

노동판례리뷰

근무시간대 선택권이 있는 근로자의 연차휴가

- 대법원 2021. 8. 12. 선고 2021다222914 판결 -

【판결 요지】

(1) 근무시간이나 근무장소에 대한 구속이 엄격하지 않은 것은 사실이나 이는 원고들이 수행하는 업무가 정해진 구역 내에서 고객의 주거지에 방문하여 제품의 설치나 점검을 하는 특성을 가지고 있기 때문인 것으로 보이는 점…… 등을 들어, 원고들이 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판단하였다.

(2) 원고들이 피고 회사와 소정근로일수 및 근로시간을 정하여 근로하였다는 사실을 인정하기에 부족하다고 판단하여 연차수당이 발생하였다는 원고들의 주장을 배척하였다.

1. 쟁점 및 사실관계

대상판결은 '정수기 기사'(원고)를 「근로기준법」(이하 '근기법')상 근로자로 인정하여 원고의 퇴직금 청구를 인용했으나, 연차수당 청구는 기각하였다. 근로자성 판단은 진일보한 측면이 있어 긍정적이나, 연차휴가권을 부정한 부분은 매우 아쉽다. 고객과 직접 협의하여 방문서비스 시간을 정하는 정수기 기사는, 근무시간대를 선택할 수 있는 자율성이 일부 있다(학습지교사도 그렇다). 근무시간대 선택권은 자연스레 근로일의 선택권으로 이어진다. 그러다 보니 소정근로일이 불명확해지는데, 이런 경우에 연차휴가권의 요건인 '출근율 80%'를 어떻게 산정할지 문제가 된다.

피고(엘트웰주식회사)는 정수기 등을 판매하는 회사이다. 원고들은 정수기·샤워기·비데 등의 설치·유지·점검 등의 업무에 관한 용역계약을 체결하고¹⁾ 그 용역업무를 수행하는 '엘트마스터'이다. 피고 회사에는 전국에 총 17개 서비스센터가 있고, 각 서비스센터 내에 엘트마스터

1) 1995년경 이전에는 근로계약을 체결한 직원이었다.

마다 담당 지역이 정해져 있다(구역할당제).

고객이 피고 회사에 수리·점검 등을 요청하면, 피고는 고객 거주지 관할의 엘트마스터에게 업무를 배정한다. 엘트마스터는 고객에게 직접 연락하여 방문 일시를 정한 다음, 약속된 시간에 고객 주거지에 방문하여 업무를 수행한다. 엘트마스터는 업무를 배정받은 때부터 특별한 사정이 없는 한 ‘수일 내’에 수행해야 한다. 스마트폰의 AMS(Altmaster Management System)를 통해 피고의 업무배정과 원고의 업무완료 입력이 이루어진다.

원고와 피고의 용역계약에는 출근일수, 출퇴근시간이나 업무수행시간을 따로 정하고 있지 않다. 피고는 겸업을 금지하지 않았고, 실제로 다수의 엘트마스터는 다른 직장에서의 소득을 세무관서에 신고하였다. 원고들은 서비스 처리 건당 일정액의 ‘용역수수료’(도급제 임금)를 받았다. 월 급여는 대략 250~300만 원 정도이다.

2. 진일보한 근로자성 판단

학습지 교사와 정수기 기사에게는 아래의 두 가지 특징이 공통적으로 나타난다. 이 특징이 대법원 학습지교사 판결²⁾에서는 근로자성 부정의 근거로 활용된 반면, 대상판결은 그렇게 판단하지 않았다는 점에서 한층 진일보했다고 평가된다.³⁾

첫째, 원고들은 (학습지교사와 마찬가지로) 회사가 업무를 배정하면 고객과 직접 협의하여 방문 일정을 정하였다. 업무 특성상 근무시간대는 노무제공자와 고객이 협의해서 정한다. 회사가 정해주는 것보다 더 효율적이기 때문이다. 그래서 원고들은 근무‘시간대’를 선택할 수 있는 자율성이 있다(즉, 근무시간대 선택권). 또한 원고들의 주된 근무장소는 고객의 거주지이다.

이러한 사정이 학습지교사 판결에서는 ‘근무시간과 근무장소의 구속성이 약하다’며 근로자성 부정의 근거로 활용되었다. 반면 대상판결은 “근무시간이나 근무장소에 대한 구속이 엄격하지 않은 것은 사실이나 이는 원고들이 수행하는 업무가 정해진 구역 내에서 고객의 주거지에 방문하여 제품의 설치나 점검을 하는 특성을 가지고 있기 때문”이라고 하여 근로자성을 인정하였다.

근로자성을 인정한 대상판결의 결론에는 동의하나, 판단근거에서 아쉬움은 남는다. 근무시간의 구속 여부는, 근무시간대가 아니라, 근무시간의 총량으로 판단해야 한다.⁴⁾ 원고는 회사가

2) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598 판결(재능교육); 대법원 2005. 11. 24. 선고 2005다39136 판결(웅진씽크빅).

3) 한편 대상판결의 1심(대전지방법원 2019. 10. 16. 선고 2017가단221850 판결)은 근기법상 근로자성 판단에 있어, 인적 종속성보다는 편입성이나 사업종속성을 기준으로 해야 한다는 새로운 법리를 제시했다(그러나 2심판결은 이러한 기준을 받아들이지 않았다). 특히 1심판결이 “노동의 유연성이 노동권에 대한 보호를 박탈하는 식으로 진행되어서는 안 되고, 노무제공자들은 자신의 라이프스타일에 따라 일을 하면서도 근로자로 인정될 수 있어야 한다”고 판시한 부분은 참 인상적이다.

4) 김홍영 외(2020), 『노동분쟁에서 당사자 적격의 판단기준에 관한 연구』, 중앙노동위원회 연구용역, pp.79-80.

배정한 업무를 거부할 수 없으므로, 근무시간 총량은 회사에 의해 정해져 있다. 따라서 곧바로 근무시간의 구속을 인정해야 할 것이다. 또한 대상판결은 여전히 근무장소를 사용자의 지배권 하에 있는 사업장(공장, 사무실 등)에 한정하는 그릇된 관점을 갖고 있다. 회사가 지정하는 ‘고객 주거지’가 주된 근무장소인 근로자는 많다. 근무장소의 구속 역시 곧바로 인정해야 한다.

둘째, (학습지교사와 마찬가지로) 원고들의 주된 업무는 ‘회사가 배정한 고객’에 대한 서비스 제공이다. 그리고 부수 업무는 ‘신규고객’을 유치하는 것이고 이에 대한 별도의 수당이 지급된다. 신규고객 유치에 대해서는 약간의 사업자성이 인정될 수 있다.

학습지교사 판결은 신규고객 유치로 인한 수당이 근로자성 부정의 근거가 되었으나, 대상판결은 “원고들이 정수기 등을 판매하거나 임대하는 경우 피고 회사로부터 수당을 지급받을 수 있도록 되어 있으나 이는 개별적인 영업활동의 결과가 아니라 피고 회사의 지휘·감독하에서 그 독려에 따른 영업활동의 결과”라고 판단하였다.

대상판결이, 원고들의 부수 업무인 “정수기 등을 판매하거나 임대”하는 것(즉, 신규고객 유치)을 “개별적인 영업활동의 결과”(즉, 독립사업자로서의 영업성과)가 아니라고 판단한 점은 매우 주목할 만하다.

3. 소정근로일이 불명확한 근로자의 연차휴가

근기법 제60조 제1항의 연차휴가 요건은 “1년간 80퍼센트 이상 출근”이다. 출근율은 “연간 소정근로일수”와 “현실적으로 근로를 제공한 날”의 비율로 판단하므로,⁵⁾ 출근율 요건을 충족하기 위해서는 ‘소정근로일’이 있어야 한다. 근로‘시간’에 대한 대가로서의 임금을 받는 일반적인 근로자(즉, 시간급제 근로자)의 경우는, 근로계약에 소정근로일과 소정근로시간이 명확히 정해져 있다. 그러나 원고들의 경우는 업무 특성상 소정근로일이 불명확하다. 이유는 다음과 같다.

원고들은 서비스 처리 건당 일정액의 ‘용역수수료’(즉, 도급제 임금)⁶⁾를 받는 근로자로서, 근기법 제47조⁷⁾의 “도급 근로자”에 해당한다. 원고와 같은 도급 근로자는 근로의 시간이 아닌 근로의 실적 등에 따라 임금을 받기 때문에, 소정근로일과 소정근로시간을 정하지 않는 경우가 많다. 근로‘시간’보다는 ‘서비스 처리 한 건당 얼마를 받는지’가 더 중요하기 때문이다. 그래서 원고와 피고의 용역계약에는 출근일수, 출퇴근시간이나 업무수행시간 등을 따로 정하고 있지 않았다.

또한 원고들은 고객과 협의하여 근무시간대를 스스로 선택할 수 있으므로 근로일까지도 선

5) 대법원 2013. 12. 26. 선고 2011다4629 판결 등.

6) ‘도급제 임금’의 의미와 특징에 대해서는 방강수(2021), 「도급제 임금에서의 통상임금 범위」, 『노동법연구』, 51, 서울대학교 노동법연구회, pp.171~181 참조.

7) 제47조(도급 근로자) 사용자는 도급이나 그 밖에 이에 준하는 제도로 사용하는 근로자에게 근로시간에 따라 일정액의 임금을 보장하여야 한다.

택이 가능했다. 판결문상 원고들의 근로일과 근로시간을 명확히 알 수는 없으나, 다음과 같은 추정은 가능하다. 피고는 원고들의 겸업을 금지하지 않았고 실제로 원고들은 겸업을 한 것으로 보아 장시간 근로는 아닌 것으로 보이는 점, 퇴직금 적용배제 요건인 '1주 15시간 미만' 여부가 다투어지지 않은 점, 원고들이 스스로 1주 40시간 근로했다고 주장한 점 등을 종합했을 때, 원고들의 근로시간은 1주 15시간에서 40시간 사이인 것으로 추정된다. 이 정도의 근로시간이면 고강도 노동으로 3일만 근로할 수도 있고, 아니면 저강도 노동으로 6일간 근로할 수도 있다. 이렇게 원고들은 근로일을 선택할 수 있었기에, 대상판결은 '소정근로일의 정함이 없다'고 판단한 듯하다.

그래서 대상판결은 "원심은 원고들이 피고 회사와 소정근로일수 및 근로시간을 정하여 근로하였다는 사실을 인정하기에 부족하다고 판단하여 연차수당이 발생하였다는 원고들의 주장을 배척하였다. 부대상고이유 주장은 사실심인 원심의 전권사항에 속하는 증거의 취사선택 및 사실인정을 탓하는 것에 지나지 않아 적법한 상고이유가 될 수 없다"고 하여, 원고들의 연차수당 청구를 기각하였다.

근기법 제60조 제1항의 연차휴가 요건은, 소정근로일이 분명한 전형적인 시간급근로자를 전제한 규정이다. 그러나 현실에는 소정근로일이 없거나 불명확한 근로자들이 분명 존재한다. 원고와 같이 근로시간대 선택권이 있는, 그리고 근로시간보다는 근로의 실적이 더 중요한 도급근로자들이 그렇다. 대상판결은 소정근로일이 없거나 불명확한 근로자의 연차휴가는 어떻게 보장되어야 하는지에 대한 고민을 전혀 하지 못했다. 법흡결을 방치한 셈이다.

도급근로자에게 연차휴가권이 배제된다는 규정은 없다는 점, 근무시간대 선택권이 있다 하더라도 회사가 배정한 업무를 모두 수행할 의무가 있는 도급근로자에게도 근로의 대가⁸⁾로서의 연차휴가권을 보장할 필요가 있다는 점에서, 원고와 같은 근로자에게 연차휴가권을 보장하는 다른 방식을 고민해야 한다.⁹⁾ 소정근로일이 없다는 이유로 휴식권을 부정하는 것은, 본말(本末)이 전도(顛倒)된 것이다. **KL**

방강수(한양대 공익소수자인권센터 연구원, 법학박사)

8) 우리 근기법의 연차유급휴가의 성격은 "1년간의 근로에 대한 대가"이다(대법원 2013. 12. 26. 선고 2011다4629 판결 등).

9) 문득 떠오르는 두 가지 방법이 있다. 첫째, 서울시향 단원의 '개인연습' 시간도 소정근로를 제공한 것으로 보아 단원의 연차휴가권을 인정한 사례(서울고등법원 2021. 8. 13. 선고 2019나2042250 판결)처럼 불명확한 소정근로일을 어떻게든 찾아내는 방법이다. 둘째, 도급근로자의 특성에 맞게, 회사가 배정한 업무(할당량)의 수행률이 80% 이상인 경우에 출근율 80%의 요건을 충족한 것으로 간주하는 방법이다(필자는 두 번째 방법이 타당하다고 생각하며, 이는 향후 연구과제로 남겨둔다).

업무와 재해 사이 상당인과관계의 증명책임 귀속

- 대법원 2021. 9. 9. 선고 2017두45933 전원합의체 판결 -

【판결 요지】

이 사건 조항에서¹⁾ 말하는 업무상의 재해에 해당하기 위해서는 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 인정되어야 하고 이는 보험급여의 지급요건으로서 이를 주장하는 근로자 측에서 증명하여야 한다고 볼 수 있다. 이 사건 조항은 본문에서 업무상의 재해의 적극적 인정 요건으로 인과관계를 규정하고 단서에서 그 인과관계가 상당인과관계를 의미하는 것으로 규정함으로써, 전체로서 업무상의 재해를 인정하기 위해서는 상당인과관계를 필요로 함을 명시하고 있을 뿐, 상당인과관계의 증명책임을 전환하여 그 부존재에 관한 증명책임을 공단에게 분배하는 규정으로 해석되지 아니한다.

1. 사실관계

원고의 아들 소외인(이하 '망인'이라 함)은 2014. 4. 19. 출근 후 동료 직원과 함께 약 10분 동안 약 5kg의 상자 80개를 한 번에 2~3개씩 화물차에 싣는 일을 한 후 사무실로 걸어가다가 갑자기 쓰러져 병원으로 옮겨졌으나 '박리성 대동맥류 파열에 의한 심장탐포네이드'(이하 '이 사건 상병'이라 함)로 사망하였다.

원고는 2014. 7. 1. 피고인 근로복지공단에 「산업재해보상보험법」(이하 '산재보험법'이라 함)상의 유족급여 및 장의비 지급을 구하였으나, 피고는 2014. 9. 22. '망인의 사망원인인 이 사건 상병과 업무 사이의 상당인과관계를 인정하기 어려워 업무상 질병으로 인정되지 않는다'는 이유로 유족급여 및 장의비 부지급처분(이하 '이 사건 처분'이라 함)을 하였다.

이에 원고는 이 사건 처분의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 제1심 판결은²⁾ 원고의 손을 들어 줘 이 사건 상병의 업무상 재해를 인정하였으나, 원심 판결은³⁾ 근로자의 업무와 재해 사이의 상당인과관계에 관하여는 이를 주장하는 측에서 증명하여야 한다는 확립된 대법원 판례⁴⁾

1) 「산업재해보상보험법」 제37조(업무상의 재해의 인정 기준) ① 근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장애가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다. 다만, 업무와 재해 사이에 상당인과관계(相當因果關係)가 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

2) 서울행정법원 2016. 7. 21. 선고 2015구합61313 판결.

3) 서울고등법원 2017. 4. 7. 선고 2016누59982 판결.

4) 대법원 1989. 7. 25. 선고 88누10947 판결, 대법원 2000. 5. 12. 선고 99두11424 판결, 대법원 2007. 4. 12.

법리를 전제한 다음, 원고가 들고 있는 사정만으로는 망인의 업무와 사망 사이에 상당인과관계를 인정할 수 없다고 판단하여 원고의 청구를 기각하였다. 그리고 원고는 다시 불복하여 대법원에 상고하였다.

2. 기존의 견해

결론적으로 대법원은 원고 패소 판결을 하며 기존의 대법원 판례 법리를 재확인하였다. 그러나 그 과정에서 결론을 유지한 다수의견과 판례 변경을 시도한 반대의견 사이에 치열한 법리 해석과 논쟁이 벌어졌고, 여기서 산재보험법의 연혁과 사회적 의의, 그리고 법률의 여러 해석 방법을 다시금 생각하게 한다.

업무상 재해의 증명책임을 완화 또는 전환하자는 논의는 오래전부터 있었다. 피해 근로자 측이 업무와 재해 간의 상당인과관계를 증명하는 것은 증거채집의 어려움 등 현실적으로 곤란했을 뿐만 아니라, 특히 업무상 질병의 경우 발병 과정이 장시간에 걸쳐 이루어지고 질병의 원인이 불명인 경우가 많아 상당인과관계를 증명하는 것이 어려웠다. 이에 우리 대법원은 증명책임을 완화하여 “업무상 재해를 인정하기 위한 업무와 재해 사이의 상당인과관계는 반드시 의학·자연과학적으로 명백히 입증되어야 하는 것은 아니고 제반 사정을 고려할 때 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 있다고 추단되는 경우에도 그 입증이 있다고 보아야 하므로, 재해발생 원인에 관한 직접적인 증거가 없는 경우라도 간접적인 사실관계 등에 의거하여 경험법칙상 가장 합리적인 설명이 가능한 추론에 의하여 업무기인성을 추정할 수 있는 경우에는 업무상 재해라고 보아야” 한다고 판시하였다.⁵⁾

학설은 입법론으로서 증명책임의 전환을 논의하는 것 외에 현행 법률의 해석론으로 증명책임을 완화하거나 전환하는 시도가 있다. 전자는 판례의 태도를 개연성설 또는 간접반증 이론으로 보아 증명책임을 완화하려 하고, 후자는 이 사건 조항 제37조 제1항을 법률요건분류설에 따라 본문은 원고인 근로자 측이 증명하면 이에 대해 법률 효과를 부정하는 단서는 피고인 근로복지공단이 증명하여야 한다는 주장과 근로복지공단을 상대로 하는 산재 소송은 항고소송이므로 일반 민사소송과는 다른 관점에서 보아 취소 소송에서는 행정청이 처분의 적법성에 대한 증명책임을 져야 한다는 견해가 있다.⁶⁾

선고 2006두4912 판결 등 참조.

5) 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두3821 판결 등.

6) 항고소송의 특징으로 증명책임을 전환하자는 견해에 대해서는 권오성(2021), 「업무상 재해의 상당인과관계에 관한 증명책임 재검토」, 『노동법연구』, 50, 서울대 노동법연구회, p.192.

3. 대법원 다수의견의 견해

이러한 논의가 진전되던 중 대법원은 전원합의체인 본 판결로 상당인과관계의 증명책임이 누구에게 있는가를 확정 지었다. 기존의 판례를 유지한 다수의견(9인)은 문언·연혁·체계적 해석론을 펼친다.

먼저 문리적 해석으로 위의 법률요건분류설을 살피는데 “본문과 단서에 규정된 사항이 내용적으로 중첩되는 경우에게까지 이를 기계적으로 적용할 것은 아니”며 이 사건 조항의 단서 부분은 본문에서 이미 규정하고 있는 “업무상 재해의 인정 요건인 인과관계가 대법원 판례에서 말하는 법적·규범적 관점의 상당인과관계를 의미한다는 점을 확인·설명하는 취지로 봄이 상당”하다는 것이다. 즉, 이 사건 조항의 단서는 본문을 다시 한 번 확인하는 규정일 뿐 본문의 효력 발생을 저지하려는 내용이 아니라는 것이다.

그다음 연혁적 해석으로, 정부의 개정안이나 환경노동위원장의 대안 모두 증명책임의 전환을 꾀하지 않았고, 법제사법위원회의 자구 수정도 “다른 항목들에는 상당인과관계를 요하지 않는 것으로 오인될 우려를 방지하고 (…중략…) 업무와 재해 사이의 상당인과관계가 필요하다는 공통원칙을 분명하게 하려는 데 있었”다고 한다.

마지막 체계적 해석으로는 산재보험법과 「근로기준법」상 사용자의 재해보상책임과의 관계를 보면 “보험급여 지급 요건인 ‘업무상 재해’를 인정하기 위해서 업무와 재해 사이에 상당인과관계를 요구하는 것은 해당 재해를 사업주의 책임 영역으로 합리적으로 귀속시키기 위한 것으로서, 원칙적으로 그 보험급여의 지급을 주장하는 측이 업무와 재해 사이의 상당인과관계에 관한 증명책임을 부담하는 것으로 해석하는 것이 전반적인 보상체계에 부합한다”고 한다.

4. 대법원 반대의견의 소수 견해

다수의견의 견해에 대해 반대의견(대법관 김재형·박정화·김선수·이흥구)은 문언·연혁·체계·목적론적 해석을 기반으로 다음과 같이 증명책임의 전환을 주장한다.

문언 해석으로는 법률요건구분설은 법률해석의 원칙으로서 이를 근거로 원고인 근로자 측은 업무와 재해 사이의 관련성을 인정할 수 있는 구체적인 사실을 증명하면 ‘업무상 재해’로 간주되는 법률효과가 발생하고, 피고인 근로복지공단이 단서가 정한 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 없다는 사정을 주장·증명해야 한다는 것이다.

연혁적 해석으로는 입법 당시 국회 법제사법위원회의 체계·자구검토보고서의 수정 이유에 “업무상 재해의 인정기준에 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 없는 것을 ‘공단이 증명하는 경우’에는 업무상 재해로 볼 수 없도록 하여 업무상 재해의 판단에 상당인과관계를 필요로 한

다는 것을 일반인이 보다 분명히 알 수 있도록 한다는 것”이 기록되었다는 점이다.

체계적 해석으로는 산재보험법상 진폐에 대한 업무상 재해의 인정기준에 관한 근거 조항인 산재보험법 제91조의2나 제91조의10은 이 사건 조항과 달리 본문과 단서의 형식으로 되어 있지 않아 논리적으로 진폐와 재해 사이의 상당인과관계에 관한 증명책임을 이 사건 조항과 동일하게 해석할 필요가 없다는 것이다. 산재보험법 제51조 제1항에서 규정하는 재요양 인정의 요건 또한 마찬가지로 본문과 단서의 형식으로 되어 있지 않다고 한다.

마지막으로 목적론적 해석으로는 “산업현장에서 근로에 종사하는 사람을 보호하기 위해서 제정된 법률”이 산재보험법이며, “업무상 재해 인정의 핵심적인 요건이 되는 상당인과관계의 증명책임을 일방적, 전적으로 근로자에게만 부담시키는 것은 근로자를 보호하기 위한 사회보장 제도인 산재보험제도의 입법목적, 이를 달성하기 위한 공단의 설립 취지, 공단에 특별히 재해조사권한을 부여한 취지에 맞지 않는다”고 판시한다.

5. 다수의견에 대한 보충의견(대법관 이기택·노정희·노태악)

다수의견의 보충의견은 위의 반대의견을 다시 재논박한다. 먼저 법률요건분류설에 따르면 단서에서 본문의 효력을 저지하기 위한 별개의 양립 가능한 사실인 권리발생장애사실, 권리멸각사실, 권리행사저지사실에 관하여 각각 규정하고 있어야 하는데 이 사건 조항은 그렇지 않고 그 전체가 일체로서 업무상 재해의 인정기준을 제시하고 있다는 것이다.

그리고 반대의견은 “이 사건 조항 본문의 ‘업무상 재해’의 인정 요건 중 본문 각호의 각목에서 정한 업무관련성이나 인과관계에 대해서는 이를 주장하는 당사자가 증명하여야 한다고 하면서도, 이 사건 조항에서 규정한 상당인과관계가 존재하지 않는다는 점은 공단이 증명”하여야 한다는 것이다. 그러나 앞의 인과관계는 피해 근로자 측이 증명하고, 뒤의 상당인과관계는 근로복지공단이 증명하여야 한다는 것은 앞의 인과관계와 뒤의 상당인과관계가 별개라는 것인데, 이 사건 조항은 반대의견이 실시하는 바와 같이 조건적 인과관계와 상당인과관계로 구분됨을 전제로 하는 것이 아니라고 한다.

또 다른 보충의견으로는 법해석의 원칙과 한계를 내세우는데, “법령의 문언 자체가 비교적 명확하게 규정되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에” 없다는 것이다. 그리고 “법률조항의 내용과 구조, 법적 성격을 도외시한 채 본문, 단서의 형식만으로 이른바 법률요건분류설을 도식적으로 적용하는 것이 보편적인 해석방법이라고 보기” 어렵다고 한다.

연혁적 해석으로도 개정 법률의 개정 이유에는 포괄위임 등의 논란을 해소하기 위함이라고 명시되어 있을 뿐 업무와 재해 사이의 상당인과관계에 관한 증명책임을 분배나 전환에 대한

내용은 나와 있지 않다고 한다.

6. 반대의견에 대한 보충의견(대법관 김선수 · 이흥구)

반대의견에 대한 보충의견은 “다수의견과 반대의견은 같은 해석 방법을 사용하면서도 다른 결론을 도출”하였다고 하며, 이는 결국 사회보장제도인 산재보험제도에 대한 이해와 법원의 역할에 대한 근본적인 관점의 차이로 귀결된다고 한다. 즉, 다수의견은 “산재보험제도의 인정 범위에 대해 소극적인 태도를 취하고, 법원의 역할에 대해서도 법적 안정성에 주안점”을 두지만, 반대의견은 “산재보험제도의 인정 범위에 대해 적극적으로 접근하고, 법원이 법령을 해석·적용할 때 그 규범적인 목적에 부합하도록 적극적인 역할을 하여야 한다”는 관점이라는 것이다.

문언 해석으로 볼 때 이 사건 조항의 “본문에서는 업무상 재해 인정을 위해 업무관련성을 요건으로 규정하고 있을 뿐이고, 이는 단서에서 규정하는 상당인과관계, 즉 법적·규범적 관점에서 보다 엄격한 인과관계와 충분히 구분할 수 있는 개념”이라는 것이다. 그리고 만일 다수의 견처럼 단서 규정이 본문의 업무관련성이 상당인과관계라는 점을 확인·설명하려는 것으로 본다면, 이 사건 조항이 본문과 단서의 형식을 취할 필요 없이 하나의 문장 형식으로 규정되었을 것이라는 점을 강조한다.

이상 대법원의 다수의견과 반대의견, 그리고 각각 재논박을 하는 보충의견들을 살펴보았다. 56면에 달하는 판결문을 단지 몇 면으로 축약하는 것은 논리의 비약을 불러올 우려가 있어 조심스럽다. 확실한 것은 모두가 날카로운 법리와 관점을 가지고 해석문을 펼쳐 누구의 우위라고 볼 수 없다는 점이다. 그러나 사건으로 반대의견의 견해에 찬성하면서 문언 해석과 목적론적 해석에 내용을 보태자면 다음과 같다.

문언 해석에 있어 이 사건 조항인 산재보험법 제37조 제1항의 본문과 단서의 인과관계가 동일한 것이냐에 대해 다수의견은 동일하다고 하며, 반대의견은 완화된 인과관계와 엄격한 인과관계라는 2분설을 주장한다. 살피건대, 제1항 본문은 “근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 부상·질병 또는 장애가 발생하거나 사망하면 업무상의 재해로 본다”로 되어 있고 핵심은 ‘사유’라는 문언이다. 그런데 사유 앞에 다음 각 호를 살펴볼 필요가 있다. 다음 각 호의 내용이 어떤 원인을 직접적으로 나타낸다면 여기서의 ‘사유’는 엄격한 상당인과관계를 말하는 것이라 할 수 있다. 그러나 각 호의 각 목은 사고 또는 질병의 ‘외형’을 표현한 것이다. 가령, “사업주가 제공한 시설물 등을 이용하던 중 그 시설물의 결함이나 관리소홀로 발생한 사고”(제1호 나목)는 어떤 원인을 나타낸 것이 아닌 외형을 표현한 것으로 나목에 해당하면 무조건 상당인과관계가 인정되는 것은 아니고 일응 추정될 뿐이라고 보아야 한다. -사업주가 제공한 시설

물이더라도 근로자 측의 전속적 관리일 때는 우리 대법원은 업무상 사고를 인정하지 않는다- 따라서 각 호의 각 목은 '업무관련성'을 의미할 뿐 직접적인 상당인과관계를 규정한 것이라 할 수 없다. 그러므로 '사유' 또한 '업무관련성'을 이유로 한 것이라고 넓게 해석되어야 한다.

두 번째 목적론적 해석의 관점에서 보았을 때 법해석의 궁극적인 방법은 문언을 바탕으로 하되 그 한계 내에서 최대한 입법목적에 맞추어 그 취지를 살리는 것이라 생각한다. 산재보험법의 입법목적으로 제1조는 "업무상의 재해를 신속하고 공정하게 보상"한다는 것이다. 무엇이 공정한가를 생각해 본다면 피해 근로자가 오롯이 모든 인과관계를 증명해야 하는 것은 아닐 것이다. 따라서 다수의견의 법리와 반대의견의 법리가 모두 문언 해석의 한계에 벗어나지 않는다면 입법목적에 보다 충실한 견해를 채택하여야 한다. **KL**

양승엽(국회입법조사처 입법조사관)

축산업에 대하여 근로기준법상 근로시간, 휴일 조항의 적용을 제외하는 근로기준법 제63조 제2호가 근로의 권리 및 평등권을 침해하는지 여부(소극)

- 헌법재판소 2021. 8. 31. 선고 2018헌마563 결정 -

【판결 요지】

(1) 헌법불합치이견(5인)

근로의 권리 침해 여부 : 축산업 근로자들에게 육체적·정신적 휴식을 보장하고 장시간 노동에 대한 경제적 보상을 해야 할 필요성이 요청됨에도 불구하고 근로기준법 제63조 제2호가 축산 사업에 대해 근로기준법상 근로시간, 휴일 조항을 적용제외하고 있어서 축산업 근로자들의 근로환경 개선과 산업의 발전을 저해하고 있기 때문에 이 조항은 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건 마련에 미흡하여 청구인의 근로의 권리를 침해한다.

평등권 침해 여부 : 산업의 발전이나 기술화의 진전, 축산 사업장 내 업무 분업화 등으로 인해 일반 근로자와의 차별이 불합리해진 상황을 고려하지 않고, 근로시간 및 휴일에 관한 근로기준법 규정의 적용대상에서 축산업에 종사하는 근로자들을 제외함으로써, 근로시간 및 휴식시간의 불규칙성을 수반하는 타 사업 종사 근로자들과 비교할 때 합리적인 이유 없이 축산업에 종사하는 근로자들을 차별하고 있으므로, 청구인의 평등권을 침해한다.

(2) 기각의견(1인)

근로의 권리 침해 여부 : 축산업은 가축의 양육 및 출하에 있어 기후 및 계절의 영향을 강하게 받으므로, 근로시간 및 근로내용에 있어 일관성을 담보하기 어렵고, 축산업에 종사하는 근로자의 경우에도 휴가에 관한 규정은 여전히 적용되며, 현재 우리나라 축산업의 상황을 고려할 때, 축산업 근로자들에게 근로기준법을 전면적으로 적용할 경우, 인건비 상승으로 인한 경제적 부작용이 초래될 위험이 있다는 점 등을 종합하여 볼 때, 입법자가 입법재량의 한계를 일탈하여 인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건을 마련하지 않은 것이라고 보기 어려우므로 청구인의 근로의 권리를 침해하지 않는다.

평등권 침해 여부 : 근로기준법상 근로시간 및 휴일에 관한 조항이 전제하고 있는 공장직 또는 사무직 근로자의 경우와 달리, 축산업 근로자의 경우 계절과 기후의 영향을 크게 받는다는 특성이 뚜렷한 점, 일본, 유럽연합, 스위스 등 많은 국가들과 국제노동기구(ILO)에서도 축산업 근로자에 대하여는 근로시간 및 휴일에 관한 법령의 전면적 또는 부분적 적용 제외를 인정하고 있는 점에서 볼 때, '사업'을 기준으로 축산업 근로자를 근로기준법상 근로시간 및 휴일 조항의 적용을 받는 근로자와 달리 취급하는 것의 합리성을 인정할 수 있으므로 청구인의 평등권을 침해하지 않는다.

(3) 각하의견(3)

청구인의 이 사건 심판청구는 헌법재판소법 제69조 제1항에서 정한 청구기간을 초과하여 제기한 것으로서 부적법하므로, 이를 각하해야 한다.

「근로기준법」(이하, 근로기준법) 제63조는 제4장과 제5장에서 정하고 있는 근로시간, 휴게와 휴일에 관한 규정이 적용되지 않는 근로자를 정하고 있는데, 제1호에서는 농림사업에 종사하는 근로자를, 제2호에는 축산·양식·양잠·수산사업에 종사하는 근로자를, 제3호는 감시·단속적 근로에 종사하는 근로자를, 제4호는 관리·감독 업무 또는 기밀을 취급하는 업무에 종사하는 근로자를 각각 규정하고 있다. 이 사건 결정은 근로기준법 제63조 제2호의 축산업 종사 근로자를 대상으로 하고 있지만, 근로기준법 제63조의 적용제외에 관한 위헌성 여부에 관해서 처음으로 본안 판단을 하고 있다는 점¹⁾을 넘어서 위헌 의견인 헌법불합치의견이 5인에 이른다는데서 큰 의미가 있다. 특히 헌법소원의 청구기간을 초과²⁾하였다는 이유로 각하하고 본안에 관해서는 아무런 판단을 하지 않은 의견이 3인이 있다는 점을 고려할 때 향후 청구기간을 준수하여 헌법소원을 제기하는 경우에는 각하의견을 제시하였던 재판관들 중에 본안 판단에 있어서 위헌 취지의 의견을 제출할 수 있다는 점³⁾⁴⁾에서 향후 근로기준법 제63조에 관한 헌법소원

- 1) 종래 근로기준법 제63조의 적용제외가 근로의 권리 등의 기본권을 침해하였는지 여부를 판단한 결정을 헌법재판소의 판례 검색 시스템에서 찾아보면 총 6건이 검색된다. 이들 6건은 모두 동일인이 동일한 사안에서의 근로의 권리 침해를 이유로 한 것으로서 현재 2012. 11. 27. 2012헌마891 결정으로 각하된 이래 재심을 포함하여 5건의 헌법소원을 추가로 신청하였다. 이 사건들의 신청인은 근로기준법 제63조 제3호의 감시·단속적 근로자인데, 헌법소원심판의 청구기간 초과로 각하되었다.
- 2) 헌법재판소법 제69조 제1항에서는 헌법소원심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다고 하고 있다. 청구기간의 초과에 대해서 헌법불합치의견과 기각의견은 청구인은 2017. 8. 25. 무렵 근로계약을 체결하고 근무를 시작하였고, 그로부터 1년이 경과하기 전인 2018. 1. 29. 국선대리인 선임신청을 하였으므로, ‘법령에 해당하는 사유가 발생한 날’로부터 1년의 청구기간을 준수하였으며, 또한, 청구인은 2017. 11. 14.경 근로기준법 제63조로 인하여 연장근로 및 휴일근로에 대한 임금 미지급 사실을 알았다고 할 것이므로 그때로부터 90일 이내에 청구된 이 사건 심판청구는 청구기간을 준수하였다고 하고 있다(2017. 11. 14.은 청구인이 근로감독관으로부터 근로기준법 제63조로 인하여 가산임금 지급을 청구할 수 없다는 사실을 들은 날이다). 이에 대해서 각하의견은 청구인은 근로시간에 관한 근로조건에 관하여는 근무시작일인 2017. 8. 25.에, 주휴일에 관한 근로조건에 관하여는 근무 시작 후 1주일이 지난 2017. 9. 1.에, 가산임금에 관한 근로조건에 관하여는 정식직원으로 첫 임금을 수령한 2017. 10. 10.에 심판대상조항에 의한 기본권침해를 알았다고 보아야 할 것인데, 그로부터 90일이 경과하였음이 역수상 명백한 2018. 1. 29. 이 사건 심판청구를 위한 국선대리인 선임신청을 하였기 때문에 청구기간을 준수하지 못하였다고 판단하고 있다. 청구기간의 준수 여부에 대해서는 다수의견은 법령의 시행 후 어느 시점에 청구인이 기본권을 구체적으로 침해받은 것을 알게 되었는지에 관하여 기록상 이를 인정할 명백한 자료가 없는 경우 권리구제 및 헌법질서의 유지라는 헌법소원의 기능에 비추어 가능한 한 청구인에게 유리한 해석을 함이 타당하다(현재 2012. 6. 27. 2010헌마716 참조)고 하고 있지만, 각하의견은 제출된 모든 자료와 정황을 종합하여 건전한 상식과 경험칙에 따라 객관적·합리적으로 청구기간의 기산점을 판단하여야 할 것이라고 하고 있다.

결정의 결과에 주목하지 않을 수 없다. 이 사건 결정에서는 근로기준법 제63조 제2호가 청구인의 근로의 권리와 평등권의 침해 여부가 다투어졌다. 헌법불합치의견은 근로의 권리와 평등권 침해 모두를 인정하였고, 기각의견은 두 기본권 침해 모두를 부정하였는데, 각각의 기본권 침해 여부의 판단에 있어서 결론을 달리한 이유에 대해서 살펴본다.

먼저, 근로의 권리 침해 여부에 대해서 보면 기각의견과 헌법불합치의견에 있어서 결론을 달리한 가장 큰 이유는 근로의 권리 침해 여부를 판단하는 잣대, 즉 심사의 기준의 차이가 다르다는 점을 들 수 있다. 물론 두 의견 사이에는 세부적인 논거와 그에 기반한 평가의 차이는 확연하지만, 입법자가 제정한 법률의 위헌 여부를 판단하는 헌법재판소의 입장에서 입법자의 재량의 범위를 어느 정도로 인정할 것인가가 매우 중요하다. 입법자의 재량 범위를 넓게 볼 것인지, 좁게 볼 것인가가 바로 판단의 잣대, 즉 심사기준인 것이다. 기각의견은 “인간의 존엄에 상응하는 근로조건을 기준이 무엇인지를 구체적으로 정하는 것은 일차적으로 입법자의 형성의 자유에 속한다고 할 것이므로, 심판대상조항이 근로의 권리를 침해하는지 여부는 이것이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하고 있는지 여부에 달려 있다”고 하고 있다. 이러한 태도를 취하게 되면 위헌성 여부를 판단 대상인 법률조항의 입법에 합리적인 이유가 존재한다면 대체로 합헌의 결론으로 자연스럽게 유도된다. 대체로 법률 조항은 그 입법에 있어서 나름의 합리적인 이유가 있다는 점에서 이러한 태도를 취하는 상황에서는 위헌으로 결론이 내려지기 극히 어렵다. 근로기준법 제63조 제2호의 입법이유는 축산업 등의 1차산업이 가지는 특수한 환경으로 인하여 근로시간 규제 등을 일률적으로 적용하기 어렵다는 것인데 이것이 “현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈”하였다고 판단하기는 매우 어려울 것이다. 이에 대해서 헌법불합치의견은 “근로시간 제한, 휴일, 가산 임금제도의 적용대상을 결정하는 것은 입법정책에 관한 문제로 입법자의 입법형성권이 인정”되지만 “동시에 근로의 권리를 보호할 의무가 있는 입법자는 사용자와 근로자 사이의 이익의 조화와 균형을 추구하는 과정에서도 취약한 상황에 놓인 근로자들의 인간의 존엄성을 보장하기 위한 근로조건을 마련할 의무가 있다.”고 하는 태도를 취하고 있다. 물론 헌법불합치의견도 근로기준법 제63조 제2호가 “인간의 존엄을 보장하기 위한 최소한의 근로조건도 규정하지 않은 것이므로 입법재량의 범위를 현저히 일탈한 것으로서 청구인의 근로의 권리를 침해한다.”고 하고 있는 점에서는 입법자의 입법재량을 상당히 넓게 인정하고 있는 듯하지만, 적어

3) 동일한 법조항에 대해서 재판관이 의견을 변경하여 위헌으로 결정된 사례는 극히 드물지만, 통근재해에 관한 헌법 재판이 대표적이다. 현재 2013. 9. 26. 2012헌가16 결정에서는 5인 헌법불합치의견 4인 합헌의견이었는데, 현재 2016. 9. 29. 2014헌바254 결정에서는 6인 헌법불합치의견 3인 반대의견이었다. 2012헌가16 결정에서 안창호 재판관은 합헌의견이었지만, 3년 뒤 2014헌바254 결정에서는 헌법불합치로 의견을 바꾸었다.

4) 이 사건 결정에서 각하 의견을 낸 3인의 재판관들은 이은애(2023. 3. 28. 임기 만료), 이선애(2024. 9. 20. 임기 만료), 이종석(2024. 10. 17. 임기만료) 재판관이다.

도 기각의견처럼 명확히 입법자의 광범위한 재량을 인정하는 것을 대전제로 하면서 합헌성을 논증하지는 않는다. 특히 헌법불합치의견처럼 국가가 근로의 권리를 보장하기 위해서 어떠한 의무를 이행하였는지를 잣대로 평가하게 되면 기각의견보다는 보다 구체적인 상황과 현실을 살펴면서 근로의 권리 침해 여부를 검토할 수 있게 된다.

다음으로, 평등권의 침해 여부에 대해서 본다. 평등권 침해 여부에 관한 헌법재판소의 위헌 심사에서 가장 먼저 등장하는 쟁점은 평등권 침해 여부를 심사하는 기준(또는 척도)이 무엇인지이다. 헌법재판소는 평등권 침해 여부를 심사기준에 관해서 종래 엄격한 심사와 완화된 심사를 구분하여 적용하고 있다. 엄격한 심사기준에 비하여 완화된 심사를 적용하는 경우에는 위헌 판단이 내려질 가능성이 매우 낮아진다. 이는 완화된 심사 기준의 내용이 입법자의 광범위한 재량을 허용하고 있기 때문이다. 이 원칙에 의한 심사는 차별 취급하는 것을 정당화할 수 있는 합리적 이유가 있는지를 판단하는 심사이다. 즉, 합리적인 이유만 있다면 평등권의 침해(또는 평등원칙의 위배)는 없다고 판단되는 것이다. 이 사건 결정의 기각의견도 이와 같은 전형적인 판단구조를 취하고 있다. 먼저 심사기준으로서 “특정 산업에 대하여 근로기준법의 적용을 배제할 것인지 여부는 해당 산업의 특성, 근로실태, 근로자보호의 필요성 및 사용자의 법 준수능력 뿐만 아니라 근로기준법을 적용하는 경우 관련 산업의 운용 및 고용에 미칠 전반적인 영향에 대한 장래예측도 수반되는 전문적인 경제·노동정책의 문제이므로 입법자에게 폭넓은 입법재량이 인정된다”고 하여 완화된 심사기준, 즉 “합리성 심사기준”을 적용할 것이라는 점을 논증의 첫머리에서 밝히고 있다. 이에 비해서 헌법불합치의견은 심사기준이라고 부를 만한 것을 아예 언급하고 있지 않다. 축산산업에 종사하는 근로자와 일반 근로자를 근로시간, 휴게, 휴일의 규정 적용에 있어서 합리적인 이유 없이 차별하였는지 여부에 대해서만 구체적인 상황과 입법 배경의 변화 등을 구체적으로 살펴보면서 합리적인 이유의 유무를 판단하고 있다. 기각결정도 합리적인 이유의 유무를 판단한 것이지만 논증의 출발에서부터 입법자의 광범위한 재량을 인정하고 있다는 점에서 축산산업 근로자의 근로환경적 특성, 해외 사례, 국제노동기구(ILO)의 기준과 같이 형식적인 논거만으로도 충분히 합헌성이라는 결론을 도출할 수 있게 된다. 이에 비하여 헌법불합치결정은 “근로조건 중 특히 근로시간 및 휴일에 관한 근로기준법 규정들은 근로자의 적정 근로시간 준수와 충분한 휴식이 인간의 존엄성 보장의 기본전제가 됨을 인정하고, 이를 차별 없이 보장하고자 함에 있다”는 것을 논증의 출발점으로 삼고 있다. 이로부터 축산산업 환경의 변화에 따라 근로자들의 근로시간 및 휴일에 대한 일정한 근로조건을 규율하는 것이 불가능한 상황이 아님에도, 그리고 적정 근로시간 및 휴식에 대한 개념이 점차 변화해옴에 따라 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건 기준 또한 현격하게 높아졌음에도 국가는 1953년 근로기준법이 제정된 이래 축산산업에 종사하는 근로자들을 일률적으로 근로기준법상의 근로시간 및 휴일에 관한 규정의 적용대상에서 제외하여 왔다는 점에 대해서 합리적 이유 없는 차별이라

고 판단하고 있다.

이 사건 헌법불합치결정과 기각결정을 비교하여 보면 후자는 종래 헌법재판소가 채택한 심사기준이라는 것에 매몰되어 축산업에 종사하는 근로자의 근로환경에 대해서 구체적으로 평가하지 않고 근로기준법 제63조 제1호 및 제2호를 정당화하는 논리를 구태의연하게 반복하고 있음을 알 수 있다. 선진 각국에서는 이미 1990년대부터 농업을 생산(1차산업)뿐 아니라 가공(2차산업)과 서비스(3차산업)가 융복합된 산업(6차산업)으로 육성하고 있고, 우리나라도 농촌융복합산업을 2000년대 들어 본격적으로 추진하고 있는 상황에서 이 사건 결정의 헌법불합치결정은 근로기준법 제63조 제1호 및 제2호에 대한 근본적인 재검토의 필요성을 강력하게 촉구하고 있다. **KL**

정영훈(한국노동연구원 연구위원)