

노동판례리뷰

파견근로자 차별적 처우금지영역과 차별시정책임자 그리고 징벌적 손해배상

- 서울고등법원 2017. 5. 17. 선고 2016누79078 판결 -

【판결요지】

- 1) 연차유급휴가수당의 미지급과 같이 근로기준법에 정해진 의무를 위반한 것도 파견법상 차별적 처우의 금지 범위에 포함된다.
- 2) 파견근로계약관계에서 연차유급휴가수당지급의무를 부담하는 것은 파견사업주이지만, 파견법 제21조에 따라 차별적으로 지급된 연차유급휴가수당에 대한 차별시정의무는 파견사업주와 함께 사용사업주도 연대하여 책임을 진다.
- 3) 파견근로자가 동일한 사용사업주의 사업장에서 계속하여 근무하면서 차별적 처우를 받아왔고, 다만 그 기간 중 소속 파견사업주만이 변경되었다면, 사용사업주의 차별적 처우에 대한 차별시정의 제척기간은 사용사업주와의 근로관계가 종료한 날로부터 기산되어야 한다.
- 4) 차별적 처우에 명백한 고의가 있고 장기간 계속되었다면 기간제법 제13조 제2항 단서에 따라 손해액의 2배의 배상을 명한 것은 정당하다.

지금까지의 차별시정례 대부분은 기간제근로자와 관련된 문제들이었고, 파견근로자에 대한 차별시정례는 그다지 많지 않았다. 이 사건은 파견근로자임을 이유로 하는 차별시정과 관련하여 많은 쟁점들을 담고 있고, 검토대상판결은 원심판결과 함께 그 쟁점들을 비교적 합리적으로 해결하는 방법을 제시하고 있다는 점에서 의미를 갖는다. 특히 2014년 3월 「기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률」(이하, 기간제법) 개정을 통해 도입된 징벌적 손해배상제도(기간제법 제13조 제2항)가 과연 실효적으로 작동할 것인가에 대한 의문이 적지 않았는데, 검토대상 사건에서 중노위와 법원이 처음으로 징벌적 손해배상을 결정하였다는 점에서도 주의 깊게 살

펴보아야 할 판례라고 생각한다.)¹⁾ 이하에서 요약문을 통해 정리한 쟁점들을 검토해 본다.

1) 기간제법과 마찬가지로 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(이하, 파견법)에서는 파견계약 관계에서 파견근로자임을 이유로 하는 차별적 처우를 금지하고 있다. 금지되는 차별적 처우의 내용도 기간제법과 동일하여 ①「근로기준법」 제2조 제1항 제5호에 따른 임금, ② 정기상여금, 명절상여금 등 정기적으로 지급되는 상여금, ③ 경영성과에 따른 성과금, ④ 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항 등이다(파견법 제2조 제7호). 2013년 기간제법과 파견법 개정 이전에는 차별적 처우의 내용이 “임금 그 밖의 근로조건 등”이라고만 규정되어 있었지만, 통상임금을 둘러싼 논쟁과 같이 ②나 ③과 같은 금품의 임금성이 쟁점이 되기도 하였던바,²⁾ 현행법에서는 임금과 함께 정기상여금 및 경영성과금도 차별적 처우의 내용이 될 수 있음을 규정하고 있다. 다만 ①②③은 사실상 ④가 구체화된 내용이다. 법제상 명시되어 있지는 않지만 ‘근로조건’은 사용자와 근로자 사이의 근로관계에서 임금·근로시간·후생·해고 기타 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말하고(대법원 1992. 6. 23. 선고 91다19210 판결 참조), 구체적으로는 「근로기준법」에 정해진 임금·근로시간·수행·해고뿐 아니라 같은 법 제93조 제1호 내지 제12호, 같은 법 시행령 제8조 제1항 제1호, 제3호가 정한 사항이 모두 포함된다.

검토대상판결에서 문제된 것은 연차유급휴가수당과 같이 「근로기준법」상 사용자에게 지급 의무가 부과된 금품도 차별적 처우의 금지영역에 해당하는지 여부이다. 임금이라는 것이 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 일체의 금품을 의미하기 때문에, 연차유급휴가수당 등 법정수당도 근로의 대가로서 임금에 해당함에는 의문이 없다. 그런데 법정수당의 근거법제가 「근로기준법」이고, 「근로기준법」과 파견법의 관계상 「근로기준법」 의무 위반은 차별시정의 대상이 아니라 민사소송 등의 방법으로 해결해야 할 문제라는 주장이 가능하다. 실제 검토대상판결의 원심판결은 그와 같은 기초에 서서 “사용자가 근로기준법을 위반하여 특정 정규직 근로자를 다른 정규직 근로자에 비하여 차별하는 경우에는 근로기준법에 따른 책임만을 부담하게 되나, 파견근로자 등을 정규직 근로자에 비하여 차별하는 경우 근로기준법에 따른 책임에 더하여 파견법에 따른 시정명령, 배상명령 등의 대상이 되는데, 근로기준법 위반에 대하여도 파견법을 적용할 경우 파견근로자가 정규직 근로자보다 더욱 두텁게 보호받는 역차별의 문제가 발생”한다고까지 하였다. 그러나 파견근로자가 다른 근로자들에 비하여 더욱 두텁게 보호를 받는다면 다른 근로자들에게도 그러한 보호를 보장해주어야 하는 문제이지, 그것이 역차별이라고는 말할 수 없다. 검토대상판결에서도 이러한 견지에서 “파견법의 차별적 처우의 개념

1) 검토대상판결의 원심판결은 서울행정법원 2016. 11. 18. 선고 2015구합70416 판결, 재심판정은 중노위 2015. 6. 30. 중앙2015차별3~11 병합 판정이다.

2) 예를 들어, 차별시정제도 도입 후 첫 사건인 한국철도공사사건에서 사용자 측은 쟁점이 되었던 성과상여금이 ‘임의적·은혜적 금품’으로서 차별시정의 대상이 아니라는 주장을 하였다.

을 축소하여 해석하는 것은 타당하지 아니”하다고 말하고 있다.

2) 그런데 파견법 제34조에서는 파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여 원칙적으로 파견사업주 및 사용자사업주를 「근로기준법」 준수 의무를 부담하는 사용자로 보는 한편, 임금 등에 대한 책임은 파견사업주가, 근로시간과 휴게 및 휴일 등에 대한 책임은 사용자사업주가 부담하는 것으로 하고 있다. 이에 따라 연차유급휴가보장의무는 파견사업주가 부담하는 한편, 근로자가 연차유급휴가를 다 사용하지 못한 경우 발생하는 연차유급휴가수당청구권도 임금으로서 파견사업주의 책임이라고 할 수 있다. 그렇다면 파견근로자의 연차유급휴가수당차별시정신청에 대하여 사용자사업주는 당사자적격이 없다는 주장을 하게 될 수도 있다(실제, 검토대상사건의 사용자사업주는 이와 같은 주장을 하였다).

그러나 파견법 제21조는 파견사업주와 사용자사업주 모두에게 파견근로자에 대한 차별적 처우 금지 의무를 규정하는 한편, 차별시정신청 및 시정절차 등에서의 사용자를 파견사업주와 사용자사업주 양자 모두로 간주하고 있다. 검토대상판결문에서도 원심판결과 함께 판시하고 있는 바와 같이 파견법 제34조의 사용자책임 분담은 “「근로기준법」의 적용에 있어 누구를 사용자로 볼 것인지를 정한 규정에 불과”하기 때문에 파견법 제21조의 차별시정책임을 논의하면서 파견법 제34조를 원용하여 파견사업주와 사용자사업주의 책임을 구분하여 적용해야 한다고 보기는 어렵다. 특히 검토대상사건에서 법원은 파견근로자 임금에 대한 실질적 지배권이 사용자사업주에게 있음을 확인하면서 “파견근로자가 사용자사업주의 귀책사유에 의하여 사용자사업주의 근로자보다 낮은 수준의 임금을 지급받게 될 위험이 있으므로, 이를 방지하기 위해서는 파견사업주뿐 아니라 사용자사업주에게도 임금 등의 영역에 대한 차별금지 의무를 부과할 필요성이 있음”을 판시하고 있다는 점은 시사하는 바가 크다(원심판결 인용).

3) 한편, 검토대상판결에서는 다루어지지 않았지만 원용된 원심판결에서는 차별시정제척기간에 관한 사항을 다루고 있다. 이 사건에서 근로자들은 사용자사업주의 사업장에서 계속하여 근무하면서 근무기간 중 6개월 단위로 소속파견사업주만을 변경해오다 근로계약기간이 종료되었다. 따라서 제척기간을 산정할 때 사용자사업주와의 파견종료일을 제척기간 기산일로 해야 하는지, 아니면 변경된 각 파견사업주와의 근로계약기간 종료를 제척기간 기산일로 해야 하는지가 문제시되었던 것이다. 사실 이 사건의 세부적인 내용을 들여다 보면, 사용자사업주의 사업장에서 파견사업주만을 변경하면서 2년 이상 근무한 근로자들이 근로계약기간 종료와 함께 차별시정이 아닌, 사용자사업주에 대한 직접고용을 주장할 수도 있지 않았을까 하는 생각이 든다.³⁾

3) 이 점을 고려했기 때문인지, 원심판결 판시 내용 중에는 근로자들이 “이직, 정규직 입사, 재계약 시 경력 반영 요구 등의 다양한 선택지가 있었음에도 스스로 파견사업주를 변경”하였다는 점을 확인하면서, 근로계약기간에 비례하여 비교대상근로자들과의 상여금 차이가 합리적 이유가 있다고 판단하였고, 검토대상판결도 이 내용을 그대로 인용하였다.

하지만 근로자들이 차별시정을 선택하였기 때문에 제척기간이 문제가 되었다. 파견법 제21조 제3항에 따라 준용되는 기간제법 제9조는 차별적 처우가 있는 날(계속되는 차별적 처우가 있었을 때에는 그 종료일)로부터 6개월을 차별시정신청의 제척기간으로 규정하고 있으므로, 만약 변경되기 전 파견사업주와의 근로계약 종료일을 제척기간 기산일로 하는 경우에는 제척기간이 도과되었을 수도 있었다. 그러나 원칙적으로 그 의무가 파견사업주에게 있는 임금지급문제에 대해서도 차별시정과 관련하여서는 사용사업주에게도 그 책임을 물을 수 있다고 보아야 하는 만큼, 사용사업주와의 파견관계 종료일을 차별시정신청 제척기간의 기산일이라고 보아야 한다. 법원도 “동일한 사용사업주의 사업장에서 계속하여 근무하면서 차별적 처우를 받아왔고, 다만 그 기간 중 소속 파견사업주만이 변경되었다면, 사용사업주의 차별적 처우에 대한 차별시정의 제척기간은 사용사업주와의 근로관계가 종료한 날”이라고 판단하였다(원심판결 인용).

4) 마지막으로, 검토대상사건은 2014년 3월 기간제법 개정을 통해 도입된 징벌적 손해배상에 관한 기간제법 제13조 제2항 단서규정(2014년 9월 시행)이 적용되었다. 위 3)에서 언급한 바와 같이 이 사건 근로자들은 파견사업주만을 6개월 단위로 변경하면서 사용사업주에게 계속 근로를 제공하고 있었다. 따라서 차별적 처우가 이 기간 중 계속되었고, 또한 문제된 연차유급휴가수당지급의무는 「근로기준법」상 사용자가 근로자들에게 보장해야 하는 연차유급휴가를 근로자들이 사용하지 않았을 때 발생하는 것인데, 도급계약관계가 아닌 파견근로계약관계 하에서 근로자들에 대한 지휘감독권을 가진 사용사업주가 근로자들의 연차유급휴가 사용 여부를 파악할 수밖에 없고, 또한 이에 연차유급휴가 미사용 시 수당지급의무는 당연히 발생하는 것임에도 불구하고 이행하지 않은 명백한 고의성을 인정할 수 있었다. 기간제법 제13조 제2항 단서는 “노동위원회는 사용자의 차별적 처우에 명백한 고의가 인정되거나 차별적 처우가 반복되는 경우에는 손해액을 기준으로 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상을 명령할 수 있다.”고 규정하고 있으므로, 중노위는 이에 근거하여 비지급 연차유급휴가수당 손해액의 2배 배상 명령을 내렸고, 원심판결법원인 서울행정법원과 검토대상판결법원인 서울고등법원 모두 중노위의 이 결정이 위법하지 않다는 판단을 내렸다. 향후 반복적이고 고의적인 차별적 처우와 관련하여 징벌적 손해배상명령이 많아질 것으로 예측이 되기는 하지만, 기간제법 제13조 제2항 단서의 적용을 위한 사용자의 ‘명백한 고의성’과 차별적 처우의 ‘반복성’을 논증하는 문제가 적잖은 논란을 불러일으킬 듯하다. **KLI**

박은정(인제대 공공인재학부 교수)

육아휴직급여의 신청에 대한 제척기간과 급여를 받을 권리에 대한 소멸시효

- 서울고등법원 2017. 5. 11. 선고 2016누81972 판결 -

【판결요지】

근로자는 각 자녀별로 육아휴직을 신청하고 각 자녀별로 육아휴직 급여를 지급받을 수 있으므로, 육아휴직 부여의 요건이나 신청기간을 포함하는 육아휴직 급여지급의 요건 역시 각 자녀에 관한 육아휴직별로 따로 판단하여야 한다. ... 육아휴직 급여를 지급받을 수 있기 위해서는 고용보험법 제70조 제1항의 각 요건 외에도 '신청기간 내 육아휴직 급여를 신청할 것'이라는 절차적 요건도 충족하여야 하는바, 위 신청기간 내 육아휴직 급여를 신청하지 아니하여 그 요건을 충족하지 못한 수급권자는 더 이상 육아휴직 급여를 지급받을 수 없게 되므로, 신청기간이 경과한 이후에는 위 소멸시효에 관한 규정이 적용될 여지가 없다.

사안에서, 원고는 육아휴직을 사용하고 육아휴직급여를 청구하였다가 거부된 근로자이고, 피고는 고용노동청이다. 원고는 2013. 1~2014. 1까지 첫째 자녀에 대하여 육아휴직(1차)을 사용하고 2014. 9~2015. 6까지 둘째 자녀에 대해서도 육아휴직(2차)을 사용한 후, 2015. 6에 1차 육아휴직에 대한 육아휴직급여 지급신청을 하였는데, 고용노동청은 1차 육아휴직 종료일로부터 청구기간인 12개월이 경과하였다는 이유로 1차 육아휴직급여에 대해 불응인처분을 하였다. 대상 판결은, 육아휴직급여 요건은 각 자녀에 따라 별개로 판단되어야 한다는 전제에서 1차 육아휴직급여의 신청기간은 1차 육아휴직 종료일로부터 기산되어야 하므로 육아휴직급여를 신청할 수 있는 기간에 관한 규정이 훈시규정에 불과하다고 볼 수는 없다고 판단하였고, 육아휴직급여 신청기간을 훈시규정으로 파악하여 원고의 청구를 인용한 1심 판결을 취소하고 원고의 청구를 기각하였다.

민간근로자에 있어서, 육아휴직의 법적 근거는 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」¹⁾이고 육아휴직급여의 법적 근거는 「고용보험법」²⁾으로서 양자는 서로 구별되는 제도가

1) 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제19조(육아휴직) ① 사업주는 근로자가 만 8세 이하 또는 초등학교 2학년 이하의 자녀(입양한 자녀를 포함한다)를 양육하기 위하여 휴직(이하 '육아휴직'이라 한다)을 신청하는 경우에 이를 허용하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2010. 2. 4, 2014. 1. 14>

② 육아휴직의 기간은 1년 이내로 한다.

2) 「고용보험법」 제70조(육아휴직 급여) ① 고용노동부장관은 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」

다. 특히 육아휴직급여를 지급받기 위해서는 육아휴직을 30일 이상 부여받은 자가 실업급여 수급요건에 준하는 피보험단위기간 요건 등을 갖춘 경우 육아휴직 시작 이후 1월부터 종료 이후 12월 이내에 신청하여야 한다. 즉 민간근로자에 있어서는 육아휴직을 한다고 해서 반드시 육아휴직급여가 자동적으로 인정되는 것은 아니고 당사자의 국가에 대한 별도의 신청을 전제로 하는 것을 알 수 있다. 이런 점은 공무원의 육아휴직 및 육아휴직수당과 차이가 있다.³⁾

육아휴직급여를 지급받을 수 있는 요건은 육아휴직을 신청하여 이를 30일 이상 부여받은 자 중 피보험단위기간 요건(육아휴직 시작 이전에 피보험단위기간이 통산하여 180일 이상일 것), 같은 자녀에 대하여 피보험자인 배우자가 30일 이상 육아휴직을 부여받지 않거나 육아기 단축근로를 30일 이상 하지 않고 있을 것을 필요로 한다. 육아휴직급여의 실제적 요건 중 육아휴직 시작 이전에 피보험단위기간이 통산하여 180일 이상이라는 것의 의미는 자기기여가 있어야 한다는 의미다. 자기기여가 있다는 것은 근로자가 고용보험에 피보험자로 가입되면 매월 자신의 임금에서 일정 비율로 보험료를 납부하게 되고 이 보험료를 재원으로 하여 필요한 급여를 지급하게 된다는 의미가 된다. 현재 육아휴직급여는 고용보험기금 중 실업급여를 위해 마련된 재원에서 함께 지급되고 있다(「고용보험법」 제6조 참조). 즉 근로자는 자신의 임금에서 일정 비율의 보험료를 실업급여를 위한 재원으로 납부하게 되고 이 재원에서 요건을 갖춘 자에게 육아휴직급여도 함께 지급되는 구조인 것이다.

원고는 첫째 자녀에 대한 육아휴직급여와 관련하여 첫째 자녀에 대한 육아휴직이 종료된 후 1년이 지나서야 신청을 하였는데, 원고 입장에서는 육아휴직급여를 지급받을 권리의 소멸 시효가 3년이므로 법령상 자신의 경우 육아휴직급여의 요건을 갖춘 것으로 판단하였을 것이고 또한 육아휴직급여는 결국 금전으로 지급되는 것이므로 육아휴직이 종료한 지 3년이 지나지 않은 상황에서는 당연히 육아휴직급여라는 금전을 받을 권리가 존재하므로 신청기간은 문제 되지 않는다고 판단했을 것이다. 이러한 판단은 1심 판결에서도 저변에 깔려 있는 것으로 보이

제19조에 따른 육아휴직을 30일(「근로기준법」 제74조에 따른 출산전후휴가기간과 중복되는 기간은 제외한다) 이상 부여받은 피보험자 중 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 피보험자에게 육아휴직 급여를 지급한다.
<개정 2007.12.21., 2010.6.4., 2011.7.21., 2012.2.1., 2014.1.21.>

1. 육아휴직을 시작한 날 이전에 제41조에 따른 피보험 단위기간이 통산하여 180일 이상일 것.
 2. 같은 자녀에 대하여 피보험자인 배우자가 30일 이상의 육아휴직을 부여받지 아니하거나 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제19조의2에 따른 육아기 근로시간 단축(이하 ‘육아기 근로시간 단축’이라 한다)을 30일 이상 실시하지 아니하고 있을 것.
 3. 삭제 <2011.7.21.>
- ② 제1항에 따른 육아휴직 급여를 지급받으려는 사람은 육아휴직을 시작한 날 이후 1개월부터 육아휴직이 끝난 날 이후 12개월 이내에 신청하여야 한다. 다만, 해당 기간에 대통령령으로 정하는 사유로 육아휴직 급여를 신청할 수 없었던 사람은 그 사유가 끝난 후 30일 이내에 신청하여야 한다. <신설 2011.7.21.>
- 3) 공무원의 경우에는 육아휴직과 육아휴직에 대한 금전적 지원에 해당하는 육아휴직수당의 근거가 모두 공무원법 및 동 시행령으로서 그 법적 근거가 동일하고 그 연계성이 매우 강하다고 볼 것이다.

는데, 1심 판결은 육아휴직급여를 지급받을 권리의 소멸시효가 3년이라는 점을 토대로 하여(「고용보험법」 제107조)⁴⁾ 육아휴직급여에 대한 신청기간(「고용보험법」 제70조) 규정이 소멸시효 규정을 배제하거나 소멸시효 규정보다 우선한다는 내용이 없다는 점, 고용보험기금의 재정적 안정이라는 사정이 급여지급청구권의 행사를 제한할 특별한 사정이라고 보기 어렵다는 점, 육아휴직급여 제도의 취지에 비추어 볼 때 육아휴직급여의 요건이나 신청기간을 최대한 근로자에게 유리하게 해석하는 것이 제도의 취지에 부합한다는 점 등에 비추어 볼 때, 신청기간에 대해 훈시규정으로 판단하고 원고의 청구를 인용하였던 것이다. 그런데 사실 법원 스스로가 법률상 명시된 신청기간에 대해 훈시규정이라고 판단한 경우는 매우 이례적이라고 할 수 있을 것 같은데, 그만큼 육아휴직급여를 받을 권리의 절차적 측면과 실체적 측면은 서로 밀접하게 착종되어 있어 분리해서 판단하는 것이 쉽지 않다는 방증이 될 것 같다.

우선, 육아휴직급여의 규정 내용을 보면 “고용노동부장관은 … 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 피보험자에게 육아휴직 급여를 지급한다”로 되어 있다. 이는 국가 권능에 대한 권한(Kompetenz) 규정이라고 할 수 있다. 따라서 법 규정에 비추어 보면, 당사자가 요건을 갖추는 경우에 비로소 국가는 급여를 지급할 의무를 지게 되고 당사자는 급여를 청구할 권리를 가지게 된다. 이처럼 국가에 대하여 국민이 자신의 이익을 위하여 일정한 행위를 요구할 수 있도록 공법상 개인에게 부여되어 있는 법적인 힘을 개인적 공권(個人的 公權) 혹은 주관적 공권이라고 한다. Ottmar Bühler의 이론에 따르면 개인적 공권이 성립하기 위해서는 3가지 요건이 필요하다고 한다. 첫째, 강행법규 내지는 기속규정에 의한 행정의 의무가 존재해야 한다. 둘째, 사익보호성이 존재해야 한다. 셋째, 재판상 청구가 가능해야 한다.⁵⁾

육아휴직급여의 규정에서도 당사자가 요건을 갖추는 경우, 법규의 기속성에 따라 행정의 의무가 생기고, 육아휴직급여를 지급받음으로써 직장가정의 양립지원에 도움을 받으므로 사익보호성도 존재하고, 국가를 상대로 급여 지급청구를 하였는데 거부 혹은 부작위가 존재하는 경우 행정쟁송으로 다룰 수 있으므로, 주관적 공권의 세 가지 요건이 모두 인정되고 육아휴직급여를 받을 권리는 주관적 공권으로 인정될 수 있다는 점을 알 수 있다. 다만 이러한 권한 규정에 따라 국가가 국민에게 급여를 지급할 의무가 있는지에 대해서는 당사자가 권리를 가질 자격이 있는지 여부에 대한 국가 자신의 확인이 필요한데, 국가의 이러한 확인행위를 발동시키기 위해서는 당사자의 신청이 먼저 필요하다.

다음으로 육아휴직급여를 받을 권리가 급전을 지급받는 권리라는 점에 착안하여 권리의 법

4) 「고용보험법」 제107조(소멸시효) ① 제3장부터 제5장까지의 규정에 따른 지원금·실업급여·육아휴직 급여 또는 출산전후휴가 급여등을 지급받거나 그 반환을 받을 권리는 3년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다.

5) Ottmar Bühler의 이론은 공권의 성립에 관하여 독일행정법에서 일반론으로 되어 있다. 김동희(2016), 『행정법 I』(제22판), 박영사, pp.89~90; 박정훈(2006), 『행정소송의 구조와 기능』, 박영사, p.190.

적 성격에 대해서도 살펴볼 필요가 있다. 왜냐하면, 육아휴직급여는 결국 금전으로 지급받는 것이라는 점에서 급여를 받을 권리는 재산권적인 성격이 있는 것은 아닌지 문제가 되는데, 재산권이라고 한다면 3년의 소멸시효 규정을 통해 보호받을 여지가 없는 것은 아닐지 고민의 여지가 있고 또한 헌법상의 재산권 규정에 의한 보호도 논의될 수 있기 때문이다.

헌법재판소는 “헌법 제23조의 재산권은 민법상의 소유권뿐만 아니라, 재산적 가치 있는 사법상의 물권, 채권 등 모든 권리를 포함하며, 또한, 국가로부터의 일방적인 급부가 아닌 자기 노력의 대가나 자본의 투자 등 특별한 희생을 통하여 얻은 공법상의 권리도 포함한다. 헌법재판소는 공법상의 권리가 헌법상의 재산권 보장의 보호를 받기 위해서는 일정한 요건을 갖추어야 한다고 판시하였는데, 첫째, 공법상의 권리가 권리주체에게 귀속되어 개인의 이익을 위하여 이용가능해야 하며[사적 유용성], 둘째, 국가의 일방적인 급부에 의한 것이 아니라 권리주체의 노동이나 투자, 특별한 희생에 의하여 획득되어 자신이 행한 급부의 등가물에 해당하는 것이어야 하며[수급자의 상당한 자기기여], 셋째, 수급자의 생존의 확보에 기여해야 한다는 것이다[생존확보]. 따라서 사회부조와 같이 국가의 일방적인 급부에 대한 권리는 재산권의 보호대상에서 제외되고, 단지 사회법상의 지위가 자신의 급부에 대한 등가물에 해당하는 경우에 한하여 사법상의 재산권과 유사한 정도로 보호받아야 할 공법상의 권리가 인정된다. 즉 공법상의 법적 지위가 사법상의 재산권과 비교될 정도로 강력하여 그에 대한 박탈이 법치국가원리에 반하는 경우에 한하여, 그러한 성격의 공법상의 권리가 재산권의 보호대상에 포함된다는 것이다(헌재 2000. 6. 29. 99헌마289, 판례집 12-1, 913, 948-949 참조)”라고 판시하고 있다.⁶⁾

헌법재판소의 이러한 견해를 따른다면 육아휴직급여를 받을 권리 역시 재산권의 성격을 가진다고 볼 수 있다. 왜냐하면 첫째, 피보험자인 근로자의 고용보험료 납부라는 자기기여가 있고, 둘째, 육아휴직급여는 근로자에게 귀속되어 이용되며, 셋째, 육아휴직급여는 근로자의 직장과 가정의 양립지원, 즉 생존확보에 기여하기 때문이다. 육아휴직급여의 이러한 재산권적 성격은 국가의 조세를 통해 필요한 자에게 지급되는 보조금 기타 지원과 성격이 매우 다르다.

한편 재산권의 범주는 민사상의 소유권과 같은 강력한 권리에서부터 사회보험법상의 수급권 기타 공법상의 탄소배출권, 주파수이용권 등 폭넓게 퍼져 있고 권리구제의 방법 역시 민사소송에서부터 행정소송(항고소송, 당사자소송 등)에 이르기까지 다양하다. 또한 재산권을 ‘본래 존재하던 물건(物件)에 대한 보장을 의미하는 재산권’과 ‘사회적 필요에 의해 제도화된 것에 대한 보장을 의미하는 재산권’으로 구분할 때, 민법상의 소유권 같은 권리가 전자에 속한다

6) 헌재 2009.9.24. 자 2007헌마1092 결정. 다만 재산권성 인정의 3가지 기준과 관련해서는 독일의 논의를 우리 헌법 해석에 대한 심층적인 검토 없이 무분별하게 차용한 것은 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다. 왜냐하면 이러한 3가지 기준은 어디까지나 공법상 권리로서 사회보험수급권 중 하나인 연금수급권에 대해 재산권적 보호를 인정하기 위해 등장한 것이기 때문에 그 밖의 다른 공법상 권리들에도 동일적으로 적용 가능한 보편 타당한 기준이 된다고 하기는 어렵기 때문이다.

면, 육아휴직급여를 받을 권리는 후자에 속한다고 볼 수 있다. 다만, 고용보험이 사회보험이라는 본질적 성격상 사회연대 원리가 가미되어 있기 때문에 일반적인 사보험처럼 위험에 비례하여 보험료가 징수되는 것은 아니고 기여와 급여 간에 엄격한 비례의 원칙이 적용된다고 보기도 어렵기 때문에, 육아휴직급여를 받을 권리가 민법상의 소유권이나 사보험에서의 급여청구권이 가지는 만큼의 강력한 재산권성을 가진다고 단정하기는 어려울 수도 있겠다. 그렇지만, 육아휴직급여를 받을 권리의 성격이 재산권적 성격을 가진다는 것은 육아휴직급여에 대한 제한이나 변경, 축소 그밖에 법령 개정 등에 있어서 그만큼 더 엄격한 요건하에서 판단되어야 한다는 헌법적 요청이 존재한다는 함의를 가지게 된다.

그런데 여기서 육아휴직급여를 받을 권리가 재산권적인 성격을 가진다고 할지라도 재산권의 성격이 있다는 의미를 곧바로 그 권리가 민사상 권리라는 의미로 보아서는 안 되고 권리의 성격을 공권(公權)에서 사권(私權)으로 변경시키는 것도 아니라는 점을 주의해야 한다. 따라서 「고용보험법」상의 육아휴직급여를 받을 권리가 헌법재판소가 제시한 재산권 요건의 3요소인 자기기여, 사적 유용성, 생존확보라는 기준을 충족하기 때문에 재산권적 성격을 가진다고 할지라도 이런 점이 민사상 재산권이 된다는 것을 의미하지는 않는다. 왜냐하면 육아휴직급여를 받을 권리가 재산권성을 가진다 해도 국가를 상대로 신청을 전제로 하지 않고 청구한다든가 하는 것은 불가능하고 따라서 소송상으로도 민사소송으로 청구할 수는 없기 때문이다. 또한 신청을 통해서 혹은 항고소송을 통해서 구체적으로 권리가 확인되기 전에는 민사소송에 준하는 성격을 가진 당사자소송으로 청구할 수도 없기 때문이다.

재판의 준거가 되었던 「고용보험법」 규정을 다시 살펴보면, 동법 제70조 제2항에서 “육아휴직급여를 지급받으려는 사람은 육아휴직을 시작한 날 이후 1개월부터 육아휴직이 끝난 날 이후 12개월 이내에 신청하여야 한다”고 규정하고 있고, 동법 제107조에서 “육아휴직급여를 지급받거나 그 반환을 받을 권리는 3년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다”고 규정하고 있다. 각 규정의 내용을 종합적으로 보면, 육아휴직급여 신청권이라고 하는 절차적 권리는 육아휴직 종료 후 12개월을 제척기간으로 가지는 것으로 보이고, 육아휴직급여를 받을 권리라고 하는 실체적 권리는 육아휴직급여를 받을 권리가 존재한다는 것이 확정되어야 3년을 소멸시효로 가지는 것임을 알 수 있다. 즉, 육아휴직급여의 신청부터 실제 지급받을 때까지의 구조를 보면, 첫째, ‘실체적 권리의 자격 여부에 대한 판단을 신청하는 절차’, 둘째, ‘권리의 자격 여부에 대한 판단’, 셋째, ‘자격이 있다고 판단된 후 그 액수를 결정하는 판단’이라고 하는 3단계 구조를 거치는데, 여기서 첫째 단계의 절차는 1년의 제척기간에 걸리기 때문에 첫째 단계를 거치지 않고 육아휴직 종료 후 1년이 도과해버리면 나머지 단계는 거칠 수가 없는 것이다. 그러므로 만약 육아휴직 종료 후 12개월 이내에 육아휴직급여를 신청한 적이 없었던 근로자라면, 이후에는 육아휴직급여를 신청하는 것이 불가능할 것이다. 왜냐하면, 권리의 자격 내지 준비 확인 절

차에 진입할 수 있는 절차적 권리 자체를 제척기간 도과로 상실한 상황이기 때문이다. 게다가 육아휴직급여를 받을 권리는 국가를 상대로 신청을 전제로 하는 권리이므로 처음부터 민사소송을 통해서 다투거나 민사소송에 준하는 공법상 당사자소송을 통해서 다룰 수도 없다. 왜냐하면 제척기간 내에 신청이 없었다면 권리의 자격 내지 존재 여부에 대한 확인 자체가 없었던 것이기 때문이다. 권리의 성격이 재산권적 성격을 가진다고 해도 다르지 않다.

육아휴직급여에 관한 절차적 요건과 실체적 측면을 구별하여 판단한 대상판결의 논리와 결론은 타당하지만, 그럼에도 불구하고 법제도적 측면에서 육아휴직급여의 신청기간에 대해 평가해보면 아이러니한 면이 있는 것도 사실이다. 왜냐하면, 자녀를 출산한 후 양육하여 노동시장의 구성원으로 성장시킴으로써 최종적으로 이익을 누리는 주체는 국가이므로, 만일 육아휴직급여의 모든 재원을 국가가 지급하는 것이라면 그에 대해 절차적 제한을 합리적인 범위에서 설정하는 것 자체가 문제가 될 수 없겠으나, 지금 현재 육아휴직급여를 위한 재원은 근로자의 실업에 대비하여 노사가 각출하는 실업급여를 위한 기금에 기대고 있는 것이어서, 육아휴직급여에 대한 신청기간을 통한 절차적 제한이 마치 ‘남의 돈을 가지고 생색내면서 동시에 남의 돈이 고갈되지 않도록 관리’하는 형국이기 때문이다. 게다가 육아휴직급여의 실체적 측면을 보자면, 육아휴직급여의 실체적 요건 자체가 일정한 기간 이상의 자기기여를 요구하고 있고 육아휴직급여 자체가 당사자에게 지급되면 생존에 기여하고 당사자의 사적 처분 권한 내에 들어오기 때문에 재산권성을 가질 수 있음에도 불구하고 고용보험재정 유지라는 미명하에 절차적 측면에서 1년밖에 신청기간을 두지 않고 있는 것은 육아휴직 근로자의 재산권에 대한 제한이라는 관점에서 볼 때 과도한 제한은 아닌지 검토의 여지가 있다. 물론 육아휴직급여와 관련하여 근로자의 재산권성이 인정될 수 있다고는 하여도 본래 실업급여를 위한 재원에 육아휴직급여를 위한 재원을 기대고 있기 때문에 육아휴직급여를 실업급여 기금에서 지급한다는 것은 자녀가 없는 근로자를 차별하는 면이 분명히 존재하므로 ‘어차피 문제 있는 제도인데 절차적 제한을 가하는 것이 무슨 대수냐’라고 생각할 수 있을지도 모르겠으나, 결국은 이러한 모든 문제의 시작은 국가 자신이 책임져야 할 재원을 노사에 전가시키고 있기 때문에 발생한 것이므로 현행 입법에 대해 무조건 옹호할 것도 아니라고 본다. 어쨌거나 현행 입법 상태에서는 절차적 요건을 무시할 수 없는 것이므로 육아휴직을 사용하는 근로자에 대하여 육아휴직급여를 지급받을 수 있는 권리의 신청기간을 비롯한 절차에 대한 안내가 기업 차원에서든 국가 차원에서든 보다 강화될 필요는 있다고 본다. **KLI**

노호창(호서대 법경찰행정학부 교수)

원청회사의 도급계약 중도해지가 부당노동행위가 아니라고 판단한 사례

- 서울행정법원 2017. 6. 16. 선고 2016구합62436 판결 -

【판결요지】

원청회사가 이 사건 도급계약의 해지를 통하여 이 사건 노동조합의 조직확대, 파견관계 주장 등 조합활동을 위축·침해하려는 지배·개입의 부당노동행위를 한 것으로 인정하기에는 부족하고, 구제명령의 내용 또한 정당하다고 볼 수 없어, 중노위가 지배·개입의 부당노동행위로 인정하여 구제명령을 발한 것은 위법하다.

(1) 사내하청이 이루어지는 사업에서 하청회사의 근로자들이 노동조합을 만들면서, 원청회사(아사히초자화인테크노한국), 하청회사(지티에스), 노동조합(전국금속노조 아사히비정규직지회) 사이의 3각 관계인 집단적인 노사관계에 갈등이 발생한다. 원청회사가 하청회사 간의 하청계약을 일방적으로 중도해지하여, 하청회사가 폐업하고, 하청회사의 근로자들은 직장을 잃게 된다. 노동조합은 조합활동이 어려워지고 연대가 약해진다. 이는 원청회사가 노동조합활동을 곤란하게 하는 부당노동행위가 아닐까?

중노위는 원청회사가 지배·개입의 부당노동행위를 하였다고 판정하고, 해고된 하청회사의 근로자들에 대한 생활안정 및 재취업 등 지원대책을 마련하라고 원청회사에게 구제명령을 내렸다(중앙노동위원회 2016. 3. 25. 중앙2015부해1303/부노250 병합). 그러나 원청회사가 불복하여 제기한 행정소송의 1심 판결인 대상판결에서, 법원은 위 판결요지처럼 원청회사의 부당노동행위를 부인하고, 구제명령이 위법하다고 판단했다.

(2) 원청회사가 하청회사의 폐업에 관여하여 지배·개입의 부당노동행위를 하였는가에 대해 대법원은 현대중공업 판결(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결)에서 판례 법리를 만들었다. 1) 원청회사에게 부당노동행위가 인정되려면 두 단계의 판단구조를 거친다. 첫째 단계로는, 원청회사가 부당노동행위를 하는 지위에 있는지, 그래서 구제명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당되는지를 판단하여야 한다(사용자성의 판단). 둘째 단계로는, 원청회사가 하청회사의 사업 폐지를 유도하는 행위와 이로 인하여 참가인 조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 지배·개

1) 이 판례 법리를 포함하여 사내하청에 대해 법리적인 자세한 검토는, 박제성·강성태·김진·신권철·조경배 (2015), 『사내하청 노동관계의 법해석론』(한국노동연구원)을 참고할 수 있다.

입 행위를 하였는지를 판단하여야 한다(지배·개입 행위의 판단).

첫째 단계인 사용자성의 판단에 관해, 대법원 판례 법리는 “근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자가, 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호 소정의 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구체명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다”이다. 즉 실질적으로 지배하는지를 판단한다.

대상판결은 이러한 대법원 판례 법리를 잘못 적용하고 있다.

첫째, 대법원 판례 법리에서 언급한 ‘노동조건’은 임금, 근로시간, 전직, 해고 등 회사와 근로자 개인 간에 마련되는 근로조건, 그래서 「근로기준법」(이하, 근기법)이 작용하는 근로조건으로, 좁게 해석되지 않는다. 근기법상의 사용자임을 밝히려는 것이 아니라, 노동조합 및 노동관계조정법(이하, 노조법)상의 부당노동행위의 사용자임을 밝히려는 것이기 때문이다. 대법원 현 대중공업 판결에서는 원청회사의 사용자성을 인정하면서 고려한 사정들로, “(원청)회사가 작업시간과 작업 일정을 관리·통제하고 있기 때문에 근로자들이 노동조합의 총회나 대의원대회 등 회의를 개최하기 위하여 필요한 노조활동 시간 보장, 노조간부의 유급 노조활동시간 보장 등에 대하여 실질적인 결정권을 행사하게 되는 지위에 있는 점”을 가장 먼저 언급했다. 중노위 판정에서도 원청회사가 하청회사의 근로자들의 근로조건 및 노동조합 활동에 대해 권한과 책임을 일정 부분을 담당하고 있는지를 검토했다. 그러나 대상판결은 사용자임을 부정하는 논거에 집단적 노사관계에 관한 검토가 없다. “지티에스(하청회사) 직원들은 원고의 지시에 따른 작업물량을 지티에스 관리자의 지휘감독하에 작업하여 도급업무를 수행했을 뿐 원고가 지티에스 근로자의 기본적인 노동조건이나 근로관계에 대하여 지티에스와 함께 사업주로서의 권한과 책임을 부담하고 있다고 보기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 원고(원청회사)를 부당노동행위의 사용자로 인정하기 어렵다.” 이처럼 개별적 근로관계만을 위주로 판단하는 구조는, 사내하청이 실제로는 파견관계인지를 판단할 때(불법파견 여부)나, 사내하청이 실제로는 원청회사가 직접 고용한 사용자인지를 판단할 때(묵시적 근로관계의 인정 여부)에 사용하는 방법이다.

둘째, 대법원 판례에서 언급한 원청회사의 권한과 책임은 ‘일정 부분’이면 충분하고, 원청회사와 하청회사가 공동으로 사용자로서 인정되는 구조이다. 대상판결에서 법원은 개별적 근로관계에 관해 하청회사가 “독립적으로 자신의 책임하에 수행”, “일체의 책임”, “원고가 관여하였다고 볼 사정은 찾아보기 어려운 점” 등을 언급한다. 원청회사 쪽이 관여한 사정이 있는지를 찾는 방식이 아니라, 하청회사가 모두 다 맡아 한 사정이 있는지를 찾는 방식이다.

(3) 다음으로 판단구조의 둘째 단계인, 지배·개입 행위를 하였는지를 판단하는 단계에 관해

살펴보겠다. 중노위는 원청회사, 하청회사, 노동조합 사이에 발생한 여러 사정들을 언급하면서, 결국 원청회사가 도급계약 기간이 6개월이나 남아 있음에도 불구하고 도급계약을 전격적으로 해지한 것은 노동조합의 조직 확대, 파견관계 주장 등 조합활동을 위축·침해하려는 지배·개입의 부당노동행위를 한 것으로 판단했다. 반면 대상판결에서 법원은, 원청회사의 관계회사인 두 회사가 시장 변화로 경영이 어려워지자, 그 두 회사의 근로자들을 원청회사가 직접 고용하여 이 사건 하청회사(지티에스)가 해오던 도급업무 대신하게 하려고 이 사건 하청회사와의 도급계약을 중도해지 하였기에, 원청회사의 도급계약 해지는 정당한 사유가 존재하므로, 노동조합의 조합활동을 위축·침해하려는 부당노동행위로 인정할 수 없다고 판단했다. 중노위와 법원이 인정하고 평가하는 사실관계가 서로 달라, 무엇이 사건의 실체인지를 단정하기 어렵다.

지배·개입의 부당노동행위가 있었는지를 판단하려면, 문제가 되는 행위뿐만 아니라, 그 당시에 노사 간에 여러 사정들을 두루 살펴보아야 한다. 판례는 부당노동행위 사실이 있는지의 증명책임은 이를 주장하는 노동조합(근로자) 측에 있다고 본다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2005두4120 판결 참고). 그렇지만 노동조합 측이 부당노동행위 사실을 증명하는 것은 쉽지 않다. 부당노동행위가 발생할 당시의 여러 사정들에 관한 정보와 자료는 대부분 사용자 측에 있기 때문이다. 이 사건에서 노동위원회는 나름대로 여러 사정에 대해 조사와 심문을 하여 판정하였으나, 대상판결의 법원은 부당노동행위로 인정하기에 증거가 부족하다고 평가했다.

그간에 부당노동행위로 인정된 판정례들이 적어 왔기에, 법원은 노동위원회가 부당노동행위가 있다고 판단하는 방식에 대해 낫설어 하며, 그래서 판정의 신뢰도가 낮은 것으로 보인다. 이 점은 앞으로 노동위원회가 부당노동행위 심판의 업무를 더욱 충실히 함으로써 점차 극복될 것이다. 이를 위해 근본적으로 노동위원회에게 직권조사권이 강화되어야 한다. 또한 노동위원회가 직접 나서도 찾지 못한 사용자 측의 자료들은 사용자가 노동위원회에 내놓도록 하는 제도개선이 필요하다.

(4) 중노위는 “하청회사에 대한 도급계약 중도해지로 인하여 해고된 하청회사 근로자들에 대한 생활안정 및 재취업 등 지원대책을 마련하라”고 원청회사에게 구제명령을 내렸다. 대상판결의 법원은 이러한 구제명령은 “도급계약의 해지를 통하여 노동조합의 조직확대, 파견관계 주장 등 조합활동을 위축·침해하려는 지배·개입의 부당노동행위를 한 것으로 인정하는 것에 대응하는 구제명령이 아니며, 생활안정 및 재취업 등 지원대책은 각 근로자들마다 일률적으로 적용될 수 없고 내용도 불분명하여 사용자가 이행가능한 구제명령으로 볼 수도 없어 위법한 구제명령”이라고 판단했다. 법원의 이러한 판단은 부당노동행위에 대한 노동위원회의 구제명령의 기능에 관해 오해가 있다.

대법원 판례는 “현실적으로 발생하는 부당노동행위의 유형은 다양하고, 노사관계의 변화에

따라 그 영향도 다각적이어서 그에 대응하는 부당노동행위 구제의 방법과 내용도 유연하고 탄력적인 필요가 있으며”, “노조법 제84조의 규정 또한 노동위원회가 전문적·합목적적 판단에 따라 개개 사건에 적절한 구제조치를 할 수 있도록 하기 위해서 사용자의 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에 사용자에게 구제명령을 발하여야 한다고 규정하고 있을 뿐, 구제명령의 유형 및 내용에 관하여는 특별히 정하고 있지 아니하다”고 인정한다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결).

대상판결의 사건에서 하청회사가 폐업했고 원청회사의 관계회사인 두 회사의 근로자들을 원청회사가 직접 고용하는 사정이 있다. 노동조합 활동이 위축·침해된 것을 회복하는 적절한 방법으로 대상판결의 법원은 무엇이 가능하다고 생각하는지를 되묻고 싶다. 노동위원회가 판정할 때 사용자에게 구체적이고 명확한 의무를 명하여야 한다는 법원의 생각은 유동적인 노사관계의 현실을 이해 못하는 것이다. 계약상 채권관계는 당사자가 합의한 대로 구체적이고 명확한 의무가 있다. 집단적 노사관계는 그러한 관계가 아니다. 노동위원회의 구제명령은 올바른 미래의 노사관계의 기반을 조성해야 한다. 그래야 진정한 노사관계의 회복이 이루어진다. 이 사건에서 중노위의 구제명령대로 생활안정 및 재취업 등 지원대책을 마련하기 위해 사용자가 진정 노력한다면, 결국 노사간의 대화가 필요하고 그 과정에서 집단적 노사관계의 회복이 이루어질 수 있겠다.

집단적 노사관계는 다양성과 유동성이 당연한 속성이므로, 노동위원회의 구제명령은 구체적이면서도 추상적일 수밖에 없다. 대상판결의 법원은 확정된 구제명령을 위반한 경우 처벌하는 조항을 논거로 들면서, 구제명령의 내용은 명확하고 실현가능한 것이어야 한다고 본다. 본말이 전도되어 있다. 형법상 죄형법정주의 원칙에 지나치게 경도되어, 노동위원회의 구제명령을 형법상 죄의 구성요건 내용을 채우는 방식으로만 이해했다. 사용자가 어떠한 구제명령을 위반하여 처벌하여야 하는지를 판단하는 단계에 이르렀을 때, 사용자에게 구제명령에 대해 이행의 기대가능성이 있었는지, 더 이상 이행 못한 불이행에 대해 비난가능성이 있는지 등 형법상 법리로 책임 여부를 판단하면 된다. 처벌은 구제명령의 본질적 기능이 아니다.

구제명령의 올바른 내용에 대해 법원의 이해가 깊지 못한 이유로는, 그간에 노동위원회가 다양한 구제명령을 내리지 못한 경험도 작용하며, 현행 노조법이 구제명령의 내용이 무엇인지를 전혀 밝히지 않은 점도 작용한다. 노조법을 개정하여 구제명령의 여러 종류들을 예시하는 제도개선이 필요하다.²⁾ **KLI**

김흥영(성균관대 법학전문대학원 교수)

2) 가령 노조법 제84조(구제명령) 제1항을 “노동위원회는 제83조의 규정에 의한 심문을 종료하고 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 부당노동행위의 중지 및 금지, 공고문의 게시, 원직복귀 또는 고용승계, 금전보상, 단체교섭의 개시, 조합시설의 이용 또는 제공 그 밖에 부당노동행위로 침해된 권리나 노사관계 질서의 회복을 위해 필요한 적절한 구제명령을 발하여야 하며, ... 기각하는 결정을 하여야 한다”로 개정한다.

모바일투표로 진행된 쟁의행위 찬반투표의 적법성

- 서울중앙지방법 2017. 4. 28. 선고 2016가합520510 판결 -

【판결요지】

노조법 제41조 제1항은 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의하여 노동조합의 쟁의행위에 관한 찬반투표를 하도록 규정하고 있을 뿐 투표 방식을 제한하는 규정을 두고 있지 않다. 모바일투표 방식은 시간적, 장소적 제약에 구애받지 않고 투표가 가능하고, 시간이 단축되며, 비용이 절감된다는 장점이 있으므로, 노동조합은 직접·비밀·무기명투표 원칙을 준수하는 범위에서 그 실정에 맞게 현장투표, 우편투표, ARS투표, 전자투표 등의 방식 중에서 하나 또는 여럿을 선택하여 활용할 수 있다고 봄이 타당하다.

이 사건 원고 J저축은행의 주장은 간단하다. 2016. 3. 1부터 같은 해 4. 8까지 진행된 전국사무금융노조 소속 J저축은행지회의 파업은 쟁의행위 찬반투표를 ‘모바일 전자투표’의 방식으로 진행하여 노조법 제41조 제1항을 위반하였으므로 ‘불법파업’이고, 따라서 전국사무금융노조, J저축은행지회, 전국사무금융노조 위원장 및 지회 간부들은 이러한 ‘불법파업’으로 인하여 원고에게 발생한 3억 원의 손해를 ‘연대하여’ 배상하라는 것이다.

전자투표는 실제 투표 과정을 온라인상에서 구현한 것으로 시·공간적 제약을 부분적으로 극복할 수 있고, 투표 참여율을 높일 수 있으며 기표를 위한 투표지가 필요 없어 경비를 절감할 수 있고, 투표지에 기표를 잘못해 발생하는 무효표 등 투표 오류를 줄일 수 있으며, 개표를 전자화함으로써 개표 단계의 오류를 최소화할 수 있음은 물론 신뢰성 있는 개표 결과를 신속하게 제공할 수 있다.¹⁾ 이러한 장점으로 인하여 노동조합의 내부적 의사결정에 있어서도 전자투표의 방식을 사용하는 사례가 늘고 있으며, 이에 비례하여 관련 분쟁도 증가하여 왔다. 다만, 이러한 분쟁은 대부분 전자투표 방식으로 진행된 임원선거의 공정성에 관하여 낙선한 후보자가 문제를 제기하는 등 노동조합 내부의 이해관계자 사이에 발생한 분쟁이었지, 쟁의행위 찬반투표가 전자투표 방식으로 진행되었음을 이유로 사용자가 노동조합이나 그 조합원들에게 손해배상을 소구(訴求)하는 사례는 찾아보기 어려웠다.

종래 고용노동부는 “노조법상 노조 임원은 노동조합의 민주적 운영을 위하여 총회(대의원회)에서 조합원의 직접·비밀·무기명 투표에 의하여 선출토록 규정하고 있을 뿐 구체적인 투

1) 류지완(2017. 4), 「쟁의행위 찬반투표시 전자투표의 활용 가능성과 그 정당성 조건」, 『노동법률』, 중앙경제사, p.103.

표방식 등에 대하여는 정하고 있지 아니하다. 따라서 노동조합은 투표권자 본인이 직접 투표권을 행사하고 투표과정과 결과에 대한 비밀이 보장되는 범위 내에서 구체적인 투표방식을 정할 수 있다”고 하여 ARS전자투표 방식으로 노동조합 임원선거를 진행하는 것이 가능하다는 입장을 취하다가,²⁾ 2013년 1월 작성된 『집단적 노사관계 업무매뉴얼』에서는 “인터넷 투표, ARS투표 등 전자투표는 조합원들의 직접·비밀 투표를 확인하는 것이 사실상 어려우므로 원칙적으로 그 정당성을 인정하기 어렵다. … 본인 인증절차, 투표권자 DB 및 투표결과 DB의 분리 등에 의한 비밀보장, 중복투표·해킹방지 등 기술·제도적인 측면에서 객관적이고 투명한 운영방식이 구축·실현되어 직접·비밀·무기명 투표가 명확히 보장된 경우에 한해 제한적으로 인정될 수 있을 것이나, 이 경우에도 선거의 공정성, 투명성에 대해서는 노동조합이 입증하여야 할 것”이라고 입장을 바꾸었고,³⁾ 2016년 9월 개정된 업무매뉴얼도 동일하다.⁴⁾

이러한 상황에서 “노동조합은 직접·비밀·무기명투표 원칙을 준수하는 범위에서 그 실정에 맞게 현장투표, 우편투표, ARS투표, 전자투표 등의 방식 중에서 하나 또는 여럿을 선택하여 활용할 수 있다고 봄이 타당하다”는 대성판결의 판단은 고용노동부의 행정해석과 매뉴얼의 불일치로 인한 혼란을 정리하였다는 점에서 의미가 있다고 생각한다.⁵⁾ 다만, 대성판결은 노동조합의 의사결정 과정에서의 ‘표결방식’으로 전자투표가 허용된다는 의미일 뿐, 전자투표가 총회 등 회의체의 소집 자체를 갈음할 수 있다는 취지는 아니라는 점은 유의할 필요가 있다. 따라서 노조법 제16조 제1항 각호의 총회의 의결사항(예컨대, 임원의 선거와 해임에 관한 사항 등)에 관하여 총회를 소집함 없이 조합원의 전자투표만으로 노동조합의 의사를 결정하는 것은 당연히 허용되지 않는다.⁶⁾ 나아가, 취업규칙을 불이익하게 변경하고자 할 때에는 근로자들의 ‘집단적 의사결정 방식’ 또는 ‘회의방식’으로 동의를 받아야 한다는 판례⁷⁾에 비추어 근로자들의 회의 등을 소집함 없이 개별 근로자들의 의사를 전자투표로 취합하는 것도 허용되지 않을 것이다.

2) 고용노동부(2004. 5. 15), 노동조합과 - 1309.

3) 고용노동부(2013. 1), 『집단적 노사관계 업무매뉴얼』, p.262.

4) 고용노동부(2016. 9), 『집단적 노사관계 업무매뉴얼』, p.284.

5) 일반적으로 표결(表決)의 방법으로는 음성, 박수, 거수, 기립, 좌석이동, 투표지(ballot)에 의한 표결, 전자표결, 호명표결, 우편투표(a vote by mail) 등의 방식이 있다. 김교창(2005), 『표준회의진행법』, 법률신문사, pp.272~275 참조.

6) 참고로, 고용노동부는 “사업장이 지역적으로 분리되어 있는 등 부득이한 사유가 있을 경우 총회를 개최하지 않고 직접·비밀·무기명투표의 절차를 거치면 그 정당성이 인정됨”이라고 하여(고용노동부(2016. 9), p.284), 총회의 소집을 정의행위 개시의 요건으로 이해하는 것처럼 보이나 현행 노조법의 법문상 근거 없는 해석이다.

7) 대법원 2004. 5. 14 선고 2002다23185 판결 등 참조. 참고로 2016. 10. 17 「근로기준법」 제94조 제2항에 “사용자가 근로자에게 불리하게 취업규칙을 변경하려면 …… 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 직접·비밀·무기명투표를 실시하여 근로자 과반수의 찬성을 얻어야 한다”는 조항을 신설하는 취지의 근로기준법 일부개정법률안(이용득 의원 대표발의, 의안번호: 2002652)이 발의되어, 현재 환경노동위원회의 심사 중에 있다.

마지막으로, 전자투표 문제와 직접 관련된 것은 아니지만 대상판결을 접하고 머리에서 떠나지 않는 몇 가지 생각들을 나누고자 한다.

(1) 고용노동부가 작성한 『집단적 노사관계 업무매뉴얼』의 정체는 무엇인가? 이는 고용노동부가 사용자나 노동조합에게 어떠한 의무를 부과하지 않으면서도 그들의 의사형성에 영향을 줌으로써 사용자나 노동조합이 고용노동부의 기대에 부응하는 행동을 하도록 유도하는 ‘비공식적 행정작용’에 해당한다. 따라서 위 업무매뉴얼에 국민을 구속하는 ‘법규성’이 없음은 의문의 여지가 없다. 노조법의 해석권한은 법원(法院)에 속하는 것이지 고용노동부에서 규율할 성질의 것은 아니다. 그렇다면 고용노동부에서 노조법의 해석 및 그 적용을 목적으로 하는 업무매뉴얼을 작성함에 있어서는 견고하게 형성된 판례나 적어도 대다수의 학설들이 동의하는 내용에 기초해야 하지 않을까? 특히 “선거의 공정성, 투명성에 대해서는 노동조합이 입증하여야 할 것”이라는 문구를 보면(이러한 표현이 쟁의행위로 인한 손해배상청구의 소를 염두에 둔 것이라면), 위 업무매뉴얼은 노조법 제41조 제1항의 해석을 그르쳤을 뿐 아니라 L. Rosenberg 이래 입증책임에 관한 공리(公理, Axiom)로 인정되는 ‘법률요건분류설’조차 무시하고 있는 것 같아 솔직히 난감하다.⁸⁾

(2) 쟁의행위 찬반투표는 도대체 누구를 보호하기 위한 제도인가? 노조법이 쟁의행위의 찬반투표를 규정한 취지는 조합원의 민주적인 의사결정을 담보하는 데 있다.⁹⁾ 그렇다면 노동조합이 노조법 제41조 제1항을 준수하지 않을 경우 이를 다룰 정당한 이해관계자는 당해 노동조합의 조합원들뿐이라고 보아야 하지 않을까? 노동조합이 노조법 제41조 제1항을 준수함으로써 인하여 사용자가 향유하는 이익이 있다고 하더라도 이는 ‘반사적 이익’에 불과한 것으로 보아야 하지 않을까?¹⁰⁾ 물론 우리 「민법」 제750조가 불법행위의 성립요건으로 ‘위법성’을 요구할 뿐 권리의 침해까지 요구하지는 않으므로 노동조합이 노조법 제41조 제1항을 위반하였다는 ‘위법성’에 근거하여 손해배상을 청구한다는 해석도 불가능하지는 않겠지만, 노조법 제41조 제1항의 취지를 고려할 때 이러한 해석은 어색하다.

(3) 도대체 언제까지 ‘정당한’ 파업에 대한 사용자의 손해배상청구의 소제기를 허용해야 하

8) Leo Rosenberg, 오석락 외 옮김(1995), 『입증책임론』, 박영사, p.154: “원고는 권리근거규정의 요건사실을, 피고는 권리장애, 권리소멸 혹은 권리행사배제규정의 요건사실을 증명해야 한다는 원칙은 - 이것이 단지 법 적용의 일반적인 원칙의 결과이기 때문에 - 직접적으로 소 및 기판력 있는 재판의 대상이 되는 그러한 권리와 법률관계에 적용될 뿐 아니라, 단지 소나 항변에 의해 주장되는 권리와 법률관계의 구성요건요소에 지나지 않는 그러한 - 다루어지고 있음! - 권리나 법률관계에도 적용되어야 한다.”

9) 김유성(2000), 『노동법 II』(전정판), 법문사, p.242.

10) “쟁의행위에 있어서 조합이 자주적으로 정한 절차를 이행하였는지 아닌지는 조합 내부문제에 불과하기 때문에, 설령 조합 집행부가 이 절차에 위반해서 쟁의 지시를 발하여 쟁의행위가 실시되었다고 해도 그것은 사용자와 관계에서 쟁의행위의 정당성에 영향을 미치지 않는다.”는 주장으로 니시타니 사토시, 김진국 외 옮김(2009), 『일본노동조합법』, 박영사, pp.512~513 참조.

는가? 원고가 소를 제기하기만 하면 피고는 무조건 응소(應訴)의 부담을 지고, 법원은 무조건 판결의 부담을 지는 것이 정당한가? 사용자의 소제기가 오로지 노동조합을 괴롭힐 목적이거나 또는 그러한 소송이 계속되고 있다는 사실을 과시함으로써 노동조합에게 유·무형의 불이익을 줄 목적이라면, 이러한 소를 유지하는 것은 민사소송의 취지나 목적에 비추어 현저하게 상당성을 잃은 것으로 소권(訴權)을 남용한 것으로 평가되어야 하지 않을까?¹¹⁾ 대상판결에서 원고가 손해배상청구의 소를 제기한 ‘진정한’ 목적이 파업으로 인한 손해의 전보라는 손해배상 제도의 본연의 목적이 아니라 피고들(특히, 조합원 개인들)에게 거액의 소송이 계속되고 있다는 사실을 과시하여 향후 이들의 조합활동을 위축시키는 데 있는 것이라면, 이러한 소제기는 법원을 도구삼아 부당노동행위라는 범죄행위를 자행하려는 데 불과한 것 아닐까? 사법부가 이 정도의 후안무치까지 참아줘야만 하는 것일까? **KL**

권오성(성신여대 법과대학 교수)

11) 일본에서도 재판받을 권리가 헌법상 기본권으로 보장되지만, 소송제도의 악용·남용이 허용되지 않는다는 점은 일반적으로 인정되고 있다. 소위 빨갱이 사냥(red purge)의 수단으로 행해진 해고의 유효성이 다투어진 아사다화학 해고사건에서 일본 고베지방재판소 히메지지부는 “소권의 남용이란 소송으로 판단을 원해야 할 권리 내지 법률관계가 없는 것을 알면서 굳이 소를 제기하거나 또는 권리행사의 이름을 빌려 불법의 목적을 이루려는 의도에서 소를 제기하는 경우를 말한다.”고 판단한 사례가 있다(神戸地判 姫路支部 1961. 5.2 労民集 12卷 3号 263頁).