적 폭언 등을 당하여 그 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우
3. 외국인근로자가 사업장 등 사용자의 관리가 미치는 범위 내에서 직장 동료, 사업주의 배우자 또는 직계존비속으로부터 성희롱, 성폭력, 폭행, 상습적 폭언 등을 당함으로써 그 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우
4. 외국인근로자가 사용자로부터 국적, 종교, 성별, 신체장애 등을 이유로 불합리한 차별대우를 받음으로써 그 사업장에서 근로를 계속할 수 없게 되었다고 인정되는 경우
5. 사용자가 외국인근로자에게 비닐하우스를 숙소로 제공한 것을 이유로 직업안전기관의 장으로부터 자율개선명령을 받았음에도 불구하고 정당한 사유 없이 자율개선 기간 내에 이행하지 아니한 경우

일단 대상결정에서 청구인들은 3회 이상 사업장 변경을 시도하지는 않았었는데, 그런 이유로 이 사건 회수제한 조항으로 인한 기본권 침해가 현재 확실히 예측된다고 볼 수 없기 때문에 회수제한 조항에 대한 심판청구는 부적법하다고 판단되었다. 이는 추상적 규범통제는 채택하고 있지 않고 구체적 규범통제만을 채택하고 있는 현재의 헌법소원심판의 운영상 결과일 수밖에 없다.

다음으로 외국인근로자의 사업장 변경 사유를 제한하는 근거조항이 청구인들의 직장선택의 자유, 평등권을 침해하는지 여부에 대해서 대상결정은, ‘이 사건 사유제한조항은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 사용자의 근로조건 위반 또는 부당한 처우의 내용을 고용노동부 고시에 위임하고 있으므로 위 조항은 포괄위임금지원칙에 위배된다고 할 수 없다는 점, 우리 입법자는 노동허가제와 고용허가제 등 외국인고용제도를 자유롭게 선택할 입법재량을 가진다는 점, 외국인고용법이 채택한 고용허가제는 사용자에 대한 규율을 중심으로 하는 제도이기 때문에 입국하는 외국인근로자 본인에 대한 검증이 노동허가제에 비하여 상대적으로 약하므로 외국인근로자 본인에 대한 입국에서의 완화된 통제를 체류와 출국에서의 강화된 규제로 만회할 필요성에서 외국인근로자의 자유로운 사업장 변경 신청권을 부여하지 않는 것은 불가피하다는 점’ 등을 지적하면서 이 사건 사유제한조항이 외국인근로자의 자유로운 사업장 변경 신청권을 인정하지 않는 것은 고용허가제를 취지에 맞게 존속시키기 위해 필요한 제한으로 볼 수 있어서 포괄위임금지원칙에 위반되거나 입법재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하다고 볼 수 없으므로 청구인들의 직장선택의 자유를 침해하지 아니한다고 판단하였다.

또한 외국인근로자의 책임이 아닌 사업장 변경 사유 중 근로조건 위반과 부당한 처우 등을 규정한 이 사건 고시가 청구인들의 직장선택의 자유를 침해하는지 여부와 관련하여 대상결정은, ‘이 사건 고시 조항이 외국인근로자들이 사업장 현장에서 경험하는 불합리한 대우를 반영하여 종합한 것이라고 볼 수 있다는 점, 종래 추상적인 용어를 객관적이고 구체적인 기준으로 개정하여 사유의 불명확성이 상당 부분 해소되었다는 점, 변화하는 상황에 대응하여 지속적으로 사업장 변경 사유를 추가하고 있다는 점, 사업장 변경 사유에 대한 입증이 부족하거나 사업장 변경 사유에 준하는 사유가 있는 경우에는 외국인근로자 권익보호협회를 통해 사업장 변경을 허용할 수 있는 제

도가 갖추어져 있다는 점' 등을 지적하면서 이 사건 고시조항이 입법재량의 범위를 벗어나 명백히 불합리하다고 볼 수 없으므로 직장선택의 자유를 침해하지 아니한다고 판단하였다.

그 밖에 외국인고용법이 방문취업 외국인근로자에 대해서는 사업장 변경 사유를 제한하지 않으면서도 이 사건 사유제한조항이나 이 사건 고시조항이 청구인들에 대해서는 엄격한 사유를 요구하는 것은 합리적 이유가 있어서 평등권 침해가 아니라고 판단하였다.<sup>17)</sup>

헌법재판소의 이러한 기각의견(7인)에 대해서는 2인의 반대의견이 있었으나 인용정족수 6인을 충족하지 못하여 최종적으로 기각(합헌)으로 확정되었다.

헌법 제11조 제1항은 기본권의 주체를 '국민'으로만 규정하고 있고 '외국인'은 기본권의 주체로 명시한 바 없다. 단지 「헌법」 제6조 제2항에서 "외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다."라고만 규정하여 외국인의 지위를 불확정개념을 사용하여 언급하고 있을 뿐이다. 「헌법」 제6조 제2항이 '법적 지위'가 아니라 '지위'라는 불확정개념을 규정하고 있다고 할 지라도 이는 국제법과 조약이 정하는 바에 의해 보장되는 것이므로 법적 성격을 가질 수밖에 없을 것이다. 그리고 '지위'는 보장의 대상이므로 '지위'의 내용은 '의무'나 '반사적 이익'은 될 수 없을 것이며, 국제법과 조약이 인정하는 한도에서 우리나라 법이 수용할 수 있는 권리일 것이다.<sup>18)</sup> 그런 관점에서 그동안 외국인의 기본권 주체성이 문제되는 사례에서 헌법재판소는 외국인의 기본권 주체성 인정 여부와 외국인에 대한 기본권 제한 정도를 구분하여 인식하는 판단을 해왔다.<sup>19)</sup> 예컨대 '직장선택의 자유'는 '인간의 권리'이므로 외국인도 그 주체가 될 수 있지만,<sup>20)</sup> '직업의 자유'는 '국민의 권리'이

17) 외국국적 동포와 외국인근로자 간의 차별적 취급의 정당성 여부 논란에 대해서는 노호창, 「외국인근로자 고용에 있어서의 법적·정책적 쟁점」, pp.194-196 참조.

18) 노호창, 「외국인근로자 고용에 있어서의 법적·정책적 쟁점」, p.195 참조.

19) 헌법재판소는 일찍이 외국인의 기본권 주체성을 인정해 왔다. 예컨대, 헌법재판소 2001. 11. 29.자 99헌마494 결정도 "우리 재판소는 ... '국민' 또는 국민과 유사한 지위에 있는 '외국인'은 기본권의 주체가 될 수 있다 판시하여 원칙적으로 외국인의 기본권 주체성을 인정하였다. 청구인들이 침해되었다고 주장하는 인간의 존엄과 가치, 행복추구권은 대체로 '인간의 권리'로서 외국인도 주체가 될 수 있다고 보아야 하고, 평등권도 인간의 권리로서 참정권 등에 대한 성질상의 제한 및 상호주의에 따른 제한이 있을 수 있을 뿐이다."라고 판시한 바 있다.

므로 외국인이 주체가 될 수 없다고 판시하는가 하면,<sup>21)</sup> ‘근로의 권리’ 중 ‘일할 자리에 관한 권리’는 사회적 기본권으로서 국민에게만 인정되는 반면 ‘일할 환경에 관한 권리’는 자유권적 기본권의 성격도 아울러 가지므로 외국인에게도 인정될 수 있다고 하는<sup>22)</sup> 등 어찌 보면 일관되지 않은 듯한 판단이 있어왔다. 그 밖에 헌법에서는 외국인에 대해서는 특별히 권리보장이나 차별금지 등에 대해 명시적으로 규정한 바가 없다. 이러한 이유로 외국인근로자에 관한 법령상 제한의 위헌성 여부가 다투어질 때 엄격 심사기준이 적용되기 어렵고 자의금지 위반 여부를 심사하면 충분한 것으로 이해되고 있고 대상결정의 경우에도 그러한 관점에서 심사가 이루어진 것으로 보인다.

외국인고용법과 관련해서는 종래 외국인근로자의 사업장 변경 회수 제한의 위헌성을 다투는 사례는 있었다.<sup>23)</sup> 그러나 사업장 변경 사유의 위헌성을 다투는 사례는 없었는데, 대상결정은 외국인근로자의 사업장 변경 사유를 제한하고 있는 외국인고용법 조항 및 그 사유를 구체화한 고용노동부 고시의 위헌 여부를 판단한 최초의 사례라는 점에서 주목할 만하다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

20) 헌법재판소 2011. 9. 29.자 2007헌마1083, 2009헌마230·352(병합) 결정.

21) 헌법재판소 2014. 8. 28.자 2013헌마359 결정.

22) 헌법재판소 2007. 8. 30.자 2004헌마670 결정.

23) 헌법재판소 2011. 9. 29.자 2007헌마1083, 2009헌마230·352(병합) 결정.

## 재혼을 유족연금수급권 상실 사유로 규정한 공무원연금법 규정이 재혼한 배우자의 인간다운 생활을 할 권리와 재산권을 침해하는지 여부

- 헌법재판소 2022. 8. 31. 선고 2019헌가31 결정 -

### 【판결요지】

배우자의 재혼을 유족연금수급권 상실 사유로 규정한 것은 배우자가 재혼을 통하여 새로운 부양 관계를 형성함으로써 재혼 상대방 배우자를 통한 사적 부양이 가능해짐에 따라 더 이상 사망한 공무원의 유족으로서의 보호의 필요성이나 중요성을 인정하기 어렵기 때문에 한정된 재원의 범위 내에서 부양의 필요성과 중요성 등을 고려하여 유족들을 보다 효과적으로 보호하기 위하여 재혼을 유족연금수급권 상실 사유로 규정한 것이 입법재량의 한계를 벗어나 재혼한 배우자의 인간다운 생활을 할 권리와 재산권을 침해하였다고 볼 수 없다.

A는 군무원인 배우자가 재직 중 사망하자 1992. 4.부터 매월 공무원 유족 연금을 지급받았다. 공무원연금공단은 2017. 12. 26. ‘A가 2014. 10. 29.부터 사실혼 관계에 있어 공무원연금법상 유족연금수급권을 상실하였음에도 유족 연금을 지급받았다.’는 이유로 A에게 유족연금 지급 종결과 2014. 10. 이후 수령한 유족연금 ○○○○○○○○원의 환수를 고지하였다. A는 2018. 2. 5. 공무원연금공단을 상대로 지급 종결과 환수 고지 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 2019. 2. 15. 기각되자(서울행정법원 2018구합53825), 항소를 제기하면서(서울고등법원 2019누38337), 항소심 계속 중 사실상 혼인관계를 포함하여 재혼을 유족연금수급권 상실 사유로 규정한 공무원연금법 제57조 제1항 제2호가 재혼한 배우자의 재산권 등을 침해한다고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였다. 서울고등법원이 A의 위헌법률심판제청신청이 이유 있다고 판단하고 2019. 12. 17. 이 사건 위헌법률심판을 제청하였다(서울고등법원 2019아1269).

현행 「공무원연금법」(이하, 공무원연금법) 제57조 제1항은 퇴직유족연금의 수급권 상실 사유를 규정하면서 수급권자의 사망(제1호)에 이어 퇴직유족연금을 받을 권리가 있는 사람의 “재혼(사실상 혼인관계에 있는 경우를 포함)”(제2호)을 규정하고 있다. 유족연금의 수급권 상실 사유로 수급권자의 “재혼”을 규정한 것은 공무원연금법뿐만이 아니다. 「군인연금법」(제32조 제1항 제2호), 「사립학교교직원 연금법」(제42조 제1항)<sup>1)</sup>, 「공무원 재해보상법」(제40조 제1항 제2호), 「군인 재해보상법」(제37조 제1항 제2호), 「산업재해보상보험법」(제64조 제1항 제2호)에서도 모두 재혼(사실상 혼인관계를 포함)을 유족연금 수급권의 상실 사유로 규정하고 있다. 따라서 이 사건 결정의 법적 쟁점은 모든 사회보험의 유족연금 수급자격에 관한 것이다. 그만큼 이 사건에서 서울고등법원이 위헌법률심판을 제청하였을 때 많은 주목을 받았다. 물론 이들 사회보험법 및 각각의 법률에서 정하는 유족연금의 기능, 재원, 급여와 기여의 관계 등이 조금씩 다르다는 점에서 이 사건 결정의 결론이 다른 연금제도의 유족연금 수급권 상실에 대해서도 그대로 적용된다고 할 수는 없을 것이다. 하지만 이들 제도 모두가 사회보장제도로서 동일한 목적<sup>2)</sup>을 수행하고 있는 이상 이 사건 결정은 중대하게 고려될 수밖에 없다.

유족연금수급권자의 재혼을 수급권 상실 사유로 한 것의 헌법적 문제점에 대해서는 제청 법원인 서울고등법원의 제청이유가 매우 잘 지적하고 있다. 제청 법원은 이와 같은 수급권 상실 사유 규정이 공무원연금의 재정건전성을 확보하고 후순위 유족을 보호하기 위한 것에 목적이 있고, 그 목적이 정당하다고 하더라도 혼인기간 동안 배우자가 연금형성에 기여한 정도나 후순위 유족연금수급권자의 존재 여부를 전혀 고려하지 않고 일률적으로 유족연금수급권을 영구히 박탈되도록 함으로써 배우자의 재혼 후 이혼 또는 그 상대방 배우자의 사망으로 인하여 배우자가 다시 부양받지 못하게 되는 경우에도 유족연금을 수급할 수 없도록 하고 있어서 「헌법」 제34조의 인간다운 생활을 할 권리와 재산권을 침해하였다고 한다. 여기서 재산권 침해가 문제

- 1) 사립학교교직원 연금법은 교직원의 퇴직·사망·장해(직무로 인한 경우는 제외한다.)에 대해서는 공무원연금법의 관련 규정을 준용하고, 교직원의 직무로 인한 부상·질병·장해·사망에 대해서는 공무원 재해보상법의 관련 규정을 준용하고 있다.
- 2) 피보험자, 공무원, 군인, 근로자가 부상이나 질병으로 인하여 사망한 경우에 사망한 사람과 생계를 같이하고 있었거나 부양되고 있던 유족에게는 생계비의 상실(또는 피부양이익의 상실)이라는 경제적 손실을 공적 주체가 보전하는 것이다.

가 되는 것은 유족연금 중 공무원이 낸 기여금은 상당 부분 배우자와의 공동협업으로 납입할 수 있었음에도 배우자가 연금 형성에 기여한 정도와 관계없이 배우자가 재혼하면 연금수급권을 영구적으로 박탈해 배우자의 기여를 전혀 고려하지 않고 있기 때문이다. 즉, 배우자의 유족연금 수급권은 사망한 공무원과의 관계에 종속된 권한이 아닌, 배우자 고유의 재산권 성격도 가지는데, 혼인의 자유를 행사하였다는 이유만으로 수급권을 영원히 박탈하는 것이 재산권을 침해한다는 것이다. 특히 재혼을 이유로 영원히 상실하게 하는 방법 외에도 재혼 기간 중 연금을 일시 정지하거나 재혼 시에 일시금을 지급하는 방법을 도입함으로써 공무원연금의 재정건정성을 유지하고 후순위 수급권자도 보호하면서 재혼 배우자의 재산권을 덜 제한하는 것도 가능함에도 불구하고 재혼을 이유로 유족연금 수급권을 영구적으로 박탈하는 것은 유족인 배우자의 재산권을 지나치게 제한하는 것이라고 한다(침해의 최소성 및 법익의 균형성 위반).<sup>3)</sup>

이와 같은 제청에 대해서 헌법재판소 재판관들은 합헌 의견 5인과 위헌의견 4인으로 위헌 결정 정족수인 6인에 미치지 못하여 합헌으로 결정되었다. 먼저 합헌의견의 논거를 보면 다음과 같다. 첫째, 부부는 민법상 서로 동거하며 부양하고 협조할 의무를 부담하므로, 공무원연금법은 공무원 또는 공무원이었던 자의 사망 당시 그에 의하여 부양되고 있던 배우자를 갑작스러운 소득상실의 위험으로부터 보호해야 할 필요성과 중요성을 인정하여 유족연금수급권자로 규정하고 있다. 둘째, 이러한 점에 비추어 보면, 배우자의 재혼을 유족연금수급권 상실 사유로 규정한 것은 배우자가 재혼을 통하여 새로운 부양관계를 형성함으로써 재혼 상대방 배우자를 통한 사적 부양이 가능해짐에 따라 더 이상 사망한 공무원의 유족으로서의 보호의 필요성이나 중요성을 인정하기 어렵다. 셋째, 이는 한정된 재원의 범위 내에서 부양의 필요성과 중요성 등을 고려하여 유족들을 보다 효과적으로 보호하기 위한 것이므로, 입법재량의 한계를 벗어나 재혼한 배우자의 인간다운 생활을 할 권리와 재산권을 침해하였다고 볼 수 없다.

다음으로, 위헌의견의 논거를 정리하면 다음과 같다. 첫째, 배우자는 혼인

3) 이 사건 결정에서는 헌법적 쟁점이 되지는 않았지만, 혼인의 자유 침해도 문제가 될 수 있다. 종래 이러한 조항에 대해서 배우자재혼금지법이라는 비판도 있었다.



기간 내내 공무원의 성실한 근무를 조력하고 경제적 생활공동체를 함께 구성하면서 연금형성에 기여한 사람이다. 이러한 배우자의 재산적 기여를 정당하게 고려하지 않고 공무원의 유족이라는 지위를 상실하였다는 이유만으로 유족연금수급권 전부를 영구히 박탈하는 것은 합리적인 입법이라 보기 어렵다. 둘째, 유족연금은 유족의 생활을 보장하는 사회보장적 성격의 급여이므로, 공무원의 사망 이후 유족연금이 유족의 생계보호에 기여하는 역할을 고려해야 한다. 셋째, 실제 배우자가 재혼으로 부양을 받을 수 있는지 등 구체적인 생활보장의 측면을 전혀 고려하지 않고 있다. 더욱이 사실상 재혼 관계는 법률상 재혼관계에 비하여 불안정한 상태로서 항상 상대방 배우자에 의한 부양이 이루어지고 있다고 보기 어렵고 부양의 지속에 대한 기대도 약하다. 넷째, 배우자가 재혼 후 이혼 또는 재혼 상대방 배우자의 사망과 같이 재혼이 해소된 경우 유족연금수급권이 부활되도록 하는 등 한정된 재원의 범위 내에서도 얼마든지 생활능력이 없는 배우자를 보호할 수 있는 방안들을 찾아볼 수 있다. 따라서 심판대상조항은 아무런 보호조치 없이 재혼이라는 사유만으로 배우자의 유족연금수급권 전부를 영구히 박탈시키고 있어 재혼한 배우자의 인간다운 생활을 할 권리와 재산권을 침해한다.

합헌의견은 합헌을 구체적으로 논증하기에 앞서 우선 유족연금수급권은 헌법상 보장되는 재산권이지만 사회보험원리에 입각한 사회보장적 급여로서의 성격을 가지고 있으므로 입법자가 그 구체적인 내용을 형성함에 있어서는 일반적인 재산권보다 상대적으로 폭넓은 재량이 허용된다고 함으로써 위헌의 여지를 매우 협소하게 하였다. 재혼을 유족연금수급권 상실 사유로 정한 입법자의 판단은 한정된 재원의 범위 내에서 부양의 필요성과 중요성 등을 고려하여 유족들을 보다 효과적으로 보호하기 위한 것으로서 폭넓은 입법재량의 범위 내에 있다는 것이다. 이와 같은 입법자의 입법재량에 대한 폭넓은 존중은 이 사건 결정의 결론을 합헌으로 정초하였다고 할 수 있다. 이에 비해서 제청 법원과 위헌의견은 과잉금지원칙이라는 심사기준을 적용하여 처음부터 입법자의 재량 범위를 축소하고 있다. 특히, 과잉금지원칙의 부분원칙인 침해최소성 원칙은 위헌 논증의 핵심적인 도구가 되고 있다. 침해의 최소성 원칙의 내용은 입법목적 달성을 데에 있어 똑같이 효율적인 여러 가지 수단 중에서 심판대상조항이 청구인의 기본권을 가장 적게 제한하는 수단이어야 한다는 것이다.<sup>4)</sup> 이 점은 위헌의견이 공무원연금법 제57조

제1항 제2호의 위헌성은 재혼을 유족연금수급권 상실 사유로 규정하였다는 것 자체에 있는 것이 아니라 재혼한 배우자의 재혼 이후의 생활능력이나 부양여부 등 구체적인 사정을 전혀 고려하지 않고 재혼이라는 사유만으로 일률적으로 영구히 유족연금수급권 전부를 박탈하도록 하는 것에 있다는 점을 논증하고 있는 점에서 잘 드러난다.

하지만 이에 대해서 합헌의견은 부양관계가 새로 형성되는 재혼이라는 객관적인 사실의 발생을 계기로 배우자의 유족연금수급권을 상실시키도록 하는 것이 불합리하다고 보기는 어렵다고 하고 있다. “불합리하다고 보기 어렵다.”는 판단도 역시 입법자의 재량을 폭넓게 인정한 결과이다. 이를 바꾸어 말하면 합리적인 이유가 있다는 것이고, 그래서 합헌이라는 것이다. 합헌의견은 이의 합리적인 근거에 대해서 세 가지를 든다. 첫째, 유족연금은 사망한 공무원과의 일정한 친족관계를 기반으로 사망한 공무원에 의하여 부양되고 있던 유족의 생계를 보호하기 위한 급여로서 수급자의 범위나 수급액에 있어 부양적 요소가 강하게 반영되어 있다. 둘째, 재혼으로 이미 새로운 부양관계를 형성한 이후에도 재혼 상대방 배우자의 사망이나 이혼 등의 경제적 사정에 따라 유족연금수급권이 회복될 수 있도록 한다면 다른 유족에게 불측의 손해를 줄 염려가 있고 복잡한 법률문제가 발생할 우려도 있다. 셋째, 공무원연금 재정의 안정적인 운용을 위해서는 유족연금수급권자의 개별적이고 주관적인 사정에 따라 유족연금수급권의 소멸 여부가 좌우되도록 할 수 없고, 객관적인 사유에 의해 그 소멸 여부가 결정되도록 할 필요가 있다.

이상과 같이 이 문제는 연금재정의 건전성 유지와 다른 수급권자의 이익 보호를 함께 도모하면서 재혼한 배우자의 재산권과 인간다운 생활을 할 권리도 함께 보호할 수 있는 방법이 무엇인지를 심도 있게 검토해야 할 필요성을 제기한다.<sup>5)</sup> 재산권과 인간다운 생활을 할 권리, 그리고 위헌심사기준만

4) 헌법재판소 2017. 9. 28. 선고 2016헌마18 결정.

5) 특히, 우리나라의 경우 수급자격이 있는 유족 중에서 수급권을 가질 순서를 정하고, 수급권을 가진 자가 수급권을 상실한 경우에 동순위 차순위의 수급권자나 수급자격자가 그 연금 수급을 승계하도록 하고 있어서, 유족연금수급권의 회복을 인정하는 것이 매우 어렵다. 수급권을 한번 상실하면 보호 필요성이 다시 발생하여도 수급권을 회복할 수 없는 문제점을 해결하기 위해서 「국민연금법」에서는 자녀의 경우에는 유족연금 지급정지 및 해지제도를 2017년 법개정을 통해서 신설하였다. 즉, 수급권의 상실이 아닌 ‘정지’를 인정한 것이다. 「국민연금법」 제76조 제5항 및 제6항에서는 자녀나 손자녀인 수급권자가 다른 사람에게 입양된 때에는 그에 해당하게 된 때부터 유족연금의 지급을

으로 해결할 수 있는 성질의 것이 아니다.<sup>6)</sup>

정영훈(부경대학교 법학과 교수)

정지하지만 유족연금의 지급이 정지된 자가 파악된 경우에는 본인의 신청에 의하여 파악된 때부터 지급 정지를 해제할 수 있도록 하고 있다. 그리고 제76조 제7항 및 제8항에서는 장애로 수급권을 취득한 자가 장애등급 2급 이상에 해당하지 아니하게 된 때에는 그에 해당하게 된 때부터 유족연금의 지급을 정지하지만 유족연금의 지급이 정지된 자가 그 질병이나 부상이 악화되어 장애등급 2급 이상에 해당하게 된 경우에는 본인의 신청에 의하여 장애등급 2급 이상에 해당하게 된 때부터 지급 정지를 해제한다고 하고 있다.

- 6) 참고로, 독자적인 산업재해보상보험제도를 가지고 있는 OECD 국가를 보면 대체로 연금수급자격이 상실되는 것으로 하고 있지만 연금이 계속 지급되는 나라도 있다. 연금수급자격이 상실되는 경우에 소정액의 일시금을 지급하는 나라도 있다. 벨기에, 덴마크 등은 재혼하더라도 연금은 계속 지급된다. 오스트리아, 칠레, 프랑스, 독일, 이스라엘, 멕시코, 스페인 등은 연금수급자격은 상실(또는 정지)되지만 일시금이 지급된다. 일시금의 액수는 대체로 2~3년분의 연금에 해당하는 금액을 지급하는데, 오스트리아는 월 연금액의 35배에 해당하는 금액을, 칠레, 독일 등은 2년분 연금액을(독일은 연금지급월수만큼 감액), 프랑스, 이스라엘, 멕시코는 3년분 연금액을 지급한다. 그러나 프랑스의 경우 자녀연금을 받는 자녀가 있을 경우에는 배우자의 연금도 계속 지급한다. 스페인의 경우에도 소득·연령·장애 등 특정 조건을 충족할 경우 연금이 계속 지급된다(박은주(2020), 『유족급여 지급실태』, 근로복지공단 근로복지연구원, p.137).

## 재혼으로 인한 유족연금수급권 상실에 관한 쟁점

- 헌법재판소 2022. 8. 31. 선고 2019헌가31 결정 -

### 【결정요지】

부부는 민법상 서로 동거하며 부양하고 협조할 의무를 부담하므로, 공무원연금법은 공무원 또는 공무원이었던 자의 사망 당시 그에 의하여 부양되고 있던 배우자를 갑작스러운 소득 상실의 위험으로부터 보호해야 할 필요성과 중요성을 인정하여 유족연금수급권자로 규정하고 있다. 또한, 공무원연금법은 법률혼뿐만 아니라 사실혼 배우자도 유족으로 인정하고 있는데, 이는 사실혼 배우자도 법률혼 배우자와 마찬가지로 서로 동거·부양·협조의무가 인정된다는 점을 고려한 것이다. 따라서 심판대상 조항이 배우자의 재혼을 유족연금수급권 상실 사유로 규정한 것은 배우자가 재혼을 통하여 새로운 부양관계를 형성함으로써 재혼 상대방 배우자를 통한 사적 부양이 가능해짐에 따라 더 이상 사망한 공무원의 유족으로서의 보호의 필요성이나 중요성을 인정하기 어렵다고 보았기 때문이다. 이는 한정된 재원의 범위 내에서 부양의 필요성과 중요성 등을 고려하여 유족들을 보다 효과적으로 보호하기 위한 것이므로, 입법재량의 한계를 벗어나 재혼한 배우자의 인간다운 생활을 할 권리와 재산권을 침해하였다고 볼 수 없다.

대상결정의 사안은, 군무원인 배우자가 재직 중 사망하여 공무원 유족연금을 받아오던 A(위헌법률심판 제청신청인)가 사실혼 관계에 있게 되면서 이를 알게 된 공무원연금공단으로부터 ‘유족연금 지급 종결’ 처분 및 ‘사실혼 관계 설정 이후 수령한 유족연금에 대해 환수’ 처분을 당하자, 이를 행정소송으로 다투는 과정에서 위헌법률심판 제청신청을 하였고 법원에 의해 받아들여져서 헌법재판소에 위헌법률심판이 제기된 사건이다.

대상결정의 심판대상 조항은 다음과 같다.

구 공무원연금법(2012. 10. 22. 법률 제11488호로 개정되고, 2016. 1. 27. 법률 제13927호로 개정되기 전의 것) 제59조(유족연금 및 순직유족연금의 수급권 상실)

① 유족연금이나 순직유족연금을 받을 권리가 있는 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 그 권리를 상실한다.

2. 재혼한 때(사실상 혼인관계에 있는 경우를 포함한다.)

사실혼을 포함하여 재혼을 유족연금수급권 상실 사유로 규정한 (구)공무원연금법상 조항에 대해, 법정의견은 유족연금의 취지를 고려하여 해당 조항이 재혼한 배우자의 인간다운 생활을 할 권리 및 재산권을 침해하지 않으므로 헌법에 위반되지 않는다고 보았다.

반면 4인의 반대의견은 해당 조항이 아무런 보호조치 없이 재혼이라는 사유만으로 재혼한 배우자의 인간다운 생활을 할 권리와 재산권을 침해하는바, 위 조항의 위헌성은 재혼을 유족연금수급권 상실 사유로 규정한 것 자체에 있는 것이 아니라 구체적인 사정을 전혀 고려하지 않고 일률적으로 영구히 유족연금수급권 전부를 박탈시키는 것에 있으므로 입법자의 개선 입법이 있을 때까지 계속 적용을 명하는 헌법불합치결정을 선고하여야 한다고 밝혔다.

부부관계에서는 민법상 동거·부양·협조의무가 인정된다. 또한 일상가사에 대해서는 서로 간에 연대책임을 지기도 한다. 사실혼 관계에서도 이러한 동거·부양·협조의무는 인정되고<sup>1)</sup> 일상가사 대리권이 인정되며<sup>2)</sup> 일상가사 연대책임도 유추 적용된다고 한다.<sup>3)</sup> 또한 공무원연금법에서 사실혼 배우자에게도 유족연금 수급권을 인정하고 있다. 즉 법률혼뿐만 아니라 사실혼 관계에서도 우리 법과 판례는 상당한 정도의 연대관계를 인정하고 있으며 대상 결정에서 명시적으로 표현하지는 않았지만 사실혼 관계에서 일방 배우자가 사망한 경우 타방 배우자에게 유족연금이라는 형태로 ‘사후연대’ 관계를 인정하고 있는 것이다.

그렇다면 이러한 사후연대를 어디까지 인정할 것인가가 문제 된다. 이에

1) 대법원 1998. 8. 21. 선고 97므544, 551 판결; 대법원 2008. 2. 14. 선고 2007도3952 판결 등.  
 2) 대법원 1980. 12. 23. 선고 80다2077 판결.  
 3) 윤진수(2018), 『친족상속법강의』(제2판), 박영사, p.152 참조.

대해 공무원연금법에서는 잔존 배우자가 사실혼을 포함하여 재혼하기 전까지 유족연금 수급을 인정하는 형태로 그 범위를 설정하고 있는 입법적 선택을 한 것이다. 대상결정은 그러한 입법적 선택이 위헌이 아니라고 본 것이다. 재혼을 하게 되는 경우 기존의 혼인을 중심으로 형성된 관계는 단절하고 새로운 부부공동체를 형성하는 것이 된다. 그러면 이제 새로운 배우자와의 관계에서 동거·부양·협조의무 등 연대관계를 형성하게 되는 것이다. 그러므로 종래 사망자에게 더 이상 사후연대 책임의 관념을 인정할 필요가 없다는 것이다. 대상결정은 이러한 점을 재확인하고 있다.

한편 대상결정의 법정의견과 반대의견은 유족연금수급권이 재산권이라는 전제에서 논의를 진행하고 있다. 법정의견은 특별히 그 근거에 대해 명시적으로 밝히고 있지 않고 단순히 경제적 가치 있는 권리로서 헌법 제23조의 재산권에 의해 보장되지만 그 내용 형성에 있어 일반적인 재산권보다 상대적으로 폭넓은 재량이 허용된다고 말하고 있을 뿐이다. 반면 반대의견은 재혼이라는 사유만으로 잔존 배우자의 유족연금수급권을 상실시키는 것에 대해 재산권 침해를 언급한다. 그 근거로 반대의견은 잔존 배우자는 혼인 기간 내내 공무원의 성실한 근무를 조력하고 경제적 생활공동체를 함께 구성하면서 연금형성에 기여한 사람이라는 이유를 제시하고 있다.

그런데 법정의견이 막연히 재산권으로 보고 있는 태도라든가 반대의견의 이러한 지적은 헌법재판소의 종래 입장에 따를 때는 정확하게 맞아떨어지는 것 같지는 않다. 종래 헌법재판소는 연금수급권과 같은 공법상 권리가 재산권으로서의 성격을 가질 수 있는 요건과 관련하여 첫째, 공법상의 권리가 권리주체에게 귀속되어 개인의 이익을 위하여 이용가능해야 하며(사적 유용성), 둘째, 국가의 일방적인 급부에 의한 것이 아니라 권리주체의 노동이나 투자, 특별한 희생에 의하여 획득되어 자신이 행한 급부의 등기물에 해당하는 것이어야 하며(수급자의 상당한 자기기여), 셋째, 수급자의 생존의 확보에 기여해야 한다고 제시한 바 있다.<sup>4)</sup> 공무원 자신의 연금수급권은 이 세 가지 요건에 부합하지만 해당 공무원의 배우자의 경우에도 그렇다고 인정할 수 있을 것인지 의문이다. 특히 자기기여와 관련해서는 이는 어디까지나 공무원 자신의 자기기여였던 것이지 그 배우자의 자기기여라고 단정하기에는 어

4) 헌법재판소 2000. 6. 29. 99헌마289 결정.

려움이 있다고 본다. 공무원 아닌 배우자가 공무원인 배우자와 상호동의하여 공동체를 형성해 준 것 자체가 특별한 희생에 의한 것이라고 할 수 있는 것인지 의문이 든다. 상호합의하여 부부공동체를 형성한 것 자체를 특별한 희생이라고 봐야 하는지도 의문이 든다.

그러니까 배우자 유족연금의 법적 성격을 부부간의 사후 연대책임에서 근거한다고 주장한다면 오히려 더 설득력이 있을 것 같은데 사회보험수급권 관련 논의에 있어 고유의 논리가 아니라 공법상 재산권 논거를 끌고 오게 되어 오히려 맹점이 있어 보이고 사회보험수급권에 관한 논의를 혼돈으로 몰고 갈 수도 있다는 생각이 든다.

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

## 〈부록〉 노동판례리뷰 2022 목록(주제별)

대주제	대상판례	필자	발간연월	발행처
노동법의 적용	대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다237117 판결	방강수	202206	노동리뷰 2022년 6월호
	대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다254372 판결			
	대법원 2022. 4. 14. 선고 2021다246934 판결	권오상	202206	노동리뷰 2022년 6월호
	대법원 2022. 4. 14. 선고 2021두33715 판결			
	대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다238691 판결			
	서울행정법원 2022. 7. 8. 선고 2020구합70229 판결	방강수	202209	노동법학 제83호
근로조건 결정규범	대법원 2022. 1. 13. 선고 2020다232136 판결	방강수	202203	노동리뷰 2022년 3월호
	대법원 2022. 3. 11. 선고 2018다255488 판결			
	대법원 2022. 3. 17. 선고 2020다219928 판결	방강수	202205	노동리뷰 2022년 5월호
	대법원 2022. 9. 29. 선고 2018다301527 판결	노상현	202212	노동리뷰 2022년 12월호
	서울고등법원 2022. 10. 12. 선고 2022나2004418(본소), 2022나2004425(반소) 판결	권오상	202212	노동법학 제84호
	헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌마629, 630(병합) 결정	박제성	202202	노동리뷰 2022년 2월호
근로조건	대법원 2021. 8. 19. 선고 2018다270876 판결	노호창	202206	노동법학 제82호
	대법원 2021. 11. 11. 선고 2020다224739 판결	김홍영	202201	노동리뷰 2022년 1월호
	대법원 2021. 12. 16. 선고 2016다7975 판결	노상현	202202	노동리뷰 2022년 2월호
	대법원 2022. 3. 11. 선고 2017다202272 판결	권오상	202205	노동리뷰 2022년 5월호
	대법원 2022. 5. 26. 선고 2017다292343 판결	장영석	202207	노동리뷰 2022년 7월호
	대법원 2022. 5. 26. 선고 2017다292343 판결	노호창	202209	노동법학 제83호
	대법원 2022. 8. 11. 선고 2022다243871 판결	방강수	202210	노동리뷰 2022년 10월호
	대법원 2022. 8. 19. 선고 2017다292718 판결	남궁준	202212	노동리뷰 2022년 12월호
	대법원 2022. 9. 29. 선고 2017다242928 판결	방강수	202212	노동리뷰 2022년 12월호
인사이동, 징계, 근로관계의 변동	대법원 2022. 1. 13. 선고 2017도19516 판결	권오상	202203	노동리뷰 2022년 3월호
	대법원 2022. 1. 14. 선고 2021두50642 판결	강선희	202204	노동리뷰 2022년 4월호
	대법원 2022. 3. 11. 선고 2019두59103 판결	노호창	202206	노동리뷰 2022년 6월호
	대법원 2022. 7. 12. 선고 2022도4925 판결	권오상	202210	노동리뷰 2022년 10월호
	대법원 2022. 11. 10. 선고 2019다282333 판결	김홍영	202212	노동법학 제84호
	서울고등법원 2022. 4. 7. 선고 2021누55861 판결	양승엽	202206	노동법학 제82호



대주제	대상판례	필자	발간연월	발행처
근로관계 의 종료	대법원 2021. 10. 28. 선고 2021두45114 판결	강선희	202201	노동리뷰 2022년 1월호
	대법원 2021. 11. 25. 선고 2018다272698 판결	양승엽	202203	노동법학 제81호
	대법원 2022. 2. 17. 선고 2021다218083 판결	김기선	202205	노동리뷰 2022년 5월호
	대법원 2022. 4. 14. 선고 2022도1168 판결	노호창	202206	노동법학 제82호
	대법원 2022. 5. 12. 선고 2020두35592 판결	박은정	202207	노동리뷰 2022년 7월호
	대법원 2022. 7. 14. 선고 2020두54852 판결	박은정	202210	노동리뷰 2022년 10월호
	대법원 2022. 7. 14. 선고 2021두46285 판결	장영석	202209	노동리뷰 2022년 9월호
	대법원 2022. 9. 15. 선고 2018다251486 판결	강선희	202211	노동리뷰 2022년 11월호
	서울행정법원 2022. 5. 13. 선고 2021구합66319 판결	조재호	202209	노동법학 제83호
	헌법재판소 2021. 11. 25. 선고 2015헌바334, 2018헌바42(병합) 결정	양승엽	202201	노동리뷰 2022년 1월호
노동조합	대법원 2021. 12. 30. 선고 2017도15175 판결	노호창	202203	노동법학 제81호
	대법원 2022. 3. 31. 선고 2020다294486 판결	조재호	202206	노동리뷰 2022년 6월호
	대법원 2022. 9. 7. 선고 2021도9055 판결	김근주	202211	노동리뷰 2022년 11월호
	대법원 2022. 10. 27. 선고 2019도14421 판결	김 린	202212	노동법학 제84호
	서울고등법원 2022. 10. 13. 선고 2021누58990 판결	김 린	202212	노동법학 제84호
	서울중앙지방법원 2021. 12. 2. 선고 2020가합548720 판결	방강수	202203	노동법학 제81호
쟁의행위	대법원 2022. 5. 12. 선고 2017두54005 판결	강주리	202209	노동법학 제83호
	대법원 2022. 6. 9. 선고 2016도11744 판결	오대영	202208	노동리뷰 2022년 8월호
	헌법재판소 2022. 5. 26. 결정 2012헌바66	양승엽	202207	노동리뷰 2022년 7월호
비정규직	대법원 2021. 11. 11. 선고 2020다273939 판결	방강수	202203	노동법학 제81호
	대법원 2022. 1. 27. 선고 2018다207847 판결	김기선	202204	노동리뷰 2022년 4월호
	대법원 2022. 7. 28. 선고 2021다221638 판결	김영택	202209	노동리뷰 2022년 9월호
	서울고등법원 2022. 9. 16. 선고 2021나2025265 판결	양승엽	202212	노동법학 제84호
	광주고등법원 2022. 9. 21. 선고 2021나24430 판결	장호진	202212	노동법학 제84호
	광주지방법원 2021. 9. 2. 선고 2020가합52691 판결			
	서울중앙지방법원 2022. 4. 7. 선고 2020가합552422 판결	김영택	202207	노동리뷰 2022년 7월호
	창원지방법원 2021. 12. 1. 선고 2021가소114560 판결	장호진	202203	노동법학 제81호
	대구지방법원 2022. 6. 16. 선고 2020가합212341 판결	강선희	202208	노동리뷰 2022년 8월호

대주제	대상판례	필자	발간연월	발행처
사회보장, 노동시장	대법원 2022. 3. 24. 선고 2021다241618 전원합의체 판결	박은정	202205	노동리뷰 2022년 5월호
	대법원 2022. 5. 26. 선고 2022두30072 판결	조재호	202208	노동리뷰 2022년 8월호
	대법원 2022. 6. 30. 선고 2017두76005 판결	구미영	202209	노동리뷰 2022년 9월호
	대법원 2022. 6. 30. 선고 2017두76005 판결	신수정	202209	노동법학 제83호
	대법원 2022. 7. 28. 선고 2021도11288 판결	전형배	202210	노동리뷰 2022년 10월호
	대법원 2022. 8. 19. 선고 2021다263748 판결	김 린	202212	노동법학 제84호
	울산지방법원 2021. 11. 11. 선고 2021고단1782 판결	심재진	202202	노동리뷰 2022년 2월호
	대전지방법원 서산지원 2022. 2. 10. 선고 2020고단 809 판결	심재진	202204	노동리뷰 2022년 4월호
	서울행정법원 2022. 7. 20. 선고 2021구단51976 판결	강주리	202212	노동법학 제84호
	울산지방법원 2022. 9. 30. 선고 2021고단2202 판결	노호창	202212	노동법학 제84호
	헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2020헌마395 결정	노호창	202203	노동리뷰 2022년 3월호
	헌법재판소 2022. 8. 31. 선고 2019헌가31 결정	정영훈	202211	노동리뷰 2022년 11월호
	헌법재판소 2022. 8. 31. 선고 2019헌가31 결정	노호창	202212	노동법학 제84호

## ◆ 집필진

- 남궁준(한국노동연구원 연구위원)
- 김근주(한국노동연구원 연구위원)
- 박제성(한국노동연구원 선임연구위원)
- 강선희(법학박사)
- 강주리(서울시립대학교 강사)
- 구미영(한국여성정책연구원 연구위원)
- 권오상(노동법인 유엔 공인노무사, 법학박사)
- 김기선(충남대학교 법학전문대학원 교수)
- 김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)
- 김영택(법학박사)
- 김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)
- 노상현(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)
- 노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)
- 박은정(인제대학교 법학과 교수)
- 방강수(공인노무사, 법학박사)
- 신수정(경제사회노동위원회 전문위원)
- 심재진(서강대학교 법학전문대학원 교수)
- 양승엽(국회입법조사처 입법조사관)
- 오대영(명지대학교 객원교수, 법학박사)
- 장영석(전국언론노동조합, 법학박사)
- 장호진(지방공기업평가원 연구위원, 법학박사, 변호사)
- 전형배(강원대학교 법학전문대학원 교수)
- 정영훈(부경대학교 법학과 교수)
- 조재호(범무법인(유한) 민 변호사)

## 노동판례리뷰 2022

- 발행연월일 2023년 4월 24일 인쇄  
2023년 4월 28일 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 2023

정가 15,000원

ISBN 979-11-260-0632-8





한국노동연구원

30147 세종특별자치시 시청대로 370 경제정책동  
TEL : 044-287-6083    <http://www.kli.re.kr>

