

규제연구 제13권 제1호 2004년 6월

해고규제완화에 관한 연구

김희성

(고려대 노동문제연구소 연구위원)

현재 우리나라의 노동시장의 상황은 전통적 노동법이 고려에 넣지 않았던 「기업의 생존과 경쟁력」이라는 것을 노동법의 중요한 핵심적 가치로 자리잡게 하였다. 「기업의 생존과 경쟁력」이라는 가치는 종래의 전통적 노동법이 약자로서의 근로자보호에 일방적으로 치중해 오던 것으로부터 근로자보호의 한계설정, 예를 들면 해고규제의 완화를 요구하고 있다. 결국 우리나라의 노동시장이 가지고 있는 문제의 해결과 경제의 효율성 확대를 위해서는 획일적이고 엄격한 해고규제는 완화되어야 하는 것이다. 특히 이제는 기업의 발상으로 뒷받침된 해고법리가 추구되어야 한다.

노사관계의 개별적 구성단위인 근로계약관계를 살펴볼 때에 개인 근로자의 채용·배치·해고는 노동의 생산성과 관련해서 매우 중요시되지 않으면 안 된다. 적어도 기업의 경쟁력을 강화하기 위해서는 기업단위의 자치능력을 확보해 줄 수 있는 가능성을 모색해야 하는 동시에, 사용자와 근로자 사이의 개별적 근로관계의 차원에서 보다 폭넓은 계약의 자유 *Vertragsfreiheit*를 확보해 주어야 할 것이다. 바로 여기서 문제되는 것이 노동법(특히 근로기준법)의 경직된 규정의 완화 *Deregulierung* 문제이다.

핵심용어 : 기업의 생존과 경쟁력, 전통적 노동법, 해고규제완화, 고용(보장), 계약의 자유

I. 전통적 노동법에서의 해고규제와 문제의 발생

1. 해고규제의 의의

(1) 문제의 제기 : 근로계약의 자유는 왜 인정되지 않는가?

「시스템 엔지니어를 구합니다. 연봉 3000만원이고, 5년 계약직이며 계약의 갱신이 가능함. 채용 후 1년 이내에 기업이 직무능력이 부족하다고 판단하면 계약을 해지할 수 있음」

이러한 구인광고에 응모한 근로자와 기업이 쌍방의 합의에 의해서 근로계약을 체결하면 근로기준법위반이 될 수 있다. 또한 당해 근로계약이 근로감독당국에 의해 적발되면 기업의 인사책임자는 근로기준법상의 규정에 의하여 형벌에 처해질 가능성도 있다.¹⁾ 이것은 개발도상국가의 예가 아니라 우리나라 노동시장의 현실이다.

시장에서의 개인과 기업의 자유로운 거래를 보증하는 「계약의 자유」는 현대시장경제 사회의 기본적인 법원칙이다. 개인과 기업간의 개개의 경제활동에 대해서 국가(정부)가 개입하는 사회주의경제에서 매도인과 매수인 쌍방은 바람직한 결과를 얻을 수 없다. 근로계약도 개인이 기업에 대해서 노동력을 제공하고 그 대가로서 임금을 지급받는 점에서 당연히 계약의 자유가 적용된다.

그러나 시장메커니즘은 계약당사자가 거래에 관한 정보를 충분하게 얻을 수 없든지 기업에 의한 독점적인 행동이 일어날 경우에는 반드시 효과적으로 작동하지는 않는다. 노동시장에서는 노동의 질에 대한 정보의 불완전성과 기업과 근로자와의 교섭력의

1) 근로기준법의 구체적 보장에 관한 설명은 김형배, 『노동법』, 박영사, 2002, pp.188-189 참고.

차이가 크다는 데 문제가 있다. 이 때문에 다른 시장과 마찬가지로 계약의 자유원칙이 그대로 유지된다면 근로자는 시장균형을 훨씬 하회하는 임금과 근로조건으로 이루어진 근로계약을 기업과 체결할 수밖에 없을 것이다. 또한 기업이 숙련근로자를 양성하려면 장기적인 교육·훈련투자를 필요로 하는데 언제든지 계약해지가 자유로운 시장에서는 안심하고 투자할 수 없게 된다. 따라서 숙련근로자가 부족하게 될 위험성도 있다. 이러한 노동시장의 「불완전성」이 근로와 임금계약에 관한 공적인 개입을 필요로 하는 전통적인 핵심근거이다.

우리나라에서는 지금까지 「노동은 상품이 아니다」라는 전통적인 원칙에 입각해 근로관계를 법률에 의해 규제하는 것을 당연한 것으로 받아들이고 있다. 그러나 우리는 여기서 다음과 같은 점을 반드시 확인해야 한다. 노동시장에 대해서 법률 또는 국가의 개입이 필요한 것은 주어진 경제환경에서 발생한 「시장의 실패」에 기초한 것이라는 점에 유의해야 한다. 따라서 공적 규제의 정도와 그 내용은 결코 불변하는 것이 아니라 노동시장의 환경변화에 따라 개혁이 필요하다는 점이다(이에 관해서는 2.의 해고규제에 관한 문제의 발생에서 상세하게 설명한다).

(2) 근로계약에 대한 규제근거

노동법 특히 근로기준법은 사인간의 근로계약에 관한 일반원칙을 정한 민법의 특별법인데, 이 법은 민법처럼 당사자간의 특별한 합의가 있을 때에는 민법의 규정에 구속되지 않는 「임의법규」가 아니다. 반대로 당사자간의 합의가 있어도 합의가 법률에서 정한 기준을 하회하면 합의의 내용이 무효로 되는 「강행법규」라는 점과 형법처럼 벌칙을 가하는 형벌법규가 부가되어 있다는 점에 특징이 있다. 이것은 이미 본 바와 같이 노동시장의 특수성으로 인하여 기업과 근로자와의 계약이 본질적으로 평등한 것은 아니라는 점과 개인으로서의 「자율성」을 결여한 근로자(종속근로를 제공하는 자)가 계약의 일방당사자이기 때문이다. 또한 기업이 경제적으로 독점적인 힘을 행사해서 근로자의 건강을 해칠 때까지 장시간 근로시키고 문화적인 생활을 유지할 수 없는 저임금밖에 지급하지 않는다는 것이, 말하자면 범죄에 유사한 행위라는 사상에 기초한 측면도 있다. 이렇기 때문에 근로기준법에 위반한 기업에게는 벌칙이 적용되며, 이를 실효성 있게 하기 위해서 근로감독관에 의한 감독이 행하여진다.²⁾

개별근로자의 근로조건은 기업과 근로자 사이의 근로계약에 의해 정해지는 것이 원칙이다. 그러나 그 내용은 ① 강행법규, ② 단체협약, ③ 취업규칙 등과 같은 다양한 法源에 의해 규제되고 있다. 이와 같이 근로자의 근로조건을 정한 계약이 이중·삼중의 규제를 받고 있는 것은 전통적인 노동법이론에 의하면 기업과 근로자간의 역관계에 기인하기 때문이라고 한다. 노사의 합의사항이라 하더라도 근로자의 진의에 반드시 기초하지 않는 예가 있다는 점과 근로자를 스스로의 경솔한 판단으로부터 보호할 필요성이 있으며, 또한 가령 개별근로자가 스스로 합의한 것이라도 당해 합의가 근로조건 통일성을 저해하고 다른 근로자에게 악영향을 미치는 것을 방지하고자 이러한 중층적인 규제가 필요하다고 한다. 다시 말하면 평균적인 근로자의 자기결정을 법적으로 부정하는 것이 사회적으로 바람직한 경우가 많기 때문이라는 것이다.

(3) 해고규제에 관한 근거

위에서 본 바와 같이 시장경제질서하에서 기업은 그의 기업의 합리적인 경영을 위하여 근로자와의 근로계약의 체결 및 해지를 자유로이 할 수 있는 것이 원칙이다. 그것은 이론상 사용자와 근로자가 각각 평등한 인격자로서 서로 자유로운 의사표시에 의하여 상호간의 법률관계를 자유로이 성립시킬 수도 있고 소멸시킬 수도 있다는 사법의 기본 원칙에 기초하고 있는 것이다. 그러나 전통적 노동법이론에 따르면 사용자(기업)에 의한 해지의 자유는 경제적으로 또는 사회적으로 약자의 지위에 있는 근로자에게는 보다 좋은 직장의 보장이 없는 한 대부분의 경우 직장상실을 의미할 뿐이라고 한다. 그리하여 인간다운 생활을 할 권리(생존권)와 근로의 권리(근로권)를 내용으로 하는 민주복지국가 기본원리로 하는 우리 헌법의 가치질서에 따르면, 근로자의 직장보호를 위하여 사용자의 해고권에 대한 노동보호법적 규제가 불가피하게 요구된다고 한다.³⁾ 이에 대응하여 현행근로기준법 또한 근로자의 의사에 반하는 근로관계의 종료를 일응 해고제한에 의한 보호대상으로 하고, 이에 대하여 일반적으로 정당한 이유 없는 해고를 제한하면서 구체적인 경우에 따라 여러 가지 해고금지규정을 두고 있다.

2) 김형배, 앞의 책, p.189.

3) 김형배, 『근로기준법』, 박영사, 2001, p.676.

2. 해고규제에 관한 문제의 발생

: 근로자상의 변화로 인한 해고규제의 정당성과 관련해서

(1) 노동법의 환경변화에 따른 근로자상의 변화와 근로자보호법

블루칼라를 중심으로 정형적인 단순노동에 종사하는 근로자가 다수를 점하고 그 지위와 근로조건이 낮은 시대에서는 「약자인 근로자의 보호」라는 전통적인 의미에서의 노동법의 관념은 넓은 공감대를 형성하였다. 또한 이러한 전통적 의미의 노동법은 20세기를 통해 선진제국에서 근로자의 경제적 지위향상에 커다란 역할을 하였다.

그러나 노동법 외의 여러 제도에 의해 정비된 노동시장메커니즘에서 근로자의 실태는 크게 달라졌다. 경제성장과 소득의 분배에 의해 근로자의 경제생활은 향상되었고 사용자는 이미 시장지배적인 지위에 있지 않다. 근로자는 자유롭게 전직할 수 있고 근로자 중 상당수는 적지 않은 재산을 가지고 있으며 사회보장제도에 의해서 생활이 보장되고 있다. 더욱이 근로자는 화이트칼라의 증대에 따라 지적수준이 향상되었고 지적수준에 있어서도 사용자와 대등한 지위에 있다.⁴⁾

노동법을 둘러싸고 있는 사회경제적인 환경변화는 노동개념과 근로자상 그 자체의 변화에도 영향을 미쳤다.⁵⁾ 정보를 처리하고 기획·창조를 하는 지적 노동 내지는 개인의 전문적 능력과 창의·창조성에 의거한 개별적인 노동의 비중이 증대하고 있다.

결국 「약자로서의 근로자상」과는 맞지 않는 근로자가 증가하고 있다는 것이다. 예를 들면, 고도의 전문적 능력을 가진 화이트칼라가 높은 근로조건으로 타기업으로 스카우트되어 전직하는 경우를 상정할 때 우리가 상정하는 것은 충분한 직업능력을 가지고 그것을 활용해서 보다 양호한 직업기회를 구하고 성과에 합당한 처우를 요구하는 자이다. 그것은 주체적으로 판단해서 행동함과 동시에 자신의 행동으로부터 발생하는 위험을 스스로 부담하는 인간으로서 노동법이 전통적으로 전제한 사용자에게 종속되어 보호를 필요로 하는 자라기보다는 「자유로이 자립한 주체」라 할 것이다. 또한 현실적으로 그러한 단계에 달하지 않았어도 다른 기업에서도 통용되는 자격과 경력을 형성·습득함으

4) Zöllner, Flexibilisierung des Arbeitsrechts, *ZfA* 1988, S.286; Deregulierungskommission, *Marktöffnung und Wettbewerb*, 1991, S.138f.; Konzen, Vom "Neuen Kurs" zur sozialen Marktwirtschaft, *ZfA* 1991, S.394.

5) 菅野和夫・諏訪康雄, 「労働市場の變化と労働法の課題」, 『日本労働研究雑誌』 41호, 1994.12, p.7.

로써 그와 같은 직무를 희망하는 층이 증가하고 있는 것도 사실이다. 이렇게 약자로서의 보호를 필요로 하는 근로자층이 있는 한편 보호보다는 자기결정과 자기책임의 틀에 적합한 층이 증가하고 있고 그 가운데에 쌍방의 요소를 가진 중간층이 존재하고 있는 것이 현실이다.⁶⁾

그러므로 이러한 다양한 유형의 근로자들을 일률적으로 「약자」로 보아서 보호법규제를 하는 것은 적절하지 않은 것이다. 노동보호법의 전형적인 규제인 해고규제 또한 마찬가지이다.

근로자의 다양화를 전제로 한 이상, 오히려 통일적·획일적인 보호법규제가 충분한 정당화근거를 가지는지를 검토하여야 한다. 평균을 넘는 근로자(즉 실질적 대등성의 결여정도가 적은 근로자)의 계약자유도 배려할 필요가 있고, 평균근로자를 염두에 두고 보호법적 규제를 하는 이상은 평균 이상의 근로자가 그와 같은 규제로부터 벗어날 수 있는 가능성도 동시에 인정하는 것이 적절할 것이다.⁷⁾⁸⁾

(2) 노동시장의 상황과 근로계약 및 해고에 대한 규제

서구제국에서의 노동시장의 상황은 제2차대전 후 50년간의 경제발전의 과정에서 크게 변화하였다. 가난한 비숙련노동력의 공급압력이 큰 발전도상국형의 노동시장에서는 공적규제에 의해서 근로자가 받는 이익은 크고 그 비용은 적다. 그러나 서구선진제국에서는 근로자의 평균소득수준이 높아지고 고학력화와 여성비율이 높아지는 등 다양성이 증대함과 함께 획일적인 규제에 의해 불이익을 받는 근로자의 사회적인 비용이 높아지고 있다.⁹⁾

또한 위에서 본 바와 같이 현실노동시장의 상황을 보면, 전후 경제발전과 고학력화 안에서 근로자의 자율성이 높아진 것이 사실이다. 따라서 오늘날 근로계약에 대한 규제가 그대로의 형태로 유지되는 것에는 큰 문제가 있다. 특히 보호를 필요로 하는 근로자

6) 土田道夫, 「変容する労働市場と法」, 『現代の法 12巻』, 岩波書店, 1998, pp.52-53.

7) 大内伸哉, 「労働保護法の展望」, 『日本労働研究雑誌』 470호, 1999, pp.34-35 참고.

8) 근로자보호를 위해 사용자의 계약자유를 제한하는 것은 당해 근로자(정확하게는 취업자)에게 보호로 되는 면이 있지만, 현실적으로 취업할 수 없는 실업자에게 있어서는 고용을 얻을 기회를 좁게 만들 가능성도 있다. 이 점에서 특히 해고와 계약기간의 설정에 대한 규제가 문제된다.

9) 八代尙宏, 『雇用改革の時代』, 中央公論社, 1999.12, pp.80-81.

와 자유를 요구하는 근로자가 혼재하는 과도기에서는 공적개입의 방식을 유지하는 것은 쉽지 않다. 따라서 노동시장의 변화의 방향에 착안하여 장기적인 관점에서 자유로운 근로계약을 요구하는 근로자의 증가경향을 중시하고 원칙은 자유, 예외는 규제라는 방향으로 전환할 필요성이 이야기된다.¹⁰⁾

그리고 노동시장의 상황은 전통적 노동법이 거의 고려에 넣지 않았던 「기업의 생존과 경쟁력」이라는 것을 노동법의 중요한 핵심적 가치로 자리잡게 하였다는 데에 유의해야 한다. 「기업의 생존과 경쟁력」이라는 가치는 종래의 전통적 노동법이 약자로서의 근로자보호에 일방적으로 치중해 오던 것으로부터 근로자보호의 한계설정, 예를 들면 해고규제의 완화 내지 수정을 요구하고 있다.¹¹⁾

II. 우리나라의 해고규제수준과 규제완화가가능성

1. 문제의 쟁점

고용보호에 대한 규제는 급격하고 광범위한 경제변동기에 특히 어려운 문제들을 던진다. 급격한 기술변혁이나 경영구조형태개혁, 유연한 작업장 관행과 강도 높은 경쟁압력을 포함하는 현재 경영환경의 몇몇 특징은 많은 OECD국가들에서 고용불안에 대한 체감률을 높이게 된다.

고용불안이 증대하고 있는 우리나라는 OECD¹²⁾가 작성한 해고법제지수에 의하면 OECD 27개 국가 중에서 포르투갈에 이어 가장 「해고가 곤란한 국가」로 분류되고 있다. 이 분류는 주로 우리나라의 해고제한법제를 반영하고 있는 것이다.¹³⁾

10) 八代尙宏, 앞의 책, pp.83-84.

11) 김형배, 「현대적 노사관계와 노동법의 개정 -1997년 3월 13일의 개정노동법의 평가를 중심으로-」, 『법학논집』 제33집, 고려대학교 법학연구소, 1997.8, pp.157-167 참고.

12) OECD, *EMPLOYMENT OUTLOOK JUNE 1999*, pp.47-132.

13) OECD는 일반적으로 고용보호법제(employment protection legislation: 이하 EPL이라 한다)라는 개념을 사용하고 있다. 고용보호는 일반적으로 '해고제한'과는 다르며 광의의 개념이다. 이 논문에서는 원칙적으로 해고제한을 주된 개념으로 사용한다. 이는 우리나라의 근로기준법상의 해고제한규정들을 고려할 때 논의의 한계를 두기 위해서이다.

그러므로 우리나라가 장기불황으로부터 본격적으로 회복하려면 노동시장의 구조개혁이 불가피하다는 입장에 서있는 사람들로부터는 개혁의 하나로서 우리나라의 해고법제의 근본적인 개혁·재정비를 해서 저성장분야로부터 고성장이 기대되는 분야로의 원활한 노동이동을 촉진해야 한다는 의견이 제창되고 있다. 한편 이러한 해고법제개혁론에 대해서는 노동조합 등을 중심으로 근로자의 권리를 침해한다고 해서 강하게 반발하고 있다. 후자의 입장에서는 우리나라 해고법제의 완화는 고용불안을 초래해 소비의욕을 감소시켜서 불황을 더욱 심각하게 할 것이라고 판단한다.

이러한 해고법제에 대한 의견의 차이를 정리하고 이론적·실증적 전제를 명확히 한 가운데 논의하는 것이 중요하다. 그러나 우리나라의 해고법제에 관한 실증연구는 필자가 아는 한 거의 없다. 이러한 관점에서 이 글에서는 우리나라의 해고제한법제의 엄격성을 국제적 관점에서 평가하고 그 실증분석을 정리하고자 한다. 이러한 평가분석은 우리나라 해고법제의 완화가능성을 모색하는 실증적 토대가 될 것이다.

2. 해고법제의 국제비교

: 해고법제지수에 의한 분석 - OECD(1999년)의 해고법제지수를 중심으로

우선 OECD(1999년)의 해고법제에 관한 지수(고용보호제도지수 : **Employment Protection Legislation Indicators**)의 작성에 대해 설명하는 것을 통해서 우리나라의 해고법제의 엄격함을 국제적으로 비교한다. 따라서 우리나라 해고법제에 관한 설명은 지수화의 이해에 대한 필요한 최소한의 것이다. 해고법제의 지수화에 있어 항목의 선별과 각 항목의 지수화의 타당성, 항목을 집계할 때의 계산법 등 작성자의 자의성이 들어가는 것은 불가피하다. 그러므로 다음의 국제비교에서는 다른 선행연구에서 사용된 지수도 사용해서 비교하고자 한다.

(1) 정규고용에 대한 해고규제(Protection of regular workers against dismissal)¹⁴⁾

OECD(1999년)에서는 해고에 관한 규제를 (A) 해고절차의 불편함Regular procedural inconveniences, (B) 근속기간에 따른 정당한 해고에 대한 해고예고기간 및 해고수당Notice and severance pay for no-fault individual dismissals by tenure categories, (C) 해고의 어려움Difficulty of dismissal 세 가지로 분류한다. 이렇게 해서 각각 수치화된 분류는 가중평균에 의해 집계되어 최종적으로 해고법제지수가 작성된다. 이렇게 작성된 해고법제지수는 아래의 해고법제와 고용관계에 대한 실증분석에서도 빈번하게 이용되고 있다.

이렇게 수치화한 우리나라의 정규고용에 관한 해고규제의 특색을 각국과 비교하여 보면, 우선 「해고절차의 불편함」, 「해고의 곤란성」에 관해서는 각각 26위, 23위로서 해고를 하는 것이 가장 곤란한 국가로 분류되고 있다. 「해고절차의 불편함」, 「해고예고기간·수당」, 「해고의 곤란성」의 각 점수를 단순평균하여 작성한 「해고규제에 관한 전체적 엄격성」을 보면 우리나라는 27개국 중 26위로 해고법제가 가장 엄격한 국가로 분류된다.

(2) 임시고용형태에 관한 규제(Regulation of temporary of employment)

국가들은 정규 및 기간의 정함이 없는 계약을 체결한 근로자에 대한 보호규정들을 존속시키되, 노동(고용)의 유연성work-force flexibility을 높이는 다른 조건들을 변화시킴으로써 고용보호규제(해고규제)에 대한 전체적인 엄격성을 바꿀 수 있다. 사용자의 고용종료비용termination cost을 덜어주는 방법으로는 고용종료일을 특정시키는 유기근로계약fixed-term contracts의 활용을 용이하게 하는 것과 파견사업체(temporary work agencies: 이하 TWAs라 약칭함)의 근로자를 사용하는 것이다. 이러한 경우에는 일반적으로 해고예고나 해고수당은 당연히 없으며, 근로자가 부당해고소송을 제기하는 것도 어려울 것이다.¹⁵⁾

우리나라의 유기근로계약과 파견근로에 관한 규제가 다른 OECD국가들과 비교하여 보면, 순위표는 16위(지수점수는 2.1)로 임시고용에 관한 규제 정도는 중간 정도인 것으로 나타나고 있다.

14) OECD, *EMPLOYMENT OUTLOOK JUNE 1999*, pp.54-59.

15) OECD, *EMPLOYMENT OUTLOOK JUNE 1999*, p.59.

(3) 집단해고에 관한 특별요건(Specific requirements for collective dismissals) : 개별해고에 적용되는 요건 이외의 추가적인 요건(Requirements over and above those applying to individual dismissals)

이에 관한 OECD의 지표에 의한 측정은 위의 (1), (2)의 지표에 기초한 국가들의 등급과 상당히 다르다는 것이 주목된다. 뉴질랜드·일본·프랑스와 한국은 가장 적은 추가요건을 가지고 있는 것으로 나타났고, 스웨덴·체코·이태리와 벨기에는 가장 많은 추가요건을 가지고 있는 것으로 나타났다. 캐나다, 영국과 미국은 중간을 차지하고 있는데, 그것은 그 국가들이 개별해고보호에 관한 자세와는 반대로 집단해고의 경우에는 상당한 대기기간과 통지요건을 법률로 규정하고 있기 때문이다.¹⁶⁾

우리나라의 집단해고에 관한 특별요건에 관해 OECD는 개별해고와 관련하여 전체적인 엄격성은 1.9로 국가순위는 3위로서 개별해고에 적용되는 규제에 부가한 특별한 규제(요건)는 적은 것으로 나타나고 있다.

(4) 해고규제(고용보호법제)의 엄격성에 관한 지표

(1)에서 살펴본 것처럼, 우리나라의 경우 「정규고용에 관한 해고규제의 전체적 엄격성」은 27개국 중 26위로 해고법제가 가장 엄격한 국가로 분류된다.

또한 유기고용에 관한 규제 등 정규직원 이외의 임시고용(Temporary Employment)의 규제도 고려해서 노동시장의 유연성을 측정한 「정규고용에 관한 해고규제+임시고용에 관한 규제」지수에서는 2.6이 산정되어 27개 국가 중 20위로 여전히 규제가 엄격한 국가로 분류된다.

더욱이 미리 규정되어 있는 이상의 근로자인원을 한 번에 정리해고할 때(집단해고)의 추가적인 규정(요건)이 있는 경우를 지수로 포함한 「정규고용에 대한 해고규제+임시고용에 대한 규제+집단해고」지수로 보면 우리나라의 순위는 조금 올라가 17위로 된다. 이것은 다른 국가들에서는 규정 이상의 인원의 해고에 대해서는 제3자 기관의 인가와 추가적인 사전유예기간을 설정하고 있는 국가가 많은데, 우리나라는 이러한 규정이 없기 때문이다. 다시 말하면 개별해고에 적용되는 규제에 부가한 특별한 규제(요

16) Ibid, p.64.

건)를 요하는 집단해고에 관한 특별요건의 경우 우리나라가 매우 규제가 없는 국가로 분류되고 있는 것이다. 그러나 여기에서 다음과 같은 점을 유의해야 한다. 경영상 이유에 의한 집단해고가 개별해고에 비해 추가적인 제한규정이 별로 없다는 것이 기업이 집단해고를 쉽게 할 수 있다는 것을 의미하지는 않는다는 것이다. 경영상 이유에 의한 해고에는 (1)에서 분석하고 있는 요건 및 지표가 적용되기 때문에 경영상 이유에 의한 집단해고는 우리나라의 경우 여전히 그 규제가 강하다는 것은 당연하다. 개별해고와 비교할 때 집단해고가 특별한 요건이 적다는 것이지만 집단해고에 대한 규제가 전혀 이루어지지 않고 있다는 것은 아니라는 점을 유의해야 한다. 따라서 OECD의 집단해고에 관한 지수를 이해함에 있어서는 위와 같은 점에 유의하면서 검토해야 하는 것이다.

아무튼 OECD에 의하면 우리나라의 해고규제는 OECD국가 중 엄격한 국가로 분류되며, 특히 정규고용에 관한 해고규제가 매우 엄격하다고 평가받고 있다는 사실에 주목할 필요가 있다.

3. 우리나라에서의 시사점

현행근로기준법은 「사용자는 정당한 이유 없이 해고하지 못한다」(근기법 제30조 1항)고 규정함으로써 해고를 제한하는 일반규정을 두고 있는 외에, 이와 병행해서 제31조에서는 경영상 이유에 의한 해고를 제한하는 특별규정을 두고 있다. 이러한 규범들이 근로자와 기업의 행동에 영향을 미치고 노동법과 노사관계를 규정하고 있다. 말할 것도 없이 이러한 해고제한규정은 우리나라 노동법의 핵심인 것이다.

그러나 최근에 경영상 이유에 의한 해고를 중심으로 해고의 유효요건을 완화하여 해석하는 판례가 등장하고 있으며, 법학 및 경제학 부문의 일부에서는 해고규제규정 및 법리를 정면에서 비판하고 해고법제의 개혁을 주장하는 견해가 제기되고 있다. 이러한 흐름은 위에서 본 바와 같이 오늘날의 사회·경제적 환경변화를 배경으로 하고 있는 것이다.

현재 우리나라의 노동사회는 해고규제의 혜택을 받아 고용이 지속되는 insider(대부분이 세대주인 남성)와 유기고용·장기실업·비노동력화(비경제활동인구화)의 선택을 피

할 수 없는 outsider(일반적으로는 여성과 청년층, 또는 고령자)가 가정 내의 분업 등에 의해 공존하는 사회로 판단된다. 즉 ① 정규직원(세대주)과 비정규근로자(배우자), ② 중고령근로자(父)와 청년실업자(子) 등이 조합된 사회라 할 것이다.

현재 비정규근로는 빠른 속도로 확대되어 노동시장의 상당부분을 점하고 있으며,¹⁷⁾ 「정규직과 비정규근로 양자의 임금격차는 계속 확대」되는 것으로 나타나고 있다.¹⁸⁾ 이는 비정규근로가 확대되는 하나의 원인이 된다. 즉 세계화의 추세는 시장경쟁을 촉진시켜 사용자로 하여금 인건비 등 준고정비용(quasi-fixed cost)을 절감하도록 압박하였고, 이에 따라 사용자는 고용유연화에 대한 강한 유인을 가지게 되어 비정규직이 지속적으로 증가하는 데 기여하였다.¹⁹⁾ insider-outsider이론에 기초하면 정규직과 비정규근로자의 임금격차의 확대는 해고법제에 의해 보호된 정규직원의 교섭력(bargaining power)이 강하다는 것이 하나의 원인이라고 해석할 수 있다. 정규직원의 보호만을 전제로 한 기존의 해고법제가 존속하는 가운데 비정규근로의 확대원인이 계속적으로 존재한다면, 한국의 노동 시장에서는 근로계약의 해지가 용이한 값싼 비정규근로자의 증가(정규직원비율의 감소), 정규-비정규근로자의 임금격차확대가 계속적으로 관찰될 것이다.

더욱이 현재 급증하고 있는 학교졸업미취업자를 둘러싼 청년실업자와 일단 실직한 사람의 실업기간의 장기화가 주목된다.²⁰⁾ 이것은 위에서 본 바와 같이 우리나라의 엄격한 해고규제를 전제로 한 기업의 신중한 채용태도를 반영하고 있다고 해석할 수 있다. 우리나라에서는 취직빙하기에 취직할 수 없는 청년과 운 나쁘게 고용조정 대상으로

17) 2002년 제5차년도 한국노동패널조사에서 관찰되는 비정규직의 규모는 32.8%로 추정되고 있다(이상호, 「한국노동패널 5차년도 조사의 비정규직 규모와 실태」, 『KLIPS Research Brief』, 2003, p.3).

18) 2002년 9월 비정규직의 월평균 임금총액은 109.8만원으로 정규직(139.8만원)의 78.5%밖에 안 된다(이상호, 앞의 글, p.6).

19) 조준모, 「비정규직 노동계약과 고용보호의 딜레마」, 『노동정책연구』 창간호, 2001, pp.71-72 참고.

20) 실업자 중 청년층이 차지하는 비중은 1999년 39.8%에서 2000년 42.1%로 증가하였다. 그리고 현재 청년층의 일자리가 절대적으로 감소하고 있는데, 이는 청년층인구의 감소만이 아니라 기업의 청년층 채용이 둔화되었기 때문이다. 기업의 지불능력이 1999년 이후 증가하고 있음에도 불구하고 신규졸업자에 대한 기업의 채용은 크게 둔화된 것이다(이병희, 「청년실업과 경력형성」, 『2001년도 한국노사관계학회 춘계학술대회 발표논문집』, 2001.6.15, pp.5-7). 이는 경기악화에 대응한 기업의 대응과 관련되어 있는데, insider-outsider이론에 의하면 해고비용이 높을 것이 예견되는 경우, 경영이 악화될 때의 해고비용을 고려하여 기업이 채용을 보류하기 때문이다. 그리고 2001년 10월 현재 12개월 이상의 장기실업자(고용보험법상의 구직실업자)는 1만 2천명이다. 그러나 장기실업자의 비경제활동인구로의 전환은 통계로 잡히지 않고 있다(노동연구원, 『매월노동동향』, 2001.12, p.40).

된 근로자에게는 비정규근로자로서 저임금직장에 취직하든가 장기의 실업자 내지 비경제활동인구로 전락하든가라는 양자택일을 하도록 압박 받고 있는 것이다.

특히 정규사원을 대상으로 확립되어 있는 우리나라의 해고법제에서 실제 재판에서 구제대상으로 될 수 있는 것은 노동조합이 조직된 기업에 취업하고 있는 근로자만으로 한정될 수 있다는 점도 지적할 수 있다. 이것은 우리나라의 「소송절차는 비용과 시간이 관련노동조합 등의 인적·금전적 원조 없이는 계속할 수 없는 상태에 이르고 있기」 때문에 「자력 없는 근로자에게 재판에 의한 구제를 단념시키는」 상황으로 되고 있기 때문이다. 중소기업을 중심으로 노동조합이 없는 기업에서 근무하는 근로자가 대부분인 우리나라의 노동시장의 경우 노동조합에 의해서 비로소 효력을 가질 수 있는 해고규제로는 한계가 있다는 점을 지적할 수 있다.

이처럼 노동조합조직률이 점차 낮아지고²¹⁾ 정규사원 이외의 취업형태가 다양화하는 가운데 우리나라의 해고법제는 보호대상으로 되는 일부에 한정된 근로자^{insider}와 보호대상 외의 그밖의 근로자^{outsider}라는 양극화를 초래하고 있다. 특히 커다란 경제적 쇼크가 가해진 지금의 경제변동기의 큰 특징은 ^{insider}로부터 제외된 또는 처음부터 ^{insider}가 되지 않으면 ^{outsider}라는 선택지를 피할 수 없는, 해고규제법제가 적용되지 않는 근로자가 급증하고 있다는 점이다.²²⁾ 이러한 점으로 미루어 보아 우리나라의 해고법제는 기존의 사회형태와 이를 전제로 확립되어 있는 사회보장·고용보험제도 등 제도문제도 포함하여 향후 취업형태가 더욱 다양화할 가능성도 고려에 넣어 바람직한 해고규제의 방향이 검토되어야 할 시기가 도래한 것이다.

최근 한국개발연구원의 Vision 2011 Project에 따른 보고서²³⁾에 의하면, 향후 우리나라의 해고규제에 관해 다음과 같이 적절한 방향을 제시하고 있다.

-
- 21) 1989년 노조조직률 19.8%에서 점차 줄어들어 2000년 현재 노조조직률은 12.0%로 계속 낮아지는 경향에 있다(한국노동연구원, 『2002KLI노동통계』, 2001.4).
- 22) Lindbeck and Snower(“Insider versus Outsiders,” *Journal of Economic Perspectives* 15(1), 2001, pp.165-188)는 중간 정도의 경기변동이라면 해고법제는 장기적인 고용률과 실업률 수준에는 큰 영향을 미치지 않을지도 모르나 장기적이고 심각한 경기침체가 발생한 경우에는 해고규제법제에 의한 해고억제효과는 부족하고 재차 경기가 크게 후퇴하는 것을 염려하여 경기회복 후에도 기업이 채용을 꺼리므로 장기적으로 고용률이 저하할 수 있다는 가능성을 시사하고 있다.
- 23) 김대일, 「효율적인 노동시장 구축을 위한 정부기능의 재정립」, 『Vision 2011 Project 중간보고서』, 2001.9.3(<http://vision2011.kdi.re.kr>).

「정리해고의 유연성은 고용조정비용의 차원에서보다 ‘신규진입을 도모하는 기업의 투자위험risk을 감소시켜 투자증대를 유도하는 기능’으로서 더 높은 중요성이 있다. 해고가 어려울수록 투자결과가 “성공 아니면 파산all or nothing”으로 이분법화되므로 해외자본유치 및 국내자본의 산업자본화에 높은 위험을 부과한다. 신규진입을 위한 자본의 투자가 위축되면 노동수요도 그만큼 위축되므로, 해고가 어렵다면 최소한 파산절차라도 간소화하여 파산부담을 경감(파산의 유연성 제고)시킬 필요성이 있다. 한편 청년층의 경우 해고의 유연성은 채용비용을 낮추어 직장탐색job-shopping을 활성화시키므로 인력배치의 효율성이 증대되고 결과적으로 취업기회가 확대되는 효과를 가진다.」

해고의 유연화를 주장하는 보고서의 견해는 이 글에서 제기하고 있는 문제의식과 해결방향에서 전적으로 동일하다. 결국 우리나라의 노동시장이 가지고 있는 문제의 해결과 경제의 효율성 확대를 위해서는 획일적인 해고규제는 완화되어야 하는 것이다.²⁴⁾

4. 기업이미지의 변화와 해고법리의 전환

: 해고에 대한 기업적 발상의 필요성

(1) 다양화한 기업이미지

현대의 기업과 고용방식에 급격한 변화가 생기고 있는 것은 주지의 사실이다. 그러나 현대기업이 이러한 점에 대해서 어떠한 자세를 가지는가 그리고 그것이 해고법리와 관련하여 어떠한 의미가 있는가를 설명하는 것은 쉽지 않다. 특히 현대기업론에 대해서 전문적인 지식이 부족한 필자로서는 다만 다음과 같은 논거를 가지고 그 의미를 탐구할 수밖에 없다.

24) 특히 보고서는 「① 획일적인 규제는 기존 근로자의 권익을 보호할 수 있을지 모르나, 시장의 다양성을 침해하여 생산성을 저하시키고, 그 결과 고용기회의 위축, 실업증가, 성장률 하락을 초래한다. ② 열악한 근로조건의 발생원인을 충분히 분석하여 시장친화적으로 대처하는 노력보다, 손쉬운 ‘제도적 보호장치’로만 접근할 경우 시장기능과 심각한 모순이 발생한다. 노동비용을 증가시키는 근로자보호법규는 재화수요가 확대되어도 투자유인을 위축시켜 노동수요가 확대되지 못하는 모순을 초래한다. 특히 해고/채용의 규제, 근로계약상 규제 등은 기존취업자를 보호하는 역할은 할 수 있으나, 구직자의 취업기회 위축이라는 부작용을 초래한다.」고 함으로써, 해고규제완화론의 핵심적 논거인 insider-outsider이론과 정합한다. 이는 타당한 결론이라고 생각된다.

첫째, 기업활동의 글로벌화이다. 우리나라의 기업 및 외국기업을 묻지 않고 그 활동은 국경을 넘어 엄중한 세계경쟁으로 되고 있다. 따라서 국내의 근로자들의 일자리의 상실은 세계적인 산업전략의 일환으로서 이루어질 수 있고 이루어지고 있다.

둘째, 기업활동의 유동화이다. 국내로 눈을 돌려도 불황산업을 재편하고 기업활동의 효율화를 겨냥하여 영업의 양도, 기업의 합병·분할의 추진 등 각종의 조직재편이 장려되고 있다. 또한 이러한 요청에 적응하기 위해 상법 및 공정거래법 내지 노동법 등의 개정 등 기업의 효율적 운영이라는 이름하에서 고용의 유동화를 추진하도록 하는 법과 정책도 강구되고 있다. 이렇게 함으로써 각 기업에서는 수익성이 떨어지는 부문의 정리·통합에 의해 인원삭감을 도모하도록 하는 움직임이 두드러지고 있다.

셋째, 기업의 조직성의 희박화이다. 기업의 분사화의 추진, 또는 정보네트워크의 진전에 의한 물리적인 근무장소의 확대 등에 의해 조직일체성 또는 조직적 합리성을 가진 기업이라는 이미지와 멀어지고 있다.

따라서 개별기업에서의 해고문제는 글로벌화, 유동화, 조직희박화 등의 현대적 특질을 다분히 반영하고 있는 것이다. 최근의 대법원판결²⁵⁾에서 종전보다 해고의 자유가 강조되어 경영상 이유에 의한 해고요건의 완화움직임이 있는 것도 이러한 기업의 실태와 관계없는 것은 아니다.

(2) 해고법리의 전환의 방향

이러한 해고제한법리의 움직임을 일률적으로 말할 수 없는 없으나, 이러한 움직임은 우리나라에서 이제까지 형성된 해고제한법리가 엄격하다고 평가되어 그 약점을 개선하고자 하는 노력의 산물이라고 생각된다. 이러한 흐름은 예상된 것이다. 해고제한법리는 해고의 자유라는 원칙을 부정하는 것이 아닌 이상 고용정세와 기업활동의 실태에 따라서는 고용안정이라는 법정정책 과제의 우위성을 뒤집을 수 있는 것이다. 현대기업이미지의 변화 안에서 고용시장의 유동화·활성화 자체를 주요한 법정정책원리로 해석한다면, 해고의 자유원칙이 우위성을 갖는다고 표현하여도 그것은 해고제한법리가 내포한 하나의 자연적 귀결이다.

25) 대판 2002.7.9, 2001다29452; 2000두9373이 대표적인 판례이다.

이제까지 선진제국에서는 해고의 자유를 둘러싸고 오랫동안 논의의 충돌이 있었지만, 이 논의들은 기업이라는 발상에서 시작해서 새로운 법리와 법제를 창출해 낸 것은 아니었다. 역시 우리나라의 해고제한법리 또한 이제까지는 그러한 논의의 충돌을 전혀 경험하지 않아서 그 결과 판례의 태도 또한 확고한 이론적 기반을 가지고 있는 것은 아니다. 그리고 우리는 판례가 가져다준 결과적 타당성에 안주하여 그 이론적 보강을 태만히 할 수 없다. 우리나라의 해고제한법리는 점차 한계에 직면하고 있다. 말하자면 「고통을 맞이하고 있는 것이다.」

생각해 보면, 우리나라에서 형성된 정리해고를 포함한 해고제한법리는 제조업을 중심으로 한 기업조직 중에 종신고용을 전제로 한 정규사원의 해고를 전제로 하여 발달한 것으로 볼 수 있다(그렇기 때문에 종전의 판례는 예를 들면 정규사원을 해고하기 전에 일용직근로자를 우선해고하는 기준이 「합리적」이라고 판단한 사례²⁶⁾도 있다). 위와 같은 기업실태의 변화는 해고법리의 존재방식에 변화를 초래하지 않을 수 없다. 따라서 경영상 이유에 의한 해고에 관한 최근의 대법원판례의 경향은 이러한 변화의 선두에 있는 것으로 보인다.

그리고 이러한 해고법리의 전환이 기업실태의 변용으로부터 생기는 것인 이상 기업실태에 적합한 해고제한법리가 어떠한 것인가를 현재의 기업실태를 분석하는 것으로부터 시작해야 한다. 지금이야말로 기업의 발상으로 뒷받침된 해고법리가 추구되어야 한다.

26) 대판 1966.4.6, 66도204.

Ⅲ. 해고규제완화의 해석론적·입법론적 과제

1. 경영상 이유에 의한 해고에 관한 제언

(1) 현행해고관련법체계와 판례의 태도

현행 근로기준법은 제30조에서 해고를 제한하는 일반규정을 두고 있는 외에, 이와 병행해서 제31조에서는 경영상 이유에 의한 해고를 제한하는 특별규정을 두고 있다. 제31조는 1997년 3월 13일의 근로기준법의 개정(형식적으로는 1996년 12월 31일에 공포된 법을 폐지하고 새로 제정하는 형식을 취하였음) 시에 신설된 것이다.

근로기준법 제31조가 규정되기 이전에도 판례와 학설상의 다수견해²⁷⁾는 경영상 해고가 유효하기 위해서는 네 가지 요건이 충족되어야 한다고 하였다. 특히 판례는 대판 1989.5.23, 87다2132 판결에서 처음으로 네 가지 유효요건을 제시하였고, 동 판결 이후 경영상 이유에 의한 해고의 유효요건이 정립되었다. 그러나 판례는 긴박한 경영상의 필요요건에 대하여 점차 완화된 태도를 보이다가,²⁸⁾ 네 가지 요건을 모두 구비하여야 경영상 이유에 의한 해고가 유효하다고 보지 않고 네 가지 요건 등 제반사정을 전체적·종합적으로 고려하여 그 해고가 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것으로 인정될 수 있으면 사전협의절차 등을 거치지 아니하여도 유효하다고 보았다.²⁹⁾ 그런데 1998년 2월 20일 법률 제5510호로 개정된 현행 근로기준법 제31조에 의하면, 경영상의 이유에 의한 해고에 있어서 사용자는 i) 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하며(동조 1항), ii) 해고를 피하기 위한 노력을 다해야 하고(동조 2항), iii) 합리적이고 공정한 해고기준을 마련해야 하며(동조 2항), iv) 해고를 하고자 하는 날 60일 전에 근로자대표에게 이를 통보하고 성실한 협의를 해야 한다(동조 3항). 이와 같은 요건을 갖추어 해고한 때에는 그 해고는 「정당한 이유」가 있는 해고로서 유효하다(동조 5항)고 규정하여 경영상 이유에 의한 정당성요건을 명문화하였다.

27) 김유성, 「정리해고에 관한 소고」, 『서울대 법학』 25권 2, 3호, 1984, p.112; 오창수, 「정리해고의 유효요건」, 『판례월보』 229호, 1989, p.55 이하.

28) 대판 1991.12.10, 91다8647이 대표적인 판례이다.

29) 대판 1995.12.5, 94누15783; 대판 1995.12.22, 94다52119.

그런데 최근의 대법원판결은 경영상 이유에 의한 해고가 정당하기 위해서는 근로기준법 제31조에 따라 「그것이 긴박한 경영상의 필요에 의한 것인지 여부, 사용자가 해고 회피를 위하여 상당한 노력을 하였는지 여부, 객관적이고 합리적인 기준에 의하여 해고 대상자를 선정하였는지 여부, 그밖에 노동조합이나 근로자측과 성실한 협의를 거쳤는지 여부 등 여러 사정을 전체적, 종합적으로 고려하여 당해 해고가 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것으로 인정될 수 있어야 한다」³⁰⁾고 하면서, 이와 같은 요건에 덧붙여 「위 각 요건의 구체적 내용은 확정적·고정적인 것이 아니라 구체적 사안에서 다른 요건의 충족 정도와 관련하여 유동적으로 정해지는 것이므로, 구체적 사건에서 경영상 이유에 의한 당해 해고가 위 각 요건을 갖추어 정당한지 여부는 위 각 요건을 구성하는 개별 사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다」³¹⁾고 판시함으로써 경영상 이유에 의한 해고의 유효요건을 유연하게 해석하고 있다.

판단컨대 경영상 이유에 의한 해고의 유효요건인 「네 가지 요건」의 수정을 가져올 필요가 있다고 생각한다. 경영상 이유에 의한 해고도 해고의 하나의 유형인 이상 독립적인 별개의 네 가지 요건을 기계적으로 적용할 필요는 없고 통상해고와 마찬가지로 각 요건을 총합하여 해고의 효력을 판단하면 충분하다고 생각된다. 또한 이와 같이 해석한다 하여도 위 요건 중 하나의 요건이라도 충족되지 않으면 당해 해고가 무효가 되는 것은 다를 바 없으므로 종래의 경영상 이유에 의한 해고를 전면적으로 완화하는 것은 아니라고 생각된다.³²⁾³³⁾

30) 대판 2000.9.8, 99다42308; 대판 1999.5.11, 99두1809 등.

31) 대판 2002.8.27, 2000두6756·2000두3061; 대판 2002.7.9, 2001다29452.

32) 이에 대해 김지형 판사는 「최근의 대법원판결의 태도는 구근로기준법상 정리해고의 정당성요건에 관한 종래의 대법원의 해석론을 현행 근로기준법 아래에서도 그대로 유지되고 있다고 보여진다」고 한다(김지형, 「노동쟁송과 판례연구(상)」, 『인권과 정의』 318호, 2003.2, p.36).

33) 일본의 경우 최근 이에 관한 하급심판결이 등장하여 매우 논란이 되고 있다. 정리해고에 대해서는 4요건이론이 확립되어 있는데, 이 「4요건」을 「4요소」로 해석하는 재판례(ナショナル・ウェストミンスター銀行[3次假處分]事件・東京地決平成12・1.21券判782호, p.23)가 있다. 4요건이론의 경우 4요건의 모두를 충족하지 않으면 정리해고는 무효로 되는 것에 대해, 「4요소」로 이해한다면 정리해고의 효력은 각 요소의 종합판단으로 되어서 어느 하나의 요소가 결여된다 하여도 해고유효로 될 수 있기 때문에 해고제한의 완화로서 기능한다. 정리해고의 4요건 중 인원삭감의 필요성에 대한 사법적 개입의 억제 「목적·수단의 균형」에 의해 설명하는 재판례가 있다. 경영합리화·경쟁력강화를 위한 인원삭감의 필요성을 인정하면서, 그 목적달성을 위한 수단으로서의 해고가 균형을 잃지 않을 것을 요구하고 해고회피노력을 다하지 않은 채 행하는 해고는 목적·수단의 균형을 결여하여 무효로 된다는 설이다(ナショナル

K C I

ル・ウェストミンスター銀行[2次假處分]事件・東京地決平成11・1.29勞判782호, p.35). 다만, 이것은 새로운 판단이 아니라 전술한 재판례의 경향을 재구성한 입장이라 할 수 있다. 더욱이 중심적 요건인 당연한 해고회피노력의무에 대해서도 이것을 완화하는 판단이 등장하고 있다. 우선, 전통적인 고용확보조치를 기본으로 하면서도 그것이 곤란한 경우의 경제적 보상을 중시하는 재판례(ナショナル・ウェストミンスター銀行[3次假處分]事件・東京地決平成12・1.21勞判782호, p.23)가 있다. 구체적으로는 해고회피조치로서의 배치전환가능성을 부정하면서 회사가 특별퇴직금을 제시한 것을 중시하여 해고유효라고 판단하고 있다. 또한 직종이 한정된 근로계약인 것을 이유로 해고회피조치로서의 배치전환·전출의무를 소극적으로 해석한 재판례(角川文化振興財團事件・東京地決平成11・11・29勞判780호 p.67)도 있다. 종래의 판례법리와는 다른 판단이다. 이에 대한 대표적 문헌으로는 土田道夫, 「解雇權濫用法理の法的正當性」, 『日本勞動研究雜誌』 491호, 2001.6.

(2) 긴박한 경영상의 필요성과 관련해서

주지하는 바와 같이 우리나라의 판례는 경영상의 필요의 「긴박성」에 관하여 1990년 초를 전후하여 그 태도를 달리하고 있다. 1989년 5월 23일의 대법원판례에 의하면 기업 경영이 위태로울 정도의 급박한 경영상의 필요성이 존재하여야 한다고 판시하고 있다.³⁴⁾ 그 후의 판례는 기업의 도산을 피하기 위한 정도까지는 필요하지 않으나 객관적으로 보아 경영합리화조치의 합리성이 인정되는 것으로 족하다고 하거나,³⁵⁾ 기업재정 상 심히 곤란한 처지에 놓일 개연성이 있으면 장래 기업재정의 악화를 우려하여 예방적 해고를 하는 것도 정당하다고 하는 견해를 취하기도 한다.³⁶⁾ 최근의 판례는 「긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우」라고 하여 긴박성의 개념을 비교적 넓게 해석하고 있다.³⁷⁾ 그러나 판례는 긴박성을 판단함에 있어서 한결같이 기업전체의 경영사정을 종합적으로 검토하여야 할 것을 요구하고 있다.³⁸⁾ 이러한 판례의 태도는 i) 기업전체의 경영사정을 널리 현재와 미래의 운영 전반에 걸쳐 종합적으로 검토하면서, ii) 이를 바탕으로 한 경영상의 필요와 인원삭감 사이의 객관적 합리성을 토대로 긴박성을 판단하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 해당근로자에 대한 해고통지의 시점³⁹⁾을 기준으로 하여 근로자를 계속 고용하는 것이 기업전체의 경영사정에 비추어 더 이상 객관적으로 기대할 수 없는 합리성이 있을 때 그 해고는 긴박한 경영상의 필요에 의한 해고라고 할 수 있다.⁴⁰⁾ 경영해고가 도산회피에 한정되는 것은 아니라는 판례의 태도변화는 옳다고 본다. 도산회피설은 고용보호라는 목적에 비례하지 아니하는 수

34) 대판 1989.5.23, 87다카2132.

35) 대판 1991.12.10, 91다8647; 대판 1995.12.5, 94누15787; 대판 1995.12.22, 94다53119 등.

36) 대판 1990.1.12, 88다카34094.

37) 이러한 대법원의 견해는 1990년대로부터 일관해서 유지되고 있음. 대판 1992.5.12, 90누9421; 대판 1993.1.26, 92누3076; 대판 1997.9.5, 96누8031; 대판 1999.5.11, 99누1809.

38) 대판 1999.4.27, 99두202; 동지 : 대판 1999.5.11, 99두1809; 대판 1997.9.5, 96누8031.

39) 긴박성에 대한 판단시점에 관한 자세한 설명에 대해서는 Stahlhacker/Preis, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, 5.Aufl., 1991, Rn.644 참고.

40) 예컨대 근로자에게 통고기간(해고의 효력발생시점)을 정하여 해지를 통고하였는데 통고기간 만료 전에 예상치 않았던 경영사정의 호전(예컨대 제품수주의 증가, 제품수출의 증가 등)으로 인원감축의 필요성이 소멸된 때에는 해당근로자는 재취업청구(Wiedereinstellungsanspruch)를 할 수 있다고 해야 한다 (Kasseler-HbArbR/Isenhardt(Hrsg. v. Leinemann), Bd. I, Rn.556 zu 1. 3. 참고).

단, 즉 기업의 자유에 대한 과도한 제한을 가하는 것이다. 그리고 기업존속보호 및 넓은 의미의 고용보호라는 관점에서 볼 때에도 도산회피설은 타당하지 않다. 기업도 사람과 마찬가지로 탄생하고 성장하며 소멸한다. 증세(기업존속에 불리한 경영상황)가 악화되기 전에 치료를 할 수 있게 하여야지 그렇지 않으면 보다 많은 진료비용(보다 많은 근로자의 해고) 또는 사망(기업파산)을 초래하게 된다.⁴¹⁾

더욱이 이제는 인원삭감의 필요성에 대해서는 장래의 경영위기에 대비한 예방형도 포함하는 등 경영자의 판단에 원칙적으로 위임할 필요가 있다. 현재처럼 경영상 이유에 의한 해고가 현실의 경영악화 등 인원정리의 객관적인 필요성을 전제조건으로 해야 한다면 예상되는 장래의 경영상의 문제에 대응하기 위한 소규모의 해고는 인정되지 않고 결과적으로 대규모적인 해고가 필요로 될 가능성이 크기 때문이다. 이것은 향후의 저성장시대에는 적합하지 않은데, 왜냐하면 이 경우에는 우선 기업의 존속을 통한 고용확보가 최우선사항으로 되어야 하기 때문이다. 최근의 판례⁴²⁾의 태도 또한 「장래의 경영위기」까지 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 판시함으로써 긴박성의 요건을 완화하고 있다.

그런데 장래의 경영부진의 가능성 등과는 무관계하게 경영전략의 전환에 의해 사업의 재구축이 행하여지는 경우에까지 「인원삭감의 필요성」이 인정될 수 있는가? 일본의 학설 중에는 이와 같은 경우에도 경영판단상의 특단의 하자가 없는 한, 합리성을 인정해야 한다는 견해⁴³⁾도 있다. 더욱이 최근의 일본하급심판례⁴⁴⁾는 「자본효율의 향상, 경쟁력의 강화를 도모하는 것을 목적으로 하는 …… 것과 같은 사업전략에 관련한 경영판단은 그것 자체 고도의 전문적인 것이므로 기본적으로 주주에 의해 선임된 집행경영진 등, 기업의 의사결정기관에서의 결정을 존중해야 한다」라고 하면서 다만 유동적인 노동시장이 정비되지 않은 현상에서는 재취직도 상당히 곤란한 것이 있으므로 「기업경영상 합리적이라고 고려되는 한 힘을 다해 고용의 유지를 도모해야 하므로 …… 고용계약을

41) 조용만, 「경영상 해고에 대한 규제와 한계」, 『노동법학』 제14호, 2002.6, p.134.

42) 대판 2002.7.9, 2001다29452, 2000두9373.

43) 土田道夫, 앞의 논문, p.14.(「인원삭감의 필요성에 대해서는 사용자의 경영판단을 존중해야 한다. 기업 운영에 관한 판단능력을 가지고 위험을 부담하는 자는 사용자이므로 이러한 책임을 부담하지 않는 제3자(법원)가 이러니저러니 말참견해서는 아니 된다. 「인원정리형」인가 「전략적합리화형」인가를 묻지 않고 경영판단상의 특단의 하자가 없는 한 기업의 판단에 대해서 합리성을 인정해야 한다.」)

44) ナショナル・ウェストミンスター銀行[3次假處分]事件・東京地決平成12・1.21勞判782호, p.23.

해소하는 것에 대한 합리적인 이유가 있다고 인정되는 경우에도 당해 근로자의 당면한 생활유지 및 재취직의 편의를 위해서 상응한 배려를 하는 것과 함께, 고용계약을 해소시킬 수밖에 없는 사정에 대해 당해 근로자의 납득을 얻기 위해 설명을 하는 등 성의를 가지고 대응하는 것이 요구된다」고 하여 해고회피를 포함한 불이익경감조치와 근로자의 납득을 얻기 위한 설명의무를 중시하고 있다.

생각건대 일본하급심판결은 「인원삭감의 필요성」은 종전보다 경영판단을 중시하는 방향으로 진행되고 다른 한편으로 해고회피노력의 판단을 중시하는 방향으로 진행되고 있다고 판단된다. 우리나라의 경우 노동시장의 유동성을 실현하는 법제도의 정비가 충분하지 않는 현실을 고려하면, 근로자의 해고에 의한 불이익을 배려하고 어떠한 형식으로든 해고가 일정하게 제한되어야 하는 것은 부득이하다고 생각된다. 다만, 해고제한과 해고회피로는 어디까지나 「해고」의 제한·회피에 있어 반드시 「고용해소회피」가 아니라 오히려 해고를 둘러싼 법적 규제로서는 고용해소에 대해 근로자측이 납득할 수 있는 성의 있는 대응(인원정리의 필요성과 당해 근로자가 인원정리의 대상으로 된 것에 대한 이유의 개시·설명, 전출·전직 등 다른 기업으로의 고용계속의 타진, 재취직의 알선과 퇴직금의 증가 등 고용해소에 동반하는 불이익경감조치의 제시 등)을 어디까지 할 것인가라는 절차적 규제를 중시하는 방향으로 해고의 정당성에 대한 판단틀을 다시 짜야 한다고 생각된다(노동조합이 조직되어 있는 기업에서는 노동조합도 이 절차에 관련된다). 요컨대 인원정리에 대한 사용자의 경영판단을 중시한 위에, 인원정리의 과정에서는 불이익회피조치도 포함하여 가능한 한 성의 있는 대응을 함으로써 근로자가 납득하고 합의해지에 이르는 것을 촉진하는 법적 규제를 형성해야 하는 것이다. 어느 정도 주주와 채권자의 요청이 있다 해도 근로자측과의 성실한 협의를 게을리 하는 등 각각 근로자측에 명확한 설명이 가능하지 않는 영성한 경영결정이 있다면, 해고는 허용되지 않아야 한다. 해고제한법규와 당해 법리는 강행적인 규제이므로 경영자가 주주이익을 최대화할 책임을 부담하고 있다 해도 거기에는 법에 의한 한계가 있는 것이다.

(3) 합리적이고 공정한 해고대상자의 선정

1) 문제의 제기

해고기준을 결정하고 그에 따라 해고대상자를 선정하는 과정 자체가 기업이익과 근

로사이익의 충돌, 근로자 상호간의 이익충돌을 조정하는 과정이라고 말할 수 있다. 이러한 이해관계의 충돌을 조정하는 기본원칙으로 근로기준법 제31조 2항 후단에서는 「사용자는 경영상의 이유에 의하여 근로자를 해고할 경우에는 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고, 이에 따라 그 대상자를 선발하여야 한다」고 규정하고 있다. 긴박한 경영상의 필요에 의하여 해고할 경우에는 해고대상 근로자가 복수로 존재하는 것이 보통이므로 해고될 근로자를 선발할 때에는 합리적이고 공정한 기준에 의하여야 한다는 것이다. 그러면 무엇이 합리적이고 공정한 기준에 의한 선발인가? 이에 대해서는 우리 근로기준법이 구체적으로 규정한 바가 없다.

2) 합리적이고 공정한 기준의 의미

그렇다면 근로기준법이 규정하고 있는 ‘합리적이고 공정한 해고기준’은 해고로 인한 불이익이 가장 적은 자를 우선적 해고대상자로 선정하여야 한다는 독일이나 프랑스의 경우와 마찬가지로 이른바 ‘사회적 보호의 관점’을 요구하고 있는 것으로 해석할 수 있는가?

학설⁴⁵⁾은 대체로 이와 같은 관점에 입각하고 있다고 판단된다. 다시 말하면 이에 대한 판단은 해고대상 근로자들의 근로계약관계를 중심으로 이루어져야 한다고 하면서, 해고대상자의 선발기준으로는 근속연수·연령·부양의무상의 부담·배우자의 소득·기타의 재산정도 등이 일차적으로 고려되어야 하고, 기업주측의 이익을 보호하기 위한 기준은 이차적으로 고려될 수밖에 없다는 것이다.

이에 대해 판례는 근로자측 기준(근속연수·연령 등)과 사용자측의 기준(근무성적, 경영사정)을 동일선상에서 제시하고 있으며, 평소 근무성적, 상벌관계, 경력, 기능의 숙련도 등 사회적 보호의 관점을 고려하지 않고 기업이익에 부합하는 기준에 의거한 해고의 정당성을 인정하였다.⁴⁶⁾ 최근에는 인사고과에 의한 근무성적·업무능력만을 기준으로 한 정리해고의 정당성을 인정한 사례도 있다.⁴⁷⁾ 또한 「합리적이고 공정한 기준 역시

45) 김형배, 『근로기준법』, 박영사, 2001, pp.707-708; 임종률, 『노동법』, 박영사, 2000, pp.494-495 등.

46) 근무성적과 경력 등을 해고대상자선발기준으로 한 사례(대판 1987.5.12, 85누690) : 「불황으로 인한 경영합리화를 위한 인원조정책으로 감원을 함에 있어 종업원들의 평소 근무성적, 상벌관계, 경력, 기능의 숙련도 등의 기준에 의하여 감원대상자를 선정하는 등 그 감원기준이 객관적으로 합리성이 결여되거나 형평을 벗어난 것이 아니라면 이에 따른 부득이한 해고조치는 부당노동행위가 아니다.」; 대판 1992.11.10, 91다19463 등.

확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것이고, 사용자가 해고의 기준에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 해고의 기준에 관한 합의에 도달하였다면 이러한 사정도 해고의 기준이 합리적이고 공정한 기준인지의 판단에 참작되어야 한다.⁴⁸⁾ 판시함으로써 근로자측과의 협의를 통한 해고기준의 설정은 합리적이고 공정한 것임을 밝히고 있다.

이러한 판례의 태도를 종합적으로 평가할 때, 대법원은 해고기준으로 어떠한 사항을 포함시키고 어느 정도의 평가비중을 둘 것인가는 사용자가 상당한 재량을 갖고 결정할 수 있는 것으로 보고 있다. 즉 해고대상자를 선정함에 있어서 사용자는 근로자이익(즉 사회적 보호의 관점)보다 기업이익(즉 기업존속의 관점)을 우선적으로 고려할 수 있는 권한을 가지며, 더 나아가 불가피한 경우 근로자이익을 전혀 고려하지 않더라도 반드시 합리성 및 공정성이 결여된 것으로 간주될 수는 없다는 것이다.

판단컨대, 판례의 태도는 타당하다고 생각된다. 어느 경우에도 사용자측의 이해관계를 근로자측의 주관적 사정보다 부차적인 것으로 간주할 수 없다.⁴⁹⁾⁵⁰⁾ 다시 말하면 사회적 관점의 선발원칙은 재고되어야 한다고 생각된다. 문제는 해고대상근로자에 대한 공정한 선발에 있어서 사용자의 경영상의 이해관계를 어느 정도 고려할 수 있는가에 있다. 예컨대 사용자가 기업의 효율적 경영을 위하여 능력 있는 어느 특정근로자를 계속 취업시켜야 하거나 경영의 능률적 조직체계를 유지하기 위하여 특정근로자가 필요한 경우이다. 이때 해고근로자의 개인적 사정과 사용자의 기업경영상의 이익이 서로 충돌될 수 있을 것이다. 따라서 근로자를 보호하기 위한 사회적 관점에 따른 선발기준에만 의존하여 해고대상자를 정하는 경우에 해고를 유발한 경영상의 원인이 확대 또는 심화되는 결과를 가져오는 때에는 이익형량의 방법에 의하여 기업경영의 이익을 긍정적으

47) 대판 2001.1.16, 2000두1454.

48) 대판 2002.7.9, 2001다29452.

49) 동지 : 김소영, 『합리적이고 공정한 정리해고대상자 선별기준의 판단』, 『노동법률』 1996.3, p.20.

50) 일본의 경우 해고자의 선정시 직업능력의 순과 담당직무의 유무를 기준으로 하는 것은 근로자의 의식 조사에서도 높은 지지를 받고 있다고 한다(八代尙宏, 『雇用形態の多様化に對應した規制改革へ』, 『季刊労働法』 200호, 2002, p.32 참고).

로 평가하지 않을 수 없을 것이다.⁵¹⁾ 다시 말하면 경영상 이유에 의한 해고의 본질이 기업의 생존과 경쟁력을 확보하기 위해 단행하는 조치라는 점을 고려할 때, 경쟁을 도외시하는 절대적인 「사회적 선발의 원칙」은 재고할 필요가 있다는 것이다. 기업의 존립과 경쟁력을 감안하여 기업의 경영상 특수사정도 해고대상자 선발에 있어서 유연하게 판단해야 할 요소인 것이다.⁵²⁾ 판례 또한 동일한 태도를 취하고 있다.⁵³⁾ 더욱이 최근의 판례의 태도처럼 근로자측과의 합의를 통한 해고기준의 설정은 합리적이고 공정할 수 있다는 것은 사용자와 노동조합 내지 근로자대표와의 협의를 통해 이루어지는 노사의 합의에 기초한 객관적인 해고기준작성이 중요한 정당성요건으로 되고 있음을 밝혀주고 있는 것이다. 더 나아가 현행판례나 학설처럼 해고대상자 선정기준을 관리직을 포함해 모든 근로자에게 획일적으로 적용하는 것은 공정하지 않다고 생각한다. 경영의 일익을 담당하고 그만큼 큰 직무책임의 대가로서 고소득을 받고 있는 점에서 관리직근로자의 해고기준은 보다 능력과 연계해서 판단되어야 한다.⁵⁴⁾

(4) 근로자대표와의 사전협의

1) 경영상 이유에 의한 해고의 유효요건으로서의 사전협의

- 51) Hueck/v.Hoyningen-Huene, *KündigungsschutzG*, 11.Aufl., 1992, Rn.476 zu §7.
- 52) 결론적으로 동지 : 김형배, 『근로기준법』, 2001, p.709; 하경효, 「기업구조조정과 근로자해고의 문제」, 『비교사법』 제6권 2호, 1999.12, p.225.
- 53) 어학능력이 필수적으로 요구되는 단체에서 직원을 감원함에 있어서 영어 구사능력이 모자란다고 생각되는 직원을 해고대상자로 선발한 사건 : 「참가인 회의 직원의 조직구성이나 참가인 회의 업무성격상 대외적으로 미군 등과의 접촉을 하여야 하는 직원의 경우 능숙한 영어 구사 능력이 요청되는 점 등을 고려하여 볼 때 영어 구사 능력이 부족한 것으로 판단한 원고를 해고대상자로 선정한 것도 합리적이라 할 것이며, 원고의 직책이나 경력 등에 비추어 원고에 대하여 배치전환 등을 고려할 형편도 아니고 원고와의 협의를 거친다 하더라도 해고조치 이외의 별다른 성과를 기대하기 어려운 것으로 보이는 점 등을 참작하면 …… 이러한 제반 사정을 전체적, 종합적으로 고려하여 보면 원고에 대한 해고는 객관적 합리성과 사회적 상당성이 있는 것으로서 정당하다고 볼 여지가 있다 할 것이다.」(대판 1996.12.5, 94누 15783). 영진공사사건 : 「정리해고가 기업의 합리적 경영의 유지 또는 증진을 위하여 잉여근로자들을 감축하거나 그 경영구조를 전환하기 위하여 행하는 해고임을 감안할 때 정리해고 대상자를 선정함에 있어 선발대상 근로자들의 주관적, 개인적 사정에만 의존할 수는 없고, 사용자측의 경영상 이해관계와 관련된 사정도 함께 참작하여야 형평의 원칙에도 부합된다 할 것이므로 신청인이 근무하던 세척실이 자동화 기계가 설치되었고, 이에 따른 잉여인력을 정리해고 대상으로 선정한 것이 부당하다고 할 수는 없는 것이다.」(중노위 1998.12.22, 98 부해 554).
- 54) 동지 : 八代尙宏, 「雇用形態の多様化に對應した規制改革へ」, 『季刊 労働法』 200호, p.32.

사용자는 해고회피방법이나 해고기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자(이하 「근로자대표」라고 한다)와 성실하게 협의하여야 한다(제31조 3항). 이러한 사용자의 사전협의의무는 경영상 이유에 의한 해고의 유효요건(제31조 5항)으로서, 사전협의를 거치지 아니한 해고는 무효가 된다. 다만, 사전협의는 「동의」를 의미하는 것은 아니다.

2) 사전협의의 의미

여기서 문제되는 것은 근로자대표와의 「협의」를 어떻게 이해해야 할 것인가 하는 점이다. 협의는 해고회피를 위한 방법 및 해고기준 등에 관하여 행하여지는 것인데, 과연 이때의 협의가 단체교섭과 같은 성질을 가진 것인지가 문제된다.

① 긍정하는 견해와 하급심판결

해고회피방법과 해고기준에 관하여 근로자대표와 사전협의를 하는 것은 실질적으로 근로자의 근로조건에 관하여 「교섭」하는 것을 의미하므로, 당연히 경영상 이유에 의한 해고는 단체교섭 대상사항이라고 하는 견해⁵⁵⁾이다. 또한 경영상 이유에 의한 해고는 기업의 유지와 존속보호를 피하기도 하지만 동시에 근로자의 생존권을 박탈할 수 있는 중대한 사항이므로, 단체교섭대상사항이 된다는 견해⁵⁶⁾도 있다. 이 견해에 의하면, 노동조합이 근로조건을 최소한의 유지(고용안정)를 위한 차원에서도 경영상 이유에 의한 해고에 따른 해고회피방안을 마련하거나 해고대상자 선정기준을 마련한 것 등에 대하여 사용자와 교섭하는 것은 집단적 노사자치의 영역에 속한다고 한다.⁵⁷⁾

② 판단

제31조 3항이 「해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 …… 노동조합

55) 이광택, 「구조조정은 쟁의행위의 대상이다」, 『노동법률』 1999.11, p.25; 박홍규, 「경영상 이유에 의한 정리해고의 쟁의행위 대상여부」, 『노동법률』 2000.4, pp.62-63.

56) 김인재, 「구조조정을 둘러싼 노동법적 문제」, 『구조조정과 노동문제에 관한 정책토론회』, 2001.3.17, p.10 이하.

57) 만도기계노조 문막지부사건 : 「해고회피방법과 해고대상자선정 등은 근로조건 결정에 관한 사항인 점, 사용자가 해고회피노력에 관하여 노동조합과 협의하는 과정에서 노동조합과 협의하는 과정에서 노사간에 의견이 불일치하는 경우 노동조합은 그 주장을 관철하기 위하여 쟁의행위를 할 수 있다고 해석되는 점 등을 고려하면 정리해고에 관한 노사분쟁은 노조법상 쟁의행위의 대상이 된다.」(춘천지판 1999.10.7, 98노1147).

에 대하여 …… 통보하고 성실하게 협의해야 한다」고 규정하고 있는 것은 사용자의 협의의무를 정하고 있는 것뿐이고, 경영상 이유에 의한 해고에 관한 노동조합의 단체교섭권을 인정한 것이라고는 볼 수 없다. 더욱이 동 규정은 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 근로자대표와 협의할 수 있도록 규정하고 있다. 이 근로자대표는 노동조합이 아니기 때문에 단체교섭권을 가질 수 없음은 물론이다. 여기서 협의가 가지는 중요한 의미는 「근로조건의 유지 또는 개선」이라는 노동조합의 적극적이고 고유한 활동을 뜻하는 것이 아니라, 「근로자의 과반수를 대표하는」자와의 협의를 통하여 경영상의 긴박한 사유에 의한 해고조치와 관련해서 그 피해를 최소화함으로써 보다 합리적인 해결방안을 강구해 보려는 데 있다(제97조 1항 본문의 취지 참고). 만일 경영상 이유에 의한 해고에 관한 사항을 노동조합의 단체교섭대상으로 삼을 수 있다고 한다면, 노동조합과의 합의에 이르지 못하여 그 주장이 불일치되는 경우에는 노동조합이 그들의 주장을 관철하기 위하여 쟁의행위를 할 수 있다는 결론에 도달할 것이다. 이와 같은 결과는 결국 긴박한 경영상의 필요에 의한 해고를 불가능하게 하여 기업의 경영악화나 도산 등을 막기 위한 기업주의 경영결정권을 침해하게 될 것이다. 경영상 이유에 의한 해고는 개인근로자의 근로조건에 한정되는 문제가 아니고(그런 의미에서 제30조에 의한 해고제한과 구별된다), 직접적으로 기업의 존립 내지 경제활동의 한계에 관련되는 문제이기 때문이다. 따라서 노동조합 또는 근로자대표와의 협의는 「단체교섭」을 의미하는 것이 아니라, 노사협약과 그 성격을 같이하는 것이라고 판단해야 한다. 근로자참여및협력증진에관한법률 제19조가 명문으로 「경영상 또는 기술상의 사정으로 인한 …… 해고 등 고용조정의 일반원칙」(동조 제7호)을 협의사항으로 정하고 있는 것은 경영상 이유에 의한 해고에 대한 노동법의 규율태도를 명백히 밝히고 있는 것이라고 할 수 있다. 따라서 경영상 이유에 의한 해고의 기준에 관한 사항은 단체교섭 내지 쟁의행위의 대상이 될 수 없다. 판례⁵⁸⁾ 또한 「긴박한 경영상의 필요에 의하여 하

58) 대판 2001.4.24, 99도4893: 경영상 이유에 의한 해고는 단체교섭 및 쟁의행위의 대상이 될 수 없다고 한 예.

「긴박한 경영상의 필요에 의하여 하는 이른바 정리해고의 실시는 사용자의 경영상의 조치라고 할 것이므로, 정리해고에 관한 노동조합의 요구내용이 사용자는 정리해고를 하여서는 아니 된다는 취지라면 이는 사용자의 경영권을 근본적으로 제약하는 것이 되어 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 단체교섭사항이 될 수 없는 사항을 달성하려는 쟁의행위는 그 목적의 정당성을 인정할 수 없다. 원심

는 이른바 정리해고의 실시는 사용자의 경영상의 조치라고 할 것이므로, 정리해고에 관한 노동조합의 요구내용이 사용자는 정리해고를 하여서는 아니 된다는 취지라면 이는 사용자의 경영권을 근본적으로 제약하는 것이 되어 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 단체교섭사항이 될 수 없는 사항을 달성하려는 쟁의행위는 그 목적의 정당성을 인정할 수 없다」고 판시하고 있다. 이러한 기준에 의거해서 단행된 해고에 대하여는 정당한 이유가 없는 한(제31조 5항 참조), (노동위원회 및 법원에서) 사법상司法上 다툴 수 있고, 이 경우에 경영상 이유에 의한 해고의 기준은 그 정당성이 문제될 수 있다. 결론적으로 경영상 이유에 의한 해고는 사법심사司法審査의 대상이 될 수 있을 뿐이라고 판단된다.⁵⁹⁾

3) 입법적 제언

입법적 제언으로서 근로기준법 제31조 3항의 규정에 의한 근로자대표와의 협의는 근로자참여및협력증진에 관한 법률 내의 협의사항으로 입법화하는 것이 바람직하다고 생각된다. 현재 기업가의 결단의 자유를 제한하는 것은 “근로자참여및협력증진에관한법률”에 따른 경영계획에 대한 협의의 범위 내에서만 가능한 것이다.

현행 근로자참여및협력증진에관한법률은 ‘근로자와 사용자 쌍방의 참여와 협력을 통한 노사공동의 이익증진’을 목적으로 하고 있고, 동법 제19조는 ‘경영상 또는 기술상의 사정으로 인한 인력의 배치전환·재훈련·해고 등 고용조정의 일반원칙’을 노사협의회 협의사항으로 규정하고 있다. 그렇다면 근로기준법 제31조 제3항이 규정하는 해고협의와 근로자참여및협력증진에관한법률 제19조가 규정하는 고용조정의 일반원칙에 관한 노사협의 양자는 어떤 관계에 있는가? 판례는 노사협의회를 통한 해고협의의 정당성을

이 확정된 사실관계 및 기록에 의하면, △△회사는 원심 판시와 같은 경영상의 이유로 정리해고를 실시하기로 하고, 노동조합에 정리해고계획을 통보하면서 해고를 피하기 위한 대책과 해고대상자의 선정 기준 등을 제시하고 이에 대한 협의를 요청하였으나, 노동조합은 남아도는 인력에 대한 대책을 마련한다는 점에 대하여는 상당 부분 공감하면서도 △△ 등 노동계의 방침에 따라 정리해고 자체를 전혀 수용할 수 없다고 하면서 단체협약에 대한 보충교섭을 요구하여 결국 이 사건 쟁의행위에 이르렀음을 알 수 있고, 위와 같이 정리해고 자체를 전혀 수용할 수 없다는 노동조합의 주장은 사용자의 정리해고에 관한 권한 자체를 전면적으로 부정하는 것으로서 사용자의 경영권을 본질적으로 침해하는 내용이라고 할 것이므로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 이 주장의 관철을 목적으로 한 이 사건 쟁의행위는 그 목적에 있어서 정당하다고 할 수 없다.]

59) 김형배, 『근로기준법』, 2001, pp.712-714.

인정함으로써⁶⁰⁾ 근로기준법이 규정하는 해고협의회와 노사협의법이 규정하는 고용조정 일반원칙에 관한 노사협의를 동일한 것으로 파악하고 있는 듯하다. 노사협의회 근로자 대표위원은 근로자 과반수로 조직된 노조의 경우 노조대표자와 노동조합이 위촉한 자(제6조 제2항), 과반수 노조가 조직되어 있지 않는 경우에는 근로자의 직접·비밀·무기명투표에 의해 선출된 자(참여및협력법 시행령 제3조 제1항)로 구성되기 때문에 노사협의회를 통한 해고협회의 정당성을 인정하는 판례의 입장이 그릇된 것이라고 보기는 어렵다. 그렇지만 근로기준법상의 해고협의회와 근로자참여및협력증진에관한법률상의 고용조정 일반원칙협회는 협의의 성격을 달리하는 것으로 파악되어야 한다고 생각한다. 후자는 감원계획뿐만 아니라 감원을 전제로 하지 않은 고용조정 또는 감원 이후의 인력관리계획 등을 포괄하는 것으로 볼 수 있기 때문이다. 근로자참여및협력증진에관한법률의 입법목적은 고려해 볼 때, 동법 제19조가 규정하는 고용조정의 일반원칙에 관한 노사협회는 근로자의 고용 및 근로조건에 중대한 영향을 미칠 수 있는 경영계획 원칙일반에 대한 사용자의 정보제공 및 협의를 의미하는 것으로 해석할 수 있다. 따라서 근로자참여및협력증진에관한법률상의 고용조정 일반원칙에 관한 협의는 원칙적으로 근로기준법상의 해고협회의에 앞서서 이루어져야 할 협의절차의 단계에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다.⁶¹⁾

따라서 기업가의 결단의 자유를 일정 정도 제한하는 해고회피수단과 선발기준에 관한 근로자대표와의 사전협회는 아직 근로자참여및협력증진에관한법률에 규정되어 있지 않고 근로기준법(제31조 3항)에 규정되어 법체계상 맞지 않고 있으며, 이러한 범형식으로 말미암아 위에서 본 바와 같이 사전협의를 「단체교섭」으로 오해하는 사태까지 발생되어 불필요한 분쟁이 일어나고 있는 것이다. 그러므로 이러한 문제를 해결하기 위해서는 근로기준법 제32조 3항의 사전협의조항은 근로자참여및협력증진에관한법률 내에서

60) 대판 1997.9.5. 96누8031; 서울고판 2000.3.29, 99누5216. 후자의 판결에 의하면, “회사가 근로자를 해고하기 이전에 노사협의회를 개최하여 인원감축의 규모와 원칙적인 기준을 합의하여 결정하였고 노사협의회에 참석한 근로자대표들도 회사의 경영상태 악화를 인식하여 전원이 인원감축방안에 찬성하였다면 비록 회사가 근로자들과의 개별적인 사전협의를 거치지 아니하였고 근로자들이 사전에 그러한 노사협의회 개최 사실을 알지 못하였다고 하더라도 근로자측과의 성실한 사전협의를 거쳤다고 볼 수 있다”고 판시하고 있다.

61) 조용만, 앞의 논문, pp.144-145.

규정되어야 할 것이다.

(5) 소결

경영측이 경영효율을 높이기 위한 고용·인사조치를 취하는 경우 현행법리상 그것을 직접 제한하는 것은 곤란하고 또한 바람직하지도 않다. 해고(및 근로조건)의 불이익변경을 엄격히 제한하는 법리는 결국은 기업의 존속(따라서 전종업원의 고용)을 위협에 빠뜨리게 하고 거기까지는 아니더라도 다른 종업원의 고용과 근로조건에 악영향을 미칠 가능성이 높다. 또한 종업원으로서의 현재 취업하고 있는 근로자로서 종업원의 이익의 보호가 실업자의 새로운 양호한 고용을 찾아내는 것을 방해하게 될 가능성도 있다.⁶²⁾ 노동법학에서도 종업원의 이익을 다른 이해관계자의 존재도 고려한 위에 보호한다는 관점이 중요하다는 것이다.

그런데 구체적으로 어떻게 하면 좋은가? 필자는 경영측이 그 재량적 판단에 기초한 고용과 근로조건에 불이익한 영향을 미치는 결정을 하는 것 자체는 부득이하다고 생각한다. 그 위에 종업원이익의 배려는 경영측이 불이익을 회피하는 수단의 제시도 포함해 종업원의 납득을 얻는 것과 같이, 충분히 정보개시를 하고 협의를 성실히 하는 것에 의해 도모되어야 한다고 생각한다. 현행법리상은 기업의 일방적인 권한행사를 인정하는 고려방식이 강한데, 향후는 근로자의 동의를 중시하고 (사적자치원리의 존중) 자기결정을 존중하는 것이 필요하다고 생각되므로 근로자의 납득을 얻기 위한 협의절차의 중시는 이와 같은 요청에 부응한 것이다. 또한 정보제공·협의를 종업원에 있어 불이익한 경영조치의 일방적 성격을 완화시키고 분쟁의 감소에도 이바지할 것이다.

62) 八代尙宏, 앞의 책, p.91; 大竹文雄, 『雇用問題を考える』, 大阪大學出版會, p.57 이하.

2. 통상해고

(1) 능력부족의 근로자에 대한 해고의 어려움

해고제한법규 및 법리하에서도 일반론으로서는 근로자에게 능력과 적격성이 없는 것을 이유로 한 해고는 유효하다고 해석하고 있다. 그러나 실제로는 법원은 근로자에게 유리한 사정을 가능한 한 고려하기 때문에 최종적으로 해고가 유효하다고 할 가능성은 그다지 높지 않다. 판례의 경향으로서는 예를 들면 근무성적의 불량을 이유로 한 해고에 있어서도 불량의 정도가 현저하고 더욱이 향상의 가망이 없다는 사정이 없다면 당해 해고는 부당하다고 판단하고 있다. 다시 말하면 판례와 학설은 인사고과에 의한 근무성적 평가의 결과가 나쁜 경우 그 사실만으로 근로자를 해고할 수는 없으며, 근로자의 직무능력이 현저히 부족하다는 것이 객관적으로 판명되는 경우에만 당해 해고가 정당하다고 한다.⁶³⁾ 또한 근로자가 업무에 필요한 능력과 적격성을 갖추고 있음에도 불구하고 반복하여 하자있는 급부 내지 불완전한 급부를 제공하거나 또는 자신의 정상적인 작업능력을 하회하는 열등한 급부를 제공하는 경우에는 당해 해고는 정당하다고 한다.⁶⁴⁾ 이와 같은 행위는 원칙적으로 근로자의 채무불이행으로서 근로자에게 고의 또는 과실과 같은 귀책사유가 있는 경우에만 해고가 인정된다는 것이다.⁶⁵⁾ 또한 사용자에게는 광범위한 노무지휘권과 배치전환명령권이 있으므로 사용자가 취해야 할 해고회피조치의 범위는 넓어 그 때문에 「최후의 수단」인 해고는 간단히 유효하다고 판단하기는 어렵다는 사정도 있다. 다시 말하면 일반적으로 해고는 능력부족과 적격성 결여를 이유로 이루어지는데 장기고용형의 포괄적 계약하에서는 이러한 점이 해고의 정당성에 직결되는 것이 아니라 직종전환과 충분한 교육 등에 의한 회피노력이 정당성요건으로 해석된다.⁶⁶⁾ 반대

63) 김형배, 『근로기준법』, 2001, p.684; 회사가 근무성적불량인 근로자에 대해서 여러 차례 경고를 하였음에도 불구하고 변화가 없어 회사 타사업소에 전보발령하였으나 여전히 근무성적이 불량하기 때문에 능력부족을 이유로 해고한 것은 정당한 이유가 있다고 한 판례가 있다(서울민지판 1990.4.12, 89가합33263).

64) 대판 1968.11.5, 68다1619; 대판 1977.3.22, 74다1403; 대판 1987.4.14, 86다카1875.

65) Hueck/v. Hoyningungen-Huene, a.a.O., Rn.279 zu §1; Stahlhacke/Preis, a.a.O., Rn.680.

66) 왜냐하면 근로자의 직무능력의 결여가 일정기간의 훈련이나 합리적인 기회의 부여 등으로 극복될 수 있는 것이라고 하면 사용자는 근로계약상의 배려의무상 근로자를 해고할 수 없기 때문이라는 것이다. 그러므로 새로운 작업방법을 도입한 경우 근로자에게 충분한 훈련기간을 주어야 하며, 그럼에도 불구하고 성과가 없는 경우에만 해고할 수 있다고 한다(김소영, 「해고사유에 관한 연구」, 고려대학교 박사

로 근로자의 전문적 능력에 착안하여 직종을 특정하여 채용된 경우에는 배치전환권이 제한되는 반면에 능력부족을 이유로 한 해고는 인정하기 쉽다. 다시 말하면 특수한 기능을 요하는 근로의 제공을 근로계약으로 약정한 경우에 근로자가 그 기능을 제대로 발휘하지 못한 때에는 사용자는 근로계약을 해지할 수 있다(민법 제658조 2항).⁶⁷⁾

(2) 능력부족의 근로자에 대한 해고·근로조건변경

: 변경해약고지제도의 도입을 제안하며

그러나 오늘날 기업들은 연봉제와 같은 능력주의형임금제도를 채택하는 것이 보편화되고 있다. 능력주의형임금제도하에서 근로자의 능력·성과가 객관적으로 파악되게 되면, 능력부족·결여를 이유로 한 해고는 종래보다 쉽게 인정될 것이다.⁶⁸⁾

또한 기업으로서는 능력부족의 근로자의 임금을 탄력적으로 인하할 수 있다면, 해고라는 수단을 취할 필요성은 그만큼 감소한다. 그러나 직능자격급제에 있어서는 이제까지 연공서열적 운용이 이루어진 것도 있고 자격의 인하는 특별한 근로계약상의 근거가 없다면 인정되지 않으며 또한 이와 같은 근거를 새롭게 취업규칙의 변경에 의해 신설하는 경우에는 취업규칙의 불이익변경으로 되어 근로자집단의 동의가 필요하게 된다(근기법 제97조 1항 단서 참고). 그리고 근로자를 낮은 지위의 직종으로 이동시키는 경우에도 임금의 변경이 당연히 가능한 것은 아니다. 이처럼 현행법상 임금을 근로자의 능력과 생산성에 대응해 탄력적으로 변경하는 것에 대한 법적인 제약은 적지 않다 할 것이다.

향후는 취업규칙에 의한 성과주의형임금의 집단적인 도입만이 아니라 개별계약에 있어서 일정기간 내에 일정한 성과를 거두는 것을 합의한 위에 이러한 조건이 성취되지 않은 경우에는 변경해약고지(Änderungskündigung⁶⁹⁾)에 의해 임금의 변경을 한다는(변경을

학위논문, 1991.12, p.49; 1970.11.13, 기준 1455.9-10754; LAG 20.12, 1962, DB 1963,52).

67) 일본의 판례도 지위와 직종을 특정하여 중도채용된 근로자의 능력부족을 이유로 한 해고에 대해서는 당해 지위에서 요구되는 적격성의 결여의 입증에 의해 해고를 유효하다고 판단하고 있다(東京高判 昭和 59년 3월 30일 勞判 437호 p.41 참고).

68) 동지 : 土田道夫, 『變容する労働市場と法』, 『現代の法 12권』, 1998.2, p.69.

69) 변경해약고지제도란 사용자가 근로관계의 해지와 함께 변경된 근로조건の内容으로 근로관계를 존속시키고자 하는 청약을 하고, 만약 이를 근로자가 거부하는 경우에는 근로관계가 해지되도록 하는 제도이다. 원래 해고는 조건부로 할 수 없는 것이 원칙이나 변경해약고지는 그 예외를 이루는 것으로서, 그 조건성취 여부가 근로자의 의사에 달려 있기 때문에 근로자가 변경청약을 승낙하면 해고는 허용되지 않는다.

거부한 경우에는 해고한다) 방법이 도입되어야 한다.⁷⁰⁾⁷¹⁾ 생각건대 변경해약고지에 있어서는 사용자로부터의 정보제공과 협의절차를 거치는 것이 필수불가결한 요건이라고 판단되며 이 협의단계에서 실질적으로 새로운 임금교섭이 행해지게 된다.⁷²⁾ 다시 말하면 변경신청에 대한 근로자의 동의와 (변경해약고지에서) 해고될 것을 각오한 변경의 거부가 근로자의 합리적인 선택이라는 것이 담보되기 위해서는, 사용자로서는 근로자에 대해서 변경필요성과 변경에 수반하는 불이익에 대해서 충분한 정보개시를 함으로써 설득할 것이 요구된다.⁷³⁾ 마찬가지로 정보제공은 개별적인 근로조건결정 문맥에서도 타당할 수 있다.⁷⁴⁾ 이와 같은 사용자의 일종의 정보제공의무는 신의칙을 근거로 해석론 차원에서 대처하는 것도 가능하지만, 사법적 규제의 일환으로서 일정한 중요사항에 대해서 문서에 의한 설명의무와 같은 형식으로 법률에서 명문화하는 것도 고려될 수 있다.

3. 부당해고의 효과 및 구제수단에 관한 실효성 확보

(1) 문제의 제기

우리나라의 부당해고에 관한 사법적 구제는 정당한 이유 없는 해고는 당연히 무효이

-
- 70) 김형배, 「긴박한 경영상의 필요에 의한 해고와 사법적 심사」, 『계간 조정과 심판』 창간호, 2000 참고.
- 71) 이에 대하여 노사관계제도선진화연구위원회의 『노사관계법·제도 선진화 방안』(2003.11)에서는 「변경해지제도는 근로계약관계에서의 사정변경 원칙의 구체화라는 측면에서 이론적 타당성이나 현실적 유용성을 인정할 수는 있으나, 노사관계가 성숙되지 않는 상태에서 변경해지제도를 도입할 경우 사용자가 해고를 용이하게 하거나 근로조건을 부당하게 저하시키는 수단으로 악용할 수 있으며, 우리나라의 경우 근로조건이 취업규칙이나 단체협약에 의하여 집단적으로 규율되고 있으므로 동 제도와 법률적 상충문제를 해결하기에도 쉽지 않다. 따라서 단기간 내에 동 제도를 도입하는 것은 현실적으로 어렵다고 보며, 앞으로 노사관계의 성숙정도와 근로조건 규율체계의 변화추이 등을 충분히 감안하여 장기과제로 검토해 나가는 것이 바람직하다」고 함으로써 변경해약고지제도의 도입을 유보하고 있다.
- 72) 大内 伸哉, 「變更解約告知」, 日本労働法學會 編 『講座 21世紀の労働法・제3권』, 2000, pp.77-78.
- 73) 충분한 정보제공이 이루어지지 않았다면 동기의 착오로써 변경에 대한 동기가 취소될 여지가 있다. 다만, 동기의 착오의 경우에는 동기가 상대방에게 표시되어 의사표시의 내용으로 되었다는 것이 취소요건이다. 그 때문에 실제 「묵시의 표시」가 인정될 것인가의 여부가 문제된다(일본의 재판례로서 大阪高判 平成 10년 7월 22일, 勞判 748호 p.98). 사건으로는 변경해약고지에서 해고의 유효요건으로서 이러한 설득교섭의무가 있다고 생각한다. 더욱이 이의 없는 계속취업에서 묵시의 승낙을 인정한 경우에도 이러한 설득교섭이 충분히 행하여졌는지의 여부가 고려되어야 한다고 판단한다.
- 74) 연봉제에 대해서 예를 들면, 石井保雄, 「最近の賃金處遇の動向と人事考課めぐる法的問題」, 『日本労働法學會誌』 89호, 1997, p.89.

기 때문에(근기법상의 별칙(제110조)이 적용되는 것은 물론이다) 근로관계가 그대로 유지되는 것을 전제로 한다. 따라서 부당해고된 근로자는 법원에 대하여 주로 해고가 위법하여 무효라는 확인을 구함과 동시에 부당해고된 기간 동안의 임금 또는 임금에 상당한 금액의 지급을 구하는 것이 보통이다.

그러나 이러한 구제수단의 단순성은 구체적인 사안에 따른 합리적 구제수단의 선택에 어려움을 주고 있다. 다시 말하면 부당해고에 대한 구제수단으로 원직복귀를 전제로 하여 해고에 대한 법적 효과를 부인하는 것은 해고근로자뿐만 아니라 해고권자인 사용자에 있어서도 비효율적인 경우가 있을 수 있다. 부당해고에 대한 구제기능은 일단 해고를 둘러싸고 법적 분쟁이 발생한 경우 소송당사자들의 의사를 존중하여 실효성이 있는 분쟁해결을 하는 것이 당연하기 때문이다.⁷⁵⁾ 예를 들어, 해고를 다투는 과정에서 이미 노사간의 갈등이 심화되어 신뢰관계의 회복이 불가능하게 되어 버린 경우, 또는 해고소송이 장기화되면서 해고근로자가 재취업을 하였거나 해고로 인한 공백으로 인하여 원직복귀를 하더라도 이미 업무수행능력이 현저히 저하되어 정상적인 직장생활이 불가능한 경우에는 원직복귀를 전제로 하여 부당해고를 법적으로 무효로 하기보다는 당해 해고근로자를 해고되기 이전과는 다른 근로조건으로 재고용하거나 고용관계의 해지를 전제로 하는 금전적 해결방법도 사법적 구제방법의 한 형태로 고려할 수도 있다.⁷⁶⁾

(2) 입법론적 제안

1) 손해배상과 같은 구제를 통한 구제수단의 다양화를 제안하며

부당해고의 구제와 관련된 기본적인 소송형태는 민사소송으로서의 해고무효확인과 미불임금의 지급을 구하는 소송이며, 해고가 무효가 된 때에는 그동안 피해고자의 근로자로서의 지위는 계속되고 있었던 것이 되고, 근로자가 그동안에 근로의 제공을 하지 못한 것은 사용자의 귀책사유로 인한 것이므로 근로자는 민법 제538조 1항에 의하여 계

75) 이정, 「부당해고에 대한 사법구제 및 법적 효력」, 『노동법학』 제13호, 2001, p.39.

76) 이정, 앞의 논문, p.40. 이정 교수는 「최근 들어 기업에 대한 구조조정과 노동시장의 유연성이 절실히 요구되고 있는 한국의 현실을 감안할 때, 부당·위법한 해고에 대한 예방적 기능도 물론 중요하지만, 노동관계로부터 필연적으로 발생하는 해고분쟁이 효율적으로 해결될 수 있도록 해고의 사안에 따라 그 구제방법을 다양화하는 등 해고분쟁에 대한 구제적 기능도 강화할 필요가 있다」고 한다(앞의 논문, p.66).

속 근로하였을 경우에 받을 수 있었던 임금의 지급을 청구할 수 있다.⁷⁷⁾ 그리고 근로자가 해고무효확인소송으로 다투고 있는 한 실제로는 승소 후 직장에 돌아갈 의사를 가지고 있지 않아도 미불임금지급청구권으로 해고구제가 종료되지 않는다. 이것은 다른 선진국가가 주로 금전배상에 의해 유연한 해고구제를 도모하고 있는 것과 비교해 사용자에게 엄격한 처리라고 할 것이다.

한국에서도 손해배상에 의한 구제가 이루어질 수 없는 것은 아니지만 그것은 역시 부차적인 지위에 머무르고 있다. 판례는 종래부터 사용자의 해고권남용이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에 있어서는 그 해고가 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위의 성립을 인정하고 있다.⁷⁸⁾ 그러나 많은 사건은 해고무효구성에 의한 지위확인·임금지급판결에 덧붙여 위자료가 인정되는가의 여부문제이다. 이 경우 판례는 해고무효를 전제로 해서 정신적인 손해로서 근로자의 위자료청구를 인정한다. 그러나 그 액의 결정에 있어 종래의 판례로부터 일정한 기준을 도출하기는 극히 곤란하다. 또한 근로자의 장래의 일실회의 배상 등은 인정되지 않는다. 현행법의 해석론상 이유 없이 해고되어 고용계약상의 지위를 주장하지 않은 채(해고무효확인의 소를 제기하지 않은 경우) 해고 후 타사에 취직한 근로자가 임금 등 일실회의에 대한 배상청구를 하는 경우, 부당해고가 무효인 경우 제538조 1항에 기한 임금청구권이 존재하는 것으로 얻어지는 임금은 손해가 아니고 근로자가 다른 곳에 취직하면 기존의 근로관계의 존속을 전제로 하는 임금청구권 자체가 발생하지 않으므로 법원은 당연히 기간판결을 내릴 것이다.⁷⁹⁾

그러나 다음과 같은 이유에서 일실회의를 포함한 손해배상법리를 확립할 필요가 있다고 생각된다. 첫째, 오늘날에는 복직을 고려하지 않는 근로자가 많이 있다. 우선 장기고용을 전제로 하지 않은 계약사원, 파트타임근로자, 정년 후의 축탁 등의 근로자가 증가하고 있다. 이러한 근로자는 원래 직장에 복직할 이익이 없고 오히려 금전적 보상을 중심으로 고려하고 있다. 다음으로 장기고용을 전제로 한 자에게도 일단 이러한 신뢰관

77) 이 경우 판례에 따르면 근로자가 다른 데에 고용되어 얻은 수입은 중간수입으로서 미지급임금에서 공제되지만 근기법 제45조에 기초해 근로자는 평균임금의 70%까지는 소급임금의 지급이 확보된다고 해석되고 있다(김형배, 『근로기준법』, 2001, p.728 이하 참고).

78) 대판 1999.2.23, 98다12157 등 다수.

79) 동지 : 吉村事件·東京地判 平成4·9·28 勞判 617호, p.22.

계하에서 복직을 달성하는 것은 용이하지 않아 실제로 가능한 만큼 많은 back pay를 요구하는 편법으로서 해고무효확인확인소송을 하는 예가 많다. 그러나 현재 손해배상에서는 통상 저액의 위자료밖에 소구할 수 없다.

둘째, 노사의 미묘한 이익조정이 가능하다는 것이다. 해고무효확인소송은 all or nothing의 구제방법으로서 이익조정에 적합하지 않는 경우가 많다. 판례의 태도⁸⁰⁾에 따르면 취업규칙에서 정한 징계위원회절차 등을 위반하면 해고가 무효가 되는데, 이러한 절차위반 해고는 중대한 하자라고 할 수 없으므로 오히려 해고무효보다도 당해 해고를 위법한 것으로 보아 손해배상을 인정할 여지가 있는 경우도 많을 것이다. 또한 근로자의 비행행위가 징계해고에 상당하지 않다고 해도 근로자의 중대한 흠결도 존재하는 경우 징계해고를 위법한 것으로 해서 과실상계법리를 적용해 손해배상액을 조정하는 것에 의해 타당한 처리가 가능하다고 생각된다.⁸¹⁾

따라서 부당한 해고가 단순하게 일률적으로 무효로 되어야 한다는 이론적 필연성은 없다고 생각되며 해고무효라는 단순화구도는 종래의 종신고용관행하에서 근로자에게 유리한 구제를 제공하는 것으로 인정된 것에 지나지 않으므로 근로자가 자의로 손해배상을 청구하는 것을 부정할 이유는 되지 않는다고 판단된다. 또한 해고를 일방적으로 그리고 확정적으로 계약관계를 종료시키는 것으로 취급하여 다른 곳에 취직한 경우에도 위법한 해고가 없었다면 얻을 수 있었던 임금 등의 상실분과 해고의 인과관계를 부정하는 것은 불합리하다. 그렇다면 결국 구제수단에 대해 근로자의 선택을 인정하는 이러한 구상이 반드시 특이한 것이라고 말할 수 없을 것이다.

2) 구체적 제안

위에서 본 바와 같이 해고무효 → 원직복귀라고 하는 일률적 사법구제보다는 근로관계를 종료시키고 적절한 금전배상을 하게 하는 것이 바람직하다고 할 때, 그 구체적인 방안은 어떻게 해야 할 것인가가 문제된다.

우리나라와 마찬가지로 부당해고에 대한 사법적 구제로서 해고무효 → 원직복귀라고 하는 단순한 구제수단을 채택하고 있는 일본의 경우 경제학 및 법학 분야의 일부 학자들은 다음과 같은 구체적 제안을 제시하고 있다. 경제학분야에서는 해고규제의 완화로

80) 대판 1991.7.9, 90다8077 등 다수.

81) 小宮文人, 「解雇制限法」, 『日本労働研究雑誌』 446호, 1997.7, pp.28-30 참고.

서 현재의 <해고무효=원직복귀>의 처리를 바꾸어서 해고유효를 전제로 한 경제적 보상과 재취직지원조치로 이행하여야 한다는 제안이 있으며,⁸²⁾ 또한 노동법학상도 해고무효의 처리가 all or nothing적 처리로 되는 점과 경제적 보상을 얻고 전직을 바라는 근로자의 요구를 고려해서 해고위법의 처리(손해배상에 의한 처리)를 주장하는 견해가 있고,⁸³⁾ 해고무효→원직복귀라는 구제를 원칙으로 하면서 보조적으로 금전적 해결이나 재고용 등의 구제방법을 채용하자는 견해도 있다.⁸⁴⁾ 우리나라의 경우도 차별적 해고나 부당노동행위에 의한 해고 등 “공서양속위반”의 성격이 강하거나 또는 부당하게 해고된 근로자를 원직에 복귀시키지 않는 한 사후적 구제로서 의미를 상실해 버릴 우려가 있는 경우에는 부당해고를 무효로 하여 원직에 복귀시키는 것을 원칙으로 하면서, 단순한 절차위반과 같은 이른바 “신의칙위반”의 성격이 강하거나 또는 해고무효로 인한 원상복귀가 사실상 어렵거나 현실적으로 무의미한 경우에는 손해배상이나 재고용 등의 구제방법도 검토할 필요가 있다는 견해가 있다.⁸⁵⁾

판단컨대 프랑스, 영국, 미국과 같이 해고무효→원직복직과 손해배상(해고위법→경제적 보상)을 병렬적으로 대등하게 부당해고의 구제수단으로 우리 해고관련구제법제에 규정하는 것은 장기적으로는 가능할지 모르지만 아직은 문제가 있다고 생각된다. 왜냐하면 손해배상만으로도 부당해고당한 근로자를 구제하는 것이 충분하다고 하면, 사용자는 부당노동행위로서의 해고 등 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 해고(사용자의 악의적인 해고)를 단행하고도 일실이익 정도의 손해만을 배상함으로써 당해 근로자의 근로관계를 종료시키고자 할 수 있기 때문이다. 다시 말하면 부당노동행위로서의 해고 등과 같은 악의적 해고를 통하여 헌법상 보장된 근로3권을 침해하는 행태로까지 나아갈 수 있는 것이다. 따라서 단기적으로는 해고제한규정을 위반한 부당해고는 원칙적으로 무효로 하고(해고구제의 일차적 규칙), 다만 동시에 근로자가 손해배상이라는 경제적 보상으로서의 처리를 희망한다면 그렇게 하도록 하는 구제방식을 채택하는 것이다(해고구제의 이차적 규칙).⁸⁶⁾ 이 경우 「해고제한원리(고용보장원리)」라

82) 八代尙宏, 앞의 책, p.92.

83) 小宮文人, 앞의 논문, 1997, p.28 이하.

84) 小西國右, 『解雇と労働關係の終了』, 有斐閣, 1995, p.53 이하; 唐津博, 「長期雇用慣行の變容と労働契約法理の可能性」, 『日本労働法學會誌』 제87호, 1996, p.115 이하.

85) 이정, 앞의 논문, p.65.

는 법규범이 「근로자의 자기결정」이라는 다른 법규범에 의해 상대화되게 된다.⁸⁷⁾ 구체적으로는 해고소송에서 해고의 구체수단(해고무효→복직인가? 해고위법→경제적 보상인가?)에 관한 근로자의 선택권을 인정해야 할 것이다.⁸⁸⁾ 이것이 「자기결정」이 개입된 해고규제의 완화로 직결되는 것이다.

IV. 결론에 갈음하여

위에서 필자는 해고규제완화의 필요성 및 해고규제완화에 관한 구체적인 해석론적·입법론적 과제를 살펴보았다.

생각건대 노사관계의 개별적 구성단위인 근로계약관계를 살펴볼 때에 개인 근로자의 채용·배치·해고는 노동의 생산성과 관련해서 매우 중요시되지 않으면 안 된다. 그러나 이러한 측면에 있어서도 구체적 취업실태와 관련해서 개인 근로자의 노동에 대한 적응능력은 만족스러운 상태에 있지 못한 것이 우리의 현실이다. 노동관계법이 이와 같은 상황에 대하여 어느 정도의 부정적 요소로서 작용하고 있는지는 보다 구체적 연구를 해 보아야 할 일이지만, 적어도 기업주체의 자주적 결정Selbstbestimmung을 제약하고 있음을

86) 『노사관계법·제도 선진화 방안』에서는 「부당해고임을 전제로 노사당사자의 신청에 의하여 법원에서 보상금을 지급하고 고용관계를 종료할 수 있도록 하는 금전보상제를 도입하는 방안이 검토될 수 있다. 금전보상은 부당해고에 대한 구체방식의 다양화라는 측면에서 부당해고구제제도를 보완하기 위한 것이므로, 사용자가 신청할 경우에는 사회통념상 근로관계 존속을 기대할 수 없는 경우에만 허용하도록 하는 점과, 근로자가 신청할 경우에는 부당해고에 따른 손해배상의 성질을 가지므로 폭넓게 허용하는 방안이 검토될 수 있을 것이다」라고 함으로써 필자와 유사한 견해를 취하고 있다.

87) 본문의 서술을 부연하면 본래 이 글의 해석 - 근로계약의 해소규제(해고무효)를 일차적 물로 경제적 보상과 재취직지원조치에 의한 처리(해고위법)를 이차적 물로 위치하게 한다. - 에 대해서는 근로자의 생애소득이 동일한 한 어느 기업에서 근무해도 만족도는 당연히 동일하므로 경제합리성을 결여한다는 비판이 고려된다. 그러나 해고는 임금상실이라는 경제적불이익만이 아니라 정신적불이익(본문에서 서술한 자기실현의 기회의 상실에 더해 종래의 직장·기업·인간관계에 대한 상실을 포함한다)을 수반한 조치이므로 이러한 불이익은 경제적보상으로 커버될 수 없다. 이러한 의미에서 근로계약의 해소규제를 일차적 물로 하는 해석은 경제합리성은 어쨌든 법적정당성을 가지는 것이므로 지지된다. 다만 해고분쟁은 다양하므로 근로자가 해고위법에 의한 처리를 희망하는 경우에게까지 이것을 부정할 필요는 없다.

88) 동지 : 土田道夫=和田, 「雇用の變化と労働法(2)」, 『法學教室』 242호, 2000, p.148.

부인할 수는 없을 것이다. 이것은 노·사의 관계에서뿐만 아니라, 근로자와 근로자 사이의 관계에 있어서도 마찬가지이다. 예컨대 연공서열제(年功序列制), 근속연한에 따른 승급제(昇給制) 등은 기업운영에 있어서 정체적 영향을 가져올 수 있다. 여기서 우리는 노동법이 시장경제체제하에서 요청되는 경쟁력의 강화와 긴장관계에 있음을 알 수 있다. 그러나 적어도 기업의 경쟁력을 강화하기 위해서는 기업단위의 자치능력을 확보해 줄 수 있는 가능성을 모색해야 하는 동시에, 사용자와 근로자 사이의 개별적 근로관계의 차원에서 보다 폭넓은 계약의 자유(Vertragsfreiheit)를 확보해 주어야 할 것이다. 바로 여기서 문제되는 것이 노동법(특히 근로기준법)의 경직된 규정의 완화(Deregulierung) 문제이다.⁸⁹⁾

그러나 노동법이 이와 같이 규제완화·유연화에 맞추어 재구성될 필요가 있다고 하여도, 노동법의 일차적 목적인 근로자보호원칙을 부인한다는 의미는 아니다.

다만 근로자보호원칙은 노동시장에서 종속되어 있는 근로자의 교섭력의 균형을 확보하는 것을 일차적 임무로 하고, 일단 양 당사자 사이에 교섭력이 균형(Symetrie)을 이루면 경쟁원리에 따라 근로조건이 형성되어야 한다는 점에 의미를 두어야 한다고 생각한다.⁹⁰⁾ 노동법의 근로자보호의 관념은 교섭력의 불균형을 역전시켜 근로자가 우위에 서도록 하는 원칙을 의미하는 것은 아니기 때문이다. 즉 노동시장에서 근로자 보호원칙을 포기해서는 안 되지만, 근로자보호 원칙이 노동시장을 전단적으로 지배할 수는 없다. 오히려 보호원칙의 궁극적 목표는 노동시장에서 근로자가 자유롭게 경쟁하여 근로계약을 체결할 수 있는 조건을 형성하는 데 그 기능의 초점을 두어야 하기 때문에 보호원칙은 자유노동시장질서 형성을 위한 선결과제로서 의미를 갖는다.

89) 김형배, 「현대적 노사관계와 노동법의 개정」, 『법학논집』 제33집, 고려대학교 법학연구소, 1997, pp.9-10.

90) 이와 같은 의미에서 Gast, *Das Arbeitsvertrag als Vertragsrecht*, 1984, S.39는 협약을 체결할 수 있는 집단자율을 인정하는 궁극적 목적도 근로자가 개별계약을 체결할 수 있는 힘을 복원하는 것이라고 한다.

참고문헌

- 김대일, 「효율적인 노사관계구축을 위한 정부기능의 재정립」, 『Vision 2001 Project 중간 보고서』, 한국개발연구원, 2001.9.3.
- 김소영, 『해고사유에 관한 연구』, 고려대학교 박사학위논문, 1991.12.
- _____, 「합리적이고 공정한 정리해고대상자 선별기준의 판단」, 『노동법률』, 1996.3.
- 김유성, 「정리해고에 관한 소고」, 『서울대 법학』 25권 2, 3호, 1984.
- 김지형, 「노동쟁송과 판례연구(상)」, 『인권과 정의』 318호, 2003.2.
- 김형배, 「긴박한 경영상의 필요에 의한 해고와 사법적 심사」, 『계간 조정과 심판』 창간호, 2000.3.
- _____, 『노동법』, 박영사, 2002.
- _____, 『근로기준법』, 박영사, 2001.
- _____, 「현대적 노사관계와 노동법의 개정」, 『법학논집』 제33집, 고려대학교 법학연구소, 1997.
- 노사관계제도선진화연구회, 『노사관계법·제도 선진화 방안』, 2003.11.
- 박상필, 『한국노동법』, 대왕사, 1989.
- 오창수, 「정리해고의 유효요건」, 『관례월보』 229호, 1989.
- 이병희, 「청년실업과 경력형성」, 『2001년도 한국노사관계학회 춘계학술대회 발표논문집』, 2001.6.15.
- 이상호, 「한국노동패널 5차년도 조사의 비정규직 규모와 실태」, 『KLIPS Research Brief』, 2003.
- 이 정, 「부당해고에 대한 사법구제 및 법적 효력」, 『노동법학』 제13호, 2001.
- 임종률, 『노동법』, 박영사, 2000.
- 조용만, 「경영상 해고에 대한 규제와 한계」, 『노동법학』 제14호, 2002.6.
- 조준모, 「비정규직 노동계약과 고용보호의 딜레마」, 『노동정책연구』 창간호, 2001.
- 하경호, 「기업구조조정과 근로자해고의 문제」, 『비교사법』 제6권 2호, 1999.12.
- 한국노동연구원, 『매월노동동향』, 2001.12.
- _____, 『2002KLI노동통계』, 2001.4.

- 菅野和夫・諏訪康雄, 「労働市場の變化と労働法の課題」, 『日本労働研究雑誌』 418호, 1994.12.
- 唐津博, 「長期雇用慣行の變容と労働契約法理の可能性」, 『日本労働法學會誌』 87호, 1996.
- 大内伸哉, 「労働保護法の展望」, 『日本労働研究雑誌』 470호, 1999.
- _____, 「變理解約告知」, 日本労働法學會 編 『講座 21世紀の労働法・제3권』, 2000.
- 大竹文雄, 『雇用問題を考える』, 大阪大學出版會, 2001.3.
- 小宮文人, 「解雇制限法」, 『日本労働研究雑誌』 446호, 1997.7.
- 小西國右, 『解雇と労働關係の終了』, 有斐閣, 1995.
- 土田道夫, 「變容する労働市場と法」, 『現代の法』 12卷, 岩波書店, 1998.
- _____, 「解雇權濫用法理の法的正當性」, 『日本労働研究雑誌』 491호, 2001.6.
- 八代尙宏, 『雇用改革の時代』, 中央公論社, 1999.12.
- _____, 「雇用形態の多様化に對應した規制改革へ」, 『季刊 労働法』 200호, 2002.

- Deregulierungskommission(Unabhängige Expertenkommission zum Abbau marktwidriger Regulierungen), *Marktöffnung und Wettbewerb*, 1991.
- Europäischer Kommission(Generaldirektion Beschäftigung, Arbeitsbeziehungen und soziale Angelegenheiten Referat V/D.2), *Veränderung der Arbeit und Wandel des Arbeitsrechts in Europa(Schlußbericht)*, 1998.6.
- Hueck, v.Hoyningen-Huene, *Kündigungsschutzgesetz*, 11.Aufl., 1992.
- Konzen, “Vom “Neuen Kurs” zur sozialen Marktwirtschaft,” *ZfA* 1991.
- Leinemann(Hrsg.), *Kasselerhandbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. I., 1997.
- Lindbeck and Snower, “Insider versus Outsiders,” *Journal of Economic Perspectives* 15(1), 2001.
- OECD, *Employment Outlook*, 1999.6.
- Rüthers, “Funktionswandel des Arbeitsrechts,” *ZfA* 1988.
- Schwab, Thomas, “Realizing Corporate Governance: Shareholder Activism By Labor Unions,” *Michigan Law Review* 96, 1998.

Stahlhacke, Preis, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, 5.Aufl., 1991.

Zöllner, "Flexibilisierung des Arbeitsrechts," *ZfA* 1988.

K C I

A Study on the Deregulation of the Employee Dismissal

Kim Hee-Sung

To comply with the era of the digital economy, labour law should be more flexible and support the productivity and competitiveness of the enterprise. Rather than thought of one-sided protection for employees, only labour law that respects the orders of competition and coincides with the orders of the market economy can contribute to job creation and unemployment reduction. Therefore, this new labour law can promote efficiency and equity and at the same time, adjust the relationships between employers: employers and employees; and the employed(insiders) and the unemployed(outsiders). Especially, considering the economic efficiency, uniform and strict regulation of the employee dismissal should be lessened. And from now on, in the standpoint of the corporation, legal principle of the employee dismissal regulation should be changed.

In a broad sense, the employment is created by outside of corporation even if there is a limit on the assumption of corporation. The theory of corporate governance as take a serious view of stock holder's interest is a potential of change taken notice of importance in a outside corporation employment.

Key words : competitiveness of the enterprise. deregulation of the employee dismissal, corporate governance, stock holder's interest