

노동판례리뷰

평균임금의 계산

- 대법원 2023. 4. 13. 선고 2022두64518 판결 -

【판결 요지】

… 평균임금에 산입되는 임금의 총액에는, 근로자가 현실적으로 지급받은 금액뿐 아니라 평균임금을 산정하여야 할 사유가 발생한 때를 기준으로 사용자가 지급 의무를 부담하는 금액도 포함된다… (중략)… 현실적으로 지급받은 임금의 액수는 물론 그 시점에 망인에게 현실적으로 지급되지는 않았지만 이 사건 회사가 지급 의무를 부담하는 임금의 액수도 평균임금 계산에 포함하여야 한다. 피고는 이러한 방식에 의하지 않고, 고소사건에서 원고가 주장한 금액 및 원고와 이 사건 회사가 합의한 금액을 반영하여 망인의 평균임금을 계산하였다. 그러나 이는 원고와 이 사건 회사의 사후적인 의사에 따라 계산한 액수일 뿐, 평균임금 산정 사유 발생 시점에 망인이 지급받아야 할 금액을 기초로 평균임금을 계산한 것이라고 보기 어렵다…

평균임금은 「근로기준법」(이하, 근로기준법)상 각종 수당, 「근로자퇴직급여보장법」상 퇴직급여, 「산업재해보상보험법」(이하, 산업재해보상보험법)상 보험급여 등의 산정 기초가 된다. 근로기준법 제2조 제1항 제6호에서는 평균임금 산정 원칙을 규정하고 있다. 이러한 평균임금의 산정 방법은 “사유 발생 당시 근로자의 통상적인 생활임금을 가장 정확하게 반영”할 수 있도록 한 것이다.¹⁾ 더불어 평균임금의 산정 방법을 획일적으로 적용할 경우 평균임금 본래의 취지가 퇴색할 수도 있으므로 근로자 보호를 위하여 다양한 보완 규정들을 두고 있다.²⁾ 문제는 각종 보완 및 특례 규정으로 인해 평균임금 계산에 있어서 원칙적 전제들이 간과되는 경우가 발생할 수 있다는 점이다. 대상 판결에서는 평균임금 산정에 있어서 기본원칙과 그 전제가 무엇인지를

1) 대법원 2009. 5. 28. 선고 2006다17287 판결.

2) 근로기준법 제2조 제2항, 근로기준법 시행령 제2조 제1항, 산업재해보상보험법 제36조 제7항 등.

다시 한 번 재확인해 주고 있다.

대상 판결의 사실관계를 요약하면 다음과 같다. 산업재해보상보험법상의 유족급여 및 장의비 계산과 관련하여 망인의 유족은 근로복지공단에 대한 평균임금 정정과 차액 추가 지급을 청구하였다. 이에 대하여 공단은 다음과 같이 처분하였다. (1) 망인의 배우자와 회사 간의 임금 체불 고소 건에서 미지급 금품 총액으로 주장한 액수 중 퇴직금을 제외한 임금이 차지하는 비중은 77.52%이다. (2) 회사로부터 지급받기로 합의한 금액에 77.52%를 곱하여 나온 금액이 미지급 임금액이므로, 다시 그 금액 중에서 평균임금 산정 기간에 해당하는 부분만을 계산한다. (3) 이렇게 계산된 액수를 임금으로 추가 반영하여 망인의 평균임금을 정정하고, 이에 따라 재산정한 유족급여 및 장의비와 기지급액의 차액을 추가로 지급한다. 이러한 공단의 처분에 대하여 망인의 배우자인 원고가 평균임금정정 및 보험금 차액부지급 처분 취소를 청구하였다.

대법원의 판시사항과 그 의미는 다음의 세 가지로 요약될 수 있다.

첫째, 평균임금 계산에서 ‘지급된’의 의미이다. 평균임금은 ‘이를 산정하여야 할 사유가 발생한 날 이전 3개월 동안에 그 근로자에게 지급된 임금의 총액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액’으로 규정되어 있다. 산정기간 동안 ‘지급된’ 임금은 실제로 지급행위가 산정기간에 있었다는 의미가 아니라, 당해 기간 제공된 근로로 인하여 구체화, 현실화된 지급의무를 말한다. 즉, 평균임금에 산입되는 임금의 총액에는 근로자가 현실적으로 지급받은 금액뿐 아니라 평균임금을 산정하여야 할 사유가 발생한 때를 기준으로 사용자가 지급 의무를 부담하는 금액도 포함한다. 이는 기존의 대법원 태도를 확인한 것이다.

둘째, 평균임금 계산 시 당사자 간의 사후적인 의사에 따라 계산한 액수는 평균임금 산정 사유 발생 시점에 지급받아야 할 금액을 기초로 평균임금을 계산한 것이라고 볼 수 없다는 것이다. 대상 판결의 사실관계에서 망인의 배우자와 회사 간에 미지급임금과 퇴직금에 대한 사후 합의와 이를 기초로 한 평균임금의 계산이 그 예이다.³⁾ 통상임금의 경우 대법원은 근로자와 사용자 간에 통상임금의 의미나 범위 등에 관하여 합의할 수 있는 성질의 것이 아니라고 보고 있다.⁴⁾ 평균임금도 통상임금과 같이 근로조건의 기준을 마련하기 위하여 법이 정한 도구개념이므로 그 산정방식과 관계되는 사항에 대하여 당사자 간에 의사로 정할 수 없다고 생각된다.

3) 대상 판결의 사실관계에서 당사자 간 합의에 기초하여 퇴직금을 계산하게 되면 모순이 발생한다. 망인의 배우자와 회사는 미지급임금과 퇴직금에 대하여 사후적인 합의를 하였는데, 사후적 합의 금액 중 비율에 따라 퇴직금으로 인정된 액수를 퇴직금으로 보게 되면, 역산에 의하여 평균임금이 계산될 수 있다. 퇴직금은 평균임금과 계속근로연수로 정해지는데, 계속근로연수를 확정할 수 있으면 평균임금이 도출되기 때문이다. 그렇다면, 퇴직금 산정 기간 내 미지급임금을 산정기간 내의 총임금에 포함시켜 평균임금을 구하는 방식을 사용하여 계산된 평균임금과 그 액수가 서로 다르게 될 수 있다. 또한 퇴직금에 대한 사후 합의는 평균임금에 따른 퇴직금이 계산 가능하다는 것(즉, 평균임금의 계산 가능성)을 의미할 여지도 있다.

4) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결.

셋째, 대법원은 “근로계약서나 급여대장 등이 존재하며 거기에 근무시간, 임금의 항목과 액수 등이 기재되어 있는 점을 고려하면, 지급받아야 할 임금의 액수를 계산하는 것이 충분히 가능할 것이 보인다. 그럼에도 불구하고 당시 지급받지 못한 임금이 존재하는지, 존재한다면 그 액수가 얼마인지에 관하여 심리하지 않은 채 당사자 간의 사후적인 의사에 따라 평균임금을 계산한 것은 평균임금에 관한 법리를 오해한 것이다.”라고 판시하고 있다. 평균임금이 계산 가능하다면 현실적으로 ‘지급된(또는 지급되어야 할)’ 금액을 기초로 하여 산정해야 한다. 평균임금의 계산이나 그 액수를 정함에 있어 보정 내지 특례 규정과 같이 예외적인 방법을 적용하는 경우, 우선적으로 원칙적인 평균임금의 계산 가능성을 최대한 강구하여야 함을 확인한 것이라 평가할 수 있다. **KLI**

장우찬(경상국립대학교 법학과 교수)

취업규칙 불이익변경에서 집단적 동의권 남용 법리의 적용

- 대법원 2023. 5. 11. 선고 2017다35588, 2017다35595(병합) 전원합의체 판결 -

【판결 요지】

사용자가 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하면서 근로자의 집단적 의사결정방법에 따른 동의를 받지 못한 경우, 이는 근로기준법 제94조 제1항 단서를 위반하여 근로자의 집단적 동의권을 침해한 것으로 원칙적으로 무효이고, 노동조합이나 근로자들이 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한, 해당 취업규칙의 작성 또는 변경에 사회통념상 합리성이 있다는 이유만으로 그 유효성을 인정할 수는 없다.

취업규칙의 불리한 변경에 대하여 근로자가 가지는 집단적 동의권은 사용자의 일방적 취업규칙의 변경 권한에 한계를 설정하고 헌법 제32조 제3항의 취지와 근로기준법 제4조가 정한 근로조건의 노사대등결정 원칙을 실현하는 데에 중요한 의미를 갖는 절차적 권리로서, 변경되는 취업규칙의 내용이 갖는 타당성이나 합리성으로 대체될 수 없다.

노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그 동의가 없더라도 취업규칙의 불이익변경을 유효하다고 볼 수 있다. 여기에서 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용한 경우란 관계 법령이나 근로관계를 둘러싼 사회 환경의 변화로 취업규칙을 변경할 필요성이 객관적으로 명백히 인정되고, 나아가 근로자의 집단적 동의를 구하고자 하는 사용자의 진지한 설득과 노력이 있었음에도 불구하고 노동조합이나 근로자들이 합리적 근거나 이유 제시 없이 취업규칙의 변경에 반대하였다는 등의 사정이 있는 경우를 말한다. (다만, 근로기준법 제94조 제1항 단서의 입법 취지와 절차적 권리로서 동의권이 갖는 중요성을 고려할 때, 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였는지 여부는 엄격하게 판단할 필요가 있다.

(한편) 집단적 동의권의 남용 여부에 대하여 법원은 직권으로 판단할 수 있다.

2023. 5. 11. 대법원 전원합의체는 취업규칙의 불이익변경에 관한 오랜 법리 중 하나인 사회통념상 합리성 법리를 폐기하고, 집단적 동의권 남용 법리를 새로이 도입하였다. 7명의 대법관이 다수의견에 선 반면, 기존 법리를 계속 유지하자는 별개의견에 선 대법관도 6명이나 된다. 대법원 전원합의체에서 이렇게 의견 대립이 팽팽했던 것은, 더구나 결론(파기환송)이 같으면서도 법리 변경 여부가 쟁점이 되어 의견이 7:6으로 갈린 일은, 이례적인 일이다.¹⁾

1) 다수의견에는 대법원장 김명수, 대법관 박정화, 대법관 민유숙, 대법관 김선수, 대법관 노정희, 대법관 이흥구, 대법관 오경미가, 소수의견에는 대법관 조재연, 대법관 안철상, 대법관 이동원, 대법관 노태약, 대법관 천대엽, 대법

연구자들도 찬반이 갈린다. 찬성하는 쪽은 다수의견과 유사하게 법 이론적 정합성을 거론함에 비해, 반대하는 쪽은 별개의견의 주장과 마찬가지로 실익이 크지 않은 법리 변경의 부당함을 주장한다.²⁾ 사회통념상 합리성 법리와 집단적 동의권 남용 법리를 현실에 적용한 실제 결과가 어떻게, 또 얼마나 달라질지 예측하기는 쉽지 않다. 어쨌든 지금은 대상 판결에 대한 예측이나 평가에 앞서 판결의 내용과 논리를 정확하게 파악하는 일이 우선이다.

사안 및 경과

사안은 복잡하지 않다. 2003년까지 현대자동차(피고, 이하 ‘현대차’라 한다)는 전체 직원에게 하나의 취업규칙을 적용하였다. 법정근로시간을 주 44시간에서 40시간으로 단축한 개정 「근로기준법」(이하, 근로기준법)이 2004년 7월부터 현대차 사업장에 시행되자, 현대차는 그 무렵 과장급 이상의 간부사원에게만 적용되는 간부사원 취업규칙을 별도로 제정하였다. 간부사원 취업규칙은 종전 취업규칙과는 달리 개근자에게 월 1일씩 부여하던 월차휴가제도를 폐지하고 또한 총 인정일수에 상한이 없던 연차휴가에 25일의 상한을 신설하였다. 현대차는 간부사원 취업규칙을 제정하면서 전체 근로자 과반수가 가입한 노동조합인 현대자동차노동조합(이하, ‘현대차노조’라 한다)의 동의를 받지는 않았지만, 2004. 8. 16. 지역본부별, 부서별로 간부사원들을 모아 전체 간부사원 6,683명 중 약 89%에 해당하는 5,958명으로부터 동의서를 받았다. 이 사건의 원고들과 선정자들(이하, ‘원고 등’이라 한다)은 현대차에 입사하여 과장급 이상의 직위에서 근무하던 근로자들이다.

원고 등은 제1심에서 간부사원 취업규칙 중 연월차휴가 관련 부분이 무효라는 주장을 하면서 2004년부터 지급받지 못한 연월차휴가수당 상당액을 부당이득 반환으로 청구하였다가 청구원인의 문제로 제1심(서울중앙지법 2015. 11. 6. 선고 2014가합41686, 57643(병합) 판결)에서 패소한 후,³⁾ 원심(서울고등법원 2017. 7. 21. 선고 2015나31898, 2015나31904(병합) 판결)에서는 2011년부터의 미지급 연월차휴가수당의 지급을 직접 구하는 청구를 추가하였다. 원고⁴⁾와 피

관 오석준이 참여했다. 한편, 다수의견에 대한 대법관 이흥구, 대법관 오경미의 보충의견, 별개의견에 대한 대법관 조재연, 대법관 안철상, 대법관 노태악의 보충의견이 있다.

- 2) 별개의견은 이렇게 요약할 수 있다. 다수의견이 제시하는 집단적 동의권 남용 법리는 그 판단기준이 불명확하고, 사회통념상 합리성 법리와 비교하여 결과적으로 어떠한 차이가 있는지도 불분명하다. 사회통념상 합리성 법리는 그동안 사례가 축적되어 법적 안정성과 예측가능성이 확보되어 있고, 오랜 기간 판례 법리로 타당성을 인정받아 사회일반의 신뢰가 구축되어 있으므로, 종전 판례를 변경할 필요성을 납득하기 어렵다. 한편, 이 사건의 경우, 간부사원 취업규칙 중 연월차휴가 관련 부분은 사회통념상 합리성이 분명하게 인정된다.
- 3) 제1심은 청구원인 주장 자체에 의하더라도 원고 등이 피고를 상대로 미지급 연월차휴가수당을 직접 청구할 수 있으므로 부당이득이 성립하지 않는다는 취지로 원고 등의 청구를 기각하였다.
- 4) 대상 판결은 원고 측의 네 가지 상고 이유 모두에 관해 원심의 판단을 긍정했다. 즉 ① 간부사원만을 적용대상으로 하는 취업규칙의 효력 관련 주장에 대하여, “원심은, 사용자가 사업장에 소속된 근로자들의 근로조건, 근로형태,

고) 모두가 상고한 이 사건에서 대법원 전원합의체는 아래의 상고심 주요 쟁점을 제외한 모든 상고 이유를 배척하였다. 기실 단 하나의 쟁점을 두고 대법원은 무려 6년 가까운 고민과 논의 끝에 대상판결을 선고한 것으로 보인다.

쟁점

전원합의의 쟁점은 사회통념상 합리성 법리의 유지 여부였다. 종래 대법원은 사용자가 근로자에게 불리하게 취업규칙을 변경하면서 근로기준법 제94조 제1항 단서⁶⁾가 요구하는 근로자의 집단적 동의를 받지 않았다고 하더라도 해당 취업규칙의 작성, 변경에 사회통념상 합리성이 있다면 유효하다고 판단하여 왔고, 이러한 법리를 사회통념상 합리성 법리라고 불렀다. 조금 구체적으로 설명하면 다음과 같다. 근로기준법 제94조 제1항 단서는 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 근로자 측의 집단적 동의를 받아야 한다고 규정하고, 판례는 이를 “취업규칙의 작성·변경이 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 내용일 때에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 받아야 한다.”라는 의미로 해석하여 왔다. 그런데 종래 대법원은, 취업규칙의 작성, 변경이 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아 그에 의하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 ‘사회통념상 합리성’이

직종 등의 특수성에 따라 근로자 일부에 적용되는 별도의 취업규칙을 작성할 수 있으므로 간부사원에만 적용되는 취업규칙을 제정하는 것을 그 자체로 무효로 볼 수는 없다고 판단하였다.”²⁾ 단체협약의 적용 관련 주장에 대하여, “원심은, 생산직 기장 등 과장급 이상의 직위에서 근무하여 온 원고 등은 피고가 현대차노조와 체결한 단체협약 제6조 제1호에 의하여 조합원의 자격이 인정되지 않는 ‘과장급 이상의 직책을 가진 자’인 간부사원에 해당하므로, 단체협약의 적용이 예상된다고 할 수 없어 단체협약의 일반적 구속력이 미치는 동종의 근로자라고 볼 수 없다고 판단하였다.”³⁾ 소멸시효 중단의 효력 관련 주장에 대하여, “원심은, 부당이득반환청구의 소제기로 발생한 소멸시효 중단의 효력은 소송물을 달리하는 미지급 연월차휴가수당청구권에 미치지 않는다고 보았다.” 그리고 ⁴⁾ 통상임금 산정 방법 관련 주장에 대하여는 상고심에서 처음으로 주장된 것으로서 적법한 상고이유가 될 수 없다고 하였다.

- 5) 피고의 상고이유 중에서 나머지 두 개는 ‘취업규칙의 불이익변경이 아니라는 주장’과 ‘동의 주체의 적법성 주장’이었다. 대상 판결은 둘 모두에 대해 원심 판단을 긍정했다. 곧 전자에 대한 “간부사원 취업규칙 중 구 취업규칙과 달리 월차유급휴가 조항을 삭제하고 연차휴가일수의 상한을 25일로 제한한 부분은 그 문언상 간부사원들에게 불리한 취업규칙의 변경에 해당한다고 보고, 피고가 주 5일 근무제를 도입하면서 간부사원의 감소된 연월차휴가수당 상당액을 2005년 10월경 기본급 인상으로 보전하려고 했더라도, 이는 간부사원 취업규칙의 제정·시행과는 별개의 조치이므로 취업규칙의 불이익변경 여부를 판단할 때 고려할 요소가 아니”라는 판단과 후자에 대한 “간부사원 취업규칙 제정 당시 간부사원이었던 직원뿐만 아니라 장래 간부사원으로 승진할 가능성이 있던 일반직·연구직·생산직 등의 직원들까지 포함한 근로자 집단이 간부사원 취업규칙 중 연월차휴가와 관련된 부분의 동의주체가 된다.”라는 판단이 옳다고 보았다.
- 6) 근로기준법 제94조(규칙의 작성, 변경 절차) ① 사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받아야 한다.

있다고 인정되는 경우에는 근로자의 집단적 동의가 없다고 하여 변경된 취업규칙의 효력을 부정할 수 없다고 판단해 왔다(사회통념상 합리성 법리). 이 사건의 쟁점은, 이 판례를 그대로 유지할 것인지, 아니면 판례를 변경하여 사회통념상 합리성 유무와 관계없이 근로자의 집단적 동의를 받지 않은 취업규칙의 불이익변경을 무효로 볼 것인지 여부였다.

판례 변경의 이유

대상 판결은 종전 판례를 변경하였다. 사용자가 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하면서 근로자의 집단적 동의를 받지 못한 경우, 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 해당 취업규칙의 작성 또는 변경에 사회통념상 합리성이 있다는 이유만으로 그 유효성을 인정할 수는 없다는 것이다. 대상 판결이 든 이유들은 다음과 같다.

① 취업규칙의 불리한 변경에 대하여 근로자가 가지는 집단적 동의권은 사용자의 일방적 권한에 한계를 설정하고 「헌법」 제32조 제3항⁷⁾의 취지와 근로기준법 제4조⁸⁾가 규정한 근로조건의 노사대등결정 원칙을 실현하는 데에 중요한 의미를 갖는 절차적 권리로서, 변경되는 취업규칙의 내용이 갖는 타당성이나 합리성으로 대체될 수 없다.

② 대법원은 1989년 개정 근로기준법이 집단적 동의 요건을 명문화하기 전부터 취업규칙의 불리한 변경에 대하여 근로자의 집단적 동의를 요한다는 법리를 확립하였다(대법원 1977. 7. 26. 선고 77다355 판결 참조). 근로자의 집단적 동의권은 명문 규정이 없더라도 근로조건의 노사대등결정 원칙과 근로자의 권익 보장에 관한 근로기준법의 근본정신, 기득권 보호의 원칙으로부터 도출된다. 이러한 집단적 동의는 단순히 요식적 절차 이상의 중요성을 갖는 유효요건이다. 더욱이 현재와 같이 근로기준법이 명문으로 집단적 동의 절차를 규정하고 있음에도 취업규칙의 내용에 사회통념상 합리성이 있다는 이유만으로 근로자의 집단적 동의를 받지 않아도 된다고 보는 것은 취업규칙의 본질적 기능과 그 불이익변경 과정에서 필수적으로 확보되어야 하는 절차적 정당성의 요청을 도외시하는 것이다.

③ 근로자의 집단적 동의가 있는 경우 취업규칙의 불리한 변경에 반대한 개별 근로자에 대해서도 변경의 효력을 인정함으로써 근로조건의 통일적 결정에 관한 요청이 충족되고 있으므로, 사용자가 근로자의 집단적 동의를 받지 않은 채 일방적으로 근로조건을 불리하게 변경한 경우에까지 사회통념상 합리성을 이유로 그 유효성을 인정하여 근로조건의 통일성을 도모할 필요는 없다. 근로조건의 유연한 조정은 사용자에게 의한 일방적 취업규칙 변경을 승인함으로써가 아

7) 헌법 제32조 제3항 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”

8) 근로기준법 제4조 “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다.”

나라, 단체교섭이나 근로자의 이해를 구하는 사용자의 설득과 노력을 통하여 이루어져야 한다. 또한 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 불이익변경의 유효성을 인정할 여지가 있으므로, 근로자의 집단적 동의가 없다고 하여 취업규칙의 불리한 변경이 항상 불가능한 것도 아니다.

④ 대법원은 단체협약에 대해서도 동의권 남용 법리를 적용하고 있다(대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다38007 판결 등).⁹⁾ 취업규칙의 불이익변경에 대하여는 단체협약보다 상위 규범인 법률에서 근로자의 집단적 동의권을 부여하고 있으므로, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하면서 근로자의 집단적 동의를 받지 않았다면 이를 원칙적으로 무효로 보되, 다만 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용한 경우에 한하여 유효성을 인정하는 것이 단체협약에 의한 노동조합의 동의권에 관한 위 대법원 판례의 태도와 일관되고 법규범 체계에 부합하는 해석이다.

⑤ 사회통념상 합리성이라는 개념 자체도 매우 불확정적이어서 어느 정도에 이르러야 법적 규범성을 시인할 수 있는지 노동관계 당사자가 쉽게 알기 어려울 뿐만 아니라, 개별 사건에서 다툼의 대상이 되었을 때 그 인정 여부의 기준으로 대법원이 제시한 요소들을 종합적으로 고려한 법원의 판단 역시 사후적 평가일 수밖에 없는 한계가 있다. 이에 취업규칙 변경의 효력을 둘러싼 분쟁이 끊이지 않고, 그 유효성이 확정되지 않은 취업규칙의 적용에 따른 법적 불안정성이 사용자나 근로자에게 끼치는 피해 역시 적지 않았다.

⑥ 종전 판례의 해석은 강행규정인 근로기준법 제94조 제1항 단서의 명문 규정에 반하는 해석일 뿐만 아니라, 근로기준법이 예정한 범위를 넘어 사용자에게 근로조건의 일방적인 변경 권한을 부여하는 것이나 마찬가지로여서 헌법 정신과 근로자의 권익 보장에 관한 근로기준법의 근본 취지, 근로조건의 노사대등결정 원칙에 위배된다.

집단적 동의권의 남용 법리

근로자의 집단적 동의 없이 일방적으로 불리하게 변경된 취업규칙이라도 어떤 경우에 그 효력이 예외적으로 인정될 수 있는가? 대상 판결이 취업규칙의 불이익변경에 새로이 적용하는 집단적 동의권 남용 법리의 주요 내용은 다음과 같다.

① 민법은 신의성실과 권리남용의 금지를 민사법의 중요한 원칙으로 선언하고 있고, 이는 법질서 전체를 관통하는 일반 원칙으로서 실정법을 형식적이고 엄격하게 적용할 때 생기는 부당

9) 판례는 단체협약에 사용자의 조합원에 대한 인사처분 시 노동조합의 동의를 받도록 하는 규정이 있을 때 사용자가 노동조합의 동의 없이 조합원에 대한 인사처분을 하였다면 이는 원칙적으로 무효이고, 다만 노동조합이 동의권을 남용한 것으로 평가할 수 있는 경우 그 인사처분은 유효하다는 견해를 취하고 있다.

한 결과를 막고 구체적 타당성을 실현하는 작용을 하므로, 근로기준법상 취업규칙의 불이익변경 과정에서 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 행사할 때도 신의성실의 원칙과 권리남용금지 원칙이 적용되어야 한다.

② 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그 동의가 없더라도 취업규칙의 불이익변경을 유효하다고 볼 수 있다. 여기에서 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용한 경우란 관계 법령이나 근로관계를 둘러싼 사회 환경의 변화로 취업규칙을 변경할 필요성이 객관적으로 명백히 인정되고, 나아가 근로자의 집단적 동의를 구하고자 하는 사용자의 진지한 설득과 노력이 있었음에도 불구하고 노동조합이나 근로자들이 합리적 근거나 이유 제시 없이 취업규칙의 변경에 반대하였다는 등의 사정이 있는 경우를 말한다.

③ 다만, 취업규칙의 불이익변경에 근로자의 집단적 동의를 받도록 한 근로기준법 제94조제1항 단서의 입법 취지와 절차적 권리로서 동의권이 갖는 중요성을 고려할 때, 집단적 동의권의 남용 여부는 엄격하게 판단할 필요가 있다.

④ 신의성실 또는 권리남용금지 원칙의 적용은 강행규정에 관한 것으로서 당사자의 주장이 없더라도 법원이 그 위반 여부를 직권으로 판단할 수 있으므로(대법원 1989. 9. 29. 선고 88다카17181 판결, 대법원 1995. 12. 22. 선고 94다42129 판결 등 참조), 집단적 동의권의 남용에 해당 하는지 여부에 대하여도 법원은 직권으로 판단할 수 있다.

대상 판결의 의의

판례 변경의 결과 사회통념상 합리성 법리를 적용했던 종전의 대법원 판결들¹⁰⁾은 모두 대상 판결의 견해에 배치되는 범위에서 변경된다.

이 사건에 관해 대상 판결은, 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하였다. 그러나 파기환송의 취지가 피고의 결론적 주장을 수용한 것은 아니며,¹¹⁾ 단지 간부사원 취업규칙 중 연월차휴가와 관련된 부분에 대해 원심법원이 새로운 법리(집단적 동의권 남용 법리)에 따라 다시 한 번 판단해 보라는 데에 있는 것 같다.¹²⁾

10) 대법원 1978. 9. 12. 선고 78다1046 판결, 대법원 1988. 5. 10. 선고 87다카2853 판결, 대법원 2001. 1. 5. 선고 99다70846 판결, 대법원 2002. 6. 11. 선고 2001다16722 판결, 대법원 2005. 6. 23. 선고 2004다68953 판결, 대법원 2007. 11. 30. 선고 2005두13247 판결, 대법원 2009. 6. 11. 선고 2007도3037 판결, 대법원 2015. 8. 13. 선고 2012다43522 판결과 그와 같은 취지의 판결들.

11) 원고 등의 결론적 주장에 동조하는 것이 아님도 당연하다.

12) 이 점은 다수의견에 대한 대법관 이흥규와 대법관 오경미의 보충의견에 잘 드러난다. “다수의견은 (중략) 집단적 동의권 남용에 관한 법리를 채택하였다. 이는 이번 전원합의체 판결에서 새롭게 제시한 법리이고, 사실심에서 이 쟁점에 관한 당사자의 공방이나 심리도 이루어지지 않은 상태이므로, 법률심인 대법원이 직접 판단을 하기보다는

대법원 공보연구관실은 대상 판결의 선고와 함께 공개한 보도자료를 통해, 이 판결의 의의를 세 가지로 요약하였다. ① 취업규칙이 근로자에게 불리하게 변경되는 경우 근로자의 절차적 권리인 집단적 동의권이 침해되었다면 내용의 합리성이 있다는 이유만으로 취업규칙이 정당화될 수 없어 원칙적으로 무효라고 선언하였다.¹³⁾ 이로써 집단적 동의를 사회통념상 합리성으로 대체할 수 없음을 명시하여 취업규칙 불이익변경의 유효요건을 법문대로 정립하였다. ② 근로자의 집단적 동의권이 갖는 절차적 중요성을 강조하여 사용자로서는 근로자의 집단적 동의를 구하고자 하는 진지한 설득과 노력이 필요하다는 점을 확인함으로써, 취업규칙 변경 절차가 근로조건 기준 결정에 관한 헌법(인간의 존엄성 보장) 및 근로기준법(근로조건에의 노사대등 결정, 자율적 결정)의 이념과 취지에 더욱 부합하도록 유도하였다. ③ 근로자 측이 집단적 동의를 남용한 경우에는 예외적으로 불이익한 취업규칙 변경의 효력을 인정할 가능성을 열어 줌으로써 구체적 타당성을 기할 수 있도록 하였다.

종전 판례와 새 판례의 현실적 차이는 시간이 지나야 드러나겠지만, 적어도 이론적 차이는 확연하고 또 분명하다. 종전 판례는 사회통념상 합리성의 유무를 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도, 사용자 측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등 관련된 다른 근로조건에의 개선상황, 노동조합 등과의 교섭경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사함에 관한 국내의 일반적인 상황 등 다양한 요소들을 종합적으로 고려하여 판단하였다. 이러한 판단 구조에서 근로자의 동의를 구하기 위한 사용자의 노력(노동조합 등과의 교섭경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응)은 여러 요소들 중 하나의 요소 또는 부차적 요소로서 취급되었다. 그에 비해 새 법리인 집단적 동의권 남용 법리에서 근로자의 집단적 동의를 구하기 위해 사용자의 진지한 설득과 노력이 있었는가라는 점은, 관계 법령이나 근로관계를 둘러싼 사회 환경의 변화로 취업규칙을 변경할 필요성이 객관적으로 명

당사자로 하여금 사실심에서 다시 충실히 변론할 기회를 갖게 함으로써 재판받을 권리를 실질적으로 보장하는 것이 바람직하다. 다수의견이 제출된 증거와 변론의 전 취지를 종합하여 직접 집단적 동의권 남용 여부를 판단하지 않은 것을 비판하는 지적은 이러한 점에서 타당하지 않다.”

- 13) 이 점은 다수의견에 대한 대법관 이흥구와 대법관 오경미의 보충의견에 잘 드러난다. “취업규칙의 불이익변경에 관한 근로자의 집단적 동의권은 헌법에 근거하여 법률이 명문으로 보장하는 근로자의 절차적 권리이다. 근로자에게 근로현장은 삶의 토대이고 취업규칙에서 정하는 근로조건은 이를 구성하는 뼈대이다. 헌법과 근로기준법이 취업규칙에 관한 근로자의 절차적 권리를 보장하는 취지는 근로자가 근로조건을 설정, 변경하는 과정에 주체적으로 참여하는 것이 인간의 존엄성과 자율성의 보장을 위한 요청에 주목하여 근로조건에의 노사대등결정 원칙을 실현하려는 데에 있다. 종전 판례 법리의 가장 근본적인 문제점은 이처럼 중요한 근로자의 절차적 권리를 변경된 내용의 결과적 합리성을 이유로 형해화한다는 것이다. 절차적 정당성과 실제적 합리성은 구별되어야 하고, 내용이 합리적이라는 이유로 절차적 권리의 침해를 정당화할 수 없다. 취업규칙의 불리한 변경이 정당화되는 근거는 근로자들이 자율적이고 주체적인 판단으로 동의절차를 통해 자신에게 불리한 근로조건을 수용하였다는 점에 있는 것이지 그 내용이 합리적이어서가 아니다. 사회통념상 합리성을 이유로 무효인 취업규칙의 효력을 인정하는 종전 판례 법리는 근로자를 자신의 근로조건을 결정하는 절차적 과정의 주체로 인정하지 않고 보호의 객체에 머물게 하는 결과를 가져온다.”

백히 인정되는가라는 점과 함께, 일방적으로 불리하게 변경된 취업규칙의 효력을 예외적으로 인정할 수 있는 유효 요건을 구성하게 된다. 요컨대 앞으로는 취업규칙의 불이익변경에 있어 실체적 합리성이 절차적 정당성을 대체할 수 없다. **㉮**

강성태(한양대학교 법학전문대학원 교수)

도급인 경영책임자의 중대재해처벌법상 책임 : 상식의 길은 멀더라도 가게 된다

- 의정부지방법원 고양지원 2023. 4. 6. 선고 2022고단3254 판결 -

【판결 요지】

경영책임자는 법인 또는 기관이 실질적으로 지배·운영·관리하는 사업 또는 사업장에서 제3자에게 도급 등을 하였으면 제3자의 종사자의 안전·보건상 유해 또는 위험을 방지하기 위하여 그 사업 또는 사업장의 특성 및 규모 등을 고려하여 재해예방에 필요한 인력 및 예산 등 안전보건관리체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치를 해야 한다.

대상판결은 법원이 「중대재해 처벌 등에 관한 법률」(이하, 중대재해처벌법)을 적용하여 판결한 최초의 사건이다. 보통 1호 사건이라고 많이 부른다. 이미 잘 알려진 것처럼 중대재해처벌법이 적용된 최초의 사건은 이 사건이 아니고 삼표그룹이 운영하던 채석장에서 발생한 3명의 근로자 사망사건이다. 삼표그룹 사건은 특히 그룹의 오너라고 불리는 회장이 경영책임자로 기소된 사례로 향후 법원의 판결을 크게 주목하고 있다.

대상판결은 요양병원 증축공사에서 중량물 취급 작업을 수행하던 수급인 소속 근로자가 추락하여 사망한 사고이다. 추락 사망은 건설업 사망사고의 가장 전형적인 형태이다. 법원은 도급인 사업주의 대표이사에게 징역 1년 6월에 집행유예 3년을, 도급인 사업주에게 중대재해처벌법 및 산업안전보건법 위반을 인정하여 벌금 3천만 원을 선고하였다. 수급인 사업주 소속 현장소장에게는 징역 8월의 실형을, 수급인 사업주에게는 벌금 3천만 원을 선고하였다.

이 짧은 평석에서 검토하고자 하는 것은 도급인 사업주의 대표이사에게 적용된 중대재해처벌법의 조문이다. 이 사건은 도급관계에서 수급인 소속 근로자가 사망한 사건이므로 중대재해처벌법의 조문 중 도급관계를 규율하는 부분이 적용된다. 중대재해처벌법 제5조는 ‘도급, 용역, 위탁 등 관계에서의 안전 및 보건 확보의무’라는 표제를 가지고 있는데 내용은 ‘사업주 또는 경영책임자등은 사업주나 법인 또는 기관이 제3자에게 도급, 용역, 위탁 등을 행한 경우에는 제3자의 종사자에게 중대산업재해가 발생하지 아니하도록 제4조의 조치를 하여야 한다. 다만, 사업주나 법인 또는 기관이 그 시설, 장비, 장소 등에 대하여 실질적으로 지배·운영·관리하는 책임이 있는 경우에 한정한다.’는 것이다. 제5조 자체에 자세한 의무를 규정하지 않고 직접 근로자를 고용하여 사업을 영위하는 경영책임자에게 적용되는 제4조를 준용하고 있다. 따라서 제5조의 해석은 다시 제4조의 해석으로 이어진다.

제4조는 법률 수준에서 4개의 안전보건확보의무를 규정하고 있고 그 구체적인 내용은 다시 시행령에 위임하는 형태를 취하고 있다. 대상판결에 적용된 의무는 제1호 '재해예방에 필요한 인력 및 예산 등 안전보건관리체계의 구축 및 그 이행에 관한 조치'에 관한 의무이다. 다만, 판결서의 '법령의 적용' 부분에서는 시행령 중 어떤 조항을 적용하였는지 제시하고 있지는 않고 '범죄사실' 부분에서 이를 가능하게 할 수 있는 설명이 있다. 도급인 사업주 경영책임자의 범죄 사실을 읽어보면 "① 사업 또는 사업장의 특성에 따른 유해·위험 요인을 확인하여 개선하는 업무절차를 마련하여야 하고, ② 안전보건관리책임자, 관리감독자 및 안전보건 총괄책임자가 업무를 각 사업장에서 충실히 수행할 수 있도록 안전보건관리책임자 등이 해당 업무를 충실히 수행하는지를 평가하는 기준을 마련하여야 하고, ③ 사업 또는 사업장에 중대산업재해가 발생하거나 발생할 급박한 위험이 있을 경우를 대비하여 작업중지, 근로자 대피, 위험요인 제거 등 대응 조치에 관한 매뉴얼을 마련하여야 한다."라고 쓰고 있다. 이것을 시행령 제4조가 구체화하고 있는 '안전보건관리체계의 구축 및 이행 조치'와 비교하면 제3호, 제5호, 제8호를 적용하였다는 것을 확인할 수 있다. 요약하면 사업장의 유해위험요인평가(위험성평가)가 없었고, 안전보건관리책임자의 업무평가기준도 없었으며, 사고발생 대응 대책도 없었다는 것이다.

필자의 입장에서 너무나 상식적이고 당연한 법령 적용이라고 생각한다. 사업장 안전보건관리의 첫 단추는 사업장에 상존하는 유해위험요인을 찾아서 관리하는 것인데 그 도구가 바로 위험성평가이다. 위험성평가가 없는 사업장에 관리책임자에 대한 온전한 업무평가가 있을 수 없고, 사고 발생을 대비한 적절한 대응책이 있을 수 없다.

대상판결에 대하여 한국경영자총협회는 "중대재해처벌법의 과도한 처벌 규정에도 이번 판결은 인과관계 입증에 대한 철저한 법리적 검토가 이뤄지지 않아 아쉬움이 크다."라는 코멘트를 하였다. 1) 1) 기사의 전반적인 취지는 피고인이 공소사실을 자백하면서 적극적으로 무죄를 다투지 않은 사건이라 인과관계에 관한 세밀한 검토가 없이 이루어진 판결이라는 것이다. 그런데 필자가 알기로는 한국경영자총협회가 구체적으로 어떤 형태의 인과관계가 인정되면 중대재해처벌법으로 처벌될 수 있는지를 밝힌 적은 없는 것 같다. 게다가 대상판결은 안전보건 확보의무(제3호, 제5호, 제8호) 자체를 이행하지 않던 중 발생한 사고를 다루고 있는데 여기에 어떤 인과관계를 더 요구할 수 있을지 큰 의문이다.

중대재해처벌법은 산업안전보건법과 달리 구체적인 안전보건조치의무를 경영책임자에게 부담시킨 법률이 아니다. 사업을 경영하면서 안전보건에 관하여 경영상 필요한 의무를 정해놓은 것이고 그 내용은 주지하다시피 법률 시행 이전부터 한국산업안전보건공단이 중요 사업으로 추진하던 안전보건경영시스템(KOSHA-MS) 인증기준을 참조한 것이다. 2022년 기준으로 한국

1) 안전신문(<https://www.safetynews.co.kr>). (2023년 5월 17일 검색).

산업안전보건공단의 안전보건경영시스템 인증 사업장의 수는 119개이다. 필자에겐 별다른 문제 없이 시행되었던 인증기준이 형사처벌의 구성요건으로 바뀌자 명확성 논쟁을 시작한 것으로 느껴진다. 안전보건확보의무란 본질상 추상적인 경영상 의무이므로 내용을 구체화하면 할수록 실효성이 떨어진다. 따라서 끊임없이 그 명확성에 문제 제기하면서 인과관계 논쟁으로 제도를 공격하는 것은 안전보건경영시스템이 무엇인지를 잘 모른다는 자백을 부끄러움을 모르고 하는 것이 아닐까?

상식의 길은 멀더라도 결국 가게 된다는 게 필자의 생각인데, 삼표연탄 채석장 사망사고 사건에서도 상식이 재확인될지 지켜본다. **KL**

전형배(강원대학교 법학전문대학원 교수)

특수형태근로종사자 산재보험료 부담의 헌법적 판단

- 헌법재판소 2023. 3. 23. 선고 2022헌바139 결정 -

【결정 요지】

특수형태근로종사자에게 산재보험료의 절반을 부담하게 하는 것은 객관적으로 정의와 형평에 반한다거나 자의적인 것이어서 불합리한 차별이 있다고 볼 수는 없어 평등원칙에 위반되지 않는다.

산재보험법(법률 제18753호, 2022. 1. 11., 일부개정)

제125조(특수형태근로종사자에 대한 특례) ① 계약의 형식과 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 사람으로서 다음 각 호의 모두에 해당하는 사람 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 사람(이하 이 조에서 “특수형태근로종사자”라 한다)의 노무(勞務)를 제공받는 사업은 제6조에도 불구하고 이 법의 적용을 받는 사업으로 본다.

1. 주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활할 것
2. 노무를 제공할 때 타인을 사용하지 아니할 것

고용산재보험료징수법(법률 제19209호, 2022. 12. 31., 일부개정)

제49조의3(특수형태근로종사자에 대한 특례)

② 제1항에 따른 산재보험료는 사업주와 특수형태근로종사자가 각각 2분의 1씩 부담한다. 다만, 사용종속관계(使用從屬關係)의 정도 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 특수형태근로종사자의 경우에는 사업주가 부담한다.

위 법조문은¹⁾ 검토대상사건과 관련된 법조문이다. 주지하는 바와 같이 산재보험급여, 심사청

1) 본문의 법조문은 법률 제18928호, 2022. 6. 10. 산재보험법 일부개정(시행 2023년 7월 1일)과 법률 제18919호, 2022. 6. 10. 고용산재보험료징수법 일부개정(시행 2023년 7월 1일) 이전의 법조문이다. 각 법 시행 이후 산재보험법 제125조 및 고용산재보험료징수법 제49조의3은 삭제되고, 산재보험법상 특수형태근로종사자는 노무제공자에 포함되어 산재보험법이 적용되는 한편, 이 노무제공자의 산재보험료에 대해서는 제48조의6이 규정하게 된다. 개정법 제48조의6에서도 노무제공자는 산재보험료를 사업주와 각각 1/2씩 부담하는 한편, “사용종속관계(使用從屬關係)의 정도 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 산재보험 노무제공자의 경우에는 사업주가 부담한다.”는 규정을 특수형태근로종사자의 경우와 마찬가지로 규정하고 있다(제48조의6 제6항).

구 등 산재보험제도의 일반 내용에 대해서는 「산업재해보상보험법」(이하, 산재보험법)이 규정하고 있지만, 보험사업의 수행주체, 보험관계의 성립 및 소멸, 보험료, 보험사무대행기관, 보험료의 성실신고 등을 위한 조사 등 보험관계의 구체적인 실현에 필요한 내용은 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료 징수에 관한 법률」(이하, 고용산재보험료징수법)이 규정하고 있다. 이 법은 2003년 제정되어 2005년 1월 1일부터 시행되고 있는데, 이전까지는 고용보험법과 산업재해보상보험법에 각각 규정된 보험관계의 성립·소멸, 보험료의 납부 및 징수 등에 관한 사항을 통합규정하는 단일의 법률을 제정하여 민원인의 보험업무의 편의를 도모하고 보험관리와 그 운영을 효율적으로 하려는 목적으로 제정되었다. 따라서 실제적 권리의무관계를 정하는 것이라기보다는, 고용보험법과 산재보험법을 적용하는 데 필요한 보험관계의 성립과 소멸 조건 및 절차, 보험료의 결정과 납부·징수 절차 등에 대하여 규정하고 있다. 실질적으로는 고용보험법과 산재보험법의 하위법으로서 의미를 갖는다고 볼 수 있다.

2007년 특수형태근로종사자의 직종에 관한 특례규정이 산재보험법에 규정되면서, 고용산재보험료징수법에서는 특수형태근로종사자의 산재보험료는 사업주와 특수형태근로종사자가 각각 1/2씩 부담한다는 것(법 제49조의3 제2항 본문), 다만 사용종속(使用從屬) 관계의 정도 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 특수형태근로종사자의 경우에는 사업주가 부담한다는 것을 규정하였다(제49조의3 제2항 단서). 그러나 아직까지 사업주가 보험료를 전액 부담하는 직종은 대통령령으로 정해진 바가 없다. 이에 대해서는 두 가지 방향, 즉 ① 2020년 1월 15일 고용산재보험료징수법 제49조의3 제2항 단서규정에 대한 헌법소원이 제기되었고, ② 2022년 7월 19일에는 동법 제49조의3 제1항 본문규정에 대한 헌법소원이 제기되었다. 검토대상 현재 결정은 후자 ②에 관한 것이다.²⁾ 이 헌법소원에서 특수형태근로종사자에 해당하는 청구인 3명은 위 고용산재보험료징수법 제49조의3 제2항 본문이 특수형태근로종사자에 대하여 산재보험료의 2분의 1을 부담시키는 것은, 평등원칙에 위배되어 위헌이라고 주장하였다. 이에 앞서 청구인들은 고용산재보험료징수법 제49조의3 제2항 본문에 기초한 ‘근로복지공단의 청구인들이 소속된 각 사업장에 대한 산재보험료 부과처분’의 취소를 구하는 소를 제기하였고(서울행정법원 2020구합53613), 당해 사건이 계속 중이던 2020. 2. 24. 위 법률조항에 대하여 같은 이유로 위헌법률심판제청신청을 하였지만(서울행정법원 2020아10699), 2022. 5. 19. 위 사건 및 위헌법률심판제청신청이 모두 기각됨에 따라 헌법소원을 제기한 것이다. 검토대상 현재 결정은 이 주장에 대한 판단이다.

특수형태근로종사자에 대한 산재보험법 제125조 규정의 입법화 과정을 되짚어 보면, 이 조문

2) 한편 본문 ①의 헌법소원과 관련하여, 청구인들은 사업주가 보험료 전액을 부담해야 하는 직종에 종사하는 특수형태근로종사자의 종류를 시행령으로 정하지 않은 것은 정부의 입법부작위에 해당한다고 주장하였다. 이 주장에 대한 현재 결정은 아직 내려지지 않은 상태이다.

은 근로기준법상 근로자성이 인정되지 않는 모든 특수고용노동자들을 포괄적으로 포섭하고자 한 것은 아니었다. 그래서 산재보험법 제125조는 우선적인 ‘보호의 필요성’을 검토하고, 구체적인 적용대상을 산재보험법 시행령으로 규정하였는데, 이 ‘보호의 필요성’과 산재보험 행정의 현실적 실현가능성을 위해 산재보험법 제125조 제1항 각 호와 같은 전속성 요건을 두었다. 산재보험제도는 사업주의 산재보험료 납부에 기초하여 운용되고 있기 때문에, 어떤 사람을 산재보험제도의 적용 대상으로 할 것인가에 대한 문제는 그 사람에 대한 산재보험제도 적용필요성과 함께 산재보험료 수납의 가능성, 업무상 재해가 발생한 경우 해당 재해에 대한 산재보험급여 지급액의 결정 가능성 등을 고려할 수밖에 없는 것이다.

다른 한편, 2007년 국회에서 산재보험법 제125조 신설이 논의되는 과정에서 근로기준법상 근로자가 아닌 특수형태근로종사자의 보험료를 누가 부담해야 하는지에 대한 논란이 있었고, 근로자는 사업주가 100%, 자영업자는 본인이 100% 보험료를 부담하고 있음을 고려하여 “근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는” 특수형태근로종사자는 전속성 요건하에서의 사업주가 보험료를 50%, 특수형태근로종사자 본인이 50%를 부담하는 것이 합리적이라는 주장이 설득력을 얻게 됨에 따라 고용산재보험료징수법 제49조의3 제2항 본문과 같은 규정이 만들어지게 되었다. 검토대상 사건에서도 현재는 특수형태근로종사자의 특징, 즉 독립적 노동의 모습(자영업인의 징표)과 종속적 노동의 모습(근로자의 징표)을 동시에 갖고 있음에 따라 사업주와 그 종사자가 각각 보험료의 2분의 1씩 부담하는 것의 합리성을 인정할 수 있다고 보고 있다. 이전의 현재 결정례가 말하고 있듯, 사회보험정책은 국가의 재량에 상당 부분 맡겨져 있다는 시각(헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2002헌바51 결정 참조)도 기본적인 배경에 깔려 있을 것이다.

따라서 검토대상 현재 결정의 결론은 어느 정도 예상된 것이었다고 생각한다. 산재보험법 제125조가 전제되는 한, 산재보험법의 적용구조를 구체적으로 현실화하는 고용산재보험료징수법이 전체 산재보험제도의 체계를 형해화시키는 것이 아닌 한 그 위헌성 판단에는 한계가 있을 수밖에 없다. 산재보험제도가 근로기준법상 사용자의 재해보상책임을 대체하기 위해 만들어진 제도로부터 출발한 태생적 한계를 가진 상태에서, 산재보험법은 이미 근로자와 특수형태근로종사자를 구분하고 있고, 그 전제하에서 고용산재보험료징수법이 근로자와 달리 특수형태근로종사자가 산재보험료 중 일부를 납부하도록 한 것 자체가 헌법상 평등권을 침해한 것으로 판단되기는 어려웠을 것이라는 의미이다.

이 점에서 필자는 헌법소원의 대상에 산재보험법 제125조 제1항이 포함되지 않은 것에 대한 아쉬움이 있다. 산재보험법 제125조 제1항에 따라 특수형태근로종사자는 근로자가 아닐 것이 전제가 되고, 고용산재보험료징수법을 통해 근로자가 아닌 특수형태근로종사자는 보험료 1/2을 스스로 부담해야 하지만, “사용종속관계(使用從屬關係)의 정도 등을 고려하여 대통령령으로

정하는 직종에 종사하는 특수형태근로종사자의 경우에는 사업주가 부담”하는 경우를 상정하고 있다. 그러나 근로기준법상 근로자 개념은 획일적이거나 일률적이지 않고, 지속적으로 재평가되면서 실질적 판단에 기초할 수밖에 없다. 그럼에도 불구하고 고용산재보험료징수법은 제49조의3 제2항 단서를 통해 산재보험법 제125조 제1항의 특수형태근로종사자 개념에서 필연적으로 발생할 수밖에 없는 오분류 문제에 따라 사업주가 보험료 전액을 부담해야 하는 특수형태근로종사자가 있을 수 있음을 고려하겠다는 것, 그리고 이를 시행령을 통해 해결하겠다고 선언하였지만, 지금까지의 입법부작위를 통해 이 문제를 해결할 수 없음을 확인하고 있는 것이나 마찬가지다. 그렇다면 핵심적 문제는 고용산재보험료징수법 제49조의3 제2항 단서 본문이 특수형태근로종사자로 하여금 보험료의 1/2을 부담하도록 한 것이라기보다는, 산재보험법 제125조 제1항의 특수형태근로종사자가 입법상 오분류의 문제를 내포하고 있고, 오분류된 근로자에게는 산재보험료의 일부를 직접 부담하게 함으로써 다른 근로자와의 형평성에 어긋난 처우를 하도록 만들고 있다는 것이 아닐까 생각한다.

결국 본질적 문제는 산재보험법이 근로기준법상 근로자 개념에 기초하면서 보험행정체계를 이에 정합적인 구조로 만들어 두고 있으면서도 특수형태근로종사자와 같이 근로기준법상 근로자가 아니라고 전제되는 범주를 설정하고, 보험료부담 등을 근로기준법상 근로자와 다르게 접근하고 있는 것이다. 2023년 7월 1일부터는 더 이상 특수형태근로종사자라는 산재보험법상의 용어는 사라지고, 노무제공자라는 용어가 그 자리를 대신한다. 그리고 문제되었던 특수형태근로종사자의 전속성 기준도 폐지된다. 그러나 여전히 고용산재보험료징수법에서는 노무제공자가 특수형태근로종사자와 마찬가지로 산재보험료의 1/2을 부담하도록 하고 있어 청구인들이 제기한 문제는 남아 있다. 비록 현재가 평가하고 있듯 산재보험제도가 다양한 고용형태를 포괄할 수 있도록 개선되어 가고 있고 이에 따라 산재보험법의 보호가 확대되어 가고 있기는 하지만, 산재보험법의 기본 구조 자체를 혁신시켜 나가지 않는 한 검토대상 사건에서 청구인들이 제기한 것과 같은 형평성에 대한 문제의식은 계속 남아 있을 것이다. **KL**

박은정(인제대학교 법학과 교수)