

노동판례리뷰

운송용역계약을 체결한 화물운송기사의 근로자성

- 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012다14036 판결 -

【판결요지】

일정한 자본을 투자하여 운송사업을 영위하는 지입차주가 지입회사와의 사이에 별도의 운송용역계약을 체결하고 상당기간 고정된 운송일정과 운송경로에 따라 특정 운송업무를 반복 수행하며 지입회사로부터 일정한 금원을 지급받은 것은, 지입차주와 지입회사가 체결한 운송용역계약의 내용과 특성에 따른 것일 뿐, 그와 같은 사정만으로 지입차주가 지입회사에 대하여 종속적인 관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 볼 수는 없다.

근로기준법상의 근로자성을 판단할 때, 우리는 일반적으로 “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는...”이라고 시작하는 법원 판례들의 첫머리를 떠올리면서, 법원이 설치하고 있는 다수의 요소들, 즉 지휘감독성, 근무시간과 장소에 대한 구속성, 비품·원자재 작업도구 등의 소유관계 등의 요소들을 기억하고 확인한다. 그리고 이 요소들은 근로기준법상의 근로자인 자와, 그렇지 않은 자와의 차이를 나타내고 있다고 생각한다.

법원이 제시하고 있는 이 요소들은 그동안 법원이 근로자성 판단을 위해 사용한 지표들이고, 언제나 고정되어 있다고는 할 수 없다. 경우에 따라서는 요소의 수정 또는 추가, 변경이 이루어진다. 예컨대 이전에는 “비품·원자재나 작업도구 등의 소유관계”가 근로자성 판단의 주요한 요소 중 하나였지만(대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결 등), 최근에는 “근로를 제공하는 자가 기계, 기구 등을 소유하고 있다고 하여, 곧바로 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하고 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 안는 사업자라고 단정할 것은 아니다”라는 단서를 부가함으로써(대법원 2000. 1. 18.

선고 99다48986 판결 등) “비품·원자재나 작업도구 등의 소유관계”가 근로자성을 판단하는 하위요소로서 작용할 수 있게 하였다.¹⁾ 이와 같은 요소 수정의 영향인지 법원은 최근 자신 소유의 차량을 이용하여 업무를 제공하고 이에 대하여 회사로부터 실비변상적인 성격의 금원을 포함한 포괄적인 형태의 임금을 받아온 화물운송기사의 근로기준법상 근로자성을 인정하는 판결을 내린 바 있다(대법원 2013. 4. 26. 선고 2012도5385 판결).

그러나 검토하고 있는 대법원 2013. 7. 11. 선고 2012다57040 판결(이하, ‘검토대상 판결’이라 함)은 “일정한 자본을 투자하여 운송사업을 영위하는 지입차주로서 지입회사…와의 사이에 별도의 운송용역계약을 체결하고 그에 따른 용역비를 지급”받은 화물운송기사가 “상당기간 고정된 운송일정과 운송경로에 따라 특정 운송업무를 반복 수행하며 (지입회사)로부터 일정한 금원을 지급받은 것은 위 운송용역계약의 내용과 특성에 따른 것일 뿐 그와 같은 사정만으로 (지입차주)가 (지입회사)에 대하여 종속적인 관계에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 볼 수는 없다”고 판단하였다.

같은 화물운송기사에 대한 사건이기는 하지만, 위 두 사건의 사실관계는 조금 다르다. 화물운송기사들의 업무형태는 크게 세 가지로 분류할 수 있는데, 그 첫 번째가 대법원 2013. 4. 26. 선고 2012도5385 판결에서의 화물운송기사와 같이 제품을 생산하는 회사와 직접 운송계약을 맺고 그 회사를 위해 화물을 운송하는 경우이다. 이를 ‘전속적 화물운송기사’라고 표현할 수 있다. 이러한 경우에는 근로자성이 쉽게 인정될 수 있는데, 이러한 유형의 오토바이 배달원도 근로기준법상 근로자성을 인정받은 바 있다(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003두13939 판결). 두 번째는 검토대상 사건과 같이 제품을 생산하여 배송할 필요가 있는 회사(A)와 운송전문회사(B)가 운송에 대한 도급계약을 체결한 후, 그 운송전문회사가 지입차주(C)를 모집하여 A를 위해 C가 운송업무를 담당하도록 하는 경우이다. 비전속적이지만 대체로 고정적으로 특정 사업주를 위해 운송업무를 담당하는데, 다만 이러한 경우에는 반드시 A만을 위해서 운송업무를 담당해야 하는 것은 아니고, A의 화물이 없을 경우에는 운송전문회사의 지시에 따라 다른 업체의 화물운송을 담당할 수도 있다. 레미콘 운송기사들에게서도 이와 같은 비전속적이지만 대체로 고정적인 운송 유형이 나타나는데, 대법원은 노동조합 및 노동관계법상 근로자성을 다루면서 그들의 근로자성을 인정하지 않았다(대법원 2006. 9. 8. 선고 2003두3871 판결). 세 번째는 위 두 가지의 유형에 해당하지 않는 경우로서 비전속적·비고정적으로 화물운송업무를 담당하는 경우이다.

그런데 검토대상 사건에서는 화물운송기사의 운송이라는 업무의 제공이 화물주에 전속된 것이냐 아니냐 하는 것이 중요하지 않다. 화물운송기사는 화물주가 아닌 화물운송

1) 심재진(2013), 『차량의 소유여부가 화물운송기사의 근로자성 판단에서 갖는 의미』, 『노동리뷰』 7월호, 한국노동연구원, p.64 참조.

회사를 상대로 근로자성을 주장하는 것이기 때문이고, 검토대상 사건의 원심은 이 사건의 사실관계를 앞서 언급했던 것과 같은 요소들에 비추어 화물운송기사가 근로기준법상 근로자임을 인정하였다(수원지법 2012. 6. 1. 선고 2011나20352 판결).

그러나 대법원은 그 사실관계들이 화물운송기사와 화물운송회사가 체결한 화물운송용역계약이라는 형식을 인정하지 않을 근거가 되지 않는 것으로 판단한 듯하다. ① 계약에 따라 업무 내용, 업무시간 및 장소가 결정되고, ② 정해진 운송일정 및 운송경로에 따라 제품운송업무를 수행하며 운행도중 사고나 특이 상황이 발생한 경우 지입회사에 통지하여 지시를 받도록 했으며, ③ 지입회사가 지입차주의 복장이나 차량관리 상태를 통제하고 지입차주의 근무태도 불량, 단체행동, 교통법규 위반, 차량사고 등에 대해 일정한 제재를 가할 수 있도록 했고, ④ 화물트럭에 특정한 외장이나 도색을 하도록 하였으며, ⑤ 화물트럭은 다른 운송업무에 이용할 수 없고, ⑥ 운송에 대한 대가를 정액으로 지급받은 것은 근로자성을 추정할 수 있게 하는 요소들이다. ⑦ 지입차주가 화물트럭을 소유하고는 있지만, 이 점은 근로자성 판단의 하위요소임은 앞서 말한 바와 같다. 그럼에도 불구하고 검토대상 사건은 ①은 운송용역계약을 체결했기 때문이고, ②는 운송일정 및 운송경로에 차질을 막기 위한 것으로서 업무수행에 대한 지휘감독이 아니며, ③과 ④는 화물주의 대외적 이미지 제고와 동일성 식별, 그리고 정확하고 차질없는 제품운송을 위한 것일 뿐이고, ⑤는 안정적인 운송수단의 확보를 위해서이며, ⑥은 운송일정 및 운송경로 자체가 고정되어 있기 때문에 정액급이 되었을 뿐이고, ⑦과 같이 지입차주의 화물트럭을 지입함으로써 일정 수준의 운송수익을 보장받는 대신 독립적 운송사업자로서의 권한 중 상당부분을 포기한 지입차주의 선택이었을 뿐이라고 함으로써 각각의 요소들이 오히려 지입차주와 지입회사 간의 ‘운송용역계약’의 내용을 벗어나지 않았기 때문에, 이 사건 화물운송기사는 근로기준법상의 근로자가 아니라는 결론을 내린 것이다.

그런데 근로기준법상 근로자성을 판단하기 위하여 법원이 제시한 요소들은 근로자임을 판단하기 위한 요소일까, 근로자가 아님을 판단하기 위한 요소일까. 이견 이렇고 저견 저래야 한다는 이 요소들에 반하는 증거가 나왔을 때 근로자가 아님이 판정되는 것일까, 그렇지 않았을 때 근로자로 판정되는 것일까. 그러니까 예컨대 근로자라면 사용자로부터 근무시간과 장소에 대한 구속을 받아야 하는데, 그러한 구속이 없어야 근로자가 아닌 것일까, 그러한 구속이 있어야 근로자인 것일까.

이 질문을 새삼스레 던지는 이유는, 근로자임을 추정할 수 있도록 하는 여러 요소들도 불구하고 검토대상 사건에서는 그 요소들이 오히려 근로자가 아님을 확인하기 위한 것으로 전환되는 모습이 보여서이다. 근로자임을 추정할 수 있게 하는 여러 가지 실질적 요소들이 보이더라도, 애초 체결했던 계약의 형식을 완전히 배제할 수 있을 정도의 강한 지표가 나타나지 않는 한 근로자성을 인정하지 않겠다는 의지로 읽혀서이다. 근로자성이

주장되는 사건에서, 근로자일 수 있다는 전제로부터 출발하여 근로자가 아닌 증거를 발견하고자 하는 것이 아니라 근로자가 아니라는 전제로부터 출발하여 근로자인 증거를 찾기 때문에, 근로자가 아니라는 전제를 뒤집을 수 있는 증거가 발견되지 않는 한 근로자임은 인정될 수 없을 것이다.

법원이 이와 같은 논의 방식을 고수하는 한 아마도 현재 여러 분야에서 논의되고 있는 특수형태근로종사자들의 법적 지위는 지금과 달라지지 않을 듯하다. 근로자일 수도 있지만, 근로자가 아니라는 전제를 뒤집을 증거가 없으므로, 근로자는 아니라는 식으로 말이다. 검토대상 사건의 화물운송기사와 같은 특수형태근로종사자들의 법적 지위와 종사실태에 대한 여러 실무적·학술적 관심 및 연구가 이어지고 있는 현재, 법원의 고루(孤陋)함이 안타까울 뿐이다. **KL**

박은정(인제대학교 법학과 부교수)

업적연봉이 통상임금에 해당

- 서울고등법원 2013. 7. 26. 선고 2010나20053 판결 -

【판결요지】

업적연봉도 기본급과 마찬가지로 당해 연도의 근무성과와는 상관없이 모두 전년도에 근무성적(인사평가)에 따라 결정되고, 이렇게 연초에 정해진 업적연봉이 변동되지 않고 그 해에는 고정되어 이를 12개월로 나누어 매월 지급한다. 따라서 업적연봉은 정기성·일률성·고정성을 모두 갖추었다고 할 것이므로, 통상임금에 해당한다.

매년 몇 백퍼센트의 상여금을 일정 시기마다 지급하는 정기상여금이 통상임금에 해당되는지가 다투어지고 있다. 대법원은 전원합의체에서 통상임금의 개념과 범위에 대해 다시 검토하고 있어, 조만간 판례의 태도가 좀 더 명확해질 것으로 예측된다.

한편 정기상여금의 통상임금 문제를 해결하는 임금관리 방법의 하나로 연봉제의 도입이 거론되고 있다. 정기상여금을 연봉액에 포함하여 기본급으로 전환하는 단순한 총액연봉제 방식은 종전에 기업에서 적용해왔던 통상임금보다 그 액수를 증가시킨다. 종전보다 연장근로수당, 휴일근로수당의 부담이 커지므로, 장시간 근로를 해소하는 방향으로 근로시간 체계를 개선하거나 또는 통상적인 근로에 대한 임금 부담을 하향 조정하는 방향으로 임금조정이 필요하다.

또 다른 해결 방식으로 업적연봉으로의 전환이 모색된다. 임금이 근로자 개인의 실제 근무성적에 따라 지급 여부 및 지급액이 달라지는 경우에는 고정적인 임금이 아니어서 통상임금에 해당하지 아니한다는 그간의 판례 법리를 참조하여, 종전의 정기상여금 대신 근로자 개인의 근무실적에 연동하여 지급하는 업적연봉을 도입하려는 것이다.

대상판결은 한국지엠에서 사무직 근로자들에게 지급해온 정기상여금을 업적연봉으로 전환한 후에, 그 업적연봉이 통상임금에 포함되는지가 다시 다투어진 사건이다.

회사는 과거 매년 특정 월에 각 기본급의 100%씩(합계 700%) 정기상여금을 지급하였다가, 사무직 근로자에게 2000년대 초에 연봉제를 도입하면서 기본급과 직급수당 등은 기본연봉으로, 상여금은 업적연봉으로 변화하였다.

업적연봉은 전년도 인사평가를 한 다음 당해 연도의 업적연봉을 결정하고 이를 12개월로 나누어 지급하였는데, 월 기본급의 700%를 기본으로 하여 전년도의 인사평가와 상관없이 이는 모두 지급하고, 평가에 따른 차등 인상분을 “A : 100%, B : 75%, C : 50%, D : 25%, E : 0%”로 정하였기 때문에 같은 시기에 입사한 근로자라고 하더라도 전년도의 인사평가 등급에 따라 업적연봉 인상분의 금액이 0%에서 100%까지 차이가 발생하였다 (A등급을 받으면 800%, E등급을 받으면 700%의 업적연봉을 지급받게 됨). 연봉제 시행 이후에도 기본급은 고정급으로 지급되다가, 2006년부터 전년도의 인사평가의 결과에 따라 당해 연도의 기본급에도 차이가 생겼다.

전년도의 인사평가를 할 수 없는 신입사원인 경우에도 업적연봉을 정하였다. 신입사원과 2년 이하의 경력 직원이 입사한 경우 기본급은 회사가 정한 임금 테이블을 적용하여 정해지고, 업적연봉은 월 기본급의 700%로 정해진다. 3년 이상의 경력 직원이 입사한 경우에는 연봉협상을 통하여 기본급이 정해지고, 업적연봉은 월 기본급의 700%로 정해진다. 또한 전년도에 휴직기간이 길어 인사평가가 어려운 경우에도 업적연봉을 정하였다. 인사평가 당시를 기준으로 3개월 미만 근무자의 경우 인사평가의 대상이 되지 않아 기본급과 업적연봉이 인상되지 아니하고, 인사평가 결과 임금상승률이 없는 등급을 받은 경우에도 기본급과 업적연봉은 인상 없이 전년도와 같을 뿐 그 전전년도 임금으로 감액되는 것은 아니다(즉, 인상률의 기초가 되는 임금은 전년도의 임금임).

이러한 모습의 업적연봉은 통상의 근로자들에게 700%는 고정적이며 인사평가에 따라 100%가 변동되어 지급된다고 이해될 수 있다. 그래서 이미 사실관계가 유사한 타타대우 상용차 사무직 근로자 사건에서 서울중앙지방법원 2013. 1. 22. 선고 2011가합30463 판결은, 업적연봉의 취지, 유래, 운영형태 등에 비추어 업적연봉 중 기존 통상임금의 700%에 (또는 2008. 11. 이후 750%에) 해당하는 부분은 기존 정기상여금과 동일하게 운영되어 지급되고 있으며, 다만 차등인상분(기존 통상임금의 0~100%)에 해당하는 부분만 실제 근무 성적 등에 따라 차등하여 지급되는데, 원고들은 업적연봉 중 기존 정기상여금과 동일하

게 지급되는 기존 통상임금의 700% 또는 750% 부분만을 통상임금으로 구하고 있는 점에서, 지급여부 및 지급액이 근로자의 실제 근무성적과는 상관없이 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금으로 볼 수 있으므로, 통상임금의 범위에 포함된다고 판단했다. 즉, 인사평가의 대상연도(업적연봉의 실제 지급의 전년도)를 기준으로 통상임금을 파악할 때 업적연봉으로 고정적으로 지급이 예정되는 부분은 이미 통상임금에 포함될 수 있다.

한편 대상판결에서는 업적연봉이 지급되는 연도(인사평가의 대상연도 다음 해)를 기준으로 통상임금을 파악할 때 인사평가를 거쳐 정해져 (또는 인사평가 대상이 아닌 경우 다른 기준으로 정해져) 그 해에 매월 나누어 지급되는 업적연봉은 그 총액이 그 해의 통상임금에 포함되는지를 다루고 있다. 대상판결과 같은 사실관계에서 이미 서울고등법원 2011. 12. 23. 선고 2009나6914 판결은 당해 업적연봉은 그 지급 여부 및 지급액이 결국 피고 회사 근로자들의 근무성적에 따라 좌우되게 되어 그것이 고정적 임금이라 할 수 없으므로 통상임금에 속하지 않는다고 판단했다. 확정된 업적연봉액을 12개월로 나누어 매달 고정적인 액수를 지급하는 것은 업적연봉액을 지급하는 방법에 불과한 것이고, 결국 업적연봉 총액은 전년도 근무성적에 따라 지급 여부 및 지급액이 달라지는 것이므로 이는 고정적인 임금이라 할 수 없다고 보았다.

그러나 대상판결은 위 판결요지에서 보듯이, 업적연봉이 그 지급되는 해의 통상임금에 해당된다고 판단했다. 업적연봉도 기본급과 마찬가지로 당해 연도의 근무성적과는 상관없이 모두 전년도의 근무성적(인사평가)에 따라 결정되고, 이렇게 연초에 정해진 업적연봉이 변동되지 않고 그 해에는 고정되어 이를 12개월로 나누어 매월 지급한다는 점에 주목했다. 실제 근무성적에 따라 달라져 통상임금에 해당하지 아니한다는 의미는 사전(근로의 시작 전)에 그 지급 여부와 지급액이 결정되어 있지 않고, 근무성적이나 업무달성률 등에 따라 사후에서야 지급 여부와 액수가 결정된다는 의미이지, 단순히 근무성적 등에 따라 근로자별로 지급액수가 달라진다는 의미로 이해할 수는 없다는 점을 분명히 하였다.

성과급은 대상기간의 근로에 대하여 사후적으로 근로의 질이 평가되어 지급액이 결정되는 것이므로 그 성과급의 대상기간 중에 이루어지는 연장근로 등의 가산임금을 계산하는 통상임금에 포함될 수 없다. 그러나 개인의 근무성적에 따라 차등 지급되는 업적연봉인 경우 사전적 평가에 따라 앞으로 지급될 임금을 정한 것으로 이해될 수 있다. 그것이 미리 연봉액을 정하는 연봉제의 실질에 부합한다.

즉, 직전 연도의 업무평가가 다음 연도의 근로의 질에 대한 사전적 평가에 해당하므로 업적연봉은 지급되는 당해 연도의 통상임금에 해당되어 당해 연도 중에 이루어지는 연장근로 등의 가산임금을 계산하는 기준이 된다.

대상판결의 사안은 업적연봉이 지급연도에 매월 분할지급되어 있지만, 매월이 아니라 매분기 또는 격월로 지급되는 경우도 마찬가지로 해석될 수 있다. 매월, 매분기, 격월 등

은 단순한 지급시기를 나누는 방법에 불과하고 연봉이라는 실질이 변하는 것은 아니기 때문이다. 참고로 일본의 경우 임시로 지급되는 임금이나 1개월을 초과하여 지급되는 임금은 노동기준법령에서 할증의 기초임금에서 제외한다고 규정하여 우리와 다른데도, 연초에 연봉금액을 결정한 다음 그 일부를 상여금으로서 지급하는 연봉제에서는 상여금이 임시로 지급되는 임금이 아니라 이미 확정된 임금이므로 할증임금의 산정기초에서 제외되지 않는다(후생노동성의 행정해석).

또한 대상판결의 사안은 신규입사자로 인사평가가 없거나, 휴직자 등 인사평가 대상자가 아닌 경우에도 업적연봉을 결정하여 지급하는 방식이 있다는 점에서 업적연봉이 통상임금이라 인정받기가 더 용이하였다. 다만 그러한 자에게 업적연봉이 지급되지 않는다고 하여도 그것은 업적연봉의 지급에 관한 '고정적인 기준'으로 통상임금의 일률성 판단에서 고려할 요소이다. 즉, 그 기준에 따라 업적연봉이 지급되지 않는 자에게는 당해 연도에 업적연봉을 포함하여 통상임금을 계산하지 않지만, 지급되는 자에게는 업적연봉을 포함하여 통상임금을 계산하게 된다.

대상판결의 사안에서 종전판결과 대상판결은 업적연봉에 관하여 서로 다른 판결을 내려 대법원에서 최종적인 판단이 필요하겠지만, 대상판결의 판단이 근로의 질을 평가하여 연봉을 결정한다는 연봉제의 실질에 더 부합하다고 생각된다. **KKL**

김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

부당해고를 보완하는 새로운 해고의 요건

- 서울행정법원 2013. 7. 17. 선고 2013구합284 판결 -

【판결요지】

근로기준법 제27조는 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 효력이 있다고 규정하고 있는데, 해고사유 등에 관해 서면통지에 의하지 않은 해고를 한 사용자가 그 후 절차의 흠결을 깨닫고 앞서 한 해고를 철회하고, 다시 서면통지에 의하여 해고를 하였다면 이러한 해고의 효력을 부정할 수는 없으나, 해고사유와 소급된 해고시기를 기재한 서면을 통지하여 그 절차를 보완하는 것은 허용되지 않는다.

원고 회사는 경영상 어려움으로 인해 회생개시절차에 들어갔고, 그 무렵부터 회사와 관련된 경매 등이 원활하게 처리되지 않자, 이 사건 근로자(A, B)들과 회사의 실질 사주

인 C 사이에는 다툼이 자주 있었다. 회사는 사무실에 놓여 있는 근로자 A의 개인비품을 종이상자에 담아 ‘당신과의 인연은 여기까지입니다. 앞으로 회사에 출근하지 마세요’라고 적힌 메모지를 부착하여 택배로 발송하였고, 근로자 A는 2012. 3. 2. 이를 수령하였다. 회사의 직원으로부터 폭행을 당하여 입원해 있던 근로자 B는 2012. 3. 19. 출근하여 회사로부터 ‘소지품은 창고에 넣어 두었으니 창고에 가서 짐 찾아가라’라는 통보를 받았다. 그 후 회사는 근로자들에게 해고통지서를 내용증명 우편으로 발송하였고, 이들은 2012. 3. 27. 이를 수령하였다. 해고통지서에는 “2012. 2. 6.부로 귀하는 당사에서 해고 조치됨을 통보합니다. 당사의 직원으로서 무단결근함은 물론이고 주변사람들에게 회사에 관한 허위사실을 날조, 유포하였으며, 실사주를 구속시켜 회사를 직접 운영하겠다고 주변 사람들과 불법 집단행동을 주도하는 등 당사의 사업에 막대한 지장을 초래하여 해고를 통보하는 바입니다”라고 기재되었다.

근로자들은 노동위원회에 부당해고구제신청을 하였고,지노위와 중노위가 이유는 조금 다르지만 서면에 의하지 않은 부당해고로 인정하자, 회사는 이에 불복하여 소송을 제기하였다. 회사는 근로자 A가 2012. 2. 6.자로, 근로자 B는 2012. 1. 20.자로 각 자진퇴사한 후 회사에 출근하지 않은 것이고, 이들을 해고한 것은 아니지만 해고통지서를 보낸 것은 근로관계의 단절을 명확히 하자는 차원에서 한 것이라는 등의 주장을 하였다. 근로자들과 회사 사이에 다투어진 쟁점은 많으나, 회사가 근로자들의 물품을 택배로 배송하거나 창고에 넣어두고 찾아가라고 통보한 것을 해고로 볼 수 있는지, 그 후 해고일자가 기재된 통지서를 보낸 것은 법적으로 어떤 의미를 가지고 있는지를 평가해야 한다. 이러한 점에 대한 판단에 따라 해고에 대한 정당성 여부 또는 그에 대한 법리 구성이 달라질 수 있다.

첫째, 회사가 언제 근로자들을 해고하였으며 그 사유와 절차를 갖춘 것으로 평가할 수 있는지 여부이다.²⁾ 중노위는 근로자들이 해고통지서를 수령한 2012. 3. 27.에 해고된 것으로 보고, 회사가 해고통지서에 해고일자를 2012. 2. 6.로 기재한 것은 해고시기를 소급한 것일 뿐이라고 판단하였다. 그러나 지노위와 법원은 회사가 근로자 A에 대해서는 2012. 3. 2.자 및 근로자 B에 대해서는 2012. 3. 19.자로 각 해고한 것으로 판단하였다. 중노위와 같이 해고일자를 판단할 경우 회사가 근로자들에게 출근하지 마라 또는 창고에 둔 짐을 찾아가라고 하며 보낸 택배와 통지 등을 명확하게 설명하기 어렵다. 이런 점에서 지노위와 법원의 판단이 타당하다.

둘째, 지노위와 법원과 같이 근로자 A는 택배수령일을, 근로자 B는 창고에서 물건을 찾아가라고 통보받은 날짜를 해고일로 본다면, 이것은 징계해고의 사유 또는 절차를 검토하지 않아도 근로기준법 제27조(서면통지)를 위반한 부당해고이다. 해고의 서면통지제도는 사용자로 하여금 근로자를 해고하는 데 신중을 기하게 함과 아울러, 해고의 준비

2) 참고로 근로자들의 고용보험 상실일은 2012. 2. 13.로 신고되어 있다.

및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하고, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지이다. 따라서 해고는 그 사유와 시기를 정확히 명시한 서면의 통지에 의해 이루어져야 하고, 이를 위반한 해고는 효력이 없다.

셋째, 그렇다면 회사가 2012. 3. 23.자로 보낸 해고통지서는 어떻게 해석할 것인지가 문제된다. 법과 취업규칙 등에서 요구되는 절차와 내용에 의하지 않고 해고를 하였다가 그 후에 절차를 거쳐 다시 해고를 할 것인지 여부는 사용자의 재량이다. 만약 다시 해고를 한다면 이것은 새로운 해고이므로 그 사유와 시기를 기재한 서면으로 통지해야 한다. 이 사건에서, 법원은 종전의 해고를 서면으로 통보하지 않아 법적 효력이 없고, 회사가 이를 보완하는 의미에서 서면에 의한 새로운 해고를 위해 해고통지서를 보낸 것이며, 해고의 시기는 소급한 것으로 판단하였다. 회사가 정말 이런 관점에서 해고통지서를 보냈는지에 관해서는 단정하기 어려우나, 회사와 근로자들 사이에 형성된 사실관계를 종합적으로 고려하면 법원의 판단은 이해된다. 이렇게 본다면, 서면에 의한 새로운 해고임에도 불구하고 해고일을 소급하였으므로 법적으로 허용될 수 없다.

넷째, 새로운 해고를 할 때, 종전 해고를 철회해야 하는지도 문제된다. 이를 철회한다면 법적으로 명확하지만 그렇지 않으면 이중징계에 해당되어 무효가 될 수도 있다. 이에 참고할 관련 판결이 있다. 즉, 선행징계처분과 후행징계처분이 모두 법적 성질상 징계처분으로서 징계혐의사실이 동일하고, 선행징계처분이 취소됨이 없이 유효하게 확정된 경우라면 후행징계처분은 이중징계에 해당되고, 사용자가 근로자에 대하여 이중징계를 한 경우 일사부재리의 원칙이나 이중처벌금지의 원칙에 위배되어 그 징계처분은 무효가 된다.³⁾

일반적으로 사용자가 근로자를 해고하였다가 노동위원회에서 부당해고 또는 법원에서 해고무효로 확인된 경우 다시 사유와 절차를 갖추어 어떤 징계처분을 할 것인지는 사용자의 재량이다. 또한 사용자가 해고를 하였으나 절차를 거치지 않았거나 해고사유와 시기를 기재한 서면통보가 아닌 경우에 이를 보완하여 해고하는 경우도 가능하다. 어떤 경우라도 새로운 해고이므로 해고일자 또는 해고의 효력을 소급하도록 하는 것은 해고될 근로자의 보호를 위해서 허용되지 아니한다. 위 판결은 사용자가 절차를 지키지 아니하거나 서면에 의하지 않고 해고를 한 후, 이를 보완하여 다시 해고하려는 경우 지켜야 할 사항이 무엇인지를 알려주는 것이다. **KLI**

박수근(한양대학교 법학전문대학원 교수)

3) 서울행법 2012. 5. 4. 선고 2012구합270 판결 참조.

학교 회계직 근로자들의 교섭당사자와 교섭창구 단일화 절차거부의 부당노동행위

- 서울행정법원 2013. 7. 17. 선고 2013구합50678 판결 -

【판결요지】

사업장 내에 복수노동조합이 존재하는 경우 교섭대표노동조합을 정하는 교섭창구 단일화 절차는 단체교섭에 나아가기 위한 필수적인 절차에 해당하고, 교섭창구 단일화 절차는 노동조합의 사용자에 대한 단체교섭 요구로부터 시작하게 되므로 복수노동조합이 존재하는 사업 또는 사업장의 사용자가 교섭대표노동조합과의 단체협약 또는 단체교섭을 거부하거나 해태하는 행위뿐 아니라 교섭대표노동조합을 정하기 위한 교섭창구 단일화 절차를 거부하거나 해태하는 행위 역시 노조법 제81조 제3호의 기타의 단체교섭을 거부하거나 해태하는 것으로서 부당노동행위에 해당한다.

공립학교의 학교 회계직원들이 가입하고 있는 3개의 복수노동조합은 사용자들(각 지방자치단체)이 노동위원회의 교섭요구사실 공고의 결정에도⁴⁾ 불구하고 계속하여 교섭요구사실을 공고하지 않은 것은 부당노동행위에 해당한다고 주장하여 각 지방노동위원회에 부당노동행위구제신청을 하였고, 각 지방노동위원회 및 중앙노동위원회는 사용자들이 교섭요구를 공고하지 않는 등 교섭창구 단일화 절차를 불이행함으로써 교섭을 거부한 것은 부당노동행위에 해당한다고 판정하였다. 이 사건은 사용자들이 중앙노동위원회 재심결정의 취소를 구하는 소송이다. 이 사건에서의 핵심 쟁점은 학교 회계직원의 단체교섭 상대방인 사용자가 각 지방자치단체인지 여부, 교섭요구사실을 공고하지 않은 것이 단체교섭 거부·해태의 부당노동행위인가와 창구단일화를 해야 하는 교섭단위가 학교단위 내지 지방자치단체인지이다.

우선, 공립학교 학교 회계직원의 단체교섭 상대방으로서 사용자성에 관한 문제이다. 앞서 언급한 <교섭요구사실 공고의 재심결정 취소 소송>에서 이미 다루어진 바 있는 주제이다.⁵⁾ 공립학교 종사자들의 사용자에 대해 간략히 정리해보기로 한다. 공립 초·중·고등학교에는 여러 종사자들이 존재하는데, 교육공무원법의 적용을 받는 정규직 유형의 공무원인 ‘교원’의 사용자는 국가(대한민국)이다. 또한 교육공무원법의 적용을 받는 비정

4) 교섭요구사실을 공고하여야 한다는 중앙노동위원회 재심결정의 취소 소송(서울행법 2012구합15555 · 28049 · 28346)에서 원고(지방자치단체들)들은 패소하였으며, 이는 현재 서울고등법원에 계류중이다.

5) 김동욱(2013), 『교섭단위와 교섭당사자』, 『노동리뷰』 5월호, 한국노동연구원, pp.98~100 참조.

규 유형의 공무원인 ‘초빙교사’와 ‘기간제교원’의 사용자도 국가(대한민국)이며(서울중앙지법 2012. 6. 25. 선고 2011가단170494 판결), 교육공무원법 제2조, 제31조 제2항 및 제32조 등에 그 근거규정을 두고 있다. 한편 공립학교 병설유치원의 ‘임시강사’, ‘기간제교사’ 또는 ‘명예교사’는 교원의 신분을 갖지 않은 자로서 교육공무원법의 적용을 받지 않으며, 근로기준법·기간제법 등 일반 노동관계법령의 적용을 받는 비정규근로자이다. 지방자치법, 지방교육자치에 관한 법률, 유아교육법에 따라 판단하여 보면, 이들의 사용자는 지방자치단체이다. 문제가 된 대상사안의 학교 회계직원 역시 마찬가지이다. 공립 초·중등학교에서 각 학교의 장과 근로계약을 체결하고 교육·급식 및 행정업무를 지원·보조 등을 담당하고 있는 직원으로서, 초·중등교육법에 따라 각 학교에 설치된 학교 회계에서 임금을 지급받고 있는 직원을 통칭하여 ‘학교 회계직원’이라 한다. 지방교육자치에 관한 법률 제2조, 제18조, 제20조, 제26조, 제32조, 지방자치법 제3조, 제105조 등에 의하면, 학교 회계직원에 대한 임면권은 본래 교육감에게 부여된 것이나, 채용절차의 편이나 학교 운영의 자율성 등을 고려하여 각급 학교장이 근로계약체결 사무를 처리하는 것에 지나지 않으므로 학교 회계직원의 채용 등에 따른 중구적인 책임은 해당 지방자치단체가 부담한다. 따라서 각급 학교장이 현실적으로 자신의 이름으로 학교 회계직원들을 채용하고 있다고 하더라도, 그러한 사정만으로 지방자치단체에 의하여 설치된 인적·물적 시설의 결합체로서 영조물에 불과한 개별 공립학교가 사업주에 대응하는 노조법상의 교섭단위에 해당한다거나, 그 학교장이 사업주라고 보기 어렵다(대법원 2001. 6. 29. 선고 2001다21991 판결). 지방자치단체 관내에서 이루어지는 교육 그 밖의 학예에 관한 사무와 관련된 권리·의무는 궁극적으로 법인격을 보유하는 지방자치단체에 귀속되므로 학교 회계직원에 대하여 지방자치단체는 사업주에 해당하고, 교육감은 해당 지방자치단체의 교육 사무에 관한 집행기관의 권한을 부여받고 있는 사업경영담당자에 해당한다. 지방자치단체가 사업주인 경우 원칙적으로 지방자치단체를 상대로 하여야 하나, 교육감을 당사자로 하여도 무방하다(지방교육자치에 관한 법률 제18조 제2항 “교육감은 교육·학예에 관한 소관 사무로 인한 소송이나 재산의 등기 등에 대하여 당해 시·도를 대표한다”). 대상판결은 지방자치단체인 원고들의 주장, 즉 각급 공립학교의 학교장이 학교 회계직원과 직접 근로계약을 체결하고 그 복무를 지휘·감독하는 등 이들이 단체교섭의 당사자이므로 교섭요구사실을 공고하여야 한다는 주장을 배척하였다. 타당한 결론이라 생각한다.

둘째, 교섭요구사실을 공고하지 않은 것이 단체교섭 거부·해태의 부당노동행위에 해당하는가이다. 대상판결은 위와 같은 【판결요지】로 부당노동행위에 해당한다고 판단하였다. 노조법 제81조 제3호는 “사용자가 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약 체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하는 행위”를 부당노동행위로 규정하고 있다. 복수노조 시 교섭창구 단일화 절차와 관련

되어 사용자가 해야 하는 교섭요구사실의 공고, 교섭요구 노동조합의 확정 통지 등은 창구단일화 절차의 필수적인 절차에 해당하고 이를 거부하거나 해태하는 행위는 부당노동행위에 해당한다. 더구나 이 사안에서는 이미 노동위원회가 사용자에게 대해 교섭요구사실을 공고할 것을 시정명령한 바 있다.

마지막으로, 교섭단위가 각급의 학교 단위인지 지방자치단체 단위인지가 문제되었다. 대상판결은 “교섭단위로서의 ‘사업 또는 사업장’이라 함은 경영상의 일체를 이루면서 유기적으로 운영되고 전체로서의 독립성을 갖춘 권리·의무의 주체를 의미한다”고 전제한 뒤 사업주에 대응하는 교섭단위는 개별 공립학교나 그 학교장이 아니라 교육에 관한 공극적인 권리·의무 및 책임의 주체가 되는 해당 지방자치단체라고 보는 것이 타당하다고 판시하였다. 예컨대 교섭단위가 지방자치단체 단위이든 학교 단위이든 학교 회계직원으로 구성된 노동조합의 단체교섭 상대방은 지방자치단체(사업주)이므로 각급의 학교의 장 이름이 아니라 지방자치단체의 장 이름으로 교섭공고를 해야 하고 추후 실제 단체교섭 및 단체협약을 체결해야 한다. 위 사안에 한정하여 보면, 학교 회계직 근로자가 1개 내지 몇 개의 공립학교에서 종사하는 것이 아니라 각 지방자치단체 소속 공립학교들에 골고루 분포하고 있는 바, 각 학교별로 지방자치단체의 장 이름으로 교섭요구사실을 공고하고 동일한 교섭주체가(교섭대표노동조합과 지방자치단체의 장) 학교별로 단체교섭을 한다는 것은 비효율적인 교섭이라 판단된다. 교섭단위를 판단함에 있어서도 교섭창구 단일화의 입법취지(복수노조 허용에 따른 중복교섭 등 교섭질서의 혼란, 근로조건 통일성 훼손, 노동조합 간 과도한 세력다툼 및 분열과 같은 산업현장의 혼란을 방지 및 하나의 사업장에 하나의 단체협약 적용)를 고려하여야 한다고 본다.

지방자치단체는 금번 대상판결을 적극적으로 수용하여 학교 회계직원이 가입한 노동조합들과 성실하게 단체교섭에 임하는 자세가 필요하다. **ㄱㄴ**

강선희(고려대 노동문제연구소 학술연구교수)

산재보험법상 통근재해 규정의 위헌 여부

- 헌법재판소 2013. 9. 26. 2012헌가16 결정 -
- 헌법재판소 2013. 9. 26. 2011헌바271 결정 -

【주문】

사업주가 제공한 교통수단이나 그에 준하는 교통수단을 이용하는 등 사업주의 지배관리 하에서 출퇴근 중 발생한 사고로 부상, 질병 또는 장애가 발생하거나 사망한 경우만을 업무상 재해로 인정하는 산업재해보상보험법(2007. 12. 14. 법률 제8694호로 개정된 것) 제37조 제1항 제1호 다목은 헌법에 위반되지 아니한다.

대상결정들은 산재보험법상 통근재해 규정의 위헌 여부에 대한 결정들로서, 2012헌가 16 결정의 경우 수일간의 집중호우로 회사 건물의 일부가 침수되자 사업주의 비상소집 지시를 받고 근로자가 자신의 승용차를 운전하여 회사로 출근하던 중 산사태로 인하여 토사에 매몰되는 사고를 당하여 사지마비 등의 재해를 입고 근로복지공단에 요양신청을 하였으나 불승인되자 행정소송을 제기하는 동시에 위헌법률심판제청신청을 하여 받아들여져 위헌법률심판이 제기된 사건이고, 2011헌바271 결정의 경우 일반적인 통근재해로서 당사자가 근로복지공단에 요양신청을 하였으나 거부되자 행정소송을 제기하는 동시에 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되어 헌법소원으로 가게 된 사건이다. 대상결정들에서는 각각 재판관 5인이 산재보험법상 통근재해 규정이 헌법에 합치되지 아니한다는 의견을 제시했으나, 위헌정족수 6인을 채우지 못하여 모두 헌법 위반이 아니라는 판단이 내려졌다. 통근재해와 관련하여 대법원은 최근 전원합의체 판결로 “구 『산재보험법』(2007. 4. 11. 법률 제8373호로 전부 개정되기 전의 것) 제4조 제1호에 정한 ‘업무상의 재해’란 사업주의 지배·관리하에서 당해 근로업무의 수행 또는 그에 수반되는 통상적인 활동을 하는 과정에서 이러한 업무에 기인하여 발생한 재해를 말한다. 근로자의 출·퇴근은 비록 노무의 제공이라는 업무와 밀접·불가분의 관계에 있다 하더라도, 사업주가 제공한 교통수단을 근로자가 이용하거나 또는 사업주가 이에 준하는 교통수단을 이용하도록 하는 등 근로자의 출·퇴근 과정이 사업주의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 경우 이외에는, 일반적으로 출·퇴근 방법과 경로의 선택이 근로자에게 유보되어 있어 통상 사업주의 지배·관리하에 있다고 할 수 없다. 산재보험법에서 근로자가 통상적인 방법과 경로에 의하여 출·퇴근하는 중에 발생한 사고를 업무상 재해로 인정한다는 특별한 규정을 따로 두고 있지 않은 이상, 근로자가 선택한 출·퇴근 방법과 경로의 선택이 통상적이라는 이유만으로 출·퇴근 중에 발생한 재해가 업무상의 재해로 될 수는 없다”라고

하여 원칙적으로 부정하는 입장을 분명히 하였다.⁶⁾

또한 카풀 제도에 동참하다가 통근재해로 사망한 경우에도 대법원은 “망인이 자신의 승용차를 운전하고 자신이 근무하던 영업소에 출근하면서 승용차 함께 타기(car pool)를 하는 동료 직원을 태우고자 동료의 집 방향으로 가다가 교통사고를 당하였으나, 동료의 집에서 위 영업소까지는 수시로 버스가 운행되고 있었고, 망인의 경우에도 개인적 교통수단이 아닌 다른 출근 방법을 선택하는 것이 무리라고 볼 사정이 없으며, 비록 위 영업소의 소장이 망인에게 동료와 승용차 함께 타기를 하여 출·퇴근하라고 하였다거나 영업소장 운영경비에서 유류비 일부를 보조하는 차원에서 망인 등 조장들에게 월 1~2회 1인당 5만 원씩 지급하여 왔다고 하더라도 그러한 사정만으로는 그 승용차에 대한 관리 또는 이용권이 망인에게 전속되어 있어 사업주가 출·퇴근용으로 제공한 교통수단이나 사업주가 제공한 것으로 볼 수 있는 교통수단을 이용하던 중 위 사고가 발생한 것으로 볼 수 없어, 위 사고를 업무상의 재해로 볼 수 없다”고 하여 업무상 재해를 부정하고 있다.⁷⁾ 다만 대법원 판례는 대중교통수단의 사용이 어려운 일부 특수한 상황에서 발생한 일반 근로자의 통근재해에 대해서만 극히 예외적으로 업무상 재해로 인정한 바 있다.⁸⁾

그런데 ① 산재보험의 사회보장적 성격, ② 오늘날 교통환경의 열악화에 따른 통근재해의 증가를 고려하면 이에 대한 보호가 시급하다는 점, ③ 근로자의 통근행위는 노동력 제공을 위한 필연적 행위로서 업무와 밀접불가분의 관계를 갖고 있다는 점, ④ 특수한 형태의 출근이나 출장 등과 마찬가지로 통근도 역시 사용자의 사실상 구속성이 인정된다는 점, ⑤ 사업주의 통근수단 제공여부를 업무상 재해인정 기준으로 삼는 것은 적절치 않다는 점 등을 이유로, 대법원 판례의 입장과 산재보험법상 통근재해 규정에 대하여는 꾸준히 비판이 제기되어 왔다. 또한 공무원의 통근재해의 경우 공무원연금법 시행규칙 제14조에서 “공무원이 통상적인 경로와 방법에 의하여 출퇴근하거나 임지부임 또는 귀임 중 발생한 교통사고·추락사고 기타 사고로 인하여 부상 또는 사망한 경우에는 이를 공무상 부상 또는 사망으로 본다”고 규정하여 원칙적으로 공무상 재해(업무상 재해)로 인정하는 입장에 있는 반면, 근로자의 통근재해는 원칙적으로 업무상 재해로 인정하지 않고 예외적으로 사업주의 지배관리가능성이 인정되는 경우에만 업무상 재해로 인정하고 있어서 형평성에 맞지 않는다.

이러한 흐름 속에서 이번 헌법재판소의 대상결정들은, 비록 위헌이나 헌법불합치 결정

6) 대법원 2007. 9. 28. 선고 2005두12572 전원합의체 판결. 다만 이 판결은 판례 변경을 위한 전원합의체 판결이 아니고 ‘부’에서 의견이 일치하지 않아서 전원합의체로 회부된 사건이었으며 그 전의 대법원 판결과는 달리 반대의견이 등장했었다는 점이 차이점이다.

7) 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011재두148 판결.

8) 대법원 2005. 9. 29. 선고 2005두4458 판결; 대법원 2008. 3. 27. 선고 2006두2022 판결; 대법원 2008. 9. 25. 선고 2006두4127 판결 등.

을 이끌어내지는 못했지만, 재판관 과반수가 헌법에 위반된다는 의견을 제시한 것만으로도 충분히 유의미하다고 할 수 있겠다. 앞으로 산재보험법상 통근재해 규정이 위헌이나 헌법불합치 결정이 있기 이전에 개정될 것을 기대해본다.

한편 위 대상결정들 중 2012헌가16 결정의 경우, 위헌법률심판이 진행되던 동안 중단되었던 행정소송이 다시 진행되고 있는 중인데, 근로자가 사업주의 비상소집지시를 받고 출근하다가 산사태로 통근재해를 입은 것이어서, 사업주의 지배관리가능성이라는 측면을 고려한다면 추후 업무상 재해 인정 판결이 내려질 수도 있겠다. **KLI**

노호창(서울대학교 법학전문대학원 강사)