

노동판례리뷰

사업 경영 담당자란 누구인가

— 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007도1199 판결 —

[판결요지] 근로기준법에서 말하는 “사업 경영 담당자”란 사업 경영 일반에 관하여 책임을 지는 자로서 사업주로부터 사업 경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하는 자를 말하는 바 (...) 대학교 의료원장은 의료원 산하 병원 소속 근로자들에 대한 관계에 있어서 근로기준법이 정한 사용자에게 해당한다. 근로기준법에서 말하는 “사업 경영 담당자”란 사업 경영 일반에 관하여 책임을 지는 자로서 사업주로부터 사업 경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하는 자를 말하는 바 (...) 대학교 의료원장은 의료원 산하 병원 소속 근로자들에 대한 관계에 있어서 근로기준법이 정한 사용자에게 해당한다.

근로기준법이 정한 사용자란 “사업주 또는 사업 경영 담당자, 그 밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자”(제2조)를 말한다. 대상 판결은 이 중에서 “사업 경영 담당자”의 의미를 밝히고 있는 것인데, 그 추상적 설명 부분 자체는 사실 대법원이 여러 번 반복한 내용이어서 크게 새로울 것은 없다. 중요한 것은 사업 경영 담당자의 구체적 모습이다. 흔히 사업 경영 담당자의 예로 드는 모습은 법인의 이사, 주식회사의 대표이사, 유한회사의 이사 등이다. 말하자면 ‘사장님’의 모습인 것이다. 여기까지는 별 문제가 없다. 그런데 사장님 위에 있는 ‘회장님’은 사업 경영 담당자가 될 수 없는

* 노동판례리뷰의 대상 판결들은 한국노동연구원 인터넷 홈페이지(<http://www.kli.re.kr>) 「노동판례」에서 전문을 보실 수 있습니다.

것일까? 오히려 “사업 경영 담당자” 개념은 사장님보다는 회장님한테 더 어울리고 필요한 개념이 아닐까?)

바로 이 질문에 대해서 대상 판결은 새로운 계기를 제공하고 있다. 이 사건은 A대학교 의료원 산하의 B병원 근로자들이 임금 체불을 이유로 의료원장(병원장이 아니라) 근로기준법 위반죄로 형사 고소한 사건이다. 대법원은 의료원장을 사업 경영 담당자로 보아 사용자성을 인정하고 임금 체불로 인한 근로기준법 위반죄를 인정한 원심을 확정하였다. 흥미로운 것은 “의료원 산하 각 병원이 독립채산제로 운영되고 해당 병원장이 그 전결사항으로 소속 근로자들에 대한 임금을 지급하여 왔다 하더라도” 의료원장이 근로기준법상의 사용자에게 해당한다고 판단함에 아무런 장애가 없다고 한 점이다. 이러한 인정의 이면에는 의료원 전체의 자금 운용과 예산에 관한 권한을 의료원장이 쥐고 있었다는 사정이 반영되어 있다. 요약하자면 보통의 경우에는 병원장(사장님)이 사용자이겠지만 특별한 상황에서는 의료원장(회장님)도 사용자가 될 수 있다는 것이다.

이를 일반 회사의 그룹과 오버랩시키면 다음과 같은 질문을 던질 수 있다. “그룹 소속 각 기업이 독립채산제로 운영되고 해당 기업의 사장이 그 전결 사항으로 소속 근로자들의 임금을 지급하여 왔다고 하더라도 경우에 따라서는 그룹의 ‘회장’도 사업 경영 담당자, 곧 사용자가 될 수 있지 않을까?” 이 질문은 대상 판결이 참조 판례로 들고 있는 대법원 1997. 11. 11. 판결(97도813)을 볼 때 더욱 흥미롭다. 이 판결은 법인 등기부상 대표 이사직에서 사임했으나 실제로는 회장으로서는 회사를 사실상 경영하여 온 경우 근로기준법상의 사용자에게 해당한다고 본 사례이다.

그룹도 하나의 사업이라고 보면 그룹의 회장이 ‘사업’ 경영 담당자로서 사용자에게 해당한다는 주장은 별로 이상해 보일 것도 없다. 하지만 현실에서는 이상한 주장으로 치부될 것이다. <사업 = 기업 = 법인>으로 생각하기 때문이다. 비록 그것이 보통의 모습이라고 하더라도 하나의 사업을 하나의 법인으로 고정시키는 사고는 옳지 않다. 과거의 위계적 경영 조직이 망적 조직으로 변화하고 있는 점을 고려할 때 더 그렇다.

이와 관련해서 산업재해보상보험법은 의미있는 시사점을 제공한다. 법 제87조 제1항은 제3자에 대한 구상권과 관련한 규정인데, “2 이상의 사업주가 같은 장소에서 하나의 사업을 분할하여 각각 행하다가”라는 구절이 있다. 이게 무슨 말인가? 대법원(2008. 4. 10. 2006다32910)은 다음과 같이 해석하고 있다. “‘하나의 사업’은 보험가입자인 2인 이

1) 왜냐하면 사장님은 사용자 개념에서 제외하더라도 법인의 기관 이론과 양벌 규정의 적용에 힘입어 근로기준법의 준수를 확보할 수 있기 때문이다. 한편, “사업주가 법인인 경우에는 그 대표자를 사업주로 한다”라는 규정(근로기준법 제115조)에서 미루어 볼 때, 우리 입법자는 사업주(법인)와 사장님(대표자)을 그다지 엄격하게 구별하려고 애쓰지 않는다고 할 수 있고, 그럴 경우 “사업 경영 담당자”란 사장님이 아니라 더 높은 사람을 염두에 두지 않을 수 없는 것이다.

상의 사업주가 각각 사업을 행하되, 동일 장소, 동일 위험권 내에서 같은 사업(목적물)의 완성을 위하여 행하는 것을 의미하고, ‘분할하여 각각 행하다’라는 것은 2인 이상의 사업주 중 일방의 사업이 타방의 사업의 일부를 구성하지 아니하고, 그 각 사업이 서로 중복되지 아니하여 각 사업 자체가 분리되어 행하여지는 것을 의미한다.” 말하자면, 둘 이상의 사업이 하나의 사업을 구성할 수 있다는 것이다.

오늘날 노동법을 공부하는 자는 둘 이상의 사업이 하나의 사업을 구성할 수 있다는 그 역설적 진실에 관심을 가져야 한다. 의료원 산하의 각 병원은 하나의 사업이지만 다른 병원과 함께 의료원이라는 하나의 사업을 구성하기도 한다(의료원장이 사업 경영 담당자). 그룹 산하의 각 기업은 하나의 사업이지만 다른 기업과 함께 그룹이라는 하나의 사업을 구성하기도 한다(그룹 회장이 사업 경영 담당자). 근로기준법의 적용 범위인 “사업”은 이처럼 유연한 개념이다. **KLI**

박제성(한국노동연구원 연구위원)

지부의 소속(산별)노동조합 변경

— 부산지방법원 2008. 4. 2. 선고 2007가합19375 판결 —

[판결요지] 이 사건 결의는 산업별 단위 노동조합인 A의 기업별 지부가(다른 산업별 노동조합인) B의 기업별 지부로 소속 노동조합을 변경하는 경우로서 변경 전후의 조직 형태(산업별 단위 노동조합 기업별 지부)가 동일하므로 본래적 의미의 조직 형태 변경에는 해당하지 않는다. 그러나 이 결의가 위 기업별 지부의 향후 노동조합으로서의 활동뿐만 아니라 소속 근로자들의 지위 내지 신분에 중대한 영향을 미치는 점을 고려할 때, 이 결의도 조직 형태 변경에 준하는 것으로 보아 노조법 제16조의 적용 대상이 된다. 따라서 이 결의가 유효하기 위해서는 노조법 제16조에서 정한 바에 따라 재적 조합원 과반수의 출석과 출석 조합원 3분의 2 이상의 찬성이 필요하다.

조직력과 교섭력의 강화 등을 목적으로 산업별 단위의 노동조합 설립 움직임이 활발해지고 있다. 이에 따라 기업별 단위 노동조합을 기초(구성원)로 하여 그 위에 산업별 연합단체로서 산업별 노동조합 연맹을 두었던 종전의 일반적인 조직 방식은 산업별 단위 노동조합을 기초로 그 아래에 기업별 지부 또는 분회를 두는 방식으로 변화되고 있다. 한편 현행 노동조합 및 노동관계조정법(노조법)에서는 산별 노조처럼 초기업적 수준에서는 복수 노조의 설립을 허용하고 있기 때문에 하나의 산업에 여러 개의 산별 노조

가 존재하기도 한다. 그런데 복수의 산별 노조가 존재할 때 어느 산별 노조(A)의 기업별 지부가 다른 산별 노조(B)의 기업별 지부로 되려면 어떤 절차를 거쳐야 할까? 이번 판결은 이 문제를 정면으로 다룬 최초의 하급심 판결로 보인다.

약간의 유보를 제외하면, 이번 판결의 핵심적 논리는 다음 세 가지이다. ① 산별 노조의 기업별 지부도 노동조합으로서의 실체가 있으면 “법의 노동조합”에 해당한다. ② 법외 노동조합에는 노동조합의 운영과 관리 등에 관한 노조법의 규정이 원칙적으로 적용된다. ③ 법외 노동조합에 해당하는 기업별 지부가 소속된 산별 노조를 변경하는 것은 노동조합의 조직 형태의 변경에 준하는 것으로, 그를 위한 결의에는 노조법에서의 총회 의결 등에 관한 규정이 적용된다.

우리 판례는 오래전부터 산별 노조의 기업별 지부 등 노동조합의 지부나 분회에 대해 독자적인 실체성과 권리 주체성을 인정하여 왔다. 즉 노동조합의 하부 단체인 분회나 지부가 독자적인 규약 및 집행 기관을 가지고 독립된 조직체로서 활동을 하는 경우에는 그 분회나 지부가 노조법 시행령 제7조의 규정에 따라 그 설립 신고를 하지 않았다고 하더라도, 당해 조직이나 그 조합원에 고유한 사항에 대하여는 독자적으로 단체교섭권과 단체협약권이 있고(대법원 2001. 2. 23. 2000도4299 ; 대법원 2008.1.18. 2007도1557 등), 법인격 없는 사단으로 소송상 당사자 능력을 가지며(대법원 1977.1.25. 76다2194), 쟁의행위 시 찬반 투표의 독자적 단위도 될 수 있다(대법원 2004. 9. 24. 2004도4641)고 보았다. 이번 판결도 이런 흐름에 합치하는 것이지만, 재미있는 점은 노동조합으로서의 실체를 가지고 있지만 설립 신고를 하지 않은 지부 등을 “법의 노동조합”이라고 부른 것으로 이는 서울행법의 2005. 4. 21. 판결(2004구합35356)을 참조한 것 같다.

법의 노동조합의 법적 지위에 대해, 이번 판결은 “법의 노동조합은 노조법상 노동위원회에 노동쟁의의 조정 및 부당노동행위의 구제를 신청할 수 있는 권리와 같이 형식적 요건을 갖춘 노동조합을 전제로 한 규정을 제외하고는 노동조합의 통상 운영을 위한 노조법 규정은 그대로 적용된다”라고 하였는데, 이 점도 위의 서울행정법원 판결과 같다.

이번 판결은 기업별 지부가 소속된 산별 노조를 변경하는 것을 엄밀한 의미의 ‘조직 형태의 변경’에는 해당하지 않지만, 그것이 미치는 여러 가지 영향을 고려할 때 그에 준하는 것으로 판단하였다.¹⁾ 그리고 그러한 결의를 위해서는 조합 민주주의의 실현을 위한 강행 규정(대법원 1995. 8. 29. 95마645결정 등)인 노조법 제16조 제2항 단서가 적용

1) “조직 형태의 변경이란 노동조합이 실질적 동일성을 유지하면서 그 조직 형태를 변경하는 것을 말하는 것으로, 구체적으로는 기업별 단위 노동조합에서 산업별 단위 노동조합 또는 산업별 단위 노동조합 기업별 지부로 변경하거나 그 반대의 경우, 또는 산업별 단위 노동조합에서 산업별 연합단체 노동조합으로 변경하거나 그 반대의 경우 등을 뜻한다.”라고 하면서, 이번 결의와 같이 변경 전후의 조직 형태(산별 노조의 기업별 지부)가 동일한 경우는 본래적 의미의 조직 형태 변경에는 해당하지 않는다고 보았다.

되며, 같은 규정에 위반한 이상 그 후에 조합원의 절대 다수가 새로운 산별 노조(B)에 가입 동의서를 제출하였다거나 그 노조의 임원 선거에 참여하였다는 상황만으로 그 하자가 치유되지 않는다고 보았다.

이번 판결은 기업별 지부의 소속 산별 노조 변경에 노조법상의 총회 관련 규정을 적용함으로써 조합원의 총의에 기초한 민주적 절차를 요구했다는 점에서는 의의가 있지만, 다른 한편으로는 해당 지부의 결의만으로도 소속 산별 노조를 변경할 수 있는 길을 열어 줌으로써 산별 노조의 조직화 및 단결력의 강화에 부정적인 영향을 미칠 수도 있을 것 같다. 기업별 노조의 전통이 새로운 현상에 대한 법해석에도 여전히 강한 영향을 미치고 있다는 느낌이 든다. **KL**

강성태(한양대학교 교수)

학교법인의 부속 기관 등에 채용·소속된 근로자의 사용자

— 대법원 2008.3.27. 선고 2007다87061 판결 —

[판결요지] 사립학교법인이 설치·경영하는 대학교 산하 한국어학당의 강사들이 그들에 대한 재임용 거절이 부당해고로서 무효임을 주장하면서 그 신분 확인 등을 청구한 사안에서, 위 강사들이 사립학교법상 교원 또는 사무직원이 아니라는 이유만으로 근로기준법상의 근로자성을 부인하는 것은 위법하다.

사용자가 사업을 운영함에 있어서 부속 기관이나 산하 기관 또는 별도의 사업체(이하 ‘부속 기관 등’이라 함)를 운영하는 경우가 있다. 이러한 경우 부속 기관 등에 채용된 근로자의 근로계약의 상대방인 사용자가 원사용자인지 아니면 부속 기관 등(내지는 그 기관장)인지 여부가 다투어질 여지가 있다. 법리적으로는, ① 원사용자가 근로자를 채용하여 부속 기관 등에서 근무하도록 업무 배치를 한 경우 ② 부속 기관 등의 기관장이 자신의 책임으로 원사용자에 대한 관계에서는 이행 보조자인 근로자를 채용한 경우로 나누어 볼 수 있을 것이다.)

- 1) 구체적으로는 더 다양한 형태가 나타날 수 있는데 ③ 아예 거꾸로 부속 기관 등이 아닌 별개의 사용자가 근로자를 채용하되 그 인사 노무 관리를 원사용자의 사업 경영 담당자에게 포괄적으로 위임한 경우 ④ 원사용자와 별개의 사용자가 실질적으로 독립 관계에 있고 상하 관계는 외형에 불과하거나 원사용자-별개 사용자-근로자 사이에 삼면 근로 관계가 존재하는 경우가 있다. ③은 별개의 사용자가 본격적으로 인사 노무 관리를 하지 않는 경우에 생기는데 아파트 자치회가 채용한 근로자나 학

부속 기관 등은 대외적으로 원사용자와 별개의 독립적인 지위나 법인격을 갖지 못하는 것이 보통이다. 또한 부속 기관 등이 예산이나 인사 노무 관리에 있어서 원사용자로부터 어느 정도의 독립성을 갖고 있다고 하더라도 기본적으로는 원사용자에 대해서는 조직 체계상 상하 관계에 있다. 인사권을 비롯하여 기본적인 사업 운영의 방향 내지는 예산 편성권 등을 원사용자가 유보하고 있는 경우가 대부분이다. 따라서 부속 기관 등이 근로자를 채용하고 인사 노무 관리를 하고 부속 기관의 자체 예산으로 급여를 지급하는 등의 사실 관계가 있다고 하더라도, 그것은 조직 체계를 같이함을 전제로 원사용자로부터 위임된 범위 내에서의 채용·인사 노무 관리·급여 지급을 직접 담당한 것으로서의 성격을 갖는다. 요컨대 부속 기관 등에 채용·소속된 근로자의 사용자는 원사용자라고 해석해야 한다.

이와 달리 부속 기관 등에서 이행 보조자인 근로자를 직접 채용하는 경우, 부속 기관 등은 대외적인 독립성 즉 독립된 법인격을 갖지 못하므로 부속 기관 등에 속한 자연인 개인이 자기의 계산으로 근로자를 직접 채용하는 경우에 국한된다고 보아도 과언이 아니다. 실제로 역시 원사용자에 대해서는 근로자의 지위에 있거나 근로자는 아니라고 하더라도 내부적으로 부속 기관 등의 운영 권한을 위임받아 수행하는 경우가 대부분인 부속 기관 등의 기관장이 한명의 자연인의 입장에서 자기의 계산으로 이행 보조자인 근로자를 직접 채용하고 스스로 인사 노무 관리하는 상황은 쉽게 상정하기 어렵다.

그럼에도 불구하고 학교법인이 학교를 설치·경영하면서 학교와 별도로 부속 기관 등을 두는 경우 그 부속 기관 등에 채용·소속된 근로자의 지위가 다투어지는 경우가 적지 않다. 거기에는 여러 가지 이유가 있을 수 있으나, 아마도 법적인 측면에서 본다면 일정한 법정 교육을 실시함에 있어서 그 자주성을 확보하고 공공성을 양양하도록 하기 위해 사립학교법은 학교법인이 준수해야 하는 여러 가지 규정을 두고 있으며 그 중에는 교직원외의 임면 또는 교원의 신분 보장에 관련된 규정도 포함되어 있는데에서 비롯되는 것으로 보인다. 즉 학교의 교원이나 직원은 사립학교법이 정하는 바에 따라 임면되어야 하지만 부속 기관 등의 교원이나 직원은 사립학교법의 적용을 받지 아니하고 따라서 학교의 교원·직원이 아닌 것으로 받아들이는 경향이 존재한다. ‘학교의 교원·직원’과 ‘부속 기관 등의 교원·직원’이 다른 것은 맞다. 그러나 다른 것은 이들의 ‘소속 또는 근무 부서’이지 ‘사용자’가 아니다. 특히 대상 판결의 사안처럼 원사용자 소속 근로자의 채

교의 기성회 소속 근로자가 관리 사무소장이나 학교장의 포괄적인 인사 노무 관리를 받는 경우, ④의 예로는 소사장, 사내 도급 사업주, 파견 사업주 등이 채용한 근로자가 일정한 범위에서 다른 사용자의 인사 노무 관리를 받는 경우가 있다. ①부터 ④, 나아가 거론하지 않은 제5, 제6에 이르는 다양한 형태가 있을 것이나 여기에서는 원사용자와 부속 기관 등 사이에서 사용자를 확정하는 문제에 국한하여 살펴보기로 한다.

용과는 별도의 채용 절차를 밟거나 부속 기관 등에게 인사 노무 관리에 일정한 독자적인 권한이 있거나²⁾ 급여의 재원을 부속 기관 등의 자체 조달 예산으로 충당하는 사실 관계까지 존재하는 경우에는 이러한 오해가 더 커진다. 하지만 이것도 위임된 범위 내에서의 채용·인사 노무 관리·급여 지급을 부속 기관 등이 직접 담당하는 것이지 학교법인과 무관한 근로자의 채용·인사 노무 관리·급여 지급의 근거가 되는 것도 아니다.

이러한 법리는 법원이 이미 다른 사안에서도 확인하고 있다. 사단법인이 운영하는 복지관에 소속된 근로자의 해고가 다투어지면서 노동위원회의 구제 명령을 행정소송으로 다룰 수 있는 원고 적격이 있는 사용자의 개념이 문제된 사안에서, 법원은 구제 명령이 사용자의 일부 조직이나 업무 집행 기관 또는 업무 담당자에 대해 내려진 경우에도 구제 명령을 이행하여야 하는 자는 사용자 자체이고, “이에 대한 중앙노동위원회에의 재심 신청이나 그 재심 판정 취소 소송 역시 당사자능력이 있는 당해 사업주만이 원고 적격자로서 소송을 제기할 수 있다고 하여야 할 것”이라고 판시했던(대법원 2006. 2. 24. 2005두5673) 바에서도 알 수 있듯이, 부속 기관 등이 원사용자와는 별도의 권리능력(소송상으로는 당사자능력)이 없는 한 부속 기관 등에 채용·소속된 근로자의 근로계약의 상대방은 역시 사용자일 수밖에 없다.

대상 판결의 사실 관계를 보더라도 대학의 지원 기관인 어학 교육원(현재는 한국어학당)이 독립된 법인격을 갖고 있어 근로계약의 당사자가 될 수 없으며 그렇다고 하여 어학교육원 원장이 개인의 자격으로 어학당의 전임강사를 채용했다고 볼 수 없다는 점은 쉽게 알 수 있다. 대상 판결의 제1심을 보면 기간제로 임용되었고 그 기간 만료로 인한 근로관계의 당연 종료인지 아니면 기간의 정함이 형식에 불과하여 기간 만료 이후에도 근로자의 지위를 갖고 있는지 여부가 집중적으로 다투어졌을 뿐 학교법인 측도 근로계약의 사용자 측 당사자가 누구인지는 다투고 있지 않다(서울지법 2006. 10. 27. 2006가합 14733). 그런데 제2심 법원은 이 보다는 학교법인과 사이에서 근로계약이 체결되었는지 여부에 대해서 집중적으로 심리·판단하고 있다. 그것도 그 근로관계의 존재 여부의 실

- 2) 물론 부속 기관 등이 원사용자와 완전히 별개의 사용자가 아니라면 이러한 독자적인 권한도 어디까지나 원사용자로부터의 위임에 근거한 것이라고 볼 수밖에 없다. 대상 판결의 제2심 법원은 어학당 원장이 학교법인의 권한을 위임받아 근로계약을 체결한 것이라는 주장을 인정할 증거도 없고 학교법인도 학교법인과 강사간 근로계약의 체결 사실을 부정하고 있다고 판단하고 있다. 그러나 제2심 법원 스스로 인정한 사실 관계 중에는 어학 교육원 강사의 전임강사 채용, 연봉액, 소요 예산의 조달 방법에 대한 어학 교육원 원장의 보고에 대해서 총장이 어학 교육원 원장에게 ‘어학 교육원에서 자체 처리’하고 다른 교수와의 협의를 지시하였다는 사실이 있다. 이러한 사실을 권한 위임의 증거로 인정하는지 여부는 어디까지나 법원의 심증의 문제일 것이다. 하지만 필자는 어학 교육원의 원장이 보고만 하고서 아무런 권한도 위임받지 않고서 독자적으로 전임강사를 채용하였고 어학 교육원의 예산을 유용하여 급여를 지급하였다고 판단하는 것은 부자연스러우며 어학 교육원의 원장에게 전임강사의 채용에 관한 권한 위임이 있었다고 인정하기에 충분하다고 본다.

체에 대한 본격적인 판단이 아니라 변론 과정에서 학교법인의 근로자로 인정한 것이 소송상의 자백에 해당하는지 그것이 적법하게 취소되었는지 여부에 집중되어 있다. 이는 아마도 학교법인 측이 제1심의 변론 과정에서는 쉽사리 ‘학교가 전임강사로 채용한 것은 맞다’라는 점을 인정했다가 제2심의 변론 과정에서는 이를 부인하고 ‘어학당이 자체적으로 채용했을 뿐 학교의 전임강사는 아니다’라고 항변하는 데 대해 상세하게 판단한 것으로 보인다.

하지만 대상 판결의 제2심 법원이 아무리 사립학교법이 적용되는 교원이나 직원이 아니라고 판단했다고 하더라도 여전히 사립학교법이 적용되지 않는 근로자로서의 지위에 있는지 여부는 밝혀지지 않은 상태이다. 그러므로 대상 판결이 적절하게 지적하고 있듯이 이 사안에서는 ① 근로자인지 여부 ② 계약 기간의 만료인지 해고인지 여부 ③ 해고라면 거기에 정당한 이유가 있는지 여부 등 사안의 실체에 대한 법리적 판단이 남겨져 있다. 파기환송 뒤 이 사건은 서울고법 제15민사부에 계류 중이며(사건번호 2008나39344) 2008. 5. 30. 변론 종결 이후 두 차례 조정 기일을 거치고서도 조정이 성립되지 않아 최종 판결 선고 기일(2008. 7. 11.)만 남겨두고 있는 상태이므로 이에 대한 법원의 판단 결과를 지켜보아야 할 것이다.

대상 판결은 ‘부속 기관 등의 근로자는 학교의 근로자가 아니다’라는 잘못된 인식을 바로잡은 것으로, 적어도 학교법인이 부속 기관 등에 소속된 근로자의 사용자로서의 지위를 부정하는 사안에 대해서는 유의미한 선례가 될 수 있을 것이다. 국가나 지방자치단체가 운영하는 국공립학교의 부속 기관 등에 소속된 교육공무원법이 적용되지 않는 근로자의 사용자는 국가나 지방자치단체로 해석해야 할 것이다. 나아가 학교가 아닌 일반 사기업에서도 부속 기관 등에 채용·소속된 근로자의 사용자로서의 지위가 문제되는 경우에도 유의미한 선례가 될 수 있을 것으로 기대된다.

그럼에도 불구하고 여전히 문제는 남는다. “사립학교법상 사립학교 소속의 근로자로서는 교원과 직원만이 있을 뿐”이라는 제2심 법원의 판단에는 분명히 오류가 있다. 대상 판결이 지적하고 있듯이 ‘사립학교에 근로를 제공하는 자로서 사립학교법상의 교원 또는 사무직원에 해당하지 아니하는 자’가 있기 때문이다. 그렇지만 학교법인이 학교를 설치·경영하면서 준수하여야 할 사항을 정하고 있는 사립학교법의 본래의 취지는 오히려 제2심 법원의 판단에 가까운 것이 아닌가 - 사립학교를 설치·경영하는 학교법인이 교원이나 직원을 채용하려면 사립학교법에서 요구하는 신분 보장이 필요한 것은 아닌가 - 하는 생각을 갖게 한다. 그런데도 현재 여러 사립학교에는 사립학교법상의 교원이나 사무직원인 자가 아니면서도 교원이나 사무직원과 거의 동일한 업무를 담당하는 ‘근로기준법상의 근로자’가 많이 있다. 이들은 여전히 대상 판결의 사실 관계에서처럼 ‘부속 기관 등의 근로자다’라거나 ‘기간을 정하여 채용되었다’라거나 ‘예산이 부족하다’라는 등

의 불안한 지위에 놓여 있는 것이 현실이다. 이들의 현재 법적 지위에 대한 해석론과는 별도로, 이들에게 ‘근로기준법상의 근로자’로서의 지위를 인정하는 것으로 충분한 것인지 이들에게 ‘사립학교법상의 교원 또는 직원’으로서의 지위까지 인정할 필요가 없는지에 대해서 보다 포괄적이고 근본적인 해법에 대해서도 고민해야 할 시점이라고 생각한다. **ㄱㄱ**

정인섭(숭실대학교 교수)

부당해고 구제 명령에 따라 잠정적으로 복직시켰다가 취소한 경우 부당해고 구제를 신청할 수 있는지 여부

— 서울행정법원 2008. 5. 15. 선고 2007구합38998 판결 —

[판결요지] 근로기준법상 노동위원회에 구제를 신청할 수 있는 부당해고 등은 사용자와 근로자 사이의 확정적인 고용 관계에 대한 불이익 처분을 뜻하고, 복직 취소와 같이 구제 명령 이행에 따른 잠정적인 지위에 대한 불이익 처분까지 포함하는 것은 아니다.

사용자가 노동위원회로부터 부당해고에 대해 구제 명령을 받은 경우 이를 이행하여야 한다. 사용자가 구제 명령에 따라 당해 근로자를 복직시켰지만 나중에 구제 명령을 따를 수 없다는 이유로 복직을 취소하는 경우 근로자로서는 적절한 구제가 이루어지지 못한 결과가 된다.

그래서 근로자가 복직 취소에 대해 다시 부당해고 등 구제 신청을 하였던 사건에 대해, 서울행정법원은 구제 명령에 따른 잠정적인 지위(복직)에 대한 불이익 처분(복직 취소)은 근로기준법상 노동위원회에 구제를 신청할 수 있는 부당해고 등에 해당되지 않는다고 판단하여 구제 신청을 부인하였다. 이 판결은 부당해고 등 구제의 신청 대상을 ‘확정적인 고용 관계’에 대한 불이익 처분인지 ‘잠정적인 지위’에 대한 불이익 처분인지를 기준으로 판단하고 있다.

그 이유로서 법원은 ① 만일 구제 명령을 이행하지 않거나 일시적으로 이행하였다가 이를 취소한 경우까지 노동위원회의 구제 대상에 포함시킨다면 분쟁이 끊임없이 생성·반복되어 노동위원회 구제 절차의 입법 취지(민사 소송에 비하여 신속·간이한 권리 구제를 도모하기 위하여 특별히 마련된 절차인 점)를 몰각시킬 위험이 있는 점, ② 사용자

가 구제 명령을 일시적으로 이행하였다가 이를 취소한 것을 기존의 부당해고 등을 초과하는 독립적인 불이익 처분이라고 보기는 어려운 점, ③ 노동위원회가 근로자의 구제 신청을 받아들여 사용자에게 대하여 구제 명령을 하는 경우 위 구제 명령은 단순한 공법상의 의무를 부과하는 것에 불과하고 이로써 근로자와 사용자 사이에 부당해고 등이 있기 전의 사법상의 법률 관계로 회복시키는 효력이 있는 것은 아니므로, 당해 사용자가 노동위원회의 구제 명령에 따라 참가인을 복직시켰다 하더라도 재심 청구나 소송을 통하여 위 부당해고 등의 정당성을 다투고 있는 이상, 위 복직은 어디까지나 잠정적인 지위 회복에 불과한 점 등을 내세웠다.

위 판결 사건은 사용자가 불복 신청을 하였다든 점 때문에 복직이 잠정적임을 인정할 수 있겠다. 만약 사용자가 불복 신청을 하지 않고 구제 명령이 확정된 경우라면 복직은 잠정적인 지위가 아니며 확정적인 고용 관계로 보아야 하므로, 나중에 사용자가 정당한 이유없이 복직을 취소하는 것은 부당해고 등에 해당된다.

이 판결로 인해 노동위원회의 구제 명령을 일시적으로 이행하였다가 번복하여도 무방하다고 오해해서는 안된다. 부당해고 구제 명령의 이행이 제대로 되지 않을 수 있다는 문제점이 지적되어 최근 근로기준법이 개정되었는데, 2007년 7월 이후 발생하는 부당해고는 노동위원회 구제 명령을 위반하는 경우 이행강제금이 부과되거나(2천만 원 이하의 이행강제금을 매년 2회, 2년까지 부과 가능) 구제 명령이 확정된 후의 위반에 대해 처벌(1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금)될 수 있다(다만 위 판결 사건은 그 이전에 발생한 해고로서 적용되지 못하는 사건이다).

이행강제금의 부과는 사용자가 구제 명령에 대해 불복하여 재심 또는 행정 소송을 제기하였다고 그 부과가 면해지지 않는다. 구제 명령을 이행하여 원직 복직을 시키면서 한편으로는 재심 또는 행정 소송을 진행하여야 한다.

또한 이 사건처럼 당해 근로자와 동일한 사유에 기초하여 다른 근로자에게 해고 처분이 내려져 별도로 민사 소송에서 다투어지다가 사용자가 승소한 경우라도 이행강제금 부과나 형사 처벌을 면하는 사유가 되지 못한다. 다른 근로자와의 민사 소송은 별개의 사건에 불과하기 때문이며, 특히 당해 사건에 대해 재심이나 행정 소송의 불복 절차를 진행하고 있는 경우에는 그 불복 절차의 결과가 더욱 중요하게 고려되어야 하기 때문이다.

사용자가 부당해고 등 구제 명령을 이행하는 조치의 내용에 대해 근로자가 불만이 있는 경우(예를 들면 복직된 직위가 원직이 아니라는 것, 잠정적인 복직이 취소되었다는 것 등) 민사 소송을 통해서 구제가 어렵고, 노동위원회를 통해 이행강제금 부과나 형사 처벌을 요청할 수 있을 뿐이다. 이 때문에 아직도 노동위원회를 통한 구제 절차가 구제의 실현이라는 측면에서 민사 집행 절차만큼 확실하지 못하다는 지적도 받는다. 부당

해고의 구제를 법원으로 일원화하여 실효성 있는 구제 내지 분쟁 해결을 가능하게 하자는 주장(예를 들면 노동법원도입론)도 중요한 사회적 담론임에 분명하다. **[KL]**

김홍영(성균관대학교 교수)

직종 변경의 전직 명령과 정당성 여부

— 부산지방법원 2008. 5. 23. 선고 2007가합14400 판결 —

[판결요지] 신문사는 사전 협의나 동의 절차 없이 기사를 본사 총무국의 관리직 직원으로 전보 명령한 것은 입사 후 기자로 근무하였기 때문에 장래에도 같은 직종에 근무할 것이라는 기대가 일부 침해되고 출퇴근 등에 어려움이 초래될 수 있지만, 신문사의 대외적 이미지와 지역 주민의 신뢰에 나쁜 영향을 주는 행동을 하여 지역 주재 일선 기자로 근무하게 할 수 없다는 판단이 인사 명령의 배경이 된 점, 단독 기사 발굴이 저조하고 기자로서의 열의나 책임이 부족하다는 등의 이유로 5년 연속 최하위 10%에 속하는 인사 고과를 받은 점 등을 고려할 때, 직종 변경의 전보 명령이 부당하다고 볼 수 없다.

1. 기업 내에서 근로자의 직무 내용 내지 직종을 변경하는 전직 명령은 사용자의 고유 권한에 속한다고 파악되지만, 사용자의 필요성과 규범적 관점에서는 이를 세 가지 유형으로 분류할 수 있다. 첫째, 사용자가 사업에 필요한 노동력의 적절한 배치와 효율증대를 위해 정기적 인사 이동으로 이를 행하는 경우이다. 이러한 경우에는 전직 명령을 받은 근로자에게 생활상 또는 경제적인 측면에서 다소 불이익이 발생하여도 사용자의 인사권에 대한 재량성이 강조되어 정당한 인사 명령으로 판단되기 쉽다. 둘째, 종전의 직위와 직종에서 해당 근로자가 업무상 부주의 등으로 회사에 손실을 주거나 규범을 위반하여 징계성 조치로 행하는 전직 명령이다. 이에 속하는 경우 원인 사유와 근로자가 입게 될 불이익 사이에 비교 형량을 통해서 전직 명령의 타당성을 판단하게 된다. 셋째, 낮은 인사 고과 또는 경영상의 이유에 의한 고용 조정의 수단으로 직종 변경의 전직 명령을 행하는 경우로, 경영상 해고 제도의 관점에서 그 정당성을 판단해야 한다. 본 사안에서의 전직 명령은 원인 측면에서 보면 징계성과 낮은 인사 고과를 포함하고 있다.

2. 근로자가 종사해야 할 직무 내지 직종은 근로 관계에서 본질적인 사항이고, 근로기준법 제17조와 동법 시행령 제8조에 의하면 근로계약의 체결시 근로자에게 명시해야 한다. 전직 명령에 대한 규범적 근거와 제한은 크게 세 가지로 생각할 수 있다. 첫째, 전직

에는 정당한 이유가 있어야 한다는 동법 제23조 제1항을 만족시켜야 한다. 둘째, 근로계약 등에서 근로자가 종사할 직종 내지 직무의 내용이 특정된 경우 사용자가 직종을 일방적으로 변경하는 것은 근로계약의 위반이 된다. 셋째, 노동 관행의 관점이다. 특정한 직종 내지 직무를 수행하기 위해 교육 또는 훈련을 받고 오랜 동안 해당 업무를 수행하여 왔고, 인사 이동이 있어도 해당 직종 내에서만 이루어져 왔다면, 특별한 사정이 없는 한, 장래에도 그 직종에서만 근무할 수 있을 것으로 예상되고, 이것에 규범적 효과를 인정할 수 있다. 결국, 규범적 측면에서 사용자의 필요성과 근로자의 불이익의 비교 형량 또는 그것을 완화하는 조치를 제시하였는지, 전직에 관해 동의 내지 충분한 협의라는 절차를 거쳤는지가 전직 명령의 정당성 평가에서 중요한 판단 기준이다. 이러한 해석론의 관점에서 볼 때, 본 사건에서 기사를 관리직으로 변경한 것은 정당한 인사 명령으로 인정되기 어렵다.

3. 유사한 판례로 다음과 같은 것들이 있다. 전직 대상자들은 신문사에서 유능하다고 평가되거나 경영진에 대해 비판적인 입장을 취하였던 기자들이며, 전직 발령 직전 신규 기자 모집 공고를 하거나 간부급 사원들을 모집하는 등의 사정을 고려할 때 감량 경영의 일환으로 전직 발령을 하였다고 보기 어려우며, 입사할 때 기자직으로 입사하여 편집국에서 근무하여 장래에도 같은 직종에서 근무하리라고 생각하였고, 전직 발령으로 급여가 감소하였고, 전직 발령을 함에 있어 해당 기자들과 사전 협의를 거치지 않았고, 동의를 구한 바도 없는 등을 고려할 때, 기사를 업무직 직원으로 전보 명령한 것은 부당하여 무효이다.¹⁾ 국어 과목을 전담하는 것으로 근로계약을 체결하였음에도 본인의 동의 없이 특목고반이나 영어 인터넷 과목을 배정한 것에 대해 이의를 제기하자 수강생도 없고 시설이 열악한 신설 학원에 근무하도록 지시해 사실상 업무 수행을 불가능하게 했고, 그 후 다시 특목고반을 담당하라는 지시에 불응하자 해고한 것은 부당하다.²⁾ 직종 변경을 수반하는 전직 명령에 대한 이러한 판례 입장에서 보아도, 본 사건에서 동의 또는 협의 절차 없이 기사를 일반 관리직으로 일방적으로 변경하는 것은 인사권의 범위를 초과한 것으로 부당하다.

4. 근로계약과 전직 명령에 대한 해석론과 종전 판례의 입장에도 불구하고, 이 사건에서 직종 변경의 인사 명령은 정당하다고 판단하였는데, 기존의 판례와 배치되는 것인가, 아니면 그 원인은 무엇인가 하는 점을 밝힐 필요가 있다. 만약, 기자가 전직 명령된 사무실에 출근을 하면서 직종 변경의 부당성에 대해서만 법원에 제기하였다면, 이것은 부당하다고 판단되었을 가능성이 높다. 그러나 전직 명령 후 약 15일간은 총무국 사무실에 출근을 하다가 그것의 부당성을 제기하며 결근을 하였다. 신문사는 전직 명령 이전

1) 대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2963 판결.

2) 서울행법 2005. 4. 14. 선고 2004구합30092 판결.

의 비위 행위 및 낮은 인사 고과, 전직 명령에 대한 불만을 가지고 출근하지 않은 것 등을 징계 사유로 하여 무기 정직의 징계 처분을 하였다. 무기 정직 후 6개월 간 보직 명령을 받지 못하고 단체협약 등에 근거하여, 기자는 직권 면직을 당하였고 해고 무효 확인 등을 청구했다. 전직 명령의 타당성 여부는 그 후의 징계 처분 및 직권 면직과 연결된다. 여기서, 전직 명령이 부당하다면, 그 후의 무기 정직의 징계 처분과 직권 면직도 부당하다고 판단되어야 법리적으로 타당하다. 그런데 법원은 전직 명령을 전후한 근로자의 행위와 인사 고과 등을 고려할 때, 무기 정직과 직권 면직은 타당하다고 본 것 같고, 이를 위해서는 직종 변경의 진보 명령이 정당하다고 판단되어야 한다. 전직 명령에 대한 판결 이유는 법리적으로 동의하기 어렵고, 근로자의 비위 행위 내지 무단 결근이라는 특수한 사정이 반영된 판단에 불과하다. 이 판결에도 불구하고, 특정한 직종을 일방적으로 변경하면 부당하여 무효가 된다는 해석 원리는 그대로 유지된다. **KLI**

박수근(한양대학교 교수)

공무원의 승진 임용 신청권

— 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007두18611 판결 —

[판결요지] 지방공무원법 제8조, 제38조 제1항, 지방공무원임용령 제38조의 3의 각 규정을 종합하면, 2급 내지 4급 공무원의 승진 임용은 임용권자가 행정 실적·능력·경력·전공 분야·인품 및 적성 등을 고려하여 하되 인사위원회의 사전 심의를 거치도록 하고 있는바, 4급 공무원이 당해 지방자치단체 인사위원회의 심의를 거쳐 3급 승진 대상으로 결정되고 임용권자가 그 사실을 대내외에 공표까지 하였다면, 그 공무원은 승진 임용에 관한 법률상 이익을 가진 자로서 임용권자에 대하여 3급 승진임용 신청을 할 조리상의 권리가 있다고 보아야 할 것이다.

1. 행정소송법상 부작위 위법 확인 소송의 대상은 행정청의 부작위이다. 부작위란 “행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상의 무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것”을 뜻한다(행정소송법 제2조 제1항 제2호, 제4조 제3호).

부작위 위법 확인 소송은 행정청이 당사자의 신청에 대하여 상당한 기간 내에 그 신청을 인용하는 적극적 처분 또는 각하하거나 기각하는 등의 소극적 처분을 하여야 할 법률상의 응답 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 경우에 그 부작위가 위법

하다는 것을 확인함으로써 부작위 또는 무응답이라고 하는 소극적인 위법 상태를 제거 하는 것을 목적으로 하는 제도이다(대법원 1993. 4. 23. 92누17099).

부작위 위법 확인 소송은 처분의 신청을 한 자로서 부작위의 위법의 확인을 구할 법률상 이익이 있는 자만이 제기할 수 있다. 만약 소송 당사자가 행정청에 대하여 어떠한 행정처분을 해 줄 것을 신청하지 않았거나 그러한 신청을 하였더라도 당사자가 행정청에 대하여 그러한 행정 처분을 해 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리를 갖고 있지 않은 경우에는 원고 적격이 없고 그 부작위 위법 확인 소송은 부적법하다(대법원 1992. 6. 9. 91누11278; 대법원 1993. 4. 23. 92누17099).

신청권의 존부는 관계 법규의 해석에 의하여 추상적으로 결정된다. 신청인은 그 신청에 대하여 행정청으로부터 응답을 받을 수 있는 정도의 권리를 가지고 있으면 된다. 이를 넘어서 신청이 인용될 수 있는 정도의 권리가 있어야 하는 것은 아니다(대법원 1996. 6. 11. 95누12460).¹⁾ 반드시 법령상 신청권이 명시되어 있는 경우에만 신청권이 존재한다고 인정되는 것도 아니다. 법규의 해석상 또는 조리상 신청권이 있는 경우도 이에 포함된다(대법원 1996. 5. 14. 95누13081 등).

부작위 위법 확인 소송은 당사자의 신청에 대한 행정청의 처분이 존재하지 않는 경우에 허용된다. 따라서 행정 처분이 존재하는 경우에는 부작위 위법 확인 소송을 제기할 수 없다. 설령 그 처분이 중대하고 명백한 하자로 말미암아 처음부터 당연히 효력이 발생하지 않는 경우라도 마찬가지이다(대법원 1990. 12. 11. 90누4266 등).

2. 이 사건에서 광주광역시는 2004. 3. 31. 인사위원회의 심의를 거쳐 원고를 승진 대상자로 선정한 후 2004. 4. 1. 같은 취지의 인사 발령문(정식의 승진 임사 발령문은 아님)을 공표하였다. 그 후 광주광역시는 원고의 자질을 문제 삼아 인사위원회에게 승진 의결의 재심의를 요구하였고, 2004. 7. 31. 인사위원회는 위 승진 임용 예정 철회를 의결하였다. 이 의결이 있는 후 광주광역시가 원고에 대한 승진 발령을 하지 않자, 원고는 자신을 승진 임용하라는 취지의 소청 심사를 신청하였고, 소청심사위원회가 신청을 기각하자 광주광역시를 상대로 부작위 위법 확인 소송을 제기하였다.

이 사건에서는 신청권 및 신청 행위의 존재, 부작위의 존재와 부작위의 위법 여부가 문제되었다. 원심은 원고에게 승진 임용 신청권이 없고, 원고의 소청 심사 청구를 광주광역시에 대한 승진 임용 신청으로 볼 수 없다는 이유로 원고의 청구를 각하하였다(광주고법 2007. 8. 30. 2006누2557). 그러나 대법원은 아래와 같이 판단하며 원심 판결을 파기하고, 광주고등법원으로 환송하였다.

1) 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는지 여부는, 그 후 행정청이 신청을 각하하거나 기각하는 등의 소극적 처분을 한 경우 진행될, 소극적 처분에 대한 항고 소송의 본안에서 판단하여야 할 사항이다(대법원 2005. 4. 14. 2003두7590).

첫째, 관련 법규의 해석상 4급 공무원이 당해 지방자치단체 인사위원회의 심의를 거쳐 3급 승진 대상자로 결정되고 임용권자가 그 사실을 공표하였다면, 그 공무원은 승진 임용에 관한 법률상 이익을 가진 자로서 임용권자에 대하여 3급 승진 임용 신청을 할 조리상의 권리가 있다고 보아야 한다고 판시하였다.

이는 법규상 명시적 규정이 없음에도 불구하고, 국공립 대학 교원이 재임용 심사를 신청할 조리상 권리가 있다고 판단한 종래 판례에 부합한다(대법원 2004. 4. 22. 2000두7735). 다만 법원은 모든 승진 대상자가 승진 임용 신청을 할 조리상 권리가 있다고 보지는 않았다. 법원은 승진 임용 신청권이 인정되는 경우를 인사위원회의 심의를 거쳐 대외적으로 승진 대상자로 발표된 경우로 한정하고 있다. 이는 국공립 대학 교원 채용 과정에서 유일한 면접 대상으로 지정된 임용 지원자가 조리상 채용 심사 신청권을 가진다고 본 판례와 비슷한 논리이다(대법원 2004. 6. 11. 2001두7053).

둘째, 대법원은 광주광역시 소청심사위원회는 공무원의 징계 등에 대한 소청 심사를 담당하는 기구로서 피고에게 설치된 것이므로(지방공무원법 제13조), 원고가 위와 같은 내용의 소청을 한 이상 광주광역시에 대해 승진 임용 신청을 하였다고 보아야 한다고 판단하였다.

한편 환송 후 재판에서 광주광역시는 소청심사위원회의 기각 결정은 행정행위인 거부 처분이고, 이렇게 행정 처분이 존재하는 이상, 원고는 부작위 위법 확인 소송을 제기할 수 없다고 주장하였으나, 받아들여지지 않았다. 본안과 관련해서도, 담당 재판부는 원고의 업무 판단이나 간부로서의 언행에 아무런 문제점이 없다는 점, 2002년부터 2007년 사이에 인사위원회의 승진 심의를 통과한자들 가운데 한 명도 승진에 탈락된 인원이 없다는 점 등을 들어 광주광역시가 원고를 승진 임용하지 않은 것은 위법하다고 판단하였다(광주고법 2008. 6. 5. 2008누531). **KLI**

도재형(이화여자대학교 교수)