

노동정책연구
2011. 제11권 제3호 pp.109~134
© 한국노동연구원

연구논문

공동주택의 위탁관리 시 실질적 사용자의 판단 : 부당해고의 구제를 중심으로

조성혜*

공동주택의 관리위탁을 받아 업무를 수행하는 아파트의 관리소장이나 경비는 계약상으로는 관리업체에 소속되어 있으나 입주자대표회의의 직·간접적 지휘·감독을 받는다. 공동주택의 위탁관리와 관련 판례는 입주자대표회의가 지휘·명령권을 행사하였다 할지라도 계약상의 사용자인 관리업체를 사용자로 보고 입주자대표회의의 사용자성을 인정하지 않으려는 입장이다. 이에 반해 행정해석은 계약상의 사용자가 관리업체라 할지라도 입주자대표회의가 근로자를 실질적으로 지휘·감독했다면 입주자대표회의를 사용자로 보아야 한다는 입장이다.

현실에서 아파트의 관리 또는 경비 담당 근로자들은 해고를 당한 경우 계약상의 사용자인 관리업체를 상대로 부당해고구제신청을 한다. 그러나 근로자가 노동위원회로부터 부당해고로 인정을 받았다 하더라도 입주자대표회의가 반대하는 이상 원직에 복직될 가능성은 거의 없다. 입주자대표회의는 근로계약의 상대방이 아니므로 부당해고를 했다 해도 근로자를 복직시켜야 할 아무런 법적 책임이 없기 때문에 웬만해서는 근로자를 복직시키려 하지 않는다.

이렇게 근로자들이 부당해고의 판정(판결)을 받았다 해도 구제를 제대로 받을 수 없는 근본적인 원인은 계약 당사자인 관리업체는 형식적 사용자에 불과하고 입주자대표회의가 실질적 사용자의 지위에서 우회적으로 인사권을 행사하는 데 있다.

논문접수일: 2011년 8월 31일, 심사의뢰일: 2011년 9월 15일, 심사완료일: 2011년 9월 23일

* 동국대학교(서울) 법과대학 교수(cho901@dongguk.edu)

이 논문은 공동주택의 위탁관리가 법적으로 어떻게 규율되어 있는가, 근로 관계에 관한 입법의 미비를 관례와 행정해석이 어떻게 또는 충분히 보완하고 있는가, 해고된 근로자들의 부당해고구제신청이 현실적으로 어떤 문제를 갖고 있는가를 살펴보고, 현행법 중 가장 유관한 법이라 할 수 있는 파견법의 해당 규정과의 관련하에 그 개선방안을 제시해 본다.

핵심 용어 : 간접고용, 공동주택 위탁관리, 부당해고, 사내하도급, 파견근로

I. 머리말

공동주택¹⁾의 위탁관리는 주택의 관리²⁾를 외부업체에 위탁하는 것이므로 업무의 도급³⁾에 해당하고, 업무를 수행하는 장소가 공동주택 단지이므로 사내하도급이라고 할 수 있다. 그러나 대기업과 중소기업의 전형적인 원하청 관계가 아니라 업무를 위탁하는 측이 입주자대표회의라는 점, 주택법(제43조 제2항)의 적용을 받는다는 점에서 통상의 사내하도급과 다르다.

공동주택의 관리위탁을 받아 업무를 수행하는 아파트의 관리소장 및 경비는 계약상으로는 관리업체에 소속되어 있으나 아파트의 주인이 입주자이다 보니 입주자대표회의의 직·간접적 지휘·감독을 받는다. 그런 점에서 원청과 하청의 업무가 완전히 분리된 전형적인 적법한 사내하도급이라고 하기도 어렵고, 입주자대표회의와 관리업체가 근로자파견 계약을 체결하여 업무를 수행하도록 하는 것은 아니므로 파견근로라고도 할 수도 없다.

- 1) 공동주택이라 함은 아파트, 연립주택, 다세대주택 및 기숙사를 말한다(주택법 제2조 제2호, 같은 법 시행령 제2조 제1항 및 건축법시행령 별표 1).
- 2) 공동주택의 관리의 의미에 대하여는 김영두, 「집합건물 관리단과 입주자대표회의의 관계」, 충남대학교, 『법학연구』, 제18권 제1호, pp.148~170(164).
- 3) 공동주택의 위탁관리에서 관리업자와 입주자대표회의와의 관계를 위임계약관계로 보는 견해도 있다. 김영두, 앞의 논문 p.161. 그러나 입주자대표회의가 관리업무를 관리업체에 위탁하여 이에 대한 보수를 지급한다는 점에서 민법 제664조에 의한 도급에 해당한다고 보는 것이 타당하다고 본다.

판례는 입주자대표회의가 지휘·명령권을 행사하였다 할지라도 계약상의 사용자인 관리업체를 사용자로 보고 입주자대표회의의 사용자성을 인정하지 않으려는 입장이다.⁴⁾ 이에 반해 행정해석은 계약상의 사용자가 관리업체라 할지라도 입주자대표회의가 근로자를 실질적으로 지휘·감독했다면 입주자대표회의를 사용자로 보아야 한다는 입장⁵⁾이다.

현실에서 아파트의 관리 또는 경비 담당 근로자들은 해고를 당한 경우 계약상의 사용자인 관리업체를 상대로 부당해고구제신청을 한다. 그러나 근로자가 노동위원회로부터 부당해고로 인정받았다 하더라도 입주자대표회의가 반대하는 이상 원직에 복직될 가능성은 거의 없다. 입주자대표회의는 근로계약의 상대방이 아니므로 부당해고를 했다 해도 근로자를 복직시켜야 할 아무런 법적 책임이 없기 때문에 웬만해서는 근로자를 복직시키려 하지 않는다.

이렇게 근로자들이 부당해고의 판정(판결)을 받았다 해도 구제를 제대로 받을 수 없는 근본적인 원인은 계약 당사자인 관리업체는 형식적 사용자에 불과하고 입주자대표회의가 실질적 사용자의 지위에서 우회적으로 인사권을 행사하는 데 있다. 관리업체는 서류상 근로계약의 당사자이긴 하나 근로자들의 임금을 제하고 입주자대표회의로부터 미미한 수준의 수수료만 받는 처지라 재정적으로 근로자에 대한 인사권을 행사할 만한 위치에 있지 못하다.⁶⁾

아래에서는 공동주택의 위탁관리가 법적으로 어떻게 규율되어 있는가, 근로관계에 관한 입법의 미비를 판례와 행정해석이 어떻게 또는 충분히 보완하고 있는가, 해고된 근로자들의 부당해고구제신청이 현실적으로 어떤 문제를 갖고 있는가를 살펴보고, 현행법 중 가장 유관한 법이라 할 수 있는 파견법의 해당 규정과의 관련하여 그 개선방안을 제시해 보기로 한다.

4) 대법원 1999. 7. 12. 99마628 판결, 대법원 1999. 4. 27. 선고 99두202 판결 등 참조

5) 근로기준법-767, 2004. 2. 16; 근로기준법-3765, 2006. 7. 28. 등 절대 다수의 행정해석

6) 고준기, 「판례에 나타난 아파트 입주자대표회의의 사용자성 판단」, 『법과 정책연구』, 제1집 (2001. 12), pp.183~215(184).

II. 공동주택 관리에 관한 법적 규제

1. 주택법상 공동주택의 관리

공동주택의 관리는 주택법의 적용을 받기 때문에 일반 사업장과는 다른 다음과 같은 특이점이 있다.

주택법에 의하면 대통령령이 정하는 공동주택⁷⁾을 건설한 사업 주체는 입주 예정자의 과반수가 입주할 때까지 그 공동주택을 직접 관리하여야 하며, 입주 예정자의 과반수가 입주하였을 때에는 입주자에게 그 사실을 알리고 그 공동주택을 관리할 것을 요구하여야 한다(주택법 제43조 제1항).

공동주택의 입주자는 공동주택을 자치관리하거나 주택관리업자에게 위탁하여 관리하여야 한다(주택법 제43조 제2항).⁸⁾

이같이 주택법에 따라 공동주택의 관리는 입주자대표회의가 직접 관리하는 경우(자치관리)와 관리업체에 위탁하는 경우(위탁관리)로 나눌 수 있는데, 전자

7) 제48조에 의하면 주택법 제43조 제1항에서 언급하고 있는 ‘대통령령이 정하는 공동주택’이라 함은 다음의 어느 하나에 해당하는 공동주택을 말한다.

- 30세대 이상의 공동주택
- 150세대 이상으로서 승강기가 설치된 공동주택
- 150세대 이상으로서 중앙집중식 난방방식(지역난방방식을 포함한다)의 공동주택
- 건축법 제11조에 따른 건축허가를 받아 주택 외의 시설과 주택을 동일 건축물로 건축한 건축물로서 주택이 150세대 이상인 건축물

8) 입주자는 공동주택의 관리의 요구를 받았을 때에는 그 요구를 받은 날로부터 3개월 이내에 입주자대표회의를 구성하고, 그 공동주택의 관리방법을 결정하여 이를 사업 주체에게 통지하고, 관할 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다(주택법 제43조 제3항).

입주자대표회의가 공동주택을 자치관리하려는 경우에는 사업 주체로부터 관리의 요구가 있었던 날로부터 6개월 이내에 공동주택의 관리사무소장을 자치관리기구의 대표자로 선임하고, 기술인력 및 장비를 갖춘 자치관리기구를 구성하여야 한다. 다만, 주택관리업자에게 위탁관리하다가 자치관리로 관리방법을 변경할 경우에는 그 위탁관리의 종료일까지 자치관리기구를 구성하여야 한다(주택법 제43조 제4항).

사업 주체는 입주자대표회의로부터 관리방법에 관한 통지가 없거나 입주자대표회의가 자치관리기구를 구성하지 아니한 경우에는 주택관리업자를 선정하여야 한다. 이 경우 사업 주체는 입주자에게 그 사실을 알려야 한다(주택법 제43조 제5항).

의 경우 입주자대표회의가 경비 등 근로자를 직접 고용하여 관리를 하고, 후자의 경우 위탁을 받은 관리업체가 관리를 맡게 된다.

2. 공동주택 관리의 유형

가. 입주자대표회의에 의한 자치관리

입주자대표회의가 자치관리를 하기로 한 경우 입주자대표회의는 주택법 제 43조에 따라 그 구성원 과반수의 찬성으로 관리규약, 관리비, 단지 내 시설 및 설비, 공용 부분의 보수, 리모델링, 장기 수선계획, 입주자의 이해조정, 그 밖에 공동주택의 관리와 관련하여 관리규약으로 정하는 사항 등을 의결한다(주택법 시행령 제51조 제1항 참조).

판례⁹⁾는 입주자대표회의의 당사자 능력과 관련, “입주자대표회의는, 단체로서의 조직을 갖추고 의사결정기관과 대표자가 있을 뿐만 아니라, 또 현실적으로도 자치관리기구를 지휘·감독하는 등 공동주택의 관리업무를 수행하고 있으므로, 특별한 다른 사정이 없는 한, 법인 아닌 사단으로서 당사자 능력을 가지고 있는 것으로 보아야 할 것”이라고 하였다. 실제로 판례¹⁰⁾는 아파트 입주자대표회의 사용자성을 전제로 하여 아파트 보일러 기사에 대한 해고의 정당성 여부를 판단한 바 있다.

그러므로 입주자대표회의가 근로자를 직접 채용하고 해임, 승진, 징계, 급여 등, 근로조건을 결정하고 근로자를 지휘·감독하였다면 입주자대표회의를 사용자로 보아야 한다. 이렇게 입주자대표회의가 사용자의 지위에서 관리소 직원 또는 경비를 직접 채용하여 지휘·감독하는 경우는 위탁관리에서와 같은 형식적·실질적 사용자의 책임 문제 등은 발생하지 않는다.

나. 관리업체에 의한 위탁관리

1) 주택법상의 규정

입주자가 공동주택을 자치관리하지 않을 경우는 주택관리업자에게 위탁하여

9) 대법원 1991. 4. 23. 선고 91다4478 판결.

10) 대법원 1992. 4. 14. 선고 92다1728 판결.

관리하여야 한다(주택법 제43조 제2항). 공동주택 관리방법의 결정은 입주자대표회의의 의결 또는 전체 입주자 등의 10분의 1 이상이 제안하고, 전체 입주자 등의 과반수가 찬성하는 방법에 따른다(주택법시행령 제52조 제1항). 관리 주체는 다음의 업무를 행한다(주택법시행령 제55조).

- 공동주택의 공용 부분의 유지·보수 및 안전관리
- 공동주택단지안의 경비·청소·소독 및 쓰레기 수거
- 관리비 및 사용료의 징수와 공과금 등의 납부 대행
- 장기수선충당금의 징수·적립 및 관리
- 관리규약으로 정한 사항의 집행
- 입주자대표회의에서 의결한 사항의 집행
- 그 밖에 국토해양부령이 정하는 사항

입주자대표회의는 주택관리업자가 공동주택을 관리하는 경우에는 주택관리업자의 직원 인사·노무관리 등의 업무 수행에 부당하게 간섭하여서는 아니 된다(주택법시행령 제51조 제5항). 이 규정에 따라 위탁관리의 경우 입주자대표회의는 관리업체 소속의 근로자에 대하여 부당하게 지휘·감독을 하거나 인사권을 행사해서는 안 된다.

2) 공동주택 위탁관리의 유형 및 법적 성격

통상적으로 입주자대표회의가 관리업체에 관리를 위탁하는 경우 입주자대표회의는 관리업체와 위·수탁관리계약을 체결하여 관리를 맡긴다.¹¹⁾

그런데 현실에서 입주자대표회의가 관리업체에 아파트관리를 위탁하는 경우 그 유형은 다음과 같이 나누어진다.

- i) 입주자대표회의의 회장과 주택관리업자가 위·수탁관리계약을 체결한 후 입주자대표회의의 회장이 대표자로 고유번호증(사업자등록증에 준함)을 세무서로부터 발급받아 관리사무소에서 직원의 임금을 직접 지급한 후 갑

11) 관리업체는 공동주택의 관리 일체를 입주자대표회의로부터 위탁받아 전반적인 관리업무를 수행하는데, 관리소장 이하 직원 등 인력을 직접 사용하기도 하지만 일부 업무(분리수거, 청소 등)를 다른 업체에 재하도급을 주기도 한다.

중근로소득세와 4대 보험(국민건강보험 및 국민연금 등)을 고용주로서 납부하고, 주택관리업자는 위·수탁관리계약의 대가로 관리직원의 인건비 등 일반관리비를 제외한 이윤의 성격인 위탁수수료만을 받고 있는 경우.¹²⁾

- ii) 관리사무소가 자체적으로 사업자등록(대표자 : 관리소장)을 하고 회계사항 또한 관리회사와는 별도로 독립채산체로 운영되고 있고, 직원들의 급여는 해당 아파트별로 입주자들에게 관리비를 징수하여 직접 지급하고, 급여 인상과 인원 조정, 직원들의 복리후생적인 모든 조건을 입주자대표회의에서 입주민의 관리비 부담을 감안하여 직접 결정하고, 4대 보험의 사용자 부담액도 입주민의 관리비로 부담함. 관리업체는 금전지출 등과 관련하여 어떠한 영향력도 없으며, 공동주택의 위탁관리 기간 동안 경리 및 회계 사고, 시설물 관리상 문제점 발생 시 책임처리 차원에서 매월 일정액의 용역수수료만을 지급받음.¹³⁾

즉 위탁관리에 의하여 아파트 관리의 유형을 단순화하자면 i) 입주자대표회의가 사용자로서 등록하여 급여를 입주자대표회의가 부담하고 관리업체는 위탁수수료만 받는 경우와, ii) 관리사무소가 사업자등록을 하고 아파트를 관리되 입주자대표회의가 직원들의 근로조건을 결정하는 경우로 구분할 수 있다. 어떠한 유형이든 관리업체는 위·수탁수수료만 받고¹⁴⁾ 실질적으로 근로자를 지휘·감독하고 징계, 해고 등의 인사권을 갖고 있는 자는 입주자대표회의다.¹⁵⁾ 즉 형식상의 사업주는 위탁업체이지만 입주자대표회의가 직·간접적으로 경비업무에 개입한다는 점에서는 파견근로와도 유사하게 보인다.

한편 입주자대표회의가 인사에 관한 강력한 권한을 갖고 있다는 점에서는 직접고용의 성격을 띠고 있다고도 할 수 있으나, 관리업체를 통하여 우회적으로 인사권을 행사한다는 점에서는 직접고용과 다르다.

12) 고용노동부 행정해석 근기 68207-1473, 2003. 11. 13.

13) 고용노동부 행정해석 노사 68107-224, 1997. 8. 28.

14) 위탁관리의 경우 실질적 수수료는 경비 1인당 30여 만 원 정도에 불과하여 관리업체를 사용자라고 하기에는 그 경제적 지위가 너무 낮다.

15) 고준기, 「사용자의 개념 : 입주자대표회의의 사용자성 검토를 중심으로」, 『노동법학』, 제14호(2002. 6), pp.53~81(54).

Ⅲ. 공동주택의 위탁관리에 관한 판례 및 행정해석

1. 판례

가. 은마아파트 사건¹⁶⁾

은마아파트 입주자대표회의는 1994. 6. 30. 보화기업(주)과 아파트 위·수탁 관리계약을 체결하였다. 이에 의하면 기본적으로 입주자대표회의가 은마아파트에 대한 관리업무를 주택관리업자인 보화에게 위탁하고, 보화는 수탁업무를 위 아파트 입주자의 비용 부담하에 그의 책임으로 그의 직원을 사용하여 수행하고 보수로서 평당 30원씩의 수탁비를 지급받는다고 한다. 또한 보화가 설치하는 아파트관리기구의 조직과 인원에 대하여는 입주자대표회의의 승인을 얻어야 하고, 보화는 각 직원의 임명, 직원의 급여와 퇴직급여의 지급, 관리비 부과 및 모든 경비의 지출에 있어 입주자대표회의의 동의 혹은 승인을 받아야 하며, 직원에 대한 입주자대표회의의 해임 요구에 즉시 응하고, 매월 경비 집행과 자금관리에 관한 사항을 보고하여야 한다.

입주자대표회의는 관리사무소의 새로운 직책인 기술실장의 채용이나 신규 직원 채용의 보류, 관리계장과 관리주임 혹은 경비반장의 승진을 의결하기도 하고, 일부 신규 직원의 채용과 경비반장의 승진을 위한 면접에 입주자대표회의의 대표자인 회장과 간부들이 참여하였으며, 또 대표자가 연말에 직원을 표창하기도 하고, 관리사무소가 기안하는 신규 직원 채용, 축탁사원 재임용, 퇴직자 처리, 내부 인사발령, 임금과 중식비, 야식비 등 복지비 및 퇴직금의 지급에 관한 서류에 결재를 하며, 관리사무소로부터 자금집행 및 운용계획, 업무계획과 업무실적 등을 보고받고, 관리사무소장에게 업무지시서를 보내거나 월례회의 의결사항을 통보하였다. 나아가 입주자대표회의는 근로자들이 속한 노동조합의 임금교섭 상대방이 되어 직원들의 임금액, 복지비 등을 결정하여 왔다.

16) 대법원 1999. 7. 12. 선고 99마628 판결.

원심¹⁷⁾과 대법원은 위 계약이 형식상의 위·수탁관리계약에 불과하고 피신청인(입주자대표회의)이 실질적으로 위 아파트의 관리사무소에 근무하는 직원들에 대한 인사권, 업무지휘명령권 등을 행사한다는 내용의 것이라고 볼 수는 없다고 하였다.

즉 “아파트 관리업자와 아파트 위·수탁관리계약을 체결한 아파트 입주자대표회의가 관리사무소 직원들의 인사와 업무에 관여하고 그 노동조합과 임금교섭을 해왔으나, 업무수행 과정에 있어 구체적·개별적인 지휘·감독을 하지 않은 경우, 입주자대표회의가 관리사무소 직원들의 사용자라고 볼 수 없다”는 것이다.

나아가 “아파트 입주자대표회의와의 사이에 위·수탁관리계약을 체결한 아파트 관리업자의 대리인인 관리소장이 관리사무소에서 근무하게 된 직원들과 근로계약을 체결하였다면 그 직원들은 아파트 관리업자의 피용인”이라고 하고 있다.

그리고 “아파트 입주자대표회의가 아파트 관리업자와 체결한 위·수탁관리계약상의 지위에 기한 감독권의 범위를 넘어 일부 직원의 채용과 승진에 관여하거나 관리사무소 업무의 수행 상태를 감독하기도 하고, 또 관리사무소 직원들의 근로조건인 임금, 복지비 등의 지급 수준을 독자적으로 결정하여 오기는 하였으나, 관리업자 혹은 그를 대리한 관리사무소장이 근로계약 당사자로서 갖는 관리사무소 직원들에 대한 임면, 징계, 배치 등 인사권과 업무지휘명령권이 모두 배제 내지 형해화되어 그 직원들과 체결한 근로계약이 형식적인 것에 지나지 않는다고 할 수 없고, 또 입주자대표회의가 관리사무소 직원들의 업무 내용을 정하고 그 업무수행 과정에 있어 구체적·개별적인 지휘·감독을 행하고 있다고 볼 수도 없는 경우, 입주자대표회의가 그 관리사무소 직원들과 근로계약관계에 있는 사용자라고 볼 수 없다”고 하였다.

즉 대법원의 견해에 의하면 입주자대표회의가 직원의 인사에 개입하고 근로조건을 독자적으로 결정하였다 할지라도 그 사정만으로 입주자대표회의를 사용자로 볼 수는 없다는 것이다.

17) 서울고법 1999. 1. 11. 선고 98라305 판결.

나. 무림산업 사건¹⁸⁾

공동주택의 관리 등을 목적으로 하는 회사인 무림산업(주)은 1993. 7. 8. 대표회의와 과천주공1단지아파트에 대한 위탁관리계약을 체결한 데 이어 그 계약 기간이 만료될 무렵인 1995. 6. 12. 다시 계약 기간을 2년으로 하는 위탁관리계약을 체결하고 위 아파트를 위탁관리하여 왔다. 입주자대표회의는 1996. 12. 16. 경비절감을 이유로 위 관리소의 직원 중 과장 1명과 여사무원 1명을 감원하기로 결정한 후 같은 달 18. 그 결정 내용을 원고에게 통보하자, 관리업체는 같은 날 과장직급을 가진 근로자에게 해고예고를 하고, 같은 해 12. 31. 그를 해고하였다. 관리업체는 입주자대표회의의 감원 결정에 따를 수밖에 없는 실정에 있었기 때문에 위 해고는 회사의 경영상 불가피한 조치였다고 주장하였다.

대법원은 이 사건에서 “아파트 입주자대표회의의 감원 요청이 있었다는 사실만으로는 그와 위·수탁관리계약을 체결한 아파트 관리용역 회사의 근로자에 대한 정리해고가 긴박한 경영상의 필요성과 해고회피의 노력을 다하였다고 인정할 수 없다”고 하여 위·수탁관리계약에 의하여 아파트를 관리하는 관리용역 회사가 근로자의 사용자임을 전제로 해고의 정당성 여부를 다루었다.

즉, 원심¹⁹⁾과 대법원은 “원고가 체결한 위 관리계약에 의하면 비록 관리소의 과장과 주임급의 인사는 대표회의와 사전협의를 거쳐 시행하고, 관리소 직원에 대한 인건비는 대표회의의 의결을 거쳐 협의하에 책정하고 이를 일반관리비에 포함시켜 징수한 다음 관리소에서 지급하도록 되어 있지만 대표회의와의 이러한 사전협의를 원고의 해고권 행사의 내부적인 절차 또는 참작 사유에 불과하므로, 대표회의로부터 감원 요청이 있었다는 사실만으로는 원고가 반드시 참가인을 해고할 수밖에 없는 경영상의 긴박한 사정이 있다고 단정할 수 없고, 또 감원 결정을 통보받은 뒤 참가인의 해고를 회피하기 위한 노력을 한 흔적이 없는 등 나머지 정리해고의 요건을 갖추지 아니하였다”는 이유로 원고의 주장을 배척하였다.

이 사건은 근로자가 관리업체를 상대로 부당해고구제신청을 한 것이고 해고의 원인이 외형적으로 관리업체의 경영상 이유에 의한 것이기 때문에 입주자대

18) 대법원 1999. 4. 27. 선고 99두202 판결.

19) 서울고법 1998. 12. 11. 선고 97구47691 판결.

표회의의 사용자성 여부가 논란이 되지는 않았다. 그러나 “관리소 직원에 대한 인건비는 대표회의의 의결을 거쳐 협의하에 책정하고 이를 일반관리비에 포함시켜 징수한 다음 관리소에서 지급하도록 되어 있지만 대표회의와의 이러한 사전협의는 원고의 해고권 행사의 내부적인 절차 또는 참작 사유에 불과하므로, 대표회의로부터 감원 요청이 있었다는 사정만으로는 원고가 반드시 참가인을 해고할 수밖에 없는 경영상의 긴박한 사정이 있다고 단정할 수 없고”라는 표현에서 드러나듯이 입주자대표회의가 직원의 인사에 깊이 개입하였다는 점, 그로 인해 근로자가 해고되었다는 점, 그럼에도 불구하고 입주자대표회의의 사용자성에 관한 언급이 전혀 없다는 점에 비추어 볼 때 대법원이 이 사건의 사용자가 관리업체라는 사실에는 의문을 제기하지 않았음을 알 수 있다.

다. 위장 사내하도급 판례와의 비교

공동주택의 위탁관리가 외관상 사내하도급의 형태를 띠고 있고 원청에 해당하는 입주자대표회의가 인사권을 행사하고 있음에도 불구하고 판례가 입주자대표회의의 사용자성을 인정하지 않은 사실은 위장 사내하도급에 대하여 묵시적 근로관계의 인정 또는 불법과건으로 간주한 최근 판례의 태도와 대조를 이룬다.

위장 사내하도급에 관한 판례에 의하면 원청과 하청업체 근로자들 간의 관계는 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 즉, i) 하청업체가 명목상 존재하기는 하나 원청이 실질적으로 하청업체 근로자들을 직접 지휘·감독하여 하청업체의 실체를 인정하기 어려운 경우²⁰⁾, ii) 하청업체의 실체를 인정할 수는 있으나 근로자를 직접 사용하는 사업주로서가 아니라 단지 인력을 원청업체에 파견하는 기능을 하는 정도에 그칠 경우²¹⁾다. 판례는 전자의 경우 원청과 하청근로자들의 묵시적 근로관계가 존재한다고 보아 원청을 사용자로 인정하였고, 후자의 경우 위장된 하도급관계에 의한 불법과업으로 간주하여 원청에게 파견법에 의한 직접고용 간주 규정을 적용하였다.²²⁾ 주요 판례만을 간단히 언급하면 다음과

20) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결.

21) 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결; 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결.

22) 위장 도급 관련 판례 및 학설에 대한 종합적인 검토를 한 논문으로는 전형배, 「대법원

같다.

- (1) 원청과 사내하청 근로자들의 직접적 근로관계를 인정한 대표적인 판례는 현대미포조선 사건²³⁾이다. 이 사건에서 대법원은 “형식적으로는 피고 회사와 도급계약을 체결하고 소속 근로자들인 원고들로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채, 피고 회사의 일개 사업부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 피고 회사가 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하므로, 원고들과 피고 회사 사이에는 직접 피고 회사가 원고들을 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있었다고 보는 것이 옳다”고 하여 원청의 사용자성을 인정하였다. 즉 원청이 사내협력업체를 두고 그 소속 근로자들을 직접 채용하고, 지휘·감독하고, 징계 등 인사권을 행사했다면 실질적으로는 근로자들을 직접 고용한 것으로 본다는 것이다.
- (2) 예스코 사건²⁴⁾에서는 위장된 사내하도급을 근로자파견이 허용되지 않은 업무에 허가받지 않은 업체(사내하청업체)로부터 인력을 공급받은 것이라고 간주하고, 이러한 불법파견에 대하여도 파견법을 적용해야 한다는 원칙을 세웠다. 즉, 구 파견법 제6조 제3항 본문의 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다”는 규정(직접고용 간주 규정)이 구 파견법 제5조 제1항에 의해 허용되지 않은 업무(근로자파견이 금지된 업무)에도 적용된다고 하여, 불법파견에 대하여도 계약기간 2년 경과 후 직접고용 간주 규정을 적용하였다.
- (3) 현대중공업 사건²⁵⁾에서는 “원고 회사가 참가인들을 포함한 사내 하청업체 소속 근로자들의 기본적인 노동조건 등에 관하여 고용사업주인 사내

판례의 위장도급 유형 판단기준, 『노동법학』, 제36호 (2010. 12.), pp.507~548 참조.

23) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결.

24) 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결.

25) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결.

하청업체의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적 이면서 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있다고 보고, 사내 하청업체의 사업 폐지를 유도하는 행위 및 그로 인하여 노동조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 지배·개입 행위를 한 원고 회사를 법 제81조 제4호 소정의 부당노동행위의 시정을 명하는 구제명령을 이행할 주체로서의 사용자에게 해당한다.”고 판단하였다. 즉 근로계약상으로는 사내하청업체가 사용자라 할지라도 원청이 노조법상 부당노동행위의 주체로서의 사용자가 될 수 있다는 것이다.²⁶⁾

- (4) 현대자동차 사건²⁷⁾에서는 하청업체의 독자성을 인정하여 원청과 하청근로자들 간의 묵시적 근로관계를 인정하지 않은 대신²⁸⁾, 사내하도급을 위장한 불법파견으로 보아, 구 파견법에 의한 직접고용 간주 규정을 적용해야 한다고 보았다. 즉 구 파견법 제6조 제3항 본문은 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다.”고 규정하고 있는데, “이러한 직접고용 간주 규정은 파견근로자보호법 제2조 제1호에서 정의하고 있는 ‘근로자파견’이 있고 그 근로자파견이 2년을 초과하여 계속되는 사실로부터 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접근로관계가 성립한다는 의미를 가지므로, 이와 달리 위 규정이 이른바 ‘적법한 근로자파견’의 경우에만 적용된다고 축소하여 해석하는 것은 그 문언이나 입법 취지 등에 비추어 아무런 근거가 없다”(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결 등 참조)는 것이다.

26) 이 사건에서 원청이 노조활동에 지배·개입하여 노조법상의 부당노동행위를 했다는 점을 인정하는 것에는 다툼이 없으나, 판례가 노조법상의 사용자와 근로계약상의 사용자와 일치하지 않아도 된다는 결론에도 이르게 한 점에 대하여는 논란이 일 수 있다. 판례에 대한 비판적 견해로는 김영문, 「사내하도급기업 근로자에 대한 원기업의 부당노동행위 여부: H사의 사례를 중심으로」, 『기업법연구』, 제23권 제1호(통권 제36호)(2009년 3월), pp. 31~57(33).

27) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결.

28) 이 사건에 대한 평석으로는 조정배, 「현대자동차 사내협력업체 불법파견(위장도급) 사건 판례 평석」, 서울대학교, 『노동법연구』, 제29호(2010. 9), pp.95~118.

라. 시사점

공동주택의 위탁관리와 위에 언급한 위장 사내하도급 사건들과 차이라면 공동주택의 위탁관리의 경우 파견법(제5조 제1항 및 시행령 제2조 제1항 별표 1)에 의하여 근로자파견이 허용된 업종이라는 점, 업무를 위탁한 자가 대기업이 아니라 입주자대표회의라는 점, 주택법의 적용을 받는 점이라고 할 것이다. 그러나 그렇다고 하여 계약당사자가 아닌 입주자대표회의가 근로자들의 근로조건을 결정하고 인사권을 행사할 권한을 갖는다고 할 수는 없다. 주택법시행령에서도 직원 인사·노무관리 등의 업무수행에 부당하게 간섭하여서는 아니 된다고 규정하고 있다(제51조 제5항).

그럼에도 불구하고 판례가 아파트의 위탁관리에 대하여는 입주자대표회의의 사용자성을 부정하고, 기타 위장 사내하도급에 대하여는 묵시적 근로관계의 인정 또는 불법파견으로 간주하고 있다는 점은 의문을 불러일으킨다. 다만 아파트 위탁관리에 관한 판례는 1990년대 후반에 나왔고, 위장 사내하도급 판례는 그로부터 10여 년이 흐른 2000년대 후반 이후에 등장하였다는 점에서 양자를 단순 비교할 수는 없는 측면도 있기는 하다. 그렇다 할지라도 아파트의 위탁관리 관련 판례가 입주자대표회의의 강도 높은 인사권 행사와 근로조건 결정권을 인정사실로 계속 언급하면서도 입주자대표회의의 사용자성을 극구 부정하는 점은 납득하기 어렵다.

대법원이 향후 판례의 일관성을 유지하려면 공동주택의 위탁관리에서 입주자대표회의가 위·수탁관리계약을 체결하고도 직접 인사권을 행사하고 근로자들을 지휘·감독하였다면 묵시적 근로관계를 인정하거나 파견법 제7조 제3항(허가받지 않고 근로자파견사업을 행하는 자로부터 근로자파견의 역무를 제공받는 경우)을 위반한 것으로 보아 불법파견으로 간주해야 할 것이다.

2. 행정해석

한편 고용노동부의 행정해석²⁹⁾은 “아파트를 위탁관리할 경우 근로자의 근로관계에 대한 사용자의 책임은 원칙적으로 주택관리업체가 부담”하여야 한다고

29) 1999. 08. 20, 근기 68207-2029.

보고 있다.

다만 “주택관리업체가 외형상으로는 아파트 입주자대표회의로부터 아파트 관리업무를 수탁 받아 관리하고 있을지라도 입주자대표회의가 관리직원의 급여를 관리비에서 직접 지급하거나 관리직원의 급여 수준을 직접 결정한 경우 또는 관리직원의 임면 등 인사·노무관리에 직접 관여한 경우 등 사실상 사용자로서의 권한을 행사한 경우에는 입주자대표회의가 사용자로서의 지위를 갖는다.”고 해석하고 있다. 즉 직원에 대한 해고가 입주자대표회의의 결정으로 행하여졌다면 그 범위 내에서는 입주자대표회의가 사용자로서의 지위를 갖는 것이다.

또 관리업체가 변경된 경우 고용승계와 관련 “아파트 입주자대표회의가 아파트를 주택관리업자에게 위탁하여 관리하다가 주택관리업자를 변경하는 경우, 원칙적으로 고용승계가 되지 않으나 입주자대표회의가 사실상 사용자로서의 권한을 행사하는 경우에는 고용승계가 된다.”고 봄이 상당하다고 하였다.³⁰⁾

즉 “위탁관리의 경우 입주자대표회의는 위탁관리업체와 위탁계약만 체결하고 아파트관리 종사근로자들은 위탁관리업체가 채용하여 근로계약을 체결하고 교육, 감독도 하게 되므로 위탁관리업체가 변경되는 경우 위탁관리업체 상호간에 영업양도·수 등 특별한 사정이 없다면 법률적인 근로자 고용승계 의무는 없다”고 할 것이나, “근로기준법상 사용자로서의 지위가 근로계약의 존재 여부 등 법 형식에 의해서만 결정되는 것은 아니며 개별적이고 실질적인 관점에서 결정되는 것이므로 근로계약의 당사자가 아니라 하더라도 인사, 급여 등 근로조건 결정, 근로 실시에 관한 명령, 감독권의 사실상 행사 여부 등으로 인하여 근로종속관계가 인정된다면 사용자로서의 지위가 결정될 것”이라는 것이다.

따라서 “아파트 위탁관리의 경우에도 입주자대표회의가 채용, 해임, 승진, 징계, 급여 등 근로조건 결정에 직접적으로 개입하고 사실상 근로자를 사용하며 지휘·감독하였다면 입주자대표회의를 사용자로 볼 수 있으며 이러한 경우에는 위탁관리업체는 입주자대표회의의 노무지휘권한을 수입받은 자에 불과하다고 볼 것이므로 위탁관리업체가 변경되어도 정당한 사유가 없다면 고용은 유지되어야 할 것”이라고 보았다.

30) 1998. 07. 29, 법심 61010-477.

나아가 “근로기준법상의 사용자는 원칙적으로 근로계약의 당사자로서 근로자를 지휘·감독하고 임금지급 의무를 지는 자”를 말하므로, “주택관리업자가 관리업무종사자를 채용하고 해임·승진·배치전환·징계·보수 및 퇴직금 지급 등 노무관리에 관하여 전권을 행사하는 경우에는 사용자로 보아야 할 것”이나, “입주자대표회의가 관리업무 종사자에게 정기적으로 지급되는 임금·퇴직금 등의 지급·결정에 있어서 최종 결재권을 행사하고, 채용·해임·승진·배치전환·징계 등 인사 조치와 관련하여 위탁관리업체에게 지시하거나 최종적으로 결재하는 등 외형상 위탁관리방식을 취하면서도 관리업무 전반에 대한 사실상의 집행권과 관리업무 종사자에 대한 실질적인 사용자의 권한을 행사하는 경우라면 입주자대표회의를 근로기준법상 사용자로 볼 수 있는 것”이라고 했다.³¹⁾

그 후의 행정해석도 “외부의 관리업체가 입주자대표회의와 아파트관리운영에 관한 위탁계약을 체결하고 관리사무소장 등 근로자를 고용하여 운영하는 경우라면 위탁관리업체의 대표를 사용자로 보아야 할 것”이나 “아파트 관리사무소에 종사하는 근로자를 입주자대표회의가 직접 고용하여 임금을 지급하고 업무수행에 관하여 지휘·감독을 하는 등 직접 운영하는 경우라면 입주자대표회의의 대표를 사용자로 볼 수 있을 것”³²⁾이라고 하여 지속적으로 입주자대표회의의 사용자성을 인정하고 있다.

3. 부당해고 시 문제점

만일 판례의 견해대로 아파트의 위탁관리에서 입주자대표회의가 직원의 근로조건을 결정하고 직접 직원들을 지휘·명령했음에도 불구하고 관리업체를 사용자로 보게 되면 입주자대표회의가 독자적으로 근로자들에 대한 인사권을 행사한 경우 이를 제재할 아무런 법적 장치가 없고, 그 결과 해당 근로자들의 권리가 심각하게 훼손된다. 예컨대 근로자가 성실히 근무를 했음에도 불구하고 특정 입주민이 근로자에 대하여 불만을 제기하면 관리업체는 위·수탁관리계

31) 근기 68207-1473, 2003. 11. 13.

32) 근로기준과-767, 2004. 2. 16.; 근로기준탐-3765, 2006. 7. 28.

약이 단절될 것을 우려하여 아무런 조건 없이 다른 근로자로 대체하고 문제의 근로자를 대기발령 내리거나 해고할 수 있다. 그리고 해고된 근로자는 계약의 상대방인 관리업체를 상대로 노동위원회에 부당해고구제신청을 하는데, 설령 부당해고라는 판정(판결)이 나왔다 해도 관리업체가 근로자를 원직에 복직시키는 것은 어렵다. 근로자의 해고를 지시한 입주자대표회의가 그 근로자를 원직에 복직시킬 리는 만무하기 때문에 근로자가 근무하던 종전 아파트로의 배치는 거의 불가능하다. 그러므로 원직복직 명령을 받은 관리업체가 취할 수 있는 유일한 방법은 다른 아파트의 관리직 또는 경비 등으로의 배치일 것이나, 부당하게 해고당한 대부분의 근로자들은 종전 아파트로의 복귀를 원한다.

다만 아파트의 특성상 입주자가 직원에 대하여 불만을 제기하여 해고된 경우 현실적으로 그 근로자에게 다시 업무를 맡긴다는 것이 어려운 면은 있으나, 단지 그 이유만으로 해고권을 행사한 입주자대표회의가 면책될 수는 없다고 본다.

IV. 개선방안

1. 문제의 소재

입주자대표회의가 실질적인 인사권을 갖게 되는 근본적인 이유는 아파트의 경우 입주자대표회의가 경비의 업무에 관여하고 입주민의 관리비에서 경비의 급여가 지급되고 위탁업체에게는 미미한 수수료만 지급하는 위·수탁관리계약의 관행이 굳어진 데 있다고 할 것이다. 즉 관리업체는 무늬만 사용자이지 업체가 위·수탁관리계약을 통해 취하는 이득은 경비 한 달 급여에도 못 미치는 수수료에 불과하기 때문에 입주자대표회의에 대해 사용자로서의 권리를 주장할 입장이 못 된다. 그러므로 입주민이 경비에 대하여 불만을 제기할 경우 관리업체로서는 관리직원이나 경비를 교체하는 방법 외에 별다른 대책이 없다. 반면 입주자대표회의는 수수료와 근로자의 급여를 지급하는 주체로서 관리업체와의 관계에서 강자적 지위에 있기 때문에 ‘당당하게’ 근로자에 대한 인사권, 지시권 등을 행사한다.

이와 같은 점에서 볼 때 공동주택의 위·수탁관리는 외견상으로는 사내하도급의 형태를 띠고 있으나 내용적으로는 파견근로에 더 가깝다고 할 것이다.³³⁾ 특히 입주자대표회의가 근로자파견계약에서 사용사업주와 유사하게 근로자에게 직접 지휘·명령을 하고 인사권을 행사하면서도 부당해고와 관련해서는 아무런 책임을 지지 않는다는 점이 그러하다. 따라서 아래에서는 파견근로가 구체적으로 어떠한 점에서 공동주택의 위탁관리와 유사한가, 부당해고를 당한 파견근로자가 구제받기 어려운 이유가 무엇인가, 그 개선책이 무엇인가를 살펴본 후 이를 공동주택의 위탁관리에도 유추 적용하는 방안을 모색해 보기로 한다.

2. 파견법상 부당해고 시 사용자 책임 규정

가. 근로기준법 적용 시 사용자의 책임

파견법은 제34조에서 근로기준법의 적용 시 누구를 사용자로 할 것인가에 관한 특례 규정을 두고 있다. 이 규정에 의하면 근로기준법을 적용할 때 근로계약 내지 해고 등(제15조부터 제36조까지)에 관하여는 파견사업주가 사용자가 된다(제1항 2문)고 한다.³⁴⁾ 따라서 근로자를 해고할 권리(제23조부터 제27조)는

33) 공동주택의 위탁관리는 사용자가 근로자를 직접 고용하지 않고 형식적 사업주를 통해 간접적으로 사용한다는 파견근로와 비슷하다. 간접고용은 사용자가 근로자를 직접 고용하지 않고 노동력을 공급하는 형식적 사업주를 통해 근로자를 사용하는 경우를 말하는데, 엄밀한 의미에서는 파견근로만이 간접고용이라고 할 것이나 위장 사내하도급의 경우도 원칙이 하청업체의 근로자를 지휘·감독한다는 점에서 간접고용의 범주에 넣는 것이 일반적이다. 간접고용의 개념 및 유형에 대하여는 문무기, 「간접고용의 합리적 규율을 위한 법리」, 『노동정책연구』, 제5권 제1호 (2005. 3), pp.157~183(160); 문무기, 「간접고용(근로자공급·하도급·파견·용역) 규율의 법리」, 『노동리뷰』, 통권 제4호 (2005. 4), pp.35~46; 조경배, 「부당노동행위의 주체로서 사용자 개념: 간접고용을 중심으로」, 서울대학교, 『노동법연구』, 제11호 (2001. 하반기), pp.47~67(48).

34) 파견법 제34조(근로기준법의 적용에 관한 특례)는 근로기준법을 적용할 때 파견사업주와 사용사업주 중 누구를 사용자로 할 것인가에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.

“① 파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여는 파견사업주 및 사용사업주를 근로기준법 제2조의 규정에 의한 사용자로 보아 동법을 적용한다. 다만, 같은 법 제15조부터 제36조까지, 제39조, 제41조부터 제48조까지, 제56조, 제60조, 제64조, 제66조부터 제68조까지 및 제78조부터 제92조까지의 규정의 적용에 있어서는 파견사업주를, 같은 법 제50조부터 제55조까지, 제58조, 제59조, 제62조, 제63조 및 제69조부터 제75조까지의 규정의 적용에 있어서는 사용사업주를 사용자로 본다.”

파견사업주에게 있고, 해고를 당한 근로자가 부당해고구제신청을 할 경우의 상대방도 파견사업주가 된다. 이와 관련 판례³⁵⁾도 “파견근로자 보호 등에 관한 법률에 의한 근로자 파견은 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 사용사업주와 사이에 체결한 근로자 파견계약에 따라 사용사업주에게 근로자를 파견하여 근로를 제공하게 하는 것으로서, 파견근로자는 사용사업주의 사업장에서 그의 지시·감독을 받아 근로를 제공하기는 하지만 사용사업주와의 사이에는 고용관계가 존재하지 아니하는 반면, 파견사업주는 파견근로자의 근로계약상의 사용자로서 파견근로자에게 임금지급 의무를 부담할 뿐만 아니라, 파견근로자가 사용사업자에게 근로를 제공함에 있어서 사용사업주가 행사하는 구체적인 업무상의 지휘·명령권을 제외한 파견근로자에 대한 파견명령권과 징계권 등 근로계약에 기한 모든 권한을 행사할 수 있으므로 파견근로자를 일반적으로 지휘·감독해야 할 지위”에 있다고 보았다.

일견 파견근로자와 계약을 체결한 자가 파견사업주이므로 근로자에 관한 징계권을 행사하는 자도 당연히 파견사업주가 되어야 한다는 판례의 견해는 타당하게 보인다.

나. 문제점

주지하듯이 파견근로의 경우 근로자가 계약은 파견사업주와 체결하지만 실제로 근무를 하는 곳은 사용사업주의 사업장이고 업무에 관한 지시를 내리는 자도 사용사업주다. 그러나 파견법 제34조에 의해 해고권은 파견사업주에게 있으므로, 사용사업주는 근로자의 업무 능력이 부족하거나 업무 태도가 불량한 경우 파견사업주에게 불만의 의사표시를 함으로써 간접적으로 인사권을 행사한다. 이러한 3각의 간접적 근로관계로 인해 파견사업주는 개인적으로 근로자를 해고할 만한 이유가 없음에도 불구하고 사용사업주의 요구에 의하여 근로자를 해고할 수 있고, 근로자는 해고를 종용한 자가 사용사업주임에도 불구하고 계약상의 사용자인 파견사업주를 상대로 부당해고구제신청을 할 수밖에 없다. 물론 때로는 사용사업주와 무관하게 파견사업주 자신이 근로자에 대한 불만 또는 경영상의 이유로 근로자를 해고할 수도 있고, 그 경우는 당연히 파견사업주

35) 대법원 2003. 10. 9. 선고 2001다24655 판결.

를 해고 등에 관한 책임이 있는 자로 보아야 할 것이다. 그런데 실무에서 파견사업주가 근로자를 해고하는 주된 이유는 특정 사용사업주로부터 거부당한 근로자에게 종전 사업장 외의 다른 일자리를 알선해 주려 해도 근로자가 거부하기 때문이다. 그 후 노동위원회에서나 법원에서 부당해고로 판정(판결)이 나왔다면 해도 근로자파견계약에서 약자적 지위에 있는 파견사업주로서는 사용사업주가 이미 대체근로자를 사용한 경우 또는 해고된 근로자를 복직시킬 의사가 전혀 없는 경우 근로자를 원직으로 복귀시킬 수가 없다. 파견사업주로서는 사용사업주가 근로자에 대한 불만을 제기할 경우 이를 해소해 주지 않으면 근로자파견계약의 해지나 재계약 거부로 이어질 수 있기 때문에 이유 여하를 불문하고 사용사업주의 요구사항을 들어줄 수밖에 없다. 그리고 사용사업주는 근로자에 대한 불만이 있어 파견사업주 측에 다른 근로자로의 교체를 요구한 자이므로 웬만해서는 해당 근로자를 원직에 복직시키려 하지 않는다. 그러므로 부당하게 해고된 근로자가 복직될 수 있는 차선의 방법은 파견사업주가 근로자를 일단 본부(파견사업주)로 대기발령을 하고 다른 사업장으로 파견을 보내는 것인데, 대부분의 경우 다른 사업장은 종전 사업장에 비해 근무여건이 열악하여 근로자들이 기피한다.

그러나 부당하게 인사에 개입해 근로자를 해고에 이르게 한 자가 사용사업주인데 그 부담을 파견사업주가 떠맡는 것은 형평에 부합하지 않는다. 그리고도 해고를 종용한 사용사업주에 대한 면책은 부당하게 해고된 파견근로자의 원직복직 가능성을 원천적으로 봉쇄하는 결과를 가져온다는 점에서 문제가 있다. 물론 금전보상 또는 화해제도를 통해 근로자가 금전적으로 보상을 받을 수는 있으나, 해고의 원인을 제공한 사용사업주는 그 부담에서조차 면제된다.

다. 해결방안

위와 같은 부당한 결과가 발생하는 근본적인 이유는 파견사업주에게 해고를 요구한 사용사업주에게 아무런 법적 책임을 지우지 않은 데 있다. 사용사업주의 인사 개입으로 파견근로자가 해고되었다면 해고된 근로자를 원직에 복직시킬 의무를 갖는 자도 사용사업주이어야 한다. 그러므로 부당하게 해고된 파견근로자의 구제에 있어서는 해고에 이르게 한 자가 누구인가에 따라 부당해고구

제신청의 상대방도 달라져야 한다. 즉 사용사업주와 관계없이 파견사업주가 근로자를 해고한 경우는 파견사업주가 상대방이 되어야 할 것이나, 사용사업주의 요구로 근로자가 해고된 경우는 사용사업주와 파견사업주 양자가 연대책임을 지도록 해야 할 것이다.

그러므로 근로기준법의 해고에 관한 규정의 적용과 관련, 원칙적으로는 파견사업주를 사용자로 보되 해고의 원인을 제공한 자가 사용사업주일 때는 파견사업주와 사용사업주 양자를 사용자로 본다고 현행 파견법 제34조를 개정해야 할 것이다.

3. 공동주택의 위탁관리에 관한 입법적 해결방안

가. 입주자대표회의(실질적 사용자)에 대한 책임 부과

해고된 파견근로자의 구제에서 사용사업주의 면책이 초래하는 부당한 결과는 공동주택의 위탁관리에도 그대로 적용된다. 공동주택의 위탁관리에 부당하게 해고된 근로자가 구제받기 어려운 근본적인 원인은 인사권을 행사한 입주자대표회의가 계약상의 사용자가 아니라는 이유로 아무런 책임을 지지 않는 데 있다. 따라서 공동주택의 관리에 있어서도 실질적 사용자인 입주자대표회의에 대한 책임 규정을 둘 필요가 있다. 다만 현행 노동법에 사내하도급에 관한 특별법이 없다는 점에서 굳이 실정법에 해당 규정을 신설한다면 파견법에 해당 규정을 둘 수 있을 것이다.

그러나 파견법에 간접고용에 관한 일체의 규정을 신설하는 것이 적합하지 않을 수도 있다는 점, 성격이 다른 파견법에 사내하도급의 적법성 판단기준을 정하는 데 한계가 있다는 점 등을 감안한다면 간접고용에 관한 특별법을 제정하는 방법이 가장 바람직하다 할 것이다. 이 경우 파견법의 파견사업주와 사용사업주의 책임분담 규정을 원용하여 형식적 사용자(관리업체)와 실질적 사용자(입주자대표회의)의 책임에 관한 규정을 둘 필요가 있다.

특히 대부분의 해고가 실질적 사용자에 의해 요구된다는 점에서 부당해고 시에는 계약상의 형식적 사용자뿐 아니라 실질적 사용자도 연대하여 책임을 진다는 규정을 둘 필요가 있다. 즉 공동주택의 위탁관리 시 부당해고에 대하여서는

관리업체와 입주자대표회의를 근로기준법상의 사용자로 보아 양자에게 연대책임을 부과해야 할 것이다.

나. 위·수탁관리계약 기간 만료 후 근로자의 지위

그 밖에 위·수탁관리계약의 기간이 만료된 후 근로자의 지위가 문제될 수 있다. 예컨대 특정 공동주택이 해당 관리업체와 더 이상 계약을 갱신하지 않고 다른 업체와 계약을 체결할 경우 또는 위탁관리에서 자치관리로 관리방식을 변경할 경우가 이에 해당한다.

관리업체가 해당 공동주택과의 위·수탁관리계약을 해지하는 대신 다른 공동주택과 관리계약을 체결하는 경우는 관리업체와 근로자와의 근로계약이 존속하는 한 근로자는 다른 공동주택의 관리업무를 맡음으로써 고용을 유지할 수 있다. 다만 해당 공동주택의 입주자대표회의가 위·수탁관리계약 만료 후에도 근로자를 계속 사용할 경우는 현행 파견법(제6조의2 제1항 제3호)과 마찬가지로 입주자대표회의에 직접고용 의무를 부과해야 할 것이다.

또한 관리업체는 정당한 이유 없이 근로자와 그 고용관계의 종료 후 공동주택의 입주자대표회의에 직접 고용되는 것을 금지하는 내용의 근로계약을 체결하여서는 안 된다는 규정을 둘 필요가 있다. 나아가 (흔히 발생하지는 않지만) 관리업체가 정당한 이유 없이 근로자의 고용관계의 종료 후 입주자대표회의가 당해 근로자를 고용하는 것을 금지하는 내용의 위·수탁관리계약을 체결해서는 안 된다는 규정을 둘 필요도 있다. 입법적으로는 파견법 제25조(파견근로자에 대한 고용제한의 금지)와 유사한 방식으로 해당 규정을 둘 수 있을 것이다.

V. 맺음말

공동주택의 위탁관리의 경우처럼 관리업체가 입주자대표회의와의 관계에서 약자적 지위에 있는 구조에서는 관리업체에게만 사용자 책임을 부과하는 판례의 태도는 불가피하게 부당해고구제신청제도를 형해화하는 결과를 가져온다.

해고를 당한 근로자가 노동위원회 또는 법원으로부터 해고가 부당하다는 판정 또는 판결을 받는다 해도 인사권을 갖고 있는 실질적 사용자가 거부하면 해고된 근로자가 본래 근무하던 사업장으로 복귀하기는 어렵기 때문이다. 물론 이 경우 관리업체로 복귀시킨 후 다른 근무지로 배치하는 방법은 있으나 부당하게 해고를 하게 한 장본인인 입주자대표회의가 아무런 책임을 지지 않는 것은 형평에 부합하지 않는다. 더구나 해고된 근로자 대부분이 종전의 근무처에 복귀하고자 한다는 점에서도 실질적 사용자의 책임을 규정하는 것이 마땅하다고 본다.³⁶⁾ 그나마 행정해석이 지속적으로 입주자대표회의의 사용자성을 인정하고 있는 점은 다행으로 보이나 판례의 견해와 정면 배치된다는 점에서 양자의 일관성 있는 해석이 요구된다. 공동주택 위탁관리의 특성상 일정 한도 입주자대표회의의 개입이 불가피하다는 점을 인정한다 할지라도 그로 인해 수많은 공동주택 위탁관리에 종사하는 근로자들이 입주자대표회의의 자의적이고 부당한 처분에 희생될 수밖에 없다는 점을 간과해서는 안 될 것이다.

다만 입주자대표회의의 사용자성을 인정하려면 이와 동시에 파견법(제34조)을 개정하여 사용사업주의 연대책임 규정을 도입해야 할 것이고, 가장 이상적으로는 사내하도급에 관한 특별법을 제정하여 사내하도급과 파견근로의 판단 기준을 정하고 형식적 사용자와 실질적 사용자의 연대책임 규정을 두도록 해야 할 것이다.

참고문헌

- 고준기. 「사용자의 개념: 입주자대표회의의 사용자성 검토를 중심으로」. 『노동법학』 14(2002. 6.): 53~81.
- _____. 「판례에 나타난 아파트 입주자대표회의의 사용자성 판단」. 『법과 정책연구』 1(2001. 12.): 183~215.
- 김영두. 「집합건물 관리단과 입주자대표회의의 관계」. 충남대학교, 『법학연

36) 비슷한 취지로 문무기, 「간접고용의 합리적 규율을 위한 법리」, p.172.

구』 18(1)(2007. 6.): 148~170.

김영문. 「사내하도급 기업 근로자에 대한 원기업의 부당노동행위 여부: H사의 사례를 중심으로」. 『기업법연구』 23(1)(통권 제36호)(2009. 3.): 31~57.

문무기. 「간접고용의 합리적 규율을 위한 법리」. 『노동정책연구』 5(1)(2005. 3.): 157~183.

_____. 「간접고용(근로자공급·하도급·파견·용역) 규율의 법리」. 『노동리뷰』 통권 제4호(2005. 4.): 35~46.

전형배. 「대법원 판례의 위장도급 유형 판단기준」. 『노동법학』 36(2010. 12.): 507~548.

조경배. 「부당노동행위의 주체로서 사용자 개념: 간접고용을 중심으로」. 서울대학교, 『노동법연구』 11(2001. 하반기): 47~67.

_____. 「현대자동차 사내협력업체 불법파견(위장도급) 사건 판례 평석」. 서울대학교, 『노동법연구』 29(2010. 9.): 95~118.

abstract

Determination of the real Employer in the Management Service Agencies of the Apartment

Sung-Hae Cho

The management service agencies of the apartment seems to be sub-contracting in appearance, but it is quite similar to the employee leasing, because the resident representative of the apartment - like the user company(formal employer) in the employee leasing contract - has the right to direct the employees and the authority over the personal affairs.

Article 34 of the Employee Leasing Act establishes liability rules of the employee leasing company(hirer) and the user company concerning the application of Labor Standard Act. With regard to the unfair dismissal of the employee the employee leasing company is ultimately responsible for the remedy for the dismissed employees. The problem is that usually dismissal of the employees, which is officially noticed by leasing company, is originated from the decision of the user company. Therefore the employee, who has won the suit, can scarcely be reinstated, because the user company, which has no legal responsibility to reinstate the employee, normally has no intention to reinstate the dismissed employee.

The similar problem arises also in the management service agencies of the apartment. The management service agencies of the apartment, which is subjected to the Housing Act, can be categorized as sub-contracting, but the employees of the management service agencies are so strongly subject to the representative of the resident that they can be seen as the employees of the employee leasing. The employee, who has been dismissed by service agency on the grounds of the complaint of the resident, cannot be reinstated, so long as the representative of the resident has no intention to reinstate him. In addition the representative of the resident is not liable for the dismissed employee,

because it is not the party of the employment contract.

It is not realistic to make formal employer responsible for the remedy of the unfairly dismissed employee. Therefore it would be efficient and desirable to set up the primary liability rule for real employer, so far as the dismissal is based on the measure from him.

Keywords : triangular employment relationship, management service agencies of the apartment, unfair dismissal, in house sub-contracting, employment leasing