

노동판례리뷰

변호사의 근로자성

- 대법원 2012. 12. 13. 선고 2012다77006 판결 -

【판결요지】

법무법인에 근무하는 변호사의 근로자 해당 여부도 변호사법에 규정된 변호사의 추상적 지위나 구성원 등기 여부 등의 형식만을 따질 것이 아니라 위와 같은 기준을 종합적, 실질적으로 고려하여 판단하여야 한다.

아마도 변호사는 의사와 더불어 흔히 “길드”라고 부르는 중세적 동업조합의 자취가 가장 많이 남아 있는 직업일 것이다. 동업조합의 특징은 크게 두 가지를 들 수 있다. 첫째, 해당 직업으로의 진입 및 가격의 설정 등 직업 수행이 자유롭지 않으며, 즉 시장에 맡겨져 있지 아니하며, 동업조합의 강력한 규제를 받는다는 점이다. 이는 해당 직업의 공공성과 전문성에서 기인한다. 둘째, 고용하는 자와 고용되는 자가 하나의 동업조합에 가입되어 있는 동료이기도 하다는 점이다. 고용된 자는 시간의 경과에 따라 일정한 자격을 획득하면 고용하는 자의 지위에 올라선다. 근로자가 곧 사용자고, 사용자가 곧 근로자인 것이다.

변호사나 의사로서의 직업을 수행하기 위해서는 시험을 통과하여 관련 자격을 취득해야 하는 요건과 별도로 각각 변호사협회나 의사협회에 등록하여야 한다. 그리고 형식상으로는 고용주와 피고용인의 관계에 있다고 하더라도 사실상 ‘동료’라는 의식이 지배한다. 고용 관계는 임노동 관계라기보다는 연배 또는 ‘기수’의 관계라고 할 수 있다.

그러나 자본주의 사회에서 이 직업들이 언제까지나 봉건적 아우라를 유지할 수만은 없을 것이다. 먼저 의사 직업이 임노동화되었다. 1998년에 대한전공의협의회가 결성되었고, 2000년에는 전공의들의 파업이 있었다. 대한전공의협의회는 정관에서 전공의를 “의료 근

로자”로 정의하고 있다. 2001년 4월 19일 제정된 『의사윤리지침』은 이러한 변화를 반영하였다. 『의사윤리지침』은 동료 보건 의료인과 동료 의사들 사이에 상호 존중 의무를 규정하고 있었다. “의사는 모든 보건 의료인이 수행하는 직무의 가치와 내용을 인정하고 이해하여야 하며, 상호 간에 민주적이고 협력적인 직무 관계를 이루도록 최선의 노력을 다하여야 한다.” 이러한 정신에 근거하여 고용주의 직위에 있는 의사는 고용된 의사의 적절한 근무 환경과 적절한 임금을 보장하도록 했으며, 채용과 승진 그리고 직무 부여 시 차별하지 않도록 하였다. 2001년의 『의사윤리지침』은 동료 의사이면서 동시에 근로자인 의사의 이중적 지위를 반영하고자 노력하였다고 평가할 수 있다.

그러나 2006년 4월 22일에 전문 개정된 새로운 『의사윤리지침』은 위와 같은 내용을 규정한 ‘제3장 동료 보건 의료인에 대한 윤리’ 부분을 거의 통째로 삭제하였다. 의사들의 동업 의식이 더 강해졌기 때문인가? 그래서 더 이상 사용자 의사와 근로자 의사를 구분하지 않기로 한 것인가? 아니다. 의료가 점점 더 상업화되면서 근로자인 의사를 동료 의사로 대접하던 최소한의 분위기마저 사라졌다고 보는 것이 더 정확할 것이다.

이에 반해 변호사는 아직 동업 의식이 강하게 남아 있었던 것으로 보인다. 2000년 7월 4일 전문 개정되고 현재까지 개정 없이 유지되고 있는 『변호사윤리장전』 제29조는 “변호사의 사명은 기본적 인권의 옹호와 사회정의의 실현에 있으므로 그 직무는 영업이 아니며, 대가적 거래의 대상이 되어서는 아니 된다”고 규정하고 있다. 이러한 직업윤리하에서는 변호사들이 자신의 직무 수행에 대한 ‘대가’를 요구할 수 없으며, 다만 의뢰인이 감사의 표시로 건네는 ‘사례금’을 받을 수 있을 뿐일 것이다. 그러므로 법무법인에 고용된 변호사들조차도 자신들이 “근로자”라고 불리는 것을 거부해야 할 것이다.

이런 점에서 법무법인 소속 변호사의 근로기준법상 근로자성을 인정한 이번 대법원 판결은 변호사 직업 세계도 종속적 임노동 관계로 변하고 있음을 보여주는 최초의 대법원 판결로서 매우 흥미롭다 할 것이다(하급심 판결로는 서울중앙지법 2005. 11. 11. 선고 2005가합33355 판결(하급심판례공보, 2006, p.44)이 법무법인 소속 변호사의 근로자성을 인정한 바 있다). 법리 자체가 새로운 것은 아니다. 다만 변호사에게 이 법리가 적용되었다는 점이 새롭다. 그리고 이 새로움은 새로운 문제의식을 갖게 해 준다. 누가 보더라도 변호사보다 훨씬 더 종속적인 관계에서 근로를 제공하는 것이 분명해 보이는 골프장 캐디는 왜 근로자가 아닌가? **KLI**

박제성(한국노동연구원 부연구위원)

장시간근로와 업무상 재해

- 울산지방법원 2013. 1. 23. 선고 2011구합1805 판결 -

【판결요지】

1. 산업재해보상보험법 제5조 제1호 소정의 “업무상 재해”란 근로자의 업무수행 중 그 업무에 기인하여 발생한 질병을 의미하는 것이므로 업무와 질병 사이에 상당인과관계가 있어야 하지만, 주된 발병원인이 업무수행과 직접적인 관계가 없더라도 적어도 업무상의 과로나 스트레스가 주된 발병원인에 겹쳐서 질병을 유발 또는 악화시켰다면 인과관계가 있다고 보아야 할 것이고, 그 인과관계는 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 입증되어야 하는 것은 아니며 제반 사정을 고려할 때 업무와 질병 사이에 상당인과관계가 있다고 추단되는 경우에도 증명되었다고 보아야 하며, 또한 평소에 정상적인 근무가 가능한 기초질병이나 기존질병이 직무 과중 등이 원인이 되어 자연적인 진행속도 이상으로 급격하게 악화된 때에도 그 입증이 된 경우에 포함되는 것이며, 업무와 질병 사이의 인과관계 존부는 보통평균인이 아니라 당해 근로자의 건강과 신체조건을 기준으로 판단하여야 한다.
2. 원고의 업무상 과로와 심한 스트레스로 인하여 원고의 기존질환인 고혈압 등이 자연적인 진행속도 이상으로 급격히 악화되어 이 사건 상병이 발생하였다고 봄이 타당하다.

지난 몇 년간 정부와 일부 언론에서 자주 등장했던 단어 중 하나가 ‘국격’이라는 말이다. 주로 “우리나라의 국격을 높여야 한다”는 이야기를 할 때 이 단어가 쓰인 듯한데, 모든 나라에는 나름의 ‘품격’이 있으니 그 품격을 높여 자긍심을 고취시켜야 한다는 취지였다고 이해된다. 그러고는 국제적 통계에서 우리가 차지하는 순위를 가지고 우리나라의 국격 수준을 이야기하곤 했다. 자기 멋대로 세계 각국을 평가대상으로 삼겠다는 발상만큼이나 ‘수치만능주의’에 매몰되어 통계수치로 각 국가의 수준을 서열화하겠다는 생각도 우습기는 마찬가지이다. 설령 한참을 양보해서 세계통계지표에서 한 국가가 차지하는 순위가 그 국가의 수준을 보여주는 것이라 쳐도, 그 기준이 될 수 있는 것은 해당 국가의 사회적 약자에 대한 보호정도일 것이다. 한 국가의 수준을 알려면 사회적 약자에 대한 배려가 어느 정도인지를 보라는 말이 있지 않은가. 그렇게 보면 몇 년 사이 우리나라의 국격이 이전보다 훨씬 높아졌다는 일부의 요란스런 선전은 전혀 맞지 않는 듯하다. 사회적 약자라 할 수 있는 근로자의 근로시간과 산업재해 발생비율을 한번 보자. 우리나라 근로자의 근로시간은 2010년 기준 OECD 회원국 중 터키에 이어 가장 길며, 근로자의 산업재해 발생률은 2011년 기준 OECD 회원국 중 터키, 멕시코 다음으로 높다. 국격이란 말을 입에 올리기에선 미안한 수준이다.

산재가 많이 발생하는 원인에는 여러 가지가 있을 수 있겠으나, 우리 사회에 장시간근로가 만연해 있다는 점도 산재발생률을 높게 하는 이유 중 하나이다. 대상판결은 장시간근로가 업무상 재해로 이어지게 된다는 것을 잘 보여주는 사례이다. 이 사건 근로자는 고혈압, 당뇨 등이 있었으나 자동차공장에서 25년 이상 근무하던 자로서 퇴근 후 잠을 자다가 머리가 아프고 어지러운 증상으로 검사를 받은 결과 뇌경색 진단을 받았다. 이에 이 사건 근로자는 근로복지공단에 요양신청을 하였으나 불승인처분을 받았고, 이 사건 소송을 하게 되었다. 이에 대해 법원은, 이 사건 근로자는 기존에 주 5일 8시간 근무를 기본으로 하면서 2시간의 연장근무와 휴일근로를 하였으나 이 사건 뇌경색이 발병하기 몇 달 전부터는 회사 내 산재발생 등의 사정으로 이 사건 근로자가 소속된 개선반 인원 3명이 다른 곳으로 배치됨에 따라 6명이 처리하던 업무를 이 사건 근로자를 포함한 3명이 처리하였고, 이에 따라 6명이 업무를 처리하던 2010. 1. 24.부터 5. 25.까지 약 167~257시간(월 평균 약 230시간)이었던 월 평균 근로시간이 2010. 6.부터 2010. 8.까지 약 292~307시간 정도(월 평균 약 299시간)로 늘어났다는 사실, 이 사건 근로자는 2010. 6. 1.부터 9. 18.까지 무려 110일 동안 하루도 쉬지 못하고 연속으로 일하였다는 사실, 뇌경색이 발생하기 약 2달 전부터는 입사 초기 4년을 제외하고는 주간근무였던 이 사건 근로자의 근무형태마저 주·야간 교대근무로 변경되었다는 사실 등을 들어 이 사건 뇌경색은 업무상 재해에 해당한다고 판단하였다. 또한 법원은 이 사건 근로자가 뇌경색이 발병하기 2주 전 5일간 근속휴가를 다녀왔다거나 뇌경색 발생 이전 1개월 동안 월 근로시간이 204시간이었다는 사실만으로는 이 사건 근로자가 과로와 스트레스로부터 회복되었다고 보기는 어렵다고 판단하였다. 이 사건 법원이 인용하고 있는, “정상적인 근무가 가능한 기초질병이나 기존질병이 직무 과중 등이 원인이 되어 자연인적 진행속도 이상으로 급격히 악화된 때에도” 업무와 질병 사이에 상당인과관계를 인정할 수 있고 업무와 질병 사이에 인과관계는 “평균인이 아닌 당해 근로자의 건강과 신체조건을 기준으로 판단”해야 한다는 기존 판례의 입장(대법원 2007. 4. 12. 선고 2006두4912 판결)에 비추어 볼 때, 장시간근로 및 근무형태의 변경으로 인한 업무상 과로 및 스트레스가 기존 고혈압 질환을 급격히 나빠지게 한 것으로 보고 업무상 재해를 인정한 이 사건 법원의 판단은 타당한 결론이다.

2월 25일 ‘국민행복, 희망의 새 시대’를 국정비전으로 하고, ① 일자리 중심의 창조경제, ② 맞춤형 고용·복지, ③ 창의교육과 문화가 있는 삶, ④ 안전과 통합의 사회, ⑤ 행복찬 통일시대의 기반구축을 국정목표로 하는 새 정부가 출범했다. 그리고 새 정부의 ‘맞춤형 고용·복지’라는 국정목표에는 장시간근로의 개선이라는 국정과제가 제시되어 있고, 구체적인 방안으로 휴일근로를 연장근로한도에 포함하는 방안이 포함되어 있다. 현행 우리 근로기준법은 1주의 최대 근로시간을 52시간(1주 법정근로시간 40시간+최대 12시간의 연장근로)으로 제한하고 있다. 그럼에도 불구하고 실제 노동현장에서는 주당 최대

68시간의 근로(1주 법정근로시간 40시간+최대 12시간의 연장근로+토·일요일 휴일근로 16시간)가 이루어지는 경우가 적지 않다는 점을 감안하여 이를 명확히 하겠다는 것이다. 한편 최근 고용노동부는 “업무상질병 인정기준 개선방안” 정책토론회를 개최하였고, 이 토론회에서는 업무상 질병의 인정범위를 확대하고 현행 고용노동부 고시에 규정된 만성 과로 인정기준에 업무시간 개념을 도입하는 방안이 제시되었다. 발표된 만성과로 인정기준은 “업무시간이 12주간 주당 평균 60시간(4주간 주당 평균 64시간)을 초과하는 경우에는 업무와 발병의 관련성이 강하다”는 점을 고려하여 만성과로 여부를 판단하도록 하고, “업무시간이 60시간을 초과하지 않는 경우라도, 업무시간이 길어질수록 업무와 발병의 관련성이 증가하며, 야간근무는 주간근무보다 더 많은 부담을 유발할 수 있다”는 점을 고려하여 판단해야 한다는 내용이다. 현행법에 의하더라도 근로시간이 주당 52시간을 초과할 수 없도록 되어 있고 이를 명확히 하겠다는 것이 새 정부의 국정과제인데 어찌 손발이 맞지 않는 느낌이다. 휴일근로 및 연장근로를 포함해 1주 최대 근로시간을 60시간(1주 법정근로시간 40시간+최대 20시간의 연장근로)으로 하는 방안이 스멀스멀 나오는 가운데, 법으로 허용되지 않는 12주간 평균 주당 60시간의 근로가 있어야 만성과로를 인정하겠다는 것은 장시간근로를 확실히 개선하겠다는 고용노동부의 의지를 의심케 한다. **KLI**

김기선(한국노동연구원 부연구위원)

승무정지처분의 의미와 효력

- 서울행정법원 2013. 1. 17. 선고 2012구합28698 판결 -

【판결요지】

운송사업체에 있어서의 승무정지처분은 사용자가 경영권 행사의 일환으로 업무수행을 위하여 근로자에 대하여 행하는 업무명령인 승무지시의 소극적 양태라 할 것인바, 이러한 승무정지처분이 경영상의 필요나 업무수행의 합리적인 이유에 기인한 경우에는 이는 정당한 업무명령에 속한다. 이 사건 승무정지처분은 경영상의 필요나 업무수행의 합리적인 이유에 기인한 것으로 보여 정당한 업무명령에 속하는 것으로 보이고 참가인이 승무정지처분을 함에 있어 징계절차를 거치지 아니한 것이 절차상 위법이 있다고 볼 수도 없다.

택시나 버스와 같은 운송사업체에서 승무정지처분은 일종의 징계 전단계 조치로 활용되는 듯하다. 차량을 운행하지 않으면 운송수입이 보장되지 않는 운송근로자들에게 승무

정지처분은 정직과 같은 효과를 주지만, 판결요지에서 보는 바와 같이 승무정지처분은 사용자의 경영권 행사의 일환으로서 업무수행을 위하여 근로자에 대하여 행하는 승무지시의 소극적 양태라고 보는 것이 일반적 이해라고 생각한다(이러한 승무정지처분의 성질에 대한 이해는 검토 대상 판례가 인용하고 있는, 택시회사근로자에 대한 승무정지처분의 합리성을 다룬 대법원 1994. 8. 12. 선고 94누1890 판결로부터 시작하는 것으로 보인다). 그러므로 승무정지처분의 부당성을 다투는 사건들에서 근로자들은 이것이 실질적으로 징계임을 주장하면서 징계로서의 절차 및 내용의 부당성을 주장하지만, 승무정지처분에 대한 판결들은 이 승무정지처분이 징계가 아닌 업무명령으로서 합리적이었는지 여부에 기초한 판단을 내리는 것이다.

법원은 왜 승무정지처분이 징계가 아니라고 말하는 것일까? 검토하고 있는 판례에서는 드러나지 않았지만, 앞서 언급한 대법원 판결(94누1890)에서는 “승무정지처분이 단체협약이나 취업규칙에서 징계처분의 하나로 규정되어 있지도 아니하므로 이로 인하여 원고에게 금전상의 불이익 등이 있다는 사정만으로 이를 단체협약 소정의 정직이라는 징계처분과 실질적으로 동일하다고 할 수도 없다”고 말하고 있다. 단체협약이나 취업규칙에서 징계처분의 하나로 규정되어 있는지 여부가, 승무정지처분이 징계인가 아닌가를 판단하는 한 이유가 되고 있는 것이다.

그런데 법원이 이해하는 바와 같이, 근로자에게 정직과 같은 효과를 가져다주는 승무정지처분이 승무지시의 소극적 양태로서의 업무명령에 불과한 것일까? 혹시 정직과 같은 효과적 측면에 입각하여 이것을 징계와 같은 것으로 간주해야 하는 것은 아닐까? 단순한 업무명령과 징계의 차이는 무엇일까? 이 의문을 전체적으로 해결하기 위해서는 사용자의 징계권에 대한 법률적 검토가 요구되고, 이 검토를 위해서는 징계권의 근거와 한계, 징계의 의미와 절차 등에 대한 복합적 검토가 요구되지만, 여기에서는 검토 대상 사건의 승무정지처분이 징계인가 아닌가에 대한 판단을 주로 하므로, 필요한 범위에서 징계의 의미에 대해서만 간략하게 살펴보도록 하겠다.

징계란 사용자가 직장규율 내지 기업질서 유지 차원에서 취업규칙이나 단체협약상의 징계 규정 등에 근거하여 관행적으로 행하는 징벌적 인사처분이라고 원론적으로 정의할 수 있다. 근로기준법에서는 “사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰)(이하 "부당해고등"이라 한다)을 하지 못한다”고 규정을 하고 있기 때문에(근로기준법 제23조 제1항) 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉 기타의 것들을 징계라고 이해하는 편이다(‘징벌’이라는 표현은 ‘징계’와 동일한 개념인 것으로 이해한다). ‘정당한 이유’가 없는 징계를 금지하고 있기 때문에, 정당한 이유가 있는 징벌은 허용이 되는 것으로도 이해가 된다. 징계에 관한 제한규정은 이 정당한 이유 없는 징벌의 금지조항과 감급의 제재 제한 규정(근로기준법 제95조) 정도에 불과하다. 그러므로 징계의 중

류나 내용, 절차에 대한 것은 거의 전적으로 단체협약이나 취업규칙 등 자율적 규율에 의지하게 된다. 여기에 근거하여 법원은 승무정지처분을 징계의 한 종류로 단체협약이나 취업규칙에 규정하고 있지 않으면, “금전상의 불이익 등이 있다는 사정만으로 이를 단체협약 소정의 정직이라는 징계처분과 실질적으로 동일하다고 할 수도 없다”고 판단하고 있기도 한 것이다. 위에서 징계의 정의를 내리면서 ‘직장규율 내지 기업질서 유지 차원’에서 ‘취업규칙이나 단체협약상의 징계 규정 등에 근거하여’ 관행적으로 행하는 징벌적 인사처분이라고 정의한 것도 이와 같은 판례의 입장에 근거하는 것이다.

그런데 징계가 법률상의 근거를 갖는 것이 아니고 직장(기업) 내의 자율적 질서유지를 위하여 불가피하게 관행적으로 이루어지는 침익적(侵益的) 작용이라고 한다면, 반대로 직장(기업) 내의 자율적 질서유지를 위하여 이루어지는 침익적 작용들을 징계라고 말할 수도 있다. 효과적 측면에 근거하여 징계를 정의할 수도 있다는 의미이다. 이때 취업규칙이나 단체협약에서의 징계의 종류는 예시적 열거로 볼 수 있다. 이렇게 볼 필요가 있는 이유는, 취업규칙이나 단체협약의 징계의 종류를 제한적 열거로 간주하는 경우, 열거된 종류의 징계가 아님을 이유로 하는 사용자의 침익적 작용(검토 대상 사건에서와 같은 운송근로자에 대한 승무정지처분)이 얼마든지 허용될 수 있는 근거가 될 수 있기 때문이다.

그리고 이것은 징계의 본질이 어디에 있는지를 이해함으로써도 가능하다고 생각한다. 징계는 사용자의 근로자에 대한 침익적 작용을 통하여 직장질서를 회복시키고자 하는 것이다. 이 징계에 대하여 취업규칙이나 단체협약의 규정이 필요한 이유는, 징계의 종류 때문이 아니라, 사용자의 징계를 통하여 침익을 당할 수밖에 없는 근로자에 대한 절차적 정당성을 부여하기 위함이라고 생각한다. 즉 징계의 종류가 아닌 징계의 절차에 취업규칙 또는 단체협약상 징계규정의 존재의미가 있는 것이다. 따라서 단순히 취업규칙이나 단체협약에 징계의 종류로 예시되어 있지 않다고 할지라도, 근로자에 대한 사용자의 침익적 작용이 직장질서의 회복이라는 목적을 갖고 있는 경우에는 사실상의 징계로서 징계 절차를 준수할 것이 요구된다고 생각한다.

그러나 이러한 해석에 대해서는 다음과 같은 의문들을 제기해 볼 수 있다. 공무원이나 교원과 같이 관련법에 징계의 종류가 직접 규정되어 있는 경우에도 동일하게 이해할 수 있을 것인가? 단체협약상 징계의 종류를 예시적이라고 간주하는 것이 단체협약의 합의를 훼손하게 되는 것은 아닌가? 또 이것을 예시적이라고 간주한다면, 사용자는 열거된 징계 이외 어떠한 종류의 징계도 할 수 있다는 의미가 되는 것은 아닌가? 사용자의 직장질서유지·회복을 위한 침익적 작용을 징계라고 정의한다면, 그 경계는 어디까지인가? 꼬리를 물고 이어지는 문제들은 다른 기회에, 다른 지면을 빌려 논의해야 할 듯하다. **KLI**

박은정(인제대학교 법학과 조교수)

경영해고가 정당하지 않은 사례

- 서울행정법원 2013. 1. 17. 선고 2012구합28193 판결 -

【판결요지】

영업이익 및 당기순이익 감소는 직원의 퇴직이라는 우연한 사정 또는 급여 및 복리후생비의 인상에 따른 것인 점 등을 종합할 때 근로자를 해고할 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 인정하기 부족하고, 해고를 전제로 하는 이직 제안은 해고회피의 노력이라 할 수 없으며, 영업사원의 사문서 위조 및 업무상 횡령에 대한 책임, 경영위기극복을 이유로 하여 이사의 급여를 6개월 동안 30% 감봉한 사실만으로 해고를 피하기 위한 노력을 다하였다고 할 수 없고, “직원 여러분과 상호 협의하여 합리적이고 원만한 기준을 마련하기 위하여 직원 여러분과 충분한 협의를 통하여 구조조정을 진행하려고 합니다”라는 이메일을 보낸 사실만으로는 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하였거나 노동조합 또는 근로자대표와 성실한 협의를 다하였다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 해고는 근로기준법 제24조가 정한 요건을 갖추지 못하였다고 할 것이다.

사용자가 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고하는 경우인 ‘경영해고’를 흔히 ‘정리해고’라고도 부른다. 사람을 존중하고 노동을 존중한다면 결코 사람을 정리의 대상이라 말할 수 없다. 경영해고는 전적으로 경영에 책임이 있는 해고이다. 그러기에 경영해고는 원칙적으로 정당할 수 없고 다만 엄격한 요건을 갖추어 예외적으로 해고가 필요할 경우에만 인정되어야 한다.

현행 근로기준법 제24조는 경영해고에 대해 일정한 요건을 갖추었다면 정당한 해고로 허용한다. 즉 경영해고가 정당하려면, ① 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고, ② 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, ③ 합리적이고 공정한 기준에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고, ④ 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등을 근로자대표와 성실하게 협의하여야 한다.

경영해고를 근로기준법에서 명문 규정을 두어 제한하는 것은 1990년대 말부터인데 법원은 이미 그전부터 판례에 의해 유사하게 요건을 요구하고 있었다. 그래서인지 법률로 제한되고 있는 지금까지도 법원의 판결들은 과거의 판례를 이어가면서 법률이 요구하는 요건을 완화하여 해석하고 있다.

첫째, 구체적 사건에서 경영해고가 위 각 요건을 모두 갖추어 정당한지 여부는 위 각 요건을 구성하는 개별 사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다는 점이다. 요건들 중 어느 하나가 거의 충족되지 못하였다 하더라도 모든 요건들을 전체적으로 고려해 보

면 정당한 해고일 수 있다는 식이다. 법률이 요구하므로 반드시 지켜야 한다는 ‘요건’이 아니라 마치 고려하는 한 ‘요소’에 불과한 것처럼 판단한다.

둘째, 각 요건의 내용에 ‘긴박함’, ‘(해고 회피의) 노력을 다함’, ‘합리적이고 공정함’ 등의 추상적 개념이 들어 있음을 계기로, 또는 근로자대표와 협의는 절차에 불과하다는 생각으로, 요건 각각을 다시 완화하여 해석하고 있다.

결국 법원은 요건을 다소 못 갖추었다 보여도 정당한 해고라는 면죄부를 주어, 사용자가 경영해고의 요건들을 반드시 모두 갖추어 해고한다는 규범의식이 약화되고 있다.

그간의 판례를 보면 그 정도만으로도 정당한 해고라는 판결들이 많지만 반대로 어느 정도 되어야 부당해고가 되는지를 제대로 말해주지 못하고 있다. 대상판결은 경영해고가 이 정도라면 부당해고가 된다고 최후의 ‘마지노선’이라고 말해주는 의미를 갖는다. 대상판결의 판단 내용을 살펴본다.

첫째, 판례는 장래에 올 수도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 행하는 인원감축이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우도 긴박한 경영상의 필요가 있다고 본다. 그래도 이 사건에서는 비록 ① 당해 회계연도에 부채가 증가하였고, ② 영업이익 611,691,142원 및 당기순이익 668,069,116원이 줄어들었으며, ③ 회사가 소속 직원의 판매대금 횡령을 이유로 외부에 166,685,925원을 변제한 사실은 인정되지만, 그보다는 다음의 사정을 주목하여 법원은 긴박한 경영상의 필요가 인정되지 않는다고 판단했다. ① 당해 회계연도에도 자산이 부채를 초과한 점, ② 매출총이익이 176,378,324원 증가한 점, ③ 퇴직급여 255,436,183원을 지급하였고, 임원 급여 49,000,000원, 직원 급여 49,274,920원, 복리후생비 67,420,404원을 각 인상시킨 점 등이다. 결국 영업이익 및 당기순이익 감소는 직원의 퇴직이라는 우연한 사정 또는 급여 및 복리후생비의 인상에 따른 것일 뿐이다.

둘째, 판례는 해고회피 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라진다고 본다. 그래도 이 사건에서는 ① 회사가 당해 근로자에게 한 이직 제안은 해고를 전제로 하는 것이므로 해고회피의 노력이라 할 수 없고, ② 회사가 영업사원의 사문서 위조 및 업무상 횡령에 대한 책임, 경영위기극복을 이유로 하여 이사 모씨의 급여를 6개월 동안 30% 감봉한 사실만으로 경영해고를 피하기 위한 노력을 다하였다고 할 수 없다.

셋째, 판례는 합리적이고 공정한 기준이 확정적·고정적인 것이 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 해야 하는 경영상 이유, 정리해고를 시행한 사업부분의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 시행 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라진다고 본다. 그래도 이 사건에서는 합리적이고 공정한 정리해고기준에 따라 대상자를 선정했는지에 대해 회사는 전혀 설명하지 못했다.

넷째, 판례는 협의의 상대방이 형식적으로는 근로자 과반수의 대표로서의 자격을 명확히 갖추지 못하였다더라도 실질적으로 근로자의 의사를 반영할 수 있는 대표자라고 볼 수 있는 사정이 있다면 위 절차적 요건도 충족하였다고 본다. 그래도 이 사건에서는 회사가 이어나 근로자들에게 “직원 여러분과 상호 협의하여 합리적이고 원만한 기준을 마련하기 위하여 직원 여러분과 충분한 협의를 통하여 구조조정을 진행하려고 합니다”라는 이메일을 보낸 사실만 있을 뿐이며, 근로자대표와 성실하게 협의한 바가 없다. **KLI**

김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

교섭대표노동조합과 기업별노조로 조직형태변경결의를 한 산별노조 지회

- 서울행정법원 2013. 1. 24. 선고 2012구합25040 판결-

【판결요지】

산업별 노동조합인 금속노조 지회에서 기업별 노동조합으로 조직형태를 변경하는 것은 해당 노조가 별도의 독립성을 구비하지 않는 이상 허용되지 아니하고, 조합원 대다수의 동의가 있더라도 노동조합의 조직변경 결의만으로는 금속노조를 탈퇴하여 별개의 노조를 창설한 것으로 볼 수 없다.

이 사건은 교섭창구단일화와 관련하여 과반수노조에 대한 이의결정 재심결정의 취소를 구하는 소송이다. 사안의 개요를 대략적으로 보면, A 회사 내에 X노조(2012. 1. 신설된 기업별노조), Y노조 지회(전국금속노조의 지회), Z노조(전국금속노조의 지회가 조직형태 변경결의를 한 기업별노조)가 복수노조로 있으며, 2012년 이들 노조는 교섭창구단일화 절차에 참여하였는데 Z노조가 과반수노조임을 공고하였다. 이에 X노조는 경북지방노동위원회에 Z노조가 노동조합으로서 지위를 상실하였다는 등의 이유로 과반수노조에 대한 이의결정 신청을 하였으나 기각되었고, 중앙노동위원회에 재심신청을 하였으나 기각되었고, 위 서울행정법원에 재심결정의 취소를 구하는 소송을 제기하였다. 대상판결은 Z노조가 판결요지와 같은 취지로 별개의 ‘노동조합’으로 볼 수 없으므로 교섭대표노동조합이 될 수 없다고 하여 재심결정을 취소하였다. 이 사안의 핵심은 Z노조가 행한 Y노조의 지회에서 기업별노조로의 조직변경결의가 유효한지 그리고 노동조합 설립신고가 유효하게 이루어졌는지 여부이다. 대상판결이 나오기 이전에도 Z노조가 행한 조직형태변경결

의(총회결의)의 무효를 다투는 사건이 있었으며 무효임을 확인한 바 있다(서울고등법원 2012. 9. 21. 선고 2011나79540 판결. 현재 대법원에 계류 중이다).

Y노조 지회의 조합원들은 조직변경을 안건으로 하는 총회를 소집해 달라는 요청을 하였으나, Y노조 지회장 직무대행자는 지회의 조직변경이 본 지회 총회의 안건이 될 수 없다는 등의 이유로 이 요구를 거부하고, Y노조 경주지부 지부장 역시 위와 동일한 이유로 총회 소집권자 지명요청을 거부하였다. 조합원들은 2010. 5. 19. 甲을 소집권자로 하여 총회(1차 총회)를 개최하여 지회를 기업별노조인 Z노조로 조직변경결의를 하고, 경주시장에 기업별노조 설립신고를 제출하였으나 소집권한 없는 자에 의한 총회라 하여 신고 수리절차가 지연되었다. 이와 같이 총회소집절차가 문제되자 甲은 행정관청에 총회 소집권자 지명을 요구하였고, 행정관청은 甲을 지회의 총회 소집권자로 지명하였으며, 甲을 소집권자로 하여 2010. 6. 7. 2차 총회를 개최하여 97.5%의 찬성으로 조직변경을 결의하였고 그 외 규약제정 및 임원선출결의를 하였고, 이를 근거로 경주시장에게 노동조합 설립신고를 하였고 신고는 수리되었다. 그리고 2010. 8. 지회의 조합원이었던 자 523명은 ‘금속노조 탈퇴 재확인 통지서’를 내용증명으로 발송하였다.

조직변경이 유효하기 위해서는 첫째, 변경 전후의 조합의 실질적 동일성이 있어야 한다.¹⁾ 둘째, 결의의 주체는 ‘노동조합’이어야 하고, 셋째, 적법하게 총회의 의결을 거쳐야 한다. 조직변경결의를 할 수 있는 노동조합이라 하더라도 적법한 권한을 가진 총회소집권자이어야 하며, 의사정족수를 충족하여야 한다. 초기업노조 지부의 조합원들이 기업별노조로의 조직형태변경을 위하여 임시총회의 소집을 요구하였으나 지부에서 이를 거절하자, 지부를 탈퇴한 근로자들만으로 임시총회를 개최하여 기업별노조로 조직형태변경결의를 한 것은 무효라는 사례가 있다.²⁾ 대상판결의 사안에서 Z노조는 1차 총회가 소집권자의 문제로 인하여 무효가 된다는 점을 잘 알고 행정관청으로부터 소집권자를 지명받아 2차 총회를 개최한 것이다. 그러나 위 사안에서 서울행정법원은 둘째 요건인 조직형태변경의 주체인 ‘노동조합’을 문제 삼았다. 조직변경의 주체인 ‘노동조합’에 해당하지 않는다면 조직변경결의를 할 수 없으며 기존 노조로부터 탈퇴하여 새로이 노조를 설립하거나 다른 기존 노조에 가입하는 절차를 거쳐야 한다. 여기서 산별노조의 하부조직인 지부분회가 조직변경의 주체가 될 수 있는지 여부가 문제된다. 대법원은 “여기에서 말하는 노동조합에는 근로조건의 결정권이 있는 독립된 사업 또는 사업장에 조직된 산업별·지역별·직종별 단위노동조합의 지부 또는 분회도 포함된다”고 판시한 바 있다(대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다1649 판결). 대상판결은, 지회 단위 보충교섭의 경우에도 금속노조(Y노조)의 위원장 위임을 받은 경주지부장의 주관하에 교섭이 이루어지고, 보충협약의

1) 대법원 1997. 7. 25. 선고 95누4377 판결 등.

2) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2007두15506 판결.

내용에 대해서도 금속노조의 경주지부에서 반영하여야 할 요구안을 내려주는 등 상당한 관여를 하고 있으며, 보충교섭에 지회장 등이 실무적인 교섭위원으로 참여하기는 하나 어디까지나 최종적인 보충협약의 체결권자는 금속노조의 위원장 또는 그의 위임을 받은 경주지부장이라는 점을 근거로 “지회가 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 독립한 단체로서 활동을 하면서 그 조직이나 조합원에 고유한 사항에 대하여는 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력을 가지고 있는 독립된 노동조합이라 할 수 없으므로, 결국 위 지회는 조직변경의 주체가 될 수 없다”고 판단하였다. 타당한 결론이다.

다음으로, 2차 총회에서 행한 규약제정 및 임원선출결의와 이에 기초하여 경주시장으로부터 교부받은 Z노조의 설립신고가 유효하여 신설된 복수노조로 볼 수 있느냐이다. 대상판결은 규약제정 및 임원선출결의는 조직변경결의를 전제로 한 것으로서 무효이며, 무효인 조직변경결의, 규약제정결의, 임원선출결의가 유효하게 된다고 볼 수 없는 점 등을 들어 Z노조가 노동조합으로서의 실체를 갖추게 되었다고 볼 수도 없다고 판단하였다. 또한 “Z노조의 실체를 인정할 만한 별도의 조합설립 결의가 있거나 유효한 규약이 제정되고 정당한 절차를 거쳐 임원을 선출하였다고 볼 만한 자료가 없고, Z노조 스스로도 조직변경결의가 유효함을 전제로 하고 있을 뿐 별도의 조직행위를 주장하고 있지도 아니한 점 등에 비추어 볼 때, 위와 같은 사정만으로 전장 노조가 노동조합으로서의 실체를 갖추게 되었다고 볼 수도 없다”고 하였다. 대상판결이 무효인 조직변경결의를 전제로 한 규약제정 및 임원선출결의는 무효라고 판단한 점은 타당하나, 무엇보다도 대상판결이 언급하고 있지만 2차 총회가 노조설립행위로 볼 수 없다는 점을 전면에 내세웠어야 한다고 본다.

1997년 노조법상 조직형태변경제도는 연혁적인 측면에서 보면 노동조합이 산별노조의 전환과정에서 노동조합이 기존 단결력의 훼손이 없이 해산과 설립이라는 번거로운 절차를 생략하여 그 형태를 원활하게 변경하기 위하여 입법화되었다. 그러나 최근에는 초기업노조의 지부분회가 노조로부터 이탈하여 기업별노조로 변경하는 데에 활용되고 있다. 특히 일정한 요건을 갖춘 초기업노조의 지부분회도 조직형태변경의 주체가 될 수 있음을 명시한 판례(대법원 2002. 5. 10. 선고 2000다1649 판결)는 초기업노조의 지부·분회가 기업별노조로 변경하는 것을 가능하게 하여 조직형태변경제도의 도입취지와 상관없이 기업별노조체제로 촉진하게 되는 결과를 낳았다. 대상판결도 이와 같은 흐름 속에 이루어진 판단이나, 해당 노조(Z노조)에 대해 조직변경결의의 주체성을 부인함으로써 교섭대표노조의 자격을 인정하지 않았다. **KLI**

강선희(고려대 노동문제연구소 학술연구교수)

직급정년제의 합법성

- 서울행정법원 2012. 12. 13. 선고 2012구합25934 판결 -

【판결요지】

직급정년제도는 연령정년 보장으로 인한 무사안일을 방지하고 인사적체를 해소하며, 새로운 인재들에게 채용 및 승진의 기회를 제공하여 기업의 합리적·능률적 운영을 돕는 긍정적 기능이 있다. 참가인 공사의 2000년 인사규정에 최초로 규정된 직급정년제도는 근로자의 연령정년이 도래하기 전이라도 직급정년이 도래한 경우 근로자를 면직시키는 것이어서 취업규칙의 불이익변경에 해당하는 것으로 볼 수 있는데, 당시 참가인 소속 근로자 과반수로 구성된 노동조합이 없었기 때문에 참가인 소속 직원 과반수의 동의를 얻어 직급정년제도를 인사규정에 도입하였다. 원고가 입사할 당시 58세의 정년을 보장받기는 하였으나 그와 같은 기대 내지 신뢰는 회사의 인사적체 해소 및 새로운 인재 발탁 등을 위하여 정당한 절차를 거친 취업규칙 등의 불이익변경에 의하여 제한될 수 없을 만큼 보호가치가 크다고 보이지도 않는다. 따라서 참가인의 인사규정에 도입된 직급정년제도 자체가 위법한 것으로 볼 수 없다.

58세 정년제를 시행하고 있던 피고보조참가인 공사는 2000년 1월 소속 직원 과반수의 동의를 얻어 인사규정을 개정하여 1급 직급정년제(1급 직원으로서 1급 승격일로부터 6년이 경과한 때 당연면직)를 신설했다. 이후 공사는 2006년 11월 1급 직급정년에 도달한 자를 3년 기간의 별정직원 관리직으로 전환하고, 필요한 경우 정년 시까지 계약갱신이 가능하도록 인사규정을 일방적으로 개정했다. 이러한 일방적 개정에 대해 노동조합이 문제를 제기하자 공사는 노동조합과 1급 직원 과반수의 동의를 얻어 2007년 8월에 다시 인사규정 등을 개정하여 1급 직원이 승격일로부터 7년이 경과한 경우 당연면직하고, 당연면직한 직원이 재채용을 희망하는 경우 2년 기간의 별정직원 관리직으로 채용하는 것으로 규정하였다. 한편, 1급 직급정년제 신설 후 2003년 1월 21일 1급으로 승격한 원고는 2007년 개정 인사규정 등에 따라 1급 승격 후 7년이 된 2010년 1월 20일 당연면직되었고, 2년(2010. 1. 21~2012. 1. 20)의 별정직 근로계약을 체결하여 근무하다가 계약기간의 만료로 퇴직처리되어 관할 지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하였다.

이 사건에서 원고는 부당해고의 이유로 1급 직급정년제 신설의 위법성, 2007년 인사규정 개정의 무효, 기간제 근로계약의 정당한 갱신기대권을 주장했다. 그러나 법원은 인사규정상 1급 직급정년제 규정 및 2007년 인사규정 등의 내용이 위법하지 않고, 취업규칙의 불이익변경을 위한 절차에서도 흠결이 없으며, 근로계약의 갱신에 대한 정당한 기대

권이 인정되지 않는다고 보아서 원고의 주장을 모두 배척하였다. 여기서 필자의 관심을 끈 부분은 직급정년제의 합법성을 인정한 논거다. 이 사건에서 법원은 기업의 합리적·능률적 운영을 위한 직급정년제의 긍정적 기능(정년보장에 따른 무사안일의 방지, 인사적체의 해소, 새로운 인재들에 대한 채용 및 승진의 기회제공)을 인정한 다음에 58세 정년보장에 대한 근로자의 기대 내지 신뢰는 그 불이익한 변경에 의해 제한될 수 없을 만큼 보호가치가 크지 않기 때문에 인사규정에 도입된 직급정년제 자체를 위법한 것으로 볼 수 없다는 논리를 취하였다. 그러나 직급정년제의 긍정적 기능에만 주목하고 그 부정적 기능에 대한 종합적인 고려 없이 정년까지의 고용에 대한 근로자의 기대이익을 법적 보호가치가 적은 것으로 평가 절하한 것이 아닌가 하는 의문이 든다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 이 사건 직급정년제에 의하면 능력을 인정받아 1급으로 조기 승진한 근로자일수록 정년 이전에 조기 퇴직해야 하는 반면에 1급으로 승진하지 못한 근로자는 정년을 보장받는 불합리한 결과를 초래한다. 이런 상황에서 직급정년제가 정년보장으로 인한 무사안일을 방지하는 긍정적 기능을 한다고 볼 수 있는지, 오히려 직급정년제로 인해 근로자의 무사안일이 조장되는 것은 아닌가 하는 의문을 지울 수 없다. 그리고 직급정년제의 도입으로 인사적체가 어느 정도 해소될 수 있겠지만, 직급정년제 외의 다른 인사·임금정책을 통해 인사적체의 해결을 도모할 수도 있다는 점이 충분히 고려되지 않았다고 본다.

둘째, 이 사건 직급정년제의 시행으로 정년보장에 대한 근로자의 기대이익은 제한되는 반면에 채용 및 승진에 대한 근로자의 기대이익은 확대되는데, 이 사건에서 법원이 이러한 이해관계의 충돌을 합리적이고 균형적으로 해결하기 위한 관점에서 직급정년제의 정당성 여부를 판단한 것인지 의문이다. 두 가지 기대이익 중 어느 한쪽의 법적 보호가치가 우월하다고 단언할 수 없는 상황에서 다수결의 논리에 따라 한쪽의 기대이익을 위해 다른 한쪽의 기대이익을 희생시킨 것으로 보이기 때문이다.

셋째, 이 사건 직급정년제는 정년에 관한 국가의 입법정책과도 조화되기 어려운 문제점을 안고 있다. 구 고령자고용촉진법 및 현행 고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률에 의하면, 사업주가 근로자의 정년을 정하는 경우에는 그 정년이 60세 이상이 되도록 노력하여야 한다(현행법 제19조). 동 규정은 법적 구속력이 없는 노력규정에 불과하지만 60세까지의 정년보장 내지 정년연장을 위한 정책적 가이드라인을 제시한 것이다. 이 사건에서와 같은 직급정년제가 합법화되고 보편화된다면 기업의 자발적인 정년연장을 기대하기 어려울 뿐만 아니라 60세에 미달하는 기존의 정년조차도 위협받을 수밖에 없다. 이는 저출산·고령화사회에서 정년연장에 대한 사회적 공감대가 확산되고 있는 상황에서 심각한 문제라고 하지 않을 수 없다.

끝으로, 직급정년제의 정당성 판단에 있어서 법적 사고의 전환이 절실히 요구된다는

점을 강조하고자 한다. 일찍이 대법원은 “정년규정은 당해 사업장에 있어서 근로자가 제공하는 근로의 성질, 내용, 근무형태 등 제반 여건에 따라 합리적인 기준을 둔다면 같은 사업장 내에서도 직책 또는 직급에 따라 서로 차이가 있을 수 있는 것”이라고 하여 직급 등에 따른 정년차등제의 정당성을 인정한 바 있다(대법원 1991. 4. 9. 선고 90다16245 판결). 그러나 국가인권위원회는 직급별 정년차등제를 합리적 이유가 없는 차별로 보아서 그 시정을 권고하여 왔는데, 차별로 판단한 주된 이유는 정년연령을 구분 짓는 경계에 있는 직급 간의 업무구분이 불명확한 점, 특정 직급이 반드시 경험과 지식이 풍부하다고 일률적으로 단정하기 어려운 점, 정년 때문에 승진 적체 및 조직의 비대화가 발생한 것인지 여부가 명확치 않은 점, 조직의 신진대사는 인사제도 전반에 대한 관리의 문제로 접근해야 한다는 점 등이었다.³⁾ 향후 우리의 법원이 과거와는 다른 새로운 법적 관점에서 직급정년제의 합법성 여부에 대하여 판단하기를 기대하는 바이다. **KLI**

조용만(건국대학교 법학전문대학원 교수)

3) 조용만(2012), 『정년연장의 법적 과제』, 『노동정책연구』 12(3), pp.6~7 참조.