

노동판례리뷰

가전제품 수리기사의 근로자성

- 서울고등법원 2016. 4. 1. 선고 2013나2031913 판결 -

【판결요지】

가) 피고는 콜센터를 통하여 고객으로부터 요청받은 서비스 업무를 모바일기기를 통하여 원고들에게 배정하였는데 이러한 일괄적인 업무 배정방식과 원고들의 A/S용 명함에 피고의 콜센터 전화번호만 기재되어 있는 점 등에 비추어 보면, 원고들이 독립된 가전수리업자로서 피고를 통하지 아니하고 일반 소비자와 직접 수리계약을 체결하는 것은 사실상 불가능하였다.

나) 원고들이 수행하는 서비스 업무의 내용, 유상·무상 수리 여부 및 서비스 요금 등은 피고가 정한 서비스핸드북 등의 기준에 따라 정해졌고, 원고들은 서비스 요금 지급에 관하여 고객 클레임이 발생하는 유상·무상 수리의 최종 결정에 관하여 의문이 있는 경우 소속 서비스센터 소장의 승인을 받고 처리하였다. 원고들이 수행한 업무의 내용과 결과는 모바일기기를 통해 피고의 통합 전산망에 모두 입력되어 관리되었다.

다) 피고는 원고들에 대하여 수시로 업무에 관한 교육을 실시하고 시험을 통한 평가를 하였으며, 원고들의 업무 내용, 업무의 질을 통제하는 수단으로 피고의 각 서비스센터마다 구체적인 업무 목표를 부여하고 1주일 내지 1개월 주기로 개인별, 팀별, 업무실적 평가를 공개하였다. 이러한 업무실적 평가 외에도 제품판매 실적이 저조하거나 근태현황이 불량할 경우 원고들은 서비스 담당구역 배정 시 시외지역에 우선적으로 배정되는 등의 불이익을 입었다(지역에 따라 업무량과 그에 따른 수입이 달라지기 때문에 일반적으로 시외지역 배정은 기피되었다). 원고들로서는 이러한 불이익을 피하기 위하여 피고의 제품판매 독려나 업무지시 등을 따를 수밖에 없었을 것으로 보인다.

라) 원고들은 아침 조회나 업무실적 보고, 직무교육 참석, 업무수행에 필요한 부품확보 등을 위하여 매일 아침 08:30경 이전까지 피고의 서비스센터로 출근하여야 했고, 대체로 17:30경 이후나 되어야 서비스 업무를 마치고 퇴근하였다. 서비스대행계약에서 원고들의 겸직을 금지하

는 조항을 명시적으로 두고 있지 않았지만, 피고가 원고들의 근무시간과 장소를 지정하고 각종 근태와 관련된 지침을 통하여 사실상 이를 구속한 점에 비추어 보면, 원고들이 08:30경부터 17:30경까지 사이에 피고로부터 배분받은 업무 외에 다른 일을 하는 것은 사실상 어려웠을 것으로 보인다. 또한 원고들은 정규직 기사와 구분 없이 휴일과 명절 등에 당직 근무를 하였고, 서비스센터 소장의 승인하에 휴가를 사용하였다.

바) 서비스대행계약은 협력기사가 다른 직원을 고용하여 서비스 업무를 수행하는 것을 간접적으로 인정하고 있지만, 실제로 협력기사가 제3자를 고용하여 자신의 업무를 대행하게 한 사례는 없는 것으로 보인다.

사) 원고들의 업무수행 건수는 피고의 배정에 의해 정해지는 등으로 원고들은 독자적으로 거래처나 고객을 개척할 수 없었고, 나아가 원고들이 고객들로부터 서비스 대가로 받은 돈을 일단 피고에게 교부한 다음 그 금액에 대한 일정비율의 수수료를 매월 정기적으로 지급받는 점 등을 고려하면, 전체적으로 보아 원고들의 업무수행을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험은 피고에게 귀속된다고 판단된다.

아) 원고들의 업무시간, 장소, 업무수행 방식, 피고에 대한 업무수행 결과보고는 피고의 정규직 기사와 거의 동일하였다.

자) 다만 원고들이 기본급이나 고정급이 정하여지지 않은 채 실적에 따른 수수료만을 지급받은 점, 세무서에 개인사업자로 등록하였고 사업소득세와 부가가치세를 납부한 점, 국민연금, 고용보험 등 각종 사회보장제도의 적용을 받지 않은 점, 취업규칙의 적용을 받지 않은 점, 서비스대행계약에 출퇴근시간이 별도로 명시되어 있지 않은 점, 개인 소유의 차량과 PDA를 이용하여 업무를 처리한 점 등은 인정되나, 이는 사용자인 피고가 경제적으로 우월한 지위에서 임의로 정하였을 가능성이 클 뿐만 아니라 앞서 본 바와 같이 원고들이 업무수행과정에서의 피고의 지시에 따를 수밖에 없었고, 업무수행에 필수적인 기본적인 공구와 청소기 등 장비와 업무용 의류 등은 무상으로 제공되는 이상 이러한 사정만으로 근로자성을 쉽게 부정할 수는 없다고 할 것이다. 재직 중(업무의 원인으로) 장애를 입은 지방공무원이 그 장애로 인하여 지방공무원법 제62조 제1항 제2호에서 정한 '직무를 감당할 수 없을 때'에 해당하는지 여부는, 장애의 유형과 정도에 비추어 장애를 입은 당시 담당하고 있던 기존 업무를 감당할 수 있는지 여부만을 기준으로 판단할 것이 아니라, 그 공무원이 수행할 수 있는 다른 업무가 존재하는지 여부 및 소속 공무원의 수와 업무분장에 비추어 다른 업무로의 조정이 용이한지 여부 등을 포함한 제반 사정을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다.

유명 가전제품 판매회사 중에는 자기가 판매한 제품에 대한 전속적 사후관리서비스(A/S)를 제공하기 위하여 별도의 자회사를 두는 경우가 있다. 이 때 구체적인 서비스 업무는 자회사가 고용한 직원이 수행하거나, 서비스대행계약을 통해 외주하여 수행하는 경우가 있다. 그런데 외주화가 회사가 아닌 개인을 상대로 이루어지는 경우 이러한 외주인력에 대한 업무 지시와 관

리는 마치 그 소속 직원에 대한 그것과 상당히 유사할 수밖에 없다.¹⁾ 이러한 점에서 외주인력은 실질적으로는 그 회사의 직원이므로 근로자로서 보호할 필요가 없는가라는 문제가 제기된다. 실제로 이는 이미 사건화되어 대법원 2014. 8. 20. 선고 2012다108269 판결을 통해 동부대우전자서비스 주식회사의 수리기사들이 이 회사의 근로자로 인정되어 퇴직금 청구가 인용된 바 있다.²⁾

위에 소개한 판결요지는 피고 주식회사 동양매직서비스와 서비스대행계약을 체결하고 수리기사로서 전자제품 수리업무 등을 수행한 원고들이 위 계약이 해지된 후 자신이 피고의 근로자임을 근거로 퇴직금을 청구한 사건의 항소심법원 판결(이하 ‘대상판결’)의 것이다. 즉, 대상판결은 동부대우전자서비스 사건의 경우와 유사한 사안에 대한 판단으로 위 대법원 판결의 연장선에 있는 판결로서, 사실관계나 결론의 측면에서는 새로울 것이 없다고 볼 수 있다. 그러나 대상판결을 그 1심판결과 비교해 본다면, 근로자성 여부를 구체적으로 판단함에 있어 실질적 판단의 필요성에 대한 시사를 얻을 수 있다.

대법원이 근로기준법상 근로자임을 판단하는 기준으로 제시하는 장문의 판례 문구 중에서 가장 처음에 등장하는 말은 다음과 같다. “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약(혹은 위임계약)인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지에 따라 판단하여야 한다”(대법원 2010.04.15. 선고 2009다99396 판결; 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결 참조)

즉, 계약의 형식이나 내용보다는 그 실질에 있어서 종속성이 인정되는지 여부를 파악하여야 한다는 점이다. 이러한 판단기준을 바탕으로 대상판결이 제시한 논거를 하나씩 살펴보면(가~자의 모든 논거를 찬찬히 일독할 것을 권한다), 이 사건의 재판부가 서비스대행계약의 형식이나 내용에 매몰되지 않고 원고와 피고의 관계를 구체적으로 파악하려고 노력하였다는 점을 알 수 있다.

그렇다면 1심 판결(수원지방법원 2013. 11. 29. 선고 2012가합7727 판결)은 어떠하였는가? 1심은 대상판결과 그 결론을 달리하였다. 인정사실의 측면에서는 1심판결에서 인정한 사실이 대상판결에 이르러 세부적인 사항에서 추가 또는 수정이 있었을 뿐 극적으로 변경되지는 않았

- 1) 전국적으로 통일되고, 일관된 서비스를 제공하여야만 브랜드에 대한 고객신뢰가 유지될 것이기 때문이다. 즉, 직원이 A/S를 하는지 혹은 외부인력이 A/S를 하는지에 따라 그 서비스의 질이 들쭉날쭉하다면 그 제품 내지 그 브랜드에 대한 고객의 신뢰를 얻기는 쉽지 않을 것이다.
- 2) 한편, 개인이 아닌 회사에 외주를 주는 경우도 있는데, 그 외주업체가 고용한 직원에 대한 업무지시와 관리에 외주를 한 서비스회사가 관여하여 이른바 ‘위장도급’이 문제되기도 한다. 이러한 사례로는 삼성전자서비스 협력업체 직원 천여 명이 삼성전자서비스를 상대로 근로자지위확인을 청구한 사건이 있다. 이 사건은 2013년 소송이 제기된 2016. 6. 현재 여전히 1심 법원에 계속중이다(서울중앙지방법원 2013가합53613·65883(병합)).

다. 그렇다면 1심판결과 대상판결은 인정사실에 대한 평가에서 차이가 있는 것이다. 동일한 사실관계라도 재판부의 성향에 따라 사실에 대한 평가는 얼마든지 다를 수 있다. 그런데 1심판결에서 특이한 점은 그 판결이유 중에 이러한 성향의 차이와는 무관하게 대상판결에서는 전혀 언급되지 않는 논거들이 등장하는데, 바로 서비스대행계약의 내용을 근로관계를 부정하는 근거로 대는 대목이 바로 그것이다. 이를 정리해 보면 다음과 같다.³⁾

① 서비스 업무의 내용과 서비스 비용을 피고가 정한 기준에 따른다는 것은 피고가 서비스 대행업무를 맡고 있는 제품을 수리하는 원고들 업무의 속성에 부합할 뿐만 아니라 원고들이 약정한 서비스대행계약에서 전제된 사항인 점, ② 원고들은 서비스대행계약에서 교육 및 자격 취득 의무에 관하여 합의한 점, ③ 원고들이 소속 서비스센터 관할구역에서 서비스 업무를 수행한 것은 서비스대행계약에서 원고들의 서비스관할지역을 소속 서비스센터의 관할구역으로 약정하였기 때문이고, ④ 부품 공급과 모바일기기 구비에 관한 사항은 원고들이 이 사건 서비스대행계약에서 합의한 사항인 점, ⑤ 서비스대행계약에서도 협력기사가 다른 직원을 고용하여 서비스 업무를 수행하는 것을 인정하고 있는 점, ⑥ 서비스대행계약에서 원고들의 겸직을 금지하는 조항이 없는 점, ⑦ 서비스대행계약에서 서비스 업무 수행 중에 발생한 고객의クレ임 등으로 피고가 손실을 입은 경우 원고들의 피고에 대한 손해배상의무를 정하고 있는 점, ⑧ 원고들이 지급받은 서비스대행료가 피고가 정한 기준에 따라 결정되는 것이라고 하더라도 이는 서비스대행계약에서 약정한 사항이고, ⑨ 원고들에게는 이 사건 서비스대행계약을 해지할 자유가 인정되었고, 피고 역시 서비스대행계약에서 정한 해지 사유가 발생할 경우 원고들에 대한 해지가 가능하였던 점.

요컨대, 1심 재판부는 당사자 사이의 관계는 서비스대행계약서를 통하여 합의한 내용대로 형성된 것이므로, 원고의 피고에 대한 종속성이 없다는 것이다. 근로자성, 즉 근로기준법의 적용대상이 되는 근로관계인지를 판단하는 과정에서 당사자 사이에 체결된 계약을 근거로 제시하는 것이 적절하다고 할 수 있는가. 이를 평가해 보기 위해서는 대법원이 근로기준법상 ‘근로자’에 해당하는지 여부에 대한 판단을 실질적인 관점에서 하여야 하며 계약의 형식에 얽매이지 말라고 밝힌 취지가 무엇인지를 먼저 생각해 볼 필요가 있다. 다시 기본으로 돌아가는 것이다. 이념적으로 당사자대등의 원칙이라는 것이 있지만 현실에서의 계약은 당사자 사이의 협상력의 우위 - 이른바 갑을관계 - 가 반영되어 그 내용이 형성된다. 통상 갑이 자신에게 유리하도록 - 경제적인 측면뿐 아니라 법적 측면을 포함한다 - 일방적으로 초안한 계약서에 을이 서명을 하는 방식으로 계약이 체결되는데, 이러한 계약서가 실질과 일치한다고 단정하기는 어렵

3) 1심판결은 근로기준법상 근로자성 판단기준에 관한 대법원 판례에서 재사한 종속성의 판단기준을 목차화하여 순차적으로 검토하였는데, 이 중에서 서비스대행계약서를 종속성을 부정하는 논거로 제시한 부분을 추출하여 정리한 것이다.

다. 근로관계에 관한 계약 역시 이러한 갑을관계의 논리에서 자유롭지 못하며, 오히려 갑을관계의 대표적인 예가 바로 근로관계이다. 그러므로 근로관계 사건, 특히 근로기준법이 적용되는 관계인가를 묻는 사건과 같이 당사자들의 관계를 실질적인 관점에서 파악하여야 하는 경우에는 그 판단이 결코 계약서의 형식적 내용에 근거하여 이루어져서는 아니되는 것이다. 근로기준법은 강행규정인바 당사자가 합의한 계약서의 내용에 따라 근로기준법의 적용여부가 달라진다면, 개인간 합의로 그 적용을 배제할 수 있다는 결과가 된다. 즉, 근로기준법이 임의규정이 되는 것이다. 이러한 점에서 1심 재판부가 서비스대행계약서의 내용을 근거로 종속성을 부인한 것은 근로기준법이 강행규정이라는 점과 대법원의 근로자성 판단기준에 관한 판례를 정확히 이해하지 못하였다는 점에서 비판을 받아야 한다.⁴⁾ 이것은 마치 애초 대등하지 않은 당사자 사이에 체결된 계약을 마치 당사자들이 대등한 입장에서 체결한 것으로 믿고, 열악한 지위에 있는 당사자가 문제를 제기하자, 그를 향해 ‘당신이 그렇게 합의하지 않았소’라고 답하는 것과 같은 형국이다. 계약자유 원칙이 최고의 가치로 칭송받던 시절과 다를 바 없다.

사용자, 특히 기업들은 근로자성 이슈에 대단히 민감하다. 자신이 구상하거나 혹은 시행중인 비즈니스 모델의 성패를 좌우할 수도 있는 쟁점이기 때문이다. 이에 자신의 비즈니스 모델을 운영할 협력들에게 적용할 계약서 초안을 변호사나 노무사에게 자문받기를 주저하지 않는다. 법률전문가의 자문을 통해 근로자성으로 인정되는 것을 방해하는 징표가 되는 조항을 계약서 적재적소에 삽입하고, 그것이 자신들의 비즈니스 모델의 목표를 달성하는데 있어 감당할 수준인지 면밀히 검토한다. 이러한 과정을 통해 그 비즈니스 모델의 목표를 최대한 달성하면서도 근로자성 이슈가 제기될 법적 위험을 최소화하는 내용의 표준계약서를 준비한다. 아마 이 사건의 서비스대행계약서 역시 그러했을 것이다. 따라서 이러한 계약서가 사용된 사업에서 근로자성이 문제된 경우 사용자는 그러한 조항을 적극적으로 부각하면서 상대방 당사자도 거기에 동의하고 계약을 체결하였다고 주장할 것이다. 이미 계약서는 사용자의 입맛대로 작성되어 있으며 계약서의 조항 자체에서 근로기준법을 위반하였다거나, 근로자로 인정될 여지를 둔 조항은 거의 없을 것이므로 일반 민사사건과 같이 법원이 계약서의 내용에 치중하여 접근한다면 대단히 매력적인 주장이 아닐 수 없다. 그러나 근로관계 소송에서는 계약의 형식과 내용을 넘어 당사자 사이의 구체적인 실태를 적극적으로 파헤쳐 보아야 한다. 대상판결은 1심판결이 넘지 못한 사용자의 매력적인 주장을 넘어 실질적 관점에서 근로자성을 판단하고, 결론을 내렸다는 점에서 의미가 있다.

4) 판결 중에 1심판결과 같이 근로자성을 부정하면서 계약서의 내용을 주된 논거로 제시하는 사례를 가끔 발견할 수 있는데, 이런 식의 판단이 확산된다면 장기적으로 이러한 사건은 노동관계 소송이 아니라 약관통제, 즉 공정거래소송 또는 일반 민사사건에 의한 계약통제의 문제로 넘어가게 될 위험이 있다. 이 경우 근로자 보호가 제대로 이루어지지 않을 것이라는 점은 다언을 요하지 않는다.

여담으로, 비즈니스 모델 수립단계에서 변호사가 관여하여 근로자성에 관한 법적 위험 완화를 목적으로 계약서(이 사건과 같은 서비스대행계약)에 대한 자문을 할 때, ‘실질에 있어서도 근로자와 같은 사용·종속관계가 발생하지 않도록 유의하여야 한다’는 의견을 함께 개진하는 것이 일반적인데, 이러한 의견을 준수하는 사용자는 흔치 않다. 왜냐하면 당장 해당 비즈니스 모델을 택한 목적을 달성하는 것이 잠재적인 법적 위험에 대한 대비보다는 매력적이기 때문이다. 그래서 해당 비즈니스 모델의 인적 조직이 고용관계에 의하여 운영되는 것인지 도급관계에 의해서도 운영될 수 있는 것인지는 결국 그 운영과정에서 서서히 드러나게 된다. 이를테면 이 사건과 같이 수리업무를 도급의 형태로 맡기기로 정하더라도 다음과 같은 비즈니스 모델 자체의 요구에 의해 실제 업무수행은 점차 근로관계의 사용종속성을 획득하게 되는 것이다.

“근로자성 위험을 확실하게 제거하기 위해 수리기사에게 수리업무를 완전도급하기로 애초 결정했다. 도급은 일의 완성이다. 즉, 수리만 하면 족하다. 그러나 동네 전파상에서 수리하러 온 것이 아니라 동양매직을 대표해 수리하러 왔음을 고객에게 알리고 싶다. 그렇게 하려면 유니폼이라도 입혀야 한다. 피복을 지급할 수밖에 없는 것이다. 유니폼을 입혔다면 고객에게 친절하게 비취진다면 더 좋겠다. 교육이 필요하다. 교육을 실시했다면 잘 교육받았는지 확인하고 싶다. 그러면 시험도 보아야 한다. 계약서상 견업이 허용되기는 하지만 정말로 견업을 하게 되면 동양매직에 대한 협력기사의 충성도가 떨어질지 모른다는 불안감이 든다. 그러나 견업을 불허하면 근로자성이 인정될 가능성이 높아진다. 그렇다면 다른 일을 같이 할 수 없도록 일감을 많이 주어 사실상 견업을 허락하게 하면 된다. 그런데 일감이 많아지면 질이 떨어질 수 있으니 꾸준한 관리가 필요하다. 이에 PDA나 모바일기기를 통해 업무상황을 수시로 확인할 필요가 있다……”

그러나 이 사건과 같이 어느 시점에 법원 판결에 의해 사용종속성이 인정된다 하더라도, 사용자는 법원이 근로자성 인정 요소라고 지적한 사항을 수정하여 - 물론 계약서도 수정할 것이다 - 다시 도급관계로 인정받기 위한 술래잡기에 다시 나설 것이다. 이러한 술래잡기의 반복을 끊기 위해서는 법원이 이 비즈니스 모델의 핵심이 무엇인지 지적하고 그것은 도급으로는 달성할 수 없고 근로관계에 의할 수밖에 없다는 점을 밝히는 것밖에는 달리 도리가 없지만, 우리는 그러한 통찰력을 발휘해 줄 법원을 가지고 있는지 자문해 본다. **KL**

김 린(인하대학교 법학전문대학원 조교수, 변호사)

택시업종의 최저임금

- 창원지방법원 2016. 1. 14. 선고 2014나33240(본소), 2015나36192(반소) 판결(대상판결 1) -
- 서울고등법원 2016. 1. 15. 선고 2015나18857(본소), 2015나28977(반소) 판결(대상판결 2) -

【판결요지】

(판결 1) 원고 등의 2010년 10월부터 2012년 6월까지의 임금지급청구원은 이 사건 임금협정 및 2010. 7. 1. 시행된 최저임금법에 따라 인정된다. (...) 피고의 위 주장만으로는 원고 등의 이 사건 청구가 신의성실원칙에 반한다고 보기 어렵다.

(판결 2) 원고들이 자신들의 의사에 따라 최저임금법을 적용한 ‘월급제’ 근로계약과 그것을 적용하지 않은 ‘도급제’ 근로계약 중 후자를 선택하여 근로계약을 체결한 후 이에 따라 실질적으로 최저임금법이 보장하는 수준 이상의 보수를 수령한 후 나중에 이와 달리 도급제 근로계약은 최저임금법을 위반하였다고 주장하면 최저임금법에 따라 산정한 임금의 지급을 구하는 것은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것으로서 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이른 것이라 볼 수 있다. 따라서 피고의 신의칙 위반 주장은 이유 있다.

택시업종의 임금제도는 독특하다. 택시업종의 임금제도에 대한 실태조사는 거의 없는 편이지만, 시단위 이상의 택시업체 905개 회사 중 359개 업체(응답률 39.7%), 노조 1,029개 중 423개(응답률 41.1%)를 대상으로 한 설문조사에 나타난 택시업종에서 실시되고 있는 임금제도는 다양하고도 특이하다. 이에 따르면 택시업종에서 일반적으로 활용되고 있는 임금제도는 사납금제도이지만, 전액관리제(업적급제, 성과수당제)나 도급제도 가끔 활용되고 있는 것으로 나타난다.¹⁾ 1990년대 이후 택시업종의 대표적인 임금제도라 할 수 있는 사납금제는 사납금에 상응한 고정적인 급여와 일정한 연료량이 지급되고, 사납금초과액의 운송수입은 운전자의 수입으로 하되, 회사에서 지급하는 연료량 이상을 사용하는 경우에는 운전자의 부담으로 하는 형태이다. 전액관리제의 일종인 업적급제는 운송수입금을 전액 회사에 납입하고 일정한 고정급을 보장하고, 운송수입금 기준액을 초과하는 운송수입의 60%를 운전자에게 업적급으로 지급하는 제도이고, 성과급제는 운송수입을 전액회사에서 관리하고, 연료를 전액지급하며, 평균 운송수입

1) 배규식·이문범(2015), 『택시업종 최저임금 현상연구 및 제도개선 방안』, 고용노동부 학술연구용역, p.38. 이 조사에서는 하나의 회사에도 복수의 임금제도가 시행되고 있음을 고려하여 복수응답을 하도록 하였는데, 조사결과에 의하면 사납금제를 실시하고 있다는 응답이 59.7%, 사납금에 연료비를 포함하여 실시하고 있다는 응답이 36.3%, 자율입금제를 실시하고 있다는 응답이 21.4%, 전액관리(업적급제, 성과수당제)를 하고 있다는 응답이 11.2%, 도급제 등을 하고 있다는 응답이 8.9%로 나타났다. 사납금에 연료비를 포함하는 것이나 자율입금제는 사실상 사납금제로 볼 수 있기 때문에 사납금제의 절대다수를 차지하고 있음을 알 수 있다.

의 50%를 임금으로 하고, 임금 중 80%를 고정급으로, 20%를 성과급으로 한다는 제도이다. 반면, 도급제는 택시운전자가 택시사업주에게 일정한 도급료를 지불하고, 사업주로부터 받는 임금이 전혀 없고, 연료비 등 운행에 필요한 일체의 경비(교통사고 비용 포함)를 운전자가 부담하는 제도이다.

한편, 택시업종의 최저임금 또한 독특하다. 최저임금법은 일반택시운송사업 운전근로자의 최저임금에 산입되는 임금과 그렇지 않은 임금에 대하여 별도의 규정을 두고 있다. 이에 따르면 택시업종에서 최저임금을 산정할 때에는 생산고에 따른 임금을 제외하고 단체협약 등에 의하여 지급조건과 지급률에 따라 매월 1회 이상 지급하는 임금으로 최저임금을 산정하도록 되어 있다(최저임금법 제6조 제5항, 최저임금법 시행령 제5조의 2.)²⁾ 최저임금법 제6조 제5항은 2007. 12. 27. 최저임금법 개정에 의해 들어왔는데(시행은 대도시는 2009. 7. 1., 제주특별자치도 및 도지역의 중소도시는 2010. 7. 1., 군지역은 2012. 7. 1.), 개정 최저임금법이 ‘생산고에 따른 임금’을 최저임금에 산입되는 임금범위에서 제외한 것은 택시운전근로자들이 받는 임금 중 고정급의 비율을 높여 운송수입이 적은 경우라 하더라도 최저임금액 이상의 임금을 받을 수 있도록 보장하여 안정된 생활을 영위할 수 있도록 하기 위한 것이었다(헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌마477 결정).

택시업종에 대한 개정 최저임금법의 이와 같은 취지에도 불구하고 현실에서는 이를 그대로 시행하는 데는 한계가 있을 수밖에 없었다. 개정 취지에 맞게 택시운전근로자에게 기존 소정근로시간에 따라 최저임금을 보장하기 위해서는 사납금의 급격한 인상이 불가피한데 택시운전근로자의 운송수입을 감안할 때 이는 사실상 어려운 일이었다. 이에 택시업계에서는 대부분 임금액을 인상하기보다는 임금지급의 기준이 되는 소정근로시간을 축소하는 방식으로 대응하였고, 일부에서는 임금협정이나 근로계약서에서 형식적으로는 최저임금에 맞춰놓고 실제로는

2) 최저임금법 제6조(최저임금의 효력)

④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 임금은 제1항과 제3항에 따른 임금에 산입(算入)하지 아니한다.

1. 매월 1회 이상 정기적으로 지급하는 임금 외의 임금으로서 고용노동부장관이 정하는 것
2. 「근로기준법」 제2조 제1항 제7호에 따른 소정(所定)근로시간(이하 "소정근로시간"이라 한다) 또는 소정의 근로일에 대하여 지급하는 임금 외의 임금으로서 고용노동부장관이 정하는 것
3. 그 밖에 최저임금액에 산입하는 것이 적당하지 아니하다고 인정하여 고용노동부장관이 따로 정하는 것

⑤ 제4항에도 불구하고 「여객자동차운수사업법」 제3조 및 같은 법 시행령 제3조 제2호 다목에 따른 일반택시운송사업에서 운전업무에 종사하는 근로자의 최저임금에 산입되는 임금의 범위는 생산고에 따른 임금을 제외한 대통령령으로 정하는 임금으로 한다.

최저임금법 시행령 제5조의 2(일반택시운송사업 운전근로자의 최저임금에 산입되는 임금의 범위) 법 제6조 제5항에서 "대통령령으로 정하는 임금"이란 단체협약, 취업규칙, 근로계약에 정해진 지급조건과 지급률에 따라 매월 1회 이상 지급하는 임금을 말한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 임금은 산입(算入)하지 아니한다.

1. 소정근로시간 또는 소정의 근로일에 대하여 지급하는 임금 외의 임금
2. 근로자의 생활보조와 복리후생을 위하여 지급하는 임금.

도급제를 실시하는 사례도 나타났다.

대상판결 1과 2는 택시업종에 대한 새로운 최저임금의 시행과 맞물려 벌어진 분쟁이라는 점에서 공통점을 가지고 있다.

대상판결 1의 원고인 택시운전기사들은 경남지역택시노동조합 A분회 소속 조합원이었는데, 이 사건 분회가 2009. 5. 25. 피고회사와 맺은 임금협정(이하 ‘이 사건 임금협정’)에서는 근로시간은 1일 기본근로 8시간과 연장근로 7시간 및 야간근로 2시간으로 하고, 시급은 1,431.4원으로 정하고 있었다. 이후 이 사건 분회가 2012. 7. 16.경 경남지역택시노동조합을 탈퇴하면서 조합원인 원고들도 자동탈퇴하였고 원고들은 B노동조합에 가입하였다. 원고들이 가입된 B노동조합은 피고회사와 2012. 6. 18. 새로운 임금협정을 체결하였는데(유효일: 2012. 7. 1.~2013. 6. 30), 이 협정에서는 근로시간을 1일 기본근로 5시간으로 정하였다. 한편, B노동조합은 2012. 6. 18. 피고와 “2010. 7. 1.부터 2012. 6. 30.까지 임금의 산정과 지급에 대하여 처벌을 원하지 않고 2010. 7.1.부터 시행되는 최저임금제에 따른 모든 임금의 산정에 대하여도 민·형사상 어떠한 이의도 없음을 확약한다.”는 내용의 합의를 작성하였다. 이에 대해 원고들은 피고가 임금협정에 따라 일 소정근로시간 19.5시간을 기준으로 최저임금을 지급할 의무가 있음에도 불구하고 최저임금에 미달하는 임금을 지급하였음을 주장하면서, 2010. 10.부터 2012. 6.까지 미지급된 최저임금의 지급을 청구하였다. 이에 대해 이 사건 법원은 피고가 원고 등에게 위 기간 동안 이 사건 임금협정 및 최저임금법에 따른 임금지급의무가 있음을 인정하면서, 개정 최저임금법의 공포일로부터 시행일까지 충분한 시간적 여유가 있었음에도 불구하고 임금협정을 체결하고자 하는 노력을 다하였다고 보기 어렵고 또한 개정 최저임금법이 시행된 이후에도 2년 가까이 개정 최저임금법에 부합하는 임금협정을 체결하기 위한 적극적인 노력을 기울이지 않았다는 등의 이유를 들어 피고회사의 신의칙 주장을 받아들이지 않았다.

한편 대상판결 2에서는 2010. 7. 1. 개정 최저임금법의 시행에 따라 전국택시산업노동조합 경기북부지부 산별노조 A분회가 2010. 7. 1. 피고회사에 최저임금 이상의 고정급을 받는 ‘월급제’를 요구하였으나 대다수의 근로자들이 사납금의 인상을 원치 않는 상황에서 노사가 도급제 계약(사납금 101,000원)과 월급제 계약(사납금: 격일제 178,000원, 1일 2교대 89,000원) 중 근로자가 개별적으로 선택하도록 하였고, 대부분의 근로자들과 마찬가지로 원고 근로자들은 도급제 근로계약을 체결하였다. 이후 노사가 2014. 5. 30.경 월급제를 실시하는 임금협정을 체결하여 2014. 6.경부터 월급제를 시행하였는데, 원고 근로자들은 피고회사로부터 고정급을 전혀 받지 않는 경우에도 최저임금법이 적용되어야 하며, 따라서 2011. 3.부터 2014. 5.까지 받을 수 있었던 최저임금의 지급을 청구하는 소를 제기하였다. 이에 대해 법원은 그간의 정황 등을 종합적으로 고려하여 이 사건 원고들의 청구는 금반언(禁反言)원칙에 위배되는 것으로서 신의칙상 허용될 수 없는 것으로 판단하였다.

대상판결들에서 보는 바와 같이 택시업종에서 최저임금제의 파행적 시행은 예고된 것이라 할 수 있다. 택시운전근로자의 임금은 운송수입에 비례하여 결정된다는 점에서 생산고에 따른 임금제를 기본으로 하고 있는데, 개정 최저임금법은 생산고에 따른 임금을 제외하고 최저임금을 산정토록 하는 모순을 가지고 있었다. 이에 개정 최저임금법에 따라 최저임금을 맞추는 것이 어려운 상황에서 택시업계는 임금지급 기준이 되는 소정근로시간을 대폭 줄이는 방향으로 대응하였고, 이는 결국 택시업계의 장시간근로는 그대로인데 소정근로시간만 줄어 실근로시간과 소정근로시간의 격차만 커지는 효과를 가져왔다.

이와 같은 문제를 해결하기 위해서는 업적급, 성과급 등 생산고에 따른 임금도 최저임금 산입범위에 포함되도록 최저임금법을 손보는 것이 필요하다고 판단된다.³⁾ 물론 이를 위해서는 운송수입금전액관리제가 제대로 시행되어 운송수입 모두를 회사가 관리할 수 있도록 임금되고 택시운전근로자는 이에 상응하는 임금을 지급받을 수 있는 토대가 먼저 마련되어야 할 것이다. **KL**

김기선(한국노동연구원 연구위원)

3) 같은 의견: 배규식·이문범(2015), 『택시업종 최저임금 현장연구 및 제도개선 방안』, 고용노동부 학술연구용역, p.115.

부실근무자(저성과자)의 퇴출과 취업규칙의 불이익변경

- 서울고등법원 2016. 4. 14. 선고 2015누50520 판결 -

【판결요지】

기존의 부실근무자 관리방안에 비하여 부실근무자 관리체계 보완은 근로자에게 불이익하게 변경된 것으로 인정된다. 부실근무자 관리방안에 관하여는 노동조합의 동의를 받았으나 부실근무자 관리체계 보완에 대하여는 노동조합의 동의가 없었다. 부실근무자 관리체계 보완이 사용자 측의 변경 필요성, 변경 후의 내용의 상당성, 노동조합이나 다른 근로자의 대응 등을 종합할 때 사회통념상 합리성이 있다고 인정할 수 없다.

이 사건에서 근로자는 회사(한국도로공사)에서 건축직으로 근무하다가 종전의 규정이 아니라 변경된 부실근무자 관리체계의 보완((또는 부실근무자 관리방안에 대한 개선방안)에 따라 정직 3개월의 징계 후 2013년 12월경 직권면직을 통보받았다. 근로자는 소송을 제기하였는데 1심에서는 패소하였으나 2심에서는 위 판결요지와 같은 취지로 승소하였고, 현재 대법원에 계류중이다.

위 회사에 종전부터 있던 부실근무자 관리방안 중 선정 후 관리프로그램은 다음과 같다.

(변경 전의 규정)

1단계 프로그램: 선정된 대상자들에 대하여 교육을 실시하고 현장업무를 수행케 한 다음 평가를 실시하여 현업 수행에 적합하다고 판단하면 현업에 복귀시키고, 부적합하다고 판단하면 2단계 프로그램 실시. 적합 판단을 받아 현업 복귀 후 3개월이 경과 시 1차 평가를 하고 그로부터 6개월이 경과 시 2차 평가를 하여 부적합 판단을 받으면 2단계 프로그램을 실시

2단계 프로그램: 위 1단계 프로그램의 평가에서 부적합 판단을 받는 경우 견책~정직의 징계를 한 후 현업에 복귀시키고 현업 복귀 후 6개월이 지난 후(징계처분기간 포함) 1차 평가를 하고 그로부터 6개월이 지난 후 2차 평가를 하여 부적합 판단을 받으면 3단계 프로그램을 실시

3단계 프로그램: 대상자에 대하여 직권면직을 함

그런데 회사는 2013. 2. 14.부터 시행한 부실근무자 관리방안에 대한 개선방안에는 선정 후 관리프로그램 내용이 변경(특히, 2단계 프로그램)되었고, 이 사건에서 근로자도 이를 문제점으로 지적한다.

(변경된 규정의 일부)

2단계 프로그램 : 위 1단계 프로그램 중 ‘과정 평가’에서 부적합 판단을 받거나 ‘2차 평가’에서 부적합 판단을 받는 경우 견책~정직의 징계를 한 후 현업에 복귀시킴(현업 복귀 후 3개월이 지난 다음 다시 평가를 하여 부적합 판단을 받으면 3단계 프로그램을 실시)

이 사건에서 변경된 부실근무자 관계체계의 보완이 취업규칙이며 근로기준법 제94조에 따른 동의가 없었다는 점은 다툼이 없거나 증거에 의해 충분히 인정된다. 따라서 근로자가 받은 직권면직의 효력에 연결될 쟁점은 부실근무자 관리체계 보완이 취업규칙의 불이익변경에 해당하는지, 불이익변경에 해당하더라도 사회통념상 합리성이 인정되는지 여부가 된다.

첫째, 취업규칙의 불이익변경을 둘러싼 다툼이다. 근로자는 취업규칙이 불이익하게 변경된 경우에 해당하고 근로자 과반수로 조직된 노동조합의 동의를 얻지 않은 채 일방적으로 시행하였으므로 근로기준법 제94조에 위반되어 무효이고, 이에 근거한 이 사건 직권면직도 무효라고 주장한다. 그러나 회사는 인사규정 제31조 제4호의 “직무수행능력이 현저히 부족한 때”라는 내용이 매우 포괄적이고 추상적이어서 이를 구체화하여 직무수행능력이 현저히 부족한지 여부를 평가하는 방법을 세부적으로 규정하기 위하여 2009년 최초로 성과부진자 관리방안을 수립하였고, 매년 개선·보완을 통해 2012년 부실근무자 관리방안을 기본방침으로 하여 2013년 부실근무자 관리체계 보완을 수립·시행하였다고 주장한다. 오히려 회사는 부실근무자 관리체계 보완이 현업복귀 기회를 부실근무자 관리방안의 총 2회에서 총 3회로 확대하여 근로자에게 유리하게 개선된 것이라고 주장한다. 그런데 2심 법원은 “부실근무자 관리방안 중 선정 후 관리프로그램의 2단계 프로그램이 6개월을 단위로 한 1, 2차 평가에서 3개월의 1차 평가만으로 바로 직권면직할 수 있도록 변경되었는바, 이는 근로자에게 유리하게 개선된 것으로 보기 어렵고 근로자에게 불이익하게 변경된 것이다”라고 판단했다.

둘째, 취업규칙의 불이익변경이라고 하여도 사회통념상 합리성 인정 여부이다. 회사는 부실근무자 관리체계 보완이 부실근무자 관리방안보다 근로자에게 불이익하게 변경된 것에 해당한다고 하더라도, 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익은 없다고 보아야 하는 점 및 회사 측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 노동조합이나 다른 근로자의 대응 등을 고려할 때 사회통념상 합리성이 있어 부실근무자 관리체계 보완은

적법·유효하다고 주장한다. 그러나 2심 법원은 “부실근무자 관리체계 보완이 근로자에게 유리하게 변경된 것이라는 것으로서 받아들이기 어렵고, 변경의 필요성과 정도 그리고 노동조합의 대응 등을 고려할 때 부실근무자 관리체계 보완으로의 변경은 사회통념상 합리성이 있다고 인정할 수는 없다”라고 판단했다.

종래의 부실근무자 관리방안의 내용과 2013년 변경된 관리체계 보완을 비교할 때, 평가기간이 단축되고 평가기회도 1회로 단축되었는데, 현업에 복귀를 위한 기회의 제공 측면에서 보면, 부실근무자로 평가될 근로자들에게는 불이익하게 변경된 것으로 판단된다. 또한 판례가 취업규칙의 불이익변경에서 아주 예외적으로 인정하는 사회통념상 합리성은 어떻게 해석할 것인지에 입장 대립도 있고 매우 어려운 내용이다. 그러나 이 사건에서는 회사가 종전의 부실근무자 관리방안을 변경한 것이 내용적 측면에서 경영상 여건을 고려하여 불가피하였는지가 명확하지 않고, 절차적으로 노동조합 등과 협의 등을 성실히 진행한 사실도 인정할 수 없다. 이런 점에서 불이익변경으로 보면서 사회통념상 합리성도 부정한 2심 법원의 판단은 당연하고, 그동안 취업규칙 불이익변경에서 사회통념상 합리성을 인정한 몇 건의 판례에 비추어 보아도 타당한 것이다.

이 사건은 최근 노동분야에서 논쟁이 계속되고 있는 소위 ‘저성과자’를 둘러싸고 발생하였고, 특히 이들이 직장에서 어떻게 퇴출되는지 및 어떤 쟁점이 다루어지고 있는가를 확인할 수 있다. 근로기준법에는 사용자의 인사평가에 대한 기준과 내용 그리고 이에 근거한 인사처분에 대한 규정이 없으나, 합리성과 공정성을 전제로 사용자의 권한으로 인정된다. 고용노동부는 2016년 1월경 저성과자에 대해 해고의 가능성을 암시하는 지침을 발표하였다. 저성과자에 대한 직무능력향상 프로그램을 통한 제도의 활용과 인사처분은 근로계약관계에서 사용자의 권한에 내재된 것이지만, 사용자가 이를 악용하거나 남용할 수도 있다. 이를 방지하기 위해서는 외형상 타당한 제도와 인사평가에 의한 처분이라고 하여도, 사용자가 낮은 인사평가를 받은 근로자에 대해 직위해제 또는 직권면직을 하는 경우 그 필요성과 규범적 해석에서 엄격하게 판단해야 한다. **KL**

박수근(한양대학교 법학전문대학원 교수)

대형 사업장 내 이동재해에 대한 업무상 재해 인정 여부

- 울산지방법원 2016. 4. 28. 선고 2015구합350 판결 -

【판결요지】

대형 사업장 내의 작업 현장으로 이동중이던 근로자의 오토바이 사고는 사업장 내 시설물 등의 결함이 없는 한 업무상 사고가 아니며, 사업주가 제공하는 교통수단을 이용하는 등 사업주의 지배관리 아래 일어난 사고로도 볼 수 없어 출퇴근 재해에도 해당하지 않는다.

A(원고)는 甲 주식회사에 용접공으로 입사하여 근무하는 근로자로 2014. 4. 14. 아침 출근하는 도중 회사 내 도로 커브길 입구에서 중심을 잃고 좌측으로 넘어지는 사고를 당하였다. 원고는 이 사고로 좌측 쇄골 분쇄골절 등의 상병을 입어 근로복지공단(피고)에 요양급여를 신청하였으나 근로복지공단은 “이 사건 사고는 소의 회사의 사업장 내 도로의 결함이나 시설관리의 하자로 인한 것이 아니”며 “원고가 전속적인 권한을 가진 이 사건 오토바이에 대한 원고의 관리상 부주의로 인해 발생하였으므로, 업무상 재해로 볼 수 없다”는 이유로 요양급여불승인처분을 하였다. 이에 A는 근로복지공단을 상대로 재심청구를 하였으나 재심청구 역시 기각되어 요양불승인처분취소의 소를 제기하였다.

울산지방법원은 사고 현장 부근의 도로에 사고를 유발할 정도의 파손 등 결함은 없었으며 A의 오토바이 뒷바퀴 타이어의 마모 및 규정 공기압 미달을 사고의 원인으로 파악한 뒤 「산업재해보상보험법」(이하 ‘산재보험법’이라 함) 제37조 제1항 나목 및 동법 시행령 제28조 제1항의1) “사업주가 제공한 시설물, 장비 또는 차량 등의 결함이나 관리소홀로 발생한 사고”가 아님을 이유로 동법상의 업무상 재해에 해당하지 않는다고 판시하였다.

그리고 울산지방법원은 이 사건 사고가 사업주의 지배관리하에서의 출퇴근(통근) 재해인지 여부를 따져보아 산재보험법 제37조 제1항 다목 및 동법 시행령 제29조에서2) 규정하는 근로자

1) 산재보험법 제37조(업무상의 재해의 인정 기준) ① 근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장애가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다. 다만, 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 업무상 사고

나. 사업주가 제공한 시설물 등을 이용하던 중 그 시설물 등의 결함이나 관리소홀로 발생한 사고
동법 시행령 제28조(시설물 등의 결함 등에 따른 사고) ① 사업주가 제공한 시설물, 장비 또는 차량 등(이하 이 조에서 “시설물 등”이라 한다)의 결함이나 사업주의 관리 소홀로 발생한 사고는 법 제37조 제1항 제1호 나목에 따른 업무상 사고로 본다.

2) 산재보험법 제37조(업무상의 재해의 인정 기준) ① (상동)

의 전속적 권한에 속하지 않는 사업주가 출퇴근용으로 제공한 교통수단을 이용하던 도중의 사고도 아니기 때문에 근로자의 출퇴근 재해 또한 부정한다.

해당 사건에서 울산지방법원은 주위적으로 업무상 재해 인정 여부를 검토하고 예비적으로 출퇴근 재해 여부를 살펴보는 구조를 취하고 있다. 그러나 여기서는 반대로 먼저 본 사건의 출퇴근 재해 여부를 살펴보고자 한다. 왜냐하면 본 사안은 업무상 재해 인정 여부만을 검토하여야 할 뿐 출퇴근 재해 여부를 다룰 수 없는 사안이기 때문이다. 그 이유는 근로자가 사업장 내 진입한 순간(출입문)부터 근로자의 출근 행위는 끝이 났기 때문이다.

출퇴근 재해는 문언대로 출퇴근 행위 도중의 사고여야 한다. 따라서 근로자의 순수한 사적인 영역이라고 볼 수 있는 거주지와 사용자의 지배영역이라고 볼 수 있는 사업장 영역 사이의 공간에서 발생하는 사고여야 한다. 본안의 사건을 보면 사고 장소는 소외 회사의 출입문을 통과하여 사업장 내 장소이다. 다만, 출입문을 통과한 후 A의 작업장소까지는 4.7km를 더 가야 한다. 법원은 이러한 대형 사업장 내의 장소이동을 출퇴근으로 보았지만 엄밀히 보면 출입문 내 사업장은 사업주의 지배영역이므로 A의 이동은 출퇴근이 아닌 업무 준비를 위한 활동이라고 보아야 한다. 따라서 이는 근로자의 사적인 영역과 사용자의 지배영역의 중간 영역이라는 출퇴근 재해의 전제를 결여한 것으로 출퇴근 재해 자체를 논할 수 없는 사건이다. 프랑스 또한 타이어 공장에서 일하던 직원이 사업장 내 주차장에서 사고를 당한 경우, 사업주는 이를 출퇴근 재해라고 주장하였지만 프랑스 대법원의 전원합의체는 사고 장소가 사업주의 조직 및 감독 영역 내이기 때문에 업무상 사고라고 판결하였다.³⁾

참고로 프랑스 사회보장법 제411-1조는 출퇴근 재해에 대해 다음과 같이 정의하고 있다.⁴⁾

1. 업무상 사고

다. 사업주가 제공한 교통수단이나 그에 준하는 교통수단을 이용하는 등 사업주의 지배관리하에서 출퇴근 중 발생한 사고

동법 시행령 제29조(출퇴근 중의 사고) 근로자가 출퇴근하던 중에 발생한 사고가 다음 각 호의 요건 모두에 해당하면 법 제37조 제1항 제1호 다목에 따른 업무상 사고로 본다.

1. 사업주가 출퇴근용으로 제공한 교통수단이나 사업주가 제공한 것으로 볼 수 있는 교통수단을 이용하던 중에 사고가 발생하였을 것.

2. 출퇴근용으로 이용한 교통수단의 관리 또는 이용권이 근로자측의 전속적 권한에 속하지 아니하였을 것.

3) Cass.Ass. Plén., 3 juillet 1987. n°86-14914. 프랑스는 산업재해의 종류를 업무상 사고, 업무상 질병(직업병), 출퇴근재해로 3분한다. 사업주가 사고를 업무상 사고가 아닌 출퇴근재해라고 주장한 이유는 프랑스의 경우 출퇴근재해의 경우 보험료율에 영향을 미치지 않지만, 업무상 사고의 경우 보험료율을 인상시키기 때문이다. 양승엽(2014), “한국과 프랑스의 산업재해보상보험법상 출퇴근재해 비교”, 『사회보장법연구』 제3권 제1호, 서울대사회보장법연구회, p.272, 275 참조.

4) 양승엽, 위의 논문, pp.274~275.

동법에 의해 근로자로 정의된 자가 다음과 같은 공간을 오고 가는 동안 사고가 일어나고 피해자나 권리 승계인이 다음의 요건을 충족한다는 증거를 제시하거나 공단이 조사하여 그 점에 관해 적합한 추정을 할 수 있다면 업무상 사고로 본다.

1) 근로자의 주된 거주지, 안정된 거소지, 또는 가정생활을 위해 일상적으로 거주하는 장소와 사업장 사이. 단, 규칙적인 동승(카풀)을 위한 우회는 가능하다.

2) 사업장과 식당, 구내식당, 혹은 일반적으로 근로자가 식사를 일상적으로 하는 장소 사이. 단, 일상생활 및 근로와 무관하거나 독립적인 또는 사적인 용무로 장소를 들리거나 우회한 경우는 포함하지 않는다.

그렇다면 본안의 사건이 업무상 사고인지 여부를 따져보면 울산지방법원은 산재보험법 제 37조 제1항 제1호 나목이 규정하는 “사업주가 제공한 시설물 등을 이용하던 중 그 시설물 등의 결함이나 관리소홀”로 일어난 것이 아니며 근로자인 A의 오토바이 관리소홀이 원인인 것을 들어 부정하였다. 그러나 주지하는 바와 같이 노동법상 「근로기준법」과 사회보험법상 산재보험법의 업무상 재해보상에 있어 근로자의 귀책은 따지지 않는다. 즉, 사용자는 무과실 책임을 지며 산재보험법은 사용자의 보상책임을 사회보험으로 대처한다.⁵⁾ 다만, 산재보험법 제37조 제2항에 따라 “근로자의 고의·자해행위나 범죄행위 또는 그것이 원인이 되어 발생한 부상·질병·장해 또는 사망은 업무상의 재해로 보지 아니한다”. 재해 발생에 있어 업무상의 사유가 부정되기 때문에 당연하다.⁶⁾ 근로자의 오토바이 관리소홀은 이러한 근로자의 고의·자해행위나 범죄행위로 볼 수 없는 단순 과실인 만큼 이를 이유로 삼은 것은 법원의 판단 잘못이라 생각된다.

울산지방법원이 산재보험법 제37조 제1항 제1호 가목 또는 바목인 “그 밖에 업무와 관련하여 발생한 사고”로 보지 않고 동조항 나목인 사업장의 시설물 결함 여부를 따진 이유는 본 사건의 본질을 근로자의 교통사고로 보았기 때문이다. 물론 사건의 외형은 교통사고이다. 그러나 본 사안은 동조항 가목인 “근로자가 근로계약에 따른 업무나 그에 따르는 행위를 하던 중 발생한 사고”이다. 구체적으로 산재보험법 시행령 제27조 제1항은 동법 제37조 제1항 제1목 가목의 “근로계약에 따르는 행위”의 유형으로 “업무수행 과정에서 하는 용변 등 생리적 필요행위”(제2호)와 “업무를 준비하거나 마무리하는 행위, 그 밖에 업무에 따르는 필요적 부수행위”(제3호) 등을 들고 있다. 이 중 본 사안의 사고는 업무를 준비하기 위해 이동하던 중의 재해로 단지

5) 임중률(2015), 『노동법(제13판)』, 박영사, p.467.

6) 다만, 동법 제37조 제2항의 단서를 주의해야 한다. 동조항은 단서로 “다만, 그 부상·질병·장해 또는 사망이 정상적인 인식능력 등이 뚜렷하게 저하된 상태에서 한 행위로 발생한 경우로서 대통령령으로 정하는 사유가 있으면 업무상의 재해로 본다”고 규정한다.

그 수단이 대형 사업장이라는 특성상 오토바이였을 뿐이다. 회사 빌딩 안으로 들어와 계단으로 사무실을 걸어가던 도중 발을 헛디뎠던 넘어진 쇠골 골절을 입은 것과 본 사건은 본질적인 차이가 없다.

따라서 본 사안은 산재보험법 제37조 제1항 제1호 나목 및 동법 시행령 제28조의 사업주가 관리하는 시설물 하자의 관점에서 볼 것이 아니라 동법 제37조 제1항 제1호 가목 및 동법 시행령 제27조의 업무수행 과정에서 수반되는 준비 또는 마무리행위의 관점에서 살펴보아야 할 사건이다. 또한 위에서 검토한 바와 같이 사업장 내 근로자가 노무를 제공할 작업장으로의 이동은 업무수행 과정에서 필연적으로 일어나는 준비행위이므로 본 사안은 당연히 업무상 사고로 인정받아야 한다. **KLI**

양승엽(경제·인문사회연구회 전문위원, 법학박사)

지급대상기간 초일에 지급하는 정기상여금은 재직자 지급 조건에도 불구하고 통상임금으로 인정

- 서울중앙지방법원 2016. 5. 26. 선고 2014가합33869 판결 -

【판결요지】

(1) 고정성 판단의 핵심은 근로자가 연장근로 등을 제공하려는 임의의 날에 해당 임금의 지급 여부 및 지급금액이 확정되어 있는지 여부이므로, 단순히 어떤 임금 항목에 지급일 현재 재직 중일 것이라는 요건이 부가되어 있다는 이유만으로 다른 사정들은 더 이상 볼 것도 없이 곧바로 그 임금은 고정성이 탈락되어 통상임금에 해당하지 않는다고 판단할 것은 아니다.

(2) (이 사건) 정기상여금은 매년 연 600%를 지급하는데, 구체적으로는 1월, 2월, 5월, 7월, 9월, 11월의 각 첫 영업일에 각 연 100%씩을 지급한다. ... 정기상여금은 각 지급 월의 첫 영업일에 지급되므로, 지급 월 첫 영업일에 재직 중인 근로자가 이를 지급받은 후 다음 지급 월 전에 퇴직한다 하더라도 이미 그 근로자는 위 지급 월 첫 영업일부터 퇴직일까지의 근로에 대한 정기상여금은 모두 지급받은 것이다. 즉, 근로자가 1년 중 어느 날에 퇴직을 한다 하더라도 그 근로자는 퇴직일까지의 근로에 대하여 이미 정기상여금을 지급받은 것이다.

(1) 정기상여금이 통상임금에 해당되는지의 논란은 계속되고 있다. 지급일에 재직자만 지급한다는 재직자 조건이 붙어 있는 경우 또는 대상기간 중 일정 일수를 근무하여야만 지급한다는 일정 근무일수 조건이 붙어 있는 경우, 고정성이 부정되어 통상임금에 해당되지 않는다는 사용자 측의 항변으로 재판상 다투어지고 있기 때문이다. 대상판결은 중소기업은행의 정기상여금에 재직자 조건이 붙어있는 사건인데, 법원은 통상임금으로 인정하였다.

대법원 전원합의체 판결¹⁾이 통상임금의 판단 기준을 실시하면서 설·추석 명절상여금, 하계휴가비 등에 대해 재직자 조건을 이유로 고정성을 부정하였기 때문에, 이를 정기상여금에까지 확대하여 적용할 수 있는지가 다투어진다. 재직자 조건이 붙어있는 정기상여금에 대해 통상임금으로 인정한 판결²⁾과 부정한 판결³⁾이 나오고 있다.

노동판례리뷰에서도 여러 차례 판결례들을 검토한 바가 있다.⁴⁾ 그럼에도 대상판결을 다시

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

2) 부산지방법원 2014. 10. 10. 선고 2011가합27496 판결; 서울북부지방법원 2015. 7. 15. 선고 2014가합20572 판결.

3) 서울중앙지방법원 2016. 1. 29. 선고 2012가합87787 판결 등.

4) 김기선(2014), 「재직 중인 자에게만 지급되는 임금도 통상임금이다.」, 『노동리뷰』 4월호, 한국노동연구원,

소개하는 이유는 정기상여금에 재직자 조건이 붙어 있다는 의미에 대해 다시 한 번 곰씹을 기회를 갖고자 함에 있다.

대상판결의 정기상여금은 지급대상기간에 대한 소정근로의 제공보다 먼저 정기상여금을 지급하는 형태로 되어 있다는 점에서 특이한 모습이다. 정기상여금은 매년 연 600%를 지급하는데, 1월, 2월, 5월, 7월, 9월, 11월의 각 첫 영업일에 각 연 100%씩을 지급한다. 이러한 정기상여금에 대해 대상판결은 다음과 같이 분석한다. 1년 단위로 연 600%가 지급되는 임금인데 이것이 6회로 분할되어 지급되는 점에서 1회에 지급되는 금액인 연 100%는 2개월의 근로에 대한 대가로 봄이 상당하다. 즉, 1월 첫 영업일에 지급하는 정기상여금 연 100%는 1, 2월 소정근로에 대한 대가, 2월 첫 영업일에 지급하는 정기상여금 연 100%는 3, 4월 소정근로에 대한 대가, 5월 첫 영업일에 지급하는 정기상여금 연 100%는 5, 6월 소정근로에 대한 대가, 7월 첫 영업일에 지급하는 정기상여금 연 100%는 7, 8월 소정근로에 대한 대가, 9월 첫 영업일에 지급하는 정기상여금 연 100%는 9, 10월 소정근로에 대한 대가, 11월 첫 영업일에 지급하는 정기상여금 연 100%는 11, 12월 소정근로에 대한 대가이다. 정기상여금은 각 지급 월의 첫 영업일에 지급되므로, 지급 월 첫 영업일에 재직 중인 근로자가 이를 지급받은 후 다음 지급 월 전에 퇴직한다 하더라도 이미 그 근로자는 위 지급 월 첫 영업일부터 퇴직일까지의 근로에 대한 정기상여금은 모두 지급받은 것이다. 즉 근로자가 1년 중 어느 날에 퇴직을 한다 하더라도 그 근로자는 퇴직일까지의 근로에 대하여 이미 정기상여금을 지급받은 것이다.

대법원 전원합의체 판결은 재직자 조건이 있어 지급일 이전에 근로하고 있더라도 아직 지급 여부가 확정되지 않는 사정 때문에 고정성을 부정했다. 지급일에 도달하기 전에 기왕의 소정근로의 제공이 존재한다. 아직 지급 여부가 확정되지 않아 소정근로의 대가로 보기 어렵다. 그러나 대상판결의 사건에서는 기왕의 근로가 먼저 존재하지 않는다. 2개월로 나누어 보면 첫 영업일에 지급되었기 때문이다. 정기상여금은 지급 여부가 확정되지 않은 것이 아니라 지급일에 재직할 사람에게는 이미 지급으로 확정되어 있다.

이 사건에서 재직자 조건은 어떤 의미를 가질까? 대상판결의 분석에 따르면, 지급일을 경과한 후에 입사한 근로자는 앞서의 정기상여금을 청구할 수 없다. 지급되지 않는 것으로 확정되어 있다.

결국 재직자 조건에도 불구하고 이 사건처럼 대상기간 초일(첫 영업일)을 지급일로 하는 경우 지급 여부는 확정된다. 그래서 고정성이 인정되고 통상임금에 포함된다.

pp.79~82; 김홍영(2014), 「재직자 조건이 부가된 정기상여금과 통상임금」, 『노동리뷰』 12월호, 한국노동연구원, pp.90~93; 김홍영(2015), 「정기상여금에 재직자 조건이 붙어도 통상임금 인정」, 『노동리뷰』 10월호, 한국노동연구원, pp.99~101 등.

(2) 대상판결과 같이 지급대상기간의 초일을 지급일(또는 지급의 기준일로)로 정하는 것은 이례적이라고도 볼 수 있다. 대개 지급대상기간 중간의 어느 날을 지급일로 하는데, 지급일 앞의 시점에서는 지급 여부가 불확실하더라도 지급일 이후의 시점에서는 지급으로 확정된다. 그렇다면 지급일 이후의 날들의 소정근로의 대가에는 왜 해당되지 않는지 의문이다. 노사당사자 지급대상기간의 마지막 날을 지급일로 하면 이러한 의문은 회피된다. 노사당사자가 임의로 정하는 바에 따라 법이 파악하는 통상임금에 해당되는지 여부가 달라질 수 있다면, 그것은 법적 안정성에도 도움이 되지 않고 자칫 법 회피의 방법을 인정하게 된다. 정기상여금은 통상적인 급여 중에 차지하는 비중이 커서, 정기상여금을 통상임금에서 제외한다면 가산임금으로 연장근로 등을 제한하려는 법의 근본 취지가 무너질 수 있다.

또한 재직자 조건은 그 반면으로 재직하지 않은 자(퇴직자 및 이후 입사자)의 부지급 조건이라는 점에서 임금상실을 초래하는 불합리가 존재한다. 이미 근로하였음에도 아직 지급일이 도달하기 전에 퇴직하는 경우 이미 근로한 것의 대가가 지급되지 않는다. 대상판결은 반대의 모습도 시사한다. 지급일 경과 후 입사자의 경우 지급대상기간을 근무하고 있어도 그 근로의 대가가 지급되지 않는다. 이러한 지급조건이 위법이 아니라 유효하다고 인정하려면, 정기상여금은 근로의 대가가 아니라 다른 무엇이라는 변명이 필요하다. 또는 근로의 대가인 임금이라면 소정근로의 제공에도 불구하고 특정 시점의 재직 여부에 따라 지급에 차등을 두는 합리적인 이유를 대어야 한다. 단지 재직 여부라는 사실이 합리적인 이유가 될 수 없다.

다시 돌아가 대법원 전원합의체 판결을 살펴보자. 재직자 조건이 문제된 임금항목은 명절상여금, 하계휴가비, 생일지원금, 연금보험료지원금 등이다. 특정한 날에 돈이 쓰이는 일이 있고 그 돈을 지원해주는 것이 복리후생에 해당한다는 사회통념과, 그 특정한 날이 되기 전에 퇴직하였다면 퇴직 이후 돈이 쓰이는 것까지 기업이 당겨서 지원하지는 않거나 또는 그 특정한 날 이후에 입사하였다면 입사 이전에 돈을 쓴 것까지 기업이 소급하여 지원하지 않더라도 섭섭하지 않다는 사회통념이 그 근거에 있다. 즉, 명절상여금 등에 붙어있는 재직자 조건은 ‘사회통념에 비추어’ 적법하고 유효할 수 있다.

임금항목 중에는 재직자 조건에 친(親)한 것과 친하지 않은 것으로 나뉜다. 정기상여금은 재직자 조건에 친하지 않다. 특정한 날에 돈이 쓰이는 일이 있어 지급하는 것이 아니다. 매년 지급주기에 따라 고정적으로 지급되는 고정상여금이다. 그럼에도 재직자 조건을 붙인다면 오히려 통상급여의 큰 비중이 되는 정기상여금을 지급받지 못하는 차별이 초래한다. 지급받지 못하는 경우가 극히 이례적일 뿐인 경우라면 그럼에도 그런 조건을 둬으로써 진정 의도하는 바가 무엇인지, 단지 통상임금성을 회피하려는 것은 아닌지 의문이 제기된다.

재직자 조건의 문제는 임금일체설 입장에서 임금이분설 입장으로 회귀하려는지, 모든 복리후생수당으로 확대되려는지, 정기상여금과 나아가 거의 대부분의 임금항목까지 광범위하게 확

대되려는지 등 여러 우려들이 제기된다. 복리후생수당은 진정한 복리후생의 목적을 상실하면서 형식적 명목만을 남긴 채 소정근로의 대가인 임금으로 전환되었다. 이제는 김장을 담지 않고 월동을 위해 연탄을 대량구매하지 않는다. 그렇지만 지금도 설·추석 명절에 많은 돈이 필요하다. 광복절에 가슴이 뛰고 기뻐했던 일은 과거의 추억으로 되었을 뿐이다. 국경일에도 ‘경사’를 느끼지 못한다. 미래 어느 시기에 대다수 사람들이 명절을 쇠지 않는다면 그때의 명절상여금은 명목에 불과하고, 재직자 조건은 사회통념에 반하고, 명절상여금도 통상임금에 해당될 것이다. 재직자 조건의 유효성, 통상임금에 포함시키지 않아도 무방함은 사회통념이 지지하여야 가능하다.

(3) 작금의 현실에서 정기상여금은 이미 상여금이 아니게 되었다. 단지 매월 지급되어야 할 임금을 두세 달마다 몰아 지급하는 임금항목에 불과하다. 정기상여금은 예기치 못한 어려움을 극복하는데 도움이 되는 ‘성물(聖物)’이 아니라 악마의 유혹이 담긴 ‘마물(魔物)’이다. 근로자들은 정기상여금이 제 때 제대로 나올지 불안해하면서 노동관계의 종속성이 더 심화되고, 혹여 정기상여금을 받지 못하게 되면 생계비 해결에 전전긍긍한다.

‘노동에서의 안정(安定)’을 견지하기 위해서는 정기상여금을 해체하여 통상의 임금지급주기(월급제인 경우 매월)에 안정적으로 지급되는 임금항목으로 전환하는 것이 바람직하다. 소득안정을 꾀하여 노동에서의 안정을 회복하는 것이 ‘진정한 노동개혁’의 내용으로 되어야 한다.

KLI

김홍영(성균관대학교 법학전문대학원 교수)

월간 노동리뷰

2016년 7월호