

# 노동판례리뷰

## 불법파견의 형사책임

- 대법원 2013. 2. 28. 선고 2011도34 판결 -

### 【판결요지】

협력업체 소속 근로자들이 지엠대우 창원공장 내의 자동차 생산작업에 배치된 방식 및 내용, 지엠대우의 협력업체 소속 근로자들에 대한 단위작업서·조립사양서·작업지시서·포장작업사양서 등 각종 업무표준의 작성 및 배포, 지엠대우 소속 근로자의 결원이나 물량 증가로 인한 협력업체 소속 근로자들에 의한 인원충원에 있어서 그 절차나 방식, 협력업체 소속 근로자들에 대한 근무시간이나 연장·야간·휴일근무 여부의 결정과 근태관리 및 직무교육의 실태, 지엠대우가 창원공장의 협력업체들에 대하여 지급할 도급비를 결정하는 방식 및 그 내역 등에 관한 사실과 함께 지엠대우와 사내협력업체들 사이에서 각각 체결된 도급계약의 내용 및 각 사내협력업체 소속 근로자들의 업무수행과정에 비추어 본 노무제공의 내용과 방식, 이에 관한 지엠대우의 지배·통제의 내용과 범위 등에 비추어 볼 때, 지엠대우와 위 피고인들이 각 운영한 사내협력업체들은 그 사이에 각 체결된 계약의 명칭이나 형식 여하에 불구하고 그 협력업체에 소속된 근로자들이 지엠대우의 사업장에 파견되어 지엠대우의 지휘·명령 아래 지엠대우를 위한 근로를 제공하는 근로자파견관계에 있었다는 원심의 판단은 정당하다.

지엠대우(판결문에서는 ‘공소의 회사’이다. 현재는 ‘한국지엠’(주)으로 변경되었다) 사건은 불법파견 사건이다. 완성차 공장에서 애용하고 있는 사내하도급관계가 불법파견 시 비로 번진 예는 적지 않았다. 그럼에도 불구하고 이 사건이 주목받는 이유는, 불법파견의 민사 책임 즉 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘파견법’이라 함) 위반의 사법(私法)상 효과가 쟁점이었던 다른 사건들과 달리, 불법파견의 형사 책임이 다투어졌기 때문이다. 그런 점에서 대상판결은 불법파견의 민사책임에 관한 현대자동차 판결(대법원

2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결)과 더불어 불법파견관계, 특히 자동차산업에서 사내하도급관계로 위장한 불법파견에 관한 ‘대표 판결’(leading case)로 기록될 만하다.

대상판결은 이 사건에서 파견법 위반죄의 두 가지 성립 요건에 대한 원심(창원지방법원 2010. 12. 23. 선고 2009노579 판결)의 판단을 지지함으로써 피고인들의 상고를 기각하였다.<sup>1)</sup> 하나는 위에서 인용한 판결요지에 따라 해당 사내하도급관계(지엠대우와 협력업체들 사이에 체결된 도급계약)의 실질을 계약서상의 도급계약관계가 아니라 파견법 제2조 제1호의 ‘근로자파견’관계로 본 것이고, 다른 하나는 자신들의 행위가 파견법에 위반되는 불법파견인지 몰랐다는 피고인들의 주장에 대해 “피고인들이 적어도 미필적으로나마 지엠대우와 그 사내협력업체들 사이에서 행하여진 근로관계가 파견법에 반하는 것을 알고 있었다”고 본 부분이다. 대상판결은 “원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다. 거기에 상고이유의 주장과 같이 논리와 경험칙을 위반하여 사실을 인정하거나 근로자파견, 검사의 입증책임, 도급인의 지시권, 근로자파견관계와 도급계약 사이의 구분 및 법률의 착오에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다”라고 기각 사유를 밝혔다.

대상판결이 확정된 원심은 양형의 수준(당시 협력업체들의 대표들에게는 벌금 300만원과 400만 원, 지엠대우의 대표에게는 벌금 700만 원)이나 인용 법조문의 기술상 오류 등 아쉬운 점이 있기는 했지만, 불법파견과 형사책임의 인정 특히 불법파견 인정의 전제로서 파견과 도급의 구별에서 상당히 의미 있는 내용을 제시한 바 있다. 지엠대우와 협력업체들 사이의 관계를 적법한 도급관계로 보아야 하고 또 그들에게 불법파견의 고의도 없었다는 제1심 판결(창원지방법원 2009. 2. 16. 선고 2007고정276 판결)의 무죄선고 이유에 대해,<sup>2)</sup> “사업주로서의 실체에 관한 사정들을 가지고 근로자파견관계에 해당하지 않는다는 판단의 근거로 삼을 수는 없”다고 하면서, 계약의 내용과 업무수행의 과정 및 계약당사자의 적격성 등 세 가지 측면에서 계약의 실질을 구체적으로 조사한 후 근로자파견관계라는 결론을 내렸다. 대상판결은 원심의 결론을 수용하면서도, 원심의 접근 방식 즉 계약의 내용, 업무수행의 과정, 계약당사자의 적격성이라는 순서로 셋에 병렬적으로 접근한 것과 달리 업무수행의 과정을 먼저 중점적으로 조사하고 나머지는 그 다음에 부차적으로 조사하였다. 파견과 도급의 구별에서 파견인가를 중심으로 판단하여야 하고, 그것을 위해 업무수행에서의 지휘·감독이 있었는가를 1차적으로 조사해야 하며, 사업주로서의 실체에 관한 사정 등은 비등가적으로 고려해야 한다는 점<sup>3)</sup>에 비추어 보면 대상판결의

1) 원심 판결의 내용과 의의에 대해서는 김기선(2012), 「불법파견에 대한 벌칙규정의 적용」, 한국노동법학회 편, 『노동판례리뷰 2010-2011』, pp.358-360 참조.

2) 제1심 판결은 지엠대우와 협력업체들 근로자 사이의 법률관계에서 보이는 상대적으로 강한 종속성을 자동차조립업무의 특성으로 파악하는 한편, 문제가 된 기간 중 근로감독에서 불법파견의 지적이 없어 불법파견에 대한 고의도 인정할 수 없다고 보았다.

접근이 더 설득력이 높다.

한편, 이번 사건에 적용된 법률은 제정 파견법(1998. 2. 20. 제정; 2006. 12. 21. 개정되기 전의 것)으로, 원심은 당시 협력업체들의 대표들에 대해서는 제조업의 직접생산공정업무를 대상으로 근로자파견사업을 행할 수 없다는 규정(제5조 제4항과 제1항)과 그 위반의 벌칙 규정(제43조 제1호) 및 무허가 파견을 금지하는 규정(제7조 제1항)과 그 위반의 벌칙 규정(제43조 제1호)을, 지엠대우의 대표에 대해서는 전자(파견대상업무에 관한 제5조 제4항과 제1항, 제43조 제1호)만을 적용하였다.<sup>4)</sup> 파견사업주와 사용자사업주에게 적용된 법규가 달랐던 이유는 이렇다. 같은 법은 제5조(근로자파견대상업무)에서는 “근로자파견사업은 제조업의 직접생산공정업무를 제외하고 전문지식·기술 또는 경험 등을 필요로 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무를 대상으로 한다”(제1항)라고 하면서 곧 이어 “누구든지 제1항 내지 제3항의 규정을 위반하여 근로자파견사업을 행하거나 그 근로자파견사업을 행하는 자로부터 근로자파견의 역무를 제공받아서서는 아니 된다”(제4항)라고 규정하여 파견사업주와 함께 사용자사업주에게도 금지의무를 부과한 반면, 무허가 파견에 관한 제7조(근로자파견사업의 허가)에서는 “근로자파견사업을 하고자 하는 자는 노동부령이 정하는 바에 의하여 노동부장관의 허가를 받아야 한다”라고 하여 허가의무를 파견사업주에게만 부과하였다. 2006년 개정을 통해 이런 문제점을 해결하기 위해 제7조에 “사용사업주는 제1항의 규정을 위반하여 근로자파견사업을 행하는 자로부터 근로자파견의 역무를 제공받아서서는 아니 된다”라는 제3항을 신설하고, 그 위반에 대한 벌칙(제43조 제1의2호)도 새로이 규정하였다.

어쨌든 대상판결은 다음 세 가지 사실을 확인했다. 첫째, 불법파견이 인정되면 근로자를 파견하는 사업주(파견사업주)뿐만 아니라 파견근로자를 사용하는 사업주(사용사업주)도 범죄자로서 함께 처벌된다. 둘째, 자동차산업에서의 사내하도급관계는 도급관계가 아니라 파견관계일 소지가 많다. 셋째, 근로감독에서 지적이 없었다는 사실 등을 이유로 불법파견임을 몰랐다는 주장은 법률의 단순한 부지로서 범죄 성립에 영향을 미치지 않는다. 이 판결의 가장 큰 의의를 한마디로 요약한다면 “불법파견은 범죄다.” **KL**

강성태(한양대학교 법학전문대학원 교수)

- 
- 3) 사업주로서의 실체가 강하다고 하여 곧바로 도급이라고 할 수는 없겠지만, 역으로 사업주로서의 실체가 약하다면 적어도 도급이라고 볼 수는 없을 것이다.
- 4) 제43조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.  
1. 제5조 제4항, (생략) 또는 제7조제1항의 규정을 위반하여 근로자파견사업을 행한 자

## 기간제 근로계약의 한계성

- 대법원 2013. 2. 14. 선고 2011두24361 판결 -

### 【판결요지】

1년 단위의 근로계약을 체결하기는 하였으나 근로계약서도 매년 작성하지 않았을 뿐 아니라, 그 계약서 내용도 매우 간명하여 근로관계 전반을 정하고 있다고 하기 어렵고 이 또한 5회에 걸쳐 계속적으로 갱신하였던 점, 예비군지휘관으로서의 업무는 그 성격이 한시적이지 않고 법령에 의하여 반드시 있어야 하는 상시적, 지속적 업무에 해당하는 점, 국방부 훈령의 성격 및 그 내용과 추천제로 임명된 대학교 직장예비군지휘관에 대하여 연령정년만을 적용하던 국방부의 관행 등을 종합하면, 이 사건 근로계약은 예비군지휘관으로서의 지위를 유지하는 것을 전제로 하는 기간의 정함이 없는 근로계약으로 5년 기한의 제한을 받지 아니하므로 갱신거절은 사실상 해고에 해당하고, 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 책임 있는 사유가 있다고 할 수 없으므로 이 사건 갱신거절은 부당하다.

기간제 근로계약과 관련하여, 「기간제 및 단시간근로자의 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’이라 함)은 그 사용 사유나 목적을 제한하고 있지 않다. 원칙적으로 근로의 종류와 상관없이 기간제 근로계약은 이용될 수 있는 것이다. 기간제 근로계약에 제한이 가해지는 것은 그것의 기간과 방법에 대한 것이다. 즉 사용기간에 관한 기간제법 제4조와, 반복 갱신된 기간제 근로계약의 효과에 관한 판례 법리를 통해 기간제 근로자의 사용이 제한받고 있는 것이다. 기간제법 제4조는 기간제 근로계약이 2년을 초과할 수 없도록 하는 한편, 예외적인 경우(기간제법 제4조 제1항 단서의 각 호)를 제외하고는 2년을 초과하여 기간제 근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제 근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다. 판례는 “기간을 정한 근로계약서를 작성한 경우에도 예컨대, 단기의 근로계약이 장기간에 걸쳐서 반복하여 갱신됨으로써 그 정한 기간이 단지 형식에 불과하게 된 경우 등 계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호법규 등을 종합적으로 고려하여 그 기간의 정함이 단지 형식에 불과하다는 사정이 인정되는 경우에는 계약서의 문언에도 불구하고 사실상 기간의 정함이 없는 근로계약을 맺었다고 볼 것이며, 그 경우에 사용자가 정당한 사유 없이 갱신계약의 체결을 거절하는 것은 해고와 마찬가지로 무효이다(대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결; 대법원 2011. 7. 28. 선고 2009두5374 판결 등 참조)”라고 판단한다. 기간제법 제4조의 예외사유

없이 기간제 근로계약이 2년을 초과하는 경우에는 기간의 정함이 없는 근로계약이 되기 때문에, 판례가 말하는 ‘단기 근로계약의 반복 갱신’이라는 문제는 현재 대부분 기간제법 상 사용기간 제한의 예외 사유에 해당하는 기간제 근로계약과 관련되어 있을 것이다.

검토하고 있는 사건에서 근로자는 부산 소재 한 대학에서 근로계약을 체결하고 직장예비군 연대장으로 근무하였다. 최초 근로계약은 2003년 12월 31일에 체결되었고, 근로자가 근로계약을 체결하던 당시 ‘대학직장예비군지휘관 전담제’가 시행되어 2003년 9월 1일부터 근로자와 같은 예비군지휘관의 근속기간은 정년 60세 혹은 5년으로 제한한다는 지침(‘예비군지휘관 인사관리에 관한 훈령’)이 있었다(이 사건의 1심 서울행정법원 2011. 3. 25. 선고 2010구합27561 판결 참조). 근로자는 2003년 12월 31일부터 매년 1년 단위 근로계약을 총 6차례 갱신하였고, 마지막으로 체결한 근로계약의 기간은 2008년 12월 31일부터 2009년 12월 30일까지였지만, 대학 측으로부터 2009년 11월 16일 경에 근로계약 만료 통보를 받은 것이다. 이 사건에 대하여 중노위(2010. 6. 14. 2010부해247)는 “직장예비군지휘관의 근무기간은 근무상한연령 60세와 근속기간 5년 중 먼저 도래하는 기간에 퇴직하도록 규정하고 있(어) ... 계속근로에 대한 기대가 형성되었다고 볼 수는 없다”고 판단하였다. 즉 이 사건의 쟁점을 근로계약의 갱신에 대한 기대가능성 유무 판단의 문제로 본 것이다.

여기에서 검토해야 할 것은 다음과 같은 점이다. 첫째, 직장예비군지휘관이라는 법적 지위가 기간제법 제4조 제1항 제6호의 예외(“그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우”로서, 기간제법 시행령 제3조 제3항이 정하는 바 “국방부장관이 인정하는 군사적 전문적 지식·기술을 가지고 관련 직업에 종사”하는 경우)에 해당하는지(만약 이 예외에 해당하지 않는다면 2009년 7월 1일이 지나면서 이 근로자는 기간의 정함이 없는 근로자가 되었을 것이다), 둘째, 근무상한연령과 근속기간을 정한 위 ‘예비군지휘관 인사관리에 관한 훈령’이 기간제법과의 관계에서 근로자의 근로계약기간을 판단하는 기준이 될 수 있는지(이 훈령이 법규명령이 아닌 단순한 행정규칙에 불과한 경우 이 사건에 직접적 영향을 미친다고 보기 어려울 것이다), 셋째, 이 사건의 쟁점이 중노위가 판단했던 것과 같이 근로계약의 갱신에 대한 기대가능성에 관한 것인지에 대한 것이다.

첫째, 직장예비군지휘관이 기간제법 제4조 제1항 제6호의 예외에 해당하는지 여부와 관련하여 법원은 이를 인정하고 있다. 판례가 적시하고 있지는 않지만 직장예비군지휘관은 「향토예비군설치법 시행규칙」 제12조 제2항에 기초하여 「예비전력관리 업무담당자 선발 규칙」에 따른 예비전력관리 업무담당자로 최종 선발된 사람일 것이 요구되고, 선발이 되기 위해서는 규칙에서 정하고 있는 선발시험 등의 합격을 조건으로 일정한 자격기준을 충족시켜야 하기 때문일 것으로 보인다.

둘째, 근무상한연령과 근속기간을 정한 위 ‘예비군지휘관 인사관리에 관한 훈령’은 법령의 위임을 받아 제정된 법규명령이 아니라 행정규칙에 불과하다(이 사건의 1심 서울행정법원 2011. 3. 25. 선고 2010구합27561 판결 참조). 그렇기 때문에 이 훈령에서 정년과 근속기간을 정하고 있다고 하더라도 그것이 근로자의 근로계약에 직접 영향을 미친다고 말할 수는 없고, 근로자의 근로계약은 그 계약으로 정한 내용과 계약의 실질에 따라 판단되어야 한다.

셋째, 앞서 말한 바와 같이 중노위는 이 사건의 쟁점을 근로자의 근로계약 갱신체결에 대한 기대가능성이라고 판단하였다. 그런데 기대가능성의 문제는 ‘기간의 정함이 단지 형식에 불과하다’는 사정이 존재하지 않는 이후의 문제이다. 즉 ① 기간을 정한 근로계약은 기간의 만료와 함께 종료되기 때문에, 우선 근로계약의 기간이 실질적 의미를 갖는지에 대한 판단이 필요하다. 그러므로 ‘기간이 단지 형식에 불과’한 경우에는 해당 근로계약은 기간을 정한 근로계약이 아닌, 기간의 정함이 없는 근로계약이 되는 것이다. 이때 ‘기간이 단지 형식에 불과’한지 여부에 대한 판단은 계약 기간에 대한 실질심사로서 “계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호법규 등을 종합적으로 고려”한다. ② 이에 따라 근로계약의 기간이 그 정한 대로의 의미를 갖는 것이라고 판단할 때, 그럼에도 불구하고 기간의 반복·갱신이 있었는지, 그리고 이 반복·갱신에 의하여 근로자에게 기간의 갱신에 대한 기대권이 발생하였다고 볼 수 있는지 여부에 따라 근로계약의 기간 만료의 성격을 판단하게 되는 것이다. 이때 근로자에게 기간의 갱신에 대한 기대권이 발생하였다고 볼 수 있는지는 “근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합”하게 되는 것이다. 그러므로 검토하고 있는 사건에서 대법원은 이 사건의 근로계약이 “원고가 예비군지휘관으로서의 지위를 유지하는 것을 전제로 하는 기간의 정함이 없는 근로계약”이라고 판단한다. 중노위는 이 사건을 해석함에 있어서 근로계약 기간의 실질성에 대한 판단과 기대가능성을 잘못 판단하였던 듯하다.

한편, 검토하고 있는 판례는 근로계약의 실질을 판단함에 있어서 업무의 성격을 고려해 넣었다. “예비군지휘관으로서의 업무는 그 성격이 한시적이지 않고 법령에 의하여 반드시 있어야 하는 상시적, 지속적 업무에 해당”한다는 점이 근로계약의 실질을 판단하는 요소로 사용되고 있는 것인데, 이는 기간제 근로계약이 정하는 근로계약의 기간의 실질을 판단한 다른 사건들에서는 발견할 수 없었던 내용이다. 업무의 성격이 고려 대상에

포함되었다는 것은 법원이 기간제 근로계약의 사용 사유에 대한 제한을 판례법리로 만들  
고자 했던 것은 아닌가 하는 성급한 추측도 해 보고 싶기는 하지만, 이에 대해서는 부정  
했던 판례<sup>5)</sup>가 있다는 점도 함께 기억해야 할 것이다. **KL**

박은정(인제대학교 법학과 조교수)

## 용역근로자의 불법파견 판단기준과 용역업체만 변경된 경우의 고용의제(고용의무)의 적용

- 서울고등법원 2013. 1. 25. 선고 2012나10302 판결 -

### 【판결요지】

파견법이 ‘파견근로자의 근로조건 등에 관한 기준을 확립함으로써 파견근로자의 고용안  
정과 복지증진에 이바지함’을 목적으로 하고 있는 점, 파견법의 파견기간의 제한에 관한  
규정에서 적용 여부를 결정하는 기준이 되는 것은 파견근로자나 사용사업주의 성격이지 파  
견사업주의 성격이 아닌 점, 파견사업주가 동일한 경우에만 파견기간의 제한에 관한 규정  
이 적용되는 것으로 본다면 사용사업주는 동일한 파견근로자를 계속하여 사용하면서도 파  
견법에 정한 기간 내에 파견사업주만을 교체함으로써 파견기간의 제한에 관한 규정의 적용  
을 받지 않을 수 있어서 파견법이 파견기간을 제한하는 목적을 전혀 달성할 수 없게 되는  
점에 비추어 보면, 동일한 사용사업주가 파견법에서 정한 기간 동안 파견근로자를 사용한  
이상 설사 그동안 파견사업주가 교체되었다고 하더라도 직접고용이 간주되거나 직접고용  
의무가 발생함에 지장이 없다고 보아야 한다.

사내하도급은 우리 사회가 해결해야 할 주요 문제 중 하나이듯 법원에서도 이와 관련  
된 판결들이 속속 나오기 시작하였다. 용역을 비롯한 사내하도급은 계약의 형식에 있어  
서 도급(용역)계약에 뿌리를 두고 있으면서도 그 실질은 근로자를 공급하는 사업과 같으  
며, 파견근로와 별반 차이를 보이지 않고 있다. 현실이 이러한에도 불구하고 도급계약의  
외형 때문에 사내하도급은 노동법적 규율대상에서 벗어나 민법의 규율대상에 속하게 되  
어 하도급근로자는 원청사업주에 대해 어떠한 책임을 물을 수 없게 되고, 원청사업주는

- 5) 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007두11566 판결에서는 “(근로자가) 수행한 업무의 성격이 한시적인 업  
무가 아니고 상시적, 지속적으로 필요한 업무라고 하더라도 사업장의 인력수급사정상 근로계약에  
있어 계약기간을 정하는 것은 허용된다고 할 것이어서 이를 참가인이 원고와 사이에 기간을 정하여  
근로계약을 체결할 수 없다고 보아야 할 근거로 삼을 수 없”다고 판시한 바 있다.

노동법상의 책임으로부터 벗어나게 된다. 이에 따라 도급과 파견의 판단기준이 원청사업 주에게 하도급근로자에 대한 노동법적 책임을 부담하는 데 절대적 기준이 되는 것이다. 대상판결의 사안도 이러한 선상에서 이루어진 판단이다.

이 사건 근로자들은 용역업체만 변경된 채로 많게는 11년 적게는 6년여 동안 한국수력 원자력 주식회사(피고회사)<sup>6)</sup>의 산하 울진 원자력본부 제2발전소와 옥외변전소에서 동일한 업무를 해오던 중 2010. 6. 4. 한빛파워(용역업체)로부터 근로계약 기간만료에 의한 근로관계 종료를 통보받았다. 근로자들은 주위적 청구로서 피고회사와 묵시적 근로계약관계가 성립되었음을 전제로 근로자지위확인과 임금청구를 하였으며, 예비적 청구로서 근로자파견관계의 성립을 전제로 직접고용간주에 의한 근로자지위확인과 임금청구(일부 근로자에 대해서는 제2 예비적 주장으로 직접고용의무에 의한 고용의사표시와 임금 상당의 손해배상청구)를 하였다. 1심 법원(서울중앙지방법원 2011. 11. 29. 선고 2010가합13596 판결)은 주위적 청구를 기각하고 근로자파견관계의 성립을 전제로 한 예비적 청구를 인용하는 결정을 하였으며, 대상판결은 피고회사가 항소한 사안이며(근로자들의 부대항소<sup>7)</sup>) 1심 판결을 그대로 유지하였다.

대상판결은 우선 피고회사가 근로자들의 근로관계에 전반적인 영향을 미치고 근로자들이 수행하는 업무에 대해 지휘·명령을 하였다고 보이나, 용역업체가 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 상실하였다고 볼 수 있을 정도로 그 존재가 명목적인 것이나 형식적인 것으로서 근로자들과 피고회사 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 볼 수 없다고 판단하였다.

다음으로 대상판결은 다음과 같은 사실을 들어 근로자들과 피고회사 사이에는 근로자 파견관계에 있다고 판단하였다. ① 용역시방서에 기재된 발전기술지원업무 중 발전보조업무, 화학시료 채취원, 변전소 보조원의 업무 중 상당수는 일정 수준의 기술과 그 숙달을 요하는 것으로서 피고 정규직원의 교육이나 지시가 없으면 해당 근로자들이 독자적으로 수행할 수 없는 것으로 보이고, 피고는 정규직원을 통하여 근로자들에게 업무수행에 관하여 교육을 실시하였던 점, ② 일근제인 발전운영부 보조업무 수행자, 화학시료 채취원의 경우, 해당 근로자들은 피고 정규직원과 같은 사무실 내에 자리를 배치받고, 같은 회의에 참석하여 필요한 업무지시를 받는 등 피고 정규직원과 혼재되어 근무하면서 각종 지시에 따른 업무를 수행하였다고 보이는 점, ③ 1일 3교대로 운영되는 발전보조원, 변전소 보조원의 경우, 야간 또는 휴일 근무시 해당 근로자들에 대한 출근 확인을 용역업체가 아닌 피고 정규직원이 하였고, 교대근무 배치 또는 그 변경에 관한 권한은 용역업체가

6) 피고회사는 2001년 한국전력공사에서 분사하여 설립된 법인이며, 이 사건 근로자의 일부는 피고회사로 분사되기 이전인 한국전력공사 때부터 위 발전소 및 옥외변전소에서 근무하였다.

7) 부대항소 : 독립적으로 항소하지 않고 상대방의 항소에 부대하여 항소하는 것을 말한다.



아닌 피고에게 있었으며, 발전보조원과 발전운영부 보조업무 수행자 간의 순환근무제 시행, 변전소 보조원의 근무제 변경과 같이 근무방법변경에 관한 사항도 피고가 주도적으로 결정하여 시행한 점, ④ 발전보조원, 화학시료 채취원, 변전소 보조원의 경우, 해당 근로자들의 업무수행 결과물에 대하여 피고 정규직원이 확인하고 결재란에 서명한 점, ⑤ 근무복, 안전화, 안전모 등을 제외한 근로자들의 업무수행에 필요한 대부분의 장비 및 물품을 피고가 제공한 점, ⑥ 근로자들의 특근, 대근, 휴가 등 근태에 관한 사항도 피고가 관리·통제하였고, 용역업체는 사후적으로 특근에 관하여 보고받았을 뿐 그 실시 여부나 시기 등에 관하여 아무런 관리·통제를 하지 않은 점, ⑦ 근로자들은 그 근무기간 동안 업무와 관련하여 피고의 지시나 감독을 받았을 뿐이고, 용역업체로부터는 이와 관련하여 어떠한 지시나 감독을 받은 바가 없는 점 등을 들어 근로자들은 용역업체에 고용된 후 피고의 작업현장에 파견되어 피고로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자파견관계에 있었다고 판단하였다. 타당한 판단이라 생각한다.

근로자파견관계라면 구 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘구 파견법’이라 함) 제6조 제3항의 고용간주조항(현 직접고용의무조항)이 적용되기 위해 파견근로자에 해당하는 이 사건 근로자들과 특정한 용역업체(파견사업주) 간에 2년 이상 고용관계가 유지될 것을 요건으로 하는지, 아니면 동일한 피고회사(사용사업주)가 용역업체의 변경과 무관하게 근로자를 2년 이상 사용한 것으로 족한지 여부이다. 대상판결은 위 【판결요지】와 같이 용역업체의 변경과 무관하게 피고회사가 2년 이상 근로자를 사용하였다면 고용간주(고용의무)조항이 적용된다고 판단하였다. 이는, 파견업체만이 변경된 채로 동일한 사용사업주에게 근로를 제공한 파견근로자에 대해 고용의제조항이 적용된다고 판단한 하급심 판결(서울중앙지방법원 2012. 8. 9. 선고 2010가합124781 판결)과 맥을 같이한다. 대상판결은 구 파견법이 적용되는 근로자들에 대해서는 이 사건 발전소에 파견된 날로부터 2년의 기간이 만료된 날의 다음 날에 피고회사와 직접고용이 간주됨으로써 근로계약관계가 성립되었으므로 이때부터 피고회사 등의 근로자 지위에 있고, 개정 파견법이 적용되는 일부 근로자의 경우, 이 사건 발전소에 파견된 날로부터 2년의 기간이 만료된 날의 다음 날부터 이를 사법상 권리로서 행사할 수 있다고 판단하였다. 그 결과 대상판결은 구 파견법이 적용되는 근로자들은 피고회사의 근로자 지위에 있고 피고회사는 이들에 대해서는 임금을, 피고회사는 개정 파견법이 적용되는 일부 근로자에게 ‘고용의 의사표시를 할 의무’가 있으나 이를 불이행하고 있으므로 이에 대한 임금 상당액의 손해배상금을 지급하라는 판결을 하였다. 대상판결은 제조업의 직접생산부문이 아닌 간접생산부문에 광범위하게 분포하고 있는 용역근로에 대해 불법파견임을 인정하고 이러한 경우에 있어서 고용의제(고용의무)조항을 적용한 데에 의의가 있다. 또한 대상판결은 개정 파견법상의 직접고용의무의 성격과 관련하여 종전의 하급심의 판단(서울남부지방법원 2011. 5. 13.

선고 2010가합4876 판결)과 마찬가지로 사법(私法)적 의무임을 명확히 하였으며, 그 내용도 ‘고용의 의사표시를 할 의무’라고 하였다는 점에 의의가 있다. **KLI**

강선희(고려대학교 노동문제연구소 학술연구교수)

## 단체협약상의 정년을 단체협약이 실효된 후 취업규칙의 변경으로 단축하려는 사례

- 서울행정법원 2013. 1. 11. 선고 2012구합23280 판결 -

### 【판결요지】

1. 단체협약이 실효되었다고 하더라도 그 중 정년(60세)에 관한 부분은 그 단체협약의 적용을 받고 있던 근로자의 근로계약의 내용이 되어 사용자와 근로자를 규율한다. 취업규칙의 정년규정에서 직급별, 직종별 정년을 세분화할 수 있다는 예외규정을 삭제하는 것으로 취업규칙이 변경된 것은 X 등 노동조합원들(8명)이 단체협약에 의하여 보장받게 된 60세의 정년을 변경하는 내용이라고 볼 수 없어 위와 같은 취업규칙의 변경에 의하여 X의 정년이 55세로 변경된다고 볼 수는 없다.
2. 변경된 취업규칙의 정년규정이 위 8명에게 적용되기 위해서는 그들로부터 개별적인 동의를 받든지, 아니면 위 8명의 집단적인 동의를 받아야만 하는데, 위 8명 중 1명만이 취업규칙 개정에 동의하였을 뿐이므로, 변경된 취업규칙의 정년규정은 X에 대하여 적용될 수 없다.

종전 단체협약이 일부 근로자에게만 적용되었고 단체협약이 다시 체결되지 않고 있다면, 사용자는 그들에게도 다른 근로자들과 마찬가지로 취업규칙상의 근로조건을 적용하는 적법한 방법이 무엇인지가 궁금해진다. 대상판결은 단체협약에 규정된 60세 정년을 단체협약이 실효된 후 사용자가 취업규칙에서 정하고 있는 55세 정년으로 단축하여 일원화하기 위해 취업규칙을 변경한 방식이 적법하였는가를 판단한 판결이다. 이 사건에서 법원은 사용자가 취업규칙을 변경하였다고 해도 종전의 60세 정년은 변경되지 않았으며, 따라서 종전 단체협약에서 정년이 60세였던 이 사건 근로자 X를 55세로 정년퇴직시킨 것은 부당한 해고라고 판단하였다. 논점들이 다양하고 복잡한 사건이어서 각 논점에 따라 판결의 내용을 이해하고자 한다.

첫째, 종전 단체협약이 사용자의 일방해지로 효력을 상실하였더라도 일단은 X에게 60세 정년이 계속 적용된다. 단체협약이 실효되었다고 하더라도 근로조건에 관한 부분은

근로계약의 내용으로 여전히 남아 있다. 다만 그것을 변경하는 새로운 단체협약, 취업규칙이 체결·작성되거나 또는 개별적인 근로자의 동의를 얻어야 그에 따라 변경된다(대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다51758 판결 등 참조). 단체협약의 실효 후 X는 회사의 합병으로 근로관계가 포괄적으로 승계되었는데, 근로관계가 포괄적으로 승계되는 경우 근로자는 승계한 회사에서도 종전의 근로관계와 동일한 근로관계를 유지하게 되므로 X의 정년은 60세이다.

그 후 새로운 단체협약이 체결되지 않았고, X가 개별적으로 정년을 55세로 단축하는 근로계약 변경에 동의한 바가 없다. 다만 사용자가 취업규칙을 변경한 것이 있어, X에게도 변경된 취업규칙이 적용되는지가 문제된다(이하 검토).

둘째, 종전 취업규칙에서 직급별, 직종별 정년을 세분화할 수 있다는 예외규정을 삭제하여 정년을 55세로 통일한 취업규칙 개정이 있었다라도 X의 정년이 55세로 변경되지 않는다. X의 60세 정년은 단체협약에 의하여 보장되던 것이므로 종전 취업규칙에서의 예외와는 상관없다. 따라서 단순히 취업규칙상의 예외를 삭제하는 것에 불과한 취업규칙 변경은 X의 종전 근로계약의 내용을 바꾸는 변경이 되지 못하며, X는 취업규칙보다 유리한 근로계약 내용인 60세 정년이 유지된다.

한편, 법원은 그러한 취업규칙 변경이 소속 근로자들의 정년을 일원화하기 위해 X 등 종전 단체협약의 적용을 받던 노동조합원들(총 8명)에게 55세로 정년을 불이익하게 변경하는 것으로서 적법한 변경인지를 예비적으로 살펴보았다(이하 검토). 근로기준법 제94조 제1항에서는 근로자의 과반수(근로자의 과반수를 조직한 노동조합이 있는 경우 그 노동조합)의 동의가 필요하다고 규정하고 있다.

셋째, 60세 정년을 적용받던 노동조합원들 8명 중 1명만 취업규칙 개정에 동의하여 적법한 집단적 동의가 아니므로, X 등 노동조합원들에게는 취업규칙의 변경된 내용이 적용되지 않는다. 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자들의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 얻지 못한 취업규칙의 불이익한 변경은 그 근로자들에게 효력이 없다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다32362 판결 등 참조).

이 사건에서는 그 동의 주체와 관련하여 과반수를 셈하는 집단의 범위가 문제되었다. 전체 근로자가 55세로 정년이 일원화된다는 점에서 전체 근로자의 과반수인지(이 사건에서 회사의 근로자 전체는 아니지만 X 등이 소속된 사업부 소속 근로자 216명 중 158명이 동의했음), 아니면 위 8명만의 과반수인지의 문제이다. 변경 전의 근로조건인 ‘적용을 받고 있던’ 근로자들이 동의 주체의 범위인데, 누구까지가 적용을 받고 있다고 보아야 하는지를 검토하여야 한다. 판례 법리는 다음과 같다.

① 사업장 내의 근로자가 여러 집단으로 분류되어 그 근로자집단별로 근로조건을 달리 정하고 있는 경우(근로조건이 이원화되어 있는 경우)에는 취업규칙 중 변경되는 부분의

적용을 받고 있는 근로자집단만이 동의의 주체로 된다(대법원 1990. 12. 7. 선고 90다카 19647 판결 등 참조).

② 여러 근로자집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있어 비록 취업규칙의 불이익변경 시점에는 어느 근로자집단만이 직접적인 불이익을 받더라도 다른 근로자집단에게도 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 경우에는 일부 근로자집단은 물론 장래 변경된 취업규칙 규정의 적용이 예상되는 근로자집단을 포함한 근로자집단이 동의의 주체가 된다. 그렇지 않고 근로조건이 이원화되어 있어 변경된 취업규칙이 적용되어 직접적으로 불이익을 받게 되는 근로자집단 이외에 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 근로자집단이 없는 경우에는 변경된 취업규칙이 적용되어 불이익을 받는 근로자집단만이 동의의 주체가 된다(대법원 2009. 5. 28. 선고 2009두2238 판결).

③ 근로조건이 이원화된 경우가 아니라면 근로자 전체로부터 동의가 필요하다. 취업규칙의 변경이 일부의 근로자에게는 유리하고 일부의 근로자에게는 불리한 경우라도 그러한 변경에 근로자집단의 동의를 요하는지를 판단하는 것은 근로자 전체에 대하여 획일적으로 결정되어야 할 것이고, 또 이러한 경우 취업규칙의 변경이 근로자에게 전체적으로 유리한지 불리한지를 객관적으로 평가하기가 어려우며, 같은 개정에 의하여 근로자 상호간의 이·불리에 따른 이익이 충돌되는 경우에는 그러한 개정은 근로자에게 불이익한 것으로 취급하여 근로자들 전체의 의사에 따라 결정하게 하는 것이 타당하다(대법원 1993. 5. 14. 선고 93다1893 판결 등 참조).

법원은 위 8명은 종전 단체협약의 60세 정년이 근로계약의 내용으로 유지되고 있는 집단이고, 그 외의 근로자들은 노동조합이 과반수 노동조합이 아니어서 종전 단체협약이 일반적 구속력(노동조합 및 노동관계조정법 제35조)이 인정되지 않아 취업규칙의 55세 정년만 적용받고 있으며 단체협약이 이미 실효되었으므로 향후 단체협약의 60세 정년을 적용받는 것이 예상되지 않는 집단이므로, 정년의 근로조건이 이원화되어 있다고 판단하였다. 대상판결은 “(문제가 된) 근로조건이 이원화되어 있다”고 판단할 수 있는 사례로서의 의의를 갖는다. 합병 등으로 근로관계가 포괄적으로 승계되면 종전의 근로관계와 동일한 근로관계를 유지하게 되는데, 사용자가 일방적으로 취업규칙을 변경하거나 종전의 근로관계보다 불이익한 승계한 법인의 취업규칙을 적용하기 위해서는 종전의 근로계약상 지위를 유지하던 근로자집단의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 있어야 한다는 다른 사례가 있다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다32362 판결). 이때에도 전체 근로자가 아니라 종전 근로계약상의 지위를 유지하던 근로자집단만이 동의의 주체의 범위에 해당되었다.

넷째, 불이익하게 변경된 취업규칙의 내용이 사회통념상 합리성이 인정되면 비록 근로자들의 집단적 동의가 없더라도 변경된 취업규칙이 적용된다는 것이 판례이지만, 이 사건은 사회통념상 합리성이 인정되지 않는다. 사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변

경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자 측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건의 개선상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받도록 한 근로기준법을 사실상 배제하는 것이므로 제한적으로 엄격하게 해석하여야 한다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다32362 판결 등 참조). 이 사건에서 법원은 i) 비록 노동조합원이었던 8명만이 정년 60세로서 다른 직원들에 비해 5년간의 근로기회가 더 보장되기는 하나, 그 격차가 사측이나 다른 근로자들이 도저히 수인할 수 없을 정도로 매우 크다고 보기는 어려운 점, ii) 원고를 포함한 위 8명의 기득권은 결국 사측과 노동조합 사이에 체결된 단체협약에 의하여 보장된 것으로서 그 보호가치가 적지 않은 점, iii) 비록 직원들 사이의 정년규정의 형평성을 유지하겠다는 가치도 중요하지만 그 수단으로서 위 8명에 대한 정년을 어떠한 보상도 없이 5년이나 낮춤으로써 하향평준화시킨 것은 상당하다고 볼 수 없는 점 등을 고려하여, 개정된 취업규칙의 정년규정이 위 8명의 동의가 없더라도 그들에 대하여 적용하여야 할 만큼 사회통념상 합리성이 있다고 보기는 어렵다고 판단했다.

종전 단체협약상의 근로조건은 그 적용을 받던 근로자들에게 단체협약이 실효된 후에도 근로계약의 내용으로 계속 유지된다는 점에서 이 사건의 특이함이 있다. 다른 근로자들처럼 취업규칙상의 근로조건을 적용하기 위해서는 그들만을 대상으로 집단적인 동의를 받거나, 개별적으로 그 근로자들에게 근로계약의 내용을 변경하는 동의를 받아야 한다. 노동조합과 단체협약으로 취업규칙과 동일한 근로조건을 합의하는 방법도 가능하다. 이 사건처럼 노동조합원이 소수라는 점을 이용하여 전체 근로자들 또는 소속 사업부의 근로자들(그 대부분은 노동조합원이 아님)로부터 과반수의 동의를 받는 방식은 근로조건을 변경하는 적법한 방식이 되지 못한다. **KL**

김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

## 교섭단위와 교섭당사자

- 서울행정법원 2013.1.15. 선고 2012구합28049, 2012구합28346 판결 -

### 【판결요지】

노동조합법상 교섭대표를 결정하기 위한 단위(교섭단위)인 ‘사업 또는 사업장’은 경영상의 일체를 이루면서 유기적으로 운영되고 전체로서 독립성을 갖춘 권리·의무의 주체를 의미하는데, 지방교육자치에 관한 법률, 지방자치법 등에 의하면, 지방자치단체 관내에서 이루어지는 교육 그 밖의 학예에 관한 사무와 관련된 권리·의무는 궁극적으로 법인격을 보유하는 지방자치단체에 귀속되고, 교육감은 해당 지방자치단체의 교육 사무에 관한 집행기관의 권한을 부여받고 있으므로, 사업주에 대응하는 노동조합법상의 교섭단위는 개별 공립 학교가 아니라 교육에 관한 궁극적인 권리·의무 및 책임의 주체가 되는 해당 지방자치단체라고 봄이 타당하다.

이 사건 원고들은 지방자치법에 의한 지방자치단체인데, 그 산하의 초·중·고등학교에서 교육, 급식 및 행정사무 등의 지원·보조업무에 종사하고 학교회계에서 보수를 지급받는 학교회계직 근로자들을 조직대상으로 하는 전국학교비정규직노동조합 등(이하 ‘소외 노동조합’이라 함)으로부터 교섭을 요구받았음에도 불구하고 교섭창구단일화를 위한 교섭공고절차를 이행하지 않았다. 소외 노동조합과 단체교섭을 진행할 당사자는 지방자치단체가 아니라 학교장이라는 것이 원고 주장의 요지였다. 이에 대해 중노위는 단체교섭의 당사자로서 사업주는 노조법 등 노동관계법상 권리·의무의 귀속주체일 것을 요하고 법인이 경영하는 영조물로서 시설에 지나지 아니한 각급 학교는 단체교섭 당사자로서의 사용자에게 해당하지 않는다고 판단하였다. 이에 대해 원고들이 다투었고, 서울행정법원은 위 요지와 같이 판결하였다.

위 판결을 요약하면 ‘지방자치단체가 교섭단위이기 때문에, 교섭당사자도 지방자치단체이다’라는 것이다. 이는 결론부분은 타당하되 그 결론을 이끌어내는 논거는 부적절한 판결로 평가할 수 있다. 판결은 교섭단위의 개념과 교섭당사자의 개념을 혼동하고 있다. 전자는 교섭에 참여할 수 있는 근로자집단의 획정기준인 반면, 후자는 교섭을 통해 형성되는 단체협약 법률관계의 주체를 의미하는 개념이다. 판례가 실시하는 바와 같이 학교비정규직노조와 교섭하여야 하는 당사자는 지방자치단체이지만, 이는 교섭단위가 지방자치단체이기 때문이 아니다. 교섭단위는 사안에 따라 분리될 수도 있고, 사업이 아닌 사업장 단위로도 볼 수 있지만, 그러한 경우에도 교섭당사자는 동일한 것이다. 여기서 교섭단위로서 지방자치단체와 교섭당사자로서 지방자치단체는 준별되는 개념이다.

따라서 이 사건의 쟁점은 두 가지로 구별된다. 하나는 노조법상 교섭창구단일화 절차를 진행하여야 하는 단위인 ‘사업 또는 사업장’이 법인인 지방자치단체 단위로 결정될 것인가, 아니면 학교 단위로 결정될 것인가 하는 문제이다. 다른 하나는 노조법상 단체교섭 당사자가 누구인가 하는 문제이다. 본고에서는 지면관계상 둘째 논점에 대해서만 논한다.

노동조합및노동관계조정법(이하 ‘노조법’이라 함) 제29조는 사용자 및 사용자단체를 교섭의무자로 규정하고 있고, 같은 법 제2조 제2호는 사업주, 사업의 경영담당자, 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 사용자로 정의하고 있다.<sup>8)</sup> 이러한 노조법상의 사용자는 노동조합의 상대방, 단체교섭 및 단체협약체결의 당사자이자 부당노동행위금지 의무의 수범자라는 다양한 지위를 가진다.

이 사안에서는 이 세 가지 사용자의 유형 중 누가 교섭상대방으로서 사용자에게 해당하는지가 문제된다. 대법원은 누가 교섭의무를 부담하는 사용자에게 해당하는지 여부와 관련하여 “위 법 규정 소정의 사용자(단체교섭의무를 부담하는 사용자)라 함은 근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자, 즉 근로자와의 사이에 그를 지휘·감독하면서 그로부터 근로를 제공받고 그 대가로서 임금을 지급하는 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자를 말한다”라고 판시한 바 있다(대법원 1995. 12. 22. 선고 95누3565호 판결 등). 대법원은 기본적으로 노조법 제2조 제2호에 규정된 사용자 모두가 교섭의무자라는 것이 아니라 그 가운데 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺은 자인 사업주만이 교섭의무자라는 견해를 취하고 있는 것이다. 단체교섭의 사용자 측 당사자는 조합원과의 사이에 근로계약관계가 귀속되는 당사자로서의 사용자인 사업주라는 것이다.

단체교섭의 목적은 단체협약 체결을 통한 협약자치의 구현이다. 교섭당사자들은 단체교섭을 거쳐 단체협약이라는 계약을 체결하여 조합원의 근로조건을 결정한다. 따라서 사용자 측 교섭당사자는 단체협약이라는 계약의 법적 효력이 규범적으로 귀속되는 협약주체라고 보아야 할 것이고, 이는 사업주 개념과 부합한다. 즉 사용자 측 교섭당사자는 해당 조합원을 사용하여 자신의 이름으로 사업을 영위하면서 사업에 따른 법률효과의 궁극적인 귀속주체가 되는 자에게 국한되는데, 이는 바로 사업주라고 할 것이다. 사업주로부터 위임을 받은 ‘사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자’가 서명·날인한 단체협약도 그 유효성이 인정되지만, 이는 그가 교섭당사자라서 그러한 것이

8) 노조법상 사용자 개념에 대해서, 외부적으로는 기업단위를 넘어 외부에 있는 자를 사용자로 볼 수 있을 것인지에 대한 문제와, 특정 법률관계에 대해 내부적으로는 사용자 개념에 포함되는 다수의 자 중 누가 책임주체가 될 것인지 여부가 문제된다. 여기서는 외부적인 문제가 아닌 내부적인 책임주체에 초점을 맞추어 논한다.

아니라 단체협약의 체결권한을 위임받았다는 것에 근거한 것이다.

그렇다면 노조법에서 법인의 구성원인 사업경영담당자, 사업주를 위하여 행동하는 자를 사용자로 규정한 것은 무엇 때문인가? 이는 노조법 위반에 따른 법률적 책임, 특히 형사법적 책임을 확대함으로써 근로자 내지 노동조합을 폭넓게 보호하기 위한 것이다. 보다 극단적으로 말하면 사업주를 제외한 사용자를 형사책임의 주체가 되도록 한 것이다. 따라서 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자는 부당노동행위의 주체로서 형사책임의 주체는 될 수 있지만, 교섭당사자가 될 수는 없는 것이다.

이 사안에서 형식적으로는 학교장이 회계직직원을 채용하는 것처럼 보이지만 이는 지방교육법 및 지방자치법 등에 의하더라도 본래 교육감(교육사무에 대한 사업경영담당자에 해당한다)에게 부여된 학교회계직 채용에 관한 권한을 대리하는 것으로 보아야 한다. 지방교육법 제18조는 시·도의 교육·학예에 관한 사무의 집행기관으로 시·도에 교육감을 두고 있으며, 교육감으로 하여금 교육·학예에 관한 소관 사무로 인한 소송이나 재산의 등기 등에 대하여 당해 시·도를 대표하도록 하고 있다. 같은 법 제20조는 교육감에게 교육규칙의 제정에 관한 사항, 학교 그 밖의 교육기관의 설치·이전 및 폐지에 관한 사항, 재산의 취득·처분에 관한 사항, 그 밖에 당해 시·도의 교육·학예에 관한 사항과 위임된 사항 등에 관한 사무를 관장하도록 함으로써 교육·학예에 관한 사항과 관련하여 전반적이고도 포괄적인 권한을 부여하고 있고, 같은 법 제3조가 준용하고 있는 지방자치법 제105조는 “지방자치단체의 장은 소속 직원을 지휘·감독하고 법령과 조례·규칙으로 정하는 바에 따라 그 임면·교육훈련·복무·징계 등에 관한 사항을 처리한다”라고 규정하고 있다. 이러한 위 규정들에 의할 때 학교회계직 근로자에 대한 임면권은 본래 교육감에게 부여된 것이며, 다만 채용 절차의 편의나 학교운영의 자율성 제고 차원에서 관련 법령 등에 의거 각급 학교장에게 내부적으로 위임한 것에 불과한 것으로 보인다. 따라서 개별 학교장들이 현실적으로 학교회계직원들을 채용함을 근거로 각급 공립학교나 학교장이 사업주라고 평가할 수는 없다고 할 것이다. **KLI**

김동욱(고용노동부, 변호사)



## 전보처분의 요건 중 생활상 불이익이 크다고 본 사례

- 서울행정법원 2013. 1. 24. 선고 2012구합29394 판결 -

### 【판결요지】

서울사무소에서 서산사무소로의 전보처분은 업무상 필요성에 비하여 생활상 불이익이 현저히 커 인사권 남용에 해당하고 전보명령에 불응하였다 하여 해고한 것은 부당해고이다.

기업은 목적 달성을 위한 지속적인 경영활동으로 근로자의 효율적인 활용·관리가 필요하다. 이번 하급심 대상판결은 일반적으로 기업 내 인사이동의 종류로서 근로계약의 체결시 약정된 근무장소를 변경(대부분 거주지 이전이 따름)하는 ‘전보(전근)’와 관련한 사건이다. 사안의 개요는 회사는 1995. 7.부터 상시근로자 30여 명을 고용해 부동산임대업, 수산물 창고업 등을 영위하는 자이고, 근로자는 2009. 6. 22. 입사해 서울사무소 등에서 시설물 관리 및 법무·행정업무 등을 수행하던 자이다. 회사는 2012. 1. 17. 참가인에게 1. 25.부터 서산시에 있는 서산사무소에서 근무하라는 내용의 근무지 이동통보(전보명령)를 내렸다. 회사는 근로자가 ‘전보명령’에 불응해 서울사무소로 출근하는 등 서산사무소로 출근하지 않자, 같은 해 2. 4. 근로자에게 해고통보를 하였다. 이에 대하여 서울지방노동위원회는 인사재량권을 남용한 전보명령을 불이행한 것을 해고사유로 삼은 것은 부당해고임을 이유로 구제신청을 인정하였다. 그리고 중앙노동위원회도 초심판정과 같은 이유로 재심신청을 기각하였다.

현행 근로기준법 제23조 제1항은 “정당한 이유” 없이 “전직”할 수 없다고 규정하고 있다. 여기서 전직은 전보, 전직, 배치전환 등을 말한다. 하지만 “정당한 이유”는 구체적으로 규정한 바가 없다. 현실에서는 근로계약·취업규칙·단체협약 내에 전보 등의 정당한 이유로서 판단기준이 되는 규정이 설정될 수가 있고, 정당한 이유의 유무는 결국 법원이 판단할 직권사항이 될 수밖에 없다. 따라서 그 정당성의 이유는 i) 인사이동을 명하기 위한 필요성이 있는지 여부(업무의 효율성 증대, 생산력의 향상, 조직 개편, 역량 개발, 인사교류를 통한 업무협조의 증진 등), ii) 업무상 필요와 근로자의 생활상 이익에 미치는 영향과 비교형량, iii) 인사이동절차에 있어 신의성실의 원칙 위반이 있는지 여부에 따라 판단해야 한다.

그리고 전보의 정당성의 요건에 대하여 대법원 판례의 흐름도 “근로자에 대한 전보(전직 포함)는 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서 사용자는 상당한 재량을 가지며 그것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당

되는 등의 특별한 사정이 없는 한 무효라고 할 수 없고, 전보처분 등이 권리남용에 해당 하는지의 여부는 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하여 결정하여야 한다”라고 일관되게 판시하고 있다.<sup>9)</sup> 취업규칙, 단체협약 등에서 사용자의 전보명령에 대하여 일정한 규정이 없는 경우 실무에서는 판례에서 제시하고 있는 전보의 정당성의 판단기준이 중요하다.

일반적으로 사용자의 권한인 인사(명령)권은 근로계약의 체결에 의해 발생하고 고용관계를 전개하는 데 필요한 권리로 인정된다.<sup>10)</sup> 실무 소송에서 사용자 측은 취업규칙 등의 일반조항에 근거해 포괄적인 전보명령권으로서 전보의 목적과 취지 등을 객관적인 자료를 통하여 확립한 것인지 여부, 기업운영에 있어서 합리적이고 효율적인지 여부, 업무수행 능력 향상에 기여하는지 여부 등을 고려할 것을 주장하는 반면, 근로자 측은 근로자가 받게 될 일체의 불이익(업무수행상의 어려움, 출퇴근의 어려움, 전문성이나 직종 자격 인정 등의 특수한 이익의 상실 등), 직종 및 근무지 등을 한정하는 합의 등의 존재를 주장한다. 그러면 법원은 근로자의 종류, 근로관계의 성립, 전개 방법 등에서 전보명령권의 합리적 범위를 판단하게 된다.

대상판결과 유사한 유형의 하급심이지만 결론은 달리해 회사의 전보발령이 정당하다고 판시한 판례가 있다. 회사가 원격지 발령시 일정한 보조를 해준 사건(서울행정법원 2006. 9. 22. 선고 2006구합4080 판결-판결후 소취하)에서, 법원은 주거지가 경기도 고양시 일산이고 인천지점에서 근무하던 근로자(원고)를 사전 협의 없이 경인본부 산하의 대전 지점으로 전보발령한 것에 대해, 영업력 강화 대책 및 증권영업의 활성화를 위해 영업상의 필요성이 인정되고, 회사가 이주비 지급, 주택자금 대출, 일정 기간 종전 월급 지급 등을 보조해 주었던 점, 전보발령상의 대상자 선정이 부당하다고 보이지 않는 점 등 제반 사정을 두루 고려해 보면, 전보발령으로 말미암아 어느 정도의 생활·경제상 불이익이 예상되지만 그것이 근로기준법 등에 위반되거나 재량권의 범위를 벗어난 권리남용이 아니고, 회사 내부 규정상 전보발령시 협의는 필수적 절차가 아닌 것을 이유로 전보발령이 정당하다고 판시하였다.

하지만 대상판결은 사실관계에서 교통이 발달한 근자의 상황을 고려하면 원격지가 아닌 근무지(서울사무소→서산사무소) 등에 전보 처분한 사건임에도 불구하고, (1) 업무상 필요성에 대하여, ① 당해 근로자의 건물관리 업무는 임차인 관리 및 건물 공동소유자와의 협의 등의 진행이 포함되었던 점, ② 회사가 해고 후 다른 직원을 채용해 유사한 업무

9) 대법원 1998. 12. 22. 선고 97누5435 판결; 대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2963 판결; 대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2963 판결; 대법원 2009. 3. 12. 선고 2007두22306 판결; 대법원 2009. 3. 26. 선고 2007다54498·54504 판결; 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20157 판결 등.

10) 대법원 1991. 7. 12. 선고 91다12752 판결; 대법원 2000. 4. 11. 선고 99두2963 판결.

를 수행케 한 점 등으로 서산사무소(기숙사가 있음)로 전보할 업무상 필요성이 크지 않고, (2) 생활상 필요성에 대하여, ① 근로자의 생활근거지는 서울이고 부양가족이 모두 서울에 거주해 서산에 아무런 연고가 없는 점, ② 건물 관리사무소에서 건물 등 부동산 관리 업무를 수행할 것을 조건으로 채용된 후 줄곧 서울에서 건물 관리 및 법무·행정 업무를 수행해 온 점, ③ 전보된 서산사무소의 업무는 종전 업무와는 전혀 다른 수산물 냉동 관련 업무인 점, ④ 서울에서 서산까지의 거리 및 교통수단, 교통비 등을 고려해 볼 때 매일 출퇴근이 거의 불가능한 점 등을 비교·교량해 보면, 전보명령으로 근로자의 생활상 불이익은 사회통념상 감수하기 어려울 정도로 상당히 커서 정당한 인사권을 남용한 것이고, 위법 전보명령에 불응한 해고는 부당해고라고 판시하고 있다. 이상과 같이 대상판결은 전보명령의 정당성 요건에 대하여 사용자의 인사권에는 원칙적으로 상당한 재량(우위성)이 인정되나, 종전의 대법원 판례의 일관된 입장을 재확인하면서도 근무지이동과 관련해 업무상 필요성보다도 근로자의 생활상 이익이 더 크다고 판시한 점에서 의의를 가진다고 볼 수가 있다. 타당한 논거라고 생각된다. 한편, 대상판결은 30명 정도가 종사하는 소규모 기업에서 노사간 업무 마찰 등에 대하여 경영자가 ‘미숙한 재량권’을 발휘한 근무지 이전과 관련된 전보명령의 정당성을 다툰 사건이었다. 결국 전보의 정당성 요건을 충족하는 것이 상대적으로 어려워져서 부당한 전보명령이 되었다. 모쪼록 경영자는 전보명령 등 인사권의 행사시 권리남용이 되지 않도록 유념하고, 향후 인사노무관리에 대한 노동법 지식의 함양도 필요할 것이다. **㉮**

이승길(아주대학교 법학전문대학원 교수)