

## 노동판례리뷰

### 도급사업주 사업장에서의 수급사업주의 안전보건조치의무

- 대법원 2020. 4. 9. 선고 2016도14559 판결 -

#### 【판결요지】

사업주가 고용한 근로자가 타인의 사업장에서 근로를 제공하는 경우 그 작업장을 사업주가 직접 관리·통제하고 있지 아니하다는 사정만으로 사업주의 재해발생 방지의무가 당연히 부정되는 것은 아니다. 타인의 사업장 내 작업장이 밀폐공간이어서 재해발생의 위험이 있다면 사업주는 당해 근로관계가 근로자파견관계에 해당한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 법 제24조 제1항 제1호에 따라 근로자의 건강장해를 예방하는 데 필요한 조치를 취할 의무가 있다. 따라서 사업주가 근로자의 건강장해를 예방하기 위하여 법 제24조 제1항에 규정된 조치를 취하지 아니한 채 타인의 사업장에서 작업을 하도록 지시하거나 그 보건조치가 취해지지 아니한 상태에서 위 작업이 이루어지고 있다는 사정을 알면서도 이를 방치하는 등 위 규정 위반행위가 사업주에 의하여 이루어졌다고 인정되는 경우에는 법 제66조의 2, 제24조 제1항의 위반죄가 성립한다.

현재와 같이 전면개정이 이루어지기 전의 구 산업안전보건법은 도급사업주의 사업장에서 일하는 사내하도급 근로자들의 건강과 안전을 위해서 그 근로자들의 근로계약상 사업주인 수급사업주와 도급사업주 모두에 대해 안전조치의무와 보건조치의무(이하 통칭하여 안전·보건조치의무)를 부과하고 있다. 즉 사내하도급 근로자들과 직접적 고용관계를 맺고 있는 수급사업주에 대해서는 제23조와 제24조를 통해 안전·보건조치의무를 부과하고, 도급사업주에 대해서는 제29조 제3항을 통해 특별한 안전·보건위험이 있는 장소에서 일하는 사내하도급 근로자들에게 안전·보건조치를 취하도록 의무를 부과하고 있다. 전자의 의무는 고용노동부령으로 정하게 되어 있고, 그 고용노동부령이 산업안전보건기준에 관한 규칙(이하 산업안전보건기준)이

다. 후자의 의무도 구체적인 조치사항에 대해 고용노동부령으로 정하도록 하고 있는데, 이것도 산업안전보건기준이 된다.<sup>1)</sup> 이 기준은 사업주별로 구별이 없이 구체적인 안전·보건조치 사항을 규정함에 따라 수급사업주가 제23조와 제24조에 따라 그 근로자들에 대해 취해야 할 안전·보건조치의무와 제29조 제3항에 따라 도급사업주가 일정한 조건의 사내하도급 근로자들에 대해 취해야 할 안전·보건조치의무가 동일해지며, 단지 사업주만을 달리하여 중복적으로 부과된다.

이러한 산업안전보건법의 규율하에서 2015년 1월 12일 LCD, OLED 등을 생산하는 E회사 파주공장에서 사내하도급업체 근로자 3명이 질소질식에 의한 산소결핍으로 사망하였다. 사망한 근로자 3명 중 2명은 C회사 소속이며, 1명은 D회사 소속이었다. C회사는 E회사 파주공장에서 자신이 공급한 장비의 유지·보수 업무를 수행하고 있었고, D회사는 C회사가 E회사에 공급한 장비의 부품을 생산하는 업체이다. 사망한 근로자 3명은 E회사의 사전 승인을 받아 사고 당일 장비의 유지·보수 업무를 수행하기 위해 파주공장을 방문하여 작업장소인 4번 체임버에 들어갔다가 이와 같은 사고를 당했다.

이 사고에 대하여 E회사 5명, C회사 2명, D회사 1명이 모두 업무상 과실치사상죄로 기소되었으며, 동시에 이들 중 산업안전보건총괄책임자인 E회사의 상무는 구 산업안전보건법상 도급사업주의 안전조치의무(제29조 제3항) 위반죄로 C회사의 사장(A), 그리고 동시에 D회사의 대표이사(B)는 산업안전보건법상 사업주의 보건조치의무(제24조 제1항) 위반죄(제66조의 2 적용 포함)로 추가로 기소되었으며, 이와 관련하여 산업안전보건법의 양벌규정에 따라 법인인 E회사, C회사, D회사도 산업안전보건법 위반죄로 기소되었다. 이 사건 제1심과 원심을 거쳐 총 8명의 업무상 과실치사상죄와 E회사와 이 회사 상무의 산업안전보건법 위반죄에 대해 모두 유죄가 확정되었다.

그러나 이 사건 제1심법원<sup>2)</sup>과 원심법원<sup>3)</sup>은 A와 B의 업무상 과실치사상죄의 유죄를 인정하면서도 이들의 산업안전보건법 위반죄에 대해서는 무죄를 선고하였고, 이에 따라 C회사와 D회사의 산업안전보건법 위반죄에 대해서도 무죄를 선고하였다.<sup>4)</sup> A와 B, C회사와 D회사가 산업안전보건법 위반죄에 대해 무죄를 받은 부분에 대해서만 검사가 상고하여 이 사건 대법원에서는 이 부분만이 다루어졌다. 대법원은 위 판결요지에서 인용한 판례법리에 근거를 두고 원심의 무죄부분을 모두 파기하고 이 사건을 의정부지방법원에 환송하였다.

- 1) 전면개정이 이루어지기 전의 산업안전보건기준 제1조는 이 기준이 구 산업안전보건법 제23조, 제24조, 제29조 등의 위임을 받아 제정된 것임을 밝히고 있다.
- 2) 의정부지방법원 고양지원 2016. 1. 25. 선고 2015고단1445 판결.
- 3) 의정부지방법원 2016. 8. 25. 선고 2016노422 판결.
- 4) 이 사건 1심과 원심의 판결에 대한 자세한 평석으로는 민창욱(2016), 「안전사고에 대한 사업주책임과 개인책임」, 『노동법연구』 제41호, 참조.

이 사건 원심은 산업안전보건법 위반죄에 대해서 무죄를 선고하면서 그 근거로 다음과 같은 판례법리를 실시하였다.

“앞서 본 판례의 법리와 산업안전보건법 제5조 제1항 제2호에서 ‘쾌적한 작업환경을 조성하고 근로조건을 개선할 것’을 사업주의 의무로 정하고 있는 점 등 위 법의 전체적인 체계 등에 비추어 보면, 여기에서의 사업주는 원심이 실시한 바 대로 ‘**사업장을 직접 지배·관리하면서 운영하는 사업주**’, 즉 **사업장에서 이루어지는 작업의 전체적인 진행과정을 총괄하고 조율하며 작업환경과 근로조건을 결정할 능력이나 의무가 있는 사업주**에 한한다고 할 것이다.”

구 산업안전보건법 제23조와 제24조의 사업주의 안전·보건조치의무가 근로자를 직접 고용하는 사업주에게 부과되는 것임에도 불구하고 그러한 사업주 중에서 사업장을 지배·관리하지 않는 사업주는 이에 해당하지 않는다고 보는 근거가 원심에서는 다소 불분명하다. 이와 달리 이 사건 1심에서는 그 근거로 산업안전보건기준의 관련 규정을 들고 있다. 산업안전보건기준은 이 사건 사고가 발생한 작업장소가 해당되는 밀폐공간에서의 조치사항을 규정하고 있다(제619조~626조). 제1심법원은 이 규정들이 대부분 밀폐공간이 있는 작업장에 설비 등을 설치하거나 출입을 통제할 권한 등이 있음을 전제로 하고 있다는 점을 위 법리의 근거로 삼았다. 예를 들어 밀폐공간 작업 시 환기조치(제620조)는 작업장 환기시설을 관리할 권한을 전제로 하고 있다.

원심은 이와 같은 법리를 근거로 하여 A와 B는 E회사 파주공장에서 이루어지는 작업의 전체적인 진행과정을 총괄하고 조율하며, 작업환경과 근로조건을 결정할 수 있는 능력이나 의무가 없어 제24조 제1항에서 정한 보건조치를 취하여야 할 의무가 있는 ‘사업주’에 해당하지 않는다고 결정하였다.

근로계약상의 사업주가 그 사업주에 의해 작업공간 등이 지배·관리되지 않고 있다는 이유로 안전·보건조치의무를 부담하지 않는다고 하면, 현실적으로 대부분의 사내하도급 업체는 도급사업주의 사업장에서 근무하는 자신의 근로자에 대해서 안전·보건조치의무를 취할 의무가 없게 될 것이다. 그리고 실질적으로라도 근로자파견관계가 아니어서 지휘·명령권이 있는 수급사업주가 어떠한 형태로도 안전·보건조치를 취할 의무가 없다고 하는 것은 타당하지 않다. 왜냐하면 안전·보건조치에는 작업공간과 작업환경에 대한 것뿐만 아니라 지휘·명령에 의해서 이루어지는 것도 당연히 포함되기 때문이다. 대법원은 위의 판례법리를 통해 수급사업주에 의해 직접 관리·통제되지 않은 도급사업주의 사업장에서 일하는 사내하도급 근로자들에 대해서도 수급사업주가 이들 근로자의 근로계약상의 사업주로서 안전·보건조치의무가 있다고 함으로써 사내하도급 근로자들에 대한 도급사업주의 안전·보건조치의무와 중복적으로 존재하게 됨을 확인했다고 볼 수 있다.

전면개정 산업안전보건법도 위와 유사하게 근로계약상의 사업주인 수급사업주와 도급사업주에게 중복하여 안전·보건조치의무를 부과하고 있다(제38조, 제39조, 제63조 참조).<sup>5)</sup> 다만 사내하도급 근로자들에 대한 도급사업주의 안전·보건조치의무에서 ‘보호구 착용의 지시 등 관계수급인 근로자의 작업행동에 관한 직접적인 조치’를 제외하는 것으로 명시하고 있다(제63조 단서). 따라서 산업안전보건기준의 구체적인 안전·보건조치 사항 중 작업행동에 관한 직접적인 조치는 도급사업주가 그 의무를 부담하지 않을 것으로 해석된다.

이 사건 대법원의 판단에서는 산업안전보건기준의 안전·보건조치 중 작업공간을 지배·관리하지 않는 수급사업주가 현실적으로 취하기가 불가능한 조치는 제외하고 실행가능한 조치만을 기준으로 안전·보건조치의무의 위반이 있는지를 판단해야 하는 것도 분명해졌다. 이러한 점은 위의 판결요지에 소개된 내용의 판례법리에 따라 이루어진 사실관계의 검토에 드러나 있다. 대법원은 이 사건의 사실관계로 보아 C회사와 D회사 소속 근로자들이 E회사 파주공장에 진입한 이후에는 C회사와 D회사가 작업에 직접적으로 관리·감독을 하지는 않은 것으로 보인다는 점을 인정하였다. 그러나 대법원은 이 사정만으로 제24조 제1항의 보건조치를 취할 의무가 없다고 할 수 없다면서 그 근거로 직접 관리·통제하지 않는다고 하더라도 그와 관계없이 취할 수 있는 조치가 있다라고 보았다. 대법원이 그러한 조치의 예로 든 것은 산업안전보건기준 제619조에서 명시된 공기상태의 측정(제1호), 송기마스크의 비치(제3호)이다. 대법원은 이러한 조치들이 예를 들어 작업공간의 환기(제620조) 등과 같이 작업공간을 지배·관리하지 않으면 할 수 없는 조치들과 달리 수급사업주가 취할 수 있는 조치라고 본 것이다.

필자는 대법원의 이러한 해석이 현재 사내하도급의 근로관계의 현실을 반영하고 있다고 보아 합리적인 면이 있다고 본다. 그러나 대법원과 같이 현실적인 실행가능성을 보면, 수급사업주와 도급사업주가 각각 취해야 하는 안전·보건조치의 범위가 축소될 위험이 있다고 본다. 도급사업주와 수급사업주에게 중복적으로 의무를 부과하는 취지가 근로관계의 특성상 안전과 보건의 관리가 특히 취약한 사내하도급 근로자들을 보호하는 것이라면, 수급사업주 자신이 지배·관리하지 않는 작업공간에서 실행가능한 안전·보건조치는 더 적극적으로 해석할 필요가 있다. 필자는 예를 들어 수급사업주는 해당 작업공간을 지배·관리하는 도급사업주에게 작업공간의 지배·관리권한으로 도급사업주만이 할 수 있는 산업안전보건기준에 따른 조치를 취하도록 요구할 수 있고, 요구할 의무가 있다고 해석할 수 있다고 본다. 그래서 수급사업주의 지배·관리가 미치지 않기 때문에 산업안전보건기준의 조치가 취해지지 않았다고 해서 안전·보건조치의무를 위반했다고 할 수는 없지만, 기준에 따른 안전·보건조치를 요구했는지에

5) 구 산업안전보건법 제29조 제3항과는 다르게 제63조에는 도급사업주가 사내하도급 근로자들에 대해 취해야 할 안전·보건조치를 위임하여 고용노동부령으로 정한다는 내용이 없다. 그렇지만 현행 산업안전보건기준도 제1조에서 제38조, 제39조, 제63조 등의 위임을 받아 정하는 것임을 밝히고 있다.

따라서 안전·보건조치의무 위반 여부를 평가해야 한다고 본다.

한편 이 사건 제1심법원이나 원심법원도 밀폐공간의 작업과 관련한 산업안전보건기준의 보건조치 중 수급사업주가 담당할 수 있는 구체적인 조치가 있을 수 있음을 알지 못했다고 볼 수는 없을 것이다. 그런데도 제1심법원과 원심법원이 이 사건의 수급사업주가 구 산업안전보건법 제24조의 사업주가 아니라고 본 것은 앞서 판결문에 분명하게 나와 있지 않다. 다른 평석의 지적처럼 개별적인 안전·보건조치의무의 성격에 따라 사업주를 달리 해석하는 것이 죄형법정주의의 원칙에서 파생하는 명확성의 원칙에 어긋난다고 보았을 수도 있다.<sup>6)</sup> 즉 사업주가 일의적이고 통일적으로 확정되어야 하므로 보건조치의 다수 조항들이 작업공간을 관리·지배하는 것을 근거로 하여 수급사업주는 보건조치의무를 갖는 사업주가 아니라고 이 사건 하급심법원이 보았을 수 있다. 하지만 시행규칙인 산업안전보건기준의 일의적이고 통일적인 해석이 필요하다는 이유를 들어 지휘명령권을 갖는 근로계약상의 사업주에게 안전·보건조치를 부과하는 모법규정 자체를 부정하는 것은 타당하지 않다고 본다.

그렇지만 제1심법원과 원심법원의 판단은 도급사업주의 사업장에서 일하는 근로자들과 관련하여 산업안전보건기준이 어떠한 의미가 있는지를 검토할 필요성을 심각하게 제기하고 있다. 먼저 현행 산업안전보건기준에 나와 있는 구체적인 안전·보건조치는 사업주가 근로자들의 작업공간을 지배·관리하는 것을 전제로 하고 있다. 그렇기 때문에 수급사업주는 산업안전보건기준의 조치를 적극적으로 취하기가 쉽지 않은 경우가 대부분이다. 그렇다면 앞서 언급한 바와 같이 예를 들어 수급사업주가 작업공간을 지배·관리하는 도급사업주에게 특정의 안전·보건조치를 취하도록 요구하는 등 사내하도급 근로관계에 맞는 안전·보건조치의무를 산업안전보건기준에 구체적으로 정할 필요가 있다. 한국 제조업 등에서 사내하도급의 역사 규모나 비중을 생각하면 산업안전보건기준의 현재 모습은 놀라울 정도로 낙후된 것이라고 할 수 있다.

이상과 같이 법원에서 다투어진 법적 쟁점에 대한 설명과 평가로 이 사건에 대한 평석을 마치는 것은 통상의 경우에는 적절할지 몰라도 이 사건에서는 타당하지 않다. 왜냐하면 여기에는 이 사건에서 3명이 사망하게 된 사실상의 원인과 이와 관련된 산업안전보건법에 대한 규범적인 평가가 전혀 없기 때문이다. 그 원인은 E회사가 C회사와 D회사의 근로자들이 일할 작업공간의 운영체계가 바뀐 것을 C회사 등이나 그 하도급 근로자들에게 알리지 않은 것이다. 질소 질식의 사망사고가 발생한 책임버는 이전까지는 질소공급이 멈출 때만 게이트가 열리게 되어 있었다. 그런데 이 사건 도급사업주는 질소공급이 되어도 게이트가 열릴 수 있도록 운영체계를 바꾸었으나 이 사실을 C회사 등에 알리지 않았다. 하도급 근로자들은 이 사실을 모른 채 게이트가 열려 있어 질소공급이 중단되었다고 생각하고 책임버에 들어갔다 사고를 당한 것이다.

6) 민창욱, 앞의 글, p.175.

이 사건 하급심법원은 밀폐된 작업공간 운영체계의 변경을 고지하지 않은 것이 이 사건 사망 사고가 발생하게 된 주요한 원인 중 하나로 인정하였고, 이를 과실치사상죄로 기소된 E회사의 직원들에 대한 유죄 인정의 근거로 들었다.

그렇지만 이 사건 사고가 발생할 당시의 산업안전보건법은 밀폐된 작업공간의 운영체계가 바뀐 것을 도급사업주나 그 근로자들에게 알려주어야 할 산업안전보건법상의 의무가 없었다. 따라서 이에 대해 산업안전보건법상의 책임을 물을 수 없었다. 사고 발생 후 2년여의 시간이 지난 후인 2017년 법 개정을 통해 현재는 질식위험이 있는 장소에서 하도급 근로자가 작업하는 경우 도급사업주가 안전·보건에 관한 정보를 제공하도록 의무를 지우고 있다.<sup>7)</sup> 현 산업안전보건법 중 특히 도급사업주의 의무와 관련된 조항은 이처럼 관련하여 사망사고 등이 발생하고 사후적으로 대응하는 방식으로 뒤늦게 반복적으로 개정이 이루어져 왔다. **KL**

심재진(서강대학교 법학전문대학원 교수)

7) 산업안전보건법 제65조 제1항 제3호. 질식위험이 있는 장소에 대한 도급사업주의 정보제공의무는 2017년 법개정에 의해 구 산업안전보건법 제29조 제5항 제3호로 최초로 규정되었다.

## 태아의 선천성 질환과 근로자의 업무상 재해

- 대법원 2020. 4. 29. 선고 2016두41071 판결 -

### 【판결요지】

사람은 생존한 동안 권리와 의무의 주체가 되므로, 개별 법률에서 예외적으로 태아의 권리능력을 인정하는 규정을 두지 아니하는 한 태아는 원칙적으로 권리능력이 없다. 산재보험법에는 태아의 권리능력을 인정하는 별도의 규정이 없으므로 산재보험법의 해석상 모체와 태아는 ‘한 몸’, 즉 ‘본성상 단일체’로 취급된다. 태아는 모체 없이는 존재하지도 않고 존재할 수도 없으며, 태아는 모체의 일부로 모(母)와 함께 근로현장에 있기 때문에 언제라도 사고와 위험에 노출될 수 있다. 한편, 산재보험법상 요양급여는 근로자가 업무상의 사유로 부상을 당하거나 질병에 걸린 경우에 그 근로자에게 지급하는 것이므로, 장해급여와는 달리 그 부상이나 질병으로 인하여 반드시 노동능력을 상실할 것을 요건으로 하지는 않는다. 따라서 임신한 여성 근로자에게 그 업무에 기인하여 발생한 태아의 건강손상은 여성 근로자의 노동능력에 미치는 영향이나 그 정도와 관계없이 여성 근로자의 업무상 재해에 해당한다고 보아야 한다.

2009년 A의료원에서 임신한 간호사는 모두 15명으로, 이들 중 비장애아를 출산한 근로자는 6명뿐이고, 원고들 외 5명은 유산을, 원고들인 4명은 선천성 심장질환아를 출산하였다. 유산과 질환아 출산의 원인으로 원고들의 근로조건과 작업환경이 꼽혔고 모(某) 대학교 산학협력단과 산업안전보건연구원의 역학조사 역시 그러한 결과를 내놓았다. 원고들은 태아의 심장 형성에 장애가 발생한 이유는 이러한 유해한 환경에 노출되었기 때문이므로 근로복지공단에 요양급여를 신청하였다. 피고인 근로복지공단은 원고들의 자녀인 선천성 심장질환아는 「산업재해보상보험법」(이하 ‘산재보험법’)상의 근로자로 볼 수 없다는 이유로 요양급여 신청을 거부하였다(1차 거부처분). 그러나 원고들은 태아의 심장질환 발병 당시 태아는 모체의 일부였으므로 태아의 질병은 모체인 원고의 질병으로 보아야 하고, 산재보험법의 적용 여부는 질병 발생 당시 이므로 그 뒤 근로자 지위를 상실하였다고 해서 산재보험의 급여가 거부되지 않는다는 것을 근거로 다시 근로복지공단에 요양급여를 신청하였다. 이에 근로복지공단은 원고들이 초진소견서 등을 제출하지 않아 자료 보관을 요청하였고, 그 후 자료 제출이 되지 않자 민원서류 반려처분을 하였다(2차 거부처분). 이에 원고들은 근로복지공단을 상대로 요양급여신청 반려처분 취소를 청구하는 행정소송을 제기하였다.

제1심인 서울행정법원은 1차 거부처분과 2차 거부처분이 사실상 하나의 사건이며 원고들의

청구를 받아들여 근로복지공단의 요양급여 부지급 처분을 모두 취소하였다. 그 이유로 서울행정법원은 “태아의 건강손상은 모체의 노동능력에 미치는 영향 정도와 관계없이 모체의 건강손상에 해당하므로, 여성 근로자의 임신 중에 업무에 기인하여 태아에게 건강손상이 발생하였다면 이는 근로자에게 발생한 업무상 재해로 보아야” 하며, 태어난 영아는 “근로자에는 해당하지 않으나, 현행 산재보험법상 업무상 재해는 업무상의 사유로 근로자에게 재해가 발생할 것, 다시 말해 업무와 재해 사이의 상당인과관계가 있을 것만을 요건으로 할 뿐이지, 질병의 발병 시점이나 보험급여의 지급 시점에 재해자 또는 수급권자가 여전히 근로자일 것을 요건으로 하지 않으므로, 출산으로 모체와 태아의 인격이 분리된다는 사정만으로 그전까지 업무상 재해였던 것이 이제는 업무상 재해가 아닌 것으로 변모한다고 볼 수 없다”라고 보았다.

특히, 태아의 건강손상을 업무상 재해에서 배제하는 것은 “임신한 여성 근로자와 태아를 업무에 내재한 위험으로부터 보호하지 않음으로써 불리하게 차별하는 것이고, 산재보험 영역에서 국가의 ‘모성 및 태아 생명’ 보호 의무를 방기하는 것에 다름 아니며, ‘근로자의 업무상 재해를 신속하고 공정하게 보상하여 근로자 보호에 이바지’한다는 우리 산재보험법의 입법목적에도 정면으로 위배”된다고 판시하였다.

그러나 피고인 근로복지공단은 행정법원의 판결에 불복하여 항소하였고, 원심인 서울고등법원은 제1심의 판결을 다음과 같은 이유로 취소하였다. “여성 근로자가 임신 중에 업무상 유해요소에 노출되어 선천성 심장질환아를 출산한 경우 그 자녀의 질병을 산재보험법상 근로자 본인에 대한 업무상 재해에 포함시킬 수 있는지”가 본 사건에서 업무상 재해를 인정할 수 있는 전제인데, 원심은 각 출산아의 선천성 질병은 출산아의 질병일 뿐 근로자인 원고들 본인의 질병이 아니므로 원고들의 업무상 재해로 포섭할 수 없다는 것이다.

그리고 요양급여의 청구권과 수급권이 분리될 수 있는가에 대해 우리 산재보험법 제36조 제2항이 수급권자의 청구에 따라 급여가 지급한다고 규정한 점, 그리고 동법 제88조 제2항이 수급권을 양도·압류하거나 담보로 제공할 수 없다고 규정한 점을 들어, 우리 산재보험법은 체계상 수급권과 청구권을 분리하여 수급권자가 급여를 받을 수 있는 상황을 차단하고 있다고 보았다. 즉, 출생한 장애아가 수급권자가 될 수 있는가는 별론으로 하고, 여성 근로자가 수급권자가 아닌 이상 그가 직접 청구권을 행사할 수 없으므로 원고인 여성 근로자의 요양급여처분은 부적법하다는 것이다(밑줄은 글쓴이 강조).

그러나 대법원의 견해는 달랐다. 먼저 전제가 되는 쟁점인 ‘태아의 건강손상이 근로자의 업무상 재해에 해당하는지’에 대해서는 “법률조항에 대하여 여러 갈래의 해석이 가능할 때 법원으로서서는 가능하면 입법권을 존중하여 입법자가 제정한 규범이 존속하고 효력이 유지될 수 있도록 헌법에 합치되는 해석, 즉 합헌적 법률해석을 선택하여야 한다”라는 점을 판시한 다음, 이의 헌법적 근거를 「헌법」 제32조 제4항 “여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금

및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받아서는 아니한다”와 「헌법」 제36조 제2항 “국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다”에서 찾는다. 그리고 “근로제공을 통한 여성의 직업 수행의 영역에서 위 헌법 규정들이 갖는 의미를 찾자면, 임신 중인 여성 근로자와 그 태아는 임신과 출산 과정에서 발생할 수 있는 업무상 유해 요소로부터 충분한 보호를 받아야 한다”라고 설시한다.

그렇다면 원칙적으로 태아는 권리능력이 없으므로 “산재보험법의 해석상 모체와 태아는 ‘한 몸’, 즉 ‘본성상 단일체’로 취급된다.” 그리고 산재보험법상 요양급여는 근로자가 업무상 사고를 당하거나 업무상 질병에 걸린 경우, 지급하는 것으로 장해급여와는 달리 사고와 질병에 따른 노동능력 상실을 요구하지 않는다. 따라서 대법원은 “임신한 여성 근로자에게 그 업무에 기인하여 발생한 태아의 건강손상은 여성 근로자의 노동능력에 미치는 영향이나 그 정도와 관계없이 여성 근로자의 업무상 재해에 해당한다”라고 하였다.

그리고 “산재보험법상 보험급여 지급과 관련하여 기초적인 법률관계가 성립한 이상, 근로자가 그 후로 근로자의 지위를 상실하더라도” 생성된 보험급여 지급관계는 어떠한 영향도 받지 않으므로 여성 근로자는 “출산 이후에도 모체에서 분리되어 태어난 출산아의 선천성 질병 등에 관하여 요양급여를 지급할 수 있는 권리를 상실하지 않는다고 보아야 한다”라고 판시하였다.

그렇다면 고등법원이 지적한 요양급여의 청구권과 지급권이 분리되는 문제에 대해서는 대법원은 어떤 답변을 내놓았을까? 대법원은 출산 후 요양급여의 지급자를 출산아가 아닌 그대로 여성 근로자로 본다. 그리고 “출산 이후에도 여성 근로자를 요양급여의 지급권자로 보더라도, 그 요양급여의 내용은 출산아의 선천성 질병 등을 치료하기 위한 의료서비스의 제공이 되어야 한다는 점은 분명하다. 이러한 내용의 요양급여를 제공받기 위하여 출산 이후에 요양급여 청구서를 모(母)인 여성 근로자 명의로 작성하여 제출하도록 할 것인지, 아니면 자녀인 출산아 명의로 작성하여 제출하도록 할 것인지는 법기술적인 제도 운용의 문제일 뿐이다. 임신한 여성 근로자에게 그 업무에 기인하여 태아의 건강손상이라는 업무상 재해가 발생한 것이 맞다면, 출산 이후에 요양급여 청구서를 누구 명의로 작성하여 제출하였는지가 출산아의 선천성 질병 등에 관하여 요양급여 제공을 거부할 정당한 사유는 될 수 없다”라고 하였다.

제1심과 원심, 그리고 대법원의 판단까지 모두 혼전을 거듭하였다는 것은 그만큼 사안의 문제가 간단하지 않았다는 것을 의미한다. 그리고 그 결론은 실정법의 목적론적 해석(헌법합치적 해석)과 문리적 해석 중 무엇에 중점을 두느냐에 따라 달라졌다. 제1심은 목적론적 해석으로 근로자의 업무상 재해의 신속·공정한 보상과 근로자 보호라는 산재보험법의 취지에 맞춰 해석하였고, 원심은 출산아의 질병을 곧 여성 근로자의 질병이라 할 수는 없으며, 산재보험급여의 청구권자가 곧 지급자인 현 산재보험법상의 제도에 따라 청구권자는 여성 근로자, 지급자는

출산아로 분리되는 것은 실정법상 되지 않는다고 판단하였다. 정석적인 문리적 해석이다.

그러나 대법원은 다시 목적론적 해석을 한다. 「헌법」 제32조 제4항 여성 근로자의 보호 조항과 「헌법」 제36조 제2항 모성 보호 조항을 바탕으로 현 산재보험법을 위 헌법 조항에 맞게 해석하였다. 그리고 각 법원의 판시 중 논리적으로 취약했던 점을 보충하였는데, 태아의 권리능력 없음에 대해 제1심은 “범가치의 문제가 아니라 범기술적인 제도 운용의 문제”로만 보았으나, 대법원은 권리능력 없음이 바로 모체와 태아가 ‘단일체’라는 점을 증명하는 것으로 태아의 건강손상이 바로 임신한 여성 근로자의 신체적 업무상 재해임을 논증하였다. 그리고 원심이 지적한 요양급여의 청구권과 수급권이 분리되는 문제에 대해서도 요양급여 청구서를 여성 근로자의 이름으로 할지, 출산아의 이름으로 할지는 범기술적인 문제로서 요양급여의 청구 자체를 부정할 수는 없다고 하였다.

대법원의 판시는 제1심의 추상적이었던 목적론 해석을 구체적으로 보완하였으며, 제2심이 가지는 문리적 해석의 현실적 타당성 결여를 헌법합치적 해석으로 풀었다는 점에서 정(正)-반(反)-합(合)의 변증법적 발전을 거쳤다고 볼 수 있다. 그럼으로써 하급심이 가졌던 취약점을 극복하였다. 그러나 사건으로는 목적론적 해석은 문리 해석의 한계 내에서 이루어져야 한다고 생각한다. 법해석자인 사법부의 광범위한 목적론적 해석은 새로운 법창조로서 입법자의 영역을 침범할 수 있기 때문이다. 따라서 논점 외로 지적하고 싶은 것이 소송 과정에서 왜 위헌법률심판 제청이 일어나지 않았는가이다. 산재보험법 제5조(정의) 제1호인 “업무상의 재해란 업무상의 사유에 따른 근로자의 부상·질병·장해 또는 사망을 말한다.”에서 업무상 재해를 근로자에 한정된 것이 「헌법」 제11조 제1항의 평등권과 「헌법」 제32조 제4항 그리고 「헌법」 제36조 제2항 위반임을 주장하여 헌법재판소의 판단을 받아보는 것이다. 헌법재판소가 헌법불합치 결정을 내리고 입법자에게 태아도 업무상 재해의 적용대상이 될 수 있도록 촉구하였다면 이 문제는 입법론적으로 해결될 수 있었을 것이다.) [KLI](#)

양승엽(연세대학교 법학연구원 연구원)

1) 새로운 입법의 효력을 헌법불합치 결정일로 소급하여 적용한다면, 소송 당사자들까지 구제받을 수 있을 것이다. 태아에게 업무상 재해를 인정하는 국회 입법안에 관한 내용은 양승엽(2018), 「임신 중 여성 근로자의 장애아 등 출산에 대한 사회법적 보호」, 『노동법논총』 제43권, 한국비교노동법학회, pp.99~103 참조.

## 육아휴직급여 요건 중 30일 이상 육아휴직 사용의 해석

- 광주고등법원 2020. 5. 8. 선고 2019누12509 판결 -

### 【판결요지】

육아휴직급여제도의 입법취지와 목적, 제·개정 연혁 및 다른 법률과의 관계, 육아휴직급여의 성격 등을 종합하여 볼 때, 고용보험법 제70조 제1항이 그 문언에 육아휴직을 ‘연속하여’ 30일 이상 부여받을 것을 요건으로 하고 있지 않은 이상, 육아휴직을 부여받은 기간이 합산하여 30일 이상인 근로자는 육아휴직을 연속해서 30일 이상 부여받은 경우가 아니더라도 육아휴직급여를 신청할 수 있다고 봄이 타당하다.

대상판결의 사안에서는 원고가 동일한 자녀에 대하여 약 20일의 간격을 두고 각각 28일, 2일간 육아휴직을 1회 분할하여 사용한 후 피고(고용노동청장)에게 육아휴직급여를 청구하였는데, 원고가 육아휴직을 연속하여 30일 이상 사용한 것이 아니라는 이유로 피고가 육아휴직급여 부지급결정 처분을 하여 원고가 그 처분의 취소를 청구하였다.

육아휴직급여는 육아휴직을 사용한 자에 대해 일정한 요건을 갖춘 경우 급여를 지급하는 제도이다. 따라서 육아휴직은 육아휴직급여의 전제가 된다. 육아휴직은 남녀를 불문하고 근로자가 자녀를 양육하기 위해 필요한 기간을 사업주가 허용하는 제도이다. 남녀평등의 시대에 일·가정 양립은 남성 근로자에게도 당연한 것이다.<sup>1)</sup> 「남녀고용평등과 일·가정 양립지원에 관한 법률」(이하 ‘남녀고용평등법’)에서는 “근로자가 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀(입양한 자녀를 포함한다)를 양육하기 위하여” 휴직할 수 있도록 하고 있다(남녀고용평등법 제19조 제1항).<sup>2)</sup> 즉 육아휴직의 요건은 자녀의 연령과 학령에 대한 것뿐이고 이 자녀가 친생자인지 양자인지는 불문한다. 또한 그 자녀가 혼인 중의 자녀인지 혼인 외의 자녀인지도 묻지 않는다.<sup>3)</sup> 저출산 시대에 너무나 당연한 것이다. 육아휴직은 기본적으로 자녀 1명에 대해서 남녀 근로자 모두 사용가능한 것이며 자녀가 2명 이상인 경우에도 당연히 그 자녀 각각에 대한 별도의 육아휴직 사용이 가능하다. 육아휴직의 기간은 1년이지만 근로자의 사정에 따라서는 분할 사용이 가능하고 법상 1년에 1회 분할 사용가능한 것으로 규정되어 있다(남녀고용평등법

1) 임종률(2017), 『노동법』 제15판, 박영사, p.597.

2) 종래 만 6세 이하의 초등학교 취학 전 자녀(입양한 자녀 포함)에 대해서만 인정했다가 2014년 개정법(법률 제12244호, 2014. 1. 14., 일부개정)에서부터 연령을 높이고 학령을 추가하여 육아휴직의 대상을 확대한 것이다.

3) 노호창(2017), 「육아휴직급여에 관한 법적 쟁점의 검토」, 『서울법학』 25(2), 서울시립대법학연구소, pp.84~85.

제19조의 4 제1호)4) 그런데 이는 법상 최저 기준이므로 단체협약, 취업규칙, 사용자와의 협의 등에 따라 휴직기간을 늘릴 수도 있고 분할사용 횟수를 조정할 수도 있다.5)

육아휴직은 원칙적으로 유급휴직이 아니므로 근로자는 육아휴직의 기간 동안에 생계가 어렵게 된다.6) 이러한 점을 고려하여 남녀고용평등법은 국가가 육아휴직을 받은 근로자의 생계비를 지원할 수 있도록 규정하였고(남녀고용평등법 제20조 제1항), 이에 근거하여 「고용보험법」에서 육아휴직급여제도를 마련하게 되었다. 즉, 육아휴직급여는 국가가 육아휴직을 사용하는 근로자의 생계를 지원하기 위해 지급하는 금전인 것이다.

육아휴직이 육아휴직급여의 전제이기는 하지만, 육아휴직의 법적 근거는 남녀고용평등법 제19조이고 육아휴직급여의 법적 근거는 「고용보험법」 제70조로 서로 달라서 양자는 구별되는 제도이다. 특히 육아휴직급여를 지급받기 위해서는 육아휴직을 30일 이상 부여받은 자가 피보험단위기간 등 실업급여 수급요건 이상의 요건을 갖춘 경우에 한해 육아휴직 시작 이후 1월부터 종료 이후 12월 이내에 신청하여야 한다고 되어 있다.

요컨대, 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 이용장려, 근로관계 종료 예방 등 목적이 있긴 하지만 본질적으로는 고용보험이라고 하는 사회보험을 통해 지급되는 것이고 휴직으로 인한 육아 부담비용 등을 사회연대 차원에서 분산시키기 위한 사회보험 수급권이어서 전적으로 사회보장법적 권리인 것이다.7) 게다가 민간 근로자에 있어서는 육아휴직을 한다고 해서 반드시 육아휴직급여가 자동적으로 인정되는 것은 아니고 근로자가 고용보험을 관리하고 있는 국가에 별도의 급여 신청을 할 것을 규정하고 있다. 이런 점은 공무원의 육아휴직 및 육아휴직수당과 차이가 있다.8)

대상판결의 사안에서는 육아휴직을 1회 분할하여 사용하였는데, 분할 전 사용과 분할 후 사용이 합치면 30일 이상이지만 각각만 보면 30일이 되지 않는다. 이런 경우 육아휴직급여를 지급받지 못하는가? 「고용보험법」 제70조 규정은 육아휴직급여의 요건으로 ‘30일 이상’ 육아휴직 사용을 요구하고 있지 30일 이상 ‘연속하여’ 사용할 것을 규정하고 있지는 않다. 따라서 쟁

4) 이와 비교하여 출산전후휴가의 경우 모성보호를 위해 출산과 회복기간 내내 지속적으로 사용될 필요가 있으므로 관념상 분할사용을 생각하기 쉽지 않지만 법률상 분할사용에 대해 제한이 없으므로 출산 후 45일(쌍생아 이상인 경우 60일) 이상 사용하라는 것(「근로기준법」 제74조 제1항)만 준수한다면 실제로는 분할사용을 하더라도 문제가 없을 것이고 산모의 건강상태에 따라서는 적절히 분할하여 사용하는 것이 회복에 더 도움이 될 수도 있을 것이다.

5) 노호창, 앞의 논문, p.88.

6) 임중률, 앞의 책, p.598.

7) 노호창, 앞의 논문, p.92.

8) 공무원의 경우에는 육아휴직과 육아휴직수당의 근거가 모두 공무원법 및 동 시행령으로서 그 법적 근거가 동일하고 통일적으로 관리된다.

점은 ‘30일 이상’이라는 규정의 의미가 ‘연속하여 30일 이상’이라는 의미인지 여부이다. 그런데 육아휴직을 30일 이상 부여받았을 것을 요구하는 것은 육아휴직급여가 「고용보험법」에 도입 되던 2001년 당시부터였는데 왜 30일 이상을 요구하였는지에 대해서는 현재 입법 자료를 찾아 보아도 확인이 어려운 상황이다. 다만 육아휴직 및 육아휴직급여에 관한 그동안의 관련 법률 개정 상황을 보면, 육아휴직은 당초 분할 사용이 불가능하였다가 분할 사용이 가능한 것으로 바뀌었고, 육아휴직급여의 신청기간 역시 육아휴직 개시 이후 1월부터 종료 이후 6월 이내에서 육아휴직 종료 이후 12월 이내로 연장되었다. 즉, 육아휴직급여제도가 신청기간이나 적용범위 측면에서 제도 확대의 방향으로 개선되어온 것을 알 수 있다. 그렇다면 육아휴직급여를 신청하기 위해 30일 이상의 육아휴직을 부여받을 것을 요구하는 것 역시 30일 이상 장기간의 육아휴직을 장려하고자 하는 취지로 해석해야 할 것이지, 이를 국민의 권리를 제한하는 근거로 좁게 해석하는 것은 부당하다. 게다가 기본적으로 육아휴직급여를 받기 위해서는 실업급여 수급자격 이상의 자기기여를 요구하고 있고, 이에 더하여 육아휴직급여 수급권은 수급권자에게 귀속되어 개인의 이익을 위해 이용가능하며(사적 유용성), 수급권자와 그 가족의 생존확보에 기여한다. 따라서 육아휴직급여 수급권은 재산권성도 인정받을 수 있다.<sup>9)</sup>

대상판결은 육아휴직의 취지와 내용, 육아휴직급여제도의 입법취지와 목적, 제·개정 연혁, 육아휴직급여의 성격 등을 종합적으로 고려하여 「고용보험법」 제70조 제1항이 육아휴직을 ‘연속하여’ 30일 이상 부여받을 것을 요건으로 하고 있지 않은 이상 육아휴직을 부여받은 기간이 합산하여 30일 이상인 근로자는 육아휴직급여를 신청할 수 있다고 봄이 타당하다고 보아, 이와 결론을 달리한 제1심판결을 취소하고 원고의 청구를 인용하였다. 즉, 대상판결은 육아휴직의 분할사용이라도 그 분할 전 사용과 분할 후 사용이 합쳐서 30일 이상이 되면 원칙적으로 육아휴직급여를 지급받을 수 있다는 판단을 한 것이다. 대상판결은 육아휴직급여의 요건인 육아휴직 30일 이상의 사용의 의미를 밝힌 최초의 판결이라는 점에서 실천적 의의가 있다.

다만 분할사용에 있어 그 간격이 지나치게 장기간인 경우에도 분할 전 사용과 분할 후 사용을 합쳐서 30일 이상이기만 하면 무조건 급여를 지급받을 수 있다고 볼 수는 없다는 점을 주의할 필요가 있다. 왜냐하면, 급여 신청기간을 규정한 취지에도 맞지 않고 소멸시효의 적용을 받을 수도 있으며 고용보험기금 운영의 예측가능성을 저해할 수도 있기 때문이다. 향후 입법적 개선이 필요할 수도 있는 지점이라고 본다. **KLI**

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

9) 헌법재판소 2009. 9. 24. 선고 2007헌마1092 결정; 노호창, 앞의 논문, p.101.

## 도급제 임금에서 시간급 통상임금 계산방법

- 울산지방법원 2020.2.19. 선고 2018가합24567 판결 -

### 【판결요지】

1. 원고들은 정수기 판매, 임대인 신규계약 또는 재계약 체결, 정수기의 유지·관리의 실적을 기준으로 책정된 수당을 합쳐 매월 지급받는 도급근로자(근로기준법 제47조)로 봄이 타당하므로, 근로기준법 시행령 제6조 제1항 제6호에 따라 ‘도급제에 따라 계산된 임금의 총액’을 ‘해당 임금산정 기간의 총 근로시간 수’로 나누어 시간급 통상임금을 계산한다.

2. 원고들의 매월 시간급 통상임금은 그 매달의 용역비를 매월의 총 근로시간인 174시간으로 나누는 같은 표 ‘통상시급(월)’란 각 기재와 같다.

「근로기준법」(이하 ‘근기법’)상 근로자성이 문제되는 노무제공자(이른바 ‘특고’)의 보수체제는 거의 대부분 실적급제이다.<sup>1)</sup> 특고의 근로자성이 쟁점이 되었던 판례 중에 상당수는 부당해고, 퇴직금, 산재보상 사건이다. 이러한 사건에서 해당 특고의 근로자성이 인정되면 그 근로자의 ‘평균임금’을 계산해야 한다. 그런데 대상판결은 실적급을 받았던 특고인 원고들이 주휴수당·휴일근로수당·연차수당을 청구한 사건으로, 원고들의 ‘통상임금’ 계산이 문제되었다. 실적급을 받는 근로자의 통상임금이 쟁점이 되었다는 점에서 대상판결은 새롭다.

피고는 정수기 제조·판매·임대업 등을 목적으로 하는 회사이다. 원고들은 피고와 ‘용역위탁계약’을 체결하고 정수기의 필터교체·점검·수리·신규설치·이전설치 등의 업무를 수행하였다. 피고의 고객은 CMS관리고객(고정고객)과 일반고객으로 나뉘는데, 원고들의 주된 업무는 CMS관리고객에게 렌탈기간 동안 해당 정수기의 필터교체·점검·수리 등을 해주는 것이다. 피고는 ‘CMS관리고객이 지급한 1개월 동안의 관리비·렌트비의 23%에 해당하는 금액’과 ‘일반고객이 지급한 1개월 수금금액의 15%에 해당하는 금액’<sup>2)</sup>을 용역비 명목으로 원고에게 매달 지급하였다. 즉, 원고들은 기본급이나 고정급의 정함이 없이 업무의 성과나 실적에 따른 용역비를 받았다.

용역위탁계약을 체결한 원고들의 근기법상 근로자성이 먼저 문제가 되었는데, 이는 원고들이 제기한 선행소송(퇴직금 청구소송)에서 해결되었다. 울산지방법원 2017. 11. 2. 선고 2017가

- 1) 모든 특고는 실적급제이다라는 명제도 성립할 수 있다. 시간급제인데 근로자가 아닌 경우는 상정하기 어렵다.
- 2) 고객유치, 제품판매, 신규설치의 실적에 따른 수당이다. 수당의 차이는 여기서 발생하는데, 그 비중이 크지 않다. 월 50만 원 정도의 차이에 불과하다.

단52056 판결(이하 ‘선행판결’)은 원고들의 근로자성을 인정하면서 퇴직금 청구를 인용하는 판결을 선고하였고, 피고의 항소 취하로 선행판결은 확정되었다. 선행판결은 원고들이 고객을 선택할 수 없고, 지정된 담당구역 내 고객의 정수기 관리업무를 수행하였으며, 사무실에 매일 출근하지는 않았으나 스마트폰 앱을 통하여 전달되는 기사계획표에 의해 지휘감독을 받았다는 점 등을 근거로 근로자성을 인정하였다. 한편 원고들이 매월 지급받은 용역비(실적급)의 금액에 대해서는 별 다툼이 없었다.(선행판결의 원고는 7명, 대상판결의 원고는 8명이다. 이 중에 선행판결과 대상판결의 동일한 원고는 5명이다.)

대상판결은 원고들이 주휴수당·휴일근로수당·연차수당을 청구한 사안이다. 먼저 피고는 ‘모든 법정수당이 포함된 용역비를 지급하는 포괄임금계약이다’, ‘설령 포괄임금계약이 아니더라도 용역비는 월급제에 따른 것으로 주휴수당은 이미 포함되어 있다’라고 주장하였다. 이에 대해 대상판결은 원고들의 근로시간, 근로형태와 업무의 성질을 고려할 때 근로시간의 산정이 어려운 때에 해당한다고 보기 어렵다고 하여 포괄임금계약의 성립을 부정하였다. 그리고 용역비는 월 단위의 주기로 지급한 것에 불과하고, 업무실적에 따른 수당의 경우는 특별한 사정이 없는 한 그 실적급에 주휴수당이 포함되어 있지 않다고 판단하였다.

또한 피고는 ‘원고들의 용역비는 업무실적에 의하여 결정되는 비고정적 수당으로, 기본급이나 고정급이 전혀 정해지지 않았으므로 통상임금에 속하지도 않는다’라고 주장하였다. 그러나 대상판결은 “원고들은 정수기 판매, 임대인 신규계약 또는 재계약 체결, 정수기의 유지·관리의 실적을 기준으로 책정된 수당을 합쳐 매월 지급받는 도급근로자(근로기준법 제47조)로 봄이 타당하므로, 근로기준법 시행령 제6조 제1항 제6호에 따라 ‘도급제에 따라 계산된 임금의 총액’을 ‘해당 임금산정 기간의 총 근로시간 수’로 나누어 시간급 통상임금을 계산한다”라고 판단하였다.

근로계약은 근로자가 노동력의 처분권한을 사용자에게 맡기는 것이고, 구체적인 근로제공은 사용자의 지휘감독에 의해 실현된다. 따라서 근로계약은 기본적으로 근로시간과 임금의 교환(즉, 시간과 돈의 교환)이다. 하지만 경우에 따라 근로의 ‘시간’이 아닌 근로의 ‘실적·성과’에 따라 임금을 정할 수도 있다. 이와 같은 임금체계에서 일하는 근로자가 바로 근기법 제47조의 도급근로자이다. 특고의 근로자성이 인정되는 경우, 그 노무제공자는 도급근로자가 된다. 도급근로자는 성과급제 또는 실적급제 근로자로 이해하면 된다.

도급근로자의 ‘시간급 통상임금’(이하 ‘통상시급’)은 근기법 시행령 제6조 제1항 제6호에서 규정하고 있다. 동 규정은 도급근로자의 임금을 “도급금액으로 정한 임금”이라 하고 있으며, 시간급 통상임금은 “도급제에 따라 계산된 임금의 총액”(분자)을 “해당 임금산정 기간의 총 근로시간 수”(분모)로 나누어 계산한다. 대상판결의 사안에서 원고들이 매월 지급받은 용역비의 액수에 대해서는 별 다툼이 없었다. 문제는 원고들의 월별 ‘총 근로시간 수’이다. 즉, 통상시급

의 계산식에서 ‘분모’가 문제된다. 분자와 달리, 분모는 적을수록 근로자에게 유리하고 많을수록 사용자에게 유리하다.

이 사건 용역위탁계약에 출퇴근시간이나 업무수행시간이 명시되어 있지 않았고, 근로시간 그 자체보다 업무성과에 중점을 두었기에 근무시간을 구두로 확인한 바도 없었다. 판결문상 명확히 드러나지는 않으나, 원고들은 근로시간을 적게 하기 위하여 전산시스템에 접속한 시간을 기준으로 근로시간을 산정해야 한다고 주장한 것으로 추측된다. 하지만 대상판결은 전산시스템 접속 전후로 방문준비, 이동, 대기 등의 부수적 행위가 필연적으로 수반되므로, 로그 기록만으로 근로시간을 책정하는 것을 바람직하지 않다고 하였다. 대상판결은 피고의 ‘취업규칙’에 1주 40시간, 1일 8시간으로 규정한 점(제17조 제1,2항), 사업장 밖 근로로 근로시간을 산정하기 어려운 경우 8시간을 근무한 것으로 보도록 규정한 점(제19조 제1항), 원고들은 대체로 8:30 또는 그 이전에 출근하여 16시 이후에 퇴근이 가능했고, 추가적인 설치나 수리 요청이 있으면 16시보다 더 늦게 퇴근한 점 등에 비추어, “피고에 의해 권장되고 또 원고들이 실제 근무한 시간에 가장 근접해 보이는 1일 8시간을 근로한 것으로 본다”라고 판단하였다.

대상판결에 따르면, 원고들은 1일 8시간씩 5일을 근무했으므로 1주의 근로시간은 40시간이다. 이 40시간 외에 유급으로 처리된 시간이 존재하지 않으므로(원고들의 용역비에 주휴수당 미포함), 40시간에 4.345주<sup>3)</sup>를 곱한 ‘174시간’이 매월의 총 근로시간 수가 된다. 따라서 원고들의 통상시급은 매월 지급받은 용역비를 174로 나눈 금액이다. 예컨대, 원고 H의 경우 2015년 10월에 지급받은 용역비 3,546,010원을 174로 나눈 금액인 20,379원이 통상시급이다. 도급제 임금의 특성상 매월 지급받는 금액이 달라질 수 있으므로, 원고들의 통상시급은 매월 달라진다.<sup>4)</sup> 즉, 금액이 ‘변동’하는 통상임금인 셈이다. 시간급제 임금에서 통상임금이 ‘고정’되어 있다는 점과는 다르다.

대상판결은 도급제 임금을 통상시급으로 환산하는 방법을 다뤘다는 점에서 새롭다. 시간과 친하지 않은 도급제 임금을 시간급으로 환산하는 것이기 때문이다. 그리고 도급제 임금은 임금 항목이 매우 단순하다. “낮은 기본급과 포도송이처럼 수많은 수당이 덧붙여진 누더기 임금체계”<sup>5)</sup>라 평가되는 기존의 시간급제와 달리, 도급제 임금은 이러 저러한 수당들이 없다. 노무제 공자의 실적에 일정한 비율만 정하면 충분하기 때문이다. 이런 특성으로 대상판결을 통해 두 가지 흥미로운 점이 발견된다.

첫째, 평균임금이 통상임금보다 더 적을 수 있다. 평균임금과 통상임금은 모두 도구개념으로 일정한 계산식이 필요하다. ‘분자’에는 임금의 액수가 들어가고, ‘분모’에는 일수 또는 시간수

3) 1개월의 평균 주수

4) 원고 H의 통상시급은 19,096원(2015. 11월), 21,530원(2015. 12월), 22,134원(2016. 1월) 등이다.

5) 배규식(2014), 「2013년 노사관계 평가와 2014년 노사관계 전망」, 『노동리뷰』 1월호, 한국노동연구원, p.50.

가 들어간다. 일반적인 시간급제에서는 임금총액에 가산임금을 비롯하여 통상임금에 해당되지 않는 수당들이 포함되어 있기 때문에 평균임금 계산식의 ‘분자’는 통상임금의 그것에 비해 훨씬 크다. 따라서 특별한 사정<sup>6)</sup>이 없는 한 평균임금이 통상임금보다 더 크다.

그런데 도급제 임금에서는 평균임금과 통상임금 계산식의 분자에 큰 차이가 없다. 문제는 ‘분모’이다. 평균임금 계산식의 분모는 3개월 동안의 “총근로일수”가 아닌 “총일수”이다(근기법 제2조 제1항 제6호). 1953년 제정 근기법은 평균임금 계산식의 분모를 “총근로일수”로 규정하였으나, 1961년 개정법에서 “총일수”로 바뀌면서 평균임금은 종전보다 줄어들게 되었다.<sup>7)</sup> 평균임금 계산식의 분모가 “총일수”가 되면서 필연적으로 통상임금 계산식의 분모보다 커지게 되었다. 분모가 커지면 평균임금 액수는 줄어든다. 따라서 평균임금과 통상임금 계산식에서 분자가 동일한 경우에는 분모 때문에 평균임금이 통상임금보다 적어진다.

원고 H의 경우 통상시급은 20,379원(2015년 10월), 19,096원(2015년 11월), 21,530원(2015년 12월), 22,134원(2016년 1월) 등이다. 그런데 선행판결(퇴직금 청구소송)에서 2016. 1. 16.자로 퇴직한 원고 H의 평균임금(1일분)은 115,976원이다.<sup>8)</sup> 원고 H의 통상시급에 8시간을 곱하면 통상임금이 된다. 원고 H의 통상일급은 163,032원(2015년 10월), 152,768원(2015년 11월), 172,240원(2015년 12월), 177,072원(2016년 1월)이다. 이와 같이 원고 H의 평균임금은 통상임금보다 적다. 이는 원고들의 1일 근로시간을 8시간으로 판단했기 때문에 발생하는 결과이기도 하다. 만약에 원고들의 근로시간이 훨씬 더 길었더라면 통상임금이 더 적을 수도 있다.

이런 상황은 도급근로자에게만 발생하는 것은 아니다. 시간급제 근로자라 하더라도 임금항목이 단 하나(기본급 200만 원)뿐인 경우도 마찬가지이다. 평균임금과 통상임금 계산식의 분자가 동일하기 때문에 이 경우도 마찬가지로 평균임금이 더 적다. 이 경우 고용노동부의 행정해석은 근기법 제2조 제2항<sup>9)</sup>에 따라 일급 통상임금을 평균임금으로 보아 퇴직금 등을 산정해야 한다고 한다.<sup>10)</sup>

특고의 근로자성이 문제되었던 퇴직금, 산재보상 등의 사건에서 해당 특고(즉, 도급근로자)의 평균임금만을 계산하고 그쳤을 수 있다. 하지만 특고의 경우 평균임금이 통상임금보다 더 적을 수 있는데, 이는 도급제 임금의 특성 때문이다. 위의 원고 H의 사례를 통해 확인되었다. 향후 특고의 퇴직금, 산재보상 등의 사건에서는 통상임금까지도 계산해 볼 필요가 있다. 근기

6) 장기간의 무단결근, 구속으로 인한 직위해제·휴직 등.

7) 방강수(2019), 「통상임금 법리의 이원화(二元化)-가산임금 외의 ‘다른 수당’ 산정시의 통상임금 범위」, 『법학논총』 36(4), pp.267~269.

8) 선행판결과 대상판결에서 원고의 실명은 확인할 수 없었다. 하지만 양 판결의 원고들의 입사일과 퇴사일에 비추어 보았을 때 동일 인물로 추정된다.

9) ② 제1항 제6호에 따라 산출된 금액이 그 근로자의 통상임금보다 적으면 그 통상임금액을 평균임금으로 한다.

10) 근로개선정책과-4026, 회사일자: 2012-08-06 [월 고정급을 기준으로 산정한 평균임금이 일급 통상임금보다 적은 경우 퇴직금 산정방법]

법 제2조 제2항이 평균임금의 최저한도를 통상임금으로 받쳐주고 있기 때문이다.

둘째, 도급제 임금에서도 결국은 근로시간(분모) 산정이 쟁점이 된다. 그런데 일반적인 근로시간 분쟁과는 양상이 다르다. 일반적인 분쟁에서 근로자는 더 많은 시간을 주장할 것이고 사용자는 더 적은 시간을 주장할 것이다. 기본적으로 근로시간은 임금산정의 기초이기 때문이다. 그러나 대상판결의 사안은 정반대이다. 통상임금 계산식의 ‘분모’인 근로시간을 산정하는 것이다. 사용자의 입장에서는 분모를 늘리기 위해 더 많은 근로시간을 주장할 것이다. 하지만 사용자의 이런 주장에는 위험도 있다. 근로시간을 더 늘리게 되면 최저임금 위반의 문제, 가산임금 지급의 문제, 1주 최대 52시간 제한의 문제 등이 발생한다. 사용자는 진퇴양난(進退兩難)에 빠질 수 있다.

하지만 노사간의 주장이나 이해관계보다 더 근본적인 문제는 객관적인 근로시간의 산정이다. 시간과 친하지 않은 도급제 임금에서 어떻게 근로시간을 산정할지에 대한 고민과 연구가 필요하다. 근기법 제47조는 도급근로자에게 “근로시간에 따라 일정액의 임금을 보장하여야 한다”는 규정이다. 이 규정은 1953년 제정법부터 존재했다. 입법자는 도급근로자에게도 근로시간이 있음을 애초부터 상정하고 있었다. 그런데 기업의 비(非)근로자화 또는 특고화에 따라 노동현장에서 특고가 확대되면서, 마치 특고는 근로시간과 무관하다는 관념이 만연히 형성된 듯하다. 하지만 근로자성이 인정되는 특고(즉, 도급근로자)에게도 일정한 근로시간은 정해져 있으며 그 근로시간을 산정할 필요가 발생한다.

노동법 교과서에 간략히 소개되는 정도에 그쳤던 근기법 제47조의 도급근로자는 대상판결과 같은 특고 분쟁을 통하여 노동법에 전면적으로 등장하게 되었다. 실적급제의 보수를 받는 플랫폼 노동의 경우도 마찬가지이다. 대상판결은 은연 중에 잊고 지내던 근기법 제47조를 소환해 냈다. 이는 대상판결의 큰 성과이다. **KLI**

방강수(한양대학교 공익소수자인권센터 연구원)