

노동판례리뷰

근로기준법 제44조의2의 강행규정성

- 대법원 2021. 6. 10. 선고 2021다217370 판결 -

【판결 요지】

(1) 근로기준법 제44조의2는…… 직상 수급인이 건설업 등록이 되어 있지 않아 건설공사를 위한 자금력 등이 확인되지 않는 자에게 건설공사를 하도급하는 위법행위를 함으로써 하수급인의 임금지급의무 불이행에 관한 추상적 위험을 야기한 잘못에 대하여 실제로 하수급인이 임금지급의무를 이행하지 않아 이러한 위험이 현실화되었을 때 그 책임을 묻는 취지로서, 건설 하도급 관계에서 발생하는 임금지급방식을 개선하여 건설근로자의 권리를 보장할 수 있도록 하는 데 그 입법취지를 두고 있다.

(2) 근로기준법 제44조의2는 개인의 의사에 의하여 그 적용을 배제할 수 없는 강행규정으로 봄이 타당하고 따라서 이를 배제하거나 잠탈하는 약정을 하였더라도 그 약정은 효력이 없다.

근로자에 대한 임금지급 책임은 그 근로자와 근로계약을 체결한 사업주가 부담하는 것이 원칙이다. 이러한 원칙에 대한 예외가 「근로기준법」(이하 ‘근기법’) 제44조,1) 제44조의2), 제44조의3의 특례 규정이다. 이에 따라 근로자는 일정한 경우에 근로계약 당사자가 아닌 직상 수급인에게 임금을 청구할 수 있다. 대상판결은 근기법 제44조의2(건설업에서의 임금 지급 연대책임)

1) 제44조(도급 사업에 대한 임금 지급) ① 사업이 한 차례 이상의 도급에 따라 행하여지는 경우에 하수급인(下受給人)(도급이 한 차례에 걸쳐 행하여진 경우에는 수급인을 말한다)이 직상(直上) 수급인(도급이 한 차례에 걸쳐 행하여진 경우에는 도급인을 말한다)의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인은 그 하수급인과 연대하여 책임을 진다. 다만, 직상 수급인의 귀책사유가 그 상위 수급인의 귀책사유에 의하여 발생한 경우에는 그 상위 수급인도 연대하여 책임을 진다.

2) 제44조의2(건설업에서의 임금 지급 연대책임) ① 건설업에서 사업이 2차례 이상 「건설산업기본법」 제2조 제11호에 따른 도급(이하 “공사도급”이라 한다)이 이루어진 경우에 같은 법 제2조 제7호에 따른 건설사업자가 아닌 하수급인이 그가 사용한 근로자에게 임금(해당 건설공사에서 발생한 임금으로 한정한다)을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인은 하수급인과 연대하여 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 진다.

에 관한 사건이다.

당사자 관계는 다음과 같다. A사 - B사(피고, 직상 수급인) - C사(하수급인) - 근로자 甲(원고)이다. B사(피고)는 석공·토목공 사업 등을 하는 회사이다. 피고는 A주식회사로부터 하도급 받은 E건물의 F·G동 신축공사 중 석조공사를 다시 C에게 재하도급 주었다. C는 「건설산업기본법」 제2조 제7호³⁾에 따른 건설사업자가 아니다. 미등록 건설사업자인 C는 甲(원고)을 고용하였다. 원고는 2018. 11. 20.경부터 2019. 1. 31.경까지 위 공사 현장에서 노무를 제공하였으나, 2018. 12.부터 2019. 1.까지의 임금 합계 3,831,000원을 받지 못하였다. 원고는 직상 수급인인 피고에게 지급받지 못한 임금을 청구하였고, 원고가 승소한 사건이다.

한편 C는 ‘원고는 C에게 임금 수령 권한을 위임한다’는 위임장을 피고에게 제출하였다. 이에 피고는 ‘근로자의 임금을 포함한 공사대금(하도급 대금)을 C에게 모두 지급하였으므로, 원고에게 임금을 지급할 의무가 없다’고 주장하였다. 관련하여 쟁점은 두 가지이다. ① 피고가 C에게 하도급 대금을 모두 지급한 경우에도(즉, 직상 수급인인 피고의 귀책사유가 없는 경우에도) 근기법 제44조의2에 따라 피고가 임금지급 책임을 부담하는지, ② ‘원고는 C에게 임금 수령 권한을 위임한다’는 약정에 따라 근기법 제44조의2의 적용이 배제되는지이다.

첫째, 직상 수급인의 귀책사유가 없는 경우에도 직상 수급인이 책임을 부담하는지에 대하여, 대법판결은 “건설업자가 아닌 하수급인이 그가 사용한 근로자에게 임금을 지급하지 못하였다면, 그 하수급인의 직상 수급인은 자신에게 귀책사유가 있는지 여부 또는 하수급인에게 대금을 지급하였는지 여부와 관계없이 하수급인과 연대하여 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 부담한다”는 선례⁴⁾에 따라, 피고는 C에게 하도급 대금을 모두 지급하였다 하더라도 원고에 대한 임금지급 책임을 부담한다고 판단하였다.⁵⁾

이는 근기법 제44조(1980년 신설)⁶⁾와 제44조의2(2007년 신설)⁷⁾의 차이를 잘 드러내는 판단이다. 양 규정은 취지와 기본구조는 동일하나, 직상 수급인이 책임을 지는 요건 중의 하나가 다르다. 근기법 제44조는 ‘직상 수급인의 귀책사유⁸⁾로 임금체불이 발생한 경우’가 요건인 반면, 제44조의2는 ‘건설산업기본법 제2조제7호에 따른 건설사업자가 아닌 하수급인에게 재하도급을

3) 7. “건설사업자”란 이 법 또는 다른 법률에 따라 등록 등을 하고 건설업을 하는 자를 말한다.

4) 대법원 2019. 10. 31. 선고 2018도9012 판결.

5) 대법판결의 원심(인천지방법원 2021. 2. 4. 선고 2020나55018 판결)은 피고가 C에게 하도급 대금을 모두 지급했다고 인정할 증거가 없다고 판단했으며, 실령 하도급 대금을 모두 지급하였다고 하더라도 근기법 제44조의2에 따라 피고는 임금지급 책임을 면할 수 없다고 판단하였다.

6) 1980. 12. 31. 근기법 개정 시에 신설된 조문이다. 당시에는 ‘제36조의2’였다.

7) 2007. 7. 27. 근기법 개정 시에 신설된 조문이다.

8) 근기법 시행령 제24조에 따른 직상 수급인의 귀책사유는 (i) 정당한 사유 없이 도급계약에서 정한 도급 금액 지급일에 도급 금액을 지급하지 아니한 경우, (ii) 정당한 사유 없이 도급계약에서 정한 원자재 공급을 늦게 하거나 공급을 하지 아니한 경우, (iii) 정당한 사유 없이 도급계약의 조건을 이행하지 아니하여 하수급인이 도급사업을 정상적으로 수행하지 못한 경우이다.

준 경우'가 요건이다. 따라서 피고의 귀책사유 여부 또는 하도급 대금 지급 여부와 관계없이 피고의 임금지급 책임을 인정한 대상판결은 너무 당연하다.

2007년 신설된 근기법 제44조의2는 “건설산업기본법을 위반한 불법 하도급으로 인하여 건설 일용근로자에 대한 임금체불이 많이 발생하고 있으므로 건설 하도급 관계에서 발생하는 임금 지급방식을 개선하여 건설근로자의 권리를 보장”하기 위한 것이다.⁹⁾ 대상판결은 이러한 입법 취지를 구체화하였다. 대상판결은 “직상 수급인이 건설업 등록이 되어 있지 않아 건설공사를 위한 자금력 등이 확인되지 않는 자에게 건설공사를 하도급하는 위법행위를 함으로써 하수급인의 임금지급의무 불이행에 관한 추상적 위험을 야기한 잘못에 대하여 실제로 하수급인이 임금지급의무를 이행하지 않아 이러한 위험이 현실화되었을 때 그 책임을 묻는 취지”라고 설명하고 있다. 따라서 제44조의2에서는 직상 수급인이 미등록 건설사업자에게 재하도급을 준 것 자체(즉, “추상적 위험을 야기한 잘못”)가 책임의 요건이 되는 것이다.

둘째, ‘원고는 C에게 임금 수령 권한을 위임한다’는 약정에 따라 근기법 제44조의2의 적용이 배제되는지에 대하여, 대상판결은 “근로기준법 제109조 제1항은 근로기준법 제44조의2를 위반하여 임금지급의무를 불이행한 직상 수급인에 대해 형사처벌을 하도록 정하고 있는바, 이와 같은 입법 취지, 규정 내용과 형식 등을 종합하여 보면 근로기준법 제44조의2는 개인의 의사에 의하여 그 적용을 배제할 수 없는 강행규정으로 봄이 타당하고 따라서 이를 배제하거나 잠탈하는 약정을 하였더라도 그 약정은 효력이 없다”는 법리를 제시하였다.

이 법리에 따라 ‘원고가 C에게 임금을 수령할 권한을 위임하였으므로, 피고가 C에게 원고의 임금을 포함한 하도급 대금을 모두 지급함으로써 근로기준법 제44조의2에 따른 임금지급의무를 이행하였다’는 피고의 주장에 대해, 이를 허용하는 것은 강행규정인 근기법 제44조의2를 형해화하는 결과가 되므로 임금수령권한을 위임하는 행위는 강행규정 위반으로 그 효력이 없다고 판단하였다.

대상판결은 근기법 제44조의2는 “개인의 의사에 의하여 그 적용을 배제할 수 없는 강행규정”임을 명확히 하였다. 따라서 원고가 C에게 임금수령권한을 위임하는 약정을 무효로 판단한 것이다. 만약에 피고와 C가 ‘C만이 책임을 부담하고 피고는 면책된다’는 내용의 약정을 하더라도, 당연히 이러한 약정도 무효가 된다.

결론적으로 직상 수급인이 근기법 제44조의2의 책임을 면하기 위해서는, 하수급인이 그 근로자에게 제대로 임금을 지급하고 있는지를 관리·통제하는 방법밖에 없다. 직상 수급인이 하수급인에게 하도급 대금을 제대로 다 지급했어도, 하수급인이 근로자에게 임금을 지급하지 않았다면 결국은 직상 수급인이 책임을 부담해야 한다. 법률에 따르지 않은 미등록 건설사업자에

9) 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr>)의 개정이유.

게 하도급을 준 것에 대한 책임이다. 직상 수급인이 책임을 면하는 보다 더 좋은 방법은, 미등록 건설사업자에게는 아예 하도급을 주지 않는 것이다. 그러면 근기법 제44조의 적용을 받을 뿐이다. 근기법 제44조에서는 직상 수급인의 귀책사유가 없는 한 직상 수급인이 임금지급 책임을 부담할 일이 없다.

근기법 제44조의2는, 제44조보다 더 강화된 방식으로 직상 수급인의 책임을 규정하여 미등록 건설사업자에게 하도급을 주는 것 자체를 제한하기 위해 마련된 규정이다. 즉, 건설산업기본법의 규제와 함께 근기법상 직상 수급인의 임금지급 책임을 통해 불법 하도급을 방지하기 위한 것이다. 여기에 더해 대상판결은 근기법 제44조의2의 적용을 배제하거나 잠탈하는 약정은 무효라는 점을 분명히 하여, 그 입법취지를 한층 더 살려냈다. **KL**

방강수(한양대학교 공익소수자인권센터 연구원, 법학박사)

집단적 경영성과급¹⁾의 임금성

- 서울지방법원 2021. 6. 17. 선고 2019가합542535 판결(인정) -
- 수원고등법원 2021. 6. 17. 선고 2020나26085 판결(불인정) -

【판결 요지】

동일한 회사에서 지급하는 집단적 경영성과급이 임금에 해당하는지에 대해 두 법원이 동일한 날에 상반되는 결정을 내렸다. 그 회사는 전자제품과 반도체 등 3개의 사업부문 각각에 여러 다른 사업부를 갖고 있는 A전자이다. 수원고등법원은 경영성과급의 일종인 A전자의 목표인센티브와 성과인센티브(이하 이 사건 인센티브들)에 대해 임금이 아니라고 하여 근로자들의 퇴직금 청구에 관한 항소를 기각하였고(이하 수원고법판결), 서울지방법원은 이 사건 인센티브들이 임금에 해당한다고 하여 근로자들의 퇴직금 청구를 인용하였다(이하 서울지법판결).

상반되는 두 판결은 기본적으로는 임금성에 대한 동일한 판례법리를 근거로 들고 있다. 그 판례법리는 “근로의 대가로서 근로자에게 지급되는 금품으로서, 근로자에게 계속적·정기적으로 지급되고 단체협약, 취업규칙, 급여규정, 근로계약, 노동관행 등에 의하여 사용자에게 그 지급의무가 지워져 있는 것”이고, “어떤 금품이 근로의 대가로서 지급된 금품인지를 판단함에 있어서는 그 금품 지급의무의 발생이 근로제공과 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련된 것으로 볼 수 있어야 한다.”는 것이다(대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다77514 판결).

이 판례평석은 수원고법판결과 서울지법판결을 비교하여 사실관계의 인정과 법리의 적용에 있어서 어떠한 차이가 이렇게 상반된 결정을 내리게 되었는지 소개한다. 이러한 비교분석 과정에서 필자의 견해를 간단하게 제시해 보고자 한다. 그리고 위 판례법리상 임금성 판단의 요건으로 들고 있는 ‘계속적·정기적’ 지급은 이 사건 인센티브들이 각각 1994년, 2000년 도입 이래 계속적·정기적으로 지급되어 와서, 이 부분에 대해서는 다툼이 없었다는 점을 밝혀 둔다.

수원고법판결과 서울지법판결에서 가장 중요하고 극명하게 대비되는 것은 위의 이 사건 인센티브들이 근로제공과 직접적으로 관련되거나 그것과 밀접하게 관련된 것으로 볼 수 있는지 여부이다. 수원고법판결은 이 사건 인센티브들이 “피고의 근로자들이 제공한 근로의 양이나 질에 대한 평가를 기초로, 혹은 근로자들이 제공한 근로의 양이나 질에 대한 대가로 지급된 것이라기보다는 피고의 전반적인 경영성과에 대한 평가를 기초로 그에 따른 이익 중 일부를 근로자

1) 이 사건에서 문제되는 금품의 명칭은 목표인센티브와 성과인센티브이다. 소속한 단위 혹은 전체 근로자를 대상으로 부서나 전체 회사 차원에서 설정한 목표나 성과가 달성되었을 때 지급된다는 의미로 이 글에서 목표인센티브와 성과인센티브를 함께 언급할 때는 집단적 경영성과급으로 칭한다.

에게 배분하는 것”이라고 보았다. 그 근거로 수원고법판결은 목표인센티브의 지급률을 평가하는 근거가 되는 각 사업부문과 사업부의 성과는 “개별 근로자들의 평균적인 근로제공을 전제로 각 평가 기간 동안의 세계 및 국내 경제 상황, 동종 업계 동향, 전 세계 각국의 외교·통상정책, 피고 경영진의 경영판단 등 개별 근로자들이 통제할 수 없는 요인들에 의하여 결정된다.”고 본다. 또한 성과인센티브의 근거가 되는 경제적 부가가치(Economic Value Added)²⁾의 발생 여부와 그 액수 역시 위 각 사업부문과 사업부의 성과에서와 마찬가지로 개별 근로자들이 통제할 수 없는 요인들에 의해 결정된다고 본다.

반면에 서울지법판결은 각 사업부문과 사업부의 경영성과가 “회사 경영진의 경영능력, 회사 자본이나 자산의 기여, 협업에 의한 근로자들의 근로 제공, 전체 시장 상황 등이 총체적으로 결합한 결과로서 피고는 경영성과를 경영진에 대한 보수, 주주에 대한 배당, 근로자들에 대한 성과상여급 등으로 배분한다.”며 두 인센티브가 “근로자들이 집단으로 제공한 협업 근로가 피고의 경영성과에 기여한 가치를 평가하여 근로자들에게 그 몫을 지급하는 것이므로, 근로의 양이나 질과 밀접한 관련이 있다.”고 본다.

서울지법판결이 지적하는 바와 같이 수원고법판결은 개인별 성과급이 임금으로 인정되는 대법원의 판결취지와 상충되는 면이 있다. 예를 들어 자동차 영업사원이 개별적으로 차를 판매하여 일정한 비율로 판매한 대수만큼 받는 인센티브는 임금으로 인정되는데(대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23149 판결), 이 영업사원의 자동차 판매대수 또한 경제상황, 동종업계 동향, 경영진의 판매정책판단 등 개별 근로자들이 통제할 수 없는 요인에 의해 좌우되는 측면이 분명히 존재하는데도, 개인별 인센티브는 임금에 해당한다. 근로제공과 관련하여 집단적 인센티브와 개인별 인센티브의 차이는 근로제공과 밀접한 관련이 있느냐의 여부의 차이가 아니라 개별적 업무로서의 근로제공인지 집단적인 협업으로서의 근로제공인지일 뿐이다. 또한 수원고법판결은 공공기관 근로자들의 집단적인 협업에 의한 근로제공과 경영평가성과급이 밀접한 관련이 있다는 것을 전제로 하여 공공기관의 경영평가성과급이 임금에 해당한다고 본 대법원판결(대법원 2018. 12. 13. 선고 2018다231536 판결)과도 배치되는 측면이 있다. 그럼에도 불구하고 수원고법판결은 “지급조건이 경영성과나 노사관계의 안정 등과 같이 근로자 개인의 업무실적 및 근로의 제공과는 직접적인 관련이 없는 요소에 의하여 결정되도록” 되어 있는 경우 임금이라고 볼 수 없다는 대법원의 이전 판례법리(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012다48077 판결)³⁾를 판단의 근거법리로 하고 있다. 이 판례법리가 이 사건 인센티브들과는 달리 임원 등을 대상으로 회사

2) 세후 영업이익에서 자본비용을 뺀 금액을 뜻한다고 한다.

3) 이와는 반대취지의 대법원 판결(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결)을 서울지법판결은 인용하고 있는데, 이 판결에서 대법원은 ‘급여규칙에 명시적 근거를 두고’ ‘지급사유와 지급기준을 사전에 정해 놓았으며 그에 따라’ ‘정기적·계속적으로 지급되어 온’ 사실을 근거로 하여 성과배분상여금을 임금에 해당한다고 판단하였다.

의 재량으로 지급대상자를 선발한 점 등의 사실관계를 기초로 하였다는 점에서 그 적용에 의문이 있을 수 있으나 판례법리 문구 자체만으로 보면 이 판례법리와 공공기관의 경영평가성과급을 임금으로 인정한 대법원의 판단과는 서로 상충될 여지가 있어 보인다.

다음으로 이 사건 인센티브들에 대하여 A전자가 지급의무성을 갖고 있는지⁴⁾에 대한 판단에서 양 판결은 또한 대비된다. 수원고법판결은 이 사건 각 인센티브들과 관련하여 지급할 대상, 지급해야 할 조건 등이 확정되어 있는지에 대해 연봉계약서, HR규정에 지급의 근거규정이 있다는 점을 인정하면서도 이 사건 인센티브들 계산의 기초가 되는 일정한 기초금액 및 지급률이 구체적으로 정해져 있거나 적어도 이를 특정할 수 있는 기준 등이 마련되어 있지 않다고 본다. 반면에 서울지법판결은 수원고법판결이 언급한 규정들 이외에 ‘급여·복리후생·근태기준’에서 각 인센티브의 지급대상과 산정기준, 지급일을 구체적으로 정하고 있다고 보아 A전자에 지급의무성이 있다고 판단한 것으로 보인다. 특히 서울지법판결은 수원고법판결이 알 수 없다고 보는 일정한 기초금액이 상여계산기초금액으로서 근로자별 월 기준급의 120%라고 명시하고 있다.

이렇게 비교하여 보았을 때 의문점이 몇 가지 생긴다. 우선 지급기준에서 서울지법판결은 일정한 기초금액의 액수가 특정되어 있다고 보고 수원고법판결은 이것을 파악할 수 없다고 한다는 점에 대해 의문이 있다. 수원고법판결은 이 사건 인센티브들이 매년 정기적·계속적으로 전 근로자들에게 지급되었으면서도 실제로 어떠한 기준에 의해 지급되었는지를 알 수 없다는 것으로, 사실관계 인정에서 이렇게 극명한 차이가 보이는 점을 이해하기가 상당히 어렵다. 그리고 목표인센티브가 어떤 근로자에게 어떤 지급률을 결정할 것인가가 정해져 있지 않다고 수원고법판결은 이유를 들고 있는데, 앞의 지급기준에 의하면 사업부문이나 사업부 평가에 의해 결정된 성과등급에 따라 해당 사업부문과 사업부에 소속된 근로자들에게 일괄적으로 지급하는 것으로 보이고, 서울지법판결도 이렇게 이해하고 있는 것으로 보인다. 이렇게 보았을 때, 지급률은 목표인센티브의 경우는 평가등급별로 이미 정하여져 있고, 성과인센티브의 경우에만 정하여져 있지 아니하다.

다음으로 성과인센티브에 대하여 지급률이 정하여져 있지 않은 것이 A전자가 이 사건 인센티브들에 대해 지급의무성이 없다고 볼 수 있는지에 대해서도 의문이 있다. 공공기관의 경영평가성과급에 대하여 대법원은 명시적으로 매년 경영평가로 결과에 따라서는 경영평가성과급을 지급받지 못하는 경우가 있다고 하더라도, 그리고 지급률을 경영평가의 등급에 따라 매년 기획

4) 수원고법판결은 이 사건 인센티브들을 ‘지급할 대상, 지급해야 할 조건 등이 확정되어 있는지’라고 하여 이것이 단체협약이나 취업규칙 등에 의한 지급의무성 판단임을 명시적으로 밝히지 않았으나 내용에서는 각 규정들에 지급할 대상, 지급해야 할 조건 등이 구체적으로 정하여져 있는지를 보는 것이어서 지급의무성에 대한 판단으로 보아도 무방하다고 생각한다.

재정부가 정하고 있음에도 불구하고 경영평가성과급에 대하여 지급의무성이 있다고 보았다. 이러한 점에서 A전자의 성과인센티브는 공기업의 경영평가성과급과 유사한 경우임에도 불구하고 수원고법판결은 경영평가성과급에 대한 대법원 판단과 상충되는 판단을 하고 있으나, 이에 대해 어떠한 이유나 근거를 제시하고 있지 아니하다.

이상의 2가지 주요 쟁점에 대해서만 수원고법판결과 서울지법판결이 달리 보는 것은 아니다. 수원고법판결은 더하여 이 사건 인센티브들을 근로의 대가로 볼 수 없는 이유로, 이 사건 인센티브들의 지급에서 재직자 기준이 적용되는 점과 취업규칙에 이 사건 인센티브들이 규정되어 있지 아니한 점 그리고 근로복지기본법에 성과배분이 규정되어 있는 점 등을 들고 있다. 그러나 이러한 점들은 수원고법판결이 대법원의 판례법리와 법규정을 오해한 것이 명백해 보여 별도로 자세하게 소개하거나 설명할 필요가 없어 보인다.

그래서 간략하게만 지적하면 우선 수원고법판결이 이 사건 인센티브들에 재직자 기준이 적용되는 점을 근거로 하여 임금성을 부정하였는데, 이렇게 판단하는 데 참조한 판결인 상여금이 통상임금에 해당하는지에 대한 대법원 전원합의체 판결(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다 89399 판결)은 재직자 기준이 있는 임금항목은 소정근로의 대가로서 통상임금에 해당하지 않는다는 것이지, 근로의 대가로서 임금에 해당하지 않는다고 실시한 것이 아니다. 그럼에도 수원고법판결은 통상임금에 관한 전원합의체 판결을 잘못 이해하여 재직자 기준을 임금성 판단에 잘못 적용하였다.

다음으로 수원고법판결이 별도로 이 사건 취업규칙에 규정되어 있지 않은 점을 근거로 하는 것은 위의 지급의무성 부분에서 함께 언급되었어야 하는 점은 별론으로 하고도 법리적으로도 오해를 한 것으로 보인다. 대법원은 취업규칙은 사용자가 복무규율과 임금 등 해당 사업의 근로자 전체에 적용될 근로조건에 관한 준칙을 규정한 것을 말하고 그 명칭에 구애받을 것이 아니라고 판시하였다(대법원 2004. 2. 12. 선고 2001다63599 판결). 이렇게 보았을 때, 수원고법판결이 보는 바와 같이 A전자가 취업규칙으로 이름을 정한 것만 근로기준법상의 취업규칙에 해당하는 것이 아니고, 이 사건 인센티브들의 지급대상, 지급률, 지급시기 등을 규정하고 있는 ‘급여·복리후생·근태기준’은 그 명칭에도 불구하고 법적으로 인정되는 취업규칙에 해당한다. 따라서 앞서 언급한 것처럼 법적인 의미에서 취업규칙인 이 기준에 지급대상, 지급률, 지급시기 등을 규정하고 있기 때문에 지급의무성이 있다고 볼 수 있는 것이다.

다음으로 수원고법판결은 근로복지기본법 제3장 기업근로복지 항목의 제84조(성과배분)가 “사업주는 해당 사업의 근로자와 협의하여 해당 연도 이익 등 경영목표가 초과달성된 경우 그 초과된 성과를 근로자에게 지급하고 근로자의 복지증진을 위하여 사용하도록 노력하여야 한다.”고 규정된 것을 이유로 하여 기업의 성과배분 역시 근로복지의 차원에서 규율하고 있고, 이것이 기업의 성과배분에 관하여 임금성을 긍정하기 어려운 사정이라고 판단하였다. 그렇지만

당장 이 법조문에서 ‘초과된 성과를 근로자에게 지급하’는 것과 ‘근로자의 복지증진을 위하여 사용’하는 것을 구별하는 점을 보면, 성과배분이 근로자의 일반적인 복지증진과는 다른 성격의 것임이 보인다. 또한 이 조항의 입법취지 자체가 경영성과급 등을 임금으로 보지 않기 위한 취지라고 해석하는 것은 상당히 무리가 있어 보인다. 임금성 여부에 대한 판단은 근로기준법의 적용과 해석에 달려 있는 문제이기 때문이다.

마지막으로 수원고법판결은 평균임금의 통상의 생활임금적 성격을 이유로 이 사건 인센티브들이 임금에 해당하지 않는다고 보는데, 임금성이 전제된 후에 판단되어야 하는 평균임금성의 법리를 근거로 하는 것은 명백히 잘못된 것으로 보인다.

경영평가성과급은 많은 회사에서 지급되고 있는 것으로 보인다. 그리고 올해 초에는 여러 회사에서 지급액과 지급기준에 대한 근로자들의 집단적인 문제제기도 있었을 정도로 민감한 문제이다.⁵⁾ 그러한 근로자들에게 회사가 달성한 경영성과나 목표가 근로자들의 근로제공과 관련이 전혀 없다고 하는 것이 얼마나 현실적으로 설득력을 가질지 의문이다. 또한 경영평가성과급이 근로자들의 근로의욕과 동기를 북돋우는 효과가 없고, 집단적으로 근로자들이 협업하면서 노력한 것과 아무런 관련이 없다면, 기업들은 상당한 액수의 경영성과급을 왜 지급하는 것일까?

수원고법판결과 서울지법판결은 물론 유사한 경영평가성과급사건⁶⁾도 당장 상급심에서 다투어질 예정이다. 현대사회에서 거의 모든 노동은 정도의 차이는 있겠지만 집단적인 협업을 통해서 이루어진다. 그럼에도 불구하고 수원고법판결은 그러한 노동에 대한 대가가 개별적인 노동으로 보았을 때는 임금으로 보고, 집단적으로 이루어진 것으로 보았을 때는 임금이 아닌 어떤 것으로 본다는 취지이다. 이러한 판단이 가능할 수 있는 여지를 제공하는 것은 대법원의 임금성 관련 일부 판례법리이다. 일견 상충되어 보이는 여지를 임금이 근로의 대가인 점에 초점을 맞추어 판례법리를 수정하고 명료화하여야 할 필요가 시급해 보인다. **KL**

심재진(서강대학교 법학전문대학원 교수)

5) 아주경제, 「성과급 진풍경」 고개 숙인 회장님, 할말 다하는 MZ세대… “한국식 보상체계 변해야”, 2021. 2. 17. 자 기사.

6) 수원지방법원 여주지원 2020. 1. 21. 선고 2019가단50590 판결; 수원지방법원 2021. 2. 4. 선고 2020나55510 판결.

4인 이하 사업장에서의 근로계약 갱신기대권의 법리 적용과 해고제한

- 서울중앙지방법원 2021. 6. 25. 선고 2019가합586061 판결 -

【판결 요지】

기간제근로자의 갱신기대권은 사용자와 근로자 사이에 '일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다'는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우 그러한 신뢰에 기초하여 인정되는 것으로서, 근로기준법상 해고 등 제한 규정과 취지 및 요건이 동일하다고 볼 수 없고, 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업장이라는 이유만으로 기간제근로자의 갱신에 대한 정당한 기대권 형성이 제한되는 것도 아니다. 따라서 피고가 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업장인지 여부와 관계없이 원고에게는 갱신기대권에 관한 법리가 적용될 수 있다고 보아야 한다.

1. 사건 개요

원고 A변호사는 기간제근로자이고, 피고 법조윤리협의회(변호사법에 근거하여 설립된 단체)는 상시 4인 이하 근로자 사용 사업장이다. 원고는 근로계약기간을 2017. 3. 6.부터 2018. 3. 5.까지로 정한 근로계약 및 연봉계약을 체결하고 피고의 사무국장 겸 상근관리관(계약직)으로 근무하였다. 이후 원고는 근로계약기간을 2018. 3. 6.부터 2019. 3. 5.까지로 정한 근로계약 등을 다시 체결하고 사무국장으로 계속 근무하였다. 그러다가 피고는 2019. 3. 5.자 기간만료로 종료되면 재계약할 의사가 없음을 원고에게 전달하고, 재계약을 하지 않았다. 이에 원고는 계약갱신의 정당한 기대권이 인정된다고 갱신 거절의 무효확인(해고무효확인)을 구하는 소 제기를 하였다. 피고는 먼저 피고 협의회는 해고제한 등 규정(「근로기준법」 제23조 제1항. 이하 해고를 중심으로 살펴므로 '해고제한 규정'이라고만 한다)이 적용되지 않는 상시 4인 이하 사업장이므로 갱신기대권의 법리가 적용되지 않고, 나아가 원고에게는 갱신기대권도 인정되지 않거나 갱신 거절에 합리적 이유가 있다고 주장하였다. 대상판결은 원고의 청구를 받아들였고, 현재 항소심(서울고법 2021나2024149)이 진행 중이다.

2. 대상판결의 내용과 의의

1) 대상판결은, 원고는 근로계약이 갱신된다는 정당한 기대권을 가지고 있고, 나아가 피고의 갱신 거절에 합리적 이유가 없다고 하였다. 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에 기간만료에도

불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정이 없더라도, 근로 계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 그에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 근로자에게 인정된다면, 사용자가 부당하게 근로계약 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없는데,¹⁾ 그러한 갱신기대권은 근로계약의 내용을 이루거나 그 내용으로 편입되었다고 할 수 있기 때문이다. 대상판결은, 피고 협의회의 계속 존속 가능성, 원고 직책의 상시성과 연속적 보장 필요성, 원고에 대한 지난 계약갱신의 형식성, 피고 협의회 설립(2007년) 이후 갱신 거절 사례의 부존재, 근무성적 우수 직원의 정규직 전환 규정과 실제 전환 사례로부터 계약갱신 거절의 재량이 제한될 수 있다는 신뢰 형성, 원고에게 계약기간 만료일 이후까지 수행될 것이 예정된 업무 지시 또는 외부출장 승낙 사실을 종합하면, 원고는 근로계약 갱신에 대한 정당한 기대권을 가지고 있다고 하였다. 나아가 무단지각 등 피고가 제시한 갱신 거절의 사유는 합리적 이유가 될 수 없고 달리 합리적 이유의 증거가 없으며, 피고의 갱신 거절은 무효라고 하였다. 대상판결의 인정사실에 의하면 위와 같은 판단은 타당하다고 보인다.

2) 대상판결은, 상시 4인 이하 사업장에도 근로계약 갱신기대권에 관한 법리는 적용된다고 하였다.²⁾ 기간제근로자에게 정당한 갱신기대권을 인정하는 취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 기간제근로자에 대한 근로조건 보호를 강화하려는 데에 있다. 그런데 상시 4인 이하 사업장 근로자에게도 그러한 취지의 적용을 부정할 이유는 전혀 없다. 해고제한 및 노동위원회 구제신청(「근로기준법」 제28조) 규정이 상시 4인 이하 사업장에 적용되지 않아 결과적으로 상시 5인 이상 사업장 근로자의 갱신기대권 인정 여부 관련 사례만 많다 보니, 마치 갱신기대권의 법리는 상시 5인 이상 사업장에만 적용되는 것이라는 잘못된 이해가 피고와 같은 주장을 만들어낸 것은 아닌가 싶다. 어쨌든 근로계약 갱신기대권이 근로계약의 내용을 이루거나 그 내용으로 편입된 이상, 상시 4인 이하 사업장에도 갱신기대권의 법리가 적용된다는 대상판결의 결론은 타당하다.

3) 판례에 따르면 단체협약, 취업규칙, 근로계약 등에 해고제한의 특약 등 그 정함이 있으면 그에 따라 상시 4인 이하 사업장에서도 근로계약해지(해고)를 제한할 수 있다.³⁾ 대상판결은 거기에 근로계약 갱신기대권이 인정되는 경우를 더하였다.

1) 대법원 2017. 10. 12. 선고 2015두44493 판결 등.

2) 한편 대상판결은, 피고 협의회는 상시 근로자 수와 관계없이 근로기준법이 적용되는 '국가나 지방자치단체에 준하는 것'에 해당한다는 판단도 덧붙였다. 그 판단에 따르면, 실령 피고의 주장대로 갱신기대권이 상시 5인 이상 사업장에만 적용될 수 있는 법리라고 하더라도, 피고에게는 상시 근로자 수와 관계없이 해고제한 규정이 적용되므로, 갱신기대권의 법리 또한 적용된다. 다만 이 글에서는 그 판단에 대해 논의하지 않는다.

3) 대법원 2008. 3. 14. 선고 2007다1418 판결(내부규정에 정함이 있는 경우), 울산지방법원 2017. 10. 19. 선고 2017가합298 판결(근로계약에 정함이 있는 경우, 항소기각 후 대법원 2018. 12. 13. 선고 2018다272414 판결 심리불속행 기각 확정).

3. 상시 4인 이하 사업장에서 해고제한

한편 상시 4인 이하 사업장에 해고제한 규정이 적용되지 않는다고 하여 사용자가 민법의 고용계약 규정에 기대어 그 사유를 불문하고 언제든지 근로자를 해고(근로계약해지)하여도 괜찮은 것인가? 판례는 그렇다고 한다.⁴⁾ 그러므로 대상판결에 관한 논의를 넘어 상시 4인 이하 사업장 근로자 일반⁵⁾에 대한 해고제한을 생각해 본다.

1) 상시 4인 이하 사업장에서 특수형태의 해고제한으로는, 다른 근로관계법에서 연령이나 장애, 성별, 노동조합활동 등을 이유로 한 정당한 이유 없는 해고 등 불이익 제한을 하고 있는 경우,⁶⁾ 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에 해고제한의 특약 등 그 정함이 있거나 근로계약 갱신기대권 등 각종 기대권(무기계약(정규직) 전환기대권, 고용승계기대권 등)이 인정되는 경우 등이 있다.

2) 그런데 위 1)은 특수형태의 해고제한일 뿐 상시 4인 이하 사업장 근로자 일반에 대한 해고 제한은 아니다. 상시 4인 이하 사업장에서 근로계약해지(해고)도 신의성실 원칙이나 권리남용 금지 원칙의 적용에서 벗어날 수 없고, 강행법규나 공서양속 위반 등 그 목적의 적법성과 사회적 타당성에 어긋나서는 안 될 것이다(일반조항의 적용). 물론 노동법 체계에 일반조항을 적용하는 것에 대해 일반론에서 또는 개별 사안의 적용에서 논란(특히 일반조항의 적용으로 노동법 체계를 무너뜨리거나 권리주체에 따라 적용 요건이 달라짐 등 부작용 우려 측면)이 있을 수 있다.⁷⁾ 그러나 근로계약관계는 일반적인 계약관계와 달리 계약 당사자의 대등성이 전제되어 있지 않기 때문에 근로자보호의 이념이 강조되고, 근로기준법의 해고제한 취지도 사용자에 의한 근로관계의 부당한 종료를 방지하고 근로관계의 존속을 보장함으로써 근로자를 보호하기 위함이다.⁸⁾ 부당한 근로계약해지(해고)에 따른 근로관계의 종료로부터 근로자보호의 필요성은 상시

4) 위 각주 판결.

5) 통계청(사업장 규모별 적용인구 현황)에 따르면, 해고제한 규정이 적용되지 않는 사업장이 2019년 기준 120만여 개로 전체(184만여 개)의 65.76%에 이른다.

6) 예를 들어 부상·질병·요양기간, 산전 및 산후기간 중의 해고(「근로기준법」 제23조 제2항), 연령이나 장애를 이유로 한 해고(「고용상 연령차별금지 및 고령자고용촉진에 관한 법률」 제4조의4, 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」 제10조 제1항), 해고에 있어 남녀를 차별하거나 여성 근로자의 혼인, 임신, 출산, 육아휴직 등을 이유로 한 해고(「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제11조, 제19조 제3항, 제19조의2 제5항 등), 노동조합 가입이나 정당한 단체활동 등을 이유로 한 해고(「노동조합 및 노동관계조정법」 제81조) 등이다. 이러한 근로관계법 외에도 「부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률», 「국가인권위원회법」 등도 신고나 진정 등에 따른 신분상 불이익을 금지하고 있다.

7) 노동법에 신의성실 원칙이나 권리남용금지 원칙의 적용에 관한 논의로 도재형, 「노동법에서의 권리남용 판례 법리」 및 조용만, 「노동법에서의 신의칙과 권리남용금지의 원칙 - 개별적 노동분쟁사건 적용례의 검토를 중심으로」, 『노동법연구』 제29호(2010. 9.), 서울대노동법연구회; 상시 4인 이하 사업장 적용에 관한 논의로 김기선, 「상시 4인 이하 사업에 대한 부당해고규정 적용제외에 대한 비판적 검토 - 독일에서의 논의를 중심으로」, 『산업관계연구』 제29권 제3호(2019. 9.), 한국고용노사관계학회.

8) 조용만, 위의 글, 22쪽.

4인 이하 사업장이라고 해서 다를 것이 없다고 할 때, 일반조항의 적용을 통한 근로자보호의 필요성과 가능성에 대한 논의를 멀리할 이유는 없다고 생각한다.⁹⁾ 한편 상시 5인 이상 사업장의 해고제한에서 정당한 사유를 어떻게 한계짓기 하느냐에 따라 그 실질적 효과가 구체적으로 드러나는 것처럼, 상시 4인 이하 사업장의 근로계약해지(해고)에서 권리남용 등의 한계짓기도 마찬가지일 것이고, 그러한 한계짓기는 앞으로 많은 논의와 사례를 쌓아가며 점차 구체화해 나가야 할 것이지만, 그때 근로계약관계의 특수성(근로자의 종속성)과 그에 따른 근로자보호 이념과의 정합성 여부, 근로조건의 대등결정과 균등대우(근로기준법 제4조와 제6조) 등의 원칙은 반드시 고려 또는 관철되어야 한다.¹⁰⁾ 그러지 않으면 상시 근로자 수에 상관없이 추구되어야 하는 인간존엄에 상응하는 근로자보호 이념과는 거리가 있는 민법의 고용계약 규정만이 남게 되고, 일반조항의 적용을 통한 근로자보호의 가능성마저도 사실상 무의미하게 될 수 있기 때문이다.

3) 그러나 위 1)과 2)만으로 근로계약해지(해고)로부터 상시 4인 이하 사업장 근로자 일반을 보호하기는 부족하다. 해고제한 규정의 적용을 위한 근로기준법 개정이 시급하다. 해고는 근로관계의 존속 그 자체를 좌우하는 근로조건의 핵심적 부분이고 근로자보호의 본질적 부분과 관련되어 있으므로, 부당해고 제한은 사회통념에 비추어 책임 있는 사유가 없음에도 근로자를 해고하는 경우를 예방하고 사용자의 주관적·자의적 해고대상 선정으로부터 근로자를 보호하기 위함이다. 그리고 해고제한 규정은 정당한 이유 없는 해고만을 제한하는 것이지 해고의 자유를 일절 부정하는 것이 아니다. 그러므로 상시 4인 이하 사업장의 영세함이 그 적용 여부에 결정적인 기준이 되어서는 안 된다. 따라서 해고제한 규정을 4인 이하 사업장에 적용하지 않는 것은 합리적 이유 없는 차별이고, 한편 사용자의 이익만을 지나치게 보호하는 것이다.¹¹⁾ 다만 상시 4인 이하 사업장의 경제적 사정을 고려할 수밖에 없다면, 5인 이상 사업장보다 완화된 해고제한의 기준을 정하는 것을 생각해 볼 수도 있겠지만, 상시 4인 이하 사업장 근로자 일반에 해고제한 규정의 전면 적용이든 완화된 기준의 적용이든 근로기준법 개정이 시급히 요구된다.¹²⁾ **KLI**

장영석(전국언론노동조합, 법학박사)

9) 김기선, 앞의 글, 85쪽에서도 상시 4인 이하 사업장에 해고규정의 적용을 제외한 취지와 그들 사업 내 근로자보호 간의 조화를 고려하면, 상시 4인 이하 사업장에서는 선량한 풍속이나 신의성실 원칙과 같은 민사법상의 일반 원칙에 기초한 해고권남용 법리에 의한 해고 보호가 요청된다고 한다.

10) 조용만, 앞의 글, 33쪽.

11) 반면 헌법재판소는 상시 4인 이하 사업장에 해고제한 규정을 적용하지 않는 것이 평등권 및 근로의 권리를 침해하는 것은 아니라고 하였다(헌재 1999. 9. 16. 98헌마310, 헌재 2019. 4. 11. 2017헌마820). 이 두 결정 사이에 20년이라는 시간이 흘렀는데도, 합헌 의견의 근거는 크게 달라지지 않았다. 합헌 의견에 대한 지적은 뒤의 결정(2017헌마820) 소수의견(2명)에도 잘 드러나 있다.

12) 위 헌재 결정(2017헌마820)의 소수의견은 법률로써 4인 이하 사업장에는 해고사유의 정당성보다는 낮은 정도인 해고사유의 개연성 등을 정할 수 있다고 하였다. 이처럼 시행령이 아닌 법률 개정을 통해 해고제한 규정(또는 그보다 완화된 기준의 규정)을 적용하는 것이다.