

2014년 한국노동법학회 동계학술대회

노동법의 쟁점과 과제

- 일시 2014년 12월 13일(토) 13:30~18:00
- 장소 인하대학교 법학전문대학원 대형강의실(지하 1층)
- 주최 한국노동법학회 · 인하대학교 법학연구소



인하대학교
법학연구소

프로그 램

13:30~14:00 등 록

14:00~14:10 개회식

개회사 • 박수근 한국노동법학회 회장(한양대)

축사 • 김천수 인하대학교 법학연구소 소장

진행: 권혁 교수(부산대)

제1부

사회: 조용만 교수(건국대)

14:10~14:50 제1발표 : 갱신기대권 법리의 재검토

• 발표: 변성영 박사(부산외대 강사)

• 토론: 박은정 교수(인제대)

14:50~15:30 제2발표 : 공무원의 근무조건과 단체교섭

• 발표: 오세웅 박사(고려대 법학연구원)

• 토론: 김동욱 변호사(법무법인 세종)

15:30~16:10 제3주제 : 일본노동기준법 제19조1항의 해고제한
위반과 임금청구권, 휴업보상의 귀추

• 발표: 홍성민 박사(건강보험정책연구원)

• 토론: 정영훈 박사(헌법재판연구원)

16:10~16:30 Coffee Break

제2부

사회: 박수근 교수(한양대)

16:30~17:20 노동판례백선 출판보고

보고 • 박종희 교수(2012년 회장, 고려대)

총회

사회: 노상현 교수(서울시립대)

17:20~18:00 2014년도 한국노동법학회 정기 총회

18:00~ 폐회 및 만찬

목 차

[제1발표]

- 갱신기대권 법리의 재검토 변 성 영 1
- 토론문 박 은 정 33

[제2발표]

- 공무원의 근무조건과 단체교섭 오 세 응 41
- 토론문 김 동 욱 73

[제3발표]

- 일본노동기준법 제19조1항의 해고제한위반과 임금청구권,
휴가보상의 귀추 홍 성 민 75
- 토론문 정 영 훈(별첨)

- 노동판례백선 출판보고 개요 101

갱신기대권 법리의 재검토

변 성 영*

- I. 갱신기대권 법리의 형성과 전개
- II. 기간제법의 시행과 갱신기대권 법리
 - 1. 기간제법과 갱신기대권 법리의 중첩적용 여부에 관한 학설의 입장
 - 2. 기간제법과 갱신기대권 법리의 중첩적용 여부에 관한 판례의 입장
 - 3. 소결
- III. 갱신기대권 법리의 재검토
 - 1. 갱신기대권 법리의 새로운 흐름(서울특별시 시설관리공단사건)
 - 2. 갱신기대권 법리의 새로운 흐름에 대한 평가와 과제
- IV. 결론에 갈음하여

I. 갱신기대권 법리의 형성과 전개

기간제 근로란 기간의 정함이 있는 근로, 즉 근로계약의 기간이 일정한 기간으로 정해져 있는 근로형태를 말한다.¹⁾ 기간제 근로는 약정된 기간의 만료로 인해 근로관계가 종료되는 특성을 가진다. 기간제 근로는 기업이 경기변동 상황이나, 일시적 사업 필요에 대응하기 위해 고용유연화를 도모하기 위한 과정에서 나타난 고용형태이다.²⁾

기간제 근로라는 고용형태는 고유의 필요성을 지니고 있기 때문에 이를 절대적으로

* 부산외대

1) 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제2조 제1호 참조.

2) 최은배, “기간제 근로계약”, 노동법실무연구 제1권(김지형대법관퇴임기념), 노동법실무연구회, 2011, 206면.

제한하는 것은 사실상 불가능하며, 바람직하지도 않다.³⁾ 다만 기존의 선행연구들에서 끊임없이 지적된 바와 같이 근로계약에 있어서 기간의 문제는 그것이 남용되어 설정 될 경우, 해고제한규정의 형해화(形骸化)와 해당 기간제 근로자의 과도한 종속화라는 결과를 야기하게 된다.⁴⁾

과거 『기간제및단시간근로자보호등에관한법률』(이하 ‘기간제법’으로 약칭)이 시행되기 이전의 기간제 근로에 대한 제정법상의 규율은 근로기준법 제16조⁵⁾의 해석을 통해 이루어졌다.

근로기준법 제16조는 “계약기간”이라는 제목 하에 “근로계약은 기간을 정하지 아니한 것과 일정한 사업의 완료에 필요한 기간을 정한 것 외에는 그 기간은 1년을 초과하지 못한다”라고 규정하고 있었다.

그러나 사실상 근로기준법 제16조 규정은 그 내용에서 알 수 있듯이 기간제 근로자가 더 좋은 직장으로 떠날 자유를 부당하게 제한하지 못하게 하려는 취지에서 마련된 것으로,⁶⁾ 기간제 근로의 보호를 위한 취지의 규정이 아니었기 때문에 근로존속

3) 최은배, “기간제 근로계약의 규제”, 대법원판례해설 제72호, 법원도서관, 2008, 340면.

4) 강성태, 비전형근로와 노동법, 대구대학교 출판부, 2000, 15면, 강희원 교수는 계약기간의 약정을 당사자에게 일임하는 경우에 근로자의 신분적 종속이 가속화되는 것은 물론, 노동법상의 해고제한을 회피할 수 있는 합법적 통로를 마련해주는 셈이 되기 때문에 해고제한 제도를 무력화시키는 결과를 가져오게 된다고 지적하고 있다(강희원, “근로계약의 기간에 대한 일고찰”, 노동법연구 제32호, 서울대학교 노동법연구회, 2012, 3면); 신권철 교수 또한 기간제 근로는 해고제한의 범리를 봉쇄하는 체계를 가지고 있다고 한다(신권철, “기간제 근로계약의 무기근로계약으로의 전환”, 노동법연구 제30호, 서울대학교노동법연구회, 2011, 198-199면). 기간제 근로계약은 고용의 유연화 및 경비절감이라는 그 고유의 필요성을 부인할 수 없으나, 본질적으로 고용의 불안정과 근로조건의 차별이라는 문제점을 내포하고 있다고 한다(이미선, “기간제 근로계약에 있어서 근로자의 근로계약 갱신에 관한 기대권의 인정 문제”, 대법원판례해설 제87호, 법원도서관, 2012, 482면). 근로관계의 존속기간을 정해둠으로써 별도의 해고통지 없이도 근로관계를 종료할 수 있게 되며, 근로자는 고용불안에 시달리게 된다고 한다(권혁, “기간제 상한 제한 규정(제4조)의 ‘근로의 권리’ 침해 여부, 부산대학교 법학연구 제54권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2013, 166면).

5) 법률 제8372호(2007. 4. 11) 부칙 제3조의 규정에 의해 근로기준법 제16조 규정은 2007년 7월 1일자로 그 효력을 상실하였다.

6) 대법원 또한 동 규정에 대해 그 입법취지가 장기의 근로기간을 정함으로 인해 근로자가 퇴직의 자유를 제한당하게 됨으로써 장기간 근로의 계속을 강요당하는 것을 방지할 목적으로 근로자 보호를 위하여 1년을 초과하는 근로계약기간 부분의 근로관계에 있어서 근로자에게 퇴직의 자유를 보장하려는 것에 있다고 판시하였다(대법원 1996. 8. 29. 선고, 95다 5783 판결).

의 보호라는 가치를 실현하기 위해서는 태생적 한계가 있었다.

한 걸음 더 나아가 계약기간은 근로조건이 아니라 근로관계의 존속기간에 지나지 않는다고 전제하고, 당사자가 1년을 초과하는 기간을 정한 근로계약도 그 정한 바대로 허용이 되며(다만 1년이 지난 후에 근로자의 퇴직의 자유가 보장될 뿐이라고 한다), 기간의 정함이 있는 근로계약은 기간의 경과로 자동적으로 소멸한다는 취지의 1996년 전원합의체 판결은 근로기준법 제16조의 해석을 통한 기간제 근로의 보호를 더욱더 어렵게 만들어버렸다.

결국 이러한 상황에서 기간제 근로의 보호는 제정법이 아닌 판례법리에 맡겨질 수밖에 없었고, 기간제 근로의 남용을 방지하고 근로존속 보호를 위한 판례법리가 보다 세분화·구체화되는 방향으로 전개되었다.⁷⁾

기간제 근로의 보호를 위한 판례법리는 크게 두 가지 방향으로 형성되었는데, 첫째 해당 기간제 근로계약의 형식(기간의 정함이 있는지 여부)이 아닌 그 실질을 보아 기간제 근로계약인지를 판단하겠다는 것과, 둘째 기간제 근로자의 갱신기대권에 관한 법리가 바로 그것이다.⁸⁾

계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행, 근로자보호법규 등의 제반사정을 종합적으로 고려하여 해당 근로계약의 ‘기간제 근로계약성’ 자체를 심사하는, 즉 근로‘계약의 해석’을 통해 해당 ‘계약의 실체(실질적 내용)’를 규명하여 해당 근로계약이 기간제법이 적용되는 기간제 근로계약인지, 그렇지 않으면 기간의 정함이 없는 근로계약인지를 판단하는 앞의 판례법리와는 달리 갱신기대권 법리는 해당 근로계약이 일단 기간제 근로계약임을 전제로 한다.

갱신기대권 법리에 대한 대법원의 태도에는 많은 변화가 있었다.

갱신기대권 법리에 대해 종전의 대법원은 계약기간을 정하여 임용된 근로자의 경우 임용의 근거가 된 법령 등의 규정이나 계약 등에서 임용권자에게 임용기간이 만료된

7) 이병희, “기간제 근로에서의 계약기간과 사용기간”, 사법논집 제45집, 법원도서관, 2007, 670면 이하.

8) 유성재 교수도 이와 같은 분류방식을 취하고 있다. 유성재 교수는 전자를 ‘사실상 무기계약 법리’라고 하고, 후자를 ‘순수 기간제 근로계약 법리’라고 칭하고 있다(유성재, “『기간제법』의 제정과 기간제 근로계약의 갱신거부”, 중앙법학 제12집 제2호, 중앙법학회, 2010, 358-359·367면).

근로자를 재임용할 의무를 지우거나 재임용절차 및 요건 등에 관한 근거규정을 두고 있어 근로자에게 소정의 절차에 따라 재임용될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 그 절차에 위반하여 부당하게 근로자를 재임용에서 제외하는 것은 실질적으로 부당해고와 동일시할 수 있다고 판시하였다.⁹⁾ 종전 대법원의 입장을 분석하면 ① 해당 근로계약이 일단 기간제 근로계약이라는 전제하에, ② 법령 또는 계약의 내용에 있어 해당 기간제 근로계약의 갱신에 대한 근거규정이 존재해야 하며, ③ 근로계약 기간의 만료라는 사실이 있다 하더라도 계약의 해석에 따라 그러한 법령 또는 계약상의 근거규정에 의해 재계약에 대한 정당한 기대권이 인정될 수 있고, 그러한 근거규정의 재계약 절차를 위반한 계약의 갱신 거절은 해고와 동일시할 수 있다는 것이다.

그러나 2011년 서울특별시 시설관리공단사건에서 대법원은 임용의 근거가 된 법령 등의 규정이나 계약 등에서 임용권자에게 임용기간이 만료된 근로자를 재임용할 의무를 지우거나 재임용절차 및 요건 등에 관한 근거규정을 두고 있는 경우에 한해 갱신 기대권의 형성을 인정해왔던 종전의 태도에서 벗어나 법령 등의 규정이나 계약 등에 재임용에 대한 명시적인 규정이 없는 경우에도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등의 해당 근로관계를 둘러싼 제반 사정을 종합하여 갱신기대권의 형성을 인정함으로써 그 적용범위를 일반 기간제 근로의 경우까지로 확대하고 있다.¹⁰⁾

II. 기간제법의 시행과 갱신기대권 법리

근로기준법 제16조 규정은 기간제 근로의 보호를 위한 취지의 규정이 아니었기 때

9) 대법원 2005. 7. 8. 선고, 2002두8640 판결; 대법원 2006. 3. 9. 선고, 2003다52647 판결 등.

10) 김홍영, “사회통합과 비정규직 노동법의 변화”, 저스티스 134-3호, 한국법학원, 2013, 87면; 김재훈, “기간제 고용과 갱신기대권, 기간제고용의 규율방식 전환”, 노동법률 2012. 1, 중앙경제사, 2012, 78-79면..

문에 기간제법 시행 이전 기간제 근로에 대한 법률상의 보호는 사실상 전혀 이루어지지 않다시피 하였고, 사법부는 기간제 근로의 보호에 관한 판례법리를 전개함으로써 당시 법 규정의 흠결을 보충하려 했음은 앞에서 살펴본바와 같다.

그러나 외환위기를 전후하여 기간제 근로자, 단시간 근로자 등 비정규직 근로자가 급격히 증가하고 이들 근로자에 대한 차별적 처우와 남용행위가 사회적 문제로 대두됨에 따라, 기간제 근로자 및 단시간 근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 사용자의 남용행위를 규제함으로써 이들 근로자의 근로조건을 보호하고 노동시장의 건전한 발전을 도모하려는 취지에서 2007년 7월 1일부터 ‘기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률’(이하 ‘기간제법’으로 약칭)이 시행되고 있다.¹¹⁾

여기서 짚고 넘어가야 할 것은 기간제 근로에 관한 종전 판례법리의 전개를 통해 적용해왔던 갱신기대권의 법리가 기간제법 시행 이후에도 여전히 중첩 적용될 수 있는지의 문제이다.

이미 기간제법 시행이후 7년이 넘는 시간이 흘렀지만, 종전의 판례법리가 기간제법과 중첩적으로 적용될 수 있을 것인지에 대한 대법원의 입장은 불분명하다. 기간제법 시행이후에 체결된 기간제 근로계약에 있어서의 갱신기대권에 대해서도 하급심 판결의 사례는 있으나, 대법원이 판시한 사안은 아직 존재하지 않는다. 그리고 하급심 판결마저도 서로 다른 입장을 보이고 있다.

다만, 4인 이하 사업장의 경우에는 기간제법상의 기간제 근로에 대한 사용제한을 받지 않으므로¹²⁾ 종전의 판례법리가 그대로 적용된다는 점에 이론(異論)이 없을 것이다.

1. 기간제법과 갱신기대권 법리의 중첩적용 여부에 관한 학설의 입장

(1) 중첩적용 부정설

-
- 11) 법률 제8074호(2006. 12. 21.) 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제·개정문.
 12) 기간제법 제3조(적용범위) ① 이 법은 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용한다. 다만, 동거의 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장과 가사사용인에 대하여는 적용하지 아니한다. ② 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 대통령이 정하는 바에 따라 이 법의 일부 규정을 적용할 수 있다. ③ 국가 및 지방자치단체의 기관에 대하여는 상시 사용하는 근로자의 수에 관계없이 이 법을 적용한다.

갱신기대권의 법리를 이른바 ‘순수 기간제 근로계약 법리’로 분류하면서 이러한 ‘순수 기간제 근로계약 법리’는 법관에 의한 법형성으로 법률의 흠결이 전제되는 경우에 한해 그 정당성을 인정받을 수 있다고 한다. 그런데 기간제법의 제정으로 이제 기간제 근로계약의 체결과 관련하여 더 이상 법률의 흠결이 존재하지 않기 때문에 (기간제법이 시행되고 있는 한) 이러한 법리가 더 이상 적용될 수 없다고 하는 견해이다.¹³⁾

(2) 중첩적용 긍정설

기간제 근로자가 재계약 기대권을 가지는 것은 단지 그 반복·갱신의 횟수나 연속 기간에만 좌우되는 것은 아니고 그 계약기간의 성격과 체결경위 등 여러 가지 제반 사정을 고려하여 판단해야하므로 기간제 근로자들에게 일자리 상실과 관련하여 적절한 절차를 거칠 권리를 해석론을 통해 부여하는 종전의 판례법리는 현행 기간제법 하에서도 여전히 유효하다는 입장이다.¹⁴⁾

¹³⁾ 유성재, 전계논문, 373-374면; 같은 입장에 있으면서 제3·4유형의 판례법리가 현행 기간제법 하에서 유지·적용될 수 없는 근거를 기간제법상으로 기간제 근로자는 2년을 초과하여 사용하지 못하도록 정하고 있으므로 기간제 근로계약을 체결하는 근로자의 입장에서 통상적으로 2년 이후에도 계속 근로계약이 갱신될 것으로 기대하지는 않을 것이고, 2년 후에는 무기계약 근로자로 전환되든지 그렇지 않으면 근로계약이 종료될 것으로 생각할 것이므로 구체적인 사례에서 기간제 근로계약을 체결한 근로자가 2년 후에도 근로계약이 갱신될 것이라는 기대를 합리적으로 가지고 있는 것으로 인정되는 경우는 실제로는 거의 없을 것으로 예상되기 때문이라고 하는 견해가 있다. 다만, 이 견해에 있어서도 만일 사용자가 해당 기간제 근로자를 채용하면서 근무성적이 우수하면 2년 후에 정규직으로 전환해 주겠다는 약속을 하였다면, 그 후 사용자가 그 근로자에 대한 업무수행능력 등의 평가를 전혀 하지 않고 단지 기간의 만료라는 이유만으로 해당 근로관계를 종료시키는 것은 정규직으로 전환될 수 있다는 기간제 근로자의 합리적 기대를 깨뜨리는 것이 되어 신의칙상 허용될 수 없다고 하며, 이러한 사례에서는 종전 제3·4유형의 판례법리를 현행 기간제법 하에서도 적용하는 것이 가능하다고 한다(민주사회를 위한 변호사모임 노동위원회 편저, 변호사가 풀어주는 노동법 III, 민주사회를 위한 변호사모임, 2007, 52-53면).

¹⁴⁾ 도재형, “기간제 근로계약 갱신 거절권의 제한”, 노동법연구 제24호, 서울대학교노동법연구회, 2008, 182-184면; 최은배, “기간제 근로계약”, 노동법실무연구 제1권(김지형대법관퇴임기념), 노동법실무연구회, 2011, 218-219면; 신권철, 전계논문, 222-224면; 이병희, 전계논문, 701면; 박지순, “기간제 근로의 노동법적 문제와 입법적 과제”, 노동법학 제19호, 한국노동법학회, 2004, 175-176면; 노동법실무연구회, 근로기준법주해 II, 박영사, 2012, 31면.

2. 기간제법과 갱신기대권 법리의 중첩적용 여부에 관한 판례의 입장

기간제법 시행 이후 ‘신규로 체결된 기간제 근로계약’의 경우에 대해서도 종전의 갱신기대권 법리가 중첩적으로 적용될 수 있을지에 관한 법원의 입장은 엇갈리고 있다. 최근의 하급심판결들의 경향을 검토해보면 다음과 같다.

(1) 중첩적용을 부정한 사례

기간제법 시행 이후에 갱신기대권 법리의 중첩적용을 부정한 대표적인 사례는 다음과 같다.

해당 하급심 판결¹⁵⁾은 2008. 6. 19. 사용자와 계약기간을 2008. 12. 31.까지로 하여 근무하다가 2008. 12.경 다시 계약기간을 ‘2009. 1. 1.부터 2009. 12. 31.까지’로 하여 재계약을 체결한 후 2009. 12. 31.까지 근무하다가 2009. 12. 31. 계약기간 만료로 퇴직당한 근로자의 갱신기대권 인정과 관련하여 기간제법 시행 이후에 신규로 체결되는 기간제 근로계약은 근로관계가 2년의 기간 내에 종료될 것이 예정되어 있다는 이유로 갱신기대권의 형성을 부정하였는데, 그 논거는 다음과 같다.

첫째, 기간제법 제4조는 제1항·제2항의 입법취지는 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 기간제 근로자 지위의 안정화라는 목표와 사용자가 경기 변동에 따라 고용량을 조절할 수 있는 노동시장의 유연성 제고라는 목표를 조화롭게 추구하기 위함이고, 이러한 입법취지 등에 비추어 볼 때 동법 제4조 제2항은 강행규정으로 봄이 타당하다.

둘째, (기간제법이 기간제 근로자의 총 사용기간을 원칙적으로 2년으로 제한할 뿐 다른 나라의 입법례처럼 기간제 근로계약의 재체결에 정당한 객관적 사유의 존재를 요구하거나 기간제 근로계약의 반복적 체결이 가능한 횟수를 제한하고 있지 않는 입법태도 등에 비추어 볼 때) 법 시행 이후에는 사용자는 원칙적으로 기간제 근로계약을 2년의 기간 내에서 계약기간을 자유롭게 정할 수 있음은 물론 동일한 내용으로 반복하여 체결할 수도 있지만 총 사용기간이 2년을 초과하는 때에는 해당 기간제근로자에게 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로서의 지위가 인정되므로, 법 시행 이후에 신규로 체결되는 기간제 근로계약은 근

¹⁵⁾ 서울고등법원 2011. 08. 18. 선고, 2011누9821 판결.

로관계가 2년의 기간 내에 종료될 것이 예정되어 있는 반면 근로자에게 총 사용기간이 2년을 초과하는 재계약이 체결될 수 있으리라는 기대권이 인정될 수 없다고 봄이 타당하다.

셋째, 해당 기간제 근로자들이 기간제법이 시행된 지 약 1년 정도 경과된 후에 사용자와 최초로 근로계약을 체결한 점 등의 제반사정에 비추어 볼 때 근로자들 또한 사용자가 자신들을 2년을 초과하여 사용함으로써 기간제법에 따른 무기한 고용의 부담을 안으리라고 기대하였다고 보기 어렵다.

(2) 중첩적용을 긍정한 사례

기간제법 시행 이후에 갱신기대권 법리의 중첩적용을 긍정한 대표적인 사례는 다음과 같다.

해당 하급심 판결¹⁶⁾은 사용자와 계약기간을 2010. 10. 26.부터 2012. 10. 25. 까지만 근로계약을 체결하고, 이후 계약기간 만료로 퇴직당한 근로자의 갱신기대권 인정과 관련하여 기간제법 시행이 곧 재계약의 정당한 기대권의 형성을 막는다거나 이미 형성된 재계약의 기대권을 소멸시키는 사유라고 보기는 어렵다는 이유로 갱신기대권의 형성을 긍정하였는데, 기간제법의 시행으로 사용자가 2년의 기간 내에서 기간제 근로자를 사용할 수 있고, 기간제 근로자의 총 사용기간이 2년을 초과할 경우 그 기간제 근로자가 기간의 정함이 없는 근로자로 간주되더라도, 위 규정들의 입법 취지가 기본적으로 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는 점을 고려하면, 기간제법의 시행이 곧 재계약의 정당한 기대권의 형성을 막는다거나 이미 형성된 재계약의 기대권을 소멸시키는 사유라고 보기는 어렵다는 점을 그 논거로 들고 있다.

3. 소결

기간제법과 갱신기대권 법리의 중첩적용 여부와 관련해서 전제되어야 할 것은 갱신기대권 법리는 ‘계약의 해석’을 통해 ‘계약의 실질적 내용’, 즉 ‘진정한 계약당사자의

¹⁶⁾ 서울고법 2014.11.06.선고, 2013누53679 판결.

의사'를 규명함으로써 해당 기간제 근로자의 갱신기대권 형성여부를 판단하고 있다는 점이다.

갱신기대권의 판례법리가 현행 기간제법 하에서 중첩적으로 적용될 수 없는 근거로 기간제법상으로 기간제 근로자는 2년을 초과하여 사용하지 못하도록 정하고 있으므로 기간제 근로계약을 체결하는 근로자의 입장에서 통상적으로 2년 이후에도 계속 근로계약이 갱신될 것으로 기대하지는 않을 것이고, 2년 후에는 무기계약 근로자로 전환되든지 그렇지 않으면 근로계약이 종료될 것으로 생각할 것이므로 구체적인 사례에서 기간제 근로계약을 체결한 근로자가 2년 후에도 근로계약이 갱신될 것이라는 기대를 합리적으로 가지고 있는 것으로 인정되는 경우는 실제로는 거의 없을 것으로 예상되기 때문이라고 하는 견해가 있다.¹⁷⁾ 기간제법 시행 이후에 기간제 근로계약을 체결한 경우에 있어서의 갱신기대권의 인정을 부정적으로 보고 있는 하급심 판결 또한 동일한 전제에 있는 듯하다.

그러나 기간제법 제4조 제1항은 사용자에게 기간제근로자를 사용할 수 있는 기간을 2년으로 제한하는 것이지 해당 기간제 근로계약 당사자 사이의 계약갱신의 의사를 제한하는 것으로 해석할 수는 없다. 즉 기간제법 제4조 제1항이라는 강행규정의 수범자는 사용자이고, 그 내용은 사용자에게 대해 2년을 초과하지 않는 범위내에서만 해당 근로자를 기간제 근로자로 사용할 수 있고, 그 사용기간이 2년을 초과하게 되면 기간의 정함이 없는 근로자로 전환해서 사용하라는 것이다.¹⁸⁾

따라서 이와 같은 기간제법 제4조 제1항의 내용을 들어 근로계약·취업규칙·단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 해당 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위·계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태·근로자가 수행하는 업무의 내용 등 해당 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여, 즉 해당 '계약의 해석'을 통해 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성됨을 근거로 기간제 근로계약을 체결한 근로자가 가지게 되는 계약갱신에 대한 합리적 기대를 방해하는 것

17) 민주사회를 위한 변호사모임 노동위원회 편저, 전거서, 52-53면.

18) 김홍영, “기간제법의 시행 이후 갱신기대권의 인정 여부”, 노동판례리뷰 2012-2013, 한국노동연구원, 2014, 546면.

으로 쉽게 단정하는 것은 무리한 해석이라고 생각한다.

요컨대, 법문상 명확하게 그 수범자가 사용자로 설정되어 있고, 그 내용 또한 2년을 초과하여 해당 기간제 근로자를 사용하려면 기간의 정함이 없는 근로자로 전환해서 사용하라는 기간제법 제4조 제1항의 내용은 실질적인 ‘계약의 해석’을 통해 해당 기간제 근로자에게 갱신기대권이 인정되는지를 판단하는 갱신기대권 법리의 중첩적용을 제한하는 것으로 해석할 수는 없다고 생각한다.

한편, 기간제법 시행 이후에 기간제 근로계약을 체결한 경우에 있어서의 갱신기대권의 인정을 부정적으로 보았던 하급심 판결¹⁹⁾이 들고 있는 논거를 하나씩 검토해보면 다음과 같다.

① 해당 판결은 기간제법 제4조 제1항·제2항의 입법취지를 “기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 기간제 근로자 지위의 안정화라는 목표와 사용자가 경기 변동에 따라 고용량을 조절할 수 있는 노동시장의 유연성 제고라는 목표를 조화롭게 추구하기 위함”이라고 보았고, “이러한 입법취지 등에 비추어 볼 때 동법 제4조 제2항²⁰⁾은 강행규정으로 봄이 타당하다”고 하였다.

그러나 기간제법 제1조는 “이 법은 기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자 및 단시간근로자의 근로조건 보호를 강화함으로써 노동시장의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 한다”고 명시하고 있다.

이러한 점은 기간제법의 제정문에서도 잘 나타나 있는데, 기간제법은 그 제정이유를 “기간제 근로자, 단시간 근로자 등 비정규직 근로자가 급격히 증가하고 이들 근로자에 대한 차별적 처우와 남용행위가 사회적 문제로 대두됨에 따라, 기간제 근로자 및 단시간 근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 사용자의 남용행위를 규제함으로써 이들 근로자의 근로조건을 보호하고 노동시장의 건전한 발전을 도모하려는 것”이라고 설명하고 있다.²¹⁾

헌법재판소 또한 기간제법 제4조 제1항 본문(기간제 근로자의 경우 2년을 초과하여서는 원

19) 서울고등법원 2011. 08. 18. 선고, 2011누9821 판결.

20) 기간제법 제4조(기간제근로자의 사용) ②사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다.

21) 법률 제8074호(2006. 12. 21.) 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제·개정문.

칙적으로 다시 기간제 근로자로서 근로계약을 체결할 수 없도록 한 규정)의 입법취지를 기간제 근로자로 2년을 근무하면 무기계약으로 전환하도록 하여 2년을 초과하는 기간제근로자 사용을 억제함으로써 이들의 고용불안을 해소하고 그 근로조건을 개선하기 위한 것, 즉 기간제 근로자의 고용불안 해소 및 근로조건 개선으로 파악하고 있다.²²⁾

그런데 해당 판결은 기간제법 제4조 제1항·제2항의 입법취지에 “사용자가 경기 변동에 따라 고용량을 조절할 수 있는 노동시장의 유연성 제고라는 목표”를 슬그머니 끼워놓고 있다. 기간제법의 입법취지에 대한 사법부의 이러한 오해는 자칫 사법부에 의한 법해석의 실패라는 결과를 초래할 수도 있다.

법원은 기간제법의 입법취지에 대한 이러한 오해를 전제로 다시 “이러한 입법취지 등에 비추어 볼 때 동법 제4조 제2항은 강행규정으로 봄이 타당하다”고 하고, “법 시행 이후에 신규로 체결되는 기간제 근로계약은 근로관계가 2년의 기간 내에 종료될 것이 예정되어 있는 반면 근로자에게 총 사용기간이 2년을 초과하는 재계약이 체결될 수 있으리라는 기대권이 인정될 수 없다”고 한다.

기간제법의 입법취지는 사용자의 기간제 남용을 방지하고 (사용자에 의한) 차별행위를 시정함으로써 기간제 근로자를 보호하는 것이다. 이에 따라 기간제법 제4조 제1·2항은 기간제 근로의 사용을 제한하고 사용자에 의해 기간제 근로의 남용이 행해지면 그 법률효과로서 해당 기간제 근로자를 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 간주하도록 하는 것이다. 따라서 기간제법의 이러한 법 취지에서 보면 기간제법 제4조 제2항의 강행규정성은 사용자가 기간제법의 회피를 목적으로 기간제법 제4조 제2항의 적용을 배제할 것을 해당 기간제 근로자와 약정을 하여도 그러한 약정은 효력이 없는 것으로 해석되어야 한다.

그런데 법원은 기간제법의 취지를 오해한 결과, 기간제법 제4조 제2항의 강행규정성을 부적절하게 원용하고 있다. 즉 기간제법의 취지, 보다 구체적으로 기간제법 제4조 제1·2항의 취지를 ‘기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 기간제 근로자 지위의 안정화라는 목표와 사용자가 경기 변동에 따라 고용량을 조절할 수 있는 노동시장의 유연성 제고라는 목표의 조화’로 파악함으로써 2년이라는 사용기간의 제한 규정의 제한을 받는 인적 범위에 ‘해당 기간제 근로자’를 포함시키는 우(愚)를 범하고 있

22) 헌법재판소 2013. 10. 24. 선고, 2010헌마219·2010헌마265 결정.

는 것이다.

결국 기간제법의 입법취지, 기간제법 제4조 제1·2항의 입법취지를 오해한 법원이 하고 싶은 말은 결국 ① 기간제법과 기간제법 제4조 제1·2항의 입법(규정)취지는 “사용자가 경기 변동에 따라 고용량을 조절할 수 있는 노동시장의 유연성 제고”라는 ‘사용자의 이익’도 포함하는 것이므로, 강행규정인 동 규정의 제한을 받는 인적 범위에는 ‘해당 기간제 근로자’도 포함된다. ② 따라서 기간제법 시행 이후에 신규로 체결되는 기간제 근로계약은 근로관계가 2년의 기간 내에 종료될 것이 (해당 기간제 근로자의 ‘갱신에 대한 기대권’과는 상관없이 사용자와 근로자 서로에게) 예정되어 있어 “근로자들 또한 사용자가 자신들을 2년을 초과하여 사용함으로써 기간제법에 따른 무기한 고용의 부담을 안으리라고 기대하였다고 보기 어렵다”고 판단한 것은 아닐까 하는 의심을 지울 수가 없다.

하급심 판결의 이와 같은 잘못된 결론은 기간제법의 취지에 대한 잘못된 오해에서부터 출발한다. 그리고 이러한 오해를 전제로 기간제법 제4조 제1·2항의 강행규정성에 대한 해석도 잘못된 방향으로 가버렸다.

법원의 이러한 자의적인 해석은 마치 근로기준법 제16조에 대한 해석에 있어서 ‘근로조건’이라는 개념의 충분한 고찰을 통한 근로계약기간의 의미를 파악하려는 정석적인 노력대신에 (이미 결론을 의도한 후) 새로운 법리형성을 위한 전제로서의 개념정립을 위해 ‘근로계약기간’을 단지 ‘근로계약의 존속기간’에 불과할 뿐이라고 하면서, 근로계약 당사자들이 근로기준법의 구속을 받지 않고 임의로 그 기간을 설정하는 것을 용인하고, 당사자가 1년을 초과하는 근로계약기간을 정해 근로계약을 체결했다고 하더라도 그 기간의 정함 자체는 그대로 유효하다고 한 과거 전원합의체 판결²³⁾을 떠올리게 한다.²⁴⁾

기간제법 하에서의 갱신기대권의 인정여부와 관련하여 주목할 만한 판례가 있다.²⁵⁾

이 판결은 ① 갱신의 정당한 기대권은 채용의 근거가 된 계약이나 취업규칙의 재

23) 대법원 1996. 8. 29. 선고, 95다5783 전원합의체 판결.

24) 대법원 1996. 8. 29. 선고, 95다5783 전원합의체 판결의 ‘독소와 같은 영향력’의 폐해(弊害)에 관해서는 정인섭, “기간제근로에서 재고용의 정당한 기대권”, 노동법연구 제33호, 서울대학교노동법연구회, 2012, 170면 이하 참조.

25) 서울고등법원 2012. 09. 21. 선고, 2011나105241 판결.

계약 관련 규정에서 발생하는 권리이고, 기간제보호법 제4조가 그와 같은 재계약 관련 규정을 특별히 제한하는 규정이라고는 보이지 않으므로 기간제 근로자 등에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제 근로자 등의 근로조건 보호 강화에 입법취지가 있는 기간제 근로자보호법의 시행을 오히려 기간제 근로자에게 불리하게 갱신 기대권의 법리를 제한하여야 하는 사정으로 볼 수는 없다고 전제하였다. 앞의 하급심 판결²⁶⁾과는 달리 기간제법의 입법취지를 정확하게 이해하고 있다.

② 동 판결은 이와 같이 해석할 경우 (1년 이상의 기간을 정한 근로계약이 기간제보호법 공포일 이전에 체결되어 사용자와 근로자 모두 그와 같은 법의 시행에 따라 사용기간 2년 초과시 무기계약으로 전환되리라는 점을 예측할 수 없었던 경우에 그 계약이 법 시행일 이후에 만료되고, 이어 계약의 갱신 기대권이 인정된 결과 재계약이 체결되고 여기에 기간제보호법 제4조 제2항이 적용되어 결국 사용기간이 2년을 초과하는 시점에서 위 재계약이 무기계약으로 전환되면) 경우에 따라서는 계약 당사자가 의도하지 않았던 계약을 강제하는 불합리한 결과가 초래될 수도 있으나, 무기계약 전환이라는 결과는 갱신기대권 법리의 직접적 귀결이 아니라 기간제보호법 제4조에 따른 것이므로,²⁷⁾ 그와 같은 사정을 들어 이미 발생한 갱신 기대권을 부정하거나 제한적으로 해석할 수는 없다고 하면서 계약의 갱신기대권에 관한 법리는 기간제법이 시행된 이후에도 여전히 유효하다고 한다.

물론 앞의 판결²⁸⁾은 기간제법 시행 이후에 기간제 근로계약을 체결한 사례이고 뒤의 판결²⁹⁾은 기간제법 시행 이전에 기간제 근로계약을 체결한 사례라는 사실관계의 차이는 있지만, 그러한 사실관계의 차이보다는 오히려 기간제법의 입법취지와 기간제법 사용제한 규정의 취지에 대한 인식의 차이에서 두 판결의 결론이 달라졌다고 생각한다.³⁰⁾ 앞에서 소개한 가장 최근의 판결³¹⁾ 또한 기간제법의 입법취지를 “기간제

26) 서울고등법원 2011. 08. 18. 선고, 2011누9821 판결.

27) 이러한 불합리는 기간제법 제4조 제1항 단서 또는 적법한 절차에 따른 정리해고, 근로계약의 합의해지 등의 방법으로 해결해야 할 것이라고 한다(서울고등법원 2012. 09. 21. 선고, 2011나105241 판결).

28) 서울고등법원 2011. 08. 18. 선고, 2011누9821 판결.

29) 서울고등법원 2012. 09. 21. 선고, 2011나105241 판결.

30) 뒤의 판결이 “갱신의 정당한 기대권은 채용의 근거가 된 계약이나 취업규칙의 재계약 관련 규정에서 발생하는 권리이고, 기간제보호법 제4조가 그와 같은 재계약 관련 규정을 특별히 제한하는 규정이라고는 보이지 아니하므로, 기간제근로자 등에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자 등의 근로조건 보호 강화에 입법취지가 있는 기간제근로자보호법의 시행을 피고가 주장하는 바와 같이 오히려 기간제근로자에게 불리하게 갱신 기대권의 법리를

근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 데에 있는” 것으로 이해하면서 “기간제법의 시행이 곧 재계약의 정당한 기대권의 형성을 막는다거나 이미 형성된 재계약의 기대권을 소멸시키는 사유라고 보기는 어렵다”는 결론을 내렸다는 점은 이와 같은 사실을 더욱 분명하게 해주는 것이라고 생각한다.

결론적으로 갱신기대권 법리는 ‘계약의 해석’을 통해 ‘계약의 실질적 내용’을 규명함으로써 해당 근로자의 갱신기대권 형성여부를 판단하고 있다는 점, 그리고 기간제법의 취지가 이를 배제하고 있는 것이 아니라는 점에서 갱신기대권 법리와 기간제법은 중첩적으로 적용될 수 있는 것으로 생각한다.

Ⅲ. 갱신기대권 법리의 재검토

2011년 서울특별시 시설관리공단사건은 앞으로 전개될 갱신기대권 법리의 방향성을 제시하고 있다는 점에서 주목할 만한 판결이다.³²⁾ 이하에서는 2011년 서울특별시 시설관리공단사건에 대한 판시사항을 분석함으로써 향후 전개될 갱신기대권 법리의 흐름을 짚어보고, 개선해 나가야 할 방향을 모색해보기로 한다.³³⁾

1. 갱신기대권 법리의 새로운 흐름(서울특별시 시설관리공단사건)

(1) 사건의 개요

제한하여야 하는 사정으로 볼 수는 없다”라고 실시한 뒤, “특히 원고들에게는 기간제법 시행 이전에 피고와의 근로계약에 의해 재계약 체결이라는 갱신 기대권이 인정되어 있었음에도...”라고 하여 기간제법 시행 이전에 기간제 근로계약을 체결하여 이미 갱신기대권이 형성된 사실을 기간제법 하에서도 갱신기대권이 인정된다는 앞의 실시내용을 ‘강화’하는 요소로 보는 해당 하급심판결(서울고등법원 2012. 09. 21. 선고, 2011나105241 판결)의 태도는 앞의 하급심판결(서울고등법원 2011. 08. 18. 선고, 2011누9821 판결)과의 결론의 차이가 단지 사실관계의 차이에서만 기인한 것은 아니라는 점을 시사하는 것이다.

³¹⁾ 서울고법 2014.11.06. 선고, 2013누53679 판결.

³²⁾ 대법원 2011.4.14. 선고 2007두1729 판결.

³³⁾ 이후 대법원 2011. 7. 28. 선고, 2009두2665 판결; 대법원 2012. 6. 14. 선고, 2010두8225 판결 등 다수의 판결들이 이 판결을 따르고 있다.

해당 기간제 근로자들은 2002. 12.경 서울특별시 시설관리공단과 장애인콜택시 운행에 관한 위·수탁계약을 체결하고 장애인콜택시 운영업무를 수행해왔다. 한편 서울특별시 시설관리공단은 2003. 12. 29. 해당 기간제 근로자들에게 2003. 12. 31.자로 해당 위·수탁계약이 종료되고 갱신계약 체결대상자 선정을 위한 심사에서 탈락했다는 취지의 통지를 했고, 해당 기간제 근로자들은 이러한 갱신거절이 부당하고 및 부당노동행위라고 주장하면서 노동위원회에 구제신청을 한 사건이다.

(2) 원심의 판단

원심은 해당 위·수탁계약서에 서울특별시 시설관리공단은 위탁기간 동안 원고들의 운행실적 등을 감안하여 필요하다고 인정할 때에는 위탁기간을 연장할 수 있고, 계약기간 만료 30일전까지 상호 서면으로 이의가 없을 때에는 본 계약은 동일한 조건으로 자동연장이 된다는 규정이 포함되어 있는 점, 실제로 2003. 12.경 서울특별시 시설관리공단은 기존의 운전자 100명 중 이 사건 심사 결과 부적격자로 판정하여 이 사건 갱신거절을 한 원고들을 포함한 11명을 제외한 나머지 89명의 운전자와의 사이에 연장계약을 체결하는 형식으로 위 계약을 갱신한 점은 인정하면서도 ① 서울특별시 시설관리공단에게 해당 위·수탁계약서 및 관련 법령 등에 위 계약기간이 만료된 원고들 등에 대해 재계약(재임용)을 체결할 의무를 지우거나 구체적인 재계약절차 및 요건 등에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않은 사정, ② 서울특별시의 장애인콜택시 관련 조례에 의하면 서울특별시가 장애인콜택시의 관리 등에 관하여 서울특별시 시설관리공단 이외에 법인 또는 단체에 위탁할 수 있고 수탁기관이 제3자에게 재위탁하는 경우 계약기간은 1년 단위로 하도록 규정하고 있으며, 또한 해당 위·수탁계약서에 의하면 서울특별시 시설관리공단이 서울특별시와의 사이에 체결된 위 위탁계약이 중도해지 등의 사유로 종료되는 경우 해당 위·수탁계약 역시 중도해지 할 수 있도록 규정하고 있는 점 등에 비추어 해당 위·수탁계약의 계속적 유지가 보장되어 있는 것으로 단정하기 어려운 사정, ③ 원고들의 경우에는 계약갱신이 단 한차례도 이루어진 바 없는 사정 등을 들어 해당 기간제 근로자들에 대해 해당 위·수탁계약의 만료시점에 해당 위·수탁계약을 연장하거나 갱신하는 방법으로 재임용될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 하였다. 아울러 원

심은 해당 기간제 근로자들과 서울특별시 시설관리공단 사이의 해당 위·수탁계약은 2003. 12. 31. 기간만료로써 종료되었다고 하며, 해당 위·수탁계약을 연장하거나 갱신하는 방법으로 재임용될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되지 않는 해당 기간제 근로자들에 대해 서울특별시 시설관리공단이 총점 70점 미만자인 해당 기간제 근로자들과 사이에 해당 위·수탁계약의 갱신을 거절할 합리적인 사유도 갖추었다고 보아야 할 것이므로, 서울특별시 시설관리공단이 해당 기간제 근로자들에 대해 해당 위·수탁계약의 갱신거부를 한 것은 부당한 해고로 볼 수 없다고 판시하였다.³⁴⁾

(3) 대법원의 판단

A. 갱신기대권 일반론

대법원은 기간을 정해 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되고 근로계약을 갱신하지 못하면 갱신거절의 의사표시가 없어도 그 근로자는 당연 퇴직되는 것이 원칙이라고 하면서도 근로계약·취업규칙·단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위·계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태·근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 그에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 하였다.³⁵⁾

B. 해당 사안에서의 갱신기대권의 인정여부

대법원은 ① 해당 조례는 서울특별시로부터 장애인콜택시의 관리 등을 위탁받은 수

³⁴⁾ 서울고등법원 2006. 12. 19. 선고, 2005누17722 판결.

³⁵⁾ 대법원 2011.4.14. 선고 2007두1729 판결.

탁자가 다시 이를 제3자에게 재위탁하는 경우 그 계약기간을 1년 단위로 하도록 규정하고 있고 이에 따라 해당 위·수탁계약도 그 기간을 1년으로 정하였으나, 서울특별시 장애인콜택시 운영계획에는 계약기간을 1년 단위로 갱신하도록 하면서 그 취지가 부적격자의 교체에 있음을 명시하고 있는 점, ② 해당 장애인콜택시 사업은 중증장애인의 이동수단 확보를 위해 지속적으로 운영될 필요가 있어 위 사업을 한시적·일시적 사업이라고 볼 수 없으며, 서울특별시 역시 위 운영계획에서 사업의 확대운영을 검토하고 있음을 알 수 있는 점, ③ 서울특별시 시설관리공단은 해당 위·수탁계약을 포함한 운전자들과의 위·수탁계약에서 계약기간 동안 운전자들의 운행실적 등을 감안하여 필요하다고 인정할 때에는 위탁기간을 연장할 수 있고, 계약기간 만료 30일 전까지 상호 서면으로 이의가 없을 때에는 계약은 동일한 조건으로 자동 연장된다는 규정을 둔 점, ④ 서울특별시 시설관리공단은 이에 따라 그 소속 운전자들에 대한 위탁기간이 만료될 무렵인 2003년 11월경 심사항목 및 배점, 갱신 기준 점수 등 이 사건 심사기준표를 정하여 운전자들을 심사하여 갱신 기준 점수인 총점 70점 이상인 자들에 대해서 전원 계약기간을 연장하였는데, 서울특별시 시설관리공단이 정한 심사기준은 1일 콜 횟수, 교통법규 위반 등 평가자의 주관적인 판단이 개입될 여지가 없는 내용으로 이루어져 있어 서울특별시 시설관리공단 소속 운전자들 사이에 위 심사기준에 따른 심사 결과 갱신 기준 점수 이상의 점수를 얻게 되는 경우에는 특별한 사정이 없는 이상 계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있다고 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 서울특별시 시설관리공단과 그 소속 운전자들 사이에는 소정의 심사절차를 거쳐 일정 기준 이상의 성적을 얻게 되면 계약이 갱신되는 것으로 하기로 하는 약정이 성립하였거나, 적어도 해당 기간제 근로자들을 비롯한 서울특별시 시설관리공단 소속 운전자들에게 기간제 근로계약이 갱신되리라는 정당한 기대권이 인정된다고 봄이 상당하다고 판시하였다.

C. 갱신 거절의 정당성 여부

대법원은 갱신 거절의 정당성 여부에 관해 ① 서울특별시 시설관리공단이 해당 기간제 근로자들을 포함한 운전자들에 대해 갱신 여부를 심사하기 위해 심사 자료로 활용한 ‘장애인콜택시 상황일지’는 운전자들의 운행실적 및 콜 중계 위반행위, 민원제

기사항 등 운행현황 전반에 관한 내용을 기재한 것인데, 위 상황일지 중 상당 기간의 기록이 누락되어 있고 서울특별시 시설관리공단은 이와 같이 누락된 상황일지를 토대로 심사를 한 점, ② 해당 심사항목 중 콜 중계 위반 항목에 대해 서울특별시 시설관리공단은 임의운행을 위해 고의로 콜을 거부하는 행위만을 콜 중계 위반행위에 포함시켰고 단순 콜 거부는 이를 제외하였다고 주장하나, 해당 상황일지 등의 기재만으로는 단순 콜 거부와 고의적인 콜 거부를 구분하는 것이 현실적으로 곤란하고 경우에 따라서는 위 상황일지의 기재 내용을 자의적으로 해석할 수 있는 여지를 제공할 수 있어 콜 중계 위반행위에 관한 서울특별시 시설관리공단의 심사 과정을 전적으로 신뢰하기 어려운 측면이 있는 점, ③ 서울특별시 시설관리공단은 해당 심사항목 중 민원유발과 관련하여 위 상황일지에 기재된 민원은 그 증빙이 곤란하다는 이유로 일률적으로 심사대상으로 삼지 않고 인터넷으로 접수된 민원만을 심사대상으로 삼았다고 주장하나, 위 상황일지에는 승객으로부터 제기된 민원 내용과 운전자의 변명, 그 당시의 주변 상황이 구체적으로 기재되어 있는 등 인터넷으로 접수된 민원의 처리와 크게 다르지 않은 것으로 보여, 양자를 다르게 취급하여야 할 합리적인 이유가 있다고 볼 수 없는 점, ④ 서울특별시 시설관리공단은 해당 심사항목 중 ‘교통법규 위반 및 본인귀책 차량 사고’와 ‘콜택시 운행 및 관리 태만’ 항목을 적용함에 있어 일부 운전자들에 대해 그 위반사실을 누락한 점 등을 들어 해당 심사가 객관적이고 정확한 자료를 토대로 이루어졌는지 의문이라고 한다. 따라서 해당 심사항목 중 일부는 평가자의 자의적 평가가 개입될 여지가 있어 그 객관성 및 공정성이 결여되었다고 볼 수 있으며, 일부 심사항목은 심사 대상자 전원에 대하여 일률적으로 적용되지 않아 불공평한 결과가 초래되었다고 한다. 그리고 이와 같이 공정성 및 객관성이 결여된 심사 과정을 거쳐 해당 기간제 근로자들에 대해 갱신 기준 점수 미만이라는 점을 들어 갱신 거절을 한 것은 정당성을 결여한 것으로 그 효력을 인정할 수 없다고 판시하였다.

D. 부당한 갱신거절의 효과

대법원은 해당 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근

로자에게 그에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것에 대한 법률효과에 대해 이는 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 실시하고 있다.

2. 갱신기대권 법리의 새로운 흐름에 대한 평가와 과제

(1) 갱신기대권의 형성여부에 관한 판단

A. 갱신기대권 인정기준의 완화

갱신기대권이 형성과 관련하여 기존의 대법원 판결³⁶⁾은 갱신기대권의 형성에 있어서 임용의 근거가 되는 법령 등의 규정이나 계약 등 명시적·규범적인 바탕을 요구하였다. 즉 임용의 근거가 된 법령 등의 규정이나 계약 등에서 임용권자에게 임용기간이 만료된 근로자를 재임용할 의무를 지우거나 재임용절차 및 요건 등에 관한 근거규정을 두고 있는 경우에 한해 갱신기대권의 형성을 인정하였던 것이다.

하지만 계약 등의 명시적·규범적인 바탕은 사용자에게 의해 임의적으로 변경이 가능한 것이기 때문에 형식적으로 그러한 근거규정의 존부로 갱신기대권의 형성여부를 판단하면 갱신기대권이 인정되는 영역이 매우 협소할 수밖에 없다.³⁷⁾

따라서 종전의 갱신기대권 법리는 사용자가 임의로 변경할 수 없는 경우, 즉 관련 법령에 재임용의 근거가 있는 경우 또는 학교법인의 정관 또는 인사규정 등의 특수한 경우에만 갱신기대권의 형성이 인정될 소지가 컸다.³⁸⁾ 이러한 점이 종전 갱신기대권 법리의 가장 큰 문제점이었고, 실제로도 갱신기대권 법리가 대부분 사립학교법이나 학교법인의 정관 또는 인사규정 등에 재임용에 대한 근거규정이 ‘사립학교법’ 등의 교육관계법령 또는 학교법인의 정관 또는 인사규정에 존재하는 대학교원 또는 연구원과 관련된 사례에 국한해서 적용되어온 사실이 이를 뒷받침하고 있다.

그러나 2011년 서울특별시 시설관리공단판결은 이러한 굴레에서 벗어나 법령 등의

³⁶⁾ 대법원 2005. 7. 8. 선고, 2002두8640 판결; 대법원 2006. 3. 9. 선고, 2003다52647 판결 등.

³⁷⁾ 전형배, 노동관계연구Ⅲ, 노사신문사, 2013, 152면.

³⁸⁾ 정인섭, 전제논문, 178면.

규정이나 계약 등에 재임용에 대한 명시적인 규정이 없는 경우에도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등의 해당 근로관계를 둘러싼 제반 사정을 종합하여 갱신기대권의 형성을 인정함으로써 그 적용범위를 일반 기간제 근로의 경우까지로 확대하고 있다.³⁹⁾

B. 해당 업무가 ‘상시 업무’인 경우를 갱신기대권 형성의 적극적인 표지(標識)로 활용

2011년 서울특별시 시설관리공단판결은 갱신기대권의 형성에 대한 제반사정을 판단함에 있어서 해당 기간제 근로자가 수행하는 업무의 내용, 구체적으로 장애인콜택시 사업을 한시적·일시적 사업이라고 볼 수 없다는 점을 갱신기대권 형성의 하나의 판단기준으로 삼음으로써 해당 업무가 상시적인 경우를 갱신기대권의 형성에 있어서의 적극적인 표지로 파악하고 있다.

‘해당 업무의 상시성’을 갱신기대권 형성의 적극적인 징표로 파악하고자 하는 대법원의 이러한 태도는 현행 기간제법의 가장 핵심적인 문제를 보완하는 측면이 있으며, 해당 계약의 실질적인 규명을 통한 당사자의 진정한 의사를 규명하는데 있어 유의미한 판단기준으로 활용될 수 있을 것으로 생각한다.⁴⁰⁾

C. 갱신기대권의 형성여부에 관한 판단과 관련하여 보완해야 할 과제

앞서 살펴본바와 같이 2011년 서울특별시 시설관리공단판결은 재임용에 대한 법령·계약 등의 근거규정이라는 굴레에서 벗어나 재임용에 대한 근거규정이 없는 경우에도 해당 근로관계를 둘러싼 제반 사정을 종합하여 갱신기대권의 형성을 인정함으로써 그 적용범위를 확대하고 있다.

39) 김홍영, “사회통합과 비정규직 노동법의 변화”, 저스티스 134-3호, 한국법학원, 2013, 87면; 김재훈, “기간제 고용과 갱신기대권, 기간제고용의 규율방식 전환”, 노동법률 2012. 1, 중앙경제사, 2012, 78-79면.

40) 이후의 판결에서도 해당 기간제 근로자가 “담당하고 있는 물리치료 업무는 이 사건 복지관의 주요 업무 중의 하나이고, 노인복지법령에도 노인종합복지관의 필수적 업무로 규정되어 있어 상시적, 계속적 사업의 성격을 가지고 있는 사정”을 갱신기대권의 형성을 인정하는 중요한 제반사정의 하나로 들고 있다(대법원 2012. 6. 14. 선고, 2010두8225 판결).

그리고 해당 근로관계를 둘러싼 제반 사정의 하나로 ‘해당 업무의 상시성’을 갱신기대권 형성의 적극적인 징표로 파악하고 있다.

그러나 향후 재임용에 대한 내용들이 계약 등의 근거규정에서 빠르게 삭제되어 버릴 것으로 판단되는 점, 더 나아가 사용자가 이러한 갱신기대권의 형성을 막으려는 의도로 오히려 재임용을 부정하는 취지의 근거규정을 마련할 것으로 예상되는 점 등을 고려할 때,⁴¹⁾ ‘해당 업무의 상시성’을 다른 제반사정들과 동일한 레벨의 표지로 이해한다면 현행 기간제법의 흠결을 보완해줄 것이라는 기대에 부응하지 못할 가능성이 크다.

따라서 갱신기대권의 형성에 있어서 ‘해당 업무의 상시성’이라는 표지를 다른 제반사정에 비해 보다 우월한 지위의 판단기준으로 삼는 것을 적극적으로 검토해볼 필요가 있다.⁴²⁾ 갱신기대권의 형성에 있어서 ‘해당 업무의 상시성’을 보다 비중 있는 판단기준으로 삼는다면 현행 기간제법의 최대 약점인 ‘이른바 회전문 고용의 남용’을 어느 정도 방지할 수 있을 것이다.

다음으로 해당 기간제 근로의 기간의 장단에 따라 갱신기대권의 형성여부를 달리 평가할 필요가 있다. 예를 들어 해당 기간제 근로자가 2년이라는 기간에 보다 가깝게 무탈하게 사용되었다면 이러한 사실은 해당 기간제 근로자의 갱신기대권의 형성에 긍정적인 사정으로 평가할 필요가 있다. 현행 기간제법이 2년이라는 기간 동안에는 기간제 근로를 사용할 수 있도록 규정하고 있기 때문에, 이러한 해석이 법해석의 한계를 넘는 것이 아닌가하는 의문이 제기될 수도 있겠지만, 비교적 장기간 무탈하게 근로해온 사실을 갱신기대권의 형성에 있어서의 충분조건이 아닌 하나의 적극적인 표지로 활용할 뿐이라는 점, 그리고 갱신기대권의 형성이 곧바로 갱신거절의 부당성으로 귀결되는 것은 아니라는 점을 고려하면 현행 기간제법의 흠결을 보완하기 위한 적극적인 해석의 방법이지 법해석의 한계를 벗어나는 것은 아니라고 생각한다.

(2) 갱신거절의 정당성 여부의 판단

2011년 서울특별시 시설관리공단판결은 정당한 기대권을 구성하는 요소의 하나로

41) 김홍영, “사회통합과 비정규직 노동법의 변화”, 저스티스 134-3호, 한국법학원, 2013, 89면.

42) 전형배, 노동관계연구III, 노사신문사, 2013, 152-153면.

심사기준에 평가자의 주관적 판단이 개입될 여지가 없을 것이라는 신뢰관계를 들고 있으며, 이러한 신뢰관계를 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것을 부당해고와 마찬가지로 보고 있다.

해당 심사의 객관성·공정성을 판단할 수 있는 제반 사정들을 갱신 거절의 정당성 여부를 판단하는 기준으로 삼고 있는 대법원의 입장을 요약하면 사용자의 주관적인 판단 또는 의사표시가 개입되지 않는다면 고용의 계속이 이루어질 수밖에 없는 객관적인 상황인 경우에 있어서의 갱신의 거절은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없다는 것이다.

일반적으로 사용자의 일방적인 의사표시에 의한 근로관계의 종료를 ‘해고’라고 한다. 대법원은 이와 동일한 틀에서 객관성·공정성⁴³⁾이 담보된 상태에서라면 자연스럽게 갱신이 이루어지는 상황에서 사용자가 재임용 심사의 물을 깨뜨리는, 다시 말해 심사의 객관성·공정성을 깨뜨리는 어떠한 작위(作爲)적인 행위(2011년 서울특별시 시설관리공단판결에서는 사용자가 온전한 상황일지가 아닌 누락된 상황일지를 토대로 심사를 하였으며, 상황일지에 기재된 민원과 인터넷으로 접수된 민원을 임의대로 다르게 취급하는 등의 작위적인 행위를 하였다)를 하는 경우, 이를 사용자의 일방적인 의사표시에 의한 근로관계의 종료와 다름없는 것으로 보는 입장을 취하고 있는 듯하다. 즉, ‘심사의 객관성·공정성을 깨뜨리는 사용자의 어떠한 작위(作爲)적인 행위’를 해고에 있어서 근로관계를 종료시키는 ‘사용자의 일방적인 의사표시’와 동일하게 보는 것이다.

이렇게 본다면 대법원이 갱신거절의 정당성 여부에 대한 심사에 있어서 심사기준의 공정성을 왜 그리도 강조하고 있었는지에 대한 답을 찾을 수 있다. 갱신거절의 심사가 공정하게 이루어졌다면 해당 갱신거절은 ‘사용자의 작위’가 개입되지 않아 (사용자의 일방적인 의사표시로 근로관계가 종료되는) 해고가 아닌 자연스러운 기간만료이지만, 해당 심사의 공정성을 깨뜨리는 사용자의 어떠한 행위가 있는 경우에는 이것을 자연스러운 기간만료가 아닌 해고와 동일시하는 것이다. 그리고 갱신심사의 공정성을 깨뜨림으로써 해고에 있어서의 ‘사용자의 일방적인 의사표시’와 동일시되는 ‘사용자의 작위’는 이미 ‘공정성’을 깨뜨렸다는 점에서 부당해고와 동일시되는 것으로 귀결될 것이다.⁴⁴⁾

43) 2011년 서울특별시 시설관리공단판결을 그대로 따르고 있는 대법원 2011. 7. 28. 선고, 2009두2665 판결에서는 공정성·합리성이라는 표현을 사용하고 있다.

44) 2011년 서울특별시 시설관리공단판결을 그대로 따르고 있는 대법원 2011. 7. 28. 선고,

(3) 부당한 갱신거절의 효과

A. 문제의 소재

2011년 서울특별시 시설관리공단판결에서 대법원은 해당 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 그에 따라 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것에 대한 법률효과에 대해 이는 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없고, 이 경우 기간만료 후의 근로관계는 종전의 근로계약이 갱신된 것과 동일하다고 설시하고 있다.

2011년 서울특별시 시설관리공단판결의 판시내용에 있어서의 첫 번째 문제는 사용자의 부당한 갱신거절행위에 대해 ‘부당해고와 마찬가지로’라는 표현을 사용함으로써 사용자의 갱신거절 행위의 법적성격이 정확하게 무엇인지가 애매하게 되었다는 점이다.

해당판결의 두 번째 문제는 사용자의 갱신거절 행위가 ‘부당해고와 마찬가지로’ 평가되어 그 효력을 상실한 경우에 있어서의 기간만료 후의 근로관계에 대해서 종전의 근로계약과 동일한 근로계약이 갱신된 것으로 설명하고 있다는 점이다.

B. 사용자의 부당한 갱신거절행위의 법적성격

먼저 2011년 서울특별시 시설관리공단판결은 갱신기대권이 형성된 경우 사용자가 부당하게 갱신을 거절하는 행위를 ‘부당해고와 마찬가지로’라고 하였다.

그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 근로자에게 갱신기대권이 형성되고, 객관성·공정성이 담보된 재임용 심사라면 옹당 재임용되었을 해당 기간제 근로자가 ‘사용자의 부당한 작위’가 개입됨으로써 갱신을 거절당한 것이라면 그러한 ‘사용자의 부당한 작위’가 개입된 갱신의 거절은 해당 근로관계를 부당하게 종료시키는 사용자의 일방적인 의사표시, 즉 부당해고로 보는 것이 타당하다. 굳이 ‘부당해고와 마찬가지로’라는 애매

2009두2665 판결에서는 “공정성과 합리성이 결여된 심사 과정을 거쳐 도출된 점수가 재계약기준 점수에 미달한다는 이유로 재계약 거절을 한 것은 그 실질에 있어 부당해고에 해당하므로, 효력을 인정할 수 없다”고 하여 ‘부당해고와 동일시’하는 것이 아니라 아예 “부당해고에 해당”한다고 표현하고 있다.

한 표현을 사용할 필요가 없으며, 사용자의 부당한 갱신거절행위는 곧 부당해고에 해당한다.

실제로 이후의 대법원 판결들은 사용자가 공정성·합리성이 담보되지 않은 형식적인 근무성적평정을 통해 부당하게 갱신거절을 한 유사한 사례에서 그러한 사용자의 갱신거절은 부당해고에 해당하는 것이라고 명시적으로 밝히고 있다.⁴⁵⁾

C. 사용자의 갱신거절 행위가 무효인 경우의 법적효과

사용자의 갱신거절 행위가 무효인 경우의 법적 효과에 대해서는 크게 두 가지로 입장이 나누어진다.

먼저 사용자의 부당한 갱신거절 행위를 부당해고로 간주하여 그 이후의 근로관계를 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결된 것과 동일한 것으로 보아야 한다는 견해가 있다.⁴⁶⁾ 갱신기대권에서의 ‘갱신’이 아닌 기간의 만료에 의해 종료되어야 하는 기간제 근로계약의 체결에도 불구하고 갱신기대권이 발생할 수 있는 사정이 있었다는 ‘정황’ 자체가 이미 갱신기대권이 발생함으로써 해당 기간제 근로계약에서의 ‘기간의 정함’은 그 효력을 상실하였고, 이에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약이 새롭게 체결되는 것으로 보는 것이 타당하다는 것을 근거로 들고 있다.

다음은 기간이 갱신되어 2년 이상 사용되는 경우 무기계약으로 전환되는 효과는 갱신기대권 법리의 적용에 따른 결과가 아니라 기간제법 제4조의 적용에 따른 결과라고 하면서 사용자의 갱신거절의 행위가 무효인 경우 기간만료 후의 근로관계에 대해서 종전과 동일한 근로계약이 갱신된 것으로 보는 견해가 있다.⁴⁷⁾ 2011년 서울특

45) 대법원 2011. 7. 28. 선고, 2009두2665 판결; 대법원 2012. 6. 14. 선고, 2010두8225 판결.

46) 박제성, “기간제 근로계약과 갱신 기대권”, 노동법학 제38호, 한국노동법학회, 2011, 221-222면; 박은정, “기간제 근로계약에 대한 갱신기대권”, 노동법학 제44호, 한국노동법학회, 2012, 352면.

47) 김홍영, “사회통합과 비정규직 노동법의 변화”, 저스티스 134-3호, 한국법학원, 2013, 89면. 신권철 교수는 기간제법 시행 이후에는 대법원이 갱신기대권의 인정범위를 축소하려는 경향을 보인다고 진단하면서 갱신기대권의 개념을 ‘기간제근로자가 근로관계에서 사용자에게 근로계약의 갱신이나 무기근로계약으로의 전환시 공정한 절차와 심사 및 그 심사에 따른 결과를 요구할 수 있는 권리’로 이해하고, 갱신거절의 합당한 이유가 없을 경우 갱신거절을 무효로 보아 근로관계를 유지(복구)시키는 힘이 있을 뿐이라고 한다. 부당한 갱신거절의 경우 해당 갱신거절이 무효가 되고, 해당 근로관계는 복구·유지(갱신)된다는 점, 그리고

별시 시설관리공단판결 또한 사용자의 갱신거절의 행위가 무효인 경우 기간만료 후의 근로관계에 대해서 종전의 근로계약과 동일한 근로계약이 갱신된 것이라고 하여 동일한 입장을 취하고 있다. 다만, 해당판결은 사용자의 부당한 갱신거절의 행위가 무효인 경우 단순한 손해배상의 문제가 아니라, 종전과 동일한 근로계약이 갱신된 것으로 보아 근로자들의 원직복귀가 가능하다는 것을 말하고자 하는데 치우쳐 종전과 동일한 근로계약이 갱신된 경우 해당 기간제 근로자가 근로한 기간의 총합이 2년을 넘은 경우에는 기간제법 제4조의 적용을 받아서 해당 기간제 근로자가 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 전환되는 것인지에 대해서는 아무런 언급을 하지 않고 있다.

갱신기대권의 법리는 원칙적으로 기간을 정해 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료되는 것이지만, 법령이나 근로계약·취업규칙·단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 해당 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 해당 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합해 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있는 경우에 갱신기대권의 형성을 인정하고 있다. 따라서 모든 기간제 근로자에게 이와 같은 갱신기대권이 인정되는 것이 아니다.⁴⁸⁾

그렇다면 계약을 둘러싼 특수한 제반사정으로 인한 신뢰관계의 형성으로 해당 근로자에게 갱신기대권의 형성이 인정되고, 사용자가 객관성·공정성이 담보된 심사를 통해 해당 계약을 갱신했다면 비록 그 용어는 ‘갱신’이라고 하더라도 새롭게 체결된 근로계약을 반드시 종전과 동일한 근로계약으로 한정할 필요는 없다고 생각한다.

사실 기간제 근로의 고유의 필요성에 따라 기간제 근로를 사용한다면, 다시 말해 한시적인 업무에 기간제 근로자를 사용한다든지 그렇지 않으면 근로자에게 한시적인 사정이 있어 기간제 근로계약을 체결한 경우라면 이와 같은 재임용·재계약 등의 갱

결국은 해당 기간제 근로자의 총 근로기간이 2년을 초과하게 되면 기간제법 제4조의 적용을 받아 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 전환된다는 점에서 결과적으로는 김홍영 교수와 동일한 입장에 있는 것으로 보인다(신권철, “기간제근로자의 갱신기대권”, 조경과 심판 2013 가을호, 중앙노동위원회, 2013, 50-52면).

48) 신권철, 전제논문, 51면.

신이라는 것 자체가 그다지 필요하지 않다.⁴⁹⁾

법령이나 계약 등의 규정에 명시적으로든지 그렇지 않으면 계약을 둘러싼 제반사정으로부터 인정되는 것이든지 계약 당사자 사이에 일정한 요건을 갖추면 재임용·재계약 등의 갱신이 될 수 있다는 것 자체가 해당 계약은 이미 ‘한시적인 업무’가 아니라는 것을 의미한다. 그리고 이러한 요건 충족이라는 기준으로 재임용·재계약 등의 갱신여부를 결정한다는 것은 사용자의 이익이 반영된 것이라는 점에서 근로자측의 ‘한시적인 사정’에 의한 것도 아님을 알 수 있다.

결국 특정한 요건 충족이라는 기준으로 재임용·재계약 등의 갱신이 결정되는 기간제 근로계약은 기간제 근로 고유의 필요성에 의한 것이라기보다는 고용의 유연성이라는 측면에서 좀 더 부담 없이, 상대적으로 좀 더 오랫동안 실질적으로 ‘사용’이라는 근로관계로부터 사용자가 얻을 수 있는 이익을 극대화하고자 하는 것이다.⁵⁰⁾

그렇다면 첫 번째 기간제 근로계약은 그렇다 치더라도 일정한 요건을 힘들게 충족함으로써 근로자가 기회를 얻게 되는 갱신된 근로계약까지도 ‘장기간의’ ‘사용’으로서의 성격을 가진 근로계약으로 파악해야 하는 것이 과연 타당한 해석인지가 의문이다.

예를 들어 일정한 요건을 충족하는 경우 갱신을 약속하는 1년의 기간제 근로계약을 체결했다고 가정했을 때, 그리고 해당 기간제 근로자가 어렵게 해당 요건을 충족함으로써 계약의 갱신이 된 경우, 이를 종전과 동일한 기간제 근로계약을 체결한 것으로 간주한다면 해당 기간제 근로자는 첫 번째 기간제 근로계약에서의 1년과 종전과 동일하게 체결된 두 번째 근로계약에서의 1년을 더해서 총2년의 실질적인 ‘사용기

49) 예를 들어 기간제 근로의 고유의 필요성에 따라 기간제 근로자를 사용하는 것이라면 해당 기간제 근로계약이 종료되었는데도 ‘한시성’을 가진 해당 업무가 여전히 종료되지 않은 경우나 계약의 갱신이 필요한 것이지 일정한 요건의 충족을 기준으로 계약의 갱신여부를 결정하겠다고 하는 것은 기간제 근로의 고유의 필요성과는 무관하다.

50) 사용관계 또한 근로계약이 이미 성립된 근로관계이고 이러한 근로관계를 사용자가 일방적으로 종료시키기 위해서는 근로기준법 제23조 제1항상의 ‘정당한 이유’가 필요하다. 그리고 사용기간은 ‘사용’이라는 의미를 퇴색시킬만큼 지나치게 장기간이 되어서는 안 되는데, 일정한 요건 충족시 기간제 근로계약의 갱신이라는 근로관계는 사용자에게 진정한 사용관계에서의 장점은 모두 누릴 수 있도록 하는 반면, 진정한 사용관계에 있어서 사용자가 부담하는 위와 같은 제약으로부터는 벗어날 수 있도록 하는 측면을 가지고 있다. 그리고 이러한 이유가 사용자가 일정한 요건 충족시 기간제 근로계약의 갱신이라는 근로관계를 선호하는 본질적인 동기라고 생각한다.

간'을 보내고 또다시 갱신을 기대해야 하는 열악한 지위에 놓이게 된다.

‘사용’이라는 것은 정식발령 직전의 일정기간 동안 정규 종업원으로서의 적격성 유무 및 본채용 가부를 판정하기 위해 시험적으로 사용하는 것을 말하는 것이지, 기간제 근로계약을 다시 체결(갱신)하기 위해서 활용될 성질의 근로관계가 아니다.⁵¹⁾

갱신기대권이 형성되어 갱신이 이루어진 경우 새롭게 체결되는 근로계약을 기간의 정함이 없는 근로계약으로 보아야 하는 또 하나의 이유는 해당 ‘갱신’의 성격이 일반적인 ‘갱신’의 성격과 다르다는 점이다.

법령이나 계약 등에 아무런 근거규정이 없고 계약을 둘러싼 제반사정을 검토해보아도 당사자 사이에 일정한 요건을 충족하면 해당 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 전혀 형성되어 있지 않은 경우라도 사용자의 필요에 따라 해당 기간제 근로자와 계약을 갱신할 수 있음은 물론이다. 이러한 경우와 특정한 요건 충족이라는 기준으로 재임용·재계약 등의 갱신이 결정되는 기간제 근로계약에서의 ‘갱신’을 동일하게 취급하는 것은 문제가 있다고 본다.

전자가 문언적 의미에서의 진정한 계약의 ‘갱신’의 의미를 가지고 있다면 원칙적으로 기간을 정해 근로계약을 체결한 근로자의 경우 그 기간이 만료됨으로써 근로자로서의 신분관계는 당연히 종료된다는 기간제 근로계약 만료의 법적 효과를 무력화시킬 정도의 법률요건이 성립된 경우, 즉 근거규정이나 계약을 둘러싼 제반 사정을 근거로 갱신기대권이 형성되고 아울러 객관성·공정성이 담보된 심사를 거쳐 ‘갱신’이 된 경우에서의 새로운 근로계약의 체결은 문언적 의미의 ‘갱신’이라기보다는 실질적으로 기간의 정함이 없는 근로계약을 새롭게 체결한 것으로 보아야 하고 이 경우에 있어서의 해당 근로자가 통과한 객관성·공정성이 담보된 심사는 무기근로계약 전환심사

51) 권혁교수는 사용근로관계는 근로자의 고용불안을 전제로 하는 것이어서 사용의 필요성이 존재하는 한도에서 최소한의 기간을 정해 허용하는 것이 원칙이라고 한다. 그런데 현행 기간제법은 얼마든지 아무런 사유가 없이도 최대 2년간을 기간제 근로자로 사용할 수 있게 하였기 때문에 현행 기간제법의 사용제한 규정은 사용근로법리를 사실상 형해화시키고 있다고 한다(권혁, "기간제 상한 제한 규정(제4조)의 '근로의 권리' 침해 여부, 부산대학교 법학연구 제54권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2013, 184면). 갱신기대권 법리에서의 ‘갱신’의 의미를 일반적인(문언적) 의미에서의 그것과 동일하게 취급하여 종전과 동일한 기간제 근로계약을 체결한 것으로 한정해서 해석한다면 이러한 해석 또한 사용근로법리를 형해화시키는 똑같은 결과를 초래할 것이다.

로서의 성격을 가진다고 보아야 한다. 즉 양자를 달리 취급해야 한다.⁵²⁾

이와 같이 해석했을 때 계약 당사자의 의사를 지나치게 제약하는 것에 대한 우려가 제기될 수도 있을 것이다. 그러나 오히려 기간제 근로의 고유의 필요성과는 무관하게 기간제 근로계약을 해고제한의 부담이 없는 장기간의 실질적인 ‘시용’의 반복으로 활용하려는 사용자의 의도를 방지하는 것이 고용시장의 질서를 어지럽히고, 법 잠탈의 시도를 묵과하는 결과를 초래할 것이다.

앞서도 언급한 바와 같이 기간제 근로의 규율은 당사자의 타협이나 합의에 전적으로 맡길 것이 아니라 규범적 판단이 이루어져야 할 영역이다. 따라서 당사자 사이의 계약에서 비록 ‘갱신’이라는 표현을 쓰더라도 우리는 규범적 판단을 통해 그 의미를 구별하여 경우에 따라 각각 상이한 법률효과를 부여해야 할 것이다.

IV. 결론에 갈음하여

본 논문에서는 갱신기대권의 형성과 전개과정, 그리고 기간제법의 시행 이후에도 갱신기대권의 법리가 중첩적으로 적용될 수 있음을 살펴보았다. 그리고 갱신기대권 법리가 좀 더 진화되어 가는 모습과 아울러 개선되어야 할 방향성도 고민해보았다.

인간에게 있어서 일, 즉 업무란 인격의 자유로운 발현과 가치의 실현을 통해 인간의 존엄성을 보장해 주는 의미를 지니고 있다. 그러한 일, 업무는 사용자(자본가)의 자본에 의해 창출되는 성격을 가지고 있는 동시에 사회 전체적인 관점에서는 근로의 의사가 있는 국민의 인격의 발현과 자아의 실현, 그리고 인간의 존엄성이 보장되기 위해 생활의 기본적인 수요를 충족시킬 수 있는 생활수단을 확보할 수 있는 하나의 장(場)으로서의 기능을 가지고 있다. 즉 사회 전체적인 관점에서 보면 일, 업무라는 것이 자본가에 의해 창출되었다고 해서 그의 전유물(專有物)은 결코 아니라고 할 수 있다. 인류역사에 있어 기업은 끊임없이 흥망성쇠를 거듭했지만, 인간은 그에게 주어

52) 갱신기대권의 형성과 그에 따른 계약의 갱신이 쉽게 인정되는 것이 아니라는 것을 고려했을 때, 이와 같은 경우를 그 어떠한 갱신기대권 형성의 요건(요소)도 없이 단순히 사용자측의 필요에 의해 기간만료 시점에서 해당 기간제 근로계약을 ‘갱신’하는 경우를 동일하게 취급하는 것은 분명 문제가 있다.

진 일, 업무를 통해서 인격이 발현되고, 자아가 실현되고, 최소한의 생활수단이 확보된다는 사실은 변함이 없다는 사실이 이를 증명해주고 있다.

‘상시적인 업무’임에도 힘의 불균형을 이용한 사용자의 의사에 따라 기간제 근로계약을 체결하는 기간제 근로자에게 과연 헌법이 보장하고 있는 근로의 권리, 직업의 자유, 행복추구권, 그리고 실질적인 ‘계약의 자유’가 부여된 것인지에 대해서는 강한 의문이 남는다.

현재의 기간제 근로의 규율에 관한 법률은 사실상 무(無)에서부터 출발하여 결국은 헌법상의 기본원리·기본권에서 도출되는 ‘상시 업무에 대한 상시 고용의 원칙’이 관철되는 완전한 규율로 가는 기나긴 여정(旅程)의 어느 한 지점(地點)에 머물러있는 것이라고 생각한다.

헌법이 기간제 근로에 대해 가리키고 있는 지향점과 현행 기간제법이 머무르고 있는 지점(현실)사이의 간극이 있다면 가능한 범위내에서 그러한 간극을 조금이나마 줄여나가야 할 것이다. 이러한 과제는 이미 시행되고 있는 ‘현행법’이라는 해석상의 한계 내에서 기간제 근로에 관한 헌법적 가치에 최대한 근접한 해석론의 제시와 관련된 문제이다. 여기서의 해석론에 있어서는 사법해석, 즉 판례법리의 전개와 활용의 문제가 중요한 쟁점이 될 것이다.

소위 ‘쪼개기 계약’과 ‘회전문 사용’이라는 사용자의 기간제 근로 남용행위에 전혀 대처하지 못하고 있는 현행 기간제법의 흠결을 보완하기 위해서는 그동안 현실적 대응과정에서 스스로 진화·전개되어왔던 갱신기대권 법리를 좀 더 세밀하고 폭넓게 활용하는 방안을 모색할 것을 제안하며 이 글을 마치고 싶다.

참고문헌

- 민주사회를 위한 변호사모임 노동위원회 편저, 변호사가 풀어주는 노동법 III, 민주사회를 위한 변호사모임, 2007
- 노동법실무연구회, 근로기준법주해 II, 박영사, 2012
- 최은배, “기간제 근로계약”, 노동법실무연구 제1권(김지형대법관퇴임기념), 노동법실무연구회, 2011
- 최은배, “기간제 근로계약의 규제”, 대법원판례해설 제72호, 법원도서관, 2008
- 강성태, 비전형근로와 노동법, 대구대학교 출판부, 2000
- 강희원, “근로계약의 기간에 대한 일고찰”, 노동법연구 제32호, 서울대학교 노동법연구회, 2012
- 신권철, “기간제 근로계약의 무기근로계약으로의 전환”, 노동법연구 제30호, 서울대학교노동법연구회, 2011
- 신권철, “기간제근로자의 갱신기대권”, 조정과 심판 2013 가을호, 중앙노동위원회, 2013
- 이미선, “기간제 근로계약에 있어서 근로자의 근로계약 갱신에 관한 기대권의 인정 문제“, 대법원판례해설 제87호, 법원도서관, 2012
- 권혁, ”기간제 상한 제한 규정(제4조)의 ‘근로의 권리’ 침해 여부, 부산대학교 법학연구 제54권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2013
- 이병희, “기간제 근로에서의 계약기간과 사용기간”, 사법논집 제45집, 법원도서관, 2007
- 유성재, “『기간제법』의 제정과 기간제 근로계약의 갱신거부”, 중앙법학 제12집 제2호, 중앙법학회, 2010
- 김홍영, “사회통합과 비정규직 노동법의 변화”, 저스티스 134-3호, 한국법학원, 2013
- 김홍영, “기간제법의 시행 이후 갱신기대권의 인정 여부”, 노동판례리뷰 2012-2013, 한국노동연구원, 2014
- 김재훈, “기간제 고용과 갱신기대권, 기간제고용의 규율방식 전환”, 노동법률 2012. 1, 중앙경제사, 2012
- 도재형, “기간제 근로계약 갱신 거절권의 제한”, 노동법연구 제24호, 서울대학교노동법연구회, 2008 182-184면
- 박지순, “기간제 근로의 노동법적 문제와 입법적 과제”, 노동법학 제19호, 한국노동법학회, 2004
- 정인섭, “기간제근로에서 재고용의 정당한 기대권”, 노동법연구 제33호, 서울대학교노동법연구

회, 2012

전형배, 노동판례연구Ⅲ, 노사신문사, 2013

박제성, “기간제 근로계약과 갱신키대권”, 노동법학 제38호, 한국노동법학회, 2011

박은정, “기간제 근로계약에 대한 갱신키대권”, 노동법학 제44호, 한국노동법학회, 2012

“갱신기대권 법리의 재검토”에 대한 토론문

박 은 정*

한달여 전인 11월 6일, 서울고등법원은 기간제 근로자의 계약기간이 만료됐다 해도 정규직 전환 가능성이 높다면 일방적 해고는 위법하다는 판결을 내렸습니다. 2010년 10월 25일 H재단법인에 입사하여 근무하던 근로자가 2년 후 근로계약기간 만료로 이유로 근로계약이 해지된 것에 대한 부당해고구제신청을 했던 사건이었고, 지노위는 근로계약기간 만료에 따른 근로계약의 종료라는 이유로 구제신청을 기각하였습니다. 그러나 중노위는 이 근로자의 근로계약서에 “근로계약 만료 1개월 전에 재계약할 수 있다.”라고 규정하여 계약 만료시 당해 근로계약이 갱신될 수 있으리라고 이 사건 근로자가 기대할 수 있었다는 점“등을 근거로 근로자에게 기간의 정함이 없는 근로자로 전환될 수 있을 것이라는 기대권이 인정된다고 판단하였습니다. 이러한 중노위의 판단을 서울고등법원에서도 인정했던 것으로 보입니다.

H재단법인은 공익법인으로서 ““실업 극복”이라는 사명감을 안고 첫 발을 내디뎠던 그때부터 지금까지 오직 함께 일하는 사회 만들기에 전념해 온 H재단의 비전은 사회적 양극화 해소와 지속가능한 일자리 창출을 통해 행복한 사회를 만들어 가는 것”을 목적으로 한다고 밝히고 있습니다. 그리고 11월 7일, 공익재단 최초로 “노조활동 보장과 근로조건 및 제도 개선”을 주요 내용으로 하는 단체협약 사례를 만들어냈다고도 합니다.

이 사건은 기간제법 제정 이후의 기간제 근로계약에 대해서도 갱신기대권을 인정한 것이었다는 점에서 큰 의미를 갖고 있었습니다. 2014년 2월 대법원이 기존 판례의 입장을 재확인하면서 “근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간이 만료되더라도 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계

* 인제대 법학과

약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때 근로계약 당사자 사이에 일정한 요건이 충족되면 근로계약이 갱신된다는 신뢰관계가 형성되어 있어 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는, 사용자가 이를 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로”라고 판단한 바 있기는 합니다만, 이 사건의 최초 근로계약도 기간제법 시행 전에 체결된 것이었습니다.

따라서 H재단사건의 의미에 대하여 주목을 하고 있던 중 이번 동계학회 토론자로서 변성영 박사의 “갱신기대권 법리의 재검토”라는 글을 읽고 토론자로까지 나서게 되었습니다.

변성영 박사의 “갱신기대권 법리의 재검토” 글은 근로계약상 기간 설정의 한계를 ‘갱신기대권’이라는 측면에서 해석하고 근로계약상 기간 설정의 효과를 제한하고자 하는 의도를 갖고 있다고 보입니다. 특히 2007년 7월 1일 기간제법 제정 이전의 갱신기대권과 이후의 갱신기대권을 구분하여 논하면서, 기간제법 제정에도 불구하고 기간제근로자의 근로계약 갱신에 대한 기대권은 여전히 의미가 있다는 주장을 해 주셨습니다. 특히 기간제법에 대한 목적적 해석을 통해 기간제 근로계약의 한계를 보여주고자 하셨던 점은 인상깊었습니다.

전체적인 논의의 흐름이나 결론 부분에 대한 특별한 이견은 없습니다. 저도 기간제 근로계약에서 ‘기간’의 의미 및 효력에 대한 관심을 크게 두고 있었는데, 변성영 박사의 이 글은 기간제 근로계약을 체결한 근로자의 갱신기대권의 의미를 보다 체계적으로 이해할 수 있는 특별한 기회가 되었습니다.

다만, 몇 가지 질문을 드리고 싶습니다.

우선 중첩적용을 부정한 사례와 긍정적인 사례의 본질적 차이에 관한 것입니다. 기간제법 시행 이후 갱신기대권 법리가 적용되지 않는다고 본 사안(서울고법 2011. 8. 18. 선고 2011누9821 판결)에서 검토된 취업규칙에서는 “1년 이상의 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 근로자의 경우 고도의 전문적 지식·기술의 활용이 필요하다는 등 (복무규정에) 정한 사유가 없는 이상 2년을 초과하여 기간제 근로자를 사용할 수 없도록 규정”하고 있었습니다. 즉 근로계약의 갱신 가능성을 명백히 제한하고 있

었던 것입니다. 반면 갱신기대권 법리를 적용한 사안(서울고법 2014. 11. 6. 선고 2013누53679 판결)에서 검토된 근로계약에서는 “근로계약 만료 1개월 전에 재계약할 수 있다.”고 규정하고 있었을 뿐이지만 이외 별달리 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간제 근로자의 근로계약 갱신의 절차와 요건을 정하였다고 볼만한 사정이 없었습니다. 물론 후자의 사건에서 기간제법의 의미를 전자의 사건과 다른 관점으로 바라보고 있는 듯 보이고, 이 점을 변성영 박사의 글에서도 충분히 찾아볼 수 있기는 합니다. 그러나 글의 각주 25번 판례를 검토하고 있는 부분에서도 말씀하셨듯, 갱신기대권을 이해하는 법원의 배경은 기간제법의 목적에 있다기 보다는, 근로계약이나 취업규칙 및 단체협약 등의 규정과 갱신기대권을 인정할 수 있을 여러 가지 정황에 달려 있는 것이 아닌가 생각합니다. 다시 말해 첫 번째 사안에서 법원은 예외적이지 않는 한 기간제 근로계약이 2년을 초과하지 않도록 하는 취업규칙 규정의 근거를 밝히기 위해 기간제법의 목적을 거론하였고, 두 번째 사안에서 법원은 갱신기대권을 인정할 수 있는 정황적 판단의 근거를 밝히기 위해 또한 기간제법의 목적을 거론한 것입니다. 기간제법의 목적을 두 번째 사안과 같이 이해하더라도 과연 첫 번째 사안에서의 근로계약이 2년을 초과하여 갱신될 수 있었을까 의문이 생기는 것은, 결국 기간제법의 목적이라는 것이 근로계약에 대한 갱신기대권을 인정하는데 확정적인 요소는 아니라는 말이 아닐까 생각합니다.

한편, 변성영 박사님께서서는 2011년 대법원 판례가 갱신기대권 법리에 매우 중요한 의미를 지니고 있음을 밝히고 있습니다. 갱신기대권 인정 기준을 완화하였다는 점, 해당 업무의 상시성을 갱신기대권 형성의 적극적 표지로 활용하고 있다는 점 등을 주요하게 보신 듯합니다.

그런데 저는 여기에서 조금 다른 생각을 합니다. 근로계약의 기간에 대한 효력이 문제되는 것은 두 가지 경우가 있습니다. 첫째는 ‘기간의 정함이 단지 형식에 불과하다’는 사정이 인정되는 경우이고, 둘째는 ‘계약갱신에 대한 정당한 기대권이 인정된다’고 볼 수 있는 경우입니다. 갱신기대가능성의 문제는 ‘기간의 정함이 단지 형식에 불과하다’는 사정이 존재하지 않는 이후의 문제입니다. 즉 ① 기간을 정한 근로계약은 기간의 만료와 함께 종료되기 때문에, 우선 근로계약의 기간이 실질적 의미를 갖는지에 대한 판단이 필요합니다. 그러므로 ‘기간이 단지 형식에 불과’한 경우에는 해

당 근로계약은 기간을 정한 근로계약이 아닌, 기간의 정함이 없는 근로계약이 되는 것입니다. 이때 ‘기간이 단지 형식에 불과’한지 여부에 대한 판단은 “계약서의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 기간을 정한 목적과 당사자의 진정한 의사, 동종의 근로계약 체결방식에 관한 관행 그리고 근로자보호법규 등을 종합적으로 고려”합니다. ② 이에 따라 근로계약의 기간이 그 정한 대로의 의미를 갖는 것이라고 판단할 때, 그럼에도 불구하고 이 기간의 반복·갱신이 있었는지, 그리고 이 반복·갱신에 의하여 근로자에게 기간의 갱신에 대한 기대권이 발생하였다고 볼 수 있는지 여부에 따라 근로계약의 기간 만료의 성격을 판단하게 되는 것입니다. 이때 근로자에게 기간의 갱신에 대한 기대권이 발생하였다고 볼 수 있는지는 “근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에서 기간만료에도 불구하고 일정한 요건이 충족되면 당해 근로계약이 갱신된다는 취지의 규정을 두고 있거나, 그러한 규정이 없더라도 근로계약의 내용과 근로계약이 이루어지게 된 동기 및 경위, 계약 갱신의 기준 등 갱신에 관한 요건이나 절차의 설정 여부 및 그 실태, 근로자가 수행하는 업무의 내용 등 당해 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합”하게 되는 것입니다.

①과 같은 경우가 인정될 때는 계약의 갱신이 아닌, 기간의 효력 자체를 부정해야 할 것입니다. ‘갱신’이라는 용어는 말 그대로 ‘새롭게 반복하여 쓰는 것’일 뿐이므로 기간의 효력을 부정하는 것과는 다른 문제입니다. 기간제법에서 기간제근로자의 사용사유를 별도로 규정하고 있지 않기 때문에 업무의 상시성이 근로계약 기간의 효력을 부정하는 직접적 이유가 될 수는 없을 것임에도, 몇몇 판례는 업무의 상시성을 이유로 근로계약의 갱신기대권을 인정하는 듯한 표현을 하고 있습니다(대법원 2013. 2. 14. 선고 2011두24361, 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010두8225판결 등). 이것은 곧 상시적 업무에 기간제 근로자를 사용하고, 근로계약 기간 만료를 이유로 근로계약을 종료하는 것에는 뭔가 문제가 있음을 드러내는 것일 것입니다. 그렇다면 이 문제는 갱신기대권이 아닌, 근로계약 기간 설정의 제한이라는 문제로 접근해야 하는 것이 아닌가 생각합니다.

이러한 저의 의문은 갱신기대권이라는 용어 사용으로도 이어집니다. 법전을 펼쳐 ‘기대’라는 용어가 나오는 경우를 살펴봅니다. 이것은 주로 절차와 관련되어 있습니다. 예를 들어, 민사소송법 제43조는 “법관에게 공정한 재판을 기대하기 어려운 사정

이 있는 때” 소송의 당사자가 법관기피신청을 할 수 있도록 하고 있습니다. 행정심판법 제10조에서도 “위원에게 공정한 심리·의결을 기대하기 어려운 사정이 있으면” 행정심판위원회에 대한 기피신청을 할 수 있도록 하고 있습니다. 개인정보보호법, 고용보험법, 교원소청에 관한 규정, 국가공무원법, 국가인권위원회법, 노동위원회법, 독점규제 및 공정거래에 관한 법률, 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률, 소비자기본법, 부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률, 의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률, 진실·화해를 위한 과거사정리 기본법, 특허법, 헌법재판소법 등에서도 이러한 규정을 두고 있습니다. 여기에서 의미하는 ‘기대’는 절차적 공정성에 대한 것입니다.

위와 같은 법이 규정하고 있는 ‘기대’가 권리일까요? 민사소송법의 규정을 예로 들어 보면, 소송의 당사자는 법관으로부터 공정한 재판을 받을 권리가 있습니다. 그런데 일정한 사정에 의하여 공정한 재판이 되지 않을 것이라는 예측(기대)을 할 수 있습니다. 공정한 재판의 권리가 침해당할 것이라는 합리적 예측(기대)으로부터, 소송의 당사자는 법관기피신청을 할 수 있는 권리가 다시 발생하는 것입니다. 여기에서 기대는 권리가 아니라 권리의 실현 과정에서 발생하는 사실일 뿐입니다. 권리의 침해 가능성이 대한 예측(기대)인 것이고, 여러 가지 사정에 의하여 그 예측(기대)이 합리적 이유가 있다고 인정이 될 때 다시 기피를 신청할 수 있는 권리가 발생하는 것입니다. 기대는, 권리라기 보다는, 권리의 침해 또는 존재를 확인하는 가교로서 역할합니다.

판례나 학설은 기대권이라는 용어를 종종 사용하고 있습니다. 가장 대표적인 경우가 지금 다루고 있는 기간제 근로계약의 갱신기대권일 것입니다. 근로자에게 근로계약이 갱신될 수 있으리라는 정당한 기대권이 인정되는 경우에는 사용자가 이에 위반하여 부당하게 근로계약의 갱신을 거절하는 것은 부당해고와 마찬가지로 아무런 효력이 없다는 것입니다. ‘계약연장기대권’이라는 것을 확인하고 있는 셈입니다.

정년연장과 관련된 한 사건에서 법원은 정년연장과 관련하여, 원래 정년을 연장할 것인지의 여부는 사용자의 권한에 속하므로 근로자에게 정년연장을 요구할 수 있는 권리가 있다고 할 수는 없다고 합니다. 다만, 정년연장을 허용하지 않는 것이 근로자에게 가혹하다든가 혹은 다른 근로자의 경우에 비추어 형평에 어긋난다는 사정이 있는 경우 등에는 정년연장을 기대할 수 있는 권리가 생길 수도 있다고 합니다. 이렇게

기대권을 인정하고, 그 기대권이 만들어질 수 있는 상황인가 아닌가를 판단하는 것이 사안을 판단하는데 용이한 방법이 될지도 모르겠습니다.

그런데 이러한 기대권의 논리는 사실 이런 것이 아닌가 싶습니다. 사실 근로자는 정당한 이유 없이 해고되지 않을 법적 권리를 갖습니다. 다만 정년은 근로관계를 종료시키는 정당한 이유라고 받아들여지기 때문에 정년에 기초한 근로관계의 종료는 부당해고가 아닌 것입니다. 그런데 일정한 사정에 의하여 근로자에게 계약기간의 만료에도 불구하고 계속 일할 수 있을 것이라는 기대가 발생한다면(물론 여기에서의 기대는 근로자의 주관적 기대가 아닌, 계약의 반복갱신에 대한 객관적·합리적 기대일 것입니다), 이것은 근로자에게 계약갱신의 기대의 권리가 발생하는 것이 아니라, 정해진 기간의 효력이 상실됨으로 인하여 부당하게 해고되지 않고 계속 일할 권리가 확인되는 것입니다.

다시 말해 근로자에게 계약기간만료를 이유로 근로관계 종료가 발생할 경우, ‘계속 일할 수 있을 것이라는 기대’라는 권리가 발생하는 것이 아니라, 애초 존재하고 있던 ‘정당한 이유 없이 해고되지 않을 법적 권리’로부터 부당한 해고(근로관계의 종료)임을 다룰 여지가 발생하는 것입니다. 그렇다면 법원은 갱신기대권이 존재하느냐 여부에 대한 판단이 아니라, 계약의 기간을 연장하지 않는 것이 근로자의 일할 권리를 침해한 것인가 아닌가를 확인해야 하는 것은 아닐까요.

기간제 근로계약은 기간의 만료로 근로관계가 종료된다는 것이 일반적인 이해입니다. 그렇다면 사실 기간제 근로계약을 체결한 근로자에게 자신의 근로계약의 기간이 반복갱신될 것이라는 기대가 발생한다는 것은 합리적이지 않습니다. 그럼에도 불구하고 기간제 근로계약의 반복갱신에 대한 기대가 발생한다는 것은, 기간제 근로계약의 기간의 정함의 효력에 무엇인가 흠결이 발생했다는 의미입니다(물론 여기에서의 기대도 근로자의 주관적 기대가 아닌, 계약의 반복갱신에 대한 객관적·합리적 기대일 것입니다).

기간제 근로계약의 기간의 효력에 흠결이 발생했다면, 근로자는 그 기간의 구속을 벗어날 수 있게 되어 기간의 만료에도 불구하고 계속 일할 수 있을 권리를 갖습니다. 이것을 확인하고 있는 것이 ‘계약갱신의 기대’를 위해 요구되는 제반 조건들일 것입니다. 그렇다면 계속 일할 권리가 있음에도 불구하고 이 권리가 침해당한 경우, 법원

은 반복갱신에 대한 기대의 권리가 있다고 말하는 것이 아니라, 기간의 효력이 상실 되었으므로 근로자는 계속 일할 권리를 갖는다고 말해야 하는 것이 아닐까요?

‘기대’라는 것은 매우 추상적이고 주관적인 느낌을 줍니다. 물론 판례나 법이 말하는 기대라는 것이 소송의 당사자 개인의 주관적 기대를 의미하는 것은 아니지만 그 기대의 존재 여부를 판단하기 위하여 필요한 여러 가지 요소들이 마땅히 존재하고 있어야 할 권리를 확인하는 것이 아니라 추상적인 기대의 권리를 발생시키는 것처럼 보이게 판결하는 것은 사안의 본질로부터 빗겨나가는 것은 아닐까하는 생각을 해 봅니다.

변성영 박사께서 오랜 기간 동안 고민한 결과로서의 연구물에 대하여, 기존에 제가 갖고 있던 몇 가지 의문을 덮어 씌우며 글의 의미를 퇴색시키고 있는 것은 아닐까 우려도 듭니다. 다만 갱신기대권이라는 것에 대하여 오래 동안 고민하신 만큼, 저의 몇 가지 짧은 생각들에 대한 좋은 의견도 주실 수 있으리라 믿습니다.

공무원의 근무조건과 단체교섭

오 세 응*

- I. 서론
- II. 공무원 근무조건 법정주의
- III. 공무원의 근무조건과 단체협약
- IV. 실효적인 공무원 단체교섭 및 단체협약 법제 구축
- V. 결론

I. 서론

전통적으로 공무원이라고 하면 공무를 담당하는 자로서 공공의 이익을 위해서는 개인의 권리가 제한되는 것은 당연하게 여겨지는 국민의 공복(公僕)이었다. 그리고 직업적 측면에서 보면 여타 직업에 비해 비교적 낮은 수준의 급여가 제공되지만 그에 대한 보상으로 안정적인 정년과 연금이 보장되는 직업이었다. 하지만 이런 인식은 높은 실업율과 고용불안으로 고용시장이 악화되면서 서서히 바뀌기 시작하여 상대적으로 낮은 근무조건과 복지혜택에도 불구하고, 안정적인 정년과 연금의 보장이 상대적으로 높은 선택가치로 작용하여 공무원은 어느새 가장 선호하는 직업 중 하나가 되었다. 그리고 공무를 수행하는 공무원도 개인의 권리 신장보장에 대한 욕구가 증가하면서 공복으로서 국민에 대한 봉사자적인 자세보다 일반 직업인과 동일한 자세로 업무를 대하고 자신의 권리에 대한 주장도 강조하게 되었다.

이러한 공무원에 대한 인식과 환경의 변화에도 불구하고 공무원법제는 여전히 과거 법제가 큰 변화 없이 그대로 유지되고 있다. 공무원의 신분 및 근무조건에 대한 보장

* 고려대학교 법학연구원 전임연구원

은 예전보다 약해졌고 공무원들의 권리신장에 관한 목소리는 커졌지만, 국가는 여전히 충성과 복종을 강요하며 기존의 공무원 관련 정책을 유지하고 있다. 현행 공무원 제도가 가지는 가장 큰 문제는 단순히 공무원의 근무조건이 일반 근로자보다 상대적으로 낮은 것에 있는 것이 아니라 그것을 결정하는 과정에서 발견할 수 있다. 자신의 소중한 근로를 제공하는 공무원이 근무조건 결정과정에서 자신들의 의사를 반영할 수 있는 구조는 허약한 상태이다. 따라서 현시점에서 공무원의 근무조건과 관련하여 중요한 논의는 단순히 공무원 법제의 내용이 어떤 수준으로 어떻게 규정되어야 하는가의 문제가 아니라 어떠한 형태의 시스템을 구축할 것인가에 있다고 할 수 있다. 따라서 공무원의 근무조건에 관한 논의는 그 내용 보다 절차로서 어떠한 결정구조를 형성할 것인가에 초점을 맞출 필요가 있다. 즉, 공무원 근무조건 결정 구조 논의의 핵심은 정당성과 민주성이 확보된 구조를 어떻게 형성할 것인가의 문제로 귀결된다.

공무원도 자신의 근로를 제공하고 임금을 받아 생활하는 자이므로 공무원이 근로자라는 사실에 대해서는 이견이 없다. 근로관계에서 근로자의 근로조건은 근로계약에서 개별적으로 결정하거나 취업규칙 또는 단체협약 등을 통해 집단적으로 결정하는 구조를 가지는 것이 일반적이다. 개별적이나 집단적 결정 형태 모두 기본적으로 당사자간의 합의를 기초로 한다는 동일성을 가지게 되는데 이를 통해, 근로자는 근로조건 결정 과정에서 하나의 결정 주체로서의 지위를 가지게 된다는 사실을 알 수 있다. 근로자는 근로관계에서 가장 중요한 대상인 근로를 제공하는 자로서 근로조건은 자신의 근로에 대한 대가와 처우를 결정하는 문제이므로 당연히 그 결정에도 일정한 권한을 행사할 수 있는 방안이 마련될 필요가 있다. 그러나 전통적 공무원 법제에서 공무원은 근로자임에도 불구하고 자신이 제공하는 근로가 어느 수준의 대가를 지급받고 어떠한 처우를 받게 되는지에 대해 전혀 관여할 수 없는 구조를 가지고 있다. 공무원은 단지 법령 등을 통해 결정된 근무조건에 이의 제기 없이 그대로 적용받는 것을 당연한 것으로 여겨야 하는 존재로 취급되어 온 것이다. 이러한 국가 주도의 근무조건 결정 구조는 분명 보완이 필요한 것이지만, 그 방안에 대해서는 다양한 의견이 개진될 수 있다. 우리나라의 경우에는 공무원노조법의 시행으로 공무원이 근무조건에 관여할 수 있는 근거가 마련되었다고 평가할 수 있다. 하지만 공무원의 근무조건 결정 과정

참여에 실질적인 역할을 하기 위해서는 현행 공무원노조법 내용에 일부 보완이 필요한 것도 사실이다.

그동안 공무원의 노동3권에 관한 연구는 근무조건의 결정 구조에서의 역할 보다 원론적 담론인 공무원에 대한 노동3권 제한에 관한 연구에 상당히 치우쳐 진행되어 왔다. 공무원의 노동3권이 보장되어야 하는 근거는 ‘근로자’이기 때문이고, 제한되어야 하는 이유는 ‘공무원’이기 때문이라는 원론적인 주장만이 되풀이되는 실정이다. 공무원노조법 시행 시기를 즈음하여 노동3권 실현의 구체적인 형태와 제한에 대한 타당성 논의와 헌법재판소의 판단이 있었지만 이 또한 일반 근로자와 공무원인 근로자 비교를 통해 제한의 정당성을 인정하거나 이를 부정하는 주장이 주를 이루었을 뿐, 실제 노동3권의 보장이 근무조건 결정 구조에서 어떠한 역할을 하는지에 대한 논의는 부족했다. 단순히 공무원이기 때문이 아니라 구체적으로 어떠한 부분이 공무원이 일반 근로자와 다른 형태의 근무조건 결정 법리를 갖게 하는지, 그리고 그러한 구조 속에서 노동3권 보장은 어떠한 의미를 가지며 어떠한 형태로 실현되는 것이 바람직한지에 대한 논의를 지금부터 시작하고자 한다.

II. 공무원 근무조건 법정주의

1. 의의

(1) 개념

공무원의 근무관계는 일반 근로자의 근로관계와 상이하기 때문에 근무관계의 내용 중 하나인 근무조건의 결정체계도 상이할 수밖에 없다. 근로계약을 기초로 형성되는 근로관계에서는 계약이 가지는 특성에 따라 당사자 간의 합의를 통한 자율적인 결정을 최우선의 가치로 삼는 반면, 공직을 담당하는 자로서 국가로부터 임명되어 국가와 충성관계를 형성하는 공무원은 공익(公益)에 대한 고려와 국민과의 관계가 중요시되는 근무관계이기 때문에 당사자 간의 의사보다는 공직의 완전한 수행을 통한 국가 기능의 정상적 작동과 공직 수행의 수혜자이자 공무원의 근무조건 형성에 필요한

재원을 부담하는 국민으로부터의 감시가 중요한 요소로 고려된다. 때문에 공무원의 근무관계의 내용인 근무조건의 형성은 근무관계 당사자의 의사보다도 전체 국민으로부터 담보되는 민주성과 공공성이 보다 높게 요구된다고 할 수 있으며, 이러한 민주성과 공공성을 담보하기 위해 도입된 근무조건 결정의 기본원칙이 바로 공무원 근무조건 법정주의라고 할 수 있다.

공무원 근무조건 법정주의라는 용어는 법률용어로 정립된 것은 아니지만, 이미 헌법재판소가 교원의 지위(근무조건)를 법률로서 보장하는 것에 대해 교원지위 법정주의라는 용어를 사용한 바¹⁾ 있고, 공무원의 근무조건이 법률을 통해 형성된다는 원리를 설명할 수 있는 가장 적절한 용어라고 판단된다. 행정법 영역에서는 공무원법 관계가 법률을 통해 형성되어야 한다는 것을 원칙으로 설명하며 이를 법정주의라고 표현하는 경우가 있으며,²⁾ 우리와 유사한 법제를 가지고 있는 일본에서는 공무원 근무조건 법정주의라는 용어를 일반적으로 사용하고 있다.³⁾

(2) 근로조건 법정주의와의 구분

헌법 제32조 제3항에서는 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”라고 규정하고 있는데, 우리 노동법에서 이는 개별적 노동관계의 법적 규율에 관한 기본원칙인 「근로조건 법정주의」를 밝힌 것으로 이해하고 있다.⁴⁾ 공무원 근무조건 법정주의는 여기서 말하는 근로조건 법정주의와는 구분되는 개념이다. 일반 사용자와 근로자 간의 근로관계는 계약을 기반으로 형성되기 때문에 근로조건 결정의 가장 기본적인 원칙은 당사자 간의 합의라고 할 수 있다. 따라서 근로조건의 결정은 국가가 개입하여 규율하고 강제하는 것보다 관계 당사자에게 맡기는 것이 더 바람직하다는 판단 하에 헌법 및 실정법에서는 근로조건의 내용을 직접 규율하기보다 자율적인 관계를 형성할 수 있도록 뒷받침하는 법제를 마련하고 있다. 헌법은 근로조건에

1) 헌재 1991. 07. 22. 89헌가106

2) 홍정선, 『행정법원론(하)』 제21판, 박영사, 2013, 295쪽

3) 全農林警職法・事件最大判昭和48・4・25刑集27卷4号547頁; 菅野和夫, 『労働法』 第十版, 弘文堂, 2012, 25쪽; 「공무원의 노동기본권과 근로조건결정의 법적 쟁점」, 제6회 한일노동법 FORUM 자료집, 2012, 80쪽

4) 임종률, 『노동법』 제11판, 박영사, 2013, 14쪽

관한 노사의 자율결정 원칙을 보장하면서도 한편으로는 필요한 범위 내에서 수정을 가할 수 있는 가능성을 열어 놓음으로써 노사 자율결정의 원칙을 보충하고 있다. 다시 말해 헌법 제32조 제3항의 의미는 근로조건에 관한 규율을 전적으로 근로관계 당사자나 노사 간의 집단적 자치에 맡겨두는 것이 헌법이 상정한 근로조건 결정의 정의를 실현하기 어려운 경우에 한해서만 근로조건을 필요한 범위 내에서 규율할 수 있도록 근로조건 결정에 관한 권한을 입법자에게 부여하고 있는 것이라고 해석할 수 있다.⁵⁾ 이런 관점에서 볼 때 헌법 제32조 제3항에서 정하고 있는 이른 바 근로조건 법정주의는 그 자체로 근로자의 근로조건을 결정하려는 것이 아닌 노사 간의 자율적인 근로조건 시스템을 구축하는데 있어 필요한 최소한의 헌법적 안전망을 형성하기 위한 것이라고 해석할 수 있게 되며, 근로조건 법정주의를 통해 입법화된 근로조건에 관한 법률은 근로조건에 대한 최저한의 제한을 설정한다는 의미로 해석⁶⁾된다.

이러한 의미의 근로조건 법정주의는 근무조건 결정권한을 국민의 대의기관인 국회에 부여하는 것을 근무조건 결정 구조의 기본으로 삼고 있는 공무원 근무조건 법정주의와는 그 출발부터 다르다고 할 수 있다. 공무원의 근무조건 법정주의는 그 취지와 목적에 비추어 볼 때, 근무조건의 최저한의 제한을 설정하는 것이라고 이해하기는 어렵고 실제 공무원에게 적용할 적정 수준을 규율한다는 점에서 근로자의 근로조건 법정주의와 다르다고 할 수 있다.

(3) 필요성

공무원의 근무조건이 법정화 된다는 것은 공무원의 근무조건을 결정하는 권한을 근무관계당사자가 아닌 입법권자가 가진다는 것을 의미한다. 일반 근로자의 근로조건 결정과 달리 공무원의 근무조건을 근무관계 당사자가 아닌 입법권자에 의해 결정되도록 하고 있는 이유는 공무원 제도의 일부를 구성하는 공무원 근무조건의 내용 결정과 공무원 근무조건 형성에 소용되는 예산인 조세의 사용에 있어 민주성을 확보하기 위해서라고 해석할 수 있다. 공무원제도라는 것은 국가 체계 및 질서에 굉장히 중요한 요소이기 때문에 공무원제도에 관한 사항은 당연히 헌법 체계 내에서 기본 원칙

5) 헌재 1998. 10. 29. 97헌마345

6) 헌재 2011. 7. 28. 2009헌마408

과 기준이 잡혀져 있는 가운데 안정적으로 유지될 수 있도록 법률을 통해 규율될 필요가 있게 되고 한편으로는 국가운영에 관한 직무를 직접 담당하고 국민에 대한 행정을 펼칠 공무원에 관한 사항이므로 공무원제도에 관한 사항에 대해서는 민주적 정당성이 요구된다고 할 수 있다.⁷⁾ 공무원의 근무조건은 공무원의 근무와 관련한 것으로 보수, 근무시간, 휴게, 후생복지, 재해보상 등이 그 주요 내용이 되는데, 이는 국가가 국정운영을 위해 설정하는 공무원제도에 있어 중요한 내용을 구성한다고 할 수 있다. 공무원이 어떠한 처우와 환경 속에서 근무하는가는 공무원이 담당하는 공무가 국민에게 어떻게 제공될 것인가를 결정하는 주요한 요소라고 할 수 있기 때문이다. 그리고 공무원 근무조건 형성의 주요 재원인 예산의 사용은 당연히 국회의 결정에 따라야 한다. 때문에 근무조건은 공무원제도의 주요요소로서 법률을 통해 기본적으로 규율될 필요가 있는 것이다.

그리고 공무원에 대하여는 그 직무의 성질이 고도의 공공성·공정성·성실성 및 중립성이 요구되기 때문에 사용자인 국가 또는 지방자치단체와 공무원은 바람직한 공무원제도의 승계·유지·향상 및 발전을 공동의 목적으로 하여 상호 협력·존중의 관계에 있어야 한다. 따라서 공무원의 근무관계는 근로자와 사용자의 이원적 구조 아래서 서로 투쟁과 타협에 의하여 발전되어 온 일반 노동법관계에 의하여 규율하는 것보다 공무원의 지위와 직무의 공공성에 적합하게 형성·발전되도록 하는 것이 보다 합리적이고 합목적적일 수 있다.⁸⁾ 근무조건의 결정을 공무원 근무관계 당사자에게 맡겨 근무조건 결정과정에서 상호 간의 대립구도를 형성하게 하고 그로 인해 공무의 운영이 정지되는 사태를 발생케 하는 것은 공무원 제도의 취지와 맞지 않으므로 공무원의 근무조건은 법률 등을 통해 직접 규율하여 안정적으로 운영하는 것이 적절하다고 할 수 있다.

2. 헌법적 근거

(1) 헌법 제7조

7) 장영수, 『헌법학』 제5판, 홍문사, 2010, 356쪽

8) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50

헌법 제7조는 제1항에서 공무원의 지위와 책임을, 제2항에서는 공무원의 신분과 정치적 중립의 보장을 규정하고 있다. 이 규정은 헌법 내에 규정되고 있는 공무원 관련 규정 중 가장 기본적인 규정이라고 할 수 있으므로 공무원의 근무조건 법정주의의 헌법적 기초에 관한 가장 중요한 규정이라고 할 수 있다.

공무원 근무조건 법정주의의 헌법적 기초를 헌법 제7조에서 찾는 견해는 다시 제1항에서 찾는 견해와 제2항에서 찾는 견해로 나누어 볼 수 있다. 먼저, 공무원의 근무조건법정주의 기초를 헌법 제7조 제1항에서 정하고 있는 공무원의 “국민전체에 대한 봉사자성”에서 구하는 견해⁹⁾는 공무원은 국민 전체의 봉사자이므로 공무원제도의 내용에 대해서는 국민의 의사가 반영된 의회제민주주의와 재정민주주의에 기초한 민주적 통제가 요구되게 되고, 이러한 요구에 부응하기 위해서는 공무원 제도와 관련한 내용을 법률에서 규정할 필요가 있다고 설명하며, 공무원의 근무조건 역시 공무원 제도를 구성하는 요소 중 하나이므로 마찬가지로 법률에서 규정되어야 한다고 본다. 반면, 헌법 제7조 제2항에서 근무조건 법정주의의 기초를 찾는 견해¹⁰⁾는 헌법 제7조 제2항에서 규정하고 있는 ‘공무원의 신분보장’을 그 근거로 본다. 헌법 제7조 제2항을 이른 바 제도적 보장으로서의 직업공무원제도에 관한 근거 규정으로 이해하면서 직업공무원제도 하의 공무원 근무관계에서 공무원에게 요구되는 ‘충성의무(Treuepflicht)’와 그에 대응하는 국가의 보호·배려의무는 직업공무원제도의 주요 내용이자 헌법적 요구라고 해석한다. 그리고 여기서 말하는 국가의 보호·배려의무의 주된 내용은 공무원에 대한 신분보장과 함께 경제적 보장이라고 설명하며 공무원 근무조건의 법정주의는 직업공무원제도에서 도출되는 공무원의 신분 및 경제적 보장의 실현으로 이해한다. 그리고 공무원의 경제적 보장은 직업공무원제도의 요소인 직무수행의 독립성과도 밀접한 관련이 있으므로 공무원의 생활안정을 실현하기 위한 구체적인 제도가 마련될 필요가 있다는 점도 함께 주장된다.¹¹⁾ 즉, 공무원과 그 가족의 생계와

9) 下井康史, “公務員の團體交渉權・協約締結權”, 『季刊労働法』 221号, 2008, 92頁; 반면, 일본의 공무원 근무조건 법정주의 근거에 관한 지배적인 견해는 일본국헌법 제73조에서 정하고 있는 내각의 업무 내용 중 제4호의 “법률이 정하는 기준에 따라 관리에 관한 사무를 맡아서 처리할 것”으로부터 도출하는 것이 일반적이며, 일본최고 재판소도 마찬가지로 견해이다.

10) 한수웅, 『헌법학』 제3판, 법문사, 2013, 1259쪽; 류지태·박중수, 『행정법 신론』 제15판, 박영사, 2011, 791쪽

노후를 보장하는 적정한 급여와 연금이 지급되어야만 공무원의 직무 독립성이 보장된다는 것이다. 따라서 헌법 제7조 제2항에서의 신분보장이란 원칙적으로 공무원직에 종신으로 임명되고 경제적으로 적정하게 부양되며 연금의 형식으로 노후가 보장되는 신분보장이란 의미를 내포하고 있는 것으로 해석¹²⁾할 수 있으며 이러한 신분보장을 달성하기 위해서는 단순히 특정 근무조건뿐만 아니라 공무원의 근무와 관련한 모든 조건들이 법률을 통해 함께 보장될 필요가 있다는 것이다. 근무조건이라는 것은 공무원의 근무와 관련하여 필요한 조건으로 이를 각각 분리하여 생각할 수 없는 상호 연관성을 갖는 것들이기 때문이다. 우리 헌법재판소¹³⁾도 “헌법 제7조 제2항은 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다고 규정하여 직업공무원제도를 규정하고 있고, 직업공무원제도 하에서 공무원의 신분은 헌법에 의해 보장되며, 근무조건은 국회가 제정하는 법률로 정해지게 된다.”라고 판단하여 헌법 제7조 제2항의 직업공무원제도가 공무원의 근무조건 법정주의의 근거임을 언급한 바 있다.

(2) 헌법 제32조 제3항

공무원 근무조건 법정주의의 근거를 헌법 제32조 제3항에서 찾는 견해도 있다.¹⁴⁾ 헌법 제32조 제3항을 공무원근무조건 법정주의 근거로 보는 학설은 공무원도 근로자이므로 헌법 제32조 제3항의 적용을 받는 것이 당연하다는 전제 하에 공무원인 근로자의 근무조건을 규율하고 있는 공무원법 등의 입법근거는 헌법 제32조 제3항이라고 설명하고 있다.¹⁵⁾ 공무원도 헌법에서 노동기본권의 향유주체로 규정하고 있는 근로자

11) 허영, 『한국헌법론』 전정9판, 박영사, 2013, 822쪽

12) 하지만, 신분보장이 공무원의 주관적 권리로서 인정되는 근거가 헌법 제7조 제2항으로만 이해되지는 않는다. 왜냐하면 직업공무원제도의 헌법적 보장으로 부터 입법자의 구체적 입법의무를 도출할 수 없고, 그 결과 국가의 구체적 입법의무에 대응하는 개인의 주관적 권리를 도출하는 것은 불가능하기 때문이다. 따라서 공무원이 신분보장을 주관적 권리로서 주장할 수 있는 근거는 헌법 제7조 제2항 및 헌법 제25조(공무담임권)의 연관관계에서 도출된다고 본다.(한수웅, 『헌법학』 제3판, 법문사, 2013, 871~872쪽)

13) 헌재 2008.12.26. 2005헌마971, 1193, 2006헌마198(병합)

14) 임종률, “공무원의 근무조건과 근로기준법”, 『노동경제논집』, 한국노동경제학회, 1979, 29쪽; 박종희, “공무원의 노동관계법상 지위에 관한 연구”, 『노동법포럼』, 노동법이론실무학회, 2010, 118~120쪽

에 포함된다는 점, 헌법 제33조에서 제2항의 예외규정을 통해 공무원인 근로자의 노동3권 보장에 대해서는 따로 규율하면서도 헌법 제32조에서는 공무원인 근로자를 따로 규정하고 있지 않은 점에서 공무원이라고 근로자와 다르게 볼 것은 아니라는 주장이다. 하지만 헌법 제32조 제3항을 근거 규정으로 본다고 하더라도 같은 근로자인 공무원과 일반근로자의 근로조건의 수준과 내용이 법률에서 상이하게 규정하고 있는 것에 대해서는 추가적인 설명이 필요하다. 이에 대해서는 공무원의 근무조건 법정주의의 기초를 헌법 제32조 제3항에서 찾는 견해 속에서도 이해하는 방향이 나누어진다. 우선 하나의 견해는 공무원의 근무조건이 일반근로자와 같은 최저기준이 아닌 구체적이고 적정 수준으로 규율되고 있는 것에 대해 공무원 근무관계의 특수성과 공무원 제도 운영의 필요에서 그 근거를 찾는다.¹⁵⁾ 공무원 근무관계는 일반 공무원과 달리 인사관리의 공정성, 직무수행의 능률이 일반근로자 보다 훨씬 엄격하게 요구되고 그 대우가 예산에 의해 제약을 받기 때문에 공무원의 근무조건은 일반 근로자들의 근로조건과 달리 적정수준에 규율된다고 설명한다.¹⁷⁾ 반면, 또 다른 견해¹⁸⁾는 헌법 제32조 제3항에 따라 근로조건의 보호를 받는 근로자를 시장경제원리가 지배하는 영역의 근로자와 그렇지 않은 근로자로 나누어 파악하면서, 전자의 근로자는 근로조건의 최저수준을 법률로서 보호받는 근로자로, 후자의 근로자는 적정수준의 근로조건을 법률로서 보호받는 근로자로 이해한다. 이때 적정수준의 근로조건을 보호받는 근로자, 즉 시장경제원리가 지배하지 않은 영역의 근로자가 바로 공무원이라고 설명한다. 다시 말해, 시장경제원리가 지배하는 영역에서는 사적자치 영역 형성을 통해 당사자 간의 근로조건이 결정되므로 국가는 시장경제질서원칙을 해치지 않는 범위 내에서 근로자들의 근로관계 내에서의 상대적 열세지위를 보전하기 위해 최저수준을 보호하고 그

15) 임종률, “공무원의 근무조건과 근로기준법”, 『노동경제논집』, 한국노동경제학회, 1979, 29쪽

16) 임종률, “공무원의 근무조건과 근로기준법”, 『노동경제논집』, 한국노동경제학회, 1979, 35쪽

17) 임종률, “공무원의 근무조건과 근로기준법”, 『노동경제논집』, 한국노동경제학회, 1979, 34~35쪽; 공무원법을 입법한 근거에 대해 근로기준법 상의 추상적 내용들을 구체화하고, 공무원에게 적용할 수 없거나 적용할 필요가 없는 사항을 분명히 정하며, 특정공무원 개인에 대한 유리의 원칙 적용을 배제하기 위함이라고 한다.

18) 박종희, “공무원의 노동관계법상 지위에 관한 연구”, 『노동법포럼』, 노동법이론실무학회, 2010, 118~120쪽

보호범위 내에서 노사당사자 간의 근로조건 결정에 시장원리가 통용되도록 설계된 것으로 이해하는 반면, 이러한 시장원리가 적용되지 않는 영역에서는 전자와 같은 근로조건 결정 구조의 형성이 어려우므로 법령을 통해 직접 결정하는 구조를 채택하고 있는 것이라고 설명하는 것이다. 특히 공무원의 경우 업무 자체가 비영리활동을 독점적 지위에서 수행하며, 근무조건 결정에 필요한 비용 또한 국민이 납부하는 세금으로 조성된다는 점에서 근무조건이 법령을 통해 안정적으로 확정될 필요가 있게 된다는 것이다.

두 견해의 가장 큰 차이는 헌법 제33조에서 인정하고 있는 노동3권과의 관계에서 나타난다. 전자의 견해는 공무원의 근무조건 구조에서 집단자치영역이 인정되지 않는 것은 헌법 제33조 제2항에서 공무원에 대해 노동3권을 제한하고 있기 때문이라고 설명하며, 만일 공무원에 대해 노동3권이 보장되고 그에 의해 단체협약이 체결된다면 법령에서 정한 근무조건 수준이 적정수준이라고 하여도 단체협약이 공무원 관계 법령보다 우선하여 효력을 가진다고까지 설명하고 있다.¹⁹⁾ 반면, 후자의 견해는 헌법 제33조 제2항이 공무원에 대해 노동3권 주체성을 제한하는 개별유보조항을 두고 있는 것은 공무원의 근무조건 결정 기본 구조상 집단 자치를 인정하는 것이 곤란하기 때문이라고 이해한다.²⁰⁾ 즉, 공무원 근무관계에 있어 집단자치가 인정되지 않는 것에 대해 전자는 헌법상의 제한 규정에서 비롯한 것으로 보는 반면, 후자는 제한규정과 관계없이 공무원의 근무관계 특성상 제한은 당연히 전제되는 것으로 이해한다는 점에서 서로 다르다고 할 수 있다.

(3) 소결

헌법 제7조는 단순히 공무원 개인의 역할과 권리 보장에 초점이 맞추어져 있는 것이 아니라 전반적인 국가운영의 관점에서 공무원 제도를 어떻게 구성하고 운영할 것인가에 초점이 맞추어져 있는 것이라고 할 수 있다. 마찬가지로 헌법 제7조 제2항에서 보장하고 있는 공무원의 신분도 단순히 공무원인 자의 개별 권리를 보장하기 위

19) 임종률, “공무원의 근무조건과 근로기준법”, 『노동경제논집』, 한국노동경제학회, 1979, 35쪽

20) 박중희, “공무원의 노동관계법상 지위에 관한 연구”, 『노동법포럼』, 노동법이론실무학회, 2010, 120쪽

하여 규정되었다기 보다 전체 우리나라 공무원제도를 안정적으로 운영하는데 필요한 요소 중 하나로 규정되어 있는 것으로 이해하여야 한다. 따라서 헌법 제7조 제1항과 제2항을 각각 분리하여 공무원 근무조건 법정주의의 헌법적 근거를 찾는 것보다 헌법 제7조 자체를 공무원 근무조건 법정주의의 근거 규정으로 이해하는 것이 적절하다고 생각한다. 헌법 제7조 제1항에서는 공무원의 근무조건 중 공무원이 봉사자적 지위에서 부담하여야 할 의무적인 사항에 관한 근무조건, 제2항에서는 건강한 공무원 제도의 형성 유지를 위해 공무원에게 보장되어야 하는 근무조건의 법정화가 요구된다고 해석할 수 있다.

공무원도 근로자이므로 당연히 근무조건도 헌법 제32조 제3항과 관계될 수 있음은 명백하다고 할 수 있다. 다만, 공무원인 근로자이므로 일반 근로자와는 달리 변형된 형태로 헌법 제32조 제3항에 따른 근로조건의 보호를 받는 것으로 살필 필요는 있다고 생각된다. 앞서 공무원에 대해서는 근로자에게 인정되는 헌법상의 직업의 자유와 근로의 권리가 공무담임권으로 대체되는 것을 살펴본 바 있는데, 헌법 제32조 제3항의 규정도 이와 유사한 형태로 이해할 수 있다. 즉, 공무원인 근로자의 근로조건은 헌법 제7조 제2항에 따라 법률로서 보장되도록 규정되어 있으므로 이미 그 수준이 최소 수준이 아닌 적정수준에서 공무원의 근무조건을 법률에서 정하여야 하므로 최소 수준의 설정을 요구하는 제32조 제3항에 따른 법정화의 직접적인 적용에서는 벗어나게 되는 것이다. 이는 헌법 제32조 제3항에서 근로조건 자체가 아닌 근로조건 “기준”을 법률로서 정하도록 하고 있다는 점에서 찾을 수 있다. 근로조건 기준이라는 것은 근로조건 자체를 말하는 것이 아니라 근로자의 근로조건을 정함에 있어 “기본이 되는 표준”을 의미하는 것이다. 따라서 헌법 제32조 제3항이 법률로서 정하도록 하고 있는 “근로조건 기준”은 곧바로 근로자의 근로조건이 되는 것이 아닌 근로자의 근로조건을 정하는 데 고려하여야 할 기본적인 표준인 것이다. 이에 따라 일반 근로자들에 대해서는 헌법 제32조 제3항의 요청에 의해 근로조건의 최소 기준을 정하고 있는 근로기준법이 입법화 되어있는 것이다. 그리고 공무원의 근무조건 역시 헌법이 제32조 제3항에서 요청하는 근로조건에 대한 보장에서 완전히 자유로운 것으로 판단할 수는 없다. 입법권자는 공무원인 근로자에 대해 신분이 보장될 수 있도록 적정 수준의 근로조건을 입법하여야 할 의무와 근로자의 인간 존엄성²¹⁾을 보장할 수 있는 근로조건 기준

21) 우리 헌법 재판소는 근로조건의 기준을 인간의 존엄성이 보장되도록 법률로 정한다는 의미 중 인간의 존엄성이라는 기준에 대해 “인간의 존엄에 상응하는 근로조건에 관한 기준의 확보가 사용자에 비하여 경제적·사회적으로 열등한 지위에 있는 개별 근로자의 인간존엄

을 입법하여야 할 의무를 동시에 부담하게 되는데, 입법권자는 헌법 제7조의 요청에 따라 공무원의 근무조건에 관한 입법을 하면서 헌법 제32조 제3항에 따른 근로조건의 기준을 완전히 무시하거나 준수하지 않는 것은 불가한 것으로 생각된다. 왜냐하면 헌법 제32조 제3항의 요청에 따라 입법화되는 근로조건의 기준은 근로자라면 누구든 관계없이 당연히 최소한 보장되어야 할 기준이기 때문이다. 즉, 공무원은 헌법 제32조 제3항에 따라 규율되는 입법에 앞서 헌법 제7조 제2항의 취지에 따라 형성된 근무조건을 규율하는 입법의 적용을 받으므로 그 범위 내에서는 공무원이 직접적으로 헌법 제32조 제3항에 따른 입법에 적용되지 않는 것으로 볼 수 있지만, 그렇다고 하더라도 헌법 제32조 제3항에 따라 근로조건 입법에서 설정되는 ‘인간의 존엄성 보장’이라는 보호 수준은 공무원인 근로자도 헌법상 근로자인 이상 공무원의 근무조건 결정 입법에서도 반드시 준수되어야 한다는 것에는 변함이 없다. 따라서 공무원 관련 법률도 당연히 헌법 제32조 제3항에 따른 ‘인간의 존엄성 보장’의 수준을 감안하여 공무원에 대해 인간의 존엄성이 보장될 수 있는 최소한의 근무조건 기준 이상으로 근로조건이 규율되어야 한다.

헌법 제7조와 제32조 제3항 이외에도 공무원 중 교육공무원에 대해서는 헌법 제31조 제5항에서 규율하고 있는 교원 지위 법정주의가²²⁾, 그리고 조례에 의해 일부 근무조건이 결정되는 지방공무원에 대해서는 헌법 제117조 제1항에서 규정하고 있는 지방자치 규정 제정권²³⁾이 근무조건 법정주의의 또 다른 근거가 될 수 있을 것으로 생각된다.

3. 내용

(1) 법정주의 형식

성의 실현에 중요한 사항일 뿐만 아니라, 근로자와 그 사용자들 사이에 이해관계가 첨예하게 대립될 수 있는 사항이어서 사회적 평화를 위해서도 민주적으로 정당성이 있는 입법자가 이를 법률로 정할 필요성이 있으며, 인간의 존엄성에 관한 판단기준도 사회·경제적 상황에 따라 변화하는 상대적 성격을 띠는 만큼 그에 상응하는 근로조건에 관한 기준도 시대상황에 부합하게 탄력적으로 구체화하도록 법률에 유보한 것이다.” 라고 하며 기 형성된 기준의 개념이 아닌 상대적이고 변화 가능한 기준으로 이해하고 있다.(헌재 1999. 9. 16. 자 98헌마310; 헌재 2003. 7. 24. 자 2002헌바51)

22) 헌재 1991. 7. 22. 89헌가106

23) 헌재 2002. 10. 31. 2002헌라2

공무원근무조건 법정주의의 핵심은 공무원의 근무조건을 법률로서 규율한다는 것인데, 여기서 말하는 법률은 형식적인 법률만을 의미하는 것은 아니다. 법률로부터 위임받아 입법되는 행정입법이나 법률의 범위 내에서 제정 가능한 지방자치 입법도 모두 여기에 포함되는 것으로 이해하여야 한다. 그 이유는 공무원의 신분·경제적 보장이란 예산 상황과 공무원 인력 운용 현황 등을 감안하여 결정되어야 하는데 이를 국회를 통한 입법으로서의 법률로만 모두 결정하도록 하는 것은 예산 상황과 인력 운용 현황과 유동적인 요소들을 즉각 반영하기에 적절치 않기 때문이다.

그리고 법률에서 규율하는 방식에 대해서도 법률에서 해당 근무조건의 상세 내용을 규정하느냐 아니면 법률에서는 헌법이 요청하는 일정 기준만을 설정하고 상세한 내용의 규율은 하위 법령이나 다른 방법에 맡기느냐에 따라 근무조건 법정주의 형태를 구분하여 생각해 볼 수 있다. 다시 말해 공무원의 근무조건 법정주의는 공무원 근무조건에 관한 대표적인 법률인 공무원법에서 근무조건 내용을 상세히 규율하고 있는 형태²⁴⁾와 법률에서는 대강의 기준만을 설정한 채 자세한 내용의 규율을 하위법령 등에 위임하고 있는 형태²⁵⁾로 나누어 볼 수 있다. 근무조건의 결정권한은 원칙적으로 입법권자가 가지지만 그 내용의 규율에 있어 직접 규율하는 방법과 행정입법을 통해 규율할 수 있도록 위임하는 방법이 공존할 수 있다는 것이다. 행정입법을 통해 규율할 수 있도록 법률이 위임하는 것은 일반 법체계에서 특별히 문제될 것이 없지만, 근무조건에 관한 내용의 경우에는 위임을 받는 행정부가 근무관계에 있어 일방당사자의 지위에 있다는 점에서 근무조건 결정에 대한 행정입법으로의 위임이 근무조건 결정권한을 근무관계 일방당사자에게만 부여하는 현상으로 비춰질 수 있게 된다는 점에서 근무조건 결정 당사자 간에는 유의미하다. 물론, 법률의 위임을 받은 행정입법은 법률의 위임 범위 내의 제한을 받게 되고 행정입법의 주체로서의 행정부와 근무관계 당사자로서의 행정부를 동일하게 취급하는 것은 무리가 있지만, 뒤에 살펴볼 공무원

24) 예를 들어 신분보장(퇴직, 면직, 휴직, 직위해제, 강임, 정년 등)에 관한 사항이 여기에 해당한다. 관련한 상세 절차에 대해서는 하위법령에 위임하는 규정이 있지만 그 요건이나 사유는 법률에서 명확히 규정하고 있다.

25) 예를 들어 보수에 관한 사항, 복무에 관한 사항이 여기에 해당한다. 법률은 보수결정의 원칙을 공무원법에서 “민간 부문의 임금 수준과 적절한 균형을 유지하도록”과 같이 제시해주고 해당 범위 내에서 관련 근무조건이 결정되도록 하위법령에 위임하는 방법으로 근무조건 법정주의를 실현하고 있다.

의 노동3권 보장과 그에 따른 근무조건 결정 과정에서 단체협약의 효력과 관련해서는 검토해 볼 여지가 발생하는 것은 사실이다. 우리나라와 유사한 공무원법제를 가지고 있는 일본도 공무원 근무조건에 대해 우리나라와 마찬가지로 근무조건 법정주의를 채택하고 있는데, 일본 내에서는 공무원의 근무조건법정주의에 대해 법률이 대략적으로 정하고 그 틀 안에서 노사관계당사자가 단체교섭 등의 방법으로 세부사항에 대해 결정하는 대강법정주의와 법률이 세부 내용까지 결정하는 방식의 상세법정주의가 나누어져 주장되고 있다고 한다.²⁶⁾ 대강법정주의란 우리나라 헌법 제32조 제3항과 같은 규정인 일본 헌법 제27조 제2항에서 근무조건에 관한 기준을 법정에서 정하도록 규정하고 있으므로, 공무원도 헌법상의 근로자인 이상 근로자 보호의 관점에서 이 규정은 공무원에게도 당연 적용되는 것으로 보아 법률로 정할 수 있는 범위는 근무조건의 기준에 그치고, 그 세부까지를 법률로 정하는 것을 의미하는 것은 아니라고 보는 것을 말한다.²⁷⁾ 대강법정주의는 법률에서 대강의 기준만 정하고 내용의 구체화는 단체교섭 등에 위임하는 형태로 공무원의 근무조건 결정구조를 형성하는 것이 가능하다고 설명하고 있다.²⁸⁾ 이는 근무조건 법정주의 원칙 아래서 근무조건에 관한 협약자치의 형성을 모색하기 위한 논거라고 할 수 있다.

(2) 근무조건 수준의 보장

공무원 근무조건 법정주의는 근무조건을 법률 등을 통해 규율한다는 의미와 함께 법률 등을 통해 공무원의 근무조건이 일정수준 보장된다는 의미도 내포하고 있다. 이때의 보장이 어느 수준에서 이루어져야 하는지는 이에 대해 규율하고 있는 헌법 규정의 목적에서 찾아야 하는데, 앞서 살펴보았다시피 우리 헌법 제7조 제2항은 공무원의 신분을 법률로서 보장할 것을 명령하고 있는 것은 공무원 개인의 이익을 보호하고자 함에 목적이 있는 것이 아니라 공무원의 신분을 보장함으로써 국가 운영의 기틀이 되는 공무원제도를 안정적으로 보장하고자 하는데 그 목적을 두고 있다고 이해할 수 있다. 그렇다면 한다면 공무원의 근무조건을 법률로서 보장하고자 하는 입법권

26) 和田肇, “日本における国家公務員労使関係システム”, 『공무원의 노동기본권과 근로조건결정의 법적 쟁점』, 제6회 한일노동법 FORUM 자료집, 2013, 4쪽

27) 晴山一穂, “團體交渉と立法措置”, 『法律時報』 84卷 2号, 2012, 31頁

28) 西谷 敏, 『労働組合法』 第3版, 有斐閣, 2012, 64頁

자는 보장 수준을 공무원 개인의 권리 보장적 측면이 아닌 전체적인 관점에서 공무원 제도가 안정적으로 운영될 수 있는 수준에서 근무조건을 형성하여야 하는 과제를 안게 된다고 할 수 있다. 그리고 공무원 제도를 안정적으로 운영하기 위한 근무조건의 적정수준 보장이라는 것은 절대적인 것이 아니기 때문에 이에 대한 결정은 결국 입법자의 재량에 맡겨져 있는 것으로 해석할 수밖에 없게 된다.

결국 근무조건 법정주의를 통해 결정되는 근무조건의 적정수준이라는 것은 공무원 제도의 안정적 운영이 담보되기 위한 수준과 근무조건 형성에 소요되는 비용을 부담하는 국민의 의사가 적절히 조화되어 형성되는 수준을 의미한다고 할 수 있다. 그리고 이는 입법권자가 공무원의 근무조건 관련 입법을 함에 있어 고려하여야 할 요소로 작용하게 된다. 우리 실정법에서 입법권자가 공무원의 근무조건 보장 수준에 대해 명시적으로 규정하고 있는 내용은 없지만 국가공무원법 제46조에서 “공무원의 보수는 일반의 표준 생계비, 물가 수준, 그 밖의 사정을 고려하여 정하되, 민간 부문의 임금 수준과 적절한 균형을 유지하도록 노력하여야 한다.”라고 규정하고 있는 것을 통해 입법자가 공무원에게 보장되어야 할 근무조건의 수준을 일반 국민 및 근로자의 생활과 균형을 맞출 수 있는 수준으로 설정하고 있는 것으로 미루어 짐작할 수는 있다.

Ⅲ. 공무원의 근무조건과 단체협약

1. 현행 공무원노조법상 단체협약의 효력

공무원노조법 제10조 제1항은 “단체협약의 내용 중 법령·조례 또는 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의한 위임을 받아 규정되는 내용은 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니한다.”라고 규정하여, 공무원노조에게 단체협약체결권을 인정하면서도 단체협약의 내용 중 법령·조례·예산 등에서 규정하고 있는 내용에 대하여는 단체협약의 효력을 부정하고 있다. 그렇다고 하여 협약 내용 자체가 무효가 되는 것을 의미하는 것은 아니며 단체협약으로서의 효력만 부정될 뿐 정부교섭대표로

하여금 그 내용이 이행될 수 있도록 성실하게 노력할 의무는 부여하고 있다. 그리고 동법 시행령 제10조에서는 정부교섭대표는 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니하는 단체협약의 내용에 대한 이행 결과를 해당 단체협약의 유효기간 만료일 3개월 전까지 상대방에게 서면으로 알려야 한다고 규정하고 있다. 여기서 말하는 법령의 의미는 법률·대통령령·시행규칙까지 포함되는 것으로 해석되고, 조례는 지방자치단체의 지방의회가 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 의결한 것을 의미하며, 지방자치단체의 장이 법령 또는 조례가 위임한 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 제정한 규칙에 해당하는 내용도 단체협약의 효력을 가지지 않는 것으로 해석된다.²⁹⁾ 일반노사관계를 규율하고 있는 노조법 제33조에서는 단체협약에 대해 개별 근로계약 및 취업규칙에 우선하는 효력을 인정하고 있는 것에 반해, 공무원노조법에서는 이와 같이 단체협약의 효력을 제한하고 있는 이유는 공무원의 주요 근무조건이 법령 및 예산 등의 형태로 결정되기 때문에 단체협약에 대해 법령 및 예산에 우선하는 효력을 인정하는 것이 어렵기 때문이라고 설명되고 있다.³⁰⁾ 그리고 공무원노조법상 단체협약의 효력 제한 규정을 3권 분립 차원에서 이해하는 견해³¹⁾도 있는데, 이 견해에 따르면 공무원노조법이 제10조 제1항에서 단체협약의 효력을 부인하고 있는 이유를 해당되는 교섭내용 자체가 이른바 사용자인 정부의 독자적 결정에만 의존할 수 없는 사항이기 때문이라고 설명하기도 한다. 정부가 해당 교섭사항에 대해 계기를 부여하는 동인을 갖는다고 하더라도 권력분립의 원칙상 정부의 의사가 최종적으로 귀결되는 것이 아니라 의회의 통제를 받아 다시 수정될 가능성이 항상 잠재되어 있다는 점을 그 근거로 제시한다.

헌법재판소³²⁾는 헌법 제7조 제2항에 따른 직업공무원제도 하에서 공무원의 근무조건은 국회가 제정하는 법률로 정해지게 되며, 국회가 국가의 예산안을 심의·확정한다는 재정의회주의원칙을 규정하고 있는 헌법 제54조 제1항에 따라 공무원의 보수

29) 이철수·이승욱·정인섭·손향미, 『공무원단체 업무매뉴얼』, 행정자치부, 2004, 241쪽; 김재훈, “공무원 노동조합의 단체교섭 및 단체협약에 관한 연구”, 『노동법연구』 제23호, 서울대노동법연구회, 2007, 269쪽

30) 노동부, 『공무원노조법 제정 관련 참고자료』, 2004. 2쪽 참조

31) 김진곤, “공무원의 노동3권에 관한 입법형성과 그 한계”, 『헌법실무연구』 제10권, 2009, 215쪽

32) 헌재 2008. 12. 26. 2005헌마971

최종적인 권한은 국회가 가지게 되므로, 공무원노조법이 공무원 노사 간의 단체협약에 대해 국회의 근무조건 결정권을 배제하지 못하도록 규정한 것은 정당하다고 판단한 바 있다. 특히 공무원은 민간부문과 달리 근무조건의 대부분은 헌법상 국민 전체의 의사를 대표하는 국회에서 법률, 예산의 형태로 결정되는 것으로서, 그 범위 내에 속하는 한 정부와 공무원노동단체 간의 자유로운 단체교섭에 의하여 결정될 사항이라 할 수 없으므로 노사 간 합의로 체결한 단체협약이라 하더라도 법률·예산 및 그의 위임에 따르거나 그 집행을 위한 명령·규칙에 규정되는 내용보다 우선하는 효력을 인정할 수는 없고, 조례는 지방의회가 제정하는 것으로 해당 지방자치단체와 그 공무원을 기속하므로 단체협약에 대하여 조례에 우선하는 효력을 부여할 수도 없다고 헌법재판소는 설명하고 있다. 그리고 위 법률조항이 법령·조례 또는 예산 등과 저촉되는 부분에 한하여 단체협약으로서의 효력만 부인할 뿐, 교섭 자체를 할 수 없게 하거나 단체협약을 체결하지 못하도록 하고 있지는 않으며, 같은 조 제2항에서 제1항의 규정에 따라 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니하는 내용에 대하여 그 내용이 이행될 수 있도록 성실히 노력할 의무를 부과하고 있고 성실히 이행의무에 따라 공무원노조법 시행령 제10조(단체협약의 이행통보)는 정부교섭대표로 하여금 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니하는 단체협약의 내용에 대한 이행결과를 당해 단체협약의 유효기간 만료일 3월 전까지 상대방에게 서면으로 통보하도록 하고 있다는 점 등을 들어 해당규정이 공무원의 단체교섭권을 침해하는 것으로는 볼 수 없다고 판단하였다.

2. 단체협약과 법령 등과의 관계

(1) 법률과의 관계

공무원노조법에서 말하는 단체협약으로서의 효력이란 규범적 효력을 의미하는데 이를 헌법상 노동3권에서 기인하는 것으로 인정한다고 하여도³³⁾ 입법권자의 입법권을 초월하는 규범의 형성까지 인정될 수는 없다. 그 이유는 단체협약의 규범적 효력이라는 것도 헌법에서 그 근거를 도출할 수는 있지만 법률을 통해 비로소 현실화 된다는

³³⁾ 강선희, 「단체협약 효력의 정당성 기초와 내용」, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2009, 60~62쪽

점, 즉 근로자의 집단적 협약 자치라는 것은 입법권자에 의해 형성되는 것이라는 점, 그리고 국회의 입법권과 대등한 규범의 제정권한을 현행 헌법 체계 내에서 국회가 아닌 다른 주체에게 인정될 수 없다는 점 등에서 찾을 수 있다. 따라서 근무조건에 대해 법률에서 입법권자가 규율하고 있는 내용에 대해서는 공무원노조법상의 규정이 아니더라도 당연히 단체협약으로서의 규범적 효력은 부정될 수밖에 없다. 즉, 현행법과 달리 공무원의 단체협약에 일정 효력을 부여하고자 한다 하여도 법률에서 정하고 있는 내용에 대해서는 본질적으로 단체협약의 효력을 인정할 수 없다는 한계가 내재되어 있는 것으로 보아야 한다는 것이다.

(2) 행정입법과의 관계

공무원노조법이 단체협약의 효력을 제한하는 범위 중에서 법률은 입법권자에 의해 형성되는 것이기 때문에 근무관계 당사자가 이를 뛰어넘는 효력을 가진 단체협약을 체결할 수 없다는 사실은 명백하다. 하지만 법률의 위임을 받아 행정부가 제정하는 행정입법에서 규율하고 있는 근무조건은 단체협약과 어떠한 관계를 가질까? 일부 견해³⁴⁾에서는 법률과 달리 대통령령 등과 같이 행정입법에 의해 규정되는 근무조건은 그 제정 및 개정 권한이 행정부에 유보되어 있다는 점에서 이 부분까지 단체협약의 효력을 부인하는 것은 근거가 없는 과도한 제한에 해당하므로 위임입법의 한계를 벗어나지 않는 범위 내에서는 단체협약에 대해 행정입법에 우선하는 우선효를 부여하여야 한다고 설명하기도 한다. 하지만 헌법 제75조는 대통령령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 대해 대통령령을 발할 수 있다고 규정하고 있으며, 다시 제95조는 법률이나 대통령령의 위임을 통해 총리령 또는 부령을 발할 수 있도록 규정하고 있어 헌법에 근거한 행정입법은 우리 법령체계 내에서 국회를 보조하여 국회가 부여하는 권한 범위 내에서 국회의 입법작용과 본질적으로 동일한 성질을 가지는 입법작용으로 평가될 수 있다.³⁵⁾ 따라서 대통령령 및 부령 등에 대해서도 법률과 동일한 효력을 인정할 수 있고, 단체협약은 이 범위 내에서 효력을 갖지 못하는

34) 「공무원노조법의 법률적 쟁점과 입법대안에 관한 연구」, 전국공무원노동조합, 2011, 115쪽

35) 이희정, “행정입법 효력의 재구성”, 『행정법연구』, 제25호, 행정법이론실무학회, 2009, 112쪽

것으로 해석하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 법률에서 구체적으로 범위를 정하는 위임을 하지 못한 경우 또는 행정입법이 법률에서 정한 위임의 범위를 뛰어넘는 경우와 같이 행정입법 자체가 부정될 수밖에 없는 경우를 제외하고는 행정입법의 입법으로서 정당성은 당연 긍정되어야 하는 것이 헌법의 명령이다. 따라서 법률에서 규정하고 있는 근무조건과 행정입법을 통해 규정되는 근무조건은 본질적으로 차이가 없다고 볼 수 있으며, 단체협약의 효력이 행정입법의 효력을 뛰어 넘을 수도 없게 된다. 마찬가지로 행정입법으로 부터 재위임 받아 근무조건을 규정하는 경우도 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니하고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않으며 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용되므로,³⁶⁾ 마찬가지로 법률 또는 행정입법에서 규율하는 근무조건과 동일한 것으로 평가할 수 있다.

그럼에도 불구하고 행정입법인 명령·규칙은 공무원 노사관계의 일방당사자인 행정부 또는 지자체가 일방적으로 제정하고 변경하는 것이므로 공무원 노사의 쌍방이 합의하여 결정한 단체협약의 효력보다 모든 경우에 언제나 우선적 효력을 가진다고 보는 것은 문제가 있을 수 있다.³⁷⁾ 단체협약 체결 후에 정부나 지방자치단체가 단체협약의 내용에 반하는 명령·규칙을 제정 또는 개정하는 경우가 이에 해당할 수 있는데, 현행 공무원노조법에 따르면 이 경우에 단체협약 체결 시점의 시간적 전후에 상관없이 위임입법은 단체협약의 효력을 부정할 수 있게 된다. 하지만 이것을 허용하고 그에 따라 명령·규칙의 시행 전에 체결된 단체협약의 효력을 부정할 수 있게 한다면, 그것은 공무원 노사의 쌍방합의에 의하여 결정된 단체협약의 효력을 노사관계의 일방당사자가 일방적으로 변경·실효시키는 것을 허용하는 셈이 되는데, 이는 헌법 제33조가 보장하는 공무원인 근로자의 단체교섭권을 근본적으로 부정하거나 본질적으로 침해하는 것이어서 헌법상 허용될 수 없다고 생각된다.³⁸⁾

³⁶⁾ 헌재 1996. 2. 29. 94헌마213; 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 위임금지의 법리에 반할 뿐 아니라 수권법의 내용변경을 초래하는 것이 되고, 부령의 제정·개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 재위임에 의한 부령의 경우에도 위임에 의한 대통령령에 가해지는 헌법상의 제한이 당연히 적용되어야 할 것이기 때문이다.

³⁷⁾ 김인재, “최근 공무원노사관계의 법적 쟁점과 과제”, 『노동법학』 제36호, 한국노동법학회, 2010, 72쪽

(3) 조례와의 관계

조례에서 규율되는 공무원의 근무조건은 지방공무원의 경우에 한하는 것인데, 지방공무원의 근무조건을 조례에서 규율하는 경우 조례는 헌법 제117조에 따라 법령의 범위 안에서만 제정될 수 있으므로 해당 근무조건의 내용은 법령에서 정한 범위 내라는 제한을 받게 된다. 실제 지방공무원법에서는 근무조건의 내용을 행정입법 또는 조례에서 정하도록 규정하고 있다. 조례에서 정하는 근무조건의 내용도 법률에서 정한 범위 내에서 규율된다는 점에서 그 민주적 정당성을 인정할 수 있으므로, 행정입법에서 규율하는 근무조건과 마찬가지로 평가될 수 있다.

(4) 예산과의 관계

단체협약에서 규정하는 공무원의 근무조건 중 예산에 의하여 규정되는 내용에 대해 효력을 부정하는 이유는 예산이 국민전체의 의사를 대표하는 국회에서 결정되는 것이기 때문이라고 할 수 있다.³⁹⁾ 예산은 국회의 의결로 성립한다는 점에서 법규범의 일종으로 볼 수 있지만 그 성립과정을 살펴보면, 근무조건 결정과 관련하여 구분하여야 할 이유를 찾을 수 있다. 예산은 정부가 예산안을 편성하여 제출하면 국회가 이에 대해 심의하여 의결하는 과정을 거쳐 확정되게 된다. 정부에게 예산안 편성권을 부여한 것은 예산을 실제 집행하는 정부가 국회보다 복잡한 예산안을 편성하는 데에 보다 높은 전문성을 가지고 있기 때문이라고 설명할 수 있다.⁴⁰⁾ 정부는 헌법 제54조 제2항에 따라 회계연도마다 예산안을 편성하여 회계연도 개시 90일 전까지 국회에 제출하여야 하는데, 예산안이 국회에 제출되기까지 행정부 내부에서 거치는 절차를 구체적으로 살펴보면, 국가재정법에 따라 기획재정부는 매년 4월 30일까지 다음 연도의 예산편성지침을 각 중앙부서에 통보하고, 각 중앙부서는 6월 30일까지 기획재정부에 예산요구서를 제출하며, 정부는 10월 2일까지 국회에 예산안을 제출하게 된다. 정부가 제출한 예산안에 대해 국회는 회계연도 개시 30일 전까지 예산안을 의결해야 한다. 예산안의 심의는 정부의 시정연설 청취, 상임위원회의 예비심사, 예산결산특별위

38) 헌재 2008. 12. 26. 2005헌마971 중 재판관 조대현의 일부 반대의견

39) 헌재 2008. 12. 26. 선고 2005헌마971

40) 한수웅, 『헌법학』 제2판, 법문사, 2012, 1143쪽

원회의 종합심사, 국회본회의에서의 의결 및 확정, 이렇게 4단계로 이루어지는 것이 일반적이다. 우리 헌법 제57조는 “국회는 정부의 동의없이 정부가 제출한 지출예산 각 항의 금액을 증가하거나 새 비목을 설치할 수 없다.”고 규정하여 국회의 예산심의 권에 제한을 가하고 있다. 즉, 국회는 정부가 제출한 예산안에 대해 폐지, 삭제, 삭감하는 것은 가능하지만 증액하거나 새로운 비용항목을 설치하는 것은 불가능한 것이며, 오히려 국회가 예산의 확장을 원하는 경우에는 정부에게 예산안 제출을 요구하여야 한다. 그리고 국회는 전체 예산 중 이미 법적으로 확정된 지출이나 기존의 국가시설 유지를 위해 필요한 지출에 대해서는 완전한 폐지나 큰 폭의 감액을 할 수 없는 사실상의 구속을 받게 되기도 한다.⁴¹⁾

법령의 경우 정부도 예산안을 국회에 제출하는 것과 마찬가지로 헌법 제52조에 따라 국회에 법률안을 제출할 수 있고, 법률에서 정하는 범위 내에서는 행정입법을 제정할 권한도 가지지만, 법률안 제출권한과 행정입법권은 국회에 구속될 수밖에 없다. 반면, 예산에 대한 국회의 정부 구속은 법령과 다르다고 할 수 있다. 국회는 예산에 대한 의결권을 가지지만 정부가 제출하지 않은 예산안을 국회가 임의로 창설할 수 없다는 점에서 예산에 있어 정부의 권한은 그리 작지 않다. 다시 말해, 법령에 있어서 정부는 국회를 구속할 수 없는 법률안 제출권과 법률에 의해 제한되는 행정입법권과 같은 소극적인 권한을 행사하지만 예산에 있어서는 직접 예산안을 편성하여 국회의 의결을 구한다는 점에서 법령에 비해 비교적 적극적인 권한을 가진다고 할 수 있다.

공무원노조법에서 예산에 의해 규정되는 내용은 단체협약으로서 효력을 가지지 못한다는 것은 이미 예산안이 확정되어 있는 회계연도 중간에는 그 범위를 넘어서는 단체협약의 효력을 인정할 수 없다는 의미로 해석할 수 있다. 이미 확정된 예산을 넘어서는 단체협약상의 근무조건은 그 이행이 불가하므로 효력이 없다는 것이다. 하지만 금년도에 체결한 단체협약에서 결정한 근무조건의 시행을 차년도로 예정하면서 이에 필요한 예산을 정부로 하여금 내년도 예산에 편성할 것을 요구하는 것은 충분히 가능하다고 판단된다. 물론 국회의 심의·의결과정에서 해당 예산이 삭감되거나 폐지되어 단체협약 상의 근무조건 이행이 불가능해질 수는 있지만 이는 단체협약 체결자

41) 한수웅, 『헌법학』 제2판, 법문사, 2012, 1144쪽

인 정부의 문제가 아닌 국회의 결정이므로 단체협약의 불이행 문제를 협약 상대방에게 물을 수는 없다고 할 것이다.

3. 근무조건 결정 구조에서 단체협약의 역할

(1) 법령 등에서 미 규정한 근무조건의 결정

공무원노조법이 법령 등에서 규율하고 있는 근무조건에 대해서는 단체협약의 효력을 부정하고 있지만, 이는 반대로 해석하면 법령 등에서 규율하고 있지 않은 근무조건에 대해 체결하는 단체협약에 대해서는 단체협약으로서의 효력을 인정하고 있는 것으로서 공무원 노사관계에도 일정부분 협약자치를 인정하고 있는 것으로 판단할 수 있다. 하지만, 앞서 살펴보았듯이 실제 공무원의 근무조건의 대부분은 법령 등에서 규율하고 있어 단체협약을 통해 결정되는 근무조건의 범위는 매우 협소할 수밖에 없다. 공무원노조법 입법 이전부터 공무원의 근무조건들은 대부분 법령 및 조례 등을 통해 규율되어 온 터라 근무조건에 대한 단체협약체결권이 보장되었다하더라도 단체협약에서 정할 수 있는 근무조건의 범위는 극히 일부일 수밖에 없기 때문이다. 실제 체결된 공무원 단체협약의 내용을 살펴봐도 근무조건 자체의 내용 보다는 해당 근무조건과 관련한 절차(예를 들어 시간외·휴일근무에 있어 이에 대한 한도 및 범위와 같은 내용은 공무원복무규정에서 정하고 있으므로 규정에서 정하고 있지 않은 절차에 관한 사항), 공무원이 소속되어 직접 근무하고 있는 기관의 환경이나 시설 개선(휴게소 설치, 정수기 관리, 실내온도 및 공기 질 적정 유지 등) 그리고 복리후생에 관한 사항(동호회 및 문화활동 지원, 수련원 이용, 특별 건강검진 등) 등이 단체협약으로 체결되어 근무조건을 형성하는 사례가 많은 것을 발견할 수 있다.⁴²⁾⁴³⁾ 공무원노조법에서 단체협약 체결권을 보장하고 있어도 공무원 관계법령에서 근무조건을 이미 규율하고 있으면 단체협약을 통한 근무조건의 결정은 불가할 수밖에 없는 구조이기 때문에 정부교섭대표와 공무원노조는 단체협약 체결 자체도 제한된 범위에서만 진행하고

42) 「공공부문(공무원·교원·공공기관) 단체협약 분석 및 모범사례 발굴」, 노동부, 2008, 191쪽

43) 2013년 전라남도청 단체협약서, 2013년 대구광역시청 단체협약서, 2013년 전라북도청 단체협약서 등 참조

있는 것으로 분석된다.

(2) 근무조건 결정에 간접적 영향

공무원노조법이 제10조에서 단체협약의 효력에 대해 규정하고 있는 내용은 법령 등에 의해 규정되는 근무조건에 대해서는 단체협약으로서 효력을 가지지 않는다는 것과 그 부분에 대해서는 교섭 상대방인 정부교섭대표가 그 내용이 이행될 수 있도록 성실하게 노력할 의무만을 부담한다는 것이다. 공무원노조법에서 규정하고 있는 정부교섭대표에 대한 단체협약의 이행의 성실 노력 의무 부가는 공무원의 근무조건 결정에 있어 법정주의가 기본 원칙이므로 일반 노사관계에서와 같은 단체협약의 효력과 영향력은 발휘할 수 없다는 것을 선언하는 의미이지만 또 다른 한편으로는 근무조건 법정주의 원칙을 깨뜨리지 않은 범위 내에서 단체교섭이 단체협약의 내용을 법정화 되어 있는 근무조건에 간접적이거나 반영될 수 있도록 하는 매개체로서의 역할을 한다는 것의 의미도 찾을 수 있다. 그리고 현재의 법제에서 단체협약은 근무조건에 대한 공무원의 관여 또는 의사 반영이 가장 현실적으로 형성될 수 있는 통로라는 사실도 부정할 수 없다. 특히 일반 노사관계의 단체협약이 규범적 효력을 갖고 당해 노동조합에 가입되어 있는 조합원만을 그 적용대상으로 하는 반면, 공무원의 단체협약은 협약의 내용이 직접적으로 근무조건의 내용을 형성하지 못하는 대신 단체협약의 내용이 정부교섭대표의 이행으로 법령 등으로 반영되면 전체 공무원에 대해 적용되게 되는 효과를 달성할 수 있게 된다는 점에서 근무조건 결정 구조 내에서 단체협약의 역할은 근무조건에 대한 공무원의 참여라는 의미가 강한 것으로 이해할 수 있게 된다.

IV. 실효적인 공무원 단체교섭 및 단체협약 법제 구축

1. 공무원 근무조건 법정주의의 한계 극복

근무조건 법정주의가 직업공무원제도를 국민주권원리에 바탕을 둔 민주적이고 법치주의적인 공직제도로써 공고히 하는 데에 역할을 하였다는 점은 공법적 관점에서 그

의미를 높이 살 수 있지만 자신의 신성한 근로를 제공한 공무원의 근로자적 관점에서 볼 때 근무조건 법정주의는 다르게 평가될 수도 있다. 근무조건이라는 것은 공무원이 공무를 수행하기 위해 제공하는 근로를 매개로 형성되는 것임에도 실상 근로를 제공하는 공무원은 자신의 근로와 관련하여 결정은 물론 어떠한 영향력도 미칠 수 없다는 사실은 근무조건 법정주의가 가지는 가장 큰 한계라고 할 수 있다. 공무원의 근무조건을 법정화하는 이유는 직업공무원제도의 민주성을 확보하며 실제 근무조건에 소요되는 비용을 부담하고 공무의 적용을 받는 국민으로 하여금 근무조건을 결정할 수 있도록 하고, 공무원 제도의 안정적 운영을 위한 공무원의 신분 및 경제적 생활을 보장하기 위함이라고 정리할 수 있다. 특히 생활보장적 측면에서 본다면 공무원의 근무조건은 공무원이 공무원직을 계속적으로 유지할 수 있을 정도의 적정 수준으로 보장되어야 한다. 이때 공무원에게 보장될 근무조건의 적정 수준이라는 것은 실질적으로 근무조건에 소요되는 국민의 의사는 물론 민간 근로자의 근로조건과의 비교, 물가 수준 등이 고려되어야 하며 궁극적으로 법률을 통해 정해지는 근무조건의 직접 적용을 받은 공무원의 의사도 고려되어야 할 것이다. 하지만 입법이라는 절차가 가지는 특성으로 인해 이러한 요소들의 반영이 실질적으로 이루어지지 못하는 한계를 가지고 있다. 그러나 공무원인 근로자가 근로자의 지위에 따른 권리를 공무원의 지위에 우선하여 주장할 수 없고 공무원 개인의 이익보다는 국가 운영을 위한 직업공무원제도의 보장이 우선되어야 하는 것은 분명하지만, 공무원으로서의 지위와 공무원제도의 운영에 영향을 미치지 않는 범위 내라면 얼마든지 근로자로서의 지위와 그에 따른 권리는 직접 또는 대체적인 방법으로 보장되어야 할 것이라고 생각한다. 이 부분은 공무원제도의 안정적 운영 측면만을 강조하는 공법영역에서 미처 챙기지 못한 부분으로서 공무원의 근로자로서의 지위와 권리에 대한 보장은 노동법영역에서 보다 근로자적 측면에서 고민해 볼 수 있는 지점이라고 생각한다.

그리고 공무원의 근무조건 법정주의가 본질적으로 가지고 있는 한계뿐만 아니라 과거와 다른 공무원 근무관계와 공무원의 의식 및 환경 변화에서도 공무원 근무조건 법정주의 한계점은 부각되고 있다. 전통적인 공무원 근무관계의 붕괴와 시장경제적 요소의 도입, 국민과 공무원 스스로가 가지는 공무원직에 관한 의식 변화, 공무원 사회의 요구 등은 법령 등을 통해 결정된 근무조건을 공무원에게 강요하는 것

이 목록치 않게 만들었다.

2. 단체교섭의 역할 강화

우리 공무원노조법이 단체교섭에 있어 근무조건 법정주의에 따른 한계로 말미암아 단체협약으로서의 효력을 가질 수도 없음에도 불구하고 단체협약체결권을 보장하고 있는 것은 공무원노조의 단체교섭을 통한 기대가 일반 노동조합에서의 그것과는 다르게 존재했었다는 것을 의미한다. 공무원노조법의 단체교섭 및 단체협약 규정들을 통해 우리가 엿볼 수 있는 입법권자의 의도는 자신이 직접 공무원노조를 상대로 교섭하는 것은 불가능하지만 공무원에게 사용자적 지위를 가지는 정부교섭대표를 통해 근무조건 등에 관해 교섭하고 단체협약을 체결하게 한 다음, 교섭의 결과물인 단체협약의 내용을 정부교섭대표가 이행될 수 있도록 성실하게 노력할 의무를 규정함으로써 단체협약에서 나타난 근무조건에 관한 공무원의 의사를 행정입법을 통해 직접 수용하거나 아니면 법률 개정안 제출 등을 통해 간접적으로 입법권자인 자신에게 제출할 수 있는 장치를 마련해 준 것으로 해석할 수 있다. 이는 입법권자가 근무조건의 적용을 받는 공무원들의 의견을 직·간접적으로 근무조건 결정과정에서 반영하려는 의지의 표현으로 평가할 수 있을 것으로 생각된다. 궁극적으로 단체협약의 내용이 직·간접적으로 근무조건 규율에 영향을 미칠 수 있다는 점에서 일종의 근무조건 결정에 관한 참여권의 보장의 의미로도 해석해 볼 수 있을 것이다. 이와 같은 단체협약 체결을 통한 공무원의 근무조건 결정구조 참여는 기존에 법령을 통해 규율되던 근무조건의 개정을 요구하는 참여라는 점에서 사후적 참여이면서 국가의 개정의지가 아닌 공무원노동조합에서 그 개정을 요구하는 참여라는 점에서 능동적·선제적 참여라고 평가할 수 있다.

결론적으로 법률에서 공무원 단체협약 체결권을 보장하고 있는 단체교섭이 근무조건 결정 구조에서 가지는 의의를 정리해보면, 근무조건 법정주의의 보완적인 측면에서 일부 형식적·부수적 근무조건에 대해서는 근무관계 당사자로 하여금 직접 그 내용을 결정할 수 있도록 하는 권한과 이미 법정화된 근무조건의 결정에 있어서는 직·간접적으로 참여할 수 있는 권한의 부여와 근무조건 결정 구조 참여를 보장한

것이라고 정리할 수 있을 것이다.

3. 실효성 있는 단체협약 법제 구축

(1) 성실노력의무 내용의 구체화

앞서 살펴본 바와 같이, 우리 공무원노조법이 법령 등에 의해 규율되는 근무조건에 관한 단체협약 내용의 효력을 부정하면서 이행에 관한 성실노력의무를 부과하는 이유는 단체협약의 내용을 법령 등 보다 우선하는 강행적 효력을 부여하는 것이 법체계 상 부합하지 않는다는 형식적인 제한에서 기인하는 것이지, 단체협약의 내용이 공무원의 근무조건에 반영되는 것 자체를 금지하고자 하는 실제적인 제한을 의미하고 있는 것은 아니다. 오히려 비록 형식적인 효력 계위 상에서는 우선하는 효력을 가질 수 없음에도 단체협약 내용 자체를 무효로 하기 보다 우회적·간접적인 방법을 통해서라도 단체협약의 내용이 공무원의 근무조건에 반영될 수 있도록 하는 것이 단체협약체결권 보장의 취지에 부합한다는 생각이 내포되어 있는 것으로 파악할 수 있다.⁴⁴⁾ 하지만 공무원노조법에서 정부교섭대표에게 단체협약의 이행을 위해 성실하게 노력하여야 한다는 추상적인 내용으로만 규정하고 있는 것은 단체협약으로서 효력이 없는 단체협약 규정에 대한 단순한 배려적 차원으로 밖에 해석되지 않기 때문에 실제 단체협약의 내용이 근무조건에 반영될 것을 기대하기에는 부족함이 있는 것이 사실이다. 따라서 정부교섭대표가 단체협약의 내용 이행을 위해 노력하여야 할 내용이 무엇인지 법에서 구체적으로 명시함으로써 단체협약의 근무조건 반영 가능성을 높일 필요가 있다.⁴⁵⁾ 현행 공무원노조법 상의 단체협약 효력 규정이 입법화되던 당시에도 노동계에서는 사실상 단체협약을 무력화시키는 규정이라고 비판하며, 단체협약의 내용이 법령 등에 의해 규율되는 내용과 충돌하는 경우 단체협약의 내용이 더 유리하면 단체협약을 법령 등에 우선하여 적용하거나 정부교섭대표로 하여금 10일 이내에 국회나 지방의회에 법령 등의 개정안 및 추가경정예산안을 제출할 의무를

44) 유사한 견해로 현재 2008. 12. 26. 2005헌마971 재판관 조대현 반대의견

45) 김인재, “[토론문] 공무원노사관계 법제도적 개선과제”, 『공무원노조법 개선방안 토론회 자료집』, 2010, 56쪽

부과하는 방안을 대안으로 제시한 바가 있다고 한다.⁴⁶⁾

근무조건 법정주의 하에서 법령 등에서 정하고 있는 근무조건에 관한 단체협약이 실제 이행된다는 것은 법령 등에서 정하고 있는 근무조건이 단체협약의 내용으로 변경되는 것을 의미한다. 따라서 단체협약 이행의 성실 노력의무의 구체화는 정부교섭대표가 법령 등에서 정하고 있는 근무조건을 단체협약의 내용으로 변경하기 위해 할 수 있는 최선의 조치를 규정하는 것을 의미하게 된다. 근무조건이 법률에서 이미 규율되고 있는 경우 법안 제출권을 가지는 정부교섭대표는 단체협약의 내용을 담은 개정안을 국회에 제출하는 의무를 부담하게 하고, 근무조건이 행정입법에서 규율되고 있는 경우에는 해당 행정입법의 입법권한을 가지고 있는 정부교섭대표로 하여금 단체협약의 내용대로 제·개정할 의무를 부담시키고, 근무조건이 조례에서 정하고 있는 경우에는 지방자치단체장이 조례의 제·개정을 위한 조치를 취할 의무를 부담시키는 것으로 규정할 수 있을 것이다. 이러한 내용을 법률에서 구체적으로 명시한다면 정부교섭대표가 단체협약에서 합의한 내용이 이행될 수 있도록 성실히 노력하였는지를 판단하는 기준이 될 수 있을 뿐만 아니라 정부교섭대표의 이행의무 해태도 방지할 수 있을 것이다.

(2) 단체협약 유효기간 동안의 효력 보장

정부교섭대표가 공무원노조와의 단체협약 체결 후, 단체협약의 내용대로 법령 등을 개정하는 조치를 성실히 이행하여 공무원에게 적용되고 있던 중, 단체협약이 유효한 기간 내에 해당 근무조건 내용에 관한 법령 등이 개정되면서 다시 단체협약에서 정하는 내용과 다르게 규율되면 정부교섭대표의 성실히 이행노력의무를 어떻게 평가하여야 할 것인가? 단체협약의 내용 중 법령 등에서 규정하는 경우에 단지 단체협약으로서 효력만 없을 뿐이지 그 내용 자체가 무효가 되는 것은 아니므로 법에서 부여하고 있는 성실히 이행노력의무도 단체협약서에서 정하고 있는 유효기간 동안에는 당연히 지속되는 것으로 해석하여야 할 것이다. 따라서 단체협약 유효기간 중에는 법에서 부여하고 있는 이행을 위한 성실히 이행노력의무는 여전히 지속되는 것으로 해석하여야 하므로 정부대표의 성실히 이행노력의무에는 법령 등에서 정하고 있는 내용을 단체협약의 내용으로

46) 「공무원노조법의 법률적 쟁점과 입법대안에 관한 연구」, 전국공무원노동조합, 2011, 110쪽

제·개정하는 것뿐만 아니라 제·개정된 내용이 단체협약 유효기간 동안 계속하여 유지될 수 있도록 조치할 의무도 함께 부여되는 것으로 보아야 할 것이다. 그래야만 단체협약에서 정하고 있는 내용이 공무원의 근무조건으로 현실적으로 반영될 수 있는 실효성이 확보되기 때문이다. 이를 구체적으로 살펴본다면, 국회가 관련하여 법률을 개정하고자 한다면 이에 대해 반대의견을 표명하여야 할 것이며, 행정입법 등에 대해서는 단체협약의 내용과 다른 내용의 제·개정이 금지되는 부작위 의무를 부담하는 것 등으로 해석할 수 있을 것이다.

(3) 성실노력의무 이행 확보

정부교섭대표의 성실이행 노력의무가 구체화되고 이를 단체협약 유효기간 동안 지속하도록 한다고 하더라도 실제 이를 이행하여야 하는 정부교섭대표가 이행하지 않으면 실제 공무원의 근무조건에는 어떠한 영향도 미칠 수 없다. 현행 공무원노조법에도 법령 등에 의해 규율되는 단체협약의 내용에 대해서는 이행을 위한 성실노력의무만 부여하고 있을 뿐 의무 불이행에 대한 어떠한 구체장치도 마련되어 있지 않다. 성실노력의무도 법적 의무가 아니기 때문에 법원에 이행을 청구하는 것도 가능하지 않다. 결국 성실노력의무를 구체화하고 효력을 지속시킨다고 하여도 정부교섭대표가 준수하지 않는다면 단체협약은 아무런 의미가 없는 것이 된다.

성실노력의무가 구체화 되어 단체협약의 내용에 따라 어떠한 조치를 취해야 하는지가 명확한 경우 정부교섭대표의 의무 이행을 강제할 수 있는 방안을 강구할 필요가 있다. 하지만 공무원노조법에서 정하고 있는 성실이행노력의무는 법적 의무가 아니기 때문에 이를 법적으로 강제하는 수단을 마련하는 것에는 한계가 있을 수밖에 없다. 따라서 이행 확보방안은 제한적일 수밖에 없는데, 생각해 볼 수 있는 방법으로는 노동위원회를 통한 이행 명령 또는 권고 제도의 시행이 있을 것으로 생각된다. 이행의무 주체가 정부교섭대표라는 점에서 행정관청에 이행에 관한 판단과 명령 또는 권고의 시행을 맡기는 것은 적절치 않으므로 공무원노조와 정부교섭대표 간의 단체교섭에 관한 분쟁에 대해 조정 역할을 담당하는 중앙노동위원회의 공무원 노동관계 조정위원회로 하여금 단체협약의 이행에 관한 판단과 이행 명령 또는 권고를 할 수 있도록 권한을 부여하는 방안이 적절할 것으로 판단된다.

V. 결론

1. 공무원은 국가로부터 임용되어 국가가 국민에게 부담하는 공익실현의 의무를 국가를 대신하여 직접 수행하는 역할을 한다. 헌법 제7조 제1항은 이러한 공무원에게 국민전체에 대한 봉사자로서의 지위를 부여하고 국가를 대신하여 국민을 위해 일하는 공무원이 공무를 담당하면서 가져야할 자세와 국민에 대한 책임을 규정하고 있다. 헌법이 ‘봉사자’로 공무원을 표현하고 있지만, 실제 공무원이 아무런 대가도 바라지 않고 순수하게 국민들만을 위해 일하는 것은 아니며 일반 근로자와 마찬가지로 자신의 근로를 국가에 제공하고 그에 상응하는 대가를 지급받아 생활을 영위한다는 점에서 근로자에 해당하게 된다.

공무원도 근로자라는 사실은 명확하지만 실제 노동관계법을 통해 규율되는 일반 근로자들과는 근무관계 형성·전개·종료에 이르기까지 유사한 형태를 가지면서도 그 성격과 본질에 있어서는 서로 상이하다는 것을 알 수 있다. 특히 근무조건의 경우 일반 근로자는 기본적으로 계약 당사자인 사용자와의 자유의사에 의한 합의를 기초로 근로조건을 형성하게 되는 반면, 공무원인 근로자는 공법영역에서 법령 등을 통해 근무조건이 형성되게 된다. 즉, 근무조건의 형성 기초부터가 다르다고 할 수 있다. 일반 근로자의 근로조건은 우리 헌법 제32조가 제3항에서 시장경제질서를 최대한 존중하여 인간의 존엄성을 보장하기 위한 최저 기준만을 법률에서 보장할 것을 규정하고 있지만 공무원에 대해서는 헌법 제7조에서 공무원제도의 안정적 운영을 위해 적정수준의 근무조건을 법률에서 보장하도록 규정하고 있다. 특히 헌법 제33조는 제2항에서 근로자에 대한 노동3권의 보장이라는 제1항의 원칙에도 불구하고 공무원인 근로자에 대해서는 법률이 정하는 자에 한하여 노동3권을 향유하도록 별도로 규정함으로써 공무원인 근로자와 일반 근로자 간의 근로조건 결정구조가 상이하다는 것을 드러내고 있다.

2. 공무원의 근무조건을 법령 등을 통해 규율하도록 하는 것을 공무원 근무조건 법정주의라고 하는데, 공무원의 근무조건이 일반 근로자와 달리 법령 등을 통해 결정되는 이유는 공무원의 근무조건에 필요한 비용은 국민이 납부한 세금을 통해 충당되므

로 일반근로자의 근로조건 결정에서 중요시되는 당사자의 의사보다 국민들로부터의 민주적 정당성 확보가 더욱 강조되어야 한다는 점과 공무원의 근무조건을 법률로 보장함으로써 공무원 개인의 이익이 아닌 국가 운영의 기초인 공무원제도를 공고히 하고자 하는데 그 의의가 있다는 점에서 찾을 수 있다. 헌법 제7조에 근거한 공무원 근무조건의 법정주의는 공무원의 근무조건을 법률 등을 통해 규율한다는 의미와 함께 공무원 근무조건이 적정수준에서 보장된다는 것도 의미한다. 근무조건의 적정수준 보장은 입법권자의 합리적인 판단에 따른 균형 잡힌 입법을 통해 형성되는 것이 원칙이다. 하지만 입법이라는 방식은 국민의 의사를 반영하기에는 충분한 방법일 수 있으나 근무조건을 직접 적용받는 공무원의 의사 반영에는 다소 부족한 방법이라고 할 수 있다.

3. 헌법이 일반 근로자에게 노동3권을 보장하는 의의는 경제적·사회적으로 열등한 지위에 있는 근로자로 하여금 단결된 힘을 가질 수 있도록 하여 상대방인 사용자와 대등한 지위에서 자율적인 근로조건 결정 구조를 형성할 수 있도록 하는 데에 있다. 이러한 자율적 근로조건 결정 구조 내에서 노사가 교섭을 통해 근무조건에 관해 합의한 문서를 단체협약이라고 하며 단체협약은 근로자의 근로조건을 결정하는 핵심 법원으로서의 역할을 담당하게 된다. 일반 근로자의 근로관계에서 노동3권의 보장이 이와 같은 구조와 역할을 할 수 있는 것은 기본적으로 근로자와 사용자가 근로조건 결정 구조에서 결정 주체로서 지위를 갖기 때문이다. 하지만 공무원은 근무조건의 결정이 원칙적으로 법령 등에 의해 이루어지기 때문에 근무조건 결정 구조에 있어 주체성을 가지지 못한다. 때문에 공무원의 노동3권의 보장의의가 일반 근로자와는 다를 수밖에 없다. 기본적으로 단체협약을 통한 근무조건의 직접 규율인 협약자치의 형성에는 제한이 가해질 수밖에 없다. 하지만 노동3권의 보장의의가 근로자에 대한 특정 이익의 부여가 아니라 근로조건 향상을 위한 시스템 구축이라고 본다면 공무원도 이러한 취지에 부합할 수 있는 노동3권을 실현할 수 있다고 판단된다. 근무조건 결정권이 없는 공무원이 노동3권의 보장을 통해 직접적인 근무조건 결정 구조를 형성할 수는 없겠지만 간접적으로 근무조건 결정에 영향을 미칠 수 있는 구조를 형성하는 것은 가능하다. 결국 근무조건 법정주의 하에서 공무원의 노동3권 보장의 의미는 근

무조건 결정 구조에 대한 참여의 실현으로 나타나게 된다. 공무원의 근무조건 결정 구조에서 공무원이 참여할 수 있는 절차가 마련되느냐 그렇지 않느냐는 매우 중요한 문제일 수 있다. 이러한 절차의 도입을 통해 공무원 근무조건 결정 체계는 정당성과 민주성을 확보할 수 있게 되기 때문이다. 이러한 절차 마련에 있어 우리나라가 갖는 대표적인 특징이라고 한다면 공무원노동조합에 노동3권, 그 중에서도 단체협약체결권을 부여하고 있는 점이라고 할 수 있다. 현행 공무원노조법은 단체협약체결권을 공무원 근무조건 법정주의와 조화시킴으로써 공무원의 근무조건 참여를 실현하고자 하는 것으로 보인다.

공무원의 근무조건 결정 구조에 공무원의 노동3권 보장 의의가 충실히 반영되기 위해서는 공무원노조법상 공무원 단체협약에 관한 규정이 개선 또는 재정비될 필요가 있다고 생각한다. 우선 법령 등을 통해 결정되는 근무조건을 규율하고 있는 단체협약의 이행에 대한 정부의 성실노력의무를 구체적으로 규율할 필요가 있다. 현행 공무원노조법에서 정하고 있는 성실노력의무는 매우 추상적이어서 실제 정부교섭대표가 부담하여야 할 의무가 무엇인지 그 실효도 파악하기 어렵고, 이행 여부에 대한 판단도 곤란하다. 두 번째로 단체협약의 내용이 공무원의 근무조건에 결정 과정에 반영될 수 있도록 정부교섭대표의 단체협약 이행의무를 법적으로 강제할 수 있는 조치를 강구할 필요도 있다. 현행 공무원노조법상 단체협약 이행의무는 법적 의무가 아닌 사실상 노력의무에 불과하기 때문에 그 이행을 법적으로 강제할 방법이 없는 것이 사실이다. 공무원의 근무조건 결정 구조에서 공무원의 참여가 실질적으로 보장되기 위해서는 단체협약 통해 공무원의 의사를 받은 정부교섭대표가 적극적으로 단체협약의 내용이 이행되기 위하여 노력하여야 한다. 이를 위한 방안으로 노동위원회를 통한 이행명령이나 권고제도를 활용하는 방안이 검토될 수 있을 것이다.

참고문헌

<단행본>

류지태·박종수, 『행정법 신론』 제15판, 박영사, 2011

임종률, 『노동법』 제11판, 박영사, 2013

장영수, 『헌법학』 제5판, 홍문사, 2010

한수웅, 『헌법학』 제3판, 법문사, 2013

허영, 『한국헌법론』 전정9판, 박영사, 2013

홍정선, 『행정법원론(하)』 제21판, 박영사, 2013

西谷 敏, 『労働組合法』 第3版, 有斐閣, 2012

노동부, 「공무원노조법 제정 관련 참고자료」, 2004

「공공부문(공무원·교원·공공기관) 단체협약 분석 및 모범사례 발굴」, 노동부, 2008

「공무원노조법의 법률적 쟁점과 입법대안에 관한 연구」, 전국공무원노동조합, 2011

<논문>

강선희, 「단체협약 효력의 정당성 기초와 내용」, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2009

김인재, “최근 공무원노사관계의 법적 쟁점과 과제”, 『노동법학』 제36호, 한국노동법학회, 2010

김재훈, “공무원 노동조합의 단체교섭 및 단체협약에 관한 연구”, 『노동법연구』 제23호, 서울대노동법연구회, 2007

김진곤, “공무원의 노동3권에 관한 입법형성과 그 한계”, 『헌법실무연구』 제10권, 2009

박종희, “공무원의 노동관계법상 지위에 관한 연구”, 『노동법포럼』, 노동법이론실무학회, 2010

이희정, “행정입법 효력의 재구성”, 『행정법연구』, 제25호, 행정법이론실무학회, 2009

임종률, “공무원의 근무조건과 근로기준법”, 『노동경제논집』, 한국노동경제학회, 1979

下井康史, “公務員の團體交渉權・協約締結權”, 『季刊労働法』 221号, 2008

晴山一穂, “團體交渉と立法措置”, 『法律時報』 84卷 2号, 2012

和田肇, “日本における國家公務員勞使關係システム”, 『공무원의 노동기본권과 근로조건결정의 법적 쟁점』, 제6회 한일노동법 FORUM 자료집, 2013

“공무원의 근무조건과 단체교섭”에 대한 토론문

김 동 욱*

1. 발제자는 공무원 근무조건 법정주의를 공무원 근무조건 결정의 기본 원칙으로 설명하면서 이에 대한 주된 헌법적 근거를 헌법 제7조에서 찾고 있다. 일반적으로 헌법 제7조는 공무원의 지위와 공무원제도에 관한 규정으로 인식되는데, 이를 통해 공무원의 근무조건은 법정화되어야 하며 적정수준에서 보장되어야 한다는 근무조건 법정주의를 도출하는 것은 지나친 해석이 아닌지? 특히 제7조 제2항에서 법률로서 보장하도록 규정하고 있는 공무원 ‘신분’에 ‘근무조건’까지 내포하고 있다고 볼 만한 근거는 무엇인지?
2. 발제자는 공무원도 근로자이므로 헌법 제32조 제3항도 공무원 근무조건 법정주의의 근거가 된다고 하면서, 공무원 근무조건 관련 입법에 있어 헌법 제7조에 따른 근무조건이 보장과 함께 헌법 제32조 제3항에 따른 최저기준이 중요한 입법기준이 된다고 설명하고 있는데, 이러한 관점에서 볼 때 헌법 제32조 제3항에 따른 입법으로서의 노동보호입법과 공무원 근무조건에 관한 입법은 상호 어떠한 관계를 형성하게 되는 것인지?
3. 공무원의 근무조건이 헌법 제7조에 따라 법률로 정해지는 것을 원칙으로 본다는 것은 공무원인 근로자에 대해 근로자로서의 지위보다 공무원의 지위를 보다 강조하여 이해하는 것으로 판단할 수 있는데, 이러한 발제자의 시각에서 보면 공무원 노동3권의 보장 범위와 의미가 협소해지는 것이 아닌지?
4. 발제자는 행정부와 지자체가 공무원노조와 단체협약을 체결한 이후 이와 상반되는

* 법무법인 세종

내용의 행정입법에 대해서까지 단체협약에 대한 우선 효를 인정하는 것은 사용자 측인 행정부 또는 지자체로 하여금 합의한 단체협약을 일방적으로 부정할 수 있게끔 허용한 것이 되고, 이는 공무원의 단체교섭권에 대한 본질적인 침해라고 지적하고 있다. 하지만 발제자도 지적하였다고 행정부 및 지자체가 갖는 명령·규칙 제정 및 개정권한은 법률과 조례의 위임에 의한 것으로 그 정당성이 인정되는 것이고, 또한 명령·규칙 제정 및 개정권자로서의 행정부 또는 지자체와 단체교섭 상대방인 사용자로서의 행정부 또는 지자체는 구별하여 판단하여야 한다는 점에서 발제자의 지적에는 오류가 있다고 생각하지 않는지?

5. 발제자는 공무원의 근무조건은 법정주의에 따라 대부분 법령 등을 통해 결정되기 때문에 단체협약을 통해 근무조건을 개선하는 것에는 한계가 있을 수밖에 없다고 보면서, 공무원의 단체교섭을 일반 근로관계에서와 같은 직접적인 근로조건 결정 과정이 아닌 공무원 근무조건 결정에 있어서의 참여과정으로 이해하려고 하고 있다. 이때의 참여가 일반적인 법률 제정 과정에서의 이해관계인의 참여와 구별되는 것인지? 구별된다면 어떻게 구별할 수 있는지? 그리고 단체교섭을 통한 근무조건 결정과정의 참여를 실효성 있게 보장하기 위한 방안으로 공무원노조법에서 규정하고 있는 단체협약의 효력을 더욱 구체화하고 그 이행에 대한 강제성을 추가적으로 부여할 것 등을 주장하고 있는데 단체협약의 효력이 본질적으로 제한되고 있는 상황에서 이러한 방안들이 어떻게 실효를 거둘 수 있을 것이라고 판단하고 있는지는?

일본 노동기준법19조1항의 해고제한 위반과 임금청구권, 휴업보상의 귀추 -토시바(우울증·해고)사건¹⁾과 아이후르(구라이프)사건²⁾을 소재로 하여-

홍 성 민*

I 서두
II 사안의 소개
III 판결 내용
IV 분석
V 결어

I 서두

최근 일본에서는 직장에서의 인간관계, 업무에 관한 스트레스, 장시간 노동 등 과중한 정신적·심리적 부담으로 인한 근로자의 정신질환 발병 및 자살이 사회적 문제로 떠오르고 있다³⁾. 특히 이와 같은 근로자의 정신질환 사안에 관해서는 산재청구건수 및 인정건수도 매년 증가하는 경향에 있으며⁴⁾, 나아가 실무에서 처음에는 정신질환의 발병이 업무와는 관계가 없는 개인상병으로 다루어지다가 후에 근로자로부터 업무상의 질병이라는 산재인정의 청구가 이루어지고 있어서, 이와 같은 경우에 사용자의 안전배려의무 위반을 이유로 손해배상을 청구하거나 개인상병으로 인한 휴직기간이 만료하여 실시된 해고 또는 퇴직처리가 무효화되어 그 처리 및 조정에서 복잡한 문제가 발생하고 있다.

위와 같은 근로자의 정신질환에 관하여 일본에서는 최근 주목할 만한 판결이 내려졌다⁵⁾. 일본의 토시바(우울증·해고) 사건⁶⁾(이하 ‘토시바 사건’)과 아이후르

* 국민건강보험공단 건강보험정책연구원 부연구위원, 법학박사

1) 제2심: 동경고등재판소 2011년2월23일 판결 (「労働判例」 1002호 5쪽), 제1심: 동경지방법판소 2008년4월22일 판결 (「労働判例」 965호 5쪽). 한편 해당사건에 관해서는 최고재판소 제2소법정 2014년3월24일 판결(「裁判所時報」 1600호 1쪽)이 있지만 제1심 피고인 주식회사 토시바가 해당논문의 문제 대상에 관해서 상고하지 않아 최고재판소도 판단하고 있지 않기 때문에 해당논문에서는 다루지 않는다.

2) 제2심: 오사카고등재판소 2012년12월13일 판결 (「労働判例」 1072호 55쪽), 제1심: 오사카지방법판소 2011년5월25일 판결(「労働判例」 1045호 53쪽).

3) 후생노동성의 2012년도 ‘노동자건강상황조사’에 의하면, 업무나 직장생활에 관해서 강한 불안, 고민, 스트레스 등을 느끼는 근로자의 비율이 60.9%였다. 그 구체적 내용을 보면, 직장에서의 인간관계 문제가 41.3%로 가장 높았으며, 업무의 질 문제가 33.1%, 업무의 양 문제가 30.3%였다.

(출처: http://www.mhlw.go.jp/toukei/list/dl/h24-46-50_01.pdf)

4) 후생노동성의 2013년도 ‘뇌·심장질환과 정신장애의 노재보상 상황’에 의하면, 정신질환에 관한 산재청구건수가 1257건으로 2008년의 927건과 비교할 때에 약 25%가 증가하였고, 인정건수도 2008년 269건(인정률 31.2%)에서 475건(인정률39.0%)으로 크게 증가하였다.

(출처: <http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r98520000034xn0-att/2r98520000034xp9.pdf>)

(구라이프) 사건⁷⁾(이하 ‘아이후르 사건’)에서는 공통적으로, 우울증에 걸린 근로자가 휴직하면서 해당 휴직기간이 만료한 것을 이유로 실시된 해고 또는 퇴직처리의 효력과 임금청구권의 발생여부, 그리고 안전배려의무의 위반에 기초한 손해배상청구 등이 다투어졌다. 두 사건의 특징도 처음에는 개인질병(즉 업무외 상병)을 이유로 신청한 휴직이 휴직기간이 만료한 후에 업무상 상병으로 인한 휴직으로 인정되었다는 점에 있다. 이에 일본의 재판소는 두 사건에 있어서 휴직기간이 만료한 후에 이루어진 해고 또는 퇴직처리에 관해서 노동기준법19조1항⁸⁾의 해고제한을 위반하였다고 인정하면서, 해당해고 또는 퇴직처리 후의 기간에 관해서 민법536조2항⁹⁾에 근거한 임금청구권 및 안전배려의무의 위반에 기초한 손해배상책임을 인정하고 있는 점에서 동일한 판단구조를 가지고 있다 (반면 임금의 범위나 기타 손해액의 산정에 관해서는 각 판결마다 차이를 보이고 있으나, 해당논문에서는 논하지 않는다).

II 사안의 소개

1 토시바 사건

토시바 사건에서는, 전기기계 및 기구의 제조업에 종사하는 주식회사 토시바 Y₁(제1심: 피고, 제2심: 항소인 겸 피항소인)가 해당 주식회사 Y₁의 종업원으로 근무하고 있던 X₁(제1심: 원고, 제2심: 피항소인 겸 항소인)에게 실시한 2004

-
- 5) 위의 두 사건의 판결 외에도, 오사카지방법판소 2012년4월13일 판결 (「労働判例」1053호 24쪽)이 있다. 해당사건에서는 직장에서의 인간관계 문제로 인한 우울증이 문제가 되었다.
 - 6) 제1심 판결의 평석으로는 北岡大介, “メンタルヘルス休職者に対する休職期間満了を理由とした解雇と労基法19条”, 「労働法律旬報」1705호 41쪽, 水町勇一郎, “うつ病により休職している労働者の解雇と使用者の責任”, 「季刊労働法」229호 1124쪽, 西村健一郎, “技術者のうつ病発症と安全配慮義務及び労基法一九条一東芝事件”, 「平成二一年度重要判例解説ジュリスト臨時増刊」1398호 259쪽 등이 있으며, 제2심 판결의 평석으로는 三柴文典, “東芝(うつ病・解雇)事件”, 「判例時報」2160호 190쪽, 畑井清隆, “業務上疾病による休業期間中になされた解雇の効力と賃金請求の可否”, 「法律時報」84권 11호 137쪽, 徳住堅治, “業務上疾病による休業期間中の解雇の有効性と賃金請求の可否・その範囲—東芝(うつ病・解雇)事件”, 「ジュリスト」1435호 141쪽, 半田吉信, “一 使用者の帰責事由による労務提供意思の欠如と民法五三六条二項 二 うつ病の発症、増悪と使用者の不法行為及び債務不履行責任”, 「私法判例リマックス」45호 14쪽 등이 있다.
 - 7) 제1심 판결의 평석으로는 永野仁美, “休職期間満了に伴う退職取扱いと労基法19条一項—ライフ事件”, 「ジュリスト」1449호 120쪽 등이 있다.
 - 8) 노동기준법19조1항 (해고제한) 사용자는, 근로자가 업무상 부상하거나 또는 질병에 걸리어 요양을 위하여 휴업하는 기간 및 그 후 30일간 내지 산전산후의 여성이 제65조의 규정에 의해 휴업하는 기간 및 그 후 30일간의 해고해서는 안 된다. 다만, 사용자가 제81조의 규정에 의해 일시보상을 지급한 경우 또는 천재지변 등 기타 어쩔 수 없는 사유 때문에 사업의 계속이 불가능한 경우에는 그러하지 아니하다.
 - 9) 민법536조2항 (채무자의 위험부담 등) 채권자의 책임 있는 사유에 의하여 채무를 이행할 수 없게 된 때에는, 채무자는 반대급부를 받을 권리를 상실하지 않는다. 이러한 경우에 자기의 채무를 면하게 됨으로써 이익을 얻은 때에는 이를 채권자에게 상환해야 한다.

년 9월 9일의 해고(이하 ‘해당사건의 해고’)는 업무상 상병인 우울증(이하 ‘해당사건의 질병’)에 걸리어 휴업하고 있는 X₁에 대하여 실시된 위법 및 무효한 것으로써, 이에 X₁가 고용계약에 기초한 주식회사 Y₁와의 사이에 고용계약상의 권리를 가지고 있다는 지위확인을 청구함과 동시에, 주식회사 Y₁에 대하여 해당사건의 해고가 실시된 2004년 10월부터 판결이 확정되는 날까지의 임금의 지급 외에, 주식회사 Y₁가 고용계약상의 안전배려의무 또는 근로자의 건강을 해치지 않도록 보살필 주의의무를 위반함(이하 ‘안전배려의무의 위반 등’)으로써 해당사건의 질병에 걸리게 되었으므로 채무불이행 또는 불법행위에 기초한 위자료 등 이에 대한 지연손해금을 지급할 것을 청구하였다.

X₁(1966년생)는 1990년 4월 주식회사 Y₁에 입사하여, 1998년 1월에 토시바 후카야공장 액정생산기술부 어레이(array)생산기술 제2담당에 배속되었다. 주식회사 Y₁는 2000년 10월경부터 해당공장에서 ‘M2라인설립프로젝트’를 추진하면서 X₁를 식각공정프로젝트의 팀장으로 임명하였다. 해당프로젝트는 폴리실리콘액정 디스플레이에 사용되는 유리기판을 제조하는 라인을 설립하는 것으로, 6개월 동안에 총7대의 설비를 설치하고 이를 가동시키는 계획이었다. 기존에 같은 종류의 제조라인을 설립하는 데에는 1년 반을 필요로 하였으나, 주식회사 Y₁는 ‘사람을 집중시켜 단기간에 성공시키는’ 것을 목표로 하였다.

2000년 12월부터 ‘M2라인설립프로젝트’가 시작되었지만, 당초부터 신규장치의 설치에 있어서 많은 문제가 발생하였다. 2001년 2월에는 주식회사 Y₁도 전체계획의 지연을 인식하여, 계획을 재수정하고 절차 및 인원을 재구성할 필요성을 인식하였다. X₁가 담당하는 라인도 이와 같은 문제의 영향으로, 그 진척에 있어서 큰 지연이 발생하게 되었다. 해당 프로젝트가 개시된 후에 X₁의 근무상황을 살펴보면, 오전 8시부터 9시 사이에 출근하여 귀가시간이 오후 11시를 넘는 경우도 있었으며, 때에 따라서는 심야시간에 걸어서 귀가하는 경우도 있었다. X₁의 시간외 근무는 2000년 12월부터 2001년 4월에 걸쳐 5개월간 평균 69시간으로, 오후10시를 넘는 심야야근을 한 날도 매월 평균 9일에서 14일 정도였다. 또한 해당 프로젝트가 지연되는 문제가 발생했을 때에는 제출한 계획에 관하여 상사로부터 너무 늦는다는 지적을 받거나, 지시받은 데이터 측정조사를 제때에 해내지 못한 것에 관해서는 심하게 질책을 받은 적도 있었다.

2000년 12월 이전 X₁의 건강상태는 해당년도 정기건강검진에서 경과관찰을 지시받았으며, 불면증 및 만성두통 등에 관한 처방약을 투여 받은 적이 있었다. 해당 프로젝트가 개시된 후의 X₁의 건강상태를 살펴보면, 같은 해 12월 13일에는 주식회사 Y₁가 제공하는 정신건강 상담전화창구를 통하여 상담을 받았으며, H신경과클리닉에서 신경질환의 진단 및 약의 처방을 받았다. 이듬해

3월과 4월에는 장시간근무자를 대상으로 하는 산업의와의 면담에서 두통 및 불면증을 호소하였고, 4월 11일에 H신경과클리닉으로부터 ‘불면증, 초조함, 불안감, 초기 우울증’이라는 진단을 받았다. 한편 H신경과클리닉의 진단 및 처방에 관해서 X₁는 주식회사 Y₁에 대하여 특별보고를 하지는 않았다.

주식회사 Y₁는 2001년 5월에 조직변경을 실시하여, X₁가 담당하고 있던 공정의 인원을 3명에서 2명으로 감축함과 동시에 X₁의 담당직무를 추가하였다. X₁는 추가업무의 지시에 관한 일부철회를 요청하였지만, 상사는 해당 요청에 대하여 아무런 조치도 취하지 않았다. X₁는 심각한 두통 등을 이유로 5월말부터 12일간 휴직하게 되었고, 6월의 정기건강진단 및 산업의와의 면담에서는 불면증, 스트레스, 두통 등을 호소하여 산업의로부터 ‘초기 우울증 및 자신감 상실’이라는 진단을 받았다. 나아가 같은 해 7월까지도 계속하여 X₁의 몸 상태는 좋아지지 않았으며, 7월의 산업의와의 면담에서는 산업의가 X₁에게 ‘우울증 체크리스트’의 기입을 요구하여 이를 통해 ‘우울증’이라고 진단하였다. 이때 X₁는 이미 다른 병원에서 우울증에 관한 진료를 받고 있음을 산업의에게 진술하였고, 같은 시기에 상사에게도 정신과에 통원하고 있음을 보고하였다. 결국 X₁는 같은 해 7월 말부터 8월 초순에 걸쳐 요양을 위하여 휴직하게 되었고, 그 후에 다시 출근하게 되지만 해당 근무에 견딜 만한 상태가 아니었기 때문에 8월 23일 주치의의 진단서를 첨부하여 X₁는 휴직상태에 이르게 되었다.

X₁는 2001년 9월 이후 남은 유급휴가 및 일시휴가를 사용한 후에, 10월 9일부터는 ‘결근’을 시작하였다. 2002년 5월 X₁는 주치의로부터 ‘직장복귀가 가능하다’는 진단서를 받아 주식회사 Y₁에 제출하였고, 이에 주식회사 Y₁도 산업의와의 상의를 통하여 X₁에게 오전출근에 한하여 (시간외 근무의 금지를 조건으로 하는) 조건부 직장복귀를 인정하였으나, X₁는 재차 장기휴직상태에 이르게 되었다. 2003년 1월 10일에 결근기간이 종료되었음을 이유로 주식회사 Y₁는 X₁에 대하여 휴직에 관한 인사발령을 실시하였다. 주식회사 Y₁는 X₁의 휴직기간이 만료하는 직전의 7월 23일에 X₁와 면담하여 직장복귀를 위한 회사의 입장을 설명하면서 동시에 근무부서의 변경 및 근무환경의 정비 등도 제안하였지만, X₁는 휴직기간이 만료하는 날까지 직장복귀는 불가능하다고 통지하였다. 이에 주식회사 Y₁는 X₁의 직장복귀를 위한 대응을 단념하였고, 2004년 8월 6일에는 X₁에 대하여 같은 해 9월 9일 휴직기간의 만료를 이유로 하는 보통해고를 실시하였다.

한편 X₁는 2004년 9월 8일 쿠마가야 노동기준감독서장에게 해당사건의 질병이 업무상의 질병이라는 산재신청을 하였으나, 산업재해보상보험의 급여를 지급하지 않는다는 처분을 받았다. 그 후 해당 처분의 취소를 구하는 소송을 제

기하였고 이에 동경지방법재판소는 2009년 5월 18일에 해당 처분을 취소하는 판결을 내렸다. 이와 같은 판결은 확정되어 X_1 는 2002년 9월 8일 이후의 요양보상급여 및 휴업보상급여, 특별지급금을 받았다.

2 아이후르 사건

아이후르 사건에서는, 신용카드 사업에 종사하는 주식회사 라이프에 근무하였던 X_2 (제1심: 원고, 제2심: 항소인 겸 피항소인)가 업무로 인하여 정신질환(우울증, 이하 ‘해당사건의 정신질환’)에 걸리어 휴업하였음에도 불구하고 주식회사 라이프가 취업규칙에 근거한 휴직기간이 만료한 것을 이유로 X_2 가 퇴직하였다고 처리한 것(이하 ‘해당사건의 퇴직처리’)은 무효이며, 나아가 X_2 가 해당사건의 정신질환에 걸리게 된 것에는 주식회사 라이프가 안전배려의무를 위반하는 등 불법행위가 있음으로 해당 안전배려의무의 위반 등 불법행위에 관한 손해배상청구권을 기초로 하여, X_2 가 주식회사 라이프를 승계하는 주식회사 아이후르 Y_2 (제1심: 피고, 제2심: 피항소인 겸 항소인)에 대하여 ①고용계약상의 권리를 가지고 있다는 지위확인을 청구함과 동시에, ②이와 같은 지위에 있음을 전제로 하여 해당사건의 퇴직처리 후의 지급하지 않은 임금, 수당 및 상여 등의 지급, ③ X_2 가 해당사건의 정신질환에 걸리게 되어 소비한 치료비 및 위자료 등에 관한 손해배상금의 지급, ④휴업수당청구에 관한 부가금의 지급을 청구하였다.

X_2 (1984년 4월에 입사, 32세에 갑상선악성종양 발병)는 2002년 4월부터 주식회사 라이프의 콜센터과로 이동하여, 이후 휴직기간이 만료하여 퇴직처리가 되는 날까지 해당부서에서 근무하였다. 해당부서에서의 X_2 의 업무는 신용카드 채권의 관리 및 회수업무 중에서도 자기파산 및 채무자가 변호사를 고용하는 안전에서 조정, 화해 및 기타 교섭, 회수절차 등 채무자 측의 변호사를 상대하는 것이었다. 또한 X_2 는 해당부서에서 타 부서로 채권을 인수인계 및 이관하는 작업에도 종사하고 있었는데 이와 같은 작업은 물리적으로도 정신적으로도 부담이 큰 업무였다. 나아가 X_2 는 회사외부로부터 오는 우편물을 각 담당자에게 배포하거나 회사내부의 각 부서로부터 모아진 서류 등을 정리하는 등의 업무도 함께 담당하고 있었다.

X_2 는 2002년 4월 이후, 조례가 시작되는 10분전인 7시 40분경에는 출근하여 거의 매일 오후 10시 또는 11시가 넘도록 잔업을 처리하였다. 그리고 X_2 는 매주 토요일과 일요일 중에 적어도 하루이상은 출근하였다. X_2 의 시간외 근무시간은 노동기준감독서장의 인정에 의하면 2002년 4월에 158시간 18분, 5월에 203시간 54분, 6월에 241시간 27분이었다. 한편 X_2 는 2001년 11월과 12월경

에 각각 상사에게 업무에 필요한 인력증원을 요청하였지만, 받아들여지지는 않았다.

2002년 7월 4일 X₂는 갑작스러운 어지러움증으로 인하여 회사에 출근하지 못하였고, 이에 내과병원을 방문하여 해당내과병원으로부터 자율신경계 실조증이라는 진단을 받았다. 그 후 해당내과병원의 소개를 받아 찾아간 A대학병원의 신경정신과에서는 우울증이라는 진단을 받았다. X₂는 해당 일부터 2003년 9월 27일까지는 대체휴일, 연차유급휴가, 부활연차유급휴가, 유급의 결근을 각각 이용하였고, 그 이후는 취업규칙 33조에 근거하고 있는 24개월간의 휴직처리를 받아 휴업하였다. 한편 X₂는 해당기간 동안에 주식회사 Y₂로부터 급여로서 473만 엔 정도와 상여로서 83만 엔 정도를 지급받았으며, 휴직기간 중에는 건강보험으로부터 350만 엔 정도의 상병수당금을 받았다.

주식회사 Y₂는 X₂에 대하여 2005년 7월 25일에 같은 해 9월 27일부로 휴직기간이 종료하므로 취업규칙에 따라 퇴직한 것으로 처리됨을 통보하였다(다만, 주식회사 Y₂는 휴직기간의 만료를 통보한 후 X₂와의 교섭을 위해 특례로 휴직기간을 같은 해 10월 31일까지 연기해 주었다). 결국 주식회사 Y₂는 같은 해 10월 31일부로 X₂가 퇴직한 것으로 처리하였다. X₂는 해당 퇴직처리 후에 오사카니시 노동기준감독서장에게 산업재해보상보험의 급여를 신청하였고, 이에 해당 노동기준감독서장은 2007년 8월 30일에 해당사건의 정신질환이 업무에 기인하고 있음을 인정하여, X₂에 대하여 요양보상급여 및 휴업보상급여를 지급할 것을 결정하였다.

III 판결 내용

1 토시바 사건의 제1심 판결

“노동기준법19조1항이 업무상의 상병으로 인하여 요양하고 있는 자의 해고를 제한하고 있는 취지는, 근로자가 업무상의 질병에 의해 노무를 제공할 수 없는 경우 자기의 책임이 있는 사유에 의한 채무불이행에 해당한다고 할 수 없으므로, 사용자가 일시보상(노동기준법81조)을 지급한 경우 또는 천재지변 등 기타 어쩔 수 없는 사유 때문에 사업을 계속할 수 없게 된 경우에 해당하지 않는 한, 근로자가 산업재해보상으로서의 요양(노동기준법75조, 76조)을 위하여 안심하고 휴업할 수 있도록 배려하는 데에 있다. 이렇게 볼 때에, 해고제한의 대상이 되는 업무상 질병의 해당여부는 산업재해보상제도에서의 ‘업무상’ 질병여부와 판단을 같이 한다고 볼 것이다.

그리고 산업재해보상제도에서의 ‘업무상’ 질병은 업무와 상당인과관계가 있는 질병이라고 해석되고 있는데, 해당제도가 사용자의 위험책임에 기초하고 있는 것을 고려하면 해당질병의 발생이 해당업무에 내재하는 위험으로부터 현실화하였다고 인정되는 경우에 상당인과관계가 있다고 보는 것이 타당하다.

따라서 노동기준법19조1항이 말하는 ‘업무상’의 질병이란 해당업무와 상당인과관계에 있는 것을 말하며, 해당질병의 발생이 해당업무에 내재하는 위험으로부터 현실화하였다고 인정될 것이 필요하다고 할 수 있다.”

“X₁의 업무와 우울증의 발병과의 사이에는 상당인과관계가 있다고 할 수 있으므로, 해당사건의 우울증은 ‘업무상’의 질병임이 인정된다.

이렇게 볼 때에 해당사건의 해고는 X₁가 업무상의 질병에 걸리어 요양을 위하여 휴업하고 있는 기간에 실시된 것으로, 노동기준법19조1항 본문 (및 취업규칙27조)에 반하여 무효라고 할 수 있다.”

“주식회사 Y₁가 X₁에 대하여 실시한 해당사건의 해고는 무효이며 X₁는 업무상의 질병에 해당하는 우울증으로 인하여 노무의 제공이 사회통념상 불가능해졌다고 할 수 있으므로, X₁는 민법536조2항 본문에 의하여 해당사건의 해고 후에도 주식회사 Y₁에 대한 임금청구권을 상실하지 않는다.”

2 토시바 사건의 제2심 판결

“노동기준법19조1항이 말하는 ‘업무상’의 질병이란……해당질병의 발생이 해당업무에 내재하는 위험으로부터 현실화하였다고 인정되어, 이를 통해 해당업무와 상당인과관계에 있는 것이라고 해석된다.”

“주식회사 Y₁는 해당사건의 X₁처럼 근로자가 노무제공의 능력 및 의사를 가지고 있지 않는 경우에는 민법536조2항을 적용하여 임금의 지급을 청구할 수 없다고 주장하지만, 고용계약상의 임금청구권에 관해서 해당조항의 적용을 배제하는 명문규정은 존재하지 않으며, 채권자인 사용자의 책임이 있는 사유에 의하여 채무자인 근로자가 채무이행으로서 노무를 제공하는 것이 불가능하게 된 경우에는 해당조항이 적용된다고 볼 것이다. 그리고 노무를 제공할 수 없게 된 사태에는 근로자가 노무제공의 의사를 형성할 수 없게 된 경우 및 노무제공의 능력을 빼앗긴 경우도 있을 수 있기 때문에, 근로자가 노무제공의 의사를 가지고 있지 않다고 하여도 이처럼 노무제공의 의사가 없는 것에 관하여 해당 의사의 형성 가능성이 있으면서도 해당 근로자의 판단에 의해 노무를 제공하지 않기로 판단하는 등 특단의 경우를 제외하고, 사용자의 책임이 있는 사유에 의하여 근로자가 노무제공의 의사를 형성할 수 없게 된 경우에는 당연히 해당조항이 적용된다고 해석하여야 할 것이며, 해당사건에서처럼 업무상의 질병에

해당하는 우울증에 걸린 X₁의 상황은 사용자의 책임이 있는 사유에 의하여 근로자가 노무제공의 의사를 형성할 수 없게 된 경우에 해당한다.”

“주식회사 Y₁는 산재사고의 발생 시에 산재보험을 통하여 손해를 보상해줄 목적으로 사용자로서 산재보험료를 부담하였음에도 불구하고, 원래 민사배상책임액에서 공제할 수 있는 산재보험급여금이 지급되지도 않은 채, 손해액의 감액조차 인정되지 않는 불합리한 상황에 처해 있다고 주장한다. 하지만 노동기준법 및 노동자재해보상보험법상의 ‘휴업보상’의 취지는 근로자가 업무상의 질병 등으로 인하여 노무제공이 불가능한 상태에 처하는 경우에 관하여, 이와 같은 경우가 기업의 영리활동에 수반되는 현상이기 때문에 기업 활동을 통하여 이익을 얻고 있는 사용자에게 손해를 보상하도록 하여 근로자를 보호하는 것이 타당하다는 관점에서, 근로자의 최저생활을 보호하기 위하여 사용자의 책임이 있는 사유가 아닌 경우에도 평균임금의 60%에 해당하는 부분의 지급을 별칙규정으로 담보하여 사용자에게 의무화함과 동시에 근로자의 보호에 만전을 기하기 위하여 산업재해보상보험제도에 의한 보상도 함께 규정하고 있다고 해석된다. 이와 같은 제도의 목적에 비추어 볼 때에 사용자의 책임이 있는 업무상의 질병 등으로 인하여 노무제공이 불가능한 경우 노동기준법 및 노동자재해보상보험법을 이유로 민법536조2항의 적용을 배제하여, 고용계약의 계속을 부정하여야 한다고 해석하는 것에는 합리성이 없으며 주식회사 Y₁가 지적하는 사용자의 불이익이 존재한다고 할지라도 고용계약의 계속을 부정하고 해당조항의 적용이 배제된다고 해석하여야 할 이유도 되지 않는다고 할 수 있다. 그리고 근로자에게 해당조항을 적용하여 임금청구권이 인정되는 경우 노동자재해보상보험법14조1항이 휴업보상급여의 요건으로서 근로자가 업무상의 부상 또는 질병으로 인한 요양을 위하여 노동을 할 수 없게 되어 임금을 받을 수 없을 것을 규정하고 있으므로, 사용자로부터 미지급의 임금을 수령한 때에는 근로자가 이미 수령한 휴업보상급여금은 법률상 원인이 없는 부당이득임이 확정될 뿐이다.”

3 아이후르 사건의 제1심 판결

“X₂에게 발병된 해당사건의 정신질환은 X₂의 업무에 내재하고 있는 위험성으로부터 현실화하였다고 인정되며, X₂가 담당하였던 업무와 X₂에게 발병된 우울증과의 사이에는 상당인과관계가 인정된다고 보는 것이 타당하다. 따라서 해당질환은 업무에 기인하고 있음이 인정되기 때문에 해당질환에 걸려 있었던 X₂를 퇴직처리 한 것은 무효라고 할 수 있다(노동기준법19조1항의 유추적용).”

“위에서처럼 볼 때에 X₂는 주식회사 Y₂에 대하여 고용계약의 권리를 가지는

지위에 있다고 할 수 있다.”

“주식회사 Y₂와의 고용계약에 기초하여, X₂가 노무를 제공하지 않은 것에 대하여 특단의 책임이 있는 등의 사정이 인정되지 않는 한, X₂는 주식회사 Y₂에 대하여 임금 등의 청구권을 가지고 있다고 보는 것이 타당하며(민법536조2항), 해당사건의 모든 증거에 의해서도 X₂에게 이와 같은 특단의 사정을 인정할 수 없다.”

4 아이후르 사건의 제2심 판결

“노동기준법19조1항이 업무상의 상병으로 인하여 요양하고 있는 자의 해고를 제한하고 있는 취지는, 근로자가 업무상의 질병에 의해 노무를 제공할 수 없는 경우 자기의 책임이 있는 사유에 의한 채무불이행에 해당한다고 할 수 없으므로, 사용자가 일시보상(노동기준법81조)을 지급한 경우 또는 천재지변 등 기타 어쩔 수 없는 사유 때문에 사업을 계속할 수 없게 된 경우에 해당하지 않는 한, 근로자가 산업재해보상으로서의 요양(노동기준법75조, 76조)을 위하여 안심하고 휴업할 수 있도록 배려하는 데에 있다.

이렇게 볼 때에, 해고제한의 대상이 되는 업무상 질병의 해당여부는 산업재해보상제도에서의 ‘업무상’ 질병여부와 판단을 같이 한다고 볼 것이다.”

“그리고 산업재해보상제도에서의 ‘업무상’ 질병은 업무와 상당인과관계가 있는 질병이라고 해석되고 있는데, 해당제도가 사용자의 위험책임에 기초하고 있는 것을 고려하면 해당질병의 발생이 해당업무에 내재하는 위험으로부터 현실화하였다고 인정되는 경우에 상당인과관계가 있다고 보는 것이 타당하다.”

“따라서 노동기준법19조1항이 말하는 ‘업무상’의 질병이란……해당질병의 발생이 해당업무에 내재하는 위험으로부터 현실화하였다고 인정되어, 이를 통해 해당업무와 상당인과관계에 있는 것이라고 해석함이 타당하다.”

“해당사건의 정신질환에서의 주요한 원인이 질적으로도 양적으로도 과중성을 가지는 X₂의 주식회사 Y₂에서의 업무에 있음을 추인할 수 있으며, X₂에게 발병된 해당사건의 정신질환은 X₂의 업무에 내재하고 있는 위험성으로부터 현실화하였다고 인정되므로 X₂가 담당하였던 업무와 X₂에게 발병된 해당사건의 정신질환과의 사이에는 상당인과관계를 인정함이 타당하다.”

“이렇게 볼 때에 해당사건의 퇴직처리는 X₂가 업무상의 질병에 걸리어 요양을 위하여 휴업하고 있는 기간에 실시된 것으로 무효라고 할 수 있다(노동기준법19조1항의 유추적용, 주식회사 Y₂의 취업규칙 32조1항 및 39조4항).”

“고용계약상의 임금청구권에 관해서 민법536조2항의 적용을 배제하는 명문규정은 존재하지 않으며, 채권자인 사용자의 책임이 있는 사유에 의하여 채무자

인 근로자가 채무이행으로서 노무를 제공하는 것이 불가능하게 된 경우에는 해당조항이 적용된다고 볼 것이다.

그리고 노무를 제공할 수 없게 된 사태에는 근로자가 노무제공의 의사를 형성할 수 없게 된 경우 및 노무제공의 능력을 빼앗긴 경우도 있을 수 있기 때문에, 근로자가 노무제공의 의사를 가지고 있지 않다고 하여도 이처럼 노무제공의 의사가 없는 것에 관하여 해당의사의 형성 가능성이 있으면서도 해당 근로자의 판단에 의해 노무를 제공하지 않기로 판단하는 등 특단의 경우를 제외하고, 사용자의 책임이 있는 사유에 의하여 근로자가 노무제공의 의사를 형성할 수 없게 된 경우에는 당연히 해당조항이 적용된다고 해석함이 타당하다.”

“업무상의 질병에 해당하는 해당사건의 정신질환에 걸린 X₂의 상황은 주식회사 Y₂(사용자)의 책임이 있는 사유에 의하여 X₂(근로자)가 노무제공의 의사를 형성할 수 없게 된 경우에 해당한다고 할 수 있다. 그리고 X₂에게는 노무제공의 의사를 형성할 수 있음에도 불구하고 노무제공을 하지 않으려 하였다고 인정할만한 적절한 증거는 없다.

따라서 X₂의 주식회사 Y₂에 대한 미지급 임금의 청구에 관해서는 민법536조2항이 적용된다고 보는 것이 타당하다.”

IV 분석

1 노동기준법19조1항의 해고제한 위반

일본의 노동기준법19조1항은 업무상의 상병으로 인한 요양을 위하여 휴업하고 있는 기간 및 그 후 30일간의 해고제한을 규정하고 있다¹⁰⁾. 그리고 해당조항의 단서에 의하면 다음과 같은 경우에는 해고제한이 해제된다. 즉, ①요양기간이 3년을 경과하여도 해당상병이 치유되지 않은 경우에 사용자가 평균임금 1200일분의 일시보상을 지급한 경우¹¹⁾(또는 노동자재해보상보험법에 의한 상병보상연금이 지급된 경우), ②천재지변 등 기타 어쩔 수 없는 사유 때문에 사

10) 우리나라의 근로기준법 제23조 2항도 “사용자는 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일 동안 또는 산전·산후의 여성이 이 법에 따라 휴업한 기간과 그 후 30일 동안은 해고하지 못한다. 다만, 사용자가 제84조에 따라 일시보상을 하였을 경우 또는 사업을 계속할 수 없게 된 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다.

11) 일본에서 사용자가 일시보상 후에 실시한 해고의 효력이 다투어진 주요한 판례로는 학교법인전수대학사건 판결(제2심: 동경고등재판소 2013년7월10일 판결 「労働判例」 1076호 93쪽, 제1심: 동경지방법 재판소 2012년9월28일 판결 「労働判例」 1062호 5쪽)이 있으며, 해당판례의 내용 및 평가에 관해서는 홍성민, “社会保障・社会福祉判例研究 労災保険給付の受給労働者に打切補償を支払って行った解雇が無効とされた例: 学校法人専修大学事件〔東京地裁平成24.9.28判決〕”, 「賃金と社会保障」 1599호 56쪽을 참조.

업을 계속할 수 없는 경우이다. 또한, ③노동기준법19조1항이 업무상의 상병으로 인한 요양을 위하여 휴업하고 있는 기간 및 그 후의 30일간 해고를 제한하고 있으므로 업무상의 상병이 치유되어 30일이 경과한 후에는 해고가 가능하다.

위의 두 사건에서의 질병 및 정신질환이 업무에 기인하고 있다고 할 때에 해당해고 또는 퇴직처리가 노동기준법19조1항의 해고제한에 위반되는지의 여부가 문제이다. 이에 위의 두 사건들의 판결은 노동기준법19조1항의 취지로부터, “해고제한의 대상이 되는 업무상 질병의 해당여부는 산업재해보상제도에서의 ‘업무상’ 질병여부와 판단을 같이 한다고 볼 것이다”고 하였다. 이와 같은 판결은 해당조문의 내용 및 일본학설의 일반적인 이해와 합치한다고 할 수 있다¹²⁾. 그리고 위의 사건들 모두 노동기준법19조1항의 해고제한이 해제되는 ①과 ②의 경우에는 해당하지 않는다.

이에 반하여 ③의 치유가능성¹³⁾에 관해서, 우선 토시바 사건의 판결은 “치유에 관해서 특단의 판단을 하고 있지 않다. 이는 사용자 측이 오로지 ‘업무외’라는 것만을 주장하여 치유여부에 관해서는 주장하지 않고 있음에 기인한다고 생각되는데, 만약에 치유여부가 쟁점화 되었다면 해당 재판소의 판결이 달라질 수도 있을 가능성은 부정할 수 없다”는 지적이 있다¹⁴⁾. 그리고 아이후르 사건에서도 직접적인 검토는 이루어지지 않았지만 치유가능성에 관해서 간접적으로 검토해볼 수 있는 사정을 발견할 수 있다. 즉 아이후르 사건의 판결은 한편으로 “해당사건의 정신질환이 발병한 후 오랜 시간이 경과하였음에도 불구하고 치유상태에는 이르지 못하였다”고 하면서도, 다른 한편으로는 사실관계에서 X₂의 휴업보상급여가 2005년 10월 24일까지만 지급되었다. 하지만 해당 판결의 전문을 살펴보아도 행정청에 의한 치유인정은 확인할 수 없으며, 만약에 해당사건에서 휴업보상급여가 정지된 2005년 10월 25일부터 치유가 인정되었다고 할지라도 해당사건의 퇴직처리는 2005년 10월 31일에 이루어진 것으로

12) 東京大学労働法研究会編, 「注釈労働基準法 上巻」(有斐閣, 2003년) 353쪽(野田進집필부분), 厚生労働省労働基準局, 「改訂新版 労働基準法上」(労務行政, 2005년) 272쪽 등.

13) 일본의 행정실무에서는 ‘치유’에 관해서, 증상이 아직 남아 있다 하여도 안정 상태에 접어들어 더 이상 치료의 효과를 기대할 수 없으며 요양의 여지가 남아 있지 않은 경우에는 치유되었다고 보아 요양의 필요성이 없다고 판단하고 있다(1983년1월3일 基災発3호). 이에 일본의 재판소 역시 ‘치유’의 기준으로서, 업무상의 부상 또는 질병이 의학상 일반적으로 인정되는 의료를 실시하여도 그 효과를 기대할 수 없는 상태에 이른 것을 말하며, 부상의 경우에는 상처 면이 아물었거나 그 증상이 안정되어 의료효과를 기대할 수 없는 상태에, 질병의 경우에는 급성증상이 쇠퇴하고 만성증상이 지속되어도 그 증상이 안정되어 의료효과를 더 이상 기대할 수 없는 상태에 이른 것이라고 판단하고 있다. 이와 같은 일본 산재보험제도상에서의 ‘치유’는 의학적인 치유와는 다르며, 이른바 상병의 완전한 치유(완치 상태)를 의미하는 것은 아니다. 일본 산재보험제도상의 ‘치유’를 인정하여 보험급여의 지급정지처분의 취소를 부정한 최근 판례로는 동경지방법판소 2013년1월24일 판결(「労働経済判例速報」2183호 3쪽)과 동경지방법판소 2013년5월20일 판결(「労働経済判例速報」2183호 16쪽) 등이 있다.

14) 北岡大介, 앞의 논문, 44쪽.

“그 후 30일간”의 해고제한을 위반하고 있으므로 해당사건의 퇴직처리가 무효라고 판단한 것은 타당하다.

한편 위의 두 사건에서 휴직기간이 만료한 것을 이유로 토시바 사건에서는 해고가, 아이후르 사건에서는 퇴직처리가 실시되었다. 이에 관해서는, 토시바 사건의 판결에서 “해고는 X가 업무상의 질병에 걸리어 요양을 위하여 휴업하고 있는 기간에 실시된 것으로, 노동기준법19조1항 본문 (및 취업규칙27조)에 반하여 무효라고 할 수 있다”고 한 반면에, 아이후르 사건의 판결에서는 휴직기간이 만료한 것을 이유로 퇴직 처리한 것은 계약의 자동종료에 해당하며 해고와는 성격이 다르다고 판단되었기 때문에 노동기준법19조1항을 ‘유추적용’하였다고 생각할 수 있다¹⁵⁾. 하지만 필자는 이와 같이 취업규칙에 의하여 이루어진 퇴직처리가 사실상 해고와 동일하다고 판단되어지므로 해당사건의 판결이 ‘유추적용’을 하여야 할 필요는 없었다고 생각 된다¹⁶⁾. 오히려 해당사건과 달리 노동기준법19조1항을 ‘유추적용’하여야 할 경우로는, 계약갱신에 관하여 합리적인 기대이익을 인정할 수 있는 (즉 해고에 대하여 노동계약법16조¹⁷⁾를 유추적용 할 수 있는) 기간제 근로자가 산재로 인하여 휴업하고 있는 동안에 사용자가 계약을 갱신해 주지 않는 경우 등을 생각할 수 있겠다¹⁸⁾. 나아가 위의 두 사건에서 휴직에 관한 취업규칙은 업무상의 상병에의 적용을 제외하고 있기 때문에, 위의 두 사건에 관해서는 노동계약법16조의 위반도 적용이 가능하다고 할 수 있다.

2 임금청구권과 휴업보상

1) 문제의 지적

위의 두 사건에 관한 판결은 공통적으로, 해고 또는 퇴직처리가 무효인 것과 근로자가 노무를 제공하지 않은 것에 관해서 근로자의 책임이 있는 등 특단의

15) 永野仁美, 앞의 논문, 122쪽.

16) 동일하게 퇴직처리를 ‘넓은 의미의 해고’로 파악하는 견해로는, 小西国友, “法人職員に対する自然退職取扱いと、理事長等によるパワーハラスメント—医療法人健進会事件”, 「ジュリスト」1450호 119쪽.

17) 노동계약법16조 (해고) 해고가 객관적으로 합리적인 이유를 가지 못하고 사회통념상 타당하다고 인정할 수 없는 경우에는 해당 권리를 남용하는 것으로서 무효로 본다.

18) 기간제 근로자에게 노동기준법19조1항을 적용하는 것에 관해서, 최근 터키항공의 회사사건(동경지방법 재판소 2012년12월5일 판결, 「労働判例」1068호 32쪽)의 판결은 해당사건의 기간제 고용계약에서 “해고권 남용법리를 유추적용 할 여지가 있는지조차 의문이며, 해당조항은 어떠한 사정에도 관계없이 업무상의 상병으로 인한 요양기간 중에는 일률적으로 해고를 인정하지 않는 취지의 규정이므로, 일괄적으로 고용계속의 합리적 기대가 인정되는 기간제 고용계약이라 하여도 그 고용형태나 근로자가 가지는 합리적인 기대의 태도는 각각 다를 수 있는 것을 고려하면, 만약에 해고권 남용법리를 유추적용 할 수 있는 기간제 고용계약이라고 하여도 노동기준법19조1항을 유추적용하지 않는다고 해석하는 것이 타당하다 (위에서처럼 업무상의 상병으로 인한 요양기간 중에 있는 사정은 해고의 합리성판단에 관한 하나의 사정으로 파악하는 데에 그치는 것이 타당하다)”고 하였다. 하지만 해당사건에서는 처음부터 계약갱신에 관한 합리적인 기대이익조차 인정되지 않았으며, 나아가 파견계약이라고 하는 사정이 더하여져 있음에 주의해야 할 것이다.

사정이 없는 것을 이유로, 해당사건의 근로자들은 고용계약에 기초하여 사용자에 대한 임금청구권을 가진다고 보았다. 일반적으로 위법하고 무효한 해고로 인하여 근로자가 노무를 제공할 수 없게 된 경우, 민법536조2항에 근거하여 근로자는 임금청구권을 가진다고 할 수 있다¹⁹⁾. 따라서 토시바 사건 및 아이후르 사건의 판결도 동일하게, 위법한 해고인 것과 안전배려의무의 위반에 의한 업무상의 상병인 것을 이유로, 민법536조2항을 적용하고 있는 것이다. 하지만 위의 두 사건에서처럼 업무상의 상병에 관한 해고 또는 퇴직처리가 노동기준법19조1항의 해고제한을 위반한 것을 이유로부터 무효라고 판단되는 경우, 민법536조2항에 의한 임금청구권과 노동기준법76조²⁰⁾의 휴업보상과의 관계에서 문제가 발생하게 된다. 다음에서는 위의 두 사건에 관한 판례평석에서 해당문제를 검토한 각각의 견해들을 정리한 후에 마지막에 필자의 견해를 서술하기로 한다.

2) 일본학설의 정리

①北岡 노무사는²¹⁾, “우선 민법536조는 임의규정으로써, 이에 따르지 않는다는 당사자의 의사 또는 강행규정이 있으면 해당의사나 강행규정에 따르면 된다. 이에 문제가 되는 것은 노동기준법76조와 84조이다. ……[토시바 사건은 (괄호 안은 필자가 더함, 이하 동일)] 업무상의 질병으로 인한 요양을 위하여 노동을 할 수 없는 경우에 해당하기 때문에, 우선적으로 노동기준법76조의 규정에 근거하여 산재를 입은 근로자의 권리구제가 이루어져야 한다고 할 것이다. ……이와 같이 생각하는 근거에는 노동기준법84조가 있다. 해당조항은 ‘노동기준법에서 규정하는 산재보상의 사유에 관해서, 노동자재해보상보험법……에 의하여 노동기준법의 산재보상에 상당하는 급여가 실시되어야 하는 경우에 사용자는 보상의 책임이 면제 된다’고 규정하고 있다. 문제는 ‘노동기준법의 산재보상에 상당하는 급여가 실시되어야 하는 경우’에 관한 해석인데, 이에 관해서 후생성은 ‘실제로 보험급여를 받은 경우만이 아니라 소정의 사유가 발생하여 보험급여를 받을 수 있는 경우를 말한다’고 하였다.”

19) 菅野和夫, 「労働法 第一〇版」(弘文堂, 2013년) 562쪽, 荒木尚志, 「労働法 第二版」(有斐閣, 2013년) 290쪽, 水町勇一郎, 「労働法 第四版」(有斐閣, 2012년) 192쪽 등. 한편 우리나라에서도 민법 제538조 1항이 “쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 채권자의 책임있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다”고 규정하고 있으며, 대판 1993년12월21일 93다11463, 대판 2002년5월31일 2000다18127, 대판 2012년2월9일 2011다200 등 다수가 무효한 해고시의 임금청구권을 인정하고 있다.

20) 노동기준법76조1항 (휴업보상) 근로자가 앞의 조항의 규정에 의한 요양을 위하여 노동을 할 수 없기 때문에 임금을 받지 못하는 경우, 사용자는 근로자가 요양하는 동안 60%의 휴업보상을 실시하여야 한다.

21) 北岡大介, 앞의 논문, 46쪽.

②水町 교수는²²⁾, “산재보상의 휴업보상급여와 임금청구권과의 관계에 관해서 전자를 ‘임금을 받지 못하는 경우’만 지급된다고 규정하고 있기 때문에(노동기준법76조, 노동자재해보상보험법14조)……임금청구권이 인정되는 경우에는 산재보상으로서의 휴업보상급여는 지급되지 않는다.” “우울증의 발병 및 악화가 업무상의 질병인 것을 전제로 생각할 때에, 결근 및 휴직기간 중의 임금 등의 처리에 관해서는 기본적으로 취업규칙 (또는 노동기준법76조1항 등)에 의한 휴업보상을 실시하는 것이 타당하다고 할 수 있다.”

③西村 교수는²³⁾, “산재보상이 사용자의 무과실책임에 기초하는 제도로써, 업무상으로 판단되어도 민법536조2항이 말하는 사용자의 책임이 있는 사유가 인정되지 않아서 산재를 입은 근로자가 휴업보상급여만 받을 수 있는 케이스가 다수 존재하고 있는 것을 고려할 때에, [민법536조2항에 의한 임금청구권을 인정한 판결이] 조금은 지나치게 일반화하였다고는 볼 수 있다. 하지만 우울증의 발병에 관하여 사용자가 주의의무를 위반하고 있음(안전배려의무의 위반)이 인정되므로, 이와 같은 경우에 한하여 민법536조2항이 말하는 책임이 있는 사유를 인정하여도 문제는 없다고 하겠다.”

④三柴 교수는²⁴⁾, “[민법536조2항의] 위험부담제도의 취지와 관계 상……질병의 발병이라고 하는 근로자(채무자) 측의 계속적이지 않는 사정에 의하여 이행이 불가능한 것으로, 사용자(채권자) 측이 수령을 거부하지 않고 있으며 따라서 채무가 반드시 소멸하였다고 말할 수 없는 경우에까지 해당조항을 적용하는 것에는……찬성할 수 없다.” “해당조항은 공평·형평의 관점을 전제로 하는 위험부담의 채무자주의의 수정임을 고려할 때에 이를 적용함에 있어서도 공평·형평의 관점을 일관하여야 할 것이며 위험부담제도의 한 종류에 해당하는 이상 채권자 측의 수령거부에 관해서도 함께 고찰해 보아야 할 것이다. 결국 해당사건과 같은 경우에는 민법536조가 임금채권에 관한 손해배상법의 확장적 대용품이 되는 것을 방지하기 위하여 산재보험의 지급을 전제로 해당조항의 취지와 신의칙에 근거하여 해당조항의 적용자체를 인정할 수 없다고 해석하는 것이 타당하다.”

⑤畑井 교수는²⁵⁾, “사용자가 안전배려의무를 위반함으로 인하여 근로자의 이행행위 자체가 불가능해진 경우에는 민법536조2항의 임금청구권을……손해배상청구권으로 해석한 후에, ‘휴업보상급여는 임금을 받을 수 있는 날에는 지급하지 않는다’고 한 노동자재해보상보험법14조를 반대해석하지 말고, ‘사용자가

22) 水町 勇一郎, 앞의 논문, 130~131쪽.

23) 西村 健一郎, 앞의 논문, 261쪽.

24) 三柴 文典, 앞의 논문, 200쪽.

25) 畑井 清隆, 앞의 논문, 140쪽.

노동기준법에 의한 보상을 실시한 경우 동일한 사유에 관해서는 해당금액의 한도 안에서 민법에 의한 손해배상의 책임이 면제 된다'고 규정한 노동기준법 84조2항을 유추적용하여……, 휴업보상급여의 금액한도 안에서 사용자에게 대하여 민법536조2항에 의한 임금지급채무를 면제하여야 한다(근로자에 대해서 해당조항에 의한 임금청구권을 인정해서는 안 된다)고 볼 것이다. 민법536조2항이 채권자(사용자)의 책임이 있는 사유에 의하여 이행이 불가능한 경우도 위험부담의 문제로 보고 처리하는 것에 관해서는 일반적으로 편의를 위한 것이라고 인정되고 있으며, 해당조항의 의의는 손해배상에 의해 처리하는 경우에 채무자(근로자)가 해당주장의 입증책임에 관하여 번잡하고 많은 부담을 짊어지게 되므로 이를 절감하는 의미에서 편의적으로 반대급여청구권을 존속시키는 데에 있다고 할 것이다.”

⑥德住 변호사는²⁶⁾, “해당사안은 사용자가 안전배려의무를 위반한 업무상의 질병으로 인하여 근로자가 노무제공을 이행할 수 없는 경우에, 나아가 사용자의 위법한 해고로 인한 수령거부(수령불능)가 결국 노동자의 이행불능을 야기하고 있는 것과 동시에 문제가 되고 있는 점에 특징이 있다. 이와 같은 경우에 [토시바 사건] 판결의 결론에는 찬성이지만, 해당 판결에서처럼 노무제공에 관하여 의사를 형성할 수 없게 된 것이 문제화 될 필요는 없고, 오로지 쌍방이 이행이 불가능하게 된 경우에 관하여 사용자의 책임이 있는 사유가 존재하는지의 여부만을 판단하면 충분하다고 할 것이다. 이는 위험부담의 문제에 관해서 이행불능과 수령불능을 구분하지 않고 있으며, 해당 불능자체가 누구의 책임이 있는 사유에 의한 것인지를 고찰하면 충분하기 때문이다. 해당 사안에서는 근로자가 이행이 불가능하게 된 것도 사용자가 수령을 거부한 것도 모두 사용자의 책임이 있는 사유에 의하고 있다. 즉, 개인질병(업무외 상병)이나 안전배려의무를 위반하지 않은 산재로 인하여 근로자가 노무제공의 이행이 불가능해진 경우에는 사용자의 책임이 있는 사유가 존재하지 않지만, 사용자가 안전배려의무를 위반한 산재로 인하여 근로자가 노무제공의 이행이 불가능해진 경우는 거의 대부분이 사용자의 책임이 있는 사유가 존재한다고 판단된다. 그리고 해당사건에서 사용자가 노무의 수령을 거부하고 있는 것은 노동기준법19조를 위반한 해고에 의한 것으로 해당조항에 반하여 해고도 무효가 되므로, 이 또한 사용자의 책임이 있는 사유가 존재하는 것이다. 이처럼 중복되는 이행불능에 관하여 두 가지 모두 사용자의 책임이 있는 사유가 존재하는 경우에는 민법536조2항을 적용할 수 있으며, 위험부담의 채권자주의 관점에서 근로자는 사용자에게 대하여 임금청구권을 가지게 되는 것이다.”

26) 德住堅治, 앞의 논문, 142~143쪽.

“안전배려의무를 위반하여 발생한 업무상 질병으로 휴업하는 경우에 사용자의 책임이 있는 사유가 인정되면, 근로자는 ①민법536조2항에 근거한 임금청구권, ②안전배려의무의 위반에 기초한 휴업손해청구권, ③산재에 의한 휴업보상급여금, ④건강보험의 상병수당금에 관한 지급청구권을 가지게 되며 이들의 청구권은 서로 경합하게 되어 그 조정문제가 발생한다.”

⑦半田 교수는²⁷⁾, “해고가 무효화 되어 해고기간 중에 근로자가 노무제공의 이행을 할 수 없었던 것이 사용자의 책임이 있는 사유에 해당하는 경우, 근로자는 반대급부로서의 임금청구권을 상실하지 않는다(최고재판소 1984년3월29일 판결, 「勞働判例」 427호 7쪽: 유니온숍 협정에 의하여 해고된 사례). 민법 536조2항에 근거하여 피고용자가 사용자의 해고 후에 미지급된 임금을 청구 가능하기 위해서는, 명시적으로 서술하고 있는 노동법 교과서는 많지 않지만……사용자가 노무의 수령을 거부하고 있는 것에 더하여 근로자에게 노무를 제공할 의사와 능력이 있음이 전제되어 있어야 한다고 할 수 있다. 우울증과 같은 경우에는 업무에 기인하여 정신적인 질환이 발병하였다고 하여도 근로자 스스로가 노무를 제공할 능력 및 의사를 가지지 못하는 정신질환 상태에 처하게 되었다고 보아, 민법536조2항의 적용은 인정되지 않는다고도 생각할 수 있다. 하지만 [토시바 사건의] 판결은 근로자가 노무제공의 의사를 가지고 있지 않다고 하여도 해당의사를 형성할 수 없게 된 이유가 사용자의 책임이 있는 사유에 의한 경우에는 해당조항의 적용이 배제되지 않는다고 판시하였다. 이와 같은 입장에서는, 노무를 제공하지 않는 피고용자가 해당조항에 근거하여 임금지급청구권을 주장하면 해당 청구권은 취업규칙이 정하고 있는 정년퇴직 시까지, 기간제고용의 경우에는 해당기간이 종료하기까지 존속하게 될 것이다.”

⑧永野 교수는²⁸⁾, “[아이후르] 사건과 같은 사안에서 근로자에게 임금청구권을 인정하는……결론 (및 토시바 사건의 두 재판소의 판결결론)에는 의문이 있다. 왜냐하면, 퇴직처리가 무효화 되는 결과 근로자는 고용계약상의 지위를 획득하게 되지만 해당지위에 근거하여 근로자가 임금청구권을 가진다고는 말할 수 없다고 생각하기 때문이다.

해당사건에서는 퇴직처리 이후에도 X₂가 휴업을 계속하였을 것이라고 판단된다. 만약에 X₂의 업무상 질병이 치유되지 않은 채 X₂가 휴업을 계속한다고 가정하면, X₂는 고용계약상의 지위에 기초하여 주식회사 Y₂에 대하여 평균임금의 60%를 보장하는 휴업보상만을 청구할 수 있다. 노동기준법은 법적의무로서 사용자에게 대하여 업무상의 상병으로 인하여 휴업하고 있는 근로자에게 평균임

27) 半田吉信, 앞의 논문, 17쪽.

28) 永野仁美, 앞의 논문, 122~123쪽.

금의 60%를 보장하는 휴업보상을 실시하도록 규정하고 있기 때문이다(76조). 그리고 만약에 X₂의 업무상 질병이 치유되어 개인상병으로서의 정신질환만이 남아 있다고 가정하면, X₂는 해당사건의 퇴직처리가 무효화 되어 주식회사 Y₂와의 사이에 고용계약상의 지위를 가지게 되지만 임금이나 휴업보상을 청구할 수 없게 되는 것이다 (무노동무보수의 원칙, 다만 취업규칙의 규정에 따라 임금이 지급되는 경우도 가능).”

“다만 만약에 근로자가 복직이 가능하였음에도 불구하고 주식회사 Y₂가 일방적으로 퇴직처리를 실시하였다는 등의 사정이 있는 경우에는, X₂는 주식회사 Y₂에 대하여 임금청구권을 가지게 될 것이다.”

⑨우선 토시바 사건 및 아이후르 사건과 같은 경우에도 민법536조2항의 적용을 긍정하는 견해에는 北岡, 水町, 西村, 徳住, 永野가 있으며, 이에 반하여 민법536조2항의 취지 또는 요건에 비추어 그 적용을 부정하는 견해에는 三柴, 畑井, 半田가 있다. 다음으로 민법536조2항의 적용은 긍정하면서도 산재보상(보험)제도의 우선적용을 주장하는 견해로는 北岡, 水町, 永野가 있다. 한편 徳住는 경합문제로 생각하고 있으며, 永野는 민법536조2항의 적용을 사례별로 판단하고 있다고 할 수 있다.

3) 필자의 견해

(1) 유형의 분류

산재 발생	해고 또는 퇴직처리		치유	복직가능성	처리
안전배려의무의 위반으로 인한 첫 번째 위법성 (노동기준법의 산재보상제도)	노동기준법19조1항의 위반으로 인한 두 번째 위법성 (민법536조2항에 의한 임금청구권, 특히 개인상병의 경우와의 관계)	①	Yes	Yes 그 후 30일간	임금청구권 발생
		②	Yes	No 직종한정의 근로자	임금청구권 발생 (학설 대립)
		③	No	Yes 사용자의 배려	문제 되지 않음
		④	No	No 경합 (조정필요)	휴업보상 (학설 대립)

우선 노동기준법19조1항의 위반을 이유로 해고 또는 퇴직처리가 무효화 되는 경우에 민법536조에 의한 임금청구권과 노동기준법76조의 휴업보상과의 관계를 고찰하기 위해서, 해당해고 또는 퇴직처리의 유형을 분류하여 살펴보기로 한다. 사용자가 안전배려의무를 위반하여 노동자에게 산재가 발생한 결과 어쩔 수 없이 휴업하고 있는 중에 해고 또는 퇴직처리가 실시된 경우, 사용자에게는

두 가지의 위법성이 존재하게 된다. 그리고 일반적인 경우에 있어서 각각의 위법성 중의 하나만이 존재한다면, 즉 첫 번째 위법성(안전배려의무의 위반)이 존재하는 경우에는 노동기준법 (및 노동재해보상보험법)의 산재보상제도가, 두 번째 위법성(위법한 해고)이 존재하는 경우에는 민법536조2항에 의한 임금청구권이 각각 적용된다고 할 수 있다.

다음으로 산재보상제도에서는 사실상 치유와 복직가능성²⁹⁾이 항상 일치하는 것은 아니므로 (대부분의 경우에 치유 후에 복직가능성이 인정된다고 할 수 있다), 다시 네 가지의 경우로 분류할 수 있겠다. ①은 해고 또는 퇴직처리가 치유 후 30일 이내에 실시된 경우이다 (30일이 경과하면 개인상병에 관한 해고 또는 퇴직처리가 된다). 이와 같은 경우 치유되었기 때문에 근로자에게 휴업보상은 실시될 수 없으며 복직이 가능하기 때문에 개인상병을 이유로 한 위법한 해고의 경우와 동일하게 임금청구권을 가지게 된다 (위의 IV1 ‘치유가능성’을 참고). ②는 치유되었지만 (그 후 30일 이내에 해고되었기 때문에 19조1항의 위반), 아직은 복직이 가능하지 않은 경우이다. 대부분의 경우에 치유가 되면 일정한 업무에 복직이 가능하다고 판단되지만, 직종이 한정되어 있기 때문에 해당업무에의 복직이 불가능한 경우도 생각할 수 있다³⁰⁾. 직종이 한정된 근로자의 개인상병을 이유로 실시된 위법한 해고의 경우에 임금청구권이 발생하는가에 관해서는 학설이 대립하고 있지만, 직종이 한정된 경우에도 본래의 업무가 불가능한 때에는 일반직 근로자보다 한정된 범위 안에서라고는 하여도 가능한 범위 안에서 채무의 취지에 따라 노무이행으로도 볼 수 있는 가능성은 남아 있다고 보아야 하므로³¹⁾, 근로자는 임금청구권을 가진다고 보아야 할 것이다. ③은 아직은 치유되지 않았지만 복직이 가능하다고 판단되는 경우이다. 이와 같은 경우는 실제로 불가능하지만, 근로자와 사용자와의 사이에 상병 시에도 임금을 지급할 것을 합의하고 있거나 혹은 기간만료 후에 근로자가 불안정한 노무를 제공할 경우에도(일부 노동불능 또는 전부 노동불능의 경우에도), 사용자의 배려로 근로자에게 임금을 지급하는 경우를 생각할 수 있다. ④는 아직은 치유되지 않아서 복직가능성 또한 인정되지 않는 경우이다 (토시바 사건과 아이후르 사건의 경우가 이에 해당).

29) 坂井岳夫, “メンタルヘルス不調者の処理をめぐり法律問題”, 「日本労働法学会誌」122호 35쪽에 의하면, 일본에서는 복직가능성을 “현실적으로 배치가 가능한 업무의 수행가능성”으로 해석하는 경향이 있다고 한다.

30) 직종이 한정된 근로자의 복직가능성을 부정한 최근 판례로는, 이토츠타사사건 판결(동경지방법재판소 2013년1월31일 판결, 「労働経済判例速報」2185호 3쪽)이 있다.

31) 山崎文夫, “労災休職者(職種限定)の休業補償不支給処分後の使用者への所得保障請求—神奈川県市交通事件”, 「労働判例」961호 쪽. 동일한 견해로, 野田進, “職種を特定されたとされる労働者の私傷病の治癒判断及び賃金請求権の回復の時期—カントラ事件”, 「ジュリスト」1254호 259쪽 등이 있다.

(2) 민법536조2항과 노동기준법76조와의 관계

사용자가 안전배려의무를 위반하여 발생한 산재로 인하여 근로자가 노무를 제공할 없게 된 경우, 위의 두 사건에 관한 판결에서처럼 “고용계약상의 임금 청구권에 관해서 [민법536조2항에 관한] 해당조항의 적용을 배제하는 명문규정은 존재하지 않으며, 채권자인 사용자의 책임이 있는 사유에 의하여 채무자인 근로자가 채무이행으로서 노무를 제공하는 것이 불가능하게 된 경우에는 해당조항이 적용된다고 볼 것이다.” 즉, 첫 번째 위법성과 두 번째 위법성이 중복된 이행불능에 관해서 두 위법성 모두 사용자의 책임이 있는 사유가 존재하므로, 민법536조2항을 적용하여³²⁾ 위험부담의 채권자주의 관점에서 근로자는 사용자에게 대하여 임금청구권을 가진다고 볼 것이다³³⁾.

한편 업무상의 질병으로 휴업하는 경우에 근로자는 사용자로부터 산재보상제도의 휴업보상을 받을 수 있다. 이와 같은 민법536조2항에 의한 임금청구권과 산재보상제도의 휴업보상과의 관계에 관해서는, 한편으로 노동기준법76조가 “임금을 받지 못하는 경우”에 휴업보상을 실시하여야 한다고 규정하고 있으면서도, 다른 한편으로 노동기준법84조2항은 “해당법률에 의한 보상을 실시한 경우” 해당금액의 한도 안에서 민법에 의한 손해배상의 책임이 면제된다고 규정하고 있다(나아가 노동자재해보상보험법에 기초하여 해당법률의 산재보상에 상당하는 급여가 실시되어야 하는 경우에는 사용자는 보상의 책임이 면제된다). 즉 양쪽에 관한 조정에 관해서는 규정하고 있으면서도 어느 것을 우선할 것인가에 관해서는 아무런 규정도 하고 있지 않는 것이다.

(3) 휴업수당과의 비교

그런데 민법536조2항과 노동기준법76조와의 관계를 고찰함에 있어서는 우선

32) 潮見佳男, 「債權各論Ⅰ 契約法・事務管理・不当利得 第二版」(新世社, 2009년) 214쪽에 의하면, “개별의 노동급부가 불가능해진 것에 관해서 사용자의 책임이 있는 사유가 존재하는 경우에는 (예를 들어, 사용자가 공장의 안전관리를 소홀히 한 결과로서 근로자가 중상을 입게 되어 오랜 기간 일을 할 수 없게 된 경우 및 사용자로부터 부당하게 해고를 당한 경우), 민법536조2항에 의해 임금을 지급하여야 하는 의무가 발생한다.”

33) 일본의 재판소가 노동사건에서 무분별하게 민법536조2항을 적용하는 것에 관해서는, “민법536조2항이 유연한 판단구조를 가지고 있기 때문에 실무에서는 해당조항을 적용하여 처리하여 왔지만, 위험부담법리의 전제가 되는 노동계약의 특수한 견련성에 관해서는 이론적으로 충분히 밝히지 못하고 있으며, 임금지급채무의 귀추를 결정함에 있어서 현행민법의 위험부담규정도 적절하다고 말할 수 없는 측면이 존재하지는 않는가”라는 반성의 견해가 있다(根本到, “労働契約における危険負担法理の法的問題”, 「労働者人格権の研究 上巻 角田邦重先生古稀記念」(信山社, 2011년) 331쪽). 그럼에도 불구하고 현행의 민법536조2항의 판단구조에서 볼 때에 토시바 사건 및 아이후르 사건과 같은 경우에 해당조항의 적용을 부정할 명백한 근거는 없다고 하겠다. 다만 근거로서 생각해 볼 수 있는 것으로 (산재에 의하여 애초에 노무를 제공할 수 없었다고 가정할 때에) 무노동무보수의 원칙이 있겠다. 즉, 민법536조2항은 “반대급부를 받을 권리를 상실하지 않는다”고 규정하고 있으며 민법624조1항은 “노동자는 약정한 노동을 끝내지 않고서는 보수를 청구할 수 없다”고 규정하여 임금후불의 원칙을 정하고 있는 것이다. 하지만 해당조항은 임의규정으로 해석되고 있으며, 무노동무보수의 원칙 또한 강행적 규범이 아니라 이와는 다른 합의를 허용하는 임의적 규범에 머무르고 있음에 주의해야 할 것이다.

노동기준법26조³⁴⁾의 휴업수당을 검토할 필요가 있겠다. 왜냐하면 민법536조2항과 노동기준법과의 관계에 있어서는 노동기준법26조의 휴업수당의 문제가 이미 오래전부터 논의되어 왔으며³⁵⁾, 이와 같은 이유에서 토시바 사건 및 아이후르 사건에 관한 판결도 민법536조2항 및 노동기준법26조와의 관계에 관한 판결을 의식하고 있다고 판단되기 때문이다. 휴업수당에 관한 판례³⁶⁾에 의하면, “노동기준법26조가 ‘사용자의 책임이 있는 사유’로 인한 휴업의 경우 사용자에게 대하여 평균임금의 60%이상의 수당을 근로자에게 지급하도록 규정하여 그 이행을 강제하는 수단으로서 부가금과 벌칙의 제도를 마련하고 있는 것은 (노동기준법 114조, 120조를 참조), 위와 같은 사유로 인한 휴업의 경우에 사용자의 부담으로 근로자의 생활을 위의 한도 안에서 보장하려고 하는 취지에 의한 것으로서, 해당조항이 민법536조2항의 적용을 배제하고 있는 것은 아니며 해당휴업의 원인이 민법536조2항의 ‘채권자의 책임이 있는 사유’에 해당하여 근로자가 사용자에게 대하여 임금청구권을 상실하지 않는 경우에는 휴업수당 청구권과 경합하게 되는 것이다.” 물론 노동기준법26조는 민법536조2항에 관한 특별규정으로 이는 노동법의 영역에서 민법을 수정하고 있는 것이다. 즉, 노동기준법이 말하는 ‘책임이 있는 사유’를 민법536조2항의 사유보다 확대하고 있으며, 그 목적은 근로자의 최저생활을 보장하기 위한 것으로 민법에 의하여 보장되는 임금청구권 중에 60%에 해당하는 부분의 지급을 벌칙을 통하여 보장하고 있는 것이다³⁷⁾. 하지만 민법536조2항과 노동기준법76조와의 관계는, 민법536조2항과 휴업수당과의 관계를 경합문제로 보아³⁸⁾ 그 조정에 관해서 중간수입을 공제하는 것³⁹⁾으로 처리하는 경우와는 그 상황이 다르다고 보아야 할 것이다.

(4) 소결

일본의 산재보상제도는 제2차 세계대전 이후 신헌법 체제하에서 새로운 노동

34) 노동기준법26조 (휴업수당) 사용자의 책임이 있는 사유에 의한 휴업의 경우, 사용자는 휴업기간 중에 해당 근로자에게 평균임금의 60% 이상의 수당을 지급하여야 한다.

35) 해당문제에 관해서는, 小野秀誠, 「危険負担」(一粒社, 1999년) 237쪽 이하를 참조.

36) 노스웨스트항공사건 최고재판소 제2소법정 1986년7월17일 판결, 「最高裁判所民事判例集」 41권5호 1283쪽.

37) 菅野和夫, 앞의 책, 308쪽, 荒木尚志, 앞의 책, 112쪽, 水町勇一郎, 268 쪽 등.

38) 坂井岳夫, 앞의 논문, 40쪽은, “휴업보상금여의 지급요건을 충족하는 경우에는 해당금여를 통하여 노동기준법상의 휴업보상의 지급이 대체되는 결과, 근로자는 정부에 대하여 휴업보상금여를 청구할 수 있으며, 사용자에게 대하여는 임금액에서 금여기초일액의 60%(노동자재해보상보험법14조1항 참조)를 공제한 금액에 관해서만 임금을 청구할 수 있다”고 보았다.

39) 민법536조2항에 관해서는, 중간수입의 전액이 상환되어야 할 것을 노동기준법26조가 536조2항 후단과 같이 중간수입을 상환하도록 하는 규정 없이 ‘평균임금의 60%’를 벌칙을 통하여 보장하려고 하는 취지로부터, 중간수입의 상환은 일반적으로 평균임금의 60%를 넘는 부분에 한해서만 가능하다고 보고 있다.

법제를 구축하면서 그 정비가 이루어졌다⁴⁰⁾. 이에 노동기준법에 ‘재해보상’이라는 장이 마련되어 업무상 재해 및 직업병에 관한 사업주의 산재보상책임이 규정되었다. 입법 작업에 있어서 각 규정의 기초가 된 것은 과거의 광산법 및 공장법의 부조제도 등 전쟁이전의 제도였지만, 노동기준법에서는 적용사업의 범위를 확대하고 사업주의 무과실배상책임을 확립하였으며 보상수준을 인상하는 등 대대적인 개정이 이루어졌다. 이와 같은 산재보상제도는 산업재해에 대한 사용자의 민사책임의 특별법으로서 출발하였던 것이다. 그렇기 때문에 19세기 말에 산재보상제도를 체계화하는데 있어서는 산재보상제도에 의한 사용자의 배상책임과 민사책임의 일반법에 기초한 사용자의 책임과의 관계를 어떻게 정리하는 것이 바람직한지가 문제화 되었다. 일본에서 전쟁이전의 공장법 등이 정하는 부조와 민사손해배상과의 관계에 관해서는 이미 그 조정규정이 존재하고 있었다. 이에 일본의 산재보상제도는 업무재해 및 직업병의 경우에 산재보상제도만을 원칙적으로 적용하여 민사책임의 일반법을 배제하는 독일이나 프랑스와 같은 입법정책을 채용하지 않고, 노동기준법84조2항을 통하여 무과실책임의 원칙에 기초하고 있는 산재보상책임을 사용자가 이행한 때에는 그 한도 안에서 사용자의 손해배상책임이 면제되는 형태로 산재보상책임과 민사책임의 일반법과의 조정을 도모하였던 것이다. 그리고 노동기준법84조1항은 노동기준법이 규정하고 있는 산재보상의 사유에 관하여 노동자재해보상보험법에 근거하여 산재보상에 상당하는 급여가 실시되어야 하는 경우에는 사용자에 관한 그 보상의 책임이 면제된다고 규정하고 있다⁴¹⁾.

산재보상제도는 널리 알려져 있는 것처럼 그 역사로부터 근로자와 사용자와의 사이에서 서로 간에 이익을 형량하고 있는 타협의 산물이다⁴²⁾ (근로자의 이익: 입증책임의 완화, 업무상의 재해 및 직업병의 범위 확대, 해고제한 등, 사용자의 이익: 민사상의 책임 면제, 평균임금의 60%라는 정률 보장, 일시보상 등). 나아가 (의견의 대립은 존재하지만) 노동자재해보상보험법은 위와 같은 노동기준법의 산재보상제도에서의 개별사용자의 보상책임을 담보하기 위하여 마련된 것으로, ‘노동자재해보상보험법과 노동기준법은 일체화된 것’이라고 할

40) 산재보상제도에 관해서는, 東京大学労働法研究会編, 「注釈労働法 下巻」(有斐閣, 2003년) 847~933쪽(岩村正彦 집필부분)을 참고하였다.

41) 北岡 노무사가 지적하는 것처럼 “급여가 실시되어야 하는 경우”에는 소정의 사유가 발생하여 보험급여를 받을 수 있는 경우를 의미하며 실제로 급여를 받았을 것이 해당조항의 적용요건은 아님에 주의하여 할 것이다.

42) 나아가 山口浩一郎, 「労災補償の諸問題 増補版」(信山社, 2008년) 8쪽은, “종속노동이라고 하는 사용자의 지배영역 하에서의 위험으로부터 현실화하였다고 판단되는 재해가 발생하여 이로 인해 근로자가 희생된 경우에는, 사용자가 그 책임을 부담하는 것이 공평의 관념에서 볼 때에 정당하다는 것이 산재보상제도의 취지이며, 평균임금의 몇 일분이라고 하는 정률방식을 채용하는, 그것도 사전에 예정되어 있는 산재보상제도는 손해배상과 그 성격이 다른 것으로써 노동력의 훼손 및 상실의 정도에 따라 그 사회적 가치의 손실을 보상하기 위한 제도”라고 보았다.

수 있다⁴³⁾. 또한 이와 같은 노동자재해보상보험법1조는 “업무상의 사유 또는 통근으로 인한 근로자의 부상, 질병, 상해, 사망 등에 대하여 신속 및 공정한 보호를 하는” 것을 그 목적으로 규정하고 있는 것이다⁴⁴⁾. 이와 같은 내용을 종합적으로 고려해 볼 때에, 노동기준법19조1항이 정하고 있는 해고제한을 위반한 토시바 사건 및 아이후루 사건과 같은 경우 (산재에 관하여 민사책임의 일반법이 배제되는 것은 아니지만) 위와 같은 산재보상(보험)제도의 취지와 목적을 무시하여 해당제도에 근거하는 휴업보상(급여)을 고려하지 않은 채, 곧바로 민법536조2항을 적용한 일본 재판소의 판결에는 의문이 남는다고 하겠다⁴⁵⁾. 물론 이와 같은 문제는 일본에서 산재보상제도가 마련되었던 혹은 민법 536조2항이 입법화되었던 당시에는 고려되지 못한 문제였을지도 모른다. 그렇기 때문에 일정한 입법조치가 필요하다고도 말할 수 있겠다. 다만 현재 상황에서 이와 같은 문제를 회피하기 위해서, 실무에서는 단체협약이나 취업규칙 등에서 (민법536조2항이 임의규정에 해당하므로) 업무상 상병의 경우에 관하여 임금청구권을 인정하거나 또는 산재보상(보험)제도에 따르거나 할 것을 명확하게 규정하는 방법도 추천할 수 있겠다. 한편 위의 두 사건과 같은 경우에 관하여 재판소가 취할 수 있는 법해석 방법으로는, “근로자가 업무상의 상병으로 인하여 노무의 제공이 사회통념상 불가능하게 된 경우 민법536조2항에서의 채권자의 책임이 있는 사유가 존재하므로 채권자인 사용자에게 대한 임금청구권은 상실하지는 않지만……[산재보험급여의 지급결정]처분을 통하여 사용자의 휴업보상급여에 관한 책임이 면제되고 이때에 해당휴업은 당사자 쌍방의 책임이 없는 사유로 인하여 채무를 이행할 수 없게 된 경우에 해당하여, [민법536조1항⁴⁶⁾]에 따라 근로자는 반대급부인 임금의 지급을 받을 수 있는 권리를 가지지 못 한다⁴⁷⁾”는 해석도 가능할 것이다. 이처럼 생각하는 데에는 현재 업무상의 상병에 관해서는 그 대부분이 산재보험급여에 의한 보장이 실시되어지고 있으며, 산재보험급여가 지급되는 경우 사용자는 노동기준법상의 산재보상책임이 면제되어 (산재보상이 실시되었다고 간주되어) 동일한 사유에 의한 민법상의 손해배상의 책임이 면제되기 때문이다⁴⁸⁾. 다만 업무상의 상병으로 인한 요

43) 山口浩一郎, 앞의 책, 17쪽.

44) 나가야 末広巖太郎, “労働基準法解説(四)”, 「法律時報」20권 6호 26쪽에 의하면, “산재보상의 지급이 신속 정확하게 실시되어야 한다는 것은, 현재의 노동기준법에서도 심사 및 중재의 제도를 마련하여(85조, 86조) 가능한 민사소송에 의하지 않고 간편한 방법으로 보상이 이루어지도록 하고 있는 것”을 통해서도 알 수 있다.

45) 坂井岳夫, 앞의 논문, 39쪽은 “산재보험을 통한 사용자의 보험이익을 경시하고 있을 뿐만 아니라 산재보상급여의 법적성질을 간과하고 있다”고 지적하였다.

46) 민법536조1항 (채무자의 위험부담 등) 앞의 2조에 규정하고 있는 경우를 제외하고, 당사자 쌍방의 책임이 없는 사유로 인하여 채무를 이행할 수 없게 된 경우, 채무자는 반대급부를 받을 권리를 가지지 못한다.

47) 山崎文夫, 앞의 논문, 11쪽.

양을 위하여 휴업하고 있는 기간 중에 발생하는 근로자의 평균임금과 휴업보상과의 차액분에 관해서는, 사용자가 안전배려의무를 위반하여 발생한 손해의 배상으로서 근로자는 청구가 가능하다고 하겠다⁴⁹⁾.

4) 일본 민법개정의 영향

현재 일본의 법제심의회 민법(채권관계)부회에서는 민법(채권법)의 개정이 검토되고 있다. 해당개정의 논의대상에는 민법536조2항도 포함되어 있으며, 이와 관련하여 위의 두 사건에 관한 판결의 사정범위가 문제화 될 수 있다. 해당개정에 관한 일본의 공적자료로서 민법(채권법)개정검토위원회의 기본방침 및 법제심의회·민법(채권관계)부회의 중간논점정리에 의하면, 현재의 민법536조와 동일한 형태의 규정을 존속시키려 하고 있다⁵⁰⁾. 나아가 현행 민법536조2항은 법적효과로서 “반대급부를 받을 권리를 상실하지 않는다”고 규정하고 있으며, 이는 위에서 살펴본 무노동무보수의 원칙에서 볼 때에 임금청구권의 발생근거가 명확하지 않았다⁵¹⁾. 하지만 해당개정의 논의안에서는 “청구할 수 있다”라는 문언이 제안되고 있으며, 이를 통하여 임금청구권의 발생근거가 보다 명확화 될 것이 기대된다고 하겠다. 이와 같은 내용을 고려해볼 때에 위의 두 사건에 관한 판결은 민법(채권법)의 개정 후에도 영향력을 가질 것으로 예상된다.

V 결어

1) 우리나라도 1990년대 말 산재환자의 자살이 사회적 문제로 부각되면서 근로자의 과로사, 스트레스, 정신질환 등을 업무상 재해 범위에 포함할 것인가의 논의가 진전되기 시작하였다. 다만 현재까지도 업무상 정신질환에 관하여 근로기준법 및 산업재해보상보험법은 직접적으로 해당하는 유형이나 질병목록을 규정하고 있지는 않다⁵²⁾. 그럼에도 불구하고 산업 및 고용구조가 변화하는 오늘날 정신질환에 관한 산업재해인정의 문제는 우리나라에서도 더 이상 간과할 수 없는 문제라고 하겠다⁵³⁾. 이와 같은 상황 속에 일본은 산재보상과 관련하여

48) 畑井 교수가 지적한 것처럼, 민법536조2항의 의의는 “손해배상에 의해 처리하는 경우에 채무자(근로자)가 해당주장의 입증책임에 관하여 번잡하고 많은 부담을 짊어지게 되므로 이를 절감하는 의미에서 편의적으로 반대급여청구권을 존속시키는 데에 있다고 할 것이다.”

49) 永野仁美, 앞의 논문, 123쪽.

50) 해당내용에 관해서는, 村中孝史·坂井岳夫, “民法五三六条二項”, 土田道夫編 「債權法改正と労働法」(商事法務, 2012년) 148쪽 이하를 참조.

51) 해당내용에 관해서는 앞의 각주 33)를 참조.

52) 정신질환에 관한 간접적으로 적용이 가능한 규정 및 적용의 확대를 고찰한 연구로는, 김가람, “근로자의 정신질환에 대한 업무상 재해 인정여부”, 「서강법학」 제11권 제1호 497쪽 이하를 참조.

여 우리와 유사한 법제를 가지고 있으면서도, 근로자의 정신질환에 관해서 빠른 대응을 해 왔던 것에는 주목할 만한 가치가 있다고 하겠다⁵⁴⁾. 나아가 일본의 토시바 사건 및 아이후르 사건과 같은 근로자의 정신질환과 관련한 법률문제를 판례평석을 통하여 고찰하는 작업은, 유사한 법제를 가지고 있는 우리나라의 법해석학에도 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

2) 우리나라도 업무상 질병의 인정기준에 관해서는, 업무상의 재해가 되기 위하여 업무와 재해의 원인이 된 질병 사이에 인과관계가 있어야 하지만, 질병의 주된 발생 원인이 업무와 직접적인 관계가 없다고 하더라도 적어도 업무상의 요인이 질병의 주된 발생 원인에 겹쳐서 질병을 유발 또는 악화시켰다면 업무상 재해로 인정되기 위한 인과관계가 있다고 할 것이고, 그 인과관계 또한 반드시 의학적·자연과학적으로 명백하게 입증하여야 하는 것은 아니고 제반 사정을 고려할 때 업무와 질병 사이에 상당인과관계에 있다고 추단되는 경우에도 그 입증이 있다고 판단하고 있다⁵⁵⁾. 따라서 우리나라에서도 근로자의 정신질환의 발병이 업무와 상당인과관계가 있다고 입증되면 산재로 인정받을 가능성은 열려 있다⁵⁶⁾. 또한 산재를 입은 근로자에 관해서는, 근로기준법23조2항이 해고제한을 규정하고 있으며, 우리나라의 법원은 해당 해고제한의 취지를 “근로자가 업무상 재해로 인하여 노동력을 상실하고 있는 기간과 노동력을 회복하기에 상당한 그 후 30일간은 근로자를 실직의 위협으로부터 절대적으로 보호하고자 함”에 있다고 판시하고 있다⁵⁷⁾. 그런데 우리 법원은 업무상 정신질환이 인정된 근로자의 해고제한이 문제가 된 사건⁵⁸⁾에서, “근로자가 업무상 부상 등을 입고 치료 중이라 하더라도 휴업하지 아니하고 정상적으로 출근하고 있는 경우 또는 업무상 부상 등으로 휴업하고 있는 경우라도 요양을 위하여 휴업할 필요가 있다고 인정되지 아니하는 경우에는 위 규정에서 정한 해고가 제한되는 휴업기간에 해당하지 아니한다”고 하면서, “요양을 위하여 휴업이 필요한지는 업무상 부상 등의 정도, 부상 등의 치료과정 및 치료방법, 업무의

53) 우리나라에서 업무상 정신질환에 관하여 구체적 사례조사, 비교법 연구 및 종합적인 정리를 실시한 것으로는, 김경하, 「업무상 정신질환 요양결정 사례 분석」(근로복지공단 산재보험연구센터, 2013년)을 참조.

54) 일본에서 근로자의 정신질환과 산재보상에 관한 최근의 연구물로는, 西村健一郎·朝生万里子, 「労災補償とメンタルヘルス」(信山社, 2014년) 등을 참조.

55) 대판 1995년3월14일 94누7935, 대판 1996년9월10일 96누6806 등.

56) 김가람, 앞의 논문, 506쪽.

57) 대판 1991년8월27일 91누3321, 대판 2011년11월10일 2009다63205 등.

58) 대판 2011년11월10일 2009다63205. 해당 사건에서는 업무로 인한 불안신경증으로 요양 중인 근로자의 해고가 근로기준법23조2항을 위반하였는가가 다투어졌는데, 대법원은 해당근로자가 요양연기신청을 불승인한 처분에 대하여 취소판결을 받았으나 이와 같은 처분취소를 통하여 휴업급여를 받고 있는 사실은 ‘요양을 위하여 휴업이 필요한지’를 판단하는 참작사유에 그친다고 판시하였다. 이에 관해서는 해당사건의 사실관계를 볼 때에 ‘치유인정’이 가능하였다고도 판단된다.

내용과 강도, 근로자의 용태 등 객관적인 사정을 종합하여 판단하여야” 하는 것이며 산업재해보상보험법에 의한 요양승인이 내려져 휴업급여가 지급된 사정은 참작사유에 해당한다고 판시하였다. 이와 관련하여 일본의 두 사건에 관한 연구를 통하여 발견한 공통점은 근로자의 업무상 정신질환에 관해서 산재보상제도상의 ‘치유인정’에 어려움이 있다는 것이다⁵⁹⁾.

3) 우리나라는 일본과 동일하게, 업무상의 상병이 사용자의 책임 있는 사유에 의한 경우에 근로자는 산재보상을 청구하거나 또는 사용자에 대하여 손해배상을 청구할 수도 있다. 즉, 산재보상과 손해배상제도는 기능상 중복하고 있으므로 그 조정을 필요로 하는데, 특히 산재보험급여와 손해배상청구권의 조정과 관련하여 독일과 프랑스 등은 산재보험 우선주의를 취하고 있으며, 반면에 일본과 우리나라는 둘 모두를 인정하면서 조정하는 경합조정주의를 취하고 있는 것이다⁶⁰⁾. 이에 근로기준법87조는 “보상을 받게 될 자가 동일한 사유에 대하여 민법이나 그 밖의 법령에 따라 이 법의 재해보상에 상당한 금품을 받으면 그 금액의 한도에서 사용자는 보상의 책임을 면하다”고 규정하고 있으며, 또한 산업재해보상보험법80조1항은 “수급권자가 이 법에 따라 보험급여를 받았거나 받을 수 있으면 보험가입자는 동일한 사유에 대하여 근로기준법에 따른 재해보상 책임이 면제된다”고 규정하고 있다⁶¹⁾. 이와 같은 규정을 통하여 볼 때에, 우리나라의 법제 하에서 토시바 사건과 아이후르 사건에서처럼 손해배상으로서의 임금청구권과 산재보상의 휴업급여가 문제시 될 경우, 필자가 주장한 것처럼 산재보험급여에 의한 보장이 실시되어 이를 통해 사용자는 근로기준법상의 산재보상책임이 면제되고 (산재보상이 실시되었다고 간주되어) 동일한 사유에 의한 민법상의 손해배상의 책임이 면제된다는 결론은 더욱 설득력을 얻을 것이다⁶²⁾.

59) 산재보상제도상의 치유인정에 관해서는, 각주 13)를 참조

60) 오종근, “산재보험법상 유족급여와 손해배상채권의 관계”, 「민사판례연구」 32호 539쪽.

61) 나아가 동법80조2항은 “수급권자가 동일한 사유에 대하여 이 법에 따른 보험급여를 받으면 보험가입자는 그 금액의 한도 안에서 민법이나 그 밖의 법령에 따른 손해배상의 책임이 면제된다”고 규정하고 있다.

62) 산재보험이 공법과 사법상의 모든 사용자책임을 대체하도록 개선하는 방안을 주장하는 견해로는, 오선균, “「산재보험법」의 법적 성질에 관한 연구”, 「노동법학」 45호 49쪽.