

# 노동판례리뷰

## 사업(장) 상시 근로자 수 산정 기준

- 대법원 2023. 6. 15. 선고 2020도16228 판결 -

### 【판결 요지】

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

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

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

상시 근로자 수 산정 기준에 관한 명문의 규정은 2008년 근로기준법 개정<sup>2)</sup>을 통해 도입되었으며, 구체적인 산정 방법은 대통령령에 위임하고 있다.<sup>3)</sup> 그 주요 내용은 상시 사용하는 근로자 수는 원칙적으로 해당 사업 또는 사업장에서 법 적용 사유 발생일 전 1개월 동안 사용한 근로자의 연인원을 같은 기간 중의 가동 일수로 나누어 산정하되, 예외적으로 그 산정 결과가 해당 사업 또는 사업장의 상태(常態)적인 고용 현황을 반영하지 못하는 경우에는 상태적인 고용 현황에 따라 법을 적용하도록 하는 것이다. 이처럼 상시 근로자 수 산정을 세부적으로 정하고 있기 때문에, 사전에 영세사업주들이 사업(장) 근로자 수를 인지하는 것은 쉽지 않다. 이러한 점은 최근 대법원 2023. 6. 15. 선고 2020도16228 판결에서 잘 나타나고 있다.

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

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

이 중 근로자1은 이 사건 사업장에서 2018. 6. 1.부터 2018. 9. 5.까지, 근로자2는 2018. 6. 25.부터 2018. 9. 6.까지 근무하였고, 각 14:30부터 04:00까지 1일 11.5시간 주 6일을 근무하였다. 이 사건 사업주는 근로자1, 근로자2에게 임금 각 월 230만 원을 지급하였다.

그런데 이에 대하여, 검찰에서는 상시 사용하는 근로자 수의 계산에 필요한 연인원에는 실제 근무한 근로자의 수에 근로기준법 제55조에 따른 주휴일인 근로자를 포함하여야 하고, 이렇게 계산한 이 사건 사업장의 연인원은 5명 이상이므로 이 사건 사업장은 상시 5인 이상을 사용하는 사업장으로 판단하고, 이 사건 사업주가 상시 5인 이상을 사용하는 사업주로서 근로기준법 제50조, 제56조에 따라 근로자에게 연장근로, 야간근로에 대한 가산임금을 지급하여야 한다고

1) 예컨대 노동법실무연구회(이용구·임상은 집필부분)(2020), 『근로기준법주해 I (제2판)』, 박영사, pp.888-889에서는 “소규모 영세 사업장까지 법 전체를 적용할 경우 현실적으로 소규모 영세 사업자들이 법을 준수할 수 없고, 행정 감독 관청도 이를 감독하기가 어렵기 때문에 결과적으로 법의 규범적 효력이 약화되는 결과를 가져오기 쉽다”고 설명하고 있다.

2) 근로기준법(시행 2008. 7. 1.) [법률 제8960호, 2008. 3. 21. 일부개정].

3) 근로기준법 시행령(시행 2008. 7. 1.) [대통령령 제20873호, 2008. 6. 25. 일부개정].

판단하였다. 그런데 지급된 임금이 최저임금법상 최저임금에 미달하는지 여부는 최저임금 적용 여부를 위한 임금(이하 '비교대상 임금'이라 한다)을 고시된 최저임금과 비교하여야 하는데, 비교대상 임금은 「최저임금법」 제6조 제4항 및 같은 법 시행규칙 제2조 [별표 1]이 정한 바에 따라 피고인이 근로자에게 지급한 임금 중 가산임금을 제외한 '비교대상 임금'을 소정근로시간으로 나누어 산정, 피고인이 근로자1, 근로자2에게 지급한 임금 월 230만 원에서 가산임금을 공제한 나머지 금액은 1,563,546원이고, 근로자1, 근로자2의 1주 소정근로시간은 69시간(=11.5시간×6일)이며, 이를 시간당 임금으로 환산하면 5,214원(=1,563,546원/299.82시간)이므로, 2018년도 고시된 최저임금인 7,530원에 미치지 못하여 최저임금법위반에 해당한다고 보았다.

사실 관계가 다소 복잡하지만, 법리적 논점은 '상시'의 개념을 어떻게 판단할 것인지 여부이다. 과거 행정해석 및 질의회시에서는 '상시'의 개념을 주로 고용관계를 중심으로 판단하여 왔다. 반면 대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도364 판결에서는 “‘사용하는 근로자의 수가 상시 5인 이상인 사업 또는 사업장’을 뜻하는 것이고, 이 경우 상시라 함은 상태(常態)라고 하는 의미로서 근로자의 수가 때때로 5인 미만이 되는 경우가 있어도 사회통념에 의하여 객관적으로 판단하여 상대적으로 5인 이상이 되는 경우에는 이에 해당한다”고 보면서, 사회통념상 객관적인 판단을 중시하고 있다. 이 2008년 판결은 식당에 관한 사건이지만,<sup>4)</sup> 그 주요 법리는 대법원 2000. 3. 14. 선고 99도1243 판결에 따른 것이다. 2000년 판결은 이삿집센터에서의 근로자 수 산정에 관한 것으로, 일용근로자 수가 사업장 근로자 수 산정에서 어떻게 판단할 것인가가 주요 쟁점이 된 사건이라는 점이 특징적이다. 이처럼 '상시'의 개념 판단은 원칙적으로 고용된 자를 기준으로 파악하는 것이 타당하지만, 구체적인 사건에서 문제되는 사업장은 주로 임시·일용직, 단시간근로 등이 문제되고 있으므로, 2008년 판결이 기준으로 작용하고 있다.

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

이러한 판례의 입장을 일반 원칙으로 받아들인다면, 사업(장)에서 근로자를 산정할 때 가동일

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

의 '실제 근무한 근로자'가 상시근로자 수의 기준이 된다고 볼 수 있다. 다만 이처럼 비정기적 휴식제도인 휴가, 휴직 등을 매번 상시근로자 사용에서 고려해야 한다면, 사업(장) 상시근로자 수 산정의 예측 가능성은 현저하게 떨어질 수밖에 없게 된다.

다만 근로기준법상 상시근로자 수가 형사처벌의 기준이 되므로, 피의자에게 불리하게 확장 해석하는 것은 타당하지 않다는 점도 이러한 판단에 영향을 미쳤을 것으로 보인다. 보다 근본적으로는 상시근로자 수에 따른 근로기준법적용 제외의 입법 취지상 사후 산정을 통해 근로자 수가 확정되는 방식에 대한 입법적 타당성이 검토될 필요가 있다. **KLI**

김근주(한국노동연구원 연구위원)

## 아이돌보미의 근로자성 인정과 소정근로시간

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

### 【판결 요지】

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

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

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

대상판결의 개요는 다음과 같다. 원고들(아이돌보미 163명)은 아이돌봄서비스 사업을 수행하는 서비스제공기관인 피고들<sup>1)</sup>을 상대로 근로기준법상 근로자라고 주장하면서 2013년 1월부터 2016년 10월까지 발생한 연장·야간·휴일근로수당, 주휴수당, 연차휴가수당을 청구하였다.

대상판결의 1심<sup>2)</sup>은 원고들의 근로자성을 인정하였으나, 2심(원심)<sup>3)</sup>은 근로자성을 부정하였다. 대상판결은 원고들의 근로기준법상 근로자성을 인정하면서 원심을 파기하였다. 한편 대상판결은 피고들의 사용자성도 인정<sup>4)</sup>하였는데 지면 관계상 이 부분은 생략하고, 근로자성 부분을 중심으로 살펴본다.

통상적인 근로자의 경우 근로계약 체결 시에 구체적인 근로제공 내용(업무내용, 근로일, 근로

- 1) 광주대학교산학협력단, 사단법인 건강가정연구개발원, 초당대학교산학협력단, 사회복지법인 가톨릭광주사회복지회.
- 2) 광주지방법원 2018. 6. 22. 선고 2016가합50308 판결.
- 3) 광주고등법원 2019. 6. 19. 선고 2018나23307 판결.
- 4) 광주광역시의 각 구(지자체)에서 설치한 '건강가정지원센터'가 아이돌보미 사업을 수행하는 사무실이다. 지자체는 건강가정지원센터의 운영을 피고들에게 위탁하였다. 원고들의 4대보험 가입 사업장은 건강가정지원센터로 되어 있고, 건강가정지원센터의 명의로 근로계약서가 체결된 사정 등 때문에 원심판결은 건강가정지원센터가 사용자라고 판단하였다. 그러나 대상판결은 「아이돌봄 지원법」상 서비스제공기관인 피고들이 사용자라고 판단하였다.

시간, 근무장소 등)이 정해진다. 그러나 아이돌보미의 경우는 근로계약 체결 시에 업무내용은 정하나 근로일, 근로시간, 근무장소를 정하지 않는다는 점이 특징이다.

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

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

아이돌보미가 실제 근로를 개시하려면 특정 ‘이용가정’과 연계되어야 하는데, 그 연계는 다음과 같은 순서로 이루어진다. ① 서비스기관(피고)이 아이돌보미(원고)‘들’<sup>6)</sup>에게 이용가정의 신청 조건을 문자로 공지한다(청약의 유인). ② 아이돌보미들이 해당 가정에 돌봄서비스를 제공할 의사를 밝힌다(청약). ③ 서비스기관이 그중 적합한 아이돌보미를 해당 가정에 배정한다(승낙).<sup>7)</sup>

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

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

이러한 사실관계를 바탕으로 각 심급 법원의 판단을 살펴본다. 대상판결의 원심<sup>8)</sup>은 아이돌

5) 이정희(2015), 『영시간 계약』, 한국노동연구원, p.9에 따르면, “영시간 계약(zero-hours contracts)은 ‘미리 정해진 근로시간 없이 사용자의 필요에 따라 근로자가 호출에 응해 근로를 제공하고, 그 시간만큼의 임금을 받는 것을 내용으로 하는 계약’이다”. 또한 호출노동에 대한 연구로는 구미영(2011), 『호출형 근로를 둘러싼 영국 노동법의 쟁점』, 『국제노동브리프』 9월호, pp.66~77; 김기선(2015), 『0시간 계약(Zero-Hour Contract)』, 『월간 노동법률』 3월호, pp.74~77 참조.

6) 특정 아이돌보미 한 명에게 공지하는 것이 아니라 다수의 돌보미들에게 공지하는 것이다.

7) 요양보호사의 경우 2단계(청약, 승낙)만으로 연계되기도 한다. 즉, 사용자가 특정 보호사 한 명을 지정하여 청약을 하고, 그 보호사가 승낙을 하는 방식이다.

보미의 근로자성을 부정하였는데, 주요 논거는 표준계약서에 소정근로시간이 없다는 점이다. 즉, 원심판결은 “표준계약서에서, 근로자가 사용자와 종속관계에서 사전에 근로하기로 정한 시간을 의미하는 소정근로시간을 포함하여, 아이돌보미가 자신의 노동력을 서비스기관의 처분에 맡긴다는 내용을 핵심으로 하는 근로계약의 본질적인 요소를 찾아볼 수 없다”며, “표준계약서를 작성하는 것만으로는 아이돌보미에게 아이돌봄서비스를 제공할 의무가 발생하지 않는다”고 하였다.

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

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

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

1심판결<sup>8)</sup>은 아이돌보미들의 연장·야간·휴일근로수당은 산정하였으나, 주휴수당과 연차휴가수당은 산정하지 못하였다. 1심판결은 소정근로일의 정함이 없다는 이유로 “주휴수당과 연차수당은 발생하지 않는다”고 하였다. 나아가 “원고들과 피고들이 근로의무가 있는 것으로 정한 일수, 즉 소정근로일수를 미리 정하는 것은 사실상 불가능하다”고 하였다.

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

아이돌보미의 소정근로일과 소정근로시간을 미리 정하는 것은 가능하지만, 그 소정근로시간 등이 계속 변한다는 것이 특징이다. 심지어 어떤 기간은 소정근로시간이 0시간(이용가정과 연

8) 광주고등법원 2019. 6. 19. 선고 2018나23307 판결.

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

계되지 않은 대기기간)이 될 수도 있다. 아이돌보미 업무의 특성상 발생하는 특징이다.

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

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

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

하나 다행인 것은, 원고들의 수당 산정과 관련하여 근로시간 기록은 명확하다는 점이다. 원고들은 돌봄서비스를 수행한 후 여성가족부가 운영하는 '아이돌봄 통합 업무관리시스템'에 접속하여 돌봄서비스 시작 및 종료 시각 등을 기록하고, 이를 토대로 피고들이 수당을 지급한다. 원고들의 소정근로시간은 변동적이거나, 정부 예산이 투입되는 사업이라 서비스시간(즉, 근로시간) 관리는 정확하게 이뤄지고 있다. 근로시간 수에 대한 다툼은 없을 것으로 보인다. **KLI**

방강수(공인노무사, 법학박사)



## 택시노조 조직형태 변경 관련 부당징계 사례

- 대법원 2023. 8. 18. 선고 2023두41383 판결 -

### 【판결 요지】

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

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

원고는 상시 약 115명의 근로자를 사용하여 택시자동차운송사업 등을 영위하는 법인이다. 근로자1~6은 원고에 입사하여 택시기사로 근무하였다. 근로자들은 전국택시산업노동조합 분회(이하 “본건 분회”라 한다)에서 간부급의 직책을 수행하였는데, 원고는 2020. 11.~12.경 아래 표와 같이 이들을 징계하였다(이하 총칭하여 “본건 징계처분”).<sup>1)</sup>

| 성명(조합 내 직책)  | 징계사유  | 징계종류 |
|--------------|---|------|
| 근로자1(분회장)    | 1. 회사 공금 횡령(근로자1: 416,000원; 근로자2: 1,793,660원)           | 해고   |
| 근로자2(副本회장)   | 2. 성실 근무 위반<br>3. 변호사법 위반(소송위임권 선임에 관한 알선, 권유)          |      |
| 근로자3(대외협력부장) | 1. 일일 운송수입금 공금횡령(현금 / 6월분 328,160원)<br>2. 무단결근 및 불성실 근무 |      |

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

<앞 페이지 표 계속>

| 성명(조합 내 직책) | 징계사유  | 징계종류      |
|-------------|---|-----------|
| 근로자4(총부부장)  | 1. 일일 운송수입금 공금횡령(현금 / 6월분 296,700원)<br>2. 무단결근 및 불성실 근무 | 해고        |
| 근로자5(대의원)   | 1. 일일 운송수입금 공금횡령(현금 / 6월분 424,300원)<br>2. 무단결근 및 불성실 근무 | 정직<br>1개월 |
| 근로자6(대의원)   | 1. 일일 운송수입금 공금횡령(현금 / 6월분 238,700원)<br>2. 무단결근 및 불성실 근무 |           |

원고에는 종래 기업단위 노동조합(이하 “기존 노조”)이 설립되어 있었는데, 기존 노조는 2020. 1. 7. 유효기간을 2020. 1. 1.부터 2021. 12. 31.까지로 하여 원고와 단체협약(이하 “본건 단협”)을 체결하였다. 한편, 근로자1과 2는 2020. 7. 1. 기존 노조의 위원장, 부위원장으로 각각 추대되었다. 그 후 2020. 8. 5. 기존 노조는 임시총회를 개최하여 상급단체 가입 건에 대해 투표를 진행하여 안건이 가결되자, 2020. 8. 12. A노동조합(이하 “본건 노조”라 한다)에 가입하고, 조직형태를 기업단위 노동조합에서 전국 규모의 산업별 단위노동조합인 본건 노조로 변경하였다(이하 “본건 조직형태 변경”). 본건 조직형태 변경 과정에서 조합원 수가 154명에서 95명으로 감소하였다.

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

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

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

이 리뷰에서는 징계의 정당성과 관련하여 근로자1, 2에 대한 징계사유인 ‘성실근무 불이행’과

전원에 해당하는 ‘운송수입금 횡령’을 중심으로 살펴본다.

근로자1, 2에 대한 ‘성실근무 불이행’의 징계사유는 기존 노조가 동일성을 상실한 본건 분회로 조직형태를 변경하였으므로 본건 단협이 승계되지 않아 이들은 더 이상 원고에 대한 관계에서 근로시간면제자의 지위에 있지 않음에도 2020. 8. 24.부터 2020. 10. 17.까지 배차를 거부하였다는 것이다. 그러나 노동조합 조직변경 시 기존 지위를 승계한다는 점에 대해서는 대법원 2016. 2. 19. 선고 2012다96120 전원합의체 판결 등<sup>2)</sup>에서 이미 확인된 사항이라는 점에서 원고측의 대응이유에 궁급증이 생긴다. 원고가 동일성을 상실해 승계가 되지 않는다고 주장한 주된 근거는 두 가지로 볼 수 있다.

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

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

법원은 결론적으로 본건 단협이 승계되므로 근로자1, 2는 여전히 근로시간면제자에 해당하


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

고 따라서 그들의 배차거부행위는 징계사유로 볼 수 없다고 판단하였다.

다음으로, 운송수입금 횡령 부분에 대해 살펴보자. 법원은 본건 협약 등에서 '일일 타코운송 수입과 일치하는 금액을 입금하지 않은 때'를 징계사유로 규정하고 있고, 근로자들 전원이 해당 사실을 인정하고 있어 징계사유가 인정된다고 보았다. 다만, 징계양정에 있어서, 관련 형사사건에 대해 불송치결정이 내려진 점에서 고의를 인정하기 어렵고, 여객자동차운수사업법 제21조 제1항 개정으로 2020. 1. 1.부터 이른바 '운송수입금 전액관리제'가 시행되었음에도 원고는 소속 택시기사들의 운송수입금 미납 행위에 대해 별다른 조치를 취하지 않다가 2020. 9. 23.경에야 비로소 소속 택시기사들에게 운송수입금의 납부를 독촉한 점, 운송수입금 미납자 137명 중 18명만 이를 납부하였음에도 근로자1~6만 형사고소를 하고 본건 징계처분을 한 점, 앞에서 본 바와 같은 본건 조직형태 변경에 대해 원고가 행한 일련의 조치들과 관련하여 중노위가 부당노동행위라 판정한 점, 근로자3~6의 경우 미납운송수입금과 불성실 근무일수가 큰 차이가 없음에도 근로자3, 4에 대해서는 해고를 한 데 반해 근로자5, 6은 정직처분을 하였는데, 이는 분회에서의 지위를 기준으로 양정을 한 것으로 볼 수 없는 점 등을 근거로 양정이 부당하다고 보았다. 운송수입금 횡령과 관련한 사실관계는 전체적으로 원고가 본건 분회 활동에 영향력을 미치기 위해 노조 간부를 표적 삼아 선별적으로 불이익처분을 했다는 점에서 부당노동행위에도 해당할 가능성도 높아 보인다. 이 경우에는 징계사유 자체가 인정되지 않는다고 보아야 할 것이다.<sup>3)</sup> 다만, 근로자들이 노동위원회 단계에서 징계의 부당성만을 먼저 다투고 이후에 별건으로 부당노동행위에 대해서 다투는 탓에 이 사건 재판에서는 원고의 이러한 행위가 부당노동행위에 해당하는지 여부에 대해서는 본격적으로 다루어지지 않았다.

2020. 1. 1. 시행된 개정 여객자동차운수사업법 제21조 제1항은 이른바 운송수입금 전액관리제 실시를 천명하고 있다. 장시간 택시노동을 조장하는 등 택시 운수종사자들의 처우를 어렵게 하는 병폐로 오랜 기간 지적되어 온 사납금제의 유지가 법적으로도 한계에 달한 것이다. 택시업계는 이 문제에 대응하고자 시도하고 있으나 기존의 사업관행은 그대로 유지한 채 소정근로시간을 단축하거나, 기준금액에 미달한 경우 급여를 감액하거나, 사업주가 보기에 심각하게 기준 미달인 근로자에 대해서는 저성과자로 낙인찍어 징계하는 등 다양한 "우회수단"들을 시도하고 있지만 최저임금법 내지 근로기준법 위반이라는 또 다른 난제에 부딪히고 있다. 여하튼 택시업계에서는 그러한 시도를 관철(?)하는 수단으로 단체협약을 활용하는 경우도 종종 볼 수 있다. 이 경우에는 노동조합의 협조(?)가 필수적이다. 이 사건의 판결문만으로 사업주와 노동조합 간의 속사정을 알기는 어렵지만, 전액관리제와 같은 제도 변화에 대한 대응 과정에서 노사 간

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

협조여부를 두고 발생한 갈등은 아닐지 추측해 본다. 전근대적 사업 행태를 현대에 와서도 그대로 유지하는 것은 동시대를 살아가는 사람들에게 대한 모독이다. 부디 택시업계가 새로운 질서를 수궁해 함께 나아가기를 기대해 본다. 

김 린(인하대학교 법학전문대학원 교수)

## 채용과정에서 성별을 사유로 차별한 행위의 남녀고용평등법 위반 여부

- 서울중앙지방법원 2023. 8. 10. 선고 2023고단443 판결 -

### 【판결 요지】

피고인들이 2018년 신입사원 공개채용 과정에서 성별을 사유로 합리적인 이유 없이 여성에게 불리한 조치를 하였고, 피고인 A에게 남녀를 차별하여 채용한다는 고의가 있었다고 판단된다. 또한 B는 인사팀장이었던 피고인 A가 위와 같은 채용과정에서의 차별행위를 함에 있어 이를 방지하기 위한 주의감독의무를 게을리하였다고 보기 충분하다.

대상판결은 형사판결인데, 피고인은 B주식회사(법인)와 자연인 A이다. 피고인 B주식회사는 신용카드의 발행 및 관리업무 등을 영위하는 법인이고 A는 해당 법인에서 인사팀장으로 근무하며 신입직원의 채용관련 업무 등을 담당하였던 사람이다.

피고인 A는, 2017. 10. 24.경 위 B주식회사 사무실에서, '2018년도 정규직 신입 사원 공개 채용'에 있어 4개 직무(디지털, 신사업/핀테크, 빅데이터, ICT)에 지원한 총 3,720명(남성 2,097명(56%), 여성 1,623명(44%))의 지원자들에 대하여 각 직무별로 남성 지원자 순위와 여성 지원자 순위를 구분하여 서열화하는 작업을 한 후, 미리 정해 놓은 남녀 비율(7:3)에 맞추어 1차 서류 전형 합격자를 선발하는 방법으로 남성 지원자와 점수가 같거나 남성 지원자보다 점수가 높은 여성 지원자 92명을 탈락시키고 같은 수에 해당하는 남자 지원자를 합격시켜 1차 서류 전형에서 남성 257명(68%), 여성 124명(32%)을 각각 선발함으로써 근로자를 모집·채용함에 있어 남녀를 차별하였다는 혐의하에 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하 '남녀고용평등법') 위반으로 기소되었다.

피고인 B주식회사는 인사팀장인 피고인 A가 피고인 B주식회사의 업무에 관하여 위와 같이 근로자를 모집·채용함에 있어 남녀를 차별하였다는 혐의하에 남녀고용평등법 위반으로 기소되었다.

이 사건에서 피고인들은 “피고인 B주식회사는 신용카드 업무의 특성상 휴일 및 야간·심야에도 업무가 이루어지고, 영업환경의 변화에 따라 야간 근무의 수요가 더욱 증가하고 있다. B의 주 업무인력인 사원급 직원 중 여성의 비율이 2012년경부터 남성의 두 배 이상으로 성비의 불균형이 심각한 수준이었는데, 근로기준법상 여성근로자의 경우 야간(오후 10시부터 오전 6시까지) 및 휴일 근로, 시간외근로에 제한이 있고, 의무적으로 보장되는 휴가가 많아, B는 보다 많은 남성근로자를 채용할 필요가 있었다. 이러한 필요성에 따라 2018년도 공개채용 과정에서 1차

서류전형에서만 미리 정해둔 성비에 따라 합격자를 선발하였을 뿐, 이후 2, 3차 면접절차에서는 성별에 따른 차등대우를 하지 않았고, 근로조건 등에 있어서도 여성을 불리하게 대우하지 않았다. 따라서 B가 미리 정해둔 비율에 따라 1차 서류전형 합격자를 정한 데에는 합리적인 이유가 있어 남녀고용평등법이 금지하는 차별에 해당하지 않는다. B는 성비 불균형 해소 및 사업 환경 변화에 대한 대응이라는 경영상 필요에 따라 적어도 2009년부터 정해둔 성비에 따라 서류전형 합격자를 정해 왔다. 피고인 A는 10여 년간 유지되어온 회사의 방침대로 신입사원을 채용하도록 한 것일 뿐 남녀고용평등법을 위반한다는 인식이나 의사가 전혀 없었다.”고 주장하였다.

대사판결에서는 몇 가지 근거를 제시하면서 피고인들의 주장을 배척하였다.

첫째, 신입사원 공개채용으로 채용하려는 직무에서 성격상 휴일 및 야간 근무가 반드시 필요하지는 않은 점 및 피고인들은 신용카드업의 특성상 과거에는 여성을 위주로 채용하였다고 주장하나 이를 뒷받침할 자료가 없고 사원급 근로자 중 여성의 비율이 높다는 사정만으로 남성 근로자에 대한 차별이 있었다고 보기 어려운 점에 비추어 보면, 피고인들이 주장하는 위와 같은 사정들은 이 사건 공개채용에서 서류전형 합격자 남녀성비를 미리 정하여 남성을 우대할 합리적인 사유에 해당하지 않는다는 것이다.

둘째, 피고인들의 주장과 같이 B주식회사의 일부 직무에 있어 휴일 및 야간 근무가 필요한 경우, 해당 직무에 관한 채용과정에서 휴일 및 야간 업무가 필요함을 지원자들에게 알림으로써 지원자들이 휴일 및 야간 업무 가능성을 고려하여 지원하도록 하거나, 채용 후 다른 근로자들이 꺼려 하는 휴일 및 야간 업무를 담당한 근로자에게 보다 좋은 근무평정을 주는 등의 대안을 고려할 수 있는데도 불구하고, 피고인들은 내부적으로 서류전형 합격자 성비를 정함으로써, 일부 여성지원자는 서류전형 합격자로 선정된 남성지원자보다 좋은 서류전형 종합평가 점수를 받고도 서류전형에서 탈락하는 불이익을 입었다는 것이다.

셋째, B주식회사는 2009년 내지 2010년부터 위와 유사한 방법으로 신입사원 공개채용 과정에서 남성을 우대하여 선발하여 왔고, 이러한 남녀 차별적 신입사원 공개채용 방식을 개선하려는 노력을 하지 않았다는 것이다.

대사판결은 이 사건 피고인들의 남녀고용평등법 위반을 인정하고 피고인 A와 B에게 각각 벌금 500만 원씩을 선고하였다.

사업주 입장에서 보면, 채용의 문제는 오직 사용자의 전권 사항이고 여기에 간섭하는 것은 기업의 자유라는 관점에서 허용될 수 없는 것 아니냐고 반문할지도 모르겠다. 그러나 우리 헌법은 애초부터 성별에 따라 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 하는 것을 허용하지 않았고 예외적으로 합리적 사유가 있는 경우에 한해서 정당한 차별로서 허용되는 식의 해석이 가능했을 뿐이다. 그런데 사업주의 인사권이나 경영권의 전속사항으로

간주되었던 근로관계 개시 이전 단계에서의 모집이나 채용 행위에 대해서까지 법이 개입하여 규제해야 할 필요성이 있는 것은, 모집과 채용에서의 성차별행위가 일할 의사와 능력이 있는 여성구직자나 근로여성의 근로권과 생존권 행사를 원천적으로 봉쇄하거나 중대하게 침해할 뿐 아니라 채용된 이후의 근로조건 수준을 결정하는 요인으로 작동할 위험성이 크기 때문이다. 이런 이유에서 남녀고용평등법이 제정되었던 것이고, 남녀고용평등법이 현재는 일과 가정의 양립 지원에 관한 내용까지 담는 단계로까지 확대되었지만, 남녀고용평등법의 근본적 취지는 근로관계 개시 이전의 단계에서부터의 불합리한 차별을 철폐해야 한다는 것이다. 즉 남녀고용평등법은 개별적 근로관계법으로서의 성격 외에 노동시장에서 성평등한 질서 구축을 동시에 지향하는 '노동시장질서법'으로서의 성격도 아울러 가지고 있는 것이다.

대상판결은 모집이나 채용에 관한 문제에서도 불합리한 차별은 허용되어서는 안 된다는 법의 취지를 유죄 판단을 통해서 확인해 주고 있다. **㉫㉫**

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)