

# 노동판례리뷰

## 태업과 무노동 무임금의 원칙

- 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다39946 판결 -

### 【판결요지】

근로를 불완전하게 제공하는 형태의 쟁의행위인 태업도 근로제공이 일부 정지되는 것이라고 할 수 있으므로 무노동 무임금 원칙이 적용되며, 이 경우 임금의 감액수준은 단체협약 및 취업규칙에 정한 바가 없다면 각 근로자별로 근로제공의 불완전성의 정도를 판단하여 산정함이 타당하다. 다만 업무수행의 방법상 개별 근로자의 근로제공의 불완전성 정도를 산정할 수 없고, 임금을 기준으로 하여 개별 근로자의 태업시간 비율로 계산된 금액을 임금에서 공제하는 것이 생산 감소량을 기준으로 하여 개별 근로자의 태업시간 비율로 계산된 금액을 임금에서 공제하는 것보다 근로자들에게 유리하다는 등의 사정이 있다면 근로자별로 측정된 태업시간 전부를 비율적으로 계산하여 임금에서 공제하는 것도 불합리하지 않다.

의약품 제조 및 판매업을 영위하는 피고회사는 2003. 9. 3. N사에 매각되었다가 2007. 7. 10. H사에 재매각되었다. 피고회사의 근로자들이 가입한 전국금속노조 K지회는 ‘10년 내 재매각 금지’, ‘100% 고용승계’ 등을 주장하며 피고회사와 대립하였고, 피고회사가 H사에 재매각된 직후인 2007. 7. 20.부터 같은 해 9. 20.까지 39일간 ‘고품질 운동’이라는 방식으로 매일 1.8 ~ 8시간 동안 태업을 하였다. 위 기간 중 피고회사의 생산액은 2007. 7월에는 전년대비 26.78%, 같은 해 8월에는 전년대비 10.37%, 9월에는 전년대비 13.59%를 각 기록하였다. 피고회사는 태업에 참가한 근로자들 개인별로 산정한 태업 참가 시간에 시급을 적용하여 산정한 금액을 임금에서 공제하였고, 이에 임금이 공제된 근로자들은 공제된 임금의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 이 사건의 법적 쟁점은 ① 태업에도 무노동 무임금 원칙이 적용되는지 여부와 ② 태업에도 무노동 무임금 원칙이 적용된다면

임금의 삭감의 구체적인 기준은 무엇인지이다.

대상판결은 먼저 근로를 불완전하게 제공하는 형태의 쟁의행위인 태업도 근로제공이 일부 정지되는 것이라고 보고, “근로자의 근로제공의무 등의 주된 권리·의무가 정지되어 근로자가 근로를 제공하지 아니한 쟁의행위기간 동안에는 근로제공의무와 대가관계에 있는 근로자의 주된 권리로서의 임금청구권은 발생하지 아니한다”는 대법원 1995. 12. 21. 선고 94다26721 전원합의체 판결을 원용하여 태업에도 무노동 무임금 원칙이 적용된다고 판단하였다. 태업도 근로제공의 정지라는 점에서 파업과 유사성이 있으므로 태업에 대해서도 임금이 삭감될 수 있다는 점은 수긍이 된다. 다만 대상판결이 위 전원합의체 판결을 원용하여 태업에도 무노동 무임금 원칙이 적용된다고 선언한 점에는 다소 의문이 있다. 위 전원합의체 판결은 무노동 무임금 원칙을 집단법상의 정지설 내지 파업의 정지적 효과에서 도출한 것으로 평가되는바, 그러한 입론의 당부를 떠나 적어도 이를 ‘태업’에도 그대로 원용하는 것은 수긍하기 어렵다. 대상판결이 적시하듯 태업은 ‘근로를 불완전하게 제공하는 형태’의 쟁의방법이다. 즉 근로자는 불완전하기는 하지만 근로를 제공하였고, 사용자는 썩 내키지 않았을 수는 있겠지만 불완전한 근로제공을 거절하지 않고 수령하였다. 그렇다면 태업기간 동안 근로관계가 정지되었는가? 선뜻 긍정하기 어려울 것이다. 위 전원합의체 판결에서 무노동 무임금 원칙의 근거로 드는 근로관계의 정지는 파업으로 근로자는 근로제공의무에서, 사용자는 임금지급의무에서 각각 해방된다는 개념이다. 이러한 근로관계의 정지와 태업에서의 ‘근로제공의 일부 정지’는 구별되어야 할 것이다. 또한 정지설에 근거한 무노동 무임금 원칙을 태업에도 일관하여 적용된다고 보면 태업의 경우에도 파업과 동일하게 임금 전액이 삭감되어야 한다고 보는 것이 논리적 인바,<sup>1)</sup> 이러한 결론을 받아들이기도 어렵다. 따라서 태업에 대한 임금공제의 근거는 결국은 쌍무계약의 견련성에서 찾을 수밖에 없을 것이다. 물론 ‘급부 없으면 반대급부 없다’는 시민법상 쌍무계약의 법리가 아무런 변형 없이 노동법의 영역에 그대로 적용됨을 긍정하고자 함은 아니다. 다만 정당한 파업에 참가한 자의 직장복귀 문제의 해결을 위하여 고안된 정지설을 변용하여 무노동 무임금 원칙의 근거로 삼는 것보다는 시민법상 쌍무계약의 법리를 원용하여 처리하는 편이 합리적이라고 생각한다.

쌍무계약의 견련성에서 태업 시 임금공제의 근거를 구할 경우, 사용자가 근로자가 제공한 불완전한 노무의 제공을 수령하고, 또한 불완전하게나마 근로자에게 업무지휘권을 행사하였다면 태업 기간의 임금청구권이 전부 소멸하지 않음은 당연하다. 따라서 태업을

1) 쟁의행위에 의해 근로계약상 권리의무관계가 정지되고 그 결과 사용자는 임금지급의무에서 해방된다고 설명하는 山口浩一郎 교수는 태업에서의 임금삭감에 관해 태업의 경우에도 파업과 마찬가지로 임금 전액을 삭감하여야 한다고 주장한다(山口浩一郎(1996), 『勞動組合法』(第2版), 有斐閣, p.249 이하).

이유로 근로자의 임금청구를 거절하기 위해서는 사용자가 태업에 참가한 개별 근로자의 근로제공의 불완전성을 엄밀하게 입증해야 할 것이다. 이때 임금공제의 비율은 개별 근로자별로 당해 근로자가 평상시 제공해야 할 근로의 질, 양 및 시간을 태업 시 현실적으로 제공된 근로와 비교하여 개별적·구체적으로 산정해야 할 것이지, 사업장의 평상시의 총생산량이 태업 때문에 어느 정도 감소되었는가에 따라 일률적으로 산정하는 것은 허용되지 않는다. 이러한 점에서 대상판결이 임금의 감액수준은 원칙적으로 각 근로자별로 근로제공의 불완전성의 정도를 판단하여 산정함이 타당하다는 취지로 판시한 것은 매우 적절하다.

마지막으로 대상판결은 업무수행의 방법상 개별 근로자의 근로제공의 불완전성 정도를 산정할 수 없는 예외적인 경우, 임금을 기준으로 하여 개별 근로자의 태업시간 비율로 계산된 금액을 임금에서 공제하는 것이 생산 감소량을 기준으로 하여 개별 근로자의 태업시간 비율로 계산된 금액을 임금에서 공제하는 것보다 근로자들에게 유리하다는 등의 사정이 있다면 근로자별로 측정된 태업시간 전부를 비율적으로 계산하여 임금에서 공제하는 것도 불합리하지 않다고 판단하였다. 태업에 따라 사업장 차원에서의 생산량이 감소하였음에도 불구하고 개별 근로자의 근로제공의 불완전성의 정도를 엄밀하게 입증할 수 없다는 이유로 임금삭감을 할 수 없다고 하는 것도 집단적 노사관계 차원의 공평성의 관점에서는 문제가 있다는 점을 고려할 때 구체적 타당성의 측면에서 대상판결의 이러한 판단을 타당하기 어려운 것도 사실이다. 그러나 대상판결의 이러한 판단은 사업장 차원의 총생산량 감소라는 추상적인 사실을 근거로 사용자가 부담하는 개별 근로자의 근로제공의 불완전성의 정도에 대한 엄밀한 입증책임을 완화시킨 결과를 초래하였다는 점에서 수긍하기 어려운 측면이 있다. **KL1**

권오성(성신여자대학교 법과대학 부교수)

## 골프장 캐디의 근로기준법상 근로자성과 부당해고의 인정

- 서울고법 2013. 10. 11. 선고 2012나83515 판결 -

### 【판결요지】

골프장이 캐디의 경기진행 보조업무 수행과 출장 횟수, 제재처분 등에 있어 지휘·감독하고 있으며, 캐디가 근로를 제공하는 주요 대상은 골프장 이용객이라기보다는 골프장이고, 캐디는 종속관계에서 골프장에 근로를 제공하고 임금에 해당하는 캐디피를 받을 수 있는 기회를 가지므로 근로기준법상 근로자에 해당하며, 골프장이 캐디에게 행한 근무배제처분은 실질적으로 해고이며 단체협약상 정년규정을 위반하여 부당해고이다.

피고는 한원컨트리클럽이고, 원고들은 피고에서 캐디(경기보조원)로 종사한 9명으로 자치규약에 규정된 정년 만 42세를 이유로 근무에서 배제되자 해고무효확인 및 임금청구 소송을 제기하였다. 원고들은 주위적 청구로서, 피고에게 근로를 제공하는 근로기준법(이하 ‘근기법’이라 함)상 근로자이며, 자치규약은 취업규칙으로 단체협약상 정년조항(만 55세)에 위반하며, 또한 근기법 및 남녀고용평등법에 위반되어 무효로 근무배제처분은 부당해고이므로, 해고일부터 복직 시까지 출장횟수(1년 238회)와 1회당 캐디피(90,000원)를 계산한 금액(매월 170만 원 상당)을 청구하였다. 예비적 청구로서, 근기법상 근로자로 인정되지 않는다 하더라도 노조법상 근로자이고 단체협약상 정년인 만 55세에 위반하는 근무배제처분은 무효라고 주장하였다. 그러나 이에 대해 피고는 근로계약을 체결한 바 없으며, 피고는 JCC자치회 및 별도 자치회와 사이에 캐디의 수급업무에 관한 업무위수탁계약을 체결하였고, 캐디들은 자신이 가입한 자치회와 피고가 체결한 업무위수탁계약에 따라 독점적으로 골프장 내에서 영업할 수 있는 권리를 취득하고, 자치회에서 정한 규율에 따라 경기보조업무를 수행하므로 피고와의 관계에서 근기법상 근로자가 아니라고 주장하였다.

1심 법원은 “캐디들은 이용객들로부터 골프장 이용료와는 구분된 캐디피라는 봉사료를 별도로 받고 있을 뿐 골프장으로부터는 어떠한 금전적 대가도 받지 않으므로 캐디들이 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하는 근기법상 근로자에 해당한다고 보기 어렵다”라고 판결했다. 그러나 2심 법원은 “캐디들은 골프장에 근로를 제공하는 근기법상 근로자이며 실질적으로 취업규칙인 골프장의 자치규약상 정년 만 42세에 근거하여 이들을 근무에서 배제한 것은 해고이고 단체협약에 위반하는 것으로 무효이며, 캐디피에 해당하는 금원을 지급해야 한다”라고 판결했다.

이 사건에서 법률상 쟁점은 크게 세 가지이다. 즉 원고들은 피고와의 관계에서 근기법상 근로자인지, 정년 만 42세로 규정된 자치회의 법적 성격은 무엇인지, 피고가 자치규약의 정년 규정에 근거하여 행한 근무배제처분은 정당한지 여부이다. 특히 다른 경기보조원 사건과 달리 이 사건에서는 자치회와 그 규정을 법적으로 어떻게 볼 것인가가 문제된다.

① 근기법상 근로자성에 관해, 캐디들이 근로계약을 체결하지 않았어도 이를 체결하는 것과 마찬가지로 외형을 가지고 골프장의 경기보조업무를 수행한 점, 골프장은 캐디들의 업무수행과정을 상당한 정도로 지휘·감독하여 통제하고 있었던 점, 캐디들은 골프장으로부터 근무장소와 근무시간을 지정받고 이에 구속되어 근무하고 있었던 점, 캐디들은 독립된 사업자로서의 요소가 희박하며 골프장에 대한 근로제공에 대한 대가로서 임금에 해당하는 캐디피를 받을 기회를 부여받고 있는 점, 골프장에 전속되어 경기보조업무를 수행하고 있으며 근로의 계속성이 인정되는 점, 캐디가 수행하는 골프장 이용객에 대한 경기보조업무는 골프장 이용객에 대한 서비스로 볼 수도 있으나 골프장 시설 및 장비 유지보수업무 등은 피고의 경기진행시간 6분 간격을 달성하기 위해서 필수적인 업무라고 보이는 점 등이 근거로 제시되었다.

② 자치회 및 그 성격에 관해, 원고들을 포함한 캐디들이 순수하게 결성한 조직으로 보기 어렵고 피고에 의한 취업규칙으로 볼 수 있다고 판단하였다. 즉 피고가 종전에는 캐디마스터를 임명하여 캐디들을 관리하다가 2004년경 그 캐디마스터가 피고를 사직하고 별도의 JCC자치회를 결성하여 조장 등을 통해 캐디를 관리하고 피고와 업무위탁계약을 체결하는 등 활동을 하여 왔으나, 이에 반발하는 캐디들이 별도의 자치회를 만들어 활동하여 왔기에, JCC자치회칙의 제·개정을 위한 전체 캐디들의 합의가 있었던 것으로 보이지 않는다.

③ 근무배제처분에 관해, 캐디인 원고들이 골프장인 피고에게 종속관계에서 근로를 제공하였으므로 근기법상의 근로자에 해당하며, 원고들은 조합원이므로 단체협약이 적용되며, 취업규칙에 해당하는 자치규약이 캐디의 정년을 만 42세로 정한 것은 단체협약상 정년조항(만 55세)을 위반하여 무효이므로, 피고의 근무배제처분은 부당해고이다.

대상판결은 캐디, 골프장과 그 이용객 사이에 생기는 사실관계를 객관적으로 인정하고, 이에 근로자와 사용자에 관한 법리를 명확하게 적용한 것으로 평가된다. 종전 캐디들의 해고 또는 퇴직금청구 등 사건에서 근기법상 근로자성이 부정되는 판결이 대부분이었고, 하급심에서 인정되어도 항소심에서 취소된 사례가 많았다. 그 이유는 사실관계를 객관적으로 인정하지 않고 근기법상 근로자에 관한 법리적용도 잘못하였기 때문이다. 대상판결로 인한 시사점은 두 가지를 생각할 수 있다.

첫째, 대상판결이 다른 유형의 특수고용형태종사자에 관한 근로자성에 미치는 영향이

다. 현재 대법원은 학습지 교사, 보험설계사 등에 대해 근기법상 근로자로 인정하지 않는 경향이 강하다. 특수고용형태종사자 중에서 골프장 캐디가 근기법상 근로자성에 가장 근접하며 다른 유형과는 다른 점이 많다고 생각한다. 캐디에 관한 사실관계를 보면, 근로제공의 장소와 시간 그리고 업무지시 및 관리감독에 관한 점이 근기법상 근로자와 아주 유사하고, 골프장이 이를 회피하기 위해 사실관계를 변형시켜도 한계가 있기 때문이다. 이런 특성을 고려하면, 대상판결이 골프장 캐디에게는 좋은 판결이지만 다른 유형의 특수고용형태종사자의 분쟁에 줄 수 있는 영향은 제한적일 것이다.

둘째, 다른 골프장에 종사하는 캐디의 근기법상 근로자성에 어떤 영향을 줄 것인가라는 점이다. 한국골프장경영협회에 따르면 2013년 1월 기준으로 전국에는 437개의 골프장이 운영 중이며, 골프장에 대한 체육시설 설치이용에 대한 법의 적용과 골프장 경영난을 둘러싼 해결방안에 관한 문체부와 골프장업계 사이의 논의에서 나타난 바에 따르면 2013년 중순경 골프장에서 종사하는 캐디는 약 3만 명으로 추산된다는 보고가 있다. 전국의 모든 골프장에서 캐디들이 종사하는 실태가 이 사건의 사실관계와 동일하다고 할 수는 없으나, 캐디의 모집과 선발, 업무수행실태와 지휘감독, 경기보조업무와 캐디피의 관계, 골프장업무에서 캐디가 수행하는 업무의 형태와 내용은 거의 유사하다. 이런 점에서 대상판결이 인정한 사실관계와 적용한 법리는 다른 골프장에서 캐디의 근기법상 근로자성을 둘러싼 분쟁에 대부분 적용될 수 있다고 본다. 대상판결은 특수고용형태종사자에 대해 노동법의 법리를 제대로 적용하였다는 점에서 높이 평가하며, 피고가 상고하였으므로 대법원에서의 결과가 주목된다. **KLI**

박수근(한양대학교 법학전문대학원 교수)

## 한국표준직업분류 대분류 2 직업종사자의 기간제근로자 사용기간 제한의 예외

- 서울행정법원 2013. 10. 15. 선고 2013구합11123 판결 -

### 【판결요지】

1. 원고가 2년간 근무한 후 재계약을 체결하기 직전 2년간 연평균 근로소득이 고용노동부가 공고하는 한국표준직업분류 대분류 2 직업종사자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 점 등을 고려하면, 원고는 기간제법 제4조 제1항 단서 및 같은 법 시행령 제3조 제3항 제5호에서 정한 기간제근로자 사용기간 제한의 예외에 해당되는 근로자라고 할 것이다.
2. 참가인의 인사규정 제10조 제1항은 ‘직원의 채용기간은 5년의 범위 안에서 당해 사업의 수행에 필요한 기간으로’하고, 같은 조 제2항은 ‘이사장은 사업의 연속성을 위하여 계약기간의 연장이 필요하다고 인정할 경우에는 총 채용기간이 5년을 넘지 아니하는 범위 안에서 채용기간을 연장할 수 있다. 이 경우 당해 인사위원회의 의결을 거쳐야 한다’고 각 규정하고 있는 점, 이에 따라 원고 역시 참가인과 1년 또는 2년을 계약기간으로 하여 재계약을 체결하였고, 계약기간 만료 무렵 인사위원회의 의결을 통해 근무실적에 따라 재계약 여부를 결정한 후 재계약을 체결해 온 점, 원고와 참가인 사이에 작성된 각 채용계약서 제9조는 ‘원고의 근무실적을 매년 정기평가하고 계약 만료 시에는 최종 평가를 실시한다’고 규정되어 있을 뿐이고, 참가인이 원고를 채용한 근거가 된 법령이나 계약서 등에 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정이나 재계약 절차 및 요건 등에 관한 규정이 따로 존재하지 않는 점, 원고의 직위해제 기간 중 계약기간이 만료되어 원고 자신도 참가인이 재계약을 체결하지 않을 것임을 예상할 수 있었던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 원고와 참가인 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되었다고 볼 수 없으므로, 원고에게 참가인과 사이에 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정된다고 보기 어렵다.

기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘기간제법’이라 함) 제4조 제2항의 규정에 의하면, 사용자가 2년을 초과(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속 근로한 총기간이 2년을 초과)하여 기간제근로자를 사용하는 경우, 동 2년을 초과한 시점부터 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 보도록 하고 있으나, 기간제법 제4조 제1항 제6호 및 동법 시행령 제3조 제3항 제5호는 “『통계법』 제22조에 따라 고시한 한국표준직업분류의 대분류 1과 대분류 2 직업에 종사하는 자의 『소득세법』 제20조 제1항에 따른 근로소득(최근 2년간의 연평균근로소득을 말한다)이 고용노동부장관이 최근 조사한

고용형태별근로실태조사의 한국표준직업분류 대분류 2 직업에 종사하는 자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 경우”에는 기간제근로자를 2년을 초과하여 사용하더라도 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 보지 않도록 사용기간 제한의 예외를 규정하고 있다.

즉 기간제법령은 i) ‘한국표준직업분류의 대분류 12)과 대분류 23) 직업에 종사’하는 자로서 ii) 「소득세법」 제20조 제1항에 따른 근로소득<sup>4)</sup>이 고용노동부장관이 최근 조사한 고용형태별근로실태조사의 한국표준직업분류 대분류 2 직업에 종사하는 자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 경우<sup>5)</sup>에 대하여 사용기간제한의 예외를 두고 있다.

이 사건에서 피고 보조참가인은 2007. 8. 31. 대전광역시의 전액 출연으로 설립되어 상시근로자 20여 명을 사용하여 문화산업진흥 관련 사업을 영위하는 공익법인이고, 원고는 2007. 10. 26. 전임계약직 가급 경영기획부장으로 채용된 후 2009. 11. 1.부터 경영기획부장과 영상사업부장을 겸직하다가 2010. 9. 8. 영상사업부장으로 근무하였고, 2011. 11. 25. 경영기획부 소속 부원으로 전보발령을 받았다가 2012. 2. 13. 경영기획부 내 사업기획 티에프(TF) 팀장으로 근무하였으며, 세 차례에 걸쳐 계약기간을 갱신하여 총 5년을 근무하였다. 한편 피고 보조참가인은 원고의 직위해제 기간 중인 2012. 10. 25. 원고에게 계약기간의 만료를 통보하였다.

원고는 입사 후 2년이 도래할 무렵 개최된 2009. 10. 13. 인사위원회에서 근무성적 평가 결과 S등급을 받아 참가인과 재계약함으로써 같은 달 26일경 기간제법 제4조 제2항에 따라 무기계약직 근로자가 되었고, 피고 보조참가인의 인사규정 중 ‘직원의 채용기간은 5년 한도로 한다’는 규정은 기간제법 제4조에 반하는 규정이므로 이를 근거로 계약기간이 종료되었다고 할 수 없으며, 2007. 10. 26. 채용된 후 3차례에 걸쳐 근로계약을 갱신하고 5년을 근무하였는바, 재계약을 체결할 것이라고 신뢰한 데 합리적인 이유가 있어 갱신기대권이 인정되므로 피고 보조참가인은 근로계약을 갱신할 의무가 있다고 주장하였다.

- 2) 1 관리자 (11 공공 및 기업 고위직/ 12 행정 및 경영지원 관리직/ 13 전문서비스 관리직/ 14 건설·전기 및 생산 관련 관리직/ 15 판매 및 고객서비스 관리직)
- 3) 2 전문가 및 관련 종사자 (21 과학 전문가 및 관련직/ 22 정보통신 전문가 및 기술직/ 23 공학 전문가 및 기술직/ 24 보건·사회복지 및 종교 관련직/ 25 교육 전문가 및 관련직/ 26 법률 및 행정 전문직/ 27 경영·금융전문가 및 관련직/ 28 문화·예술·스포츠 전문가 및 관련직)
- 4) 「소득세법」 제20조(근로소득) ① 근로소득은 해당 과세기간에 발생한 다음 각 호의 소득으로 한다.
  1. 근로를 제공함으로써 받는 봉급·급료·보수·세비·임금·상여·수당과 이와 유사한 성질의 급여
  2. 법인의 주주총회·사원총회 또는 이에 준하는 의결기관의 결의에 따라 상여로 받는 소득
  3. 「법인세법」에 따라 상여로 처분된 금액
  4. 퇴직함으로써 받는 소득으로서 퇴직소득에 속하지 아니하는 소득 <후략>
- 5) 고용노동부가 공고하는 한국표준직업분류 대분류 2 직업종사자의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 금액은 2009년에는 59,646,000원, 2011년에는 50,844,000원이다.

이에 대하여 대상판결은 원고는 기간제법 제4조 제1항 단서 및 같은 법 시행령 제3조 제3항 제5호에서 정한 기간제근로자 사용기간 제한의 예외에 해당되는 근로자라고 할 것이고, 원고와 피고 보조참가인 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되었다고 볼 수 없으므로, 원고에게 피고 보조참가인과 사이에 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정된다고 보기 어렵다고 원고의 주장을 배척하였다.

대상판결은 원고가 대분류 2의 '전문가 및 관련 종사자'에 속하는 자라고만 판단하고 있지 한국표준직업분류상 중분류 및 세분류까지 판단하고 있지는 않다. 추정컨대 피고 보조참가인이 문화산업 진흥 관련 사업을 영위하는 공익법인이므로 원고는 한국표준직업분류 대분류 2 전문가 및 관련 종사자 중 중분류 28의 '문화·예술·스포츠 전문가 및 관련직'에 속하는 것으로 보이나, 대상판결은 한국표준직업분류상 중분류 및 세분류까지 판단하고 적시했어야 하지 않았나 한다.

기간제근로자 사용기간 2년 제한의 예외를 둔 입법취지는 고액 연봉의 전문업무 종사자의 경우 법을 통한 고용보호 필요성이 높지 않기 때문에 전문업무 종사자 중 특정 소득 수준 이상인 경우를 기간제한의 예외에 포함시킨 것이다. 그러나 한국표준직업분류 대분류 2의 '전문가 및 관련 종사자'의 범위가 세분류 및 세세분류까지 너무 넓어 단순히 소득이 일반 근로자에 비해 많다는 이유로 기간제법 사용기간 적용예외에 해당하여 보호를 받지 못하는 문제에 대해서는 다시 한 번 검토가 필요하다 할 것이다. **KLI**

권오상(노무법인 유앤, 법학박사)

## 법외노조 통보 처분에 대한 효력 정지

- 서울행정법원 2013. 11. 13. 선고 2013아3353 집행정지 결정 -

### 【판결요지】

법외노조 통보 처분은 그 처분으로 인해 회복하기 어려운 손해 발생의 우려 및 방지를 위한 긴급한 필요가 인정되고, 처분의 효력 정지로 인해 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없으며, 본안 청구가 이유 없음이 명백한 경우에도 해당하지 않으므로 대상 교원노조에 대한 법외노조 통보 처분을 사건의 제1심 판결 선고 시까지 그 효력을 정지한다.

대상 결정은 전국교직원노동조합에 대하여 고용노동부가 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」(이하 '교원노조법'이라 함)에 의한 노동조합으로 보지 않겠다는 통

보를 하자, 이에 해당 노조가 이 법외노조 통보 처분 취소 소송을 제기하면서 판결 확정 시까지 그 효력을 정지하여 줄 것을 신청한 사안이다. 위 교원노조는 부당해고된 교원은 조합원이 될 수 있다는 취지의 내용을 정한 규약을 첨부하여 1999년 설립신고증을 교부 받았다. 무려 10여 년이 지난 2010년에 와서야 고용노동부는 위 교원노조의 규약상의 규정이 ‘교원의 신분을 상실하여 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하지 않은 경우는 물론이고 중앙노동위원회 재심판정 이후 해고 관련 소송 진행 중에도 조합원 자격이 유지된다고 규정하고 있는 등으로 교원노조법 제2조에 위배된다’는 이유로 교원노조에게 규약시정명령을 발하였다. 교원노조가 시정명령 취소 소송을 제기하였으나 대법원에서 심리불속행으로 기각되어 시정명령이 확정되었다. 2013년 9월 고용노동부는 다시 교원노조에게 규약을 시정할 것을 명하였고, 교원노조는 이 시정을 이행하지 않았다. 그러자 고용노동부는 2013년 10월 교원노조법 제14조, 같은 법 시행령 제9조, 노조법 제2조 제4호 라목, 같은 법 시행령 제9조 제2항에 따라 교원노조가 시정명령에 따른 이행을 하지 않았다는 이유로 교원노조법에 의한 노동조합으로 보지 않겠다는 통보를 한 것이다.

교원노조가 법외노조 통보 처분의 취소 소송을 제기하면서 그 처분의 효력을 정지할 것을 신청한 것은, 취소소송의 제기는 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 않기 때문이다(행정소송법 제23조 제1항). 따라서 소송을 제기하더라도 행정관청의 처분은 여전히 유효하게 집행될 수밖에 없게 되며, 행정관청의 처분 등에 대해 불복하는 상대방은 소송 진행 기간 동안 처분 등으로 인한 불이익을 그대로 감수하여야 하는 상황에 처하게 된다. 이에 따라 행정소송법 제23조 제2항에서는 “취소소송이 제기된 경우에 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있다”고 규정하여 다툼이 있는 처분 등에 대해 그 효력의 정지를 법원에 요청할 수 있도록 규정하고 있는 것이다. 다만, 처분의 효력정지는 처분 등의 집행 또는 절차의 속행을 정지함으로써 목적을 달성할 수 있는 경우 또는 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 때에는 허용되지 아니한다(행정소송법 제23조 제2항 단서, 제3항). 이런 행정소송법 규정에 비추어 집행정지의 요건은 형식적 요건으로 그 대상인 처분 등이 존재하고, 적법한 본안소송이 법원에 계속 중이어야 하며, 실체적 요건으로 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있고, 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 없으며, 본안청구의 이유 없음이 명백하지 않아야 한다. 대상 결정의 법원은 교원노조의 효력 정지 신청에 대한 수용 여부를 결정하기 위해 위 요건에 대해 검토하였으며, 검토 결과에 따라 법외노조 통보 처분에 대해 취소소송의 제1심판결 선고 시까지 그 효력을 정지할 것을 결정하였다. 대상 결정이 판단한 세 가지 논점에 대해 살

펴보면 다음과 같다.

먼저, 법외노조 통보 처분으로 인해 해당 노조에 회복하기 어려운 손해 발생의 우려 및 긴급한 필요가 있는가에 대한 부분이다. 법원은 법외노조 통보 처분으로 인해 ① 노조가 노동위원회에 노동쟁의의 조정 및 부당노동행위의 구제를 신청할 수 없고, ② 노조의 전임자가 노조의 업무에만 종사하기 어려워지며, ③ 교원노조법에 의해 설립된 노동조합에게 인정되는 단체교섭 및 단체협약 체결 권한을 실질적으로 인정받지 못하게 될 우려가 있으며, ④ 교원노조법에 따라 적용이 배제되는 노동운동 금지규정인 국가공무원법 제66조 제1항과 사립학교법 제55조가 적용되어 실질적인 노조활동에 제약 받을 수 있고, ⑤ 노조의 교육·연수 사업, 교육과 관련된 각종 위원회 참여 등의 활동이 제한될 수 있다는 이유로 손해의 발생이 예상되고 이는 행정소송법 제23조 제2항 상의 ‘회복하기 어려운 손해’에 해당하므로 손해를 예방하기 위해서는 통보 처분의 효력을 정지하는 것 외에는 다른 적당한 방법이 없어 집행을 정지할 긴급한 필요도 있다고 판단하였다. 법원이 행정관청의 법외노조 통보 처분으로 인해 노조 측에 회복하기 어려운 손해 발생과 긴급한 필요가 있다고 판단한 결론에는 동의하지만, 판단과정에 대해서는 의문이 있다. 법원은 행정관청의 법외노조 통보 처분으로 인해 발생할 노조의 손해를 노동위원회를 통한 구제 신청의 제한, 노조전임자 및 노조의 활동 제한, 단체교섭 및 단체협약 체결권한의 제한으로 보고 있는데, 이는 사실상 행정관청의 법외노조 통보가 해당 노조를 단순히 실정법상의 노조로 보지 않는다는 의미를 넘어 더 이상 노동3권을 보유한 노동조합의 실체도 갖지 못하는 단결체로 전락시킨다는 의미를 전제로 하고 있는 것으로 보인다. 왜냐하면 우리 노조법 제7조는 노조법에 의해 설립된 노동조합이 아닌 경우 노동위원회를 통한 노동쟁의 조정 및 부당노동행위 구제신청의 제한, 노동조합 명칭 사용 금지 등의 불이익만을 규정하고 있기 때문이다. 이미 헌법재판소에서도 “노동조합 설립신고제도는 법상 요건을 갖춘 노동조합에 한하여 노동위원회에 노동쟁의의 조정 및 부당노동행위의 구제를 신청할 수 있도록 하는 등 일정한 보호의 대상으로 삼기 위한 것이므로 비록 설립신고증을 교부받지 아니한 근로자 단체라 하더라도 노동조합법상 인정되는 보호의 대상에서 제외될 뿐이고, 노동기본권의 주체에게 인정되어야 하는 일반적인 권리까지 보장받을 수 없는 것은 아니다”<sup>6)</sup>라고 판단한 바 있다. 그럼에도 불구하고 법원이 행정관청의 법외노조 통보 처분으로 인해 노조로서의 모든 권한이 제한되는 것으로 해석한 것은 우리 노조법이 채택하고 있는 노조 설립신고주의를 설립허가주의로 오인하고 있는 것으로밖에 판단할 수 없다. 헌법에서 보장하고 있는 노동3권을 기반으로 결성된 노동조합이 행정관청의 신고 반려 처분이나 법외노조 통보 처분 등으로 노동3권이 부인된다는 것은 노동3권의 보장 취지나 현행 법체계 내에서 도저히 용인될 수 없는 것이라 생각된다.

6) 헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2011헌바53 결정

둘째로 법외노조 통보 처분의 효력 정지가 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는가에 대한 판단이다. 법원은 위 처분의 효력을 정지시킨다 하더라도 공공복리에 중대한 영향을 미칠 우려가 있다고 보기 부족할 뿐만 아니라, 오히려 위 처분으로 인해 학교를 둘러싼 법적 분쟁이 확산되어 법적 안정성을 해하고 학생들의 교육환경에도 영향을 줄 우려가 있다는 점에서 위 처분을 정지시키는 것이 공공복리에 영향을 미칠 우려를 방지하는 것이라고 판단하였다. 결정문에서도 언급한 것처럼 위 교원노조는 이미 지난 14년간 교원노조법상 노조로 활동해 왔으며, 그 조합원 수도 6만여 명에 이른다. 헌법 제33조에서 보장하고 있는 노동3권에 따른 노동질서도 경제 질서 내에서 매우 중요한 위치를 차지하는 것으로 다툼의 여지가 있는 행정관청의 법외노조 통보의 효력을 소송 진행 중에도 인정하는 것은 교원노사관계 질서에 상당한 혼란을 초래할 여지가 많다는 점에서 타당한 판단이라고 생각한다.

마지막으로 본안 청구의 승소 가능성 부분에 대한 판단이다. 노조법 시행령 제9조 제2항이 노조법 제2조 제4호 단서의 시행에 필요한 세부적 사항을 구체화하고 그 절차를 집행하기 위한 것인지 명확하지 않고, 법원은 규약 시정명령을 이행하지 않은 경우 노조법 제2조 제4호 단서에 따라 법외노조로 보는 효과가 발생하는지가 명백하지 않고, 노조법 제2조 제4호 각 목에 해당하면 문언에 따라 곧바로 법외노조로 볼 것인지 아니면 각 목에 해당하더라도 노조법의 입법목적, 취지 및 내용에 비추어 실질적으로 노조의 자주성을 해할 경우에만 법외노조로 볼 것인지의 여부도 명확하지 않으며, 교원노조의 특수성과 교원노조법의 입법목적, 연혁 등에 비추어 볼 때 교원노조에 대하여 노조법 제2조 제4호 단서를 달리 해석할 것인지 여부에 대해서도 다툼 여지가 있다는 이유로 본안 청구가 이유 없음이 명백한 경우에 해당하지 않는다고 판단하였다. 노조법 제2조 제4호 단서에서의 “노동조합으로 보지 아니한다”와 노조법 시행령 제9조 제2항에서의 “이 법에 의한 노동조합으로 보지 아니함”을 동일한 것으로 간주하여 판단한 점은 아쉬움이 남는 대목이다. **KL**

강선희(고려대학교 노동문제연구소 학술연구교수)

## 기간제근로자의 사용기간 제한은 합헌

- 헌법재판소 2013. 10. 24. 선고 2010헌마219, 265(병합) 결정 -

### 【주문】

1. (법정의견) 심판대상조항은 2년을 초과하는 기간제근로자 사용을 억제함으로써 이들의 고용불안을 해소하고 그 근로조건을 개선하기 위한 것이다. 기간제 근로계약을 제한 없이 허용할 경우, 일반 근로자층은 단기의 근로계약 체결을 강요당하더라도 이를 거부할 수 없으며, 이 경우 불안정 고용은 증가할 것이고 정규직과의 격차는 심화될 것이다. 그러므로 이러한 사태를 방지하기 위해서는 기간제근로자 사용기간을 제한하여 무기계약직으로의 전환을 유도할 수밖에 없다.

기본적으로 사적 관계인 노사관계에서 기간제근로자의 고용을 유지하기 위한 입법수단은 제한적일 수밖에 없으므로 심판대상조항으로 인해 경우에 따라서는 개별 근로자들에게 일시 실업이 발생할 수 있으나, 이는 기간제근로자의 무기계약직 전환 유도와 근로조건 개선을 위해 불가피한 것이다. 통계청이나 노동부 자료에 의하면 전체 임금근로자 중 기간제근로자가 차지하는 비율은 점차 낮아져 무기계약직으로의 전환을 통한 고용안정이 이루어지고 있다는 것을 알 수 있다. 심판대상조항이 전반적으로 고용불안 해소나 근로조건 개선에 긍정적으로 작용하고 있다는 것을 부인할 수 없다.

따라서 심판대상조항이 기간제근로자인 청구인들의 계약의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

2. (반대의견7) 고용잠재력이 충분하지 않은 현재와 같은 상황에서 2년을 근무한 기간제근로자들을 모두 무기계약직으로 전환시킨다는 것은 현실적으로 불가능하므로 사용자는 계약기간 2년이 지난 근로자들을 대부분 다시 고용하지는 않을 것인바, 심판대상조항의 시행으로 인해 그 의사에 반하여 실업이나 해고 상태로 내몰리게 되었다. 정부가 심판대상조항을 통해 노동시장에 개입한 결과 무기계약직으로 전환된 일부 근로자들을 제외하고 대부분의 기간제근로자들은 일자리를 박탈당하는 부당한 결과가 초래된 것이다. 결국 심판대상조항은 고용불안의 해소나 근로조건 개선에 별 효과를 가져오지 못하고, 오히려 기간제근로자가 2년을 초과하는 기간제근로계약을 체결할 수 있는 권리를 박탈함으로써 기간제근로자의 근로계약 체결의 자유를 지나치게 침해하고 있다.

IMF 금융위기 이후 노동시장의 유연화가 확산되면서 전체 근로자 중 약 절반이 기간제, 일용직, 임시직, 계약직, 파견, 용역, 특수고용직 등으로 불리는 비정규직 근로자로 채워졌다. 비정규직 확산에 따른 고용불안과 근로조건 차별은 근로자들의 존엄성과 연대의

7) 재판관 이정미, 재판관 조용호.

식을 파괴하였다. 이에 비정규직의 사용을 제한하고 정규직과의 차별을 해소하여야 한다는 사회적 요구를 반영하여 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’이라 함)이 제정되고 「파견근로자의 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘파견법’이라 함)이 개정되었다(2007. 7. 1. 시행).

청구인들은 일정한 예외를 제외하고는 2년까지만 기간제근로자를 사용할 수 있게 한 기간제법 제4조 제1항에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인들은, 근로자는 근로의 장소와 내용에 관해 자유롭게 의사를 형성할 수 있어야 하고, 보다 나은 근로조건을 가진 직장으로 옮겨가기 전까지 기간제근로자로 기존 직장에서 계속 일하겠다고 하는 당사자의 의사는 존중되어야 하고, 그런 기회를 박탈하는 심판대상조항은 기간제근로자의 계약의 자유, 직업선택의 자유 및 근로의 권리 등을 침해한다고 주장하였다.

헌법재판소는 ‘직업의 자유’와 ‘근로의 권리’ 침해 문제는 발생하지 않는다고 하고 ‘계약의 자유’ 침해 여부만을 판단하였다. 법정의견과 반대의견은 모두 일반적으로 사용자와 근로자 사이의 고용관계는 근로계약을 통해 형성된다는 점에서 심판대상조항은 2년을 초과하여 기간제 근로계약을 체결할 자유, 즉 헌법 제10조로부터 파생되어 나오는 계약의 자유를 제한하고 있다고 보고 있다. 이 계약의 자유는 절대적인 것은 아니고 사회적 약자의 보호 등을 위하여 법률상 제한될 수 있다고 한다. 나아가 계약의 자유 제한과 관련된 심판대상조항은 사용자와 근로자 사이의 상반되는 이해를 조정하기 위한 것으로 개인의 본질적이고 핵심적인 자유 영역에 관한 것이라기보다 사회적 연관관계에 놓여 있는 경제활동을 규제하는 사항에 해당하기 때문에 그 위헌성을 심사함에 있어서 완화된 심사기준이 적용된다고 한다.

또 기간제근로자의 고용불안 해소와 근로조건 개선이라는 기간제법 또는 심판대상조항의 입법목적의 정당성에 대해서는 법정의견과 반대의견이 일치하고 있다. 다만 이러한 입법 목적을 달성하기 위한 수단의 적합성, 즉 심판대상조항이 고용불안 해소와 근로조건 개선이라는 입법 목적을 달성하고 있는가 여부에 대한 평가 또는 관점을 달리하고 있다.

먼저, 법정의견은 기본적으로 사적 관계인 노사관계에서 기간제근로자의 고용을 유지하기 위한 입법수단이 제한적인 상황에서, 기간제 근로계약을 제한 없이 허용하게 되면 불안정 고용이 더욱 증가하고 정규직과의 격차는 더욱 심화될 것이기 때문에, 이러한 사태를 방지하기 위한 기간제근로자의 사용기간 제한과 무기계약직 전환유도라는 입법자의 부득이한 선택은 존중되어야 한다고 한다. 나아가 심판대상조항이 무기계약직으로의 전환을 유도하여 고용안정에 상당 부분 기여하고 있다는 점을 확인하고 있다.

이에 대하여 반대의견은 고용잠재력이 부족한 현실에서 심판대상조항이 기간제근로자의 근로계약의 체결과 관련된 지위를 더욱 열악하게 만들었으며, 고용안정에 대한 기여 효과도 별로 없었다고 판단하고 있다. 나아가 기간제근로자의 고용안정이나 근로조건 개

선을 담보할 수 있는 다른 제도·방안이 있음에도 불구하고 심판대상조항이 이러한 제도·방안들을 강구하지 않은 채 기간제근로자들을 해고의 위협에 몰아넣음으로써 근로계약 체결의 자유를 지나치게 제한하고 있다고 한다.

기간제법 시행 이후 기간제근로자의 고용불안 해소와 근로조건 개선의 효과에 대한 반대의견의 지적은 일리가 있다. 따라서 심판대상조항의 부정적인 효과를 제거할 수 있는 여러 가지 정책수단을 강구할 필요가 있다. 그러나 반대의견이 제시하고 있는 ‘실효성 있는 제도·방안들’이 반드시 기간제근로자들의 고용안정과 근로조건 개선에 효과적이라는 의문이다.

기간제법 제정 과정에서 노동계는 비정규직 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 비정규직의 ‘사용사유’를 제한할 것을 요구하였지만, 장기간의 논란 끝에 기간제법은 결국 ‘사용기간’을 제한하는 방식을 채택하였다. 그것이 이 사건의 심판대상조항이며, 상시적 업무에 대해서 2년을 초과하여 기간제근로자를 사용하는 경우에 해당 근로자의 일자리 상실 위협은 불가피하게 초래될 수밖에 없다.

기간제법 제4조의 사용기간 제한방식은 비정규직의 고용안정에 한계가 있다는 점은 여러 통계에서도 지적되고 있다. 이로 인해 간접고용 또는 사내하도급의 확산이라는 풍선효과가 심해지고 있다. 따라서 기간제근로자뿐만 아니라 모든 비정규직의 ‘사용사유’를 제한하는 방식을 재검토할 필요가 있다. 또 현행법과 같이 사용기간을 제한하는 경우에도 ‘업무’를 기준으로 사용기간을 제한하는 방식으로 기간제법을 개정하면 사용자는 비정규직근로자를 2년 사용한 후에는 무기계약직으로 전환할 수밖에 없기 때문에 이러한 위협은 상당부분 해소될 수 있을 것이다. 차제에 기간제법뿐만 아니라 불안정 고용에 관한 법·제도와 정책 전반을 재검토할 필요가 있다고 본다. **KLI**

김인재(인하대학교 법학전문대학원 교수)