

노동판례리뷰

포괄임금제의 효력

— 수원지방법원 2008. 6. 3. 선고 2007노4706 판결 —

[판결요지] 야간근로수당을 포함한 포괄임금제에 관하여 근로계약서가 작성되지는 않았지만, 업무의 성격, 약정된 시급의 수준, 재직 기간 중 근로자들이 이러한 임금 지급 방식에 대해 이의를 제기하지 않은 점, 이러한 급여 체계가 동종 업무에 종사하는 다른 근로자들이 체결한 근로계약서의 내용과 크게 다르지 않은 점 등을 고려하면, 당사자들 사이에는 야간근로수당을 합한 금액을 월 급여액이나 일당 임금으로 정하여 지급하는 내용의 포괄임금계약이 체결되었다고 볼 수 있다. 이러한 포괄임금약정이 근로자들에게 불리하다거나 제반 사정에 비추어 부당하다고 볼 수 없는 경우에 위 약정은 유효하다.

근로기준법은 근로계약을 체결할 때 소정근로시간 및 임금의 구성 항목과 계산 방법 등을 서면으로 명시하도록 하는 한편, 연장근로수당, 야간근로수당, 휴일근로수당, 연차휴가수당, 주휴수당 등을 (시간급) 통상임금에 기초하여 산정하도록 규정하고 있다. 그런 점에서 시간급 통상임금은 제 수당을 계산하는 원칙적인 기준 임금이라고 할 수 있다. 그런데 기업 실무에서는 기준 임금으로 산정되는 기본급도 정하지 않은 채 여기에 모든 법정 수당 등을 합산한 총액(기본급을 포함한 임금 총액)만을 정하거나 혹은 기본급은 정하지만 각 수당의 액수는 특정하지 않고 모든 수당의 총액(기본급을 제외한 수당 총액)만을 정한 근로계약이 체결되는 경우도 종종 있다. 판례는 이런 경우를 가리켜

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

‘포괄임금제’, ‘포괄임금계약’, ‘포괄산정근로계약’ 등이라고 부르면서, 그 유효성을 넓게 인정하여 왔다. 이번 판결도 같은 입장에 선 형사 판결인데, 특히 명시적인 근로계약서나 포괄임금계약서가 없었음에도 여러 사정을 감안하여 ‘묵시적인 포괄임금계약’의 성립을 인정한 점이 눈에 띈다.

우리 판례는 오래 전부터 포괄임금제의 유효성을 인정하여 왔다. 거의 모든 관련 판결들과 마찬가지로 이번 판결에서도 ‘부동문자’처럼 인용한 판례의 논리는 이렇다. “사용자는 근로계약을 체결함에 있어서 근로자에 대하여 기본임금을 결정하고 이를 기초로 제 수당을 가산하여 지급함이 원칙이라 할 것이나 근로시간, 근로형태와 업무의 성질 등을 참작하여 계산의 편의와 직원의 근무의욕을 고취하는 뜻에서 기본임금을 미리 산정하지 아니한 채 제 수당을 합한 금액을 월급여액이나 일당임금으로 정하거나 매월 일정액을 제 수당으로 지급하는 내용의 이른바 포괄임금제에 의한 임금지급계약을 체결한 경우에 그것이 근로자에게 불이익이 없고 제반 사정에 비추어 정당하다고 인정될 때에는 이를 무효라고 할 수 없다”(대법원 1999. 5. 28. 선고 99다2881 판결; 대법원 2005. 8. 19. 선고 2003다66523 판결 등 다수).

판례에 따르면, 포괄임금제가 유효하려면 외견상으로는 다음 두 가지 요건이 필요한 듯이 보인다. 즉 근로시간, 근로형태와 업무의 성질 등에 비추어 기본 임금을 미리 산정하기가 어려워야 한다는 점과 그것이 근로자에게 불이익이 없고 제반 사정에 비추어 정당하다고 인정되어야 한다는 점이다. 그러나 판례가 직종이나 업무 등에 따라 포괄임금제의 체결을 문제삼은 적은 없기 때문에, 앞의 점을 실질적인 요건으로 보고 있다고 하기는 어렵다(대법원 1992. 2. 28. 선고 91다30828 판결; 대법원 1998. 3. 24. 선고 96다24699 판결; 대법원 1999. 5. 28. 선고 99다2881 판결 등 참조). 또 “근로자에게 불이익이 없다”라는 말의 의미에 대해서도 “단체협약이나 취업규칙에 구체적인 임금지급 기준 등이 규정되어 있는 경우에 그러한 규정상의 기준에 비추어 보아 불이익하지 않아야 한다는 것을 의미한다”(대법원 1997. 4. 25. 선고 95다4056 판결 등)라고 하면서도, 해당 사업에서 일반직 사원과 일용직 사원을 구분하여 후자에 대해서만 일률적으로 ‘근로계약서’를 작성한 경우에는 일반직 사원에게 적용되는 취업규칙이 아니라 일용직 사원에게 적용되는 근로계약서의 내용에 비추어 불이익 여부를 판단하여야 한다(대법원 1998. 3. 24. 선고 96다24699 판결)고 판시하였다. 결국 뒤의 점도 포괄임금제의 실질적인 유효 요건이라고 보기는 어렵다.

판례는 포괄임금제의 체결에 반드시 근로자의 명시적 동의가 필요한 것으로도 보지 않는다. 즉 근로자의 명시적인 동의가 없어도 업무의 성격이나 그 밖의 사정 등에 비추어 근로자의 묵시적인 동의를 인정하기도 하였다(대법원 1999. 5. 28. 선고 99다2881 판결 참고). 이번 판결에서 역시 명시적인 포괄임금 근로계약서가 작성되지 않았더라도 업

무의 성격 등 제반 사정을 고려하여 묵시적으로 포괄임금제의 성립을 인정하였다.

한편 판례는 포괄임금제에 포함될 수 있는 수당으로 ‘연장근로수당이나 시간외근로수당, 야간근로수당, 휴일근로수당’(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002다16958 판결), ‘주휴수당이나 연월차휴가수당’(대법원 1998. 3. 24. 선고 96다24699 판결) 등을 들고 있다. **㉮**

강성태(한양대학교 교수)

교원의 집단 연가투쟁과 쟁의행위 허용 범위

- 부산지방법원 2008. 7. 16. 선고 2007구합3740 판결 -
- 서울행정법원 2008. 7. 8. 선고 2007구합35753 판결 -

[판결요지] 조합원 대다수가 일시에 휴가, 조퇴, 출장 등을 통해 단체행동을 하는 경우 이는 원칙적으로 쟁의행위에 해당하므로, 전교조 조합원들이 집단적으로 각급 학교에 연가를 내고 2006년 11월 교원능력개발평가제도 반대 집회에 참석한 것은 교원노조법상 허용되는 정당한 단결권 행사의 범위를 벗어나, ‘파업·태업 기타 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 쟁의행위’를 금지하고 있는 교원노조법 제8조에 위반하는 쟁의행위에 해당된다. 따라서 이러한 행위는 국가공무원법 소정의 집단행위 금지 의무를 위반한 것이 되어 이를 이유로 한 견책 처분은 정당하며, 교육과학기술부장관이나 각 시·도교육감이 조합원들의 연가 신청을 불허토록 지시·시달한 행위는 정당한 지시·감독권의 행사로서 적법한 직무 수행 범위에 해당하므로, 노동조합의 운영에 대한 지배·개입의 부당노동행위로 볼 수 없다.

헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자의 노동3권은 관계 법률에서 정한 범위로 제한을 받는다. 이는 우리나라의 현실적 한계를 고려한 입법자들의 선택의 결과라고 할 것이다. 이에 따라 공무원노조법 제11조 및 교원노조법 제8조에서는 “파업, 태업 기타 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 (쟁의)행위”를 할 수 없도록 엄격하게 금지하고 있다. 그러나 동시에 헌법 제37조 제2항에서는 법률에 의한 기본권의 제한이 “필요한 경우에 한하여” 이루어져야 하며 그 “본질적인 내용을 침해할 수 없다”라고 못 박고 있다. 따라서 공무원과 교원의 노동3권 중에서 쟁의행위를 포함하는 단체행동권이 전면적으로 금지되어 그 본질적 내용이 침해되거나, 그 행사 제한이 불필요하게 이루어지는 경우라면 이는 명백히 헌법을 위반한 것이다. 교원노조법과 공무원노조법상 위 규정을 해석함에 있어서는 준엄한 헌법적 요청을 기억하여, “허용되는 단체행동권 내지 쟁의행

위의 영역”을 가려내는 것이 법령 해석·적용의 올바른 자세라 할 것이다.

물론, 종래 독일 법해석학의 영향을 받은 입장에서는 노동3권을 하나의 권리로 이해할 뿐 아니라 노동3권 사이의 상호 관계에 대해 이른바 ‘단체교섭권중심론’에 서 있기 때문에 필자의 견해에 반대할 수 있다. 특히 이른바 ‘특별권력관계론’이나 ‘국민 전체의 봉사자론’을 위시한 공무원(교원)의 노동기본권 제한 논리에 몰입된 사고에서는 헌법 제 37조 제2항의 “기본권 제한의 한계”를 가볍게 여길 수도 있다. 그러나 우리 헌법 제33조 제1항의 규정 형식과 노동3권 각각의 내용 및 그 법적 성격 등을 면밀히 검토한다면, 노동3권은 하나가 아니라 “3개의 자연권적 기본권”이 서로 밀접한 연계성을 가지면서 “동등한 무게를 가지고 결합”되어 있으며, 그 상호 간에는 “중심” 내지 “우월적” 지위에 있는 어떤 권리가 다른 두 가지 권리를 “전제” 내지 “수단”으로 거느리고 있지 않음을 이해할 수 있다. 공무원과 교원의 노동기본권도 “필요한 만큼만 제한해야 하는 비례의 원칙”을 더 이상 강조하지 않아도 되는 시기가 온 것으로 봐도 되지 않을까 싶다.

먼저 교원노조법 제8조 및 공무원노조법 제11조가 금지하는 것이 “모든 쟁의행위”가 아니라는 점을 상기했으면 한다. 위에서 언급한 바와 같이 파업, 태업을 포함하여 업무의 정상적인 운영을 “저해하는(쟁의)행위”는 금지됨이 명백하지만, 업무의 정상적인 운영을 “저해하지 않는”(쟁의)행위는 허용되는 것이 현행 헌법의 해석에 부합한다. 단결권 행사의 연장선 위에 있는 것으로 이해할 수 있는 각종 집회는 물론, 사용자에 대한 시위·대항적 성격의 단체행동이라도 그 내용이 “업무 저해성”을 갖지 않는 이상 금지할 이유도 근거도 없기 때문이다. 전체 조합원 89,000여 명 가운데 2,300여 명이 집단으로 연차휴가를 내고 서울시청 광장 집회에 참석하는 연가투쟁을 강행했다고 하지만, 전체 조합원의 2.58%에 불과한 참석률을 보인 시위성 집회가 “조합원 대다수가 일시에 휴가 등을 통해 단체행동”을 하는 경우에 해당한다고 보는 것이 과연 상식에 합치할까? 각급 학교 전체 선생님의 3%도 아니고, 전교조의 3% 조합원들이 연가를 내서 학교 업무에 정상적 운영이 저해될 만큼 우리 교육 시스템이 부실하다면, 정말 낭패가 아닐 수 없다. 교환수업 등의 수단을 통해 사전, 사후 수업 결손 등을 방지하기 위한 대책을 마련·시행했음에도 불구하고 당연히 “상당 정도 각 급 학교의 수업에 지장을 가져올 것임이 명백”한 정도라면, 다른 선생님들과 교장·교감 선생님들은 그 때 뭘 하고 계셨을까 궁금해진다. “파행적 수업 진행”인 이른바 교환수업으로 인해 “다른 교원의 수업 준비·휴게 등에 영향을 줄 수밖에 없었을 것이어서, 그로 인하여 학생 지도 등의 공무 수행에 아무런 지장을 초래하지 않았다고 볼 수 없다”면 교원(공무원)은 어떠한 경우에도 휴가를 사용해서는 안 되는데, 이것이 현실적이고 또 타당할까?

합법적 노동조합을 결성·가입하고 적법한 절차·방법을 통해 이에 적극 참여하는 것이, 행여라도 “불편부당한 중립적 가치를 제시하여 다양한 가치 및 세계관 가운데 배

우는 학생들이 스스로 정당한 가치관과 세계관을 세워나가도록 도와주어야 하는 책무”에 위반된다고 본다면, 그 가치관·세계관의 중립성·다양성·정당성에 의문을 제기할 수 없을 수 없다. 교육과학기술부장관과 각 시·도 교육감 및 학교장으로서 견지할 수밖에 없었던 “전교조 교사들의 집단적 연가 신청을 불허할만한 사유”가 ‘정부 정책을 반대한 것에 대한 불편한 심기’ 내지 ‘정치적 혼란을 염려하는 정치적 배려’ 또는 ‘교육 행정의 불안정을 걱정하는 관료적 사고’에서 출발한다면 더 이상 할 말이 없어진다.

장관과 각 시·도 교육감이 집단적 연가 신청을 불허하도록 지시·시달한 행위가 지배·개입으로 나아갈 만큼 ‘공격적’이지 않았을 수 있다. “가장 가벼운” 징계인 견책 처분으로 인한 교원의 불이익 정도가 크지 않을 수도 있다. 그러나 헌법과 법령 해석상 허용되는 정당한 노조 활동에 대한 견제·억압을 허용하는 것은 ‘적법한 직무 수행의 범위’에 해당되지 않는다. **㉮**

문무기(경북대학교 교수)

사내하도급: 수급인의 실체성 판단의 함정

- 서울남부지방법원 2008. 7. 18. 선고 2007가합13702 판결(제1판결) -
- 서울남부지방법원 2008. 7. 18. 선고 2007가합10338 판결(제2판결) -

[사건 개요] 증권 및 금융전산망 관련 시스템의 개발, 운영, 유지, 보수 등 시스템 통합 서비스업을 수행하는 회사인 갑은 1996년부터 2002년에 걸쳐 금융전산정보 보존과 보안인증 관련 업무는 A, B, C, D에게 도급하고, 통신단말장비 보수관리와 프로그램 개발지원 등의 업무는 X와 Y에게 도급한 후 수 회에 걸쳐 위 도급계약을 갱신 체결하였다. 2007년에 이르러 B, C, D 소속의 근로자들은 A로 소속이 변경되었고(제1판결), X와 Y의 사업은 Z로 양도되면서 근로자들의 고용도 Z로 승계되었다(제2판결). 제1판결과 제2판결에서 모두 근로자들은 갑이 수급인들과 체결한 도급계약은 위장도급에 해당하고 따라서 근로자들과 갑 사이에 직접적인 근로계약 관계가 존재한다고 주장하였다. 한편, 구 파견법 제6조 제3항의 직접고용의제 규정에 따라 파견 기간 2년이 경과하면 근로자들은 갑의 근로자의 지위에 있게 된다는 주장을 예비적으로 제기하였다. 제1판결에서는 근로자들이 패소하였고, 제2판결에서는 근로자들이 승소하였다.

이런 종류의 사건에서 근로자들의 주장 방식은 거의 정형화되어 있다. 도급인과 수급인 사이의 도급계약이 ‘위장도급’이고 따라서 수급인의 근로자들과 도급인 사이에는 직

접적인 근로계약 관계가 성립한다는 주위적 주장을 제기하는 한편, 설령 직접적인 근로계약 관계가 성립하지 않더라도 파견법의 적용에 따라 2년이 경과하면 ‘직접고용’으로 간주된다는 예비적 주장을 제기하는 것이다.

이에 따라 법원의 판단 구조도 정형화되어 있다. 먼저 도급인과 수급인 근로자들 사이에 묵시적 근로계약 관계가 성립하는지 여부를 판단하고, 인정되지 않는 경우 파견법의 적용 여부를 판단한다. ‘불법파견’에 대한 파견법의 적용 문제는 논란거리였지만, 최근의 대법원 판결(2008. 9. 18. 선고 2007두22320)은 불법파견에 대해서도 파견법이 적용된다고 함으로써 쟁점을 해소하였다.

위 서울남부지법의 제1판결은 주위적 주장과 관련하여 묵시적 근로계약 관계가 성립하지 않는다고 하였고, 예비적 주장과 관련하여서는 불법파견에 대해서는 파견법이 적용되지 않는다고 하였다. 한편, 위 서울남부지법 제2판결은 묵시적 근로계약 관계의 성립을 인정하였기 때문에 별도로 파견법 적용 여부를 판단할 필요는 없었다. 파견법 적용 여부를 제외하면, 위 두 판결 사이에 묵시적 근로계약 관계의 성립 여부에 대한 결론이 다르게 나온 이유가 궁금해진다.

대법원 판례에 의하면, 묵시적 근로계약 관계가 성립하기 위해서는 수급인이 업무 수행의 독자성이나 사업 경영상의 독립성을 갖추지 못하여 도급인의 노무 대행 기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 않아야 한다.

위 두 건의 대상 판결을 보면, 인사 노무 관리 방식은 제1판결 사건과 제2판결 사건이 다르지 않음을 확인할 수 있다. 전자와 후자가 다른 점은 전자의 사건에서 수급인들은 갑 외에도 다른 회사하고도 거래한 실적이 있는 반면, 후자의 사건에서 수급인들은 갑하고만 거래를 했다는 점이다. 법원이 제1판결에서 “A(B, C, D)는 자신의 일반 사업 수행에 필요한 사무실, 시설 등 각종 물적 시설을 보유하고 있다”라고 언급하는 한편, 제2판결에서 “소외 회사들[X와 Y]은 피고[갑]의 도급 업무 외에 일반 영업을 하는 데 필요한 설비 및 시설 등을 갖추지 못하고 있었다”라고 언급하고 있는 점을 눈여겨 볼 필요가 있다. 요컨대, 승소와 패소를 가른 것은 수급인이 다른 회사와 거래한 실적이 있는가 여부였던 것이다.

그러나 수급인 회사의 임원 상당수가 갑의 직원 출신인 점, 근로자들의 소속 회사 변경 과정을 갑이 주도한 점, 근로자들의 업무가 갑의 일반 업무와 유기적으로 결합된 업무인 점, 갑이 근로자들에게 작업시간, 작업대상, 연장근로, 휴일근무 등에 관하여 직접적으로 지시할 수 있는 위치에 있었던 것으로 보이는 점, 갑이 근로자들에게 기술교육, 조직문화교육 등을 실시하고 복장과 명함 등도 동일하게 지급하였던 점 등, 갑과 근로자들 사이에 종속관계가 성립하였다고 믿을 만한 많은 사정들에 불구하고, 수급인이 다른 회사하고도 거래를 하였다는 사정만으로 갑의 책임이 면제된다는 결론은 도무지

납득하기 힘든 것이다. 수급인이 다른 회사와 거래를 할 수 있는지 여부 자체가 갑의 주도권 아래 놓여져 있다면 더 말할 나위가 없지 않겠는가?

수급인이 실체가 있는지 여부는 도급인과 근로자들 사이에 종속관계, 즉 근로계약이 성립하는지 여부와는 무관한 문제이다. 갑(도급인)과 을(근로자) 사이에 근로계약이 성립하는지 여부는 갑과 을 사이의 실질적 문제이다. 수급인이, 실체가 있든 없든, 그 사이에 개입하고 있다면, 직업안정법(근로자공급 금지) 위반에 해당하는 것 아닌가만 따지면 족하다. **KLI**

박제성(한국노동연구원 연구위원)

당연퇴직처분의 효력

— 서울고등법원 2008. 7. 25. 선고 2007나125194 판결 —

[판결요지] 피고 공단의 정관 제17조는 표제가 직원의 신분보장으로 되어 있고 그 내용도 정관 제16조에서 규정한 직원의 임면에 관한 사항 중 특히 임면권자가 직원을 그 의사에 반하여 면직할 수 있는 경우를 제한하는 취지임이 분명하므로, 정관의 위임에 따라 제정되는 인사규정에서 정관 제17조의 신분보장조항에 위배되는 규정을 둘 수 없고 그러한 규정은 무효라고 할 것인바, 인사규정 제83조는 정관 제17조가 본인의 의사에 반하여 해고할 수 있는 사유로 열거한 징계면직과 직권면직 외에 당연퇴직을 규정한 것이어서 정관 제17조에 위배되어 무효임이 명백하고, 따라서 위 인사규정에 근거한 이 사건 당연퇴직처분은 정당한 이유가 없는 것으로서 무효이다.

일반적으로 언급되고 있는 근로관계의 종료원인에는 해고, 사직, 합의해지, 정년, 기간제 근로계약에서의 기간의 경과 및 당사자의 소멸 등이 있다. 이 가운데 해고는 사용자의 일방적 의사표시에 의하여 근로관계가 종료하는 것을 말한다. 그러나 실무에서는 직권면직, 징계해고 및 당연퇴직도 사용자의 일방적 의사표시에 의한 근로관계의 종료 사유로 활용되고 있다. 사용자의 일방적 의사표시에 의한 이러한 근로관계의 소멸이 유효하기 위해서는 이러한 처분을 할 수 있는 근거규정이 존재하여야 하고, 또한 그 근거규정의 내용이 강행법규에 위반되지 않아야 하며, 나아가 그 처분이 절차적 정당성을 갖추고 있어야 한다.

대상판결에서는 사용자의 일방적 의사표시에 의한 근로관계의 종료에 관한 근거규정의 존재가 문제되었다. 대상판결에서 법원은 “인사규정 제83조는 정관 제17조가 본인의

의사에 반하여 해고할 수 있는 사유로 열거한 징계면직과 직권면직 외에 당연퇴직을 규정한 것이어서 정관 제17조에 위배되어 무효임이 명백하고, 따라서 위 인사규정에 근거한 이 사건 당연퇴직처분은 정당한 이유가 없는 것으로 무효이다”라고 하였다. 이는 해고뿐만 아니라 당연퇴직을 포함한 모든 사용자의 일방적 의사표시에 의한 근로관계의 종료가 취업규칙 또는 단체협약에 이에 관한 근거규정을 가지고 있는 경우에 한하여 유효하다는 기존의 판례의 입장에 따른 것이다(대판 1994. 12. 27. 93다52525). 나아가 이는 근로자의 의사에 반하는 사용자의 일방적 의사표시에 의한 근로관계의 종료원인인 해고, 직권면직 및 당연퇴직을 엄격히 구별하는 기존의 판례의 입장을 전제로 하고 있다(대판 1993. 9. 28. 93다222524 등).

한편 대상판결에서는 당연퇴직에 관한 인사규정이 무효가 되어, 그 규정과 근로기준법 제23조와의 관계가 논의되지 않았다. 그러나 위 사건에서 당연퇴직에 관한 인사규정이 정관의 위임으로 인하여 유효하였다면, 위 규정이 근로기준법 제23조에 위반되는지에 대한 검토가 있었을 것이다. 이와 관련하여 법원은 “회사가 어떠한 사유의 발생을 당연퇴직사유로 규정하고 그 절차를 통상의 해고나 징계해고와는 달리 하였더라도 근로자의 의사와 관계없이 사용자측에서 일방적으로 근로관계를 종료시키는 것이면 성질상 이는 해고로서 근로기준법 제23조 제1항에 의한 제한을 받는다”라고 하여 당연퇴직 및 직권면직도 근로기준법 제23조 제1항의 해고에 해당된다고 보았다(대판 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결). 즉, 사용자의 일방적 의사표시에 의한 근로자에 대한 퇴직조치가 유효하기 위해서는 취업규칙 또는 단체협약 규정의 요건이 충족되어야 함은 물론 근로기준법 제23조 제1항이 규정하는 바의 정당한 사유가 있어야 한다고 한다.

종합하면, 사용자의 일방적 의사표시에 의한 근로관계의 종료는 취업규칙 또는 단체협약에 이에 대한 규정이 존재하는 경우에 한하여 유효하다. 이와 관련하여 직권면직, 징계해고 및 당연퇴직은 구별되어 진다. 따라서 이러한 처분들이 유효하기 위해서는 각각의 처분 유형에 대한 근거규정이 별도로 존재하는 경우에 한하여 그러한 처분의 효력이 인정된다. 그러나 사용자의 일방적 의사표시에 의하여 근로관계를 종료시키는 처분에 관한 취업규칙 또는 단체협약 상의 규정의 효력과 관련해서는 이들 처분들은 모두 해고와 동일하게 취급된다. 즉, 근로기준법 제23조에는 당연퇴직, 직권면직이 포함되어 있지 않지만, 이러한 처분에 대한 취업규칙 또는 단체협약 상의 규정은 동 규정에 위반되지 않아야 유효하다. 따라서 이러한 규정에 근거한 직권면직 또는 당연퇴직은 동 규정상의 정당한 사유가 있는 경우에 한하여 유효하다. **KLI**

유성재(중앙대학교 교수)

직장 내 성희롱 행위자에 대한 징계의무와 징계권

— 대법원 2008. 7. 10. 선고 2007두22498 판결 —

[판결요지] 객관적으로 상대방과 같은 처지에 있는 일반적이고도 평균적인 사람의 입장에서 보아 어떠한 성희롱 행위가 고용환경을 악화시킬 정도로 매우 심하거나 또는 반복적으로 행해지는 경우, 사업주가 사용자책임으로 피해 근로자에 대해 손해배상 책임을 지게 될 수도 있을 뿐 아니라 성희롱 행위자가 징계해고되지 않고 같은 직장 내에서 계속 근무하는 것이 성희롱 피해 근로자들의 고용환경을 감내할 수 없을 정도로 악화시키는 결과를 가져 올 수도 있으므로, 근로관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있다고 보아 내린 징계해고처분은 객관적으로 명백히 부당하다고 인정되는 경우가 아닌 한 쉽게 징계권을 남용하였다고 보아서는 안 된다.

직장 내 성희롱에 대한 다양한 대책의 가장 중요한 목적은 직장 내 성희롱으로 인한 적대적인 환경에서 성희롱으로부터 자유로운 친화적인 환경을 회복하는 데 있다고 할 수 있을 것이다. 물론 단편적인 대책만으로 이러한 효과를 기대하는 것은 불가능할 것이지만, 성희롱 행위자의 징계와 성희롱 피해자에 대한 보복적인 불이익취급의 금지는 성희롱에 대한 모든 대책에 있어서 가장 기본적인 전제가 되는 사용자의 조치라고 할 것이다. 「남녀고용평등과 일·가정의 양립지원에 관한 법률」도 직장 내 성희롱의 일반적 금지(제12조)를 선언함과 동시에, 구체적으로 성희롱 예방교육(제13조, 제13조의2)과 함께 성희롱 발생시 조치(제14조, 제14조의2)를 규정하고 있다.

노동부는 2005. 4. 약 한 달간 이메일 발송에 대한 응답 또는 포털사이트상 배너클릭을 통한 응답의 방법으로 설문조사를 실시하여 25,510명의 응답을 받고 그 결과를 발표한 일이 있었는데, 그 문항 중 성희롱 근절을 위해 정부가 강화시켜야 할 우선적 정책과제에 관한 질문에 ①행위자에 대한 처벌(43.8%), ②홍보·교육 등 예방활동(30.7%), ③피해자의 구제(13.5%), ④사업주의 의무위반에 대한 처벌(12.0%) 순으로 나타났다고 한다(2005. 5. 18.자 노동부 평등정책과 보도자료). 물론 정부 정책에 관한 설문이기는 하지만 직장 내 성희롱에 대한 대책 중 행위자에 대한 대책을 중요하게 여기는 것이 일반적인 인식이라는 점을 간접적으로나마 확인할 수 있다.

대상판결은 직장 내 성희롱이 발생하였을 경우 사용자가 취해야 하는 조치 중 ‘행위자에 대한 징계’의 정당성(좀 더 구체적으로는 그 권한 남용 여부)가 다투어진 사례이다. 특히 이 사안에서는 직장 내 성희롱의 성립 자체에 대한 다툼보다는 직장 내 성희롱과 그에 균형이 있는 징계양정의 정당성이 직접적인 쟁점이 되었다는 점에서 주목된다.

어떤 회사 지점의 회식 이후 있었던 지점장의 부적절한 행위에 대해 사내 인사관련부서에 익명으로 접수된 제보를 근거로, 인사관련부서는 사실조사를 통해 지점장의 성희롱 사실을 확인한 뒤 절차를 거쳐 징계해고하였다. 그러나 서울지노위로부터 성희롱에 해당하지는 않지만 ①고의성이 현저하지 않다는 점, ②고용관계를 계속시킬 수 없을 정도의 중대한 귀책사유가 아니라는 점, ③중징계인 해고처분을 하면서 징계재심청구를 받아들이지 아니한 점을 이유로 부당해고구제명령을 받게 되자(서울지노위 2004. 1. 29. 2003부해1060), 다른 직위에 복직시킨 뒤 다른 징계양정사실을 포함시켜 다시 징계해고하였다.

이에 대해서 다시 다투었지만 서울지노위는 부당해고구제명령을 기각하였고(서울지노위 2004. 10. 12. 2004부해686), 중노위도 서울지노위의 판정을 유지하였다(중노위 2005. 4. 8. 2004부해895). 근로자가 이 재심판정의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였는데 1심은 해고의 정당성을 인정한 반면(서울행정법원 2006. 3. 24. 선고 2005구합13872 판결), 대상판결의 원심은 성희롱에 해당한다는 것을 인정하면서도 징계권의 남용임을 이유로 징계해고의 정당성을 인정하지 않았다(서울고법 2007. 10. 10. 선고 2006누9285 판결).

하지만 대상판결은 이러한 원심에 대해서 다시 ①성희롱이 갖는 특수성에 비추어 성희롱에 대한 징계처분은 객관적으로 명백히 부당한 경우가 아닌 한 징계권 남용에 해당한다고 쉽게 판단할 수 없다는 점, ②성희롱이 행위자의 특별한 문제의식 없이 왜곡된 사회적 인습이나 직장문화 등에 의하여 형성된 평소의 생활태도에서 비롯된 것이라도 가볍게 평가할 수는 없다는 점을 이유로 해고의 정당성을 인정하였다(과기환송 후 사건은 2008. 7. 24.자로 서울고법에 접수되어 2008누20088 사건으로 2008. 9. 29. 현재 계류 중이다).

직장 내 성희롱이 징계사유가 되고 그 유효성이 다투어진다면 우선 입증되지 않았음을 이유로 성희롱의 성립 자체를 부인하는 경우가 있을 것이다(중노위 2005. 12. 14. 2005부해337 ; 중노위 2006. 9. 8. 2006부해175). 그러나 만일 성희롱의 성립 자체가 인정된다면 해당하는 행위와 징계조치 사이에는 일정한 균형이 있어야 하고 만일 그렇지 않다면 징계권의 남용으로 징계의 효력이 부인될 여지가 있음은 물론이다. 문제는 그러한 균형이 유지되어 징계권의 남용이 아닌 경우인지, 아니면 균형이 파괴되어 징계권의 남용에 해당되는 경우인지의 구체적인 판단방법이다. 구체적인 사실관계에 있어서 남용이 아니라고 판단할 수 있는 사정과 남용이라고 판단할 수 있는 사정 사이에 분명한 경중이나 차이가 있다면 결론은 간단할 것이다. 문제는 이러한 사정이 복합적으로 존재하는 경우가 실무상으로는 대부분일 것이라는 점이고 직장 내 성희롱을 이유로 한 징계가 아닌 일반적인 징계에서도 이와 동일한 문제는 여전히 남아 있다.

그동안 직장 내 성희롱을 이유로 한 징계에 대해서 징계권의 남용이라는 주장을 부정하고 징계가 유효라고 인정한 사례는 사실관계에 따라 다소의 차이는 있지만 행위자의 지위의 특수성, 피해자의 수, 전력 등 성희롱 행위의 반복성 여부, 은폐시도 등 행위 이후의 사정, 성희롱 이외의 징계사유의 존재 여부와 같은 사정을 고려하고 있다(서울행법 2003. 6. 11. 선고 2003구합1196 판결; 서울행법 2003. 3. 11. 선고 2002구합26433 판결; 중노위 2001. 5. 30. 2001부해67; 중노위 2002. 6. 21. 2002부해12; 중노위 2004. 7. 22. 2004부해47; 중노위 2005. 4. 7. 2004부해885; 중노위 2005. 5. 6. 2004부해867; 중노위 2005. 11. 15. 2005부해371; 중노위 2005. 11. 16. 2005부해473; 중노위 2006. 3. 31. 2005부해458; 중노위 2006. 8. 16. 2005부해1017; 중노위 2006. 9. 29. 2006부해404; 중노위 2007. 2. 22. 2006부해984; 중노위 2007. 12. 24. 2007부해801; 중노위 2008. 4. 15. 2007부해1041). 반면 징계권의 남용으로 인정한 사례는 직접적인 성희롱 행위가 아니라 방조·묵인·단순동조 행위에 그치고 있다는 사정, 사안에 비하여 중징계하였다는 사정, 그 간 근무의 성실성, 다른 징계전력이 없었다는 사정 등을 고려하고 있다(서울행법 2001. 4. 19. 선고 2000구22382 판결; 인천지법 2004. 2. 4. 선고 2003가합4750 판결; 경기지노위 2001. 1. 19. 2000부해481; 중노위 2000. 6. 13. 2000부해51, 부해58; 중노위 2005. 5. 31. 2004부해944; 중노위 2007. 10. 5. 2007부해108).

이렇게 직장 내 성희롱에 대한 징계권의 행사에 영향을 미치는 다양한 사정과 함께 고려해야 할 점은 바로 직장 내 성희롱 행위자에 대한 징계가 법령상 명시된 사용자 의무이며, 그 의무위반시 일정한 경우에는 과태료가 부과될 수도 있으며(「남녀고용평등과 일·가정의 양립지원에 관한 법률」 제39조 제2항), 나아가 대상판결이 적절하게 지적하고 있듯이 성희롱이 사용자에게 피해 근로자에 대한 손해배상책임을 야기시킬 수도 있어, 사용자는 ‘징계 그 밖의 이에 준하는 조치’를 취해야만 한다는 사실에 대한 고려이다. 사용자가 손해를 입게 될 것인지 여부를 떠나 직장 내 성희롱 행위자가 징계받지 않고 같은 직장에서 계속 근무하는 상황이 피해 근로자에게는 직장 내 성희롱으로부터 자유로운 좋은 환경이 될 수 없다는 점은 두말할 나위도 없다. 즉 직장 내 성희롱에 대한 징계는 오늘날에는 다른 일반적인 징계와는 달리 사용자의 의무이고 성희롱에 대한 대책의 출발점으로 받아들여져야 한다. 이 부분에 관한 한 사용자의 징계 ‘권한의 남용’ 보다는 그 징계 ‘의무의 이행’이라는 관점에 유념하여야 할 필요가 있다.

결국 직장 내 성희롱을 이유로 한 징계의 유효성이 다투어지는 경우, 다른 징계와는 달리 법령에 의해 사용자에게 징계의무가 부여되어 있다는 사실, 만일 이를 방치하거나 또는 사실상 희석시키는 경우에는 사용자에게 여러 가지 불이익이 수반될 수 있다는 사실, 무엇보다 직장 내 성희롱에 대한 대책의 일환으로서 징계조치가 사용자에게 요구되는 의무의 일환이라는 규범적 요청에 대한 인식이 필요하다. 대상판결은 이와 같이 직

장 내 성희롱을 이유로 한 징계 그 밖의 이에 준하는 조치의 상당성을 판단하는 데 필요한 기준을 제시함으로써, 행위자의 업무능력이나 징계권의 남용이라는 비난에 자칫 묻혀 버릴 우려가 있는 ‘관행화, 정형화된 평소의 생활태도를 통해 적대적인 환경을 조성하는 환경형 성희롱’에 대한 경종을 울린 판결이라고 생각한다. **KL**

정인섭(숭실대학교 교수)