creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학박사 학위논문

근로장소에 관한 연구

- 재택근무를 중심으로 -

2023년 8월

서울대학교 대학원

법학과

정 재 욱

근로장소에 관한 연구

- 재택근무를 중심으로 -

지도교수 이 철 수

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함
2023년 5월

서울대학교 대학원
법학과
정 재 욱

정재욱의 법학박사 학위논문을 인준함
2023년 6월

위 원 장 김 복 기 (인)

부위원장 최 석 환 (인)

위 원 신 권 철 (인)

위 원 차 성 안 (인)

위 원 이 철 수 (인)

국문초록

코로나-19 확산으로 인하여 많은 사업장에서 재택근무제, 원격근무제가 시행되고 있다. 이에 근로자가 사용자에 대해 재택근무를 청구할 수 있는지 여부, 사용자가 근로자에게 재택근무를 강제할 수 있는지 여부에 대한 논란이 발생하고 있다.

고용노동부는 현행법상 재택근무는 노사가 자율적으로 실시하는 것이 원칙이라 하면서도 엄밀한 법적 논증 없이 근로자에게는 재택근무 청구권이 없다고 해석한다. 이에 비해 사용자가 근로자에게 재택근무를 강제할 수 있는지 여부에 대해서는 단체협약, 취업규칙, 근로계약서에 재택근무 실시에 관한 규정이 있는 경우에는 해당 규정에 따라 재택근무를 실시하면 되므로 별도로 근로자 동의는 필요하지 않다고 한다. 단체협약, 취업규칙, 근로계약서에 재택근무 실시에 관한 규정이 없는 경우에는 근로계약상 근무장소에 대한 변경을 수반하게 되므로 원칙적으로 근로자의 동의를 받아야 한다고 설명하면서도, 코로나-19와 같은 예외적인 사정이 있다면 근로자 동의가 없더라도 근로자와 협의를 거쳐 재택근무제를 실시할 수 있다고 한다. 고용노동부에 의하면 근로자에게는 재택근무에 대한 어떠한 권리도 인정될 수 없는 반면, 사용자에게는 예외적 사정이 있다면 근로계약을 위반해도 되는 권리가 인정된다. 고용노동부의 이러한 해석론은 기존의 판례의 법리를 그대로 따른 것으로 생각된다.

대법원은 근로장소의 변경을 수반하는 전보·전직처분은 원칙적으로 사용자의 권한 범위에 속한다고 본다. 심지어 인사권의 고유한 영역이라 보는 하급심 판례, 중앙노동위원회 및 지방노동위원회 판정례가 다수 발견된다. 판례는 근로장소가 인사권의 고유한

영역임을 전제로 근로장소의 변경을 수반하는 인사처분의 정당성 문제를 인사권의 남용의 문제로 접근한다.

사용자에 의한 근로장소 변경은 전직의 하나에 해당하므로 「근로기준법」 제23조의 정당성 판단의 대상이 된다. 그럼에도 불구하고 대부분의 판례는 「근로기준법」 제23조를 실질적으로 적용하지 아니하고 권리남용의 원칙에 따라 전직의 유무효에 대해 판단한다. 「근로기준법」 제23조 제1항에 의하면 사용자의 전직은 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 허용될 수 있는 것이므로, 그 정당한 이유에 대한 입증책임은 사용자에게 있다. 반면, 사용자의 권리남용은 근로자가 입증하여야 하므로, 사용자의 근로장소 변경조치에 대해 「근로기준법」 제23조가 아니라 권리남용의 문제로 접근하는 것은 원칙과 예외를 치환하는 것으로 법 해석상 타당하지 않다. 사용자의 근로장소 변경조치가 근로계약의 범위 내라면 이는 「근로기준법」 제23조 제1항의 정당성 판단의 문제로, 만약 근로계약 범위 밖이라면 이는 계약 위반과 사정변경원칙의 적용가능성 문제로 접근하는 것이 타당하다.

근로자에게 당연히 없다고 여겨지는 근로장소 변경요청권, 근로장소 선택권, 재택근무 청구권이 과연 인정될 수 없는 것인지 여부에 대해서는 신중하게 따져볼 필요가 있다. 「근로기준법」, 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」에서는 직장 내 괴롭힘, 직장 내 성희롱 발생 시 근로자에게 근무장소의 변경을 요청할 권리를 인정한다. 직장 내 괴롭힘, 직장 내 성희롱 이외의 사유를 근거로 근로자가 근로장소 변경요청권 또는 근로장소 선택권을 사용자에게 행사할 수 있는지 여부는 기본권의 대사인적 효력, 신의칙의 근로관계에의 적용, 신의칙상 부수의무로 인정되는 사용자의 안전배려의무 등에서 그 단서를 발견할 수 있다. 근로권과 신의칙에 근거하여 근로자에게 근로장소 변경요청권과 근로장

소 선택권이 인정될 수 있다. 재택근무 청구권도 근로장소 선택권의 일종이므로, 근로자에게 인정되지 않는 법적 권리라 보기는 어렵다. 다만, 현행법령의 해석상 인정될 수 있는 재택근무 청구권은 그 범위가 제한적이기 때문에 입법론적으로 재택근무 청구권의 사유를 구체화하고 권리의 실효성 확보를 위한 장치의 마련을 고민할 필요가 있다.

그동안 근로장소에 대한 근로자의 권리는 사실상 없는 것으로 취급되어왔다. 과거 공장제 산업구조에서는 근로장소는 당연히 사용자가 제공하는 것이었으므로, 근로자가 근로장소를 지정하거나 선택한다는 개념은 성립하기 어려웠을 것으로 생각된다. 그러나 디지털시대에 접어들면서 근로장소는 공장을 벗어나 근로자의 자택, 카페, PC방 등 다양한 장소로 확장되고 있다. 특히, 코로나-19 범유행으로 인한 재택근무의 급증은 우리에게 많은 과제를 던져준다. 이에 근로자에 의한 재택근무 청구, 원격근무 청구 등에 대한 논의가 점차 시작되고 있다. 독일 연방총리청의 반대 등으로 폐기되었지만, 독일의 「모바일 노동에 관한 법률안」 1차 초안에서는 6개월 이상 근로한 근로자에게 연간 최대 24일의 모바일 노동 청구권을 인정한 바 있다. 독일의 노동 4.0 백서와 사민당(SPD), 녹색당(Grüne)과 자민당(FDP)의 2021. 11. 24.자 연정협약, 「모바일 노동에 관한 법률안」 최종안에서는 근로자에게 모바일 노동과 재택근무에 대해 논의할 권리를 인정하고, 사용자에게는 이에 대한 의무를 부과하고 있다. 근로자가 사용자에게 재택근무를 강제할 수 있는 권리를 인정하는 것은 아니지만, 근로자가 사용자를 재택근무에 대한 대화의 장으로 끌어올 수 있다는 점에서 큰 의미가 있다.

직무와 관계없이 모든 근로자에 대하여 재택근무 청구권을 폭넓게 인정하는 경우, 직무 수행은 물론 기업의 운영이 불가능하거

나 어려워질 수 있다. 근로자의 근로권을 강화하면서도 동시에 사용자의 영업의 자유와의 조화를 모색하기 위해서는, 그 성질상 재택근무를 시행하여도 근로제공에 큰 무리가 없는 직무를 설정하고 그러한 직무에 대하여 재택근무 청구권을 명시하고 도입할 필요가 있다. 아울러, 모든 근로자에게 재택근무 청구권을 전면적으로 부여하는 것은 시기상조라 하더라도, 그 사전 단계로 근로자에게 재택근무에 대한 협의권을 부여하는 것을 검토할 필요가 있다. 재택근무에 대한 최종적인 결정권을 근로자에게 부여하는 것은 아니므로, 사용자의 영업의 자유에 대한 침해 여지가 적어 그 가능성을 폭넓게 고려해볼 수 있다. 한편, 근로자에게 임신, 출신, 육아 기타 이에 준하는 사유가 있을 때, 또는 사용자가 합리적인 근로장소를 제공하기 어려운 경우와 같이 특별한 사유가 있을 때에는 근로자에게 일정 기간 이상의 재택근무 청구권을 인정하는 것을 적극 고려해볼 필요가 있다.

기존의 연구들은 디지털 기술의 발전으로 인한 사회 현상의 변화에 주목하여 재택근무 청구권의 인정 필요성과 그 방향에 대해 다루고 있다. 대다수의 연구는 근로장소에 대한 근로자의 주권을 강화하기 위하여 재택근무 청구권을 인정해야 한다고 주장한다. '강화'는 기존에 존재하는 것을 더 강하고 튼튼하게 한다는 것을 뜻한다. 그런데 대다수의 연구는 근로장소에 대한 근로자의 권리가 인정되는지 여부, 인정된다면 그 내용과 범위는 무엇인지 여부에 대한 검토를 생략하고 있다. 근로자의 주권을 강화하는 차원에서 원격근로에 대한 권리를 검토할 필요가 있다고 하면서도, 근로장소는 사용자의 지시권이 미치는 영역이므로, 원칙적으로 근로자에게 재택근무 청구권이 인정될 수 없다고 하면서 '특별한 사회적 보호필요성'이 있는 경우에 한하여 재택근무 청구권 인정을 고려해야 한다는 견해도 발견된다. 없는 권리를 강화하고 보장하자는

주장은 입법론적으로는 유의미하지만, 해석론적으로는 오히려 권리 보장에 장해가 될 수 있다. 현행법의 해석상 그러한 권리가 없음을 각인시켜주기 때문이다. 근로장소에 대한 근로자 주권 강화의 출발은 '입법'에 있는 것이 아니라 근로장소에 대한 근로자의 권리를 법 해석과 논증을 통해 밝혀내고 인정하는 것에 있다. 현행법상 인정되는 권리의 내용과 범위를 파악하고 그 한계를 확인하여야, 어떠한 방향으로 입법이 필요한 것인지 가늠할 수 있다.

본 연구는 근로장소에 대한 근로자의 권리가 현재 어떻게 자리매김하고 있는지 살펴보는 것에 주력하였다. 이는 형해화 되어 왔던 근로장소에 대한 근로자의 권리를 살려내는 작업이자 시도에 해당한다. 아울러 본 연구는 재택근무 청구권에 대한 해외 입법동향을 자세히 살펴보면서, 국내에서 재택근무 청구권의 도입 필요성과 그 방향에 대해 제시하였다. 본 연구는 향후 국내에서 재택근무제를 제도화 하는 과정에서 주요한 참고자료가 될 수 있으리라 생각된다.

주요어 : 근로장소, 근로권, 재택근무, 원격근무, 모바일 노동, 가내근로, 재택근무 청구권, 모바일 노동 청구권

학 번 : 2017-37784

목 차

제 1 장 서론 ····· 1

제 1 절 연구의 목적 ····· 1

Ⅰ. 연구의 목표 ····· 1

Ⅱ. 국내 선행연구에 대한 검토 ····· 5

제 2 절 연구의 방법과 범위 ····· 12

제 2 장 근로장소의 개념과 법적 성격 ····· 21

제 1 절 근로장소의 개념 ····· 21

Ⅰ. 근로장소의 개념 ····· 21

1. 근로장소의 정의 ····· 21

(1) 근로장소 ····· 21

(2) 가상공간, 메타버스와 근로장소 ····· 22

(3) 사업장과 근로장소 ····· 24

2. 용어의 혼용 ····· 26

(1) 근로장소, 근무장소, 취업의 장소의 혼용 ····· 26

(2) 취업의 장소 ····· 28

(3) 근무장소 ····· 28

(4) 근로장소 ····· 29

Ⅱ. 근로장소 개념 구분의 필요성 ····· 31

Ⅲ. 근로장소의 범위와 변경 ····· 32

1. 논의의 필요성 ····· 32

2. 근로장소(취업의 장소)의 변경 ····· 33

(1) 근로장소를 포괄적으로 정한 경우 ····· 34

1) 문제의 소재 ····· 34

2) 계약해석의 방법 ····· 34

3) 포괄적으로 기재된 근로장소에 대한 해석 ····· 36

(2) 근로장소를 정하지 않은 경우 ····· 37
3. 근로장소(근무장소)의 변경 ····· 37
제 2 절 근로장소의 법적 성격 ····· 38
Ⅰ. 근로조건의 개념과 범위 ····· 38
1. 근로조건의 개념 ····· 38
2. 근로조건의 범위 ····· 39
Ⅱ. 근로조건으로서의 근로장소 ····· 41
1. 근로장소가 근로조건에 해당하는지 여부 ····· 41
2. 근로조건 법정주의와 근로장소 ····· 44
(1) 근로조건 법정주의 ····· 44
(2) 근로장소의 경우 ····· 45
(3) 근로조건 법정주의에서 제외된 이유 추론 ····· 48
(4) 근로장소에 대한 인식 ····· 53
(5) 근로장소에 대한 근로권의 보장 ····· 53
(6) 근로자성 판단의 징표로서 근로장소 ····· 54

제 3 장 근로장소에 대한 법률관계 ····· 57
제 1 절 근로장소에 대한 근로자의 권리 ····· 57
Ⅰ. 근로권으로서의 일할 환경에 관한 권리 ····· 57
1. 근로권의 개념과 법적 권리성 ····· 57
(1) 근로권의 개념 ····· 57
(2) 주관적 권리성 인정 여부 ····· 58
(3) 근로권과 일할 환경에 관한 권리 ····· 60
(4) 근로권의 대사인적 효력 ····· 61
2. 일할 환경에 관한 권리와 근로장소 ····· 63
(1) 서설 ····· 63
(2) 건강하고 안전한 작업환경과 근로장소 ····· 63
(3) 합리적인 근로조건과 근로장소 ····· 64
(4) 소결 ····· 64

Ⅱ. 근로권의 구체화: 노동관계법령과 근로장소 ····· 64
1. 건강하고 안전한 장소에서 근로할 권리 ····· 64
(1) 서설 ····· 64
(2) 직장 내 성희롱과 근로장소 ····· 65
1) 직장 내 성희롱 금지규정의 목적 ····· 65
2) 직장 내 성희롱 발생 시 조치의무와 근무장소 ··· 66
3) 근무장소 변경조치의 취지 ····· 68
4) 기타: 고객 등에 의한 성희롱 관련 규정 ····· 70
(3) 직장 내 괴롭힘과 근로장소 ····· 71
1) 「근로기준법」의 관련 규정의 도입과 그 취지 · 71
2) 직장 내 괴롭힘 발생 시 사업주의 조치의무 ····· 71
(4) 「산업안전보건법」의 작업중지권과 근로장소 ··· 73
1) 서설 ····· 73
2) 「산업안전보건법」상 근무장소 관련 규정 ····· 73
가. 안전보건표지의 설치·부착 ····· 74
나. 안전조치 ····· 74
다. 사업주의 작업중지 ····· 74
라. 중대재해 발생 시 사업주의 조치 ····· 75
마. 중대재해 발생 시 고용노동부장관의 조치 ··· 75
바. 건강진단 관련 ····· 76
사. 검토 ····· 76
3) 근로자의 작업중지권과 근무장소 ····· 77
2. 합리적인 근로장소를 요구할 권리 ····· 78
(1) 서설 ····· 78
(2) 근로장소의 명시 ····· 79
제 2 절 근로장소에 대한 사용자의 권리 ····· 81
Ⅰ. 근로장소와 영업·기업의 자유 ····· 81
1. 직업선택의 자유 ····· 81
2. 직업의 자유의 주체 ····· 82

(1) 「헌법」 제15조 ····· 82
(2) 법인이 주체가 되는지 여부 ····· 83
3. 직업수행의 자유와 영업·기업의 자유 ····· 85
4. 근로장소와 사용자의 영업의 자유 ····· 86
(1) 사용자의 영업의 자유의 범위 ····· 86
(2) 사용자의 영업의 자유와 근로권 충돌의 영역 ····· 87
Ⅱ. 근로장소와 경영권 ····· 88
1. 경영권의 도출 ····· 88
2. 경영권의 의미 ····· 91
3. 경영권의 법적 권리성 ····· 94
(1) 학설 ····· 94
(2) 검토 ····· 95
1) 사업지배권으로서의 경영권의 경우 ····· 95
2) 사업운영권으로서의 경영권의 경우 ····· 97
가. 대법원의 경영권 도출 근거 ····· 98
나. 영업의 자유와 경영권이 같은 의미인지 여부 98
다. 경영권을 인정하는 것이 타당한지 여부 ····· 101
라. 경영권에서 영업의 자유로의 판단 변화 ····· 105
4. 영업의 자유와 노동3권·근로권의 충돌 시 해석방법 106
(1) 논의의 전제 ····· 106
(2) 기본권 충돌 시 해석방법 ····· 107
(3) 사용자의 영업의 자유와 노동3권·근로권의 충돌 108
Ⅲ. 근로장소와 인사권: 전직명령권을 중심으로 ····· 113
1. 전직명령권을 살펴보는 이유 ····· 113
2. 전직명령권의 법적 근거 ····· 113
(1) 학설 ····· 114
1) 경영권설 ····· 114
2) 포괄적 동의설 ····· 114
(2) 판례 ····· 115

(3) 검토 ····· 116
1) 경영권설의 경우 ····· 116
2) 포괄적 동의설의 경우 ····· 116
3) 판례 입장에 대한 검토 ····· 124
(4) 노무지휘권으로서의 전직명령권과 근로계약 ····· 130
1) 노무지휘권으로서의 전직명령권 ····· 130
2) 취업규칙의 규범력과 전직명령권 ····· 134
3. 전직명령권과 근로장소 ····· 137
Ⅳ. 근로장소와 업무명령권: 출장명령권을 중심으로 ····· 139
1. 출장의 개념 ····· 139
2. 출장과 전직과의 구별 ····· 140
(1) 법적 근거 ····· 140
(2) 구별 실익 ····· 142
제 3 절 근로장소 변경에 대한 법률관계 ····· 143
Ⅰ. 근로장소 변경이 취업의 장소 범위 내인 경우 ····· 143
1. 계약위반의 문제인지 여부 ····· 143
2. 사용자에 의한 근로장소 변경 ····· 143
(1) 근로장소 변경 인사명령과 「근로기준법」 제23조 143
1) 「근로기준법」 제23조 제1항의 내용과 적용대상143
2) 근로장소 변경 인사명령이 전직에 포함되는지 여부 ·· 144
가. 전직을 포괄적으로 이해하는 견해 ····· 144
나. 전직을 근로장소 변경과 구분하는 견해 ····· 145
다. 판례 ····· 146
라. 검토 ····· 147
(2) 근로장소 변경 인사명령의 정당성 ····· 149
1) 서론 ····· 149
2) 판례상 인정되는 전직의 법리 ····· 149
가. 권리남용의 원칙 적용 ····· 149
나. 일반적인 권리남용의 원칙과의 비교 ····· 151

① 권리남용의 원칙 ····· 151
② 전직에의 적용 ····· 153
3) 검토 ····· 154
가. 「근로기준법」 제23조와 권리남용의 중첩 적용 154
나. 전직이 「근로기준법」 제23조와 친하지 않다는 견해 · 158
다. 판례상 인정되는 전직의 법리의 수정 가능성 ····· 160
4) 근로장소 변경 인사명령에 대한 정당성 판단 ····· 164
5) 보론: 해고의 정당성 판단 ····· 166
(3) 업무명령으로서의 근로장소 변경: 출장명령 ····· 168
1) 서론 ····· 168
2) 출장명령의 유무효 판단 ····· 169
3) 출장명령에 대한 권리구제 ····· 170
3. 근로자에 의한 근로장소 변경: 근로장소 변경요청권 · 171
(1) 문제의 소재 ····· 171
(2) 현행법상 인정되는 경우 ····· 171
(3) 신의칙으로 인정할 수 있는지 여부: 안전배려의무 172
1) 안전배려의무 인정여부 ····· 172
2) 안전배려의무의 법적 성질 ····· 172
가. 신의칙상 부수적 주의의무로 보는 견해 ····· 172
나. 주된 급부의무로 보는 견해 ····· 173
다. 기타 ····· 174
라. 검토 ····· 175
3) 안전배려의무에 대한 이행청구 ····· 177
가. 문제의 소재 ····· 177
나. 안전배려의무와 근로제공의무의 견련관계 인정가능성 · 179
다. 안전배려의무 위반의 효과 ····· 183
4) 안전배려의무와 근로장소에 대한 변경요청권 ····· 184
가. 안전배려의무에 대한 이행청구 ····· 184
나. 근로장소 변경요청권 행사의 효과 ····· 185

다. 휴업의 문제 ····· 186
5) 근로장소에 대한 변경요청권과 작업중지권 ····· 188
6) 법령상 인정되는 근로장소 변경요청권의 의미 ··· 190
(4) 신의칙으로 인정할 수 있는지 여부: 합리적인 근로조건 제공의무 197
1) 합리적인 근로조건 제공의무 인정 가능성과 법적 성질 ·· 197
2) 합리적인 근로조건 제공의무와 근로제공의무의 견련성 ·· 198
3) 합리적인 근로조건 제공의무와 근로장소 변경요청권 ····· 199
(5) 권리보전을 위한 가처분의 활용 가능성 ····· 200
1) 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 인정 요건 200
2) 피보전권리 ····· 201
3) 보전의 필요성 ····· 202
4. 근로자에 의한 근로장소 변경: 근로장소 선택권 ···· 203
(1) 근로장소 선택권의 의미 ····· 204
(2) 근로장소 선택권의 인정 가능성 ····· 204
(3) 근로장소 선택권과 재택근무 청구권 ····· 208
Ⅱ. 근로장소 변경이 취업의 장소 범위 밖인 경우 ····· 209
1. 계약위반과 사정변경 원칙의 적용 ····· 209
(1) 계약위반의 문제 ····· 209
(2) 사정변경의 원칙 ····· 209
(3) 권리남용과의 비교 ····· 211
(4) 근로장소와 사정변경의 원칙 ····· 212
2. 인사권 남용의 문제인지 여부 ····· 213

제 4 장 재택근무제의 실시에 대한 법률관계 ····· 215

제 1 절 재택근무의 개념과 정의 ····· 215

Ⅰ. 서론 ····· 215
Ⅱ. 관련 개념 ····· 215
1. 원격근무(telework) ····· 215
(1) 원격근무의 기원: 원격출근(telecommuting) ····· 215

(2) 원격근무의 세대 구분 ····· 217
(3) 원격근무의 개념과 그 특징 ····· 217
1) 원격근무의 개념 ····· 217
2) 원격근무의 특징 ····· 222
3) Telework와 Remote work ····· 222
(4) 원격근무와 재택근무 ····· 223
2. 모바일 노동(mobile arbeit) ····· 224
3. 가내근로(home work) ····· 225
(1) ILO 가내근로 협약(제177호) ····· 225
(2) 가내근로의 개념상 특징 ····· 226
Ⅲ. 재택근무(work from home) ····· 226
1. ILO의 재택근무 보고서에서의 재택근무 ····· 226
2. 고용노동부 「재택근무 종합 매뉴얼」의 재택근무 229
(1) 재택근무에 대한 고용노동부의 개념 정의 ····· 229
(2) 검토 ····· 229
3. 재택근무에 대한 개념정의 ····· 230
제 2 절 근로자에 의한 재택근무의 실시 ····· 232
Ⅰ. 취업의 장소 범위 내인 경우 ····· 232
Ⅱ. 취업의 장소 범위 밖인 경우 ····· 234
Ⅲ. 해외 입법례의 분석 ····· 234
1. 독일의 경우 ····· 234
(1) 재택근무 청구권의 인정 여부 ····· 234
(2) 노동 4.0 백서 ····· 235
(3) 2018. 3. 12.자 연정협약 ····· 236
(4) 「모바일 노동에 관한 법률안」 ····· 237
1) 배경 ····· 237
2) 1차 초안과 모바일 노동 청구권 ····· 237
3) 1차 초안의 폐기 ····· 240
4) 최종안의 내용 ····· 243

5) 입법 전망과 새로운 연정협약 ····· 245
2. EU 「Framework Agreement on Telework」 ····· 246
3. ILO 가내근로 협약(제177호) ····· 247
4. ILO 재택근무 보고서 ····· 247
5. 시사점 ····· 249
제 3 절 사용자에 의한 재택근무의 실시 ····· 250
Ⅰ. 취업의 장소 범위 내인 경우 ····· 250
1. 계약위반의 문제인지 여부 ····· 250
2. 재택근무 명령의 정당성과 유무효 ····· 250
(1) 정당성 판단과 권리남용 ····· 250
(2) 재택근무의 특수성과 근로자와의 협의 ····· 252
Ⅱ. 취업의 장소 범위 밖인 경우 ····· 255
1. 고용노동부의 해석 ····· 256
2. 검토 ····· 256
Ⅲ. 해외 입법례의 분석 ····· 258
1. 독일의 「영업법」 ····· 258
2. 독일의 「모바일 노동에 관한 법률안」 ····· 261
(1) 1차 초안의 경우 ····· 261
(2) 최종안의 경우 ····· 261
3. EU 「Framework Agreement on Telework」 ····· 261
4. ILO 재택근무 보고서 ····· 262

제 5 장 종합적 고찰 ····· 264
제 1 절 근로장소 변경청구권 ····· 264
Ⅰ. 근로장소 변경청구권의 한계 ····· 264
Ⅱ. 근로장소 변경청구권의 실효성 확보 ····· 264
제 2 절 재택근무에 대한 권리 ····· 265
Ⅰ. 현행법상 재택근무 청구권의 인정 범위 ····· 266
Ⅱ. 재택근무 청구권의 명시와 확장의 필요성 ····· 266

Ⅲ. 재택근무에 대한 권리의 제도화 방향 ····· 269
1. 재택근무 청구권의 도입 전제로서의 직무 적합성 · 269
2. 근로계약 체결 시 명시 ····· 271
3. 재택근무 협의권과 재택근무 청구권의 도입 ····· 273
(1) 재택근무 협의권 ····· 273
(2) 재택근무 청구권 ····· 275
4. 재택근무 실시와 근로자성 판단 ····· 275
제 3 절 본 연구의 의의 및 한계 ····· 277

참고문헌 ····· 283
Abstract ····· 294

제1장 서론

제1절 연구의 목적

Ⅰ. 연구의 목표

일부 사업장에서 제한된 직군이나 직위에 있는 사람들만을 대상으로 시행되던 재택근무제는 코로나-19 범유행(Pandemic)을 계기로 전방위적으로 확산되고 있다. 과거 재택근무제 등과 같은 '근로장소'에 대한 유연근무제 도입은 매우 미미한 수준이었다. 고용노동부가 2019년 3월 발표한 '2017년 기준 일·가정 양립 실태조사'에 의하면, 전체 사업체의 원격근무제의 활용률은 8.5%에 불과한 반면, 시간선택제는 24.6%, 시차출퇴근제는 22.7%, 탄력적 근무제는 18.6%, 재량근무제는 9.5%로 집계되었다. 재택근무제를 도입한 사업체의 실제 활용실적도 매우 미미했는데, 2017년 활용실적은 평균 1.3명 정도에 불과했다. 업종도 출판, 영상, 방송통신 및 정보서비스업에 치우쳐 있었다. 위와 같이 재택근무제 등과 같은 근로장소와 관련한 유연근무제의 도입비율은 매우 낮고, 일부 업종에 한정되어 있었다. 사업장들이 유연근무제를 도입하지 않은 이유에 대해 사업장들은 '적합 직무가 없거나 (68.4%)', '희망하는(또는 필요한) 근로자가 없어서 (12.8%)' 라고 하였으며, '직원근태, 근무평정 등 노무관리의 어려움(9.2%)'이라는 응답도 있었다.[1)]

통계청에서는 매년 8월 경제활동인구조사 근로형태별 부가조사를 실시하는데, '재택 및 원격근무제'에 대한 활용 여부에 대해서도 조사항목에 포함하여 이를 발표하고 있다. 이에 의하면 2019년 8월 기준 '재택 및 원격근무제' 활용인원은 9.5만명(전체 취업자 대비 0.3%)에 불과한 반면, 2022년 8월 기준 '재택 및 원격근무제' 활용 인원은 114만명(전체 취업자

1) 고용노동부, 「일·가정 양립 실태조사(2017년)」, 2017, 110면.

대비 4.2%)으로 나타난다.[2] 코로나-19 범유행 이후 '재택 및 원격근무제' 활용 인원이 약 12배 증가하였다고 볼 수 있다.

코로나-19 범유행으로 자의든 타의든 간에 그동안 많이 고려되지 않았던 재택근무제가 여러 사업장에서 폭넓게 실시되면서 여러 법적 쟁점이 확인되고 있다. 그 중 대표적인 논란은 재택근무제 실시에 관한 것이다. 근로자가 사용자에게 재택근무를 청구할 수 있는 법적 권리가 있는지 여부, 반대로 사용자가 재택근무를 도입을 근로자에게 강제할 수 있는지 여부가 문제된다.

이에 대하여 고용노동부는 현행법상 재택근무는 근로자에게 법적으로 보장된 권리가 아니라고 해석한다. 고용노동부는 사용자가 근로자에게 재택근무를 강제할 수 있는지 여부에 대해서는 단체협약, 취업규칙, 근로계약서에 재택근무 실시에 관한 규정이 있는 경우에는 해당 규정에 따라 재택근무를 실시하면 되므로 별도로 근로자 동의는 필요하지 않다고 한다. 반면, 단체협약, 취업규칙, 근로계약서에 재택근무 실시에 관한 규정이 없는 경우에는 근로계약상 근무장소에 대한 변경을 수반하게 되므로 원칙적으로 근로자의 동의를 받아야 한다고 설명한다. 다만, 코로나-19와 같은 예외적인 사정이 있다면 근로자 동의가 없더라도 근로자와 협의를 거쳐 재택근무제를 실시할 수 있다고 한다.[3] 고용노동부에 의하면 근로자에게는 재택근무에 대한 어떠한 권리도 인정될 수 없는 반면, 사용자에게는 예외적 사정이 있다면 근로계약을 위반해도 되는 권리가 인정된다. 고용노동부의 이러한 해석론은 기존의 판례의 법리를 그대로 따른 것으로 생각된다.

대법원은 원칙적으로 근로장소의 변경을 초래하는 전직 처분은 사용자의 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한

---

2) 통계청, 「2019년 8월 경제활동인구조사 근로형태별 부가조사 결과」, 2019, 20면. 통계청, 「2022년 8월 경제활동인구조사 근로형태별 부가조사 결과」, 2022, 22면.

3) 고용노동부, 「성공적인 재택근무 도입을 위한 길잡이 재택근무 종합 매뉴얼」, 2020, 143면-144면.

범위 내에서는 상당한 재량 가진다고 한다. 다만, 근로계약상 근로장소를 한정한 경우에는 근로자의 동의가 원칙적으로 필요하다고 판시하고 있다.[4][5] 만약 이러한 동의가 없다면 인사권 남용으로 무효가 된다고 보고 있다.[6]

그런데 「대한민국헌법」(이하 "「헌법」") 제32조는 근로의 권리를 보장하고 있고, 근로의 권리는 '일할 자리에 관한 권리'만이 아니라 '일할 환경에 관한 권리'도 내포하며, '일할 환경에 관한 권리'는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다.[7] 근로장소에 대한 권리도 건강한 작업환경 내지 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 범위 내에서는 근로자의 근로권의 하나로 인정할 여지가 있다. 따라서 과연 대법원이나 고용노동부와 같이 근로장소에 관한 사항이 원칙적으로 사용자의 권한에 속하는 것으로 해석하는 것이 타당한 것인지 의문이 있다.

근로장소에 대한 권리가 사용자에게만 인정된다면, 왜 「근로기준법」에서 근로장소를 근로조건의 하나로 정하여, 사용자와 근로자가 근로계약을 체결할 때 이를 명시하도록 하는지 이해되지 않는다. 판례는 고도의 경영상 판단의 영역에 속하는 것에 대하여는 단체교섭의 대상이 되지 않는다고 선언하고 있다.[8] 근로장소의 경우 근로조건의 하나로서 단체교섭이 되는 것은 분명하므로, 고도의 경영상 판단의 영역에 속한다

---

4) 대법원 2013. 2. 28. 선고, 2010다52041 판결. 대법원 2009. 4. 23. 선고 2007두20157 판결.

5) 이에 대해 판례가 "원칙적으로 사용자(인사권자)의 권한에 속하므로"라고 하거나, "사용자의 고유권한인 경영권의 범위에 속하는 것"이라고 언급한 부분만 보면, 마치 전직을 사용자의 포괄적인 노동력 처분권 행사로 이해하거나 사용자에게 당연히 인정되는 지배 또는 권력작용의 일환으로 파악하는 것이 아닌가 하는 인상을 주기까지 한다고 분석하는 견해도 있다. 이상익, "전직의 정당한 이유",「노동법포럼」제35호, 노동법이론실무학회, 2022, 107-108면.

6) 대법원 1994. 2. 8. 선고 92다893 판결.

7) 헌법재판소 2003. 7. 24. 2002헌바51 결정.

8) 대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5380 판결.

고 볼 수 없다. 대법원의 판례를 종합하면 근로장소는 고도의 경영상 판단의 영역에는 속하지 아니하지만, 원칙적으로는 인사권자인 사용자의 권한에 속하는 것, 사용자의 고유권한에 속한다는 것이 되는데, 이는 형용모순이다.

그동안 근로장소에 대한 근로자의 권리는 없는 것으로 취급되거나 형해화 되어 왔다. 「근로기준법」, 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 "「기간제법」")에서 근로계약을 체결할 때 '취업의 장소'를 명시하도록 하고 있음에도 불구하고, 이를 명시하지 않거나 명시를 하더라도 '사용자가 지정하는 장소'와 같이 불확정 개념을 사용하여 사용자에게 매우 광범위한 재량을 인정하는 경우가 다수 발견된다. 과거 공장제 산업구조에서는 근로장소는 당연히 사용자가 지정하는 것, 제공하는 것이었으므로, 근로자가 근로장소를 특정, 지정, 변경한다는 개념은 성립하기 어려웠을 것으로 보인다. 이러한 인식이 현재에 와서도 그대로 통용되고 있다.

4차 산업혁명에 따른 노동환경의 변화, 코로나-19 범유행으로 인한 재택근무·원격근무의 급증은 점차 근로장소에 대한 인식의 변화를 일으키고 있다. 이에 모바일 노동 청구, 재택근무 청구, 원격근로에 관한 권리 인정 등 '근로장소'의 유연화에 관한 논의가 점차 시작되고 있다. 비록 독일 연방총리청 등의 반대로 무산되었지만, 독일에서는 근로자의 모바일 노동 청구권에 대한 도입시도도 최근 있었다.[9)]

기존의 연구들은 이러한 사회 현상의 변화에 주목하여 재택근무 청구권의 인정 필요성과 그 방향에 대해 다루고 있다. 대다수의 연구는 근로장소에 대한 근로자의 주권을 강화하기 위하여 재택근무 청구권을 인정해야 한다고 주장한다. '강화'한다는 의미는 기존에 존재하는 것을 더 강하고 튼튼하게 한다는 것을 뜻한다. 그런데 대다수의 연구는 근로장소에

---

9) 「Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales. Entwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit. (Mobile Arbeit Gesetz - MAG)」의 Artikel 1 Änderung der Gewerbeordnung 부분의 § 111 Mobile Arbeit 참조.

대한 근로자의 권리가 인정되는지 여부, 인정된다면 그 내용과 범위는 무엇인지 여부에 대한 검토를 생략하고 있다. 근로자의 주권을 강화하는 차원에서 원격근로에 대한 권리를 검토할 필요가 있다고 하면서도, 근로장소는 사용자의 지시권이 미치는 영역이므로, 원칙적으로 근로자에게 재택근무 청구권이 인정될 수 없다고 하면서 '특별한 사회적 보호필요성'이 있는 경우에 한하여 재택근무 청구권 인정을 고려해야 한다는 견해도 발견된다.[10)]

없는 권리를 강화하고 보장하자는 주장은 입법론적으로는 유의미하지만, 해석론적으로는 오히려 권리 보장에 장해가 될 수 있다. 현행법의 해석상 그러한 권리가 없음을 각인시켜주기 때문이다.

근로장소에 대한 근로자 주권 강화의 출발은 '입법'에 있는 것이 아니라 근로장소에 대한 근로자의 권리를 법 해석과 논증을 통해 밝혀내고 인정하는 것에 있다. 현행법령상 인정되는 권리의 내용과 범위를 파악하고 그 한계를 확인하여야, 어떠한 방향으로 입법이 필요한 것인지 가늠할 수 있다.

본 연구의 목표는 헌법상 근로권을 근거로, 근로자에게 근로장소에 대한 권리가 인정될 수 있는지 여부를 확인하고, 권리가 인정된다면 그 내용과 범위는 무엇인지 그리고 그 한계는 어떻게 되는 것인지 여부를 밝혀내는 것에 있다. 이는 형해화 되어 왔던 근로장소에 대한 근로자의 권리를 살려내는 작업이자 시도에 해당한다.

Ⅱ. 국내 선행연구에 대한 검토

임금, 근로시간 등 다른 근로조건을 둘러싼 권리관계에 대해서는 수많은 연구들이 존재함에도 불구하고, 근로장소와 관련한 연구는 찾아보기 어렵다. 근로장소가 근로자의 근로제공 뿐만 아니라 삶에도 매우 큰

10) 권혁, "노동의 디지털화에 따른 일하는 방식의 변화와 노동법의 미래 - 재택근로의 제도화를 중심으로 -", 「노동법논총」 제50집, 한국비교노동법학회, 2020, 221면.

영향을 미치는 요소임에도 불구하고, 근로장소에 대한 연구가 거의 진행되지 않은 이유는 실무상 근로장소에 대한 분쟁이 발생하는 경우가 매우 드물어 근로장소에 대한 권리관계를 논의할 실익이 적었기 때문인 것으로 추정된다. 근로장소에 대한 분쟁이 적을 수밖에 없는 이유로는 ① 근로장소는 사용자의 고유한 인사권의 영역이라는 통념과 더불어 ② 노동관계법령에서 근로장소에 대한 최저기준을 별도로 설정하고 있지 아니하여, 근로장소의 적정성에 대해 다툴 수 있는 법적 제도적 장치가 미비하다는 점을 생각해볼 수 있다.

다만, 전직을 직무 또는 근로장소를 변경하는 사용자의 인사명령으로 이해한다면, 근로장소만을 변경하는 사용자의 인사명령 또한 전직에 해당한다. 따라서 전직의 법리에 대해 다루고 있는 선행연구들은 사용자에 의한 근로장소 변경의 가능성을 살펴보는 데 있어서는 유용하다. 이는 근로계약상 근거 없이 또는 근로계약의 범위를 넘어 사용자가 근로자에게 자택에서의 근무, 즉 사용자의 임의대로 자택으로의 근로장소 지정을 할 수 있는지 여부를 살펴보는 데 있어 좋은 참고자료가 된다.[11]

문무기 교수는 종래 전직의 정당성 판단에 대한 체계적, 통일적인 법리 형성이 미진했다는 점을 지적하면서, 전직명령권을 사용자의 전권으로 이해하는 경향이 강했다는 점에 대해 비판한다. 특히 판례가 전직의 정당성을 판단함에 있어 사용자의 업무상 필요성을 근로자의 불이익에 비해 우선하는 것은 타당하지 않다고 하면서, 양자를 동등한 위치에서 두고 판단할 필요가 있다고 한다.[12]

이상익 박사는 전직의 정당성에 대하여 판례가 「근로기준법」 제23조를 우선하지 아니하고, 권리남용의 원칙에 따라 판단하는 것은 원칙과 예외를 바꾼 것이라 비판하면서, 권리남용 법리의 구체적인 문제점에 대해 적시하고 있다.[13]

---

11) 재택근무실시권은 전직명령권의 일종이라 볼 수 있으므로, 전직의 법리에 대해 살펴보는 것은 재택근무의 권리관계를 정리함에 있어 중요하다.
12) 문무기, “전직의 법리”, 서울대학교 박사학위 논문, 2000, 254면.
13) 이상익(2022), 앞의 글, 116면.

김홍준 판사는 대법원 판례가 포괄적 합의설을 따른 것이라고 보면서, 그 당부에 대해 논하고 있다.[14] 김홍준 판사는 근로의무의 종류나 근무장소에 대해 근로계약에 명시한 경우에 이루어지는 전직명령의 경우 원칙적으로 근로자의 동의가 필요하고, 동의가 없으면 나머지 사항에 대해 살펴볼 필요가 없이 무효가 된다고 한다.[15]

최석환 교수는 전직에 대해 권리남용이 아닌 「근로기준법」 제23조의 정당성 판단에 따라 그 당부를 논한 서울고등법원 2018. 2. 1. 선고 2017누70153 판결을 소개 및 분석한다.[16]

한편, 방준식 교수는 노동의 유연성 등을 강조하며, 전직은 「근로기준법」 제23조와 친하지 않다고 하면서, 판례와 같이 권리남용의 원칙에 따라 유무효를 판단하는 것이 타당하다고 한다.[17]

위와 같은 전직의 법리에 대한 선행연구들은 근로장소에 대하여 근로자에게 어떠한 권리가 인정되는지 여부, 예컨대 근로자가 근로장소 변경을 요청할 수 있는지, 근로자를 선택할 수 있는지, 사용자에게 재택근무를 청구할 수 있는지 여부 등에 대해서는 다루고 있지 않으므로, 근로자에 의한 재택근무 실시의 가능성(재택근무 청구권 등)을 검토하는 데 있어서는 큰 도움을 주지 못한다.

최근에는 원격근무, 재택근무, 모바일 노동에 대해 다루고 있는 연구들이 점차 발견된다. 그런데, 이러한 연구들은 공통적으로 근로장소에 대한 권리관계에 대해서는 그 논의를 생략하거나, 자세한 분석 없이 근로자에게는 근로장소에 대한 권리가 인정되지 않는다고 정리한다.

우선 김기선 교수는 디지털시대의 노동의 과제를 고찰하고, 이에 대한 정책적 대응방안을 제시하고 있다. 김기선 교수가 제시한 과제 중 하

---

14) 김홍준, “전직의 정당성”, 「노동법연구」 제3호, 서울대학교 노동법연구회, 1993, 129면.

15) 김홍준(1993), 위의 글, 142면.

16) 최석환, “징계로서의 전직과 정당성 판단구조”, 「노동법논총」, 한국비교노동법학회, 2022, 447면 이하.

17) 방준식, “사용자 지시권에 관한 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 2006, 163면.

나가 '디지털화와 유비쿼터스 노동(Ubiquitous Work)'이다. 김기선 교수는 디지털 기술의 발전이 사용자, 근로자 양측 모두에게 유연한 근로에 대한 관심을 촉발하고 있다고 설명하면서, 원격근로의 르네상스가 도래하고 있다고 분석한다. 그러면서 근로장소에 대한 근로자의 주권을 실질화할 수 있는 방안에 대한 검토가 이루어져야 한다고 주장하면서, 근로자의 주권을 강화하는 차원에서 업무의 전부 또는 일부를 사업 내가 아닌 근로자의 개인의 사적인 영역, 주로 집에서 수행할 수 있도록 하는 권리인 원격근로에 대한 권리를 검토할 필요가 있다고 주장한다.[18] 원격근로에 대한 권리를 어떠한 방식으로 보장할 것인지 여부에 대하여는 간략히 그 방향에 대해서만 다루는데, ① 근로자가 원격근로의 전환을 신청하는 경우 사용자가 이 신청을 수용하여 원격근로를 허용해야 하는 것은 아니지만 사용자가 근로자의 신청에 대해 협의하고 신청을 거부할 경우 이에 대한 사유를 명시하도록 하는 방법, ② 근로자에게 원격근로로의 전환에 대한 권리를 인정하고, 특별한 경영상의 이유가 있는 경우에만 사용자가 이를 거부할 수 있도록 하는 방법이 있을 수 있다고 설명한다.[19]

한편 권혁 교수는 독일 노동4.0 백서는 이미 근로자로 하여금 노동시간과 장소를 선택함에 있어 보다 넓은 선택권을 제공할 필요가 있다고 본다고 하면서, 김기선 교수와 마찬가지로 근로장소에 대한 근로자의 주권을 강화하는 차원에서 업무의 전부 또는 일부를 사업 내가 아닌 근로자 개인의 사적인 영역, 주로는 집에서 수행할 수 있도록 하는 권리, 즉 원격근로에 대한 권리를 검토할 필요성이 있다고 한다.[20] 다만, 권혁 교수는 "근로장소에 대한 선택을 근로자의 청구권 근거로 삼기 위해서는, 특별한 사회적 보호필요성에 바탕한 예외적인 상황을 전제로 하여야 할 것"이라고 하면서, 그 이유로 사용자의 지시권은 별도의 합의가 없는 이상, 근로시간과 장소 그리고 근로내용에 전반적으로 미치는 것이기 때문

18) 김기선, "디지털화와 노동: 디지털시대 노동의 과제", 「노동정책연구」 제16권 제4호, 한국노동연구원, 2016, 14면.
19) 김기선(2016), 위의 글, 15면.
20) 권혁(2020), 앞의 글, 211-212면.

이라고 한다.[21]

두 논문 모두 근로장소에 대한 근로자의 주권을 강화하기 위해서 원격근로에 관한 권리를 검토할 필요가 있다고 하면서, 원격근로에 대한 권리를 어떠한 방식으로 보장할 것인지 여부에 대한 방향을 제시하고 있다. 그런데, 어떠한 논거에서 근로자에게 원격근로에 대한 권리 내지 재택근무 청구권이 현재 인정되지 않는지 여부에 대해서는 설명하고 있지 않거나, 단순히 근로장소가 인사권의 영역이기 때문이라는 근거만을 제시하고 있다. 디지털 시대의 노동법이 해결해야 할 과제를 선제적으로 도출하고, 그 해법의 방향성까지 제시하였다는 점에서 위 두 논문 모두 매우 큰 의미가 있다고 할 것이나, 근로장소를 둘러싼 권리관계에 대한 엄밀한 법적 논증을 생략하고 있다는 한계가 있다.

한편 이다혜 교수는 재택근무에 관한 ILO 및 EU의 국제기준을 자세히 분석하면서, 이를 기초로 고용노동부 재택근무 매뉴얼에 대한 법적 검토를 진행하고 있다. 이다혜 교수는 EU의 2002년도 「Framework Agreement on Telework」가 근로자, 사용자 쌍방 모두 상대방의 재택근무 요구를 거절할 수 있는 것을 원칙으로 한다고 소개한다. 그럼에도 불구하고 이다혜 교수는 코로나-19, 기후 변화 등 극단적인 상황이 있는 경우 등 때에 따라서 근로자의 생명과 안전을 보호하기 위해 재택근무가 일종의 권리로 보장될 필요가 있다고 한다. 이다혜 교수는 특히 임신한 근로자, 미성년 자녀를 양육하는 부모인 근로자에 대하여는 일과 삶의 양립 측면에서 재택근무 청구권을 법적으로 인정할 필요가 있다고 하면서, 장기적으로 기후위기, 돌봄 의무 등을 근거로 한 재택근무 청구권이 일반적 법원칙으로 자리 잡을 수 있을 것인지에 대한 논의가 필요하다며 그 구체적인 방식에 대해서는 고민이 필요하다고 한다.[22] 동 논문은 EU의 「Framework Agreement on Telework」에 대한 분석을 통해 재택근무의 도입 필요성과 가능성에 대해 전망하고 있다는 점에서 유의미하

---

21) 권혁(2020), 위의 글, 221면.

22) 이다혜, “재택근무에 대한 법적 규율 — ILO 및 EU 국제기준에 비추어 본 국내 정책의 검토 —”, 「노동법학」 제79호, 한국노동법학회, 2021, 106-107면.

다.

박귀천 교수는 한국법제연구원의 이슈보고서를 통해 독일에서 모바일 노동과 관련하여 제기되는 노동법적 쟁점들을 중심으로 살펴보고, 독일 연방노동사회부가 발표한 「모바일 노동에 관한 법률안」의 주요 내용들을 소개하고 있다. 현재로서는 「모바일 노동에 관한 법률안」의 입법 가능성을 전망하기는 어렵지만 위 법률안의 작성과정은 독일 내에서 모바일 노동과 관련하여 문제가 되고 있는 주요 노동법적 쟁점을 보여준다고 하면서, 근로자가 사용자에게 모바일 노동을 청구할 권리를 인정할 것인지 여부는 1차 초안에는 포함되었으나 여러 반대에 부딪히게 되어 2차 초안을 작성하는 과정에서는 삭제되었다고 한다.[23] 관련하여 이승현은 한국노동연구원의 국제노동동향 보고서를 통해 위와 같은 「모바일 노동에 관한 법률안」을 포함한 독일의 재택근무 관련 법률관계 및 입법적 대응 현황에 대해 살펴보고 있는데, 그 내용이 짧기는 하나 법안의 취지와 배경을 이해하는 데 도움을 준다.[24]

노상헌 교수는 2021년도 논문 “재택근무의 법적 쟁점”에서 재택근무 실시에 대한 법적 쟁점에 대해 비교적 자세히 다루고 있다. 노상헌 교수는 사용자에 의한 재택근무 실시와 관련하여 근로계약 또는 취업규칙의 근무장소에 ‘회사가 지정한 장소’가 포함된다고 하더라도, 이러한 장소에 근로자의 자택이 포함된다고 볼 근거가 없으므로, 긴급재난 등과 같은 예외적인 경우를 제외하면 “사용자의 업무명령으로써 재택근무를 명할 수 없다.”고 한다. 한편 근로자의 의한 재택근무 실시와 관련하여서는 “현재의 근로계약 해석상 재택근무 요구는 근로자의 정당한 권리로 볼 수 없다. 원칙적으로 근로장소는 사용자가 지정하는 장소이고, 근로장소를 자택으로 선택하는 것은 노사합의 사항이다.”고 하여 근로자의 재택근무 청구권을 부정한다.[25]

---

23) 박귀천, 「텔레워크 관련 글로벌 법제 동향 분석 - 독일 -」, 한국법제연구원, 2021, 27-28면.

24) 이승현, 「독일의 재택근무 관련 법률관계 및 입법적 대응 현황」, 「국제노동브리프」 2020년 12월호, 한국노동연구원, 2020.

25) 노상헌, “재택근무의 법적 쟁점”, 「경희법학」 제56권 제3호, 경희법학연구

송안미 외 4인은 산업안전보건연구원의 「재택근무 근로자 보호를 위한 법제 방안 -국제비교를 중심으로-」라는 보고서를 통해 재택근무에 대한 해외 주요국의 정책과 제도를 살펴보고 재택근무 근로자를 보호하기 위한 방안에 대해 살펴보고 있다. 그런데 해당보고서에서는 “현행 「근로기준법」은 재택근무에 관한 규정을 별도로 규정하고 있지 않다. 따라서 현 시점에서는 근로자에게 재택근무 요청 또는 실시에 관한 권리는 없다고 봄이 타당할 것이다.”고 결론짓고 있다.[26]

한국노동연구원의 남궁준 연구위원 등은 국회입법조사처의 연구보고서에서 ILO와 EU 등 재택근무제에 관한 해외 입법, 정책 사례를 살펴보면서, 재택근로 또는 원격근로에 대한 법적 근거를 마련하는 것을 검토할 필요가 있다고 한다. 특히, 논의의 대상을 근로자가 자택에서 업무를 수행하는 재택근로에 국한할 필요가 없다고 하면서, 원격근로에 대해 그 제도화 방향에 대해 논의한다. 남궁준 연구위원 등은 원격근로(재택근로를 포함)의 실시 근거를 노사합의에 의한 방식에 기초하여야 한다는 점을 명확히 할 필요가 있다는 점, 원격근로에 대한 거부 시 근로계약 해지 등 불이익처우 금지에 대한 사항을 규정하는 것도 검토할 필요가 있다는 점 등을 언급한다.[27]

경기도여성가족재단의 정형옥 선임연구위원 등은 「경기도 여성 재택근무 실태와 과제」 연구보고서를 통해 경기도민에 대한 재택근무 실태조사 결과를 살펴보고, 재택근무의 장단점과 성별에 따른 차이, 재택근무 계기와 사유의 성별 차이, 재택근무와 자녀 돌봄, 재택근무와 업무몰입 등에 대해 자세히 분석한다. 그런데 재택근무의 실시와 관련하여서는 “재택근무는 단체협약, 취업규칙 또는 근로계약에 따르거나, 개별 노동자와의 동의(근로계약의 작성·변경 또는 별도 동의서)에 의해 실시할 수 있다.”고만 하여 원론적인 수준에서 그 실시가능성에 대해 언급하고 있

소, 2021, 143면.

26) 송안미 외 4인, 「재택근무 근로자 보호를 위한 법제 방안 - 국제비교를 중심으로-」, 안전보건공단 산업안전보건연구원, 2022, 11면.

27) 남궁준 외 4인, 「재택근무제에 관한 해외 입법·정책 사례 연구」, 국회입법조사처(연구수행기관: 한국노동연구원), 2021, 129-131면.

을 뿐, 구체적인 재택근무 실시권에 대한 법리에 대해서는 다루고 있지 않다.[28]

오상호 교수는 독일의 노동 4.0 백서를 분석하면서, 해당 백서가 근로장소, 재택근로와 관련한 법 제도의 정비, 정책적인 대응을 중요한 과제로 제시하고 있다는 점을 소개한다.[29] 그러나, 재택근로와 관련한 노동 4.0 백서의 내용이 한국에 주는 시사점이나 재택근무 청구권을 인정하기 위한 방안 등에 대해서는 다루고 있지 않다.

이외에 김승남 박사는 원격근무의 사회적 영향을 분석하기 위하여 원격근무의 개념을 정립하고, 원격근무의 보급현황, 향후 보급 수준을 예측하기 위한 연구를 진행하거나,[30] 재택근무가 주거입지 선택에 있어 고용입지에 대한 종속성을 약화시키는 것인지 여부에 대하여 수도권 정보화 직종 종사를 대상으로 한 실증연구를 진행한 바 있다.[31] 다만 이러한 연구들은 이미 시행되고 있는 재택근무, 원격근무를 대상으로 그 현황과 효용성을 검토하는 데 그 목적이 있는 것으로, 재택근무 내지 원격근무의 권리관계에 대해서는 다루고 있지 않다.

제2절 연구의 방법과 범위

근로장소에 대한 근로자의 주권을 인정하지 않은 채, 근로자의 주권을 강화하기 위해서 원격근로에 대한 권리를 제도화 할 필요성이 있다는 것은 선뜻 납득하기 어려울 뿐만 아니라 그 선후관계가 맞지 않다. 근로

---

28) 정형옥 외 2인, 「경기도 여성 재택근무 실태와 과제」, 경기도여성가족재단, 2021, 34면.

29) 오상호, “노동 4.0 백서의 후속 입법 동향과 법·정책 과제 - 고용분야를 중심으로 -”, 「노동법학」 제82호, 한국노동법학회, 2022, 111면.

30) 김승남, “재택근무는 주거입지 선택에 있어 고용입지에 대한 종속성을 약화시키는가? - 수도권의 정보화직종 종사자를 대상으로 한 실증연구 -”, 「지역연구」 제30권 제1호, 한국지역학회, 2014.

31) 김승남·주종웅, “원격근무의 정의, 현황, 그리고 전망”, 「정보화정책」 제21권 제2호, 한국정보화진흥원, 2014.

장소에 대한 근로자의 주권을 인정하고, 그 주권이 현행법상 어떻게 구현되고 있는지 여부를 확인한 다음, 미비한 부분이 무엇인지, 디지털시대로의 전환에 있어 근로자의 근로장소에 대한 주권을 보다 강화하기 위해서 기존 법률을 개정할 사항 또는 새롭게 법률로 구체화할 사항이 무엇인지를 탐구하는 것이 바람직하다.

본격적 검토에 앞서 '주권'이라는 용어상의 의미를 명확히 할 필요가 있다. 국립국어원 표준국어대사전에 의하면 주권은 '(1) 가장 주요한 권리, (2) 「법률」 국가의 의사를 최종적으로 결정하는 권력'이라는 두 가지의 의미를 갖는다.[32] 즉, 이러한 사전적 의미만 본다면, 근로자의 시간주권 내지 장소주권이 무엇을 의미하는 것인지 다소 이해하기 어려운 측면이 있다. 주권은 그 사전적 의미상 근로자가 아닌 국가의 의사를 결정하는 권력을 뜻하기 때문이다. 이에 용례를 살펴보는 것이 필요하다. 독일의 노동 4.0 백서에서는 노동자의 시간주권(Zeitsouveränität)을 일반적으로 자신의 시간을 스스로 결정하여 사용하는 것으로 이해된다고 하면서, 좁은 의미에서의 시간주권이라는 용어는 자신의 근무시간과 장소를 스스로 결정할 수 있는 가능성을 의미한다고 정의한다.[33] 일설은 시간자율성(time autonomy)와 시간주권(time sovereignty)를 유사한 개념으로 보면서, 근로자가 삶을 주체적으로 조직하는 실천적, 이론적 개념으로 시간 주권을 이해하고, "각자의 욕구와 필요에 따라 시간을 운용하는 것"을 의미한다고 한다.[34] 박귀천 교수와 권오성 교수는 시간주권을 "근로자가 근로시간을 포함한 삶의 시간을 스스로 결정할 수 있음"을 의미한

---

32) 국립국어원, 「표준국어대사전(https://stdict.korean.go.kr)」.

33) Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 「Weissbuch Arbeiten 4.0」, 2016, 203면. 그 원문은 아래와 같다.

"Zeitsouveränität: Im Allgemeinen wird unter Zeitsouveränität die selbstbestimmte Verwendung der eigenen Zeit verstanden. Im engeren Sinne bezeichnet der Begriff "Zeitsouveränität" die Möglichkeit, Dauer und Lage der eigenen Arbeitszeit selbst zu bestimmen."

34) 최희선·신진욱, "노동시간 유연화와 시간주권의 정치: 독일 '근로시간계좌제'의 사례", 「한국사회정책」 제29권 제3호, 2022, 148면.

다고 한다.[35] 이러한 개념 정의에 비추어 보았을 때, '주권'이라는 개념은 '스스로 선택, 결정할 수 있는 권리'로 통상 사용되고 있는 것으로 보이고, 본 연구에서도 '주권'을 이러한 의미로 이해하여 사용한다. 따라서 근로장소에 대한 근로자의 주권이라 함은 근로장소에 대해 근로자가 스스로 선택, 결정할 수 있는 권리를 말한다.[36]

선행 연구들이 대부분 근로장소를 둘러싼 권리관계에 대한 법적 분석과 논증을 생략하고, 근로자의 재택근무 청구권의 필요성에 대한 시대적 필요성과 그 도입방안의 방향에 대해 간략히 언급했다면, 본 연구에서는 「헌법」 상 근로권을 중심으로 현행법 체계에서 근로자가 근로장소에 대하여 가지는 권리의 내용과 범위 그 한계에 대해 진단하고자 한다.

「헌법」 상 근로권이 근로장소와 관련하여서는 현행 법률에 어떻게 구체화 되고 있는지, 「근로기준법」, 「기간제법」, 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하 "「남녀고용평등법」"), 「산업안전보건법」을 중심으로 살펴보고, 현행 법률에서 정하지 않은 부분에 대하여는 기본권의 대사인적 효력에 따라 신의칙에 기하여 근로자에게 근로장소 변경요청권 내지 근로장소 선택권이 인정될 수 있는지 여부를 살펴보고자 한다. 이를 통해 현행법상 도출되는 근로자의 근로장소 변경요청권이나 근로장소 선택권의 의미와 한계를 진단하고, 이를 극복하여 근로자의 근로장소에 대한 주권을 보다 강화하기 위한 방향성을 제시하고자 한다. 해외 입법례와 관련하여서는 독일의 「모바일 노동에 관한 법률안」, 노동 4.0 백서, 기민·기사당 연합(CDU/CSU)과 사민당(SPD) 사이에 2018. 3. 12. 체결한 연정협약, 사민당(SPD), 녹색당(Grüne)과 자민당(FDP) 사이에 2021. 11. 24. 체결한 연정협약, 유럽연합(EU)의 「Framework Agreement on Telework」, ILO 가내근로 협약(제177호), ILO가 2021년 발표한 「Working from home: From invisibility to

35) 박귀천·권오성, "포스트 코로나 시대의 노동법제 개선과제", 「이화여자대학교 법학논집」 제25권 제2호 통권 72호, 2020, 645면.
36) 이는 근로장소에 대한 사용, 지배권에 해당하는 소유권, 임차권과는 구분된다.

decent work」 보고서 등을 중심으로 살펴보고자 한다.

제2장에서는 근로장소의 개념과 법적 성격, 근로장소의 범위에 대한 해석론에 대해 살펴본다.

먼저 제2장 제1절에서는 근로장소의 개념과 법적 성격에 대해 살펴본다. 근로장소의 개념을 살펴보면서, 최근 논의되고 있는 가상공간 내지 메타버스에서의 근무의 성격도 아울러 검토한다. 한편, 근로장소의 경우 '취업의 장소'로서의 의미도 있지만 '근무장소'로서의 의미도 가진다. '취업의 장소'는 근로를 제공하기로 양 당사자가 사전에 합의한 장소를 의미하는 것으로 이해되는 반면, '근무장소'는 직무를 현실적으로 수행하고 있는 장소를 의미하는 것으로 이해된다. '취업의 장소'가 확정 개념이라면, '근무장소'는 불확정 개념으로 근로자의 근무 상황이나 실태에 따라 유동적으로 변하는 개념이므로 양자 서로 구분된다. 그럼에도 불구하고, 고용노동부에서는 이를 혼용하고 사용하고 있는데, '취업의 장소'의 문제는 근로계약의 위반과 밀접하게 관련이 있다면, '근무장소'는 근로자의 실제 생활과 밀접하게 관련이 되어 있는 것이므로, 근로장소를 논함에 있어 그 논의의 대상이 '취업의 장소'인 것인지 아니면 '근무장소'인 것인지 여부를 구별하는 것은 그 실익이 매우 크다. 이에 근로장소의 개념에 대해 자세히 살펴보고, 이를 분설하고자 한다.

제2장 제2절에서는 근로장소의 법적 성격을 규명하고자 한다. 이를 위해 근로조건의 개념과 범위에 대해 살펴보고, 근로장소가 근로조건의 하나로 인정될 수 있는지, 인정될 수 있다면 그 중요성은 어떻게 되는지 확인해보고자 한다. 근로장소를 근로조건의 하나로 인식하는 것은 근로자의 권리 보장의 출발점이라 할 수 있다. 근로장소가 근로조건으로서의 성격을 갖는다면, 이는 근로권과 노동3권의 전면적 적용대상이 되므로 더 이상 사용자의 고유한 권리라고 볼 수 없다.

제3장에서는 근로장소에 대한 법률관계에 대해 살펴본다.

제3장 제1절에서는 근로장소에 대한 근로자의 권리에 대해 살펴본다. 동절에서는 근로권의 개념과 성격을 살펴보면서, 이러한 근로권에는 일할 환경에 관한 권리가 포함된다는 점을 확인하고자 한다. 일할 환경에

는 근로장소가 포함되므로, 근로장소에 대한 권리는 헌법상 근로권으로 인정된다. 헌법상 근로권이 법률로 구체화 되어 있다면 그 법률을 적용하면 되는 문제이지만, 법률상 구체화 되지 않았다면, 어떠한 과정을 거쳐 사인에게 적용될 수 있는 것인지 여부가 문제된다. 동 문제를 해결하기 위해 근로권의 법적 성격을 자세히 살펴보고, 기본권의 대사인적 효력에 관한 이론구성을 통해 근로권이 사용자에게 적용될 가능성에 대해 진단해보고자 한다.

아울러, 근로장소와 관련한 근로자의 근로권이 노동관계법령에서 어떻게 구체화 되고 있는지 살펴본다. 근로권은 일할 환경에 관한 권리를 포함하고, 이러한 일할 환경에 관한 권리는 근로장소와 관련하여서는 건강하고 안전하며 합리적인 근로장소에서 일할 권리로 나타나는데, 이러한 근로장소에 대한 근로권이 「산업안전보건법」, 「남녀고용평등법」, 「근로기준법」 등 노동관계 법령에서 구체화 되고 있는지 살펴봄으로써, 현행법상 직접적으로 인정되고 있는 근로장소에 대한 근로자의 주권의 내용과 범위에 대해 진단하고자 한다.

제3장 제2절에서는 근로장소에 대한 사용자의 권리에 대해 살펴본다. 동절에서는 근로장소에 대한 사용자의 권리가 존재하는지, 존재한다면 어떠한 근거에서 인정될 수 있는지 여부에 대해 살펴본다. 경영권(인사권)의 모호성, 추상성에 대해 진단하고, 근로장소에 대하여 사용자(기업)의 영업의 자유가 인정된다는 것만으로 과연 곧바로 경영권을 도출할 수 있는 것인지 여부에 대해 살펴보고자 한다.

사용자의 근로장소 지정, 변경에 관한 권리가 경영권에 기초하지 않는다면, 어떠한 법적근거에서 인정될 수 있는지 여부에 대해 살펴본다. 전직을 직무 또는 근무장소를 변경하는 인사권의 행사(인사명령)이라 이해하고, 근무장소 변경만을 초래하는 인사명령도 전직에 해당한다는 전제 하에, 전직명령권의 법적 근거에 대한 기존 판례의 태도, 학설의 견해 등에 대해 검토하고 분석한다. 이를 통해 전직명령권의 근거가 경영권이나 포괄적 동의에 있지 아니하고, 근로계약에 근거하는 것이라는 점에 대해 살펴보고자 한다. 전직명령권은 노무지휘권의 한 부분이자 일종으

로 근로계약에 따라 비로소 인정되는 것이므로, 사용자의 근로장소에 대한 지정, 변경권도 근로계약의 내용에 따라 정해지는 것이라는 점에 대해 논증한다. 이외에 '전직'과 '출장'을 비교하며, 그 법적근거의 차이에 대해 기술한다.

제3장 제3절에서는 근로장소 변경에 대한 법률관계에 대해 살펴본다. 동절에서는 근로장소의 변경이 취업의 장소 범위 내인 경우의 법률관계에 대해 다룬다. 근로장소의 변경이 근로계약 범위 내라면 원칙적으로 계약 위반의 문제는 발생하지 않는다. 사용자에 의한 근로장소의 변경은 인사권 행사로서의 '전직' 또는 업무명령권 행사로서의 '출장'의 형태로 발현될 수 있는데, '전직'은 「근로기준법」 제23조 제1항에 따른 정당성 판단의 문제가 되고, '출장'은 근로계약 위반 내지 권리남용의 문제가 된다. 한편, 근로자에 의한 근로장소의 변경은 근로자에게 근로장소 변경요청권 또는 근로장소 선택권을 인정할 것인지의 문제가 된다.

동절에서는 사용자의 근로장소 변경과 관련하여, 전직의 법리에 대해 자세히 분설한다. 「근로기준법」 제23조 제1항은 전직에 정당한 이유를 요구한다. 따라서 사용자의 근로장소 변경 인사명령이 전직에 해당한다면, 「근로기준법」 제23조의 정당성 판단의 대상이 된다. 전직과 관련하여 기존의 대법원 판례는 그 유무효를 판단함에 있어 「근로기준법」 제23조를 사실상 적용하지 아니하고 권리남용의 원칙을 우선한다. 동절에서는 이러한 판례상 법리의 타당성에 대해 검토하며, 이를 위해 「근로기준법」 제23조와 권리남용의 중첩 적용가능성, 전직이 「근로기준법」 제23조와 친하지 않다는 견해, 판례상 인정되는 전직의 법리 수정 가능성 등에 대해 살펴본다. 특히, 기존의 판례상 법리구조와 다른 입장을 취한 것으로 보이는 서울고등법원 2018. 2. 1. 2017누70153 판결의 의미에 대해 분석한다. 이외에 인사명령이 아닌 업무명령의 일환으로 이루어지는 '출장'의 유무효 판단의 문제도 아울러 분설한다.

근로자에 의한 근로장소 변경과 관련하여서는 근로자에게 근로장소 변경요청권 또는 근로장소 선택권을 인정할 수 있는지 여부를 중심으로 살펴본다. 우선 「남녀고용평등법」, 「근로기준법」에서 인정하고 있는

근로장소 변경요청권의 내용에 대해 살펴보고, 법률상 정함이 없는 경우에도 근로자의 건강과 안전 등이 위협받는 경우 근로자가 신의칙에 기하여 근로장소 변경요청권 또는 근로장소 선택권을 행사할 수 있는지 여부에 대해 분석한다. 특히, 판례상 인정되고 있는 안전배려의무를 중심으로, 근로장소 변경요청권 내지 근로장소 선택권이 안전배려의무에 대한 이행청구권으로서 존재할 수 있는지 여부에 대해 확인한다.

동절에서는 근로장소의 변경이 근로계약의 범위 밖인 경우의 권리관계에 대해서도 다룬다. 근로장소의 변경이 근로계약의 범위 밖이라면 이는 계약 위반의 문제를 초래한다. 따라서 근로계약의 범위를 초과하는 근로장소의 변경을 상대방의 동의 없이 할 수 있는지 여부는 계약의 사정변경 원칙의 문제로 보인다. 그럼에도 불구하고 판례는 동 문제를 사용자의 인사권 남용의 문제로 접근하고 있다. 권리남용의 원칙은 주관적 사정도 고려되는 반면, 사정변경 원칙은 계약의 기초가 된 객관적 사정만 고려되므로, 그 인정 범위가 다르다. 판례는 사정변경 원칙으로 접근할 문제를 권리남용의 원칙의 문제로 접근함으로써, 사용자에게 더 많은 예외와 재량을 인정하고 있다. 동절에서는 그 타당성에 대해 분석한다.

제4장에서는 앞서 진행한 논의를 바탕으로 재택근무제의 실시에 대한 법률관계를 정리한다.

제4장 제1절에서는 재택근무에 대한 개념에 대해 살펴본다. 우선 실무상으로 재택근무, 원격근무, 모바일 노동 등 다양한 용어가 혼용되고 있는데, 재택근무에 대해 정하고 있는 국내 법령이 존재하지 아니하므로, 재택근무제 실시에 대한 법리를 살펴보기 전에, 각 관련 개념의 유래와 정의에 대해 정리한다.

관련하여 원격근무(telework)가 1970년대 에너지 부족 현상에 대한 대처로 통근 비용을 줄이기 위한 업무방식의 하나로 원격출근(telecommuting)이 검토되면서 나타난 개념이라는 점을 확인하고, 원격근무(telework)의 개념상 특징을 장소적 측면과 업무수행방식 측면에서 살펴본다. 모바일 노동(mobile arbeit)은 주로 독일에서 사용되는 용어인데, 독일의 「모바일 노동에 관한 법률안」을 살펴보며 그 개념과 정의

에 대해 정리한다. 전통적인 의미의 가내근로(home work)에 대해서는 ILO 가내근로 협약(제177호)를 코로나-19 범유행 이후에 주로 논의되고 있는 재택근무(work from home)에 대해서는 ILO의 2021년도 「Working from home: From invisibility to decent work」 보고서를 통해 살펴보며, 가내근로(home work)와 재택근무(work from home)의 개념상의 차이에 대해 정리한다. 이외에 고용노동부의 「재택근무 종합 매뉴얼」에서 정하고 있는 재택근무의 개념을 살펴보고 그 부당성에 대해 진단한다. 위와 같은 외국문헌과 고용노동부의 매뉴얼 상의 내용에 대한 검토를 토대로, 본 연구에서의 논의의 대상인 재택근무에 대한 개념을 재설정한다.

제4장 제2절에서는 근로자에 의한 재택근무의 실시에 대해 살펴본다. 취업의 장소 범위 내인 경우와 취업의 장소 범위 밖인 경우를 구분하여 법률관계에 대해 정리한다. 근로자에 대한 재택근무 청구권 내지 모바일 노동 청구권 인정가능성에 대해서는 독일의 노동 4.0 백서, 연정협약, 「모바일 노동에 관한 법률안」을 중심으로 살펴본다. 특히 「모바일 노동에 관한 법률안」 1차 초안에서 인정되었던 모바일 노동 청구권과, 최근의 연정협약에서 인정하고 있는 근로자의 모바일 노동·재택근무에 대하여 논의할 권리에 대해 자세히 살펴본다. 이외에 EU의 「Framework Agreement on Telework」, ILO 가내근로 협약(제177호), ILO의 2021년도 「Working from home: From invisibility to decent work」 보고서 등에서 기술하고 있는 재택근무 제도화에 대해서도 검토한다.

제4장 제3절에서는 사용자에 의한 재택근무의 실시에 대해 살펴본다. 취업의 장소 범위 내인 경우와 취업의 장소 범위 밖인 경우를 구분하여 권리 관계에 대해 정리한다. 해외 입법례와 관련하여서는 독일의 「영업법」, 「모바일 노동에 관한 법률안」, EU의 「Framework Agreement on Telework」, ILO의 2021년도 「Working from home: From invisibility to decent work」 보고서를 중심으로 살펴본다.

제5장에서는 앞선 논의를 종합적으로 고찰하면서, 근로자의 근로장소 변경청구권과 재택근무 청구권을 실질적으로 보장하기 위한 입법의 방향

을 제시한다. 재택근무 청구권 도입 전제로서의 직무 적합성, 근로계약 체결 시 재택근무에 대한 명시, 재택근무 협의권과 재택근무 청구권의 도입 필요성에 대해 검토한다. 아울러, 근로장소에 대한 근로자의 권리를 규명하고자 한 본 논문의 의의 및 한계를 정리한다.

제2장 근로장소의 개념과 법적 성격

제1절 근로장소의 개념

Ⅰ. 근로장소의 개념

1. 근로장소의 정의

(1) 근로장소

근로장소에 대한 법적 정의가 있는 것은 아니지만, 근로장소는 말 그대로 근로자가 근로를 하는 장소를 의미한다. 장소라 함은 사전적 의미로는 어떤 일이 이루어지거나 일어나는 곳을 말하는데,[37] 사건의 발생과 물리적 위치가 결합된 개념이다. 이러한 측면에서 “자연과학적 용어-길이, 면적, 부피-와는 달리 장소 및 장소성이라는 용어는 특히 인간 및 사회와 불가분의 관계를 지니고 있기 때문에 설명의 차원에서보다는 이해의 차원에서 접근하는 것이 보다 타당하다.”, “장소는 자연적으로 부여된 환경을 문화화한 국면이다.”고 보기도 한다.[38]

근로장소는 ‘서울특별시, 경기도’와 같이 특정한 지역으로 설정될 수도 있고, ‘서울 강남구 역삼동 소재 한국과학기술회관’과 같이 특정한 위치에 있는 건물로 정할 수도 있으며, ‘A 주식회사 본사’와 같이 다소 유동적인 형태로 정할 수도 있다. 다만, 이러한 개념의 공통적인 핵심 요소는 ‘근로’가 이루어지는 ‘물리적 위치’라는 점이다. 예컨대, 서울 지역의 택시운전기사의 경우 근로가 이루어지는 물리적 위치는 서울 전역이라고

37) 국립국어원, 「표준국어대사전(https://stdict.korean.go.kr)」.
38) 이석환·황기원, “장소와 장소성의 다의적 개념에 관한 연구”, 「국토계획」 제32호 제5권, 대한국토·도시계획학회, 1997. 170면-171면.

볼 수 있고, 택시는 그 근로제공의 수단 내지 방법이라 볼 수 있으므로, 이러한 택시운전기사의 근로장소는 '서울'이라고 볼 수 있다.

이러한 근로장소는 근로제공에 따른 결과의 수령이 이루어지는 장소(이하 "노무수령지")와는 구분된다. 전통적인 공장제 근로 하에서는 근로장소와 노무수령지가 같은 장소이므로 이를 구분할 필요가 없다. 하지만, 산업과 기술의 발달에 따라 근로장소와 노무수령지는 달라질 수 있게 되었고, 심지어 노무수령지가 없는 경우도 있다. 예컨대, 근로자가 원격으로 자택, 카페, 도서관 등에서 근무를 하고, 그 결과물을 이메일, 카카오톡, 텔레그램 등으로 전송하는 경우, 근로장소는 자택, 카페, 도서관 등이라 할 수 있겠지만, 노무수령지는 존재하지 않는다.[39]

(2) 가상공간, 메타버스와 근로장소

디지털 기술의 발달, 코로나-19 범유행 등의 영향으로 노동시장은 급격한 변화를 맞이하고 있다. 근로장소도 회사에서 벗어나 자택, PC방, 카페 등으로 다변화 되고 있으며, 근로를 제공하는 방법도 컴퓨터, 인터넷, 스마트 폰 등을 이용한 방법으로 발달하고 있다. 이른바 원격근무(telework)의 보편화가 이루어지고 있다.

원격근무(telework)가 기술의 발전에 따라 진화적 과정을 거쳐왔다고 보면서, 이를 세대 별로 구분하기도 한다. Jon C. Messenger와 Lutz Gschwind는 원격근무가 3세대에 걸쳐 진화해왔다고 하면서, 1세대는 자택에서의 근무(Home Office), 2세대는 모바일을 통한 근무(Mobile Office), 3세대는 가상공간에서의 근무(Virtual Office)로 구분할 수 있다고 한다.[40]

---

39) 인터넷이라는 가상공간을 노무수령지라 생각할 수 있으나, 가상공간은 물리적 공간이 아니라는 점에서 장소의 개념으로 분류하기는 어렵다.

40) Jon C. Messenger·Lutz Gschwind, "Three generations of Telework: New ICTs and the (R)evolution from Home Office to Virtual Office", 「New technology, work, and employment」, Vol.31 (3), HOBOKEN: Blackwell

이 중 가상공간, 메타버스에서의 근무도 점차 확대되고 있다.[41] 메타버스라는 용어는 닐 스티븐슨의 SF 소설 「Snow Crash」에서 처음 사용된 것으로 보이는데, 닐 스티븐슨은 "He's in a computer-generated universe that his computer is drawing onto his goggles and pumping into his earphones. In the lingo, this imaginary place is known as the Metaverse."라고 하여 마치 우리가 사는 세계를 그대로 옮겨 놓은 듯한 3차원의 가상공간을 메타버스로 정의한다.[42] 소설에서만 언급되었던 메타버스는 인터넷, 컴퓨터 기술의 발달에 따라 그 구현가능성이 높아지게 되었고, 이에 새로운 산업의 동력의 하나로 논의되고 있다. 메타버스에 개념에 대한 일반적인 정의가 있는 것은 아니나, "'초월'을 뜻하는 'meta'와 우주를 뜻하는 'universe'의 합성어로서 인터넷 공간과 물리적 공간이 공존하는 '집합적 가상공존세계(virtual shared space)" 내지 "인터넷 기반의 3차원 온라인 가상공간"을 의미하는 것으로 보인다.[43] 이러한 관점에서 보면, 메타버스는 가상공간의 일종이라 이해된다. 이에 이하에서는 가상공간, 메타버스를 '가상공간 등'이라 통칭하여 논의를 전개한다.

가상공간 등에서의 근무는 장소적 측면에서 가상공간 등으로 근로장소를 특정한 것으로 오해할 수 있으나, 근로장소는 물리적 공간을 전제하는 개념인 반면, 가상공간 등은 물리적 실체가 없는 공간이므로, 가상공간 등이 근로장소에 해당된다고 볼 수는 없다. 따라서 가상공간 등은

Publishing Ltd, 2016, 197면.

41) 한겨레 2022. 5. 31.자 기사 "직방·카카오도 도입한 메타버스 근무...사무실 대체할까?"를 살펴보면, 카카오, 컴투스, 직방, 아워홈 등의 기업들은 메타버스를 이용한 근무를 실시 또는 예정하고 있다. 이외에 과학기술정보통신부는 지난 2023. 4. 4. '2023년 메타버스 노마드 지원사업' 운영기관을 공모한다고 밝힌 바 있는데, 동 사업은 메타버스에서 실재감을 느끼며 시공간 제약 없이 소통·협업할 수 있는 업무환경을 조성·제공하여 메타버스 활용 저변을 확대하기 위해 실시되는 것이다.

42) Neal Stephenson, 「Snow Crash」, 1992.

43) 김석관 외 9인, 「원격경제의 부상과 새로운 혁신 전략의 모색」, 과학기술정책연구원, 2021, 157면. 김한철 외 5인, "FDM을 활용한 차세대 u-Biz로서의 Meta-Biz 주요 유형 선정", 한국경영정보학회 정기 학술대회, 2008, 1면.

물리적 공간으로서의 근로장소에 해당된다고 보기 보다는 업무수행방법의 하나로 접근하는 것이 타당하다.

가상공간 등에서의 근무는 업무수행방법만 정한 것이라고 볼 수 있고, 장소에 대해서는 정하지 않은 것이므로, 사용자와 근로자가 가상공간 등에서의 근무를 수행하는 물리적 장소를 어떻게 정하느냐에 따라 가상공간 등에서의 근무가 원격근무, 재택근무 등에 해당할 수도 있고 해당하지 않을 수도 있다. 예컨대 사업장 밖에서 근로자가 가상공간에 접속하여 업무를 수행할 경우 원격근무에 해당할 수 있고, 만약 그 장소가 자택이거나 근로자가 선택한 장소라면 재택근무에도 해당할 수 있다. 그런데 사업장 내에서 VR 기기를 착용하고 가상공간에 접속하여 업무를 수행한다면, 이는 사업장 내 근무이므로 이를 원격근무나 재택근무라 보기는 어렵다.[44]

(3) 사업장과 근로장소

'사업 또는 사업장'은 「근로기준법」, 「산업안전보건법」, 「산업재해보상보험법」 등 노동관계법령에서 해당 법률을 적용하기 위한 단위로 제시되는 개념이다.[45] 예컨대, 「근로기준법」은 원칙적으로 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용되며,[46] 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 근로기준법 시행령으로 정하는 바에 따라 법의 일부 규정을 적용할 수 있다.[47] 여기서 '사업'은 "경영상의 일체를 이루는 기업체 그 자체"를 의미하며,[48] '사업장'은 "하나의 활동주체가 유기적 관련 아래 사회적 활동으로서 계속

---

44) 원격근무(telework), 재택근무(homework)는 구분되는 개념인데, 이에 대해서는 후술한다.

45) 「근로기준법」 제11조, 「산업안전보건법」 제3조, 「산업재해보상보험법」 제6조.

46) 「근로기준법」 제11조 제1항.

47) 「근로기준법」 제11조 제2항.

48) 대법원 1993. 2. 9. 선고 91다21381 판결.

적으로 행하는 모든 작업이 이루어지는 단위 장소 또는 장소적으로 구획된 사업체의 일부분"을 의미한다.[49]

위 개념상 '사업장'은 말 그대로 사업이 이루어지는 장소로, 기업체가 존재하는 장소 또는 장소적으로 구획된 기업체의 일부분이라 할 수 있다. 이를 장소적 관점에서 보면, '사업장'은 기업이 유기적 일체로서 존재하는 장소로 기업의 물적, 인적 자원이 어우러져 작업이 이루어지는 물리적 공간이라 볼 수 있다. 어떠한 장소가 '사업장'으로 인정되기 위해서는 물적 측면에서 기업이 해당 장소에 대한 지배, 관리를 하고 있을 것, 인적 측면에서 근로자가 근로를 제공하는 장소일 것이 요구된다고 볼 수 있다. 따라서 단순히 근로가 제공되는 장소라 하여 '사업장'이라고 볼 수는 없고, 그 장소에서 수행되는 업무의 내용과 장소에 대하여 사용자가 지배·관리하고 있는지 여부 등도 아울러 고려되어야 한다. 예컨대, 자택에서 근로자가 근무하는 경우, 사용자가 '자택'을 지배, 관리하는 것은 아니므로, '자택'을 사업장이라 보기는 어렵다. 한편, '도급인이 제공하거나 지정한 경우로서 도급인이 지배·관리하는 장소'라 하더라도 실제 그 장소에서 도급인이 아닌 수급인의 업무가 이루어지는 경우에는 도급인의 업무가 이루어지는 장소가 아니므로 도급인의 사업장이라고 볼 수는 없다.[50] 고용노동부는 산업안전보건법령에 따른 일부 적용 사업장에 해당하는지 여부에 대하여 "법 일부적용 대상 사업장 여부는 사업장의 장소, 노무, 인사 및 회계관리 등의 형태, 소속근로자의 실제 근무상황 등을 종

49) 대법원 2007. 10. 26. 선고 2005도9218 판결.

50) 법에 특별한 규정이 없다면 이러한 장소는 도급인의 사업장에 해당하지 않는다. 다만, 현행 「산업안전보건법」 제10조에서는 도급인의 사업장에 도급인이 제공하거나 지정한 경우로서 도급인이 지배, 관리하는 대통령령으로 정하는 장소를 포함하도록 하고 있다. 이러한 규정은 도급인의 책임을 확대하기 위한 과정에서 「산업안전보건법」이 2019. 1. 15. 법률 제16272호로 전부개정되어 2020. 1. 16. 시행되면서 도입되었다. 즉, 도급인의 산업재해 예방 책임 강화 차원에서 입법적으로 관계수급인 근로자에 대하여 도급인이 안전조치 및 보건조치를 하여야 하는 장소를 도급인의 사업장뿐만 아니라 도급인이 제공하거나 지정한 장소로 확대하여 도급인의 관계수급인에 대한 산업재해 예방 책임을 강화한 것이라 이해된다.

합적으로 고려하여 판단할 사항이므로 사업장을 관할하는 지방고용노동관서 산업안전과 담당감독관에게 직접 문의하여 정확한 답변을 받기 바람"이라고 하여, '사업장'에의 해당성을 판단할 때에는 장소뿐만 아니라 여러 복합적 요소를 고려해야 한다고 보고 있다.[51]

사업장이 곧 근로장소라 생각하기 쉬우나, 사업장은 근로장소에 비해 협소한 개념으로, 양자간 개념상의 가장 큰 차이는 장소에 대한 지배, 관리라고 볼 수 있다. 전통적인 공장제 구조 하에서는 공장이라는 사업장이 곧 근로장소가 되는 것이므로, 양자는 사실상 같은 것과 다름 없었으나 엄밀하게 보면, 직무의 내용이나 근로형태에 따라 사업장 밖에서의 근무도 이루어질 수 있으므로(출장 등), 사업장과 근로장소는 같은 개념이라 보기 어렵다. 특히, 코로나-19 팬데믹의 영향으로 재택근무가 보편화 되면서, 사업장과 근로장소의 괴리는 보다 심화되고 있다.

근로가 제공될 수 있는 장소의 층위를 사업장과 연계하여 생각해본다면 ① 사업장, ② 사업장 밖 장소 중 근로자의 사적 영역이 아닌 장소(PC방, 카페 등), ③ 사업장 밖 장소 중 근로자의 사적 영역인 장소(자택 등)로 구분할 수 있다. 사업장 밖 장소인 ②, ③의 경우 그 성질상 사용자가 지배 내지 관리하는 장소가 아니므로, 근로계약상의 근로장소(취업의 장소)의 범위를 해석을 통해 ②, ③까지 확장하려는 것은 타당하지 않다. 특히 근로자의 사적 영역인 ③의 경우, 근로계약의 명시적인 내용이 없는 이상, 사용자가 임의대로 해당 장소를 근로장소로 지정할 수 있다고 해석하는 것은 합당하지 않다.[52]

2. 용어의 혼용

(1) 근로장소, 근무장소, 취업의 장소의 혼용

---

51) 고용노동부, 「산재예방정책과 질의회신(2007.~2020.7월)」, 2020, 18면.
52) 이러한 근로장소 지정, 변경에 대한 법률관계에 대해서는 제3장에서 자세히 살펴본다.

근로장소는 취업의 장소라 표현되기도 하고(「근로기준법」 제17조), 근무장소라 표현되기도 한다(「남녀고용평등법」 제14조). 고용노동부에서는 '근로장소', '취업의 장소', '근무장소'에 대한 엄밀한 용어 구분 없이 혼용하여 사용하고 있다. 「근로기준법」 제17조, 「기간제법」 제17조에 의하면 사용자는 근로자와 근로계약을 체결하는 때에 '취업의 장소에 관한 사항'을 서면으로 명시하여야 하는데, 고용노동부가 게시한 표준근로계약서를 보면 '취업의 장소에 관한 사항'이 '근무장소' 또는 '근로장소'로 구분없이 기재되어 있다.

구체적으로, 고용노동부가 2019. 7. 1. 게시한 표준 근로계약서(7종)를 살펴보면, '표준근로계약서(기간의 정함이 없는 경우)', '표준근로계약서(기간의 정함이 있는 경우)', '연소근로자(18세 미만인 자) 표준근로계약서', '건설일용근로자 표준근로계약서', '단시간근로자 표준근로계약서'에는 취업의 장소에 관한 사항이 '근무장소'라 표시되어 있다.

반면, 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 시행규칙」 [별지 제6호서식]에 따른 '표준근로계약서 / Standard Labor Contract', 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 시행규칙」 [별지 제6호의2서식]에 따른 '표준근로계약서(농업・축산업・어업 분야) / Standard Labor Contract(For Agriculture, Livestock and Fishery Sectors)'에서는 취업의 장소에 관한 사항이 '근로장소 / Place of employment'라 표시되어 있다.

이러한 점에 비추어 보면, 고용노동부는 '취업의 장소', '근무장소', '근로장소'라는 용어를 구분하지 아니하고 사실상 동일한 의미로 사용하고 있는 것으로 보인다.

그런데 엄밀하게 보면 '취업', '근무', '근로'는 분명 구분된다. 국립국어원에서는 '근로'는 "부지런히 일함"이라는 뜻을, '근무'는 "직장에 적을 두고 직무에 종사함. 일직, 숙직, 당번 따위를 맡아서 집행함"이라는 뜻을 나타낸다며, '근로'와 '근무'가 구분되는 개념임을 명시하고 있다.[53] 노동

53) 문화체육관광부 국립국어원, 「온라인가나다」, 2021. 2. 28.자 답변.
(URL:https://korean.go.kr/front/onlineQna/onlineQnaView.do?mn_id=216&qna_s

관계법령을 살펴보면 아래와 같이 '취업의 장소'과 '근무장소'는 분명 서로 다른 의미를 나타낸다는 점을 발견할 수 있다.

(2) 취업의 장소

우선, '취업의 장소'는 근로를 제공하기로 양 당사자가 사전에 합의한 장소를 의미하는 것으로 이해된다. 「근로기준법」 제17조, 「기간제법」 제17조에 의하면 사용자는 근로자와 근로계약을 체결하는 때에 '취업의 장소에 관한 사항'을 서면으로 명시하여야 한다. 이러한 규정의 취지는 양 당사자가 근로계약관계에 적용할 근로조건에 대하여 분명하게 밝혀, 향후 분쟁을 예방하는 것에 있다. 명시의 대상이 되는 '취업의 장소'는 양 당사자 근로계약관계에 적용할 근로조건 중 하나이다. 이러한 장소는 특정한 장소가 될 수도 있고, 어떠한 장소들의 집합 내지 범위가 될 수도 있으며, 어떠한 조건에 기반한 장소(예컨대, '본사 및 A사가 지정하는 장소')가 될 수도 있다. 개념상 중요한 것은 사전에 사용자와 근로자가 합의하여 확정하였다는 점이다. '취업의 장소'는 '합의(약속)'에 의해 사전에 그 범위가 결정된 것이므로, '근로'라는 인간의 행위에 따라 유동적으로 변동하지 아니한다. 사전적 의미로 풀이하더라도 '취업(就業)'은 "일정한 직업을 잡아 직장에 나감 = 취직"을 의미하므로,[54] '취업의 장소'는 합의에 따라 사전에 정해진 '근로자가 향후 근로를 제공할 직장의 장소적 범위'를 의미한다.

(3) 근무장소

'근무장소'는 "1. 근무(勤務)'는 '직장에 적을 두고 직무에 종사함" 또는 "2. 일직, 숙직, 당번 따위를 맡아서 집행함"이라는 의미를 가지고 있

---

eq=208754&pageIndex=1).

54) 국립국어원, 「표준국어대사전(https://stdict.korean.go.kr)」.

다.[55] 후자, 즉 “2. 일직, 숙직, 당번 따위를 맡아서 집행함”이라는 의미를 강조한다면 ‘근무장소’는 근로자가 실제 근로를 제공하고 있는 장소를 의미하는 반면, 전자 “1. 직장에 적을 두고 직무에 종사함”의 의미를 강조한다면 ‘취업의 장소’와 유사하게 근로자가 사용자와 합의하여 근로를 제공하기로 약속한 장소를 뜻하게 된다.

그런데 노동관계법령상 ‘근무장소’에 대한 직접적인 규율을 두고 있는 부분은 「남녀고용평등법」의 직장 내 성희롱 관련 규정, 「근로기준법」상 직장 내 괴롭힘 관련 규정 정도가 있다. 이에 의하면 사용자는 직장 내 성희롱이 발생하거나 직장 내 괴롭힘이 발생하는 경우 피해근로자가 요청하면 근무장소의 변경 등 적절한 조치를 취하여야 한다(「남녀고용평등법」 제14조 제4항, 「근로기준법」 제76조의3 제4항). 동 규정의 취지는 근로자의 2차 피해를 방지하기 위해 근로자의 실제 근로제공 장소를 변경하라는 것으로 이해된다. 입법자가 노동관계법령에서 사용하고 있는 ‘근무장소’의 엄밀한 의미는 ‘근로를 제공하기로 약속한 장소’가 아니라 ‘근로를 실제로 제공하고 있는 장소, 즉 직무를 현실적으로 수행하고 있는 장소’를 의미하는 것으로 생각된다. ‘취업의 장소’가 확정 개념이라면, ‘근무장소’는 불확정 개념으로 근로자의 근무 상황이나 실태에 따라 유동적으로 변하는 개념이다.

(4) 근로장소

한편, 「근로기준법」, 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 “「노동조합법」”), 「산업안전보건법」, 「기간제법」, 「남녀고용평등법」 등 노동관계법령 그 어디에도 ‘근로장소’라는 표현은 등장하지 않는다. 근로조건 서면 명시의무 관련 규정에서는 ‘취업의 장소’라는 표현이, 직장 내 성희롱·괴롭힘 등에 대한 조치 의무 관련 규정에서는 ‘근무장소’라는 표현이 사용되는 것과 대조적이다.

---

55) 국립국어원, 「표준국어대사전(https://stdict.korean.go.kr)」.

앞서 살펴본 바와 같이 법령은 아니지만, 고용노동부가 배포한 표준근로계약서에서 '근로장소'라는 표현이 등장한다. 해당 표준근로계약서에서는 "※ 근로자를 이 계약서에서 정한 장소 외에서 근로하게 해서는 안 됨."이라 설명하고 있다.[56] 따라서 이때의 '근로장소'는 '취업의 장소'를 말한다.

한편 대법원은 전직이나 전보처분의 정당성을 판단할 때 그 기본 전제로서 "근로자에 대한 전직이나 전보는 피용자가 제공하여야 할 근로의 종류와 내용 또는 장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 피용자에게 불이익한 처분이 될 수 있으나"라고 표현한다.[57] 판례가 지적하는 근로자의 불이익은 근로자의 실제 근무장소의 변경에 따른 불이익이다. 그렇다면 이때의 '근로의 장소'는 '근무장소'를 말한다.

문무기 교수는 근로장소를 "근로제공의 장소가 객관적·공간적 개념이기는 하지만 (중략) 근로관계상 근로자의 활동범위가 얼마나 넓은 것인가에 따라 그 법적 평가가 달라질 수 있는 상대적·추상적인 개념"으로 해석하고 있다.[58] 동 해석론에서 언급하고 있는 '근로장소'는 '취업의 장소'가 아닌 '근무장소'를 의미하는 것으로 생각된다. 근로계약에서 명시한 '취업의 장소'는 양당사자가 합의하여 근로자가 근로를 제공하기로 약속한 특정한 장소 내지 그 장소의 범위를 말하는 것인 바, 근로자의 실제 활동범위가 어떻게 되는지 여부와는 무관하게 그 특정한 장소 내지 범위는 변하지 않기 때문이다.[59]

---

56) 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 시행규칙」 [별지 제6호 서식]에 따른 "표준근로계약서 / Standard Labor Contract", 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률 시행규칙」 [별지 제6호의2 서식]에 따른 "표준근로계약서(농업·축산업·어업 분야) / Standard Labor Contract(For Agriculture, Livestock and Fishery Sectors)"를 말한다.

57) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다47677 판결.

58) 문무기(2000), 앞의 글, 28-29면.

59) 이와 달리 근무장소로서의 근로장소는 근로라는 인간의 행위가 실제 이루어지는 자연적인 물리공간인데, 물리적인 공간을 의미한다는 점에서 객관적 개념이라 볼 수 있지만 근로라는 인간의 행위의 범위에 따라 추상적인 개념으로도 볼 수 있다. 이러한 근무장소는 특정한 근로자가 실제 근로를 평소 제공하고

이와 같이 '근로장소'는 사용자와 근로자가 근로를 제공하기로 약속한 장소로서의 '취업의 장소'와 근로자가 실제 근로를 평소 제공하고 있는 장소로서의 '근무장소'를 모두 포괄한 개념으로 이해되고, 실무상 구분 없이 사용된다.

Ⅱ. 근로장소의 개념 구분의 필요성

그런데, 논의의 대상이 '취업의 장소'인 것인지 아니면 '근무장소'인 것인지 여부는 매우 중요하다.[60] 양자는 서로 다른 개념이므로 그 효과는 다를 수밖에 없다.

예컨대, 근로계약에 '취업의 장소'가 A, B로 정해진 상황에서, 사용자가 근로자에게 C에서 근무할 것을 지시할 경우, 근로자의 동의를 받아야 한다. 동의 없이 근로자를 C로 발령할 경우, 근로계약 위반이 된다. 이와 같이 '취업의 장소'의 변경문제는 근로계약의 수정, 위반의 문제에 해당한다.

반면, 근로계약에 '취업의 장소'가 A, B로 정해진 상황에서, 사용자가 A에서 근무하던 근로자를 B에서 근무하도록 발령하는 경우, 근로자의 동의가 필요하지는 않다. 동의를 받지 않았다고 하더라도 근로계약상 정해진 '취업의 장소' 범위 내에서 발령을 내는 것이므로 계약 위반 문제는 발생하지 않는다.[61] 다만, 실제 근무장소의 변경으로 인해 근로자에게 불이익이 초래되므로, 어디까지 사용자에게 근로장소의 지정, 변경에 관한 재량을 부여할 것인지의 문제가 발생한다.

있는 장소는 근로자의 평소 활동범위에 따라 변동이 있을 수 있고, 그에 따라 법적 평가가 달라질 수 있는 상대적·추상적 개념이다.

60) 고용노동부에서는 근로장소, 취업의 장소, 근무장소를 모두 동일한 의미로 사용하고 있으나, 본 연구에서는 취업의 장소는 사용자와 근로자가 근로계약을 체결할 때 근로제공장소로 확정한 장소의 의미로, 근무장소는 근로자가 실제 근무를 제공하고 있거나 해야 하는 장소의 의미로 구분하여 사용하기로 한다.

61) 단, 본 논의는 근로장소에 국한된 것이므로, 다른 조건은 모두 충족되었다고 전제한다.

정리하면 '취업의 장소'의 변경 여부는 근로계약의 변경 여부와 밀접하게 관련이 있는 반면, '근무장소'의 변경은 근로자의 생활의 변화와 밀접하게 관련이 있다.

대법원은 "근로자에 대한 전직이나 전보처분은 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류·내용·장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 근로자에게 불이익한 처분이 될 수도 있으나 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 가지며, 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수 없고, 다만, 근로계약에 근로장소를 특별히 한정한 경우에는 근로장소를 변경하기 위해서는 원칙적으로 근로자의 동의가 필요하다"고 판시하고 있다.[62]

위와 같이 대법원은 근로계약에 근로장소를 특별히 한정하지 않은 경우에는 사용자에게 근로장소 변경에 대한 사용자의 상당한 재량을 인정하는 반면, 근로계약에 근로장소를 특별히 한정한 경우에는 원칙적으로 근로자의 동의가 필요하다고 보아 양자를 구분한다. 용어상의 구분은 엄밀하게 하고 있지 아니하지만, 근로장소의 변경이 취업의 장소의 변경까지 초래하는 것인지 여부 아니면 단순히 근무장소의 변경만을 초래하는 것인지 여부에 따라 그 유무효에 대한 판단을 달리 한다고 볼 수 있다.[63]

Ⅲ. 근로장소의 범위와 변경

1. 논의의 필요성

---

62) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041 판결. 대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165 판결.

63) 다만, 동 대법원 판결은 취업의 장소의 범위를 벗어나는 경우, 즉 근로계약 위반이 초래되는 경우에도 계약 위반의 문제로 접근하지 아니하고, 사용자의 인사권 남용의 문제로 접근한다는 오류를 범하고 있다. 이에 대하여는 제3장에서 자세히 다루기로 한다.

어느 일방당사자의 권리행사로 인해 근로장소가 변경된다고 했을 때, '취업의 장소'가 변경되는 것인지, 아니면 '근무장소'가 변경되는 것인지는 구분하여 보아야 한다.[64]

'취업의 장소' 범위 내에서 '근무장소'만 변경되는 경우에는 근로계약 위반 문제는 발생하지 않는다. 반면, '취업의 장소'까지 변경되는 경우에는 근로계약 위반 문제가 발생하므로 상대방의 동의 없이 이를 강제할 수는 없다. 예컨대, 근로계약에 '취업의 장소'가 A, B로 명시되어 있음에도 불구하고 사용자가 근로자에게 C에서 근무할 것을 명령하고 강제한다면 이는 근로계약 위반에 해당한다. 근로자 입장에서는 사용자가 명한 근로조건이 사실과 다른 경우에 해당하므로 근로자는 근로조건 위반을 이유로 사용자에게 손해의 배상을 청구할 수 있으며 즉시 근로계약을 해제할 수 있다(「근로기준법」 제19조 제1항).

근로장소의 변경이 있었는지를 판단하기 위해서는 그 기준점이 있어야 한다. 근로계약에 정해진 '취업의 장소'의 범위를 확정하여야 '취업의 장소'의 변경 여부를 알 수 있고, 근로자가 실제 근로를 제공하고 있는 장소적 범위를 알아야 '근무장소'의 변경 여부를 알 수 있다. 이하에서는 양자를 구분하여 살펴본다.

2. 근로장소(취업의 장소)의 변경

64) 근무장소의 변경이 근로계약상 정해진 취업의 장소의 변경을 반드시 초래하지는 않는다. 반대로 취업의 장소를 변경한다고 하여 반드시 근무장소가 변경되는 것도 아니다. 양자는 상호 독립적이다. 예컨대 A주식회사와 근로자 甲 사이의 근로계약서에 취업의 장소가 A주식회사 본사 및 그 부속건물로 특정되어 있다고 전제하고, 본사 건물에서 근무하던 甲이 1km 거리의 부속건물에서 근무하게 되었다고 가정하면, 근무장소의 변경은 있었지만 취업의 장소의 변경은 초래되지 않는다. 반대로 취업의 장소를 A주식회사 본사 및 그 부속건물에서 A주식회사 본사로 변경하였음에도 불구하고, A주식회사가 甲을 종전과 같이 A주식회사 본사에 근무하게 한다고 가정하면, 취업의 장소의 변경은 있었지만 근무장소의 변경은 초래되지 않는다.

(1) 근로장소를 포괄적으로 정한 경우

1) 문제의 소재

근로장소를 “주식회사 A사의 서울 본사 사무소”와 같이 구체적으로 특정하는 경우도 있겠지만, 실무적으로는 사용자의 편의를 위해 취업의 장소를 “주식회사 A사가 지정하는 장소”와 같이 포괄적으로 정하는 경우가 많다. 그런데 이와 같이 포괄적으로 근로장소를 정한 경우, 그 범위가 어디까지 인지 여부가 문제된다.

2) 계약해석의 방법

계약의 해석과 관련하여 계약당사자 사이에 어떠한 계약내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에 문언의 의미가 명확하다면, 특별한 사정이 없는 한 문언대로 의사표시의 존재와 내용을 인정해야 한다. 그러나 그 문언의 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 문언의 내용, 계약이 이루어지게 된 동기와 경위, 당사자가 계약으로 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회일반의 상식과 거래의 통념에 따라 계약내용을 합리적으로 해석해야 한다.[65] 특히 문언의 객관적인 의미와 다르게 해석함으로써 당사자 사이의 법률관계에 중대한 영향을 초래하는 경우에는 그 문언의 내용을 더욱 엄격하게 해석해야 한다.[66]

한편 대법원은 단체협약과 같은 처분문서를 해석할 때는, 단체협약이 근로자의 근로조건을 유지·개선하고 복지를 증진하여 그 경제적·사회적 지위를 향상시킬 목적으로 근로자의 자주적 단체인 노동조합과 사용자

---

65) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95다29130 판결.
66) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008다46531 판결. 대법원 2022. 2. 10. 선고 2020다279951 판결.

사이에 단체교섭을 통하여 이루어지는 것이므로, 그 명문의 규정을 근로자에게 불리하게 변형 해석할 수 없다고 본다.[67]

근로계약이라 함은 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약을 의미한다(「근로기준법」 제2조 제1항 제4호), 근로계약은 근로의 제공과 임금의 지급의 교환관계를 기본적인 내용으로 하는 유상·낙성·불요식의 쌍무계약이다.[68] 「근로기준법」에서도 "근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다."고 규정하여 기본적으로 근로계약이 쌍무계약이라는 점을 밝히고 있다.

근로계약이 쌍무계약이라는 점에서 사용자와 근로자가 대등한 당사자로 생각할 수 있다. 하지만 현실적인 측면을 고려하면 사용자와 근로자의 교섭력은 현격한 차이가 있다. 예외적으로 근로자의 업무 능력, 숙련도, 전문성에 따라 근로자가 사용자에 비하여 교섭력이 강한 경우도 있겠지만, 대기업 중심의 산업구조를 띄는 우리나라의 경제구조 하에서는 일반적으로 사용자가 근로자에 비하여 매우 강력한 교섭력을 가지고 있다고 볼 수 있다. 노사 간의 교섭력 차이와 정보의 비대등성에 비추어 보았을 때, 사용자와 근로자는 기울어진 운동장에 서 있다. 「근로기준법」 제4조도 사용자와 근로자는 대등하여야 한다는 선언적인 규정, 희망적인 규정에 불과할 뿐, 현실은 그렇지 못하다.[69]

위와 같은 근로계약의 기능과 성격, 사용자와 근로자의 현격한 교섭력 차이 등을 고려해보았을 때, 근로계약의 명문의 규정을 근로자에게 불리하게 변형 해석하는 것은 바람직하지 않다.

---

67) 대법원은 '근로계약기간에 대해 '2017. 5. 1.부터 2018. 4. 30.까지로 하며, 계약기간 만료 시까지 별도 합의가 없으면 기간만료일에 자동 연장한다'는 조항에 대하여 위 조항을 근로계약기간 동안은 항공종사자의 자격을 유지함으로써 근로계약상 정해진 근로를 정상적으로 제공할 수 있다는 것을 전제로 적용되는 규정이라 축소해석 할 수는 없다고 판시한 바 있다. 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018두41532 판결.

68) 임서정, 「근로계약법에 관한 연구」, 한국노동연구원, 2013, 21면.

69) 임서정(2013), 위의 보고서, 24면.

3) 포괄적으로 기재된 근로장소에 대한 해석

근로계약상 포괄적으로 근로장소(취업의 장소)가 정해졌다는 점만으로 사용자가 그 장소의 성격과 위치에 관계없이 모든 장소를 근로장소로 지정 내지 변경할 수 있다는 의미로 해석하여서는 아니 된다. 포괄적으로 정해져 있다고 하더라도, 근로장소가 사용자가 근로계약 체결 당시 사용자가 지배, 관리하지 못하고 있던 장소(예컨대, 사업장이 아닌 장소)이거나, 그렇게 예상되었거나, 또는 그 성질상 사용자가 지정하기 어렵다고 보이는 장소인 경우(근로자의 생명, 건강에 위협이 초래되는 장소, 근로제공을 하기에 불합리한 장소, 자택과 같이 근로자의 사생활의 침해가 우려되는 장소 등), 다른 특별한 사정이 없는 한 근로계약상 정해진 근로장소(취업의 장소)의 범위에 포함된다고 해석하여서는 아니 된다.

노상헌 교수는 재택근무는 근로자의 사적 공간에서 이루어지는 것이므로, 재택근무를 실시하는 경우 근로자의 프라이버시가 침해될 수밖에 없으므로, 재택근무가 사용자의 전직명령(배치전환명령)의 범위 내에 포함될 수 없다고 한다.[70] 이에 근로계약이나 취업규칙에서 근로자의 근무장소[71]를 '회사가 지정한 장소'라 정하고 있다고 하더라도 이러한 장소에는 자택이 포함되어 있다고 보기 어렵다고 한다.[72]

근로자의 자택은 그 성질상 사용자가 지배하거나 관리할 수 있는 영역이 아니므로, 사용자가 자택을 근무장소로 당연히 지정할 수 있다고 보기 어렵다. 따라서 양 당사자가 특별히 자택을 명시적으로 취업의 장소에 포함시키지 않는 이상, 해석을 통해 자택을 취업의 장소에 포함시키는 것은 바람직하지 않다. 이러한 점에서 위와 같은 노상헌 교수의 분석은 타당한 것으로 생각된다.

---

70) 노상헌(2021), 앞의 글, 141면.
71) 노상헌 교수는 '근무장소'라 표현하였으나, 본 연구의 개념 구분에 의하면 이는 '취업의 장소'를 말한다.
72) 노상헌(2021), 위의 글, 143면.

(2) 근로장소를 정하지 않은 경우

한편, 근로계약을 체결할 때 근로장소(취업의 장소)를 공란으로 처리한 경우, 이를 사용자가 임의적으로 근무장소를 정할 수 있다는 취지로 해석할 수 있을 것인지 아니면 근로자가 임의로 근무장소를 정할 수 있다고 볼 것인지 문제된다.

① 근로조건의 명시의무는 근로자가 아닌 사용자에게 부과된 것이므로(「근로기준법」 제17조, 「기간제법」 제17조) 근로장소를 명시하지 않은 것은 사용자가 그 의무를 위반한 것으로 사용자에게 귀책이 있다는 점, ② 근로계약이 대등 당사자 사이의 쌍무계약으로 외관상 보인다고 하더라도 근로자는 통상 사용자와의 관계에서 현저한 교섭력과 정보 격차를 가질 수밖에 없는데 사용자가 그 의무를 위반한 경우까지 사용자에게 유리하게 해석한다면 근로조건 서면명시의무 조항이 형해화 될 수밖에 없다는 점, ③ 근로계약에 근로장소가 특정되지 않은 경우, 근로자는 근로장소가 특정되지 않은 것을 전제로 주거, 출퇴근 수단 확보 등 생활방식을 결정한다는 점 등을 고려해보았을 때, 근로계약에 근로장소가 공란으로 처리된 경우 '근로장소를 특정하지 않은 것', '근로장소에 구애받지 않고 업무를 제공하면 된다는 것'으로 양 당사자의 합의가 이루어졌다고 보는 것이 타당하다.

3. 근로장소(근무장소)의 변경

문무기 교수는 동일한 병원 내 제3병동에서 500M 가량 떨어진 제1병동으로 근로자를 이동시킨 사안에 대해 근로장소의 변경이 없다고 본 판결[73]을 제시하면서 "현실적으로 현재 노무를 제공하고 있는 장소와 동일한 지역 내에 존재하는 사업장이나 별다른 불편없이 통근이 가능한 장소

73) 대법원 1991. 7. 12. 선고 90다9353 판결.

로의 이동인 경우에는 근로제공장소의 변경이 없는 것으로 볼 가능성이 있다. 그러나 동일한 행정구역내라 하더라도 그 행정구역의 면적이 큰 경우(예를 들어 서울특별시)라든지 교통상황 및 경제적 여건에 따라 평가가 다를 수 있다."며 "근로자의 평소 활동영역에 비해 상당한 변화가 발생될 수 있는 정도의 일정한 규모 이상으로 변경된 경우에는 이에 해당하는 것으로 보아야 할 것"이라 보고 있다.[74]

근로자가 실제 근로를 제공하고 있는 근무장소는 불확정 개념으로 개별 근로자의 업무 영역과 범위에 따라 지속적으로 변동할 수 있다. 따라서 근무장소의 변경이 있었는지 여부를 판단하기 위해서는 그 기준점이 되는 근무장소를 특정하여야 하는데, 이러한 장소를 특정하기 위해서는 부득이 '시간'과 그에 기반한 '평균'이라는 측정요소를 대입할 수밖에 없다. 이러한 점에서 위와 같은 해석론은 타당한 것으로 생각된다.

제2절 근로장소의 법적 성격

Ⅰ. 근로조건의 개념과 범위

1. 근로조건의 개념

근로조건은 말 그대로 근로자가 사용자에게 근로계약에 의하여 근로제공하는데 있어서의 제조건 내지 공장, 사업장 등 근로자가 근로를 하는 장소의 제조건을 말한다.[75]

「헌법」은 "근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다"고 규정하여(「헌법」 제32조 제3항), 근로조건 법정주의 원칙을

---

74) 문무기(2000), 앞의 글, 28-29면.

75) 고용노동부 서울강남고용노동지청 기업지원과 2007. 8. 8.자 답변(URL:https://www.moel.go.kr/local/seoulgangnam/info/dataroom/view.do?bbs_seq=1186530302536).

명시하고 있다.[76] 그런데 「헌법」에서는 최저임금제를 시행하도록 하는 것 이외에는 법률로 정해야 하는 근로조건의 개념, 내용, 범위에 대해서는 별도로 정하고 있지 않다.

「근로기준법」, 「기간제법」, 「노동조합법」 등 노동관계법령에서도 근로조건에 대한 개념 정의 규정은 별도로 두고 있지 않다. 따라서 근로조건이 무엇을 의미하는 것인지 여부, 근로조건에 포함되는 항목은 어떠한 것들이 있는지 여부에 대해서는 개념 정의 규정이 아닌 다른 여러 규정들을 통해 간접적으로 추론할 수밖에 없다.

2. 근로조건의 범위

「근로기준법」 제17조는 "근로조건의 명시"라는 표제 하에 사용자로 하여금 근로계약을 체결할 때에 근로자에게 다음 각호의 사항을 명시하도록 하고 있다(제1항).

1. 임금
2. 소정근로시간
3. 제55조에 따른 휴일

76) 「근로기준법」, 「기간제법」, 「노동조합법」 등 노동관계법령은 「헌법」에 따라 근로조건의 기준 마련, 근로조건의 보호, 근로조건의 유지·개선 등을 목적으로 하고 있다. 「근로기준법」은 "헌법에 따라 근로조건의 기준을 정함으로써 근로자의 기본적 생활을 보장, 향상시키며 균형 있는 국민경제의 발전을 꾀하는 것"을 목적으로 하고 있고(「근로기준법」 제1조), 「기간제법」은 "기간제근로자 및 단시간근로자에 대한 불합리한 차별을 시정하고 기간제근로자 및 단시간근로자의 근로조건 보호를 강화함으로써 노동시장의 건전한 발전에 이바지함"을 목적으로 하고 있으며(「기간제법」 제1조), 노동조합법은 "헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함"을 목적으로 하고 있다(「노동조합법」 제1조).

4. 제60조에 따른 연차 유급휴가 5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 근로조건

「근로기준법」 제17조 제1항 제5호의 그 밖에 대통령령으로 정하는 근로조건은 아래와 같다(「근로기준법 시행령」 제8조).

1. 취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항 2. 법 제93조제1호부터 제12호까지의 규정에서 정한 사항[77] 3. 사업장의 부속 기숙사에 근로자를 기숙하게 하는 경우에는 기숙사 규칙에서 정한 사항

위 규정의 해석상 근로조건에 최소한 '임금, 소정근로시간, 휴일, 연차 유급휴가, 취업의 장소, 직무(종사하여야 할 업무) 등'이 포함된다.

---

77) 다음 각호의 사항을 말한다(「근로기준법」 제93조).

1. 업무의 시작과 종료 시각, 휴게시간, 휴일, 휴가 및 교대 근로에 관한 사항
2. 임금의 결정·계산·지급 방법, 임금의 산정기간·지급시기 및 승급(昇給)에 관한 사항
3. 가족수당의 계산·지급 방법에 관한 사항
4. 퇴직에 관한 사항
5. 「근로자퇴직급여 보장법」 제4조에 따라 설정된 퇴직급여, 상여 및 최저임금에 관한 사항
6. 근로자의 식비, 작업 용품 등의 부담에 관한 사항
7. 근로자를 위한 교육시설에 관한 사항
8. 출산전후휴가·육아휴직 등 근로자의 모성 보호 및 일·가정 양립 지원에 관한 사항
9. 안전과 보건에 관한 사항

9의2. 근로자의 성별·연령 또는 신체적 조건 등의 특성에 따른 사업장 환경의 개선에 관한 사항

10. 업무상과 업무 외의 재해부조(災害扶助)에 관한 사항
11. 직장 내 괴롭힘의 예방 및 발생 시 조치 등에 관한 사항
12. 표창과 제재에 관한 사항

한편, 「기간제법」 제17조에서 “근로조건의 명시”라는 표제 하에 근로조건의 서면명시에 대해 정하고 있는데 동 규정에 따라 사용자가 기간제 근로자 또는 단시간 근로자와 근로계약을 체결하는 때에 서면으로 명시하여야 하는 근로조건은 아래와 같다.

1. 근로계약기간에 관한 사항
2. 근로시간・휴게에 관한 사항
3. 임금의 구성항목・계산방법 및 지불방법에 관한 사항
4. 휴일・휴가에 관한 사항
5. 취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항
6. 근로일 및 근로일별 근로시간

「노동조합법」 제2조 제5호에 의하면 “노동쟁의”라 함은 “노동조합과 사용자 또는 사용자단체간에 임금・근로시간・복지・해고 기타 대우 등 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태”를 말한다. 동 규정을 보면 근로조건에 ‘임금, 근로시간, 복지, 해고 기타 대우’가 포함된다는 사실을 알 수 있다.

Ⅱ. 근로조건으로서의 근로장소

1. 근로장소가 근로조건에 해당하는지 여부

「근로기준법」, 「기간제법」, 「노동조합법」의 규정을 종합하면 근로조건의 항목으로 인정될 수 있는 것에는 ‘임금, 소정근로시간, 휴일, 연차 유급휴가, 취업의 장소, 직무, 근로계약기간, 복지, 해고 기타 대우’가 포함된다. 취업의 장소는 근로장소를 의미하므로, 현행법상 근로장소(취업의 장소)는 근로조건의 하나로 취급된다.

그런데 「근로기준법」 제17조 제2항을 살펴보면, 동법 제17조 제1항의 근로조건 중 임금의 구성항목·계산방법·지급방법, 소정근로시간, 「근

로기준법」 제55조에 따른 휴일, 「근로기준법」 제60조에 따른 연차휴가에 대하여는 이를 명시한 서면을 사용자로 하여금 근로자에게 교부하도록 하고 있다. 즉, 「근로기준법」은 사용자로 하여금 명시의무의 대상이 되는 '1. 임금, 2. 소정근로시간, 3. 제55조에 따른 휴일, 4. 제60조에 따른 연차 유급휴가, 5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 근로조건' 중 제1호와 관련한 임금의 구성항목·계산방법·지급방법 및 제2호부터 제4호에 이르는 사항에 대해서는 '서면'으로 근로자에게 명시, 교부하도록 하는 반면, '그 밖에 대통령령으로 정하는 조건'에 대하여는 근로자에게 명시할 의무만을 부과할 뿐 이를 서면으로 교부할 의무까지는 부과하고 있지 않다. 근로장소(취업의 장소)는 제5호에 속하는 사항이므로 명시의무의 대상이 되지만 서면교부대상이 되지는 않는다.

이에 대해 대법원은 "법에서 열거하고 있는 중요한 근로조건에 대해서는 서면으로 명시하도록 하고, 사용자로 하여금 변경된 근로조건이 명시된 근로계약서를 교부하도록 하여"라고 표현하면서 임금, 소정근로시간, 휴일, 연차휴가는 중요한 근로조건으로 취급하고, 그 밖에 대통령령으로 정하는 근로조건은 중요하지 않은 근로조건으로 취급하고 있다.[78] 따라서 '현행법상 그 밖에 대통령령으로 정하는 근로조건'에 해당하는 '근로장소(취업의 장소)'는 '임금, 소정근로시간, 휴일, 연차휴가'에 비하여 덜 중요한 근로조건으로 해석된다.

한편, 「기간제법」은 「근로기준법」과 달리 사용자로 하여금 '취업의 장소에 관한 사항'도 서면으로 명시하도록 하고 있다. 근로장소(취업의 장소)에 대하여 「근로기준법」과 「기간제법」이 그 중요성을 달리 취급하는 이유에 대하여는 명확히 알기는 어렵다.[79] 다만, 고용노동부의

---

78) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015도11659 판결.

79) 「기간제법」 제17조(근로조건의 서면명시)는 「기간제법」이 2006. 12. 21. 법률 제8074호로 제정될 때부터 특별한 변동 없이 유지되어 오고 있는데(「기간제법」이 2020. 5. 25. 법률 제17326호로 개정되면서 단서 조항의 '한한다.'가 '한정한다.'로 수정된 부분 이외에 조문의 변동은 없다), 「기간제법」 제정안에 대한 2004. 11.자 국회 환경노동위원회 검토보고서, 2006. 11.자 국회 환경노동위원회 심사보고서, 2004. 11. 29.자 소관 상임위원회 회의록, 2006. 11. 30.자 국회

「기간제법 업무매뉴얼」에서 그 이유를 추론해볼 수 있다. 해당 업무매뉴얼에서는 「기간제법」 제17조의 서면명시 규정은 기간제 및 단시간 근로자의 경우 근로자의 이동이 잦아 분쟁이 발생할 가능성이 매우 크므로 근로자의 근로조건을 보호하고 분쟁의 예방 및 조속한 해결을 도모하기 위해 도입된 것이라 설명하고 있다.[80] 여기서 근로자의 이동이 잦다는 의미가 회사 내에서의 사업장 변경을 의미하는 것인지, 아니면 이직에 따른 회사의 변경을 의미하는 것인지 명확하지는 않으나, ① 전자의 의미로 이해한다면 왜 기간의 정함이 없는 근로자에 비하여 기간제 및 단시간 근로자가 이동이 잦은지 설명하기 어렵다는 점, ② 기간제, 단시간 근로자가 일시적인 특정한 업무 수행을 위해 채용된다는 점 등을 감안해 보았을 때, 매뉴얼에서 말하는 근로자의 이동이 잦다는 의미는 기간제, 단시간 근로자의 경우 기간이 종료되면 다른 회사로 옮기게 되므로, 회사 변경에 따른 이동이 잦다는 의미인 것으로 이해된다. 기간제 및 단시간 근로자의 경우 고용기간의 제약으로 인하여, 부득이 여러 회사를 전전할 수밖에 없는데, 회사의 변경은 근로장소의 변경을 수반하므로, 기간제 및 단시간 근로자는 기간의 정함이 없는 근로자에 비해, 근로장소가 변경될 가능성이 높다고 볼 수 있다. 근로장소는 단순히 근로를 제공하는 물리적 공간이라는 것을 넘어 근로자의 생활, 예컨대 출퇴근 거리와 시간에 큰 영향을 끼치는 요소이기도 하다. 회사의 변경으로 이동이 잦은 기간제, 단시간 근로자가 그 생활의 안정을 유지하기 위해서는 회사가 변경된다고 하더라도 근로장소에 큰 변동이 없어야 한다. 근로장소에 큰 변동이 있을 경우, 자신의 거주지 또한 변경되어야 하므로, 이사로 인한 비용과 시간이 상당히 소요될 수밖에 없다. 따라서 기간제 및 단시간 근로자의 생활안정을 기하기 위해서는 근로계약을 체결할 때 근로장소에 대한 예견가능성을 높여, 근로자가 자신의 근로장소를 합리적으로 결정할 수 있도록 하여야 한다. 이러한 취지에서 「기간제법」은 「근로

본회의 회의록 그 어디에도 「기간제법」 제17조가 왜 「근로기준법」과 달리 근로장소에 관한 사항을 서면명시대상에 포함시켰는지 그 이유에 대한 설명은 기재되어 있지 않다.

80) 고용노동부, 「기간제법 업무매뉴얼」, 2011, 90면.

기준법」 보다 강하게 근로장소(취업의 장소)에 대한 사항을 서면으로 명시하도록 하고 있는 것으로 생각된다.

다만, 「기간제법」 및 동법 시행령을 살펴보면, 근로장소(취업의 장소)는 임금, 근로계약 기간에 비하여는 덜 중요한 근로조건의 하나로 취급된다.[81] 사용자가 '근로계약 기간, 임금 등'을 서면명시하지 않았을 경우에는 과태료 금액이 1차 위반 시 50만원, 2차 위반 시 100만원, 3차 위반 시 200만원인 반면, '취업의 장소에 관한 사항'을 명시하지 않았을 경우에는 과태료 금액이 1차 위반 시 30만원, 2차 위반 시 60만원, 3차 위반 시 120만원이기 때문이다.

2. 근로조건 법정주의와 근로장소

(1) 근로조건 법정주의

「헌법」 제32조 제3항은 근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다고 규정하여 근로조건 법정주의를 명시하고 있다. 「근로기준법」은 이러한 근로조건 법정주의의 취지에 대해 명확히 규정하고 있는데, 「근로기준법」 제3조에서는 "이 법에서 정하는 근로조건은 최저기준이므로 근로관계 당사자는 이 기준을 이유로 근로조건을 낮출 수 없다."고 정하고 있고, 「근로기준법」 제15조에서는 "① 이 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한정하여 무효로 한다. ② 제1항에 따라 무효로 된 부분은 이 법에서 정한 기준에 따른다."고 규정하고 있다.

근로조건이라 함은 임금과 그 지불방법, 근로시간과 휴식시간, 휴일, 안전시설과 위생시설, 재해보상 등 근로계약에 의하여 근로자가 근로를 제공하고 임금을 수령하는 것에 관한 조건들로서, 근로조건에 관한 기준을 법률로써 정한다는 것은 근로조건에 관하여 법률이 최저한의 제한을

81) 「기간제법」 제24조 제2항 제2호, 동법 시행령 제6조 및 [별표3].

설정한다는 의미로 이해된다. 헌법재판소는 그 의미를 “헌법이 근로조건의 기준을 법률로 정하도록 한 것은 인간의 존엄에 상응하는 근로조건에 관한 기준의 확보가 사용자에 비하여 경제적·사회적으로 열등한 지위에 있는 개별 근로자의 인간존엄성 실현에 중요한 사항일 뿐만 아니라, 근로자와 그 사용자들 사이에 이해관계가 첨예하게 대립될 수 있는 사항이어서 입법자가 이를 민주적으로 조정할 필요가 있으며, 경제적·사회적 상황의 변화에 따라 인간의 존엄성에 부합하는 근로조건에 관한 기준을 탄력적으로 구체화하기 위함”이라고 한다.[82]

계약의 기본원리가 사적자치임에도 불구하고,[83] 「헌법」에서 근로조건 법정주의를 명시하고, 「근로기준법」 등을 통하여 사용자와 근로자 사이의 계약관계의 수정을 강제하는 이유는 노사 간 교섭력 차이로 인한 불합리한 결과 발생을 예방하고 이를 통해 ‘근로자의 인간존엄성 실현’을 도모하기 위한 것에 있다고 볼 수 있다.[84]

위와 같은 원칙에 따라 「근로기준법」, 「최저임금법」, 「근로자퇴직급여보장법」 등에서는 임금, 근로시간, 휴일, 연차 유급휴가, 퇴직급여의 최저기준, 최저선에 대해 여러 규정을 두고 있다. 즉, 근로조건의 최저기준을 정하여, 그 기준에 미치지 못한 근로조건을 정한 근로계약을 무효로 하는 것은 인간의 존엄성 보장을 위한 자유계약 원칙의 수정으로 이해된다.

(2) 근로장소의 경우

근로장소는 근로조건의 하나로 취급됨에도 불구하고, 「근로기준법」, 「기간제법」, 「노동조합법」에서는 근로장소의 최저기준을 정하고 있는 규정을 발견할 수 없다. 근로장소에 대한 최저기준을 정하고 있는 조

---

82) 헌법재판소 2021. 8. 31. 선고 2018헌마563 전원재판부 결정.
83) 노상헌, “근로계약과 사적 자치의 재검토”, 「노동법포럼」 제29호, 노동법이론실무학회, 2020, 74면.
84) 노상헌(2020), 위의 글, 74-75면.

항으로 선해할 수 있는 부분은 「산업안전보건법」에서 찾아볼 수 있으나 아래와 같은 이유에서 이를 근로장소에 대한 최저기준이라 보기는 어렵다.

「산업안전보건법」 제38조에 제3항에 의하면 사업주는 근로자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 장소에서 작업을 할 때 발생할 수 있는 산업재해를 예방하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.

1. 근로자가 추락할 위험이 있는 장소
2. 토사·구축물 등이 붕괴할 우려가 있는 장소
3. 물체가 떨어지거나 날아올 위험이 있는 장소
4. 천재지변으로 인한 위험이 발생할 우려가 있는 장소

사업주가 위험한 장소[85]에 대한 산업재해 예방에 필요한 조치를 취하지 않을 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처해지며,[86] 이러한 조치를 취하지 아니하여 근로자를 사망에 이르게 한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처해진다.[87] 아울러, 이를 위반하여 많은 근로자가 사망하거나 사업장 인근지역에 중대한 피해를 주는 등 대통령령으로 정하는 사고가 발생한 경우, 고용노동부장관은 관계 행정기관의 장에게 관계 법령에 따라 해당 사업의 영업정지나 그 밖의 제재를 할 것을 요청하거나 공공기관의 장에게 그 기관이 시행하는 사업의 발주 시 필요한 제한을 해당 사업자에게 할 것을 요청할 수 있다.[88]

즉, 위 규정의 내용상 사용자가 위험한 장소에 대해 산업재해를 예방하기 위하여 필요한 조치를 취하지 아니하였다면 형사처벌 등의 제재를 받는다. 그런데 동 규정의 “작업을 할 때 발생할 수 있는 산업재해를 예방하기 위하여”라는 문구에 비추어 보았을 때, 동 규정은 위험한 장소도 근로장소가 될 수 있다는 전제 하에서 사용자가 취하여야 할 조치에 관

85) 「산업안전보건법」 제38조에 제3항에서 정하고 있는 장소를 말한다.
86) 「산업안전보건법」 제168조 제1호.
87) 「산업안전보건법」 제167조 제1항.
88) 「산업안전보건법」 제159조 제1항 제1호.

하여 규율하는 규정으로 보인다. 동 규정을 근거로 위험한 장소가 근로장소로 지정될 수 없다고 보기는 어려우므로, 동 규정을 근로장소에 대한 최소기준을 설정한 것이라 해석하는 것은 타당하지 않다.[89]

한편, 「산업안전보건법」 제52조 제1항에서는 "근로자는 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있는 경우에는 작업을 중지하고 대피할 수 있다."고 규정하고 있다. 위 조항의 내용상 산업재해가 발생할 급박할 위험이 있을 경우, 근로자는 그 장소에서의 근로의 제공을 거부하고 대피할 수 있다. 이러한 측면에서 동 조항이 근로장소에 대한 최저기준을 설정한 것이라 생각해볼 수 있다.

그런데, '산업재해가 발생할 급박한 위험'이 있다는 의미는 유해물질의 누출, 질식 또는 화재·폭발의 우려가 있는 경우, 압력용기의 압력 급상승으로 파열·폭발이 예상되는 경우 등과 같이 객관적·개별적으로 보아 위험이 곧 발생할 것으로 예견되어 즉시 대피하지 않으면 작업 중인 근로자에게 중대한 위험이 가해질 수 있는 상태를 말하는 것이어서,[90] 이미 근로자가 작업을 하고 있다는 것을 전제로 하는 개념이다. '작업을 중지하고 대피할 수 있다'는 것도 역시 이미 근로자가 그 근로장소에서 근무를 하고 있다는 것을 전제로 한다. 따라서 「산업안전보건법」 제52조 제1항의 작업중지권은 근로자가 아직 근로를 제공하기 이전인 근로계약을 체결하는 단계에서는 적용될 여지는 없다.

좀 더 구체적으로 살펴보면, 근로자 입장에서 「산업안전보건법」 제52조 제1항에 따라 작업을 중지하고 위험한 장소에서의 근로제공을 거부하려면, 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있다는 점이 반드시 인정되어야 한다. 그런데, ① 근로계약 체결 단계에서 이러한 급박한 위험이 있는지 여부를 알 수 없고, ② '급박한 위험'이 있다는 의미는 근로자가 이미 그 장소에서 근로를 제공하는 도중에 '급박한 위험'을 인지한다는 의미이

89) "사업주는 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있을 때에는 즉시 작업을 중지시키고 근로자를 작업장소에서 대피시키는 등 안전 및 보건에 관하여 필요한 조치를 하여야 한다."고 정하고 있는 「산업안전보건법」 제51조도 마찬가지 이유에서 근로장소에 대한 최저기준을 정하고 있는 조항이라 보기는 어렵다.

90) 고용노동부 행정해석(산안 68320-249, 2001.06.13.).

고, ③ ‘급박한 위험’이라는 것은 단지 장소적 요인에서 비롯되는 것이 아니라 업종, 사업장, 작업 상황, 유해·위험요인의 내용에 따라 다를 수 있으며, ④ 같은 장소라 하더라도 일시나 상황에 따라 그 급박한 위험 존재여부가 달라질 수 있으므로, 근로계약을 체결하는 단계에서 「산업안전보건법」 제52조 제1항을 근거로 사용자가 제시한 근로장소(취업의 장소)를 거부하기는 어렵다. 이러한 점을 고려하면, 「산업안전보건법」 제52조 제1항은 ‘근로장소’의 최저기준을 정하고 있는 조항으로 해석되기보다는 ‘근로환경’에 대해 근로자가 취할 수 있는 조치에 대한 조항으로 이해하는 것이 바람직하다.

이외에 「남녀고용평등법」, 「근로기준법」에 의하면 직장 내 성희롱, 직장 내 괴롭힘 발생 시 근로자가 사용자에게 근무장소의 변경을 요청할 수 있다고 규정하고 있는데, 동 조항 역시 이미 근로자가 근무를 하고 있다는 것을 전제로 하는 조항인바 근로장소(취업의 장소)의 최저기준을 정하고 있는 규정이라 보기는 어렵다.

정리하면 노동관계법령 그 어디에도 근로장소(취업의 장소)의 최저기준을 직접적으로 정하고 있는 조항은 찾아볼 수 없다. 이와 같이 근로장소가 근로조건의 하나로 취급됨에도 불구하고, 근로장소를 어디로, 어떻게 정할 것인지 여부는 온전히 사용자와 근로자의 자유의사와 합의에 맡겨져 있다. 즉, 근로장소는 「헌법」 제32조, 「근로기준법」 제3조, 제15조 등에서 규정하고 있는 근로조건 법정주의의 원칙에서 벗어나 있는 근로조건으로 이해된다.

(3) 근로조건 법정주의에서 제외된 이유 추론

근로장소가 근로조건의 하나로 취급됨에도 불구하고, 「근로기준법」 등 노동관계법령에서 근로장소에 관한 최저기준을 정하지 않고 있는 이유는 분명하지 않다. 아마도 노동법의 생성 당시의 근로환경 내지 노동환경과 밀접하게 관련되어 있을 것으로 추측된다. 노동법은 산업혁명에 따른 공장제 기계공업, 체제적으로는 자본주의가 발전하면서 생성된 것

인데,[91] '근로' 내지 '노동'이라는 것은 '공장'에서 당연히 제공되는 것이라 여겨졌으므로, 근로장소를 어디로 할 것인지 여부는 문제될 여지가 없었다. 「산업안전보건법」도 "산업 안전 및 보건에 관한 기준을 확립하고 그 책임의 소재를 명확하게 하여 산업재해를 예방하고 쾌적한 작업환경을 조성함으로써 노무를 제공하는 사람의 안전 및 보건을 유지·증진함을 목적"으로 하고 있다(「산업안전보건법」 제1조). 그 문구상 "쾌적한 작업환경을 조성"한다고 되어 있어, 이미 누군가로부터 주어진 환경(장소)을 개선한다는 의미가 강하다.

권혁 교수는 "근로장소에 관하여는 아예 별도로 규율된 바가 없다. 원칙적으로 근로장소의 결정에 관한 한 사용자의 주도권이 인정되기 때문이다. 이는 너무 당연해 보였던 측면이 있다. 전통적으로 '노동'은 (i) 다수의 근로자들이 (ii) 동일한 공간에서 (iii) 동일한 시간에 (iv) 사용자에 의해 지시된 업무를 수행하는 것으로 개념화되어 왔고, 근로자의 보호를 목적으로 구축된 노동관련법 제도 역시 공간적, 시간적 동일성을 토대로 구축된 것이었기 때문이다. 재택근로는 말 그대로 매우 이례적인 경우에 불과했다. 제도화 보다는 당사자 간 합의에 맡겨 두어도 무방한 것으로 여겼던 이유가 바로 여기에 있었다."고 분석하기도 한다.[92]

다른 한편으로 근로장소의 경우 근로시간, 임금 등 다른 근로조건과는 달리 일률적인 측정 단위를 설정하기 어렵기 때문에, 최저기준도 법률의 규정으로 사전에 정하기 어려운 측면이 있다.

시간의 경우 누구에게는 1년 365일, 하루 24시간이 주어지므로, 사용자와 근로자 모두 이러한 동일한 단위, 산정기준을 전제로 일, 주, 월, 연 단위로 얼마나 일을 할 것인지 정할 수 있다. 시간의 가장 기본적인 기준이자 단위가 되는 '1초'는 전 세계적으로 통일된 단위의 하나로, 제13차 국제도량형총회(CGPM)의 결의에 따라 세슘 133 원자의 기저 상태

---

91) 임종률, 「노동법」(제13판), 박영사, 2015, 3면. 강희원, "노동법의 역사적 전개", 「노동법학」 제7호, 한국노동법학회, 1997, 152면. 우태식, "노동법의 생성과 발전과정에 대한 고찰", 「법학연구」 제21권 제3호, 한국법학회, 2021, 47면.
92) 권혁(2020), 앞의 글, 208-209면.

초미세 전이 주파수를 참조하여 1초의 정의를 하고 있고,[93] 구체적으로는 1초는 '세슘 원자 1 (133Cs)의 바닥상태에 있는 두 초미세 준위간의 전이에 대응하는 복사선의 주기의 지속시간'을 의미한다.[94] 한국표준과학연구원에서는 세슘원자시계를 바탕으로 표준시각을 공개하고 있다.[95] 입법자도, 이러한 표준화된 시간 단위, 산정기준을 바탕으로 사용자가 근로자에게 일을 시킬 수 있는 최대 한도를 '일 *시간, 주 *시간, 월 *시간'과 같은 방식으로 정할 수 있다.[96]

임금은 원칙적으로 통화로 지급하여야 하는데,[97] 통화는 말 그대로 유통되는 화폐를 의미한다. 고용노동부는 통화 지급의 원칙에 대해 국내에서 강제 통용력이 있는 화폐(「한국은행법」 제38조)로 지급하는 것을 말한다고 해석한다.[98] 따라서 임금도 시간과 마찬가지로 동일한 단위(한국은행에서 발행한 강제 통용력이 있는 화폐로서 원화)를 전제로 사용자가 얼마를 지급할 것인지, 근로자가 얼마나 지급받을 것인지, 정책적으로 최저임금은 얼마로 할 것인지를 산정할 수 있다.[99]

그런데, 근로장소는 앞서 살펴본 바와 같이 근로가 이루어지는 물리적 위치를 의미하므로, 어떠한 근로장소가 근로자에게 좋은 것인지 아니면 나쁜 것인지 판단할 수 있는 표준적인 단위를 설정하기는 어렵다. '면적'을 하나의 고려 요소로 생각해 볼 수 있기는 하나, '큰 면적'이 좋은 것인지, '협소한 면적'이 반드시 나쁜 것인지에 대해 일률적으로 판단하

---

93) 한국표준과학연구원, 「국제단위계(제9판)」, 2019, 100면.

94) 서울대학교 과학교육연구소, 「한국표준과학연구원 과학 탐방 지도자료」, 2005, 7면.

95) 한국표준과학연구원 홈페이지 참조.

(URL:https://www.kriss.re.kr/menu.es?mid=a10305020000)

96) 「근로기준법」 제50조, 제51조, 제51조의2 등 참조.

97) 「근로기준법」 제43조 제1항.

98) 고용노동부, 「근로기준법 질의회시집」, 2003, 197면의 '임금 68207-552, 2002.7.29.' 참조.

99) 「최저임금법」 및 그에 따른 최저임금 고시도 모두 '원화'를 기준으로 한다. 예컨대, 「2023년도 적용 최저임금 고시(고용노동부고시 제2022-67호)」에 의하면 2023년도 최저임금액의 시간급은 9,620원이다.

기 어렵다. 이러한 측면에서 '근로장소'에 대해서는 근로조건 법정주의를 실질적으로 적용할 수 없는 것이 아닌가 하는 의문이 들 수 있다.

그런데 근로조건에 관한 기준을 법률로써 정한다는 것은 근로조건에 관하여 법률이 최저한의 제한을 설정한다는 의미인 것이지,[100] 어떠한 일률적인 단위의 존재를 전제로 하여, 그 단위 이상을 확보해야 한다는 의미는 아니다. '제한'을 설정하는 방법은 여러 가지가 있을 수 있고, 반드시 특정한 일률적인 단위를 전제로 해야 하는 것은 아니다. 예컨대, 징계, 해고 등 인사에 관한 사항도 근로조건에 해당하는데,[101] 징계나 해고와 같은 인사에 관한 사항은 특정한 단위로 측정할 수 있는 것이 아니므로, 어느 정도의 징계나 해고가 허용될 수 있고 허용될 수 없는지, 하나의 측정 단위로 표현하기는 어렵다.

「근로기준법」은 징계나 해고의 '정당한 이유'를 요구하고 있고,[102] 해고 중 경영상 이유에 의한 해고의 경우 '긴박한 경영상의 필요' 등을 요구하고 있다.[103] 해고의 경우 해고의 예고, 해고사유 등에 대한 서면통지 규정 등을 두어 사용자가 해고를 할 때 일정한 절차를 거치도록 요구하고 있다.[104] 즉, 현행 「근로기준법」은 해고에 대해서는 '시간'이나 '통화'와 같은 객관적이고 절대적이며 일률적인 기준에 따라 그 최저한의 제한을 설정하지 아니하고, 다소 추상적이며 여러 요소들이 아울러 고려될 수 있는 '정당한 이유'[105]와 '긴박한 경영상의 필요'[106] 등을 해고에

---

100) 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌마629, 630(병합) 전원재판부 결정. 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2002헌바51 전원재판부 결정.

101) 노동법실무연구회, 「근로기준법 주해 Ⅰ (제2판)」, 박영사, 2020, 100면.

102) 「근로기준법」 제23조.

103) 「근로기준법」 제24조.

104) 「근로기준법」 제26조, 제27조.

105) 대법원은 " 해고는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 행하여져야 정당하다고 인정되고, 사회통념상 당해 근로자와 고용관계를 계속할 수 없을 정도에 이르렀는지 여부는 당해 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으

대한 최저한의 제한으로 설정하고 있다. 관련하여 홍석한 교수는 근로조건 법정주의에 따라 「근로기준법」에서 근로조건에 해당하는 해고에 대하여 '정당한 이유'와 '일정한 절차'를 해고에 대한 최소한의 기준으로 설정하였다고 보면서, "각 사안에 따라 사용자와 근로자의 구체적인 이익형량을 통해 해고의 정당성이 평가되고 근로관계의 존속 여부가 결정되도록 한 것으로 볼 수 있다."고 정리하고 있다.[107]

결국 근로조건 법정주의에 따라 근로조건에 대한 최저한의 제한을 어떻게 설정할 것인지 여부는 해당 근로조건의 성격과 내용에 따라 달리 정할 수 있다고 볼 수 있고, 근로시간이나 임금과 같이 일률적인 단위가 반드시 있어야 최저한의 제한을 정할 수 있다고 볼 것은 아니다.

'근로장소'의 경우 단일한 기준(예컨대, 면적)에 따라 그 최저한의 제한을 정하는 것은 현실적으로 어렵고 타당하지 않겠지만, 다른 방법 예컨대, 특정한 성격을 갖는 장소(자택 등 근로자의 사생활의 침해가 우려되는 장소)에 대해서는 반드시 명시적으로 근로자의 동의를 얻은 경우에만 근로장소로 지정할 수 있다고 규정하여, 근로계약에 포괄적으로 근로

로 검토하되, 근로자에게 여러 가지 징계혐의 사실이 있는 경우에는 징계사유 하나씩 또는 그 중 일부의 사유만을 가지고 판단할 것이 아니고 전체의 사유에 비추어 판단하여야 하며, 징계처분에서 징계사유로 삼지 아니한 비위행위라도 징계종류 선택의 자료로서 피징계자의 평소 소행과 근무성적, 당해 징계처분 사유 전후에 저지른 비위행위 사실 등은 징계양정을 하면서 참작자료로 삼을 수 있다."고 판시하고 있다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010다21962 판결).

106) 대법원은 긴박한 경영상의 필요, 해고회피 노력 등 「근로기준법」 제24조가 요구하고 있는 각 요건들에 대하여 "위 각 요건의 구체적 내용은 확정적·고정적인 것이 아니라 구체적 사건에서 다른 요건의 충족 정도와 관련하여 유동적으로 정해지는 것이므로 구체적 사건에서 경영상 이유에 의한 당해 해고가 위 각 요건을 모두 갖추어 정당한지 여부는 위 각 요건을 구성하는 개별사정들을 종합적으로 고려하여 판단"하여야 한다고 판시하고 있다(대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결, 2003. 11. 13. 선고 2003두4119 판결, 2010. 9. 30. 선고 2010다41089 판결).

107) 홍석한, "해고 제한의 헌법적 근거에 관한 고찰", 「법학연구」 제27권 제2호, 경상국립대학교 법학연구소, 2019, 173면.

장소를 기재한 경우라 하더라도, 특정한 성격을 갖는 장소는 근로자의 명시적 동의가 없다면 근로장소의 범위에서 제외시키는 방법 등을 생각해볼 수 있다.

(4) 근로장소에 대한 인식

사용자와 근로자는 상호 대등하여야 하지만 현실은 그렇지 않다. 사용자와 근로자의 교섭력 차이를 고려하면, 형식적·절차적으로 당사자의 합의(근로계약)에 따라 근로장소(취업의 장소)가 결정된다고 하더라도, 노동관계법령에서 근로장소에 대한 최저기준을 별도로 설정하고 있지 않는 이상, 실질적으로는 사용자의 의사에 따라 근로장소(취업의 장소)가 결정될 수밖에 없다.

위와 같은 규범 구조로 인하여, 근로장소는 근로자의 근로제공 및 삶에 있어 매우 큰 영향을 미치는 근로조건에 해당함에도 불구하고, 근로장소는 사용자로부터 주어지는 것, 사용자가 자유롭게 정할 수 있는 것으로 인식되어 왔다.

실무상으로 ① 특정한 장소 및 회사가 지정하는 기타 장소(예컨대 “회사 본사 및 기타 회사가 지정하는 장소”)로 취업의 장소를 정하거나, ② “회사의 필요에 따라 업무 장소를 변경할 수 있다.”, “회사의 업무형편에 따라 근무장소의 변경을 요구할 수 있다.”와 같은 조건을 부기하거나, ③ 취업의 장소를 공란으로 처리하거나, ④ “주식회사 OOO”와 같이 물리적 공간이 아닌 것을 취업의 장소로 명시하는 등, 사실상 사용자의 판단에 따라 사용자가 자유로이 근로장소를 결정할 수 있게 하는 경우도 심심치 않게 발견된다.

(5) 근로장소에 대한 근로권의 보장

근로계약을 체결하여 ‘취업의 장소’를 정하는 단계에 있어 사용자와

근로자 사이의 교섭력 차이로 인하여, 사실상 사용자의 임의 의사대로 근로장소를 결정할 수 있다. 그런데 이렇게 한번 '취업의 장소'가 정해지면, 그 장소적 범위 내에서는 판례상 사용자는 업무상 필요에 따라 상당한 재량을 가진다고 해석하므로, 결과적으로는 근로장소는 온전히 사용자의 권한이 된다. 판례는 근로장소는 원칙적으로 사용자의 인사권의 권한 범위 내라고 보는데,[108] 고유한 인사권의 영역이라 보는 하급심 판결도 있다.[109] 근로장소에 대한 최저기준이 없어, 근로자는 사용자가 지정한 장소에서 근로를 제공할 수 밖에 없고, 사용자가 지정하거나 변경한 근로장소가 근로자 입장에서 근로를 제공하기 부적합하거나, 자신의 생활에 일정한 타격이 초래된다고 하더라도, 근로자는 이를 따를 수밖에 없는 것이 현실이다. 인간의 존엄성 보장을 위한 근로조건 법정주의가 근로장소에 대하여는 적용되지 않고 있고, 그 결과 근로조건 법정주의를 통한 근로자의 권리 보장은 이루어지지 않고 있다.

(6) 근로자성 판단의 징표로서의 근로장소

근로조건 법정주의는 근로자를 보호하기 위한 것이므로, 근로자성은 근로조건 법정주의 적용의 전제요건이라 볼 수 있다. 오윤식 변호사는 "근로자에 해당하는 것이 바로 인간의 존엄성을 기초로 하는 근로조건 법정주의의 적용의 전제조건"이라고 하면서, "근로자성은 근로조건 법정주의에서 핵심적 기능을 담당"한다고 분석한다.[110] 따라서 어떠한 자가 근로조건 법정주의를 통한 보호를 받기 위해서는 근로자로 인정되어야 한다.

대법원은 근로자성을 판단함에 있어 계약의 형식 보다 실질을 중요시

108) 대법원 2013. 2. 28. 선고, 2010다52041 판결.
109) 서울행정법원 2011. 7. 14. 선고 2010구합32587 판결. 수원지방법원 2013. 1. 29. 선고 2012나6377 판결.
110) 오윤식, "근로조건 법정주의와 근로자성 판단", 「서울대학교 법학」 제63권 제3호, 2022, 47면.

하면서, 어떠한 자가 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 근로자에 해당하는지 여부를 판단하고 있다.[111] 근로계약이 체결되면 근로자는 사용자의 지휘, 명령에 따라 근로를 제공하여야 하는 반면, 그 대가로 임금을 수취하게 되는데, 사용자의 지휘, 명령에 종속된다는 측면에서 인격적 내지 인적으로 종속된다고 볼 수 있고, 다른 한편으로 '임금'이 생계의 수단이 된다는 점에서 경제적으로도 종속된다고 볼 수 있다. 이러한 종속성으로 인하여 근로자는 상대적으로 열악한 지위에 놓여질 수밖에 없다. 그 결과 근로관계를 사적 자치에만 맡겨둔다면 형식적으로는 대등한 당사자 사이의 계약을 통해 근로관계가 형성, 유지되는 것처럼 보일 수 있지만, 실질적으로는 사용자에 의한 일방적인 근로관계가 설정될 수 있고, 이는 노동력의 착취로 이어질 수 있다. 종속적인 관계로 인하여 열악한 위치에 놓일 수밖에 없는 근로자에 대한 보호의 필요성에서 노동법의 존재 의의를 찾을 수 있다.[112]

대법원은 인적 종속성과 경제적 종속성을 모두 고려하여 근로자성이 인정되는 여부를 살펴보고 있다. 대법원은 "종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다.

---

111) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다51417 판결.
112) 오윤석(2022), 앞의 글, 151면.

다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다."고 판시하고 있다.[113]

위 판시 내용에서도 살펴볼 수 있듯이, '사용자가 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지 여부'는 근로자성 판단에 중요한 요소로 자리매김하고 있다. 근로계약상 정해진 '취업의 장소' 범위 내에서 사용자는 근로계약상 인정되는 노무지휘권에 따라 근로자가 실제 어디서 근무를 할 것인지 그 '근무장소'를 지정하거나 변경할 수 있는데, 근로자가 이러한 사용자의 '근무장소'의 지정이나 변경에 구속되는지 여부는 근로자성 판단에 있어 하나의 징표가 된다.

위와 같이 근로장소는 근로조건 법정주의 적용을 위한 전제요건에 해당하는 '근로자성'의 중요한 판단요소로 자리하고 있다. 그런데 앞서 살펴본 바와 같이 근로장소에 대하여는 근로조건 법정주의가 적용되지 않는다. 노동관계법령 그 어디에도 근로장소에 대한 최저 기준을 정하고 있는 조항을 발견할 수 없다. 이를 정리하면, 보호가 필요한 근로자에 해당하는지 여부를 살펴봄에 있어서는 '근로장소'는 중요한 표지로 인식되나, 정작 근로자로 인정된 이후에 그 '근로장소'에 대해 근로자를 보호할 법적 장치는 존재하지 않는다. 쉽게 말하면 도움이 필요한 사람인지를 판단하는 데 있어 근로장소는 중요한 요소가 되기는 하지만, 정작 도움이 필요한 사람으로 밝혀졌을 때, 법적으로 도와줄 장치는 없는 것이 된다.

---

113) 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009다51417 판결. 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결. 대법원 2007. 9. 7. 선고 2006도777 판결 등.

제3장 근로장소에 대한 법률관계

제1절 근로장소에 대한 근로자의 권리

Ⅰ. 근로권으로서의 일할 환경에 관한 권리

1. 근로권의 개념과 법적 권리성

(1) 근로권의 개념

「헌법」 제32조는 "① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다. ② 모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의원칙에 따라 법률로 정한다. ③ 근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다. ④ 여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다. ⑤ 연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다. ⑥ 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다."고 정하여 근로의 권리(이하 "근로권")를 기본권의 하나로 보장한다.

모든 국민은 근로의 권리를 가지므로, 국가가 근로를 강제할 수는 없다. "근로"란 "정신노동과 육체노동"을 말하고(「근로기준법」 제2조 제1항 제3호), "근로계약"이란 "근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약"을 의미하므로(「근로기준법」 제2조 제1항 제4호), "근로권"라 함은 임금 목적으로 한 정신노동과 육체노동을 할 권리를 말한다.

모든 국민은 「헌법」 제32조에 따라 근로권을 가지므로, 근로(임금 목적으로 한 정신노동과 육체노동)를 할 것인지 아니면 하지 않을 것인지, 만약 한다면 어떠한 형태와 내용으로 할 것인지 자유로이 결정할 수 있다.[114]

(2) 주관적 권리성 인정 여부

근로권의 주관적 권리성을 인정할 수 있는지 여부에 대하여 프로그램 규정설, 규범적 기대권설은 근로권의 주관적 권리로서의 성격을 부정하고 있으나, 현재는 프로그램 규정설이나 규범적 기대권설을 취하는 입장은 거의 없는 것으로 보인다. 근로권이 법적 권리라는 점에 대해서는 대체로 찬성하는 것으로 보인다.[115]

근로권의 주관적 권리성을 인정하는 법적 권리설은 근로권이 추상적 권리라는 견해와 구체적 권리라는 견해로 나뉜다. 추상적 권리설은 근로권이 구체적인 입법에 의해 실현될 수 있는 권리에 불과하므로, 국가에 대하여 입법 및 정책 등 조치를 요구할 수 있는 권리로 보고 있다.[116] 이에 비해 구체적 권리설은 국가 또는 공공단체에 요구할 수 있는 현실적인 권리로 이해하고 있다.[117]

한편 “오늘날 근로기준법, 직업안정법, 고용정책기본법, 고용보험법, 근로자직업능력개발법 등 다수의 고용관련 입법들을 통해 이미 근로권의 상당한 부분들이 구체적 권리로 형성되어 있기 때문에 근로권의 법적 성격에 관한 논의에서 근로권이 추상적 권리인가 아니면 구체적 권리인가의 대립은 이제 더 이상 실익이 없는 논쟁”이라 보는 견해도 있다. 동

114) 정종섭, 「헌법학원론(제7판)」, 박영사, 2012, 752-753면.
115) 한인상, “근로권의 의의와 주요 입법과제”, 「노동법연구」 제36호, 서울대노동법연구회, 2014, 88면.
116) 김형배, 「노동법(제20판)」, 박영사, 2011, 124면.
117) 노호창, “헌법상 근로권의 내용과 성격에 대한 재해석”, 「노동법연구」 제30호, 서울대노동법연구회, 2011. 149면.

견해에서는 근로권 규정의 대부분의 내용들은 구체적 권리로 형성되어 있는데, 이러한 상황에서 기존의 논의들이 가지고 있는 법리적 모순을 극복하기 위해서는 현행 헌법의 근로권이 가진 법적 성격에 대한 새로운 이해가 필요하다고 하면서, 현행 헌법상의 근로권의 법적 성격을 구체적 권리설에서 한 걸음 더 나아가 이를 대체성 내지 보충성을 가진 구체적 권리로 보게 된다면(소위 대체적 권리설) 기존의 완전한 근로권, 한정적 근로권 논의의 대립이라든가 추상적 권리설과 구체적 권리설의 대립을 극복할 수 있게 된다고 설명한다.[118]

근로의 권리가 기본권에 해당하는 이상 구체적인 청구권이 발생하므로 이를 두고 구체적인 권리냐 추상적 권리냐 하는 것은 의미가 없다고 보면서, 문제의 핵심은 근로의 권리의 구체적인 내용이 무엇이냐 하는 점이라고 보는 견해도 있다.[119]

권리란 사람이 자신의 의지에 따라 일정한 이익을 향유 하도록 법이 인정한 힘을 의미한다.[120] 그 발생, 이전, 소멸은 강요되는 것이 아니라 사람의 자유의지에 따라 결정되는 것이며 그 이익이 자연현상에서 주어지는 힘이 아니라 법체계의 보장에 의해서 주어지는 힘이라 볼 수 있다.[121]

그런데, 권리가 추상적이어서 국가의 입법이 있어야만 비로소 실현될 수 있는 것이라 본다면, 그 권리는 사람이 자신의 자유의지에 따라 향유할 수 있는 것이 아니라, 국가의 선택에 따라 향유 여부가 결정되는 것이므로, 권리라 볼 수 없다. 이에 대해 '입법의 청구'를 자유의사로 행할 수 있으므로, 법률의 제정을 요청할 수 있는 권리로 일응 접근해볼 수 있으나, '입법의 청구'를 한다고 하여 반드시 법률이 제정, 개정되는 것이 아니라는 점, '입법의 청구'는 절차적인 사항으로 향유할 성질의 것이 아니라는 점 등에 비추어 볼 때 '입법의 청구'를 일정한 이익이라 보기도

---

118) 노호창(2011), 위의 글, 151면.
119) 정종섭(2012), 앞의 책, 753면.
120) 서봉석, "한국과 독일의 권리개념 비교", 「홍익법학」 제20권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2019, 224면.
121) 송덕수, 「민법총칙」, 박영사, 2011, 80면.

어렵다.

근로권을 추상적 권리로 본다는 것은 사실상 근로권을 현존하는 권리가 아니라 국가에 의해 추후 실현될 가능성이 있는 잠재적 권리로 취급하는 것과 같다. 이 경우 헌법상 근로권은 당장은 권리가 아니지만 '앞으로 이러한 내용이 근로권의 내용이 되어 권리가 될 수 있다.'를 선언하거나 예정한 것에 불과하게 된다. 따라서 근로권을 추상적 권리로 본다는 것은 결국 근로권의 권리성을 부정하는 것과 크게 다를 바 없는 것으로 생각된다. 다른 부분을 차치하더라도 「헌법」 제32조 제1항에서 "모든 국민의 근로의 권리를 가진다."고 분명하게 명시하였음에도 불구하고, 근로권을 권리가 아닌 다른 개념으로 해석하거나 이해하는 것은 타당하지 않다.

(3) 근로권과 일할 환경에 관한 권리

근로권을 구체적 권리라고 본다면, 노동관계 법령을 통해 구체화 되지 않았다고 하더라도 근로권은 그 자체로 재판규범으로서의 효력이 있고, 국가를 구속한다고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고, 근로권으로서의 근로장소에 대한 권리가 법령상 어떻게 구체화 되어 있는지 여부를 살펴보는 것은 근로장소에 대한 근로권이 어떻게, 어디까지 보장되고 있는지, 법령상 공백이 있다면 헌법상 근로권에서 정하고 있는 일할 환경에 관한 권리가 어디까지 어떻게 보충할 수 있는지 여부를 확인해볼 수 있다는 점에서 의미가 있다. 이에 중요한 것은 근로권의 구체적인 내용과 범위가 무엇이냐 하는 점이다.

「헌법」 제32조 제3항은 근로조건의 기준이 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정하도록 하고 있고, 「헌법」 제32조 제1항은 그 중 가장 중요한 근로조건이라 볼 수 있는 임금과 관련하여서는 직접적으로 '적정임금의 보장'에 대한 노력과 '최저임금제'의 시행을 요구하고 있다.

「헌법」의 규정을 살펴보면, 「헌법」이 단순히 '근로'를 보장하고 있는 것을 넘어, '적정한 근로'를 보장하고 있다는 사실을 알 수 있다. 일

설은 「헌법」 제32조 제1항 제1문과 「헌법」 제32조 제3항이 근로권의 중핵이 된다고 보면서, 양자를 함께 해석하면 근로권은 '인간의 존엄성이 보장되는 근로를 할 권리'로 구체화 된다고 설명한다.[122] 이러한 측면에서 「헌법」은 근로의 기회만을 보장하는 것이 아니라 적절한 근로(근로자의 존엄성을 보장)까지 보장하고 있다고 볼 수 있고, 이러한 적절한 근로의 보장은 '일할 환경에 관한 권리'로 나타난다.

헌법재판소도 근로의 권리는 '일할 자리에 관한 권리'만이 아니라 '일할 환경에 관한 권리'도 내포한다고 보면서, 근로의 권리 중 '일할 환경에 관한 권리'는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다고 보고 있다.[123] 여기서의 근로조건은 임금과 그 지불방법, 취업시간과 휴식시간 등 근로계약에 의하여 근로자가 근로를 제공하고 임금을 수령하는 데 관한 조건들을 말한다.[124]

(4) 근로권의 대사인적 효력

헌법상의 기본권은 1차적으로 개인의 자유로운 영역을 공권력의 침해로부터 보호하기 위한 방어적 권리이므로, 기본적으로는 국가에 대한 권리로 이해된다. 근로권도 이와 마찬가지로 그 내용을 살펴보면, 「헌법」 제32조 제1항은 "국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다"고, 「헌법」 제32조 제3항은 "근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다."고 정하고 있어, 기

122) 양승광, "헌법상 근로권 체계의 재구성 - 헌법 제32조 제2항 및 제3항의 재발견 -", 「노동법연구」 제44호, 서울대학교 노동법연구회, 2018, 206면.
123) 헌법재판소 2007. 8. 30. 2004헌마670 결정, 헌법재판소 2016. 3. 31. 2014헌마367 결정.
124) 헌법재판소 2003. 7. 24. 2002헌바51 결정.

본적으로 근로권도 국가에 대하여 행사할 수 있는 권리로 이해된다.

그런데 이와 같이 헌법상 보장된 기본권 규정이 사인간에도 효력이 인정되어 기본권이 사인의 법률행위 또는 사인 간의 법률관계에도 적용될 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 근로권과 관련하여 이미 「근로기준법」, 「최저임금법」, 「노동조합법」 등에 근로권을 구체화하는 여러 관련 규정이 도입되어 있기 때문에, 근로권에 있어 기본권의 대사인적 효력 문제는 큰 실익이 없는 내용일 수 있다.

그러나 '근로장소'와 관련하여서는 「근로기준법」, 「최저임금법」, 「노동조합법」등 여러 노동관계법령에서 그 최저기준에 대해 규율하고 있는 바가 없어, 근로장소에 대한 근로권, 즉 일할 환경에 관한 권리가 사용자와 근로자 사이에서 발생하는 근로관계에 대해 어떠한 법적 영향을 끼칠 수 있는지 여부를 탐구하는 것은 매우 중요한 문제다.

대법원은 '종립 사립고교 종교교육 사건'에서 기본권의 대사인적 효력을 인정하면서, 기본권이 어떠한 과정을 거쳐 재판규범으로서 기능하는지 여부에 대하여 "헌법상 기본권은 (중략) 다른 한편으로 헌법의 기본적인 결단인 객관적인 가치질서를 구체화한 것으로서, 사법(私法)을 포함한 모든 법 영역에 그 영향을 미치는 것이므로 사인간의 사적인 법률관계도 헌법상의 기본권 규정에 적합하게 규율되어야 한다. 다만 기본권 규정은 그 성질상 사법관계에 직접 적용될 수 있는 예외적인 것을 제외하고는 사법상의 일반원칙을 규정한 민법 제2조, 제103조, 제750조, 제751조 등의 내용을 형성하고 그 해석 기준이 되어 간접적으로 사법관계에 효력을 미치게 된다."고 정리하고 있다.[125]

기본권에 대한 침해는 국가뿐만 아니라 기업, 정당, 다른 개인 등 여러 주체로부터 이루어질 수 있어, 기본권을 사인 상호 간의 법률관계에 있어서도 확장될 필요성이 있다는 점을 고려해보았을 때, 기본권을 구체화 하는 법률이 없다고 하더라도 기본권은 사법상 일반조항의 해석 기준이 되어 간접적으로 사인 간의 법률관계에 적용된다고 보는 것이 타당하다.

---

125) 대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결.

2. 일할 환경에 관한 권리와 근로장소

(1) 서설

앞서 살펴본 바와 같이 근로권에는 일할 환경에 관한 권리가 포함된다. 일할 환경에 관한 권리는 건강한 작업환경을 요구할 권리, 일에 대한 정당한 보수를 요구할 권리, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 권리로 구성된다. 일에 대한 정당한 보수를 요구할 권리는 최저임금제도, 근로자 퇴직급여의 보장, 임금 및 퇴직금 우선 변제 제도 등으로 구체화되어 있다.

근로장소와 관련하여 주목해야 할 부분은 건강한 작업환경을 요구할 권리와 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 권리인데, 근로장소가 작업환경의 하나로 취급되거나 근로조건의 하나로 취급된다면, 근로장소와 관련하여서도 건강하고 안전한 근로장소를 요구할 권리, 합리적인 근로장소를 요구할 권리가 근로권의 한 부분으로서 인정될 수 있다.

(2) 건강하고 안전한 작업환경과 근로장소

우선 근로장소가 작업환경에 해당하는지 여부에 대해 살펴보면, 근로장소라 함은 근로가 제공되는 물리적 공간을 의미하므로, 이는 작업환경의 토대가 된다. 따라서 건강한 작업환경을 요구할 수 있는 권리는 건강하고 안전한 근로장소를 요구할 수 있는 권리를 포함한다. 이는 후술할 근로자의 근로장소 변경요청권, 근로장소 선택권의 인정근거가 된다. 여러 외부적 요인으로 인하여 근로자가 위험한 작업환경(장소)에 노출된 경우, 이를 회피하기 위하여 근로장소를 변경해줄 것을 요청할 수 있는 권리가 근로자에게 있다고 볼 수 있기 때문이다. 예컨대, 회사의 건물에 붕괴의 위험이 있거나 코로나-19 감염 가능성이 높은 경우 등 여러 외

부적 요인으로 인하여 근로자가 위험한 작업환경(장소)에 노출된 경우, 이를 회피하기 위하여 근로장소를 변경해줄 것을 요청하는 경우를 생각해볼 수 있다.

(3) 합리적인 근로조건과 근로장소

근로장소는 임금, 근로시간 등과 같은 근로조건에 해당하므로, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리에는 합리적인 근로장소의 보장을 요구할 수 있는 권리가 포함된다. 예컨대, 사용자가 지정한 근로장소가 사생활의 침해 우려가 있거나(자택 등), 현실적으로 근로를 제공하기 어려운 장소이거나(길거리), 지나치게 멀거나 빈번하게 변경되는 등의 사정으로 근로자가 합리적으로 근로제공을 하기 어려운 경우에는 근로를 제공하기 적합한 장소로 근로장소를 지정 내지 변경해줄 것을 요청할 수 있는 권리가 근로자에게 있다고 볼 수 있다.

(4) 소결

근로의 권리가 근로자에게 근로장소를 마음대로 선택하거나 결정할 권리를 부여한다고 해석하기는 어렵지만 적어도 '건강하고 안전하며 합리적인 근로장소를 요구할 권리'는 근로의 권리 중 일할 환경에 관한 권리의 하나로 인정할 수 있다.

Ⅱ. 근로권의 구체화: 노동관계법령과 근로장소

1. 건강하고 안전한 장소에서 근로할 권리

(1) 서설

건강하고 안전한 환경(장소)에서 근로할 권리는 「산업안전보건법」, 「남녀고용평등법」, 「근로기준법」 등 노동관계 법령에서 구체화되고 있다.

(2) 직장 내 성희롱과 근로장소

1) 직장 내 성희롱 금지규정의 목적

「남녀고용평등법」에서는 사업주, 상급자 또는 근로자는 직장 내 성희롱을 하여서는 아니 된다고 규정하면서(제12조), 사업주가 직장 내 성희롱 방지를 위하여 실시하여야 하는 예방 교육(제13조, 제13조의2), 직장 내 성희롱 발생 시 취하여야 할 조사 등 여러 조치(제14조)를 의무화하고 있다.

「남녀고용평등법」 제13조 제1항에 의하면 “사업주는 직장 내 성희롱을 예방하고 근로자가 안전한 근로환경에서 일할 수 있는 여건을 조성하기 위하여 직장 내 성희롱의 예방을 위한 교육을 매년 실시”하여야 한다. 동 조항의 문구에서도 명확히 확인할 수 있듯이 사업주가 실시하여야 하는 직장 내 성희롱 예방교육의 목적은 근로자가 건강하고 안전한 환경에서 근로할 수 있는 여건을 보장해주기 위한 것이다.

「남녀고용평등법」 제14조에서는 직장 내 성희롱 발생 시 사업주가 취하여야 할 여러 조치에 대해 의무화 하고 있다. 제14조의 입법목적이 ‘직장 내 성희롱을 예방하고 근로자가 안전한 근로환경에서 일할 수 있는 여건’을 조성하기 위한 것인지 여부에 대해서는 법에 명시되어 있지 않다. 다만, 법 개정 연혁을 보면, 제14조의 목적 또한 제13조와 동일하게 근로자가 안전한 근로환경에서 일할 수 있는 여건 조성에 있다는 점을 추론할 수 있다.

직장 내 성희롱 예방에 관한 규정은 「남녀고용평등법」이 법률 제5933호로 1999. 2. 8. 일부개정되면서 도입되었는데, 동법 제8조의2 제1항

은 사업주로 하여금 직장내 성희롱을 예방하고 근로자가 안전한 근로환경에서 일할 수 있는 여건조성을 위하여 '직장내 성희롱의 예방을 위한 교육의 실시' 및 '직장내 성희롱을 한 자에 대한 부서전환, 징계 기타 이에 준하는 조치'를 하도록 하고 있다. 직장 내 성희롱 예방 교육뿐만 직장 내 성희롱 발생 시 사업주가 취하여야 할 조치도 그 목적이 근로자가 안전한 근로환경에서 일할 수 있는 여건조성에 있다는 점이 명시되어 있는 것이다. 이러한 제8조의2 규정이 점차 확대되어 현행 「남녀고용평등법」의 제13조 내지 제14조로 존재하고 있다는 점을 고려하면, 현행 「남녀고용평등법」 제14조의 입법목적 또한 근로자가 안전한 근로환경에서 일할 수 있는 여건의 조성에 있다고 볼 수 있다.[126]

2) 직장 내 성희롱 발생 시 조치의무와 근무장소

「남녀고용평등법」 제14조에서는 직장 내 성희롱 발생 시 사업주가 취하여야 할 조치에 대해 자세히 정하고 있다. 이러한 조치는 크게 ① 직장 내 성희롱 행위에 대한 사업주의 조사의무, ② 조사 기간 동안의 피해를 입은 근로자 또는 피해를 입었다고 주장하는 근로자(이하 "피해근로자등")를 보호하기 위한 사업주의 조치, ③ 직장 내 성희롱 사실 확인 이후의 피해근로자등에 대한 조치, ④ 직장 내 성희롱 사실 확인 이후의 가해자에 대한 조치로 구분된다. 이중 ② 내지 ④는 근로장소의 변경과 밀접한 관련이 있다. 이에 대해 구체적으로 살펴보면 아래와 같다.

우선, 사업주는 직장 내 성희롱 신고를 받거나 직장 내 성희롱 발생 사실을 알게 된 경우에는 지체 없이 그 사실 확인을 위한 조사를 하여야

126) 김영경 박사는 직장 내 성희롱 문제에 대해서 사용자책임을 강화해야 한다고 주장하면서, 그 이유에 대해 "사용자가 직장 내 성희롱 문제에 대한 중요한 책임의 주체가 되고 근로 현장에서 발생하는 성희롱의 불법성이 중대함을 인지하여 근로자에게 안전하고 쾌적한 근로환경을 제공할 의무가 사용자에게 있기 때문"이라 설명한다. 김영경, "직장 내 성희롱 피해와 사용자책임", 「홍익법학」 제19권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2018, 218면.

하는데(제14조 제2항), 사업주는 이러한 조사 기간 동안 피해근로자등을 보호하기 위하여 필요한 경우 해당 피해근로자등에 대하여 근무장소의 변경, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 취하여야 한다(제14조 제3항 전단). 이 경우 사업주는 피해근로자등의 의사에 반하는 조치를 하여서는 아니 된다(제14조 제3항 후단). 이러한 조치는 사전적 의미에서의 피해근로자등에 대한 보호조치로 이해된다. 성희롱 가해자와 피해자가 같은 또는 인접한 장소에서 근무하고 있을 경우, 피해근로자등이 심리적인 불안감에 빠질 우려가 있음은 물론, 가해자가 성희롱 신고 및 조사에 대한 앙심을 품고 피해자에 대하여 2차 가해를 할 수 있기 때문에 성희롱 조사기간 중 가해자와 피해자의 업무 및 장소 분리는 불가피하게 요구된다.[127] 이러한 점을 고려하여 현행 「남녀고용평등법」 제14조 제3항은 사업주에게 직장 내 성희롱 조사과정 등에서 피해근로자등에게 추가적인 피해가 발생하지 아니하도록 의무를 부여하고, 직장 내 성희롱 피해근로자등에 대한 사전적인 보호조치를 명시하여 직장 내 성희롱 피해근로자등에 대한 보호를 실질화 하고 있다. 다만, 보호조치에 따른 가해자와 피해근로자등의 업무 내지 장소의 분리가 피해근로자등의 의사에 반하여 이루어지는 경우, 예컨대, 가해근로자가 아닌 피해근로자의 근무지가 이전되고 그 이전된 근무지가 피해근로자에게 불이익한 경우(피해근로자의 출퇴근 거리가 멀어지거나, 피해근로자가 제대로 실적을 내거나 업무를 영위할 수 없는 장소 배치 받는 등), 가해자로부터 2차 피해는 면하더라도 근무장소의 변경으로 인한 추가적인 피해가 야기될 수 있다. 이에 현행 「남녀고용평등법」 제14조 제3항 후단에서는 위와 같이 사업주가 성희롱 조사과정에서 피해근로자등에게 근무장소의 변경, 유급휴가 명령을 함에 있어 피해근로자등의 의사에 구속되도록 하고 있다. 제14조 제3항 위반에 대해 「남녀고용평등법」은 제재규정(형사처벌, 과태료 등)을 두

127) (사)여성노동법률지원센터에 의하면, 직장 내 성희롱 피해자가 회사에 성희롱 사실을 보고한 후 휴가, 휴직을 하는 사례도 있고, 심지어 마주치지 않기 위해서 무단결근을 하는 경우도 있다고 한다. 민대숙, “직장 내 성희롱 개념의 확장과 실효성 강화에 대한 소고”, 「이화젠더법학」 제4권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2012, 102면.

고 있지 않아 실효성이 문제될 여지는 있다.

이와 같은 조치는 「남녀고용평등법」이 법률 제15109호로 2017. 11. 28. 일부개정되어 2018. 5. 29. 시행되면서 비로소 도입되었다. 이전까지 직장 내 성희롱 사건이 조사 및 처리되는 과정에서 피해자 등을 보호하기 위한 규정이 없어, 수많은 직장 내 성희롱 피해자들이 문제를 제기한 이후 이루어지는 2차 피해로 직장을 그만둔 것으로 파악된다.[128]

한편, 「남녀고용평등법」 제14조 제4항에서는 직장 내 성희롱 행위의 재발 방지 및 2차 피해 예방을 보다 실질화하기 위하여 사업주로 하여금 직장 내 성희롱 행위가 확인된 때에 피해근로자가 요청하면 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하도록 의무화 하고 있다. 사업주가 이를 위반하여 근무장소의 변경 등 적절한 조치를 취하지 않은 경우 500만원 이하의 과태료가 부과되고(「남녀고용평등법」 제39조 제3항 제1의5호), 시정신청 대상이 된다.[129]

「남녀고용평등법」 제14조 제5항에서는 가해자에 대한 사업주의 조치를 정하고 있는데, 사업주는 직장 내 성희롱 행위에 대한 조사 결과 직장 내 성희롱 발생 사실이 확인된 때에는 지체 없이 직장 내 성희롱 행위를 한 사람에 대하여 징계, 근무장소의 변경 등 필요한 조치를 하여야 한다(「남녀고용평등법」 제14조 제5항 전단). 이 경우 사업주는 징계 등의 조치를 하기 전에 그 조치에 대하여 직장 내 성희롱 피해를 입은 근로자의 의견을 들어야 한다(「남녀고용평등법」 제14조 제5항 후단). 사업주가 제14조 제5항을 위반하여 징계, 근무장소의 변경 등 필요한 조치를 취하지 아니한 경우 500만원 이하의 과태료가 부과된다(「남녀고용평등법」 제39조 제3항 제1의6호).

3) 근무장소 변경조치의 취지

---

128) 김민정, “직장 내 성희롱 피해재 보호 강화에 관한 연구”, 「이화젠더법학」 제7권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2015, 194면.

129) 「남녀고용평등법」 제26조 제1항 제2호. 시정신청에 대해서는 제3절에서 구체적으로 살펴본다.

위와 같이 현행 「남녀고용평등법」은 직장 내 성희롱의 재발 방지 및 2차 피해 예방을 위한 장치로 ① 사전적인 근무장소의 변경(조사기간 동안의 피해근로자등에 대한 근무장소의 변경), ② 사후적인 근무장소의 변경(피해근로자 및 가해자)을 하도록 하고 있다. 동법은 사업주가 이러한 조치를 함에 있어 피해근로자의 근무장소가 변경되는 경우에는 피해자가 요청한 바에 따라 근무장소가 변경되도록 하거나 또는 피해자의 의사에 반하지 않도록 규율하는 한편, 가해자의 근무장소가 변경되는 경우에는 피해자의 의견을 청취하도록 하고 있다.

정리하면 「남녀고용평등법」은 직장 내 성희롱 행위 발생 시 근로장소의 지정·변경과 관련하여 사업주의 재량을 상당부분 축소하고, 피해근로자등의 요청 또는 의사에 따라 근로장소가 변경되도록 규율하고 있다. 이는 '성희롱'이라는 근로자에게 정신적, 신체적 고통을 가할 수 있는 위험 내지 위협이 근로자에게 가해질 경우, 근로자의 배치에 관한 사용자(기업)의 영업의 자유보다, 근로권(일할 환경에 관한 권리) 그 중에서도 건강하고 안전한 작업환경을 요구할 권리가 우선하여 근로관계에 적용되도록 법제화 한 것으로 이해할 수 있다.

위와 같은 피해근로자등의 근로장소 변경요청권은 비교적 최근에야 법제화 되었다. 「남녀고용평등법」이 법률 제15109호로 2017. 11. 28. 일부 개정되어 2018. 5. 29. 시행되기 이전까지는 「남녀고용평등법」은 사업주에게 '직장 내 성희롱 발생이 확인된 경우 행위자에 대한 징계 또는 이에 준하는 조치를 할 의무'만 부과하였고, 피해근로자등에 대한 보호조치, 가해자의 근무장소 변경에 대한 피해자의 의견청취 조항은 별도로 두지 않았다.[130] 그러다 직장 내 성희롱이 심각한 사회 문제로 대두되자,

---

130) 그 전문은 아래와 같다.

"제14조(직장 내 성희롱 발생 시 조치) ① 사업주는 직장 내 성희롱 발생이 확인된 경우 지체 없이 행위자에 대하여 징계나 그 밖에 이에 준하는 조치를 하여야 한다. ② 사업주는 직장 내 성희롱과 관련하여 피해를 입은 근로자 또는 성희롱 피해 발생을 주장하는 근로자에게 해고나 그 밖의 불리한 조치를 하여

직장 내 성희롱의 재발 방지 및 2차 피해 예방을 위해서는 사업주의 보다 적극적인 노력이 필요하므로 성희롱 행위자에 대한 조치의무 외에 조사의무 및 피해근로자의 보호를 위한 조치의무 등을 부과할 필요성이 있다는 판단에 따라 「남녀고용평등법」의 직장 내 성희롱 방지에 대한 조항이 대폭 개정되어 현재에 이르고 있다.[131]

4) 기타: 고객 등에 의한 성희롱 관련 규정

「남녀고용평등법」은 직장 내 성희롱 행위 이외에도 고객 등 업무와 밀접한 관련이 있는 사람으로부터 비롯되는 성희롱 행위와 관련하여도 피해근로자에 대한 보호규정을 두고 있다.

「남녀고용평등법」 제14조의2 제1항에 의하면 "사업주는 고객 등 업무와 밀접한 관련이 있는 사람이 업무수행 과정에서 성적인 언동 등을 통하여 근로자에게 성적 굴욕감 또는 혐오감 등을 느끼게 하여 해당 근로자가 그로 인한 고충 해소를 요청할 경우 근무장소 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등 적절한 조치를 하여야 한다.". 고객 등에 의한 성희롱 방지 조항은 「남녀고용평등법」이 법률 제8781호, 2007. 12. 21. 일부개정되어 2008. 6. 22.에 시행되면서 도입되었고, 사소한 법률용어 정비를 거쳐 현재에 이르고 있다.[132]

「남녀고용평등법」 제14조, 제14조의2에 따른 사항에 관하여 근로자가 고충을 신고하였을 때에는 사업주는 노사협의회에 고충의 처리를 위임하는 등 자율적인 해결을 위하여 노력하여야 한다(제25조). 근로자는 사업주로부터 「남녀고용평등법」 제14조 제4항 또는 제14조의2 제1항에 따른 적절한 조치를 하지 아니한 행위에 대하여 노동위원회에 그 시

서는 아니 된다."

131) 손충덕, 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고서 (권미혁 의원 대표발의, 의안번호 제2001767호)」, 국회 환경노동위원회, 2016, 6면.

132) 법률용어 정비의 일환으로 동 조항의 '자'가 '사람'으로 변경되었다(「남녀고용평등법」 법률 제17326호 제정·개정이유 참조).

정을 신청할 수 있다(제26조).

(3) 직장 내 괴롭힘과 근로장소

1) 「근로기준법」의 관련 규정의 도입과 그 취지

‘직장 내 괴롭힘’과 관련한 근무장소의 변경 관련 조항은 「근로기준법」에서 정하고 있다.

직장 내에서의 괴롭힘으로 동료를 사망에 이르게 하는 사고가 발생하는 등 직장 내 괴롭힘으로 인한 문제가 심각해지고 있고, 직장 내 괴롭힘은 근로자의 정신적·신체적 건강에 악영향을 끼칠 뿐만 아니라 기업에도 막대한 비용부담을 초래하게 되므로 이에 대한 대책이 필요하다는 여론에 따라 지난 2019년 직장 내 괴롭힘에 관한 조항이 「근로기준법」 개정으로 도입되었다.

현행 「근로기준법」[133]에서는 사용자 또는 근로자는 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위(이하 “직장 내 괴롭힘”)를 하여서는 아니 된다고 규정하면서(「근로기준법」 제76조의2), 직장 내 괴롭힘 발생 시 사용자가 취하여야 할 조치에 대해 정하고 있다(「근로기준법」 제76조의3).

2) 직장 내 괴롭힘 발생 시 사업주의 조치의무

「근로기준법」 제76조의3 제1항에 의하면, “누구든지 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 알게 된 경우 그 사실을 사용자에게 신고”할 수 있고, 근로기준법」 제76조의3 제2항에 의하면 사용자는 이러한 신고를 접수하

133) 법률 제18176호, 2021. 5. 18. 일부 개정되어 2021. 11. 19.부터 시행된 것을 의미한다.

거나 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 인지한 경우에는 “지체 없이 당사자 등을 대상으로 그 사실 확인을 위하여 객관적으로 조사를 실시”하여야 한다.

「근로기준법」 제76조의3 제3항에 의하면 사용자는 직장 내 괴롭힘 조사 기간 동안 직장 내 괴롭힘과 관련하여 피해를 입은 근로자 또는 피해를 입었다고 주장하는 근로자(이하 “피해근로자등”)를 보호하기 위하여 필요한 경우 해당 피해근로자등에 대하여 근무장소의 변경, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 한다(제3항 전단). 이 경우 사용자는 피해근로자등의 의사에 반하는 조치를 하여서는 아니 된다(제3항 후단). 이러한 조치는 「남녀고용평등법」 제14조 제3항 전단에서 정하고 있는 사전적 조치와 유사한데, 직장 내 괴롭힘 가해자와 피해자가 같은 또는 인접한 장소에서 근무하고 있을 경우, 피해근로자등이 심리적인 불안감에 빠질 우려가 있음은 물론, 가해자가 직장 내 괴롭힘 신고 및 조사에 대한 앙심을 품고 피해자에 대하여 2차 가해를 할 수 있기 때문에 조사과정 등에서 피해근로자등에게 추가적인 피해가 발생하지 아니하도록 이러한 규정을 둔 것으로 이해된다.[134] 「남녀고용평등법」과 유사하게 「근로기준법」에서도 제76조의3 제3항 위반에 대해 제재규정(형사처벌, 과태료 등)을 두고 있지 않아 실효성이 문제될 여지는 있다.

한편, 사용자는 조사 결과 직장 내 괴롭힘 발생 사실이 확인된 때에는 피해근로자가 요청하면 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 한다(「근로기준법」 제76조의3 제4항). 이를 위반한 경우 500만원 이하의 과태료가 부과된다(「근로기준법」 제116조 제2항 제2호).

「근로기준법」은 사용자의 직장 내 괴롭힘 행위자(가해자)에 대한 조치도 의무화 하고 있는데, 사용자는 따른 조사 결과 직장 내 괴롭힘

---

134) 고용노동부에 의하면, 직장 내 괴롭힘 사건의 사업장 내 해결에 있어 가장 중요한 것은 가해자에 대한 처벌이 아니라 피해자의 피해상태의 회복, 인격권이 보호되는 근무환경의 확립이라고 한다. 고용노동부, 「직장 내 괴롭힘 판단 및 예방·대응 매뉴얼」, 2020, 35면.

발생 사실이 확인된 때에는 지체 없이 행위자에 대하여 징계, 근무장소의 변경 등 필요한 조치를 하여야 한다(「근로기준법」 제76조의3 제5항 전단). 이 경우 사용자는 징계 등의 조치를 하기 전에 그 조치에 대하여 피해근로자의 의견을 들어야 한다(「근로기준법」 제76조의3 제5항 후단). 이를 위반한 경우 500만원 이하의 과태료가 부과된다(「근로기준법」 제116조 제2항 제2호).

정리하면, 「근로기준법」에서도 「남녀고용평등법」이 직장 내 성희롱에 대해 규율하고 있는 것과 유사하게 '괴롭힘'이라는 근로자에게 정신적, 신체적 고통을 가할 수 있는 위험 내지 위협이 근로자에게 가해질 경우, 근로자의 배치에 관한 사용자(기업)의 영업의 자유보다, 근로권(일할 환경에 관한 권리) 그 중에서도 건강하고 안전한 작업환경을 요구할 권리가 우선하여 근로관계에 적용되도록 규율하고 있다. 직장 내 괴롭힘은 근로자의 인격권뿐만 아니라 건강권, 근로권을 침해하고 경우에 따라서는 평등권까지 침해할 수 있는데,[135] 「근로기준법」의 직장 내 괴롭힘 관련 규정은 이를 예방하기 위해 존재하는 것이므로, 근로자의 근로권 보장의 장치로서 기능한다고 볼 수 있다.

(4) 「산업안전보건법」의 작업중지권과 근로장소

1) 서설

「산업안전보건법」에는 근로장소와 관련하여 근로자의 안전 또는 건강을 보장하기 위한 여러 규정을 두고 있다.

2) 「산업안전보건법」상 근무장소 관련 규정

135) 문준혁, "직장 내 괴롭힘에 대한 노동법적 검토", 서울대학교 석사학위논문, 2015, 52-63면.

가. 안전보건표지의 설치·부착

우선 「산업안전보건법」 제37조에 의하면 “사업주는 유해하거나 위험한 장소·시설·물질에 대한 경고, 비상시에 대처하기 위한 지시·안내 또는 그 밖에 근로자의 안전 및 보건 의식을 고취하기 위한 사항 등을 그림, 기호 및 글자 등으로 나타낸 표지(이하 이 조에서 “안전보건표지”라 한다)를 근로자가 쉽게 알아 볼 수 있도록 설치하거나 붙여야 한다. 이 경우 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」 제2조에 따른 외국인근로자(같은 조 단서에 따른 사람을 포함한다)를 사용하는 사업주는 안전보건표지를 고용노동부장관이 정하는 바에 따라 해당 외국인근로자의 모국어로 작성”하여야 한다.

나. 안전조치

「산업안전보건법」 제38조에서는 사업주가 근로장소와 관련하여 취하여야 할 안전조치에 대해 정하고 있는데, 이에 의하면 사업주는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 장소에서 작업을 할 때 발생할 수 있는 산업재해를 예방하기 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.[136]

1. 근로자가 추락할 위험이 있는 장소
2. 토사·구축물 등이 붕괴할 우려가 있는 장소
3. 물체가 떨어지거나 날아올 위험이 있는 장소
4. 천재지변으로 인한 위험이 발생할 우려가 있는 장소

다. 사업주의 작업중지

136) 관련 안전보건규칙에 따르는 것만으로는 충분하지 않다. 대법원에 의하면, “안전보건규칙과 관련한 일정한 조치가 있었다고 하더라도 해당 산업현장의 구체적 실태에 비추어 예상 가능한 산업재해를 예방할 수 있을 정도의 실질적인 안전조치에 이르지 못할 경우에는 안전보건규칙을 준수하였다고 볼 수 없다.”고 한다(대법원 2022. 7. 14. 선고 2020도9188 판결).

한편, 사업주는 「산업안전보건법」 제51조에 따라 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있을 때에는 즉시 작업을 중지시키고 근로자를 작업장소에서 대피시키는 등 안전 및 보건에 관하여 필요한 조치를 하여야 한다.

라. 중대재해 발생 시 사업주의 조치

「산업안전보건법」 제54조에 의하면 사업주는 “중대재해가 발생하였을 때에는 즉시 해당 작업을 중지시키고 근로자를 작업장소에서 대피시키는 등 안전 및 보건에 관하여 필요한 조치”를 하여야 한다(제1항). 사업주는 “중대재해가 발생한 사실을 알게 된 경우에는 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 지체 없이 고용노동부장관에게 보고하여야 한다. 다만, 천재지변 등 부득이한 사유가 발생한 경우에는 그 사유가 소멸되면 지체 없이 보고”하여야 한다(제2항).

마. 중대재해 발생 시 고용노동부장관의 작업중지 조치

「산업안전보건법」 제55조는 중대재해 발생 시 고용노동부장관의 조치를 의무화 하고 있는데, 고용노동부장관은 중대재해가 발생하였을 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 작업으로 인하여 해당 사업장에 산업재해가 다시 발생할 급박한 위험이 있다고 판단되는 경우에는 그 작업의 중지를 명할 수 있다(제1항).

1. 중대재해가 발생한 해당 작업
2. 중대재해가 발생한 작업과 동일한 작업

아울러 고용노동부장관은 토사·구축물의 붕괴, 화재·폭발, 유해하거나 위험한 물질의 누출 등으로 인하여 중대재해가 발생하여 그 재해가 발생한 장소 주변으로 산업재해가 확산될 수 있다고 판단되는 등 불가피

한 경우에는 해당 사업장의 작업을 중지할 수 있다(제2항).

고용노동부장관은 사업주가 제1항 또는 제2항에 따른 작업중지의 해제를 요청한 경우에는 작업중지 해제에 관한 전문가 등으로 구성된 심의위원회의 심의를 거쳐 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 제1항 또는 제2항에 따른 작업중지를 해제하여야 한다(제3항).

바. 건강진단 관련

「산업안전보건법」은 제129조(일반건강진단), 제130조(특수건강진단 등), 제131조(임시건강진단 명령 등) 등 여러 관련 규정을 통하여 사업주로 하여금 근로자에게 건강진단을 실시하도록 하고 있다. 사업주는 이러한 제129조부터 제131조까지의 규정 또는 다른 법령에 따른 건강진단의 결과 근로자의 건강을 유지하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 작업장소 변경, 작업 전환, 근로시간 단축, 야간근로(오후 10시부터 다음 날 오전 6시까지 사이의 근로를 말한다) 제한, 작업환경측정 또는 시설·설비의 설치·개선 등 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 적절한 조치를 하여야 한다(제132조 제4항). 이를 위반하여 작업장소 변경 등의 적절한 조치를 하지 아니 한자는 1천만원 이하의 벌금에 처해진다.[137] 이러한 적절한 조치를 하여야 하는 사업주로서 고용노동부령으로 정하는 사업주[138]는 그 조치 결과를 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 고용노동부장관에게 제출하여야 한다(제132조 제5항).

사. 검토

---

137) 「산업안전보건법」 제171조 제4호.

138) 「산업안전보건법 시행규칙」 제210조 제3항에 의하면 법 제132조 제5항에서 “고용노동부령으로 정하는 사업주”란 특수건강진단, 수시건강진단, 임시건강진단의 결과 특정 근로자에 대하여 근로 금지 및 제한, 작업전환, 근로시간 단축, 직업병 확진 의뢰 안내의 조치가 필요하다는 건강진단을 실시한 의사의 소견이 있는 건강진단 결과표를 송부 받은 사업주를 말한다.

위와 같이 「산업안전보건법」은 근로자가 건강하고 안전한 환경에서 근로할 권리를 보장하기 위하여, 고용노동부장관, 사업주 등에 대하여 여러 조치를 취하도록 하고 있다. 즉, 규제기관과 사업주에게 근로자의 건강과 안전을 보장하기 위한 조치를 취하도록 함으로써, 근로자의 건강하고 안전한 환경에서 근로할 권리가 보장되도록 하고 있다.

3) 근로자의 작업중지권과 근무장소

한편, 이러한 수동적 형태의 권리 보장에서 벗어나, 근로자의 스스로의 판단에 따라 적극적으로 자신의 건강과 안전을 지키기 위하여 근로장소(근무장소)의 변경을 요청할 수 있는 권리가 「산업안전보건법」에 있는지 여부에 대해 살펴보면, 「산업안전보건법」 제52조의 근로자의 작업중지 규정에서 그 가능성을 엿볼 수 있다.[139]

「산업안전보건법」 제52조 제1항에 의하면 "① 근로자는 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있는 경우에는 작업을 중지하고 대피할 수 있다. ② 제1항에 따라 작업을 중지하고 대피한 근로자는 지체 없이 그 사실을 관리감독자 또는 그 밖에 부서의 장(이하 "관리감독자등"이라 한다)에게 보고하여야 한다. ③ 관리감독자등은 제2항에 따른 보고를 받으면 안전 및 보건에 관하여 필요한 조치를 하여야 한다. ④ 사업주는 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있다고 근로자가 믿을 만한 합리적인 이유가 있을 때에는 제1항에 따라 작업을 중지하고 대피한 근로자에 대하여 해고나

---

139) 제정 「산업안전보건법」(법률 제3532호로 1981. 12. 31. 제정되어 1982. 7. 1. 시행된 것)은 제20조에서 아래와 같이 근로자의 작업중지권을 규정하였는데, 현행 「산업안전보건법」 제52조의 작업중지 규정은 이러한 규정이 개정된 결과라 볼 수 있다.

"제20조 (작업중지등) 사업주는 산업재해발생의 급박한 위험이 있을 때에는 즉시 작업을 중지시키고 근로자를 작업장소로부터 대피시키는 등 필요한 조치를 하여야 한다."

그 밖의 불리한 처우를 해서는 아니 된다.”.

앞서 살펴본 바와 같이 헌법상 근로권은 일할 환경에 대한 권리도 포함하고, 이러한 일할 환경에 대한 권리에는 건강하고 안전한 환경에서 근로를 제공할 권리가 포함된다. 「산업안전보건법」은 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있는 경우에 근로자가 작업을 중지하고 그 근로장소(근무장소)에서 대피할 수 있다고 규정함으로써 근로자의 건강하고 안전한 환경에서 근로할 권리를 ‘작업중지권’이라는 형태로 보장하고 있다.[140]

다만, 「산업안전보건법」의 근로자의 작업중지권은 근로자가 현재 근로장소(근무장소)를 벗어나 다른 근로장소(근무장소)에서 근무할 수 있도록 근로장소(근무장소)의 변경을 요청할 권리까지 포함한다고 볼 수는 없다. 그 대신 근로자로 하여금 사업주가 제공한 근로장소(근무장소)에서 대피할 권리를 보장한다. 근로자가 자신의 건강과 안전이 보다 더 잘 보장되는 근로장소(근무장소)에서 근무하겠다면서 해당 근로장소(근무장소)로 옮겨서 업무를 하겠다는 것까지는 인정되지 않지만, 최소한 산업재해가 발생할 급박함 위험이 있는 경우에는 현재 근로장소(근무장소)에서 벗어날 수 있도록 함으로써, 근로자의 안전을 도모하고 있다.

2. 합리적인 근로장소를 요구할 권리

(1) 서설

「헌법」 제32조 제3항은 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장

---

140) 노상헌 교수는 이러한 작업중지는 사용자의 의무이자 근로자의 권리라고 보면서, “긴박하고 현존하는 위험이 있음에도 불구하고 영업적 이익을 위해 근로자에게 근로제공을 강요하는 것은 미필적 살인행위”라고 한다. 노상헌, “산업안전보건법상 작업중지권”, 「노동법포럼」 제16호, 노동법이론실무학회, 2015, 69·73면.

하도록 법률로 정한다."고 규정하고 있다. 대등한 당사자 사이에서는 계약 자유의 원칙이 적용되는 것이 합당하고, 그 원칙에 따라 당사자 사이에서의 법률관계를 해석하는 것이 타당하겠지만, 대등하지 않은 당사자 사이에서 계약 자유의 원칙만을 적용하는 것은 약자에게 불공정한 계약을 강요하는 것과 같다. 이러한 측면에서 우리 「헌법」은 대등하지 못한 당사자 사이에서 이루어지는 근로계약 관계에 대하여 법률에 의한 강제적인 수정을 도모하고 있다. 인간의 존엄성을 보장하기 위하여 근로조건의 최저기준을 어느 정도로 정해야 하는지 여부는 입법자의 재량에 맡겨져 있는데, 근로시간에 대한 제한, 임금 및 퇴직금에 대한 최저기준, 휴가 지급 기준 등 여러 근로조건에 대하여 「근로기준법」, 「최저임금법」, 「남녀고용평등법」, 「산업안전보건법」 등에서 그 기준을 정하고 있다. 그런데, 근로장소와 관련하여서는 어떠한 장소가 합리적인 장소인 것인지, 어떠한 장소가 합리적이지 않은 장소인 것인지, 그 최저기준은 어떻게 되는 것인지 여부에 대하여 노동관계법령에서 아무런 정함이 없다. 「근로기준법」과 「기간제법」에서는 단지 근로장소를 근로조건으로 하나로 취급하여 명시대상으로 삼고 있을 뿐이다.

(2) 근로장소의 명시

앞서 살펴본 바와 같이 현행 「근로기준법」 및 「기간제법」에서는 근로장소와 관련하여 사용자로 하여금 근로계약을 체결 또는 변경할 때 명시하도록 하는 것 이외에 특별히 정하는 바는 없다. 그렇다면 근로장소를 명시하도록 한 것이 근로권을 구체화한 것이라 볼 수 있을 것인지, 그 함의는 무엇인지가 중요하다.

근로장소를 명시하도록 한 것은 근로장소에 대한 권리가 사용자의 고유의 인사권에 속하지 아니하고, 근로자에게도 일정한 권리가 있음을 명백히 한 것이라 이해할 수 있다.[141]

---

141) 헌법재판소는 근로조건 명시의무의 입법취지를 「헌법」 제32조 제1항의 근로권에서 찾고 있다. 헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2004헌바77 결정.

근로계약을 체결할 때 근로장소를 명시하라는 것은 근로장소를 근로계약의 내용으로 포함하라는 것과 같다. 근로장소가 근로계약의 내용으로 포함되는 경우, 이의 변경을 위해서는 근로자의 동의를 얻어야 한다. 따라서 근로계약을 체결할 때에 근로장소를 명시하라는 규정의 의미는 근로장소를 정할 때에 근로자의 동의 내지 승낙을 받으라는 것으로 이해된다.

근로장소에 대한 의사결정이 사용자의 고유의 인사권 영역이라 본다면 구태여 근로장소를 근로조건의 하나로 취급하고 근로계약 체결 시 이를 명시하도록 할 필요는 없다. 사용자의 고유 권한이라면 사용자의 필요에 따라 근로장소를 정하면 충분할 뿐, 근로자의 동의나 승낙이 필요한 것이라 볼 수 없기 때문이다. 결국, 「근로기준법」 제17조, 「기간제법」 제17조는 근로장소에 대하여도 근로자의 근로권이 있다는 것을 전제로 만들어진 규정이라 이해할 수 있다. 다만, 이러한 규정들은 근로장소에 대해 양 당사자가 협의하여 명시하라는 것에 불과할 뿐, 근로장소에 대한 최저기준을 설정하는 것은 아니다.

헌법재판소는 근로조건 명시제도의 취지에 대하여 “헌법이 근로조건의 기준을 법률로 정하도록 한 것은 인간의 존엄에 상응하는 근로조건에 관한 기준의 확보가 사용자에 비하여 경제적·사회적으로 열등한 지위에 있는 개별 근로자의 인간존엄성의 실현에 중요한 사항일 뿐만 아니라, 근로자와 사용자 간의 이해관계는 첨예하게 대립될 수 있는 사항이므로 사회적 평화를 위해서도 입법자가 이를 법률로 정할 필요성이 크기 때문이다(헌재 2003. 7. 24. 2002헌바51, 판례집 15-2, 103, 118-119 참조). 이와 같은 헌법규정을 근거로 하여 근로자의 기본적 생활을 보장, 향상시키고 균형있는 국민경제의 발전을 도모하기 위하여 제정된 근로기준법은 근로관계의 성립·존속 또는 종료와 관련하여 근로자를 보호하기 위한 여러 가지 제도와 규정을 마련하고 있다. 그 중 하나가 사용자의 근로조건 명시의무규정(제24조)이다. 근로계약에 있어 사용자와 근로자 사이에는 사실상의 교섭력 차이가 실질적으로 존재하고, 경제적으로 우월한 지위에 있는 사용자가 근로조건을 구체적으로 명시하지 않거나 확정적 근

로조건을 제시하지 않음으로 근로자에게 불리하거나 부당한 근로를 강요할 위험이 항시 존재한다. 이에 근로기준법 제24조는 사용자로 하여금 '근로계약 체결 시' 근로자에 대하여 '임금, 근로시간 기타 근로조건을 명시'하도록 하고 이 경우 "임금의 구성항목, 계산방법 및 지급방법에 관한 사항에 대해서는 대통령령이 명시한 방법"에 따르도록 규정하고 있다. 이는 근로시장에서 근로자가 근로조건이 미확정된 상태에서 계약관계에 들어서는 위험을 미연에 방지하고 발생할 수 있는 분쟁을 예방하며, 분쟁이 발생한 경우 당해 근로조건에 대해 객관적 입증이 용이할 수 있도록 하기 위함이다. 또한 이 사건 처벌조항인 근로기준법 제115조 제1호는 근로기준법 제24조를 위반한 경우 500만 원 이하의 벌금형을 규정하여 동 규정의 실행을 담보하도록 하고 있다."고 설명한다.[142]

정리하면 「근로기준법」, 「기간제법」에서 정하고 있는 근로장소에 대한 명시의무 조항은 근로자에게 근로장소에 대한 근로권이 있음을 전제로 한 조항이기는 하나, 근로조건으로서의 근로장소에 대한 최저기준을 정하는 조항이 아니어서, 합리적인 근로장소를 요구할 권리가 법률로 구체화 되어 있지는 않다.

제2절 근로장소에 대한 사용자의 권리

Ⅰ. 근로장소와 영업·기업의 자유

1. 직업선택의 자유

「헌법」 제15조는 "모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다."고 명시하고 있다. 조문상 직업의 선택 내지 결정에 있어서의 자유만을 의미하는 것으로 보이나, 그 해석상 직업의 수행에 관한 자유도 포함된 개념으

142) 헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2004헌바77 결정.

로 이해된다.

직업이라 함은 “생계를 유지하기 위하여 자신의 적성과 능력에 따라 일정한 기간 동안 계속하여 종사하는 일”을 의미한다.[143] 직업을 선택한다는 의미를 협소하게 어떠한 일을 할 것인지 선택한다는 의미로만 해석할 수도 있지만, “직업”이라는 개념의 포괄성을 고려하면, 직업을 선택한다는 의미는 어떠한 공간(직장)에서, 어떠한 종류의 일(직종)을 어떻게(직무) 수행할 것인지 선택한다는 의미로 이해하는 것이 타당하며, 이러한 관점에서 본다면 직업선택의 자유는 직업의 선택은 물론 그 직업을 어떻게 수행할 것인지 여부를 포괄하는 “직업의 자유”를 보장하는 규정으로 이해된다.

헌법재판소도 「헌법」 제15조에서 말하는 직업에 대하여 “생활의 기본적 수요를 충족시키기 위해서 행하는 계속적 소득활동을 의미하며, 이러한 내용의 활동인한 그 종류나 성질을 묻지 않는다.”고 판시하여 직업의 범위를 넓게 보고 있고,[144] “직업선택의 자유라 함은 자신이 원하는 직업을 자유로이 선택하고 이에 종사하는 등 직업에 관한 종합적이고 포괄적인 자유”를 말한다고 판시하여 「헌법」 제15조의 직업선택의 자유를 직업 수행에 대한 자유까지 포함하는 넓은 개념으로 이해한다.[145]

2. 직업의 자유의 주체

(1) 「헌법」 제15조

「헌법」 제15조에서는 직업의 자유의 주체를 “모든 국민”이라 정하고 있다. 따라서 대한민국 국적을 가진 자연인이 직업의 자유의 주체가 된다는 점에 대해서는 이론의 여지가 없다. 다만, 법인 즉 기업도 이러한

143) 국립국어원, 「표준국어대사전(https://stdict.korean.go.kr)」.
144) 헌법재판소 1998. 3. 26. 97헌마194 결정.
145) 헌법재판소 1996. 4. 25. 92헌바47 결정

직업의 자유의 주체가 되는지 여부는 불분명하다.

(2) 법인이 주체가 되는지 여부

직업의 자유는 봉건 신분제 사회에서 출신과 배경에 따라 직업이 구속되는 '신민'에서 근대 시민사회에서 자신의 의사에 따라 자유로이 계약을 통해 직업을 선택하는 '시민'으로의 전환에 따라 나타난 개념으로 이해되므로,[146] '시민'에 해당할 수 있는 자연인만 직업의 자유의 주체가 된다고 볼 여지가 있다.

법인은 자연인이 아니면서 법에 의하여 권리 능력이 부여되는 사단과 재단 등을 의미하는 데, 이를 '신민'과 '시민'의 관점에서 보면, '시민'들의 자유로운 직업 선택의 결과물 내지 직업 선택의 발현 형태라고 볼 수 있다. 사람들에게 익숙한 주식회사의 경우 영국의 동인도회사, 네덜란드의 동인도회사를 그 기원으로 하는데, ① 주주의 유한책임, ② 소유와 경영의 분리 등을 통해 사업 실패에 대한 위험을 제한하여 대규모의 자금조달을 가능하도록 한 기업의 형태다. 자본가 관점에서 보면 주식회사는 대규모의 자금조달이 필요한 사업(일종의 직업)을 영위하기 위하여 선택한 결과물이라 볼 수 있다. 헌법재판소도 "법인의 설립은 그 자체가 간접적인 직업선택의 한 방법이다"라고 판시하고 있다.[147]

그런데 만약 직업의 자유에 직업선택의 자유만이 포함된다고 본다면, '법인의 설립'은 자연인이 직업을 선택하는 하나의 방법에 해당하므로, '법인 설립의 자유'는 직업의 자유에 포함된다고 볼 수 있지만, 법인의 설립으로써 그 자유의 행사는 종결되고, 그 법인이 어떻게 사업을 수행할 것인지 여부는 직업의 선택이 아닌 직업의 수행에 관한 것인바 직업의 자유의 내용이 될 수 없으며 따라서 법인은 직업의 자유의 주체가 되지 못한다고 볼 수 있다.

---

146) 권건보, "직업의 자유에 관한 헌법재판소 판례의 주요 법리 분석", 「아주법학」 제12권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2018. 14면.
147) 헌법재판소 1996. 4. 25. 92헌바47 결정

하지만 앞서 살펴본 바와 같이 직업의 자유에는 직업의 선택에 관한 자유뿐만 아니라 직업의 수행에 관한 자유가 포함되므로, 법인이 어떻게 영업 내지 사업을 수행할 것인지 여부는 직업의 수행의 자유의 내용의 하나로 인정된다고 볼 수 있다. 따라서 법인도 직업의 자유(그 중에서도 직업 수행의 자유)의 주체로서 인정될 여지가 있다.

헌법재판소는 "우리 헌법은 법인의 기본권향유능력을 인정하는 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 본래 자연인에게 적용되는 기본권규정이라도 언론·출판의 자유, 재산권의 보장 등과 같이 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권을 당연히 법인에게도 적용하여야 한 것으로 본다. 따라서 법인도 사단법인·재단법인 또는 영리법인·비영리법인을 가리지 아니하고 위 한계 내에서는 헌법상 보장된 기본권이 침해되었음을 이유로 헌법소원심판을 청구할 수 있다."고 결정한 바 있다.[148] 헌법재판소는 이와 같이 법인도 성질상 법인이 누릴 수 있는 기본권에 대해서는 주체가 된다고 본다.

직업선택의 자유가 법인이 누릴 수 있는 기본권에 해당하는지 여부와 관련하여 헌법재판소는 "법인의 설립이나 지점 등의 설치, 활동거점의 이전 등은 법인이 그 존립이나 통상적인 활동을 위하여 필연적으로 요구되는 기본적인 행위유형들이라고 할 것이므로 이를 제한하는 것은 결국 헌법상 법인에게 보장된 직업수행의 자유와 거주·이전의 자유를 제한하는 것인가의 문제로 귀결된다."고 하여 직업수행의 자유는 헌법상 법인에게도 인정되는 기본권이라고 본다.[149]

이러한 전제 하에서 "법률해석의 기본원칙인 문리해석에 의할 때, 법인은 약사가 아닌 것이 명백하고, 이는 구성원(주식회사의 경우에는 주주, 합명회사, 합자회사, 유한회사의 경우에는 사원을 의미한다) 전원이 약사로 된 법인이라 해도 마찬가지이며, 이러한 법문의 명백성에도 불구하고 이를 확장하여 법인도 약국을 개설할 수 있는 것으로 해석할 근거가 없을 뿐 아니라, 현재 법원과 행정기관에서도 이 사건 법률조항에 의

148) 헌법재판소 1991. 6. 3. 90헌마56 결정.
149) 헌법재판소 1996. 3. 28. 94헌바42 결정.

하여 법인은 약국을 개설할 수 없는 것으로 해석하고 있는 점 등을 고려할 때, 결국 이 사건 법률조항은 모든 법인의 약국개설을 허용하지 않고 있는 것으로 볼 수밖에 없다. 그렇다면, 이 사건 법률조항에 의하여 약사가 아닌 자연인 및 이들로 구성된 법인은 물론 약사들로만 구성된 법인의 약국설립 및 경영이라는 직업수행도 제한되고, 따라서, 약사 개인들이 법인을 구성하는 방법으로 그 직업을 수행하는 자유도 제한된다고 하겠다."고 판단한 헌법재판소 결정도 있다.[150]

직업의 선택 방법은 취업뿐만 아니라 창업도 있고, 창업의 방법에는 법인의 설립이 포함되므로, 법인의 설립은 직업 선택의 방법의 하나에 해당한다. 따라서 법인의 설립은 직업 선택의 자유에 의해 보호될 수 있다고 보아야 한다.

한편, 직업의 선택 방법으로 회사에 취직하여 종속적 노동을 제공하는 대신, 법인을 설립하여 독립적으로 사업을 영위할 경우, 선택한 직업(법인)을 수행하는 방법은 어떻게 법인을 운영하는지 여부로 나타나게 된다. 직업의 자유에 직업 수행의 자유가 포함된다면, 법인(기업)을 어떻게 운영할 것인지 여부는 직업 수행의 자유에 의해 보호될 수 있다고 보는 것이 타당하며, 이러한 점에서 법인(기업)도 직업의 자유의 주체가 될 수 있다고 볼 수 있다.

3. 직업수행의 자유와 영업·기업의 자유

직업수행의 자유는 직업영위의 자유와 직장선택의 자유로 구분해볼 수 있다. 직업영위의 자유는 "자기가 영위하고 있는 직업에서 직업활동을 할 자유"를 말하고, 여기에는 "직업활동에 있어서 시간, 장소, 형태, 수단, 조직 등에서의 자유"를 포함한다.[151] 직업활동을 기업활동으로 치환하여 보면, 사업체 또는 기업체가 자신의 사업에 있어서 시간, 장소,

150) 헌법재판소 2002. 9. 19. 2000헌바84 결정.
151) 정종섭(2012), 앞의 책, 667면.

형태, 수단, 조직 등을 어떻게 선택할 것인지 여부는 직업영위의 자유로서 직업수행의 자유의 한 부분을 구성한다.

헌법재판소는 “직업의 자유는 영업의 자유와 기업을 자유를 포함하고, 이러한 영업 및 기업의 자유를 근거로 원칙적으로 누구나가 자유롭게 경쟁에 참여할 수 있다. 경쟁의 자유는 기본권의 주체가 직업의 자유를 실제로 행사함에 따라 나오는 결과이므로 당연히 직업의 자유에 의하여 보장되고, 다른 기업과의 경쟁에서 국가의 간섭이나 방해를 받지 않고 기업활동을 할 수 있는 자유를 의미한다. 소비자는 물품 및 용역의 구입·사용에 있어서 거래의 상대방, 구입장소, 가격, 거래조건 등을 자유로이 선택할 권리를 가진다.”고 보고 있다.[152]

4. 근로장소와 사용자의 영업의 자유

(1) 사용자의 영업의 자유의 범위

「헌법」 제15조에서 규정하고 있는 직업의 자유를 기업활동 측면에서 보면, 이는 기업이 그가 선택한 사업 또는 영업을 자유롭게 경영하고 이를 위한 의사결정의 자유로 해석된다. 구체적으로는 기업활동에 있어서 시간, 장소, 형태, 수단, 조직 등에서의 자유를 말한다고 볼 수 있다. 어디에서 어떻게 회사를 운영할 것인지, 예컨대 법인의 설립은 어디에서 하며, 본점의 주소지는 어디로 하고, 업종은 무엇으로 하며, 정관이나 회사의 규정은 어떻게 정하며, 회사의 형태는 어떠한 형태로 하며(주식회사, 합명회사 등), 이를 뒷받침하기 위한 조직 운영은 어떻게 할 것인지 등이 있다.

기업이 본점의 소재지, 공장의 위치, 개별 근로자들의 근무장소를 어디로 할 것인지 여부는 기업의 업무수행과 매우 밀접하게 관련된 기업활동의 일환이라 볼 수 있으므로, 이는 기업의 자유, 영업의 자유의 영역에

152) 헌법재판소 1996. 12. 26. 96헌가18 결정.

속한다고 볼 수 있다. 따라서 근로장소를 어디로 할 것인지 여부는 「헌법」 제15조 제1항에서 도출되는 사용자(기업)의 영업의 자유의 부분을 구성한다고 볼 수 있다.

(2) 사용자의 영업의 자유와 근로권 충돌의 영역

근로장소에 관한 사항이 사용자의 영업의 자유의 대상이 된다고 하더라도, 이것이 영업의 자유 내지 경영권의 본질에 속하는 사항이라거나 고유의 인사권의 내용에 해당하여 보아 근로자의 권리가 인정되지 않는 영역에 해당한다고 보기는 어렵다.

우선 ① 근로장소의 경우 앞서 살펴본 바와 같이 근로조건의 하나에 해당하는 점, ② 근로조건은 단체교섭의 대상이 된다는 점에서(「노동조합법」 제2조 제5호) 사용자가 일방적으로 결정할 성질의 것이 아니라는 점, ③ 근로장소의 경우 근로조건의 하나로 명시의무(기간제 및 단시간 근로자의 경우 서면명시)의 대상이라는 점, ④ 근로장소에 관한 권리는 근로권의 내용을 구성한다는 점 등에 비추어 보면 근로장소에 대한 사항이 사용자의 영업의 자유의 대상에 포함된다고 하더라도 근로장소가 영업의 자유 내지 경영권의 본질에 속하는 사항이라거나 고유의 인사권의 내용에 해당한다고는 보기는 어렵다.[153]

대법원 스스로도 모순에 빠져 있는데, 경영권의 불가침성을 선언한 2002년 조폐공사 사건 판결을 보면 대법원은 “정리해고나 사업조직의 통폐합 등 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 불순한 의도로

153) 사업운영권으로서의 경영권은 법적 권리라 보기 어려우므로, 근로장소와 관련하여 사용자가 영업의 자유를 가진다고 하더라도, 근로장소에 관하여 사용자가 경영권을 가진다고 보기 어렵다. 따라서 근로장소의 변경을 수반하는 사용자의 처분이 경영권(인사권)의 고유한 영역이라고 보는 것은 그 논의의 전제부터 잘못되었다고 생각된다.

추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 노동조합이 실질적으로 그 실시 자체를 반대하기 위하여 쟁의행위에 나아간다면, 비록 그 실시로 인하여 근로자들의 지위나 근로조건의 변경이 필연적으로 수반된다 하더라도 그 쟁의행위는 목적의 정당성을 인정할 수 없다."고 판시하고 있다.[154] 즉, 고도의 경영상 결단에 속하는 사항이라면 단체교섭의 대상이 될 수 없다는 것인데, 만약 근로장소가 이러한 사항에 속한다면, 근로장소 역시 단체교섭의 대상이 될 수 없다.

그런데, 근로장소가 근로조건의 하나에 해당함은 이론의 여지가 없고, 「헌법」은 '근로조건'의 향상을 위하여 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 인정하고 있으므로(「헌법」 제33조 제1항), 근로장소가 근로조건에 해당하는 이상, 단체교섭의 대상이 된다는 것은 분명하다. 따라서 근로조건에 해당하는 근로장소는 고도의 경영상 결단에 속하는 사항, 즉 경영권의 불가침 영역에 해당하는 사항이라 볼 수 없다.

대법원이 모순에 빠지지 않기 위해서는 "원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하는 사항"·"사용자의 고유권한인 경영권의 범위에 속하는 것"과 "고도의 경영상 결단에 속하는 사항"이 서로 다른 의미로 사용되었다는 것을 인정하여야 한다. 그런데, ① 문언상 위 사항들이 서로 구분되지 아니하고, ② 구분된다고 하더라도 "고도의 경영상 결단에 속하는 사항"이면서 "사용자의 고유권한인 경영권의 범위에 속하지 않는 것"이 어떠한 것들이 있는지 상정하기 어렵다. 따라서 근로장소에 관한 사항은 기본적으로 사용자의 영업의 자유와 근로권이 충돌하는 영역이지, 경영권의 본질에 속하는 사항이라거나 고유의 인사권의 내용에 해당하는 사항이라 볼 수 없다.

Ⅱ. 근로장소와 경영권

1. 경영권의 도출

154) 대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5380 판결.

대법원은 “헌법 제23조 제1항, 제119조 제1항, 제15조 규정들의 취지를 기업활동의 측면에서 보면, 모든 기업은 그가 선택한 사업 또는 영업을 자유롭게 경영하고 이를 위한 의사결정의 자유를 가지며, 사업 또는 영업을 변경(확장 축소 전환)하거나 처분(폐지 양도)할 수 있는 자유를 가지고 있고, 이는 헌법에 의하여 보장되고 있는 것이다.”고 판시하고 있다.[155]

그런데, 대법원은 “이를 통틀어 경영권이라 부르기도 한다”고 판시하며 「헌법」 제15조의 직업선택의 자유, 「헌법」 제23조 제1항, 「헌법」 제119조 제1항에서 기업의 경영권을 도출하고 있다.[156]

“통틀어”라는 표현에서 살펴볼 수 있듯이 대법원에서 상정하고 있는 ‘경영권’이라는 개념은 매우 포괄적인 의미로 사용된 것으로 보인다. 대법원에서 설시한 내용을 통틀어 보면, 대법원이 말하는 ‘경영권’이란 기업이 그가 선택한 사업 또는 영업을 자유롭게 경영, 변경, 처분할 수 있는 권리를 말한다.

우리가 통상 기업이라 부르는 회사는 상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 설립한 법인을 말한다(「상법」 제169조). 따라서 기업의 존립 목적은 영리를 목적으로 한 사업 또는 영업에 있다. 대법원이 말하는 경영권은 ‘기업이 기업 스스로 선택한 사업 또는 영업을 자유롭게 경영, 변경, 처분할 수 있는 권리’인데, 이러한 권리를 갖는다는 의미는 기업이 자신의 존립 목적 범위 내에서 모든 권리를 갖는다는 것과 같다.

대법원도 이러한 문제를 의식하여, 경영권의 배타성에 대해서는 자제하는 태도를 보인다. 대법원은 “모든 자유와 권리에는 그 내재적 한계가 있을 뿐만 아니라, 헌법 제23조 제2항이 '재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.'라고 규정하고 있고, 기업의 이러한 권리의 행사는 경우에 따라 기업에 소속된 근로자의 지위나 근로조건에 영향을 줄

---

155) 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003도687 판결. 대법원 2018. 9. 13. 선고 2017두38560 판결.

156) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002도7225 판결.

수 있어 근로자의 노동3권과 충돌이 일어날 수 있기 때문"에 기업의 이러한 경영권이 신성불가침의 절대적 권리일 수는 없다고 판시하고 있다.[157]

그럼에도 불구하고 대법원은 경영권을 매우 중요하고 강력한 권리로 인정한다. 특히 노동3권에 비하여 경영권이 우선된다는 태도를 보인다. 대법원은 "경영권과 노동3권이 서로 충돌하는 경우 이를 조화시키는 한계를 설정함에 있어서는 기업의 경제상의 창의와 투자의욕을 훼손시키지 않고 오히려 이를 증진시키며 기업의 경쟁력을 강화하는 방향으로 해결책을 찾아야 함을 유의하여야 한다. 왜냐하면 기업이 쇠퇴하고 투자가 줄어들면 근로의 기회가 감소되고 실업이 증가하게 되는 반면, 기업이 잘 되고 새로운 투자가 일어나면 근로자의 지위도 향상되고 새로운 고용도 창출되어 결과적으로 기업과 근로자가 다 함께 승자가 될 수 있기 때문이다. 그리고 이러한 문제의 해결을 위해서는 추상적인 이론에만 의존하여서는 아니되고 시대의 현실을 잘 살펴 그 현실에 적합한 해결책이 모색되어야 한다."고 하면서 "오늘의 우리 나라가 처하고 있는 경제현실과 오늘의 우리나라 노동쟁의의 현장에서 드러나는 여러 가지 문제점 등을 참작하면, 구조조정이나 합병 등 기업의 경쟁력을 강화하기 위한 경영주체의 경영상 조치에 대하여는 원칙적으로 노동쟁의의 대상이 될 수 없다고 해석하여 기업의 경쟁력 강화를 촉진시키는 것이 옳다."며 기업의 경영권이 노동3권에 우선한다는 취지의 해석론을 펼치고 있다. 대법원 스스로도 "물론 이렇게 해석할 경우 우선은 그 기업에 소속된 근로자들의 노동3권이 제한되는 것은 사실"이라고 시인한다. 그러면서 "이는 과도기적인 현상에 불과하고, 기업이 경쟁력을 회복하고 투자가 일어나면 더 많은 고용이 창출되고 근로자의 지위가 향상될 수 있으므로 거시적으로 보면 이러한 해석이 오히려 전체 근로자들에게 이익이 되고 국가경제를 발전시키는 길이 된다"고 판시하여, 그 정당성을 헌법적 근거에서 찾기보다는 '국가경제의 발전'이라는 경제적 근거에서 찾고 있다.

「헌법」에서 기업의 경영권에 그 어떠한 명시적인 문구를 사용하지

157) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002도7225 판결.

않고 있음에도 불구하고, 대법원은 “이를 통틀어 경영권이라 부르기도 한다.”는 표현을 통하여, 그 범위를 가늠하기 어려운 포괄적인 “경영권”을 기업에 인정하면서, “경영권”이 노동3권에 우선한다는 입장을 취하고 있는데, 이에 동의하기는 어렵다. 그 이유에 대해서는 후술한다.

2. 경영권의 의미

논의에 앞서 경영권이 뜻하는 바를 살펴볼 필요가 있다. 소유와 경영이 분리되는 주식회사를 기준으로 살펴보면, 경영권의 의미는 기업의 소유 내지 지배권을 확보한다는 의미로 사용되기도 하고, (소유와 관계없이) 기업의 운영권을 행사한다는 의미로 사용되기도 한다. 전자의 경우 흔히 ‘경영권을 확보한다’고 표현하는 한편, 후자의 경우 ‘경영권을 행사한다’고 표현한다.

신권철 교수는 “경영권은 사업에 대한 운영이나 지배를 표현하는 단어이다. ‘경영권’은 두 가지 의미로 사용되는데 하나는 사업의 운영이나 지배를 위한 권능으로서의 사업과는 분리된 주주권(의사결정권)을 의미하고 다른 하나는 사업조직 내에서의 기업의 사업수행을 위한 일반적 권한들을 말한다. 전자로서의 경영권(주주권)은 사업 외부적인 것으로서 승계되거나 방어되거나 인수되는 일종의 재산권처럼 인식되지만 후자로서의 경영권(사업운영권)은 사업 내부적인 것으로서 행사되거나 제한되는 일종의 지배권처럼 인식된다. 즉 전자로서의 경영권은 후자로서의 경영권을 정초한다. 상법(회사법)에서 말하는 경영권이 전자를 의미한다면 노동법에서 언급되는 경영권은 후자를 의미한다. 이러한 양 측면을 모두 고려해서 개념정의한다면 경영권이란 의사결정권한(회사의 경우 주주권)에 기반하여 사업을 운영하는 권리라 할 수 있다.”고 명쾌하게 정리하고 있다.[158]

---

158) 신권철, “노동법에 있어 경영권의 비판적 고찰”, 「노동법학」 제63호, 한국노동법학회, 2017, 33-34면.

이러한 견해는 경영권을 사업 지배 관점에서의 경영권(주주권)과 사업 운영 관점에서의 경영권(사업운영권)으로 경영권의 중첩적 의미를 분해하여, 그 접근을 용이하게 한다는 점에서 큰 의미가 있다. 대법원이 경영권의 근거를 「헌법」의 재산권에 관한 조항(제23조)와 더불어 직업선택의 자유(제15조)에서 찾고 있는 이유도, 이러한 경영권의 이중적, 중첩적 의미 때문인 것으로 생각된다.

다만, 사업 지배 관점에서의 경영권을 주주권으로 보기 보다는 주주권을 전제로 한 사업지배권으로 보는 것이 보다 타당하다고 생각된다. 주주권과 사업지배권으로서의 경영권은 밀접하게 연관되어 있지만 반드시 같은 의미라고 보기는 어렵기 때문이다. 주주권은 주식의 소유자에게 인정되는 권리로 1주만 가져도 행사할 수 있는 권리인 단독주주권(의결권, 재무제표열람청구권 등)과 일정 수 이상의 주식을 가져야 행사할 수 있는 권리인 소수주주권으로 구분된다.[159] 그런데 이러한 주주권을 가진 것만으로는 회사에 대하여 지배권으로서의 경영권을 보유한다고 보기 어렵다. 주식회사를 기준으로 회사의 지배는 주식회사의 기관을 자신의 의사대로 구성할 수 있는지 여부로 결정된다. 주식회사는 자연인이 아닌 법인이기 때문에 기관을 통해 의사결정을 하게 되기 때문이다. 주식회사의 기관은 주주총회, 이사회, 대표이사, 감사 등으로 구성되는데, 이러한 기관의 구성은 궁극적으로 주주들의 의사에 따라 결정되고, 주주들의 의사가 상이한 경우 주주총회에서의 표대결을 통해 결정된다. 주주의 구성, 주주간 계약의 내용에 따라 주주라고 하더라도 경영권이 있을 수도 있고 없을 수도 있다. 따라서 주주권은 사업 지배권으로서의 경영권의 필요요

159) '위법행위유지청구권(상법 제402조, 제542조 제2항), 대표소송제기권(상법 제324조, 제403조, 제415조, 제542조 제2항), 주주 총회 전의 검사인청구권(상법 제 367조 제2항)'은 1/100 이상의 소수주주에게 부여되는 권리이며, '임시총회소집청구권(상법 제366조, 542조 제2항), 주주제안권(제363조의2), 집중투표청구권(제382조의2), 회계장부열람권(제466조), 회사의 업무·재산상태 검사를 위한 검사인선임청구권(제467조 제1항), 이사·감사해임청구권(제385조 제2항, 제3항, 제415조), 청산인해임청구권(제539조 제2항, 제3항)'은 3/100 이상의 소수주주에게 부여되는 권리에 해당한다.

건이지만 충족요건은 아니다. 경제적으로도 그 가치에 차이가 발생하는데, 주식을 양도할 때 그 주식 양수인이 회사의 경영권을 지배하게 되는지 여부는 그 주식의 경제적 가치에 큰 영향을 미치는 요소 중 하나다. 대법원도 이러한 취지에서 “상속된 주식과 동일한 주식이 상속개시일에 근접한 일시에 거래되었다 하더라도 그 거래가액이 곧 상속개시 당시의 시가라고 할 수 있기 위하여는 객관적으로 보아 그 거래가액이 일반적이고도 정상적인 거래에 의하여 형성된 것이어서 당시의 객관적인 교환가치를 적정하게 반영하고 있다고 볼 수 있는 사정이 있어야만 할 것인데, 원심이 인정한 바에 의하면 위 주식 양도계약은 상속주식을 포함한 위 회사의 발행주식 전부를 일괄하여 매도하는 계약으로서 그 주식 양수인이 회사의 경영권마저 지배하게 되는 매우 이례적인 경우이고 일반적으로 주식의 양수도에 경영권의 지배를 수반하는가의 여부는 그 주식의 경제적 가치에 큰 영향을 미치게 되는 것이므로 회사의 경영권의 지배를 수반하는 이례적인 위 주식 매매대금을 곧 일반적이고 정상적인 거래에 의하여 형성되는 객관적인 교환가치를 반영하는 적정가격이라고 단정하기는 어렵다.”고 하거나,[160] “회사의 발행주식을 회사의 경영권과 함께 양도하는 경우 그 거래가격은 주식만을 양도하는 경우의 객관적 교환가치를 반영하는 일반적인 시가로 볼 수는 없다 할 것이다.”고 하여 주주권과 경영권을 구분하고 있다.[161] 김화진 교수는 회사의 경영권에 대해 “독립된 법인격을 가진 경제적 에너지의 결집체인 회사의 역량을 경영진의 판단에 따라 활용할 수 있게 하는 권력이며 이 권력은 경영진의 본인인 주주들에서 나오지만 일단 창출되면 독자적인 생명력을 가지고 주주들마저 그를 통제할 수 없어지는 경우가 발생하는 것이다.”고 분석한다.[162]

따라서 경영권을 주주권으로서의 경영권과 사업운영권으로서의 경영권으로 구분하기 보다는 경영권을 사업지배권과 사업운영권으로 구분하

160) 대법원 1982. 2. 23. 선고 80누543 판결.
161) 대법원 1989. 7. 25. 선고 88누9565 판결.
162) 김화진, “주주와 경영진의 이상한 권력투쟁”, 「서울대학교 법학」 제50권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2009, 436면.

여 살펴보는 것이 보다 타당하다고 생각된다.

3. 경영권의 법적 권리성

(1) 학설

경영권이 법적인 권리로 인정될 수 있는지 여부와 관련하여 여러 견해가 있으나, 대체적으로 경영권을 법적 권리로 인정하는 견해와 부정하는 견해로 나누어볼 수 있다.

경영권을 법적 권리로 인정하는 견해에서는 「헌법」 제119조 제1항, 제23조 제1항 및 제15조를 근거로 경영권을 실체성을 가지는 권리로 이해하면서, '인력의 증감·배치, 사업일부의 증설·축소, 판매전략에 대한 계획, 기업조직의 개편, 영업양도, 기업의 분할·합병 등'에 대한 결정권 없이는 기업의 재산의 보호와 자유롭고 창의적인 경제활동은 불가능하므로, 경영권은 사용자의 고유한 권리에 해당한다고 설명한다.[163]

경영권의 법적 권리성을 부정하는 견해에서는 경영권을 사실상의 개념으로 이해한다. 어떠한 자가 주주로서 가지는 지위에 기초하여 기업에 대하여 지배력을 행사하는 현상을 의미할 뿐이라는 것으로, 이른바 관리·운영 사항이라는 단체교섭 자유 영역을 설정함으로써 노동조합의 관여를 배제하기 위해 만들어진 허구화된 정책적·실천적 개념이 경영권이라 설명한다.[164]

이철수 교수는 경영권의 법적 권리성에 대하여 "헌법상의 규정에서 직접적으로 경영권의 법적 권리성을 도출할 수 없고 또한 상법상의 영업권에 경영권의 법적 기초를 구할 수 없는바 결국 단체교섭과 이른바 경영권과의 관계와 법리구성은 노동법률의 해석의 문제로 귀착된다고 할

---

163) 김형배, 「새로 쓴 노동법」, 박영사, 2016, 176면.

164) 최은배, "정부의 노사자율 파괴정책 '인사경영권 보호 논리는 허구다!'", 「노동법률」, 중앙경제사, 2016, 28면.

것이다. 요컨대 단체교섭활동범위를 선험적으로 제약하는 경영권 개념은 그 법적 권리성이 불분명하다."고 설명한다. 앞서 살펴본 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002도7225 판결에 따라 경영권이 헌법상의 기본권으로 인정된 이후에도 이러한 입장을 견지하고 있다.[165]

(2) 검토

경영권이 이중적 의미를 가지므로, 그 법적 권리성을 논의할 때에도 경영권을 분설하여 검토할 필요가 있다.

1) 사업지배권으로서의 경영권의 경우

앞서 살펴본 바와 같이 회사 주식에 대한 소유권으로서의 주주권과 사업지배권으로서의 경영권은 매우 밀접하지만 서로 다른 의미를 갖는다.

주주권은 회사 주식에 대한 소유권 내지 회사에 대한 소유권으로서의 의미를 갖는 바, 이러한 주주권은 사유재산권의 부분으로서 존재한다. 「헌법」 제23조 제1항은 "모든 국민은 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다."고 하여, 모든 국민에게 재산권을 보장하고 있다. 주주권은 이러한 재산권보장조항에 기초하여 인정될 수 있다.

사업지배권으로서의 경영권은 회사 주식 내지 회사에 대한 소유권을 의미하는 것이 아니라 회사에 대한 사실상의 지배권의 의미하는 것이므로, 과연 이러한 지배권이 사유재산권의 부분에 해당하는지 의문이 있을 수 있다. 그런데 우리 헌법이 보장하고 있는 재산권은 경제적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리를 뜻하고,[166] 이러한 재산권의 범위에는 동산·부동산에 대한 모든 종류의 물권은 물론, 재산가치 있는 모든 사법

---

165) 이철수, "경영권이라는 신화를 넘어", 「서울대학교 법학」 제62권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2021, 67-68면.

166) 헌법재판소 1992. 6. 26. 선고 90헌바26 결정.

상의 채권과 특별법상의 권리 및 재산가치 있는 공법상의 권리 등이 포함되나, 단순한 기대이익·반사적 이익 또는 경제적인 기회 등은 재산권에 속하지 않는다고 보아야 한다.[167]

사업지배권은 경영권 프리미엄으로 불리기도 하는데, 이러한 사업지배권 내지 경영권 프리미엄의 가치는 회사의 규모나 상황, 인수자와의 관계, 업종이나 재산 상태, 경영실적과 전망 등에 따라 달라질 수 있으나, 이것이 단순한 기대이익이나 반사적 이익에 불과하다고 보기는 어렵다. 헌법재판소도 최대주주 등이 보유하는 주식 혹은 출자지분은 일반주식 등이 갖는 가치에 더하여 회사의 경영권을 행사할 수 있는 특수한 가치, 이른바 '경영권 프리미엄'을 지니고 있는지 여부에 대하여 긍정하면서, 대통령령이 정하는 최대주주 또는 최대출자자 및 그와 특수관계에 있는 주주 또는 출자자의 주식 및 출자지분에 대하여는 통상의 방법으로 평가한 주식 등의 가액에 그 100분의 10을 가산하여 평가하도록 한 구 「상속세및증여세법」 제63조 제3항에 대하여 "이 사건 법률조항은 최대주주가 보유한 주식에 대하여는 주식평가액 외에 경영권프리미엄이 형성되어 있는 경제적 현실을 감안하여 그 프레미엄의 가치를 산정하여 그 주식의 가치를 평가함으로써 실질과세의 원칙에 충실하고자 하는 입법으로서, 이와 같은 입법은 입법권자의 재량범위 내에 속한다고 볼 수 있고, 납세의무자 사이에 특별히 차등을 둔 것도 없으므로 헌법상 조세평등의 원칙, 재산권 보장의 원칙을 위반했다는 청구인의 주장은 타당하지 아니하다."고 보아 합헌이라 결정한 바 있다.[168]

따라서 사업지배권으로서의 경영권도 사유재산권의 부분으로서 존재한다고 볼 수 있고, 이에 사업지배권으로서의 경영권은 「헌법」 제23조 제1항에 따라 도출되는 권리라 볼 수 있다. 그런데, 이 때 말하는 경영권은 사업, 기업에 대한 지배권을 의미하는 것일 뿐, 기업의 운영을 의미하는 것이 아니므로, 기업의 운영과정에서 논의되는 노동관계, 근로관계와 함께 논의될 성질의 것이 아니다.

---

167) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 96헌마246 결정.
168) 헌법재판소 2003. 1. 30. 선고 2002헌바65 결정.

도재형 교수는 “경영권이라는 개념은 단순히 자본주의사회에서 사유재산권이 인정된다는 점에 기초하여 혹은 헌법상 재산권보장조항에 기초하여 인정할 수 있는 것이 아니다. 우리가 관용적으로 사용하는 경영권이라는 용어는 어떤 특정인 또는 집단이 생산설비에 대한 소유권 혹은 주주로서의 과점적 지위에 기초하여 기업에 대하여 지배력을 행사하는 현상을 의미하는 것일 따름이다.”고 설명하고 있고,[169] 박제성 박사는 “근로자는 기업과 마찬가지로 법인격을 갖는 법주체로서 재산권의 주체이지 객체가 아니다. 다시 말하면 경영권을 기업 재산에 대한 처분권으로 이해한다면 기업은 재산권에 근거해서 근로자에게 경영권을 행사할 수 없다는 것이다. 그런 점에서 볼 때 경영권은 실정법상 ‘권리’라기보다는 사실적 개념으로서의 ‘위력’ 또는 ‘권력’에 불과하다고 할 수 있다.”고 설명한다.[170]

본 연구에서도 사업운영권으로서의 경영권은 위와 같은 논거에 따라 재산권에 기하여 도출되는 법적 권리라 보기는 어렵다고 생각한다. 다만, 경영권을 사업지배권의 의미로만 국한하여 보는 경우에는, 사업지배권(경영권 프리미엄)도 사유재산권이 포괄하는 영역이므로, 사업지배권으로서의 경영권은 헌법상 재산권으로부터 도출될 수 있다고 본다. 다만, 여기서 말하는 경영권은 재산권으로서의 기본권에 불과하므로, 기업의 영업활동, 노무지휘 등과는 관계가 없다.[171]

2) 사업운영권으로서의 경영권의 경우

---

169) 도재형, “구조조정에 대항하는 쟁의행위의 정당성”, 「노동법률」, 중앙경제사, 2003, 23면.

170) 박제성, “관할권 또는 법을 말할 수 있는 권한 – 경영권의 법적 근거에 대한 비판적 검토와 사회정의의 교의적 가치에 관하여 –”, 「시민과 세계」 제30호, 참여사회연구소, 2017, 177-178면.

171) 「헌법」 제23조 제1항에 의하면, 재산권의 내용과 한계는 법률로 정하도록 하고 있는데, 재산권으로서의 경영권(주주권)은 상법과 민법에 그 내용과 한계가 상세히 정해져 있다.

가. 대법원의 경영권 도출 근거

한편 사업운영권으로서의 경영권을 법적 권리로 볼 수 있는지 여부는 근로관계에 있어 매우 중요하다. 근로자에 대한 노무지휘권은 주주권으로서의 경영권이 아닌 사업운영권으로서의 경영권이 적용되는 국면에서 표면화 되기 때문이다. 경영권과 노동3권·근로권과의 긴장관계는 바로 사업운영권으로서의 경영권이 논의되는 국면에서 나타난다.

관련하여 대법원은 "한편, 헌법 제15조는 '모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.'라고 규정하고 있는바, 여기에는 기업의 설립과 경영의 자유를 의미하는 기업의 자유를 포함하고 있다. 이러한 규정들의 취지를 기업활동의 측면에서 보면, 모든 기업은 그가 선택한 사업 또는 영업을 자유롭게 경영하고 이를 위한 의사결정의 자유를 가지며, 사업 또는 영업을 변경(확장·축소·전환)하거나 처분(폐지·양도)할 수 있는 자유를 가지고 있고 이는 헌법에 의하여 보장되고 있는 것이다. 이를 통틀어 경영권이라고 부르기도 한다."고 하여 직업선택의 자유로부터 도출되는 기업의 자유, 영업의 자유가 곧바로 경영권에 해당한다고 보고 있다.[172]

앞서 살펴본 바와 같이 법인에 대하여도 직업선택의 자유가 인정될 수 있다. 이에 일견 기업도 직업선택의 자유 및 이에 포함되는 기업의 자유, 영업의 자유를 가질 수 있고, 따라서 기업이 경영권을 가진다고 해석하는 것이 타당하다고 볼 수 있다. 그런데, 법인에 대하여 직업선택의 자유가 인정될 수 있다는 것만으로, '경영권'까지 도출할 수 있는 것인지 여부에 대해서는 상세히 검토해볼 필요가 있다. 「헌법」의 직업선택의 자유로부터 도출되는 기업의 자유, 영업의 자유와, 대법원이 인정하고 있는 경영권은 그 내용이 상당히 다른 것으로 보이기 때문이다.

나. 영업의 자유와 경영권이 같은 의미인지 여부

우선 「헌법」의 직업선택의 자유로부터 도출되는 기업의 자유, 영업

172) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002도7225 판결.

의 자유의 내용과 범위에 대해 살펴볼 필요가 있다. 「헌법」 제15조의 직업선택의 자유는 직업의 선택은 물론 직업의 수행을 포함하는 직업의 자유를 보장하는 규정이다.[173] 직업수행의 자유는 직업영위의 자유를 포함하는데, 여기서 말하는 직업영위의 자유는 자기가 영위하고 있는 직업에서 시간, 장소, 형태, 수단, 조직 등을 어떻게 결정할 것인지 여부와 관련한 자유를 말한다.[174] 영업을 어떻게 할 것인지, 기업의 운영을 어떻게 할 것인지 여부도 이러한 자유에 포함된다고 할 수 있다. 헌법재판소도 "직업의 자유는 영업의 자유와 기업의 자유를 포함하고, 이러한 영업 및 기업의 자유를 근거로 원칙적으로 누구나가 자유롭게 경쟁에 참여할 수 있다."고 하면서, 희석식소주의 자도소주구입명령을 규정한 「주세법」 제38조의 7 및 위 법률조항에 의한 구입명령을 위반한 때 판매업정지처분 또는 면허취소처분을 하도록 한 같은 법 제18조 제1항 제9호에 대하여 "주류판매업자가 구입, 판매할 소주의 종류와 양을 스스로 선택, 결정할 권리를 침해하는 것으로서 헌법 제15조에 규정된 직업선택의 자유를 구성하는 영업의 자유의 본질적 부분을 침해하는 것이다."고 하였다.[175]

그런데, 위와 같은 직업의 자유의 한 부분으로 인정되는 영업의 자유, 기업의 자유는 국가로부터 기업이 자신의 영업, 예컨대 투자, 물건의 판매, 영업양수도, 가격 결정, 계약의 체결, 유통, 판매 등을 침해받지 않을 자유인 것이지, 기업이 국가가 아닌 사인에 대하여 자신의 마음대로 기업, 영업을 할 권리를 말하는 것은 아니다. 위 헌법재판소 결정에서도 영업 및 기업의 자유를 근거로 원칙적으로 누구나 자유롭게 경쟁에 참여할 수 있다고 하면서 "경쟁의 자유는 기본권의 주체가 직업의 자유를 실제로 행사하는데에서 나오는 결과이므로 당연히 직업의 자유에 의하여 보장되고/ 다른 기업과의 경쟁에서 국가의 간섭이나 방해를 받지 않고 기업활동을 할 수 있는 자유를 의미한다."고 보았다.[176]

「헌법」 제15조의 직업의 자유는 자유권적 기본권의 하나로,[177] 국민

173) 정종섭(2012), 앞의 책, 662면.
174) 정종섭(2012), 위의 책, 667면.
175) 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 96헌가18 전원재판부 결정.
176) 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 96헌가18 전원재판부 결정.

의 직업의 선택과 수행과 관련하여 국가의 권력이나 부당한 간섭으로부터 자유와 권리를 보장하는 방어권이라 볼 수 있다. 이러한 기본권은 국가에 대하여 직접적으로 효력을 미친다고 할 것이나, 사인에 대하여는 직접적으로 효력을 미친다고 볼 수 없고, 신의칙 등 사법상 일반조항의 해석 기준이 되어 간접적으로 사인 간의 법률관계에 적용된다. 이와 관련하여 정종섭 교수는 직업의 자유의 침해는 사인 간에 상당히 빈번하게 일어난다며 "직업의 자유는 사인 간에도 존중되어야 한다."고 하면서도 "다만 직업과 관련된 계약자유와 관련해서는 직업의 자유를 이유로 계약자유를 침해하는 것은 허용되지 않는다."고 한다.[178] 직업의 자유에 포함되는 기업의 자유, 영업의 자유도 방어적, 소극적 권리로 이해되고, 달리 사인에게 직접 이를 행사하거나 강제할 수 있는 권리에 해당한다고 보기는 어렵다.

그런데, 대법원에서 말하는 경영권은 위와 같은 헌법상 직업의 자유의 내용으로 인정되는 영업의 자유·기업의 자유와는 달리 국가에 대한 방어적, 소극적 권리를 넘어 사인 간에도 직접적으로 적용되고, 사인 간에 직접 청구할 수 있는 권리에 해당하는 것으로 보인다. 대법원은 경영권을 '기업이 그가 선택한 사업 또는 영업을 자유롭게 경영하고 이를 위한 의사결정을 할 권리, 사업 또는 영업을 변경(확장·축소·전환)하거나 처분(폐지·양도)를 할 권리'로 이해한다.[179] 이를 바탕으로 ① 근로자가 침범할 수 없는 영역, 즉 고도의 경영상 결단에 속하는 사항을 설정하고, 이에 대하여는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없으며, 비록 그 실시로 인해 근로자의 지위나 근로조건의 변경이 필연적으로 수반되더라도 이를 반대하는 쟁의행위는 목적의 정당성을 인정할 수 없다는 입장을 취하거나,[180] ② 「근로기준법」상 사용자의 전직처분이 유효하기 위해서

177) 조재현, "헌법개정과 자유권적 기본권", 「법학연구」 제29권 제3호, 충남대학교 법학연구소, 2018, 84면.
178) 정종섭(2012), 앞의 책, 668면.
179) 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003도687 판결.
180) 대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5380 판결. 대법원 2000. 5. 12. 선고 98도3299 판결.

는 정당한 이유가 있어야 하나, 근로자에 대한 전보나 전직이 원칙적으로 인사권자인 사용자에 권한에 속한다는 것을 이유로 원칙과 예외를 치환하여 예외적으로 권리남용에 해당하여야 비로소 무효가 된다고 한다.[181] 대법원은 근로권 내지 노동3권과 대비되는 개념으로 경영권의 개념을 창설하고, 경영권에 속하는 사항을 고도의 경영상 결단을 요한다고 하면서 사용자에게 폭 넓은 재량을 인정하며, 이를 통해 노동3권과 근로권을 제한하거나 후퇴시키고 있다.

다. 경영권을 인정하는 것이 타당한지 여부

대법원은 명문의 규정이 없음에도 불구하고, 소극적·방어적 기본권인 직업의 자유(영업의 자유)에서 적극적·직접적인 권리인 경영권을 도출하고 있는 셈인데, 대법원이 경영권을 이와 같이 사인에 대하여 직접 적용되는 처분권 내지 형성권 유사개념으로 이해하고 이용한다면, 기업이 소극적·방어적인 직업의 자유(영업의 자유)를 가진다는 의미와 기업이 적극적·직접적인 경영권을 가진다는 의미는 같은 의미라고 보기 어렵다. 따라서 단순히 기업이 직업의 자유를 가진다는 것만으로, 곧바로 아무런 논리적 근거 없이 이를 통틀어 경영권이라 부른다고 하면서 경영권을 도출하는 것은 타당하지 않다.

이에 대하여 이민열 교수는 대법원에서 말하는 것과 같이 기업의 설립과 경영의 자유 및 사업 또는 영업을 위한 의사결정의 자유의 형태로 경영권을 헌법에 도입한다면, 이는 자유권을 넘는 내용을 담는 자유권 조항의 문제가 발생한다고 분석하고 있다. 이민열 교수는 “처음부터 특정한 구체적인 법적 지위에 있는 국민만이 다른 국민에 대하여 일방적으로 행사할 수 있는 대사인적 청구권이나 형성권을 그 핵심 내용으로 두고 있는 권리는 우리 헌법체계상 인정되는 자유권이 아니다.”고 하면서, 종교의 자유가 타인에게 특정 종교를 강요할 수 있는 청구권이나, 타인의 종교 단체와 관련하나 법적 지위를 결정하는 형성권을 포함하지 않듯

181) 대법원 1995. 10. 13. 선고 94다52928 판결.

이, “자신의 직업을 수행하기 위하여 필요하다고 본인이 판단하면 일방적인 의사결정으로 타인의 자유 행사를 금지시키는 청구권을 포함하지 않는다.”고 한다. 이에 “경영권의 내용에 어떤 기업 운영의 사항에 대해서는 타인이 합의를 위하여 영향력을 미치는 자유 행사를 금지할 권리’를 포함시키거나 ‘어떤 기업 운영의 사항에 대해서는 아예 스스로도 다른 당사자와의 교섭을 통해 합의의 대상으로 삼지 못하게 미리 정해져 있게 하거나 합의를 하더라도 무효화할 수 있게 하는 권리’를 포함시키게 되면, 이는 사실상 법적 관계에서 일방 당사자에게 일방적으로 타방의 작위나 부작위를 청구할 수 있는 청구권, 그리고 일방적인 의사표시로 타방의 법적 지위를 변경할 수 있는 형성권을 부여하게 된다.”고 분석하고 있다.[182]

대법원이 인정하는 경영권을 노사관계 내지 근로관계가 아니라 다른 거래상대방과의 거래관계, 계약관계에 적용해보면, 대법원이 인정하는 경영권의 실체성을 인정하기가 어렵다는 것을 보다 명확히 파악할 수 있다.

대법원이 인정하고 있는 경영권은 ‘기업이 그가 선택한 사업 또는 영업을 자유롭게 경영하고 이를 위한 의사결정을 할 권리, 사업 또는 영업을 변경(확장·축소·전환)하거나 처분(폐지·양도)를 할 권리’로서 타방에 대하여 직접적으로 행사할 수 있고, 청구할 수 있는 권리에 해당한다.

기업은 영업을 하면서 수많은 법률관계를 마주하게 되는데, 기업이 경영권을 가진다면 영업과 관련한 모든 부분에 대해 경영권을 행사할 수 있다. 기업이 경영권을 보유 행사함에 있어 특별히 노사관계 내지 근로관계에 한정하여서만 경영권을 행사할 수 있다고 볼 근거가 없기 때문이다. 그렇다면 기업이 마주하는 수많은 법률관계 역시 고도의 경영상 결단에 속하는 사항이 되고, 이에 대해서는 원칙적으로 협상의 대상이 될 수 없거나, 상대방은 이에 따라야 한다는 의미가 된다. 예컨대 기업이 상대방에게 어떠한 물품을 공급하기로 계약을 체결하고, 그 물품의 종류와

182) 이민열, “경영권은 기본권이 될 수 있는가”, 「헌법학연구」 제23권 제2호, 한국헌법학회, 2017, 116-119면.

가격만 특정하고, 물품 공급의 수단과 방법에 대해서는 정하지 않은 경우, 기업이 물품을 어떠한 수단과 방법으로 공급할 것인지 여부에 대하여는 기업의 독자적 판단과 재량으로 결정할 수 있다는 것이 된다. 즉 계약상 불분명한 사항이 있거나 계약상 정하지 않은 부분에 대하여는 기업이 경영권을 가지므로 임의로 결정할 수 있다는 것이 된다. 이와 같이 헌법과 법률에서 명시하지 않았음에도 불구하고, 사인에게 직접 청구, 행사할 수 있는 경영권을 기업에 인정하게 되면, 일반 거래관계의 안정성을 해치는 결과가, 상식적으로도 납득하지 못하는 결과가 초래된다고 볼 수 있다.

그런데, 위와 같은 해석이 노사관계, 근로관계에서는 이루어지고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 전직과 관련하여 법원은 전보, 전직 처분은 원칙적으로 인사권에 속한다고 하거나 고유한 인사권(경영권)의 영역이라 하면서, 사용자에게 상당한 재량을 인정하고, 사용자가 임의대로 근로장소를 변경하더라도 그것이 근로기준법 위반 또는 권리남용에 해당하지 않는 이상 유효하다고 해석하고 있다. 심지어 근로계약에 근로장소를 특정한 경우에도 원칙적으로 근로자의 동의를 받아야 하지만, 동의를 받지 않았다고 하여 곧바로 그러한 인사처분이 무효가 되는 것이 아니라, 해당 인사처분이 권리남용에 해당하는지 여부를 살펴 그 유무효를 판단하고 있다.[183]

만약 대법원의 논리대로 「헌법」상 직업선택의 자유에서 기업의 경영권이 도출되는 것이고, 그 경영권의 내용이 사업 또는 영업을 변경, 처분할 권리 또는 그가 선택한 사업, 영업을 자유롭게 경영하고 이를 위한 의사결정을 할 권리라면, 기업이 거래관계에서 마주하는 수많은 관계 중

183) 대법원은 “근로계약에서 근로 내용이나 근무장소를 특별히 한정한 경우에 사용자가 근로자에 대하여 전보나 전직처분을 하려면 원칙적으로 근로자의 동의가 있어야 한다”고 판시하여, 원칙적으로 근로자의 동의를 얻을 것을 요구하고 있으나, 예외적으로 근로자 동의 없이도 전보나 전직처분이 유효할 가능성을 열어두고 있는데, 대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5204 판결을 살펴보면 예외 인정가능성을 계약의 사정변경의 원칙에서 찾는 것이 아니라 전보나 전직처분의 권리남용 유무에서 찾고 있다.

노사관계·근로관계에만 경영권이 인정되고 적용되는 것인지 설명하기 어렵다. 즉 어떠한 근거에서 물품, 외주, 대출, 투자, 용역 등의 거래관계에서는 경영권이 적용되지 않으나, 노동 관련 계약인 단체협약, 근로계약에 한해서만 경영권이 논의되고 적용될 수 있는 것인지 이해하기 어렵다.

아울러, 만약 경영권이 사인에게도 곧바로 적용할 수 있는 권리라고 본다면, 제3자가 이러한 권리를 침해하거나 침해할 우려가 있을 때, 이를 법적으로 소구할 수 있어야 한다. 그런데, 실제 이러한 사례는 발견하기 어렵다. 대법원이 법률상 보호할 가치가 있는 이익으로 인정하고 있는 경영권은 재산권으로서의 경영권에 해당하는 것으로 보일 뿐,[184][185] 사업운영권으로서의 경영권을 근거로 한 분쟁 사례를 찾아보기는 어렵다. 이철수 교수는 "단적으로 경영권이 법적으로 인정된 힘이라면 법원을 통해 어떠한 방식으로 그 힘을 관철시킬 수 있는지 의문이다 사용자가 경영권침해를 금지하는 가처분을 신청하였을 때 과연 법원이 피보전권리성을 인정할까? 구체적 권리가 아니라고 하면 어떠한 권리인지 그 실체를 알기가 쉽지 않고 오히려 법률해석에 혼란을 줄 뿐이다."고 한다.[186]

사업운영권으로서의 경영권과 유사한 사항은 「상법」에서 정하고 있는데, 「상법」에 의하면 회사를 대표하는 사원, 유한책임회사를 대표하는 업무집행자, 대표이사, 유한회사의 이사, 유한회사의 청산인, 외국회사의 대표자 등은 회사의 영업에 관하여 재판상 또는 재판외의 모든 행위를 할 권한이 있다.[187] 이러한 대표이사 등의 영업에 관한 권한은 본인의 권리가 아닌 회사를 위하여 사용할 수 있는 권한에 해당하고, 이에 기업이 제3자와의 관계에 있어 어떠한 재량을 행사하거나 권리를 행사하는 것과는 관계가 없다. 따라서 대법원이 말하는 경영권은 「상법」에서 정하고 있는 각종 기관의 법적 권한과는 차이가 있고, 이를 근거로 경영권이 인정된다고 보기도 어렵다.

---

184) 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014다64530 판결.

185) 앞서 설명한 사업지배권으로서의 경영권을 의미한다.

186) 이철수(2021), 앞의 글, 67-68면.

187) 「상법」 제209조 제1항, 제287조의19 제5항, 제389조 제3항, 제567조, 제613조 제2항, 제614조 제4항.

정리하면, 기업이 직업선택의 자유의 주체가 된다는 것과, 기업이 경영권을 가진다는 것은 매우 큰 차이가 있다. 따라서 기업에 직업선택의 자유가 인정된다는 것만으로 기업에 경영권이 있다고 보는 것은 그 논리적 근거가 빈약할 뿐만 아니라, 거래관계의 불안을 야기한다.

라. 경영권에서 영업의 자유로의 판단 변화

최근의 한 대법원 판결에서는 '경영권'이라는 용어를 사용하지 않고 '기업의 경영에 관한 의사결정의 자유 등 영업의 자유'라는 표현을 사용한 바 있다. 동 대법원 판결에서는" 기업의 경영에 관한 의사결정의 자유 등 영업의 자유와 근로자들이 누리는 일반적 행동자유권 등이 '근로조건' 설정을 둘러싸고 충돌하는 경우에는, 근로조건과 인간의 존엄성 보장 사이의 헌법적 관련성을 염두에 두고 구체적인 사안에서의 사정을 종합적으로 고려한 이익형량과 함께 기본권들 사이의 실제적인 조화를 꾀하는 해석 등을 통하여 이를 해결하여야 하고, 그 결과에 따라 정해지는 두 기본권 행사의 한계 등을 감안하여 두 기본권의 침해 여부를 살피면서 근로조건의 최종적인 효력 유무 판단과 관련한 법령 조항을 해석·적용하여야 한다."고 판시하였다.[188]

이에 대해 일설은 "대상판결은 '경영권'이라는 단어를 사용하지 않고 대신 '기업의 경영에 관한 의사결정의 자유 등 영업의 자유'라는 표현을 사용하여 경영권이라는 포괄적 권리의 의미를 명확히 하고 있으며, 또한 「헌법」 제32조 제3항과 제33조, 「헌법」 제119조 제2항의 취지를 근로자의 존엄성 보장이라는 점에서 적극적으로 해석하고 있다는 점에서 노동3권에 대한 경영권의 우위를 인정하는 듯한 과거의 경영권 판결에 비해 진일보한 인식을 보여주고 있다."고 분석하고 있다.[189][190]

---

188) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2017두38560 판결.

189) 문준혁, "기업의 영업의 자유와 근로자의 일반적 행동자유권의 충돌", 「노동법학」 제68호, 한국노동법학회, 2018, 122면.

190) 대법원이 진일보한 인식을 바탕으로 의도적으로 경영권이라는 용어를 사

정리하면, 사업운영권으로서의 경영권을 헌법의 직업선택의 자유로부터 직접 도출할 수 있는지 의문이 있을 뿐만 아니라, 사업운영권으로서의 경영권을 인정하는 것은 헌법과 법률해석상의 혼란을 야기하는 것으로 이해된다. 따라서 명문의 규정이 없음에도 「헌법」 제15조를 근거로 무리하게 경영권을 도출하는 것은 타당하지 않다.

4. 영업의 자유와 노동3권·근로권의 충돌 시 해석방법

(1) 논의의 전제

앞서 살펴본 바와 같이 경영권이라는 개념을 인정하기 어렵고, 인정된다고 하더라도 이는 재산권으로서의 주주권, 재산권으로서의 사업지배권에 불과한 바, 노사관계에서 논의될 성질의 것이 아니다. 경영권이 인정될 수 없는 이상 경영권이 노동3권 또는 근로권에 우선한다고 보기도 어렵다. 따라서 필요한 경우 경영권과 노동3권·근로권의 충돌을 논의해야 하는 것이 아니라 기업이 향유하는 기본권인 직업선택의 자유(기업의 영업의 자유)와 노동3권·근로권을 충돌을 논의하는 것이 타당하다.[191]

용하지 않은 것인지 단정하기 어려우나, 형식적으로나마 경영권이라는 용어 대신 '기업의 경영에 관한 의사결정의 자유 등 영업의 자유'라는 표현을 사용한 것은 타당하다. 다만, '기업의 경영에 관한 의사결정의 자유 등 영업의 자유'라는 표현을 사용하여 경영권이라는 포괄적 권리의 의미를 명확히 하고 있다고 평가할 수 있는지 여부는 의문이 있다. '기업의 경영에 관한 의사결정의 자유 등 영업의 자유'는 소극적, 방어적 의미로 사용되는 반면, 경영권은 적극적, 직접적인 권리의 의미로 사용되는 것인 만큼, 위 판결을 경영권이라는 포괄적 권리의 의미를 '기업의 경영에 관한 의사결정의 자유 등 영업의 자유'로 국한한 것으로 해석한다면, 사실상 대법원이 경영권을 포기한 것으로 볼 수도 있는데, 과연 이와 같이 해석할 수 있을지는 의문이 있다.

191) 경영권을 사실상의 개념이 아닌 법적 권리로 이해한다고 하더라도, 아래 기재한 이유에서 경영권이 노동3권 또는 근로권에 우선한다는 취지의 결론에는 동의하기 어렵다.

(2) 기본권 충돌 시 해석방법

기본권의 충돌이란 상이한 복수의 기본권주체가 서로의 권익을 실현하기 위해 하나의 동일한 사건에서 국가에 대하여 서로 대립되는 기본권의 적용을 주장하는 경우를 말한다. 한 기본권주체의 기본권행사가 다른 기본권주체의 기본권행사를 제한 또는 희생시킨다는 데 그 특징이 있다.

두 기본권이 충돌하는 경우 그 해법으로는 기본권의 서열이론, 법익형량의 원리, 실제적 조화의 원리(규범조화적 해석) 등을 들 수 있는데, 헌법재판소는 기본권 충돌의 문제에 관하여 충돌하는 기본권의 성격과 태양에 따라 사안 별로 적절한 해결방법을 선택, 종합하여 이를 해결하여 왔다.[192]

헌법재판소는 「국민건강증진법 시행규칙」 제7조 위헌확인 사건에서 흡연권과 혐연권의 관계처럼 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위기본권우선의 원칙에 따라 하위기본권이 제한될 수 있다고 보면서, “흡연권은 사생활의 자유를 실질적 핵으로 하는 것이고 혐연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것이므로 혐연권이 흡연권보다 상위의 기본권이다.”고 하여 “흡연권은 혐연권을 침해하지 않는 한에서 인정되어야 한다.”고 결정한 바 있다.[193]

한편 헌법재판소는 「정기간행물의등록등에관한법률」 제16조 제3항 등 위헌 여부에 관한 헌법소원 사건에서 “인격권이 언론의 자유와 서로 충돌하게 되는 경우에는 헌법을 규범조화적으로 해석하여 이들을 합리적으로 조정하여 조화시키기 위한 노력이 따르지 아니할 수 없고 (중략) 이와 같이 두 기본권이 서로 충돌하는 경우에는 헌법의 통일성을 유지하기 위하여 상충하는 기본권 모두가 최대한으로 그 기능과 효력을 나타낼 수 있도록 하는 조화로운 방법이 모색되어야 할 것이고, 결국은 이 법에 규정한 정정보도청구제도가 과잉금지의 원칙에 따라 그 목적이 정당한

192) 헌법재판소 2005. 11. 24. 2002헌바95 결정.
193) 헌법재판소 2004. 8. 26. 2003헌마457 결정.

것인가 그러한 목적을 달성하기 위하여 마련된 수단 또한 언론의 자유를 제한하는 정도가 인격권과의 사이에 적정한 비례를 유지하는 것인가의 여부가 문제된다 할 것이다."고 보아 실제적 조화의 원리를 기초로 헌법소원에 대해 판단한 바 있다.[194]

(3) 사용자의 영업의 자유와 노동3권·근로권의 충돌

사용자(기업)의 영업의 자유(경영권)[195]와 노동3권, 근로권의 충돌의 문제도 위와 같은 방법론을 통해서 풀어야 하는 문제로 생각된다. 그런데 대법원은 앞서 살펴본 바와 같이 "경영권과 노동3권이 서로 충돌하는 경우 이를 조화시키는 한계를 설정함에 있어서는 기업의 경제상의 창의와 투자의욕을 훼손시키지 않고 오히려 이를 증진시키며 기업의 경쟁력을 강화하는 방향으로 해결책을 찾아야 함을 유의하여야 한다."고 판시하여 경영권과 노동3권이 충돌할 때, 경영권이 노동3권에 우선하거나 상위의 기본권에 해당하는 듯한 취지의 입장을 취하고 있는 것으로 보인다.[196] 그런데 이는 타당하지 않다.

우선, 사용자(기업)의 영업의 자유(경영권)가 노동3권 또는 근로권에 우선되는 기본권이라 보기는 어렵다. 기본권들은 원칙적으로 같은 효력을 가지고 있고, 기본권 사이의 서열관계는 예외적인 경우에 인정될 수 있다. 헌법재판연구원도 이러한 취지에서 "기본권들은 원칙적으로 동등한 효력을 갖고 그것들 간에 서열은 예외적인 경우에만 확인될 수 있다. 인간의 존엄과 가치는 모든 기본권의 근원 내지 모든 기본권의 핵을 의미하기 때문에 인간으로서 존엄성이 다른 기본권보다 상위에 있음은 인

194) 헌법재판소 1991. 9. 16. 89헌마165 결정.

195) 앞서 살펴본 바와 같이 경영권이 아닌 사용자(기업)의 영업의 자유와 노동3권, 근로권의 충돌 문제를 살펴보는 것이 타당하다. 다만, 현재 대법원은 경영권을 인정하고, 경영권의 존재를 전제로 노동3권, 근로권 사이의 관계를 정리하고 있어, 혼동을 방지하고자, 사용자(기업)의 영업의 자유와 경영권을 병기하였다.

196) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002도7225 판결.

정될 수 있다."고 해석하고 있다.[197]

그런데 노동3권, 근로권 모두 근로조건에 관한 기준을 정하거나, 근로조건의 향상을 위해 존재하는 것으로, 이러한 권리들의 궁극적인 목적은 근로자의 인간의 존엄성을 보장하기 위한 것인바, 노동3권·근로권 모두 인간의 존엄과 가치를 위한 기본권으로 이해된다. 한편, 「헌법」 제15조의 직업의 자유 역시, 인간다운 삶을 영위하기 위하여 자신이 원하는 직업을 선택할 수 있고 스스로 선택한 직업을 자신의 뜻에 따라 종사할 수 있는 자유를 의미하므로, 직업의 자유의 보장 취지도 인간의 존엄성 보장에 있다고 볼 수 있다. 따라서 직업의 자유와 노동3권, 근로권은 어느 하나의 기본권이 다른 기본권에 비해 우선한다거나, 서열이 높다고 단정할 수 없다.

한편 구체적 법익형량을 함에 있어서 노동3권 내지 근로권이 후퇴해야 하는 이유를 찾기 어렵다. 헌법재판연구원은 구체적 법익형량의 방법에 대하여 "구체적 법익형량의 방법은 단순히 둘중 하나를 양자택일하는 것만을 뜻하는 것이 아니다. 구체적 상황의 모든 본질적인 사항을 고려하여 가능하면 양법익을 조화시키고자 노력하고 이것이 불가능하다면 당해 상황에서 어떤 법익이 후퇴해야 하는지를 밝힘으로써 법익충돌을 해결하고자 하는 방법이다."라고 설명하고 있다.[198]

대법원은 노동3권이 후퇴해야 하는 이유로 낙수효과를 제시하고 있다. 기업이 쇠퇴하고 투자가 줄어들면 근로의 기회가 감소되고 실업이 증가하게 되는 반면, 기업이 잘 되고 새로운 투자가 일어나면 근로자의 지위도 향상되고 새로운 고용도 창출되어 결과적으로 기업과 근로자가 다 함께 승자가 될 수 있다는 논리를 펴고 있다.

그런데, ① 이러한 낙수효과가 어떠한 법적, 경제적 근거를 가지고 있는지 확인되지 않는다. 실제 낙수효과가 측정 가능한 것인지, 존재하는지 여부에 대하여는 대법원은 그 어떠한 논거도 제시하지 못하고 있다. 낙

197) 강일신, 「실제적 조화 원칙에 관한 연구 - 기본권충돌 해결을 중심으로 -」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2019, 29면.
198) 강일신(2019), 위의 보고서, 30면.

수효과라는 개념은 아담 스미스의 자유방임주의 사상에서 그 기원을 찾을 수 있는데, 실제 이러한 논리가 경제정책에 반영되기 시작한 것은 1980년대 미국이라 볼 수 있다. 대기업, 부유층의 이익 증대를 추구하는 근거로, 레이건 대통령 시기, 부시 대통령 시기에서 강조되어 왔던 것으로 보인다.[199] 낙수효과의 존재여부에 대해 긍정하는 연구결과도 존재하나, 부정적 연구결과도 많이 존재한다. 낙수효과를 적하효과라 부르기도 하는데, 박승록 한국경제연구원 선임연구위원과 최두열 한국기술교육대학교 교수는 이러한 적하효과에 대해 거시모형과, 미시적 기업투자함수를 이용하여 검증한다. 그 검증결과에 의하면 한국에서 대기업에 의한 적하효과는 대기업의 기업집단 내에서만 의미가 있고, 그 외에서는 큰 의미가 없다고 한다. 특히, "경제주체의 투자로 인하여 그 주체와 분리된 다른 객체가 그 주체의 투자로 인하여 투자 증가현상이 나타난다는 본질적 의미에서의 투자의 적하효과가 발생한다기보다는 대기업과 밀접하게 관련된 계열 중소기업의 경우에 한하여 협의에 의해 모기업과 동시에 투자하는 현상이 나타나는 것으로 해석할 수 있다."고 한다.[200] 이외에도 대기업과 위·수탁거래 관계에 있는 중소기업의 대기업 매출 비율과 수익성 간의 관계를 두 가지 가설을 통해 검증한 결과, "중소기업의 대기업 매출비율과 매출총이익률은 음(-)의 관계를 형성하였다"는 연구결과 등이 있다.[201] 또한 ② 대법원은 노동3권의 보장을 강조할수록 기업의 성장이 둔화된다는 것을 전제로 낙수효과의 효용성을 제시하고 있는데, 노동3권의 보장이 기업의 성장을 저해하는지 여부에 대해서는 입증된 바 없다. ③ 대법원이 제시하고 있는 핵심적인 논거는 결국 '국가경제의 발전'이다. 그런데, 사용자(기업)의 영업의 자유(경영권)의 도출의 근거는 「헌법」 제15조의 직업 선택의 자유라 할 것이므로, '국가경제의 발전'

199) 홍운선·윤용석, "낙수효과의 개념과 실제에 관한 연구", 「중소기업금융연구」 통권 350호, 신용보증기금, 2018, 73면.

200) 박승록·최두열, "대기업 투자의 적하효과 분석", 「한국경제연구」 제29권 제4호, 2011, 235면.

201) 심상규, "중소기업의 대기업 매출비율과 수익성 간의 관계", 「중소기업연구」, 제33권 4호, 2011, 161면.

이 경영권 보장의 근거가 된다고 보기 힘들 뿐만 아니라, 설사 '국가경제의 발전'이 그 근거가 된다고 보더라도, '인간의 존엄성'이 '국가경제의 발전'에 후퇴될 이유도 없고 후퇴되어서도 아니 된다.

위와 같은 점을 고려해 보았을 때, 기업경쟁력 강화, 국가경제 발전을 위해 인간의 존엄성을 후퇴하라는 대법원 판결의 논리는 논거가 빈약함은 물론, 「헌법」의 기본 이념에 비추어 보았을 때 인정되어서도 아니 된다. 노동3권이나 근로권의 경우, 「헌법」에서 이를 명시적으로 인정하고 있다는 점, 사용자와 근로자 사이의 현실적인 상호 비대등성을 고려하였을 때 노동3권이나 근로권을 보다 더 보장하는 방향으로 해석하는 것이 필요하다는 점 등을 고려해보았을 때, 사용자(기업)의 영업의 자유(경영권)와 노동3권 또는 사용자(기업)의 영업의 자유(경영권)와 근로권이 서로 충돌하는 경우 이를 조화시키는 한계를 설정함에 있어서는 노동자·근로자의 인간으로서의 존엄성을 훼손시키지 않고 오히려 이를 증진시키며 근로자의 인간다운 생활을 보다 잘 보장하는 방향으로 해결책을 찾는 것이 바람직하다.

최근 판례는 이러한 취지에서 기업의 경영에 관한 의사결정의 자유가 근로자의 인간으로서 존엄성을 인정하는 방향으로 조화롭게 조정되어야 한다고 보기도 한다. 대법원은 "기업의 경영에 관한 의사결정의 자유 등 영업의 자유와 근로자들이 누리는 일반적 행동자유권 등이 '근로조건' 설정을 둘러싸고 충돌하는 경우에는, 근로조건과 인간의 존엄성 보장 사이의 헌법적 관련성을 염두에 두고 구체적인 사안에서의 사정을 종합적으로 고려한 이익형량과 함께 기본권들 사이의 실제적인 조화를 꾀하는 해석 등을 통하여 이를 해결하여야 하고, 그 결과에 따라 정해지는 두 기본권 행사의 한계 등을 감안하여 두 기본권의 침해 여부를 살피면서 근로조건의 최종적인 효력 유무 판단과 관련한 법령 조항을 해석·적용하여야 한다."고 판시한 바 있다.[202] 특히 동 판결에서는 "헌법 제32조 제3항 역시 '근로조건'의 기준이 '인간의 존엄성'을 보장하도록 법률로 정한다고 규정하고 있고, 제33조 제1항은 근로자의 근로조건 향상을 위하여 근로

202) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2017두38560 판결.

3권을 인정하고 있다. 이러한 조항들은 기업의 경영에 관한 의사결정의 자유가 무제한적인 것이 아니라 그 의사결정과 관계되는 또 다른 기본권 주체인 근로자와의 관계 속에서 그 존엄성을 인정하는 방향으로 조화롭게 조정되어야 함을 당연히 전제하고 있다."고 판시하여 기본권 충돌상황은 '구체적인 사안에서의 사정'을 종합적으로 고려한 이익형량과 기본권들 사이의 '실제적인 조화'를 해석을 통해 해결되어야 한다는 점을 밝히고 있다.[203)204)]

---

203) 문준혁(2018), 앞의 글, 123면.

204) 이외에 대법원은 정보주체의 동의 없이 개인정보를 공개함으로써 침해되는 인격적 법익과 정보주체의 동의 없이 자유롭게 개인정보를 공개하는 표현행위로서 보호받을 수 있는 법적 이익이 하나의 법률관계를 둘러싸고 충돌하는 경우, 행위의 위법성 여부를 판단하는 기준에 대하여 "정보주체의 동의 없이 개인정보를 공개함으로써 침해되는 인격적 법익과 정보주체의 동의 없이 자유롭게 개인정보를 공개하는 표현행위로써 보호받을 수 있는 법적 이익이 하나의 법률관계를 둘러싸고 충돌하는 경우에는, 개인이 공적인 존재인지 여부, 개인정보의 공공성과 공익성, 개인정보 수집의 목적·절차·이용형태의 상당성, 개인정보 이용의 필요성, 개인정보 이용으로 인해 침해되는 이익의 성질과 내용 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여, 개인정보에 관한 인격권 보호에 의하여 얻을 수 있는 이익(비공개 이익)과 표현행위에 의하여 얻을 수 있는 이익(공개 이익)을 구체적으로 비교 형량하여, 어느 쪽 이익이 더 우월한 것으로 평가할 수 있는지에 따라 그 행위의 최종적인 위법성 여부를 판단하여야 한다."고 판시한 바 있고(대법원 2015. 10. 15. 선고, 2014다77970 판결), 하나의 법률관계를 둘러싸고 두 기본권이 충돌하는 경우, 침해행위의 위법성 여부의 판단 방법에 대하여 "하나의 법률관계를 둘러싸고 두 기본권이 충돌하는 경우에는 구체적인 사안에서의 사정을 종합적으로 고려한 이익형량과 함께 양 기본권 사이의 실제적인 조화를 꾀하는 해석 등을 통하여 이를 해결하여야 하고, 그 결과에 따라 정해지는 양 기본권 행사의 한계 등을 감안하여 그 행위의 최종적인 위법성 여부를 판단하여야 하며(대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결 참조), 이러한 이익형량과정에서, 첫째 침해행위의 영역에 속하는 고려요소로는 침해행위로 달성하려는 이익의 내용 및 그 중대성, 침해행위의 필요성과 효과성, 침해행위의 보충성과 긴급성, 침해방법의 상당성 등이 있고, 둘째 피해이익의 영역에 속하는 고려요소로는 피해법익의 내용과 중대성 및 침해행위로 인하여 피해자가 입는 피해의 정도, 피해이익의 보호가치 등이 있으며, 일단 권리의 보호영역

Ⅲ. 근로장소와 인사권: 전직명령권을 중심으로

1. 전직명령권을 살펴보는 이유

근로장소에 대하여 사용자의 경영권이 인정되지 않는다면, 사용자의 근로장소 지정, 변경은 어떠한 법적 근거에 따라 이루어지는 것인지 검토할 필요가 있다. 사용자에 의한 근로장소 지정, 변경은 ① 인사권의 행사 또는 ② 업무명령권[205]의 행사 형태로 이루어질 수 있다.[206]

전직, 휴직, 승진, 징계, 해고 등은 인사에 관한 사항이므로,[207] '전직명령'은 ① 인사권 행사의 한 단면으로 볼 수 있다. 전직은 근로자의 직무내용이나 근로장소를 변경하는 인사명령을 의미하므로,[208] 근로장소만을 변경하는 인사명령도 전직에 해당한다. 따라서 전직명령권(인사권)이 경영권에서부터 도출되지 않는다면, 어떠한 법적 근거에 기초한 것인지 살펴볼 필요가 있다.

2. 전직명령권의 법적 근거

을 침범함으로써 불법행위를 구성한다고 평가된 행위가 위법하지 않다는 점은 이를 주장하는 사람이 증명하여야 한다."고 판시한 바 있다(대법원 2011. 5. 24. 자 2011마319 결정).

205) 이러한 업무명령권은 지시권, 업무지휘권 등 다양한 명칭으로 불리고 있다.

206) 후술하는 바와 같이 판례는 '인사권'을 '경영권'과 동일시 하거나 '경영권'으로부터 도출되는 권리로 보는 반면, '업무명령권'은 근로계약에서 도출되는 노무지휘권의 일종으로 이해하고 있다.

207) 임종률(2015), 앞의 책, 136면.

208) 이철수, 「노동법」, 현암사, 2023, 252면.

(1) 학설

1) 경영권설

전직명령권의 법적근거에 대하여, 종래에는 전직과 같은 인사권의 행사를 사용자의 경영권 내지 소유권에 따라 이루어지는 사실행위라 보면서, 사용자의 완전한 재량사항이므로, 그 유무효를 논할 수 없다는 경영권설이 존재했던 것으로 보이나, 현재 이러한 입장을 취하는 학설은 없는 것으로 보인다.[209]

2) 포괄적 동의설

현재에는 사용자와 근로자 사이에 근로계약을 체결할 때 근로자가 사용자에 대하여 노무제공에 대한 처분권을 포괄적으로 위임하였으므로, 전직명령의 근거는 근로계약시의 근로자의 포괄적 동의에 근거한다는 포괄적 동의설이 주류적 학설인 것으로 생각된다.[210]

포괄적 동의설에서는 근로계약에서 구체적인 근로의 내용을 정한 것은 아니라고 하면서, 근로계약은 노무제공에 대한 처분권을 근로자가 사용자에게 포괄적으로 위임하고, 그 반대급부로 임금을 제공받기로 약정한 것으로 이해한다. 이에 의하면 사용자는 근로계약 체결 시에 노무제공에 대한 처분권을 포괄적으로 위임 받았으므로, 근로의 내용(근로의 종류, 태양, 장소)을 구체적으로 정하고 개별적으로 지시하는 것, 즉 인사명령은 이미 포괄적으로 위임받은 처분권을 행사하는 것에 불과하다고 보고, 사용자의 일방적인 의사표시에 의하여 법률효과가 발생하는 것이므로, 이는 일반적으로 형성행위에 해당한다고 본다.[211] 다만, 사용자의

---

209) 김홍준(1993), 앞의 글, 129면. 최석환(2022), 앞의 글, 428면.
210) 최석환(2022), 위의 글, 428면.
211) 김홍준(1993), 위의 글, 129면.

인사명령권이 형성권이라 하더라도 권리의 남용은 허용되지 않으므로, 권리남용의 원칙에 따라 무효가 될 수 있고, 근로의 내용이 근로계약에 구체적으로 특정되어 있는 경우에는 그에 따라 제한을 받을 수 있다고 설명한다.[212]

(2) 판례

대법원은 “근로자에 대한 전직이나 전보처분은 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류·내용·장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 근로자에게 불이익한 처분이 될 수도 있으나 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량”을 가진다고 보면서, 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수는 없다고 하여,[213] 전직명령권의 법적 근거를 ‘인사권’에서 찾고 있다. 그런데, 판례가 말하는 ‘인사권’이 ‘경영권’을 말하는 것인지 여부는 분명하지 않다.

이러한 판례의 입장에 대하여 포괄적 동의설을 취하고 있다고 분석하는 견해들이 있다. 김홍준 판사는 “판례에서는 전직명령을 법률행위로 파악하여 그 소의 이익을 인정하고 있으며, 사용자에게 원칙적인 전직명령권을 인정하면서 예외적으로 근로계약상 근로장소 등이 특정된 경우에는 근로자의 동의를 얻도록 한 것은 포괄적 합의설의 논리적 구조와 다름이 없다.”고 하고 있고,[214] 성중탁 교수는 위와 같은 판례상 논리구조를 따른 서울행정법원 2005. 5. 17. 선고 2005구합760 판결에 대하여 “평석대상 판결은 배치전환명령의 성질에 관하여 이른바 포괄적합의설을 천명한 것으로 현재 주류적인 대법원판결과 그 취지를 같이 하고 있다.”고 분석하고 있다.[215]

---

212) 김홍준(1993), 위의 글, 130면.
213) 대법원 2009. 4. 23. 선고, 2007두20157 판결.
214) 김홍준(1993), 앞의 글, 135면.
215) 성중탁, “근로자에 대한 배치전환명령과 그 한계”, 법률신문, 2005.

(3) 검토

1) 경영권설의 경우

우선 노사관계 내지 근로관계에서 문제될 수 있는 사업운영권으로서의 경영권은 앞서 살펴본 바와 같이 실체성을 갖는 법적 권리라 보기 어렵다. 따라서 사용자의 전직명령권이 경영권에 근거한다고 보기는 어렵다.

2) 포괄적 동의설의 경우

한편, 포괄적 동의설의 경우 형식적으로는 근로계약에서 사용자의 전직명령권을 도출하고 있다는 점에서 일응 타당한 것으로 보인다. 하지만, 근로계약 체결 사실만으로 근로자가 사용자에게 노무제공과 관련한 제반 사항에 대하여 포괄적으로 위임했다고 볼 수 있는지 의문이 있다.

포괄적 동의설에 의하면, 근로계약 체결 사실만으로 근로자는 사용자에게 노무제공과 관련한 사항(근로의 내용으로 근로의 종류, 태양, 장소)에 대해 포괄적으로 위임을 한 것이 되고, 단지 근로계약에 특별히 위임범위를 한정한 경우에만 근로계약에 따라 사용자의 인사명령 내지 전직명령권이 제한되는 결과가 초래된다. 그 결과 근로계약에서 명시되지 않은 근로조건에 대하여도 사용자는 폭 넓은 인사권을 가지게 된다. 이와 같이 근로계약을 이해할 경우, 근로계약은 근로조건에 대한 사용자와 근로자의 구체적 합의로 기능하지 못하고, 노무제공에 대한 백지위임장으로 전락하게 된다. 최석환 교수도 근로기준법이 근로조건 대등결정의 원칙과 근로조건 명시를 강화하는 방향으로 개정되고 있다는 점을 감안해 보았을 때, “명시되지 않은 근로조건에 대해 사용자의 포괄적인 인사권이 유보된다는 해석은 점점 난점으로 지적될 수밖에 없는 것”이라고 분

석한다.[216]

그런데, 「근로기준법」 제17조와 「기간제법」 제17조에서는 임금, 소정근로시간, 휴일, 연차 유급휴가, 근로계약기간 등을 명시하도록 하고, 이 중 중요한 사항에 대하여는 서면으로 명시하도록 하고 있다. 근로계약은 외관상으로는 대등한 당사자 사이에 체결되는 쌍무계약으로 보이지만, 그 실질은 통상 사용자가 교섭력 측면에서 매우 우월한 지위에 있기 때문에 공정한 거래와 협상이 사실상 이루어지기 어렵다. 이는 근로계약 체결 단계에서도 문제될 수 있는데, 사용자가 근로조건을 구체적으로 명시하지 않거나 확정적 근로조건을 제시하지 아니하고, 막연히 좋은 근로조건을 제공할 것처럼 약속하였으나, 실질적으로는 입사 후 근로자에게 불리하거나 부당한 근로를 강요할 위험이 존재한다. 이를 근로계약 체결 단계에서 방지하기 위해서는 최대한 근로계약 체결 단계부터 근로계약의 내용을 구성하는 사항, 즉 근로조건에 대하여 구체화 하도록 강제할 필요가 있는데, 바로 위 「근로기준법」 제17조, 「기간제법」 제17조가 이러한 기능을 수행한다.

헌법재판소도 “근로계약에 있어 사용자와 근로자 사이에는 사실상의 교섭력 차이가 실질적으로 존재하고, 경제적으로 우월한 지위에 있는 사용자가 근로조건을 구체적으로 명시하지 않거나 확정적 근로조건을 제시하지 않음으로 근로자에게 불리하거나 부당한 근로를 강요할 위험이 항시 존재한다.”고 하면서, “이에 근로기준법 제24조는 사용자로 하여금 ‘근로계약 체결 시’ 근로자에 대하여 ‘임금, 근로시간 기타 근로조건을 명시’하도록 하고 이 경우 “임금의 구성항목, 계산방법 및 지급방법에 관한 사항에 대해서는 대통령령이 명시한 방법”에 따르도록 규정하고 있다. 이는 근로시장에서 근로자가 근로조건이 미확정된 상태에서 계약관계에 들어서는 위험을 미연에 방지하고 발생할 수 있는 분쟁을 예방하며, 분

---

216) 최석환(2022), 앞의 글, 429면. 다만, 최석환 교수는 바로 이어서 “계속적 고용관계 아래에서 어느 정도의 폭넓은 직무와 근무지를 전제할 경우 포괄적 합의를 전면적으로 배제하는 것도 현실적은 선택은 아닐 것이다.”고 하여, 포괄적 동의설이 요구되는 현실적인 측면도 고려하고 있다.

쟁이 발생한 경우 당해 근로조건에 대해 객관적 입증이 용이할 수 있도록 하기 위함이다. 또한 이 사건 처벌조항인 근로기준법 제115조 제1호는 근로기준법 제24조를 위반한 경우 500만 원 이하의 벌금형을 규정하여 동 규정의 실행을 담보하도록 하고 있다."고 보고 있다.[217]

대법원도 근로조건 명시규정이 근로자의 법적 지위를 강화하고자 하는데 그 입법취지가 있다는 점을 인정하고 있는데, 근로계약 체결 이후에도 단체협약 또는 취업규칙의 변경 등의 사유로 이러한 사항이 변경되는 경우에는 근로자의 요구가 있으면 그 근로자에게 교부하도록 하도록 하는 근로기준법 제17조에 대하여 "이는 근로계약을 체결할 때뿐만 아니라, 이를 변경하는 경우에도 위 법에서 열거하고 있는 중요한 근로조건에 대해서는 서면으로 명시하도록 하고, 사용자로 하여금 변경된 근로조건이 명시된 근로계약서를 교부하도록 하여 근로자의 법적 지위를 강화하고자 하는 데 그 입법 취지가 있으므로"라고 판시한 바 있다.[218]

임금, 소정근로시간, 휴일, 연차 유급휴가, 취업의 장소 등과 같은 근로조건은 노무제공의 구체적 사항으로 근로의 세부적인 내용을 구성한다. 「근로기준법」 제17조, 「기간제법」 제17조에서는 이러한 사항에 대하여 명시(중요한 근로조건은 서면으로 명시)하도록 한다. 사용자와 근로자는 이와 같이 명시된 근로조건에 대해 합의를 하게 되는데, 그 합의의 결과물이 근로계약에 해당한다.

근로계약이란 그 개념상으로는 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약을 말하는데,[219] 실질 기능상으로는 근로조건의 세부내용에 대한 합의로 이해할 수 있다. 따라서 만약 포괄적 동의설에서와 같이 근로계약은 '구체적인 근로의 내용을 정한 것' 아니고, 단지 근로계약은 '노무제공에 대한 처분권을 근로자가 사용자에게 포괄적으로 위임하는 대신, 그 반대급부로 임금을 제공받기로 약정한 것'으로 이해한다면, 이는 여러 근로조건에

---

217) 헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2004헌바77 결정.
218) 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015도11659 판결.
219) 「근로기준법」 제2조 제1항 제4호.

대해 근로계약 체결 시 명시하도록 하여 근로계약의 내용이 되도록 하고, 이를 통해 근로자에 대한 불측의 불이익을 방지하고자 하는 「근로기준법」 제17조, 「기간제법」 제17조의 입법취지를 잠탈하는 해석이 되므로 타당하지 않다.

물론 근로계약이 종속적 노동관계를 목적으로 하므로, 근로계약 체결 사실이 곧 사용자의 인사권 내지 업무명령권에 대한 인정을 의미한다는 점에 대해서는 부인하기 어렵다. 박제성 박사도 근로계약이란 종속적 노동관계를 계약으로 풀어낸 것이라 설명하면서, 근로자가 사용자에게 근로를 제공한다는 것의 의미는 "사전에 특정된 어떤 근로를 제공한다는 것이 아니라, 사용자의 지시에 따라서 근로하겠다"는 것이라고 한다.[220]

관련하여 박제성 박사는 영국의 경제학자 Ronald Coase의 글을 원용하며, 근로계약이 두 가지의 상반된 기능을 수행한다고 설명한다. 박제성 박사에 의하면, 근로계약은 "사용자에게 근로자의 노동력을 처분할 수 있는 권한을 부여"하는 기능과 "그러한 권한의 행사를 계약의 범위 안으로 제한"하는 기능을 수행한다고 한다.[221] 여기서 말하는 처분권은 노무지휘권으로 이해되는데, 근로계약이 사용자에 근로자에 대한 노무지휘권을 부여하면서, 동시에 그 노무지휘권을 제한하므로, 박제성 박사는 이를 상반된 기능이라 설명한 것으로 생각된다.

박제성 박사가 원용한 Ronald Coase의 논문은 Ronald Coase가 1937년 발표한 "The Nature of the Firm"으로 기업의 본질에 대해 경제학적으로 분석하고 있는 논문이다.[222] Ronald Coase는 동 논문에서 시장이 완벽하다면 왜 기업이라는 존재가 필요한 것인지, 그 이유는 무엇인 것인지 여부에 대해 살펴보고 있다. 동 논문의 요지는 "기업거래의 비용이 시장거래의 비용을 초과하지 않을 때까지 기업 거래는 확대된다."는 것

---

220) 박제성, "사내하청의 담론과 해석", 「노동법연구」 제40호, 서울대노동법연구회, 2016, 14면.

221) 박제성, "디지털 노동관계와 노동법 - 반응하는 신체의 관할권 문제-", 「노동법연구」 제42호, 서울대노동법연구회, 2017, 375면.

222) R. H. Coase, "The Nature of the Firm", Economica, Vol.4 (16), 1937, 386면.

으로 소위 코즈의 제1정리라 불리고 있다.[223] Ronald Coase는 기업을 통한 비용 절감을 살펴보면서, 생산요소(또는 그 소유자)는 기업 내에서 협력하는 다른 요소들과 일련의 계약을 체결할 필요가 없다고 분석한다. 관련하여 고용계약을 특성을 살펴보는 것이 중요하다고 하면서, 고용계약은 특정 보수에 따라 특정한 한도 내에서 기업가의 지시에 복종하기로 한 계약으로, 동 계약의 본질은 오로지 기업가의 권리(power)에 대한 한계를 명시하는 것에 있다고 한다.[224] 박제성 박사는 Ronald Coase가 언급하고 있는 이 계약은 사용자가 무엇을 할 수 있는 것인지 여부를 정하는 계약이 아니라 무엇을 할 수 없는 것인지 여부를 정하는 계약이라고 분석한다.[225]

위와 같이 근로계약의 기능을 두 가지로 분설하여, 사용자의 권리를 인정하는 국면과, 사용자의 권리의 내용과 한계를 결정하는 국면으로 구분하여 접근하는 것은 근로계약의 본질을 이해하는 데 있어 큰 도움을 준다. 특히, 기업의 본질 측면에서도 근로계약이 사용자의 권리를 제한하는데 있다고 분석하는 것은 주목할 만하다. 이러한 분석에 의하면, 사용자에게 어떠한 권리가 인정되는지 여부는 근로계약 체결 사실만으로는 알 수 없고, 근로계약의 구체적 내용을 보아야 비로소 판단할 수 있다.

다만, 위와 같은 분석에서 근로계약의 본질을 오로지 사용자의 권리의 한계를 정하는 것에 있다고 이해하여, 근로계약을 사용자가 무엇을

---

223) 이재우, “재벌 구조조정의 경제학: 코우즈(Coase) 정리의 관점에서”, 「산업조직연구」 제9권 제2호, 한국산업조직학회, 2001, 73면.

224) R. H. Coase(1937), 앞의 글, 391면. 그 원문은 아래와 같다.

“At this stage, it is important to note the character of the contract into which a factor enters that is employed within a firm. The contract is one whereby the factor, for a certain remuneration (which may be fixed or fluctuating), agrees to obey the directions of an entrepreneur within certain limits. The essence of the contract is that it should only state the limits to the powers of the entrepreneur. Within these limits, he can therefore direct the other factors of production.”

225) 박제성(2017), 앞의 글, 375면.

할 수 있는지 여부를 정하는 계약이 아니라 사용자가 무엇을 할 수 없는지 여부를 정하는 계약이라 보는 것에는 동의하기 어렵다. 만약 근로계약을 사용자가 무엇을 할 수 없는지 여부를 정하는 계약으로 이해한다면, 근로계약에서 정하지 않은 사항에 대해서도 사용자가 권리를 가져 임의대로 결정할 수 있다는 것이 된다.

업무를 수행할 때 여러 번 도급 내지 위임계약을 체결하는 대신, 누군가를 고용하여 계약 체결, 가격 협상에 대한 비용을 줄이고 유연하게 대처할 유인은 도급 내지 위임계약이 아닌 근로계약을 체결할 경제적 동기가 될 수는 있으나,[226] 이것이 계약에서 정해지지 않은 사항에 대해서까지 상대방 당사자에게 이를 강요하거나 용납하게 할 법적 근거가 된다고 보기는 어렵다.[227]

사용자가 계약상 정해지지 않은 사항에 대해서도 권리를 가지고 임의대로 결정할 수 있다는 법적 근거를 '종속적인 성격을 갖는 근로계약 체

---

226) 근로계약관계는 사람의 노동력의 이용을 목적으로 하는 사람과 사람의 인적 결합관계가 상당기간 지속하는 계속적 계약관계인데, 이를 경제학적으로 분석하면, 근로계약은 사용자에게 지시권을 부여하여, 근로계약에서 정한 지시권 내에서는 재량을 인정하고, 이를 통해 그 범위 내에서는 유연성을 확보하여 계약의 변경 없이도 근로제공과 임금지급을 가능하도록 하는 것에 있다고 이해된다.

227) 일반적으로 법률행위의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서 당사자가 표시한 문언에 의하여 그 객관적인 의미가 명확하게 드러나지 않는 경우에는 그 문언의 내용과 그 법률행위가 이루어진 동기 및 경위, 당사자가 그 법률행위에 의하여 달성하려고 하는 목적과 진정한 의사, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 사회정의와 형평의 이념에 맞도록 논리와 경험의 법칙, 그리고 사회 일반의 상식과 거래의 통념에 따라 합리적으로 해석하여야 하므로, 근로계약에서 당사자에 해당하는 사용자의 경제적 동기가 전혀 반영될 수 없는 것은 아니다. 따라서 사안에 따라 근로계약서에서 명시한 사항은 아니지만, 근로계약의 해석에 따라 계약의 내용이 되어 사용자의 노무지휘권이 인정되는 부분이 있을 수 있다. 하지만, 이때의 노무지휘권은 근로계약의 내용으로 존재하는 것이므로, 근로계약의 내용과 무관하게 그 체결 사실만으로 근로계약의 내용이 되지 않는 사항에까지 노무지휘권이 미친다는 것과는 차이가 있다.

결 사실'에서 찾을 수 있지 않을까 하는 생각을 할 수도 있지만, ① 계약에서 정하지 않은 사항에 대한 법적 근거를 계약에서 찾는 것은 어색할 뿐만 아니라, ② 근로계약의 체결은 근로자가 종속적 노동관계에의 편입에 동의한다는 것만 나타낼 뿐, 어떠한 종속적 노동관계를 인정한 것인지, 그에 따라 어떠한 사용자의 권리를 인정한 것인지는 그 계약 체결 사실만으로는 알 수 없고, 계약을 내용을 보아야 한다는 점에서 이는 타당하지 아니하다. 예컨대, 임대인이 부동산 임대차계약을 체결한 경우, '임대차 관계'를 인정했다는 점을 알 수 있지만, 어떠한 임대차인 것인지, 임대차 목적물은 무엇인지, 임대료는 얼마인 것인지는 계약의 내용을 보아야 알 수 있다.

계약이 성립하기 위해서는 당사자 사이에 의사의 합치가 있을 것이 요구되고 이러한 의사의 합치는 당해 계약의 내용을 이루는 모든 사항에 관하여 있어야 하는 것은 아니지만 그 본질적 사항이나 중요 사항에 관하여는 구체적으로 의사의 합치가 있거나 적어도 장래 구체적으로 특정할 수 있는 기준과 방법 등에 관한 합의는 있어야 하고, 그러한 정도의 의사의 합치나 합의가 이루어지지 아니한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 계약은 성립하지 아니한 것으로 보는 것이 타당하다.[228]

근로계약에서 노무제공의 구체적 내용, 근로조건에 관련한 사항은 계약의 본질적 사항 내지 중요 사항이라 볼 수 있다. 따라서 사용자가 이와 관련된 어떠한 지휘 명령권을 가지는지 여부도 근로계약의 본질적, 중요한 사항으로 계약 체결 과정에서 당사자들이 합의를 해야 하는 사항이라 이해된다. 그렇다면, 근로계약이 체결되어 성립했다는 의미는 사용자의 노무지휘권의 내용, 범위, 한계에 대해 양 당사자의 의사가 합치했다는 것으로 풀이할 수 있다. 이러한 점에서 근로계약은 근로자가 근로계약에서 정한 노무지휘권의 범위 내에서 사용자의 노무지휘권 행사를 인정하고 그에 따라 근로를 제공하고 임금을 지급받기로 한 계약이라 이해할 수 있고, 근로계약의 본질을 노무지휘권 관점에서 보면 노무지휘권의 한계 뿐만 아니라 그 내용과 범위를 정하는 것으로 볼 수 있다. 즉,

228) 대법원 2017. 10. 26. 선고 2017다242867 판결.

(계약상 정해진) 노무지휘권에 대해 근로자가 (계약을 통해) 동의를 했기 때문에, 그 동의 및 그에 따라 성립된 사용자와 근로자의 합의(근로계약)에 기하여 종속적 근로관계가 성립되었다고 봄이 타당하다. 근로관계의 종속성이 근로계약을 통해 비로소 시작되는 것이라면, 종속성을 바탕으로 한 사용자의 노무지휘권도 근로계약에 따라 비로소 생겨난다고 봄이 합당하다.

노무지휘는 '누구'에게 '어떻게' 일을 시킬 것인가의 문제이므로, '누구'에게 초점을 맞춘다면 '인사권'으로, '어떻게'에 초점을 맞추면 '업무명령권'의 행사로 나타난다. 인사권 행사의 대표적인 양태가 '전직'인데 '전직'은 어떠한 업무(직무)를 어디서(근로장소)에서 시킬 것인지를 결정하는 것이므로, 이를 '노무지휘'로 보지 않는다면, 어떠한 개념을 노무지휘의 개념에 포섭시킬 수 있을지 의문이 생긴다. 결국 '인사권'과 '업무명령권' 모두 사용자에게 주어진 노무지휘권이 행사되는 현상적 모습에 불과하다.

정리하면, 전직명령권은 노무지휘권의 일종이자 부분이므로, 근로계약 체결만으로 이에 대한 포괄적인 권리가 사용자에게 인정된다고 볼 수는 없고, 개별 근로계약의 내용에 따라 그 내용, 범위, 한계가 결정된다고 보는 것이 바람직하다. 물론 현실에서 형식적으로 근로계약을 체결하는 경우가 많고, 노사 간 교섭력 차이, 번거로움 등으로 인하여 근로계약을 체결하는 단계에서 개별적인 근로조건의 세부적인 내용에 대해 상세하게 정하기는 쉽지 않기 때문에, 근로계약을 체결할 때에는 대략적인 내용만을 정하고, 구체적인 업무의 내용에 대해서는 사용자의 지시에 따르겠다고 하는 경우가 많다.[229] 이러한 측면에서 대법원은 "근로계약은 낙성계약으로 청약에 따른 승낙으로 성립하므로 그 계약의 내용은 사용자와 근로자가 개별적인 교섭에 의하여 확정하는 것이 원칙이지만, 오늘날 다수의 근로자를 고용하고 있는 기업은 개개의 근로자들과 일일이 계약 내용을 약정하기보다는 근로계약의 내용이 되는 근로조건 등을 단체협약, 취업규칙에 정하여 근로관계를 정형화하고 집단적으로 규율하는 것이 보통

229) 임종률(2015), 앞의 책, 342-343면.

이므로, 근로계약 체결시 계약의 내용을 취업규칙의 내용과 달리 약정하는 등 특별한 사정이 없는 한 근로계약을 체결한 근로자와 사용자 사이에는 취업규칙에 정하는 바에 따라 근로관계가 성립한다."고 판시하기도 한다.[230] 그런데 이러한 현실적 한계는 노사 간 교섭력 차이 등으로 인하여 근로계약이 실질적으로는 근로조건에 대한 구체적 합의로 기능하기 어렵다는 현상적, 결과적 모습에 불과하다. 현실적으로 이러한 사례가 많기 때문에, 근로계약은 근로조건에 대한 구체적 합의가 아니라 사용자에게 노동력에 대한 처분 권한을 맡기는 약정에 불과하다고 하는 것은 결과를 원인이라 말하는 것과 같으며, 성급한 일반화의 오류를 범하는 것과 같다. 개별 사안에 따라 근로조건에 대해 간략히 정하고 세부적인 내용에 대해 사용자에게 위임하는 경우가 있을 수도 있고,[231] 그렇지 않은 경우가 있을 수도 있다. 이는 근로계약 체결 사실만으로는 파악할 수 없고, 결국 개별 근로계약의 내용을 살펴보아야 확인할 수 있다.

3) 판례 입장에 대한 검토

전직명령권에 대한 판례 입장을 검토하기 위해서는 판례 입장에 대한 명확한 분석이 선행되어야 한다. 대법원은 근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 사용자는 상당한 재량이 인정된다고 보고 있는데, 앞서 살펴본 여러 견해들은 판례가 포괄적 동의설을 취하고 있다고 하면서, 그 이유를 제시하지 않거나,[232] 포괄적 동의설의 논리구조와의 유사성을 제시한다.[233]

그런데 판례는 전직이 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속한다고 하여, 전직명령권의 근거가 '인사권'에 있다고만 할 뿐, 그러한 '인

230) 대법원 1999. 1. 26. 선고 97다53496 판결.
231) 이러한 경우가 현실에서 많다고 하더라도, 반드시 그렇다고 하기는 어렵다.
232) 성중탁(2005), 앞의 글.
233) 김홍준(1993), 앞의 글, 135면.

사권'이 '경영권'에 기초하는 것인지 아니면 근로계약에 기한 포괄적 위임에 근거한 것인지 밝히고 있지 않다. 판례가 전직명령권이 왜 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하는지 밝히고 있지 않으므로, 판례의 입장을 포괄적 동의설을 따른 것이라 단정하는 것은 바람직하지 않다. 오히려, 판례가 설시한 문구인 "원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속한다."는 근로계약과 무관하게 본래적으로 전직명령권이 사용자에게 주어진 권한이라는 의미로 사용된 것으로 생각되고, 결국 판례가 말하는 '인사권'은 '경영권'을 의미하는 것으로 보인다. 그 이유를 살펴보면 아래와 같다.

대법원은 전직이나 전보처분에 대해서는 "원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로"라는 표현을 사용하고 있다. 그런데 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속한다는 의미가 경영권의 영역이라는 의미인 것인지는 다소 불분명하다. 대법원은 전직이나 전보처분에 대해서는 "원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로"라는 표현을 사용하고 있는 반면, 대기발령에 대하여는 "원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다 할 것이고"라는 표현을 사용하여 대기발령에 있어서는 그 표현을 달리한다.[234]

"원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로"라는 표현과 "원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다 할 것이고"라는 표현이 같은 의미인지 여부는 불분명한데, 만약 이러한 문구의 차이에 의미를 둔다면, 대법원이 마치 인사권을 ① 원칙적으로 사용자의 권한에 속하는 인사권, ② 원칙적으로 사용자의 고유권한에 속하는 인사권으로 구분하고 있는 것이 아닌가 일응 생각해볼 수 있다. 만약 이렇게 본다면 '전직이나 전보처분'은 근로장소의 변경을 초래하는 반면, '대기발령'은 근로장소의 변경을 초래하지 않으므로,[235] 근로장소의 변경을 초래하는 인사처분은 '① 원칙적으로 사용자의 권한에 속하는 영역'이기는 하나 '② 사용자의 고유권한에 속하는 영역'은 아니라는 해석에 이르게 된다.

---

234) 대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8011 판결.
235) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다86246 판결.

과연 대법원이 위와 같이 인사권의 법적 근거를 세분화하여 접근한 것인지 여부에 대해서는 정확히 알기 어렵다. 다만, 아래와 같은 점을 감안하여 보면, “원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로”라는 표현과 “원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다 할 것이고”라는 표현은 사실상 같은 의미로 사용된 것으로 보인다.

우선 ① 하급심에서는 양자를 구분하지 않는다. 근로자에 대한 인사고과에 대해 “근로자에 대한 인사고과는 해당 근로자를 상대로 한 전인격적, 복합적인 평가로서 인사권자인 사용자의 고유권한”이라고 한 판결이 있는 반면,[236] “근로자에 대한 인사고과는 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 가진다 할 것”이라고 하기도 하여,[237] 두 표현을 같은 의미로 사용한다. ② 대법원이 ‘원칙적으로 사용자의 권한에 속하는 영역’이라고 판시한 ‘전보처분’에 대하여, 중앙노동위원회는 사용자의 고유권한에 속한다고 본다. 예컨대, “근로자의 전보는 기본적으로 사용자의 고유권한에 속하며”라고 하거나,[238] “근로자가 사용자의 고유권한인 근로자들의 배치전환이나 교육실시 반대를 위해 수 차례에 걸쳐 다른 근로자들까지 동원하여 물리적으로 업무방해행위를 주도하였다면, 이는 정당한 단체행동이라고 볼 수 없으므로”라고 하여,[239] ‘대기발령’ 뿐만 아니라 ‘전보처분(전환배치)’에 대해서도 사용자의 고유권한에 속하는 처분이라 보고 있다. 지방노동위원회도 “전환배치는 취업규칙의 징계에 해당되지 않으며, 전환배치의 불이익과 관련된 규정 및 실질적인 불리한 요소가 확인되지 않는 점, 기업질서 유지를 목적으로 행하여지는 인사권자인 사용자의 고유권한에 속하는 처분으로 보이는 점”이라고 하고 있다.[240] ③ 중앙노동위원회는 “사용자의 고유권한인 경영권의 범위에 속하는 것”,[241] “원칙적으로 회사의

---

236) 서울행정법원 2011. 7. 14. 선고 2010구합32587 판결.
237) 수원지방법원 2013. 1. 29. 선고 2012나6377 판결.
238) 중앙노동위원회 2017. 12. 8. 2017부해1017 판정.
239) 중앙노동위원회 2002. 2. 14. 2021부노248 판정.
240) 전남지방노동위원회 2021. 1. 7. 2021부해417 판정.
241) 중앙노동위원회 2018. 8. 16. 2018부해650 판정.

고유권한인 경영권 내지 인사권에 속하는 사항"[242]이라는 표현을 쓰기도 하는데, 이러한 점을 감안하면 중앙노동위원회는 경영권 내지 인사권이 미치는 모든 영역을 사용자의 고유권한에 속한다고 보고 있는 것으로 보인다. 서울지방노동위원회도 "연봉 결정 및 승진은 다른 요소도 고려한 사용자의 고유권한(인사권)에 속하는 것으로 판단되는 점"이라고 하여, 인사권과 사용자의 고유권한의 의미를 동일시한다.[243] ④ 고용노동부 역시 양자를 구분하고 있지 않고 있다. 고용노동부민원마당 게시판을 살펴보면 고용노동부는 "정규직입니다. 한번도 해보지 않은 직무로 동의 없이 강제전보를 당할거라고 회사에서 구두로 불러 이야기 했습니다. 내부고발자에 대해 성품폄하후 직무 불이익 변경이 동의없이 가능한지"라는 질의에 대하여 "근로자가 입사하여 담당하게 될 업무와 그 업무가 이루어지는 장소에 대하여 사전에 특정하게 되나, 사용자는 필요하다고 인정할 경우에 근무자 또는 업무를 변경할 수 있습니다. 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 사용자는 상당한 재량을 가지기 때문입니다."고 설명하면서 그 근거로서 "인사명령은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다 할 것이고, 따라서 이러한 인사명령에 대하여는 업무상 필요한 범위 안에서 사용자에게 상당한 재량을 인정하여야 하며, 이것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한 위법하다고 할 수 없다(대법원 2002. 12. 26. 선고 2000두8011 판결, 2005. 2. 18. 선고 2003다63029 판결 등 참조)."를 제시하고 있다.[244]

위와 같은 하급심 판결, 중앙노동위원회 및 지방노동위원회 판정례, 고용노동부의 답변 내용을 종합하면, "원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로"라는 표현과 "원칙적으로 인사권자인 사용자의 고유권한에 속한다 할 것이고"라는 표현은 같은 의미인 것으로 생각된다.

---

242) 중앙노동위원회 2002. 8. 22. 2002부노142 판정.

243) 서울지방노동위원회 2021. 7. 2. 2021부해891 판정.

244) 고용노동부민원마당 답변

(URL:https://minwon.moel.go.kr/minwon2008/lc_minwon/lc_quick_internet_view.do?idx=20221019173109037100).

여기서 말하는 사용자의 고유권한이 경영권을 지칭하는 것인지 여부는 분명하지 아니하나, ① 고유하다는 사전적 의미는 “본래부터 가지고 있어 특유하다.”는 것이므로,[245] 고유권한이라는 것은 근로계약 체결 등과 무관하게 사용자가 본래부터 가지고 있는 권한이라는 의미이므로 이러한 권한이 근로계약에서부터 도출된다고 보기는 어려운 점, ② 판례상 사용자에게 선험적으로 주어지는 권리는 경영권이라는 점,[246] ③ 대법원이 고유권한의 의미에 대해 명확히 밝히고 있지 아니한 상황에서, 위에서 살펴본 바와 같이 중앙노동위원회·지방노동위원회·고용노동부 등 관계기관에서 이를 ‘경영권’으로 인식하여 서술, 기재하고 있고, 심지어 ‘인사권’과 ‘경영권’을 같은 개념으로 보는 듯한 판정례도 다수 발견된다는 점 등을 감안하면, 법원이 의도하였든 의도하지 아니하였든, ‘사용자의 고유권한’이라는 것은 ‘경영권’을 지칭하는 것으로, ‘인사권’은 ‘경영권’에서 도출되는 것 또는 ‘경영권’ 그 자체를 의미하는 것으로 받아들여지고 사용되고 있는 것으로 보인다.

사용자의 인사권 행사는 근로계약에 의하여 주어진 노무지휘권이 행사되는 현상적 모습임에도 불구하고, 근로계약 존재는 망각된 채 ‘원칙적으로’, ‘고유권한’이라는 표현에 의하여 현상이 법적 근거가 되어 버리는 해석이 널리 통용되고 있다. 결국 대법원, 하급심, 중앙노동위원회, 고용노동부는 전직은 경영권(인사권)의 고유한 영역으로서, 전직명령권은 선험적으로 사용자에게 주어진 권리라는 인식 하에서 전직명령권의 유무효와 정당성을 논하고 있는 것으로 파악된다.

물론, 대법원이 근로계약에서 근로의 내용이나 장소를 특별히 한정한 경우에 사용자가 근로자에 대하여 전보나 전직처분을 하려면 원칙적으로 근로자의 동의가 있어야 한다고 하므로,[247] 대법원이 전직명령권의 근거를 형식적으로 나마 근로계약에서 찾고 있는 것이 아닌가 하는 의문이 들 수 있다. 그런데, 위 내용은 전직명령권이 근로계약에 따라 제한될 수

245) 국립국어원, 「표준국어대사전(https://stdict.korean.go.kr)」.
246) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002도7225 판결.
247) 대법원 2013. 2. 28. 선고, 2010다52041 판결.

있다는 내용에 불과하고, 전직명령권이 근로계약에 의해 발생한다는 내용은 아니다.

정리하면, 판례의 입장은 경영권의 법적 실체성을 인정하는 토대 위에 서 있는 것으로 생각된다. 경영권이 실체성을 갖는 법적 권리라는 전제 하에 전직 등은 근로계약이 아닌 경영권에 기하여 이루어지는 것이며, 경영권에 속하는 사항은 고도의 경영상의 결단에 속하는 사항이어서 근로자가 개입할 여지가 없고 따라서 사용자에게 폭 넓은 재량이 인정된다는 결론에 이르고 있다. 다만, 대법원은 근로계약 체결 시 취업의 장소나 종사업무를 명확히 특정한 경우에는 이를 변경하기 위해서 원칙적으로 당해 근로자의 동의가 필요하다고 하여, 근로계약이 예외적으로 경영권에 개입할 여지를 열어두고 있기는 하다.[248] 그러나 근로자의 동의를 받지 않은 경우, 근로계약 위반 여부, 사정변경의 원칙의 적용가능성을 토대로 사용자의 전직 등의 유무효를 판단하는 것이 아니라 사용자의 전직 등이 권리남용에 해당하는지 여부를 살펴 그 유무효를 판단한다. 결국 전직 등에 대한 권리관계에 있어 근로계약은 부수적으로만 고려되는 요소에 불과한 것으로 취급된다.

고용노동부는 여기서 한 걸음 더 나아가 "사용자는 기업의 인사·경영권에 기하여 업무상 필요에 따라 근로자의 배치전환을 실시할 수 있으나, 근로계약 체결시 취업 장소나 종사업무를 명확히 특정한 경우 이를 변경하기 위해서는 원칙적으로 당해 근로자의 동의가 필요하나, 다만, 경영상 불가피한 사정 등으로 당초 약정한 취업장소 또는 종사업무를 유지토록 할 수 없는 경우에는 근로기준법 제23조에 위반되지 않는 한 근로자가 동의하지 않더라도 그 배치전환의 효력을 부인할 수는 없다고 사료됩니다.(2004-03-17 근로기준과-1321)"고 회시하여, 근로자의 동의 유무는 권리남용의 판단요소에 불과하다는 점을 명확히 한다.[249]

---

248) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041 판결.

249) 고용노동부 민원마당 2022. 12. 14.자 답변.

(URL:https://minwon.moel.go.kr/minwon2008/lc_minwon/lc_quick_internet_view.do?idx=20221214132639819100O).

앞서 살펴본 바와 같이 경영권은 사업지배권으로서의 경영권과 사업운영권으로서의 경영권으로 분설해볼 수 있다. 사업지배권으로서의 경영권의 재산권의 부분으로서 존재하므로, 「헌법」 제15조의 재산권 조항에서 그 법적근거를 찾을 수 있다. 하지만, 이러한 사업지배권으로서의 경영권은 사업의 운영, 회사의 인사처분 등과는 관계가 없으므로, 근로장소의 변경이나 지정, 근로장소의 변경을 수반하는 전직이나 전보처분의 정당성, 유무효를 판단할 때 고려될 성질의 것이 아니다. 한편 사업운영권으로서의 경영권은 그 법적 실체가 불분명하고, 이를 인정하는 경우 일반 거래관계에서의 불안정성이 야기되므로, 그 실체성을 인정하는 것은 타당하지 않다. 따라서 전직명령권의 법적 근거를 경영권에서 찾는 것은 타당하지 아니하다.

(4) 노무지휘권으로서의 전직명령권과 근로계약

1) 노무지휘권으로서의 전직명령권

사용자의 전직명령권의 법적 근거를 경영권, 또는 근로계약 시의 포괄적 동의에서 찾지 않는다면, 사용자는 어떠한 법적 근거를 통하여 근로자에게 전직명령을 할 수 있는 것인지 문제된다.

전직명령권에 대하여 직접적으로 정하고 있는 법 조항은 「근로기준법」 제23조인데, 「근로기준법」 제23조 제1항은 “사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰)을 하지 못한다.”고 하여, 전직에 정당한 이유를 요구하고 있다. 그런데, 동 조항은 그 내용상 전직명령권의 법적 근거를 정하고 있는 조항이라 보기는 어렵고, 단지 이미 다른 법적 근거에 따라 발생한 사용자의 전직명령권에 대해 그 행사의 한계를 정하고 있는 조항이라 이해된다.

전직명령권과 관련하여 헌법이나 법률에 그 법적 근거를 찾을 수 없다. 따라서 이러한 전직명령권은 사용자와 근로자 사이에 체결된 근로계

약에 따라 비로소 발생하는 것으로 해석된다. 전직명령권은 노무지휘권의 부분 내지 일종으로 볼 수 있는데, 여기서 말하는 노무지휘권은 근로자의 노무제공의무에 대응하여 사용자가 가지는 권리를 의미한다. 노무지휘권에 대해 이철수 교수는 "근로계약에 근거하여 약정된 노무제공의 구체적 내용(종류, 장소, 시간 등)을 지시하거나 노무제공 과정을 지휘·감독할 수 있는 사용자의 권리"라 설명한다.[250] 근로장소의 경우 근로제공과 매우 밀접한 요소로, 노무제공의 내용에 포함된다. 근로계약 체결 시 사용자는 근로장소(취업의 장소)를 서면 또는 구두로 명시하여야 한다는 점, 근로장소의 경우 노무제공의 구체적 내용 중 하나로 근로계약에 기한 노무지휘권의 대상이 된다는 점 등을 고려하면, 사용자의 근로장소의 변경을 초래하는 전직명령권은 근로계약에 기하여 발생하는 것으로 노무지휘권의 한 부분을 구성한다고 보는 것이 타당하다.

노무지휘권은 근로계약에 따라 발생하므로, 그 구체적인 내용도 근로계약에 의하여 정해진다고 보는 것이 바람직하다. 이에 노무지휘권으로서의 전직명령권의 내용은 개별 근로계약의 내용에 따라 달라질 수 있다. 이상익 박사는 "사용자의 지휘명령에 따라 근로자가 근로를 제공하는 것은 분명하지만, 이러한 사용자의 인사권은 근로계약에서 약정된 범위에서 구체적으로 일의 내용이나 방법을 확정하는 것이므로 근로계약의 내용 및 근로계약에서 합의된 범위 안에서 행사되어야 할 것이다."고 하는데,[251] 근로계약에서 명시하지 않은 내용까지 사용자에게 권한이 있다고 해석하는 것은 계약의 해석 원칙에 반한다는 점에서 타당한 분석이다.

한편, 전직명령권의 법적 근거를 근로계약에서 찾는 것(이른바 근로계약설)은 사실상 포괄적 동의설과 차이가 없다고 보는 견해가 있다. 동 견해에서는 노사 현실에서 단체협약, 취업규칙, 서약서 등에 기업의 전직에 동의한다 내지 응한다는 취지의 규정이나 조항을 두고 있는 경우가 많을 뿐만 아니라, 관행적으로 전직이 기업의 제도로 확립된 경우도 있

250) 이철수(2023), 앞의 책, 441면.
251) 이상익(2022), 앞의 글, 110면.

으므로, 결국 근로계약설에 따라 계약해석의 원칙에 따라 전직명령권을 접근하더라도, 결과적으로는 사전에 포괄적 합의가 있다고 보아 사용자의 전직명령권의 근거가 쉽게 인정되기 때문에 실제 소송에서 포괄적 동의설이나 근로계약설이 별 차이가 없다고 한다.[252] 특히 동 견해는 "근로계약설의 입장에서도 계약에서 예정한 전직명령권의 범위 내라고 일응 보이는 경우에도 강행법규 혹은 공서양속을 위반하거나, 권리남용에 해당한다고 판단되면 그 기업내 전직명령의 근로자에 대한 구속력이 부인된다고 보기 때문에 이러한 점을 감안하면 포괄적 합의설에서 권리남용의 여부를 따지는 작업과 유사한 작업을 당해 근로계약의 내용확정이라는 차원에서 하는 데 지나지 않는 것으로 보인다."고 한다.[253]

위 견해에 대해 동의하기는 어렵다. 우선, ① 기업의 전직에 동의한다 내지 응한다는 취지의 규정이 반드시 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에 존재하는 것이 아니므로, 경우에 따라 이러한 전직명령권에 관한 규정이 없을 수도 있다. 이와 같이 명시적인 전직명령권에 관한 규정이 없는 경우, 사용자의 전직명령권을 인정할 것인지 여부, 인정한다면 그 범위는 어디까지로 할 것인지 여부는 근로계약의 나머지 규정과, 그 규정에 대한 당사자의 진정한 의사에 대한 해석에 따라 결정된다. 그런데, 포괄적 동의설을 취하게 되면 사용자의 전직명령권에 관한 규정이 근로계약, 취업규칙, 단체협약 등에 존재하지 않는다고 하더라도, 근로계약 체결 사실만으로 사용자에게 포괄적인 전직명령권을 인정하는 결과가 초래된다. 계약 체결 사실만으로 폭 넓은 전직명령권을 인정하는 포괄적 동의설과, 구체적 계약 내용에 따라 전직명령권의 내용과 범위를 확정하는 근로계약설이 같다고 볼 수 없고, 전직명령권의 내용과 범위는 전직명령의 정당성을 판단하는 데 중요한 요소가 되므로, 소송에서 별 차이가 없다고 단정할 수 없다. 아울러, ② 기업의 전직에 동의한다 내지 응한다는 취지의 규정이 근로계약, 취업규칙, 단체협약에 있는 경우라고 하더라도 이는 전직명령의 가능성만 규정해놓은 것일 뿐, 전직명령권의 범위와 한계까

252) 김홍준(1993), 앞의 글, 133면.
253) 김홍준(1993), 위의 글, 133면.

지 정했다고 보기 어렵다. 포괄적 동의설에 의하면, 계약의 내용과 상관없이 사용자에게 폭 넓은 재량을 인정하게 되는 반면, 근로계약설에 의하면 계약의 내용에 따라 사용자의 전직명령에 대한 재량이 결정된다는 점에서 차이가 있다. ③ 폭 넓은 전직명령권을 인정하고, 예외적인 권리남용 유무를 찾는 작업과, 어떠한 전직명령권을 인정할 것인지 양 당사자들의 의사를 규명하고 해석, 확정하는 작업을 유사한 작업으로 평가할 수는 없다. 권리남용이 성립하기 위해서는 (1) 행위자에게 적법한 권리가 있어야 하고, (2) 그 권리를 남용하여 행사하여야 한다.[254] 여기서 남용이란 주관적으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없을 경우여야 하고, 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하는 것이어야 한다.[255] 권리남용에 있어 '행위자에게 적법한 권리가 있는지 여부'를 살펴보는 작업이, 마치 계약의 해석을 통해 상대방에게 어떠한 권리가 인정되는 지 여부를 살펴보는 작업과 유사해보일 수 있다. 그런데 포괄적 동의설을 취하게 되면 '행위자에게 적법한 권리가 있는지 여부'에 대해서는 논의할 여지가 없어진다. 근로계약 체결 사실만으로 사용자에게 당연히 전직명령권이 인정되기 때문이다. 즉, 사용자에게 적법한 전직명령권이 없을 수도 있다는 근로자의 주장은 애초부터 차단된다. 이에 비해 사용자의 전직명령권이 근로계약에 따라 구체적으로 정해진다고 보면, 사용자의 전직명령권이 존재하는지, 존재한다고 하더라도 그 범위 밖인 것인지 여부에 대해 근로자가 주장해볼 여지가 생긴다. ④ 아울러 권리남용에 입증책임은 이를 주장하는 근로자에게 있지만, 전직명령권의 유무에 대한 입증책임은 반드시 근로자에게 있다고 볼 수 없다. 판례는 "계약당사자 간에 어떠한 계약내용을 서면으로서 작성하였을 경우에는 당사자의 내심적 의사의 여하를 불구하고 그 서면의 기재내용에 의하여 당사자의 참된 의사를 탐구하도록 합리적으로 해석하여야 할 것이며 당사자가 주장하는 계약 내용이 당사자에게 중대한 책임을 부과

254) 「민법」 제2조 제2항.
255) 대법원 2023. 3. 13. 선고, 2022다293999 판결.

하게 되는 경우에는 그 서면의 내용과 문구를 더욱 엄격하게 해석 하여야 할 것"이라고 하면서, 원보증계약서에 피보증인의 행위로 인한 장래의 민사상 손해를 배상하겠다는 내용의 명문이 없을 때에는 이상과 같은 내용의 보증을 하였다고 주장하는 당사자 측에 입증책임이 있다고 본다.[256] 전직명령과 관련하여서도 근로계약에 명문의 규정이 있다면 그에 따르면 되고, 명문의 규정이 없거나, 명문의 규정을 벗어나는 전직명령권을 주장하는 자가 있다면, 그 주장하는 자가 이를 입증하면 된다. 예컨대, 근로계약에 사용자의 전직명령에 대한 규정이 없음에도 불구하고, 사용자가 전직명령권이 있음을 전제로 그 전직이 정당하다고 주장한다면, 사용자는 전직의 정당성을 주장하기에 앞서 자신이 전직명령권이 가진다는 점에 대해 입증을 하여야 한다.

정리하면, 근로계약의 내용을 확정하는 것은 계약의 해석의 문제로, 쌍방당사자의 진정한 의사가 무엇인지 탐구하는 것으로, 권리남용과는 차원의 달리 하는 문제에 해당한다. 따라서 권리남용의 여부를 따지는 작업과 근로계약의 내용을 확정하는 작업을 유사한 작업으로 평가할 수 없다.

2) 취업규칙의 규범력과 전직명령권

현행 근로기준법의 규정이 '취업규칙의 규범력'과 '취업규칙에 대한 사용자의 일방적 작성권한'을 전제로 하고 있는데,[257][258] 취업규칙으로 정할 수 있는 사항에는 '표창과 제재에 관한 사항' 등과 같은 인사 내지 징계에 관한 사항이 포함되므로,[259] 근로계약과 관계없이 사용자가 '인사권' 내지 '징계권'을 가지는 것이 아닌가 하는 의문이 생길 수 있다. 사용

256) 대법원 1962. 4. 18. 선고 4294민상1236 판결.
257) 대법원 1977. 7. 26. 선고 77다355 판결.
258) 박귀천, "독일 노동법상 근로조건 결정시스템 - 취업규칙으로부터 사업장협정으로-", 「노동법연구」 제41호, 서울대노동법연구회, 2016, 42면.
259) 「근로기준법」 제93조.

자가 근로자의 동의 내지 합의 없이 일방적으로 인사에 관한 사항, 징계에 관한 사항을 정할 수 있다면, 더 이상 계약법적 문제로 접근하기 어렵기 때문이다. 예컨대, 대등한 사인(私人) 사이에 계약 체결을 통한 징계는 상정하기 어렵다.[260] 신권철 교수는 "노동관계가 계약으로 시작되지만 그 시작 이후에는 결코 계약적 관계가 아니라는 것은 위의 징계권에서부터 드러난다."고 설명한다.[261] 이러한 관점에서 신권철 교수는 인사권과 징계권을 유사하게 보면서 인사권과 근로계약을 통해 사용자가 얻게 되는 개별적 노무지휘권은 다소 차이가 있다고 한다. 구체적으로는 "인사권은 징계권과 유사하게 사용자가 지배적 관계에서 행하는 것이기 때문에 일방적이며, 원칙적으로 상대방의 동의도 구하지 않는다."고 하며, 계약적 요소가 아닌 조직적 요소가 적용되므로 사용자는 채무불이행할 것이 없고 단지 권한남용만이 문제된다고 한다.[262] 위와 같은 관점에서 과연 인사권(전직명령권)의 법적 근거를 근로계약에서 찾는 것이 타당한가라는 의문이 들 수 있다.

현행 「근로기준법」이 취업규칙 제도를 인정하고 있고, 「근로기준법」의 관련 규정이 취업규칙의 규범력과 취업규칙에 대한 사용자의 일방적인 작성권한을 전제로 하고 있다는 점에 대해서는 부인하기 어렵다. 규범력 있는 취업규칙을 사용자가 일방적으로 작성할 수 있다고 보는 것은 외관상 「근로기준법」 제4조에서 정하고 있는 근로조건 대등결정의 원칙과 근로관계의 시발점이 되는 근로계약과 긴장 관계에 있는 것처럼 보이기도 한다.[263]

그런데, 취업규칙의 강행적 효력, 소위 규범력은 근로계약과 분리하여 생각할 수 없다. 취업규칙 제도가 ① 산업화 초기 계약자유의 원칙의 결함을 수정하고, 근로조건의 획일적 규율을 통한 근로자 보호를 위해 만

---

260) 신권철, "사업장 내 정신건강문제의 법적 고찰", 「노동법연구」 제43호, 서울대노동법연구회, 2017, 49면.
261) 신권철(2017), 위의 글, 49면.
262) 신권철(2017), 위의 글, 67면.
263) 김홍영, "취업규칙 관련 법리의 문제점과 대안 - 근로자위원회의 사업장협정 도입 모색-", 「노동법연구」 제42호, 서울대노동법연구회, 2017, 156-161면.

들어졌다는 점,[264] ② 현행 「근로기준법」이 근로자의 기본적 생활을 보장, 향상시키는 것을 그 목적으로 하고,[265] 그 방법의 하나로써 취업규칙 제도를 설정하고 있다는 점 등을 고려하면, 취업규칙 제도 또한 근로자를 위하여 존재하는 것이지, 사용자를 위해 존재하는 제도라 보기는 어렵다.

이러한 측면에서 취업규칙은 계약 자유의 원칙의 수정을 통한 근로자 보호에 주된 목적이 있는 것이라 이해되고, 부수적으로 업무수행을 위한 근로계약의 공백을 메우는 기능을 하는 것으로 생각된다. 따라서 취업규칙의 규범력이 인정될 수 있는 국면은 ① 근로계약에서 취업규칙에서 정한 기준보다 미달한 근로조건을 정한 경우 등 계약 자유의 원칙에만 맡겨두면 근로자 보호에 미흡하여, 취업규칙을 통한 수정이 필요한 경우, ② 근로계약에서 정하지 않은 사항, 소위 공백의 영역인 경우라 볼 수 있다.

「근로기준법」 제97조도 “취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 관하여는 무효로 한다. 이 경우 무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에 따른다.”고 하여, 취업규칙이 근로계약에 우선될 수 있는 영역은 계약 자유의 원칙의 수정을 통한 근로자 보호가 필요한 영역에 한정된다는 점을 분명하게 하고 있고, 대법원도 “위 규정은, 근로계약에서 정한 근로조건이 취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 경우 취업규칙에 최저기준으로서의 강행적·보충적 효력을 부여하여 근로계약 중 취업규칙에 미달하는 부분을 무효로 하고, 이 부분을 취업규칙에서 정한 기준에 따르게 함으로써, 개별적 노사 간의 합의라는 형식을 빌려 근로자로 하여금 취업규칙이 정한 기준에 미달하는 근로조건을 감수하도록 하는 것을 막아 종속적 지위에 있는 근로자를 보호하기 위한 규정이다. 이러한 규정 내용과 입법취지를 고려하여 근로기준법 제97조를 반대해석하면, 취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약 부분은 유효하고 취업규칙에서 정한 기준에 우선하

264) 박귀천(2016), 앞의 글, 52-53면.
265) 「근로기준법」 제1조.

여 적용된다."고 판시하고 있다.[266]

물론 취업규칙 제도는 그 공백을 메울 수 있는 권한을 원칙적으로 사용자에게만 부여했다는 점에서 그 성질상 근로조건 대등결정의 원칙에 충분하지 못한 측면이 있다.[267][268] 다만, 그렇다고 하여 취업규칙의 보충적 성격이 사라지는 것은 아니다.

정리하면, 취업규칙은 근로계약을 보충하는 규범으로 기능할 뿐이고, 그 규범력이 인정될 수 있는 부분도 근로계약에서 취업규칙보다 미달되도록 정한 사항 또는 근로계약에서 정하지 않은 사항에 국한된다고 볼 수 있다. 따라서 사용자가 일방적으로 취업규칙을 통해 인사 내지 징계에 관한 사항을 정할 수 있다고 하더라도, 그 규범력이 인정될 수 있는 범위는 근로계약에 따라 결정되는 것이므로, 사용자에게 어떠한 인사권, 징계권이 인정될 수 있는지 여부는 '취업규칙'에 의존되는 것이 아니라, 궁극적으로는 '근로계약'의 구체적 내용에 따라 결정된다고 볼 수 있다. 따라서 근로계약과 관계없이 사용자가 인사권(전직명령권) 내지 징계권을 가진다고 볼 수 없다.

3. 전직명령권과 근로장소

근로장소에 대한 사용자의 명령권은 근로계약에 따라 발생하므로, 그 구체적인 내용은 근로계약에서 정하는 바에 따라 결정된다. 즉 사용자의 근로장소 지정, 변경에 대한 권리와 재량은 경영권에서 도출된다고 볼

---

266) 대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709 판결.

267) 취업규칙을 작성하거나 변경할 때 「근로기준법」 제94조 제1항에 따라 근로자의 의견청취 내지 동의(불이익 변경의 경우)가 필요하다고 하더라도, 그 공백을 어떻게 메울 것인지 여부는 사용자가 정할 사항으로 근로자는 의견청취권 내지 거부권만을 가지기 때문이다.

268) 김홍영 교수는 취업규칙 제도가 근로조건 대등결정 원칙에 충분하지 못하다는 점을 지적 하면서 종업원대표의 사업장협정 제도를 구상 제안하고 있다. 김홍영(2017), 위의 글, 156면.

수는 없고, 근로자의 사전 승낙에 근거하여 비로소 인정된다고 해석하는 것이 타당하다.

근로자의 사전 승낙은 근로계약의 형태로 발현된다. 사용자와 근로자가 근로계약을 체결하면서 근로장소(취업의 장소)에 대한 사항에 대해 명시하고 합의하였다면, 그 근로장소(취업의 장소)의 범위 내에서는 사용자에게 근로장소(근무장소)를 지정하거나 변경할 권리와 재량을 인정하더라도 근로자에게 불측의 손해를 낳지는 않는다. 즉 근로계약에서 정한 근로장소(취업의 장소)의 범위 내에서의 근로장소(근무장소) 변경이라면 이는 ① 근로계약에 위반되지 않을 뿐만 아니라, ② 근로자의 예측 범위 내에 해당하고, ③ 근로자가 사전에 승낙한 범위 내에서의 근로장소(근무장소)의 변경이므로 근로자의 근로장소에 관한 권리를 침해한다고 단정하기 어렵다. 그렇다면 이러한 범위 내에서는 사용자에게 기업 운영상의 불가피성을 감안하여 일응 권리와 재량을 인정할 수 있다.[269] 물론 사용자의 전직명령권은 「근로기준법」 제23조 제1항에 따라 제한 받으므로, 근로계약의 범위 내라고 하더라도 무제한적인 재량이 인정된다고 볼 수는 없다.

실제 근로장소에 대한 사용자의 명령권이 어떠한 내용을 구성하고 있는지 여부는 개별 근로계약의 내용에 따라 달라질 수 있다. 예컨대, “을(근로자)의 근무장소는 갑(사용자)의 본사 사무실 또는 기업부설연구소로 한다. 다만, 갑(사용자)은 업무상 필요성이 있을 경우 을(근로자)의 근무장소를 변경할 수 있고, 을(근로자)는 이에 동의한다.”와 같이 규정하는 경우, 사용자는 자신의 본사 사무실 또는 기업부설연구소로 근로자의 근로장소를 지정할 수 있되, 업무상 필요성이 있을 경우 다른 곳으로 근로장소를 변경할 수 있다고 해석된다. 이에 비해 “을(근로자)의 근무장

269) 기업이 사업을 운영하기 위해서는 불가피하게 인력의 배치, 예산의 운용 등에 있어서 효율적인 운용과 관리가 필요하다. 근로장소에 대하여도 마찬가지인데, 어떠한 근로자를 어떠한 장소에 배치할 것인지, 그 근로장소에는 어떠한 설비와 장치를 구비할 것인지 등에 대해 기업의 재량을 인정하지 않는다면, 사실상 기업은 사업을 운영할 수 없게 된다.

소는 갑(사용자)의 서울 강남구 소재 본사 사무실로 한다."와 같이 근로계약에서 근로장소의 범위를 한정하고, 달리 변경에 관한 사항을 명시하지 않았을 경우, 사용자는 '서울 강남구 소재 본사 사무실'이라는 장소적 범위 내에서 근로자의 근로장소를 지정하거나 변경할 수 있다고 보아야 하고, 이를 넘어서는 장소적 범위에 대하여는 사용자의 명령권이 미치지 않는다고 보아야 한다.

Ⅳ. 근로장소와 업무명령권: 출장명령권을 중심으로

1. 출장의 개념

사용자에 의한 근로장소 변경은 인사권의 행사가 아니라 업무명령권 행사의 형태로 나타날 수도 있다. 즉, '전직'에 해당하지는 않지만, 개별 구체적인 업무를 지시하는 과정에서 근로장소의 변경이 수반될 수 있다. 대표적인 사례가 '출장'이다. '출장'의 경우 근무장소가 변경된다는 점에서 '전직'과 매우 밀접한 관련이 있다. 「근로기준법」은 '출장'에 대해 별도의 개념정의 규정을 두고 있지는 않으나, 「근로기준법」 제58조 제1항에서 "근로자가 출장이나 그 밖의 사유로 근로시간의 전부 또는 일부를 사업장 밖에서 근로하여 근로시간을 산정하기 어려운 경우"라고 표현한 점에 비추어 보았을 때, 기본적으로 '출장'은 사업장 밖에서 이루어지는 근로의 한 형태라 볼 수 있다.

"망인이 팀장 등 동료 근로자들과 함께 출장업무를 수행한 다음 집합장소로 돌아와 해산한 후에 귀가의 수단으로 망인 자신의 자가용승용차를 운전하여 가던 중 이 사건 사고가 발생하였다면, 이는 사업주의 지배관리를 벗어난 상태에서 관리이용권이 망인에게 전담되어 있는 교통수단을 이용하던 중 발생한 출·퇴근 중의 재해로서 업무상 재해로 볼 수 없다고 할 것이다."고 한 판결,[270] "근로자가 사업장을 떠나 출장중인 경우

270) 대법원 2002. 9. 4. 선고 2002두5290 판결.

에는 그 용무의 이행 여부나 방법 등에 있어 포괄적으로 사업주에게 책임을 지고 있다 할 것이어서 특별한 사정이 없는 한 출장과정의 전반에 대하여 사업주의 지배하에 있다고 볼 수 있으므로 출장에 당연 또는 통상 수반하는 범위 내의 행위에 대하여는 일반적으로 그 업무수행성을 인정할 수 있다 할 것"이라 한 판결[271] 등에 비추어 볼 때 대법원은 '사업주의 지배관리'를 출장의 중요한 요소로 판단한다.

고용노동부에서는 "근로 때문에 이사를 가야하거나 출·퇴근에 긴 시간이 걸리게 될 정도로 근로장소를 변경하는 효과를 갖는 전근과 그렇지 않는 전직(배치전환)으로 구분할 수 있으며 특별한 사정이 없는 한 전기간을 계속근로로 인정해야 한다."고 하면서, "다른 작업장소에 일시적으로 파견하여 일을 시키는 출장, 작업지원 등은 기간이 짧다는 점에서 배치전환이나 전근과는 구별되나 그 기간이 길어지면 전근 등과 같이 취급되고 나아가서 다른 기업을 대상으로 이루어진다면 기업간 인사이동이 될 수도 있다."고 해석하고 있다.[272]

위와 같은 「근로기준법」의 규정과 대법원 판례상 나타나는 출장의 중요한 표지, 고용노동부의 해석례 등을 종합적으로 고려하면, '출장'은 '사업장 밖 사용자가 지정하는 장소에서 일시적으로 이루어지는 근로제공의 형태'라 정의할 수 있고, 이러한 '출장'은 사용자의 지배관리 범위 내에 있다고 볼 수 있다.

2. 출장과 전직의 구별

(1) 법적 근거

---

271) 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004두6709 판결. 대법원 1985. 12. 24. 선고 84누403 판결.

272) 고용노동부 천안고용노동지청 근로감독과 2005. 11. 29.자 게시글. 고용노동부 양산고용노동지청 2005. 11. 7.자 게시글. 고용노동부 부산동부고용노동지청 2005. 11. 29.자 게시글.

전직과 달리 출장은 '사업장 밖'에서만 성립할 수 있다는 점, 그 기간도 '일시적'이라는 점에서 그 개념상 차이를 발견할 수 있다. 다만, 출장기간이 매우 장기간이어서, '전직'과의 경계가 모호해질 수 있는 경우도 발생할 수 있는데, 이는 개별 사안에서의 해석 문제로 남는다.[273]

판례는 전직과 출장의 법적 근거에도 차이를 두고 있는 것으로 보인다. 전직과 관련하여 대법원은 "근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로"라고 판시하여, 그 법적근거가 '인사권'에 있음을 명시하고 있고, 그 유무효에 대해서도 "그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 유효하다 할 것"이라고 판시하고 있다.[274] 판례가 말하는 '인사권'은 '경영권'을 지칭한다는 점에서는 앞서 자세히 설명한 바 있다.

한편, 판례는 출장에 대해서는 "출장명령은 사용자의 업무명령권에 속하는 것으로"라고 판시하여, 출장의 법적 근거가 인사권이 아닌 업무명령권에 있음을 명시하고 있고, 그 유무효에 대해서도 "그것이 근로계약에 위반되거나 권리의 남용이라고 인정되는 등의 특별한 사정이 없는 한 근로자는 이에 따라야 할 성실의무 및 노무제공의무가 있다고 할 것"이라고 판시하고 있다.[275] 판례가 설시하고 있는 업무명령권이 근로계약상 비롯되는 노무지휘권인지 여부에 대해서는 분명하지 아니하나, ① 판례가 '원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로'라는 표현을 출장명령에는 사용하고 있지 아니한 점, ② 그 유무효에 대한 판단도 기본적으로 근로계약 위반 여부를 중심으로 파악하고 있는 점 등을 감안하면 판례에서 사용된 '업무명령권'은 근로계약에서 비롯되는 노무지휘권의 일종인 것으로 생각된다.

---

273) 후술하는 바와 같이 '전직'은 「근로기준법」 제23조의 정당성 판단의 대상이 되나, '출장'은 「근로기준법」 제23조의 적용대상이 되지 아니하므로, 근로자 보호를 위해서는 장기간의 '출장'에 대해서는 형식적으로는 '출장'이나 실질적으로는 '전직'에 해당한다고 보아 「근로기준법」 제23조의 정당성 판단의 대상이 된다고 보는 것이 타당하다.

274) 대법원 1995. 10. 13. 선고 94다52928 판결.

275) 대법원 1992. 3. 13. 선고 91누5020 판결.

정리하면 판례는 '전직명령권'은 경영권에서 비롯되는 선험적인 권리인 '인사권'에서 비롯되는 권리로 인식하는 반면, '출장명령권'은 근로계약의 노무지휘권의 일종에 해당하는 '업무명령권'에서 비롯되는 권리로 인식하고 있는 것으로 보인다. '인사권'을 '경영권'의 일종으로 보아 선험적으로 주어지는 권리로 인식할 경우, '인사권'에 대해 사용자의 폭 넓은 재량을 인정할 수 있다. 이러한 취지에서 판례도 "원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한" 또는 "인사권자인 사용자의 고유권한"에 속한다는 표현을 사용하는 것으로 보인다.[276] 이에 비해 업무명령권은 근로계약에서 비롯되는 것으로, 그 내용과 범위, 한계는 근로계약에 따라 비로소 결정되는 것이기 때문에 원칙적으로 사용자에게 폭 넓은 재량이 있다고 보기 어렵다.[277][278]

그런데, 본 연구에서와 같이 사용자의 인사권을 노무지휘권의 일종으로 보아 근로계약에서 비롯되는 권리로 본다면, 전직명령 내지 출장명령의 법적 근거가 '인사권'인지 아니면 '업무명령권'인지 여부를 구별하는 것은 중요하지 않다. '인사권'이든 '업무명령권'이든 근로계약에 따라 인정되는 '노무지휘권'의 일종이라 볼 수 있기 때문이다.

(2) 구별 실익

'전직'과 '출장'을 구별할 실익은 그 법적 근거에 있는 것이 아니라,

---

276) 대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165, 18172 판결. 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006도5151 판결.

277) 판례는 출장명령의 근거를 근로계약에서 비롯되는 업무명령권에서 찾으면서도, 업무상 필요하다고 인정되는 상당한 범위 안에서는 사용자에게 재량이 인정되어야 한다고 하고 있다. 그 이유에 대해서는 명확하게 설명하고 있지 않으나, 포괄설 동의설에서와 같이 업무명령권을 근로계약 체결 사실만으로 포괄적으로 주어지는 권리로 인식하기 때문에 발생하는 문제로 보인다. 이는 앞서 살펴본 바와 같이 타당하지 않다.

278) 그 권리의 내용과 범위 한계는 개별 근로계약의 내용에 따라 달라지는 것이므로, 사전적으로 사용자에게 주어지는 재량의 크기를 가늠할 수는 없다.

「근로기준법」 제23조 제1항의 적용가능성에 있다. ‘전직’은 「근로기준법」 제23조 제1항의 정당성 판단의 대상이 되지만, ‘출장’은 그 대상이 되지 못하므로, 양자의 유무효에 대한 판단 기준과 과정은 차이가 발생한다.[279]

제3절 근로장소 변경에 대한 법률관계

Ⅰ. 근로장소 변경이 취업의 장소 범위 내인 경우

1. 계약위반의 문제인지 여부

사용자 또는 근로자에 의한 근로장소의 변경이 근로계약에서 정해진 근로장소(취업의 장소)의 범위 내라면 근로계약 위반문제는 발생하지 않는다.[280]

2. 사용자에 의한 근로장소 변경

(1) 근로장소의 변경 인사명령과 「근로기준법」 제23조

1) 「근로기준법」 제23조 제1항의 내용과 적용대상

사용자에 의한 근로장소 변경은 인사권 행사 또는 업무명령권의 행사의 형태로 발현된다.[281] 이 중 근로장소의 변경을 수반하는 인사권의 행

279) 이에 대해서는 제3절에서 자세히 살펴본다.
280) 단, 동 논의는 근로장소에 국한된 것이므로, 다른 계약 조항 위반은 없는 것으로 전제한다.
281) 상하관계의 개념이 전제된 ‘명령’이라는 용어 대신 중립적인 ‘조치’라는 용

사(이하 “근로장소 변경 인사명령”)는 실무상으로 전보배치, 전보, 기업 내 인사이동, 전직 등 다양한 명칭으로 불린다. 사용자의 인사명령은 근로계약에 근거하여 발생하므로, 이러한 인사명령의 내용과 범위 그 한계는 근로계약에 따라 결정된다. 그런데 「근로기준법」 제23조 제1항은 “사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌을 하지 못한다.”고 하여 사용자의 인사명령에 제한을 하고 있다. 따라서 만약 근로장소 변경 인사명령에도 「근로기준법」 제23조 제1항이 적용된다면, 사용자의 근로장소 변경 인사명령의 정당성(유무효)는 근로계약의 해석에 부가하여 「근로기준법」 제23조 제1항에 따라 규율된다.

징벌(징계)의 성격으로 이루어지는 사용자의 근로장소 변경 인사명령에 대해 위 「근로기준법」 제23조 제1항이 적용된다는 점에 대해서는 이론의 여지가 없다. 「근로기준법」 제23조 제1항에서 ‘그 밖의 징벌’을 그 적용대상으로 정하고 있기 때문이다.

그런데, 징벌(징계)의 성격이 아닌 사용자의 근로장소 변경 인사명령에 「근로기준법」 제23조 제1항이 적용되는지 여부는 문언의 기재만으로는 명확하지 않다. 징벌(징계)의 성격이 아닌 사용자의 근로장소 변경 인사명령이 해고, 휴직, 정직, 감봉, 그 밖의 징벌에 해당하지 아니한다는 점은 명확하다. 하지만 「근로기준법」은 ‘전직’을 그 적용대상으로 하고 있어, 징벌(징계)의 성격이 아닌 사용자에 의한 근로장소 변경 인사명령이 ‘전직’에 해당한다면, 사용자에 의한 근로장소 변경 인사명령에 대해서도 「근로기준법」 제23조 제1항을 적용할 수 있다.

2) 근로장소 변경 인사명령이 전직에 포함되는지 여부

가. 전직을 포괄적으로 이해하는 견해

어를 사용하는 것이 타당하나, 판례상 전보명령, 인사명령, 부당한 인사명령 등의 용어가 보편적으로 사용되고 있으므로, 논의의 혼란을 방지하기 위하여 본 연구에서도 인사명령, 업무명령이라는 용어를 사용하였다.

전직을 포괄적인 개념으로 이해하여 직무 및/또는 근로장소의 변경을 초래하는 인사처분으로 본다면, 근로장소의 변경만을 초래하는 사용자의 근로장소 변경 인사명령도 전직에 해당하므로, 이에 대해서는 「근로기준법」 제23조 제1항이 적용된다.

전직의 개념에 대해 문무기 교수는 실무적으로 사용되는 명칭과 관계없이 근로관계의 존속을 전제로 "사용자의 인사조치를 통해 근로자에 대하여 근로의 종류, 장소 및 근로제공의 상대방 등 근로관계의 내용 중 어느 하나라도 변경하는 것"이라고 개념정의 할 수 있다고 한다. 이와 같이 전직의 개념을 포괄적으로 이해하는 경우, 「근로기준법」 제23조가 보호하려는 범위를 넓힐 수 있어 근로자보호에 기여할 수 있다고 한다.[282]

이상익 박사는 직무나 근무장소가 변경되는 경우라면 모두 전직에 해당하는 것이라고 하면서, 근무장소 변경만을 초래하는 인사처분을 전근이라고 따로 구분하여 전직의 개념에서 제외할 필요는 없다고 한다. 그 이유로서 전근이 전직에 해당하지 않는다면 노동위원회 구제신청이 되지 않는데, 실무상 부당전보, 부당전근에 대하여 구제신청이 이루어지고 있는 점 등을 제시하고 있다.[283]

나. 전직을 근로장소 변경과 구분하는 견해

전직을 직무의 변경이 반드시 수반되어야 하는 인사처분으로 보아, 직무의 변경 없이 단순히 근로장소의 변경만을 초래하는 인사처분은 전직에 해당하지 않는다고 본다면, 사용자의 근로장소 변경 인사명령에 대해서는 「근로기준법」 제23조 제1항을 적용할 수 없다.

일설은 배치전환을 기업내 인사이동이라는 포괄적인 개념으로 이해하면서, 배치전환은 통상적으로 전직(직종의 변경)과 전근(근무장소의 변

282) 문무기(2000), 앞의 글, 32-33면.
283) 이상익(2022), 앞의 글, 101면.

경)으로 구분된다고 한다.[284]

만약 위와 같이 전직(직종의 변경), 전근(근무장소의 변경)을 구분하여, 전근(근무장소의 변경)이 전직에 포함되지 않는다고 본다면, 전근(근무장소의 변경)에 대하여 「근로기준법」 제23조 제1항이 적용되기는 어렵다. 「근로기준법」 제23조 제1항은 열거적, 한정적 규정으로 해석되기 때문이다. 일례로 서울행정법원은 정기승급(기준 2호봉)에서 일부 참가인(3명)은 '승급제외 조치'를, 다른 참가인(2명)은 1호봉 감호된 '1호봉 승급 조치'를 각각 받은 사안(각 조치를 합하여 이하 "감호조치")에서 감호조치로 다른 근로자들에 비하여 일시적으로 불이익한 처우를 받게 되었다고 하더라도 감호조치는 노동위원회에의 구제신청 대상에 해당하지 않는다고 보았다. 동 법원은 "근로기준법이 제정될 당시부터 '정당한 이유 없는 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의(기타) 징벌'을 노동위원회에 대한 구제신청대상으로 규정하고 있고 그 규정내용이 변경되지 아니한 점, 당초 이러한 사용자의 부당해고 등에 대하여는 처벌규정을 두고 있어서 죄형법정주의의 원칙상 그 해석을 엄격히 해왔는데 조문내용 자체는 아무런 변경이 없고 단지 처벌 규정만이 삭제되었다고 하여 그 해석을 달리해야 할 필요성이 있다고 보이지 않는 점, 원칙적으로 사적 자치가 지배하는 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에서 일어날 수 있는 모든 불이익한 처분을 그 구제신청의 대상으로 삼는 것은 행정의 과도한 관여가 될 수 있는 점 등에 비추어 보면, 근로기준법이 구제신청의 대상으로 삼고 있는 부당해고 등은 열거적·한정적 규정으로서 엄격하게 해석함이 상당하다."고 보았다.[285]

다. 판례

---

284) 방준식(2006), 앞의 글, 157면. 동 견해에서는 '전근'과 '전보'도 구분하여 보아야 한다고 하면서, 국가공무원법과 지방공무원법 등의 용례를 근거로 '전보'는 공무원의 보직변경에 해당하므로, 근무지(근무장소)의 변경을 의미하는 '전근'과는 다르다고 한다.

285) 서울행정법원 2013. 1. 31. 선고 2012구합15883 판결.

법원은 “근로자에 대한 전직이나 전보처분은 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류·내용·장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 근로자에게 불이익한 처분이 될 수도 있으나”, “근로자에 대한 전직이나 전보는 원래 피용자가 제공하여야 할 근로의 종류와 내용 또는 장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 피용자에게 불이익한 처분이 될 수도 있으나”고 하여 외관상 전직과 전보를 구분하는 것처럼 표현하고 있다.[286]

그러나 이는 단순한 용어의 혼용에 해당할 뿐, 전직과 전보를 개념적으로 구분하여 근로기준법 적용여부를 달리하고 있지는 않다. 예컨대 ‘전보발령’이 문제된 사안에서도 참조조문을 ‘근로기준법 제27조 제1항’[287]으로 명시하여 전보를 전직으로 보아 「근로기준법」을 적용하고 있다.[288] 이외에 기능직 사원으로 경주에서만 근무한 자를 영업소 판촉직으로 대구에서 근무하도록 한 조치와 같이 직무와 근로장소가 동시에 변경된 사안에서 해당 조치를 ‘전직’이 아닌 ‘전보’라고 표현하는 등 전직과 전보를 사실상 동일, 유사한 개념으로 취급하고 있다.[289]

라. 검토

우선, 통상적으로 배치전환을 상위 개념으로, 그 하위 개념으로 전직(직종의 변경) 또는 전근(근무장소의 변경)으로 인식하고 사용하는지 의문이 있다. 예컨대, 지방고용노동청 등에서는 “근로 때문에 이사를 가야 하거나 출·퇴근에 긴 시간이 걸리게 될 정도로 근로장소를 변경하는 효과를 갖는 전근과 그렇지 않는 전직(배치전환)으로 구분할 수 있으며”라고 설명하는 등,[290] 배치전환과 전직을 같은 개념으로 보면서, 전근과의

---

286) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041 판결, 서울고등법원 1995. 11. 7. 선고 94구29463 판결.

287) 현행 「근로기준법」 제23조 제1항에 해당한다.

288) 대법원 1993. 9. 14. 선고 92누18825 판결,

289) 서울고등법원 1995. 11. 7. 선고 94구29463 판결.

290) 고용노동부 부산동부고용노동지청 근로감독과, “근로관계에 대하여 (기업

차이는 거리와 시간의 정도에서 찾고 있다.

아울러, 아래와 같은 이유에서 전근(근무장소의 변경)을 전직과 구분되는 개념으로 보아 「근로기준법」 제23조 제1항의 적용대상에서 제외하는 것은 타당하지 않다. 만약 전근(근무장소의 변경)에 대하여 「근로기준법」 제23조 제1항이 적용되지 않는다고 본다면, 사용자는 근로자에게 자유로이 전근(근무장소의 변경) 조치를 취할 수 있고 다만 「민법」 제2조의 권리남용 원칙을 적용하여 예외적인 경우에만 이를 제한할 수 있다고 해석할 수밖에 없다. 그런데, ① 개별 사안에 따라 직무의 변경보다 근로장소의 변경이 근로자의 생활의 안정, 근로의 제공에 치명적인 영향을 미칠 수 있다는 점, ② 실무상으로도 전보나 전근에 대하여도 노동위원회를 통한 구제신청이 이루어지고 있는데 만약 전근에 대해 「근로기준법」 제23조 제1항을 적용하지 않는다면 그동안의 실무에서 이루어졌던 수많은 판정들의 위법성이 문제될 수 있다는 점, ③ 「근로기준법」은 근로자의 기본적 생활을 보장, 향상시키기 위한 목적에서 제정된 것인데, 전직을 개념을 지나치게 협소하게 보아 「근로기준법」 제23조 제1항이 보호하려는 범위를 좁히는 것은 타당하지 않다는 점 등을 고려하면 전근(근무장소의 변경)을 전직과 구분되는 개념으로 보는 것은 타당하지 않다.

전직을 직무 또는 근로장소의 변경을 초래하는 인사처분으로 이해하여, 근로장소의 변경만을 초래하는 인사명령도 전직에 해당한다고 보아 「근로기준법」 제23조 제1항이 적용된다고 보는 것이 타당하다.[291]

내 인사이동)", 2005. 11. 29.자 게시글. 고용노동부 양산고용노동지청 근로감독과, "근로관계에 대하여 (기업내 인사이동)", 2005. 11. 7.자 게시글.

291) 다만, 후술하는 바와 같이 일시적으로 근로장소 변경을 초래하는 업무명령, 예컨대 '출장'의 경우, 그 성질상 '전직'과 같은 인사명령의 하나로 보기는 어렵다. 따라서 '전직'에 해당하는 근로장소의 변경이란 기한의 정함 없이 또는 상당한 기간 동안 근로장소의 변경이 이루어지는 것을 말한다고 볼 수 있다. 즉, 주된 근로장소의 변경이 이루어지는 경우에 한하여 그러한 근로장소의 변경을 인사명령으로서의 '전직'에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

(2) 근로장소 변경 인사명령의 정당성

1) 서론

「근로기준법」 제23조 제1항은 “사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌을 하지 못한다.”고 하여 사용자의 인사명령에 제한을 하고 있다. 「근로기준법」 제23조의 제1항의 적용대상에는 전직이 포함되고, 이러한 전직에는 근로장소만 변경되는 인사처분도 포함되므로, 근로장소 변경의 정당성(유무효)는 근로계약의 해석에 부가하여 「근로기준법」 제23조 제1항에 따라 규율된다.[292] 이철수 교수는 이에 대하여 “근로기준법 제23조 제1항의 입법 취지가 사용자의 인사 권한을 계약 법리가 아닌 실정법에 근거하여 제한하고자 하는 데 있으므로 전직의 정당성 여부는 바로 근로기준법 제23조 제1항에 따라 규율”된다고 한다.[293] 그런데 우리 대법원은 위와 같은 「근로기준법」 제23조 제1항에 따라 전직의 유무효를 판단하기 보다는 권리남용의 원칙에 따라 전직의 유무효를 판단한다. 이는 법 해석상 타당하지 않다. 이하에서 자세히 살펴본다.

2) 판례상 인정되는 전직의 법리

가. 권리남용의 원칙 적용

대법원은 “근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 사용자는 상당한 재량을 가지며, 그것이 근로기준법에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등

---

292) 근로장소 변경은 전직에 포함되므로, 이하에서는 편의상 근로장소 변경과 전직을 구분하지 아니하고, 전직의 정당성에 대한 기존의 학설과 판례에 대한 검토를 진행한다.

293) 이철수(2023), 앞의 책, 254면.

의 특별한 사정이 없는 한 무효라고 할 수는 없고"라고 판시한다.[294] 이에 따라 대법원은 "전직처분 등이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 당해 전직처분 등의 업무상의 필요성과 전직에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하고, 근로자가 속하는 노동조합(노동조합이 없으면 근로자 본인)과의 협의 등 그 전직처분을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부에 의하여 결정되어야 하는데(대법원 1991. 7. 12. 선고 91다12752 판결 등 참조), 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다고 할 것이고(대법원 1996. 4. 12. 선고 95누7130 판결 등 참조), 전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고 볼 수는 없다(대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165, 18172 등 참조)."고 판시하고 있다.[295]

문구상으로는 '근로기준법 위반'과 '권리남용의 원칙'을 병렬적으로 나열하고, '근로기준법 위반'에 부가하여 '권리남용의 원칙'을 적용하는 것처럼 보이지만, 실질적인 전직에 대한 정당성 판단을 오로지 권리남용의 원칙에 따라 판단하고 있는 셈이다. 특히, 「근로기준법」 제23조 제1항에 의하면 전직명령은 정당한 이유가 있는 경우에 예외적으로 유효한 것으로 취급될 수 있지만, 판례는 '근로기준법 위반' 자체를 특별한 사정으로 언급하고, '권리남용'이 있는 경우에 한해 무효가 된다고 본다. 이는 「근로기준법」에서 정한 전직의 정당성에 대한 원칙과 예외를 치환한 것과 같다.

대법원이 「근로기준법」 제23조 제1항을 전혀 의식하지 않은 것은 아니다. 예컨대, 전직에 대하여 "근로기준법 제27조 제1항 또는 제105조

294) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041 판결.
295) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041 판결.

에 위반하거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고 할 수는 없다."고 한 판결,[296] "근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고·휴직·정직·감봉 기타 징벌을 하지 못하도록 하는 구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 개정되기 전의 것) 제30조 제1항에 위배되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수 없고"라고 한 판결 등,[297] 현행 「근로기준법」 제23조 제1항이 전직의 정당성 판단의 기초가 된다는 점을 인식한 사례도 발견된다. 이외에 "근로기준법 등에 위반되거나"와 같이 「근로기준법」의 구체적인 조문을 적시하지 아니한 대법원 판례에서도 그 참조 조문을 '구 근로기준법(1997. 3. 13. 법률 제5309호로 제정되기 전의 것) 제27조',[298], '근로기준법 제23조 제1항',[299] '근로기준법 제23조',[300] 등으로 명시한 점에 비추어 보았을 때, 현행 「근로기준법」 제23조 제1항을 고려하였음은 분명해 보인다. 그럼에도 불구하고, 「근로기준법」 제23조의 내용에 따라 전직의 정당성을 판단하지 아니하고, 권리남용의 원칙으로 접근하는 것은 변함이 없다.

판례는 전직에 대해 권리남용의 원칙을 「근로기준법」 제23조에 우선하여 적용하는 근거를 '애초부터 근로자에 대한 전보나 전직은 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 사용자가 상당한 재량을 가진다는 것'에 두고 있는 것으로 보인다.

나. 일반적인 권리남용의 원칙과의 비교

① 권리남용의 원칙

296) 대법원 1995. 8. 11. 선고 95다10778 판결.
297) 대법원 2000. 4. 23. 선고 2007두20157 판결.
298) 대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165, 18172 판결.
299) 대법원 2009. 3. 12. 선고 2007두22306 판결.
300) 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007두11566 판결.

「민법」 제2조 제2항의 권리남용의 원칙은 신의성실 원칙(신의칙)의 범위 내에 있는 것으로 「민법」 제2조 제1항에서 파생된 권리로 이해된다.

권리남용이 성립하려면 ① 행사할 권리가 존재하여야 하고, ② 권리의 행사로 볼 수 있는 행위가 있어야 하며, ③ 권리행사자의 이익과 그로 인해 침해되는 상대방의 이익 사이에 현저한 불균형이 존재하는 등 그 권리행사가 사회질서에 위반하거나 정당성을 결여하여야 한다. 이러한 ① ~ ③의 요건을 권리남용의 객관적 요건이라 부르기도 한다.

권리남용의 객관적 요건이 충족된다고 하더라도, 그 권리행사의 목적이 '오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없을 경우'(소위 권리남용의 주관적 요건이라 한다)에 해당하여야만 권리남용의 원칙이 적용될 수 있다. 대법원은 "권리행사가 권리남용(Rechtsmissbrauch)에 해당한다고 할 수 있으려면 주관적으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없을 경우여야 하고, 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하는 것이며 이와 같은 경우에 해당하지 않는 한 비록 그 권리행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다 하여도 그러한 사정만으로는 권리남용이라 할 수 없다. 국가에게 국민을 보호할 의무가 있다는 사유만으로 국가가 소멸시효의 완성을 주장하는 것 자체가 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용에 해당한다고 할 수는 없으므로, 국가의 소멸시효 완성 주장이 신의칙에 반하고 권리남용에 해당한다고 하려면 일반 채무자의 소멸시효 완성 주장에서와 같은 특별한 사정이 인정되어야 할 것이고, 또한 그와 같은 일반적 원칙을 적용하여 법이 두고 있는 구체적인 제도의 운용을 배제하는 것은 법해석에 있어 또 하나의 대원칙인 법적 안정성을 해할 위험이 있으므로 그 적용에는 신중을 기하여야 한다."고 하여 권리남용 원칙의 적용에 있어 주관적 요건을 요구하고 있다.[301]

---

301) 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결.

위와 같은 논지에 따라 대법원은 “확정판결에 의한 권리라 하더라도 신의에 좇아 성실히 행사되어야 하고 판결에 기한 집행이 권리남용이 되는 경우에는 허용되지 않으므로 집행채무자는 청구이의의 소에 의하여 집행의 배제를 구할 수 있다. 그러나 채권양도가 소송신탁에 해당하여 무효라고 볼 여지가 있다는 사정만으로 갑의 판결금 채권에 기초한 강제집행이나 권리행사가 당연히 권리남용에 해당한다고 보기는 어렵다”고 판시하였다.[302]

② 전직에의 적용

앞서 살펴본 바와 같이 대법원은 사용자의 전직에 대해서도 권리남용의 원칙을 적용하고 있다. 그런데, 특이할만한 점은 권리남용 원칙의 주관적 요건, 즉 ‘오로지 상대방을 해하거나 고통을 가할 목적으로 권리를 행사하는 것’을 요구하고 있지 않다는 점이다. 그 대신 ‘사용자가 근로자와 성실한 협의를 하였는지 여부’를 ‘권리남용의 성립요건’이 아닌 권리남용 판단에 대한 ‘참작사유’로 두어, 인사권의 남용여부를 판단함에 있어 참고하도록 하고 있다.

대법원은 근로관계의 특수성을 고려하여, 사용자의 인사권 남용을 판단할 때 권리남용의 주관적 요건을 요구하지 않음으로써, 권리남용 원칙의 적용 가능성을 넓히고 있고, 이러한 권리남용 원칙의 해석상 확장을 통하여 사용자와 근로자와의 불균형성을 일정 부분 해소하려고 하는 것으로 보인다. 다만, 사용자와 근로자와 성실하게 협의하지 않았다고 하여, 곧바로 그러한 인사권의 행사가 권리남용의 원칙에 따라 무효가 되는 것은 아니라고 판시함으로써,[303] 권리남용 원칙의 확장 범위를 제한하고, 그 범위에 대하여 법관의 재량에 따라 판단하도록 하도록 유도한다.

---

302) 대법원 2014. 2. 21. 선고 2013다75717 판결.
303) 대법원 1995. 10. 13. 선고 94다52928 판결.

3) 검토

가. 「근로기준법」 제23조와 권리남용의 중첩 적용

전직은 「근로기준법」 제23조 제1항의 정당성 판단의 대상이므로, 정당한 이유가 있는지 여부에 따라 유무효를 결정하면 될 뿐 판례와 같이 권리남용을 중첩적용하거나 우선할 필요가 없다. 권리남용 원칙을 적용할 실익도 크게 없어 보인다.

전직에 정당한 이유가 없는 경우, 그 전직은 「근로기준법」 제23조 제1항 위반으로 무효가 된다. 따라서 이 경우, 권리남용의 원칙을 적용하지 않더라도 전직이 무효가 되므로, 권리남용의 원칙을 적용할 필요가 없고, 구태여 권리남용의 원칙을 적용한다고 하더라도, 결과가 달라지지는 않는다.

반대로 정당한 이유가 있는 전직이 권리남용에 해당한다고 보기는 어렵다. 권리남용이 성립하려면 객관적으로 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야 하는데,[304] 사회질서에 위반되면서도 정당한 이유가 있는 전직이 있다고 상정하기는 어렵기 때문이다.

물론 권리남용이 전직의 정당성 판단에 있어 전혀 의미가 없는 것은 아니다. 최석환 교수는 사실상 징계의 일환으로 한 전출명령에 대해 정당한 징계사유를 살펴볼 필요 없이 전출명령권의 한계를 벗어난 명령으로 무효라고 본 판결,[305] "실질적으로는 희망퇴직 권고에 불응한 자에

---

304) 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다13055 판결.

305) 서울민사지법 1989. 12. 28. 선고 88가합54331 판결. 다만 동 판결은 대법원 1991. 9. 24. 선고 90다12366 판결에서 상고기각으로 확정되는데, 대법원에서는 "근로자에 대한 전직이나 전보는 피용자가 제공하여야 할 근로의 종류와 내용 또는 장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 피용자에게 불이익한 처분이 될 수도 있으나 이는 원칙적으로 사용자(인사권자)의 권한에 속하여 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 인정하여야 할 것이고, 이것이 근로기준법 제27조 제1항에 위반하거나 권리남용에 해당하는 등의 특별한 사정이 없는 한 당연무효라고 할 수 없는 것이다."라는 법리를 제시하면서, "피고 회사가 원고에 대하

대하여 사직을 압박하기 위한 편법적인 조치로 남용됨으로써 법률상 정리해고의 제한 요건을 우회하는 수단으로 기능할 경우에는 이를 정당한 전보발령이라 할 수 없다."고 한 판결[306] 등을 소개하며, 근로계약의 내용 또는 정당성 판단에 앞서 권리남용 원칙의 적용을 검토해볼 만하다고 평하고 있다.[307]

전직명령이 외관상 사용자의 권한 범위 밖임이 명백하거나, 법을 우회하는 수단으로 악용된 것이 분명한 경우, 「근로기준법」 제23조에 따른 정당성 판단을 할 필요 없이 곧바로 그러한 전직은 무효라고 봄으로써, 복잡한 검토를 거칠 필요가 없다는 점에서 권리남용 원칙의 유용성이 인정될 여지가 있기는 하다. 즉, 전직이 무효라는 결론은 동일하게 도출된다고 하더라도 그 도출하는 과정이 간명할 수 있다.

하지만, 권리남용 원칙에서의 '권리남용'과 「근로기준법」 제23조 제1항의 '정당한 이유'는 그 입증책임에서 차이가 나므로, 어떤 방법으로 접근하는 지 여부에 따라 소송에서의 결론은 달라질 수 있다. 소송에 나타난 일체의 증거자료에 의해서도 법원이 그 존부 여하를 결정할 수 없는 경우 이를 어느 당사자에게 불리하게 판단하지 않는 한 재판을 할 수 없게 되고, 이런 경우 한 쪽 당사자가 입을 불이익을 입증책임이라 한다.[308]

「근로기준법」 제23조 제1항은 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 전직 등을 하지 못한다고 규정하고 있으므로, 그 규정의 문구상 정당한 이유의 주장, 입증책임은 사용자에게 있다.[309] 이에 사용자 스스

여 한 위 전출명령은 정당한 이유없이 한 것으로서 무효라는 주장은 받아들일 수 없고, 이 전출명령이 무효가 아니라면 원고는 이에 따라야 할 의무가 있다 할 것"이라고 보았다.

306) 서울행정법원 2021. 7. 23. 선고 2020구합66466 판결.

307) 최석환(2022), 앞의 글, 452면.

308) 법제처 법령정보.

(URL:https://www.easylaw.go.kr/CSP/OnhunqueansInfoRetrieve.laf?onhunqnaAstSeq=85&onhunqueSeq=1942).

309) 대법원 1992. 8. 14. 선고 91다29811 판결. 대법원 1991. 7. 12. 선고 90다

로 자신의 전직명령이 전직명령권 범위 내라는 사실, 법을 우회하는 수단으로 악용되지 않았다는 사실에 대하여 입증하여야 한다.

이에 비해 권리남용의 경우 권리남용을 주장하는 자에게 그 입증책임이 있으므로,[310] 전직에 대해 권리남용의 원칙을 적용할 경우, 사용자의 전직명령이 전직명령권 범위 밖이라는 사실, 법을 우회하는 수단으로 악용되었다는 사실에 대해 근로자가 입증하여야 한다.

위와 같은 점을 감안하면 권리남용의 원칙은 간명하게 전직에 대한 문제를 해결할 수 있다는 점에서 의미가 있을 수도 있으나, 입증책임을 전환하는 도구로 악용되어 「근로기준법」 제23조가 예정한 근로자 보호라는 목적을 훼손할 수도 있다.

이러한 입증책임의 문제를 고려하면 권리남용을 「근로기준법」 제23조 제1항과 병렬적으로 나열하고 중첩적으로 적용한다는 것도 사실 성립하기 어렵다. 전자는 근로자에게, 후자는 사용자에게 입증책임을 부담시키는 데, 이는 양립할 수 없어, 종국적으로는 어느 것을 우선할 수밖에 없기 때문이다.

대법원은 해고와 관련하여서는 '정당한 이유'를 '사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유'로 보면서,[311] 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용, 비위 행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 판단하고 있다.[312] 아울러 정당한 이유에 대한 입증책임은 사용자에게 있다고 한다.[313] 「근로기준법」

9353 판결.

310) 대법원 2017. 9. 21. 선고 2017다232105 판결. 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다82043 판결.

311) 대법원 2002. 12. 27. 선고 2002두9063 판결.

312) 대법원 1998. 11. 10. 선고 97누18189 판결.

313) 대법원 1992. 8. 14. 선고 91다29811 판결. 대법원 1991. 7. 12. 선고 90다9353 판결.

제23조의 문언을 그대로 해석하여, 원칙적으로 사용자는 해고를 할 수 없고, 예외적으로 '정당한 이유'가 있음을 주장, 입증한 경우에 한하여 해고를 할 수 있는 것으로 해석하고 있는 셈이다.

그런데, 대법원은 전직과 관련하여서는 원칙과 예외를 뒤집는 해석을 하고 있다. 대법원은 "근로자에 대한 전직이나 전보처분은 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류, 내용, 장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 근로자에게 불이익한 처분이 될 수도 있으나 원칙적으로 사용자(인사권자)의 권한에 속하는 것이므로 업무상 필요한 범위 안에서는 상당한 재량을 인정하여야 하는 것으로서 이것이 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 감봉, 기타 징벌을 하지 못한다는 근로기준법 제27조 제1항에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고는 할 수 없을 것"이라고 판시하고 있다.[314]

판례는 '「근로기준법」 제23조 위반'을 권리남용과 같은 특별한 사정으로 취급한다. 이를 입증책임의 관점에서 풀이하면, 판례의 입장은 '「근로기준법」 제23조 제1항의 정당한 이유에 대하여는 사용자가 주장, 입증책임을 부담하지만, 정당한 이유가 없어 「근로기준법」 제23조 제1항 위반이라는 특별한 사정에 대해서는 근로자가 주장, 입증책임을 부담한다.'는 것으로 정리된다. 서로 모순되고 양립할 수 없는 내용이다. 판례는 이러한 모순을 극복하기 위하여 「근로기준법」 제23조 위반에 대한 판단을 생략하고, '권리남용'을 통해 전직의 유무효에 대해 판단한다.

권리남용은 「민법」 제2조의 신의칙에 따라 인정되는 것으로, 법적 안정성을 해할 위험에 따라 예외적으로 인정되는 점,[315] 사용자의 전직이 권리남용이라는 점에 대해 근로자가 입증책임을 부담하는 점 등을 감안하면, 판례는 전직에 대해서는 「근로기준법」 제23조 제1항에서 정한 원칙와 예외를 치환하고 있는 셈이다. 이에 대해 이상익 박사는 "무엇이 원칙이고 무엇이 예외인지, 즉 양자의 관계를 정확하게 설정한 것인지 의문이다."라고 한다.[316]

---

314) 대법원 1991. 7. 12. 선고, 91다12752 판결

315) 대법원 2005. 5. 13. 선고 2004다71881 판결.

「근로기준법」 제23조 제1항에서 분명하게 '전직'이 그 적용대상이라 명시하고 있음에도, 법 해석을 통해 그 적용을 배제하는 것은 사법 적극주의에 가깝다. 근로기준법이 근로자의 기본적 생활을 보장, 향상시키는 것, 즉 근로자 보호에 주된 목적이 있다는 점을 고려하면, 위와 같은 해석을 납득하기는 어렵다.

나. 전직이 「근로기준법」 제23조와 친하지 않다는 견해

일설은 위와 같은 판례의 입장을 지지하면서 전직이 「근로기준법」 제23조와 친하지 않다는 것을 그 이유로 제시한다. 동 견해는 「근로기준법」 제23조는 모든 전직에 대해 적용되는 것이 아니라 징계로서의 전직에만 적용되는 것이라 설명하면서, 일반적인 배치전환(전직)은 원칙적으로 사용자의 고유한 권리로 인정하고 예외적으로 권리남용에 해당하는 경우에 한정하여 제한되는 사용자의 지시권으로 이해하는 것이 타당하다고 한다. 그 이유로서 "근로관계에서 정당한 경우에만 배치전환이 인정된다고 한다면 기업경영상 유연하게 대처해야 할 인사제도에 부합하지 않게 되고 대법원 판례가 배치전환을 사용자의 고유한 권한으로 인정하는 취지에 모순되며 노동의 유연성을 강조하는 오늘날의 근로관계의 현실에도 맞지 않기 때문이다."고 한다. 그 결과 전직에 대하여는 원칙적으로 유효하고, 예외적으로 「민법」 제2조의 권리남용에 따라 무효가 될 수 있다고 보는 것이 타당하다고 한다.[317] 이러한 견해는 기업 경영의 현실을 고려하여 판례를 분석하고, 그 이해를 돕는다는 점에서 큰 의미가 있다. 다만, 아래와 같은 이유에서 동 견해에 동의하기는 어렵다.

우선 징계로서의 전직만 「근로기준법」 제23조의 적용대상으로 볼 근거가 없다. 근로기준법 제23조 제1항은 그 적용대상을 '전직'이라고 하고 있을 뿐, '징계성 전직 내지 징계로서의 전직'을 그 적용대상으로 하고 있지 않다. 「근로기준법」 제23조 제1항이 그 밖의 징벌을 그 적용

316) 이상익(2022), 앞의 글, 111면.
317) 방준식(2006), 앞의 글, 163면.

대상으로 하므로, 동 조항이 징계성 인사처분에 대하여 정한 조항으로 생각할 수도 있다. 그런데, 「근로기준법」 제23조 제1항은 징계가 아닌 해고, 정직, 전직 등에 대해서도 그 적용대상으로 하고 있어, 「근로기준법」 제23조 제1항을 징계성 인사처분에 관한 조항이라 보기는 어렵다. 실제 대법원은 징계성 해고가 아닌 통상 해고 등에 대하여도 「근로기준법」 제23조 제1항에 따라 그 정당성을 판단한다. 예컨대, 甲 주식회사가 취업규칙에서 정한 해고사유인 '근무성적 또는 능력이 현저하게 불량하여 직무를 수행할 수 없다고 인정되었을 때'에 해당한다는 이유로 乙 등을 해고한 사안에서 「근로기준법」 제23조 제1항에 따라 해고의 정당성을 판단하거나,[318] 갱신 기대권이 인정되는 기간제 근로자의 근로계약이 기간만료로 종료된 사건 등에서도 기간만료를 해고로 보아 「근로기준법」제23조 제1항에 따라 그 정당성을 판단하고 있다.[319] 이러한 사례에서의 해고는 징계성 해고로 볼 수는 없다. 따라서 전직에 대하여만 유독 '징계성 전직'만 「근로기준법」 제23조 제1항의 적용대상이라고 하는 것은 법 문언의 해석상 타당하지 않다.

아울러, 노동 유연성, 기업경영상 유연하게 인사제도를 운용할 필요성은 입법론의 근거로서는 큰 의미가 있을 수 있지만, 법 해석상 전직에 대하여 「근로기준법」 제23조 제1항을 적용을 배제할 근거는 되지 못한다. 「근로기준법」 제23조 제1항이 바로 사용자의 인사권을 제한하는 규정이기 때문이다. 사용자의 무제한적인 인사권을 제한하고, 정당한 이유를 요구하는 규정에 대해 사용자의 불편함을 이유로 적용을 거부하는 것은 해석론적으로는 타당하지 않다.

대법원 판례의 결론과 취지에 모순된다는 것도 「근로기준법」 제23조 제1항의 적용을 배제할 사유가 되지 못한다. 대법원 판례가 현실적으로 법관의 법령의 해석이나 적용에서 하나의 기준이 된다는 점을 부인하기는 어렵고, 이를 존중해야 한다는 점에 대해서는 동의하지만, 대법원

318) 대법원 2021. 2. 25. 선고 2018다253680 판결.
319) 대법원 2017. 10. 12. 선고, 2015두59907 판결. 대법원 2017. 2. 3. 선고 2016두50563 판결.

판례가 국민의 의사에 기한 법이라고는 볼 수 없으므로 반드시 여기에 구속될 필요는 없다.[320] 대법원도 “형사처벌의 근거가 되는 것은 법률이지 판례가 아니고, 구 건축법 제57조에 관한 판례의 변경은 그 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 아니하여”라고 하여, 판례는 법률의 해석이지 법규범의 창설이 아니라고 하고 있다. 판례가 잘못된 해석을 한 것이라면 이를 비판하고 수정할 필요가 있다. 송민경 판사는 선행 법원의 법에 관한 이해가 명백히 잘못되었거나, 시대적 가치나 국민의 법 감정, 사회적 관행 등의 변화로 인하여 과거에 이루어졌던 법 인식이 현재의 인식에 부합하지 않게 된 경우, 소위 시대적 변화가 필요한 경우 등은 판례 이탈의 정당화 사유가 된다고 분석한다.[321] 전직명령과 관련하여서도 대법원 판례가 제시하고 있는 주된 근거인 사용자의 고유한 권한(경영권)이 실재하는 것인지 살펴, 실재하지 않는다면 이를 근거로 「근로기준법」 제23조의 적용을 사실상 배제하고 권리남용의 원칙을 우선하여 적용하는 것이 타당한 것인지 따져볼 필요가 있다.

다. 판례상 인정되는 전직의 법리의 수정 가능성

대법원 판례가 「근로기준법」 제23조 제1항이 아닌 권리남용의 원칙을 우선하는 논거는 전직명령권이 “원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서 사용자는 상당한 재량”을 가

---

320) 대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3362 전원합의체 판결에서 대법관 양창수, 대법관 신영철, 대법관 김용덕의 반대의견에서는 “우리나라와 같은 성문법국가에서는 판례가 법령만큼 구속력을 지니는 것이 아님은 물론이다. 그러나 오랜 시간에 걸쳐 축적되어 온 판례는 재판의 실제에 있어 법령 못지않게 재판의 준칙으로 작용한다. 때문에 그러한 판례는 논리적으로 일관되어야 하며, 그것이 논리를 떠나 구체적 타당성의 추구를 내세워 사안에 따라 달리 적용된다면 자연히 예측가능성을 상실하고 그 결과 재판 실무에 혼란을 초래할 수밖에 없다.”고 한다.

321) 송민경, “판례의 규범력에 관한 연구”, 「저스티스」 통권 제167호, 한국법학원, 2018, 258-261면.

진다는 것이다. 그런데 앞서 살펴본 바와 같이 전직명령권은 근로계약에 기하여 비로소 구체적으로 발생하는 것이지, 경영권에 의하여 선험적으로 사용자에게 주어지는 권리가 아니다. 따라서 경영권을 근거로 「근로기준법」 제23조 제1항이 아닌 권리남용의 원칙을 적용하는 것은 타당하지 않다.

관련하여 서울고등법원 2018. 2. 1. 2017누70153 판결은 주목할 만하다.[322] 동 판결은 기존의 판례와 달리 전직의 유무효에 대하여 권리남용의 원칙을 적용하지 아니하고, 「근로기준법」 제23조 제1항의 정당성 판단의 문제로 접근한다. 동 판결은 "근로기준법 제23조 제1항은 '사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌을 하지 못한다'고 규정하고 있다. 사용자는 인사권자로서 원칙적으로 근로자에 대해 인사발령을 할 수 있는 권한을 가지고 있으나, 다른 한편으로 근로계약관계의 당사자가 계약 내용을 일방적으로 변경하는 것에 한계가 있으므로 '정당한 이유'가 인정되는 범위 내에서만 인사권을 행사할 수 있다."고 하여 전직이 「근로기준법」 제23조의 정당성 판단의 대상이 된다고 분명히 밝히고 있다. 아울러, "근로자에 대한 전직이나 전보는 근로자가 제공하는 근로의 종류·내용·장소 등에 변경을 가져오는 것으로서 당초 근로계약의 범위를 벗어나거나 근로자가 예상하지 못한 상당한 불이익한 처분이라면 정당한 인사권의 행사라 보기 어렵다."고 하여 기존 판결이 제시하지 못했던 정당성 판단기준에 대하여도 제시하고 있다. 다만, 동 판결은 "전보발령이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 당해 전보발령의 업무상의 필요성과 전보에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교·교량하고, 근로자가 속하는 노동조합(노동조합이 없으면 근로자 본인)과의 협의 등 그 전보발령을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 등을 종합하여 결정하여야 한다."고 하여 결과적으로는 기존 판례상의 전직의 법리를 답습하고 있다.

위 판결에 대하여 이철수 교수는 "업무상 필요성과 생활상 불이익의

322) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2018두36929 판결에서 심리불속행으로 기각되었고 최종 확정되었다.

비교형량이라는 기존 판결의 구도를 유지하면서도 근로기준법 제23조의 '정당한 이유'를 들어 재량을 제한하려고 한 점에서 주목할 만하다."고 평가한다.[323] 최석환 교수는 "기존의 판결에서도 '근기법 23조에 위반하거나'라는 문언을 병렬적으로 덧붙인 경우가 없지는 않았지만, 이 점을 본격적으로 판단하지 않고, 바로 권리남용의 판단 기준인 비교형량으로 넘어가 해당 전직의 정당성 여부를 판단해온 구조가 일반적이었던 점과 비교해 보면, 이 판결은 애초에 행사 가능한 인사권의 범위 자체를 한정한다는 점에서 구분된다."고 보면서,[324] 비교형량 부분이 있다고 하더라도 이를 권리남용이 아닌 정당한 이유의 내용으로 파악한다는 점에서 기존의 판례보다 보다 설득력 있고 정합적 해석을 하고 있는 것이라 평가한다.[325]

위 판결에서 주목해야 할 점은 크게 두 가지인데, 첫째는 권리남용이 아닌 「근로기준법」 제23조의 정당한 이유를 전직의 유무효 판단의 법리로 인정하고 있다는 점이다. 사용자의 전직명령권이 「근로기준법」 제23조의 정당한 이유에 따라 제한된다고 본 점은 매우 긍정적이고, 근로기준법 문언에 반하지 않는 정합적 해석이라 생각된다.

둘째는 인사권의 행사의 한계를 '정당한 이유가 인정되는 범위'로 이해하면서, 이를 '당초 근로계약의 범위를 벗어나거나 근로자가 예상하지 못한 상당한 불이익 처분'으로 명시하였다는 점이다. 기존의 판례가 경영권을 근거로 사용자에게 광범위한 인사권을 인정하고, 이러한 인사권에 대하여는 근로계약이나 「근로기준법」의 개입을 거의 인정하지 않고,[326] 예외적으로 권리남용에 해당하는지 여부를 중심으로 살펴본 반면,

---

323) 이철수(2023), 앞의 책, 254면.
324) 최석환(2022), 앞의 글, 449면-450면.
325) 최석환(2022), 위의 글, 450면.
326) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041 판결, 대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165 판결 등에서는 "근로계약에서 근로 내용이나 근무장소를 특별히 한정한 경우에 사용자가 근로자에 대하여 전보나 전직처분을 하려면 원칙적으로 근로자의 동의가 있어야 한다."고 하여, 매우 제한적으로나마 근로계약을 통한 개입의 여지를 열어두고 있기는 하다.

위 서울고등법원 판결은 사용자가 인사권을 가진다고 하더라도, 정당한 인사권 행사의 범위를 먼저 획정한 후, 획정된 인사권에 대하여 비교형량에 따라 정당성 유무를 판단한다는 점에서 큰 차이가 있다. 특히, 인사권 행사에 정당한 이유가 요구되는 취지를 "다른 한편으로 근로계약관계의 당사자가 계약 내용을 일방적으로 변경하는 것에 한계가 있으므로"라고 하여 근로계약에서 찾고 있다.[327] 이와 같이 사용자의 인사권이 근로계약, 근로기준법에 따라 제한된다고 보는 것은 긍정적이기는 하다.

그러나 위 서울고등법원 판결은 여전히 "사용자는 인사권자로서 원칙적으로 근로자에 대해 인사발령을 할 수 있는 권한을 가지고 있으나"라고 하여, 사용자가 어떠한 법적 근거에서 인사권을 갖는 것인지 밝히고 있지 아니하며, 여전히 경영권에서 사용자의 인사권이 선험적으로 발생한다는 인식을 하고 있다는 인상을 준다. 위 판결의 논리대로 라면 당초 근로계약의 범위를 벗어나는 부분에 대하여도 사용자가 인사권을 가지기는 하나 그러한 인사권은 '정당한 이유가 없는 인사권'이라는 것이 된다. '정당한 이유가 없는 인사권'은 「근로기준법」 제23조 제1항에 따라 제한되어 무효가 되므로, 사용자가 '정당한 이유가 없는 인사권'을 가진다는 의미가 무엇인지 불분명하다. 권리는 있으나 법에 따라 행사를 할 수 없다는 것이므로, 이를 뒤집어 보면 행사할 수 없는 권리를 가진다는 것이 된다. 과연 이렇게 해석하는 것이 체계 정합적일지는 의문이 있다. 사용자의 인사권이 근로계약에서부터 비롯된다고 본다면, 당초 근로계약의 범위를 벗어나는 부분에 대하여는 사용자가 처음부터 인사권을 가지지 못한다고 보면 충분하다. 사용자가 인사권이 없음에도 불구하고 인사권을 행사하였다면, 이는 근로계약에 위반되는 것일 뿐만 아니라 무권리자의 행위에 해당하므로 정당성을 따져볼 필요도 없이 무효가 된다. 「근로기준법」 제23조 제1항에 따른 정당성에 대한 판단은 근로계약의 해석에 따라 사용자의 인사권이 인정되는 범위 내에서 비로소 이루어지는 것으로 보는 것이 보다 정합적 해석이 아닌가 생각된다.

---

327) 최석환(2022), 앞의 글, 449면.

4) 근로장소 변경 인사명령에 대한 정당성 판단

노무지휘권으로서의 전직명령권이 근로계약에 따라 발생하고 구체화된다고 본다면, 근로계약에서 정한 범위 내에서 사용자는 전직명령권을 행사할 수 있다. 다만, 근로계약에서 정한 범위 내라고 하더라도 사용자가 무제한적으로 전직명령을 할 수 있는 것이 아니라 「근로기준법」 제23조의 정당한 이유가 있는 경우에 비로소 전직명령을 할 수 있고 이러한 경우에 한하여 그 전직이 정당하여 유효하다고 해석된다.

그 결과 근로장소 변경을 수반하는 전직이 정당한지 여부는 ① 그러한 전직이 근로계약에 위반되지 않는지, 즉 근로계약에서 정한 전직명령권의 범위 내에서 행사된 것인지 여부를 우선적으로 살펴, 그 범위 밖이라면 이는 근로계약에 위반되는 것이므로 원칙적으로 무효에 해당하고, 사정변경 원칙에 따라 예외적으로 유효로 될 가능성이 있다고 보아야 하고, ② 근로계약에서 정한 전직명령권의 범위 내인 경우에도 원칙적으로 그러한 전직이 유효한 것이 아니라, 그러한 전직에 정당한 이유가 있는지 여부를 살펴, 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 유효하다고 해석하는 것이 타당하다. 아울러 전직에 정당한 이유가 있는지 여부는 조문 구조상 사용자가 입증하여야 한다.[328]

남는 문제는 정당한 이유에 대한 구체적 판단기준을 설정하는 것이다. 기존의 판례는 사용자의 업무상 필요성과 이에 따른 근로자의 생활상 불이익을 비교형량 하고, 사용자가 근로자와 성실히 협의하였는지 여부를 참작요소로 하여 전직의 정당성을 판단한다. 판례는 전직명령권이 원칙적으로 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 상당한 재량을 가진다는 것을 이유로 사용자의 인사권 행사에 따른 근로자의 생활상 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속한다고 보고 있다. '현저하게'라는 표현을 통해, 인사권에 대한 사용자의 재량은 '상당한' 재량임을 강조하고 있다. 이는 권리남용의 원칙에 따른 인사권의 남용을

328) 대법원 1992. 8. 14. 선고 91다29811 판결.

예외적인 경우에만 인정하겠다는 선언과 같다.

대법원의 위와 같은 논지는 '근로권'에 대한 고려를 결여한 것에서 비롯된 것으로 생각된다. 이러한 인식에 따라 경영권과 근로권을 비교형량하기 보다는 경영권과 시혜적 배려 대상인 근로자의 생활상 불이익을 비교형량하고 있는 것으로 추측된다. '배려'가 '권리'에 우선할 수 없으므로, 경영권에 해당하는 사용자의 '업무상 필요성'과 배려대상에 해당하는 근로자의 '생활상 불이익'을 동일선상에 놓고 볼 수는 없게 된다. 그 결과 '근로자 생활상 불이익'이 현저한 경우에만 전직명령이 무효가 될 수 있다.

그런데 전직명령권이 경영권에 기초하지 않는다면 위와 같은 비교형량에 있어서도 수정이 필요하다. 전직명령권을 인정되는 경우라 하더라도, 이를 곧바로 사용자에게 상당한 재량이 부여된 것으로 볼 수는 없다. 근로자가 근로계약을 통하여 사전에 전직명령권을 승낙하였다고 하더라도, 사용자에게 무제한적인 자유를 부여한 것이라고 보기는 어렵기 때문이다. 이를 근로장소와 관련하여 생각해보면, 근로계약상 근로장소(취업의 장소)를 정했다는 의미는, 근로자가 향후 제공할 근로장소(근무장소)의 범위만 특정한 것에 불과하다. 이를 두고, 근로자가 헌법상 인정되는 근로권, 즉 '건강하고 합리적인' 근로장소를 요구할 권리를 포기한 것으로 볼 수는 없다. 사용자에게 상당한 재량이 곧바로 인정된다고 볼 수 없으므로, 근로자의 생활상 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 경우에만 전직의 정당성이 부정된다고 볼 수는 없고, 업무상 필요성과 생활상 불이익을 동등한 위치에 두고 비교하는 것이 타당하다.

아울러, 근로장소는 사용자의 기업의 자유가 인정될 수 있는 영역이기도 하지만,[329] 근로자의 근로권의 대상이기도 하다. 따라서 근로장소의 변경을 수반하는 사용자의 인사처분의 정당성의 기준에 대한 해석의 문제는 기본권 충돌의 문제라 볼 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 영업의

329) 다만 앞서 논의한 바와 같이 기업의 자유가 인정된다는 의미와 경영권이 인정된다는 의미는 차원을 달리한다.

자유와 근로권이 서로 충돌하는 경우 이를 조화시키는 한계를 설정함에 있어서는 노동자·근로자의 인간으로서의 존엄성을 훼손시키지 않고 오히려 이를 증진시키며 근로자의 인간다운 생활을 보다 잘 보장하는 방향으로 해결책을 찾는 것이 바람직하다. 그렇다면 인사권의 정당성에 대한 기준을 설정함에 있어서도 인사권의 내용으로서의 '업무상 필요성'과 근로권의 내용으로서 '건강하고 합리적인 근로장소에서 근로할 권리'의 조화를 모색하는 것이 타당하고, 이를 조화시키는 한계를 설정함에 있어서는 근로자의 인간으로서의 존엄성을 훼손시키지 않고 오히려 이를 증진시키며 근로자의 '건강하고 합리적인 근로장소에서 근로할 권리'를 보다 잘 보장하는 방향으로 해결책을 찾는 것이 바람직하다. 따라서 근로장소의 변경을 수반하는 전직명령의 정당성을 판단함에 있어 근로자의 '생활상 불이익'뿐만 아니라 근로자의 '건강하고 합리적인 근로장소에서 근로할 권리'도 하나의 비교형량의 요소로 포함하여야 한다. 근로자의 생활상 불이익이 현저하게 초래되지 않는 경우라 하더라도 근로자의 건강, 안전, 그리고 합리적인 근로제공이 어려운 곳으로 근로장소가 변경될 수 있는데, 이러한 경우에도 근로자의 근로권이 침해되는 것이므로 이러한 근로장소 변경에는 정당성이 없다고 보아야 한다.

정리하면 근로장소 변경 인사명령의 정당성 문제는 사용자의 '업무성 필요성'과 근로자의 '건강하고 합리적인 근로장소에서 근로할 권리', 근로자의 '생활상 불이익'을 동등한 지위에서 비교형량하여 판단하는 것이 타당하다.

5) 보론: 해고의 정당성 판단

해고도 ① 사용자가 근로자를 해고할 권리가 있는지 여부를 우선적으로 판단한 다음, ② 그러한 권리가 있다고 하더라도, 그 권리 행사에 정당한 이유가 있는지 여부를 살펴보는 것이 타당하다.

해고의 경우 민법의 규정으로 인하여 전직과 달리 근로계약에 특별한 규정을 두지 않더라도, 사용자가 근로자를 해고할 권리를 가지는 것으로

해석된다. 「민법」 제660조 제1항은 “고용기간의 약정이 없는 때에는 당사자는 언제든지 계약해지의 통고를 할 수 있다.”고 규정하고 있고, 「민법」 제661조는 “고용기간의 약정이 있는 경우에도 부득이한 사유가 있는 때에는 각 당사자는 계약을 해지할 수 있다.”고 규정한다. 위 규정을 정리하면 사용자는 기간의 정함이 없는 근로자에 대해서는 특별한 사유 없이도 해고할 권리를 가지는 것으로 해석되는 반면, 기간의 정함이 있는 근로자에 대해서는 부득이한 사유가 있는 때 한하여 해고할 권리를 가지는 것으로 해석된다. 여기서 ‘부득이한 사유’는 사정변경 원칙에 있어서의 사정변경 보다는 다소 넓은 개념으로 이해되며, 근로계약의 이행이 매우 곤란하다고 인정되는 객관적 사정이 있는 경우 뿐만 아니라 당사자 간의 불화 대립 등으로 인하여 신뢰관계가 파괴된 경우, 상대방의 중대한 의무위반이 있는 경우를 모두 포함한다.[330]

다만, 「민법」 제660조 제1항은 강행규정이 아니라 당사자들의 의사에 따라 그 적용을 배제할 수 있는 임의규정이므로, 사용자와 근로자가 근로계약을 체결하면서 해고의 사유를 열거하고 그 사유에 의해서만 근로자를 해고할 수 있도록 하는 해고제한의 특약을 하였다면, 근로자에 대한 해고는 이러한 해고 특약에 따라야 하고, 만약 이러한 계약상 ‘약정해고사유’가 발생하지 않았음에도 불구하고, 사용자가 근로자를 해고 하였다면, 그 정당성을 따져볼 필요도 없이 그 해고는 무효가 된다.

대법원도 “구 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 8372호로 전문 개정되기 전의 것)상 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 사용자가 정당한 이유 없이 근로자를 해고하지 못한다는 같은 법 제30조 제1항이 적용되지 않고, 이 경우 그 근로계약이 기간의 정함이 없는 것이라면 민법 제660조 제1항을 적용할 수 있게 되어 사용자는 사유를 불문하고 언제든지 근로계약의 해지를 통고할 수 있다. 그러나 민법 제660조 제1항은 당사자의 의사에 의하여 그 적용을 배제할 수 있는

330) 정재욱·김종현, “기간제 근로계약의 해지에 관한 소고 - 근로자의 사직과 민법 제661조의 부득이한 사유를 중심으로-”, 「노동법연구」 제50호, 서울대노동법연구회, 2021, 31면.

임의규정이므로, 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장의 사용자가 근로자와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하면서 해고의 사유를 열거하고 그 사유에 의해서만 근로자를 해고할 수 있도록 하는 해고제한의 특약을 하였다면, 근로자에 대한 해고는 민법 제660조 제1항이 아닌 위 해고제한의 특약에 따라야 하고 이러한 제한을 위반한 해고는 무효라고 보아야 한다."고 판시한 바 있다.[331]

위와 같은 「민법」의 규정을 고려해보았을 때, 해고의 유무효를 판단할 때 (1) 해고권이 있는지 여부(해고사유)를 살펴, 해고권이 인정되는 경우에만 (2) 해고의 정당성이 있는지 여부를 살피는 것이, 자칫 해고를 쉽게 하는 논리구조로 이용될 수 있는 것이 아닌가 하는 의문이 들 수 있다. 「민법」 제660조 제1항에 따라 기간의 정함이 없는 근로자에 대해서는 언제든지 해고를 할 수 있는 것으로 보이기 때문이다.

그러나 「민법」 제660조에 우선하여 「근로기준법」 제23조가 적용되므로, 사용자가 일방적으로 근로계약을 해지하는 때, 즉 해고를 하는 때에는 「근로기준법」 제23조의 '정당한 이유'가 있는지 여부가 중시되고, 우리 법원은 이러한 '정당한 이유'를 " 사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유"라 해석하고 있으므로,[332] '정당한 이유'에 대한 해석이 달라지지 않는 이상 해고가 쉬워지는 것이라 보기는 어렵다. 오히려 근로계약을 실질화 하여 근로계약에 해고 사유를 명시하고, 그 해고 사유가 있을 때에만 해고가 가능하도록 유도한다면, 근로관계 존속 측면에서 근로자의 권리 보장에 기여할 수 있을 것으로 생각된다.

(3) 업무명령으로서의 근로장소 변경: 출장명령

1) 서론

331) 대법원 2008. 3. 14. 선고, 2007다1418 판결.
332) 대법원 1992. 4. 24. 선고 91다17931 판결.

사용자에 의한 근로장소 변경은 '전직'이라는 인사권 행사(인사명령)의 형태로 발현될 수 있지만, '출장'과 같은 업무명령권 행사(업무명령)의 형태로 발현될 수도 있다.

2) 출장명령의 유무효 판단

출장명령에 대해 직접 다툰 사례를 발견하기는 어렵다.[333] 이는 출장명령이 원칙적으로 「근로기준법」 제23조 제1항의 정당성 판단의 대상이 되지 않기 때문이다. 「근로기준법」 제23조 제1항은 열거적, 한정적 규정으로 해석되므로, '해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(이하 "부당해고등")'에 속하지 않는 사용자의 처분에는 적용될 수 없다.[334] 다만, '출장'이 징벌적 목적으로 이루어진 경우에는 '그 밖의 징벌'에 해당하므로 그러한 '출장'은 「근로기준법」 제23조 제1항의 정당성 판단의 대상이 될 수 있다. 박은정 교수도 징계상 조치로 이루어진 출장명령에 대해서는 「근로기준법」 제23조 제1항 위반 여부가 다투어질 수 있는 것으로 보고 있다.[335]

출장명령의 유무효에 대해서는 원칙적으로 「근로기준법」 제23조 제1항이 적용되지 아니하므로, ① 사용자의 출장명령이 근로계약의 범위 내에 있는지 여부를 우선 살펴,[336] 근로계약의 범위 밖에 있다면 무효가 되고, ② 근로계약의 범위 내라고 하더라도 권리남용에 해당하는 지 여부를 살펴, 권리남용으로 인정될 수 있다고 한다면 무효가 된다고 보는 것이 타당하다. 대법원도 출장에 대해서는 "그것이 근로계약에 위반되거

---

333) 박은정, "출장명령의 정당성과 한계", 「노동법학」 제58호, 한국노동법학회, 2016, 139면.

334) 서울행정법원 2013. 1. 31. 선고 2012구합15883 판결.

335) 박은정(2016), 앞의 글, 139면.

336) 이를 근로장소 관점에서 본다면, 출장명령으로 근로를 제공해야 하는 장소가 '취업의 장소' 범위 내 인지 여부가 중요하다.

나 권리의 남용이라고 인정되는 등의 특별한 사정이 없는 한 근로자는 이에 따라야 할 성실의무 및 노무제공의무가 있다고 할 것"이라고 판시하여 이러한 순서에 따라 법리 판단을 하고 있는 것으로 보인다.[337]

이러한 권리남용과 관련하여 서울행정법원 2016. 3. 17. 선고 2015구합66677 판결은 업무상 필요를 이유로 하여 출장명령이 취해진 경우 그 출장명령이 정당한 업무명령권의 범위 내에 속하는지 여부는 당해 출장명령의 업무상 필요성과 그로 인하여 근로자가 받게 될 신분상·경제상의 불이익을 비교·교량하고, 출장명령 대상자 선정의 기준이 합리적이어야 하며, 그 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지 여부를 종합적으로 고려하여 판단함이 상당하다고 보아 기존의 대법원의 휴직명령에 대한 정당성 판단 기준을 원용하고 있다.

전직의 경우 전직의 '정당한 이유'에 대해 사용자가 입증하여야 하는 반면, 출장의 경우 출장이 '권리남용'이라는 점에 대해 근로자가 입증하여야 한다는 점에서 차이가 발생한다.

3) 출장명령에 대한 권리구제

「근로기준법」 제28조 제1항은 "사용자가 근로자에게 부당해고등을 하면 근로자는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있다."고 규정하고 있는데, 여기에서의 부당해고등은 「근로기준법」 제23조 제1항의 부당해고등을 의미하는 바, '출장'이 '부당해고등'에 해당하지 않는 이상, 구제신청의 대상이 될 수도 없다. 물론, '출장'이 징벌적 목적으로 이루어진 경우에는 「근로기준법」 제23조 제1항의 '그 밖의 징벌'에 해당하여 '부당해고등'에 해당하게 되므로, 구제신청 대상이 될 수 있다.

실무상으로는 출장명령을 직접 다툰 사례를 발견하기는 어렵고, 근로자가 출장명령을 거부한 결과 이루어지는 징계나 해고의 정당성에 대해 판단을 할 때, 그 판단의 요소의 하나로 출장명령의 당부가 논해지고 있

337) 대법원 1992. 3. 13. 선고 91누5020 판결.

다.[338] 위와 같은 점을 고려하면 '출장명령'을 직접 다투기 위해서는 민사법적 구제수단인 '출장명령 무효 확인의 소' 또는 '출장명령효력정지가처분' 등을 활용할 수밖에 없을 것으로 보인다.

3. 근로자에 의한 근로장소의 변경: 근로장소 변경요청권

(1) 문제의 소재

근로자가 자신의 근로권이 침해된다는 것을 이유로 사용자에게 근로장소에 대한 변경을 요청할 수 있는지 여부가 문제된다. 앞서 살펴본 사용자에 의한 근로장소 변경의 출발점이 사용자에게 있다면, 동 문제는 근로자의 사용자에 대한 근로권 행사의 문제로 그 출발점이 근로자에게 있다.

(2) 현행법상 인정되는 경우

우리 법은 특수한 상황 하에서는 사용자의 재량을 인정하지 아니하고, 근로자에게 근로장소(근무장소)에 대한 변경요청권을 인정하고 있다. 앞서 확인한 바와 같이 「남녀고용평등법」에서는 직장 내 성희롱 발생 사실이 확인된 때에는 사업주로 하여금 피해근로자가 요청하면 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 한다고 규정함으로써, 명시적으로 근로자의 근로장소(근무장소) 변경요청권을 인정하고 있다(「남녀고용평등법」 제14조 제4항).

「근로기준법」에서도 이와 유사한 규정을 찾아볼 수 있는데, 「근로

338) 대법원 1992. 3. 13. 선고 91누5020 판결. 서울행정법원 2016. 3. 17. 선고 2015구합66677 판결.

기준법」 제76조의3 제4항에 의하면 사용자는 조사 결과 직장 내 괴롭힘 사실이 확인된 때에는 피해근로자가 요청하면 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 한다. 위와 같이 노동관계법령에서는 “직장 내 성희롱”, “직장 내 괴롭힘”과 같이 근로자의 건강과 안전을 위협하는 요인이 있을 경우, 근로자에게 근로장소(근무장소)에 대한 변경요청권을 인정함으로써, 근로자의 근로권을 보호하고 있다.

(3) 신의칙으로 인정할 수 있는지 여부: 안전배려의무

1) 안전배려의무 인정여부

“직장 내 성희롱”, “직장 내 괴롭힘”이 아닌 사유로 인하여 근로자의 건강과 안전 등이 위협받는 경우, 근로자가 사용자에 대하여 신의칙에 기하여 근로장소에 대한 변경요청권을 행사할 수 있는지 여부가 문제된다. 관련하여 근로계약에 수반하여 인정되는 안전배려의무에서 그 가능성을 확인할 수 있다.

대법원은 “근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 피용자가 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 인적·물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 강구하여야 할 보호의무를 부담한다.”고 하면서, 이러한 “보호의무를 위반함으로써 피용자가 손해를 입은 경우 이를 배상할 책임이 있다”고 판시하여 사용자의 근로자에 대한 안전배려의무를 인정하고 있다.[339]

2) 안전배려의무의 법적 성질

가. 신의칙상 부수적 주의의무로 보는 견해

339) 대법원 2006. 9. 28. 선고 2004다44506 판결. 대법원 1999. 2. 23. 선고 97다12082 판결. 2000. 5. 16. 선고 99다47129 판결.

위와 같이 판례는 근로계약에 수반되는 안전배려의무의 법적 성격을 신의칙상 부수적 주의의무의 하나로 이해하고 있다. 다수의 학자들도 이에 동의하고 있는 것으로 보인다.[340]

나. 주된 급부의무로 보는 견해

이와 달리 사용자의 안전배려의무를 신의칙에 따른 부수적 의무가 아니라 근로계약에 내재하는 본질적인 의무로 파악하는 견해도 있다.

일설은 근로제공이라는 행위와 근로를 제공하는 주체로서의 근로자는 분리할 수 없고, 이에 필연적으로 근로자의 신체는 근로제공 과정에서의 위험에 노출될 수 없다고 보면서, 근로자가 근로제공을 하기 위한 전제는 근로자의 건강과 안전이라 볼 수 있다고 한다. 동 견해에서는 이러한 점을 논거로 사용자는 근로자가 근로제공을 하기 위한 전제를 갖추어 줄 의무로서 근로자의 생명, 신체에의 위협을 미연에 방지할 주된 급부의무를 부담한다고 한다.[341]

전형배 교수도 사용자의 안전배려의무를 신의칙상 부수의무로 접근하면 의무불이행에 따른 구제수단의 유형이라는 측면에서 현실을 규율하는데 충분한 이론구성이 되지 않을 수 있다는 문제점 등을 지적하면서 안전배려의무는 근로계약에 내재한 본질적 의무라고 이해하는 것이 보다 타당하다고 한다. 전형배 교수는 이를 바탕으로 안전배려의무의 내용에 위험성평가의무, 안전과 보건상 조치의무, 근로자와의 협의 및 직무능력을 고려할 의무, 정보제공 및 교육훈련 의무, 안전사고 기록·보존의무를 담는 시도를 함은 물론, 근로계약의 해지권, 근로제공거부권, 각종안전·보건 조치청구권 등을 긍정적으로 검토하고 있다.[342]

---

340) 임종률(2015), 앞의 책, 346면.

341) 강선희·정진우, “사내하도급근로자에 대한 도급사업주의 안전배려의무와 산안법상 안전보호조치의무”, 「고려법학」 제64호, 고려대학교 법학연구원, 2012, 326-327면.

신권철 교수는 근로계약에서 사용자가 부담해야 할 보호의무는 부수의무가 아니라 주된 의무로 격상될 필요가 있다고 하면서 “근로자가 자신의 신체를 내맡겨 사용자의 지휘권 아래 두는 것에 대응하는 것은 시간당 임금으로 교환되는 것이 아니라 근로자에 대한 보호의무로 교환되는 것”이라고 설명한다.[343]

다. 기타

이와 달리 사업주 중심의 안전배려의무로 접근하지 아니하고 근로자 중심의 건강권을 중심으로 접근하는 견해도 있다. 동 견해는 사업주의 건강배려의무가 근로자의 건강을 확보하기 위하여 중요한 의의와 역할을 하고 있다는 것은 부인할 수 없다면서도, 이러한 의무는 사업주가 부담해야 할 의무란 관점에서 파악된 개념이지, 근로자의 건강문제에 대하여 근로자들 스스로 주체가 된 권리란 관점에서 파악된 개념은 아니라는 점을 지적한다. 동 견해에서는 건강권을 근거로 “사업주가 부담해야 하는 건강배려의무의 내용은 근로자의 건강을 충분히 유지·증진할 수 있을 정도의 고차적이고 포괄적인 의무로 파악하여야 한다.”고 주장한다. 이에 따라 산업안전보건법은 사업주가 최소한도로 지켜야 할 건강배려의무의 일부분만을 규정하고 있을 분이므로 “사업주가 산업안전보건법 기타 노동보호법규만을 준수하였다고 하여 사업주의 건강배려의무를 다한 것이라고 할 수 없다. 즉 사업주는 산업안전보건법 기타 노동보호법규에 따라 필요한 조치를 취해야 할 의무뿐만 아니라 구체적인 상황에 따라 근로자의 건강유지에 적절하고 구체적인 조치를 강구해야 할 의무가 있다.”고 한다.[344]

한편, 사용자의 안전배려의무가 근로환경의 특성(예컨대, 광업이나 폭

---

342) 전형배, “안전배려의무의 내용과 과제”, 「노동법학」 제55호, 한국노동법학회, 2015, 35-37면 및 49면.
343) 신권철(2017), 앞의 글, 75면.
344) 김교숙, “근로자의 건강권”, 「노동법논총」 제19집, 한국비교노동법학회, 2010, 171면, 176면, 177면, 193면.

발위험이 큰 화학공장)에 따라 계약상 주된 의무일 수도 있고 부수적 의무일 수도 있다고 보는 견해도 있다.[345]

라. 검토

판례는 사용자의 안전배려의무가 신의칙에 기한 의무로 인정되는 이유에 대해서 "근로관계는 이른바 계속적 채권관계로서 인적 신뢰관계를 기초로 하는 점", "근로계약에 따라 계속적으로 근로를 제공하는 근로자는 인간으로서의 존엄과 가치를 지닌 인격체이고 근로자는 자신의 전인격을 사용자로의 사업장에 투입하고 있는 점에서 근로관계에 있어서 근로자의 근로제공은 자신의 인격과 분리될 수 없는 것이라는 점", "근로계약에 따른 근로자의 근로제공은 단순히 임금획득만을 목적으로 하는 것은 아니고 근로자는 근로를 통하여 자아를 실현하고 나아가 기술을 습득하고 능력을 유지·향상시키며 원만한 인간관계를 형성하는 등으로 참다운 인격의 발전을 도모함으로써 자신의 인격을 실현시키고 있다는 점도 부인할 수 없다는 점"을 제시하고 있다.[346] 이러한 점을 논거로 판례는 사용자가 근로자로 하여금 자신의 인격을 실현시킬 수 있도록 배려할 신의칙상의 의무를 부담한다고 결론 짓는다.

상대방의 '권리'는 '존중'되어야 하는 것이지 '배려'될 성질의 것이 아니다. 판례가 동 문제를 근로자의 근로권 내지 건강권의 문제로 접근하기 보다는 근로자의 권리를 외면하거나 무시한 채 온전히 사용자 입장에서 근로자의 인격을 시혜적으로 고려해달라는 시각으로 접근하다 보니 위와 같은 '배려'라는 용어를 사용하는 것으로 보인다. "피용자를 보호하고 부조할 의무"를 부담한다는 판례상의 문구에서도 이러한 시각이 나타난다.[347] 이렇게 접근하면, 안전배려의무에 대하여 사용자의 폭 넓은 재

---

345) 임공수, "단체협약위반에 대한 권리구제", 「노동법포럼」 제11호, 노동법이론실무학회, 2013, 316면.

346) 대법원 1998. 2. 10. 선고 95다39533 판결. 대법원 1996. 4. 23. 선고 95다6823 판결.

량을 인정하게 될 수 밖에 없다. 근로자를 위한 '안전배려의무'는 근로자의 권리 보장 차원의 문제가 아니라 사용자의 근로자에 대한 시혜적 고려에 따라 생겨나는 것이기 때문이다.

그런데 근로자는 분명 근로권에 기하여 '건강하고 안전한 근로환경에서 근로할 권리'를 가진다. 이러한 헌법상 기본권은 법률에 특별한 규정이 없다고 하더라도 민법상 일반조항을 통하여 사인에게 적용된다. 그렇다면, 근로자의 '건강하고 근로환경에서 근로할 권리'는 민법상 일반조항 중 하나인 신의칙을 통하여 근로관계에 적용된다고 볼 수 있다. 따라서 사용자가 근로자에게 '건강하고 안전한 근로환경을 제공할 의무'는 근로자가 보유하고 있는 근로권을 존중하고, 이를 준수하라는 의미에서의 의무라고 이해하는 것이 타당하다. 즉, 헌법상 인정되는 근로권(건강하고 안전한 근로환경에서 근로할 권리)이 신의칙이라는 일반조항을 통해 근로관계에 적용되고, 그 반대급부로서 사용자에게 건강하고 안전한 근로환경을 제공할 의무가 인정된다. 이러한 점에서 '안전배려의무'가 아니라 '안전제공의무'로 이해하고 표현하는 것이 타당하다.[348]

다만, 근로계약이란 "근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약"으로 정의되어 있어(「근로기준법」 제2조 제1항 제4호), 그 개념상 근로계약의 주된 급부는 근로의 제공과 그에 따른 임금의 지급이라는 점을 확인할 수 있다. 따라서 안전배려의무를 근로계약의 주된 급부로 보기는 어렵다고 생각된다.

물론, 계약상의 의무 가운데 주된 채무와 부수적 채무를 구별함에 있어서는 급부의 독립된 가치와는 관계없이 계약을 체결할 때 표명되었거나 그 당시 상황으로 보아 분명하게 객관적으로 나타난 당사자의 합리적 의사에 의하여 결정하되, 계약의 내용·목적·불이행의 결과 등의 여러 사정을 고려하여야 하므로,[349] 모든 근로계약에서 반드시 안전배려의무가

---

347) 대법원 1998. 2. 10. 선고 95다39533 판결.

348) 다만, 이하에서는 논의의 혼선을 피하기 위하여 안전배려의무라 표현한다.

349) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2005다53705, 53712 판결.

신의칙상 부수의무로 존재한다고 단정할 수는 없다. 그러나 단순히 '근로환경의 특성'에 따라 주된 의무와 부수적 의무가 구별된다고 보기는 어려우므로, '근로환경의 특성'이 당사자들의 의사에 영향을 미쳐, 경우에 따라 안전배려의무가 주된 의무로 인정되는 사례도 있다고 이해하는 것이 바람직하고, 당사자들이 안전배려의무를 특별히 주된 급부의무로 구성하지 않는 이상, 일반적인 근로계약에서 안전배려의무를 주된 급부로 보기는 어렵다고 생각된다.

한편, 안전배려의무, 건강배려의무라는 의무로 이해하기 보다는 건강권이라는 권리 체계로 동 문제를 이해하여, 근로자의 건강과 생명을 확보·보장하자는 견해에 대해서는 기본적으로 동의한다. 다만, 동 견해는 「산업안전보건법」 기타 노동보호법규에서 정하지 않은 영역에 대하여는 어떻게 근로자의 건강권이 사용자에게 적용될 수 있는지 여부에 대하여, 건강권은 대사인간에도 직접적인 효력을 가지는 권리라고 설명하여 직접효력설을 취하고 있다는 점에서 본 연구의 논지와 차이가 있다.[350]

3) 안전배려의무에 대한 이행청구

가. 문제의 소재

「민법」 제536조 제1항 전문은 "쌍무계약의 당사자 일방은 상대방이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다."고 하여 동시이행의 항변권을 인정하고 있다. 이러한 동시이행의 항변권은 '당사자 쌍방이 부담하는 각 채무가 고유의 대가관계에 있는 쌍무계약상 채무' 또는 '구체적 계약관계에서 당사자 쌍방이 부담하는 채무 사이에 대가적인 의미가 있어 이행상 견련관계를 인정하여야 할 사정이 있는 경

350) 동 견해는 근로자의 건강권을 확보, 보장하는 방향으로 노동관련법을 입법, 해석, 적용되어야 한다면서도 근로자의 건강권에 기하여 인정되는 사용자의 건강배려의무가 근로계약의 주된 급부인 것인지 여부에 대해서는 별도로 그 입장을 밝히고 있지 않다.

우'에 인정된다.

근로계약은 쌍무계약이므로 주된 급부의무인 사용자의 임금지급의무와 근로자의 근로제공의무가 대가성이 있다는 점에 대해서는 이론의 여지가 없다. 사용자가 임금을 지급하지 않는다면 근로자도 사용자가 임금을 지급할 때까지 근로의 제공을 거부할 수 있다.

만약, 안전배려의무를 임금지급의무와 동일하게 근로계약의 주된 급부의무로 이해한다면, 이는 근로자의 근로제공의무와 대가성이 있다고 볼 수 있다. 따라서 근로자는 사용자가 안전배려의무를 이행하지 않는 경우, 「민법」 제536조 제1항의 동시이행의 항변권을 근거로 근로제공의 거부할 수 있다.

그런데 이러한 위와 같은 동시이행의 항변권은 부수의무에 대하여는 원칙적으로 인정되지 않는다. 부수의무는 기본적으로 대가적 의미가 있다고 보기 어렵기 때문이다. 대법원도 신의칙상 부수적 의무에 대한 위반만을 이유로 자기의 채무이행을 거절할 수 있는 동시이행을 갖게 되는지 여부에 대해 원칙적으로 부정하면서, 다만 서로 동시이행하기로 하는 당사자간의 특약이 있었거나 또는 신의칙상 부수의무가 계약의 중요한 전제조건이 되었다는 등의 특별한 사정이 있다면 예외적으로 동시이행의 항변권을 갖게 된다고 설명한다.[351]

따라서 안전배려의무를 신의칙상 부수의무로 이해하면 사용자의 안전배려의무 위반에 대해 근로자가 근로제공을 거부할 수 없다고 해석된다. 이 경우 안전배려의무에 대한 이행청구의 의미는 크지 않다. 근로자의 이행청구에 대하여 사용자가 응답을 하지 않거나 거부를 하였을 경우, 근로자가 취할 수 있는 조치가 마땅하지 않기 때문이다. 결국 안전배려의무를 신의칙상 부수적 주의의무로 이해할 경우, 사용자의 안전배려의무를 인정하는 실익은 근로자의 건강과 안전에 대한 위협이 현실화되어 그것이 손해로까지 이어졌을 때, 그 책임의 소재를 판단하는 근거 내지 기준이 될 수 있다는 정도로 이해된다. 이는 신의칙상 부수의무의 특징

351) 대법원 2014. 6. 26. 선고 2012다44792 판결. 대법원 1976. 10. 12. 선고 73다584 판결.

에서 불가피하게 비롯되는 것이다. 신의칙상 부수의무의 특징은 “일반적인 법률관계에 있어서는 권리의 내용이 확정되면 이에 따라 이행하여야 할 의무의 내용이 결정되지만, 부수의무는 반대로 손해배상의 결과를 파악한 후 이에 대한 배상책임을 구성하기 위해 어떠한 내용의 부수의무가 위반되었는가를 결정짓게 된다.”고 설명되기도 하고,[352] “채무자가 이러한 의무를 제대로 이행하지 못함으로써 채권자에게 손해가 발생한 경우에는 이른바 불완전이행의 문제로서 채무자가 그 손해를 배상하여야 한다.”고 설명되기도 한다.[353]

나. 안전배려의무와 근로제공의무의 견련관계 인정가능성

그런데 대법원은 동시이행 항변권이 공평의 관념과 신의칙에 입각하여 인정되는 것이라는 점 등을 근거로 당사자가 부담하는 각 채무가 쌍무계약에 있어 고유의 대가관계가 있는 채무가 아니라고 하더라도, 예외적으로 동시이행의 항변권을 인정할 가능성을 열어두고 있다.

예컨대, 대법원은 “당사자가 부담하는 각 채무가 쌍무계약에 있어 고유의 대가관계가 있는 채무가 아니라고 하더라도 구체적인 계약관계에서 각 당사자가 부담하는 채무에 관한 약정내용에 따라 그것이 대가적 의미가 있어 이행상의 견련관계를 인정하여야 할 사정이 있는 경우에는 동시이행의 항변권을 인정할 수 있을 것이다.”고 보면서, 양도소득세를 매수인이 부담키로 하는 약정이 있었다면 매수인이 양도소득세액을 부담하기 위한 이행제공의 형태, 방법, 시기 등에 관하여 당사자 간에 어떤 약정이 있었는지를 확정한 다음, 그것이 매도인의 소유권이전등기의무와 견련관계에 있다고 볼 수 있는지 여부를 판단하였어야 함에도 매도인이 매수인에게 양도소득세 상당 금원의 지급을 구하는 것은 별론으로 하고 매수인

---

352) 정영진, “신의칙상의 부수적 주의의무에 관한 연구”, 「국제법무」 제4집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2012, 95면.
353) 서광민, “채권법상의 보호의무”, 「서강법학연구」 제3권, 서강대 법학연구소, 1999, 97면.

의 양도소득세 납부의무와 매도인의 소유권이전등기의무가 동시이행의 관계에 있다고는 할 수 없다고 한 원심판결에 동시이행의 항변권에 관한 법리오해 및 심리미진의 위법이 있다 하여 이를 파기한 바 있다.[354] 이외에도 부동산 매매계약에 있어 매수인이 부가가치세를 부담하기로 약정한 경우 부가가치세를 매매대금과 별도로 지급하기로 했다는 등의 특별한 사정이 없는 한 부가가치세를 포함한 매매대금 전부와 부동산의 소유권이전등기의무가 동시이행의 관계에 있다고 봄이 상당하다고 본 판결도 있다.[355]

대법원 판결마다 예외사유를 표현하는 방식이 다소 상이한데, '대법원 2018. 7. 24. 선고 2017다291593 판결'은 그 예외사유에 대해 비교적 자세히 설시하고 있다. 해당 판결에서 대법원은 "당사자가 부담하는 각 채무가 쌍무계약에서 고유의 대가관계에 있는 채무가 아니더라도, 양 채무가 동일한 법률요건으로부터 생겨서 대가적 의미가 있거나 공평의 관점에서 보아 견련적으로 이행시킴이 마땅한 경우에는 동시이행의 항변권을 인정할 수 있다."고 판시하고 있다. 이러한 판시의 참조 판례로 '대법원 1992. 10. 9. 선고 92다25656 판결'과 '대법원 2013. 12. 26. 선고 2011다67699 판결'을 적시하고 있다.

먼저 '대법원 1992. 10. 9. 선고 92다25656 판결'에서는 "원래 쌍무계약에서 인정되는 동시이행의 항변권을 비쌍무계약에 확장함에 있어서는 양 채무가 동일한 법률요건으로부터 생겨서 공평의 관점에서 보아 견련적으로 이행시킴이 마땅한 경우라야 할 것"이라고 판시하였고,[356] '대법원 2013. 12. 26. 선고 2011다67699 판결'은 "당사자가 부담하는 각 채무가 쌍무계약에서 고유의 대가관계에 있는 채무가 아니더라도, 구체적인 계

354) 대법원 1992. 8. 18. 선고 91다30927 판결.

355) 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005다58656, 58663 판결.

356) 다만, 대법원은 이 사건에서 피고의 이전등기말소등기의무는 피고가 자기 지분을 넘는 부분을 원인 없이 이전등기함으로써 발생한 것이고, 원고 지분에 대한 위 소외 1 명의로의 이전등기비용에 대한 상환의무는 위 소외 1로부터 피고로의 이전등기와는 동일한 법률요건이 아닌 별개의 발생원인에 기한 것이어서 위 양 채무간에 이행상의 견련성을 인정할 수 없다고 보았다.

약관계에서 각 당사자가 부담하는 채무에 관한 약정 내용에 따라 그것이 대가적 의미가 있어 이행상의 견련관계를 인정하여야 할 사정이 있는 경우에는 동시이행의 항변권을 인정할 수 있다."고 판시하였다.[357]

그렇다면, '대법원 2018. 7. 24. 선고 2017다291593 판결'에서 말하는 '양 채무가 동일한 법률요건으로부터 생겨서 대가적 의미가 있거나 공평의 관점에서 보아 견련적으로 이행시킴이 마땅한 경우'라 함은 ① 양 채무가 동일한 법률요건으로부터 생겨서 공평의 관점에서 보아 견련적으로 이행시킴이 마땅한 경우와, ② 구체적인 계약관계에서 각 당사자가 부담하는 채무에 관한 약정 내용에 따라 그것이 대가적 의미가 있어 이행상의 견련관계를 인정하여야 할 사정이 있는 경우로 나누어 볼 수 있다.

이를 근로계약에 적용하여 보면, 사용자의 안전배려의무는 신의칙상 부수의무에 불과한 반면, 근로자의 근로제공의무는 근로계약의 주된 급부의무이므로 각 채무가 쌍무계약(근로계약)에서 고유의 대가관계에 있는 채무라고 보기는 어렵다.

그러나 사용자의 안전배려의무와 근로자의 근로제공의무 모두 근로계약에서 비롯되는 것이므로,[358] 양 채무는 근로계약의 체결과 성립이라는 동일한 법률요건으로부터 생긴다고 볼 수 있다.

남는 문제는 '공평의 관점에서 보아 견련적으로 이행시킴이 마땅한 경우'에 해당한다고 볼 수 있을지 여부이다. 이에 대해 살펴보면, ① 사용자의 안전배려의무와 근로자의 근로제공의무가 동시이행의 관계에 있다고 보지 않는다면, 근로자로서는 위험한 근무환경에 노출되더라도 근로제공을 거부할 수 없고, 단지 손해의 발생을 기다려 손해배상청구만을 할 수 있다는 것인데, 이는 근로자에게 생명과 건강의 위험을 감수하도

---

357) 대법원은 이 사건에서 이를 근거로 원고의 원심판결 별지 목록 기재 부동산에 관한 소유권이전등기의무가 피고들의 정산금 지급의무 전부와 동시이행의 관계에 있다고 보았다.

358) 사용자의 안전배려의무는 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무이므로(대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다60247 판결), 근로계약 체결과 성립에서 비롯되는 의무라고 이해되고, 근로자의 근로제공의무는 근로계약의 주된 급부의무 이므로, 마찬가지로 근로계약의 체결과 성립에서 비롯되는 의무로 이해된다.

록 강제하는 결과가 된다는 점, ② 근로자가 근로를 제공함에 있어 사용자가 제공한 설비, 장비를 이용한다고 하더라도, 근로자의 신체가 근로제공의 기본적인 수단, 방법이 된다는 점을 부인할 수는 없으며, 사용자의 안전배려의무 위반으로 근로자가 자신의 생명이나, 신체, 건강에 피해를 입은 경우, 해당 사용자에 대한 장래의 근로제공이 어려워질 수밖에 없다는 점, ③ 이러한 피해가 영구적일 경우, 근로자는 회사를 퇴사한 이후에도 제3자에게 근로제공이 어려워져, 생계에 곤란을 겪을 수밖에 없다는 점 등을 감안하면, 사용자의 안전배려의무와 근로자의 근로제공의무는 공평의 관점에서 보아 견련적으로 이행시킴이 마땅한 경우에 해당한다.

노상헌 교수는 사용자의 안전배려의무를 신의칙상 부수의무로 이해하면서도, 사용자가 안전배려의무를 위반하였을 때, 근로자가 근로제공을 거부할 수 있는지 여부는 계약법상 견련관계에 따라 인정된다고 하여 그 예외가능성을 열어두고 있는 것으로 보이며,[359] 정진우 박사는 “사용자의 안전배려의무는 근로자의 노무급부의무와 대가적인 견련관계에 있는 것은 아니라 하더라도 노무급부의 특수성으로부터 근로자 보호를 위하여 양자에 이행상의 견련관계를 긍정하는 방식으로 작업거절권을 도출하는 것이 법리적으로 가장 정합성을 가진다.”고 하면서, 「민법」 제536조 제1항의 동시이행의 항변권을 유추적용하여야 한다고 한다.[360] 한편, 심재진 교수는 안전배려의무를 근로계약의 주된 급부의무로 이해하는 견해와, 안전배려의무가 신의칙상 인정되는 부수적 의무로 이해하더라도 예외적으로 근로제공의무와의 견련성을 인정하여야 한다는 견해들에 주목하면서, 안전배려의무와 그에 따른 근로제공거부권의 논의는 주로 사업장에서의 사고 등에 의한 신체적 건강을 중심에 둔 것인데, 만약 사용자의 안전배려의무에 정신건강에 대한 것도 포함된다면 ”직장 내 괴롭힘으

359) 노상헌, “산업안전보건법상 작업중지권”, 「노동법포럼」 제16호, 노동법이론실무학회, 2015, 65면.
360) 정진우, “외국에서의 작업거절권에 관한 법리와 그 시사점”, 「노동법포럼」 제8호, 노동법이론실무학회, 2012, 49면, 69면.

로 인한 정신적 건강의 위험을 회피하기 위하여 직장 내 괴롭힘의 일환으로 이루어지는 사용자 의 업무지시에 대해 노무제공거부권이 인정될 수 있을 것이다."고 보기도 한다.[361] 논문의 내용상 심재진 교수가 안전배려의무를 주된 급부의무로 본 것인지 아니면 신의칙상 부수의무로 본 것인지 여부는 분명하지 않으나, 적어도 안전배려의무와 근로제공의무가 동시이행의 관계에 있다고 보아 위와 같이 견해를 정리한 것으로 보인다.

사용자와 근로자가 근로계약을 체결할 때 안전배려의무를 주된 급부의무로 규정한 경우에는 특별한 문제가 없겠지만, 주된 급부의무로 규정하지 아니한 경우, 즉 안전배려의무가 신의칙상 부수의무로 존재하는 경우라 하더라도, 예외적으로 공평의 관점에서 안전배려의무와 근로제공의무를 견련적으로 이행시킴이 마땅하다고 볼 수 있다는 점에서, 위와 같은 견해들은 타당하다. 다만, 이 경우 해석을 통해 양 채무의 대가성을 인정하는 것이고, 대가성이 인정되는 이상 「민법」 제536조 제1항의 동시이행의 항변권을 적용할 수 있는 것이므로, 유추적용이라는 표현은 적절하지 아니하다.

다. 안전배려의무와 위반의 효과

안전배려의무와 근로제공의무는 서로 견련성이 있으므로,[362] 사용자가 안전배려의무를 이행하지 아니하였을 경우, 근로자는 「민법」 제536조 제1항의 동시이행의 항변권을 근거로 근로제공을 거부할 수 있다. 이 때의 근로제공거부는 사용자의 귀책(안전배려의무 미이행)에 의한 것이므로 근로자는 「민법」 제538조 제1항에 따라 사용자에게 임금지급을 청구할 수 있다.[363]

---

361) 심재진, "직장 내 괴롭힘에 대한 구제의 확대방안 소고", 「노동법학」 제68호, 한국노동법학회, 2018, 58면.

362) 정진우(2012), 앞의 글, 49면, 69면.

363) 「민법」 제538조 제1항은 "쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 채권자의 책

아울러, 근로자가 사용자의 안전배려의무에 대한 이행을 청구한 사실은 사용자가 근로자의 이러한 요청을 거부하여, 결과적으로 근로자에게 손해가 발생했을 때, 그 손해를 입증하기 위한 근거로써 기능할 수도 있다. 대법원도 “사용자는 고용 또는 근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수적 의무로서 피용자가 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 마련하여야 할 보호의무 또는 안전배려의무를 부담하고, 이러한 의무를 위반함으로써 피용자가 손해를 입은 경우 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 진다”고 하면서,[364] “이러한 사용자의 보호의무 또는 안전배려의무 위반 행위가 불법행위의 요건에 해당하는 경우에는 채무불이행책임과 경합하여 불법행위로 인한 손해배상책임도 부담하게 된다.”고 본다.[365]

4) 안전배려의무와 근로장소에 대한 변경요청권

가. 안전배려의무에 대한 이행청구

근로자가 사용자에 대하여 안전배려의무의 이행을 청구할 수 있다고 하더라도 어떠한 내용으로 이를 청구할 수 있는 것인지 생각해볼 필요가 있다.

이에 대해 전형배 교수는 “근로자가 청구할 수 있는 구체적인 조치의 내용은 기본적으로 산업안전보건법령의 규정 내용이 중요한 기준이 되겠으나 명문의 규정이 없더라도 근로자가 제공하는 근로의 내용과 특성, 근로를 제공하는 작업환경의 문제점, 청구 당시 개발된 안전·보건 관련 장구의 현황 등을 고려하여 그 내용을 확정할 수 있을 것”이라고 보면서

임있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있다. 채권자의 수령지체 중에 당사자쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에도 같다.”고 규정하고 있다.

364) 대법원 1999. 2. 23. 선고 97다12082 판결.

365) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다53086 판결.

“위험성평가의 시행청구, 안전보건에 관련한 정보를 담은 서류 등 각종 매체와 안전보건 사고에 관한 기록에 대한 열람·등사 청구도 할 수 있다”고 설명하고 있다.[366]

안전배려의무의 이행의 방법에는 제한이 없으니 그 이행청구의 방법에도 제한이 없다고 생각된다. ① 근로자의 생명이나 건강, 안전에 위협을 가할 수 있는 요인은 근로자가 처한 환경, 직무 등에 따라 매우 다양할 수 있고, ② 이러한 요인을 제거하는 방법도 여러 가지가 있을 수 있으며, ③ 안전배려의무 이행청구의 방법을 제한할 법적 근거도 보이지 않기 때문이다. 근로자의 건강, 안전을 보호하는 방법에는 근로환경을 개선하거나, 직무의 내용을 변경하거나, 보호장비 등을 지급하는 방법도 있겠지만, 근로장소를 변경하는 것도 하나의 방법이 될 수 있다. 따라서 근로자는 사용자에게 안전배려의무의 이행을 청구하는 방법으로 근로장소에 대한 변경요청을 할 수 있는 것으로 해석된다.

나. 근로장소 변경요청권 행사의 효과

사용자의 안전배려의무와 근로자의 근로제공의무는 그 성질상 고유의 대가적인 관계에 있다고 보기는 어렵지만, 양 채무는 동일한 법률요건으로부터 생겨서 공평의 관점에서 보아 견련적으로 이행시킴이 마땅한 경우에 해당하므로, 서로 동시이행의 관계에 있는 것으로 해석된다. 이에 사용자가 안전배려의무에 대한 이행을 하지 않을 경우, 근로자는 「민법」 제536조 제1항에 따라 자신의 채무에 해당하는 근로제공을 거부할 수 있고, 이러한 이행불능은 채권자인 사용자의 책임 있는 사유로 인하여 발생하는 것이므로, 근로자는 「민법」 제538조 제1항에 따라 상대방의 이행(임금지급)을 청구할 수 있다. 따라서 사용자의 안전배려의무 위반으로 원래의 근로장소에서 계속 근로를 제공할 경우, 근로자에게 생명, 신체, 건강에 대한 위협이 가해지는 경우, 근로자는 사용자에게 안전배려의무에 대한 이행청구의 의미로 근로장소 변경요청권을 행사할 수 있고,

366) 전형배(2015), 앞의 글, 48면.

만약 사용자가 이를 거부하고 그 장소에서 계속하여 그대로 근로를 제공할 것을 요구할 경우, 근로자는 근로제공을 거부할 수 있다. 근로가 제공되지 아니한 기간 동안의 임금도 청구할 수 있는 것으로 해석된다.

다만, 사용자가 안전배려의무를 이행하는 방법이 근로장소를 변경하는 방법만 있는 것이 아니므로, 사용자가 근로장소를 변경하는 대신 다른 방법(예컨대, 추가적인 안전설비의 설치 등)을 통해 안전배려의무를 이행한다면, 근로자는 자신의 근로장소 변경요청권이 받아들여지지 않았다고 하여 근로제공을 거부할 수는 없다고 할 것이다. 이러한 점에서 근로자의 근로장소 변경요청권 행사를 사용자가 거부하였을 경우, 근로자가 그에 대한 대응으로써 근로제공을 거부할 수 있는 경우란 생각보다 협소할 수 있다.

다. 휴업의 문제

사용자가 근로자의 근로장소 변경요청을 거절하였으나, 계속적으로 해당 장소에서 근로를 강제하는 것이 아니라 '휴업'을 실시할 경우, 근로자 입장에서 「민법」 제538조 제1항에 따라 임금의 전액 청구를 하지 못하고, 「근로기준법」 제46조 제1항의 휴업수당(평균임금의 100분의 70 이상)만을 청구할 수 있다는 문제가 발생할 수 있다.

「민법」 제538조 제1항의 "쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 채권자의 책임있는 사유로 이행할 수 없게 된 때"라 함은 채권자의 어떤 작위나 부작위가 채무자의 이행의 실현을 방해하고 그 작위나 부작위는 채권자가 이를 피할 수 있었다는 점에서 신의칙상 비난받을 수 있는 경우를 의미한다.[367] 사용자가 근로자의 근로장소 변경요청권을 묵살하고 위험한 장소에서 근로를 계속할 것을 강요하는 것은 신의칙상 비난받을 수 있는 경우라 볼 수 있다. 따라서 이러한 경우 근로자가 근로제공의무를 이행하지 아니한 것에 대한 책임은 사용자에게 있고, 근로자는 「민법」

367) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다25698 판결, 대법원 2004. 3. 12. 선고 2001다79013 판결.

제538조 제1항에 따라 임금 전액을 청구할 수 있다.[368]

그런데, 사용자가 근로자의 근로장소 변경요청권을 묵살하기는 하였으나 위험한 장소에서 근로를 계속할 것을 강요하지 않고 휴업을 실시할 경우, 이러한 휴업이 신의칙상 비난받을 행위에 해당한다고 단정할 수는 없다. 예컨대, 사업장의 상황상 그 근로자에게 지정할 만한 다른 근로장소가 없는 반면, 기존의 근로장소를 안전한 곳으로 만들기 위해서는 상당한 비용과 시간이 소요되는 경우, 사용자는 근로자의 안전을 위해 부득이 휴업을 실시하여야 할 수 있다. 이러한 휴업 실시가 신의칙상 비난받을 행위에 해당한다고 보기는 어렵다. 그렇다면, 이때에는 「민법」 제538조 제1항이 적용되지 않으므로, 근로자는 임금의 전액을 청구할 수 없다. 다만, 아래와 같이 '휴업수당'은 청구할 수 있다.

「근로기준법」 제46조 제1항은 "① 사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우에 사용자는 휴업기간 동안 그 근로자에게 평균임금의 100분의 70 이상의 수당을 지급하여야 한다. 다만, 평균임금의 100분의 70에 해당하는 금액이 통상임금을 초과하는 경우에는 통상임금을 휴업수당으로 지급할 수 있다."고 규정하여, 사용자 귀책으로 인한 휴업 시 근로자가 휴업수당을 받을 수 있도록 하고 있다. 「민법」 제538조 제1항의 '책임있는 사유'와는 달리 「근로기준법」 제46조 제1항의 '사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우'라 함은 원칙적으로 사용자의 세력범위 안에서 생긴 경영장애로서 자금난, 원자재 부족, 주문량 감소, 시장불황과 생산량 감축, 모회사의 경영난에 따른 하청공장의 자재, 자금난에 의한 조업단축 등으로 인한 휴업을 말하므로 그 인정범위가 상당히 폭 넓다.[369][370] 이에 사용

368) 노상헌(2015), 앞의 글, 65면.

369) 임종률(2015), 앞의 책, 404면. 고용노동부 행정해석, 1999.09.21, 근기 68207-106.

370) 「근로기준법」 제46조 제1항의 '사용자의 귀책사유'와 「민법」 제538조 제1항의 '채권자의 책임있는 사유'를 동일한 것으로 보는 판례도 있으나(청주지방법원 2010. 4. 21. 선고 2009가합1761 판결), 이와 같이 「근로기준법」 제46조 제1항의 귀책사유를 협소하게 해석한다면, 「근로기준법」 제46조 제1항의 존재의의가 퇴색될 뿐만 아니라, 근로자의 보호 가능성도 좁히는 결과가 초래되는

자가 근로자의 근로장소 변경요청권을 묵살하면서도, 근로를 강제하는 대신 휴업을 실시하는 경우, 이러한 행위가 신의칙상 비난받을 행위에 해당하지는 않지만, 적어도 「근로기준법」 제46조 제1항에서 정하고 있는 '사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우'에는 해당한다. 따라서 이 경우 근로자는 평균임금 100분의 70 이상의 수당을 지급받을 수 있다.

위와 같은 휴업수당의 문제는 근로장소 변경요청권이 안전배려의무에 대한 이행청구권으로서 존재하여 근로자가 사용자에게 근로장소 변경요청권을 적극적으로 강제할 수 없기 때문에 발생하는 것이다. 즉, 현행법령의 해석상 인정되는 근로장소 변경요청권은 이러한 권리의 행사가 거부되었을 때 근로제공을 하지 아니하여도 근로계약 위반을 구성하지 않는다는 소극적 의미만을 가진다.

5) 근로장소에 대한 변경요청권과 작업중지권

안전배려의무는 근로계약에 수반되어 신의칙상 인정되는 주의의무이므로,[371] 이는 계약상 의무라 볼 수 있다. 따라서 사용자가 안전배려의무를 이행하지 아니할 때, 근로자가 그 이행을 요청할 권리, 그럼에도 불구하고 이행을 하지 않는 경우, 근로제공을 거부할 수 있는 권리는 사용자의 안전배려의무와 견련된 근로자의 계약상 권리라 볼 수 있다.[372]

이에 비해 「산업안전보건법」 제52조 제1항에서 인정하고 있는 근로자의 작업중지권은 사용자의 안전배려의무의 미이행 또는 사용자의 여하한 귀책과 관련 없이 "산업재해가 발생할 급박할 위험"이 있을 때 인정되는 권리이므로, 이를 계약상 권리라 보기는 어렵고, 법상 인정되는 권리라 볼 수 있다.[373] 심재진 교수도 "산업안전보건법상의 작업중지권과

데 이는 근로자의 기본적 생활을 보장, 향상시키기 위해 존재하는 「근로기준법」의 목적을 고려해보았을 때도 타당하지 않다.

371) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다60247 판결.

372) 노상헌(2015), 앞의 글, 65면.

373) 노상헌 교수는 이러한 측면에서 「산업안전보건법」상의 작업중지권은 명시적인 근로계약관계가 없는 간접고용 근로자에게도 인정될 수 있다고 한다. 노

는 달리 노무제공거부권은 근로계약상의 의무로서 사용자의 안전배려의무에서 도출된다."고 하여, 양자를 구분하고 있다.[374]

좀 더 구체적으로 살펴보면, 앞서 살펴본 바와 같이 '산업재해가 발생할 급박한 위험'이 있다는 의미는 유해물질의 누출, 질식 또는 화재·폭발의 우려가 있는 경우, 압력용기의 압력 급상승으로 파열·폭발이 예상되는 경우 등과 같이 객관적·개별적으로 보아 위험이 곧 발생할 것으로 예견되어 즉시 대피하지 않으면 작업 중인 근로자에게 중대한 위험이 가해질 수 있는 상태를 말하는 것인데,[375] 이러한 상태는 사용자가 안전배려의무를 충실하게 이행한 경우라 하더라도 발생할 수 있다. 예컨대, 사용자가 근로자가 근로를 제공하는 어떠한 장소에 필요한 안전조치를 충분히 취하였으나, 천재지변과 같은 사건, 제3자 또는 다른 근로자의 어떠한 행위 등으로 인하여 산업재해가 발생할 급박할 위험이 있을 수 있다. 이 경우 사용자는 안전배려의무를 이행한 것이므로, 근로자가 사용자의 귀책이나, 계약상 의무위반 등을 근거로 근로제공을 거부할 수 있다고 보기는 어렵다. 그런데, 이러한 경우 근로자가 그 장소에서 대피할 수 없다고 한다면, 이는 사실상 살인이나 상해를 하게 되는 것과 같다. 물론, 사실상의 대피를 할 수는 있을 것이나, 법률에 특별한 규정이 없다면, 「민법」 제537조의 채무자위험부담주의에 따라 근로자가 그 위험을 부담하게 되므로,[376] 근로자는 대피하여 근로를 제공하지 못하게 된 기간만큼의 임금을 사용자에게 청구할 수 없게 된다. 즉, 법률에 특별한 규정이 없다면 "산업재해가 발생할 급박한 위험"에 대해 근로자가 그 위험을 온전히 부담하는 경우가 발생할 수도 있는데,[377] 이러한 문제는 계약상의

상헌(2015), 위의 글, 66면.

374) 심재진(2018), 앞의 글, 56면.

375) 고용노동부 행정해석(산안 68320-249, 2001.06.13.).

376) 「민법」 제537조는 "쌍무계약의 당사자 일방의 채무가 당사자쌍방의 책임없는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구하지 못한다."고 하여 채무자위험부담주의를 규정하고 있다.

377) 이러한 "산업재해가 발생할 급박한 위험"이 사용자의 귀책으로 인하여 발생한 것이라면, 그에 대한 책임은 「민법」 제538조에 따라 사용자가 부담하게 된다.

법리로 해소할 수 있는 것이 아니다. 따라서 계약상 권리, 의무와는 관계없이 근로자를 보호하여야 할 필요성이 있다.

이러한 측면에서 「산업안전보건법」은 근로자에게 작업중지권을 부여하여, 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있는 경우에는 근로자가 작업을 중지하고 대피할 수 있음을 명확히 규정하고, 산업재해가 발생할 급박한 위험이 있다고 근로자가 믿을 만한 합리적인 이유가 있을 때에는 작업을 중지하고 대피한 근로자에 대하여 해고나 그 밖의 불리한 처우를 금지하도록 하여,[378] 작업중지(근로제공 거부)로 인한 근로자의 민사책임과 형사책임이 조각될 수 있도록 하고 있다.

정리하면, 안전배려의무에 대한 이행청구권으로 존재하는 근로장소 변경요청권이 계약상 권리라면, 「산업안전보건법」 제52조 제1항의 근로자의 작업중지권은 산업재해를 획기적으로 줄이고 건강하게 일할 수 있는 여건을 조성하기 위한 목적에서 도입된 법상 권리에 해당한다고 볼 수 있다.

6) 법령상 인정되는 근로장소 변경요청권의 의미

「남녀고용평등법」 제14조 제4항의 직장 내 성희롱 발생 시 근로자의 근로장소 변경요청권, 「근로기준법」 제76조의3 제4항의 직장 내 괴롭힘 발생 시 근로자의 근로장소 변경요청권을 인정하고 있는데, 직장 내 괴롭힘, 직장 내 성희롱 모두 근로자의 건강이나 안전에 위협을 가할 수 있는 요소이므로, 사용자의 안전배려의무의 대상에 해당하는 것으로 보인다. 따라서 이러한 규정은 안전배려의무를 계약상 의무에서 법적 의무로 격상하여 근로자의 생명과 건강을 보다 두텁게 보호하고자 하는데 그 목적과 취지가 있는 것으로 보인다.

고용노동부도 사용자가 성희롱, 직장 내 괴롭힘 등으로부터 근로자를 보호할 의무의 원천적인 근거를 근로계약에 따른 신의칙상 부수적 주의

---

378) 「산업안전보건법」 제52조. 「산업안전보건법(법률 제16272호로 2019. 1. 15. 전부개정되어 2020. 1. 16. 시행된 것)」의 제정·개정이유.

의무에서 찾고 있는 것으로 보인다. 고용노동부가 2019년 2월 발간한 「직장 내 괴롭힘 판단 및 예방·대응 매뉴얼」을 살펴보면, 직장 내 괴롭힘에 관하여 규율한 개정 「근로기준법」의 취지가 “직장 내 괴롭힘을 법으로 금지하되, 구체적인 대응은 사업장별 상황에 맞게 취업규칙 등을 통하여 정하고 그에 따르도록 유도”하는 것이라 설명하면서, “이를 감안하여 직장 내 괴롭힘 행위자에 대한 직접적인 처벌규정 또는 직장 내 괴롭힘 사건에 대한 사용자의 적절한 조치 미이행 시 제재규정은 별도로 두지 않는 대신, 취업규칙 필수 기재사항에 직장 내 괴롭힘 예방 및 발생 시 조치에 관한 사항을 반영”하였다고 설명하고 있다. 위 매뉴얼에서 주목할 부분은 직장 내 괴롭힘에 대한 법 규정의 도입 이유를 근로관계에서 비롯한 사용자의 배려의무에서 찾고 있다는 점이다. 고용노동부는 위 매뉴얼에서 “판례에서는 사용자에 대하여 근로관계에서 비롯한 배려의무로서 근로자의 인격권 보호 및 쾌적한 근로환경 제공의무가 있다고 명시. 따라서 사용자는 직장 내 괴롭힘으로부터 근로자를 보호할 수 있도록 대응해야 할 필요가 있음.”이라 설명하고 있다.[379] 그러면서 위 매뉴얼은 사용자의 배려의무를 근로관계에 수반되는 신의칙상 부수의무로서 인정된다는 대법원 판결을 참고판례로 기재하고 있다.[380]

---

379) 고용노동부, 「직장 내 괴롭힘 판단 및 예방·대응 매뉴얼」, 2019, 24면.

380) 구체적으로 “근로계약에 따라 계속적으로 근로를 제공하는 근로자는 인간으로서의 존엄과 가치를 지닌 인격체이고 근로자는 자신의 전인격을 사용자의 사업장에 투입하고 있는 점에서 근로관계에 있어서 근로자의 근로제공은 자신의 인격과 분리될 수 없는 것이고 한편 근로계약에 따른 근로자의 근로제공은 단순히 임금획득만을 목적으로 하는 것은 아니고 근로자는 근로를 통하여 자아를 실현하고 나아가 기술을 습득하고 능력을 유지·향상시키며 원만한 인간관계를 형성하는 등으로 참다운 인격의 발전을 도모함으로써 자신의 인격을 실현시키고 있다는 점도 부인할 수 없다. 그러므로 사용자는 특별한 사정이 없는 한 근로자와 사이에 근로계약의 체결을 통하여 자신의 업무지휘권·업무명령권의 행사와 조화를 이루는 범위 내에서 근로자가 근로제공을 통하여 이와 같이 참다운 인격의 발전을 도모함으로써 자신의 인격을 실현시킬 수 있도록 배려하여야 할 신의칙상의 의무를 부담한다고 할 것이다.”이라 판시한 대법원 1996. 4. 23. 선고 95다6823 판결, “근로관계는 이른바 계속적 채권관계로서 인적 신뢰관

직장 내 괴롭힘과, 직장 내 성희롱의 경우 관련 사망사고가 발생하는 등 심각한 사회문제로 대두되었고,[381] 이에 입법자들은 작장 내 괴롭힘, 직장 내 성희롱에 대해 보다 강력한 제재를 가하고자, 사용자(사업주)에게 조치의무를 부과하고,[382] 이를 이행하지 않은 경우 과태료를 부과하는 등 제재규정을 신설한 것으로 파악된다.[383]

「남녀고용평등법」에 의하면 직장 내 성희롱 발생 사실이 확인된 때에는 피해근로자가 요청하면 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 하는데,[384] 사업주가 이를 위반하면 500만원 이하의 과태료가 부과된다.[385] 아울러, 「남녀고용평등법」 제14조의2 제1항에 의하면 사업주는 고객 등 업무와 밀접한 관련이 있는 사람이 업무수행 과정에서 성적인 언동 등을 통하여 근로자에게 성적 굴욕감 또는 혐오감 등을 느끼게 하여 해당 근로자가 그로 인한 고충 해소를 요청할 경우 근무 장소 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등 적절한 조치를 하여야 한다. 동 규정을 위반하는 경우 300만원 이하의 과태료가 부과될 수 있다.[386]

계를 기초로 하는 것이므로, 고용계약에 있어 피용자가 신의칙상 성실하게 노무를 제공할 의무를 부담함에 대하여, 사용자로서는 피용자에 대한 보수지급의무 외에도 피용자의 인격을 존중하고 보호하며 피용자가 그의 의무를 이행하는 데 있어서 손해를 받지 아니하도록 필요한 조치를 강구하고 피용자의 생명, 건강, 풍기 등에 관한 보호시설을 하는 등 쾌적한 근로환경을 제공함으로써 피용자를 보호하고 부조할 의무를 부담한다."고 판시한 대법원 1998. 2. 10. 선고 95다39533 판결을 원용하고 있다.

381) 「근로기준법(법률 제16270호로 2019. 1. 15. 일부개정 되어 2019. 7. 16. 시행된 것)」 개정이유.

382) 「근로기준법(법률 제16270호로 2019. 1. 15. 일부개정 되어 2019. 7. 16. 시행된 것)」 개정이유. 「남녀고용평등법(법률 제15109호로 2017. 11. 28. 일부개정 되어 2018. 5. 29. 시행된 것)」 개정이유.

383) 「근로기준법(법률 제18037호로 2021. 4. 13. 일부개정 되어 2021. 10. 14. 시행된 것)」 개정이유.

384) 「남녀고용평등법」 제14조 제4항

385) 「남녀고용평등법」 제39조 제3항 제1의5호.

386) 「남녀고용평등법」 제39조 제4항 제1의2호.

한편, 사용자는 직장 내 성희롱 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해근로자등에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 불리한 처우를 하여서는 아니 된다.[387] 형사처벌 대상이 된다.[388]

1. 파면, 해임, 해고, 그 밖에 신분상실에 해당하는 불이익 조치
2. 징계, 정직, 감봉, 강등, 승진 제한 등 부당한 인사조치
3. 직무 미부여, 직무 재배치, 그 밖에 본인의 의사에 반하는 인사조치
4. 성과평가 또는 동료평가 등에서 차별이나 그에 따른 임금 또는 상여금 등의 차별 지급
5. 직업능력 개발 및 향상을 위한 교육훈련 기회의 제한
6. 집단 따돌림, 폭행 또는 폭언 등 정신적·신체적 손상을 가져오는 행위를 하거나 그 행위의 발생을 방치하는 행위
7. 그 밖에 신고를 한 근로자 및 피해근로자등의 의사에 반하는 불리한 처우

이러한 규정은 앞서 살펴본 휴업수당의 문제를 해결할 수 있는 법적 장치로 기능할 수 있다. 위와 같은 규정이 없다면, 사용자가 근로자의 근로장소 변경요청권을 거부한 이후, 근로를 강제하지 않고 휴업을 실시할 수 있으며, 이러한 휴업을 실시하는 경우, 근로자는 임금 전액을 받지 못하고, 휴업수당만을 받게 된다. 그런데, 위 「남녀고용평등법」 제14조 제6항 제7호에 의하면 피해근로자등의 의사에 반하는 불리한 처우를 하지 못하므로, 사용자가 근로자의 근무장소 변경요청을 묵살하고, 임금 전액이 아닌 휴업수당만을 지급하는 것은 불리한 처우에 해당하므로, 위 규정에 따라 제한될 수 있다.

「근로기준법」에 의하면, 직장 내 괴롭힘 발생 사실이 확인된 때에는 피해근로자가 요청하면 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 하며,[389] 이를 위반할 경우, 500만원 이하의 과태

387) 「남녀고용평등법」 제14조 제6항.
388) 「남녀고용평등법」 제37조 제2항 제2호.

료가 부과될 수 있다.[390] 「근로기준법」에서도 "사용자는 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해근로자등에게 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 된다."고 규정하고 있고, 이를 위반한 사용자에 대해 형사처벌을 가하고 있다.[391] 「남녀고용평등법」과 마찬가지로 이러한 규정은 앞서 살펴본 휴업수당의 문제를 해결할 수 있는 법적 장치로 기능할 수 있다.

다만, 피해근로자가 「남녀고용평등법」 또는 「근로기준법」에 따라 근로장소의 변경을 요청하였음에도 불구하고, 사용자가 이를 거부한 경우, 그 거부사실만으로 ① 사용자가 공법상 제재의 대상이 된다거나, ② 근로자가 근로제공거부를 할 수 있다고 단정할 수는 없다. 「남녀고용평등법」과 「근로기준법」은 직장 내 성희롱 또는 직장 내 괴롭힘 사실이 확인된 때에 피해근로자가 요청하면 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하도록 규정하고 있으므로, 반드시 '근무장소의 변경'을 해야 하는 것은 아니며, 필요한 적절한 조치를 하면 충분하다. 따라서 근로자가 '근무장소의 변경'을 요청하였으나, 사용자의 경영상 판단 등에 따라 '근무장소의 변경'이 아닌 '배치전환' 또는 '유급휴가 명령' 등의 적절한 조치를 취하였다면, 법 규정 위반이라 보기 어렵기 때문이다.

한편, 직장 내 성희롱 관련 '조치의무 위반' 또는 '불리한 처우'의 경우 시정신청의 대상이 될 수 있다.[392] 여기서 '조치의무 위반'은 사업주가 직장 내 성희롱 사실이 확인되었고 피해근로자가 요청하였음에도 근무장소의 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등의 적절한 조치를 하지 않은 경우[393] 또는 고객 등에 의한 성희롱으로 인한 고충 해소를 요청하였음에도 적절한 조치를 하지 않은 경우[394]를 말한다. '불리한 처우'란 성희롱

---

389) 「근로기준법」 제76조의3 제4항.
390) 「근로기준법」 제116조 제2항 제2호.
391) 「근로기준법」 제76조의3 제6항, 제109조 제1항.
392) 「남녀고용평등법」 제26조 제1항 제2호, 제3호.
393) 「남녀고용평등법」 제14조 제4항에 따른 적절한 조치를 하지 아니한 행위를 말한다.

사실을 신고한 근로자 또는 피해근로자 등에 대하여 불리한 처우를 한 경우[395] 또는 근로자가 고객 등으로 인한 성희롱 피해 등을 주장하였음을 이유로 해고나 그 밖의 불이익한 조치를 하는 경우[396]를 말한다.

위와 같은 직장 내 성희롱 관련 '조치의무 위반' 또는 '불리한 처우'가 있을 경우(이하 이를 합하여 '조치의무 위반 등'이라 한다), 근로자는 '조치의무 위반 등'이 있는 날(조치의무 위반 등이 계속되는 경우에는 그 종료일)로부터 6개월 내에 노동위원회에 그 시정을 신청할 수 있다.[397][398] 근로자로부터 시정신청이 접수되면 노동위원회는 「남녀고용평등법」 제27조에 따라 지체 없이 필요한 조사와 관계 당사자에 대한 심문을 진행하여야 한다. 노동위원회는 「남녀고용평등법」 제27조에 따른 심문 과정에서 당사자 쌍방 또는 일방의 신청이나 직권으로 조정절차를 개시할 수 있고, 관계 당사자가 미리 노동위원회의 중재 결정에 따르기로 합의하여 중재를 신청한 경우에는 중재를 할 수 있다.[399] 노동위원회

---

394) 「남녀고용평등법」 제14조의2 제1항에 다른 적절한 조치를 하지 아니한 행위를 말한다.

395) 「남녀고용평등법」 제14조 제6항을 위반한 불리한 처우를 말한다.

396) 「남녀고용평등법」 제14조의2 제2항을 위반한 해고나 그 밖의 불이익한 조치를 말한다.

397) 「남녀고용평등법」 제26조 제1항.

398) 「남녀고용평등법」 제26조는 차별적 처우 등에 대한 시정신청을 정하고 있는데, 그 시정신청 대상을 고용상 성차별로서 '차별적 처우(1. 제7조부터 제11조까지 중 어느 하나를 위반한 행위)'와 직장 내 성희롱 관련 '조치의무 위반 등(2. 제14조제4항 또는 제14조의2제1항에 따른 적절한 조치를 하지 아니한 행위, 3. 제14조제6항을 위반한 불리한 처우 또는 제14조의2제2항을 위반한 해고나 그 밖의 불이익한 조치)'으로 두고 있다. 이러한 규범 구조에 비추어 볼 때 직장 내 성희롱 관련 '위반행위'에 해당하는 '조치의무 위반 등'은 그 자체로 시정신청의 대상이 된다고 해석되고, 달리 이러한 '조치의무 위반 등'이 차별적 처우에 해당하여야만 시정신청 대상이 되는 것으로 해석되지는 않는다. 고용노동부의 2022. 5. 18.자 보도자료의 '붙임 1. 고용상 성차별 등 시정제도 개요'에서도 직장 내 성희롱 관련 조치의무 위반, 불리한 처우가 있을 때에는 그 자체로 시정신청 대상이 되는 것으로 설명하고 있다. 이하에서는 차별적 처우와 조치의무 위반 등을 합하여 '차별적 처우 등'이라 한다.

399) 「남녀고용평등법」 제28조.

는 「남녀고용평등법」 제27조에 따른 조사·심문을 끝내고 차별적 처우 등에 해당된다고 판정한 때에는 해당 사업주에게 시정명령을 하여야 한다.[400] 이러한 시정명령의 내용에는 차별적 처우 등의 중지, 임금 등 근로조건의 개선(취업규칙, 단체협약 등의 제도개선 명령을 포함한다) 또는 적절한 배상 등의 시정조치 등을 포함할 수 있다.[401] 배상을 하도록 한 경우, 그 배상액은 차별적 처우 등으로 근로자에게 발생한 손해액을 기준으로 하되, 노동위원회는 사업주의 차별적 처우 등에 명백한 고의가 인정되거나 차별적 처우 등이 반복되는 경우에는 그 손해액을 기준으로 3배를 넘지 않는 범위에서 배상을 명령할 수 있다.[402]

이러한 시정 신청 제도는 「남녀고용평등법」이 법률 제18178호로 2021. 5. 18. 일부개정 되어 2022. 5. 19. 개정되면서 비로소 도입된 것이다. 그 전까지는 근로자에게 평등한 기회와 대우를 보장하기 위하여 성별, 혼인, 임신 또는 출산 등을 사유로 합리적인 이유 없이 차별을 하지 못하도록 하고 있으나 근로자가 차별에 대해 시정을 신청할 수 있는 구제수단은 명시되어 있지 않았다. 이에 근로자를 더욱 두텁게 보호하기 위해서는 사업주의 합리적 이유 없는 차별에 대하여 벌칙을 부과하는 소극적 보호에서 더 나아가, 해당 차별을 적극적으로 시정하도록 요구하고 이에 대해 배상을 받을 수 있는 규정을 마련할 필요가 있었고, 이에 「남녀고용평등법」에 따른 차별에 대하여 노동위원회에 구제신청을 할 수 있도록 하고 노동위원회가 사업주에게 시정명령 등을 할 수 있도록 함으로써 근로자의 고용평등을 실현하고 삶의 질 향상을 도모할 수 있도록 법이 개정되었다.[403]

위와 같은 시정 신청 제도는 근로장소에 대한 근로자의 권리를 보장할 수 있는 제도로 활용될 수 있다. 「남녀고용평등법」 제26조 제2항은 시정신청의 절차·방법 등에 관하여 필요한 사항은 「노동위원회법」 제2

400) 「남녀고용평등법」 제29조.
401) 「남녀고용평등법」 제29조의2 제1항.
402) 「남녀고용평등법」 제29조의2 제2항.
403) 「남녀고용평등법(법률 제18178호로 2021. 5. 18. 일부개정 되어 2022. 5. 19. 시행된 것)」 개정이유.

조 제1항에 다른 중앙노동위원회가 따로 정하여 고시한다고 규정하고 있는데, 이에 따라 고시된 「고용상 성차별 등 시정절차 등에 관한 고시」[404]에 의하면 시정신청의 절차·방법 등 필요한 사항은 「노동위원회 규칙」 제6장에 따른다고 규정한다. 「노동위원회」 제6장 제1절 제100조에 의하면 「남녀고용평등법」 제26조 제1항에 따른 차별시정은 별지 제35호의3 서식에 '신청 취지(청구할 시정 내용)'를 기재하여 신청하여야 한다. 그런데 그 '신청 취지(청구할 시정 내용)'의 기재 방법에 대해서는 별도 정함이 없으므로, '조치의무 위반 등'을 시정할 수 있는 방법이라면 그 어떠한 방법이든 상관없이 신청취지로 기재할 수 있는 것으로 생각된다. 따라서 소극적으로 '사용자가 근무장소 변경 등의 조치를 취할 것'이라는 형태의 시정신청을 구하는 것도 가능하겠지만, 적극적으로 '사용자가 A라는 장소로 근로자의 근무장소를 변경할 것'과 같은 형태의 시정신청을 구하는 것도 가능할 것으로 생각된다. 이러한 점에서 시정 신청 제도는 근로장소에 대한 근로자의 권리를 보다 실질화 할 수 있는 장치로 활용될 수 있다.

(4) 신의칙으로 인정할 수 있는지 여부: 합리적인 근로조건 제공의무

1) 합리적인 근로조건 제공의무 인정 가능성과 법적 성질

「헌법」상 근로권은 건강한 작업환경을 요구할 수 있는 권리뿐만 아니라 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등도 포함한다.[405] 「헌법」 상 근로권이 신의칙을 통하여 근로관계에 적용된다고 보았을 때, 근로계약에 수반하여 사용자에게 안전배려의무를 인정하는 것과 동일하게 사용자에게 합리적인 근로조건의 보장 등을 할 의무도 인

404) 중앙노동위원회고시 제2022-1호로 2022. 5. 3. 제정되어 2022. 5. 19. 시행된 것을 말한다.
405) 헌법재판소 2002. 11. 28. 2001헌바50 결정.

정할 수 있다.

이러한 합리적 근로조건 제공의무에 대해 명시적으로 인정한 판례는 찾아볼 수 없으나, ① 「헌법」은 단순히 '근로'를 보장하고 있는 것을 넘어, '적정한 근로'를 보장하고 있다는 점,[406] ② 이러한 「헌법」상의 기본권 규정은 사법상의 일반원칙을 규정한 「민법」 제2조, 제103조, 제750조, 제751조 등의 내용을 형성하고 그 해석 기준이 되어 간접적으로 사법관계에 효력을 미칠 수 있다는 점,[407], ③ 「근로기준법」은 근로자의 기본적 생활을 보장, 향상시키는 것을 목적으로 하면서 근로조건에 대한 최저기준을 정하고, 근로자와 사용자에게 이를 준수할 의무를 부담시키고 있다는 점에 비추어 보았을 때, 여기서 말하는 근로조건은 근로자의 기본적 생활을 보장, 향상시킬 수 있는 근로조건으로 합리적인 근로조건을 말하는 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 사용자의 합리적인 근로조건 제공의무도 근로계약에 수반하여 신의칙상 부수의무의 하나로 인정할 수 있다.

2) 합리적인 근로조건 제공의무와 근로제공의무의 견련성

사용자의 합리적인 근로조건 제공의무와 근로자의 근로제공의무는 고유의 대가관계에 있는 채무라 볼 수 없다. 따라서 판례상 인정되는 예외사유인 '양 채무가 동일한 법률요건으로부터 생겨서 대가적 의미가 있거나 공평의 관점에서 보아 견련적으로 이행시킴이 마땅한 경우'에 해당하는지 여부가 문제된다.[408] 그런데, ① 근로자의 생명, 신체, 건강에 대한 위험 없이 단순히 합리적인 근로조건이 제공되지 않은 것뿐이라면 근로자가 입을 피해가 크지 않고, ② 제대로 근로를 제공하지 못하였다고 하더라도 그 위험 부담은 「민법」 제538조 제1항, 「민법」 제390조에 따라 사용자가 부담한다는 점, ③ 물론, 합리적인 근로조건, 예컨대 적절한

406) 양승광(2018), 앞의 글, 206면.
407) 대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전원합의체 판결.
408) 대법원 2018. 7. 24. 선고 2017다291593 판결

근로장소가 제공되지 아니한 결과 근무평정이 낮아져 인사평가로 인한 불이익을 입을 수는 있으나, 인사평가 등을 근거로 한 해고나 징계의 정당성, 인사평가로 인한 임금 삭감 등의 차별적 처우의 성립 여부 등을 판단할 때에는 인사평가도 사법심사의 대상이 되므로,[409] 구제수단이 존재하지 않는다고 보기는 어려운 점 등을 감안하면, 안전배려의무와는 달리 합리적인 근로조건 제공의무와 근로제공의무를 공평의 관점에서 보아 예외적으로 견련성을 인정하기에는 다소 어렵다고 생각된다.

3) 합리적인 근로조건 제공의무와 근로장소 변경요청권

근로장소의 경우 근로조건의 하나에 해당하므로, 합리적인 근로장소를 제공할 의무 역시 사용자의 신의칙상 부수의무 중 하나로 이해된다. 신의칙상 부수의무에 대한 이행청구의 방법에는 여러 가지가 있을 수 있으므로, 근로장소의 변경을 요청하는 것도 가능하다 생각된다. 근로자가 근무를 하고 있는 장소가 근로자의 생명, 신체, 안전, 건강 등에는 영향을 주는 것은 아니지만, 그 장소에서 근로를 수행할 경우 제대로 업무 성과를 낼 수 없어, 근무평가 등에 있어 불이익이 예상되는 경우가 있을 수 있다. 인터넷 시설이 제대로 갖추어지지 않은 곳에서 사무 업무를 수행하도록 하거나, 주로 소통하는 거래처 내지 동료 직원들과의 거리가 너무 멀어, 업무 수행에 많은 시간이 소요되는 경우를 생각해볼 수 있다. 이러한 경우 안전배려의무에 대한 이행요청이 아니라 합리적인 근로조건 제공의무에 대한 이행요청으로서 근무장소를 변경할 것을 요청할 수 있는 것으로 생각된다.

다만, 그 효과에서 있어서는 안전배려의무와는 차이가 있다. 사용자의 합리적인 근로장소 제공의무와 근로자의 근로제공의무는 동시이행의 관

409) 수원지방법원 2013. 1. 29. 선고 2012나6377 판결. 강선희, “인사평가와 노동위원회 구제·시정신청대상 - 근로기준법의 ‘그 밖의 징벌’과 남녀고용평등법상 시정신청대상을 중심으로-”, 「노동법포럼」 제35호, 노동법이론실무학회, 2022, 152-153면.

계에 있다고 보기 어려우므로, 사용자가 이를 거부한다고 하더라도 근로자는 원칙적으로 근로제공을 지속하여야 한다. 법령상 사용자에 대한 별도의 제재조치를 규정하지 않는 이상, 근로자가 취할 수 있는 조치가 사실상 마땅하지 않다고 볼 수 있다.[410] 사용자가 근로자의 이러한 요청을 거부하여, 결과적으로 근로자에게 손해가 발생했을 때, 그 손해를 입증하기 위한 근거로써 기능할 수는 있겠지만, 사전적으로 그 요청을 사용자에게 강제할 수는 없어 인정의 의미는 크지 않은 것이다. 현행법령상 합리적인 근로장소 제공의무에 대한 이행청구권으로서의 근로장소 변경요청권에 대해 규율하고 있는 규정은 발견할 수 없다. 앞서 살펴본 직장 내 괴롭힘, 직장 내 성희롱 발생 시 근로자에게 인정되는 근로장소 변경요청권은 사용자의 안전배려의무를 그 근거로 한다.[411] 이러한 측면에서 합리적인 근로조건 제공의무와 관련한 입법의 필요성은 보다 크다고 할 것이다.

(5) 권리보전을 위한 가처분의 활용 가능성

1) 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 인정 요건

근로자의 근로장소 변경요청권과 관련하여 사전적인 권리 구제 수단으로 가처분을 생각해볼 수 있다. 가처분은 ① 다툼의 대상에 관한 가처분과 ② 임시의 지위를 정하기 위한 가처분으로 구분된다.[412] 임시의 지위를 정하기 위한 가처분은 당사자 간에 현재 다툼이 있는 권리관계가 존재하고 그에 대한 확정판결이 있기까지 현상의 진행을 그대로 방치한다면 권리자가 현저한 손해를 입거나 급박한 위험에 처하는 등 소송의 목적을 달성하기 어려운 경우 인정되는 보전처분을 말한다.[413] 사용자가

---

410) 다만, 아래에서 살펴볼 가처분의 활용을 검토해볼 수 있다.
411) 고용노동부, 「직장 내 괴롭힘 판단 및 예방·대응 매뉴얼」, 2019, 24면. 대법원 1998. 2. 10. 선고 95다39533 판결.
412) 「민사집행법」 제300조.

안전배려의무 등을 제대로 이행하지 않았다고 보아, 근무장소 변경 등의 조치를 구하는 근로자 측의 가처분은 다툼의 대상에 관한 가처분이라고 보기는 어렵고, 임시의 지위를 정하는 가처분의 성격을 가진다고 볼 수 있다. 가처분이 인정되기 위해서는 피보전권리와 보전의 필요성이라는 두 가지 요건이 충족되어야 한다.

2) 피보전권리

임시의 지위를 정하기 위한 가처분에서 피보전권리란 특정한 권리나 대상을 의미하는 것이 아니라 다툼이 있는 권리관계를 피보전권리라 한다.[414] 피보전권리는 반드시 집행에 적합하지 아니한 것이라도 상관없다. 권리관계 종류에는 제한이 없으므로, 재산적 권리뿐만 아니라 신분적 권리, 나아가 인격권에 기초하여 가처분이 이루어질 수도 있고,[415] 재산적 권리는 물권, 채권, 지적재산권 관계는 물론 당사자소송을 본안으로 하는 공법상의 권리관계도 포함된다.[416] 다툼이라 함은 권리관계에 관하여 당사자의 주장이 대립되기 때문에 소송에 의한 권리보호가 요구되는 것을 말하는데, 의무를 인정하지 않거나 인정하더라도 이를 이행하지 않는 것 등이 여기에 속한다. 이러한 의무에는 신의칙에 근거한 의무도 포함되는데, 기업이 은행과 체결한 통화옵션계약의 효력정지가처분을 신청한 사안에서, 은행이 계약 체결 과정에서 신의칙상 인정되는 적합성 원칙 및 설명의무를 위반한 점이 인정되므로 한계환율을 초과하는 부분의 옵션채권 부분에 대해서 은행의 콜옵션 행사에 의한 권리행사를 정지함이 상당

---

413) 「민사집행법」 제300조 제2항.

414) 이에 대해 권창영 변호사는 “임시지위가처분은 장래의 집행보전이 아닌 현존하는 위험을 방지하기 위한 것이므로 엄밀한 의미에서는 피보전권리라고 할 것이 없지만 보통 다툼이 있는 권리관계를 피보전권리라고 한다.”고 설명한다. 권창영, “노동가처분에 관한 최근 동향”, 「노동법학」 제51호, 한국노동법학회, 2014, 51면.

415) 대법원 2021. 9. 30. 자 2020마7677, 결정.

416) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2004다2809 판결.

하다고 한 결정도 있다.[417]

임시의 지위를 정하기 위한 가처분이 인정될 수 있는 권리관계의 경우 그 종류에 제한이 없는 점을 고려하면 헌법상 인격권, 근로권에 근거하여, 상대방의 안전배려의무 위반 등을 근거로 가처분을 하는 것도 가능한 것으로 생각된다. 근로자의 인격권을 피보전권리로 하여 동료 근로자에 의한 괴롭힘의 경우에도 노동가처분을 적극적으로 활용할 수 있다고 주장하는 견해도 있다.[418] 직장 내 괴롭힘, 직장 내 성희롱과 관련한 가처분 형태를 생각해보면, 사용자인 채무자가 직장 내 괴롭힘(성희롱)으로 인해 피해를 입은 근로자인 채권자를 보호하기 위해 직장 내 괴롭힘(성희롱) 발생 사실이 확인된 때에는 「근로기준법」(성희롱의 경우 「남녀고용평등법」)에 따른 근무장소의 변경 등 적절한 조치를 하여야 하므로, 근로권·건강권·인격권 등의 침해를 이유로 직장 내 괴롭힘(성희롱) 행위자로부터 벗어날 수 있는 근무장소의 변경을 구하는 내용의 가처분 신청을 하는 경우를 생각해볼 수 있다.

3) 보전의 필요성

한편, 보전의 필요성은 '계속하는 권리관계에 끼칠 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여, 또는 그 밖의 필요한 이유가 있을 경우'를 의미하는데,[419] 이러한 보전의 필요성에 대해 판례는 "당해 가처분신청의 인용 여부에 따른 당사자 쌍방의 이해득실관계, 본안소송에 대한 승패의 예상, 기타 여러 사정을 고려하여 법원의 재량에 따라 합목적적으로 결정하여야 한다."고 보고 있다.[420] 다만, 본안판결을 통하여 얻고자 하는 내용과 실질적으로는 동일한 내용의 권리관계를 형성하는 이른바 만족적 가처분의 경우에는,[421] 본안판결 전에 채권자의 권리가 종

417) 서울중앙지방법원 2009. 4. 24.자 2009카합393 결정.
418) 문준혁(2015), 앞의 글, 85면.
419) 「민사집행법」 제300조 제2항 제2문.
420) 대법원 2022. 2. 8. 자 2021마6668 결정. 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005다11626 판결.

국적으로 만족을 얻는 것과 동일한 결과에 이르게 되는 반면, 채무자로서는 본안소송을 통하여 다투어 볼 기회를 가져보기도 전에 그러한 결과에 이르게 된다는 점을 고려해 볼 때 그 피보전권리 및 보전의 필요성에 관하여 통상의 보전처분보다 높은 정도의 소명이 요구된다.[422] 장두영 판사는 임시의 지위를 정하기 위한 가처분의 보전의 필요성과 관련하여 중요한 지점은 “본안판결이 확정되기 전까지 현 상태를 그대로 두면 채권자에게 가혹하다고 할 정도의 불이익이 발생하는가”라고 분석한다.[423]

근로자 측에서 인격권, 근로권 등에 기하여 사용자의 일정한 작위 또는 부작위를 명하는 가처분의 경우, 이러한 가처분이 받아들여지지 않는 경우 근로자의 인격권, 근로권 등에 대한 피해가 발생할 가능성이 높고, 이러한 피해는 금전으로 환산하기 어려울 수 있다.[424] 예컨대, 직장 내 괴롭힘(성희롱) 가해자와 피해자가 한 공간에서 계속하여 근무하는 관계로, 2차 피해가 발생하는 경우, 이러한 2차 피해는 금전으로 환산하기 어려울 수 있다. 경우에 따라 피해자는 더 심각한 정신적 고통에 시달릴 수 있으며, 이는 단순히 병원의 치료, 금전의 보상 등으로 만족될만한 성질의 것이 아니다. 이러한 점을 고려하면, 근로자의 근로권·건강권·인격권을 보호하기 위해 사용자의 안전배려의무의 이행(작위)을 구하는 가처분의 경우 그 보전의 필요성이 인정될 수 있다. 다만, 이러한 가처분의 경우 만족적 가처분의 하나에 해당할 수 있어, 높은 정도의 소명이 요구될 수 있다.

4. 근로자에 의한 근로장소 변경: 근로장소 선택권

---

421) 근로자지위보전가처분, 근로방해금지가처분, 임금지급가처분 등이 여기에 속한다.

422) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다30265 판결.

423) 장두영, “임시의 지위를 정하기 위한 가처분에 있어서 보전의 필요성에 관한 실무적 고찰”, 「민사집행법연구」 제12권, 한국민사집행법학회, 2016, 404면.

424) 장두영(2016), 위의 글, 434면.

(1) 근로장소 선택권의 의미

근로장소의 선택이란 특정한 근로장소를 선택하여 그 장소에서 근로를 제공하겠다는 것을 말한다. 따라서 근로자에게 근로장소 선택권을 인정한다는 것의 의미는 근로자에게 근로장소에 대한 배타적 권리를 인정하는 것이나 다름없다. 앞서 설명한 근로자의 근로장소 변경요청은 근로자가 사용자에 대하여 근로장소(근무장소)를 단순히 변경해달라는 요청으로, 어디로 근로장소(근무장소)를 변경할 것인지 여부에 대하여는 근로자가 아닌 사용자의 의사와 재량에 맡긴다. 따라서 근로자의 근로장소 변경요청권이 인정되어 사용자가 이에 구속된다고 하더라도, 사용자가 근로자가 특정하거나 선택한 장소로 반드시 근로장소를 지정해야 하는 것은 아니며, 사용자는 자신에게 주어진 재량에 따라 근로계약에 정해진 근로장소(취업의 장소) 및 근로자의 건강과 안전 그리고 근로제공에서의 합리성을 보장할 수 있는 장소의 범위 내에서 근로장소(근무장소)를 선택, 지정할 수 있다. 이에 비해 근로자에게 근로장소의 선택권을 인정할 경우, 사용자는 근로자가 특정한 장소로 근로장소(근무장소)를 지정하여야 하므로 근로장소에 대한 사용자의 재량은 부정된다.

(2) 근로장소 선택권의 인정 가능성

위와 같이 근로자에게 근로장소 선택권을 인정할 경우, 그 인정되는 범위 내에서는 사용자의 근로장소에 대한 재량이 0으로 축소되므로, 이를 인정하는 것은 매우 신중하여야 한다. 근로장소와 관련하여 사용자에게 '영업의 자유', '근로계약에 기한 전직명령권'이 인정된다고 본다면, 근로장소에 대한 사용자의 재량을 0으로 축소하는 것을 쉽게 인정하기는 어렵다.

근로장소 선택권의 일종이라 할 수 있는 재택근무 청구권에 대하여 일설은 원칙적으로 이러한 권리가 인정되기 어렵다고 보면서 그 이유를

사용자의 지시권은 별도의 합의가 없는 이상 “근로시간과 장소 그리고 근로내용에 전반적으로 미치는 것”이라는 점에서 찾고 있다. 동 견해에서는 “결국 근로장소에 대한 선택을 근로자의 청구권 근거로 삼기 위해서는, 특별한 사회적 보호필요성에 바탕한 예외적인 상황”을 전제로 하여야 한다고 설명하고 있다.[425]

근로장소에 대한 선택권을 매우 예외적으로 인정해야 한다는 점에 대해서는 동의할 수 있다. 다만, 그 논거를 ‘특별한 사회적 보호 필요성’에서 찾고 있다는 점에 대해서는 수긍할 수 없다. 우선, ① 사용자의 지시권은 근로계약에 근거한 노무지휘권에 불과하므로 배타적 권리라 볼 수 없고, 이에 어떠한 대상에 대하여 사용자의 지시권이 미친다고 하여 근로자의 권리가 배제된다고 볼 수 없다. ② 근로장소에 대한 근로권이 인정되는 만큼, 이는 근로자의 권리 보장의 문제로 접근하여야 하는 것이지, 시혜적 관점에서 특별한 사회적 보호 필요성을 재택근무 청구권의 인정 근거로 삼아서는 아니 된다. ③ 특별한 사회적 보호 필요성이 무엇인지, 왜 근로관계에 적용해야 하는 것인지, 그 법적근거가 무엇인지 알 수 없기도 하다.[426]

그렇다면 이 문제를 어떻게 접근할 것인가? 근로장소가 사용자의 경영권(인사권)의 고유한 영역 내지 배타적 영역은 아니지만, 적어도 사용자의 ‘영업의 자유’, ‘전직명령권’이 인정될 수 있는 영역이므로, 사용자의 권리를 완전히 형해화할 수 있는 근로장소 선택권을 인정하는 것은 매우 예외적이어야 하고 신중해야 한다.

다만, 근로자의 근로장소 선택권을 인정한다고 하더라도 사용자의 ‘영

---

425) 권혁(2020), 앞의 글, 221면.

426) 신의칙이 당사자들의 의도를 온전히 실현하고 당사자들이 계약관계에서 가지는 합리적 기대를 보호하기 위해 존재하고, 계약관계에 대한 합리적 해석을 통해 사회적 질서를 유지하는 기능을 한다는 측면에서, 신의칙과 ‘사회적 필요성’에 대한 접점을 찾을 수 있기는 하다. 하지만, 신의칙은 기본적으로 계약관계에 대한 합리적 해석의 문제이고, 이러한 합리적 해석이 결과 사회적 질서가 유지, 달성되는 것이다. 즉 신의칙이 인정되는 영역은 계약관계인 것이지, 사회적 보호가 필요한 영역은 아니다.

업의 자유', '전직명령권'이 침해되지 않는다면, 이러한 경우에는 근로자의 근로장소 선택권을 인정하는 것에 특별한 장해가 있다고 볼 수 없다. 사용자가 선택한 근로장소가 '근로자의 건강, 안전, 그리고 합리적인 근로제공을 가능하도록 하는 장소'가 아닌 반면, 근로자가 선택한 근로장소가 '근로자의 건강, 안전, 그리고 합리적인 근로제공을 가능하도록 하는 장소'인 경우 여기에 해당한다.

다만, 위와 같은 경우는 매우 예외적으로 인정될 수 있다. 예컨대, 근로계약에 근로장소를 A, B, C라 정하고, 실제 근무장소는 A인 상황에서, A장소에 천재지변이 발생하여 더 이상 근로자가 A에서 근무할 수 없다고 가정해보자. 사용자가 A를 근무장소로 지정하거나 선택할 재량은 없지만, 여전히 B 또는 C 중에 하나를 근무장소로 선택할 재량은 있다. 만약 이 때 근로자의 근로장소 선택권을 인정한다면, 근로계약에 따라 인정되는 사용자의 근로장소에 대한 재량권이 형해화 되는 결과가 초래된다.

결국 근로자의 근로장소 선택권이 인정될 수 있는 경우란, 근로자가 선택한 특정한 장소 이외에는 '근로자의 건강, 안전의 보장, 합리적인 근로제공'이 불가능한 경우라 생각해 볼 수 있다. 예컨대, 근로계약에 근로장소(취업의 장소)가 A, B, C, D라 정해져 있고 근로자의 근무장소가 A였는데, 천재지변으로 A, B, C에서 근로를 제공하기 어렵게 된 경우를 가정해보자. 이때 근로자가 근로장소를 D로 선택하더라도, 사용자의 근로장소에 대한 영업의 자유나 전직명령권은 침해되지 않는다. 사용자도 D만 근로장소로 지정할 수 있기 때문이다.

위와 같은 경우 사용자의 안전배려의무 내지 합리적인 근로장소 제공의무에 대한 이행청구로서 근로장소 선택권을 인정할 수 있다. 다만, 안전배려의무에 대한 이행청구로서의 근로장소 선택권과 합리적인 근로장소 제공의무에 대한 이행청구로서 근로장소 선택권은 앞서 근로장소 변경요청권에서 살펴본 바와 같이 그 내용과 실익에 있어 차이가 있다.

위 사안에서 휴업수당의 문제는 앞서 살펴본 근로장소 변경요청권의 경우 보다 쉽게 표면화 될 수 있다. 사용자 입장에서 취할 수 있는 선택

지는 ① 근로장소를 D로 정하는 경우, ② 근로장소를 정하지 않고 휴업을 실시하는 경우 밖에 없기 때문이다. 근로장소를 D로 정하는 경우에는 특별한 문제가 없겠지만, 근로장소를 정하지 않고 휴업을 실시하는 경우 사용자는 근로자에게 임금의 전액이 아닌 「근로기준법」 제46조 제1항에 따른 휴업수당(평균임금의 70% 이상)만을 지급하게 된다.

근로자가 사용자의 휴업의 실시를 제한할 일반적인 법적 근거는 없으므로, 온전한 의미의 근로장소 선택권은 현재 인정되고 있지 않다고 볼 수 있다. 안전배려의무에 대한 이행청구로서 근로장소 선택권이 인정될 수 있고, 그 결과 근로제공을 거부할 수 있으며, 근로제공 거부기간 동안의 임금을 청구할 수 있다고 하더라도, 사용자가 휴업을 실시한다면, 임금의 전액을 받지 못하고, 휴업수당만을 받을 수 있는 것으로 해석되기 때문이다.

다만, 앞서 살펴본 바와 같이 직장 내 성희롱, 괴롭힘 피해자 등에 대한 불리한 처우를 금지하고 있는 「남녀고용평등법」 제14조 제6항, 「근로기준법」 제76조의3 제6항은 직장 내 성희롱, 괴롭힘이라는 특수한 상황 하에서 사용자의 일방적인 휴업의 실시를 제한할 근거로 기능할 수 있다. 예컨대, 취업의 장소가 A, B로 정해진 상황에서 직장 내 성희롱 가해자와 피해자가 A에서 근무하고 있는데, 피해자가 B로 근무장소를 선택하여 그 곳에서 근무를 하고자 희망하는 경우,[427] 사용자가 이를 거절하고, 피해자에게 A에서 근무하는 것을 강제하는 대신 휴업을 명령하고 임금의 전액이 아닌 휴업수당만을 지급한다면, 이는 「남녀고용평등법」 제14조 제6항 제7호이 피해근로자의 의사에 반하는 불리한 처우에 해당할 수 있어 허용되지 않는다고 볼 수 있다.

---

427) 「남녀고용평등법」에서는 근무장소 변경에 대한 요청권만을 인정하고 있을 뿐, 근무장소 선택권을 인정하고 있지는 않다. 그러나, 사용자가 변경할 수 있는 근무장소가 근로자가 선택한 장소 이외에 존재하지 않는다면, 이러한 경우에 있어 근무장소 변경 요청권은 실질적으로 근무장소 선택권과 동일하다고 볼 수 있다.

(3) 근로장소 선택권과 재택근무 청구권

근로자의 재택근무 청구권 인정논의도 근로장소 선택권을 인정할 것인지 여부의 한 단면이다. 근로자에게 재택근무 청구권이 인정된다고 가정했을 때, 근로자가 사용자에게 재택근무 청구권을 행사한다는 의미는 근로자가 근로장소(근무장소)를 '자택' 또는 '그가 선택한 다른 장소'로 지정하는 것이기 때문이다.

그런데 현행법령상 인정될 수 있는 근로장소 선택권은 사용자의 안전배려의무 내지 합리적인 근로장소 제공의무에 대한 이행청구권의 성격을 가지는데, 이 중 근로제공거부와 연계될 수 있는 것은 안전배려의무에 대한 이행청구권으로서의 근로장소 선택권이므로, 현행법상 인정될 수 있는 실효성 있는 재택근무 청구권은 다소 협소한 범위에서 존재한다고 볼 수 있는데, 이는 자택 등이 취업의 장소의 범위 내라는 전제 하에 사용자가 제공하는 다른 모든 장소가 근로자의 건강, 안전에 대한 위협이 있는 반면 근로자가 선택한 자택 등만 근로자의 건강, 안전을 지킬 수 있는 장소일 경우에 한정적으로 인정될 수 있다. 아울러 이러한 한정적인 경우라 하더라도, 사용자는 근로자에게 재택근무를 실시하는 대신 휴업을 명령할 수 있고, 이러한 휴업이 이루어지는 경우 근로자는 임금의 전액을 청구하지 못하고, 휴업수당만을 청구할 수 있다.

정리하면, 현행법령상 인정될 수 있는 재택근무 청구권은 ① 그 인정범위가 협소하고,[428] ② 재택근무 청구권의 행사가 받아들여지지 아니하였을 때, 근로자는 근로제공거부를 할 수 있다는 점에서 의미는 있으나,[429] 근로제공거부가 근로계약의 위반을 구성하지 않는다는 소극적 의미를 넘어 사용자에게 적극적으로 자택 등에서의 근무를 강제할 수 있는

---

428) 합리적 근로조건 제공의무에 대한 이행청구로서 재택근무 청구권은 폭 넓은 범위에서 인정될 수 있다. 다만, 견련성의 문제로 그 실효성에 한계가 있다.
429) 안전배려의무에 대한 이행청구로서 재택근무 청구권에 한정된다. 합리적인 근로장소 제공의무에 대한 이행청구로서 재택근무청구권은 견련성의 문제로 인하여, 사후적인 손해배상의 근거로서만 기능할 수 있다.

것은 아니라는 점 등에서 그 한계가 있다.

Ⅱ. 근로장소 변경이 취업의 장소 범위 밖인 경우

1. 계약위반과 사정변경 원칙의 적용

(1) 계약위반의 문제

근로계약상 정해진 취업의 장소 범위를 벗어난 장소에서 근로를 제공하거나 근로를 제공받기 위해서는 상대방의 동의가 필요하다. 상대방의 동의를 구하지 않고 일방적으로 근로장소를 변경한다면 계약 위반이 된다. 계약이란 양 당사자의 의사의 합치를 의미하고, 양 당사자를 구속하므로, 계약을 수정 내지 변경하기 위해서는 원칙적으로 상대방의 동의가 필요하다. 만약 상대방의 동의가 없음에도 불구하고, 계약을 수정하기 위해서는 불가피한 사정이 인정되어야 하는데, 우리 대법원은 이러한 경우 사정변경의 원칙에 따라 그 유무효를 판단하고 있다.

(2) 사정변경의 원칙

계약 성립의 기초가 된 사정이 현저히 변경되고 당사자가 계약의 성립 당시 이를 예견할 수 없었으며, 그로 인하여 계약을 그대로 유지하는 것이 당사자의 이해에 중대한 불균형을 초래하거나 계약을 체결한 목적을 달성할 수 없는 경우에는 계약준수 원칙의 예외로서 사정변경을 이유로 계약을 해제하거나 해지할 수 있다.[430] 여기에서 말하는 사정이란 당사자들에게 계약 성립의 기초가 된 사정을 가리키고, 당사자들이 계약의

---

430) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2004다31302 판결. 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다13637 전원합의체 판결.

기초로 삼지 않은 사정이나 어느 일방당사자가 변경에 따른 불이익이나 위험을 떠안기로 한 사정은 포함되지 않는다.

대법원은 위와 같은 사정변경의 원칙에 따라 "계속적 거래관계로 인하여 발생하는 불확정한 채무를 보증하기 위한 이른바 계속적 보증에 있어서는 보증계약 성립 당시의 사정에 현저한 변경이 생겨 보증인에게 계속하여 보증책임을 지우는 것이 당사자의 의사해석 내지 신의칙에 비추어 상당하지 못하다고 인정되는 경우에는, 상대방인 채권자에게 신의칙상 묵과할 수 없는 손해를 입게 하는 등의 특별한 사정이 없는 한 보증인은 일방적인 보증계약해지의 의사표시에 의하여 보증계약을 해지할 수 있다고 보아야 할 것이고, 회사의 이사라는 지위에 있었기 때문에 부득이 회사와 은행 사이의 계속적 거래로 인한 회사의 채무에 연대보증인이 된 자가 그 후 회사로부터 퇴직하여 이사의 지위를 상실하게 된 때에는 사회통념상 계속 보증인의 지위를 유지케 하는 것이 부당하므로, 연대보증계약 성립 당시의 사정에 현저한 변경이 생긴 것을 이유로 그 보증계약을 일방적으로 해지할 수 있다."고 판시하거나,[431] "견본주택 건축은 이 사건 임대차계약 성립의 기초가 된 사정이다. 견본주택을 건축할 수 없어 원고가 임대차계약을 체결한 목적을 달성할 수 없고, 피고가 원고에게 이 사건 토지를 사용·수익할 수 있는 상태로 인도한 것으로 볼 수도 없다. 이 사건 임대차계약을 그대로 유지하는 것은 원고와 피고 사이에 중대한 불균형을 초래하는 경우에 해당한다고 보아야 한다."고 하면서 토지에 견본주택을 건축할 수 없게 되자, 갑이 을을 상대로 임대차계약의 해지 및 임차보증금 반환을 구한 사안에서, 위 임대차계약은 갑의 해지통보로 적법하게 해지되었고, 을이 갑에게 임대차보증금을 반환할 의무가 있다고 보기도 하였다.[432]

다만, 대법원은 사정변경으로 인한 계약 해제, 해지에 관하여만 그 가부를 판단해왔을 뿐 계약의 수정에 대하여는 언급한 바 없다. 이에 사정변경의 원칙이 계약의 수정에는 적용되지 않는 것인가에 대한 의문이 생

---

431) 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다61750 판결.

432) 대법원 2020. 12. 10. 선고 2020다254846 판결.

길 수 있다. 이에 학설은 대체적으로 사정변경으로 인한 계약 해제, 해지뿐만 아니라 계약의 수정까지도 인정하고 있다.[433] 대법원이 사정변경에 따른 계약의 수정의 유효성에 대해 판단한 사실이 없다고 하여 사정변경으로 인한 계약의 수정이 인정되지 않는다고 볼 수는 없고, 계약의 해제, 해지에 비하여 계약의 수정이 당사자들에게 미치는 영향이 적다는 점을 고려하면, 사정변경으로 인한 계약의 수정도 인정된다고 보는 것이 타당하다.

(3) 권리남용과의 비교

권리남용이 있는지 여부를 판단할 때에는 양 당사자를 둘러싼 객관적 사정뿐만 아니라, 양 당사자 사이의 신뢰관계, 의무위반의 내용과 태도 등도 고려된다.

예컨대, 대법원은 "채무자의 소멸시효에 기한 항변권의 행사도 우리 민법의 대원칙인 신의성실의 원칙과 권리남용 금지의 원칙의 지배를 받는 것이어서, 채무자가 시효완성 전에 채권자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였거나, 그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였거나, 객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유가 있었거나, 또는 일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였거나, 채권자보호의 필요성이 크고 같은 조건의 다른 채권자가 채무의 변제를 수령하는 등의 사정이 있어 채무이행의 거절을 인정함이 현저히 부당하거나 불공평하게 되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 채무자가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의성실의 원칙에 반하여 권리남용으로서 허용될 수 없다."고 판시하면서,[434] '객관적으로 채권자가 권리를 행사할 수 없는 장애사유' 뿐만 아니라 '채무자가 시효완성 전에 채권

433) 송덕수, "사정변경의 원칙에 관한 현안의 정리 및 검토", 「법학논집」 제23권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2018, 107면.
434) 대법원 2016. 9. 30. 선고, 2016다218713, 218720 판결.

자의 권리행사나 시효중단을 불가능 또는 현저히 곤란하게 하였는지 여부', '그러한 조치가 불필요하다고 믿게 하는 행동을 하였는지 여부', '일단 시효완성 후에 채무자가 시효를 원용하지 아니할 것 같은 태도를 보여 권리자로 하여금 그와 같이 신뢰하게 하였는지 여부' 등과 같은 개인적, 주관적 사정도 권리남용의 판단의 요소로 제시하고 있다.

그런데 이와 달리 사정변경으로 인한 계약의 해제, 해지 또는 수정에 있어서의 '사정'은 계약의 기초가 된 객관적 사정만을 의미할 뿐, 일방당사자의 주관적 또는 개인적인 사정을 포함하지 않는다.

대법원도 "사정변경으로 인한 계약해제는 계약성립 당시 당사자가 예견할 수 없었던 현저한 사정의 변경이 발생하였고 그러한 사정의 변경이 해제권을 취득하는 당사자에게 책임 없는 사유로 생긴 것으로서, 계약내용대로의 구속력을 인정한다면 신의칙에 현저히 반하는 결과가 생기는 경우에 계약준수 원칙의 예외로서 인정되는 것이고, 여기에서 말하는 사정이라 함은 계약의 기초가 되었던 객관적인 사정으로서, 일방당사자의 주관적 또는 개인적인 사정을 의미하는 것은 아니라 할 것이다."고 판시하고 있다.[435]

즉, 근로계약에 위반한 사용자의 인사조치와 관련하여 권리남용의 문제로 접근하는 경우, 사용자의 주관적 사정(예컨대, 업무상 필요성)이 고려될 수 있는 반면, 사정변경의 원칙으로 접근한다면 사용자의 주관적 사정을 고려요소가 될 수 없고, 객관적 사정(코로나-19로 인한 사회적 거리두기, 천재지변 등)만 고려될 수 있다는 점에서 차이가 있다.

(4) 근로장소와 사정변경의 원칙

근로계약상 정해진 근로장소(취업의 장소)가 있다면 사용자, 근로자 모두 이를 준수할 의무를 부담한다. 사용자는 근로자의 근로장소(근무장소)를 근로계약의 근로장소(취업의 장소) 범위 내에서만 지정, 변경할 수

435) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2004다31302 판결.

있고, 근로자도 근로자도 사용자가 지정한 근로장소(근무장소)가 근로계약상의 근로장소(취업의 장소) 범위에 속한다면, 사용자가 지정한 장소에서 근로를 제공할 의무가 있다.

불가피한 사정으로 인하여 사용자가 근로계약상 정해진 근로장소(취업의 장소)가 아닌 다른 근로장소를 근로자의 근무장소로 지정할 수 있는지 여부는, 근로계약의 위반을 초래하는 것이므로, 권리남용의 원칙에 따라 그 가능성을 따져보는 것은 타당하지 않고, 계약준수 원칙의 예외로서 사정변경을 이유로 계약을 수정할 수 있는지 문제로 접근해야 한다.[436]

사정변경 원칙의 사정이라 함은 계약의 기초가 된 객관적 사정만을 의미할 뿐, 일방당사자의 주관적 또는 개인적인 사정을 포함하지 않으므로, 사용자 또는 근로자의 주관적 사정이 아닌 양 당사자의 주관성을 벗어난 객관적 사정을 이유로만 동 원칙을 적용할 수 있다고 볼 수 있다. 따라서 회사의 업무상 필요성(부서의 개편, 지점의 이전 등)이 있다고 하여, 근로자의 동의 없이도 근로장소(취업의 장소)를 벗어난 장소로 근로자의 근로장소(근무장소)를 변경할 수는 없다고 보아야 한다.

2. 인사권 남용의 문제인지 여부

대법원은 사용자의 인사처분으로 인해 근로계약의 변경이 초래되더라

436) 「근로기준법」 제23조 제1항의 정당성 판단의 대상이 되지 않는다고 생각된다. 사용자의 전직명령권은 근로계약에 기하여 인정되므로, 근로계약을 벗어나는 범위에서는 전직명령권 자체가 인정되지 아니하므로, 정당한 이유에 대한 판단의 문제로 유무효를 따질 것이 아니다. 권리가 없는 부분에 대해서까지 권리가 있다는 것을 전제로 정당성 판단을 하는 것은 타당하지 않다. 따라서 동 문제는 근로계약을 사정 변경의 원칙에 따라 변경, 수정할 수 있는지의 문제로 접근해야 한다. 사정변경 원칙에 있어서의 사정변경은 당사자의 주관적 개인적 사정을 포함하지 아니하고 계약의 기초가 된 객관적 사정에 대한 변경만을 의미하므로 「근로기준법」 제23조 제1항의 정당한 이유에 비해 매우 협소하게 인정될 수 있다.

도, 동 문제를 계약의 수정이나 위반의 문제로 보지 않고 인사권 남용의 문제로 접근한다. 대법원은 “근로계약에서 근로 내용이나 근무장소를 특별히 한정한 경우에 사용자가 근로자에 대하여 전보나 전직처분을 하려면 원칙적으로 근로자의 동의가 있어야 한다.”고 한다.[437] 계약상대방인 근로자의 동의를 원칙적으로 요구한다는 점에서 판례도 계약위반의 문제를 인식하고 있다. 그럼에도 불구하고, 대법원은 계약위반의 문제로 접근하지 아니한다. 대법원은 “근로계약상 근로의 장소가 특정되어 있는 경우에 이를 변경하는 전직이나 전보명령을 하려면 근로자의 동의가 있어야 할 것인데, 이 사건에서 원고 회사가 근로계약상 근무장소가 국회현장으로 되어 있는 참가인 박OO을 다른 곳으로 전직명령한 것은 이것이 승진이기는 하나 그의 의사에 반하여 이루어진 것으로서 인사권의 남용에 해당된다고 할 것”이라 판시하였다.[438] 근로계약에 특정된 근로장소 범위 밖으로 전직명령을 한 사건에서, 근로자의 동의가 없는 경우 인사권의 남용에 해당한다고 보아, 인사처분을 무효로 하는 근거를 근로계약 위반에서 찾지 아니하고 권리남용의 원칙에서 찾고 있다.

그런데, 동 문제를 계약의 수정 내지 위반의 문제가 아니라 권리 남용의 문제로 접근하는 것이 과연 타당한 것인지 의문이 있다. 권리남용이 성립하기 위해서는 객관적 요건으로 권리가 존재해야 하고, 외부적으로 권리의 행사로 볼 수 있는 행위가 있어야 하는데,[439] 근로계약에서 정한 근로장소 범위 밖까지 근로장소를 선택할 수 있는 권리가 사용자에게 있다고 볼 수는 없다. 권리 남용의 법리로 접근할 경우, 사용자에게 ‘예외적으로 근로계약을 위반할 권리’가 있다는 결론에 이를 수 있다. 예외란 사용자의 업무상 필요성과 근로자의 생활상 불이익을 비교 형량한 결과를 의미하므로, 사용자가 업무상 필요하다면 근로계약을 위반하더라도 문제가 없다는 해석까지 도출될 수 있다. 이는 타당하지 않다.

---

437) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041 판결, 대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165 판결.

438) 대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5204 판결.

439) 박인환, “소유권 행사와 권리남용의 요건”, 「일감법학」 제21호, 건국대학교 법학연구소, 2012. 65면.

제4장 재택근무제의 실시에 대한 법리

제1절 재택근무의 개념과 정의

Ⅰ. 서론

실무상 원격근무, 재택근무 등 다양한 용어들이 사용되고 있는데, 이에 대해 정하고 있는 국내법령은 존재하지 아니하므로, 재택근무제 실시에 관한 법리를 살펴보기 전에 원격근무, 재택근무, 모바일 노동 등에 대한 개념을 살펴보고 그 정의부터 명확히 할 필요가 있다.

Ⅱ. 관련 개념

1. 원격근무(telework)

(1) 원격근무의 기원: 원격출근(telecommuting)

원격근무(telework)에 대한 보편적인 법적 개념 정의는 없는 것으로 보이나, 통상적으로는 정보통신기술을 활용하여 업무를 수행하는 것이라 받아들여지고 있다.[440] 이러한 원격근무의 개념은 1970년대부터 나타난 것으로 보이며, 정보통신기술을 활용한 새로운 형태의 업무양태를 개념화하기 위해 사용되기 시작한 것으로 보인다.

---

440) Purificación López-Igual·Paula Rodríguez-Modroño, “Who is teleworking and where from? Exploring the main determinants of telework in Europe”, 「Sustainability (Basel, Switzerland)」 Vol.12 (21), Basel: MDPI AG, 2020, 2면.

원격근무(telework)의 기원이 된 것으로 보이는 원격출근(telecommuting)이라는 용어는 1970년대 에너지 부족 현상에 대한 대처로 휘발유 소비를 줄이기 위한 업무방식의 하나로 관심이 모아졌던 것에서 비롯된 것으로 보인다.[441] 원격출근(telecommuting)이라는 용어는 미국 남가주대학교의 학제간 연구 담당 이사로 있던 Jack M. Nilles가 1973년 처음 사용한 것으로 파악된다.[442][443] Jack M. Nilles 등이 작성한 「Telecommunications-transportation tradeoffs」 보고서는 도시교통, 출퇴근에 대한 대안으로서 잠재적인 통신수단과 컴퓨터 기술에 대해 평가하는 것을 목적으로 하는데, 동 보고서는 정보산업에서의 원격출근(telecommuting)의 유용성을 강조하며, 기존 및 최근의 기술이 원격근무를 통해 분산시킬 수 있는 적절한 경제적 기반을 제공하고 있다고 결론짓는다.[444] 이 당시 로스엔젤레스와 같은 대도시 지역에서 교통 혼잡으로 인한 통근 문제가 심각하게 여겨졌던 것으로 보이며, 이를 해결하기 위한 차원에서 컴퓨터와 정보통신을 활용한 원격출근(telecommuting)의 도입가능성이 논의되었던 것으로 보인다. Jack M. Nilles는 이후의 저술에서 원격출근(telecommuting)이라는 용어를 대신하여 보다 포괄적인 개념인 원격근무(teleworking)라는 개념을 사용하는데, 그 이유를 정보통신기술을 통해 가능해진 사업주의 사업장 밖에서의 노동을 모두 포괄하기 위함이라 하면서, 원격출근(telecommuting)은 원격근무(teleworking)의 하위개념이라 한다.[445]

---

441) Pratt, Joanne H., “Asking the Right Questions About Telecommuting: Avoiding Pitfalls in Surveying Homebased work.”, 「Transportation」 Vol.27 (1), Dordrecht, 2000, 100면.

442) Jack M. Nilles, “Traffic Reduction by Telecommuting: A Status Review and Selected Bibliography.” 「Transportation Research Part A: Policy and Practice」 Vol.22 (4), Oxford: Elsevier B.V, 1988, 301면.

443) Pratt, Joanne H., “Home teleworking: A study of its pioneers”, 「Technological forecasting & social change」 Vol.25 (1), Elsevier Inc, 1984, 1면.

444) Jack M. Nilles, And Others, “Telecommunications-transportation tradeoffs”, University of Southern California, 1974.

(2) 원격근무의 세대 구분

앞서 살펴본 바와 같이 원격근무(telework)를 세대 별로 구분하기도 한다. Jon C. Messenger와 Lutz Gschwind는 원격근무가 3세대에 걸쳐 진화해왔다고 하면서, 1세대는 자택에서의 근무(Home Office), 2세대는 모바일을 통한 근무(Mobile Office), 3세대는 가상공간에서의 근무(Virtual Office)로 구분할 수 있다고 한다.[446]

(3) 원격근무의 개념과 그 특징

1) 원격근무의 개념

위와 같은 개념 유래를 고려하면, 원격근무는 '사업장 밖에서 이루어지는 정보통신기술을 활용한 근무형태'라고 개념정의 해볼 수 있다.

관련하여 해외 논문 등을 참고하면서 원격근무를 정의함에 있어 공통적으로 고려되는 5가지 개념요소를 제시하는 견해도 있다. 동 견해에서는 ① 통근제거 여부, ② 고용 여부, ③ 대안적 근무장소, ④ 원격근무 빈도 및 시간, ⑤ 정보통신 기기 활용 여부 등을 그 요소로 제시하면서, 원격근무를 "일정한 직장에 고용된 임금 근로자가 정보통신 기기를 활용해 직장과 연결 가능한 대안적 업무장소에서 일정 시간 이상 규칙적으로 업무를 수행함으로써 통근 거리 전체 또는 일부를 제거하는 근무 방식"으로 정의한다.[447] 동 견해에서는 컴퓨터 등의 정보기기를 활용하지 않는 경우에도 원격근무에 해당할 수 있다며, 정보통신기기의 활용은 원격근무 개념에서 점차 희석되고 있다고 한다. 그런데 이와 같이 복잡하게 원격근무(telework)를 정의하는 것은 개념상의 혼란을 야기한다. 특히 통

445) Jack M. Nilles(1988), 앞의 글, Abstract 부분.
446) Jon C. Messenger·Lutz Gschwind(2016), 앞의 글, 197면.
447) 김승남·주종웅(2014), 앞의 글, 93-94면.

근 거리의 감소를 원격근무의 개념 요소로 보는 것과 정보통신기술을 활용하지 않더라도 원격근무에 해당할 수 있다는 것, 원격근무로 인정되기 위한 빈도나 시간을 설정하는 것은 아래와 같은 이유에서 타당하지 않다.

우선, ① 원격근무(telework)는 원격출근(telecommuting)에서 비롯되었는데, 원격출근(telecommuting)은 교통 혼잡으로 인한 통근문제를 해결하기 위해 정보통신기술을 활용하는 차원에서 논의된 것이므로, 통근의 제거 내지 감소가 원격근무의 중요한 특징 중 하나에 해당할 수 있다는 점을 부인하기는 어렵다. Handy, Susan L. 등은 원격출근(telecommuting)의 가장 핵심적인 요소는 통근의 제거에 있다고 하면서, 사업장 내의 근로, 예컨대 텔레센터(telecenter)에서의 근무도 원격근무에 해당할 수 있다고 한다. 즉 원격출근의 핵심 요소가 통상적인 근무장소(회사의 본사)가 아닌 다른 장소에서 업무를 수행하는 것으로 인하여 발생하는 통근의 감소에 있으므로, 근로자가 더 먼 거리에 있는 사업장에서 업무를 수행하기 위하여 가까운 텔레센터로 출근하는 것도 통근이 감소하는 것이므로 원격출근(telecommuting)에 해당할 수 있다고 한다. 이러한 관점에서 자택을 기반으로 하는 사업을 하거나 자신이 사는 곳이 사업장이 된 경우(가내수공업 또는 농업 종사자 등) 이는 재택근무(work at home)에 해당할 수는 있겠지만, 통근시간이나 거리가 감소되는 것이 아니므로 원격출근(telecommuting)에는 해당하지 않는다고 한다.[448]

그런데 이와 같이 통근의 제거 내지 감소 유무를 원격근무(telework)의 개념 요소로 파악할 경우, 원격근무(telework)의 경계가 매우 모호해진다. 예컨대, 원래부터 텔레센터(telecenter)에서 근무하는 사람은 원격근무자가 아니지만, 멀리 떨어진 본사에서 근무하다 집과 가까운 텔레센터에서 근무하게 된 사람은 원격근무자에 해당한다는 결론에 이르게 된다. 얼핏 보면 타당해보이지만, 시간의 경과에 따라 그 경계는 매우 모호

448) Susan L. Handy·Patricia L. Mokhtarian, “Planning for Telecommuting Measurement and Policy Issues”, 「Journal of the American Planning Association」 Vol.61 (1), 1995, 101면.

해진다. 극단적으로 1달 정도 본사에서 근무를 하다 9년 11개월 간 텔레센터에서 근무한 사람과 처음부터 10년간 텔레센터에서 근무한 사람이 있다고 가정했을 때, 전자는 원격근무자로 후자를 원격근무자가 아닌 자로 구분하는 것이 과연 타당한 것인지 의문이 있다. 만약 전자를 원격근무자가 아닌 자로 구분한다면, 어느 시점부터 원격근무자가 아닌 것이 되는지 그 판단기준을 설정할 수 있는지 의문이 있다. 즉, 텔레센터로 근무장소를 이동한 지 1개월이 지나야 원격근무자에서 탈락하는 것인지, 1년이 지나야 탈락하는 것인지, 아니면 영원히 탈락하지 않는 것인지 그 기준점을 잡을 수 있을지 불분명하다. 또한, 근로자가 선택한 장소(카페 등) 도는 사용자가 선택한 출장지, 파견근무지가 만약 근로자가 통상적으로 근무를 하던 장소(회사 본사 등) 보다 먼 곳에 위치한다면 원격근무에 해당하지 않게 된다. 오히려 통근이 늘어났기 때문이다.

통근은 근로자가 어떠한 수단을 사용하는지, 해당 지역의 교통 상황은 어떠한 것인지, 회사의 사업장 위치는 어디에 있는지, 근로자가 선택하거나 사용자로부터 근무를 하도록 지정 받은 장소는 어디인지 등 여러 사정에 따라 달라진다. 버스를 타고 출근을 하는지 여부, 택시를 타고 출근을 하는지 여부 등에 따라 실질적인 통근시간, 거리도 달라질 수 있다. 이러한 측면에서 통근의 감소 여부에 따라 원격근무에의 해당성을 판단하는 것은 혼란을 야기한다. Handy, Susan L. 등도 통근의 제거 내지 감소를 원격출근(telecommuting)근무의 핵심요소로 파악해야 한다고 하면서도, 이론상 원격출근자인지 여부를 쉽게 구분할 수 없는 경우가 있어, 실무상 원격출근자를 식별하기 위해 조사자의 질문에 의존하는 경우가 있다고 한다.[449]

결국, 통근의 제거 내지 감소 유무를 원격근무(telework)의 개념요소로 이해하는 경우, 무엇이 원격근무(telework)이고 무엇이 원격근무(telework)가 아닌 것인지 식별하기 어렵게 된다. 원격근무(telework)가 원격출근(telecommuting)에 유래한 것이고, 1970년대에는 교통혼잡에 따른 비용을 감소시키기 위한 목적에서 원격출근(telecommuting)을 논의한

449) Susan L. Handy·Patricia L. Mokhtarian(1995), 위의 글, 101면.

것이므로, 원격근무(telework)의 목적이 '통근의 제거 내지 감소'에 있었다고 볼 수 있다. 하지만, 현대사회에서는 반드시 교통혼잡에 따른 비용 감소 이외에도 다양한 사유(코로나-19, 사무실 비용의 축소, 출장 내지 파견 등)를 이유로 원격근무(telework)가 이루어지고 있다. 이러한 점을 감안하면, 통근의 제거 내지 감소는 원격근무(telework)에 따른 부수적 효과에 불과하다.[450]

한편 ② 위 견해에서는 초기 연구에서는 컴퓨터, 인터넷, 팩스 등 정보통신기기의 활용을 원격근무 개념에 명확히 포함시켰으나, 최근의 연구에서는 이와 같은 기기의 활용이 일반화되고 있어 이에 대한 조건이 완화되고 있다고 하면서, "컴퓨터 등의 정보기기를 활용하지 않는 업무를 수행할지라도(예를 들어, 회사에서 읽어야할 서류를 가정에서 읽는 경우) 원격근무의 범주에 포함될 수 있다"고 주장하면서, "국내 연구 및 조사에서는 정보통신 기기의 활용 여부에 따라서 원격근무를 재택근무와 원격근무로 세분화하기도 하나(예: 김태홍 외, 2010), 이는 학술적으로 올바르지 않다."고 한다.[451]

그런데 동 견해에서 논거로 활용된 최근의 연구는 Handy, Susan L. 등이 작성한 "Planning for Telecommuting Measurement and Policy Issues"인데, 아래와 같은 해당 논문의 내용상 위와 같이 분석하는 것이 타당한 것인지 의문이 있다.[452] "Planning for Telecommuting Measurement and Policy Issues"에서는 과거 원격출근(telecommuting)의 개념은 데이터 입력자(data entry), 워드업무종사자(word processors), 프로그래머(programmers) 등 업무의 대부분을 컴퓨터를 활용하는 정보관련업무 종사자(information workers)에 한정하여 원격출근(telecommuting)을 자택 등에서 상근으로 하는 경우에 사용되었으나,[453]

---

450) 집에서 원격근무를 하는 경우 통근의 제거가 이루어질 수 있겠지만, 카페, PC방, 출장지, 파견지에서 근무를 하는 경우 통근의 제거 내지 감소가 이루어질 수도 있고 오히려 통근이 늘어날 수도 있다.

451) 김승남·주종웅(2014), 앞의 글, 94면.

452) Susan L. Handy·Patricia L. Mokhtarian(1995), 앞의 글, 101면.

453) Susan L. Handy·Patricia L. Mokhtarian(1995), 위의 글, 101면에 기재되어

원격출근(telecommuting)에 대한 경험이 축적되면서 원격출근(telecommuting)에 대한 표준적 정의가 확대되었다고 한다. 원격출근자(telecommuters)가 반드시 컴퓨터 사용자일 필요가 없고, 심지어 집에서 컴퓨터를 사용하지 않는 경우에도 원격출근자(telecommuters)에 해당할 수 있다고 한다. 그 예시로 원격출근자(telecommuters)가 집에서 서면작업(paperwork), 서류분석(reading), 사고(thinking) 하는 경우를 제시한다. 다만 위 논문에서도 원격근무(teleworking)의 개념을 원거리에서 업무를 수행하기 위하여 정보통신기술을 사용하는 것(화상회의, 온라인 데이터베이스 검색, 팩스 전송, 휴대 전화 통화, 음성 메일 및 전자메일 포함)으로 정의하고 있다.[454] 이에 원격출근(telecommuting)은 원격근무(teleworking)의 부분집합에 해당한다고 한다.

위 내용을 종합하면 해당 논문의 저자들은 여전히 원격근무(telework)의 개념을 정보통신기술을 활용하여 업무를 수행하는 것으로 보고 있으며, 단지 과거에 원격출근(telecommuting)이라는 개념이 컴퓨터 정보관련업무 종사자의 출근형태만 지칭하던 것에서 벗어나 그 개념 범위가 다른 업무 종사자들에게도 확대되었다고 이해하는 것으로 파악된다. 따라서 동 논문을 근거로 원격근무와 재택근무를 정보통신기술의 활용여부에 따라서 구분하는 것이 학술적으로 올바르지 않다고 비판하는 것은 타당하지 않은 측면이 있다.

있는 원문은 다음과 같다.

"Early visions of telecommuting assumed that telecommuters were information workers who worked almost entirely with computers (e.g., data entry or word processors, or programmers), who telecommuted full time, and who worked from home (Mokhtarian 199 lb)."

454) Susan L. Handy·Patricia L. Mokhtarian(1995), 위의 글, 101면에 기재되어 있는 원문은 다음과 같다.

"Teleworking is defined as using telecommunications to conduct business at a distance, and includes videoconferencing, on-line data-base searches, facsimile transmission, cellular phone calls, voice mail, and electronic mail (Mokhtarian 1991b)."

③ 원격근무로 간주되기 위한 빈도나 시간에 대해 제시하는 견해도 있지만, 통일적 견해를 찾기도 어렵고, 통일적 기준을 만들기도 어렵다.[455] 따라서 다양한 형태의 원격근무가 존재한다고 보면 충분한 것이지, 원격근무로 인정되기 위한 원격근무의 빈도나 시간을 설정하여 개념화 하는 것은 타당하지 않다.

2) 원격근무의 특징

원격근무의 본질적 특징은 ① 장소적 측면에서는 사업주의 사업장 밖에서 이루어지는 근무, ② 업무수행방식 측면에서는 정보통신기술의 활용으로 정리된다. 권혁 교수는 원격근로에 대해 법적 정의가 있는 것이 아니지만 두 가지 개념요소를 가진다고 하면서 '공간적 다양성'과 '프로그램을 이용한 정보소통성'을 제시하고 있다. 권혁 교수가 말하는 공간적 다양성이란 "실제 근로의 제공이 이루어지는 공간과 사업장이 소재하는 공간이 서로 다른 경우"를 의미하며, 프로그램을 이용한 정보소통성은 "정보교환이나 의사소통을 용이하게 하는 기술적 프로그램을 통해 근로자와 사용자 간에 상호 제어될 수 있는 근로형태"를 말한다.[456] 이러한 분석은 원격근무에 대한 개념 유래상 타당한 것으로 생각된다.

3) Telework와 Remote work

Telework와 Remote work를 구별하면서, telework는 주된 사무소의 존재를 전제로, 주된 사무소의 외부에서 전자기기를 이용하여 수행되는 업무로 이해하고, Remote work는 telework 보다 포괄적인 개념으로 보아 주된 사무소를 방문하거나 개인적인 전자기기를 사용하는 것에 국한되지 않는다고 보는 견해도 있다.[457] 미국 정부에서도 telework와

---

455) 김승남·주종웅(2014), 앞의 글, 93면. Pratt, Joanne H.(2000), 앞의 글, 100-101면.

456) 권혁(2020), 앞의 글, 206-207면.

Remote work의 개념상 차이에 대해 telework 근무자의 공식 근무장소는 사업장인 반면, Remote work 근무자의 공식 근무장소는 원격근무를 하는 곳(예: 집)이라 설명한다.[458] 후술하는 바와 같이 본 연구에서 주된 논의의 대상이 되는 재택근무는 그 개념상 Remote work에 가깝다.

(4) 원격근무와 재택근무

후술하는 바와 같이 재택근무(work from home)는 “근로자가 자택 또는 그가 선택한 다른 장소(사용자의 사업장이 아닌)에서 소정 근로의 전부 또는 일부를 제공하는 근무형태”로 이해된다.

장소적 측면에서는 원격근무가 재택근무 보다 넓은 개념이다. 원격근무는 ‘사업장 밖’이라는 요건만 충족하면 되는 반면, 재택근무는 ‘사업장 밖’이면서 동시에 ‘근로자의 자택’ 또는 ‘근로자가 선택한 다른 장소’이어야 한다. 예컨대, 출장지 내지 파견지에서의 근무는 원격근무에 해당할 수는 있지만 재택근무에 해당하지는 않는다.

업무수행방법의 측면에서는 재택근무가 원격근무보다 넓은 개념이다. 재택근무는 업무수행방법에 제한이 없지만, 원격근무는 정보통신기술을 활용하는 근무형태를 말하기 때문이다. 가내수공업은 재택근무의 일종이라 볼 수 있지만, 원격근무에 해당하지는 않는다. 정보통신기술을 활용하는 형태의 재택근무는 재택근무이면서 동시에 원격근무에 해당한다.

이에 대하여 “근로자가 직장이 아닌 가정에서 근무하는 재택근무제와 근로자가 컴퓨터 또는 통신수단을 사용하여 직장이 아닌 곳에서 근무하는 원격근무제가 있다”고 설명하여, 재택근무제와 원격근무제의 차이를 장소(가정에 해당하는지 여부)와 업무수행방법(컴퓨터 또는 통신수단의 활용 여부)에서 찾는 견해가 있다.[459] 재택근무를 가정에서 이루어지는

---

457) Matti Vartiainen, “Telework and Remote Work”, Oxford Research Encyclopedia of Psychology, 2021, 3-4면.
458) U.S Department of the Interior 홈페이지 참조.
(URL: https://www.doi.gov/telework).

근무형태라 보는 것은 이론의 여지가 있지만,[460] 재택근무와 원격근무의 구분 기준을 '정보통신기술의 활용여부'에서 찾는 것은 타당하다.

2. 모바일 노동(mobile arbeit)

모바일 노동(mobile arbeit)은 독일의 「모바일 노동에 관한 법률안(Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales Entwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit (Mobile Arbeit-Gesetz - MAG)」(이하 "「모바일 노동에 관한 법률안」")에서 정하고 있는 개념이다. 위 「모바일 노동에 관한 법률안」은 단일 특별법은 아니며, 기존에 존재하고 있는 독일의 「영업법(Gewerbeordnung)」, 「사회법전(Buches Sozialgesetzbuch)」에 모바일 노동에 관한 사항을 추가하는 형태에 해당한다.[461] 독일 연방노동사회부에서는 지난 2020년 10월 4일 근로자에 대한 모바일 노동 청구권 부여를 골자로 하는 「모바일 노동에 관한 법률안」 1차 초안을 작성하였으나, 독일 연방총리실이 이에 대해 반대의견을 표명하자, 1차 초안을 수정하여 모바일 노동 청구권을 삭제한 수정안을 2020년 11월 30일에 공개했다. 독일 연방노동사회부는 동 수정안을 1차례 더 수정하여 최종 초안을 2021년 1월 14일에 발표하였다.[462][463]

독일의 「모바일 노동에 관한 법률안」 중 「영업법」 제111조 제1항 제1문에 의하면 모바일 노동(Mobile Arbeit)은 "근로자가 사업장 밖에서 정보기술을 사용하여 '1. 근로자가 선택한 장소 또는 근로자가 선택한 여

459) 김태홍 외 5인, 「근무유형별 근로실태에 관한 조사 및 분석 연구」, 고용노동부(연구수행기관: 한국여성정책연구원), 2010, 24면.
460) 이에 대하여는 재택근무 개념을 살펴보면서 자세히 후술한다.
461) 이승현(2020), 앞의 보고서, 64면.
462) 박귀천(2021), 앞의 보고서, 23면.
463) 「모바일 노동 법률안」의 자세한 논의 배경, 경과 등에 대하여는 후술한다.

러 장소' 또는 '2. 사용자와 합의한 장소 또는 사용자가 합의한 여러 장소'에서 업무를 수행하는 것"을 말한다.[464][465]

모바일 노동(mobile arbeit)은 앞서 살펴본 원격근무의 개념과 거의 동일한데, Jon C. Messenger와 Lutz Gschwind의 세대구분에서의 2세대 원격근무로서 모바일을 통한 근무(mobile office)와 사실상 같은 개념이라 이해된다.[466] 다만, 독일에서의 원격근무 개념은 위 모바일 노동에 비해 다소 협소한 것으로 보인다. 독일의 「산업안전보건시행령[Verordnung über Arbeitsstätten (Arbeitsstättenverordnung - ArbStättV)]」 제2조 정의규정 제7항을 보면 원격근무지(telearbeitsplätze)는 사용자가 근로자의 사적 영역에 설치한 컴퓨터 작업장(bildschirmarbeitsplätze)으로 규정되어 있다.[467] 이러한 정의에 의한다면 독일에서의 원격근무(telearbeit)는 근로자의 사적 영역에서 이루어지는 근무형태만을 의미하므로 앞서 살펴본 모바일 노동(mobile arbeit)에 비해 성립할 수 있는 장소의 범위가 제한적인 것으로 보인다.

3. 가내근로(home work)

(1) ILO 가내근로 협약(제177호)[468]

가내근로는 ILO 제177호 협약 및 제184호 권고에서 정하고 있는 개념이다. 영어로는 home work라 되어 있는데, 고용노동부는 이를 '가내근로'라 해석한다.[469]

---

464) 「모바일 노동 법률안」 중 「영업법」에 대한 개정 부분으로 「영업법」 제111조 부분을 말한다.

465) 이에 대한 번역은 박귀천(2021), 앞의 보고서, 23면을 참고하였다.

466) Jon C. Messenger·Lutz Gschwind(2016), 앞의 글, 197면.

467) 동법 시행령 제2조 제5항에서는 "Bildschirmarbeitsplätze"를 비디오 디스플레이 장치 및 기타 설비를 갖춘 작업장을 의미한다고 규정한다.

468) ILO, 「Home Work Convention」, 1996 (No. 177).

469) 고용노동부, 「ILO 주요협약」, 2012. 12.

ILO 제177호 협약에 의하면 가내근로(home work)는 가내근로자(homeworker)라고 불리는 사람들에 의해 수행되는 일로서, (1) 그의 집 또는 그가 선택한 다른 장소에서(사용자의 사업장이 아닌) (2) 임금을 목적으로 (3) 사용되는 장비, 재료, 또는 투입물의 제공자가 누구든지 간에 사용자에 의해 정해진 재화나 용역을 생산하되, 국내법령이나 법원판결에 의해서 자영업자로 간주될 정도의 경제적 독립성이나 자율성을 갖지 않아야 한다. 단, 단지 근로자가 때때로 그들의 일상적인 작업장이 아닌 집에서 일하는 경우에 대해서는 이 협약상의 가내근로자라 할 수 없다. 아울러 여기서 사용자라 함은 직접적 또는 중개인을 통해서 사업활동의 일환으로 가내작업을 제공하는 자연인 또는 법인을 의미한다.[470]

(2) 가내근로의 개념상 특징

위 개념 중 주목해야 할 부분은 ① 가내근로(home work)가 반드시 근로자의 집(home)에서 근무하는 것을 의미하지 않는다는 부분과 ② 일시적으로 집 등에서 일하는 경우는 가내근로(home work)로 보지 않는다는 부분이다. 코로나-19 범유행 이후에 많이 논의되고 있는 재택근무의 주된 특징이 주로 집에서 일시적으로 근무를 제공하는 것이라는 것을 고려하면, 현대적인 의미에서의 재택근무와 위 ILO 협약에서 정하고 있는 가내근로(home work)는 그 개념이 다소 다른 것으로 보인다.

Ⅲ. 재택근무(work from home)

1. ILO의 재택근무 보고서에서의 재택근무

ILO은 지난 2021년 「Working from home: From invisibility to

470) ILO, 「가내근로 협약(제177호)」 제1조.

decent work」 보고서[471](이하 “ILO의 재택근무 보고서”)를 통해 일시적으로 집 등에서 일하는 근로자들은 ILO 가내근로 협약(제177호)의 대상이 되지 않는다고 지적하면서, 해당 보고서에서는 재택근무(work from home)를 산업적인 가사근로(industrial home work), 원격근무(telework), 재택기반 플랫폼 노동(home-based digital platform work) 3가지로 구분한다.[472][473]

① 여기서 산업적인 가사근로(industrial home work)는 공장생산의 대체 또는 일환으로 이루어지거나 수공예품과 같은 장인생산을 포함하여 집에서 물건을 만드는 것을 의미한다.

② 원격근무(telework)는 정보통신기술을 활용하여 원격으로 근무를

---

471) ILO의 「Working from home: from invisibility to decent work」, 2021.

472) ILO, 「Working from home: from invisibility to decent work」, 2021, 8면.

473) 주제네바 대한민국 대표부는 이러한 ILO의 「Working from home: From invisibility to decent work」 보고서를 가내근로 보고서라 번역하고, 보고서에 기재된 ‘industrial home work’를 산업적인 가사근로로, ‘telework’를 재택근무로, ‘home-based digital platform work’를 플랫폼 노동으로 번역하고 있는데, 이는 다소 오해의 여지가 있다. ILO의 「Working from home: From invisibility to decent work」에서 다루는 ‘working from home’는 ‘industrial home work’, ‘telework’, ‘home-based digital platform work’를 모두 포함하는 개념으로, ILO 제177호 협약에서 말하는 가내근로(home work)보다 훨씬 포괄적 개념이다. 특히, ILO 제177호 협약의 가내근로(home work)는 일시적으로 집 등에서 일하는 경우는 포함하지 않는 반면, ILO의 「Working from home: From invisibility to decent work」에서의 ‘working from home’는 일시적, 영구적인 경우 모두를 포함한다. 따라서 위 보고서를 가내근로 보고서라 해석하는 것은 오해의 소지가 있고, 위 보고서에서 말하는 ‘telework’는 그 개념상 원격근무에 해당하므로, 이를 재택근무라 번역하는 것은 또 다른 오해의 소지를 낳는다. 이에 번역의 수정이 필요해 보인다.

(URL:https://overseas.mofa.go.kr/ch-geneva-ko/brd/m_8852/view.do?seq=1345340&srchFr=&srchTo=&srchWord=&srchTp=&multi_itm_seq=0&itm_seq_1=0&itm_seq_2=0&company_cd=&company_nm=)

하는 것을 말한다. ILO 제177호 협약은 앞서 살펴본 바와 같이 원격근무자 전체를 포괄하지 못하고, 원격근무자 중 정기적으로 또는 영구적으로 원격근무를 하는 자에 한하여 적용된다.

③ 재택기반 플랫폼 노동(home-based digital platform work)은 자영업자(independent workers)로 간주될 정도의 경제적 독립성이나 자율성을 갖지 않는 "크라우드 워커(crowdworkers)"가 행하는 서비스 영역에서의 업무를 말한다. 동 보고서에서는 "크라우드 워커(crowdworkers)"의 개념에 대해서는 별도의 설명을 하고 있지 않다. 이에 다른 문헌을 살펴보면, 우선 박제성 박사는 "크라우드 워크(crowdwork)는 crowd와 work를 결합한 말로, 문자 그대로만 보면 군중노동이라 번역할 수도 있을 것"이나, 실제적으로는 "디지털 플랫폼에 기반하여 이루어지는 군중노동"만을 가리킨다고 하며, "크라우드 워크가 디지털 플랫폼을 기반하여 이루어진다는 점에서 플랫폼 노동의 하위개념"으로 설정할 수도 있다고 한다.[474] 조성혜 교수는 크라우드소싱을 "가상거래공간인 디지털플랫폼을 통해 개인과 개인, 개인과 군중의 거래를 신속하고 효율적으로 연결시키는 업무방식"이라 설명하면서, 크라우드소싱에 의한 디지털노동은 온디맨드 워크(on-demand work)와 크라우드 워크(crowdwork)로 구분해볼 수 있다고 한다. 여기서 온디맨드 워크(on-demand work)는 스마트폰 앱 등을 통한 노동으로 수요자와 공급자가 대면을 하는 반면, 크라우드 워크(crowdwork)는 대면 없이 온라인에서만 계약이 이루어지는 것을 말한다고 한다. 조성혜 교수는 온디맨드 워크의 대표적 예시로 배달의 민족, 요기요, 우버, 에어비앤비 등을 제시하고, 크라우드 워크의 대표적 예시로 Amazon Mechanical Turk(AMT), Crowdflower 등을 제시한다.[475]

ILO의 재택근무 보고서에서 다루고 있는 재택근무(work from home)

---

474) 박제성, "플랫폼 노동 혹은 크라우드 워크", 「국제노동브리프」 제14권 제8호, 한국노동연구원, 2016, 3-4면.

475) 조성혜, "디지털플랫폼 노동 종사자의 근로자성 여부", 「노동법학」 제64호, 한국노동법학회, 2017, 117-118면.

의 개념은 전통적인 산업적인 가사근로(industrial home work), 기술의 발달에 따라 등장한 원격근무(telework), 최근에 등장하기 시작한 디지털 플랫폼을 이용한 크라우드 워크(home-based digital platform work으로서 crowdwork)를 모두 포함하는 개념으로 매우 폭 넓은 개념으로 이해된다.

2. 고용노동부 「재택근무 종합 매뉴얼」의 재택근무

(1) 재택근무에 대한 고용노동부의 개념 정의

고용노동부는 지난 2020년, 코로나-19 범유행으로 인한 재택근무 증가에 대응하기 위하여 「재택근무 종합 매뉴얼」을 내놓은 바 있다. 동 매뉴얼에 의하면, 재택근무란 "근로자가 자택 등 소속 사업장이 아닌 장소 중 사용자와 합의하거나 그 승인을 받은 장소에서 소정 근로의 전부 또는 일부를 제공하는 근무형태"를 말한다.[476]

고용노동부에서 개념정의한 재택근무의 중요한 특징 중 하나는 반드시 자택(집)에서 근무하는 것만으로 한정하지 않는다는 점이다. 고용노동부도 이에 대해 "근로자의 요청에 따라 사용자가 승인한 자택 외의 장소에서 근무하는 경우도 재택근무에 해당한다."고 설명한다.

(2) 검토

그런데 위와 같은 고용노동부의 재택근무 개념 정의는 크게 두 가지 점에서 혼란을 야기한다.

첫째는 고용노동부는 재택근무가 이루어지는 장소를 '자택 등 소속 사업장이 아닌 장소 중 사용자와 합의하거나 그 승인을 받은 장소'로 정

476) 고용노동부, 「성공적인 재택근무 도입을 위한 길잡이 재택근무 종합 매뉴얼」, 2020, 113면.

하고 있다. 그런데, 이러한 장소에는 그 개념상 출장지, 파견근무지도 포함될 수 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 '출장'은 '사업장 밖에서 사용자가 지정하는 장소에서 일시적으로 이루어지는 근무형태'를 말한다. 출장지의 경우 전형적인 '소속 사업장이 아닌 장소 중 사용자의 합의 내지 승인이 이루어진 곳'에 해당한다. 따라서 재택근무의 개념에 '사용자와의 합의 내지 승인'을 포함시킬 경우, '출장'과 '재택근무'를 구별할 수 없다는 문제가 발생한다. 출장지나, 파견근무지에서 근무하는 것을 두고 재택근무를 한다고 표현하기는 상식적으로 납득하기 어려운데, 고용노동부가 재택근무라는 개념을 '소속 사업장이 아닌 장소 중 사용자의 합의, 승인이 이루어진 곳'으로 이해하다 보니 개념상 혼란이 야기된 것으로 보인다. 고용노동부도 이러한 점을 인식하여 "다만, 근로자가 업무의 성질상 출장지, 파견근무지 등에서 근로하는 경우에는 재택근무에 해당하지 않습니다."고 설명한다.[477] 그런데 어떠한 이유에서 출장지, 파견근무지가 '소속 사업장이 아닌 장소 중 사용자의 합의, 승인이 이루어진 곳'에서 제외되는지 여부에 대해서는 설명하지 못한다.

둘째, 고용노동부는 '사용자와의 합의 내지 승인'을 재택근무 성립의 요건으로 보고 있는데, 이에 의하면 사용자 승인 없이 자택에서 근무하는 경우 '승인 없는 재택근무'가 아니라 처음부터 재택근무가 아닌 것이 된다. 근로자가 사용자의 승인을 득하지 아니하고 자택에서 근무하는 것을 재택근무가 아니라고 한다면, 이를 무엇으로 보아야 할 것일지 의문이 있다. 사용자의 승인 여부, 근로자의 동의 여부는 이미 하고 있는 또는 할 것을 예정하고 있는 재택근무의 유무효 문제를 다룰 때 의미가 있는 것이지, 근로제공의 양태를 설명하기 위한 개념을 설정함에 있어 사전에 이를 요건으로 두는 것은 상당히 어색하다.

3. 재택근무에 대한 개념정의

477) 고용노동부, 「성공적인 재택근무 도입을 위한 길잡이 재택근무 종합 매뉴얼」, 2020, 113면.

통념상 재택근무라고 하면 근로자의 '자택'에서 근무하는 것을 지칭한다고 생각할 수 있지만, 현실에서의 재택근무는 '자택'에 한정되지 않는다. 인터넷 등 업무환경, 육아나 부양 등의 가정상황, 업무의 효율과 집중도 향상 문제 등 다양한 이유에서 자택이 아닌 근처 카페, PC방, 학교, 도서관 등에서 업무를 수행하는 경우도 심심치 않게 나타난다. 실제 고용노동부가 2023. 4. 발간한 「2022년 재택근무 활용 우수사례집」을 살펴보면 자택 외에도 원하는 곳에서 근무할 수 있도록 근로자의 장소 선택권을 확대하고 이를 명시적으로 규정한 기업도 발견된다.[478] 이러한 현실에서의 근로양태를 고려하면, 재택근무를 반드시 '자택'에서의 근무로 한정시킬 필요는 없다.

한편, 재택근무의 경우 반나절(오전, 오후), 하루 등과 같이 일시적으로 기한을 정하여 이루어지는 경우도 있고, 사회적 거리두기가 해제될 때까지와 같이 일시적이기는 하나 기한을 정하지 않고 이루어지는 경우도 있으며, 재택근무를 조건으로 근로계약이 이루어지는 경우도 존재한다. 따라서 ILO 제177호 협약의 가내근로와 같이 일시적으로 재택에서 근무를 하는 경우를 재택근무 개념 범위에서 제외할 필요는 없다.

아울러 원격근무와 같이 재택근무를 정보통신기술을 활용하는 것으로 국한할 필요는 없다. 재택근무는 장소적 변동에 중점을 둔 개념이지, 업무수행방법 내지 기술에 중점을 둔 개념이라 보기 어렵기 때문이다. 물론 재택근무의 경우 통상 사무직에 대하여 이루어지고, 최근의 사무직은 대부분 정보통신기술을 활용한다는 점에서 원격근무와 재택근무의 경계가 흐려지고 있는 것은 사실이라고 할 것이나, 4차 산업혁명 시대에서도 물건의 제조와 가공과 같은 업무를 자택 등에서 할 수도 있는 것이므로, 굳이 재택근무의 개념을 정의하면서 특정한 기술을 활용하는 것에 국한된다고 볼 필요는 없다.

위와 같은 점을 종합적으로 고려하여, 재택근무의 개념을 '근로자가 자택 또는 그가 선택한 다른 장소(사용자의 사업장이 아닌)에서 소정 근로의 전부 또는 일부를 제공하는 근무형태'라 이해하고 개념화 하는 것

478) 고용노동부, 「2022년 재택근무 활용 우수사례집」, 2023, 74면, 99면.

이 바람직하다.

이와 같이 재택근무를 정의할 경우, 앞서 살펴본 고용노동부의 개념 정의와는 달리 출장지, 파견근무지에서의 근무를 구분할 수 있다. 재택근무, 출장근무, 파견근무 모두 사용자의 사업장이 아닌 곳에서 이루어지는 근무라는 점에서는 동일하지만, 재택근무는 자택 또는 근로자가 선택한 장소에서 이루어지는 근무인 반면, 출장근무·파견근무의 경우 사용자가 선택, 지정한 장소에서 이루어지는 근무라는 점에서 차이가 있다. 이하 본 연구에서는 재택근무를 '근로자가 자택 또는 그가 선택한 다른 장소(사용자의 사업장이 아닌)에서 소정 근로의 전부 또는 일부를 제공하는 근무형태'로 정의하고, 논의를 전개한다.[479] 즉, 본 연구에서의 주된 논의 대상은 '가내근로(home work)'가 아니라 '재택근무(work from home)'이다.

제2절 근로자에 의한 재택근무의 실시

Ⅰ. 취업의 장소 범위 내인 경우

근로자의 자택 또는 재택근무를 위해 근로자가 선택한 장소가 취업의 장소 범위 내일 경우, 근로자의 요청이나 선택에 따라 재택근무를 실시한다고 하더라도 근로계약의 위반 문제는 발생하지 않는다.[480] 따라서 동 문제는 계약 위반의 문제가 아니라 법 해석상 근로자가 사용자에게 재택근무를 청구할 수 있는 법적 권리가 있는지의 문제로 귀결된다.

고용노동부는 2020년 9월 배포한 재택근무 종합 매뉴얼에서 "현행법

---

479) 이와 같이 재택근무의 개념을 설정할 경우, 근로자의 재택근무 청구권에 대해 살펴보는 것은 근로자의 원격근무 청구권, 근로자의 모바일 노동 청구권을 살펴보는 것을 포함하게 된다.

480) 본 논의는 근로장소에 국한된 것이므로, 재택근무 실시를 위한 다른 조건은 충족된 것을 전제로 한다.

상 재택근무는 노사가 자율적으로 실시하는 것이 원칙이고 근로자에게 법적으로 보장된 권리는 아닙니다."고 설명하고 있다. 다만, 단체협약·취업규칙, 근로계약 등에서 재택근무의 신청 자격, 대상 직무 등을 정하고 있는 경우, 소정 절차에 따라 재택근무를 할 수 있다고 하면서, 근로자의 신청 후 사용자의 승인을 얻어 재택근무를 하도록 규정하고 있는 경우에는 사용자의 승인을 받아야 하며, 신청자격, 대상 직무 등 일정 요건을 충족하는 근로자가 신청하면 재택근무를 할 수 있다고 규정하고 있는 경우에는 동 규정에 따라 근로자가 신청하면 사용자는 원칙적으로 응해야 한다고 설명하고 있다.[481]

위 내용을 간단히 정리하면 근로계약, 취업규칙, 단체협약에 특별히 정하고 있는 바가 있다면 그에 따르면 되고, 달리 정하고 있는 바가 없다면 근로자에게는 재택근무를 청구할 법적 권리가 없어 사용자의 동의 없이는 재택근무를 할 수 없다는 것이다.

앞서 살펴본 바와 같이 근로장소 선택권은 제한적 범위이기는 하나 사용자에게 안전배려의무 또는 합리적 근로장소 제공의무에 대한 이행요청의 의미로서 인정될 수 있다. 재택근무 청구권은 근로장소 선택권의 일종이므로, 마찬가지 이유에서 인정될 수 있다.

안전배려의무에 대한 이행요청권으로 인정되는 재택근무 청구권은 ① 그 인정될 수 있는 사유가 협소하고, ② 근로제공을 거부하더라도 근로계약을 위반되지 않는다는 소극적 의미만을 가지며, ③ 사용자가 휴업을 실시할 경우, 그로 인한 손해는 근로자가 부담할 수 밖에 없다는 점에서 한계가 있다. 합리적 근로장소 제공의무에 대한 이행요청권으로 인정되는 재택근무 청구권은 보다 폭 넓게 인정될 수 있으나 사용자에게 신의칙상 주의의무의 이행을 촉구하는 정도의 의미를 가질 뿐이라는 한계가 있다.

위와 같은 한계에도 불구하고 현행법상 재택근무가 근로자에게 법적으로 보장된 권리가 아니라고 단정하는 것은 타당하지 않다. 법적 권리

---

481) 고용노동부, 「성공적인 재택근무 도입을 위한 길잡이 재택근무 종합 매뉴얼」, 2020, 142면.

의 유무와, 그 법적 권리의 실효성은 구분하여 보아야 한다. 근로자의 법적 권리의 실효적인 보장을 위해서는 고용노동부가 근로자에게 재택근무 청구권이 없다고 단정할 것이 아니라, 그 실효성이 떨어지더라도 근로자에게 재택근무 청구권이 있다는 점을 명시하고, 이를 사용자와 근로자에게 상기시키는 것이 바람직하다.

Ⅱ. 취업의 장소 범위 밖인 경우

근로자의 자택 또는 재택근무를 위해 근로자가 선택한 장소가 취업의 장소 범위 밖일 경우, 근로자에게 재택근무 청구권이 있는지 여부와 관계없이 재택근무를 실시하기 위해서는 사용자의 동의, 승낙이 필요하다고 해석된다. 사용자의 동의, 승낙 없이 자택에서 근무할 경우 이는 근로계약 위반이 된다. 따라서 이 경우 근로자가 사용자 동의, 승낙 없이 임의로 재택근무를 실시하기 위해서는 ① 근로자의 재택근무 청구권이 행사될 수 있는 상황이어야 함은 물론, ② 사정변경의 원칙에 따라 계약을 임의로 수정할 수 있는 경우이어야 한다.

Ⅲ. 해외 입법례의 분석

1. 독일의 경우

(1) 재택근무 청구권의 인정 여부

독일의 현행법상 근로자에게 직접적인 재택근무 청구권 내지 모바일 노동청구권을 인정하고 있지는 않다. 독일 연방노동사회부에서도 근로자가 모바일 노동에 대해 법적인 규제는 아직 없다고 하면서, 사용자가 근로자의 재택근무 청구에 구속되지는 않고, 사용자가 근로자의 요청을 거

절하더라도 이를 정당화 할 필요가 없다고 설명한다.[482] 즉 단체협약이나, 사업장 협정, 근로계약 등에 근거가 없는 한 근로자가 사용자의 동의 또는 승낙 없이 재택근무를 하는 것은 가능하지 않다.

(2) 노동 4.0 백서[483]

독일 연방노동사회부는 지난 2015년 4월 미래 노동시장 변화에 대하여 쏟아지는 질문들, 예컨대, 기계들이 우리의 일자리를 빼앗아갈 것인지 등에 대하여 노동 4.0(Arbeiten 4.0)이라는 제목으로 녹서(Grünbuch) 형태로 배포하여 사회적 대화를 제안하였다. 노동 4.0 백서는 이러한 사회적 대화와 기타 조사연구의 결과를 반영한 것으로, 노동 4.0 녹서에 대한 대답으로서의 성격을 가진다. 노동 4.0 백서는 전체 직업세계, 노동시장 내에서 일어나는 변화들과 이것이 사회에 미치는 영향과 결과들을 축약하며 다루고 있는데, 특히 디지털화 현상에 주목하고 있다.

재택근무, 원격근무 등 본고의 주제와 관련하여 주목할 점은 노동 4.0 백서에서 '원격근무의 권리(Recht auf Telearbeit)'를 정면으로 다루고 있다는 점이다. 노동 4.0 백서는 '원격근무의 권리(Recht auf Telearbeit)'가 필요하다는 독일 서비스연합노조(Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Ver.di) 입장과 이러한 권리를 인정할 수 없다는 독일소매업협회(Handelsverband Deutschland, HDE)의 입장을 살펴보고 있다. 노동 4.0 백서는 근로자의 근로시간, 근로장소에 대한 선택권을 부여하는 독일여성법조인연맹(Deutsche Juristinnenbund, djb)이 제안한 노동시간 선택법(Wahlarbeitszeitgesetz)을 살펴보면서, 많은 업무가 장소에 기반하여 이루진다는 점을 고려했을 때 근로자가 근무장소를 자유롭게 선택할 수 있

---

482) 독일 연방노동사회부의 홈페이지 중 Home Office에 대한 설명 참조 (URL:https://www.bmas.de/DE/Arbeit/Arbeitsrecht/Teilzeit-flexible-Arbeitszeit/homeoffice.html).

483) 현재 독일 연방노동사회부 홈페이지에 게시된 노동 4.0 백서는 2017년 3월 발간된 것이다. 본 연구에서는 이를 기준으로 살펴본다.

는 재택근무 청구권(Recht auf Homeoffice)은 상충하는 운영상의 이해관계가 있을 수 있어 반드시 법적으로 강제할 수 있는 청구권일 필요는 없다고 보았다. 종종 재택근무 청구권의 시행 사례로 언급되는 네덜란드, 영국에도 이러한 청구권은 도입되어 있지 않고, 단지 재택근무 도입을 논의할 권리만 인정될 뿐이라고 한다.[484]

(3) 2018. 3. 12.자 연정협약[485]

독일은 정당 간의 교섭을 통한 연립정부(이하 "연정")의 구성을 통해 권력의 분산, 합의에 의한 통치를 이어가고 있다. 연정협약(Koalitionsvertrag)은 연정을 하기로 한 정당 사이에 체결하는 서류를 말한다. 이러한 연정협약(Koalitionsvertrag)은 연방정부가 추진할 향후 정책 방향을 제시하는 것으로, 법적인 구속력은 없지만, 연정 정당 사이에 신뢰를 바탕으로 체결되는 것이므로 정치적 구속력이 있다.[486]

기민·기사당 연합(CDU/CSU)과 사민당(SPD)은 지난 2018년 3월 12일 「유럽으로 새로운 출발, 독일의 새로운 역동성, 우리나라의 새로운 결속(EinneuerAufbruchfürEuropa, Eine neueDynamik fürDeutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land)」이라는 제목의 연정협약을 체결한 바 있다.[487]

---

484) Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 「Weissbuch Arbeiten 4.0」, 2016, 120면.

485) "「EinneuerAufbruchfürEuropa, Eine neueDynamik fürDeutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land」, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 2018."을 의미한다. 이는 제19대 독일 의회에서 기민·기사당 연합(CDU/CSU)과 사민당(SPD)이 2018년 3월 12일 체결한 연정협약으로, 이를 번역하면 "유럽으로 새로운 출발, 독일의 새로운 역동성, 우리나라의 새로운 결속"이다(이하에서는 "2018. 3. 12.자 연정협약"이라 한다).

486) 주성훈 독일입법관, "독일 연정과 연정협약 이행", 국회 사무처 주재관리포트 해외주요정세, 2021, 1면.

487) 메르켈 4기 내각, 제19대 독일 의회에서 이루어진 연정협약 중 하나에 해

위 연정협약에서는 '좋은 디지털 노동 4.0(Gute digitale Arbeit 4.0)'이라는 표제 하에 디지털 업무 환경의 변화에 대한 내용을 다루고 있는데, 모바일 노동(Mobile Arbeit)에 대한 사항도 여기에 포함되어 있다. 연정협약에서는 모바일 노동을 장려하고 촉진하겠다고 하면서, 이를 위한 법적 정치를 만들 것이라 한다. 이러한 법적 장치에는 근로자가 사용자로부터 모바일 노동에 대한 거부 사유를 통보받을 수 있는 권리가 포함된다고 하며, 단체교섭 당사자들은 모바일 노동에 대한 합의에 도달하여야 한다고 한다.[488]

(4) 「모바일 노동에 관한 법률안」[489]

1) 배경

위와 같이 독일에서는 코로나-19 사태가 발생하기 이전에도 업무의 디지털화로 인한 근무장소의 유연화에 대한 논의, 즉 원격근무, 모바일 노동, 재택근무 등에 대한 논의가 점차 시작되고 있었다. 독일 연방노동사회부의 「모바일 노동에 관한 법률안」도 이러한 논의의 연장선상에 있으며, 앞서 살펴본 2018. 3. 12.자 연정협약과 직접적인 관련성을 갖는다.[490]

2) 1차 초안과 모바일 노동 청구권

당한다.

488) 「EinneuerAufbruchfürEuropa, Eine neueDynamik fürDeutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land」, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 2018. 41면.

489) 「Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales. Entwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit. (Mobile Arbeit Gesetz - MAG)」를 의미한다.

490) 이승현(2020), 앞의 보고서, 63면.

독일 연방노동사회부는 지난 2020년 10월 4일 「모바일 노동에 관한 법률안」 1차 초안을 마련한 바 있다.[491]

1차 초안에서 가장 핵심적이고 논란이 되었던 사항은 모바일 노동 청구권에 관한 사항이다. 1차 초안의 「영업법」 제111조 제2항에서는 근로관계가 6개월 이상 지속된 주 5일제 근로자에게 연간 최대 24일의 모바일 노동 청구권(모바일 노동의 개시, 기간, 유형 등을 포함)을 인정하고, 사용자로 하여금 근로자의 업무가 모바일 작업에 적합하지 않거나 설득력 있는 운영상의 이유가 있는 경우에만 근로자의 모바일 노동 청구권에 대해 거부할 수 있도록 규정한다.[492][493] 그 전문을 번역하면 아래와 같다.[494]

§ 제111조 모바일 노동

(1) 통상적으로 모바일 노동을 하고자 하는 근로자는 사용자에게 모바일 노동의 개시, 기간, 범위, 및 배정에 관하여 최소 3개월 전에 서면으로 통보해야 한다. 근로자가 모바일 노동을 하는 경우라 함은 다음과 같이 업무를 수행하는 것을 의미한다.

1. 근로자의 선택에 의한 하나의 장소 또는 여러 개의 장소에서 또는,
2. 정보기술을 사용하여 사용자와 합의한 사업장 밖의 하나의 장소 또는 여러 개의 장소에서 근무를 하는 경우

491) 1차 초안에 대해 독일 연방노동사회부에서는 현재 그 내용을 게시하고 있지 않고, 후술할 최종안을 게시하고 있다. 본 연구에서 참고한 1차 초안은 한국법제연구원의 텔레워크 관련 글로벌 동향 보고서[박귀천(2021), 앞의 보고서]를 작성한 박귀천 교수로부터 제공받은 것임을 밝혀둔다.

492) Gastbeitrag von Dr. Michael Winkelmüller und Ira Gallasch, “Der Streit ums Recht auf Homeoffice”, Legal Tribune Online, 2020. 10. 12.

493) 박귀천(2021), 앞의 보고서, 6면.

494) 「Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales Entwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit (Mobile Arbeit Gesetz - MAG)」의 Artikel 1 Änderung der Gewerbeordnung 부분의 § 111 Mobile Arbeit에 대한 번역이다.

(2) 근로관계가 6개월 이상 지속된 근로자는 주 5일 이상의 정규 근무시간을 연평균으로 배분하여 연간 최대 24일에 대해 정기적인 모바일 노동에 동의하도록 고용주에게 요청할 수 있다. 이 경우 사용자는 제1항 제2문 제1호 또는 제2호에 따라 원하는 모바일 노동 개시일, 원하는 모바일 노동의 기간, 시작일, 원하는 모바일 노동 기간 및 배정, 원하는 모바일 노동 유형에 대해서도 동의해야 한다. 근로계약에 따라 수행해야 하는 업무가 모바일 노동에 적합하지 않거나 운영상의 이유로 모바일 노동이 불가능한 경우에는 해당 권리가 존재하지 않는다.

(3) 사용자는 모바일 노동의 개시, 기간, 범위 및 배정뿐만 아니라 제1항 제2문 제1호 또는 제2호에 따른 모바일 노동의 유형에 대해 근로자와 합의에 도달하기 위한 목적을 가지고 논의해야 한다.

(4) 모바일 노동에 관한 합의가 이루어지지 않는 경우, 사용자는 근로자에게 거부 결정과 그 사유를 늦어도 제1항에 따른 통보를 한 날로부터 2개월 이내에 서면으로 설명하여야 한다. 사용자가 이러한 설명의무와 제3항에 따른 논의의무를 지키지 않는 경우, 제1항에 따라 근로자가 통보한 기간 동안 모바일 노동이 정해진 것으로 간주하되, 이 기간은 6개월을 초과하지 못한다. 제1항 제2문 제2호의 경우에 근로자가 모바일 노동 장소를 명시하지 않은 경우 제2문 제1호에 따라 명시한 것으로 간주한다.

(5) 사용자가 제4항 제1문에 따라 모바일 노동을 정당하게 거부한 경우, 근로자는 거부 결정을 받은 날부터 4개월 이내에 다시 제1항에 따른 통지를 할 수 있다.

(6) 산업안전보호에 관한 규정들은 영향을 받지 않는다. 사용자는 근

로자에게 모바일 노동 개시 전에 서면으로 근로자의 안전과 건강을 보장하는 방법에 관하여 알려야 한다.

(7) 사용자와 근로자는 달력상 월말까지 3개월의 기간에 의해, 모바일 노동이 개시된 이후에는 6개월이 되는 월말까지 모바일 노동의 종료를 상대방에게 통보할 수 있다. 근로자는 조기 종료 후 4개월 이내에 제1항에 따라 다시 통지할 수 있다. 모바일 노동의 범위가 제2항 제1문의 범위를 초과하는 경우 제1문 및 제2문을 벗어난 합의를 할 수 있다. 민법 제313조는 영향을 받지 않는다.

(8) 제1항부터 제5항까지, 제6항 제2문 및 제7항 제1문부터 제3문은 단체협약, 단체협약상 근거에 따른 사업장 협정을 통해 근로자에게 불리하더라도 적용이 배제될 수 있다. 단체협약 적용범위 내에서는 협약의 구속을 받지 않는 사용자와 근로자에게 법 규정을 배제하는 협약을 적용하도록 합의할 수 있다.

노동 4.0 백서, 2018. 3. 12.자 연정협약에서는 재택근무, 모바일 노동에 대한 근로자의 청구권을 직접 인정하기 보다는 간접적으로 근로자의 재택근무를 보장하고 그 선택권을 넓힐 수 있는 수단(재택근무, 모바일 노동에 대한 사용자의 논의의무 부과, 사용자의 거부사유 통보 등)에 대한 법제화 가능성만 열어두었다면, 「모바일 노동에 관한 법률안」 1차 초안에서는 근로자의 모바일 노동 청구권을 직접적으로 인정했다는 점에서 획기적이다.

3) 1차 초안의 폐기

하지만 위와 같은 「모바일 노동에 관한 법률안」 1차 초안은 곧바로 폐기되었다. 독일 연방총리청은 2020년 10월 7일 위 1차 초안에 대한 입법절차를 중단시켰다. 모바일 노동 청구권이 2018. 3. 12.자 연정협약에는

포함되지 않았다는 것이 그 반대 이유인 것으로 보인다.[495] 기민·기사당 연합(CDU/CSU)의 원내대표를 맡고 있던 Ralph Brinkhaus도 “별도의 법적 규제는 필요하지 않고, 사용자와 근로자 사이의 합의로 충분하다.”고 하면서 연정협약에 해당 규정이 없다는 점을 지적하였다.[496]

앞서 살펴본 바와 같이 기민·기사당 연합(CDU/CSU)과 사민당(SPD)은 2018. 3. 12. 연정협약을 체결하여 모바일 노동의 촉진과 장려를 그 정책 방향으로 제시한 바 있다. 이에 기민·기사당 연합(CDU/CSU)에서는 ‘노동의 미래(Zukunft der Arbeit)’라는 워킹그룹을 통하여 지난 2020. 10. 2. 「모바일 근무의 간소화를 위한 법률(Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung mobiler Arbeit; EMAG)」 초안을 발표하였다.

동 법안에서는 모바일 노동을 긍정적으로 평가하면서, 일과 삶의 균형을 개선하고 출퇴근 시간을 단축할 수 있으며, 환경 보호와 농촌 지역의 활성화에도 기여할 수 있다고 한다. 아울러 거의 대부분의 기업이 코로나-19 범유행이 시작된 이후 모바일 노동에 대하여 대부분 긍정적인 경험을 했다고 한다. 이와 같이 점차 많은 업무와 관련하여 모바일 노동이 가능하지만, 근로자와 사용자 사이의 법적 문제, 경제적 불확실성으로 인하여 모바일 노동이 더 빨리 확산되고 있지 못하고 있다고 하면서, 워킹그룹은 모바일 노동을 장려하는 것과 동시에 업무의 경계가 해체되는 것에 대응하고자 한다고 한다. 모바일 노동이 기업, 근로자, 사회 모두에 도움이 될 뿐만 아니라 출퇴근 시간을 줄여 기후 보호에도 기여할 수 있기를 바란다고 한다.[497] 동 법안에서는 모바일 노동을 원하거나 해야 하는 근로자를 위해 다음과 같은 보호규정을 마련할 것을 요구하고 있다. 그 내용을 요약 하면 아래와 같다.[498]

---

495) 박귀천(2021), 앞의 보고서, 23면.

496) Nathalie Polkowski, “Bill Mobile Work Act – MAG halted – what is next?”, Deloitte.

(URL:https://www2.deloitte.com/dl/en/pages/legal/articles/mobile-arbeit-gesetz-mag-gestoppt.html).

497) 「Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung mobiler Arbeit; EMAG」의 A. Problem und Ziel 부분.

○ 제1항: 사용자가 사업장이 아닌 모바일을 기반으로 한 업무를 수행하도록 명령하는 경우, 업무 관련 위험성에 대해 근로자에게 통보해야 하고, 근로자는 사용자에게 안전 점검을 요청할 권리가 있음.

○ 제4항: 사용자의 지시에 따라 모바일 노동이 전체 근무 시간의 80%를 초과하는 경우, 사용자는 해당 근로자에게 직장 동료 등과의 만남을 위한 적절한 공간(협업 공간, 비정기적인 회사의 행사, 적절한 디지털 협업 도구 등)을 제공해야 함.

○ 제5항: 모바일 노동은 일과 사생활 분리가 어려워지므로, 자기 관리를 개선하고 일과 사생활의 균형을 맞출 수 있는 전략 개발, 역량 습득이 중요함. 이에 사용자는 주로 모바일 노동을 하는 근로자에게 적절한 교육을 제공하고 재정을 지원하여야 함.

○ 제6항: 독일연방노동사회부는 농촌 지역에 지역 주민들이 유연하게 사용할 수 있는 작업 공간을 갖춘 사무실 설립을 장려해야 함.

○ 제8항: 세재 혜택에 관한 규정. 모바일 노동은 시간, 교통량, 이산화탄소 배출을 줄일 수 있음. 반면에 장비, 광대역 인터넷, 소모품, 산업안전보건에 대한 비용이 발생함. 광대역 인터넷 연결이나 책상 의자와 같은 것을 사적으로 사용하더라도 사용자가 모바일 노동 비용을 면세로 환급 받을 수 있다는 세법 관련 사항 언급.

○ 제9항: 모바일 노동과 근로시간 규율에 관한 사항.

○ 제10항: 휴식시간에 관한 사항.

498) 「Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung mobiler Arbeit; EMAG」의 B. Lösung 부분을 축약한 것이다.

기민·기사당 연합(CDU/CSU)의 ‘노동의 미래(Zukunft der Arbeit)’라는 워킹그룹에서 내놓은 위 법안에서는 근로자의 모바일 노동 청구권을 포함하고 있지는 않다. 이러한 점에 비추어 보면, 근로자의 모바일 노동 청구권은 기민·기사당 연합(CDU/CSU)의 모바일 노동에 대한 법제화 방향, 입법 공감대에서는 벗어나 있었던 것으로 추정된다.

4) 최종안의 내용

독일 연방노동사회부는 2020년 11월 26일, 위 「모바일 노동에 관한 법률안」 2차 초안을 수정하여 공식적으로 「모바일 노동에 관한 법률안」 초안을 발표하였고, 2021년 1월 14일 한번 더 수정하였다.[499] 논란이 되었던 근로자의 모바일 노동 청구권을 삭제하고, 그 대신 모바일 노동에 대한 근로자의 통보의무, 사용자의 논의의무에 대해 규정한다. 이는 1차 초안에서 근로자에게 연간 24일의 모바일 노동 청구권을 보장하고 있던 것을 대신하여, 모바일 노동과 관련한 사용자와 근로자 사이에 논의를 개시하도록 하는 법적 근거를 마련하기 위함이라고 한다.[500] 관련 조항의 전문을 번역하면 아래와 같다.[501]

§ 제111조 모바일 노동
(1) 통상적으로 모바일 노동을 하고자 하는 근로자는 사용자에게 모바일 노동의 개시, 기간, 범위, 및 배정에 관하여 최소 3개월 전에 서면으로 통보해야 한다. 근로자가 모바일 노동을 하는 경우라 함은 다음과 같이 업무를 수행하는 것을 의미한다. 1. 근로자의 선택에 의한 하나의 장소 또는 여러 개의 장소에서 또는,

499) 이하에서는 2021. 1. 14. 최종 수정된 법률안을 “최종안”이라 명명하고, 이를 기준으로 그 내용을 살펴본다.
500) 박귀천(2021), 위의 보고서, 24면.
501) 동 번역은 박귀천(2021), 위의 보고서, 23-24면을 주로 참고하였다.

2. 정보기술을 사용하여 사용자와 합의한 사업장 밖의 하나의 장소 또는 여러 개의 장소에서 근무를 하는 경우

(2) 사용자는 모바일 노동의 개시, 기간, 범위 및 배정뿐만 아니라 제1항 제2문 제1호 또는 제2호에 따른 모바일 노동의 유형에 대해 근로자와 합의에 도달하기 위한 목적을 가지고 논의해야 한다.

(3) 모바일 노동에 관한 합의가 이루어지지 않는 경우, 사용자는 근로자에게 거부 결정과 그 사유를 늦어도 제1항에 따른 통보를 한 날로부터 2개월 이내에 서면으로 설명하여야 한다. 사용자가 이러한 설명의무와 제3항에 따른 논의의무를 지키지 않는 경우, 제1항에 따라 근로자가 통보한 기간 동안 모바일 노동이 정해진 것으로 간주하되, 이 기간은 6개월을 초과하지 못한다. 제1항 제2문 제2호의 경우에 근로자가 모바일 노동 장소를 명시하지 않은 경우 제2문 제1호에 따라 명시한 것으로 간주한다.

(4) 사용자가 제3항 제1문에 따라 모바일 노동을 거부한 경우, 근로자는 거부 결정을 받은 날부터 4개월 이내에 다시 제1항에 따른 통지를 할 수 있다.

(5) 산업안전보호에 관한 규정들은 영향을 받지 않는다. 사용자는 근로자에게 모바일 노동 개시 전에 서면으로 근로자의 안전과 건강을 보장하는 방법에 관하여 알려야 한다.

(6) 사용자와 근로자는 달리 합의하지 않는 한 달력상 월말까지 3개월의 기간에 의해, 모바일 노동이 개시된 이후에는 6개월이 되는 월말까지 모바일 노동의 종료를 상대방에게 통보할 수 있다. 근로자는 조기 종료 후 4개월 이내에 제1항에 따라 다시 통지할 수 있다.

(7) 제1항부터 제4항까지, 제5항 제2문 및 제6항은 단체협약, 단체협약상 근거에 따른 사업장 협정을 통해 근로자에게 불리하더라도 적용이 배제될 수 있다. 단체협약 적용범위 내에서는 협약의 구속을 받지 않는 사용자와 근로자에게 법 규정을 배제하는 협약을 적용하도록 합의할 수 있다.

5) 입법 전망과 새로운 연정협약[502]

아직 위 「모바일 노동에 관한 법률안」 최종안은 입법 되지 않았다.[503] 다만, 2021년 9월 26일 독일 총선의 결과로 사민당(SPD), 녹색당(Grüne)과 자민당(FDP)의 연정이 수립되었는데, 2021년 11월 24일 발표된 연정협약 69면의 내용을 살펴보면 아래와 같이 모바일 노동에 대한 근로자의 권리를 정하고 있어, 위 「모바일 노동에 관한 법률안」 최종안의 입법화 가능성은 열려 있는 것으로 보인다.[504]

"적합한 직무에 종사하는 근로자에게는 모바일 노동(mobiles

502) "「Mehr Fortschritt wagen Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkei」 Koalitionsvertrag 2021 - 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP)"을 의미한다. 동 연정협약은 독일 사민당(SPD), 녹색당(Grüne)과 자민당(FDP) 사이에 2021. 11. 24. 체결한 연정협약이다.

503) 독일 연방노동사회부의 홈페이지(https://www.bmas.de)에서 확인한 결과 2023년 4월 현재, 아직 동 법안은 통과되지 않은 것으로 파악된다.

504) 사민당(SPD), 녹색당(Grüne)과 자민당(FDP)의 연정과 관련하여, "녹색당과 자민당은 메르켈 정부 하에서 주요 정책과제로 삼기는 했으나 실질적으로 추지되지 못한 디지털화를 중점 아젠다로 공히 제시하고 있어 여기서 양당은 접점이 크다"고 하면서 미래지향적인 변화를 함께 추진할 수 있는 여건 조성이 되고 있다고 보기도 한다(한승완, 「독일 총선의 의미와 신정부의 대외관계 전망」, 「전략보고」 제151호, 국가안보전략연구원, 2021, 9면.).

Arbeiten)과 재택근무(HomeOffice)에 대해 논의할 권리가 주어진다. 사용자는 운영상의 문제가 상충하는 경우에만 근로자의 요청에 반대할 수 있다. 이는 거부 사유가 업무와 무관하거나 자의적이어서는 안 된다는 의미이다. 단체협약 및 회사 규정을 벗어날 여지가 있어야 한다."

위와 같은 연정협약의 내용에 비추어 보았을 때, 향후 근로자의 모바일 노동 청구권 내지 재택근무 청구권이 인정되기는 어려울 수 있지만, 적어도 근로자에게 모바일 노동 내지 재택근무에 대한 논의, 대화의 시작을 요청할 수 있는 권리는 인정될 가능성이 높을 것으로 보인다.

2. EU 「Framework Agreement on Telework」[505]

EU의 「Framework Agreement on Telework」에서는 아래와 같이 정하고 있다.[506]

"If telework is not part of the initial job description, and the employer makes an offer of telework, the worker may accept or refuse this offer. If a worker expresses the wish to opt for telework, the employer may accept or refuse this request"

즉, 근로계약을 체결할 때 원격근무(telework)에 대해 정하지 않았다면, 원격근무(telework)를 할 것인지 하지 않을 것인지에 대해서는 당사자들의 자율에 맡겨져 있다고 한다. 사용자가 원격근무(telework)를 제안하는 경우 근로자는 이를 수락하거나 거절할 수 있고, 반대로 근로자가 원격근무(telework)를 제안하는 경우 사용자는 이를 수락하거나 거절할

505) 「European Framework Agreement on Telework(2002)」를 말한다.
506) 동 협약에서는 Telework라는 개념을 사용하는데, 이는 협소한 의미의 재택근무(Homework) 뿐만 아니라 사업장 외에서 이루어지는 여타 근로를 모두 포함하는 원격근로를 말하는 것으로 보인다.

수 있다는 것이므로, 동 협약은 단지 원격근무(telework)에 대한 협상 가능성만을 나타낼 뿐, 어느 일방 당사자에게 원격근무(telework)에 관한 권리를 인정하는 협약이라고 보기는 어렵다.

3. ILO 가내근로 협약(제177호)

ILO 가내근로 협약(제177호)에서의 가내근로에는 근로자가 일시적으로 일상적인 작업장이 아닌 집에서 일하는 경우는 포함되지 않으므로, 협약의 적용 범위는 매우 제한적이다.

협약은 ① '(가) 자유로운 선택에 의한 단체의 설립 또는 단체가입, 그리고 그러한 단체에서 활동할 권리, (나) 고용과 직업의 차별에 대한 보호, (다) 산업안전과 보건분야에서의 보호, (라) 임금, (마) 법정사회보장제도, (바) 훈련에의 접근, (사) 취업에의 최저연령, (아) 모성보호' 등의 사항에 대한 가내근로자와 다른 임금근로자 사이의 공평한 대우의 촉진(제4조), ② 가내근로의 기본 노동통계에의 편입(제6조), ③ 가내근로에 있어 안전과 보건상 특정형태의 근로나 물질의 사용을 금지하는 조건의 설정(제7조) 등을 주된 내용으로 하고 있다.

협약에서는 재택근무 청구권에 대하여는 아무런 정함이 없는데, 협약에서 처음부터 집이 일상적인 작업장이 되는 경우를 상정하여 이를 가내근로라 보고 있으므로, 집에서 일할 것을 요청하는 재택근무 청구권을 논할 이유도 필요도 없었던 것으로 보인다.

4. ILO 재택근무 보고서

ILO에서는 코로나-19 범유행의 영향으로 전 세계 많은 노동자들이 재택근무를 하게 되었음에도 불구하고, 여전히 많은 노동 시장 관련 규제는 집을 근무장소로 상정하지 않았다는 점에 주목한다. 코로나-19 범유행으로 인한 갑작스러운 재택근무의 증가는 사용자, 근로자 모두에게

어떻게 재택근무를 시행해야 하는 것인지, 재택근무를 이해해야 할 필요성이 긴급하게 요청되고 있는데, ILO의 재택근무 보고서는 지난 2021년 재택근무에 대한 이해를 높이고, 기존 및 신규 재택근무자를 위한 양질의 일자리로 가는 길을 열어줄 수 있는 정책에 대한 지침을 제시하고자 작성되었다.[507] 앞서 살펴본 바와 같이 동 보고서에서 다루는 재택근무(work from home)는 ILO 가내근로 협약(제177호)에서의 가내근로(home work)보다 훨씬 폭 넓은 개념이다.

위 보고서에서는 재택근무자에 대한 효과적인 결사의 자유와 단체교섭권의 보장 필요성, 재택근무자가 자신의 권리를 인식하도록 하기 위한 정책적 조치의 필요성, 재택근무자들의 안전과 건강을 개선하기 위한 실질적인 조치의 필요성, 재택근무자와 아닌 근로자 사이에서의 동등한 대우의 보장, 연결되지 않은 권리(right to disconnect)의 도입 필요성 등 재택근무자를 보호하기 위한 다양한 정책 수단의 도입에 대해 언급하고 있다.[508]

그런데, 근로자의 재택근무 청구권 내지 모바일 노동 청구권 도입 필요성에 대해서는 특별한 언급을 하고 있지 않다. 다만, 재택근무자에 대한 사회보장과 모성보호에 관한 사항을 기술하며, 근로자의 재택근무 청구권과 관련하여 참고할 만한 사례를 제시한다. 해당 보고서에서는 재택근무는 그 자체로 모성보호의 한 형태가 될 수 있다고 하면서, 리투아니아 사례를 제시한다. 리투아니아에서는 근무시간의 5분의 1 이상을 원격으로 근무할 수 있는 권리가 임산부, 최근에 출산을 했거나 모유를 수유중인 근로자, 만 14세 미만의 자녀 또는 만 18세 미만의 장애 자녀를 양육하는 근로자에게 주어진다. 사용자는 업무상 필요성 또는 업무 조직의 특수성으로 인해 과도한 비용이 발생하는 경우에만 이러한 요청을 거부할 수 있다.[509]

---

507) ILO(2021), 앞의 보고서, 8면.
508) ILO(2021), 위의 보고서, 12-13면.
509) ILO(2021), 위의 보고서, 211면.

5. 시사점

디지털 기술의 발전과 더불어 코로나-19 팬데믹은 노동환경, 노동시장의 변화를 촉발하고 있다. 그 중 대표적인 것이 '근로장소'의 유연화이며, 이는 재택근무, 원격근무 등의 형태로 발현된다. 원격근무에 대한 초기 논의가 국가 내지 기업의 필요성(출퇴근 비용의 감소, 교통혼잡의 해소)에서 출발했다면, 최근 ILO와 독일에서 논의되고 있는 모바일 노동, 원격근무, 재택근무는 국가와 기업의 필요성(출퇴근 시간의 단축, 환경보호, 농촌지역의 활성화) 뿐만 아니라 근로자의 권리보장과 보호(일과 삶의 균형의 개선 등) 등도 추구한다는 점에 주목할 필요가 있다. 이는 근로자에게 재택근무, 원격근무에 대한 권리를 인정하는 것이 근로자에게만 도움이 되는 것인지 아니면 국가, 사회, 기업 모두에 긍정적인 영향을 끼치는 것인지 여부, 이에 재택근무, 원격근무의 활성화를 국가 정책적 차원에서 도모할 필요가 있는지 여부를 살펴봄에 있어 중요한 시사점을 준다.

독일에서는 모바일 노동의 긍정적인 측면을 인정하고 그 확산을 도모하면서, 모바일 노동에 대한 경제적, 법적 불확실성의 해소를 정책의 방향으로 삼고 있다. 이를 구체적으로 실현하기 위한 방안으로 근로자에 대한 원격근무, 재택근무 논의권을 인정하고 사용자에게는 논의의무를 부과하는 것을 제시하고 있다. 이는 그동안 인정되지 않았던 원격근무 내지 재택근무에 대한 근로자의 권리를 어떠한 방식으로 보장하고, 인정할 것인지 여부에 대해 정부가 주도하여 사회적 논의를 시작하고, 구체적인 법안 마련 작업을 시작한 것이라는 점에서 큰 의미가 있다. 이와 같은 독일에서의 근로장소에 대한 근로자 주권 강화, 제도화 움직임은 향후 국내에서 재택근무제에 대한 법 제도를 정비함에 있어 그 방향을 제시해준다는 점에서 참고할 만하다.

제3절 사용자에 의한 재택근무의 실시

Ⅰ. 취업의 장소 범위 내인 경우

1. 계약위반의 문제인지 여부

코로나 19 범유행 이후로 근로계약을 체결할 때, 근로장소(취업의 장소)에 '자택'이 포함됨을 명시하는 경우가 나타나고 있다. 이와 같이 근로장소(취업의 장소)를 자택까지 포함하였을 경우, 사용자가 재택근무를 실시하더라도, 근로장소의 문제에 국한하여서는 근로계약의 변경이나 위반 문제가 발생하지 않는다고 일응 생각할 수 있다. 하지만, 아래와 같은 재택근무의 특수성을 고려하면, 단순히 취업의 장소에 자택이 포함될 수 있다는 점을 명시한 것만으로는 부족하고, 재택근무 실시에 대해 근로자와 충분한 협의절차를 거친 경우에 한하여 비로소 재택근무를 실시할 수 있는 것으로 생각된다.

2. 재택근무 명령의 정당성과 유무효

(1) 정당성 판단과 권리남용

근로계약의 해석상 사용자가 재택근무를 실시할 수 있다고 하더라도, 그러한 재택근무 실시는 「근로기준법」 제23조 제1항에 따라 제한될 수 있다.[510]

우선, 「근로기준법」 제23조의 적용대상에는 '전직'이 포함되므로, 사

510) 「근로기준법」 제23조 제1항의 적용이 문제되는 사안으로는 사용자가 근로계약에 정해진 바에 따라 재택근무를 실시하였으나, 근로자가 이를 거부하면서, 재택근무의 정당성을 다투는 경우를 생각해볼 수 있다.

용자의 재택근무명령이 전직명령에 해당한다면, 이러한 재택근무명령은 「근로기준법」 제23조의 정당성 판단의 대상이 된다.

그런데 앞서 살펴본 전직과 출장에서의 개념 차이에서와 같이 사용자의 재택근무명령의 내용에 따라 '전직'에 해당하는 재택근무명령이 있을 수도 있고, '전직'에 해당하지 않는 재택근무명령이 있을 수 있다. 예컨대, 기한을 정하지 않거나 상당히 장기간(6개월, 1년 등)을 자택에서 근무할 것을 명하는 경우, 이는 인사명령으로서의 '전직'에 해당한다고 볼 수 있겠지만, 일시적으로 반나절 내지 하루 정도 재택근무를 할 것을 명령하는 경우, 이는 인사명령이 아니라 업무명령 내지 업무지시의 일환으로 볼 수 있다. 즉, 인사명령으로서의 '전직'에 해당하는 재택근무명령도 존재할 수 있지만, '출장'과 유사하게 업무명령으로 일시적으로 근로장소가 변경되는 형태의 재택근무명령도 존재할 수 있다.

인사명령의 일환, 즉 '전직'으로서 이루어지는 재택근무명령에 대해서는 「근로기준법」 제23조 제1항에 따라 그 정당성을 판단하면 되겠지만, 업무지시의 일환으로 이루어지는 재택근무명령에 대해서는 「근로기준법」 제23조를 적용할 수 없으므로, 근로계약의 위반여부, 권리남용의 유무로 그 유무효를 판단할 수밖에 없다.[511] '정당성'은 사용자가 입증하여야 하는 반면, '권리남용'은 이를 주장하는 근로자가 입증하여야 한다는 점에서, 「근로기준법」 제23조 제1항의 적용 여부는 소송상의 차이를 가져온다.

관련하여 고용노동부는 "근로자가 자택 등 소속 사업장이 아닌 장소 중 사용자와 합의 하거나 그 승인을 받은 장소에서 소정 근로의 전부 또는 일부를 제공하는 근무형태"를 말한다고 하면서, "업무 배제 등과 같은 징벌적 목적의 재택근무는 여기서 말하는 재택근무에 해당하지 않으며, 근로기준법 제23조에 따른 정당성 여부 판단 필요"하다고 기술하고

511) 현실적으로는 업무명령으로서의 재택근무명령을 직접 다투기 보다는 근로자가 사용자의 재택근무명령을 위반하였을 때, 그 위반에 따라 이루어지는 징계 내지 해고 등을 다투는 과정에서 징계나 해고의 정당성 판단의 요소로써 재택근무명령의 당부가 논해질 수 있을 것으로 생각된다.

있다.[512] 위 문구상 고용노동부는 재택근무명령은 통상 「근로기준법」 제23조의 정당성 판단의 대상이 되지 않는다고 이해하면서, 단지 재택근무명령 중 징벌적 목적의 재택근무명령, 즉 징계성 재택근무명령만 「근로기준법」 제23조의 대상이 된다고 설명하는 것으로 보인다. 그런데 앞서 살펴본 바와 같이 「근로기준법」 제23조의 적용대상에는 '전직'이 포함되고, 이러한 '전직'에는 근로장소만 변경되는 인사처분도 포함되며, 징계성이 아닌 일반적인 인사처분도 「근로기준법」 제23조의 적용대상이라고 할 것인바 위와 같은 매뉴얼 상의 설명은 타당하지 않다. 재택근무명령에 대해 「근로기준법」 제23조가 적용될 수 있는지 여부는 그러한 재택근무명령이 '전직'에 해당하는지 여부에 따라 결정되는 것이라고 볼 수 있다.[513]

(2) 재택근무의 특수성과 근로자와의 협의

재택근무는 그 성질상 사용자의 사용, 지배권이 확보되어 있지 않은 장소(자택, PC방, 카페 등)에서 이루어지는 것이므로, 사용자가 근로자에게 재택근무를 강제할 경우 근로자의 소유권, 임차권 등 공간에 대한 권리가 사실상 침해될 가능성이 있다.

특히, '자택'은 그 공간에 대한 사용권은 사용자가 아닌 근로자에게 있다. 근로자는 통상 자택을 소유하거나 임차하고 있을 것이므로,[514] 근로자는 '자택'이라는 공간에 대한 소유권 내지 임차권을 보유하는 자에 해당한다. 사용자가 근로자에게 재택근무를 별도 동의 없이 강제할 수 있다고 해석하는 경우, 사용자는 '자택'이라는 공간에 대한 소유권 내지

---

512) 고용노동부, 「성공적인 재택근무 도입을 위한 길잡이 재택근무 종합 매뉴얼」, 2020, 113면.

513) 물론 '전직'에 해당하지 않더라도, 일시적인 재택근무명령이 매우 빈번하게 이루어지는 등 그것이 징벌로까지 인식될 수 있는 경우에는 「근로기준법」 제23조 제1항의 '그 밖의 징벌'에 해당하여, 「근로기준법」 제23조 제1항의 정당성 판단의 대상이 된다.

514) 극히 예외적으로 무주지에서 거주하는 경우가 있을 수는 있다.

임차권이 없음에도 불구하고, 그 공간을 임의대로 사용할 수 있다는 것이 된다.

소유권은 물건을 직접적·배타적으로 지배할 수 있는 권리로서, 누구에게든지 주장할 수 있는 절대적인 권리 또는 대세적 권리에 해당한다.[515] 즉, 소유권은 가장 전형적인 재산권으로서, 소유자는 물건을 사용· 수익· 처분할 수 있는 권리가 있다.[516] 소유자는 소유권 침해에 대한 구제수단으로서 소유물을 정당한 권원 없이 점유하는 자에 대해 물건의 반환을 청구하고,[517] 점유 이외의 방법으로 소유권을 방해하거나 방해할 염려 있는 자에 대해서는 방해의 제거 또는 그 예방을 청구할 수 있다.[518]

한편, 임차권은 물권이 아닌 채권에 해당하므로, 임차권에 기하여 방해배제나 방해예방을 청구할 수 있는지 여부에 대하여는 견해가 대립되고 있으나,[519] 적어도 등기된 임차권에는 용익권적 권능 외에 임차보증금반환채권에 대한 담보권적 권능이 있고, 임대차기간이 종료되면 용익권적 권능은 임차권등기의 말소등기 없이도 곧바로 소멸하나 담보권적 권능은 곧바로 소멸하지 않는다고 할 것이어서, 임차권자는 임대차기간이 종료한 후에도 임차보증금을 반환받기까지는 임대인이나 그 승계인에 대하여 임차권등기의 말소를 거부할 수 있다고 할 것이고, 따라서 임차권등기가 원인 없이 말소된 때에는 그 방해를 배제하기 위한 청구를 할 수 있다.[520] 아울러, 방해배제를 청구할 수 없다고 하더라도, 임차권 침해는 불법행위에 해당하여 손해배상청구의 대상이 될 수 있다. 제3자가 채권을 침해하였다는 사실만으로 곧바로 불법행위가 성립하지는 않지만, 제3자가 채권자를 해친다는 사정을 알면서도 법규를 위반하거나 선량한 풍속 그 밖의 사회질서를 위반하는 등 위법한 행위를 하여 채권자의 이

---

515) 대법원 2021. 4. 29. 선고 2017다228007 전원합의체 판결.
516) 「민법」 제211조.
517) 「민법」 제213조.
518) 「민법」 제214조.
519) 최민수, “제3자에 의한 부동산임차권침해와 임차권에 기한 방해배제청구권”, 「법학논총」 제40권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2016, 50면.
520) 대법원 2002. 2. 26. 선고 99다67079 판결.

익을 침해하였다면 불법행위가 성립한다.[521] 채권침해의 위법성은 침해되는 채권 내용, 침해행위의 양태, 침해자의 고의나 해의 등 주관적 사정 등을 참작하여 구체적·개별적으로 판단하되, 거래자유 보장의 필요성, 경제·사회정책적 요인을 포함한 공공의 이익, 당사자 사이의 이익 균형 등을 종합적으로 고려해야 한다.[522]

사용자가 근로자에게 재택근무를 강제하는 것이 '자택'에 대한 소유권 내지 임차권 침해에 해당하는 지 여부는 다소 불분명한 측면이 있다. 사용자가 동료 근로자를 어떠한 근로자의 자택에서 근무할 것을 명령하는 경우, 이러한 재택근무명령은 자택을 소유하고 있는 근로자의 소유권 내지 임차권을 침해하는 것이 되겠지만, 사용자가 근로자에게 본인의 자택에서 근무하도록 하는 경우, 근로자가 자신의 집에서 근무를 하는 것이므로 소유권 내지 임차권 침해가 된다고 보기 쉽지 않다. 자택에 대한 소유권, 임차권의 주체도 근로자이고, 소유권, 임차권에 대한 물리적 침해의 주체도 근로자이기 때문이다. 즉, 내가 자택에서 일하는 것이 자택에 대한 나의 소유권 내지 임차권에 대한 물리적인 침해라고 보기에는 무리가 있다. 이는 '근로자'가 인격적 존재, 재산권의 주체이면서 동시에 자신의 몸이 근로제공의 수단 내지 방법이 된다는 이중적 측면에서 초래되는 문제로 생각된다.

다만, 적어도 사용자가 아무런 보상 없이 근로자에게 자택에서 근무할 것을 강제하는 경우, 사용자는 근로자의 '자택'을 근로장소로 활용할 수 있어 사무실 임대료 비용 절감 등의 혜택을 얻는 반면, 근로자는 자신의 사적 영역에서 근로를 제공하여야 하므로, 여러 유무형적 불이익을 입게 된다. 따라서 근로자의 동의 없이 사용자가 '자택'을 근로장소로 지정하고 활용하는 것은 '자택'에 대한 근로자의 소유권 내지 임차권 침해에 해당한다고까지 보기는 어렵지만, 사실상 '자택'을 무상 사용하는 것과 같다고는 볼 수 있다. '자택'이 아닌 장소, 예컨대 PC방이나 카페 등에서 이루어지는 근무를 생각해보면 이러한 측면이 보다 표면화 된다.

---

521) 대법원 2022. 4. 28. 선고 2020다284915 판결.
522) 대법원 2007. 9. 21. 선고 2006다9446 판결.

사용자가 아무런 비용 보전 조치 없이 근로자에게 PC방이나 카페 등에서 근무할 것을 강제할 경우, PC방비 등 근로자의 비용부담의 문제가 발생한다. 물론 이러한 비용이 임금에는 해당하지 않는다고는 하지만,[523] 사용자가 아무런 비용 보전 조치를 하지 않는다면 사실상 임금이 삭감되는 효과가 발생할 수 있다. 형식적으로는 임금삭감이 아니므로 근로자의 동의까지 필요하다고 볼 수는 없지만, 비용 문제로 사실상 근로자에게 금전적 손해가 발생할 수 있다는 점에서, 적어도 근로자와의 협의 절차를 거칠 필요가 있으며, 특히 그 비용 보전에 관한 사항에 대해서는 충실한 협의를 거칠 필요가 있다.[524] 재택근무 실시와 관련하여 이러한 협의를 거쳤는지 여부는 재택근무의 정당성 내지 유무효 판단에 있어 중요한 고려요소가 되어야 한다.

대법원은 “전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고 볼 수는 없다.”고 판시하고 있으나,[525] 재택근무의 특수성을 고려하면 재택근무 실시와 관련하여 사용자가 근로자와 성실한 협의절차를 거치지 않았다면 그러한 절차를 가치지 아니하였다는 사정만으로 재택근무는 정당하지 않거나(전직으로서의 재택근무의 경우), 권리남용(업무명령으로서의 재택근무의 경우)에 해당한다고 보아야 한다.

Ⅱ. 취업의 장소의 범위 밖인 경우

---

523) 대법원 1998. 1. 20. 선고 97다18936 판결.

524) 이와 같은 문제는 ‘출장’에서도 마찬가지로 발생한다. 출장은 사업장 밖 사용자가 지정하는 장소에서 이루어지는 근무 형태를 말하는데, 출장에 따른 교통비뿐만 아니라 경우에 따라 출장지에 대한 사용권이 확보되어 있지 아니하여, 일정한 비용을 지불하여야만 근로제공이 가능한 경우가 있을 수 있다.

525) 대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165, 18172 판결.

1. 고용노동부의 해석

고용노동부는 재택근무 종합 매뉴얼을 통해 단체협약, 취업규칙, 근로계약서에 재택근무 실시에 관한 규정이 있는 경우에는 “해당 규정에 따라 재택근무를 실시하면 되므로 별도로 근로자의 동의가 필요하지 않습니다.”고 설명한다. 단체협약, 취업규칙, 근로계약서 등에 재택근무 실시에 관한 규정이 없는 경우에는 “근로계약상 근무장소에 대한 변경을 수반하게 되어, 원칙적으로 개별 근로자의 동의를 받아야 합니다.”고 설명하면서, 개별 근로자 동의 외에도 취업규칙이나 단체협약 개정을 통해서도 가능하다고 설명한다. 다만, 그 예외를 인정하고 있는데 “코로나19 발생 등으로 감염병 확산 방지를 위해 불가피하게 근로자의 근무장소를 자택등으로 변경할 필요가 있는 경우에는 근로자와 협의를 거쳐 시행하는 것도 가능합니다.”고 설명하고 있다.[526]

고용노동부의 입장은 단체협약·취업규칙·근로계약에 정함이 있는 경우에는 그에 따르면 되고, 단체협약·취업규칙·근로계약에 정함이 없는 경우에는 근로계약의 변경을 초래하게 되므로, 원칙적으로 근로자의 동의를 받아야 하고, 다만 예외적으로 불가피한 사정이 있는 경우에는 ‘동의’가 아닌 ‘협의’만으로 재택근무를 실시하는 것이 가능하다는 것으로 정리된다.

2. 검토

근로계약의 변경이 초래됨에도 불구하고 불가피한 사정이 있다면 근로자로부터 동의를 구하지 않더라도 협의절차만 거쳐 재택근무를 강제할 수 있다는 점에 대해 동의하기 어렵다. 고용노동부의 위와 같은 견해는 근로계약에서 근로내용이나 근무장소를 특별히 한정한 경우에 사용자가

526) 고용노동부, 「성공적인 재택근무 도입을 위한 길잡이 재택근무 종합 매뉴얼」, 2020, 143면.

근로자에 대하여 전보나 전직처분을 하려면 원칙적으로 근로자의 동의가 있어야 하나, 동의가 없는 경우에도 권리남용의 원칙에 따라 그 예외를 열어두는 대법원의 태도와 동일하다.[527] 그런데, 앞서 검토한 바와 같이 근로계약의 변경, 위반문제는 계약 위반의 문제로 사정변경의 원칙에 따라 풀어야 할 문제인 것이지, '불가피한 사정'과 근로자와의 '협의' 유무의 문제로 접근할 성질의 것이 아니다.

고용노동부에서 언급하고 있는 '불가피한 사정'은 그 개념이 상당히 모호하다. 고용노동부의 해석이 대법원의 판결을 근거로 하고 있는 것이라는 점에 비추어 보았을 때, '불가피한 사정'은 천재지변과 같은 객관적 사정뿐만 아니라, 신뢰관계의 파괴나 중대한 의무 위반과 같은 당사자의 주관적 사정까지 포함하는 개념으로 추측된다. 이는 「민법」 제661조 소정의 '부득이한 사유'의 개념과 유사하다. 대법원은 "민법 제661조 소정의 '부득이한 사유'라 함은 고용계약을 계속하여 존속시켜 그 이행을 강제하는 것이 사회통념상 불가능한 경우를 말한다."고 보아 그 사유를 다소 협소하게 해석하면서도, "고용은 계속적 계약으로 당사자 사이의 특별한 신뢰관계를 전제로 하므로 고용관계를 계속하여 유지하는 데 필요한 신뢰관계를 파괴하거나 해치는 사실도 부득이한 사유에 포함된다."고 보아 계약의 존속이 불가능한 경우뿐만 아니라 신뢰관계의 파괴나 중대한 의무 위반 등이 포함되는 것으로 해석하고 있다.[528][529] 이에 비하여 사정변경의 원칙에 있어서의 '사정변경'은 계약의 기초가 되었던 객관적인 사정으로서, 일방당사자의 주관적 또는 개인적 사정을 의미하는 것이 아니므로,[530] 고용노동부에서 말하는 '불가피한 사정'은 사정변경의 원칙에 있어서의 사정보다 폭 넓은 개념인 것으로 추측된다. 결국 고용노동부의 해석에 의한다면, 사용자는 사정변경의 원칙으로 접근하는 경

527) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다52041 판결, 대법원 1997. 7. 22. 선고 97다18165 판결.

528) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003다51675 판결.

529) 김재형, "계약의 해제·해지, 위험부담, 사정변경에 관한 민법개정안", 「서울대학교 법학」 제55권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2014, 34면.

530) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2004다31302 판결.

우 보다 폭넓은 범위에서 재택근무제를 근로자에게 강제할 수 있게 된다.

계약 위반의 문제를 권리남용의 문제로 접근하여 사용자에게 재택근무제 실시에 대한 재량을 넓히는 해석은 ① 그 법적 근거도 미비할 뿐만 아니라, ② 재택근무의 경우 근로자의 사생활과 깊이 관련이 되어 있어 경우에 따라 근로권의 침해는 물론 사생활의 침해까지 야기될 수 있다는 점에서 찬성하기 어렵다. 사용자가 재택근무를 도입하고자 할 경우 근로자의 동의는 반드시 요구된다고 해석하는 것이 타당하고, 다만, 사정변경의 원칙에 따라 그 예외를 인정할 수 있을 뿐이다. 취업의 장소에 자택이 포함되지 않았음에도 불구하고 사용자가 근로자 동의 없이 일방적으로 재택근무를 실시한다면 근로계약 위반이 된다. 따라서 동 문제는 사정변경의 원칙으로 접근해야 한다.

Ⅲ. 해외 입법례의 분석

1. 독일의 「영업법」[531]

독일의 「영업법」 제106조에서는 근로계약, 서면합의, 단체협약, 법률상의 규정에 의해 정해지지 않는 한, 사용자는 합리적인 재량으로 작업의 수행의 내용, 장소, 시간을 결정할 수 있다고 정하고 있다.[532] 위

---

531) 「Gewerbeordnung」을 말한다. 그 원문은 독일 연방법무부에서 확인할 수 있다(https://www.gesetze-im-internet.de/index.html).

532) 원문은 다음과 같다. "§ 106 Weisungsrecht des Arbeitgebers "Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Bei der Ausübung des Ermessens hat der

규정은 재택근무의 법적 근거로 기능하고 있다. 코로나-19 범유행 이전까지는 사무실 외부에서 이루어지는 재택근무는 임시적, 단기간만 이루어지는 것을 전제로 이루어질 수 있다고 해석되어 왔다.[533]

예컨대, 베를린-브란덴부르크 주법원은 사용자가 고용계약에 따른 지시권만을 근거로 근로자에게 재택근무를 강제할 수 없다고 보았다.[534] 해당 사안에서 사용자(피고)는 2016년 회사의 조직개편으로 회사를 분할하여 사업의 일부를 자회사로 양도하게 되었는데, 이와 관련하여 사용자는 2017년 4월 6일 R&D 엔지니어로 근무하던 근로자(원고)에게 자회사에서 R&D 엔지니어로 근무할 수 있는 기회를 제공하면서, 2019년 5월 31일까지 재택근무를 하도록 명령했다. 이에 대해 근로자(원고)는 거부를 하였고 관련 주간보고서 등을 작성하지 아니하였다. 사용자(피고)는 2017년 7월 26일 근로자(원고)에게 경고를 하였고, 뒤이어 2017년 9월 1일 해고를 했다. 근로자(원고)는 이러한 해고를 다투는 소를 제기하였는데, 2018년 2월 23일에 선고된 원심판결에서는 해고의 정당한 사유가 없어 사용자(피고)의 근로자(원고)에 대한 해고는 무효라 보았다.[535] 원심법원(베를린 노동법원)은 근로자(원고)에게 재택근무 의무가 없었기 때문에 필요한 주간보고서를 작성할 필요가 없다고 보았다. 이에 사용자(피고)는 항소하였는데, 항소심에서는 사용자(피고)의 항소를 기각하였다. 항소심에서 법원(베를린-브란덴부르크 주법원)은 사용자(피고)가 근로자(원고)가 재택에서 근무를 원하지 않았다는 점을 근거로 해고를 할 수 없다고 보았다. 법원은 근로자(원고)와 사용자(피고) 사이에 근무지 변경에 대한 개별적인 계약을 체결하지 않았다는 점, 사용자의 지시권(「영업법」 제106조)을 근거로 근로자에게 재택근무를 명령하는 것은 법적으로 허용된 것이 아니라는 점, 「영업법」 제106조는 그 근거가 되지 못한다는 점을 지적했다. 아울러, 항소심에서 법원은 재택근무만을 해

Arbeitgeber auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen.".

533) 박귀천(2021), 앞의 보고서, 4면.

534) LAG Berlin-Brandenburg, 10.10.2018 - 17 Sa 562/18.

535) ArbG Berlin, 23.02.2018 - 6 Ca 10310/17.

야 하는 경우 근로자가 동료와의 직접적인 접촉을 하지 못하게 되어 동료와 아이디어를 교환할 가능성이 크게 줄어든다는 점, 일과 여가 시간의 경계도 모호해진다는 점, 노동조합과 연락이 어려워진다는 점 등 재택근무로 인해 입을 근로자의 불이익도 적시하였다. 그러면서, 근로자들이 일과 가정의 양립을 위하여 재택근무에 관심을 가질 수 있다고 하여, 사용자가 일방적으로 근로자에게 재택근무를 명령할 수 있는 것은 아니라고 하였다.

정리하면 독일의 경우 사용자는 「영업법」 제106조에 따라 근로계약, 서면합의, 단체협약, 법률상의 규정의 범위 내에서 근로자에게 재택근무를 명할 수 있되, 이러한 재택근무명령은 일방적으로 할 수 있는 것이 아니라 그 재량의 범위 내에서 행사하여야 하고, 그 재량의 일탈 남용을 판단할 때에는 근로자의 사정을 고려해야 한다는 것으로 정리된다. 이는 앞서 근로계약의 변경을 초래하지 않는 경우, 근로장소에 대한 사용자의 인사처분의 문제를 권리남용의 문제로 접근해야 한다는 것과 매우 유사하다.

한편 독일의 「연방노동사회부령」[536] 제2조 제2항 제7호에 의하면 사업장에 대한 위험성 평가시 사업주는 반대할만한 운영상의 사유가 없는 경우 직원에게 자택에서 적절한 활동을 수행하도록 제안하고 있는지 여부를 살펴야 한다. 이러한 법률상의 규정은 자택근무에 대한 근거 규정으로 기능할 수 있는 것으로 사료된다.[537][538]

---

536) 「SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung(Corona-ArbSchV)」으로 2022년 10월 1일부터 시행되고 있는 것을 말한다.

537) 원문은 아래와 같다. 「SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV)」 "§ 2 Betriebliches Hygienekonzept (2) Bei der Gefährdungsbeurteilung hat der Arbeitgeber insbesondere die folgenden Maßnahmen zu prüfen: 6. das Angebot gegenüber Beschäftigten, geeignete Tätigkeiten in ihrer Wohnung auszuführen, wenn keine betriebsbedingten Gründe entgegenstehen.".

538) 박귀천 교수는 동 시행령에서 사용자는 사업장 내에서 근로자들의 대면접촉을 줄이기 위해 적절한 기술적, 조직적 조치들을 취할 의무가 있음을 규정하고 있어, 가능한 재택근무를 활용하는 방안이 그 대표적인 조치라면서, 이에 따

2. 독일의 「모바일 노동에 관한 법률안」

(1) 1차 초안의 경우

「모바일 노동에 관한 법률안」 1차 초안의 핵심 내용이라 할 수 있는 모바일 노동 청구권은 근로관계가 6개월 이상 지속된 근로자에게 인정되는 것이지, 사용자에게 모바일 노동을 지시할 권리를 부여하는 내용이 아니다.

(2) 최종안의 경우

「모바일 노동에 관한 법률안」 최종안 중 「영업법」 제111조 제2항에 의하면 사용자는 근로자와 모바일 노동의 시작, 기간, 범위 등에 대해 합의에 도달하기 위하여 논의를 해야 한다. 다만, 이러한 논의의무는 사용자와 근로자가 원만히 모바일 노동에 대하여 합의할 수 있도록 요청하는 장치에 불과할 뿐, 사용자가 근로자에게 모바일 노동을 강제할 수 있는 법적 근거는 아니다. 따라서 근로계약이나 단체협약 등에서 별도 정함이 없다면 사용자가 근로자에게 재택근무를 강제할 수 없는 것으로 해석된다.

3. EU 「Framework Agreement on Telework」[539]

EU의 「Framework Agreement on Telework」에서는 원격근무(telework)가 자발적 성격을 가지고 있다는 점을 강조한다. 그 핵심 내용

라 코로나-19 상황에서는 위 시행령에 근거하여 사용자의 재택근무 지시가 이루어지고 있다고 한다. 박귀천(2021), 앞의 보고서, 5면.

539) 「European Framework Agreement on Telework(2002)」를 말한다.

은 아래와 같다.

원격근무(telework)는 근로자와 사용자가 자발적으로 결정한다. 원격근무(telework)는 최초 직무기술서(initial job description)의 내용으로 요구될 수도 있고, 이후 자발적인 합의에 따라 실시될 수도 있다. 사용자는 이 경우 원격근무(telework)에 대한 서면 정보를 제공해야 한다. 만약, 원격근무(telework)가 최초 직무기술서에 포함되지 않은 경우, 사용자가 원격근무(telework)를 제안한다면 근로자는 이를 수락하거나 거부할 수 있다. 반대로 근로자가 원격근무(telework)를 제안하는 경우 사용자는 이를 수락하거나 거부할 수 있다. 원격근무(telework)로의 전환은 업무수행 방식만 변경하는 것이므로 재택근무자의 고용상태에는 영향을 미치지 않는다. 따라서 근로자가 원격근무(telework)를 거부하는 것은 근로관계를 종료하거나 해당 근로자의 근로조건을 변경할 수 있는 사유가 될 수 없다. 원격근무(telework)가 최초 직무기술서에 포함되지 않은 경우, 원격근무(telework)로의 전환은 개별 및/또는 단체협약에 따라 되돌릴 수 있다. 이는 근로자와 사용자의 요청에 따라 사용자의 사업장으로 복귀하는 것을 의미할 수 있다. 그 방식은 개별 및/또는 단체협약에 따라 설정된다.[540]

위 내용 중 주목해야 할 부분은 ① 원격근무(telework)의 실시의 근거를 당사자들의 자율, 근로계약에서 찾고 있다는 부분, ② 원격근무(telework)가 최초 직무기술서에 포함되지 않은 경우, 즉 원격근무를 전제로 채용이 된 것이 아니라면, 근로자가 사용자의 원격근무 지시를 거부하더라도 이는 해고, 징계, 그 밖의 근로조건의 변경 사유가 되지 못한다는 부분이다.

4. ILO 재택근무 보고서

---

540) 「European Framework Agreement on Telework(2002)」의 "3. VOLUNTARY CHARACTER" 부분을 요약한 것이다.

ILO의 재택근무 보고서에서는 사용자가 근로자에게 재택근무를 강제할 수 있는지 여부에 대해 직접 다루고 있지는 않다. 다만, 사용자의 근로자에 대한 재택근무 지시에 대해 여러 국가 사례를 제시하는데, 참고해볼 부분은 아래와 같다.

태국에서는 재택근무가 제시간에 완료되지 않을 것으로 보이는 경우, 재택근무자는 사용자에게 이를 알리고 기한 연장에 대한 동의를 구해야 한다. 사용자가 기한 연장에 동의하지 않고 사용자의 과실 없이 업무가 지연되어 손해를 입는 경우, 사용자는 근로자의 재택근무를 종료하고 다른 사람에게 업무를 배정할 권리가 있다. 이러한 조항은 당사자 중 어느 누구도 해지 책임이 있는 당사자에게 손해배상을 청구하는 것을 막지는 못한다. 또한, 재택근무는 재택근무자의 능력에 달려 있으며, 재택근무자가 사망하거나 과실 없이 배정된 업무를 계속 수행할 수 없는 경우에도 종료된다.[541] 러시아 연방에서는 근로계약에 명시된 사유 중 하나에 따라 사용자의 주도로 재택근무 계약을 해지할 수 있다. 이탈리아에서는 "스마트 워크" 계약이 고정 기간 또는 무기한으로 체결될 수 있다. 후자의 경우 30일 전에 통지하면 해지할 수 있다. 양 당사자는 정당한 사유가 있는 경우 합의된 기간 전에 또는 통지 없이 계약을 해지할 수 있다. 프랑스, 몰타, 폴란드 등 일부 유럽 국가에서는 근로자가 재택근무를 거부하거나 재택근무를 중단하기로 한 결정이 사용자의 근로계약 해지를 정당화할 수 있는 사유가 되지 않는다.[542] 태국에서는 임산부에게 그 성격상 근로자의 건강과 안전에 위협을 가할 수 있는 모든 유형의 재택근무를 실시하는 것은 금지되어 있다.[543]

541) ILO(2021), 앞의 보고서, 209면.
542) ILO(2021), 위의 보고서, 210면.
543) ILO(2021), 위의 보고서, 211면.

제5장 종합적 고찰

제1절 근로장소 변경청구권

Ⅰ. 근로장소 변경청구권의 한계

현행법상 도출되는 근로장소 변경청구권은 신의칙상 부수의무에 대한 이행청구권으로서 존재한다는 점에서 그 한계가 있다. 안전배려의무에 대한 이행청구권으로 인정되는 근로장소 변경요청권은, 이러한 요청권 행사가 받아들여지지 아니하였을 때 근로제공을 거부할 수 있다고 볼 수는 있으나, 법령상 특별한 규정이 없다면 사용자가 이를 따르도록 적극적으로 강제할 수는 없다. 즉, 근로제공을 거절하더라도 소극적으로 근로계약 위반을 구성하지 않는다는 정도의 의미가 있다.

한편, 합리적인 근로장소 제공의무에 대한 이행청구권으로 인정되는 근로장소 변경요청권은 그 사유가 더 넓게 인정될 수 있으나 견련성 문제로 인하여 이러한 요청권 행사가 받아들여지지 아니하였을 때 근로제공을 거부할 수는 없다는 한계가 있다. 즉, 근로자 입장에서는 사용자가 그 의무를 위반하여 손해가 발생하기를 기다려, 그 손해의 배상을 청구할 수 있을 뿐, 의무를 위반하였으나 아직 손해가 발생하기 이전이라면 근로자가 취할 수 있는 조치는 마땅하지 않다고 볼 수 있다.

Ⅱ. 근로장소 변경청구권의 실효성 확보

법률에서 명시하고 있지 않더라도 「헌법」의 근로권, 「민법」의 신의칙, 그리고 이에 따른 사용자의 안전배려의무 등에 근거하여 근로자에게 근로장소 변경청구권을 인정할 수 있음은 앞서 살펴본 바와 같다. 다만, 이러한 근로장소 변경청구권은 신의칙상 주의의무를 기반으로 하므

로, 실효적 권리보장에 있어서는 한계점이 있다.

이러한 한계점을 극복하고, 근로자에게 '일할 환경에 대한 권리'를 실질적으로 보장하기 위하여는 ① 근로장소 변경청구를 할 수 있는 사유를 법률에 명시하고, ② 근로자의 근로장소 변경청구권 행사에 사용자가 정당한 이유 없이 응하지 않았을 경우 근로자가 근로제공을 중단할 수 있도록 하거나, 사용자에 대한 공법적 제재가 가해지도록 할 필요가 있다. 이미 「남녀고용평등법」과 「근로기준법」에서는 '직장 내 성희롱', '직장 내 괴롭힘'이라는 사유가 인정될 때에는 근로자에게 근무장소 변경요청권이 있음을 명시하고 있고, 그 위반 시 과태료 등의 공법적 제재가 부과되도록 함으로써 그 실효성 확보를 도모하고 있다.

'일할 환경에 관한 권리', '건강하고 안전한 환경, 합리적인 환경에서 일할 권리'를 위협하는 요소에는 직장 내 성희롱, 직장 내 괴롭힘 이외에도 여러 사유가 존재할 수 있다는 점, 그동안 법률의 부재로 근로장소에 대한 근로자의 변경요청권은 없는 것으로 취급되어 왔다는 점 등을 감안하여 보았을 때 직장 내 성희롱·직장 내 괴롭힘 이외에 근로자의 생명, 건강, 안전 그리고 합리적인 근로제공을 저해할 수 있는 사유를 나열하고, 그 사유가 발생하였을 때 근로자에게 근로장소 변경청구권을 명시적으로 인정함으로써 근로자의 실질적인 권리 보장을 도모할 필요가 있을 것으로 생각된다.

특히, 직장 내 성희롱 조치의무 등 위반에 대한 시정 신청 제도는 근로장소에 대한 근로자 권리 보장을 실질화 할 수 있는 장치에 해당할 수 있는데, 직장 내 성희롱 이외에도 근로자의 생명, 신체, 건강 등에 위협을 가할 수 있는 사유는 얼마든지 있을 수 있다는 점에서, 직장 내 성희롱 이외의 사유에 대하여도 이러한 시정 신청 제도를 활용할 수 있도록 법 제도를 개선할 필요가 있다.

제2절 재택근무에 대한 권리

Ⅰ. 현행법상 재택근무 청구권의 인정 범위

재택근무 청구권은 근로장소 선택권의 일종이라 볼 수 있고,[544] 앞서 살펴본 바와 같이 사용자의 안전배려의무 또는 합리적 근로장소 제공의무에 대한 이행요청의 의미로서 인정될 수 있다. 예컨대, 회사에 화재가 발생하거나, 코로나-19가 퍼지고 있거나, 직장 내 성희롱 내지 괴롭힘 가해자와 함께 근무할 수밖에 없는 여건이거나 또는 기타 회사에서는 원활히 업무를 수행하기 어려운 경우, 근로자는 사용자에게 안전배려의무, 합리적 근로장소 제공의무의 이행을 요청하는 방법으로, 재택근무를 청구할 수 있다.

다만, 안전배려의무에 대한 이행요청권으로 인정되는 재택근무 청구권은 ① 그 인정될 수 있는 사유가 협소하고, ② 근로제공을 거부하더라도 근로계약을 위반되지 않는다는 소극적 의미만을 가지며, ③ 사용자가 휴업을 실시할 경우, 그로 인한 손해는 근로자가 부담할 수 밖에 없다는 점에서 한계가 있다. 합리적 근로장소 제공의무에 대한 이행요청권으로 인정되는 재택근무 청구권은 사용자에게 신의칙상 주의의무의 이행을 촉구하는 정도의 의미를 가질 뿐이라는 한계가 있다.

Ⅱ. 재택근무 청구권의 명시와 확장의 필요성

기술의 발달과 산업구조의 변화로 인하여 근로장소의 유연화에 대한 요구는 커지고 있다. 3차·4차 산업의 비중 증대, 플랫폼 경제 내지 긱이코노미의 발달로 인해 비대면 거래, 비대면 업무처리가 늘어날 것으로

544) 앞서 살펴본 바와 같이 본 연구에서는 재택근무를 자택 또는 근로자가 선택한 장소에서 근무를 하는 것이라 보아 폭넓은 개념으로 이해한다. 일시적인 경우, 영구적인 경우 모두 포함하고, 정보통신기술을 활용하는 경우, 활용하지 않는 경우를 모두 포함한다. 따라서 근로자에 대한 재택근무 청구권의 인정가능성을 살펴보고 그 제도화를 논의하는 것은 근로자의 원격근무 청구권, 모바일 노동 청구권을 모두 포괄한다고 볼 수 있다.

예상된다. 특히, 이번 코로나-19 범유행으로 인하여, ① 노동현장에서 재택근무 내지 원격근무 도입이 상당히 이루어지고 있고, ② 노동현장 이외에도 교육현장, 의료 등에서도 원격 교육, 원격 의료 등이 시도되고 있는 바, 사회적 문화적으로도 비대면 업무처리방식이 매우 익숙한 것으로 자리 잡아 나가고 있다. 이러한 사회 현상의 변화에 발맞춰 재택근무 청구권의 사유, 행사의 효과, 실효성 보장의 방법 등에 대해 법률로 구체화하는 것이 바람직해 보인다.

고용노동부가 발표한 '재택근무 활용실태 설문조사'에 의하면, 기업 인사담당자 대상 조사 결과 재택근무로 인해 업무효율이 높아졌다는 응답이 '매우 그렇다'와 '그런 편이다'를 포함해 66.7%로 나타난 반면, 그렇지 않다는 응답은 33.3%에 불과했다. 근로자 대상 설문조사 결과를 살펴보면 재택근무를 활용한 경험이 있는 근로자들은 재택근무에 대해 '대체로 만족' 60.5%, '매우 만족'이 30.8%로 전체 활용 근로자의 91.3%가 재택근무에 만족하는 것으로 나타났다.[545] 이와 같이 재택근무는 그 활용에 따라 노사 모두 만족할 수 있는 제도가 될 수 있다.

이에 대하여 김기선 교수는 "디지털화는 일하는 사람이 원하는 경우 언제 어디서든 업무를 수행하는 것이 가능하게 함으로써 '유비쿼터스 노동'이 실현될 수 있도록 하는 긍정적인 측면을 가지는 한편, 근로시간의 경계를 무너뜨릴 위험성 등 부정적인 측면도 내포하고 있다. 이와 관련하여 전자에 대하여는 근로장소 및 근로시간의 결정과 관련한 근로자의 권리를 보장함으로써 원격근로와 같은 유연한 노동을 촉진하고 원격근로의 법률관계를 명확히 하는 규율이 필요한 한편, 후자에 대하여는 근로시간의 개념을 재검토하는 것뿐만 아니라 일간 최소휴식시간(최소 11시간이어야 하는 것은 아니다)이나 연락이 금지되는 일정 시간대를 설정하는 방식 등으로 '연락받지 않을 권리'를 보장하는 방안을 검토할 필요가 있다."고 분석하고 있다.[546]

---

545) 고용노동부, 「재택근무 활용실태 설문조사 결과」 발표 보도자료, 2020. 9, 4면, 6면.

546) 김기선(2016), 앞의 글, 30면.

권혁 교수도 “당초 근로장소가 자택으로 정해질 수 있는 경우란, 좀처럼 상상할 수 없는 것이었기에, 재택근로의 법제화는 처음부터 관심 밖의 것이었다. 하지만 포스트 코로나시대에는 다르다. 재택근로에 대한 규율체계를 새롭게 구축해야 하고, 원격근로에 대한 노동법적 보호방식을 모색하는 것은 시급한 과제가 되었다. 그렇다면 근로시간에 관한 지배나 제어에 한계가 나타나게 된다. 그동안 전통적 의미의 노동을 전제로 하여 구축된 노동관련법제도의 대폭적인 보완이 불가피해 보인다.” 보인다며, 제도화 필요성에 대해 언급하고 있다.[547]

다만, 재택근무의 경우, ‘근로장소’만이 문제되는 것이 아니라 ‘근로시간’, ‘업무의 지시와 감독’, ‘근로자의 사생활에 대한 침해’가 종합적으로 문제가 되므로, 어느 범위에서 어떻게 재택근무 청구권을 사용자 또는 근로자에게 인정할 것인지에 대해서는 학술적 연구와 더불어 사회적 논의와 타협이 필요해 보인다.

특히, 근로자에 의한 재택근무의 실시는 ‘근로장소’ 뿐만 아니라 ‘근로시간’과 관련하여서도 여러 법적 쟁점을 낳는다. 현행 「근로기준법」 제58조에서는 “① 근로자가 출장이나 그 밖의 사유로 근로시간의 전부 또는 일부를 사업장 밖에서 근로하여 근로시간을 산정하기 어려운 경우에는 소정근로시간을 근로한 것으로 본다. 다만, 그 업무를 수행하기 위하여 통상적으로 소정근로시간을 초과하여 근로할 필요가 있는 경우에는 그 업무의 수행에 통상 필요한 시간을 근로한 것으로 본다. ② 제1항 단서에도 불구하고 그 업무에 관하여 근로자대표와의 서면 합의를 한 경우에는 그 합의에서 정하는 시간을 그 업무의 수행에 통상 필요한 시간으로 본다.”고 하여 ‘사업장 밖 간주근로시간제’를 제도화하고 있다.

‘사업장 밖 간주근로시간제’는 근로의 장소적 측면에서 보면 소속 사업장에서 장소적으로 이탈하여 자신의 본래 소속 사업장의 근로시간 관리로부터 벗어나 있는 상황을 의미하고, 근로수행의 형태적 측면에서는 사용자의 근로시간 관리조직으로부터 구체적인 지휘·감독을 받지 않고 근로를 수행하는 것을 말한다.[548] 고용노동부는 ‘사업장 밖 간주근로시간

547) 권혁(2020), 앞의 글, 203면.

제’를 활용 가능한 업무나 직종의 예시로 ‘영업직, A/S 업무, 출장 업무, 택시운송업, 재택근무’ 등을 제시하고 있다.[549] 원격근무와 관련하여서도 고용노동부는 원격근무제를 “근로자가 근로시간의 전부 또는 일부를 회사가 제공하는 통상의 사무실이 아닌 장소에서 정보통신기기를 이용하여 근무하는 형태”라 하면서, 원격근무제를 ① 위성 사무실형 원격근무(주거지, 출장지 등과 가까운 원격근무용 사무실에 출근해서 근무하는 형태), ② 이동형 원격근무(사무실이 아닌 장소에서 모바일 기기를 이용하여 장소적 제약 없이 근무하는 형태)로 구분하고, ‘② 이동형 원격근무’에 대하여는 ‘사업장 밖 간주근로시간제’를 적용 가능하다고 설명한다.[550]

재택근무 실시에도 불구하고, 사용자가 근로시간을 측정하고, 관련 업무 지시를 구체적으로 지시, 감독할 수 있다면, 재택근무 실시와 관련하여 장소적 측면만 고려하면 되겠지만, 사용자가 근로자의 근로시간을 관리하기 어려워지고, 구체적인 지휘, 감독도 하기 어려워진다면 재택근무 실시와 관련하여 근로수행의 행태적 측면도 고려할 필요가 있으며, 경우에 따라 ‘사업장 밖 간주근로시간제’와 병행할 필요도 있을 것으로 보인다. 따라서 근로자에게 어떠한 형태의 재택근무 청구권을 인정할 것인지 여부를 고려하고 판단함에 있어, 단순히 재택근무 청구권을 명시하는 것만으로는 부족하고, 재택근무 실시의 방법, 내용, 범위, 다른 근로조건과의 관계 등에 대해서도 사회적 합의를 통해 제도화 하는 것이 필요할 것으로 생각된다.

Ⅲ. 재택근무에 대한 권리의 제도화 방향

1. 재택근무 청구권 도입 전제로서의 직무 적합성

548) 고용노동부, 「유연근로시간제 가이드」, 2018, 63면.
549) 고용노동부, 「유연근로시간제 가이드」, 2018, 62면.
550) 고용노동부, 「궁금함이 쏙쏙 풀리는 유연근무제 Q&A」, 2017, 54면.

재택근무 청구권의 도입 필요성이 인정된다고 하더라도, 모든 직무에 대하여 재택근무 청구권을 폭넓게 인정하는 것은 타당하지 않다. 건설업, 제조업, 요식업 등과 같이 특정한 장소와 그에 따른 설비를 전제로 근로제공이 이루어지는 경우가 있기 때문이다. 일반적으로 생산직 근로자의 경우 재택근무와 친하지 않다고 할 것이나, 사무직 근로자의 경우 상대적으로 재택근무와 가깝다고 볼 수 있다. 서비스직 근로자의 경우, 해당 서비스의 내용에 따라 재택근무와의 관계성이 달라진다. 예컨대 채팅상담 업무를 수행하는 서비스직 근로자의 경우 재택근무와 가깝다고 볼 수 있으나, 식당에서 서빙 업무를 수행하는 근로자의 경우 재택근무와는 멀다고 볼 수 있다.

직무와 관계없이 모든 근로자에 대하여 재택근무 청구권을 폭넓게 인정하는 경우, 기업의 운영, 근로자의 직무 수행이 불가능하거나 어려워질 수 있다. 이 경우, 사용자(기업)의 영업의 자유를 지나치게 제한하여 침해하는 결과까지 초래할 수 있다. 따라서 근로장소에 대한 근로자의 근로권을 강화하면서도 동시에 사용자(기업)의 영업의 자유와의 조화를 모색하기 위해서는, 그 성질상 재택근무를 시행하여도 근로제공에 큰 무리가 없는 직무에 대하여 재택근무 청구권을 명시하고 도입할 필요가 있다.

즉, 재택근무 청구권의 도입의 전제요건은 '직무의 적합성'이라 볼 수 있다. 6개월 이상 근로관계가 지속된 근로자에게 연간 최대 24일의 모바일 노동 청구권을 인정하는 독일의 「모바일 노동에 관한 법률안」 1차 초안의 「영업법」 제111조 제2항 제3문에서도 "근로계약에 따라 수행해야 하는 업무가 모바일 노동에 적합하지 않거나 운영상의 이유로 모바일 노동이 불가능한 경우에는 해당 권리가 존재하지 않는다."고 하여, 모바일 노동이 불가능하거나 업무의 내용상 적합하지 않은 경우에는 근로자의 모바일 노동 청구권을 부정한다. 2023년 현재 독일 정부의 정책 방향을 제시하고 있는 독일사민당(SPD), 녹색당(Grüne)과 자민당(FDP) 사이에 2021. 11. 24. 체결한 연정협약에서도 "적합한 직무에 종사하는 근로자에게는 모바일 노동(mobiles Arbeiten)과 재택근무(HomeOffice)에 대

해 논의할 권리가 주어진다.”고 하여,[551] 모바일 노동에 대한 논의권에 대해서도 그 범위가 ‘직무 적합성’이 있는 경우로 제한된다고 정하고 있다.

직무의 적합성에 대한 기준을 설정하는 방법으로, 근로자파견 사업 대상 업무와 유사하게 사전에 법령에서 재택근무 청구권을 인정할 수 있는 업무를 정하는 방법을 고려해볼 수 있다.[552] 예컨대, “근로자의 재택근무 청구권은 제조업의 직접생산공정업무를 제외하고 업무의 성질 등을 고려하여 적합하다고 판단되는 업무로서 시행령에서 열거된 업무에서 인정될 수 있다”와 같이 정하는 방법을 생각해볼 수 있다. 직무의 적합성에 대한 기준을 사전에 설정하지 아니하고 단순히 “적합한 직무에 종사하는 근로자에게는 재택근무 청구권이 인정된다.”와 같이 정할 수도 있다. 입법기술상으로는 후자가 매우 간편하지만, 근로자의 재택근무 청구권을 실질화 하는 것에는 장해가 될 수 있다. 근로자와 사용자 사이에 직무 적합성에 대한 의견이 상충될 경우, 후자에 의하면 그 최종적인 판단은 법원 판결에 따를 수밖에 없는데, 법원의 판결을 받기 위한 시간과 비용을 고려하면, 현실적으로는 개별 사용자의 판단에 구속되어 사용자가 허락한 범위 내에서 근로자가 재택근무 청구권을 행사할 수 있게 되는 결과가 초래될 수 있다.

2. 근로계약 체결 시 명시

---

551) 「Mehr Fortschritt wagen Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkei」 Koalitionsvertrag 2021 - 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP), 69면.

552) 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」 제5조 제1항은 “근로자파견사업은 제조업의 직접생산공정업무를 제외하고 전문지식·기술·경험 또는 업무의 성질 등을 고려하여 적합하다고 판단되는 업무로서 대통령령으로 정하는 업무를 대상으로 한다.”고 정하고 있고, 동법 시행령 제2조 제1항 및 [별표 1]에서는 구체적인 파견 대상 업무를 열거하고 있다.

현행 「근로기준법」 제17조, 「기간제법」 제17조는 근로장소(취업의 장소)를 근로계약 체결 시 명시 또는 서면명시 대상으로 정하고 있는데, 단순히 근로장소(취업의 장소)를 (서면)명시하도록 하는 것에 그칠 것이 아니라, 재택근무 내지 원격근무의 시행여부, 시행 시 그 방법이나 내용에 대해서도 명시하도록 할 필요가 있다.

「근로기준법」 제17조, 「기간제법」 제17조의 입법목적이 "경제적으로 우월한 지위에 있는 사용자가 근로조건을 구체적으로 명시하지 않거나 확정적 근로조건을 제시하지 않음으로 근로자에게 불리하거나 부당한 근로를 강요할 위험"을 방지하기 위한 것에 있다는 점을 감안하면,[553] 비교적 최근에 보편화 되었고, 그 실시에 대한 법리에 대해 여러 오해와 이견이 있는 재택근무에 대하여는 보다 더 (서면)명시 필요성이 인정된다고 할 수 있다.

관련하여 EU의 「Framework Agreement on Telework」에서는 원격근무는 최초 직무기술서(initial job description)의 내용으로 요구될 수도 있고, 이후 자발적인 합의에 따라 실시될 수도 있다는 점, 사용자는 원격근무에 대한 서면 정보를 제공해야 한다는 점, 원격근무가 최초 직무기술서에 포함되지 않은 경우, 사용자가 원격근무를 제안한다면 근로자는 이를 수락하거나 거부할 수 있다는 점, 반대로 근로자가 원격근무를 제안하는 경우 사용자는 이를 수락하거나 거부할 수 있다는 점에 대해 정하고 있다.[554] 원격근무를 최초 직무기술서에 반드시 기재해야 한다는 것은 아니지만, 원격근무에 대해 당사자들의 합의를 중요시 하고 이끌어 낸다는 점에서 참고할 가치가 있다.

코로나-19 범유행 이후 재택근무가 활성화 되면서, 채용 시의 근무조건으로 재택근무에 대한 구체적인 내용을 제시하는 사례도 점차 나타나고 있다. 특히, 온라인 채팅상담원과 같이 컴퓨터, 인터넷만 있다면 업무를 수행하는 것에 큰 지장이 없는 경우에 재택근무를 조건으로 채용하는

---

553) 헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2004헌바77 결정.

554) 「European Framework Agreement on Telework」의 "3. VOLUNTARY CHARACTER" 부분.

경우가 상당히 많이 발견된다. 취업포털 잡코리아에서 2023. 4. 28. 검색하여 발견된 예시는 아래와 같다.

① 에어비엔비 한국어 상담사원 채용. - 근무장소: 재택근무가능 or 유베이스 부천 DREAM센터. - 기타: 2주 센터교육 + 입사후 4주 센터근무(필수), 추후 평가에 따라 재택근무 전환 가능 - 개인별 업무 숙지 상황에 따라 재택근무 전환기간을 다를 수 있음. ② Adobe 기술상담원 채용. - 근무장소: 서울 서초구 효령로304 국제전자센터. - 기타: 최소 2개월 이후 성과에 따라 재택근무 가능. ③ 해외 유명 의류브랜드 상담사 채용. - 근무장소: 서울 구로구 새말로 97 센터포인트웨스트빌딩 24층. - 기타: 근태 및 업무 적응도 성과에 따라 최소 1달 이후부터 재택근무 선택 가능 (추후 재택근무시에도 한달에 일주일씩은 오피스근무 도입 예정). ④ 쿠팡 판매자대상 채팅/게시판/전화 단순상담원 채용. - 자격요건: 재택근무 및 필요시 예외적 센터출근 가능자 (재택근무시 단독 공간 + 인터넷회선 + PC세팅 가능한 테이블 필수). - 기타: 교육5일 + 센터근무 2주 후 재택 투입. 센터 근무기간은 변경될 수 있으며, 상황에 따라 재택근무 중 센터 출근 가능성 있음.

3. 재택근무 협의권과 재택근무 청구권의 도입

(1) 재택근무 협의권

일과 가정의 양립, 근로자의 근로권 보호의 측면에서 뿐만 아니라 디지털 기술을 활용한 비용의 축소 등을 고려하면 기업 입장에서도 반드시

재택근무의 시행이 불리하다거나 불필요하다고 보기는 어렵다. 실제 원격근무의 개념도 1970년대 고유가 시대 교통혼잡에 따른 비용축소의 방안 중 하나로 언급되고 논의되기 시작한 것이다. 따라서 재택근무가 사용자나 근로자 어느 일방에게 불리한 것이라는 전제 하에서 재택근무의 제도화 대해 논의하는 것은 바람직하지 않다.

현재 주로 문제가 되고 있는 것은 재택근무 실시에 대한 불확실성이다. 사용자와 근로자가 근로계약에 재택근무 실시에 관한 사항을 정했으면 그에 따르면 되겠지만, 만약 근로계약에 아무런 정함이 없을 경우, 재택근무에 대한 불확실성이 높아지게 된다. 이러한 불확실성은 잠재적인 사용자와 근로자의 분쟁 요소가 되는데, 이러한 분쟁 요소를 사전에 제거하기 위한 방안으로 근로자에게 재택근무 협의권을 부여하는 것을 고려해볼 필요가 있다. 사용자가 근로자의 결정에 구속되어 재택근무를 실시해야 하는 것은 아니지만, 재택근무 거부사유에 대해 통보하도록 하자는 것이다. 근로자가 사용자에게 재택근무를 강제할 권리는 없지만, 적어도 절차적으로 그 거부사유를 통보하도록 하여, 재택근무를 대화와 논의의 장으로 끌고 온다는 점에서 큰 의미가 있다.

모든 근로자에게 재택근무 청구권을 전면적으로 도입하는 것은 다소 부담스럽다고 하더라도, 재택근무에 대한 협의권을 도입하는 것은 재택근무에 대한 최종적인 결정권을 어느 일방에게 부여하는 것은 아니므로, 그 가능성을 폭넓게 고려해볼 필요가 있다. 앞서 살펴본 독일의 기민·기사당 연합(CDU/CSU)과 사민당(SPD)이 지난 2018년 3월 12일 체결한 연정협약, 「모바일 노동에 관한 법률안」 최종안, 사민당(SPD), 녹색당(Grüne)과 자민당(FDP) 사이에 2021. 11. 24. 체결한 연정협약에서도 '근로자가 사용자로부터 모바일 노동에 대한 거부 사유를 통보 받을 수 있는 권리', '모바일 노동에 대한 사용자의 논의의무', '근로자의 모바일 노동과 재택근무에 대해 논의할 권리'를 직접적으로 인정하고 있다. 연정협약은 정치적 구속력만 있을 뿐 법적 구속력은 없고, 「모바일 노동에 관한 법률안」 최종안은 입법되지 않았다는 점에서, 아직 독일에서 재택근무에 대한 사용자의 논의의무 내지 근로자의 재택근무 논의권이 인정된

것은 아니다. 다만, 사민당(SPD), 녹색당(Grüne)과 자민당(FDP) 사이에 2021. 11. 24. 체결한 연정협약의 경우 2023년 현재 독일 정부의 공식적인 정책 방향이라 볼 수 있으므로, 향후 위와 같은 사용자의 논의의무 내지 근로자의 논의권이 입법될 가능성이 높다.

(2) 재택근무 청구권

① 근로자에게 임신, 출신, 육아 기타 이에 준하는 사유가 있을 때, 또는 ② 사용자가 근로자에게 합리적인 근로장소를 제공하기 어려운 경우, 근로자에게 일정시간 내지 일정기간 이상의 재택근무 청구권을 인정하는 것을 적극 고려해볼 필요가 있다. 전자의 경우 일 가정의 양립은 물론, 실질적인 경력 단절의 해소, 평등권 보장 등에 기여할 수 있고, 후자의 경우 장소 제공의 어려움은 사용자의 사유에 기인하는 것이므로, 그에 따른 불이익은 사용자가 부담하는 것이 자기책임의 원칙에 부합하기 때문이다. 앞서 살펴본 바와 같이 ILO의 재택근무 보고서에서 제시한 임산부 등에게 원격근무 청구권을 인정하는 리투아니아 사례는 좋은 참고가 될 수 있다.[555]

4. 재택근무 실시와 근로자성 판단

앞서 살펴본 바와 같이 근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부, 소위 근로자성을 판단함에 있어 '사용자가 근무장소를 정하고 근로자가 이에 구속을 받는지 여부'는 중요한 판단 요소 중 하나에 해당한다.[556] 근로의 제공 방법, 시간, 장소에 관하여 근로자가 사용자로부터 어떠한 지시, 명령을 받는지 여부는 인적 종속성을 판단하는 데 있어 중요한 요소에 해당하기 때문이다.[557]

---

555) ILO(2021), 앞의 보고서, 211면.
556) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다44276 판결.
557) 오윤식(2022), 앞의 글, 225면.

따라서 근무장소에 중요한 변동을 초래하는 '재택근무'의 실시가 '근로자성' 판단에 어떠한 영향을 끼치는지 여부에 대해 살펴볼 필요가 있다. 관련하여 최근 선고된 서울행정법원 판결을 주목할 필요가 있다.[558]

동 판결 사안에서 법원은 재택근무로 하루 4-5시간 근무를 한 프리랜서들도 사용자의 상당한 지휘, 감독을 받았다면 근로자로 보아야 한다고 판시하였다. 여기서 문제된 프리랜서들은 사용자와 '프리랜서 도급업무계약서'를 체결한 모니터링 요원으로 콘텐츠 운영, 배너 관리, PC 지원, 고객센터 등에 대한 모니터링 업무를 수행한 자들이다. '근무장소'와 관련하여 위 '프리랜서 도급업무계약서'에서는 근무장소를 "모니터링 요원이 원하는 장소"로 정하고 있었다. 다만, 사용자는 모니터링 요원 채용 공고에서 근무장소를 "재택근무(지정된 장소에서만 근무 가능)"이라 명시하였고, 사용자가 프리랜서들에게 배부한 '모니터링 가이드'에서는 주의사항으로 "해외 IP 접속, PC의 잦은 IP 변경 접속은 불가하오니 반드시 지정된 장소에서 업무 진행바랍니다"라고 기재하였으며, 참고사항으로 "모니터링을 하다가 갑자기 컴퓨터가 꺼지고 부팅이 안 될 경우, 먼저 관리자에게 상황을 공유하여 자택 내 여분의 PC를 이용하는 등 업무를 지속할 수 있는 해결방안을 찾아야 한다."고 기재하고 있었다. 법원은 위와 같은 점을 고려하여 비록 '프리랜서 도급업무계약서'에서 근무장소를 '모니터링 요원이 원하는 장소'라 정하고 있다고 하더라도, 실질적으로는 자택 등 한정된 장소에서의 업무수행이 요구되었으므로, "모니터링 요원들의 근무장소 선택에는 현저한 제약이 있었다."고 보고, 이를 근로자성의 표지 중 하나로 인정하였다.

위 사안에서는 근로계약상 근무장소에 대한 선택권이 형식적으로는 모니터링 요원에게 부여되었지만, 실질적으로는 사용자에 의하여 특정한 장소(자택 포함)에서 근무를 할 수 밖에 없었는데, 법원은 형식이 아닌 실질을 우선하여, 모니터링 요원이 계약에도 불구하고 현실적으로는 근무장소를 선택할 수 없었으므로, 근무장소를 사용자가 지정한 것과 다름없다고 보아, 모니터링 요원의 근로자성을 인정하였다. 결국 법원은 근로

558) 서울행정법원 2022. 11. 17. 선고 2021구합72352 판결.

자의 근로장소 선택권이 실질적으로 인정되면 인정될수록, 근로자로 인정될 가능성을 낮게 판단하는 것으로 보인다.

근로자의 장소주권은 근로장소에 대해 근로자가 스스로 선택하고, 결정할 권리를 말하므로,[559] 근로자의 장소주권이 인정되면 인정될수록 근로자로 인정될 가능성은 줄어들게 되는 셈이다. 근로자의 권리 보장을 위해 장소주권을 강화하는 작업이 자칫하면 현재 법원의 근로자성 판단기준에 따라 근로자성 탈락으로 이어질 수 있다. 근로자성이 탈락되는 경우 근로조건 법정주의 등에 의한 근로자에 대한 보호가 이루어질 수 없다. 재택근무 관점에서 보면, 근로자의 일, 가정의 양립 등을 이해 근로자에게 재택근무 청구권을 보장하는 것이 도리어 근로자로 인정될 가능성을 낮추어, 「근로기준법」 등에 의한 보호에서 탈락시키는 기제로 악용될 여지가 있다. 따라서 근로자의 장소주권의 보장, 재택근무 청구권 보장에 맞춰 근로자성 판단기준도 일정한 변화가 필요하다. 적어도 법상 또는 계약상 인정되는 재택근무 청구권을 근로자가 사용한 사실은 '근로자성' 판단에 영향을 미치는 요소가 되어서는 아니 될 것으로 생각된다.

제3절 본 연구의 의의 및 한계

그동안 근로장소는 근로조건으로 취급되어 왔음에도 불구하고, 근로장소에 대한 권리는 사용자의 고유의 인사권의 내용 또는 원칙적으로 인사권에 속하는 사항으로서 근로자에게는 권리가 인정되지 않는 것으로 인식되어 왔다. 대법원 판례뿐만 아니라 최근 발간된 고용노동부의 재택근무 종합 매뉴얼을 보면 이러한 해석의 경향을 명확히 확인할 수 있다.

그 결과 근로장소가 근로자의 삶의 터전에 해당함에도 불구하고, 사용자의 지시에 따라 일방적으로 결정되고 근로자는 이를 감내하고 받아들여야 하는 것으로 취급되어 왔다. 특히 실무상으로는 근로장소를 포괄

559) Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 「Weissbuch Arbeiten 4.0」, 2016, 203면. 최희선·신진욱(2022), 앞의 글, 148면. 박귀천·권오성(2020), 앞의 글, 645면.

적으로 기재하는 경우가 많은데, 그 결과 근로장소에 대한 사용자의 권리는 매우 폭넓게 인정되는 반면, 근로자의 근로장소에 대한 주권은 형해화 되어 있다.

그런데 「헌법」에서는 근로권을 인정하고 있고, 그 근로권에는 일할 환경에 관한 권리가 포함된다. 이러한 일할 환경에 대한 권리는 건강한 작업환경, 일에 대한 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리가 포함된다. 따라서 근로장소와 관련하여서는 적어도 '건강하고 안전하며 합리적인 근로장소에서 일할 권리'는 근로권의 하나로 근로자에게 인정될 수 있다.

근로장소를 어떻게 결정할 것인지의 문제는 사용자의 영업의 자유와 근로자의 근로권이 충돌하는 문제로, 만약 양 당사자 사이에 근로계약을 통하여 의사의 합치가 있다면 그에 따르면 될 것이다. 그러나 의사의 합치가 없는 경우 근로장소의 결정과 변경은 사용자의 영업의 자유로서의 기본권과 근로자의 근로권이라는 기본권을 어떻게 조화롭게 해석할 것인지의 문제로 접근할 필요가 있다.

사용자에 의한 근로장소 변경문제에 대해 대법원과 고용노동부는 경영권을 근거로 사용자에게 선험적으로 경영권에 근거한 전직명령권이 있다고 보면서, 사용자에게 상당한 재량을 인정한다. 사용자에 의한 근로장소 변경은 전직의 일종으로 「근로기준법」 제23조 제1항의 정당성 판단의 대상이 된다. 그런데 판례는 전직에 정당한 이유를 요구하는 「근로기준법」 제23조의 규정에도 불구하고, 전직의 유무효를 사용자의 권리남용의 문제로 접근한다. 그 결과 입증책임의 전환이 초래된다. 근로장소에 대한 사용자의 명령권은 경영권이 아니라 근로계약에 따라 비로소 발생하는 것이므로, 사용자에게 선험적인 권리가 있다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 상당한 재량이 있다고 단정할 수 없다. 따라서 경영권을 이유로 「근로기준법」 제23조의 적용을 배제하는 것은 타당하지 않다. 사용자의 근로장소 변경이 근로계약의 범위 내라면 이는 「근로기준법」 제23조의 정당성 판단의 문제로, 만약 근로계약 범위 밖이라면 이는 근로계약 위반과 사정변경원칙의 적용가능성 문제로 접근하는 것이 타당하다.

근로장소에 대한 근로권은 근로장소 변경요청권 또는 근로장소 선택권의 형태로 발현될 수 있다. 이러한 근로장소 변경요청권 내지 근로장소 선택권은 근로계약에 수반되는 신의칙상 부수의무로 존재하는 사용자의 안전배려의무에 대한 이행청구로서 인정된다. 「남녀고용평등법」, 「근로기준법」에서는 명시적으로 직장 내 성희롱, 직장 내 괴롭힘 발생 시 근로자에게 근무장소에 대한 변경요청 등을 할 수 있는 권리를 법상 권리로 인정하고 있다.

재택근무 청구권도 근로자가 선택한 특정한 장소인 자택 등에서 근로할 것을 청구한다는 것이므로, 근로장소에 대한 선택권의 일종이다. 고용노동부는 재택근무 실시는 사용자, 근로자의 자율에 맡겨져 있다고 보면서, 재택근무 청구권은 근로자의 법적 권리가 아니라고 보고 있다. 그런데 사용자의 안전배려의무 등은 근로계약에 수반되는 신의칙상 부수의무로 인정되고, 안전배려의무 등의 이행의 방법은 근로장소를 변경하는 것도 포함되므로, 근로자는 사용자에게 근로장소 변경요청을 하거나 근로장소 선택을 하는 방법으로 사용자에게 안전배려의무 등의 이행을 청구할 수 있다. 재택근무 청구도 이러한 안전배려의무 등에 대한 이행청구로서 인정될 수 있으므로, 근로자의 권리에 해당한다.

해외에서도 재택근무, 원격근무, 모바일 노동에 대한 논의가 점차 활발해지고 있다. 전통적 의미에서의 가내근로는 일시적으로 집에서 일하는 것을 포함하지 않는다. ILO 가내근로 협약(제177호)에서도 이러한 의미의 가내근로에 대해 규율하고 있다. 그런데, 이러한 협소한 개념으로서의 가내근로는 디지털 기술의 발달, 코로나-19 범유행이 촉발한 재택근무 활성화 현상에 대해 설명하지 못하고 규율하지 못한다. 이에 ILO에서도 지난 2021년 재택근무에 대한 보고서를 통해, 산업적인 가사근로, 원격근무, 재택기반 플랫폼 노동을 모두 포함하는 포괄적인 개념의 재택근무를 논의의 대상으로 두고, 관련 제도의 현재와 미래에 대해 분석하고 있다. 한편, 원격근무는 1970년대 고유가 시대, 미국에서 교통혼잡에 대한 비용을 줄이기 위한 방안 중의 하나로 정보통신기술을 활용한 통근의 제거, 감소 차원에서 주로 논의되기 시작했다. 이러한 원격근무는 재택근

무, 모바일근무, 가상공간에서의 근무로 점차 진화되고 있다. 한편, 모바일 노동은 주로 독일에서 다루어지고 있는 개념으로 원격근무와 그 개념이 유사하다.

독일의 「모바일 노동에 관한 법률안」 1차 초안에서는 6개월 이상 근로한 근로자에게 연간 최대 24일의 모바일 노동 청구권을 인정하였다. 이러한 모바일 노동 청구권은 독일 연방총리청 등의 반대로 폐기되었지만, 상당히 진보적이고 획기적인 시도였음은 분명하다. 독일의 「모바일 노동에 관한 법률안」 최종안, 독일의 노동 4.0 백서, 사민당(SPD), 녹색당(Grüne)과 자민당(FDP)의 2021. 11. 24.자 연정협약에서는 근로자에게 모바일 노동과 재택근무에 대해 논의할 권리를 인정하고, 사용자에게는 논의의무를 부과하고 있다. 「모바일 노동에 관한 법률안」 최종안이 아직 입법되지 않았으나, 독일의 노동 4.0백서와 사민당(SPD), 녹색당(Grüne)과 자민당(FDP)의 2021. 11. 24.자 연정협약은 독일 정부의 정책방향의 기초가 된다는 점에서 향후 이러한 권리와 의무는 입법화 될 가능성이 높다.

기술의 발달과 산업구조의 변화로 인하여 근로장소의 유연화에 대한 요구는 커지고 있는 반면, 「헌법」상 근로권에 기하여 재택근무 청구권이 인정된다고 하더라도, 이는 신의칙을 통해 발현되므로, 그 권리의 실효성과 영향은 다소 제한적이다. 이에 재택근무 청구권의 제도화에 대해서도 본격적으로 논의할 필요가 있다. 직무와 관계없이 모든 근로자에 대하여 재택근무 청구권을 폭넓게 인정하는 경우, 직무 수행이 불가능하거나 어려워질 수 있다. 이 경우, 사용자(기업)의 영업의 자유를 지나치게 제한하여 침해하는 결과까지 초래할 수 있다. 따라서 근로장소에 대한 근로자의 근로권을 강화하면서도 동시에 사용자(기업)의 영업의 자유와의 조화를 모색하기 위해서는, 그 성질상 재택근무를 시행하여도 근로제공에 큰 무리가 없는 직무에 대하여 재택근무 청구권을 명시하고 도입할 필요가 있다. 아울러, 현행법에서와 같이 단순히 근로장소(취업의 장소)를 (서면)명시하도록 하는 것에 그칠 것이 아니라, 재택근무 내지 원격근무의 시행여부, 시행 시 그 방법이나 내용에 대해서도 명시하도록

할 필요가 있다. 모든 근로자에게 재택근무 청구권을 전면적으로 도입하는 것은 다소 부담스럽다고 하더라도, 재택근무에 대한 협의권을 도입하는 것은 재택근무에 대한 최종적인 결정권을 어느 일방에게 부여하는 것은 아니므로, 그 가능성을 폭넓게 고려해볼 필요가 있으며, 근로자에게 임신, 출신, 육아 기타 이에 준하는 사유가 있을 때, 또는 사용자가 합리적인 근로장소를 제공하기 어려운 경우, 근로자에게 일정기간 이상의 재택근무 청구권을 인정하는 것을 적극 고려해볼 필요가 있다.

본 연구는 헌법상 근로권에 대한 해석을 근거로 근로장소에 대한 권리가 근로자에게도 있음을 밝히고자 논의를 전개하였다. 헌법상 근로권이 일할 환경에 대한 권리를 포함하고, 이러한 일할 환경에 대한 권리에는 건강하고 안전한 그리고 합리적인 근로장소를 요구할 권리가 포함된다. 이러한 권리는 신의칙을 통하여 근로관계에 적용되는데, 사용자 입장에서는 안전배려의무(안전제공의무) 등의 인정으로, 근로자에게는 근로장소에 대한 변경요청권 내지 선택권으로 나타난다. 본 연구는 이러한 과정을 살펴보면서, 근로자에게 근로장소에 대한 변경요청권, 선택권이 존재한다는 점에 대해 논증하였다.

더 이상 근로장소는 회사의 본사, 공장으로 국한되지 않는다. 특히 재택근무제는 전방위적으로 확산되고 있다. 재택근무는 근로자에게 일과 가정의 양립을 도모할 수 있는 장치가 될 수 있는 반면, 근로자의 사생활을 침해할 가능성도 내포하고 있다. 사용자 또는 근로자에게 재택근무 청구권을 어떻게 어느 범위에 인정할 것인지 여부는 우리가 풀어야 할 매우 중요한 과제다. 대다수의 연구는 근로장소에 대한 근로자의 주권 강화를 위해 재택근무 청구권 도입이 필요하다고 한다. 그러나 현재 근로자에게 근로장소에 대한 어떠한 주권이 인정되는 지 살펴본 연구는 거의 찾아볼 수 없다. 기본적으로 근로장소에 대한 권리는 사용자에게 있다는 전제 하에 특별한 사회적 보호 필요성을 근거로 근로자에게도 제한적인 범위 내에서 재택근무 청구권을 인정하자는 견해도 발견된다.

없는 권리를 강화하고 보장하자는 주장은 입법론적으로는 유의미하지만, 해석론적으로는 오히려 권리 보장에 장해가 될 수 있다. 현행법의 해

석상 그러한 권리가 없음을 각인시켜주기 때문이다. 근로장소에 대한 근로자 주권 강화의 출발은 '입법'에 있는 것이 아니라 근로장소에 대한 근로자의 권리를 법 해석과 논증을 통해 밝혀내고 인정하는 것에 있다. 현행법상 인정되는 권리의 내용과 범위를 파악하고 그 한계를 확인하여야, 어떠한 방향으로 입법이 필요한 것인지 가늠할 수 있다.

본 연구는 헌법상 근로권을 근거로, 근로자에게 근로장소에 대한 권리가 있음을 분명히 하고, 일정한 범위에서는 근로장소 변경요청권, 근로장소선택권(재택근무 청구권)이 인정될 수 있다는 점에 대해 논증하였다. 이는 형해화 되어 왔던 근로장소에 대한 근로자의 권리를 살려내는 작업이자 시도에 해당한다. 아울러 본 연구는 재택근무 청구권에 대한 해외 입법 동향을 자세히 살펴보면서, 국내에서 재택근무 청구권의 도입 필요성과 그 방향에 대해 제시하였다. 본 연구는 향후 국내에서 재택근무제를 제도화 하는 과정에서 주요한 참고자료가 될 수 있으리라 생각된다.

위와 같이 본 연구는 근로장소에 대한 근로자의 권리를 법 해석과 논증을 통해 밝혀내었다는 점, 해외 입법 동향을 자세히 살펴보면서, 재택근무 청구권 등의 도입 필요성과 그 방향에 대해 제시하였다는 점에서 의의가 있으나, 입법론과 관련하여 재택근무 내지 근로장소에 대한 근로자의 권리를 실질적으로 보장할 수 있는 구체적 방안에 대해서는 자세히 다루지 못하고 있다는 점에서 그 한계가 있다. 이는 후속 연구를 통하여 보충하여야 할 것으로 보인다. 아울러, 본 연구에서는 재택근무 실시가 근로자성과 결부되어 문제된 판결 사안, 채용정보 사이트 등에서 검색되는 관련 사례 등을 다루고 있으나, 재택근무 실시와 관련한 실제 노사분쟁에 대해서는 자세히 다루고 있지 않다는 점에서 그 한계가 있다고 볼 수 있다. 다만, 재택근무 실시와 관련한 노사 분쟁은 비교적 최근에 문제되고 있으므로, 관련 사례 연구는 일정 시간이 지난 뒤 후속 연구 과제로 다룰 수 있을 것으로 생각된다.

참고문헌

<국내문헌>

-단행본 / 보고서-

강일신, 「실제적 조화 원칙에 관한 연구 - 기본권충돌 해결을 중심으로 -」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2019.

고용노동부, 「근로기준법 질의회시집」, 2003

고용노동부, 「기간제법 업무매뉴얼」, 2011.

고용노동부, 「ILO 주요협약」, 2012.

고용노동부, 「일·가정 양립 실태조사(2017년)」, 2017.

고용노동부, 「궁금함이 쏙쏙 풀리는 유연근무제 Q&A」, 2017.

고용노동부, 「유연근로시간제 가이드」, 2018.

고용노동부, 「직장 내 괴롭힘 판단 및 예방·대응 매뉴얼」, 2019.

고용노동부, 「직장 내 괴롭힘 판단 및 예방·대응 매뉴얼」, 2020.

고용노동부, 「성공적인 재택근무 도입을 위한 길잡이 재택근무 종합 매뉴얼」, 2020.

고용노동부, 「산재예방정책과 질의회신(2007.~2020.7월)」, 2020.

고용노동부, 「재택근무 활용실태 설문조사 결과」 발표 보도자료, 2020.

고용노동부, 「2022년 재택근무 활용 우수사례집」, 2023.

노동법실무연구회, 「근로기준법 주해 Ⅰ (제2판)」, 박영사, 2020.

김석관 외 9인, 「원격경제의 부상과 새로운 혁신 전략의 모색」, 과학기술정책연구원, 2021.

김태홍 외 5인, 「근무유형별 근로실태에 관한 조사 및 분석 연구」, 고용노동부(연구수행기관: 한국여성정책연구원), 2010.

김형배, 「노동법(제20판)」, 박영사, 2011.

김형배, 「새로 쓴 노동법」, 박영사, 2016.

남궁준 외 4인, 「재택근무제에 관한 해외 입법·정책 사례 연구」, 국회입법조사처(연구수행기관: 한국노동연구원), 2021.

박귀천, 「텔레워크 관련 글로벌 법제 동향 분석 - 독일 -」, 한국법제연구원, 2021.

서울대학교 과학교육연구소, 「한국표준과학연구원 과학 탐방 지도자료」, 2005..

송덕수, 「민법총칙」, 박영사, 2011.

송안미 외 4인, 「재택근무 근로자 보호를 위한 법제 방안 - 국제비교를 중심으로-」, 안전보건공단 산업안전보건연구원, 2022.

이승현, 「독일의 재택근무 관련 법률관계 및 입법적 대응 현황」, 「국제노동브리프」 2020년 12월호, 한국노동연구원, 2020.

이영희, 「노동법」, 법문사, 2001.

임서정, 「근로계약법에 관한 연구」, 한국노동연구원, 2013, 21면.

임종률, 「노동법」(제13판), 박영사, 2015.

정종섭, 「헌법학원론(제7판)」, 박영사, 2012.

정형옥 외 2인, 「경기도 여성 재택근무 실태와 과제」, 경기도여성가족재단, 2021.

지원림, 「민법강의」 제6판, 홍문사, 2008.

이철수, 「노동법」, 현암사, 2023.

한승완, 「독일 총선의 의미와 신정부의 대외관계 전망」, 「전략보고」 제151호, 국가안보전략연구원, 2021.

한국표준과학연구원, 「국제단위계(제9판)」, 2019.

-학위논문-

문무기, “전직의 법리”, 서울대학교 박사학위 논문, 2000.

문준혁, “직장 내 괴롭힘에 대한 노동법적 검토”, 서울대학교 석사학위논문, 2015.

방준식, “사용자 지시권에 관한 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 2006.

-학술논문-

강선희·정진우, “사내하도급근로자에 대한 도급사업주의 안전배려의무와 산안법상 안전보호조치의무”, 「고려법학」 제64호, 고려대학교 법학연구원, 2012.

강선희, “인사평가와 노동위원회 구제·시정신청대상 - 근로기준법의 ‘그 밖의 징벌’과 남녀고용평등법상 시정신청대상을 중심으로-”, 「노동법포럼」 제35호, 노동법이론실무학회, 2022.

강희원, “노동법의 역사적 전개”, 「노동법학」 제7호, 한국노동법학회, 1997, 152면.

권건보, “직업의 자유에 관한 헌법재판소 판례의 주요 법리 분석”, 「아주법학」 제12권 제2호, 아주대학교 법학연구소, 2018.

권창영, “노동가처분에 관한 최근 동향”, 「노동법학」 제51호, 한국노동법학회, 2014.

권혁, “노동의 디지털화에 따른 일하는 방식의 변화와 노동법의 미래 - 재택근로의 제도화를 중심으로 -”, 「노동법논총」 제50집, 한국비교노동법학회, 2020.

김교숙, “근로자의 건강권”, 「노동법논총」 제19집, 한국비교노동법학회, 2010.

김기선, “디지털화와 노동: 디지털시대 노동의 과제”, 「노동정책연구」

제16권 제4호, 한국노동연구원, 2016.

김민정, “직장 내 성희롱 피해재 보호 강화에 관한 연구”, 「이화젠더법학」 제7권 제3호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2015.

김승남, “재택근무는 주거입지 선택에 있어 고용입지에 대한 종속성을 약화시키는가? - 수도권의 정보화직종 종사자를 대상으로 한 실증연구 -”, 「지역연구」 제30권 제1호, 한국지역학회, 2014.

김승남·주종웅, “원격근무의 정의, 현황, 그리고 전망”, 「정보화정책」 제21권 제2호, 한국정보화진흥원, 2014.

김영경, “직장 내 성희롱 피해와 사용자책임”, 「홍익법학」 제19권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2018.

김재형, “계약의 해제·해지, 위험부담, 사정변경에 관한 민법개정안”,「서울대학교 법학」제55권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2014.

김한철 외 5인, “FDM을 활용한 차세대 u-Biz로서의 Meta-Biz 주요 유형 선정”, 한국경영정보학회 정기 학술대회, 2008.

김홍영, “취업규칙 관련 법리의 문제점과 대안 -근로자위원회의 사업장 협정 도입 모색-”, 「노동법연구」 제42호, 서울대노동법연구회, 2017.

김화진, “주주와 경영진의 이상한 권력투쟁”, 「서울대학교 법학」 제50권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2009.

김홍준, “전직의 정당성”, 「노동법연구」 제3호, 서울대학교 노동법연구회, 1993.

노상헌, “산업안전보건법상 작업중지권”, 「노동법포럼」 제16호, 노동법이론실무학회, 2015.

노상헌, “근로계약과 사적 자치의 재검토”, 「노동법포럼」 제29호, 노동법이론실무학회, 2020.

노상헌, “재택근무의 법적 쟁점”, 「경희법학」 제56권 제3호, 경희법학연구소, 2021.

노호창, “헌법상 근로권의 내용과 성격에 대한 재해석”,「노동법연구」제

30호, 서울대노동법연구회, 2011.

문준혁, “기업의 영업의 자유와 근로자의 일반적 행동자유권의 충돌”, 「노동법학」 제68호, 한국노동법학회, 2018.

민대숙, “직장 내 성희롱 개념의 확장과 실효성 강화에 대한 소고”, 「이화젠더법학」 제4권 제2호, 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2012.

박귀천, “독일 노동법상 근로조건 결정시스템 - 취업규칙으로부터 사업장협정으로-”, 「노동법연구」 제41호, 서울대노동법연구회, 2016.

박귀천·권오성, “포스트 코로나 시대의 노동법제 개선과제”, 「이화여자대학교 법학논집」 제25권 제2호 통권 72호, 2020.

박승록·최두열, “대기업 투자의 적하효과 분석”, 「한국경제연구」제29권 제4호, 2011.

박은정, “출장명령의 정당성과 한계”, 「노동법학」 제58호, 한국노동법학회, 2016.

박인환, “소유권 행사와 권리남용의 요건”,「일감법학」제21호, 건국대학교 법학연구소, 2012.

박제성, “플랫폼 노동 혹은 크라우드 워크”, 「국제노동브리프」 제14권 제8호, 한국노동연구원, 2016.

박제성, “관할권 또는 법을 말할 수 있는 권한 – 경영권의 법적 근거에 대한 비판적 검토와 사회정의의 교의적 가치에 관하여 –”, 「시민과 세계」 제30호, 참여사회연구소, 2017.

서광민, “채권법상의 보호의무”, 「서강법학」제3권, 서강대 법학연구소, 1999.

서봉석, “한국과 독일의 권리개념 비교”, 「홍익법학」 제20권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2019.

송덕수, “사정변경의 원칙에 관한 현안의 정리 및 검토”,「법학논집」제

23권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2018.

송민경, “판례의 규범력에 관한 연구”, 「저스티스」 통권 제167호, 한국법학원, 2018.

신권철, “사업장 내 정신건강문제의 법적 고찰”, 「노동법연구」 제43호, 서울대노동법연구회, 2017.

신권철, “노동법에 있어 경영권의 비판적 고찰”, 「노동법학」 제63호, 한국노동법학회, 2017.

심상규, “중소기업의 대기업 매출비율과 수익성 간의 관계”, 「중소기업연구」, 제33권 4호, 2011.

심재진, “직장 내 괴롭힘에 대한 구제의 확대방안 소고”, 「노동법학」 제68호, 한국노동법학회, 2018.

양승광, “헌법상 근로권 체계의 재구성 - 헌법 제32조 제2항 및 제3항의 재발견 -”, 「노동법연구」제44호, 서울대학교 노동법연구회, 2018.

오상호, “노동 4.0 백서의 후속 입법 동향과 법·정책 과제 - 고용분야를 중심으로 -”, 「노동법학」 제82호, 한국노동법학회, 2022.

오윤식, “근로조건 법정주의와 근로자성 판단”, 「서울대학교 법학」 제63권 제3호, 2022.

우태식, “노동법의 생성과 발전과정에 대한 고찰”, 「법학연구」 제21권 제3호, 한국법학회, 2021.

이다혜, “재택근무에 대한 법적 규율 — ILO 및 EU 국제기준에 비추어 본 국내 정책의 검토 —”, 「노동법학」 제79호, 한국노동법학회, 2021.

이민열, “경영권은 기본권이 될 수 있는가”, 「헌법학연구」 제23권 제2호, 한국헌법학회, 2017.

이상익, “전직의 정당한 이유”, 「노동법포럼」 제35호, 노동법이론실무학회, 2022.

이석환, 황기원, “장소와 장소성의 다의적 개념에 관한 연구”, 「국토계획」 제32호 제5권, 대한국토·도시계획학회, 1997.

이철수, “경영권이라는 신화를 넘어”, 「서울대학교 법학」 제62권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2021.

임공수, “단체협약위반에 대한 권리구제”, 「노동법포럼」 제11호, 노동법이론실무학회, 2013.

장두영, “임시의 지위를 정하기 위한 가처분에 있어서 보전의 필요성에 관한 실무적 고찰”, 「민사집행법연구」 제12권, 한국민사집행법학회, 2016.

전형배, “안전배려의무의 내용과 과제”, 「노동법학」 제55호, 2015.

정재욱·김종현, “기간제 근로계약의 해지에 관한 소고 -근로자의 사직과 민법 제661조의 부득이한 사유를 중심으로-”, 「노동법연구」 제50호, 서울대노동법연구회, 2021.

정진우, “외국에서의 작업거절권에 관한 법리와 그 시사점”, 「노동법포럼」 제8호, 노동법이론실무학회, 2012.

조성혜, “디지털플랫폼 노동 종사자의 근로자성 여부”, 「노동법학」 제64호, 한국노동법학회, 2017.

조재현, “헌법개정과 자유권적 기본권”, 「법학연구」 제29권 제3호, 충남대학교 법학연구소, 2018.

정영진, “신의칙상의 부수적 주의의무에 관한 연구”, 「국제법무」 제4집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2012.

최민수, “제3자에 의한 부동산임차권침해와 임차권에 기한 방해배제청구권”, 「법학논총」 제40권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2016.

최석환, “징계로서의 전직과 정당성 판단구조”, 「노동법논총」, 한국비교노동법학회, 2022.

최희선·신진욱, “노동시간 유연화와 시간주권의 정치: 독일 ‘근로시간계좌제’의 사례”, 「한국사회정책」 제29권 제3호, 2022.

한인상, “근로권의 의의와 주요 입법과제”,「노동법연구」 제36호, 서울대 노동법연구회, 2014.

홍운선·윤용석, “낙수효과의 개념과 실제에 관한 연구”, 「중소기업금융연구」 통권 350호, 신용보증기금, 2018.

-기타-

고용노동부 서울강남고용노동지청 기업지원과 2007. 8. 8.자 답변.

국립국어원, 「표준국어대사전(https://stdict.korean.go.kr)」.

「기간제법 제정안」에 대한 2004. 11.자 국회 환경노동위원회 검토보고서.

「기간제법 제정안」에 대한 2006. 11.자 국회 환경노동위원회 심사보고서.

「기간제법 제정안」에 대한 2006. 11. 30.자 국회 본회의 회의록.

「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률 일부개정법률안 (권미혁의원 대표발의, 의안번호 제2001767호)」에 대한 2016. 11.자 국회 환경노동위원회 검토보고서.

도재형, “구조조정에 대항하는 쟁의행위의 정당성”, 「노동법률」 148호, 중앙경제사, 2003.

문화체육관광부 국립국어원, 「온라인가나다」.

성중탁, “근로자에 대한 배치전환명령과 그 한계”, 법률신문, 2005.

최은배, “정부의 노사자율 파괴정책 ‘인사경영권 보호 논리는 허구다!’”, 「노동법률」, 2016.

통계청, 「2019년 8월 경제활동인구조사 근로형태별 부가조사 결과」, 2019.

통계청, 「2022년 8월 경제활동인구조사 근로형태별 부가조사 결과」, 2022.

<해외문헌>

-법령 및 보고서-

독일의 Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 「Weissbuch Arbeiten 4.0」, 2016. 11.

독일의 「Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung mobiler Arbeit; EMAG」.

독일의 「EinneuerAufbruchfürEuropa, Eine neueDynamik fürDeutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land」, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 2018.

독일의 「Gewerbeordnung」.

독일의 「Mehr Fortschritt wagen Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkei」 Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP).

독일의 「Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales. Entwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit. (Mobile Arbeit Gesetz – MAG)」.

독일의 「SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV)」.

EU의 「European Framework Agreement on Telework」, 2002.

ILO의 「Working from home: from invisibility to decent work」, 2021.

-학술논문 및 기타-

Daniel Benkert, “Arbeitsrechtliche Aspekte einer Tätigkeit im

Home-Office", NJW-Spezial, 2019.

Gastbeitrag von Dr. Michael Winkelmüller und Ira Gallasch, "Der Streit ums Recht auf Homeoffice", Legal Tribune Online, 2020. 10. 12.

Jack M. Nilles, And Others, "Telecommunications-transportation tradeoffs", University of Southern California, 1974.

Jack M. Nilles, "Traffic Reduction by Telecommuting: A Status Review and Selected Bibliography." 「Transportation Research Part A: Policy and Practice」 Vol.22 (4), Oxford: Elsevier B.V, 1988.

Jon C. Messenger·Lutz Gschwind, "Three generations of Telework: New ICTs and the (R)evolution from Home Office to Virtual Office", 「New technology, work, and employment」, Vol.31 (3), HOBOKEN: Blackwell Publishing Ltd, 2016.

Purificación López-Igual·Paula Rodríguez-Modroño, "Who is teleworking and where from? Exploring the main determinants of telework in Europe", 「Sustainability (Basel, Switzerland)」 Vol.12 (21), Basel: MDPI AG, 2020.

Matti Vartiainen, "Telework and Remote Work", Oxford Research Encyclopedia of Psychology, 2021.

Nathalie Polkowski, "Bill Mobile Work Act – MAG halted – what is next?", Deloitte.

Neal Stephenson, 「Snow Crash」, 1992.

Pratt, Joanne H., "Home teleworking: A study of its pioneers", 「Technological forecasting & social change」 Vol.25 (1), Elsevier Inc, 1984.

Pratt, Joanne H., "Asking the Right Questions About Telecommuting: Avoiding Pitfalls in Surveying Homebased work.",

「Transportation」 Vol.27 (1), Dordrecht, 2000.

Susan L. Handy·Patricia L. Mokhtarian, “Planning for Telecommuting Measurement and Policy Issues”, 「Journal of the American Planning Association」 Vol.61 (1), 1995.

Abstract

A Study on the Place of Work

- Focused on 'Work from Home' -

JEONG Jae Wook

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

Due to the COVID-19 pandemic, many companies have implemented or considering implementing work from home, telecommuting and telework. There is a debate as to whether workers have the legal right to request work from home or telework.

The Ministry of Employment and Labor interprets that workers do not have the right to request work from home. The Supreme Court also denies the right of workers to the place of work. The Supreme Court considers that the place of work is within the scope of the employer's authority and does not regard it as a matter of dispute between the employer's management right and the worker's right to work. The Supreme Court approaches this issue as an abuse of rights by employers under the premise that the right to the place of work resides with the employer.

However, Article 32 of the Constitution guarantees the right to work, including the right to a safe and reasonable workplace.

Therefore, it is not reasonable to regard that workers have no rights regarding their place of work.

Until now, the rights of workers regarding the place of work have been disregarded. Under the factory system of the past, employers provided the place of work, making it challenging for workers to establish the concept of choosing their place of work.

In the digital age, the concept of a workplace has expanded beyond the traditional factory setting to include various locations such as workers' homes, coffee shops, and co-working spaces. The rise of digital technology and the COVID-19 pandemic has accelerated the trend of working from home or teleworking, which presents us with many challenges.

One of the crucial issues in the modern workplace is whether to acknowledge the rights of workers regarding work from home, telework, and mobile work. The unofficial draft of the "Mobile Work Act (Mobile Arbeit Gesetz)" in Germany initially recognized the right of workers with more than 6 months of work experience to request up to 24 days of mobile work per year, but it was eventually rejected due to opposition from the German Chancellery (Bundeskanzleramt). However, the German Labor 4.0 White Paper (Weissbuch Arbeiten 4.0), the coalition agreement of the Social Democratic Party (SPD), the Greens (Grüne), and the Free Democratic Party (FDP) on November 24, 2021 (Koalitionsvertrag 2021-2025), and the official draft of the "Mobile Work Act (Mobile Arbeit Gesetz)" recognize the right of workers to engage in discussions about mobile work. Employers are obligated to participate in discussions about mobile work or telework, but workers do not have the right to compel employers to allow mobile work or telework. Nonetheless, it is a significant step forward that workers can bring employers into the

conversation about mobile work or telework.

Previous studies have mainly focused on the implementation of workers' rights to request work from home or telework, rather than on analyzing workers' rights to the place of work.

This study aims to examine whether workers can be granted the right to the place of work based on the constitutional right to work, and to analyze the content and scope of such a right. By doing so, this study aims to revive workers' rights to the place of work, which have been largely overlooked. This study is expected to be a significant reference material in the process of institutionalizing home from work or telwork in the future domestic context.

keywords : place of work, right to work, work from home, telework, remote work, mobile work, home work, right to work from home, right to mobile work

Student Number : 2017-37784