

노동판례리뷰

임금지급 관행과 통상임금성 판단

- 대법원 2021. 12. 16. 선고 2016다7975 판결 -

【판결 요지】

특정 시점이 되기 전에 퇴직한 근로자에게 특정 항목의 임금을 지급하지 않는 관행이 있더라도, 단체협약이나 취업규칙 등이 그러한 관행과 다른 내용을 명시적으로 정하고 있으면, 그러한 관행을 이유로 해당 임금 항목의 통상임금성을 배척함에는 특히 신중해야 한다.

H중공업(이하, 회사)의 2012년 급여세칙은 상여금에 관하여 다음과 같이 정하고 있다. 상여금의 연간 지급률은 800%로 하되, 2월, 4월, 6월, 8월, 10월, 12월 말에 100%씩 합계 600%의 기간상여를, 설날과 추석에 각각 50%의 명절상여를, 12월 말에 100%의 연간상여를 지급한다. 상여금 적용일수는, 기간상여가 지급월 전월 2개월, 연간상여가 전년도 12월부터 당해연도 11월까지, 명절상여는 이전 명절상여 지급일 이후부터 다음 지급일까지이다. 퇴직자에 대한 상여금은 적용대상 기간 동안 근무분에 대해서 일할계산하여 지급한다.

회사는 중도입사자에 대하여는 기간상여와 연간상여를 지급하면서도 중도퇴직자에 대하여는 일괄적으로 상여금을 지급하지 않다가, 1994년경부터 법적 다툼 및 노사 간 다툼 소지의 근절, 타사와의 균형관리, 상여금 수령을 위한 지연퇴사 방지 등의 목적으로 중도퇴직자에 대하여도 상여금을 일할계산하여 지급하였다. 다만 급여세칙이 정하는 명절상여는 2011년에 신설되어 지급되기 시작한 것으로서, 그 이전까지 상여금은 명절상여 100%를 제외한 700%였다. 회사는 근로자들에게 기간상여금·연간상여금·명절상여금은 통상임금에 포함되지 않는 것으로 보고 이를 제외하고 계산한 연장근로수당, 야간근로수당 등 법정수당을 지급하였다.

제1심(울산지법 2015. 2. 12. 선고 2012가합10108 판결)은 기간상여금·연간상여금·명절상여금은 정기적·일률적으로 지급되는 고정적인 임금인 통상임금에 해당한다고 판단하였다. 반

면 원심(부산고법 2016. 1. 13. 선고 2015나1888 판결)은 기간상여금과 연간상여금은 통상임금에 해당하지만, 실제로 재직 중인 근로자에게만 지급되는 명절상여금은 '고정성'을 부정하여 통상임금에 포함되지 않는다고 보았다.

신의칙 위반에 대하여 제1심과 원심은 모두 대법원 전원합의체(2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결)가 제시한 기업의 '중대한 경영상 어려움'과 '기업의 존립 자체가 위태'로울 것을 신의칙의 판단 기준으로 삼았다. 제1심은 근로자의 미지급분 청구 시점(소 제기 시점)을 기준으로 근로자의 청구는 신의칙에 위반하지 않는다고, 원심은 판결 시점(사실심 변론종결 시점)을 기준으로 신의칙 위반으로 청구를 기각하는 다른 결론을 내렸다.¹⁾

대상판결은 제1심과 원심의 상반된 판결에 대한 판단이다. 첫 번째 쟁점은 명문의 취업규칙과 다른 임금지급 관행이 존재하는 경우, 해당 취업규칙의 규정이 효력을 상실하였거나 다른 내용으로 변경되었는지 여부이다. 요컨대 '명절상여금은 재직자에게만 지급'하는 것이 확립된 관행으로서 규범력을 갖는가이다. 노동관행은 근로조건이나 직장질서 및 조합활동 등에 관해 단체협약, 취업규칙 등의 명시적인 규정에 근거하지 않고, 어떤 사실이나 행위가 노사 간에 상당기간 이의 없이 반복해 계속 행해지고, 기업 내에서 사실상의 제도로써 확립되어 있다고 할 수 있을 정도의 규범의식에 의해 지지되는 경우 노동법령이나 근로계약을 해석하거나 보충하는 기능을 가지게 된다.

원심은 '기업의 내부에 존재하는 특정의 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 하기 위하여는 그러한 관행이 기업 사회에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나 기업의 구성원에 의하여 일반적으로 아무도 이의를 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여져서 기업 내에서 사실상의 제도로써 확립되어 있다고 할 수 있을 정도의 규범의식에 의하여 지지되고 있어야 한다(대법원 2002. 4. 23. 선고 2000다50701 판결)'는 판례법리를 전제하였다. 원심은 기존 법리를 적용하여 '일할지급' 규정은 명절상여가 신설되기 이전에 기간상여와 연간상여에 적용될 것을 예상하여 도입된 조항이고, 그 후 신설된 명절상여의 경우에는 처음부터 기존의 상여금과 별개로 인식되고 지급되어 일할지급 조항의 적용이 없거나, 적어도 그러한 점에 관하여 노사 간의 묵시적인 합의 또는 관행이 생성된 것으로 보인다고 판단하여 명절상여금의 '고정성'을 부정하였다.

반면 대상판결은 '특정 임금 항목이 근로자가 소정근로를 했는지 여부와 상관없이 특정 시점에 재직 중인 근로자에게만 지급하는 임금인지를 판단할 때에는, 그에 관한 근로계약이나 단체협약 또는 취업규칙 등 규정의 내용, 사업장 내 임금 지급 실태나 관행, 노사의 인식 등을 종합적으로 고려해서 판단해야 한다(대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다94643 전원합의체 판결, 대법

1) 양승업, 「미지급된 통상임금 청구의 신의칙 위반 판단 기준 - 부산고등법원 2016. 1. 13 선고 2015나1888 판결」, 『노동리뷰』 2016년 3월호(통권 제132호)에서 제1심 판결과 원심 판결을 상세하게 비교 검토하고 있다.

원 2020. 4. 29. 선고 2018다303417 판결).’는 법리를 실시한 다음 ① 회사는 1994년경부터 중도 퇴직자에게 상여금을 일할계산하여 지급하기 시작하였고, 회사의 2012년 급여세칙은 명절상여를 포함하여 상여금을 지급일 이전 퇴직자에게도 근무 일수에 비례하여 일할지급한다는 점을 명시하고 있고, ② 회사 사업장에서 근로자 개인 또는 노동조합이 지급일 그 밖의 특정 시점 이전에 퇴사함으로써 명절상여를 받지 못한 근로자에게도 근무 일수에 상응하는 명절상여를 지급할 것을 요구하거나 이의를 제기하지 않았다는 사정만으로 급여세칙 등 취업규칙이 정한 명절상여의 퇴직자 일할지급 규정이 효력을 상실하였다거나 다른 내용으로 변경되었다고 단정할 수 없으며, ③ 회사가 퇴직한 근로자에게 명절상여를 지급하지 않는다는 사정을 공지하거나 근로자들이 이러한 사정을 분명하게 인식하고 있었다고 볼 자료도 없으며 원심과 달리 판단하였다.

노동법의 법원(法源)으로 이해되는 단체협약이나 취업규칙에서 규정한 사항과 다르게 계속적·반복적으로 이루어진 행위를 ‘노동관행’으로 인정함에 신중해야 한다. 더구나 명문의 규정과 달리 근로자에게 불리하게 형성된 관행에 규범력을 부여하는 데에는 더욱 그러하다. 대법원은 ‘단체협약과 같은 처분문서를 해석할 때 명문의 규정을 근로자에게 불리하게 변형 해석할 수 없다(2011. 10. 13. 선고 2009다102452 판결).’는 법리를 정립하고 있다. 취업규칙은 단체협약과 함께 근로계약의 내용을 이루고 있다는 점에서 명문의 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변형 해석할 수는 없다는 결론에 이른다. 더구나 명절상여금을 일할지급하지 아니한 사용자의 의무 불이행을 관행으로 보아 근로자에게 불리하게 해석할 수 없는 것이다. 원심 판결을 파기한 대 상판결이 타당하다.

두 번째 쟁점은 근로자의 추가 법정수당 청구가 신의칙에 위반되는지 여부이다. 대상판결은 ‘통상임금 재산정에 따른 근로자의 추가 법정수당 청구가 기업에 중대한 경영상의 어려움을 초래하거나 기업 존립을 위태롭게 하여 신의칙에 위반되는지 여부는 여러 사정을 종합적으로 고려하여 신중하고 엄격하게 판단해야 한다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2015다217287 판결).’는 기존 법리를 따랐다. 구체적으로 근로자의 미지급분 청구 시점(소 제기 시점)인지, 판결 시점(사실심 변론 종결 시점)을 기준으로 신의칙 위반 여부를 판단할 것인지 명시하지 않고, 중대한 경영상의 어려움을 초래하는지 여부는 사실심 변론 종결 시라는 특정 시점에 국한한 회사의 경영상태만을 기준으로 볼 것이 아니라 기업의 계속성이나 수익성, 경영상 어려움을 예견하거나 극복할 가능성이 있는지 등 판단 기준을 제시하면서 근로자의 청구가 신의칙에 위배되지 않는다고 보았다. 결국 ‘기업운동을 둘러싼 종합적이고 신중한 판단’이며, 대상판결은 통상임금 소송에서 신의칙 항변 인용이 보다 엄격해졌다고 판시한 것이다. **KL**

노상현(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

산업안전보건법상 도급인의 안전·보건조치 의무가 배제되는 ‘건설공사 발주자’의 판단기준과 의미

- 울산지방법원 2021. 11. 11. 선고 2021고단1782 판결 -

【판결 요지】

1. 건설공사 발주자(건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니하는 자)의 판단기준

“건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니하는 자’는 실제로 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니한 자를 의미하는 것이 아니고 ‘건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있지 않은 자’를 의미한다고 봄이 타당하다(위와 같이 해석하지 않을 경우, 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있음에도 불구하고 그와 같은 책임을 방기하고 실제로 총괄·관리하지 않은 도급인은 산업안전보건법이 정한 의무를 면하고, 시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있지 않음에도 불구하고 수급인의 근로자들의 안전을 위해 의무가 없었던 안전조치까지 취하는 등 시공을 총괄·관리하였으나 그 안전조치가 산업안전보건법이 정한 기준에 미치지 못한 도급인은 산업안전보건법에 따라 처벌되는 불합리한 결과가 발생하고, 이는 규범의 목적에 부합하지 않는다.)”

2. ‘건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있지 아니하는 자’에 해당하는 경우

“산업안전보건법의 개정 취지 및 개정 내용은 안전조치 및 보건조치를 부담하는 “도급인”의 범위를 최대한 넓히고, “도급인”에서 제외되는 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리할 능력과 의무가 없는 발주자로 그 범위를 최대한 좁히는 것이다. 이에 비추어 볼 때, “건설공사 발주자”는 구 산업안전보건법에 의하여 도급사업주로서의 책임을 부담하는 건설공사 도급인, 즉 ① 도급하는 건설공사가 도급인의 사업의 일부를 구성하고 도급인의 사업과 같은 장소에서 이루어짐에도 불구하고 이를 외주화하여 도급에 의하여 행하는 사업주의 경우에는 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있다고 할 것이다(예를 들어, 도급인의 주요 생산 기계에 대한 유지·보수 공사 등 그 건설공사 자체가 도급인의 사업의 본질적이고 필수적인 일부에 해당하는 경우가 이에 해당한다).

또한, ② 도급하는 건설공사에 관하여 도급인의 지배하에 있는 특수한 위험요소가 있어, 도급인이 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 않고서는 수급인이 산업안전보건법이 정한 안전·보건조치를 실질적으로 이행하는 것이 현저히 곤란하고 도급인의 총괄·관리가 필수적인 경우에도 도급인에게 그러한 지위를 인정할 수 있다(예를 들어, 도급한 건설공사의 목적물이 도급인만이 그 위험을 파악하고 적절하게 대처할 수 있는 특수한 위험 설비나 자재가 위치한 공간 내에 있고, 도급인이 주도적으로 시공을 총괄·관리하면서 그 설비나 자재의 폭발, 전도 및 낙하 방지, 근로자 출입 금지 등

의 적극적인 조치를 취하지 않고서는 수급인이 독자적으로 그러한 위험을 제거하는 조치를 취하는 것이 불가능한 경우가 이에 해당한다).

또한, ③ 도급인과 수급인의 각 전문성, 규모, 도급계약의 내용 등에 비추어 볼 때, 도급인에게는 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리할 능력이 있는 반면에 수급인에게는 산업안전보건법이 정한 안전·보건조치를 스스로 이행할 능력이 없음이 도급인의 입장에서 명백한 경우에도 그 도급인은 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있다고 해석함이 타당하다(예를 들어, 스스로 충분히 건설공사 시공을 주도하여 총괄·관리할 수 있는 능력이 있는 대규모 사업체가 안전조치를 취하는 것이 불가능함이 명백할 정도의 낮은 금액으로 전문성과 안전조치 능력을 갖추지 못했음이 명백한 영세한 사업체와 도급계약을 체결한 경우가 이에 해당한다).”

(굵은 글씨 강조와 번호 표기는 인용자가 한 것임)

이 사건에서 주식회사 B(이하, B회사)는 건설업 등을 영위하는 사업주이고, 주식회사 D(이하, D회사)는 B회사에 자신의 공장동 지붕 및 벽체 일부 보수공사(이하, 이 사건 공사)를 도급주었고, A는 B회사 소속으로 이 사건 공사의 현장책임자이고, C는 D회사의 대표이사이다. 2020. 9. B회사 소속으로 이 사건 공사에서 지붕보수 작업을 하던 피해자가 지상으로 추락하여 사망하는 사고가 발생하였다. 검사는 A와 C를 공동으로 업무상 과실치사와 산업안전보건법상 안전·보건조치 불이행으로 사망하게 이르게 한 죄(제167조)로 기소하였고, B회사와 D회사는 A와 C의 산업안전보건법 위반죄에 대해 양벌규정을 적용하여 기소하였다. 이 사건 공사에서는 산업안전보건법상(산업안전보건기준 제45조) 안전조치로 설치되어야 하는 작업발판이나 추락방지망이 설치되지 않았고, 최소한으로 근로자에게 안전대를 착용하도록 하여야 하는데, 안전대 부착설비가 부적합하게 설치되어 사고 지점에서는 실제 사용이 불가능하였다. 울산지방법원(이하, 이 사건 법원)은 A와 B회사에 대해서는 검사의 기소대로 모두 유죄를 인정하고, A에 대해서는 징역 1년(집행유예 2년), B회사에 대해서는 2,000만 원의 벌금에 처하는 것으로 결정하였다. 그러나 이 사건 법원은 C와 D회사에 대해서는 모두 무죄를 선고하였다.

주지하는 바와 같이 김용균 씨 사망사건을 계기로 2019년 전면개정되어 2020. 1. 시행된 산업안전보건법(이하, 전면개정 산업안전보건법)은 도급인의 사업장에서 일하는 수급인 근로자에 대한 안전·보건조치 의무의 적용범위를 전면적으로 확대하고, 이 의무위반으로 인해 사망에 이르게 된 경우 제167조에 의해 가중하여 처벌하도록 하여 위반에 따른 책임을 크게 강화하였다. 그런데도 이 사건에서 도급인 회사의 대표이사와 도급인 회사에 대하여 무죄가 선고된 것은 이 사건 공사가 도급에 의해 수행되지만, 이 사건 법원이 D회사를 전면개정 산업안전보건법의 도급인의 정의(제2조 제7호)에서 명시적으로 제외되는 건설공사 발주자로 보기 때문이다.

산업안전보건법에서 건설공사 발주자는 '건설공사를 도급하는 자로서 건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니하는 자'로 규정하고 있는데(제2조 제10호), 이 사건 법원은 D회사가 이러한 의미의 건설공사 발주자에 해당한다고 본 것이다.

위 판결요지1은 이 사건 법원이 건설공사 발주자인 '시공을 주도하여 총괄·관리하지 아니하는 자'를 '실제로 시공을 총괄·관리하지 아니하는 자'가 아니라 '시공을 주도하여 총괄·관리할 지위에 있지 아니하는 자'로 보아야 한다는 판단기준을 제시한 판례법리이고, 위 판결요지2는 판결요지1에 따라 건설공사 발주자를 '시공을 주도하여 총괄·관리할 지위에 있지 아니하는 자'로 보는 경우, 그러한 자에 해당하는 경우 세 가지를 한정적으로 제시하는 판례법리이다.

이 사건에서 D회사는 B회사 근로자들에게 안전교육을 실시하고, 화기작업인 고소작업에 대하여 작업허가서를 발부하는 등 현실적으로 이 사건 공사의 시공을 감독·관리한 사실이 인정되었다. 이렇게 실제로 시공을 주도하여 총괄·관리하였는데도 불구하고 이 사건 법원은 판결요지1의 판단기준에 따라 D회사가 '시공을 주도하여 총괄·관리할 지위에 있지 아니하는 자'에 해당하는지를 별도로 검토하였다. 이 사건법원에 따르면 '시공을 주도하여 총괄·관리할 지위에 있지 아니하는 자'는 판결요지2에 따라 세 가지 경우에 한정된다. 이 사건 법원은 D회사가 세 가지 경우 각각에 해당하는지를 구체적으로 검토하여, 세 가지의 경우 어느 것에도 해당하지 아니한다고 판단하였다. 이에 따라 D회사는 건설공사 발주자에 해당되어 이 사건 피해자인 수급인 근로자에 대한 안전·보건조치 의무가 있는 도급인에 해당하지 아니하다고 보아 위와 같이 D회사 대표자 C와 D회사에 대해 무죄를 선고한 것이다.

세 가지 경우 중 위 ①과 관련해서는 이 사건 법원은 공장건물이 여러 종류의 제조업을 영위하는 D회사의 사업수행에 필수적인 고유의 생산설비에 해당하지 않아 공장건물 지붕 및 벽체의 보수공사 자체가 D회사 사업의 일부라고 인정할 수 없다고 보았다. ②와 관련해서는 공장건물 지붕에 D회사만이 파악할 수 있는 특수한 위험요소가 없고, D회사가 시공을 주도적으로 총괄·관리하지 않고서는 B회사가 산업안전보건법상 안전·보건조치를 실질적으로 이행하는 것이 현저히 곤란한 경우에 해당하지 않는다고 보았다. ③과 관련해서는 D회사와 B회사의 각 전문성, 각 업체의 규모 및 이 사건 공사 도급계약의 내용에 비추어 ③에 해당하지 않는다고 판단하였다.

위 ①과 관련해서는 실제 영위하고 있는 사업을 하기 위해 지붕 및 벽체의 보수공사가 필요하다는 점으로만 보면 부수적이라고 하더라도 사업의 일부로 볼 수 있지 않을까 의문이 든다. ②, ③과 관련하여 지붕과 벽체의 준공 연도와 특성, 내구성, 수리의 기록 등의 정보는 D회사가 제공하고 협조하지 않으면 B회사가 파악하지 못하거나 안전조치를 취할 수 없는 경우도 있을 것 같다. 그리고 B회사가 비용상의 문제로 추락방지망 등을 설치하지 않았다고 하는 것으로 보면, D회사와의 도급계약금액 자체가 낮아 비용상의 제약이 발생할 가능성도 있어 보인다. 이

러한 점들이 의문으로 남지만, 이 사건 법원이 구체적인 사실관계를 제시하지 않아 법원의 사실판단이 적절한지에 대해 판단하기는 어렵다.

그러나 판결요지2에서 이 사건 법원은 '시공을 주도하여 총괄·관리할 지위에 있지 아니하는 자'로 세 가지 경우를 한정적으로 들고 있는데, 법 취지에 비해 지나치게 협소한 것은 명백해 보인다. 이 사건 법원도 전면개정 산업안전보건법의 취지가 안전조치·보건조치를 부담하는 '도급인'의 범위를 최대한 넓히고, 그 의무를 부담하지 않는 발주자는 그 범위를 최대한 좁히는 것이라고 실시하였는데, 위 판례법리2로 실시한 세 가지 경우로만 한정하면서 이 취지와는 정반대로 오히려 건설공사와 관련하여 '도급인'의 범위는 최소한으로 축소되고, 그 의무를 부담하지 않는 건설공사 발주자는 그 범위가 최대한으로 넓혀지게 되어버리는 결과가 초래된 것이다.

우선 위 ①은 전면 개정되기 전의 산업안전보건법상 '사업의 일부를 분리하여 도급을 주어 하는 사업'(구 산업안전보건법 제29조 제1항 1호)에 대한 해석과 동일하다. 당시 고용노동부는 이에 대한 지침¹⁾에서 '도급인의 사업장소에서 도급인의 사업목적 달성에 본질적이고 불가분의 관계에 있는 사업의 생산·제조 등 일련의 과정 중 일부를 분리하여 도급을 주는 경우에 도급인의 의무'를 부과하는 것으로 해석하고, '고유 사업목적 달성을 위해 필요한 부수적이거나 보조적 사업'은 미적용하는 것으로 해석하였다. 그러나 고용노동부는 전면개정 산업안전보건법에서는 도급인의 업무에 해당한다면 사업목적과 i) 직접적 관련성이 있는 경우뿐만 아니라 '직접적으로 관련이 없는 경우'에도 도급에 포함된다고 해석하고 있다.²⁾ 이 사건 법원의 판결요지2의 ①은 이러한 해석과 명백히 배치된다. 또한 ②와 ③의 기준은 수급인이 안전·보건조치를 스스로 이행하는 것이 현저히 곤란한 경우 혹은 수급인의 안전·보건조치 능력이 없는 경우로만 한정되어 그렇지 아니한 경우에는 도급인의 안전·보건조치 의무가 발생하지 않게 되어 그 범위가 현저하게 협소해진다.

법원 스스로가 인정하는 전면개정 산업안전보건법의 취지에도 반하는 이 사건 법원의 세 가지 요건은 건설공사 발주자를 '총괄·관리하는 지위에 있지 아니한 자'로 해석하는 이 사건 법원의 판단기준에서 기인하는 것으로 보인다. 이 사건 법원은 총괄·관리하는 '지위'를 실제로 행사되는 권한이나 능력에 의해서 확인되는 것이 아니고, 그러한 권한이나 능력이 있어도 '지위'에 있지 않으면 '총괄·관리하는 자'에 해당하지 않는다고 하는 의미에서의 지위로 본다.

이러한 의미의 '지위' 개념으로 건설공사 발주자인 '총괄·관리하지 아니하는 자'를 파악하는 것은 전면개정 산업안전보건법에서 '도급인'을 사실적 상태로 파악하는 방식에 반한다. 전면개정 산업안전보건법은 실제로 행사되거나 행사될 수 있는 권한이나 능력의 의미로 도급인을 파

1) 고용노동부, '도급사업 안전·보건조치 적용 지침', 2013. 1(고용노동부, '개정 산업안전보건법 시행'(20. 1. 16.)에 따른 도급 시 산업재해예방 운영지침', 2020. 3.에서 재인용)
 2) 고용노동부(2020. 3), '개정 산업안전보건법 시행(2020. 1. 16.)에 따른 도급 시 산업재해예방 운영지침', p.12.

약한다. 이 점을 확인할 수 있는 것은 도급인의 사업장에 통상의 사업장 이외에 ‘도급인이 제공하거나 지정한 경우로서 도급인이 지배·관리하는’ 장소를 포함하는 것으로 규정하고 있다(제10조 제2항). 여기에서 지배·관리는 사실상 이루어지고 있거나 실제로 이루어질 수 있으면 성립되는 사실적 상태의 개념이다. 이러한 의미에서 고용노동부도 지배·관리를 “도급인이 해당 장소의 유해·위험요인을 인지하고, 이를 관리·개선하는 등 통제할 수” 있는 것을 의미하는 것으로 보고 있다.³⁾ 이렇게 보면 전면개정 산업안전보건법이 지배·관리에 대한 조건이 없이 도급인의 사업장에서 일하는 수급인 근로자에 대해 도급인의 안전 및 보건조치 의무가 발생한다고 규정하는(제63조) 것도 도급인의 사업장은 도급인이 실제로 지배·관리하거나 지배·관리할 수 있는 권한과 능력이 있다는 것을 전제로 한 것이라고 볼 수 있다.

그럼에도 판례요지¹⁾에서 보는 바와 같이 산업안전보건법상 도급인의 의무 발생과 관련한 이러한 판단기준을 배척하고, 위 지위에 근거한 판단기준을 채택하면서 두 가지의 이유를 들고 있다. 첫째로 사실적 상태 개념으로 파악할 경우 “건설공사의 시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있음에도 불구하고 그와 같은 책임을 방기하고 실제로 총괄·관리하지 않은 도급인은 산업안전보건법이 정한 의무를 면하”기 때문이라고 한다(제1이유). 둘째로 사실적 상태개념으로 파악할 경우 “시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위에 있지 않음에도 불구하고 수급인의 근로자들의 안전을 위해 의무가 없었던 안전조치까지 취하는 등 시공을 총괄·관리하였으나 그 안전조치가 산업안전보건법이 정한 기준에 미치지 못한 도급인은 산업안전보건법에 따라 처벌되는 불합리한 결과가 발생하”기 때문이라고 설명한다(제2이유).

그러나 위의 제1이유에서 ‘시공을 주도하여 총괄·관리해야 할 지위’에 있는 것은 그 지위로 인하여 실제로 ‘시공을 주도하여 총괄·관리할 능력’이 있는 것이어서 그러한 능력이 있음에도 불구하고 실제로 총괄·관리하지 않은 도급인은 산업안전보건법이 정한 의무를 면하지 못하기 때문에 제1이유는 타당하지 않다. 이러한 방식의 해석이 산업안전보건법에서만 독특한 것도 아니다. 예를 들어 임금체불 등 근로기준법 위반과 관련하여 형사적 책임을 부담하는 ‘사업의 경영담당자’에 대하여 대법원은 회사의 대표이사 및 이사직에서 사임하였으나 실질적으로 회사를 직접 경영해온 자는 물론, 이 사용자 개념이 근로기준법의 각 조항에 대한 실효성을 확보하기 위한 정책적 배려로 확대되었기 때문에 반드시 현실적으로 그러한 경영담당자의 권한을 행사하여야만 하는 것은 아니라는 이유로 제도적으로 권한이나 책임이 있으나 그 권한을 행사하지 않았던 대표이사 모두 사업의 경영담당자로 보고 임금체불 등의 근로기준법 위반에 대해 유죄로 인정하였다.⁴⁾ 이러한 점에 비추어 보더라도 당연히도 ‘실제로 총괄·관리할 권한과 능력’이 있음에도 불구하고 ‘총괄·관리하지 아니한 자’는 건설공사 발주자가 아닌 도급인이 된다.

3) 고용노동부(2020. 3.), ‘개정 산업안전보건법 시행(2020. 1. 16.)에 따른 도급 시 산업재해예방 운영지침’, p.23.

4) 대법원 1997. 11. 11. 선고 97도813 판결 등.

그리고 제2이유에서 시공을 총괄·관리하였다는 것은 그 자체로 ‘총괄·관리하지 아니하는 자’가 아니라는 것을 의미하기 때문에 수급인 근로자에 대한 안전 및 보건조치 의무가 있는 도급인에 해당한다. 따라서 이 사건 법원이 판결요지2의 제2이유에서 보는 바와 같이 불합리한 결과가 발생한다고 말하는 것은 산업안전보건법상 수급인에 대한 도급인의 안전·보건조치 의무 자체가 불합리하다고 말하는 것과 동일할 정도로 전면개정 산업안전보건법에 대한 무지와 몰이해를 보여주는 것이라 생각한다. 도급인의 수급인 근로자에 대한 안전·보건조치 의무는 산업안전보건법은 사업장을 지배·관리하는 것을 이유로 수급인 근로자에 대한 수급인의 안전·보건조치 의무와 별개로 중첩적으로 부과하는 것이다. 전면 개정 이전의 산업안전보건법에서도 수급인 근로자에게 사고가 발생하면 원칙적으로 도급인과 수급인 사업주가 산업안전기준에 열거되어 있는, 동일한 안전·보건조치 의무를 부담하는 것으로 보았다.⁵⁾ 도급인이 수급인 근로자에 대해 갖는 안전·보건조치 의무의 성격은 전면개정 산업안전보건법에서 훨씬 더 뚜렷하게 나타난다. 전면개정 산업안전보건법은 수급인과 도급인 사업주의 안전·보건조치 의무가 원칙적으로 동일한 것을 전제로 하여 ‘관계수급인 근로자의 작업행동에 관한 직접적인 조치’만을 도급인의 안전·보건조치 의무에서 제외하였고(제63조 단서), 수급인 근로자가 도급받은 작업과 관련하여 이 법을 위반하는 경우 그 근로자의 수급인에게 그 위반행위를 시정하도록 조치할 수 있고, 수급인은 정당한 사유가 없으면 그 조치에 따라야 할 의무가 발생한다(제66조 제1항). 고용노동부는 제63조의 도급인의 수급인 근로자에 대한 안전·보건조치 의무의 중첩적인 성격에 따라 도급인이 이 의무의 이행의 목적으로 수급인 근로자에게 안전·보건조치를 해야 하는 경우 이를 근로자 파견관계의 징표인 ‘업무상 상당한 지휘·명령’에 해당하지 않는다고 해석한다.⁶⁾ 사정이 이러함에도 불구하고, 이 사건 법원이 제2이유와 같이 불합리하다고 보는 것은, 판결요지2의 세 가지 경우가 보여주는 바와 같이, 도급인의 안전·보건조치 의무의 중첩적 성격을 이해하지 못하고, 수급인이 자신의 근로자로서 도급인의 사업장에서 일하는 근로자에 대한 안전·보건조치 의무를 독립적으로 행하기 어려운 경우에만 도급인이 갖는 의무로 잘못 파악하고 있기 때문으로 보인다.

이 사건은 전면개정 산업안전보건법 시행 이후 도급인의 의미와 범위가 법적 쟁점으로 문제가 되는 최초의 사건으로 보인다. 특히 이 사건은 수급인 근로자에 대한 도급인의 안전·안전보건조치 의무가 명시적으로 제외되는 건설공사 발주자의 판단기준에 대한 것이어서 제63조의 적용범위와 대상의 해석에 중요한 의미를 갖고 있다. 건설공사는 일반적인 건설공사뿐만 아니라 관련법상의 전기공사, 정보통신공사, 소방시설공사, 문화재수리공사를 포함하고 있기 때문이다(제2조 제11호 가목~마목). 장소가 이루어졌는지 명확히 확인되지는 않지만, 이 사건 상급

5) 전형배(2018), 「산업안전보건법 전부개정안의 내용과 과제」, 『사회법연구』, 제36호, p.75.

6) 고용노동부(2019. 12. 30), 「근로자파견의 판단기준에 관한 지침」, p.7

심에서 이 사건 법원의 판결요지와 도급인의 대표이사과 도급인 사업주에 대한 유무죄 판단이 모두 정정되는 것이 마땅하고, 필연적이라고 생각한다. **KL**

심재진(서강대학교 법학전문대학원 교수)

집단적 근로조건 대등결정 원칙의 헌법적 승인

- 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌마629, 630(병합) 결정 -

【판결 요지】

사회적·경제적 열위에 있는 개별 근로자의 입장에서는 사용자의 의사에 따라 정해진 근로조건을 강요받을 수밖에 없어 계약자유의 원칙이 형해화될 우려가 있는바, 근로자에 대해서도 계약자유의 원칙이 실현되기 위해서는 근로자들이 단결체를 조직하고 집단적으로 교섭함으로써 사용자와 실질적으로 대등한 관계에서 근로조건을 결정·개선할 수 있어야 한다. 이러한 배경에서 헌법 제33조 제1항은 근로3권을 기본권으로 보장하는 것이고, 여기에는 근로조건에 대한 집단적 결정은 대등한 위치에 있는 노사 간의 교섭과 합의를 통해 이루어져야 한다는 이른바 집단적 근로조건 대등결정의 원칙이 내포되어 있다고 할 것이다.

2018년 6월 12일 개정 최저임금법은 최저임금 산입범위를 정하는 규정을 개정하면서, 이와 관련하여 취업규칙 변경절차의 특례를 규정한 조항을 도입하였다. 새로 도입된 제6조의2에 따르면, “1개월을 초과하는 주기로 지급하는 임금을 총액의 변동 없이 매월 지급하는 것으로 취업규칙을 변경하려는 경우에는 「근로기준법」 제94조 제1항에도 불구하고 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수의 의견을 들어야 한다.”¹⁾

이 규정에 대해서 근로자와 노동조합의 단체교섭권 등을 침해한다는 이유로 위헌확인을 구하는 헌법소원심판이 청구되었다. 헌법재판소는 심판청구를 기각했다.²⁾

그런데 결정문에는 헌법 제33조 제1항의 노동3권, 특히 단체교섭권과 관련하여 필자가 알기로는 지금까지 헌법재판소의 결정문에서 언급된 적이 없는 법리와 원칙이 제시되었다. 즉 “집단적 근로조건 대등결정의 원칙”을 헌법적 원칙으로 승인한 것이다. 헌법재판소에 따르면:

“사회적·경제적 열위에 있는 개별 근로자의 입장에서는 사용자의 의사에 따라 정해진 근로조건

1) 해당 조문이 특례를 규정하는 방식이 좀 묘하다. 이미 근로기준법 제94조 제1항이 “의견을 들어야 한다.”(단순 변경의 경우) 또는 “동의를 받아야 한다.”(불이익변경의 경우)고 규정하고 있기 때문에, 여기에 대해서 특례를 정한다면 “여차저차한 경우에는 근로기준법 제94조 제1항에도 불구하고 동의를 받지 않아도 된다.”는 방식으로 규정하는 것이 논리적일 것이다. 그런데 해당 조문은 “~에도 불구하고 (...) 의견을 들어야 한다.”는 식으로 규정하고 있다. “동의를 받지 않아도 된다.”는 내용을 “의견을 들어야 한다.”는 내용으로 적은 것이다.

2) 최저임금 산입범위를 개정된 조항에 대해서도 헌법소원심판이 청구되었고, 헌법재판소는 청구를 기각했다. 이에 대한 논평은 이 글에서 하지 않기로 한다.

을 강요받을 수밖에 없어 계약자유의 원칙이 형해화될 우려가 있는바, 근로자에 대해서도 계약 자유의 원칙이 실현되기 위해서는 근로자들이 단결체를 조직하고 집단적으로 교섭함으로써 사용자와 실질적으로 대등한 관계에서 근로조건을 결정·개선할 수 있어야 한다. 이러한 배경에서 헌법 제33조 제1항은 근로3권을 기본권으로 보장하는 것이고, 여기에는 근로조건에 대한 집단적 결정은 대등한 위치에 있는 노사 간의 교섭과 합의를 통해 이루어져야 한다는 이른바 집단적 근로 조건 대등결정의 원칙이 내포되어 있다고 할 것이다.”

지금까지 근로조건 대등결정의 원칙은 교과서 등에서 근로기준법 제4조를 설명하는 용어로만 사용되었다. 근로기준법 제4조에 따르면, “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다.” 근로기준법의 규정을 오로지 개별적 근로관계 차원에서만 해석하고, 반대로 노동조합법의 규정을 오로지 집단적 노사관계의 차원에서만 해석하는 태도는 지양되어야 한다. 노동관계는 필연적으로 개별적 차원과 집단적 차원이 교차하는 영역이기 때문이다. 헌법재판소에 따르면 :

“[근로기준법 제4조의] 규정이 주로 개별적 근로관계를 규율 대상으로 하는 근로기준법에 마련되어 있기는 하나, 근로자 개별적 차원의 형식적 평등을 집단적 차원의 실질적 평등으로 실현하고자 했던 노동법의 생성과정을 보면, 위 규정에서 선언한 근로조건 대등결정의 원칙은 개별 근로 계약을 체결하거나 변경하는 경우뿐만 아니라 집단적 근로조건을 결정하는 내용의 취업규칙이나 단체협약에 대해서도 적용되어야 한다.”

그러므로 근로기준법 제94조 제1항에서 취업규칙의 불이익변경에 대해서 근로자들의 동의를 받도록 하고 있는 것도 “집단적 근로조건 대등결정의 규범적 요청에 따른 것으로 볼 수 있다.”

“따라서 일정한 경우에 사용자로 하여금 일방적으로 취업규칙의 작성·변경을 통하여 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경할 수 있도록 하는 것은 근로자들이 그 단결체를 통해 해당 근로조건에 관하여 사용자와 집단적으로 교섭하는 것을 제한하게 되므로, 근로자 또는 근로자단체의 단체교섭권을 제한한다.”

이것은 노동조합이 따로 단체교섭을 요구하고 단체협약을 체결할 수 있는 여지가 남아 있다고 해서 달라질 수 있는 결론은 아니다. 헌법재판소에 따르면 :

“설령 노동조합이 사용자에게 대하여 해당 근로조건에 관하여 단체협약의 체결을 주장하면서 단체교섭을 요구할 수 있고 그러한 요구에 별다른 제한이 없다고 하더라도, 사용자가 일방적으로 기존의 근로조건을 불리하게 하는 내용으로 취업규칙을 작성·변경할 수 있고 근로자로서는 이렇게 불리하게 변경된 근로조건을 적용받을 수밖에 없는 국면에서 해당 근로조건에 대한 결정에 관한

근로자 또는 근로자단체의 단체교섭권은 제한된다고 보아야 한다.”

그렇다면 개정된 최저임금법에서 일정한 경우에는 근로자들의 동의를 받지 않아도 되도록 취업규칙 변경절차의 특례를 정한 것은 그 자체로 근로자들의 단체교섭권을 제한하는 것이라고 하지 않을 수 없다. 헌법재판소도 이 점을 인정한다.

“이 사건 특례조항은 근로조건에 해당하는 상여금 등 및 복리후생비의 지급주기에 관한 취업규칙의 변경에 대하여 최저임금 산입을 목적으로 하면서 총액의 변동이 없는 경우에는 사용자가 일방적으로 상여금 등 및 복리후생비의 지급주기를 변경할 수 있도록 함으로써 근로자가 근로자단체를 통해 상여금 등 및 복리후생비의 지급주기에 관하여 사용자와 교섭하는 것을 제한하므로, 노동조합인 청구인 조합들과 그 조합원인 청구인 근로자들의 단체교섭권을 제한한다.”

여기까지는 논리가 단정하고 빈틈이 없다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 청구를 기각했다. 해당 특례조항이 단체교섭권을 “제한”하기는 하지만, “침해”하는 것은 아니라는 이유로.³⁾ 여기에서 헌법재판소는 입법목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성 등 기본권 제한의 일반론을 제시한다. 헌법재판소는 이미 최저임금 산입범위를 개정한 조항의 합헌성을 인정한 다음에 취업규칙 변경절차의 특례조항의 위헌성 여부를 심사했다. 후자의 판단은 전자의 판단에 영향을 받지 않을 수 없을 것이다. 헌법재판소는 “집단적 근로조건 대등결정의 원칙”을 헌법적 원칙으로 승인하는, 매우 의미있는 법리를 제시했음에도 불구하고, 특례조항이 단체교섭권의 “침해”에는 이르지 않는다는 우회로를 선택함으로써, 스스로 그 성취를 반감시키고 말았다. **KLI**

박제성(한국노동연구원 선임연구위원)

3) 여기에 대해서 해당 특례조항은 단체교섭권을 제한하는 것조차 아니라는 일부 반대의견이 제시되었다. 이에 따르면, “교섭”과 “동의”는 서로 다른 것이며, 특례조항은 동의권을 제한하는 것일 뿐 교섭권을 제한하는 것은 아니라고 한다. 이것은 단체교섭권을 지나치게 형식적으로 협애하게 이해하는 것이다. 그 근거에는 노동3권이라는 구체적인 권리의 헌법적 보장 의의를 단체협약의 제도적 보장으로 이해하는 독일류 학설의 문제점이 존재한다.