

노동판례리뷰

통상해고의 정당성

- 대법원 2021. 2. 25. 선고 2018다253680 판결 -

【판결 요지】

근로기준법 제23조 제1항은 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고하지 못한다고 하여 해고를 제한하고 있다. 사용자가 취업규칙에서 정한 해고사유에 해당한다는 이유로 근로자를 해고할 때에도 정당한 이유가 있어야 한다. 일반적으로 사용자가 근무 성적이나 근무 능력이 불량하여 직무를 수행할 수 없는 경우에 해고할 수 있다고 정한 취업규칙 등에 따라 근로자를 해고한 경우, 사용자가 근로자의 근무 성적이나 근무 능력이 불량하다고 판단한 근거가 되는 평가가 공정하고 객관적인 기준에 따라 이루어진 것이어야 할 뿐 아니라, 근로자의 근무 성적이나 근무 능력이 다른 근로자에 비하여 상대적으로 낮은 정도를 넘어 상당한 기간 동안 일반적으로 기대되는 최소한에도 미치지 못하고 향후에도 개선될 가능성을 인정하기 어렵다는 등 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정된다. 이때 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지는 근로자의 지위와 담당 업무의 내용, 그에 따라 요구되는 성과나 전문성의 정도, 근로자의 근무 성적이나 근무 능력이 부진한 정도와 기간, 사용자가 교육과 전환 배치 등 근무 성적이나 근무 능력 개선을 위한 기회를 부여하였는지 여부, 개선의 기회가 부여된 이후 근로자의 근무 성적이나 근무 능력의 개선 여부, 근로자의 태도, 사업장의 여건 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다.

「근로기준법」은 정당한 이유 없는 해고를 금지하고 있다(제23조 제1항). 그런데 「근로기준법」에서는 해고의 '정당한 이유'가 구체적으로 무엇을 의미하는지에 관하여 더 이상 규정하고 있지 않다. 따라서 해고의 정당성은 학설 및 판례를 통하여 그 법리가 형성되어 왔다.

「근로기준법」상 별도로 규정하고 있는 사용자 측 사정에 의한 해고(경영상 이유에 의한 해고, 제24조 및 제25조)를 별론으로 한다면, 「근로기준법」 제23조 제1항이 적용되는 근로자 측 사정

에 따른 해고는 크게 징계해고와 통상해고(징계와 무관한 해고)로 구분된다. 통상해고의 유형으로는 ① 업무 능력의 결여, ② 적격성(자격 등)의 결여, ③ 계약상 의무 위반, ④ 사생활의 비행 등이 거론되지만,¹⁾ ③과 ④의 경우에도 징계 절차를 통한 해고가 가능하다. 따라서 순수한 통상해고의 영역은 업무 능력 내지 적격성의 결여 또는 예외적으로 장기간 근로 제공이 불가능한 경우(구속 내지 수감 등) 등이 있는데, 이 가운데 법률 분쟁은 주로 업무 능력 결여에 따른 해고에서 문제 되고 있다. 대상 판결 역시 업무 능력의 결여로 인한 통상해고의 정당성이 다투어진 사례이다. 주요 사실관계를 요약하면 다음과 같다.

원고인 근로자들(2인)은 피고인 회사가 2010년부터 2015년까지 실시한 인사평가 결과, 유사직(사무연구직 과장 이상 직원) 중 최하 순위에 해당하는 저조한 업무 실적을 받았으며, 이로 인하여 3~4차례의 직무 경고를 받은 바 있다. 이에 원고들은 장기간 실적 부진을 이유로 한 교육(10개월)을 받은 후 직무를 재배치받았다. 그러나 직무 재배치 이후 실시된 평가(2016년 상반기 다면평가)에서도 업무 역량 부족이 지속적으로 지적되었으며, 이에 회사는 근로자들을 취업규칙에 근거하여 해고하였다.²⁾ 원고들은 피고의 취업규칙상 해고 사유가 「근로기준법」 제 24조에 위반되고 원고들에 대한 인사평가 기준이 불공정하였다는 것을 이유로, 이 사건 해고가 정당하지 않다고 소를 제기하였다.

이에 대하여 1심 법원³⁾과 원심,⁴⁾ 그리고 대법원 모두 이 사건의 해고의 정당성을 인정하였다. 대상 판결에서 대법원은 “... 일반적으로 사용자가 근무 성적이나 근무 능력이 불량하여 직무를 수행할 수 없는 경우에 해고할 수 있다고 정한 취업규칙 등에 따라 근로자를 해고한 경우, 사용자가 근로자의 근무 성적이나 근무 능력이 불량하다고 판단한 근거가 되는 평가가 공정하고 객관적인 기준에 따라 이루어진 것이어야 할 뿐 아니라, 근로자의 근무 성적이나 근무 능력이 다른 근로자에 비하여 상대적으로 낮은 정도를 넘어 상당한 기간 동안 일반적으로 기대되는 최소한에도 미치지 못하고 향후에도 개선될 가능성을 인정하기 어렵다는 등 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도인 경우에 한하여 해고의 정당성이 인정된다. ...”라는 원칙을 제시하고 있다.

이러한 원칙하에 대법원은 ① 회사의 인사평가가 상대평가 방식을 취하고 있긴 하지만, 불합리성을 보완하고자 최저 등급에 대한 재량을 두었으며, ② 비교적 장기간의 인사평가(약 6년)를 근거로 충분한 기간의 직무교육을 실시하였고, ③ 교육 후 직무 재배치가 유사 업무에서 이루어

1) 임종률(2021), 『노동법』(제19판), (주)박영사, pp.559-560.

2) 피고 취업규칙은 “근무 성적 또는 능력이 현저하게 불량하여 직무를 수행할 수 없다고 인정되었을 때”를 해고사유로 정하고 있다(제16조의1 제6호).

3) 울산지방법원 2017. 12. 6. 선고 2016가합23515 판결.

4) 부산고등법원 2018. 7. 4. 선고 2017나59164 판결.

졌으며, ④ 이러한 회사의 행위들이 해고 회피 노력 차원에서 일회적으로 실시되었고, ⑤ 직무 재배치 이후에도 원고들의 업무 역량 부족과 잘못이 여러 차례 반복되고, ⑥ 직무 재배치 이후의 원고들의 협조적 자세가 나타나지 않았고(업무향상계획서 제출 거부 등) 기타 개선 의지가 부족했다는 점 등을 이유로, 이 사건 해고는 정당하다고 판단하였다.

대상 판결을 살펴보면, 이 사건이 인사평가를 근거로 한 통상해고의 유효성을 인정하였다는 점은 명확하지만, 근래에 문제가 되어 왔던 ‘저성과자 퇴출 프로그램’을 통한 통상해고의 법리와는 분명한 차이를 두고 있다는 점을 확인할 수 있다. 최근에 법원에서 직무 능력 등을 이유로 한 해고의 정당성이 부정된 사건들을 살펴보면, ㉠ 상대평가 방식으로 저성과자 일반의 퇴출을 제도화하거나,⁵⁾ ㉡ 평가 결과에 따라 매년 반복적으로 단기간의 직무교육을 반복적으로 실시하거나,⁶⁾ ㉢ 직무교육 결과에 따른 불이익(감봉, 징계 등)을 미리 예정하고 있거나, ㉣ 기존의 직무와 연계되기 어려운 업무로 배치 전환을 하는⁷⁾ 등의 사실을 부당해고의 근거로 제시하고 있다.

결국 대상 판결은 ①~⑥의 사실들을 바탕으로, 원고들이 단순히 업무 능력이 부족한 것이 아니라 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없는 업무 능력의 결여가 있다고 판단한 것이다. 그러므로 이번 사건이 단순히 ‘대법원이 저성과자의 통상해고를 허용하고 있는 것’으로 오해되어서는 안 될 것이다. **KL**

김근주(한국노동연구원 연구위원)

5) 대법원 2016. 8. 17. 선고 2016두38280 판결. 다만 이 사건에서 다루고 있는 저성과자 퇴출 프로그램의 도입에 관해서는 상대평가 방식으로 근로자 일반이 대상이 될 수 있는지 여부에 대한 직접적 판단보다는 이러한 변경이 취업규칙 불이익 변경에 해당하는지에 더 초점이 맞춰져 있다.

6) 서울행정법원 2020. 2. 6. 선고 2019구합50861 판결.

7) 서울행정법원 2018. 3. 15. 선고 2017구합68080 판결.

근로기준법 제27조 해고사유 등의 서면통지 해석론

- 대법원 2021. 2. 25. 선고 2017다226605 판결 -

【판결 요지】

근로기준법 제27조의 규정 내용과 취지를 고려할 때, 해고 대상자가 해고사유가 무엇인지 알고 있고 그에 대해 대응할 수 있는 상황이었다고 하더라도, 사용자가 해고를 서면으로 통지하면서 해고사유를 전혀 기재하지 않았다면 이는 근로기준법 제27조에 위반한 해고통지에 해당한다고 보아야 한다.

다툼의 내용이다. 갑은 H중공업과 1년의 기간을 정한 고용계약을 체결하고 H중공업 국제법 무팀에서 근무하다 고용계약을 새로 체결하면서 근로계약기간의 종기를 따로 정하지 않았다. H중공업은 5년간 연속 최하위 근무평정을 받는 등 갑의 근무 능력이 불량하다는 이유로 갑을 해고하며 갑에게 계약 종료의 사유나 별도의 근거 규정이 기재되어 있지 않은 계약종료통지서를 교부하였다. 대상 판결은 갑에 대한 해고통지서에 해당하는 계약종료통지서에는 해고사유가 전혀 기재되어 있지 않았으므로 「근로기준법」(이하, 근로기준법) 제27조를 위반한 통지에 해당한다고 보아야 함에도, 이와 달리 갑이 해고사유가 무엇인지 구체적으로 알고 있고 그에 대해 적절하게 대응할 수 있는 상황이었다는 등의 이유만으로 해고 통지가 적법하다고 판단한 원심을 파기환송하였다.

해고사유 등의 서면통지에 관한 규정은 2007년 4월 근로기준법 전부개정에서 신설되었다. 근로기준법 제27조는 ① 사용자는 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 하고, ② 근로자에 대한 해고는 제1항에 따라 서면으로 통지하여야 효력이 있다고 규정하였다. 해고사유 등의 서면통지 입법 취지는 (1) 현행 근로자 해고 시 해고사유 및 시기를 명시하여 통지하도록 하는 규정이 없어 사용자가 일시적인 감정으로 근로자를 해고하는 경향이 있고, (2) 정당한 이유 없는 해고와 관련된 분쟁 해결에 어려움이 있으며, (3) 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하여야 해고의 효력이 발생하도록 함으로써 근로자 해고 시 신중을 기하도록 하여 근로자의 권익 제고를 기대할 수 있다는 것이다. 또한 2014. 3. 근로기준법 일부개정에서 사용자가 근로자에게 해고 예고를 하는 때에 해고사유와 해고시기를 명시하여 서면으로 한 경우에는 이 법에 따른 해고사유 등 통지를 한 것으로 보는 규정을 신설하여(제3항), 사용자에게 해고예고와 별도로 해고사유와 해고시기를 통지해야 하는 의무를 면해 줌으로써 해고의 절차를 간명하게 하였다.

근로기준법 제27조 적용과 관련하여 대법원은 해고사유 등의 서면통지를 통해 사용자로 하여금 근로자를 해고하는 데 신중을 기하게 함과 아울러, 해고의 존부 및 시기와 그 사유를 명확하게 하여 사후에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하고, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있게 하기 위한 취지이므로, 사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때는 근로자의 처지에서 해고사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있도록 해야 하고, 특히 징계해고의 경우에는 해고의 실질적 사유가 되는 구체적 사실 또는 비위 내용을 기재하여야 하며 징계 대상자가 위반한 단체협약이나 취업규칙의 조문만 나열하는 것으로는 충분하다고 볼 수 없다는 해석론을 정립하고 있다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결).

다만 해고 대상자가 이미 해고사유가 무엇인지 구체적으로 알고 있고 그에 대해 충분히 대응할 수 있는 상황이었다고 하면 해고통지서에 징계사유를 축약해 기재하는 등 징계사유를 상세하게 기재하지 않았더라도 위 조항에 위반한 해고통지라고 할 수는 없다는 견해를 밝히고 있다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다81609 판결). 원칙적으로 서면통지를 요하는 해고사유 및 시기는 구체적으로 명시되어야 하지만, 노동 현장에서 해고사유를 알고 있다거나 명확하다는 이유로 불분명한 서면통지에 의한 해고가 이루어지고 있는 현실을 고려하는 것이다. 서면통지가 없는 구두 해고의 경우에는 해고의 서면통지를 규정한 근로기준법 제27조에 정면으로 위배되므로 절차적 정당성을 인정될 수 없을 것이다. 한편 해고사유의 서면통지 내용을 구체적이고 엄격하게 해석하면 사용자가 서면통지 과정에서 일부 내용을 누락하거나 축약하여 기재하는 등 해고사유를 불분명하게 통지하는 경우, 해고의 실질적 사유가 존재하고 근로자의 비위행위가 명확함에도 불구하고 절차적으로 위법하여 해고가 무효라는 법적 평가를 받게 된다. 이는 근로기준법 제27조의 입법 취지와는 무관하게 노동 현장의 법 감정에 비추어 부당하다고 평가될 가능성이 있다. 이러한 현실에서 법원은 서면통지에서 해고사유 등 일부 누락이 있거나 축약한 경우에는 해고사유의 존부와 경중을 따져 해고의 정당성을 판단하는 합목적적 해석을 한다.

근로기준법 제27조가 신설된 이후 법원은, 사용자가 근로자들에 대하여 해고통보를 함에 있어 해고통보서에 해임사유를 '징계해임'으로 기재하였을 뿐 그 해고사유를 구체적으로 기재하지 않았지만, 근로자들이 해고에 앞서 사용자로부터 징계사유가 구체적으로 명시된 인사위원회 출석 요구서를 수령한 바 있고, 그 후 개별 징계사유별로 반박하는 내용의 의견진술서를 인사위원회에 작성·제출한 사정 등에 비추어 보면, 근로자들은 해고통보서를 받기 이전부터 이미 해고사유를 알고 있었다 할 것이므로 해고함에 있어 그 통보서에 해고사유를 '징계해임'이라고만 기재하였다고 하여 해고사유를 명시하지 않은 것으로 볼 것은 아니라고 하였다(서울행정법원 2009. 5. 28. 선고 2008구합48718 판결). 나아가 징계 절차를 거치면서 해고자가 징계사유를 알고 있었다는 이유로 해고사유가 적시되지 않은 해고 서면통지의 적법성을 인정한 사례도 있

다(서울행정법원 2012. 2. 16. 선고 2011구합2491 판결). 즉 근로자가 해고사유를 알고 있었다고 볼 수 있는 경우에는 해고사유를 축약하거나 전혀 기재하지 않았다 할지라도 해고사유 서면통지 요건 위반으로 보지 않는 것이다. 법원은 해고의 실체적 정당성(해고사유 및 경중)과 절차적 정당성(서면통지의 내용 및 해고 대상자의 인지 여부)을 비교형량하여 타당한 결론을 도출하고자 한다.¹⁾

대상 판결의 판단 구조이다. 선례의 두 판결을 전제한다. 원칙적으로 사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때는 근로자의 처지에서 해고사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있도록 해야 한다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324 판결). 다만 해고 대상자가 이미 해고사유가 무엇인지 구체적으로 알고 있고 그에 대해 충분히 대응할 수 있는 상황이었다면 해고통지서에 해고사유를 상세하게 기재하지 않았더라도 위 조항을 위반한 것이라고 볼 수 없다는 것이다(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다81609 판결 참조). 대상 판결은 입법 취지에 따라 해고사유를 구체적으로 명시하여야 하지만, 해고의 실질적 사유가 인정되는 경우에는 해고사유의 서면통지 명시 정도를 탄력적으로 해석하여 해고의 정당성을 판단하는 정합적 태도를 취한다. 그러나 근로기준법 제27조의 규정 내용과 취지를 고려할 때, 해고 대상자가 해고사유가 무엇인지 알고 있고 그에 대해 대응할 수 있는 상황이었다고 하더라도, 사용자가 해고를 서면으로 통지하면서 '해고사유를 전혀 기재하지 않았다'면 이는 근로기준법 제27조에 위반한 해고통지에 해당한다고 보아야 한다고 판시하였다. 정리하면, 근로자에 대한 해고는 해고사유를 구체적으로 적시하고 해고 시기를 명시하여 서면으로 통지해야 효력이 있다는 법규정을 재확인한 것이다. **KLI**

노상현(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

1) 사용자의 구두 해고 및 불분명한 해고사유 통지에 대하여 '하자의 치유' 법리를 원용하기도 한다(김동욱(2012), 「해고사유의 통지 정도와 서면통지 결여 하자의 치유 여부」, 『노동법학』 제42호, p.345).

육아휴직급여 신청기간의 법적 성격

- 대법원 2021. 3. 18. 선고 2018두47264 전원합의체 판결 -

【판결 요지】

구 고용보험법 제70조는 제1항에서 육아휴직급여의 실체적 요건을 규정하면서, 제2항(이 사건 조항)에서 “제1항에 따른 육아휴직급여를 지급받으려는 사람은 육아휴직을 시작한 날 이후 1개월부터 육아휴직이 끝난 날 이후 12개월 이내에 신청하여야 한다. 다만, 해당 기간에 대통령령으로 정하는 사유로 육아휴직급여를 신청할 수 없었던 사람은 그 사유가 끝난 후 30일 이내에 신청하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 그 위임에 따라 고용보험법 시행령 제94조는 이 사건 조항 단서에서 “대통령령으로 정하는 사유”란 천재지변(제1호), 본인이나 배우자의 질병·부상(제2호), 본인이나 배우자의 직계존속 및 직계비속의 질병·부상(제3호), 병역법에 따른 의무복무(제4호), 범죄혐의로 인한 구속이나 형의 집행(제5호)을 말한다고 규정하고 있다. 이 사건 조항은 육아휴직급여에 관한 법률관계를 조속히 확정시키기 위한 강행규정이다. 근로자가 육아휴직급여를 지급받기 위해서는 이 사건 조항에서 정한 신청기간 내에 관할 직업안정기관의 장에게 급여 지급을 신청하여야 한다. 다시 말하면, 육아휴직급여 신청기간을 정한 이 사건 조항은 훈시규정이라고 볼 수 없다.

1. 사안의 개요

대상 판결의 사안에서 원고는 2014년 10월 21일 자녀를 출산하여 2014년 12월 30일부터 2015년 12월 29일까지 육아휴직을 하였다. 이후 원고는 2017년 2월 24일이 되어서야 피고(서울지방고용노동청 서울강남지청장)에게 육아휴직기간에 대한 육아휴직급여를 신청하였다. 이에 대해 피고는 2017년 3월 8일 원고가 구 「고용보험법」(2019. 1. 15. 법률 제16269호로 개정되기 전의 것, 이하 같음) 제70조 제2항(이하 ‘이 사건 조항’)에서 정한 육아휴직 종료일부턴 12개월이 지나서야 육아휴직급여를 신청하였다는 이유로 육아휴직급여 지급을 거부하는 처분을 하였다. 이에 원고는 소송으로 다투었고, 대상 판결의 제1심(서울행정법원 2017. 10. 19. 선고 2017구합66084 판결)은 원고가 신청기간이 경과한 후에 육아휴직급여 신청을 하였다는 이유로 피고가 거부 처분을 한 것은 적법하다고 보아 원고의 청구를 기각하였다. 그러나 대상 판결의 원심(서울고등법원 2018. 5. 23. 선고 2017누80815 판결)은 이 사건 조항을 훈시규정이라고 보아 원고의 청구를 받아들였고, 이에 반발한 피고가 상고를 제기하였다.

육아휴직급여의 신청과 관련해서는, 대상 판결의 사안이 문제되던 시기나 2021년 4월 현재나 마찬가지로, 육아휴직급여를 지급받으려는 사람은 육아휴직을 시작한 날 이후 1개월부터 육아휴직이 끝난 날 이후 12개월 이내에 신청하도록 원칙적으로 규정하고 있다.¹⁾ 반면 육아휴직급여에 관한 권리의 소멸시효와 관련해서는 「고용보험법」이 2019년 1월 15일 법률 제16269호로 일부개정되기 전까지는 육아휴직급여를 지급받거나 반환을 받을 권리는 3년간 행사하지 아니하면 소멸시효가 완성되는 것으로 규정하고 있었다.²⁾³⁾ 구 「고용보험법」은 육아휴직급여에 대한 신청기간을 육아휴직 종료 후 12개월까지로 두면서도 동시에 육아휴직급여를 지급받을 권리의 소멸시효를 3년으로 규정하고 있다 보니까, 육아휴직급여를 지급받을 권리가 있다고 생각하는 피보험자인 근로자 입장에서는 사실 혼란이 있을 수도 있고 만연히 3년 내에만 신청하면 되겠지라고 방만하게 여기기 쉬워 보인다. 이러한 것이 이유가 되었을지는 모르겠으나 육아휴직급여의 신청기간이 지난 후에 육아휴직급여를 신청했다가 거부되어 소송으로 다투어진 사례는 대상 판결 외에도 종종 있었다.⁴⁾

일단 사안의 결론부터 말하자면, 전원합의체 판결로 선고된 대상 판결의 다수 의견은 “고용보험법 제70조 제2항은 육아휴직급여에 관한 법률관계를 조속히 확정시키기 위한 강행규정으로, 위 규정에서 정한 신청기간을 경과하여 한 육아휴직급여 신청을 거부한 관할 행정청의 처분은 적법하다.”고 판단하여, 이와 다른 취지의 원심 판결을 파기하였다. 이러한 다수 의견에 대하여 대법관 5인의 반대 의견이 있었고, 다수 의견에 대한 대법관 1인의 보충 의견이 있었다.

- 1) 구 고용보험법 제70조(육아휴직급여) ② 제1항에 따른 육아휴직급여를 지급받으려는 사람은 육아휴직을 시작한 날 이후 1개월부터 육아휴직이 끝난 날 이후 12개월 이내에 신청하여야 한다. 다만, 해당 기간에 대통령령으로 정하는 사유로 육아휴직급여를 신청할 수 없었던 사람은 그 사유가 끝난 후 30일 이내에 신청하여야 한다.
- 2) 구 고용보험법 제107조(소멸시효) ① 제3장부터 제5장까지의 규정에 따른 지원금·실업급여·육아휴직급여 또는 출산전후휴가 급여 등을 지급받거나 그 반환을 받을 권리는 3년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다.
- 3) 2019년 1월 15일 개정으로 동 조항은 다음과 같이 개정되었다.
 - 구 고용보험법 제107조(소멸시효) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 권리는 3년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸한다.
 1. 제3장에 따른 지원금을 지급받거나 반환받을 권리
 2. 제4장에 따른 취업촉진수당을 지급받거나 반환받을 권리
 3. 제4장에 따른 구직급여를 반환받을 권리
 4. 제5장에 따른 육아휴직급여, 육아기 근로시간 단축 급여 및 출산전후휴가 급여 등을 반환받을 권리
- 4) 서울고등법원 2017. 5. 11. 선고 2016누81972 판결, 서울행정법원 2018. 6. 4. 선고 2018구단52757 판결 등. 앞의 판결에 대한 평석은 오세웅(2017. 12.), 「육아휴직급여 신청기간의 해석」, 『노동법학』 제64호, 한국노동법학회, pp.238~241; 노호창(2017. 8.), 「육아휴직급여의 신청에 대한 제척기간과 급여를 받을 권리에 대한 소멸시효」, 『노동리뷰』 제149호, 한국노동연구원, pp.107~112. 뒤의 판결에 대한 평석은 노호창(2018. 9.), 「육아휴직급여 신청기간의 법적 성질」, 『노동법학』 제67호, 한국노동법학회, pp.265~271.

2. 대상 판결의 다수 의견

다수 의견은 이 사건 조항에서 정한 신청기간은 제척기간으로서 강행규정에 해당한다고 보았는데, 그 판단의 이유는 다음과 같다.

첫째, 법령의 규정에 의하여 바로 구체적인 권리가 발생하는 유형이 아닌 ‘사회보장수급권’은 관계 법령에서 정한 실체법적 요건을 충족시키는 객관적인 사정이 발생하면 추상적인 급부청구권의 형태로 발생하고, 관계 법령에서 정한 절차·방법·기준에 따라 관할 행정청에 지급 신청을 하여 관할 행정청이 지급 결정을 하면 그때 비로소 구체적인 수급권으로 전환된다. 이와 같은 사회보장수급권의 실현은 추상적 형태의 권리와 구체적 형태의 권리로 나뉘고, 각각의 권리행사는 그 목적과 방법이 서로 다르다. 입법자는 이에 대해 각각의 권리행사기간을 결정하게 되는데, 각각의 권리행사기간을 병존적으로 규정하는 경우가 사회보장수급권의 각 권리행사기간을 구현한 모습이라 할 것이다. 이러한 논리를 토대로 보면, 이 사건 적용 법률인 구「고용보험법」은 육아휴직급여 청구권의 행사에 관하여 이 사건 조항에서는 신청기간을, 제107조 제1항에서는 육아휴직급여 청구권의 소멸시효기간을 규정하고 있는 것을 볼 수 있는바, 이 사건 조항과 제107조 제1항은 육아휴직급여 청구권의 각 권리행사기간을 별도로 규정한 유형에 해당하는 경우로서, 이 사건 조항에서 정한 신청기간은 ‘제척기간’에 해당한다.

둘째, 이 사건 조항은 육아휴직급여에 관한 법률관계를 조속히 확정시키기 위한 강행규정이고, 근로자가 육아휴직급여를 지급받기 위해서는 이 사건 조항에서 정한 신청기간 내에 관할 직업안정기관의 장에게 급여 지급을 신청하여야 한다. 왜냐하면 법 해석의 목표는 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 하므로, 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것이 원칙이고, 법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석 방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없기 때문이다. 이 사건 조항을 보면, 그 본문과 단서는 모두 일정 기간 이내에 육아휴직급여를 ‘신청하여야 한다’고 규정하고 있는바, 이는 이 사건 조항에서 육아휴직급여를 지급받으려는 사람으로 하여금 일정한 기간을 준수하여야 할 의무를 부과하는 것이라고 이해하는 것이 법률 문언의 바람직한 해석인 것이다. 한편 이 사건 조항 단서 및 그 위임에 따른 「고용보험법 시행령」 제94조는 육아휴직급여를 지급받으려는 사람이 이 사건 조항 본문에서 정한 신청기간 내에 육아휴직급여를 신청하기 어렵다고 인정되는 객관적인 사유가 있는 경우에는 신청기간을 연장하여 줌으로써, 한편으로는 이 사건 조항 본문에서 정한 신청기간을 기계적·형식적으로 적용하는 경우에 발생할 수 있는 불합리한 결과를 방지하면서도, 다른 한편으로는 그 사유가 끝난 후 30일까지 육아휴직급여를 신청할 수 있도록 하여 신속하게 그 권리를 행사하도록 규정한 것이다.

셋째, 육아휴직급여를 받을 권리는 법령에 의하여 직접 발생하는 것이 아니라, 급여를 받으려고 하는 사람이 신청서에 소정의 서류를 첨부하여 관할 직업안정기관의 장에게 제출하고, 관할 직업안정기관의 장이 육아휴직급여의 요건을 갖추었는지, 급여 지급 제한의 사유가 있는지를 검토한 후 급여 지급 결정을 함으로써 구체적인 권리가 발생하는 것이다. 따라서 육아휴직급여에 관한 추상적 권리의 행사에 관해서는 이 사건 조항에서 정한 신청기간이 적용되고, 구체적 권리의 행사에 관해서는 「고용보험법」 제107조 제1항에서 정한 소멸시효가 적용된다고 이해하면, 반대 의견이 우려하고 있는 바와 같이 두 규정이 서로 중첩되어 충돌하는 상황은 발생하지 않는다. 특히 추상적 권리의 행사인 육아휴직급여 신청에 관하여 이 사건 조항에서 정한 신청기간이 적용된다는 점을 더욱 명확하게 하기 위해 2019년 1월 15일 「고용보험법」 제107조 제1항의 소멸시효 대상이 육아휴직급여를 '지급받거나 그 반환을 받을 권리'에서 육아휴직급여를 '반환받을 권리'로 개정되면서 '지급받을 권리' 부분은 「고용보험법」에서는 삭제되기에 이르렀다. 이에 따라 「고용보험법」 개정 이후에는 육아휴직급여를 '지급받을 권리'는 더이상 「고용보험법」이 아니라 「국가재정법」의 적용대상이 되었고, 「국가재정법」 제96조 제2항에 따라 육아휴직급여를 '지급받을 권리'는 5년의 소멸시효를 적용받게 되었다.

3. 대상 판결의 반대 의견

다수 의견의 이러한 주장과 논리에 대해 반대 의견은 이 사건 조항은 훈시규정에 해당한다는 전제에서 다음과 같은 논리를 제시하였다.

첫째, 이 사건 조항은 육아휴직급여의 신청기간을 정하고 있지만 그 기간의 법률적 성질 및 기간 경과의 효력에 대하여 규정한 바는 없다. 따라서 사인(私人)이 행정청에 대하여 권리를 행사하는 기간을 정하되 그 법률적 성질이나 기간 경과의 효과를 정하지 않은 경우, 이를 제척기간으로 해석하여 기간을 경과한 권리 행사의 효력을 소멸시키는 것으로 선불리 단정해서는 안 된다. 특히 피보험자인 근로자 등이 납부한 보험료로 마련된 고용보험기금을 육아휴직급여의 재원으로 사용하고 있고, 육아휴직급여를 지급받기 위해서 근로자의 일정한 자기 기여가 요구되므로, 육아휴직급여 청구권은 재산권적 성격을 띠고 있어 그 내용을 변경하거나 축소하는 경우 이를 유념하여야 할 것이다.

둘째, 이 사건 조항은 '육아휴직의 부여'와 '육아휴직급여 지급'이 이원화되어 있는 현재의 체제상 수급권자가 직업안정기관의 장에 대하여 육아휴직급여 신청을 하지 않으면 절차가 진행되지 않는다는 것을 환기시키고 육아휴직 기간 중의 생계 지원이라는 제도의 목적을 달성할 수 있도록 1년의 기간 내에 신청할 것을 촉구하는 의미의 절차적 규정이므로 훈시규정에 해당한다고 보아야 한다. 왜냐하면 육아휴직 제도와 육아휴직급여 제도는 그 근거 법령인 '남녀고용

평등법' 및 「고용보험법」의 거듭된 개정으로 대상의 확대, 급여액의 상향, 육아기 근로시간 단축 급여 제도 등 관련 제도가 다양화되고 있으며, 특히 2011년 「고용보험법」 개정으로 이 사건 조항의 내용이 신청 요건 규정(고용보험법 제70조 제1항)에서 제외되었다는 점을 주목하면 이 사건 조항에서 정한 신청기간을 제척기간으로 운용하는 것은 유연한 대처에 저해가 되는 결과를 초래하는 것이어서 입법자의 의도로 보기에 부당하기 때문이다.

셋째, 구 「고용보험법」 제107조 제1항이 육아휴직급여를 지급받을 권리가 3년의 시효로 소멸한다고 명시적으로 규정하는 이상 수급신청권을 행사할 수 있는 기간은 소멸시효기간인 3년 이므로, 이 사건 조항을 제척기간으로 해석하면 12개월의 제척기간과 3년의 소멸시효기간이 중복적으로 적용되어 3년의 명시적인 소멸시효기간 규정이 사문화되는 결과가 초래되므로, 이 사건 조항은 제107조 제1항과 배치되지 않도록 해석하여야 한다.

넷째, 공무원은 육아휴직 신청 외 별도의 신청 없이 육아휴직수당이 지급되고 있는바, 육아휴직급여의 신청기간을 1년으로 제한한다면 공무원과 현격한 차이가 발생하게 되고, 이는 권리보장에서의 본질적 차별을 가져오게 된다.

다섯째, 근로자가 육아휴직을 하였다면 해당 근로자에게 육아휴직급여를 지급하는 것이 고용보험을 관리하는 기관의 책무라고 보아야 하는 점, 저출산·초고령 사회에서 모든 육아휴직급여 수급권자가 혜택을 누릴 수 있도록 적극적으로 해석하여야 하는 점 등도 이 사건 조항의 해석에 고려되어야 한다.

여섯째, 「고용보험법」은 육아휴직급여 청구권의 인정 절차와 지급 절차를 구분하지 않고 하나의 신청에 따른 최종 지급을 예정하고 있을 뿐이기 때문에 이 사건 조항에 따른 육아휴직급여 청구권이 추상적 권리와 구체적 권리로 구분된다고 해석하는 다수 의견은 고용보험법령과 명백히 배치되는 내용으로 부당하다고 본다.

4. 대상 판결의 다수 의견에 대한 보충 의견

다수 의견에 대한 보충 의견의 논리는 다음과 같다.

첫째, 입법부가 명확히 강제력을 부여하고 있는 법률 조항을 사법부가 훈시규정이라고 선언하는 것은 법률의 폐지와 마찬가지로 사법부 권한의 영역을 벗어나는 것이다.

둘째, 반대 의견은 육아휴직급여 수급권자의 인정을 받는 절차와 인정된 육아휴직급여를 신청하는 절차가 구분되지 않고 일원화되어 있다는 점을 들어 육아휴직급여 청구권을 추상적 권리와 구체적 권리로 구분하는 것이 부당하다는 취지로 주장하고 있으나, 육아휴직급여를 위와 같이 일원화한 것은 국민 편의를 위한 원스톱 행정 서비스를 제공하는 것일 뿐 그로 인해 권리의 성질을 달리 볼 것은 아니다.

셋째, 육아휴직급여 청구권의 경우 장래 발생 가능한 사회적 위험의 현실적 발생을 조건으로 재산권적 성격을 갖춘다는 점에서 일반적인 재산권과는 구별되고, 육아휴직급여 청구권 자체가 사회국가원리에서 도출되는 사회보험급여로 수급자 개인의 생활보장뿐만 아니라 현재와 미래 전체 가입자의 사회보장을 위하여 형성되는 것으로 사회적 관련성이 강하게 인정된다. 따라서 입법자에게 그 형성에 대하여 다른 어떠한 재산권보다도 광범위한 입법적 재량이 인정된다.

5. 판결의 함의

권리 중에는 계약이나 법률에 의해 그 실체적 존재와 내용이 명확한 경우도 있지만, 그 발생 여부라든가 내용에 대해 알기 위해서는 당사자가 국가로 하여금 확인을 하도록 발동 절차가 필요한 경우도 있다. 사회보장수급권이 후자에 속하는 한 가지 예시라고 할 수 있는데, 추상적인 관점에서는 사회보장수급권이 존재하는 것으로 인정될 수 있더라도 당사자가 구체적으로 그 사회보장수급권을 누리기 위해서는 자신이 그러한 요건에 해당하는지, 급여의 내용은 무엇인지, 급여에 대한 제한은 없는지 등 관련 내용을 국가로 하여금 확인해 달라고 요구해야 한다. 그러한 확인을 요구하는 절차가 바로 신청이다. 실체적 권리로서의 사회보장수급권을 누리기 위해서는 그 전 단계로 신청이라고 하는 절차를 거쳐야 하고 신청권이라는 절차적 권리를 행사해야 하는 것이다. 절차적 권리의 행사 없이는 실체적 권리의 존재 여부 및 내용을 알 수 없는 것이 사회보장수급권의 특징인 것이다.

사회보장수급권의 이러한 성격을 토대로 보면, 반대 의견은 몇 가지 측면에서 설득력이 약하다고 생각된다.

첫째, 사회보장급여의 신청부터 실제 지급받을 때까지의 구조를 보면, (1) 실체적 권리의 자격 및 존재 여부에 대한 판단을 신청하는 절차, (2) 권리의 자격 및 존재 여부에 대한 판단, (3) 자격 및 존재가 있다고 판단된 경우 그 액수와 기간을 결정하는 판단이라고 하는 3단계 구조를 거치는데, 여기서 (1)단계의 절차를 거치지 않으면 다음 단계로 이행할 수 없는 것이고, (1)단계 신청 절차의 기간은 제척기간일 수밖에 없는 것이다. 육아휴직급여의 경우에도 (1)단계의 절차는 육아휴직 종료 후 12개월의 제척기간에 걸리므로 (1)단계를 거치지 않고 육아휴직 종료 후 12개월이 지나 버리면 나머지 단계는 거칠 수가 없는 것이다. 그러므로 만약 육아휴직 종료 후 12개월 이내에 육아휴직급여를 신청한 적이 없었던 근로자라면 이후에는 육아휴직급여를 신청하여 인정되는 것이 불가능하다고 보는 것이 타당하다.⁵⁾

둘째, 실체적 권리의 존재 여부가 확인된 후에야 비로소 소멸시효도 문제될 수 있는 것이기

5) 노호창(2017. 8.), 「육아휴직급여에 관한 법적 쟁점의 검토」, 『서울법학』 25(2), 서울시립대 법학연구소, p.105.

에 '이 사건 조항을 제척기간으로 해석하면 12개월의 제척기간과 3년의 소멸시효기간이 중복적으로 적용되어 3년의 명시적인 소멸시효기간 규정이 사문화되는 결과가 초래되므로 이 사건 조항은 제107조 제1항과 배치되지 않도록 해석하여야 한다'는 반대 의견의 논리는 이 사건 조항보다 제107조 제1항의 효력을 우선시하는 것이 되므로 타당하지 않다. 두 가지 조항은 어느 것이 다른 것에 우선하거나 다른 것을 배척하는 조항이 아니기 때문이다. 오히려 육아휴직급여 신청권이라고 하는 절차적 권리는 육아휴직 종료 후 12개월을 제척기간으로 하는 것이고, 육아휴직급여를 받을 권리라고 하는 실체적 권리는 그 존재가 확인된 경우 3년을 소멸시효로 가지는 것으로 이해하는 것이 두 조항의 조화로운 관계이자 합리적 해석이다.

셋째, 반대 의견은 육아휴직급여 청구권의 재산권적 성격을 강조하면서 '육아휴직급여 청구권은 재산권적 성격을 띠고 있으므로 그 내용을 변경하거나 축소하는 경우 이를 유념하여야 한다'고 주장하고 있으나, 어떤 권리가 재산권적 성격을 띠고 있다고 해서 그 보장의 강도가 동일할 수도 없는 것이거나⁶⁾ 육아휴직급여 청구권이 재산권적 성격이 있다고 해서 신청도 하지 않고 곧바로 민사소송을 통해서 주장할 수 있는 권리인 것도 아닐 뿐만 아니라, 실체적 권리의 자격 및 존재 여부의 확인을 위해 국가로 하여금 확인행위를 발동시키기 위해 당사자의 신청을 요구하는 것이 결코 그 내용을 변경시키거나 축소시키는 것이 아니다. 반대 의견은 이 부분에서 절차와 내용을 혼동하고 있거나 뒤섞어서 바라보고 있는 것이다.

넷째, 반대 의견은 '저출산·초고령 사회에서 모든 육아휴직급여 수급권자가 혜택을 누릴 수 있도록 적극적으로 해석하여야 하는 점'을 들어 이 사건 조항을 훈시규정으로 보아야 한다고 주장하고 있으나, 육아휴직급여는 본래 저출산·초고령 사회를 해결하기 위해 등장한 제도가 아니라는 점, 육아휴직급여가 저출산·초고령 사회를 극복하기 위한 근본적인 대책이 될 수는 없다는 점에서 주장의 설득력이 약하다.

다섯째, 반대 의견은 육아휴직급여의 신청기간을 훈시규정으로 보아야 하는 이유로 공무원의 육아휴직수당과 비교해 볼 때 불합리한 차별이라는 점도 지적하는데, 이는 논리적으로 타당하지 못하다. 왜냐하면 근로자는 사회보험에 해당하는 고용보험의 적용을 받는 것이지만 공무원의 경우 고용보험을 적용받는 것도 아니고 또한 육아휴직수당을 국가 예산을 통해 지급받고 있으며 육아휴직수당 신청 절차가 별도로 필요한 것이 아니어서 서로 다른 범주에 속하기 때문이다.⁷⁾

결론적으로, 대상 판결은 대법원이 육아휴직급여의 신청기간과 관련한 규정(고용보험법 제70조 제2항)의 성격에 대하여 최초로 밝힌 사례라는 점에서 그 의미가 매우 크다고 하겠다. 특

6) 사회보장수급권이 재산권의 성격을 가지고 있지만 소유권과 같이 강력한 재산권의 성격을 가지는 것은 아니라는 점을 생각해 보면 쉽게 납득이 갈 것이다.

7) 노호창(2018. 9.), 「육아휴직급여 신청기간의 법적 성질」, 『노동법학』 제67호, 한국노동법학회, p.270.

히 대법원은 대상 판결을 통하여 육아휴직급여를 지급받기 위해서는 이 사건 조항에서 정한 바와 같이 육아휴직이 끝난 날 이후 12개월 이내에 신청하여야 하고, 이 기간을 경과하여 제출한 육아휴직급여 신청을 거부한 피고(행정청)의 처분이 위법하지 않다는 점을 판시하여, 이 사건 조항과 구 「고용보험법」 제107조 제1항으로 인해 빚어진 육아휴직급여 청구권의 행사기간과 관련된 행정실무 등의 혼선을 명확히 해소하였다. 그 밖에 대상 판결은 사회보장수급권이 최종적으로 수급권자에게 실현되기 위한 과정에서 각각 구분되는 권리들에 대한 행사기간과 그 성격이 다를 수 있다는 법리를 판시하고, 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적인 타당성을 찾는다는 법 해석의 목표하에, 가능한 한 법률에서 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하는 법 해석의 방법에 관한 선례를 재차 확인하였다. **KL**

노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)