

노동판례리뷰

정액급제 포괄임금약정을 체결한 경우에 최저임금 미달 여부 판단

- 대법원 2023. 11. 2. 선고 2018도965 판결 -

【판결 요지】

기본임금을 미리 정하지 아니한 채 연장·야간·휴일근로수당까지 포함된 금액을 월급여액으로 정하여 근로시간 수와는 상관없이 지급하기로 하는 포괄임금계약을 체결한 경우, 그 월급여액에는 최저임금 산입 제외 임금이 포함되어 있으므로 특별한 사정이 없는 한 비교대상 임금은 월급여액에 '소정근로시간, 유급주휴시간 및 가산율을 반영한 연장·야간·휴일근로시간을 모두 더한 시간'에서 '소정근로시간 및 유급주휴시간'이 차지하는 비율을 곱하는 방식으로 산정하여야 하고, 이를 구 「최저임금법 시행령」 제5조 제1항 제3호¹⁾에 따라 1개월 평균 소정근로시간 수로 나눈 값을 고시된 최저임금(시급)과 비교하는 방식으로 최저임금법 위반 여부를 판단하여야 한다.

1. 판례가 제시하는 최저임금 미달 여부 계산 방법

대상 판결은 경비업무를 하는 근로자와 정액급제 포괄임금약정을 체결하였으나 최저임금에 미달하여 시간외수당 및 퇴직금을 지급한 사용자의 근로기준법 제36조(금품청산)과 근로자퇴직급여보장법 제9조(퇴직금의 지급 등) 위반에 대한 형사책임을 다룬 대법원 판결이다. 대상 판결의 1심, 2심, 3심 법원은 모두 사용자가 최저임금에 미달한 임금을 지급하였음을 인정한

1) 2019. 1. 1. 최저임금법과 시행령이 개정되었다. 개정법 시행령 제5조 ①항에서는 월 단위로 정해진 임금을 시간급으로 환산할 때에는 월 단위 소정근로시간과 주휴시간을 합산한 시간수(기준시간수)로 나누도록 정하고 있다. 법개정 전 대법원 판례는 최저임금의 범위로 포섭되는 임금항목(비교대상임금)에는 주휴수당을 포함하면서도 이를 시간급으로 환산할 때에는 구(舊) 시행령의 문언대로 소정근로시간수¹⁾로만 나누어 계산했다. 해당 판결은 최저임금 법령 시행 이전 시점의 최저임금 미달 여부가 쟁점이 된 사안으로 대상 판결은 구(舊) 시행령을 근거하여 판단했다.

뒤, 시간외수당 및 퇴직금 지급액이 법 기준에 미달한 점에 대하여 형사책임을 인정했다. 1심(서울남부지방법원 2016. 7. 13. 선고 2015고단5582 판결)에서는 벌금 300만 원을, 2심(서울남부지방법원 제1형사부 2017. 12. 21. 선고 2016노1401 판결)에서는 벌금 500만 원을 선고했는데, 대상 판결은 2심 판결이 정액급제 포괄임금약정이 체결된 경우 최저임금 미달 여부의 판단 방법과 미지급 임금 및 퇴직금 산정 방법에 관한 법리를 오해하였다는 이유로 파기 환송하였다.

사실관계를 먼저 살펴본다. 사용자인 피고는 격일제로 건물경비 업무를 하는 근로자A와 매월 제 수당을 포함한 일정액을 지급하기로 하는 정액급제 포괄임금약정을 하였고, 근로자A에 대하여 감시·단속적 근로자 승인은 받지 않았다. 근로자A의 근무형태는 격일제로, 매월 식대 10만 원과 제 수당을 포함하여 95만~100만 원을 임금으로 지급 받았다. 해당 사안에서는 여러 가지 법적 쟁점이 다루어졌는데, 1) 근로자A의 1일 실근로시간²⁾, 2) 정액급제 포괄임금약정의 유효성 여부, 3) 최저임금 비교대상 임금의 범위, 4) 최저임금 미달 여부 판단을 위해 시급으로 환산할 때의 기준시간수, 5) 최저임금을 위반한 경우에 법정수당 및 퇴직금 재산정 방법이다. 본 글에서는 ‘정액급제 포괄임금약정을 체결한 경우에 최저임금 미달여부 판단’과 연관되는 쟁점인 2), 3), 4)를 중심으로 살펴본다.

월 단위로 지급되는 임금액의 최저임금 준수 여부를 판단하기 위해서는 월 단위 임금을 시급으로 환산하는 과정을 거쳐야 한다. 임금 항목을 구분하여 지급하는 보통의 경우에는 비교대상 임금항목을 모두 더한 뒤, 최저임금법 시행령 제5조 제1항에서 정한 대로 소정근로시간과 주휴시간을 더한 시간으로 나누면 된다. 하지만 시간외수당을 모두 포함하여 정액급을 지급한 경우의 시급 환산은 복잡한 계산 과정을 거쳐야 한다. 해당 사안에서 심급별 시급 환산을 위한 계산 방법과 결과를 정리해 보면 아래 표와 같다.

심급	비교대상 임금	월단위 시급환산 시간수		시급환산 계산식	시급 환산액 (미달금액)
1심	정액급 전액	월 평균 근로시간 304시간		비교대상 임금(전액÷월 평균 근로시간) [100만 원÷304시간]	=3,289원 (1,921원 미달 ³⁾)
		〈월 단위 근로시간 계산법〉 =1일 20시간×365/2(격일제)÷12개월			
2심	식대 10만 원을 제외한 정액 90만 원의 61%	기본근로시간 304시간	304시간 (61%)	비교대상 임금(실제 지급 받은 임금-식대)×304÷(304+191)÷기본근로시간 [552,727원(90만 원의 61%)÷304시간]	=1,818원 (3,392원 미달)
		〈월단위 근로시간 계산법〉 기본근로시간 304시간			

2) 사용자는 근로자A의 근로시간이 1일 11시간 또는 12시간이라고 주장하였으나, 1심, 2심, 3심 모두 대기 상태의 휴식시간은 근로시간이라고 하여 1일 근로시간은 20시간으로 판단했다.

	주휴시간 34시간 연장가산시간 91시간 야간가산시간 45시간 휴일가산시간 21시간	191시간 (39%)	
3심	'소정근로시간, 유급주휴시간 및 가산율을 반영한 연장·야간·휴일근로시간을 모두 더한 시간'에서 '소정근로시간 및 유급주휴시간'이 차지하는 비율을 곱하는 방식으로 비교대상임금을 산정하고 이를 1개월간의 소정근로시간수로 나눈 값을 최저임금(시급)과 비교해야 함		

대상 판결에서 주목할 점은 신체적·정신적 긴장이 적은 '감시적 업무'인 경비업무에 대하여 "기본임금을 미리 정하지 아니한 채 연장·야간·휴일근로수당까지 포함된 금액을 월급여액으로 정하여 근로시간 수와는 상관없이 지급하기로 하는 포괄임금계약을 체결한 경우", 즉 '정액급제 포괄임금약정'을 체결한 경우에 월급여액 중 최저임금 비교대상임금을 확정하고 이를 시급으로 환산하는 절차와 방법을 구체적으로 적시하고 있다는 점이다. 대상 판결의 판시 내용에 따라 과소지급 임금액 계산 과정을 순차 열거해 보면, ① 정액급제 포괄임금약정의 유효성 판단, ② 근로자의 실근로시간 확정, ③ 포괄임금약정을 통해 제공하기로 되어 있는 월 단위 총 근로시간 계산, ④ 총 근로시간 중 소정근로시간 및 유급주휴시간 비율 계산, ⑤ 전체 포괄임금액 중 최저임금 비교대상임금에 포함되지 않는 임금(식대) 제외, ⑥ ⑤의 임금액에 ④를 통해 산출된 비율을 곱하여 비교대상 임금액 산출, ⑦ ⑥을 통해 산출된 비교대상 임금액을 ③의 계산과정에서 산출된 소정근로시간으로 나누어 시급으로 환산, ⑧ 당해연도 최저임금과의 차액 계산, ⑨ 법정 최저임금액 적용 이후 시간외수당 등의 재계산을 통해 과소지급액 확정이라는 순서로 진행된다. 대상 판결의 판시에 따라 계산을 해보면 아래의 결과가 나온다.

심급	비교대상 임금	월단위 시급환산 시간수	시급환산 계산식	시급 환산액 (미달금액)
3심	식대 10만 원을 제외한 정액 90만 원의 31%	〈월단위 근로시간 계산법4〉 소정근로시간 122시간	비교대상 임금 ÷ 소정근로시간 [282,353원(90만 원의 31%) ÷ 122시간]	=2,321원 (2,889원 미달)
		주휴시간 24시간 연장근로시간 183시간 연장가산시간 91시간 야간가산시간 46시간		

- 3) 해당 사안은 2012년에서 2014년까지의 3년간의 임금이 최저임금에 미달하였는지 문제 되었는데, 본고의 계산에서는 2014년 최저시급 5,210원만 포함하였다.
- 4) 격일제 근로자의 근로시간 계산법은 다음과 같다. 우선 1주 단위 근로시간을 계산한다. 〈소정근로시간〉의 계산은 2주간 7일 근무하므로 1주 평균 근무일 3.5일에 8시간을 곱하면 1주 28시간이 되며, 〈주휴시간〉은 40시간 근로자의 8시간에 비해 계산하면 1주에 5.6시간이며, 〈연장근로시간 및 연장가산시간〉은 1일 20시간 근로제 중 8시

2. 시간급 환산 계산을 하면서 드는 세 가지 생각

첫째, 최저임금이나 통상임금처럼 시급 환산이 요청되는 경우, 근로기준법이 정하고 있는 근로시간의 개념과 수당의 계산 방법에 대한 정확한 이해가 전제되어야 한다. 정액급제 포괄임금 약정이 체결된 경우, 소정근로시간, 주휴시간, 시간외근로시간 등 근로시간의 개념에 대한 이해에 기반한 계산 과정을 거쳐야만 비로소 최저임금 위반 여부의 판단 및 미지급 임금액의 확정이 가능하다⁵⁾. 대상 판결의 의미 있는 지점이다. 대상 판결은 정액급제 포괄임금으로 정한 월급액을 소정근로에 대한 임금액, 유급주휴에 대한 임금액, 고정 시간외근로에 대한 임금액 및 시간외근로에 대한 가산임금액을 구분하기 위하여 각 임금 항목에 대비되는 근로시간을 산출하고 이와 비례하여 각 임금항목에 해당하는 금액을 확정하는 방식을 택하고 있다. 총 근로시간 중 소정근로시간과 주휴시간이 차지하는 비율을 정액급 월급액에 곱함으로써 비교대상 임금액이 확정된다. 임금과 근로시간의 매칭(matching) 방법을 정확하게 제시한 것이다. 대상 판결의 하급심들이 근로시간이나 소정근로시간에 대한 명확한 개념을 세우지 못하고 기본 근로시간, 평균 근로시간 등 법률로 정해진 바 없는 근로시간수를 사용한 반면, 대법원은 ‘소정근로시간’에 대한 근로기준법의 정의 조항을 인용하면서 하급심 판결의 개념 오류⁶⁾를 정확히 지적하고 이를 바로잡았다.

둘째, 법률을 위반한 내용으로 체결된 계약은 효력이 없음을 선언해야 한다. 해당 사안에서 법원은 정액급제 포괄임금약정은 유효하며, 근로자A의 1일 근로시간은 20시간이라는 점을 인정했다. 계약 당사자 간에 근로제공이 예정된 시간을 정하지 않고 시간외수당을 포함한 정액임금을 정한 약정은 유효하다고 인정한 다음, 실제 제공된 근로시간을 계산한 뒤 최저임금에 미달하고 시간외근로에 대한 수당 등이 과소 지급되었다며 위법의 책임을 묻는다. 어색하다. ‘정액급제 포괄임금계약이 유효하다’는 명제와 ‘최저임금법 등 노동법을 위반한 위법한 근로계약이다’라는 명제가 판결문 속에 병립하게 되는 것이다. 근로기준법 제15조(이 법을 위반한 근로계약)와 최저임금법 제6조(최저임금의 효력) 제3항에서는 법에 미치지 못하는 부분은 무효로

간을 초과하는 12시간을 1주 평균근무일수 3.5일로 곱하면 42시간이며, <야간가산시간>은 1일 6시간에 1주 평균근무일수 3.5일을 곱하여 21시간이 된다. 다음으로 위 각 근로시간을 1개월 단위로 평균하여 계산했다. 한편 정수(整數)로 계산한 1심, 2심과 달리 소숫점 반올림을 하여 근로시간 계산 시 1 이내에서 차이가 있을 수 있다.

- 5) 정액수당제 포괄임금약정을 체결한 경우에는 기본급만으로 최저임금 위반 여부를 쉽게 판단할 수 있고, 시간외수당의 과소지급 여부는 정액수당으로 지급된 금액이 실제 시간외근로시간에 상응하는 정도인지를 살펴보면 된다. 대상 판결처럼 소정근로시간, 주휴시간, 시간외근로시간을 더하고, 비율을 계산하고, 다시 시급으로 환산하는 과정은 요구되지 않는다.
- 6) 대상 판결의 원심 판결은 다른 근로시간의 계산에서도 여러 오류가 보인다. 1주간의 소정근로시간이 통상의 근로자보다 짧은 경우 주휴시간을 비례하여 계산하므로 1주 평균 28시간을 근로하는 근로자A의 주휴시간은 5.6시간이 되어야 함에도 8시간으로 산정하였으며, 격일제 근로자의 주휴일은 격일 휴무일에 포함하여 부여된 것으로 보므로 주휴일근로 가산수당은 별도로 발생하지 않음에도 일요일 근무에 대한 휴일근로 가산시간을 산출하기도 하였다.

하고 법을 적용한다는 강행적·보충적 효력을 명시하고 있다. 법기준에 미달하는 내용으로 체결된 위법한 포괄임금약정은 효력이 부인된다는 점이 판결문에 명기되어야 마땅하다. ‘당사자 간에 정액급 포괄임금약정을 체결했다(유효하다가 아니다). 하지만 근로제공 및 임금지급 사실 관계를 살펴보니 근로기준법과 최저임금법을 위반한 점이 드러났다. 따라서 이 포괄임금약정은 법률을 위반하여 효력이 없다’고.

셋째, 근로자는 본인이 최저임금 이상을 받고 있는지 확인하기 위하여 결국 법원의 도움을 얻어야 하는가. 위에서 본 것처럼 정액급제 포괄임금약정을 체결한 경우에 최저임금 미달 여부를 확인하기 위해서는 법원마저 심급별로 다른 계산의 오류를 보일 정도로 복잡한 계산 과정을 거쳐야 한다. 시간외수당이 녹아 들어간 월급은 언뜻 보기에 최저임금 수준을 넘어서는 것처럼 보여 많은 저임금 근로자들이 의심 없이 포괄임금약정을 체결한다. 그러나 그 월급 속에 몇 %의 농도로 시간외수당이 녹아 들어가 있는지는 도무지 알 수가 없다. 대법원이 판시한 ③~⑨의 계산 과정을 거쳐야만 본인이 제공한 근로에 대한 대가인 임금이 최저임금에 미달하지 않는지, 시간외근로에 대한 대가를 제대로 셈하여 받고 있는지를 알 수 있다. 법원마저 헛갈리는 계산법을 개별 근로자가 익혀 권리를 보장받기 어렵다. 사용자가 제공한 오렌지 주스의 농도를 근로자더러 계산해 내라는 것과 진배없다. 근로시간 산정이 어렵거나 불가능한 경우에 포괄임금약정을 인정할지 말지의 문제는 별론으로 하자. 근로시간 계산이 가능함에도 이렇게 정액급제 포괄임금약정을 체결한 것은 어떤 측면에서 보더라도 “계산의 편의와 근로자의 의욕을 고취”한다고 볼 수 없다. 근로시간 산정이 가능함에도 고정된 월급 속에 시간외수당이 녹아 들어간 정액급제 포괄임금약정의 유효성을 인정하는 것은 근로시간 관리를 포기한 사용자의 이익을 대변할 뿐이다.

최소한 소정근로에 대한 대가로서 지급되는 기본급은 구분하여 명시토록 해야만 근로자 본인이 최저임금 이상을 받는지 정도라도 확인할 수 있다. 사용자가 최저임금을 위반하는 임금수준을 결정하는 것을 예방할 수 있다. 근로기준법 제48조에 따라 2021. 11. 19.부터 사용자에게 임금을 지급할 때마다 임금의 구성항목별 금액과 계산방법 등이 명시된 임금명세서 교부 의무를 부과하는 이유가 “사용자와 근로자가 임금에 대한 정보를 정확히 주고받고, 임금체불이 발생할 경우 사용자와 근로자 간 액수 등에 대한 다툼의 소지를 줄이는 것”에 있다는 점을 상기해보면, 법원이 아무리 정교한 계산방식을 제시한다고 하더라도 계약 당사자조차 임금항목과 계산방법을 알지 못하는 정액급제 포괄임금약정을 어떤 해석으로 계속 유지할 수 있을지 의문이다. **KL**

정현주(노무법인 에이치 공인노무사, 법학 박사)

근로기준법 위반의 벌칙이 적용되는 연장근로 한도의 산정방법

- 대법원 2023. 12. 7. 선고 2020도15393 판결 -

【판결 요지】

구 근로기준법 제50조는 1주간의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 40시간을 초과할 수 없고(제1항), 1일의 근로시간은 휴게시간을 제외하고 8시간을 초과할 수 없다(제2항)고 규정하고, 제53조 제1항은 당사자 간에 합의하면 1주간 12시간을 한도로 제50조의 근로시간을 연장할 수 있다고 규정하고 있다. 구 근로기준법 제53조 제1항은 연장근로시간의 한도를 1주간을 기준으로 설정하고 있을 뿐이고 1일을 기준으로 삼고 있지 아니하므로, 1주간의 연장근로가 12시간을 초과하였는지는 근로시간이 1일 8시간을 초과하였는지를 고려하지 않고 1주간의 근로시간 중 40시간을 초과하는 근로시간을 기준으로 판단하여야 한다.

대상판결은 근로기준법에서 정한 연장근로시간의 한도를 초과하였다는 이유로 형사기소된 사안이다. 상시 500명의 근로자를 사용하여 항공기 기내 좌석용 시트 등의 세탁업무를 수행하는 회사의 대표이사(피고)가 근로자(망인)에게 퇴직금과 연장근로수당을 퇴사일(사망일)로부터 14일 이내 지급하지 않았고, 피고가 근로자에게 1주간 12시간의 연장근로 한도를 총 130회를 초과하여 근로하게 한 혐의로 기소되었다. 1심과 2심은 이 혐의를 일부(연장근로수당 및 퇴직금 미청산, 연장근로 한도 초과 총 109회) 유죄로 인정하여 벌금 100만 원을 선고했고, 피고는 연장근로 한도 초과한 부분에 대해서만 불복하여 상고하였다. 이에 대상판결은 원심이 유죄로 인정한 연장근로한도 초과 총 109회 중 3회에 대해 파기·환송하였다.

법적 쟁점이 된 핵심 사실관계와 결론을 축약하면 아래와 같다.

	월	화	수	목	금	토	일	1주 합계
일 연장근로		4:00	3:30	6:30			3:30	17:30
일 기준근로시간		8:00	8:00	8:00			8:00	32:00
일 실근로시간		12:00	11:30	14:30			11:30	49:30

- 1심·원심 : 일 연장근로를 합하면 1주에 17시간 30분으로 12시간을 초과하여 유죄(근로기준법 제53조 제1항 위반)
- 대법원 : 1주간의 총 실근로시간 49시간 30분에서 1주 법정 기준근로시간 40시간을 제하면 1주 연장근로는 9시간 30분으로 12시간을 초과하지 않았으므로 무죄

연장근로 관련 사건은 연장근로수당을 청구하는 민사사건이 대부분이며, 근로기준법 위반으로 처벌을 구하는 형사사건은 흔치 않았다. 우리 근로기준법은 탄생할 때부터 벌칙 규정을 전제로 근로시간에 대한 규제(기준 또는 법정근로시간)뿐 아니라 연장근로시간의 한도에 대해서도 규제하였다. 대상판결은 1주간 12시간의 연장근로 한도를 계산하는 방법을 최초로 판단한 판결인데, 근로기준법 제정 70년 만에 벌칙이 적용되는 연장근로 한도를 산정하는 방법이 이제와 새삼 문제가 되었을까? 앞서 언급했듯이 연장근로수당 청구 사건이 주를 이룬 탓이 가장 클 것이다. 또한 고용노동부의 행정해석과 다른 대상판결의 결론에 이례적이라는 반응을 보이는 것은 법규정(근로기준법 제53조 제1항) 내용과 형식에 관계없이 기준근로시간(근로기준법 제50조의 1주 40시간, 1일 8시간)을 초과하는 근로는 모두 '연장근로'라는 뿌리 깊은 법 상식이다. 이러한 법 상식이 틀린 것은 아니지만 벌칙이 적용되는 1주간 12시간의 연장근로 한도의 산정과는 다른 맥락이라는 것이 대상판결의 판단이다.

근로기준법상 연장근로와 관련된 형벌 법규는 크게 세 가지(기준근로시간 초과, 연장근로시간 한도 초과, 연장근로수당 미지급)로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 기준근로시간(1주 40시간, 1일 8시간, 근로기준법 제50조 제1항·제2항)을 초과할 수 없고, 이를 위반한 경우 근로기준법 제110조 제1호의 벌칙이 적용된다. 이의 위반 여부에 대한 판단은 기준근로시간을 초과하여 근로할 수 있도록 정한 근로기준법 제53조 제1항(당사자 간에 합의하면 1주간에 12시간을 한도로 제50조의 근로시간을 연장할 수 있다.)에 따라 '당사자 간에 합의' 여부에 있다. 따라서 당사자 간에 합의 없이 1주 40시간, 1일 8시간을 초과한다면 벌칙이 적용된다.

둘째, 당사자 간에 합의로 연장근로를 하더라도 1주 12시간을 초과할 수 없고, 이를 위반한 경우에도 근로기준법 제110조 제1호의 벌칙이 적용된다(대상판결의 사안). 연장근로의 한도를 초과하는 경우를 규제하기 위한 것이다. 위 표에서 보듯이 이에 대해 원심과 대법원이 판단을 달리하였는데, 대법원은 다음과 같은 논거로 원심을 파기·환송하였다. ㉠ 근로기준법 제53조 제1항은 '1주 단위'로 '12시간'의 연장근로 한도를 설정하고 있으므로 여기서 말하는 연장근로란 같은 법 제50조 제1항의 '1주간'의 기준근로시간을 초과하는 근로를 의미한다고 해석하는 것이 자연스럽다. ㉡ 근로기준법은 '1주간 12시간'을 1주간의 연장근로시간을 제한하는 기준으로 삼는 규정을 탄력적 근로시간제나 선택적 근로시간제 등에서 두고 있으나(제53조 제2항, 제51조, 제52조), 1일 8시간을 초과하는 연장근로시간의 1주간 합계에 관하여 정하고 있는 규정은 없다. ㉢ 1일 8시간을 초과하거나 1주간 40시간을 초과하는 연장근로에 대해서는 통상임금의 50% 이상을 가산한 임금을 지급하도록 정하고 있는데(근로기준법 제56조), 연장근로에 대하여 가산임금을 지급하도록 한 규정은 사용자에게 금전적 부담을 가함으로써 연장근로를 억제하는 한편, 연장근로는 근로자에게 더 큰 피로와 긴장을 주고 근로자가 누릴 수 있는 생활상의

자유시간을 제한하므로 이에 상응하는 금전적 보상을 해 주려는 데에 그 취지가 있는 것으로,¹⁾ 연장근로 그 자체를 금지하기 위한 목적의 규정은 아니다.

다시 한 번 법문(“당사자 간에 합의하면 ‘1주간에 12시간을 한도’로 ‘제50조의 근로시간을 연장’할 수 있다.”)을 살펴보면, 근로기준법 제53조 제1항은 당사자 간에 합의한다면 ‘1주간에 12시간을 한도’로 근로기준법 제50조에 규정한 1주 40시간, 1일 8시간을 초과하여 근로할 수 있다는 것이다. 대상판결이 ㉠에서 언급하듯이 이때 1주간의 12시간 한도를 산정하는 기준은 ‘1주간’의 기준근로시간을 초과하는 근로를 의미한다고 해석할 수밖에 없었을 것으로 보인다. 근로기준법 제50조의 1주 40시간, 1일 8시간을 초과하는 근로가 ‘연장근로’라는 법상식과 별개로 별칙(근로기준법 제110조 제1호)이 적용될 구성요건을 정하고 있는 근로기준법 제53조 제1항에는 1일 연장근로의 한도를 규정하지 않았기 때문이다. 근로기준법 제53조 제1항은 형벌 법규로서 해석함에 있어 법률문언의 구속은 엄격히 준수되어야 한다. 법률에 직접 명시되지 아니한 사실까지 해석을 유추하는 것을 금하는 유추해석 금지 원칙과 같이 죄형법정주의는 형벌 법규의 해석을 엄격한 문리해석에 국한할 것을, 그리고 해석상 ‘의문시될 경우에는 피고인의 이익으로’(In dubio pro reo) 해석할 것을 요청한다. 따라서 문언의 가능한 의미를 넘어서는 형벌 법규의 적용은 민주적 정당성을 결하는 것이므로 대상판결의 판단이 부득이했을 것으로 보인다.

셋째, 근로기준법 제53조에 따라 연장된 시간의 근로(1주간에 12시간을 한도로 근로기준법 제50조에 규정한 1주 40시간, 1일 8시간을 초과하는 연장근로)에 대하여 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 근로자에게 지급하여야 하고, 이를 위반한 경우 근로기준법 제109조 제1호의 벌칙이 적용된다. 앞서 언급한 근로기준법 제50조의 1주 40시간, 1일 8시간을 초과하는 연장근로라는 법 상식은 가산임금이 지급되는 연장근로라는 측면에 부합하는 법 상식인 것이다. 이러한 측면에서 대상판결도 “가산임금 지급 대상이 되는 연장근로와 1주간 12시간을 초과하는 연장근로의 판단 기준이 동일해야 하는 것은 아니다.”라고 판시한 것으로 보인다.

위와 같은 법정 및 연장근로시간에 대한 규제시스템은 근로기준법이 제정된 1953년부터 현재까지 큰 변동 없이(규제 시간의 길이, 조문의 위치 및 벌금 액수의 개정) 기본 골격을 그대로 유지하고 있다.²⁾ 대상판결을 계기로 우리 근로기준법에 1일 총 근로시간의 한도에 대해 규제가

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

2) ■ 근로기준법[법률 제286호, 1953. 5. 10., 제정]

제42조(근로시간) ① 근로시간은 휴게시간을 제하고 1일에 8시간 1주일에 48시간을 기준으로 한다. 단 당사자의 합의에 의하여 1주일에 60시간을 한도로 근로할 수 있다.

제46조(시간외휴일근로) 사용자는 연장시간근로(第42條, 第43條의 規定에 依하여 延長된 時間의 勤勞)와 야간근로(下午10時부터 上午6時까지의 사이의 勤勞)에 대하여는 통상임금의 100분의 50이상을 가산하여 지급하여야 하며 휴일근로(本法에서 定한 賃金支給休日의 勤勞)에 대하여는 사용자는 당해일에 소당임금을 지급하는 것을 이유로 본법에서 정한 휴일에 지급할 임금의 지급을 거절할 수 없다.

없었음을 확인할 수 있었다. 1일 8시간에 더하여 12시간을 몰아서 연장근로를 하더라도 1주 12시간을 초과하지 않는다면 법 위반이 아니고, 이론적으로 가능하다는 것이다. 이는 법 해석과 적용의 문제가 아니라 입법부가 나서서 풀어야 할 문제이다. 1일 총 근로시간에 대한 규제 또는 근로기준법 제59조 제2항과 같은 휴식시간을³⁾ 마련해야 한다. **KL**

강선희(고려대학교 일반·노동대학원 강사, 법학 박사)

☞ 제42조 제1항과 제46조에 위반한 자는 제110조 벌칙(2천환 이하의 벌금) 적용

■ 근로기준법[법률 제5245호, 1996. 12. 31., 일부개정]

제42조(근로시간) ① 1주간의 근로시간은 휴게시간을 제하고 44시간을 초과할 수 없다.

② 1일의 근로시간은 휴게시간을 제하고 8시간을 초과할 수 없다.

제42조의4(연장근로의 제한) ① 당사자 간의 합의가 있는 경우에는 1주간에 12시간을 한도로 제42조의 근로시간을 연장할 수 있다.

제46조(시간외, 야간 및 휴일근로) 사용자는 연장근로(第42條의4·第47條의2 및 第55條 但書의 規定에 의하여 연장된 時間의 勤勞)와 야간근로(下午 10時부터 上午 6時까지 사이의 勤勞) 또는 휴일근로에 대하여는 통상임금의 100분의 50이상을 가산하여 지급하여야 한다.

☞ 제42조, 제42조의4 제1항 위반 시 제110조 벌칙 적용, 제46조 위반 시 제109조 벌칙 적용

3) 근로기준법 제59조 ② 제1항의 경우 사용자는 근로일 종료 후 다음 근로일 개시 전까지 근로자에게 연속하여 11시간 이상의 휴식 시간을 주어야 한다.

중대재해처벌법위반(산업재해치사)죄와 근로자 사망으로 인한 산업안전보건법위반죄 및 업무상과실치사죄의 죄수관계

- 대법원 2023. 12. 28. 선고 2023도12316 판결 -

【판결 요지】

중대재해처벌법과 산업안전보건법의 목적, 보호법익, 행위태양 등에 비추어 보면, 이 사건에서 중대재해처벌법위반(산업재해치사)죄와 근로자 사망으로 인한 산업안전보건법위반죄 및 업무상과실치사죄는 상호간 사회관념상 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우로서 형법 제40조의 상상적 경합관계에 있다.

피고인 B회사는 관계수급인인 C와 제강 및 압연 일용보수 작업에 관한 도급계약을 체결하였고, C의 근로자 D는 B회사의 야외작업장에서 방열판 보수 작업을 하였다. B회사의 대표이사 A는 안전보건총괄책임자로서 산업재해를 예방하기 위해 중량물 작업에 관한 작업계획서를 작성하고 그 계획에 따라 작업을 하도록 할 업무상 주의의무가 있었으나, 작업계획서를 작성하지 않았다. 또한 피고인 A는 피고인 B회사의 경영책임자로서 B가 지배·운영·관리하는 사업장에서 종사자의 안전·보건상 유해 또는 위험을 방지하기 위한 안전보건관리체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치를 하지 않았다.

피고인 A의 위와 같은 의무 위반으로 인해 2022. 3. 16. 피해자 D가 방열판 보수 작업을 하던 중 섬유벨트가 끊어지고 방열판이 낙하하면서 피해자를 덮쳐 피해자의 왼쪽 다리가 방열판과 바닥 사이에 협착되었고, 좌측 대퇴동맥 손상에 의한 실혈성 쇼크로 사망하였다.

대상판결의 제1심은 피고인 A의 중대재해처벌법위반(산업재해치사)죄와 근로자 사망으로 인한 산업안전보건법위반죄 및 업무상과실치사죄를 모두 유죄로 인정하면서 위 각 죄의 관계를 상상적 경합으로 보아 징역 1년을 선고하였다. 이에 피고인 A는 양형부당을 이유로, 검사는 양형부당 및 죄수관계에 관한 법리오해를 이유로 항소하였으나 대상판결의 원심은 피고인 A와 검사의 항소를 모두 기각하였다.

이에 검사는 죄수관계에 관한 법리오해를 이유로 상고하였으나, 대상판결은 1개의 행위란 법적 평가를 떠나 사회관념상 행위가 사물자연의 상태로서 1개로 평가되는 것을 의미하는데, 중대재해처벌법과 산업안전보건법의 목적, 보호법익, 행위태양 등에 비추어 보면, 이 사건에서 중대재해처벌법위반(산업재해치사)죄와 근로자 사망으로 인한 산업안전보건법위반죄 및 업무상과실치사죄는 상호간 사회관념상 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우로서 형법 제40조

의 상상적 경합관계에 있다고 하여 상고를 기각하였다.

대상판결은 1) 산업안전보건법 제1조와 중대재해처벌법 제1조의 규정을 고려하면 각 법의 목적이 완전히 동일하지는 않지만 '산업재해 또는 중대재해를 예방'하고 '노무를 제공하는 사람 또는 종사자의 안전을 유지·증진하거나 생명과 신체를 보호'하는 것을 목적으로 함으로써 궁극적으로 사람의 생명·신체의 보전을 보호법익으로 한다는 점에서 보호법익이 공통되고 이는 형법상 업무상과실치사상죄와도 같으며, 2) 피고인 A가 안전보건총괄책임자로서 작업계획서 작성에 관한 조치를 하지 않은 산업안전보건법위반행위와 경영책임자로서 안전보건관리체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치를 하지 않은 중대재해처벌법위반행위는 모두 같은 일시·장소에서 같은 피해자의 사망이라는 결과 발생을 방지하지 못한 부작위에 해당하므로 사회관념상 1개의 행위로 평가할 수 있으므로 중대재해처벌법위반(산업재해치사)죄와 근로자 사망으로 인한 산업안전보건법위반죄는 상상적 경합 관계에 있고, 3) 근로자 사망으로 인한 산업안전보건법위반죄와 업무상과실치사죄는 상상적 경합 관계에 있는데 중대재해처벌법에 따른 피고인 A의 안전 확보의무는 산업안전보건법에 따른 안전 조치의무와 마찬가지로 업무상 과실치사죄의 주의의무를 구성할 수 있으므로 중대재해처벌법위반(산업재해치사)죄와 업무상과실치사죄 역시 행위의 동일성이 인정되어 상상적 경합 관계에 있다는 이유로 위 각 죄를 모두 상상적 경합으로 인정한 원심은 죄수판단에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다고 판단하였다.

형법 제40조는 한 개의 행위가 여러 개의 죄에 해당하는 경우에는 가장 무거운 죄에 대하여 정한 형으로 처벌한다고 규정하고 있다. 피고인에 대하여 여러 개의 죄가 성립하면 경합범 가운데 관한 형법 제38조가 적용되지만, 상상적 경합은 피고인의 행위가 한 개인 점을 고려하여 한 개의 형을 선고하도록 하는 것이다. 상상적 경합이 성립하면 경합범 가운데 적용되지 않으므로 처단형의 상한이 실제적 경합에 비해 가벼워지는 결과가 된다. 또한 형사절차에서 한 개의 죄로 취급됨에 따라 공소제기의 효력이나 확정판결의 효력도 상상적 경합 관계에 있는 범죄 전체에 통일적으로 미치므로, 근로자 사망으로 인한 산업안전보건법위반으로 처벌을 받은 경우 중대재해처벌법위반으로 다시 처벌할 수 없게 된다.

대법원은 종래 업무상과실치사상과 근로자 사망으로 인한 산업안전보건법위반죄는 상상적 경합으로 보았다. 그런데 중대재해처벌법이 제정되면서 위 범죄들과 중대재해처벌법위반(산업재해치사)죄가 동시에 성립하는 경우 죄수관계는 어떻게 될 것인지에 대하여 논의가 이루어졌는데, 이에 대하여 대상판결은 세 범죄 사이의 죄수관계에 관한 대법원의 입장을 최초로 밝힌 것이다.

산업안전보건법과 중대재해처벌법의 입법취지와 보호법익에 공통점이 있고, 산업안전보건법위반행위와 중대재해처벌법위반행위는 동일한 근로자의 사망을 방지하지 못한 부작위라는 점에서 공통점이 있다고 할 수 있다. 그러나 산업안전보건법상 안전보건총괄책임자의 의무는 직

접 구체적인 안전조치 및 보건조치를 할 의무이고 중대재해처벌법상 경영책임자의 의무는 안전보건관리체계를 구축하고 이행하도록 할 관리의무라는 점에서 행위의 모습이나 성격이 동일하다고 보기 어렵다. 이 점에서 대상판결이 산업안전보건법위반행위와 중대재해처벌법위반행위가 사회관념상 한 개의 행위에 해당한다고 본 것에는 의문이 남는다.

중대재해처벌법위반(산업재해치사)죄와 업무상과실치사상죄의 관계는, 중대재해처벌법이 경영책임자에게 안전 및 보건확보 의무를 부과하고 있는 이상 경영책임자가 이를 위반한 것은 그 자체로 업무상주의의무를 위반한 것으로 볼 수 있으므로, 상상적 경합 관계로 볼 수 있을 것이다. **KL**

조재호(법무법인(유한) 민 변호사)

“타다” 프리랜서 드라이버의 사용자는 누구인가?

- 서울고등법원 2023. 12. 21. 선고 2022누56601 판결 -

【판결 요지】

어떤 근로자에 대하여 누가 사용자인가를 판단할 때에는 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여야 하고, 근로기준법상 근로자인지를 판단할 때에 고려하였던 여러 요소들을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 1999. 2. 9. 선고 97다 56235 판결, 대법원 2008. 10. 23. 선고 2007다7973 판결, 대법원 2023. 8. 18. 선고 2019다 252004 판결 등 참조). …… 원고는 F 서비스 사업의 주체로서 그 사업운영에 필요한 참가인과 같은 프리랜서 드라이버를 E로부터 공급받은 후 D를 통하여 참가인의 업무를 지휘·감독하고 근로조건을 정함으로써 참가인으로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받았으므로, 원고가 참가인의 실질적 사용자라고 보아야 한다.

1. 사안의 배경

주식회사 쏘카(이하 “쏘카”라고 함)는 2011. 10. 31. 설립되어 상시 약 400명의 근로자를 사용하여 자동차렌트업 등을 영위하는 법인이고, 브이씨엔씨 주식회사(이하 “브이씨엔씨”라고 함)는 2011. 1. 28. 설립되어 상시 약 100명의 근로자를 사용하여 소프트웨어 개발업 등을 영위하는 법인이다. 브이씨엔씨는 2018년 10월 ‘타다’ 애플리케이션(이하 “타다 앱”이라 한다)을 통하여 브이씨엔씨의 완전모회사인 쏘카가 소유한 11인승 카니발 승합차를 임차(賃借)하는 승객에게 임차와 동시에 운전자를 알선(斡旋)해 주는 방식의 모빌리티 서비스 사업(이하 편의상 “타다 서비스”라고 한다)을 시작하였다. 이러한 타다 서비스는 타다 앱을 스마트폰에 설치하고 결제를 위한 신용카드를 등록·가입한 회원(이하 “이용자”라고 함)에게 쏘카 소유의 11인승 승합차를 호출과 동시에 용역업체로부터 공급받은 기사(이하 “타다 드라이버”라 한다)로 하여금 위 차량을 운전하도록 하는 기사 포함 차량 대여 서비스라는 법형식으로 설계되었고, 이를 위하여 쏘카는 용역업체와 ‘임차인 알선 및 운전용역 제공 계약’을 체결하였다. 한편, 헤럴드에이치알 주식회사(이하 “용역업체”라고 함)는 2017. 6. 29. 설립되어 상시 약 120명의 근로자를 사용하여 인력공급업 등을 영위하는 법인이다.

참가인은 2019. 5. 23. 용역업체와 ‘드라이버 프리랜서’ 계약을 체결하여 타다 드라이버로 근무하던 중 2019. 7. 15. 쏘카, 브이씨엔씨 및 용역업체로부터 부당하게 해고되었다고 주장하며

이들 세 회사 모두를 상대로 부당해고구제신청을 한 사람이다.

2. 쟁송의 경과

가. 서울지방법노동위원회의 초심(初審)¹⁾

서울지방법노동위원회는 신청인은 ① 자신이 운전서비스를 제공할 수 있는 시간, 요일, 차고지 등을 선택할 수 있었다는 점, ② 신청인이 노무 제공을 원치 않는 경우에 피신청인이 이를 강제하거나 제재를 가할 수단을 갖고 있지 않았다는 점, ③ 피신청인들이 신청인에 대하여 업무수행 과정에서 지휘·감독을 행한 사실이 확인되지 않는 점, ④ 신청인이 운전서비스 제공에 따라 일정 금액을 받은 사실은 있으나, 이를 근로의 대가라고 보기 어려운 점 등을 고려할 때 신청인은 근로기준법에서 정한 근로자가 아니라며 신청을 각하하였다.

나. 중앙노동위원회의 재심(再審)²⁾

중앙노동위원회는 타다 드라이버인 신청인은 확정된 배차표상의 운행 시간에 따라 출근하고, 각종 규정·매뉴얼 등에 구속되어 애플리케이션을 통한 사용자의 지시에 따라 근로하였으며, 시간당 일정 금액에 근로시간을 곱한 수당을 매월 정기적으로 지급받는 등 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공한 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판단하였다. 나아가, 중앙노동위원회는 브이씨엔씨는 쏘카와의 계약에 따라 애플리케이션을 통해 타다 서비스 운영에 대한 업무를 대행한 업체에 불과하고, 용역업체는 쏘카사에 타다 드라이버를 소개·공급한 업체에 불과하므로, 타다 서비스의 운영자로서 근로자를 실질적으로 지휘·감독한 사용자는 쏘카라고 보아, 서울지방법노동위원회의 판정 중 쏘카를 상대로 한 부분을 취소하고, 쏘카가 2019. 7. 15. 참가인에게 행한 해고는 부당해고임을 인정하는 한편, 브이씨엔씨 및 용역업체에 대한 참가인의 재심신청을 각 기각하였다. 이에 쏘카가 이러한 재심판정의 취소를 구하는 소를 제기하였다.

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

서울행정법원은 쏘카가 참가인에 대하여 사용자의 지위에 있다고 보기 어렵고, 또한 참가인

1) 서울지방법노동위원회 2019. 12. 26.자 2019부해2668 판정.

2) 중앙노동위원회 2020. 5. 28.자 중앙2020부해170 판정.

이 쏘카에 대하여 종속적인 관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하였다고도 보기 어렵다고 보아 중앙노동위원회의 재심판정을 취소하는 판결을 하였다. 특히, 1심판결은 “원고(쏘카)는 타다 서비스 이용자에게 프리랜서 드라이버를 알선하는 방식과 파견 드라이버를 알선하는 방식을 병행하고 있었는데, 파견 드라이버는 프리랜서 드라이버와 달리 근무시간이 고정되었고, 원칙적으로 겸업이 허용된다고 볼 수 없으며, 기본급과 퇴직금이 존재하는 등 업무 및 대가지급 방식에서 상당한 차이가 존재한다.”라고 하여 타다 서비스에 사용된 ‘파견’ 드라이버와 ‘프리랜서’ 드라이버의 근무형태의 차이를 강조하였다.

3. 대상판결의 내용

먼저, 대상판결은 근로기준법상 근로자성 판단에 관한 확립된 판례법리, 즉 근로기준법상 근로자에 해당하는지는 계약의 형식이 고용계약, 도급계약 또는 위임계약인지 여부보다 근로제공 관계의 실질이 근로제공자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 등 참조)는 판결을 참조한 후에, 아래의 표와 같은 사실인정에 근거하여 참가인은 종속적인 관계에서 근로를 제공한 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판단하였다.

판단지표	대상판결의 판단
참가인이 업무 내용을 스스로 정하였는지	참가인의 업무 내용은 기본적으로 F 서비스 운영자가 F 앱 등을 통하여 만들어 놓은 틀 안에서 정해졌고, 참가인이 그러한 틀을 벗어나 자신의 업무 내용을 스스로 정할 수 있는 부분은 없었다.
참가인이 노무 제공 과정에서 상당한 지휘·감독을 받았는지	참가인은 노무 제공 과정에서 F 앱 등을 통하여 업무수행방식, 근태관리, 복장, 고객 응대, 근무실적 평가 등 업무 관련 사항 대부분에 관하여 구체적인 지휘·감독을 받았다.
참가인이 스스로 근무시간과 근무장소를 정하였는지	근무수락 여부, 근무시간 등에 관하여 참가인에게 자유로운 선택권이 있었다고 할 수 없다.
근로제공의 계속성과 전속성이 있었는지	참가인이 프리랜서 드라이버로서 근무하는 동안 겸업하였던 사실은 있으나, 겸업이 가능하다는 점은 근로기준법상 단기간 근로자에게도 흔히 나타나는 특성이므로 참가인의 근로자성을 부정할 사정이 되지 못한다.
참가인이 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하였는지 및 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이었는지	참가인은 운전용역의 수행 횟수와 무관하게 근무한 시간에 따라 대가를 지급받았으므로 보수는 근로 자체의 대가적 성격을 가지고 있었다. 참가인은 근무시간에 비례하여 대가를 지급받았을 뿐, 노무제공을 통해 추가적인 이윤을 창출할 수 없었고 손실을 초래할 위험도 부담하지 않았다.
기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지	참가인과 같은 프리랜서 드라이버는 운전용역을 제공한 대가로 기본급이나 고정급 없이 운행 시간당 1만 원을 지급받고 드라이버 레벨제에 따른 특별수수료를 지급받았으며, E는 참가인에게 운전용역대금을 지급하면서 근로소득세를 원천징수하지 않았고, 고용보험 등 사회보장제도를 적용할 때 참가인을 비롯한 프리랜서 드라이버를 개인사업자로 취급

판단지표	대상판결의 판단
	하였다. 그러나 참가인이 지급받은 돈은 제공한 근로 자체에 대한 대가의 성격이고, 위와 같은 사항은 근로관계의 실질과 상관없이 사용자가 임의로 정할 수 있는 것이라는 점에서 근로자성을 부정할 만한 사정으로 보기 어렵다.
파견 드라이버와 근무형태의 차이	원고가 주장하는 파견 드라이버와 프리랜서 드라이버의 차이점(근로시간과 차량이 사전에 정해져 있는지, 법정휴일 등이 보장되어 있는지, 월급제인지 등)은 일반적으로 근로기준법상 근로자들 사이에서도 나타날 수 있는 것이므로 근로자성을 판단할 수 있는 결정적 차이라고 말할 수 없다.

다음으로, 대상판결은 “어떤 근로자에 대하여 누가 사용자인가를 판단할 때에는 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여야 하고, 근로기준법상 근로자인지를 판단할 때에 고려하였던 여러 요소들을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 1999. 2. 9. 선고 97다56235 판결, 대법원 2008. 10. 23. 선고 2007다7973 판결, 대법원 2023. 8. 18. 선고 2019다252004 판결 등 참조)”라는 법리를 제시한 후, 용역업체는 원고에게 참가인을 소개하고 공급한 업체에 불과할 뿐, 참가인이 수행한 운전업무에 관하여 참가인의 실질적 사용자라고 볼 수 없고, 타다 서비스의 실질적인 운영주체는 원고이고, 브이씨엔씨는 원고로부터 타다 서비스 사업을 위한 일부 업무를 위탁받아 수행한 것에 불과하여 참가인의 실질적인 사용자라고 볼 수 없는 반면, 원고는 타다 서비스를 통한 이윤창출과 손실의 초래 등 위험을 모두 부담하였다는 등의 이유를 들어, “결국 원고는 타다 서비스 사업의 주체로서 그 사업 운영에 필요한 참가인과 같은 프리랜서 드라이버를 용역업체로부터 공급받은 후 브이씨엔씨를 통하여 참가인의 업무를 지휘·감독하고 근로조건을 정함으로써 참가인으로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받았으므로, 원고가 참가인의 실질적 사용자라고 보아야 한다.”라고 판단하였다.

4. 대상판결의 의의

최근 확산되고 있는 플랫폼 노동은 근로자성의 유무 자체가 문제가 되는 경우도 있지만, 근로자임이 분명한 취업의 경우에도 그 사용자가 누구인가가 문제 된다. 그런데, 이 사건의 경우, 1심 법원은 타다 드라이버의 근로자성을 부정하였으므로, 참가인의 사용자가 누구인지는 쟁점조차 못 뒀지만, 대상판결은 참가인의 근로자성을 긍정한 후, 나아가 참가인과 ‘근로계약’을 체결한 사실이 없는 쏘카를 참가인의 사용자로 인정하였다.

사실 타다 서비스의 본질은 ‘유사택시’에 불과하므로 참가인과 같은 타다 드라이버의 근로자성을 긍정하는 것은 사실인정의 문제일 뿐, 법리적으로는 특별히 문제 될 부분이 없다고 생각

한다. 참가인과 같은 타다 프리랜서 드라이버는 시간당 10,000원의 고정급으로 보수를 받았을 뿐, 타다의 운행 매출 수익에 따른 혜택이나 부진에 따른 혜택과 위험을 부담하지 않는다. 나아가, 이들은 쏘카가 제공하는 렌터카 차량을 사용하여 타다 앱을 통해 매칭된 고객을 이동해 줄 뿐, 스스로 고객을 유치하거나 독자적인 시장 진출의 기회를 확보할 수도 없었다. 즉, 어느 모로 보나 이들을 스스로 이윤을 창출하고 위험을 부담하는 자영업자(self-employed)로 보기는 어렵다. 또한, 이들은 타다 앱 및 각종 매뉴얼 등을 통하여 업무 내용에 대한 사실상의 구속을 받았다는 점에서 ‘인적종속성’도 충분히 긍정할 수 있다. 따라서 타다 프리랜서 드라이버의 근로기준법상 근로자성을 긍정한 대상판결의 판단에 전적으로 찬성한다.

다만, 종래 판례가 소위 ‘묵시적 근로계약관계’의 성립을 매우 제한적으로 긍정해 왔던 점에 비추어 볼 때(대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결 등 참조), 참가인과 쏘카 사이에 직접적인 근로계약관계의 성립을 긍정하는 것은 이론적인 난점이 있다. ‘묵시적 근로계약관계’에 관한 기존의 판례법리는 복수의 기업이 사용자의 기능을 나누어 분담하는 경우에는 적용하기 어려우며, 따라서 근로자와 (형식적으로) 계약을 체결한 기업이 형해화(形骸化)된 매우 예외적인 경우에만 근로자를 사실상 사용하는 기업과 근로자 간의 (묵시적) 근로계약관계의 성립을 긍정할 수 있다. 이러한 판례법리는 법률관계의 발생은 당사자의 합의에 근거한다는 계약 도그마와 사용자 개념의 일원성(一元性)이라는 전통적인 관념에서 유래한 것으로 이해된다.

이 사건의 경우, 이러한 사용자의 ‘계약적 식별’ 방식을 고수할 경우 참가인의 사용자를 쏘카로 식별하는 것은 용이하지 않다. 그런데, 기업은 때때로 고의적으로 그들의 자산을 근로자의 청구에 대한 책임에서 벗어나도록 그들의 기업 조직을 구조화하는 방법을 선택할 수 있다.³⁾ 이 사건의 경우에도, 쏘카가 렌터카를 이용한 유상운송이라는 타다 서비스 사업(개인적으로는 “유사택시”에 불과하다고 생각한다)의 핵심적인 업무인 차량의 조달, 이용객의 모집, 기사 공급을 각각 쏘카, 브이씨엔씨, 용역업체라는 별도의 기업에게 분담시킨 기본적인 이유는 하나의 사업을 복수의 기업 네트워크를 통하여 수행함을 통하여 그러한 사업에 종속되어 노무를 제공하는 근로자와의 관계에서 직접적인 사용자로 지정되지 않은 나머지 기업들은 노동법상 사용자 책임을 벗어나겠다는 고려도 있었을 것이다.

그런데, 대상판결은 이와 관련하여 종래 임금 및 퇴직금 등의 지급의무가 문제된 사안에서 인정되었던 “어떤 근로자에 대하여 누가 사용자인가를 판단할 때에는 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여야 하고, 근로기준법상 근로자인지를 판단할 때에 고려하였던 여러 요소들을 종합적으로 고려하여야 한다”라는 판례법리를 참조하여, 쏘카가 부당해고에 대한 구제명령의 상대방으로서의 사용자라고 판단하였다.

3) Anderson, H.(2019), “A New Approach to Corporate Structures Involved in Labour Law Breaches,” *Australian Journal of Labour Law* 32(1), p.23.

대상판결이 쏘카를 참가인의 사용자로 인정하는 판단의 근거로 제시한 대법원 1999. 2. 9. 선고 97다56235 판결은 “어떤 근로자에 대하여 누가 같은 법 제28조 제1항, 제30조가 정하는 퇴직금 지급의무를 부담하는 사용자인가를 판단함에 있어서도 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여야 하고, 이 때에도 위와 같은 여러 요소들을 종합적으로 고려하여야 한다.”라고 하여 집달관 사무원에 대하여 퇴직금 지급의무를 부담하는 사용자를 집달관합동사무소라고 본 사례이고, 대법원 2008. 10. 23. 선고 2007다7973 판결은 근로기준법상 임금 및 퇴직금지급의무에 관하여 “실질적인 근로관계에 있지 않다면 근로기준법 기타 다른 법률 등에 의하여 사용자로 취급되는 경우가 있다고 하여 근로기준법상의 임금 및 퇴직금지급의무까지 진다고 할 수 없다”라고 하여 법인의 산하단체가 법인과는 별개의 독립된 비법인사단으로 인정되기 위한 요건을 밝힌 판결이며, 대법원 2023. 8. 18. 선고 2019다252004 판결은 “어떤 근로자에 대하여 누가 임금 지급의무를 부담하는 사용자인가를 판단할 때에는 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여야 하고, 근로기준법상 근로자인지를 판단할 때에 고려하였던 여러 요소들을 종합적으로 고려하여야 한다.”라고 하여, 구 아이돌봄 지원법 제11조 제1항에서 정한 서비스제공기관의 설치·운영자를 아이돌보미와 근로계약 관계를 맺은 사용자가 된다고 판단한 사안이다.

물론, 부당해고의 국면에서의 사용자나 임금 등 지급의무를 부담하는 사용자를 일원적으로 파악하는 것이 합리적일 수 있다는 점에서 보면, 대상판결이 이들 판결을 참조한 것은 수긍되는 측면이 있다. 다만, 묵시적 근로계약관계에 관한 기존의 판례법리와의 관계에서, 사용자가 누구인가를 식별하는 기준에 관한 법원의 입장을 명확하게 정리할 필요가 있다고 생각한다. 대상판결도 “용역업체는 원고(쏘카)에게 참가인을 소개하고 공급한 업체에 불과할 뿐, 참가인이 수행한 운전업무에 관하여 참가인의 실질적 사용자라고 볼 수 없다.” 및 “타다 서비스의 실질적인 운영주체는 원고(쏘카)이고, 브이씨엔씨는 원고로부터 타다 서비스 사업을 위한 일부 업무를 위탁받아 수행한 것에 불과하여 참가인의 실질적인 사용자라고 볼 수 없다.”라고 설시하여, 쏘카 이외의 용역업체나 브이씨엔씨의 사용자성을 부정하고 있는바, 이러한 판시내용은 ‘묵시적 근로계약관계’가 인정되기 위해서는 원고용주가 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 않을 것을 요구하는 기존의 판례법리와의 관계를 고려한 것으로 생각된다.

요컨대, 대상판결은 참가인의 근로기준법상 근로자성을 긍정한 후, 참가인의 사용자가 누구인지의 식별 문제에 관하여 “(쏘카는) 타다 서비스 사업의 주체로서 그 사업운영에 필요한 참가인과 같은 프리랜서 드라이버를 용역업체로부터 공급받은 후 브이씨엔씨를 통하여 참가인의 업무를 지휘·감독하고 근로조건을 정함으로써 참가인으로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받았으므로, 원고가 참가인의 실질적 사용자라고 보아야 한다.”라고 판단하였다. 이러한 판단

은 종래 소위 '묵시적 근로관계'가 인정되는 극히 예외적인 경우를 제외하고는 계약의 명의자 이외의 제3자를 근로기준법상 사용자로 인정하는 데 인색했던 기존의 판례와는 다른 관점의 접근이라는 점에서 의미가 크다. **KLI**

권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)