

# 노동판례리뷰

## 근로자파견의 판단

- 대법원 2015. 02. 26. 선고 2010다93707 판결 -

### 【판결요지】

파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법’이라고 한다) 제2조 제1호에 의하면, 근로자파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다.

원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업 조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.

2015년 2월 26일 회사 수로는 3개, 판결 숫자로는 4개의 사내하도급과 관련된 판결이 대법원에서 내려졌다. 세간의 이목이 집중되었던 현대자동차 사내하청근로자사건(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결), 한국철도공사 KTX 여승무원사건(대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결, 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결)과 더불어 비교

적 주목의 대상이 되지 못했던 대상판결인 남해화학사건까지.

사내하도급의 법률적 판단이 문제된 대부분의 사건에서 근로자 측은 두 가지의 주장을 편다. 하나는 원청사업주와 하청사업주 사이에 체결된 계약은 ‘위장도급’이기 때문에 원청사업주와 하청근로자 사이에 직접 근로관계가 성립된다는 것이고, 다른 하나는 설령 원청사업주와 하청근로자 사이에 직접 근로관계가 성립하지 않더라도 ‘불법과건’에 해당하기 때문에 원청사업주가 과건법에 따라 직접고용간주 또는 직접고용의무의 책임을 져야 한다는 것이다. 근로자 측의 주장에 따라 법원은 원청사업주와 하청근로자 사이에 ‘묵시적 근로계약관계’가 성립되었는지를 판단하고, 이것이 인정되지 않는 경우 과건법이 적용되는 근로자과건에 해당하는지를 판단한다. 이와 같은 근로자 측의 주장과 법원의 판단 구도는 현대자동차 사내하청근로자사건과 한국철도공사 KTX 여승무원사건에서도 그대로 반복되고 있다. 반면, 대상판결인 남해화학사건에서는 1심부터 대상판결에 이르기까지 근로자 측으로부터 원청사업주와 하청사업주 사이에 체결된 도급계약은 실질적으로는 근로자과건계약이고, 사용자사업주인 원청사업주가 2년을 초과하여 근로자를 사용하였기 때문에 원청사업주가 사용자에 해당한다는 주장만이 이루어졌다. 이에 따라 남해화학사건에서는 근로자과건에 해당하는지 여부만이 쟁점이었고, ‘묵시적 근로계약관계’가 성립되는지는 다루어지지 않았다. 그러므로 여기에서는 법원의 ‘묵시적 근로계약관계’ 법리는 ‘양날의 칼’이라는 비판<sup>1)</sup>을 언급하는 수준에 머물고, ‘묵시적 근로계약관계’ 법리의 문제점은 다루지 않기로 한다.

대상판결의 소박한 의의를 찾자면, 대법원은 대상판결을 통해 그간의 비판으로부터는 일단 벗어날 수 있게 되었다는 점일 것이다. 이론이 없는 것은 아니지만, 법률규정을 현실의 구체적 사건에 적용하는 것은 일반적으로 ‘법률적 삼단논법’의 과정을 통해 이루어진다. ‘법률적 삼단논법’에서는 법률규정을 대전제로, 구체적 사실관계를 소전제로, 법률규정(대전제)에 해당 사실관계(소전제)가 적용될 수 있는지를 판단하여 결론을 도출한다. 그러나 대전제, 소전제, 결론이라는 간단한 법률적 삼단공식에 의해 문제를 해결할 수 있는 경우는 드물고, 대전제인 법률규정을 적용이 충분할 정도로 해석하는 것이 필요한 경우가 적지 않다. 그리고 법원은 이와 같은 공백을 메우는 역할을 한다. 그럼에도 불구하고 대법원은 적어도 근로자과건의 판단과 관련해서는 이와 같은 역할을 방기해 왔다. 근로자과건에 해당하는지 여부가 문제된 사건이 없지 않았지만, 대법원은 대전제라 할 수 있는 근로자과건의 판단원칙에 대하여는 침묵한 채, 단지 원심이 인정한 사실관계(소전제)를 들어 근로자과건(결론)에 해당한다고 판단하였다(대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결 참조). 대법원은 대상판결에서 근로자과건에 해당하는지 여부에 대한 판단원칙을 밝힘으로써 법원으로서 수행해야 할 본연의 임무를 수행하지 않는다는 부담의 짐은 덜 수 있게 되었다.

1) 박제성 외(2009), 『사내하도급과 노동법』, 한국노동연구원, pp.28~29.

한편, 대상판결은 결론적으로 1심 판결(서울중앙지법 2009. 11. 13 선고 2008가합 123693 판결)과 원심 판결(2010. 10. 1. 선고 2009나117975 판결)과 마찬가지로 이 사건 하청근로자는 원청사업주로부터 직접 지휘·감독을 받는 근로자과견관계에 있었다고 판단하였는데, 대상판결은 근로자과견임을 인정한 하나의 사건으로 단순히 치부될 수 없는 상당히 대단히 중요한 의미를 가지고 있다. 현대자동차 사내하청근로자사건(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결) 및 한국철도공사 KTX 여승무원사건(대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결)과 더불어, 대법원은 대상판결에서 근로자과견에 해당하는지를 판단하는 몇 가지 원칙을 밝혀 놓았기 때문이다. 앞으로 근로자과견 여부가 문제되는 사내하도급사건의 법원판결에서는 위 3개의 판결에서 대법원이 실시한 원칙이 인용되는 경우가 적지 않을 것이다. 이러한 점에서 대상판결에서 대법원이 실시한 내용을 분석하는 것은 적지 않은 의미를 가진다.

대법원이 대상판결에서 근로자과견에 해당하는지에 대한 판단과 관련하여 실시한 내용에서는 몇 가지 원칙을 발견할 수 있다.

첫째, 대법원은 근로자과견에 해당하는지를 판단함에 있어서는 ‘실질판단의 원칙’에 기초하여야 한다는 점을 밝히고 있다. “과견법의 적용을 받는 근로자과견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, (...) 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.”는 것이다. ‘실질판단의 원칙’은 “근기법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결)”해야 한다는 대법원이 근로자성 여부를 판단하는 데 있어 견지하고 있는 원칙과도 일맥상통하는 것일 뿐만 아니라, 근로자과견인지의 법적 판단에 있어 ‘실질판단의 원칙’을 확고한 기본원칙으로 삼고 있는 독일 연방노동법원의 입장도 동일한 것이다.<sup>2)</sup>

둘째, 대법원은 근로자과견에 해당하는지 여부에 대한 판단기준과 관련하여 근로자과견과 도급계약이 상호 대비되는 특징적인 여러 가지 판단기준을 나열하는 ‘유형적 방법(Typusmethode oder typologische Methode)’을 제시한다. 대법원은 근로자과견의 판단기준으로 ① 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, ② 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, ③ 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으

2) 김기선(2011), 『근로자과견과 도급의 판단-독일의 논의를 중심으로』, 『노동법연구』 제31호, pp.56-58.

로 행사하는지, ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, ⑤ 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 5가지를 열거한다. 이들 판단기준 중 ①과 ②의 요소는 근로자과견임을 적극적으로 보여주는 징표인 반면, ③, ④, ⑤의 요소는 해당 계약이 도급 계약임을 보여주는 징표에 해당한다. 한편, 대법원이 제시하는 구체적 판단기준은 독일 연방노동법원이 근로자과견임을 판단하는 데 동원하는 기준과 상당히 유사한 모습을 보이고 있다. 독일 연방노동법원이 근로자과견의 판단기준으로 활용하는 징표는, ① 노동법상의 지시권 행사, ② 사용사업으로의 실제적 편입(Eingliederung), ③ 도급계약으로서의 실제, ④ 일의 완성에 필요한 행위와 관련된 수급인으로서의 권한, ⑤ 수급인으로서의 실제 등이다.<sup>3)</sup>

셋째, 대법원은 근로자과견임을 확인함에 있어 ‘종합적 판단’을 할 것을 요구한다. 이는 대법원이 유형적 방법에 의해 근로자과견임을 판단하는 것에 따른 당연한 귀결이다. 유형적 방법에서는 일정 계약유형에 해당하는 것으로 판단되기 위해 반드시 갖추어야 할 유일한 기준이 존재할 수 없기 때문에, 해당 사건의 사실관계가 어떠한 법률관계를 징표하는 것인지를 전체적인 관점에서 평가할 수밖에 없기 때문이다. 따라서 근로자과견에 해당하는지를 판단함에 있어서는 제반사정을 종합적으로 고려하는 방식이 채택될 수밖에 없다. 이는 독일 연방노동법원이 근로자과견임을 판단하는 방식이기도 하다.<sup>4)</sup>

전체적으로 볼 때, 대법원이 대상판결에서 제시한 근로자과견의 판단원칙은 독일 연방노동법원의 판단방식과 꽤나 닮아 있는 것으로 보인다. 이러한 점에서 독일 연방노동법원이 취하고 있는 판단방식에 대한 평가는 우리에게도 타당할 수 있다. 이에 따르면, 여러 기준을 종합적으로 고려하여 근로자과견을 판단하는 경우 개별 사건에 능동적 대처가 가능하다는 점, 개별 사건의 구체적 타당성을 확보할 수 있다는 점, 법원이 제시하는 판단기준은 실무상 ‘체크리스트’의 기능을 하기 때문에 경고적 기능 등이 가능해진다. 반면, 개개 판단기준이 가지는 의미가 주된 요소인지 부수적 요소인지 명확하지 않을 수 있고, 또한 개개 판단기준이 가지는 의미가 사건에 따라 달라질 수 있기 때문에, 법적 판단의 예측가능성이 낮아질 수 있는 법적 불안정성의 문제를 야기할 수 있다는 점이 비판으로 제기될 수 있다. 법적 안정성에 기여해야 할 법원으로서의 깊이 새겨야 할 대목이며, 대상판결 이후의 대법원 판결이 기다려지는 이유이다. **KL**

김기선(한국노동연구원 부연구위원)

3) 각각의 판단기준의 구체적 내용에 대하여는 김기선, 앞의 논문, pp.60-67 참조.

4) 김기선, 앞의 논문, pp.58-59.

## H자동차 아산공장 모든 공정의 사내하도급근로자는 도급으로 위장된 파견근로자이다

- 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결 -

### 【판결요지】

파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법’이라고 한다) 제2조 제1호에 의하면, 근로자파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다.

원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, ① 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, ② 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다(숫자 표기는 필자).

우선 대상판결의 결과만을 두고 보면 필자의 입장에서는 환영할 만한 일이다. H자동차와 사내협력업체가 체결한 도급계약은 실질적으로 파견계약에 불과하고, H자동차 아산공장의 의장·차체·엔진공정의 주요 공정은 물론 엔진서브라인 같은 보조공정에서 파견근로를 제공한 사내협력업체 소속 근로자는 파견근로자로서 구 파견법의 고용간주조항에 따라 2년이 경과된 근로자는 H자동차에 직접 고용된 근로자로서의 지위를 확인받았기 때문이다. 그러나 판결의 내용을 곱씹어 보면 마냥 환영할 만한 일은 아닌 듯하다. 지면의 한계상 아래에서는 재판의 진행과정과 종전 판결의 비교를 통해 도급과 파견의 판단기준의 변화와 대상판결의 의의와 한계를 간략히 소개한다.

(1) 재판의 진행과정 : (구)노동부는 2004년 민주노총 금속연맹 등으로부터 H자동차와 그 사내협력업체 101개사(추후 1개사가 추가)를 상대로 불법파견임을 이유로 진정을 접

수하고, 이에 대해 조사한 결과 위 도급계약이 명백한 불법과건에 해당한다고 결론짓고 2004년 11월과 2005년 2월에 파견법 위반 혐의로 (울산 동부)경찰서에 고발하였다. 그러나 울산 동부경찰서는 이들 기업 중 25개사만을 불법과건으로 판단하여 기소의견으로 울산지방검찰청에 송치하였으나 울산지방검찰청은 2006년 12월에 H자동차와 그 협력업체 102개사 모두에 대하여 혐의 없음을 이유로 불기소 처분하였고 부산고검 및 대검에 항고·재항고하였으나 결국 무혐의로 처분함으로써 형사사건이 일단락되었다.<sup>5)</sup> 그러나 나서 위 2004년 노동부의 불법판정 등을 근거로 H자동차 울산·아산공장의 사내협력업체 소속 근로자들이 H자동차에 직접 고용된 근로자이거나 불법과건근로자임을 주장하는 민사소송을 제기하였다. H자동차 울산공장 사내협력업체 소속 근로자 최○○ 외 1명이 부당해고 및 부당노동행위로 다투어 대법원에서 2010년 7월 22일 불법과건임을 인정받은 사건이 이른바 최○○판결(이하 H자동차 ‘울산공장 대법원 판결’)이다.<sup>6)</sup> 대상판결은 아산공장 사내협력업체 소속 근로자 박○○ 외 6명이 2005년 12월 H자동차를 상대로 근로자 지위확인 소송을 제기한 지 9년 2개월 만에 내려진 최종 판결이다(이하 ‘대상판결’ 또는 H자동차 ‘아산공장 대법원 판결’).<sup>7)</sup>

(2) 2010년 울산공장 대법원 판결 : 대상판결을 구체적으로 보기에 앞서 2010년 ‘울산공장 대법원 판결’을 보면, 파견과 도급을 구별하는 일반적 기준의 제시 없이 해당 사실관계의 판단을 통해서 파견관계임을 인정하였다. 파견으로 인정한 사실을 구체적으로 보면, (a) 컨베이어 벨트 좌우에 직영근로자들과 혼재하여 배치되어 업무를 수행한 점, (b) H자동차 소유의 생산시설 및 부품 등을 사용하여 H자동차가 작성·교부한 작업지시서에 따라 단순·반복적인 업무를 수행하였다는 점, (c) H자동차가 일반적인 작업배치권과 변경 결정권을 가지고 있었고, 작업량과 작업방법 등을 결정하고, 사내하도급근로자들에게 직접 지휘하거나 현장대리인을 통하여 구체적인 작업지시를 하였다는 점, (d) H자동차는 직영·사내하도급근로자에게 적용되는 시업과 종업 시간의 결정, 휴게시간의 부여, 연장 및 야간근로 결정, 교대제 운영 여부, 작업속도 등을 결정하였다는 점, (e) H자동차가 사내협

5) 이 당시에는 파견법 위반 사건에 대해 사법처리 권한이 근로감독관(고용노동부)에 있지 않았으며, 고용노동부가 사업장감독 후 경찰에 고발하는 절차를 거쳐야 했다. 이러한 업무처리의 이원화로 비효율이 발생할 소지가 있었으며, 경찰의 조사는 전문성과 일관성을 확보하지 못한 경우도 있었다. 이러한 문제점을 극복하기 위하여 2005년 3월부터 근로감독관에게 수사권을 부여하여 근로감독관이 직접 파견법 위반을 수사할 수 있도록 하였다.

6) (1심) 서울행정법원 2007. 7. 10. 선고 2006구합28055 판결; (2심) 서울고등법원 2008. 2. 12. 선고 2007누20418 판결; (최종심) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결; (파기환송심) 서울고등법원 2011. 2. 10. 선고 2010누23752 판결; (파기환송 상고심) 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결.  
7) (1심) 서울중앙지방법원 2007. 6. 1. 선고 2005가합114124 판결; (2심) 서울고등법원 2010. 11. 12. 선고 2007나56777 판결.

력업체를 통하여 근태상황·인력현황 등을 파악·관리하였다는 점이다. 이렇듯 울산공장 대법원이 인정한 사실 등을 비추어 보면, ‘노무지시권 성격’에 초점이 있다고 볼 수 있다. 즉 울산공장 대법원은 사내하도급근로자에게 행한 H자동차의 지시권이 도급계약적 지시인지 근로제공과 관련된 지시(파견법상 사용사업주로서의 지시)인지를 판단하는데 집중하고 있다고 볼 수 있다.

도급은 수급인으로부터 완성된 일정한 목적물을 이전받는 것을 목적으로 한다(민법 제 664조). 이때 수급인은 약정된 일의 완성을 위해 필요한 행위 등을 스스로 조직·결정하며 필요한 경우에는 자신이 고용한 근로자를 이행보조자로 활용한다. 그리고 도급계약의 목적은 완성된 목적물이 도급인에게 이전됨으로써 비로소 달성되는 것이기 때문에 완성 전까지의 위험은 수급인이 책임을 지며, 목적물의 이전과 함께 도급인에게 비로소 위험이 함께 이전된다. 또한 통상적으로는 계약체결 시 도급가액이 결정되고 이러한 계약목적 가능한 한 적은 비용으로 만들어 낼 것인지, 아니면 많은 노동력을 투입하여 만들 것인지에 대해서는 어디까지나 수급인의 결정사항으로 남는다. 만약 적은 노동력을 투입하면 할수록 더 많은 기업 이윤을 만들 수 있겠지만, 그 결과물의 하자는 수급인이 담보 책임을 부담하게 된다. 그리고 만약 일을 완성하지 못하는 경우에는 계약 목적을 달성하지 못하는 것이 되기 때문에 약정한 보수를 청구할 수 없다(민법 제 665조). 그러므로 수급인은 기업 활동에 따른 위험부담을 스스로 진다. 이러한 전형적인 모습만을 본다면 도급과 파견은 쉽게 구분될 수 있다. 즉 파견은 노동력 그 자체를 활용하는 것이나 도급은 노동력 활용의 결과인 일의 완성을 목적으로 하는 계약이기 때문이다. 그러나 도급계약에서도 도급인이 일의 완성과 관련하여 수급인 혹은 수급인의 근로자(사내하도급근로자)에 대해 지시권을 행사할 수 있다. 이러한 이유로 울산공장 대법원은 H자동차의 지시권 성격이 도급계약적 성질을 갖는지 근로제공과 관련된 지시(파견법상 사용사업주로서의 지시)로서의 성질을 갖는지를 판별하기 위해서 오로지 이것(지시권의 성격)에만 집착하는 경향을 보였다고 평가할 수 있다.

(3) 대상판결의 의의와 한계 : 대상판결은 위 [판결요지]와 같이 파견과 도급을 구별하는 판단기준을 제시하고 있는데, 원청업체의 지휘·명령관계의 존부에 대한 판단부분(판단요지 ①로 표기된 부분)과 계약의 성격에 대한 판단부분(판단요지 ②로 표기된 부분)으로 나누어 실시한 것으로 판단된다.

우선, 대상판결은 2010년 울산공장 대법원 판결과 달리 추상적 차원에서 일반적인 판단기준을 제시하고 있다는 점에서 일차적 의의가 있다. 또한 원청업체와 하청업체 간에 체결한 계약이 ‘도급계약’인지를 판단하여 ‘전형적인 도급계약의 성질을 가지지 않은 경우에는 파견에 해당한다고 볼 여지를 열어두었다는 점에서 이차적 의의가 있다. 특히 계약의 성격에 대한 판단(판단요지 ②)은 종전 판례에서 부재했던 부분이다.

위와 같은 의의에도 불구하고 대상판결은 판단구도 및 판단내용 등에서 다음과 같은 문제점과 한계가 있다고 본다.

첫째, 대상판결은 도급과 파견의 구별에 대하여 일반적인 판단기준을 제시하고 있는데 이 기준이 과연 ‘일반적’인가의 문제이다. 위 [판결요지]에서 보는 바와 같이 이 기준은 제조업에 적용될 만한 것이지 서비스업 등에는 부합하지 않는다. 대상판결의 기준을 서비스업 등에 그대로 적용할 경우는 도급에 해당할 가능성이 커진다. 이와 같은 판단기준은 본건 H자동차의 사례를 통해 정립한 기준이라고 보이기 때문에 제조업에는 일반적(?)일 수 있으나 다른 산업에는 이 기준을 적용할 수 없다고 본다. 이러한 우려는 KTX 승무 서비스를 담당하는 근로자의 사례에서 현실화되었다.<sup>8)</sup>

둘째, 판단구도에서의 문제이다. 도급과 파견을 구별하는 핵심적 징표와 이를 판단하기 위한 부수적인 징표의 구분 없이 병렬적으로 나열되어 있다는 점이다. 또한 모든 요소들을 종합적으로 고려하여 판단하는 구도를 가지고 있다. 필자는 원청업체와 사내하도급 근로자 간에 지휘명령관계(고용한 사용자가 아닌 제3자가 외부노동력을 활용하는 관계)가 있다면 파견으로 보아야 하고, 이를 뒤집을 정도의 ‘명백한’ 도급계약인지를 이차적으로 판단해야 된다고 본다. 다시 말하면 파견적 요소와 도급적 요소가 혼재되어 있다면 일차적으로 파견으로 인정해야 하고, 이차적으로 명백한 도급계약이 아니라면 그 지시권은 파견관계의 지시권으로 확정되는 단계를 밟아야 한다고 본다.

셋째, 대상판결이 제시한 판단기준의 내용상 문제점이다. 대상판결은 도급계약인지 여부를 판단하기 위해 ‘당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별’되는지 여부를 보아야 한다고 실시하면서, 해당 사실관계에서 “사내협력업체가 도급받은 업무 중 일부는 피고(H자동차) 소속 근로자의 업무와 동일하여 명확히 구분되지 아니하는 점”을 인정하여 파견에 해당한다고 판단하였다. 그러나 이러한 판단요소(‘업무의 구별’)의 제시는 실무에 왜곡된 메시지를 줄 수 있으며, 더 나아가 ‘업무의 구분’ 여부가 도급과 파견을 구별하는 판단요소인지에 대해서도 강력한 의구심이 있다. 예컨대 도급계약이라면 업무가 명백하게 구분되어 있겠지만, 역으로 업무가 구분되어 있다고 하여 바로 도급계약이 성립되는 것은 아니다. 다시 말하면, 업무만 분리되면 도급계약이 된다는 식으로 의도하지 않은 메시지를 주는 것은 아닌가라는 의구심이다. 이러한 비판은 원청업체의 지휘명령관계가 존재하는지 여부에 대한 판단(판단요지 ①로 표기된 부분)에 있어서도 동일하게 적용할 수 있는데, ‘당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는 지’ 여부를 판단하는 부분이다. 사내하도급근로자가 제3자(원청업체)의 사업에 실질적으

8) 대상판결과 같은 날에 선고된 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결과 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결(이에 대한 평석은 금번 『노동판례리뷰』의 김홍영 교수의 글을 참조한다).

로 편입되어 있다는 것은 원청업체와 사내하도급근로자 간에 지휘명령관계가 존재할 수 밖에 없는 상황적 요소이며, 직영근로자와 사내하도급근로자가 하나의 작업집단으로 혼재작업을 하고 있다면 사내하도급근로자도 직영근로자와 마찬가지로 원청업체의 지휘명령을 받는 관계에 놓이게 될 것이다(혼재작업은 파견이라는 명백한 증거가 된다). 역으로 혼재작업이 아니라면 편입되었다고 볼 수 없는가? 더 나아가 원청업체의 지휘명령이 없다고 볼 것인가? 혼재작업이 아니라고 해서 계약의 목적이 ‘노동력의 사용’(본질적으로 노동력의 대여)이 아니라 갑자기 ‘일의 완성’으로 바뀌는가?

도급이라면 노동법적 규율대상에서 벗어나 민법·경제법의 규율대상에 속하게 되어 사내하도급근로자는 원청업체에 대해 어떠한 책임을 물을 수 없게 되고 원청업체는 노동법상의 책임으로부터 벗어나게 된다. 이러한 측면에서 도급과 파견의 판단기준은 원청업체에게 사내하도급근로자에 대한 노동법적 책임(그것도 사용자주로서의 책임)을 부가하는 데 절대적인 기준이 된다. 필자가 환영할 만한 판결의 메시지는, 고용한 사업주가 아닌 제3자가 근로자의 노동력을 활용하는 것은 원칙적으로 파견이며, 근로자의 노동력을 활용하고 싶다면 직접 고용하여 사용자로서의 책임을 부담하거나 적법파견(물론 제조업의 직접생산공정업무에서는 파견이 허용되지 않지만)을 하여 그나마 사용자주로서의 책임이라도 부담해야 된다는 것이다. **KTL**

강선희(고려대 노동문제연구소 연구교수)

## KTX 여승무원의 실질적 사용자가 철도공사인지 여부

- 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결 -
- 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결 -

### 【판결요지】

철도공사가 KTX 여승무원의 업무를 철도유통 등 하청회사에게 업무하도급을 준 사건에 대해 대법원은 KTX 여승무원들과 철도공사 측 사이에 묵시적 근로계약관계의 성립은 부정되며 근로자파견관계에도 해당하지 않는다고 판단하였다.

(1) 한국철도공사는 KTX를 개통하면서 여승무원의 여객서비스 제공을 유관회사인 흥익회, 나중에는 자회사인 한국철도유통이라는 회사(그러한 두 회사들을 이하 간단히 ‘철도유통 등’이라 부르겠다)에 업무하도급 주는 형식을 취하고 여승무원을 철도유통 등의 직원 형식으로 사용하였다. 2005년 초부터 여승무원들은 실질적인 사용자인 철도공사가

직접 고용해 줄 것을 요구하면서 노사분쟁이 발생하였고 파업을 거쳐 결국 여승무원들은 고용이 중단되었다. 2008년 여승무원들은 법원에 철도공사의 근로자임을 확인해 달라는 소송, 즉 근로자지위확인소송을 1차로 제기하였다(34명). 1차 근로자지위확인소송은 2010년에 1심 판결, 2011년에 2심 판결 모두 ① 묵시적 근로계약관계를 인정하여 철도공사를 여승무원들의 실질적인 사용자로 인정하여 여승무원들이 승소했다. 또한 다른 여승무원들이 2009년에 2차로 제기한 근로자지위확인소송(118명, 나중에는 115명으로 감소)은, 2011년에 1심 판결에서 마찬가지로 ① 묵시적 근로계약관계를 인정하여 여승무원들이 승소했다. 그러나 2차 소송은 2012년에 2심 판결에서 ① 묵시적 근로계약관계도 부정하고, ② 파견관계도 부정하여(파견관계가 인정되어야 파견법을 위반한 불법파견이 된다), 적법한 도급으로 판단했고 여승무원들이 패소했다. 1차 소송과 2차 소송이 서로 2심에서 결론이 달라 최종 판단은 대법원에 맡겨졌는데, 이번 대법원 판결은 두 소송 모두 여승무원들의 패소로 결론을 내렸다.

즉 1차 소송 대법원 판결(대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결)은 2심 판결이 묵시적 근로계약관계를 인정한 것은 잘못이라면서 다시 판결하도록 파기환송하였다. 2차 소송 대법원 판결(대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결)은 2심 판결이 묵시적 근로계약관계와 파견관계가 모두 해당되지 않는다고 판단한 것은 수긍이 된다면서 그대로 확정했다. 결국 KTX 여승무원 소송 사건은 묵시적 근로계약관계도 부정되고 파견관계도 부정되는 것으로 종결되는 것으로 보인다.

(2) 위장 도급에 대해 묵시적 근로계약관계를 인정하여 실질적인 사용자를 사용자로 인정하는 판례 법리는 하청회사가 원청회사의 노무대행기관처럼 그 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 않아야 원청회사가 실질적인 사용자로 인정된다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결 참조).

KTX 여승무원 1차 소송 2심 판결까지 법원이 묵시적 근로계약관계를 인정하는 판단에서는 다음을 고려하였다. ① KTX 승객서비스업무 중 KTX 여승무원의 업무와 열차팀장의 업무는 그 영역이 혼재되어 여승무원 업무만을 분리하여 도급계약으로 하청을 주는 것은 허용되지 않는다는 점, ② 철도유통 등 하청업체가 KTX 여승무원 업무에 관하여 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하였다는 점, ③ 철도공사가 KTX 여승무원의 채용, 교육, 업무 수행 확인 및 평가, 징계, 근무시간, 임금, 복장과 메이크업 등 근로조건 결정과 인사노무관리의 실질적인 주체로 관여했다는 점 등을 고려했다.

반면에 대법원 판결은 ① KTX 열차팀장의 안전 업무(출입문 개폐, 신호상태 확인, 제어안전장치의 취급 등)와 여승무원의 승객서비스 업무(객실온도 및 조명, 승객 인사, 노약자 승차차 보조, 안내방송, 승차권 확인 등)는 구분되고 여승무원은 자신의 업무를 열차팀장의 지시를 안 받고 독자적으로 수행했다는 점, ② 철도유통 등이 자체적으로 세운 임금

지급기준에 따라 KTX 여승무원에게 직접 지급한 임금의 액수는 위탁협약 도급금액 결정 기준에서 정한 것과는 차이가 있고, KTX 승무사업본부나 승무본부를 따로 설치하고 피고 측으로부터 사무실을 임차하는 한편 KTX 여승무원의 제복과 휴대용 가방 등의 자재를 직접 구입하여 배부하기도 하는 등 철도공사로부터 독립하여 사업을 운영하였다는 점, ③ 철도유통 등이 스스로 지침을 만들어 이에 따라 채용·승진·직급체계를 결정하였고, 자체 교육계획을 수립하여 직접 교육 및 근무평가를 실시하는 등 철도유통 등은 KTX 여승무원을 직접 고용하여 관리·감독하면서 업무에 투입하고 그에 대한 인사권을 독자적으로 행사하였던 점 등을 종합적으로 고려하면, 여승무원들과 철도공사 측 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립하였다고 평가할 수는 없다고 판단하였다.

그런데 이러한 대법원 판결의 판단은 다음과 같은 문제점이 있다. 첫째, 대법원 판단은 철도공사와 하청회사 간에 도급계약서, 하청회사의 지침 등 문서로서 겉으로 나타난 자료들을 중심으로 형식적으로 판단하였을 뿐 여승무원들의 노동관계의 실제 모습을 보려는 노력이 부족했다는 점에서 잘못이 있다. 애초에 KTX 여승무원 업무를 하도급 주려 할 때부터 위장도급이 될 수 있다는 지적을 받았고 또한 나중에는 여승무원들이 직접 고용을 요구하자, 계약서 등의 문건에서는 적법한 도급인 것처럼 감추기 위한 수정이 계속 이루어졌다. 회사들끼리 만든 문건들만으로 철도공사와 KTX 여승무원의 관계의 그 실질을 제대로 판단할 수 없다.

둘째, 2차 소송 2심 판결부터 대법원 판결까지 법관들은 자신이 보고 싶어 하는 사실만을 보고, 인정하고 싶어 하는 사실만을 인정한 잘못이 있다. 그들이 본 모습이 실제의 모습은 아니다. 법관들은 KTX 특실에 앉아 여승무원의 업무를 본 것이 아닌가 안타깝다. 특실에는 보채는 아이도 없고, 연로한 승객도 없고, 떠드는 이도 없고, 이상한 사람이 왔다 갔다 하지도 않는다. 특실은 쾌적하여 여승무원에게 특별히 요청할 일이 없고, 다만 여승무원은 수면안대, 이어폰 등 자잘한 서비스를 제공하는 이로만 보였을 것이다. 여승무원의 업무를 제대로 보려면 일반 객실의 모습과 자유석 지정 객실 및 통로의 모습을 보아야 한다. 일반 고객의 시야에서 소송을 제기한 여승무원들이 근무했던 당시의 여승무원의 업무 모습을 보았어야 했다.

(3) 2차 소송 2심 판결에서는 파견관계가 성립되지 않는다고 판단하였지만 당시에는 파견관계인지 여부를 판단하는 기준이 명확히 무엇인지 대법원 판결이 제대로 정리하지 못하고 있었다. 그래서 2차 소송 2심 판결은 파견관계를 부정하는 논거를 제대로 대지 못하면서 묵시적 근로계약관계가 부정되고 아울러 파견관계도 부정된다고 판단했다. KTX 여승무원 대법원 판결이 내려진 날, 함께 현대자동차 불법파견 판결(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결)과 남해화학 불법파견 판결(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결)이 아울러 내려졌다. 이 판결들은 근로자의 승소로 결론되었으나, 그 판결

내용에 파견관계인지를 판단하는 기준을 정리하였다. 그 기준에 따라 KTX 여승무원 2차 소송 대법원 판결도 KTX 여승무원은 파견관계가 아니라고 판단하였다.

이번 대법원 판결들이 파견관계인지를 판단하는 기준에는 ‘원청회사의 상당한 지휘·명령’ 이외에도 추가로 여러 요소들을 더 검토한다. 적법한 파견이 행해지는 여러 업무는 나름대로 전문성·기술성이 있고 사용자업주의 직원의 업무와 구분되기 때문에 파견이 적법하게 이루어지는 것인데, 대법원 판결은 ‘계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지’를 파견관계를 부인하는 요소로 들고 있다. 오히려 혼재(混在)업무만이 파견관계를 인정하려는 것처럼 읽혀져 판단요소로서 타당한지 의문이다. 그 외에도 ‘작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지’, ‘원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지’ 등도 파견관계를 부인하는 판단요소로 들고 있는데 마치 묵시적 근로계약관계를 인정하는 판단요소들을 거론하고 있어 파견관계를 부인하는 판단요소로서 타당한지 의문이다. 나아가 대법원 판결은 이러한 판단요소들에 대한 사실관계의 판단도 잘 못하고 있어, KTX 여승무원에게 파견관계를 부인한 것이다.

(4) KTX의 여승무원 업무는 열차의 출발역에서 출입문이 닫히고 출발하여 종착역에서 출입문이 열리고 승객이 다 내릴 때까지의 업무가 핵심이다. 그때까지 승객이 철도공사의 여객운송서비스에 대해 접촉할 수 있는 방법은 여승무원을 통하는 방법뿐이다. 철도공사는 KTX의 승객을 안전하고 편안하게 모실 책임이 있다. KTX는 일반 열차에 비해 더 여승무원의 객실서비스의 역할이 중요하다. 밀폐된 공간이며 300킬로의 고속으로 주행하는 공간이다. 치안이나 출입문 개폐의 안전만이 승객의 안전에 전부가 아니다. 불안감, 어지럼증, 메스꺼움, 고온·저온의 불쾌감, 환기, 상비약, 구토 처리, 화장실 불만 등에 대처하는, 승객의 건강과 관련된 서비스도 안전 업무이다. 승객을 위한 중요한 서비스가므로 철도공사는 미리 정비일과 매뉴얼과 여승무원이 소지한 무전기 및 단말기를 통해 여객서비스를 실시간으로 통제하는 것이다. KTX 여승무원의 업무를 하도급 줄 수 있고 법이 이를 인정한다면, 철도공사가 여객의 안전을 보호하는 중요한 업무를 하청업체에게 떠넘기고 자신은 직접적으로 관여하지 않겠다는 위험한 발상을 방치하는 것이 된다.

대법원 판결은 KTX 여승무원의 업무와 열차팀장의 업무가 구분된다고 설명하기 위해, 화재 등의 비상사태가 발생할 경우 KTX 여승무원의 화재진압 및 승객대피 등의 활동을 이례적인 상황에서 응당 필요한 조치에 불과하고 KTX 여승무원의 고유 업무에서 차지하는 비중도 낮았다고 평가한다. KTX 여승무원의 소송 문제가 발생하자 철도공사는 의식적으로 여승무원과 열차팀장의 업무를 구분하려 노력하면서 여승무원에게 비상사태 대

처 훈련도 소홀히 해 오는 것이 현실이다.

승객이 열차 내 카트에서 먹거리를 살 때에는 별도로 돈을 내지만, 여객서비스는 이미 운임에 포함되어 있다. 철도공사는 고객으로부터 운임을 받으면서 여객서비스는 자신이 스스로 제공하지 않는다. 고객과의 관계에서도 속임이 있다. 2013년 8월 대구역 KTX 열차 추돌 사고에서 여승무원들의 승객대피조치 덕분에 추가적인 인명사고를 막을 수 있었다. 2014년 4월 세월호 침몰 사고에서 보듯이 승무원의 안전 업무는 매우 중요하다. 철도공사는 업무하도급을 통해 가장 중요한 서비스인 안전을 소홀히 하고 있는데, 대법원 판결은 이를 적법한 하도급으로 인정하여 안전 불감증을 조장하는 것이 될까 우려된다. 승객의 안전을 위해 승무원 여객서비스 업무는 하도급을 줄 수 없도록 하는 입법정책이 필요하다.

(5) 한편, KTX 여승무원 대법원 판결대로라면 현대자동차처럼 제조업무는 연관작업, 혼재작업인 경우에는 파견관계가 인정되어 근로자 보호가 가능하지만, 서비스제공업무는 ‘업무가 구분된다는 이유로’ 묵시적 근로계약관계도 파견관계도 부정되어 근로자 보호가 불가능해지는 문제가 있다. 서비스제공업무는 제조업무와 달리 고객(소비자)에게 직접 접촉되는 업무이다. 원청회사가 고객과의 거래로 수익은 올리면서 고객에의 접촉은 다른 회사에게 떠넘겨 노동법상의 책임은 모면하고 고객에게는 직접 서비스를 제공하는 것이 아니라는 점을 드러내지 않고 속이고 있으며, 그럼에도 서비스가 제대로 제공되는지 결국 안심이 되지 못하여 직접, 간접적으로 하청회사의 직원들을 실제로는 사용자처럼 통제하는 것이, 우리나라에서 이른바 업무하도급이란 명목으로 벌어지고 있는 노무도급의 실제 모습이다. 이러한 노무도급에는 하청회사에 도급이라는 이름에 걸맞은 전문성은 없고, 원청회사가 자신의 뜻대로 노무를 사용하는 모습뿐이다. 노무도급에는 근로자의 노동법적 보호, 고객의 소비자보호법적 보호, 하청회사의 공정거래법적 보호 등 회복하여야 할 문제가 산적해 있다. 이번 대법원 판결들을 통해 업무하도급 관계에서 노동법적 보호를 해줄 역할을 사법부가 포기하는 길로 돌아섰다는 점이 안타깝다. **KL**

김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

## 화해에 의한 분쟁해결과 노동위원회 이행강제금

- 춘천지법 2014. 12. 5. 선고 2014구합1183 판결 -

### 【판결요지】

지방노동위원회의 구제명령은 중앙노동위원회에 대한 재심 신청이나 행정소송 제기에 의하여 그 효력이 정지되지 않으므로 사용자로서는 구제명령을 신속히 이행함이 원칙이고, 그 후 제기된 재심 절차에서 화해가 이루어지게 되더라도 이미 도과한 이행기한까지 구제명령을 불이행한 효과가 소멸된다고 볼 수 없다. 따라서 화해가 성립하였다고 하여 그로써 구제명령이 취소된 것과 같다고 볼 수 없고, 구제명령을 이행하지 않은 사용자에게 이행강제금의 부과 요건은 성립한다.

근로기준법의 이행강제금 제도는 노동위원회 부당하고 구제명령의 실효성을 보완하기 위하여 도입된 제도이다. 이행강제금 제도는 근로기준법에 도입되기 이전부터 건축법(제80조), 대덕연구개발특구 등의 육성에 관한 특별법(제70조), 농지법(제65조), 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률(제6조), 장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률(제28조), 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(제17조의3), 교통약자의 이동편의 증진법(34조), 금융지주회사법(제69조의2), 노인복지법(제62조), 주차장법(제32조) 등 일부 법률을 통해 운용되고 있다.

이행강제금의 성격과 관련하여 헌법재판소는 이것을 집행벌로 보고 있다(헌재 2004. 2. 26, 2001헌바80등(병합) 참조). 집행벌로서의 “이행강제금은 행정상 간접적인 강제집행수단의 하나로서 과거의 일정한 법률위반 행위에 대한 제재로서의 형벌이 아니라 장래의 의무이행의 확보를 위한 강제수단”이다(헌재 2011. 10. 25, 2009헌바140). 근로기준법상의 이행강제금도 다른 법률의 이행강제금과 동일한 성격을 갖는다고 볼 수 있을 것이다. 즉 집행벌로서의 이행강제금 부과처분은 행정처분이므로 사용자는 이행강제금 부과처분 취소소송을 제기할 수 있다.<sup>9)</sup> 행정소송법상 취소소송은 행정청의 위법한 처분 등을 취소하거나 변경하는 소송으로서(행정소송법 제4조 제1호), 행정처분의 취소를 구하는 취소소

9) 구 건축법상으로는 당사자가 이행강제금 부과처분에 불복할 경우 비송사건절차법에 따라 법원이 직접 이행강제금 부과처분의 정당성을 판단하도록 하고 있었기 때문에 이행강제금 부과처분이 행정소송의 대상이 되는 행정처분이 아니라고 판단할 수 있었지만(대법원 2000. 9. 22. 선고 2000두577 판결 참조, 구 건축법 제82조 제6항에 의한 동법 제82조 제3항 내지 제5항의 준용에 근거함), 2005년 11월 8일 이 법이 개정되면서 현재는 이행강제금 부과처분을 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 판단하고 있다(구 건축법 제82조 제6항의 삭제).

송은 위법한 처분에 의하여 발생한 위법상태를 배제하여 원상으로 회복시키고, 그 처분으로 침해되거나 방해받은 권리와 이익을 보호·구제하고자 하는 목적을 갖고 있다. 행정처분으로서 이행강제금 부과처분은 행정소송의 대상이 되기 때문에, 노동위원회의 부당해고구제명령 불이행에 따른 이행강제금 부과처분의 불복절차에 대하여 근로기준법 등에서는 별도로 규정하지는 않았지만 이것도 행정소송을 통해 그 위법성을 다룰 수 있음은 물론이다.

그런데 취소소송의 소송물은 행정처분의 위법성이다. 판례는 “취소판결의 기판력은 소송물로 된 행정처분의 위법성 존부에 관한 판단 그 자체에만 미치는 것”<sup>10)</sup>이라고 하거나 “(과세처분) 취소소송의 소송물은 그 취소원인이 되는 위법성 일반”<sup>11)</sup>이라고 보고 있다. 그리고 판례와 같이 취소소송의 소송물을 행정행위의 위법성 그 자체로 보는 견해가 행정법학계의 다수설인 것으로 보인다.<sup>12)</sup>

그러므로 판례나 행정법학계의 다수설적 입장에 기초했을 때, 이행강제금 부과처분에 대한 취소소송은 이행강제금 부과처분의 위법성을 소송물로 하여 그것의 위법·무효성을 다룰 수 있다고 할 것인데, 이행강제금 부과처분의 위법성이란 부과요건의 흠결이나 절차상 하자 등을 의미한다. 실제 법원이 이행강제금 부과처분이 위법하다고 판단한 경우를 살펴보면, 이행강제금 부과처분이 무권한자에 의하여 이루어진 경우,<sup>13)</sup> 시정명령 이행 기간을 초과하지 않았음에도 이행강제금 부과처분이 이루어진 경우,<sup>14)</sup> 불확정적인 법령 용어 해석을 잘못된 경우,<sup>15)</sup> 시정명령의 대상이 잘못된 경우<sup>16)</sup> 등이 있다. 따라서 이행강제금 부과처분취소소송에서 가장 중요한 문제는, 당연히게도, 이행강제금 부과처분의 위법성이다.

노동사건에서 이행강제금 부과처분의 위법성은 노동위원회 구제명령의 취소에서 발생하는 것이 대표적이다. 부당해고구제신청 사건에서 이행강제금은 사용자가 노동위원회의 구제명령을 이행하지 않은 경우에 부과되는데, 이 구제명령이 취소된다는 것은 구제명령이 위법·무효라는 의미이다. 위법·무효인 구제명령을 이행하지 않았음을 이유로

10) 대법원 1996. 4. 26. 선고 95누5820 판결.

11) 대법원 1990. 3. 23. 선고 89누5386 판결.

12) 이상의 이행강제금의 일반과 법적 성격에 대한 서술은 박은정(2012), 『노동위원회의 임금상당액 지급명령과 이행강제금에 관한 연구』, 『동아법학』 제55호, 동아대학교 법학연구소, p.373 이하를 참조 인용함.

13) 대구고등법원 2009. 9. 25. 선고 2009누288 판결.

14) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010두3978 판결.

15) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010두3978 판결.

16) 서울고등법원 2010. 6. 4. 선고 2009누25264 판결(다만, 이 사건에서 고등법원은 시정명령의 대상이 잘못되었음을 이유로 이행강제금 부과처분이 위법하다고 판단하였지만, 대법원은 시정명령의 대상이 잘못되지 않았다고 판단하여 이행강제금 부과처분은 적법하다고 판단하였다).

부과된 이행강제금 부과처분은, 곧 위법한 행정행위가 된다. 따라서 근로기준법 시행령 제15조는 중앙노동위원회의 재심판정이나 법원의 확정판결에 따라 “노동위원회의 구제 명령이 취소되면” 직권 또는 사용자의 신청에 따라 부과·징수가 중지되고, 이미 징수한 이행강제금을 반환하도록 규정한다. 근로기준법 시행령 이행강제금 부과처분 취소소송에서의 소송물은 이행강제금 부과처분의 위법성이고, 이 위법성이 존재하지 않는다는 이행강제금 부과처분은 취소되지 않는다는 의미임을 확인하는 의미를 갖는 조문이라고 생각한다.

그런데 이행강제금 부과처분의 위법성이 분쟁의 종국적 해결로부터 당연히 추론될 수 있는 것은 아니다. 예컨대 중노위 재심단계에서 사건 쟁점에 대한 당사자 간 화해가 이루어졌다고 해서, 이전 지노위 초심명령이 위법하게 되는 것은 아니다. 그 위법성이 판단되지 않은 채 자발적으로 분쟁이 해결되었을 뿐이다.

그러므로 검토대상판결(춘천지법 2014. 12. 5. 선고 2014구합1183 판결)이 “구제명령의 취소는 구제명령이 위법한 것을 전제로 중앙노동위원회의 재심판정이나 법원의 확정판결에 따라 그 효력을 소멸시키는 공적 판단이 전제되는 반면, 화해는 구제명령의 위법 또는 부당하고 여부를 문제 삼지 않고 근로계약 당사자들 사이에서 권리와 의무를 조정할 수 있는 것으로 그 법적 성격이 반드시 같다고 볼 수 없다(이 사건의 경우에도 이 사건 화해 내용으로 이 사건 구제명령이 위법한지 여부를 확정할 수 없다). 또한 근로기준법 제32조에 의하면, 구제명령은 중앙노동위원회에 대한 재심 신청이나 행정소송 제기에도 의하여 그 효력이 정지되지 않으므로 사용자로서는 구제명령을 신속히 이행함이 원칙이고, 그 후 제기된 재심 절차에서 화해가 이루어지게 되더라도 이미 도과한 이행기한까지 구제명령을 불이행한 효과가 소멸된다고 볼 수도 없다. 따라서 이 사건 화해가 성립하였다고 하여 그로써 이 사건 구제명령이 취소된 것과 같다고 볼 수는 없”다고 판시한 것은 논리적 귀결인 것으로 보인다.

다만 이 판결의 판시 내용 중 다소 의아한 부분은 법원이 이행강제금의 성격을 판단하면서 근로기준법상 구제명령 불이행에 따른 이행강제금은 “사용자의 구제명령 이행의 확보를 위한 강제수단임과 동시에 이행기한까지 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에 대한 제재의 성격도 겸유하고 있다고 볼 여지가 있다.”고 판단한 것이다. 이행강제금제도가 위헌적이라고 주장하는 주된 이유는 이것이 이중처벌에 해당하는 것은 아닌가 하는 의혹 때문인데, 이와 관련해 헌법재판소는 “이행강제금은 행정상 간접적인 강제집행 수단의 하나로서 과거의 일정한 법률위반 행위에 대한 제재로서의 형벌이 아니라 장래의 의무이행의 확보를 위한 강제수단일 뿐이어서 범죄에 대하여 국가가 형벌권을 실행한다고 하는 과벌에 해당하지 아니하므로 헌법 제13조 제1항이 금지하는 이중처벌금지의 원칙이 적용될 여지가 없을 뿐만 아니라, 건축법 제108조, 제110조에 의한 형사처벌의 대상이 되는

행위와 이 사건 법률조항에 따라 이행강제금이 부과되는 행위는 기초적 사실관계가 동일한 행위가 아니라 할 것이므로 이런 점에서도 이 사건 법률조항이 헌법 제13조 제1항의 이중처벌금지의 원칙에 위반되지 아니한다.”(헌재 2011. 10. 25. 2009헌바140)고 결정을 내렸다. 검토대상판결에서 법원이 이행강제금의 성격을 헌법재판소와 다르게 본 것인지, 아니면 이행강제금의 효과를 표현한 것인지 조금 불분명하지만 아마 후자를 의미한 것이었을 것으로 추측해 본다. **KLI**

박은정(인제대학교 법학과 부교수)

## 태아에 대한 산재보험 적용

- 서울행법 2014. 12. 19. 선고 2014구단50654 판결 -

### 【판결요지】

원칙적으로 모체와 태아는 단일체이며 태아에게는 독립적 인격이 없으므로, 태아에게 미치는 어떤 영향과 그로 인해 발생하는 법적 권리·의무는 모체에게 귀속된다. 입법자가 법률에 특별한 규정을 두지 않는 한, 산재보험의 영역에서도 마찬가지이다. 산재보험법에서 ‘업무상 재해’란 “업무상의 사유에 따른 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망”을 말하는 데(제5조 제1호), 태아의 건강손상은 모체의 노동능력에 미치는 영향 정도와 관계없이 모체의 건강손상에 해당하므로, 여성근로자의 임신 중에 업무에 기인하여 태아에게 건강손상이 발생하였다면 이는 근로자에게 발생한 업무상 재해로 보아야 한다. 또한, 모체가 건강이 손상된 태아를 출산하면 선천성 질병·장애를 가진 아이가 독립적인 법주체가 되며 이 아이는 근로자에게 해당하지 않으나, 현행 산재보험법상 업무상 재해는 업무상의 사유로 근로자에게 재해가 발생할 것, 다시 말해 업무와 재해 사이의 상당인과관계가 있을 것만을 요건으로 할 뿐이지, 질병의 발병시점이나 보험급여의 지급시점에 재해자 또는 수급권자가 여전히 근로자일 것을 요건으로 하지 않으므로, 출산으로 모체와 태아의 인격이 분리된다는 사정만으로 그 전까지 업무상 재해였던 것이 이제는 업무상 재해가 아닌 것으로 변모한다고 볼 수 없다.

아직 태어나지 않은 태아에는 권리능력이 인정되지 않으며 불법행위에 대한 손해배상, 인지, 상속, 유류분에 있어서 예외적으로 인정하는 것이 민법의 규정이다. 그 밖의 법률에서는 태아에게 권리능력을 인정하는 규정을 찾기 어렵다. 「산업재해보상보험법」에도 태아 관련 규정이 따로 없는데, 최근 어머니의 업무상 재해로 인해 선천성 이상을 갖고 태어난 아이에 대해 산재보험 적용을 신청한 사건이 발생하면서 법적인 쟁점으로 부

상하게 되었다.

A의료원에 2009년에 임신한 사람은 원고들을 포함하여 총 15명이었는데, 그 중 6명만이 정상 아이를 출산하였을 뿐이고, 원고들 4명이 선천성 심장질환아를 출산하고, 다른 5명은 유산을 하게 되었다. 간호사의 근로여건과 작업환경이 노사간 쟁점이 되어 의료원 측은 노사합의로 B대학교 산학협력단에 역학조사를 의뢰하였다. 이 보고서를 토대로 원고들은, 임신 초기에 산모와 태아의 건강에 유해한 요소들에 노출되어 태아의 심장 형성에 장애가 발생하였으므로 선천성 심장질환아 출산이 업무상 재해에 해당한다고 주장하며 요양급여를 청구하였다. 이에 대하여 피고는, 관련 법령에서의 업무상 재해란 ‘근로자 본인’의 부상·질병·장해·사망만을 의미하며 원고들의 자녀는 산재보험법의 적용을 받는 근로자로 볼 수 없다는 이유로 요양급여 부지급 처분을 하였다.

이 소송에서 고용노동부는 “만약 업무에 기인하여 선천성 질환아를 출산한 경우를 산재보험법상 업무상 재해로 볼 경우에는, 산재보험급여 수급권자를 모체로 볼 것인지 아니면 자녀로 볼 것인지, 태아는 노동능력이 없고 평균임금을 산정할 수 없는데 산재보험급여의 여러 종류 중 노동능력상실을 전제로 하는 휴업급여, 장해급여 등을 지급하여야 하는지, 출산 후 여성근로자 본인의 요양에 필요한 기간 또는 질환아의 간병을 위해 취업이 곤란한 기간에 대하여 여성근로자에게 휴업급여를 지급하여야 하는지, 선천성 질환아에게 보험급여 수급권을 인정할 경우 유산, 사산한 경우에도 그에 상응하여 태아의 사망에 대한 유족급여를 지급하지 않는다면 태아의 생존 여부에 따라 산재보험 적용 여부가 달라져 형평성을 잃는 것은 아닌지에 관해서 논란이 발생할 것이고, 이에 관한 입법의 불비로 실무상 이를 집행하는 데 여러 문제점이 발생할 것이다. 따라서 여성근로자를 업무상 유해요인으로부터 보호하고 업무에 기인하여 태아에게 발생한 피해를 신속하게 보상해야 할 필요성에 대한 검토 및 입법적 개선조치가 필요함은 별론으로 하고, 현행 산재보험법상으로는 업무에 기인하여 선천성 질환아를 출산한 경우를 업무상 재해로 포섭하기는 어렵다.”는 의견을 제출하였다.

업무에 기인한 태아의 건강손상이 업무상 재해에 해당하는지 여부에 대하여 대상판결은 여성근로자의 임신 중에 업무에 기인하여 태아에게 건강손상이 발생하였다면 이는 근로자에게 발생한 업무상 재해로 보아야 한다고 판시하였다.<sup>17)</sup> 이 판결은 유사한 사건에 대한 독일 헌법재판소의 1977년 결정을 인용하였다. 독일의 사건도 병원에 근무 중이던 간호사가 업무상 질병으로 인해 태아에 선천성 이상이 발생하여 산재보험 신청을 한 경우이다.<sup>18)</sup> 이 사건에서도 산재로 인해 건강 손실을 입은 태아를 적용대상으로 하지 않는 법률이 태아와 어머니의 기본권(평등권, 인간의 존엄 등)을 침해하는지 문제되었다. 연방

17) 이 사건은 항소심 계류 중이다.

18) BVerfGE 45, 37.

헌법재판소는 현행 법률 규정은 산재보험 적용에 있어 태아의 평등권을 침해한다고 결정하였다. 연방헌법재판소는 산재보험이라는 사회보험의 목적과 특성상 ‘포괄적으로 사회적 약자를 산업재해로 인한 건강손실로부터 보호’해야 한다는 점을 강조하였다. 산업사회에서 필연적으로 발생하기 마련인 위험을 개별 근로자가 부담할 수 없으므로 산재보험 등과 같은 포괄적인 사회보장제도에 의해 보호해야 한다는 것이다. 이미 모성보호 관련 법령들이 ‘어머니와 태아의 상황을 하나의 문제로 보고’있다는 점을 고려했을 때 태아에 대한 산재보험 적용이라는 새로운 해석을 고려할 수 있다고 하였다. 임신 중 산재와 태아의 피해 사이의 입증의 쉽지가 않다는 점, 장애아동을 위한 사회보장 혜택을 받을 수 있다는 점, 급여의 액수, 기간 등의 산정 기준이 태아의 경우에는 적용하기 어렵다는 점 등은 태아에 대한 차별을 정당화하는 근거가 될 수 없다고 하였다. 이 결정의 취지를 반영하여 1996. 8. 7. 제정된 독일사회법전 제7권(SGB VII) 제12조는 “모(母)의 보험사고로 인한 태아의 건강훼손도 역시 보험사고이다. 그러한 점에서 태아는 피보험자와 동등하다. 일반적으로 모의 직업병(Berufskrankheit)을 야기하기에 적정한 특별영향에 의해 태아의 건강훼손이 초래된다면 보험사고로 볼 수 있다.”라고 규정하였다.<sup>19)</sup>

현행 산재보험 법제는 태아에 대한 산재보험 적용을 전혀 예상하지 않은 채 설계되었기 때문에 태아에 적용함에 있어 여러 가지 기술적 문제가 발생할 수 있다. 휴업급여, 장해급여, 유족급여를 장애를 갖고 태어난 아이 또는 사산된 태아의 유족에게 지급할 수 있는지의 문제 등이다. 그러나 이러한 문제는 국가가 관련된 준비를 하지 않은 입법적, 행정적 공백으로 인해 발생한 기술적인 문제로 수급권 자체를 부정할 근거가 되기 어렵다. 어머니의 산재로 인한 아이의 산재(건강손실)라는 특수한 상황을 고려하여 적절한 기준의 급여체계를 정비하면서 해결할 수 있기 때문이다. 대상판결도 이와 같은 취지로 판시하였다.<sup>20)</sup>

19) 해당 조문의 원문은 다음과 같다.

§12 Versicherungsfall einer Leibesfrucht

Versicherungsfall ist auch der Gesundheitsschaden einer Leibesfrucht infolge eines Versicherungsfalles der Mutter während der Schwangerschaft; die Leibesfrucht steht insoweit einem Versicherten gleich.

Bei einer Berufskrankheit als Versicherungsfall genügt, daß der Gesundheitsschaden der Leibesfrucht durch besondere Einwirkungen verursacht worden ist, die generell geeignet sind, eine Berufskrankheit der Mutter zu verursachen.

20) “다른 한편으로, 현행 산재보험 제도는 근로자의 재해 발생 당시의 평균임금을 기준으로 소득보장적 급여액을 산정하고 있는데, 선천성 질환아의 경우 과연 태아에게 건강손상이 발생한 때를 기준으로 모체의 평균임금을 적용하여야 하는지, 아니면 소득 예측이 불가능한 경우 소득을 도시일용노임 상당액이라고 추정하는 법리(대법원 1987. 3. 10. 선고 86다카331 판결 등 참조)에 따라 도시일용노임을 기준으로 평균임금을 산정하여야 하는지의 문제도 논란이 발생할 수 있다. 이러한 문제들에 대응하는 것은 수학적인 정답을 찾는 것이 아니라 국민들의 의식수준과 여론, 사회의 제반 여건을 고려하고 충돌하는 이익들을 형량하여 법정책적으로 나름 가장 합리적이라고 보이는 방안

태아의 권리 능력을 예외적으로 법률에 의해서만 인정하는 민법의 태도를 보았을 때 항소심에서 어떠한 결론을 낼지 예측하기 어렵다. 그러나 산재보험법을 비롯한 사회보험 법제는 시민법적 원리와 구별되는, 사회연대원칙에 근거한 법제로서의 특징이 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 독일 연방헌재가 밝혔듯이 업무상 질병이라는 사회적 위험으로부터 포괄적으로 보호하는 산재보험법의 목적과 특성을 고려했을 때 시민법적 관점에서 벗어난 새로운 해석이 가능할 것으로 기대된다.

이와 더불어 입법적으로 고민해야 할 것은 왜 이런 사건이 현재의 한국에서 여전히 발생하고 있는가이다. 임신 중인 여성의 건강과 모성권은 노동 인권 기준의 가장 기본적인 내용임에도 불구하고 집단유산과 집단 선천성 이상이라는 사건이 발생하고 있다. 태아에게 이미 발생한 이상은 되돌리기 쉽지 않기 때문에 여성이 안전하고 건강하게 모성권을 보호받을 수 있는 법제도와 정책이 시행되고 있는지 의문을 던지는 상황인 것이다. 「근로기준법」은 임신부에 대한 야간, 휴일, 시간외 근로를 제한하고 도덕상·보건상 유해한 업무에의 사용을 금지한다. 그러나 ‘보건상 유해한 업무’로 예시된 것의 대부분이 무거운 중량의 물건을 들거나 진동이 수반되는 작업 등의 물리적 위험성 위주로 구성되어 있다는 한계가 있다. 원자력 및 방사선을 취급하는 업무, 납·벤젠 등 유해물질을 취급하는 업무, 병원체로 인하여 오염될 우려가 농후한 업무만 규정되어 있어서 임신부인 여성근로자가 겪을 수 있는 위험을 예방하기에 충분한지, 생산직 근로자 위주의 보호규정이 아닌지 의문이 든다. 또한 「근로기준법」을 제외하고는 산업안전보건 법령, 산업재해보상보험법 등에 관련 임신부 관련 보호 규정을 찾기 어렵다는 문제점도 있다. 「산업안전보건기준에 관한 규칙」에 풍진·수두 등 선천성 기형을 유발할 수 있는 감염병 환자와의 접촉에 대한 규정 하나를 두는 것을 제외하고 찾기 어렵다. 따라서 현행 모성권 보호 관련 법령과 제도가 변화한 작업환경에 맞게 실질적인 위험을 예방할 수 있는지 검토하고 이런 안타까운 일이 다시 발생하지 않도록 입법적, 정책적 개선을 모색하는 것이 시급히 요청된다. **KL**

구미영(한국여성정책연구원 부연구위원)

을 선택·결정하는 것이므로, 바로 여기에서 입법의 형성적 기능이 적극적으로 발휘되어 산재보험법과 그 하위법령의 개정을 통해 그 지급 여부, 범위, 금액산정 방법을 명확히 정하는 것이 바람직 한데, 입법자가 이를 게을리 하는 경우 법원은 입법의 흠결이나 공백이 있음을 이유로 재판을 거부할 수 없으므로 규율의 공백을 해결하기 위해 법률에 반하지 않는 범위 내에서 ‘법형성’을 하여 나름 가장 합리적인 것으로 보이는 해법을 도출할 수밖에 없다. 그러나 휴업급여, 장해급여, 유족급여 등에 관하여 발생하는 그러한 곤란한 문제들이 요양급여 지급 거부를 정당화할 근거는 될 수 없다.”