

학교회계직원의 사용자에 대한 고찰 및 입법 정책적 검토

— 사법상 권리의무의 주체와 단체교섭 사용자적격의 관련성을 중심으로 —

이 종 범* · 박 동 열**

국문초록

학교회계직원의 사용자가 누구인지에 관하여 많은 이견이 있었다. 학교회계직원은 근로조건에 관한 실질적 결정권을 가지는 지방자치단체(교육감)를 사용자로 주장한 반면, 지방자치단체는 학교회계직원이 속한 각급 공립학교의 학교장을 사용자로 주장하였다. 학교회계직원의 처우개선 등은 교육감의 주요 선거공약 중 하나였으며, 지방자치단체에 따라서는 학교회계직원을 직접 고용하는 경우도 있다.

서울행정법원 2013. 1. 15. 선고 2012구합28346 판결은 사법상의 권리의무주체이어야만 학교회계직원의 사용자가 될 수 있음을 전제로 지방자치단체를 학교회계직원의 사용자로 판단하였다. 그러나 사용자성 인정에 있어서 근로계약의 당사자라고 할 수 없는 자를 단체교섭의 사용자로 보거나, 사법상의 권리의무주체 여부를 판단기준으로 삼는 것은 타당하지 않다. 사용자가 사법상 권리능력과 무관하게 실질적으로 근로자와 사용종속관계에 있는 경우 근로기준법이나 노동조합법상 사용자로 인정하여 그에 따른 의무를 이행하도록 하는 것이 타당하다.

학교회계 제도가 도입된 이후 지방자치단체는 각 학교에 대한 재정지원에 있어서 어느 정도의 집행 기준은 제시하지만 학교의 모든 회계를 통제하는 것은 아니다. 지방자치단체가 관여할 수 없는 많은 부분이 존재하며, 단위학교에 많은 자율과 책임이 부여되어 왔고, 현실적으로도 그럴 수밖에 없다.

공법상의 권리의무의 주체와 사법상의 권리의무의 주체 문제를 동일한 평면에 놓고 일률적으로 비교할 것은 아니고, 타당하지도 않다. 사법상의 권리의무의 주체이어야만 사용자성을 인정할 수 있다는 서울행정법원 판결로 인하여, 실무에서 여러 가지 어려운 문제가 발생할 여지가 있다. 사용자에게만 사법상 권리능력을 요하는 것은 노동조합법에 단체교섭의 체결권한을 규정한 취지에도 반하는 것일뿐더러, 권리능력이 없으므로 단체교섭의 당사자로 볼 수 없다는 결론은 노동조합법의 규정에도 배치된다.

* 주저자: 법무법인(유한) 바른 변호사, 본 논문의 내용은 소속 기관의 공식적인 견해와 관련이 없다. 심사 과정에서 많은 의견을 제시해주신 익명의 심사위원들께 감사드린다.

** 교신저자: 법무법인(유한) 바른 변호사.

19대 국회에서 논의되는 학교회계직원에 대한 법률안은 각급 학교장이 가지고 있던 학교회계직원의 임면권 등을 교육감에게 부여하는 것이다. 학교회계직원과 관련한 분쟁을 입법적으로 해결하고자 하는 것이지만 학교행정의 현실에 비추어 타당한 입법인지는 의문이다.

주제어: 학교회계직원, 학교비정규직, 단체교섭, 사용자, 법인격, 학교회계

목 차

I. 서론
II. 학교 운영의 특수성 및 이에 비추어 본 사용자 인정의 문제
III. 단체교섭의 사용자와 사법상 권리의무의 주체 - 학교회계직원을 중심으로-
IV. 학교회계직원에 대한 법률안 제정 논의에 대한 검토
V. 결론

I. 서론

학교회계직원¹⁾과 단체교섭을 체결하여야 할 상대방, 즉 학교회계직원의 사용자를 누구로 보아야 하는지에 관한 문제는 2012년에 정면으로 대두되었다.²⁾ 학교회계직원은 근로조건에 관한 실질적 결정권을 가지는 지방자치단체³⁾가 사용자라고 주장한 반면, 지방자치단체는 학교회계직원이 속한 각급 공립학교의 학교장(이하 ‘각급 학교장’이라 한다)이 사용자라고 주장하였다. 고용노동부, 교육부⁴⁾와 법무부⁵⁾는 각급 학교장을 사용자로 판단한 적이 있고, 법원 판결 중에

1) 학교회계직원이란 각급 학교에 설치된 학교회계에서 급여를 받는다는 의미에서 붙여진 명칭으로서 통상 학교비정규직을 지칭한다. 영양사, 과학실험보조, 교무보조, 사서보조 등 수십여 개의 직역이 존재한다.

2) 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라고 한다) 시행령 제14조의2 제1항은 “노동조합은 해당 사업 또는 사업장에 단체교섭이 있는 경우에는 법 제29조 제1항 또는 제29조의2 제1항에 따라 그 유효기간 만료일 이전 3개월이 되는 날부터 사용자에게 교섭을 요구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 학교회계직원을 대상으로 하는 노동조합과 각급 학교장이 체결한 단체교섭의 유효기간이 2012년에 들어서 그 만료일이 임박하게 된 것이다.

3) 교육감은 교육·학예에 관한 소관 사무에 있어서 당해 지방자치단체를 대표한다(지방자치법 제121조, 지방교육 자치에 관한 법률 제18조).

서도 각급 학교장을 사용자로 인정한 것⁶⁾이 있으며, 중앙노동위원회는 각급 학교장을 사용자로 보았다⁷⁾가 지방자치단체를 사용자로 보아⁸⁾ 혼선이 있었다.

위와 같은 상황에서, 학교회계직원이 가입한 노동조합⁹⁾(이하 ‘학비노조’라고 한다)은 그 소속 지방자치단체들을 상대로 단체교섭창구 단일화 절차를 위한 단체교섭요구사실의 공고를 요구하였으나, 지방자치단체들은 학비노조의 사용자가 아니라는 이유로 거부하였다. 그런데 각 지방노동위원회는 지방자치단체들을 학비노조의 사용자로 보았고, 중앙노동위원회도 동일한 취지의 재심결정¹⁰⁾을 하였다. 지방자치단체들은 2012. 8. 24. 중앙노동위원회의 재심결정 취소를 구하는 소를 제기하였으나¹¹⁾, 서울행정법원은 2013. 1. 15. 지방자치단체들의 청구를 기각하였으며¹²⁾, 위 판결은 확정되었다.¹³⁾ 위 서울행정법원 판결은 학교회계직원의 사용자에 관한 그동안의 논란을 잠정적으로 정리한 판결이지만, 동시에 단체교섭의 사용자에 관한 몇 가지 의문을

4) 서울행정법원 2007. 7. 24. 선고 2007구합2777 판결: “부산광역시 교육감은 2005. 1. 12. 교육인적자원부장관에게 교육감이 단체교섭의 당사자로서 단체교섭의 의무를 부담하는 사용자인지 여부에 대하여 질의하였는데, 이에 대해 교육인적자원부장관은 노동조합의 단체교섭요구에 응하여야 할 사용자는 각 학교장이라는 내용을 회신하였다.”

5) 법무부, 『학교장의 민법상 권리능력 유무』관련 질의에 대한 회신(2012. 7. 30).

6) 서울고등법원 2007. 1. 23. 선고 2007누21602 판결: 위 판결은 학교장을 학교회계직원의 사용자로 본 서울행정법원 2007. 7. 24. 선고 2007구합2777 판결에 대한 전국학교비정규직노동조합의 항소를 기각한 판결이다. 위 판결은 그대로 확정되었다.

7) 중앙노동위원회는 과거 지방자치단체가 단체교섭의무를 지는 사용자의 지위에 있지 않다는 취지의 결정을 하였다(중앙노동위원회 2006. 12. 20.자 2006부노178 결정).

8) 중앙노동위원회 2012. 7. 26.자 중앙2012교섭22 결정(당사자는 경상남도과 전국학교비정규직노동조합, 전국공공운수사회서비스노동조합, 전국여성노동조합); 중앙노동위원회 2012. 7. 31.자 중앙2012교섭23 결정(당사자는 울산광역시와 전국학교비정규직노동조합, 전국공공운수사회서비스노동조합, 전국여성노동조합); 중앙노동위원회 2012. 8. 3.자 중앙2012교섭24 결정(당사자는 대전광역시와 전국학교비정규직노동조합, 전국공공운수사회서비스노동조합); 중앙노동위원회 2012. 8. 3.자 중앙2012교섭25 결정(당사자는 인천광역시와 전국학교비정규직노동조합, 전국공공운수사회서비스노동조합, 전국여성노동조합); 중앙노동위원회 2012. 8. 3.자 중앙2012교섭26 결정(당사자는 제주특별자치도와 전국학교비정규직노동조합, 전국여성노동조합); 중앙노동위원회 2012. 8. 6.자 중앙2012교섭27 결정(당사자는 경상북도과 전국학교비정규직노동조합, 전국공공운수사회서비스노동조합, 전국여성노동조합); 중앙노동위원회 2012. 8. 6.자 중앙2012교섭28 결정(당사자는 대구광역시와 전국학교비정규직노동조합, 전국공공운수사회서비스노동조합, 전국여성노동조합).

9) 학교회계직원은 전국공공운수사회서비스노동조합, 전국여성노동조합, 전국학교비정규직노동조합 등에 가입되어 있다.

10) 주8의 중앙노동위원회 결정들.

11) 다만 진보교육감이 대표자로 있는 광주광역시, 강원도, 경기도, 전라남도, 전라북도 등은 소송을 제기하지 않았다. 서울특별시, 부산광역시, 대구광역시, 인천광역시, 대전광역시, 울산광역시, 제주특별자치도, 충청남도, 충청북도 등이 소송을 제기하였으며, 국립학교의 경우 대한민국이 소송을 제기하였다.

12) 서울행정법원 2013. 1. 15. 선고 2012구합28346 판결.

13) 서울고등법원 2013. 9. 26. 선고 2013두5410 판결; 대법원 2014. 2. 13. 선고 2013두22666 판결(심리불속행).

안겨주었다. 특히 단체교섭의 사용자에게 법인격이 필요한 것인가에 관한 화두를 던져주었다.

이하에서는 학교회계직원의 사용자 인정을 중심으로 단체교섭의 사용자의 개념요소에 관하여 고찰하겠다.

II. 학교 운영의 특수성 및 이에 비추어 본 사용자 인정의 문제

1. 학교 운영의 특수성

(1) 단위학교 자율책임경영

정부가 마련한 교육과정을 수행하는 것이 학교의 주된 기능이었던 과거와 달리, 현재 학교의 기능과 운용은 매우 복잡하고 다양한 양상을 보인다. 도시화와 핵가족화가 극도로 진행된 현 시점에서 학교는 지역사회와도 깊은 연관성을 지닌다.¹⁴⁾ 단위학교 자율책임경영은 이러한 상황에 대비하고자 하는 정책이다.¹⁵⁾ 단위학교의 교육과정, 예산, 인력, 시설 등 거의 모든 분야에서 각급 학교장의 재량을 폭넓게 인정하되, 견제와 협력을 위하여 의회의 기능과 유사한 기능을 수행하는 학교운영위원회를 두어 학교교육과 운영의 자율성 및 다양성을 도모한다.

(2) 학교회계와 학교회계 직원의 개념

1) 학교회계제도의 도입

단위학교의 재정활동을 관리하기 위한 학교의 회계관리 제도는 2001년에 지금의 학교회계라는 새로운 제도가 도입¹⁶⁾되기 이전까지는 지방자치단체가 교부하는 회계(교육비특별회계)와 학

14) 단위학교 자율 운영에 대한 의사결정권자 모형 중의 하나인 지역사회 통제 모델은 학교가 학부모 및 지역사회의 요청에 부응해야 하는 것으로 보아 그들에게 학교교육에 관한 의사결정 권한이 분산되어야 하는 것으로 본다고 한다(김금화, “학교단위책임경영제의 운영 평가”, 한국교원대학교 대학원 교육학석사 학위논문(2007. 2), 14면).

15) 김금화, 앞의 글, 16면은 학교단위책임경영제(School-Based Management; SBM)를 “단위학교가 교육행정 기관으로부터 학교경영 전반에 대한 자율권한을 위임·이양 받아 학교 구성원들이 참여하여 의사결정을 하고 경영 결과에 대하여 스스로 책임을 지는 제도이며, 학교교육의 질적 수준 향상을 궁극적인 목적으로 하는 제도”로 규정할 수 있을 것이라고 한다.

16) 2000. 1. 28. 법률 제6209호로 초·중등교육법이 일부 개정되면서 학교회계의 설치에 관한 제30조의2, 학교회계의 운영에 관한 제30조의3이 신설되었다. 위 조항의 신설로 “단위학교에서 독자적으로 회계를 운영할 수 있게 되었다. 학교예산회계제도의 도입으로 종래일상경비, 도급경비 등으로 분리되어 배분되던 경비가 총액으로 배부됨에 따라서 단위 학교에서는 교육과정에 적합하게 학생, 교사들의 의견을 반영하여 각 학교의 실정에 따라 우선순위를 정하여 자율적으로 재정을 운영할 수 있게 되었으며, 학교에

부모들이 부담하는 회계(육성회계)의 이원적 구조이었다. 예산편성과 집행도 회계가 분리되어 이루어졌다. 이러한 이원적 제도에서 학부모에게 각종 잡부금 징수, 불미스러운 금전거래 등이 문제되었고, 이를 해소하기 위한 노력의 결실로 현재의 학교회계가 도입되었다. 이는 종전의 이원적 회계제도를 하나로 통합하고, 교사나 학부모 등 학교구성원들이 학교재정의 편성, 집행, 결산과정에 참여할 수 있는 권한을 부여함과 동시에 단위학교의 교육활동에 자율성을 보장하기 위한 것이었다. 그러면서 지방자치단체의 학교 예산이나 집행, 결산에 대한 승인권이 폐지되었다.

학교회계 제도가 도입된 이후 지방자치단체는 각 학교에 대한 재정지원에 있어서 어느 정도의 집행 기준은 제시하지만 학교의 모든 회계를 통제하는 것은 아니다. 특히 학교의 자체 수입이나 외부 전입금 등에 대하여는 사후 통계를 파악할 뿐 사전 개입을 할 수 없기 때문에 학교 간에 차이가 발생하게 된다. 공교육의 책임이 확대되는 현재에도 지방자치단체가 관여할 수 없는 많은 부분이 존재하며, 단위학교에 많은 자율과 책임이 부여되어 왔고, 현실적으로도 그럴 수밖에 없다.

2) 학교회계직원의 개념

학교회계직원은 “개별 학교에서 교육, 급식 및 행정업무 등을 지원 또는 보조하기 위하여 필요한 근로를 제공하고 학교회계에서 보수를 받는 자로서 공무원이 아닌 자”¹⁷⁾를 의미한다.¹⁸⁾ 학교회계직원은 각급 학교를 개별 사업장으로 하여 각급 학교별로 독립적으로 설치된 학교회계에서 급여를 받는 자로서, 지방자치단체(교육감)가 인사관리를 담당하는 공무원이 아니다. 즉 학교회계직원은 각급 학교장에 의하여 채용된 인력으로 각급 학교를 사업장으로 하여 근로를 제공하고 학교회계에서 급여를 받고 있으며, 각급 학교장의 관리·감독을 받는다.¹⁹⁾

2. 학교회계직원의 사용자에 관한 상반된 판결

산을 통합하여 운영하게 됨에 따라 재정운영의 효율성을 높여 학교의 교육활동을 효과적으로 지원할 수 있게 되었다.”(김성수, “학교회계제도에 대한 교사의 인식 연구”, 금오공과대학교 대학원 교육학석사 학위논문(2009. 12), 1-2면). 이러한 학교회계제도는 “단위학교의 자율적 운영을 위한 장치로서 기능을” 한다(같은 글, 2면). 학교회계제도의 도입배경 및 내용에 관하여는 같은 글, 13-18면이 상세하다.

17) 김인재, “학교회계직원의 근로관계 쟁점과 고용안정 방안”, 『노동법연구』 제31호(2011. 9), 266면.

18) 광복 이후 학교교육의 급속한 팽창에 따라 학부형 중심의 후원회가 조직된 것을 시작으로 학교후원조직의 명칭은 사친회(1952년-), 기성회(1963년-), 육성회(1970년-), 학교운영위원회(1995년-)로 변경되어 왔다. 후원조직에 의해 채용된 직원도 기성회 직원, 육성회 직원, 학교운영위원회 직원으로 불리다가 2001년 학교회계가 도입되면서 학교회계직원으로 불리게 되었다. 학교회계직원은 광복 이후 지금까지 학부모들이 학교운영의 한 축을 담당해 온 뿌리 깊은 제도적 배경을 가지고 있다. 즉 학교회계직원은 지금의 학교회계에서 생겨난 것이 아니라, 학교 재정관리 제도의 변천에 따라 그 명칭이 변경되어 온 것이다.

19) 서울행정법원 2007. 7. 24. 선고 2007구합2777 판결.

서울행정법원 2007. 7. 24. 선고 2007구합2777 판결은 각급 학교장을 학교회계직원의 사용자로 보았다.²⁰⁾

그러나 서울행정법원 2013. 1. 15. 선고 2012구합28346 판결은 각급 학교장이 학교회계직원과 사법상 근로계약을 체결하였다고 하더라도 지방자치단체가 단체교섭의 당사자 지위에 있는 것으로 보았다.²¹⁾ 교섭대표 노동조합을 결정하여야 하는 단위(이하 ‘교섭단위’라 한다)로서의 ‘사업 또는 사업장’은 권리의무의 주체이고, 지방자치단체 관내에서 이루어지는 교육, 그 밖의 학예에 관한 사무와 관련된 권리의무는 궁극적으로 법인격을 보유하는 지방자치단체에 귀속되며 교육감은 해당 지방자치단체의 교육 사무에 관한 집행기관으로서의 권한을 부여받으므로²²⁾, 사업주에 대응하는 교섭단위는 교육에 관한 궁극적인 권리의무 및 책임의 주체가 되는 해당 지방자치단체라는 것이다. 교섭단위가 지방자치단체라는 이유로 (즉 교섭단위와 교섭당사자를 구별하지 않고) 교섭당사자 역시 지방자치단체로 본 것이다. (이와 같은 서울행정법원 2013. 1. 15. 선고 2012구합28346 판결의 문제점에 관하여는 아래 III.에서 후술한다.)

3. 학교 운영의 특수성에 비추어 본 사용자 인정의 문제

각급 학교장을 사용자로 인정할 경우와 지방자치단체를 사용자로 인정할 경우를 비교하면 다음과 같다. ① [인력수급의 측면] 각급 학교장을 사용자로 본다면, 각급 학교의 교육과정 이상인 상황에서 교육과정의 원활한 운영을 위한 필요인력의 즉시 수급이 가능하다. 지방자치단체를 사용자로 본다면, 개별적인 인사관리가 불가능하여 적재적소에 인력배치가 이루어지기 어렵고 수시채용이 곤란해지며 여유인력에 대한 구조조정 시 일괄적인 인사관리로 대량해고의 가능성이 있다. ② [근무조건 등 결정의 측면] 각급 학교장을 사용자로 본다면, 학교운영위원회 등 인건비 재원부담주체인 학부모의 의견, 학교운영의 특성과 여건을 감안한 근무기간, 근로조건, 임금 등의 유연한 결정이 가능하다. 지방자치단체를 사용자로 본다면, 지방자치단체가 일률적으로 근무일수, 임금 등을 정하여 단위학교에 적용시키게 되고, 단위학교의 실정에 맞는 근로조건을 결정할 수 없게 된다. 교육의 자율화·다양성을 해치는 결과를 초래할 수 있다. ③ [지역사회와의 관련성 측면] 각급 학교장을 사용자로 본다면, 읍·면지역 학교의 경우 지역주민의 임용 등을 통해 지역의 일자리 창출이 가능하다. 지방자치단체를 사용자로 본다면, 도심

20) 전국학교비정규직노동조합은 위 서울행정법원의 판결에 대하여 항소하였지만, 서울고등법원은 2008. 1. 23. 항소를 기각하였으며(서울고등법원 2008. 1. 23. 선고 2007누21602 판결), 위 판결은 확정되었다.

21) 서울행정법원 2013. 1. 15. 선고 2012구합28346 판결: “지방자치단체가 설립한 각급 공립학교의 학교장이 학교회계직원과 사법상 근로계약을 체결하였다고 하더라도 그 근로계약관계에 있어서 노동조합법 제 2조 제2호에서 정한 사업주로서 단체교섭의 당사자의 지위에 있는 사용자는 각급 공립학교의 학교장이 아니라 각급 공립학교를 설치·운영하는 지방자치단체인 원고들이라고 보는 것이 타당하다.”

22) 지방교육자치에 관한 법률 제2조, 제18조, 제32조, 지방자치법 제3조.

지 거주 근로자가 상대적으로 근무여건이 열악한 읍·면지역에의 전보를 거부하여, 필요인력 배치에 어려움을 겪게 될 수 있다. ④ [행정경비의 절감 측면] 각급 학교장을 사용자로 본다면, 현행과 같이 단위학교별로 학교장이 학교행정실을 통해 학교회계직원에 대한 인사관리를 하여 추가적인 행정경비의 낭비를 방지할 수 있다. 지방자치단체를 사용자로 본다면, 각 교육청별로 별도의 담당부서를 신설하여야 하는 등 추가적인 행정경비의 낭비를 초래할 수 있다.

4. 급식종사인력의 경우

학교회계직원 중 가장 큰 비중을 차지하는 급식종사인력의 대부분은 각급 학교운영위원회에서 학부모 부담경비로 운영되는 인력이다. 학교장이 아닌 지방자치단체가 단체교섭을 통해 이들에 대한 인건비 등 근로조건을 결정하고, 학부모들이 그에 따른 경비를 부담해야하는 것은 단체교섭의 실효성 측면에서 볼 때 불합리하다. 그러한 단체교섭은 초·중등교육법 등 관련 법률에 규정된 학교운영위원회의 기능과 비용부담 주체인 학부모의 지위를 부정하는 결과에 이를 여지도 있다.

Ⅲ. 단체교섭의 사용자와 사법상 권리의무의 주체 -학교회계직원을 중심으로-

1. 단체교섭의 당사자로서의 사용자와 사법상 권리의무의 주체

(1) 단체교섭의 당사자로서의 사용자의 개념표지²³⁾

노동조합법은 제29조에서 사용자 및 사용자단체를 교섭의무자로 규정하고, 제2조 제2호에서 단체교섭²⁴⁾의 의무자로서의 사용자를 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자로 정의한다.²⁵⁾ 이러한 정의규정은 구체적, 개

23) 사용자의 개념은 여러 측면에서 구분하여 살필 수 있는데, 가령 정의규정에서의 사용자, 단체교섭제도에서의 사용자, 부당노동행위제도에서의 사용자, 노동조합법상의 사용자의 개념으로 대별할 수 있을 것이다. 이러한 사용자 개념의 다양성 및 이원성에 대하여는 류문호, “노동조합법상 사용자 개념의 이원성(二元性)”, 『노동정책연구』 제14권 제2호(2014. 6)가 상세하다.

24) 단체교섭권은 사용자 또는 사용자단체와 단체교섭을 할 수 있는 권한만이 아니라 단체교섭의 결과로 타결된 내용을 단체협약으로써 체결할 권한까지 포함한다(헌법재판소 1998. 2. 27.자 94헌바13 결정).

25) 근로기준법상의 사용자 정의도 크게 다르지 않다(근로기준법 제2조 제1항 제2호). 개별적 근로관계를 규율하는 근로기준법과 집단적 노사관계를 규율하는 노동조합법상의 사용자가 일견 동일하게 되어있어 정의규정만 본다면 개별적 근로관계법이나 집단적 노사관계법상의 사용자가 동일한 것으로 보인다. 그러나 근로기준법과 노동조합법의 입법목적에 비추어 보면 양자를 동일하게 볼 수는 없다. 근로조건의 기

별적 사안에서의 사용자 해당여부 판단에 도움을 준 것이라기보다는 종류를 나열한 것에 그친 것이다.²⁶⁾ 근로계약관계의 당사자로서의 사용자는 물론이고 “근로계약관계의 당사자가 아니라고 하더라도 단체교섭의 대상이 되는 근로조건에 관한 사항의 전부 또는 일부의 결정에 대하여 구체적·실질적 영향력 내지 지배력을 미치는 자”²⁷⁾를 포함한다.

노동조합법의 사용자 개념은 노동조합의 설립, 단체교섭, 단체협약, 부당노동행위 등 제도의 목적을 고려한 해석이 요구되며, 근로자의 권리를 보호하기 위하여 누가 책임을 부담하는 것이 가장 효과적인가를 고려해야 한다.²⁸⁾ 그러한 “사용자 개념의 본질적 표지는 노동의 ‘타인결정성(fremde Bestimmtheit)’과 그에 대응한 사용자의 ‘지시권(Weisungsrecht)’이다.”²⁹⁾

노동조합법의 사용자는 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자이지만, 단체교섭의 당사자로서의 사용자는 협의의 사용자인(원칙적으로) 근로계약당사자인 사용자를 의미한다.³⁰⁾ 단체교섭의 당사자로서의 사용자 개념에 사법상 권리의무의 주체라는 요건은 없다. 단체교섭의 당사자 지위는 사법상의 권리의무와 관계가 있는 것이 아니다. 여기에서 반드시 법인격을 갖추어야 하는지에 관한 의문, 즉 지방자치단체 관내에서 이루어지는 교육과 관련된 권리의무가 궁극적으로 법인격을 보유하는 지방자치단체에 귀속되고, 영조물에 불과한 각급 학교의 학교장은 사용자로 볼 수 없는 것인지에 관한 의문이 발생한다.

(2) 교섭단위와 교섭당사자의 준별 필요성

서울행정법원 2013. 1. 15. 선고 2012구합28346 판결은 교섭단위는 권리의무의 주체이므로 지방자치단체가 교섭단위이고, 그렇기 때문에 교섭당사자도 지방자치단체이어야 하는 것으로 보았다.

그러나 교섭단위는 교섭당사자와 준별되는 개념이다. 교섭단위는 교섭창구 단일화 절차를 진행하여야 하는 일정한 범주를 의미한다. 하나의 사업 또는 사업장이 원칙적인 교섭단위이지만, 노동위원회의 교섭단위를 분리하는 결정³¹⁾에 따라 또다시 분리될 수 있다(교섭단위는 근로자집단의 획정기준임). 그에 반해 교섭당사자는 단체협약을 체결할 수 있으며, 그 결과인

준을 정하여 근로자의 기본적 생활을 보장하는데 목적이 있는 근로기준법상의 사용자는 근로계약관계의 당사자로서의 사용자이지만, 노동 3권을 보장하는데 목적이 있는 노동조합법상의 사용자는 그에 국한되지 않는다.

26) 강성태, “지금 왜 사용자인가?”, 『노동법연구』 제24호(2008. 3), 15면.

27) 사법연수원, 『노동조합 및 노동관계조정법』, 2014, 164면.

28) 류문호, 앞의 글, 4면.

29) 위의 글, 4면.

30) 위의 글, 11면.

31) 노동조합법 제29조의3 제2항.

단체협약에 따른 법적 효과가 귀속되는 주체이다.

서울행정법원의 위 판결과 같이 지방자치단체를 단체교섭의 당사자 지위에 있는 것으로 보더라도, 지방자치단체가 교섭단위이기 때문에 단체교섭의 당사자가 되는 것은 아니다. 양자는 준별되어야 하고, 교섭단위는 사업장 단위로 분리될 수 있으며 단일 사업장 단위 내에서도 분리될 수 있기에³²⁾ 구체적, 개별적 사안에 따라 개별 학교가 될 수 있고 지방자치단체가 될 수도 있는 것이다. 교섭단위이기 때문에 단체교섭의 당사자로 보아야 한다는 논리는 성립할 수 없다.

(3) 지방자치단체와 근로계약관계의 존부 및 단체교섭에 담당자 문제

현재까지의 대법원 판결 중에서 근로자와 근로계약관계가 없는 자를 단체교섭의 당사자인 사용자로 인정한 판결은 존재하지 않는다고 한다.³³⁾ 그렇다면 학교회계직원과 지방자치단체와의 근로계약관계가 존재하는지가 지방자치단체를 단체교섭의 당사자인 사용자로 볼 수 있는지를 결정하는 중요한 지표가 될 수 있을 것이다.

학교회계직원과 사법상의 근로계약을 체결한 당사자는 각급 학교장이고, 서울행정법원 2013. 1. 15. 선고 2012구합28346 판결에서도 위 사실은 인정되었다. 근로계약관계의 당사자는 특별한 사정이 없는 한 학교회계직원과 각급 학교장으로 보아야 할 것이다. 각급 학교장이 아닌 지방자치단체를 근로계약관계의 당사자로 해석하는 것은 근로관계에 관한 당사자의 의사 합치 없이 근로관계를 강제하는 것이 될 수 있어 계약자유의 원칙에 반할 여지가 있다. 학교회계직원이 각급 학교장과 근로계약을 체결하면서 지방자치단체와의 근로계약체결을 의욕한 것으로 볼 수 없을뿐더러(근로계약의 일신전속적인 성격에 비추어보면 더욱 그러하다), 각급 학교장과 합의하여 결정한 근로조건은 각급 학교의 상황에 따라 결정된 것이지 해당 지방자치단체의 상황에 맞추어 결정된 것도 아니다.

여기에서 단체교섭의 당사자가 해당 지방자치단체이고, 학교장은 단지 지방자치단체의 단체교섭권한을 위임받아 행사하는 담당자에 불과한 것은 아닌가라는 의문이 발생할 수 있다. 지방자치단체의 교육감은 사업경영담당자로서 지방자치단체의 단체교섭권한을 위임받아 행사하는 담당자에 해당하고, 학교장은 교육감으로부터 단체교섭권한을 위임받거나 대리 행사하는 담당자에 불과한 것은 아닌가라는 의문이다. 그러나 학교회계직원에게 학교장이 사업주도 아니고 단체교섭의 당사자도 아니라는 인식이 있었는지에 관하여는 극히 의문이다. (사회적 약자인) 당사자 일방에게 유리한 결과를 가져온다고 하여, 그러한 법률효과를 의도할 의사 자체가 없었던 당사자 일방의 의사표시를 의제하는 것은 타당하지 않다.³⁴⁾ 학교회계직원, 즉 학비노조의

32) 단일 사업장 내에서도 근로자들의 근로조건에 현저한 차이가 있을 수 있다.

33) 류문호, 앞의 글, 12면.

문제는 사실상 아래에서 살피는 직업상담원 판결이 실질적인 촉매가 되어 불거진 것이라는 점에서 그러하다.

(4) 직업상담원 판결 및 그 취지

대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다40935 판결(이하 ‘직업상담원³⁵⁾ 판결’이라 한다)을 살펴본다. 학비노조는 직업상담원 판결을 사실상 가장 주된 근거로 하여, 각급 학교장이 아닌 그들이 소속하는 지방자치단체가 사용자 지위에 있다는 주장을 개진하였기 때문이다.

직업상담원 판결에서, 법원은 “국가의 행정관청이 사법상 근로계약을 체결한 경우 그 근로계약관계의 권리·의무는 행정주체인 국가에 귀속되므로, 국가는 그러한 근로계약관계에 있어서 같은 법 제2조 제2호에 정한 사업주로서 단체교섭의 당사자의 지위에 있는 사용자에게 해당한다”고 판시하였다.

직업상담원 판결은 단체교섭의 당사자인 “사용자라 함은 근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자, 즉 근로자와의 사이에 그를 지휘·감독하면서 그로부터 근로를 제공받고 그 대가로서 임금을 지급하는 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자”라는 기존 대법원 판례 법리³⁶⁾을 전제한 판결이다.³⁷⁾ 다만 그 구체적 사안에서 각 지방노동청장

34) 이와 관련하여 단체교섭 요구를 거부하는 경우 노동조합이 법원에 신청하는 단체교섭응답가처분의 문제가 있을 수 있고, 매우 어려운 문제이다. 단체교섭응답가처분과 관련해서는 박종희, “협약자치의 견지에서 본 단체교섭응답가처분결정인용에 관한 비판적 고찰”, 『안암법학』 제31권(2010)이 상세하다.

35) 고용노동부장관이 직업상담원을 임면할 수 있음은 물론이고(직업안정법 제4조의4 제1항), 고용노동부장관은 선발절차, 채용 그 밖의 인사관리 등 직업상담원에 대한 근로조건을 실질적으로 결정할 수 있다(동법 시행규칙 제1조의2 제2항).

36) 대법원 1995. 12. 22. 선고 95누3565 판결 등.

37) 직업상담원 판결은 고용노동부장관 명의로 선발계획을 공고하고 각 지방노동청장이 선발계획에 따라 직업상담원들과 사법상 근로계약을 체결한 사안이다. 각 지방노동청장은 행정주체인 국가 산하의 행정관청으로서 근로계약체결사무를 처리한 것에 지나지 아니하여 사법상 근로계약관계의 권리의무는 행정주체인 국가에 귀속된다고 할 것이므로 단체교섭의 상대방인 사용자는 대한민국이라는 것이다.

지방자치단체를 단체교섭의 당사자 지위에 있는 것으로 본 서울행정법원 2013. 1. 15. 선고 2012구합 28346 판결은 교섭단위인 사업 또는 사업장은 교육에 관한 궁극적인 권리의무 및 책임의 주체가 되는 지방자치단체라고 판시하였다. 그러면서 학비노조의 조합원인 학교회계직원에게 대한 임면권은 지방자치단체에게 부여된 것이나 채용절차 등의 편의상 각급 학교장이 근로계약체결사무를 처리하는 것에 불과하며 영조물에 불과한 개별 공립학교가 교섭단위에 해당한다거나 각급 학교장이 단체교섭의 당사자라고 보기 어렵다고 판시하였다. 그 외에도 위 판결은 ① 학교회계설치 및 운영에 관한 사항은 시·도의 교육규칙으로 정하는 점 등에 비추어 공립학교의 회계가 지방자치단체로부터 독립성을 가진다고 보기 어렵고, 학교회계직원에게 대한 인사관리 등도 각급 학교장이 독자적으로 결정하는 것이 아니라, 실질적으로 시·도 교육청의 지침에 근거하여 통일적으로 이루어지는 점, ② 교육과학기술부는 학교회계직원에게 대한 처우방안 등을 마련하여 각 시·도 교육청에 계획 수립·시행을 요청하였고, 시·도 교육청은 학교회계직원에게 대한 공동관리협의회를 구성하여 운영하기로 한 점, ③ 4대 보험료는 각급 학교장이 사업주로 가입되어 있으나, 이는 학교회계 예산편성 기본지침 등에 따른 것으로 보이는 점 등을 근거로 거시

이 ‘국가의 행정관청으로서’ 직업상담원과 근로계약을 체결한 것이므로 국가와 직업상담원 사이에 사용종속관계가 있다고 판단하였다. 당해 사건에서 근로계약체결을 누구와 했는지를 살핀 후 근로자인 직업상담원과 사용종속관계가 있는 자가 고용노동부장관이라고 판단한 것일 뿐이지, 권리의무의 귀속주체이어야만 사용자성이 있다고 판단한 것이 아니다.³⁸⁾³⁹⁾⁴⁰⁾ 지방자치단체(교육감)에게 학교회계직원에 대한 임면권을 부여하는 규정은 물론 근로조건의 결정에 관여한다는 규정이 없는 학교회계직원의 경우에 지방자치단체가 근로계약체결과 근로조건결정에 관한 사무를 위임할 수 없기 때문에 직업상담원 판결과 논의의 평면을 달리하는 것으로 보인다.

(5) 사법상 권리의무의 주체가 아니어도 사용자성을 인정한 판례

대법원은 법인격 유무와 무관하게 사용자성을 판단하는 것으로 보인다. 아파트 입주자 대표회의⁴¹⁾가 사용자로 인정될 수 있다는 취지의 판결⁴²⁾은 사법상 법인격이 인정될 수 없는 경우

하였다.

직업상담원 판결과 서울행정법원 2013. 1. 15. 선고 2012구합28346 판결의 차이는 다음과 같다.

구분	직업상담원 판결	서울행정법원 판결
근거법령의 준부	직업안정법 시행규칙 제1조의2	관련 근거법령 부존재
채용 및 근무조건에 대한 규정 준부	고용노동부훈령으로 직업상담원 규정 존재	교육청 차원에서 별도 통일된 규정 부존재
전보, 배치전환 실시 여부	다른 지방노동청으로 전보인사 실시	전보 및 배치전환 미실시
채용공고의 명의	고용노동부장관 명의의 채용공고	지방자치단체(교육감) 명의의 채용공고 부존재

38) 만약 권리의무의 귀속주체만이 단체교섭의 당사자인 사용자가 될 수 있다는 취지의 판결이라면, 직업상담원 판결을 전원합의체 판결로 하여 권리의무의 주체가 아니더라도 사용자가 될 수 있다는 기존 판결들을 변경하였을 것이다.

39) 하명호 교수는 직업상담원 판결에 대하여 “위 판결은 국가의 행정관청이 사법상 근로계약을 체결한 경우 그 근로계약관계의 권리·의무는 행정주체인 국가에 귀속되므로 국가는 그러한 근로계약관계에 있어서 사업주인 사용자에 해당한다는 점을 명백히 하였다. 그런데, 노동위원회 초심판정의 피신청인은 사업주인 사용자를 의미하므로, 결국 논리적 귀결상 국가가 사업주인 경우에 있어서 지방노동위원회의 피신청인적격은 법인격을 보유한 권리주체인 국가가 되어야 하는 것이고, 그 기관이 될 수 없다는 것이 된다.”고 한다(하명호, “국가가 사용자인 경우 노동위원회 구제절차에서 당사자 문제”, 『저스티스』 제109호(2009. 2), 280면).

40) 중앙노동위원회는 사용자성 판단에 있어 고용·종속관계를 기준으로 할 뿐, 별도로 권리능력을 요구하지 않는다. 가령 중앙노동위원회는 전국학교비정규직노동조합이 부산광역시를 상대로 부당노동행위(노동조합법 제81조 제3호)를 주장한 사안에서, 각급 학교장의 구체적인 업무지시와 감독권한 행사를 이유로 각급 학교장을 단체교섭에 응할 사용자로 보면서 서울행정법원 2007. 7. 24. 선고 2007구합2777 판결을 소개하였다(중앙노동위원회, 『사용자적격 관련 판례 분석』, 2008. 4).

41) 입주자 대표회의는 법인격 없는 사단이다(대법원 1991. 4. 23. 선고 91다4478 판결 등).

라도 사용종속관계가 인정되는 경우라면 사용자로 볼 수 있다는 취지이다.⁴³⁾ “사립학교 교장이 비록 그 학교일반직 직원들에 대한 임면권을 가지고 있지 않다 하더라도 위 직원들을 학교에 근무시키면서 학교운영의 일환으로서 그 업무를 지시, 감독하고 학교예산에서 자신의 명의로 매월 봉급을 지급하여 왔을 뿐더러, 학교예산은 학교장이 이를 편성하여 집행하게끔 되어 있다면 교장은 위 일반직원들에 대한 관계에 있어서 근로기준법 제15조⁴⁴⁾ 소정의 사용자에 해당한다.”는 판결⁴⁵⁾은 각급 학교장을 학교회계직원의 사용자로 인정한 판결이다.⁴⁶⁾

그리고 학교 육성회에서 잠급직원을 고용하여 육성회 재정에서 보수를 지급하는 경우라면 지방자치단체와 근로계약이 있는 것으로 볼 수 없다는 판결⁴⁷⁾의 취지를 확대하면, 공립학교는 육성회의 기능을 대신하는 학교운영위원회를 두고 있고⁴⁸⁾ 현재까지 육성회에서 임용한 잠급직원이 학교회계직원으로 근무하고 있어 학교회계직원과 지방자치단체의 근로계약이 존재하는 것으로 볼 수 없다는 결론에 이르게 된다.

(6) 노동조합법 및 근로기준법의 규정

노동조합법은 ‘사업 또는 사업장’의 의미에 관하여 별도로 규정하는 조항을 두고 있지는 않

42) 대법원 1999. 7. 12.자 99마628 결정. 대법원은 위 결정에서 아파트 입주자 대표회의의 사용자성이 인정될 수 있으려면, 관리사무소 직원들과 관리사무소장 사이의 근로계약이 형식적·명목적이고, 직원들이 입주자 대표회의의 종속적인 관계에서 근로를 제공하며, 입주자 대표회의는 그 대가로 임금을 지급하는 사정이 존재하는 등 직원들과 입주자 대표회의와 사이에 적어도 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있는 것으로 볼 수 있어야 한다고 판시하였다.

43) 대법원은 학교법인의 시설물인 병원의 대표자인 원장의 사용자성을 인정하였다. 대법원 1980. 11. 11. 선고 80도1070 판결: “학교법인이 경영하는 병원의 원장도 그 법인의 피용자이지만 그 병원의 간호원들을 병원장이 직접 채용하였다면 간호원들에 대한 관계에서는 병원장도 근로기준법 제15조 소정의 사용자이다.”

44) 구 근로기준법(1986. 12. 31. 법률 제3927호로 개정되기 전의 것) 제15조는 “이 법에서 사용자라 함은 사업주 또는 사업경영담당자 기타 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말한다.”고 규정하고 있었다. 노동조합법상의 사용자 정의와 동일한 내용의 규정이다.

45) 대법원 1986. 7. 8. 선고 86도722 판결.

46) 학교일반직 직원은 학교회계직원과 동일한 자들이다.

47) 대법원 1997. 8. 26. 선고 96다31079 판결: “지방자치단체 산하의 지방교육기관인 학교 운영을 지원하고, 학생의 복리를 증진하기 위한 목적으로 재학생들의 학부모들로 구성된 육성회가 조직되어 있고, 그 육성회에서 잠급직원을 고용하여 육성회 재정에서 보수를 지급하며, 학교장은 육성회의 당연직 이사로서 잠급직원의 임용에 대하여 결재한 경우, 학교장의 임용 행위 및 업무 지시 행위 등은 육성회의 당연직 이사 또는 그 회무수임자로서의 행위일 뿐이고, 더욱이 육성회는 학생들의 학부모들로 구성된 임의단체로서 시로부터 일정한 제한·감독을 받으나 그 지배하에 있지 아니하므로, 위 잠급직원과 지방자치단체 사이에 근로계약관계가 있다고 볼 수 없다.”

48) 현재 육성회는 학부모회로 변경되었고, 학부모회 회장 및 부회장은 학교운영위원회 학부모위원을 겸임하게 되어 있어, 단위학교의 자치기구인 학교운영위원회에서 정한 학부모부담 경비를 재원으로 하여 채용된 학교회계직원은 지방자치단체와 관련이 없다.

다. 그러나 노동조합법 제35조는 하나의 사업 또는 사업장에 상시 사용되는 동종의 근로자 반수 이상이 하나의 단체교섭의 적용을 받게 된 때에는 당해 사업 또는 사업장에 사용되는 다른 동종의 근로자에 대하여도 당해 단체교섭이 적용되는 것으로 하고 있다. 학비노조와 그동안 단체교섭을 체결한 자는 각급 학교장이고, 각급 학교에서 근무하는 학교회계직원은 각급 학교 별로 작성된 단체교섭의 적용을 받고 있었다.

교섭단위인 사업장은 각급 학교로 보아야 할 것이고 지방자치단체로 볼 수 없다. 사업장은 권리의무의 주체이어야 된다는 취지로 해석한다면, 그동안 각급 학교장과 체결한 단체교섭은 권리의무의 주체가 아닌 자와 체결한 것이어서 효력을 인정할 수 없다는 결론에 귀결된다.

(7) 사업장의 개념에 관한 타 법률의 규정

사업장을 정의한 타 법률 규정에 비추어 보더라도 사업장이 권리의무의 주체이어야 하는 것은 아니다. 타 법률은 ① ““사업장”이란 사업소나 사무소를 말한다.”⁴⁹⁾, ② ““사업장”이란 근로자를 사용하는 사업소 및 사무소를 말한다.”⁵⁰⁾, ③ ““사업장”이란 화물자동차의 주차·정차시설 및 사무소 등이 갖추어진 장소로서 계속하여 화물자동차 운수사업이 이루어지는 장소를 말한다.”⁵¹⁾고 규정할 뿐이다.

사업장이 경영상 일체를 이루면서 유기적으로 운영되는 것이라도, 반드시 법인격을 요하는 것은 아니다. 하나의 법인체라 하더라도 내부에서 개별적인 각각의 근로조건 결정권이 있을 수 있고, 인사·노무관리, 회계 등이 독립적으로 운영되는 경우에는 각각이 독립된 사업장으로서 교섭단위가 될 수 있기 때문이다.⁵²⁾⁵³⁾

(8) 사법상 권리의무의 주체와 공법상 권리의무의 주체의 준별

49) 국민건강보험법 제3조 제3호.

50) 국민연금법 제3조 제13호.

51) 화물자동차 운수사업법 시행규칙 제2조 제4호.

52) A社 근로자가 생산직과 사무직으로 구별되어 있고, 생산직 노동조합과 사무직 노동조합이 별도로 존재하며, 생산직과 사무직의 근로조건 등에 현저한 차이가 있는 경우 A社 생산직과 사무직은 각각 별도의 독립된 사업장으로 교섭단위가 될 수 있는 것이다.

53) 고용노동부도 “소속 지방국세청(또는 세무서)이 독립적으로 기간제 근로자를 채용하고 해임·승진·배치전환·징계·보수 및 퇴직금 지급 등 노무관리에 대하여 전권을 행사하는 경우에는 각각의 기관을 별개의 사업장으로 보아야” 한다고 하였고(노동부, 『비정규직법 질의회시집』, 2008. 12. 39면), 본사와 장소적으로 분산되어 있는 지점, 출장소, 공장 등의 노무관리, 회계 등이 명확하게 독립적으로 운영되는 경우에는 독립성이 있는 것으로 보고 별개의 사업 또는 사업장(주당 근로시간 단축유예 관련 사업·사업장 판단기준(1990. 9. 26, 근기 01254-13559))으로 보았다. 즉 사업장이 권리의무의 주체임을 요하는 것으로 볼 수는 없다.

노동조합법의 규정 및 대법원 판결의 취지상 단체교섭 당사자로서의 사용자가 대외적인 권리의무의 주체(법인격)이어야 한다는 제한은 없다.

각급 학교가 영조물로서 독자적인 사법상 권리능력을 가지지 못하고, 각급 학교장에게 법인으로서의 권리능력이 인정되지 않아 학교장의 사법상 법률행위가 지방자치단체에 귀속된다고 하더라도⁵⁴⁾, 이는 사법상 권리능력 유무에 따른 대외적 법인격에 관한 문제이다. 영조물 내부관계에서 비정규직 직원을 채용하고 지시·감독하는 대내적인 운영에 따른 단체교섭의 당사자인 사용자 지위 문제와는 논의의 평면을 달리한다.

공법상 권리관계인 단체교섭의 당사자인 사용자가 반드시 사법상 권리주체이어야 하는 것은 아니다. 대법원은 최근 국가기관이더라도 공법관계에서는 권리능력이 인정되는 주체임을 명시적으로 인정하였다.⁵⁵⁾⁵⁶⁾ 국가기관의 행위 및 그 기관에 대한 행위의 효과는 권리주체인 국가에 미치는 것으로서 기관 자체는 권리능력이 없으므로 행정소송에서의 원고적격을 부정하였던 종전 대법원 판결과 달리, 국가기관에게도 당사자능력 및 원고적격을 인정한 판결이다. 변경된 대법원 판결에 따르면, 사법관계에 있어서 국가기관은 권리주체인 ‘국가’의 기관에 불과하지만, 공법관계에 있어서 국가기관은 권리능력이 인정되는 권리주체가 될 수 있다.⁵⁷⁾

54) 서울행정법원 2013. 1. 15. 선고 2012구합28346 판결에서 문제된 공립학교의 경우이다.

55) 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결은 “국민권익위원회법이 원고(경기도선거관리위원회 위원장)에게 피고 위원회(국민권익위원회)의 조치요구에 따라야 할 의무를 부담시키는 외에 별도로 그 의무를 이행하지 아니할 경우 과태료나 형사처벌의 제재까지 규정하고 있는데, 이와 같이 국가기관 일방의 조치요구에 불응한 상대방 국가기관에게 그와 같은 중대한 불이익을 직접적으로 규정한 다른 법령의 사례를 찾기 어려운 점, 그럼에도 원고가 피고 위원회의 조치요구를 다룰 별다른 방법이 없는 점 등에 비추어 보면, 피고 위원회의 이 사건 조치요구의 처분성이 인정되는 이 사건에서 이에 불복하고자 하는 원고로서는 이 사건 조치요구의 취소를 구하는 항고소송을 제기하는 것이 유효·적절한 수단이라고 할 것이므로, 비록 원고가 국가기관에 불과하더라도 이 사건에서는 당사자능력 및 원고적격을 가진다고 봄이 상당하다.”고 하면서, “피고 위원회의 처분의 상대방으로서 그 처분에 따라야 할 의무의 주체는 ‘소속기관 등의 장’임이 분명하므로”라고 판시하였다.

56) 위 판결의 원심판결인 서울고등법원 2010. 12. 9. 선고 2009누38963 판결의 분석은 박현정, “국가와 지방자치단체의 항고소송에서의 원고적격”, 『행정법연구』 제30호(2011. 8), 199-201면이 상세하다; 강해룡, “항고소송에서의 원고적격”, 법률신문, 2013. 9. 23.자: “이 사건에서 원고를 사법상으로만 보면 권리의 주체인 국가의 ‘기관’이지만 공법관계에서는 권리능력이 인정되는 ‘주체’라고 한 것인데 이는 괄목할만한 사건의 전환이라고 할 것이다.”

57) 참고로 법무부는 2012. 7. 30. 각급 학교장이 노동관계법령에 따른 권리의무의 주체가 될 수 있는지에 관한 교육부의 질의에 대하여 ‘민법상 권리능력의 유무와 근로기준법 등 노동관계법령의 적용은 별개 문제임을 유념하여야 한다면서, 노동법은 자본주의 발전에 따라 취약한 지위에 놓인 노동자의 보호를 위해 사유재산권 존중의 원칙, 사적 자치의 원칙, 과실책임의 원칙 등 사법원리를 변경하고 국가가 강제적으로 개입하여 공법적 규제를 가하는 것이므로 민법상 권리능력이 없다고 하여 노동관계법령의 적용이 배제되는 것이 아니며, 학교장은 민법상 권리능력과 무관하게 구체적 사실관계에 따라 근로기준법상 사용자에게 해당할 수 있으므로 노동관계법령에 따른 책임과 의무의 주체가 된다’는 취지로 회신하였다(법무부, 『학교장의 민법상 권리능력 유무』 관련 질의에 대한 회신(2012. 7. 30)). 따라서 각급 학교가 사법상 권리주체가 될 수 없어 공법관계인 단체교섭의 당사자인 사용자가 될 수 없다는 서울행정법원

(9) 정리

각급 학교는 법인격을 갖추지 못하였다고 하더라도 독립적으로 경영상 일체를 이루고 있기 때문에 교섭단위인 사업장에 해당하는 것으로 볼 것이다. 단체교섭의 당사자 지위는 사법상의 권리의무관계에 관한 것이 아니기 때문에 노동조합법상 사용자가 반드시 법인격을 갖추어야 하는 것으로 볼 것은 아니다. 노동조합법의 사용자는 사법상 권리의무의 주체, 즉 법인격의 유무와 논리적 귀결을 같이하지 않고 구체적·개별적 사정에 따라 근로자의 근로조건을 결정하는 관리·감독의 위치에 있는 자를 의미한다. 각급 학교가 법인격이 인정될 수 없다고 하더라도, 그것이 사용자성을 부정할 결정적 이유가 될 수는 없을 것으로 보인다.

2. 학교회계직원의 사용자 인정에 있어서의 규범적 문제

지방교육자치에 관한 법률은 제20조에서 교육감의 관장 사무를 규정한다. 이에 따르면, 교육감이 소속 국가공무원 및 지방공무원의 인사관리에 관한 사항만을 관장 사무로 하고 있음을 알 수 있다. 그리고 동법 제27조는 “교육감은 소속 공무원을 지휘·감독하고 법령과 조례·교육규칙이 정하는 바에 따라 그 임용·교육훈련·복무·징계 등에 관한 사항을 처리한다”라고 하여, 교육감이 관여하는 인사관리 대상이 소속 공무원에 한정됨을 알 수 있다. 엄밀하게 본다면, 교육감에게 (공무원이 아닌) 학교회계직원에게 대한 인사관리의 권한이 있는 것으로 보기 어렵다.

그리고 초·중등교육법 제20조 제1항은 학교회계직원에게 대한 각급 학교장의 지도·감독 권한을 규정한 것으로 해석할 수 있고, 동법 제30조의2 제1항, 제30조의3은 각 학교별로 학교회계를 별도로 설치하여 학교장에게 각 학교에 설치된 학교운영위원회의 심의를 거쳐 집행할 수 있는 권한을 부여하고 있다.⁵⁸⁾ 그리고 학교회계직원 급여의 재원인 학교회계 수입은 지방자치단체의 전입금이나 지원금에 한정되지 않고, 학교운영위원회에서 심의한 각 학교별 학부모가 부담하는 경비, 학교운영위원회가 조성한 각 학교별 학교발전기금 등으로 구성되어 있다.⁵⁹⁾

학교회계직원이 담당하는 업무 중 가장 많은 비중을 차지하는 학교급식은 학교의 장이 직접 관리·운영한다.⁶⁰⁾ 그리고 초·중등교육법 제22조 제1항, 동법 시행령 제42조 제2항, 제3항은 학교에서 정규직 교원 및 교육공무원을 제외한 강사 등 학교회계직원을 채용하여 학생교육을

2013. 1. 15. 선고 2012구합28346 판결은 사법상 권리의무의 주체와 공법상 권리의무의 주체를 구별하지 못한 것이고, 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결의 취지에도 어긋나는 것으로 보인다.

58) 초·중등교육법 제30조의3 제4항 제1호는 ‘교직원 등의 인건비’를 학교회계의 운영대상으로 하여, 학교회계직원에게 대한 인건비를 지급하는 주체가 학교장임을 분명히 하고 있다.

59) 초·중등교육법 제30조의2 제2항.

60) 학교급식법 제15조 제1항.

담당할 수 있도록 하는데, 국·공립학교의 경우 학교의 장이 각 학교별 학교운영위원회 심의를 거쳐 위와 같은 학교회계직원을 임용하도록 하고 있다.

그리고 학교회계직원에 대한 채용공고, 근로계약 체결, 4대 보험 신고·유지, 취업규칙 등 인사규정을 정하는 업무 등 학교회계직원에 대한 모든 인사관리업무를 담당하는 자는 각급 학교장이다. 각급 학교별로 제정된 인사규정에 따르면, 학교의 장은 학교회계직원의 채용, 임금, 근태관리, 업무분장, 포상, 징계 및 해고 등을 결정하도록 하고 있어 학교회계직원의 사용자가 학교의 장임을 알 수 있다. 또한 학교회계직원에 대한 취업규칙은 각급 학교별로 학교장이 작성하여 고용노동부장관에게 신고하도록 하고 있고, 교육감은 이에 대해 어떠한 권한도 행사하지 않는다.

이와 같이 제반 법률 규정에 비추어보더라도, 학교회계직원에 대한 근로조건을 교육감이 정할 수 없거니와 개별 근로자들의 다양한 근로조건들에 대해서 노동법 수규자로서의 지위를 교육감에게 부여하는 것은 근로조건 설정에 있어 그간 전혀 개입하지 않았던 직종에 대해서까지 의무와 책임만을 교육감에게 전가시키는 결과가 될 것이다.

3. 학교회계직원의 사용자 인정에 있어서의 현실적 문제

(1) 학교규칙의 제·개정 권한

2012. 3. 21. 법률 제11384호로 일부 개정된 초·중등교육법 제8조에 의하면 학교회계직원의 근로조건과 가장 밀접한 관련이 있는 수업일수 등을 규정한 학교규칙은 각급 학교장에게 독자적 제·개정 권한이 부여되어 있다. 구 초·중등교육법(2012. 3. 21. 법률 제11384호로 개정되기 전의 것)에 의하면 공립학교의 경우 학교규칙의 제·개정을 위해서는 교육감의 인가를 받도록 하였는데, 학교자율화 정책⁶¹⁾의 일환으로 개정되었다.

학교회계직원에 대한 근로조건에 가장 큰 영향을 미치는, 즉 학교규칙의 제·개정 권한을 가진 자를 학교회계직원의 근로조건을 결정하는 자로 보아야 할 것이다. 각급 학교의 실정을 정확히 파악할 수 없는 지방자치단체와의 단체교섭은 실효성 면에서도 적절치 않으며, 굳이 수십 년간 학교장을 사용자로 하여 진행하던 단체교섭의 상대방을 지방자치단체로 바꾸어야 할 이유도 크지 않은 것으로 보인다.

(2) 단체교섭의 당사자인 노동조합과의 비교

⁶¹⁾ 교육부는 2008. 4.경부터 학교자율화 3단계 정책을 추진해왔다. 교육감의 학교규칙 제정·인가권은 위 정책의 일환으로 폐지되었다. 위 정책은 학교장의 교직원 인사의 자율화, 교육과정 자율화 등을 포함하고 있다.

단체교섭의 당사자인 노동조합의 경우 법인격을 요하지 않으므로, 권리능력의 유무와 관계없이 노동조합법상 단체교섭의 당사자가 된다.⁶²⁾ 사용자에게만 사법상 권리능력을 요하는 것은 노동조합법에 단체교섭 체결권한을 규정한 취지에 반하는 것이고⁶³⁾, 권리능력이 없으므로 단체교섭의 당사자 지위를 부정하는 것은 노동조합법 규정에도 반하는 것이다.⁶⁴⁾

(3) 노동조합법의 규정

노동조합법 제29조는 노동조합과 단체교섭을 체결할 상대방을 사용자나 사용자단체로 규정하고, 노동조합법 제2조 제3호는 “사용자단체라 함은 노동관계에 관하여 그 구성원인 사용자에 대하여 조정 또는 규제할 수 있는 권한을 가진 사용자의 단체를 말한다.”고 정의하고 있다. 노동조합법은 단체교섭의 당사자로 사용자단체를 사용자와 동등하게 보고 있는데, 사용자단체의 경우 사법상 권리능력이 필요요건이 아니라는 점⁶⁵⁾에서 사용자 역시 반드시 사법상 권리능력을 요하는 것으로 볼 수 없다.

(4) 단체교섭의 당사자와 노동조합법상 수범자의 불일치

단체교섭에 있어서 사용자가 반드시 사법상 권리능력을 보유하여야 한다고 해석한다면, 단체교섭의 당사자(즉 근로조건을 결정하는 자)와 노동조합법상 의무를 부담하는 수범자의 불일치가 발생할 수 있다.

서울행정법원 2013. 1. 15. 선고 2012구합28346 판결의 논리를 일관한다면, 각급 학교장은 단체교섭의 사용자가 아니지만 노동조합법상 부당노동행위의 주체가 되어 형사처벌을 받을 여지가 있다. ‘각급 학교장은 사법상 권리능력이 없어 사용자가 아니므로 단체교섭에 참여할 수

62) 노동조합법 제6조 제1항은 “노동조합은 그 규약이 정하는 바에 의하여 법인으로 할 수 있다.”고 하고 있다. 노동조합이 반드시 법인격을 가지고 있어야 하는 것이 아님을 알 수 있다.

63) 사용자적격을 위해 법인격이 필요한지에 관한 판단은 아니지만 대법원은 항운노동조합이 조합원인 항운 근로자에 대한 사용자가 될 수 있음을 전제로 판단하였다(대법원 2007. 3. 30. 선고 2004다8333 판결). 하급심 법원도 실질적 사용종속관계에 따라 항운노동조합의 사용자성을 인정하였다(부산지방법원 2008. 8. 27. 선고 2007구단522 판결; 울산지방법원 2011. 12. 9.자 2011카합722 결정).

64) 서울행정법원 2013. 1. 15. 선고 2012구합28346 판결의 논리를 일관한다면, 법인격을 취득하지 않아 권리능력이 없는 노동조합은 단체교섭의 당사자가 될 수 없다는 결과에 이른다.

65) 고용노동부 역시 “고용노동부장관을 주무관청으로 하는 단체의 경우『고용노동부 소관 비영리법인의 설립 및 감독에 관한 규칙』에 정한 기준에 따라 허가를 얻어 법인격을 취득할 수 있으나, 사용자단체는 노동조합법상 개념이 정의되는 것으로 법인격 취득이 사용자단체 성립의 필수요건은 아니라고 하겠음.”(고용노동부, 『노동조합 및 노동관계조정법 질의회시 모음집』, 2013. 2, 168면), “따라서 사용자단체도 재산 취득 등을 위해 법인격을 얻을 수 있으나 사용자단체의 성립요건과 법인격 취득은 별개이므로, 법인 아닌 단체도 노동법상 사용자단체의 요건을 충족한다면 단체교섭의 당사자로서 단체교섭 및 단체교섭 체결이 가능하다고 할 것임.”(같은 책, 168면)이라는 유권해석을 하였다.

없다. 또한 학교회계직원의 근로조건을 결정할 수도 없다. 단체교섭의 효과도 각급 학교장에 귀속되지 않는다. 그러나 자신이 결정하지도 않은 근로조건을 위반한 경우 형사처벌을 받아야 한다'는 결과에 직면하게 되는 것이다.⁶⁶⁾

사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자가 단체교섭의 당사자가 아니더라도 부당노동행위의 주체로서 형사책임을 받을 수 있는 것은 가능하고, 그것이 근로자 내지 노동조합을 두텁게 보호하는 것이지만 적어도 지방자치단체와 각급 학교장과의 관계에 있어서까지 그러한 결과가 타당한 것으로 보이지는 않는다.

뿐만 아니라, 그동안 각급 학교장과 학교회계직원 사이에 체결한 단체교섭상의 근로조건은 지방자치단체에게 귀속되므로, 지방자치단체는 자신이 관여하지 않았던 상황에서 결정된 근로조건을 위반한 경우 형사처벌이라는 위협에 놓이는 상황에 직면한다.

(5) 사용자 개념의 확대 필요성에의 역행

고용관계가 복잡해지면서 다양한 형태의 노사관계가 성립되고 있다.⁶⁷⁾ 하도급이나 파견근로가 많아지면서 형식적인 근로계약을 체결한 당사자 이외에 실질적으로 해당 근로자와 사용종속관계를 맺고 있는 자를 사용자로 인정하여 근로기준법이나 노동조합법상 사용자의 의무를 부담시킬 필요성이 있게 되었다. 이에 따라 사용자 개념을 확대하는 논의가 활발하게 이루어지고 있다.⁶⁸⁾

66) 앞서 본 대법원 1986. 7. 8. 선고 86도722 판결은 학교장의 사용자성이 인정된다는 전제에서 각급 학교장을 근로기준법 위반으로 처벌한 판결이다.

67) 최근에는 기업인수를 위해 사법상 권리능력이 없는 투자펀드를 조성하여 실질적으로 기업을 지배하고, 근로조건을 결정하는 경우가 있다.

일본에서는 피인수 기업의 노동조합이 피인수 기업의 경영진을 노사관계의 실질적 당사자로서의 권한이 없는 것으로 보아 피인수 기업을 인수한 영국계 투자펀드에게 단체교섭을 신청하였으나 투자펀드가 거부하자, 동경도 노동위원회에 구제신청을 한 사건이 있었다. 일본 후생노동성은 투자펀드에서의 노사문제에 관한 보고서를 발표하였는데, 그 보고서에서 “투자펀드는 법인격을 갖고 있는 것도 있지만 법인격을 갖고 있지 않은 민법상의 조합 등의 형태를 띠는 것도 있다고 보여진다. 어떠한 투자펀드든 피매수 기업의 노동조건을 현실적 그리고 구체적으로 지배·결정하는 경우에는 사용자성이 인정되는 것으로 생각된다”는 견해를 밝혔다고 한다(오학수, “투자펀드와 일본의 노사관계”, 『국제노동브리프』 Vol. 5, No. 11(2007. 11), 75면).

형식적으로는 사법상 권리능력이 있는 법인(피인수 기업)이 근로계약을 체결하였으나 실질적으로는 사법상 권리능력이 없는 제3자(투자펀드)에게 종속되어 있는 경우, 형식적으로 근로계약을 체결한 법인은 근로자와 사용종속관계가 없다. 서울행정법원 2013. 1. 15. 선고 2012구합28346 판결의 논리를 일관한다면, 실질적인 사용자는 사법상 권리능력이 없으므로 형식적으로 근로계약을 체결한 법인이나 실질적인 사용자 모두 근로기준법이나 노동조합법상 사용자로서의 의무를 이행하지 않아도 된다는 불합리한 결과에 이를 수 있다.

68) 대표적으로 이승욱, “노동법상 근로자·사용자 개념 확대를 둘러싼 쟁점과 입법적 과제”, 『노동법학』 제 49호(2014. 3) (특히 243-248면).

대법원도 하청업체가 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 원청업체의 노무대행 기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적이고, 사실상 당해 근로자가 원청업체와 종속적인 관계에 있다면 원청업체가 근로자의 사용자에 해당한다고 판시하였다.⁶⁹⁾ 사용자가 사법상 권리능력과 무관하게 실질적으로 근로자와 사용종속관계에 있는 경우 근로기준법이나 노동조합법상 사용자로 인정하여 그에 따른 의무를 이행하도록 하는 것이 타당하다.⁷⁰⁾

(6) 실증적 문제

개별 학교별로 직종을 분류할 수 없을 정도로 다양한 종류와 형태의 학교회계직원이 근무하고 있기 때문에⁷¹⁾ 학교회계직원의 근로조건에는 현저히 차이가 있다. 그에 관한 상세한 통계자료를 작성하는 것은 불가능에 가깝다. 각 시·도별 통계자료를 보고 이를 짐작할 수 있을 뿐이다.

직종별 기본급의 차이는 별론으로 하더라도, 각 시·도별 기본급 외의 각종 수당 역시 차이가 있다. 장기근무 가산금의 경우 인천광역시는 가산금 자체가 존재하지 않았던 반면 강원도는 월 3-21만원을 지급하였고, 서울특별시는 월 3-8만원을 지급하였다. 명절휴가보전금도 통상 연 20만원을 지급하였으나, 전라북도 연 40만원을 지급하였다. 맞춤형 복지비는 연 20-35만원으로 각 시·도별로 차이가 났으며, 전임지 경력을 인정하는지 여부 역시 차이가 있고, 정년도 공무원과 동일하게 보는 곳(대전광역시, 경상북도), 57세로 보는 곳(부산광역시 등), 60세로 보는 곳(서울특별시) 등 차이가 있다.⁷²⁾

또한 학교회계직원의 주당평균근무시간은 서울특별시 37, 부산광역시 36, 대구광역시 38, 인천광역시 33, 광주광역시 38, 대전광역시 38, 울산광역시 38, 세종특별자치시 36, 경기도 38, 강원도 37, 충청북도 38, 충청남도 37, 전라북도 35, 전라남도 39, 경상북도 37, 경상남도 37, 제주특별자치도 34로 차이가 있음을 알 수 있다.⁷³⁾

4. 소결

69) 대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결 등.
 70) 반면 서울행정법원 2013. 1. 15. 선고 2012구합28346 판결은 근로조건 등이 각급 학교장에 의하여 독자적으로 결정되는 것이 아니라 시·도 교육청의 지침에 근거하여 통일적으로 이루어지는 것으로 보이며, 실효성 있는 단체교섭이라는 측면에서도 지방자치단체가 사용자 지위에 있는 것으로 보는 것이 타당하다고 판단하였다.
 71) 직종을 분류할 수 없는 기타 직종에 종사하는 학교회계직원의 비율만 하더라도 서울특별시 3,568/20,512, 부산광역시 1,380/8,533, 경기도 4,291/34,448 등 각 시·도를 합치면 약 13%(18,927/140,989)에 이른다(교육부, 2014년 학교회계직원 실태 조사 및 분석 결과(2014. 7), 142면).
 72) 교육과학기술부, 초·중등학교 학교회계직원 고용안정 및 처우개선 방안(2011. 11), 12면.
 73) 주71, 60-67면.

근로제공과 임금지급이 중핵인 근로관계에서 실질적·궁극적인 사용자 지위에 있는 자는 임금을 지급하고 그 지급조건을 실질적으로 결정할 수 있는 자이어야 한다. 실질적으로 임금을 부담하는 자와 협의하지 않고, 협의할 수도 없는 지방자치단체가 임금과 근무조건 등을 교섭할 수는 없는 것이고, 임금을 부담하는 학부모, 학교운영위원, 후원회원이 교섭에 참여하여야 하므로 각급 학교장이 주관이 되어야 한다.

개별 학교 내에는 지방자치단체(교육감)가 ① 임금지급 조건에 전혀 관여할 수 없는 자, ② 기준은 제시하지만 학교별 운영여건에 따라 각급 학교장이 운영위원회의 심의를 거쳐 가감할 수 있는 재량권을 가지는 자, ③ 학부모에게 과도한 부담을 지우지 못하도록 지침으로 인건비 기준을 정한 자 등 매우 다양한 범주의 학교회계직원이 근무한다. 지방자치단체가 모든 것을 통제하고 각급 학교장이 이를 받아들이기만 하는 일방관계가 아니다. 이는 현대의 교육정책이 지향하는 것도 아니다. 실효성 있는 단체교섭이라는 측면에서 각급 학교장을 사용자로 보아야 할 필요성은 절실하다.

IV. 학교회계직원에 대한 법률안 제정 논의에 대한 검토

1. 법률해석의 한계 및 적법성과 타당성

학교회계직원과의 사용종속관계가 존재하여 단체교섭에서 사용자의 지위를 가지는 자는 각급 학교장으로 보인다. 학교회계직원에 대하여 직접적으로 규율하는 법률이 명확히 존재하지 않는 이상 관련 법률 규정과 기존 확정판결의 판시와 같이, 학교회계직원의 실질적 근로조건을 결정하고 근로계약을 체결하며 지휘·감독을 하는 각급 학교장을 이들에 대한 사용자로 보아야 할 것이다. 그럼에도 불구하고 서울행정법원 2013. 1. 15. 선고 2012구합28346 판결과 같이 지방자치단체를 학교회계직원의 사용자로 보려면, 학교회계직원에 대한 임면권 등 근로조건을 결정하는 자가 지방자치단체(교육감)라는 명문의 규정, 즉 관련 법률의 제·개정이 선행되어야 한다.⁷⁴⁾

그러나 법률 제·개정이 선행되는 경우라도 학교회계직원과 관련한 학교행정의 현실에서 입법적으로 지방자치단체(교육감)를 사용자로 의제하는 것이 타당한지는 의문이다. 기본적으로 학교회계직원과의 사용종속관계가 있는 자는 지방자치단체가 아닌 각급 학교장이기 때문이다.

74) 종국적으로는 입법의 방법으로 학교회계직원에 대한 임면권 등을 규정하지 않는 이상 사정변경이 없는 상황에서 기존 확정판결, 관련기관의 유권해석 등으로 수십 년간 각급 학교장을 학교회계직원에 대한 사용자로 판단하였던 것을 변경하는 것은 교육현장의 분란만을 초래할 것이다. 사립학교법은 1990. 4. 7. 법률 제4226호로 일부 개정을 통해 이러한 문제를 입법적으로 해결하였다. 그 내용은 다음과 같다.

2. 학교회계직원에 대한 법률안 제정 논의 및 비판

(1) 학교회계직원에 대한 법률안

19대 국회에서 논의되는 학교회계직원에 대한 법률안은 각급 학교장이 가지고 있던 학교회계직원의 임면권 등을 교육감에게 부여하였다. 위 법률안과 같은 법률이 제정되어 시행되기 전까지는 그동안 각급 학교장이 체결한 근로계약의 효력 등을 부인하면서까지 지방자치단체(교육감)를 학교회계직원의 사용자로 보아야 할 합리적인 이유를 발견할 수 없다. 발의된 법률안 중 이 연구와 관련된 부분은 다음과 같다.

<학교직원의 채용 및 근무에 관한 법률안⁷⁵⁾의 주요내용>

국립학교와 그 병설유치원에 근무하는 학교직원의 채용은 교육부장관이, 공립학교와 그 병설유치원에 근무하는 학교직원의 채용은 교육감이, 사립학교에 근무하는 학교직원의 채용은 학교법인 또는 사립학교경영자가 하며, 학교직원의 보수·근무조건 등에 관하여는 이 법에 따라 대통령령·교육부령 또는 시·도의 교육규칙 등에서 정하는 범위에서 교육부장관 또는 교육감 등과 체결하는 근무계약에 따르도록 함(안 제4조).⁷⁶⁾

<교육공무직원의 채용 및 처우에 관한 법률안⁷⁷⁾의 주요내용>

국립학교와 그 병설유치원, 교육과학기술부와 그 소속기관에 근무하는 교육공무직원의 채용은 교육과학기술부장관이, 공립학교와 그 병설유치원, 시·도 교육관서에 근무하는 교육공무직원의 채용은 교육감이, 사립학교에 근무하는 교육공무직원의 채용은 학교법인 또는 사립학교경영자가 하도록 함(안 제5조).⁷⁸⁾

구 사립학교법 (1990. 4. 7. 법률 제4226호로 개정되기 전의 것)	현행 사립학교법
제70조의2 (사무기구 및 직원) ② 대학교육기관의 소속사무직원은 학교의 장이 임면한다.	제70조의2 (사무기구 및 직원) ② 각급학교의 소속사무직원은 학교의 장의 제청으로 학교법인 또는 사립학교경영자가 임면한다.

75) 의안번호 1905012, 이에리사 의원 대표발의(이에리사 의원 외 26인), 2013. 5. 20. 제안.

76) 의안정보시스템(http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=PRC_P1H3M0Z5F2E0X1X7H5N8X1V4L4U3T6, 최종 방문일시: 2015. 1. 12).

77) 의안번호 1902259, 유기홍 의원 대표발의(유기홍 의원 외 40인), 2012. 10. 23. 제안.

78) 의안정보시스템(http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=PRC_F1X2C1Z0P2R3P1M1D2J0U2I0N1P5H6, 최종 방문일시: 2015. 1. 12).

(2) 논의되고 있는 법률안에 대한 비판적 고찰

위 법안의 핵심은 사용자 문제와 학교회계직원의 처우개선이고⁷⁹⁾, 위 법안 제안의 주된 이유는 학교회계직원의 고용안정을 위함에 있다.⁸⁰⁾ 고용안정을 위하여 교육감을 사용자로 의제하고 근무조건 등을 교육규칙 등으로 정하게 하였는데, 학교현실에서 제대로 기능할 수 있을지는 의문이다. 가령 학교 운동부 지도자의 경우 근로조건 일체를 학부모들로 구성된 학교별 운동부 후원회 규약에 근거하여 결정하고 각급 학교장 역시 학교운영위원회가 승인한 대로 집행해 줄 뿐이고⁸¹⁾, 방과 후 학교 강사의 경우 학부모들의 부담의지에 따라 처우가 매우 다양하여 일률적으로 정리하기조차 불가능할 정도이다. 교육청이 지원하는 연봉기준일수와 실제 근무일수가 일치하지도 않는다. 그리고 기초자치단체와 발전기금으로 채용되는 근로자들의 근로조건은 기초자치단체장-학교장, 기탁자-학교운영위원장 간의 합의에 의할 뿐 교육비특별회계로의 진입도 불가능하여 지방자치단체가 사전에 파악할 수조차 없다. 그럼에도 교육감의 선거공약 이행을 위해 학교회계직원의 자체수당 신설이나 증액, 인력확충 등 방만한 운영이 문제되는 상황이다.⁸²⁾

이러한 상황에서, 학교회계직원의 임면권 등을 교육감에게 부여하는 위와 같은 법안은 학교 행정의 현실에서 충분히 기능하기 어려울 것으로 보인다. 근본적으로 학교회계직원과 사용자 속관계에 있는 자는 교육감이 아닌 각급 학교장이기 때문이다.

3. 학교회계직원과의 단체교섭에 대한 현실적인 접근

서울행정법원 2013. 1. 15. 선고 2012구합28346 판결이 있는 후 각 지방자치단체별로 교육감이 학교회계직원과 단체교섭을 실시하는 것으로 보인다. 그러나 지난 수십 년간 학교장이 사용자로서 단체교섭을 체결하여왔기에 학교회계직원의 근로조건 등을 파악하지 못하는 교육감과의 단체교섭은 최근까지도 심각한 난항을 겪고 있다. 이로 인해 교육현장에 있는 학생들까지 피해를 보고 있는 상황이다.⁸³⁾

79) 제316회 국회 교육문화체육관광위원회회의록(법안심사소위원회) 제1호, 2013. 6. 24, 20면.

80) 의안번호 195012, 이에리사 의원 대표발의(이에리사 의원 외 26인), 제안이유 및 주요내용(http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=PRC_P1H3M0Z5F2E0X1X7H5N8X1V4L4U3T6, 최종 방문일시: 2015. 1. 12).

81) 지방자치단체는 그러한 과정 어디에도 관여하지 않음에도, 지방자치단체가 학교 운동부 지도자와의 단체교섭으로 근로조건을 결정하는 것은 적절하지 않다. 학교 운동부 지도자의 연봉은 경력에 따라 최저 1,000만원부터 최고 9,000만원까지 차이가 있다.

82) 교육부, 2014. 11. 21.자 보도자료(<http://www.moe.go.kr/web/100026/ko/board/view.do?bbsId=294&pageSize=10¤tPage=7&encodeYn=Y&boardSeq=57648&mode=view>, 최종 방문일시: 2015. 1. 12) 2면.

83) “교육부 “학교비정규직 무리한 요구해...파업 자제해야””, 연합뉴스, 2014. 11. 21.자(<http://www.yonhapnew>

이러한 현실적인 어려움을 해결하기 위해서는, 학교회계직원 공통으로 적용되는 근로조건의 가이드라인(예를 들어 근로일수의 상·하한, 급여의 상·하한 등)을 정하는 방법⁸⁴⁾, 학교장과 각 개별 학교별의 실정에 맞게 가이드라인의 범위에서 개별적 근로조건을 교섭하는 방법, 학교회계직원을 학교 운영상의 필요에 따라 학교장이 임의로 고용한 자 등 인건비 전부를 지방자치단체가 아닌 개별 학교에서 전부 부담하는 자와 지방자치단체(교육청)가 인건비를 지원하는 자로 구분하여 별도로 단체교섭을 진행하는 방법 등이 있을 수 있을 것이다.

V. 결론

학교회계직원의 사용자가 누구인지에 관하여 그동안 많은 이견이 있었으나, 서울행정법원 2013. 1. 15. 선고 2012구합28346 판결로 인하여 이러한 논의는 잠정적으로 정리되었다. 서울행정법원 판결은 근로계약의 당사자라고 할 수 없는 자를 단체교섭의 사용자로 보거나, 사법상의 권리의무주체 여부를 판단기준으로 고려한 것으로 보이는데, 이는 새로운 논쟁의 불씨를 가져온 것이다.

공법상의 권리의무의 주체와 사법상의 권리의무의 주체 문제를 동일한 평면에 놓고 일률적으로 비교할 것은 아니고, 타당하지도 않다. 대법원은 기존 대법원 판결을 전향적으로 변경하여, 국가기관의 경우에도 구체적, 개별적 사안에 따라서 공법관계에서 권리능력이 인정되는 주체임을 명시적으로 인정하였다.⁸⁵⁾ “사법상으로만 보면 권리의 주체인 국가의 ‘기관’이지만 공법관계에서는 권리능력이 인정되는 ‘주체’라고 한 것인데 이는 괄목할만한 사고의 전환이라고 할 것이다.”⁸⁶⁾

위와 같은 서울행정법원 판결로 인하여, 실무에서 여러 가지 어려운 문제가 발생할 여지가 있다. 사용자에게만 사법상 권리능력을 요하는 것은 노동조합법에 단체교섭의 체결권한을 규정 한 취지에도 반하는 것일뿐더러, 권리능력이 없으므로 단체교섭의 당사자로 볼 수 없다는 결론은 노동조합법의 규정에도 배치된다. 실효성 있는 단체교섭에 있어 저해가 되는 방향으로 작동하게 될 것이라는 우려를 떨쳐버릴 수 없다.

19대 국회에서 논의되는 학교회계직원에 대한 법률안은 각급 학교장이 가지고 있던 학교회계직원의 임면권 등을 교육감에게 부여하는 것이다. 학교회계직원과 관련한 분쟁을 입법적으

s.co.kr/bulletin/2014/11/21/0200000000AKR20141121062800004.HTML?input=1195m, 최종 방문일시: 2015. 2. 24).

84) 교육부, 2014년도 학교회계직원 고용안정 및 처우개선안(2014. 1)과 같은 방법이 있을 수 있다.

85) 대법원 2013. 7. 25. 선고 2011두1214 판결.

86) 강해룡, “항고소송에서의 원고적격”, 법률신문 2013. 9. 23.자 기사.

로 해결하고자 하는 것이지만, 학교회계직원과 관련된 학교행정의 현실에 비추어 타당한 입법 인지는 의문이다.

이 연구가 근로관계의 사용자성 인정과 관련하여 조그마한 도움이 될 수 있기를 기대한다.

(투고일: 2015. 1. 13. 심사완료일: 2015. 2. 26. 게재확정일: 2015. 2. 26.)

참고문헌

- 고용노동부, 『노동조합 및 노동관계조정법 질의회시 모음집』, 2013. 2.
- 노동부, 『비정규직법 질의회시집』, 2008. 12.
- 사법연수원, 『노동조합 및 노동관계조정법』, 2014.
- 중앙노동위원회, 『사용자적격 관련 판례 분석』, 2008. 4.
- 강성태, “지금 왜 사용자인가?”, 『노동법연구』 제24호(2008. 3).
- 김금화, “학교단위책임경영제의 운영 평가”, 한국교원대학교 대학원 교육학석사 학위논문(2007. 2).
- 김성수, “학교회계제도에 대한 교사의 인식 연구”, 금오공과대학교 대학원 교육학석사 학위논문(2009. 12).
- 김인재, “학교회계직원의 근로관계 쟁점과 고용안정 방안”, 『노동법연구』 제31호(2011. 9).
- 류문호, “노동조합법상 사용자 개념의 이원성(二元性)”, 『노동정책연구』 제14권 제2호(2014. 6).
- 박종희, “협약자치의 견지에서 본 단체교섭응답가처분결정인용에 관한 비판적 고찰”, 『안암법학』 제31권(2010).
- 박현정, “국가와 지방자치단체의 항고소송에서의 원고적격”, 『행정법연구』 제30호(2011. 8).
- 오학수, “투자펀드와 일본의 노사관계”, 『국제노동브리프』 Vol. 5, No. 11(2007. 11).
- 이승욱, “노동법상 근로자·사용자 개념 확대를 둘러싼 쟁점과 입법적 과제”, 『노동법학』 제49호(2014. 3).
- 하명호, “국가가 사용자인 경우 노동위원회 구제절차에서 당사자 문제”, 『저스티스』 제109호(2009. 2).
- 강해룡, “항고소송에서의 원고적격”, 법률신문, 2013. 9. 23.자.
- 교육과학기술부, 초·중등학교 학교회계직원 고용안정 및 처우개선 방안(2011. 11).
- 교육부, 2014년 학교회계직원 실태 조사 및 분석 결과(2014. 7).
- 교육부, 2014년도 학교회계직원 고용안정 및 처우개선안(2014. 1).
- 교육부, 2014. 11. 21.자 보도자료
- “교육부 “학교비정규직 무리한 요구해...파업 자제해야””, 연합뉴스, 2014. 11. 21.자.
- 법무부, 『학교장의 민법상 권리능력 유무』관련 질의에 대한 회신(2012. 7. 30).
- 제316회 국회 교육문화체육관광위원회회의록(법안심사소위원회) 제1호, 2013. 6. 24.
- 주당 근로시간 단축유예 관련 사업·사업장 판단기준(1990. 9. 26, 근기 01254-13559).

<Abstract>

Controversies regarding the employers of official school workers

Jongbum Lee* · Dongyeol Park**

There has been a lot of different opinions on determining who the employer of official school workers is, but it seems that the recent ruling by Seoul Administrative Court has settled such controversies to a certain extent.

Fundamentally, it should not be compared uniformly at the same level that the aforementioned issue that requires to be subjects of rights and duties respectively under private laws and public laws. From such perspective, the Supreme Court prospectively changed its existing ruling and acknowledged that even a government authority can be considered to have legal capacity under public legal relationships in each individual, specific case.

It can cause various problems in working practices that the recent Seoul Administration Court ruling recognizes an employer status only if the employer can be subjects of rights and duties under private laws. The requirement for an employer to have legal capacity under private laws not only breaches the purpose of legislation to envisage authority to execute collective bargaining in the Trade Union and Labor Relations Adjustment Act, but also is against the provisions of the Trade Union and Labor Relations Adjustment Act.

Furthermore, the additional requirements imposed by the recent Seoul Administration Court can not only be against the trends to expand the scope of definition of employer, but also may hinder effective execution of collective bargaining.

Key Words: contingent workers at primary and secondary schools, official school workers, non-standard workers, collective bargaining, employer, corporate entity, school settlement accounting

* Attorney at Law, Barun Law LLC.

** Attorney at Law, Barun Law LLC.