

## 노동판례리뷰

### 해고근로자에게 지급한 노동조합 신분보장기금의 법적 성격

- 대법원 2017. 11. 9. 선고 2017두44244 판결 -

#### 【판결요지】

노동조합 활동으로 신분적·경제적 불이익을 입은 근로자의 생계를 보호하기 위해 노동조합이 해고근로자에게 지급하는 신분보장기금은 그 동기 내지 목적을 보건대, 노동조합 활동을 하여 불이익을 입은 경우, 그 활동에 대한 사례로서 조합원에게 종전과 같은 생활수준을 보장해 주겠다는 것이다. 따라서 「소득세법」 제21조 제1항 제17호의 사례금에 해당하므로 기타소득으로서 과세의 대상이 된다.

甲(원고)은 A주식회사의 기업별 노동조합인 B노동조합의 위원장으로 재직하다가 2007년 1월경 A회사로부터 해고되었다. 甲은 2007년 10월까지 B노동조합의 위원장으로 계속 재직하였고, 2009년 12월경까지는 산업별 연합단체인 전국화학섬유산업 노동조합의 지부장, 2012년 5월경까지는 상급단체인 전국민주노동조합총연맹의 시(市)지부장으로 재직하였다.

B노동조합은 조합 활동으로 인해 신분 또는 재산상 불이익을 입은 조합원에게 생계지원을 하는 신분보장규정을 규약으로 두고 있었다. 신분보장규정에 따라 원고는 5년 4개월(2007. 1. ~ 2012. 5)간 통상임금의 100% 등의 금액(월평균 약 743만 원)을 지급받았다. 이 금액은 B노동조합의 신분보장기금에서 지급되고, 신분보장기금은 정기적립금과 특별부과금으로 구성된다. 만일 해고근로자가 해고무효소송에서 승소하여 회사로부터 일시 보상을 받을 경우 그동안 받은 기금을 환불하여야 한다.

乙세무서(피고)는 甲이 지급받은 이 사건 금원을 기타소득 항목 중 사례금으로 보아 甲이 종합소득세를 신고·납부하지 않았음을 이유로 甲에게 종합소득세 합계 139,068,060원을 부과

하였다.1) 甲은 이에 불복하여 조세심판원에 심판청구를 하였으나, 조세심판원은 甲의 청구를 기각하였고, 뒤이은 불복 소송에서 1심은 乙세무서의 처분을 적법하다고 판단하였으나, 원심(광주고등법원 2017. 4. 13. 선고 2016누5142 판결)은 본 사건 금원이 「소득세법」 제21조 제1항 제17호의 ‘사례금’이 아니라 ‘상호부조금’이라고 보아 乙세무서의 부과처분을 취소하였다.2)

그러나 대법원은 이 사건 금액의 성격을 “노동조합과 연관된 활동을 할 경우, 그 활동을 통하여 이 사건 노동조합에 기여한 것에 대한 사례의 뜻으로 해당 조합원에게 금원을 지급”(밑줄은 글쓴이 강조)한 것이며, 기금의 지급기간과 액수가 상호부조적 성격을 넘어선 것으로 판단하여 원심 판결을 파기환송하였다.

원심(광주고등법원)과 대법원의 결론이 달라진 것은 B노동조합이 지급한 신분보장기금의 법적 성격을 서로 다르게 보기 때문이다. 즉, 신분보장기금이 「소득세법」 제21조 제1항 제17호 상의 ‘사례금’에 해당하는지가 쟁점이다. 먼저 사건 심판대상조항의 ‘사례금’의 개념에 대해서 알아보면 원심과 대법원이 동일하게 인정하는 바와 같이 ‘사례금’은 “사무처리 또는 역무의 제공 등과 관련하여 사례의 뜻으로 지급되는 금품을 의미하고, 여기에 해당하는지는 당해 금품 수수의 동기·목적, 상대방과의 관계, 금액 등을 종합적으로 고려하여 판단”(밑줄은 글쓴이 강조)하여야 한다(대법원 2013. 9. 13. 선고 2010두27288 판결 등).

원심은 甲이 받은 기금이 노동조합에 대한 甲의 사무처리 또는 역무의 제공이라고 볼 수 없고, 그 목적이 조합원 및 그 가족의 정신적·경제적 피해를 최소화하려는 점, 그리고 자영업 등 별도의 수입원이 있는 조합원과 소송 등으로 회사로부터 보상금을 받은 경우는 기금의 대상이 아니라는 점을 들어 재해 등을 당한 조합원들의 생계보장을 위한 성격의 상호부조금이라고 보았다.

생각건대 대법원은 기존의 판시가 정의한 ‘사례금’의 개념으로서 ‘사무처리 또는 역무의 제공’ 부분을 간과하고 ‘금품수수의 동기·목적, 상대방과의 관계, 금액 등’에 집중하여 소득에 대한 과세 정의에 집착한 면이 있다. 기존 대법원의 판시를 별론으로 하더라도 통상 ‘사례’라 함은 어떤 이의 노고에 대한 반대급부로서 그 노고에 대한 등가(等價)는 아니더라도 합당하다고 생각하는 대가성이 있어야 한다.

즉, 甲이 받은 기금은 조합활동에 대한 신분적·경제적 피해에 대한 생계보장의 성격으로 일종의 공제조합과 같은 역할을 노동조합이 한 것이지 甲의 B노동조합에 대한 역무의 사례라

1) 소득세법 제21조(기타소득) ① 기타소득은 이자소득·배당소득·사업소득·근로소득·연금소득·퇴직소득 및 양도소득 외의 소득으로서 다음 각 호에서 규정하는 것으로 한다.

17. 사례금

2) 참고로 국세예규심사위원회는 본 사안과 같은 구제기금을 기타소득 중 사례금에 해당하고 의결하였다. 그러나 법원이 국세예규심사위원회의 유권해석에 구속되는 것은 아니다(대법원 1986. 10. 28. 선고 85누808 판결).

고 볼 수는 없다. 이는 본 사안의 대법원이 기금의 성격이 노동조합에 대한 노무의 대가인 임금 이 아니라고 한 점과 일치한다. 더불어 사무처리에 대한 금액을 그 위험이 제거되었다고 해서 되돌려 주는 것은 이 금액이 명백히 상호부조적 성격임을 밝히는 것이다.

그러나 대법원은 구체적인 설명 없이 ‘사례’의 개념 범위를 ‘역무 제공’에서 ‘기여’로 확장하여 기존의 실시와는 다른 판단을 내렸으며, 어느 정도까지 상대방에 ‘기여’하여야 받은 대가가 ‘사례’인지 아무런 설명이 없다.

따라서 대법원은 원심이 밝힌 바와 같이 조세법률주의(헌법 제59조)에 따라 조세의 항목과 요건은 합리적 이유 없이 확장해석하거나 유추해석을 하여서는 아니됨에도 불구하고(대법원 2013. 5. 23. 선고 2013두1041 판결 등), 수입에 대한 과세라는 조세정의에 입각하여 무리한 법률 해석과 적용을 하였다. 만일 세무당국이 본 사안의 구제기금에 대해 적용할 수 있는 항목이 없다면 그것은 입법의 미비로 입법자의 활동을 기다려야 하는 것이지 확장·유추해석으로 국민의 법적 신뢰를 침해할 수는 없는 것이다.

유추하건대 대법원은 구제기금의 성질을 노동조합이 노조전임자에게 지급하는 금액과 유사하게 본 것이 아닌가 한다. 고등법원은 본 사건 구제기금의 임금성에 대해서 다루지 않았으나 대법원은 먼저 이것이 임금이 아님을 명확히 한다. 하지만 결국 그것이 사례라는 것으로 귀결 되는 것을 보면 그 전제에는 노동조합이 활동가에게 주는 대가성을 바탕으로 한다. 그러나 위에서 설명한 바와 같이 구제기금은 어떤 대가로 인해 주어지는 것이 아니다.

참고로 노조전임자에게 노조활동의 대가로 지급되는 급부로는 노동조합이 직접 지급하는 임금과 「노동조합 및 노동관계조정법」 제24조 제4항에 따라 사용자가 지급하는 유급 ‘근로시간 면제’가 있다. 후자의 성격 역시 직접적인 노무제공의 대가는 아니지만 휴일근로에 대한 유급이 법률로 정한 임금이듯이 같은 성격의 임금으로 과세의 대상이 된다. 본 판결은 노동조합이 활동가에게 지급하는 금액의 법적 성격에 대해서 다시 한번 생각하게 되는 계기가 된다. 대법원이 실시한 ‘기여’의 의미가 불명확한 만큼 노동조합이 조합원에게 지급하는 모든 금액이 대가일 수도 있다는 우려를 일으킨다. **KL**

양승엽(연세대학교 법학연구원 연구교수)

## 유일 노동조합의 교섭대표노동조합 지위 인정 여부

- 대법원 2017. 10. 31. 선고 2016두36956 판결 -

### 【판결요지】

노동조합법(제29조의2 제2항 내지 제8항) 및 그 위임에 따른 시행령(제14조의2 내지 제14조의9)은 교섭창구 단일화를 위한 세부 절차를 규정하고 있는데 ... 교섭창구 단일화 제도는 특별한 사정이 없는 한 복수 노동조합이 교섭요구노동조합으로 확정되고 그중에서 다시 모든 교섭요구노동조합을 대표할 노동조합이 선정될 필요가 있는 경우를 예정하여 설계된 체계라고 할 수 있다.

나아가 노동조합법 규정에 의하면, 교섭창구 단일화 절차를 통하여 결정된 교섭대표노동조합의 대표자는 모든 교섭요구노동조합 또는 그 조합원을 위하여 사용자와 단체교섭을 진행하고 단체협약을 체결할 권한이 있다(제29조 제2항). 그런데 해당 노동조합 이외의 노동조합이 존재하지 않아 다른 노동조합의 의사를 반영할 만한 여지가 처음부터 전혀 없었던 경우에는 이러한 교섭대표노동조합의 개념이 무의미해질 뿐만 아니라 달리 그 고유한 의의(意義)를 찾기도 어렵게 된다.

결국 위와 같은 교섭창구 단일화 제도의 취지 내지 목적, 교섭창구 단일화 제도의 체계 내지 관련 규정의 내용, 교섭대표노동조합의 개념 등을 종합하여 보면, 하나의 사업 또는 사업장 단위에서 유일하게 존재하는 노동조합은 설령 노동조합법 및 그 시행령이 정한 절차를 형식적으로 거쳤다고 하더라도, 교섭대표노동조합의 지위를 취득할 수 없다고 해석함이 타당하다.

### 1. 사건 개요

전국금속노동조합(금속노조) 산하 ○○분회가 활동하는 사업장에서 금속노조와 사용자는 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하, 노조법)에서 정한 교섭창구 단일화 절차를 거친 다음 단체교섭을 진행하고 2013년 단체협약(유효기간 2013. 3. 21. ~ 2014. 3. 31.)을 체결하였는데, 당시 해당 사업장에서 활동하는 노동조합은 금속노조 ○○분회가 유일하였다(이하 그러한 노동조합을 ‘유일 노동조합’이라 한다). 한편 위 단체협약의 유효기간 만료 3개월 전쯤에 기업별 노동조합이 설립되었는데, 금속노조와 기업별 노동조합이 단체교섭을 각각 요구하여 두 노동조합이 모두 교섭요구노동조합으로 확정되었고, 그중 과반수 노동조합인 기업별 노동조합이

1) 사용자가 금속노조의 교섭요구 사실 공고를 하였으나 다른 노동조합이 존재하지 않았기 때문에 공고일로부터 7일이 지날 때까지 다른 노동조합의 교섭요구는 없었다.

교섭대표노동조합으로 확정되었으며, 2014년 단체협약을 체결하였다.

이에 금속노조는 2013년 단체협약을 체결할 당시 교섭창구 단일화 절차를 거쳐 금속노조가 교섭대표노동조합으로 확정되었으므로, 2015. 3. 20.(2013년도 단체협약 체결일로부터 2년)<sup>2)</sup>까지 그 지위 유지기간 중임에도 사용자가 금속노조와 단체교섭을 하지 않고 새로운 교섭창구 단일화를 거쳐 기업별 노동조합과 단체협약을 체결한 것은 금속노조와의 단체교섭을 거부하는 부당노동행위라고 주장하며 부당노동행위 구제신청을 하였다. 중앙노동위원회는 금속노조가 교섭대표노동조합의 지위를 갖고 있다는 취지로 부당노동행위로 인정하는 재심판정을 하였으나, 제1심 판결 및 원심 판결(제1심 판결 인용)<sup>3)</sup>은 그 지위를 인정할 수 없다며 재심판정을 취소하였고, 대상판결도 원심 판결을 지지하였다.<sup>4)</sup>

## 2. 유일 노동조합과 교섭대표노동조합의 지위

### 가. 교섭창구 단일화 절차(교섭대표노동조합 결정 절차)

노조법 제29조의 2는 조직형태에 관계없이 하나의 사업 또는 사업장에 노동조합이 2개 이상인 경우에는 교섭대표노동조합을 정하여 교섭을 요구하도록 정하고 있고(제1항), 그 교섭대표노동조합 결정 절차를 교섭창구 단일화 절차라고 규정하고 있다(제2항). 그리고 노조법 제29조의 2 제2항부터 제8항 및 시행령 제14조의 2부터 제14조의 10에서 그 절차에 관하여 자세하게 정하고 있다.

### 나. ‘노동조합이 2개 이상인 경우’의 의미

교섭창구 단일화 절차에 관한 위 규정을 보면, 교섭창구 단일화 제도는 복수노동조합이 교섭요구노동조합으로 확정되고 그중에서 다시 모든 교섭요구노동조합을 대표할 노동조합을 결정할 필요가 있는 경우를 예정하여 설계된 제도라고 할 수 있다.<sup>5)</sup> 그런데 교섭요구노동조합 확정 절차는 교섭대표노동조합 결정 절차의 이전 단계로서, 그 단계에서 교섭요구노동조합이 2개 이상으로 확정되는 경우에만 비로소 교섭대표노동조합 결정 절차가 진행된다고 할 수 있

2) 노조법 시행령 제14조의 10 제1항 제2호

3) 서울행정법원 2015. 8. 20. 선고 2015구합2840 판결 및 서울고등법원 2016. 3. 23 선고 2015누57071 판결

4) 원심판결과 같은 취지로 서울행법 2015. 7. 23. 2015구합50146(항소심 서울고법 2016. 1. 22. 2015누54690, 상고심 대법원 2016. 6. 10. 2016두33797 심리불속행 기각)

5) 대상판결은 교섭창구 단일화 제도는 ‘특별한 사정이 없는 한’이라는 전제조건을 붙인 다음, 특별한 사정이 있으면 달리 판단될 수 있는 여지를 열어두었다.

다. 그러므로 교섭대표노동조합 결정 절차, 즉 교섭창구 단일화 절차가 진행되려면 먼저 노동조합의 교섭요구와 그 요구 사실 공고를 통해 교섭요구노동조합을 확정하는 절차가 진행(선행)되어야만 한다(이건 있음).<sup>6)</sup>

따라서 노조법 제29조의 2 제1항에서 말하는 ‘노동조합이 2개 이상인 경우’란 교섭요구노동조합으로 확정된 노동조합이 2개 이상인 경우를 의미한다고 할 수 있다. 그렇다면 교섭요구노동조합이 1개인 경우에는 더 이상 교섭대표노동조합 결정 절차, 즉 교섭창구 단일화 절차를 진행할 필요가 없게 되는 것이다.

#### 다. 유일 노동조합과 교섭대표노동조합의 지위

교섭대표노동조합의 지위를 어떻게 보장할 것인지 그 방법은 입법정책적으로 정할 수 있는 문제로서<sup>7)</sup> 노조법은 단체협약 유효기간을 기준으로 일정기간 동안 또는 일정한 사항에 대하여 그 지위를 보장하는 방법을 선택하고 있다(노조법 시행령 제14조의 10). 그렇게 교섭대표노동조합의 지위를 보장받는 교섭대표노동조합이 되는 경우를 ① 모든 교섭요구노동조합이 자율적으로 교섭대표노동조합을 정한 경우, ② 교섭요구노동조합의 전체 조합원 중 과반수로 조직된 노동조합이거나 2개 이상의 노동조합이 위임·연합 등의 방법으로 그 전체 조합원의 과반수가 되는 경우, ③ 교섭요구노동조합이 자율적으로 공동교섭대표단을 구성하는 경우, ④ 노동위원회가 노동조합의 신청에 따라 조합원 비율을 고려하여 공동교섭대표단을 결정하는 경우(노조법 제29조의 2 제2항부터 제5항)로 특정하고 있다(노조법 시행령 제14조의 10 제1항). 따라서 위 경우와 같이 교섭창구 단일화 절차, 즉 교섭대표노동조합 결정 절차를 거쳐 교섭대표노동조합이 된 경우에만 교섭대표노동조합으로서 그 지위 및 그 지위 유지기간이 보장된다(대상판결).

교섭창구 단일화 절차를 통해 결정된 교섭대표노동조합은 그 지위 유지기간 동안 모든 교섭요구노동조합 또는 그 조합원을 위하여 사용자와 단체교섭을 하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다(노조법 제29조 제2항). 교섭대표노동조합은 교섭요구노동조합 모두를 대표한다. 그런데 해당 노동조합 이외에 다른 교섭요구노동조합이 존재하지 않아 그 노동조합의 의사를 반영할 여지가 처음부터 없는 경우에는 ‘대표’의 개념 자체가 무의미하다. 따라서 유일 노동조합이

6) 유일 노동조합(단수노조)이라도 교섭요구노동조합 확정 절차를 거쳐야 하는지에 대하여 고용노동부는 절차를 거치는 것이 바람직하다는 유보적 견해이고, 하급심 판결에서는 견해가 엇갈렸으며(서울고등법원 2014. 11. 27. 선고 2014누44191·44207(병합) 판결(2017. 6. 26. 상고 취하 확정)은 거칠 필요가 없다는 견해, 반대로 서울고등법원 2014. 3. 19. 선고 2013누16175(상고 포기 확정) 판결은 거쳐야 한다는 견해), 노동법 연구자 사이에서도 다양한 견해가 있다.

7) 제1심 판결 pp.8~9 참조.

교섭창구 단일화 절차<sup>8)</sup>를 거쳐 체결한 단체협약이더라도 유일 노동조합 자신과 그 노동조합 조합원을 위하여 단체교섭을 하고 단체협약을 체결한 것으로 보아야 한다.<sup>9)</sup>

### 3. 평가와 단상(斷想)

대상판결은 교섭요구노동조합으로 확정된 유일 노동조합에 대하여는 교섭대표노동조합의 지위를 인정할 수 없다는 법리를 최초로 확인하였다는 점에서 의의가 있다. 그러나 대상판결에도 불구하고 교섭대표노동조합을 정하여 교섭을 요구하여야 하는 ‘노동조합이 2개 이상인 경우’에서의 노동조합이 교섭요구노동조합으로 확정된 노동조합을 말하는 것인지 또는 그 확정 이전에 이미 그 존재가 확인된 노동조합을 말하는지, 바꾸어 말하면 교섭대표노동조합을 결정할 필요가 없는 상태, 즉 유일 노동조합인지를 분명하게 하기 위하여 교섭요구노동조합 확정 절차는 반드시 거쳐야 하는지에 대한 논란까지 해소된 것은 아니다. 만약 대상판결이 ‘특별한 사정이 없는 한’이라는 전제조건을 붙이지 않고 ‘교섭창구 단일화 제도는 복수 노동조합이 교섭요구노동조합으로 확정되고 그중에서 ... 교섭대표노동조합을 선정하기 위한 체계’라고 하였다면, 그리고 ‘해당 노동조합 이외에 교섭요구노동조합이 존재하지 않아 다른 노동조합의 의사를 반영할 만한 여지가 처음부터 없었던 경우에는 교섭대표노동조합의 개념이 무의미’하다고 하였다면, 위와 같은 논란은 판례로서 해소되었을 수도 있었을 것이다. **KL**

장영석(전국언론노동조합, 공인노무사)

8) 유일 노동조합은 교섭대표노동조합이 될 수 있는 4가지 경우를 거쳐 교섭대표노동조합이 될 수는 없으므로, 교섭요구노동조합 확정 공고 또는 교섭대표노동조합이라는 임의적 결정 공고를 하는 것으로 교섭창구 단일화 절차가 마무리될 것이다.

9) 강선희(2016), 「창구단일화 절차를 거쳐 단수노조로 확정된 경우의 교섭대표노조의 지위?」, 『노동리뷰』 9월호, 한국노동연구원, p.95.

## 용역업체의 교체와 제3자를 위한 계약

- 대전지방법원 2017. 11. 21. 선고 2015가단228451 판결 -

### 【판결요지】

피고와 수자원공사는 이 사건 위탁계약을 체결함에 있어 피고가 특별한 사정이 없는 한 기존 근로자들의 고용을 승계하기로 명시하였고, 기존 근로자들의 고용관계에 관하여 근로조건 이행확약서 기재 내용을 따르기로 하는 의사의 표시가 있었던 것으로 볼 수 있는 점, 원고들을 비롯한 수자원공사와 위탁계약을 체결한 십수 개의 용역업체에 고용된 근로자들의 대부분은 여러 차례 외부 용역업체의 변경에도 불구하고 새로운 용역업체와 근로계약을 체결하고 수자원공사에서 동일한 업무를 담당하며 계속 근무를 하였던 점, 원고들은 피고에 대하여 이 사건 소장으로 이 사건 위탁계약에 따라 원고들의 고용승계를 주장하며 고용기간에 해당하는 임금을 청구하는 등 수익의 의사표시를 한 사실 등을 종합하여 보면, 이 사건 위탁계약은 원고들이 피고에 대하여 고용승계를 요구할 권리를 직접 취득하도록 하는 제3자를 위한 계약에 해당한다고 볼 수 있다.

한국수자원공사(이하, 이 사건 공사)는 1998년경부터 청소업무 등을 외부 용역업체에 위탁하여 수행하도록 하고 있고, 1998년경부터 이 사건 공사와 위탁계약을 체결한 십수 개의 용역업체에 고용된 근로자들의 대부분은 여러 차례 외부 용역업체의 변경에도 불구하고 새로운 용역업체와 근로계약을 체결하고 수자원공사에서 동일한 업무를 담당하며 계속 근무를 하였다. 이 사건 원고들도 최소 6년 이상 수차례의 용역업체의 교체에도 불구하고 매번 그 소속을 바꾸어가며 이 사건 공사의 본사 사옥 청소업무를 수행하였다.

피고는 2013. 12. 11.경 이 사건 공사와 2014. 1. 1.부터 2014. 12. 31.까지 이 사건 공사의 청소 및 조경업무를 위탁받아 수행하는 위탁계약(이하, 이 사건 위탁계약)을 체결하였다. 한편 피고는 위 계약체결을 위하여 실시된 입찰과정에서 이 사건 공사에 “정부의 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침 등에 따라 특별한 사정이 없는 한 고용승계를 하겠습니다.”라는 취지의 「근로조건 이행확약서」(이하, 이 사건 확약서)를 제출하였다. 피고는 위 위탁계약의 체결 직후인 2013. 12. 16. 미화원 및 조경보조원에 대한 채용공고를 하여 기존 용역업체에 근무하였던 원고들을 포함한 총 46명(기존 근로자 34명, 신규 지원자 12명)의 지원을 받아 신규채용을 위한 면접을 실시하고, 그중 원고들을 제외한 34명(기존 근로자 28명, 신규 지원자 6명)과 각 근로계약을 체결하였다.

이에 원고들은 피고가 이 사건 공사와 위탁계약을 체결하면서 “정부의 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침 등에 따라 특별한 사정이 없는 한 고용승계를 하겠다.”는 내용의 확약서를 작성·제출함으로써 명시적으로 고용승계 약정을 하였음에도 원고들의 고용승계를 거절한 것은 부당해고에 해당하므로 그 해고기간인 2014. 1. 1.부터 2014. 12. 31.까지의 임금상당액 등의 지급을 구하는 소를 제기하였다. 이에 대하여 피고는 피고가 입찰과정에서 입찰관련 첨부서류로 위 확약서를 작성하여 이 사건 공사에 제출한 사실을 자인하면서도, 위 확약서는 피고가 근로조건을 불이행할 경우 향후 입찰참가자격제한 조치 등 불이익 처분을 받더라도 이의를 제기하지 아니하기로 확약한 것에 불과하다는 취지로 항변하였다.

이 사건과 관련된 법적 쟁점으로는 ① 피고가 이 사건 공사에 입찰참가서류의 하나로 제출한 이 사건 확약서가 이 사건 공사와 피고 간의 위탁계약의 내용으로 편입되었는지, ② 위 확약서가 위탁계약에 편입되었다면 위 확약서상의 “정부의 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침 등에 따라 특별한 사정이 없는 한 고용승계를 하겠습니다.”라는 문구의 규범적 의미는 무엇인지, ③ 위 확약서상 고용승계의 제외사유로 기재된 ‘특별한 사정’의 의미가 무엇인지 등이 문제된다. 대법판결은 이들 쟁점에 관하여 다음과 같이 판시하였다.

(1) 이 사건 위탁계약과 관련된 문서는 일반용역계약서(최종) 외에 용역계약일반조건, 일반용역계약특수조건, 일반용역계약추가특수조건, 근로조건이행확약서 등이 있고, 피고가 위 문서들에 기재된 내용을 숙지하고 이를 이행할 것을 확약하며 이 사건 위탁계약을 체결한 사실, 정부의 지침이 곧바로 법적 구속력을 가지는 것은 아니나 공공기관인 이 사건 공사는 정부의 지침에 따라 피고에게 위 확약서의 제출을 요구하였고, 이 사건 위탁계약의 내용을 이루는 여러 문서에서 피고에게 위 확약서에 따른 철저한 이행준수를 요구하고 있는 점, 이 사건 위탁계약과 관련된 문서의 각 내용, 특히 청소용역계약에 있어서 계약조건 중 상충되는 사항이 있는 때에는 일반용역계약추가특수조건, 일반용역계약특수조건, 용역계약일반조건 순서대로 해석한다는 조항 등을 종합적으로 고려하면 이 사건 근로조건이행확약서는 단순히 입찰참가를 위한 권고적 서류에 불과한 것으로 볼 수 없고, 이 사건 위탁계약의 내용에 포함된다고 해석함이 타당하다.

(2) 피고와 수자원공사는 이 사건 위탁계약을 체결함에 있어 피고가 특별한 사정이 없는 한 기존 근로자들의 고용을 승계하기로 명시하였고, 기존 근로자들의 고용관계에 관하여 근로조건 이행확약서 기재 내용을 따르기로 하는 의사의 표시가 있었던 것으로 볼 수 있는 점, 원고들을 비롯한 수자원공사와 위탁계약을 체결한 십수 개의 용역업체에 고용된 근로자들의 대부분은 여러 차례 외부 용역업체의 변경에도 불구하고 새로운 용역업체와 근로계약을 체결하고 수자원공사에서 동일한 업무를 담당하며 계속 근무를 하였던 점, 원고들은 피고에 대하여 이 사건 소장으로 이 사건 위탁계약에 따라 원고들의 고용승계를 주장하며 고용기간에 해당하는 임

금을 청구하는 등 수익의 의사표시를 한 사실 등을 종합하여 보면, 이 사건 위탁계약은 원고들이 피고에 대하여 고용승계를 요구할 권리를 직접 취득하도록 하는 제3자를 위한 계약에 해당한다고 볼 수 있다.

(3) 이 사건 근로조건이행확약서에 의하면, 피고는 ‘특별한 사정이 없는 한 고용승계’를 하도록 되어 있고, 위와 같은 특별한 사정의 주장, 입증책임은 피고에게 있다고 할 것인바, 이에 대한 피고의 주장, 입증이 없으므로 원고들은 피고를 상대로 고용승계를 요구할 권리가 있고, 피고들이 신규채용 형식을 빌려 원고들에 대한 고용승계를 거절한 이상 원고들은 피고를 상대로 고용기간 동안 근로하였을 경우에 받을 수 있는 임금의 지급을 청구할 수 있다고 할 것이다.

이 사건 공사가 피고에게 이 사건 확약서를 요구한 배경, 이 사건 확약서의 문면상에 기재된 문구의 의미, 이 사건 공사에서 종래 용역업체의 교체에도 불과하고 소위 용역근로자의 고용이 승계되어 왔다는 관행 등을 종합적으로 고려할 때, 대상판결의 이러한 판단은 흠잡을 구석이 없는 적절한 판단이라고 생각한다. 아래에서는 대상판결이 나오게 된 사회적 배경, 대상판결이 있기 전의 판례의 경향, 대상판결의 가치 및 한계 등을 간단히 살펴보기로 한다.

지난 2012. 1. 16. 정부는 관계부처합동으로 「상시·지속적 업무 담당자의 무기계약직 전환 기준 등 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침」을 작성·배포하였고, 심지어 동 지침에서 “국회, 법원, 감사원, 헌법재판소, 중앙선거관리위원회 등 헌법기관도 금번 기준에 준하여 자체 개선방안을 마련·추진함이 바람직”하다고 다른 헌법기관들에 위 지침의 준수를 추천하기까지 하였다. 위 지침의 내용을 살펴보면, 용역업체 선정시 “일반용역 적격심사기준에 외주근로자 근로조건 보호 관련 항목을 포함, 근로조건 관련 확약서 제출 여부를 심사”하고, 용역계약체결시 “① 특별한 사정이 없는 한 고용을 승계, ② 특별한 사정이 없는 한 용역계약기간 중 고용유지, ③ 적격심사시 제출한 외주근로자 근로조건 보호 관련 사항 위반시 계약해지 및 향후 입찰 참가자격 제한 가능” 등의 내용을 계약서에 명시하도록 하였을 뿐만 아니라, “발주기관은 용역업체가 제출한 외주근로자 근로조건 보호 관련 확약내용의 이행여부를 수시로 확인”하라는 내용을 담고 있었다. 위 지침은 「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용을 받는 ‘국가·지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 기관’과의 관계에서는 법규성이 없는 행정지도에 불과하다.<sup>1)</sup> 그러나 위 지침 자체가 법규성이 없다는 사실은 위 지침에 따라 발주기관이 응찰자로부터 징구한 확약서가 계약에 편입됨을 방해하지 않는다. 따라서 “이 사건 근로조건이행확약서는 단순히 입찰참가를 위한 권고적 서류에 불과한 것으로 볼 수 없고, 이 사건 위탁계약의 내용에 포함된다”는 대상판결의 판단은 적절하다.

1) 헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2012헌마330 결정: “이 사건 지침조항은 위 관계법령의 규정에 의하여 확정된 내용을 확인한 것에 불과하여 청구인들의 법적 지위에 어떠한 영향을 미친다고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 지침조항은 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사에 해당하지 않는다.”

이와 같이 이 사건 확약서가 이 사건 공사와 피고 간의 위탁계약의 내용에 포함된다면, 그 다음으로 동 확약서에 기재된 “정부의 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침 등에 따라 특별한 사정이 없는 한 고용승계를 하겠습니다.”라는 문구의 해석이 문제된다. 대상판결은 위 문구를 원고들이 피고에 대하여 고용승계를 요구할 권리를 직접 취득하도록 하는 제3자를 위한 계약으로 해석하였는바, 이러한 판단이 전혀 생소한 것은 아니다. 종래 대전고등법원 2016. 10. 7. 선고 2016누11696 판결<sup>2)</sup>은 “이 사건 청소용역시방서의 고용승계규정은, 이러한 규정을 특별히 명시한 취지 등에 비추어 보면, 제3자인 참가인들에게 직접 권리를 취득하게 할 목적으로 체결된 제3자를 위한 계약이라고 볼 여지도 충분하고, 이 경우 참가인들이 승낙의 의사를 표시(고용승계 요구)한 이상, 원고로서는 이 사건 청소용역시방서의 고용승계규정에 따라 참가인들에 대한 고용승계의무를 직접 부담한다고 할 것이다.”라고 판시하여 용역업체의 교체시 위탁업체와 새로운 용역업체 간에 체결된 고용승계의 약정의 법적 성질을 제3자를 위한 계약으로 해석할 수 있는 단초를 제시한 바 있다. 용역업체의 교체시 근로관계의 승계에 관한 별도의 입법이 없는 우리나라의 상황에서 근로관계의 승계 문제는 결국 용역업체의 교체와 관련한 일련의 법률행위의 해석 내지 보충을 통해 해결될 수밖에 없을 것인바, 이 경우 발주기관과 신규 용역업체가 기존 용역업체의 근로자를 수익자로 하는 제3자를 위한 계약을 체결한 것으로 법률행위를 해석 내지 보충하는 것은 충분히 가능한 계약해석의 방법이라고 생각한다. 특히 이 사건 공사가 본사 사옥의 청소업무를 외주화한 이후 20년 가까이 거의 매년 용역업체가 교체되는 과정에서 위 업무에 종사하던 근로자들의 대부분은 그 소속을 바꾸어가며 동일한 업무를 수행하면서 이 사건 공사의 사업장 내에서 계속 근무를 하여 왔다는 이 사건 공사의 ‘사업장 관행’은 이 사건 확약서를 원고들에게 신규 용역업체와의 근로관계 형성에 관한 선택권(option)을 부여하는 제3자를 위한 계약으로 해석하는 자료로 충분히 기능할 수 있을 것이다.<sup>3)</sup> 한편 이 사건 확약서의 의미를 원고들로 하여금 피고에게 근로계약의 체결을 요구할 권리(정확하게 말하면 피고와의 근로관계를 직접 형성할 권리)를 취득하게 하는 제3자를 위한 계약으로 이해한다면, 이 사건 확약서에 고용승계의 제외사유로 기재된 ‘특별한 사정’은 원고의 권리행사에 대한 항변에 해당한다. 따라서 이에 대한 주장, 입증책임이 피고에게 있음은 명백하므로 이 점을 지적하는 대상판결의 판단은 옳바르다.

대상판결은 정부의 지침에 따라 공공부문의 용역계약 입찰과정에서 응찰자로부터 징구하고 있는 ‘근로조건이행확약서’상의 고용승계 확약의 의미를 기존 용역업체 소속 근로자들을 위한 제3자를 위한 계약이라고 해석하는 방법으로 용역근로자들의 고용안정을 도모하였다는 점에서 그 의미가 크다. 다만 이러한 취지의 확약서가 정부의 지침에 따라 공공부문에서나 징구되

2) 현재 대법원 2016두57045호로 계속되고 있다.

3) 권오성(2017), 「용역업체의 교체와 근로관계 승계」, 『노동법학』 63, 한국노동법학회, p.20.

고 있는 현실을 고려한다면, 대상판결의 결론은 그 법리적 정합성은 별론, 현실적인 확장성은 제한적일 수밖에 없다. 용역업체 교체시 용역근로자의 보호는 종국적으로는 기업변동시 근로관계의 승계 및 근로조건을 보호를 목적으로 하는 입법을 통하여 해결되어야 한다. 그에 앞서 ‘중간착취의 배제’를 선언하고 있는 「근로기준법」 제9조의 취지를 고려할 때 청소·경비업무 등 노무도급업무의 외주화 자체의 적법성에 대하여 진지한 고민이 필요하다. 정부가 ‘모범적 사용자’로서의 역할을 자임하기 위해서는 적어도 상시·지속적 업무에 종사하는 근로자들은 당연히 직접 고용해야 할 것이다. “정부의 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침 등에 따라 특별한 사정이 없는 한 고용승계를 하겠습니다.”라는 확약서 따위를 징구하라는 지침은 공공부문 용역근로자의 보호에 관한 국가의 책임을 영세한 용역업체에게 전가함에 불과하다. **KLI**

권오성(성신여대 법과대학 교수)

## 비정규직 차별시정제도에서 비교대상자 선정의 의미

- 서울행정법원 2017.7.7. 선고 2016구합53203 판결 -

### 【판결요지】

비교대상근로자로 선정된 근로자의 업무가 기간제근로자의 업무와 동종 또는 유사한 업무에 해당하는지 여부는 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무 내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단하되, 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 아니하고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면 달리 특별한 사정이 없는 한 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 한다. ... 정규직 근로자 중 가장 높은 처우를 받는 근로자를 비교대상근로자로 선정하는 경우 가장 낮은 처우를 받는 정규직 근로자는 기간제근로자보다 더 불이익을 받게 되는 역차별이 발생할 우려가 있으므로, 비교대상근로자로 가장 낮은 처우를 받는 정규직 근로자를 선정하는 것이 타당하다.

차별 판단은 비교를 전제로 하며, 이를 위하여 차별시정제도에서는 신청근로자(비정규직 근로자)와 비교를 하기 위한 근로자가 필요하다. 이러한 근로자를 흔히 ‘비교대상근로자’(또는 ‘비교대상자’)라고 부른다. 비교대상근로자는 불리한 처우가 있었는지 여부를 판단하는 비교 기준으로서의 역할뿐만 아니라 시정명령의 내용을 결정하는 근거 및 기준으로의 역할도 수행한다. 따라서 차별심사에서 비교대상근로자의 존부 또는 선정 타당성에 대한 판단은 차별심사의 가장 기초적인 단계, 즉 입구라고 할 수 있다.<sup>1)</sup>

「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, 기간제법) 제9조와 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, 파견법) 제21조 제3항에서는 신청인이 차별시정 신청시 차별적 처우의 내용을 구체적으로 명시하여야 한다고 규정하고 있다. 차별적 처우가 있는지 여부는 비교판단을 전제로 하기 때문에, 노동위원회는 신청인이 명시한 차별적 처우의 범위 내에서 판단하며, 이에 따라 기간제법 제8조, 파견법 제21조 1항에 의해 노동위원회에 차별시정 신청시 신청인은 비교대상자를 선정하여 차별시정 신청을 하게 되어 있다.<sup>2)</sup> 이처럼 비교대상자 선정은 차별시정 신청의 당연한 요건이므로, 동종·유사업무에 종사하는 비교대상자가 존재하지 않는 경우에는 차별에 대한 판단을 할 수 없다.<sup>3)</sup>

1) 조용만(2009), 『차별시정 판정사례 분석을 통한 차별시정 운영개선 방안 마련』, 중앙노동위원회, p.44.

2) 노동위원회 규칙 별지 제35호 서식 참조.

3) 다만 노동위원회는 실무 처리에 있어서 차별시정 신청서상 잠재적 비교대상자가 기재되어 있지 않은 경우에

대상판결은 기간제근로자의 비교대상근로자 선정에 관한 판단을 하고 있는데, 사실관계를 살펴보면 다음과 같다. 원고인 한국원자력연구원은 사내하청업체들을 통한 파견인력을 활용해 오던 중 2013년 대전지방고용노동청(이하, 이 사건 통보기관)으로부터 불법파견 판정에 따른 파견근로자의 직접고용 시정명령을 받았으나, 이를 이행하지 않았다. 이후 2014년 1월 10일 원고는 한국원자력연구원 비정규직지회와 사이에 이 사건 통보기관의 중재를 통하여 사내하청업체 소속 근로자 중 이미 퇴직하거나 정규직으로 채용된 45명을 제외한 나머지 조합원 28명을 포함한 사내하청업체 소속 근로자 54명을 직접 고용하였다. 그리고 참가인을 포함하여 직접 고용된 근로자들은 2013년 11월 19일에 제정한 “연구시설운영직활용지침”(이하, 이 사건 지침)에 따라 연구시설운영직이라는 직제하에 무기계약근로자와 유기계약(기간제)근로자로 분리 고용하였다.

기간제근로자인 참고인은 2014년 11월 27일 이 사건 지침이 동종·유사업무를 수행하는 기능직 8등급에 비하여 고정급여(정액기본급, 연구활동비, 고정·차등평가급)와 복지수당(이하, 이 사건 임금 등)을 차별하여 적게 지급하고, 경력산정에 있어서도 군 경력을 반영하지 아니하여 차별적 처우를 하고 있다고 진정을 제기하였다. 이 사건 통보기관은 2015년 2월 17일 차별적 처우를 인정하였지만, 이에 대하여 원고는 불응하였다. 그러자 참고인은 같은 해 4월 7일 충남지방노동위원회에 차별시정을 신청하였으나 이를 인정받지 못하였다. 이후 참고인의 재심 신청에 대하여 2015년 9월 11일 중앙노동위원회에서는 참고인의 청구를 인정하여 차별적 처우에 따라 발생한 이 사건 임금 차액을 지급할 것을 판정하였다. 하지만 중앙노동위원회 결정에 대하여 대상판결에서는 참가인과 비교대상근로자는 동종·유사한 업무에 종사한다고 할 수 없고, 가사 동종·유사한 업무에 종사한다고 하더라도 비교대상근로자의 선정이 적법하지 않기 때문에 참고인을 기간제근로자임을 이유로 차별적 처우를 하였다고 할 수 없으므로 이 사건 재심판정을 취소한다고 판단하였다.<sup>4)</sup>

대상판결의 쟁점은 비교대상자 선정의 타당성, 즉 비교대상근로자가 ① 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 근로자에 해당하는지 여부와 ② 복수의 비교대상근로자가 존재하는 경우 특정의 문제(선정의 정당성)이다. 이 중 ①에 대하여 대상판결에서는 기존 대법원의 선례를 인용하면서, “... 비교대상근로자로 선정된 근로자의 업무가 기간제근로자의 업무와 동종 또는 유사한 업무에 해당하는지 여부는 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무 내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단하되, 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 아니하고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무

도 보정 불이행만을 이유로 바로 각하하지 않도록 하고 있다. 이에 관해서는 중앙노동위원회(2012), 『차별시정 업무매뉴얼』, p.15. 참조.

4) 대상판결은 서울고등법원에 2017. 8. 3. 접수되어 현재 계류 중에 있다(서울고등법원 2017누63476).

의 내용에 본질적인 차이가 없다면 달리 특별한 사정이 없는 한 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사한다고 보아야 한다”고 판단하였다. 그 다음 ②에 관해서는 “...정규직 근로자 중 가장 높은 처우를 받는 근로자를 비교대상근로자로 선정하는 경우 가장 낮은 처우를 받는 정규직 근로자는 기간제근로자보다 더 불이익을 받게 되는 역차별이 발생할 우려가 있으므로, 비교대상근로자로 가장 낮은 처우를 받는 정규직 근로자를 선정하는 것이 타당하다.”고 보고 있다.

비정규직 차별시정제도 초기 노동위원회와 법원은 업무의 동종·유사성 판단에 있어서 ‘동일한 직무 내용과 성질’을 갖는 경우에만 비교가 허용되는 것으로 좁게 해석한 바 있다. 하지만 이러한 관점에서 비교대상근로자를 선정하게 되면 작업과 업무의 내용뿐만 아니라 채용절차나 업무수행에서의 권한 및 책임, 기여도 등이 동일한 수준인지 평가할 수밖에 없으며, 이러한 방식은 사실상 차별시정을 신청할 수 없게 만드는 요인으로 작용할 수 있다. 하지만 대상판결에서 인용한 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결 이후에는 합리적 이유 판단 요소와 비교대상 판단 단계에 관한 구별 실익을 고려하여, “주된 업무의 내용에 본질적인 차이”가 있다고 보지 않는 한 동종 또는 유사한 업무로 판단하는 경향이 나타나고 있다. 하지만 이러한 경향에도 불구하고 대상판결과 같이 사실관계 인정단계에서 ① 업무 기여도, ② 업무의 범위, ③ 근무형태, ④ 채용방식과 절차, ⑤ 업무 지식과 능력 등을 종합적으로 고려하여 ‘주된 업무의 내용에 본질적인 차이’를 판단하는 경우에는 종래의 판단 구조와 크게 다르지 않다. 특히 비교대상근로자는 반드시 ‘동종 업무’가 아니더라도 ‘유사 업무’를 수행하는 경우까지 포괄한다는 점을 고려한다면, 채용방식과 절차, 업무상의 권한과 책임, 업무난이도와 기여도 차이 등은 합리적 이유 판단 단계에서 검토되는 것이 타당하다.<sup>5)</sup>

한편 동종·유사 업무에 종사하는 비교대상자들 중에 임금 등 차별시정 대상의 수준이 가장 높은 자와 가장 낮은 자가 병존하는 경우 노동위원회와 법원은 그 중 가장 낮은 수준의 처우를 받은 자를 비교대상근로자로 선정하여 한다고 판단하고 있다.<sup>6)</sup> 그러나 이에 관해서도 비교가능성 심사단계에서 결정할 문제가 아니라 불리한 처우의 정도가 적정한가에 대해서는 합리성 심사단계의 고려사항이라는 비판이 존재한다. 특히 비교대상근로자는 신청인이 선정한 자와의 불리한 처우 여부를 판단할 수 있으면 충분하며, 실질적 차별시정은 양자 간 특정한 자격이나 경력 차이를 고려하여 ‘합리적 이유’ 존부를 확인하는 단계에서 다룰 수 있으므로,<sup>7)</sup> 반드시 ‘가장 낮은 수준의 처우를 받는 자’가 비교대상근로자로 선정되어야만 차별시정 판단이 가능

5) 이 사건에서는 의도적인 방식은 아니지만 기간제와 통상근로자 간의 직군 분리가 존재하였는데, 직군을 분리하여 작업의 내용이나 책임 및 권한을 분리하는 경우 이러한 종합적 판단방식을 통한 비교대상근로자 선정은 상당히 제한적으로만 인정될 여지가 크다.

6) 중앙노동위원회 2008. 4. 14. 판정 2008차별7; 서울행정법원 2012. 1. 12. 선고 2011구합8734 판결.

7) 이와 유사한 견해로는 박종희(2017), 「고용형태를 이유로 하는 차별금지제도의 현황과 과제」, 『안암법학』 53, 안암법학회 참조.

한 것은 아니다.

비정규직의 불합리한 차별을 차별시정제도를 통하여 시정해 나가기 위해서는 비교대상근로자 선정단계에서 가급적 대상범위를 폭넓게 해석하여 불리한 처우 및 합리적 이유 유무에 관한 실체적 판단을 할 수 있는 방안을 모색할 필요가 있다. 최근 정부의 『일자리정책 5년 로드맵』에서 나타난 비정규직 차별해소 부분을 살펴보면 ‘비교대상근로자’의 범위 확대를 통한 차별시정제도 활성화가 제일 처음으로 제시되고 있는데,<sup>8)</sup> 사법 심사에 있어서도 비교대상근로자 선정단계에서는 가급적 대상범위를 폭넓게 해석하여 불리한 처우 및 합리적 이유 유무에 관한 실체적 판단을 할 수 있는 방안을 모색하는 접근법이 요구된다. **KLI**

김근주(한국노동연구원 부연구위원)

8) 일자리위원회·관계부처 합동(2017. 10. 8.) 『일자리정책 5년 로드맵』, “<일자리 질 개선> ⑧ 비정규직 남용 방지 및 차별없는 일터 조성” 참조.