

규제연구 제24권 제1호 2015년 6월

## 해고법제의 개선방향

김희성\*

해고법제의 개선방향으로는 노동시장의 유연성을 제고하면서 비정규직 근로자의 고용안정과 근로조건 보호를 조화시키는 것으로서 특히 정규직 근로자의 개별해고의 규제에 대한 개선이 바람직한 방향이 될 것이다.

구체적으로는 시장 환경이 점차 경쟁적으로 변화함에 따라 업무 부적격자 등 저성과자에 대한 통상해고 필요성이 점차 증가하고 있는 바, 정부 차원에서 통상해고의 유형과 정당성이 인정될 수 있는 개괄적인 범위에 대한 지침(가이드라인)을 마련함으로써 불확실성을 완화하여 기업이 통상해고를 활용할 수 있는 길을 넓혀 주는 조치가 필요할 것이다. 특히 이러한 지침 내지 가이드라인은 법원이 저성과자에 대한 해고문제를 판단함에 있어 유용한 참고가 될 것이다. 따라서 통상해고의 일신상의 사유 안에 예를 들어 '1) 기업 경영에 중대한 지장 또는 손해를 발생시킬 위험이 있는 정도의 적격성(직무수행능력, 근무태도나 협조성을 포함하여) 불량이 존재하고, 또한 2) 그 시정을 위한 주의, 지도, 교육 및 적절한 배치전환을 시행해도 개선 기미가 없는 경우' 등을 예시하는 방식으로 가이드라인을 정하는 것도 생각해 볼 수 있다.

그리고 고용제도의 적정한 운영과 근로자의 보호차원에서 필요한 제도이므로 변경해고(Änderungskündigung)제도를 입법화하여야 한다고 판단된다. 사용자가 일정 요건 하에서 근로관계의 존속을 전제로 근로조건을 변경시킬 수 있는 가능성을 인정하는 독일의 '변경해고제도\*'를 도입해야 한다. 특히 저성과자 즉 직무능력이 부족한 자는 일단계에서 변경해고가

\* 강원대학교 법학전문대학원 교수, 한국경제연구원 초빙연구위원(heesungk@kangwon.ac.kr)

접수일: 2015/05/06, 심사일: 2015/05/22, 게재확정일: 2015/05/22

적용되도록 하고, 받아들여지지 않는 경우 이단계로서 통상해고하도록 하는 것이 합리적이  
라 생각된다.

핵심 용어: 해고법제, 노동시장의 유연성, 개별해고, 저성과자, 통상해고, 일신상의 사유,  
변경해고

## I. 들어가며

정부는 노동시장의 개혁을 국정의 주요과제로 삼으면서 양질의 일자리 창출과 정규직과 비정규직 간 근로조건 격차 해소 등 노동시장이 안고 있는 문제를 해결하기 위하여 노동시장의 개혁을 강력하게 주문하고 있다.

이와 관련하여 특히 정부는 정규직과 비정규직의 근로조건에 차이에 따른 노동시장의 이중구조에 따른 경제적 비용 및 사회적 갈등 문제를 개선하기 위하여 비정규직 근로자의 보호를 위한 종합대책을 마련하였다. 하지만 정부의 종합대책은 결과적으로 비정규직의 범위를 과도하게 넓히고 비정규직 고용에 대한 기업의 규제만을 강화할 뿐 비정규직이 확대되고 있는 원인의 해결에는 침묵하고 있어 고용의 주체인 기업의 인력운용의 경직성이 초래될 우려가 높아 보인다. 이는 노동시장의 유연화를 제고하여 비정규직의 고용을 안정화하고 근로조건을 보호하겠다는 정부의 의지와는 정반대의 결과가 나타날 수 있다는 것을 의미한다. 즉 정부의 종합대책은 비정규직의 고용불안정에 대한 근본적인 해결보다는 기업규제를 통하여 비정규직 문제를 억제하려는 데 문제가 있다.

OECD는 우리나라의 비정규직 활용 증가원인이 정규직 과보호에 있으며 비정규직 문제의 해법은 정규직 고용시장에 대한 검토에서 시작되어야 한다는 것을 지적하고 있다. 정규직의 과보호 문제는 “고용보장”에서 시작된다고 할 것이고 이는 엄격하게 해고를 규제하고 있는 우리나라 근로기준법에서 비롯된다. 우리나라는 유럽 국가들처럼 해고자유원칙을 수정하고 실정법에 의해 해고에 정당한 이유를 요구하는 국가로 분류된다. 즉 현행 근로기준법은 「사용자는 정당한 이유 없이 해고하지 못한다」(근기법 제23조 1항)고 규정함으로써 해고를 제한하는 일반규정을 두고 있는 외에, 이와 병행해서 제24조에서는 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 것이며, 비정규근로가 확대되는 하나의 원인이 된다.

구체적으로 살펴본다면 현재 우리나라의 노동사회는 해고규제의 혜택을 받아 고용이 지속되는 *insider*(대부분이 세대주인 남성)와 유기고용·장기실업·비노동력화(비경제활동인구화)의 선택을 피할 수 없는 *outsider*(일반적으로는 여성과 청년층, 또는 고령자)가 공존하는 사회로 판단된다. ① 정규사원과 비정규근로자, ② 중·고령근로자와 청년실업자 등이 조합된 사회라 할 것이다(노동시장의 이중구조 내지 양극화).

현재 비정규근로는 노동시장의 상당부분을 점하고 있으며, 「정규직과 비정규직 양자의 임금격차는 계속」되는 것으로 나타나고 있다. 2014년 8월 말 현재 비정규직 근로자는 607만 7,000명이고, 2002년 관련 조사를 시작한 뒤 600만 명을 넘어선 것은 처음이다. 비정규직의 월 평균 임금은 정규직의 55.8%에 불과해서, 정규직과 비정규직의 임금 격차가 사회문제가 된 일본(정규직의 61.8%)보다 그 격차가 더 많이 벌어졌다.<sup>1)</sup>

세계의 노동시장 변화 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 증가하는데 기여하였다. *insider-outsider*이론에 기초하면 정규직과 비정규근로자의 임금격차가 여전하다는 것은 해고법제에 의해 보호된 정규사원의 *bargaining power*가 강하다는 것이 하나의 원인이라고 해석할 수 있다.<sup>2)</sup> 정규사

1) 2014.12.10. 중앙일보 기사

2) 경제학분야에서의 *insider-outsider*이론은 현재 노동법에 있어서도 중요한 문제로 다가오고 있다. 경제학에 있어서 인사이더-아웃사이더모형을 인용하여 노동시장에 있어서 인사이더=취업자와 아웃사이더=실업자가 노동보호법을 둘러싸고 첨예한 이해대립에 처해있는 측면을 가지고 있는 것을 노동법학도 무시해서는 안 된다는 것을 Ichino(Ichino, *Arbeitsrecht und Wirtschaftsmodelle*, RdA 1998, S.271f.)는 경고하고 있다. 고용기회와 기업의 지불능력이 일정하다면, 이를 근로자 전체에서 나누어야 하는 경우에 대량실업의 시대에서는 오로지 근로조건기준의 향상만을 지향하는 것이 正義에 해당하는 것은 아니라는 주장이다. 그는 현재의 노동법을 실제 경제상황과의 관계에서 바라볼 때, 정규직 근로자의 이기주의가 표현된 것으로서 실업자 및 비정규직근로자와의 경쟁을 완전히 무시하는 법질서로 보고 있다. Rieble 또한 현재의 노동법이 *outsider*와의 경쟁에 대해서 사실상 *insider*를 위한 방어무기를 발전시키는 경향이 있다는 점을 부인할 수 없다고 한다. 즉, 근로자보호를 위한 강행적 효력이 있는 법률규정은 정규근로자를 보호하고 실업근로자나 비정규근로자의 경쟁을 어렵게 하는 결과를 가져온다는 것이다(상세한 설명은 Rieble, *Arbeitsmarkt und Wettbewerb*, 1996, S. 27ff. 참고). 이제까지 노동법은 운 좋게 취업의 기회를 얻은 근로자만을 고려해서 실업자의 문제를 거의 고려하지 않았다는 Rütters의 지적 또한 그러하다. Rütters는 호황과 완전고용의 시대에 생성·발전한 독일노동법은 2중의 기능을 가지고 있다고 한다. 즉, 그것은 우선 무엇보다도 운이 좋은 직장보유자를 보호하지만, 동시에 실업자의 직장획득의 기회에 부정적인 영향을 미친다고 한다(Rütters, *Funktionswandel*, S.258.). 여기서 그가 염두에 두

원의 보호만을 전제로 하는 기존의 해고법제가 존속하는 가운데 비정규근로의 확대원인이 계속적으로 존재한다면, 한국의 노동시장에서는 근로계약의 해지가 용이한 값싼 비정규근로자의 증가(정규사원 비율의 감소), 정규-비정규근로자의 임금격차가 계속적으로 관찰될 것이다. 더욱이 현재 급증하고 있는 학교 졸업 미취업자를 둘러싼 청년실업자와 일단 실직한 사람의 실업기간의 장기화가 주목된다.

이것은 우리나라의 엄격한 해고규제를 전제로 한 기업의 신중한 채용태도를 반영하고 있다고 해석할 수 있다. 우리나라에서는 취직 빙하기에 취직할 수 없는 청년과 운 나쁘게 고용 조정의 대상으로 된 근로자에게는 비정규근로자로서 저임금직장에 취직하든가 장기의 실업자 내지 비경제활동인구로 전락하든가라는 양자택일을 하도록 압박받고 있는 것이다. 이처럼 정규사원 이외의 취업형태가 다양화하는 가운데 우리나라의 해고법제는 보호대상으로 되는 일부에 한정된 근로자(insider)와 보호대상 외의 그 밖의 근로자(outsider)라는 양극화를 초래하고 있다. 특히 현 시기의 큰 특징은 insider로부터 제외된 또는 처음부터 insider가 되지 않으면 outsider라는 선택지를 피할 수 없는, 고용보호법제(해고규제법제)가 제대로 적용되지 않는 근로자가 여전히 증가하고 있다는 점이다.<sup>3)</sup>

이러한 점으로 미루어 보아 우리나라의 해고법제는 기존의 사회형태뿐만 아니라 이를 전제로 확립되어 있는 사회보장·사회보험제도 등의 제도 문제 및 향후 취업형태가 더욱 다양화될 가능성도 고려하여 바람직한 해고규제(법제)의 개선방향이 검토되어야 할 시기가 도래한 것이다.

해고규제(법제)의 개선방향으로는 노동시장의 유연성을 제고하면서 비정규직 근로자의 고용안정과 근로조건 보호를 조화시키는 것, 특히 정규직 근로자의 개별해고의 규제에 대한 개선이 바람직한 방향이 될 것이다.

---

고 있는 실업자의 직장획득의 부정적 영향이란 우선 해고제한이다. 그는 구체적으로는 약물중독환자, 알콜중독환자, 만성질병자의 경우에도 그것만의 이유로는 해고할 수 없다는 판례이론을 들고 있다. 즉 이러한 사정하에서 사용자는 고용정책에 있어서 당연히 그것을 고려해 예를 들면 이미 치료한 약물중독환자의 고용을 피할 것이고 그것은 실업중인 근로자에게 불리하게 작용한다라는 점을 지적한다. 이 귀결점은 결국 해고규제의 완화로 직결되는 것이다.

3) Lindbeck and Snower("Insider versus Outsiders", Journal of Economic Perspectives 15(1), 2001, pp.165~188)는 중간정도의 경기변동이라면 해고법제는 장기적인 고용율과 실업률수준에는 큰 영향을 미치지 않을 지도 모르나 장기적이고 심각한 경기침체가 발생한 경우에는 해고규제법제에 의한 해고억제효과는 부족하고 재차 경기가 크게 후퇴하는 것을 염려하여 경기회복 후에도 기업이 채용을 꺼리므로 장기적으로 고용율이 저하할 수 있다는 가능성을 시사하고 있다.

## II. 해고법제의 구체적 개선방향

### 1. 해고사유를 중심으로 한 해고법 체계의 개편

#### (1) 배경 및 필요성

현행 해고제도가 엄격하게 규정되어 있어 노동시장 유연성 확보에 장애가 되는 것인지 아니면 해고규제의 엄격성이 노동시장의 양극화(정규직의 과보호 및 정규직과 비정규직 간의 차별 심화)에 영향을 주었는지를 살펴보기 위해서는 우선 현행 노동관계법이 해고에 대해 어떤 내용과 유형으로 그리고 그 정당성에 대해 어떻게 판단하고 있는지를 살펴보는 것이 필요하다.

우리 나라에서는 해고를 규제하는 독립적인 단행법률은 존재하고 있지 않고, 해고규제에 관해서는 현행 근로기준법 제23조 내지 제26조 및 제28조 이하에 규정되어 있다. 근로기준법에는 정당한 이유 없는 해고를 제한하는 일반적 해고제한조항(제23조), 경영상 이유에 의한 해고의 제한조항(제24조), 해고하는 경우 일정기간 전에 해고예고하도록 하는 해고예고제(제26조) 및 부당하게 해고를 당한 경우 구제받을 수 있는 부당해고구제조항(제28조)이 규정되어 있다. 이러한 해고규제규정은 그 내용이 포괄적이고 추상적이어서 해고규제법리는 판례와 학설을 통해서 발전·형성되었다.

#### (2) 해고유형에 관한 판례의 태도

판례는 명시적으로 해고 유형 분류의 체계를 언급하고는 있지 않는다. 그러나 개별 해고 판결을 분석해 보면, “해고는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 행하여져야 그 정당성이 인정되는 것이고, 사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지의 여부는 당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당직무의 내용, 비위행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향, 과거의 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합적으로 검토하여 판단하여야 한다”고 함으로써, 해고가 정당하기 위해서는 사회통념상 고용계속이 기대가능하지 않은 경우를 전제로 하면서 해고의 원인이 근로자의 행태에 기인한 경우에는 그 행태로 인해 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로

자에게 책임이 있는지를 판단하여 정당성 여부를 파악하고 있다(대법원 2003.7.8. 선고 2001두8018 판결 등). 그리고 근로자의 업무능력 부족(저성과자)과 관련한 정당한 사유는 성과 자체만이 문제된 경우보다 이와 더불어 비위행위, 무단결근 등 징계해고 사유들이 동시에 관련되어 해고의 정당성 여부가 다투어지는 경우가 많아, 판례는 이를 징계처분의 대상으로 수용하여 그 정당성을 판단하였다.

저성과자의 경우 징계해고와 관련된 사유들을 동시에 충족하는 경우(혹은 역의 경우)가 많다는 점도 이유가 될 수 있을 것이다. 가령 근로자의 직업적 전문지식의 부족과 비위행위들을 종합적으로 검토하여 해고의 정당성을 판단한 경우(서울행법 2008구합35067), 과제불이행·야간근무명령무시·단기간 근무평정결과 최하위 등을 이유로 한 해고의 정당성을 다툰 경우(대법원 2000두9113판결) 등이 이러한 경우이다. 그런데 근로자의 유책성(책임 있는 사유)을 전제로 하지 아니하는 일신상 이유에 의한 해고에 대해서는 위에서 본 것과는 다소 다른 정당성 판단기준이 적용된다. 판례는 「근로자가 취업규칙에서 정한 ‘신체장애로 인하여 직무를 감당할 수 없을 때’에 해당한다고 보아 퇴직처분을 함에 있어서 그 정당성은 근로자가 신체장애를 입게 된 경위 및 그 사고가 사용자의 귀책사유 또는 업무상 부상으로 인한 것인지의 여부, 근로자의 치료기간 및 치료 종결 후 노동능력 상실의 정도, 근로자가 사고를 당할 당시 담당하고 있던 업무의 성격과 내용, 근로자가 그 잔존 노동능력으로 감당할 수 있는 업무의 존부 및 그 내용, 사용자로서도 신체 장애를 입은 근로자의 순조로운 직장 복귀를 위하여 담당 업무를 조정하는 등의 배려를 하였는지 여부, 사용자의 배려에 의하여 새로운 업무를 담당하게 된 근로자의 적응노력 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다」고 판시(대법원 1996. 12. 6. 선고 95다45934 판결)하고 있다. 그 유형으로는 첫째, 신체적·정신적 장애로 인하여 업무를 감당해 낼 수 없는 경우(대법원 1996. 12. 6. 선고 95다45934 판결), 둘째 근로자가 사업 외적인 이유로 형사소추되어 유죄판결을 받아 객관적으로 업무를 수행할 수 없는 경우(대법원 1992.11.13. 선고 92누6082 판결) 등에 해고의 정당성을 인정한다.

판례는 근로자의 책임 있는 사유로 인한 해고 - 주로 이는 징계해고로 나타남 - 의 경우와 일신상의 사유로 인한 해고의 경우로 구분하여 판지를 달리 구성 적용하는 것으로 보인다. 따라서 판례는 해고의 유형을 통상해고와 징계해고 그리고 정리해고로 구분하여 판단하는 것으로 평가되며, 통상해고의 경우는 근로자의 책임 있는 사유가 없이 근로관계를 지속할

수 없는 장애사유가 발생한 경우를 대상으로 하며, 징계해고는 근로자의 책임 있는 사유를 전제로 해고의 정당성 여부를 판단하는 입장을 견지하고 있다. 이때 징계해고 사유대상은 근로자가 복무질서를 위반하는 등의 경우와 근무성적의 불량 등 근로계약에서 요구되는 업무수행능력 부족과 같은 행태도 함께 포함하여 판단하고 있는 점이 특징적이다.<sup>4)</sup>

### (3) 개선방향 - 통상해고의 원칙규정 신설 -

근기법 제23조의 해고에는 징계해고뿐만 아니라 징계해고가 아닌 통상해고도 포함되는 것이며, 통상해고의 경우에는 근로자의 책임있는 사유를 전제로 하는 채무불이행으로 인한 해고와 근로자의 책임있는 사유가 전제되지 않는 채무불이행(귀책사유 없는 계약위반과 같은 것)의 경우까지 포함하는 것이 된다.

통상해고는 민법상 인정되는 해지(사용자의 해지의 자유)<sup>5)</sup>에다 근로자 보호라는 목적이 조화되어 사용자의 해지권을 제한하는 것으로 장래의 근로관계 종료를 지향하는 것으로, 일정한 과거의 행위에 대한 평가의 관점보다는 향후 장래의 계속고용 가능성의 여부가 중심을 이룬다. 다시 말하면 통상해고는 과거의 일정한 사실에 대한 비난적 기능보다는 ‘향후 발생될 상황에 비중을 두고, 더 이상 근로관계가 지속될 수 없으므로 계약적 의무로부터 벗어나기 위해 행하는 사용자의 해지권 행사’라고 개념화할 수 있다.<sup>6)</sup>

근로자의 책임 있는 사유를 전제로 하는 해고는 이른바 근로자의 행태상의 사유를 말한다. 귀책사유가 있는 근로자의 행태에 기초하여 장래에도 그러한 귀책사유가 반복될 것으로 예상됨으로 인하여 더 이상 신뢰관계 유지를 기대하기 어려운 경우에 행태상 정당한 이유를 구성한다. 예를 들어 근로자가 근로할 의사 없이 사용자의 경고에도 불구하고 개인적인 용무로 무단결근하거나 지각·조퇴를 반복하는 등 노무급부의무를 위반하는 경우, 근로자가

4) 박종희, “현행 해고보호제도의 체계적 이해와 해석에 관한 연구”, 『안암법학』 제44호, 2014, 450~451면.

5) 임대차, 고용, 위임이라는 계속적 채권 관계에서는 기간의 정함이 있으면 기간 만료에 의해 계약이 종료하고, 기간의 정함이 없는 경우에는 해약고지(해지)에 의해 계약은 종료한다. 해지권은 계약 당사자가 일방적으로 행사하는 것에 의해 법률 효과가 발생하는 형성권으로, 이 권리를 행사함으로써 계약 당사자는 부당하게 계약에 구속되는 것을 방지할 수 있다. 민법 제660조는 이러한 해지권을 기간의 정함이 없는 고용계약(근로계약)에 적용하고 있는 것이다(같은 규정은 예를 들면, 임대차 계약에 관해서 민법 635조에서 볼 수 있다). 고용계약(근로계약)에서의 해지권이란 구체적으로는 사용자에게는 해고권, 근로자에게서는 사직권을 의미한다. 그리고 이 권리는 기간을 정하는 경우를 제외하고 민법상 특별히 제한이 규정되어 있지 않고 일정한 예고기간만 두면 자유롭게 행사할 수 있다.

6) 권혁, 해고유형론에 관한 소고, 719면 이하

업무에 필요한 능력과 적격성을 갖추고 있음에도 불구하고 반복하여 하자 있는 급부 내지 불완전한 급부를 제공하거나 또는 자신의 정상적인 작업 능력을 밑도는 열등한 급부를 제공하는 경우 등이 행태상 사유에 해당된다.

근로자의 책임 있는 사유가 전제되지 않는 경우에는 근로자의 질병, 사고로 인한 장애 등으로 인하여 업무수행에 요구되는 능력이나 기능을 상실하게 되어 계약목적 달성을 기대하기 어려운 경우 등이 해당하며 이는 근로자의 일신상의 사유로 인한 정당한 이유를 구성한다. 이럴 경우 일신상의 사유는 근로자의 귀책사유가 없더라도 계약 목적을 달성할 수 없는 상태가 발생하게 되고, 그로 인해 사용자에게 근로자를 계속 고용토록 하는 것이 기대 불가능한 경우를 말한다. 예를 들어 직업상 요구되는 자격증을 받지 못한 것, 직무상 요구되는 시험이나 검사의 불합격, 전문적 지식이나 기능의 부족 등의 직무능력 부족, 성격상의 사유에서 비롯된 개인적 부적격성, 계약상의 노무급부를 곤란하게 하는 질병 등이 일신상의 사유에 해당된다.

아무튼 통상해고는 해고의 목적이 계약관계의 구속으로부터 벗어나는 효력, 즉 해방효 내지 장래효에 있다.

징계해고가 근로자의 질서위반 행위에 대한 제재로서의 성격을 본질로 한다면 이는 과거의 행위를 이유로 하는 근로관계 종료사유에 해당한다. 즉 징계해고란, “과거 일정한 사유에 대하여 이를 비난하거나 징계하기 위한 목적으로 행하는 사용자의 해고권 행사”로 개념화할 수 있다.<sup>7)</sup> 징계해고는 과거의 비위행위로 말미암아 당해 근로자와의 향후 근로관계를 계속 유지하는 것이 사회통념상 사용자에게 기대가능하지 않는 경우에는 (일반적인) 징계처분의 의미를 넘어서서 해고의 일반적인 구조, 즉 계속고용 가능성의 기준에 따라 근로관계 종료를 판단하여야 한다.<sup>8)</sup>

그럼에도 불구하고 현행 근로기준법상 해고제한규정(제23조 제1항)은 해고를 징벌의 하나로 기술하고 있어 통상해고에 대해서는 실질적으로 법적 공백상태이다. 이로 인해 위에서 본 바와 같이 업무능력 부족 등 통상해고의 다수 사례가 실무상 징계해고의 양태를 띠고 있고, 판례도 이를 징계처분의 대상으로 수용하여 정당성 여부를 판단하고 있어 사법적 판단에 혼란이 발생하고 있다.

7) 권혁, 앞의 글, 719면 이하

8) 박종희, 앞의 글, 460-463면 참고

결국 해고는 근로자의 일자리를 상실케 하는 것이므로 사용자의 근로계약의 해지권을 제한함과 동시에 장래 계속고용의 가능성을 기대할 수 없는 경우가 핵심을 이루는 것으로 판단하여야 한다(최후 수단성). 이를 바탕으로 통상해고의 원칙 규정을 신설하다면, 독일해고 제한법의 규정을 참고하여, “사용자는 계속 고용을 기대할 수 없는 근로자의 일신상의 사유 내지 행태상의 사유 없이 근로자를 해고하지 못한다”는 규정을 신설할 수 있을 것이다. 즉 해고 유형에 관해 근로자의 귀책사유가 전제되지 않음에도 계속고용 가능성이 기대될 수 없는 경우(일신상의 사유), 근로자의 귀책사유가 전제된 행태에서 계속고용 가능성을 기대할 수 없는 경우(행태상의 사유)로 구분해 볼 수 있을 것이다.

## 2. 업무 저성과자에 대한 해고문제

### (1) 배경

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.

최근 우리나라의 상당수 기업에서도 취업규칙에 직위해제 또는 대기발령규정을 두고 근무성적불량자 또는 근무태도불량자에 대한 인사조치 가능성을 열어놓고 있다. 문제는 여기서 끝나는 것이 아니라 직위해제 또는 대기발령이 내려진 근로자가 일정 기간 새로운 보직을 받지 못하는 경우 직권면직(해고)될 수 있는 가능성이 함께 열린다는 것에 있다. 그 결과 근무성적 불량 등을 이유로 직위해제 및 면직 조치된 근로자는 그 인사조치의 부당성을 다투게 되고 그에 대해서는 근로기준법 제23조 제1항에 따른 정당성 판단(정당한 이유의 존부에 대한 판단)이 행해질 것이다. 이와 같은 사안에서 근로자는 무엇을 다투어야 하는지 그리고 사용자는 무엇을 입증해야 하는지는 노동법상 매우 중요한 과제가 아닐 수 없다.

“저성과자” 해고 문제는 우리 해고법제의 구성에 항상 부족한 영역으로 인식해 온 근로자의 능력이나 적격성에 따른 일신상 사유에 대한 정당성 판단기준을 논의의 대상으로 함으로써 해고법제를 체계화하는데 기여할 수 있을 것이다. 이러한 작업은 단순히 해고법체계에 대한 이론적 근거 내지 의미를 밝히는데 목적이 있는 것이 아니라 저성과자라는 구체적인 문

제를 해결하기 위해 필요한 기준을 제시하기 것이고, 이를 통해 저성과자에 대한 해고의 정당성을 판단하는데 있어서 고려되어야 할 요소를 발견할 수 있다는 점에 의의가 있다.

일반적으로 저성과자는 근로자가 반복하여 하자있는 급부나 불완전한 급부를 제공하거나 또는 정상적인 작업능력을 밀도는 열등한 급부를 제공하는 경우를 의미한다.<sup>9)</sup> 한편 판례는 “해당 근로자에게 그의 직위와 보수에 비추어 일반적으로 기대되는 최저한의 실적”에 미치지 못하는 자를 저성과자로 이해하고 있는 바, 급부해야 할 것의 기준을 ‘직위와 보수에 비추어 일반적으로 기대되는 것’으로 삼고 있다.<sup>10)</sup> 그러나 이 판결은 “해당 근로자에게 그의 직위와 보수에 비추어 일반적으로 기대되는 최저한의 실적”을 어떻게 산정할 수 있는지 그 구체적 기준에 대해서는 아무런 설명이 없다. 문제는 그와 같이 불완전한 급부 등이 근로자의 업무능력 내지 적격성이나 그 밖에 질병과 같은 일신적 사유에 기인한 것인지 아니면 업무에 필요한 능력과 적격성을 갖추고 있음에도 의도적으로 또는 불성실한 근무태도에 기인한 것인지 여부에 따라 일신상 사유 또는 행태상 사유로 분류될 수 있을 것이다.

여기서는 근로자의 객관적인 업무성적 불량 내지 저성과가 근로자의 유책한 의무위반에 기인한 것이 아닌 근로자의 노력이나 의지와 관계없이 능력부족이나 적격성결여에 기인한 저성과자의 해고 정당성 문제를 접근하고자 하는 것이다. 잠정적으로 여기에서는 저성과자란 근로자의 노력이나 의지와 관계없이 능력부족이나 적격성결여에 기인하여 근무성적이 지속적으로 불량한 자, 즉 근로자가 반복하여 하자있는 급부나 불완전한 급부를 제공하거나 또는 정상적인 작업능력을 밀도는 열등한 급부를 제공하는 근로자를 의미한다고 한다.<sup>11)</sup>

## (2) 판례의 정당성 판단기준<sup>12)</sup>

판례는 대체로 저성과자에 대해서는 대기발령 또는 직위해제를 거쳐 직권면직에 이르는 절차를 밟는 경우와 그러한 대기발령이라는 중간절차 없이 직접 해고를 행하는 경우로 나누어 판단하고 있다. 후자의 직접 해고가 행해지는 경우에는 우리 대법원이 아직 구체적으로

9) 대법원 1987.4.14. 선고 86다카1875 판결 참고

10) 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다카25420 판결

11) 저성과의 의미와 판단을 위한 규범적 기준에 대해서는 박지순, 지속적인 근무성적 및 근무태도 불량자 해고의 정당성 판단에 관한 연구, 11면 이하 참고

12) 박지순, 지속적인 근무성적 및 근무태도 불량자 해고의 정당성 판단에 관한 연구<본 연구는 2010년 서울지방노동위원회의 연구용역자료임>, 2011 인용요약

체계화하고 있는 것은 아니지만 근로자의 저성과가 주로 행태상 사유에 해당되어 징계로서 이루어지는 경우를 대상으로 그 정당성을 판단하고 있다. 문제는 일신상의 사유에 해당하는 경우인데, 이 때는 해당 근로자의 능력·적격성결여의 수준(질적)이나 정도(양적)가 중요한 판단기준이 될 것이고, 특히 그와 같은 근로자의 특성이 비위행위와 같이 돌발적·우연적이 아니라 계속적으로 나타나야 한다. 나아가 근로자의 능력개발이나 적성에 따른 업무배치문제는 근로자만의 문제가 아니라 사용자의 교육·훈련·지도와도 밀접한 관계가 있으므로 능력이나 적격성 부족만을 가지고 정당한 이유가 있다고 하기는 어렵고, 신의칙에 기하여 사용자가 배려의무를 다하였음에도 해당 근로자의 능력이나 적격성이 가까운 장래에도 개선가능성이 없는 경우로 제한하여 해고사유로 삼을 수 있다. 결국 저성과를 이유로 한 해고에 대한 정당성판단 기준은 사용자가 저성과자인 근로자에 대하여 어떤 조치를 취하고 그에 대하여 근로자가 무엇을 항변하는지에 달려 있다고 할 수 있다.

### (3) 개선방향

해고의 정당성을 판단함에 있어 기존의 판례는 근로자의 귀책사유가 있는 사례를 중심으로 형성되어 왔으며 해고를 정당화하기 위해 필요한 사유가 갖추어져 있는지 또는 해고의 사유라고 제시된 것이 ‘정당한 이유’의 범주에 포함될 수 있는 것인지를 판단하는데 초점을 맞추고 있었다. 그러나 이러한 판례구조는 애초에 근로자의 귀책사유가 개입할 여지가 없는 해고의 유형들, 특히 근로자에게 귀책사유 없는 업무능력의 부족이나 적격성 결여로 인해 발생한 저성과를 이유로 해고가 이루어진 경우에 문제가 된다. 생각하건데 해고권의 행사를 제한하는 것은 어디까지나 사용자가 해고권을 가지고 있음을 전제로 근로자 보호를 위한 배려의무의 차원에서 인정되는 것이므로 사용자의 경영환경 등의 변화를 반영하여 그 보호범위가 신축적으로 변화할 수 있다고 이해해야 한다. 결국 현행 해고제한제도하에서도 해석상 일반론으로서는 근로자에게 능력과 적격성이 없는 것을 이유로 한 해고는 유효하다고 해석된다. 그러나 실제로는 법원은 근로자에게 유리한 사정을 가능한 한 고려하기 때문에 최종적으로 해고가 유효하다고 할 가능성은 그다지 높지 않다.

판례는 근무성적을 불량을 이유로 한 해고에 있어서도 불량의 정도가 현저하고 더욱이 향상의 가망이 없다는 사정이 없다면 당해 해고는 부당하다고 판단하고 있다. 다시 말하면 인사과에 의한 근무성적평정의 결과가 나쁜 경우 그 사실만으로는 근로자를 해고할 수는

없으며, 근로자의 직무능력이 현저히 부족하다는 것이 판명되는 경우에만 당해 해고가 정당하다는 것이다. 또한 근로자가 업무에 필요한 능력과 적격성을 갖추고 있음에도 불구하고 반복하여 하자있는 급부 내지 불완전한 급부를 제공하거나 또는 정상적인 작업능력을 하회하는 열등한 급부를 제공하는 경우에는 당해 해고는 정당하다고 한다.

그리고 사용자에게는 광범위한 노무지휘권과 배치전환명령권이 있으므로 사용자가 취해야 할 해고회피조치의 범위는 넓어 ‘최후의 수단’인 해고는 간단히 유효하다고 판단하기는 어렵다는 사정도 있다. 다시 말하면 일반적으로 능력부족을 이유로 한 해고는 장기고용형의 포괄적 계약 하에서는 이러한 점이 해고의 정당성에 직결되는 것이 아니라 직종전환과 충분한 교육 등에 의한 회피노력이 정당성 요건으로 해석된다.<sup>13)</sup> 왜냐하면 근로자의 직무능력의 부족이 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 있다는 것이다.<sup>14)</sup>

따라서 현행해고제한규정의 지금까지의 판례를 통한 해석론은 저성과자 내지 직무능력 부족의 근로자들에 대한 해고는 매우 어렵다는 것이다.

시장 환경이 점차 경쟁적으로 변화함에 따라 업무 부적격자 등 저성과자에 대한 통상해고 필요성이 점차 증가하고 있는 바, 정부 차원에서 통상해고의 유형과 정당성이 인정될 수 있는 개괄적인 범위에 대한 지침(가이드라인)을 마련함으로써 불확실성을 완화하여 기업이 통상해고를 활용할 수 있는 길을 넓혀 주는 조치가 필요할 것이다. 특히 이러한 지침 내지 가이드라인은 법원이 저성과자에 대한 해고문제를 판단함에 있어 유용한 참고가 될 것이다. 따라서 통상해고의 일신상의 사유 안에 예를 들어 1) 기업 경영에 중대한 지장 또는 손해를

13) 박지순 교수는 「대법원판례에서 본 것처럼 대기발령과 직권면직으로 이어지는 인사조치에 대한 분석이다. 먼저 제1유형으로는 현저한 능력부족 및 성과불량의 확인과 그에 상응하는 인사조치 후 미래에 대한 부정적 예측이 내려졌음에도 바로 해고하지 아니하고 대기발령을 내리는 경우이다. 이 경우 대기발령의 성격은 충격완화를 위한 과도적 조치로 보아야 하고 사용자는 대기발령 기간 중에 반드시 해당 근로자에게 새로운 보직을 부여해야 하는 법적 의무를 가지고 있는 것은 아니다. 다음으로 제2유형은 근로자의 적격성 및 능력을 평가하였으나, 그에 대한 평가가 불완전하거나 불확실하여 일단 대기발령을 내려 근로자에 대한 평가와 조치방향을 명확히 하기 위하여 대기발령을 활용할 수 있다(즉, 통상적 인사권의 행사) 이 경우 대기발령의 성격은 개선조치 및 객관적 평가 기회의 부여 기간이므로 그와 같은 부정적 평가의 해소사유가 발생하였음에도 보직부여를 회피하면 부당해고가 된다」고 한다.

14) 김소영, 해고사유에 관한 연구, 49면

발생시킬 위험이 있는 정도의 적격성(직무수행능력, 근무태도나 협조성을 포함하여) 불량이 존재하고, 또한 2) 그 시정을 위한 주의, 지도, 교육 및 적절한 배치전환을 시행해도 개선 기미가 없는 경우' 등을 예시하는 방식으로 가이드라인을 정하는 것도 생각해 볼 수 있다.

그리고 고용노동부 지침, 행정해석 등으로 통상해고의 유형 등의 기준 속에 저성과자에 관한 내용을 마련할 수도 있겠지만, 이러한 지침이 법원의 판단과 다를 경우 그 효력을 인정받기 어려울 수 있다는 문제도 있기 때문에 시행령의 개정을 통해 마련하는 것이 바람직할 것으로 보인다. 특히 저성과를 이유로 한 해고는 저성과자는 기능의 불비라는 객관적인 요건이 이미 상당기간 동안 치유되지 않고 지속된 경우가 대부분일 것이며 따라서 업무능력의 부족을 이유로 사용자에게는 해지권이 발생하는 것으로 평가할 수 있을 것이므로 업무부적격을 이유로 하는 해고의 일신상의 사유에 해당할 것이다. 시행령에 규정될 경우 기업이 느끼는 통상해고에 대한 불확실성을 어느 정도는 제거할 수 있을 것으로 판단된다.<sup>15)</sup>

### 3. 변경해고제도의 도입

#### (1) 배경 및 필요성

앞에서 본 바와 같이 현행해고제한규정의 지금까지의 판례를 통한 해석론은 저성과자 내지 직무능력 부족의 근로자들에 대한 해고는 매우 어렵다는 것이므로 근로관계의 존속을 전제로 일반적으로 근로조건을 변경시킬 수 있는 가능성을 인정하는 제도의 도입이 필요한 것이다. 이를 통해서 사용자는 좀 더 유연한 인력관리가 가능하고 근로자 측에서는 비록 근로조건이 불리하게 변경되는 것을 감수해야 하지만 근로관계의 존속에 따른 보호이익을 향유할 수 있게 된다. 즉 근로자의 일반적인 종료해고를 피하는 수단으로 활용할 수 있을 것이다. 특히 직종을 특정해 채용된 근로자의 해당 직종의 자리가 불필요해진 같은 경우(예를 들어 특정 프로젝트의 달성)이나, 일정한 직위에 있는 근로자가 그 직위에 적합한 능력이 없는

15) 능력주의 내지 성과주의형 임금제도의 채택: 직무능력부족의 근로자들에 대한 해고의 어려움은 능력주의 내지 성과주의형 임금제도를 채택 - 우리나라의 대부분의 기업이 채택하고 있는 연공급의 임금체계를 개편함으로써 해소될 수 있다. 능력주의형 임금제도하에서 근로자의 능력·성과가 객관적으로 파악되게 되면, 능력부족을 이유로 한 해고는 종래보다 쉽게 인정될 수 있다. 그리고 저성과자에 대한 해고의 객관적 근거가 급부와 반대급부의 균형이 무너진 데 있다고 볼 수 있으므로 성과주의 임금제도를 통해서 근로자의 업적(성과)과 반대급부(임금)의 균형성을 확보하여 해고 자체를 회피할 수 있다.

것으로 드러난 경우에, 다른 직종이나 직위로의 이동을 받아들이지 않는 한 해고를 할 수 밖에 없는 경우, 바로 해고를 회피하기 위해 근로 조건 변경의 신청이 이루어지므로 사용자는 변경 내용에서 넓은 재량이 인정되어야 한다. 이 경우 변경을 거부한다면 해고도 효과적으로 해석해야 할 필요성이 있다.

60세 정년제를 운용함에 있어서 근로계약, 취업규칙 및 단체협약을 통한 임금체계개편 및 근로조건 하향조정 등 노사 당사자의 직접적인 의사합치에 의존하는 방식은 중·고령 근로자와 사용자 간 상충되는 이해 내지 가치에 대한 가장 합리적 조정수단이 될 수도 있다. 그러나 정년연장을 조건으로 기존의 호봉제(연공급)를 성과와 연동되는 임금체계(예를 들어, 성과연동 연봉제 등)로 개편하는 등 근로조건을 (하향)조정하는 과정에서 노사 간의 이해가 상충되는 현상이 예상되지만 이에 대한 현행법상 규율법리가 부재하는 한계가 노정되고 있다. 60세 이상으로의 정년연장이 실정법으로 강제되고는 있지만 사용자의 이해에 반하고, 임금체계개편 역시 실정법으로 강제되고 있지만 이를 통한 근로조건 하향조정은 근로자의 이해에 반하기 때문이다. 실정법상 강제되는 60세 정년제를 수립·운영하기 위한 전제로서 사용자가 요구하는 성과연동 임금체계가 단체협약이나 취업규칙에 대한 불이익 변경이 될 경우에 근로자 측의 집단적 동의를 얻지 못하면 임금체계 개편을 통한 인건비 압박 해소라는 목표를 달성할 수 없게 되는 것이고, 이는 결국 전체 근로자에 대한 고용조정 내지 중·고령자에 대한 퇴직압박이라는 부메랑이 된다. 결국 노사 어느 일방의 반대가 존재하거나 양 당사자의 의견일치를 도모하기가 어려운 경우, 현실적으로 이해관계 조정이 난망하여 실정법상 강제되는 제도가 형해화(形骸化)될 수도 있는 한계가 존재한다는 것이다. 따라서 노동관계법·제도적 차원에서 중고령 근로자의 임금체계개편 등 합리적인 근로조건 하향조정과 함께 정년연장과 같은 고용유지 내지 고용촉진방안을 유도할 수 있는 노동정책대안을 고안, 운용함으로써 근로관계 당사자가 상생(win-win)의 노사관계를 형성·발전시킬 필요가 있다.<sup>16)</sup>

경영상의 이유로 인해 기업이 해고를 하여야 할 때, 이를 회피하는 수단으로 변경해고의 가능성이 고려된다. 경영상 필요에 의한 변경해고는 종업원 수의 적정수준을 유지하기 위한 일반종료해고(정리해고)를 사전에 회피할 목적으로 사용되는 것이 보통이다.<sup>17)</sup> 경영상의 이

16) 문무기, “중고령자의 점진적 퇴직과 근로조건 변경”, 『한국과 중국의 노동법적 쟁점과 현안』, 2014, 5면

17) 김형배, 노동법, 2014, 727면

유로 감원의 필요성이 있는 경우에 합리적인 해고회피노력을 다한 뒤, 정리해고를 피하기 위해 변경해고 고지를 하는 경우, 변경을 거부한 것을 이유로 행해지는 해고는 경영상 이유에 의한 해고의 필요성에 기초한 것이고, 기본적으로는 정리해고의 법규 및 법리의 적용이 인정된다. 변경해고는 정리해고에 이르기까지의 해고회피조치의 하나로 계속 자리매김할 것이며, 이러한 사정은 그 유효성을 보장하는 것으로 생각된다. 특히 근로조건이 개별적으로 특정되는 근로자에 대해서는 사용자에게 해고회피 수단이 제한되는 경우가 많다고 생각되기 때문에, 정리해고를 피하기 위한 근로조건 변경신청을 거부한 근로자에 대한 해고는 유효라고 해석해야 할 필요성이 있다. 장래에 해고를 통해 인력 수요에 따라 인력을 조정하는 것을 회피하는데 주된 목적이 있는 변경해지의 경우 임금삭감을 비롯한 사용자의 근로조건 변경의 정당성과 관련하여 독일 연방노동법원은 인건비 삭감을 통해 폐업이나 감원을 방지할 수 있다면 사업적자나 채산성이 없게 된 사정도 경영상 이유에 기한 변경해지의 사유가 될 수 있다고 하고 있다.<sup>18)</sup>

## (2) 개선방향

변경해고(Änderungskündigung)제도란 사용자가 근로관계의 해지와 함께 변경된 근로조건으로 근로관계를 존속시키고자 하는 청약을 하고, 만약 이를 근로자가 거부하는 경우에는 근로관계가 해지되도록 하는 제도이다. 원래 해고는 조건부로 할 수 없는 것이 원칙이나 변경해지는 그 예외를 이루는 것으로서, 그 조건성취 여부가 근로자의 의사에 달려 있기 때문에 근로자가 변경청약을 승낙하면 해고는 허용되지 않는다.<sup>19)</sup> 물론 변경해고는 해고의 의사 표시를 포함하고 있으며, 근로자가 변경에 동의하지 않으면 근로계약은 해소될 것이므로 해고에 관한 규제가 미치는 것은 당연한 것이다.

현행 근로관계시스템은 당사자의 합의 없이는 사용자가 일방적으로 근로자의 근로조건이나 직위 등을 종전 직무보다 불리하게 저하할 수 없는 구조이다. 그 결과 근로조건 변경이 경직되고 해고 외에는 다른 방법을 강구하기 어려운 것이 사실이다.

따라서 근로자의 동의 여부와 관계없이 사용자가 일정 요건 하에서(물론 사실상 객관적이고 합리적인 사유가 있어야 한다는 점에서 일반 해고의 요건과 크게 차이는 없지만) 근로관

18) BAG AP Nr. 47 zu §1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung

19) 노사관계법·제도선진화연구위원회 보고서, 152면

계의 존속을 전제로 일방적으로 근로조건을 변경시킬 수 있는 가능성을 인정하는 것이 필요하다.

아직 우리나라에 입법적으로 받아들여지지 않는 않지만, 독일 해고제한법상에서 해고는 그 법적 효과의 측면에서 볼 때 크게 두 유형이 있다. 하나는 종국적으로 근로관계를 소멸케 하는 소위 ‘종료해고’(Beendigungskündigung)인데, 이러한 해고는 우리 현행 노동법제에서 알고 있는 전형적인 모습의 해고이다. 하지만 독일해고법제에서는 이러한 종료해고와 대비되는 해고유형으로서 소위 ‘변경해고’(Änderungskündigung)를 또 다른 해고유형으로 예정하여 두고 있다.<sup>20)</sup>

변경해고란, 기존의 근로관계는 소멸하지만, 다른 근로조건 하에서 종전의 당사자가 근로관계를 이어갈 수 있도록 하는 해고의 일 유형이다. 요컨대 독일 해고제한법상에 명시된 바에 따르면 “사용자가 근로자를 해고해야만 하는 상황에서, 근로자가 만약 근로내용의 본질적인 변경이 이루어지는 경우라도, 근로관계의 지속을 원한다면 그렇게 될 수 있음을 고지”하여야 한다. 만약 해고근로자가 비록 근로조건변경의 본질적 변경이 있더라도, 종전 사용자와 근로계약관계를 유지하고자 한다면, 변경된 근로조건 하에서 근로관계는 지속된다. 변경해고의 법률효과는 다음과 같이 요약될 수 있다. 먼저 종래의 근로계약관계가 해고를 통해 완전히 소멸함. 이후 곧바로 - 비록 근로조건변경이 전제되기는 하지만 - 새로운 근로계약이 형성됨. 사실상 외형적으로는 근로관계의 지속을 유지하게 되는 것임. 요컨대 해고 근로자가 해고시점에서 동시에 사실상 새로운 직장을 구하였는데, 마침 그 당사자와 사업체가 동일한 경우를 변경해고는 초래하게 된다.<sup>21)</sup>

근로자의 동의 내지 승락을 받아 변경하려 하는 변경해고가 근로조건 변경수단으로 주목되어 변경해지통보는 근로조건 결정프로세스에서 “계약”적 성격이 강해지면서 종료되는 근로조건변경의 수단이라고 할 수 있다. 해고가능성이 있는 가운데 노사 간의 근로조건 협상이 이뤄지도록 하는 것은 근로자에 자기책임(거부를 관철한 경우의 해고라는 위협부담) 아래의 자기결정(승낙여부의 자유)을 인정한다는 것을 의미. 이 점에 변경해고의 현대적 의의가 있다고 해석해야 한다.

20) 이에 관하여 자세히는, 권혁, “독일변경해지제도에 관한 재검토”, 경영법률 제19집 3호, 2009. 4, 543면 이하참고

21) 권혁, 앞의 글, 561, 562면

위와 같이 독일해고제한법상의 변경해고제도를 모범적 유형으로 참고하여 도입할 수 있을 것이다. 현 단계에서는 이 제도에 대한 일반적 이해의 부족, 제도도입에 따른 불안심리 확산이나 편법적 이용위험 등에 비추어 이에 대한 근거규정을 마련하는 것이 어렵다고 판단된다는 견해<sup>22)</sup>가 있었으나, 위에서 본 바와 같이 크게 세 가지의 도입필요성이 폭넓게 제기되고 있는 현 실정에서는 이 제도를 입법화할 필요가 있다.

고용제도의 적절한 운영과 근로자의 보호차원에서 필요한 제도이므로 입법화하여야 한다고 판단된다. 사용자가 일정 요건 하에서 근로관계의 존속을 전제로 근로조건을 변경시킬 수 있는 가능성을 인정하는 독일의 ‘변경해고제도\*’를 도입해야 한다.

법체계상 근로기준법 제24조 경영상 이유에 의한 해고 조항 뒤에 변경해고조항을 규정하는 것이 바람직하고, 변경해고의 상세한 정당성 요건과 법률효과는 독일의 해고제한법을 참고할 필요가 있다.

즉 해고와 함께 새로운 근로조건 하에서 근로관계를 계속할 것인가를 제안하는 변경해고를 규정하는 것인데, 변경해고를 정당화하는 원인 역시 일반적인 종료해고와 마찬가지로 근로자의 일신상 사유나 행태상 사유 또는 경영상 긴박한 사정의 존재가 전제되어야 하며, 이러한 요건을 갖추고 근로계약 변경에 대한 청약을 근로자가 거부하였을 때 행하여진 해고는 유효하게 성립한다. 또한 근로자가 사용자의 변경청약에 대해 1달 이내에 아무런 유보함 없이 승낙하는 경우 기존 근로관계는 소멸하고 새로운 근로관계가 형성되며 해고가 문제시 되지 않는다고 규정하면 될 것이다.

특히 저성과자 즉 직무능력이 부족한 자는 일단계에서 변경해고가 적용되도록 하고, 변경해고가 받아들여지지 않는 경우 이단계로서 통상해고하도록 하는 것이 합리적이라 생각된다.

#### 4. 금전보상과 관련된 문제 - 신청 주체의 확대 문제 -

현재 근로기준법상 사용자의 신청에 의해 금전보상 명령을 내리는 것은 어떠한 경우에도 인정하지 않고 있으며, 근로자의 신청이나 당사자 간 화해에 의해서만 가능하다. 외국 입법

22) 노사관계법·제도선진화 연구위원회 보고서, 153면

례 중에는 금전보상의 신청주체를 근로자뿐만 아니라 사용자에게 확대하거나 당사자 간의 신뢰관계의 파괴로 근로관계의 유지가 객관적으로 불가능한 경우를 금전보상신청사유로서 인정하고 있는 사례가 적지 아니하다.<sup>23)</sup>

주지하다시피 근로자가 해고소송을 통해 해고무효의 판결을 받은 후 원직복귀가 실현되기 곤란한 상황에서도 해고를 무효로 하고 원직복직만을 강제하는 것은 비현실적이며 지나치게 경직적인 결과를 초래한다. 따라서 사용자가 근로자를 복직시킬 수 없는 객관적인 사정이 존재한다고 노동위원회가 인정하는 경우에 한하여 제한적으로 금전보상을 허용하는 방안 검토 필요성이 제시되었고,<sup>24)</sup> “노사관계선진화방안”은 사회통념상 근로관계를 존속을 기대할 수 없는 경우에 한하여 사용자도 금전보상을 신청할 수 있는 방안을 검토한 바 있다.<sup>25)</sup>

우리나라에서도 노동위원회를 통해 화해제도가 활성화되고 있고, 근로기준법의 해고규제가 근로관계의 존립보호에 목적을 두고 있다는 점에서 금전보상에 의한 해결방법이 적절하고 타당한지에 대해 의문을 제기하는 견해도 없지 아니하나, 사용자에게 예외적으로 금전보상제도를 인정할 경우 화해제도를 더욱 촉진할 수 있을 것으로 예상되며, 남용을 방지할 수 있는 적절한 한계를 설정함으로써 조화를 꾀할 수 있다. 사용자의 신청에 의한 금전보상제도입(근로기준 제도 및 관행 개선방안 연구 장기적 과제)과 관련해서는 사용자의 남용을 우려하여 반대하는 견해도 존재하지만, 이러한 남용을 막을 수 있는 보완 장치가 존재한다면 해고의 경직성 문제를 완화할 수 있는 해법이 될 수도 있다는 견해가 제시되었다.<sup>26)</sup>

사용자의 남용을 방지할 수 있는 방안으로는 예컨대 사용자가 금전보상을 신청할 수 있는 사유를 제한하는 방안, 사용자가 금전보상을 신청할 경우 그 금액 수준을 매우 높게 설정하는 방안 등이 제시될 수 있을 것이다. 이러한 방안들은 우리나라 해고 제도의 근본적인 변화를 초래할 개연성도 있으므로 이로 인한 부작용, 실제 활용 가능성 등에 대한 면밀한 사전 검토가 필요할 것이다.

23) 김형배, 2014, 738면

24) 조성혜, 2007, 155면

25) 노사관계선진화방안, 2003, 140면

26) 명지대학교 산학협력단, 2010, 330~331면

### Ⅲ. 결어

최근 노동시장의 유연화가 단연 화두이다. 그 중심에는 정규직과 비정규직의 근로조건에 차이에 따른 노동시장의 이중구조에 따른 경제적·사회적 문제가 있다. 그만큼 우리 노동시장은 정규직을 중심으로 경직되어 있고, 사용자는 언제든지 해고가 가능한 비정규직 근로자들을 사용함으로써 기업의 인력을 탄력적으로 운용하게 하려다 보니 점점 더 노동시장의 이중구조의 골이 깊어질 수밖에 없다.

그러나 이러한 노동시장의 경직화를 해결하려는 우리나라의 노동시장 개혁은 노동시장의 규제완화, 해고보호 완화 등을 추진하면서 기업의 경영활동에 활력을 불어넣는 독일과 ‘아베노믹스’를 뒷받침하기 위하여 노동관계법의 규제를 대폭 완화하기로 결정한 일본 등 규제를 완화하고 있는 선진국의 추세와는 다르게 기업의 지불능력을 고려하지 않은 최저임금 인상 및 비정규직의 정규직 전환에 대한 규제형식으로 이루어진다는 점에 문제가 있다. 즉 노동시장의 이중구조의 원인은 정규직의 과보호에 있음에도 불구하고 이에 대한 대책이 미흡하다.

앞서 살펴본 바대로 정규직의 과보호 문제는 “고용보장”에서 시작된다고 할 것이고, 이는 엄격하게 해고를 규제하고 있는 우리나라 근로기준법에서 비롯된다. 즉 정규직의 보호만을 전제로 하는 기존의 해고법제가 존속하는 가운데 비정규근로의 확대원인이 계속적으로 존재하는 한국의 노동시장에서는 비정규근로자의 증가와 근로조건 차이는 계속적으로 나타나는 문제점이 될 수밖에 없다. 따라서 정규직의 과보호 문제는 해고와 연관된다고 할 것이고, 이를 어떻게 합리적으로 해결하느냐가 중요한 과제가 된다. 현행 근로기준법 제23조 제1항이 규정하고 있는 해고는 해고를 징벌의 하나로 기술하고 있어 통상해고에 대하여는 법적 공백상태에 있고, 판례 또한 해고의 정당성을 판단함에 있어 근로자의 귀책사유 여부를 중심으로 “정당한 이유”를 판단하는데 초점이 맞춰져 있어 근로자에게 귀책사유가 없는 업무능력의 부족, 적격성 결여로 인해 발생한 저성과자들의 해고여부가 정규직의 과보호 문제를 해결하는데 관련된 중요 과제라고 볼 수 있다.

이를 해결하기 위하여 첫째로 현행 근로기준법상 해고제한규정(제23조 제1항)은 해고를 징벌의 하나로 기술하고 있어 통상해고에 대해서는 실질적으로 법적 공백상태이므로 독일의 해고제한법 규정을 참고하여 통상해고의 유형을 일신상의 사유와 행태상의 사유로 명시하는 등 현행 근로기준법의 개정을 검토할 필요가 있다. 또한 정부 차원에서 통상해고의 유

형과 정당성이 인정될 수 있는 개괄적인 범위에 대한 지침을 마련함으로써 불확실성을 완화하여 기업이 통상해고를 활용할 수 있는 길을 넓혀 주는 조치가 필요할 것이며, 향후 시행령의 개정을 통해 이를 마련하는 것이 바람직할 것으로 보인다. 예컨대 근로자의 업무부적성으로 인해 1) 기업 경영에 중대한 지장 또는 손해를 발생시킬 수 있는 정도의 적격성(직무수행능력, 근무태도나 협조성을 포함하여) 불량이 존재하고, 2) 문제점의 시정을 위한 주의, 지도, 교육 및 적절한 배치전환을 시행해도 개선의 여지가 없는지 여부를 저성과자 해고의 정당성 판단의 중요한 가이드라인으로 정할 수 있다. 둘째로 사용자 입장에서는 인력관리를 유연하게 할 수 있고, 근로자 입장에서는 근로조건이 불리하게 변경된다고 하더라도 근로관계를 지속할 수 있는 독일의 변경해고제도를 벤치마킹할 필요가 있다. 즉 사용자가 해고와 함께 새로운 근로조건 하에서 근로관계를 계속할 것인가를 근로자에게 제안하는 변경해고를 규정함으로써, 특히 직무능력이 부족한 저성과자의 경우 1단계에서 변경해고가 적용되도록 하고, 변경해고가 받아들여지지 않는 경우 2단계로 통상해고 하도록 하는 것이 합리적이라 생각된다. 셋째로 현재 근로자가 신청하는 경우에만 인정되는 금전보상명령제도를 사용자에게까지 확대 적용함으로써 해고의 경직성을 완화할 수 있을 것이다.

## 참고문헌

- 권혁, “독일변경해지제도에 관한 재검토”, 『경영법률』(제19집 3호), 2009.4
- 권혁, “해고유형론 소고”, 『법학연구』(제51권 제1호), 부산대 법학연구소, 2010
- 국제노동법연구원(임종률 외 5인), 「해고보호제도의 유연성과 실효성 제고 방안」, 고용노동부 학술용역보고서, 2006.9
- 김형배, 「노동법」(제23판), 박영사, 2014
- 김홍영, “부당해고에 대한 금전보상제의 도입에 따른 쟁점사항”, 『조정과 심판』(제28호), 중앙노동위원회, 2006
- 노동법실무연구회, 「근로기준법 주해Ⅱ」, 박영사, 2010
- 노사관계제도선진화연구위원회(임종률 외 15인), 「노사관계법·제도 선진화 방안」, 2003.11
- 명지대학교 산학협력단(이종훈 외 5인), 「근로기준 제도 및 관행 개선방안 연구」, 2010.12
- 문무기, “중고령자의 점진적 퇴직과 근로조건 변경”, 『한국과 중국의 노동법적 쟁점과 현안』, 2014년도 한국비교노동법학회 한중학술대회 발표집, 2014.
- 박종희, “현행 해고보호제도의 체계적 이해와 해석에 관한 연구”, 『안암법학』 제44호, 2014
- 박지순, “해고보호법의 적용요건과 부당해고시 법적 효과에 관한 비교법적 연구”, 『경영법률』(제18집 제2호), 한국경영법률학회, 2008.1
- 박지순, “지속적인 근무성적 및 근무태도 불량자 해고의 정당성 판단에 관한 연구”, 서울지방노동위원회의 연구용역, 2011
- 하경효, “해고서면요건의 제도적 기능과 적용상의 쟁점”, 『고려법학』 제56호, 고려대학교 법학연구원, 2010
- 한국노동법학회(임종률 외 7인), 「근로기준법제의 중장기적 개선방안」, 고용노동부 용역보고서, 2007.11
- 菅野和夫(이정 역), 『일본노동법』, 법문사, 2007
- 東京大學勞働研究會, 『注釋勞働基準法』, 2003

Berkowsky, Die Änderungskündigung, 1. Aufl. 2004

Henssler, Martin/Braun, Axel, Arbeitsrecht in Europa, 3. Aufl. 2011

- Hunold, Die Kündigung wegen mangelhafter Kenntnisse des Mitarbeiters NZA 2000
- Ichino, Arbeitsrecht und Wirtschaftsmodelle, RdA 1998
- KR-Etzel, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 6. Aufl. 2002
- Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996
- Lindbeck and Snower, “Insider versus Outsiders”, Journal of Economic Perspectives 15(1),  
2001
- Robert Rebhahn, Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers in den Staaten der EU, ZfA 2003
- Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Handbuch,  
10. Aufl. 2010
- Wank, Bestandsschutz in Deutschland aus arbeitsrechtlicher Sicht, NZA 2003

## Improvement of Dismissal Laws

Kim, Hee-Sung

The desirable direction of the improvement in the dismissal legislation will be to increase the flexibility of the labor market, as well as to harmonize the working conditions and the job security of the non-regular workers, and especially to improve the regulation of individual dismissals of regular workers.

Specifically as the market shifts to the increasingly competitive environment, the need for the ordinary layoff for the job misfits and low performers are growing. Hence, it is required that the government set a guideline to clarify the types and justification range of the ordinary dismissals, so that to reduce the uncertainty thus the companies to utilize the ordinary dismissal system. Such guideline shall be especially useful reference for the court when making the judgment for the low performers' layoffs. Examples for the personal reasons for the ordinary layoffs guideline could be 1) when there is serious misfit(in job performance ability including working attitude and teamwork) such as to cause severe hindrance or damage in business management, and 2) when warning, training, education or transferring positions of workers to correct such misfits show no sign of improvement, and et.

The legislation of the contractive dismissal(Änderungskündigung) system is required for the appropriate operation of the employment system and to protect the employee. The contractive dismissal system of Germen which allows the employer to change the working condition under certain requirement with the premise of employment continuity, needs to be adopted. Especially for low performers and misfit workers, it would be reasonable to apply the

contractive dismissal system at first, and then apply ordinary layoffs if such contractive dismissal was not accepted.

Key word: dismissal laws, the flexibility of the labor market, individual dismissals, low performers, the ordinary layoff, the personal reasons, the contractive dismissal(Änderungskündigung)

