

노동판례리뷰

캐디는 근로자이지만 근로자가 아니다

- 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결 -

【판결요지】

원고(캐디)들은 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 볼 수는 없지만 노조법상의 근로자성은 인정할 수 있다. 피고(골프장 시설운영자)는 근로기준법상의 사용자가 아니어서 근로법에서 정한 의무를 부담하지는 않으나 노조법상의 사용자에게 해당하므로 노조법에 따른 의무를 부담한다.

대상판결에 따르면, 캐디는 근로기준법상의 근로자는 아니지만 노조법상의 근로자는 맞다.¹⁾ 근로기준법상의 근로자는 “그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부”에 따라 판단하여야 한다. 설령 캐디가 “어느 정도의 사용종속적인 관계”에서 노무를 제공하고 있다손 치더라도, “임금을 목적으로 한 노무 제공”으로는 볼 수 없기 때문에 근로기준법상의 근로자는 아니라는 것이다. 요컨대 근로기준법상의 근로자는 단순한 사용종속성이 아니라 임금을 목적으로 한 종속성, 즉 “임금종속성”(판결문의 다른 곳에서는 “인적 종속성”으로 표현되기도 한다)이 충족되어야 한다.

근로기준법상의 근로자와는 달리 노조법상의 근로자는 “사용종속관계하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자”를 말한다. 그런데 여기에서 말하는 사

1) 캐디의 근로기준법상 근로자성을 부정한 것에 대한 비판적 평석으로는 오윤식(2012), 『골프장 캐디의 근로자성 : 서울고등법원 2011. 8. 26. 선고 2009나112116 판결』, 『법조』 2012년 12월호 참조. 이 평석은 대상판결의 원심에 관한 것이지만 대상판결이 원심의 판단을 그대로 수용했기 때문에 그대로 대상판결에 대한 평석으로도 읽을 수 있을 것이다.

용종속관계란 임금종속성이 아니라 “업무종속성”을 의미한다. 업무종속성이란 사용자의 지휘, 감독의 정도 및 근로자가 독립하여 자신의 위험과 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 등, “업무의 종속성 및 독립사업자성”을 말한다. 판결문은 이를 “경제적 종속성”이라고 표현하기도 한다.

대상판결은 임금종속성(인적 종속성)과 업무종속성(경제적 종속성)을 구분하고 근로기준법상의 근로자성 판단에서는 전자를 중시하고, 노조법상의 근로자성 판단에서는 “후자에 더 중점을 두었다”는 것을 명시적으로 인정한 최초의 대법원 판결인 것 같다.

그런데 첫 번째 질문, 종속노동의 개념을 둘러싸고 인적 종속성, 경제적 종속성, 조직적 종속성 등의 대립이 있었고 또 지금도 있지만, 그것은 노동법 전체의 적용 범위에 관한 논쟁이 아니었던가? 대상 판결이 인정한 이원적 판단 구조가 노동법에서 갖는 의미가 앞으로 규명될 필요가 있을 것으로 보인다.

한편 노조법상의 근로자성 판단에 대응하여 노조법상의 사용자성도 근로기준법과는 다르게 정의된다. 즉 노조법상의 사용자란 “근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배, 결정할 수 있는 지위에 있는 자”를 말한다. 이는 2010년에 나왔던 현대중공업 사내하청 판결의 논리를 따른 것이다.

그런데 두 번째 질문, 현실의 노동관계에서 근로기준법의 적용과 노조법의 적용이 절대적으로 분리될 수 있는 것일까? 가령 단체협약의 규범적 효력은 근로계약을 매개하지 않고도 인정될 수 있는 것일까? 지금까지 노조법상 근로자성 또는 사용자성 문제는 주로 노동조합의 설립이나 부당노동행위와 관련되어 제기되었다. 앞으로는 근로조건의 설정과 이행에 관한 법원(法源)의 문제도 규명될 필요가 있는 것으로 보인다. **KL**

박제성(한국노동연구원 부연구위원)

재직 중인 자에게만 지급되는 임금도 통상임금이다

- 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다86287 판결 -

【판결요지】

(1) 원고는 이 사건 파업으로 말미암아 단지 피고와의 근로관계가 일시 정지되었을 뿐 그 근로관계 자체가 종료되었다고 할 수는 없으므로 이 사건 단체협약에서 하기휴가비의 지급대상으로 정한 '지급기준일 현재 재직 중인 근로자'에 해당하고, 한편 파업과 휴직은 근로관계가 일시 정지되어 그 기간에 상응하는 만큼 근로자의 임금청구권이 발생하지 않는다는 측면에서 일부 공통점이 있을 뿐 그 취지와 목적, 근거 등에서 엄연히 구별되는 별개의 개념이므로, 원고가 하기휴가비의 지급기준일에 파업에 참가하였다고 하여 이 사건 단체협약상 하기휴가비의 지급 대상에서 제외되는 '지급기준일 현재 휴직 중인 근로자'에 해당한다고 볼 수는 없다.

(2) 이 사건 하기휴가비 및 설·추석상여금은 단체협약에 의하여 근로자가 소정근로를 했는지 여부와는 관계없이 그 지급기준일에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 정해져 있는 임금으로서, 위와 같은 불확실한 조건이 그 지급의 자격요건이 되는 것이므로 통상임금의 징표로서의 고정성이 결여되었다고 할 것이므로, 이 사건 하기휴가비 및 설·추석상여금은 고정성 등을 결여하여 통상임금에 해당하지 않는다.

대법원은 2013. 12. 18. 법 논리적 측면보다는 결론을 더욱 고민한 듯 보이는 두 개의 전원합의체 판결²⁾(이하 '통상임금 전원합의체 판결'이라 함)을 통해 통상임금에 대한 나름의 법리적 기준을 제시하였다.³⁾ 통상임금 전원합의체 판결이 통상임금의 개념징표, 통상임금인지 여부가 문제되는 각종 수당항목에 대해 구체적 판단기준을 제시함으로써 그 간 논란이 되어 왔던 통상임금 문제에 대한 예측가능성을 제고했다는 평가도 가능하겠으나, 통상임금 전원합의체 판결에 의해 통상임금과 관련된 모든 문제가 일거에 해결된 것은 아니며, 향후의 판결에 의해 해결되어야 할 법률적 쟁점 및 법리적 측면에서 재검토되어야 할 부분은 여전히 남아 있다. 이 중 하나가 통상임금 전원합의체 판결 이후 통상임금과 관련하여 내려진 첫 대법원 판결인 대상판결에서 문제되고 있는 이른바 '재직자임금지급규정'이다.

재직자임금지급규정과 관련하여 대상판결에서 다투어진 쟁점은 크게 두 가지이다. 첫

2) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결 및 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다94643 판결.

3) 통상임금 전원합의체 판결의 내용 및 이후의 쟁점에 관하여는 김홍영(2014), 『통상임금 전원합의체 판결의 의의』, 『노동리뷰』 2월호, p.20 이하 참조.

째 쟁점은 재직자임금지급규정의 해석과 관련된 것이다. 이 사건 원고 근로자가 소속된 노동조합과 사용자는 단체협약에 “지급기준일인 7. 15. 현재 재직 중인 근로자에 한하여 연 1회 하기휴가비를 지급하되, 지급기준일 현재 휴직 중인 근로자에게는 하기휴가비를 지급하지 않는다”는 규정을 두고 있었다. 따라서 단체협약에서 정한 하기휴가비의 지급 대상이 되기 위해서는 ‘지급기준일 현재 재직 중인 근로자’라는 적극적 요건에 해당하고 ‘지급기준일 현재 휴직 중인 자’라는 소극적 요건에 해당하지 않아야 한다. 그런데 노동조합은 2010년 하기휴가비 지급기준일인 7. 15.을 포함하여 6월에서 8월까지 파업을 진행하였고, 이 사건 근로자도 파업에 참가하였다. 이에 대상판결에서는 하기휴가비 지급기준일에 파업에 참가한 이 사건 근로자가 단체협약상 하기휴가비의 지급 대상에 포함되는지가 문제되었다. 이에 대해 대상판결은 단체협약상 하기휴가비의 지급기준일에 파업에 참여한 근로자는 지급대상이 되는 적극적 요건에 해당할 뿐만 아니라, 근로관계의 정지라는 파업과 휴직의 법률효과상의 일부 공통점을 근거로 파업에 참여한 자는 지급대상에서 제외되는 소극적 요건에 해당한다고 판단한 원심과 달리 이에 해당하지 않는 것으로 보아 지급대상에 포함되는 것으로 판단하였다. 파업으로 인한 불이익 금지를 규정한 법률규정의 취지나 파업과 휴직은 그 법적 개념과 성질을 달리한다는 점에서, 단체협약상의 재직자임금지급규정의 적용대상에서 제외되는 휴직자에 파업에 참여한 자가 포함되는 것으로 해석하는 것은 ‘서로 다른 것을 같은 것으로 취급’하는 것으로서 허용될 수 없는 확대해석 내지 유추해석이다.

대상판결의 둘째 쟁점은 재직자임금지급규정이 있는 임금이 통상임금에 포함되는지 여부이다. 이 사건 원고 근로자가 하기휴가비 및 설·추석상여금이 통상임금에 해당함을 전제로 연장·야간·휴일근로에 대한 임금차액을 청구한 것에 대해 대상판결은 통상임금 전원합의체 판결과 마찬가지로 통상임금성을 부정하였다.⁴⁾ 그러나 이와 같은 견해는

4) 대상판결이 통상임금 전원합의체 판결을 인용하여 통상임금성을 부정하였다. 그 내용을 그대로 옮기면 다음과 같다. “고정적인 임금이라 함은 ‘임금의 명칭 여부를 불문하고 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연하고도 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금’을 말하므로, 근로자가 임의의 날에 소정근로를 제공하면 추가적인 조건의 충족 여부와 관계없이 당연히 지급될 것이 예정되어 지급 여부나 지급액이 사전에 확정된 임금은 고정성을 갖춘 것으로 볼 수 있다. 여기서 말하는 조건은 근로자가 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에 그 성취 여부가 아직 확정되어 있지 않은 조건을 말하므로, 특정 경력을 구비하거나 일정 근무기간에 이를 것 등과 같이 위 시점에 그 성취 여부가 이미 확정되어 있는 기왕의 사실관계를 조건으로 부가하고 있는 경우에는 고정성 인정에 장애가 되지 않지만, 근로자가 소정근로를 했는지 여부와는 관계없이 지급일 기타 특정시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하기로 정해져 있는 임금은 그 특정시점에 재직 중인 것이 임금을 지급받을 수 있는 자격요건이 된다. 그러한 임금은 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정시점에 재직하지 않는 사람에게는 지급하지 아니하는 반면, 그 특정시점에 재직하는 사람에게는 기왕의 근로 제공 내용을 묻지 아니하고 모두 이를 지급하는 것이 일반적이다. 그와 같은 조건으로 지급되는 임금이라면, 그 임금은

다음과 같은 점에서 재검토되어야 하고 수정되어야 한다.

첫째, 통상임금 전원합의체 판결은 재직자 기준 등 추가조건을 부가하는 것이 합법적일 수 있는 요건을 판단하지 않은 채 재직자임금지급규정의 유효성을 전제하고 있어 타당하지 않다. 이와 같은 대법원의 견해에 대해 지급일 재직요건 등 일정한 지급조건을 요구하는 것은 원칙적으로 무효가 아니고, 임금으로 지급되는 것이 명백하거나 성과에 따른 이익배분적 성격이 강한 경우에만 유효하지 않은 것으로 볼 수 있다는 견해가 있다.⁵⁾ 그러나 모든 임금은 근로의 대가로 지급되는 것이고, 상여금 또는 수당의 임금성이 긍정되는 이상 지급기준일 이전에 퇴직한 근로자에게도 퇴직시점까지의 근로의 대가는 해당 기간의 근로제공일수 비율에 따라 지급되어야 한다. 이러한 점에서 재직자임금지급규정은 근로자가 근로제공의 대가로 지급받아야 할 임금을 사전에 포기토록 하는 약정으로 무효이다.⁶⁾

둘째, 통상임금 전원합의체 판결은 재직자임금지급규정의 유효성에 대한 비판이 있음을 염두에 둔 탓인지, “기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정 시점에 재직하지 않는 사람에게는 지급되지 아니하는 반면, 그 특정시점에 재직하는 사람에게는 기왕의 근로제공 내용을 묻지 아니하고 모두 지급”된다는 점을 들어 “그와 같은 조건으로 지급되는 임금이라면, 그 임금은 이른바 ‘소정근로’에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라 보기 어렵다”고 하여 재직 중인 자에게만 지급되는 수당에 대해 근로의 대가로 지급되는 임금이 아니라는 태도를 취하고 있으나 이는 자가당착(自家撞着)적이다. 대법원은 대법원 1995. 12. 21. 선고 94다26721 전원합의체 판결을 통해 모든 임금을 근로의 대가로 파악하여 임금을 근로제공에 대한 교환적 부분과 근로제공과 무관한 생활보장적 임금으로 구분하던 임금2분설을 폐기한 바 있다. 재직 중인 자에게만 지급되는 수당은 근로제공의 대가로 지급되는 임금이 아니라는 대법원의 설명은 대법원 스스로가 폐기되었다고 밝힌 임금2분설을 판례변경 없이 인정하는 것이어서 부당하다.

셋째, 통상임금 전원합의체 판결은 재직자에게 지급되는 임금에 대해 통상임금의 고정성을 부정하나 이는 일률성과 고정성을 혼동하는 것이어서 타당하지 않다. 통상임금 전원합의체 판결이 밝히고 있는 바와 같이 고정성의 핵심적 표지는 ‘사전확정성’에 있고, 사전확정성은 ‘무엇을 얼마나’ 지급할 것인가와 연관되어 있다. 이에 반해 ‘재직자임금지

이른바 ‘소정근로’에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라고 보기 어려울 뿐 아니라 근로자가 임의의 날에 근로를 제공하더라도 그 특정시점이 도래하기 전에 퇴직하면 당해 임금을 전혀 지급받지 못하여 근로자가 임의의 날에 연장·야간·휴일 근로를 제공하는 시점에서 그 지급조건이 성취될지 여부는 불확실하므로, 고정성도 결여한 것으로 보아야 한다(대법원 2013.12.18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결, 대법원 2013.12.18. 선고 2012다94643 전원합의체 판결 등 참조).

5) 박지순(2014), 『통상임금 판결의 쟁점과 정책과제』, 『노동리뷰』 2월호, pp.8~10.

6) 같은 취지로 김성진(2014), 「대법 ‘임금 재직요건규정’ 판결은 무효다」, 2014. 1. 27. 경향신문.

급규정'에서 문제되는 것은 이를 '누구에게' 지급할 것인가의 문제로서, 이는 일률성과 관련되어 있다.⁷⁾ 그리고 '재직자임금지급규정'의 일률성은 휴직자나 복직자 또는 징계대상자에 대하여 임금이 지급되지 않더라도 이는 개인적 특수성을 고려한 것으로 일률성이 부정되지 않는다는 통상임금 전원합의체 판결의 취지에 따라 판단하면 충분하다.

고용노동부는 2014. 1. 23. 『통상임금 노사지도 지침』에서 상여금이나 수당뿐만 아니라 정기상여금의 경우에도 지급일기준 재직 중인 근로자에게만 지급될 경우 통상임금에 해당하지 않는다고 밝히고 있다. 이와 같은 대법원 및 고용노동부의 입장을 고려할 때, 각종 수당뿐만 아니라 정기상여금에 '재직자임금지급규정'을 도입하여 이를 통상임금에서 제외하려는 기업들의 시도가 크게 늘 것으로 예상된다. 통상임금 전원합의체 판결이 이를 의도한 것은 아닐 것이다. 이와 같은 기업의 불합리한 시도를 바로잡는 것은 이러한 상황을 자초케 한 대법원이 해야 할 몫이다. **KL**

김기선(한국노동연구원 부연구위원)

조합사무실 운영비 지원 관행의 일방적 파기는 정당한가?

- 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011다109531 판결 -

【판결요지】

원고와 피고가 체결한 2006. 4. 1.자 구 단체협약 제13조 제1항과 2010. 5. 14.자 신 단체협약 제11조 제1항은 각각 '공사는 조합활동을 위한 사무실을 제공한다.'라고 규정하고 있을 뿐 전기요금 등 그 운영비에 대하여는 아무런 정함이 없는데, 이러한 단체협약 조항의 문언적인 의미, 노동조합 및 노동관계조정법의 규정 내용, 철도청이 전기요금을 지원해 오게 된 경위 및 국가기관에서 공기업으로 전환된 이후 피고가 취한 입장과 행동 등의 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원고와 피고가 체결한 위 각 단체협약 조항에서 정한 '사무실의 제공'에 사무실이라는 공간적인 시설과 사회통념상 그 안에 일반적으로 비치되는 책상, 의자, 전기시설 등 부대시설의 제공을 넘어 운영비의 성격을 지닌 전기요금의 지급까지 포함된다고 해석할 수는 없을 뿐만 아니라, 전기요금 지원 관행이 피고 내에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되었다거나 사실상의 제도로서 확립되어 있다고 할 수 있을 정도의 규범의식에 의하여 지지되고 있었다고 보기도 어렵다.

7) 이철수(2014), 『통상임금 관련 대법원 전원합의체 판결의 의의와 평가』, 2014년 한국노동법학회 학술대회 『통상임금, 대법원 전원합의체 판결의 의미와 과제』, p.14.

피고 한국철도공사는 원고 전국철도노동조합이 설립된 1945년경 이후 60여 년간 노동조합 사무실의 전기요금을 지원해 오다가, 2009. 12월부터 ‘노동조합 사무실의 전기요금을 부담하는 것이 부당노동행위에 해당할 수 있다’는 노동부의 해석에 근거해 전기요금의 납부를 거부하였다. 이에 원고는 스스로 전기요금을 납부한 후 피고에게 원고가 납부한 전기요금 상당액의 손해를 배상하라는 취지의 소를 제기하였다. 이 사건의 핵심은 피고가 지난 60여 년 동안 부담해 오던 원고 조합사무실의 전기요금의 지원을 일방적으로 중단한 것이다. 약속은 지켜져야 한다(Pacta Sunt Servanda). 원고는 피고가 약속을 어겼다고 주장한다. 이에 반해 피고는 자신은 그러한 약속을 한 사실이 없다고 주장한다. 피고가 지난 60여 년 동안 전기요금을 부담한 것은 단순한 호의에 불과하다는 것이다.

먼저, 이 사건 단체협약은 ‘공사는 조합활동을 위한 사무실을 제공한다.’라고 규정할 뿐 전기요금의 부담에 관해서는 명시적으로 규정하지는 않고 있다. 따라서 조합사무실의 무상제공을 민법상 사용대차계약으로 파악한다면,⁸⁾ 전기요금은 원칙적으로 원고가 부담해야 할 것이다. 그러나 이 사건의 경우 피고가 지난 60여 년 동안 조합사무실의 전기요금을 부담해 왔음은 물론 그 기간 동안 조합사무실의 전기요금의 부담에 대하여 원고에게 이의를 제기하지도 않았다. 사정이 이러하다면 원고와 피고 사이에는 ‘조합사무실의 전기요금은 피고가 부담한다’는 관행이 성립되었다고 보는 것이 상식적이다. 다음으로는 이러한 관행에 단체협약의 내용을 보충하는 규범력이 인정되는지가 문제될 것이다. 이에 대해 원심법원은 이 사건 단체협약 조항은 원고와 피고 사이에 수십 년 이상 지속된 노사관계에 따라 이를 유지하기 위해 규정된 것으로서 사용자가 단체협약에 따라 노동조합 사무실에 관한 전기요금을 납부하더라도 노동조합의 자주성을 잃을 위험성이 현저하다고 보이지 않으므로 부당노동행위에 해당하지 않는다고 판단하였다(서울서부지방법원 2011. 11. 18. 선고 2011나5695 판결). 그러나 대법원은 태도를 바꾸어 이러한 관행의 구속력을 부정하면서 그 이유로 ① 노동조합 및 노동관계조정법(이하 “노조법”) 제81조 제4호는 최소한의 규모의 노동조합 사무소의 제공은 예외로 하되 사용자의 노동조합 운영비용 조 행위는 부당노동행위로서 금지된다는 점과 ② 전기요금 지원 관행이 피고 내에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되었다거나 사실상의 제도로서 확립되어 있다고 할 수 있을 정도의 규범의식에 의하여 지지되고 있었다고 보기 어렵다는 점을 들고 있다. 이를 논리적 순서에 따라 재구성해 보면, 피고의 전기요금 지원 관행은 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나 사실상의 제도로서 확립되지 않아 구속력 있는 노사관행으로 볼 수 없고, 나아가 그러한 관행은 노조법 제81조 제4호에 반하는 위법한 관행으로 구속력을 인정할 수 없다는 것이다.

앞서 본 것처럼 피고는 무려 60여 년 동안 아무런 이의 없이 원고의 조합사무실의 전기

8) 興國人絹パルプ 事件 - 福岡高判 1966. 12. 23, 勞民 17권 6호, p.1457.

요금을 부담하여 왔고, 또한 같은 기간 동안 수십여 차례 단체협약을 체결 또는 갱신하면서 피고가 조합사무실의 전기요금을 부담하는 것에 대하여는 아무런 이의도 제기하지 않았다. 이처럼 원고와 피고가 60여 년 이상 평온하게 준수해 온 전기요금 지원 관행이 규범적 사실로서 명확히 승인되지 않았다거나 사실상의 제도로 확립되지 않았다는 대상판결의 판단은 설득력이 떨어진다. 대법원이 굳이 이 사건 노사관행의 규범력을 부정하고자 했다면, 이러한 관행이 규범적 사실로서 명확히 승인되지 않았다거나 사실상의 제도로 확립되지 않았다는 측면에서 접근할 것이 아니라 그러한 관행이 노조법 제81조 제4호에 위반하는지 직접 판단하는 것이 옳았을 것이다.

그러면 과연 이 사건 노사관행은 노조법 제81조 제4호에 위반하는가? 단체협약을 통한 경비원조는 계약자유의 원칙 내지 노사자치의 원칙과 부당노동행위제도가 맞닿아 있는 부분이므로, 이를 부당노동행위로 규율하기 위해서는 매우 신중한 접근이 필요하다. 즉 경비원조에 관한 단체협약 기타 노사간의 약정이 노동3권의 보장취지에 위반하는 예외적인 경우에 한하여 부당노동행위를 구성한다고 해석해야 할 것이다. 대법원도 “운영비 원조금지의 입법목적이 조합의 자주성을 확보하는 데에 있다 할 것이므로 위 법조 소정의 부당노동행위의 성립여부는 형식적으로만 볼 것은 아니고 그 급여지급으로 인하여 조합의 자주성을 잃을 위험성이 현저하게 없는 한 부당노동행위가 성립되지 않는다고 봄이 상당하다”고 판시하여 경비원조는 그러한 원조로 인하여 노조어용화의 위험성이 있는 경우에만 부당노동행위에 해당한다는 입장을 취하고 있다.⁹⁾ 이 사건의 경우 원고가 피고 조합사무실의 전기요금을 부담하여 온 경위에 비추어 이러한 관행에 노동조합의 자주성을 침해할 현저한 위험성이 있다고 보기는 어렵다. 오히려 이미 관행으로 정착된 경비원조에 관한 관행을 피고가 일방적으로 파기한 행위가 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 생각한다. 피고가 노동부의 견해에 근거하여 전기요금 지원을 중단하였다는 사정만으로 피고의 부당노동행위의사가 당연히 부정되지는 않을 것이기 때문이다.

노동조합법은 근로3권을 구체화하여 보장해야 한다. 그리고 법원은 법률에 따라 재판하여야 한다. 그런데 대상판결은 지난 60여 년간 평온하게 이루어져 온 전기요금 부담 관행이 규범적 사실로서 명확히 승인되지 않았다거나 사실상의 제도로 확립되지 않았다

9) 대법원 1991. 5. 28. 선고 90누6392 판결. 그런데 최근 서울고등법원은 2012. 6. 20. 선고 2011누34162 판결에서 “노동조합법 제81조 제4호에서는 노동조합 운영비 원조를 금지하는 범위를 노동조합의 자주성을 침해할 우려가 있는 경우로 한정하고 있지 않으며, 또 같은 호 단서에서는 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 기타 재액의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합 사무소의 제공은 예외로 한다고 하여 그에 대한 예외 규정을 별도로 두고 있는 점에 비추어 보면, 노동조합 운영비 원조 금지가 노동조합의 자주성을 침해할 우려가 있는 경우에 한한다고 볼 수 없다”라고 판시하여 논란이 되고 있다. 위 서울고법 판결은 상고되어 대법원 계류 중이다(대법원 2012두15821).

고 판단하였고, 이러한 판단의 배경에는 사용자가 노동조합 사무실의 전기요금을 부담하는 것은 부당노동행위라는 인식이 놓여 있는 것 같다. 대상판결의 이러한 결론은 수십 년 이상 지속되어 이미 노사관행으로 정착된 편의제공을 일방적으로 파기한 행위에 면죄부를 준 것으로 동의하기 어렵다. **KL**

권오성(성신여자대학교 법과대학 부교수)

방과후학교 강사의 근로자성

- 울산지방법원 2014. 1. 17. 선고 2013노865판결 -

【판결요지】

방과후학교 프로그램 위탁업체와 사용종속관계가 인정되는 방과후학교 강사는 근로기준법상 근로자에 해당한다.

사교육비 절감 정책의 일환으로 2007년부터 방과후학교 프로그램이 본격 실시되면서 관련 종사자가 증가하고 있으며, 2013년 4월 현재 130,250명의 외부강사가 강의를 진행하고 있다. 방과후학교 프로그램 위탁업체(이하 ‘위탁업체’)와 강사 사이에 임금체불, 4대 보험 미가입, 과도한 수수료 등을 둘러싼 분쟁이 발생하고 있다. 이러한 분쟁에서 방과후학교 강사가 위탁업체의 근로자인지 여부가 쟁점으로 등장하였다.

대상판결의 사건도 방과후학교 강사에 대해 퇴직금 지급의무가 있는지 문제된 경우이다. 피고인은 울산에서 상시근로자 35명가량을 사용하여 방과후학교 수탁운영업을 하여 온 사업주이다. 위 업체 소속으로 2년간 초등학교에서 방과후학교 강사로 근무하다 퇴직한 근로자들은 퇴직금을 지급받지 못하자 근로기준법 위반으로 피고인을 형사고소하였다. 피고 측에서는 방과후학교 강사와 근로계약이 아닌 업무위탁계약이므로 근로자가 아니라고 주장하였으나, 대상판결의 원심판결은 근로자성을 인정하고 퇴직금 체불에 대하여 유죄 판결을 내렸다. 대상판결도 퇴직금 체불에 대하여는 원심판결과 같은 결론이었으나 양형이 과도하다는 이유로 선고유예 결정을 하였다.¹⁰⁾

원심판결은 다음과 같은 이유에서 근로기준법상 근로자성을 인정하였고 대상판결에서도 이러한 판단을 유지하였다. i) 근무시간과 근무장소에 관하여 피고인이 정한다는 점, ii) 매 강의 후 피고인에게 전자메일로 업무보고를 했다는 점, iii) 근무장소가 위탁업체

10) 원심판결은 울산지법 2013.9.30. 선고, 2013고정597판결 근로기준법위반이고 대상판결은 확정되었다.

의 사업장이 아닌 배정된 학교이고 교재의 선택 등에 있어 자율성이 있으나 이는 방과후 교습이라는 업무의 성격상 자연스러운 결과라는 점에 근거하여 업무수행과정에 대해 상당한 지휘, 감독이 존재한다고 판단하였다. 또한 i) 비품 등은 피고인이 지급하였으며 대체근무는 예외적으로만 가능하였다는 점, ii) 학교 측에서 수강비를 모아서 피고인에게 지급하면 사전 약정된 금액(월 120만 원+ 학생 수 40명을 초과 시 추가수당)을 강사에게 지급하고 나머지 금액을 피고인이 갖기 때문에 이윤 창출과 손실의 부담은 1차적으로 강사가 아니라 피고인에게 있는 것으로 보이는 점에 바탕하여 경제적 종속성을 인정하였다.

이제까지 방과후학교 강사는 특수고용직이라는 이유로 노동법제의 보호를 받지 못하였다. 방과후학교 강사가 강의할 수 있는 경로는 크게 두 가지이다. 해당 학교와 직접 계약을 체결하거나 강의프로그램을 위탁받은 위탁업체와 업무위탁계약을 맺는 방법이 있다. 그런데 후자의 방식으로 방과후학교 강사 시장이 짜여져 있어서 학교와 직접 계약을 체결하여 진입하는 경우는 매우 드물다고 한다. 각 시도 교육청의 「방과후학교 길라잡이」나 지침에 따르면 수수료 과다착취 등의 중간착취를 우려하여 강사 송출업체(소개업체)를 통하여 강사를 받는 것을 금지한다. 이 길라잡이나 지침에서는 방과후학교 프로그램 민간위탁 시 고용관계와 4대 보험 가입 여부를 체크 대상으로 규정하고 있다. 전문적인 방과후학교 프로그램 위탁업체에 소속된 강사로 제한함으로써 중간착취를 예방하고 강사의 자격과 자질을 관리하겠다는 의도로 보인다. 그러나 이러한 지침 후에도 기존의 소개업체가 위탁업체의 형식만 취하면서 방과후학교 강사에게 10~30%에 이르는 금액을 떼고 근로계약이 아닌 위탁계약을 체결하여 사용자로서의 의무는 피해 간다는 비판이 제기되어 왔다.¹¹⁾ 대상판결과 같은 판결이 잇따를 경우 방과후학교 강사와 위탁업체 사이의 근로계약 관계는 인정받을 수 있을 것으로 기대된다.¹²⁾

방과후학교 강사의 근로 양태는 학습지도사 사례와 비슷한 모습을 보인다. 위탁업체와 학교가 지정한 장소 및 시간에 강의를 제공하는 점, 노무제공 장소가 위탁업체의 사업장이 아니라 서비스이용자인 학교라는 점, 위탁업체가 지정 또는 제공한 교재를 사용한다

11) 국회의원 홍희덕 의원실(2010), 「민간노동력 중개기구의 수수료 및 노동실태와 개선방안 보고서」, p.146.

12) 비슷한 사례로 서울행법 2013.9.12.선고, 2013구합5715판결(확정)이 있다. 방과후학교 강사가 제기한 부당해고구제신청을 받아들인 중노위 결정에 대하여 행정법원은 i) 강의가 없는 시간에 학교 내에서 팀장에게 출퇴근 보고, 매출 및 강의 수강 인원 보고 등을 하였으며, 팀장과 전화, 문자메시지 등을 통하여 수시로 연락하며 업무지시를 받았다는 점, ii) 업무위탁계약서와 함께 제출한 청렴서약서에는 복무규정 및 취업규칙과 이에 관련된 명령을 성실히 이행하고 출퇴근시간 준수를 하며 취업규칙에 따른 징계처분에 따르겠다는 내용이 기재되어 있다는 점, iii) 위탁업체로부터 강의운영 관련 교육을 받았으며, 새로운 프로그램 출시교육, 방학특강 및 인원 모집 등에 대한 추가 교육을 받기도 했다는 점 등에 근거하여 근로기준법상 근로자성을 인정하였다. 이 판결에서는 청렴서약서의 내용이 업무수행에 대한 지휘감독을 인정하는 주된 근거가 됐을 것으로 보인다.

는 점, 강의 방식에 일정 정도의 재량이 있다는 점, 위탁업체 사업장으로서의 출퇴근 시간이 정해져 있지 않다는 점, 임의로 대체근무를 시킬 수 없다는 점, 수강생 수 및 교재 판매에 대한 수수료 지급 방식으로 급여를 받는다는 점 등이 그러하다. 대법원은 학습지교사의 근로기준법상 근로자성을 부정하는 입장을 취해 왔는데, 근로시간과 장소가 학습지교사의 재량에 의해 결정되지 않는다는 점, 업무내용 및 수행방법도 회사가 정한 범위 내에서만 재량이 인정된다는 점, 대체근로가 불가능하고 작업도구가 회사에서 공급된다는 점 등에 대한 고려가 부족하다는 비판을 받아 왔다.¹³⁾ 학습지교사와 같은 새로운 고용형태에 대해 대법원이 지나치게 경직되게 접근한 결과 노동법의 사각지대가 증가하고 방과후 학교 강사처럼 변칙적인 고용형태가 만연하게 되었다. 하급심판결이기는 하나 대상판결 등에서 방과후학교 강사의 근로자성을 인정하기 시작하였는데, 변칙적인 고용형태에 대해 사법부가 현실에 보다 부합되는 접근법을 취하는 계기가 될지 기존의 학습지교사 판례가 관찰될지 상급심 판결을 주시해야 할 것이다.

마지막으로 위탁업체와 강사 사이에 근로계약 관계가 인정될 경우 일선 학교에 허가 없이 불법적으로 파견하는 것에 해당하는지(학교에서 방과후학교 강사의 업무에 대한 지휘감독을 나눠 갖는 경우), 합법적인 노무도급이라 하더라도 수강비, 근로조건 등에 대하여 결정권한을 갖는 교육청을 상대로 노조법상 사용자책임을 물을 수 있는지 등 학교와 방과후학교 강사 사이의 관계에 대한 노동법적 쟁점도 제기될 수 있을 것으로 예상된다. **KLI**

구미영(한국여성정책연구원 부연구위원)

강행법규를 위반한 노사합의와 신의칙

- 대구지방법원 2014. 2. 21. 선고 2013가합8360 판결 -

【판결요지】

신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리의 행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였다거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 있어야 하며, 이러한 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다.

13) 조용만(2003), 『특수고용관계 종사자의 근로자성 인정 여부에 관한 노동법적 접근』, 한국노동연구원 워킹페이퍼, pp.14~15.

갑을오토텍 사건에 대한 대법원 전원합의체 판결(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다 89399 판결 및 2012다94643 판결, 이하 ‘참고 판결’이라고 함) 이후 통상임금에 관한 법리 해석의 쟁점은 강행법규를 위반한 노사합의의 효력을 평가할 수 있는 신의칙에 관한 것이라고 생각한다. 참고 판결이 통상임금의 개념 징표에 관한 판례 법리를 명확하게 정리해 준 덕분에, 향후 이에 대한 판례 법리의 모호함은 어느 정도 해소할 수 있게 되었다. 그러나 고정성의 징표 가운데 재직자 요건을 도입함에 따라서 통상임금이 인정될 수 있는 폭을 축소시킨 한편, 특히 참고 판결의 다수의견 및 보충의견은 신의칙이 통상임금 관련 분쟁에서 일반적으로 적용될 수 있는 가능성을 열어 줌으로써 노동관계법제의 입법 취지를 도외시하고 예외에 불과한 신의칙을 일반적인 법리로 변화시켰다거나,¹⁴⁾ ‘법의 해석’을 넘어 왜곡과 혼란을 초래하면서 궁극적으로 법의 이념인 정의와 법적 안정성을 모두 해치는 원인을 제공했다는¹⁵⁾ 비판을 받는다. 참고 판결의 소수의견 또한 신의칙의 적용을 통하여 임금청구권과 같은 법률상 강행규정으로 보장된 근로자의 기본적 권리를 제약하려 시도하는 것은 헌법적 가치나 근로기준법의 강행규정성에 정면으로 반한다고 말한다. 즉 강행법규를 위반한 노사합의의 효력을 신의칙에 따라 가름하는 것은 참고 판결의 법관들 사이에서도 합의될 수 없었던 의견인 것이다. 그러나 참고 판결의 다수의견에 의하여 신의칙이 노동쟁송에서의 일반적 법리가 될 가능성을 갖게 되었고, 이 글의 대상이 된 대구지법 판결(대구지방법원 2014. 2. 21. 선고 2013가합8360 판결, 이하 ‘대상 판결’이라 함)도 비록 그 적용을 부정하기는 하였지만 임금성이 인정되는 특별상여금의 지급 청구와 관련한 사용자 측의 신의칙 위반 항변을 검토하고 있는바, 이에 대하여 참고 판결의 내용과 참고 판결 이후 해석의 동향을 살펴볼 필요는 있을 듯하다.

참고 판결에서는 강행법규 위반의 노사합의가 무효이고, 그 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위반되지 않는다는 기존의 법리를 확인하면서도 다음과 같이 말하고 있다: “신의칙을 적용하기 위한 일반적인 요건을 갖춤은 물론 근로기준법의 강행규정성에도 불구하고 신의칙을 우선하여 적용하는 것을 수긍할 만한 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에 한하여 그 노사합의의 무효를 주장하는 것은 신의칙에 위배되어 허용될 수 없다.” 그리고 참고 판결은 신의칙을 적용할 수 있는 특별한 사정으로서 통상임금과 관련한 국내 기업에서의 관행과 경영상 어려움 등의 사유를 들고 있다.

위와 같은 참고 판결의 신의칙에 관한 설명은 다음과 같은 이유로 비판을 받고 있다. 우선, 민법 제2조 제1항의 신의칙 규정의 입법취지이다. 즉 민법 제2조 제1항의 신의칙은

14) 도재형(2014), 『통상임금 전원합의체 판결의 검토』, 『대법원 전원합의체 판결과 통상임금 토론회 (2014년 2월 12일, 주최 : 노동법률원) 자료집』, p.4.

15) 고영남(2014), 『통상임금 노사합의의 효력 - 근로기준법과 신의칙, 그리고 부당이익』, 『민주법학』 54호, 민주주의법학연구회, p.101.

형식적 계약의 자유에서 나아가 당사자 모두에게 이익을 주는 계약의 공정을 실현하는 것을 지향하고자 하는 것이다. 사적 자치 제한의 원리로서 ‘사회적 형평의 이념’ 또는 ‘사회적 조정의 원칙’을 들 수 있는데, 신의칙은 그러한 이념을 반영한 것이고, 그 이념은 흔히 특별법의 형식을 통해 실현되고 노동법이 그 대표적 예라는 것이다. 노동법 자체가 신의칙의 이념 또는 기초 원리인 ‘사회적 형평의 고려 또는 이념’ 또는 ‘사회적 조정의 원칙’에 근거한 법제이기 때문에 노동법의 효력을 무력화하는 수단으로서 신의칙을 이용할 수 없다고 본다.¹⁶⁾

참고 판결의 신의칙 적용은 무효인 법률행위를 되살려냈다는 비판도 있다. 즉 민법 제 105조의 반대해석에 의거하여 강행규정에 반하는 법률행위가 무효라는 것은 일치된 견해인데, 참고 판결을 통해 강행규정에 위반된 법률행위가 재생될 수 있음을 보여주었다는 것이다. 이 견해는 우선 강행규정의 의미를 사적자치의 ‘한계’가 아닌 ‘부정’으로 인식한다. 계약 당사자의 자유로운 의사가 법적 구속력을 갖기 위해서는 이 강행규정에 부합해야 하는데, 그럼에도 불구하고 근대 민법의 체계에서 당사자의 자유로운 의사를 살리기 위한 방편으로 신의칙의 위상을 높였고, 그 높아진 신의칙의 위상을 참고 판결이 받아들이면서 강행규정에 위반하여 무효로 된 노사합의를 살리기 위하여 신의칙을 고민한 것으로 보고 있다. 그러나 신의칙을 적용하기 위해서는 종래 판례가 신의칙 적용의 요건으로 구성하던 상대방의 신의 여부, 그리고 신의보호의 정당성 여부에 대한 세밀한 검토가 이루어졌어야 함에도 참고 판결에서는 그 점이 충분히 이루어지지 않았음을 지적하고 있다.¹⁷⁾

한편 참고 판결에서 다수 의견에 반대한 소수 의견 법관들은 “근로기준법의 강행규정성을 인정하면서도 신의칙으로 그 강행규정성을 배척하는 다수의견의 논리는 너무 낮선 것이어서 당혹감마저 든다. 그리고 거듭 살펴봐도 그 논리에서 합리성을 찾을 수 없다.”고까지 말한다.

결국, 지금까지의 동향으로는 참고 판결의 다수의견을 제외한다면 강행법규를 위반한 노사합의의 효력을 신의칙을 통해 재생시키는 것은 상당히 괴상한 논리라고 평가할 수 있는 듯하다. 설사 그것이 가능하다고 할지라도 그 재생의 과정에서는 적어도 ‘특별한 사정’에 대한 엄밀한 검토가 요구된다.

참고 판결은 노사합의의 내용이 근로기준법의 강행규정을 위반한다고 하여 그 노사합의의 무효 주장에 대하여 예외 없이 신의칙의 적용이 배제되는 것은 아니라고 말하면서, 대법원 2001. 5. 29. 선고 2001다15422 판결을 참조 인용하고 있는데, 이 판결은 오히려

16) 도재형, 앞의 글, p.18.

17) 고영남, 앞의 글, pp.112~113. 고영남은 이 글에서 통상임금에 포함되는 정기상여금을 신의칙을 이 유로 통상임금에 포함시키지 않도록 하는 것은 결국 기업의 부당이득이 될 가능성을 갖는다고 말 하고 있다. 이에 대한 자세한 논의는 고영남의 글, pp.125~133 참조.

강행규정을 위반한 단체협약의 무효를 주장하는 것은 특별한 사정이 없는 한 신의칙에 위반되지 않는다고 본 판결이다.¹⁸⁾ 그러나 참고 판결은 이 ‘특별한 사정이 없는 한 신의칙에 위반되지 않는다’는 결론을 ‘특별한 사정이 있으므로 신의칙에 위반된다’는 것으로 참조하면서, 통상임금과 관련한 국내 기업에서의 관행과 경영상 어려움 등의 사유 같은 것들을 이 특별한 사정에 포함시키고 있다. 그러나 이러한 사정도 그동안 판례가 신의칙을 적용하여 권리행사를 부정하기 위한 요건과는 아무런 관련이 없다고 평가된다.¹⁹⁾ 지금까지 신의칙을 적용해 온 판례에서는 상대방의 신의 여부 및 신의 보호의 정당성 여부라는 요건이 검토되었지만, 참고 판결에서는 그 요건을 전혀 검토하지 않고 사용자 측의 사정만을 고려하였다는 것이다. 대상 판결이 신의칙의 적용 여부를 판단하면서 참고 판결이 아닌 민사판결(대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다64552 판결)을 참조 인용한 것은 참고 판결의 이에 대한 검토가 불충분하였기 때문이 아닌가 생각되기도 한다.

노동사건은 아니지만 강행법규를 위반한 경우의 신의칙 적용 문제를 다룬 대법원 2011. 3. 10. 선고 2007다17482 판결을 인용해 보면, “강행법규에 위반한 자가 스스로 그 약정의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위반되는 권리의 행사라는 이유로 그 주장을 배척한다면 이는 오히려 강행법규에 의하여 배제하려는 결과를 실현시키는 셈이 되어 입법 취지를 완전히 몰각하게 되므로 달리 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 주장은 신의칙에 반하는 것이라고 할 수 없고, 한편 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리의 행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였다거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 있어야 하며, 이러한 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다.” 특정 금품을 통상임금으로부터 제외하기로 하는 노사합의가 이러한 ‘상대방에서 신의를 공여’하였다거나 그것의 강행법규 위반성에도 불구하고 ‘객관적으로 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태’를 형성하는지, 그리고 그러한 노사합의에 대한 무효의 주장이 ‘정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태’에 이르렀는지에 대한 검토는 민법학과의 관계에서 좀 더 면밀하게 다루어질 필요가 있을 듯하다. **KL**

박은정(인제대학교 법학과 부교수)

18) 본문의 판결 전문을 인용하자면, “노동조합및노동관계조정법 제31조 제1항이 단체협약은 서면으로 작성하여 당사자 쌍방이 서명날인 하여야 한다고 규정하고 있는 취지는 단체협약의 내용을 명확히 함으로써 장래 그 내용을 둘러싼 분쟁을 방지하고 아울러 체결당사자 및 그의 최종적 의사를 확인함으로써 단체협약의 진정성을 확보하기 위한 것이므로 ... 강행규정인 위 규정에 위반된 단체협약의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 위배되는 권리의 행사라는 이유로 이를 배척한다면 위와 같은 입법 취지를 완전히 몰각시키는 결과가 될 것이므로 특별한 사정이 없는 한 그러한 주장이 신의칙에 위반된다고 볼 수 없다고 보아야 할 것이다.”

19) 고영남, 앞의 글, p.112.