

노동판례리뷰

연차유급휴가에서 쟁의행위기간과 육아휴직기간의 처리 및 휴가일수의 계산

- 대법원 2013. 12. 26. 선고 2011다4629 판결 -

【판결요지】

연간 소정근로일수에서 쟁의행위 등 기간이 차지하는 일수를 제외한 나머지 일수를 기준으로 근로자의 출근율을 산정하여 연차유급휴가 취득 요건의 충족 여부를 판단하되, 그 요건이 충족된 경우에는 본래 정상적인 근로관계에서 8할의 출근율을 충족할 경우 산출되었을 연차유급휴가일수에 대하여 ‘연간 소정근로일수에서 쟁의행위 등 기간이 차지하는 일수를 제외한 나머지 일수’를 ‘연간 소정근로일수’로 나눈 비율을 곱하여 산출된 연차유급휴가 일수를 근로자에게 부여함이 합리적이라 할 것이다.

우리 근로기준법은 제60조 제1항에서 1년간 소정근로일수 대비 8할의 출근율을 확보하는 경우 15일의 연차유급휴가(이하 ‘연차휴가’라고 한다)를 부여하도록 규정하고 있다. 그런데 때로는 근로자가 불가피한 사정 혹은 정당한 사유로 인해 출근을 하지 못하는 경우들이 있다. 예컨대 업무상 부상이나 질병으로 인하여 요양하였기 때문에 출근하지 못한 경우, 출산으로 인해 출근하지 못한 경우, 정당한 쟁의행위로 인해 출근하지 못한 경우, 육아휴직을 이용하였기 때문에 출근하지 못한 경우 등이 그러하다. 그런데 이러한 기간에 대하여 어떻게 처리할 것인가에 따라 연차유급휴가 요건을 충족하느냐 여부가 달라진다. 또한 기업 현장에서 이러한 기간들의 처리 문제는 노사간 대립을 초래하는 중요한 쟁점이 되곤 한다. 대법판결의 경우에도 파업기간과 육아휴직기간의 처리 방식에 대해 근로자들이 문제 제기를 한 것이었다.¹⁾

근로기준법에서는 업무상 부상·질병으로 휴업한 기간, 출산전후휴가로 인해 휴업한

기간에 대해서는 출근한 것으로 본다고 규정하여 연차휴가의 출근율 계산에 아무런 혼란을 초래하고 있지 않다(근로기준법 제60조 제6항). 그런데 정당한 쟁의행위로 휴업한 기간이라든가 육아휴직기간 등에 대해서는 법문상 아무런 언급이 없어서 이에 대한 처리를 둘러싸고 학설상, 그리고 실무상 논란이 있어 왔다. 예컨대 그러한 기간을 소정근로일에서 제외하고 출근율을 산정할 것이냐, 출근으로 간주할 것이냐, 소정근로일에서 제외하고 출근율을 산정하되 연차휴가 일수를 비례적으로 삭감할 것이냐 등등 의견이 분분했다.

이와 관련하여, 고용노동부의 행정해석은 종래부터 사용자의 귀책사유로 휴업한 기간, 정당한 파업에 참가한 기간, 육아휴직의 기간 및 이에 준하는 기간을 예측할 수 없는 특별한 사유가 발생하여 근로제공 의무가 일시 정지되는 기간으로 분류하여 그 기간은 소정근로일에서 제외되는 것으로 보면서도, 휴가일수의 경우 이러한 기간을 소정근로일수에서 제외한 비율만큼 비례적으로 삭감된다고 보아 왔다.²⁾

대상판결도 행정해석의 입장과 마찬가지로의 판단을 하였는데, 정당한 쟁의기간이나 육아휴직기간의 경우 근로를 제공하지 않는 것이 정당한 것은 맞지만 실제 근로를 제공하지 않은 것도 사실이므로 이러한 기간은 출근율을 산정함에 있어 소정근로일수에서 제외하는 것이 타당하고 또한 그렇게 하여 8할의 출근율 요건을 충족한 경우에 휴가일수에 대하여 ‘연간 소정근로일수에서 쟁의행위 등 기간이 차지하는 일수를 제외한 나머지 일수’를 ‘연간 소정근로일수’로 나눈 비율만큼 휴가일수로 산정하는 것이 타당하다고 판시하였다. 대상판결은 연차휴가 및 그 수당의 구체적인 산정에 있어서 정당한 쟁의행위기간이나 육아휴직기간처럼 근로를 제공하지 않는 것이 정당한 경우 그 기간의 처리를 어떻게 할 것인지 및 연차휴가 기간의 계산에 관해 그간의 논란을 종식시키기 위해 최초로 명확한 기준을 제시하였다는 점에서 의의를 찾을 수 있겠다.

그렇지만 대상판결에서는, 그간의 논란을 종식시키는 의미에서 자신의 분명한 입장을 보였다든 것 이외에 긍정적인 측면을 찾기는 어려울 것 같다. 대법원은 그동안 일관되게 휴게, 휴일, 휴가로 대별되는 휴식 제도 중에서, 특별히 휴가에 대해서는 “근로자에게 일정기간 근로의무를 면제함으로써 정신적·육체적 휴양의 기회를 제공하고 문화적 생활

1) 대상판결의 사실관계는 다음과 같다. 피고 회사는 피고 회사 소속 근로자들인 원고들이 2008. 12. 1. 부터 2009. 11. 30.까지(이하 ‘이 사건 산정기간’이라 한다) 근로한 것에 대한 연차휴가 일수를 산정함에 있어, 일반적으로 근로의무가 있는 이른바 ‘정상 소정근로일수’에서 파업기간과 육아휴직기간을 제외한 소정근로일수(이하 ‘실질 소정근로일수’라 한다)를 기준으로 8할 이상 출근하였는지를 따지되, 위 8할 이상 출근율 요건을 충족하는 경우 원고들의 근속연수에 상응하는 연차유급일수에 부여율(%)=[(정상 소정근로일수 - 제외 소정근로일수) / 정상 소정근로일수 × 100, 제외 소정근로일: 육아휴직기간, 파업기간]을 곱하여 연차휴가일수를 산출한 다음, 위 휴가일수를 기초로 미사용 연차휴가에 대한 연차휴가보상금을 산정하여 지급하였다. 원고는 피고의 위와 같은 연차휴가보상금 산정이 부당하다며 이 사건 소를 제기하였다.

2) 2002.1.29. 근기 68207-402; 2007.10.25. 임금근로시간정책팀-3228.

의 향상을 기하려는 데 그 의의가 있다³⁾고 실시해 왔다. 즉 휴가는 휴게나 휴일과는 근본적으로 다른 취지의 휴식제도이며, 휴가의 이러한 취지에 비추어 보면, 휴가만 제대로 보장되어도 장시간 근로를 방지하고 문화적 생활을 영위하기에 충분하다는 의미가 된다. 그런데 대상판결은, 쟁의행위기간이나 육아휴직기간을 소정근로일수에서 제외하여 출근율을 산정하되, 출근율 요건을 충족한 경우 법령상 아무런 근거도 없이 소정근로일수에서 제외된 날 수만큼 휴가일수를 비례적으로 삭감하는 해석을 함으로써, 연차휴가의 취지나 본질에 대해 대법원이 그동안 일관되게 유지해 온 입장과 어딘가 조화롭지 못한 장면을 연출하고 있다. 이러한 불협화음은 어디에서 오는 것일까.

우선 우리 근로기준법이 연차휴가의 요건으로 출근율을 요구하고 있기 때문이라는 점을 지적할 수 있다. 일정기간 근로의무를 면제함으로써 정신적·육체적 휴양의 기회를 제공하고 문화적 생활의 향상을 위한 ‘보편적인 최소 휴식’을 의미하는 휴가를 부여하는데 있어서 ‘근로보상적’ 의미를 가지는 출근율을 요구한다는 것은 서로 모순이다.⁴⁾ 그래서 국제기준에서는 ‘보편적인 최소 휴식’으로서의 휴가를 부여한다는 의미에서 출근율을 휴가의 요건으로 삼지 않는다. 예컨대 ILO 협약 제132호(Holidays with Pay Convention, 1970)는 1년간의 근로에 대해 3노동주를 하회하지 않는 휴가를 부여할 것(동 협약 제3조 제3항)과 근로기간이 1년이 되지 않더라도 당해 근무기간에 비례한 휴가를 부여하도록 규정하고 있다(동 협약 제4조 제1항). 유럽연합(EU)의 경우에도 그 전신인 유럽공동체(EC)에서 “근로시간편성에 관한 지침(COUNCIL DIRECTIVE 93/104/EC of 23 November 1993 concerning certain aspects of the organization of working time)”을 채택한 바 있고, 이 지침에서는 근속기간 1년에 최소한 4주의 유급휴가를 부여하도록 규정하고 있고(동 지침 제7조 제1항), 최저 연차휴가 기간은 고용관계가 종료된 경우를 제외하고는 수당으로 대체할 수 없다고 규정하고 있다(동 지침 제7조 제2항).⁵⁾ 한편 우리 근로기준법이 연차휴가의 요건으로서 출근율을 두고 있는 것은 일본의 입법례를 참조한 것으로 보인다. 근로기준법상 연차휴가라는 명칭은 일본 노동기준법의 그것과 동일하고 연차휴가의 요건은 일

3) 대법원 1996.6.11.선고 95누6649 판결; 대법원 2008.10.9.선고 2008다41666 판결 등.

4) 출근율을 요건으로 하는 방식에 대한 비판으로는 김근주(2013), 『연차휴가의 입법적 개선방안』, 『최근 노동법의 현안과 쟁점』, 2013년 한국노동법학회 동계학술대회 자료집, 2013.12.14, pp.6~12 참조.

5) Article 7 Annual Leave

1. Member States shall take the measures necessary to ensure that every worker is entitled to paid annual leave of at least four weeks in accordance with the conditions for entitlement to, and granting of, such leave laid down by national legislation and/or practice.
2. The minimum period of paid annual leave may not be replaced by an allowance in lieu, except where the employment relationship is terminated.

이 지침은 이후 2000.6.22. 개정되었는데(Directive 2000/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 2000) 연차휴가에 대한 내용의 변경은 없었다.

본 노동기준법의 그것과 상당 부분 닮아 있다. 일본 노동기준법 제39조 제1항은 연차휴가 [연차유급휴가]의 취득요건으로서 6개월 이상의 계속 근로 및 전체 근로일 8할 이상의 출근을 요구하고 있다. 동시에 일본에서도 연차휴가의 취지나 본질에 대해 ‘근로자의 건강하고 문화적인 생활의 실현에 이바지하기 위해서 근로자를 노동으로부터 해방시켜 휴식을 보장하는 것’에 있다고 설명한다.⁶⁾ 이는 대법원이 연차휴가의 취지나 본질에 대해 언급하는 것과 대단히 유사하다.

다음으로 대상판결이 법해석의 문제와 입법정책의 문제를 혼동하고 있다는 점을 지적할 수 있다. 연차휴가제도는 반드시 정신적·육체적 휴양만을 목적으로 하는 것은 아니고 ‘보편적 최소 휴식’이라는 관점에서 임금을 삭감함이 없이 근로자들이 노동으로부터 일정기간 해방되고 문화적·사회적 시민생활을 영위할 기회를 보장하는 것도 그 목적으로 하고 있고, 근로기준법에서도 업무상 부상·질병으로 휴업한 기간과 출산전후 여성이 휴업한 기간은 모두 출근한 것으로 보아 연차휴가를 인정하고 있으므로, 근로를 제공하지 않았다고 하여 반드시 연차휴가를 인정할 수 없는 것이 아니다. 즉 휴가를 근로에 대한 보상으로 볼 하등의 이유가 없다. 또한 장기간의 파업을 하여도 제한 없이 연차휴가를 인정하는 것이 불합리하다거나 부당이득을 취한 것이라고 볼 이유도 없다. 왜냐하면, 이러한 문제점은 비단 파업의 경우만 문제되는 것이 아니고 업무상 부상이나 질병, 출산전후 휴가 등으로 인한 휴업의 경우에도 발생하는 문제인바, 업무상 부상이나 질병으로 인한 휴업이나 출산전후 휴가 등의 경우에는 제한 없이 연차휴가를 인정하고 있기 때문이다. 더구나 현행 일본 노동기준법 제39조 제8항에서도 출근율을 산정할 때 출산전후휴가, 업무상 부상·질병으로 인한 요양으로 근로하지 못한 기간뿐만 아니라 육아휴직기간, 가족간병을 위해 휴업한 기간까지 모두 출근한 것으로 본다고 규정하고 있다. 그렇다면 우리나라에서 문제되는 정당한 쟁의행위기간이나 육아휴직기간 등을 출근한 것으로 보아야 할지 아니면 소정근로일에서 제외할지 등에 관한 결정은 법해석의 문제가 아니라 입법 정책의 문제일 뿐이라는 점을 알 수 있다. 그렇다면 우리 법상 정당한 쟁의행위기간이나 육아휴직기간 등의 처리에 대한 아무런 규정이 없는 상황에서라면, 근로자를 합리적인 이유 없이 불리하게 대우하지 않는 방향으로 해결하는 것이 타당하다. 특히 우리 근로기준법 기타 노동관계법 어디에도 정당한 쟁의행위기간이나 육아휴직기간에 대해 소정근로일수에서 제외하면서 동시에 휴가일수 계산에 있어서는 비례적 삭감을 인정하는 규정이 없기 때문에, 대상판결에서처럼 이를 인정하는 것은 파업권 등과 같은 기본권 행사를 이유로 근로조건에 있어서 불이익 취급을 하는 것과 마찬가지로 된다. 오히려 우리 법은 노동기본권 행사나 근로자의 정당한 권리 행사를 이유로 불이익을 주는 것을 금지하고 있다. 즉 휴가일수의 비례적 삭감은 근로제공의무가 없는 기간 때문에 연차휴가에

6) 東京大学労働法研究会(2003), 『注釈労働基準法』 下巻, 有斐閣, p.705.

불이익을 주어 불합리하고 또한 그렇게 할 수 있는 법령상 근거가 없다는 점에서) 대상 판결은 잘못된 판단을 한 것이다.

그렇다면 연차휴가와 관련하여 근본적인 개선방안은 무엇일까. 이는 연차휴가의 명칭을 ‘근로보상’을 의미하는 ‘연차(年次) 휴가’에서 매년 부여되는 휴가라는 의미의 ‘연례(年例)휴가[연례유급휴가]’로 변경하고 출근을 요건을 삭제하여 국제기준에 맞도록 입법적으로 결단을 내리는 것이다. 연차(年次)라는 명칭이 표상하는 바와 같이, 연차휴가는 ‘1년의 근로 후 다음 연도에’ 휴가를 부여한다는 의미가 깔려 있다. 즉 ‘근로에 대한 보상적’ 의미가 연차라는 용어에 이미 내포되어 있기 때문에 출근율의 마수에서 태생적으로 벗어나기 어렵게 되어 있는 것이다. 반면 앞에서 언급된 ILO 협약의 'Holidays with Pay'라든가 EU 지침의 'Annual Leave'라는 명칭의 경우, 그 어디에서도 ‘근로보상’ 내지 ‘출근율’의 의미를 찾아볼 수 없다. 또한 연차휴가의 발생요건과 관련해서도 ILO, EU 등의 국제기준은 일정기간 이상의 근속기간만을 요구하고 있고 일정한 출근율을 전제하고 있지 않으며, 휴가일수에 있어서도 우리보다 장기의 기간을 정하고 있다.

대상판결을 비롯하여 연차휴가와 관련하여 대법원은 일관되게, 연차휴가는 ‘근로자에게 일정기간 근로의무를 면제함으로써 정신적·육체적 휴양의 기회를 제공하고 문화적 생활의 향상을 위한 것’이라고 언급함으로써 ‘보편적 최소 휴식’의 의미로 이해하고 있다. 그럼에도 불구하고 현행 입법이 ‘연차(年次) 휴가’라는 명칭하에 ‘출근율’을 그 요건으로 규정하고 있기에 대상판결에서와 같이 상호 모순적인 태도가 나타날 수밖에 없다. 이제 출근율의 마수에서 벗어나 국제기준에 부합되게 휴가에 관한 입법을 개선할 때가 되었다. 우리 입법이 출근율의 마수에서 벗어나지 못하고 국제기준에 부합되게 연차휴가의 명칭과 요건을 개정하지 못하는 한, 연차휴가의 본질과 취지에 대한 대법원의 언급은 립 서비스에 머물러 있을 뿐이다. **㉑**

노호창(서울대학교 공익인권법센터 선임연구원)

7) 서울중앙지법 2006.9.28. 선고 2006나6583 판결; 임종률(2012), 『노동법』 제10판, 박영사, p.439 등 참조.

근로자퇴직급여보장법 적용을 위한 상시 근로자 수 산정방법

- 대법원 2013. 12. 26. 선고 2012도60247 판결 -

【판결요지】

근로기준법 시행령 제7조의2 규정은 근로자퇴직급여보장법 적용에 관한 상시 근로자 수 산정에는 적용되지 아니한다고 봄이 타당하다. 따라서 근로자퇴직급여 보장법에 따른 퇴직금 지급의무 여부를 판단하기 위한 상시 근로자의 수는 해당 근로자의 전체 근무기간을 기준으로 산정하여야 하고, 여기에서 상시라 함은 상태(常態)라고 하는 의미로서 근로자의 수가 때때로 5인 미만이 되는 경우가 있어도 사회통념에 의하여 객관적으로 판단하여 상태적으로 5인 이상이 되는 경우에는 이에 해당한다 할 것이며, 여기의 근로자에는 당해 사업장에 계속 근무하는 근로자뿐만 아니라 그때그때의 필요에 의하여 사용하는 일용근로자를 포함한다고 해석하여야 할 것이다.

사용자가 자신의 사업장에서 2003. 10. 20.부터 2010. 8. 15.까지 근로한 근로자에게 퇴직금을 지급기일 연장에 관한 합의 없이 퇴직일로부터 14일 이내에 지급하지 않았다. 대법판결은 이러한 사용자에 대하여 근로기준법 위반의 형사책임을 부과할 수 있는지 여부가 문제된 사안이다. 여기서 법적 쟁점은 위 사업장이 퇴직금 적용대상 사업장인지 여부에 있으며, 그 적용 여부를 판단하기 위하여 ‘상시 근로자 수’를 어떻게 산정하는가에 있다. 근로자퇴직급여 보장법(퇴직급여보장법)이 상시 4명 이하의 근로를 사용하는 사업장에 적용된 시점은 2010. 12. 1.부터이므로 이 사건의 경우는 상시 근로자 수가 5명 이상이어야 한다.

제1심과 원심(의정부지방법원 2012. 4. 27. 선고 2012노10 판결)은 피고인인 사용자에 대하여 무죄를 선고하였다. 그 이유는 보면, 원심은 퇴직급여보장법에서의 ‘상시 근로자’의 개념은 근로기준법의 개념이 그대로 준용된다고 판단하였고 이 사건 ‘상시 근로자 수’ 산정을 위해 근로기준법 제11조 및 같은 법 시행령 제7조의2 제1항을 적용한 것이다. 근로기준법은 제11조 제3항 및 같은 법 시행령 제7조의2 제1항에 “상시 사용하는 근로자 수”는 “해당 사업 또는 사업장에서 근로기준법 적용 사유(휴업수당 지급, 근로시간 적용 여부를 판단하여야 하는 사유를 말한다. 이하 이 조에서 같다) 발생일 전 1개월 동안 사용한 근로자의 연인원을 같은 기간 중의 가동 일수로 나누어 산정”하도록 규정하고 있다. 이 사건의 경우 근로자가 퇴직한 2010. 8. 15. 전 1개월 동안 사용한 상시 근로자의 수를 산정하여 보면 4명 이하의 사업장으로 인정되어 퇴직금 적용대상 사업장이 아닌 것이다.

그러므로 제1심과 원심은 사용자의 근로기준법 위반에 대해 무죄를 선고한 것이다.

대상판결은 검사가 상고한 사건이며, 대법원은 제1심·원심과 달리 판단하였다. 즉 대상판결은 근로기준법 시행령 제7조의2 규정은 퇴직급여보장법 적용에 관한 상시 근로자 수 산정에 적용되지 않는다고 보아 무죄를 선고한 원심을 파기·환송하였다.

대상판결이 제시한 첫째 논거는 퇴직급여보장법과 근로기준법의 차이성이다. 즉 퇴직급여보장법은 근로자 퇴직급여제도의 설정 및 운영에 필요한 사항을 정하기 위해 근로기준법이 정하고 있던 퇴직급여제도를 분리하여 별도로 제정되었다는 점과 근로기준법과 달리 2010. 12. 1.부터 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업에도 적용된다는 점이다. 둘째는, 상시 근로자 산정방법에 관한 근로기준법 제11조 제3항 및 같은 시행령 제7조의2의 규정(은⁸⁾ 퇴직급여보장법⁹⁾ 시행된 이후에 신설된 조항이기 때문에 이를 퇴직급여보장법에는 적용할 수 없다는 점이다. 그리고 근로기준법 시행령의 범문에 의하더라도 이는 근로기준법의 적용 여부를 판단하기 위한 상시 근로자 수 산정방법이지 퇴직급여보장법 적용 여부를 판단하기 위한 기준이 아니라는 것이다. 셋째, 퇴직금 지급의무 여부를 판단하기 위하여 근로기준법 시행령 제7조의2 규정에 따라 퇴직일 전 1개월 동안의 상시 근로자 수를 산정하는 것은 경우에 따라 해당 근로자가 상시 근로자 5명 이상인 사업장에서 1년 이상 계속 근무하였음에도 단지 퇴직일 전 1개월 동안의 상시 근로자 수가 4명 이하라는 이유로 사용자에게 퇴직금 지급의무가 없다는 부당한 결과를 가져올 수 있다는 점이다. 넷째, 퇴직 전 1개월을 산정기준으로 삼는 것은 1년 이상의 계속근로기간이 요구되는 퇴직금제도의 취지에 부합한다고 보기도 어렵다는 점을 들고 있다. 타당한 결론이라 생각한다.

그렇다면 이 사건에서 상시 근로자 수 산정에 있어서 근로기준법 시행령(1개월 동안)을 준용할 수 없다면 어떠한 기준에 의하여 산정되어야 하는가? 대상판결은 판결요지에서 보는 바와 같이 퇴직금 지급의무 여부를 판단하기 위한 상시 근로자의 수는 ‘해당 근로자의 전체 근무기간’을 기준으로 산정하여야 한다고 판결하였다. 이러한 결론은 대상판결이 처음은 아니며, 대상판결 역시 종전 판결(대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도364 판결 등)을 좇아 판단한 것이다. 위 2008년 대법원 판결은 근로기준법 시행령 제7조의2가 신설되기 이전의 사건이기는 하나 그 법리는 그대로 유지될 수 있다고 본다. 2008년 대법원 판결은 근로자가 폐업일에 퇴사하였으며 폐업일 직전 3~4개월 정도는 근로자가 4명이었으나 해당 근로자의 근무기간(약 4년) 전체적으로 보았을 때 상시 5명 이상이었던 사건이다. 회사가 부도·도산 및 경영상의 이유로 폐업하여 근로자가 퇴사하는 경우, 회사가 조업을 계속하던 가운데 어느 날 일시에 폐업하는 것이 아니라 휴업 및 조업 중단을 반복하

8) 2008. 6. 25. 신설되어 2008. 7. 1.부터 시행.

9) 2005. 1. 27. 제정되어 2005. 12. 1.부터 시행.

던 중에 폐업하는 경우가 일반적이며, 폐업 직전에 근로자들이 새로운 일자리를 찾아 이직하는 경우가 다반사이다. 이러한 경우 근로기준법 시행령에 따라 1개월만을 산정기간으로 삼는다면 퇴사시점에 따라 퇴직금 지급 여부가 달라진다는 결과에 이르게 되며, 폐업할 때까지 회사에 남아 근로를 제공한 근로자는 우연한 사정으로 퇴직금을 보장받지 못하는 결과가 초래된다. 이러한 이유로 2008년 대법원 판결도 상시 근로자 수를 판단할 때 해당 근로자의 근무기간 전체를 대상 기간으로 삼았던 것이다.

퇴직급여보장법이 2010. 12. 1.부터 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업장에도 적용되므로 상시 근로자 수를 산정해야 할 필요가 그만큼 줄었다고 볼 수 있으나 그럼에도 불구하고 대상판결은 여전히 유의미하다. 대상판결은 근로기준법 시행령에 ‘상시 사용하는 근로자 수의 산정 방법’이 도입된 이후 퇴직급여보장법에 대한 판결이라는 점에서 일차적 의의가 있다. 그리고 퇴직급여보장법의 확대적용에 따라 사용자의 부담을 완화시키면서 제도의 정착을 도모하기 위하여 단계적으로 시행(2010. 12. 1.~2012. 12. 31. 사용자 부담금 수준 : 100분의 50, 2013. 1. 1. 이후의 기간부터 법 규정에서 정하는 수준)하였다. 이때문에 5명 이내의 영세사업장 근로자의 재직기간이 위 시기에 걸쳐 있는 경우 적용제외 기간, 사용자의 반액부담 적용기간, 전면적용기간 등을 판단하기 위하여 상시 근로자 수를 산정하여야 필요가 있게 되었다. 대상판결은 위와 같은 점에서 이차적 의의가 있다.

KL

강선희(고려대학교 노동문제연구소 학술연구교수)

근로자퇴직급여보장법상 퇴직연금 수급권의 피압류적격

- 대법원 2014. 1. 23. 선고 2013다71180 판결 -

【판결요지】

채무자의 제3채무자에 대한 금전채권이 법률의 규정에 의하여 양도가 금지된 경우에는 특별한 사정이 없는 한 이를 압류하더라도 현금화할 수 없으므로 피압류 적격이 없다. 또한, 위와 같이 채권의 양도를 금지하는 법률의 규정이 강행법규에 해당하는 이상 그러한 채권에 대한 압류명령은 강행법규에 위반되어 무효라고 할 것이어서 실제법상 효력을 발생하지 아니하므로, 제3채무자는 압류채권의 추심금 청구에 대하여 그러한 실제법상의 무효를 들어 항변할 수 있다(대법원 2000. 7. 4. 선고 2000다21048 판결 등 참조). 그런데 근로자 퇴직급여제도의 설정 및 운영에 필요한 사항을 정함으로써 근로자의 안정적인 노후생활 보장에 이바지함을 목적으로 2005. 1. 27. 법률 제7379호로 ‘근로자퇴직급여 보장법’(이하 ‘퇴직급여법’)이 제정되면서 그 제7조에서 퇴직연금제도의 급여를 받을 권리에 대하여 양도를 금지하고 있으므로 위 양도금지 규정은 강행법규에 해당한다고 볼 것이다. 따라서 퇴직연금제도의 급여를 받을 권리에 대한 압류명령은 실제법상 무효이고, 제3채무자는 그 압류채권의 추심금 청구에 대하여 위 무효를 들어 지급을 거절할 수 있다.

금전채권에 대한 강제집행은 집행법원의 압류명령에 의하여 개시되는바(민사집행법 제223조), 금전채권이 압류명령의 대상이 될 수 있기 위해서는 ① 채권이 집행채무자의 책임재산에 속하고, ② 독립된 재산으로서 재산적 가치가 있어야 하며, 나아가 ③ 양도할 수 있는 것이어야 한다. 양도할 수 없는 채권은 압류하더라도 현금화할 수 없으므로 피압류적격이 부정된다. 개별 법률이 특정채권의 양도를 금지하는 경우에는 압류금지도 함께 규정하는 것이 일반적이나, 퇴직급여법 제7조 제1항은 퇴직연금 수급권의 양도를 금지하면서 압류에 관하여는 아무런 규정을 하지 않아 종래 퇴직급여법상 퇴직연금 수급권이 압류의 대상이 되는지 논란이 있었다. 이러한 해석상 논란은 주로 ① 퇴직연금 중 1/2에 해당하는 금액에 대해서만 압류를 금지한다고 규정하는 민사집행법 제246조 제1항 제4호와 퇴직급여법 제7조 제1항이 어떠한 관계에 있는지, ② 퇴직급여법 제7조 제1항이 퇴직연금 수급권의 양도는 제한하면서 압류금지에 관해서는 아무런 규정을 두지 않은 이유는 무엇인지에 기인한 것으로 생각하는데, 대상판결은 퇴직급여법상의 양도금지 규정과 민사집행법의 압류금지 규정은 특별법과 일반법의 관계에 있으므로 특별법인 퇴직급여법상의 양도금지 규정이 우선하여 적용되고, 따라서 퇴직급여법에 따라 양도가 금지된 퇴직연금 수급권은 피압류적격이 없어 강제집행의 대상이 되지 않는다고 판단하였다.

한편 위 ①의 쟁점에 관해서는 민사집행법 제246조 제1항 제4호의 입법연혁을 살펴볼 필요가 있다. 먼저 1990. 1. 13. 개정 전의 민사소송법(1963. 12. 13. 법률 제1499호로 개정된 것) 제579조는 압류금지채권으로 「공무원, 사립학교교원과 종교의 직에 있는 자의 직무상 수입의 2분 1을 초과하지 아니하는 액」(제3호)과 「근로자의 노무로 인하여 받는 보수의 2분의 1을 초과하지 아니하는 액」(제4호)을 별도의 호로 규정하고 있었으나, 1990. 1. 13. 개정 민사소송법은 공무원 등의 직무상 수입과 근로자의 보수를 구별하지 않고 제579조 제4호에서 “급여, 연금, 봉급, 상여금, 퇴직금, 퇴직연금 기타 유사한 성질을 가지는 급여채권의 2분의 1 상당액”은 압류하지 못한다고 규정하였다. 이러한 입법연혁을 고려해 보면 1990. 1. 13. 개정 민사소송법 제579조 제4호에서 압류금지채권으로 ‘퇴직연금’을 명시한 것은 종래 공무원, 교원 등의 직무상의 수입과 근로자의 보수를 별도로 규정하던 것을 하나의 조문으로 통합하여 규율하는 과정에서 압류금지채권의 범위를 명확하게 규정하기 위하여 급여, 연금, 봉급, 상여금, 퇴직금, 퇴직연금 등을 예시적으로 열거한 것이라고 생각한다. 한편 1990년 민사소송법 개정 전에도 공무원연금법이나 사립학교교원연금법 등 다수의 법률은 당해 법률상의 퇴직연금 전액의 압류를 금지하고 있었는데,¹⁰⁾ 1990년 개정 민사소송법 제579조 제4호에서 퇴직연금의 2분의 1 상당액은 압류하지 못한다는 규정이 신설되었다고 하여 종래 개별법으로 압류금지를 규정하고 있던 퇴직연금이 2분의 1의 범위에서 그 압류가 허용된다고 볼 수는 없을 것이다. 퇴직연금의 압류를 금지하는 개별법은 압류금지채권의 일반적인 범위를 정하는 구 민사소송법(내지 현행 민사집행법)에 대하여 특별법의 관계에 있기 때문이다. 결론적으로, 퇴직연금 중에서 개별법에 압류금지나 양도금지에 관한 별도의 규정이 없는 것들만이 민사집행법 제246조 제1항 제4호의 적용을 받는다고 할 것이다.

위 ②의 쟁점, 즉 퇴직급여법 제7조 제1항이 퇴직연금 지급권의 양도를 제한하면서 압류금지에 관해서는 규정을 두지 않은 이유는 동법 제정 전의 근로기준법상 퇴직연금보험 등에 관한 규정과의 관계에서 찾을 수 있을 것이다. 2005년 퇴직급여법 제정 전 근로기준법 제34조 제4항은 “사용자가 근로자를 피보험자 또는 수익자로 하여 대통령령이 정하는 퇴직보험 또는 퇴직일시금신탁에 가입하여 근로자의 퇴직 시에 일시금 또는 연금으로 수령하게 하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 퇴직금제도를 설정한 것으로 본다”는 규정을 두어 사용자가 퇴직금제도를 갈음하는 퇴직연금보험에 가입할 수 있다고 규정하고 있었고,¹¹⁾ 당시 근로기준법시행령 제11조 제4호는 퇴직연금보험은 “퇴직보험등에 의한 일시

10) 공무원연금법은 1960. 1. 1. 법률 제533호로 제정되던 당시부터 “급여를 받을 권리는 이를 양도, 담보 또는 압류할 수 없다”고 규정하고 있었으며(§8본문), 사립학교교원연금법도 1973. 12. 20. 법률 제2650호로 제정될 당시부터 “급여를 받을 권리는 이를 양도 또는 압류하거나 담보에 공할 수 없다”고 규정하고 있었다(제40조 제1항 본문).

11) 근로기준법에서 퇴직금 제도를 갈음할 수 있는 퇴직연금보험을 처음 도입한 것은 1996. 12. 31. 개

금·연금 또는 해지환급금을 받을 피보험자등인 근로자의 권리는 양도하거나 담보로 제공할 수 없는 것일 것”이라는 요건을 갖추어야 한다고 규정하고 있었다. 그런데 위 근로기준법시행령 제11조 제4호는 퇴직보험의 계약당사자의 법률관계를 직접 규율하는 것은 아니고 단지 퇴직보험의 보험약관이나 규약 등에 양도금지의 취지가 반영되어야 한다는 규정이며, 따라서 퇴직보험에 의한 연금 등의 양도가 제한된다고 하더라도 이는 ‘당사자의 특약에 의하여 양도가 금지된 채권’에 불과하여 피압류적격은 인정된다고 할 것이다. 생각건대, 2005년 퇴직급여법 제7조 제1항에서 퇴직연금 지급권의 양도를 금지하면서도 압류금지에 관해서는 별도의 규정을 두지 않은 것은 ‘퇴직연금 지급권의 압류는 허용한다’는 특별한 입법적 고려에 근거한 것이 아니라 신중한 고려 없이 퇴직연금보험에 관한 근로기준법시행령 제11조 제4호의 태도를 따라 입법한 것으로 추측된다. 그런데 퇴직연금보험에 관한 근로기준법시행령 제11조 제4호는 퇴직연금보험에 대한 감독규정의 성격을 갖는 것이어서 당사자 간의 법률관계를 직접 규율하는 강행법규는 아니었으나, 퇴직급여법 제7조 제1항은 퇴직연금의 당사자를 직접 규율하는 강행법규의 성격을 갖게 되었고, 이로 인하여 피압류적격까지 문제가 된 것으로 보인다. 입법의 경위가 어찌되었던 간에 현행 퇴직급여법 제7조 제1항은 퇴직연금 지급권의 양도를 금지하고 있으므로, 위 규정의 성격을 강행법규라고 보는 한 퇴직급여법에 따른 퇴직연금 지급권의 피압류적격을 부정하는 것이 논리적이다. 따라서 퇴직급여법상 퇴직연금 지급권에 대한 압류명령은 강행법규에 위반한 것으로 실제법상 효력을 발생하지 아니한다는 대상판결의 결론에 찬성한다. 특히 대상판결은 퇴직급여법상 퇴직연금 지급권의 압류와 관련한 그동안의 해석상 혼란을 해결하였다는 점에서 큰 의미가 있다. 다만, 공무원연금법 등에 의한 퇴직연금의 경우에는 국세징수법상 체납처분의 대상은 될 수 있다는 점(공무원연금법 제32조 단서)에 비추어 퇴직급여법에 따른 퇴직연금에도 체납처분은 허용된다고 할 것인지 등은 여전히 문제될 것이라는 점을 고려할 때, 종국적으로는 퇴직급여법상 퇴직연금의 압류나 체납처분의 가능성에 관한 문제들을 입법적으로 정비하는 것이 바람직하다고 생각한다.

KLI

권오성(성신여자대학교 법과대학 부교수)

정 근로기준법 제28조 제4항에 “사용자가 근로자를 피보험자로 하여 대통령령이 정하는 퇴직연금 보험 기타 이에 준하는 보험에 가입하여 근로자의 퇴직 시에 일시금 또는 연금으로 수령하게 하는 경우에는 제1항의 규정에 의한 퇴직금 제도를 설정한 것으로 본다”라는 규정을 신설하면서부터이다.

연장근로의 증명방법과 스마트폰 앱의 활용

- 서울중앙지법 2014. 1. 7. 선고 2013가소5258885 판결 -

【판결요지】

회사에서 출퇴근시간을 기록하는 장치 또는 제도가 없는 경우 근로자가 스마트폰 앱을 활용하여 기록한 것도 진정한 출퇴근시간으로 인정될 수 있으며, 현실적으로 연장근로가 필요함에도 불구하고 회사 측이 싫어하기 때문에 사실상 연장근로신청을 포기하는 분위기에 있는 직장이라면 근로자가 연장근로에 대해 사전에 승인을 얻지 않았거나 연장근로신청을 하지 않았다고 하더라도 실제로 행한 연장근로시간에 대해서는 회사는 수당을 지급해야 한다.

피고는 유통업을 하는 주식회사 홈플러스이며, 원고들은 피고에서 CM(Category Manager) 또는 SM(Section Manager)으로 근무하는 영업·판매사원 2명이며, 피고로부터 3년간 지급받지 못한 연장근로수당(야간근로 포함) 약 760만 원과 560만 원 상당을 각 청구하였다. 원고들은 “근로자들이 초과근무를 하여도 회사가 사전에 승인하여 결재한 경우가 아니면 연장근로수당을 지급하지 않으며, 회사는 한 달에 2, 3일 정도에 대해서만 연장근로와 야간근로를 인정하였다. 원고들은 이러한 회사의 처사가 부당하다고 생각하여, 2012년 10월 경부터 2013년 3월경까지 출근시각과 퇴근시각을 스마트폰 앱으로 기록하였다. 즉, 회사에서 출퇴근을 기록하는 장치와 제도가 마련되어 있지 않아서 ‘IT 노조’가 연장근로시간을 측정하기 위해 개발한 ‘야근시계’라는 명칭의 ‘앱’(app)을 사용하였고, 이 경우 출퇴근시 스마트폰에 저장된 앱을 누르면 그 내역(출근시간, 퇴근시간, 위치정보 등)이 이메일로 전송되어 기록으로 남겨져서 연장근로시간을 객관적으로 확인할 수 있다”라며 5개월간 측정한 연장근로와 야간근로에 관한 자료를 근거로 하여 3년간의 수당을 청구하였다.¹²⁾

그러나 피고는 “연장근로의 신청과 승인에 관해 사내 게시판 등에 공지하여 전 직원들에게 알렸으며, 연장근로 실시 후 3일 이내에 신청하더라도 수당을 정산해 주었기에 미지급한 연장근로수당이 발생할 여지가 없다. 또한, 스마트폰 앱을 통해 연장근로를 기록한 것은 피고가 정하여 사용되는 절차와 방식이 아니며, 프로그램 자체에 대한 오류가 존재하거나 출퇴근 기록이 통제되고 감독되지 아니한 채 측정 대상자가 임의로 조작하는 제도나 장치는 그 측정결과의 객관성을 담보할 수 없다. 스마트폰 앱으로 측정한 5개월분의 출퇴근시간을 기준으로 최근 3년간의 연장 및 야간근로수당을 추산하였으나, 이는 어떠

12) 매일노동뉴스 2014. 2. 5.자에 게재된 판례리뷰(강문대, 스마트폰 앱의 반란)를 참조.

한 논리적 근거도 없고 사실관계에도 부합하지 않으며 막연한 추론에 불과하다”라며 원고의 주장을 반박하였다.

법원은 제출된 이메일과 증언 등을 통해 “피고는 1주간에 12시간 이상의 연장근로를 허용하지 않고, 가급적 근무시간 내에 일을 마쳐 연장근로가 발생하지 않도록 근로자들에게 주시킴, 원고들이 근무하는 매장에는 설과 추석 등 명절, 정기창고정리, 전단지 행사, 외부인사방문과 같은 이벤트행사를 할 경우 연장근로가 사실상 필요하며, 연장근로가 있어도 근로자 중에는 회사에서 연장근로의 발생을 달가워하지 아니하므로 연장근로 신청을 하지 않는 경우가 있으며, 원고1은 2012. 10. 1.부터 2013. 2. 28.까지, 원고2는 2012. 11. 1.부터 2013. 3. 31.까지 각 5개월간 연장근로신청을 하지 아니하였다”라는 사실관계를 인정하였다. 이러한 사실관계에 기초하여 아래와 같은 근거에서 피고가 원고1에게 약 130만 원, 원고2에게 약 90만 원의 수당을 지급하라고 판결하였다.

원고들이 통상적인 출근시간보다 빨리 출근한 경우라도 사용자의 요구에 의한 것이라는 점에 대한 증거가 없는 이상 조기출근한 시간부터 근로한 것으로 인정할 수 없고, 퇴근시간이 30분 이내로 늦어진 경우에도 퇴근준비를 위한 시간일 수 있다는 사정을 고려하여 연장근로로 인정하지 않았다. 다만, 출근시간이 평소와 달라진 2013. 2. 3.부터 2013. 2. 10.까지는 구정 명절로 피고가 요구하여 출근이 빨라진 것이므로 출근시간부터 근무한 것으로 인정하였다. 원고들이 5개월간의 출퇴근 시간을 스마트폰 앱으로 기록하여 청구한 부분만 인정되었다. 즉 원고들은 위 기간을 포함하여 3년간 같은 시간의 연장근로를 하였다는 사실을 전제로 수당을 청구하였는데, 위 5개월 동안은 원고들이 연장근로신청을 전혀 하지 않았으나, 나머지 기간 동안에는 연장근로신청을 한 사실, 연장근로는 점포에서 필요한 경우가 그때마다 다를 수밖에 없는 사실 등을 고려하면 출퇴근 시간을 체크하거나 기록하지 않은 기간에 대해서는 연장근로를 인정할 수 없어, 그 기간에 해당하는 원고들의 청구를 기각하였다.

이 사건에서는 노동법과 소송법상 쟁점이 결합되어 있다. 즉 스마트폰 앱을 사용하여 기록한 출퇴근 시간을 진정한 것으로 인정할 수 있는지, 회사가 연장근로를 하기 전에 신청과 승인을 얻도록 방침을 정해 놓은 경우에 이런 절차를 거치지 않고 연장근로를 하였다면 수당을 지급해야 하는지, 빨라진 출근시간과 늦어진 퇴근시간에 대해 근로시간으로 인정할 것인지 여부이다. 첫째, 법원은 회사에서 출퇴근 시간을 기록하는 장치나 제도가 없다면 근로자가 스마트폰 앱을 사용하여 확인한 출퇴근 시간은 객관성이 인정되므로 진정한 출퇴근 시간으로 인정하였다. 둘째, 현실적으로 연장근로가 필요함에도 불구하고 회사가 싫어하는 등의 사정이 인정되면 연장근로에 대해 회사의 승인을 받지 않았거나 연장근로신청을 하지 않았다고 하더라도 실제로 행한 연장근로 시간에 대해서는 수당을 지급하라고 판단했다. 물론 근로자가 회사가 정한 기준과 절차가 아닌 방법으로 연장근

로를 기록하였다고 해서 모두 인정되는 것은 아니다. 이때 연장근로에 관한 회사의 태도, 업무상 필요성, 근로의 형태와 근로자가 실제로 연장근로를 하게 된 경위 등을 종합적으로 고려하여 판단하게 된다. 만약 회사가 연장근로를 명백하게 거부하거나 승인을 거절하였다면, 근로자가 연장근로를 하였다고 해도 수당을 받기 어렵게 될 것이다. 셋째, 출근 시간이 빨라진 이유가 회사의 요구에 의한 것이라면 근로시간에 포함되며 퇴근시간이 30분 정도 늦어져도 퇴근을 준비하기 위한 경우라면 근로시간에 포함되지 않는다고 보았다. 이와 관련하여 회사의 요구가 없었으나 근로자가 업무상 필요하다고 생각하여 조기출근한 경우 또는 1시간 이상 퇴근시간이 늦어진 경우 근로시간에 포함시킬 수 있는가는 사안에 따라 해석문제로 남는다.

근기법상 연장근로수당은 연장근로를 하면 지급되는 것이지 다른 요건을 충족시켜야만 하는 것은 아니다. 그러나 사용자의 입장에서는 근로자가 근무시간 중에 열심히 일하지 않고 연장근로를 발생시키는 것을 원하지 않고, 지급할 임금이 할증률이 적용되므로 연장근로를 관리할 필요가 있다. 이러한 점 때문에 노동현장에서는 근로자의 신청과 사용자의 승인을 통해 연장근로가 인정되고 수당이 지급되는 경우가 많다. IT기술의 발전으로 인해서 소송분쟁에서의 증명방법도 점차 변화되고 있어 근로자가 출퇴근 시간을 기록한 것도 객관성과 신뢰성을 전제로 하여 인정되었으며, 회사의 승인절차를 따르지 않고 연장근로를 한 경우라도 그 경위와 업무상 필요성 등을 통해 연장근로로 인정될 수 있다는 대법판결은 시사하는 바가 크다. 법원의 사건검색에 따르면 피고회사는 1심판결에 대해 항소를 하였으므로 2심의 결과가 주목된다. **㉮**

박수근(한양대학교 법학전문대학원 교수)

불법파업의 반사실적 조건은 합법파업이다

- 부산지방법원 2014. 1. 17. 선고 2011가합1647 판결 -

【판결요지】

민사상 배상책임이 면제되는 손해는 정당한 정의행위로 인한 손해에 국한된다고 풀이하여야 할 것이고, 정당성이 없는 정의행위는 불법행위를 구성하고 이로 말미암아 손해를 입은 사용자는 노동조합이나 근로자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다. (...) 불법정의행위로 인하여 노동조합이나 근로자가 그 배상책임을 지는 배상액의 범위는 불법정의행위와 상당인과관계에 있는 모든 손해라 할 것이다.

우리가 어떤 일의 효과를 알고자 할 때, 그런 일이 없는 경우와 비교하게 된다. 그때 그런 일이 없었더라면 어떻게 되었을까...? 내가 그때 그 일을 하지 않았더라면 어떻게 되었을까...? 그러나 현실적으로는 이미 일어나 버린 일이기 때문에 반대의 경우를 확인하기란 불가능하다. 그래서 여러 가지 변수 통제를 통해서 비교 대상으로 삼고자 하는 경우와 가장 가까운 상태를 가정하게 된다. 그러한 상태를 ‘반사실적 조건’이라고 한다.

그렇다면 위법한 파업으로 인한 손해를 산정할 때 그 반사실적 조건은 무엇인가? 파업이 없는 상태인가? 아니면 파업이 적법한 상태인가? 만약 현재의 판례대로 파업이 없는 상태를 반사실적 조건으로 삼아 손해를 산정한다면 이는 파업 자체를 처벌하는 것과 같다. 즉 파업이 없는 경우와 파업이 있는 경우를 서로 비교하는 것이어서 파업의 적법성 혹은 파업의 위법성 여부를 불문하고 파업 그 자체에 패널티를 부과하는 것이다. 이는 파업을 권리로 보장하고 있는 헌법에 반하는 결과이다. 위법한 파업의 반사실적 조건은 파업이 없는 것이 아니라 적법한 파업이다.

그 어떤 위법한 파업이라도, 가령 법원의 판단대로 정리해고에 반대하는 것이어서 그 목적이 정당하지 아니한 파업이라고 하더라도 그 속에는 ‘노동의 부작위’라고 하는 파업의 속성은 그대로 남아 있다. 그 부분은 헌법상 보장되는 단체행동권의 영역에 속하므로 위법이라 할 수 없다. 따라서 그 영역에서 발생하는 손해, 즉 순수하게 노동의 부작위로 인하여 발생하는 손해에 대해서는 노동조합과 근로자에게 배상 책임이 발생하지 않는다. 그 손해는 적법한 파업의 경우에 발생할 손해와 같다. 그러므로 위법한 파업의 경우에 배상 책임의 범위는 파업이 적법한 경우에도 발생할 수 있는 손해를 벗어난 손해로 한정된다. 요컨대 적법한 파업과 위법한 파업을 비교 대상으로 삼아 손해배상책임의 범위를 산정하는 것이 파업의 권리성 원칙에 부합한다.

좀 더 쉽게 말하자면 이런 것이다. ‘불법파업’이란 ‘불법+파업’인데, 파업은 권리이므로 손해배상은 불법에 대해서만 인정된다. 불법파업이라는 2층 구조에서, 1층까지는 헌법상 권리인 파업권의 영역이고, 불법은 2층에서만 발생한다. 그러므로 어떤 경우든지 1층에서는 손해배상책임이 발생하지 않는다. 1층의 손해는 합법파업의 경우에도 발생하는 손해와 같고 그것은 헌법상 권리의 행사로 인한 것이기 때문에 손해배상책임이 생기지 않는다. 손해배상의 범위는 불법의 영역인 2층으로 한정된다.

법원은 파업이 없는 경우를 비교 대상으로 삼아 손해를 산정하고 있는데, 즉 2층에서 불법이 발생하면 1층까지 전부 불법으로 보고 손해를 산정하고 있는데, 이는 파업 그 자체를 처벌하는 것과 같아서 파업을 권리로 보장하고 있는 헌법의 정신에 반하는 것이다.

❏❏❏

박제성(한국노동연구원 부연구위원)