

노동판례리뷰

재요양 후 상향조정된 장애급여에서 소멸시효 등으로 지급받지 못한 중전 장애급여를 공제할 수 없다

- 대법원 2015. 4. 16. 선고 2012두26142 전원합의체 판결 -

【판결요지】

업무상 재해로 인하여 신체장애를 입은 사람이 그 당시에 판정된 장애등급에 따른 장애급여를 청구하지 아니하여 기존의 장애에 대해서 전혀 보상을 받지 못하고 있다가 기존의 장애상태가 악화되어 장애등급이 변경된 후 비로소 변경된 장애등급에 따라 장애보상연금을 청구한 경우에는, 그와 같은 중복지급의 불합리한 결과는 발생하지 아니하므로, 피고로서는 재요양 후 치유된 날이 속하는 달의 다음 달부터 변경된 장애등급에 해당하는 장애보상연금의 지급일수에 따라 장애보상연금을 지급하여야 할 것이고, 이 사건 조항을 근거로 삼아 근로자에게 지급한 적이 없는 기존의 장애등급에 따른 장애보상일시금의 지급일수에 해당하는 기간만큼의 장애보상연금을 부지급하여서는 아니 된다. 그리고 이러한 이치는 기존의 장애등급에 대한 장애급여청구를 하지 않고 있던 중 그 청구권이 시효소멸된 경우에도 마찬가지로 적용된다고 보아야 한다. 중복지급의 가능성이 없는 것은 이 때에도 동일하며, ‘이미 지급한 장애보상일시금의 지급일수’라고 표현한 이 사건 조항의 문언에도 부합하기 때문이다.

이 사건 근로자는 1982년 작업장에서 정비기사로 근무하던 중 오른쪽 고관절을 다친 후 수술 등 치료를 받았으며, 그 후로도 통증이 계속되자 1984년 3월 말경까지 여러 차례 수술 등의 치료를 받았으며, 근로복지공단에 대퇴골두 무혈성 괴사를 상병으로 요양신청을 하여 1985년 10월 14일 승인을 받았고, 2003년 10월 10일 근로복지공단에 ‘장애급여’를 신청했다. 그러나 근로복지공단은 장애등급이 제8급에 해당하나 치료종결일인 1984년 3월 말경부터 ‘청구 시효 3년이 지났다’는 이유로 부지급 처분을 받았다.1)

2009년 4월 근로자는 왼쪽 고관절에도 문제가 생겨 근로복지공단으로부터 재요양을 승인받아 수술을 받고 2010년 4월 치료종결 후 다시 근로복지공단에 장애급여 신청을 하였다. 근로복지공단은 양쪽 고관절 장애로 장애등급이 제6급으로 상향조정되었으나 소멸시효로 완성된 기존 장애등급 제8급에 대한 장애보상일시금 지급일수에 해당하는 기간만큼을 제하고 장애급여를 지급하자 이에 반발한 근로자가 소송을 제기하였다. 즉 근로복지공단은 새 등급에 따라 장애급여를 지급하면 중복 지급하는 셈이 되므로 장애보상연금의 지급시기를 기존 장애급여에 해당하는 기간만큼을 제하고 늦추어 지급하였다고 주장하였다(사건명: 장애보상연금개시일자결정처분 취소). 반면, 근로자는 기존 장애등급에 해당하는 장애급여는 소멸시효의 완성으로 지급받지 못하였으므로 중복 지급이 아니라고 주장하였다.

제1심(부산지방법원 2012. 5. 9. 선고 2011구단1898 판결)에서는 근로복지공단이 승소하였으나, 제2심(부산고등법원 2012. 10. 24. 선고 2012누1792 판결)에서는 근로자가 승소하였고, 이에 근로복지공단이 상고하였으나 대법원(대상판결)은 전원합의체 판결로 상고를 기각함으로써 원심을 확정지었다.

근로자가 업무상의 재해로 부상을 당하거나 질병에 걸린 경우에 근로자는 산업재해보상보험법(이하 ‘산재보험법’)이 정하는 바에 따라 그 치유를 위하여 요양급여를 지급받고 이와 더불어 요양으로 취업하지 못한 기간에 대하여는 휴업급여를, 치유된 후에도 신체 등에 장애가 있는 경우에는 장애급여 등의 보험급여를 받게 된다(제36조). 근로자가 요양급여를 받아 치유된 후에도 그 요양의 대상이 되었던 업무상의 부상 또는 질병이 재발하거나 치유 당시보다 상태가 악화되어 이를 치유하기 위한 적극적인 치료가 필요한 때에는 재요양을 받을 수 있고(제51조 제1항), 재요양을 받고 치유된 후 장애상태가 종전에 비하여 악화된 경우에는 그 악화된 장애상태에 해당하는 장애등급에 따라 장애급여를 지급받는데, 재요양 후의 장애급여의 산정 및 지급방법은 시행령으로 정하고 있다(제60조 제2항). 이에 따른 산재보험법 시행령(제58조)은 장애급여의 수급자를 장애보상연금을 받던 사람과 장애보상일시금을 받은 사람으로 구분하고, 다시 그 수급자가 재요양 후의 장애급여를 장애보상연금으로 청구한 경우와 장애보상일시금으로 청구한 경우로 나누어 그 산정 및 지급방법을 규정하고 있다. 장애보상일시금을 받은 사람이 재요양 후의 장애상태가 종전에 비하여 악화되어 장애보상연금을 청구한 경우에는 ‘재요양 후 치유된 날이 속하는 달의 다음 달부터 변경된 장애등급에 해당하는 장애보상연금을 지급하되, 이미 지급한 장애보상일시금의 지급일수에 해당하는 기간만큼의 장애보상연금’은 이를 부지급하도록 규정하고 있다(제58조 제3항 제1호).

1) 이 사건 근로자가 소멸시효 완성으로 장애급여 부지급 처분을 받고 이에 대한 취소소송을 제기하였으나 대법원(2006. 4. 13. 선고 2006두1876 판결)에서 패소 확정되었다.

제1심은 위 시행령 규정에 따라 기존 장애등급에 대한 보험급여를 실제로 받았느냐에 상관없이 새로이 발생하는 장애급여청구권에서 종전 장애급여를 제해야 한다고 근로복지공단에 승소판결을 하였다.

한편 대상판결의 다수견해는 위 시행령 규정의 취지는 “업무상의 재해로 요양급여 및 장애보상일시금을 받은 사람이 재요양 후 장애상태가 악화되어 변경된 장애등급에 해당하는 장애보상연금을 전액 받게 된다면 이미 보상받은 장애급여 부분에 대해서까지 중복하여 장애급여를 받는 결과가 되므로, 이러한 불합리한 결과가 발생하는 것을 막기 위함”에 있다고 보았다. 이러한 취지에 따라 재해 당시의 장애등급에 따른 장애급여를 청구하지 않아서 기존 장애에 대해 전혀 보상을 받지 못한 경우뿐만 아니라 대상판결의 사건과 같이 기존 장애등급에 대한 장애급여청구를 하지 않고 있던 중 그 청구권이 시효소멸된 경우에도 마찬가지라고 보았다[위 판결요지 참조]. 반면, 대상판결의 반대의견은 다수의 견에 대해 “기존 장애에 관한 장애급여 청구권의 소멸시효가 완성되었다 하더라도 재요양을 받고 장애상태가 악화된 경우에는 그 시효완성의 효과를 무시하고 기존의 시효 소멸한 장애급여 부분까지 포함하여 재요양에 따른 장애급여를 지급하여야 한다는 것인데, 이는 재요양으로 인한 부분을 넘어 과도한 보상을 하는 것으로서 아무런 법적 근거도 없이 소멸시효 제도를 무의미하게 만드는 해석”이라고 밝혔다. 나아가 “처음부터 재요양을 받지 않았거나 재요양을 받았더라도 장애상태가 악화되지 않으면 기왕의 시효 소멸한 장애급여 청구권이 부활하지 않는 데 비하여 재요양을 받은 후 장애상태가 악화되면 기왕의 시효 소멸한 장애급여 청구권이 부활한다고 하는 것은 형평에 어긋날 뿐만 아니라, 장애상태의 악화 여부라는 우연한 사정에 의해 소멸시효 완성의 효과가 좌우되어 법적 안정성의 확보를 도모하고자 하는 소멸시효 제도의 근간을 뒤흔드는 결과를 초래한다.”고 반대의견을 제시하였다. 대상판결의 다수견해는 시효로 소멸된 청구권이 되살아난다고 한 것이 아니라 단지 재요양 후 상향조정된 장애급여에서 소멸시효로 지급받지 못한 종전 장애급여를 공제할 수 없다고 하는 것에 불과하므로 반대의견에 문제가 있다고 본다.

대상판결의 다수견해가 그대로 타당하다고 본다. 위 시행령 규정은 중복 급여를 금지하는 데 목적이 있으므로 이 사건과 같은 경우는 중복 급여에 해당하지 않으며, 법조문에서도 ‘**이미 지급한** 장애보상일시금’이라고 명시하고 있으므로 이미 지급하지 않은 장애보상일시금을 공제할 수 없다고 본다. **KLI**

강선희(고려대학교 노동문제연구소 연구교수)

단체협약상의 조합원 자격 또는 범위 조항

- 울산지방법원 2015. 4. 16. 선고 2010나10779 판결 -

【판결요지】

수정 전 단체협약 제4조가 정한 ‘운전자’는 대형버스 운전자들만을 의미할 뿐 중형버스 운전자들이 위 운전자의 범위에 속한다고 볼 수 없고, 기사 위 ‘운전자’의 범위에 중형버스 운전자가 포함된다고 보더라도, 노동조합의 가입절차를 밟지 않은 원고가 노동조합원으로서 수정 전 단체협약의 적용을 구할 수는 없다.

또한 원고에게 피고 노동조합의 가입자격이 인정되지 않은 이상, 원고가 노조법 제35조에 의해 피고의 대형버스 운전자들과 ‘동종근로자’로서 수정 전 단체협약의 적용을 받겠다고 할 수도 없다.

시내버스 운수회사인 이 사건 사용자(피고)는 대형버스를 운행해 왔는데, 시내버스운송사업 계획변경 인가에 있었던 2001년 이후로는 중형버스도 함께 운행하고 있다. 이 사건 사용자는 중형버스제도 시행 이후 운전자를 채용할 때 대형버스 운전자와 중형버스 운전자를 구별하여 채용하였는데, 대형버스 운전자에 대하여는 단체협약 등에 따라 임금을 지급한 반면, 중형버스 운전자에게는 근로계약 및 중형버스 운전자에게 적용되는 ‘중형버스규칙’에 따라 임금을 지급하였다. 이로 인해 기본급을 기준으로 계산된 각종 수당 중 일부 수당은 대형버스 운전자에게만 지급되고, 중형버스 운전자에게는 지급되지 않았다.

한편, 피고와 피고 소속 대형버스 운전자 전원으로 구성된 노동조합이 중형버스제도가 도입되기 이전부터 2011년까지 체결하였던 단체협약(이하 ‘수정 전 단체협약’)에서는 “조합원의 범위는 운전자에 한한다.”라고 규정하고 있었는데, 2013. 10. 2. 체결된 단체협약(이하 ‘수정 후 단체협약’)에서는 이를 “조합원의 범위는 대형운전자에 한한다. 단 중형승무원사원은 조합원 대상에서 제외하기로 한다.”로 수정하였다.

이 사건은 2010. 6.부터 2013. 3.까지 피고 회사에서 중형버스 운전자로서 근무했던 근로자(원고)가 대형버스 운전자의 임금을 지급받아야 한다고 주장하며 임금 차액을 청구한 사건이다. 이 사건 근로자의 청구를 판단함에 있어, 대상판결은 원고가 수정 전 단체협약이 정한 ‘운전자’의 범위에 포함되는지, 그리고 원고가 단체협약의 사업장단위 일반적 구속력을 정한 노동조합및노동관계조정법(이하 ‘노조법’) 제35조에서 말하는 동종 근로자에 해당하여 수정 전 단체협약의 적용을 받게 되는지 여부에 이 사건의 쟁점이 있다고 보았다.

우선 조합원의 자격과 범위를 ‘운전자’로 규정한 수정 전 단체협약의 해석과 관련하여, 대상판결은 처분문서인 단체협약의 해석에 있어서는 문언에 기재된 바에 그 내용을 인정

해야 한다는 판례의 기본적 태도를 밝히면서도, 수정 후 단체협약에서 조합원의 범위를 대형버스 운전자에 한정하는 것으로 수정하게 된 경위 및 단체협약의 여타 규정 취지 등을 제시하면서 이 사건의 경우 수정 전 단체협약에 기재된 것과는 달리 조합원의 범위에 포함되는 ‘운전자’는 대형버스 운전자만을 의미하는 것으로 판단하였다. 또한 설령 수정 전 단체협약상의 ‘운전자’에 중형버스 운전자가 포함되는 것으로 해석한다고 하더라도 중형버스 운전자가 조합원에 포함되는 것으로 보기는 어렵다고 보았다. 수정 전·후의 단체협약에서 “회사의 운전자는 고용계약일로부터 조합원이 된다.”, “조합가입대상 조합원이 노조에 가입하지 아니하거나 조합을 탈퇴했을 때에는 회사는 반드시 해직 처리한다.”는 유니언 샵(Union Shop) 규정을 두고 있기는 하지만, 중형버스 운전자가 노동조합에 가입절차를 밟거나 조합원으로서의 인식 또는 활동이 없었던 이상 규정만으로 조합원의 자격을 취득하였다고 볼 수 없다는 것이다.

한편 대상판결과 같이 중형버스 운전자의 조합가입자격이 없는 것으로 보는 이상, 이 사건 근로자에게는 이 사건 단체협약의 일반적 구속력이 인정될 수 없다는 결론은 단체협약의 사업장 단위 일반적 구속력에 관한 판례에 의하면 예정된 결과라 할 수 있다. 노조법 제35조에 의하면, 조합원 이외에 근로자에게도 단체협약의 사업장단위 일반적 구속력이 인정되기 위해서는, 단체협약의 적용을 받고 있는 조합원과 단체협약의 적용을 받고 있지 않는 조합원이 동종 근로자에 해당해야 한다. 그런데 판례는 동종 근로자란 해당 단체협약의 적용이 예상되는 자로 이해하고, 이에 따라 조합원의 자격이 없는 자는 단체협약의 적용이 예상된다고 할 수 없어 단체협약의 일반적 구속력이 미치는 동종 근로자에 포함되지 않는 것으로 보고 있다.²⁾

대상판결에 대하여는 다음과 같은 점을 지적하지 않을 수 없다. 대상판결은 이 사건 수정 전·후 단체협약에서 정하고 있는 조합원범위가 유효하다는 전제에서 조합원의 범위를 해석하고 있을 뿐, 이 사건 단체협약에서 정하고 있는 조합원범위조항이 허용되는 것인지에 대하여는 검토하지 않았다. 우리나라에서는 단체협약에서 조합원의 범위 또는 비조합원의 범위를 정하는 경우가 여전히 적지 않다. 그렇다면 이와 같은 단체협약상의 규정은 어떻게 보아야 할 것인가. 이에 대하여는 단체협약에서 조합원의 자격과 범위를 정하는 것은 헌법 제33조에서 보장하고 있는 단결권에 반하는 것으로서 허용될 수 없다고 이해하는 것이 타당하다. 노조법이 “조합원에 관한 사항”을 규약의 필요적 기재사항(노조법 제11조 제4항)으로 규정하고 있는 것은, 조합원의 자격과 범위는 노동조합의 자주성이라는 관점에서 조합자치에 맡겨져야 할 문제로 보기 때문이다. 이 점에서 단체협약으로 조합원의 자격과 범위를 정하는 것은 노동조합의 자주성을 제약하는 것으로서 허용될 수 없다고 보아야 한다. 그뿐만 아니라 여전히 기업단위의 노동조합이 주를 이루고

2) 대법원 2003. 12. 26. 선고 2010두10264 판결.

있는 우리 현실을 감안하면, 단체협약으로 조합원의 자격과 범위를 정하는 것은 노동조합의 존립을 사용자의 처분에 맡기는 것에 다름 아니다. 조합원의 자격과 범위는 노동조합의 존립 및 활동과 직결되는 문제이다. 조합원의 자격과 범위를 어떻게 정하느냐에 따라 조직대상의 규모나 노동조합 활동의 전반적인 방향성이 결정된다. 조합원의 자격과 범위를 단체협약으로 정하는 것은 노동조합에 대한 사용자의 지배, 개입의 가능성을 높이는 것이 되고, 노동조합의 자주성을 심히 훼손하는 것이 된다. 노동조합에 가입할 수 있는 단결권은 단체협약에 의해 제한될 수 없는 것으로, 단체협약으로 조합원의 자격과 범위를 정하는 것은 무효로 보아야 할 것이다.³⁾ 결론적으로 이 사건 결론의 당부와는 별개로, 대상판결이 단체협약상 조합원의 자격과 범위 조항의 유효성을 판단하지 않은 채, 사안을 단순히 수정 전 단체협약에서 정한 조합원의 자격과 범위의 해석문제로 판단한 것은 타당하지 않다. **㉮**

김기선(한국노동연구원 부연구위원)

간주근로시간제를 채택하고 있는 사업장에서의 포괄임금제의 유효성 및 최저임금 미달 여부

- 울산지방법원 2015. 3. 26. 선고 2013가합8607 판결 -

【판결요지】

통근버스 운전기사들이 그 회사를 상대로 최저임금 미달액 및 근로관계 법령에 따라 산출된 제수당 미달액의 지급을 구하는 바, 원고들과 피고 회사 사이에 체결된 포괄임금제 형식에 의한 임금지급계약은 원고들의 근로시간 산정이 불가능하여 그 체결에 합리적인 이유가 있을 뿐 아니라, 제반 사정에 비추어 그러한 형태의 임금지급계약이 원고들에게 불이익하다고 보기도 어려우므로, 원고들과 피고 사이의 포괄임금계약은 유효하다고 할 것이다. 또한 원고들과 피고 사이의 포괄임금제 형식에 의한 임금지급계약이 유효라고 보는 이상, 이와 다른 전제에 선 원고들의 초과근로수당, 연차수당, 유급수당 등 제수당 청구는 더 나아가 살필 필요 없이 모두 이유 없다.

이 사건 근로자들 6명(원고들, A~F)은 전세통근버스 운전기사로서 사용자(피고)와 연

3) 같은 취지로, 김형배(2012), 『노동법』 제21판, 박영사, p.899; 임종률(2015), 『노동법』 제13판, 박영사, p.69. 다만 임종률 교수는 유니언 쉘 등 조직강제 조항이 체결된 경우에는 조합원자격과 상관관계를 가지는 경우가 많아서 단체협약에 따른 제한도 허용된다고 본다.

봉으로 근로계약을 체결하였으며, 연봉총액은 2010. 4. ~ 2012. 2. 960만 원(월 환산금액 80만 원), 2012. 3. ~ 2012. 5. 1,020만 원(월 85만 원), 2012. 6. ~ 각 퇴사일까지 1,272만 원(월 106만 원)이다. 그리고 근로계약에 따르면 이 연봉총액에는 연간 기본급, 연장근로수당, 연차수당 등이⁴⁾ 포함되어 있다고 되어 있으며, 취업규칙에는 이 사건 근로자들에게 사업장 밖 간주근로시간제도를 적용하고 있다. 이 사건 근로자들은 월 28일, 1일 14시간 근로를 제공하여, 총 초과근로시간 월 184시간(평일 초과근로시간 120시간, 초과근무일수 8일의 근로시간 64시간)에 해당하는 초과근로수당과, 그 밖에 연차수당, 상여금, 근속수당, 근로자의 날에 지급되는 유급수당을 지급받지 못하였다고 이를 청구하였다(기본급의 경우 최저임금에 미달하므로 이의 차액을 청구하였다). 이에 대상판결은 원고들의 청구는 이유 없다고 모두 기각하는 판결을 하였다. 이 사건에서의 법적 쟁점은 포괄임금제 근로계약의 유효성에 있다고 할 것이다.

우선, 포괄임금제의 성립 여부이다. 포괄임금제는 기본임금을 미리 산정하지 아니한 채 각종 수당을 합한 금액을 월 급여액이나 일당으로 정하거나 기본임금을 정하고 매월 일정액을 각종 수당으로 지급하는 임금산정방식을 일컬으며, 이러한 포괄임금제에 의한 임금지급계약을 포괄임금계약이라 한다.⁵⁾ 이 사건에서는 포괄임금으로 지급하기로 하는 근로계약(포괄임금계약)을 체결한 바 있으므로 포괄임금제의 성립을 인정하는 데에 전혀 문제되지 않는다.

둘째, 포괄임금제의 유효성 여부, 즉 불이익이 있는지 여부이다. 판례법리에 따르면, 근로시간의 산정이 가능한 경우와 근로시간의 산정이 곤란한 경우로 나누어 불이익 여부를 판단하고 있다. 근로시간 산정이 가능한 경우에는 포괄임금으로 지급받은 제수당과 실 근로시간을 기준으로 근로기준법에 따라 산정된 법정수당을 비교하였을 때 법정수당에 미달한다면 근로자에게 불이익하여 무효이며, 근로기준법 제15조의 부분 무효의 법리에 따라 미달되는 부분에 한하여 무효이고 이 미달되는 차액을 지급해야 한다.⁶⁾ 그런데 대상판결은 구체적인 불이익 비교 없이 근로시간 산정이 불가능한 경우로 보아, 포괄임금제가 통근버스 운전기사들인 원고들의 근로시간이 다양한 변수에 따라 달라지고 근로 중간에 예측불가능한 대기시간 및 휴게시간이 뒤섞여 있어 근로가 간헐적·단속적으로 이루어짐에 따라 근로시간의 예측이나 산정이 어려울 뿐 아니라 실제로도 산정하기 불가능하여 취업규칙에 간주시간제도를 두고 있으며, 실제 운행시간은 많지 않아 실근로시간을 훨씬 상회하는 소정근로시간으로 간주하는 점, 야간근로에 종사한 근로자들에게는 심야

4) 이 사건 근로계약서를 자세히 살필 수 없어 구체적으로 어떠한 항목이 포괄정산되어 있는지 확인할 수 있는 방법이 없으나, 청구취지 등을 보건대 기본급, 연장근로수당, 연차수당, 상여금, 근속수당, 유급수당(근로자의 날)이 포괄정산되어 있는 것으로 추정된다.

5) 대법원 2009. 12. 10. 선고 2008다57852 판결; 대법원 2010. 5. 13. 선고 2008다6052 판결 등 다수.

6) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2008다6052 판결 등.

수당을 지급하기도 한 점 등에 비추어 유효하다고 판단하였다.

이 사건으로 돌아가 보면, 이 사건 근로자들은 출퇴근 등 통근버스 운전기사로서 근로시간의 전부를 사업장 밖에서 근로하여 근로시간을 실제로 산정하기 어려운 경우로서 근로기준법 제58조에 따라 ‘사업장 밖 간주근로시간제’를 적용하고 있다(피고 회사 취업규칙)7). 근로기준법 제58조 제1항의 ‘사업장 밖 간주근로시간제’를 채택하였다면 이의 법적 효과는 원칙적으로 소정근로시간(이 사건은 주 40시간)을 근로한 것으로 보는 것이며, 통상적으로 소정근로시간을 초과하여 근로하는 것이 필요한 경우 통상의 필요한 시간을 근로한 것으로 보는데(제2항) 피고 회사의 취업규칙에는 반드시 회사의 승인을 받도록 규정하고 있다. 따라서 별도로 회사의 승인을 받지 않았다면 이 사건 근로자들의 근로시간은 실근로시간이 많은 적든 관계없이 주 40시간으로 간주되고 초과근로를 주장할 수 없다. 그리고 결과적으로 간주근로시간제의 채택으로 근로시간 산정은 가능해진 것이다. 근로의무가 있는 날에 일 8시간, 주 40시간을 근로한 것으로 간주된 것이다. 이로써 포괄임금제의 유효성을 판단함에 있어 근로시간 산정이 가능한 경우로 보아야 하며, 근로자들의 청구 중 평일 초과근로수당은 이유 없다 할 것이다. 결국 위 포괄임금(연도별로 월 80만 원, 85만 원, 106만 원)에는 최저 법정기준인 주 40시간의 소정근로에 대한 기본급, 초과근무일에 해당하는 수당, 연차수당, 근로자의 날에 대한 유급휴일근로수당이 포함되어 있다고 볼 것이다. 이것이 근로자에게 불이익한지 여부는 중국에는 최저임금액을 기준으로 산정된 임금과 포괄임금액을 비교하여 차액이 발생한다면 불이익하므로 이를 지급하여야 한다. 최저임금액은 불이익 여부를 판단하는, 즉 포괄임금제의 유효성을 판단하는 최종 기준이다.

그런데 대상판결은 위 판결요지와 같이 포괄임금제 형식에 의한 임금지급계약이 유효하다고 전제하여 각종 수당의 청구를 배척한 다음, 최저임금에 미달하는지 여부를 판단함에 있어 별도로 지급되었던 심야수당 및 근속수당을 제외하고 포괄임금인 연도별 위 월 80만 원, 월 85만 원, 월 106만 원을 소정근로시간 주 40시간의 월 평균 173.8시간으로 나누어 시간급으로 환산하여 이를 해당 연도별 최저임금액과 비교하여 미달되지 않는다고 하여 근로자들의 청구를 배척하였다. 결국 대상판결은 최저임금과 비교할 임금(근로자들이 지급받은 비교대상임금)으로 포괄정산된 임금 모두를 분자에 두고, 분모에는 소정근로시간 주 40시간의 월 평균 173.8시간만을 두어 비교하는 우를 범하였다. 대상판결이 앞서 포괄정산제의 임금지급계약의 유효성을 인정하였다면 해당 연봉에는 위의 기본

7) 취업규칙 4-5(간주시간제도) 사업장 밖에서 대부분의 근로를 제공하거나 전제버스 운행 등으로 출장근무를 하는 기사에 대하여는 주 40시간(소정근로시간) 근무한 것으로 간주하고, 소정근로시간보다 초과 근로하는 것이 예상되는 경우에는 반드시 사전에 회사의 승인을 받아야 하며 승인을 받지 아니한 경우에는 소정근로시간을 근무한 것으로 간주한다.

급, 연장근로수당 및 연차수당 등이 포함되어 있다고 할 것이므로 연봉 중 최저임금 산업 범위에서 제외되는 임금(최저임금법 제6조 제4항 및 시행규칙 제2조 [별표1]과 [별표2] 참조)⁸⁾을 뺀 임금액, 이 사건에서는 초과근무일에 해당하는 수당, 연차수당, 근로자의 날에 대한 유급휴일근로수당을 제외한 나머지 임금액을 시간급으로 환산하여 고시된 연도별 최저임금액과 비교했어야 했다. 결국 대상판결은 기본급 등 법정 수당을 포함하는 포괄임금제의 유효성을 인정하면서 최저임금 미달 여부를 판단할 때는 주 40시간만을 기준으로 시간급을 환산한 것은 논리모순이며, 최저임금법리에 대한 법리오해가 있다 할 것이다. **KL**

강선희(고려대 노동문제연구소 연구교수)

직업소개와 근로자공급을 구별할 필요성과 핵심적 기준

- 울산지방법원 2015. 3. 25. 선고 2015고단298 판결 -

【판결요지】

피고인은 여자종업원들을 고용한 후 보도방을 운영하면서 유흥업소 업주로부터 유흥접객원을 공급해달라는 요청을 받고 여자종업원들을 유흥업소에 유흥접객원으로 공급하고 그 대가로 여자종업원들로부터 각각 매월 60만 원을 소개비 명목으로 교부받았다. 이로써 피고인은 관할 관청에 등록하지 않고 유료직업소개사업을 하였다.

보도방을 운영하면서 유흥업소에 접대부를 수시로 공급해 주고 접대부로부터 수수료 등 금전을 정기적으로 지급받으면 이는 직업소개인가 근로자공급인가? 「직업안정법」은 「근로기준법」에서 금지하는 중간착취의 유형으로 직업소개와 근로자공급을 규정하고 있고 엄격한 요건하에서만 이를 허용한다. 즉 유료직업소개의 경우 관할 관청에 등록을 할 것을 요구하고 있고 근로자공급의 경우 고용노동부장관의 허가를 받도록 요구하고 있다. 「직업안정법」(이하 ‘법’이라 함)상 무등록 유료직업소개나 무허가 근로자공급이나 동일한 법정형(5년 이하 징역 또는 5천만 원 이하 벌금, 법 제47조 참조)을 규정하고 있기 때문에, 노무제공자와 노무수령자 사이에서 매개 역할을 하는 자가 무등록이거나 무허가인 경우, 매개 역할을 하는 자가 「직업안정법」 위반으로 처벌받는 데 있어서 결과적으로 차

8) 소정의 근로시간 또는 소정의 근로일에 대하여 지급하는 임금외의 임금(1. 연월차휴가 근로수당, 유급휴가 근로수당, 유급휴일 근로수당. 2. 연장시간 근로·휴일근로에 대한 임금 및 가산임금. 3. 야간근로에 대한 가산임금. 4. 일·숙직수당 등)은 최저임금 산업범위에서 제외하도록 규정하고 있다.

이는 없다.

그렇지만 직업소개와 근로자공급은 분명히 구별되는 개념이고 각각에 있어서 합법의 요건이 서로 다르다. 『직업안정법』에서 직업소개는 “구인 또는 구직의 신청을 받아 구직자 또는 구인자를 탐색하거나 구직자를 모집하여 구인자와 구직자 간에 고용계약이 성립되도록 알선하는 것”으로 규정하고 있고(법 제2조의2 제2호), 근로자공급은 “『파견근로자보호 등에 관한 법률』 제2조제2호에 따른 근로자파견사업을 제외하고, 공급계약에 따라 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업”으로 규정되어 있다(법 제2조의2 제7호). 또한 유료직업소개는 대통령령으로 정한 등록기준을 갖추어 관할 관청에 등록만 하면 되지만(법 제19조),⁹⁾ 근로자공급은 고용노동부장관의 허가를 요건으로 하고 있고 근로자공급을 할 수 있는 사업자도 법으로 규제되고 있어서(법 제33조) 근로자공급이 더 엄격하게 취급되고 있다.

그런데 문제는 직업소개와 근로자공급이 현실에서는 그 구별이 모호할 수 있는 데다 유료직업소개로 등록을 하고 실제로는 근로자공급을 하더라도 양자의 구별에 대한 명확한 입장이 없으면 무허가 근로자공급을 하고 있더라도 등록된 유료직업소개사업이라는 외형을 이유로 합법으로 취급할 위험성이 존재한다는 점이다. 즉 사안의 경우에도 만약에 피고인이 유료직업소개로 등록을 하고 보도방을 운영하였다면 법원은 위법이 아니라 합법으로 판단하여 무죄로 판단되었을 수도 있었던 것이다. 더구나 보도방 업주는 유흥업소 업주로부터 수수료를 받는 것이 아니라 접대부로부터 소개비 명목으로 금품을 받았기 때문에 직업소개처럼 보일 여지가 크고, 또 보도방 업주가 유흥업소에 필요할 때마다 접대부를 데려다주고 데려오고 하는 경우 그때그때 접대부와 유흥업소 업주 간에 단시간 근로계약이 체결된 것으로 볼 여지도 있을 수 있기 때문이다.

그러나 이런 식으로 보게 되면 유료직업소개로 등록을 하고 무허가 근로자공급을 하는 형태, 소위 ‘합법을 가장한 불법’을 규제할 수 없게 된다. 그렇기 때문에 단순히 무등록 유료직업소개나 무허가 근로자공급이나 그 위반에 대한 법정형이 동일하다고 해서 이를 명확하게 구별하지 않고 쉽게 판단해버리면 안 된다. 사안의 경우에도 무등록 유료직업소개로 판단하여 처벌하였지만, 보도방 업주가 매월 접대부로부터 소개료를 받아 왔다는 점, 보도방 업주가 접대부와 유흥업소 업주 간에 고용계약을 매개해 주기만 하고 접대부와의 사이에서 관계가 종료된 것이 아니라는 점 등을 토대로, 보도방 업주가 접대부를 지속적으로 지배하고 있었던 것으로 보인다는 점을 주목하여 보도방 업주가 무등록 유료직업소개를 하는 외양을 현출하였으나 사실은 무허가 근로자공급을 하고 있었던 것은 아닌지 보다 면밀히 살펴보았어야 한다.

그렇다면, 직업소개와 근로자공급은 어떻게 구별하여야 하며 그 위반에 대한 법정형이

9) 이 경우 소개료는 고용노동부장관이 결정고시한 금액 이상 받을 수 없다(법 제19조 제3항).

동일한 무등록 유료직업소개와 무허가 근로자공급은 왜 구별되어야 하는가?

우선, 법에서 규정한 정의의 내용을 살펴보자. 법에 따르면, 직업소개는 구인자와 구직자 간에 고용계약의 성립을 알선하는 것이 핵심적 표지고, 근로자공급은 공급계약에 따라 근로자를 타인에게 사용하게 하는 것이 핵심적 표지다. 이러한 개념 정의 어디에도 소개비, 수수료 등 대가를 누구로부터 받는가는 언급이 없다. 심지어 합법적인 유료직업 소개의 경우에도, 고용노동부령으로 정하는 고급전문인력을 소개하는 경우에 당사자 사이에 정한 요금을 구인자로부터 지급받도록 규정한 것(법 제19조 제3항 단서) 이외에는 그 대가 수령의 근거만 존재할 뿐이지 대가를 누구로부터 받아야 한다는 것인지는 언급이 없다. 따라서 직업소개와 근로자공급의 구별에 있어서 노무제공자와 노무수령자 사이에서 매개 역할을 하는 자가 소개료·수수료 기타 어떤 명목의 금품이든지 이를 누구에게 받는가는 개념의 표지에 들어 있지 않기 때문에 대가와 관련된 부분은 직업소개와 근로자공급을 구별하는 기준이 되지 못한다.

다음으로, 근로자공급의 개념을 해석을 통하여 보다 명확하게 정립할 필요가 있다. 직업소개의 본질은 노무제공자(구직자)와 노무수령자(구인자) 간에 고용계약의 성립을 매개하는 것으로 비교적 분명하게 드러나는 반면에, 근로자공급의 경우에는 공급계약에 따라 근로자를 타인에게 사용하게 하는 것으로만 정의되어 있기 때문에 공급사업주와 사용자 사업주 간의 공급계약이라는 부분은 명확하게 보이지만 공급사업주와 근로자 사이의 관계가 어떠한지 하는 것인지는 분명하지 않다. 문언상으로는 ‘근로자’라고 규정되어 있기 때문에 마치 공급사업주와 노무제공자 사이에 명시적인 고용계약 내지 근로계약이 성립되어 있어야 할 것처럼 보인다. 그런데 이렇게 엄격하게 해석하면 타당할까? 그렇게 해석하면 중대한 맹점이 생긴다. 예컨대, 유료직업소개사업 등록을 하고 보도방을 운영하면서 접대부들을 유흥주점에 수시로 데려다주고 데려오고 하는 식으로 공급하면서 매월 접대부들로부터 소개비 명목으로 금품을 지급받아 왔다면, 이는 합법적인 직업소개인가? 이러한 유형의 사례와 관련하여 대법원 2012.7.5. 선고 2011도13346 판결은 이미 불법적인 근로자공급이라고 판시한 바 있다.¹⁰⁾ 이 판결에서 대법원은 근로자공급에 해당하기 위해서는 공급사업자와 근로자 사이에 계약상 또는 사실상 공급사업자가 근로자를 지배하는 관계가 있음으로 족한 것이지, 그들 사이에 반드시 고용계약이 성립되어 있을 것을 요구하지 않으며, 유료직업소개계약 등을 가장한 계약상 또는 사실상의 지배관계가 성립할 수 있다는 점을 분명히 지적하였다.

따라서 ‘노무제공자(구직자)-매개자-노무수령자(구인자)’의 3면 관계가 존재할 때, 직업소개와 근로자공급에 있어서는, 합법적인 직업소개를 가장하여 불법적인 근로자공급을

10) 동 판결에 대한 상세한 검토는 노상현(2014), 『근로자공급사업과 유료직업소개의 구별』, 『노동판례리뷰 2012-2013』, 한국노동연구원, pp.641-644.

할 수 있는 여지가 언제나 존재할 수 있기 때문에, 그 규제에 있어서는 불법적인 근로자 공급인지 아닌지 먼저 살펴보고 불법적인 근로자공급이 아니라는 판단이 확정된 후에 비로소 합법적인 직업소개인지 아닌지를 판단하는 경로를 취해야 한다. 그리고 여기서 근로자공급인지 아닌지 여부를 판단하는 핵심적인 기준으로서 노무제공자(구직자, 근로자)와 매개자(공급자, 소개자) 사이에 명목을 불문하고 계약상 또는 사실상 지배관계가 존재하는지 살펴보아야 한다. 이러한 판단 구조를 취할 때에야 비로소 합법적인 방법을 가장 하여 불법적인 중간착취를 자행하는 모든 경우의 수를 규제할 수 있게 된다.

대상판결의 경우 사안에서 직업소개로 보든 근로자공급으로 보든 등록도 없었고 허가도 없었기 때문에 「직업안정법」 위반의 동일한 법정형으로 처벌되는 점에서는 마찬가지로 이긴 하지만, 직업소개와 근로자공급의 구별을 분명히 하지 않고 막연히 직업소개로 단정했다는 점에서 그 판단과정에서 중요한 판단상 오류를 범했다. 대상판결의 사안에서는 보도방 업주와 접대부들 사이에 계약상 또는 사실상 지배관계가 분명히 존재하고 있었다는 측면에서, 법원은 무허가 근로자공급으로 성격을 규정하고 그 불법성을 선언했어야 한다. **KLI**

노호창(호서대학교 법정학부 교수)