

노동판례리뷰

매 근무일마다 정액 지급되는 교통비는 통상임금에 해당한다

- 대법원 2014. 8. 20. 선고 2013다10017 판결 -

【판결요지】

(시내버스 회사 승무원들에게 매 근무일마다 2,000원씩 지급되는) 교통비는 실제 근무일수에 따라 그 지급액이 달라지기는 하지만 소정근로를 제공하기만 하면 일정액을 지급받을 것이 확정되어 있는 고정적 임금으로 통상임금에 해당한다.

대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결(이하 ‘전원합의체 판결’이라 함)은 통상임금을 ① 소정근로의 대가로 지급되는 금품으로서 ② 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 것이라고 판시하였다. 즉, 통상임금은 근로자가 소정근로시간에 통상적으로 제공하는 근로인 소정근로(도급근로자의 경우에는 총근로)의 대가로 지급하기로 약정한 금품으로서 정기적·일률적·고정적으로 지급되는 임금을 말한다.

전원합의체 판결에 의하면, 통상임금에 해당하기 위해서는 원칙적으로 ‘소정근로의 대가’라는 성격을 갖고 있어야 한다. ‘소정근로의 대가’란 소정근로시간의 근로에 관하여 사용자가 근로자가 지급하기로 약정한 임금을 뜻한다. 소정근로시간의 근로와 관계없이 지급받는 임금 항목은 통상임금에 해당하지 않는다. ‘소정근로의 대가’가 무엇인지는 전체적인 관점에서 판단하고, 문제된 금품의 지급이 소정근로시간의 근무 여부와 시간적으로 근접한지 여부에 좌우되지 않는다.

그리고 사용자가 근로자에게 지급하는 어떤 금품이 통상임금에 해당하기 위해서는 정기성·일률성 및 고정성을 갖추어야 한다. 여기서 ‘고정성’이란 어떤 임금이 통상임금에 속하기 위해서는 그것이 고정적으로 지급되어야 한다는 것을 뜻한다. 이는 통상임금을 다른 일반적인 임금이나 평균임금과 구분 짓는 요소로서 통상임금이 연장·야간·휴일 근

로에 대한 가산임금을 산정하는 기준임금으로 기능하기 위하여서는 그것이 미리 확정되어 있어야 한다는 요청에서 도출되는 본질적인 성질이다. ‘고정성’이라 함은 근로자가 제공한 근로에 대하여 그 업적, 성과 기타의 추가적인 조건과 관계없이 당연히 지급될 것이 확정되어 있는 성질을 말하고, ‘고정적인 임금’은 임금의 명칭 여부를 불문하고 임의의 날에 소정근로시간을 근무한 근로자가 그 다음 날 퇴직한다 하더라도 그 하루의 근로에 대한 대가로 당연하고도 확정적으로 지급받게 되는 최소한의 임금을 뜻한다.

전원합의체 판결에 의하면, 고정성을 갖춘 임금은 근로자가 임의의 날에 소정근로를 제공하면 추가적인 조건의 충족 여부와 관계없이 당연히 지급될 것이 예정된 임금이다. 이와 달리 근로자가 소정근로를 제공하더라도 추가적인 조건을 충족하여야 지급되는 임금이나 그 조건 충족 여부에 따라 지급액이 변동되는 임금 부분은 고정성을 갖춘 것이라고 할 수 없다. 여기서 ‘추가적인 조건’이란 초과근무를 하는 시점에서 성취 여부가 불분명한 조건을 의미한다. 다만, 그 조건에 따라 달라지지 않는 부분은 고정성이 인정된다.

전원합의체 판결에 의해 근무일수에 따라 일할 계산하여 지급되는 임금은 고정성이 인정되게 되었다. 이는 판례 법리를 변경한 것이다. 예컨대 종전에 법원은 유급 출근일수가 15일 이상인 근로자에 대하여는 전액을 지급하나 15일 미만인 경우에는 일할로 계산하여 근속수당을 지급하는 경우, 근로자들의 실제 근무성적에 따라 좌우되는 것으로서 고정적인 임금에 해당하지 않는다고 보아 그 근속수당 전체를 통상임금의 범위에 포함시키지 않았다(대법원 1996. 3. 22. 선고 95다56767 판결). 평석 대상판결에 의해 파기된 이 사건 원심판결(서울고법 2012. 12. 21. 선고 2012나38980 판결)이 시내버스 승무원에 대해 매 근무일당 2,000원씩 정액 지급되는 교통비의 통상임금성을 부정하는 근거로 인용한 대법원 2002. 7. 23. 선고 2000다29370 판결 역시 “피고가 매 근무일마다 근로자에게 지급한 교통비 [...] 실제 근무일수나 근무실적에 따라 지급액이 변경되어 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금이 아니”라고 판시한 바 있다.

전원합의체 판결은 기업이 근무일수에 따라 지급액이 변동되도록 급여 체계를 설계한 경우에도 고정성을 인정할 수 있는 가능성을 열었다고 평가받는다.¹⁾ 전원합의체 판결 이후 하급심 법원도 일할 계산 방식에 따라 지급되는 수당의 통상임금성을 긍정하고 있다. 예컨대 부산고법 2014. 1. 8. 선고 2012나7816 판결은 월 14일 만근 근무자 월 61,000원을 기준으로 하여 사고발생 여부와는 관계없이 근무일수에 따라 지급되는 무사고수당과 출근일수에 따라 1일당 1,400원씩 지급되는 교통비를 고정적인 임금으로 보아 통상임금에 해당한다고 판시한 바 있다.

1) 이철수(2014), 『통상임금 관련 2013년 전원합의체 판결의 의미와 평가』, 『노동법학』 49, 한국노동법학회, p.10.

결국 평석 대상판결은 전원합의체 판결이 새로 제시한 통상임금 법리에 맞춰 매 근무 일마다 정액 지급되는 교통비의 통상임금성을 확인했다는 점에서 그 의의가 있다. **KLI**

도재형(이화여자대학교 법학전문대학원 교수)

대의원회 의결사항으로 규정하고 있는 ‘규약의 개정에 관한 사항’은 총회에서 의결할 수 있다

- 대법원 2014. 8. 26. 선고 2012두6063 판결 -

【판결요지】

노동조합및노동관계조정법(이하 ‘노조법’이라 함) 제16조, 제17조 제1항 등의 규정에 따라 노동조합이 그 규약에서 총회와는 별도로 총회에 갈음할 대의원회를 두고 총회의 의결사항과 대의원회의 의결사항을 명확히 구분하여 정하고 있는 경우, 특별한 사정이 없는 이상 총회가 대의원회의 의결사항으로 정해진 사항을 곧바로 의결하는 것은 규약에 반한다.

다만, 규약의 제정은 총회의 의결사항으로서(노조법 제16조 제1항 제1호) 규약의 제·개정 권한은 조합원 전원으로 구성되는 총회의 근원적·본질적 권한이라는 점, 대의원회는 그 규약에 의하여 비로소 설립되는 것으로서(노조법 제17조 제1항) 대의원회의 존재와 권한은 총회의 규약에 관한 결의로부터 유래된다는 점 등에 비추어 볼 때, 총회가 규약의 제·개정 결의를 통하여 총회에 갈음할 대의원회를 두고 ‘규약의 개정에 관한 사항’을 대의원회의 의결사항으로 정한 경우라도 이로써 총회의 규약개정 권한이 소멸된다고 볼 수 없고, 총회는 여전히 노조법 제16조 제2항 단서에 정해진 재적조합원 과반수의 출석과 출석조합원 3분의 2 이상의 찬성으로 ‘규약의 개정에 관한 사항’을 의결할 수 있다고 할 것이다.

대상판결의 사건은 2010년 4월경 A공사 노동조합의 일부 대의원들이 노조위원장에게 민주노총 탈퇴를 안건으로 하는 임시대의원대회 소집을 요구한 것에서 발단되었다. 이 노조 규약에는 총회와 대의원대회 등의 기구를 두도록 규정하면서, 총회 의결사항과 대의원대회 의결사항을 구분하여 정하고 있으며, ‘규약의 변경에 관한 사항’과 ‘연합단체의 설립·가입 또는 탈퇴에 관한 사항’을 대의원대회에서 의결하도록 정하고 있다. A공사 노동조합은 위와 같은 대의원의 요구가 전체 조합원들의 뜻과 다르다고 판단해 2010년 4월 27일부터 같은 달 28일까지 총회를 개최하여 ‘규약의 변경에 관한 사항’과 ‘연합단체의 설립·가입 또는 탈퇴에 관한 사항’을 대의원대회 의결사항에서 총회 의결사항으로 변경하는 안건에 대해 조합원 80.2%의 찬성으로 가결하였다(이하 ‘이 사건 총회결의’라

함). 이에 민주노총 탈퇴를 주동했던 대의원 3명은 6월 8일 위 총회 결의가 개정되기 이전의 규약에 위반하였다는 이유로 행정관청(서울지방고용노동청 서울남부지청장, 피고)에 시정명령을 신청하였고, 이와 동시에 임시대의원대회를 비밀장소에 소집하여 36명의 대의원 중 25명의 대의원이 참석하여 22명 찬성으로 민주노총 탈퇴 안건을 가결하였다. 위 피고인 행정관청은 같은 해 9월 17일 서울지방노동위원회로부터 이 사건 총회 결의에 대한 시정명령 의결을 받아, 12월 3일 “이 사건 총회 결의는 이 사건 규약 제23조 및 제96조에 위반한 절차상 하자가 있으므로 2011년 1월 5일까지 이를 시정하라”는 시정명령을 하였다. 이에 A공사 노동조합은 위 행정관청에 의한 시정명령의 취소를 구하는 소를 제기하였다.

1심(서울행정법원 2011. 9. 2. 선고 2011구합5469 판결)²⁾과 2심(서울고등법원 2012. 2. 9. 선고 2011누31828 판결)은 위 시정명령이 정당하다고 판단하여 원고 패소판결을 하였으나, 대상판결은 이와 달리 판단하여 원심판결을 파기·환송하였다.

1심과 2심은 총회와 대의원대회의 의결사항을 구분하여 정하고 있는 점에 비추어 총회와 대의원대회의 기능이 규약에 의하여 명확히 구분되어 있으므로 총회가 A공사 노동조합의 최고의결기관이라고 하더라도 권한분장의 취지로 분화되어 있는 다른 기관인 대의원대회의 권한 사항을 의결할 수 없다고 보아야 하므로 이 사건 총회 결의는 절차상 하자가 있으므로 위법하며 이를 시정하라는 행정관청의 시정명령은 정당하다고 판단하였다. 또한 2심은 이에 추가하여 “노동조합의 규약은 자치적 법규범으로서 조합원뿐만 아니라 조합에 대하여도 법적 효력을 가진다고 할 것이고, 노조법 제17조 제1항에서 노동조합이 규약으로 총회에 ‘갈음’할 대의원대회를 둘 수 있도록 규정하고 있으며, 그에 따라 원고의 규약이 총회와는 별도로 대의원대회를 두면서 총회의 의결사항과 대의원대회의 의결사항을 명확히 구분하여 규정하고 있는 이상, 원고의 경우 대의원대회가 규약에서 정한 의결사항에 관하여는 총회의 지위와 권한을 편의적으로 대신 행사하고 있는 것이 아니라 총회를 대체하여 모든 지위와 권한을 행사하는 것으로 보아야 할 것이므로, 총회가 원고의 최고의결기구라 할지라도 대의원대회의 의결사항을 자신이 직접 의결하는 것은 원고의 규약에 반하여 허용될 수 없다고 할 것”이라고 판결이유를 설시하였다.

대법원은 위 【판결요지】와 같은 내용으로 원심을 파기·환송하였으며, 필자도 대법원 판단에 적극 찬동하는 바이다. 노조법 제17조 제2항에는 대의원은 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의하여 선출하도록 규정하고 있다. 이 규정의 취지는 노동조합의 구성원인 조합원이 그 조합의 조직과 운영에 관한 의사결정에 관여할 수 있도록 함으로써 조합 내 민주주의, 즉 조합의 민주성을 실현하기 위함에 있다.³⁾ 대의원회의 대의원은 代議

2) 1심 행정법원의 판결에 대하여 비판적 입장의 글로 손향미(2011), 「총회와 대의원대회가 구분되어 있을 경우, 대의원대회의 의결사항을 총회에서 결의할 경우의 효력」, 『노동법학』 40, pp.327~329 참조.

員(한문), Delegate(법제처 제공 영문 노조법)로 표현되며, 문자 그대로 ‘집단의사를 대표하는 자’이다. 민주적 의사형성의 방법으로서 대의원제도에서의 대의원(대표자)은 대표되는 조합원의 의사를 실질적으로 대변하고 또 조합원들의 이익을 활동하여야 한다. 또한 대의원제도가 민주적 의사형성 방법으로서 의의를 갖기 위해서는 대표되는 조합원 의사의 우월성이 전제되어야 한다. 즉 대의원은 조합원의 수권(授權)에 의하여 정당성을 부여받은 것이기 때문에 대의원의 의사가 조합원의 의사보다 결코 앞 설수 없다. 이는 국민대표자(국회의원)의 의사가 국민의 의사보다 우월할 수 없는 논리와 마찬가지로이다. 또한 조합원이 자신의 의사를 대변하기 위하여 대의원을 선출하여 일정한 사항에 대하여 결정할 권한을 부여했다고 하여 조합원이 본인의 의사에 기하여 결정할 권리까지 소멸시킨 것은 아니다. 그리고 대의원의 의사가 조합원의 의사를 완전히 대체한다는 것은 성립할 수 없다. 이러한 측면에서 원심인 고등법원이 “대의원대회가 규약에서 정한 의결사항에 관하여는 총회의 지위와 권한을 편의적으로 대신 행사하고 있는 것이 아니라 총회를 대체하여 모든 지위와 권한을 행사하는 것으로 보아야 할 것”이라고 판단한 것은 대의원의 지위에 관한 법리를 오해한 것이다.

대상판결의 사건은 예컨대 선거인단을 통하여 대통령을 선출(간선제)하도록 규정한 헌법을 국민투표로 개정하여 직선제로 변경하는 논리와 마찬가지로이다. 헌법의 제·개정 권력은 국민으로부터 나오듯이 노동조합의 헌법인 규약의 정당성 기초는 조합원의 총의(총회)에 있다. 그러한 조합원의 총의로 규약을 개정하여 대의원대회의 의결사항으로 되어 있는 ‘규약 개정에 관한 사항’ 등을 대의원대회로부터 거두어 들여 조합원이 직접 의결하겠다는 것은 대의제 방식이 아닌 조합원이 직접 의사결정권을 행사하겠다는 것으로 민주성 원리에도 부합한다고 본다.

다만, 대상판결의 해석에 있어서 유의할 점은 규약에서 총회와 대의원회의 권한 및 기능을 구분하여 정하고 있는 경우 대의원회에서 의결하도록 정한 사항에 대하여 총회에서 의결하는 것이 무조건 정당하다는 것은 아니다. 다시 말하면, 규약에 정해놓은 규범 내용을 무시하고 모든 사항을 총회에서 조합원의 의결로 가능하다는 것이 아니라, 규약의 개정절차를 통하여 그 규범 내용의 변경 절차가 필요하다는 것이다(대의원회 의결사항에서 총회 의결사항으로의 변경 절차).

대상판결의 사건은 상급단체 탈퇴의 건으로 비롯되었으나 규약개정 권한에 있어서 총회와 대의원회의 지위를 명백히 하였다는 점에 의의가 있다. 더 나아가 규약으로 총회에 갈음하여 대의원회를 둘 수 있다고 하더라도(노조법 제17조 제1항) 조합원의 총의에 의해서만 결정할 사항, 즉 총회의 전결사항이 있다고 본다. 조합원 관계의 변동 내지 소멸을

3) 위와 같은 취지에서 이 규정은 강행규정이다(대법원 2000. 1. 14. 선고 97다41349 판결).

초래하는 노동조합의 분할 또는 해산에 관한 사항(노조법 제16조 제1항 제7호)과 조직형태의 변경에 관한 사항(같은 항 제8호)이 그것이다. **KL**

강선희(고려대학교 노동문제연구소 연구교수)

해외근무자에 대한 산업재해보상보험법 적용 여부와 판단기준

- 서울행정법원 2014. 6. 25. 선고 2014구단1287 판결 -

【판결요지】

국내에서 행하여지는 사업의 사업주와의 사이에 산업재해보상보험관계가 성립한 근로자가 국외에 파견되어 근무하게 된 경우에 그 근무의 실태를 종합적으로 검토하여 보았을 때 단순히 근로의 장소가 국외에 있는 것일 뿐 실질적으로는 국내의 사업에 소속하여 당해 사업의 사용자의 지휘에 따라 근무하는 것, 이른바 해외출장에 해당하는 것이라면, 이러한 경우에는 국내 사업의 사업주와의 사이에 성립한 산업재해보상보험관계가 여전히 유지된다고 보아야 하므로 산재보험법의 적용을 받는다고 보아야 한다.

글로벌화 속에서 다수의 한국 기업이 해외에 진출하여 사업을 수행하고 있다. 그런 이유로 많은 한국 근로자들이 해외 현지에서 근로를 제공하고 있다. 이 경우 한국의 근로자가 해외 현지에서 업무와 관련하여 재해를 당하는 경우 산업재해보상보험법(이하 ‘산재보험법’이라 한다)이 적용될 수 있을 것인가? 대상판결의 사안에서도, 경기도 김포시 소재 기업 소속의 근로자가 멕시코 티후아나주 소재 자동차 공장에서 작업 중 사고를 당하였는데, 이 사고가 업무상 재해임에는 틀림이 없지만 산재보험법이 적용되어 이 근로자에게 산재보험급여의 지급이 가능할 것인가가 문제되었다.

현행 산재보험법에서는 제121조에서 한국이 당사국으로 되는 사회보장관련협약으로 정하는 국가와 지역에서의 사업에 관하여는 정부가 지정하는 보험회사로 하여금 일종의 산재보험사업을 할 수 있도록 하여 국외 사업에 종사하는 해외근무자에 대한 업무상 재해 보호에 관한 특례를 정하고 있고 동법 제122조에서는 해외파견자에 대하여 사업주가 근로복지공단에 보험가입 신청을 하여 승인을 얻은 경우에는 산재법을 바로 적용할 수 있도록 특례를 규정하고 있다. 따라서 한국에서 해외로 보내어져 해외에서 근무하는 근로자가 업무상 재해를 당하는 경우, 마침 해당 외국과 한국이 사회보장관련협약이 체결되어 있고 또한 한국 정부가 지정한 보험회사가 해당 국외 사업에 관해 산재보험사업을 하고 있거나 또는 해당 피재근로자를 해외로 보내기 전에 한국에 있는 사업주가 그 근로

자에 대해 사전에 근로복지공단에 해외파견자 산재보험 가입신청을 하여 승인을 받아둔 상태라면 아무런 문제가 없다.

그러나 현실적으로 한국 기업이 해외에 진출해 있는 해당 외국에서 한국과 사회보장관련협약이 체결되어 있고 또 한국 정부가 지정한 보험회사가 해당 외국에서 산재보험사업을 하고 있을 가능성이 얼마나 될 것이며, 또한 한국에 있는 사업주가 해당 근로자를 대상으로 해외파견자 산재보험 가입신청을 미리 해두는 경우가 과연 얼마나 될지 상당히 의구심이 든다. 전자의 경우 비용과 편익을 생각해보았을 때 한국의 국외 사업에 대해 보험회사가 산재보험사업을 할 유인이 낮아 보이며 설사 산재보험사업을 한다고 할지라도 해당 국외 사업의 사업주가 그 보험에 가입을 하고 있을지도 의심스럽다. 후자의 경우 해외파견자 산재보험 가입신청에 대해 사업주가 잘 모르고 있을 가능성도 크고 설사 알고 있다고 할지라도 그에 대해 산재보험료를 납부해야 하는 사업주 입장에서 그리 달갑지는 않을 것이다. 결국 사업주 입장에서는 해외근무자가 아무 사고 없이 임무를 완수하고 돌아오면 다행스러운 것인 동시에 납부되었어야 할 산재보험료를 굳힐 수 있어서 이익이 되는 일인 것이다. 만약 해외근무자가 해외에서 업무상 재해를 당하더라도 이 경우는 근로자가 근로복지공단을 상대로 다투어서 해결할 문제이므로 사업주 입장에서는 굳이 나설 필요가 없거나 짐짓 모른 척하고 상황을 지켜보면 될 일일 수 있다.

그런데 이처럼 국외 사업에 대한 특례도 적용될 수 없는 상황이고 사업주가 해외파견자 산재가입 신청도 해두지 않은 상태에서 해외근무자가 해외 현지에서 업무상 재해를 당한 경우 이 근로자에 대한 보호는 어떻게 되는가? 근로복지공단의 태도는 해외근무자는 모두 해외파견자라는 전제에서 사업주의 해외파견자 산재가입 신청이 없었으므로 산재 불승인이라는 입장을 고수하고 있고 근로복지공단의 이러한 불승인처분에 대해 해당 근로자는 소송으로 다투는 것이 일반적이다. 이러한 유형의 사건에 대해 공식적으로 확인되는 최초의 판결에서 “해외에서 근로를 제공하는 자가 해외출장자인지 해외파견자인지 여부에 관하여는 해외에서 제공하는 근로의 형태를 판단 기준으로 하여, 단지 근로제공의 장소가 해외에 있는 것에 불과할 뿐 국내사업장에 소속되어 국내사업장 사용자의 지휘·명령에 따라 업무를 수행하는 경우에는 해외출장자로 볼 것이나, 해외사업장에 소속되어 해외사업장 사용자의 지휘에 따라 업무를 수행하는 경우에는 해외파견자로 봄이 타당할 것이다”라고 하여 실질적으로 판단한 이래로⁴⁾ 대법원도 “산재보험법 제6조에서

4) 서울행정법원 1998. 10. 10. 선고 98구6561 판결. 동 판결의 사안에서는 원고(근로자)가 해외 현지법인인 심스패션에 파견근무할 것을 조건으로 나로상역에 입사한 후 현지에 상주하고 있던 심스패션의 대표자인 이○○의 지휘, 감독을 받아 업무를 수행한 점에 비추어 심스패션에 소속되어 그 지배 아래 근무를 하는 파견근로자라 할 것이고, 형식상 나로상역에 적(籍)을 두고 있다거나 나로상역에서 임금을 지급받는다던 하여 달리 볼 것은 아니라고 하여 원고가 해외 파견근무 중 교통사고로 입은 업무상 재해에 대하여는 산재보험법이 적용되지 않는다고 판시하였고, 동 판결은 원고가 항소하

말하는 사업은 특별한 사정이 없는 한 국내에서 행하여지는 것만을 의미한다고 보아야 한다. 다만 국내에서 행하여지는 사업의 사업주와의 사이에 산업재해보상보험관계가 성립한 근로자가 국외에 파견되어 근무하게 된 경우에 그 근무의 실태를 종합적으로 검토하여 보았을 때 단순히 근로의 장소가 국외에 있는 것일 뿐 실질적으로는 국내의 사업에 소속하여 당해 사업의 사용자의 지휘에 따라 근무하는 것, 이른바 해외출장에 해당하는 것이라면, 이러한 경우에는 국내 사업의 사업주와의 사이에 성립한 산업재해보상보험관계가 여전히 유지된다고 보아야 하므로 산재보험법의 적용을 받는다고 보아야 한다”는 입장을 견지해 왔고(대법원 2000. 10. 24. 선고 98두18503 판결, 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009두22829 판결, 대법원 2011. 2. 24. 선고 2010두23705 판결, 대법원 2011. 11. 10. 선고 2011두13064 판결 등),⁵⁾ 대법원도 대법원의 이러한 입장을 재확인하고 있다.⁶⁾

요컨대, 해외근무자에 대해 파견인지 출장인지 구별을 하지 않고 해외파견자 산재가입 신청 여부에 따라 산재보험 적용 여부를 일률적으로 결정하는 근로복지공단의 형식적 판단은 해외근무자에 대한 산재 인정을 하지 않는 방향으로 이어지고 있다. 이에 대해 법원은 해외근무자에 대해 산재보험 가입신청이 되어 있지 않더라도 실질적 관점에서 접근하여 진정한 의미의 해외파견인데 산재보험 가입신청을 하지 않은 것인지 아니면 해외파견이라는 근로복지공단과 사업주의 주장에도 불구하고 해외출장인지를 판단하고 있다. 해외파견자 산재보험 가입신청이 되어 있지 않은 것이 문제된 다수의 사안에서 우리 판례는 이를 해외출장으로 인정하여 근로자를 보호하고자 노력하는 경향성을 볼 수 있다.

KL

노호창(서울대학교 공익인권법센터 선임연구원)

지 않아서 그대로 확정되었다.

- 5) 이러한 대법원 판결들에 대한 리뷰로는 박은정(2012), 「해외 파견근로자의 산재보험 적용 여부」, 『노동법학』 42, 한국노동법학회, pp.393-396 참조.
- 6) 다만 대법원 판결들과 대법원은 용어와 관련하여 해외근무자에 대해 일률적으로 해외파견이라는 용어를 사용하여 지칭하고 있어서 산재보험법 제122조가 규정한 진정한 의미의 해외파견과 혼동을 초래하는 측면은 있다.

실업급여를 받을 수 있는 정당한 이직사유

- 서울행정법원 2014. 7. 3. 선고 2014구합2270 판결 -

【판결요지】

원고(근로자)가 멀티부서로 이동하게 되면 실적급의 지급구조상 월평균 150만 원 정도밖에 지급받지 못하게 되어 임금이 46% 이상 하락하게 되는 점 등을 고려하면, 원고(근로자)는 단체협약이나 취업규칙 등에 비추어 2개월 이상 근로조건 저하가 발생할 것이 장래에 확정된 경우로서 고용보험법 시행규칙 제101조 제2항 [별표 2] 1. 가.에 따라 수급자격이 제한되지 않는 정당한 이직사유인 '이직일 전 1년 이내에 2개월 이상 실제 근로조건이 채용시 제시된 근로조건이나 채용 후 일반적으로 적용받던 근로조건보다 낮아진 경우'에 해당한다.

고용보험법(이하 '법'이라 함)상 여러 제도 가운데 개별 근로자에게 가장 중요하다고 할 수 있는 것은 단연코 실업급여라고 할 수 있다. 실업급여는 실직자들의 생계유지를 도모하고 구직활동을 용이하게 하기 위해서 실직자에게 지급하는 급여를 말하는 것으로서, 이에는 '구직급여'와 '취업촉진수당'의 두 가지로 구분되며, 취업촉진수당은 구직급여의 수급요건을 갖춘 것을 전제로 일정한 요건에 따라 받을 수 있는 급여를 말한다. 일반적으로 실업급여라고 지칭할 때 이는 구직급여를 의미하며, 따라서 구직급여는 실업급여 중 가장 기본적이고 중요한 급여라고 하겠다.

구직급여와 관련하여, 법은 수급요건과 제한요건을 함께 규정하고 있다. 우선 수급요건을 살펴보자. 구직급여는 이직(離職)한 피보험자인 근로자가 이직 전 18개월 동안 피보험단위기간이 통산(通算)하여 180일 이상이고, 근로의 의사와 능력이 있음에도 불구하고 취업하지 못한 상태에 있으며, 이직사유가 법정수급자격의 제한사유에 해당하지 않고, 재취업을 위한 노력을 적극적으로 하는 경우 등 법정수급요건을 만족하는 경우에 한하여 지급된다(법 제40조). 또한 구직급여를 지급받으려는 자는 이직 후 직업안정기관에 출석하여 실업을 신고하여야 하고(법 제42조), 직업안정기관의 장으로부터 수급자격을 갖추었다는 사실의 인정을 받아야 한다(법 제43조). 실업의 인정을 받으려는 수급자격자는 실업의 신고를 한 날부터 계산하기 시작하여 1주부터 4주의 범위에서 직업안정기관의 장이 지정한 날에 출석하여 재취업을 위한 노력을 하였음을 신고하여야 한다(법 제44조).

구직급여의 요건을 갖추었다고 전제한 경우 받을 수 있는 구직급여의 액수와 기간은 어느 정도일까. 구직급여의 기초일액은 해당 실업자의 이직 전 1일 평균임금의 50%에 해당하는 금액을 기초로 산정된다(법 제45조, 제46조). 다만 그 액수가 1일 4만 원을 초과하

는 경우 4만 원을 상한액으로 한다(법 시행령 제68조). 구직급여는 법에 따로 규정이 있는 경우 외에는 당해 구직급여의 수급자격과 관련된 이직일 다음 날부터 12개월 이내 법 소정의 급여일수를 한도로 지급되며, 그 수급기간은 연령이나 장애 여부, 피보험기간에 따라 다르다(법 제48조).⁷⁾

다만 여기서 주의할 점은 구직급여를 받기 위한 요건으로서 먼저 피보험단위기간 180일을 충족해야 한다는 점이다. 피보험단위기간은 180일 이상으로서 피보험기간 중 임금지급의 기초가 된 날을 합하여 계산한다고 하여 피보험기간과 구별하여 규정하고 있고(법 제41조 제1항), 피보험기간은 고용기간을 의미하는 것으로 규정하고 있다(법 제50조 제3항). 피보험기간, 구직급여의 수급요건으로서의 ‘피보험단위기간 180일 이상’ 등은 법률상의 요건으로서 행정청과 법원은 이에 구속되고 또한 명확하게 그 의미가 규정되어 있어서 특별히 다른 해석의 여지가 없다. 이와 관련하여 판례는 “고용보험법상 구직급여의 수급요건을 갖추려면 이직일 이전 18개월간의 기준기간 중 임금지급의 기초가 된 날(피보험단위기간)이 통산하여 180일 이상이어야 하고, 위 임금지급의 기초가 된 피보험단위기간이라 함은 실제로 근로를 제공하고 그 대가로 금품을 수수한 날과 실제로 근로를 제공하지 않더라도 임금이 지급되는 유급휴일인 날을 의미하는 것이므로, 피보험단위기간을 산정함에 있어 임금지급의 기초가 되지 아니한 무급휴일을 제외함이 상당하다”고 판시하여⁸⁾ 피보험단위기간은 유급일임을 밝힌 바 있다.⁹⁾

7) 구직급여의 수급기간

		피보험기간				
		1년 미만	1년 이상 3년 미만	3년 이상 5년 미만	5년 이상 10년 미만	10년 이상
이직일 현재 연령	30세 미만	90일	90일	120일	150일	180일
	30세 이상 50세 미만	90일	120일	150일	180일	210일
	50세 이상 및 장애인	90일	150일	180일	210일	240일

예컨대, 이직(離職)일 현재 45세, 피보험기간 7년, 이직 당시 산정된 평균임금 일일(一日)액은 10만 원인 실업자의 구직급여 수급기간은 180일이며 구직급여 총액은 720만 원(4만 원*180일)이다.

- 8) 서울행법 2011. 3. 17. 선고 2010구합40427 판결. 이 판결에 대한 리뷰로는 노호창(2011), 『구직급여의 피보험단위기간 산정에서 무급휴일 제외』, 『노동법학』 39, 한국노동법학회, pp.376-381.
- 9) 만약 6개월 단위의 기간제 근로계약에서 6개월을 근로한 후 퇴직하여 새롭게 일자리를 구하지 못하여 실업급여를 받고자 하는 경우 당사자 입장에서는 피보험단위기간 180일을 충족하였을 것이라고 생각하기 쉽다. 그렇지만 실제로 주40시간 근로시간제 하에서 무급휴일이 존재할 가능성이 있고 이 경우 매월 무급휴일은 피보험단위기간에서 제외되므로 실제로 유급일은 180일이 채 되지 못한다. 따라서 이런 경우 구직급여를 받을 수 있는 요건을 갖추지 못한 것이 된다. 이 경우 근로자가 그동안 축적해둔 피보험단위기간이 사라지는 것은 아니지만 새로운 일자리를 구할 때까지 구직급여를 받지 못해서 생계유지가 어려운 상황에 처하게 된다. 근로자가 이후 고용보험에 가입되어 있는 사업장에서 새롭게 근로하게 되면 이전에 축적되어 있던 피보험단위기간과 새로운 사업장에서의

그런데 이렇게 어려운 과정을 거쳐서 구직급여의 요건을 갖추더라도 피보험자인 근로자에게 일정한 사유가 있는 경우 급여지급이 거부된다. 법은 근로자가 이직(離職)으로 피보험자격을 상실할 때 사업주로 하여금 이직확인서를 작성하여 고용노동부장관에게 제출하도록 하고 있고 이직확인서에는 피보험단위기간, 이직사유, 임금 등을 기재하도록 하고 있는바(법 제15조, 제16조) 이에 따라 피보험자인 근로자가 구직급여를 제한받는 사유에 대해서는 이직확인서를 통해 고용노동청이 파악할 수 있도록 되어 있다. 대상판결의 사안은 바로 구직급여를 제한할 수 있는 이직사유와 관련된 것이다. 구직급여의 제한사유는 다음과 같이 구분된다.

중대한 귀책사유로 해고된 경우(법 제58조 제1호)	가. 「형법」 또는 직무와 관련된 법률을 위반하여 금고 이상의 형을 선고받은 경우
	나. 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 고용노동부령으로 정하는 기준에 해당하는 경우
	다. 정당한 사유 없이 근로계약 또는 취업규칙 등을 위반하여 장기간 무단결근한 경우
본인의 사정으로 이직한 경우(법 제58조 제2호)	가. 전직 또는 자영업을 하기 위하여 이직한 경우
	나. 중대한 귀책사유가 있는 자가 해고되지 아니하고 사업주의 권고로 이직한 경우
	다. 그 밖에 고용노동부령으로 정하는 정당한 사유에 해당하지 아니하는 사유로 이직한 경우
수급자격자가 직업안정기관의 장이 소개하는 직업에 취직하는 것을 거부하거나 직업안정기관의 장이 지시한 직업능력개발훈련 등을 거부하는 경우(법 제60조 제1항)	
부정행위에 따른 급여의 지급제한(법 제61조)	

대상판결의 경우 이러한 제한사유 중 법 제58조 제2호 다.목과 관련되어 있다. 사안에서 피보험자인 근로자는 본래 실적급까지 포함해서 월 280만 원 정도를 임금으로 지급받아 왔으나 사업주 측의 인사발령으로 인해 다른 부서로 이동하게 되어 월 150만 원 정도 밖에 임금으로 지급받지 못하게 되어, 이를 이유로 자발적으로 퇴직하고 고용노동청에 급여 신청을 하였으나 고용노동청은 정당한 사유에 해당하지 아니하는 자기 사정으로 퇴직하였다는 이유로 수급자격 불인정처분을 하였던 것이다.

이직을 하는 근로자 입장에서는 수급요건을 갖추는 경우 구직급여를 받을 수 있다고 기대할 수 있지만, 사업주가 근로자의 퇴직 시 피보험자격상실신고를 할 때 그 사유를 반드시 신고하도록 되어 있는바, 이러한 사유가 근로자에게 수급제한 사유이어서는 곤란

유급일이 합산되어 구직급여 요건 구비 여부를 판단하게 된다.

하다. 이와 관련하여 근로자가 자기 사정으로 이직하였지만, 수급자격을 제한받지 않는
정당한 사유를 법 시행규칙 [별표 2]에서 규정하고 있다.¹⁰⁾

10) [별표 2] 수급자격이 제한되지 아니하는 정당한 이직사유(제101조 제2항 관련)

1. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사유가 이직일 전 1년 이내에 2개월 이상 발생한 경우
 - 가. 실제 근로조건이 채용 시 제시된 근로조건이나 채용 후 일반적으로 적용받던 근로조건보다 낮아지게 된 경우
 - 나. 임금체불이 있는 경우
 - 다. 소정근로에 대하여 지급받은 임금이 『최저임금법』에 따른 최저임금에 미달하게 된 경우
 - 라. 『근로기준법』 제53조에 따른 연장근로의 제한을 위반한 경우
 - 마. 사업장의 휴업으로 휴업 전 평균임금의 70퍼센트 미만을 지급받은 경우
2. 사업장에서 종교, 성별, 신체장애, 노조활동 등을 이유로 불합리한 차별대우를 받은 경우
3. 사업장에서 본인의 의사에 반하여 성희롱, 성폭력, 그 밖의 성적인 괴롭힘을 당한 경우
4. 사업장의 도산·폐업이 확실하거나 대량의 감원이 예정되어 있는 경우
5. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사정으로 사업주로부터 퇴직을 권고받거나, 인원 감축이 불가피하여 고용조정 계획에 따라 실시하는 퇴직희망자의 모집으로 이직하는 경우
 - 가. 사업의 양도·인수·합병
 - 나. 일부 사업의 폐지나 업종전환
 - 다. 직제개편에 따른 조직의 폐지·축소
 - 라. 신기술의 도입, 기술혁신 등에 따른 작업형태의 변경
 - 마. 경영의 악화, 인사 적체, 그 밖에 이에 준하는 사유가 발생한 경우
6. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사유로 통근이 곤란(통근 시 이용할 수 있는 통상의 교통 수단으로는 사업장으로의 왕복에 드는 시간이 3시간 이상인 경우를 말한다)하게 된 경우
 - 가. 사업장의 이전
 - 나. 지역을 달리하는 사업장으로의 전근
 - 다. 배우자나 부양하여야 할 친족과의 동거를 위한 거소 이전
 - 라. 그 밖에 피할 수 없는 사유로 통근이 곤란한 경우
7. 부모나 동거 친족의 질병·부상 등으로 30일 이상 본인이 간호해야 하는 기간에 기업의 사정상 휴가나 휴직이 허용되지 않아 이직한 경우
8. 『산업안전보건법』 제2조 제7호에 따른 “중대재해”가 발생한 사업장으로서 그 재해와 관련된 고용노동부장관의 안전보건상의 시정명령을 받고도 시정기간까지 시정하지 아니하여 같은 재해 위험에 노출된 경우
9. 체력의 부족, 심신장애, 질병, 부상, 시력·청력·촉각의 감퇴 등으로 피보험자가 주어진 업무를 수행하는 것이 곤란하고, 기업의 사정상 업무종류의 전환이나 휴직이 허용되지 않아 이직한 것이 의사의 소견서, 사업주 의견 등에 근거하여 객관적으로 인정되는 경우
10. 임신, 출산, 만 6세 이하의 초등학교 취학 전 자녀(2008년 1월 1일 이후 출생한 자만 해당한다)의 육아, 『병역법』에 따른 의무복무 등으로 업무를 계속적으로 수행하기 어려울 경우로서 사업주가 휴가나 휴직을 허용하지 않아 이직한 경우
11. 사업주의 사업 내용이 법령의 제정·개정으로 위법하게 되거나 취업 당시와는 달리 법령에서 금지하는 재화 또는 용역을 제조하거나 판매하게 된 경우
12. 정년의 도래나 계약기간의 만료로 회사를 계속 다닐 수 없게 된 경우
13. 그 밖에 피보험자와 사업장 등의 사정에 비추어 그러한 여건에서는 통상의 다른 근로자도 이직했을 것이라는 사실이 객관적으로 인정되는 경우

근로자에게 있어서 수급제한을 깨뜨릴 수 있는 이러한 정당한 사유가 있다면 이에 대해서는 근로자가 적극적으로 주장 및 증명해야 한다. 예컨대, 사업주가 피보험자자격상실 신고를 할 때 ‘근로자 개인 사정으로 인한 이직’ 이렇게 신고한 경우 근로자는 수급요건을 갖추고도 급여를 제한받게 된다. 그런데 이 경우 만약 근로자의 이직사유가 사업장 내에서의 성희롱, 성폭력 등이었다고 한다면 이 사정에 대해서는 근로자가 주장하고 증명해야 된다는 의미가 된다. 또한 근로자가 기간 만료로 퇴직하게 되는 경우에도 사업주가 ‘근로자 개인 사정으로 인한 이직’이라고 신고해버리면 근로자는 급여를 받지 못하게 되고 근로자 입장에서는 자신이 기간제 근로자였다는 점을 주장·증명하여야 급여를 받을 수 있게 된다. 사회보험이라는 특성으로 인해 피보험자에게 수급자격의 제한이 존재할 수 있다는 점을 이해하더라도 무엇인가 이상하다는 인상을 지울 수 없다.

대상판결의 사안에서도 근로자는 자기사정으로 이직한 것은 맞지만, 법 시행규칙 [별표 2] 1. 가.에 따라 ‘근로조건 중 임금의 현저한 하락’이라는 정당한 사유가 있으므로 수급자격이 있다고 주장하였다. 이에 대해 고용노동청은 『수급자 재취업지원 및 실업급여 업무편람』에서 [별표 2] 1. 가.의 사유가 보다 구체화되어 있는 ‘근로조건 중 임금이 하락하였는지를 비교하는 기준으로 임금으로 보기 어려운 성과급 등은 제외’해야 한다는 내용을 근거로 근로자가 지급받던 실적급을 임금에서 제외하고 판단해야 하므로 사안의 경우 임금 하락이 아니고 따라서 근로자는 수급자격이 없다고 주장하였다. 그러나 대상판결은 사안에서 문제된 실적급은 사용자가 근로자에게 근로의 대가로 계속적·정기적으로 지급하였고 사용자에게 지급의무가 인정되므로 임금에 포함시켜야 한다는 전제에서, 사안의 경우 근로조건의 하락이 인정되므로 근로자에게 수급자격을 부정할 수 없다고 판단하였다. 실직근로자의 생존권 보호 관점에서 대상판결은 타당한 판단을 하였다고 본다.

근로자는 누구나 사직의 자유를 가진다. 게다가 실업급여수급권의 경우 국가에 대한 신청을 전제로 하는 공법상 권리이기는 하지만 자기기여, 사적유용성, 생존배려의 세 가지 요건을 갖추었기 때문에 헌법재판소의 입장에 비추어 보면 재산권으로서의 성격까지 가진다. 그렇다면 근로자가 자기 사정으로 이직한다고 해서 일률적으로 수급제한 사유로 규정하고 수급제한을 깨뜨릴 수 있는 정당한 사유에 대한 주장과 증명을 근로자 측에 전가하고 있는 현행 입법의 태도가 정당한 것인지 검토가 필요하다고 본다. 근로자의 생존권 보호를 위한 실업급여에 있어서 수급제한의 정당한 범위는 과연 어디까지인가? 대상판결은 이러한 문제의식을 던지고 있다. **KL**

노호창(서울대학교 공익인권법센터 선임연구원)

육아휴직급여와 통상임금

- 부산지방법원 2014. 8. 28. 선고 2014구합1582 판결 -

【판결요지】

상여금, 장기근속수당, 급식보조비, 교통보조비, 맞춤형 복지카드는 통상임금에 포함되어야 할 것이므로, 이와 다른 전제에서 위 임금 항목을 통상임금 산정에서 제외한 후 이를 기초로 육아휴직급여를 산정하여 원고의 차액지급 청구를 거부한 이 사건 처분은 위법하다.

대상판결은 통상임금에 관한 전원합의체 판결(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결. 이하 ‘전합판결’이라 함)이 나오기 전에 육아휴직급여를 받았던 근로자가 전합판결이 내려지자 이에 따라 육아휴직급여를 다시 계산하여 제대로 지급받지 못한 차액의 지급을 청구하자 고용노동청이 이를 거부하였고(이 사건 처분) 이에 대해 그 근로자가 행정소송을 제기한 사건에 대한 판결이다.

육아휴직급여는 육아휴직기간에 대해 고용노동부가 고용보험법에 따라 지급하는 급여인데, 급여액은 통상임금을 기준으로 40%에 해당한다(고용보험법 제70조 및 고용보험법 시행령 제95조 참조). 이 사건에서 관할 고용노동청은 고용노동부가 통상임금을 계산하는 지침에 따라 기본급과 통상임금만을 합산하여 통상임금을 계산하고 이를 기준으로 육아휴직급여를 지급하였다. 그런데 전합판결은 고용노동부가 통상임금을 계산하는 방식이 틀렸다면 통상임금의 판단기준을 다시 자세히 설명하였다. 대상판결은 전합판결에 따라 상여금, 장기근속수당, 급식보조비, 교통보조비, 맞춤형 복지카드는 통상임금에 포함된다고 판단하였다.

전합판결 이후 고용노동부는 전합판결에 따라 다시 지침을 수정하였다. 문제는 전합판결 이전에 종전의 잘못된 지침에 따라 처리한 것들을 어떻게 하여야 하는가이다. 이에 대해 대상판결은 두 가지 점에서 시사하는 바가 있다.

첫째, 대상판결은 전합판결 이전의 급여 지급에 대해서도 전합판결의 취지에 따라 다시 계산하여야 한다는 점이다. 전합판결 등 대법원 판결은 새로 법을 만든 것이 아니라 이미 있는 법을 해석한 것이다. 따라서 전합판결이 내려지기 전의 사건들도 전합판결의 취지에 따라 판단되어야 한다. 고용노동부 지침은 법이 아니고 단지 법에 대한 고용노동부의 해석일 뿐이다. 법의 해석이 다투어지는 경우 궁극적으로는 사법부인 법원의 해석에 따라야 한다. 대상판결은 “위 지침은 국민에 대한 대외적 구속력이 있는 것이 아닌, 행정 내부의 지침에 불과하고 위 임금 항목들이 통상임금에 해당하는지 여부는 앞서 든

관련 법령 등의 유기적 해석을 통하여 결정되어야 하는 것”이라고 판시하였다.

둘째, 육아휴직급여의 지급이 완료되었다 하더라도 잘못 지급된 부분을 추가로 청구하는 것은 3년 소멸시효기간 중에는 계속 인정된다는 점이다. 급여지급에 대한 불복절차에서 심사관에 심사를 청구하는 기간은 급여지급처분이 있음을 안 날로부터 90일 이내이다(고용보험법 제87조). 그러나 육아휴직급여를 지급받을 권리는 3년간 행사하지 않아야 시효로 소멸한다(같은 법 제107조). 대법판결은 “원고가 잔여 육아휴직급여를 청구한 2014. 4. 23.에 그 소멸시효 기간인 3년을 경과하였다고 볼 수 없으므로, 여전히 원고의 피고에 대한 잔여 육아휴직급여 청구권은 존재한다고 할 것이어서 원고는 다시 이를 피고에게 청구할 수 있고, 그것이 거부된 경우 그 거부처분을 항고 소송의 대상으로 여전히 다룰 수 있으며, 제소기간 역시 새로운 거부처분인 이 사건 처분을 기준으로 하여 판단하여야 할 것”이라면서 이 사건 처분에 대하여 90일 이내에 소를 제기하였으므로 문제가 되지 않는다고 판단했다.

결국 고용노동부는 3년(소멸시효기간) 전부터 육아휴직급여가 잘못 지급된 부분에 대해 다시 제대로 지급하여야 한다. 근로자가 그냥은 지급받지 못하고 대상판결처럼 소송을 제기하여야 비로소 지급받을 수 있다면 행정의 신뢰와 권위에 심각한 문제를 야기한다. 국민의 권익보호를 위해서라도 전합판결 이전의 육아휴직급여에 대해서도 고용노동부가 스스로 시정하도록 태도의 변화가 있어야 하겠다.

한편 대상판결을 접하면서 두 가지 관련된 고민점들이 생긴다.

첫째는 육아휴직급여액을 꼭 근로기준법상 통상임금을 기준으로 계산하여야 하는가라는 점이다. 고용보험법은 통상임금을 기준으로 급여액을 계산하도록 정하고 있다. 통상임금이 통상 지급되는 임금이라면 통상의 생활을 반영하여 급여를 정하므로 적당한 기준이 되겠지만, ① 통상임금 소송들에서 나타나듯이 통상임금에 포함되지 않는다고 다투어지는 임금 항목들이 많아 전체 임금에서 그 비중이 크며, ② 상시적인 연장근로·휴일근로가 이루어지는 사업장이 많은데 그에 따른 임금은 통상임금에 포함되지 않아, 결국 지급의 통상임금이 통상의 임금생활을 반영하고 있는지에 대해 의문이다. 사회보장급여가 생활의 안정을 위함이라면 연장근로 할증의 기준이 되는지가 주된 관점인 근로기준법상 통상임금이라는 기준보다는 사회보장적 측면에서 적합한 독자적인 기준을 설정하는 것이 타당할 수 있다. 앞으로 고용보험급여 등 사회보장급여에서 별도의 기준임금을 정하는 방법에 대해 논의가 진전되기를 바란다.

둘째는 대상판결에서 거론된 복지카드가 꼭 통상임금에 포함되도록 운영되어야 하겠는가라는 점이다. 복지 관련 필요에 따라 근로자가 자유롭게 선택하여 사용할 수 있는 복지카드 또는 복지포인트 제도가 그 취지를 살리려면 임금이 아니도록 운영하는 것이 적절하다. 예를 들면 당해 연도에 사용하지 않은 포인트는 소멸하도록 하는 것이 복지의

필요성에 더욱 부합하면서도, 임금성 판단의 기준이 되는 사용자의 지급의무성이 부정되는 방법이 될 수 있다. 사내복지제도가 고정급 임금의 대체수단이 아니라 진정한 복지제도로 정착될 수 있도록 하는 노력이 필요하다. **KL**

김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

글로벌 플레이어(Global Player)의 불법파견

- 서울중앙지법 2014. 9. 18. 선고 2010가합112450, 2010가합112467(병합), 2010가합112504(병합), 2010가합112573(병합), 2010가합112559(병합), 2010가합112610(병합), 2011 가합1410(병합), 2011가합33059(병합), 2011가합33226(병합), 2011가합33615(병합), 2011가합34359(병합), 2012가합70550(병합), 2012가합75722(병합) 판결 -
- 서울중앙지법 2014. 9. 18. 선고 2010가합112481, 2010가합112528(병합), 2010가합112535(병합), 2010가합112597(병합), 2012가합70567(병합) 판결 -
- 서울중앙지법 2014. 9. 19. 선고 2010가합112474, 2010가합112498(병합), 2010가합112542(병합), 2010가합112580(병합), 2010가합135767(병합), 2011가합1427(병합), 2011가합33608(병합), 2012가합56(병합), 2012가합75715(병합), 2012가합93324(병합), 2013가합60185(병합) 판결 -
- 서울중앙지법 2014. 9. 19. 선고 2010가합112511, 2010가합127537(병합), 2011가합33066(병합), 2011가합33622(병합), 2010가합112443(병합), 2010가합112603(병합), 2010가합112566(병합), 2011가합33233(병합) 판결 -
- 서울중앙지법 2014. 9. 25. 선고 2011가합75831, 2011가합75909(병합), 2011가합113115(병합) 판결 -
- 서울중앙지법 2014. 9. 25. 선고 2011가합75848, 2011가합75916(병합), 2011가합126630(병합) 판결 -

【판결요지】

1. ○○자동차의 사내협력업체 근로자는 파견근로자에 해당하고 파견 후 2년을 초과하여 계속 사용한 경우 직접고용된 것으로 간주되거나 직접고용을 요구할 수 있다
2. 파견근로자의 근로제공 중단이 사용사업주의 귀책사유로 인한 것이라면 그 기간에 대하여도 임금 또는 임금 상당의 손해배상을 청구할 수 있다.

많은 이가 이 사건 판결을 기다렸다. 그리고 판결은 많은 이가 고대했던 내용대로 내려

졌다. 그런데 이 판결은 왠지 낯설지 않다. 어디에선가 본 것만 같다. 곰곰이 생각해 보니 약 1년 전 쯤에 읽은 해외 판결 하나가 이 판결이 데자뷰(deja vu)같은 느낌을 준 듯하다. 대상판결에 대한 리뷰에 앞서 그 판결을 짧게나마 소개해 본다.

1년 전 쯤 독일에서는 하급심 판결 하나가 많은 이의 주목을 끌었다. 이 판결의 피고는 자동차회사이고, 원고는 이 자동차회사와 IT 및 개발과 관련한 도급계약을 맺은 협력업체에 고용된 근로자로서, 이 사건 근로자는 약 10년간 정해진 업무시간에 원청인 자동차회사의 사업 내에서 도급계약에서 정한 IT와 관련된 업무를 수행하였다. 원고인 이 사건 근로자가 원청인 자동차회사의 근로자임을 주장한 사건에서, 이 사건 법원은 원고는 실질적으로 피고인 자동차회사의 지시에 따라 업무를 수행하였기 때문에, 이 사건 도급계약은 ‘위장도급(Scheinwerkvertrag)인 불법파견에 해당하고, 따라서 피고인 자동차회사와 사내하도급 근로자 간에는 직접 고용관계가 성립된다고 판시하였다(LAG Baden-Württemberg v. 1. 8. 2013 - 2 Sa 6/13). ‘불법파견’ 여부가 다투어진 사건이 이 사건 이외에 없는 것도 아니고 이 사건이 사실관계 측면에서 ‘불법파견’이 다투어졌던 다른 사건과 비교하여 특이점이 있었던 것이 아님에도 불구하고, 이 사건이 세간의 주목을 받았던 이유는 이 사건 피고가 세계 일류라는 평가를 받는 자동차를 생산하는 독일의 대표적인 글로벌 플레이어(Global Player)였기 때문이다.

대상판결에 기시감(既視感)이 일었던 까닭은 대상판결이 우리나라를 대표하는 자동차 업계 글로벌 플레이어 기업의 불법파견이 문제된 사건이었기 때문이다. 이 사건 피고인 자동차회사들은 컨베이어벨트시스템에 의해 운영되는 직접생산공정뿐만 아니라 생산관리, 출고, 포장, 보전업무와 같은 간접생산공정 등 공정 전반에 걸쳐 협력업체와 업무도급 계약을 체결하고 사내하도급 근로자를 대규모로 십수 년간 지속적으로 활용해 왔다. 이에 대해 이 사건 원고인 사내하도급 근로자는 피고와 사내협력업체 간의 도급계약은 실질이 근로자파견이고, 따라서 (구) 파견근로자 보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견근로자보호법’이라 함)에 따라 직접고용간주 또는 직접고용의무가 발생하였음을 주장하였다.

이 사건 원고인단의 수가 큰 만큼 대상판결에서 다투어진 쟁점도 적지 않고, 또한 이 중에는 이후 보다 심층적인 평석이 필요한 쟁점도 있다. 그러나 여기에서는 지면상의 한계로 인해 대상판결의 주요 쟁점 및 판결의 내용을 소개하는 것에 머물기로 하고, 이에 대한 보다 깊이 있는 연구는 다른 지면을 활용하고자 한다.

대상판결의 중요한 쟁점 중 하나는 이 사건 자동차회사들이 사내협력업체와 맺은 도급계약이 실질에 있어 근로자파견에 해당하는지 여부이다. 이는 도급과 근로자파견의 구분 문제이기도 하다. 이에 대해 대상판결은, 기존 대법원 판결(대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결)에서도 확인되고 있는 바와 같이 법률관계는 ① 계약의 명칭이나 형식이 아닌 그 근로관계의 실질에 따라 판단해야 한다는 원칙하에서 ② 그 구체적인 기준으로 ㉠

계약의 내용, ㉠ 업무수행의 과정, ㉡ 계약당사자의 적격성을 제시하였다. 이후 대상판결은 계약의 내용 측면에서 ① 피고와 사내협력업체 사이에 체결된 도급계약은 그 목적과 기한이 명확치 않고, 계약의 목적이 도급의 본래 목적인 일의 완성보다 근로자의 노동력 제공 그 자체에 있었다고 보아야 한다는 점, ② 컨베이어 작업의 경우 제공된 노무 자체와 그 일의 완성을 구별할 수 없는 속성을 가지고 있다는 점, 업무수행의 과정 측면에서 ① 사양일람표, 사양식별표, 작업표준서, 검사기록표, 서열모니터, 포장계획서, 일일작업지시서, 작업사양서 등을 통해 피고가 사내하도급 근로자에게 직접지시를 하였고 사내하도급업체는 독자적인 권한이 없었고, 사내협력업체 소속 현장관리인의 작업지시도 피고의 지시를 전달한 것 또는 피고에 의해 통제되어 있는 것에 불과하다고 보아야 하는 점, ② 피고가 사내하도급 근로자의 근태를 관리하거나 협력업체가 근태관리를 하였더라도 이는 피고가 정한 표준 TO 및 공정별 적정 투입인원 수의 유지를 전제로 한 한도 내에서만 제한적으로 가능하였고, 이는 피고의 노무관리를 대신하는 측면이 있다는 점, ③ 피고가 사내하도급 근로자의 작업시간, 휴게시간뿐 아니라 작업량, 작업방법, 작업순서 등을 결정하였고, 필요한 경우 담당공정의 변경함으로써 사내하도급 근로자에 대한 일반적인 작업배치권과 변경권을 행사하였다는 점, 계약당사자의 적격성 측면에서 ① 생산관련 시설 및 부품, 소모품 등 대부분이 피고의 소유이고, ② 사내협력업체는 전문적인 기술을 가지고 있지도 특화된 업무를 도급받을 수 없다는 점 등을 들어 실질은 근로자파견에 해당한다고 판단하였다. 또한 간접생산공정의 경우 도급계약의 목적이 대상이 될 여지가 없지는 않지만, 간접생산공정에서의 인력활용방식도 직접생산공정과 다르지 않아 근로자파견으로 보는 것이 타당하다고 보았다. 뿐만 아니라 소위 ‘순차 도급계약’에 의해 2차 협력업체에서 근무한 근로자의 경우에도, 2차 협력업체가 1차 협력업체와 계약을 체결하여 피고 자동차회사와는 직접적인 계약관계가 없더라도 2차 협력업체의 업무가 다른 협력업체의 업무와 동일하며 피고로부터 지휘·명령을 받았고, 1차 협력업체가 업무수행에 관여하지 않았으며 2차 협력업체 근로자의 업무가 피고의 업무와 밀접하게 연동되어 있어, 피고와 2차 협력업체 간에는 ‘목적적 근로자파견계약’이 성립되어 불법파견에 해당한다고 보았다.¹¹⁾

대상판결은 2005. 7. 1. 이후 파견된 근로자에게 적용되는 ‘직접고용의무’ 규정의 법적 성격과 관련하여 “개정 파견근로자보호법 제6조의 2 제1항 소정의 고용의무규정은 단순히 사용사업주가 고용의무를 위반할 경우 공법상 제재의 행정벌(과태료)만 부담하는 행정상 의무조항에 불과하다고 보기 어렵고, 사용사업주는 위 규정에 따라 파견근로자에 대하여 고용의무를 부담하며, 그와 직접적인 사법상의 이해관계를 갖는 파견근로자로서는 사용사업주에 대하여 고용의무의 이행을 청구할 수 있는 사법상의 청구권”이라는 점

11) 이에 대하여는 김기선(2014), 『근로자파견의 특수문제』, 『노동법률』(통권 272호), pp.70-73 참조.

을 확인하면서 폐업, 해고 등 근로자의 의사에 반해 사내하도급업체와 근로관계가 종료된 경우에도 직접고용간주 또는 직접고용의무의 법률효과는 유지된다고 보았다.

그리고 대상판결은 피고가 직접고용이 간주된 근로자에게 피고의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 자와 동일한 기준에 따라 임금을 지급할 의무가 있음을 확인하는 한편, 고용의무가 적용되는 근로자에게는 ① 고용의무 발생 이전 기간에 대하여는 파견근로자 보호법에 따른 차별금지규정에 위반한 불법행위에 대한 손해배상으로 임금차액 상당의 손해배상을, ② 고용의무가 발생한 이후의 기간에 대하여는 직접고용의무가 발생하였음에도 불구하고 이를 이행하지 않은 고용의무 불이행으로 인한 손해배상책임을 인정하였다.

지난 몇 년간 우리나라에서 광범위하게 활용되고 있는 사내하도급이 왜 문제인지를 법리적으로 보여주는 판결이 계속해서 나오고 있다. 앞으로도 이를 그대로 방기할 것인가. 이제야말로 입법부와 행정부가 이에 대한 답을 보여주어야 할 때이다. **KLI**

김기선(한국노동연구원 부연구위원)