노동판례리뷰

‘묵시적 의사표시에 의한 해고’의 판단 방법

– 대법원 2023. 2. 2. 선고 2022두57695 판결 –

【판결 요지】

해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 절차에 관계없이 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 모든 근로계약관계의 종료를 의미한다(대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결, 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92148 판결 등 참조). 해고는 명시적 또는 묵시적 의사표시에 의해서도 이루어질 수 있으므로, 묵시적 의사표시에 의한 해고가 있는지 여부는 사용자의 노무 수령 거부 경위와 방법, 노무 수령 거부에 대하여 근로자가 보인 태도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 사용자가 근로관계를 일방적으로 종료할 확정적 의사를 표시한 것으로 볼 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다.

1. 사실관계 및 쟁송의 경과

가. 사실관계

이 사건 사용자는 2010. 6. 18. 설립되어 상시 7명의 근로자를 사용하여 전세버스 운송사업을 영위하는 회사(이하 편의상 “참가인”으로 약칭한다)이고, 근로자는 2020. 1. 9. 이 사건 회사에 버스 운전원으로 입사한 자이다(이하 편의상 “원고”로 약칭한다). 원고는 2020. 1. 30.과 2020. 2. 11.에 출퇴근버스를 운행하도록 되어 있었으나 무단 결행하였다. 2020. 2. 11. 참가인의 관리팀장과 원고는 원고의 무단 결행(缺行)을 지적하는 과정에서 버스 키 회수를 요구하며 말다툼하는 과정에서 관리팀장이 원고에게 사표를 쓰라고 하였고, 원고가 “뭐요, 해고시키는 거요 지금?”이라고 묻자 관리팀장이 “응, 당신은 3개월 동안, 왜 그러나 하면, 그만두라니까. 사표 쓰고 가라니까.”라고 답변하였다. 이에 원고는 다음 날부터 출근하지 않았다. 이후 원고는 자신이 참

가인으로부터 2020. 2. 11.자로 해고되었다고 주장하며 전남지노위에 부당해고 구제신청을 하였고, 참가인은 원고가 전남지노위에 부당해고 구제신청을 접수한 이후 원고에게 정상근무를 요구하였다.

원고의 구제신청에 대하여 전남지노위는 '해고가 존재하지 않는다'는 이유로 구제신청을 기각하였다. 이에 이 사건 근로자는 중노위에 재심신청을 하였는데, 중노위도 '참가인의 일방적 의사로 당사자 사이의 근로계약 관계가 종료되었다고 보기 어려워 원고가 주장하는 해고는 존재하지 않는다'라는 이유로 재심신청을 기각하였다. 이에 이 사건 근로자는 중노위위원장을 상대로 대전지방법원에 부당해고구제재심판정의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다.

나. 1심판결 및 원심판결

1심법원은 "원고가 녹음하여 제출한 원고와 관리팀장 사이의 대화 내용만 놓고 보더라도 관리팀장이 원고에게 일방적인 해고의 의사표시를 했다고 보기 어렵다. 관리팀장은 원고가 무단으로 결행한 뒤 자신에게 무례한 언행을 한 데에 화를 내는 과정에서 우발적으로 '사표를 쓰라'는 표현을 사용한 것으로 이해될 뿐이다. '사표를 쓰라'는 표현 그 자체도 원고에게 사직서 제출을 종용하는 것일 뿐 사용자의 의사표시로 원고와의 근로계약관계를 종료시키겠다는 것이 아니다. 원고가 이러한 말을 들은 후 사직서를 제출하는 등 따로 분명한 사직의 의사표시를 한 적도 없다. 따라서 관리팀장의 위와 같은 말만으로 참가인과 원고 사이의 근로계약관계가 종료되었다고 보기 어렵다." 및 "참가인의 관리팀장에게 근로자를 해고할 권한이 있다고 볼 만한 자료가 없다. 원고와 관리팀장 사이에 위와 같은 말다툼이 있은 이후에 원고의 해고를 참가인의 대표이사가 정식으로 승인한 적도 없고, 원고가 참가인의 대표이사에게 자신이 해고당했는지 확인한 바도 없다."라는 이유로 참가인이 원고를 해고한 사실이 없다고 판단한 이 사건 재심판정은 적법하다고 보아 원고의 청구를 기각하였다.[1)]

이에 원고가 항소하였으나, 원심법원은 1심 판결의 사실인정과 이에 근거한 판단은 모두 정당하다고 보아 원고의 항소를 기각하였다.[2)] 이에 원고가 상고하였고, 대상판결은 그 상고심 판결이다.

다. 대상판결

대법원은 먼저 "해고는 명시적 또는 묵시적 의사표시에 의해서도 이루어질 수 있으므로, 묵

1) 대전지방법원 2022. 1. 19. 선고 2020구합107451 판결.
2) 대전고등법원 2022. 9. 16. 선고 2022누10205 판결.

시적 의사표시에 의한 해고가 있는지 여부는 사용자의 노무 수령 거부 경위와 방법, 노무 수령 거부에 대하여 근로자가 보인 태도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 사용자가 근로관계를 일방적으로 종료할 확정적 의사를 표시한 것으로 볼 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다."라는 법리를 제시하고, 이러한 법리 및 ① 참가인의 관리팀장이 관리상무를 대동한 상태에서 원고에게 버스 키 반납을 요구하고 실제로 회수하였으며, 원고에게 사표를 쓰고 나가라는 말을 여러 차례 반복하는 등의 언행을 한 것은 원고의 의사에 반하여 일방적으로 근로관계를 종료시키고자 하는 의사표시를 한 것으로 봄이 상당하고, ② 관리팀장이 대동한 관리상무는 해고에 관한 권한이 있다고 볼 여지가 많으며, ③ 특히 참가인 회사의 규모와 인력 운영 현황 등을 고려할 때 원고의 노무수령을 거부하는 경우 참가인 회사에 여러 어려움이 발생할 가능성이 많았던 상황임에도 위 조치가 이루어진 것은 참가인 회사 차원의 결단이라고 볼 여지가 많고, ④ 실제로 원고가 3개월 넘도록 출근하지 않아 참가인 회사의 버스 운행 등에 어려움이 발생한 것으로 보임에도 불구하고 원고에게 출근 독려를 하지 않다가 원고가 전남지노위에 구제신청을 접수한 직후에야 정상근무를 촉구한 점을 고려하면 관리팀장의 위 언행 당시 이미 대표이사가 묵시적으로나마 원고의 노무수령 거부를 승인하거나 추인했을 가능성이 높아 보이며, ⑤ 해고 서면통지를 이행하지 않은 것은 해고의 효력 여부를 판단하는 요건일 뿐 해고의 의사표시 존부를 판단하는 기준이 아니라는 점에 근거하여 참가인이 원고를 해고한 것으로 볼 수 없다고 판단한 원심판결을 파기하고, 사건을 대전고등법원에 환송하였다.[3)]

2. 검토 : '묵시적 의사표시에 의한 해고'의 판단 방법

이 사건의 주된 쟁점인 해고의 존부를 판단하기 위해서는 ① 원고에게 사표를 쓰라고 한 참가인 관리팀장의 (표시)행위를 해고의 의사표시로 해석할 수 있는지 및 ② (관리팀장의 행위를 해고의 의사표시로 해석할 수 있다면) 그러한 의사표시를 할 권한이 없는 관리팀장의 의사표시를 참가인의 대표이사 등이 추인하였다고 볼 수 있는지의 두 가지 쟁점에 대한 판단이 필요하다고 생각한다.

이에 대하여 대상판결은 "해고란 실제 사업장에서 불리는 명칭이나 절차에 관계없이 근로자의 의사에 반하여 사용자의 일방적 의사에 의하여 이루어지는 모든 근로계약관계의 종료를 의미한다"라는 기존의 판례법리를 재확인한 다음,[4)] 묵시적 의사표시에 의해서도 해고가 이루어질 수 있다고 하면서 "묵시적 의사표시에 의한 해고가 있는지 여부는 사용자의 노무 수령 거부 경위와 방법, 노무 수령 거부에 대하여 근로자가 보인 태도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하

3) 대법원 2023. 2. 2. 선고 2022두57695 판결.
4) 대법원 1993. 10. 26. 선고 92다54210 판결, 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다92148 판결 등 참조.

여 사용자가 근로관계를 일방적으로 종료할 확정적 의사를 표시한 것으로 볼 수 있는지 여부에 따라 판단하여야 한다.”라고 판시하였다. 이러한 판시만 보면 대상판결은 위 ①과 ②를 엄격히 나누지 않고 참가인이 원고를 해고하였다고 평가할 수 있는가라고 직접 판단을 한 것처럼 읽힌다. 특히, 대상판결의 이유 중 “참가인의 관리팀장이 참가인의 관리상무를 대동한 상태에서 통근버스 운행 업무를 담당하는 근로자인 원고에게 버스 키의 반납을 요구하고 이를 회수한 것은 근로자의 노무를 수령하지 않겠다는 의미로 평가할 수 있고, 그와 동시에 원고에게 사표를 쓰고 나가라는 말을 여러 차례 반복하는 등의 언행을 한 것은 참가인이 원고의 의사에 반하여 일방적으로 근로관계를 종료시키고자 하는 의사표시를 한 것으로 봄이 상당”하다는 부분을 보면, 관리팀장의 무권대리를 참가인이 추인한 것으로 구성하지 않고, 해고권이 있는 관리상무를 대동한 상태에서 이루어진 관리팀장의 행위는 참가인의 행위로 볼 수 있다는 취지로 보인다.

다만, 대상판결의 이유 중 “원심으로서는 참가인의 관리팀장이 2020. 2. 11. 10:48 원고에게 버스 키를 반납하라는 문자 메시지를 보낸 경위, 참가인의 관리팀장이 같은 날 17:00경 원고로부터 버스 키를 회수하고 원고에게 '사표를 쓰라'는 발언을 하는 과정에 참가인의 관리상무가 관여한 정도, 참가인의 임원진 구성 및 역할에 비추어 참가인의 관리상무가 해고에 대해 가지는 권한 및 정도, 참가인의 대표이사가 참가인의 관리팀장에 의하여 주도된 일련의 노무 수령 거부행위를 묵시적으로나마 승인 혹은 추인했다고 볼 수 있는지 등을 면밀히 심리한 후 원고에 대한 해고가 존재하는지 여부를 판단했어야 함”이라는 부분을 보면, 관리팀장이 원고에게 사표를 쓰라고 하는 과정에서 관리상무가 관여한 정도 및 관리상무가 해고에 대해 가지는 권한 등의 부분은 위에서 본 바와 같이 관리팀장의 행위를 참가인의 행위로 볼 수 있는가와 관련이 있는 사항인 반면, 참가인의 대표이사가 관리팀장에 의하여 주도된 일련의 노무 수령 거부행위를 묵시적으로나마 승인 혹은 추인했다고 볼 수 있는가는 관리팀장의 의사표시에 대한 ‘사후적인’ 추인이 있었는가와 관련이 있다. 따라서 대법원도 관리팀장이 한 표시행위의 해석에 관한 쟁점(위 ①)과 관리팀장의 의사표시에 대한 추인 여부에 관한 쟁점(위 ②)을 구분하고 있다고 생각된다.

다소 복잡해 보일 수 있으나, 필자가 굳이 관리인에 의한 표시행위에 대한 해석문제와 이러한 행위에 대한 추인의 문제를 나누려는 것은 각 단계에서 해석의 대상을 명확히 할 필요가 있다고 생각하기 때문이다. 의사표시의 해석은 그 방법에서 객관적 법규범인 법령의 해석과 차이가 있다. 법률행위의 해석에 관해서는 간략히 소개하기 어려운 다양한 견해들이 있지만, 일단 해고와 같이 상대방(수령자)이 있는 의사표시의 경우 “법관은 수령자의 입장에 자신을 위치 지워야 하며, 수령자가 표시로부터 추측할 수 있었고 또한 추측했어야 하는 의미가 어떤 것인가를 자문(自問)해 보아야 한다.”[5] 이 사건에서 원고가 관리팀장에게서 들은 말은 “응, 당신은 3개월 동안, 왜 그러나 하면, 그만두라니까. 사표 쓰고 가라니까”이다. 이러한 표시행위가 해고의

의사를 표시한 것인가는 그냥 관리팀장의 표시행위만 가지고 해석하면 된다. 관리팀장과 동행한 관리이사가 관리팀장의 행위를 만류하지 않았다거나, 대표이사가 출근을 독려하지 않았다거나 하는 사정은 참가인 "회사"가 관리팀장의 무권대리를 추인(追認)하였다고 볼 수 있는가의 차원에서 검토되어야 할 문제이다. 이들 두 쟁점을 한데 섞게 되면, '해고'라는 법률행위의 존부를 판단하는 데 어느 범위의 사정까지 고려해야 하는지 모호해지게 된다.

물론, 대상판결은 이처럼 관리팀장이 한 표시행위의 해석문제와 관리팀장의 의사표시에 대한 추인 문제를 명확히 구분하지 않은 점에서 다소 아쉬움이 있지만, 해고가 묵시적 의사표시에 의해서도 이루어질 수 있음을 명확히 하였다는 점에서는 그 의의가 매우 크다고 생각한다.

3. 조금 다른 이야기

이 사건은 중노위 재심판정의 취소를 구하는 행정소송이다. 따라서 이 사건의 소송물은 중노위 재심판정의 적법성이다. 그런데, 노동위원회의 부당해고구제명령은 해고 등이 부당한 경우에 발령될 수 있다. 즉, 노동위원회에서는 먼저 해고가 존재하여야만 그러한 해고의 부당성을 판단하여 구제명령을 발령할 수 있다. 그렇다면, 해고 자체가 존재하지 않는 경우 노동위원회는 자동적으로 신청을 기각해야만 하는가? 사실 현행 근로기준법의 해석상으로는 해고 자체가 존재하지 않을 경우 노동위원회에 구제명령을 발령할 권한은 없다고 보아야 할 것이다. 따라서 해고가 존재하지 않을 경우에는 근로자가 사직의 의사표시를 하였는지에 관계없이 신청은 기각될 수밖에 없다. 문제는 해고가 존재하지 않지만 사직도 존재하지 않는 경우이다. 기간제 근로계약에서 계약기간의 만료나 정년 등 별도의 근로계약 종료 사유가 없다면, 당사자 간의 근로관계는 존속한다. 즉, 신청인은 규범적으로는 여전히 사용자의 근로자이다. 노동위원회의 입장에서 이러한 경우에도 신청인의 구제신청을 거부하는 것이 합리적인가? 앞서 언급했지만, 현행 근로기준법의 규정상으로는 그렇게 볼 수밖에 없을 것이다.

그런데, 실제로 이러한 일이 벌어지는 상황은 사용자가 근로자를 해고하였다고 볼 정도까지는 이르지 않았지만[6] 사용자 측의 사정(예컨대, 상급자의 괴롭힘)에 의해 근로자가 계속 출근하기 어려운 상황이 조성된 경우가 대부분이다. 이 사건에서 대법원이 해고의 존재를 긍정하지 않았다고 가정해 보자. 이 경우 해고가 없다고 해서 근로자의 사직이 당연히 인정되지는 않을 것이다. 만일 사직의 의사표시를 인정하지 않는다면 근로계약은 여전히 존속한다고 보아야 할 것이다. 물론, 이 경우 앞에서 살펴본 바와 같이 현행 근로기준법의 해석상 노동위원회에는 구제명령을 발령할 권한은 없다.

5) Karl Larenz(엄동섭 역)(2010), 『법률행위의 해석』, 서강대학교 출판부, p.39.
6) 이러한 경우라면 당연히 해고의 존재가 긍정될 것이고, 대부분 서면통지 의무 위반으로 해고가 무효가 될 것이다.

그런데, 원고가 이 사건처럼 행정소송을 제기한 것이 아니라 민사법원에 '해고무효확인의 소'를 제기한 경우를 가정해 보자. 이 경우 법원은 어떠한 판단을 해야 하는가? 해고가 존재하지 않는다고 막바로 원고의 청구를 기각할 수 있는가? 만일 근로자가 '해고무효확인의 소'가 아니라 '근로자지위확인의 소'를 제기한 경우에는 어떠한 판단을 해야 할 것인가? '해고무효확인의 소'와 '근로자지위확인의 소'의 소송물이 동일하다는 점을 생각해 보면, 원고가 소의 명칭을 무엇이라 붙이든 해고도 없고 사직도 없는 경우 원고의 청구를 기각하기는 어려울 것이다. 물론, 확인의 이익이 없는 경우 소를 각하할 수는 있겠지만 말이다.

그렇다면, 우리에게 필요한 논의는 무엇인가? 사실 필자는 노동위원회에서 유사한 사건을 처리하면서 신청인 측에 "만약 노동위원회에서 해고가 존재하지 않는다는 이유로 기각결정을 하더라도, 민사소송을 제기하면 결과가 다를 수도 있을 것"이라고 말해 준 적이 있다. 민사재판의 판사였다면 정말 큰일 날 말을 했다는 생각은 든다. 하지만, 근로관계가 종료되었다고 볼 만한 이유가 없음에도, 해고라고 볼 만한 사정 또한 없다는 이유로 신청인을 구제할 수 없다는 결과는 타당한가? 해고도 사직도 존재하지 않지만, 사용자에 의해 초래된 노동환경의 악화로 인하여 근로자가 출근하지 못하게 된 것을 사용자에 의한 '그 밖의 징벌(懲罰)'로 이해할 방법은 없는 것일까? KLI

권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)

노동조합 활동과 취업규칙상 사업장 관리에 관한 조항의 적용

– 서울고등법원 2022. 10. 20. 선고 2022누34120 판결 –

【판결 요지】

어느 취업규칙 조항이 노동조합법 또는 단체협약에 따라 보장되는 정당한 노동조합 활동을 금지하거나 제한하는 내용을 정한 경우에는 그 조항은 무효이고, 사용자는 해당 조항을 근거로 근로자를 징계할 수 없다.

사용자가 금산공장 소속 근로자가 아닌 근로자들의 집회 참석을 금지하고, 더 나아가 그 참석을 이유로 대전공장 소속인 E 등을 징계한 것은 노동조합법 제81조 제4호가 금지하는 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다.

원고인 한국타이어 주식회사(이하 '회사'라 한다)는 대전공장, 금산공장 및 중앙연구소 등을 두고 있다. 이 회사 근로자들로서 대전공장 소속인 E 등은 금속노조 한국타이어 지회(이하 '노동조합'이라 한다)의 조합원으로 2019. 8. 20. 노동조합이 개최한 금산공장 집회에 참여하였고, 회사는 2019. 11. 25. 'E 등이 2019. 8. 20. 금산공장에 불법으로 침입함으로써 취업규칙 및 금산공장 보안관리요령을 위반하였다.'는 이유로 E 등에게 '경고'의 징계처분을 하였다. E 등과 노동조합은 경고처분이 부당징계이자 부당노동행위라고 주장하면서 노동위원회에 구제를 신청하였다. 초심인 충남지방노동위원회는 2020. 6. 3. 구제신청 모두를 기각한 반면 재심인 중앙노동위원회는 2020. 9. 11. 구제신청 중 일부를 인용하는 재심 판정('경고처분이 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다.'는 취지의 판정)을 하였다. 재심 판정에 대해 회사가 행정소송을 제기하였고, 대상판결은 2심 판결이다.

사건의 경과는 다음과 같다. 노동조합은 2019. 8. 15. 회사에 같은 달 20. 개최예정 집회에 대한 협의요청 문건에서 참가 예정인원을 40명의 대전공장 근로자와 10명의 금산공장 근로자의 명단을 첨부하였다. 회사는 2019. 8. 19. 노동조합에게 집회장소를 금산공장 복지동 앞으로 국한하고 휴직자를 제외한 해당 사업장(금산공장을 의미) 인원에 한해 진행할 것을 조건부로 협조하겠다는 취지로 회신하였다. 그러자 노동조합은 다시 2019. 8. 20. 원고에게 당일 개최예정인 집회에 참여하는 추가 인원의 명단(대전공장 근로자 3명, 금산공장 근로자 15명)을 첨부하여 금산공장 출입을 허가하여 줄 것을 요청하였지만, 회사는 2019. 8. 20. 노동조합에게 재차 휴직자를 제외한 해당 사업장(금산공장을 의미) 인원에 한하여 집회를 진행해 달라는 취지로 통보하였다. 회사 측의 요청에도 불구하고, 노동조합은 2019. 8. 20. 13:30부터 15:00까지 금산

공장에서 대전공장 소속인 E 등을 포함하여 약 60명의 조합원들이 참석한 가운데 이 사건 집회를 개최하였다.

이 사건의 핵심 쟁점은 다른 공장에의 출입에 관한 회사 취업규칙을 위반한 노동조합 활동의 정당성 여부이다. 이 사건과 관련된 취업규칙의 여러 규정들을 요약하면, "회사 소속 근로자라 하더라도 금산공장 소속이 아닌 자가 금산공장을 출입하기 위해서는 원고의 승인을 얻어야 하고, 승인을 얻지 않고 출입할 경우에는 징계사유가 될 수 있다."는 것이다.[1] 1심 판결은 회사의 주장을 받아들여 중앙노동위원회의 재심 판정을 취소하였으나,[2] 대상판결은 다음과 같은 이유를 들어 중앙노동위원회의 재심 판정이 정당하다고 판단하였다.

대상판결은 취업규칙은 노동관계법령과 단체협약을 위반할 수 없다는 당연한 전제에서 시작한다. 즉 「근로기준법」 제96조 제1항("취업규칙은 법령이나 해당 사업 또는 사업장에 대하여 적용되는 단체협약과 어긋나서는 아니 된다.")과 「노동조합법」 제33조 제1항("단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙은 무효로 한다.")에 비추어, 어느 취업규칙 조항이 노동조합법 또는 단체협약에 따라 보장되는 정당한 노동조합 활동을 금지하거나 제한하는 내용을 정한 경우에는 그 조항은 무효이고, 사용자는 해당 조항을 근거로 근로자를 징계할 수 없다.

위의 논리를 이 사건에 적용할 경우, 대전공장 소속인 E 등이 취업규칙(금산공장 보안관리요령을 포함한다)에서 정한 금산공장 출입 절차를 위반하였다는 사정만으로 곧바로 부당한 것으로 판단하여서는 안 되고, 노동조합의 집회가 노동조합법과 단체협약에 따른 정당한 노동조합 활동에 해당하는지를 먼저 판단하여야 한다. 대상판결은 아래 사정들을 종합할 때, 위의 8. 20. 집회가 노동조합의 정당한 활동에 해당한다고 인정하였다.

① 노동조합의 활동은 결사의 자유 내지 노동3권에 바탕을 둔 것으로서, 노동조합법은 노동조합의 정당한 활동에는 민형사상 책임을 면제하고(제3조, 제4조) 사용자의 해고나 불이익처분으로부터 보호한다(제81조 제1항 제1호). 노동조합의 활동이 정당하려면, 첫째 주체의 측면에서 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있거나 노동조합의 묵시적인 수권 혹은 승인을

1) 회사의 취업규칙 제22조 제2항은 '사원이 회사에 출입을 할 때는 회사에서 정하는 기준을 준수해야 하며, 경비원이 신분증 제시나 지참물의 검색, 음주 측정 등을 요구할 때에는 이에 응하여야 한다.'고 규정하고 있고, 제87조는 '회사의 허락 없이 사내에서 집회를 개최하거나 이에 참여한 자'(제14호)와 '제22조에 정한 출입 · 근무 수칙을 위반한 자'(제35호)를 징계사유의 하나로 규정하고 있다. 그리고 금산공장의 보안관리요령 제8항은 타사업장 소속 근로자로서 출장, 회의, 미팅 등을 목적으로 금산공장을 방문하는 '업무방문사원'(8.1.1.)은 방문사원 출입대장 양식에 맞게 기재한 후 경비실에 출입을 신청하고, 경비실에서는 신청인이 출입대장에 기재한 방문팀 및 담당자에게 연락 · 확인 후 출입을 허용하며(8.2.), 출입이 승인되지 않은 타사업장 사원 또는 비근무자가 출입수칙을 위반하고 공장 내에 출입하여 시설물 점거, 폭력행위 등 질서위반 행위 발생 시 보안관리자는 경고 및 인사위원회 회부 등의 적절한 조치를 취한다고 규정하고 있다(13.3.).

2) 1심 판결(서울행정법원 제14부 2021. 12. 23. 선고, 2020구합81984 판결)은 회사의 주장을 받아들여 중앙노동위원회의 재심 판정을 취소하였다.

받았다고 볼 수 있어야 하고, 둘째 목적의 측면에서 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적 지위의 향상을 도모하기 위하여 필요하고 근로자들의 단결 강화에 도움이 되는 행위이어야 하며, 셋째 시기의 측면에서 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행이나 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 원칙적으로 근무시간 외에 행하여져야 하고, 넷째 수단·방법의 측면에서 사업장 내 조합활동에서는 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 하며 폭력과 파괴행위 등의 방법에 의하지 않는 것이어야 한다. 이 중에서 시기·수단·방법 등에 관한 요건은 조합활동과 사용자의 노무지휘권·시설관리권 등이 충돌할 경우에 그 정당성을 어떠한 기준으로 정할 것인지 하는 문제이므로, 위 요건을 갖추었는지 여부를 판단할 때에는 조합활동의 필요성과 긴급성, 조합활동으로 행해진 개별 행위의 경위와 구체적 태양, 사용자의 노무지휘권·시설관리권 등의 침해 여부와 정도, 그 밖에 근로관계의 여러 사정을 종합하여 충돌되는 가치를 객관적으로 비교·형량하여 실질적인 관점에서 판단하여야 한다(대법원 2020. 7. 29. 선고 2017도2478 판결[3] 참조).

② 단체협약 제63조는 사업장 시설 내의 조합활동은 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 하고(제2항), 조합 홍보활동에서는 홍보활동의 내용, 장소, 시간, 유인물의 매수, 참여인원 등을 사전에 회사에 통보하여 미리 충분히 협의해야 하고 협의를 거쳤을 때에는 회사는 이에 관여하지 아니하며(제3항), 홍보활동은 업무에 지장을 줄 정도의 소음을 유발하거나, 집회나 시위 등 사내질서를 훼손하는 형태로 이루어져서는 아니 되고, 유인물, 게시물의 내용이 회사나 타인의 명예를 훼손하는 것이어서는 아니 된다(제4항)고 규정하고 있다. 그런데 ㉠ 단체협약에는 특정 사업장 내에서 행하는 노동조합 활동에 관하여 그 사업장 소속 근로자만이 참여할 수 있다는 명시적인 내용이 없고, ㉡ 노동조합은 자신이 개최하려는 행사나 활동에 참여하는 근로자의 범위를 자유롭게 정할 수 있고, 사용자가 그 참여 자격을 결정하는 것은 노동조합 내부 사항에 관여하는 것으로서 원칙적으로 지배·개입에 해당하며, ㉢ 회사 근로자라면 소속 공장을 불문하고 회사의 노무지휘권이 미치므로 참여 근로자가 노동조합 활동의 장소가 된 금산공장 소속이 아니더라도 그의 위법 또는 사규 위반 행위에 대해서 회사는 징계처분 등으로 적절히 대처할 수 있고 신원 확인도 용이하고, ㉣ 이 사건 집회는 옥외에서 개최되는 것이어서 다른 공장 소속 근로자들이 참여한다고 하여 회사의 영업비밀이 누출될 위험이 발생한다고 볼 수 없는 점 등을 고려하면, 이 사건 집회에 금산공장 소속이 아닌 근로자들의 참석을 금지하는 것은 위 ①의 법리 및 단체협약 제63조 제2항에서 말하는 '시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약'에 해당한다고 볼 수 없다.

③ 노동조합은 회사에 두 차례에 걸쳐 이 사건 집회의 일시, 장소, 참여자 등을 통보하며 집회

3) 이 판결의 의의에 관해서는 김홍영(2020), 「산별노조 간부의 사업장 출입 권한: 대법원 2020. 7. 29. 선고 2017도2478 판결」, 『노동리뷰』 11월호(통권 제188호), 한국노동연구원 참고 바람.

의 세부적인 사항을 조율하고자 하였으나, 회사가 금산공장 소속이 아닌 근로자들의 참석을 허용할 수 없다는 입장을 견지하여 더 이상 협의가 진행되지 않았다. 회사가 정당하지 아니한 사유를 내세움으로 인하여 협의가 중단된 것이므로 참가인 노동조합은 이 사건 단체협약 제63조 제3항에 따른 충분한 협의를 위한 노력을 다하였다고 보아야 한다.

④ E 등이 집회 참여를 위해 금산공장에 출입하면서 취업규칙 제87조 제35호 및 보안관리요령 제8항에 따른 출입절차를 밟지 않은 사실은 인정되나, E 등이 그러한 절차를 밟았더라도 회사가 이들의 출입을 허용하지 않았을 것이 분명하고 만일 회사가 E 등의 출입을 허가하였다면 E 등은 자연스럽게 정상적인 출입절차를 거쳤을 것으로 보인다. 그러한 이상 E 등이 위 절차를 거치지 않고 금산공장에 출입하였다고 하더라도 이것이 정당한 징계사유가 된다고 볼 수 없다(E가 참가인 노동조합이 사전에 통보한 이 사건 집회의 참석자 명단에 포함되어 있지 않았더라도 마찬가지이다).

⑤ 단체협약 제63조 제4항은 '홍보활동은 집회나 시위 등 사내질서를 훼손하는 형태로 이루어져서는 안 된다'고 규정하고 있는데, 아래와 같은 이유에서 위 조항은 '모든 집회나 시위'가 아니라 '사내질서를 훼손하는 집회나 시위'만을 금지하는 취지라고 해석된다. 따라서 집회 형태의 홍보활동이라는 이유만으로 이 사건 집회가 정당성을 상실한다고 볼 수 없다. ㉠ 노동조합의 홍보활동은 노동조합원들이 복수로 행하는 것이 통상적일 뿐 아니라 이러한 복수 활동성은 원칙적으로 보장되어야 하는 것이다. 따라서 위 규정의 취지는 본질상 복수의 참여자를 전제로 하는 의사표현 방식인 집회나 시위를 전면적으로 금지하는 것으로 해석될 수는 없고, 사내질서를 객관적이고도 구체적으로 훼손하는 경우에 비로소 그 집회나 시위가 금지되는 취지로 새김이 타당하다. ㉡ 회사는 2019. 8. 19. 노동조합에 보낸 공문에서 '이 사건 집회가 절대로 사내질서를 훼손하는 형태로 이루어져서는 안 되고, 과도한 소음을 유발하지 않도록 당부 드리며 장소는 금산공장 복지동 앞으로 국한하여 휴직자를 제외한 해당 사업장 인원에 한하여 진행할 것을 조건부로 협조토록 하겠습니다.'라고 회신하였는데, 이는 회사 또한 일정한 범위 내의 집회·시위는 허용되는 것으로 이해하고 있었음을 보여준다.

⑥ 이 사건 집회는 총 60명이 참가한 가운데 진행되었는데, 집회는 비교적 평온한 분위기에서 질서정연하게 이루어져 회사의 업무를 방해하거나 사내질서를 훼손하는 방식으로 이루어졌다고 볼 수 없다. 회사가 일부 근로자들을 '건조물침입' 혐의로 고소한 관련 형사사건에서도 담당 검사는 위와 같은 취지에서 불기소처분을 하였고, 관련 가처분사건 항고심 법원 역시 단순히 참여인원 수가 많다는 이유만으로 시설관리권이 침해된다고 볼 수 없다고 보아 회사의 집회 참가인원 제한 가처분신청 부분을 기각하면서, 이 사건 집회를 수십 명 규모에도 불구하고 시설관리권이 침해되지 않은 사례로 든 바 있다.

대상판결은 이상과 같은 논리에 바탕하여 이 사건 징계가 노동조합법 제81조 제1항 제4호가

금지하는 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 하면서, 특히 다음과 같은 점들을 추가로 지적했다.

① 경고처분을 받은 12명 중 10명은 노동조합의 부지회장, 감사, 부장, 차장, 대의원인바, 회사는 참가인 노동조합에 적극적으로 참여해 온 근로자들에 대하여 노동조합 활동을 이유로 정당하지 않은 사유를 내세워 징계처분을 한 것이다.

② 회사가 금산공장 소속이 아닌 조합원들의 집회 참여를 막은 것은 노동조합과 조합원들이 자유롭게 결정해야 할 노동조합 행사 및 활동의 참여 범위를 사용자가 제한한 것으로서 노동조합 내부 활동에 관여한 행위에 해당한다. 회사는 조합활동의 참여 자격을 제한하는 데에 그치지 않고 그 제한 위반을 이유로 징계까지 하였는바, 이로 인하여 노동조합의 활동이 위축될 위험이 발생하였다.

③ 회사는 이 사건 노동조합에게만 노동조합 사무소를 제공하지 않음으로써 공정대표의무를 위반한 사실이 있는 등 이 사건 노동조합에 대하여 차별적 또는 적대적인 태도를 보여 왔다.

대상판결은 취업규칙은 단체협약과 노동관계법령을 위반할 수 없다는 점에서 출발한다. 이 당연한 법리를 조합활동의 장소와 방법에 관한 구체적 분쟁에서 체계적이고 적절하게 적용하였다는 점에서 특히 의의가 있다. 대상판결의 법리는 다음처럼 요약할 수 있겠다. 조합활동의 수단과 방법에 관한 취업규칙이 있고 그 취업규칙에 위반한 조합활동이 있다고 해서 곧바로 조합활동의 정당성을 부정하여서는 안 되며, 거기에 앞서 그 취업규칙 규정이 노동조합법 등 노동관계법령과 그 사업장에 적용되는 단체협약에 부합하는지 그리고 해당 노동조합 활동이 노동조합법과 단체협약에 정합하는지를 살펴서 판단하여야 한다. KLI

강성태(한양대학교 법학전문대학원 교수)

노동위원회 구제신청 과정에서 지출한 변호사 비용 상환의무의 인정 여부

– 인천지방법원 2022. 10. 13. 선고 2021나70304 판결 –

【판결 요지】

근로자가 사용자의 부당노동행위로 인하여 해고를 당한 경우, 민사소송으로 해고의 무효 확인 및 임금의 지급 등을 청구할 수 있으나, 부당노동행위에 대한 신속한 권리구제를 위하여 마련된 구 근로기준법 제33조와 노동조합 및 노동관계조정법 제82조 내지 제86조의 행정상 구제절차를 이용하여 노동위원회에 구제신청을 한 후 노동위원회의 구제명령 또는 기각결정에 대하여 행정소송에서 다투는 방법으로 임금청구권 등 부당노동행위로 침해된 권리의 회복을 구할 수도 있다. 그리고 근로자가 노동위원회 등에 부당해고 구제신청을 하지 아니하고 민사소송 등을 제기하여 승소하였을 경우 사용자로부터 일정한 범위 내에서 소송비용을 상환받을 수 있는 점 등을 고려하면, 사용자는 근로자가 사용자의 부당해고 등에 대응하기 위하여 노동위원회에 구제신청 등을 하는 과정에서 지출한 변호사 선임비용에 대하여도 상당하다고 인정되는 범위 내에서 근로자에게 상환의무를 부담한다고 봄이 상당하다.

의과대학 부속병원 등 학교 경영을 목적으로 설립된 피고 학교법인은 2003. 3. 1.부터 원고와 1년 단위로 임용계약을 체결하였고, 원고는 위 병원 건강증진센터에서 내시경 검사를 담당하는 진료교수로 근무하였다.

피고는 2018. 1. 22. 원고에게 2018. 2. 28.자로 2017년 임용계약이 종료된다는 통보(이하 '제1차 갱신거절')를 하였고, 원고는 제1차 갱신거절에 대한 부당해고 구제신청을 하여 부당해고에 해당한다는 판정을 받았다. 피고는 이에 대하여 중앙노동위원회에 재심 신청을 하였다가 2018. 9. 21. 취하하였다.

원고와 피고는 2018. 10. 1. 계약일을 2018. 3. 1.로 소급한 2018년 임용계약을 체결하였고, 피고는 인사위원회 의결을 거쳐 2018. 12. 10. 정직 2개월의 징계처분을 하였다.

그 후 피고는 2019. 1. 25. 임용계약이 기간의 만료로 2019. 2. 28. 종료된다는 통지(이하 '제2차 갱신거절')를 하였다. 이에 원고는 지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하여 제2차 갱신거절이 부당해고에 해당한다는 판정을 받았고, 피고가 중앙노동위원회에 재심 신청을 하였으나 중앙노동위원회는 2019. 7. 8. 피고의 재심신청을 기각하였다. 피고는 서울행정법원에 재심판정 취소의 소를 제기하였다가 청구기각 판결을 받았고, 이에 항소하였으나 서울고등법원의 항소기각 판결을 받았으며, 위 판결은 그대로 확정되었다.

피고는 2021. 2. 1. 원고를 피고 병원 건강증진센터에 복직시켜 소화기내과 전문의 자격면허 진료교수 업무를 맡도록 하였다.

원고는 제1차 및 제2차 갱신거절 후 각 복직 전 기간 동안의 성과급과, 두 차례 부당해고로 인해 지출한 변호사 선임료 2,420만 원 중 1,760만 원 및 피고가 부당하게 공제한 중간수입 공제금액에 대한 청구를 하였다.

대상판결의 제1심(인천지방법원 2021. 8. 11. 선고 2021가단212374 판결)은 피고는 원고에게 성과급 7,107만 5,333원과 변호사비용 중 1,694만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 하였으나 피고의 중간수입 공제는 정당하므로 이 부분 원고의 청구는 기각하였다. 이에 피고가 항소하였으나, 대상판결은 피고의 항소를 기각하였다.

민사소송과 민사소송법을 준용하는 행정소송에서는 소송비용 분담 규정에 따라 승소한 당사자는 상대방에게 소송비용을 청구할 수 있고, 「민사소송법」(이하, 민사소송법) 제109조 제1항은 「변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙」 제3조 및 별표의 범위 내에서 변호사 보수를 소송비용으로 인정하도록 규정하고 있다. 그러나 노동위원회의 부당해고 구제사건 등의 경우 소송비용 부담에 관하여 규정을 두고 있지 않다.

대상판결과 제1심은 사용자에게 근로자가 노동위원회 절차에서 지출한 변호사 비용을 지급할 의무가 있다고 판단하였는데, 그 근거에 대해서는 차이가 있었다. 제1심은 사용자의 부당한 해고 등으로 근로자가 권익을 지키기 위해 노동위원회 등에 구제신청을 하면서 법률전문가의 도움을 받으면서 비용을 지출한 경우, 사용자는 근로계약에 따른 행위의무 중 부당하게 근로자의 재산에 손해가 발생하지 않도록 보호할 의무를 위반한 것이므로. 근로자에게 상당하다고 인정되는 범위 내에서 손해를 배상할 의무가 있고, 이 경우에도 과실상계의 법리가 적용되므로 피고의 손해배상책임 비율을 70%로 제한하여 1,694만 원의 배상책임을 인정하였다.

이에 대하여 대상판결은 근로자가 사용자의 부당노동행위로 인하여 해고를 당한 경우, 민사소송으로 해고의 무효 확인 및 임금의 지급 등을 청구할 수 있으나 행정상 구제절차를 이용하여 노동위원회에 구제신청을 한 후 노동위원회의 구제명령 또는 기각결정에 대하여 행정소송에서 다투는 방법으로 임금청구권 등 부당노동행위로 침해된 권리의 회복을 구할 수도 있고, 근로자가 노동위원회 등에 부당해고 구제신청을 하지 아니하고 민사소송 등을 제기하여 승소하였을 경우 사용자로부터 일정한 범위 내에서 소송비용을 상환받을 수 있는 점 등을 고려하면, 사용자는 근로자가 사용자의 부당해고 등에 대응하기 위하여 노동위원회에 구제신청 등을 하는 과정에서 지출한 변호사 선임비용에 대하여도 상당하다고 인정되는 범위 내에서 근로자에게 상환의무를 부담한다고 봄이 상당하다고 하였다. 그러면서 소가 5,000만 원을 기준으로 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙을 적용하여 피고는 원고에게 건당 440만 원의 변호사 보수를 상환하여야 한다고 판단하였다(다만 피고만 항소를 하였기 때문에 피고가 상환할 금액

의 변경 없이 항소 기각 판결을 선고하였다).

근로자가 부당해고 등을 이유로 노동위원회의 구체절차를 신청하는 경우, 추후 사용자로부터 변호사나 노무사 보수를 상환받을 수 있다면 비용의 부담으로 인해 전문가의 조력을 받기 어려운 문제를 상당 부분 해소할 수 있을 것으로 기대된다. 이 점에서 사용자에게 근로자가 지출한 변호사 보수의 상환의무를 인정한 대상판결의 의미는 적지 않은 것으로 보인다.

그런데 대상판결에서 변호사보수의 상환의무를 인정한 근거에 대해서는 의문이 든다. 대상판결이 바로 소송을 제기한 경우 소송비용을 상환받을 수 있다는 점을 언급하면서 변호사보수의 소송비용 산입에 관한 규칙의 기준을 적용하고, '상환'의무를 인정한 점 등을 고려하면, 명시적으로 언급하고 있지는 않지만 노동위원회 절차에서 민사소송법을 준용하여 소송비용 상환의무를 인정한 것으로 보인다.

그런데 명시적인 규정이 존재하지 않음에도 민사소송법 규정에 준하여 변호사 보수의 상환의무를 인정할 수 있는지에 대해서는 의문이 든다. 또한 민사소송법 규정에 준하여 변호사 보수의 상환 의무가 인정된다면, 공평의 원칙상 근로자의 부당해고 구제신청이나 재심신청 등이 기각된 경우 사용자가 지출한 변호사 보수를 근로자가 상환해야 한다는 결론이 도출될 수 있는데, 이는 오히려 근로자가 노동위원회를 통한 구제절차를 통해 권익을 보장받는 것을 억제하는 결과를 야기할 수 있다.

위와 같은 점을 고려하면, 대상판결의 원심에서와 같이 변호사 보수 상환의 근거를 사용자의 보호의무 위반에 따른 손해배상에서 구하는 것이 좀 더 적절한 것이 아닌가 하는 생각이 든다. 이와 관련하여 대법원은 채무자의 고의 또는 과실에 의하여 자신의 권리를 침해받은 채권자가 부득이하게 외국에서 소를 제기하고 그와 관련하여 변호사 비용을 지출할 수밖에 없었던 경우, 상당한 범위 내의 변호사 보수가 상당인과관계 있는 손해로 보아야 한다는 판시를 한 사례가 있다.[1)]

변호사 보수의 상환을 손해배상의 문제로 접근하면 구체적인 사안을 고려하여 사용자의 부당해고 등이 근로자에 대한 보호의무 위반에 해당하는 경우 상당한 금액의 변호사 보수 지급의무를 인정하면서, 근로자의 주장이 인정되지 않는 경우에는 특별한 사정이 없는 이상 사용자의 변호사 보수의 상환을 부정할 수 있다.[2)]

대상판결에 따라 노동위원회 단계에서 지출한 변호사 보수의 상환 청구가 활발해질 것으로

1) 대법원 2012. 1. 27. 선고 2010다81315 판결.
2) 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010다15363, 15370 판결은 부당제소는 소의 제기가 재판제도의 취지와 목적에 비추어 현저하게 상당성을 잃었다고 인정되는 경우에 한하여 불법행위가 될 수 있다고 판시하였는데, 부당해고 등에 대한 구제신청에 대해서도 신청이 노동위원회 제도의 취지와 목적에 비추어 현저하게 상당성을 잃었다고 인정되는 경우가 아니라면 불법행위가 성립하지 않아 사용자의 근로자에 대한 변호사 보수 청구를 인정하지 않을 수 있을 것이다.

보이는데, 이로 인한 혼란을 방지하고 근로자가 노동위원회의 구제절차에 적극적으로 참여할 수 있도록 보장하기 위해서는 법률에 변호사 보수의 상환 여부 및 근거를 명확히 규정할 필요가 있을 것이다.[3)]

조재호(법무법인(유한) 민 변호사)

3) 이와 관련하여 사용자의 부당노동행위 등이 인정될 경우 사용자가 근로자에게 변호사 보수 등을 지급하도록 하는 내용의 노동조합 및 노동관계조정법 일부개정안(양경숙 의원 대표발의, 의안번호 제2119483)이 발의되었다.

대학 시간강사의 강의시간과 소정근로시간

– 서울고등법원 2023. 1. 27. 선고 2022나2011720 판결 –

【판결 요지】

연차휴가수당 및 주휴수당 지급 대상인지 여부를 결정하는 기준인 '소정근로시간'은 원고들과 피고 사이에 체결된 시간강사 위촉계약에서 정한 근로시간만이 해당된다고 봄이 타당하다.

원고들은 위 기간 동안 평균 주 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자에 해당하므로, 원고들에게는 근로기준법 제55조와 제60조가 적용되지 않는다.

대학 시간강사의 '근로시간'은 몇 시간일까? '강의시간 + α'임은 분명한데, '+ α'가 얼마인지는 불분명하다. 시간강사는 강의뿐만 아니라 필수적 행정업무(강의계획서, 시험 출제·채점, 성적입력 등)와 강의준비를 위해 자신의 근로를 제공한다. 따라서 시간강사의 근로시간은, 강의시간에 α시간(행정업무·강의준비 시간)을 더해서 산정한다. 그러나 시간강사의 근로계약서에는 '강의시간'(그리고 시간당 강사료)만 명시적으로 기재되어 있을 뿐 'α시간'에 대해서는 아무런 정함이 없기 때문에, 근로시간 산정 및 소정근로시간이 얼마인지가 문제가 된다.

대상판결의 사실관계는 다음과 같다. 甲을 비롯한 11명의 원고들은 국립대인 부산대학교 또는 부경대학교의 비전업 시간강사로 재직 중이거나 재직했었다. 원고들은 대한민국(피고)을 상대로 강사료 차별에 따른 강사료 차액과 주휴수당·연차휴가수당을 청구하는 소를 제기하였다(강사료 차액 부분은 논외로 한다[1]).

「근로기준법」(이하 '근기법') 제18조제3항에 따르면 "1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자"(이하 '초단시간 근로자')에게는 주휴수당·연차휴가 규정이 적용되지 않으므로, 시간강사의 1주 소정근로시간이 15시간 이상인지가 쟁점이 되었다.

대상판결 이전에도 이러한 쟁점에 대한 판결이 있었다. 2012년 의정부지방법원 판결은, 소정근로시간은 "1주당 강의시간의 3배(= 1주당 강의 자체에 소요되는 시간 + 그 2배의 강의준비시간)"라고 판단하였다.[2] 즉, '근로시간 = 강의시간 × 3배'라는 것이다. 또한 2020년 서울중앙지방법원 판결은, 구체적인 소정근로시간수는 판단하지 않은 채, 강의준비를 위한 연구·자료수집과 수강생 평가 등과 관련한 행정업무 처리에 소요되는 시간 등을 감안하여 1주 소정근로시

1) 전업 강사에 비해 강사료 차별을 받았다며 강사료 차액을 청구한 부분에 대해서는, 2019년 안동대 판결(대법원 2019. 3. 14. 선고 2015두46321 판결)의 법리에 따라 강사료 차별이 인정되었다.
2) 의정부지방법원 2012. 10. 5. 선고 2012가단8840 판결.

간 15시간 미만인 근로자에 해당하지 않는다고 판단했다.[3] '1주 15시간 미만'이라는 피고의 주장을 배척한 것이다.

대상판결의 제1심판결(이하 '1심판결')[4]은 앞의 두 판결의 연장선에 있다. 1심판결은, 근기법 규정의 적용을 예외적으로 배제하는 초단시간 근로자인지 여부는 피고에게 증명책임이 있다며, 근로시간에는 강의시간 외에 행정업무 · 강의준비 시간이 포함되므로 "임용계약에는 강의시간 외에 일정한 수준의 근로시간을 소정근로시간에 포함시키기로 하는 묵시적 합의가 포함"되어 있고, 원고들이 주당 강의시간이 5시간 이상인 기간에 대해서만 주휴수당 · 연차휴가수당을 청구한 점 등을 보았을 때, 원고들을 초단시간 근로자로 볼 수 없다고 판단했다. 1심판결은 구체적인 소정근로시간수를 판단하지는 않았지만, 소정근로시간의 "묵시적 합의"를 인정한 점은 눈여겨볼 만하다.

1심판결을 뒤집은 대상판결의 판단은 언뜻 참신해 보인다. 앞의 두 판결과 1심판결과는 전혀 다른 관점에 서 있다. 대상판결은 원고들이 초단시간 근로자에 해당한다며 주휴수당 · 연차휴가수당 청구를 기각했다. 이런 결론을 위해 대상판결은 주위적 판단과 예비적 판단을 했다.

첫째, 대상판결은 주위적으로 '강의시간 = 소정근로시간'이라고 보았다. 예컨대, '강의시수가 9시간인 시간강사 甲'의 1주 소정근로시간은 9시간이 된다. 대상판결은 실제 근로시간과 소정근로시간의 개념이 다르다며(이것은 맞다), 근로계약서에 기재된 '주당 강의시수'만을 소정근로시간으로 파악했다(이것이 문제이다).

둘째, 대상판결은, 예비적 판단으로, 설령 원고들의 주장처럼 강의시간과 α시간(행정업무 · 강의준비 시간)을 소정근로시간에 포함시켜야 한다고 하더라도, 甲의 α시간이 주당 6시간 이상을 초과하지 않는다며 甲은 초단시간 근로자라고 판단하였다.

대상판결의 주위적 판단(강의시간 = 소정근로시간)은 명쾌하기 때문에 설득력이 있어 보인다. 그러나 이런 판단은 시간강사 노동의 기본적 특성을 완전히 간과한 데서 기인한 것으로 전혀 타당하지 않다. 시간강사 강의시수당 임금(예컨대, 강의 1시간에 8만 원)에서 오는 착시현상인지, 시간강사를 자연스레 시간급제 근로자로 인식할 수 있다. 하지만 시간강사는 도급제 근로자(도급제 임금을 받는 근로자로서 근기법 제47조의 "도급 근로자")이다.[5] 예컨대, 1주 9시간 강의에 대한 주당 임금인 72만 원(9시간×8만 원)에는 강의 노동뿐만 아니라 행정업무 · 강의준비 노동에 대한 대가가 모두 포함되어 있다. 甲은 1주 9시간 '근로'의 대가로 72만 원을 받는 것이 아니라, 1주 9시간 '강의'를 제대로 수행한 것에 대한 대가로 72만 원을 받는 것이다.

3) 서울중앙지방법원 2020. 7. 14. 선고 2019가단5230151 판결.
4) 서울중앙지방법원 2022. 2. 11. 선고 2020가합593188 판결.
5) 도급근로자에 대해서는 방강수(2022),「비전형 근로자의 소정근로와 근로조건 – 소정근로일 없는 도급근로자의 연차휴가권을 중심으로」,『법학논총』, 39(2)(박수근 교수 정년기념호), 한양대학교 법학연구소, pp.114~118 참조.

시간강사는 도급근로자이기 때문에 근로계약서에 소정근로시간을 정하지 않는다. 노사 모두 소정근로시간을 정할 필요를 느끼지 않기 때문이다. 근로계약서에는 몇 시간의 강의를 맡길지와 그 대가(강사료)만 정하면 충분하다. 게다가 시간강사 노동은 '재량 업무'이기 때문에 대학이 강사의 근로시간을 직접 통제할 필요가 없다. 대학은 강사가 매주 9시간의 강의와 부수업무를 제대로 수행했는지만 평가하면 된다.

2007년 대법원이 시간강사의 근기법상 근로자성을 인정[6]하기 전까지, 시간강사도 특수고용노동자 중에 하나였다는 점을 상기하자. 근로자성이 인정되었어도 임금형태(도급제 임금)는 변함이 없다. 대상판결은 시간강사가 도급근로자라는 것을 인식하지 못하였기에, 근로계약에 '소정근로시간의 정함이 없을 수밖에 없다'는 점을 이해하지 못했다.

시간강사나 특수고용노동자 등과 같은 도급근로자에게는 '몇 시간을 일하고 그 시간의 대가가 얼마인지'보다는 '건당 임금'이 더 중요하기 때문에, 근로계약에 명시적인 소정근로시간이 없는 경우는 비일비재하다. 그렇다면 이들의 소정근로시간은 어떻게 되는가? 묵시적 합의에 의한 소정근로시간을 산정하면 된다.

소정근로시간의 묵시적 약정은 낯선 개념은 아니다. 시간급제 근로자의 경우도 인정될 수 있다. 예컨대, 새벽인력시장에서 하루 일감을 구해 일하려는 건설 근로자의 경우, 근로계약에 명시적으로 소정근로시간이 정해져 있지 않더라도, 업계 관행에 의해 소정근로시간의 묵시적 약정은 성립된다(계절마다 근로시간수가 다를 수는 있다). 따라서 도급근로자의 경우도 소정근로시간의 묵시적 약정은 충분히 성립할 수 있다.

소정(所定)의 사전적 의미는 "정해진 바"이다.[7] 계약에서 뭔가를 정했다면, 그것은 '의무'가 된다. 따라서 소정근로시간이란 의무근로시간이라 할 수 있다. 즉, 사전에 정해진 근로의무가 있는 시간이다.[8] 이런 점에서 소정근로시간은 (실)근로시간[9]과는 구별되는 개념인 것은 맞다.

시간강사의 경우 도급제 임금이란 특성 때문에 근로계약에 명시적으로 소정근로시간을 정하지 않지만, 시간강사가 의무적으로 해야 할 일은 분명히 정해져 있다. 1주 9시간의 강의, 필수적 행정업무, 강의 질을 위한 강의준비 등은 사전에 정해진 시간강사의 의무이고, 이러한 노동을 수행하기 위하여 필요한 시간도 소정근로시간(의무근로시간)에 포함된다. α시간이 몇 시간인지의 정함이 없고, α시간이 정확히 몇 시간인지는 불분명하나, 대학과 강사는 강의시간 외에 α시간의 근로제공도 있다는 것을 사전에 합의한 후 1주 72만 원의 임금을 지급하기로 한 것이다.

결국 시간강사가 의무적으로 수행하기로 정한 근로의 시간(즉, 소정근로시간)에는 강의시간

6) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018,13025 판결.
7) 국립국어원 표준국어대사전.
8) 방강수(2022), 「비전형 근로자의 소정근로와 근로조건 – 소정근로일 없는 도급근로자의 연차휴가권을 중심으로」, 『법학논총』, 39(2)(박수근 교수 정년기념호), 한양대학교 법학연구소, p.118.
9) 일반적으로 근로시간이란 실제 근로시간을 의미한다.

뿐만 아니라 α시간(행정업무 · 강의준비 시간)도 모두 포함된다. 문제는 근로계약에 α시간의 정함이 없다는 것이므로, 법원이 α시간이 몇 시간인지를 밝혀내야 한다. 노사 간에 근로시간(실근로시간이든 소정근로시간이든)에 관한 다툼이 있는 경우 그것을 밝혀내는 것은 법원의 역할이다. 이미 실근로시간에 관한 분쟁(주로 대기시간이 근로시간에 해당하는지 여부)에서 법원이 근로시간수를 판단한 판결례는 무수히 많다.

그렇다면 법원은 어떻게 α시간을 밝혀내야 하는가? 그 힌트는 근기법 제58조제1항단서에 있다. 사업장 밖 근로 때문에 근로시간 산정이 어려운 근로자는 일정한 경우에 "업무의 수행에 통상 필요한 시간"을 근로시간으로 간주한다. 이 규정을 참조하여 시간강사의 행정업무 · 강의준비 "업무의 수행에 통상 필요한 시간"은 평균인의 관점에서 판단한다. 대상판결은, 예비적 판단에서, 원고 전○○은 특정 강좌를 15년 동안 총 34차례의 강의를 했다는 점을 근거로, 상당한 정도로 숙련되었기 때문에 α시간이 6시간을 초과하지 않았다고 판단했는데, 이는 타당하지 않다. 각 강사들의 경험과 숙련도의 차이를 배제하고, 평균인의 관점에서 α시간을 판단해야 한다.

원래 도급근로자는 근로시간 산정이 어렵기 때문에, 법원은 α시간을 정확히 밝혀내야 한다는 강박에 빠질 필요는 없다. 도급근로자인 정수기 기사의 근로시간 판단이 좋은 예이다. 시간당 통상임금[10]을 위한 총 근로시간수가 문제된 사안에서, 앨트웰 정수기 기사 판결은 "피고에 의해 권장되고 또 원고들이 실제 근무한 시간에 가장 근접해 보이는 1일 8시간을 근로한 것으로 본다"라고 판단했다.[11] 도급근로자의 특성상 "실제 근무한 시간에 가장 근접해 보이는" 시간으로 판단할 수밖에 없다.[12]

법적 안정성을 위해 시간강사의 소정근로시간은 '강의시간의 몇 배'라는 식으로 법령이나 지침을 통해 명확히 정해주는 것이 바람직하다. 연구용역 등을 통해 평균인의 관점에서 α시간이 얼마나 소요되는지를 정리할 필요가 있다. 이 작업은 적잖은 시간이 소요될 테니 그 전까지는 어쩔 수 없이 법원이 판단해야 한다. 강의시간의 2배이든 2.5배이든, 뭐든 판단해야 한다. 대상판결의 상고심에서 대법원이 이러한 기준을 제시하길 기대해 본다.

이미 대법원은 다른 사례에서 이러한 법원의 역할을 제시했다. 도급근로자의 최저임금 위반 여부 사안에서, 2007년 홍익회 매점운영자 판결[13]은, 근로시간 파악이 어려운 도급근로자(매점

10) 도급근로자의 시간당 통상임금은 근기법 시행령 제6조제2항제6호에 따라 "도급 금액으로 정한 임금은 그 임금 산정 기간에서 도급제에 따라 계산된 임금의 총액을 해당 임금 산정 기간(임금 마감일이 있는 경우에는 임금 마감 기간을 말한다)의 총 근로시간 수로 나눈 금액"으로 산정한다.

11) 울산지방법원 2020. 2. 19. 선고 2018가합24567 판결. 이 판결에 대한 평석은 방강수(2020), 「도급제 임금에서 시간급 통상임금 계산방법」, 『노동리뷰』 7월호, 한국노동연구원 참조.

12) 정수기 업계 1위인 '코웨이' 정수기 기사의 근로시간 산정에 대해서는 방강수(2021), 「도급근로자의 근로시간은 '양날의 검(劍)'이다」, 『노동법학』 12월호, 한국노동법학회; 방강수(2022), 「코웨이 판결로 본 '양날의 검'」, 『노동법률』 4월호, 중앙경제 참조.

13) 대법원 2007. 6. 29. 선고 2004다48836 판결.

운영자)의 경우, 노동부장관이 최저임금법 시행령 제4조(도급제 등의 경우 최저임금액 결정의 특례)의 최저임금을 결정·고시한 바 없어 매점운영자에게 적용될 최저임금이 없으므로, 법원이 제반 사정을 참작하여 매점운영자에게 적용될 적정한 월 최저임금액을 정할 수밖에 없다고 판시하였다.

하나 덧붙이면, 초단시간 근로자 판단의 본질은 '1주 15시간 여부'이며, 소정근로시간은 그 15시간 여부를 판단하는 '도구'이다. 소정근로시간은 근로제공의무의 기준[14]과 가산임금 산정의 기준 등의 중요한 기능을 하나, 초단시간 근로자를 판단할 때에는 도구일 뿐이다.[15] 소정근로시간에 대한 대상판결의 엄격한 인식은 그래서 좀 과하다. KLI

방강수(공인노무사, 법학박사)

14) 근로자는 소정근로시간을 초과하는 근로를 거부할 수 있고, 사용자는 소정근로시간을 초과하는 일감을 제공할 의무가 없다.
15) 자세한 내용은 방강수(2023), 「비전형 근로자의 소정근로와 근로조건 (2) – 플랫폼노동 : 초단기 소정근로의 근로계약」, 『노동법연구』 제54호, 서울대학교 노동법연구회 참조.

타워크레인 조종사에게 지급된 월례비에 대한 법적 평가

– 광주고등법원 2023. 2. 16. 선고 2021나22465 판결 –

【판결 요지】

원고와 피고들 사이에 이 사건 각 공사현장에 관하여 원고가 피고들에게 월례비 상당의 돈을 증여하기로 하는 내용의 묵시적인 계약이 성립하였고, 피고들은 이에 따라 원고로부터 월례비를 지급받은 것이라고 봄이 타당하다. … 원고는 자신에게 월례비를 지급할 의무가 없음을 알면서도 철근콘크리트 업체가 타워크레인 기사들에게 월례비를 지급하는 관행에 따라 피고들에게 이 사건 각 현장에 관한 월례비를 지급한 것으로 보인다. 따라서 원고가 자유로운 의사에 반하여 부득이하게 피고들에게 월례비를 지급하게 된 것이라고 보기 어려우므로, 원고는 민법 제742조에 따라 피고들에게 월례비의 반환을 구할 수 없다.

대상판결에서 원고는 철근콘크리트 공사업 등을 목적으로 설립된 회사이고 피고들은 타워크레인 회사에 소속된 타워크레인 조종사들이다. 원고는 도급인으로부터 여러 공사현장의 골조공사, 철근공사 등을 하도급받았다. 도급인은 각 공사현장과 관련하여 각 타워크레인 회사들과 타워크레인에 관한 임대차계약을 체결하였고 타워크레인 회사들은 피고들을 각 공사현장으로 보내 타워크레인을 이용하여 건설장비 및 골재를 운반하는 일을 하게 하였다. 이 과정에서 피고들은 원고에게 타워크레인 업계의 관행이라는 이유로 시간외 근무수당(OT비) 및 월례비 명목으로 월 약 3,000,000원 상당의 돈을 요구하였고, 원고는 피고들의 요구에 따라 월례비 명목으로 피고들 본인, 가족, 지인 명의의 계좌로 돈을 지급한 바 있다.

원고는 도급인과의 사이에 하도급계약들을 체결하였을 뿐 피고들과 사이에는 어떤 계약도 체결한 사실이 없으므로 피고들에게 월례비를 지급할 의무가 없는데, 피고들의 월례비 지급 요구에 대해 피고들의 작업거부나 태업으로 인하여 공사가 지연되는 것을 막기 위해서 어쩔 수 없이 월례비를 지급한 것이므로 피고들은 법률상 원인 없이 월례비 상당의 이익을 얻었고 원고는 그만큼 손해를 입은 것이므로 피고들은 원고에게 수령한 월례비를 부당이득으로 반환할 의무가 있다고 주장하였다. 또한 원고는 자신이 피고들에게 월례비를 지급한 것이 「민법」 제742조의 비채변제에 해당한다고 하더라도, 원고는 타워크레인 기사들인 피고들의 작업 거부나 태업으로 인한 공사의 지연을 막기 위해 부득이하게 월례비를 지급한 것인바, 피고들에 대한 그 반환청구권을 상실하지 않는다고 주장하였다.

원고의 주장에 대해 피고는 다음과 같이 주장하였다. 첫째, 월례비는, ① 타워크레인 회사가

피고들에게 지급하여야 하는 임금을 원고가 대신 지급한 것이거나, ② 원고가 사실상 사용종속관계 또는 파견 관계에 있는 피고들에게 근로를 지시하고 사용자의 지위에서 임금을 지급한 것으로 볼 수 있거나, ③ 도급 또는 위임사무에 대한 보수에 해당하거나, ④ 용역 또는 위험부담의 대가와 사례금의 성격을 가진 것이므로, 피고들이 법률상 원인 없이 그 가액 상당의 이익을 취한 것이라 볼 수 없다. 둘째, 설령 부당이득이 성립한다고 할지라도, 원고가 지급할 의무가 없음을 알고서도 피고들에게 월례비를 지급한 것이므로 이는 「민법」 제742조에 따른 비채변제에 해당하거나 적어도 「민법」 제744조의 도의관념에 적합한 비채변제이므로 원고는 피고들을 상대로 그 반환을 구할 수 없다. 셋째, 원고가 상관습 등에 따라 피고들에게 월례비를 지급한 점, 피고들은 월례비를 받고 철근 선 조립 등 위험 업무를 수행하였고, 이로 인해 원고는 공사기간 단축 등의 이익을 본 점, 원고가 이 사건 소송 계속 중인 2020년 7월경 자신이 지급한 '성과수당 및 추가 OT 수당 등'에 관해 어떠한 민·형사상의 이의를 제기하지 않겠다는 취지의 확약서를 작성한 점, 월례비는 타워크레인 조종사들의 주요 수입원 중 하나이고, 만일 원고의 월례비 반환 청구를 인정하게 된다면 건설산업의 특수성에 따른 문제의 책임을 모두 타워크레인 조종사들에게 전가시키는 결과가 되는 점 등을 고려하면, 원고가 피고들에게 월례비의 반환을 요구하는 것은 신의칙에 반한다.

대상판결은, 당사자 일방이 자신의 의사에 따라 일정한 급부를 한 다음 그 급부가 법률상 원인 없음을 이유로 반환을 청구하는 이른바 급부부당이득의 경우에는 법률상 원인이 없다는 점에 대한 증명책임은 부당이득반환을 주장하는 사람에게 있고, 이 경우 부당이득의 반환을 구하는 자는 급부행위의 원인이 된 사실의 존재와 함께 그 사유가 무효·취소·해제 등으로 소멸되어 법률상 원인이 없게 되었음을 주장·증명하여야 한다(대법원 2018. 1. 24. 선고 2017다37324 판결 등)는 부당이득반환 법리를 전제로 하여, 원고와 피고들 사이에 이 사건 각 공사현장에 관하여 원고가 피고들에게 월례비 상당의 돈을 증여하기로 하는 내용의 묵시적인 계약이 성립하였고 피고들은 이에 따라 원고로부터 월례비를 지급받은 것이라고 보았고[1] 원고는 자신에게 월례비를 지급할 의무가 없음을 알면서도 철근콘크리트 업체가 타워크레인 기사들에게 월례비를 지급하는 관행에 따라 피고들에게 이 사건 각 현장에 관한 월례비를 지급한 것으로 보인다고 지적하면서, 원고가 자유로운 의사에 반하여 부득이하게 피고들에게 월례비를 지급하게 된 것이라고 보기 어려우므로 원고는 「민법」 제742조에 따라 피고들에게 월례비의 반환을 구할 수 없다고 하여 피고들의 손을 들어주었다.

사안의 모습을 보다 잘 파악하기 위해서는 건설현장의 실태를 이해할 필요가 있다. 날로 고

1) 이와 관련하여, 대상판결은, 첫째, 시공사와 원고 및 피고들 간에 적어도 피고들이 월례비를 지급받아야 한다는 점에 관한 의사의 합치가 있었다고 보았다. 둘째, 원고와 시공사 간에 월례비를 원고가 부담하기로 하는 내용의 합의가 있었던 것으로 보았다.

층화되고 있는 건설현장의 모습에서 단연 눈에 띄는 것은 거대한 타워크레인이다. 그런데 이 타워크레인은 건설사의 소유가 아니다. 본래는 타워크레인을 건설사가 소유하고 타워크레인 조종사도 건설사의 근로자로 되어 있었으나 IMF 금융위기 이후 건설사는 타워크레인 작업을 모두 외주화하였다. 그렇게 되면서 타워크레인은 임대업체가 소유하고 있다가 건설시공사로부터 타워 공사를 수주하게 되면 타워크레인 조종사를 현장계약직으로 채용하여 근로시키는 방식으로 바뀌었는데, 이 과정에서 임대업체 소속 관리직이 현장에 나오는 것이 아니라 건설사의 판단과 지휘감독하에 타워크레인 운영과 관리가 이루어지고 해당 공사가 종료되면 타워크레인 조종사는 계약기간 만료를 이유로 자동적으로 해고되어 왔다.[2] 이와 관련하여 타워크레인 조종사들은 90% 정도가 임시계약직이며 계약기간은 평균 10.5개월로, 연 3~4개월의 반복적 실업, 장시간 노동에 따른 각종 직업병에 시달린다고 조사된 바 있다.[3] 갈수록 고층화되어 가는 건설현장에서 타워크레인은 핵심 중장비인데도 불구하고 시공사가 공사에 반드시 필요한 타워크레인을 직접 보유하지 않고 필요할 때마다 타워크레인 임대업체로부터 장비와 조종사를 그때그때 공급받아 사용하는 고용형태가 지배적인 것이다. 이는 필연적으로 타워크레인 조종사 입장에서는 단기 취업과 실업이 반복되는 고용불안정 및 그로 인한 생계의 위협을 의미한다.[4]

건설현장의 이러한 실태를 기준으로 생각해보면, 타워크레인 조종사에게 월례비는 생계 유지에 매우 필요한 금전이라는 점은 분명할 것이다. 특히 대상판결에서, 하청업체인 철근콘크리트 업체의 타워크레인 조종사들에 대한 월례비 지급은 수십 년간 지속하여 온 관행으로서 타워크레인 조종사들에게 월례비는 사실상 근로의 대가인 임금의 성격을 가지게 되었다고 지적한 부분을 주목해야 한다. 타워크레인 조종사 입장에서 보면, 사실상 근로의 대가로 취급될 수도 있는 월례비를 지급받지 못하게 된다면 공기단축, 기한 내 공사완공 등을 위해 노력할 유인이 있을 리 없다. 공기단축, 기한 내 공사완공은 타워크레인 조종사가 책임질 사항이 아니기 때문이다. 대상판결에서도, 월례비 지급에 대해 원고는 도급인에게 이를 알려서 이의제기를 하거나 도급인으로 하여금 타워크레인 조종사 교체를 요구하게 하는 등의 방법을 통해 월례비 지급을 거부하는 것이 불가능한 것이 아니었다고 지적한다. 처음부터 공사기간을 길게 잡거나 공사지연을 감수하겠다고 생각했다면 월례비는 얼마든지 지급하지 않아도 되었을 수 있다. 타워크레인 조종사의 월례비 요청에 대해 원고가 지급을 거절할 수도 있는 상황에서 자신에게 유리하다고 판단하여 월례비 지급을 하였다면 증여계약이 성립되어 이행된 것이고 원고의 자유로운 의사에 반하여 이루어진 것이라고 보기 어렵다.

2) 이정훈(2016), 「건설노동자 고용과 노동조건 실태」, 『'건설노동자 차별 없는 고용보장, 건설노동자 노동기본권 확보방안 마련을 위한 토론회' 자료집』(2016. 7. 14), p.14.
3) 정승국 · 노광표 · 김혜진(2014), 『직무급과 한국의 노동』, 한국노동연구원, p.71.
4) 노호창(2016), 「노조원의 채용요구 등에 대한 공갈 · 협박죄 등 적용의 타당성 : 서울남부지방법원 2016. 6. 2. 선고 2015고합505 판결」, 『노동법학』, 제59호, 한국노동법학회, p.142.

월례비 지급 관행에 바람직하지 않은 측면이 존재할 수도 있다.[5] 그러나 명백하게 불법이라고 판단되지 않은 이상, 노동관행에 의해 월례비가 사실상 근로의 대가인 임금성을 가질 수 있는 정도에 이르른 것이라면 존중할 필요도 있다. 그러므로 월례비 요청에 대해 응했다는 것은 월례비 지급에 대한 묵시적인 증여계약이 이루어진 것으로 보는 것에 무리가 없고, 거기에 강제적인 지급이라고 볼 만한 요소도 없다면, 이를 두고 악의의 비채변제이므로 반환을 구하는 것은 어불성설이다. 대상판결의 입장은 타당하다고 본다. KLI

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)

5) 대상판결의 원심(1심) 판결은 월례비 지급이 원청인 도급사나 타워크레인 회사가 부담할 인건비가 합리적 이유 없이 하도급업체에 전가되는 측면이 있어 부당하고 월례비 지급 방식과 관련하여 회계처리상 문제가 없지 않다는 점을 지적하고 있다. 광주지방법원 2021. 6. 4. 선고 2019가합59979 판결 참조.