

노동판례리뷰

정기상여금에 관한 '지급일 재직 조건'의 위법성 (3)

- 대법원 2020. 4. 29. 선고 2018다303417 판결 -

【판결요지】

단체협약 등에 의하여 정기적·계속적으로 일정 지급률에 따라 지급되는 정기상여금의 지급 기일 전에 근로자가 퇴직한 경우에 그 지급조건에 관하여 특별한 다른 정함이 없는 한 이미 근무한 기간에 비례하는 만큼의 정기상여금에 대해서는 근로의 대가로서 청구할 수 있다. 이러한 정기상여금의 임금으로서의 성격을 고려하면, 단체협약이나 취업규칙 등에서 정기상여금을 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급한다는 규정을 두면서, 정기상여금에 관하여 근무기간에 비례하여 지급한다는 취지의 규정을 두고 있는 경우, 전자의 규정 문언만을 근거로 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정 시점에 재직하지 않는 사람에게는 정기상여금을 전혀 지급하지 않는 취지라고 단정할 것은 아니다. 이러한 경우에는 사업장 내에서의 정기상여금 지급 실태나 관행, 노사의 인식, 정기상여금 및 그 밖의 임금 지급에 관한 규정 내용 등을 종합하여 특정 시점 전에 퇴직하더라도 후자의 규정에 따라 이미 근무한 기간에 비례하는 만큼의 정기상여금을 지급하기로 정한 것은 아닌지를 구체적인 사안별로 신중하게 살펴야 한다.

이 사건은 피고회사가 기본급의 30일분에 직급수당을 더한 금액의 1,200%에 해당하는 상여금을 매월 임금 지급 시 100%씩 정기적으로 지급하기로 단체협약으로 정하고, 취업규칙으로 '상여금 지급은 20일 현재 재직한 자에 한하여 지급한다'라고 규정하는 동시에 취업규칙에 '근무일수가 부족한 경우에는 일할 계산하여 지급한다'거나 '입사나 퇴사로 인해 근로일수가 부족한 경우의 임금은 일할로 계산하여 지급한다'라고 정하고 있는 사안에서 정기상여금에 관한 '지급일 재직 조건'이 있는가에 관한 해석 기준이 다투어진 사안이다.

먼저, 이 사건 원심판결¹⁾은 "피고는 원고들을 비롯한 근로자들에게 단체협약과 취업규칙에 따라 통상임금의 1,200%에 해당하는 상여금을 매월 임금지급일에 100%씩 나누어 정기적으로

지급하였으나, 20일 현재 재직한 근로자에 한하여 이를 지급한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 피고가 지급하여 온 상여금은 특정 시점(20일)에 재직 중일 것을 급여를 지급받을 수 있는 자격 요건으로 하고 있어 근로자가 근로를 제공하더라도 특정 시점 전에 퇴직하면 해당 기간의 상여금을 전혀 지급받지 못하므로 소정근로에 대한 대가의 성질을 가지는 것이라고 보기 어려울 뿐 아니라 고정성도 결여한 것으로 통상임금에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다”고 보아 이 사건 정기상여금이 ‘고정성’을 결여하였다고 판단하였다. 특히 원심판결은 피고와 근로자들 사이에는 상여금을 근무일수에 비례하여 고정적으로 지급하기로 하는 명시적 또는 묵시적 노사 합의가 이루어졌거나 그러한 지급 관행이 있었다고 보기에 어렵다거나, 피고회사의 노사가 대법원 2012다89399 전원합의체 판결 선고 이후인 2015. 8. 단체협약을 체결하면서 “상여금 지급은 매월 20일 현재 재직한 자에 한하여 지급한다”는 상여금 지급조건에 관한 규정을 추가 신설한 점 등의 사정을 이유로 “피고회사의 취업규칙 제85조에서 ‘입사나 퇴사로 인해 근로일수가 부족할 경우의 임금은 일할로 계산하여 지급한다’고 규정하고 있고, 제98조 제6항에서 ‘근무일수가 부족한 경우 일할 계산하여 지급한다’고 규정하고 있으므로 퇴직자에 대한 상여금도 일할 계산되어야 하고, 이에 따라 피고는 소속 근로자가 특정 시점 전에 퇴직하더라도 그 근무일수에 비례한 만큼의 임금을 지급하여 왔으므로 근무일수에 비례하여 지급되는 한도에서는 고정성이 부정되지 않고, 취업규칙 제98조 제5항 ‘상여금 지급일은 20일 현재 재직한 자에 한하여 지급한다’는 규정만을 근거로 고정성을 부정한다면 이는 상위 규범인 단체협약에 반하는 것”이라는 근로자들의 주장을 배척하였다.

이러한 원심판결에 대하여 대법원은 “단체협약 등에 의하여 정기적·계속적으로 일정 지급률에 따라 지급되는 정기상여금의 지급기일 전에 근로자가 퇴직한 경우에 그 지급조건에 관하여 특별한 다른 정함이 없는 한 이미 근무한 기간에 비례하는 만큼의 정기상여금에 대해서는 근로의 대가로서 청구할 수 있다. 이러한 정기상여금의 임금으로서의 성격을 고려하면, 단체협약이나 취업규칙 등에서 정기상여금을 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급한다는 규정을 두면서, 정기상여금에 관하여 근무기간에 비례하여 지급한다는 취지의 규정을 두고 있는 경우, 전자의 규정 문언만을 근거로 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 특정 시점에 재직하지 않는 사람에게는 정기상여금을 전혀 지급하지 않는 취지라고 단정할 것은 아니”라고 판시하고, ‘상여금 지급은 20일 현재 재직한 자에 한하여 지급한다’라는 피고회사의 취업규칙 조항은 그 기재만으로는 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 매달 20일에 재직하지 않는 사람에게는 정기상여금을 전혀 지급하지 않는다는 취지라고 곧바로 단정할 수 없으므로, 원심으로서 위 조항이 기왕에 근로를 제공했던 사람이라도 매달 20일에 재직하지 않는 사람에게는 이 사건 정기

1) 대구고등법원 2018. 11. 21. 선고 2015나23667 판결.

상여금을 전혀 지급하지 않는 취지인지 아니면 매달 20일 전에 퇴직하더라도 이미 근무한 기간에 비례하는 만큼 이 사건 정기상여금을 지급하기로 정한 것인지를 신중하게 판단하여야 하는데도 이와 달리 이 사건 정기상여금은 특정 시점에 재직 중일 것을 급여를 지급받을 수 있는 자격요건으로 하고 있어 근로자가 근로를 제공하더라도 특정 시점 전에 퇴직하면 해당 기간의 이 사건 정기상여금을 지급받지 못하므로 고정성 등을 결여하고 있다고 판단한 원심에는 정기상여금의 지급조건 해석, 통상임금성에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다는 이유로 원심을 파기환송하였다.

‘지급일 재직 조건’을 이유로 정기상여금의 통상임금성을 부정한 원심판결을 파기한 대상판결의 결론에 대해서는 찬성한다. 다만, 대상판결 또한 원심과 동일하게 통상임금의 ‘요건’으로 엄격한 ‘고정성’을 요구한 대법원 2012다89399 전원합의체 판결의 판례법리의 토대 위에서 ‘지급일 재직 조건’을 바라보고 있다는 점은 불만이다. 물론, 판례변경을 위해서는 다시 전원합의체를 거쳐야 한다는 현실을 고려하면, 기존 판례법리와의 조화를 꾀하는 범위에서 구체적 타당성을 모색한 재판부의 입장도 충분히 이해가 된다. 또한 ‘지급일 재직 조건’의 존부 내지 유효성을 엄격하게 판단하여야 한다는 취지의 판시만으로도 의미가 있다고 생각한다. 그럼에도 필자는 통상임금의 요건으로 ‘고정성’을 요구한 2013년 전원합의체 판결 자체가 통상임금의 본질을 오해한 ‘부당한 법형성’이라는 입장에서 대상판결을 재검토해 보고자 한다.

(1) ‘고정성’ 요건의 불요성

1953년 제정 「근로기준법」은 시간외근로에 대한 할증임금의 산정을 위한 기준으로 ‘통상임금’이라는 용어를 사용하면서도(제46조) 그 개념을 법률로 정의하지는 않았고, 1954년 제정 「근로기준법 시행령」은 일급, 주급, 월급 등이 통상임금에 해당함을 전제로 동 급여액을 해당 기간의 소정근로시간 수로 나누어 시급으로 환산할 수 있다고 규정하였다(제24조). 이후 1982년 개정 동법 시행령에서 “근로자에게 정기적·일률적으로 소정근로 또는 총근로에 대하여 지급하기로 정하여진 시간급금액·일급금액·주급금액·월급금액 또는 도급금액”이라는 통상임금의 일반적인 정의조항이 도입되었다(제31조 제1항).

이러한 연혁을 고찰해 보면, 1982년 「근로기준법 시행령」 개정으로 도입된 ‘정기적·일률적’이라는 개념은 하늘에서 갑자기 푹 떨어진 ‘새로운’ 개념이 아니라, 1954년 이래 동시행령에서 통상임금으로 열거하고 있던 ‘시급, 일급, 주급, 월급’의 공통적인 개념표지를 귀납추론하여 추상화·일반화한 것으로 이해함이 옳다. 이러한 추상화·일반화는 ‘시급, 일급, 주급, 월급’ 이외의 방식으로 지급하기로 ‘정한’ 임금도 통상임금의 개념에 포섭하기 위한 취지였을 것이다. 즉 ‘포괄유추’를 통하여 시급, 일급, 주급, 월급의 유형적 표지인 정기성, 일률성을 추출하여 일반

화하고, 시급, 일급, 주급, 월급 외의 형태의 임금도 이러한 유형적 표지를 갖춘 경우에는 통상임금에 해당한다는 점을 입법으로 명시한 것이다.

이렇게 이해한다면, ‘일률적’이라는 말은 하나의 비율로 지급하기로 정한 임금이라는 의미를 갖는 것으로 보아야 한다. 시급, 일급, 주급, 월급의 공통점은 단위기간에 대하여 하나의 비율, 즉 ‘○원/시간’의 단위로 정하여진 임금이라는 점이다. 즉, 통상임금의 단위는 ‘원’이 아니라 ‘원/시간’이다. 이는 미국 FLSA에서 우리나라의 통상임금에 해당하는 개념으로 ‘regular rate of pay(통상임금률)’라는 용어를 사용한다는 점을 보면 직관적으로 이해가 될 것이다. 따라서 ‘일률적’이라는 말을 ‘모든 근로자’ 또는 ‘일정한 조건을 충족한 근로자’ 등의 의미로 사용한 판결들은 ‘일률적’이라는 용어가 「근로기준법 시행령」에 들어오게 된 맥락을 전혀 고려하지 못한 것으로 동의할 수 없다.

‘일률적’이라는 말을 ‘하나의 비율’이라고 문자 그대로 이해할 경우, 통상임금의 개념표지로 ‘고정성’을 별도로 요구할 필요성은 없어진다. 하나의 비율로 지급하기로 정한 임금은 그 자체로 ‘고정성’이 있기 때문이다. 따라서, 2013년 전원합의체 판결이 ‘고정성’이라는 용어에 집착한 것은 ‘일률성’이라는 말을 그러한 용어가 도입된 맥락과 다르게 ‘모든 근로자’ 또는 ‘일정한 조건을 충족한 근로자’ 등의 의미로 오해한 결과, 원래 ‘일률성’이라는 유형적 표지가 담당했어야 하는 기능을 ‘고정성’이라는 별도의 개념표지를 추가하는 방식으로 해결한 것이다. 이처럼 법령에 규정되지 않는 ‘고정성’이라는 모호한 개념을 통상임금의 요건으로 추가한 2013년 전원합의체 판결은 통상임금의 유형적 표지로 ‘정기적·일률적’의 두 가지만을 규정한 입법자의 의도보다 통상임금의 범위를 부당하게 좁히는 것으로 동의하기 어렵다.

요컨대, 기존 판례가 통상임금의 요건으로 법문이 규정되지 않은 ‘고정성’을 요구하는 것은 법문에 규정된 ‘일률적’이라는 말의 의미를 제대로 해석해 내지 못한 데서 비롯된 결과이다.

(2) 고정급 정기상여금의 소정임금성

기본급에 일정한 지급률을 곱한 금액을 고정급으로 지급하는 ‘한국식’ 정기상여금은 실질적으로는 월소정근로에 대응하는 기본급을 수개월 누적하여 후불로 지급하는 것에 불과하다. 「근로기준법 시행령」 제23조 제3호에서 ‘매월 임금정기일 지급 원칙’의 예외로 규정하는 ‘상여금’은 1개월을 초과하는 기간에 걸쳐 기업의 경영실적, 근로자의 근무성적 등의 사유에 따라 산정하여 지급하는, 따라서 본질적으로 그 지급금액이 가변적인 임금을 의미한다. 따라서 고정급으로 지급되는 정기상여금은 당연히 소정근로의 대가이고 엄격한 의미에서 상여금(Bonus)의 개념에 해당하지 않는다. 대법원도 1981. 11. 24. 선고 81다카174 판결에서 상여금이 정기적으로 지급되고 그 지급액이 확정되어 있다면 이는 당시 「근로기준법」 제36조 제2항 단서 및 동법

시행령 제18조에 규정된 임시지급의 임금과 같이 볼 수 없고 정기일 지급 임금의 성질을 띤 것이라고 보아야 하므로, 상여금 지급기간 만료 전에 퇴직한 근로자라도 특단의 사정이 없는 한 이미 근무한 기간에 해당하는 상여금은 근로의 대가로서 청구할 수 있다고 판시한 바 있다.

(3) 지급일 재직 조건의 위법성

소정근로의 대가로 지급되는 고정급의 정기상여금의 경우, 이러한 상여금의 산정기간 도중에 퇴직한 근로자에 대하여 실제 근무일수에 비례하여 산정된 금액은 당연히 지급되어야 한다. 이러한 고정급의 정기상여금에 '지급일 재직 조건'을 붙이는 방법으로 '임금을 비임금화'하는 것은 임금 정기일지급의 원칙, 금품청산의 원칙 내지 임금의 사전포기에 대한 제한, 강제근로금지 원칙의 각 측면에서 「근로기준법」의 명문규정은 물론 공서(公序)에도 반하므로 무효이고, 다만 이러한 조건을 '퇴직일의 다음 날부터 상여금의 산정기간의 마지막 날'까지 기간의 정기상여금을 비례적으로 공제한다는 의미로 제한적으로 해석될 수 있을 것이다. 따라서 일부 사업장의 단체협약 등에 '지급일 재직 조건'과 함께 일할지급에 관한 규정이 있는 경우 이러한 일할지급 규정은 '확인적 의미'를 갖는 것이고, 나아가 일할지급에 관한 명문의 규정이 없는 사업장의 경우에도 정기상여금의 지급일 이전에 퇴사한 근로자는 자신이 제공한 근로기간에 상응하는 금액의 정기상여금을 청구할 수 있다고 보아야 한다.

대상판결은 "사업장 내에서의 정기상여금의 지급 실태나 관행, 노사의 인식, 정기상여금 및 그 밖의 임금 지급에 관한 규정 내용 등을 종합하여 특정 시점 전에 퇴직하더라도 후자의 규정에 따라 이미 근무한 기간에 비례하는 만큼의 정기상여금을 지급하기로 정한 것은 아닌지를 구체적인 사안별로 신중하게 살펴야 한다"고 판시하였다. 위에서 언급한 바와 같이 기존 판례 법리와 충돌하지 않는 범위에서 구체적 타당성을 도모한 대법원의 입장은 이해가 된다. 다만, 적어도 소정근로의 대가로 평가되는 고정급의 정기상여금에 붙은 '지급일 재직 조건'은 강행법규에 반하여 무효이다. 법률에 위반된 관행(즉, 사실)을 법률에 맞도록 교정하는 것이 공권력에 의하여 강제력이 담보된 규범, 즉 법률이 기능하는 일방적인 방식이지, 관행의 내용을 살펴 법률을 적용할 것인지 여부를 결정하는 것이 사법부가 할 일은 아닌 듯하다.

마지막으로, 기본급의 1,200%의 상여금을 '매월' 100%씩 지급한 이 사건 피고회사의 경우 매월 고정급으로 지급된 상여금은 기본급의 '라벨같이'에 불과하다. 기본급에 '지급일 재직 조건'이 붙은 경우에도 '기본급의 지급 관행'을 물어 기본급의 통상임금성을 판단할 썬인가? **KLI**

권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)

다시 소환된 위장도급으로서 묵시적 근로계약관계

- 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다267013 판결 -

【판결요지】

형식적으로 피고와 도급계약을 체결하고 소속 근로자인 원고로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채, 피고의 일개 사업부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 피고가 원고로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하다. 따라서 원고와 피고 사이에는 피고가 원고를 직접 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있었다고 봄이 타당하다.

그런데도, 그 판시와 같은 사정을 들어 ‘G 등’이 사업주로서 독자성이 없거나 독립성을 갖추지 못하였다고 할 수 있을 정도로 그 존재가 형식적·명목적인 것으로 볼 수 없다는 등의 이유로, 원고와 피고 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되었다는 원고의 주장을 배척한 제1심판결의 결론을 유지하였다. 이러한 원심판결에는 외형상 도급의 형태를 띠고 있지만 실질적으로는 그 수급인의 근로자와 명목상의 도급인 사이에 묵시적 근로계약관계가 있는 것으로 평가하여야 할 근로관계에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 있다.

근로자파견계약은 외부의 노동력을 마치 자신이 직접 고용한 근로자처럼 사용하기 위해, 즉 파견근로자와 사용종속관계를 설정하고 노동력을 제공받는 것 자체를 목적으로 하는 반면, 도급계약은 ‘일의 완성’ 즉 노무제공을 통한 일정한 결과의 발생을 목적으로 하는 점에서 구분된다. 그런데, 이러한 본질적인 차이에도 불구하고 노동현장에서 이루어지는 원청업체에 대해 적법도급, 위장도급, 근로자파견 여부를 판단하는 것은 그리 쉬운 일이 아니다. 1998. 7. 1. 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(이하 ‘파견법’이라 한다) 시행 이후 불법파견 문제가 소송상 많이 다뤄져 왔는데, 일반적으로 하청업체가 사업주로서의 독립성을 결여한 원청업체의 노무대행 기관에 불과해 하청업체 소속 근로자들과 원청업체의 사이에 묵시적 근로관계가 성립하는지 또는 설령 묵시적 근로관계가 성립하지 않더라도 원청업체, 하청업체 및 하청업체 소속 근로자들 사이의 실질은 근로자파견에 해당하므로, 파견법이 정한 바에 따른 고용의무를 부담해야 하는지 여부가 소송에서의 주된 쟁점이자 다툼이었다.

대법원은 현대미포조선 사건(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결)을 통해서 위장도급으로서 묵시적 근로계약관계의 성립 인정 기준을 제시한 바 있다. 대법원은 위장도급으로서 묵

시적 근로계약관계를 인정하기 위한 요건에 대해 ① 하청업체가 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결여해 원청업체의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, ② 사실상 하청업체 소속 근로자들은 원청업체와 종속적인 관계에 있고, ③ 실질적으로 임금을 지급하는 자도 원청업체이고, 근로제공의 상대방도 원청업체여서 하청업체 소속 근로자들과 원청업체 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 것을 요구하고 있다. 이를 좀 더 구체적으로 살펴보면 ① 하청업체가 형식적으로는 원청업체와 도급계약을 체결하고 소속 근로자들로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추고 있지만, ② 실질적으로는 (i) 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채 (ii) 원청업체의 일개 사업부로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 수행했을 뿐이고 (iii) 오히려 원청업체가 하청업체 소속 근로자들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 결정했다면 해당 하청업체 근로자들과 원청업체 사이에는 직접 원청업체가 해당 근로자들을 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립한다는 것이다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결). 외형적으로는 원청업체와 하청업체 사이에 도급관계의 형식을 취했지만 하청업체의 존재가 형식적, 명목적인 것에 불과하여 사업주로서의 실체가 인정되지 않는 상태, 즉 하청업체의 법인격을 부인할 정도에 이르렀다면, 원청업체가 하청업체 해당 근로자를 직접 고용한 것으로 보게 되어 하청업체가 고용한 근로자와 원청업체 사이에 묵시적인 근로계약관계의 성립을 인정할 수 있다.

대법원이 현대미포조선 사건 판결 이후 원청회사와 하청업체 소속 근로자 사이의 묵시적 근로관계의 성립을 인정한 사례를 찾기 어려웠으나, 대상판결은 종래의 위장도급으로서 묵시적 근로계약관계 성립 인정 기준 내지 판단 법리를 변경한 것은 아니지만, 원청업체와 하청업체 소속 근로자 사이의 묵시적 근로계약관계의 판단 법리가 아직도 유효하다는 점을 다시금 확인시켰다는 점에서 의의가 있다.

대상 판결의 기초사실을 살펴보면, 피고 주식회사 웰리브(이하 ‘피고 회사’라 한다)는 대우조선해양 주식회사의 자회사로, 대우조선해양으로부터 단체급식, 수송, 시설물유지관리, 경비업 등 업무를 도급받아 수행해 왔고, 2007. 1. 1. 피고 회사의 직원이었던 D가 ‘웰리브투어’를 설립하고 사업자 등록을 마치자 같은 날 웰리브투어에 수송 업무를 맡기는 도급계약을 체결했다. 원고 A는 2007. 2. 22. 피고 회사의 하청업체인 웰리브투어와 근로계약을 체결하고, 그때부터 통근버스 운행 등 수송 업무를 수행해 온 근로자로 피고 회사의 근로자임을 확인해달라는 주위적 청구와 함께 피고 회사가 고용의 의사표시를 하라는 예비적 청구를 제기하였다.

1심과 2심은 “웰리브수송 등이 사업주로서 독자성이 없거나 독립성을 결하여 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 않아 피고 회사와 원고 A사이에 묵시적 근로계약관계가 성립하였다거나, 파견근로자보호 등에 관한 법률의 적용을 받는 근로자파견에 해당하여 피고 회사에게 원

고 A를 고용할 의무가 발생하였다고 인정되지 않는다”라고 판시하여 묵시적 근로계약관계 성립 주장을 받아들이지 않았다.

하지만 대상판결은 ① 피고 회사는 직원 정보 전산망에 웰리브투어 대표 D를 수송지원팀장으로 표기했고, 웰리브투어에 입사한 원고 A는 피고회사의 ‘수송지원팀’ 소속으로 표기되었으며, D는 피고 회사의 우수사원 해외연수 프로그램에 참여하기도 했던 점, ② 심지어 피고 회사는 2014. 12. 31.경 D의 정년퇴임식을 열어줬고 이후 촉탁직으로 채용하기도 하였는데, 피고 회사의 전산망에는 D에 대하여 ‘입사일: 2015. 1. 1, 호칭: 대표, 보직: 대표, 부서명: 수송관리팀’으로 표기되었던 점, ③ D는 2015. 11. 1. 피고 회사의 직원이었던 F에게 웰리브투어를 양도할 때까지 계속 피고 회사의 직원으로서 웰리브투어를 운영하였으며, D가 웰리브투어를 피고 회사의 다른 퇴사 직원 F에게 양도하면서 업체가 ‘웰리브수송’ 등으로 바뀌기도 했지만, 실질적으로는 바뀐 업체 대표 역시 사실상 피고 회사의 직원으로 업무를 담당했으며, 원고 A 역시 그 과정에서 근로계약이 새로 바뀐 회사로 계속 승계된 점, ④ 웰리브수송에 지급한 도급계약 금액은 대부분 노무비이고 웰리브수송 소속 근로자들에게 지급할 금액을 세부적, 구체적으로 나누어 정하고 있고, 피고 회사와 웰리브수송 간 취업규칙도 전체 내용이 매우 유사하며, 피고 회사가 웰리브투어 직원에게 출장비 등 일비를 직접 지급하기도 했던 점, ⑤ 피고 회사가 웰리브수송을 포함한 협력업체 직원 채용을 안내하기도 하고 교육도 통합하여 실시하기도 하였고, 웰리브수송 근로자들이 피고 회사 직원을 대상으로 하는 상조회에 가입할 수 있도록 했으며, 피고 회사의 인사팀 직원이 웰리브수송의 대표나 직원의 문의에 대해 구체적으로 안내하기도 하였던 점, ⑥ 웰리브수송의 사무실은 소유권이 대우조선해양에 있고 피고 회사가 이를 임차한 다음 웰리브수송에 재임대해 제공하였고, 웰리브수송의 핵심인 수송업무에 필수적으로 요구되는 차량도 대우조선해양이나 피고 회사 소유물이어서 사업경영상 필요한 물적 시설이나 자산 대부분을 독자적 또는 독립적으로 갖추지 못하였던 점 등을 들어 “웰리브수송 등은 실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채, 피고 회사의 일개 사업부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 피고 회사가 원고 A로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하므로 원고 A와 피고 회사 사이에는 직접 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있었다고 봄이 타당하다”고 판단하면서 원심을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하였다.

원청업체와 하청업체는 묵시적 근로계약관계 법리를 회피하기 위해 여러 장치들을 마련해 두는 경향이 있고, 실제 최근 법원이 하청업체에 최소한의 인적·물적 독립성이 구비되어 있는 경우에는 묵시적 근로계약관계 성립을 인정하는 데 소극적이었음을 부인하기 어려울 것이다. 원청업체가 하청업체를 사용자로 내세워 근로계약의 당사자가 되게 함으로써 노동법상의 책임

을 회피하려는 사례가 증대하고 있는 현실에서 실질적 고용관계의 형성 및 묵시적 근로계약관계 인정 여부를 좀 더 면밀하게 살펴 하청업체 근로자에 대한 노동법적 보호를 검토할 필요가 있겠다. **KL**

권오상(노무법인 유엔 공인노무사, 법학박사)

‘상근’의 의미와 규범적 판단 요소

- 대법원 2020. 6. 4. 선고 2020두32012 판결 -

【판결요지】

공무원보수규정이 초임 호봉 확정에 반영되는 임용 전 경력의 하나로 규정한 ‘상근으로 근무한 민간직업상담원 경력’에서 ‘상근’이란 해당 사업장의 취업규칙 등에서 정한 바에 따라 근무일마다 출근하여 일정한 시간을 규칙적으로 근무한 경우를 의미하는 것이고, 1일 8시간, 1주 40시간을 근무하는 소위 ‘풀타임(Full-time)’만을 의미하는 것은 아니며, 원고들은 공무원으로 임용되기 전 민간직업상담원의 하나인 ‘단시간근로 직업상담원’(1일 5시간, 1주 25시간)으로 근무한 경력 기간 동안에 매주 관공서의 통상적인 근무일인 주 5일 동안, 매일 규칙적으로 1일 5시간씩(휴게시간 제외) 근무하였으므로 ‘상근’으로 근무한 것이라고 보아야 한다.

우리가 인사노무 관리라는 맥락에서 흔히 사용하는 용어들 중에는 법적으로 정의되거나 규범적으로 해석되지 않는, 소위 일상 용어가 많다. 이러한 일상 용어들이 법령에 포함되어 있는 경우 통상적인 용어의 의미에 따라 이해되는 것이 원칙이다. 하지만 때로는 ‘통상적인 의미’가 무엇인지 불명확하거나, 사안에 따라서 달리 보아야 하는 경우도 발생한다. 대상 판결도 일반적으로 사용하는 ‘상근’이라는 용어의 의미 해석에 관한 것으로, 구체적인 사안은 다음과 같다.

원고들은 「직업안정법」상 ‘단시간근로 직업상담원’(1일 5시간/1주 25시간)으로 근무하다가 공무원으로 임용되었는데, 공무원 초임 호봉 확정 시 ‘단시간근로 직업상담원’의 경력을 반영하지 않은 것에 대하여 이의 제기하면서, 초임 호봉 재확정을 신청하였다. 이에 피고는 호봉 책정의 근거로 「직업안정법」 제4조의4 제1항에 따라 “상근으로 근무한 민간직업상담원 경력의 경우 동일 분야 경력 100%/비동일 분야 경력 80% 인정”이 규정되어 있는바, 이 규정에서 정한 ‘상근’이란 ‘주 5일 주 40시간 풀타임으로 근무하는 형태’만을 의미하므로, 원고들은 ‘상근’에 해당하지 않는다는 이유로 호봉 재확정을 거부하였다. 이에 원고들은 피고를 상대로 이 사건 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였다.

이 사건의 쟁점은 공무원보수규정이 초임 호봉 확정에 반영되는 임용 전 경력으로 규정한 ‘상근으로 근무한 민간직업상담원 경력’에서 ‘상근’의 의미가 ‘풀타임(Full-time)’(1일 8시간, 1주 40시간) 근무에 한정되는지 여부이다.

이에 대하여 1심¹⁾ 및 원심 법원은²⁾ “상근의 사전적 의미는 날마다 일정한 시간에 출근하여

정해진 시간 동안 근무하는 것을 뜻하고... 이 사건 규정은 민간직업상담원 경력이라는 요건 외에 '상근으로 근무'라는 요건을 추가하였는데, 이는 단시간상담원을 배제하는 취지로 이해함이 문언의 의미에 부합한다"고 판단하여, 원고들의 청구를 기각하였다. 반면 대법원은 "상근이란 해당 사업장의 취업규칙 등에서 정한 바에 따라 근무일마다 출근하여 일정한 시간을 규칙적으로 근무한 경우를 의미하는 것이고, 1일 8시간, 1주 40시간을 근무하는 소위 '풀타임'만을 의미하는 것은 아니라고 보아야 한다"라고 하면서, "원고들은 '단시간근로 직업상담원'으로 근무한 경력 기간 동안에 매주 관공서의 통상적인 근무일인 주 5일 동안, 매일 규칙적으로 1일 5시간씩(휴게시간 제외) 근무하였으므로 '상근'으로 근무한 것이라고 보아야 하고, 따라서 이 사건 규정에 따라 원고들의 '단시간근로 직업상담원' 근무 경력을 공무원 초임 호봉 획정에 반영하여야 한다"고 판단하였다.

대법원은 대상판결에 관한 근거로, ① '상근'이란 용어의 사전적 의미는 '날마다 일정한 시간에 출근하여 정해진 시간 동안 근무함 또는 그런 근무'를 뜻하므로, '항상성'과 '규칙성'에 핵심이 있는 개념이지, 1일에 적어도 몇 시간 이상 근무하여야 한다는 '최소근무시간'과는 직접 관련이 없다는 점, ② 「직업안정법」의 하위 규정인 구 「단시간근로 직업상담원규정」은 「근로기준법」상 통상근로자와 단시간근로자의 구분을 그대로 반영한 것으로 '단시간근로 직업상담원'의 경력까지 고려한 것은 아니라는 점, ③ 공무원보수규정상 '상근으로 근무한'이라는 문언은 2012년 규정 개정 이후, 비정규직에 대한 차별을 시정하는 차원에서 정규직 외에 '비정규직 중 상근으로 근무한 유사경력'을 인정하여 호봉 획정 및 재획정에 반영하기 위한 것으로, '상근'의 의미를 엄격하게 해석하여 그 인정범위를 제한하려는 것은 아니라는 점 등을 제시하고 있다.

이 사건은 '상근'의 의미에 관하여 해석한 최초의 대법원 판례로서,³⁾ '단시간근로 직업상담원'과 같은 단시간 근로자도 '항상성'과 '규칙성'을 핵심 개념으로 하는 '상근'의 통상적인 의미에 해당할 경우 '상근' 근로를 한 것으로 볼 수 있다고 판단하였다는 점에 의의가 있다.⁴⁾ 다만 이 사건의 '상근'에 관한 해석이 당해 사건을 넘어서 일반적인 해석 기준으로 안착되기 위해서는, 그 판단 요소인 '항상성'과 '규칙성'의 범위와 경계에 관한 추가적인 검토가 필요하다. 대

- 1) 서울행정법원 2019. 7. 11. 선고 2018구합89190 판결.
- 2) 서울고등법원 2019. 12. 20. 선고 2019누53411 판결.
- 3) 2020. 6. 4. 보도 [대법원 선고 2020두32012 호봉재획정거부처분 취소 사건에 관한 보도자료] 참고.
- 4) 또한 '상근'의 의미에 관한 공무원보수규정 등의 해석에 있어서, 용어의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 범위에서 사건 규정의 제·개정 연혁과 입법취지를 합리적으로 반영하고 있다는 점도 대상판결의 의의 가운데 하나라고 할 수 있다.
- 5) '항상성(恒常性)'의 사전적 정의를 살펴보면, "생체가 여러 가지 환경 변화에 대응하여 생명 현상이 제대로 일어날 수 있도록 일정한 상태를 유지하는 성질 또는 그런 현상" 내지 "여러 가지 조건이 바뀌어도 친숙한 대상은 항상 같게 지각되는 현상"을 의미한다고 되어 있다(네이버검색·표준국어대사전). 대법원 보도자료에서는 '상근'을 파악하는 핵심 개념으로 '항상성'을 제시했다는 점에서 의의를 찾고 있지만, '항상성'의 통상적, 사전적 의미와 대상판

상 판결에서는 1주 25시간의 소정근로시간을 매일 5시간씩 근무했으므로 '관공서의 통상적인 근무일' 모두를 근무하였다는 점에 주목하여 판단하였지만, 그 법리를 그대로 따를 경우, 예컨대 1주 24시간의 소정근로시간을 1일 8시간씩 주3일 근무하였다면, '사업장의 통상적인 근무일' 모두를 근무하지 않은 것이므로, '항상성'과 '규칙성'을 갖추지 못한 것으로 판단하여야 하는 것인지, 만약 그렇게 판단한다면 근무일 선택에 따른 차별이 되지 않는지에 대한 해답이 제시되어야 할 것이다. **KLI**

김근주(한국노동연구원 연구위원)

결에서의 맥락이 직관적으로 이어지지 않는다는 점을 고려할 때, 이에 대한 추가적인 (규범적) 해석은 피할 수 없을 것으로 생각된다.

불법 대체근로에 동원된 외부인에 대한 법적 평가와 그를 향한 물리적 행사의 가부

- 대법원 2020. 6. 11. 선고 2016도3048 판결 -

【판결요지】

피해자는 A회사 소속 근로자들의 쟁의행위로 중단된 업무를 수행하기 위하여 A회사에 채용된 근로자에 불과하므로, 대항법 관계에 있는 행위 중 '사용자'만 처벌하는 노동조합법 제91조, 제43조 제1항 위반죄의 단독정범이 될 수 없고, 형법 총칙상 공범 규정을 적용하여 공동정범 또는 방조범으로 처벌할 수도 없다. 결국 피해자는 노동조합법 제91조, 제43조 제1항 위반에 따른 현행범인이 아니고, 피고인들이 피해자를 체포하려던 당시 상황을 기초로 보더라도 현행범인 체포의 요건을 갖추고 있었다고 할 수 없다.

「노동조합및노동관계조정법」(이하 '노동조합법'이라 한다) 제43조 제1항은 “사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다”고 규정하고 있다. 노동조합의 쟁의행위권을 보장하기 위한 것이 그 취지다.¹⁾ 이 조항의 반대해석상 당해 사업과 '관계있는' 자는 이를 '신규 채용하거나 대체근로'(이하 '대체근로'라 한다)에 종사할 수 있게 해도 된다.²⁾

만약 사용자가 「노동조합법」 제43조 제1항 규정을 위반하는 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금으로 처벌된다(노동조합법 제91조). 여기서 처벌되는 '사용자'는 「노동조합법」 제2조 제2호 사용자의 정의 조항에 따라 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다.

그런데 쟁의행위 기간 중에 사용자가 당해 사업과 관계없는 자를 대체근로하게 하는 경우 그렇게 대체근로에 종사하게 되는 자는 어떻게 평가해야 할 것인가? 대상판결의 사안은 바로 쟁의행위 기간 중에 당해 사업에 대체근로하게 된 당해 사업과 무관한 외부의 근로자에 관한 것이다.

대상판결의 사안에서는, A회사 노동조합의 파업으로 인해 A회사의 사업이 중단되자, A회사가 사업 외부의 제3자 B로 하여금 대체근로를 시켰는데, A회사 노동조합원들이 제3자 B가 대체근로를 하는 것을 보고 그것을 제지하기 위해 B를 붙잡으려고 하다가 B를 다치게 하여, B의

1) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도4831 판결.

2) 김유성(1999), 「노동법Ⅱ」, 법문사, pp.298~299.

체포과정에 관여한 A회사 노동조합원들이 공동상해죄 등으로 기소되었다.

일반적으로 범죄가 성립되기 위해서는 구성요건해당성, 위법성, 책임이라고 하는 세 가지 요건이 성립해야 한다. 형사법을 비롯하여 각종 법률에서 금지행위를 규정한 조항을 위반한 경우 구성요건해당성이 충족되고, 구성요건해당성이 충족되면 위법성이 추정되며 역으로 위법성 조각사유(정당방위, 긴급피난, 피해자의 승낙, 자구행위, 정당행위)가 없으면 위법성이 그대로 인정된다. 위법성까지 인정되면 책임 역시 추정되며 역으로 책임조각사유(형사미성년, 책임무능력, 법률의 착오, 기대가능성 등)가 없으면 책임까지 인정되어 범죄가 성립한다. 그 밖에 범죄의 유형에 따라서는 처벌조건의 충족여부라든가 소추조건의 충족여부가 문제되기도 한다.

대사판결의 사안에서 기소된 노동조합원들(이하 '피고인'이라 한다)은 자신들이 불법적인 대체근로를 막기 위해서 대체근로에 동원된 자를 체포하는 과정에서 상해를 입게 한 것이므로 소위 범죄를 저지르는 현행범을 체포하는 것이어서³⁾ 형법상 정당행위에 해당되어 위법성이 조각된다고 주장하였다.

피고인의 주장이 타당하기 위해서는 대체근로에 동원된 외부의 제3자에게 범죄가 성립해야 한다. 그래야 현행범 체포라는 논리가 가능해지기 때문이다. 대체근로에 동원된 외부의 제3자에게 범죄가 성립하는지 여부를 살펴보기 위해서는 두 가지를 검토해야 한다. 첫째, 대체근로에 동원된 외부의 제3자가 「노동조합법」상 처벌 대상인지 여부를 살피는 것이다. 둘째, 대체근로에 동원된 외부의 제3자가 「노동조합법」상 처벌 대상이 되지 않더라도 자신을 고용한 사용자에게 공범관계가 성립되어 처벌할 수 있는지 여부를 살펴야 한다.

일단, 「노동조합법」상으로는 대체근로에 동원된 외부의 제3자에 대해서는 처벌조항이 없다. 즉 쟁의행위 상황에서 그 사업과 관계없는 자를 대체근로시키는 경우 처벌되는 자는 사용자뿐이기 때문에 그 사용자에게 의해 대체된 외부의 제3자는 설사 불법적인 대체근로에 동원된다고 해도 「노동조합법」에서는 처벌되지 않는다는 것이다. 즉 불법적인 대체근로를 시킨 자가 문제인 것이지 그에 동원된 외부의 근로자를 비난할 수는 없는 것이다.

다음으로, 대체근로를 시킨 사용자에게 대해 대체근로에 동원된 외부의 제3자가 공범관계가 성립되어 처벌할 수 있는지 살펴보자. 강학상으로 공범은 크게 두 가지 형태로 분류할 수 있다. 임의적 공범과 필요적 공범이 그것이다.

범죄와 형벌을 규정한 조항에서 범죄구성요건은 원칙적으로 정범 1인에 의해 실현되는 단독범을 전제로 하고 있고, 임의적 공범은 직접 범죄행위를 저지르는 자, 즉 정범에 가담하는 형태를 말한다. 이에겐 공동정범(형법 제30조, 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 경우),⁴⁾ 교사범(형법

3) 형사소송법 제212조(현행범인의 체포) 현행범인은 누구든지 영장 없이 체포할 수 있다.

4) 공동정범은 양태상 공동행위자 각자가 모두 구성요건행위를 실행한 경우도 있고 각자가 분업하여 부분적으로 구성요건행위를 실행한 경우도 있다. 후자와 관련해서 공동정범의 성립에 관한 견해 중 '행위지배설'은 공동의 범행계

제31조, 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자), 중범(형법 제32, 타인의 범죄를 방조한 자)이 있다.

이와 달리 필요적 공범은 범죄구성요건 규정에서 수인(數人)의 행위로서만 구성요건을 실현할 수 있는 범죄를 말한다. 즉 필요적 공범은 행위 주체 자체가 여러 명이어야 한다. 필요적 공범은 행위자들의 행위 방향에 따라 대항범(對向犯)과 집합범(집단범)으로 구별할 수 있다. 대항범은 행위자들의 행위가 서로 마주보는 방향으로 결합되어 있는 형태를 말한다. 대항범에 있어서는 행위자들에게 동일한 범정형이 부과되는 경우와 차별적인 범정형이 부과되는 경우가 있다. 집합범은 구성요건상 다수 행위자들에게 동일한 방향의 행위가 요구되는 경우이다. 집합범의 경우 다수 행위자가 동일한 범정형에 처해지는 경우가 일반적이지만, 내란죄처럼 행위자의 지위나 역할에 따라 범정형이 차별적인 경우도 있다.

임의적 공범	공동정범, 교사범, 중범		
필요적 공범	대항범	쌍방에 대해 동일한 범정형	도박죄(형법 제246조 제1항), 인신매매죄(형법 제289조) 등
		쌍방에 대해 상이한 범정형	뇌물수수죄(형법 제129조, 제133조), 배임수증죄(형법 제357조) 등
	집합범	일방만 처벌	음화반포 등 죄(형법 제243조)
		관여자에 대해 동일한 범정형	소요죄(형법 제115조), 합동절도죄(형법 제331조 제2항), 합동강도죄(형법 제334조 제2항), 합동도주죄(형법 제146조) 등
		관여자에 대해 상이한 범정형	내란죄(형법 제87조)

근로관계는 기본적으로 노무를 제공하는 자와 노무를 수령하는 자의 관계 즉 대항관계에 속한다. 따라서 대체근로 금지 위반은 사용자 혼자만의 행위로 저질러질 수 있는 범죄가 아니다. 즉 대체근로자 없이 사용자 혼자만의 대체근로 금지 위반이라는 것이 존재할 수 없는 것이다. 그러므로 대체근로자는 사용자의 대체근로 금지 위반이라는 범죄에 대해서는 임의적 공범의 형태로 가담하는 것은 개념 본질상 불가능하다.

결론적으로, 정의행위권 보장을 위해 사용자의 대체근로를 금지하고 이를 범죄로 취급하고자 하는 경우 대체근로 금지 위반죄는 대항범 관계로 파악하는 것이 타당하다. 다만 대항범 관계에서 대항관계에 있는 쌍방에게 동일한 범정형을 부과할 것인가 상이한 범정형을 부과할 것인가 아니면 일방만 처벌할 것인가는 입법정책의 문제일 뿐이다. 「노동조합법」의 경우 대체근로 금지에 관해 대항자 중 사용자만 처벌하고 대체근로에 동원된 외부의 제3자는 처벌하지 않는 입장을 채택하고 있다. 정의행위로 중단된 업무의 수행을 위해 당해 사업과 관계없는 자를 대체근로시키는 경우에 사용자가 핵심적인 행위 주체가 될 수밖에 없다는 점이 형벌 규정에 고려되었을 것이라 생각된다.

획에 따라 구체적인 범죄의 실현에 있어서 본질적인 임무를 부담한 자는 기능적 행위지배를 가지기 때문에 정범이 된다고 설명한다. 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016도15470 판결 등 참조.

대상판결의 원심에서는 쟁의행위 시 사용자가 외부인을 동원하여 대체근로시키는 것이 불법이므로 사용자의 불법 대체근로에 동원된 자를 체포하는 행위는 적절한 현행법 체포로서 정당행위에 속하므로 위법성이 없다고 보았다. 그러나 대상판결에서는, 대체근로관계의 본질에 대해 정확히 파악하여, 불법 대체근로에 동원된 자는 대체근로 금지 규정을 위반한 사용자에 대해 임의적 공범관계가 성립될 수 없고, 필요적 공범관계 중 대항범 관계이지만 처벌규정이 없으므로 처벌받지 않는 자라는 점을 지적하면서, 처벌받지 않는 자를 현행법으로 체포할 수는 없는 것이므로 피고인의 체포행위에 대해 위법성을 부인할 수 없다고 하였다.

대상판결은 불법적인 대체근로에 동원된 외부의 제3자에 대한 법적 평가를 내린 최초의 판결로 보이는데, 형사법적 관점에서 볼 때, 대상판결의 판단은 타당하다고 볼 수밖에 없다. 그리고 대상판결이 대체근로 금지와 관련하여 던져주는 시사점은 작지 않다. 대체근로 금지는 쟁의행위권 보장을 위해서 「노동조합법」에서 인정하고 있다. 그렇다면 불법 대체근로를 어떻게 막을 것인가. 쟁의행위가 발생한 상황에서 노동조합이 사용자의 대체근로를 막기 위해 어느 정도의 행위까지 허용될 것인지 문제되지 않을 수 없다. 우선, 사업장 출입통제를 통해서 대체근로에 동원되는 외부인의 출입을 원천봉쇄하는 경우 이는 정당할 것이라 보인다. 왜냐하면, 형법상 업무방해죄의 보호대상이 되는 업무는 법률상 보호가치 있는 업무인데,⁵⁾ 불법 대체근로는 사용자가 처벌받는 위법행위이므로 보호가치가 없어서 업무방해죄가 될 수 없기 때문이다. 다만 이 경우에도 대체근로를 하러 온 외부인에 대한 폭력 등 행위는 정당하지 않다고 판단될 것이다. 다음으로, 이미 불법 대체근로가 진행되고 있는 경우 어떻게 해야 할 것인가? 일단 불법 대체근로에 동원된 외부인을 물리력을 동원하여 사업장 밖으로 축출하는 행위는 폭행·상해 등 위법행위로 평가될 여지가 크다. 물론 업무방해죄는 성립하지 않을 것이다. 불법 대체근로에 대해서는 보호되는 업무로 평가될 수 없기 때문이다. 따라서 사용자에 대한 책임을 묻는 것은 별론으로 하고, 불법 대체근로에 동원된 외부인으로 하여금 상황을 설명하고 스스로 퇴거하도록 요구하거나 아니면 사용자에게 압력을 가하여 사용자 스스로 불법 대체근로를 중단하도록 하는 것이 현재로서는 적절한 방법이라고 보인다. **KL**

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

5) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2013도9828 판결 등.