노동판례리뷰

자녀와의 비동거와 육아휴직급여 부정수급 여부

– 대법원 2017.8.23.선고 2015두51651 판결 –

【판결요지】

원고가 멕시코에 체류한 이후의 일정한 기간 동안 육아휴직급여 수급요건을 갖추지 못하였음에도 육아휴직급여를 수령하였음을 이유로 고용보험법 제74조 제1항, 제62조 제3항에 따라 잘못 지급된 육아휴직급여를 징수하는 것은 가능할 수 있어도, 원고가 '거짓이나 그 밖의 부정한 방법'으로 육아휴직급여를 수령하였다고 볼 수는 없다.

대상판결의 사안에서는, 남편이 실직해 홀로 생계를 꾸려나가던 여성 근로자가 아이를 출산한 후 육아휴직을 신청하고 이후 육아휴직급여로 980여만 원을 지급받았는데, 육아휴직기간 동안 실직 중인 남편의 해외사업 가능성을 알아보고 남편의 해외창업 준비를 도와주기 위해 아이까지 함께 멕시코로 가기로 결심하여 아이 명의의 여권 발급 및 항공권 예약까지 하였다. 그러나 아이의 건강 문제 등으로 함께 출국할 수 없게 되자 친정어머니에게 아이를 맡기고 남편과 함께 출국하여 8개월 간 멕시코에 있으면서도 인터넷으로 아이의 기저귀・분유・이유식・의류 등 물품을 구입해 아이에게 보내고 친정어머니와 수시로 아이 양육에 필요한 전화통화를 하며 양육비를 보내는 등으로 양육을 하였으나 귀국 후, 고용노동청으로부터 '육아휴직급여 수령 중 아이를 양육하지 않고 해외에 체류했다'는 이유로 육아휴직급여 지급제한처분과 함께 해외체류기간 동안 지급받은 급여의 반환명령 및 추가징수처분을 받았다. 고용노동청은 「남녀고용평등과 일・가정 양립 지원에 관한 법률」(이하, 남녀고용평등법) 시행령상 영유아와 동거하지 않으면 육아휴직은 종료되므로[1] 해당 근로자는 거짓 또는 그 밖의 부정한 방법으로

1) 남녀고용평등법 시행령 제14조(영유아의 사망 등에 따른 육아휴직의 종료) ① 육아휴직 중인 근로자는 그 영

육아휴직급여를 지급받은 것이라고 주장했다. 이에 해당근로자는 고용보험심사위원회에 이 처분에 대한 심사를 청구했으나 기각되자 행정소송으로 다투었다.

1심 법원에서는 "어린 아이를 기르는 것을 말하는 육아에는 직접 영유아와 동거하면서 기르는 것뿐만 아니라 불가피한 사정이 있어 실질적으로는 가족 등에게 영유아를 맡기는 등의 방법으로 기르는 것도 포함된다 … 원고는 해외에 체류해 아이와 동거하지 않은 기간에도 실질적으로 어머니를 통해 아이를 양육했다고 봄이 타당하다", "영유아와 동거하지 않는 경우 육아휴직이 종료된다는 내용을 일반인이 쉽게 알기는 어렵다", "원고가 단순히 출국을 목적으로 육아휴직을 한 것으로도 보이지 않는 점 등에 비춰 부정한 방법으로 육아휴직급여를 받았다고 볼 수 없다"는 등 이유로 자녀와 동거하지는 않았지만 실질적으로 자녀 양육을 책임진 것이어서 육아휴직급여를 받을 수 있다고 하며 원고의 손을 들어주었다.[2] 그런데 이에 대해 피고 행정청이 항소하였고, 항소심 판결에서는 실질적 양육에 대한 구체적 판단을 달리하여, 육아휴직기간 중 8개월 동안 아이를 국내에 둔 채 해외 체류한 것은 영유아와 동거하지 않게 된 경우에 해당하여 육아휴직 종료 사유가 되므로 이 기간에 대해 육아휴직급여를 받은 것은 부정수급이 된다고 하여, 1심 판결을 취소하고 원고의 청구를 기각하였다.[3] 이에 원고는 다시 불복하여 상고하였고 대상판결은 그 최종결론에 해당된다.

거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 육아휴직급여를 받는 경우, 그에 대해서는 추후 지급제한, 반환명령, 추가징수라는 제재적 행정처분이 내려지고(「고용보험법」 제62조, 제73조 제3항, 제74조)[4] 행위자는 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처해질 수도 있어서(「고용보

유아가 사망하거나 영유아와 동거하지 아니하게 된 경우에는 그 사유가 발생한 날부터 7일 이내에 그 사실을 사업주에게 알려야 한다.

② 사업주는 제1항에 따라 육아휴직 중인 근로자로부터 영유아의 사망 등에 대한 사실을 통지받은 경우에는 통지받은 날부터 30일 이내로 근무개시일을 지정하여 그 근로자에게 알려야 한다.

2) 서울행정법원 2014.6.26.선고 2014구합51166 판결.

3) 서울고등법원 2015.8.28.선고 2014누56002 판결.

4) 「고용보험법」 제62조(반환명령 등) ① 직업안정기관의 장은 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 구직급여를 지급받은 자에게 지급받은 전체 구직급여의 전부 또는 일부의 반환을 명할 수 있고, 이에 추가하여 고용노동부령으로 정하는 기준에 따라 그 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지급받은 구직급여액에 상당하는 액수 이하의 금액을 징수할 수 있다.

② 제1항의 경우에 거짓이나 그 밖의 부정한 방법이 사업주(사업주의 대리인·사용인, 그 밖의 종업원을 포함한다)의 거짓된 신고·보고 또는 증명으로 인한 것이면 그 사업주도 그 구직급여를 지급받은 자와 연대(連帶)하여 책임을 진다.

③ 직업안정기관의 장은 수급자격자 또는 수급자격이 있었던 자에게 잘못 지급된 구직급여가 있으면 그 지급금액을 징수할 수 있다.

「고용보험법」 제73조(급여의 지급 제한 등) ③ 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 육아휴직급여를 받았거나 받으려 한 자에게는 그 급여를 받은 날 또는 받으려 한 날부터의 육아휴직급여를 지급하지 아니한다. 다만, 그 급여와 관련된 육아휴직 이후에 새로 육아휴직급여 요건을 갖춘 경우 그 새로운 요건에 따른 육아휴직급여는 그러하지 아니하다.

험법」 제116조 제2항) 부정수급인지 아닌지 여부는 당사자에게는 매우 중대한 문제이다. 게다가 부정수급은 제도에 대한 신뢰성을 감소시키고 때로는 제도 자체의 존폐논란을 유발하기도 하기 때문에 제도의 실효성과 관련해서 부정수급 문제는 대단히 중요한 쟁점이 된다.

육아휴직급여를 받기 위한 전제는 육아휴직이고 육아휴직을 신청하기 위한 가장 중요한 요건은 '자녀양육'일 것을 남녀고용평등법에서 명시하고 있다.[5] 그런데 육아휴직급여의 근거법률인 「고용보험법」에서는 육아휴직급여의 부정수급의 요건으로서 '거짓이나 그 밖의 부정한 방법'으로 급여를 받았을 것을 명시하고 있는데, 육아휴직 근로자가 자녀와 동거하지 않은 것을 육아휴직급여를 지급받은 것에 대한 부정수급에 해당한다고 볼 수 있는 것인지 문제가 된다.

자녀와의 비동거가 육아휴직급여를 지급받은 것에 대한 부정수급이 되는지 아닌지 문제가 되는 이유는, 첫째, 남녀고용평등법 제19조가 육아휴직의 요건으로 자녀 양육을 명시하고는 있지만 양육에 동거가 필수적인지 해당 법문에는 명시되어 있지 않다는 점, 둘째, 육아휴직급여의 근거 법률인 「고용보험법」에서는 육아휴직급여의 부정수급 사유로 자녀와 동거하지 않는 것을 명시한 바 없거니와 자녀와 동거하지 않게 된 경우 그에 대해 고용노동행정관서에 신고의무를 부여한 바도 없는 점, 셋째, 남녀고용평등법 시행령 제14조에서 육아휴직 종료 사유 중 한 가지로 '자녀와 동거하지 않게 되어 이를 사업주에게 통지하고 사업주로부터 근무개시일을 통지받은 경우'를 명시하고 있지만 이 조항으로부터 「고용보험법」상 육아휴직급여의 부정수급의 사유로서 자녀와의 비동거를 도출해내는 것이 법해석상 타당한지 불분명하다는 점 및 이 조항으로부터도 자녀와 동거하지 않게 된 근로자의 고용노동행정관서에 대한 신고의무를 끌어낼 수 없다는 점 때문이다.[6]

우선 어떤 행정작용이 국민의 권리의무에 관련된 것일 경우 그 행정작용의 근거가 되는 하위규범이 상위법으로부터 위임을 받지 않고 새로운 내용을 규정하거나 상위법과 어긋나는 내용을 규정하고 있으면 법률유보의 원칙 및 법률우위의 원칙에 위배되어 곤란하다. 이와 관련하여 육아휴직급여에 대해 살펴보면, 육아휴직급여의 전제가 되는 육아휴직의 종료 사유는 남녀고용평등법 시행령에 규정되어 있는 반면에 육아휴직급여의 요건은 「고용보험법」에 규정되어 있다는 점을 주의해야 한다. 더구나 육아휴직이 육아휴직급여의 전제이기는 하지만, 육아휴직의 법적 근거는 남녀고용평등법 제19조이고, 육아휴직급여의 법적 근거는 「고용보험법」 제70

「고용보험법」 제74조(준용) ① 육아휴직급여에 관하여는 제62조를 준용한다. 이 경우 "구직급여"는 "육아휴직급여"로 본다.

5) 남녀고용평등법 제19조(육아휴직) ① 사업주는 근로자가 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀(입양한 자녀를 포함한다)를 양육하기 위하여 휴직(이하 "육아휴직"이라 한다)을 신청하는 경우에 이를 허용하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

6) 노호창(2017), 「육아휴직급여에 관한 법적 쟁점의 검토」, 『서울법학』 제25권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2017. 8, p.113.

조로서 서로 다르기 때문에 양자는 구별되는 제도라는 점이다. 육아휴직은 휴직이기 때문에 그 본질상 복직의 권리가 내재되어 있는 것이고 동시에 사업주와의 관계에서 요구할 수 있는 것이어서 그 성격은 사회보장 취지가 가미된 노동법적 권리인 것임에 반해 육아휴직급여는 육아휴직 이용 장려라든가 근로관계 종료 예방 등 목적이 있긴 하지만 본질적으로는 고용보험이라고 하는 사회보험을 통해 지급되는 것이고 휴직으로 인한 육아 부담비용 등을 사회연대 차원에서 분산시키기 위한 사회보험수급권이어서 본질적으로는 사회보장법적 권리라는 점[7]이다. 게다가 민간근로자에 있어서 육아휴직을 한다고 해서 반드시 육아휴직급여가 자동적으로 인정되는 것은 아니고 근로자가 고용보험을 관리하고 있는 국가(고용노동행정관서)에 별도의 급여 신청을 할 것을 요구하고 있다는 점 등을 고려한다면, 육아휴직급여의 요건과 육아휴직의 요건이 서로 관련성이 있는 것은 맞지만, 두 가지 제도는 법적 근거와 입법취지가 서로 다른 제도인데다가 육아휴직의 요건과 육아휴직급여의 요건이 서로 다르기 때문에 고용노동행정관서가 육아휴직급여에 대한 부정수급을 판단하는 문제는 신중하게 다루어져야 한다는 것을 알 수 있다.[8]

그런 측면에서 자녀와의 동거를 하지 않은 경우에 육아휴직급여를 지급받은 것에 대해서 육아휴직급여의 실체적 요건이 흠결된 것이라고 판단할 수 있다고 할지라도, 그렇다고 해서 남녀고용평등법 시행령상 육아휴직 종료 사유에 관한 규정이 곧바로 「고용보험법」상 육아휴직급여에 대한 부정수급의 근거가 될 수 있다고 단정할 수는 없는 것이다.[9] 오히려 남녀고용평등법 시행령 제14조 제1항의 규정은 관련 규정을 체계적으로 해석할 때, 육아휴직이 필요없게 된 근로자로 하여금 원활하게 직장에 복귀할 수 있도록 사업주에게 강제하는 것으로 보는 것이 타당하고, 결정적으로 모법인 남녀고용평등법 제19조에서 육아휴직의 종료 사유를 시행령에 위임한 바 없다는 점도 주목해야 한다. 그러므로 만약 남녀고용평등법 시행령 제14조 제1항에서 육아휴직 종료 사유로 규정된 '영유아와 동거하지 않게 된 경우'를 육아휴직급여를 지급받은 것에 대한 부정수급의 근거로 적극적으로 해석할 수 있으려면 최소한 자녀와의 비동거 자체를 육아휴직의 근거 법률인 남녀고용평등법에서 육아휴직 불가사유로 규정하고 있었어야 한다. 따라서 남녀고용평등법 시행령 제14조 제1항의 '영유아와 동거하지 않게 된 경우'에 대해서는 그 취지를 굳이 육아휴직을 하지 않아도 되는 근로자로 하여금 사업장에 원활하게 복귀하도록 하기 위한 규정으로 보는 것이 타당하지 이 규정이 육아휴직의 적극적 종료 사유로 해석되어 육아휴직급여의 부정수급의 근거로 전용되는 것은 타당하지 않다.[10]

7) 김진(2014), 「판결의 법리적 문제 고찰」, 『육아휴직급여 판결을 통해 본 육아휴직급여제도의 현황 및 과제』 토론회 자료집, 서울사회복지공익법센터, p.50.
8) 노호창(2017), 앞의 글, p.113.
9) 김근주(2015), 「육아휴직 중 영유아와 동거하지 아니하게 된 경우 부정수급 해당성」, 『노동법학』 제56호, 한국노동법학회, pp.346~347.

만약 영유아와 동거하지 않게 된 경우가 육아휴직급여의 부정수급의 사유가 될 수 있으려면, 자녀와의 비동거가 남녀고용평등법 시행령 제14조의 표제처럼 '영유아의 사망 등에 따른 육아휴직의 종료'에 해당하는 것으로 평가될 수 있거나 남녀고용평등법 시행령 제13조에서 규정한 육아휴직 철회 사유에 해당하는 '영유아 사망', '양자인 영유아의 파양 또는 입양취소', '육아휴직을 신청한 근로자가 부상, 질병 또는 신체적·정신적 장애나 배우자와의 이혼 등으로 해당 영유아를 양육할 수 없게 된 경우'와 동등하게 평가될 수 있어야 할 것이다.[11] 그러므로 현행 법령하에서 자녀와 동거하지 않은 것을 부정수급 사유로 삼으려면 만연히 비동거 그 자체를 자녀를 양육하지 않는 것으로 보아서는 아니 되고[12] 실질적으로 처음부터 양육할 의사가 전혀 없이 금전 기타 다른 목적으로 육아휴직을 하였다는 점을 밝혀야 할 것이다. 동거를 하더라도 양육이 아니라 학대이거나 방치인 경우도 존재하고 또한 적어도 현행 법령상으로는 양육한다고 해서 반드시 동거가 전제되어야 한다고 해석하기는 쉽지 않기 때문이다.[13]

그렇다면 남녀고용평등법 시행령상의 육아휴직 종료 사유 중에 자녀와 동거하지 않게 된 것을 일률적으로 육아휴직급여의 부정수급으로 연결짓는 것은 곤란하고, 남녀고용평등법에서 양육이라고만 명시하고 있는 이상 동거 여부를 부정수급의 핵심적인 표지로 삼아서도 곤란하다. 양육의 방식에 대한 일률적인 기준이 있는 것도 아니고 관련 법해석이 명확히 정리된 바도 없으며 자녀와 동거하지 않게 되었다고 하여 반드시 고용노동행정관서에 신고해야 하는 것도 아니고 신고의무를 도출하기도 어렵기 때문이다.

대상판결은 관련 법령의 체계나 문언 그밖에 제도의 취지 등을 종합적으로 살펴 부모는 자녀의 양육에 적합한 방식을 적절하게 선택할 수 있고 자녀의 사정에 따라 다양한 방식으로 양육이 이루어질 수 있다는 점, 육아휴직 대상 자녀를 국내에 두고 해외에 체류한 경우에도 그것이 양육에 해당하는지에 대해서는 육아휴직자의 양육의사·체류장소·체류기간·체류목적·육아휴직 전후의 양육의 형태와 방법 및 정도 등 여러 사정을 종합하여 사회통념에 따라 판단하여야 한다는 점, 부정수급이라 함은 급여를 지급받을 수 없음에도 불구하고 자격을 가장하거나 자격이 없다는 점 등을 감추기 위하여 행하는 일체의 부정행위로서 급여 지급에 관한 의사결정에 영향을 미칠 수 있는 적극적·소극적 행위라는 점, 부정수급은 지급제한·반환명령·추가징수의 대상이 되고 형사처벌의 대상이 되는 점, 수급자에게 잘못 지급된 급여가 있으면 이를 징수할 수 있는 별도의 반환명령에 관한 규정이 있는 점 등을 고려하여 부정수급이 되기 위해서는 허위·기만·은폐 등 사회통념상 부정이라고 할 만한 행위가 있어야 하고 단순히 요

10) 김근주(2015), 앞의 글, pp.347~348.
11) 김근주(2015), 앞의 글, p.348.
12) 구미영(2014), 「육아휴직급여 반환명령의 정당성」, 『월간 노동리뷰』 10월호, 한국노동연구원, p.93.
13) 노호창(2017), 앞의 글, p.114.

건이 갖추어지지 않았음에도 급여를 수령한 경우까지 부정수급으로 볼 수는 없다고 하였다.

대상판결은 원고가 법령상 요구되는 서식에 사실대로 작성하여 급여 신청을 하였고, 법령상 자녀와 비동거하게 되는 경우가 급여 제한 사유로 명시된 바도 없으며, 육아휴직자에게 이런 사정이 생기는 경우 고용노동행정관서가 원고에게 급여 제한이 될 수 있다는 점을 알려준 바도 없고 달리 신고를 요청한 바도 없으며, 원고가 처음부터 해외출국만을 목적으로 육아휴직을 신청한 것도 아니라는 점 등을 인정하여, 원고가 자녀와 동거하지 않고 해외에 체류하게 된 기간 동안 급여를 받은 것이 육아휴직급여의 요건에 부합하지는 않지만 그렇다고 해서 부정수급에 해당하는 것은 아니라고 판단하였다.

요컨대, 부정수급의 인정여부에 대한 대상판결의 판단은 신중한 입장에서 타당하게 이루어졌다고 평가할 수 있다. 다만, 대상판결은 실질적 양육의 의미가 무엇인가라든가 양육에 있어서 동거가 가지는 법적 가치 그밖에 동거의무의 정도에 대한 판단기준 등은 제시하지 않았는바, 이러한 부분까지 세심하게 지적해 주었더라면 향후 육아휴직급여의 정책운영에 더욱 도움이 되었을텐데, 그러한 판단에 대해서는 회피해 버렸다는 점에서 아쉬움이 있다.

그럼에도 불구하고 대상판결은 원고의 행위가 부정수급은 아니라고 하였기 때문에, 원고가 부정수급을 했다는 오명에서 벗어날 수 있게 되었고 추가징수나 추후 지급제한처분에서도 벗어날 수 있게 되었다는 점만으로도 충분히 의미있는 판결이라고 본다. 그러나 오해하면 안 되는 것이, 대상판결에서 원고가 부정수급을 한 것은 아니지만 그렇다고 해서 원고가 해외체류한 기간에 대해 지급받은 육아휴직급여가 요건에 맞는 것도 아니었기 때문에 그 기간에 대해 지급된 것은 잘못 지급된 것이므로 그 부분에 대한 반환만큼은 정당하다고 보는 점이다. KLI

노호창(호서대 법경찰행정학부 교수)

용역업체의 교체와 묵시적 영업양도계약

– 서울고등법원 2017.6.14. 선고 2016누62223 판결 –

【판결요지】

대한석탄공사 장성광업소의 채탄 및 선탄 용역업체의 변경과정에서 종전 사업체와 원고들(사장) 사이에 묵시적 영업양도계약이 성립되었음을 인정하여, 종전 사업체와 참가인들의 근로관계가 원고에게 승계되고 종전 사업체와의 단체협약 또한 참가인들에게 적용된다고 보아, 참가인들의 정년 만료를 이유로 한 이 사건 해고는 부당하며 또한 부당노동행위에 해당한다고 보아, 이와 결론을 달리한 1심판결을 취소한 판결.

도급인에 의해 외주 용역업체가 변경되어 기존 용역업체가 수행하던 사업이 신규 용역업체로 이전되는 경우, 기존 용역업체는 불가피하게 그 사업의 전부 또는 일부를 폐지하게 될 것이다. 이렇게 폐지되는 사업에 종사하던 근로자들의 법적 지위에 관해서는 이들의 근로관계가 신규 용역업체에 승계되는지, 승계된다면 구체적인 근로조건은 어떠한 기준으로 정해지는지 등의 문제가 발생한다. 종래 법원은 영업양도 시 근로관계의 승계에 관한 판례 법리를 원용하여 이러한 문제를 다루어 왔는바, 도급인에 의하여 용역업체의 변경이 이루어지는 대다수의 사안의 경우에는 기존 용역업체와 신규 용역업체 간에 어떠한 직접적인 '법률행위'가 존재하지 않으므로 기존 용역업체와 신규 용역업체 간의 영업양도를 인정하기는 어렵고 그 결과 근로관계의 승계도 인정되지 않는다는 것이 판례의 주류적인 경향이었다. 이처럼 종래 판례는 용역업체의 교체에 따라 실질적으로 사업의 이전되는 경우에도 원칙적으로 이를 영업양도로 인정하지 않았고, 따라서 용역업체의 교체로 인하여 기존 용역업체 소속 근로자가 해고되는 경우 이들을 구제할 적절한 방법을 찾기 어려웠다. 그런데 대상판결은 이러한 종래의 주류적인 판례와는 달리 기존 용역업체와 신규 용역업체 사이에 '묵시적 영업양도계약'이 성립되었다고 인정하고, 나아가 이러한 묵시적 영업양도계약의 성립을 전제로 종전 용역업체가 체결한 단체협약이 신규 용역업체에 승계되었다고 판단하였다.

대상판결은 신규 용역업체가 종전 용역업체에 소속된 근로자들의 승계 내지 채용을 거부하지 않고 이들을 채용한 경우에 있어 신규 용역업체와 근로자 간의 근로조건을 어떻게 규율할 것인지 문제된 사건이라는 점에서 근로관계의 존속보호가 직접 문제되는 사안은 아니지만, 기존 용역업체가 체결한 단체협약이 신규 용역업체에 승계되는가의 쟁점에 관하여 '묵시적 영업양도계약'이라는 법리를 인정하여 신구 용역업체 간의 근로관계의 포괄승계를 인정하였다는

점에서 용역업체의 변경 시 근로관계의 존속과 기존의 근로조건의 보장이라는 관점에서 의미가 크다.

그러나 영업양도에 관한 기존의 대법원 판례 법리에 비추어 볼 때, 대상판결의 이러한 판단이 과연 충분한 논증을 거친 것인지 혹여 개별 사건의 구체적인 타당성을 위하여 충분한 논증 없이 직관적으로 판단한 것은 아닌지 하는 의문을 피하기는 힘들어 보인다. 대법원 1997. 6. 24. 선고 96다2644 판결은 "영업양도란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 총체, 즉 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 영업양도 당사자 사이의 명시적 또는 묵시적 계약이 있어야 한다."고 판시하였는바, 이러한 판시에 따르면 용역업체의 변경을 영업양도에 포섭시키기 위해서는 신구 용역업체 간에 영업의 양수도에 관한 법률행위가 반드시 존재해야만 할 것이다. 그런데 대상판결은 신규 용역업체가 경쟁입찰의 형식을 거쳐 도급인과 직접 도급계약을 체결하였지만 경쟁입찰에 참여함에 있어 '종전 용역업체의 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전받는 것'을 전제로 입찰에 참여했던 사정이 있다고 인정하고, 이러한 사실을 근거로 신구 용역업체 사이에 '묵시적 영업양도계약'이 성립되었다고 판단하였으나, 신규 용역업체가 기존 용역업체와는 무관하게 도급인과 독자적인 도급계약을 체결하였다는 점에 비추어보면 신구 용역업체 사이에 사업의 이전에 관한 의사의 합치가 존재한다고 보는 것은 다소 무리한 사실인정이라고 생각된다.[1] 물론 대상판결이 '묵시적 영업양도계약'이란 표현을 사용한 것은 기존 용역업체의 단체협약이 신규 용역업체에 승계됨을 인정하기 위한 고육책으로 생각되며, 구체적 타당성의 관점에서 이러한 노력은 높게 평가되어야 할 것이다.

사업의 이전에 따른 근로관계의 승계에 관한 입법이 이루어지지 않는 우리나라에서 용역업체의 변경에 부수한 사업의 이전이라는 사실 자체로부터 근로관계의 승계라는 법률효과의 발생을 인정하는 것은 용이하지 않다. 따라서 용역업체 변경 시 근로관계의 승계 문제는 결국은 입법을 통하여 해결해야 할 과제라고 생각한다. 다만 그러한 입법이 이루어지지 않은 현재 상황에서 이러한 문제를 합리적으로 해결하기 위한 방법론의 모색은 여전히 필요할 것이며, 그러한 방법론 중의 하나로 근로관계 승계의 요건이 되는 영업양도 개념의 재구성을 전제로 영업양도에 관한 판례 법리를 유추 적용하는 방법을 고려할 수 있다고 생각한다.

현행법은 영업양도에 따른 근로관계의 승계에 관하여 어떠한 명문규정을 두고 있지 않고 문제의 해결을 법관의 법형성에 맡기고 있는바, 판례는 "영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는

1) 물론 용역업체의 교체 과정에서 기존의 용역업체와 새로운 용역업체 간에 사업의 설비에 관한 양수도가 이루어졌다면 이에 부수하여 기존의 용역업체의 사업주와 새로운 용역업체 간에 명시적 또는 묵시적 영업양도가 있다고 이해할 수 있을 것이다.

것을 말하고 영업이 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자 간의 근로관계도 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계된다."는 입장을 취하였다.[2] 이처럼 판례는 영업양도를 '인적 조직'을 포함한 '일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체'의 양도라고 이해하여 왔는바, 이는 마치 영업의 양도인이 자신의 의사로 근로자(인적 조직)를 제3자에게 양도할 수 있다는 취지로 읽힌다. 그러나 고용의 전속성을 선언하고 있는 「민법」 제657조 제1항의 취지상 이러한 이해는 옳지 않다. 유기적 조직체로서의 영업이 제3자에게 승계되어 사업이 이전됨으로 인하여 근로관계가 제3자에게 승계된다는 이론구성 자체에는 반대하지 않지만, 이러한 근로관계의 승계가 영업양도인과 영업양수인의 의사의 합치에 근거한다는 발상은 근로자를 '인적 조직'이라는 용어로 치환하여 근로자의 인격권을 무시하고 나아가 근로자를 거래의 대상으로 삼는다는 것에 다름 아니므로 받아들이기 어렵다. 따라서 영업양도에 있어 근로관계의 승계는 기본적으로 영업 자체가 이전되었다는 사실 자체에서 구하는 것이 올바른 접근이라고 생각한다.

근로관계의 승계라는 법률효과가 인정되는 영업양도의 주된 개념징표를 ① 기존 사업의 폐지와 ② 사업의 총체적인 이전으로 재구성하는 전제에 선다면, 신구 용역업체 간의 영업 내지 자산의 양수도에 관한 법률행위의 존부는 용역업체의 변경에 따른 사업이전이 영업양도의 유형에 편속되는가를 평가함에 있어 본질적인 요소가 아니다.[3] 이처럼 근로관계의 승계라는 법률효과를 발생시키는 영업양도를 판례와 같이 법률행위 그 자체로 인식하지 않고 그러한 법률행위의 결과 발생하는 '사업의 이전'이라는 사실을 주된 징표로 하는 유형적 개념으로 재구성한다면 이 사건과 같은 용역업체의 교체로 인하여 '사업의 이전'이라는 결과가 발생할 사안을 영업양도의 유형에 편속시킬 수 있을 것이며, 따라서 영업양도에 관한 판례 법리를 적용 내지 유추 적용할 수 있을 것이다. KLI

권오성(성신여대 법과대학 교수)

2) 대법원 1994.6.28. 선고 93다33173 판결.
3) 다만, 사업양도를 '법률행위'에 의하여 특정한 사업 또는 사업부분을 양도·양수하는 것으로 이해하는 전통적인 해석(예컨대, 김형배(2015), 『노동법』 제24판, 박영사, p.628)을 견지하는 입장에 서면 필자의 이러한 주장이 수용되기는 어려울 것이다.

연차휴가 당일 발생한 협력업체의 납품 지연 문제를 회사에 즉시 보고하지 않아 징계가 인정된 사례

– 서울고등법원 2017.5.24. 선고 2016누81989 판결 –

【판결요지】

근로자가 연차휴가 당일 협력업체의 자재 납품 지연으로 결품이 예상되는 상황임에도 이를 즉시 회사에 보고하지 않음으로써 자재통제 업무를 게을리 하였다고 봄이 타당하고, 이는 취업규칙에서 정한 징계사유(고의, 중과실로 중대한 사고를 발생시킨 자, 회사의 정책방향에 역행하고 간부사원의 본분에 어긋나는 행동을 하여 그 결과로 회사업무에 악영향을 끼친 자)에 해당한다.

대상판결은 근로자가 연차휴가 중에 업무상 적절한 조치를 하지 않았다고 징계가 인정된 사건이어서 관심이 주어진다. 대상판결의 회사는 자동차 제조회사이고 근로자는 생산관리부에서 자재관리를 담당하는 직원이다. 그 근로자는 연차휴가 당일, 자재를 납품하는 협력업체로부터 납품이 지연되고 있다는 전화를 받고, 배송차량 상황을 파악하고 자재가 결품되지 않도록 납품업체를 독려하였다. 그렇지만 이러한 상황을 회사에 즉시 보고하지는 않았고, 결국 자재의 결품이 발생하여 생산라인이 18분간 정지되었다. 회사는 연차휴가를 사용하면서 업무인수인계를 미실시한 점 및 즉시 보고를 누락한 점 등을 이유로 견책의 징계처분을 하였다. 대상판결과 1심 판결(서울행정법원 2016. 12. 1. 선고 2016구합63798 판결)은 업무인수인계에 관해 정한 바가 없어 업무인수인계 미실시 부분은 징계사유가 되지 않으며, 즉시 보고 누락부분은 위의 판결요지와 같이 징계사유로 인정하여 견책의 징계처분이 정당하다고 판단했다.

휴가일에는 근로제공 의무가 면제되어 쉬게 된다. 대상판결 사건처럼 연차휴가가 비록 1일간이더라도 그 날은 근로제공 의무가 없다. 그럼에도 회사 일을 무언가 잘못 처리하였다고 징계를 받는다면, 그 전제로 회사 일을 하여야 할 어떠한 의무가 있는지가 설명되어야 한다. 취업규칙에 휴가 중에도 회사 일을 일정 부분을 하도록 규정한다면 그것은 휴가 중의 근로제공 의무를 설정하는 것이 된다. 연차휴가를 보장하고 있는 「근로기준법」 제60조에 위반되어 그러한 취업규칙은 무효이다.

다음으로 이 사건처럼 특별한 사고가 발생하였다는 점에서 근로자는 사고를 대처할 신의칙상의 의무가 부담되는지가 논해질 수 있다. 노동관계는 인적・계속적 관계이므로 노사 당사자가 근로제공・임금지급 의무에 덧붙여 신의칙상 성실・배려의 의무를 당연히 부담한다고 해

석되고 있다. 근로자의 성실의무의 내용으로 흔히 영업비밀유지 의무, 경업피지 의무, 사고대처 의무 등이 거론된다. 사용자의 성실의무의 내용으로 안전배려 등 배려의무가 거론된다. 근로자의 신의칙상 사고대처 의무란 근로자는 근로시간 내외를 불문하고 작업시설・설비・원료 등에 결함을 발견한 경우에 사용자가 적절한 대책을 강구할 수 있도록 이를 지체 없이 사용자에게 고지하되, 고지할 여유가 없을 정도로 사정이 급박하면 고장・사고 등을 방지하기 위한 응급조치를 하여야 한다. 작업시설 등의 결함은 고장・사고, 그 밖에 사용자에게 중대한 손해를 야기할 가능성이 있지만, 그 결함 유무 등의 상태는 근로자가 더 발견하기 쉽기 때문에 근로자는 근로제공 의무의 범위를 넘어 이러한 발견에 대처하여 사용자의 이익을 보호할 신의칙상의 의무가 있다고 보는 것이다.[1] 그런데 사고대처 의무는 사업장에서 있다가 발견한 사고를 전제한다. 휴일이나 휴가로 사업장에 없는데도 사업장의 사고를 발견한다는 것은 상정하기 어렵다.

헌법재판소는 연차휴가를 "노동으로부터 일정기간 해방"으로 이해한다(헌법재판소 2015. 5. 28. 2013헌마619 결정). 대상판결의 사건은 징계처분이 인정되어 휴가조차도 진정하게 노동으로부터 해방되지 못했다. 노동으로부터의 해방이 다시 노동에의 구속으로 변화하는 계기는 무엇일까? 바로 휴대전화로 납품업체로부터 업무상의 연락을 받았기 때문이다. 휴가 중에 거래처 휴대전화 연결을 받아야 할 의무는 없다. 거래처와의 통화는 그 근로자가 선의로 전화를 받았기에 이루어졌다. 근로자의 선의가 오히려 회사에 즉시 보고하지 않았다는 잘못을 만들었다. 완성차 제조업체에서는 납품자재의 물류비용을 줄이기 위해 자재의 재고물량을 줄이고 있다. 납품 지연에 따른 결품 방지는 그 근로자의 일상적인 업무이다. 담당직원의 휴가로 결품 방지가 제대로 되지 못하는 것을 특별한 사고라 보더라도, 그것은 그의 휴가로 인해 미리 예견되는 사고 발생이다. 대상판결은 사고 대처로서 회사에 즉시 보고하지 않았다는 점에 근로자의 잘못이 있다고 한다. 회사 밖에 있을 때는 회사에 즉시 보고하여 현장에서 가능한 빨리 적절한 조치가 이루어질 수 있도록 하여야 한다는 점을 적용했다. 그러나 이것은 근무도중 회사 밖에 있을 때를 전제한다. 대상판결은 휴가 중에 근로자가 선의로 거래처의 전화를 받아 사고를 알게 되었다는 점을 고려하지 못했다. 근로제공 의무가 면제된 휴가인데도 근로제공 의무의 하나인 즉시 보고의무가 인정되는 것은 아니다.

신의칙이 내세워야 할 사회통념이란 휴가일에는 회사일이 아무리 급하다 해도 전혀 연결되지 않는 것이다. 휴대전화로 인해 직장 업무의 시공간은 사업장 밖으로까지 확대될 뿐만 아니라, 근무시간 아닌 시간까지, 휴일까지, 심지어 휴가일까지도 확대되고 있다. 이러한 현상은 24시간 언제나 대기 중이며 업무를 보아야 하게 되어 노동의 종속성 강화로 나타난다. 스마트폰의 발전으로 휴대전화가 인터넷 연결이 가능해졌다. 휴대전화를 가지고 이메일을 통해, 카톡을

1) 신의칙상의 사고대처 의무에 관한 위 설명은 임종률(2017), 『노동법』 제15판, pp.351~352 내용을 전제하였다.

통해, 언제 어디서나 당연히 업무 일로 연결될 수 있다고 생각한다. 인간을 일하는 존재로서만 의미를 부여한다. 이러한 생각은 올바르지 못하다. 우리가 "연결되지 않을 권리"에 관심을 갖는 이유는, 인간에 대해 일하는 존재로서의 의미와 일 밖에서 삶을 누리는 존재로서의 의미를 함께 존중하려 함이다. 휴가 중에는 "소셜 블랙아웃"이 사회통념이 되어야 한다. 그것이 노동으로부터 해방이라는 휴가의 본질을 살릴 수 있다. 휴가 간 근로자가 회사 일에 전혀 신경 쓰지 않도록 배려할 의무가 오히려 사용자의 신의칙상의 의무라고 해석되어야 한다.

대상판결은 징계처분의 전제인 근로자의 의무가 취업규칙상의 근로제공 의무인지 신의칙상의 사고대처 의무인지에 관한 깊은 성찰도 없으며, 휴가의 취지에 대한 깊은 성찰도 없다. 비록 견책처분이어서 중한 징계는 아니었지만, 휴가 중에도 업무 일을 파악하고 즉시 보고하여야 한다고 오해를 불러일으킨다.

오히려 휴가는 업무 일로 연결되지 않는다는 것을 전제하고, 회사가 휴가에 대처하는 방법을 세우는 것이 올바른 방법이다. 대상판결에서는 그 근로자가 자발적으로 업무대체자를 지정하고 업무인수인계를 할 의무는 없었다고 판단했다. 미리 회사가 업무대체자의 지정과 업무인수인계에 관해 매뉴얼이나 내부규정을 두어야 한다. 이 사건처럼 수십 개의 협력업체들을 상대로 자재납품 상황을 점검해야 하는 자제통제 업무라 하더라도 마찬가지이다. 담당직원이 휴가를 앞두고 협력업체에 메일을 보내 자신의 휴가 날짜와 함께 업무대체자와 연락처를 전달하는 것도 회사의 매뉴얼이나 내부규정에 두어야 한다. 근로자의 휴가로 인해 업무에 차질이 없도록 대처할 책임은 오로지 사용자의 몫이다. KLI

김홍영(성균관대 법학전문대학원 교수)

대형마트 계산원의 불법파견과 직접고용 의무

– 의정부지방법원 2017.7.14. 선고 2015가합71412 판결 –

【판결요지】

대형마트 계산원인 원고들이 용역업체에 고용된 후 대형마트(피고)에 파견되어 피고의 직접 지휘·명령을 받아 피고를 위한 근로에 종사하는 근로자파견관계에 있으며, 파견사업주의 변동이 있었더라도 구 파견법 및 개정 파견법에 따른 피고의 직접고용의무가 인정되므로 피고가 원고들을 직접 고용했을 시에 받았을 임금 상당액을 지급하여야 한다.

백화점이나 대형마트 등 대형 유통업의 '다단계 고용관계'는 근로조건 악화의 원인으로 지적되고 있다. 대형 유통업의 고용실태를 살펴보면, '직영사원(원청의 정규직과 비정규직 근로자)'과 '비직영사원(사내하도급, 입점협력업체, 전문판매직원(개인))'으로 구분할 수 있는데, 한 조사에 따르면 정규직보다 비정규직과 비직영사원의 비율이 백화점 85%, 대형할인점 50~75%에 다다르고 있다고 한다.[1] 대형 유통업계에서 나타나는 '다단계 간접고용'은 3자 관계를 넘어 4자 관계(유통업체 - 납품업체 - 파견사업주 - 판촉사원)가 성립한다. 이러한 상황에서 대상판결은 대형마트인 세이브존의 계산원으로 근무하던 2차 용역업체 직원들이 원청업체에 대하여 불법파견에 대한 구제를 신청한 사건이다. 이 사건의 사실관계를 살펴보면 다음과 같다.

원고들은 2차 용역업체에 고용된 후 1차 용역업체를 통해 대형마트인 세이브존에 파견되어 2008년 입사 이후부터 2015년 퇴사일 무렵까지 지상 및 지하 계산원 등으로 근무하였다. 그런데 2014년 9월 30일, 2차 용역업체가 폐업하면서 원고들은 2015년 12월 이전에 모두 퇴사하였다. 이에 원고들은 1차 및 2차 용역업체가 세이브존의 관계사로서 실체가 없는 일종의 페이퍼컴퍼니에 불과함에 따라 세이브존과 원고의 관계는 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, 파견법) 제2조 제1호의 '근로자파견계약'에 해당하며 세이브존의 직접고용의무를 주장하였다. 이에 대하여 세이브존은 원고들이 2차 용역업체의 지휘·감독을 받아 근무하였으므로 세이브존과 원고의 관계는 도급계약으로써 근로자파견계약관계가 아니며 직접고용의무도 발생하지 않는다고 주장하였다.[2]

1) 김종진(2016), 「유통업 서비스·판매 종사자의 건강권 실태조사」 결과발표 및 정책제언 토론회, 국가권익위원회, p.61.

2) 본안에 대한 항변에 앞서 피고는 원고들이 자진하여 2차 용엽업체에서 퇴사하였기 때문에 소의 이익이 없다는 본안전항변을 하였는데, 이에 대하여 법원은 원고들이 입사일부터 2년이 경과하거나 개정된 파견법 시행일인 2012년 8월 2일 당시 이 사건 용역계약에 따라 피고에게 근로를 제공하였고, 원고들의 근로제공 중단사

법원은 불법파견 판단기준을 제시한 대법원 판결(현대자동차 사내하청근로자 사건)[3]에 따라 근로자 파견관계 인정과 직접고용의무를 판단하였다.

우선 법원은 근로의 태양을 종합적으로 판단할 때 해당 관계가 근로자파견관계라고 인정하였다. 이 사건 용역계약에서 ① 1차 용역업체의 역할이 미미하고 2차 용역업체는 스스로 업무수행의 판단이나 독자적인 이윤창출의 여지가 없던 점, ② 2008년부터 설립 및 해산된 2차 용역업체의 전신 회사들 모두 피고만을 상대로 사업을 영위하고 대부분 고용 승계를 했던 점, ③ 피고 매장의 특성상 표준화된 영업규칙에 대한 교육진행을 피고가 주도했던 점, ④ 업무내용·사전근무편성표의 수정 및 결정과 작업배치권·변경결정권이 모두 피고에게 있던 점, ⑤ 피고 매장 내 갑작스러운 사정변경(예상치 못한 손님의 일시적 증가 및 상담실 직원의 인원감축 등)이 있는 경우 원고들이 투입된 점, ⑥ 피고들이 지정한 유니폼을 착용한 점, ⑦ 원고들이 수행한 업무가 단순·반복적인 것으로 상시적 근로가 제공된 점, ⑧ 원고들의 출입증에 피고 매장에 대한 정보가 기재되어 있어 외형적으로 피고 소속 근로자와 구별이 어려웠던 점, ⑨ 임률도급방식을 사용한 점 등을 종합적으로 판단하여, 원고들은 2차 용역업체에 입사한 이후 피고 매장에 파견되어 피고들로부터 직접 지휘·명령을 받아 피고들을 위한 근로에 종사하는 근로자파견관계가 인정하였다.

다음으로 피고들의 직접고용의무 발생에 대하여는 구 파견법[4] 및 개정 파견법[5]상의 위법한

유는 모두 2차 용역업체의 후속업체와 사이에 생긴 것에 불과하여 이러한 사정이 원고와 피고 사이의 직접고용의무에 영향을 미치지 아니한다고 하였다. 또한 원고들이 2차 용역업체의 근로관계 외에 피고와의 근로(고용)관계까지 포기한다는 의사를 명확히 밝혔다고 볼만한 증거가 없는 점 등을 종합하여 볼 때 피고들의 본안전항변은 이유 없다고 하였다.

3) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결, 이 사건에서 법원은 원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 파견근로자 보호 등에 관한 법률의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 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 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다."고 제시한 바 있다(이에 대한 평석으로는 강선희(2016), 「H자동차 아산공장 모든 공정의 사내하도급근로자는 도급으로 위장된 파견근로자이다」, 『노동판례리뷰 2015』, 한국노동연구원, pp.252~257 참조).

4) 구 파견법(시행일 2007. 7. 1.) 제6조의 2(고용의무) 제1항 제4호 "사용사업주가 고용노동부장관 허가 없이 근로자파견사업을 행하는 자한테서 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 해당 파견근로자를 직접 고용하여야 한다."

5) 개정 파견법(시행일 2012. 8. 2.) 제6조의 2(고용의무) 제1항 제5호 "사용사업주가 고용노동부장관의 허가를 받지 않은 채 파견근로자를 직접 고용하여야 한다"고 규정하고 있으며, 파견법 제6조의 2 제1항 제1호는 "사용사업주가 근로자파견대상에 해당하지 아니하는 업무와 관련하여 파견근로자를 사용하는 경우 파견근로자를

근로자파견사업 및 근로자파견대상업무에 따른 직접고용의무가 인정되며, "사용사업주가 파견기간 제한을 위반하여 파견근로자에게 업무를 계속 수행하도록 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 파견기간 중 파견사업주가 변경되었다는 이유만으로 직접고용간주 규정이나 직접고용의무 규정의 적용을 배제할 수는 없다"는 기존 법리에 따라,[6] 대상판결에서도 파견사업주의 변경을 이유로 직접고용의무 규정의 적용을 배제할 수 없다고 판단하였다. 직접고용의무 발생일에 대하여는 각각 구 파견법에 따를 경우 입사일로부터 2년이 경과한 날 또는 개정 파견법이 시행된 날로 판단하였다. 또한 원고들의 근로제공 중단사유는 모두 2차 용역업체의 후속업체와 사이에 생긴 것에 불과하여 원고와 피고 사이의 직접고용의무에 영향을 미치지 않는다고 하였다.[7]

대상판결은 직접 및 간접 생산공정의 인력활용방식에 대한 불법파견이 인정되어 오던 기존 근로자파견의 판단 기준을 통해 고객을 대면하는 판매업 및 서비스직종에 적용하여 불법파견을 인정하였다. 불법파견 관계에 관한 법적 판단이 기존의 제조업 중심으로 이루어져 왔으므로, 법원에서 제시하고 있는 판단 기준이 다른 업종이나 산업 부문에 다르게 해석될 수 있다는 우려들이 제시된 바 있는데,[8] 대상판결을 통해 불법파견에 대한 법적 판단의 예측 가능성이 불안정할 수 있다는 우려를 조금이나마 불식시켰다는 점에서 긍정적인 평가를 할 수 있다.

서두에 언급한 바와 같이 대형 유통업체는 입점협력업체 종사자를 파견과 유사한 형태로 고용하는 경우가 많으며, 사업체 규모가 클수록 이러한 형태에 대한 수요가 크게 나타나고 있다. 유통산업의 하도급업체들이 대부분 경영상 독립성(자체 기술, 기자재 등)이 부족하고, 원청업체의 내부 시설이나 기자재 대부분을 사용하고 있으며, 입점협력업체 근로자에 대한 실질적인 지휘감독을 행사하고 있기 때문에 불법파견의 가능성이 높은 것이 사실이다.[9] 이러한 문제를 개선하기 위하여 입법·행정상의 다양한 조치들이 시행된 바 있지만,[10] 사법적 판단이 이루어진 것은 '하청업체 소속 점장이 도급점포 직영화 전환 이후 근로계약이 만료된 사건'[11] 이후

직접 고용하여야 한다"고 규정하고 있다.

6) 오세웅(2017), 「사용사업주의 파견근로자 직접고용간주(의무) 규정 적용에 있어 파견사업주의 변동이 미치는 영향」, 『노동판례리뷰 2016』, 한국노동연구원, pp.256~259 참조.

7) 그 밖에 손해배상청구에 대하여 법원은 세이브존의 직접고용의무가 발생한 날부터 고용의무 불이행으로 인한 임금 상당액의 손해배상금을 지급하되, 공평의 관념상 원고들이 각 고용의무 발생일 이후 피고 매장에서 지급받은 임금 상당의 기지급액을 공제한 나머지 약 1억 9,000만 원을 지급할 것을 판단하였다.

8) 김기선(2016), 「근로자파견의 판단」, 『노동판례리뷰 2015』, 한국노동연구원, p.251.

9) 김종진(2013), 「신세계 이마트 불법파견 1만명, 정규직 전환 쟁점과 과제」, 『이슈페이퍼』 2013-2, 한국노동사회연구소 참조.

10) 고용노동부는 2011년(2016년 개정) 사내하도급 가이드라인(「기간제 및 사내하도급 근로자 보호 가이드라인(제·개정)」)을 제시한 바 있으며, 2013년 2월 특별감독을 통하여 이마트의 불법파견을 적발한 바 있다. 공정거래법제에서도 특별법인 「대규모 유통업에서의 거래공정화에 관한 법률」을 통하여 불법파견에 해당하는 '납품업자 등의 종업원 사용 금지 등'(제12조)을 불공정거래행위로 규제하고 있으며, 최근 이를 감독하기 위한 대책(2017년 8월 「유통분야 불공정거래 근절 대책」)을 발표한 바 있다.

두 번째인 듯하다.[12] 이 사건에서 혼재 작업 없이 용역업체 근로자들만 근무하는 대형마트 계산원 직종에 대하여 불법파견을 인정한 것을 계기로, 향후 대형 유통업, 더 나아가 산업·업종별 현황을 반영한 불법파견 판단이 이루어질 필요가 있다.[13] KLI

김근주(한국노동연구원 부연구위원)

11) 서울중앙지방법원 2014. 11. 21. 선고 2013가합558637 판결(이 사건의 원고들은 하청업체 소속으로 이마트 에브리데이리테일의 점장으로 근로를 제공하던 자들이다. 원고들은 피고 점포의 직영화 전환 계획에 따라 원고들의 근로계약이 만료되면서, 주위적·묵시적 근로관계를 주장하였으나, 법원은 이를 받아들이지 않았다. 다만 예비적 청구인 불법파견관계의 인정에 대하여는 원고들이 하청업체에 고용된 후 도급점포라고 부르는 피고의 영업점에 파견되어 피고로부터 직접 지휘·명령을 받은 근로자파견관계에 있다고 하였다. 또한 원고들이 수급업체에 최초로 입사한 날로부터 2년을 초과하여 계속근로한 사실을 인정하여 피고에 대하여 직접고용의무가 있으며 고용의무불이행으로 인한 손해배상의무가 발생한다고 판단하였다. 이후 항소심에서는 조정이 성립되어 2015년 10월 29일자로 사건은 종결되었다.)

12) 경향신문(2017), 「법원 "대형마트 계산원 불법파견" 첫 인정. 유통업체 매장 내 '간접고용' 제동 걸렸다」, 2017. 7. 27. 기사 참조.

13) 최근 고용노동부는 파리바게뜨 본사(이하, 파리바게뜨), 협력업체, 가맹점 등 전국 68개소에 대한 특별근로감독 감독결과, 파리바게뜨가 제빵기사 등에 대해 사실상 직접 지휘·명령을 하여, 파견법상 사용사업주로서의 역할을 한 것으로 확인했다. 이에 따라 파리바게뜨에 대해 제빵기사 등 5,378명을 직접 고용하도록 시정지시하고, 미이행시 사법처리 및 과태료를 부과할 계획을 밝혔다. 「고용노동부, 파리바게뜨 근로감독 결과 발표」, 2017. 9. 21.