

고용계약상 노무자의 보수채권 보호의 관점에서 제3자 변제 법리 소고*

From the Perspective of the Protection of Employee's
Claim for Remuneration under the Contract of
Employment, a Short Examination of the Legal Principles
of Performance by Third Person

김 서 기**
Kim, Seo-Gi

목 차

- I. 들어가는 말
- II. 고용계약과 근로계약의 법체계상 지위
- III. 민법 제469조상 제3자의 변제
- IV. 정리하는 말

국문초록

현실에서 아무런 이해관계 없는 제3자가 채무자의 채무를 대신 변제하는 경우는 드물다. 하지만 고용계약상 노무자의 보수채권은 그 실현여부에 따라 해당 노무자는 물론 그 가족 공동체 전체의 생계에 중대한 영향을 미친다. 따라서 고용계약상 노무자의 보수채권의 실현을 확보하는 것은 매우 중요하다. 사람들

논문접수일 : 2020. 11. 02.

심사완료일 : 2020. 12. 08.

게재확정일 : 2020. 12. 08.

* 본 연구는 2020학년도 상명대학교 교내연구비를 지원받아 수행하였음.

** 법학박사·상명대학교 인문콘텐츠학부 지적재산권전공 부교수

이 겪고 있는 불행과 박탈은 작금의 코로나바이러스 감염병 사태처럼 그 자신이 통제할 수 없는 힘에 의해 빈번히 야기되어 진다. 그렇다면 국가는 결코 그 개인에게 책임을 돌릴 수 없는 이와같은 빈곤, 실업 등에 침묵해서는 안된다. 이러한 이유로 국가는 체당금 제도를 마련하여 실직한 근로자의 체불임금채권의 실현을 보장해 주고 있는데 이는 제3자 변제 법리에 기초한 것이다. 다른 한편 시민사회 역시 하나의 사회를 이루고 있는 공동체 구성원의 이와같은 불행에 눈감아서는 안된다. 작금의 코로나바이러스 감염병 사태와 같은 경제불황이 닥쳐오는 경우에 일차적으로 자금사정이 넉넉지 못한 중소기업자들이 타격을 입게 될 것이고 그 결과 그들에게 고용되어 있는 그렇지 않아도 저임금에 시달리고 있는 근로자들은 자신에게 아무런 과실도 없이 실직하게 된다. 그런데 그들의 실직은 시장에서 수요의 감소로 이어지고 이러한 경제불황의 타격을 상대적으로 피해간 대기업 및 그곳에 근무하는 근로자들은 시장에서의 수요 감소에 따른 물가하락의 혜택을 입게 될 것이다. 따라서 상호부조의 정신에 입각해서 이러한 혜택을 입은 사람들로 하여금 실직가정의 체불임금채권 등에 눈감지 말고 제3자 변제 법리 등을 통해 적극적으로 도움을 주도록 유인하는 것은 결코 부당한 것이 아니다. 이러한 이유로 본고에서는 노무자의 보수채권의 실현을 용이하게 하기 위해 제3자 변제를 확대하고자 민법 제469조 제2항의 '이해관계'를 법률상 이해관계로 국한하지 않고 비록 현재는 사실상 이해관계에 불과하더라도 장래에 법률상 이해관계로 변경될 가능성이 있는 경우도 민법 제469조 제2항의 '이해관계'로 보며, 제3자 변제의 제한사유로서의 사용자와 노무자 간의 제3자 변제금지 특약은 고용계약 체결 시에 맺은 것으로만 제한하는 등 구체적인 법리를 제시하였다.

주제어 : 제3자의 변제, 이해관계, 고용계약, 민법 제469조, 근로기준법 제11조

1. 들어가는 말

코로나바이러스감염증 - 19의 여파로 2020년 6월달의 실업자수와 실업률은 관련

통계작성을 시작한 1999년 이래로 그 어느해 6월보다 높았다고 한다. 실업자수는 무려 122만 8000명에 이르렀으며, 실업률은 무려 4.3%에 달한다는 것이 통계청 발표이다.¹⁾

이러한 지표는 기존에 미취업 상태인 사람들은 여전히 아직 취업하지 못한 상태에 있음을, 그리고 기존에 취업 상태였던 사람들 중의 상당수가 실직하였음을 대체로 말해준다고 할 수 있다.

그렇다면 기존에 미취업 상태인 사람들은 여전히 고정적인 생계유지 수단을 확보하지 못한 채 생계유지를 위해 어쩔 수 없이 타인으로부터 금전을 빌리는 등으로 말미암아 채무초과 상태에 빠지고, 기존에 취업상태였다가 실직하게 된 사람들에게는 코로나바이러스감염증 - 19의 여파로 인한 경기침체로 회사 사정이 어렵게 되어 실직하게 된 경우가 대부분이므로 아마도 체불임금이 남아 있는 등의 현상은 충분히 예견 가능한 것이다.

필자는 이러한 사회적 문제에 대처하기 위한 수단으로서 제3자 변제 법리에 주목하고자 한다. 사람들이 겪고 있는 불행과 박탈은 그 자신이 통제할 수 없는, 예를 들면 인공지능의 출현과 같은 급격한 기술의 발전, 상품수요의 변화, 경제불황, 전쟁, 작금의 코로나바이러스 감염병 사태처럼 감염병의 대유행과 같은 힘에 의해 빈번히 야기되어 진다.²⁾

그렇다면 국가는 결코 그 개인에게 책임을 돌릴 수 없는 이와 같은 빈곤, 실업 등에 침묵해서는 안 된다. 시민사회 역시 하나의 사회를 이루고 있는 공동체 구성원의 이와 같은 불행에 눈 감아서는 안 된다. 이러한 이유로 국가는 체당금 제도를 마련하여 실직한 근로자의 체불임금채권의 실현을 보장해 주고 있는데 이는 제3자 변제 법리에 기초한 것이다. 또한 감염병의 대유행으로 경제불황이 닥쳐오는 경우에 일차적으로 자금사정이 넉넉지 못한 중소기업자들이 타격을 입게 될 것이고 그 결과 그들에게 고용되어 있는 그렇지 않아도 저임금에 시달리고 있는 근로자들은 자신에게 아무런 과실도 없이 실직하게 된다. 그

1) 통계청, 2020년 6월 고용동향, 14면; 동아일보 2020년 7월15일자 기사(<https://www.donga.com/news/article/all/20200715/101989445/1> : 방문일자 2020년 7월17일)

2) Charles A. Reich, The New Property, The Yale Law Journal Volume 73 Number 5, 1964, p.785; 김서기, “최종적인 사회안전망으로서의 공공부조수급권에 관한 소고”, 홍익법학 제17권 제3호, 2016, 136면.

런데 그들의 실직은 시장에서 수요의 감소로 이어지고 이러한 경제불황의 타격을 상대적으로 피해간 대기업 및 그 곳에 근무하는 근로자들은 시장에서의 수요 감소에 따른 물가하락의 혜택을 입게될 것이다. 따라서 상호부조의 정신에 입각해서 이러한 혜택을 입은 사람들로 하여금 실직가정의 채무, 체불임금채권 등에 눈감지 말고 제3자 변제 법리 등을 통해 적극적으로 도움을 주도록 유인하는 것은 결코 부당한 것이 아니다.³⁾

이하에서는 고용계약상 노무자의 보수채권 보호의 관점에서 제3자 변제 법리를 살펴보고자 한다. 그런데 근로계약상 근로자의 임금채권 보호의 역할은 주로 노동법에 맡겨져 있다. 따라서 우선 특별법인 노동법에 어떤 규율상의 공백이 있어서 일반법인 민법이 작동할 필요성이 있는지 양자의 관계를 검토해야 한다. 다음으로 민법 제469조에 나와 있는 제3자의 변제를 노무자의 보수채권 보호를 중심으로 본격적으로 고찰해 볼 것이다. 먼저 제469조상의 제3자 및 변제의 의미를 살펴본다. 그리고 나서 제3자 변제의 제한사유 등에 관해서 구체적으로 분석한다.

II. 고용계약과 근로계약의 법체계상 지위

1. 양자의 비교

사실 노동법이라는 법률명을 가진 법률은 우리 법전 어디에도 없다. 노동법은 일반적으로 개별적 노동관계법과 집단적 노동관계법으로 구분하는데, 이 양자를 통칭해서 노동법이라고 부르는 것이다. 개별적 노동관계법은 근로자 개인과 사용자 사이의 개별적 근로계약의 발생·변경·소멸을 둘러싼 관계를 규율하는 법을 말하며, 근로계약법으로 불리기도 한다. 개별적 노동관계법에 속하는 구체적 법률로는 근로기준법, 최저임금법, 산업재해보상보험법 등이 있다. 반면

3) Michael B. Levy, *Illiberal Liberalism : The New Property as Strategy*, Property Law Vol. I (Elizabeth Mensch & Alan Freeman eds.), New York University Press, 1992, p.194; 김서기, “최종적인 사회안전망으로서의 공공부조수급권에 관한 소고”, *홍익법학* 제17권 제3호, 2016, 136면.

집단적 노동관계법은 노동단체(근로자의 노동관계상 이익을 대변하는)와 사용자 측 간에 단체교섭을 중심으로 전개되는 관계, 이 노동단체의 조직 및 운영을 규율하는 법을 말하며, 노동단체법으로 불리기도 한다. 집단적 노동관계법에 속하는 구체적 법률로는 노동조합및노동관계조정법, 노동위원회법 등이 있다.⁴⁾

우리 민법상 15가지 전형계약 중의 하나인 고용계약은 계약자유의 원칙에 의해 지배된다. 즉 계약을 체결할지 말지부터 시작해서 만약 체결한다면 누구와 어떤 방식으로 그리고 구체적 계약내용은 무엇으로 할지까지 모두 당사자가 자유롭게 결정할 수 있다는 것이다. 고용계약에서 사용자가 부담하는 주된 급부의무인 보수지급의무와는 달리 노무자가 부담하는 주된 급부의무인 노무제공의무는 비저장성, 비대체성을 특징으로 한다. 그런데 산업사회에서 대부분의 사람들은 자신의 노동력을 팔아 생계를 유지할 수밖에 없는 현실과 이러한 특징이 맞물리면서 노동의 영역에서 계약자유의 원칙은 모든 개인은 자유롭게 평등한 인격체라는 이념에 기여할 수 없게 되었다.⁵⁾

이러한 이유로 노무자를 보호해서 모든 개인은 자유롭게 평등한 인격체라는 이념을 구현하기 위해 국가가 개입해서 고용계약상 계약자유의 원칙을 제한하는 개별적 노동관계법, 즉 근로계약법이 등장하게 된 것이다. 개별적 노동관계법, 즉 근로계약법의 구조는 기본법인 근로기준법을 일반법으로해서 근로기준법 제3장 임금과 관련해서는 최저임금법, 임금채권보장법, 제5장 여성과 소년과 관련해서는 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률, 제8장 재해보상과 관련해서는 산업재해보상보험법 등이 특별법의 형태로 제정되어 있다. 따라서 근로기준법, 최저임금법, 임금채권보장법, 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률, 산업재해보상보험법 등에서 그 규율대상으로 삼는 근로계약에서는 계약자유의 원칙이 제한되는데 반해 민법이 그 규율대상으로 삼는 고용계약에서는 계약자유의 원칙이 여전히 지배한다. 그러나 고용계약이든 근로계약이든 사용자는 보수·임금지급의무를, 노무자·근로자는 사용자의 지휘·감독을 받는 종속적인 지위에서 노무제공의무를 부담한다는 점에서 계약의 유형을 결정짓는

4) 임종률, 「노동법」, 박영사, 2016, 12면; 김문환외 공저, 「법학의 이해」, 길안사, 1998, 391면.

5) 양창수·김재형, 「민법 I 계약법」, 박영사, 2012, 12~13면; 김문환외 공저, 「법학입문」, 법문사, 2011, 403~404면; 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2019, 21~23면.

주된 급부의무는 동일하다. 따라서 양자는 본질적으로 동일하다고 할 것이다.⁶⁾

한편 개별적 노동관계법, 즉 근로계약법의 일반법인 근로기준법은 그 적용범위와 관련하여 제11조에서 상시 사용 근로자수가 5인 이상인 사업 또는 사업장의 경우(단, 동거하는 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장과 가사사용인 제외)에는 근로기준법이 전면적으로 적용되지만, 상시 사용 근로자수가 4인 이하인 사업 또는 사업장의 경우에는 근로기준법시행령에 따라 근로기준법의 일부규정만이 적용될 수 있을 뿐이다. 요컨대 원칙적으로 근로자 보호를 위해서 계약자유의 원칙이 제한되는 근로계약이 되는 경우는 상시 사용 근로자수가 5인 이상인 사업 또는 사업장(단, 동거하는 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장과 가사사용인 제외)이다. 동거하는 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장과 가사사용인의 경우는 노무자 보호를 위한 근로기준법 등의 적용이 배제되며 계약자유의 원칙에 그대로 따르는 고용계약에 머물러 있는 것이고, 상시 사용 근로자수가 4인 이하인 사업 또는 사업장의 경우도 원칙적으로 고용계약이 체결되는 것이고 예외적으로 노무자 보호를 위해 근로기준법 등의 일부 규정이 적용될 수 있을 뿐이다.

따라서 동거하는 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장과 가사사용인에 대해서는 민법이 전면적으로 적용되고 상시 사용 근로자수가 4인 이하인 사업 또는 사업장의 경우는 근로기준법 등이 적용되는 일부 사항을 제외하고는 민법이 적용된다.

2. 고용계약의 범위

그렇다면 이러한 사업장에 근무하는 노무자에 대해서는 어떠한 이유로 국가가 노무자 보호를 위해 개입하지 않고 당사자들간의 계약자유의 원칙에 그대로 맡겨두고 있는 것일까? 우선, 동거하는 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장의 경우와 관련하여 근로기준법 제11조에서의 ‘동거하는 친족’의 의미는 ‘동일한 세대를 구성하고 생활을 공동으로 하는 민법 제777조의 친족, 즉 8촌 이내의 혈족,

6) 임종률, 「노동법」, 박영사, 2016, 12면; 김문환 외 공저, 「법학의 이해」, 길안사, 1998, 392면; 김상용, 「채권각론」, 화산미디어, 2016, 335면.

4촌 이내의 인척, 배우자'를 의미한다. 원래 민법상 친족은 배우자, 혈족, 인척을 말하는데 이러한 친족 중에서도 가까운 친족들 끼리 동일한 세대를 구성하고 생활을 공동으로 하는 경우에는 근로기준법이 적용되지 않는다는 것이다. 이러한 가까운 친족관계에 까지 국가가 개입하는 것은 동양적인 윤리관에 비추어 바람직하지 않으며, 이러한 가까운 친족관계에서는 사용자·근로자 관계보다 친족사이의 정분이 더 중시되기 때문에 근로기준법의 적용이 배제된다는 것이다.⁷⁾

그러나 이러한 이유들이 요즈음 사람들의 보편적 인식과 부합하는지는 의문이다. 8촌 혈족의 노무자가 자신이 제공한 노동력의 대가로 사용자와 8촌 혈족간이라는 이유로 최저임금법상 최저임금보다 낮은 임금을 쉽사리 용인하지는 않을 것으로 생각되며, 또한 근로기준법 제43조 정기지급의 원칙을 배제하고 아무 때나 사용자 마음대로 정해서 지급하는 임금을 받게 된다면 가정공동체의 생활은 불안정해 질 수밖에 없는데 사용자와 8촌 혈족간이라는 이유로 이러한 근로기준법상의 임금지급원칙 배제에 선뜻 동의하지는 않을 것이다. 그리고 사용자와 8촌 혈족간이라는 이유로 근로기준법 제24조에 반하여 사용자가 경영상 이유에 의하여 노무자를 해고하면서 해고회피 노력을 다하지 않는다면 이 역시 받아들일 8촌 혈족은 별로 없을 것이다. 이러한 내용은 부모자식간이라도 원칙적으로 크게 달라지지는 않을 것이다. 노무자가 제공한 노동력에 대해 정당한 평가를 하는 것은 사용자와 노무자가 친족관계라는 사실과는 별개로 생각하는 것이 사람들의 보편적 인식이다.

다음으로 가사사용인에 대해서 살펴보자. 가사사용인은 개인 가정에서 사용되는 자로서 가사도우미, 운전기사, 주택관리인, 간병인 등이 해당된다. 이처럼 개인 가정의 사생활에 사용된다면 가사사용인이 되는 것이지 고용계약 당사자가 누구인지는 상관이 없다. 따라서 회사와 고용계약을 체결했어도 사장의 개인 가정에서 사용되는 자는 가사사용인이 된다. 따라서 가사사용인의 범주에 포함되는 노무자는 생각보다 많다. 그런데 이들 모두가 근로기준법의 적용대상에서 배제되어 있는 것이다. 가사사용인은 개인 가정의 사생활에 사용되는 자로서 사생활 보호 차원에서 국가가 사생활에 개입하는 것은 바람직하지 않은 점 등을 들

7) 김형배, 「노동법」, 박영사, 2018, 193면; 임종률, 「노동법」, 박영사, 2016, 336면; 하갑래, 「근로기준법」, (주)중앙경제, 28면.

어 근로기준법상의 보호대상에서 제외하고 있는 것이다. 반면 스위스 제네바에 있는 국제노동기구(International Labor Organization)의 한 연구보고서⁸⁾에 따르면 65개 조사대상국가 중에서 56개 국가가 가사사용인을 비록 제한적이기는 하지만 노동법 등을 통해 보호하고 있다고 한다. 사생활 보호와 노무자 보호는 구체적 상황에 따라 이익형량을 통해 결정할 문제이지 사생활 보호를 위해 노무자의 희생을 일방적으로 강요해서는 안된다고 생각한다. 이것이 사람들의 보편적 인식이다.⁹⁾

마지막으로 상시 사용 근로자수가 4인 이하인 사업 또는 사업장의 경우도 원칙적으로 근로기준법이 적용되지 않는다. 다만, 예외적으로 대통령령으로 정하는 바에 따라 일부 규정이 적용될 수 있을 뿐이다. 근로기준법 제11조가 그 적용범위를 이와 같이 규정한 이유와 관련하여 우리 헌법재판소¹⁰⁾는 근로기준법의 전면적용으로부터 상시 사용 근로자수 5인 미만 사업 또는 사업장을 제외한 것은 영세사업장의 열악한 현실, 국가의 근로감독능력의 한계를 고려하여 근로기준법의 확대적용을 위한 지속적인 노력을 기울이는 과정에서 근로기준법의 법규범성을 실질적으로 관철하기 위한 입법정책적 결정이라고 한다. 그런데 이러한 헌법재판소 결정이 나온지도 벌써 20년 이상이 지났다. 영세사업장의 열악한 현실은 상당부분 개선되었으며, 국가의 근로감독능력도 크게 신장되었다. 따라서 이제는 상시 사용 근로자수 4인 이하인 사업 또는 사업장의 경우 원칙적으로 근로기준법이 적용되고 예외적으로 대통령령에 따라 일부 규정이 적용 제외될 수 있음을 규정하는 방식으로 법개정이 이뤄질 필요가 있으나 여전히 원칙적으로 근로기준법이 적용되지 않는 것으로 규정되어 있다.

앞서 언급한대로 근로기준법에 의해 규율되지 않는 동거하는 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장, 가사사용인, 상시 사용 근로자수가 4인 이하인 사업 또는 사업장의 경우는 민법이 적용되는데, 우리는 민법을 적용함에 있어서 해석상 이와 같은 사람들의 보편적 인식과 사회현실을 적극 반영할 필요가 있다.

8) Jose' Maria Ramirez-Machado, "Domestic work, condition of work and employment : A legal perspective", Conditions of Work and Employment Programme, INTERNATIONAL LABOR OFFICE - GENEVA, 1면(하갑래, 「근로기준법」, (주)중앙경제, 2016, 30면에서 재인용).

9) 하갑래, 「근로기준법」, (주)중앙경제, 2016, 29~30면; 이상윤, 「노동법」, 법문사, 88면.

10) 헌재 1999. 9. 16. 98헌마310.

Ⅲ. 민법 제469조상 제3자의 변제

1. 제3자 및 변제의 의미

(1) 제3자의 의미

채무를 변제할 권한은 원칙적으로 채무자에게 있으므로 채무의 변제자는 채무자가 되는 것이 원칙이다. 물론 채무자의 별도의 의사표시에 의해 변제권한을 부여받은 자가 있는 경우에는 그 자 역시 변제자가 될 수 있을 것이다. 본래의 급부행위에 의해 채권이 만족을 얻는 것이 변제인데 이러한 급부행위가 법률행위라면 수권행위를 통하여 대리권을 부여할 수 있고 대리인의 급부행위의 결과 변제가 있게 되는데 이 경우 대리인은 채무자의 의사표시에 의해 변제권한을 부여받은 자가 될 것이다. 한편 법률의 규정에 의해 변제할 수 있는 권한이 채무자 이외의 자에게 부여되는 경우도 있다. 우리 민법 제22조 제1항에 따르면 부재자가 재산관리인을 정하지 아니한 경우에 법원은 이해관계인 등의 청구에 의해 재산관리인의 선임 등 재산관리에 필요한 처분을 명하게 되는데 이렇게 선임된 재산관리인은 제25조에 따르면 기한이 도래한 채무의 변제 등 보존행위는 법원의 허가 없이도 할 수 있다. 따라서 이 경우 부재자 재산관리인은 법률의 규정에 의해 변제할 수 있는 권한이 부여된 자이다. 그리고 이러한 부재자 재산관리인은 일종의 법정대리인이라 볼 수 있으므로 변제과정 중에 채권자에게 손해를 발생시켰다면 본인인 채무자가 손해배상책임을 부담한다. 물론 채무자의 의사표시에 의해 변제권한이 주어진 자의 경우에는 비록 그 자가 변제과정 중에 채권자에게 손해를 발생시켰을 지라도 채무자가 채권자에게 손해배상책을 져야 하는 것은 당연하다. 따라서 이러한 채무자측의 변제는 제3자 변제와는 본질적으로 다르다. 제3자 변제의 경우 변제과정 중에 제3자가 채권자에게 손해를 발생시켰다면 그 스스로 책임져야 할 것이다.¹¹⁾

11) 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2019, 677면; 김상용, 「채권총론」, 화산미디어, 2016, 412, 417면; 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1999, 664면.

한편 일부견해는 이행인수계약에 의해 채무자로부터 채무의 이행만을 인수한 인수인의 경우 채무자에 의해 변제권한이 주어진 자에 의한 변제, 즉 채무자측의 변제가 아니라 제3자에 의한 변제에 해당한다고 본다.¹²⁾

그러나 이 견해는 선뜻 이해하기 어렵다. 이행과 변제는 급부행위에 의한 채권의 소멸을 행위의 측면에서 본 것인지 아니면 결과의 측면에서 본 것인지만 차이가 있을 뿐이지 양자는 실질적으로 동일한 것이다. 그리고 이행인수계약의 당사자는 채무자와 인수인만이며 인수인은 채권자에 대해서는 아무런 채무도 부담하지 않고 본래의 채무는 여전히 채무자가 부담한다. 따라서 인수인은 채무자와의 이행인수계약에 의해 변제권한을 부여받은 자가 되며, 인수인이 채무이행 과정에서, 즉 변제과정에서 채권자에게 발생시킨 손해로 말미암아 채권자가 취득한 손해배상청구권은 본래의 채권이 동일성을 유지하면서 내용상 변경된 것일 뿐이므로 이러한 채무불이행에 따른 손해배상책임은 인수인이 아니라 채무자가 여전히 부담한다. 그렇다면 이행인수인은 채무자의 의사표시에 의해 변제권한이 주어진 자로 볼 것이지 제3자로 볼 것은 아니라고 생각한다.¹³⁾

이행인수계약에 의해 사용자로부터 노무자에 대한 보수지급의무 이행을 인수한 인수인이 채무이행과정에서 이행지체한 경우 이행지체에 따른 손해배상책임은 당연히 사용자가 지는 것이지 이를 제3자 변제에 해당한다고 하면서 인수인에게 부담시킬 수는 없는 것이다. 예를 들어, 기업 양도 시 양수인이 기왕에 제공된 노무에 대한 보수지급채무를 인수하면서 대신 그 채무액만큼 매매대금에서 감액받기로 양도인과 합의한 경우를 살펴보자. 우리 판례의 태도에 따르면 이 경우 채권자인 노무자의 승낙이 있다면 면책적 채무인수로 봐서 노무자는 양수인에 대해서 기왕의 노무제공에 따른 보수지급을 청구하고 그 지급을 지체하는 경우에는 지연배상을 청구할 수 있다. 하지만 노무자가 승낙하지 않는 이상 이행인수에 불과한 것이어서 노무자는 여전히 종전 사용자인 양도인에 대해서 기왕의 노무제공에 따른 보수지급청구권을 갖는 것이고 양수인이 그 지급을 지체하는 경우에 지연배상 역시 양도인에게 행사할 수 있다.¹⁴⁾

12) 김상용, 「채권총론」, 화산미디어, 2016, 418면; 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1999, 634면.

13) 김상용, 「채권총론」, 화산미디어, 2016, 412면; 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2017, 1166면; 백경일, 「알기 쉽게 풀어 쓴 민법총론」, 도서출판 고래시대, 2014, 316~317면.

요컨대, 우리 민법 제469조에서 인정하고 있는 ‘제3자의 변제’에서 제3자는 채권자와 채무자 및 채무자 의사 또는 법률의 규정에 의해 변제할 수 있는 권한이 부여된 자를 제외한 나머지 경우를 의미한다고 할 것이다.

(2) 변제의 의미

다음으로 민법 제469조 상의 변제의 의미에 대해서 살펴보자. 본래 변제란 채무자 또는 제3자가 채무의 내용에 좇은 급부를 실현하는 것을 말한다. 고용계약의 경우는 사용자가 노무자에게 보수로 금전을 지급하는 것이 거래계의 일반적인 모습이다. 하지만 사용자와 노무자간에 약정이 있는 때에는 그 약정에 우선적으로 따라야 한다. 이것이 우리 민법(제656조)의 입법태도이다. 따라서 사용자와 노무자 간에 금전이 아닌 물건으로 보수를 지급하기로 약정하였다면 이 역시 채무의 내용에 좇은 급부에 해당하므로 변제인 것이다. 한편 대물변제의 경우는 비록 고용계약 체결 시 약정에는 금전으로 보수를 지급하기로 약정했지만 나중에 변제기에 물건의 인도 등 그에 갈음한 다른 급부를 사용자가 현실적으로 한 경우에 이러한 청약에 대해 노무자가 승낙한 계약이다. 이러한 대물변제는 우리 민법 제466조에 따르면 변제와 같은 효력이 있으므로 제3자의 변제규정인 제469조는 대물변제에도 적용되어 제3자는 이해관계가 없더라도 사용자의 의사에 반하지 않는다면 금전지급 대신 물건의 인도로 보수지급을 갈음할 수 있다는 것이 통설의 태도이다.¹⁵⁾

그러나 이러한 통설의 태도는 몇 가지 측면에서 문제가 있다고 생각한다. 고용계약 체결 시 사용자와 노무자는 대등한 당사자의 지위에 있다고 우리 민법은 전제하므로 사용자와 노무자가 노무제공의 대가로 물건을 보수로 지급하기로 약정했다면 그 약정은 유효하다고 볼 수 있다. 하지만 고용계약 체결 후에

14) 대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다84370 판결은 다음과 같이 판시하고 있다. “부동산의 매수인이 매매목적물에 관한 임대차보증금 반환채무 등을 인수하는 한편 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우, 그 인수는 특별한 사정이 없는 이상 매도인을 면책시키는 면책적 채무인수가 아니라 이행인수로 보아야 하고, 면책적 채무인수로 보기 위해서는 이에 대한 채권자 즉 임차인의 승낙이 있어야 한다.”

15) 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1999, 665~666면; 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2017, 1169, 1207~1208면.

는 노무자는 사용자의 지휘·감독을 받아 노무를 제공하는 종속적인 지위에 놓여있게 되므로 사용자가 명시적 또는 묵시적으로 동의한 제3자의 대물변제를 노무자가 거부하는 것은 현실적으로 쉽지 않다. 근로기준법 제43조 제1항은 근로자의 자유와 실질임금 확보를 위해 임금지급방법과 관련해서 통화지급의 원칙을 천명하고 있다. 이러한 현물급여 금지를 통한 근로자의 자유와 실질임금 확보의 필요성은 근로기준법이 적용되는 근로자에 국한된 것일 수 없으며 가사사용인 등 근로기준법의 적용대상에서 배제되어 민법이 적용될 수밖에 없는 노무자에게도 결코 간과되어서는 안 될 문제이다. 한편 근로기준법 제43조 제1항 단서에 따르면, 단체협약에 별도의 약정이 있는 때에는 통화지급의 원칙의 예외를 인정하여 현물급여가 가능하지만 근로계약의 경우에는 그 예외를 인정하지 않는다. 이는 단체협약의 체결 당사자인 노동조합은 사용자와 대등한 지위에 있다고 보기 때문이며 근로계약의 체결 당사자인 개별 근로자는 사용자에 비해 열위에 있기 때문에 근로자 보호 차원에서 근로계약상의 현물급여 합의를 인정해서는 안된다고 보기 때문이다. 따라서 고용계약 체결 당시에는 사용자와 노무자가 대등한 것으로 전제되지만 고용계약 체결 이후에는 노무자는 사용자의 지휘·감독을 받아 종속적인 지위에서 노무를 제공하므로 그 대등성이 전제되지 않은 상태에서의 이러한 대물변제 합의는 노무자 보호 차원에서 결코 허용되어서는 안된다. 나아가서 대물변제가 유효하기 위한 본래의 급부이외의 다른 급부의 종류와 내용에는 제한이 없으므로 제3자가 가진 채권으로써 노무자가 사용자에게 대해 가지는 보수채권을 상계하는 것도 실질적으로는 대물변제로서 허용된다는 주장은 더더욱 받아들이기 어렵다. 적어도 형식적이거나 노무자의 승낙을 요구하는 대물변제와 달리 상계는 단독행위로서 제3자의 일방적 의사표시에 의하여 노무자의 보수채권이 소멸한다는 점에서 노무자의 자유는 보다 심각하게 위협받을 수 있으며 노무자의 실질임금 확보는 더욱 요원해지기 때문이다. 그러한 이유로 근로기준법은 제43조 제1항에서 전액지급의 원칙을 밝히고 있는 것이다.¹⁶⁾

16) 김상용, 「채권각론」, 화산미디어, 2016, 332면; 하갑래, 「근로기준법」, (주)중앙경제, 2016, 289면; 이상운, 「노동법」, 법문사, 2019, 223~224면; 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1999, 665면.

2. 변제의 제한

(1) 제한사유

우리 민법 제469조에 따르면, 채무자가 아닌 자도 채권자에게 변제할 수 있을 뿐만 아니라, 심지어는 채무자의 의사표시나 법률의 규정에 의해 변제할 수 있는 권한이 주어지지 않았음에도 채권자에게 변제할 수 있다. 즉 제3자도 채무의 내용에 좇은 급부를 통해 채권을 소멸시킬 수 있다는 것이다.

그러나 제3자가 어떤 경우에도 변제할 수 있는 것은 아니다. 민법제469조에 따르면, i) 채무의 성질 또는 ii) 당사자의 의사표시에 의해 제3자 변제는 제한될 수 있으며, iii) 채무자의 의사에 반하는 이해관계 없는 제3자의 변제도 허용되지 않는다.

채무의 성질상 제3자가 변제가 제한되는 예로는 채무의 내용에 좇은 급부를 통해 채권이 만족을 얻는 것이 변제인데 이 채무의 내용에 좇은 급부를 채무자 자신에 의해서 행해져야 하는 경우, 즉 일신전속적 급부를 들 수 있을 것이다. 이러한 일신전속적 급부는 어떠한 경우에도 채무자 자신에 의해서 행해져야 하는 절대적 일신전속적 급부도 있지만 고용계약에서 노무자의 노무제공급부는 우리 민법 제657조 제2항에 따르면 사용자의 동의를 있다면 노무자 이외의 다른 사람도 행할 수 있으므로 상대적 일신전속적 급부에 해당한다고 할 것이다.¹⁷⁾

한편 고용계약에서 사용자가 부담하는 주된 급부의무인 보수지급의무에 대해서 살펴보자. 민법 제656조는 보수의 종류에 대해 특별한 제한을 두고 있지 않으므로 금전뿐만 아니라 물건의 급부, 기술의 전수 등도 가능하다고 할 것이다. 따라서 기술의 전수 등의 경우는 일신전속적 급부가 되어서 제3자의 변제가 제한될 수 있다. 그런데 근로기준법 제43조에 따르면 임금은 원칙적으로 금전으로 지급하도록 규정하고 있다. 근로기준법상의 이와 같은 통화지급의 원칙의 입법목적은 현물급여를 금지함으로써 근로자의 자유와 실질임금 확보의 보장에 있다고 한다. 그리고 근로기준법 제11조에 따르면 상시 5명 이상의 근로자를

17) 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1999, 666면.

사용하는 사업 또는 사업장 중에서는 동거하는 친족만을 사용하는 경우와 가사사용인을 제외한 모든 경우에 근로기준법의 전 규정이 적용되며 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 근로기준법의 일부 규정이 적용되는데 통화지급의 원칙을 규정한 제43조도 여기에 포함된다. 그렇다면 민법이 적용되어 물건의 급부, 기술의 전수 등으로 보수를 지급해도 되는 경우는 동거하는 친족만을 사용하는 경우와 가사사용인 뿐이므로 노무자에 대한 보수 지급의 일반적 모습은 금전지급이라고 할 것이다. 그렇다면 노무자 입장에서는 누구에게든 돈만 받으면 되기 때문에 사용자의 보수지급의무는 일반적으로 제3자 변제가 가능하다고 할 것이다.¹⁸⁾

그런데 민법 제469조에서는 당사자의 의사표시에 의해 제3자 변제가 제한될 수 있기 때문에 사용자와 노무자가 제3자에 의한 보수지급에 반대하는 특약을 맺은 경우에는 설령 이해관계 있는 제3자라도 변제할 수 없다. 한편 개별적 노동관계법의 일반법인 근로기준법에 대해 근로조건 중에서 임금과 관련된 특별법들 중의 하나인 임금채권보장법은 제7조에서 사업주에 대해 “고용노동부장관이 대통령령¹⁹⁾으로 정한 요건과 절차에 따라 미지급 임금 등을 지급할 능력이 없다고 인정하는 경우” 등의 경우에 퇴직한 근로자가 미지급된 임금 등의 지급을 고용노동부 장관에게 청구하면 민법 제469조에 따르면 당사자의 의사표시에 의해 제3자 변제가 제한되어 사용자와 노무자간에 고용계약 체결 시 사용자의 보수지급채무에 관해 제3자 변제금지 특약을 맺은 경우 고용노동부 장관이 미지급 임금 등을 사용자를 대신하여 지급해서는 안됨에도 불구하고 고용노동부 장관은 최종 3개월분의 임금, 최종 3개월분의 휴업수당, 최종 3년간의 퇴직급여 등을 제3자 변제할 수 있다는 것이다. 요컨대 고용노동부 장관이 사업주를 대신하여 지급하는 근로자의 미지급 임금 등을 체당금이라 하는데, 현행 임금채권보장법이 정하고 있는 체당금의 범위는 최종 3개월분의 임금, 최종 3개월분의

18) 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2017, 1491면; 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2019, 1073면; 하갑래, 「근로기준법」, (주)중앙경제, 2016, 289면.

19) 임금채권보장법 시행령 제5조 제1항에 따르면 사업주가 미지급 임금 등을 지급할 능력이 없다고 인정되는 경우로서 상시 근로자수가 300명 이하 사업장에서 그 사업의 주된 생산 또는 영업활동이 1개월 이상 중단되어 사업이 폐지되는 과정에 있음으로 말미암아 임금 등을 지급할 능력이 없는 경우 등을 들고 있다.

휴업수당, 최종 3년간의 퇴직급여 등이고 이는 사용자와 노무자간에 제3자 변제금지 특약이 있어도 고용노동부 장관에 의해 지급가능하다는 것이다.²⁰⁾

그런데 임금채권보장법의 적용범위는 동법 제3조에 따르면 원칙적으로 산업재해보상보험법의 적용범위에 따르는데 산업재해보상보험법 제6조에 따르면 원칙적으로 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용하되, 예외적으로 대통령령으로 정하는 사업 또는 사업장의 경우는 제외하고 있는데, 산업재해보상보험법 시행령 제2조 제1항에서는 제4호 가구내 고용활동, 제6호 농업, 임업(별목업 제외), 어업 및 수렵업 중 법인이 아닌 자의 사업으로서 상시 근로자수가 5명 미만인 사업 등을 규정하고 있다. 그렇다면 가사사용인, 세대를 같이하면서 생활을 공동으로 하는 친족만을 사용하는 사업장, 농업, 어업 등에서 법인 아닌 자의 사업으로서 상시 근로자 수가 5명 미만인 사업장 등의 경우에는 고용계약상 노무자의 보수채권과 관련하여 사용자 대신 고용노동부 장관으로부터 노무자는 최종 3개월분의 임금 등을 제3자 변제 받을 수 없다. 이러한 경우에는 결국 민법이 적용되는데 민법에 따르면 사용자와 노무자 사이에 사용자의 보수지급채무에 대하여 제3자 변제금지 특약을 체결한 경우에는 설령 이해관계 있는 제3자라도 변제할 수 없다.

민법 제469조 제2항은 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다고 규정되어 있다. 그리고 판례²¹⁾의 태도에 따르면 여기서의 이해관계에는 사실상 이해관계는 제외되고 법률상 이해관계만을 의미하며 제481조의 “변제할 정당한 이익”과 마찬가지로 의미로 보고 있다. 한편 제469조 제2항을 반대해석하면 이해관계 있는 제3자의 경우는 채무자의 의사에 반해서도 변제할 수 있다는 것인데 이때에도 채권자와 채무자 사이에 제3자의 변제를 금지하는 특약이 제3자가 변제하기 전에 체결되어 있다면 이해관계 있는 제3자라도 변제할 수 없다.

노무자의 사용자에 대한 보수지급채권과 관련하여 살펴보면, 우선 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다고 규정되어 있고 판례는 여기서의 이해관계는 법률상 이해관계만을 의미한다고 봄으로 세대를 같이

20) 김형배, 「노동법」, 박영사, 2018, 412~413면.

21) 대법원 1991. 7. 12. 선고 90다17774, 90다17781(반소)판결; 대법원 1993. 10. 12. 선고 93다9903, 93다9910 판결; 대법원 2009. 5. 28. 자2008마109 결정.

하면서 생활을 공동으로 하는 친족만을 사용하는 사업장에서 노무를 제공하는 노무자의 보수지급채권은 친족관계에 국가가 개입하는 것은 바람직하지 않다는 전제에서 국가에 의한 보호를 거부하면서 다른 한편으로는 사용자 및 노무자와 친족관계에 있는 제3자가 단순히 친족관계에 있다는 이유로 변제로 노무자의 보수지급채권에 만족을 주는 행위도 이때 제3자는 사실상 이해관계에 있는 자에 불과하여 법률상 이해관계가 없으므로 사용자의 의사에 반하는 경우 변제를 무효화시키고 있는 것은 상호 모순적인 태도라 아니할 수 없다. 한편으로는 친족관계에 국가가 개입하는 바람직하지 않다고 하면서, 다른 한편으로는 사용자, 노무자, 제3자 모두 친족관계이고 이 친족관계에 있는 사람들 중에서 3분의 2, 즉 노무자, 제3자가 제3자 변제에 찬성하여 결정한 사안을 사용자만이 반대할 뿐임에도 국가가 개입하여 이 변제를 무효화 시키고 있기 때문이다.²²⁾

다음으로 가사사용인에 대해서 살펴보면, 가사사용인의 경우 개인 가정의 사생활 보호 차원에서 국가의 개입이 배제되는데, 하지만 가사사용인에 해당되는 노무자가 생각보다 많으며 또한 개인 가정의 사생활 보호와 노무자 보호 사이에 이익형량을 통해 노무자 보호 사이에 이익형량을 통해 노무자 보호가 우선시 되어야 할 경우도 많은바 민법을 통해 노무자의 사용자에 대한 보수지급채권이 제3자 변제를 통해 용이하게 실현될 수 있는 방법을 모색할 필요가 있다.

또한 농업, 어업 등에서 법인 아닌 자의 사업으로서 상시 근로자 수가 5명 미만인 사업장의 경우 대체로 영세사업장이라는 점에서 이러한 영세사업장에서 저임금과 열악한 노동환경에 직면해 있는 노무자 역시 민법을 통해 사용자에 대해서 가지고 있는 보수채권이 제3자 변제를 통해 용이하게 만족을 얻을 수 있는 방법을 검토할 필요가 있다.

(2) 제3자 변제 확대방안

그렇다면 노무자의 사용자에 대한 보수지급채권과 관련해서, 임금채권보장법, 즉 노동법의 적용이 배제됨으로써 최종 3개월분의 임금 등 최소한의 보수채권조

22) 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1999, 666면에서는 형제관계, 친족관계는 사실상 이해관계에 해당하는 것으로 본다.

차 국가에 의한 제3자 변제가 허용되지 않는 가사사용인, 세대를 같이하면서 생활을 공동으로 하는 친족만을 사용하는 사업장, 농업, 어업 등에서 법인 아닌 자의 사업으로서 상시 근로자 수가 5명 미만인 사업장 등의 경우에 민법의 적용 시 제3자 변제가 보다 용이하게 이루어 질 수 있도록 해석론을 입론할 필요가 있다.

우선 임금채권보장법 제7조 제1항에 따르면 비록 사용자와 근로자간에 제3자 변제금지 특약이 있는 경우에도 국가에 의한 제3자 변제가 허용되는 것과의 조화를 도모하기 위해, 제3자 변제의 제한 사유로서의 사용자와 노무자간의 제3자 변제금지 특약은 고용계약 체결 시에 맺은 것만 인정되어야 할 것이다. 고용계약 체결 시에 노무자는 비교적 대등한 입장에서 사용자와 제3자 변제금지 특약을 체결할 수 있는데 반해, 고용계약 체결 이후에는 노무자는 사용자의 지휘·명령에 따라 노무를 제공하는 종속적인 지위에 놓이게 되므로 현실적으로 고용계약 체결 시만큼 대등한 입장에서 제3자 변제금지 특약을 체결하기 어렵다. 따라서 제3자 변제의 제한사유로서의 제3자 변제금지 특약을 고용계약 체결 시에 맺은 것으로 한정함으로써 노무자의 보수채권은 제3자 변제를 통해 보다 용이하게 실현될 수 있을 것이다.²³⁾

다음으로 제469조 제2항의 ‘이해관계’는 앞서 살펴본 대로 판례²⁴⁾의 태도에 따르면 ‘법률상 이해관계’로 제한되며 제481조의 ‘변제할 정당한 이익’과 마찬가지로 의미로서 “변제를 하지 않으면 채권자로부터 집행을 받게 되거나” 또는 “변제를 하지 않으면 채무자에 대한 자기의 권리를 잃게 되는” 경우를 의미한다. 하지만 이해관계 있는 제3자는 사용자의 의사에 반해서도 노무자의 보수채권에 만족을 줄 수 있으므로 노무자의 보수채권 실현 확보 차원에서 ‘이해관계’의 폭을 넓힐 필요가 있다. 따라서 비록 현재는 사실상 이해관계에 불과하더라도 장래에 법률상 이해관계로 변경될 가능성이 조금이라도 있다면 제469조 제2항의 이해관계가 있는 것으로 볼 것을 제안한다. 그렇다고 모든 사실상 이해관계를 다 포함하는 것으로 해석하면 이는 법적 안정성 차원에서 바람직하지 않다. 사실상 이해관계의 존부를 판단하기 불분명한 경우가 매우 많기 때문이다. 사람마다 천차만별이겠지만 매우 조심성 있는 사람은 조금이라도 자신이 채무

23) 한삼인, 「계약법」, 화산미디어, 2011, 503~504면; 김상용, 「채권각론」, 화산미디어, 2016, 332면.

24) 대법원 2009. 5. 28. 자 2008마109 결정.

자에 대해 가지고 있는 권리를 상실하게 될 염려가 있는 경우에도, 또 조금이라도 자신이 채권자로부터 강제집행을 당할 가능성이 있는 경우에도 변제하고자 할 것이다. 예를 들어, 비록 선순위 상속인이 있지만 선순위 상속인이 상속을 포기하는 등의 사유로 후순위 상속인 입장에서는 강제집행을 받게 될 가능성이 있는 경우에도 변제를 의욕할 수 있다는 것이다. 그리고 ‘법률상 이해관계’ 또는 ‘법률상 이해관계로 변경될 가능성이 있는 사실상 이해관계’의 존재는 우리의 경험칙상 추정된다고 보아야 할 것이다. 대체로 사람들은 자신과 조그마한 이해관계라도 있기 때문에 타인의 채무를 변제하는 것이지 아무런 이해관계도 없는데 타인의 채무를 변제하는 것은 매우 드문 일이기 때문이다. 마찬가지로 경험칙상 제3자의 변제는 원칙적으로 채무자에게 유리하므로 채무자의 의사에 반하지 않는 것으로 사실상 추정된다고 할 수 있다. 만약 이처럼 사실상 추정된다고 보지 않으면 노무자는 보수지급채권에 대한 제3자로부터의 변제가 있을 때마다 매번 사용자의 의사를 확인해야 하는 것이고, 만약 확인하지 않아서 사용자의 의사에 반함을 알지 못한 경우에는 해당 변제는 무효가 돼서 제3자에 대해 부당이득반환의무까지 부담하게 된다는 점에서 노무자 보호에 매우 미흡하게 된다. 물론 이상과 같은 경험칙을 매개로 한 사실상 추정의 경우 증명책임이 전환되지는 않기 때문에 제3자 변제의 무효를 주장하는 자는 본증이 아닌 반증만으로도 그 추정을 깰 수는 있을 것이다.²⁵⁾

그리고 노무자의 보수채권의 실현을 용이하게 하기 위해 이처럼 제3자 변제를 확대한다고 해서 이것이 변제자대위권의 남용으로 인정되기는 현실적으로 쉽지 않을 것이다. 물론 변제자대위권의 남용에 해당된다면 사용자는 항변권의 인정 을 통해 보호받을 수 있을 것이다. 다수의 판례는 권리남용이 성립하기 위한 요건으로 다음과 같이 판시하고 있다. 즉, “권리행사가 권리의 남용에 해당한다고 할 수 있으려면, 주관적으로 그 권리행사의 목적이 오직 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히려는 데 있을 뿐 행사하는 사람에게 아무런 이익이 없는 경우이어야 하고, 객관적으로는 그 권리행사가 사회질서에 위반된다고 볼 수 있어야

25) 김대휘, 「민법주해[XI]」(곽윤직편), 2011, 116~117면; 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2019, 503~504, 954면; 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1999, 667면; 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2020, 549면; 양창수·김재형, 「민법 I 계약법」, 박영사, 2012, 309면.

하는 것이며, 이와 같은 경우에 해당하지 않는 한 비록 그 권리의 행사에 의하여 권리행사자가 얻는 이익보다 상대방이 잃을 손해가 현저히 크다 하여도 그러한 사정만으로는 이를 권리남용이라 할 수 없²⁶⁾다고 판시하고 있다. 요컨대 다수의 판례는 권리행사의 사회질서 위반이라는 객관적 요건 이외에 권리행사자에게 정당한 이익이 없음에도 단지 상대방에게 고통을 주고 손해를 입히고자 하는 가해의사라는 주관적 요건까지도 요구하고 있는 것이다.²⁷⁾ 변제자대위는 두 가지 종류로 나뉘는데 법정대위의 경우는 변제할 정당한 이익이 있는 경우에만 인정되므로 주관적 요건을 갖추지 못해 변제자대위권의 남용이 될 수 없으며, 임의대위는 변제할 정당한 이익이 없는 자가 변제한 경우에 인정되는데 민법 제480조 제2항에 따르면 제450조 규정이 준용되므로 채무자에게 통지만 해도 변제자대위권을 행사할 수 있으므로 변제자대위권의 남용이 될 가능성이 있기는 하지만 민법 제469조 제2항에 따르면 채무자의 의사에 반하는 경우에는 아예 제3자변제가 무효가 되므로 제3자가 자신에게는 정당한 이익이 없음에도 단지 채무자 즉 사용자에게 고통을 주고 손해를 입히려고 변제하는 경우에는 채무자의 의사에 반하는 경우에 해당되므로 아예 제3자 변제는 무효가 되어 변제자대위권의 남용은 있을 수 없다. 하지만 권리행사의 사회질서 위반이라는 객관적 요건만 갖추면 권리남용이 성립한다는 다수설에 따르면 변제할 정당한 이익이 있는 제3자가 변제한 경우에도 그 권리행사가 사회질서에 위반된다면 변제자대위권의 남용에 해당되고, 변제할 정당한 이익이 없는 자가 변제한 경우 역시 그 권리행사가 사회질서에 위반되기만 하면 변제자대위권의 남용에 해당될 것이다.

IV. 정리하는 말

이상에서 살펴본 내용을 다음과 같이 정리하며 결론에 갈음하고자 한다.

동거하는 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장과 가사사용인에 대해서는 민

26) 대법원 2003. 2. 14. 선고 2002다62319, 62326 판결.

27) 이처럼 주관적 요건까지 요구하고 있는 판례는 주로 토지 소유권 행사와 관련된 것이기는 하지만 이에 한정된 것은 아니다.

법이 전면적으로 적용되고 상시 사용 근로자수가 4인 이하인 사업 또는 사업장의 경우는 근로기준법이 적용되는 일부 사항을 제외하고는 기본적으로 민법이 적용된다. 이러한 경우들에 있어서 근로기준법의 적용을 배제하는 이유로는 이러한 가까운 친족관계에까지 노무자 보호를 위해 국가가 개입하는 것은 동양적인 윤리관에 비추어 타당하지 않은 점, 국가가 노무자 보호를 위해 개인 가정의 사생활에 개입하는 것은 사생활 보호 차원에서 바람직하지 않은 점, 국가의 근로감독능력이 제한적이라는 점 등을 들고 있다. 그러나 노무자가 제공한 노동력에 대해 정당한 평가를 하는 것은 사용자와 노무자가 친족관계라는 사실과는 별개로 생각하는 것이 사람들의 보편적 인식이다. 또한 사생활 보호와 노무자 보호는 구체적 상황에 따라 이익형량을 통해 결정할 문제이지 사생활 보호를 위해 노무자의 희생을 일방적으로 강요해서는 안 된다. 한편 ILO의 연구보고서에 따르면 65개 조사대상 국가 중에서 56개 국가가 가사사용인을 노동법 등을 통해 보호하고 있다고 한다. 그리고 상시 근로자 수가 4인 이하인 사업장의 경우 근로기준법의 적용대상에서 배제한 근로기준법 제11조 제1항에 국가의 근로감독능력 등의 한계로 우리 헌법재판소가 합헌 결정을 내린 지도 벌써 20년 이상이 지났다. 그 사이 우리 정부의 근로감독능력은 크게 신장하였다. 사정이 이러한에도 대체로 근로환경이 열악한 상시 근로자 수가 4인 이하인 사업장에서 노동력을 제공하는 노무자들은 여전히 원칙적으로 근로기준법의 보호대상에서 제외되어 있는 것이다. 따라서 노무자 보호 측면에서의 이러한 근로기준법의 규율상의 공백은 민법에 의해 메워져야 한다. 이렇게 민법이 해석됨으로써 노무자가 부담하는 주된 급부의무인 노무제공의무의 비저장성, 비대체성이라는 특징과 대부분의 사람들이 자신의 노동력을 팔아 생계를 유지할 수밖에 없는 현실로 말미암아 왜곡되어진 계약자유 원칙을 실질적으로 확보할 수 있을 것이다.

그리고 이행인수계약에 의해 채무자로부터 채무의 이행만을 인수한 인수인의 경우에는 이행인수를 통한 노무자의 보수채권 확보를 용이하게 하는 측면에서 볼 때 제3자에 의한 변제로 보기 보다는 채무자의 의사표시에 의해 변제권한을 부여 받은 자로 보아야 할 것이다. 왜냐하면 이행인수인이 변제과정 중에 채권자에게 손해를 발생시켰을 때 제3자 변제로 보게되면 이행인수인이 손해배상책임을 부담해야 함으로 선뜻 이행인수인으로 나서는 것을 주저할 수도 있기 때

문이다.

또한 우리 민법 제466조에 따르면 비록 변제는 대물변제와 같은 효력이 있을 지라도 제3자의 변제규정인 제469조는 대물변제에는 적용되지 않는 것으로 해석해야 한다. 물론 상계에도 적용되지 않는다. 우선, 대물변제의 경우를 살펴보자. 고용계약 체결 시 사용자와 노무자는 대등한 당사자의 지위에 있다고 우리 민법은 전제하므로 사용자와 노무자가 노무제공의 대가로 물건을 보수로 지급하기로 약정했다면 그 약정은 당연히 유효한 것이고 이를 우리 민법 제656조가 규정하고 있는 것이다. 이러한 금전이 아닌 물건을 보수로 지급하는 것 역시 채무의 내용에 좇은 급부에 해당하므로 역시 변제이다. 반면, 대물변제 합의는 고용계약 체결 후 노무자가 사용자의 지휘·감독을 받아 노무를 제공하는 종속적인 지위에 놓여있는 상태에서 이루어진 합의로서 이러한 상태에서의 합의는 노무자 보호 차원에서 결코 허용되어서는 안된다. 마찬가지로 이유로 근로기준법 제43조 제1항 단서는 사용자와 대등한 당사자로서 노동조합이 체결한 단체협약에 의한 통화지급의 원칙의 예외는 인정하지만 사용자에 비해 열위에 있는 개별 근로자가 체결한 근로계약에 의한 예외는 인정하지 않고 있는 것이다. 나아가 적어도 형식적이거나 노무자의 승낙을 요구하는 대물변제와 달리 상계는 단독행위로서 제3자의 일방적 의사표시에 의하여 노무자의 보수채권이 소멸한다는 점에서 더더욱 허용되어서는 안된다. 덧붙혀 제3자 변제의 제한사유로서의 사용자와 노무자 간의 제3자 변제금지 특약은 고용계약 체결 시에 맺은 것만 인정되어야 할 것이다. 이 역시 고용계약 체결 이후에는 노무자는 사용자의 지휘·명령에 따르는 종속적인 지위에 놓이게 되므로 고용계약 체결 시 만큼 대등한 입장에서 제3자 변제금지 특약을 체결하기 어렵기 때문이다.

다음으로 민법 제469조 제2항은 이해관계 없는 제3자는 채무자의 의사에 반하여 변제하지 못한다고 규정하고 있고 판례는 여기서의 이해관계는 법률상 이해관계만을 의미한다고 봄으로 세대를 같이하면서 생활을 공동으로 하는 친족만을 사용하는 사업장에서 사용자 및 노무자와 친족관계에 있는 제3자가 단순히 친족관계에 있다는 이유로 변제로 노무자의 보수지급채권에 만족을 주는 행위도 이때 제3자는 사실상 이해관계에 있는 자에 불과하여 법률상 이해관계가 없으므로 사용자의 의사에 반하는 경우에 그 변제를 무효화 시키고 있다. 그런

데 다른 한편으로는 우리 노동법은 세대를 같이하면서 생활을 공동으로 하는 친족만을 사용하는 사업장에서 노무를 제공하는 노무자의 보수지급채권은 친족 관계에 국가가 개입하는 것은 바람직하지 않다는 전제에서 그 보호를 거부하고 있다. 이것은 상호모순적인 태도라 아니할 수 없다. 친족관계에 국가가 개입하는 것은 바람직하지 않다고 하면서, 다른 한편으로는 사용자, 노무자, 제3자 모두 친족관계이고 이 친족관계에 있는 사람들 중에서 3분의 2, 즉 노무자, 제3자가 제3자 변제에 찬성하여 결정한 사안을 사용자만이 반대할 뿐임에도 국가가 개입해서 이 변제를 무효화 시키고 있기 때문이다. 따라서 제469조 제2항의 이해관계는 법률상 이해관계뿐만 아니라 비록 현재는 사실상 이해관계에 불과하지만 장래에 법률상 이해관계로 변경될 가능성이 있는 경우도 포함하는 것으로 해석하여, 예를 들어 비록 선순위 상속인이 있지만 선순위 상속인이 상속을 포기하는 등의 사유로 후순위 상속인 입장에서 강제집행을 받게 될 가능성이 조급이라도 있는 경우도 이해관계 있는 제3자의 변제로서 채무자, 즉 사용자의 의사에 반해서도 유효한 보수지급채무의 변제로 보아야 할 것이다.

제3자가 자신에게는 변제할 정당한 이익이 없음에도 단지 사용자에게 고통을 주고 손해를 입히고자 노무자의 보수지급채권을 변제한 경우에는 판례의 태도에 따르게 되면 아예 그러한 제3자에게는 변제자대위권 자체가 인정되지 않아 사용자가 불측의 피해를 입는 일은 없을 것이며, 다수설에 따를 때에도 그러한 경우에는 변제자대위권의 남용에 해당되어 사용자는 보호받을 수 있을 것이다.

물론 민법상 제3자 변제 법리의 적용분야가 고용계약에 한정된 것은 아니다. 따라서 이상과 같이 고용계약에서의 구체적 타당성 확보를 위해서 해석하다 보면 다른 적용분야에서는 분명 부당한 측면이 발생할 수도 있다. 그러나 고용계약의 여타 계약과는 다른 특수성에도 불구하고 민법상 일반 법리를 고용계약에도 그대로 적용함으로써 민법상 고용계약에 관한 규정들은 점점 그 빛을 바래가고 있는 것도 사실이다. 민법상 고용에 관한 규정들을 다시금 펄펄 살아 숨쉬는 법으로 만들려면 고용계약의 특수성을 반영하여 조문들이 새롭게 제정되고 개정될 필요가 있다. 본고에서의 이상의 작업이 그 작은 첫걸음이 되기를 소망한다.

참고문헌

- 김대휘, 「민법주해[XI]」(곽윤직편), 2011.
- 김문현외 공저, 「법학입문」, 법문사, 2011.
- 김문환외 공저, 「법학의 이해」, 길안사, 1998.
- 김상용, 「채권각론」, 화산미디어, 2016.
- 김상용, 「채권총론」, 화산미디어, 2016.
- 김서기, “최종적인 사회안전망으로서의 공공부조수급권에 관한 소고”, *홍익법학* 제17권 제3호, 2016.
- 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2019.
- 김형배, 「노동법」, 박영사, 2018.
- 김형배, 「채권총론」, 박영사, 1999.
- 백경일, 「알기 쉽게 풀어 쓴 민법총론」, 도서출판 고래시대, 2014.
- 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2017.
- 양창수·김재형, 「민법 I 계약법」, 박영사, 2012.
- 이상윤, 「노동법」, 법문사, 2019.
- 이시운, 「신민사소송법」, 박영사, 2020.
- 임종률, 「노동법」, 박영사, 2016.
- 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2019.
- 하갑래, 「근로기준법」, (주)중앙경제, 2016.
- 한삼인, 「계약법」, 화산미디어, 2011.
- Charles A. Reich, *The New Property*, *The Yale Law Journal* Volume 73 Number 5, 1964.
- Michael B. Levy, *Illiberal Liberalism : The New Property as Strategy*, *Property Law Vol. I* (Elizabeth Mensch & Alan Freeman eds.), New York University Press, 1992.

[Abstract]

From the Perspective of the Protection of Employee's
Claim for Remuneration under the Contract of
Employment, a Short Examination of the Legal Principles
of Performance by Third Person

Kim, Seo-Gi

*Sangmyung University, Department of Humanities Content,
Associate Professor*

In reality, it is uncommon the third person that has no interests discharges a debt in place of a debtor. However, a employee's claim for remuneration under the contract of employment gets satisfaction or not has significant effects on his or her whole family's livelihood as well as his or her own livelihood. Thus, it is very important to secure the fulfillment of employee's claim for remuneration under the contract of employment.

The unhappiness and deprivation from which a person suffers are frequently caused by a huge force beyond his or her control, for example, COVID-19 pandemic. If so, the nation should not turn away from the poverty and unemployment from which people suffer out of their control. For this reason, the system for nation as a third person to pay money on liquidated debt is provided in labor law.

Likewise, a citizen should not turn away his or her head from the poverty and unemployment from which other people as community members suffer out of their control. An economic depression caused by COVID-19 pandemic, etc. is likely to strike a blow, above all, at medium and small traders and

manufacturers which are ill-funded. As a result, the workers employed by them are likely to lose their jobs. By the way, their unemployment is likely to lead to a decrease in demand in the market. On the other hand, large companies and their workers who are likely to suffer relatively less damage from such an economic depression caused by COVID-19 pandemic, etc. are likely to benefit from a fall in prices due to the decrease in demand in the market. Accordingly, it is not unjust to make those people who benefited from such a fall in prices help an unemployed worker's family through the extension of the legal principles of performance by third person on the idea of mutual aid.

Key words : performance by third person, interests, contract of employment, Korean Civil Act Article 469, Korean Labor Standards Act Article 11