

경영상 해고대상자 선정기준에 관한 법적 연구

조 용 만

목 차

요 약	i
I. 연구의 목적	1
II. 해고기준에 관한 판례 및 학설의 검토	5
1. 해고기준의 설정방식	5
2. 해고기준의 내용	11
3. 해고기준의 적용	31
4. 요약 및 평가	33
III. 국제노동기준과 주요 외국의 법제도 및 이론 고찰	39
1. 국제노동기구(ILO)의 협약·권고 및 유럽연합(EU)의 지침	39
2. 독 일	41
3. 프랑스	46
4. 미 국	57
5. 일 본	61
6. 요 약	68
IV. 바람직한 법해석 및 제도개선의 방향	72
1. 해고기준의 설정방식과 관련된 사항	72
2. 해고기준의 내용과 관련된 사항	80
3. 해고기준의 적용과 관련된 사항	85

요 약

(1) 경영상 이유에 의한 해고(이하 경영상 해고라 함)의 경우 사용자는 합리적이고 공정한 해고기준에 따라 해고대상자를 선정하여야 하고, 해고기준 등에 관하여 근로자대표(과반수 노조 또는 근로자의 과반수를 대표하는 자)와 성실하게 협의하여야 한다(근로기준법 제31조 제2항 및 제3항).

(2) 해고기준의 설정방식에 관련하여, 단체협약에 해고기준이 정해져 있는 경우 노사는 이에 구속된다는 것이 판례와 학설의 입장이다. 단체협약이나 취업규칙에 해고기준에 관한 규정이 없는 경우 사용자는 근로자대표와 협의하여 정하여야 하는데, 판례는 노동조합이 과반수 노조가 아닌 경우에도 협의의 당사자가 될 수 있다고 보며, 조합가입 자격이 없는 근로자들에게 국한된 인원감축에 있어서도 노동조합을 협의의 당사자로 인정하고 있다. 해고기준사항의 단체교섭·쟁의행위 대상성 여부에 관해 부정설과 긍정설의 대립이 있고, 판례는 경영상 해고 그 자체를 반대하는 교섭이나 쟁의행위의 정당성을 부정하고 있지만 해고기준에 대한 교섭·쟁의행위의 허용 여부에 대한 명시적 입장을 밝힌 바는 없다.

해고기준의 내용에 대하여, 학설에서는 ‘근로자측 사정의 우선적 고려 및 기업측 사정의 부차적 고려’라는 다수 견해와 ‘근로자측 사정과 기업측 사정의 균형적·종합적 고려’라는 소수 견해가 제시되고 있다. 그런데 대법원은 구체적 사정 하에서 해고기준의 항목과 그 평가비중에 대한 사용자의 재량을 넓게 인정하려는 경향을 보이고 있고, 특히 불가피한 경우 근로자측 사정을 전혀 고

려하지 않더라도 그 정당성이 인정될 수 있다는 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 한편, 판례는 비정규근로자, 채용내정자를 우선적 해고대상으로 삼는 기준의 정당성을 인정하고 있고, 부부 사원을 대상으로 하는 사직서제출이나 명예퇴직의 중용·권유와 관련한 사안에서는 남녀고용평등법상의 차별 관점보다는 민법상의 의사표시의 진의 여부라는 시각에서 판단하고 있다.

해고기준의 적용과 관련해서 판례 및 학설은 해고를 하여야 할 경영상의 필요성이 발생한 사업장 전체를 단위로 하여 상호대체가 가능한 동일 또는 유사 직무에 종사하는 근로자 전체를 대상으로 하는 해고대상자의 선정을 기본 원칙으로 내세우고 있다.

(3) ILO의 국제노동기준에 따르면 해고기준의 설정에서 기업이익과 근로자이익 양자가 적절하게 고려되어야 하고, 해고기준의 내용과 그 우선 순위 내지 상대적 가중치는 법령이나 단체협약 또는 취업규칙 등 적절한 방법으로 결정되어야 한다(1982년 제 166호 권고). 유럽연합의 지침(제98-58호)에서는 해고기준이 근로자대표와의 협의사항으로 설정되고 있다.

독일에서는 ‘사회적 관점을 고려한 해고대상자의 선발’(사회적 선택), 즉 해고로 인한 불이익이 상대적으로 큰 근로자를 우선적으로 보호하여야 하고 기업측의 사정(이익)은 부차적으로 고려된다는 원칙이 확립되어 있다. 사회적 선택의 기준으로 고려되어야 할 핵심사항으로는 연령, 근속연수, 부양의무 3가지를 들고 있다. 한편, 근로자의 요구가 있는 경우 사용자는 사회적 선택의 이유를 제시하여야 할 법적 의무를 부담한다.

프랑스법(노동법전)에서는 해고기준으로 고려되어야 할 사항으로 가족부양, 근속기간, 재취업을 곤란케 하는 사회적 특성을 갖고 있는 근로자(특히 장애인, 고령자)의 처지 3가지를 예시적으로 규정하고 있다. 그 외에 기업이익에 부합하는 사항이 해고기준의 내용으로 포함될 수 있고, 그러한 사항이 위의 3가지 사항보다도

우선할 수 있다는 것이 판례의 태도이기 때문에 해고기준의 결정 및 적용에서 사용자의 재량을 독일의 경우 보다는 넓게 인정하고 있다. 독일의 경우와 마찬가지로 근로자의 요구가 있는 경우 사용자는 해고기준을 제시할 법적 의무가 있고, 그 위반에 대해 엄격히 제재하고 있는 것이 판례의 경향이다.

미국의 경우 해고기준에 관해 규율하는 연방법률은 존재하지 않지만 각종 차별금지법에 의해 차별적 해고가 금지되며, 단체협약상의 선임권제도에 의해 재직기간이 결정적인 해고기준(Last In First Out)으로 작용한다.

일본에서는 판례상 해고대상자 선정의 객관성 내지 타당성이 경영상 해고의 한가지 요건으로 설정되고 있다. 그렇지만 독일에 서와 같이 사회적 관점이 우선되어야 한다는 점을 판례가 요구하고 있지는 않으며, 비정규근로자 또는 일정 연령 이상의 고령자를 우선적인 해고대상으로 삼는 것에 대한 합리성을 일반적으로 인정한다.

(4) 해고대상자의 선정과 관련한 바람직한 법해석 및 제도개선 의 방향을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 단체협약이나 취업규칙에 해고기준이 설정되어 있다고 하더라도 근로자대표와의 협의가 전적으로 무시되어서는 아니 된다. 비조합원들의 이해관계가 단체협약에 반영되어 있다고 단정할 수 없고, 근로자측의 집단적 동의 없이 성립한 취업규칙상 해고기준의 유효성이 부인될 수 있기 때문이다.

둘째, 해고기준에 관한 분쟁은 이익분쟁으로 단체교섭 및 쟁의행위의 대상이 될 수 있다고 보아야 한다. 다만, 근로기준법 제31조 제3항상의 근로자대표와의 협의절차가 완료되었다면 사용자에게는 더 이상의 교섭의무가 존재하지 않는 것으로 해석하여야 할 것이다. 한편, 해고기준 등에 관한 협의에서 과반수 노조에게 전체 근로자를 대표할 수 있는 지위를 부여하고 있는 현행법의 태

도는 재고될 필요가 있다.

셋째, 해고대상자의 선정에 있어서 근로자보호와 기업보호 양자간의 균형을 확립하기 위해서는 근로자보호를 위한 사항이 해고기준의 내용으로 반드시 포함될 수 있도록 입법적인 근거규정을 마련할 필요가 있다. 그리고 근로자보호를 위한 해고기준의 항목과 기업보호를 위한 해고기준의 항목은 그 가치가 상호 동일한 것으로 해석하여야 한다. 그렇게 해석할 때 근로자보호 및 기업보호간의 균형을 달성할 수 있고 사용자의 주관과 자의성을 방지할 수 있다.

넷째, 해고대상자의 선정을 둘러싼 분쟁을 사전에 최소화하고 사후에 분쟁을 효과적으로 해결하기 위해서는 사용자에게 의한 해고기준 서면통지제도를 마련할 필요가 있다.

다섯째, 차별적 해고를 포괄적으로 규제하기 위한 입법을 강화함으로써 경영상 해고 대상자선정에서의 차별을 방지하여야 하고, 해석론의 차원에서도 합리적인 이유 없이 단지 비정규근로자 또는 부부사원이라는 이유만으로 우선적인 해고(또는 퇴직)대상으로 삼는 행위를 차별금지의 시각에서 적극적으로 규율할 필요가 있다.

I. 연구의 목적

해고는 사용자의 일방적 의사로 근로관계를 종료시키는 행위이다. 근로기준법(이하 ‘근기법’이라 함) 제31조 제1항은 ‘정당한 이유’ 없이 근로자를 해고하지 못하도록 제한하고 있다. 정당한 이유의 의미에 대하여 일찍이 대법원은 “사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는 사유가 있다든지 부득이한 경영상의 필요가 있는 경우”¹⁾를 뜻한다고 하였다. 특히 근로자에게 귀책사유가 없음에도 불구하고 기업 경영상의 필요에 의하여 이루어지는 해고의 경우에는 그 정당성 여부를 판단하는 별도의 요건이 근기법에 설정되어 있다. 즉, 1998년 2월에 개정된 근기법 제31조는 ‘경영상 이유에 의한 해고의 제한’(이하 ‘경영상 해고’라고 약칭함)이라는 제목 하에 그 요건을 규정하고 있다. 그 내용을 보면 ① 사용자는 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 이 경우 경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다. ② 사용자는 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 한다. 이 경우 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니 된다. ③ 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합(근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자)에 대하여 해고를 하고자 하는 날의 60일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다. ④ 이상의 요건을 갖추어 근로자를 해고한 때에는 정당한 이유가 있는 해고를 한 것으로 본다.

1) 대법원 1992. 3. 13. 선고 91다39559 판결.

2 경영상 해고대상자 선정기준에 관한 법적 연구

현행 근기법에 의하면 경영상 해고의 대상자 선정을 위한 요건으로 ‘근로자대표와의 협의를 통한 합리적이고 공정한 해고기준의 설정’과 ‘그에 따른 해고대상자의 선정’이라는 기준이 제시되고 있다. ‘합리적이다’는 말은 ‘이치나 논리에 합당하다’는 것을 뜻하고, ‘공정하다’는 것은 ‘어떤 대상이나 행동 또는 작용 등이 사사롭지 않고 바르고 참된 상태에 있다’는 것을 의미한다. 그런데 이러한 사전적 의미는 어떤 해고기준이 합리적이고 공정한 것인가에 대한 직접적인 해답을 주지 못한다. 법적인 측면에서 해고기준 또는 해고대상자 선정의 합리성과 공정성이란 무엇을 뜻하는가에 대한 해법을 찾아야 한다. 이와 관련하여 적어도 다음과 같은 측면들이 고려되어야 한다고 본다.

첫째, 사용자의 자의적이고 차별적인 해고대상자의 선정을 규제하여야 한다. 경영상 해고에서 해고의 필요성은 근로자 본인과는 관계없는 경영상의 필요에 의해 발생하지만 해고대상자의 선정단계에서는 근로자 본인과 관련된 사정(연령, 부양가족수, 재직기간, 업무능력, 상벌관계 등)이 해고의 이유로 기능하기 때문에 사용자가 경영악화 또는 경영합리화에 편승하여 특정 근로자를 기업으로부터 축출하기 위한 수단으로 경영상 해고를 남용하는 것을 법적으로 규제할 필요가 있다. 특히 해고기준 자체가 자의적이거나 차별적이지 않더라도 해고기준을 적용하는 과정에서 사용자의 자의성 내지 차별성이 개입될 수 있다는 점에 유의하지 않으면 안 된다.

둘째, 기업이익과 근로자이익의 상호 충돌을 조정하는 관점에서 해고대상자 선정의 합리성 및 공정성의 문제를 보아야 한다. 경영상 해고를 행하는 목적은 일차적으로 기업존속에 있기 때문에 사용자의 입장에서 그러한 목적을 달성하는데 가장 적합한 능력 있는 근로자들과의 고용관계를 유지하려고 할 것이고 그렇지 않는 근로자들을 우선적으로 해고하려고 할 것이다. 이를 ‘기업보호 관점의 해고기준 내지 해고대상자선정’이라고 부를 수 있을 것이다. 반면에 근로자 전체의 입장에서는 해고로 인한 불이익 내지 피해가 적은 자, 즉 경제적·생활상의 타격이 상대적으로 적은 자, 노동시장에서 재취업이 상대적으로 용이한 자 등을 우선적으로 해고하는 것이 바람직하다고 여기게 될 것이다. 이를

‘근로자보호 관점의 해고기준 내지 해고대상자선정’이라고 부를 수 있을 것이다. 결국 해고대상자 선정의 합리성·공정성 여부는 상호 충돌하는 기업이익(또는 기업보호 관점)과 근로자이익(또는 근로자보호 관점) 양자를 어떻게 조정하는 것이 과연 합리적이고 공정한 것으로 볼 수 있는가 하는 문제로 귀착된다고 할 수 있다. 구체적으로는 근로자보호 관점을 무시한 해고기준도 객관성과 공정성을 갖는다고 볼 수 있는가, 기업보호 관점과 근로자보호 관점 어느 한쪽이 우선적으로 고려되어야 하는가 아니면 대등하게 고려되어야 하는가 등의 문제가 규명되어야 한다.

셋째, 해고기준을 결정함에 있어서 근로자보호의 관점을 취한다고 하더라도 해고대상자의 선정을 둘러싸고 필연적으로 발생하는 근로자 상호간 이해관계의 대립을 어떻게 조정하는 것이 객관적이고 공정하다고 볼 수 있는가 하는 점이다. 재직기간, 연령, 건강상태, 부양가족의 수, 재산상태 등 근로자측 사정은 다양할 수밖에 없고, 이들 중에서 어떤 요소를 해고기준으로 채택하는가에 따라 근로자보호의 내용도 달라지게 된다. 예컨대, 해고로 인해 직접적으로 초래되는 경제적 또는 생활상의 불이익이 큰 근로자가 해고로부터 우선적으로 보호되어야 한다고 보는 경우에는 부양가족의 수, 재산상태 등의 요소가 중요하게 고려될 수밖에 없다. 반면에 노동시장에서 재취업이 상대적으로 곤란한 자가 해고로부터 우선적으로 보호되어야 한다고 보는 경우에는 연령, 건강상태 등의 요소가 중요하게 고려되어야 한다. 이렇듯 근로자보호의 초점을 어디에 두는가에 따라 해고기준의 내용과 그에 따른 근로자 상호간 이해관계의 대립을 조정하는 방식도 달라질 수밖에 없다. 따라서 이러한 측면에서 해고기준 내지 해고대상자 선정의 합리성·공정성 문제를 검토할 필요가 있다.

넷째, 노동조합이 해고기준과 관련하여 단체교섭을 요구하거나 쟁의 행위를 할 수 있는 것인지, 그리고 근로자대표와의 협의 또는 합의에 의해 해고기준이 정해졌다는 사실로부터 그 합리성과 공정성이 담보되었다고 볼 수 있는지에 대한 검토가 이루어져야 한다. 우선, 전자의 문제와 관련하여 현행 근로법(제31조 제3항)은 해고기준에 관하여 근로자

4 경영상 해고대상자 선정기준에 관한 법적 연구

대표(과반수노조 또는 근로자과반수 대표자)와 협의할 의무를 사용자에게 부과하고 있을 뿐인데, 더 나아가 교섭할 의무까지 사용자가 부담한다고 볼 수 있는가에 대한 견해의 대립이 있을 수 있다. 다음으로, 후자의 문제와 관련하여 해고기준에 관한 노사간의 협의 또는 합의 자체가 해고대상자 선정에 관한 절차적 정당성뿐만 아니라 그 실체적 정당성까지 보장하는 것인가에 대한 의문이 제기될 수 있다. 이러한 견해대립과 의문사항에 대한 해결책이 모색되어야 한다.

다섯째, 경영상 해고에 대한 절차적 제한의 측면, 나아가 부당해고의 실효적 구제라는 측면에서 현행의 해고기준 협의제도만으로 충분한 것인지 제도적인 검토를 필요로 한다. 사용자와 근로자대표간에 해고기준에 관한 협의가 이루어졌다고 하더라도 그 결정권한은 사용자에게 유보되어 있고, 개별 근로자는 해고기준의 내용과 그 적용방법(즉, 해고기준의 구성요소와 각 요소의 중요도, 해고기준의 적용범주)을 명확하게 알 수 없는 처지에 있기 때문이다. 따라서 해고대상자 선정의 정당성 여부를 둘러싼 분쟁을 최소화하고 부당해고 구제의 실효성을 확보한다는 차원에서 현행 해고기준 협의제도를 보충하는 제도적 방안을 강구할 필요가 있다.

본 연구에서는 위에서 제기한 다섯 가지 사항에 초점을 두어, 제2장에서는 해고기준에 관한 현행 판례 및 학설을 검토하고, 제3장에서는 국제노동기준과 주요 외국의 법제도 및 이론을 고찰할 것이며, 제4장에서는 바람직한 법해석 및 제도개선의 방향을 도출하고자 한다. 비교법적 고찰을 위해 독일·프랑스·미국·일본 4개국을 연구대상으로 삼고 있다. 독일과 프랑스는 입법에 의해 해고기준을 규율하고 있는 대표적인 나라이고, 미국은 단체협약과 각종 차별금지법에 의해 규율되는 국가에 해당하며, 일본은 판례이론에 의해 규율되는 대표적인 나라이다.

II. 해고기준에 관한 판례 및 학설의 검토

경영상 해고는 근로자들 중 일부를 해고함으로써 기업을 유지·존속 시키는데 그 목적이 있다.²⁾ 해고를 피하기 위한 노력이나 조치를 통해 인원과잉 상태가 해소되지 않는 한 해고대상자의 선택이라는 과정은 불가피하게 요구된다.³⁾ 이 경우 어떠한 내용의 해고기준을 어떤 방식으로 설정하여 어떻게 적용하여야 하는가가 논점으로 대두된다. 본 장에서는 해고기준의 설정방식(제1절), 해고기준의 내용(제2절), 해고기준의 적용(제3절)에 관하여 판례와 학설이 취하고 있는 입장을 살펴보고, 이어서 요약 및 평가(제4절)를 행하고자 한다.

1. 해고기준의 설정방식

근로기준법 제31조에 의하면, 사용자가 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 합리적이고 공정한 해고기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 하며, 해고기준에 관하여 근로자대표(과반수 노조 또는 과반수 노조가 없는 경우에는 근로자의 과반수를

2) 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다27975 판결 참조.

3) 물론 사용자가 사업체를 폐업하고 근로자 전원을 해고하는 경우에는 해고대상자의 선택을 필요로 하지 않는다. 다만, 판례는 폐업에 따른 근로자 전원의 해고가 노동조합의 단결권 등을 방해하기 위한 위장폐업에 해당하지 않는 한 원칙적으로 기업경영의 자유에 속하는 것으로서 유효하고(대법원 1993. 6. 11. 선고 93다7457 판결 ; 대법원 1995. 10. 12. 선고 94다52768 판결), 그 해고의 성격을 경영상 해고가 아니라 통상해고로 보고 있다. 예컨대, 사업폐지를 위해 해산한 기업의 청산과정에서 발생한 해고는 경영상 해고에 해당하지 않는다고 본 판결례(대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다27975 판결)와 두 회사간의 관계악화에 기인한 동업체(同業體)의 소멸에 따른 해고를 경영상 해고가 아닌 통상해고로 본 판결례(대법원 1996. 10. 29. 선고 96다22198 판결)가 있다.

6 경영상 해고대상자 선정기준에 관한 법적 연구

대표하는 자)에게 해고를 하고자 하는 날의 60일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다. 이러한 현행법의 규정에 따르면, 사용자가 경영상 해고를 계획하는 경우에 60일 이전에 해고기준(안)을 근로자대표에게 통보하고 협의할 것을 요구하고 있다.

가. 취업규칙이나 단체협약에 해고기준이 정해져 있는 경우

해고기준에 대하여 취업규칙이나 단체협약 등에 정함이 있는 경우에는 그에 따라야 하며 그런 정함이 없는 경우 부득이 경영상 해고를 할 때마다 노동조합이나 근로자대표와 협의하여 해고기준을 정하여야 한다는 견해가 있다.⁴⁾ 이와 관련하여 판례는 단체협약에서 정한 해고기준은 준수되어야 한다는 입장이다. 즉, 단체협약에 ‘업무상 부득이한 형편에 의한 사업장의 폐쇄 등으로 조합원의 감소가 필요하다고 인정될 때에는 노사합의 후 이를 실시할 수 있되, 감원순서는 지원자가 우선하고 근속연수가 짧은 순으로 한다’고 규정하고 있음에도 불구하고 회사가 해고대상자를 선정함에 있어서 단체협약에 정하여진 선정기준에 따르지 아니하였다면 그 공정성과 합리성을 결하였으므로 해고처분은 무효라는 것이다.⁵⁾ 이상과 같은 학설과 판례의 입장을 종합하면, 적어도 단체협약에서 해고기준을 이미 규정하고 있다면 사용자는 그에 따라 해고대상자를 선정하면 되고, 근로자대표와 협의하여 새롭게 해고기준을 정할 필요는 없다는 결론에 이르게 된다.

나. 단체교섭에 의한 해고기준의 설정

취업규칙이나 단체협약에 해고기준이 정해져 있지 않는 경우 현행

4) 이병태, 『최신 노동법』, (주)중앙경제, 2002, 658쪽. 이와 동일한 취지에서 “해고 대상근로자의 선정기준이 단체협약 및 취업규칙 등에 규정되어 있는 경우에는 이에 따르고, 규정되어 있지 아니한 경우에는 해고시점에 이러한 기준을 설정하여야 한다”는 견해로 이상윤, 『노동법』, 제3판, 법문사, 1999, 444쪽.

5) 대법원 1993. 11. 23. 선고 92다12285 판결.

근로기준법에 따르면 사용자는 근로자대표와의 협의를 거쳐 해고기준을 정하고 그에 따라 해고대상자를 선발하여야 한다. 이 경우 노동조합이 해고기준에 관한 단체교섭을 요구하는 경우 사용자는 이에 응할 의무가 있는지, 나아가 노동조합이 해고기준에 관한 자신의 주장을 관철하기 위하여 쟁의행위를 할 수 있는지가 문제된다.

해고기준에 관한 사항이 단체교섭 및 쟁의행위의 대상이 될 수 있는가에 관하여 부정설과 긍정설이 대립하고 있다. 부정설을 대표하는 견해에 따르면, “해고회피방법 및 해고기준이 사실상 집단적 분쟁의 대상이 될 수 있는 것이기는 하지만, 근로기준법 제31조 제3항은 …… 사용자측의 협의의무를 정하고 있을 뿐이고, 정리해고에 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 개선이라는 노동조합의 적극적이고 고유한 활동을 뜻하는 것이 아니라, 근로자의 과반수를 대표하는 자와의 협의를 통하여 경영상의 긴박한 사유에 의한 해고조치와 관련하여 그 피해를 최소화함으로써 보다 합리적인 해결방안을 강구해 보려는 데 있다. 만일 정리해고에 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 것”⁶⁾이라고 하고 있다. 반면에 긍정설을 대표하는 견해에 의하면, “근로자의 해고나 징계 등 인사의 기준은 그 자체로서 근로조건이고 의무적 교섭사항이므로 이에 관한 주장을 관철하려는 쟁의행위는 목적에 있어서 정당성을 가진다고 보아야 한다. …… 사용자가 정리해고의 기준 등에 관하여 노동조합과 협의하려는 데 대하여 정리해

6) 김형배, 『근로기준법』, 제8판, 박영사, 2001, 712-714쪽.

8 경영상 해고대상자 선정기준에 관한 법적 연구

고의 기준을 결정하기 위한 쟁의행위도 그 목적상의 정당성을 부정할 만한 요소는 없다. 다만, 정리해고가 불가피한 사정 아래서 노동조합이 정리해고의 기준에 관한 자신의 주장을 제시하지 않은 채 정리해고 반대만 주장하는 것은 단체교섭을 통한 해결을 곤란케 만드므로 쟁의행위의 정당한 목적으로 인정하기 어려울 것⁷⁾이라고 한다. 한편, 대법원은 경영상 해고의 실시 여부 또는 경영상 해고를 하기로 한 결정 자체는 경영권에 속하는 사항이기 때문에 노조의 요구내용이 경영상 해고를 하여서는 아니 된다는 취지라면 이는 사용자의 경영권을 근본적으로 제약하거나 본질적으로 침해하는 것이기 때문에 단체교섭 및 쟁의행위의 대상이 될 수 없다고 본다.⁸⁾ 즉, 대법원은 경영상 해고 자체를 반대하는 노동조합의 요구사항은 단체교섭 및 쟁의행위의 대상이 될 수 없다고 하였을 뿐이지 해고기준에 관한 일체의 단체교섭이나 쟁의행위도 허용되지 않는다고 판단한 것은 아니다.

다. 근로자대표와의 협의에 의한 해고기준의 설정

현행 근기법은 해고기준 등에 관한 근로자측 협의의 당사자를 ‘과반수 노조’ 또는 이러한 노조가 없는 경우 ‘근로자의 과반수 대표자’로 정

7) 임종률, 『노동법』, 제3판, 박영사, 2002, 205-206쪽.

8) 대법원 2001. 4. 24. 선고 99도4893 판결. “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. …… 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.” 이러한 판결은, 사업부의 폐지와 같은 경영주체의 경영의사 결정 자체는 단체교섭사항이 될 수 없고, 단체교섭사항이 될 수 없는 사업부폐지 결정을 백지화시킬 목적으로 행한 쟁의행위는 그 정당성이 인정될 수 없다는 종래의 판결(대법원 1994. 3. 25. 선고 93다30242 판결)과 그 입장을 같이 하고 있다.

하고 있다. 과반수 노조는 해고기준 등에 관한 협의에 있어서 사업 또는 사업장 전체 근로자들을 대표할 수 있는 법적 지위를 법률에 의해 보장받고 있다.⁹⁾ 그렇기 때문에 판례는 과반수 노조와 협의를 거쳐 사용자가 마련한 해고기준이 비조합원들에게도 적용된다고 본다.¹⁰⁾

한편, 해고대상 근로자의 범위가 비조합원에게 국한되어 있는 경우에도 과반수 노조가 해고기준에 관한 협의의 당사자가 될 수 있는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 이와 관련하여 한 하급심 판결에서는 “근로기준법 제31조 제3항의 규정 취지는 정리해고시 근로자들의 이해관계를 대변할 수 있는 조직과의 협의를 통하여 이해관계를 조절함이 필요하다는 것으로서 이에 비추어 볼 때 감축대상이 특정한 직종 또는 직급으로 한정되는 경우에는 그 대상자의 과반수가 노동조합의 조합원이면 노동조합, 그렇지 아니하면 그 근로자의 과반수를 대표하는 자와의 협의를 필요하다고 해야 할 것이고, 따라서 그 특정 직종 또는 직급이 당초 노동조합에 가입할 수 없는 경우라면 감축에 관한 노동조합과의 협의는 무의미하다고 보아야 할 것”이라고 전제한 후, “감축대상이 당초부터 피고 은행 노동조합의 노조원 자격이 없는 3급 이상 직원에 한정되어 있는 바 이러한 경우 피고 은행은 인원감축에 있어 3급 이상 직원 전체 또는 각 급수에 해당하는 직원의 과반수를 대표하는 조직 또는 개인과 성실한 협의를 거쳐야 하는데 감축대상이 전혀 포함되어 있지 아니하여 별다른 이해관계가 없고 일면에서는 이해가 상반된다고도 볼 수 있는 노동조합과의 협의절차만을 거쳤으므로 이 사건 인원감축에 있어 성실한 협의의무를 다하였다고 보기도 어렵다”고 판단하였다.¹¹⁾ 그런데 이러한 판단에 대해 대법원은 “근로기준법 제31조 제3항이 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당

9) 이러한 과반수 노조의 법적 지위를 질적인 의미에서가 아니라 양적인 측면에서의 ‘의제된 대표성’으로 보면서, 과반수 노조가 전체 근로자에 대한 의제된 대표성을 실제의 대표성으로 일치하게 하기 위해서는 비조합원인 근로자에 대해서도 조합의 의사결정과정의 참여를 보장하는 경우에만 가능하게 된다는 견해가 있다(박종희, 『경영상 해고 제도의 법리와 법적정책 운용방안』, 한국노동연구원, 1998, 95쪽).

10) 서울행정법원 1999. 9. 8. 선고 98구27636 판결.

11) 서울고등법원 2001. 4. 11. 선고 2000나15908 판결.

10 경영상 해고대상자 선정기준에 관한 법적 연구

해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자(근로자대표)에 대하여 미리 통보하고 성실하게 협의하여야 한다고 하여 정리해고의 절차적 요건을 규정한 것은 같은 조 제1, 2항이 규정하고 있는 정리해고의 실질적 요건의 충족을 담보함과 아울러 비록 불가피한 정리해고라 하더라도 협의 과정을 통한 쌍방의 이해 속에서 실시되는 것이 바람직하다는 이유에서인 바, 이러한 규정취지와 위 조항의 문언 및 이 사건에서 정리해고를 실시하여야 할 경영상 필요의 긴박성 등 실질적 요건의 충족정도, 피고 은행의 노동조합이 종전에도 사용자와 임금협상 등 단체교섭을 함에 있어 3급 이상 직원들에 대한 부분까지 포함시켜 함께 협약을 해왔고 이 사건 정리해고에 있어서도 노동조합이 협의에 나서 격렬한 투쟁 끝에 대상자 수를 당초 356명에서 282명으로 줄이기로 합의하는데 성공한 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 정리해고가 실시되는 피고 은행 전 사업장에 걸쳐 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 이 사건에 있어, 피고 은행이 위 조항의 문언이 요구하는 노동조합과의 협의 외에 정리해고의 대상인 3급 이상 직원들만의 대표를 새로이 선출케 하여 그 대표와 별도로 협의를 하지 않았다고 하여 이 사건 정리해고를 협의절차의 흠결로 무효라 할 수는 없는 것”이라고 결론을 내렸다.¹²⁾

다른 한편, 판례는 노동조합이 근로자의 과반수로 조직되어 있지 않는 경우에도 협의의 당사자가 될 수 있다고 보고 있다. 즉, “구조조정에 관해 노동조합과 협의하였다면 비록 노동조합이 근로자들의 과반수로 조직되지 아니하였다고 하더라도 달리 위 노동조합 외에 그 당시 회사 근로자의 과반수에 의하여 근로자를 대표하는 자가 선정되어 있다거나 위 노동조합이 근로자들의 의사를 충분히 반영하지 못할 특별한 사정이 있었다는 점에 대한 주장·입증이 없는 이상 위 노동조합이 근로자들의 과반수로 조직되지 아니하였다는 이유만으로 회사가 근로자대표와의 협의를 하지 아니한 것으로 볼 수 없다”¹³⁾는 것이다.

12) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결.

2. 해고기준의 내용

근로기준법 제31조 제2항은 ‘합리적이고 공정한 해고기준’에 의한 해고대상자의 선정을 요구하고 있다. 따라서 어떠한 내용의 해고기준이 과연 합리적이고 공정하다고 볼 수 있는가 하는 것이 논점으로 된다. 이하에서는 해고기준의 내용과 관련하여 먼저 학설의 동향을 살펴보고 이어서 판례를 분석하고자 한다.

가. 학설의 동향

해고기준의 내용에 관하여 학설이 취하고 있는 경향은 i) 자의적·차별적 기준 배제, ii) 근로자측 사정의 우선적 고려 및 기업측 사정의 부차적 고려, iii) 근로자측 사정과 기업측 사정의 균형적 내지 종합적 고려라는 3가지로 요약할 수 있다. i)에 대한 반론은 없으며, iii)의 입장보다는 ii)의 입장을 취하고 있는 견해가 다수이다.

1) 자의적·차별적 기준의 배제

현행 해고법제에서 해고는 최후의 수단으로 간주되고 있다. 비록 근로자를 감원하여야 할 긴박한 경영상의 필요성이 발생하더라도 사용자는 해고를 피하기 위한 노력을 다하지 않으면 아니 된다. 헌법 제32조 제1항이 규정하고 있는 근로권은 해고의 최후수단성을 뒷받침하는 규범적 근거가 된다. 취업자(재직자)와의 관계에서 근로권¹⁴⁾은 ‘근로관계를 계속 유지할 수 있는 권리’¹⁵⁾를 뜻하기 때문에 이러한 근로권으로부터 해고제한의 원리, 해고의 최후수단원칙, 고용보호를 위한 사용자의 노력의무 등이 도출될 수 있는 것이다. 한편, 근로계약관계는 계속적

13) 서울행정법원 1999. 10. 15. 선고 99구6230 판결.

14) 실업자와의 관계에서 근로권은 “근로능력을 가진 자가 일을 하려고 하여도 일할 기회를 가질 수 없을 경우에 일할 기회가 제공되도록 국가의 적극적인 개입과 뒷받침이 요구되는 권리”를 의미한다(성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2001, 544쪽).

15) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2000, 617쪽.

12 경영상 해고대상자 선정기준에 관한 법적 연구

근로관계를 그 특징으로 하고, 특히 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자는 특별한 사정이 없는 한 정년까지의 계속적 고용에 대한 기대와 신뢰 및 이익을 갖게 된다. 사용자는 이러한 근로자의 신뢰 및 이익을 부당하게 침해하여서는 안될 뿐만 아니라 긴박한 경영상의 필요성과 같은 특별한 사정이 있다고 하더라도 근로자의 이익·신뢰에 대한 침해를 최소화하여야 할 신의칙상의 의무를 부담하는 것으로 해석할 수 있다.

이처럼 헌법상의 근로권 내지 민법상의 신의칙으로부터 해고의 최후 수단성 및 고용보호를 위한 사용자의 노력의무가 도출될 수 있기 때문에 경영상 해고에서 해고대상자를 선정하기 위한 기준 역시 해고과정에서 근로자 사이의 불합리한 차별을 방지하는데 그 목적을 두지 않으면 아니 된다는 견해¹⁶⁾가 제기되고 있다. 특히 경영상 해고는 근로자의 귀책사유(일신상·형태상의 사유)로 근로관계의 유지를 기대할 수 없는 경우가 아니라 경영상의 필요라는 객관적 사정에 기인한 것이므로 그 대상자의 선정은 지극히 객관적이며 합리적인 기준에 의할 수밖에 없다.¹⁷⁾ 해고대상자 선정의 객관성이 견지되지 않을 경우 경영상 해고를 빙자하여 자의적인 이유가 행해질 여지가 있게 되고, 또한 그런 방식으로 노동조합활동을 기피하기 위한 수단으로 작용할 수도 있게 된다.¹⁸⁾ 따라서 합리적이고 공정한 해고기준이란 해고대상자를 선정함에 있어서 강행법규, 단체협약 및 취업규칙 등에 반하지 않고 또한 반사회질서 행위에 해당하지 않으면서 특별한 이유 없이 부당하게 근로자를 차별하지 않는 해고기준이어야 한다.¹⁹⁾

그런데 해고기준의 설정에서 객관성과 구체성이 중시되지만 주관성과 추상성을 전적으로 배제할 수 없다는 견해도 있다. 해고기준 설정에서 주관성보다는 객관성이 합리성을 갖지만, 인사고과에 주관적 요소를 전적으로 배제하기 어렵고, 특히 객관성을 강조하게 되면 업무성적면에

16) 이흥재, 『노동법연구』, 제10호, 서울대학교 노동법연구회, 2001 상반기, 130쪽 참고.

17) 하경효, 『노동법사례연습』, 박영사, 2001, 160쪽.

18) Ibid.

19) 이병태, 앞의 책, 658쪽.

서 구체적 기준을 설정할 수 있지만(지각, 조퇴, 장기결근자, 무단결근, 징계처분), 다른 중요한 사정(지각이나 조퇴, 결석의 이유, 평소 기업에의 기여도)을 고려하지 않은 객관적 기준만을 내세울 경우 실제 불합리한 때도 있고, 한편 경영상 해고가 경영악화를 방지하기 위한 수단이라고 본다면 기업에 공헌도를 고려하지 않을 수 없으며, 여기에는 근로자의 기능이나 근로의욕 등 추상적 기준을 무시할 수 없다는 것이다.²⁰⁾

2) 근로자측 사정의 우선적 고려 및 기업측 사정의 부차적 고려

해고기준으로 고려할 수 있는 요소 내지 사정은 크게 두 가지 범주로 구분할 수 있다. 하나는 경영상 해고를 통한 기업재건 내지 존속이라는 관점에서 기업(사용자)측의 이익을 보호할 수 있는 요소(예컨대, 근무성적·업무능력·경력이나 숙련도, 상벌관계 등)이다. 다른 하나는 해고로 인한 피해 내지 불이익을 최소화한다는 관점에서 근로자측의 이익을 보호할 수 있는 요소(연령·재직기간·건강상태·부양부담·재산상태 등)이다. 근로기준법 제31조 제2항이 규정하는 ‘합리적이고 공정한 해고기준’이 뜻하는 법적 의미가 무엇인가를 이론적으로 밝히는 것은 ① 해고기준을 설정함에 있어서 위의 두 가지 요소(기업이익보호를 위한 요소와 근로자이익보호를 위한 요소)를 모두 고려하여야 하는 것인지, ② 어느 한 가지 요소(특히, 기업이익보호를 위한 요소)만을 해고기준으로 삼아도 되는 것인지, ③ 두 가지 요소 가운데에서 어떤 요소가 다른 요소에 비하여 우월하다고 볼 수 있는지 등을 해명하는 작업이라고 할 수 있다.

다수의 견해는 근로자보호를 위한 요소를 우선적 내지 일차적으로 고려하여야 하고 기업이익을 보호하기 위한 요소는 부차적 내지 이차적으로 고려하여야 한다는 입장을 취하고 있다.²¹⁾ 그 근거로, ① 현행 법상 경영상 해고는 근로자의 직장보호를 위하여 엄격히 제한되고 있

20) Ibid.

21) 해고대상자를 선정함에 있어서 사용자측의 이해관계를 근로자의 주관적 사정보다 부차적인 것으로 간주할 수 없다는 견해(김소영, “합리적이고 공정한 해고대상자 선별기준의 판단”, 『노동법률』, 1996년 3월호, 20쪽)도 있다.

14 경영상 해고대상자 선정기준에 관한 법적 연구

고 그러한 제한은 직장상실이 가져올 사회문제를 최소화하려는 것이기에 근로자측 요소를 사용자측 요소보다 우선적으로 고려하여야 한다는 점,²²⁾ ② 해고대상자의 선발기준은 근로자들의 근로계약관계를 대비할 수 있는 공통된 기준(근로자들측의 기준)이어야 하므로 근속연수, 연령, 부양의무상의 부담, 배우자의 소득, 기타의 재산정도, 건강상태 등이 일차적으로 고려되어야 하고 기업주측의 이익을 보호하기 위한 기준은 이차적으로 고려될 수밖에 없다는 점,²³⁾ ③ 합리적이고 공정한 해고기준이란 적어도 노사의 이해당사자가 아닌 객관적 관점에서 경영상 해고의 목적성에 부합하는 기준의 의미로 해석하여야 할 것이고, 따라서 해고의 기준은 기업의 존립보호라는 취지에 부합하는 자로서 사회적 보호가 덜 필요한 근로자순으로 선정하는 것이 타당하다는 점,²⁴⁾ ④ 경영상 해고는 근로자측의 귀책사유가 없음에도 불구하고 근로자가 생애의 터전을 상실하게 된다는 데에 그 문제의 심각성이 있기 때문에 해고대상자 선정기준을 정하는 데에는 근로자를 보호하기 위한 시각이 필요하다는 점²⁵⁾ 등이 제시되고 있다.²⁶⁾ 그리고 근로자보호를 위한 요소들 중에서도 특히 근로자의 근속연수·연령·부양의무상의 부담 등이 일차적으로 고려되어야 하고 이 항목들은 서로 우열의 차별 없이 대등하게 취급되어야 하며 이 외에 배우자의 소득이나 기타의 재산정도, 건강상태 등이 고려될 수 있다는 견해가 제시되고 있다.²⁷⁾

22) 임종률, 앞의 책, 495쪽.

23) 김형배, 앞의 책, 707-708쪽.

24) 박종희, 앞의 책, 103쪽.

25) 이원희, “경영상 이유에 의한 해고에 있어서 합리적이고 공정한 해고대상자 선정”, 『노동법의 쟁점과 과제』, 김유성교수 회갑기념논문집, 박영사, 2000, 234쪽.

26) 그밖에도 경영상 이유에 의한 해고에 있어서 해고대상자의 선정은 일차적으로 근로자의 주관적 사정을 기초로 이루어져야 할 것이고 사용자측의 이해관계와 관련된 사항은 이차적으로 고려되어야 한다는 견해로 유성재, “합리적이고 공정한 해고대상자 선정”, 『중앙법학』 창간호, 중앙법학회, 1999, 482쪽.

27) 김형배, 앞의 책, 708쪽. 비교법적으로도 많은 경우에 근속연수, 연령, 부양관계 등을 선정기준으로 삼고 있다고 지적하고 있는 문헌으로 박종희, 앞의 책, 104쪽.

위의 다수 견해도 기업이익을 보호하기 위한 요소가 해고기준에서 전적으로 배제되는 것은 아니고 이차적 내지 부차적으로 고려될 수 있다는 점을 인정한다. 첫째, 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 긍정적으로 평가하지 않을 수 없다는 것이다.²⁸⁾ 둘째, 경영상 해고는 고도의 경영위기를 벗어나거나 기업의 경쟁력 유지·강화를 위하여 필요한 것을 조건으로 허용되고 있다는 점에서 사용자가 효율적인 경영을 위하여 특정 근로자의 계속 근무를 필요로 하는 경우에는 예외적으로 사용자측 요소를 동등한 순위로 고려하되 이익형량의 방법에 의하여 결정되어야 한다는 것이다.²⁹⁾ 셋째, 일차적으로 사회적 보호 관점에서 해고의 기준이 작성되더라도 사용자의 이익 관점 또한 부가적으로 고려될 수 있어야 하는데 예컨대, 특수능력이 요구되는 업무의 경우 그 능력을 해고기준으로 삼는 것은 용인될 수 있을 것이며, 또한 특정근로자의 업무수행능력이 뛰어나서 사업운영에 없어서는 안 되는 필요성이 인정된다면 이 또한 기업의 존립 목적 하에서 특별 고려대상으로 될 수 있어야 한다는 것이다.³⁰⁾

3) 근로자측 사정과 기업측 사정의 균형적 내지 종합적 고려

다수의 견해가 근로자보호를 위한 요소 내지 사정을 우선적·일차적으로 고려하고 기업보호를 위한 요소 내지 사정은 이차적·부차적으로 고려하여야 한다는 입장에서 서 있음은 앞에서 살펴본 바와 같다. 그런데 이러한 다수 견해와는 달리 두 가지 요소를 균형적 내지 종합적으로 고려하여야 한다는 견해도 있다. 즉, 합리적이고 공정한 해고기준의 설정에서는 근로자측과 사용자측의 사정을 비교하고 당해 기업의 업종과 규모 및 인원 정리의 필요성 등을 종합하여 구체적으로 정하여야 하는

28) 김형배, 앞의 책, 709쪽.

29) 임종률, 앞의 책, 495-496쪽. 다만, 동 저자는 “어떠한 선정기준이 ‘합리적이고 공정’한 것인지는 일률적으로 말하기는 곤란하고 각 사업장의 구체적 인 사정에 따라 개별적으로 판단할 수밖에 없을 것”이라고 하고 있다.

30) 박중희, 앞의 책, 104쪽.

16 경영상 해고대상자 선정기준에 관한 법적 연구

데 근로자측의 사정으로는 연령, 근속연수, 재취업의 개연성, 가족에 대한 부양의무, 재산 소유상태, 가족의 수입과 재산상황, 근로자의 건강상태와 건강 악화의 원인, 산업재해와 질병 등 근로자 보호의 측면이 고려되어야 하고, 사용자측의 사정으로는 평소의 근무성적, 경력, 기능의 숙련도, 직무에서의 적격성과 자질, 전직의 가능성, 기업에의 유착성과 근로의욕, 고용형태에서 기업의 귀속성의 정도(특히 비정규직 근로자, 임시직 근로자, 계약직 사원, 파견사원, 정년 후 재고용 사원) 등 장래 기업의 재건에 기여할 수 있는가 등을 고려하여야 한다는 것이다.³¹⁾ 그리고 동일한 취지의 견해로, 해고기준에서는 근로자측의 입장과 사용자측의 입장이 서로 조화·균형되어야 하는데 근로자측의 입장으로서 연령, 건강상태, 가족상황 및 재취업 가능성을 종합적으로 고려하여 사회적·경제적 약자를 우선적으로 보호하고, 사용자측의 입장으로서 근로자의 근무능력, 근속기간 및 능률성 등을 고려하여 경영에 필요한 근로자를 우선적으로 보호되도록 설정되어야 한다는 의견이 제시되고 있다.³²⁾

나. 판례의 분석

1) 기업보호 관점의 해고기준

대법원은 일찍이 근로자들의 평소 근무성적, 상벌관계, 경력, 기능의 숙련도 등을 기준으로 하여 감원대상자를 선정한 것이 객관적으로 합리성이 결여되거나 형평을 벗어난 것이 아니라고 보았다.³³⁾ 그리고 직원의 조직구성이나 업무성격상 대외적으로 미군 등과 접촉을 하여야 하는 직원의 경우 능숙한 영어구사 능력이 요청되는 점 등을 고려할 때 영어구사 능력이 부족한 것으로 판단한 근로자를 해고대상으로 선정한 것은 합리적이라고 보았다.³⁴⁾

31) 이병태, 앞의 책, 658쪽.

32) 이상윤, 앞의 책, 444쪽 참조.

33) 대법원 1987. 5. 12. 선고 86누690 판결.

34) 대법원 1996. 12. 5. 선고 94누15783 판결.

하급심 판결례에서도 근무능력이나 자질, 기술자격증, 숙련도, 징계전력, 근무성적 평정결과, 영업실적 등을 기준으로 하여 해고대상자를 선정하였던 경우에 그 정당성을 인정한 예가 있다. 보다 구체적인 사례를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 구조조정의 대상자를 정하기 위한 사직서 수리기준을 ① 인사고과 결과 C등급 해당자, ② 근무성적이 불량하고 업무능력이 현저히 떨어지는 자로서 과거 5년간 견책 이상의 징계를 받은 자, ③ 동일 직급에서 승진표준연한인 4년이 지나 향후 승진 가능성이 전혀 없다고 판단되는 자, ④ 현 직위에 비하여 나이가 많은 자(부장: 50세 이상, 차장: 45세 이상, 과장: 40세 이상), ⑤ 현 부서에서 특별히 부여된 보직이 없는 자의 순서로 하기로 사용자와 노동조합 대표자 사이에 합의하였던 사안에서, 위와 같은 “사직서 수리기준은 직원들이 회사의 경영악화를 인식하고 인원감축 및 구조조정 작업에 협조하기 위하여 사직서를 제출하기로 결의한 상황 하에서 이를 전제로 회사와 근로자대표가 합의·결정한 것으로서 그 작성의 경위, 대상자 선정기준, 내용 등을 종합하여 보면 이는 실질적인 정리해고기준에 해당한다고 봄이 상당하고, 그 내용 또한 근무성적 및 업무능력 등을 종합적으로 고려한 것이어서 해고대상자 선정기준으로서 합리성이 있다”³⁵⁾고 보았다.

둘째, 사용자가 생산을 폐지, 축소 혹은 자동화하기로 결정한 부문에 종사하고 있던 근로자들 가운데에서 생산작업을 위하여 반드시 필요한 자격증을 소지한 자 내지 숙련기능공을 해고대상에서 제외하였던 사안에서, “회사가 입사한지 1, 2년 밖에 되지 않은 근로자들과 숙련기능공 혹은 자격증 소지자인 잔류근로자들의 생산성 및 업무효율 등을 비교하여 해고대상을 결정한 것을 부당하다고 볼 수 없다”³⁶⁾고 하였다.

셋째, 운전기사의 교통사고 발생전력과 징계전력을 해고기준으로 삼았던 사안에서, “경영상 해고의 기준이 노사간의 합의를 통하여 설정된 것으로서 비록 그것이 근로자 개개인의 구체적인 사정을 모두 고려하여 판단할 수 있는 최선의 방안은 되지 못한다 할지라도 버스 운전기

35) 서울행정법원 1999. 9. 8. 선고 98구27636 판결.

36) 서울행정법원 1999. 11. 2. 선고 99구829 판결.

18 경영상 해고대상자 선정기준에 관한 법적 연구

사로서의 근무능력과 자질을 평가할 수 있는 중요한 요소 중의 하나인 교통사고 발생전력과 근무기간 동안의 징계전력 등의 사정을 토대로 일응 객관적인 기준을 설정한 것으로 보이는 점 등에 비추어 이를 불공정하다거나 불합리한 기준이라고 볼 수 없다”³⁷⁾고 하였다.

넷째, 근무성적 평정결과에 따라 최하위순으로 해고대상자를 선정한 사안에서, “근로자들 대표로 구성된 구조조정대책반의 여러 차례에 걸친 회의 끝에 근무성적 평정결과의 최하위순으로 경영해고 대상자를 선정한 것은 직원수가 30명이 채 안 되는 조합의 규모 및 조합 직원의 업무내용과 인적 구성, 근무성적 평정의 기준 및 그 평정이 이루어지는 과정 등에 비추어 볼 때 조합이 근로자측과 성실한 협의를 거쳐 합리적이고 공정한 기준에 의하여 해고대상자를 선정한 것”³⁸⁾이라고 보았다.

다섯째, 영업실적을 주된 해고기준으로 삼고 근속 1년 미만의 근로자와 노조전임자를 제외하였던 사안에서, “자동차 판매를 주요업무로 하는 영업사원의 경우 그 영업실적은 인사고과의 가장 중요한 요소이자 사용자측의 경영상의 이해관계와 밀접한 연관을 가지는 것이므로 회사가 노동조합과 수 차례에 걸친 협의 하에 경영악화상태에 있던 최근 10월간의 영업실적을 주된 요인으로 삼되 이 중에서 합리적인 사유가 있는 근속 1년 미만의 근로자 및 노조전임자 등을 제외하기로 한 것은 그 내용에 있어서 객관적이고 합리적인 해고대상자 선정기준”³⁹⁾이라고 보았다.

2) 근로자보호 관점의 해고기준

대법원은 1993년 판결에서 해고대상자를 선정함에 있어서 해고로부터 보다 많은 보호를 받아야 할 장기근속자를 우선적인 해고대상자로 정한 것은 합리성과 공정성을 결여한 것이라고 판단하였다.⁴⁰⁾ 다만, 이

37) 서울고등법원 2000. 6. 9. 선고 99누11235 판결.

38) 서울행정법원 2000. 8. 25. 선고 2000구993 판결.

39) 서울행정법원 2000. 3. 15. 선고 98구18472 판결.

40) 대법원 1993. 12. 28 선고 92다34858 판결.

사안은 해고 당시까지 긴박한 경영상의 곤란이 없었음에도 장차 세입의 감소로 경영상의 어려움이 있을 것이 예상되자 사용자가 이를 경영합리화 등을 통하여 극복하여 보려는 노력은 하여 보지도 않은 채 해고대상자와의 협의도 거치지 않고 해고하였던 경우로 긴박한 경영상의 필요성 자체가 인정되지 않았던 사건이었다. 그런데 후술하는 바와 같이 2002년 판결에서 대법원은 연령, 재직기간, 근무성적 3가지를 해고기준으로 삼았던 사안과 관련하여, “우리나라에 독특한 연공서열적인 임금체계를 감안하면 상대적으로 고임금을 받는 높은 직급의 연령이 많은 직원과 재직기간이 긴 직원을 해고하면 해고인원을 최소화할 수 있었던 사정을 종합적으로 고려해 보면 피고 은행이 정한 위 기준은 당시의 상황에서 나름대로 합리적이고 공정한 기준으로서 수긍”할만하다고 판단하였다.⁴¹⁾

하급심 판례의 경우 근속기간이 짧은 자 순으로 해고대상자를 선정하였던 경우 그 정당성을 인정한 예가 있다. 즉, “전직의 가능성이 비교적 어렵고 회사에의 공헌도가 높은 장기근속자를 보호하고자 단기근속자 순으로 대상자 선정기준을 정하였고 단기근속자를 선정함에 있어서도 해외취업 후 재입사한 사람의 입사일을 모두 최초 입사일을 기준으로 환원하여 이에 따라 단기근속자를 선정하였다면 이러한 해고대상자 선정기준이 불합리하거나 불공정하다고 볼 수 없다”⁴²⁾는 것이다. 장기근속 기간 조직을 위하여 성실하게 근무한 직원이 단지 장기근속자라는 이유만으로 평소 불성실한 근무태도를 보이거나 비위사실로 징계를 받은 전력이 있는 직원에 비하여 우선 해고대상자로 선정된다면 그러한 해고기준은 합리성과 공정성을 갖추었다고 보기 어렵다고 한 판결례도 있다.⁴³⁾ 한편, 연장자 순으로 해고대상자를 결정하는 기준과 관련하여 “정리해고가 사용자측의 경영상 필요에 의하여 이루어지고, 그 대상자인 근로자들로서는 아무런 귀책사유 없이 일방적으로 생계수단을 상실하게 되는 중대한 결과를 초래하는 조치로서 짧게는 3년에서 많게는

41) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결.

42) 서울고등법원 1996. 5. 9. 선고 95구19784 판결.

43) 서울행정법원 2000. 6. 1. 선고 99구28247 판결.

약 15년간 구청에 소속되어 장기간 근무하여 왔고, 그 작업내용이 단순한 육체적 노무에 불과하지만 특별히 강한 체력을 요구할 정도에 이르는 것으로 보이지 아니하며, 근로자 대표 등과 해고기준에 관하여 아무런 협의를 거치지 않은 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건에서 원고가 연령이라는 일방적이고 획일적인 기준에 의하여 참가인들을 정리해고 대상으로 선택한 것은 참가인들에게 미치는 불이익의 정도나 사회적 보호의 필요성, 근무기간 동안의 기여도나 근무태도 등을 전혀 감안하지 아니한 것으로서 공정하고 합리적인 해고기준을 적용하였다고 볼 수 없다”고 본 판결례가 있다.⁴⁴⁾

3) 기업보호 관점과 근로자보호 관점 양자의 관계

해고기준을 정함에 있어서 기업보호의 관점과 근로자보호의 관점을 어떻게 조정할 것인가 하는 문제가 중요하지 않을 수 없다. 이는 기업의 이해관계와 근로자의 이해관계를 어느 정도 반영하여야 하는가의 문제이다. 이미 언급하였듯이 학설은 ‘양자를 종합적·균형적으로 고려하여야 한다는 견해’와 ‘근로자의 이해관계(또는 근로보호의 관점)가 우선적·일차적으로 고려되어야 하고 기업의 이해관계(또는 기업보호의 관점)는 부차적·이차적으로 고려되어야 한다는 견해’로 나뉘고 있고, 후자의 견해가 다수를 차지하고 있다. 그런데 이와 관련하여 대법원은 2002년 이전까지 자신의 견해를 명시적으로 밝히지 않았었다. 앞에서 살펴보았듯이 기업보호의 관점에서 기업의 이해관계만을 반영한 해고기준의 정당성을 인정하였던 경우가 수적으로는 많았지만 해고로부터 보다 많은 보호를 받아야 할 장기근속자를 우선적인 해고대상자로 정한 것은 정당하지 않다고 본 경우도 있었다. 한편, 하급심 판결례에서는 명시적인 견해가 피력되어 왔고, 결국 대법원은 2002년 7월 9일에 선고한 2001다29452 판결에서 자신의 견해를 제시하게 된다. 이하에서는 이러한 판례의 흐름을 살펴보고자 한다.

44) 서울행정법원 2001. 12. 11. 선고 2001구26794 판결.

가) 근로자보호 관점이 우선되어야 한다고 본 하급심 판결례

1995년에 서울지방법원은 근로자보호의 관점이 우선되어야 하고 기업보호의 관점은 부차적이라는 견해를 제시하게 된다. 그 내용을 보면, “정리해고의 경우 근로자의 일신상, 형태상의 사유가 아닌 사용자측의 경영상 필요로 해고가 이루어지는 것이므로 **연령, 근속기간, 부양의무의 유무, 재산, 건강상태 등 근로자 각자의 주관적 사정을 기초로 그 사회적 위치를 살펴 상대적으로 사회적 보호를 덜 필요로 하는 근로자들부터 해고를 하여야 하고, 근무성적, 업무능력 등 사용자측의 이해관계와 관련된 사정들을 부차적으로 고려되어야 할 것임에도** 피고는 해고대상 근로자 선별기준을 마련함에 있어서 피고 법인의 이해관계와 밀접한 사항들만을 반영할 뿐 근로자 각자의 주관적 사정을 전혀 고려하지 아니하였으므로 이러한 점으로 보아도 피고의 초과인원 정리기준은 정당하다고 볼 수 없다. 피고가 이러한 기준을 마련함에 있어 피고법인 노동조합과 협의 또는 합의를 하였다 하여도 이러한 사정은 해고대상자 선별기준의 정당성에 아무런 영향을 미치지 않는다”⁴⁵⁾는 것이다. 그러나 이러한 견해는 이후의 판례에 영향을 미치지 못하였다.

나) 두 가지 관점이 종합적·균형적으로 고려되어야 한다고 본 하급심 판결례

1999년 서울행정법원은, 사용자가 사무직 근로자들에게 사직서를 일괄 제출케 한 후 대표이사 등 8명으로 구성된 경영진들이 비상경영위원회를 개최하여 ① 인사고과 D등급 사원(유급자) ② 현직 부적합 사원 ③ 근무태도 불량 사원 ④ 관리자 자질부족 사원을 사직서 수리대상자 선정기준으로 결정하고 위 기준에 해당하는 71명의 근로자 중 60명을 최종 사직서 수리대상자로 확정하였던 사안에서, “회사가 결정한 위 사직서 수리기준은 근로자대표와 협의를 거치지도 아니한 채 주로 회사측의 경영상의 이해관계만을 고려하여 결정되었을 뿐이고, 당해 근로자들의 연령, 가족관계, 근속연수, 재산관계, 재취업의 가능성, 건강상태 등을 종합적으로 고려한 합리적이고 객관적인 기준이라고 볼 수도

45) 서울지방법원 1995. 12. 15. 선고 94가합10586 판결.

없다”⁴⁶⁾고 판단하였다.

그리고 2000년에 들어서 서울행정법원은 “해고대상자를 선정함에 있어서 어떠한 기준을 설정하고 각 항목별로 어떠한 비중을 부여하는 것이 합리성과 공정성을 갖춘 것인지 여부는 확일적, 일률적으로 말할 것은 아니고, 정리해고 대상자에게 미치는 불이익의 정도, 사회적 보호의 필요성과 같은 근로자의 주관적 사정과 정리해고를 통해 달성하고자 하는 경영상 목표, 정리해고를 실시하는 사업체의 인사구조 및 이에 관한 구성원들의 인식, 향후 사업체의 발전역량의 보존 등 객관적 사정을 두루 고려하여 이를 판단”하여야 한다고 말하면서, “원고 공단과 같은 공법인에 있어서 장기간 근속한 고령자나 현직급에서 더 이상 승진하지 못하고 장기근속한 직원은, 일용 경영혁신을 통한 효율성 및 사업역량 강화라는 정리해고의 목적과 조직의 장기적인 발전이라는 측면에서 볼 때 부정적인 평가를 받을 여지가 많고, 또한 잔여 정년이 많지 않고 그 퇴직에 따른 경제적 보상의 규모가 상대적으로 큰 점에 비추어 조기 퇴직으로 인한 생활상의 불이익이 상대적으로 적다고 볼 여지가 있으므로, 이를 정리해고 대상자 선정기준으로 포함시킨 것 자체를 탓하기는 어렵다고 할 것이지만, 그렇다고 하더라도 이러한 기준의 비중이 지나치게 커서 다른 나머지 모든 기준을 배제할 만큼 절대적인 영향을 갖게 되거나, 위와 같은 연령이나 현직급 근속연수보다도 경영혁신이나 사업역량 강화와 훨씬 직접적인 관련성을 갖고 있다고 볼 수 있는 근무평정, 징계전력 등 과거의 근무태도에 대한 평가가 전혀 반영되지 아니하든지 혹은 그 반영의 정도가 극히 미미하여 장기간 조직을 위하여 성실하게 근무한 직원이 단지 장기 근속자라는 이유만으로 평소 불성실한 근무태도를 보이거나 비위사실로 징계를 받은 전력이 있는 직원에 비하여 우선적으로 정리해고 대상자로 선정되게 된다면 이러한 정리해고 기준이 합리성과 공정성을 갖추었다고 보기는 어려울 것”⁴⁷⁾이라고 결론 내렸다. 또한 다른 판결에서 서울행정법원은 “근무실적이나 평소 근무능력에 대한 평가결과는 경영혁신이나 사업역량 강화

46) 서울행정법원 1999. 7. 16. 선고 98구20871 판결.

47) 서울행정법원 2000. 6. 1. 선고 99구28247 판결.

와 직접적인 관련성을 갖고 있다고 볼 수 있으므로 이를 정리해고 대상자 선정기준으로 삼은 것 자체를 잘못이라 할 수는 없으나, 그 평가 기준이 불명확하고 추상적이어서 평가 주체의 자의나 주관적 요소가 개입할 여지가 크고, 지나치게 배점이 커서 근무능력평가결과만으로 다른 나머지 모든 기준을 배제할 만큼 절대적인 영향을 갖게 되거나 장기간 조직을 위하여 성실하게 근무한 직원이 단지 장기 근속자라는 이유만으로 평소 불성실한 근무태도를 보이거나 비위사실이 있는 직원에 비하여 우선적으로 정리해고 대상자로 선정될 수 있다면 이러한 정리해고 기준은 합리성과 공정성을 갖추었다고 볼 수 없다. …… 그리고 근로자측의 귀책사유 없이 사용자측의 경영상의 사정에 따라 실시되는 경영해고의 기본적 성격, 근로자가 입는 불이익의 정도 등에 비추어 전체 해고대상자 근로자 중 상대적으로 사회적 보호를 덜 필요로 하는 근로자들이 선정될 수 있도록 근로자들의 주관적인 사정을 충분히 참작하여야 함에도 생산직 근로자들의 연령, 부양의무의 유무, 재산상태 등을 전혀 반영하지 아니한 점에서 이 사건 정리해고 기준은 사용자의 이해관계에 관련된 객관적 사정에 편중되었다”⁴⁸⁾고 판단하였다.

다) 근로자보호 관점을 고려하지 않아도 정당할 수 있다고 본 대법원 판결

근로자보호의 관점과 기업보호의 관점이 종합적·균형적으로 고려되어야 한다고 보았던 서울행정법원의 판결례는 2000년에 들어서면서 상급심인 서울고등법원에 의해 거부되기 시작하였고, 마침내 2002년 대법원은 근로자보호의 관점을 고려하지 않은 해고기준도 그 정당성을 인정할 수 있다는 취지의 판단기준을 제시하게 된다. 이러한 전개과정을 살펴보면 다음과 같다.

2000년 4월 19일에 서울행정법원은, “해고대상자를 선정함에는 사용자측의 경영상의 이해관계에 관련된 사정뿐만 아니라 근로자의 주관적 측면도 함께 참작되어야 형평의 원칙에 부합하는 것이라 할 것인데, 이 사건에서 원고(예술의 전당)는 사용자측의 경영상의 이해관계에 관련된

48) 서울행정법원 2000. 7. 7. 선고 99구34600 판결.

24 경영상 해고대상자 선정기준에 관한 법적 연구

사정만을 고려하였을 뿐 근로자의 연령, 근속기간, 부양의무의 유무, 재산, 건강상태 등 근로자의 주관적인 사정을 전혀 참작하지 아니한 채 이 사건 정리해고를 한 점 등을 종합하여 보면, 원고 법인이 그 동안 노동조합의 반대로 인사고과자료나 출근상황부를 작성한 바 없는 관계로 이를 해고대상자 선정과정에 반영하지 아니하였고 노동조합과의 합의 하에 상벌 및 포상관계를 반영하지 아니하였으며 노동조합과의 수차례에 걸친 협의 하에 위 정리해고 기준을 마련하였다는 사정이 있다고 하더라도, 원고가 마련한 위 정리해고 기준 및 이에 따른 해고대상자 선정과정은 객관적이고 합리적인 것이라고 볼 수 없다⁴⁹⁾고 결론을 내렸다. 그러나 상급심(제2심)인 서울고등법원이 2000년 11월 8일에 선고한 판결⁵⁰⁾ 및 최종적으로 대법원이 2002년 7월 9일에 선고한 판결⁵¹⁾에서는 위와 같은 서울행정법원의 판단이 받아들여지지 않았다.

한편, 2001년 서울고등법원은, 사용자가 근로자대표와 협의하여 해고대상자를 ① 1999년도 정년 도달자, 사내결혼 직원, 자진퇴직 희망자, ② 업무수행능력이 부족하고 근무태도가 불량한 직원, ③ 감봉이상 징계자, ④ 업무수행능력이 부족한 직원, ⑤ 근무태도가 불량한 직원, ⑥ 감봉 이상 징계자로서 업무수행능력이나 근무태도가 양호한 직원, ⑦ 기타 1, 2급 직원 순으로 하고 해고인원을 그 당시 현재 인원의 10%로 하기로 노사가 합의하였던 사안에서, “원고는 위 해고기준이 근로자측의 주관적인 사정을 고려하지 아니한 것으로서 합리적이고 공정하지 아니한 것이라고 주장하나, 정리해고의 기준은 기업의 경쟁력 향상이라는 측면에 주안점을 두어 정할 수도 있고 근로자의 생활안정이라는 측면에 주안점을 두고 정할 수도 있는 것이며, 그 어느 쪽에 주안점을 두어 정하더라도 그것이 사회적 타당성을 가지는 것이라면 이를 정당한 것이라고 할 것이어서, 위 정리해고의 기준이 근로자의 부양가족의 수라던가 재취업가능성을 고려하지 아니하였다 하더라도 그러한 사유만으로 합리적이고 공정한 해고기준이 아니라고는 할 수

49) 서울행정법원 2000. 4. 19. 선고 99구20403 판결.

50) 서울고등법원 2000. 11. 8. 선고 2000누5601 판결.

51) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2000두9373판결.

없다”⁵²⁾고 판결하게 된다.

이러한 일련의 흐름 속에서 마침내 대법원은 2002년 7월 9일 선고한 판결을 통해 자신의 입장을 제시하게 된다. 이 사안에서 사용자(우리는 행)는 노동조합 가입자격이 없는 상위직 근로자(3급 이상 직원)를 대상으로 인원감축을하기로 결정하였고, 과반수 노조와 합의하여 정한 해고기준은 먼저 3급 이상의 직원을 대상으로 하여 직급별 해고인원수를 정하고, 각 직급에서 연령이 많은 직원, 재직기간이 장기간인 직원, 근무성적이 나쁜 직원을 해고대상으로 하되 앞의 두 기준에 해당하는 자 중 근무성적 상위자를 제외하기로 하는 것이었다. 이에 대하여 원심은 “근로자의 부양의무의 유무, 재산, 건강상태, 재취업가능성 등 근로자 각자의 주관적인 사정과 사용자의 이익 측면을 적절히 조화시켜야 함에도 근로자의 생활보호측면을 전혀 고려함이 없이 단순히 연령, 재직기간, 근무성적 등 3가지 선정기준만을 설정하였을 뿐 아니라 그나마 이들 기준을 합리적으로 조화시키지 아니하고 그 중 어느 하나의 요건에만 해당하면 근무성적을 다소 고려하는 외에는 다른 기준에 불구하고 아무런 심사과정도 거치지 아니하고 바로 감축대상자로 선정한 점에 비추어 그 대상자 선정기준 역시 합리적이고 공정하다고 할 수 없다”⁵³⁾고 판단하였다. 그러나 대법원은 “합리적이고 공정한 해고의 기준 역시 확정적·고정적인 것은 아니고 당해 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 정리해고를 실시한 사업 부문의 내용과 근로자의 구성, 정리해고 실시 당시의 사회경제상황 등에 따라 달라지는 것”이라고 전제한 후, “사용자가 해고의 기준에 관하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 협의하여 해고의 기준에 관한 합의에 도달하였다면 이러한 사정도 해고의 기준이 합리적이고 공정한 기준인지의 판단에 참작되어야 한다”고 말하면서, “피고 은행은 공적자금을 지원받기 위하여 금융감독위원회와 예금보험공사에 제출한 경영정상화계획서에서 3급 이상 직원을 최대한 감축하기로 약속하였고, 노동조합과 협의하여 위와 같은 선정기준에 대

52) 서울고등법원 2001. 8. 3. 선고 2000나51829 판결.

53) 서울고등법원 2001. 4. 11. 선고 2000나15908 판결.

한 합의에 이르렀으며, 우리나라에 독특한 연공서열적인 임금체계를 감안하면 상대적으로 고임금을 받는 높은 직급의 연령이 많은 직원과 재직기간이 긴 직원을 해고하면 해고인원을 최소화할 수 있었던 사정을 종합적으로 고려해 보면 피고 은행이 정한 위 기준은 당시의 상황에서 나름대로 합리적이고 공정한 기준으로서 수긍할 만하고, **정리해고를 조속히 마무리지어 안정을 기해야 할 필요성에 비추어 주관적 판단에 좌우되기 쉬운 근로자 각자의 개인적 사정을 일일이 고려하지 못하였다고 하여 달리 볼 수는 없다**”고 결론을 내렸다.⁵⁴⁾

4) 자의적 또는 차별적 해고기준

해고기준이 예컨대, ‘무사안일·복지부동 직원이나 회사발전 저해, 직원간 위화감 조성 직원’ 등과 같이 불명확한 내용을 담고 있는 경우 그러한 기준에 의거하여 해고대상자를 선정하는 것 자체가 부당할 뿐만 아니라, 해고기준으로 수 개의 항목을 설정하였다면 항목간의 우선 순위를 정하거나 항목별 배점기준 등을 설정하여 해고대상자의 선정이 객관적·구체적·합리적으로 이루어지도록 하여야 하는데 아무런 우선 순위나 배점기준조차 설정하지 않은 채 해고대상자를 선정하는 것은 정당하지 않다는 것이 판례의 입장이다.⁵⁵⁾ 또한 객관적인 평가자료나 평가기준 없이 단순히 투표만으로 해고대상자로 선정하는 것은 해고를 실시하는 기업의 입장보다 개인적인 친소관계가 투표에 영향을 미침으로 인해 그 결과가 왜곡될 가능성이 클 뿐만 아니라 해고대상자의 선정권한을 투표자들로 하여금 자유재량으로 행사할 수 있게 하는 결과를 낳게 되어 결국 투표를 하는 자가 누구인가에 따라 그 선정 결과가 달라지게 될 가능성이 다른 기준에 의할 때보다 훨씬 크기 때문에 합리적이고 공정한 기준으로 볼 수 없다는 하급심 판결례가 있다.⁵⁶⁾ 그러나 근로자들에 대한 객관적인 평가자료가 없는 상황에서 노사가 합의한 일정한 기준에 따라 무기명투표로 해고대상자를 선정하였던 경우에

54) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결.

55) 서울행정법원 2000. 8. 22. 선고 99구27282 판결.

56) 서울행정법원 2000. 6. 16. 선고 99구30967 판결.

그 정당성을 인정한 판례도 있다. 구체적으로 살펴보면, 문화관광부장관으로부터 예산삭감 및 인건비 삭감요청을 받은 사용자(예술의 전당)가 노사협의회를 개최하여 정원 168명을 135명으로 감축하되 실제로는 당시 현원 155명 중 20명(임원 1명, 3급 이상 9명, 4급 이하 5명, 계약직 4명, 정년퇴직예상자 1명)을 감축하기로 하고, 감축할 4급 이하 직원 5명을 선정하는 방법으로 1~3급 직원 중에서 각 1명, 4~6급 직원 중에서 각 2명씩 직제개편위원을 선발하여 9명의 위원으로 구성된 직제개편위원회에서 해고대상자를 선정하며, 직제개편위원들은 각자 아래와 같은 선정기준에 해당한다고 판단되는 직원을 무기명투표의 방법으로 뽑아 그 중 최다득표를 한 순서대로 해고대상자를 정하고, 그 선정기준은 ① 기구개편에 따른 보직이 없어진 경우, ② 직원 누구나 공감하는 비생산적 인력, ③ 업무의 전문성과 그에 상응하는 능력과 자질이 부족한 인력, ④ 창의력, 업무 추진력, 업무의 적극성이 결여된 인력, ⑤ 분과외식에 합류하여 조직원으로서의 공동체 의식이 결여된 인력, ⑥ 조직에 적응치 못하는 무소신 인력, ⑦ 자신의 미래에 대하여 전문적인 개발노력 의지가 없는 인력으로 합의하였는데, 그 후 노동조합측에서 선정한 직제개편위원들이 그 직책을 고사하는 등으로 직제개편위원 선발이 지연되자 사용자가 이미 선정된 1~3급 3명을 제외한 나머지 6명의 직제개편위원을 노동조합과의 합의 하에 선발하고, 직제개편위원회를 개최하여 무기명투표로서 해고대상자를 선발하였다. 이에 대하여 원심(서울고등법원)은 “정리해고는 근로자를 그의 귀책사유로 인하여 해고하는 것과는 달리 회사의 필요에 의하여 해고하는 것이므로, 그 대상자의 선정 기준 및 방법을 정함에 있어서 반드시 근로자의 업무능력만을 기준으로 하여야 하는 것은 아니고 근로자의 생활사정, 근로자 사이의 공평성 등을 기준으로 하는 것도 가능한 것이어서 이에 관하여 사용자에게 상당한 재량이 있다고 할 것이고, 특히 그 선정 기준 및 방법이 대다수 근로자가 속해 있는 노동조합의 동의를 얻어 결정된 것이라면 그에 대하여 대부분의 근로자가 동의한 것으로 볼 수 있으므로 그것이 지나치게 자의적이거나 불합리한 것이 아닌 한 그 합리성을 부인할 수 없는 것”이라고 전제하면서, “원고법인과 노동조합이 합의한 해

고대상자 선정기준은 비록 그 내용이 추상적이기는 하나 불합리하거나 자의적인 내용은 없고, 노동조합의 반대로 인하여 근로자들에 대한 인 사고과자료나 출근상황부가 존재하지 않아 직원들에 대한 객관적인 평가자료가 없는 원고법인으로서는 직제개편위원들이 평소 획득한 정보를 토대로 하여 주관적인 판단에 따라 해고대상자를 선정하는 방법을 선택할 수밖에 없는데 위 해고대상자 선정기준을 종합하여 보면 원고 법인에 대한 기여도가 낮고 친화력이 적은 사람으로 판단되는 직원을 선정하라는 취지로 볼 수 있어 그 내용이 결코 불합리하다고 할 수 없다. 원고법인에 직원들에 관한 객관적인 자료가 없는 이 사건에 있어서 객관적인 자료나 정보에 근거하여 해고대상자를 선정하거나 그 선정기준을 객관적으로 제시할 것을 요구하는 것은 정리해고를 사실상 불가능하게 하는 지나친 요구라 할 것이다”⁵⁷⁾라고 판단하였다. 대법원도 “원고법인이 노동조합과 합의하여 정한 해고대상자 선정기준이 다소 애매모호한 점은 있으나 자의적이라고 볼 수 없고, 평소 작성된 인사고과자료 등이 없고 상벌관계도 노동조합의 반대로 인하여 해고대상자 선정기준으로 할 수 없었던 원고법인으로서는 노동조합과 합의한 방법, 즉 직원들 중에서 직급에 따라 직제개편위원을 선발하여 해고대상자를 선정할 수밖에 없었고 달리 해고대상자를 선정할 합리적이고 공정한 방법이 없었다 할 것인데 원고법인의 직원들이 상호간 업무능력과 대인관계 등을 잘 알고 있는 상황 하에서는 직제개편위원들이 노동조합의 동의 아래 선발된 이상 그 선발이 위원회의 개최 하루 전일에 이루어졌다는 사정만으로는 그와 같은 방법에 의한 해고대상자 선정이 불합리하다고 볼 수 없다”⁵⁸⁾고 하였다.

한편, 비정규근로자, 채용내정자, 부부사원 등을 우선적 해고대상으로 삼는 것이 차별에 해당하지 않는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 일용 근로자를 우선적인 해고대상으로 삼았던 사안에서 그 정당성이 인정되었다. 즉, 운송업을 목적으로 하는 회사의 지점장이 회사 본사의 다년간의 적자운영을 탈피하기 위하여 그 적자요인의 하나로 되어 있는 사

57) 서울고등법원 2000. 11. 8. 선고 2000누5601 판결.

58) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2000두9373 판결.

무량에 비하여 과다한 일용근로자를 정리한다는 방침을 정하고 그러한 지시를 지점장 등에게 내림에 따라 지점에서 그때 그때의 업무형편에 따라 일용의 형식으로 고용해 오던 근로자들을 해고한 조치는 정당하다고 보았다.⁵⁹⁾

채용내정자를 우선적인 해고대상으로 삼았던 사안에서도 그 타당성이 인정되었다. 즉, “기존 직원들에 대하여 명예퇴직, 의원사직 유도 등을 통하여 상당한 인원을 감축한 후에도 인원감축의 필요성은 계속되었으나, 고용안정에 관한 협약에 의하여 기존 직원들에 대한 추가적인 정리해고가 불가능하였을 뿐만 아니라 원고들은 비록 피고회사와 사이에 근로계약이 성립되어 종업원의 지위를 가지고 있었으나 당시까지 현실적인 노무의 제공을 하지 않은 상태로서 근로관계에의 밀접도가 통상의 근로자에 비하여 떨어진다고 할 것이어서 기존의 근로자들에 비하여 우선적으로 정리해고 대상에 속할 수 있다고 할 것이므로 피고회사가 위와 같이 원고들을 비롯한 채용 내정자들을 정리해고 대상으로 선정한 것은 합리적인 이유가 있는 것”⁶⁰⁾이고, “근로기준법 제31조 제3항은 근로자를 해고하기 위해서는 60일 전에 이를 통보하고 근로자의 대표자와 협의할 것을 규정하고 있으나, 근로자의 신분보장을 위한 이러한 규정은 근로계약이 확정된 근로자를 전제로 하는 것으로서 사용자에게 해약권이 유보되어 있는 채용내정자에 대하여는 그 적용이 없다고 할 것이다. 따라서 채용내정을 취소하기 위해서는 정당한 사유가 있어야 함은 당연하나 따로 근로기준법 제31조 제3항의 절차를 거쳐야 하는 것은 아니”⁶¹⁾라고 보았고, 대법원도 이러한 판단을 받아들였다.⁶²⁾

구조조정과정에서 부부사원을 대상으로 사직서의 제출이나 명예퇴직을 종용·권유함으로써 결과적으로 많은 경우 여성 배우자가 사직서를 제출하거나 명예퇴직을 함으로써 그 정당성이 다투어졌던 사례가 있었

59) 대법원 1966. 4. 6. 선고 66도204 판결.

60) 서울지방법원 1999. 6. 18. 선고 98가합67930 판결.

61) 서울고등법원 2000. 8. 25. 선고 99나41055 판결.

62) 대법원 2000. 11. 28. 선고 2000다51467 판결.

다. 회사의 방침에 따라 영업소의 소장들이 부부직원들에게 여성배우자가 사직할 것을 수차에 걸쳐 권유하거나 종용하여 회사의 본사 및 전국 각 영업소에서 근무하는 사내부부 88쌍 중 86쌍의 한쪽 배우자가 모두 사직서를 제출하였던 사안에서, 대법원은 “피고회사 중간관리자들의 퇴직권유 또는 종용과 관련한 언동 및 그 횟수, 중간관리자와 부부직원의 회사 내 지위에 비추어 자진퇴직을 권유 또는 종용하는 중간관리자들의 지휘, 감독을 받는 지위에 있던 원고들을 비롯한 퇴직사원과 그 배우자들로서는 퇴직 권유 또는 종용을 받아들이지 아니할 경우에 입게 될 불이익이 본인뿐만 아니라 배우자들에게까지 미칠 경우에는 그 압박감이 가중되고 지속될 것이며, 그러한 권유 또는 종용이 계속, 반복될 경우에는 더 이상 저항하여도 달리 선택의 여지가 없을 것이라는 자포자기의 상태에 빠지게 될 것이므로, 이러한 상황 하에 있는 원고들에 대하여 피고회사의 중간관리자들이 계속, 반복적으로 행한 퇴직 권유 또는 종용행위는 원고들에 대하여 우월적인 지위에 있는 피고회사의 강요행위라고 인식될 것이어서, 사직서를 제출한 대가로 별도의 이득도 얻지 못한 원고들이 1998. 8. 31자로 퇴직을 원하는 내용의 사직서를 제출함으로써 표명한 사직의사는 피고의 강요에 의하여 어쩔 수 없이 이루어진 것으로서 내심의 효과의사 없는 비진의표시라 할 것이고 따라서 이는 의원면직의 외형만을 갖추고 있을 뿐 실질적으로는 피고 회사에 의한 해고에 해당하고, 나아가 원고들을 해고할만한 정당한 사유가 있고 정당한 징계절차를 밟아 해고하였다거나 근로기준법 제31조에 따른 정리해고의 요건을 갖추었다는 점에 관하여 피고로부터 아무런 주장·입증이 없으므로 위 해고는 부당해고로서 당연 무효”⁶³⁾라고 보았다. 그러나 중간관리자들이 부부직원들을 대상으로 적극 명예퇴직을 종용하였고, 특히 여성들에게 명예퇴직하지 않으면 남편이 순환명령휴직자가 되는 등의 불이익이 초래될 수 있음을 주지시켜 결과적으로 전체 부부직원 가운데에서 98.7%가 명예퇴직을 신청하였는데 그 중에서 여성 배우자가 명예퇴직한 비율이 91.5%에 이르렀던 사안에서, 원심(서울고등법원)은 “피고가 부부직원들인 원고들과 그 남편들에 대

63) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002다19292 판결.

하여 수 차례 명예퇴직을 종용하면서 그러지 않으면 원고들의 남편들이 순환휴직대상자가 될 것이고, 그 후에 복직이 불투명하며, 그들이 바로 정리해고대상자가 될 것이라는 점을 고지하였다는 사실은 인정된다. 그러나 피고가 순환명령휴직대상자를 선정하거나 정리해고를 실시할 경우 사회·경제적 관점에서 보아 경제적 충격이 상대적으로 덜한 부부직원의 일방을 그 대상자로 정하는 것이 합리적인 정리기준에 어긋나는 것이라고 판단되지는 아니하고, 피고가 인원감축계획을 수립함에 있어 부부직원의 일방을 대상으로 정하였을 뿐 아내인 직원만을 대상으로 한 것이 아님은 앞서 본 바와 같으니 그 어느 편이 퇴직할 것인가는 당해 부부가 자율적으로 판단할 사항(실제로 남편이 퇴직한 경우도 있음)이라 할 것이므로 사회·경제적 관점에서 용인되는 그와 같은 퇴직의 종용을 두고 실제로는 아내인 사원이 퇴직하는 사례가 많을 수밖에 없다는 사정만을 들어 곧바로 헌법이나 근로기준법 등이 정하는 남녀평등에 반하여 여성을 차별한 것이라고도 볼 수 없다 할 것이다. 따라서 피고가 다른 금융기관의 사례로 미루어 명예퇴직을 실시하지 않으면 그와 같은 해고사태를 피할 수 없다고 판단하고 그러한 사정을 고지하여 명예퇴직을 종용한 것을 두고 원고들을 강박한 것이라고는 할 수 없고, 당시 피고가 처한 사정과 제반 사회 여건으로 미루어 피고가 원고들을 기망하는 등 사회질서에 반하는 행위를 하거나 불공정한 행위를 한 것으로도 볼 수 없다”⁶⁴⁾고 결정하였고, 대법원⁶⁵⁾도 원심의 결론을 지지하였다.

3. 해고기준의 적용

해고기준이 정해졌더라도 이를 적용하여 해고대상자를 선별하기 위한 구체적인 범위를 어떻게 설정할 것인가 하는 문제가 제기된다. 사업장 단위에 국한하여 적용하여야 하는가 아니면 기업 전체를 단위로 하여 적용하여야 하는가 하는 점이다. 또한 비교대상이 되는 근로자의 범

64) 서울고등법원 2002. 5. 17. 선고 2001나1661 판결.

65) 대법원 2002. 11. 8. 선고 2002다35379 판결.

위는 무엇을 기준으로 하여 결정할 것인가 하는 점도 문제된다.

가. 해고대상자 선정을 위한 사업의 범위

학설에 의하면, 해고대상자의 범위는 경영상의 사유가 발생한 사업 또는 사업장에 종사하는 종업원에 한정되어야 하고 경영상의 사유와 직접 관련이 없는 기업 전체로 해고대상자의 범위를 확대하는 것은 경영상의 사유와 직접 관련이 없는 근로자들에게 불이익을 주는 것이기 때문에 허용되지 않는다고 한다.⁶⁶⁾

판례도 원칙적으로 경영상 필요성이 발생한 사업장 전체를 기준으로 하여 해고대상자를 선정하여야 한다는 입장을 취하고 있다. 해고대상자를 선별함에 있어 경영상 필요성이 발생한 사업장 전체를 기준으로 하지 아니하고 축소대상 부서에 소속된 근로자들만을 해고대상자로 삼은 것은 객관적이고 합리적이라고 볼 수 없다고 한다.⁶⁷⁾ 그러나 경영상 해고가 전체 사업의 경영수지 악화를 타개하기 위하여 이루어진 것이 아니라 만성적인 적자에 시달리고 있던 건인사업소라는 하나의 부서를 폐지하면서 그에 소속되었던 인원을 정리하기 위해 이루어진 것이라는 점을 들어 건인사업소 소속 근로자들 중 업무직 직원들만을 대상으로 해고를 실시한 것이 불합리한 것이라고 볼 수 없다고 판단한 사례도 있다.⁶⁸⁾ 또한 사업부별로 별도의 노동조합이 결성되어 실질적인 경영자와 각기 독자적으로 단체교섭 등의 노조활동을 하여 왔고 그에 따라 근로자들도 제1사업부와 제2사업부를 전혀 독립한 별개의 사업장으로 인식하고 있었던 경우에 적자를 내고 있고 경영상 심히 곤란을 겪고 있는 제1사업부를 폐지하여 인원감축을 하는 것이 불합리하다 할 수 없기 때문에 사용자가 긴박한 경영상의 필요에 의하여 제1사업부를 폐지함에 있어 제1사업부 소속 전체 근로자들을 해고대상자로 선정한 것

66) 김형배, 앞의 책, 705쪽. 동일한 취지로 박홍규, “사업부별 정리해고는 정당한가”, 『노동법률』, 1996년 7월호, 18쪽.

67) 서울고등법원 1998. 7. 16. 선고 97구47660 판결.

68) 서울고등법원 2002. 3. 8. 선고 2000누15318 판결.

이 형평에 어긋나지 않는다고 본 판결례도 있다.⁶⁹⁾

나. 비교대상이 되는 근로자의 범위

학설에 따르면 해고대상자는 경영상의 사유와 관련해서 서로 유사한 일을 하는 대비·대체 가능한 근로자들이어야 하고, 대비·대체가 가능한 근로자들은 직급·직능·임금에 있어서 수평적 관계에 있는 자들을 의미하므로 직급·직능·기술·임금 등이 다른 수직적 관계에 있는 상급자는 포함되지 않는다고 한다.⁷⁰⁾

하급심 판결례에 의하면, 해고대상자를 선별함에 있어서는 감원의 원인이 된 경영합리화 조치로 폐지되는 직무기능과 그 직급이나 직책의 성질 및 임금수준상 상호대체가 가능할 정도로 동일하거나 유사한 직무에 종사하고 있는 근로자들만을 선별의 대상으로 삼아야 한다고 하면서, 조직 및 직제개편에 따라 조정된 직종 및 직급별 정원과 현원을 비교하여 정원을 초과하는 직종 및 직급에 소속된 근로자만을 해고해야 함에도 불구하고 직군, 직렬에 관계없이 소속 근로자들 전체를 대상으로 삼아 해고대상자를 선발하도록 정한 초과인원 정리기준은 정당하지 않다고 보았다.⁷¹⁾

4. 요약 및 평가

지금까지 해고기준의 설정방식과 해고기준의 내용 및 적용에 관하여 학설과 판례를 중심으로 살펴보았다. 이하에서는 주요 내용에 대한 요약과 평가를 행하고자 한다.

첫째, 단체협약에 해고기준이 정해져 있으면 그에 따르면 되고 근로자 대표와 별도의 협의를 필요로 하지 않는다는 것이 학설상의 견해이고 판례도 단체협약상의 해고기준은 준수되어야 한다는 입장이다. 단체협약

69) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다4892 판결 판결.

70) 김형배, 앞의 책, 705-706쪽.

71) 서울지방법원 1995. 12. 15. 선고 194가합10586 판결.

상의 해고기준은 규범적 부분⁷²⁾에 해당하고 사용자는 당연히 이에 구속된다. 그리고 사용자와 노동조합이 합의에 의해 해고기준을 정하였다는 것은 해고대상자의 선정을 둘러싼 노사간 또는 근로자 상호간 이해관계의 충돌·대립을 사전에 이미 조정하였다는 점에서 해고기준에 관한 별도의 협의절차를 거칠 필요가 없다고 볼 수도 있다. 그런데 문제는 해고기준을 정하고 있는 단체협약을 체결한 노동조합이 과반수 노조가 아닌 경우이다. 이 경우 단체협약은 조합원들에게만 적용되고,⁷³⁾ 해고기준 등에 관한 협의의 주체도 원칙적으로 근로자의 과반수를 대표하는 자이다. 근로기준법 제33조 제3항이 규정하고 있는 바에 따라 근로자의 과반수를 대표하는 자가 해고기준에 관한 협의를 요구하는 경우 사용자가 단체협약에 해고기준에 관한 규정이 있다는 이유로 협의를 거부할 수 있는 것인지 의문이다. 한편, 취업규칙에서 해고기준을 정하고 있는 경우에도 단체협약에서 정하고 있는 경우와 동일하게 취급할 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 단체협약은 사용자와 노동조합간의 합의에 의해 성립되지만, 취업규칙의 작성·변경 권한은 원칙적으로 사용자에게 있고 불이익한 변경이 아닌 한 사용자는 근로자측의 동의가 없더라도 일방적으로 변경할 수 있다. 사용자가 과반수 노조(또는 근로자의 과반수)의 동의를 얻지 않고 취업규칙에 해고기준을 정한 경우에도 그에 따라야 하고 근로자대표(과반수 노조 또는 근로자 과반수 대표자)와의 별도의 협의를 필요로 하지 않는다고 볼 수 있는 것인지 의문이다.

둘째, 해고기준 등에 관한 협의에 있어서 과반수 노조를 협의의 당사자로 규정하는 현행 근기법이 과연 입법적으로 바람직한 것인가 하는 문제를 제기하지 않을 수 없다. 과반수 노조라고 할지라도 그 대표성은 본질적으로 조합원 대표체이지 비조합원들을 포함한 전체 근로자의 대표체가 아니기 때문이다. 조합원의 이익과 비조합원의 이익을 동시에

72) 노동조합 및 노동관계조정법 제33조 제1항이 규정하고 있는 ‘근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준’에 해당하는 부분을 의미한다.

73) 노동조합 및 노동관계조정법 제35조에 의하면 “하나의 사업 또는 사업장에 상시 사용되는 동종의 근로자 반수 이상이 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 당해 사업 또는 사업장에 사용되는 다른 동종의 근로자에 대하여도 당해 단체협약이 적용된다.”

고려하도록 입법적으로 요구하고 있는 것 자체가 이율배반적일 수 있다. 더구나 대법원은 조합가입 자격이 없는 근로자들에게 국한된 인원 감축에 있어서 별다른 이해관계를 갖는다고 볼 수 없는 과반수 노조와 사용자간에 이루어진 협의(합의)의 정당성을 인정하고 있다.⁷⁴⁾ 노사간 협의를 통한 해고기준의 설정은 해고를 둘러싸고 발생하는 노사간 그리고 근로자 상호간의 이해관계의 대립을 조정하는데 그 본질이 있다는 점을 감안할 때 이러한 대법원의 입장을 타당하다고 평가하기는 어려울 것이다. 그 뿐만 아니라 노동조합이 근로자의 과반수로 조직되어 있지 않는 경우에도 협의의 당사자가 될 수 있다고 본 판결례가 있다.⁷⁵⁾ 이는 근기법상의 협의요건을 지나치게 완화하여 해석하는 것일 뿐만 아니라 노사협의회에서의 해고협의의 정당성을 인정하고 있는 다른 판결례⁷⁶⁾와도 상충되는 것이다. 현행 근기법 제31조 제3항에 따르면, 과반수 노조가 존재하지 않는 경우 근로자측 협의 당사자는 ‘근로자의 과반수를 대표하는 자’이고 여기에는 노사협의회회의 근로자대표위원이 해당될 수 있다. 과반수 노조가 조직되어 있지 않는 경우 노사협의회회의 근로자대표위원은 전체 근로자들의 직접·비밀·무기명투표에 의해 선출된 자로 구성되기 때문이다(‘근로자 참여 및 협력증진에 관한 법률’ 시행령 제3조 제1항).⁷⁷⁾

셋째, 해고기준에 관한 사항이 단체교섭 및 쟁의행위의 대상이 될 수 있는가에 관하여 부정설과 긍정설이 대립하고 있는데, 부정설은 근기법 제31조 제3항이 사용자와 근로자대표간의 협의를 규정하고 있기 때문

74) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결.

75) 서울행정법원 1999. 10. 15. 선고 99구6230 판결.

76) 서울고등법원 2000. 3. 29. 선고 99누5216 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 사전합의를 거치지 아니하였고 근로자들이 사전에 그러한 노사협의회회의 개최 사실을 알지 못하였다고 하더라도 근로자측과의 성실한 사전합의를 거쳤다고 볼 수 있다”고 한다.

77) 과반수 노조가 존재하는 경우 노사협의회회의 근로자대표위원은 그 노조의 대표자와 노동조합이 위촉한 자가 된다(근로자 참여 및 협력증진에 관한 법률 제6조 제2항).

에 경영상 해고에 관한 단체교섭이나 쟁의행위는 허용되지 않는다고 본다. 그러나 근기법 제31조 제3항상의 해고협의규정이 노동조합의 단체교섭권을 배제하는 근거규정으로 해석할 수 있는 것인지 의문이다. 왜냐하면, 헌법과 ‘노동조합 및 노동관계조정법’(이하 ‘노조법’이라 함)이 노동조합에게 인정하고 있는 단체교섭권과 근기법 제31조 제3항이 근로자대표에게 인정하고 있는 협의권은 그 보장의 취지가 서로 다르기 때문이다.⁷⁸⁾ 또한 집단법적 측면에서 볼 때 해고기준을 둘러싼 분쟁은 이익분쟁에 해당하는데 이에 관한 교섭이나 쟁의행위가 부정되어야 할 근거가 어디에 있는지 궁금하지 않을 수 없다. 판례도 경영상 해고 그 자체를 반대하는 교섭이나 쟁의행위의 정당성을 부정하였을 뿐이지 해고기준의 결정을 위한 교섭 및 쟁의행위까지도 금지된다는 입장을 명시적으로 밝힌 바는 없다. 한편, 취업규칙에 해고기준이 정해져 있는 경우에도 노동조합이 해고기준의 변경을 위한 단체교섭 및 쟁의행위를 할 수 있는가 하는 문제에 대하여 학설 및 판례에서 검토된 바가 없기 때문에 이에 관한 규명작업이 요구된다고 하겠다.

넷째, 해고기준의 내용으로 고려하여야 할 사항과 관련하여 학설상의 다수견해는 근로자보호를 위한 요소(또는 사정)를 우선적 내지 일차적으로 고려하여야 하고 기업이익을 보호하기 위한 요소(또는 사정)는 부차적 내지 이차적으로 고려하여야 한다는 입장이고, 그 외에도 두 가지 요소(또는 사정)를 균형적 내지 종합적으로 고려하여야 한다는 견해가 있다. 다수의 견해는 근로자보호를 위한 요소가 기업보호를 위한 요소보다도 우위에 있다는 점을 전제하고 있고, 다만, 경영상 해고를 행하는 기업의 특수사정이나 이익을 감안하여 기업보호를 위한 요소도 고려되어야 한다는 입장으로 해석할 수 있다. 소수의 견해는 근로자보호를 위한 요소와 기업보호를 위한 요소 어느 한쪽이 우월하다고 선험적으로 단정할 수 없지만 해고기준을 정할 때 두 가지 요소는 모두 고려되어야 하고, 다만 두 가지 요소 각각을 어느 정도 고려하여야 할 것인가는 경영상 해고를 행하는 제반 사정이나 상황을 감안하여 구체적으

78) 김인재, “구조조정을 둘러싼 노동법적 문제”, 『노동법학』, 제12호, 한국노동법학회, 2001, 11쪽.

로 판단할 수밖에 없다는 입장으로 풀이할 수 있다. 그런데 대법원은 학설과는 다른 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 대법원은 해고기준으로 어떠한 사항을 포함시키고 어느 정도의 평가비중을 둘 것인가는 사용자가 상당한 재량을 갖고 결정할 수 있는 것으로 보고 있는 것 같다. 즉, 해고대상자를 선정함에 있어서 사용자는 근로자이익(즉, 근로자보호의 관점)보다 기업이익(즉, 기업보호의 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 것이 대법원이 취하고 있는 입장으로 보인다. 이는 근로자이익과 기업이익의 충돌을 조정함에 있어서 전자보다는 후자에 기울어져 있다고 평가하지 않을 수 없다. 한편, 판례는 사용자가 노동조합이나 근로자대표와 성실하게 협의하여 해고기준에 관한 합의에 도달하였다면 이러한 사정도 해고기준의 합리성 및 공정성 여부를 판단하는데 참작되어야 한다⁷⁹⁾는 전제 하에 근로자보호를 위한 관점을 전혀 고려하지 않은 해고기준의 정당성을 인정하고 있다. 그러나 해고기준의 합리성과 공정성을 요구하는 근기법상의 규정은 강행법규이기 때문에 노동조합이나 근로자의 과반수 대표자가 동의하였다는 사실로부터 강행법규 위반이 정당화될 수는 없을 것이다. 보다 근본적인 문제는 근로자보호의 관점을 전적으로 도외시한 해고기준도 그 정당성이 인정될 수 있다고 보는 판례의 그릇된 입장에 있다고 하겠다.

다섯째, 비정규근로자, 부부사원 등을 우선적인 구조조정의 대상으로 삼는 것에 대하여 판례는 그 정당성을 안이하게 인정하는 경향을 띠고 있고, 합리적 이유가 없는 차별을 규제한다는 관점이 상당 부분 결여되어 있는 것으로 보인다. 비정규근로자의 경우 일반적으로 기업과의 밀착성이나 기업에 대한 공헌도 등에 있어서 정규근로자와 동일하게 평가할 수 없는 측면이 존재할 수 있지만 선험적·일률적으로 그렇다고 전제할 수는 없기 때문에 비정규직이라는 이유만으로 우선적 해고대상으로 삼는 것은 합리적 이유가 없는 차별에 해당할 수 있다. 그리고 부부사원을 대상으로 하는 사직서제출이나 명예퇴직의 종용·권유와 관

79) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결.

38 경영상 해고대상자 선정기준에 관한 법적 연구

런된 사안에서도 남녀고용평등법이 규정하고 있는 직접차별 또는 간접차별에 해당하는가 여부⁸⁰⁾에 초점을 두기보다는 의사표시의 진의 여부에 관한 판단에 더 초점을 두고 있다.

여섯째, 해고기준의 적용대상이 되는 사업 및 근로자의 범위에 대하여 판례 및 학설은 일반적으로 사업장단위에서의 비교·대체가 가능한 근로자 전체로 파악하고 있다. 즉, 해고를 하여야 할 경영상의 필요성이 발생한 사업장 전체를 단위로 하여 상호대체가 가능한 동일·유사 직무에 종사하는 근로자 전체를 대상으로 해고대상자를 선정하여야 한다는 점을 기본 원칙으로 삼고 있다.

80) 남녀고용평등법 제2조에서는, 차별에 대하여 “사업주가 근로자에게 성별, 혼인 또는 가족상의 지위, 임신, 출산 등의 사유로 합리적인 이유 없이 채용 또는 근로의 조건을 달리하거나 그 밖의 불이익한 조치를 취하는 경우”(즉, 직접차별) 뿐만 아니라 “사업주가 채용 또는 근로의 조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우에도 이를 차별”(즉, 간접차별)로 보고 있다. 다만, ① 직무의 성질상 특정 성이 불가피하게 요구되는 경우, ② 근로여성의 임신, 출산, 수유 등 모성보호를 위한 조치를 취하는 경우, ③ 현존하는 차별을 해소하기 위하여 국가, 지방자치단체 또는 사업주가 잠정적으로 특정 성을 우대하는 조치를 취하는 경우에는 차별로 보지 아니한다.

III. 국제노동기준과 주요 외국의 법제도 및 이론 고찰

본 장에서는 해고대상자의 선정과 관련한 국제기준과 주요 외국의 법제도 및 이론을 고찰하고자 한다. 국제기준에 관해서는 ILO 협약 및 권고의 내용과 유럽연합 지침의 내용을 살펴볼 것이고, 주요 외국의 법제도 및 이론에 관해서는 독일, 프랑스, 미국, 일본을 대상으로 하여 살펴볼 것이다. 독일과 프랑스는 해고기준에 관한 입법상 근거규정을 두고 있는 대표적인 나라이다. 미국의 경우에는 단체협약상 규정된 선임권제도에 의거하여 해고대상자가 선정되고 있으며 그밖에 각종 차별금지법에 의한 규제가 가해지고 있다. 일본에서는 해고기준에 관한 특별한 법규정이 없고, 판례이론에 의해 규율되고 있다.

1. 국제노동기구(ILO)의 협약·권고 및 유럽연합(EU)의 지침

ILO는 1963년 ‘사용자의 주도에 의한 고용종료에 관한 권고’(Recommendation concerning termination of employment at the initiative of the employer) 제119호를 채택하였고, 그 후 1982년에 제119호 권고를 대체하는 제158호 협약과 제166호 권고가 성립되었다. 고용종료(termination of employment)는 근로자의 능력(capacity)이나 행위(conduct)와 관련되거나 기업, 사업장 또는 서비스의 운용상의 필요(the operational requirements)에 기초한 정당한 이유(a valid reason)가 있어야 한다(제158호 협약 제4조). 사용자가 경제적·기술적·구조적 또는 그와 유사한 이유로 근로자들을 해고하고자 하는 경우에 해고사유, 해고될 수 있는 근로자의 수와 범주, 해고예정 기간 등을 포함하는 관련 정보를 적절한 시점에서 근로자대표들(노동조합 또는 종업원들에 의해 선출된 대표)에게 제공하고, 해고를 피하거나 최소화하기 위하여 취할 수 있는 조치 및 대체고용(alternative employment)의 모색 등 해

고가 관련 근로자들에게 미치는 부정적 영향을 완화하기 위한 조치에 대하여 협의할 기회를 국내법과 관행에 따라 가능한 한 빨리 근로자대표들에게 제공하여야 한다(제158호 협약 제13조). 해고대상자의 선정은 가능한 한 미리 설정된 기준에 따라 이루어져야 하고, 이러한 기준은 해당 기업이나 사업장 또는 서비스의 이익과 근로자들의 이익 양자를 적절하게 고려하여야 한다(제166호 권고 제23조 제1항).⁸¹⁾ 그리고 이러한 해고기준들과 그 우선 순위(their order of priority) 및 상대적 가중치(their relative weight)는 해당 국가의 법령, 단체협약, 취업규칙, 중재재정(arbitration awards)이나 법원 판결 또는 기타 국내 사정 하에서 적합하다고 인정될 수 있는 관행에 따른 방법에 의하여 결정되어야 한다(제166호 권고 제1조 및 제23조 제2항). 한편, 제119호 권고 제15조는 해고대상자 선정기준으로 ① 해당 기업이나 사업장 또는 서비스의 효율적 운영을 위한 필요(need for the efficient operation of the undertaking, establishment or service), ② 개별 근로자의 능력, 경험, 기술, 기능 및 직업자격(ability, experience, skill and occupational qualifications of individual workers), ③ 재직기간(length of service), ④ 연령(age), ⑤ 가족상황(family situation), ⑥ 국내 사정에 따라 적합한 것으로 인정될 수 있는 기타의 기준 등이 포함될 수 있다고 명시적으로 규정하고 있었으나, 제119호 권고를 대체하는 제158호 협약 및 제166호 권고는 이에 관한 내용을 포함하고 있지 않다. 다른 한편, 1971년에 성립한 ‘사업장에서 근로자대표들에게 제공될 수 있는 보호 및 편의제공에 관한 권고’(Recommendation concerning protection and facilities to be afforded to workers’ representatives in the undertaking) 제143호 제6조는 근로자대표들을 효과적으로 보호하기 위한 특별 조치의 내용으로 포함될 수 있는 6가지 사항을 규정하고 있는

81) “The selection by the employer of workers whose employment is to be terminated for reasons of an economic, technological, structural or similar nature should be made according to criteria, established wherever possible in advance, which give due weight both to the interests of the undertaking, establishment or service and to the interests of the workers.”

데, 그 중의 하나로 ‘인력을 감축하는 경우 고용유지와 관련하여 근로자대표들에 대한 우선권의 승인’(recognition of a priority to be given to workers’ representatives with regard to their retention in employment in case of reduction of the workforce)을 들고 있다.

1998년 7월 20일 집단해고에 관한 유럽연합 지침 제98-58호(council directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the member states relating to collective redundancies) 제2조 제3항에 의하면, 근로자대표가 건설적인 제안을 제시할 수 있도록 하기 위하여 사용자는 협의과정에서 유용한 모든 정보를 제공하여야 하고, 특히 해고사유, 해고대상 근로자의 수와 범위, 해고예정 기간, 해고대상 근로자를 선정하기 위한 기준(이는 회원국의 법률이나 관행에 의해 사용자에게 그러한 권한을 부여하고 있는 경우에 한함), 법률이나 관행에 의해 인정되는 것 이외의 경영상 해고에 따른 수당의 계산방법에 대해서는 서면으로 이를 근로자대표에게 제시하여야 한다. 다만, 유럽연합 제98-58호 지침 제1조에서 집단해고(collective redundancies)는 “관련 근로자 본인과 무관한 하나 또는 둘 이상의 사유에 의해 사용자가 행하는 해고”(dismissals effected by an employer for one or more reasons not related to the individual workers concerned)로서, i) 30일의 기간 동안에 10인 이상의 근로자(통상적으로 21-99인의 근로자를 고용하는 사업장), 10% 이상의 근로자(통상적으로 100-299인의 근로자를 고용하는 사업장), 30인 이상의 근로자(통상적으로 300인 이상의 근로자를 고용하는 사업장)를 해고하려고 하는 경우 또는 ii) 해당 사업장에 통상적으로 고용되어 있는 근로자의 수에 관계없이 90일의 기간 동안에 20인 이상의 근로자를 해고하려고 하는 경우를 의미하고, 위의 두 가지 가운데에서 어떤 기준에 의할 것인가는 회원국의 선택에 위임되고 있다.

2. 독 일

해고제한법(Kündigungsschutzgesetz)에 의하면 경영상 해고는 근로자의 계속고용에 장애가 되는 ‘긴박한 경영상의 필요성’ 요건을 충족하여야 하고, 해고대상자를 선정함에 있어서는 ‘사회적 관점’을 충분히 고

려하여야 그 정당성이 인정된다. 독일에서는 ‘사회적 관점’을 충분히 고려한 해고대상자의 선정을 ‘사회적 선택’이라고 부르고 있다.⁸²⁾ 연방노동법원의 판례에 의하면, 사회적 선택은 비교대상이 되는 근로자들 가운데서 해고로 인한 불이익이 가장 적은 자를 해고대상자로 선정하는 것을 의미한다.⁸³⁾

가. 해고기준의 설정 방식

경영상 해고에 관한 근로자측과의 협의 등 절차에 관해서는 해고제한법이 아닌 경영조직법에 규정을 두고 있다.⁸⁴⁾ 사용자는 해고 이전에 종업원평의회(Betriebsrat)에 대하여 그 의견을 청취할 의무가 있고 이러한 의견청취를 거치지 않는 해고는 무효이다(경영조직법 제102조 제2항). 종업원평의회는 사업장 소속 근로자들에 의해 직접 선출되는 대표로 구성되는 종업원대표기구이다. 특히 해고대상자의 선정 시에 사용자는 종업원평의회와 합의를 해야 한다(경영조직법 제95조 제1항). 만일 사용자와 종업원평의회 사이에 해고 선발기준에 관한 합의가 이루어지지 않는 경우 중재기구를 통하여 결정을 보게 되고, 이때 정해진 해고 선발기준을 위반한 사용자의 해고는 무효이다.⁸⁵⁾ 단체협약에서 해고기준을 설정하고 있는 경우도 있는데 현행 해고제한법 제1조 제4항에 의하면, 단체협약 및 사업장협정 등에 해고대상자 선정기준이 존재하는 경우에는 중대한 과실(grobe Fehlerhaftigkeit)이 있는 경우에 한하여 사법심사의 대상이 된다.

82) 독일에서의 사회적 선택에 관한 법리의 구체적인 내용을 소개한 국내 문헌으로 이원희, “경영상 이유에 의한 고용조정의 해고자 선택기준 - 독일의 사회적 선택의 법리를 중심으로”, 『민주법학』 통권13호, 민주주의법학연구회편, 1997, 31쪽 이하를 참고하기 바람.

83) Ursula Hohenadel et Marc Profanter, “Le licenciement pour motif économique”, *La rupture du contrat de travail en droit français et allemand*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, p.328 참조.

84) 박중희, 앞의 책, 41쪽.

85) 박중희, 앞의 책, 44쪽.

나. 해고기준의 내용

해고제한법 제1조 제3항에 의하면, 사용자가 해고대상자를 선발함에 있어서 사회적 관점을 고려하지 않거나 충분히 고려하지 않았던 경우에 해고는 무효이고, 근로자의 요구에 따라 사용자는 사회적 선택의 이유를 제시하여야 한다. 그렇지만 해고제한법은 사회적 선택의 기준이 될 수 있는 사항이 무엇인가에 대하여 침묵하고 있다. 그런데 연방노동법원은 1983년 3월 24일 판결에서 사회적으로 고려할 가치가 있는 모든 제반의 사정이 사회적 선택의 기준으로 되지만 특히 근로자의 연령, 근속연수, 부양의무는 기본적으로 고려되어야 할 사항에 해당하고, 그 밖에 근로자 또는 그 가족의 건강상태, 노동시장에서의 재취업가능성, 가족구성원의 수입 등도 사회적 기준이 될 수 있다고 보았다.⁸⁶⁾ 그리고 1996년에 개정된 해고제한법은 사회적 선택에서 고려하여야 할 사회적 기준으로 근속기간, 연령, 부양의무 3가지를 명시적으로 규정함으로써 사회적 선택에 있어서 타당성이 있는 기준들이 무엇인가에 관한 논쟁을 입법적으로 해결하였었다.⁸⁷⁾ 그러나 1999년에 다시 개정이 이루어져 현재 위의 3가지 사회적 기준(근속기간, 연령, 부양의무)은 해고제한법에서 삭제되었다.⁸⁸⁾ 연령, 근속연수, 부양의무 중에서 어떤 것이 해고로부터의 근로자보호 필요성(사회적 보호의 필요성)이라는 관점에서 보다 중요하게 평가되어야 하는가 하는 문제와 관련하여, 1960년대에 연방노동법원은 연령이 다른 기준에 비하여 결정적으로 중요하다는 판결을 내림으로써 연령우선의 원칙을 제시한 적이 있었지만 1983년 3월 24일 판결을 통해 이러한 원칙을 폐기하였다. 연방노동법원은 1983년의 판결에서 연령우선의 원칙은 당시의 호경기라는 배경 하에서 납득될 수 있는 것이고 오늘날과 같은 대량실업의 시대에는 고령자뿐만 아니라 젊은이도 해고되면 마찬가지로 재취업이 곤란하기 때문에 연령우선의 원

86) 藤原稔弘, “ドイツ解雇制限法における社會的選擇の法理”, 『季刊勞働法』 제179호, 總合勞働研究所, 1996, 127쪽 참조.

87) Ursula Hohenadel et Marc Profanter, op. cit., p.328.

88) 根本到, “ドイツにおける整理解雇法理の判斷枠組”, 『季刊勞働法』, 제196호, 總合勞働研究所, 2001, 89쪽 참조.

44 경영상 해고대상자 선정기준에 관한 법적 연구

척은 타당하지 않다고 그 이유를 밝히고 있다.⁸⁹⁾ 그 후 일부 판결례에서는 근속연수, 연령, 부양가족 유무의 순으로 우선적 지위가 부여된다고 판단하기도 하였지만 3가지 기준 상호간에는 서열(우열)관계가 존재하지 않는다는 것이 지배적인 견해이다.⁹⁰⁾ 근속연수, 연령, 부양의무 이외에도 노동시장에서의 재취업 가능성 및 근로자의 재산상황이 사회적 기준으로 고려되어야 한다고 본 판결례도 있지만 그 어느 것도 해당 근로관계의 존속과는 무관한 것으로 이를 부정하는 경향이 강하다.⁹¹⁾

한편, 해고제한법 제1조 제3항 제2문에서는 해당 사업장의 경제적, 기술적 또는 기타 정당한 필요에 의해 특정 근로자의 계속고용이 요구되는 때에는 사회적 선택이 적용되지 않는다는 점을 인정하고 있다. 즉, 해고로 인한 불이익이 큰 근로자를 우선적으로 보호하여야 한다는 사회적 관점에 의거하여 일차적으로 해고기준이 마련되어야 하지만 기업 보호를 위한 관점에서 사용자가 필요로 하는 근로자를 해고대상에서 제외시킬 수 있도록 하고 있는 것이다. 이와 관련하여 판례는 주로 근무성적의 차이가 사업의 정상적인 운영에 있어서 중대하기 때문에 근무성적이 우수한 근로자를 잃는 것은 가능하지 않다고 보고 있고, 최근의 판례는 해고대상에서 근로자를 배제할 수 있는 해고제한법 제1조 제3항 제2문상의 정당한 경영상의 필요에 대하여 근로자의 퇴직의사, 종업원의 적정한 연령구성, 특별한 자격의 유무 등을 제시하고 있다.⁹²⁾ 그리고 1996년에 개정된 해고제한법은 해당 사업장의 이익을 위해 계속고용이 정당화되는 근로자를 사회적 선택에서 제외하기 위하여 계속고용의 정당성 근거로 근로자의 지식·능력·업무수행 또는 적정한 종업원구조의 유지를 규정하였지만,⁹³⁾ 1999년 법개정에 의해 삭제되었다.

다른 한편, 해고제한법 제1조 제3항에서는 근로자의 요구가 있는 경우 사용자는 사회적 선택의 이유를 통지하도록 규정하고 있지만, 이러한 통지의무를 위반한 경우의 법적 효과에 대해서는 입법상 명확히 규

89) 藤原稔弘, 앞의 논문, 127쪽.

90) 根本到, 앞의 논문, 90쪽 참조.

91) Ibid.

92) Ibid.

93) Ursula Hohenadel et Marc Profanter, op. cit., p.331.

정되고 있지 않다. 일부 학설은 이러한 통지규정이 실체법상의 정보청구권을 인정하는 것일 뿐만 아니라 소송상 주장책임을 규율하는 것이기 때문에 사회적 이유 제시의 주장책임을 사용자측에게 있다고 해석하지만, 학설의 다수는 이러한 통지규정의 실체법상 의미는 없고 입증책임을 부담하는 근로자측의 증거제출책임을 경감하는 효과가 발생하는데 불과하다고 보고 있다.⁹⁴⁾

다. 해고기준의 적용

해고기준을 적용하여 해고대상자를 선정하기 위한 근로자의 범위에 대한 학설 및 판례의 일반적 견해에 따르면, 사회적 선택은 원칙적으로 사업장 내의 비교 가능한 모든 근로자들을 대상으로 한다. 사업장의 일부 내지 한 부문에 한정된 해고대상자의 선정 또는 동일 기업 내의 다른 사업장까지 포함한 해고대상자의 선정은 허용되지 않는다.⁹⁵⁾ 사회적 선택은 기업단위가 아니라 사업장단위로 이루어지는 것이다. 또한 사회적 선택은 근로자 상호간에 비교가 가능한 근로자들을 대상으로 하여 이루어진다. 구체적으로는 직무내용상 관련성이 있거나 직업자격상 대체가능성이 있을 것이 요구되기 때문에 직무가치가 동일한 근로자 사이에서 해고대상자의 선택이 이루어지게 되고 이를 수평적 비교라고 부른다.⁹⁶⁾ 다시 말하면, 경영상 필요에 의해 일자리가 없어지게 되는 근로자가 그 자신의 직업자격과 종래의 직무내용에 비추어 사업장 내의 다른 근로자의 직무를 수행하는 것이 가능한 경우에 비로소 근로자간 대체가능성 또는 비교가능성이 인정되는 것이다.⁹⁷⁾ 직무내용과 직업자격을 서로 달리하는 근로자간에는 비교가능성 내지 대체가능성이 없기 때문에 이들간에 해고기준을 적용할 수는 없게 된다. 따라서 원칙적으로 사업장 내의 서열관계에서 동일한 레벨에 있는 근로자들만이 사회적 선택의 대상이 될 수 있다. 서열을 달리하는 근로자들을 대상으로

94) 根本到, 앞의 논문, 91쪽 참조.

95) 이상의 내용은 藤原稔弘, 앞의 논문, 122쪽 참조.

96) 根本到, 앞의 논문, 89쪽 참조.

97) 이상의 내용은 藤原稔弘, 앞의 논문, 122쪽 참조.

하는 사회적 선택(수직적 비교), 특히 상위직 근로자가 근로조건의 인하(불이익한 변경)에 응할 의사를 표명하는 경우 하위직 근로자와의 비교가 가능한가에 관해서 견해의 대립이 있었지만 연방대법원은 1990년 3월 29일 판결을 통해 이를 명시적으로 부정하였다.⁹⁸⁾ 만일 하위직 근로자와의 비교가능성(사회적 선택 가능성)을 승인하게 되면 하위직 근로자를 기업으로부터 배제(해고)하기 위한 경쟁을 발생시킬 위험이 있을 뿐만 아니라 해고하여야 할 경영상의 필요는 상위직에서 발생하였음에도 불구하고 이와 아무런 관련이 없는 하위직 근로자가 해고되는 것은 사회적 선택의 취지에 반하기 때문이다.⁹⁹⁾

3. 프랑스

프랑스의 경우 경영상 해고를 ‘경제적 이유에 의한 해고’ (licenciement pour motif économique)라고 부른다(이하에서는 경영상 해고라 함). 프랑스 노동법전(Code du travail)은 경영상 해고의 개념¹⁰⁰⁾ 및 그 요건과 절차에 대하여 상세하게 규정하고 있다. 그리고 노동법전은 사용자가 근로자(종업원)대표와 협의하여 해고기준을 정함에 있어서 반드시 고려하여야 할 사항과 해고기준에 포함시켜서는 아니 되는 사항을 규정하고 있다. 프랑스에서 해고기준에 관한 실정법규는 1975년 경영상 해고에 관한 법률이 제정되기 훨씬 이전에 확립되었지만 이에 관한 판례 및 학설의 발전은 상대적으로 지체되었다. 과거 소송이나 학설에서의 주된 관심은 경영상 해고사유의 제한 문제에 두어졌기 때문에 해고가 불가피한 상황에서 발생하는 해고대상자 선정은 부차적인 문제로 취급되었다.¹⁰¹⁾ 그리고 판례도 명백한 차별이 없는 한 해고대상자 선정

98) 根本到, 앞의 논문, 89쪽 참조.

99) 藤原稔弘, 앞의 논문, 126쪽 참조.

100) 노동법전 L.321-1조 제1항에 의하면, 경영상 해고는 “특히 경제적 어려움, 기술변동을 원인으로 하는 고용폐지(suppression d’emploi)나 고용변경(transformation d’emploi) 또는 근로계약의 본질적 변경에 의해 발생하는 근로자 본인과 무관한 사유에 의한 해고”이다.

101) Henri-José Legrand, “L’ordre des licenciements ou l’identification du salarié atteint par une suppression d’emploi”, *Dr. soc.*, N°3, 1995, p.243.

에서의 사용자의 재량권을 폭넓게 인정하였다. 그러나 경제적 위기의 심화 속에 실업률이 상승하고 경영상 해고에 관한 소송이 증대됨에 따라 해고기준 및 해고대상자 선정에 관한 중요한 법리적 문제들이 대두되었고, 판례는 명백한 변화를 보이게 된다.

가. 해고기준의 설정 방식

노동법전 L.321-1-1조 제1항에 의하면, 해고기준을 정한 단체협약이 없는 경우 사용자는 근로자대표(종업원대표기구인 기업위원회 또는 기업위원회가 존재하지 않는 경우 종업원대표위원)와 협의 후 해고대상자 선정을 위한 기준을 정하여야 한다. 단체협약에 해고기준이 정해진 경우 사용자는 이러한 단체협약상의 기준에 구속되기 때문에 이에 따라야 한다. 그러나 해고기준에 대하여 단체협약에 정한 바가 없는 경우 사용자는 해고협의과정에서 근로자대표와의 협의를 거쳐 해고기준을 정하여야 한다.

노동법전 L.321-1-1조 제1항은 단체협약에 의한 해고기준의 설정을 인정하고 있다. 단체협약으로 해고기준의 내용 및 그 상대적 가중치, 해고기준 적용대상이 되는 근로자 및 사업의 범위 등을 정할 수 있다. 이러한 단체협약상의 해고기준은 해고대상자 선정 시에 사용자를 구속하는 규범으로 기능한다. 특히 프랑스에서 단체협약은 그 적용을 받는 사용자와 근로계약을 체결한 모든 근로자에게 적용되기 때문에 비조합원에게도 적용된다.¹⁰²⁾ 단체협약에 의한 해고기준의 설정은 오래 전부터 인정되었다. 1945년 5월 24일 법률명령(ordonnance)¹⁰³⁾은 해고기준

102) 노동법전 L.135-2조에 의하면, “사용자가 특정 단체협약의 적용을 받는 경우 해당 단체협약은 사용자와 체결된 근로계약에 적용되고, 다만 근로계약상의 보다 유리한 조항에 대해서는 단체협약의 효력이 미치지 않는다.”

103) 정부는 시정방침의 시행을 위하여 일정기간동안 입법사항에 속하는 조치를 법률명령으로서 하도록 그 승인을 국회에 요구할 수 있다. 법률명령은 공포함으로써 효력을 발생하지만 수권법률(授權法律)에서 정한 기간 내에 이를 승인하는 법률안이 제출되지 않을 경우에는 효력을 상실한다. 이상의 내용은 성낙인, 『프랑스 헌법학』, 법문사, 1995, 720쪽 참조.

을 단체협약이나 취업규칙으로 정하도록 하였다.¹⁰⁴⁾ 그런데 1982년 8월 4일의 법률은 취업규칙에 의한 해고기준의 설정할 수 있는 제도를 폐지하였고, 현행과 같이 단체협약에 정한 바가 없는 경우 사용자는 근로자대표와의 협의를 거쳐 해고기준을 결정하도록 규정하였다.¹⁰⁵⁾

단체협약에 해고기준에 관하여 규정하고 있는 바가 없는 경우 사용자는 근로자대표와 협의하여 해고기준을 정하여야 한다. 민·형사 사건을 관할하는 최고법원인 파기원(Cour de cassation)의 판례에 의하면, 사용자는 경영상 해고를 시행할 때마다 해고기준을 새롭게 정하여야 하고, 과거에 사용하였던 기준들을 그대로 적용하여서는 아니 된다(파기원 1992.4.8.판결, Roide et Doubs社사건, 이하 ‘파기원’ 명칭 생략).¹⁰⁶⁾ 이처럼 단체협약에 의해 사전에 정하여진 해고기준이 없는 경우 근로자대표와의 협의를 전제로 하여 사용자에게 해고기준 결정권한이 인정되고 있다. 협의의 당사자로서 법이 규정하고 있는 근로자대표는 종업원을 대표하는 자(기업위원회 또는 기업위원회가 부재하는 경우 종업원 대표위원)이다. 그렇지만 경영상 해고에 관한 단체교섭권 및 쟁의권이 부정되지는 않는다. 근로자의 고용을 위협할 수 있는 경영상의 계획이나 결정에 대한 반대 내지 항의로서 이루어지는 파업은 고용상실에 대한 근로자들의 불안 내지 우려를 표출하는 것이자 해당 사업 또는 사업장 근로자 전체의 이익과 직접적으로 관련되는 고용유지 내지 고용안정을 위한 것으로서 그 목적의 정당성이 인정된다.¹⁰⁷⁾

한편, 노사간 협의과정의 어느 시점에서 해고기준이 제시·협의·결정되어야 하는가 하는 문제가 제기된다. 사용자는 근로자대표와의 협의

104) Francis Saramito, “L’ordre des licenciements”, *Dr. Ouvrier*, N°6, 1994, pp.211-212 참조. 1945년 법률명령 제10조는 20인 이상의 근로자들을 사용하는 사업 또는 사업장의 사용자는 집단해고시 단체협약에 관련규정이 없는 경우에 근로자대표의 의견을 청취한 후 부양가족, 재직기간, 직업자질을 고려하여 해고대상자를 선정하기 위한 기준들을 취업규칙으로 정할 의무를 규정하였다.

105) Jean-Maurice Verdier, *Droit du travail*, 9^e éd., Dalloz, 1990, p.297.

106) *Dr. soc.*, N°6, 1992, p.627.

107) 예컨대, 경영상 해고에 반대하는 파업의 정당성을 인정하는 판례로 Cass. soc., 22 novembre 1995, *Droit social*, 1996, p.204.

이전에 해고계획 관련정보를 제공하여야 하고, 이러한 정보에는 ‘해고 기준안 및 관련 직업범주’가 반드시 포함되어야 한다(노동법전 L.321-4 조). 여기서 ‘관련 직업범주’(les catégories professionnelles)라 함은 해고기준이 적용될 대상 근로자의 범위를 의미한다.¹⁰⁸⁾ 사용자에 의해 해고기준안이 제시되면 이에 관한 노사간의 협의가 있게 된다. 근로자대표가 협의과정에서 해고기준안에 대한 견해표명을 거부하였던 경우에도 사용자의 협의의무는 이행된 것으로 본다(1998.2.18.판결, Thomson Tubes électronique社사건).¹⁰⁹⁾ 해고기준의 최종적 결정은 근로자들에게 희망퇴직이 제안되기 이전 단계에서 이루어져야 한다. 왜냐하면 근로자들이 모든 사정을 고려하여 희망퇴직 여부를 결정하기 위해서는 자신이 해고대상자에 포함될 수 있는지 여부를 알 필요가 있고 그렇지 않은 경우 해고위협을 수반한 압력에 의해 사직이 유도될 수 있기 때문이다.¹¹⁰⁾

나. 해고기준의 내용

노동법전 L.321-1-1조 제1항 및 제2항에서는 사용자가 해고기준을 정할 때 고려하여야 할 사항과 해고기준에 포함되어서는 아니 되는 사항을 규정하고 있다. ① 부양가족(특히 홀로된 부 또는 모), ② 해당 사업 또는 사업장에서의 재직기간, ③ 재취업을 곤란케 하는 사회적 특성을 갖는 근로자(특히 장애인 및 고령자)의 처지 등은 해고기준의 내용으로 고려되어야 할 사항이다(동조 제1항 제2문). 과거에는 해고기준을 정할 때 고려하여야 할 사항으로 직업자질(les qualités professionnelles)이 포함되어 있었지만 2002년 법개정에 의해 삭제되었다. 그러나 해고기준을 정할 때 고려하도록 법이 열거하고 있는 세 가지 사항은 예시적인 것이기 때문에 사용자는 직업자질이라는 요소를 해고기준으로 포

108) Eric Lewalle, “Les arrêts Samaritaine : l’autre problème”, *Sem. soc. Lamy*, N°837, 1997.4.28., p.3.

109) *RJS*, 4/1998, n°440, pp.276-277.

110) Jean Savatier, “L’ordre des licenciements dans les licenciements pour motif économique”, *Dr. soc.*, N°6, 1990, p.517 참조.

함시킬 수 있다. 그렇지만 단체협약으로 해고기준을 정하건 근로자대표와 협의하여 사용자가 해고기준을 정하건 근로자가 종신적 성격의 급부(avantages à caractère viager)를 향유하고 있다는 이유로 우선적 해고대상으로 삼는 기준이 포함되어서는 아니 된다(동조 제2항). 한편, 노동법전(L.321-13조)은 고령근로자의 해고를 제한하기 위한 목적의 일환으로 50세 이상 근로자를 해고하는 경우에는 법이 정하고 있는 예외적인 경우¹¹¹⁾에 해당하지 않는 한 근로자의 연령·기업규모에 따라 그 액수가 법정(法定)된 일정액의 부담금(근로자의 1개월~12개월의 임금총액)을 사용자가 실업보험기관(ASSEDIC)에 지급하도록 규정하고 있다.¹¹²⁾ 고령자의 재취업이 용이하지 않아 실업이 장기화되고 이에 따른 실업보험제정에 압박이 가중될 수 있기 때문에 사용자에게 간접적인 금전적 압력을 가함으로써 경영상 해고에 의한 고령자의 실업증가를 가능한 한 억제하고자 하는데 그 취지가 있다고 할 수 있다.

노동법전에서는 해고기준을 정할 때 고려하여야 할 사항으로 3가지를 예시적으로 열거하고 있지만 3가지의 우선순위를 정하고 있지는 않다. 사용자는 한 가지 사항만을 해고기준으로 채택하여서는 아니 되고(1993.7.3.판결, SAE Transports Ayala사건)¹¹³⁾ 법이 규정하고 있는 모든 사항을 채택해야 하지만(1997.1.14.판결, Parisienne générale de nettoyage 社사건),¹¹⁴⁾ 그 이외의 다른 요소를 해고기준으로 추가할 수 있다. 사용자의 이익에 부합하는 기준, 즉 기업을 보호하기 위한 기준을 포함시킬 수 있다. 그러나 사용자가 추가할 수 있는 다른 기준은 차별적이거나 불법적인 것이어서는 아니 된다. 예컨대, 현실적으로 생산에 기여하지 못하는 육아휴직중인 자를 우선적 해고대상으로 하는 것(1992.10.7.판결, Angers Beaucouzé社사건),¹¹⁵⁾ 시간제근로자라는 이유로 통상근로자보

111) 근로자의 중대한 귀책사유에 의한 해고, 근로자의 신체적 부적격을 이유로 하는 해고 등.

112) 해고된 근로자가 3개월 이내에 재취업한 경우 사용자는 납부한 금액을 반환받을 수 있다(노동법전 L.321-13조).

113) *RJS*, 10/1993, n°972, p.578. 이 사안에서 사용자는 재직기간만을 해고기준으로 삼았다.

114) *RJS*, 2/1997, n°131, pp.92-93.

115) *Dr. soc.*, N°11, 1992, pp.924-925.

다 우선적 해고대상으로 삼는 것(1998.3.3.판결, Patron사건)¹¹⁶⁾은 법에 의해 보호되는 근로자의 상황 내지 지위를 우선적 해고기준으로 삼는 것이므로 차별적·불법적인 기준에 해당한다.

한편, 문제가 되는 것은 사용자가 사회적 관점보다 기업을 보호하기 위한 경제적(또는 경영상의) 관점을 우선시하여 해고대상자를 선정할 수 있는가 하는 점이다. 사용자가 근로자대표와 협의 후 해고기준을 정할 때 고려하여야 할 사항으로 법이 규정하고 있는 3가지 사항은 사회적 보호의 관점, 즉 근로자보호의 관점에 해당하는 기준이다. 그런데 사용자가 기업을 보호하기 위하여 예컨대, 근로자의 직업능력, 근무성적 등과 같은 해고기준을 추가적으로 채택하는 경우 이러한 기준을 근로자보호관점에 해당하는 기준보다 우선시하여 해고대상자를 선정할 수 있는가 하는 문제이다. 이와 관련하여 파기원은 특정 기준 이외의 나머지 기준 전체가 고려되었다면 특정 기준이 우선적으로 적용될 수 있다는 점을 인정한다(1991.5.15.판결, Fourtin et autre사건).¹¹⁷⁾ 파기원은 근로자보호 관점의 기준도 고려되어야 하지만 이러한 기준이 기업을 보호하기 위한 관점의 기준보다 우선시 되어야 할 법적 근거가 없다고 보는 것이다. 그러나 이러한 관례의 입장에 대한 많은 비판이 있어 왔다. 사용자의 자의성을 배제하기 위해서는 준수되어야 할 해고기준 및 기준간의 우선 순위를 법이 강행적으로 정하거나 단체협약 또는 근로자대표와의 합의로 결정하도록 하여야 한다는 주장이 오래 전에 제기되었다.¹¹⁸⁾ 또한 기업이익에 가장 적합한 기준을 우선시할 수 있는 권한을 사용자에게 인정하는 것은 해고기준에 따른 대상자선택이 단지 허울에 불과하고 사용자는 자신의 선택에 대해 결코 비난받지 않게 되는 것이라는 비판,¹¹⁹⁾ 또는 사용자는 해고기준 결정 시에 상당히 광범위하고 근로자들이 수궁할 수 있는 기준들을 제안하고 나서 기준적용 시

116) *RJS*, 4/1998, n°548, p.342.

117) *RJS*, 6/1991, n°698, p.374. 관련 판결례로 Cass. soc., 8 avril 1992 (Barbosa c./ Externat médico-pédagogique Arc-en-Ciel), *RJS*, 5/1992, n°604, p.342.

118) Jean Pélissier, *Le nouveau droit du licenciement*, Sirey, 1980, p.161.

119) Jean Savatier, op. cit., p.520.

에는 자신이 가장 큰 권한을 행사할 수 있는 기준만을 적용할 수 있도록 허용하는 것은 근로자보호를 위한 관점의 기준을 채택하고 있는 법정해고기준제도의 입법취지를 몰각케 하는 것이라는 비판¹²⁰⁾도 있다. 다른 한편, 특정 기준이 다른 기준보다 우선될 수 있다는 파기원의 입장(즉, 해고기준 전체 고려 후 특정기준의 우선적용)이 구체적으로 의미하는 바가 무엇인지에 대해 학설은 다음과 같은 두 가지 해석론을 제시한다. 하나의 해석론에 의하면, 해고기준으로 채택된 모든 항목(요소)들은 동일한 가치를 갖는 것이고, 사용자에게 의한 특정 기준의 우선 적용은 동일한 조건 하에 있는 근로자들을 선별하기 위한 경우에만 인정된다고 보는 견해이다.¹²¹⁾ 이러한 해석은 원칙적으로 해고기준 상호간의 순위 관계를 부정함으로써 해고대상자 선정시 사용자의 주관적 평가를 최소화하려는 입장이다. 다른 하나의 해석론은 해고기준으로 채택된 항목들의 상대적 가치 내지 중요성에 따라 상이한 비율을 정하여 해고대상자를 선정할 수 있는 권한이 사용자에게 인정된다고 본다.¹²²⁾ 이러한 해석은 해고기준에서 특정 항목이 갖는 가치 내지 중요도의 한계가 설정되지 않은 채 상대적 가치에 대한 평가가 사용자의 주관에 위임되고 있다는 점에서 위의 첫번째 해석론보다는 사용자(기업)의 이익에 부합하지만 사용자의 재량을 지나치게 넓게 인정함으로써 근로자보호에는 미흡한 측면을 갖고 있다.

다른 한편, 노동법전(L.122-14-2조 제2항)에 의하면, 경영상 해고가 통지된 후 근로자가 서면으로 해고기준을 제시할 것을 요구하면 사용자는 서면으로 이를 통지하여야 한다. 이러한 해고기준 통지의무 위반의 경우 초기 판례의 의하면 절차위법으로 제재되었으나(1994.10.18.판결, Duizabo사건)¹²³⁾ 판례변경에 의해 실체위법으로 제재되고 있다

120) Pierre-Yves Verkindt, "Plan sociaux : un outil de sélection du personnel?", *Dr. Soc.*, N°5, 1994, p.469.

121) Pierre Lyon-Caen, "L'ordre des licenciements : critères et sanctions", *Dr. soc.*, N°2, 1997, p.162 참조.

122) Phillippe Waquet, "Jurisprudence récente sur l'ordre des licenciements", *Dr. soc.*, N°7·8, 1994, p.678 참조.

123) *RJS*, 3/1995, n°219, p.161.

(1996.1.23.판결, Bennis사건).¹²⁴⁾ 사용자의 해고기준 통지의무 불이행에 대하여 판례는 정당한 이유 없이 해고가 이루어진 것으로 간주하여 그에 따른 구제를 인정하고 있다. 즉, 절차위반의 해고임에도 불구하고 절차위반에 대하여 법이 규정하고 있는 구제(절차이행, 최고 1개월 임금상당액의 금전배상, 실업수당상환)를 적용하는 것이 아니라 실체위반의 해고에 대해 법이 규정하고 있는 구제(복직¹²⁵⁾ 또는 최저 6개월 임금상당액의 금전배상 및 실업수당상환)를 적용하고 있는 것이다.

다. 해고기준의 적용

해고대상자를 선정하기 위해서는 해고기준이 적용되는 근로자의 범

124) *RJS*, 3/1996, n°263, p.154.

125) 프랑스 노동법은 부당해고를 ‘무효인 해고’와 ‘진실하고도 중대한 사유 없는 해고’(이하 정당한 사유 없는 해고라 함)로 구분하고, 그에 따른 구제 제도를 달리하고 있다. 우선, 무효인 해고(해고무효)는 해고로부터 특별보호대상이 되는 근로자의 해고 또는 공서(公序)에 반하거나 기본권을 침해하는 해고처럼 특별한 경우에만 인정된다. 노동법전은 임신부(L.122-25-2조) 및 업무상 상병에 의해 요양중인 근로자(L.122-32-2조)의 해고는 무효임을 명시적으로 규정하고 있다. 출신·性·가족상황·민족·국적·인종·정치적 견해·조합활동·종교적 신념·건강상태·신체적 장애·정당한 파업권의 행사를 이유로 한 해고(L.122-45조), 직장내에서 직무권한을 남용하여 이루어진 성적(性的)인 요구의 거부 등을 이유로 한 해고(L.122-46), 남녀의 차별적 대우에 대한 소제기를 이유로 한 해고(L.123-5조)는 공서에 관한 법규정에 반하는 해고로서 무효임이 노동법전에서 명시되고 있다. ‘진실하고도 중대한 사유’가 없는 해고, 즉 정당한 사유 없는 해고는 무효의 효력이 인정되는 않는 해고이다. 정당한 사유 없는 해고는 무효는 아니지만 부당한 것이기에 때문에 그 구제가 인정되는 해고 영역에 속한다. 따라서 구제의 내용도 법에 의해 규정되고 있다. 기본적으로는 금전배상을 원칙으로 한다. 정당한 사유가 없는 해고의 경우에 법이 구제의 내용으로 규정하고 있는 복직은 소송당사자의 의사에 반하여 강제될 수 없다. 노동법전 L.122-14-4조 제1항에 의하면 법원은 근로자의 복직을 제안할 수 있으나 소송당사자중 어느 일방이 이를 거부하는 경우에는 금전배상을 선고하게 된다. 법원이 반드시 복직을 제안하여야 하는 것도 아니며 법원의 복직제안이 있더라도 사용자 또는 근로자 누구도 이를 거부할 수 있기 때문에 복직은 임의적인 것이다. 따라서 복직은 법원에 의한 제안 및 양당사자의 동의가 있어야 인정되고, 법원은 사용자 및 근로자의 의사에 반하여 복직을 명할 수 없다.

위가 결정되어야 한다. 판례는 원칙적으로 해고기준의 적용범위를 사업 범위와 직업범위로 구분하지만 사업 및 직업범위에 관한 단체협약상의 규정 유무에 따라 다른 결론을 도출하고 있다. 사업범위에 관하여 단체협약에 규정이 있는 경우에 사용자는 이에 구속된다. 예컨대, 파기원은 1992년 9월 23일 판결에서 은행전국단체협약에 규정된 ‘동일지역 내의 개개 영업소’를 해고기준 적용대상 사업범위로 인정하였다.¹²⁶⁾ 그러나 단체협약에 관련규정이 없는 경우 판례는 기업단위원칙을 채택하고 있다. 따라서 해고기준 적용범위를 작업반으로 제한하는 것은 위법으로 판단되었다(1994.1.12.판결, Coutaulds社사건).¹²⁷⁾ 또한 여러 개의 상점을 경영하는 사용자가 1개의 점포를 폐지하면서 해당 점포의 지배인을 해고한 사안에서 파기원은 해고기준이 전체 상점차원(기업단위)에서 적용되어야 한다고 보았고(1994.6.21.판결, Valdis사건),¹²⁸⁾ 사용자가 물품 구매부서를 포함한 2개의 부서를 폐지한 사안에서도 폐지되는 부서 소속의 근로자들과 다른 부서의 근로자들을 비교평가하지 않았던 사실을 지적하며 해고기준은 기업의 근로자 전체에 적용된다고 판시하였다(1993.3.24.판결, Clément사건).¹²⁹⁾ 이처럼 판례는 단체협약상 사업범위 관련 규정의 유무에 따라 상이한 입장을 취하고 있다. 단체협약에 관련 규정이 있는 경우에는 이러한 규정이 우선되지만, 단체협약상 관련 규정이 없는 경우 해고기준이 적용되는 사업범위는 원칙적으로 기업단위이다.¹³⁰⁾ 따라서 작업반 또는 사업장단위에서 해고기준을 적용하여 해고대상자를 선정하는 것은 정당하지 않다.

126) Philippe Waquet, op. cit., p.679 참조.

127) *Dr. soc.*, N°3, 1994, p.275 참조.

128) Henri-José Legrand, op. cit., p.248.

129) *RJS*, 5/1993, n°500, p.298.

130) 복수의 사업장들을 갖는 기업의 경우 기업단위원칙이 타당하다고 볼 수 없다는 비판이 있다. 즉, ‘한 사업장에 고유한 경제적 어려움 때문에 수십 킬로 또는 수백 킬로 떨어진 다른 사업장에서 근로하는 근로자가 해고되는 결과가 초래되는 것’은 불합리하기 때문에 독립된 복수의 사업장들을 갖는 기업에서 해고대상자 선정의 범위는 사업장단위가 적절하다는 것이다. Michel Despax, “L’ordre des licenciements dans les entreprises à établissements multiples”, *Dr. soc.*, N°3, 1994, p.245.

근로자의 직업범위에 관하여 단체협약에 규정되어 있는 경우 판례는 이러한 규정을 그대로 적용한다. 예컨대, 파기원은 단체협약에 규정된 ‘동일 직책’ (1993.1.20.판결, Lemoine사건)¹³¹⁾ 또는 ‘동일 직무’(1993.6.30.판결, Gautreau사건)¹³²⁾를 해고기준이 적용되는 직업범위로 인정하였다. 그런데 단체협약에 관련 규정이 없는 경우에는 원칙적으로 ‘동일한 직업범주에 해당하는 근로자 전체’가 해고기준이 적용되는 직업범위이다. 사용자의 경영결정에 의해 폐지 또는 변경의 대상이 되는 일자리와 동일한 직업범주에 해당하는 모든 근로자들이 해고대상자 선정의 범위에 들어가게 된다. 하급심 판결(파리법원, 1994.6.21.판결)에 의하면, 동일한 범주에 해당하는 일자리는 ‘비록 근로자가 특정한 시점에서 특정의 직책을 갖고 특정의 직무를 수행하고 있다고 하더라도 해당 근로자가 담당할 수 있는 직무 전체’이다.¹³³⁾ 또한 파기원은 ‘공통의 직업훈련을 전제로 하는 동일한 성질의 직무를 해당 기업에서 수행하는 근로자 전체’가 동일한 직업범주에 해당한다고 보고 있다(1997.2.13.판결, Samari-taine 사건).¹³⁴⁾ 이러한 판례에 비추어보면, 동일 직업범주는 근로자가 보유하고 있는 직업기술, 근로자가 기업에서 담당하고 있는 직책 내지 직무 등에 비추어 근로자 상호간에 대체가능성이 인정되는 범위라고 볼 수 있다. 다만, 근로계약에 의해 직무내용이 특정되어 있는 경우 근로자의 동의 없이는 다른 직무로의 배치전환이 허용되지 않기 때문에 근로자의 대체가능성을 판단함에 있어서는 근로계약의 내용이 고려되어야 한다.¹³⁵⁾

사용자가 단체협약에서 정해진 해고기준 또는 근로자대표와 협의 후 정한 해고기준을 적용하여 해고대상자를 선정함에 있어서 준수하여야 할 원칙이 있다. 첫째, 단체협약상의 해고기준 준수원칙이다. 단체협약으로 정해진 해고기준은 사용자 및 근로자대표를 구속한다. 따라서 사용자는 자신의 일방적 결정으로 또는 근로자대표와의 협의를 통해 단

131) Henri-José Legrand, op. cit., p.249 참조.

132) *RJS*, 8·9/1993, n°857, p.510.

133) Henri-José Legrand, op. cit., p.250.

134) *RJS*, 3/1997, n°268, p.178.

135) Henri-José Legrand, op. cit., pp.249-250 참조.

채협약상의 기준을 무시하고 다른 기준을 적용할 수 없다. 예컨대, 단채협약이 해고기준으로 부양가족, 재직기간, 직업자질을 규정하고 있음에도 불구하고 사용자가 근로자대표와의 협의를 통해 학위·자격증 소지 여부라는 기준을 추가하여 이러한 기준을 최우선적으로 적용하는 것은 허용되지 않는다(1993.1.20.판결, Michelenas사건).¹³⁶⁾ 둘째, 해고기준으로부터의 이탈금지원칙이다. 사용자가 직업능력, 부양가족, 재직기간의 순서로 해고기준을 적용기로 결정하였음에도 불구하고 노동비용적 관점에서 재직기간이 길고 직급이 높아 고임금을 받는 근로자를 해고대상자로 선정하였거나(1993.7.13.판결, Michenon社사건)¹³⁷⁾ 또는 직업자질이라는 해고기준 대신에 근로자가 보유하고 있는 학위·자격증의 수준을 기준으로 삼아 해고대상자를 선정하는 것은 부당하다(1993.3.17.판결, Forasol社사건).¹³⁸⁾ 셋째, 해고기준적용시의 차별금지원칙이다. 예컨대, 부양가족에 대한 평가를 근로자의 출신(유럽출신 여부)에 따라 달리하는 것은 차별이므로 허용되지 않는다(1992.4.8.판결, Boufagher사건).¹³⁹⁾ 넷째, 해고기준의 적용은 객관적 사실에 의해 뒷받침되어야 한다는 원칙이다. 해고대상자 선정의 정당성에 관한 다툼이 있는 경우 사용자는 그 정당성을 뒷받침할 수 있는 객관적 자료를 법관에게 제출하여야 한다(1993.2.24.판결, CGE Distribution社사건).¹⁴⁰⁾ 예컨대, 해고된 근로자의 직업자질이 다른 근로자들에 비해서 가장 낮다는 것을 입증할 수 있는 객관적 자료가 제시되지 않는 한 직업자질을 이유로 한 해고대상자 선정의 정당성은 부인된다(1994.6.15.판결, Cabot社사건).¹⁴¹⁾

136) *RJS*, 3/1993, n°261, p.162.

137) *Dr. soc.*, N°11, 1993, p.879.

138) *RJS*, 5/1993, n°501, pp.298-299. ; *Dr. soc.*, N°5, 1993, pp.459-460.

139) *Dr. soc.*, N°6, 1992, p.628.

140) *Dr. soc.*, N°4, 1993, pp.387-388.

141) *Dr. soc.*, N°9 · 10, 1994, p.809.

4. 미 국

미국에서는 전통적으로 임의고용(employment at will)원칙에서 유래하는 해고자유 원칙이 지배하고 있고, 해고의 정당한 이유를 요구하는 연방법률도 존재하지 않는다. 원칙적으로 사용자는 경영상 해고를 자유롭게 행할 수 있고, 이 경우 해고(discharge 또는 termination) 보다는 이른바 일시해고(layoff)라는 용어를 통상적으로 사용한다. 일시해고라 함은 근로계약이 종료되지만 나중에 노동력수요가 발생한 경우 재고용(recall)이 예정되어 있다는 것을 의미한다.

가. 해고기준의 설정 방식

경영상 해고에 일정한 절차적 규제를 목적으로 1988년에 제정된 ‘근로자조정·재훈련예고법’(Worker Adjustment and Retraining Notification Act)은 공장폐쇄 및 대량일시해고의 경우에 60일 전에 근로자를 대표하여 단체교섭권을 갖는 노동조합(부재시에는 영향을 받는 개별 근로자) 및 관할 행정기관에 서면으로 통지할 의무를 사용자에게 부과하고 있다. 그러나 해고기준의 설정방식에 대하여 특별히 규정하고 있는 연방법률은 없지만 후술하는 바와 같이 단체협약상 선임권제도가 확립되어 있기 때문에 사용자는 단체협약이 정하고 있는 선임권 기준에 구속된다. 그렇지만 사용자는 단체협약이 정하고 있는 선임권 이외의 사항도 해고기준으로 고려할 수 있다. 한편, 해고에 관한 사항은 의무적 교섭사항에 해당하기 때문에 해고기준에 관한 노동조합의 교섭요구에 사용자는 응할 의무가 있고 그렇지 않으면 부당노동행위에 해당하게 된다.

나. 해고기준의 내용 및 적용

단체협약상의 선임권제도는 일시해고(경영상 해고) 및 재고용에 관한 사용자의 전권(專權)을 인정하면서도 해고대상자의 선정에 있어서 사용

자의 자의와 차별을 방지하기 위하여 근속기간이라는 객관적 기준에 의거하도록 하는 단체협약상의 제도이다.¹⁴²⁾ 즉, 선임권제도는 경영층의 일반적 판단에 의한 인원삭감을 객관적 기준에 따라 행하도록 함으로써 민주적 방법으로 해고가 이루어질 수 있게 하는 기능을 갖고 있다.¹⁴³⁾ 상대적으로 근속기간이 오래된 근로자는 선임권제도에 의해 해고로부터 보호되고, 이들의 상대적인 고용안정이 가능케 된다. 그렇지만 해고대상자를 선정하는 모든 경우에 있어서 선임권(즉, 상대적으로 長期인 근속기간)이 유일한 기준으로 기능하고 있는 것은 아니고 선임권과 더불어 근로자의 업무능력·실적 등 다른 기준이 함께 고려되기도 하지만 업무능력이나 자격이 비교적 대등한 경우 단체협약상의 선임권제도는 해고대상자선정에서 결정적 기준으로 작용하게 된다.¹⁴⁴⁾

그밖에도 해고자유원칙에 대한 수정으로 1960년대 이후에 일련의 차별금지법이 제정되어 인종, 피부색, 종교, 성, 출신국, 장애, 임신 등을 이유로 하는 채용·근로조건·해고 등에서의 차별을 금지하게 되었고,¹⁴⁵⁾ 연령을 이유로 하는 차별의 금지는 1967년에 제정된 연령차별금지법(Age Discrimination in Employment Act : ADEA)에 의해 이루어지고 있다. 따라서 각종 차별금지법이 규제하고 있는 차별사유는 해고기준의 내용으로 삼을 수 없다. 이하에서는 그 예로 연령차별에 관한 문제를 살펴보고자 한다.

연령차별금지법의 입법목적은 ① 연령보다 능력에 의한 고령근로자의 고용촉진, ② 고용에 있어서의 자의적인 차별의 금지, ③ 노사가 고령화에 따라 발생하는 고용문제에 대처하는 수단을 발견할 수 있도록 원조하기 위한 것이었다.¹⁴⁶⁾ 특히 ②의 목적과 관련하여 사용자, 노동

142) 中窪裕也, 『アメリカ労働法』, 弘文堂, 1995, 280-281쪽.

143) 木下正義, 『整理解雇の展開と法理』, 成文堂, 1996, 148쪽 참조.

144) 木下正義, 앞의 책, 149쪽 참조.

145) 1964년의 공민권법 제7편(Title VII of the Civil rights Act)은 연방법으로서 고용차별금지법의 효시이다. 동법은 흑인, 여성 등 전통적으로 소수집단에 속하는 자들에 대한 차별을 제한하기 위한 목적으로 인종, 피부색, 종교, 성 또는 출신국을 이유로 하는 채용에서 해고에 이르기까지 고용의 전 국면에 있어서 사용자의 차별행위를 금지하고 있다.

146) 井村眞己, “高齢者の退職に伴う放棄契約の締結と雇用差別禁止法 - アメリカ

조합, 직업소개기관이 연령을 이유로 차별하는 것을 금지하고 있다. 연령차별금지법에 의하면 사용자가 연령을 이유로 하여(because of such individual's age) “채용을 거부하거나 해고하는 것 또는 보수·고용조건·고용기간·고용상의 권리와 관련하여 차별하는 것” 등을 위법행위로 규정하고 있다.¹⁴⁷⁾ 채용에서 해고까지 고용관계가 성립·유지·종료되는 모든 단계에서의 사용자의 연령차별을 금지하고 있는 것이다. 동법(同法)에 의해 연령차별로부터 보호되는 대상자는 40세 이상의 자이다.¹⁴⁸⁾ 위의 입법목적에서 알 수 있듯이 동법은 고령자에 대한 보호의 성격을 강하게 띠고 있다. 대부분의 사건에서 연령차별은 근로자가 40세 이상이라는 점이 그 자에 대한 불이익한 취급(해고 등)의 동기가 된 경우(차별의사에 의한 불이익취급)이다.¹⁴⁹⁾ 연령증가에는 통상적으로 체력 및 능력의 쇠퇴가 수반되므로 능력차이를 이유로 하는 구별과 연령차별을 구분하기 쉽지 않지만 미국 법원의 기본적 입장에 따르면, 연령과 직결된(depends directly on age) 사실을 이유로 한 불이익취급은 연령차별의 범주에 해당하지만 연령에 통상적으로 수반되는(empirically correlated with age) 현상을 이유로 한 경우에는 그렇지 않다. 예컨대, 인건비절감을 위해 40세 이상의 근로자를 해고하고 젊은이를 채용하였다고 하더라도 급여액이 연령에 의해 직접적으로 좌우되는 것이 아닌 한 인건비절감을 목적으로 한 고령자해고는 연령차별에 해당하지 않게 된다.¹⁵⁰⁾ 불이익취급의 이유가 연령 이외의 것이고 이러한 이유가 위법한 것이 아닌 한 비록 불합리하더라도(예컨대, 근속연수에 의해 지급되는

カにおけるADEAの改正を契機として”, 『季刊労働法』 제182호, 総合労働研究所, 1997.6, 129-130쪽.

147) U.S. Code, Title 29(Labor), Chapter 14(Age Discrimination in Employment), § 623(a).

148) U.S. Code, Title 29, Chapter 14, § 631(a).

149) 末啓一郎, “米國年齢差別禁止法に基づく差別訴訟事件の實際”, 『季刊労働法』 175・176합병호, 総合労働研究所, 1995, 192쪽. 이 문헌에 의하면, 연령차별의 동기는 없지만 연령에 관계없는 중립적 기준에 따른 취급에 의해 결과적으로 40세 이상의 자만이 불이익한 취급을 받았던 경우(차별효과를 낳은 결과적인 불이익취급)에도 연령차별에 해당하는 것으로 판례의 유형을 분석하고 있지만 실제 문제되었던 사례는 드물다.

150) 이상의 내용은 末啓一郎, 앞의 논문, 195쪽 참조.

연금을 취득하지 못하게 하기 위한 해고, 해고감독자의 기대에 부응하지 못한 점, 성격상의 문제 등) 연령차별에 해당하지 않는다.¹⁵¹⁾ 연령차별금지법 제정 당시에는 보호대상 근로자의 연령상한을 65세로 정하였고, 1967년 법개정에서 70세로 하였지만 1986년 법개정을 통해 연령상한을 철폐하였다.¹⁵²⁾ 따라서 능력을 고려하지 않고 일정 연령에서 퇴직케 하는 정년(강제)퇴직제도(mandatory retirement) 역시 법이 예외적으로 허용하고 있는 경우¹⁵³⁾를 제외하고는 위법한 것으로 되고 있다. 차별적·보복적·공서위반 등의 해고는 금지되지만 근로자의 직무수행 능력의 부족, 신기술의 도입, 시장수요변화 등 여타의 사유를 들어 사용자는 자유롭게 해고할 수 있기 때문에 정년(강제)퇴직제도의 금지에 의해 근로자의 종신고용이 보장되는 것은 아니다. 연령차별금지법은 차별행위로 해당하지 않는 경우를 구체적으로 규정하고 있다. 그 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 특정 업무를 통상적으로 수행함에 있어서 연령이 합리적이고 필수적인 ‘진정한 직업자격’(bona fide occupational qualification)에 해당하는 경우, 또는 연령 이외의 합리적인 요소에 근거하여 차이(differentiation)를 두는 경우이다.¹⁵⁴⁾ 해고의 이유가 연령이더라도 연령이 ‘진정한 직업자격’인 경우에는 연령차별이 아니며, 직무수행에 일정 수준 이상의 체력을 필요로 한다는 점이 증명되면 그러한 체력수준을 유지할 수 없었던 특정의 고령근로자를 해고하더라도 연령에 의한 차별이 되지 않는다.¹⁵⁵⁾ 둘째, 연령차별금지법의 목적을 회피하려고 의도한 것이 아니라 진정한 선임권제도(bona fide

151) 末啓一郎, 전계논문, 206면 참조.

152) 中窪裕也, 앞의 책, 228쪽.

153) 소방관 및 법률집행공무원(경찰 등)의 경우에는 55세 정년제도가 인정된다(U.S. Code, Title 29, Chapter 14, § 623(j)). 퇴직직전 2년 이상 상급관리직(업무집행 또는 고도의 정책수립 담당직)에 종사하고 있던 근로자가 44,000달러 이상의 기업퇴직연금수급자격을 취득하게 되는 경우에는 65세 정년(강제)퇴직제가 허용된다(U.S. Code, Title 29, Chapter 14, § 631(c)(1)).

154) U.S. Code, Title 29, Chapter 14, § 623(f)(1).

155) 中野育男, “諸外國における高齢者雇用の實態と法制度”, 『季刊勞働法』 제 171호, 總合勞働研究所, 51-52쪽.

seniority system)상의 요건을 준수하기 위한 경우이다.¹⁵⁶⁾ 연령차별금지법이 선임권제도상의 요건을 준수하기 위한 경우를 합법적 행위로 규정하고 있는 것은 선임권에 의거하여 상대적으로 근속기간이 짧은 40세 이상의 근로자가 해고대상자로 선정되더라도 연령차별이 아니라는 의미이다. 그러나 연령을 이유로 하여 40세 이상 근로자의 비자발적인 퇴직을 요구 내지 허용하는 선임권제도는 그 유효성은 인정되지 않는다.¹⁵⁷⁾ 셋째, 근로자급여부제도(employee benefit plan) 또는 조기퇴직장려제도(voluntary early retirement incentive plan)상의 요건을 준수하기 위한 경우이다.¹⁵⁸⁾ 일정 연령의 강제퇴직제도는 원칙적으로 금지되지만 사용자는 근로자급여부제도 또는 조기퇴직장려제도를 통해 금전적인 인센티브를 제공함으로써 고령근로자의 자발적 퇴직을 유도할 수 있다. 연령차별금지법은 퇴직에 따른 기업연금수급요건으로서 일정 연령을 설정하는 행위를 합법이라고 하고 있다.¹⁵⁹⁾ 특히 경영상의 이유로 잉여인원을 정리할 필요가 있는 경우 많은 기업은 퇴직대상 근로자의 선택 수단으로 조기퇴직장려제도를 실시하는데 일정 연령 이상의 근로자(주로 고령근로자)를 대상으로 하여 통상의 퇴직으로부터 얻을 수 있는 기업연금급부 이외에 추가적으로 금전적 보상을 행함으로써 근로자가 자발적으로 퇴직하게 하고 있다.¹⁶⁰⁾ 넷째, 정당한 이유(for good cause)로 근로자를 해고하거나 징계하는 경우에는 연령차별에 해당하지 않는다.¹⁶¹⁾

5. 일 본

일본의 노동기준법에는 해고의 정당한 이유를 요구하는 해고제한규정이 없다. 법원은 해고권남용의 법리를 통해 해고의 자유를 제한하여

156) U.S. Code, Title 29, Chapter 14, § 623(f)(2)(A).

157) U.S. Code, Title 29, Chapter 14, § 623(f)(2)(A).

158) U.S. Code, Title 29, Chapter 14, § 623(f)(2)(B).

159) U.S. Code, Title 29, Chapter 14, § 623(l)(A).

160) 井村眞己, 앞의 논문, 127-128쪽.

161) U.S. Code, Title 29, Chapter 14, § 623(f)(3).

왔고, 경영상 해고(일본에서는 정리해고라고 칭함)의 경우 해고권의 남용 여부를 판단하기 위하여 ① 인원삭감의 필요성, ② 해고회피노력, ③ 피해고자 선정의 타당성(객관성), ④ 절차의 타당성(노동조합 또는 근로자에 대한 설명·협의)이라는 4가지 요건을 판례이론으로 확립하고 있다.¹⁶²⁾ 우리나라와 일본의 경영상 해고 요건은 대동소이하지만 우리의 경우 법정 요건 4가지는 각각 독립된 요건으로 사용자가 준수하여야 하는 법적 의무로 설정되어 있지만 일본에서는 그렇지 않다. 일본의 경우 경영상 해고의 유효성 여부가 다투어진 사건에서 위의 요건을 경시하는 판결들도 있었다고 지적되고 있듯이 구체적인 사안에서 법관의 주관에 따라 결론이 좌우되는 법적 불안정이 야기될 수 있고 그만큼 경영상 해고를 규제하는 판례의 기능에 한계가 있을 수 있다.¹⁶³⁾

가. 해고기준의 설정방식

단체협약에서 해고 일반 또는 경영상 해고에 관하여 사용자에게 노동조합과 협의(경우에 따라서는 동의를 얻을 것)할 의무를 규정하고 있는 경우 구체적인 해고대상자 선정의 기준 및 당부에 대한 충분한 협의를 거치지 않고 행한 해고는 협약위반으로 무효가 된다.¹⁶⁴⁾ 단체협약에 해고협의조항이 없는 경우에도 판례는 노사간의 신의칙을 근거로 하여 근로자(대표) 또는 노동조합과 성실하게 협의할 것을 요구하고 있고 이러한 절차를 거치지 않고 이루어진 해고는 무효라고 하는 것이 통설이다. 그리고 협의사항은 해고기준 및 인선방법(人選方法)을 포함하여 판례가 설정하고 있는 경영상 해고의 유효요건 모든 사항에 걸치고 있다.¹⁶⁵⁾ 따라서 비록 단체협약에 경영상 해고에 관한 협의의무를 규정하고 있지 않더라도 사용자는 해고기준 및 구체적인 인선(人選) 등

162) 野川忍, 「解雇の自由とその制限」, 『労働契約』, 21世紀の労働法 제4권, 有斐閣, 2000, 161쪽 참조.

163) 木下正義, 앞의 책, 220쪽 참조.

164) 菅野和夫, 『労働法』, 弘文堂, 2000, 451쪽.

165) 이상의 내용은 『労働判例大系 5【解雇・退職(1)】』, 労働旬報社, 1992, 284쪽 참조.

에 대하여 노동조합 또는 근로자대표(노동조합이 없는 경우)와 협의하여야 할 신의칙상의 의무를 부담한다.

나. 해고기준의 내용 및 적용

판례에 의하면, 해고대상자의 선정은 타당성을 가져야 한다. 사용자는 객관적이고 합리적인 기준을 설정하고 이를 공정하게 적용하여 해고대상자를 선정하여야 한다.¹⁶⁶⁾ 인원정리를 통한 기업재건을 목표로 하는 이상 기업에게는 노동력평가가 중요한 요소로 되는데 반하여 근로자에게는 그 생활의 배려(생활평가기준)가 최대의 관심사이기 때문에 해고기준의 합리성과 관련하여 어느 측면에 중점을 두어 해고기준을 설정하여야 하는가 하는 문제가 제기되는데 법에 반하지 않는 한 사용자의 자유에 위임되고 있고 다만, 자의가 개입될 여지가 없는 객관적인 기준과 인선(人選)을 요구하고 있다.¹⁶⁷⁾ 그 구체적인 내용을 살펴보고자 한다.¹⁶⁸⁾

첫째, 해고기준은 객관적 합리성이 있어야 하고 그에 따른 해고대상자의 선정에서도 주관적 자의가 개입되어서는 아니 된다. 그러나 판결례의 다수는 추상적 기준 그 자체만에 근거하여 해고를 무효로 보지는 않으며 기준을 적용할 때에 평가요소의 객관적 합리성에 주목하여 대상자 선정의 타당성을 판단하고 있다. 일반적으로 합리성이 있는 것으로 여겨지는 근무성적, 고과기준이라고 하더라도 그 평가요소에 따라 다소간 평가자의 주관이 개입되지 않을 수 없기 때문에 그것이 주관적인 것에 해당하는 경우에는 해고대상자 선정의 타당성이 부인된다. 요컨대, 판례에서는 해고기준의 합리성과 해고대상자 선정의 타당성이 일체의 것으로 판단되고 있지만 그 경우 초점은 해고기준을 적용할 때의 평가요소 및 적용기준의 객관적 합리성에 두어지고 있다. 구체적인 사

166) 菅野和夫, 앞의 책, 451쪽.

167) 『勞働判例大系 5【解雇・退職(1)】』, 앞의 책, 242쪽.

168) 이하에서 별도의 각주를 두고 있는 경우가 아닌 한 그 내용은 『勞働判例大系 5【解雇・退職(1)】』, 앞의 책, 244쪽 이하를 참고한 것임을 밝힌다.

례를 살펴보면, 성실·근면·조화 등의 추상적·주관적인 해고기준 및 그 운용은 합리성을 결한 것이며(出島運送事件·廣島地裁判決, 1978. 6. 29), 근무고과에 의거한 해고대상자 선정이라도 구체적 내용이 명백하지 않은 경우에는 상당성·합리성이 인정되지 않는다(朝日石綿工業事件·甲府地裁決定, 1987. 5. 29). 또한 추상적인 해고기준의 경우 평가자의 주관에 좌우되기 쉬우므로 자세한 운용기준에 따라 평가되어야 하고 합리적 평가를 하지 않는 해고대상자의 선정은 권리남용으로 된다(池貝鐵工事件·横浜地裁判決, 1987. 10. 15).

둘째, 노동력평가기준은 실제의 근무성적을 중시하는 기준(기업에 대한 공헌도를 포함)과 기업재건을 위해 필요한 노동력인가라는 관점의 기준으로 구분된다. ‘노동능률이 낮은 자’, ‘종합성적이 낮은 자’라는 기준은 상당히 자세하고 확실한 기록에 의하지 않는 한 평가자의 주관에 지배된다(淀川製鋼所事件·大阪地裁判決, 1954. 12. 27). ‘중도채용에 응모하여 채용되었는지’ ‘작업의 잠재능력의 유무’라는 종합평가항목은 평가자의 주관에 의한 것이므로 객관적 합리성이 없다(日本機械計裝事件·東京地裁判決, 1968. 3. 29). 주관적 평가가 되기 쉬운 ‘근무태도’, ‘적극적인 책임’ 등을 평가요소로 하는 ‘업적고과표’를 유일한 자료로 하는 해고기준은 객관적 합리성을 결한다(平野金屬事件·大阪地裁決定, 1976. 5. 26). 기업공헌도를 나타내는 성적기준은 추상적으로는 일응 합리적이지만 근태상황·건강상태 등이 요소로서 참작되지 않으면 객관적 합리성을 결한다(旭東電氣(異議)事件·大阪地裁判決, 1978. 12. 1). ‘확실한 사회적 지식을 가지고 있는 것’, ‘근무작업 등을 감당할 수 있는 것과 같은 신체일 것’이라는 해고기준은 경영부진을 타개한다고 하는 인원정리 목적에 반하여 합리성이 없다(不動建設事件·長崎地裁判決, 1977. 3. 31).

셋째, 노동력평가의 관점뿐만 아니라 근로자의 생활을 고려하여 가능한 한 타격이 적은 자를 해고기준으로 하는 것은 일반적으로 합리성이 인정된다. 그러나 그 진정한 목적이 조합활동가, 정당원 등을 배제하기 위한 것인 때에는 그 정당성이 인정되지 않는다. ‘필요불가결하지 않은 자’, ‘해고되어도 생활곤궁에 빠지는 환경에 있지 않은 자’라고 하는 기

준은 지나치게 객관성이 부족하여 타당성을 결한 것으로 판단되었지만(紡機製造事件・大阪高裁判決, 1958. 12. 18), ‘부양가족이 없고, 자격이 없는 자’라는 기준에 의한 해고는 합리적인 것으로 인정되었다(前出工機事件・東京地裁判決, 1990. 9. 25).

넷째, 여성차별의 해고기준은 허용되지 않는다. ‘기혼여성’, ‘30세 이상의 여성’이라고 하는 해고기준은 모두 다 성차별에 해당하여 무효로 판단되었다. 기혼여성, 30세 이상의 여성이라는 것만으로 당연히 기업공적도가 낮고, 경제적으로 곤란하지 않다고 말할 수 없기 때문에 이러한 기준은 결혼한 여성에 대한 차별대우 또는 성별에 의한 차별대우에 해당한다(小野田セメソト大船渡工場事件・盛岡地裁一關支部判決, 1968. 4. 10). ‘기혼여성이고 자식이 2인 이상’이라는 기준도 합리성이 없는 성차별로서 무효로 판단되었다(コバル事件・東京地裁決定, 1975. 9. 12). 그러나 ‘남자 60세 이상, 여자 55세 이상’의 근로자를 대상으로 자발적 퇴직을 장려하고 이에 응하지 않은 자를 해고한 사안에서 남녀 5년 차이의 해고기준은 여자의 생리적 기능, 임금과 노동능력과 불균형에 비추어 그 합리성을 인정한 예가 있다(日赤唐律赤十字病院事件・佐賀地裁唐律支部判決, 1977. 11. 8).

다섯째, 일정 연령 이상의 고령자를 해고하는 기준의 타당성을 인정하고 있고, 원칙적으로 이를 부정한 예는 없는 것으로 파악되고 있다.¹⁶⁹⁾ 판례는 고령근로자(55세 이상의 자)를 해고대상으로 삼는 기준의 합리성에 대하여, “연공서열형의 임금체계하에서는 고령자일수록 고임금을 받아야 하고, 오늘날처럼 기술혁신이 급격한 시대가 아니라면 고령자는 오랜 기간의 경험축적에 의해 기술적으로 청년보다도 우수하고 회사에 대한 공헌도도 크기 때문에 고임금을 받는 것이 경제적 합리성이 있었을 것이지만, 기술혁신이 급격한 오늘날에는 오랜 기간의 경험축적이 반드시 고도의 기술수준을 의미하지는 않으며 고령자의 고임금은 반드시 회사에 대한 공헌도에 비례하고 있다고 말하기도 곤란한 상황이 되고 있을 뿐만 아니라 55세 이상의 세대를 보면 일반적으

169) 山崎和義, “判例に學ぶ雇用調整への對應 - 出向から整理解雇まで實務上のポイント”, 『勞政時報』 제3379호, 勞務行政研究所, 1998.12.18, 45쪽.

로 자녀의 양육도 끝나고 30대·40대의 세대와 비교하면 생활에 여유가 있고 실직에 따른 타격이 다른 세대보다는 상대적으로 적다고 할 수 있으므로 해고기준은 일응 합리성이 있고 기준으로서의 명확성이 결여되지 않았다”(池貝鐵工事件・横浜地裁判決, 1987. 10. 15)고 판시하였고, 45세 이상의 근로자를 해고기준으로 삼았던 사건(エヴェレット汽船事件・東京地裁決定, 1988. 8. 4)에서는 인건비삭감을 의도하여 필요 최소한의 인원으로 사업을 계속한다는 합리화의 목적을 달성하기 위해서는 인건비코스트가 높은 고령자를 해고대상으로 하는 것은 부득이하다고 말하고 있다.¹⁷⁰⁾ 다만, 60세라는 대상자선정의 일반적 기준 자체는 상당하지만 이러한 기준의 적용결과로 법정(法定)정원에 미달하는 위법한 상태를 초래하는 경우에는 대상자선정의 합리성이 없다고 본 판결(社會福祉法人大阪曉明館事件, 1995.10.20 大板地裁決定)이 있다.¹⁷¹⁾ 그러나 이 판결에서도 고령자 선정기준 자체의 타당성을 부인하고 있지 않다. 더구나 52세 이상의 근로자를 해고기준으로 삼았던 사건(三井石炭鑛業事件・福岡地裁判決, 1992. 11. 25)에서 법원은 “연령에 의한 해고기준의 설정은 객관적 기준이고 주관적 요소가 개입되지 않는 점, 고령자부터 해고하는 경우에는 그 재취업의 곤란성 등 문제점도 많다는 것을 확실히 부정할 수는 없지만 퇴직금 등에 의해 그 경제적 타격을 조정할 수 있는 점, 탄광경영자가 고령자의 체력과 기계화への 적응성에 불안을 갖고 있는 점도 일응 수긍할 수 있다”고 하여 고령자를 기준으로 하는 해고기준이 부득이하다는 소극적 입장에서 더 나아가 이러한 기준의 객관성에 대하여 적극적인 의미를 부여하고 있다.¹⁷²⁾ 이러한 판례의 경향에 대한 비판적 의견으로 고령자는 기업에 대한 공헌도가 높고 지출이 많은 연령층이라는 점 등이 제시되고 있지만 효과적인 반론으로서 판례 및 실무에 영향을 미치고 있지는 못하고 있는 것으로 평가되고 있다.¹⁷³⁾

170) Ibid.

171) 米律孝司, “整理解雇・有期労働契約の更新拒絶”, 『労働法律旬報』, 제1468호, 1999.11.25., 22쪽.

172) 山崎和義, 앞의 논문, 45쪽.

173) Ibid.

여섯째, 판례 중에는 해고회피노력의무의 하나로 정규근로자를 해고하기 이전에 비정규근로자를 우선적으로 해고하는 것을 요구하는 경우가 적지 않다. 그래서 임시직에 대한 해고의 경우 정규직에 비하여 사용자에게 상당히 광범위한 자유가 인정되고 있다. 일반적으로 정규직과 임시직은 기업과의 결합도에서 차이가 있기 때문에 정규직 근로자의 희망퇴직모집에 앞서서 임시직을 해고의 제1순위로 삼은 경우 그 합리성이 인정되었다(日立メディコ事件・東京高裁判決, 1980. 12. 6). 또한 정년퇴직 후 재고용된 축탁근로자는 정사원에 비하여 기업과의 결합이 약하여 고용보장의 필요성도 낮으므로 해고의 제1순위자로 삼더라도 합리적이라고 본 예가 있다(西宮電氣工業事件・神戸地裁尼崎支部判決, 1986. 4. 24). 그렇지만 비정규근로자가 상당 부분을 차지하고 있는 상황을 배경으로 하여 임시공, 시간제근로자 등을 기계적으로 우선적 해고대상으로 삼는 것에 비판적인 판결례도 등장하고 있다. 이들 판례에 따르면 명칭만으로 제1순위의 해고대상으로 삼는 것은 허용되지 않으며 기업과의 결합도, 기업공헌도 등을 실질적으로 고려할 필요가 있다는 것이다. 예컨대, 정년 후 재고용된 근로자보다 시용기간 중에 있는 근로자를 해고의 제1순위로 한 것은 특별한 사정이 없는 한 그 합리성이 인정되지 않다고 본 판결례가 있다(惠美須屋工具製作所事件・大阪高裁決定, 1973. 3. 8). 즉, 시용기간 중에 있는 자가 정년퇴직 후 재고용된 근로자보다도 업무에 대한 숙련도 및 회사와의 친밀도가 낮다고 볼 수 있지만 시용근로자는 시용기간 중에 해당 기업의 업무에 대한 능력이나 적격성을 시험받는 지위에 있을 뿐 아니라 그 기간이 만료하면 취업규칙이나 단체협약에 의하여 자동적으로 또는 능력·적격성에 관한 전형을 거쳐 채용되게 되는 자, 다시 말해 기업이 그 채용을 떠맡아야 할 노동력이라고 보아야 하기 때문에 시용기간 중의 자라고 해도 정년퇴직 후 일년의 계약기간을 통하여 재고용된 직원보다 선순위로 해고하는 것이 반드시 일반적으로 합리성이 있다고는 말할 수 없다는 것이다. 그리고 임시직을 정리기준의 제1순위자로 하는 것의 합리성 여부는 실질적 고용관계로부터 보아 기업과의 결합 정도가 정규근로자에 비하여 희박한가 여부에서 구하고 있다(東洋精機事件・名古屋地裁判決,

1974. 9. 30). 회사에서 호칭하고 있는 파트타임 내지 임시고용자에 일응 해당한다고는 하나 그 실질적 고용관계가 반드시 다른 정규종업원에 비하여 회사와의 결합 정도가 희박하거나 회사에의 공헌도가 적은 것으로 볼 수 없는 경우에는 단지 회사에서 파트타임으로 취급을 받고 있다는 이유만으로 제1순위 해고대상자로 하는 것은 합리성이 없는 것으로 판단되었다(國鐵大阪工務局事件・大阪地裁判決, 1989. 11. 13). 또한 희망퇴직자를 모집하지도 않고 정규직과 실질적으로 다르지 않은 상태에 있는 자를 포함하여 임시직을 일률적인 해고대상자로 하는 것은 기업에의 결합・공헌도를 무시한 것으로 합리성을 결한다고 본 예도 있다(赤阪鐵工所事件・精岡地裁判決, 1982. 7. 16).

일곱째, 해고대상자의 선정범위와 관련하여 복수의 영업소를 갖고 있는 기업에서 하나의 영업소를 폐지하는 것에 의해 당해 영업소의 근로자수만큼 잉여인원이 발생하여 해고를 함에 있어서는 당해 영업소가 독립채산제를 채택하고 있는가, 근로자의 채용 등 인사권에 대하여 다른 영업소로부터 독립하고 있는가 등의 관점에서 다른 영업소로부터 완전히 독립한 것으로 인정되지 않는 한 해고대상자를 당해 영업소의 근로자에 한정하는 것은 타당하지 않다고 본 판례가 있다.¹⁷⁴⁾

6. 요 약

국제노동기구(ILO)의 1982년 제166호 권고에서는 기업의 이익과 근로자의 이익 양자를 적절하게 고려하여 해고기준을 설정하고, 해고기준의 내용과 그 우선 순위 내지 상대적 가중치는 해당 국가의 법령이나 단체협약 또는 취업규칙 등 적절한 방법으로 결정하도록 규정하고 있다. 한편, 제119호 권고(1963년)에서는 해고기준의 내용으로 고려될 수 있는 구체적 사항을 명시하고 있었으나, 동 권고를 대체하는 제166호 권고에서는 이러한 내용이 제외되었다. 1998년 집단해고에 관한 유럽연합지침 제98-58호에서는 근로자대표와의 협의를 위하여 사용자가 서면

174) 小西國友, 『解雇と労働契約の終了』, 有斐閣, 1995, 38쪽.

으로 제공하여야 할 사항 중에 해고대상 근로자의 수와 범위, 해고기준을 포함시키고 있다.

독일 해고제한법에 따르면 해고대상자를 선발함에 있어서 사회적 관점을 고려하지 않거나 충분히 고려하지 않았던 경우 해고는 무효로 된다. 즉, 해고로 인한 불이익이 가장 적은 자를 우선적인 해고대상자로 선정하는 원칙을 확립하고 있고, 이를 ‘사회적 선택’이라고 부른다. 그리고 근로자의 요구가 있는 경우 사용자는 사회적 선택의 이유를 제시하여야 한다. 경영조직법에서는 종업원대표기관인 종업원평의회와의 합의를 통해 해고대상자를 선정하도록 요구하고 있고, 합의가 성립하지 않는 경우에는 중재에 의해 해결하도록 하고 있다. 판례는 사회적 선택의 기준으로 고려되어야 할 핵심사항으로 연령, 근속연수, 부양의무를 제시하였고, 이러한 3가지 사항은 한때 입법화(1996년 개정 해고제한법)된 적도 있었다. 그리고 3가지 사항 상호간에는 서열관계가 존재하지 않는다는 것이 지배적 견해이다. 해고대상자의 선정에서 기업의 이익 역시 부차적으로 고려된다. 기업보호를 위한 관점에서 사용자가 필요로 하는 근로자는 해고대상에서 제외될 수 있다. 해고근로자의 선정은 동일 사업장단위에서 수평적으로 비교·대체 가능한 근로자들을 대상으로 하여 이루어진다. 결국 독일 해고제한법의 체계에서 긴박한 경영상의 필요성을 이유로 한 해고대상자의 선정은 ① 해고기준이 적용될 비교대상 근로자집단의 결정, ② 사회적 관점에 근거하여 해고로부터 보호되어야 할 근로자의 확정, ③ 경영상의 필요(즉, 해당 사업장의 이익) 때문에 계속고용이 정당화되는 자의 해고대상에서의 배제라는 단계를 거치게 된다.

프랑스 노동법전은 단체협약상의 해고기준이 없는 경우 사용자가 근로자대표(종업원대표인 기업위원회 또는 종업원대표위원)와 협의하여 해고기준을 결정하도록 요구하고 있다. 그리고 노동법전에서는 사용자가 해고기준을 정할 때 고려하여야 할 사항으로 ① 가족부양(특히 홀로 된 부모부양), ② 근속기간, ③ 재취업을 곤란케 하는 사회적 특성을 갖고 있는 근로자(특히 장애인, 고령자)의 처지를 예시적으로 열거하고 있다. 이러한 3가지 사항은 해고기준의 내용으로 반드시 고려되어야 하

지만, 사용자는 그 외에도 기업이익에 부합하는 사항을 해고기준으로 추가할 수 있고 이를 우선시하여 해고대상자를 선정할 수 있다는 것이 판례의 입장이다. 독일과 달리 프랑스에서는 기업보호의 관점이 근로자 보호의 관점보다 우선될 수 있고, 이러한 점에서 사용자의 재량을 독일 보다는 넓게 인정하고 있다. 단체협약에서 별도로 규정하고 있지 않는 한, 해고근로자의 선정은 사업장이 아닌 기업단위에서 동일한 직업범주에 해당하는 모든 근로자를 대상으로 하여 행해져야 하는 것이 원칙이다. 한편, 노동법전에서는 해고가 통지된 후 해당 근로자가 서면으로 해고기준을 제시할 것으로 요구하는 경우 사용자는 서면으로 이를 통지하도록 규정하고 있다. 이러한 해고기준 통지의무의 위반에 대해서 판례는 엄격히 제재(즉, 절차위반의 해고임에도 불구하고 실체위반의 해고에 따른 구제 인정)하는 경향을 보이고 있다.

미국에서는 전통적으로 임의고용 및 임의해고의 원칙이 지배하고 있고, 해고기준에 대해 일반적으로 규율하는 연방법률도 존재하지 않는다. 그렇지만 단체협약상의 선임권제도에 의해 재직기간이 결정적인 해고 기준으로 기능하고 있다. 즉, 재직기간이라는 객관적인 기준에 따라 근속연수가 상대적으로 짧은 자가 우선적 해고대상자로 된다. 이러한 선임권제도 이외에도 각종 차별금지법에 의해 해고대상자 선정에서의 사용자의 차별이 금지되고 있다. 그 한 예로 1967년에 제정된 연령차별금지법은 40세 이상의 자를 연령을 이유로 하여 채용을 거부하거나 해고하는 것 또는 근로조건과 관련하여 차별하는 것을 위법행위로 규정하고 있다. 그러나 단체협약상의 선임권제에 따른 해고대상자의 선정은 연령차별에 해당하지 않는다.

일본의 경우 경영상 해고는 법률이 아니라 판례에 의해 규율되고 있다. 판례는 경영상 해고의 유효요건의 하나로 해고대상자 선정의 타당성(또는 객관성)을 요구하고 있다. 그리고 판례상 해고기준 및 해고대상자의 선정에 관한 노사간의 협의는 신의칙에 근거한 사용자의 의무로 파악되고 있다. 사용자는 객관적이고 합리적인 기준을 설정하고 이를 공정하게 적용하여 해고대상자를 선정하여야 한다. 사용자의 주관적 자의가 개입되어서는 아니 된다. 자의적인 것이 아닌 한 기업을 보호하

III. 국제노동기준과 주요 외국의 법제도 및 이론 고찰 71

기 위한 노동력평가기준과 근로자를 보호하기 위한 사회적 기준 모두 그 합리성이 인정되고 있다. 그렇지만 사회적 기준이 우선되어야 한다는 점을 판례가 요구하고 있지는 않다. 여성차별의 해고기준을 허용하고 있지는 않지만, 비정규근로자 또는 일정 연령 이상의 고령자를 우선적으로 해고하는 기준에 대하여 판례는 그 합리성을 일반적으로 인정하는 경향을 보이고 있다.

IV. 바람직한 법해석 및 제도개선의 방향

본 장에서는 제 I 장에서 제기한 다섯 가지 측면 및 제2장 제4절에서 언급한 현행 학설·판례 평가와 관련된 사항들에 대한 법해석 및 제도 개선의 방향을 모색하고자 한다. 해고기준의 설정방식과 관련된 사항(제1절), 해고기준의 내용과 관련된 사항(제2절), 해고기준의 적용과 관련된 사항(제3절)으로 구분하여 논의를 전개할 것이다.

1. 해고기준의 설정방식과 관련된 사항

해고기준의 설정방식과 관련된 사항으로 ‘단체협약 또는 취업규칙상의 해고기준과 근로자대표와의 협의’ 문제, ‘해고기준에 관한 단체교섭 및 쟁의행위’ 문제, ‘해고기준 등에 관한 협의에서의 근로자측 당사자’ 문제를 검토할 것이다.

가. 단체협약 또는 취업규칙상의 해고기준과 근로자대표와의 협의

단체협약이나 취업규칙에 이미 해고기준에 관한 규정이 존재하는 경우 그 규정에 따르면 족하고 근로자대표와의 협의절차를 거치지 않아도 되는 것인지 문제된다. 일부 학설은 이를 긍정하고 있다.

제Ⅱ장 4.(요약 및 평가)에서 이미 언급하였듯이 단체협약상의 해고기준은 규범적 효력을 갖기 때문에 사용자는 이에 구속된다. 그리고 해고기준에 관한 사용자와 노조의 합의에 의해 노사간 또는 근로자 상호간 이해관계의 대립은 이미 조정되었다고 볼 수 있다. 그러나 해고기준을 규정하는 단체협약은 원칙적으로 조합원들의 이해관계를 반영하는 것이지 비조합원들의 이해관계까지 충분히 고려된 것이라고 단정하기

어렵다. 그리고 사용자와의 협의를 통해 비조합원의 이해관계를 반영할 수 있는 기회 자체를 박탈하는 것은 부당하다고 보지 않을 수 없다. 따라서 단체협약에 해고기준이 정해져 있다고 하더라도 이러한 협약을 체결한 노조가 과반수 노조가 아닌 경우 사용자는 근로자의 과반수를 대표하는 자와 해고기준에 관한 협의를 행할 의무를 부담한다고 보아야 할 것이다. 다만, 이러한 협의를 통해 사용자는 기존 단체협약상의 해고기준 규정을 침해하거나 위반할 수는 없고, 비조합원들에게만 적용되는 새로운 또는 변경된 해고기준을 설정할 수는 있을 것이다. 외국의 입법례를 보면, 프랑스에서는 해고기준을 정한 단체협약이 없는 경우에 사용자는 종업원대표와 협의 후 해고대상자 선정을 위한 기준을 정하게 되고, 단체협약에 해고기준이 정해진 경우에는 종업원대표와의 협의 절차를 거칠 필요 없이 이에 따라야 한다. 그리고 단체협약으로 정해진 해고기준은 사용자뿐만 아니라 종업원대표까지도 구속하기 때문에 사용자는 자신의 일방적 결정으로 또는 종업원대표와의 협의를 통해 단체협약상의 기준을 무시하고 다른 기준을 적용할 수 없다는 것이 판례의 입장이다. 이러한 논리가 타당할 수 있는 이유는 프랑스법에서 단체협약은 교섭단위 내의 조합원뿐만 아니라 비조합원에게도 적용되는 효력을 갖고 있기 때문이다. 미국의 경우에도 단체협약은 교섭단위 내의 모든 근로자들에게 적용되기 때문에 협약상의 선임권제도는 조합원 여부를 불문하고 적용된다. 프랑스·미국의 경우와 단체협약의 효력범위를 달리하는 우리에게 있어서 그 나라에서 형성된 논리를 그대로 적용할 수는 없을 것이다. 한편, 우리와 마찬가지로 원칙적으로 조합원들에게 단체협약이 적용되는 독일에서도 경영조직법에 의하면 종업원대표기구인 종업원평의회와 사용자간에 해고대상자의 선발에 관한 합의가 있어야 하고, 합의가 이루어지지 않는 경우 중재기구를 통하여 결정하게 되어 있기 때문에 우리와는 다른 제도를 갖고 있다고 보아야 할 것이다.

다음으로, 취업규칙에서 해고기준을 정하고 있는 경우 사용자는 근로자대표와 해고기준에 관한 별도의 협의절차를 이행하지 않아도 되는가 하는 문제이다. 취업규칙의 작성·변경 권한은 원칙적으로 사용자에게

있다. 사용자는 일방적 의사로 취업규칙을 작성하거나 변경할 수 있는 것이다. 다만, 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 하고, 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 그 동의를 얻어야 한다(근기법 제97조 제1항). 취업규칙을 불이익하게 변경하는 경우가 아닌 한 사용자는 과반수 노조(또는 근로자의 과반수)의 의견을 청취하고 그 의견을 기입한 서면을 첨부하여 작성·변경된 취업규칙을 노동부장관에게 신고하면 된다(근기법 제97조 제2항).¹⁷⁵⁾ 사용자가 과반수 노조(또는 근로자의 과반수)의 동의를 얻어 취업규칙에 해고기준에 관한 규정을 두었던 경우에는 그 당시 전체 근로자의 의사가 반영되었다고 볼 수 있고 이러한 규정이 설정된 이후에 입사한 근로자도 취업규칙에 따른 근로조건에 동의하여 근로계약관계를 맺었으므로, 사용자는 원칙적으로 근로자대표와의 협의절차를 거치지 않고 취업규칙상의 해고기준을 적용하여 해고대상자를 선정할 수 있다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 최고 2년의 유효기간을 갖는 단체협약과 달리 취업규칙은 그 적용기간의 제한이 없기 때문에 과거에 정해진 취업규칙상의 해고기준은 장기간의 시간이 경과하면서 기업조직의 변경이나 인적 구조의 변화 등에 부합하지 않을 수 있기 때문에 이러한 경우에는 근로자대표와의 협의절차를 거쳐야 한다고 보아야 할 것이다.

문제는 사용자가 과반수 노조(또는 근로자의 과반수)의 동의를 얻지 않고 취업규칙에 해고기준을 정한 경우이다. 판례에 의하면, 취업규칙의 변경이 이루어진 시점에서 일부 근로자에게는 유리하고 일부 근로자에게는 불리하여 근로자 상호간에 유·불리에 따른 이익이 충돌되는 경우에는 전체적으로 보아 근로자에게 불리한 것으로 취급하여 동의를 필요로 한다고 보고 있다.¹⁷⁶⁾ 해고기준을 둘러싸고 근로자 상호간의 이

175) 의견청취절차 규정 자체는 훈시규정에 불과하고 효력규정이 아니기 때문에 이러한 절차를 거치지 않았다고 하더라도 그 내용이 근기법에 반하지 않는 한 그 취업규칙이 무효로 되지는 않는다는 것이 판례의 입장이다(대법원 1989. 5. 9. 선고 88다카4277 판결 ; 대법원 1991.4. 9. 선고 90다 16245 판결).

익은 필연적으로 충돌되고, 해고기준의 내용이 어떻게 정해지든 일부 근로자에게는 유리하고 일부 근로자에게는 불리할 수밖에 없기 때문에 과반수 노조(또는 근로자의 과반수)의 동의를 요한다고 보아야 한다. 따라서 이러한 동의 없이 사용자가 일방적으로 취업규칙에 해고기준을 설정 또는 변경한 경우 원칙적으로 그 효력을 인정할 수 없기 때문에 근기법 제31조 제3항에 따라 사용자는 근로자대표와의 협의절차를 거쳐 해고기준을 다시 정하여야 한다고 해석해야 할 것이다. 비록 사용자가 기존 취업규칙상의 해고기준을 그대로 채택하고자 할지라도 근로자대표와의 협의절차는 준수하여야 한다. 한편, 판례는 취업규칙이 사용자에게 의해 일방적으로 불이익하게 변경되었다고 하더라도 그 변경 이후에 근로계약관계를 맺은 근로자에게는 당연히 변경된 취업규칙이 적용된다는 입장을 취하고 있다.¹⁷⁷⁾ 이러한 판례의 입장에 따르면, 비록 사용자가 일방적으로 취업규칙에 해고기준을 정하였다고 하더라도, 그렇게 정해진 이후에 입사한 근로자에게는 취업규칙상의 해고기준이 적용되게 된다. 예컨대, 해고기준을 ‘입사역순’으로 정하고 있고 이러한 해고기준이 정해진 이후에 입사한 근로자들에게 한정하여 해고대상자가 선정된다면 근로자대표와 별도의 협의절차를 거치지 않아도 된다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 사용자가 일방적으로 정한 취업규칙상의 해고기준을 전체 근로자들에게 적용하고자 하는 경우 또는 새로운 해고기준을 추가하고자 하는 경우에는 근로자대표와의 협의절차를 거쳐야 할 것이다.

나. 해고기준에 관한 단체교섭 및 쟁의행위

근기법 제31조 제3항이 규정하는 근로자대표(과반수 노조 또는 근로자의 과반수 대표자)와의 협의에서 ‘협의’ 그 자체는 단체교섭을 의미하는 것이라고 보기 어렵다.¹⁷⁸⁾ 부정설이 지적하고 있듯이 근로자의 과반

176) 대법원 1997. 8. 26. 선고 96다1726 판결 ; 대법원 1993. 5. 14. 선고 93다1893 판결 등.

177) 대법원(전원합의체) 1992. 12. 22. 선고 91다45165 판결 등.

수를 대표하는 자는 노동조합이 아니라 전체 종업원을 대표하는 지위에 있고 단체교섭권을 갖지 않기 때문이다. 그러나 근기법 제31조 제3항상의 해고협의규정이 노동조합의 단체교섭권을 배제하는 근거규정으로 해석하는 것도 타당하지 않다고 본다. 왜냐하면, 헌법 및 노조법이 노동조합에게 인정하고 있는 단체교섭권과 근기법 제31조 제3항이 근로자대표에게 인정하고 있는 협의권은 그 보장의 취지가 서로 다르기 때문에 단체교섭권과 협의권은 양자택일적 관계에 있는 것이 아니라 보완적 관계에 있다고 보아야 한다. 그리고 단체교섭 및 쟁의행위의 허용 여부 및 허용 범위는 일차적으로 집단적 노동관계법의 원리에 의해 판단되어야 한다. 노조법 제2조 제5호에서는 노동쟁의를 “노동조합과 사용자 또는 사용자단체간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 근로조건에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 말한다”고 규정하고 있다. 어떠한 해고기준에 따라 해고대상자를 선정할 것인가 하는 문제는 노사간 그리고 근로자 상호간 이해관계가 대립되는 이익분쟁사항(즉, 근로조건에 관한 사항)에 해당하고 단체협약에 의한 규율이 가능하기 때문에 단체교섭 및 쟁의행위의 대상이 될 수 있다고 보아야 한다. 이렇게 해석하는 것이 ‘기본권 최소제한의 원칙’ 및 ‘본질적 내용 침해금지의 원칙’에 부합한다. 한편, 노조법상의 단체교섭권과 근기법 제31조 제3항상의 협의권 양자를 보완적 관계로 파악하더라도 어떤 것이 중심적 권리인가, 즉 어느 쪽이 다른 한쪽을 보완하는 것인가 하는 문제가 제기될 수 있다. 단체교섭권은 원칙적으로 조합원들의 이익을 대표하는 권리이고, 협의권은 조합원 여부를 불문한 전체 근로자들의 이익을 대표하는 권리이기 때문에 협의권을 중심적 권리로 보아야 한다고 생각한다. 따라서 협의에 앞선 단체교섭은 허용될 수 있지만 사용자는 교섭과는 별개로 근기법 제31조 제3항이 규정하는 협의의무를 이행하여야 하고, 근기법이 규정하고 있는 해고협의기간(60일)이 경과하게 되면 사용자가 더 이상의 교섭을 거부하더라도 정당하다고 해석하여야 할 것이다. 그런데 경영상 해고에 관한

178) 한편, 근기법 제31조 제3항의 협의가 교섭을 뜻한다는 견해가 있다. 이광택, “구조조정은 쟁의행위의 대상이다”, 『노동법률』, 1999. 11., 25쪽.

협의절차에서 과반수 노조는 법에 의해 전체 근로자대표성이 부여되고 있기 때문에 현실적으로 과반수 노조와 사용자간의 대화가 협의인지 교섭인지 그 구분이 어려운 것이 사실이다. 이러한 경우에도 법적 의미에서 협의와 교섭 양자는 별개의 것이므로 과반수 노조가 별도의 교섭을 요구하는 경우 사용자는 이에 응할 의무가 있다고 해석하여야 할 것이다. 그렇지만 과반수 노조에게 비조합원을 대표할 수 있는 법적 지위를 보장하고 있는 현행법의 태도가 타당한 것이지는 의문이다. 그리고 노동조합은 존재하지만 과반수 노조가 아니기 때문에 사용자가 근로자 과반수를 대표하는 자와 협의를 하는 경우에도 노동조합이 해고기준에 관한 교섭을 요구하는 경우에는 이에 응하여야 한다. 그러나 근로자 과반수 대표자와의 협의가 종료되면 더 이상 교섭에 응할 의무는 없다고 보아야 할 것이다. 앞에서 언급하였듯이 해고기준에 대한 노동조합의 교섭권은 보장되어야 하지만 근기법 제31조 제3항이 규정하는 협의권이 중심적 지위에 있고 교섭권은 이를 보충하는 지위에 있기 때문이다.

다음으로, 취업규칙상의 해고기준을 변경하기 위한 단체교섭 및 쟁의행위가 허용될 수 있는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 앞에서 이미 언급한 바와 같이 사용자가 과반수 노조(또는 근로자의 과반수)의 동의를 얻어 취업규칙에 해고기준을 정하였다면 그에 따라 해고대상자를 선정하면 족하고 별도의 협의절차를 거치지 않아도 될 것이다. 그런데 이 경우 노동조합이 해고기준에 관한 단체교섭을 요구하면 사용자가 이에 응하여야 할 의무가 있는가 하는 점이다. 취업규칙에 해고기준을 정할 당시에 이에 동의하였던 노동조합이 사후에 경영상 해고 과정에서 그 변경을 위한 단체교섭을 요구하는 행위는 신의칙 내지 금반언(禁反言)의 원칙에 반하므로 사용자에게는 교섭에 응할 의무가 없다고 보아야 할 것이다. 신의성실의 원칙¹⁷⁹⁾은 법률관계의 당사자가 상대방의 이익을 고려하여 형평에 어긋나거나 신의를 저버리는 내용 또는 방법으로 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 안 된다는 추상적 규범을 말

179) 민법 제2조 제1항은 “권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다”고 하여 신의성실의 원칙을 규정하고 있다.

하는 것이고, 이를 구체적인 법률관계에 적용함에 있어서는 상대방의 이익의 내용, 행사하거나 이행하려는 권리 또는 의무와 상대방의 이익과의 상관관계 및 상대방의 신뢰의 타당성 등 모든 구체적인 사정을 고려하여 그 적용 여부를 결정하게 된다.¹⁸⁰⁾ 그리고 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리행사를 부정하기 위해서는 상대방에게 신의를 공여하였거나 객관적으로 보아 상대방이 신의를 가짐이 정당한 상태에 이르러야 하고 이와 같은 상대방의 신의에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다.¹⁸¹⁾

한편, 사용자가 근로자 과반수의 동의를 얻어 취업규칙에 해고기준을 정하였던 경우에도 경영상 해고과정에서 이러한 해고기준의 변경을 위한 사후적인 단체교섭의 요구는 허용되지 않는다고 보아야 한다. 이 경우 취업규칙상의 해고기준은 그것이 규정될 당시에 해당 사업 또는 사업장에 취업하고 있었던 근로자들의 집단적 동의를 반영하고 있을 뿐만 아니라 그 후에 근로계약을 체결한 근로자의 동의도 반영하고 있기 때문이다. 그러나 사용자가 일방적으로 취업규칙에 해고기준을 정하였던 때에는 이미 앞에서 설명한 바와 같이 이러한 일방적 해고기준 설정 이후에 입사한 근로자들에게 국한하여 해당 해고기준이 적용되는 예외적인 경우가 아닌 한, 사용자는 근로법 제31조 제3항에 따라 근로자대표(과반수 노조 또는 근로자의 과반수 대표자)와 해고기준에 관한 협의절차를 거쳐야 하고 노조의 단체교섭 요구에도 응할 의무가 있다. 다른 한편, 단체협약에 해고기준이 규정되어 있고 그 협약의 유효기간 중에 경영상 해고가 진행되는 과정에서 노동조합이 그 해고기준의 변경을 위한 단체교섭을 요구하는 경우 사용자는 이에 응할 의무가 없고 그에 따른 쟁의행위도 허용되지 않는다. 왜냐하면, 평화의무에 반하기 때문이다. 단체협약에서 이미 정한 근로조건이나 기타 사항의 변경·개폐를 요구하는 쟁의행위를 단체협약의 유효기간 중에 하여서는 아니 된다는 이른바 평화의무에 위반하여 이루어진 쟁의행위는 노사관계를

180) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다36642 판결.

181) 대법원 1993. 2. 9. 선고 92다9364 판결.

평화적·자주적으로 규율하기 위한 단체협약의 본질적 기능을 해치는 것일 뿐 아니라 노사관계에서 요구되는 신의성실의 원칙에도 반하는 것이므로 그 정당성이 인정되지 않는다는 것이 판례의 입장이다.¹⁸²⁾

다. 해고기준 등에 관한 협의에서의 근로자측 당사자

해고기준 등에 관한 협의에서 과반수 노조를 협의의 당사자로 규정하는 현행 근기법의 태도에 대하여 제2장 제4절(요약 및 평가)에서 의문점을 제기한 바 있다. 그리고 조합가입 자격이 없는 근로자를 대상으로 하는 감원과 관련하여 과반수 노조와 사용자간에 행하여진 해고기준 등에 관한 협의·합의의 정당성을 인정한 판례의 문제점과 노동조합이 과반수 노조가 아님에도 불구하고 협의의 당사자로 인정될 수 있다고 본 판례의 문제점도 지적하였다.

외국의 제도를 보면, 독일과 프랑스에서 경영상 해고에 관한 협의의 근로자측 당사자를 종업원대표기구로 설정하고 있다. 독일의 경우에는 종업원평의회이고, 프랑스의 경우에는 기업위원회(또는 그 부재시 종업원대표위원)이다. 독일의 종업원평의회와 프랑스의 기업위원회(또는 종업원대표위원)는 근로자들에 의해 직접 선출된 근로자대표들로 구성된다. 일본에는 경영상 해고에 관한 입법과 종업원대표기구에 관한 입법이 존재하지 않고, 판례법리에 의해서 근로자측 협의의 당사자가 노동조합이나 근로자(대표)로 설정되고 있다. 경영상 해고는 조합원 여부를 불문하고 하나의 사업 또는 사업장 전체 근로자들의 이해관계와 관련되기 때문에 협의의 근로자측 당사자도 원칙적으로 전체 근로자를 대표할 수 있는 자(또는 종업원대표기구)로 설정하는 것이 입법적으로는 바람직한 모습이라고 생각한다. 앞으로 이러한 방향에서의 제도개선을 모색하여야 할 것이다.

182) 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다4042 판결. 그러나 단체협약 유효기간 중이라도 차기 협약에 관한 교섭결렬 상황을 타개하기 위하여 쟁의행위를 하는 것은 평화의무에 반하지 않는다.

2. 해고기준의 내용과 관련된 사항

해고기준의 내용과 관련된 사항으로 ‘근로자보호 관점의 기준과 기업 보호 관점의 기준 양자의 조화’ 문제, ‘근로자보호를 위한 기준의 구성 요소’ 문제, ‘해고기준 통지제도의 강구’ 문제를 검토할 것이다.

가. 근로자보호 관점의 기준과 기업보호 관점의 기준 양자의 조화

해고기준을 결정하고 그에 따라 해고대상자를 선정하는 과정 자체가 기업이익과 근로자이익의 충돌, 근로자 상호간의 이익충돌을 조정하는 과정이라고 말할 수 있다. 이러한 이해관계의 대립·충돌을 조정하는 기본 원칙으로 근기법 제31조 제2항은 ‘합리적이고 공정한 해고기준’을 규정하고 있는 것이다. 이해관계의 대립·충돌을 조정한다는 측면에서 근기법이 규정하는 해고기준의 합리성 및 공정성은 어떻게 해석되어야 하는가 하는 문제가 제기된다. 이와 관련하여 제Ⅲ장에서 비교법의 차원에서 고찰하였던 ILO의 국제노동기준과 독일·프랑스·미국·일본의 법제도 및 이론을 종합적으로 평가하면 크게 3가지의 모델, 즉 ① ‘근로자보호 우위의 모델’(독일, 미국), ② ‘근로자보호와 기업보호 균형 추구의 모델’(국제노동기준, 프랑스), ③ ‘사용자 재량권을 전제한 객관적 타당성 추구의 모델’(일본)로 구분되고 있음을 확인할 수 있다.

우선, ‘근로자보호 우위의 모델’에 속하는 독일의 경우 사회적 관점에 근거하여 해고로부터 보호되어야 할 근로자와 그렇지 않은 근로자를 확정하고, 이어서 기업운영상 계속고용이 정당화될 수 있는 자를 해고대상에서 배제하는 단계를 거쳐 해고대상자의 선정(이를 사회적 선택이라고 부르고 있음)이 이루어진다. 따라서 근로자보호의 관점이 기업보호의 관점보다도 우선한다. 우리나라에서 학설의 다수가 취하고 있는 입장이 바로 독일 모델에 해당한다. 단체협약상 선임권제도(Last In First Out)를 확립하고 있는 미국에서도 근로자 상호간에 업무능력이나 직업자격이 동일·유사한 경우 재직기간의 장단(長短)이라는 객관적 기준에 의해 해고대상자가 결정되기 때문에 근로자보호의 관점이 기업보

호의 관점보다 우선한다. 다음으로, 국제노동기준과 프랑스는 ‘근로자보호와 기업보호 균형 추구의 모델’에 속한다. 1982년 ILO의 제166호 권고(제23조 제1항)는 해당 기업의 이익과 근로자들의 이익 양자를 적절하게 고려한 해고기준의 설정을 규정하고 있다. 프랑스 노동법전(L.321-1-1조 제1항)은 사용자가 근로자대표와 협의하여 해고기준을 정할 때 고려하여야 할 사항으로 ① 부양가족(특히 홀로된 부·모), ② 해당 사업 또는 사업장에서의 재직기간, ③ 재취업을 곤란케 하는 사회적 특성을 갖는 근로자(특히 장애인 및 고령자)의 처지를 예시적으로 규정하고 있다. 사용자는 기업(이익)보호를 위한 요소(항목)를 해고기준으로 채택할 수는 있지만 법이 규정하고 있는 근로자(이익)보호를 위한 요소(항목)를 배제할 수는 없다. 우리나라에서 근로자측 사정과 기업측 사정의 균형적 내지 종합적 고려를 주장하는 소수의 견해가 바로 ‘근로자보호와 기업보호 균형 추구의 모델’에 속한다고 볼 수 있다. 마지막으로, ‘사용자 재량권을 전제한 객관적 타당성 추구의 모델’에 속하는 나라가 일본이라고 할 수 있다. 일본 판례에 의하면, 기업보호를 위한 관점에 해당하는 노동력평가기준과 근로자보호를 위한 관점에 해당하는 생활평가기준 어느 쪽을 선택할 것인가는 사용자의 자유에 위임되고 있고, 단지 사용자의 자의성을 배제하기 위하여 객관적인 기준과 인선(人選)을 요구하고 있다. 우리의 대법원도 기본적으로는 이러한 일본형의 모델을 취하고 있지만, 자의성이 다분히 개입될 수 있는 추상적 기준이나 무기명투표방식에 의한 해고대상자의 선정을 용인하고 있는 점에서 일본형 모델보다 다소 후퇴하고 있는 측면을 갖고 있다고 평가하지 않을 수 없다.

제Ⅱ장 4.(요약 및 평가)에서 지적하였듯이, 대법원은 해고기준으로 어떠한 사항을 포함시키고 어느 정도의 평가비중을 둘 것인가는 사용자가 상당한 재량을 갖고 결정할 수 있는 것으로 보고 있고, 불가피한 경우에는 근로자(이익)보호의 관점을 전혀 고려하지 않더라도 반드시 합리성 및 공정성이 결여된 것으로 간주될 수 없다는 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 일본의 경우 경영상 해고를 규율하는 입법이 부채함에 반하여 우리의 경우에는 현행 근로기준법이 명시적으로 ‘해고기준

의 합리성 및 공정성'을 요구하고 있다. 그리고 헌법규범의 차원에서 볼 때 경영상 해고는 기업(영업)의 자유와 근로권(생존권)이 관련되는 영역이고, 따라서 '기업(영업)의 자유에 기초한 기업존속보호'와 '근로권(생존권)에 기초한 고용보호' 양자는 균형적인 조화의 관계를 갖는다고 보는 것이 타당하기 때문에 현재 대법원이 취하고 있는 입장을 옳다고 평가하기는 어렵다. 결론적으로, 현행 헌법규범의 체계 및 근로법의 요청에 비추어 볼 때, 최소한 '근로자보호와 기업보호 균형 추구의 모델'이 판례상으로 확립되어야 한다. 이를 기대하기 어렵다면 프랑스의 입법례에서 보는 바와 같이 근로자(이익)보호가 일정 부분 반드시 고려될 수 있도록 입법적 근거규정을 마련하는 것도 바람직하다고 본다.

나. 근로자보호를 위한 기준의 구성 요소

근로자를 보호하기 위한 기준으로 고려될 수 있는 요소(항목)에는 연령, 근속연수, 부양의무, 가족의 수입상황, 재산상태, 재취업의 개연성 등 다양할 수 있다. 이와 관련하여 근속연수·연령·부양의무상의 부담 등이 일차적으로 고려되어야 하고, 이 항목들은 서로 우열의 차별 없이 대등하게 취급되어야 하며, 이 외에 배우자의 소득이나 기타의 재산정도, 건강상태 등이 고려될 수 있다는 견해가 제시되고 있다.¹⁸³⁾

제Ⅲ장에서 살펴보았듯이, 1982년 ILO의 제166호 권고(제1조 및 제23조 제2항)는 해고기준의 요소(항목)들과 그 우선 순위 및 그 상대적 가중치는 해당 국가의 법령, 단체협약, 취업규칙, 중재제정이나 법원 판결 또는 기타 국내사정 하에서 적합하다고 인정될 수 있는 관행에 따른 방법에 의하여 결정하도록 규정하고 있다. 그리고 1963년 제119호 권고(제15조)는 해고기준에 포함될 수 있는 6가지 요소(① 해당 기업, 사업장 또는 서비스의 효율적 운영을 위한 필요, ② 개별 근로자의 능력, 경험, 기술, 기능 및 직업자격, ③ 재직기간, ④ 연령, ⑤ 가족상황, ⑥ 국내 사정에 따라 적합한 것으로 인정될 수 있는 기타의 기준)를 열거

183) 김형배, 앞의 책, 708쪽.

하고 있었는데, 제119호 권고를 대체하는 1982년 제158호 협약 및 제166호 권고에는 이러한 내용이 포함되지 않았다. 한편, 독일 연방노동법원은 1983년 3월 24일 판결에서 연령, 근속연수, 부양의무를 사회적 기준으로서 기본적으로 고려되어야 할 사항으로 보았고, 이러한 입장은 한 때 입법화되었다가(1996년 개정 해고제한법), 1999년 법개정으로 삭제되었다. 그리고 연령, 근속연수, 부양의무 상호간의 서열관계와 관련하여 연령 우선의 원칙 또는 근속연수 우선의 원칙이 판례상 제기되기도 하였지만 3가지 요소 상호간에는 서열관계가 존재하지 않는다는 것이 현재의 지배적인 견해이다. 프랑스 노동법전은 근로자를 보호하기 위한 요소로 부양가족, 재직기간, 재취업을 곤란케 하는 사회적 특성(특히 장애, 고령 등)을 열거하고 있다. 법에서는 이러한 3가지 요소간의 서열관계를 규정하고 있지 않으며, 판례에서도 이에 관한 명시적인 입장이 드러나고 있지는 않지만, 학설상으로는 3가지 요소가 대등한 가치를 갖는다는 견해와 사용자가 상대적 가중치를 부여할 수 있다는 견해가 대립하고 있다. 미국의 경우에는 단체협약상의 선임권제도에 의해 근속연수가 근로자보호를 위한 요소로 자리잡고 있다.

위와 같은 비교법적 검토를 종합해 볼 때, 근로자보호를 위한 기준에 공통적으로 들어가고 있는 요소(항목)가 연령, 근속연수, 부양의무라는 점을 확인할 수 있다. 따라서 이러한 3가지 요소는 근로자보호기준을 구성하는 필수적·기본적 항목으로 설정될 필요가 있다. 그리고 이러한 3가지 필수적·기본적 항목은 서로 동일한 가치를 갖고, 3가지 항목이 갖는 가치의 합계와 기업보호기준을 구성하는 항목(들)이 갖는 가치의 합계가 같은 것(즉, 근로자보호기준 구성항목 : 기업보호기준 구성항목 = 50 : 50)으로 볼 필요가 있다. 그럴 때 근로자보호와 기업보호를 균형적으로 추구하는 모델 내지 관점에 가장 부합할 수 있고, 해고대상자 선정시 사용자의 주관적·자의적 평가를 방지할 수 있을 것이다.

다. 해고기준 통지제도의 강구

해고대상자의 선정과 관련하여 근로자가 궁금한 사항은 자신이 해고

대상자로 선정될 가능성이 있는가 또는 자신이 어떤 이유 때문에 해고대상자로 선정되었는가 하는 점일 것이다. 따라서 해고기준에 관한 사항은 근로자대표와의 협의절차를 전후하여 근로자들에게 통지될 필요가 있다. 우선, 사용자는 자신이 생각하고 있는 해고기준(안)이 무엇이고 각각의 해고기준 구성항목을 어느 정도의 비중으로 고려할 것인지를 전체 근로자들에게 알려야 할 것이다. 근로자대표와의 협의과정에서 수정되거나 변경된 사항이 있으면 이것 또한 알려야 한다. 해고기준의 최종 결정은 희망퇴직자의 모집이 종료되기 이전 단계에서 이루어져야 하는 것으로 해석할 필요가 있다. 최종 결정된 해고기준을 감안하여 근로자가 희망퇴직 신청 여부를 결정할 수 있도록 하여야 해고위협이 수반되는 사직 유도를 상당 부분 방지할 수 있게 된다. 그리고 최종적으로 해고대상자를 선정하는 시점에서는 서면으로 해고기준에 관한 사항(구성항목 및 그 비중)을 사용자가 해당 근로자에게 통지하거나 또는 해고대상자로 선정된 근로자가 요구하는 경우 사용자가 이를 통지하게끔 하는 법제도적 장치를 마련할 필요가 있다. 해고기준의 합리성·공정성 여부를 판단·증명할 수 있는 자료는 많은 경우 사용자의 수중에 있기 때문에 이러한 통지제도가 마련된다면 노사간의 분쟁을 줄일 수 있을 뿐만 아니라 사후적으로 발생하는 분쟁의 효과적인 해결 및 실효성 있는 구제를 가능케 할 것이다.

제Ⅲ장에서 살펴보았듯이, 독일 해고제한법(제1조 제3항)은 근로자의 요구에 따라 사용자가 사회적 선택의 이유를 제시하도록 규정하고 있다. 프랑스 노동법전(L.122-14-2조 제2항)에 의하면, 해고가 통지된 후 근로자가 서면으로 해고기준을 제시할 것을 요구하면 사용자는 서면으로 이를 통지하여야 한다. 특히 판례는 이러한 해고기준 통지의무 위반에 대하여 구제를 강화하는 입장을 취하고 있다. 즉, 절차위반의 해고임에도 불구하고 절차위반에 대하여 법이 규정하고 있는 구제내용(절차이행, 최고 1개월 임금상당액의 금전배상, 실업수당상환)을 적용하지 않고, 실체위반의 해고에 대해 법이 규정하고 있는 구제내용(복직 또는 최저 6개월 임금상당액의 금전배상·실업수당상환)을 적용하고 있다.

3. 해고기준의 적용과 관련된 사항

해고기준의 적용과 관련된 사항으로 ‘해고기준 적용대상 근로자의 범위’ 문제, ‘사용자의 자의 또는 차별 규제’ 문제를 검토할 것이다.

가. 해고기준 적용대상 근로자의 범위

해고기준이 적용되는 대상 근로자의 범위에 관하여, 원칙적으로 영상 사유(필요성)가 발생한 사업장에 종사하는 비교·대체 가능한 수평적 관계에 있는 근로자로 보는 견해¹⁸⁴⁾가 제시되고 있다. 판례도 원칙적으로 축소대상 부서가 아닌 사업장 단위를 기준으로 삼고 있지만,¹⁸⁵⁾ 예외적으로 폐지되는 부서¹⁸⁶⁾ 또는 사업부¹⁸⁷⁾를 대상으로 한 해고의 정당성을 인정한 경우도 있었다.

제Ⅲ장에서 고찰하였듯이, 독일의 경우 사회적 선택(즉, 해고대상자의 선정)을 위한 근로자의 범위는 원칙적으로 사업장단위에서 수평적으로 비교·대체 가능한 동일 레벨에 있는 근로자들이다. 그런데 프랑스 판례에서는 단체협약상 그에 관한 규정 유무에 따라 상이한 결론을 도출하고 있다. 즉, 단체협약에 해고기준 적용대상 근로자의 범위를 규정하고 있는 경우에는 그 규정에 의하고, 그러한 규정이 없는 경우에는 원칙적으로 기업단위에서 ‘동일한 직업범주에 속하는 근로자 전체’(즉, 직업기술, 담당 직책·직무 등에 비추어 근로자 상호간 대체가능성이 인정되는 범위)로 본다. 프랑스 판례가 독일과 달리 단체협약상 별도의 규정이 없는 한 해고기준 적용대상범위를 기업단위로 파악하고 있는 것은 경영상 해고사유(즉, 경제적 곤란)에 대한 평가범위를 원칙적으로 기업단위¹⁸⁸⁾로 보기 때문이다. 일본 판례는 독립채산제 여부, 인사권의

184) 김형배, 앞의 책, 705-706쪽 참조. 동일한 취지의 판결례로 서울지방법원 1995. 12. 15. 선고 194가합10586 판결 참고.

185) 서울고등법원 1998. 7. 16. 선고 97구47660 판결.

186) 서울고등법원 2002. 3. 8. 선고 2000누15318 판결.

187) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다4892 판결 판결.

188) 기업집단(그룹)의 경우 경제적 곤란 여부에 대한 평가범위는 기업단위를

독립성 여부 등을 기준으로 하여 독립 사업장 여부를 결정하고 있다.

나. 사용자의 자의 또는 차별 규제

제Ⅱ장 4.(요약 및 평가)에서 이미 언급하였듯이, 비정규근로자·부부사원 등을 우선적인 구조조정(또는 해고)의 대상으로 삼는 행위에 대한 현행 판례의 태도는 자의 내지 차별규제의 시각이 상당 부분 결여되어 있다.

제Ⅲ장에서 고찰하였듯이, 미국에서는 해고자유원칙에 대한 수정으로 각종 차별금지법이 제정되어 인종, 피부색, 종교, 성, 출신국, 장애, 임신, 연령 등을 이유로 한 채용·근로조건·해고 등에서의 차별을 금지하고 있다. 특히 연령차별금지법에 의하면, 능력을 고려하지 않고 일정 연령에서 퇴직케 하는 정년(강제)퇴직제도까지 원칙적으로 금지되고 있다. 그러나 선임권제도의 요건을 준수하기 위한 경우(예컨대, 선임권에 의거하여 상대적으로 근속기간이 짧은 40세 이상의 근로자를 해고대상자로 선정한 경우)에는 연령차별에 해당하지 않으며, 특히 경영상 해고의 경우 조기퇴직장려제도를 통해 금전적 인센티브를 제공함으로써 고령근로자의 자발적 퇴직을 유도한 것도 연령차별에 해당하지 않는다. 일본 판례는 추상적 기준 그 자체만에 근거하여 해고를 무효로 보지는 않으며 기준을 적용할 때에 평가요소의 객관적 합리성에 주목하여 대상자 선정의 타당성을 판단하고 있다. 그렇지만 일정 연령 이상의 고령자를 해고하는 기준의 객관성·타당성을 보다 적극적으로 인정하는 경향을 보이고 있고, 이러한 일본 판례의 경향은 최근 우리 판결례에도 상당히 영향을 미치고 있는 것으로 보인다. 한편, 비정규근로자를 우선적 해고대상으로 삼는 것에 대해 일본 판례는 비정규근로의 증가상황을 고려하여 과거보다 신중하게 판단하는 경향을 보이고 있다. 즉, 비정규직이라는 신분만을 이유로 우선적 해고대상으로 삼는 것은 합리적이지 않다고 보고 있고, 기업과의 결합도·기업공헌도 등을 실질

넘어선다. 1995년 파기원 판례에 의하여 확립된 기준에 따르면 '기업집단 내의 동일업종부문'(secteur d'activité)이 평가범위로 되고 있다.

IV. 바람직한 법해석 및 제도개선의 방향 87

적으로 고려하여 그 타당성 여부를 검토하고 있다. 이러한 판단 경향은 우리에게도 좋은 시사점이 된다고 본다.

◆ 筆者 略歷

- 조용만
 - 서울대 법학 박사
 - 한국노동연구원 연구위원
 - 現 건국대 법대 교수

경영상 해고대상자 선정기준에 관한 법적 연구

- | | |
|-----------|--|
| ▪ 발행연월일 | 2002년 11월 29일 초판
2003년 3월 28일 재판 |
| ▪ 발 행 인 | 이 원 덕 |
| ▪ 발 행 처 | 한국노동연구원
1510-0110 서울특별시 영등포구
여의도동 16-2 중소기업회관 9층
☎ 대표 (02) 782-0141 Fax:(02) 786-1862 |
| ▪ 조판 · 인쇄 | 성문인쇄사 (02) 2272-7553 |
| ▪ 등 록 일 자 | 1988년 9월 13일 |
| ▪ 등 록 번 호 | 제13-155호 |

© 한국노동연구원 정가 5,000원