

연구보고서 | 2003-13

# 부당해고 구제의 실효성 제고방안

김소영 · 조용만 · 강현주

## 책머리에 부쳐

개별적 근로관계법의 분야에서 해고법은 중요한 지위를 점하고 있을 뿐만 아니라 현실적으로도 노사간의 개별분쟁 가운데 해고분쟁이 가장 큰 비중을 차지하고 있다. 그렇지만 그 동안 해고법에 관한 논의는 해고의 정당성론에 초점을 두었고, 부당하게 해고된 근로자를 실질적으로 보호하기 위한 구제제도의 개선방안에 대한 논의는 부족하였다. 현행 부당해고 구제제도는 노동위원회에 의한 행정적 구제와 법원에 의한 사법적 구제 양자를 모두 인정하는 이원적인 구제방식을 취하고 있다. 그럼에도 불구하고 원칙적으로 원직복귀 및 소급임금 지급을 내용으로 하는 구제 자체가 일률적이고 단순하여 부당해고에 따른 근로자 구제의 실효성·적절성에 의문이 제기되고 있다. 이러한 상황에서 부당해고 구제제도의 실효성을 제고하기 위한 제도개선 방안을 제시하고 있는 데에 본 연구의 의의와 중요성이 있다.

본 연구는 부당해고를 가급적 사전에 예방함으로써 이를 최소화하고, 현실적으로 부당해고가 발생한 경우 이에 대한 효과적이고 다양한 구제수단을 강구함으로써 해고분쟁에 따른 사회적 비용을 감소시키는 것을 목적으로 삼고 있다. 이러한 목적하에서 현행 해고제한법제의 체계와 부당해고 구제의 내용과 한계를 검토하고 있고, 아울러 주요 외국(미국, 영국, 프랑스, 일본)의 부당해고 구제제도를 고찰한 다음에, 이를 바탕으로 구체적인 부당해고 구제제도의 개선방안을 도출하고 있다. 연구방법에 있어서도 국내 법제에 대한 비판적 검토 및 여러

외국 법제와의 비교를 통해 결론을 이끌어내는 구성방식을 취하고 있다. 그리고 부당해고의 예방적 측면과 부당해고의 구제절차적 측면 그리고 부당해고의 구제내용적 측면으로 나누어 구체적인 제도개선 방안을 도출하고 있다. 특히, 예방적 측면에서 사용자에 대한 징벌로서의 경제적 제재, 해고사유 및 해고기준 통지와 근로자의 방어권 보장 그리고 차별적 해고를 막기 위한 법적 규제의 강화를 제시하고 있고, 구제절차적 측면에서는 해고무효확인청구 소송의 제척기간 구체화 및 화해전치제도의 도입을 주장하고 있으며, 구제내용적 측면에서는 복직의 의미에 대한 한정적 해석, 복직이행 촉진수단의 강구, 복직이 불가능한 경우의 대체수단 및 절차위반 해고에 대한 적절한 구제수단까지 제시하고 있다. 이러한 결론은 부당해고 구제의 실무에 도움이 되는 현실적합성을 갖는다.

본 연구는 본원의 김소영 선임연구위원과 조용만 건국대 교수 그리고 강현주 책임연구원의 공동작업으로 이루어졌고, 연구수행과정에서 많은 분들의 깊은 관심과 도움이 있었다. 이 자리를 빌어 모든 분들에게 감사드린다.

끝으로 본 연구보고서에 수록된 모든 내용은 저자 개인들의 의견이며, 본원의 공식 견해가 아니라는 점을 밝혀 둔다.

2003년 4월

한국노동연구원

원장 이 원 덕

## 요 약

근로기준법은 부당해고를 실체적 또는 절차적으로 제한하고 있다. 경영상 이유에 의한 해고의 경우에는 실체적 및 절차적 제한규정(제31조)이 있지만, 근로자의 귀책사유에 의한 해고의 경우에는 정당한 이유를 요구하는 일반규정(제30조 제1항)과 모든 해고에 대하여 적용되는 해고예고(제32조) 이외에 별다른 절차적 제한규정을 두고 있지 않다. 이러한 절차적 제한규정의 미비는 근로자의 변명·방어권 보장이라는 절차적 정의에 부합하지 않을 뿐만 아니라 사후에 해고의 정당성 여부를 둘러싼 분쟁에서 소송지연 또는 증명의 어려움을 초래할 수 있다. 한편, 차별적 해고에 대한 입법규제는 남녀의 성을 이유로 하는 차별을 제외하고는 미흡한 실정이다.

해고의 부당성을 주장하는 근로자는 노동위원회에 부당해고 구제신청을 하거나 법원에 해고무효확인의 소를 제기함으로써 부당해고로부터 구제를 받을 수 있다. 즉, 현행 부당해고 구제제도는 이원적 구제(행정구제와 사법구제)절차를 마련하고 있는 것이다. 그런데 사법구제의 경우 원칙적으로 소 제기의 기간에 대한 제한이 없음에도 불구하고 판례는 신의칙 내지 실효의 원칙을 적용하여 제소기간을 사실상 제한하고 있을 뿐만 아니라 제소가 가능한 기간에 대한 법적 불안정성을 초래하고 있다. 한편, 부당해고로 판명되는 경우에 인정되는 구제내용은 일반적으로 근로자를 원래의 직(원직)으로 복귀시키고 해고기간 동안의 임금을 소급해서 지급하라는 것이다. 그렇지만 복직을 강제할 수 있는 수단이 존재하지 않으며 사용자 또는 근로자가 복직을 원하지 않는 경우 복직은 효과적인 구제수단이 될 수 없다는 한계를

갖고 있을 뿐만 아니라, 판례는 원직복귀의 의미를 축소 해석하여 원직의 회복이 아니라 고용관계 자체의 회복으로 파악하고 있다. 그리고 현행 구제제도에는 사용자의 부당해고 그 자체에 대한 민사적 차원에서 징벌적 제재가 결여되어 있다. 왜냐하면 복직과 소급임금의 지급은 기본적으로 해고가 없었다면 존재하였을 상태로 근로자를 원상회복시키기 위한 것이지 사용자의 행위 자체를 징벌하는 것은 아니기 때문이다. 그 외에도 현행 구제 제도는 구제의 효과라는 측면에서 실체위반의 해고와 절차위반의 해고를 구별하지 않고 일률적으로 취급하고 있고, 이는 결과적으로 판례상 해고에 대한 절차적 제한의 완화 현상을 초래케 하는 원인으로 기능하고 있다.

주요 외국의 부당해고 구제제도를 살펴보면, 미국의 경우 전통적인 임의고용원칙으로 인해 해고를 일반적으로 제한하는 연방 법률은 존재하지 않지만 임의고용원칙을 수정하는 법리와 각종 차별금지입법이 발전되었고, 특히 징벌적 손해배상제도를 통해 사용자의 악의적이고 자의적인 해고를 제한·예방하고 있다. 그 외에도 복직이 실현가능하지 않거나 적절치 못한 경우에는 보상적 손해배상으로서 장래의 일실수입지급(front pay)을 인정하고 있으며, 위법한 차별행위를 한 사용자에게 대해서는 직접적인 피해자 이외의 자에게도 영향을 미치는 적극적인 차별시정조치(affirmative action)를 취할 것을 명하는 구제수단이 인정되고 있다. 영국에서는 부당해고를 제한하는 입법을 마련하고 있고, 그 위반에 대해서는 고용법원(Employment Tribunal)을 통한 복직 및 소급임금 지급, 재고용 또는 금전보상이라는 구제수단을 확립하고 있다. 고용법원에 의한 복직명령이나 재고용명령은 그 실현가능 여부와 근로자의 의사 등을 고려하여 이루어지며, 이러한 구제가 불가능한 경우(즉, 복직 또는 재고용명령을 내리지 않거나 사용자가 그러한 명령을 이행하지 않는 경우)에는 이차적으

로 금전보상이 행해진다. 그밖에 근로자에 대한 해고이유서 교부 제도, 고용법원에 대한 부당해고 구제신청 기간제한(3개월 내), 재판절차 이전 분쟁조정기관(ACAS)에서의 의무적인 화해절차제도를 두고 있다. 프랑스의 경우에도 부당해고를 제한하는 입법과 노동법원(Conseil de prud'hommes)을 통한 구제제도를 확립하고 있다. 그런데 프랑스에서 부당해고는 '무효인 해고'와 '진실하고도 중대한 사유 없는 해고'로 구분되며 구제의 내용도 달라진다. 전자의 경우 복직 및 소급임금 지급이 당연히 인정되지만, 후자의 경우 복직은 노사 양당사자가 모두 원하는 때에만 가능한 임의적인 것이고, 어느 일방이 복직을 원하지 않게 되면 금전배상이 이루어진다. 그리고 금전배상의 경우에도 실제위반의 해고인가 절차위반의 해고인가에 따라 구제내용(법정 배상액)이 달라진다. 특히 실제위반의 해고에 대한 금전배상에서는 법률로 그 최저한도액(6개월 임금상당액)을 설정함으로써 사용자에 대한 경제적 징벌을 가미하고 있다. 그밖에도 부당하게 해고된 근로자에게 지급된 실업수당을 사용자가 일정범위 내에서 실험보험기관에 상환하도록 법원이 명령하는 실업수당상환제도, 서면에 의한 해고기준 통지제도(경영상 해고의 경우)와 해고사유 통지제도, 노동법원에서의 재판 이전 화해절차전치제도를 마련하고 있다. 일본의 경우에는 일반적인 해고제한규정이 존재하지 않으며 권리남용 제한이론에 입각하여 일반 사법법원을 통한 부당해고 구제제도를 마련하고 있다. 구제효과로서는 해고무효에 따른 복직과 소급임금의 지급 등 우리의 경우와 대체로 유사하다. 다만, 최근에 법개정(1998년)을 통해 근로자에 대한 퇴직(해고)사유 서면통지제도를 창설하였고, 다양한 구제수단의 도입을 주장하는 견해들이 제시되고 있다. 현행 부당해고 구제제도의 개선방안을 부당해고 예방의 측면, 부당해고 구제절차의 측면, 부당해고 구제내용의 측면으로 구분하여 살펴보면 다음과 같다. 우선, 부당해고

예방의 측면에서 근로자를 부당하게 해고한 사용자의 행위 그 자체를 금전적으로 제재할 수 있는 방안으로 프랑스와 같은 일 정액 이상의 법정배상제도 또는 실업수당상환제도의 도입을 적 극적으로 고려할 필요가 있다. 그리고 해고사유와 해고기준을 서 면으로 근로자에게 통지하는 제도를 마련하고 근로자의 방어권 을 보장하기 위한 해고절차를 입법화하는 것이 바람직하다. 또한 부당해고의 억제 및 예방 차원에서 차별적 해고에 대한 법적 규 제를 강화할 필요가 있기 때문에 사회적 합리성이 없는 여러 형 태의 차별적 해고를 보다 포괄적으로 규제할 수 있는 입법을 강 구하여야 한다. 다음으로, 부당해고 구제절차의 측면에서는 법원 에 해고소송을 제기할 수 있는 기간을 법률로 정하여, 현재 신의 칙·실효의 원칙 적용에 따른 법적 불안정성을 최소화하고 통일 성과 예측가능성을 기하여야 할 것이다. 또한 해고분쟁 당사자의 자율적 분쟁해결을 촉진하기 위해서는 적어도 노동위원회 부당 해고 구제절차에서 화해전치주의를 도입할 필요가 있다. 마지막 으로, 부당해고 구제내용의 측면에서는 원상회복에 상응하는 복 직이 가능하도록 복직의 범위를 가능한 한 엄격하게 해석하여야 하고, 사용자의 복직이행을 간접적으로 촉진하기 위한 수단(예컨 대, 임시적 원상회복조치로서 복직이행명령 등)을 강구하여야 하 며, 사용자에게 복직이행을 기대할 수 없는 정당한 이유 내지 객 관적 사정이 존재하거나 해고를 둘러싼 다툼 등으로 노사간 신 퇴관계의 파탄이 있는 경우에 대비한 복직대체적 구제수단(예컨 대, 금전보상제도)을 마련할 필요가 있다. 그리고 절차위반의 해 고에 대한 구제를 강화하기 위해서는 실체위반의 해고와는 다른 다양한 구제내용(예컨대, 금전배상, 절차제이행 등)을 강구하여야 할 것이다.

# 목 차

## 책머리에 부쳐

요 약 ..... i

제1장 연구의 목적 ..... (조용만) ..... 1

## 제2장 해고제한법의 체계와 부당해고 구제의

절차·내용 및 한계 ..... (조용만) ..... 4

제1절 해고제한의 법체계 ..... 4

1. 근로계약 종료사유로서 해고 ..... 4
2. 해고제한에 관한 실정법의 내용 ..... 6
3. 해고의 절차적 제한 ..... 7
4. 해고의 실체적 제한 ..... 13

제2절 부당해고 구제의 절차와 내용 ..... 27

1. 부당해고 구제의 종류 ..... 27
2. 사법구제에서의 신의칙 또는 실효의 원칙 ..... 28
3. 부당해고의 효과 ..... 31

제3절 현행 부당해고 구제의 한계 ..... 38

1. 해고에 대한 입법적 규제 측면에서의 한계 ..... 39
2. 부당해고 구제절차 및 내용 측면에서의 한계 ..... 43

### 제3장 주요 외국의 부당해고 구제제도

..... (김소영 · 조용만 · 강현주) ..... 49

제1절 미 국 ..... 49

1. 해고제한의 법체계 : 임의고용원칙의 변화 ..... 49
2. 부당해고의 구제 ..... 54

제2절 영 국 ..... 66

1. 해고제한의 법체계 ..... 66
2. 부당해고의 구제 ..... 75

제3절 프랑스 ..... 84

1. 해고제한의 법체계 ..... 84
2. 부당해고의 구제 ..... 92

제4절 일 본 ..... 119

1. 해고제한의 법체계 ..... 119
2. 부당해고의 구제 ..... 124

제5절 요 약 ..... 145

### 제4장 현행 부당해고 구제제도의 개선방안 ..... (조용만) ..... 149

제1절 부당해고 예방의 측면 ..... 149

1. 사용자에게 대한 징벌로서의 경제적 제재 강구 ..... 149
2. 해고사유 및 해고기준 통지제도의 확립과 근로자의 방어권 보장 ..... 151
3. 차별적 해고에 대한 법적 규제의 강화 ..... 153

제2절 부당해고 구제절차의 측면 ..... 155

1. '해고무효확인'의 소' 제기 기간의 입법화 ..... 155
2. 자율적 해고분쟁 해결의 촉진을 위한 화해전치제(和解前置制)의 도입 ..... 156

제3절 부당해고 구제내용의 측면 .....	157
1. 원상회복에 상응하는 복직 범위의 한정 .....	157
2. 사용자의 복직이행을 촉진하기 위한 수단의 강구 .....	158
3. 복직을 대신하는 대체적 구제수단의 마련 .....	159
4. 절차위반의 해고에 대한 적절한 구제수단의 모색 .....	160
제5장 맺음말 .....	(조용만) ..... 162

## 제 1 장 연구의 목적

근로기준법 제30조 제1항은 정당한 이유 없는 해고를 금지하고 있고, 제31조는 경영상 이유에 의한 해고(이하 '경영상 해고'라 약칭함)를 일정한 요건하에서 제한하고 있다. 따라서 근로기준법 제30조 제1항 및 제31조에 위반하여 이루어지는 해고는 강행법규에 반하는 부당해고가 된다. 부당해고에 대한 구제는 노동위원회에 의한 구제(행정구제)와 법원에 의한 구제(사법구제) 두 가지가 있다. 행정구제 절차 또는 사법구제 절차를 통해 부당해고로 판명되는 경우에는 일반적으로 금전보상(해고기간의 임금 소급지급)과 복직(해고가 없는 상태로의 원상회복)이 인정된다. 그 외에도 사법구제의 경우 부당해고에 따른 위자료의 지급이 예외적으로 인정된다. 요약하면, 현행 부당해고 구제제도는 근로자의 복직을 전제로 한 금전적 보상을 내용으로 하고 있다.

그런데 문제는 이러한 부당해고 구제제도가 과연 효과적이고 합리적인 구제수단으로 기능하고 있는가 하는 점이다. 노동위원회가 부당해고라는 이유로 복직명령을 내리거나 법원이 해고가 무효임을 확인하더라도 사용자가 근로자를 복직시키지 않는 경우 복직을 강제할 수 있는 법적 수단이 현실적으로 존재하지 않는다. 그 뿐만 아니라 근로계약관계는 노사 상호간의 신뢰에 바탕을 둔 계속적 채권채무관계라는 특징을 갖고 있는데, 노사 어느 한쪽이 근로관계의 지속을 원하지 않는 경우 복직이 효과적인 구제수단이 될 수 있는지, 또 이러한 경우 복직을 대신할 수 있는 구제수단이 무엇인지 의문이라고 하지 않을

## 2 부당해고 구제의 실효성 제고방안

수 없다. 그렇기 때문에 현실적으로 사용자가 원직복직의 조치를 취하지 않거나 복직시키더라도 해당 근로자에게 일거리를 주지 않는 상황이 발생하고, 더 나아가 노사 양당사자의 신뢰관계가 파괴되어 사실상 근로관계의 지속에 대한 기대가능성이 없어서 복직한 근로자가 사직하는 경우까지 생기고 있다. 따라서 복직이 불가능하거나 바람직하지 않는 경우에 대비하여 보다 다양하고 효과적인 부당해고 구제수단을 강구할 필요가 있다. 다른 한편, 현행 부당해고 구제제도는 사용자에게 대한 징벌을 통해 부당해고를 방지하는 예방적 효과를 갖고 있는가 하는 점에서도 의문이다. 부당해고에 따른 근로자의 복직이나 해고기간 중의 임금지급은 해고가 없는 상태로 근로자의 지위를 회복시킨다는 점에서 중요한 의의가 있지만 부당하게 해고한 사용자의 행위 자체를 제재하는 것은 아니다. 근로기준법에서는 사용자가 정당한 이유 없이 근로자를 해고한 경우 그에 대한 벌칙을 규정하고 있지만, 벌칙은 사용자의 고의가 있는 경우에 한하여 예외적으로 적용되고 있을 뿐이다. 그렇다고 모든 부당해고에 대하여 형사적 제재를 가하는 것도 바람직하다고 볼 수 없기 때문에 해고제한에 관한 입법적 정비(특히 근로자의 방어권 보장을 위한 해고절차의 정비) 또는 부당해고에 대한 경제적 제재 등을 통해 부당해고를 억제할 수 있는 방안을 강구할 필요가 있다.

개별적 근로관계에서 발생하는 노사분쟁 가운데에서 해고를 둘러싼 분쟁이 가장 큰 비중을 차지하고 있다. 부당해고를 가급적 사전에 방지하고, 현실적으로 부당해고가 발생한 경우 그에 대응한 보다 다양하고 효과적이고 구제수단을 강구하는 것이 해고관련 분쟁과 그에 따른 사회적 비용을 최소화할 수 있는 길일 것이다. 이러한 점에서 본 연구는 부당해고를 예방하고 그 구제의 실효성을 확보할 수 있는 개선 방안을 모색하는데 목적이 있다. 이러한 목적하에서 우선, 현행 해고제한법의 체계가 어떠한지 그리고 부당해고에 따른 구제의 내용과 한계가 무엇인지를 살펴보고(제2장), 이어서 주요 외국(미국·영국·프랑스·일본)의 부당해고 구제제도의 내용을 검토하고자 한다(제3장). 영미법계에 속하는 대표적 국가로서 미국과 영국을 비교법적 고찰의

대상으로 삼았다. 대륙법계에 속하는 대표적 국가로 일반적으로 독일과 프랑스를 드는데 독일 제도에 관한 내용은 국내문헌에서 일정 정도 정리·소개되고 있음에 반하여 프랑스의 경우에는 그렇지 못한 상황이기 때문에 대륙법계 국가로서 프랑스를 고찰대상으로 삼았다. 그리고 우리와 유사한 노동법체계를 갖고 있는 일본에 대해서도 고찰대상으로 삼고 있다. 마지막으로, 현행 부당해고 구제제도의 개선방안을 제시하고(제4장), 맺음말로써 결론에 대신하고자 한다(제5장).

## 제 2 장

### 해고제한법의 체계와 부당해고 구제의 절차·내용 및 한계

#### 제1절 해고제한의 법체계

##### 1. 근로계약 종료사유로서 해고

근로계약의 종료에는 크게 보아 계약당사자의 의사에 의한 종료와 계약당사자의 의사와 무관한 종료의 차이가 있다. 전자의 경우 사용자의 일방적 의사에 의한 근로계약의 종료를 해고라고 하고, 근로자의 일방적 의사에 의한 근로계약의 종료를 사직이라고 한다. 근로기준법 제30조 제1항은 '정당한 이유' 없이 근로자를 해고하지 못한다고 규정하고 있고, 경영상 해고에 대해서는 제31조에서 별도로 정하고 있다. 사용자와 근로자의 의사가 합치하여 근로계약의 종료되는 경우도 있는데 이를 근로계약의 합의해지라 한다. 한편, 근로계약은 계약당사자의 의사와 무관한 사유, 예컨대 당사자의 소멸(사망, 청산 등), 정년의 도래, 계약기간의 만료 등에 의해 종료되기도 한다.

비록 사직의 형식을 취하였다고 할지라도 사직의 의사가 진의(진정한 의사)가 아닌 경우 또는 사기·강박에 의한 경우에는 실질적으로 해고에 해당하게 된다. 예컨대, 해외근로자가 업무상 재해의 치료를 위하여 중도 귀국함에 있어 미리 사직의 뜻이 담긴 귀국청원서를 제

출하지 아니하면 귀국시켜 줄 수 없다는 회사의 강요에 어쩔 수 없이 본의에 반하여 귀국청원서를 제출한 것이라면, 그 사직의 의사표시는 진의 아닌 의사표시이고 당시 회사도 그러한 정을 잘 알고 있었다고 보아야 하므로 무효이고, 따라서 그에 따른 회사의 의원면직처분은 실질상 해고에 해당되어 달리 정당한 이유가 있다는 주장 입증에 없는 한 부당해고로서 무효라고 본 사안이 있다.<sup>1)</sup> 사용자가 근로자로부터 사직서를 제출받고 이를 수리하는 의원면직의 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시킨다 할지라도 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성 제출하게 한 경우에는 실질적으로 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당하고, 정당한 이유 없는 해고는 부당해고가 된다.<sup>2)</sup> 그런데 의사표시에서 진의라는 것은 “특정한 내용의 의사표시를 하고자 하는 표의자의 생각을 말하는 것이지 표의자가 진정으로 마음 속에서 바라는 사항을 뜻하는 것은 아니므로 표의자가 의사표시의 내용을 진정으로 마음 속에서 바라지는 아니하였다고 하더라도 당시의 상황에서는 그것을 최선이라고 판단하여 그 의사표시를 하였을 경우에는 이를 내심의 효과의사가 결여된 비진의 의사표시라고 할 수 없다”는 것이 판례의 입장이다. 예컨대, 전쟁기념사업회의 직원들이 회사의 조직정비 방침에 따라 강입 동의서를 제출한 사안에서 전쟁기념사업회는 상위직을 축소하라는 국방부장관의 조직·인원정비 지시를 따르지 않을 수 없고, 그 인사규정상 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 의하여 폐직 또는 감원이 되었을 때에는 임용권자인 회장이 직권에 의하여 직원을 면직시킬 수 있는 터라 그 직원들이 강입이라는 사실 자체를 진정 마음 속으로 원하는 바는 아니지만 누군가는 감원대상자로 선정되지 않을 수 없는 상황에서 객관적으로 타당한 심사기준에 의하여 자신이 감원대상자로 선정될 경우에는 직권면직을 당하기보다는 강입되는 것이 더 좋다고 판단하여 강입 동의의 의사표시를 하였다고 할 것이므로 이를 두고 강입 동의의 내심의 효과의사가 결여된

1) 대법원 1992. 9. 1. 선고 92다26260 판결.

2) 대법원 1993. 1. 26. 선고 91다38686 판결.

비진의 의사표시라고 할 수 없다고 보았다.<sup>3)</sup>

## 2. 해고제한에 관한 실정법의 내용

현행법은 해고에 대하여 실체적 제한, 절차적 제한, 시기적 제한을 두고 있다. 우선, 실체적 제한의 내용을 보면, 근로기준법 제30조 제1항은 해고에 대한 일반적 제한원칙으로 정당한 이유가 있을 것을 요구하고 있고, 경영상 이유에 의한 해고에 대해서는 제31조에서 별도로 규정하고 있다. 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제1, 5호는 부당노동행위인 해고, 즉 노동조합의 조직·가입, 정당한 조합활동 또는 단체행동 등을 이유로 하는 해고를 부당노동행위로 규제하고 있다. 균등처우에 반하는 차별적 해고는 근로기준법 제5조에 의해 규제된다. 사용자는 남녀의 성, 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다. 특히 여성에 대한 차별적 해고는 남녀고용평등법 제8조 제1항 및 근로기준법 제31조 제2항 제2문(경영상 해고대상자 선정에서의 남녀차별의 금지)에서 특별히 규율하고 있다. 근로기준법 위반사실을 감독기관에 대하여 신고하였다는 이유로 해고하는 것 역시 근로기준법 제107조에 의해 금지된다.

다음으로, 해고의 절차적 제한과 관련하여 근로기준법 제32조는 해고예고 및 해고예고수당제도를 설정하고 있다. 사용자는 근로자를 해고하고자 할 때에는 적어도 30일 전에 그 예고를 하여야 하며, 30일 전에 예고를 하지 아니한 때에는 30일분 이상의 통상임금을 지급하여야 한다. 다만, 천재·사변 기타 부득이한 사유로 사업계속이 불가능한 경우 또는 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 노동부령이 정하는 사유에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 해고예고 이외의 절차적 제한은 경영상 해고에 대하여 규정하고 있다. 근로기준법 제31조 제2항에 의하면, 사용자는 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는

3) 대법원 1996. 12. 20. 선고 95누16059 판결.

그 노동조합(근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자)에 대하여 해고를 하고자 하는 날의 60일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다. 근로자의 귀책사유에 의한 해고의 경우에는 해고예고 이외에 특별한 해고절차규정이 없다. 그렇지만 단체협약이나 취업규칙상에 해고절차를 정하고 있는 경우에는 그 절차에 따라 해고가 이루어져야 한다. 보다 자세한 내용은 후술한다.

마지막으로, 해고에 대한 시기적 제한이 가해지고 있다. 근로기준법 제30조 제2항에 의하면, 사용자는 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일간 또는 산전·산후의 여성이 휴업한 기간(90일)과 그 후 30일間は 해고하지 못한다. 다만, 사용자가 근로기준법 제87조에 규정된 일시보상을 행하였을 경우 또는 사업을 계속할 수 없게 된 경우에는 그렇지 않다. 해고에 대한 시기적 제한은 비록 정당한 해고사유가 있는 경우에도 법이 정하고 있는 시기 동안에는 해고를 금지하는 것이다.

### 3. 해고의 절차적 제한

#### 가. 근로자의 귀책사유에 의한 해고

근로자의 일신상 또는 행위상의 사유로 이루어지는 해고의 경우 해당 근로자의 방어권(소명·변명의 기회)을 보호할 필요가 있다. 해고는 사용자의 일방적 판단과 의사에 의해 행해지고 근로자에게는 소득 및 고용의 상실을 초래하기 때문에 근로자의 방어권을 절차적으로 보장할 필요성이 크다. 그럼에도 불구하고 실정법에는 근로자의 방어권을 보장하는 제도가 마련되어 있지 않다. 판례는 취업규칙이나 단체협약에 해고절차에 관한 규정이 존재하는가 여부에 따라 결론을 달리하고 있다. 취업규칙이나 단체협약에 해고절차에 관한 규정이 없는 경우 사용자가 근로자에게 소명의 기회를 제공하지 아니하고 해고를 하여도 해고의 정당성에 아무런 영향을 미치지 않는다고 본다. 반면에 해

## 8 부당해고 구제의 실효성 제고방안

고사유의 통지, 변명기회의 부여, 인사(징계)위원회의 구성 등에 관한 규정이 취업규칙 또는 단체협약에 존재하는 경우 이러한 절차는 객관성과 공정성을 확보하기 위한 것으로 절차위반이 있으면 비록 해고의 사유가 정당하다고 할지라도 해고는 무효라고 본다.

첫째, 해고사유의 통지 및 해고대상자의 인사(징계)위원회 소환통지에 관한 문제를 살펴보고자 한다. 통지기간이 명시되어 있는 경우에는 원칙적으로 그 기간이 준수되어야 하며, 구체적인 기간이 명시되어 있지 않아도 소명을 위한 충분한 시간적 여유를 두어 통지하여야 한다. 예컨대, 인천지점에 근무하는 근로자에게 안양본사에서 개최되는 인사위원회에 출석하라는 통지서를 개최되기 1시간 50분 전에 수령케 한 사안에서 대법원은 인사위원회에 출석하여 변명할 기회를 부여하도록 취업규칙에 규정되어 있는 경우 인사위원회의 개최통지는 징계대상자에게 변명과 소명자료의 준비를 할 수 있을 정도의 시간적 여유를 두고 고지되어야 하고 이러한 시간적 여유를 둬서 없이 촉박하게 고지된 경우에는 실질적으로 변명의 기회를 부여하지 않은 것과 같아서 부적법하다고 보았다.<sup>4)</sup> 또한 단체협약 등에서 조합원의 징계시 사전통지와 진술권 부여를 의무조항으로 규정하고 있다면 이는 징계의 객관성과 공정성을 확보하기 위한 것으로서 징계의 유효요건이고, 징계대상자가 구속중이라고 하여도 서면 또는 대리인을 통하여 징계절차에서 변명을 하고 소명자료를 제출할 이익이 있는 것이므로 사전통지를 하지 아니함으로써 이러한 기회가 박탈되었다면 그 징계는 효력이 없다고 보았다.<sup>5)</sup>

둘째, 근로자에게 부여되어야 하는 소명기회의 정도는 인사(징계)위원회에서 징계대상자에게 징계혐의 사실을 고지하고 그에 대하여 진술할 기회를 부여하면 족하고 그 혐의사실 개개의 사항에 대하여 구체적으로 질문을 하여 징계대상자가 이에 대하여 빠짐없이 진술하도록 조치하여야 하는 것은 아니다.<sup>6)</sup>

4) 대법원 1991. 7. 23. 선고 91다13731 판결.

5) 대법원 1996. 9. 6. 선고 95다16400 판결.

6) 대법원 1995. 7. 14. 선고 94누11491 판결.

셋째, 재심절차를 두고 있는 경우 재심절차도 징계처분절차의 일부에 해당하므로 그 절차의 불이행 또는 중대한 하자는 해고의 무효를 초래한다. 왜냐하면 징계처분에 대한 재심절차는 징계처분에 대한 구제 내지 확정절차로서 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계처분절차를 이루는 것으로서 그 절차의 정당성도 징계과정 전부에 관하여 판단되어야 하므로, 원래의 징계처분이 그 요건을 모두 갖추었다 하더라도 재심절차를 전혀 이행하지 않거나 재심절차에 중대한 하자가 있어 재심의 효력을 인정할 수 없는 경우에는 그 징계처분은 무효로 된다.<sup>7)</sup> 그리고 원래의 징계처분에서 징계사유로 삼지 아니한 징계사유를 재심절차에서 추가하는 것은 추가된 징계사유에 대한 재심의 기회를 박탈하는 것으로 되어 특별한 사정이 없는 한 허용되지 아니한다.<sup>8)</sup> 그러나 취업규칙 등에 징계처분에 대한 재심절차에서 징계대상자에게 진술의 기회를 부여한다는 규정이 없는 이상 재심의 절차가 징계대상자에게 진술의 기회를 부여하지 않고 진행되었다고 하여 무효라고 할 수는 없다.<sup>9)</sup>

넷째, 징계대상자의 진술권 포기 내지 출석통지서 수령거부의 경우, 소명기회를 부여하였음에도 소명하지 않은 경우, 절차상 하자가 치유된 경우, 노조가 징계절차에의 참여권을 포기한 경우 등에서 판례는 절차위반에 해당하지 않는다고 보고 있다. 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 우선, 징계위원회가 징계혐의자에게 징계위원회의 출석통지서를 송부하여 충분한 진술을 할 수 있는 기회를 부여하려고 하였음에도 징계혐의자가 진술권을 포기하거나 출석통지서의 수령을 거부하여 진술권을 포기한 것으로 보게 되는 경우 징계위원회가 그 후에는 징계혐의자에게 징계위원회에의 출석통지를 할 필요 없이 서면심사만으로 징계할 수 있다.<sup>10)</sup> 취업규칙 등의 징계에 관한 규정에 피징계자의 출석 및 진술의 기회부여 등에 관한 절차가 규정되어 있는 경우에

7) 대법원 1995. 6. 13. 선고 95다1323 판결.

8) 대법원 1996. 6. 14. 선고 95누6410 판결.

9) 대법원 1995. 7. 14. 선고 94누11491 판결.

10) 대법원 1993. 12. 14. 선고 93누14851 판결.

는 그러한 절차는 징계처분의 유효요건이지만 그 규정의 취지는 피징계자에게 징계혐의 사실에 관하여 자신에게 이익이 되는 소명의 기회를 부여하여야 한다는 데 있고 소명 자체가 반드시 있어야 하는 것은 아니므로 그 기회를 부여하였는 데도 소명하지 아니하고 연기요청을 하는 경우에는 연기요청에 불구하고 피징계자의 참석과 의견개진 없이 징계위원회를 예정대로 개최할 수 있다.<sup>11)</sup> 그리고 단체협약에 조합원을 징계하고자 할 때에는 인사위원회 개최일시, 장소를 인사위원회 개최 5일 전에 당사자 및 조합에 통보하여야 한다고 규정하고 있으나 징계를 받을 조합원에게 5일의 여유를 두지 아니하고 징계에 회부된 사실이 통보되었을 경우에도 피징계자가 스스로 징계위원회에 출석하여 출석통지절차에 대한 이의를 제기하지 않고 충분한 소명한 경우에는 그와 같은 절차상의 하자는 치유된다.<sup>12)</sup> 징계처분에 대한 재심절차는 원래의 징계절차와 함께 전부가 하나의 징계처분절차를 이루는 것으로서 그 절차의 정당성도 징계과정 전부에 관하여 판단되어야 할 것이므로 원래의 징계과정에 절차위반의 하자가 있더라도 재심과정에서 보완되었다면 그 절차위반의 하자는 치유된다.<sup>13)</sup> 단체협약이 조합원의 징계면직에 대한 재심절차에 관하여 노동조합의 참여권을 규정하고 있는 경우 만약 노동조합측에서 스스로 그러한 재심에의 참여권을 포기하였다거나 또는 노동조합으로서의 기능을 상실한 노동조합이 앞으로 조합의 업무를 중단하겠다는 뜻을 직접 회사에 통보하고 조합의 업무집행기구를 구성하는 조합간부 전원이 사퇴하여 노동조합 활동을 완전히 중단하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 조합측 대표의 참여를 보장하지 아니한 채 재심의결이 행하여졌다고 하더라도 그로 인하여 징계처분 자체가 무효로 되는 것은 아니다.<sup>14)</sup>

다섯째, 단체협약에 조합원의 해고에 대한 협의 내지 동의조항이

11) 대법원 1995. 5. 23. 선고 94다24763 판결.

12) 대법원 1995. 3. 3. 선고 94누11767 판결.

13) 대법원 1992. 9. 22 선고 91다36123 판결.

14) 대법원 1995. 6. 13. 선고 95다1323 판결.

있는 경우 그 효력이 문제된다. 판례는 사용자의 인사권에 대한 노동조합의 관여 정도(의견참작, 협의, 동의)에 따라 절차위반에 따른 해고의 효력을 달리 보고 있다. 단체협약에서 의견참작 또는 사전 협의를 규정하고 있는 경우 이는 인사결정의 참고자료 또는 인사 내지 징계의 공정을 기하기 위한 필요한 의견제시의 기회를 부여하기 위한 것이므로 노조의 의견을 참작하지 않았거나 사전협의를 거치지 않았다고 하더라도 해고의 효력에는 영향을 미치지 않는다고 본다.<sup>15)</sup> 그러나 단체협약에 조합간부의 인사는 조합과 협의하여야 한다고 규정되어 있는 경우 이러한 협의를 거치지 아니한 징계처분은 원칙적으로 무효이고, 다만 근로자나 노동조합측에서 스스로 이러한 협의절차를 포기하였다는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 그렇지 않다고 보고 있다.<sup>16)</sup> 인사합의조항은 어디까지나 사용자의 인사권을 노동조합과의 협의를 거쳐 행사하도록 제한한 것일 뿐 사용자의 인사권을 근본적으로 부정하는 것은 아닌 이상, 단체협약에 노동조합 간부에 대한 징계에는 노동조합과의 사전 협의가 있어야 하도록 규정되어 있는 경우에도 노동조합측에 중대한 배신행위가 있고 이로 인하여 사용자측의 절차의 흠결이 초래된 경우 또는 피징계자가 사용자인 회사에 대하여 중대한 위법행위를 하여 직접적으로 막대한 손해를 입히고 비위사실이 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백하며 회사가 노동조합측과 사전 협의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합측이 합리적 근거나 이유제시도 없이 무작정 징계에 반대함으로써 사전 협의에 이르지 못하였다고 인정되는 경우에는 노동조합측이 합의거부권을 남용한 것이 되어 사용자가 이러한 협의 없이 한 해고도 유효하다는 것이 판례의 입장이다.<sup>17)</sup>

15) 대법원 1992. 1. 14. 선고 91다4775 판결, 대법원 1992. 6. 9. 선고 91다41477 판결 등.

16) 대법원 1992. 12. 8. 선고 92다32074 판결.

17) 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다50263 판결.

나. 경영상 해고에서 근로자대표와의 협의

근로기준법 제31조 제3항에 의하면, 사용자는 해고회피방법 및 해고기준 등에 관하여 해고하고자 하는 날의 60일 전까지 근로자대표(과반수 노조 또는 근로자 과반수 대표자)에게 통보하고 성실하게 협의하여야 한다.

노사협의회에서 협의가 있었던 경우 해고협의절차가 이행된 것으로 판례는 본다. 회사가 근로자를 해고하기 이전에 노사협의회를 개최하여 인원감축의 규모와 원칙적인 기준을 협의하여 결정하였고 노사협의회에 참석한 근로자대표들도 회사의 경영상태 악화를 인식하여 전원이 인원감축방안에 찬성하였다면 비록 회사가 근로자들과의 개별적인 사전합의를 거치지 아니하였고 근로자들이 사전에 그러한 노사협의회 개최 사실을 알지 못하였다고 하더라도 근로자측과의 성실한 사전협의를 거쳤다고 볼 수 있다는 것이다.<sup>18)</sup> 노사협의회는 근로자대표들은 전체 종업원을 대표하는 지위에 있기 때문에 노사협의회에서의 해고협의를 위법하다고 볼 수는 없을 것이다.

그런데 근로기준법은 과반수 노조가 없는 경우에는 근로자 과반수를 대표하는 자와의 협의를 요구하고 있는데 판례는 근로자 과반수로 조직되어 있지 아니한 노조와의 해고협의로도 유효하다고 판단하고 있다. 이는 근로자대표와의 협의규정에 관한 실정법의 규정을 완화하여 해석하는 예에 해당한다. 예컨대, 구조조정에 관해 노동조합과 협의하였다면 비록 노동조합이 근로자들의 과반수로 조직되지 아니하였다고 하더라도 달리 해당 노동조합 외에 그 당시 회사 근로자의 과반수에 의하여 근로자를 대표하는 자가 선정되어 있다거나 해당 노동조합이 근로자들의 의사를 충분히 반영하지 못할 특별한 사정이 있었다는 점에 대한 주장·입증이 없는 이상 노동조합이 근로자들의 과반수로 조직되지 아니하였다는 이유만으로 회사가 근로자대표와의 협의를 하지 아니한 것으로 볼 수 없다고 보았다.<sup>19)</sup>

18) 서울고등법원 2000. 3. 29. 선고 99누5216 판결.

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

과반수 노조가 존재하는 경우에는 비록 조합원 자격이 인정되지 않는 근로자들(3급 이상 직원)에 국한된 인원감축이라고 하더라도 이러한 감축대상 근로자의 과반수를 대표하는 자와 협의하지 아니하고 과반수 노조와 협의하였다면 유효하다고 대법원은 판단하였다. 즉, 해당 노동조합이 종전에도 사용자와 임금협상 등 단체교섭을 함에 있어 3급 이상 직원들에 대한 부분까지 포함시켜 함께 협약을 해왔고 문제가 되었던 경영상 해고에 있어서도 노동조합이 협의에 나서 격렬한 투쟁 끝에 대상자수를 당초 356명에서 282명으로 줄이기로 합의하는데 성공한 점 등을 종합하여 보면 근로자의 과반수로 조직된 노동조합과의 협의 외에 해고의 대상인 3급 이상 직원들만의 대표를 새로이 선출케 하여 그 대표와 별도로 협의를 하지 않았다고 하여 협의절차의 흠결로 무효라 할 수 없다는 것이다.<sup>20)</sup>

한편, 경영상 해고시 노조와의 합의를 구하도록 하는 고용안정(보장)협약이 체결된 경우에도 노조가 자신의 권한을 남용하여 합의 없이 경영상 해고가 이루어졌을 때 그 유효성을 인정하는 것이 판례의 태도이다. 예컨대, 경영상 해고를 해야 할 긴박한 상황이었음이 인정되고 사용자가 노동조합과 사전합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다했음에도 불구하고 노동조합측이 협의진행 중에도 경영상 해고반대를 주장하는 수십 차례의 집회를 여는 등 합리적 근거나 이유를 제시함이 없이 무작정 경영상 해고에 반대함으로써 사전합의를 하지 못한 경우에는 노동조합측이 합의거부권을 남용한 것이므로 노동조합과 합의가 없었다는 이유로 경영상 해고가 무효라고 볼 수 없다는 것이다.<sup>21)</sup>

#### 4. 해고의 실체적 제한

판례는 해고에서의 정당한 이유의 의미에 대하여 사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는 사유가 있

20) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결.

21) 서울행정법원 2000. 3.17. 선고 99구20694 판결.

다든지 부득이한 경영상의 필요가 있는 경우를 말한다고 보았다.<sup>22)</sup> 이하에서는 먼저 해고사유에 관한 취업규칙과 단체협약의 관계에 대하여 살펴보고 나서, 근로자의 귀책사유에 의한 해고 및 경영상 해고에서의 실제적 제한의 문제를 판례를 통해 검토할 것이다.

#### 가. 해고사유에 관한 취업규칙과 단체협약의 관계

취업규칙과 단체협약에서 해고사유를 일부 달리하고 있거나 동일한 사유에 대한 기준(예컨대, 취업규칙에서는 무단결근 계속 5일 이상, 단체협약에서는 무단결근 계속 7일 이상)을 달리하고 있는 경우 어느 쪽이 적용되는가 하는 문제가 발생한다. 취업규칙은 단체협약에 반할 수 없으나(근로기준법 제99조 제1항) 사용자의 독자적인 기업질서유지권(취업규칙에 의한 징계사유의 결정권)이 부정되는 것은 아니라는 것이 판례의 입장이다. 즉, 기업질서는 기업의 존립과 사업의 원활한 운영을 위하여 필요불가결한 것이므로 사용자는 기업질서를 확립하고 유지하는 데 필요하고도 합리적인 것으로 인정되는 한 근로자의 기업질서 위반행위에 대하여 근로기준법 등의 관련법령에 반하지 않는 범위 내에서 이를 규율하는 취업규칙을 제정할 수 있고 단체협약에서 규율하고 있는 기업질서 위반행위 외의 근로자의 기업질서에 관한 비위행위에 대하여 이를 취업규칙에서 해고 등의 징계사유로 규정하는 것은 원래 사용자의 권한에 속하는 것이므로 단체협약에서 “해고에 관하여는 단체협약에 의하여야 하고 취업규칙에 의하여 해고할 수 없다”는 취지로 규정하거나 “단체협약에 정한 사유 외의 사유로는 근로자를 해고할 수 없다”고 규정하는 등 근로자를 해고함에 있어서 해고사유 및 해고절차를 단체협약에 의하도록 명시적으로 규정하고 있거나 동일한 징계사유나 징계절차에 관하여 단체협약상의 규정과 취업규칙 등의 규정이 상호 저촉되는 경우가 아닌 한 사용자는 취업규칙에서 새로운 해고사유를 정할 수 있고 그 해고사유에 따라 근로자를 해고할 수 있으며 비록 단체협약에서 해고사유와 해고 이외의 징

22) 대법원 1992 .3. 13. 선고 91다39559 판결.

계사유를 나누어 구체적으로 열거하고 있다 하더라도 취업규칙에서 이와 다른 사유를 해고사유로 규정하는 것이 단체협약에 반하는 것이라고 할 수 없다.<sup>23)</sup>

#### 나. 근로자의 귀책사유에 의한 해고

근로자의 귀책사유에는 크게 일신상의 사유와 행위상의 사유가 있다. 일신상의 사유는 계약상 근로제공의무의 이행에 필요한 정신적·육체적 또는 기타의 적격성이 근로자측의 사정에 의해 현저하게 결여되어 근로계약관계의 지속을 사용자에게 기대할 수 없는 경우를 의미한다. 행위상의 사유는 근로계약상의 의무위반행위(예, 근로제공의무의 불이행, 지시명령의 불이행, 하자있는 노무의 제공 등), 기업질서위반의 행위 등이다.

징계해고는 기업질서위반에 대한 제재별로 통상해고의 경우보다 근로자에게 불이익하다. 특히 근로자가 ‘고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우로서 노동부령(근로기준법 시행규칙 제5조 및 별표)이 정하는 사유에 해당하는 경우’에는 해고예고가 적용되지 않는다(근로기준법 제32조). 그런데 징계해고는 취업규칙상의 명시적인 근거규정(징계사유, 징계종류)에 의하여야 하고, 여러 개의 징계해고사유가 존재하는 경우에는 이를 전체적으로 보아 해고의 정당성 여부를 판단한다.<sup>24)</sup> 이하에서는 해고사유의 유형에 따른 판례의 주요 내용을 개괄적으로 살펴보고자 한다.

첫째, 학력·경력·허위기재(사칭)와 관련된 판례에 의하면, 근로자의 경력이나 학력은 노동력 평가의 자료이자 전인격판단의 자료이므로 사용자가 경력·학력사칭의 사실을 사전에 알았다면 근로계약을

23) 대법원 1994. 6. 14. 선고 93다26151 판결.

24) 피징계자에게 여러 가지의 징계해고사유가 있을 때 그 징계해고처분이 적절한지의 여부는 그 사유 하나씩 떼어서 또는 그 중 일부의 사유만 가지고 판단할 것이 아니라 전체의 사유에 비추어 사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는지 여부에 의한다(대법원 1991. 11. 22. 선고 91다6740 판결).

체결하지 아니하였거나 적어도 동일한 조건으로 계약을 체결하지 아니하였을 것으로 인정되는 정도라면 정당한 해고사유에 해당한다.<sup>25)</sup>

둘째, 신체장애로 인한 직무수행능력의 결여와 관련하여 해고의 정당성은 근로자가 신체장애를 입게 된 경위 및 그 사고가 사용자의 귀책사유 또는 업무상 부상으로 인한 것인지 여부, 근로자의 치료기간 및 치료종결 후 노동능력 상실의 정도, 근로자가 사고를 당할 당시 담당하고 있던 업무의 성격과 내용, 근로자가 그 잔존노동능력으로 감당할 수 있는 업무의 존부 및 그 내용, 사용자로서도 신체장애를 입은 근로자의 순조로운 직장복귀를 위하여 담당업무를 조정하는 등의 배려를 하였는지 여부, 사용자의 배려에 의하여 새로운 업무를 담당하게 된 근로자의 적응노력 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다.<sup>26)</sup>

셋째, 근무성적의 불량은 직무수행능력의 결여에 의한 경우, 업무수행능력이 있음에도 근로자의 불성실한 근무태도에 기인한 경우, 양자가 결합된 경우 등이 있는데 근무성적의 불량이 추상적 자의적인 기준에 의한 것이 아니라 근로자의 직위, 보수, 근무경력, 다른 근로자의 전반적인 근로성적, 회사의 경영실태 등 제반 사정을 참작하여 근로자로서 최소한도의 직무수행능력이 결여되었다고 인정되는 경우에 해당한다면 해고의 정당성이 인정된다.<sup>27)</sup>

넷째, 근무태만(하자있는 급부 내지 불완전한 급부의 제공)과 관련하여 정밀기계제조과정에 중요한 임무를 띠고 있는 회사의 조장이 야간근무 중 졸다가 주의를 받고도 다른 방으로 자리를 옮겨 다시 졸았던 경우 해고의 정당성이 인정되었다. 즉, 고도의 정밀성을 요하는 베아링을 제조하는 회사에서 근로자의 사소한 부주의는 회사에 중대한 손해를 생기게 할 가능성이 있는 바, 근로자의 작업인원 배치관리 및 기계의 고장수리작업 준비 등 베아링 제조과정에 있어서 기초적이고 중요한 임무를 띠고 있는 조장이 야간근무 중 졸다가 적발되어 제차

25) 대법원 2000. 6. 23. 선고 98다54960 판결.

26) 대법원 1996. 12. 6. 선고 95다45934 판결.

27) 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다카25420 판결.

이와 같은 비행을 저지르지 아니할 것을 다짐하였음에도 불구하고 2개월여 후 졸았던 사실이 적발되자 다시 감독의 눈을 피해 다른 방으로 자리를 옮겨 계속 졸았던 비행은 정당한 해고사유에 해당한다고 보았다.<sup>28)</sup> 반면에 16년 이상 성실히 근무하여 온 근로자가 공장이 휴무한 신정연휴 기간에 감시근무자로 자원 출근하여 도난, 화재예방 등의 임무를 수행하다가 교대시간을 얼마 남겨두지 아니한 상황에서 공장 밖에서 음주하고 들어와 잠든 행위에 대하여 징계면직환 처분은 징계권의 범위를 일탈한 것이라고 보았다.<sup>29)</sup>

다섯째, 업무명령의 위반 또는 지시불이행도 정당한 해고사유에 해당할 수 있다. 예컨대, 상시 화약류를 취급하는 공장의 근로자가 폭발의 위험성이 가장 높은 위험한 장소부터 1미터 떨어진 금연구역에서 흡연한 것이 사규위반임을 이유로 한 징계해고는 정당한 것으로 판단되었다.<sup>30)</sup> 특히 중대한 위반행위의 경우에는 1회의 행위라고 할지라도 정당한 해고사유가 될 수 있다. 예컨대, 정기적이고 계속적인 여객운송계획이 확정되어 있고 정해진 시각에 예정된 차량운행이 순조롭게 되도록 하여야 하는 고속여객자동차운송업무의 특수성 및 공익성을 고려하면 승무직 근로자인 운전수가 회사의 배차지시를 받았음에도 불구하고 정당한 이유 없이 이를 거부함으로써 여객운송이 중단되는 사태가 초래되거나 운송질서가 문란케 된 경우에는 그것이 배차지시를 받고 무단결근을 해버린 경우이든지 아니면 출근을 하였으면서도 이를 거부한 것인지를 구별할 것 없이 이는 중대한 근로계약 위반행위에 해당한다는 전제 아래 고속버스 운전수가 배차지시를 받고서도 동기회 모임을 이유로 1일 결근하여 예정노선이 1회 결행, 2회 대리운행된 사안에서 징계해고는 정당하다고 보았다.<sup>31)</sup>

여섯째, 취업규칙 또는 단체협약상의 일정일수 이상의 무단결근을 징계해고사유로 규정하고 있는 경우 이러한 해고사유 자체가 무효는

28) 대법원 1977. 3. 22. 선고 74다1403 판결.

29) 대법원 1991. 10. 25. 선고 90다20428 판결.

30) 대법원 1991. 8. 27. 선고 91다20418 판결.

31) 대법원 1994. 9. 13. 선고 94누576 판결.

아니며,<sup>32)</sup> 무단결근에 의해 근로관계의 지속을 기대할 수 없는 경우에 해고의 정당성을 인정한다. 근로관계의 지속을 기대할 수 없는 경우에 해당하는가 여부를 판단함에 있어서는 통상적으로 과거의 근무태도 등을 고려하여 종합적으로 판단하는 것이 일반적이나 무단결근이 횡수가 적더라도 중대한 근로계약 위반행위에 해당하는 경우<sup>33)</sup>에는 해고의 정당성을 인정하고 있다.

예컨대, 노조전임자라 할지라도 사용자와의 사이에 기본적 근로관계는 유지되는 것으로서 취업규칙이나 사규의 적용이 전면적으로 배제되는 것이 아니므로 노조전임자에 관하여 단체협약상의 특별한 규정이나 특별한 관행이 없는 한 출·퇴근에 관한 취업규칙이나 사규의 적용을 받으며 근로계약 소정의 본래 업무를 면하고 노동조합의 업무를 전임하는 노조전임자의 경우 출근은 통상적인 조합업무가 수행되는 노조사무실에서 조합업무에 착수할 수 있는 상태에 임하는 것이므로, 노조전임자가 사용자에게 대하여 취업규칙 등에 규정된 소정의 절차를 취하지 아니한 채 위와 같은 상태에 임하지 아니하는 것은 무단결근에 해당한다.<sup>34)</sup> 또한 전직처분이 무효가 아니라면 근로자로서는 이에 따라야 할 의무가 있고, 전직처분의 정당성에 다소 의문을 품는다 하더라도 이에 항의하는 수단 역시 적정하여야 할 것인 바, 유효한 전직처분에 불응하고 취업규칙에서 정한 사전신고도 하지 않은 채 소속 부서에 8일간이나 계속 출근하지 아니한 것은 설사 그 동안 종전의 부서로 출근하려 한 적이 있다 하더라도 무단결근에 해당하고 항의의 수단으로서는 너무 지나쳐 적정하지 못하다 할 것이므로 취업규칙 및 단체협약 등의 규정에 따라 무단결근을 사유로 징계해고한 것은 적법하다고 보았다.<sup>35)</sup> 그렇지만 동료직원과의 상호폭행으로 입은 상해 때문에 결근하면서 치료기간을 연차휴가로 처리해 줄 것을 요청한 경우 사용자가 연차휴가 시기변경권을 행사하였다고 볼 만한 사정이 없는

32) 대법원 1990. 4. 27. 선고 89다카5451 판결.

33) 대법원 1994. 9. 13. 선고 94누576 판결.

34) 대법원 1997. 3. 11. 선고 95다46715 판결.

35) 대법원 1994. 5. 10. 선고 93다47677 판결.

한 근로자가 출근하지 않은 기간은 연차휴가권을 행사한 것이지 결근에 해당하지 않는다.<sup>36)</sup>

일급제, 근로자의 업무 외의 범법행위는 사용자에게 대한 직접적인 의무위반에 해당하지 않지만 이로 인해 근로계약의 목적을 달성할 수 없거나 근로계약상의 의무를 침해하는 경우에는 정당한 해고사유가 될 수 있다. 즉, 범죄행위로 인하여 근로자의 기본적인 의무인 근로제공의무를 이행할 수 없는 상태가 장기화되어 근로계약의 목적이 달성될 수 없는 경우, 범죄행위로 인하여 사용자인 회사의 명예나 신용이 심히 실추되거나 거래관계에 악영향을 끼친 경우, 사용자와 근로자간의 신뢰관계가 상실됨으로써 근로관계의 유지가 기대될 수 없는 경우에는 정당한 해고사유에 해당한다.<sup>37)</sup>

여덟째, 근로자의 사생활에서의 비행은 사업활동에 직접 관련이 있거나 기업의 사회적 평가를 훼손할 염려가 있는 것에 한하여 정당한 징계사유가 될 수 있다. 예컨대, 근로자의 부동산 투기행위가 근로자의 사생활에서의 비행에 불과하다고 볼 여지가 없지 아니하다 하더라도 택지의 개발과 공급, 주택의 건설, 개량, 공급 및 관리 등을 통하여 시민의 주거생활의 안정과 복지향상에 이바지함을 목적으로 지방공기업법에 의하여 특별시가 전액 출자하여 설립한 도시개발공사의 설립 목적, 그 업무의 종류와 태양, 부동산 보상관련업무를 담당하는 근로자의 업무내용 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하면 도시개발공사 소속 근로자의 부동산 투기행위는 객관적으로 그 공사의 사회적 평가에 심히 중대한 악영향을 미치는 것으로 평가될 수 있는 경우라고 할 것이므로, 이는 그 공사의 인사규정 소정의 ‘공익을 저해하는 중대한 행위를 하였을 때’에 해당하여 정당한 징계사유로 인정되었다.<sup>38)</sup>

아홉째, 사용자가 정당한 조합활동을 이유로 해고하는 경우에는 부당노동행위에 해당하지만, 정당한 조합활동에 해당하지 않는 근로자(조합원)의 행위로 인해 근로계약상의 의무가 이행되지 않거나 사용

36) 대법원 1992. 4. 10. 선고 92누404 판결.

37) 대법원 1997. 5. 23. 선고 97다9239 판결.

38) 대법원 1994. 12. 13. 선고 93누23275 판결.

자의 시설관리권 내지 기업질서를 침해하는 경우에는 정당한 해고사유가 될 수 있다. 조합활동의 정당성 판단에 관한 일반적 기준으로 판례는 근로조건의 유지개선과 근로자의 경제적 지위의 향상을 도모하기 위하여 필요하고 근로자들의 단결 강화에 도움이 되는 행위이어야 하며, 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행·사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 취업시간 외에 행하여져야 하고, 사업장 내의 조합활동에 있어서는 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 하며 폭력과 파괴행위 등의 방법에 의하지 않는 것이어야 한다는 점을 제시하고 있다.<sup>39)</sup> 그리고 ‘노동조합의 업무를 위한 정당한 행위’란 일반적으로는 노동조합의 정당한 활동을 가리키나 조합원이 조합의 결의나 구체적인 지시에 따라서 한 노동조합의 조직적인 활동 그 자체가 아닐지라도 그 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있거나 노동조합의 묵시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 볼 수 있을 때에는 그 조합원의 행위를 노동조합의 업무를 위한 행위에 해당한다.<sup>40)</sup> 조합원 전체가 아닌 소속 부서 조합원만의 의사로 이루어진 작업거부 결의에 따라 다른 근로자의 작업거부를 선동하여 회사의 업무를 방해한 행위는 노동조합의 결의나 구체적인 지시에 따른 노동조합의 조직적인 활동 그 자체가 될 수 없음은 물론 그 행위의 성질상 노동조합의 활동으로 볼 수 있다거나 노동조합의 묵시적인 수권 혹은 승인을 받았다고 볼 수도 없고, 단지 조합원으로서의 자발적인 행동에 불과할 뿐이어서 정당한 노동조합 활동에 해당하지 않는다.<sup>41)</sup> 노동조합과 회사 사이에 임금인상에 관한 협의가 이루어졌음에도 불구하고 이에 불만을 품은 근로자가 다른 수십 명의 근로자와 함께 임금의 보다 많은 인상 등을 요구하며 농성행위의 경우에도 마찬가지이다.<sup>42)</sup>

조합활동의 목적과 관련된 사안으로, 지역의료보험조합 소속 노동

39) 대법원 1992. 4. 10. 선고 91도3044 판결.

40) 대법원 1999. 11. 9. 선고 99두4273 판결.

41) 대법원 1999. 9. 17. 선고 99두5740 판결.

42) 대법원 1991. 9. 24. 선고 91누124 판결.

조합 간부들이 대학 캠퍼스에서 보험료 인상저지투쟁 발대식을 개최하고 유인물들을 배포하면서 가두시위를 주도한 경우, 발대식의 개최 목적이 그 지역의료보험조합에게 불이익한 보험료 인상의 저지에 있고, 거기에서 배포한 유인물도 그 내용이 근로조건 개선 등과 전혀 무관한 것이라면, 설사 의료보험료의 인상으로 말미암아 보험가입자들의 불만이 높아지는 등 민원이 야기되어 창구에 근무하고 있는 노조원들이 근무에 애로를 겪게 되고, 그 유인물들이 지역의료보험노동조합 전국협의회에서 작성하여 각 지역의 노동조합에 배포한 것이라고 하더라도, 그 시위행위 등을 가리켜 정당한 조합활동의 범주 내에 있는 것이라 할 수 없다고 대법원은 보았다.<sup>43)</sup>

취업시간 중에는 근로제공의무가 있기 때문에 조합활동은 특별한 사정(취업규칙이나 단체협약상의 허용규정 또는 관행이나 사용자의 승낙 등)이 없는 한 원칙적으로 취업 외의 시간에 이루어져야 하지만 예외적으로 취업시간 중 조합활동의 정당성을 인정한 예가 있다. 지역의료보험 노동조합이 업무시간 중에 정기총회를 개최하면서 통상적인 노조활동 외에 체육행사 및 풍물놀이 등을 내용으로 하는 대동제를 실행하였지만 다른 노동조합의 경우에도 정기총회시에 문화체육행사를 갖는 경우가 많을 뿐만 아니라 의료보험조합이 위 정기총회 개최 전일 업무종료 직전까지 아무런 반대의사를 표시하지 않았고, 노동조합측에서 일부 인원을 사무실에 잔류케 하여 업무가 마비되지 않도록 조치를 강구한 점 등 제반 경위에 비추어 위 정기총회의 개최를 불법쟁의 등의 불순한 의도에 의한 것이라고 볼 수 없다고 대법원은 보았다.<sup>44)</sup>

43) 대법원 1994. 12. 22. 선고 93다23152 판결.

44) 대법원 1995. 2. 17. 선고 94다44422 판결. 또한 다른 사례로, 노동조합 임시총회가 근무시간 중에 열렸고 4시간의 전체 총회시간 중 찬반투표를 실시하고 남은 1시간을 여흥에 사용하기는 하였으나, 위 임시총회가 쟁의행위를 하기 위한 필수적 요건인 조합원의 투표를 위한 것으로서 2회에 걸친 서면통보를 거쳐 개최되어 회사가 이에 대비할 여유가 충분히 있었고, 일부 조합원들이 야간 근무를 하는 회사의 근무형태 때문에 전체 조합원이 총회에 참석할 수 있게 하려면 비록 근무시간 중이기는 하지만 야간근무가 끝나고 주간근무가 시작되는 교대시간에 총회를 소집하는 것이 필요하였으며, 쟁의행위에 들어갈 것인지

조합활동의 수단측면에서 특히 유인물 배포의 정당성 여부에 관하여 관례는, 단체협약에 유인물의 배포에 허가제를 채택하고 있다고 할 지라도 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위까지 금지시킬 수는 없는 것이므로 유인물 배포행위가 정당한가 아닌가는 허가가 있었는지 여부만 가지고 판단할 것은 아니고 그 유인물의 내용이나 배포방법 등 제반 사정을 고려하여 판단되어야 한다고 본다.<sup>45)</sup> 그리고 노동조합 활동으로서 배포된 문서에 기재되어 있는 문언에 의하여 타인의 인격, 신용, 명예 등이 훼손 또는 실추되거나 그렇게 될 염려가 있고, 또 그 문서에 기재되어 있는 사실관계의 일부가 허위이거나 그 표현에 다소 과장되거나 왜곡된 점이 있다고 하더라도, 그 문서를 배포한 목적이 타인의 권리나 이익을 침해하려는 것이 아니라 노동조합원들의 단결이나 근로조건의 유지 개선과 근로자의 복지증진 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하기 위한 것이고, 또 그 문서의 내용이 전체적으로 보아 진실한 것이라면 그와 같은 문서의 배포행위는 노동조합의 정당한 활동범위에 속하는 것으로 본다.<sup>46)</sup> 또한 취업시간 아닌 주간의 휴게시간 중의 유인물 배포는 다른 근로자의 취업에 나쁜 영향을 미치거나 휴게시간의 자유로운 이용을 방해하거나 구체적으로 직장질서를 문란하게 하는 것이 아닌 한 허가를 얻지 아니하였다는 이유만으로 정당성을 잃는 것은 아니다.<sup>47)</sup>

---

여부를 결정하기 위하여는 의견교환 등도 필요하였을 것이라는 사정 등과 위 조합원의 수 등에 비추어 보면, 위 총회가 근무시간 중에 열렸다는 사정만으로 위법하다고 할 수 없고, 4시간의 시간이 필요 이상의 시간이었다고 보기도 어려울 것이며, 위와 같은 여흥은 임시총회 중 찬반투표를 실시하고 남은 시간에 부수적으로 치루어진 행사로서 전체 예정시간 중의 일부 시간 안에 치루어진 데 불과하고 전체 행사가 예정된 시간 안에 끝나쳐진 점 등에 비추어 보면 위와 같은 여흥활동만을 따로 떼어 위법하다고 볼 것은 아니고 이를 포함한 임시총회 개최행위는 전체적으로 노동조합의 정당한 행위에 해당한다(대법원 1994. 2. 22. 선고 93도613 판결).

45) 대법원 1991. 11. 12. 선고 91누4164 판결.

46) 대법원 1993. 12. 28. 선고 93다13544 판결, 대법원 1997. 12. 23. 선고 96누11778 판결, 대법원 1998. 5. 22. 선고 98다2365 판결 등.

47) 대법원 1991. 11. 12. 선고 91누4164 판결.

#### 다. 경영상 이유에 의한 해고

경영상 해고는 근로자의 귀책사유 없이 경영상의 필요에 의해 통상적으로 다수 근로자를 대상으로 하여 이루어지는 해고를 말한다. 근로기준법 제31조에 의하면 ① 긴박한 경영상의 필요, ② 해고회피노력, ③ 합리적이고 공정한 해고기준, ④ 근로자대표와의 사전 성실한 협의가 경영상 해고의 요건으로 규정되고 있고, 이러한 4가지 사항은 독립적 요건으로 설정되고 있다.

그런데 판례는 경영상 해고를 실시하기 위한 각 요건의 구체적 내용은 확정적·고정적인 것이 아니라 구체적 사건에서 다른 요건의 충족 정도와 관련하여 유동적으로 정해지는 것이므로 구체적 사건에서 경영상 이유에 의한 당해 해고가 각 요건을 모두 갖추어 정당한지 여부는 각 요건을 구성하는 개별사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다는 입장을 취하고 있다.<sup>48)</sup> 이러한 판례의 입장은 법이 규정하고 있는 경영상 해고의 요건들에 대하여 독립된 요건이 아니라 종합적으로 고려되어야 할 요소의 정도로 완화하여 해석하는 태도라고 평가하지 않을 수 없다.

또한 경영상 해고의 법적 성격에 대하여 판례는 “긴급한 경영상의 필요에 의하여 기업에 종사하는 인원을 줄이기 위하여 일정한 요건 아래 근로자를 해고하는 것으로서 기업의 유지·존속을 전제로 그 소속 근로자들 중 일부를 해고하는 것을 가리키는 것”인 바, 이와 달리 사업의 폐지를 위하여 해산한 기업이 그 청산과정에서 근로자를 해고하는 것은 기업 경영의 자유에 속하는 것으로서 경영상 해고에 해당하지 않으며 해고에 정당한 이유가 있는 한 유효하다고 본다.<sup>49)</sup> 사업 폐지에 따른 해고는 근로자 본인과는 무관한 사유에 의한 해고임에도 불구하고 판례는 경영상 해고에 해당하지 않는 것으로 간주하고 있다.

한편 경영상 해고가 단체교섭 및 쟁의행위의 대상이 될 수 있는가

48) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결, 대법원 2002. 7. 9. 선고 2000두9373 판결.

49) 대법원 2001. 11. 13. 선고 2001다27975 판결.

하는 문제에 대하여 판례는 경영상 해고의 실시는 사용자의 경영상의 조치라고 할 것이므로, 경영상 해고에 관한 노동조합의 요구내용이 사용자는 경영상 해고를 하여서는 아니된다는 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 없다는 태도를 취하고 있다.<sup>50)</sup> 경영상 해고 그 자체의 반대를 목적으로 하는 교섭이나 쟁의행위는 경영권에 대한 근본적·본질적 제약에 해당하기 때문에 허용될 수 없다는 입장이다. 그러나 어떤 측면에서 경영권에 대한 근본적 제약 또는 본질적 침해에 해당하는 것인지 그 이유를 분명히 밝히고 있지는 않다. 이하에서는 경영상 해고의 4가지 요건 가운데에서 이미 앞에서 살펴본 근로자대표와의 협의를 제외한 나머지 3가지 요건에 관한 판례의 주요 내용을 살펴보고자 한다.

첫째, ‘긴박한 경영상의 필요’ 요건에 대해서 판례는 인위삭감의 객관적 합리성으로 파악하고 있다. 즉, “긴박한 경영상의 필요성이라는 것은 기업의 인위삭감조치가 영업성적 악화라는 기업의 경제적 이유뿐만 아니라 생산성 향상, 경쟁력 회복 내지 증강에 대처하기 위한 작업형태의 변경, 신기술의 도입이라는 기술적 이유와 그러한 기술혁신에 따라 생기는 산업의 구조적 변화를 이유로 실제 이루어지고 있고 또한 그럴 필요성이 충분히 있다는 점에 비추어 보면 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 것에 한정할 필요는 없고 인위삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때에는 긴박한 경영상의 필요성이 있는 것으로 넓게 보아야” 한다는 입장이다.<sup>51)</sup> 다만, 긴박한 경영상의 필요성은 기업의 일부 영업부문 내지 영업소의 수지만을 기준으로 할 것이 아니라 기업 전체의 경영사정을 종합적으로 검토하여 결정되어야 한다고 본다.<sup>52)</sup>

둘째, 해고회피노력은 “사용자가 근로자의 해고범위를 최소화하기

50) 대법원 2001. 4. 24. 선고 99도4893 판결.

51) 대법원 1999. 5. 11. 선고 99두1809 판결.

52) 서울행정법원 2000. 12. 8. 선고 99구31779 판결.

위하여 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용, 전근, 배치전환 등의 가능한 조치를 취하는 것”을 말한다.<sup>53)</sup> 사용자가 인원삭감 조치를 취하기 앞서 기업이 당면한 경영상 어려움을 타개하기 위하여 실현가능한 경영상 모든 조치를 강구하는 등 해고회피노력을 기울였으나 그러한 노력만으로는 경영상 곤란을 극복할 수 없었거나 해고 이외의 다른 경영상의 조치를 취하는 것을 기대하기 곤란한 사정이 있어 부득이 경영상 해고를 할 수밖에 없음이 인정되는 경우에 그 경영상 해고는 정당성을 획득하게 된다.<sup>54)</sup>

셋째, 판례에 따르면 합리적이고 공정한 해고기준은 확정적·고정적인 것이 아니라 사용자가 직면한 경영위기의 강도와 해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 해고를 실시한 사업부문의 내용과 근로자의 구성, 해고 실시 당시의 사회경제 상황 등에 따라 달라지는 것이라고 전제하면서, 우리나라에 독특한 연공서열적인 임금체계를 감안하면 상대적으로 고임금을 받는 높은 직급의 연령이 많은 직원과 재직기간이 긴 직원을 해고하면 해고인원을 최소화할 수 있었던 사정을 종합적으로 고려하면, 근로자의 생활보호측면을 전혀 고려함이 없이 단순히 연령, 재직기간, 근무성적 등 3가지 선정기준만을 설정하고 주관적 판단에 좌우되기 쉬운 근로자 각 자의 개인적 사정을 일일이 고려하지 못하였다고 하더라도 합리적이고 공정한 기준에 해당한다고 본다.<sup>55)</sup> 일찍이 대법원은 평소 근무성적, 상벌관계, 경력, 기능의 숙련도 등 기업 이익에 부합하는 기준에 의거한 해고의 정당성을 인정하였다.<sup>56)</sup> 장기근속자를 우선적 해고대상으로 삼은 해고기준의 합리성·공정성을 부

53) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92다14779 판결.

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

55) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결.

56) 대법원 1987. 5. 12. 선고 85누690 판결. “불황으로 인한 경영합리화를 위한 인원 조정책으로 감원을 함에 있어 종업원들의 평소 근무성적, 상벌관계, 경력, 기능의 숙련도 등의 기준에 의하여 감원대상자를 선정하는 등 그 감원기준이 객관적으로 합리성이 결여되거나 형평을 벗어난 것이 아니라면 이에 따른 부득이한 해고조치는 부당노동행위가 아니다.”

인한 판례<sup>57)</sup>가 있지만 그것은 긴박한 경영상의 필요가 인정되지 않았던 사안으로, 전직원으로부터 사직원을 제출받아 선별수리하는 방식으로 감원하고자 하였으나 사직원의 제출을 거부하자 고참·고령순으로 감원대상자를 선정하였던 경우로서 사용자는 애초부터 기업이익에 부합하는 기준을 해고기준으로 고려하지 않았기 때문에 근로자측 사정과 기업측 사정 양자가 비교형량될 수 없었다. 그리고 장기근속자를 우선적 해고대상으로 삼는 해고기준의 합리성·공정성을 부인한 하급심 판례<sup>58)</sup>도 경영혁신을 통한 효율성 및 사업역량 강화라는 경영상 해고의 목적과 조직의 장기적 발전이라는 측면에서 볼 때 장기근속자를 우선적 해고대상자로 삼는 기준이 일정한 요건하에서 타당할 수 있음을 전제로 하고 있다. 이러한 판례의 입장을 종합적으로 평가할 때, 우리 법원은 해고기준으로 어떠한 사항을 포함시키고 어느 정도의 평가비중을 둘 것인가는 사용자가 상당한 재량을 갖고 결정할 수 있는 것으로 보고 있다. 즉, 해고대상자를 선정함에 있어서 사용자는 근로자 이익(즉, 사회적 보호의 관점)보다 기업 이익(즉, 기업존속의 관점)을 우선적으로 고려할 수 있는 권한을 가지며, 더 나아가 불가피한 경우 근로자 이익을 전혀 고려하지 않더라도 반드시 합리성 및 공정성이 결여된 것으로 간주될 수는 없다는 것이다.<sup>59)</sup>

---

57) 대법원 1993. 12. 28. 92다34858 판결.

58) 서울행정법원 2000. 6. 1. 선고 99구28247 판결, 서울행정법원 2000. 7. 7. 선고 99구34600 판결.

59) 조용만, 「경영상 해고에 대한 규제와 한계」, 『노동법학』 제14호, 한국노동법학회, 2002, 149쪽.

## 제2절 부당해고 구제의 절차와 내용

### 1. 부당해고 구제의 종류

부당해고에 대한 구제의 방법은 사법구제와 행정구제 양자가 인정된다. 사법구제는 법원에 대한 해고무효확인(또는 근로자 지위확인) 및 해고기간의 임금지급청구 소송을 제기함으로써 가능하다. 근로자의 지위를 임시로 정하고 임금의 가지급을 구하는 가처분신청도 가능하다. 행정구제는 노동위원회에 대한 부당해고 구제신청을 통해 이루어진다(근로기준법 제33조 제1항). 이러한 행정구제는 사법구제에 비하여 신속하고 간이한 절차로서 저렴한 비용으로 부당해고에 대한 구제를 받을 수 있다. 행정구제의 신청과 심사절차 등에 관해서는 노조법의 규정이 준용되고 있다. 부당하게 해고되었음을 주장하는 근로자는 3개월 이내에 지방노동위원회에 구제신청을 하여야 하며, 초심판정에 대한 재심신청은 중앙노동위원회에 10일 이내에 하여야 하며, 중앙노동위원회의 재심판정에 불복하는 행정소송은 15일 이내에 행정법원에 대해 이루어져야 한다. 다만, 구제를 신청할 수 있는 자는 해고를 당한 근로자이고 노동조합은 신청인 자격이 인정되지 않는다. 이 점에서 부당노동행위 구제신청과 차이가 있다. 구제신청기간은 제척기간이기 때문에 신청기간이 경과된 후에는 구제신청을 제기할 수 없다.

사법구제와 행정구제의 관계를 살펴보면, 행정구제 신청에 의해 민사소송에 대한 사법법원의 관할권이 박탈되지 않기 때문에 행정구제 신청이 기각되어도 근로자는 민사소송을 제기할 수 있다.<sup>60)</sup> 구제신청을 기각하는 노동위원회의 결정이 확정되었다고 할지라도 근로자는 사법상의 지위를 확보하고 권리를 구제받기 위한 별도의 민사소송을

60) 대법원 1991. 7. 12. 선고 90다9353 판결.

제기할 수 있다.<sup>61)</sup> 그러나 사법상의 청구가 기각된 경우에는 행정구제의 이익이 소멸되므로 부당해고에 대한 행정구제 신청은 받아들여지지 않는다. 즉, 해고가 정당한 이유가 없음을 이유로 노동위원회에 구제신청을 하여 구제절차가 진행 중에 근로자가 별도로 사용자를 상대로 같은 사유로 해고무효확인청구의 소를 제기하였다가 청구가 이유 없다고 하여 기각판결을 선고받아 확정되었다면 부당해고가 아니라 하는 점은 이미 확정되어 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되었으므로 구제이익이 소멸된다.<sup>62)</sup>

## 2. 사법구제에서의 신의칙 또는 실효의 원칙

상당한 기간이 경과한 이후의 시점에서 해고의 효력을 다투는 소를 제기하는 것이 신의칙 내지 금반언(禁反言)의 원칙에 반하는 경우 판례는 이러한 소를 받아들이지 않는 입장을 취하고 있다. 사용자의 해고처분에 대한 근로자의 승인 또는 해고의 효력을 다투는 의사의 포기가 있었다고 보여짐에도 새삼스럽게 해고의 효력을 다투는 소를 제기하는 것은 사용자의 신뢰형성에 대한 침해에 해당하기 때문에 허용될 수 없다는 것이다.

일반적으로 권리의 행사는 신의에 좇아 성실히 하여야 하고 권리는 남용하지 못하는 것이므로 권리자가 실제로 권리를 행사할 수 있는 기회가 있어서 그 권리행사의 기대가능성이 있었음에도 불구하고 상당한 기간이 경과하도록 권리를 행사하지 아니하여 의무자인 상대방으로서도 이제는 권리자가 권리를 행사하지 아니할 것으로 신뢰할 만한 정당한 기대를 가지게 된 다음에 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 법질서 전체를 지배하는 신의성실의 원칙에 위반하는 것으로 인정되는 결과가 될 때에는 실효의 원칙에 따라 그 권리의 행사가 허용되지 않는다고 판례는 본다.<sup>63)</sup> 특히 사용자와 근로자 사이의 고용관

---

61) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다22100 판결.

62) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92누6099 판결.

63) 대법원 1992. 1. 21. 선고 91다30118 판결.

계(근로자의 지위)의 존부를 둘러싼 노동분쟁은 그 당시의 경제적 정세에 대처하여 최선의 설비와 조직으로 기업활동을 전개하여야 하는 사용자의 입장에서는 물론이고 임금 수입에 의하여 자신과 가족의 생계를 유지하고 있는 근로자의 입장에서조차 신속히 해결되는 것이 바람직하므로 실효의 원칙이 다른 법률관계에 있어서보다 더욱 적극적으로 적용되어야 한다는 것이 판례의 입장이다.<sup>64)</sup> 그리고 실효의 원칙이 적용되기 위하여 필요한 요건으로서의 실효기간(권리를 행사하지 아니한 기간)의 길이와 의무자인 상대방이 권리가 행사되지 아니하리라고 신뢰할 만한 정당한 사유가 있었는지의 여부는 일률적으로 판단할 수 있는 것이 아니라, 구체적인 경우마다 권리를 행사하지 아니한 기간의 장단과 함께 권리자측과 상대방측 쌍방의 사정 및 객관적으로 존재하는 사정 등을 모두 고려하여 사회통념에 따라 합리적으로 판단하여야 하고, 징계해임처분의 효력을 다투는 분쟁에 있어서는 징계 사유와 그 징계해임처분의 무효 사유 및 징계해임된 근로자가 그 처분이 무효인 것을 알게 된 경위는 물론, 그 근로자가 그 처분의 효력을 다투지 아니할 것으로 사용자가 신뢰할 만한 다른 사정(예를 들면, 근로자가 퇴직금이나 해고수당 등을 수령하고 오랫동안 해고에 대하여 이의를 하지 않았든지 해고된 후 곧 다른 직장을 얻어 근무하였다는 등의 사정), 사용자가 다른 근로자를 대신 채용하는 등 새로운 인사체제를 구축하여 기업을 경영하고 있는지의 여부 등을 모두 참작하여 그 근로자가 새삼스럽게 징계해임처분의 효력을 다투는 것이 신의성실의 원칙에 위반하는 결과가 되는지의 여부를 가려야 한다는 것이 판례의 태도이다.<sup>65)</sup>

따라서 근로자가 해고에 대한 아무런 이의유보 없이 퇴직금 등을 수령하고 상당한 기간이 경과한 후에 해고무효확인 소송을 제기한 경우에는 받아들여지지 않는다. 예컨대, 회사가 근로자를 해고한 후 근로자가 퇴직금과 해고수당의 변제를 받지 아니하여 이를 공탁하자 근로자가 아무런 조건의 유보 없이 공탁금을 수령하였고, 근로자가 해고

---

64) Ibid.

65) Ibid.

당한 후 약 1개월이 지난 다음 동종업체에 취업하여 이전 회사에 있어서와 유사한 봉급수준의 임금을 지급받으며 근무하고 있으면서 해고당한 때로부터 3년 가까이 경과하여 해고무효확인청구소송을 제기한 경우,<sup>66)</sup> 근로자가 해고통지를 받은 후 동종업체에 취업하여 종전 회사에서와 같은 액수의 월급을 받고 있으며 종전회사로부터 퇴직금까지 수령하였는데 8개월이 지난 뒤에 해고무효확인청구소송을 제기한 경우<sup>67)</sup> 등에서 실효의 원칙을 인정하여 해고의 효력을 다투는 소제기를 받아들이지 않았다.

그러나 퇴직금 등을 수령한 경우라도 해고를 받아들였다고 볼 수 없는 경우, 즉 해고의 효력을 인정하지 아니하고 이를 다투고 있었다고 볼 수 있는 객관적인 사정이 존재하는 경우에는 실효의 원칙을 적용하지 않고 있다. 예컨대, 해고된 근로자들이 생계를 위하여 일시 다른 업체에 취업하고 있었지만 종전 근무처에서 계속 근무하기를 희망하면서 자신들에 대한 해고처분에 대하여 쟁송하고 있을 뿐만 아니라 해고 직후에 종전 근무처와 노동부 등에 해고의 부당성을 들어 진정까지 하였던 경우,<sup>68)</sup> 해고처분을 받은 근로자가 사용자가 공탁한 해고수당과 퇴직금을 이의를 유보함이 없이 수령하였고 다른 회사에 취업하였더라도 해고처분 즉시 부당노동행위라고 하여 지방노동위원회에 구제신청을 하여 노동위원회에서 구제명령이 있었고 이에 대한 사용자의 불복으로 계속 다투고 있으면서 공탁금을 수령하였던 경우,<sup>69)</sup> 징계해고된 근로자가 해고된 이후에 지방노동위원회에 부당해고 구제신청을 하였고 또한 그 퇴직금 수령시에 생활형편이 어려워 이를 지급받으나 회사로 돌아올 것이라는 내용의 말을 한 경우<sup>70)</sup> 등이 그 예이다.

66) 대법원 1990. 11. 23. 선고 90다카25512 판결.

67) 대법원 1991. 5. 28. 선고 91다9275 판결.

68) 대법원 1987. 4. 28. 선고 86다카1873 판결.

69) 대법원 1991. 1. 25. 선고 90누4952 판결.

70) 대법원 1996. 9. 6. 선고 95다16400 판결.

### 3. 부당해고의 효과

사용자가 근로자를 부당하게 해고한 경우에는 해고의 무효가 인정된다. 그리고 근로기준법 제110조는 부당해고에 대하여 5년 이하의 징역 또는 3천만 이하의 벌금을 규정하고 있다. 근로기준법에 규정을 두고 있지는 않지만 해고무효의 사법적 효과로서 임금의 소급지급과 근로자 복직이 인정되고 경우에 따라서는 정신적 고통에 대한 위자료의 지급이 인정될 수 있다.

#### 가. 임금의 소급지급

##### 1) 소급임금의 지급기간 및 범위

해고무효의 경우 근로자의 지위는 계속 유지되었던 것으로 되고, 사용자의 귀책사유에 의해 근로자의 노무제공이 이행되지 않았던 것이므로 근로자는 해고기간 중의 임금지급을 청구할 수 있다. 이는 민법 제538조 제1항(채권자의 귀책사유에 의한 이행불능)에 근거한 것이다.

소급임금의 지급기간은 해고된 근로자가 복직될 때까지이다. 해고무효확인인 해고의 무효, 즉 근로자와 사용자간의 고용관계의 존속을 확인함으로써 그 고용관계에 기한 원래의 지위를 회복하려는 데 그 목적이 있는 것이기 때문에 소송의 확정판결의 주문에서 임금지급을 명한 기간인 ‘복직시킬 때까지’의 의미는 무효인 해고처분에 의하여 사실상 야기된 고용관계의 중단상태가 사용자측의 행위에 의하여 종료될 때까지라는 뜻이다.<sup>71)</sup>

근로자가 청구할 수 있는 임금의 범위는 평균임금 산정의 기초가 되는 임금총액에 포함될 수 있는 임금이 모두 해당되며 통상임금에 국한되지 않는다. 단체교섭에 의해 매년 임금인상이 있었던 경우 인상된 임금에 따라 계산되어야 한다. 그러나 해고가 없었다고 하더라도

---

71) 대법원 1992. 8. 14. 선고 91다43558 판결.

취업이 사실상 불가능한 상태가 발생한 경우라든가 사용자가 정당한 사유에 의하여 사업을 폐지한 경우에는 사용자의 귀책사유로 인하여 근로제공을 하지 못한 것이 아니므로 그 기간 중에는 임금을 청구할 수 없다.<sup>72)</sup> 또한 해고기간 중 근로자가 징역형의 선고를 받아 상당기간 구속된 경우 해고가 무효라고 하더라도 구속기간 동안에는 근로자가 근로의 제공을 할 수 없는 처지였으므로 구속기간 동안의 임금을 청구할 수 없다.<sup>73)</sup> 근로자가 부당하게 해고되었다고 하더라도 영업양도가 이루어진 후의 기간에 대한 임금까지 청구할 수 있는 것은 아니다. 영업양도시에 승계되는 근로관계는 반대의 특약이 없는 한 양도계약체결일 현재 실제 근무하고 있는 근로자와의 근로관계만이고 해고의 효력을 다투는 근로자의 근로관계까지 당연 승계되는 것은 아니기 때문이다. 하급심 판결례에 의하면, “사용자가 근로자를 부당해고한 후 그 복직이 되지 않은 상태에서 사업을 양도한 경우 사용자가 종국적으로 해고근로자에 대한 임금을 지급하지 아니할 목적으로 사업을 양도하였다는 등의 특단의 사정이 없는 한 그 양도 이후에 있어서는 근로자가 사용자의 귀책사유로 인하여 근로제공을 하지 못한 경우로 볼 수 없고 따라서 해고근로자는 그 기간에 대한 임금까지 청구할 수는 없다.”<sup>74)</sup>

## 2) 해고기간 중의 중간수입 공제 여부

민법 제538조에 의하면 쌍무계약 당사자 일방의 채무가 채권자의 책임 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 채무자는 상대방의 이행을 청구할 수 있지만 채무자는 자기의 채무를 면함으로써 이익을 얻은 때에는 이를 채권자에게 상환하여야 한다. 해고된 근로자가 해고기간 중에 재취업하여 수입(이른바 중간수입)이 있었던 경우에 근로제공이라는 자신의 채무를 면함으로써 얻은 이익으로 소급임금에서 공제되어야 하는가 여부가 문제된다.

72) 대법원 1994. 10. 25. 선고 94다25889 판결.

73) 대법원 1995. 1. 24. 선고 94다40987 판결.

74) 인천지방법원 1995. 2. 24. 선고 94가합9111 판결(확정).

판례는 원칙적으로 민법 제538조의 적용을 긍정하고 있다. 사용자의 귀책사유로 인하여 해고된 근로자가 해고기간 중에 다른 직장에 종사하여 얻은 이익은 민법 제538조 제2항에서 말하는 채무를 면함으로써 얻은 이익에 해당하므로 사용자는 근로자에게 해고기간 중의 임금을 지급함에 있어 이러한 이익의 금액을 임금액에서 공제할 수 있다는 것이다. 다만, 판례는 공제범위의 한도를 설정하고 있다. 근로기준법에서는 근로자의 최저생활을 보장하려는 취지에서 사용자의 귀책사유로 인하여 휴업하는 경우 휴업기간 중 근로자에게 평균임금의 100분의 70 이상의 수당을 지급하여야 한다고 규정하고 있고, 여기서 휴업이란 개개의 근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공할 의사가 있음에도 불구하고 그 의사에 반하여 취업이 거부되거나 또는 불가능하게 된 경우도 포함되므로 중간수입공제에 있어서 근로자가 지급받을 수 있는 임금액 중 근로기준법 소정의 휴업수당의 한도에서는 이를 이익공제의 대상으로 삼을 수 없고, 그 휴업수당을 초과하는 금액에서 중간수입을 공제하여야 한다는 것이 판례의 입장이다.<sup>75)</sup> 또한 휴업수당을 초과하는 금액을 한도로 중간수입을 공제할 경우에도 중간수입이 발생한 기간이 임금지급의 대상으로 되는 기간과 시기적으로 대응하여야 하고 그것과는 시기적으로 다른 기간에 얻은 이익을 공제하여서는 아니된다. 중간수입이 있는 경우 해고된 근로자가 사용자에게 상환하여야 할 이익의 범위는 자신의 채무(근로제공의 의무)를 면한 것과 상당인과관계에 있는 이익에 국한되기 때문이다. 따라서 예컨대, 해고되기 전부터 처의 주도로 경영하던 과수원에서 부업으로 얻어 온 수입은 공제대상이 되는 이익(즉, 중간수입)에 해당하지 않는다.<sup>76)</sup> 근로자가 해고기간 중에 노동조합기금으로부터 지급받은 금원도 노무제공을 면한 것과 상당인과관계에 있는 이익이라고 볼 수 없다는 것이 판례의 입장이다.<sup>77)</sup>

75) 대법원 1991. 6. 28. 선고 90다카25277 판결.

76) 대법원 1993. 5. 25. 선고 92다31125 판결.

77) 대법원 1991. 5. 14. 선고 91다2656 판결.

## 나. 부당해고와 위자료

민법 제751조 제1항에 의하면 타인의 신체, 자유 또는 명예를 해하거나 기타 정신상의 고통을 가한 자는 재산 이외의 손해에 대하여도 배상할 책임이 있다. 일반적으로 타인의 불법행위로 인하여 재산권이 침해된 경우에는 그 재산적 손해의 배상에 의하여 정신적 고통도 회복된다고 보아야 하지만 재산상의 손해 이외에 명예나 신용의 훼손 등으로 재산적 손해의 배상만으로는 회복할 수 없는 정신적 손해가 있는 경우에는 그로 인한 정신적 고통에 대하여 위자료를 지급하여야 한다.<sup>78)</sup>

그렇다면 부당해고의 경우 해고기간 중 임금의 소급지급만으로는 회복될 수 없는 정신적 손해가 있고 그에 대한 위자료 역시 지급되어야 하는가 하는 문제가 발생한다. 판례에 의하면, 일반적으로 사용자의 근로자에 대한 해고 등의 불이익처분이 정당하지 못하여 무효로 판단되는 경우에 그러한 사유만에 의하여 곧바로 그 해고 등의 불이익처분이 불법행위를 구성하게 되는 것은 아니라고 본다.<sup>79)</sup> 부당해고가 곧 불법행위로 되는 것은 아니고 특별한 사정이 없는 한 금전상의 손해회복에 의해 정신적 고통도 회복된다고 보는 태도이다. 그러나 부당해고가 위법하게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 불법행위를 구성하는 경우에는 위자료의 지급책임을 인정하고 있다. 왜냐하면, 근로계약에 따른 근로자의 근로제공이 단순히 임금의 획득만을 목적으로 하는 것은 아니고, 사용자가 근로자를 부당하게 해고한 것이 반드시 임금지급채무를 이행하지 아니한 것에 불과하다고만 말할 수는 없고 이것이 불법행위를 구성하는 경우도 있을 수 있으며 이와 같은 경우에는 그 해고가 법률상 무효라고 하여 해고 전의 상태로 돌아간다 하더라도 사회적 사실로서의 해고가 소급적으로 소멸하거나 해소되는 것은 아니므로 임금채무나 그에 대한 지연손해금을 받게 된다고 하여 이것만 가지고 불법행위로 인한 정신적 고통의 손해가 완전히 치유되

78) 대법원 1997. 2. 14. 선고 96다36159 판결.

79) 대법원 1996. 2. 27. 선고 95다11696 판결.

는 것이라고 할 수 없기 때문이다.<sup>80)</sup> 따라서 사용자가 근로자를 징계 해고할 만한 사유가 전혀 없는 데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도하에 고의로 어떤 명목상의 해고사유를 만들거나 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고한 경우나 해고의 이유로 된 어느 사실이 소정의 해고사유에 해당되지 아니하거나 해고사유로 삼을 수 없는 것임이 객관적으로 명백하고 또 조금만 주의를 기울이면 이와 같은 사정을 쉽게 알아볼 수 있는 데도 그것을 이유로 징계해고로 나아가간 경우 등 징계권의 남용이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에는 그 해고가 근로기준법에서 말하는 정당성을 갖지 못하여 효력이 부정되는 데 그치는 것이 아니라 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성할 수 있다는 것이 판례의 입장이다.<sup>81)</sup> 그러나 사후에 해고무효가 인정되었다고 하더라도 사용자가 해고처분을 함에 있어서 불법행위를 인정할 수 있는 고의·과실이 없었던 경우에는 불법행위책임을 부인하고 있다. 즉, 근로자에 대한 해고 등의 불이익처분을 할 당시의 객관적인 사정이나 근로자의 비위행위 등의 정도, 근로자에 대하여 불이익처분을 하게 된 경위 등에 비추어 사용자가 근로자의 비위행위 등이 취업규칙이나 단체협약 소정의 근로자에 대한 해고 등의 불이익처분 사유에 해당한다고 판단한 것이 무리가 아니고, 아울러 소정의 적법한 절차 등을 거쳐서 당해 불이익처분을 한 경우라면 사용자로서는 근로자에 대하여 해고 등의 불이익처분을 함에 있어서 기울여야 할 주의의무를 다한 것으로 보아야 할 것이므로 비록 당해 해고 등의 불이익처분이 사후에 법원에 의하여 무효라고 판단되었다 하더라도 거기에 불법행위책임을 물을 만한 고의·과실이 있다고 할 수 없다는 것이 판례의 입장이다.<sup>82)</sup> 그런데 판례는 저작인

80) 대법원 1993. 10. 12. 선고 92다43586 판결.

81) 대법원 1993. 10. 12. 선고 92다43586 판결. 재산 이외의 손해, 즉 위자료의 금액을 산정함에 있어서는 법원이 당사자의 신분, 자력, 생활정도, 피해의 모양 기타 제반 사정을 참작하여 결정하게 되고, 그 결정의 근거를 명시하지 않아도 된다.

82) 대법원 1996. 2. 27. 선고 95다11696 판결.

격권에 대한 침해의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 경험법칙상 정신적 고통을 받았다고 보는 대조적인 입장을 보이고 있다. 즉, 저작자는 고의 또는 과실로 저작인격권을 침해한 자에 대하여 손해배상에 갈음하거나 손해배상과 함께 명예회복을 위하여 필요한 조치를 청구할 수 있는 것으로서 저작인격권이 침해되었다면 특별한 사정이 없는 한 저작자는 그의 명예와 감정에 손상을 입는 정신적 고통을 받았다고 보는 것이 경험법칙에 합치된다고 한다.<sup>83)</sup>

#### 다. 근로자의 복직

##### 1) 복직의 범위

판례는 해고무효확인 판결에 따라 근로자를 복직시키면서 종전의 일과 다소 다른 일을 시키더라도 원직에 복직시킨 것으로 보고 있다. 즉, 사용자가 해고되었던 근로자를 해고무효확인 판결에 따라 복직시키면서 해고 이후 복직시까지 해고가 유효함을 전제로 이미 이루어진 인사질서, 사용주의 경영상 필요, 작업환경의 변화 등을 고려하여 복직근로자에게 그에 합당한 일을 시킨다면 그 일이 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 원직에 복직시킨 것이라고 보면서 장기간 그 작업을 거부하는 등의 행위가 징계사유에 해당한다고 판단하였다.<sup>84)</sup>

원직과 전혀 별개의 직으로 복직시키는 것이 허용될 수 있는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 예컨대, 관광회사가 버스운전사를 해고하였다가 해고 전의 직책이 아닌 영업사무직으로 복직시킨 경우 정당한 복직으로 볼 수 있는가 하는 문제에 대하여, 판례는 해고무효확인소의 사용자의 근로자에 대한 전직, 보직발령권과 관련하여 볼 때 해고의 무효, 즉 근로자와 사용자간의 고용관계의 존속을 확인함으로써 그 고용관계 자체를 회복하려는 데 목적이 있다 할 것이지 해고 전의 원직을 회복하는 데에 소송의 목적이 있는 것은 아니라 할 것이므로 관광회사가 근로자를 해고 전의 직책인 운전기사직이 아닌 영업사무

83) 대법원 1989. 10. 24. 선고 89다카12824 판결.

84) 대법원 1994. 7. 29. 선고 94다4295 판결.

직에 복직시켰다고 하더라도, 이로써 회사측이 근로자와의 고용관계 그 자체의 존속을 인정하고 복직시킨 이상 근로자가 영업사무직으로의 전직의 효력을 다투는 것은 별론으로 하고 해고무효확인을 구할 소의 이익은 없다고 보았다.<sup>85)</sup> 이러한 판례의 태도는 원직으로 복직되었다고 하더라도 사용자는 전직명령이 가능하므로 원직과 전혀 별개의 직으로 복직시킨 것은 원직복직과 전직명령이 동시에 이루어진 것으로 볼 수 있기 때문에 전직의 정당성 여부를 다툴 수는 있지만 복직 여부를 다툴 수는 없다는 입장으로 해석할 수 있다.

## 2) 사용자의 복직거부와 그에 대한 구제

해고무효에 따른 근로자의 복직을 사용자가 거부하는 경우 이를 강제할 수 있는 사법상의 수단은 존재하지 않는다. 부당노동행위 구제명령에 대한 긴급이행명령제도(노조법 제85조) 및 위반시의 강제제도(노조법 제95조)는 부당해고 구제명령에 대해서는 적용되지 않는다. 그렇지만 사용자의 복직거부가 근로자의 인격적 법익에 대한 침해에 해당하는 경우에는 근로자의 정신적 고통에 대한 배상책임이 발생하게 된다. 사용자는 특별한 사정이 없는 한 근로자와 사이에 근로계약의 체결을 통하여 자신의 업무지휘권·업무명령권의 행사와 조화를 이루는 범위 내에서 근로자가 근로제공을 통하여 참다운 인격의 발전을 도모함으로써 자신의 인격을 실현시킬 수 있도록 배려하여야 할 신의칙상의 의무를 부담하고, 따라서 사용자가 근로자의 의사에 반하여 정당한 이유 없이 근로자의 근로제공을 계속적으로 거부하는 것은 근로자의 인격적 법익을 침해하는 것이 되어 사용자는 이로 인하여 근로자가 입게 되는 정신적 고통에 대하여 배상할 의무가 있게 된다.<sup>86)</sup> 예컨대, 사용자가 근로자를 부당하게 해고하고 그 해고무효확인 판결이 확정되었음에도 장기간에 걸쳐 근로자에 대한 복직을 거부하였다면 근로자가 정신상의 고통을 받았을 것이 명백하므로 사용자는 이를 위자료로 배상할 의무가 있게 된다.<sup>87)</sup> 복직하여 출근한 근로자에게 근무

85) 대법원 1991. 2. 22. 선고 90다카27389 판결.

86) 대법원 1996. 4. 23. 선고 95다6823 판결.

를 못하게 하면서 급료를 지급하지 아니한 채 차별적 대우를 한 행위는 근로자의 인격권 침해로서 불법행위가 되고 이로 인한 근로자의 정신적 고통은 경험칙상 인정되므로 사용자는 위자료를 지급할 책임이 있게 된다.<sup>88)</sup> 해고당한 근로자가 회사를 상대로 해고무효확인 및 임금지급청구의 소를 제기하여 승소판결을 받고 확정된 경우 회사가 다른 해고근로자들은 복직시켰음에도 불구하고 유독 해당 근로자만 회사형편상 복직시키기 곤란하다는 이유를 대고 수차에 걸친 복직요구를 거절하여 왔을 뿐 아니라 임금마저 지급하지 않았다면 회사의 이와 같은 행위는 유효하게 존속하는 근로계약의 효력을 부인하는 단순한 채무불이행의 단계를 넘어서서 해당 근로자를 다른 근로자에 비하여 부당하게 차별대우함으로써 근로자가 하나의 인격으로서 갖고 있는 명예감정을 손상케 하는 불법행위를 구성하게 되므로 회사는 이로 인하여 근로자가 입은 정신적 고통에 대한 위자료의 지급의무가 있게 된다.<sup>89)</sup>

### 제3절 현행 부당해고 구제의 한계

현행 부당해고 구제제도는 근로기준법상 해고에 대한 실체적·절차적 제한을 기초로 하여 이원적인 구제절차(노동위원회에 의한 행정구제와 법원에 의한 사법구제)를 통해 구제의 내용(임금 소급지급과 복직, 경우에 따라 위자료 지급)이 결정되는 체계이다. 이러한 현행 구제제도의 한계 내지 문제점을 해고에 대한 입법적 규제 측면에서의 한계, 부당해고 구제절차 및 내용 측면에서의 한계로 구분하여 살펴보고자 한다.

87) 대법원 1994. 2. 8. 선고 92다893 판결.

88) 대법원 1980. 1. 15. 선고 79다1883 판결.

89) 대전지방법원 천안지원 1991. 4. 2. 선고 90가합1833 판결(확정).

## 1. 해고에 대한 입법적 규제 측면에서의 한계

해고에 대한 입법적 규율 측면에서 해고절차 규제의 한계와 차별적 해고 규제의 한계를 살펴보고자 한다.

### 가. 해고절차 규제의 한계

현행 근로기준법상 해고절차에 대한 제한으로는 해고예고제도와 경영상 해고에서의 근로자대표와의 사전협의를 있다. 해고예고제도는 해고사유가 근로자의 귀책사유이든 경영상의 사유이든 정당하든 그렇지 않든 관계없이 일반적으로 적용된다. 그런데 해고예고제도는 그 목적이 해고된 근로자에게 새로운 직장을 구할 수 있는 시간적 또는 경제적 여유를 주려는 데에 있다. 따라서 엄밀하게 말하면, 해고예고제도는 해고 그 자체에 대한 절차적 측면에서의 제한이라고 보기 어렵고, 해고에 따른 부정적 결과를 최소화하기 위한 제도라고 볼 수 있다. 그렇다면 근로자의 귀책사유에 의한 해고의 경우 근로기준법이 절차적으로 제한하고 있는 바는 전무하다고 말할 수 있다. 한편, 경영상 해고의 경우 해고기준은 근로자대표와의 협의대상으로 설정되고 있을 뿐 해고대상이 되는 근로자에게 별도로 해고기준을 통지하도록 요구하고 있지 않으며, 과반수 노조에게 비조합원들을 대표할 수 있는 지위를 부여하고 있다는 점에서 재검토할 필요가 있다.

#### 1) 해고사유의 명시 및 근로자의 방어권 보장에 관한 법제도의 흠결

근로기준법 제30조 제1항은 정당한 이유 없이 근로자를 해고할 수 없다고 규정하고 있다. 해고사유는 해고의 정당성 여부를 판단하는 근거가 되는 것이다. 그런데 문제는 근로자 귀책사유에 의한 해고의 경우 단체협약이나 취업규칙에 별도로 정하고 있는 바가 없는 한 사용자도 해고사유를 근로자에게 사전에 통지하고 변명(방어)의 기회를 부여할 의무를 갖지 않는다고 판례가 보고 있는 점이다.

단체협약이나 취업규칙에서 해고절차에 관한 규정을 두고 있는가

여부에 따라 근로자가 자신의 입장을 변명하거나 방어할 수 있는 기회의 보장 여부가 달라진다는 것은 형평과 정의의 차원에서 납득하기 어렵다. 물론 단체협약이나 취업규칙에 해고절차규정이 마련되어 있다는 것은 사용자가 자신의 인사(해고)권에 대한 제약을 수락하였거나 스스로 정하였기 때문에 그렇지 않는 경우와 달리 보아야 한다는 반론이 제기될 수 있다. 그러나 이러한 반론은 설득력이 없다. ‘약속은 지켜져야 한다’는 말에서 알 수 있듯이 사용자는 자신이 동의하거나 천명한 바에 구속되는 것은 당연하고, 이는 해고절차에 국한되지 않고 모든 법의 영역에서 준수되어야 할 명제이다. 그런데 해고는 사용자의 일방적인 의사로 근로자에게 고용상실이라는 위험을 초래케 하는 행위이다. 더구나 실업률이 높은 사회, 노동시장에서의 직장간 이동이 덜 자유로운 사회에서 해고는 치명적 위험일 수 있다. 따라서 사용자에 의해 해고가 결정되기 앞서 근로자에게는 해고이유를 제대로 알고 자신을 변명하고 방어할 수 있는 기회가 당연히 보장되어야 한다. 이는 단체협약이나 취업규칙의 영역으로 위임할 문제가 아닌 것이다.

## 2) 경영상 해고에서 해고기준 통지제도의 결여

근로기준법 제31조 제2항 및 제3항에 따르면 경영상 해고의 경우 사용자는 합리적이고 공정한 해고기준을 정하여 해고대상자를 선정하여야 하고, 해고기준에 관하여 근로자대표(근로자 과반수로 조직된 노동조합 또는 이러한 노조가 없는 경우 근로자 과반수를 대표하는 자)와 성실하게 협의하여야 한다. 현행법하에서는 ‘해고기준의 합리성·공정성 여부’와 ‘해고기준에 관한 근로자대표와의 성실한 협의 여부’가 해고의 정당성 판단기준으로 기능하고 있다.

그런데 근로자의 입장에서 볼 때 가장 궁금한 사항은 기업이 경영상 해고를 하여야 할 상황에 처해 있는가 하는 점뿐만 아니라 자신이 해고대상자로 선정될 가능성이 있는가 또는 자신이 어떤 이유 때문에 해고대상자로 선정되었는가 하는 점이다. 단체협약이나 취업규칙에 해고기준이 명시되어 있는 경우에도 해고기준으로 정해진 여러 가지 사항들(예컨대, 근무성적, 재직기간, 부양가족수 등)이 어느 정도의 비중

으로 고려되었는지 근로자의 입장에서는 관심대상이 아닐 수 없다. 특히 해고기준이 단체협약이나 취업규칙으로 정해져 있지 않는 경우에는 더욱 그렇다. 그런 점에서 해고기준에 관한 사항은 근로자대표와의 협의절차를 전후하여 근로자들에게 공지될 필요가 있다. 우선, 사용자는 자신이 생각하고 있는 해고기준들(안)이 어떤 것이고 각각의 해고기준을 어느 정도의 비중으로 고려할 것인지를 전체 근로자들에게 알려야 할 것이다. 근로자대표와의 협의과정을 통해 수정되거나 변경된 사항이 있으면 이것 또한 알려야 한다. 그리고 최종적으로 해고대상자를 결정한 시점에서는 서면으로 해고기준에 관한 사항을 해당 근로자에게 통지하거나 적어도 해고대상자로 선정된 근로자가 요구하는 경우에는 통지하도록 하는 법제도적 장치를 마련할 필요가 있다.

해고기준의 공지 내지 통지는 해고회피조치의 하나로 이루어지는 희망퇴직자 모집과의 관계에서도 중요한 의미를 갖는다고 할 수 있다. 희망퇴직자 모집은 사용자가 통상적인 퇴직의 경우보다 유리한 조건(퇴직금 외의 별도의 금전보상 수반)을 제시하여 근로자의 자발적 퇴직을 유도함으로써 경영상 해고를 피하는 조치라고 할 수 있다. 희망퇴직은 그 법적 성격이 근로계약의 합의해지에 해당하기 때문에 해고에 비하여 그 법적 분쟁을 최소화하면서 온건한 방법으로 인원과잉을 해소할 수 있는 장점을 갖고 있다. 그렇지만 희망퇴직도 고용상실을 초래한다는 점에서 근로관계의 유지를 전제로 하는 여타의 해고회피조치(예컨대, 배치전환, 근로시간 단축, 신규채용의 중단, 휴직 등)에 비하여 근로자에게 불이익할 수 있다. 따라서 희망퇴직의 경우에는 퇴직에 따른 금전적 보상의 수준도 중요하지만 무엇보다 근로자는 자신이 해고대상자로 선정될 확률이 높다고 판단하는 경우에 퇴직을 희망하게 된다. 그렇기 때문에 해고기준이 확정되었다면 이를 전체 근로자들에게 공지하는 것이 희망퇴직제의 효과를 극대화시킬 수 있다. 비록 해고기준에 관하여 근로자대표와의 협의절차가 완료되지 않는 상태라고 할지라도 협의사항임을 전제로 하여 사용자 자신이 상정하고 있는 해고기준안을 근로자들에게 알리는 것이 희망퇴직의 효과를 높인다는 측면에서 바람직할 뿐만 아니라 근로자들로 하여금 보다 합리적인 선

택을 가능케 한다.

3) 경영상 해고협약에서 과반수 노조에 대한 전체 근로자대표성 의제

근로기준법은 경영상 해고에 관한 협약에서 사업 또는 사업장 전체 근로자를 대표할 수 있는 법적 지위를 근로자 과반수로 조직된 노조에게 우선적으로 부여하고 있다. 즉, 경영상 해고에 관한 협약에서 과반수 노조는 비조합원들을 대표할 수 있는 법적 지위를 법률에 의해 보장받고 있다.<sup>90)</sup> 그렇기 때문에 판례는 과반수 노조와 협의를 거쳐 사용자가 마련한 해고기준이 비조합원에게 적용된다고 본다.<sup>91)</sup> 이러한 입법태도가 타당하다고 볼 수 있는지 의문이다. 우선, 경영상 해고는 조합원 여부를 불문하고 하나의 사업 또는 사업장 전체 근로자들의 이해관계와 관련되기 때문에 해고협약의 근로자측 당사자는 원칙적으로 이해관계를 갖는 있는 전체 종업원들을 대표할 수 있는 자가 되어야 바람직하지 않는가 하는 점이다. 과반수 노조는 사용자와의 해고협약과정에서 비조합원 또는 소수노조 조합원들을 희생양으로 삼을 수 있기 때문이다. 그리고 과반수 노조의 전체 근로자대표성은 경영상 해고에 관한 근기법상의 협약과 노조법상의 단체교섭 양자의 관계에 대한 합리적 해석을 곤란케 한다. 과반수 노조와 사용자간의 대화가 협의인지 교섭인지 그 구분이 사실상 어려울 뿐만 아니라 조합원의 이익과 비조합원의 이익을 동시에 고려하도록 입법적으로 요구하고 있는 것 자체가 이율배반적이다.

---

90) 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 의사결정과정에서의 참여를 보장하는 경우에만 가능하게 된다는 견해가 있다. 박종희, 『경영상 해고제도의 법리와 법정책적 운용방안』, 한국노동연구원, 1998, 95쪽.

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

#### 나. 차별적 해고 구제의 한계

남녀의 성을 이유로 하는 차별적 해고는 근로기준법(제5조와 제31조 제2항)과 남녀고용평등법에 의해 금지되고 있으나 연령, 장애, 비정규근로 등을 이유로 하는 차별적 해고를 직접적으로 규제하고 있는 노동관계법은 없다.<sup>92)</sup> 근로기준법 제5조는 차별적 처우의 금지사유로 남녀의 성, 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 규정하고 있을 뿐이다. 현행 개별적 근로관계법은 남녀의 성을 이유로 하는 차별적 해고를 규제하는데 초점을 두고 있다고 평가할 수 있다.

한편 판례는 연공서열의 임금체계를 감안할 때 상대적으로 높은 임금을 받는 높은 직급의 연령이 많은 직원을 우선적으로 해고하는 것이 해고인원을 최소화할 수 있다는 점에서 합리적이고 공정한 기준에 해당할 수 있다는 입장을 취하고 있다.<sup>93)</sup> 다른 한편 국가인권위원회법(제30조)은 차별규제의 대상으로 성별, 종교, 장애, 나이 등 18가지의 차별사유를 열거하고 있지만, 국가인권위원회에 의한 차별규제는 개별 당사자의 진정에 의해 그 절차가 개시되고 구제조치 등은 권고 사항일 뿐이며 그 위반에 대한 벌칙이 따로 규정되어 있지 아니하여 실질적 실효성을 담보하기 어려운 상황이다.

## 2. 부당해고 구제절차 및 내용 측면에서의 한계

부당해고의 구제는 노동위원회에 의한 행정구제와 법원에 의한 사법구제로 이원화되어 있다. 그렇지만 구제의 내용은 행정구제의 경우와 사법구제의 경우 크게 다르지 않다. 해고무효에 따른 해고기간 중 임금의 소급지급과 복직은 공통적인 구제내용이다. 사법구제의 경우 해고가 예외적으로 불법행위에 해당할 때 위자료의 지급이 추가적으

92) 다만, 근로자의 모집·채용·해고에서 고령자 또는 준고령자임을 이유로 하는 차별을 제한하기 위한 고령자고용촉진법 개정법률안이 2002년 11월 8일 국회 본회의에서 의결되었다.

93) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452 판결.

로 인정된다. 이러한 구체내용의 일률·단순성은 법원이 구체적인 사안에 따른 합리적인 구체수단의 선택에서 어려움을 초래할 수 있다. 이하에서는 부당해고 구체절차 및 구체내용에서의 문제점에 관하여 살펴보고자 한다.

#### 가. 신의칙 또는 실효의 원칙에 따른 사법구제 소제기 기간의 제한

노동위원회에 부당해고 구제신청을 제기할 수 있는 기간은 제척기간이기 때문에 법이 규정하고 있는 기간(초심의 경우 부당해고가 있는 날부터 3개월)을 지나서 구제신청하게 되면 신청 자체가 받아들여지지 않는다. 이처럼 신청기간을 제한하고 있는 목적은 해고분쟁의 신속한 해결 및 구제의 실효성 확보에 있다.

사법구제의 경우 해고무효확인 소송은 소송의 종류 가운데 확인의 소에 해당하고, 과거의 법률관계가 현재의 법률관계에 영향을 미치고 있어서 ‘확인 이익’이 인정되는 한 원칙적으로 소 제기의 기간에 대한 법적 제한이 없다. 그런데 판례는 신의칙 내지 실효의 원칙을 적용하여 제소기간을 사실상 제한하고 있다. 그 이유로서 해고를 둘러싼 다툼은 신속하게 해결되는 것이 사용자나 근로자 모두에게 이익이 된다는 점을 들고 있다. 그리고 사안에 따른 구체적 타당성을 기하기 위하여 판례는 나름대로의 기준을 제시하고 있다. 그러나 그 기준을 보면 제반 사정을 고려한 판단의 재량을 법관에게 부여하고 있는 것에 다름 아니다. 구체적인 예를 보면, 해고된 지 1년이 지나지 않은 소의 제기를 허용하지 않았던 경우도 있다.<sup>94)</sup> 해고무효확인 소송에 신의칙 또는 실효의 원칙을 적용하는 현행 판례는 결과적으로 소 제기 가능기간에 대한 법적 불안정을 초래하고 있을 뿐만 아니라 재판 받을 권리를 침해하는 측면도 갖고 있다. 재판 받을 권리는 기본권

94) 대법원 1993. 4. 13. 선고 92다49171 판결. 이 사안에서 대법원은 징계해고 후 6일만에 다른 회사에 입사하였고 다른 회사에서의 보수도 해고된 회사보다 현저하게 낮다고 볼 수 없고, 또 복직의사가 없을 뿐만 아니라 복직이 현실적으로 어려운 상태에서 징계해고 후 9개월이 넘어 해고무효의 소를 제기하는 것은 신의성실의 원칙 내지는 실효의 원칙에 비추어 허용될 수 없다고 보았다.

으로서 사법부도 이를 침해할 수 없기 때문에 법적 불안정성을 최소화하고 통일성과 예측가능성을 확보하기 위해서는 해고무효확인의 소를 제기할 수 있는 기간에 대한 입법적 규율을 모색할 필요가 있다.

#### 나. 노동위원회의 화해권고에 의한 분쟁해결의 미흡

노동위원회 규칙(2002. 4. 23. 개정 노동위원회 규칙 제16호) 제28조에 의하면 노동위원회는 조사 및 심문과정에서 언제든지 당사자에게 화해안을 제시하고 화해를 권고할 수 있고, 화해가 성립한 경우 당해 사건은 종결(화해조서 작성됨)되며 화해는 확정판결과 동일한 효력이 있고 당사자는 화해한 후 이에 불복할 수 없다. 중앙노동위원회의 통계에 따르면 2001년도의 경우 전체 부당해고 구제신청 접수사건 5,037건 중 처리건수 4,436건(이월 601건) 가운데 화해에 의해 해결된 건수는 68건으로 처리건수 대비 1.53%에 불과하였지만, 이러한 수치도 그 이전(2000년 1.63%, 1999년 1.34%, 1998년 1.28%, 1997년 0.77%)에 비하여 상대적으로는 높은 비율에 해당한다.<sup>95)</sup>

부당해고 구제신청서가 접수된 이후 심문회의 전까지 노사 당사자가 자율적으로 사건을 해결하기 위해 노력하였는가를 설문조사한 연구결과의 보고에 따르면, 근로자의 경우 별다른 노력 없이 심문회의를 기다리는 경우가 43.5%로 가장 많았으며, 노력하였으나 상대방이 접촉을 거부하였다는 경우가 38.3%, 심문회의 전에 가능한 한 화해로 해결하도록 노력하였다는 경우가 18.1%로 나타났다. 반면 사용자는 가능한 한 화해로 해결하도록 노력하였다는 경우가 39.5%로 가장 많았으며 별다른 노력 없이 심문회의를 기다렸다는 경우가 32.1%, 노력하였으나 상대방이 접촉을 거부하였다는 경우가 28.4%로 나타났다.<sup>96)</sup>

95) 중앙노동위원회, 2001년도 『노동위원회연보』, 제4호, 2002, 56쪽 <표 3-2-14> 내용 참조. 화해의 경우와 달리 신청을 취하한 건수는 2001년 2,443건으로 처리건수 대비 55.1%를 차지하고 있다. 2000년의 경우에는 처리건수 3,919건 가운데 취하건수가 1,800건으로 45.9%이었다.

96) HON연구소, 『노동위원회 조정·심판 서비스의 문제점 및 개선 방향에 대한 연구』, 2000년 노동부 학술연구용역과제, 2001. 11. 109쪽 <표 3-2-35> 참조.

전체적으로 보면 상대방이 접촉을 거부하여 자율적인 해결노력이 안 되는 경우를 포함하여 대개의 사건에서 자율적인 해결노력을 하기 어려운 상황으로 나타나고 있기 때문에 노동위원회가 보다 적극적으로 관여하여 화해를 통해 분쟁을 해결하는 것이 바람직하다는 견해가 제시되고 있다.<sup>97)</sup>

#### 다. 구제수단의 일률·단순성

현재 부당해고 구제수단으로서 일반적이고 보편적으로 인정되고 있는 해고기간 중의 임금 소급지급과 원직복직은 구제내용의 간결성이라는 측면에서는 유익한 것으로 볼 수 있다. 그러나 그러한 구제내용의 실효성이 담보되지 않는다면 효과적인 구제수단이 될 수 없을 것이다. 그러한 점에서 구제수단을 보다 다양하게 모색할 필요성이 제기될 수 있다.

첫째, 판례는 해고무효에 따른 효과로서 인정되는 복직의 의미를 축소해석하고 있다. 판례에 의하면, 해고무효확인의 소는 해고 전의 원직을 회복하는 데에 소송의 목적이 있는 것이 아니라 고용관계 자체의 회복에 있다고 한다. 따라서 복직근로자에게 그에 합당한 일을 시킨다면 그 일이 비록 종전의 일과 다소 다르더라도 원직에 복직시킨 것으로 보아야 하고,<sup>98)</sup> 원직과 전혀 별개의 직으로 복직케 한 경우(예컨대, 관광버스 운전사를 영업사무직으로 복직시킨 경우)에도 복직은 이루어진 것이고 전직의 효력을 다룰 수 있을 뿐이라는 입장<sup>99)</sup>을 판례는 취하고 있다. 한편 노동위원회 구제명령의 대부분을 차지하고 있는 원직복직명령과 관련하여, 사용자가 복직을 지시한 직무가 종전의 원직이었는가에 대한 설문조사의 결과를 보면, 근로자는 원직이라는 응답도 51.9%로 많았지만 전혀 다른 직무였다는 응답도 34.6%로 매우 높았고, 반면에 사용자는 원직에 복직시키거나(66.7%) 또는

97) HON연구소, 앞의 책, 108쪽 및 219쪽 참조.

98) 대법원 1994. 7. 29. 선고 94다4295 판결.

99) 대법원 1991. 2. 22. 선고 90다카27389 판결.

원직에 상당한 직무에 복직시켰다(28%)고 생각하고 있으며 전혀 다른 직무는 아니라고 생각하는 것으로 나타났다.<sup>100)</sup> 노사간 이러한 견해의 차이는 복직의 의미를 축소해석하고 있는 현행 판례의 입장이 반영되어 나타나는 결과가 아닌가 하는 의문을 지울 수 없다.

둘째, 복직명령이 있더라도 그 이행을 강제할 수 없는 상황에서 과연 복직이 부당해고에 대한 구제수단으로 실효성을 갖는가 하는 의문이 제기된다. 노사 모두가 복직을 원하는 경우에는 문제가 없겠지만 어느 한 쪽, 특히 사용자가 복직에 반대하는 경우 복직이 효과적인 구제수단으로 기능하기 어렵기 때문이다. 더구나 사용자가 노동위원회의 구제명령을 이행하지 않더라도 처벌할 수 없다는 것이 판례의 태도이다.<sup>101)</sup> 복직 실태를 설문조사한 연구보고서의 결과를 보면, 노동위원회가 내린 원직복직명령의 취지대로 원직에 복직하여 해고 이전의 상황으로 회복되는 경우는 근로자 응답 40.6%, 사용자 응답 46.2%로 대략 1/2에 못 미치고 있다.<sup>102)</sup> 그리고 원직복직명령이 내려졌어도 복직되지 않거나 복직 후 곧 사직한 가장 중요한 이유로 노사 당사자 모두가 사용자가 불복신청 중이라는 점(근로자 64.9%, 사용자 38.5%), 복직하더라도 다른 근로자와의 관계가 불편하다는 점(근로자 10.8%, 사용자 26.9%), 이미 다른 직장에 취업하고 있다는 점(근로자 0%, 사용자 15.4%) 등을 들고 있다.<sup>103)</sup> 사용자가 불복신청을 하는 경우 원직복직명령의 이행이 곤란하다는 점에 비추어 볼 때 복직을 보다 용이하게 하기 위한 임시구제제도(이른바 고용계속명령)의 확립 필요성이 제기된다.

셋째, 근로자가 복직을 희망하지만, 복직명령이 내려지더라도 사용자에게 그 이행을 기대할 수 없는 경우 복직명령을 대체할 수 있는 구제수단이 마련되어 있지 않다. 사용자의 복직거부가 근로자의 인격적 법익에 대한 침해에 해당하는 경우 판례는 근로자의 정신적 고통

100) HON연구소, 앞의 책, 130쪽.

101) 대법원 1995. 7. 28. 선고 95도497 판결.

102) HON연구소, 앞의 책, 130쪽.

103) HON연구소, 앞의 책, 131쪽.

에 대한 배상책임을 사용자에게 부과하고 있다. 그렇지만 사용자에게 복직을 거부할 만한 정당한 이유가 존재하여 근로자의 복직이 현실적으로 이루어지지 않는 경우 그에 대한 효과적인 구제수단이 존재하지 않는다. 결국 근로자의 복직을 객관적으로 기대할 수 없는 경우에 복직명령을 대신할 수 있는 새로운 구제수단(예컨대, 금전보상제도)을 모색할 필요가 있다.

넷째, 현재 인정되고 있는 부당해고 구제의 내용이 부당해고를 방지하는 예방적 효과와 사용자의 위법 행위에 대한 책임을 묻는 징벌적 효과를 갖고 있는가 하는 점에서 의문이다. 부당해고에 따른 해고무효는 해고가 없었으면 존재하였을 지위 내지 상태로 근로자를 환원시키는 효과를 낳는다. 따라서 복직 및 소급임금의 지급은 해고무효의 당연한 효과로서 인정되는 것이지 사용자의 위법행위 그 자체에 대한 징벌이라고 볼 수 없다. 근로기준법은 부당해고에 대한 벌칙(제110조 : 5년 이하의 징역 또는 3천만 이하의 벌금)을 규정하고 있지만 일반 형벌의 원칙에 따라 사용자에게 부당해고에 대한 고의가 있어야 처벌이 가능하다.<sup>104)</sup> 고의가 없이 행해진 부당해고도 강행법규 위반행위이기 때문에 그에 대한 징벌적 측면에서의 금전적 손실을 사용자에게 부과하는 방안을 모색하는 것이 부당해고를 예방하는 차원에서 바람직하다고 본다.

다섯째, 근로자 귀책사유에 의한 해고의 경우 절차위반의 해고에 대한 구제와 실체위반의 해고에 대한 구제를 달리 취급할 필요성이 있지 않느냐 하는 의문이 제기될 수 있다. 즉, 해고사유가 정당한데 해고절차의 위반이 있는 경우, 특히 해고절차 위반의 내용이 근로자의 변명·방어권 보장과 같은 중요한 절차위반에 해당하지 않는 경우 복직을 전제로 한 해고기간 중의 임금 소급지급이라는 일률적 구제가 타당한가 하는 점이다. 해고할 수밖에 없는 객관적으로 명백한 정당한 이유가 존재하지만 해고절차를 위반하였다고 하여 실체위반 해고의 경우와 동일한 제재를 가하더라도 궁극적으로 해고 그 자체를 방지하는 데에는 한계가 있을 수밖에 없기 때문이다.

104) 대법원 1996. 12. 10. 선고 95도830 판결.

### 제 3 장 주요 외국의 부당해고 구제제도

#### 제1절 미 국

##### 1. 해고제한의 법체계 : 임의고용원칙의 변화

###### 가. 임의고용의 전통

역사적으로 미국의 고용관계법은 사용자의 불공정하고 악의적인 행위에 이의를 제기하는 근로자의 능력을 제한하여 왔다. 노조의 조합원 이거나 서면 근로계약에 의해 채용된 경우를 제외하고는, 근로자가 사용자의 자의적(恣意的) 고용관행에 대하여 시정을 요구하는 것은 일반적으로 부인되어 왔다. 즉, 법령이나 계약에 의한 명시적 제한이 없는 한 사용자와 근로자는 언제(at any time), 어떤 이유로든(at any reason) 사전 통지 없이 근로관계를 종료할 수 있는 것이 미국의 일반적 고용관행이었다.<sup>105)</sup>

이와 같은 미국의 임의고용(at-will employment) 관행은 사용자가 임의로 고용관계를 종료시킬 수 있는 권한을 통하여 사업장을 통제할

---

105) Robert N. Covington, Kurt H. Decker, *Individual Employee Rights*, 1995, p. 221; *Employment Law*, 2ed, 2002, p.324.

수 있는 유연성을 갖게 되고, 반면에 근로자는 더 나은 직장이 있거나 현재 직장의 근로조건을 참을 수 없는 경우 언제든지 그만둘 수 있다는 것을 기본 사고로 한다. 임의고용원칙은 몇몇 판결에 의하여 수정의 물꼬를 트기 시작하여,<sup>106)</sup> 그 후 판례나 법령에 의하여 수정되기는 하였으나, 여전히 미국 노동법에 강력한 영향을 발휘하는 개념이다.<sup>107)</sup>

#### 나. 판례에 의한 임의고용원칙의 수정

##### 1) 공공정책(public policy)에 의한 예외

거의 대부분의 주(州)들이 특정한 공공정책의 목적을 침해하는 해고를 임의고용원칙의 예외로 인정하고 있다. 공공정책이론은 임의고용원칙에 대한 최초의 예외로서 도입되었으며, 현재 가장 광범위하게 받아들여지고 있다. 이 이론은 명백한 공공정책을 촉진하는 근로자의 행위는 보호되어야 한다는 기본원칙에 입각해 있다.

국가는 계속고용관계가 순수하게 근로자의 업무수행에 대한 사용자의 불만이나 경영상의 이유에서가 아니라, 다음과 같은 이유에 의해서 위협받는 경우에는 근로자의 직업안정(job security)을 보호할 사회적 책임이 있다.

- 위법한 행위를 근로자가 거절할 경우
- 근로자가 법령상의 의무를 이행하는 경우
- 법률이 근로자에게 명백히 허용한 권리를 행사하는 경우
- 근로자가 사용자의 위법하거나 부적절한 행위를 신고하는 경우

그러나 이와 같이 근로자와 사회의 공통적 이익에 기초한 ‘임의고용원칙의 수정’은 그에 비견되는 사용자의 중요하고 적법한 이익이 있을 때에는 지켜지지 않을 수 있다. 많은 법원들은 사용자의 해고 결정 그 자체에 대한 판단을 내리는 것을 달가워하지 않을 뿐더러, 배심원들이 근로관계의 종료가 부당하다고(wrongful) 판정하는 경우, 손해

---

106) West's Ann. Cal. Labor Code §2922 (1971 & Supp. 1991).

107) Robert N. Covington, Kurt H. Decker, *Employment Law*, 2ed, 2002, p.329.

배상에 대한 불법행위 소송을 허용하는 원칙을 채택하는 것에 적극적이지 않다. 그 이유는 공공정책이론의 인정과 확대는 근로자와 사용자 간의 상충되는 이해관계를 조정하고 균형을 취하는 쉽지 않은 문제로 귀결되기 때문이다. 법원이 공공정책이론을 도입하여 해고로 인정한 대표적 사례는 다음과 같다.

- 사용자의 위증명령을 거부하여 해고된 사례<sup>108)</sup>
- 불법적 가격조작 계획에 참여할 것을 거부하여 해고된 사례<sup>109)</sup>
- 배심에서 사퇴하라는 요구를 거절하여 해고된 사례<sup>110)</sup>
- 재해보상요구를 제기하여 해고된 사례<sup>111)</sup>
- 주 정부가 금지하고 있는 거짓말 탐지기 테스트를 거부하여 해고된 사례<sup>112)</sup>
- 훈련받은 적도 없고, 자격증도 없는 특정한 의료검사를 거부하여 해고된 사례<sup>113)</sup>
- 사용자에게 ‘포장 상품에 잘못된 상표를 붙이는 법 위반’을 항의하여 해고된 사례<sup>114)</sup>
- 사용자가 징계절차 중 거짓증거를 제출한 것을 변호사에게 통지하여 해고된 사례<sup>115)</sup>

## 2) 고용계약의 해석에 의한 임의고용원칙의 수정

사용자와 근로자는 어떤 방식으로든 자유롭게 고용계약을 체결할 수 있다. 즉, 고용계약은 구두 방식으로든, 서면 방식으로든 체결될 수 있으며, 고용조건 역시 명확하게 할 수도 있고, 불명확하게 할 수도

108) Ivy v. Army Times Pub. Co. (D.C.aPP. 1981).

109) Tamery v. Atlantic Richfield Co. (Cal. 1980).

110) Nees v. Hocks (Or. 1975).

111) Frampton v. Central Ind. Gas Co. (Ind. 1973).

112) Perks v. Firestone Tire & Rubber Co. (3d Cir. 1979).

113) 이 사례에서 사용자는 근로자에게 catheterization(導尿管조치)를 수행할 것을 요구하였다. O'Sullivan v. Mallon (N.J.Super, 1978).

114) Sheets v. Teddy's Frosted Foods, Inc. (Conn. 1980).

115) Paralegal v. Lawyer (E.D.Pa. 1992).

있다. 통상적으로 계약의 양당사자는 계속되는 고용관계를 기대하면서 각종 관련계약들(예: 파트너십에 대한 동의, 보험계약, 근로자 조직의 가입 동의 등) 중의 하나로서 고용계약을 체결한다.

그러나 법원은 점차 그와 같은 비공식적 고용계약들에 대하여 ‘거래와 교환’ 모델에 기초한 계약법의 전통적 원칙(traditional doctrines of contract law)을 단순 적용한다는 것이 이론적으로나 현실적으로 매우 어렵다는 사실을 인식하게 되었다. 문서화된 고용계약서가 아예 없거나, 계약서에 고용기간에 대한 언급이 없는 경우에는 ‘해고 자유’(at will)의 의사가 추정되어 왔으나, 점차 법원은 사업장의 고용안내서나 고용매뉴얼을 고용계약 해석의 근거로 참조하였다.<sup>116)</sup> 즉, 고용관계가 해고자유인 고용관계라 할지라도, 경영매뉴얼이나 고용매뉴얼이 있는 경우에는 사업장 내의 제반 상황과 관련하여 사용자의 계약상의 의무를 추론함으로써 임의고용 여부 및 해고의 정당성을 판단하였다. 또한 1987년의 판례<sup>117)</sup>는 사용자가 새로운 고용안내서에 의하여 ‘정당한 이유’(just cause) 없이 근로관계를 종료하고자 하는 경우, 기존 근로자의 지위가 단순히 고용안내서의 발행에 의하여 ‘해고 자유’ 관계로 전환되는 것은 아니라고 판시하였다.

### 3) 선의(good faith) 및 공정거래(fair dealing) 의무에 의한 임의고용원칙의 수정

모든 계약에 있어서 양당사자는 계약에 내재되어 있는 선의와 공정거래의 의무를 지닌다고 해석된다. 몇몇 법원은 고용계약에 있어 ‘선의와 공정거래’ 의무의 중요성을 강조하는 판결을 내림으로써 임의고용의 원칙에 대한 변화를 시도하였다. 예를 들어, 몬타나 법원은 계속 고용의 기대가능성이 있는 근로자에 대한 불합리한 해고를 불법행위로 인정하고 사용자에게 징벌적 손해배상(punitive damage)을 포함하

116) *Ritchie v. Michigan Consol. Gas Co.*(Mich.App. 1987); *Blue Cross & Blue Shield of Michigan* (Mich. 1980); *Terrio v. Millinocket Community Hospital* (Me. 1977); *Schipani v. Ford Motor Co.* (Mich.App. 1981).

117) *Thompson v. Kings Entertainment Co.* (E.D.Va. 1987).

는 손해배상을 하도록 판결하였다.<sup>118)</sup>

또한 대부분의 법원들은 고용계약에 있어서 ‘선의와 공정거래’ 의무는 고용계약 자체와 독립되어 있는 의무가 아니며<sup>119)</sup>, 이를 위반한 경우 사용자에게 부과되는 손해배상책임은 계약위반으로 인한 손해배상책임에 한정되는 것도 아니라는 입장을 밝혔다.<sup>120)</sup>

#### 다. 법률에 의한 임의고용원칙의 수정

미국의 노동법은 사용자가 불합리한 동기에 의하여 근로자를 사전에 정하여진 기간보다 미리 근로관계를 종료하는 것을 금지해 왔다. 예를 들어, 1935년 이래 연방노동관계법(NLRA)은 사용자가 근로자의 노조활동을 이유로 해고하는 것을 금지해 왔다.<sup>121)</sup> Title VII은 어느 경우여라도 사용자가 근로자의 인종, 피부색, 종교, 성별, 국적으로 인하여 근로관계를 종료하는 것을 금지하였다.<sup>122)</sup>

그밖에 근로관계의 종료를 제한하는 법률로서 연령차별금지법(Age Discrimination in Employment Act, 1967), 직업안전위생법(Occupational Safety and Health Act, 1970), 공정근로기준법(Fair Labor Standards Act, 1988)<sup>123)</sup> 등이 시행되었다. 또한 내부고발자보호법 내지 보복금지법(Whistleblower and Antiretaliation Statutes), 고용차별

118) Stark v. Circle K Corp. (Mont. 1988).

119) Thompson v. St. Regis Paper Co. (Wash. 1984).

120) Foley v. Interactive Data Corp. (Cal. 1988).

121) 29 U.S.C.A. §158(a)(3).

122) 42 U.S.C.A. §2000e(a)(1988).

123) 공정근로기준법 §215(a)(3)는, “누구든지 근로자가 이 장의 규정과 관련된 소송을 제기하였다든지, 그러한 절차에서 증언하였다든지 또는 산업위원회(industry committee)를 위하여 봉사하였다는 이유로 근로자를 해고하거나 달리 차별하여서는 아니된다”라고 규정하고 있다. 또한 §216에서 §215(a)(3)의 규정에 위반한 사용자는 고용, 복직, 승진, 일일임금의 지급과 예정된 손해배상으로서의 그와 동일한 목적을 달성하는데 필요하다고 인정되는 적절한 보통법상 또는 형평법상의 구제책임을 져야 한다. 이러한 규정들은 보복해고와 같은 고의적인 불법행위에 있어서 정신적 고통에 대한 손해배상 및 징벌적 손해배상을 인정하는 것이다.

금지법(Employment Discrimination Statutes), 민권법(Civil Rights Statutes) 등에서 개별적 해고제한규정을 두고 있다. 몬타나 주에서는 1987년부터 부당해고법(Wrongful Discharge from Employment Act)<sup>124)</sup>이 시행되고 있으나, 연방차원의 통일적 해고제한법률은 존재하지 않는다<sup>125)</sup>

## 2. 부당해고의 구제

일반적으로 미국의 부당해고 구제유형은 ① 보통법(Common Law)상의 손해배상적 구제(damages remedies)와 ② 형평법(Equity Law)상의 형평적 구제(equitable remedies) 두 가지로 분류할 수 있다.

보통법상의 구제는 불법행위 구제와 계약위반 구제이며, 금전에 의한 손해배상적 구제로서 ‘보상적 손해배상’(compensatory damages)과 ‘징벌적 손해배상’(punitive damages)이 포함된다. 형평법적 구제는 금지명령이나 특정한 행위의 이행을 구하는 형평법상의 구제수단으로서 적극적·강제적 구제(affirmative relief, coercive remedies)라고 칭하기도 한다. 이 두 가지 외에 잠정적 구제수단인 보전처분(preliminary relief)이 있다.

---

124) 이 법은 부당해고의 유형으로서, ① 공공정책에 위반하는 행위를 거부하거나, 공공정책 위반 사실을 보고하였다는 이유로 근로자를 해고하는 경우 ② 수습기간이 끝난 근로자를 정당한 이유 없이 해고하는 경우 ③ 문서화된 인사(경영)정책의 명시적 규정에 위반하여 근로자를 해고하는 경우를 들고 있다.

125) 법률에 의한 ‘임의고용원칙의 수정’은 아니지만, 단체협약은 거의 모두 해고의 ‘정당한 이유’를 규정하여 사용자에 의한 근로관계의 임의적 종료에 제한을 가하고 있다. 연방노동관계법(NLRA)의 중재제도(Arbitration)는 미국의 전통적 임의고용원칙으로부터 근로자를 보호하는 데에 중요한 역할을 하고 있다.

## 가. 보통법상의 구제

### 1) 불법행위 구제와 계약위반 구제

#### 가) 불법행위 구제

보통법상의 불법행위 구제는 모든 손해의 배상을 원칙으로 한다. 따라서 불법행위 구제에 있어서 가장 중요한 것은 원고가 피고의 불법행위의 결과로서 직접적으로 입은 손해를 측정하는 것이다.<sup>126)</sup> 불법행위 구제는 보상적 손해배상으로서의 금전배상이며, 일반적으로 징벌적 손해배상 이외에는 특별한 구제방법이 없다. 또한 직접적 손해에 대한 배상에 국한되므로, 이차적(secondary) 손해에 대한 배상은 제외된다. 그러나 악의적이고 고의적인 불법행위의 경우에는 이차적 손해에 대한 배상도 고려될 수 있다.

#### 나) 계약위반 구제

고용관계의 양당사자는 계약에 근거한 의무를 진다. 고용계약서의 명칭을 가진 문서를 비롯하여 구두약속, 고용안내서(employment handbook), 서약서, 단체협약 등 모든 것이 계약 해석의 근거자료로 활용될 수 있다.

전통적으로 계약위반에 대한 손해배상은 계약 목적 및 내용이 충분히 실현되었을 때 계약의 양당사자에게 주어져야 하고, 당연히 기대할 수 있는 '기대 배상'(expectation damages)을 기준으로 한다.

부당해고 구제에 있어서는 가끔 금지명령(injunction)이 구제수단으로 활용되기도 한다. 그러나 금지명령과 같은 적극적 구제방법이 현실적으로 불가능한 경우나 오히려 근로자에게 적절치 않은 상황에서는 법원은 기대 배상을 대신하여 금전적 손해배상을 내용으로 하는 '신뢰 배상'(reliance damages)을 명한다.

---

126) Restatement(Second) of Torts §903(1979).

2) 보상적 손해배상(compensatory damages)

가) 일실과거수입(prior lost earnings)

보통법상의 일실과거수입은 형평법상의 구제수단인 소급임금(back pay) 지급과 거의 동일하다. 일실과거수입 보상은 부당해고, 재고용 거부 등에 있어서, 가장 통상적으로 활용되는 구제수단이다. 일실과거수입 배상은 불법행위로 인한 손해배상이나 계약책임 배상이나 동일하게 적용된다. 근로자는 부당해고로 인하여 입은 손해를 입증할 수만 있다면, 사용자로부터 해고시부터 소송시, 또는 새로운 직업을 구하거나 복직시까지의 일실수입을 배상받을 수 있다. 통상적으로 일실수입은 각종 수당을 포함하며, 경우에 따라서는 일실특별급여, 장래 수입, 판결 이전 이자와 판결 후의 이자 등을 포함한다. 일실수입은 근로의 대가로서의 임금에 배상기간을 곱하여 얻은 금액에서 근로자가 그 기간동안 실제로 얻었거나, 상당한 주의를 기울였다면 얻을 수 있었던 금액을 공제하여 그 잔액을 산정한다.

부당해고로 인한 손해배상에 있어서 산정근거가 되는 임금은 근로자의 해고 당시의 수입이나 근로자가 해고되지 아니하였다면 근무하고 있을 직위의 수입을 기준으로 한다. 해고된 근로자가 일시적인 직업으로부터 얻은 수입, 퇴직수당 등은 일실수입 배상금액에서 중간수입으로서 공제된다. 사용자가 해고된 근로자에게 복직을 제의하면서 소급임금에 대한 권리 포기를 중용한다 해도 그와 같은 조건적 복직 제의는 사용자의 소급임금 지급책임의 발생을 정지시킬 수 없다.

근로자가 사용자에게 대한 노무제공으로 인한 대가가 아닌, 다른 소득원에 의해서 병행적 수입(collateral source benefits)이 있을 경우, 이는 사용자가 배상하여야 할 손해배상액에 아무런 영향을 미치지 아니한다. 예를 들어, 해고된 근로자가 받는 실업수당이나 사회보장정책에 따른 급여, 기타 유사급여는 정부로부터 지급되는 것이므로 사용자는 부당해고로 인한 손해배상 전액을 근로자에게 지급해야 한다. 만일 사용자가 아닌 주정부에 의하여 근로자에게 지급되는 실업수당을 사용자가 배상하여야 할 소급임금에서 공제한다면, 이는 법률에 의하여 보호받고 있는 근로자를 부당하게 해고한 사용자의 경제적인 부담을

덜어주는 결과를 초래하며, 나아가 일실수입 보상이 갖는 ‘해고 억제’의 예방적 목적을 희석하는 것이다.

그러나 근로자가 실제로 다른 직업을 통하여 얻은 수입이 있다면, 사용자는 손해배상액에서 이를 공제받을 수 있다. 근로자의 중간수입은 근로자가 해고당하기 전의 종전 직업과 같은 종류나 같은 지위의 직업으로부터 얻어진 것임을 요하지 않는다. 따라서 근로자가 전혀 다른 직업으로부터 얻은 임금도 사용자의 일실수입 손해배상액에서 공제된다. 다만, 근로자가 실제로 취득한 소득이 부당해고를 당하지 않았다 하더라도, 종전의 직업에 종사하면서 얻을 수 있었던 양립 가능한 직업으로부터 얻은 수입일 때는 공제되지 않는다.

또한 근로자가 소득을 취할 수 있는 기회가 주어졌음에도 불구하고 이를 거부하여 아무런 수입도 얻지 못했다면, 사용자는 손해배상액에서 근로자가 대체직업(substitute employment)으로부터 얻을 수 있었던 금액을 공제받을 수 있다. 이러한 손해경감의무 원칙에 있어 해고된 근로자는 다른 유사한 직업을 얻음으로써 부당해고로 인한 자신의 손해를 줄이기 위한 상당한 노력을 하여야 할 의무가 있으며, 상당한 노력을 하지 아니하였다면 해고기간 동안의 손해는 배상받을 수 없다는 취지에서 비롯된 것이다. 근로자가 얻을 수 있었던 수입을 사용자의 손해배상액에서 감액하는 것은 근로자가 종전의 직업과 본질적으로 동가적인 직업을 얻을 기회가 있었을 때에만 가능하다.

Title VII은 명문 규정에 의하여 “부당한 차별을 받아 해고된 근로자의 중간수입이나, 근로자가 상당한 노력(reasonable diligence)을 기울여 얻을 수 있었던 수입은 사용자가 지급해야 하는 소급임금에서 감액되어야 한다”고 밝히고 있다. 그러나 실제로 법원이 근로자가 소득을 얻기 위한 ‘상당한 노력’을 했는가 여부를 판단하는 것은 매우 어렵다. 따라서 일반적으로 판결에서는 근로자에게 적당하고 원칙에 비길만한 대체직업(suitable and comparable substitute employment)<sup>127)</sup>

127) 사용자가 해고된 근로자에게 복직 제의를 하면서 소송의 포기나 소급임금의 포기 등을 복직 조건으로 요구한다면, 이는 본질적으로 유사한 직업의 제공이라고 할 수 없다.

이 주어졌음에도 불구하고, 근로자가 구직을 위하여 상당한 노력을 기울이지 아니하였음을 사용자가 입증해야 한다. 즉, 근로자가 비록 손해경감을 위한 상당한 노력을 하지 아니하였더라도 이는 문제가 되지 않으며, 다만 상당한 노력을 통하여 회피할 수 있는 손해의 배상에만 장애가 된다. 대체직업은 근로자에게 사실상 동일한 임금, 지위, 책임, 근로조건, 승진기회 등이 제공되는 경우에만 인정된다.

계약기간의 정함이 있는 근로자가 해고된 경우에는 일실수입의 산정이 비교적 용이하나, 기간의 정함이 없는 계약의 경우에는 배상기간을 정하는 것이 매우 어렵다. 법원은 일반적으로 기간의 정함이 없는 계약에서의 계약위반 소송이나 공공정책 위반의 불법행위 소송에 있어서 해고시부터 소송시까지의 소급임금을 인정하고 있다. 그러나 임의고용 근로자에 대하여 해고된 근로자가 복직되었다 하더라도 사용자가 다시 근로자를 해고하였으리라고 인정된다는 이유로 소급임금을 인정하지 않은 판결도 있다.

#### 나) 일실장래수입(front pay)

과거의 일실수입과 달리 일실장래수입은 일실이 예상되는 장래의 수입을 배상하는 구제수단이다. 특히 해고소송에서 근로자에게 원직복직 내지 적절한 자리를 부여하는 구제방법이 적당하지 않을 경우, 일실장래수입의 지급은 가장 적절한 구제수단이 될 수 있다. 즉, 해고소송에서 근로자가 승소한다 해도 빈 자리가 없거나, 복직에 대한 실현가능성이 없을 때 일실장래수입이 지급될 수 있다.<sup>128)</sup>

법원은 고용차별금지법과 같이 법률에 근거한 소송에 있어서도 복직을 명하는 것이 오히려 근로자에게 피해를 주거나 적절치 못한 상황 또는 부당한 마찰이나 논쟁을 야기하리라고 예상되는 경우에는 일실장래수입의 지급을 명한다.

사용자는 근로자가 부당해고를 당한 후, 원직과 대등한 일자리를 제의 받거나, 새로운 직장에 취업한 때 또는 그러한 구직을 위하여 상

128) Williams v. Pharmacia, Inc. (7th Cir. 1988); Fadahl v. City & County of Sanfrancisco (9th Cir. 1984).

당한 노력을 더 이상 하지 않는 장래의 시기까지, 근로자가 부당하게 해고되지 아니하였다면 얻을 수 있었던 임금과 기타 특별급여를 일실장래수입으로서 지급해야 한다. 그러나 근로자가 이미 직장을 옮겼거나, 더 이상 새로운 직장을 찾기 위한 구직행위를 하지 않을 때에는 일실장래수입이 부인될 수 있다.<sup>129)</sup> 또한 부당하게 해고된 근로자가 새로운 직업을 구하였으나, 해고당하기 전의 수입과 새로운 직장에서의 수입에 차이가 나는 경우에는, 사용자는 해고당하지 않았다면 받을 수 있었던 기대수입과 새로운 사용자로부터 얻을 수 있으리라고 기대되는 수입과의 차액을 일실장래수입으로서 배상해야 하며, 현재의 가치를 반영하기 위하여 중간이자가 공제된다.

일실장래수입의 지급산정시기는, 근로계약기간이 정하여진 경우에는 정해진 계약기간에 한정된다. 그러나 임의고용의 경우에는 산정시기를 언제까지 할 것이냐의 문제가 제기된다. 임의고용의 경우 근로자는 부당해고가 없었더라면 퇴직에 이르기까지 근무할 수도 있지만, 해고와 관계없이 언제든지 직장을 떠날 수도 있다. 따라서 고용관계의 종료시기를 구체적으로 추정하는 것이 매우 어렵다. 각 주(州)의 법원은 지급시기 산정이 불가능하다는 이유로 임의고용에 있어서의 일실장래수입을 거부하는 입장과 반대로 통상적인 퇴직연령에 이르기까지 지급을 명하는 입장 등으로 다양한 판결을 내리고 있다. 일실장래수입을 인정하는 주에서는 부당해고된 근로자가 해고가 없었더라면 그 직장에 계속하여 머물러 있었으리라고 추정되는 합리적 기간 동안의 수입을 인정하고 있다. 이 경우 고용기회의 가능성, 근로자의 손해경감 의무, 상당한 노력에 의하여 재고용될 수 있는 예상기간, 근로자의 업무, 사용자의 사업중단이나 양도 등의 요소를 종합적으로 고려한다. 만일 해고된 근로자가 종전의 직업과 동일 또는 유사한 직업을 갖게 되면 배상기간은 새로운 직업을 갖게 된 때까지로 한정된다.

---

129) Kempfer v. Automated Finishing (Wis. 1997).

다) 부수적 손해(consequential damages)

부수적 손해에는 부당하게 해고된 근로자의 이사비용, 구직비용, 의료비용, 정신병 치료비용, 물리치료비용 기타 부당해고의 결과로 발생한 액수산정이 가능한 지출이 모두 포함된다.<sup>130)</sup> 이러한 손해를 배상받기 위하여는 근로자는 사용자의 부당해고의 결과로서 부수적 손해가 발생하였다는 사실, 즉 사용자의 해고행위와 그로 인해 근로자가 입은 손해간에 인과관계가 있음을 입증해야 한다.

보통법상의 불법행위 구제는 직접적 손해에 대한 배상에 국한되므로 밀접한 인과관계(proximate cause)가 가장 중요하다. 그러나 악의적이고 고의적인 불법행위의 경우에는 이차적 손해에 대한 배상도 고려될 수 있다. 기타 법률에 근거한 손해배상에 있어서도 인과관계는 중요한 고려 대상이다.

전통적으로 계약위반에 대한 손해배상은 계약의 목적 및 내용이 충분히 실현되었을 때 계약의 상대방에게 주어져야 하고, 당연히 기대할 수 있는 '기대배상'(expectation damages)을 기준으로 한다. 즉, 계약의 상대방이 계약위반 자체에서 자연적으로 발생하는 것으로 합리적으로 인정하고 추론될 수 있는 손해, 즉 사물의 통상의 과정에 따라 발생하는 손해나 또는 계약체결시에 그 계약위반의 가능한 결과로서 상대방이 고려하고 있었다고 합리적으로 추론되는 그러한 손해가 기준이 된다. 또한 손해는 명백히 확인될 수 있고, 상당 정도 확실해야 한다.<sup>131)</sup>

---

130) 그러나 특별한 경우에 근로자는 단순히 임금을 얻을 목적만이 아니라 전문가로서의 기술의 발전이나 공중에게 우호적으로 알려질 기회를 얻기 위하여 고용계약을 체결하게 되며, 그러한 경우에는 상대방은 어떤 분명한 부수적 이익을 임금의 일부로서 지급받는 것이므로 부수적 손해의 배상청구에 포함될 수 있다. 물론 대부분의 근로계약에 있어서 근로자는 근로를 통하여 경험을 쌓을 기회나 자신에게 도움이 될 수 있는 사람을 만날 수 있는 기회 등의 부수적 이익을 갖고 있으나 통상은 계약에 정해진 임금을 받을 목적으로 계약을 체결한 것으로 간주된다(정진경, 「미국에서의 부당해고의 사법적 구제수단에 관한 연구」, 『노동법학』 제10호, 한국노동법학회, 2000, 317쪽).

131) 정진경, 앞의 논문, 316쪽.

## 3) 징벌적 손해배상(punitive damages 또는 exemplary damages)

근로자들이 제기하는 소송사유의 대부분이 사용자에 의한 근로계약 위반임에도 불구하고, 징벌적 손해배상은 원칙적으로 계약위반 소송에서는 허용되지 않는다.<sup>132)</sup> 그러나 많은 주에서는 계약위반 소송의 경우에도 징벌적 손해배상이 인정되고 있다. 징벌적 손해배상을 인정하는 주(州) 법원은 판결에서 “사용자가 의도적으로 악의, 모욕 또는 남용의 의사를 갖고 근로계약을 위반하거나, 사용자의 그와 같은 행태가 독립적 불법행위를 구성하는 경우 근로자는 징벌적 손해배상을 제기할 수 있다”<sup>133)</sup>는 입장을 밝히고 있다.

선의(good faith) 여부, 실수, 합의의 증거(evidence of consent) 여부는 징벌적 손해배상을 인정하는데 있어서의 판단요소들이다. 연방대법원은 징벌적 손해배상의 액수인정과 관련하여 법적 한계를 일탈하는가 여부를 결정하는 세 가지 요인, 즉 비난가능성(reprehensibility), 보상적 손해배상과 징벌적 손해배상의 관련성, 유사한 행위에 대한 시민법 또는 형법상의 제재(sanction) 규정을 제시하고 있다.<sup>134)</sup> 부당해고된 근로자가 징벌적 손해배상을 받기 위해서는 사용자의 해고가 자의적이고 악의임을 입증해야 한다.<sup>135)</sup>

## 나. 형평법상의 구제

## 1) 복직(reinstatement)

복직은 부당하게 해고된 근로자가 해고되기 이전의 위치로 돌아가서 고용 상실을 통하여 잃어버린 ‘현상’(status quo)을 회복하는 것이다. 역사적으로 법원은 특별히 법률이 허용하지 않는 한 사용자에게 해고된 근로자의 복직과 같이 구체적 의무이행을 통한 구제를 명하는

132) Robert N. Covington, Kurt H. Decker, *Employment Law*, 2002, p.521.

133) Willard v. Paracelsus Health Care Corp., 681 So.2d 539 (Miss. 1996).

134) BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559, 116 S.Ct.1589, 134 L. Ed.2d 809(1996).

135) Hansen v. Morgan, 582 F 2d 1214 (9th Cir. 1978).

것을 거부해 왔다. 최근까지도 다수의 법원들은 “복직명령은 계약위반에 대한 적절한 구제수단이 아니다”라는 입장을 보여 왔다.<sup>136)</sup> 그와 같은 법원의 주장은, 보통법에 의하면 법원은 근로자에게 특정한 사용자를 위하여 일하거나 근로관계를 유지하도록 명령할 수 없다는 이론적 어려움에 근거하고 있었다. 그러나 대부분의 법원에서 복직을 중지명령(‘cease and desist’ order)으로 수용함으로써 이러한 문제는 정리되었다. 즉, 사용자가 부당하게 근로자의 고용을 거부하거나 불합리한 이유로 승진을 거부하는 경우 법원은 중지명령을 내릴 수 있게 되었다.

복직은 오늘날 대부분의 연방 및 주 법률에 의하여 가장 빈번하게 활용되는 구제수단이다.<sup>137)</sup> 예를 들어, 연방노동관계법(NLRA)<sup>138)</sup>과 1964년의 민권법(Civil Rights Act)<sup>139)</sup>은 복직구제를 엄격하게 규정하고 있다. 집단적 노사관계에 있어서 단체협약의 경우에도 복직은 중재인(arbitrator)들에게 가장 실행가능한 구제수단으로 받아들여지고 있다.<sup>140)</sup> 복직은 소급임금의 완전 또는 부분지급과 함께, 아니면 소급임금을 전혀 지급하지 않은 채 이루어질 수 있다.

복직은 소급임금 지급과 더불어 연방노동관계법 및 고용법 시행과 단체협약 위반의 중요한 제재로서 작용하며, 사용자의 자의적이고 부당한 해고를 예방할 수 있는 가장 효과적 수단으로 인식되고 있다. 즉, 해고가 정당하지 않을 경우 사용자는 해고 이후의 기간의 임금지급, 복직조치와 함께 중재비용의 부담, 행정절차의 준수, 소송부담을 져야 한다는 인식을 하게 되며, 이는 해고 이외의 바람직한 해결책을 모색하는 실질적 인센티브가 되는 것이다.

136) *Zannis v. Lake Shore Radiologists, Ltd.*(Ill.App.1979), *Louisville & Nashville R.R. v. Bryant* (Ky. 1936).

137) Robert N. Covington, Kurt H. Decker, *Employment Law*, 2ed, 2002, p.518.

138) 29 U.S.C.A. §160(e).

139) 42 U.S.C.A. §2000e-2-3.

140) *Aeroquip Corp.*, 95 Lab. Arb.(BNA)31(Stieber. Arb.)(1990).

## 2) 소급임금 지급(back pay)

형평법상의 구제수단(equitable relief)인 소급임금은 부당해고, 재고용 거부 또는 승진 탈락 등에 있어서 가장 통상적인 구제방법이다.<sup>141)</sup> 소급임금은 보통법상의 손해배상청구에 있어서의 일실과거수입과 거의 동일한 것이나, Title VII 소송에 있어서는 보통법상에서 인정되는 보통법상의 구제수단(legal relief)은 인용되지 않으며, 소급임금만을 손해배상으로서 인정하고 있다.<sup>142)</sup>

법원은 고용차별사안에 관한 판례에서 소급임금의 배상기능에 대하여 첫째, 과거의 차별로 인하여 야기된 손해를 배상하여 피해자를 원상으로 회복하여 주고, 둘째 장래의 차별행위를 억제하고자 하는 것이

141) 법원은 소급임금 지급 여부와 관계없이 근로자의 복직이나 고용을 포함하여 적절하게 적극적인 행위를 명할 수 있다(Title VII). 그러나 이는 법원이 소급임금 지급 여부를 결정함에 있어서 완전한 재량이 허용되는 것을 의미하는 것은 아니다. 미국 연방대법원의 입장은 불법적인 고용차별을 예방하는 차원에서, 소급임금은 ‘진정제를 통하여 차별을 뿌리뽑고 과거의 차별로 인하여 받은 손해의 완전한 회복’을 취지로 하는 입법목적에 손상시키지 아니할 때에만 부인될 수 있을 뿐 그러한 사정이 없다면 거부할 만한 특별한 사정이 없는 한 반드시 인정되어야 한다는 것이다(정진경, 앞의 논문, 311쪽).

142) 정진경, 앞의 논문, 321쪽. 법원이 제시한 이유는 다음과 같다. 첫째, Title VII의 구제수단에 관한 규정의 용어가 소급임금의 지급을 부가하거나 부가하지 않는 복직과 다른 형평법상의 구제수단으로 이를 제한하고 있다. 보상적 손해배상이나 징벌적 손해배상은 보통법상의 구제수단이며, 형평법상의 구제수단이 아니고 따라서 법률에 의하여 부인되었다고 인정된다. 둘째, 입법사와 Title VII의 42 U.S.C. §2000-5(g)의 문언이, 이 조항이 연방노동위원회(NLRB)에 부당노동행위와 관련한 구제수단에 관한 권한을 부여한 연방노동관계법(NLRA)의 규정인 29 U.S.C. §160(c)의 규정을 모델로 한 것임을 보여주는 데, 위 29 U.S.C. §160(c)의 규정은 보상적 손해배상이나 징벌적 손해배상을 허용하지 아니하는 것으로 해석되어 왔다. 셋째, 1968년에 의회가 Fair Housing Law를 입법하면서 실질적 손해와 징벌적 손해의 양자에 관한 손해배상을 특정하여 규정하면서 그로부터 4년 후에 의회가 위 §2000-5(g)의 규정을 개정하면서 손해배상에 관한 어떤 규정도 포함시키지 아니하였다. 그리하여 근로자에 대한 Title VII하에서의 구제수단은 형평적인 구제수단에 국한되며, 차별적 고용행위로 인한 피해자의 원상회복을 위하여 손해배상이 필요한 경우라 하더라도 부수적인 손해, 정신적인 고통으로 인한 손해 등의 보상적 손해배상이나 그 외의 징벌적 손해배상을 받을 수 없다고 판시하였다. Walker v. Ford Motor Co., 684 F 2d 1355, 1364 (11th Cir. 1982).

라고 밝히고 있다.

근로자가 해고 등으로 거부된 바로 그 자리에서 얻을 수 있었던 수입(보상액)으로서의 소급임금과 근로자의 실제 수입 또는 동일한 지역 내에서 일반적으로 얻을 수 있는 수입과는 다른 것이다.<sup>143)</sup> 즉, 소급임금은 사용자의 부당해고가 없었다면 얻을 수 있었던 수입으로서 일실과거수입과 같다. 따라서 근로자가 취득했던 수입의 총액을 의미하므로 통상 근로시간에 대한 보수 이외에도 연장근로나 교대근로에 대한 수당, 가산수당 등이 포함되어야 한다. 승진이나 승급에 따른 수당의 경우에도 이미 근로자가 해고당하기 전에 결정되어 그와 같은 수당을 받기로 되어 있었다면 소급임금에 포함되어야 한다.<sup>144)</sup>

소급임금은 형평법상의 구제이나 청구소송에서는 보통법상의 원칙을 적용받는다<sup>145)</sup>. 따라서 회피가능한 결과(avoidable consequence)나 손해경감의무 원칙의 적용을 받는다.

### 3) 선임권(seniority)

부당해고의 구제로서 선임권의 소급인정 문제는 해고된 근로자 이외에 다른 근로자에게 영향을 미치거나, 본래의 목적과 달리 완전한 원상회복이 당사자에게 바람직하지 않은 특수한 상황도 있을 수 있기 때문에 일률적으로 판단하기는 어려운 문제이다.<sup>146)</sup> 즉, 부당하게 해고된 근로자의 지위를 원상회복시킴으로써 다른 근로자들, 특히 부당해고 이후에 고용된 모든 현재의 근로자들의 상대적 선임권을 약화시킬 가능성이 있다. 이와 같은 문제는 승진, 일시해고, 근무조의 선택, 휴일의 선택, 초과근로 기회 등 경쟁적 이익과 관련하여 발생할 수 있

143) Frank B. Hall & Co., Inc. v. Buck (Tex.App. 1984).

144) Pecker v. Heckler (4th Cir. 1986); Saunders v. Claytor (9th Cir. 1980).

145) 정진경, 앞의 논문, 311쪽 주 10). 과거와 달리 현재에는 보통법원과 형평법원이 통합되었기 때문에 일반 손해배상(legal action)과 형평법상의 손해배상(equitable action)은 큰 차이가 없다. 그러나 아직도 일반 손해배상은 배심소송이 가능하며, 법해석에 있어서도 형평법상의 청구인 경우에는 법원의 재량이 인정되는 경향이 있다.

146) Romansanta v. United Air Lines, Inc., 717 F.2d 1140, 1148 (7th Cir. 1983).

다.<sup>147)</sup> 또한 선임권을 인정하지 않더라도 고용차별을 근절시키고자 하는 본래의 목적을 방해하지 않으며, 선임권을 인정하는 것이 오히려 과거의 차별과 관련하여 고통받는 특수한 경우에는 예외적으로 선임권을 거부할 수 있다.<sup>148)</sup> 그러나 일반적으로 법원은 Title VII이 목적하는 ‘고용차별 결과에 대한 원상회복’을 위해서는 선임권상의 구제가 필요하다는 입장에서 고용차별 행위가 없었더라면 자리하고 있을 지위로 원상회복을 시키는 선임권을 인정하고 있다.

#### 4) 차별시정 행위(affirmative action)

인종, 피부색, 종교, 성별, 국적으로 인한 해고를 금지하고 있는 Title VII은 법원에 광범위한 권한을 부여하였다. 즉, 법원은 위법한 차별행위를 한 사용자에 대하여 ‘적절한 차별시정 행위’를 하도록 명령할 수 있다. 그러나 Title VII은 근로자가 인종, 피부색, 종교, 성별, 국적이 아닌 다른 이유로 해고된 경우에는 고용, 복직, 승진 또는 소급 임금의 지급을 금지하고 있어서 직접적인 피해자 이외의 자에게 영향을 미치는 구제명령의 유효성이 문제되었다.<sup>149)</sup> 이에 대하여 연방 대법원은 과거의 차별행위에 대한 구제수단으로서 ‘인종’적 차별을 구제하기 위한 차별시정 행위를 명령하는 것을 금지하지 않으며, 특히 그러한 구제수단은 사용자나 노조가 장기적이고 극심한 차별을 한 경우나, 만연하는 차별행위의 지속적 효과를 근절하기 위하여 필요한 경우에는 적절하다고 판시하였다.<sup>150)</sup>

147) 정진경, 앞의 논문, 326쪽.

148) *Franks v. Bowman Transportation Co. Inc.*, 424 U.S. 747, 762-766(1976).

149) 정진경, 앞의 논문, 327쪽; 42 U.S.C. §2000e-5(g) (1994).

150) 정진경, 앞의 논문, 328쪽.

## 제2절 영 국

### 1. 해고제한의 법체계

영국에서 해고규제입법과 노사분쟁처리의 공적제도가 정비된 것은 1960년대 이후이다. 그 이전에는 사용자가 적정한 예고기간을 두거나 그에 상응하는 보상을 행하면 보통법(common law)상 언제라도 근로자를 해고할 수 있었다. 또한 종래 노동조합은 해고에 대한 법적 규제와 구제를 국가에 요구하기보다는 오히려 힘을 배경으로 사용자와의 교섭을 통해 해결하는 것이 일반적이었다. 요컨대 ‘자치주의’(voluntarism)와 ‘불간섭주의’(abstentionism)를 근간으로 하는 자주적 시스템(voluntary system)이 중심내용을 이루었다.<sup>151)</sup>

그러나 1960년대 경제적 상황이 악화되어 종래의 노사관계시스템을 비판하는 목소리가 높아졌다. 많은 근로자가 단체협약의 보호대상이 되지 못하고, 보호대상이 되더라도 영국의 전통적인 산업별 단체교섭 시스템으로는 개별적인 권리가 보호되지 못한다고 지적되었다. 그리하여 비조합원을 포괄하는 근로자보호입법의 제정 필요성이 제기되었다. 이런 상황에서 탄생한 것이 1971년 노사관계법(Industrial Relations Act)이다. 동법은 부당해고(unfair dismissal)를 일반적으로 금지하는 규정을 두었으며, 부당해고에 대해 복직(reinstatement) 내지 재고용(re-engagement) 명령, 그리고 금전보상(compensaion)을 명하도록 명시하였다. 이것을 판단하는 기구는 1964년 설립되어 1996년 고용법원(Employment Tribunal)으로 그 명칭이 변경된 노동법원(Industrial Tribunal)이었다.<sup>152)</sup>

---

151) 자세한 내용은 李鎰, 『イギリスの解雇紛争解決制度』, 『解雇紛争解決の法理』, 信山社, 2000, 98쪽

152) 당시 노동법원이 부당해고 문제를 관할하게 된 배경은 노동법원이 정부로부

1971년 노사관계법에서의 부당해고 구제제도의 내용은 1975년 고용보호법(Employment Protection Act), 1978년 고용보호(통합)법(Employment Protection (Conciliation) Act : EPCA), 그리고 1996년 고용권법(Employment Rights Act)과 1998년 고용권(분쟁해결)법(Employment Rights(Dispute Resolution) Act) 등에 의해 그 내용이 수정·승계되어 현재에 이른다. 특히 1996년 법은 1995년 '경영상 해고에 관한 유럽공동체 지침'(EEC Directive on Collective Redundancies)에 따라 제정된 것으로 부당해고 판단 및 그 구제제도에 관한 현 제도의 골간을 마련한 법이다.

우선 종래의 개별해고(individual dismissal) 외에 경영상 해고(collective dismissal)까지 그 규제대상을 확대하여 해고를 정의하고 해고의 정당성 판단에 영향을 미치는 절차적 제한내용을 담고 있으며 당해 해고의 정당성 여부의 입증책임이 사용자에게 있음을 분명히 하였다. 또한 구제절차와 관련하여 고용법원에 의한 심문절차뿐만 아니라 본안 소송에 앞서 행정적 조정기관인 조정중재국(Advisory, Conciliation and Arbitration Service : ACAS)에 의한 화해절차를 거치도록 하여 해고분쟁이 소송 이전에 원만하게 해결될 수 있는 제도적 수단을 마련하였다.<sup>153)</sup> 나아가 일정한 사유에 의한 해고시에는 근로자

---

터 독립한 기관으로 조직되어 있다는 것과 노동법원의 재정적 부담이 일반 법원에 비해 적어지는 점, 노동법원 스텝(staff)이 전문가에 의해 구성되어 있다는 점 때문이었다. 노사법원이 고용법원으로 변경되게 된 것은 1996년 고용법원법(Employment Tribunal Act)의 제정과 때를 같이 하는데, 소송의 대부분이 부당해고, 인종과 성차별, 그리고 모성보호를 위한 각종 권리 등을 둘러싼 고용권 관련분쟁이라는 점에 기인했다고 한다. 다만 1996년 고용권법은 권리구제기관을 노동법원으로 명시하고 있었는데 1998년 고용권(분쟁해결)법(Employment Rights (Dispute Resolution) Act)에 의해 명칭이 통일된다. 1998년 법은 그밖에 1975년 성차별금지법(Sex Discrimination Act), 1976년 인종관계법(Race Relations Act), 1992년 노동조합·노동관계(통합)법(Trade Union and Labour relations (Consolidation) Act), 1995년 장애인차별금지법(Disability Discrimination Act)의 분쟁해결 관련규정을 모두 수정한 것이다. 자세한 내용은, [http:// www.dti.gov.uk/erdra](http://www.dti.gov.uk/erdra) 참조.

153) 고용법원에 제기된 사건 중 약 3할 이상이 조정중재국의 알선에 의해 해결되고 있다고 한다. 李鎰, 「부당해고에 대한 사법구제 및 법적 효력」, 『노동법학』

가 임시구제(interim relief)를 신청할 수 있어 사용자의 희망 여하에 따라 복직 또는 재고용을 바로 명할 수 있게 한 제도이다. 이러한 임시구제결정을 근로자를 거부하더라도 그것이 합리적인 이유가 있는 경우 또한 사용자의 불참 등으로 절차가 진행되지 못하는 경우 등에는 고용법원이 근로자의 고용이 계속 유지된다는 취지의 ‘고용계약계속명령’(an order for the continuation of contract of employment)을 내리는 등 신속한 권리구제에 기여하는 제도적 수단을 마련하고 있다.

영국은 현재 부당해고 구제제도에 대해 매우 상세한 규정과 다양한 제도적 수단을 갖고 있는 국가로 우리에게 시사하는 바가 적지 않다. 부당해고 구제제도를 살피기에 앞서 부당해고 여부의 판단기준이 되는 우리식의 실체적·절차적 제한에 관한 내용부터 고찰하기로 한다.<sup>154)</sup>

#### 가. 해고의 정의

1996년 고용권법 제95조 제1항은 개별해고를 다음과 같이 정의하고 있다. “다음의 경우, 그리고 그 경우에 한하여 근로자는 사용자로부터 해고된 것으로 본다. (a) 사용자가 근로자와의 고용계약을 종료시킨 경우(그 계약이 예고기간을 두고 종료되었는지 여부는 불문), 또는 (b) 근로자가 기간의 정함이 있는 계약으로 고용되고 그 기간 만료시에 갱신되지 않았던 경우, (c) 근로자가 사용자의 행위를 이유로 예고를 하거나 또는 하지 않고 그 계약을 종료시킨 경우”이다.

(b)는 본래 1년 이상의 고용기간을 정하고 고용되어 있는 근로자가 부당해고 구제 권리를 포기하는 취지의 서면합의를 한 경우 기간만료 후 갱신되지 않았음을 이유로 구제를 신청할 수는 없다는 것이었으나 (동법 제197조) 그 규정은 1999년 고용관계법(Employment Relations Act) 제18조 제1항에 의해 폐지되었다. (c)는 이른바 의제해고(con-

제13호, 한국노동법학회, 2001, 50쪽 참조.

154) 이하의 내용은 대부분 1996년 고용권법에 담겨진 내용으로, <http://www.hms.gov.uk/acts/acts1996/1996018.htm> 참조.

structive dismissal)에 해당하는 것으로 보통법상 사용자의 이행거절 행위(취로거부)가 있고 근로자가 그것을 승인하여 고용계약을 종료시킨 경우 해고로 본다는 것이다. 예컨대, 사용자에 의한 계약상의 임금·수당·보수의 미지급 또는 일방적 감액, 취로장소의 변경 등 계약내용의 일방적 변경, 권한 정지처분의 실시, 안전문제에 관한 합리적 고충의 무시, 사용자에 의한 계약상의 명시·묵시의 의무위반을 이유로 한 근로자의 이직이 이에 해당한다.<sup>155)</sup>

한편 제139조에 의하면, 잉여인원 정리목적의 경영상 해고(dismissal by reason of redundancy)는 (a) 사용자가 사업(근로자의 직무 또는 취로장소의 사업)을 정지 또는 정지하려 하는 경우, (b) 근로자가 종사하는 특정업무가 사업상 필요성이 정지 또는 감소되었다고 인정되는 경우를 말한다.

#### 나. 해고사유의 제한과 입증책임

1996년 고용권법 제98조의 일반적 해고제한 규정에 의해 사용자에게 의한 해고는 정당한 해고이유가 있어야 하며(동조 제2항), 정당한 해고사유의 입증책임은 사용자가 부담한다(동조 제1항). 근속 1년 미만의 근로자와 정년연령에 도달한 자 또는 65세 이상의 근로자는 위 규정의 적용에서 제외된다(제108조 및 제109조).

정당한 해고사유로 인정될 수 있는 것은 근로자의 능력이나 자격(capacity or qualification) 또는 행위(conduct)가 원인이 된 경우, 근로자가 잉여인원(redundancy)에 해당하는 경우, 근로자의 고용유지가 법률상 의무 또는 제한에 위반하는 경우, 기타 실질적 이유가 있는 경우이다(제98조 제2항). 여기서 '기타 실질적 이유'는 그 의미가 상당히 넓게 해석된다. 근로자가 회사의 조직개편 등으로 계약내용 중 직무변경을 요구받은 경우 그 조직변경이 건전하고 선량한 경영상 이유에 의한 경우는 그 요구에 대한 수인거부로 해고에 이르게 되면 '기타 실

155) 노동부 편, 『유럽연합의 근로기준』, 2001. 12; 小宮文人, 『イギリスの労働法』, 信山社, 97쪽 참조.

질적 이유'에 해당한다.<sup>156)</sup> 또한 경력사칭을 이유로 해고된 경우와 금고형에 처해진 근로자를 해고한 경우, 사용자가 자금상의 이유로 근로자를 해고한 경우<sup>157)</sup>, 지배적인 고객의 요구에 응하기 위해 휴가기간 중의 근로를 명한 것을 따르지 않은 근로자를 해고한 경우<sup>158)</sup>도 이에 해당할 수 있다.

한편 판례는 경영상 해고가 부당해고에 해당하는지 여부의 판단기준으로 ① 객관적인 인원선정기준이 설정되고, ② 그것이 공정하게 적용되는가, ③ 다른 고용으로의 배치전환 가능성이 검토되었는가, ④ 가장 공정하게 인원정리를 행하는 방법에 대하여 조합에게 협의를 구했는가를 고려하고 있다.<sup>159)</sup>

1981년 영업양도(고용보호) 규칙 제8조 제2항은 영업양도를 전후하여 근로자의 해고를 수반하는 경제적·기술적 또는 조직적 변경은 '기타 실질적 이유'에 해당한다고 한다. 그밖에 임신으로 인해 결근 중인 근로자 또는 법정 상병휴직(medical suspension)이나 모성휴직(maternity suspension)중에 있는 근로자가 직장에 복귀함으로써 그 휴직자의 대체근로자였던 자를 해고하는 것도 '기타 실질적 이유'에 해당한다(동 규칙 제106조).

반면 고용권법 제99조 이하와 관계법령이 정하는 절대적 해고금지 사유에 해당하는 해고는 부당해고로 간주되는데<sup>160)</sup> ① 가족적 이유로 인한 휴가(임신, 출산, 모성, 모성휴가, 육아휴가 및 피부양자에 관한 업무면제)를 이유로 한 해고, ② 건강 또는 안전의 관리활동 등을 이유로 한 해고, ③ 상점근로자 또는 도박장 근로자의 일요근로거부를 이유로 한 해고, ④ 근로시간 규칙에 위반하는 근로를 거부한 것 등을 이유로 한 해고, ⑤ 지역연금 수탁자의 임무수행을 이유로 한 해고, ⑥ 근로자대표의 임무수행을 이유로 한 해고, ⑦ 보호되는 정보의 누

156) Hollister v. National Farmer's Union(1979) IRLR 248 (CA).

157) Wilson v. Underhill House School Ltd.(1977) IRLR 475 (EAT).

158) Branclon v. Murphy Bros.(1983) IRLR 54 (EAT).

159) Williams v. Compair maxam Ltd.(1982) IRLR 83 (EAT).

160) 물론 이 경우에도 당해 사유를 이유로 해고하지 않았음을 사용자가 입증하면 부당해고 책임을 면할 수 있다.

설을 이유로 한 해고, ⑧ 제정법상의 권리 주장을 이유로 한 해고, ⑨ 전국 최저임금법에 위반한 해고, ⑩ 1999년 세금면제법에 위반한 해고, ⑪ 노동조합원 자격 또는 조합활동을 이유로 한 해고(제108조 제3항 및 제109조 제2항, 1992년 노동조합노동관계(통합)법 제154조), ⑫ 경영상 해고시 해고자 선발이유가 이상의 이유에 의한 경우, ⑬ 근로자의 규율처분 또는 고충처리 심리시 동반자로서의 권리행사를 이유로 한 경우(1999년 고용관계법 제12조), ⑭ 조합승인에 관한 활동을 이유로 한 해고(1992년 법 부칙 A 제161조 및 제164조), ⑮ 유럽노사협의회제도와의 관계에서 특별교섭단체, 유럽노사협의회, 정보·협의 대표 또는 그 선거후보자가 그 임무를 수행하고 그 자 또는 그 자를 위해 행위하는 자가 이를 위해 업무면제를 신청한 것을 이유로 한 해고(1999년 다국간근로자정보협의규칙 제28조 제2항 및 제3항) 및 근로자가 1999년 규칙에서 정한 자기의 권리를 행사한 것 등을 이유로 한 해고(1999년 규칙 제28조 제5항 및 제6항, 제29조) 등이 그것이다. 그밖에 파트타임 근로자가 파트타임 근로자(불이익취급방지) 규칙상 권리를 행사한 것(동 규칙 제7조 제1항)을 이유로 한 해고도 부당해고로 간주된다. 나아가 성별과 결혼을 이유로 한 해고를 금지하는 1975년 성차별금지법, 피부색, 인종, 국적, 민족 또는 출신국을 이유로 한 해고를 금지하는 1976년 인종관계법 등에 의해 차별적 해고가 금지된다. 이상은 앞서 본 적용제외자도 적용되는 절대적 기준이다.

사용자에게 정당한 해고이유가 있었는지 여부의 판단은 해고시 사용자가 알고 있었던 이유만을 심사대상으로 한다.<sup>161)</sup> 또한 사용자는 해고가 그 이유에 의한 것을 입증하면 족하고 그 배후에 있는 사실관계 모두를 입증하여야 하는 것은 아니라고 한다.<sup>162)</sup>

161) Davis & Sons Ltd. v. Atkins(1973) IRLR 314 (HL).

162) Taylor v. Alidair(1978) IRLR 82 (CA).

#### 다. 해고절차의 제한

##### 1) 해고이유서 요구

해고절차와 관련하여 주목할 만한 것으로 근로자가 사용자에게 해고이유가 적힌 서면을 요구할 법적 권리가 있다는 것이다(제92조 제1항). 이 때 근로자는 해고되기 전까지 해고된 직장에서 적어도 2년 이상 근무하였음을 입증하며(제92조 제3항), 사용자는 요구가 있을 때로부터 14일 이내에 해고이유서를 교부하여야 한다(동법 제92조 제2항).

사용자가 합리적 이유 없이 해고이유서를 교부하지 않거나 허위의 해고이유서를 교부하면 근로자는 고용법원에 그에 관한 구제를 신청할 수 있다(제93조). 이러한 신청은 부당해고 구제신청과 마찬가지로 해고된 때로부터 3개월 이내에 행해져야 하며, 신청을 받은 고용법원은 재량으로 진정한 해고이유가 무엇인지를 선언할 수 있고 2주일분의 임금액에 해당하는 금전보상금의 지급을 명할 수 있다. 이 2주일분의 금액은 해고이유서를 요구하는 권리와 부당하게 해고되지 않을 권리 각각에 대해 내려진다.

해고이유서의 요구가 갖는 의미는 당사자간에 해고이유를 명확히 해둠으로써 불필요한 해고분쟁이 발생하지 않도록 하는 효과가 있을 뿐만 아니라 다툼이 있으면 곧바로 소송화되기 때문에 신속한 권리구제에 기여하게 된다.

##### 2) 노조나 근로자대표와의 협의 및 통상산업부예의 통보

1992년 노동조합·노동관계(통합)법에 의해 경영상 해고시 사용자는 근로자대표와 사전협의를 하여야 한다. 여기서 근로자대표란 해고대상자인 근로자들에 의해 선임된 대표, 해고대상 근로자들 중에서 정한 대표, 또는 사용자가 인정한 자주적이고 독립적인 노조의 대표를 말한다. 협의는 해고되는 근로자의 수가 20~99인의 경우는 30일 전에, 100인 이상인 경우는 90일 전에, 해고이유, 대상자 선정기준, 절차, 해고시기, 수당 등의 협의 내용을 협의대상인 노동조합 또는 근로자대표에 대해 통지(정보공개)함으로써 개시된다. 그리고 협의는 해고를

피하는 방법, 해고되는 근로자수를 감소시키는 방법, 해고의 영향을 경감하는 방법에 대하여 합의에 도달할 것을 목적으로 하여 행해져야 한다. 물론 위 규정에 의해 20인 미만의 근로자를 해고하는 사용자는 근로자대표와의 사전협의의무를 부담하지 않지만, 해고되는 근로자와의 협의를 행하지 않았을 경우 부당해고 여부의 판단시 통상 부정적으로 작용한다고 한다.

한편 경영상 해고와 달리 개별해고와 관련하여서는 노조나 근로자 대표에게 주어진 공식적 역할은 없다. 그러나 역시 해고의 정당성을 평가하는 데 있어서 진행되어온 절차를 고려하기 때문에 노조와의 협의는 물론 당해 근로자의 방어권을 부여하지 않은 경우 일반적으로 부당해고로 판정된다고 한다.

나아가 20인 이상의 경영상 해고시 사용자는 통상산업부(Department of Trade and Industry)에 통보하여야 하여야 할 의무가 있는데 통상산업부에 통보하는 내용에는 협이가 개시된 일자 및 기타 통상산업부가 요구하는 정보도 제공하여야 한다. 통보의무 불이행에 대한 처벌은 벌금 부과이다. 사용자가 유한책임회사인 경우 통상산업부에 통보할 책임이 있는 이사 또는 관리자가 과실 또는 직무태만의 혐의가 밝혀지면 개인적인 책임을 지게 할 수 있다.<sup>163)</sup>

### 3) 해고예고기간의 보장

해고되는 근로자에게는 고용기간에 따른 일정한 해고예고기간이 부여된다(제86조). 고용기간이 1개월에서 2년인 경우는 1주간, 2년에서 12년인 경우는 근속 1년에 대해 1주간, 12년 이상의 경우는 12주간의 예고기간이 요구된다. 물론 사용자는 징계 등을 이유로 한 즉시해고도 가능하며 예고를 대신하여 예고기간 상당분의 임금을 지급할 수도 있다. 한편 근속 2년 이상인 근로자는 예고기간 종료 전에 유급의 업무면제가 부여된다(제87조). 업무면제는 구직 또는 직업훈련의 수강을 위해 부여되는 것이고, 주급액의 4할을 한도로 소득을 보장하면서 합리적 기간동안 취득할 수 있다. 합리적인 기간은 업무면제에 의한 사

163) 이상의 내용에 대해서는 노동부, 앞의 책 참조.

업에의 영향의 정도, 예고기간의 길이, 구직의 곤란성 여부 등이 감안된다.

법정예고기간을 부여받지 않고 해고된 근로자는 당해 해고를 위법해고(wrongful dismissal)로서 소를 제기할 수 있지만, 받을 수 있는 구제는 예고가 있었다라면 얻을 수 있었을 예고기간 상당분의 임금, 즉 손해배상금이고, 해고 그 자체가 위법·무효로 되는 것은 아니다. 한편 손해배상을 청구한 근로자는 보통법상 손해를 완화하여야 할 의무를 부담하기 때문에 해고 후 다른 직을 구할 필요가 있고 그것을 태만한 경우는 실제 다른 수입이 없더라도 상응액이 손해배상액에서 공제되게 된다.

#### 4) 감원수당의 지급

한편 경영상 해고에 의해 해고된 근로자는 사용자로부터 감원수당<sup>164)</sup>을 지급받을 수 있다. 이것은 1965년 감원수당법(Redundancy Payment Act)에 의해 마련되어 현재는 1996년 고용권법 제135~181조에서 정하고 있다. 감원수당은 근로자가 해고된 때로부터 6개월 이내에 고용법원에 신청함으로써 청구하면 되는데(제164조 제1항), 사용자의 지급불능 또는 지급거부의 경우에도 해당 근로자는 노동부장관에게 신청하여 감원해고기금에서 감원수당을 지급받을 수 있다(제166조).

지급액은 피해고자의 연령(24~64세가 대상), 지급액, 근속연수(최저 2년일 것)에 따라 다르며(제162조) 7,200파운드를 한도로 한다.<sup>165)</sup> 근속기간 2년 미만(20세 미만)인 자(제155조), 정년퇴직 연령 도달자 또는 65세 이상인 자, 2년 이상의 유기계약으로 고용된 자가 기간만료 전에 감원수당 청구권을 포기하는 취지의 서면합의를 한 경우는 수당 청구권이 인정되지 않는다(제156조 및 제157조). 해고에 앞서 계약종료 후 4주 이내에 계약의 갱신 또는 재고용을 사용자로부터 요구받고

164) ‘잉여정리수당’으로 해석되기도 한다. 小宮文人, 『英美解雇法制の研究』, 信山社, 1992, 51쪽.

61) [http://www.bbc.co.uk/watchdog/guides\\_to/employmentlaw/index7.shtml](http://www.bbc.co.uk/watchdog/guides_to/employmentlaw/index7.shtml)

도 그 요청을 합리적 이유없이 거절한 근로자도 수당청구권이 인정되지 않는다(제141조). 한편 사용자가 감원수당을 지급한 때에는 그 지급액의 일부를 감원해고기금에서 환불받을 수 있다.

합리성 여부의 판단은 근로조건을 포함한 직무의 객관적 성질과 근로자의 주관적·개인적 사정에 의해 결정되는데(제84조 및 제85조), 사용자가 경영상 해고된 근로자에게 제시하는 고용조건이 이전 계약과 동일한 경우와 동일하지 않은 경우로 구별된다. 전자의 경우에는 그 고용조건이 명확할 뿐만 아니라 계약종료 전에 사용자가 신청하였기 때문에 계약갱신이나 재고용의 효과는 계약종료 후 적어도 4주 이내에 발생한다. 후자의 경우는 해당 근로자가 그것을 적절한 고용의 신청으로 받아들일 것이 추가적으로 요구되며 따라서 계약 효과의 발생일로부터 4주간의 수습기간이 자동적으로 시작된다. 이 때 해당 근로자는 감원수당의 수급권을 포기하는 것이 아니라 새로운 고용관계를 수인하는 것으로 볼 수 있기 때문에 수습기간 중 갱신된 계약이나 재고용계약을 부당히 종료시키는 경우에는 감원수당 수급권을 상실한다.

이상의 제도는 사용자로 하여금 해고근로자와 계약을 갱신할 것인가 아니면 그 근로자를 재고용함으로써 감원수당을 지급하지 않을 것인가 하는 선택에 놓이게 하고, 결과적으로 사용자가 경영상 해고를 회피하게 하는 인센티브가 된다고 할 수 있다. 한편 해고되는 근로자도 계약의 갱신 또는 재고용의 요청이 합리적인 경우에 수당청구권을 잃게 될 위험부담은 있지만 요청을 받아들일지 여부의 판단을 유보한 채 4주간에 걸쳐 시험적으로 근무함으로써 요청된 고용에 대응할 시간적 여유를 가질 수 있다.

## 2. 부당해고의 구제

### 가. 구제절차

부당해고를 주장하는 근로자는 해고된 때로부터 3개월 이내에 고용

법원에 그 구제를 신청할 수 있다(제111조). 한편 일정한 경우 고용법원에 임시(假)구제를 신청할 수 있다(제128조 제1항 및 제2항). 건강 또는 안전관리활동 등을 이유로 한 해고, 근로시간 규칙에 위반하는 근로를 거부한 것 등을 이유로 한 해고, 직역연금수탁자의 임무수행을 이유로 한 해고, 1992년 노동관계노동조합(통합)법의 잉여인원정리 협의규정(동법 제188조에서 제198조) 및 1981년 영업양도(고용보호)규칙의 협의규정(동규칙 제10조 및 제11조)에 관한 근로자대표 또는 그 후보자가 그 지위에 기인한 활동을 행한 것을 이유로 한 해고, 보호되는 정보 누설을 이유로 한 해고, 조합의 승인에 관련된 해고(1992년법 부칙 A 제161조 2항)의 경우가 그것이다(제128조 제1항). 이러한 임시구제는 고용의 종료일로부터 7일 이내에 신청하여야 한다(제128조 제2항).

1) 고용법원의 심판인(membership of the Tribunal) 구성과 일반절차(general procedure)

고용법원의 심판인은 1965년 고용법원 규칙 및 1985년 고용법원절차 규칙 등에 의해 법적 자격(barrister or solicitor)을 가진 의장과 근로자측과 사용자측을 대표하는 심판관으로 구성된다. 의장은 7년 이상의 실무경험자 중에서, 심판관은 근로자단체 및 사용자단체의 추천을 받은 자 중에서 정부가 임명한다. 심판관 중 어느 일방이 질병 등으로 결석한 경우 심문은 연기된다. 결정은 다수결에 의하고 의장이 결정권을 가진다.

일반적인 절차에 대해 고용법원 규칙은 기본적인 것만을 정하고 그 이외의 것은 고용법원의 재량(discretion)에 맡기고 있다. 물론 재량이라 하더라도 고용법원의 운영은 ① 심판관(특히 노사대표 심판관)이 중립적인 입장을 견지할 것, ② 대심(對審) 기회를 줄 것 등의 일반 재판원칙을 지켜야 하지만, 이것은 극히 비공식적이어서 일반 법원과 같은 소송절차는 특별히 정하여져 있지 않고 엄격한 심문절차로 행해질 필요도 없다. 고용법원의 일반적 절차를 정하고 있는 1985년 규칙 부칙 제12조가 이 점에 대해 “고용법원은 스스로 자신의 절차를 조정

할 수 있다”고 규정하고 있다.

## 2) 심문전(前) 절차

가) 근로자의 신청과 사용자의 응소에 의한 개시

부당해고 구제신청이 근로자에 의해 이루어진 경우 사용자는 근로자가 해고이유서를 요구하였는지 여부와 관계없이 응소할 필요가 있다. 근로자가 작성한 신청서의 사본이 사용자에게 송부되면 사용자는 응소서를 14일 이내에 고용법원에 발송하여야 한다. 고용법원이 이를 다시 근로자에게 송부하면 고용법원은 심문일정을 결정한다.

심문과정에서의 진술은 본인 또는 본인이 선임한 대리인(representative)에 의해 행해질 수 있으며 법률원조계획(Legal Aid and Advise)에 의해 법적 원조를 받을 수도 있다. 대리인이 신청서와 응소서에 자신의 이름을 명기한 경우 모든 서류가 본인이 아닌 대리인에게 송부되고 절차가 개시된다.

이 과정에서 고용법원은 당해 신청이 고용법원의 관할사항 밖이라고 판단되면 당사자에게 그것을 전달하거나 각하(신청인이 끝까지 진행할 것을 고집하는 경우)할 수 있다. 또한 후술하는 심문전 예비평가가 행해지기까지 심문을 보류하는 결정을 할 수도 있다.

한편 본격 심문에 앞서 고용법원은 주로 당사자의 적격성 여부를 판단하기 위한 예비심문(preliminary hearing: PH) 절차를 행한다. ① 신청인이 근로자인지 여부, ② 신청서가 기한 내에 수리되었는지 여부, ③ 근로자가 부당해고를 주장할 자격을 가지고 있는지 여부(특히 2년 이상의 근속연수 요건이 만족되는가 여부), ④ 적용제외자인지 여부를 판단하기 위해 신청인의 연령이 정년에 달하였는지 여부 등을 살펴 심문이 필요하다고 판단되면 본격 심문이 개시된다. 예비심문을 통하여 당해 신청이 불명예(scandalous), 경박(frivolous), 불합리(vexatious)한 경우 그것을 각하할 수도 있다.

나) 조정중재국(ACAS)에 의한 알선

심문전 절차에 있어 무엇보다 중요한 것이 부당해고 구제신청서와 응소서를 확보한 고용법원이 이를 ACAS에 송부하여 ACAS로 하여금 당해 분쟁의 알선·해결을 시도하도록 한다는 점이다. ACAS의 이러한 의무는 어디까지나 분쟁해결의 촉진을 위한 노력의무(duty to endeavor to promote a settlement)이고, 그 내용도 당사자가 자주적으로 신청하고 협상하여 합의에 이르도록 법률에 관한 정보를 제공하고 필요에 따라 조언을 행하는 정도이다. 그럼에도 불구하고 거의 모든 경우에 대해 ACAS에 의한 화해가 시도되고 있어 사실상 화해전치주의가 채택되고 있다고 볼 수 있다.<sup>166)</sup> 당해 부당해고 사건이 ACAS에서 고용법원으로 다시 송부되어야 본격적인 심문절차에 들어간다고 할 수 있다.

다) 심문전 예비평가(pre-hearing assessments: PHA) 및 심문전 예비조사(pre-hearing reviews: PHR)

이 제도들은 불필요한 심문절차를 억제하기 위한 것이다. 심문전 예비평가는 당사자의 요구 또는 직권에 의해 개시되는 간이심문절차로, 고용법원이 패소 가능성이 있는 일방 당사자에 대해 본격 심문까지 진행할 경우 상대방의 소송비용까지 부담할 수 있음을 경고함으로써 본격 심문으로의 진행을 억제하는 제도이다. 1989년 고용법(Employment Act 1989) 제20조에 의해 새로이 마련된 심문전 예비조사제도는 심문전 예비평가제도가 복수의 재판관에 의한 심문이 행해지는 것임에 비해 심문전 예비조사는 고용법원 의장이 단독으로 심문을 행하며, 심문전 예비평가제도가 소송비용에 대한 경고를 통하는 것임에 반해 심문전 예비조사는 공탁금(deposit)제도를 활용한다는 차이점이 있다.

이상의 제도를 따를 것인지 여부는 신청인의 선택에 맡겨져 있기 때문에 그 결과에 대해 고용항소법원(Employment Appeal Tribunals

---

166) ACAS의 역할에 대해서는 1998년 고용권(분쟁해결)법 및 <http://www.acas.org.uk> 참조.

: EAT)에 상소할 수 없고, 제도의 활용도도 매우 낮다고 한다.<sup>167)</sup>

## 2) 심문(Hearing)

재판의 일반원칙이 지켜지는 한 심문의 구체적 절차에 대해 고용법원의 재량에 맡기는 것은 본격적인 심문의 지휘 및 운영(order and conduct of hearing)에 있어서도 그대로 적용된다. 다만 그 결정은 명확한 증거자료에 의해 판단된다. 예컨대, 일방 당사자가 심문에서 진술하지 않은 경우 고용법원은 당해 신청을 처리할 권한이 있음에도 불구하고 다른 당사자의 증거에 의해 결정을 내릴 수 있다(1985년 규칙 부칙 제8조 제3항).

### 가) 해고의 입증과 정당한 해고이유의 입증

먼저 고용법원은 심판절차상 해고에 정당한 이유가 있는지 여부를 판단한다. 이 과정에서 신청인(근로자)은 먼저 신청인이 해고한 자(사용자)에게 계속 고용되었고(주 16시간 이상 취로한 경우에는 2년 이상의 근속연수, 주 8시간 이상 취로한 경우에는 5년 이상의 근속연수), 피신청인과의 고용계약에 기하여 근로하였으며, 피신청인에 의해 해고된 것임을 입증하여야 한다. 이와 같은 사실이 입증되면 당해 해고가 정당하게 행사된 것임을 피신청인(사용자)이 입증하여야 한다. 당해 해고이유의 정·부당 여부의 판단기준과 입증책임의 문제는 앞서 언급한 바와 같다.

소송당사자와 소송대리인은 증인출석을 요구하고 증인에 대하여 심문(question of witnesses)할 권리가 있다. 고용법원이 정당한 이유 없이 증인을 심문할 기회를 주지 않으면 그러한 고용법원의 행위는 재판 일반원칙에 반함과 동시에 심문결과에 따른 결정이 무효가 된다. 증인심문은 피신청인측의 증인으로부터 시작한다. 증인심문은 문서에 의한 증거 및 증인에 의한 증언이 중심이 된다. 이 과정을 통해 사용자측은 당해 사건이 해고에 이른 이유를 증거로써 명확히 밝혀야 하

---

167) 李鋌, 「イギリスの解雇紛争解決制度」, 앞의 책, 101쪽 참조.

고 주장한 해고사유가 당해 근로자를 해고한 사실을 정당화시킬 수 있음도 증거에 의해 분명히 밝혀야 한다.

나) 해고의 공정성 여부 심사

해고에 정당한 이유가 있다고 판단되면, 다음으로 당해 이유에 기인한 해고가 제반 사정에 비추어 공정한지 여부를 심사하게 된다. 1996년 고용권법 제98조 제4항은 “(a) (사용자의 사업의 규모 및 관리 자원을 포함) 제반 사업에 비추어 사용자가 근로자를 해고하기 위한 충분한 이유로서 해당 사유를 취급하고 합리적으로 행동하였는가 여부에 따라, 그리고 (b) 형평과 당해 소송의 실체적 사항에 따라 결정된다”고 정하고 있다.

‘사용자가 합리적으로 행동하였는가’의 판단기준은 ‘양식 있는 사용자라면 해고하였을 것인가’라는 점을 고려하는 것이다.<sup>168)</sup> 해고에 이른 절차도 판단요소가 되는데, 고용법원은 1975년 고용보호법 제6조(현재는 노동조합노동관계(통합)법 제199조)에 기하여 작성된 ACAS의 「행위준칙(Code of Practice)」(즉, 고용상의 규율처분과 절차)이 정한 공정한 해고절차 가이드라인을 준수하였는가 여부를 중시하여 판단하고 있다. 공정한 절차로는 서면에 의한 보고, (해고이유)의 조사, 근로자에의 사정설명 및 불복신청 기회의 필요성 등을 언급할 수 있다.<sup>169)</sup>

다) 결정과 재심(rehearing)

고용법원에서 심문이 종결되면 그 결과에 관한 결정이 행해지고 선언되게 된다. 고용법원에서의 결정은 다수결에 의하지만, 심판관이 2인인 경우 의장이 결정권을 가진다. 결정은 공평하게 행해져야 하고 고용법원에 제출된 증거에 의하여 판단되어야 한다. 그와 같이 행해지지 않은 결론은 유효하지 않다.

---

168) Elizabeth Slade (ed), *Tolley's Employment Handbook(13th ed)*, p.631 (Tolley, 2000).

169) 자세한 내용은, *Polkey v. Dayton Services Ltd.* (1987) ICR 142(HL) 참조.

결정의 내용은 심문이 종결되면 통상 그 심문장소에서 당사자에게 언도되고 결정서에는 이유가 기재되어야 한다. 고용법원은 결정과정에서 사실판단 또는 법률판단에 어떤 문제가 있는 경우 언도 전에는 언제라도 결정을 취소할 수 있으며, 결정내용에 납득하지 않는 재판관이 있는 경우 고용법원은 선언 전에 재심을 행하는 경우도 있다. 또한 그 결정에 불복하는 당사자는 고용항소법원(EAT)에 항소할 수 있다.

#### 나. 구제내용

부당해고로 판단되는 경우 고용법원은 1차적으로 복직 또는 재고용을 명하되, 그것이 불가능한 경우 2차적 구제로서 금전보상을 명한다(제112조). 금전보상은 복직 또는 재고용보다 우선할 수 없음에도 불구하고 부당해고 근로자의 5% 미만이 복직 또는 재고용의 구제를 받고 있을 정도로 금전보상이 명해지는 경우가 압도적이다.<sup>170)</sup> 한편 앞서 본 임시구제 신청이 있는 경우에도 고용법원은 근로자의 복직이나 재고용을 명할 수 있고 경우에 따라서는 고용계약계속명령을 내리고 금전보상을 명할 수 있다.

##### 1) 복직명령

복직명령은 “모든 측면에서 구제신청자를 해고되지 않았던 것으로 대우해 줄 것”을 사용자에게 요구하는 고용법원의 명령이다(제114조 제1항). 복직명령을 내릴 것인가 여부는 ① 근로자가 복직을 희망하는가, ② 사용자가 복직명령을 따르는 것이 가능한가, ③ 근로자가 해고에 어느 정도 원인을 제공 또는 기여하였는가를 고려한다(제116조 제1항).

고용법원이 복직명령을 내릴 때 반드시 작성하여야 하는 복직명령서에는 ① 구제신청자가 해고에서 복직까지의 기간 중 임금의 미지급분을 포함하여 해고가 없었더라면 당연히 획득할 수 있는 것으로 기

170) Blanpain and Hanami(eds.), 1994에서는 패소한 사용자 100 중 복직·재고용이 명해진 것은 3건이 불과하다고 한다.

대되는 이익으로서 사용자가 지급해야 할 금액, ② 피해고자에게 원상대로 회복되어야 할 선임권(seniority) 및 연금수급권을 포함한 모든 권리와 특권, ③ 고용법원의 복직명령을 사용자가 이행하여야 할 일자(제114조 제2항)가 명시되어야 한다.

## 2) 재고용명령

재고용명령은 구제신청자인 피해고자를 “해고 당시의 사용자, 그 승계인 또는 관련사용자(associated employer)가 해고 당시의 고용내용에 상응하거나 기타 적절한 고용에 채용해 줄 것”을 요구하는 고용법원의 명령으로 복직명령에 대신하여 내려지는 조치이다(제115조 제1항). 고용법원이 재고용명령을 내릴 것인가 여부는 ① 근로자의 희망사항, ② 사용자(또는 그 승계인이나 관련 사용자)가 재고용명령을 따르는 것이 가능한지 여부, ③ 근로자가 해고에 어느 정도 원인을 제공 또는 기여하였는지를 고려하게 된다(제116조 제3항). 근로자가 어느 정도 해고의 원인을 제공 또는 기여한 경우를 제외하고, 고용법원은 합리적으로 보아 실현가능한 한 유리한 조건으로 재고용명령을 내려야 한다(제116조 제4항).

재고용명령서에는 복직명령서에 명시되는 3가지 사항 이외에 ① 사용자의 신분, ② 고용의 종류, ③ 임금을 포함한 제근로조건 등이 명시되어야 한다(제115조 제2항).

## 3) 금전보상명령

복직 또는 재고용이 불가능하다고 판단되어 이를 명하지 않는 경우와 그러한 명령에도 불구하고 사용자가 이를 이행하지 않은 경우 내려진다. 금전보상은 기초적 금전보상과 보상적 금전보상으로 이루어지면 복직 또는 재고용명령의 불이행시 부가적 금전보상 등이 행해진다.

### 가) 고용법원이 복직이나 재고용명령을 내리지 않은 경우

고용법원이 해고의 부당성을 인정하면서도 복직이나 재고용이 불가능하다고 판단되어 이를 명하지 않기로 결정한 경우에는 기초적 금전

보상(basic award)과 보상적 금전보상(compensatory award)의 금전보상을 명한다(제118조 제1항).

기초적 금전보상은 피해고자의 직업상실(선임권 또는 직의 상실)에 대한 보상으로 근로자의 연령, 근속연수 및 주급(週給)을 기초로 보상액이 결정되며(제119조), 1965년 감원수당법에 의한 감원수당과 거의 동일하게 산출된다.

보상적 금전보상(compensatory award)은 부당해고로 피해고자가 입은 금전적 손해의 보상을 목적으로 한다. 손해는 해고로 인하여 합리적으로 인정되는 근로자의 지출비용과 해고시 근로자가 입을 수 있는 이익의 상실을 포함한다(제123조 제1항, 2항 및 3항). 보통법상의 손해경감의무가 적용되어(제123조 제4항) 근로자가 해고 후 새로운 직장을 얻게 되면 거기에서 얻은 중간수입이 손해배상액에서 공제된다. 나아가 새로운 고용을 얻지 못하여도 합리적인 노력을 다하면 얻을 수 있는 수입액도 공제하고 있다. 또한 근로자의 행위가 해고에 상당한 원인을 제공하거나 기여하였다고 판단하는 경우에는 그에 상응하여 타당하다고 고려되는 액을 공제하게 된다(제123조 제6항)

나) 사용자가 복직이나 재고용명령을 이행하지 않은 경우

고용법원이 복직이나 재고용명령을 내렸음에도 불구하고 사용자가 그 명령을 이행하지 않은 경우에도 사용자는 금전보상을 행하여야 한다.

이것은 다시 그 명령을 완전히 이행하지 않은 경우와 불완전하게 이행한 경우로 나누어 볼 수 있는데, 고용법원의 명령에 따른 근로자의 복직 또는 재고용이 전혀 이루어지지 않은 경우에는 기초적 금전보상과 보상적 금전보상 이외에 부가적 금전보상(additional award of compensation)을 명한다(제117조 제3항). 사용자에게 부과되는 부가적 금전보상액은 일반적으로 해당 근로자의 13~26주급에 해당되지만 해고의 이유가 특히 차별적 취급으로 인한 경우에는 26~52주급으로 늘어난다(제117조 제5항).

사용자가 고용법원이 내린 복직이나 재고용의 명령을 불완전하게 이행한 경우, 즉 명령에 따라 근로자가 복직 또는 재고용되었으나 복

직 또는 재고용명령에 정한 요건이 완전하게 충족되지 못한 경우에도 해당 근로자가 입은 손해를 고려하여 일정액의 금전보상이 명령된다(제117조 제1항).

#### 4) 임시구제명령

근로자는 법이 정하고 있는 해고금지사유로 부당하게 해고된 경우 고용종료일로부터 7일 이내에 고용법원에 임시구제를 신청할 수 있다(제128조 제1항 및 제2항). 그리고 사용자가 당해 근로자를 복직시킬 의사를 갖고 있는 경우 고용법원은 임시구제로서 복직을 명한다(제129조 제3항 및 제5항). 사용자가 복직을 원하지 않고 재고용할 의사를 갖고 있고 근로자도 이러한 재고용을 수락하는 경우 고용법원은 임시구제로서 재고용을 명한다(제129조 제3항, 제6항, 제7항).

한편 근로자가 합리적인 이유를 들어 재고용을 거부하는 경우 고용법원은 근로자의 고용이 계속 유지된다는 취지의 ‘고용계약계속명령’(an order for the continuation of contract of employment)을 내린다(제129조 제8항). 임시구제의 인정 여부를 결정하기 위한 심문과정에 사용자가 참석하지 않는 경우에도 고용계약계속명령이 내려질 수 있다(제129조 제9항).

사용자가 최종적으로 고용계약계속명령에 따르지 않는 경우 고용법원은 금전보상의 지급을 명하게 된다(제132조).

## 제 3 절 프랑스

### 1. 해고제한의 법체계

#### 가. 일반해고의 법제

프랑스 노동법에서 해고는 인적 사유에 의한 해고(licenciement

pour motif personnel)와 경제적 사유에 의한 해고(licenciement pour motif économique)로 구분된다. 해고에 대해 실체적·절차적 제한을 가한 최초의 실정법인 1973년 7월 13일 법률(이하 1973년 법률)이 성립하기 이전까지 해고제한입법은 부재하였다. ‘기간의 정함이 없는 근로계약을 일방적으로 해지할 권한’(droit de résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée)을 갖는 사용자는 해고사유에 대한 유일한 판단자로 간주되었고,<sup>171)</sup> 근로자에 대한 유일한 보호책은 사용자의 일방적 해지권이 남용되었을 때 그에 대한 불법행위책임(responsabilité civile délictuelle)을 인정하는 것이었다.<sup>172)</sup> 따라서 해고남용을 이유로 손해배상을 청구하는 근로자는 사용자의 고의·과실(faute) 및 손해에 대한 입증책임을 부담하여야 하였다.<sup>173)</sup> 이러한 상황에서 1973년 법률의 제정은 해고법리의 일대전환을 가져오는 커다란 개혁이었다. 1973년 법률은 실체적·절차적 측면에서 사용자의 해고권을 제한하였다. 우선 실체적 측면에서, 그 이전까지 근로계약의 종료에 어떠한 이유도 요구하지 않았던 ‘일방적 근로계약 해지권’은 ‘진실하고 중대한 사유’(motifs réels et sérieux)가 없는 한 사용자가 행사할 수 없는 권리로 변화되었고, 사용자는 더 이상 해고사유에 대한 유일한 판단자일 수 없게 되었다.<sup>174)</sup> 절차적 측면에서는 근로자의 방어권 보장을 위한 사전청문절차, 청문과정에서 제3자의 조력을 받을

171) Jean Rivero et Jean Savatier, *Droit du travail*, 13e éd. (Paris: PUF, 1993), p.477.

172) 민법상의 권리남용이론(la théorie de l’abus du droit)은 자유개인주의 및 권리절대주의에 대항하여 19세기 판례에 의해 탄생하였고, 노동법 영역에서는 기간을 정하지 않은 근로계약의 해지와 관련한 노사간의 불평등 및 근로자의 고용안정을 고려하여 그 적용이 인정되었다. 1928년 7월 19일 법률은 이러한 판례를 수용하여 사용자에 의한 남용적 해지는 손해배상을 발생케 한다고 규정하였다. 이상의 내용은 G. Lyon-Caen, J. Péliissier et A. Supiot, *Droit du travail*, 18e éd. (Paris: Dalloz, 1996), p.361. 앞으로 이 문헌의 저자를 Gérard Lyon-Caen et autres로 인용한다.

173) Gérard Couturier, *Droit du travail 1 : Les relations individuelles de travail*, 3e éd. (Paris: PUF, 1996), p.222 참조. 이하 이 문헌의 저자를 Gérard Couturier(1996)으로 인용한다.

174) Gérard Lyon-Caen et autres, op. cit., pp.361~362 참조.

권리, 해고통지절차, 해고사유 제시제도 등이 확립되었다.<sup>175)</sup> 다른 한편, 1973년 법률은 소송당사자를 입증책임으로부터 해방시켜 입증책임에 관한 중립주의를 채택하였고, 소송당사자주의를 직권주의로 대체하였다.<sup>176)</sup> 실제적 진실발견은 법관의 임무로 부여되고 이에 상응하여 법관은 직권조사권한을 갖게 되었다. 소송당사자들은 단지 자신의 주장을 뒷받침하는 자료를 법관에게 제출하면 된다. 그리고 소송당사자가 제출한 자료 및 법관에 의한 직권조사로도 결정적 증명이 이루어지지 않는 경우 소송당사자 누구에게 패소의 부담을 지울 것인가 하는 증명위험(risque de preuve)의 문제에 대해서는 1989년 8월 2일 법률을 통해 “의심이 계속되는 경우 근로자에게 유리하다”는 규정(노동법전 L.122-14-3조<sup>177)</sup> 제2항)을 신설함으로써 입법적으로 해결하게 된다.<sup>178)</sup>

#### 나. 경영상 해고의 법제

프랑스에서 ‘경영상 이유에 의한 해고’는 ‘경제적 이유에 의한 해

175) Pierrette Rongère, *Le licenciement* (Paris: Les Editions ouvrières, 1977), pp.44~50.

176) 노동법전 L.122-14-3조 제1항에 의하면, “소송에서 해고절차의 적법성과 사용자가 주장하는 해고사유의 정당성을 평가할 권한을 갖는 법관은 소송당사자들이 제출하는 자료를 고려하고, 필요한 경우 유용한 모든 조사를 다한 후에 자신의 심증을 형성한다.” 1973년 법률안에 대한 의회심의과정에서 노동장관은 “당사자 누구도 입증책임을 지지 않는다. 이들은 평등하다. 입증임무는 법관에게 부여되는 것이다. 소송당사자들은 자신의 주장을 뒷받침하는 자료를 법관에게 제시하는 것이다. 이러한 자료가 불충분한 경우 적절하다고 판단하는 모든 수단을 통해 다른 자료들을 수집하는 것은 법관의 임무에 속한다”고 설명하고 있다. 이상의 내용은 Gérard Couturier(1996), op. cit., p.229의 주3에서 재인용하였다.

177) 프랑스 노동법전에서는 조문번호 앞에 L, R, D라는 略字가 표기되는데 ‘L’은 개별 법률(loi)에 의해 성립한 법률의 효력을 갖는 법규정을 뜻하고, ‘R’ 또는 ‘D’는 대통령 또는 수상이 발하는 데크레(décret)에 의해 성립한 시행령의 효력을 갖는 법규정을 의미한다.

178) Gérard Couturier(1996), op. cit., pp.230~231쪽 참조.

고'(licenciement pour motif économique) 또는 약칭하여 '경제적 해고'(licenciement économique)라고 불린다. 이하에서는 편의상 경영상 해고라는 명칭을 사용하고자 한다. 경영상 해고는 권리남용의 법리에 포섭되어 오랜기간 동안 노동법의 관심밖에 있었다. 경영상 해고에 관한 법제는 1973년에 해고제한에 관한 최초의 입법이 탄생한지 1년 반이 경과한 1975년 1월 3일의 '경영상 해고에 관한 법률'(이하 1975년 법률)에 의해 독자적인 법제도로 형성되었다.<sup>179)</sup> 그리고 1975년 법률 이후 중요한 법개정은 1986년, 1989년, 1993년, 2002년에 이루어졌다. 1986년에는 1975년 법률이 채택하였던 경영상 해고에 대한 행정승인제도가 폐지되고 행정감독제도로 전환되었다.<sup>180)</sup> 경영상 해고에 대하여 관할 행정기관이 승인권한을 갖는 행정승인제도는 고용상실로부터 근로자를 보호하는 장점을 갖고 있었지만 사용자들의 지속적인 반대와 행정소송·민사소송의 관할권 분리에 따른 소송이원화 등을 초래하였고, 결국 1986년 3월 의회선거에서 다수를 차지한 우파정당들은 행정승인제의 폐지를 내걸고 이를 관철하게 된다.<sup>181)</sup> 1988년에 다시

179) 1973년 법률 이전에 경영상 해고법규가 전무하였던 것은 아니다. 제2차 세계 대전기였던 1940년대 중반 이전의 시기에 근로자의 채용·해고는 근로감독관의 승인대상이었으며, 이러한 행정승인제도가 1944년 폐지되었다가 1945년 5월 24일 법률명령(ordonnance)에 의해 6인 이상의 집단해고의 경우에 적용·부활되었다(Christian Bessy, *Les licenciement économique entre la loi et le marché* (Normandie: CNRS, 1993), p.58). 또한 1945년 법률명령에 의하면, 20인 이상의 근로자들을 사용하는 기업에서의 집단해고에는 단체협약으로 정한 해고기준 또는 이러한 협약상의 규정이 없는 경우에는 근로자대표의 의견을 청취한 후 부양가족, 재직기간, 직업자질을 고려하여 사용자가 취업규칙에서 정한 해고기준이 적용된다(Francis Saramito, "L'ordre des licenciements", *Dr. Ouvrier*, N°6, 1994, pp.211~212 참조).

180) André Philbert, "Le droit prétoire du licenciement économique", *Dr. soc.*, N°1, 1998, p.35. 구(舊) 노동법전 L.321-7조는 "어떠한 기업이나 직업부문이든 재판상정리(règlement judiciaire) 또는 청산(liquidation des biens)의 경우를 제외하고는 모든 경영상 해고는 관할행정기관의 승인을 받아야 한다"고 규정하고 있었다. 한편 행정승인제하에서의 해고승인율은 약 87%이었다(Sylvain Niel, "Le retour de l'autorisation de licencier", *Sem. soc. Larry*, N°867, 1997.12.22., p.5).

181) Jean Rivero et Jean Savatier, op. cit., pp.490~491 참조. 한편 1986년 3월에

다수를 차지한 좌파가 행정승인제의 부활을 피하지는 않았다.<sup>182)</sup> 그 대신 1989년에 해고예방 및 해고근로자의 보호를 목적으로 하는 법률(1989년 8월 2일 법률)을 성립시킨다. 그 결과 1989년 법률에 의해 경영상 해고의 정의, 재고용우선권의 확립, 사용자의 비용부담에 의한 근로자대표의 공인회계사 선임권 인정, 해고회피 등을 위한 사회계획(plan social)을 수립·시행할 사용자 의무의 확립, 해고근로자의 재취업촉진·대체소득보장을 위한 직업전환협정의 적용범위 확대 등이 이루어졌다.<sup>183)</sup> 1993년에는 사회계획에 관한 사용자의 의무가 강화됨으로써 경영상 해고법제의 해고예방적 측면이 더욱 강조되었다. 그리고 2002년에는 ① 계획적인 고용관리의 강화(근로자의 고용변화 적응 및 능력개발을 위한 교육훈련의 강화) 및 근로시간 단축 촉진을 통한 해고예방, ② 해고회피조치의 강화(해고회피를 위한 사용자의 고용적용보장 의무 및 근로자재배치의무의 입법화), ③ 기존 사회계획을 ‘고용보호계획’(plan de sauvegarde l’emploi)으로 명칭변경하고 그에 관한 사용자책임의 강화, ④ 사업장 폐지계획과 관련한 조정제도의 신설, ⑤ 근로자 재취업촉진을 위한 사용자의 책임강화(전직휴가의 부여 등), ⑥ 지역고용의 촉진을 위한 기업의 기여 등에 관한 입법화가 이루어졌다.<sup>184)</sup>

이러한 발전과정을 통해 성립한 경영상 해고법제는 실제적 해고제한, 절차적 해고제한, 해고근로자의 보호라는 3가지 법적 체계로 구성되고 있다.

첫째, 실제적 해고제한은 해고사유에 대한 제한, 해고회피조치에 대

---

실시된 하원선거에서 우파연합의 승리로 우파가 내각(수상 자크시락)을 구성하여 좌파인 대통령(프랑수와 미테랑)과의 좌우동거가 1988년까지 이루어지게 된다. 이에 관해서는 박성윤, 『프랑스에서의 의회와 행정부 관계에 관한 연구 : 좌우동거정부시기(1986~88년)를 중심으로』, 서울대학교 석사학위논문, 1994.

182) Jean Rivero et Jean Savatier, op. cit., p.491.

183) André Philbert et Josette Morville, *Licenciements pour motif économique : Les incidences de la loi du 2 août 1989*, CSB, N°11, 1989, p.8 이하 참조.

184) 2002년 법개정에 관한 보다 자세한 내용은 조용만, 『최근 프랑스 경영해고법의 개정내용과 그 평가 : 사회현대화 법률 중 경영해고법 개정사항을 중심으로』, 『노사포럼』 제17호, 경총 노동경제연구원, 2002, 98쪽 이하를 참조.

한 제한, 해고기준에 대한 제한으로 구성된다. 우선, 해고사유에 대한 법적 제한은 해고사유 법정화에 기초를 두고 있다. 노동법전은 경영상의 사유를 제1차 사유(경제적 어려움, 기술변화 등 근로자의 고용 또는 근로계약에 영향을 미치는 경영내·외적 원인)와 제2차 사유(제1차 해고사유가 근로자의 일자리 및 근로조건에 영향을 미쳐 해고를 불가피하게 하는 사유로 고용폐지, 고용변경, 근로계약의 본질적 변경)로 구분하여 이러한 사유에 해당하는 객관적 징표들을 구체적으로 열거하고 있다. 따라서 법관의 일차적 임무는 이러한 제1차 해고사유 및 제2차 해고사유가 객관적으로 존재하는가, 제1차 해고사유 및 제2차 해고사유간에는 인과관계가 있는가를 확인하는 것이다.<sup>185)</sup> 다음, 해고회피조치와 관련하여 사용자에게는 고용적응보장의무 및 근로자 재배치의무가 부과되고 있다. 이러한 사용자의 두 가지 의무는 판례에 의해 확립되었는데 2002년에 법개정을 통해 입법화되었다. 2002년 개정법에 의해 신설된 노동법전 L.321-1조 제3항에 의하면, “경영상 해고는 교육훈련 및 고용적응을 가능케 하는 모든 노력을 다하고, 근로자의 재배치 - 해당 근로자가 담당하였던 것과 동일·유사한 범주의 일자리 또는 그러한 일자리의 부재시 해당 근로자의 명시적 동의를 얻어 보다 낮은 범주의 일자리로의 재배치 - 가 기업 차원 또는 기업이 속한 기업집단 차원에서 불가능한 경우에만 허용된다. 해당 근로

185) 해고사유(경영상의 사유)의 법정화는 역설적으로 말하면 사용자의 경영결정권에 대한 사법심사의 대상과 한계를 분명히 설정하는 것으로 볼 수 있다. 우리의 경우처럼 ‘긴박한 경영상의 필요성’이라는 추상적·불확정적인 개념을 채용하는 경우 이러한 요건에 해당하는가에 대한 법관의 판단재량은 넓어질 수밖에 없지만 보다 세부적 기준이 법정화되면 판단자의 재량은 상대적으로 축소될 수밖에 없기 때문이다. 어떠한 입법방식이 타당한가를 일률적으로 평가할 수는 없지만 이와 관련하여 간과해서는 안될 프랑스 사법제도의 특수성이 존재한다. 근로계약에 관한 소송의 제1심에 해당하는 노동법원(conseil de prud’hommes)은 직업적인 전문법관이 아니라 노사에 의해 직접 선출되고 노동사용수로 구성되는 선출직 법관으로 구성된다. 법적 판단의 전문성이 직업법관에 비해 상대적으로 뒤떨어질 수밖에 없는 선출직 법관들에게 있어서 법이 규정하고 있는 구체적 기준들은 경영상 사유의 존부를 확인할 수 있는 유용한 가이드라인이자 판단의 객관성을 담보하는 기능까지 갖는 것으로 볼 수 있다.

자에 대한 사용자의 재배치 제안은 서면에 의해 구체적으로 명확하게 이루어져야 한다.” 해고기준에 대한 법적 제한은 법정해고기준에 기초하여 이루어진다. 과거 노동법전에서는 근로자측의 사정을 고려하는 기준과 기업측의 사정을 고려하는 기준을 동시에 열거하고 있었는데 2002년 법개정을 통해 후자가 삭제되었다. 즉, 개정 이전의 노동법전 L.321-1-1조에 의하면, 단체협약에 해고기준에 관한 규정이 없는 경우 사용자는 근로자대표와 협의하여 해고기준을 정하여야 하는데 ① 가족부양(특히 홀로된 부모부양), ② 재직기간, ③ 재취업을 곤란케 하는 사회적 특성을 갖는 근로자(특히 장애인, 고령자)의 처지, ④ 직업자질 등을 고려하도록 규정하고 있었다. 그런데 2002년 법개정에서 ‘직업자질’이라는 기준이 삭제되었다.<sup>186)</sup>

둘째, 절차적 해고제한은 다음과 같은 체계에 의해 이루어진다. 우선, 해고협의를 근로자측 당사자인 근로자대표는 종업원대표이고, 종업원대표의 해고협의권은 원칙적으로 노동조합의 단체교섭 및 협약체결권에 우선한다. 해고절차는 기본적으로 개별적 절차(해고대상 근로자와의 관계에서 이루어지는 절차), 집단적 절차(근로자대표와의 관계에서 이루어지는 절차), 행정적 절차(행정기관과의 관계에서 이루어지는 절차) 3가지로 구성되지만, 해고규모 및 기업규모에 비례하여 절차적 제한이 가중된다. 일정한 경우 노사간의 해고절차에 대한 제3자의 개입(예, 공인회계사, 자문가 등)을 보장하여 근로자대표의 협의권 또는 개별근로자의 이익방어권을 내실화하고 있다. 특히 해고회피조치 등을 정하는 고용보호계획이 부적법한 경우에 기존에 판례가 인정하였던 해고절차의 무효 및 그에 따른 근로자의 복직권을 2002년 개정법에서는 명문화하였다.

셋째, 해고근로자의 보호는 두 가지 법제도에 의해 이루어진다. 우선, 일정한 요건하에서 우선재고용이 해고근로자의 권리로서 보장된

186) 직업자질 기준이 삭제되었지만, 노동법전이 규정하고 있는 해고기준들은 단체협약에 해고기준에 관한 규정이 존재하지 않는 경우 사용자가 근로자대표와 협의를 거쳐 정하여야 할 해고기준으로 반드시 고려되어야 할 사항들을 예시적으로 열거하는 입법방식을 취하고 있기 때문에 사용자가 직업자질이라는 기준을 채택할 수 있는 가능성이 완전히 차단되는 것은 아니다.

다. 해고근로자가 갖는 재고용우선권에 대응하여 사용자의 채용권은 제약을 받는다. 다음으로 사용자는 고용보호계획을 통해 해고근로자의 재취업 촉진 또는 대체소득보장을 위한 조치들을 마련하여야 하고, 이러한 사용자의 조치를 국가가 지원하는 고용기금지원제도가 확립되어 있다.

이상에서 개괄적으로 고찰한 경영상 해고에 관한 법체계는 1975년에 독립된 법제도로 탄생하여 현재에 이르기까지 점진적으로 이루어진 발전의 산물이다. 이러한 경영상 해고법제의 성립·발전과정에서 노사의 자주규범(전국적 수준의 단체협약)은 중심적 역할을 하였다. 1975년 경영상 해고법이 성립되기 훨씬 이전인 1969년에 노사단체간에 체결된 ‘고용보장에 관한 전국단체협약’은 집단해고에 관한 사용자의 정보제공 및 노사간의 협의절차를 규정하였고, 해고근로자에 대한 특별수당지급제도(이전 임금의 90%를 실업보험기관이 지급하는 제도)를 확립하였다.<sup>187)</sup> 1975년 경영상 해고법은 1969년 전국단체협약을 토대로 하여 성립하였고, 1975년 법률의 기본적 입법취지 중의 하나는 1969년 단체협약의 주요 내용을 입법화하여 법률적 효력을 부여하려는 것이었다.<sup>188)</sup> 그 이후 중요한 법개정이 있었을 때마다 노사자주규범인 단체협약의 주요 내용은 계속적으로 입법화된다. 예컨대, 재고용우선권은 1969년 단체협약에서 기원하는 것으로 1989년에 법률에 의해 법적 권리로 일반화되었다.<sup>189)</sup> 또한 사회계획이라는 개념도 1974년 전국단체협약에 등장한 후 1989년에 법률에 의해 입법화된다.<sup>190)</sup> 노동법전상의 상세하고 복잡한 경영상 해고법규들은 이처럼 노사자주

187) Jean Pélissier, *Le nouveau droit du licenciement*, 2<sup>e</sup> éd.(Paris: Sirey, 1980), pp.1~3 참조. 노사간의 전국단체협약규정만으로 실업보험기관에 의한 특별수당지급이 가능하였던 것은 프랑스의 실업보험제도가 노사단체에 의해 자주적으로 설립·운영되고 있기 때문이다(Christian Bessy, op. cit., p.59 참조).

188) André Philbert, op. cit., p.35 참조.

189) Myriam Ipcar, *Le nouveau droit du licenciement pou motif économique*, Thèse pour la doctorat de l’université de Montpellier I, 1992, pp.284~285 참조.

190) Jean Pélissier, op. cit., p.31; Gérard Couturier(1996), pp.284~285 참조.

규범의 핵심적 내용을 입법의 영역으로 포섭하여 제도화하려 했던 노력의 산물이었다.

## 2. 부당해고의 구제

프랑스 노동법은 부당해고를 ‘무효인 해고’와 ‘진실하고도 중대한 사유 없는 해고’(이하 정당한 사유 없는 해고라 함)로 구분하고, 그에 따른 구제제도를 달리하고 있다. 우선, 무효인 해고(해고무효)는 해고로부터 특별보호대상이 되는 근로자의 해고 또는 공서에 반하거나 기본권을 침해하는 해고처럼 특별한 경우에만 인정된다. 파기원<sup>191)</sup>은 1948년 레이몽디(Raymondis)사건(1948. 6. 3. 판결) 이후 행정기관의 사전승인 없이 이루어진 근로자대표의 해고는 무효라고 보았다.<sup>192)</sup> 또한 노동법전은 임신부(L.122-25-2조) 및 업무상 상병에 의해 요양중인 근로자(L.122-32-2조)의 해고는 무효임을 명시적으로 규정하고 있다. 출신·성·가족상황·민족·국적·인종·정치적 견해·조합활동·종교적 신념·건강상태·신체적 장애·정당한 파업권의 행사를 이유로

191) 프랑스의 법원체계는 민형사소송을 관할하는 사법법원과 행정소송을 관할하는 행정법원이 상호 독립되어 있는 이원적 법원구조를 갖고 있을 뿐만 아니라 사법법원 또는 행정법원 어느 쪽에도 속하지 않은 특별법원(예, 헌법원 등)도 존재한다. 이러한 이원적 법원구조에 기초하여 최상급 사법법원으로 파기원(Courde cassation)이 있고, 최상급 행정법원으로 콩세유테타(Conseil d'Etat)가 있다. 이원적인 법원구조는 사법권으로부터 행정권의 독립을 도모한다는 권력분립원리에 입각하여 행정주체의 행위에 대한 사법법관의 재판을 배제하려는 데서 기인한 것이었다.(권형준, 『프랑스에 있어서의 기본권보장에 관한 연구 : 헌법원(Conseil constitutionnel)을 중심으로』, 서울대학교 법학박사학위논문, 1990, 126쪽 참조.) 파기원은 통상적인 재판부로 5개의 민사부(순수 민사사건을 관할하는 3개의 민사부, 사회부, 상사부)와 1개의 형사부로 구성되며, 법규범해석의 통일을 임무로 하고 있다. 또한 파기원은 순수한 법률문제만을 심리의 대상으로 삼고 사실문제에 대해서는 심리하지 않는다(Jacques Boré, *La cassation en matière civile* (Paris: Sirey, 1988), pp.50~52 참조).

192) Gérard Couturier, *Droit du travail 2: Les relations collectives de travail*, 2e éd., PUF, Paris, 1994, p.244.

한 해고(L.122-45조), 직장 내에서 직무권한을 남용하여 이루어진 성적인 요구의 거부 등을 이유로 한 해고(L.122-46), 남녀의 차별적 대우에 대한 소 제기를 이유로 한 해고(L.123-5조)는 공서(公序)에 관한 법규정에 반하는 해고로서 무효임이 노동법전에서 명시되고 있다.<sup>193)</sup> 그리고 파기원은 1988년 4월 28일 판결을 통해 비록 해고무효에 관한 명시적 법규정이 없다 하더라도 해고가 헌법상의 권리(표현의 자유)를 침해하여 이루어진 경우에는 무효라고 보았다.<sup>194)</sup> 이처럼 법규정에 의해 또는 판례에 의해 해고무효가 인정되는 경우 복직 및 소급임금지급이 인정될 수 있지만, 해고무효가 반드시 복직을 수반하는 것은 아니다. 예컨대, 법규정에 의하면 임신부에 대한 해고가 무효임에도 불구하고 사용자는 복직의무를 부담하지 않으며 금전배상책임을 지게 될 뿐이다(L.122-30조 제2항).

‘진실하고도 중대한 사유’가 없는 해고, 즉 정당한 사유 없는 해고는 무효의 효력이 인정되지 않는 해고이다. 정당한 사유 없는 해고는 무효는 아니지만 부당한 것이기 때문에 그 구제가 인정되는 해고영역에 속한다. 따라서 구제의 내용도 법에 의해 규정되고 있다. 법이 정하고 있는 구제의 내용은 실제위반의 해고인가 절차위반의 해고인가에 따라 달라질 뿐만 아니라 기업규모 및 근로자의 재직기간에 따라 다르고, 기본적으로는 금전배상을 원칙으로 하면서도 사용자에게 대한 징벌적 제재를 병합하고 있다.

이하에서는 우선 부당해고 구제기관에 대하여 간략하게 살펴보고, 이어서 부당해고 구제의 내용을 실제위반의 해고 및 절차위반의 해고로 구분하여 검토하겠다.

193) 특히 근로자의 기본적 자유 내지 기본권을 이유로 한 해고의 무효에 관한 논문으로 Bernard Gauriau, “La nullité du licenciement et la personne du salarié”, *Dr. soc.*, N°9 · 10, 1993, p.738 이하.

194) Gérard Lyon-Caen et autres, *op. cit.*, p.375.

## 가. 부당해고 구제기관

개별적 근로관계와 관련한 권리분쟁은 전국적 선거에 의해 선출되는 노사대표가 동수(同數)로 구성되는 ‘콩세이드프뤼돔’(Conseil de prud’hommes)이라는 노동법원에 의해 해결되고 있다. ‘콩세이드프뤼돔’은 근로계약관계와 관련된 개별적 권리분쟁을 전속적으로 관할하는 특별법원인 셈이다.

프랑스에서는 노사분쟁을 개별적 노동분쟁(*conflits individuels du travail* : 이하 ‘개별분쟁’이라 함)과 집단적 노동분쟁(*conflits collectifs du travail* : 이하 ‘집단분쟁’이라 함)으로 구분하는 것이 일반적이다. 개별분쟁인가 집단분쟁인가는 분쟁대상 및 분쟁당사자라는 2가지 요소를 기준으로 하여 구별한다. 권리분쟁과 이익분쟁의 구별도 유의미하지만 개별분쟁과 집단분쟁 양자의 구별보다는 부차적이다. 왜냐하면 프랑스에서는 권리분쟁사항에 대한 쟁의행위가 가능하고<sup>195)</sup>, 집단분쟁의 경우 권리분쟁이든 이익분쟁이든 조정절차(調整節次)가 적용되기 때문이다. 단지 권리분쟁에 대해서는 알선·조정(調停)·중재 3가지 조정제도(調整制度) 중에서 조정절차(調停節次)가 적용될 수 없을 뿐이다. 개별분쟁의 경우 노동법원에 의한 분쟁해결은 당연히 권리분쟁사항을 그 대상으로 한다.

개별분쟁은 사용자와 개별 근로자간의 분쟁으로, 특히 근로계약(le

195) 사용자가 법적 의무 또는 계약상 채무를 불이행함으로써 근로자의 권리가 침해되는 경우에 사용자로 하여금 이러한 권리를 준수토록 하기 위한 쟁의행위의 정당성이 인정된다. 특히 사용자가 자신의 중요한 의무를 고의적이고도 중대하게 불이행함으로써 근로자들로 하여금 파업을 하지 않을 수 없게 하였던 경우에는 무노동무임금 원칙의 예외로서 파업기간중의 임금을 지급할 책임이 사용자에게 있다고 보는 것이 판례의 입장이다. 예컨대, 사용자가 운영하는 사업장에서 1개월분의 임금이 지급되지 않아 파업이 발생하였고 노사간에 협정이 체결됨으로써 파업이 종료되었지만 그 후에도 사용자가 자신의 채무를 이행하지 않았을 뿐만 아니라 사업장의 정상적인 운영을 가능케 하는 설비들을 반출하자 근로자들이 다시 파업을 행한 사안에서 파업기간의 임금에 대한 사용자의 지급책임을 인정하였다. 이상의 내용은 이승욱·조용만·강현주, 『쟁의행위 정당성의 국제비교』, 한국노동연구원, 2000, 105쪽.

contrat de travail)과 관련된 권리분쟁은 노동법원<sup>196)</sup>이 제1심 법원으로서 그 관할권을 갖는다. 노동법전 L.511-1조는 사용자와 그가 고용하고 있는 근로자 사이에서 근로계약과 관련하여 발생할 수 있는 분쟁은 노동법원이 화해(conciliation)에 의하여, 화해가 성립되지 않는 경우에는 판결에 의해 해결하도록 규정하고 있다. 부당해고 사건의 경우에도 판결에 의한 사건의 해결 이전에 화해절차가 강제적으로 적용되도록 하고 있는 것이다. 근로계약관련 분쟁에는 사법의 근로계약관계 존부에 관한 분쟁, 근로계약의 체결·이행·종료 등 근로계약과 직접적으로 관련하여 발생한 분쟁, 근로계약에 부수하여 체결된 약정(예컨대, 보증계약이나 경업금지 약정)으로부터 발생한 분쟁 등이 포함된다.<sup>197)</sup> 단체협약의 해석 및 적용에 관한 협약당사자(노동조합 및 사용자 또는 사용자단체)간의 분쟁은 집단분쟁이지만, 개별 근로자가 단체협약에 근거하여 일정한 권리를 주장하는 경우 그 협약의 해석·적용을 둘러싼 분쟁은 개별분쟁에 해당한다.<sup>198)</sup> 쟁의행위 자체는 집단분쟁에 해당하지만 쟁의행위가 개별적 근로계약관계에 미친 결과 또는 영향(예컨대, 파업관련 근로자의 징계책임·민사책임, 직장폐쇄관련 사용자의 민사책임 등)을 둘러싼 다툼은 개별분쟁의 영역에 해당하게 된다.<sup>199)</sup>

196) 2000년 현재 노동법원의 수는 프랑스 해외영토를 포함하여 총 271개이다. 2000년에 노동법원이 내린 본안 판결건수는 159,594건이었고, 가처분신청에 대한 결정건수는 47,602건이었다(프랑스 법무부 홈페이지상의 내용(<http://www.justice.gouv.fr/chiffres/cles01.htm>))을 참고하였다. 웹사이트 방문일 : 2001. 12. 15).

197) Alain Supiot, *Droit du travail : les juridictions du travail*, tome 9, Dalloz, 1987, pp.268~273 참조.

198) Alain Supiot, op. cit., p.293 참조.

199) *Lamy social*, Editions Lamy, 1999, p.1690 참조.

나. 부당해고 구제내용

1) 실체위반의 해고

실체위반의 해고, 즉 ‘진실하고도 중대한 사유가 없는 해고’의 구제로 노동법전 L.122-14-4조 제1항은 복직 또는 금전배상, 실업보험기판에 대한 사용자의 실업수당 상황을 규정하고 있다. 그러나 근로자의 복직은 노사 양당사자의 합의가 있어야만 인정되는 임의적인 것이기 때문에 일방 당사자가 복직을 거부하는 경우에는 금전배상이 인정될 뿐이다. 그리고 실업수당 상황은 금전배상 이외에 부가적으로 인정되는 사용자에게 대한 특별제재이다.

가) 복 직

근로자의 복직(réintégration)은 소송당사자의 의사에 반하여 강제될 수 없다. 노동법전 L.122-14-4조 제1항에 의하면 법원은 근로자의 복직을 제안할 수 있으나 소송당사자 중 어느 일방이 이를 거부하는 경우에는 금전배상을 선고하게 된다.<sup>200)</sup> 법관이 반드시 복직을 제안하여야 하는 것도 아니며 법관의 복직제안이 있더라도 사용자 또는 근로자 누구도 이를 거부할 수 있기 때문에 복직은 임의적인 것이다.<sup>201)</sup> 따라서 복직은 법원에 의한 제안 및 양당사자의 동의가 있어야 인정되고, 법원은 사용자 및 근로자의 의사에 반하여 복직을 명할 수 없다.

이러한 복직의 임의성은 ‘무효인 해고’와 ‘정당성이 없는 해고’를 구별하는 프랑스 해고법의 특징으로부터 기인한다. ‘해고로부터 특별히 보호되는 근로자의 해고’ 및 ‘공서에 반하거나 기본권을 침해하는 해

---

200) C. trav. Art. L.122-14-4 ① …… le tribunal peut proposer la réintégration du salarié dans l’entreprise, avec maintien de ses avantages acquis; en cas de refus par l’une ou l’autre des parties, le tribunal octroie au salarié une indemnité(……법원은 근로자의 기득이익이 침해되지 않는 해당 기업으로의 복직을 제안할 수 있다. 그러나 소송당사자중 어느 일방이 이를 거부하는 경우에는 근로자에 대한 금전배상을 선고한다).

201) Gérard Couturier(1996), op. cit., p.232.

고'의 경우에만 예외적으로 해고의 무효가 인정되고 그렇지 않은 일반적인 경우에는 비록 정당한 이유가 없어서 실체위반의 해고에 해당할 지라도 무효는 아니며 법이 규정하는 특별한 구제만이 인정될 뿐이다. 노사 양당사자의 합의를 전제로 한 복직이 바로 이러한 특별구제의 한 가지이다. 그러나 후술하는 바와 같이 경영상 해고의 영역에서 '고용보호계획'과 관련하여 집단해고절차를 위반한 해고는 무효이고, 원상회복조치로서 근로자의 잠정적 복직이 인정된다.

#### 나) 금전배상

근로자에 대한 사용자의 금전배상은 실손해액과 관계없이 일정액 이상의 법정배상이 인정되는 경우와 민법상의 원칙에 따라 일반 손해배상이 인정되는 경우 두 가지가 있다. 이처럼 배상책임을 법정배상과 일반 손해배상으로 구별하는 이유는 일정규모 이상의 기업에서 일정한 재직기간을 갖는 근로자의 부당해고에 대해서는 그 구제를 강화하려는데 있다.

첫째, 사용자의 법정배상책임을 통상적으로 11인 이상의 근로자들을 사용하는 기업에서 2년 이상 재직한 근로자를 정당한 이유 없이 해고한 경우에 인정된다(노동법전 L.122-14-5조 제1항: 이하 '노동법전' 명칭 생략함). 배상의 최저한도액은 해고 이전 6개월 임금 상당액이다(L.122-14-4조 제1항). 재직기간은 해고통지서의 발송일을 기준으로 하여 산정되고(파기원 사회부, 1992. 4. 1. 판결, Moreaux사건: 이하 '파기원 사회부' 생략),<sup>202)</sup> 산정기초가 되는 임금은 근로계약 종료일 이전 6개월간의 총임금액(즉, 사회보장각출금 공제 이전의 임금총액)이다(1993. 6. 22. 판결, Belkouché 사건).<sup>203)</sup> 근로자의 실손해에 관계없이 배상액의 최저한도를 설정하고 있는 이러한 법정배상은 사용자의 부당행위에 대한 징벌적 제재와 근로자가 입은 손해를 진보하는 손해배상이라는 이중의 성질을 갖는다. 즉, 근로자가 해고된 후 즉시 재취업하여 현실적으로 어떠한 손해도 발생하지 않았다고 하더라도 6

202) *RJS*, 5/1992, n°608, pp.344~345.

203) *Dr. soc.*, N°9 · 10, 1993, p.774.

개월 임금 상당액의 배상이 인정되므로 사용자의 고의과실에 대한 민사벌(pénalité civile)의 성질을 가지며, 다른 한편 실업의 장기화로 인해 근로자의 손해가 큰 경우에 배상액은 법정 최저한도액을 상회할 수 있기 때문에 손해를 전보하는 손해배상의 성질을 갖는다.<sup>204)</sup> 손해배상의 기본원리는 발생한 손해의 전보에 있고, 과실상계나 책임분배의 문제를 제외하면 가해자의 고의·과실의 경중은 배상액에 영향을 미치지 않는다. 그러나 실체위반의 해고에 대한 법정배상제도는 배상의 최저액을 설정하여 사용자의 고의·과실을 제재함으로써 부당해고를 간접적으로 억제하는 기능을 갖는다. 그리고 징벌적 손해배상을 부인하고 있는 민법과는 달리 노동법에서 실손해의 전보를 넘어서는 법정배상을 인정하는 것은 부당해고를 사회 일반이익에 대한 침해행위로 파악하려는 입장이라 할 수 있다.<sup>205)</sup>

둘째, 실손해에 따라 산정되는 일반 손해배상책임은 통상적으로 10인 이하의 근로자들을 사용하는 기업에서의 해고 또는 재직기간 2년 미만인 근로자 해고의 경우에 인정된다(L.122-14-5조). 영세한 소기업이나 재직기간이 짧은 근로자의 경우, 사용자의 과중한 배상책임을 경감시키려는 입법취지에 의해 법정배상이 아닌 일반손해배상이 인정되고 있지만 차별적 배상제도라는 비판이 있다.<sup>206)</sup> 물론 일반 손해배상에 의해서도 근로자는 법정배상액과 동일하거나 그 이상의 배상을 인정받을 수 있다. 그러나 근로자는 자신이 입은 경제적·정신적 손해 등을 입증할 수 있는 자료를 제출하여야 한다. 더구나 정신적 손해에 대한 배상의 경우 사용자의 고의과실 및 손해간의 인과관계를 매우 엄격하게 해석하고 있다.<sup>207)</sup> 이러한 문제점과 관련하여 파기원(사회부)은 원심이 해고의 정당사유가 없다는 점을 인정하면서도 부당해고에 따른 손해의 입증이 없었다는 이유로 근로자의 배상청구를 기각한

204) Jean Pélissier et autres, *Droit de l'emploi* (Paris: Dalloz, 1998), p.548.

205) Marianne Keller, "La réparation du préjudice né de la perte de l'emploi", *Dr. Ouvrier*, N°573, juillet 1996, p.272.

206) Georges Picca, "Le préjudice du salarié licencié en vertu de l'article L.122.14.5 Code trav.", *Dr. soc.*, N°11, 1991, pp.762~763 참조.

207) Marianne Keller, *op. cit.*, p.273.

사안에서 “정당한 해고사유의 부재만으로도 사용자의 배상책임이 인정되어야 하고, 손해범위에 대한 평가는 법관의 임무에 속한다”고 하면서 원심을 파기하였다(1991. 9. 25. 판결, Capdevielle 사건).<sup>208)</sup> 이 판결을 통해 파기원은 정당한 사유 없는 해고의 경우 비록 근로자의 손해입증이 없다고 하더라도 사용자의 배상책임이 인정되어야 한다는 입장을 취하였다.<sup>209)</sup>

#### 다) 실업수당 상환

노동법전은 금전배상뿐만 아니라 사용자에게 대한 보충적 제재로서 실업수당 상환을 규정하고 있다. 실체위반의 해고의 경우 법원은 해고 일로부터 판결선고일까지 해고된 근로자에게 지급된 실업수당의 전부 또는 일부를 실업수당 6개월분의 한도 내에서 실업보험기관에 상환할 것을 사용자에게 명하여야 한다(L.122-14-4조 제2항). 실업보험기관이 해고소송에 보조참가하지 않았던 경우에도 법원은 직권으로 상환을 명하고 판결문 사본을 실업보험기관에 송부하여 실업보험기관이 관할 법원(tribunal d'instance)에 사용자를 상대로 상환집행을 할 수 있도록 하고 있다(L.122-14-4조 제2항). 다만, 이러한 실업수당 상환책임은 10인 이하의 근로자들을 사용하는 기업에서의 해고 또는 재직기간 2년 미만인 근로자의 해고에는 적용되지 않는다(L.122-14-5조). 법정 배상책임이 배제되고 일반 손해배상책임이 인정되는 경우에는 실업수당 상환책임도 인정되지 않는다.

1973년 법률에 의해 실업수당상환제도가 창설되었을 당시에는 상환액에 대한 법원의 결정재량이 인정되지 않았기 때문에 법원은 근로자가 수령한 실업수당액 전액의 상환을 명하여야 하였다. 법안심의과정에서 실업수당상환제도를 반대한 측은 사용자에게 실업보험료의 이중 각출부담을 지우는 것은 일반적 보험원리에 반한다고 주장하였지만

208) *Dr. soc.*, N°11, 1991, p.762.

209) 이러한 판례 입장을 해고유형별로 분석한 논문으로 Jean-Marie Lagorsse, “L'évaluation du préjudice lors des licenciements intervenus sans cause réelle ni sérieuse”, *Dr. Ouvrier*, N°573, juillet 1996, p.284 이하.

사용자의 부당한 해고와 재해에 해당하는 자연적 실업은 동일시될 수 없다는 점, 사용자의 귀책사유에 의해 발생한 실업을 다른 사용자의 비용(보험료)으로 보상하는 것은 부당하다는 점 등에 근거하여 입법화 되었다.<sup>210)</sup> 실업수당상환제도는 해고된 근로자에게 직접적 이익(추가적 보상)을 보장하는 것은 아니지만 부당해고의 억제효과를 통해 근로자집단 전체에 이익을 주고 간접적으로 근로자의 지위를 개선할 수 있는 이점을 갖고 있다.<sup>211)</sup> 그러나 법원은 후술하는 바와 같이 사용자 책임을 완화하는 방향으로 법을 해석하였고, 결국 1986년에 상환 최고 한도액을 6개월분의 실업수당으로 제한하면서 동시에 사용자의 고의 과실 정도에 따라 법관이 재량으로 상환액수를 결정할 수 있도록 법 개정(1986. 12. 30 법률)이 이루어졌다.<sup>212)</sup> 결국 이러한 과정을 통해 실업수당상환제도가 부당해고를 억제하는 효력은 상당히 완화되었다고 평가할 수 있다. 한편 실업수당 상환은 해고가 무효인 경우에는 적용되지 않는다(1991. 2. 12. 판결, H. Mora社 사건).<sup>213)</sup> 무효인 해고와 정당한 사유 없는 해고간에는 그 구제의 내용이 다르다. 실업수당 상환은 정당한 사유가 없는 해고에 대한 법정특별구제(L.122-14-4조)의 하나로 인정되는 제도이기 때문에 무효인 해고에는 적용되지 않는다. 또한 해고기준 및 해고대상자 선정에 관한 법 위반이 있는 경우 판례는 실손해에 따른 일반 손해배상책임을 인정하기 때문에 실업수당상환제도가 적용되지 않는다고 보고 있다(1994. 3. 23. 판결, Courtaulds fibres社 사건).<sup>214)</sup>

## 2) 절차위반의 해고

절차위반 해고의 경우 법은 사용자가 위반한 절차의 내용, 즉 개별

210) Jean Pélissier, *Le nouveau droit du licenciement*, 2<sup>e</sup> éd. (Paris: Sirey, 1980), p.327 참조. 앞으로 이 문헌의 저자를 Jean Pélissier(1980)으로 인용한다.

211) G. Lyon-Caen, J. Pélissier et A. Supiot, op. cit., pp.372~373.

212) Gérard Couturier(1996), op. cit., p.234 참조.

213) *RJS*, 3/1991, n°326, p.171.

214) *RJS*, 6/1994, n°679, pp.415~416.

절차위반인가 또는 집단해고절차위반인가에 따라 그 구제의 내용을 달리 규정하고 있다. 그렇지만 절차위반 해고에 대한 이러한 법정구제는 기업규모 및 재직기간에 관한 요건이 충족되어야 인정된다. 그리고 판례는 탄력적인 법해석을 통해 절차위반 해고에 대한 구제를 제한하거나 확대하는 입장을 보이고 있다.

가) 개별절차의 위반

사전청문, 해고통지 등 해고대상자와의 관계에서 이루어지는 개별 절차를 위반한 해고에 대해 법은 3가지 구제를 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 판례는 절차위반의 내용과 성질에 따라 법이 규정하고 있는 구제를 부인하거나 법이 예정하지 않은 구제를 인정함으로써 절차위반에 대한 상이한 구제체계를 확립하고 있다.<sup>215)</sup>

(1) 법정구제의 내용 및 요건

노동법전 L.122-14-4조 제1항 및 제2항은 개별절차위반이 있는 경우 그에 대한 구제로 절차이행, 최고 1개월 임금상당액의 금전배상, 실업수당 상환을 규정하고 있다. 절차이행은 사용자가 절차를 이행하지 않았거나 이행된 절차에 흠결이 있는 경우에 적법한 절차의 재이행을 강제하는 것을 말한다. 금전배상의 경우 실체위반시에 인정되는 법정배상(최저 6개월 임금상당액)과 달리 최고한도액을 설정하고 있다. 실업수당 상환의 내용은 실체위반의 해고에서 이미 고찰한 바와 같다.

이러한 법정구제가 인정되기 위해서는 ① 기업규모: 통상적으로 11인 이상의 근로자들을 사용하는 기업, ② 재직기간: 2년 이상, ③ 해고사유: 실체적으로 정당한 사유라는 3가지 요건이 충족되어야 한다(L.122-14-4조 제1항 및 L.122-14-5조 제1항). 기업규모 및 재직기간에 관한 요건이 결여된 경우, 즉 10인 이하 근로자들을 사용하는 기업에서의 해고 또는 재직기간 2년 미만인 근로자의 해고에서 개별절차위반이 존재하더라도 법정구제가 인정되지 않는다. 다만, 근로자의 변

215) Jean Pélissier(1980), op. cit., p.281.

명권을 보장하기 위한 청문절차에서 근로자의 조력받을 권리에 관한 절차에 위반한 해고의 경우에는 기업규모 및 재직기간의 요건이 적용되지 않는다(L.122-14-5조 제1항).<sup>216)</sup> 청문시 타인의 조력을 받을 권리는 기업규모 또는 재직기간에 관계없이 보호되어야 할 중요한 법익이기 때문이다. 해고사유에 관한 요건이 결여된 경우, 즉 해고사유가 정당하지 않은 경우에는 실체위반에 대한 구제만이 인정되고, 절차위반에 대한 구제가 별도로 인정되지 않는다(1998. 1. 20. 판결, Fruehauf社 사건).<sup>217)</sup> 법규정에 의하면 절차위반시의 구제는 실체적법을 전제로 하고 있기 때문이다.<sup>218)</sup> 따라서 실체위반과 절차위반이 동시에 존재하는 해고의 경우 실체위반은 절차위반을 흡수하게 되고, 법원은 실체위반에 대한 구제만을 명한다.<sup>219)</sup>

216) 이에 관한 판결례로 Cass. soc., 19 juillet 1995 (Iattoni c/ Boiraux), *RJS*, 10/1995, n°1015, p.651. 이 판결에서 파기원은 기업외부 자문가의 조력을 받을 권리에 관한 절차가 준수되지 않은 경우 절차위반에 대한 법정구제는 재직기간 2년 미만인 근로자의 해고 또는 10인 이하 근로자를 사용하는 기업에서의 해고에도 적용된다는 점을 명시적으로 확인하고 있다.

217) *RJS*, 3/1998, n°275, pp.173~174.

218) 노동법전 L.122-14-4조 제1항은 “해고사유가 정당하나 本節에서 규정하는 해고절차가 준수되지 않은 경우에 법원은 ……을 명한다”라고 표현함으로써 절차위반에 대한 구제는 실체적법을 전제로 하는 것임을 명시적으로 밝히고 있다.

219) Gérard Lyon-Caen et autres, *op. cit.*, p.358. 이러한 입법태도에 대한 비판이 일찍부터 제기되었다. 해고의 절차적 제한은 정당한 이유없이 이루어지는 해고를 방지하는 것을 목적으로 하는데 사용자가 정당한 해고사유가 없음을 명백히 알고 있으면서 해고절차를 무시하고 해고한 경우에 사용자는 실체위반에 대한 책임만을 지면 되고 절차위반에 대한 책임을 부담하지는 않기 때문에 결과적으로 사용자의 절차준수의무는 면책되는 것과 다를 바 없다. 또한 해고된 근로자가 절차위반에 대한 구제를 청구하는 경우에 법원은 근로자가 주장하지도 않은 실체적법 여부를 먼저 검토하여야 하는 모순이 발생한다. 이상의 내용은 Jean Péliissier(1980), *op. cit.*, p.280. 실체위법 및 절차위법의 경우 법정배상의 법적문제에 관해서는 Jean Savatier, “Le problème du cumul des indemnités pour licenciement injustifié et pour inobservation de la procédure de licenciement”, *Dr. soc.*, N°3, 1998, p.226 이하.

## (2) 판례에 의한 구제의 축소와 확대

절차위반의 해고에 대한 구제로 노동법전은 절차이행, 최고 1개월 임금상당액의 금전배상, 실업수당 상환을 규정하고 있다. 그러나 판례는 금전배상만을 인정하고 절차이행이나 실업수당 상환을 부인함으로써 법정구제를 축소하는 경향을 보이는가 하면, 반대로 특정절차의 위반에 대해서는 오히려 실체위반시의 법정구제를 인정함으로써 구제를 확대하고 있다. 이처럼 판례는 해고대상자와 관계에서 이루어지는 개별절차 가운데에서 특정 절차가 갖는 상대적 중요성을 감안하여 법관에게 구제의 내용을 결정할 수 있는 재량권을 부여하고 있는 것이다.

먼저, 판례에 의한 구제축소 경향을 살펴보면, 절차이행을 부인하고 금전배상만을 인정한다. 법규정에 의하면 법관은 절차위반시 절차이행 및 금전배상을 명하여야 한다.<sup>220)</sup> 그러나 과기원은 근로자의 명백한 요구가 없는 경우에 법관은 사용자에 대한 절차이행을 반드시 명할 필요는 없고(1976. 11. 16. 판결) 나아가 제반 사정에 비추어 절차이행이 무용한 경우에는 근로자의 절차이행청구를 기각할 수 있다(1978. 5. 16. 판결)고 보았다.<sup>221)</sup> 이러한 판례의 태도는 절차이행이 갖는 유용성을 부인하는 것일 뿐만 아니라 절차위반은 금전배상에 의한 구제로 충분하다고 보는 입장이다. 생각건대, 사용자가 위법하게 이루어진 절차를 적법하게 다시 이행하게 되면 절차위반은 치유되고 근로자의 손해도 발생하지 않게 된다. 또한 금전배상이 이루어지면 절차위반에 따른 근로자의 손해도 전보되기 때문에 별도로 절차이행을 강제할 실익도 없게 된다. 그렇지만 판례는 의회가 예정하였던 두 가지 구제 가운데에서 하나의 구제만을 선택함으로써 현행법을 재창조하였고, 결

220) C. trav. Art. L.122-14-4 ① …… le tribunal saisi doit imposer à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorder au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut être supérieure à un mois de salaire …… (…… 법원은 사용자에게 예정된 절차의 이행과 최고 1개월 임금상당의 배상을 명하여야 한다. ……)

221) IB. Desjardins, J. Péliissier, A. Roset et L. Tholy, *Le code du travail annoté* (Paris: Fiduciaire, 1997), p.156. 앞으로 이 문헌의 저자를 B. Desjardins et autres로 인용한다.

과적으로 근로자에게 인정되는 절차적 보호를 상당히 제한하였다는 비판이 있다.<sup>222)</sup>

판례에 의한 구제축소의 경향은 실업수당 상환을 부인하고 있는 데에서도 나타난다. 법규정에 의하면 사용자의 실업수당 상환책임은 실체위반의 해고에 국한되지 않는다. 그러나 파기원은 “해고사유가 정당하고 단지 요구되는 절차만이 준수되지 않았던 경우에 법원은 사용자에게 실업수당 상환을 반드시 명할 필요는 없다”고 보았다(1980. 3. 26. 판결).<sup>223)</sup> 이러한 법해석은 명백히 법규정에 반하는 것임에도 불구하고 파기원은 경미한 절차위반을 이유로 과중한 제재를 가할 수 없다는 입장을 취하였던 것이다.<sup>224)</sup> 앞에서 언급하였듯이, 실업수당상환제도가 1973년에 창설되어 1986년에 개정되기 이전에 사용자가 실업보험기관에 상환하여야 할 금액은 근로자가 수령한 실업수당 전액이었다는 점을 고려하면 절차위반에 대한 제재로서 실업수당의 상환은 사용자에게 가혹한 측면이 없지 않다. 그러나 1986년의 법개정으로 상환액의 최고한도는 6개월분의 실업수당으로 제한되었고, 법관은 절차위반의 정도에 따라 상환액을 결정할 수 있는 재량을 갖고 있기 때문에 실업수당 상환을 인정하더라도 사용자에게 과중한 부담을 가하는 것이라고 보기는 어려운 측면이 존재한다.

이상과 같은 구제축소의 경향과는 반대로 판례는 특정한 절차위반 시에는 실체위반의 경우에 인정되는 법정구제를 승인함으로써 구제의 확대를 꾀하고 있다. 즉, 사용자가 해고통지서에 해고사유를 명시할 의무(L.122-14-2조)를 준수하지 않은 경우에는 절차위반임에도 불구하고 실체위반시의 법정구제를 인정한다(1990. 11. 29. 판결, Rogie 사건).<sup>225)</sup> 예컨대, 경영상 해고에서 사용자가 제1차 해고사유와 제2차 해고사유를 명확히 명시하지 않은 경우에는 실체위반의 책임을 면할

222) Jean Pélissier(1980), op. cit., p.286.

223) B. Desjardins et autres, op. cit., p.156.

224) Jean Pélissier et autres, op. cit., p.531 참조.

225) *RJS*, 1/1991, n°19, pp.16~17. 해고통지와 관련한 판례의 입장에 대해서는 P. Pochet, “Les apports de la jurisprudence récente relative à la lettre de licenciement”, *Dr. soc.*, N°7•8, 1995, p.655 이하.

수 없다(1997. 4. 30. 판결, TMG社 사건).<sup>226)</sup> 해고통지서에 명시되는 해고사유만이 해고소송에서 법관의 심판대상이 되므로 사용자가 명확한 해고사유를 명시하지 않는 것은 정당한 해고사유의 부재와 동일시되어 실체위반시의 법정구제가 인정되는 것이다.<sup>227)</sup> 한편 경영상 해고의 경우 해고가 통지된 후 근로자가 서면으로 해고기준을 제시할 것을 요구하면 사용자는 서면으로 이를 통지하여야 한다. 이러한 해고기준 통지의무 위반의 경우에도 초기 판례의 의하면 절차위법으로 제재되었으나(1994. 10. 18. 판결, Duizabo 사건)<sup>228)</sup> 판례변경에 의해 실체위법으로 제재되고 있다(1996. 1. 23. 판결, Bennis 사건).<sup>229)</sup>

#### 나) 집단해고절차의 위반

경영상 해고에서 집단해고절차를 위반한 해고의 경우 근로자에게 인정되는 법정구제는 원칙적으로 실손해에 따라 산정되는 금전배상이다(L.122-14-4조 제3항). 그러나 집단해고절차 중에서 특히 ‘고용보호계획’과 관련한 절차의 위반이 있는 경우에는 해고절차의 무효, 나아가 해고 자체의 무효 및 복직이 인정된다. 이하에서는 이러한 해고절차의 무효 및 해고무효에 관해 살펴보겠다.

#### (1) 해고절차의 무효

노동법전 L.321-4-1조 제2항은 해고회피 및 해고가 불가피한 자의 재취업 촉진을 목적으로 하는 고용보호계획이 근로자대표에게 제시되지 않는 경우에 해고절차의 무효를 규정하고 있다. 그러나 고용보호계획이 근로자대표에게 제시되지 않는 경우뿐만 아니라 그에 관한 근로자대표와의 협의가 이루어지지 않는 경우 또는 협의가 부적법한 경우에도 일반적으로 절차의 무효가 인정된다.<sup>230)</sup> 고용보호계획의 내용이

226) *RJS*, 6/1997, n°675, pp.441~442.

227) Jean Pélissier, “Le problème du cumul des indemnités pour licenciement injustifié et pour inobservation de la procédure de licenciement”, *Dr. soc.*, N°3, 1998, p.228.

228) *RJS*, 3/1995, n°219, p.161.

229) *RJS*, 3/1996, n°263, p.154.

부적법하거나 불충분한 경우에도 해고절차는 무효로 될 수 있다. 물론 고용보호계획은 근로자대표와의 협의과정 및 행정기관의 지도·감독 과정에서 변경·개선될 수 있다. 그러나 근로자대표가 고용보호계획의 내용을 사전에 검토하여 사용자와의 협의과정에서 자신의 의견 및 제안사항을 제시할 수 있어야만 이러한 계획의 변경 내지 개선도 가능하다. 따라서 고용보호계획은 노사간에 협의가 개시되는 시점에서 충분한 내용을 담고 있어야 하고 그렇지 않은 경우 해고절차는 무효로 된다(Boulogne-sur-Mer 지방법원, 1993. 5. 11. 판결, CCIBM사건).<sup>231)</sup>

해고절차가 무효로 되면 기존에 이루어졌던 절차는 어떤 효력도 갖지 않기 때문에 법정해고절차가 다시 처음부터 시작된다. 따라서 사용자가 근로자대표에게 제시한 최초의 고용보호계획이 무효로 되는 경우 사용자는 새로운 고용보호계획을 작성하여야 한다(1996. 4. 16. 판결, Sietam社 사건).<sup>232)</sup> 또한 사용자가 새롭게 작성한 고용보호계획이 비록 법규정에 합치하는 것이라고 할지라도 근로자대표의 협의권한이 보장되기 위해서는 노사간의 법정협의절차가 다시 처음부터 재개되어야 한다(1997. 3. 18. 판결, Dandy社 사건).<sup>233)</sup> 이처럼 해고절차가 무효로 되는 경우 법정해고절차가 재개되어야 하기 때문에 노사간의 해고협의기간도 연장될 수밖에 없다.

근로자대표와의 협의과정에서 고용보호계획은 변경·개선될 수 있다. 그러나 사용자가 근로자대표의 의견을 무시하고 고용보호계획의 내용을 일방적으로 결정해 버릴 가능성도 있다. 따라서 노사간의 협의과정에서 해고를 최대한 회피할 수 있는 조치들이 고용보호계획에 반영될 수 있도록 고용보호계획에 대한 사용자의 일방적 결정권한을 제

230) Bernard Bossu, "La sanction d'un plan social non conforme aux dispositions légales", *Dr. soc.*, N°4, 1996, p.386.

231) *RJS*, 1/1994, n°18, 2<sup>e</sup> espèce, pp.37~38.

232) *RJS*, 5/1996, n°530, p.336.

233) André Philbert, *Le droit prétorien du licenciement économique : Jurisprudence de la Cour de cassation*, CSB, supplément au N°93 (Paris: Gazette du Palais, 1997), p.59~60 참조. 이하 이 문헌의 저자를 André Philbert(1997)로 인용한다.

한할 수 있는 법적 수단이 근로자대표에게는 필요하다. 또한 개별 근로자도 부적법한 고용보호계획 및 협의절차를 무효화하여 적법한 절차의 재개를 강제할 수 있는 법적 수단을 필요로 한다. 이러한 법적 수단이 바로 가치분신청이다.

신민사소송법전 제809조에 의하면 가치분(référé) 사건을 관할하는 법관<sup>234)</sup>(이하 ‘가치분법관’)은 ‘긴박한 손해’를 예방하거나 ‘명백히 불법적인 침해’를 제거하기 위한 잠정조치 또는 원상회복조치를 명할 수 있다.<sup>235)</sup> 따라서 사용자가 협의를 행하지 않거나 협의가 부적법한 경우에 근로자대표는 가치분법관에 대해 해고절차의 중지를 신청할 수 있다.<sup>236)</sup> 그런데 고용보호계획에 관한 절차위반시 해고절차의 무효를 규정한 1993년 1월 27일 법률(L.321-4-1조 제2조)이 성립한 이후 판례 및 학설은 가치분법관에게 해고절차무효결정권이 인정되는가, 어떠한 경우에 가치분법관은 해고절차를 무효화할 수 있는가를 둘러싸고 견해의 대립을 보였다. 이러한 견해의 대립이 발생하고 있는 근본적인 이유는 가치분법관이 갖는 권한의 한계 때문이다. 특히 고용보호계획의 적법성 내지 타당성에 관한 문제는 단순한 사실확인 문제라기 보다는 본안판단을 요하는 문제에 가깝다. 노사 당사자간에도 심각한 다툼의 대상이 될 수 있는 사항이기 때문이다. 따라서 본안에 대한 판단권한을 갖는 사실심법관은 고용보호계획의 적법 여부를 결정할 수 있지만 본안에 대한 판단권한을 갖지 않는 가치분법관이 고용보호계획의 부적법을 이유로 해고절차의 무효를 결정할 수 있는가 하는 문제가 제기되는 것이다.

234) 노동사건에 관한 가치분을 담당하는 법관은 집단적 권리분쟁의 경우 지방법원의 장(長), 근로계약을 둘러싼 노사간의 개별적 권리분쟁의 경우 노동법원(conseil de prud' hommes)의 가치분담당부(formation de référé)이다. 이상의 내용은 Xavier Prétot, “Le constat de carence du plan social par l’autorité administrative”, *RJS*, 4/1995, p.239. 특히 노동법원 가치분담당부에 관해서는 Jean-Michel Naudon, *Agir devant les prud’hommes* (Paris: Lamy, 1996), p.17 이하.

235) Bernard Boubli, “Réflexions sur l’obligation de reclassement en matière de licenciement pour motif économique”, *RJS*, 3/1996, p.135.

236) Bernard Bossu, op. cit., p.384.

다수의 하급심 판결들은 가치분법관의 해고절차무효결정권한 자체를 인정하고 있다. 예컨대, 사용자가 고용보호계획을 작성하지 않았던 경우, 변경된 고용보호계획을 근로자대표에게 제시하지 않았던 경우, 고용보호계획이 명백한 결함을 갖고 있는 경우에 가치분법관의 해고절차무효결정권한을 인정하고 있다.<sup>237)</sup> 그러나 해고절차에 중대한 위법이 있어 근로자들에게 긴박한 손해를 줄 수 있는 경우에 가치분법관은 절차의 중지를 명할 수 있을 뿐이라고 하여 해고절차무효결정권한을 부인한 판결도 있다(Châlons-sur-Marne지방법원, 1994. 7. 13. 판결, Marne et Champagne社 사건).<sup>238)</sup> 한편 고용보호계획의 적법성 여부에 대한 가치분법관의 결정권한에 관해서는 하급심간에 이를 인정하는 판결례(Chambéry고등법원, 1993. 11. 9. 판결, Composants et Instrument-Metrix社 사건)<sup>239)</sup>과 부인하는 판결례(Paris고등법원, 1993. 10. 26. 판결, Everite社 사건)<sup>240)</sup>가 대립하였다.

이러한 하급심간의 견해대립 속에서 파기원은 “고용보호계획이 부재하는 경우 이는 명백히 불법적인 침해에 해당하고 가치분법관은 해고절차의 재개 및 해고의 중지를 명할 수 있다”고 하여 원칙적으로 가치분법관의 해고절차무효결정권한을 인정하였다(1996. 11. 12. 판결, Timo Breiz社 사건).<sup>241)</sup> 그러나 파기원이 해고절차무효결정권한을 인정하였던 대상이 되었던 사안은 고용보호계획이 근로자대표에게 제시되지 않았던 경우이다. 그리고 가치분법관이 고용보호계획의 적법성 내지 타당성 여부에 대한 결정권한을 갖는가의 문제에 대한 파기원의 명시적 입장을 확인할 수 있는 판례는 없다. 이하에서는 이 문제에

237) Jean Pélissier, “Le contrôle des plans sociaux”, *RJS*, 8•9/1994, p.566. 앞으로 이 논문의 저자를 Jean Pélissier(1994)로 인용한다.

238) *RJS*, 10/1994, n°1127, pp.667~668.

239) *RJS*, 3/1994, n°242, pp.178~179.

240) *RJS*, 1/1994, n°17, 2<sup>e</sup> espèce, p.35. 이 사안에서 파리고등법원은 “해고절차초기에 고용보호계획이 제시되었고 이 계획이 적어도 외관상 근로자의 해고회피 및 재취업 촉진을 위한 조치를 담고 있는 한 고용보호계획 내용의 타당성에 관한 판단권한은 가치분담당 법관에게 없기 때문에 해고절차를 무효로 할 수 없다”고 보았다.

241) *RJS*, 12/1996, n°1249, p.808.

관한 학설을 살펴보고자 한다.

다수설은 고용보호계획 내용의 적법성 내지 타당성에 대한 가처분 법관의 결정권한을 부인한다. 고용보호계획의 적법성 여부는 본안판단을 행하는 사실심법관의 관할사항이고 법이 요구하는 최소한의 내용을 담고 있는 고용보호계획이 제시된 경우 ‘명백히 불법적인 침해’를 인정할 수 없기 때문에 가처분신청을 수리한 법관은 고용보호계획의 적법성에 의심이 가는 경우 사실심법관의 결정이 있을 때까지 가처분 결정을 유예하든지 잠정조치로서 해고절차의 중지를 결정할 수밖에 없다고 본다.<sup>242)</sup>

반면에 고용보호계획이 법규정에 부합하는 조치를 담고있지 않는 경우에 가처분법관에 의한 해고절차무효의 결정이 가능하다고 보는 견해<sup>243)</sup>가 있지만 그 논거가 분명하게 제시되고 있지 않다. 한편 소송기술적 측면에서 가처분법관에 의한 고용보호계획의 적법성 내지 타당성 판단이 가능하다는 견해가 있다. 이 견해에 의하면, 특정일에 소송상대방을 법정에 호출시켜 심리를 행하는 지정기일법정호출절차 (la procédure d’assignation à jour fixe)<sup>244)</sup>를 활용하면 해고통지가

242) “협의절차의 위반이 명백히 불법적인 침해에 해당하는 경우에 가처분법관의 개입은 가능하겠지만 고용보호계획의 타당성 여부는 본안을 담당하는 사실심법관의 관할에 속하기 때문에 가처분법관은 고용보호계획의 불충분성이 분명해 보이는 경우에는 사실심법관의 결정이 있기까지 가처분절차를 유예하는 것이 타당하다”(Jean-Emmanuel Ray, “Plan social et insécurité juridique”, *Dr. soc.*, N°7·8, 1995, p.663). “법이 요구하는 최소한의 조치를 포함하고 있는 고용보호계획이 제시된 경우 근로자대표의 협의권에 대한 명백히 불법적인 침해가 있다고 볼 수 없기 때문에 가처분법관의 개입은 인정될 수 없다. 왜냐하면 해고협의과정에서 고용보호계획은 개선의 가능성이 예정되어 있기 때문이다”(Bernard Boubli, *op. cit.*, p.135). “사용자가 외관상 법규정에 합치하는 고용보호계획을 제시한 경우에는 명백히 불법적인 침해를 인정하기 어려울 것이다. 하지만 명백히 불법적인 정도에까지 이르지 않는 침해라고 하더라도 침해 그 자체의 존재를 확인할 수 있을 것이고 이러한 경우에는 예컨대, 절차중지와 같은 잠정조치로서 차후에 치유불가능한 상황을 미리 회피할 수 있을 것이다”(Bernard Bossu, *op. cit.*, p.388).

243) Gérard Lyon-Caen et autres, *op. cit.*, p.404.

244) 원고가 피고를 직접변론기일(audience des plaidoiries)에 호출하는 신속한 절차로 가처분을 담당하는 법관이 시간절약을 위해 직권으로 지정기일(指定定期

이루어지기 이전에 해고절차의 무효화가 가능하다고 본다.<sup>245)</sup>

## (2) 해고의 무효

1993년 1월 27일 법률(L.321-4-1조 제2항)이 해고절차의 무효를 규정한 이후 치열한 논쟁의 대상이 되었던 사항은 무효인 해고절차로부터 발생한 해고 그 자체가 무효로 되는가 하는 문제였다. 그러나 1993년 법률 성립 이후 해고무효 인정 여부를 둘러싼 논쟁은 4년여 후인 1997년에 해고무효를 승인한 파기원 판결에 의해 일단락되었고, 최종적으로는 2002년 법개정에 의한 입법화에 의해 해결되었다. 이하에서는 그 과정을 살펴보고자 한다.

해고무효<sup>246)</sup>를 부정한 견해들은 ① 1993년 법률상의 해고절차무효 규정은 단지 해고협의절차에 관련된 규정이므로 해고무효 및 근로자의 복직을 인정할 수 있는 근거규정이 아니라는 점,<sup>247)</sup> ② 절차이행 여부는 해고의 유효요건이 아니기 때문에 절차무효는 해고무효와 동일시될 수 없다는 점,<sup>248)</sup> ③ 해고법에서 무효는 기본권 및 기본적 자

日)에의 범정출두를 허가할 수 있다. Association Henri Capitant, *Vocabulaire Juridique*, 3<sup>e</sup> éd. (Paris: PUF, 1992), p.71 참조.

245) Jean Pélissier(1994), op. cit., p.566.

246) 노동법전 L.321-4-1조 제2항에서 'La procédure de licenciement est nulle et de nul effet'라는 표현 중 특히 논란의 대상이 되었던 부분은 'et de nul effet'였다. 원문을 직역하면 '해고절차는 무효이고 무효의 효력을 갖는다'로 된다. '.....무효의 효력을 갖는다(et de nul effet)'라는 표현에 대해 해고무효긍정설은 해고 그 자체가 무효임을 뜻한다고 보았고, 부정설은 '.....무효의 효력을 갖는다'라는 표현은 단지 무효는 어떠한 효력을 갖지 않는다는 것을 중복하여 강조한 것에 불과한 것인데 긍정설은 불필요한 군더더기에 의미를 부여하려는 헛된 노력을 하고 있다고 비판하였다. 이상의 내용은 Gérard Couturier, "Plans sociaux et exigences de reclassement", *Dr. soc.*, N°5, 1994, p.442 참조. 이하에서 이 문헌의 저자를 Gérard Couturier(1994)로 인용한다.

247) Xavier Prétot, "Licenciement collectif pour motif économique : reclassement des salariés et contrôle de l'administration", *RJS*, 2/1993, p.89. 이 논문에 의하면, "1993년 법률은 사용자가 근로자대표와 고용보호계획에 대하여 협의하지 않는 행위를 강력하게 제재하기 위한 것으로 이는 단지 해고절차와 관련된 규정일 뿐이다. 해고절차의 무효에 의해 사용자가 근로자를 복직시킬 의무를 갖는 것은 아니다."

유의 침해 등과 같이 법이 예정하는 특별한 경우에만 인정된다는 점,<sup>249)</sup> ④ 1993년 법률은 해고된 근로자의 개별적 권리를 보호하는 것이 아니라 해고협의과정에서 근로자의 집단적 권리를 보장하는 것이라는 점,<sup>250)</sup> ⑤ 해고협의절차를 위반한 해고의 경우 1993년 법률 성립 이전부터 노동법전 L.122-14-4조 제3항이 절차위반을 이유로 한 피해고자의 손해배상청구권을 인정하고 있는 점<sup>251)</sup> 등을 논거로 삼았다.

반면에 해고무효를 인정한 견해들은 그 논거로 ① 고용보호계획의

248) Gérard Couturier(1994), *op. cit.*, p.443. 이 논문에 의하면, “해고절차의 이행 여부는 해고의 유효요건이 아니기 때문에 절차무효에 의해 해고가 무효로 되지 않는다. 따라서 해고협의절차가 준수되지 않고 이루어진 해고가 무효인 것은 아니며 단지 노동법전 L.122-14-4조 제3항이 규정하는 집단해고절차 위반을 이유로 한 손해배상청구만이 근로자에게 인정될 수 있다.”

249) Gérard Couturier, “Plan social et mesure de reclassement : l’apport de la loi du 27 janvier 1993”, *Dr. Soc.*, N°3, 1993, pp.223~224. 이 논문에 의하면 “절차무효를 해고무효와 동일시하는 해석은 해고법 전체의 일관성을 뒤흔드는 것이다. 해고법에서 무효는 기본권 및 기본적 자유의 침해시에 인정된다. 법원에 의해 해고절차가 무효로 되는 경우 사용자는 법규정에 합치하는 고용보호계획을 다시 근로자대표에게 제시하여 협의함으로써 절차무효의 원인을 제거할 수 있고, 이 경우 해고절차는 유효하게 된다. 반면에 법원의 해고절차 무효결정에도 불구하고 사용자가 무효원인을 제거함이 없이 해고를 시행한 경우에 해고된 근로자는 집단해고절차 위반에 대한 손해배상청구권(L.122-14-4조 제3항)을 갖는다.”

250) Jean Savatier, “La distinction des rapports collectifs et des rapports individuels de travail en matière de licenciements collectifs”, *Dr. soc.*, N°3, 1995, p.238. 이 논문에 의하면, “1993년 법률은 집단해고에 관한 노사간의 협의를 규율하는 것이다. 그 목적은 법에 부합하는 고용보호계획이 근로자대표에게 제시되지 않은 경우 해고협의절차의 재개를 사용자에게 강제함으로써 근로자의 집단적 권리를 보호하는데 있다. 그러나 현실적으로 해고가 이루어진 경우에는 개별 근로계약의 해지에 관한 법규정이 적용되어야 하기 때문에 노동법전 L.122-14-4조 제3항이 적용되어 피해고자에게는 실손해에 따라 산정되는 손해배상청구권이 인정되는 것이다.”

251) 이러한 입장을 취하였던 하급심 판결례로 Tours노동법원(가처분), 1993. 12. 13. 판결(SKF社 사건), *RJS*, 1/1994, n°19, pp.38~40. 이 판결에서 Tours노동법원은 “고용보호계획의 부재에 의해 해고절차는 무효로 되지만 무효인 절차에서 발생한 해고 자체가 무효로 되는 것은 아니기 때문에 해고절차의 무효가 결정된 경우 피해고자는 단지 손해배상을 청구할 수 있을 뿐이지 근로계약의 존속(복직)을 청구할 수는 없다”고 판시하였다.

기본목적은 해고회피에 있다는 점,<sup>252)</sup> ② 1993년 법률이 해고무효를 승인하는 것이 아니라면 동법의 존재 자체가 무의미하다는 점,<sup>253)</sup> ③ 1993년 법률은 근로권보장을 위한 입법정책의 일환으로 성립하였다는 점,<sup>254)</sup> ④ 고용보호계획은 해고협의절차의 핵심이고 해고회피를 가능케 하므로 그 위반에 의한 해고는 무효로 될 수밖에 없다는 점<sup>255)</sup> 등

252) Michel Scheidt, “La cause réelle et sérieuse du motif économique de licenciement”, *Dr. Ouvrier*, N°537, septembre 1993, p.326. 이 논문에 의하면, “고용보호계획상에 근로자의 해고회피 및 재취업 촉진을 목적으로 하는 조치가 부재함에도 불구하고 사용자가 해고를 행한 경우 이러한 해고는 부적법한 절차로부터 발생한 것이기 때문에 무효이다. 따라서 피해고자는 노동법원 가치분담당부에 명백히 불법적인 침해를 제거하기 위한 원상회복(원직복직 및 소급임금)을 신청할 수 있다.”

253) François Gaudu, “Le contrôle de l’exécution du plan social”, *Dr. soc.*, N°5, 1994, p.501. 이 논문에 의하면, “해고절차의 무효를 규정하는 1993년 법률(L.321-4-1조 제2항)이 성립하기 이전에도 가치분법원은 해고협의절차의 부적법을 이유로 해고절차를 중지시킬 수 있었다. 또한 해고절차의 무효에 관한 법규정이 없더라도 근로자에게는 집단해고절차 위반을 이유로 손해배상청구권(L.122-14-4조 제3항)이 인정된다. 즉, 해고절차의 중지, 해고절차의 재개, 집단해고절차 위반을 이유로 한 손해배상청구권은 해고절차의 무효를 전제로 하지 않는다. 따라서 1993년 법률에 의해 신설된 노동법전 L.321-4-1조 제2항이 그 입법의미를 가지려면 해고무효를 인정하여야 한다.”

254) Bernard Bossu, *op. cit.*, pp.387~388 참조. 이 논문에 의하면, “해고는 무효인 행위(해고절차)의 핵심적 결과이므로 위법한 해고절차로부터 발생한 해고는 무효라고 보는 것이 더 설득력있는 해석이다. 고용보호계획은 해고회피 및 근로자의 재취업 촉진을 목적으로 하는 것이기 때문에 해고절차의 무효를 규정한 1993년 법률은 근로자의 일할 권리를 보장하려는 입법정책의 일환에 해당한다. 따라서 근로자의 복직은 사용자에게 의해 이루어진 불법의 제거 및 일할 권리의 보장을 가능케 한다.”

255) Jean Pélessier(1994), *op. cit.*, pp.566~567 참조. 이 논문에 의하면, “해고무효 부정설이 주장하는 노동법전 L.122-14-4조 제3항의 손해배상청구권은 해고협의 의무를 규정하는 L.321-2조를 사용자가 위반한 경우에 인정되는 것이다. 그러나 해고무효 인정 여부를 둘러싼 문제의 대상은 L.321-2조가 아니라 고용보호계획의 제시·협의의무 및 그 위반시의 제재(해고절차무효)를 규정하고 있는 L.321-4-1조 제2항이다. 또한 의회는 L.321-4-1조 제2항을 통해 해고절차무효시의 해고무효를 입법적으로 승인한 것이기 때문에 해고무효부정설이 긍정설에 대해 제기하는 ‘해고법 전체의 일관성 결여’라는 비판은 타당하지 않다. 그리고 고용보호계획은 해고회피를 가능케 하는 것이기 때문에 고용보

을 제시하였다.<sup>256)</sup>

1993년 법률성립 이후 4년여간에 걸친 하급심간의 대립과 학설의 논쟁 속에서 파기원(사회부)은 마침내 1997년 2월 13일 판결(Samaritaine사건)<sup>257)</sup>을 통해 “고용보호계획의 무효는 후속하는 모든 행위에 그 효력이 미치고, 특히 집단해고절차의 결과에 해당하는 해고는 그 자체가 무효이기 때문에 근로계약의 종료는 명백히 불법적인 침해에 해당하고, 가처분법관은 이러한 불법적 침해를 제거하기 위해 근로계약의 지속을 명할 수 있다”고 판시하여 해고무효를 승인한다.<sup>258)</sup> 파기원은 고용보호계획의 무효, 즉 해고절차의 무효는 해고뿐만 아니라 무효인 절차로부터 발생한 모든 행위의 무효임을 선언하고 있다. 따라서 해고뿐만 아니라 고용보호계획에 의해 이루어진 희망퇴직, 조기퇴직, 재취업촉진지원 등 사용자의 일련의 조치들은 어떠한 효력도 갖지 않게 된다. 사용자는 해고된 근로자의 복직 및 소급임금 지급의무를 부담하여야 할 뿐만 아니라 원점에서 다시 적법한 해고절차를 이행하여야 한다. 이런 점에서 사용자가 부담하여야 할 위험 및 비용이 절차 위반에 대한 법적 책임으로서는 지나치게 가혹할 수 있기 때문에

---

호계획에 관한 노사간의 협의는 해고절차의 핵심에 해당한다. 따라서 해고를 회피할 수 있는 행위(고용보호계획의 제시·협의)를 사용자가 이행하지 않는 경우 해고무효의 결정은 당연한 것이다.”

256) 해고무효구정설의 입장을 취한 하급심 판결례로 Meaux노동법원(가처분), 1994. 4. 29. 판결(Euro Disney社 사건), *RJS*, 4/1995, n°368, pp.253~255; Altkirch노동법원(가처분), 1994. 7. 7. 판결(Plasco社 사건), *RJS*, 6/1995, n°635, p.420; Amiens고등법원, 1995. 6. 29. 판결(SNC SICUP社 사건), *Dr. soc.*, N°4, 1996, pp.389~390. 특히 Paris고등법원, 1996. 2. 23. 판결(Samaritaine 사건)은 “해고절차가 법원에 의해 무효로 되는 경우 이러한 해고절차로부터 이루어진 모든 개별적 조치들(해고, 직업전환협정의 가입에 의한 근로계약의 합의종료)은 무효로 된다. 따라서 근로계약의 종료는 명백히 불법적인 침해에 해당하고 이러한 침해를 제거하기 위한 적절한 조치는 근로계약의 지속이므로 사용자는 불이행시 벌금강제(astreinte)가 부과되는 근로자 복직의무를 부담한다”고 판시하였다(*RJS*, 8·9/1996, n°911, p.587).

257) 이 사건에 대해 해고무효설의 입장을 취한 의견서의 내용은 Philippe de Caig-ny, “Insuffisance du plan social, nullité de la procédure et nullité des licenciements”, *Dr. soc.*, N°3, 1997, p.249 이하.

258) *RJS*, 3/1997, n°269, p.180.

1997년 파기원 판결이 갖는 현실적 실효성에 의문을 제기하는 견해가 계속적으로 제기되었다.<sup>259)</sup>

그러나 1997년 파기원 판결이 있기 이전부터 해고무효론을 강력하게 주장하여왔던 장 뻬리시에(Jean Pélissier) 교수는 이러한 우려에 대해 다음과 같이 의미 있는 답변을 제시하였었다. “근로자대표 또는 근로자들은 사용자가 해고를 통지하기 이전에 가처분절차를 통해 해고절차를 무효화시킬 수 있기 때문에 현실적으로 해고무효가 이루어지는 경우는 희박할 것이다. 왜냐하면 일반적으로 해고무효는 사용자가 법원의 해고절차 무효결정을 무시하고 해고를 강행한 경우에 인정될 것이기 때문이다. 따라서 사용자는 해고무효라는 결과에 대해 불평할 수 없다. 사용자는 법을 위반하였을 뿐만 아니라 해고절차무효에 따른 적법한 절차의 재이행을 명하는 법원의 결정을 의도적으로 무시한 것이다. 사용자는 자신이 행하는 불법의 결과를 알면서 그에 따른 위험을 감수할 각오로 행동한 것이다. 한편 해고절차무효청구가 제기된 상황에서 법원의 결정을 기다리지 않고 사용자가 해고를 행한 경우에도 마찬가지이다. 해고절차가 무효로 되는 경우 해고 또한 무효로 된다는 점을 사용자는 알고 있고, 해고무효가 초래할 현실적 결과도 알고 있다. 이러한 결과를 기꺼이 감수하기를 원하는 사용자는 해고무효결정이 초래할 비용에 대하여 불평할 수 없다.”<sup>260)</sup>

한편 2002년 개정법은 기존 판례의 입장을 입법화하면서 근로자의 복직권을 인정하고 법원의 복직결정에 대한 가집행력을 부여하고 있을 뿐 아니라 한 걸음 더 나아가 근로자가 복직을 원하지 않는 경우 사용자는 지난 12개월분의 임금액 이상의 배상금지급책임을 부담하도록 규정하고 있다. 즉, “L.321-4-1조에 의거하여 무효인 해고절차로부터 해고가 이루어진 것임을 법원이 확인하는 경우, 법원은 해고의 무

259) P.H. Antonmattei, “La nullité du licenciement pour motif économique consécutive à la nullité du plan social”, *RJS*, 3/1997, p.155 이하.

260) “Nullité du plan social”, *Sem. soc. Lamy*, N°829, 1997. 3. 3., p.4. 이상의 내용은 해고무효론을 취하여 왔던 Jean Pélissier교수와 해고무효를 부인하여 왔던 Gérard Couturier교수가 1997년 파기원 판결에 대한 입장을 표명한 대담내용 중에서 재인용하였다.

효를 선언하고, 근로자의 청구에 따라 근로계약의 지속(즉, 복직)을 명한다. 이러한 법원의 결정은 가집행력을 갖는다. 근로자가 복직을 청구하지 않는 경우, 법원은 지난 12개월분의 임금액 이상에 해당하는 배상금을 근로자에게 지급할 것을 직권으로 명한다.” 이러한 규정에 따르면, 근로자는 복직과 배상금 양자 중 택일할 수 있는 권한을 갖는다. 그리고 근로자가 배상금을 택하는 경우 사용자가 부담하여야 할 배상금액의 최저한도(12개월분의 임금액 이상)는 해고의 실제적 정당성이 인정되지 않는 경우 사용자가 부담하는 배상금액의 최저한도(6개월분의 임금액 이상)에 비해 2배로 설정되고 있다. 이는 경영상 해고에서의 절차적 중요성, 특히 해고회피 등을 위한 사용자조치의 중요성을 입법적으로 강조하는 것으로 평가할 수 있다.

### (3) 해고무효의 효과

무효인 해고절차로부터 발생한 해고 역시 무효이므로 근로자는 복직 또는 12개월분 임금액 이상에 해당하는 배상금에 대한 권리를 갖는다. 이와 관련한 여러 가지 법적 문제들, 즉 복직의 정당범위, 중간수입공제 여부, 사용자의 실업수당 상환 여부 등이 새로운 검토의 대상으로 제기된다.

부당해고의 경우 근로자의 복직청구권 인정 여부는 노동관계소송에서 사법제도의 유용성을 평가할 수 있는 기본적 척도의 하나이다.<sup>261)</sup> 프랑스의 경우 집단해고절차 위반에 대한 구제로 가처분절차를 통한 근로자의 복직이 인정된다. 이러한 점에서 프랑스는 실효적인 사법구제체계를 갖추고 있다. 그러나 해고절차무효의 효과로 이루어지는 근로자의 복직은 잠정적인 원상회복조치라는 점에서 기본적 한계를 갖는다.

통상적인 경우 법원의 복직명령에는 벌금강제(astreinte)가 수반된다. 2002년 개정법의 경우 복직을 명하는 법원의 결정은 가집행력을 갖는다고 규정하고 있다. 벌금강제는 사용자가 복직명령의 이행을 지

261) Alain Supiot, *Les juridiction du travail*, Droit du travail, tome 9 (Paris: Dalloz, 1987), p.209 참조.

체하는 경우 지체일에 대하여 일정액의 벌금을 부과함으로써 복직을 간접적으로 강제하는 효과를 갖는다. 그러나 근로자의 복직 실현을 곤란케 하는 현실적인 장애가 있을 수 있다. 예컨대, 근로자의 원직(emploi initial)이 더 이상 존재하지 않거나 다른 근로자에 의해 원직이 이미 채워진 경우이다. 복직의 정당범위에 관한 기존의 판례는 대부분 해고로부터 특별보호의 대상이 되는 근로자대표와 관련된 사안들이다. 사용자가 행정기관의 승인없이 근로자대표를 해고한 경우 또는 행정기관의 해고승인이 행정소송에 의해 취소되는 경우(L.412-19조, L.425-3조, L.436-3조) 근로자대표에게는 원직 또는 원직 상당직(emploi équivalent)으로의 복직이 인정된다. 이 경우 원직 상당직은 ‘동일한 임금수준, 동일한 직업자격, 동일한 직업경력이 인정될 수 있고, 근로자대표로서의 활동을 가능케 하는 직’이다(1990. 1. 24. 판결, EDI 7社 사건).<sup>262)</sup> 그리고 원직 상당직으로의 복직은 원직이 더 이상 존재하지 않는 경우에 인정된다. 원직이 존재하나 다른 근로자에 의해 이미 채워져 있어 공석이 아닌 경우 파기원은 1990년 판결(EDI 7社 사건)에서 근로자대표의 원직 상당직으로의 복직을 인정하였지만 1995년 판례변경을 통해 원직으로의 복직을 인정하였다(1995. 5. 31. 판결, Cosmas 사건).<sup>263)</sup> 근로자대표와 관련된 이러한 판례에 비추어 볼 때, 해고특별보호대상이 아닌 일반 근로자에게도 원직이나 원직 상당직으로의 복직이 인정될 수 있다. 다만, 다른 근로자가 이미 원직을 담당하고 있는 경우에도 1995년 판결(Cosmas 사건)의 결론(즉, 원직으로의 복직)이 그대로 적용될 수 있는지 의문이다. 근로자의 집단적 이익을 옹호할 임무를 갖는 근로자대표에게는 그에 상응하는 특별한 법적 지위가 보장되어야 하기 때문에 비록 원직이 공석이 아니더라도 원직으로의 복직권을 인정할 실익이 크다. 그러나 일반 근로자의 경우, 이미 원직을 담당하고 있는 다른 근로자를 배제하는 원직으로의 복직이 인정되기는 어려울 것이다. 따라서 다른 근로자가 이미 원직을

262) *Dr. soc.*, N°4, 1990, pp.333~334.

263) *Dr. soc.*, N°7·8, 1995, p.683. 이 사안은 행정기관의 승인없이 근로자대표가 해고된 경우이다.

담당하고 있는 경우에는 동일한 임금수준, 동일한 직업자격, 동일한 직업경력이 인정될 수 있는 원직 상당직으로의 복직을 인정하여도 부당하지는 않을 것이다.

다음으로, 해고절차무효의 결과로 인정되는 해고무효는 해고사유의 정당성 여부와는 아무 관계가 없다. 해고절차가 무효인가는 절차위반 여부에 의해 결정된다. 즉, 해고절차무효 여부의 결정에서 해고사유의 정당성 여부에 대한 판단이 개입될 여지가 전혀 없는 것이다. 비록 경영상의 필요성이 정당하게 인정되더라도 사용자가 고용보호계획을 제시하지 않거나 이에 대해 협의하지 않은 경우에는 해고절차가 무효이고, 무효인 절차로부터 발생한 해고 자체도 당연히 무효이기 때문에 해고사유의 정당성 여부와 해고무효 사이에는 아무런 관계가 없다. 따라서 해고사유가 정당하더라도 절차위법이 있는 한 해고무효는 인정된다. 그러나 해고무효의 효과로 인정되는 근로자의 복직<sup>264)</sup>은 잠정적인 원상회복조치에 불과하다. 즉, 절차위법이 제거되지 않는 한 기존의 해고는 어떠한 효력도 갖지 않기 때문에 근로자의 지위는 계속적으로 유지되지만 사용자가 적법한 고용보호계획을 다시 제시하는 경우 이러한 계획이 해고를 예정할 수 있는 것이고, 복직된 근로자들 중의 일부는 해고절차의 종료시점에서 다시 정당하게 해고될 수 있다.<sup>265)</sup> 따라서 해고절차무효의 결과로 인정되는 복직은 정당한 사유 없는 해고에 대한 법정구제의 하나로 법원에 의해 제안될 수 있는 복직(L.122-14-4조 제1항)과는 그 법적 성질을 달리한다. 절차무효에 의한 복직은 해고사유의 정당성 여부에 대한 판단을 전제로 하지 않기 때문에 정당한 사유가 있는 한 적법한 해고절차의 재개에 의해 다시 해고가 정당하게 이루어질 수 있는 잠정적 성질을 갖는다. 이에 반해

264) 일반 근로자의 복직에 관련된 전반적인 법적 문제에 대해서는 Michel Henry, "La réintégration des salariés non protégés", *Dr. Ouvrier*, N°562, septembre 1995, p.371 이하. 파업을 이유로 해고된 일반 근로자의 복직문제와 관련해서는 Emmanuel Wagner, "La violation d'une règle légale impérative par l'employeur (à propos de la réintégration des salariés ordinaires)", *Dr. Ouvrier*, N°562, septembre 1995, p.365 이하.

265) Jean Pélissier(1994), *op. cit.*, p.567.

정당한 사유가 없는 해고의 경우에 인정되는 법정구제의 하나인 복직은 해고소송을 종결짓는 확정적 성질을 갖는다.

한편 근로자가 해고무효에 따른 배상금을 청구하는 경우 근로자의 중간수입이 공제될 수 있는지 문제된다. 이와 관련하여 행정기관의 승인 없이 이루어진 근로자대표의 해고에 관한 판례는 중간수입(해고시 단체협약상 규정된 보상금, 복직 전까지 근로자가 얻을 수 있었던 일체의 소득)이 공제될 수 없다는 입장을 취하고 있다(1994. 10. 5. 판결, Unimétal社 사건).<sup>266)</sup> 이처럼 중간수입공제를 부인하는 이유는 사용자가 근로자대표에게 지급하여야 할 소급임금을 포함한 배상액은 근로자대표보호법규 위반을 제재하는 징벌적 성질 및 경우에 따라서는 정신적 손해까지 전보하는 배상적 성질을 갖고 있기 때문이다.<sup>267)</sup> 근로자대표와 관련하여 중간수입공제를 부정하는 이러한 판례가 해고절차 무효의 결과로 인정되는 해고무효에도 그대로 적용될 수 있는가? 이 문제에 대하여 중간수입공제의 입장을 취하는 하급심 판결례가 있다(Bordeaux고등법원, 1997. 10. 31. 판결, Apouey 사건).<sup>268)</sup> 이 사안에서 근로자는 해고절차무효를 이유로 복직이 아닌 손해배상을 청구하였는데, 법원은 배상액을 산정함에 있어서 근로자가 다른 회사(동생이 경영하는 회사)에 채용되었던 사실에 근거하여 소급임금전액을 인정하지 않았다.<sup>269)</sup> 한편 근로자가 해고시에 고용보호계획에서 예정된 금전적 보상금을 수령하였던 경우에는 복직시 해당 금액을 사용자에게 상환하여야 한다는 견해가 있다.<sup>270)</sup> 고용보호계획의 무효는 고용보호계획에 의해 이루어진 모든 조치의 효력을 잃게 한다는 파기원 판례(1997년 Samaritaine사건)에 부합하는 해석이라고 생각한다.

마지막으로, 법정구제의 하나로 인정되는 사용자의 실업수당 상환

266) *Dr. soc.*, N°12, 1994, p.983.

267) Maurice Cohen, *Le droit des comités d'entreprises et des comités de groupe*, 4<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., Paris, 1997, p.882.

268) *RJS*, 2/1998, n°160, p.104.

269) *Ibid.*

270) Sylvain Niel, "La justice sanctionne les licenciements collectifs", *Sem. soc. Lamy*, N°833, 1997.4.1., p.5.

(L.144-14-4조 제2항)은 해고절차무효에 의한 해고무효의 경우에도 인정될 수 있는지 문제된다. 앞서 인용한 바 있는 보르도(Bordeaux) 고등법원 판결(Apouey사건)은 실업수당 상환을 부인하였다.<sup>271)</sup> 파기원 판례에 의하면, 실업수당 상환은 정당한 사유 없는 해고의 경우 법에 의해 특별히 규정되고 있는 사용자에게 대한 제재이다. 따라서 절차위법의 결과로 인정되는 해고무효는 해고사유의 정당성 여부와는 무관한 것이기 때문에 보르도 고등법원의 판결은 파기원 판례에 합치하는 결정이라고 평가할 수 있다. 2002년 개정법에서도 사용자의 실업수당 상환책임에 관한 규정을 두고 있지 않다. 한편 절차무효에 따른 해고무효시 사용자는 근로자가 수령한 실업수당을 중간수입으로 공제할 수 없지만 그 대신 근로자는 부당이득에 해당하는 실업수당액을 실업보험기관에 상환할 책임이 있다고 보는 견해가 있다.<sup>272)</sup> 이러한 견해에 의하면, 절차위반의 결과로 해고무효가 결정된 경우 실업보험기관은 사용자가 아니라 근로자에게 실업수당의 상환을 청구하여야 할 것이다.

## 제 4 절 일 본

### 1. 해고제한의 법체계

일본의 부당해고 구제제도는 별도의 해고제한입법이나 일반적 해고 제한규정이 존재하지 않고 판례법에 의해 해고가 제한된다는 점, 그리고 부당해고 여부를 둘러싼 분쟁은 이를 전문적으로 처리할 별도의 기관이나 절차가 마련되어 있지 않아 일반 법원에서 다루어진다는 점에 가장 큰 특색이 있다. 일본의 해고관련 규정을 보면, 해고사유 측면에서 특수한 상황의 근로자를 보호하기 위한 해고금지규정이 있고

271) *RJS*, 2/1998, n°160, p.104.

272) “Nullité du plan social”, *op. cit.*, p.5에서 Jean Pélissier교수의 대답내용.

그밖에 해고기간이나 절차 측면에서 해고예고제도를 비롯한 몇 가지 제한규정이 존재한다.

먼저 해고사유와 관련하여, 노동기준법(이하 ‘노기법’)은 국적·신조·사회적 신분 등을 이유로 한 차별적 해고를 금지하며(동법 제3조) ‘고용분야에 있어 남녀의 균등한 기회 및 대우확보 등에 관한 법률’(이하 ‘고용기회균등법’)은 여성근로자에 대한 차별적 해고를 금지한다(동법 제8조 제1항). 사업주는 여성근로자의 혼인·임신·출산을 퇴직 이유로 예정할 수 없으며(동법 제8조 제2항), 혼인·임신·출산 또는 산전산후 휴업(노기법 제65조 제1~2항)을 이유로 해고하는 것도 금지된다(고용기회균등법 제8조 제3항). 고용기회균등법에서 금지한 사유를 둘러싸고 분쟁이 발생하는 경우 근로자는 도도부현(都道府縣) 노동국장에 신청하여 조언·지도 또는 권고를 받을 수 있는데(동법 제13조 제1항) 사업주가 이를 이유로 해고하는 것이 금지된다(동법 동조 제2항). ‘육아휴업·개호휴업 등 육아 또는 가족개호를 행하는 근로자의 복지에 관한 법률’(이하 ‘육아·개호휴업법’)은 사업주가 육아휴업 또는 개호휴업을 신청하거나 이를 행한 것을 이유로 근로자를 해고하지 못하도록 하고 있다(동법 제10조, 제16조). 한편 근로자는 당해 사업장이 노기법, 노동안정위생법, ‘임금지급확보 등에 관한 법률’ 위반을 행한 경우 감독기관에 구제를 신청할 수 있는데, 사용자 등이 이러한 신고를 이유로 근로자를 해고하지 못한다(각 법 제104조, 제97조, 제14조). 그리고 노동조합법에 의해 노동조합원임을 이유로 해고하는 행위가 부당노동행위로서 금지되고 있다(동법 제7조 제1호).

다음으로, 노기법은 절대적 해고금지기간을 두고 있다. 근로자의 업무상 재해로 인한 휴업기간과 그 후 30일간<sup>273)</sup>, 여성근로자의 산전·

273) 통상 통근재해는 노동자재해보상보험법의 독자적 개념이어서(동법 제7조 제1~2항) 노기법의 ‘업무상’에는 해당하지 않기 때문에 노기법 제19조에 의한 해고제한을 받지 않는다. 업무상 재해에 있어서도 요양개시 후 3년을 경과한 날에 상병보상연금(그 적용대상은 노동능력상실률 100% 상태에서 요양계속 중인 피재자(被災者))을 받고 있는 경우, 또는 그 날 이후 상병보상금연금을 받게 된 경우에는 타절(打切)보상(노기법 제81조)이 지불된 것으로 보고(노재

산후의 휴업기간과 그 후 30일간<sup>274)</sup>이 그것이다(동법 제19조). 이 기간 중에는 이유를 불문하고 해고 자체가 금지된다.

마지막으로, 절차적 측면에서 노기법은 해고예고제도(동법 제20조, 벌칙 제119조)<sup>275)</sup>, 퇴직(해고 포함)사유를 서면으로 교부할 의무(동법

보험법 제19조) 해고에 제한이 없다(노기법 제19조 단서). 또한 천재지변 기타 이에 준하는 사유로 사업의 계속이 곤란하게 된 경우에 노동기준감독서장의 인정을 받은 때에는 해고가 가능하다(노기법 제19조 제1항 단서, 동조 제2항, 노기법 시행규칙 제7조).

274) 산전산후휴업에 대해서는 노기법 제65조가 규정하고 있다. 사용자는 6주(다태 임신의 경우에는 14주간) 이내에 출산예정인 여성이 휴업을 청구한 경우 그 자를 근로시키지 않아야 한다(노기법 제65조 제1항). 다만 산후 6주간을 경과한 여성이 청구한 경우에 의사가 지장이 없다고 인정한 업무에 취로시키는 것은 금지되지 않는다(노기법 제65조 제2항). 천재지변 기타 이에 준하는 사유로 사업의 계속이 곤란한 경우에는 업무상 재해에 의한 휴업과 마찬가지로 해고가 가능하다(노기법 제19조 제1항 단서, 동조 제2항, 노기법 시행규칙 제7조).

275) 노기법은 민법 제627조 제1항에 대한 특칙으로서 해고시 사용자는 30일 전에 이를 예고하거나 30일분의 평균임금을 예고수당으로 지급할 의무가 있다(동법 제20조 제1항). 다만 천재사변 기타 이에 준하는 사유로 사업의 계속이 불가능한 경우 또는 근로자의 귀책사유로 해고한 경우 노동기준감독서장의 인정을 거쳐 예고 또는 예고수당을 지급하지 아니할 수 있다(동법 제20조 제1항 단서, 동조 제3항). 쟁점은 해고예고제도 위반의 해고가 유효인지 무효인지 여부이다. 이를 둘러싸고 실무상 대혼란이 계속되고 있는데, 勞働省勞働基準局長通達(1949. 5. 13 基收 1483)과 最高裁判決(細谷服裝事件(最高判 1960. 3. 11) 『民集』14-3-403)은 상대적 무효설(즉시해고로서는 무효이지만 사용자가 즉시해고를 고집하지 않는 한 통지 후 30일이 경과하거나 통지 후 예고수당을 지급한 한 때 해고의 효력 발생)의 입장에 있다. 그러나 이 이론에 의할 때 근로자가 해고를 승인하여 취로하지 않게 되면 30일분의 임금이나 해고예고수당, 기타 어떠한 금전도 지급할 필요가 없다고 본다. 이 때문에 선택권설(근로자측에서 해고무효의 주장이나 해고유효를 전제로 한 예고수당의 청구 중 어느 하나를 선택할 수 있다)이 유력한 지지를 받고 있고 이러한 입장을 취한 하급심 판결(セキレイ事件(東京地判 1992. 1. 21) 『勞判』 695-91)도 등장하고 있다. 실제 노동기준감독서에 접수된 사건의 4분의 1이 해고예고수당 문제라 한다(『平成8年において労働基準監督署で取り扱った申告事件の概要』(1997. 9. 30 労働省発表)에 따르면平成 8년에 신규 수리된 신고사건건수는 21,494건으로 그 4분의 1 정도인 5,434건이 해고예고수당의 문제이다. 古川景一, 『退職・解雇のルール』(2001, 旬報社) 95쪽).

제22조, 벌칙 제120조)<sup>276)</sup> 등을 규정하고 있다.

그러나 일본법제에는 우리나라의 근로기준법이나 독일·프랑스의 해고법제에서 공통적으로 발견되는 일반적 해고제한규정이 존재하지 않는다. 예컨대, 우리나라 근로기준법은 사용자는 ‘정당한 이유 없이’ 해고하지 못한다(동법 제30조 제1항)는 일반규정을 둬으로써 당해 해고가 유효하려면 정당한 사유가 있어야 함을 명확히 하고 있다. 일본은 이와 같은 규정이 없어 해고문제의 대부분을 민법상의 계약 일반 법리에 의해 해결한다. 즉, 해고권은 고용계약의 해약권(민법 제627조 및 제628조)의 행사로 보아 부당해고 여부의 판단과 그 효과는 사권(私權)의 일반적 제한규정인 권리남용이론(민법 제1조 제3항)과 채권법의 위험부담의 법리(민법 제536조 제2항)를 통해 해결한다. 구체적으로 권리남용이론, 즉 해고에 있어 ‘해고권 남용의 법리’는 하급심 판결의 축적을 통해 형성된 것으로 현재 일본 최고법원이 취하고 있는 입장이다. 그 내용은 “① 객관적으로 합리적인 이유가 없어 사회통념상 상당하다고 시인하기 어려운 경우 ② 당해 해고의 의사표시는 해고권 남용으로 무효로 한다”<sup>277)</sup>는 것이다. ①은 해고권의 행사에는 ‘합리적이고 상당한 이유’가 필요하다는 점을 밝힌 것이어서 해고에 정당한 사유를 요구하는 것과 거의 동일하다고 평가된다.<sup>278)</sup> 한편 ②는 이러한 사유가 없는 해고는 그 법적 효력이 무효임을 밝힌 것이다. 다만, ①은 법적 근거가 없기 때문에 제외국과 같은 일반적 해고제한 규정을 입법화하자는 주장이 강하게 제기되고 있다. 물론 입법화하더

276) 퇴직사유를 서면으로 교부할 의무는 1998년 노기법 개정당시 신설된 것이다. 이는 근로자의 청구가 있으면 사용자는 증명서를 발급할 의무가 있는데, 종래 사용기간, 업무의 종류, 그 업무에 있어서의 지위 및 임금을 명기하도록 하였던 것에서 나아가 새로이 퇴직사유를 추가한 것이다. 근로계약 종료시 근로관계의 내용을 명확히 하고 해고와 퇴직을 둘러싼 분쟁을 방지함은 물론, 노동자의 재취직활동 지원절차를 편리하게 하고자 하기 위한 것이다.

277) 日本食鹽製造事件(最二小判 1975. 4. 25), 『民集』 제29권 4호, 456쪽; 高知放送事件(最二小判 1977. 1. 31) 『勞動判例』 제268호, 17쪽 참조. 특히 후자의 사건은 취업규칙상의 해고사유에 해당하더라도 현저히 상당성을 결한 경우에는 권리남용이 된다고 판단함으로써 해고권남용법리를 확고히 자리잡게 했다.

278) 다만, 후술하는 바와 같이 입증책임에서 차이가 있다.

라도 ‘합리적이고 상당한 이유’의 범위회정은 각 사례별로 해결될 수밖에 없는 추상적 기준임은 여전히 남는다고 지적된다.<sup>279)</sup>

경영상 해고(일본에서는 정리해고라고 부름)에 대해서도 우리나라와 달리 별도의 제한규정이 없다. 판례법리를 통해 ‘정리해고의 4요건’이 확립되어 있을 뿐이다. 즉, 객관적인 정리해고의 필요성, 사용자의 해고회피노력, 해고대상자 선정기준의 합리성과 타당성, 노조와의 협의 등 해고절차의 합리성이 그것이다.<sup>280)</sup> 여기서 제시된 4요건은 엄격히 적용되어 그 중 어느 하나라도 충족하지 못하는 정리해고는 당연무효로 판단되는 것이 일반적이지만<sup>281)</sup>, 최근에는 이러한 4요건을 해체하고 이를 정당성 판별의 고려요소로 보는 이른바 요건완화론을 적용하거나 아예 이러한 기준을 무시하는 판례가 눈에 띄게 증가하고 있어 비판의 대상이 되고 있다.<sup>282)</sup> 그러나 적어도 정리해고 사안에 있어 부당해고 판별기준은 통상적인 일반 해고에 비해서는 상대적으로 명확하다.

한편 부당해고의 사법적 효력이 ‘무효’라고 이해하면, 부당해고의 구제는 고용계약 존부(存否) 또는 지위 확인(해고무효확인)의 소를 통해 다투어지게 되고 원직복직 및 미불임금(소급임금) 지급이 무효인 해고에 대한 구체적 구제내용이 된다. 그러나 최근 일본에서는 프랑스 해고법제를 위시로 한 유럽입법이 손해배상을 원칙으로 하고 있음에 주목하여 “해고권 남용의 효과가 논리 필연적으로 무효로 해석되는 것은 아니다”라는 지적이 대두되고 있다.<sup>283)</sup> 특히 원직복직은 강제이행이 용이하지 않을 뿐만 아니라 양당사간에 악화된 노사관계 등을

279) 자세한 내용은 野川忍, 『解雇の自由とその制限』, 『21世紀の労働法4: 労働契約』(日本労働法學會, 有斐閣) 참조.

280) 정리해고의 판단기준을 최종적으로 확립시킨 것은 東洋酸素事件(東京高判 1979. 10. 29), 『勞民集』 제30권 5호, 1002쪽.

281) 金子征史, 『整理解雇』, 『労働法の争点』, 1978, 222쪽.

282) 최근 최고법원 판례중에서는 米ちのく銀行事件(最一小判 2000. 9. 3), 『労働判例』, 제787호, 6쪽; 函館信用銀行事件(最二小判 2000. 9. 22.), 『労働判例』, 제788호, 17쪽, 羽後銀行(北都銀行)事件(最三小判 2000. 9. 12), 『労働判例』, 제788호, 23쪽 등.

283) 野田進, 『解雇』, 『現代労働法講座』, 第10卷, 216쪽.

고려할 때 오히려 비효율적일 수 있다는 지적에서 무효에 의한 구제 방법(원직복직)과 고용관계의 해제를 전제로 하는 금전적 해결방법(손해배상)의 이원화가 주장되고 있다.<sup>284)</sup> 나아가 일본 고용관행의 변용 속에서 보상금이 지급되면 해고의 사회적 상당성 내지 유효성이 인정될 가능성을 지적하는 견해마저 나타나고 있다.<sup>285)</sup> 다른 한편, 종래에도 권리남용과 동시에 사용자의 고의·과실이 있는 해고에 대해서는 당해 해고의 불법행위성을 인정해 왔다. 그러나 이것은 주로 위자료 청구와 관련한 것이었다. 최근의 주장들은 여기서 나아가 보다 적극적으로 해고권남용법리를 대신하여 불법행위이론을 부당해고에 적용해야 한다는 견해들이다. 구체적으로는 근로자의 고용유지라는 이익(구체적으로 '직장유지권')을 침해하는 것으로 이론을 구성한다.

## 2. 부당해고의 구제

일본의 부당해고 구제제도는 일반법원에 의한 사법적 구제방법을 의미한다. 구체적으로 근로계약 존부 또는 지위확인(해고무효확인)의 소(해고무효확인)가 본안소송으로 주로 이용되며, 여기서 근로계약의 존재가 확인(해고무효의 확인)되면 원직복직 및 미불임금(소급임금) 지급 등을 명하게 된다. 한편 당해 부당해고가 불법행위에 해당함을 이유로 손해배상청구가 제기되기도 한다.

한편 지위보전·임금·해고효력정지 가처분절차가 이용되기도 하는데 가처분절차는 구두변론을 거치지 않아 신속한 처리가 가능하다는 장점이 있지만 어디까지나 잠정적 결론에 불과하다. 한편 화해(和解)나 민사조정<sup>286)</sup>이 이루어지기도 하는데, 이것이 양당사자의 합의를

284) 小宮文人, 「解雇制限法」, 法研 446号(1997), 29쪽; 野田進, 『労働契約の變更と解雇』, 信山社, 1999, 508쪽.

285) 唐津博, 「長期雇用慣行の變容と労働契約法理の可能性」, 労働 87호(1996), 115쪽.

286) 집단적 노사관계에 관한 분쟁이 아닌 개별적 근로관계에 관한 분쟁은 원칙적으로 민사조정의 대상이 된다. 예컨대 미불임금과 미불퇴직금의 청구, 해고무효(지위확인) 등 근로계약에서 파생하는 분쟁에 관한 조정신청은 민사일반조정사건으로서 쌍방의 주소지 등을 관할하는 간이법원 또는 당사자가 합의로

통한 원만한 해결방법임에도 불구하고 전문적 재판관 확보의 곤란함이나 구두변론과 증거조사에 따른 시간 지연 등으로 유용한 구제수단이 되지 못한다고 평가되고 있다. 이하 본안소송으로 제기되는 민사절차를 중심으로 제도내용을 살펴본다.

이미 지적하였듯이 이러한 구제방법과 절차에 대해서는 상당한 비판이 있고 다양한 입법론이 제기되고 있다. 여기서 소개하는 내용은 유럽 각국의 노동법원 등과 같은 특별기관이나 우리나라의 노동위원회와 같은 특별절차를 마련하자는 주장은 제외한 것이다. 그러나 같은 이유에서 궁극적으로는 그러한 논의로 연결되게 된다.

#### 가. 구제기관 : 일반법원에 의한 부당해고의 구제

일본에서의 부당해고 구제는 근로계약 존부(存否) 또는 지위 확인(해고무효확인)의 소를 통해 가능하다. 그리고 그 구제내용은 원직복직 및 미불임금의 지급이 된다. 이것은 부당해고의 효과가 사법적으로 무효이라는 점에 근거한 것으로 이를 다룰 수 있는 곳은 당연히 법원이 된다. 그런데 여기서의 법원은 일반 민사사건을 다루는 통상의 법원을 말한다. 일본에는 유럽의 여러 나라에서 제도화되어 있는 ‘노동법원’과 같은 특별기관이 존재하지 않기 때문이다. 요컨대 일본의 일반법원은 일반 민사사건뿐만 아니라 해고분쟁까지 관할하는 가장 권위있고 포괄적인 구제기관이다.

이에 대하여 법원이 해고분쟁을 포함한 노사분쟁의 전문적 해결기관이 아니라는 점, 해고분쟁이 노사분쟁의 일반적 특색(예, 계속성, 포괄성, 복잡성 등)과 해고분쟁의 특수성(예, 신속해결의 필요성, 선택적 구제의 필요성, 노사의 실질적 대등의 필요성, 경제적 소송의 필요성 등)을 가지고 있다는 점 등에서 권리구제기관 내지 절차로서 미흡하다는 주장이 상당한 설득력을 얻고 있다.<sup>287)</sup> 한편 일본은 우리나라와 마찬가지로 노동위원회제도를 운용하고 있지만, 이것은 우리나라와 달

정한 지방법원 또는 간이법원의 관할에 속한다(민사조정법 제3조).

287) 李 綏, 『解雇紛爭解決の法理』, 信山社, 2000 72쪽 이하 참조.

〈표 3-1〉 해고에 대한 사법구제와 행정구제와의 비교

해고의 종류	법원의 구제(사법구제)	노동위원회의 구제 (행정구제)
노기법 등 강행법규 위반의 해고	강행법규 위반 → 무효	-
부당노동행위인 해고	강행법규 위반 → 무효 공서양속 위반 → 무효 불법행위 → 손해배상	원직복직명령 소급입금지급명령 post-notice
부당해고	해고권 남용 → 무효 불법행위 → 손해배상 신의칙위반 → 무효(정리해고)	-

자료 : 李 紘, 『解雇紛争解決の法理』, 信山社, 2000, 72쪽 참조.

리 부당노동행위인 해고에 대한 구제방법으로 그 권한이 한정되어 있다.<sup>288)</sup> 당해 부당해고가 부당노동행위에도 동시에 해당하지 않는 한 일본에서는 노동위원회를 통한 행정적 구제를 도모할 수 없다.

또한 일본에는 노동기준감독서, 도도부현의 고용균등실 등이 공적(公的) 구제기관으로서 존재한다. 그러나 노동기준감독서는 노기법 위반의 해고를, 도도부현의 고용균등실은 남녀간 차별적 해고를 시정하는 기능을 담당할 뿐이다. 이러한 공적 기관들은 부당해고 구제방법이라기보다는 강행법규 위반의 해고에 대한 구제수단으로 이해함이 타당하다. 그밖에 일본에는 사회적 또는 준공적(準公的) 분쟁해결기관으로 노사단체, 중재센터, 노정사무소(勞政事務所) 등이 존재한다.<sup>289)</sup> 노사단체나 중재센터 등은 민간차원의 사회적 분쟁해결원조기관으로 특히 중재센터로는 1992년 11월 현재 제2동경변호사회(第二東京辯護士會 1990.3.발족)와 대판변호사회(大阪辯護士會 1992.3.발족)가 존재하며 주로 조정 및 화해·알선기능을 담당한다. 위 변호사회의 법률상담센터를 경유하거나 변호사가 개입하는 등 직접적으로 중재센터에 신청

288) 다만, 부당노동행위인 해고에 대해서는 우리나라와 동일하게 노동위원회에 의한 행정구제와 법원에 의한 사법구제 모두 가능하다.

289) 자세한 내용은 李 紘, 앞의 책(2000), 55쪽 이하 참조.

한 사건에 대해 중재가 행해지며 많은 경우 화해가 이루어진다. 동 제도는 신속한 해결과 저렴한 비용, 절차의 유연성 측면에서 긍정적 기능을 담당하고 있다. 실제 중재절차규정(仲裁手續規定) 제22조에 따르면 중재기일은 원칙적으로 3회로 제한되고 중재판단도 심리종료 후 2주 이내에 이루어져야 한다. 위 규정 제3조 및 제4조에 따르면 중재 수수료는 신청비용이 1만엔, 각 당사자로부터 1회 기일에 5,000엔을 받으며, 분쟁이 해결된 경우 일정비율(300만엔까지는 1할)의 수수료를 징수한다. 또한 화해를 통한 해결을 주로 도모한다는 점에서 양당사자 모두에게 가장 바람직한 형태의 해결을 제시할 수 있다는 장점도 가지고 있다. 한편 노정사무소는 동경도(東京都) 노동경제국(勞動經濟局) 노정부(勞政部)의 하부조직인데, 노기법의 실시와 동시에 설치되었다(1947. 4). 현재 47개 도도부현 중 동경도(東京都), 대판부(大阪府), 동경부(東京府) 등에 21개소가 설치되어 있고 기타 지역에서는 상공노정사무소(商工勞政事務所), 노동센터 등이 노정사무소를 대신하여 약 17개소 정도 설치되어 있으며, 북해도(北海道)와 같이 아무런 기관도 없는 지역도 있다(9개소).<sup>290)</sup> 노정사무소는 법적 근거가 불명확한데 오히려 그 점이 업무의 범위나 해결방식과 관련하여 재량의 여지를 넓혀주고 있다. 실제 노정사무소는 해고분쟁과 관련하여 거의 모든 유형의 해고를 다룰 수 있을 뿐만 아니라 단순한 ‘상담’에서 당사자의 요청이 있으면 ‘알선’ 기능까지 담당한다. 그럼에도 불구하고 이상의 제도는 전국적 단위의 분쟁해결기구로서 활발히 이용되고 있는 것이 아니어서 부당해고 구제제도로 본격 논의하기에는 부적절하다고 생각된다.

그리고 기업 내의 단체교섭, 노사협의회, 고충처리제도도 일정정도 해고분쟁을 해결하는 기능을 한다. 그러나 고충처리제도는 그 보급률이 매우 낮고 기능이 매우 미약하며 분쟁의 대부분이 단체교섭이나 노사협의회로 넘겨지는 경우가 많다고 한다. 또한 단체교섭의 경우는 그것이 개별해고인 경우 다루어지기 곤란한 측면이 있고 최근 노동조

290) 실제 이들 중 동경도를 제외하면 서비스행정이 원활하게 행해지지 않고 있다고 한다.

합 조직들의 저하와 비전형 근로자의 급증현상으로 단체교섭 자체가 본래적 기능을 제대로 발휘하지 못하고 있다고 한다. 노사협의회도 노사간 정보공유·의견소통·합의형성의 수단으로 널리 보급되어 있고 단체교섭을 대체하는 성격도 가지지만 이것은 분쟁을 예방·회피할 목적으로 설치된 것이기 때문에 분쟁을 사후적으로 해결하기에는 한계가 있다. 따라서 이러한 시스템들 역시 부당해고 구제제도로 본격 논의하기에는 부적절하다. 이하에서는 법원에 의한 구제방법에 한정하여 그 절차를 살펴보고, 부당해고 구제의 효과를 논하기로 한다.

#### 나. 구제절차

##### 1) 출소(出訴)기간

현재 일본은 부당해고 여부에 대한 다툼이 일반 민사소송절차에 의하는 관계로 출소기간에 대해 아무런 제한이 없다. 유일하게 노동위원회 제도에 의하는 부당노동행위인 해고에 대해서만 출소기간이 정하여져 있다.

영국은 해고가 불공정해고라고 주장하는 근로자는 해고이유서가 인 도된 때로부터 3개월 이내에 고용법원에 구제를 신청하도록 하며, 독일은 피해고자가 해약고지가 있었던 때로부터 3주 이내에 노동법원에 해고제한소송을 제기하도록 하고 있다. 또한 우리나라도 해고행위가 있었던 때로부터 3개월 이내에 노동위원회에 그 구제를 신청하도록 규정하고 있다. 이상의 국가들은 항소심 및 상고심에 대해서도 출소기간을 정하고 있다.

해고행위가 있었던 때로부터 상당한 시간이 경과하면 증거자료가 없어지거나 기억이 희박해져 해고 당시의 상황을 정확히 판단하지 못하는 등의 문제가 발생한다. 그리고 이것은 결국 심리지연으로 이어져 신속한 해결을 저해할 가능성이 있다. 따라서 현재 일본에서는 1년 이내의 적정한 기간을 출소기간으로 정하여야 한다는 주장이 설득력을 얻고 있다.<sup>291)</sup>

291) 李鋌, 「解雇の手續的規制」, 『21世紀の労働法4: 労働契約』(日本労働法學會, 有斐

## 2) 입증책임

부당해고 구제에 있어서 가장 중요한 문제는 ‘해고권 남용’ 여부를 판단할 ‘합리적이고 상당한 해고이유의 존재 여부’에 대한 입증책임이다. 앞서 논의한 바와 같이 일본에는 우리나라와 같은 ‘일반적 해고제한 규정’이 없기 때문에 근로자는 당해 해고가 ‘해고권의 남용’이라는 사실을 주장·입증할 수밖에 없다. 사용자는 그에 대한 항변으로서 ‘해고권 남용’으로 주장된 사실을 뒤집는 사실을 주장하면 된다. 바로 이 점이 일본 판례가 취하고 있는 해고권 남용법리가 실제상은 정당 사유설과 다름을 보여주는 것이다. 다만 취업규칙의 해고사유에 기초한 해고임을 사용자가 주장한 경우에는 법원이 취업규칙의 규정을 한정 해석하는 방법으로 실제상 사용자에게 해고의 합리적 이유의 주장·입증을 요구하는 예가 있다.<sup>292)</sup>

그런데 취업규칙상의 해고사유가 문제되지 않은 사례에서도 사용자에게 해고의 정당이유를 주장·입증토록 요구한 판결이 있다. HIV감염자의 해고사건으로서 주목을 모은 HIV감염자 사건(東京地判 1995. 3. 30)에서, 법원은 ‘쟁점’단계에서 피고회사에 대해 “본 건 해고에 이유가 있고 원고가 HIV감염을 이유로 한 것은 아니어서 권리의 남용이 아니다”라는 것을 주장·입증하도록 요구하였다. 그리고 ‘쟁점에 대한 판단’ 부분에서도 피고회사가 주장·입증한 4가지 점의 해고사유를 ‘이유 없다’고 배척하고, 그러한 이유로 “본 건 해고는 그 사유가 없는 것이 되기 때문에 권리의 남용으로서 효력을 가지지 않는다”고 판단하였다.<sup>293)</sup> 실질적으로 입증책임의 전환이 이루어진 것이다. 정당 사유설에 의하면 해고권은 정당한 이유가 존재할 때만 행사될 수 있기 때문에 사용자측이 정당한 사유가 있음을 주장·입증하는 것이 당연하다. ‘정당한 사유’를 요하는 일반적 해고제한규정이 없는 상태에서 입증책임의 전환을 인정한 위 판례는 해고의 제한이라는 현실적 요청에 응한 것으로 평가된다. 이러한 이유에서 일반적 해고제한규정을 명

---

關), 195쪽.

292) 이에 대해서는 山川隆一, 『雇用關係法』(新世社, 1996), 249쪽.

293) 자세한 내용은 『勞働判例』 제667호, 14쪽.

문화하자는 주장은 분명 근로자 보호, 해고제한의 취지에서 보아 설득력이 있다. 법적 근거가 명확하지 않으면 입증책임은 담당재판관의 입장에 따라 좌우되는, 예측 불가능한 것이 되기 때문이다.<sup>294)</sup>

### 3) 입증대상

부당해고 여부의 판단은 근로자가 제시한 주장과 증거에 따라, 재판관이 해고사유의 중대성 정도, 그것에 이르게 된 경위, 사후(事後)의 사정, 평소의 근무태도, 절차의 공정, 기타 여러 가지 사정을 종합적으로 고려하여 판단하는 구조이다. 여기서 ‘해고권 남용’ 여부는 매우 추상적이어서 각 사례별로 판단될 수밖에 없다.

그리하여 근로자는 가능한 모든 주장과 근거를 제시하며, 법적 쟁점이 아닌 사실상의 주장과 증거까지도 제출하는 경향을 보이고 있다. 직접적 근거가 불충분하면 할수록 증인이나 간접사실을 더욱 많이 제시할 수밖에 없기 때문이다. 이로 인해 쟁점이 확대되는 경향이 있다. 또한 소송의 진행에 따라 입증사항이 변화하거나 예컨대, 해고이유와 관련하여 당초의 주장사실 외에 새로운 사유가 추가로 주장되기도 한다. 일본에서 소송이 지연되는 한 원인이 되고 있다.<sup>295)</sup>

노기법 제22조가 증명서 발급시 퇴직사유를 기재하도록 한 것은 이러한 문제 해결에 다소 도움을 주기는 하지만, 지방법원에 의한 민사소송사건(본안소송사건)의 평균심리기간은 여전히 적어도 1년 이상의 기간이 소요되는 것으로 조사되고 있다. 소송의 지연은 소송비용도 증가시켜 소송수행능력과 정보모집능력이 약한 근로자에게는 소송을 기피하게 되는 원인이 되고 있고<sup>296)</sup> 또한 그 사이 직장환경의 변화로

294) 野田進, 『労働契約の變更と解雇: フランスと日本』(信山社, 1997), 502쪽.

295) 李鉉, 『21世紀の労働法4: 労働契約』(日本労働法學會, 有斐閣), 195쪽; 日本労働研究機構 編, 『個別紛争処理システムの現状と課題』(調査研究報告書No.65), 1995, 14쪽.

296) 소송수행에 있어 변호사 비용을 포함한 소송비용이 소송당사자에게 경제적 부담이 과중하다. 이것은 일본 재판제도 전체(변호사수의 적음, 소송의 장기화)에 관한 문제이지만, 해고소송의 제소자의 절대다수가 경제적으로 약자인 근로자인 점을 고려하면 소송비용은 근로자의 권리실현에 불리하게 작용한다. 일본에서는 해고소송이 10년 정도의 장기에 걸치는 경우도 있는데 자력이 없

소송 후 피해고자의 직장복귀를 사실상 곤란하게 하는 원인이 되기도 한다.

소송지연 그 자체는 예컨대, 일본 인사원(人事院) 공평위원회의 심리와 같은 집중적 심리방식을 채용하거나 그것이 실제상 곤란한 경우 기일(期日)간 간격을 최대한 단축시키는 방법을 고려해 볼 수 있다고 한다. 그러나 그것을 실현하기 위해서는 법원의 인적·물적 자원이 충분하고 관계당사자가 이를 위해 노력한다는 전제가 요구된다. 또한 각 기일에 재판관이 석명(釋明)과 주장의 정리 등을 보다 적극적으로 행하는 등 활발한 소송지휘가 이루어져야 한다.<sup>297)</sup> 이와 함께 부당해고의 판별요소를 유형화하여 소 제기의 경우 주장된 사실에 근거하여 판단하도록 하고 영국, 독일, 프랑스와 같이 해고이유의 추가를 금지하는 방법도 고려되고 있다.<sup>298)</sup>

#### 다. 구제내용

##### 1) 해고의 무효와 실효의 원칙

일본에서 해고권 남용법리의 확립은 부당해고의 효과는 무효라는 원칙을 만들어냈다. 따라서 합리적 이유 없는 해고에 대하여 법원은 근로관계의 계속을 일률적으로 강제하여 근로자의 '근로계약상 권리'를 가진 지위를 확인하거나(본안소송), 이를 임시로 정한다(가처분). 특히 해고무효로 근로계약상의 고용관계가 확인되면 원직복직을 명하게 된다.

문제는 해고된 근로자가 '무효'를 어느 시점까지 주장할 수 있는가이다. 예컨대, 해고된 근로자가 퇴직금을 수령하고 다른 곳에 취직한 후 수년이 지난 뒤 해고의 무효를 주장하여 근로계약관계 존재확인의를 소를 제기할 수 있는가 여부의 문제이다. 이에 대하여는 다수의 재판

---

는 근로자에게 재판에 의한 구제를 단념하게 하는 것에 다름아니다. 李鎰, 앞의 책, 74쪽.

297) 日本勞動研究機構 編, 앞의 책, 14쪽.

298) 李鎰, 앞의 책, 195쪽.

례가 신의성실의 원칙(민법 제1조 제2항)의 한 내용인 권리실효의 법리를 적용하고 있다. 즉, 해고된 근로자가 이의 없이 퇴직금을 수령하고 다른 곳에 취직한 뒤 장시간이 흘러 해고의 효력을 다투었던 사안에서 당해 해고를 승인한 것으로 보고 근로자는 신의칙상 해고가 무효임을 주장할 수 없다고 하였다. 또한 해고 후 장시간이 흐른 뒤 무효확인 소를 제기한 것에 대하여도 신의칙상 허용되지 않는다고 한다. 다만 여기서 ‘장시간’의 정도는 각 사례별로 판단되는 것이어서, 2년여의 시간이 경과한 후 무효를 주장할 수 없는 경우가 있는가 하면 8년이 경과하더라도 이를 주장할 수 있다고 본 사례가 있다.<sup>299)</sup>

이 문제는 앞서 본 해고무효확인의 소의 출소기간이 제한되지 않음으로써 발생하는 것이다. 학자들 사이에서는 1년 이내의 적정기간을 출소기간으로 제한하여야 한다는 주장이 제기되고 있음은 앞서 지적한 바와 같다.

## 2) 미불임금의 지급과 중간수입공제

### 가) 미불임금의 지급

합리적 이유 없이 해고된 근로자가 해고무효 판결(또는 가처분결정)을 얻어 직장에 복귀하는 경우 근로자는 해고기간 중 임금청구권을 상실하지 않는다. 즉, 당해 해고가 무효임이 확인되면 해고된 때로부터 무효판결을 얻은 때(구두변론 종결시)까지의 임금은 그 사이 근로계약관계가 존재하였던 것이 되므로 쌍무계약에 있어 일방 채무의 이행불능시 반대급부청구권의 문제(민법 제36조)가 발생한다. 객관적으로 합리적 이유 없는(또는 상당성이 없는) 해고를 행한 사용자에게 근로자의 근로불능에 대해 ‘귀책사유’가 있으므로 근로자는 해고기간 중 임금청구권을 상실하지 않고(동조 제2항), 따라서 이것은 ‘미불임금’으로서 사용자가 근로자에게 지급할 의무가 있다는 것이다. 다만, 취업규칙의 징계해고사유에 해당하는 비위행위가 있는 경우에는 징계해고가 다소 가혹하고 사용자가 징계해고에 상당하다고 판단한 것이

299) 상세한 것은 小西國友, 「解雇無效の主張と失効の原則」, 『實務民訴講座9』, 343쪽.

다소 무리라 하더라도 사용자의 귀책사유를 부정하기도 한다. 또한 유니언숍 협정에 기한 해고가 나중에 제명처분의 무효를 이유로 무효로 되는 경우, 사용자가 해고시 제명처분의 무효임을 알 수 없었던 경우에도 사용자의 귀책사유가 부정된다.<sup>300)</sup>

해고기간에 대한 임금청구권이 긍정되는 경우, 그 액은 당해 근로자가 해고되지 않았다면 받을 수 있었던, 근로계약상 확실히 지급되어야 할 임금의 합계액이 된다. 기본급, 제수당, 일시금 등이 포함되고, 통근수당과 같이 실비보상적인 것과 잔업수당과 같이 현실적으로 잔업에 종사하여야 비로소 청구권이 발생하는 것 등은 제외된다. 또한 그 금액이 출근율, 성과급, 심사 등에 의해 달리 산정되는 경우에는 가장 개연성이 높은 기준(예컨대, 종업원의 평균액, 당해 근로자의 해고 이전 실적)을 이용하여 산정한다. 해고기간 중 임금상승(base-up)도 개연성이 높은 배분기준을 이용하여야 하지만, 승급과 승격은 사용자에게 의한 발령(의사표시)에 의해 비로소 성취되는 것이어서 인정되기 곤란하다고 한다.<sup>301)</sup>

#### 나) 중간수입공제

문제는 근로자가 해고된 때로부터 해고무효 판결을 얻을 때까지의 기간 동안 다른 사업장에서 근로하여 수입을 얻은 경우 사용자는 그 중간수입을 공제할 수 있는가이다. ① 중간수입은 반대급부를 받은 채무자가 상환하여야 '채무를 면함으로써 얻은 이익'(민법 제536조 제2항)이라 볼 수 있는가 ② 반대로 사용자가 그것을 상환청구의 방법으로 직접적으로 소급임금에서 공제하는 것(소급임금과 상계)이 임금전액지급의 원칙(노기법 제24조)에 위반하지 않는가 ③ 해고기간 중 취업불능도 '사용자의 귀책사유로 인한 휴업'으로서 휴업수당청구권(노기법 제26조)이 발생되는데 이것이 위 논점 여하에 영향을 미치는 가

300) 清心會社事件(最小判 1984. 3. 29), 『勞判』 427호, 27쪽이 이러한 판단을 부정한 취지는 부적절하다. 菅野和夫, 『勞働法』, 弘文堂, 1997, 449쪽.

301) 재판례의 경향에 대하여는 最高裁事務總局編, 『勞働關係民事裁判例概觀』 上卷, 141쪽 이하.

라는 복잡한 문제가 생긴다.

판례는 해고된 근로자가 해고기간 중에 다른 직(職)에서 얻은 수입이 있는 때에는 그 수입이 부업이어서 해고가 없어도 당연히 취득할 수 있는 등의 특단의 사정이 없는 한 채무를 면함으로써 얻은 이익으로 사용자에게 상환하여야 하며(논점 ①), 피해고자는 해고기간에 대해 평균임금의 6할 이상의 휴업수당을 보장받고 있으므로 해고기간 중의 임금 가운데에서 평균임금의 6할까지는 이익상환의 대상이 되지 않는다(논점 ②③)고 본다. 그리고 피해고자·사용자간의 소급임금지급과 이익상환(중간수입공제)이라는 결재방법을 간편하게 하기 위해 평균임금의 6할을 넘는 부분을 상환청구의 방법으로 직접 공제하는 것을 적법하게 보고 있다(논점 ②).<sup>302)</sup>

그러나 판례가 중간수입 채무를 면함으로써 얻은 이익으로 보는 것에 대해서 학설의 대부분은 비판적이다.<sup>303)</sup> 반면 복잡한 법률문제에 대해 실재상 형평성을 가진 간명한 처리기준을 보여준 창조적 해석으로서 지지할 수 있다는 의견도 있다.<sup>304)</sup>

#### (1) 민법 제536조 제2항의 의의

해고기간에 대한 임금지급의 근거로서 민법 제536조 제2항에 의하는 것에 대하여는 절대적 정기행위로서의 성질을 가진 근로의무는 취로거부에 의해 시시각각 이행불능이 될 수 있어서 완전급부가 절대적으로 불가능한 점<sup>305)</sup>, 위법해고는 사용자의 고의·과실 또는 신의칙

302) 米軍山田部隊事件(最二小判 1962. 7. 20), 『民集』 제16卷 8호, 1656쪽, 小倉補給事件(最二小判 1962. 7. 20), 『民集』 제16권 8호 1684쪽, あけぼのタクシー事件(最一小判 1987. 4. 2), 『勞判』 제506호, 20쪽. 다만, 공제되는 중간수입은 그 발생시기가 소급임금의 지급대상이 되는 기간과 시기적으로 대응할 것을 필요로 한다(앞의 あけぼのタクシー事件). 그 배제는 사용자에 의한 이익반환 청구권에 기인한 재판상 상계로서의 의의를 가지지만, 재판실무상 임금전액지급 원칙(노기법 제24조)과의 저촉은 문제되지 않는다.

303) 최근의 본격적 검토로는 盛誠吾, 「違法解雇と中間收入」, 『一論』 제106권 1호 (1991), 19쪽.

304) 菅野和夫, 『労働法』 (제5판보정판), 2000, 弘文堂, 448쪽.

305) 下井隆史, 『労働契約法の理論』, 1985, 有斐閣, 153쪽. 동일한 취지로 奥富晃,

상 그와 동일시해야 할 사실로서 ‘귀책사유’로 보아야 하는 점<sup>306)</sup>에서 볼 때 타당하다. 문제는 사용자의 귀책사유로 근로의무가 소멸한 때에도 임금채권을 존속시키는 실질적 근거이다. 해고기간 중에는 결과적으로 근로자가 근로하지 않았고 또한 임금도 받을 수 없었기 때문이다. 또한 소급임금의 임금으로서의 성격도 문제된다.

민법 제536조 제2항이 사용자의 귀책사유에 의한 이행불능을 위험 부담 문제로 보는 것은 간편한 해결방법로서 일반적으로 인정되고 있다.<sup>307)</sup> 민법 제536조 제2항의 의의는 손해배상에 의한 처리시 채무자에 의한 주장입증의 곤란을 덜어주기 위해 반대급부청구권을 존속시키는 데 있다. 실제 채무를 면함으로써 얻은 이익의 상환의무는 손해배상에 의한 손익상계의 기능을 가진 것이어서 민법 제536조 제2항의 손해배상적 성격을 보여준다. 그 의미에서 민법 제536조 제2항이 인정하는 청구권은 ‘실제 채권자가 채무자의 계약목적에 좌절시킨 데 대한 손해의 배상’이라고 보는 견해는, 해고기간중의 임금이 소급지급되어야 하는 실질적 근거를 근로계약관계의 존속에 있다고 보는 것이 아니라 사용자의 유책·위법한 행위에 의해 근로계약관계가 파기된 데에서 구하는 것이다.

구체적으로 민법 제536조 제2항의 손해배상적 성격은 해고기간 중 임금의 처리에 있어서도 나타난다. 판례법리가 임금에서 중간수입의 공제를 인정함에 있어 노기법 제26조의 효과로 평균임금의 6할 감액을 공제한도로 하고 있는 것은 그 금액을 손해배상의 일환으로 파악하면서도 형식적으로는 임금청구권으로 구성한 것에 불과한 것이다. 공제한도액의 설정에 의해 위법해고에 있어 근로자가 얻을 수 있었던 임금 이외의 불이익이 고려되고 있다.

「受領遲滯と履行不能の區別を論ずる意味について (2)」, 『南山』 제15권 1·2호, 1991, 70쪽.

306) 재판례의 대세는 사용자의 주관적 인식을 요하지 않는다. 西日本鐵道事件(福岡地決 1963. 2. 18) 『勞民集』 제14권 제1호, 332쪽.

307) 奥田昌道, 「受領遲滯と危險負擔」, 『論叢』 제94권 5·6호(1991), 201쪽.

## (2) 손익상계의 구조

민법 제536조 제2항의 손해배상적 성격을 전제로 한 판례법리의 문제는 민법 제536조 제2항을 원용한 것이 아니라 손해의 보전이라는 동 조항의 취지를 살리지 않은 것에 있다고 한다. ‘채무를 면함으로써’ 얻은 이익의 산정이라는 민법 제536조 제2항의 손익상계의 구조는 중간수입을 적극적 이익으로 계산하고 재취직과 소송활동을 위한 제경비 등 위법해고에 의한 재산적 손해 및 위법해고에 의한 정신적 고통과 생활불안, 구직활동과 새로운 직장에서의 취로에 따른 노고 등 비재산적 손해를 소극적 이익으로 계산하는 것이다.<sup>308)</sup> 사용자가 위법해고를 함으로써 계약관계의 존속을 주장하는 근로자가 중간수입을 얻도록 방치한 것은 사용자 자신에게서 유래되었기 때문에 중간수입에 대해 사용자의 이익상환청구권은 신의칙상 일정 정도<sup>309)</sup> 제한하는 것이 타당하다는 것이다. 이처럼 사용자의 유책성의 정도, 근로자가 중간수입을 얻음에 있어 부담의 정도 등 제사정을 종합할 때 근로자는 해고기간 중 총 중간수입의 3분의 1을 상환하면 족하다는 재판례의 처리방법은 민법 제536조 제2항의 취지에 합치하는 것으로서 높이 평가되어야 한다.

따라서 손익상계시 노기법 제26조가 공제한도액을 설정한 것으로 보아 이를 원용하는 것은 이론적으로 난점이 있음에도 불구하고 ‘일용의 기준’을 제시한 것으로서 평가된다. 그리고 노기법 제26조의 ‘사용자의 귀책사유’는 민법 제536조 제2항의 ‘채권자의 책임 있는 사유’에 비하여 그 범위가 넓고 휴업수당청구권과 임금청구권과는 경합한다고 보고 있기 때문에 이러한 표준은 최저기준으로서 가치가 있다.<sup>310)</sup>

308) 毛塚勝利, 『解雇期間中の賃金と中間収入』, 『労働判例百選』 제6권(1995), 159쪽.

309) 실효의 원칙에 의한 제한이 있는 것은, 해고무효의 소에 관한 출소기간의 제한이 없는 현행법규를 전제로 하는 한 중간수입의 공제를 일체 인정하지 않는 해결은 제도설계로서 균형을 결한 것으로 평가하지 않을 수 없다. 실효의 원칙에 대해서는 小西國友, 『解雇無効の主張と失効の原則』, 『實務民訴』, 343쪽 참조.

310) 菅野和夫, 앞의 책, 402~404쪽.

## 3) 불법행위인 해고에 대한 손해배상청구

이론적으로 보아 부당해고는 사용자의 고의·과실에 의한 불법행위로 인정될 수도 있다. 그러나 지금까지 일본에서는 불법행위로서의 해고는 주로 정신적 손해에 대한 배상인 위자료 청구와 관련하여 문제되고, 학설도 위자료 청구사건을 염두에 두고 이론적 검토를 행하여왔다.<sup>311)</sup> 구체적으로 지금까지 문제된 유형은 다음과 같다.

첫째로, 해고무효확인 청구와 함께 이유 없는 해고에 의한 정신적 고통에 대해 위자료 청구가 행해졌다. 이 경우 위자료 청구는 대체로 인정되었는데<sup>312)</sup> 임금소급지급 및 지위확인시 위자료가 지급되어야 한다고 본 사안도 있다.<sup>313)</sup> 혹은 임금소급지급의 대상이 되었던 제수당 및 승급분 상당액이 위자료로 산입되기도 하였다.<sup>314)</sup> 둘째로, 해고무효확인 청구와 함께 위법한 해고태양에 의한 정신적 손해에 대해 위자료 청구가 이루어진 경우가 있다.<sup>315)</sup> 셋째로, 해고의 효력을 다투지 않고 해고의 위법성만을 이유로 한 위자료 청구가 이루어진 경우가 있다. 예컨대, 해고사실의 표명방법 등 해고태도의 위법성<sup>316)</sup>을 문제삼은 것이다.

그런데 최근 해고무효확인을 청구하는 것이 아니라 위법한 해고로 인하여 근무를 계속할 경우 받을 수 있었던 일정기간의 임금상당액을 곧바로 일실효익(逸失利益)으로 보아 그 배상을 청구하는 사안이 증가하고 있다. 吉村사건(東京地判 1992. 9. 28)<sup>317)</sup>, 東京성희롱(M商事)

311) 下井陸史, 「労働者への不當處遇と損害賠償」, 『季勞』 112호(1979), 40쪽; 小西國友, 『解雇と労働契約の終了』 (1995, 有斐閣), 53쪽 이하.

312) 平野金屬事件(大阪地判 1978. 12. 11) 『勞判』 310호, 28쪽; 惠城保育園事件(高松地丸龜支判 1991. 8. 12) 『勞判』 596호, 33쪽; 엠케이觀光버스事件(東京高判 1995. 2. 28) 『勞判』 678호, 69쪽; 東海カーボン事件(福岡地小倉支判 1977. 6. 23) 『勞民』 28卷 3호, 196쪽.

313) トーコロ事件(東京地判 1994. 10. 25) 『勞民集』 45卷 5·6호, 369쪽.

314) 三和機材事件(東京地判 1995. 12. 25) 『勞判』 689号, 32쪽.

315) ノースウエスト航空事件(千葉地判 1993. 9. 24) 『勞判』 638호, 31쪽.

316) 成美學園事件(横浜地判 1969. 11. 26) 『勞時』 593호, 63쪽; 日星興業事件(大阪高判 1975. 3. 27) 『判時』 782호, 48쪽; 女子學院事件(東京地判 1979. 3. 30) 『勞判』 324호, 56쪽.

事件(東京地判 1999. 3. 12)<sup>318)</sup> 등이 대표적 예인데, 전자에서는 부정되었고 후자에서는 긍정되었다. 먼저 吉村사건에서 법원은 “해고가 위법하고 무효로 인정되는 경우 당해 근로자는 해고무효를 전제로 노무의 제공을 계속한 이상 임금채권을 상실하지 않기” 때문에 특단의 사유가 없는 한 임금청구권의 상실 그 자체를 손해로 할 여지가 없다. 또한 근로자가 달리 취직하는 등 당해 사용자에게 대해 노무를 제공하지 아니한 경우 임금상당액으로서 곧바로 배상을 구할 수는 없다고 판시하였다. 반면 東京성희롱(M商事)事件은 퇴직강요행위와 성희롱에 의해 퇴직을 피할 수 없었던 근로자의 일실효익에 대해 손해배상청구를 인정한 대표적 사례이다.<sup>319)</sup>

요컨대, 해고권 남용법리의 파생법리로서 사용자에게 불법행위의 손해배상의무를 발생시키는가에 대해 원칙적으로 권리남용인 해고가 곧 불법행위가 되는 것은 아니다. 고의·과실, 손해의 발생, 원인관계 등 불법행위의 성립요건을 검토하여 판단되어야 한다. 그럼에도 불구하고 해고권 남용법리와 손해배상법리는 어떠한 관련을 가지는가, 위법해고에 의한 손해는 무엇인가 등을 둘러싸고 복잡한 문제를 야기하고 있다. 위 사건들과 관련하여 일실효익을 포함한 불법행위에 기인한 손해배상청구를 직접 인정하여야 한다는 것이 일본 대다수 학자들의 입장이다.<sup>320)</sup> 이하에서 그러한 주장의 논거들을 살펴본다.

#### 가) 손해배상청구의 인정 여부 및 그 근거

불법행위로서의 해고를 검토함에 있어 제일 먼저 고려되어야 하는 것은 법질서(불법행위법의 목적 및 사회윤리질서)는 사용자에게 근로

317) 『勞判』 617号, 31쪽.

318) 『勞判』 760号, 23쪽.

319) 그밖에 同旨로는 동경성희롱(吳服販賣會社事件)(京都地判 1996. 4. 17), 『勞判』, 716号, 49쪽; 동경, エフピコ事件(水戸地下妻支判 1999. 6. 15) 『勞判』 763号, 7쪽 등이 있다.

320) 우선 참고되어야 하는 것은 小宮文人교수의 제논문들이다. 小宮文人, 『英美解雇法制の研究』, 信山社, 1992; 동인, 『損害賠償で解雇救済』, 『法セ』 490号, 1995, 99쪽.

자의 어떠한 권리를 보호할 의무를 부여하였는가, 어떠한 근로자의 어떠한 권리를 침해하는 위험을 예견하고 회피할 의무(주의의무)를 부담시키는가 하는 것이다. 해고시 최소한의 기본적 행위의무로서 고려되는 것은 법령 및 공서, 신의칙 등 법의 일반원칙에 반하는 해고가 행해져서는 아니된다는 것이다. 구체적으로는 근로자의 ‘직장유지권’으로 일컬어진다.

직장유지권의 내용은 위법하게 해고되어서는 아니된다는 것에 그치지 않는다. 예컨대, 사용자에 의한 절대권(신체, 자유, 명예 등) 침해행위로 근로자가 퇴직으로 내몰리는 경우는 해고의 의사표시가 없더라도 직장유지권이 침해된다고 해석된다. 따라서 근로자의 직장유지권에 대응하는 사용자의 행위의무로서 ‘근로자가 그 의사에 반하여 퇴직하지 않도록 직장환경을 정비할 의무<sup>321)</sup> 및 위법해고피지의무<sup>322)</sup>를 인정하는 데 이르고 있다. 직장환경정비의무와 위법해고피지의무를 내용으로 한 직장유지권은 형식적으로는 법령, 법의 일반원칙 및 판례에서 나타나는 사용자의 기본적 행위의무를 보여주는 것이지만, 실질적으로는 해고권 남용법리에 의해서 나타날 수 있는 해고제한규범의 공서적 성격이라고 보아야 한다. 다시 말하여 불법행위로서의 해고는 사용자의 행위규범, 즉 직장환경정비의무 및 위법해고피지의무와 같은 사용자의 배려의무에 반할 의도로 이루어진 행위(고의행위), 또는 반할 위험성을 예견하여 회피할 의무를 태만이 한 행위(과실행위)로서 근로자의 직장유지권을 침해한 것이라고 정의되고 있다. 그리고 이러한 행위의 외연은 법령위반의 해고는 물론 권리남용이 되는 해고를 포함하며 인격이나 명예훼손에 의한 퇴직강요도 직장유지권을 침해하는 한 포함된다고 한다. 이러한 해석은 결국 현재 ‘해고권 남용법리’가 부당해고의 효과를 ‘무효’라고 봄으로써 그 구제방법을 ‘원직복직’으로 단순화하고 있던 사고에도 영향을 주게 된다. 손해배상을 원칙으로 고용관계를 해제시킬 수 있도록 하는 유럽국가들에게 비해 원직복직은 사용자에게 주는 해고억제효과는 상대적으로 높음에도 불구하고, 해고에

321) 앞의 エフピコ事件.

322) 小西, 앞의 책, 54쪽 이하.

대한 다양한 대처가 불가능하게 만든다는 것이다.

해고를 무효로 하는 구제는 현실에 있어 어느 정도의 거리감이 있다. 해고사건은 근로관계의 존재를 전제로 하는 기타의 분쟁(임금, 근로시간, 연휴, 인사이동 등을 둘러싼 다툼)과는 달리 근로관계의 존부 그 자체가 다투어지는 것이고 그러한 이유로 제대로 이행되지 않는 경우가 더 많다. 그 사이 회사의 조직과 직무의 기술이 대폭 변동한 경우, 소위 노사간 신뢰관계가 무너진 경우 등 근로자의 직장에서의 복귀가 사실상 불가능한 경우도 많기 때문이다. 또한 이유 없는 해고, 차별적 해고 또는 절대권 침해의 해고 등에서 근로자 자신이 근로계약관계의 존속을 바라지 않는 경우가 많다. 이 점에서 손해배상 구성은 독자적인 존재이유가 있다. 그 외에도 ‘해고무효→원직복직’이라는 확실적 구제는 최근 고용관행의 변화에 합치하는 것은 아니라고 한다. 일본 판례가 취하는 해고권 남용법리는 종신고용제(정년제로도 이야기된다) 내지 이를 뒷받침하는 장기고용관행을 전제로 사용자의 경영권 내지 인사권과 근로자의 생존권과의 조정을 도모하는 것이다. 그러나 최근 종신고용관행은 그 근거에서부터 흔들리고 있고, 장래 그러한 경향은 더욱 가속화될 것으로 예상되고 있다. 따라서 해고권 남용법리에서 말하는 ‘사회적 상당성’이 고용관계 현실에 적합한 판단구조로서 기능하려면 판례법리에 있어 ‘사회적 상당성’ 판단구조의 변질을 가져올 수밖에 없다는 것이다. 이상과 같이 해고분쟁의 특질에 부합하고 장기고용관행의 변화에 대응하기 위해서는 해고무효에 의한 원직복직 방법보다는 오히려 금전적 구제 또는 다른 직으로의 재고용과 같은 구제방법이 보다 현실적이고 정합성 있는 구제일 수도 있다고 주장되고 있다. ‘불법행위’ 구성방식은 이러한 주장에 근거를 제공하고 있는 셈이다. 그리하여 일본 학자들은 많은 유럽국가가 채용하고 있는 영국이나 프랑스의 금전배상, 독일과 같은 고용관계의 해소(解消)판결 등 유연하고 선택가능한 구제방법을 찾으려 하고 있다.

나) 관련 사건들을 둘러싼 구체적 논의

吉村사건 판결은 해고를 계속적인 사용자의 노무수령거부로 보고

있다. 그러나 손해배상청구를 공정해야 한다는 견해들은 사용자는 근로계약관계를 확정적으로 종료시키는 ‘해고’ 행위에 의해 위법하게 근로자의 노무제공의 의사를 상실시킨 것이기 때문에 임금의 상실이 없었다고 하는 이론구성은 공정하지 않다고 한다.<sup>323)</sup> 판결이 객관적으로 합리적인 이유가 없는 해고가 신뢰관계의 존재를 전제로만 계속할 수 있는 특질을 가지고 있는 근로계약관계를 파괴하는 배신적 행위임을 간과하였다는 것이다. 또한 근로자가 해고무효에 의한 지위확인을 구하는 것이 아니라 불법행위에 기하여 일실효익을 포함한 손해배상청구를 하고 있음에 대하여 해고는 무효이기 때문에 그러한 손해는 없다고 하는 것도 타당하지 않다고 한다. 해고무효법리는 그 자체 합리적인 이유가 없는 해고는 효력이 부정되는 정도의 위법성을 이미 가지고 있다는 것을 표명한 것이고 이것이 일반적으로 근로자 보호에 타당한 것임이 이미 법원에 의해 긍정되었기 때문이다.<sup>324)</sup> 따라서 근로자가 구제방법으로서 손해배상청구를 선택하는 이상 이를 부정할 이유는 없다고 한다.<sup>325)</sup>

또한 わいらい랜드사건(大阪地判 2000. 6. 30)에서<sup>326)</sup> 근로자가 무효를 주장하지 않으면 자신의 의사에 의한 사직과 동일하다고 보고 있지만, 객관적으로 합리적인 이유가 없는 해고는 전술한 바와 같은 위법이 있기 때문에 근로자의 불법행위에 기인한 손해배상청구를 부정할 수는 없다고 한다. 근로자의 복직이 인간관계 등에 의해 객관적으로 불가능한 경우가 아닌 이상 합리적 이유가 없는 해고는 신뢰관계를 파괴한 위법성이 강한 행위이기 때문에 사용자에게 고의과실이 없는 경우와 과실이 있어도 경미하여 신속하게 해고를 철회하는 경우 등 특단의 사정이 없는 한 일실효익을 포함한 손해배상청구를 인정하여야 한다는 것이다.<sup>327)</sup> 특히 합리적 이유가 없는 해고가 무과실이라

323) 本久洋一, 「違法解雇の効果」, 『21世紀の労働法』 第4巻, 197쪽.

324) 野田進, 「解雇法理における‘企業」, 『學會雜誌』 97号, 2000, 157쪽.

325) 土田道夫, 「解雇權濫用法理の法的正當性」, 『日勞研雜誌』 491号, 4쪽 이하.

326) 『勞判』 793号, 49쪽.

327) 小久保哲郎, 「解雇に賃金相當額の損害賠償を認容」, 『季刊労働者の權利』 243号, 2002, 64쪽 이하.

고 보는 것도 전혀 긍정하기 어렵다고 한다. 또한 형식적으로 근로자의 사직과 합의해약에 의한 고용의 종료도 그것이 의제해고라도 볼 수 있는 경우는 해고와 마찬가지로 일실이익을 포함한 손해배상이 인정되어야 함이 마땅하며, 유기계약(有期契約)의 해지시에도 이익조정을 위해 일실이익을 포함한 손해배상청구가 널리 활용되어야 한다고 본다.<sup>328)</sup>

특히 최근 주목받고 있는 것은 이른바 의제해고시 해고구제의 폭을 넓히려는 판례가 나타나고 있다는 점이다. 구체적으로 エフピコ사건을 보면 근로자를 허위·강압적 언동과 집요한 퇴직권유에 의해 퇴직으로 몰았던 상황이고, 東京セクハラ사건에서는 여자탈의실에서 몰래 비디오를 찍은 남성과 남녀관계를 시사하는 전무(專務)간부 조희에서의 발언으로 고통을 받은 여성근로자 사이에서 직장환경을 개선하는 조치를 행하지 않은 것을 직장환경정비의무 위반으로 보아 임금 등 일실이익을 포함한 손해배상청구를 인정하였다. 전자는 근로자를 사직하게 하려는 의사가 분명하였기에 후자보다 오히려 전자가 구제의 필요성이 큰 사안이었음에도 불구하고 전자에 대해 손해배상청구가 긍정되지 않은 데 대해 비판이 가해지고 있다.

다만, 퇴직은 본래 근로자의 자기결정에 속하는 것이기 때문에 이상과 같은 배려의무위반 사실의 주장·입증책임은 근로자가 부담해야 할 것이다. 또한 배려의무는 사용자가 인사·노무관리권을 가지는 것에서 유래하기 때문에 그 이행보조자도 그 권한을 실행하는 직무에 종사하는 관리직에 한정된다고 생각된다. 또한 배려의무는 채무는 아니기 때문에, 예컨대 다른 종업원의 사적 행위에 의해 직장환경이 근로자를 퇴직에 이르게 하는 상태가 된다고 인식한 사용자가 신속하게 퇴직을 회피하기 위해 성실하고 적절한 조치, 예컨대 조사, 사정청취, 조정, 처분 등을 행한다면 그것으로써 의무위반을 면한다고 해석된다. 또한 이러한 상태 발생에 대비하여 종업원 교육과 고충처리제도를 신설한 경우 사용자의 과실에 의한 배려의무위반이라고 말할 수 없을

328) 이상의 내용은 小宮文人, 「雇用終了における労働者保護の再検討」, 『解雇法制の再検討』(2002, 일본노동법학회지 99호), 41~43쪽.

것이다. 결국 전술한 판례의 배려의무법리에는 규범적 근거가 있음은 물론 사용자가 부담하는 책임의 정도에 있어서도 타당성을 확보할 수 있다고 한다.<sup>329)</sup>

#### 다) 위자료를 포함한 손해항목 및 일실이익 산정

##### (1) 위자료를 포함한 손해항목

직장유지권 침해로 인해 불법행위성을 가지는 해고라면 손해항목에는 다음이 고려되어야 한다.<sup>330)</sup>

첫째, 지금까지 재판례에서 인정되었듯이 정신적 손해를 손해항목으로 보는 것은 유지되어야 하고 오히려 반드시 포함되어야 한다. 예컨대, 이유를 결한 해고는 해고이유의 존재로 본인에게 정신적 고통과 함께 사회적 평가로서도 현저한 손해를 발생시킨다. 게다가 수입단절에 의한 생활불안, 마음고생, 소송계속에 따른 노고 등 위법해고에 따른 정신적 손해는 지대하다. 그러한 정신적 손해는 사후적인 지위확인 및 임금소급에 의해 보상되어야 할 성질의 손해와는 다르다. 또한 차별금지규범에 위반하는 해고 및 성희롱과 집요한 퇴직강요 등 절대권 침해에 따른 직장유지권 침해에 대하여는 정신적 고통의 정도에 따라 가중된 위자료가 산정되어야 한다. 행위의 동기·목적이 공서에 위반하는 경우와 사용자에게 해를 끼칠 의사가 있는 경우 등 강한 위법성이 인정되는 경우에는 위자료의 제재적 성격을 반영하여 액을 산정하여야 한다.<sup>331)</sup> 또한 그 행위의 계속성과 집요성 등에서 보아 의제해고의 경우가 통상해고의 경우보다 고액의 위자료를 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다.

둘째, 직장유지권을 침해함으로써 근로자는 위법해고가 없었다면 계속할 수 있었던 근로계약관계는 물론 노무에 종사하여 임금을 받는 관계를 상실하지 않았다면 얻을 수 있었던 임금을 손해로 하여 그 배

329) 이상의 내용에 대하여는, 小宮文人, 『雇用終了における労働者保護の再検討』, 『解雇法制の再検討』(2002, 일본노동법학회지 99호).

330) 이상 小宮, 앞의 논문, 102쪽 이하.

331) 이정, 앞의 책, 203쪽

상을 사용자에게 청구할 수 있다. 이러한 일실이익 배상의 실질적 근거는 민법 제536조 제2항의 경우와 마찬가지로 사용자의 유책·위법한 행위에 의해 근로의무의 이행이 사실상 불가능하게 되었고 근로계약의 계속을 단념시킴으로써 임금청구권을 상실시켰다는 점에서 찾아진다.<sup>332)</sup> 즉, 불법행위인 해고에 의한 직장유지권 침해와 얻을 수 있었던 임금상실과의 사이에는 원칙적으로 ‘상당인과관계’가 인정된다.

## (2) 일실이익의 산정

문제는 일실이익(얻을 수 있었던 임금)의 액이다. 이에 대해 판례는 근로계약 종료시로부터 일률적으로 6개월<sup>333)</sup> 180일<sup>334)</sup>로 판단하고 있다. 東京セクハラ(吳服販賣會社)사건 판결은 6개월분의 급여 및 급여액 3개월분에 상당하는 상여금 전액을 ‘얻을 수 있었던 임금’의 액으로 인정하였다. 또한 사용자의 고용환경배려의무위반이 문제된 東京セクハラ(吳服販賣會社)사건 및 エフピコ사건은 모두 6개월분의 임금상당액을 일실이익으로 보았다.

이처럼 일실이익을 6개월로 한정하는데 대해서는 비판이 있다.<sup>335)</sup> 관련규정인 민사소송법 제248조의 취지를 고려하면 제반 사정을 고려하여 탄력적으로 적용할 필요가 있다는 것이다. 예컨대, 예정된 퇴직까지의 기간, 당해 기업의 동종근로자의 평균적 고용계속기간, 당해 근로자의 근속연수, 연령, 근무태도, 성적, 과거 경력, 당해 기업의 규모, 경제적 환경 등 제반 사정을 기초로 합리적 고용계속기간을 추정하고, 다음으로 재취직의 유무 및 그 가능성, 재취직까지의 기간, 재취직된 곳의 임금수준 등 구두변론 종결시까지의 사실을 고려하여 산정하는 것이 보다 정확하다는 것이다. 물론 이것도 불확정적인 요소를 수반하지만 이는 위반을 범한 사용자의 부담이라 보아야 한다고 한다.

판례가 이처럼 6개월을 고집하는 것은 일실이익 산정의 곤란을 피

332) 同旨, 앞의 東京セクシュアル・ハラスメント(M商事)사건.

333) 앞의 東京セクシュアル・ハラスメント(M商事)사건 및 앞의 エフピコ사건.

334) 앞의 京都セクシュアル・ハラスメント(吳服販賣會社).

335) 이하의 논의는 小宮文人, 「雇用終了における労働者保護の再検討」, 『解雇法制の再検討』, (2002, 일본노동법학회지 99호), 45~46쪽 참조.

하기 위해서 고용보험 기초수당 급부기간의 임금분을 일실이익으로 해석하는 데서 유래한다(앞의 東京セクハラ(吳服販賣會社)사건 참조). 그런데 이러한 산정방법은 재취직시 통상임금 수준이 저하된다는 점을 고려할 때 불합리하다. 예컨대, 대기업의 장기근속자에 관하여 보면 통상 적어도 2년 정도의 임금상당액의 손해가 있다고 한다. 재취직자의 임금감액에 관한 최근 조사보고를 보면, 재취직자의 1년 베이스 임금은 연령이 높으면 높을수록 떨어지는 경우가 많은데, 예컨대 49세 재취직자의 경우에 연간 2.6개월분이 되고 있고, 이 임금격차가 6~7년 계속된다고 가정하면 재취직할 때까지의 기간의 일실이익에 추가하여 1년 반 이상의 일실이익이 생기게 된다.<sup>336)</sup> 따라서 판례의 산정방법은 일반적으로는 근로자에게 불리하다고 볼 수 있다.

직장유지권의 보호범위의 문제인 일실이익은 제반 사정을 고려하여 탄력적으로 결정되어야 한다. 물론 합리적 고용계속기간이 인정되어도 임금소급지급(민법 제536조 제2항)의 경우와 동일한 손익상계의 문제가 생길 수 있다. 합리적 고용계속기간에 대하여는 입법적으로 최저기간 설정이 요망된다고 한다.<sup>337)</sup>

## 제5절 요약

미국에서는 법령이나 계약에 의한 명시적 제한이 없는 한 전통적으로 임의고용 및 임의해고의 원칙이 적용된다. 그렇지만 판례는 공공정책, 고용계약 해석 또는 선의·공정거래의무 등을 통해 이러한 원칙의 예외를 인정하여 왔고, 차별금지법 등 근로관계의 종료를 제한하는 여러 가지 법률이 제정되었다. 부당해고에 대한 구제는 보통법상의 구제와 형평법상의 구제가 있다. 보통법상의 구제는 불법행위와 계약위반

336) 小宮文人, 「雇用終了における労働者保護の再検討」, 『解雇法制の再検討』, 日本労働法學會誌 99号, 2002, 46쪽.

337) 野田, 앞의 책, 508쪽.

에 대한 구제를 말하며 주로 금전에 의한 손해배상구제이다. 여기에는 다시 보상적 손해배상과 징벌적 손해배상 양자로 나누어진다. 보상적 손해배상에서는 소급임금과 거의 동일한 의미에서 해고시부터 소송시 또는 새로운 직업을 구하거나 복직시까지의 과거 일실수입의 지급, 나아가 일실이 예상되는 장래수입의 지급이 인정된다. 특히 일실장래수입의 지급은 복직이 불가능하거나 적절하지 않는 경우 유용한 구제수단으로 기능한다. 부당해고의 결과로 발생한 비용(예컨대, 해고된 근로자의 이사비용, 구직비용 등)도 부수적 손해로서 보상적 손해배상에서 고려된다. 이에 반해 징벌적 손해배상은 사용자의 악의적이고 과립치하며 상당히 무분별한 해고행위를 징계하고 향후 그와 같은 행동을 다시 하지 못하도록 억제하는 경제적 제재로서의 의미를 가진다. 한편, 형평법상의 구제는 금지명령이나 특정한 행위의 이행을 명하는 적극적·강제적 구제를 말한다. 복직, 소급임금지급, 선임권 인정, 차별시정행위 등이 여기에 포함된다. 보통법상의 구제와 형평법상의 구제 외에도 잠정적 구제수단으로서 보전처분이 인정되고 있다.

영국의 경우 종래 자치주의와 불간섭주의에 근거한 자주적 시스템이 법제의 근간을 이루었으나 1971년 노사관계법에 의해 부당해고의 일반적 금지와 그에 따른 구제체도가 마련되었고, 이후 일련의 법률제·개정을 통해 현재에 이르고 있다. 부당해고에 대한 구제는 고용법원(Employment Tribunal)이 담당하며, 고용법원에 의한 재판절차가 개시되기 이전에 조정중재국(ACAS)에 의한 의무적 화해절차를 두고 있는 점이 특징이다. 부당해고 구제신청은 고용이 종료된 날로부터 3개월 이내에 하도록 법으로 제한하고 있다. 또한 신속한 구제를 위해 해고된 때로부터 7일 이내에 근로자가 고용법원에 임시구제를 신청할 수 있도록 하고 있으며, 이 경우 사용자가 근로자를 복직시킬 의사를 갖고 있지 않더라도 고용법원은 근로관계의 계속유지를 명하는 ‘고용계약계속명령’을 내릴 수 있도록 하고 있다. 복직은 일차적 구제수단으로 인정되고 있지만 근로자의 복직희망 여부, 사용자가 복직명령을 따르는 것이 가능한지 여부, 근로자가 해고에 어느 정도 원인을 제공·기여하였지를 고려한다. 이는 사용자나 근로자가 복직에 반대하는

경우 복직은 효과적인 구제수단으로 기능하기 어렵고, 특히 근로자가 복직을 희망하더라도 사용자에게 복직이행을 기대할 수 없는 정당한 이유 또는 객관적 사정이 존재할 수 있기 때문이다. 복직을 대신하여 재고용명령이 내려지기도 하며, 궁극적으로 복직이나 재고용이 불가능한 경우에는 대체적 구제수단으로 금전보상을 명하게 된다. 한편 재직 기간 2년 이상인 근로자는 해고된 경우에 사용자에게 해고이유서의 교부를 요구할 수 있는 권리가 법으로 보장되고 있다.

프랑스에서는 1973년 이래로 부당해고를 실체적·절차적으로 제한하는 입법이 계속적으로 발전하였다. 절차적 제한의 내용 가운데에는 해고사유 및 해고기준 서면통지제도가 있다. 부당해고 구제는 노사를 대표하는 자가 동수로 구성되는 노동법원(Conseil de prud'hommes)이 담당하며, 재판절차 이전에 화해절차를 반드시 거치도록 강제하고 있다. 부당해고에 대한 구제는 '무효인 해고'인가 아니면 '진실하고 중대한 이유 없는 해고'인가에 따라 그 내용이 달라진다. 해고가 무효로 되는 경우에 관해서는 법에서 일일이 규정하고 있다. 또한 '진실하고 중대한 이유 없는 해고'에 대한 구제내용 역시 법에서 특별히 규정하고 있는데, 특히 복직은 노사 양당사자가 이를 원하는 경우에만 허용되며 어느 한쪽이 반대하는 경우에는 금전배상이 있게 된다. 그리고 이러한 금전배상에서는 손해전보 이외에도 사용자에게 대한 경제적 징벌을 가미하기 위하여 배상의 최저한도액(6개월분 임금상당액)을 법으로 정하고 있다. 그밖에도 사용자에게 대한 경제적 제재로서 실업보험기관에 대한 실업수당 상환을 법이 규정하고 있다. 절차위반의 해고에 대한 구제는 절차위반의 내용에 따라 달라진다. 해고대상자 개인과의 관계에서 이루어지는 개별절차(사전청문, 해고통지 등)에 위반한 해고에 대해서 법은 절차이행, 금전배상(최고 1개월 임금상당액), 실업수당 상환을 구제내용으로 규정하고 있지만 판례는 이를 축소해석하여 금전배상에 초점을 두고 있다. 그러나 판례는 사용자의 해고사유 통지의 무 위반에 대해서는 오히려 실체위반의 해고에 준하여 취급함으로써 구제를 확대하고 있다. 경영상 해고에서의 집단해고절차, 특히 고용보호계획(해고회피조치 및 근로자재취업지원조치)의 내용을 담아야 할

문서로서 근로자대표와의 협의대상이 됨)에 관한 사용자의 의무위반에 대한 구제내용으로 법에서는 가집행이 가능한 복직(잠정적 성격을 갖는 원상회복조치) 또는 금전배상(근로자가 복직을 원하지 않는 경우 12개월분 임금액 이상)을 규정함으로써 이러한 절차의 중요성을 강조하고 있다.

일본의 경우 해고를 제한하는 개별적 사유에 관한 법규정이 존재하고 있지만, '정당한 이유'와 같은 일반적인 해고제한규정은 없다. 판례법에 의해 부당해고를 제한하고 있는 점과 부당해고에 대한 구제는 일반법원이 담당하는 점이 특징이다. 판례법에 의한 해고제한기준은 해고권 남용 제한법리이며, 구제내용으로는 해고무효확인에 따른 원상회복, 즉 복직명령과 소급임금의 지급이 일반적으로 인정되고 있다. 그리고 부당해고가 불법행위에 해당하는 경우에는 위자료의 지급이 인정된다. 최근에는 복직명령의 이행가능성이 매우 낮음에 근거하여 부당해고를 불법행위로 적극 파악함으로써 유럽식의 금전배상제도를 새로이 인정하여야 한다는 주장이 강하게 제기되고 있다. 또한 일반법원에 의한 구제제도가 갖는 한계로서 소 제기기간에 대한 제한이 없고 입증대상의 추상성 등으로 신속한 구제가 저해되고 있다는 점이 지적되고 있다. 다만, 신의칙이나 실효의 원칙을 적용하여 소의 제기가 가능한 기간을 사실상 제한하고 있지만 그에 따른 법적 불확실성 역시 발생하고 있다. 한편 일반적으로 해고를 제한하는 법규정이 존재하지 않고 있기 때문에 근로자가 부당해고임을 입증할 수밖에 없다는 점에서 일반적 해고제한규정의 마련을 통한 입증책임의 전환도 강력히 주장되고 있다.

## 제 4 장 현행 부당해고 구제제도의 개선방안

부당해고 구제제도는 부당해고의 사전 예방에 기여하고, 해고 이후의 근로자와 사용자의 구체적인 상황을 고려한 다양하고 적합한 구제가 부여될 수 있을 때 그 실효성이 있게 된다. 그런데 현행 부당해고 구제제도는 부당해고를 예방하기 위한 입법 규제의 측면에서, 그리고 구제절차 및 구제내용의 측면에서 일정한 한계가 드러나고 있다. 그리고 이러한 한계를 극복할 수 있는 제도적 방안을 모색하기 위한 일환으로서 주요 외국의 제도를 이미 살펴보았다. 이러한 고찰을 기초로 하여 이하에서는 부당해고 예방의 측면, 부당해고 구제절차의 측면, 부당해고 구제내용의 측면에서 현행 부당해고 구제제도의 개선방안을 제시하여 보고자 한다.

### 제1절 부당해고 예방의 측면

#### 1. 사용자에게 대한 징벌로서의 경제적 제재 강구

현행 부당해고 구제제도는 부당하게 해고된 근로자를 사후적으로 구제하는 데에 초점을 두고 있다. 해고무효에 따른 복직과 임금소급지

급이 구제내용이 전부라고 해도 과언이 아니다. 다만, 사용자의 고의에 의한 부당해고의 경우에 정신적 고통에 대한 위자료의 지급이 인정되거나 근로기준법상의 형사적 제재(벌칙)가 적용될 수 있다. 결국 현재의 부당해고 구제제도에는 사용자의 위법행위 그 자체에 대한 경제적 징벌을 통해 부당해고를 사전에 억제하고 예방할 수 있는 기능이 결여되어 있다.

외국의 예를 살펴보면, 미국의 경우 징벌적 손해배상제도는 사용자의 악의적이고 파렴치하며 상당히 무분별한 행위를 징계하고 향후 그와 같은 행동을 다시 하지 못하도록 억제하는 취지를 갖고 있다. 프랑스의 경우 민법에서는 징벌적 손해배상을 부인하고 있지만 노동법에서는 부당해고에 대한 구제로서 민사벌(즉, 경제적 징벌)의 성격을 아울러 갖고 있는 법정금전배상제도를 채택하고 있다. 즉, 사용자가 정당한 이유 없이 근로자를 해고하는 경우에 배상액의 최저한도를 6개월 임금 상당액으로 규정함으로써 근로자에게 해고에 따른 손해가 현실적으로 전혀 발생하지 않았다고 하더라도 법이 정하고 있는 6개월 임금 상당액은 반드시 지급하도록 하고 있다. 이러한 법정배상제도는 사용자에게 대한 경제적 징벌과 근로자가 입은 손해의 전보라는 이중의 성질을 띠고 있다. 이처럼 사용자에게 대하여 경제적 징벌(제재)을 가하고 있는 것은 부당해고를 사회 일반이익에 대한 침해행위로 파악하는 것이자 사용자의 고의·과실을 제재함으로써 부당해고를 간접적으로 억제하고자 하는데 그 목적이 있다. 그 뿐만 아니라 프랑스에서는 사용자에게 대한 보충적 제재로서 실업보험기관에 대한 실업수당 상환을 법으로 규정하고 있다. 즉, 정당한 이유 없이 근로자를 해고하는 경우 법원은 해고일로부터 판결선고일까지 해고된 근로자에게 지급된 실업수당의 전부 또는 일부를 실업수당 6개월분의 한도 내에서 실업보험기관에 상환할 것을 사용자에게 명하여야 한다.

우리의 경우에도 근로자를 부당하게 해고한 사용자의 행위 그 자체에 대하여 별도의 경제적(금전적) 제재를 가할 수 있는 제도를 마련하는 것이 바람직하다고 본다. 경제적 제재의 방안으로 미국식의 징벌적 손해배상제도나 프랑스식의 일정기준액 이상의 법정배상제도 및

실업수당상환제도를 검토해 볼 수 있을 것이다. 다만, 징벌적 손해배상제도를 노동법 분야에 한정하여 도입하는 것 자체가 전체 법체계상 무리일 수 있기 때문에 프랑스의 제도가 우리에게는 오히려 더 현실적일 수 있다. 사용자에 대한 경제적 제재로서 일정기준액 이상의 법정배상제도의 도입뿐만 아니라 실업수당상환제도의 도입도 적극적으로 검토할 필요가 있다. 왜냐하면 부당해고는 고용보험법상의 고용보험기금의 감소를 초래하기 때문이다. 사용자의 부당해고에 의해 근로자는 고용보험법이 정하는 요건을 충족하는 한 일정한 실직기간 동안에 구직급여(실업급여)를 지급받게 된다. 고용보험법상 사용자도 실업급여 보험료의 절반을 부담하지만 사용자의 강행법규 위반에 의해 발생한 실업과 일반적인 비자발적 실업을 동일하게 취급할 수 없고, 부당하게 해고된 근로자에게 지급되는 실업급여는 다른 사용자 및 근로자들의 비용부담으로 지급되는 측면도 존재한다. 따라서 부당해고를 초래한 사용자에게는 고용보험법과의 관계에서 일정한 경제적 제재수단, 즉 부당하게 해고된 근로자에게 지급된 실업급여의 일정액을 고용보험기금으로 환수케 하는 방안을 마련할 필요가 있다.

## 2. 해고사유 및 해고기준 통지제도의 확립과 근로자의 방어권 보장

해고절차에 대한 제한의 핵심은 사용자가 근로자를 어떤 이유로 해고할 때 적정절차에 따라 이루어져야 한다는 점이다. 해고에서의 적정절차의 보장은 근로자가 무슨 이유로 해고되는지를 사전에 알 수 있게 하고, 자신의 입장을 변명할 수 있는 기회(즉, 방어권)를 부여하는데 있다. 그런데 현행 근로기준법은 근로자 귀책사유에 의한 해고의 경우 이러한 적정절차의 보장이라는 측면에서 규율하고 있는 바가 없기 때문에 문제라고 하지 않을 수 없다. 또한 경영상 해고의 경우에도 근로자의 최대 관심사라고 할 수 있는 해고기준안을 근로자 전체에게 사전에 공지하거나 해고대상 근로자에게 개별적으로 서면에 의해 해고기준을 통지하도록 요구하고 있지 않다.

외국의 예를 보면, 영국에서 재직기간 2년 이상인 근로자가 해고되

는 경우 사용자에게 해고이유서의 교부를 요구할 수 있는 권리가 법으로 보장되고 있고, 사용자는 2주 이내에 해고이유서를 교부하여야 한다. 그렇지 않은 경우 법원은 근로자의 신청에 기초하여 2주일분의 임금액에 해당하는 금전보상금의 지급을 명하게 된다. 프랑스법의 경우에도 사용자는 해고통지서에 해고이유를 명시하여야 한다. 그리고 경영상 해고에서 해고가 통지된 후 근로자가 서면으로 해고기준을 제시할 것을 요구하면 사용자는 서면으로 이를 통지하여야 한다. 사용자의 해고이유 또는 해고기준 통지의무 불이행에 대하여 판례는 정당한 이유 없이 해고가 이루어진 것으로 간주하여 그에 따른 법정구제를 인정하고 있다. 즉, 절차위반의 해고임에도 불구하고 절차위반에 대하여 법이 규정하고 있는 구제(절차이행, 최고 1개월 임금상당액의 금전배상, 실업수당 상환)를 적용하는 것이 아니라 실체위반의 해고에 대해 법이 규정하고 있는 구제(복직 또는 최저 6개월 임금상당액의 금전배상 및 실업수당 상환)를 적용하고 있다. 그 외에도 프랑스에서는 근로자의 방어권 보장을 위한 사전청문절차, 청문과정에서 제3자의 조력을 받을 권리 등을 법으로 보장하고 있다. 한편 일본에서도 1998년 노동기준법 개정으로 근로자의 요구가 있는 경우 퇴직(해고 포함)사유를 서면으로 교부할 의무를 사용자에게 부과하고 있다.

우리의 경우에도 사용자로 하여금 해고사유와 해고기준을 근로자에게 통지하도록 하는 제도를 마련할 필요가 있다. 해고사유를 사전에 근로자에게 서면으로 제시하도록 하게 되면 사후적으로 해고의 정당성 여부에 관한 다툼이 있을 때 구제의 실효성을 확보할 수 있다. 왜냐하면, 해고사유의 서면통지제도가 확립되면 사후적으로 해고에 관한 다툼이 발생하였을 때 분쟁대상이 명확히 드러나기 때문에 보다 신속한 분쟁해결을 가능케 할 수 있기 때문이다. 그리고 해고사유 통지제도는 사용자가 해고의 이유로 문제삼지 않았던 사유를 사후적으로 주장하거나 자신이 제시한 해고사유를 사후적으로 부인하는 행위를 제한할 수 있게 한다. 한편 경영상 해고에서 해고대상자에 대한 해고기준의 서면통지제도 역시 해고분쟁을 줄일 수 있을 뿐만 아니라 사후적으로 발생하는 분쟁의 효과적인 해결 및 부당해고 구제의 실효성을 높

일 수 있다. 해고기준의 합리성 및 공정성은 경영상 해고의 정당성 여부를 판단하는 독립된 기준으로 기능하고 있다. 그런데 해고기준의 합리성 및 공정성 여부를 판단·증명할 수 있는 자료는 많은 경우 사용자의 수중에 있다. 해고기준으로 어떠한 사항들이 어느 정도의 비중으로 채택되었는가 하는 점이 사전에 근로자에게 통지된다면 해고기준을 둘러싼 분쟁 자체를 최소화할 수 있고 분쟁사항이 무엇인지 명확하게 정해질 수 있기 때문에 신속하고도 효과적인 해결에 기여할 수 있다. 다른 한편, 해고에 따른 근로자의 변명·방어권을 보장하기 위한 청문절차를 입법적으로 마련하는 방안도 강구될 필요가 있다. 근로자의 변명·방어권의 보장은 근로자에 대한 보호차원에서 뿐만 아니라 사용자에게도 이익이 될 수 있다. 사용자가 아무리 정당한 해고사유라고 스스로 판단하더라도 사후적으로 노동위원회나 법원에서 정당하지 않다는 결론이 내려질 수 있기 때문에 근로자에게 충분한 변명·방어의 기회를 보장한다는 것은 사용자로 하여금 제반의 사정을 고려하여 해고의 결정을 보다 신중하고 객관적으로 내릴 수 있게 한다.

### 3. 차별적 해고에 대한 법적 규제의 강화

성(性), 연령, 신체적·정신적 장애, 국적 등을 이유로 한 고용상의 차별은 합리적 이유 없이 고용기회를 박탈하거나 고용상실을 초래함으로써 노동시장의 경직성, 고용불안 등 고용증대정책에 반하는 결과를 초래한다. 공정하고 평등한 고용기회의 제공 및 고용상의 대우는 UN과 ILO, OECD 등 국제기구의 핵심적 활동영역에 해당할 뿐만 아니라 미국을 비롯한 주요 외국에서는 다양한 고용차별금지법을 제정·시행하고 있는 상황이다. 미국에서는 어느 경우에도 사용자가 근로자의 인종, 피부색, 종교, 성별, 국적으로 인하여 근로관계를 종료하는 것을 금지하고 있다. 그밖에 근로관계의 종료를 제한하는 법률로서 연령차별금지법, 장애차별금지법 등이 있다. 영국의 경우도 성차별금지법뿐만 아니라 장애인차별금지법, 인종차별금지법, 파트타임근로자불이익방지규칙 등을 마련하고 있다.

우리의 경우 근로기준법 제5조에서 차별적 처우의 금지사유로 남녀의 성, 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 규정하고 있을 뿐이고, 그밖에 사회적으로 문제가 되고 있는 연령, 장애, 비정규근로 등을 이유로 하는 차별적 해고를 직접적으로 금지하는 노동관계법상의 근거규정이 마련되어 있지 않다. 이로 인해 연령이나 장애, 비정규근로 등을 이유로 하는 차별적 해고가 행하여질 가능성이 높다. 다만, 최근(2002년 11월 8일)에 국회 본회의에서 의결된 고령자고용촉진법 개정법률안은 사업주가 근로자를 모집·채용 또는 해고를 함에 있어 정당한 이유 없이 고령자 또는 준고령자임을 이유로 차별하지 못하도록 하는 조항(제4조의 2)을 신설하고 있는데 바람직한 제도개선이라고 평가할 수 있다.<sup>338)</sup> 그 외에도 부당해고를 억제하고 예방하는 차원에서 차별적 해고에 대한 법적 규제가 강화되어야 한다. 그리고 일정한 연령에 도달하면 자동적으로 근로관계를 종료케 하는 정년제도 역시 연령차별 금지 및 부당해고의 관점에서 타당하다고 볼 수 있는지 검토되어야 한다. 궁극적으로는 사회적 합리성을 갖지 않는 여러 형태의 차별적 해고를 보다 포괄적으로 규제할 수 있는 입법을 강구할 필요가 있다.

---

338) 고령자고용촉진법 개정법률안의 취지는 “우리 사회의 급속한 고령화로 인하여 고령인구의 경제활동참여 확대와 이를 통한 산업인력의 안정적 확보가 사회·경제적 과제로 대두되고 있어 고령자의 고용촉진기반 구축이 긴요한 실정이므로, 고령자 등임을 이유로 정당한 이유 없이 차별을 하지 못하도록 하고, 정년퇴직자의 고용안정에 필요한 조치를 하는 경우 장려금 지급 등 필요한 지원을 할 수 있도록 하는 등 고령자 고용기반 및 사업주 지원제도를 확대하여 고령자의 고용안정 및 고용촉진을 도모하기 위한 제도를 개선·보완하려는 것”이다.

## 제2절 부당해고 구제절차의 측면

### 1. '해고무효확인 소' 제기 기간의 입법화

노동위원회에 부당해고의 구제를 신청할 수 있는 기간은 법으로 제한되고 있다. 법원에 해고무효확인 소송을 제기할 수 있는 기간에 대한 법적 제한은 없지만 판례가 신의칙 또는 실효의 원칙에 입각하여 사실상 소 제기의 기간을 제한하고 있고, 이에 따른 법적 불안정을 초래하고 있다.

외국의 예를 보면, 영국에서 법원(고용법원)에 대한 부당해고 구제의 소 제기는 고용이 종료된 날로부터 3개월 이내에 하도록 법으로 제한하고 있다. 일본의 경우 우리와 마찬가지로 부당해고를 다투기 위한 민사소송 제기기간에 대한 법적 제한을 두고 있지 않고 판례가 신의칙 내지 실효의 원칙을 적용하고 있는데, 그 문제점을 해결하기 위한 방안으로 소 제기의 기간을 1년 이내로 한정하자는 주장이 제시되고 있다.

해고를 둘러싼 다툼은 가급적이면 빠른 시일 내에 해결되는 것이 노사 모두에게 이익이 된다. 그리고 해고된 날로부터 장기간이 경과하면 증명의 어려움 등으로 원활하고 신속한 심리를 저해하는 장애요인이 많아질 수밖에 없어 사건 해결의 지연을 초래할 수 있다. 이러한 점에서 부당해고소송에 대하여 신의칙 내지 실효의 원칙을 적용하고 있는 우리 판례의 입장을 수긍할 수 있다. 그러나 신의칙 내지 실효의 원칙 적용 여부는 구체적인 사정에 따라 달라지기 때문에 해고소송의 제기가 법원에 의해 거부되는 것은 아닌지 근로자의 입장에서는 불안할 수밖에 없고, 경우에 따라서는 재판받을 권리 자체가 침해될 수도 있다. 따라서 해고소송에 따른 이러한 법적 불안정성을 최소화하고 통일성과 예측가능성을 확보하며 재판받을 권리를 적극적으로 보

장하기 위해서는 해고무효확인 소송을 제기할 수 있는 기간을 법으로 명확하게 규정하는 것이 보다 바람직할 것이다. 그리고 해고소송을 제기할 수 있는 기간을 법으로 제한함에 있어서는 부당해고에 대한 행정구제와 사법구제 양자를 허용하고 있는 현행 제도의 체계가 고려되어야 할 것이다. 행정구제로서 노동위원회에 대한 구제신청은 3개월 이내에 제기되어야 하고, 노동위원회가 구제신청사건을 처리한 평균처리일수가 초심의 경우 약 47일(2000년 45일, 2001년 49일) 재심의 경우 약 103일(2000년 112일, 2001년 93일)로 나타나고 있다.<sup>339)</sup> 구제신청기간 3개월과 노동위원회 초·재심 판정기간 약 5개월을 감안하면 해고소송제기가 가능한 기간을 적어도 6개월 이하로 제한하는 데에는 무리가 있다고 본다. 따라서 행정구제와는 별도로 사법구제가 가능하도록 해고된 날로부터 6개월 이상 1년을 초과하지 않는 범위 안에서 해고소송을 제기할 수 있도록 입법으로 규제하는 방안을 적극적으로 검토할 필요가 있다.

## 2. 자율적 해고분쟁 해결의 촉진을 위한 화해전치제(和解前置制)의 도입

해고분쟁 당사자간의 자율적 분쟁해결을 기대하기 어려운 것이 현재의 상황이다. 앞에서 이미 살펴보았듯이, 부당해고에 관한 노동위원회의 심문회의 이전에 근로자와 사용자가 합의 내지 양보를 통해 분쟁을 해결하려고 노력하였다고 답한 비율이 30%에도 미치지 못하고 있다. 노동위원회나 법원은 화해를 통한 사건의 해결을 분쟁당사자들에게 권고할 수 있지만 실제 화해에 의한 분쟁해결의 실적은 미미한 상태이다. 그만큼 자율적 해고분쟁의 해결을 촉진하기 위한 새로운 제도적 장치를 마련할 필요성은 더욱 크다고 하겠다.

외국제도를 보면, 영국의 경우 부당해고에 대한 심판기능을 담당하고 있는 고용법원의 재판절차 이전에 조정중재국(ACAS)에서 알선에 의한 분쟁해결절차를 반드시 거치도록 강제하고 있다. 프랑스의 경우

339) 중앙노동위원회, 『2000년도 노동위원회연보』, 제3호, 2001, 56쪽 및 『2001년도 노동위원회연보』, 제4호, 2002, 52쪽 참조.

에도 해고분쟁을 관할하는 노동법원(Conseil de prud'hommes)의 내부 조직체계가 화해부(bureau de conciliation)와 재판부(bureau de jugement)로 이원화되어 있고, 화해부에서 알선에 의해 분쟁이 해결되지 않을 때에 재판부로 사건이 이송되도록 의무적 화해절차제도를 두고 있다. 영국에서는 법원이 아닌 제3의 기관에 의한 재판 이전의 의무적 화해절차를 제도화하고 있는 반면에 프랑스에서는 법원 조직 내에서의 화해절차 전치주의를 채택하고 있다.

이상과 같은 외국의 사례에 비추어 볼 때, 우리의 경우에도 부당해고 구제신청 사건에 대한 노동위원회의 심판절차에 앞서서 화해절차를 반드시 거치도록 제도화하는 방안을 적극적으로 검토할 필요가 있다. 해고분쟁 당사자간의 자주적인 분쟁해결을 기대하기 곤란한 현재의 상황에서 이러한 화해전치제도의 도입은 합의와 양보에 의한 자율적 분쟁해결을 촉진할 뿐만 아니라 부당해고 구제신청 사건의 증가에 따른 노동위원회의 심판부담을 완화하고 심판절차의 지연을 피할 수 있게 할 것이다.

### 제3절 부당해고 구제내용의 측면

#### 1. 원상회복에 상응하는 복직 범위의 한정

부당해고의 경우 해고는 무효이기 때문에 근로자는 해고가 없었다면 당연히 향유하였을 것으로 인정되는 지위로 회복되어야 한다. 따라서 해고무효의 효과로서 인정되는 근로자의 복직은 해고 이전의 근로자가 담당하였던 원래의 직(원직) 또는 원직에 상당하는 직으로의 복귀를 의미하는 것으로 보아야 한다. 원직 상당직은 근로자의 종전 직무(기술기능), 직위·직급, 임금수준에 상응하는 직이 될 것이다. 원직 상당직으로의 복직은 원직이 현실적으로 존재하지 않는 경우 또는 존재하나 다른 근로자에 의해 이미 채워져 공석이 아닌 경우에 인정될

수 있을 것이다.

그런데 판례는 복직의 의미를 축소 해석하여 해고 이전의 원직 회복이 아니라 고용관계 자체의 회복이라고 보면서 전혀 별개의 직으로 복직되는 경우에도 해고무효확인 소송의 목적은 달성된 것으로 판단하고 있다. 이러한 판례의 입장은 원직 또는 그에 상당하는 직으로의 복직이 불가능하거나 곤란한 경우가 현실적으로 있을 수 있기 때문에 일응 수긍할 수 있는 측면이 있다. 그러나 원직 또는 그에 상당한 직이 존재하고 있음에도 불구하고 별개의 직으로 근로자를 복직시키는 사용자의 행위는 규제되어야 한다. 특히 근로계약상 업무의 내용이 특정되었다고 볼 수 있는 경우 이러한 사용자의 행위는 계약위반일 뿐만 아니라 근로자의 의사에 반하는 강제근로에 해당할 수 있기 때문이다. 따라서 원직 또는 그 상당직이 있음에도 불구하고 사용자가 별개의 직으로 근로자를 복직시킨 경우에는 복직이라고 볼 수 없기 때문에 근로자가 이를 다투는 소송은 허용되어야 할 것이다.

## 2. 사용자의 복직이행을 촉진하기 위한 수단의 강구

현행 부당해고 구제제도하에서는 사용자에게 근로자의 복직을 직접적으로 강제할 수 있는 법적 수단은 존재하지 않고, 그러한 강제가 반드시 바람직한 것이라고 보기도 어렵다. 그렇지만 부당해고 구제의 실효성을 확보하기 위한 차원에서 사용자의 복직이행을 촉진하기 위한 방안을 강구할 필요가 있다. 예컨대, 노동위원회가 초심판정에서 부당해고를 인정하여 구제명령을 내릴 때, 비록 사용자의 불복신청이 가능하고 부당해고임이 확정되지 않는 상황이라 할지라도 특정기간 내에 근로자를 복직시킬 의사가 사용자에게 있는지 여부를 물어 그러한 의사가 있는 경우에는 복직명령 이행기간을 명시하는 방안을 고려해 볼 수 있을 것이다. 다른 한편, 최종적으로 부당해고임이 확정되기 이전 단계라고 할지라도 사용자의 의사와 관계없이 임시적 원상회복조치로서 복직을 허용하는 방안도 고려해 볼 수 있다. 예컨대, 영국에서 근로자가 법이 금지하는 해고사유로 해고된 경우 7일 이내에 법원에 임

시구제를 신청할 수 있고, 사용자가 근로자를 복직시킬 의사를 갖고 있지 않는 경우에도 법원은 임시구제의 일환으로 고용관계의 계속 유지를 명하는 ‘고용계약계속명령’을 내릴 수 있다.

### 3. 복직을 대신하는 대체적 구제수단의 마련

사용자나 근로자가 복직에 반대하는 경우 복직은 효과적인 부당해고 구제수단으로 기능하기 어렵고, 특히 근로자가 복직을 희망하더라도 사용자에게 복직이행을 기대할 수 없는 정당한 이유 또는 객관적 사정이 존재하는 경우에는 복직 이외의 다른 대체적 구제수단을 제도적으로 마련하는 것이 바람직할 것이다.

영국에서 복직은 일차적인 구제수단으로 인정되고 있지만, 법원은 근로자의 복직희망 여부, 사용자가 복직명령을 따르는 것이 가능한지 여부, 근로자가 해고에 어느 정도 원인을 제공·기여하였지를 고려하여 복직명령을 내리게 되고, 복직(또는 재고용)이 불가능한 경우에는 금전보상을 명한다. 즉, 영국의 경우 해고분쟁 당사자의 의사, 현실적인 복직 기대가능성 및 노사간 신뢰관계의 정도가 법원에 의한 복직명령의 가부를 결정하는 기준으로 작용하고 있다. 이러한 세 가지 기준에 비추어 복직명령을 내리는 것이 부적합한 경우에는 대체적인 구제수단으로 금전보상이 행해진다. 프랑스의 경우 법으로 해고무효를 규정하고 있는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한 일반적인 구제수단은 금전배상이다. 즉, 법에서 해고금지사유로 규정하고 있고 그 위반시 해고가 무효임을 명시적으로 선언하고 있는 경우가 아닌 한 일반적인 실체위반의 해고에 대한 구제로서 근로자의 복직은 소송당사자의 의사에 반하여 강제될 수 없다. 법원은 복직을 제안할 수 있으나 소송당사자 중 어느 일방이 이를 거부하는 경우에는 금전배상을 선고하게 된다. 법원은 사용자 또는 근로자의 의사에 반하여 복직을 명할 수 없다. 미국의 경우 부당해고에 대한 형평법상의 구제수단으로 복직이 인정되고 있지만, 복직이 불가능하거나 적절하지 않는 경우에는 보통법상의 보상적 손해배상으로 일실장래수입의 지급이 유용한 구제수

단으로 기능하고 있다. 한편 우리와 유사한 부당해고 구제제도를 갖고 있는 일본에서도 복직이라는 구제수단의 실효성에 의문이 제기되고 있고, 부당해고를 불법행위로 파악하여 금전배상제도를 도입하자는 주장이 강력하게 제기되고 있는 상황이다.

우리의 경우에도 근로자가 복직을 희망하지 않는 경우, 사용자에게 복직이행을 기대할 수 없는 정당한 이유 또는 객관적 사정이 존재하는 경우, 근로자가 해고원인을 일정 정도 제공하였거나 해고를 둘러싼 다툼·갈등 등으로 노사간 신뢰관계의 파탄이 있는 경우 등에 있어서는 복직을 대체하는 구제수단으로 금전적 보상제도를 도입하는 방안을 고려해 볼만하다.

#### 4. 절차위반의 해고에 대한 적절한 구제수단의 모색

현행 부당해고 구제제도에서는 해고가 절차에 위반하여 이루어진 경우와 실체적 정당성이 인정되지 않는 경우를 구분하여 구제의 내용을 달리 설정하고 있지 않다. 반면에 프랑스법에서는 실체위반 해고에 대한 구제내용과 절차위반 해고에 대한 구제내용을 달리 규정하고 있고, 다만 판례는 사용자의 해고사유통지의무 위반과 같은 중대한 절차위반에 대해서 실체위반 해고의 경우와 동일한 구제를 인정하고 있다.

물론 해고절차의 내용은 다양하기 때문에 절차위반의 내용이 무엇인가에 따라 해고 자체의 실체적 정당성 여부에 미치는 영향이 다를 수 있다. 특히 근로자의 변명·방어권의 보장과 관련된 절차는 다른 절차보다 중요하게 취급하지 않을 수 없다. 그러나 이처럼 중요한 절차를 위반한 경우가 아니라면 절차위반에 대한 구제의 내용과 실체위반에 대한 구제의 내용을 달리할 필요가 있지 않느냐 하는 의문이 충분히 제기될 수 있다. 예를 들어 판례는 단체협약상의 해고협의조항과 관련하여 노동조합과 사전협의를 거치지 않았다고 하더라도 해고의 효력에는 영향을 미치지 않는 것으로 보고 있는데, 이러한 판례의 태도는 명백히 절차위반이 있음에도 불구하고 그에 대한 구제로서 복직 및 임금의 소급지급을 인정하는 것이 적절하지 않다는 판단을 반영하

고 있는 것이 아닌가 생각된다. 이처럼 명백한 절차위반이 있음에도 불구하고 그에 대한 구제를 인정하지 않는 판례의 입장은 여러 가지 상황을 고려하여 적절한 구제의 내용을 선택할 수 있는 다양한 구제수단이 존재하지 않기 때문에 발생하고 있는 것으로 생각된다. 만일 절차위반에 대한 금전배상이나 절차제이행과 같은 보다 다양하고 적절한 구제수단이 제도적으로 마련된다면 위에서 예를 든 사례의 경우 절차위반을 인정하면서 그에 적절한 구제가 부여될 수 있을 것이다.

## 제 5 장

### 맺음말

부당해고를 제한하기 위한 입법적 개입과 제한은 오늘날 보편적인 법적 경향이라고 볼 수 있다. 사용자의 해고권을 인정하면서도 근로자 보호를 목적으로 해고권의 행사에 대하여 일정한 실체적·절차적 제한을 가하고 있는 것이다. 부당해고에 대한 이러한 사전적 제한 못지 않게 사후적 구제 역시 해고법에서는 중요한 지위를 차지한다. 실효성이 있는 구제수단이 마련되어 있지 않다면 부당해고를 현실적으로 방지하기 어렵기 때문이다.

우리나라의 현행 부당해고 구제제도는 근로기준법상의 해고제한규정을 기초로 하여 이원적 구제절차(노동위원회에 의한 행정구제절차와 법원에 의한 사법구제절차)를 통한 원상회복(근로자의 복직 및 금전보상)을 주된 내용으로 하고 있다. 그러나 부당해고의 예방적 측면에서 해고절차에 관한 입법적 제한이 미흡하고, 사법구제절차에서 신의칙 내지 실효의 원칙을 적용함으로써 소 제기 가능기간의 불확실성을 초래하고 있을 뿐만 아니라, 구제내용의 측면에서도 일률적이고 단순하다는 한계를 안고 있다. 본 연구에서는 이러한 현행 제도의 문제점을 해결하고 부당해고 구제제도의 실효성을 제고하기 위한 개선방안을 크게 3가지 측면(부당해고의 예방, 부당해고의 구제절차, 부당해고의 구제내용)으로 구분하여 제시하였다. 우선, 부당해고의 예방차원에서는 사용자에 대한 징벌로서 경제적 제재수단을 강구하여야 하고, 해고사유 및 해고기준에 대한 서면통지제도를 마련하여야 하며, 근로

자의 방어권을 입법적으로 보장하여야 한다. 다음으로, 부당해고 구제 절차에서는 사법구제절차의 경우 소 제기기간의 입법화, 행정구제절차의 경우 화해전치제의 도입이 바람직하다. 그리고 부당해고 구제내용의 측면에서는 사용자에게 의한 복직이행을 촉진하기 위한 수단의 강구, 복직을 대체하는 구제수단의 마련 등이 필요하다.

부당해고에 대한 적절한 사전예방과 실효적인 사후구제는 해고제한법이라는 수레의 두 바퀴라고 말할 수 있다. 사후구제의 실효성이 담보되지 못할 때 해고제한법이라는 수레는 제대로 나아갈 수 없다. 아무쪼록 본 연구에서 제시하고 있는 부당해고 구제의 실효성 제고방안이 해고분쟁 및 그에 따른 사회적 비용을 최소화하고 구제제도의 기능을 최적화하는데 기여할 수 있기를 바란다.

◆ 執筆陣

- 김소영(한국노동연구원 선임연구위원)
- 조용만(건국대 법과대학 교수)
- 강현주(한국노동연구원 책임연구위원)

부당해고 구제의 실효성 제고 방안

- 발행연월일 | 2002년 12월 27일 초판  
2003년 4월 25일 재판
- 발행인 | 이원덕
- 발행처 | **한국노동연구원**  
1510-0110 서울특별시 영등포구  
여의도동 16-2 중소기업회관 9층  
☎ 대표 (02) 782-0141 Fax (02) 786-1862
- 조판·인쇄 | 주식회사 천세 (02) 2272-2727
- 등록일자 | 1988년 9월 13일
- 등록번호 | 제13-155호