

산재유족 특별채용 조항의 적법성*

권 오 성**

국문초록

산재유족 특별채용 조항은 사용자의 채용의 자유에 대한 무제한적 제한을 내용으로 담고 있는 것이 아니라 사용자에게 특별히 책임을 지을 수 있는 사안인 업무상 사망의 제한적 상황에 대하여 사용자 스스로 피재근로자의 유족을 특별채용하기로 약속한 것이다. 산재유족 특별채용 조항은 그 도입배경이나 내용에 비추어 볼 때, 사용자의 채용의 자유를 박탈하거나 제3자의 구직에 관한 기대이익을 박탈하기 위한 것이 아니라, 업무상 재해로 사망한 근로자의 유족의 소득을 보장하기 위한 것이다. 따라서 단체협약으로 근로기준법상 사용자의 재해보상책임을 보충하는 법정 외 보상방법을 규정한 것으로 평가되어야 할 것이다.

주제어: 단체협약, 특별채용, 채용의 자유, 채용의 공정, 사회질서

* 이 논문은 2018년도 성신여자대학교 학술연구조성비 지원에 의하여 연구되었음.
** 성신여자대학교 법과대학 교수

목 차

- I. 서설
- II. 산재유족 특별채용을 내용으로 한 단체협약 조항과 공서양속
- III. 산재유족 특별채용 조항과 채용의 자유
- IV. 산재유족 특별채용에 관한 단체협약 조항의 유효성
- V. 결론

I. 서설

소위 ‘단체협약상 특별채용 조항’은 사용자가 근로자를 채용할 때 노동조합이 추천하는 자 등을 특별채용하는 취지의 조항을 의미하는 말로 사용되고 있다. 우리나라의 경우, 종래 일부 공기업이나 대형 사업장에서 기업복지의 일환으로 업무상 재해로 인한 사망자, 정년퇴직자, 장기근속자의 자녀 또는 피부양가족에 대한 특별채용 등 다양한 형태의 특별채용 조항을 두는 경우가 다수 있었다. 그런데, 근래 청년의 실업률이 증가하고 동시에 취업자의 근로조건의 양극화가 심화됨으로 인하여 구직자들의 공기업 및 대형 사업장 선호도가 높아짐에 따라 단체협약상 특별채용 조항을 ‘고용세습’ 또는 ‘현대판 음서제도’ 등의 표현으로 비판하는 여론이 형성되었다.

이러한 사회적 배경에서, 업무상 재해로 사망한 조합원의 유족이 단체협약상 유족 특별채용 조항에 근거하여 회사에 채용의 의사표시를 할 것을 구하는 소를 제기한 사건에서 유족 특별채용에 관한 단체협약 조항의 사법상 효력이 다투어지고 있다. 이러한 산재유족 특별채용 조항의 사법상 효력에 관하여는 민법과 노동법의 두 영역에 걸쳐 ① 단체협약의 효력과 관련하여 산재유족 특별채용 조항을 어떻게 이해할 것인지(규범적 부분인지 아니면 채무적 부분인지), ② 위 ①의 각 경우에 있어 개별적인

강행법규가 아니라 일반조항인 민법 제103조에 근거하여 산재유족 특별채용 조항의 사법상 효력을 부정하는 것이 가능한지, ③ 위 ②와 관련하여 민법 제103조에 근거한 산재유족 특별채용 조항에 대한 규범통제가 가능하다면 산재유족 특별채용 조항의 공서양속 위반 여부를 판단함에 있어 고려되어야 할 가치는 무엇인지 등 다양한 법적 쟁점이 문제된다.

한편, 위 ③과 관련하여서는 (i) 기업 스스로 ‘채용의 자유’를 제한하거나 포기하는 것이 허용되지 않는지(‘채용의 자유’가 포기할 수 없는 기본권에 해당하는지) 및 산재유족 특별채용 조항 자체가 채용의 자유를 행한 결과는 아닌지, (ii) 특정 기업에 취업하고자 하는 일반 국민의 기대를 공서(公序)로 볼 수 있는지 등이 검토되어야 할 것이고, 나아가 (iii) 장시간 근로와 높은 실업률이 동시에 문제 되는 모순적 상황이 상정하는 우리나라 고용시장의 기능적 결손에서 발생하는 일자리 문제의 해결은 기본적으로 국가의 책무임에도 일자리 문제를 이유로 집단적 자치의 결과물인 단체협약의 효력을 부정하는 것이 합리적인지도 검토되어야 할 것이다. 또한, (iv) 산재유족을 특별채용하는 것이 업무상 재해로 인한 사망으로 인한 ‘부양공동체의 소득상실’라는 사회적 위험의 해결에 적합한 방식으로 볼 수는 없는지에 관한 검토가 필요하다.

II. 산재유족 특별채용을 내용으로 한 단체협약 조항과 공서양속

1. 산재유족 특별채용 단체협약 조항의 법률관계

산재유족 특별채용 조항은 단체협약의 내용으로 규정된 것인바, 단체협약의 내용을 ① 규범적 부분(제도적 부분 포함)과 ② 채무적 부분으로 나누는 경우, 산재유족 특별채용 조항의 법적 성격을 어떻게 이해할 것인지 문제된다. 국가법질서에 의한 단체협약의 내용통제와 관련하여 단체협약의 내용을 규범적 부분과 채무적 부분을 달리 보아야 할 필요가 있다는 점에

서 산재유족 특별채용 조항의 법적 성격의 확인은 중요한 문제라고 할 것이다.

이와 관련하여 가능한 두 가지 접근은 ① 산재유족 특별채용 조항은 업무상 재해에 대한 보상에 관한 기업 내 제도를 설정한 것이고, 따라서 단체협약의 제도적 부분(규범적 부분)으로 보는 이해와 ② 산재유족 특별채용 조항은 업무상 재해로 사망한 조합원의 유족이라는 제3자를 수익자로 하여 사용자와 노동조합이 체결한 제3자를 위한 계약의 성격을 갖는 것으로 단체협약의 채무적 부분에 해당한다는 이해가 가능할 것으로 생각합니다.

생각건대, 유족의 채용은 광의로 보면 유족을 둔 근로자의 근로조건으로 평가할 수 있어 단체협약의 규범적 부분에 해당한다는 견해도 일리가 없다고 할 수는 없을 것이다. 그러나 산재유족 특별채용 조항의 법적 성질은 특별채용의 대상자가 조합원이 아닌 제3자인 ‘업무상 재해로 사망한 조합원의 유족’이라는 점에서 사용자와 노동조합이 단체협약이라는 방식으로 업무상 재해로 사망한 조합원의 유족을 위하여 체결한 ‘제3자를 위한 계약’의 성격을 갖는다고 이해하는 것이 합리적이라고 생각한다. 다만, 산재유족 특별채용 조항은 개별 사인 간에 체결된 제3자를 위한 계약이 아니라 노사 당사자들이 단체교섭을 통하여 그 내용을 교섭하고 단체협약의 내용으로 편입한 것이라는 점에서 단체협약의 채무적 부분에 해당할 것이다.

다만, 어느 견해를 취하건 유족의 채용청구권은 보장되어야 할 것이다. 즉, 규범적 부분이라면 근로자 내지 근로자의 유족이 단체협약에 기하여 곧바로 채용청구권이 보장되는 것이고, 채무적 부분이라면 제3자를 위한 계약에 대한 승낙의 의사표시를 함으로써 채용청구권이 보장될 것이다. 한편 산재유족 제소는 그 자체로 승낙의 의사표시로 이해할 수 있을 것이다.

2. 민법 제103조에 근거한 단체협약의 내용통제의 문제점

국가법은 일반적으로 자치법규인 단체협약보다 우위에 있지만 개별적이고 구체적인 상황에 따라 이러한 일반적인 원칙을 그대로 적용하는 것이 적절하지 않은 경우가 있다.

단체협약의 ‘채무적 부분’은 사용자와 노동조합이 권리와 의무를 교환하는 계약적 요소가 강한 부분이다. 단체협약은 단체교섭이라는 동태적 과정을 거쳐 협약의 내용이 결정되는바, 이러한 과정에서 단체협약의 개별 조항은 다른 조항들과 완전히 독립된 조항이라기보다는 단체협약 과정에서 단체협약의 다른 조항들과의 유기적 관계에서 포괄적으로 합의된 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 단체협약의 특정 조항이 ‘불공평’하다고 하여 이를 무효라고 한다면, 무효로 된 조항의 반대급부로 단체협약에 포함된 조항(들) 간의 대응관계 내지 균형이 무너질 수 있으며, 이는 단체교섭권을 헌법상 기본권으로 규정하여 집단적 노사자치를 헌법적 가치로 수용한 현행 헌법 질서와 조응하기 어려울 것이다. 따라서, 일반 사법상의 계약이 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’를 위반하는가는 일단 당사자 사이의 권리·의무의 구조가 사회적으로 수용될 수 있는 정도를 초월하는 경우에 인정되는 것이고, 당사자가 아닌 일반인의 관점에서 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’를 위반했는지 여부는 차원이 다른 문제라고 할 것이다.¹⁾ 이러한 관점에서 보면, 집단적 규범 계약의 성질을 갖는 단체협약이 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’를 위반하였는지 여부는 협약체결 당사자 사이의 권리·의무 구조가 사회통념상의 합리성을 넘었는가를 기준으로 평가되어야 할 것이다.

그런데 집단법상 대립하는 당사자가 채무적 부분에 합의하여 단체협약을 체결하였다는 사정은 그만큼 위법성의 소지를 줄이고 있는 것이라고 평가해야 할 것이며, 따라서 단체협약은 일종의 계약으로서 당사자가 합

1) 김영문, “협약자율의 한계: 노동조합과 사용자는 실정법을 넘어서는 합의를 할 수 있는가?”, 『월간 노동법률』 2016년 5월호, (주)중앙경제, 73면.

의하는 한 그 내용상의 정당성과는 별개로 일응 정당한 것으로 평가하여야 할 것이다.²⁾ 이는 종래 판례의 입장이기도 하다. 지금까지 판례에서 단체협약을 무효로 판단한 선례들을 보면 모두 명백히 강행법규에 위반한 사안이었다.³⁾ 반면에 명백한 강행법규 위반이 아닌 사안에서 오로지 선량한 풍속 기타 사회질서 위반을 이유로 단체협약을 무효라고 판단한 판결은 찾아보기 어려우며,⁴⁾ 오히려 선량한 풍속 사회질서 위반을 부정하여 단체협약을 유효로 판단한 판결례는 다수 존재한다.⁵⁾

한편, 단체협약을 구체적·개별적인 강행법규가 아니라 일반조항인 민법 제103조의 공서양속 위반으로 판단한 선례로 볼 여지가 있는 사건으로는 위법한 쟁의행위로 인한 손해배상을 청구한 사건에서 이러한 소 제기가 원고가 속한 금속산업사용자협의회와 피고들이 소속된 전국금속노동조합 사이에 산별단체협약에 포함된 부제소특약에 위반하여 부적법하다는 피고들의 본안선항변에 대하여 “금속산별협약에 포함된 부제소합의에 반하지 않거나, 설령 반하는 부분이 있다 하더라도 그러한 부제소합의 부분은 합의 당시에 예상할 수 없는 상황에 관한 것으로서 원고의 처분할 수 없는 재판청구권을 침해한 합의에 해당하여 무효”라고 판시한 대전고등법원 2015. 12. 17. 선고 2013나1790 판결⁶⁾ 정도를 들 수 있을 것이다. 그러나 이 판결조치 우선적으로는 부제소합의의 범위에 대한 사실인정 측면에서 위법한 쟁의행위로 인한 손해배상소송에 대한 부제소합의라고 볼 수 없다고 판단하였으므로 강행법규 위반이나 민법 제103조 위반 무효를 정

2) 김영문, 위의 글, 74면.

3) 남녀의 정년을 차별하거나, 통상임금에 산입되어야 할 수당을 통상임금에서 배제하거나 근로기준법이 정한 방식에 반하는 중간퇴직정산 합의 등을 들 수 있습니다.

4) 조용만, “근로조건의 불이익변경에 관한 협약자치의 한계”, 『노동법연구』 제32호, 서울대학교 노동법연구회, 2012, 126면.

5) 집단농성 중의 행위에 대하여 근로자들을 면책하기로 하는 합의를 유효하다고 한 사안(대법원 92다14786 판결), 구조조정 과정에서 희망퇴직자에게 신입사원 채용시 우선권을 주기로 하는 단체협약을 유효하다고 한 사안[부산고법(창원) 2016나22786 판결 등] 등.

6) 대법원 2016다4693호로 상고심 계속 중입니다.

면으로 판단한 것으로는 볼 수 없고, 또한 가정적인 무효 판단에서도 헌법이나 법원조직법이 규정하는 재판청구권을 침해하였음을 이유로 하고 있고, 민법 제103조나 선량한 풍속 기타 사회질서라는 용어를 전혀 사용하고 있지 아니하여 강행법규 위반으로 무효라는 취지로 이해할 수 있을 것이다.

그런데, 민법 제103조의 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’의 개념은 본질적으로 윤리적 요소를 그 요건으로 하는 제한된 개념이므로, 이를 무리하게 확장하는 것은 타당하지 아닐 것이다. 나아가, 우리 민법은 제2조에서 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙을 선언하고 있으며, 이는 사권(私權)은 공공복리에 적합하게 행사하여야 한다는 원칙을 내포하고 있으므로, 공공복리의 실현은 민법 제2조에 의하여야 하고, 또 이로써 충분하다고 할 것이다. 양자의 차이는 법률효과의 측면에서 민법 제103조는 단체협약의 특정 조항 자체의 사법상 효과를 무효화하는 것이고, 민법 제2조는 권리 자체는 상실되지 않음을 전제로(단체협약 자체의 사법상 효력 자체는 문제 삼지 않고) 구체적인 상황에서의 권리행사의 효력만을 부정하는 것인바, ‘집단적 자치규범’이라는 단체협약의 법적 성질을 고려할 때 법원이 단체협약 규정 자체의 무효를 선언하는 것은 적절하지 않다고 생각된다.

실제로, 종래 단체협약 조항을 문언 그대로 적용 및 집행할 경우 공공복리의 관점에서 문제가 있는 경우 민법 제103조를 적용하여 그러한 조항의 사법상 효력 자체를 부정하는 방식이 아니라, 민법 제2조의 권리남용의 법리를 통하여 사원의 행사를 제한하여 ‘구체적 타당성’을 도모해 왔던 것이 판결의 경향이었다고 할 것인바, 종래 판례가 단체협약의 내용에 대하여 민법 제103조가 아니라 동법 제2조의 권리남용의 법리를 통하여 ‘구체적 타당성’을 도모했던 것은 이러한 사정을 고려한 것으로 평가할 수 있을 것으로 생각된다.

이러한 점에서 단체협약이 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’의 한계를 명백하게 일탈하지 않는 한 그러한 단체협약은 정당한 것으로 보지 않으면 안 될 것이다. 물론 협약당사자들이 무제한의 자율 속에 아무런 내용이나 마

음대로 단체협약으로 규정할 수 있는 것은 아니며, 단체협약의 집단적 규범 ‘계약’으로서의 성질상 법률행위의 일반적 규제원리인 신의칙, 권리남용, 반사회질서와 불공정한 거래행위의 제한을 받게 되며, 경우에 따라 사회상규와 사회통념상 합리성과 같은 사회윤리와 도덕의 최소한의 제한을 받게 될 것이다. 그러나 이러한 제한은 일반적인 법원칙에 따른 결과일 뿐이므로 특히 노동조합과 사용자의 채무적 부분에 대해서도 일관되게 적용되어야 하는지는 의문이 있다.⁷⁾

이러한 관점에서 노사 당사자가 합의한 단체협약이 명백하게 위법한 경우를 제외하고서는 국가법이 단체협약의 내용을 통제하거나 공평성 통제를 하는 것은 허용되지 않는다고 생각한다. 특히 단체협약의 내용 중 근로조건과 무관한 ‘채무적 부분’에서는 제3자의 관점에서의 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’의 일반적 기준은 한계를 갖는바, 산재유족 특별채용 조항이 ‘선량한 풍속 기타 사회질서’에 위반한다고 하기 위해서는 위 조항이 노동시장으로 진입할 수 있는 제3자의 기회를 전면적으로 박탈하고, 특히 당해 사업장으로 진입할 수 있는 구직자의 ‘권리’를 구체적으로 침해하였는지가 그 기준이 되어야 할 것이다.

이처럼 단체협약의 ‘채무적 부분’으로서 산재유족 특별채용 조항이 타인의 일자리 기회를 박탈하였는가 하는 사회윤리적, 도덕적인 비난과 단체협약의 위법성의 문제는 전혀 다른 차원의 문제라고 이해해야 할 것이다. 단체협약이 노동시장에서 명백하게 제3자의 ‘권리’를 구체적으로 박탈해서는 안 되겠지만, 사용자와 노동조합이 상호 권리와 의무를 교환하는 계약적 요소가 강한 단체협약의 채무적 부분에 사회윤리적 기능을 담당할 것을 요구할 근거는 희박하다.

7) 김영문, 앞의 글, 75면.

III. 산재유족 특별채용 조항과 채용의 자유

1. 채용의 자유의 법적 성격

‘채용’은 모집의 단계를 거친 이들을 대상으로 시험 등을 거쳐 특정인을 선정해 근로계약을 체결하는 행위를 의미한다. 채용절차는 사용자가 지원자 중에서 직무에 부적합한 자를 배제시키고 유능한 자를 선택해, 이를 통해 기업의 지속가능성을 확실하게 유지하기 위한 과정인바, 채용은 근로관계의 성립 전에 속하는 사용자의 행위로, 보통 모집·응모·심사·채용의 순서로 행하며, 청약과 승낙에 의해 근로계약이 성립된다. 이러한 채용과정에서의 사용자의 자유를 ‘채용의 자유’라고 한다.

채용의 자유의 법적 성격과 관련하여, 채용의 자유를 헌법상 직업선택의 자유에서 도출되는 영업의 자유의 한 속성으로 보는 견해도 있으나, 영업의 자유는 법인기업의 기본권 향유능력을 인정함을 전제로, 이러한 직업선택의 자유는 법인기업이 특정한 사업영역에서 사업을 영위할 수 있다는 의미로 이해하여야지 그러한 기업이 영업수행 과정에서 근로자와 근로계약을 체결할 것인지 여부를 직업선택의 자유의 규범의 목적범위로 보는 것은 의제된 범주체에 불과한 법인을 자연인보다 우대하는 것으로 수긍하기 어렵다고 생각한다.

영업의 자유는 기업의 직업선택의 자유, 즉 기업이 자유롭게 특정한 목적의 사업을 영위할 수 있는 자유를 의미하는 것이라고 제한적으로 이해하여야 할 것이다. 직업선택의 자유는 개인이 봉건적 신분제의 제약에서 벗어나 자유롭게 직업을 선택할 수 있다는 의미에서 유래된 대국가적 방어권의 성격의 기본권이다. 종래 직업의 자유가 문제되는 주된 사례가 특정 직업에 대한 면허제 등인 것만 보더라도 직업의 자유는 대국가적 관점에서 주로 문제가 되는 기본권이다. 법인기업의 경우 특정 사업의 영위를 위하여 특허제도 등에 의한 국가의 제한이 가해지는 경우, 이러한 특허제도가 기본권 제한의 요건을 충족하였는가의 국면에서 논의가 되어야 하는

기본권이자, 법인기업과 근로자 간의 근로계약의 체결이라는 사인 간의 거래의 국면에서 법인기업의 직업선택의 자유에 근거한 채용의 자유를 도출하는 것은 수궁하기 어렵다. 이러한 관점에서 보면, 채용의 자유는 근로 계약 체결의 자유 이상의 규범적 의미를 갖기 어렵다고 생각한다.⁸⁾

한편, 경영권은 물적, 지적 재산에 대한 소유권과 근로계약에서 파생된 노무지휘권을 행사해 경영을 수행하는 현상에 불과한 것이다. 인사와 경영권은 사용자의 고유권한이기 때문에 인사경영에 관한 판단의 문제는 사용자에게 배타적 경영권을 보장해야 한다는 견해는 경영권을 실정법상의 권리로 오인한 것으로서 오늘날 지지를 받지 못하고 있으며, 경영권은 사실상의 개념에 불과하다는 학설이 널리 지지를 받고 있다.⁹⁾

이렇게 이해한다면, 어느 모로 보나 소위 ‘채용의 자유’를 기업이 그러한 자유를 스스로 포기하거나 제한하는 것이 허용되지 않는 ‘절대적 기본권’의 범주에 속하는 것으로 이해하기는 어렵다.

한편 채용의 자유는 채용인원 결정의 자유, 모집방법 결정의 자유, 채용을 위한 조사의 자유, 선발의 자유, 계약체결의 자유 등을 구체적인 내용으로 한다.¹⁰⁾ 그런데 공채로 모집할 것인지 직업소개소 등에 모집을 위탁할 것인지 단체협약 등을 통해 특별채용할 것인지는 모집방법 결정의 자유를 행사한 결과라고 볼 수 있다. 만일 오로지 공채로만 모집해야만 하도록 규제한다면 이것이야말로 채용의 자유 구체적으로는 모집방법 결정의 자유를 침해하는 것이다. 또한 단체협약 등을 통해 특별채용할 인원을 몇 명으로 할 것인지 역시 채용인원 결정의 자유를 행사한 결과라고 볼 수 있다. 만일 일정한 수만 단체협약 등을 통해 특별채용할 수 있도록 규제한다면 이것이야말로 채용의 자유 구체적으로는 채용인원 결정의 자

8) 채용의 자유를 근로계약의 체결의 자유라는 측면에서 보는 것은 노동법학계에서 일반적으로 인정되는 논리이다. 노동법실무연구회, 근로기준법주해 I(제2판), 박영사, 2020, 208면.

9) 오상호, “위법·부당한 단체협약, 무엇이 문제인가?”, 2016년 5월호, (주)중앙경제, 2016, 45면.

10) 노동법실무연구회 편, 앞의 책, 212-214면.

유를 침해하는 것이다.

따라서, 산재유족 특별채용 조항은 채용의 자유에 대한 제한이 아니라 오히려 채용의 자유의 구체적 실현, 즉 기업이 장래에 산재사망자의 유족을 채용하겠다는 방향으로 기업 스스로 채용의 자유를 행사하겠다고 교섭한 결과로 이해함이 옳고, 이를 함부로 무효화하는 것이야말로 채용의 자유의 침해로 평가될 수 있다고 생각한다.

사용자의 입장에서 보면 노사 간의 분쟁보다 단체협약의 원만한 합의에 따른 이익을 더 중요하게 고려했을 수 있고, 이러한 판단을 토대로 스스로 채용의 자유를 행사하여 단체협약으로 특별채용조항을 두었다면, 사후에 사용자의 이러한 판단을 배척할 근거는 없다고 할 것이다. 즉, 이러한 경우라면 채용의 자유는 사용자 측에게 보장된 것이고, 사용자 측은 그러한 채용의 자유를 노동조합과 함께 나누겠다는 경영적 판단을 한 것으로 보아야 할 것이다.

한편, 사용자로서는 금전보상과 산재유족 특별채용 사이에 선택할 자유가 있다. 금전보상의 방식을 채택하도록 강요하는 것은 그 자체로 사용자의 채용의 자유를 침해하는 것일 뿐만 아니라 사용자의 일반적 행동의 자유를 제한하는 것이기도 하다. 사용자의 입장에서 금전보상이라는 방법은 얻는 것이 전혀 없는 상태에서 일방적으로 근로자에게 무언가를 주는 것이다. 그러나 산재유족 특별채용은 그 유족이 근로능력과 근로적격성이 있는 한 사용자의 입장에서 보상의 한 방안이면서 동시에 필요한 근로를 제공받는 수단일 수 있다. 즉 산재유족 특별채용은 사용자와 근로자 내지 노동조합 사이에 이해관계의 적절한 교환이 이루어지는 방법일 수 있다. 요컨대, 단체협약상의 산재유족 특별채용 조항은 사용자 스스로의 판단으로 자신의 채용의 자유를 노동조합과 합의한 내용에 따라 행사하겠다고 결정한 것으로 이해하는 것이 옳다고 생각한다.

2. 산재유족 특별채용 조항과 채용의 공정성

채용이란 노동계약의 체결이므로, 사용자가 누구를 채용하는가는 원칙

적으로 자유이다. 그러나 한편, 기업에 의한 채용이라고 하는 행위는 사회적으로 본다면 제한된 지위(post)의 취업희망자에 대한 배분이라는 측면을 가지고 있으며, 따라서 기업의 채용이라는 행동에서는 사회적 제약이 내재하고 있다. 이러한 관점에서 채용에 관해서는 경쟁조건의 평등이나 공정이 요구되는 외에, 고용정책의 관점에서 일정한 제약도 생기는 것이다.

이처럼 기업은 그 사회적 성격에 따라 고용에 관한 일정 정책 목적의 달성에 협력해야 할 책임이 있다. 그럼에도 특정 기업에의 채용가능성에 대한 일반 국민의 희망 내지 기대라는 감정을 법적으로 보호되는 권리의 수준으로 근거 짓는 것은 어려울 것인바, 구직자들의 단순한 집단적 감정 내지 정서를 공서양속의 내용으로 긍정하는 것은 동의하기 어렵다.

구직자의 채용에 대한 기대이익이라는 가치가 산재유족 특별채용 조항을 무효로 삼을 정도에 이르는 가치인지, 특히 산재 사망자 유족과 비교하여 절대적으로 보호되어야 할 대상인지 의문이다. 따라서 헌법 제11조 제1항의 평등권, 고용정책 기본법 제7조를 근거로 산재유족 특별채용 조항이 민법 제103에 위반된다고 보는 견해는 타당성이 떨어진다. 이들 규정이 차별금지의 대상으로 하는 사회적 신분에 조합원 또는 조합원의 유족이 포함된다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 이들 규정에 의해 구체화된 채용에 대한 제한을 담고 있는 직접적인 법률상 근거가 없는 상황에서 이 규정을 직접적으로 적용해 평등권 위반이니 고용정책 기본법 위반의 논거로 삼을 수는 없기 때문이다.¹¹⁾

또한 산재유족 특별채용 조항은 정년퇴직자 자녀나 장기근속자 자녀 특별채용조항과는 그 본질이 현저히 다른데, 이를 하나의 범주로 묶어서 청년의 취업권을 침해한다거나 새로운 계급을 창출한다고 평가하는 것은 무리하고 생각한다.

이에 더하여 채용상 ‘공정’은 기회의 균등이라는 관점 이외에 ‘사회적 약자에 대한 배려’라는 점도 고려되어야 할 것이다. 평등이 형식적 평등이

11) 조상균, “정부의 위법·불합리한 단체협약 시정지도 발표에 대한 단상”, 2016년 5월호, 『중양경제』, 2016, 36면.

아니라 실질적 평등이어야 하듯이, 공정 또한 형식적으로 기회가 균등하다고 달성되는 것이 아니라 사회적 약자를 배려함으로써 실질적으로 달성된다고 할 것이다. 산재유족이라는 사회적 약자에게 특별채용기회를 부여하는 것은 사회적 약자에 대한 배려 나아가 실질적 공정을 달성하는 수단이라는 점도 고려되어야 할 것이다.

한편, 완전고용이라는 정책과제는 기본적으로 국가의 책무인바, 노동시장의 기능적 결손에서 발생한 일자리 문제를 사경제 주체인 기업의 책임으로 돌리는 것은 정당성을 인정받기 어렵다고 생각한다. 현재 고용시장에서의 일자리의 양의 문제는 우리나라의 고착된 장시간 근로관행이 주된 원인 중 하나라고 생각되며, 일자리의 질의 문제는 불법파견이나 사내하도급 등의 외주화가 주된 원인 중 하나라고 생각된다. 이러한 문제의 해결을 통한 일자리의 양과 질의 개선이야말로 국가의 책무라고 할 것이다. 따라서, 이러한 문제의 적극적인 해결을 도외시한 채, “고용세습”이라는 감정에 치우친 여론을 공서양속으로 치환하고, 이에 근거하여 산재유족 특별채용에 관한 단체협약 조항의 효력을 부정하는 것은 이러한 사회문제에 대한 책임을 노동조합이나 산재유족에게 전가하는 것이다.

요컨대, 단체협약은 그 적용 대상자의 근로조건 향상을 목적으로 하는 것이지, 외부의 누군가를 차별하기 위해 체결하는 것이 아니라는 점에서 근로조건 향상을 위한 노동3권의 실현의 결과인 단체협약을 차별이라는 관점에서 바라보는 관점은 동의하기 어렵다.

3. 법령에 의한 특별채용과의 비교

현행 법령은 특별한 범주적 위험에 처한 장애인, 고령자 등에 대한 사회복지 관점에서의 채용촉진 제도와 공동체에 대한 특별한 희생을 한 유공자 등의 자녀(보훈대상자)를 대상으로 한 채용촉진 제도를 두고 있다. 이들 법령과 관련하여 이러한 채용촉진 제도가 사용자의 채용의 자유를 침해하는 것인가에 대하여 논란이 있었으나, 기업은 그 사회적 성격으로

보아 고용에 관한 일정 정책 목적의 달성에 협력해야 한다는 관점이 널리 수긍되고 있다.

한편, 최근에는 2018년 1월 시행된 「혁신도시 건설 및 지원에 관한 특별법」 개정법을 통해 도입된 지역인재 채용목표제가 새로운 쟁점으로 부각되고 있는바, 위 개정법은 지역인재 의무 채용비율을 달성하는 과정에서 그 외 응시자의 불이익을 방지하고자 하는 의도로, 지역인재 합격 비율이 의무비율에 미달하는 경우 선발 예정 인원을 초과하여 지역인재를 합격시키는 방식을 취하도록 하고 있다.

현행법상 이러한 채용우대 규정은 기회의 평등을 보장하여 주더라도 공정한 경쟁을 할 수 있는 불평등한 조건으로 인해 발생하는 고용상의 불이익을 완화하기 위한 일종의 적극적 평등실현조치(잠정적 우대조치)라 할 수 있으며, 특별한 혜택으로서 사회적 연대의 관점에서 용인될 수 있는 조치이다.

마찬가지로 업무상 재해로 사망한 자의 가족도 정신적 고통과 경제적 불평등으로 인해 다른 사람과의 평등을 기초로 할 때, 과도한 부담이나 불균형을 강요하는 등 객관적으로 명백하게 사회질서를 침해하지 않는 한 합리성이 긍정되어야 할 것으로 생각한다.¹²⁾ 특히 산재유족 특별채용 조항은 해당 기업을 위해 희생한 근로자에 대한 보상의 측면이 강하므로 법령을 통한 다른 사회적 약자에 대한 배려 차원보다 더 보상의 필요성 내지 합리성이 강하다고 할 것이다.

IV. 산재유족 특별채용에 관한 단체협약 조항의 유효성

1. 사회적 위험으로서의 업무상 사망

업무상 사망이라는 사회적 위험에 대한 구제방법에 대해서는 ‘부양공동

12) 오상호, 앞의 글, 47면.

체의 보호'의 관점에서의 고려가 필요할 것이다. 업무상 재해에 대한 구제 방법은 '원상회복'이 가장 이상적인 방법이라고 할 것이나, “나사로야 나오라!”고 외친다고 하여 업무상 재해로 사망한 근로자가 다시 살아날 리 없으므로, 업무상 재해로 인한 사망에 대한 '원상회복'은 현실적으로 불가능할 것이다. 이러한 현실적인 제약 내에서 부양공동체의 유지라는 측면에서 보면, 업무상 재해로 사망한 생계부양자가 종래 수행하던 직업을 그 유족(遺族)이 승계토록 하는 것이 어찌면 업무상 사망으로 인한 부양공동체의 소득상실이라는 사회적 위험에 대하여 원상회복에 가장 가까운 구제 방법으로 볼 수도 있을 것으로 생각한다.

그러나, 고용의 일신전속적 성격(민법 제657조)으로 인하여 업무상 재해로 사망한 피재근로자의 고용상 지위를 유족이 승계하도록 하는 내용의 제도를 일반적인 법제도로 설계하는 것은 어려울 것이다. 산재유족 특별채용에 관한 해외 입법례가 흔하지 아니한 것은 이러한 이유 때문이라고 생각된다. 하지만 산재유족과 같이 업무상 재해에 대한 책임이 있는 기업이 자발적 의사로 업무상 재해로 사망한 근로자의 유족 중 1인을 특별채용하기로 약속하는 것을 사회상규에 위반하였다고 볼 이유는 없다고 생각한다. 산재유족의 특별채용을 일반적인 법제도로 도입하는 것과 개별 기업이 스스로의 의사로 자기구속적 약속을 하는 것을 동일한 평면에서 평가할 수는 없기 때문이다.

2. 산재유족 특별채용에 보충성이 요구되는지

법학에서 '보충성'이란 용어는 '최후의 수단'이라는 의미로 사용된다. 산재유족 특별채용에 보충성이 요구된다는 주장이 산재유족 특별채용과 관련하여 업무상 재해에 대한 금전적 보상이 우선적인 구제방법이고 이러한 구제로 충분한 구제가 이루어지지 않는 경우 최후의 수단으로 유족의 특별채용이라는 방식의 구제가 허용된다는 의미의 '보충성'이 요구된다는 의미라면, 적어도 사회보장의 관점에서 보자면 산재유족 특별채용 조항에

관하여 이러한 취지의 ‘보충성’은 요구되지 않는다고 생각한다.

사회보장의 영역에서 ‘보충성’은 특정한 사회적 위험에 대하여 그러한 사회적 위험에 대응하기 위하여 설계된 개별적 제도를 통하여 해결되지 못한 채 남아 있는 위험, 즉 구체적 빈곤에 대한 최후의 보장제도인 ‘공공부조’의 속성으로 설명된다. 따라서, 업무상 재해로 사망한 근로자에 의하여 부양되던 부양공동체의 소득상실을 있는 그대로 보호하지 못하는 경우 보충적으로 금전보상 등이 실시된다고 이해하는 것이 보충성에 관한 보다 합리적인 이해라고 생각한다. 나아가, 오랜 기간 가부장적 경제구조를 통해서 성장했던 한국 사회에서 가족, 특히 부양을 담당하던 가장(家長)의 사망은 유족의 생애에 커다란 격차를 초래할 수 있다는 점도 고려되어야 할 것이다.

산업재해를 당한 근로자들은 산재보상과 민법상 손해배상으로 해결되므로, 법적인 관점에서 보면 산재보상금과 손해배상액으로 근로자와 가족들에게 모두 보상이 되었다고 이해하는 입장도 있을 수 있겠으나, 산재보상 금액과 손해배상액이 불충분하여 해당 근로자 또는 그 가족들은 경제적으로 어려움을 겪게 될 뿐만 아니라 산재 사고 이전과 비교할 때 사회생활 또는 가족관계 등에서 큰 고통을 겪게 되는 점을 완전히 부정할 수는 없을 것이다. 그러므로 노동조합의 입장에서는 조합원 및 그 유족이 겪게 될 이러한 곤란함을 완화하기 위해 노력하는 것이 당연할 것이고, 산재유족 특별채용 조항은 노동조합의 이러한 노력의 결과라고 평가되어야 할 것이다. 뿐만 아니라 이는 사용자 역시 노동조합과의 교섭 과정에서 자신의 이익을 극대화하기 위하여 자율적으로 선택한 결과이기도 하다.

따라서 산재유족 특별채용 조항을 협약당사자가 아닌 제3자의 관점에서 ‘공서양속에 반하여 무효’라고 판단하는 것은 산재유족이 겪게 될 이러한 곤란함을 외면한 것으로 동의하기 어렵다. 산재보험법상 유족급여의 한계를 고려할 때 산업재해 발생 이후 피재근로자의 가족의 소득 및 생활보장을 위해 산재보험의 유족급여 제도에만 의지할 수 없는 상황에서 기업과 노동조합의 합의로 단체협약을 통하여 추가적인 보호대책으로 산재사망자

의 유족에 대한 특별채용 방식의 추가적인 보호방법을 강구하는 것이 오히려 사회상규에 부합한다고 생각한다.

산업재해의 피재근로자나 유족은 예상지 못한 가족의 사망 등으로 경제적 어려움을 겪을 뿐 아니라 유무형의 심각한 고통을 겪게 되는 것이 일반적이므로, 산업재해보상보험법상의 유족급여, 장의비 내지 민사상 손해배상 등으로 충분히 전보되지 않을 수 있으며, 배상(賠償) 등이 이루어지더라도 피해가 ‘원상회복’되는 것이 아님은 분명하다. 따라서 산재사망자의 유족에 대한 특별채용 규정은 기업이 부담하는 근로기준법상 재해보상 책임을 보충 및 확장하는 취지의 규정으로 이해해야 할 것이다. 사용자의 보호의무 위반이라는 측면에서 산재 사망자 유족의 특별채용 조항은 기본적으로 사용자의 귀책에 대한 책임조항이라 할 것인바, 이러한 책임을 반드시 금전보상의 방식으로 제한할 이유는 없다고 생각한다.

한편, 산재유족 특별채용 조항이 ‘사회적 보호필요성’과 연계되는 경우에 ‘예외적’으로 유효할 수 있다는 견해가 있으며,¹³⁾ 이러한 주장이 산재유족 특별채용 조항의 ‘보충성’과 관련이 될 수 있다고 생각한다. 위 견해는 “예컨대 근로자로서 근무하다가 산업재해로 사망했는데, 마침 그 자녀가 ‘신체장애인’이어서 ‘사회적 보호필요성도 매우 높은 경우’가 그런 경우일 것입니다. 단지 자녀의 아버지가 그 회사 근로자로서 일하다 산재를 입은 사실만이 아니라, 여기에 더해 그 해당 근로자의 자녀가 이른바 ‘사회적 보호필요성’이 인정되는 경우라면, 사회질서상의 합리성이 인정될 수도 있다고 본다.”고 설명한다. 그런데, 집단적 노사자치의 결과물인 단체협약의 사법상 효력을 유족의 ‘사회적 보호필요성’이라는 모호한 개념에 종속시키는 것은 그리 바람직하지 않다는 점에서 산재유족 특별채용 조항이 ‘사회적 보호필요성’이 긍정되는 경우에만 제한적으로 유효하다는 이해에 반대한다.

요컨대, 생계보장 필요성 등 별도의 요건이란 결국 일종의 자산조사가

13) 권혁, “고용세습조항에 대한 소고”, 『월간 노동법률』 2016년 5월호, (주)중앙경제, 2016, 42면.

전제되어야 한다는 의미로 읽히는바, 이러한 방식은 사회보장의 영역에서는 공공부조(公共扶助)의 영역에서나 요구되는 것이지, 업무상 재해에 대한 보상에 관한 영역에서 이러한 ‘보충성’을 요구하는 주장은 근거를 찾기 어렵다고 생각한다.

3. 정년퇴직자·장기근속자 자녀 특별채용과의 차이점

‘정년퇴직자 자녀나 장기근속자 자녀 특별채용’과 ‘산재유족 특별채용’은 모두 ‘제3자를 위한 계약’의 성격을 갖는다는 점에서 법적 성질에 있어서는 본질적인 차이가 없다고 할 것이다. 다만 이러한 단체협약 조항을 체결하게 된 원인관계에서 차이가 있을 것인바, 먼저 ‘정년퇴직자 자녀나 장기근속자 자녀 특별채용’의 경우에는 이러한 단체협약 조항은 조합원인 근로자의 장기근속을 독려하기 위하여 도입한 법정 외 퇴직급여 내지 복리후생급여의 성격으로 이해할 수 있을 것이다. 한편, ‘산재유족 특별채용’은 조합원이 ‘업무상 재해’로 인하여 ‘사망’하였음을 원인관계로 하는바, 이는 법정 외 재해보상의 성격을 갖는다고 이해할 수 있을 것이다.

이처럼 전자는 퇴직급여 내지 복리후생급여로서의 성격을 갖는 반면, 후자는 재해보상으로서의 성격을 갖고 있는바, 이들 단체협약 조항이 공서양속에 위반하는가를 판단함에 있어 ① 전자는 사용자가 조합원의 장기근속을 독려하기 위하여 조합원의 자녀를 채용하기로 약속한 것이 공서양속에 반하는가의 관점에서 평가되어야 하는 반면, ② 후자는 사용자가 업무상 재해로 야기된 조합원의 ‘사망’으로 인하여 발생한 피해근로자 유족의 소득상실이라는 사회적 위험을 보상(補償)하는 방법으로 그 유족을 채용하기로 약속한 것이 공서양속에 반하는가의 관점에서 평가되어야 한다는 점에서 차이가 있다고 생각한다.

이렇게 이해한다면, 공서양속 위반에 관한 판단의 국면에서 ① 전자의 경우에는 조합원의 장기근속과 조합원 자녀의 특별채용이라는 쌍방적 급부 간의 균형성 등이 착안점이 될 수 있을 것인 반면, ② 후자의 경우에는 이와 달리 기업의 경영과정에서 불가피하게 발생한 업무상 사망이라는

사회적 위협에 대응하여 기업이라는 부분사회 내에서의 사회연대의 원칙에 근거하여 기업 스스로 그 유족을 특별채용하는 방식으로 법정 외 급여를 제공하기로 한 약속이 사회 전체의 관점에서 용인될 수 있는지가 착안점이 될 수 있을 것으로 생각한다.

한편 채용의 ‘공정’의 관점에서 보더라도 양자는 다음과 같은 차이점이 있다. 먼저, 장기근속자 자녀 또는 정년퇴직자 자녀 특별채용조항은 사용자가 근로자에게 어떠한 보상을 하는 것이라고 보기 어렵다. 그러나 산재유족 특별채용조항은 근로자가 기업(사용자)을 위해 근로를 제공하는 과정에서 전혀 예상하지 아니하였던 산재로 사망하였다는 것 즉, 희생에 대한 보상의 측면이 명백하다. 또한 장기근속자 자녀나 정년퇴직자 자녀를 들어 사회적 약자라고 평가하기는 어려울 것이나, 산재유족은 사회적 약자라고 평가하기에 충분하다고 생각한다.

V. 결론

헌법에 보장된 기본권 규정은 사법관계에 대해서도 간접적 효력이 적용되며 이 경우 사법의 일반조항을 통해 기본권을 보호하기 위한 사법상의 수단으로 역할을 담당한다. 이때 법의 이념과 헌법적 가치를 구현하는 실천원리로서 일반조항이 민법 제103조의 반사회질서 규정인바, 종래 판례가 취하는 반사회질서 위반행위의 분류법에 따르면 대체로 ① 법률행위의 내용 자체가 사회질서에 위반되는 경우와 ② 법률행위의 내용 자체는 사회질서에 반하지 않으나 이를 약정 또는 대가의 대상으로 함으로써 사회질서에 반하는 경우 및 ③ 법률행위의 동기가 사회질서에 반하는 것으로 구분된다.¹⁴⁾

그런데 사회적 질서에 위반하는 것과 관련해 그 의미는 시대적 요청과 국민적 정서에 따라 변화되며, 또한 이를 해석하고 적용하는 자에 따른

14) 오상호, 앞의 글, 47면.

견해의 차이가 발생할 것입니다. 더구나 노동조합이 조합원의 보호를 위해 사용자와 교섭과 투쟁을 통해 얻어낸 고용조항에 관해 사회질서에 위반하는 것으로 평가할 수 있는가는 어려운 문제일 것이다. 그럼에도 업무상 재해로 사망한 조합원의 유족에 대한 특별채용 관련 규정이 ‘채용의 자유’를 본질적으로 침해하기 때문에 위법하다는 주장은 동의하기 어렵다. 이러한 규정의 취지는 업무상 재해로 사망한 조합원의 유족의 생계보장을 위한 것으로 그 취지가 타당성을 가지고 있음은 물론, 사용자 스스로 이러한 취지에 동의하여 단체협약을 체결하였음에도 법원의 개입하여 그러한 단체협약 조항의 사법상 효력을 부정하는 것은 집단적 노사자치라는 헌법적 가치를 훼손하는 것이다.

산재유족 특별채용 조항은 사용자의 채용의 자유에 대한 무제한적 제한을 내용으로 담고 있는 것이 아니라 사용자에게 특별히 책임을 지울 수 있는 사안인 업무상 사망의 제한적 상황에 대하여 사용자 스스로 피재근로자의 유족 중 1명을 특별채용하기로 약속한 것이라는 점에서, 동 단체협약 조항으로 인하여 다른 국민의 채용의 기회나 사용자의 채용의 자유를 중대하게 침해한다고 볼 수 없다고 생각한다. 나아가, 업무상 재해를 당해 가족의 생계에 영향을 받게 된 조합원과 그 가족을 위해 특별 채용하도록 단체협약을 체결하는 것은 어려움에 처한 조합원 또는 그 가족의 보호를 위해 노동조합이 활동하는 것은 당연하고 그 결과물이다. 따라서, 이러한 단체협약 조항을 사회질서 위반으로 무효로 판단한다면, 이는 노동조합의 활동목적에 왜곡하고 강행법규와 사회적 질서를 부당하게 확대하는 것이며, ‘고용세습’이라는 여론에 편승하여 양질의 일자리 제공에 관한 국가의 책무를 노동조합에게 전가하는 것이다.

요컨대, 산재유족 특별채용 조항은 그 도입배경이나 내용에 비추어 볼 때, 사용자의 채용의 자유를 박탈하거나 제3자의 구직에 관한 기대이익을 박탈하기 위한 것이 아니라, 업무상 재해로 사망한 근로자의 유족의 소득을 보장하기 위한 것이며, 따라서 단체협약으로 근로기준법상 사용자의 재해보상책임을 보충하는 법정 외 보상방법을 규정한 것으로 평가되어야

할 것이다. 또한, 사기업에서 단체협약 등으로 당해 기업의 상황에 맞는 복지제도를 마련하는 것은 오히려 권장되어야 할 것이다. 따라서 단체협약으로 사회보장적 성격을 갖는 약정을 체결하는 것을 위법한 교섭사항이라고 보아야 할 이유가 없음은 물론, 국가가 나서서 그러한 단체협약 조항의 효력을 부인할 이유도 없다고 생각한다.

*투고일 2020.5.31. / 심사개시일 2020.6.15. / 게재확정일 2020.6.20.

참고문헌

- 권 혁, “고용세습조항에 대한 소고”, 『월간 노동법률』, 2016년 5월호, (주)중앙경제, 2016.
- 김영문, “협약자율의 한계: 노동조합과 사용자는 실정법을 넘어서는 합의를 할 수 있는가?”, 『월간 노동법률』, 2016년 5월호, (주)중앙경제, 2016. 5.
- 노동법실무연구회 편, 근로기준법주해 I (제2판), 박영사, 2020.
- 오상호, “위법·부당한 단체협약, 무엇이 문제인가?”, 2016년 5월호, (주)중앙경제, 2016
- 조상균, “정부의 위법·불합리한 단체협약 시정지도 발표에 대한 단상”, 2016년 5월호, (주)중앙경제, 2016.
- 조용만, “근로조건외 불이익변경에 관한 협약자치의 한계”, 『노동법연구』 제32호, 서울대학교 노동법연구회, 2012.

<Abstract>

The Legality of the Preferential Employment Clause for the Family of Workers Dead in Industrial Accidents

Kwon, Ohseong*

The preferential employment clauses in the collective agreement for hiring the family of workers dead in industrial accidents does not absolutely limit the employer's freedom of employment. This is a promise that the employer will hire direct descent of workers dead in industrial accidents on his own, subject to the occurrence of a job-related death that the employer is responsible for. Given the background and content of the preferential employment clauses, it cannot be regarded as a complete deprivation of employers' freedom of employment. Rather, this is to guarantee the income of the bereaved family of who have died from industrial accidents, so it should be evaluated that the preferential employment clauses was introduced to supplement the employer's liability for workers' compensation.

Key Words: collective agreement, preferential employment, freedom of employment, fairness in recruitment, public order

* Sungshin Women's University College of Law, Professor