

2) 해고대상 근로자의 특정 여부를 기준으로 한 정리해고의 속성

해고대상자의 특정성 여부가 기준이 되어야 한다. 일신상 사유에 기한 해고나 행태상 사유에 기한 해고는 그 해고원인이 개별 근로자에게 놓인 경우이며, 따라서 누가 해고되어야 할 것인가에 관한 해명이 필요 없다.

이와 달리 정리해고의 경우는 다수의 근로자 가운데 누구를 해고해야 할지에 관한 문제를 선결하여야 한다. 이것이 바로 대상자 선정의 문제이다.

예컨대 특정한 근로자(A)의 매우 중대한 업무수행상의 실수로 경영상 어려움이 초래되었고, 다수의 근로자를 해고해야 하는 상황이라면, 두 가지 유형의 해고가 나타날 수 있게 된다. 우선 특정 근로자(A)는 먼저 해고대상자로 선정해 놓고, 나머지를 해고대상자 선정기준에 따라 선별하게 되는 경우가 있다. 이때 A에 대한 해고는 행태상 해고이고, 나머지는 정리해고라고 보아야 한다. 하지만 특정 근로자(A)는 먼저 해고대상자로 선정하지 않고 단지 경영상 원인을 이유로 다수 근로자를 해고하게 되면, 이는 선발의 절차를 거치게 되는 정리해고가 된다.

정리해고와 같이 해고원인이 사용자에게 놓여진 경우에는 별도의 해고대상자 선정절차가 필요한 해고를 불특정해고라고 하고, 이러한 절차가 필요 없는 해고를 특정해고라고 할 수 있다. 이러한 유형체계가 의미를 갖는 이유는 불특정해고를 특정해고로 변질하려는 시도를 예방할 필요 때문이다.

예컨대 정리해고를 빌미로 하여 종래 노조활동에 적극

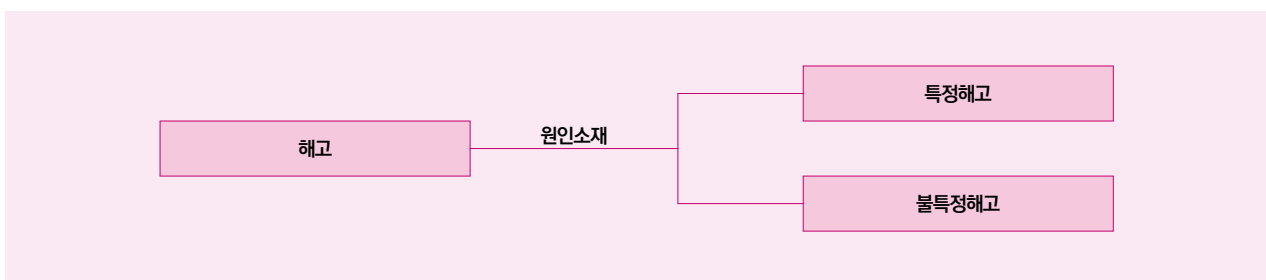
적이어서 사용자가 불만을 표시하였던 근로자들만을 골라 대량해고 하여서는 안 된다. 정리해고가 불특정해고로서의 본질을 유지하여야 하는 이유가 바로 여기에 있다.¹⁾

3) 해고의 목적을 기준으로 한 정리해고의 속성

정리해고는 다음과 같은 상반된 이익관계의 구조적 특성을 가진다. 우선 경영상의 긴박한 사유가 해고를 초래한 만큼 경영자로서는 기업의 생존을 위한 최후적이고 방어적 수단으로 인력구조를 변경하는 것이고 이를 위해 해고가 단행되는 것이다.

정리해고는 사회적 약자의 보호 필요성이라는 근로자측 이익에 매우 중대한 의미를 가지는 것이다. 왜냐하면 통상 경영상 해고는 경영상의 어려움이 매우 심대한 것이어서 대개 일부 사업부나 사업장을 폐지하는 형식을 갖게 되므로 대량해고로서의 특성을 갖기 때문이다.²⁾ 그 결과 많은 실업자를 양산하게 되며, 이러한 실업은 근로자 자신은 물론 그 가족의 경제적 생존기반상실을 가져오게 된다.

정리해고는 사회적 부담의 갑작스런 증가를 의미한다는 점에서,³⁾ 그 사회적 영향력이 매우 큰 해고 유형이다. 정리해고에 관한 법제는 입법론적으로 사회적 불이익을 최소화시킬 수 있는 방향으로 이루어져야 한다. 이러한 점에서 정리해고는 기업이익과 사회적 보호이익이 모두 큰 경우로서, 그 정당성 판단의 제반 절차에서⁴⁾ 양이익을 함께 고려하고 적절히 조정될 수 있어야 하는 본질적 특성을 갖는다.



1) 독일에서는 소위 '은폐된 행태상 해고(Verdeckte verhaltensbedingte Kündigung) 위험'이라고 한다(Dorndorf, ZfA 1989, S.364f.).

2) 물론 1명을 해고하는 경우에도 그 해고원인이 경영상 사유에 기한 것인 경우 경영상 해고에 해당한다. 경영상 해고가 항상 대량해고인 것은 아니다.

3) 사회적 부담의 증가란 다음과 같이 이해될 수 있다. 실업자군의 증가는 최저생계보장이라는 국가적 의무가 커지게 되고 또한 잠재적으로 실업증가에 따른 범죄나 기타 부작용과 관련된 사회적 비용도 증가시킨다. 이러한 사회적 비용은 국가와 국민 모두의 부담이다.

4) 이러한 이른바 경영상 해고의 4 요건론은 종래 판례가 일본의 판례를 그대로 수용하여 인정하여 온 것을 근로기준법을 개정하면서 명문화한 것이다. 이에 대하여 자세히는 下井隆史, 労働基準法, 第3版, 2001, 141面 이하.

4) 대량해고로서의 속성

종래 노동법 학계와 실무계에서는 가장 보편적으로 활용되는 유형체제는 해고의 사유가 무엇인가를 기준으로 하는 것이었다. 이에 따를 경우 해고는 각각 행태상 사유에 기한 해고⁵⁾, 일신상 사유에 기한 해고⁶⁾, 정리해고⁷⁾로 나누어진다고 한다. 사실 이러한 해고유형은 독일 해고보호법 제2조 상의 규정에 따른 것으로서, 우리는 이를 해석론으로 받아들여 사용하고 있는 셈이다.⁸⁾

다만 여기에서 언급해야 할 개념으로 ‘대량해고’가 있다. 문언상 다수의 근로자를 한꺼번에 해고한다는 의미를 갖는 이 용어는 흔히 정리해고를 지칭하는 데 주로 사용된다. 하지만 대량해고는 해고대상자의 수를 말하는 것에 그치므로, 대량해고라는 개념을 곧바로 정리해고로 연결하는 것은 적절하지 않다. 단 한명을 해고하더라도 그 원인 경영상 긴박한 사정이라면 그것은 정리해고이다. 다른 한편 다수 근로자를 한꺼번에 해고하더라도 그 다수근로자의 근로계약의무 위반이 원인이라면 그것은 행태상 사유에 기한 해고이다. 요컨대 행태상 해고도 대량해고일 수 있고, 대량해고가 아닌 정리해고도 있을 수 있다.

2. 정리해고의 정당성 판단에 관한 판례 법리 및 평가

1) 근로기준법 제24조

사용자가 정리해고를 정당하게 단행하기 위해서는 4 가지 실체적 전제요건을 충족하여야 한다.

우선 근로기준법 제24조 제1항에 따라 긴박한 경영상의 필요성 요건이 충족되어야 한다. 그 외에도 사용자는 정리해고를 피하기 위한 노력을 하였어야 하고,⁹⁾ 대상자를 합리적이고 공정한 기준에 따라 정해야 한다(근로기준법 제24조 제2항).

마지막으로 사용자는 해고회피노력 차원에서의 여러 가지 방법과 해고 대상자 선발기준에 관하여 그 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합과, 만약 그러한 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자와 해고 50일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다(근로기준법 제24조 제3항).¹⁰⁾

2) 입법 연혁 및 판례 법리

현행 근로기준법 제24조가 명시적으로 규정되기 이전에도 판례와 학설상의 다수견해¹¹⁾는 경영상 해고가 유효하기 위해서는 네 가지 요건이 충족되어야 한다고 하였다. 특히 판례는 대판 1989.5.23, 87 다 2132 판결에서 처음으로 네 가지 유효요건을 제시하였고, 동 판결 이후 경영상 이유에 의한 해고의 유효요건이 정립되었다. 그러나 판례는 긴박한 경영상의 필요성 요건에 대하여 점차 완화된 태도를 보이다가, 4가지 요건을 모두 구

5) 행태상의 사유에 기한 해고란, 근로자의 근로계약 의무 위반이 해고원인인 경우를 말한다. 예컨대 출퇴근 시간을 준수하지 아니하였다거나, 기업 비밀을 누설하는 등 근로자로서 근로계약상 요구된 제반 계약상 의무를 이행하지 아니하는 행태사실 그 자체를 말하는 것이다. 이러한 행태상 사유는 근로계약관계를 소멸하게 할 만큼 심대한 의무위반사실에 해당하여야 함은 해고보호법리에 비추어 의문의 여지가 없다.

6) 일신상 사유란, 근로관계 상의 업무를 수행함에 있어 근로자의 적격성이 상실되는 경우를 말한다. 다시 말하면, 근로관계를 더 이상 지속할 수 없는 이유가 근로자에게 업무적격을 상실하게 된 일정한 사유가 발생하였기 때문이며, 이러한 경우에 이른바 일신상 해고사유가 존재하여 근로관계가 사용자에 의해 일방적으로 소멸하게 된다.

7) 정리해고는 긴박한 경영상의 필요성으로 인해 더 이상 종전의 인력규모를 그대로 유지하는 것이 어려워, 인력 조정 차원에서 단행하는 사용자의 해고를 말한다.

8) 하지만 독일 해고법에서 해고원인을 위와 같은 세 가지 사유로 열거하여 둔 것은 해고유형화에 대한 단서를 제공하지 위한 것이 아니라는 데 유의해야 한다. 독일 해고법의 입법자가 가졌던 진정한 의도는 바로 ‘열거된 사유’ 이외의 사유로 해고되어서는 안 된다는 것을 말해 주기 위한 것이었다. 결국 해고원인을 최소화하기 위한 의도였던 것이다. 그러므로 해고사유를 위와 같이 3가지로 유형화한 것은, 해고의 개념체계화에 직접 관련된 것은 아님을 알 수 있다.

9) 정리해고의 요건 중 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 한다는 것은 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근 등 사용자가 해고범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하는 것을 의미한다(대판 1999. 4. 27, 99두202). 이때 그 방법과 정도는 확정적·고정적인 것이 아니라 당해 사용자의 경영위기의 정도, 정리해고를 실시하여야 하는 경영상의 이유, 사업의 내용과 규모, 직급별 인원상황 등에 따라 달라질 수 있다고 보는 것이 판례의 입장이다(대판 1992. 12. 22, 92다14779).

10) 실체적 정당성을 좌우하는 것은 아니지만, 현행 근로기준법 제24조 제4항에서는 일정규모 이상의 대량 정리해고 시 노동부장관에 대한 신고의무를 규정하여 두고 있다. 이는 행정적 관리와 감독을 위한 절차적 요건으로서 이해되어야 한다.

11) 김유성, “정리해고에 관한 소고”, 『서울대 법학』 25권 2,3호, 1984. 112면 ; 오창수, “정리해고의 유효요건”, 『판례월보』 229호, 1989. 55면 이하.

비하여야 경영상 이유에 의한 해고가 유효하다고 보지 않고 4가지 요건 등 제반사정을 전체적·종합적으로 고려하여 그 해고가 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것으로 인정될 수 있으면 사전협의절차 등을 거치지 아니하여도 유효하다고 보았다.¹²⁾

1998년 2월 20일 법률 제5510호로 개정된 현행 근로기준법 제24조에 의하면, 경영상의 이유에 의한 해고에 있어서 사용자는 i) 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하며(동조 1항), ii) 해고를 피하기 위한 노력을 다해야 하고(동조 2항), iii) 합리적이고 공정한 해고기준을 마련해야 하며(동조 2항), iv) 해고를 하고자 하는 날 60일 전에 근로자대표에게 이를 통보하고 성실한 협의를 해야 한다(동조 3항). 이와 같은 요건을 갖추어 해고한 때에는 그 해고는 「정당한 이유」가 있는 해고로서 유효하다(동조 5항)고 규정하여 경영상 이유에 의한 정당성 요건을 명문화하였다.

최근의 대법원판결은 경영상 이유에 의한 해고가 정당하기 위해서는 근로기준법 제24조에 따라 「그것이 긴박한 경영상의 필요에 의한 것인지 여부, 사용자가 해고 회피를 위하여 상당한 노력을 하였는지 여부, 객관적이고 합리적인 기준에 의하여 해고대상자를 선정하였는지 여부, 그 밖에 노동조합이나 근로자 측과 성실한 협의를 거쳤는지 여부 등 여러 사정을 전체적, 종합적으로 고려하여 당해 해고가 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것으로 인정될 수 있어야 한다」¹³⁾고 하면서, 이와 같은 요건에 덧붙여 「위 각 요건의 구체적 내용은 확정적 고정적인 것이 아니라 구체적 사안에서 다른 요건의 충족 정도와 관련하여 유동적으로 정해지는 것이므로, 구체적 사건에서 경영상 이유에 의한 당해 해고가 위 각 요건을 갖추어 정당한지 여부는 위 각 요건을 구성하는 개별 사정들을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다」¹⁴⁾고 판시함으로써 경영상 이유에 의한 해고의 유효요건을 유연하게 해석하고 있다.

II. 정리해고의 정당성 판단에 관한 입법론

I. 긴박한 경영상 필요성 요건

1) 개념

정리해고의 본질적인 정당성 요건은 바로 긴박한 경영상의 필요성이다. 경영상의 필요성이 있다고 해서 그 필요성과 상관관계가 있는 모든 해고가 정당화되는 것은 아니다. 경영상의 필요성과 해고 사이에 긴박성이 있는 경우에 한해서 그 해고는 정당화된다. 다시 말하면 경영상의 필요라는 원인에 의해서 해고라는 결과가 인정되지 않을 수밖에 없는 경우에 경영상의 필요는 긴박한 것이라고 할 수 있다.¹⁵⁾

2) 긴박한 경영상 필요성 요건 판단 방식과 인정범위

(1) 종합적 고려방식

판례는 긴박성을 판단함에 있어서 한결같이 기업 전체의 경영사정을 종합적으로 검토하여야 할 것을 요구하고 있다.¹⁶⁾ 이러한 판례의 태도는, i) 기업 전체의 경영사정을 널리 현재와 미래의 운영 전반에 걸쳐 종합적으로 검토하면서, ii) 이를 바탕으로 한 경영상의 필요와 인원삭감 사이의 객관적 합리성을 토대로 긴박성을 판단하고 있는 것으로 이해할 수 있다.

(2) 긴박성에 대한 판단

경영상의 필요 중에는 긴박한 것도 있고, 긴박하지 않은 것도 있다. 경영상의 필요는 경제적 단위인 경영체를 위해서 요청되는 것이므로 그 필요성 여부는 경영주체인 기업주의 주관적 차원에서 파악된다. 그러나 경영주체의 관점에서 경영상의 필요가 인정된다고 해서 해당근로자의 해고가 곧바로 정당화될 수는 없다. 경영상의 필요성은 그 중요성이 객관적으로 판단되지 않으면 안 된다. 법원은 「긴박성」이라는 객관적 척도를 통하여 경영상의 필요와 해고 사이의 정당성을 심사하고 통제하여야 한다.¹⁷⁾ 따라서 긴박성 개념은 단순한 사실 개념이라고는 할 수 없다.¹⁸⁾

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

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

14) 대판 2002.8.27, 2000두6756-2000두3061; 대판 2002.7.9, 2001다29452.

15) MünchHbArbR/Berkowsky, Bd. II, Rn. 53 zu §134; N. Colneric, a.a.O., S. 33 참고.

16) 大判 1999. 4. 27, 99 두 202; 同旨 大判 1999. 5. 11, 99두 1809; 大判 1997. 9. 5, 96 누 8031. 중노위판정 1999. 6. 24, 99 부해 188 및 99 부해 195; 중노위판 1999. 9. 6, 부해 172; 중노위판 1999. 9. 6, 99 부해 191.

17) N. Colneric, a.a.O., S. 33.

우리나라의 판례는 경영상의 필요의 「긴박성」에 관하여 1990년 초를 전후하여 그 태도를 달리하고 있다. 1989년 5월 23일의 대법원 판례에 의하면 기업경영이 위태로울 정도의 급박한 경영상의 필요성이 존재하여야 한다고 판시하고 있다.¹⁹⁾ 그 후의 판례는 기업의 도산을 피하기 위한 정도까지는 필요하지 않으나 객관적으로 보아 경영합리화조치의 합리성이 인정되는 것으로 족하다고 하거나,²⁰⁾ 기업재정상 심히 곤란한 처지에 놓일 개연성이 있으면 장래 기업재정의 악화를 우려하여 예방적 해고를 하는 것도 정당하다고 하는 견해를 취하기도 한다.²¹⁾ 최근의 판례는 「긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우」라고 하여 긴박성의 개념을 비교적 넓게 해석하고 있다.²²⁾

(3) 학계의 평가

해당 근로자에 대한 해고통지의 도달시점을 기준으로 하여 근로자를 계속 고용하는 것이 기업 전체의 경영사정에 비추어 더 이상 객관적으로 기대할 수 없는 합리성이 있을 때 그 해고는 긴박한 경영상의 필요에 의한 해고라고 할 수 있다.²³⁾

정리해고가 도산회피에 한정되는 것은 아니라는 판례의 태도변화는 옳다고 본다. 도산회피설은 고용보호라는 목적에 비례하지 아니하는 수단, 즉 기업의 자유에 대한 과도한 제한을 가하는 것이다. 그리고 이미 언급하였듯이 기업존속보호 및 넓은 의미의 고용보호라는 관점에서 볼 때에도 도산회피설은 타당하지 않다.²⁴⁾

3) 입법론적 비판과 법안의 제기

(1) 근로기준법 일부개정법률안(노회찬 의원 대표발의)

〈발의취지〉

이 법안은 현행법에서 정하는 ‘긴박한 경영상의 필요’는 구체적인 판단기준이 없어 사용자에게 의해 자의적으로 해석될 여지가 있고, 노동조합과의 협의 의무 또한 선언적 표현에 지나지 않아 기업이 정리해고를 악용하는 현상을 막지 못하는 등 현행법의 규정으로는 노동자의 권리를 실질적으로 보장하기 어렵다고 보아, 긴박한 경영상 필요를 판단할 객관적인 기준을 마련하여 경영상 해고의 요건을 엄격하게 하고, 해고의 절차를 구체화하며, 해고노동자의 우선재고용과 관련한 제도를 정비하고, 대규모 경영상 해고의 경우 정부의 승인을 받도록 함으로써 사업주와 노동자의 신뢰 기반을 만들고 노동자의 노동권을 두텁게 보장하려는 것임을 밝히고 있다.

〈주요 내용〉

주요 내용은 다음과 같다.

- 가. 경영상 이유로 인한 해고의 요건인 긴박한 경영상의 필요를 판단할 때, 기업 구조·재무현황·사업현황·외부기관신용평가 등을 종합적으로 고려하여 판단하도록 하여 경영상 해고의 요건을 구체화함(안 제24조 제1항).
- 나. 사용자로 하여금 해고계획, 경영상 이유 및 고용유지노력 등에 관한 사항을 노동조합 또는 근로자대표에게 해고 90일 전까지 알리도록 하고, 노동조합 또는 근로자 대표와 합의에 도달하는 것을 목표로 성실하게 협의하도록 명시함(안 제24조 제3항·제4항).
- 다. 대통령령으로 정하는 일정한 규모 이상의 인원을 해고하려는 사용자는 고용노동부장관의 승인을 받도록 함(안 제24조 제5항 신설).
- 라. 해고근로자 우선재고용 절차를 명확히 하고, 이를 이행하지 않는 사업주에 대하여 고용노동부장관이 시정을 명할 수 있도록 하며, 동시에 피해 근로자에게는 손해배상을 하도록 함(안 제25조).

18) 김형배, “긴박한 경영상의 필요에 의한 해고와 사법적 심사”, 33-34면.

19) 大判 1989. 5. 23, 87 다카 2132.

20) 大判 1991. 12. 10, 91 다 8647; 大判 1995. 12. 5, 94 누 15787; 大判 1995. 12. 22, 94 다 53119 등.

21) 大判 1990. 1. 12, 88 다카 34094.

22) 이러한 대법원의 견해는 1990년대로부터 일관해서 유지되고 있음. 大判 1992. 5. 12, 90 누 9421; 大判 1993. 1. 26, 92 누 3076; 大判 1997. 9. 5, 96 누 8031; 大判 1999. 5. 11, 99 누 1809. 특히 중노위판정 1999. 10. 5, 99 부노 86 및 99 부해 350. 다만, 大判 1995. 11. 24, 94 누 10931은 예외적으로 1991년 이후의 대법원의 견해를 따르지 아니하고 1980년대의 견해를 취하고 있다.

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

24) 최근의 일본하급심판례는 「자본효율의 향상, 경쟁력의 강화를 도모하는 것을 목적으로 하는 ... 것과 같은 사업전략에 관련한 경영판단은 그것 자체 고도의 전문적인 것이므로 기본적으로 주주에 의해 선임된 집행경영진 등, 기업의 의사결정기관에서의 결정을 존중해야 한다」라고 하면서 다만 유통적인 노동시장이 정비되지 않은 현상에서는 재취직도 상당히 곤란한 것이 있으므로 「기업경영상 합리적이라고 고려되는 한 힘을 다해 고용의 유지를 도모해야 하므로 ... 고용계약을 해소하는 것에 대한 합리적인 이유가 있다고 인정되는 경우에도 당해 근로자의 당연한 생활유지 및 재취직의 편의를 위해서 상응한 배려를 하는 것과 함께, 고용계약을 해소시킬 수밖에 없는 사정에 대해 당해 근로자의 납득을 얻기 위해 설명을 하는 등 성의를 가지고 대응하는 것이 요구된다」고 하여 해고회피를 포함한 불이익경감조치와 근로자의 납득을 얻기 위한 설명의무를 중시하고 있다(ナショナル・ウェストミントク一銀行[3次假處分]事件東京地決平成12・1.21勞判782호 23면).

〈표 1〉 신·구조문대비표

현행	개정안
제24조(경영상 이유에 의한 해고의 제한) ① 사용자가 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하려면 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 이 경우 경영 악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다.	제24조(경영상 이유에 의한 해고의 제한) ① ----- ----- 이 경우 사용자는 영업이익·자산규모 등 재무현황, 사업현황, 외부기관 신용평가를 종합적으로 고려하여 판단하되, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유는 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 보지 아니한다. 1. 단순한 인건비 절감이나 노무관리 편의 등을 위한 구조조정 내지 업무형태의 변경 2. 신기술의 도입 등 기술적 이유 3. 장래의 경영 위기에 대한 대처 4. 일시적인 경영 악화 5. 업종의 전환
<신 설>	
<신 설>	
<신 설>	
<신 설>	
<신 설>	

(2) 근로기준법 일부개정법률안(윤종오 의원 대표발의)

〈제안취지〉

현행법은 조선업 등 다수 업종에서 희망퇴직이라는 이름으로 변형되어 이루어지고 있는 실정임을 감안할 때 경영상 이유에 의한 해고의 사유의 범위를 명확히 하고, 사용자의 계속고용 노력 의무를 두며, 일정 규모 이상 해고의 경우 승인제도 등을 도입함으로써 경영상 이유에 의한 해고의 무분별한 확산을 막고 근로자의 고용안정을 보장하려는 것임을 밝히고 있다.

〈주요 내용〉

주요 내용은 다음과 같다.

- 가. 사용자와 근로자는 특정근로자에 대하여 지속적으로 반복적으로 그 근로자의 신체적·정신적 건강을 해치고 근로자로서 권리를 침해하는 직장 내 괴롭힘을 하여서는 아니 되도록 함(안 제8조의2 신설)
- 나. 도급받은 사업의 전부 또는 일부를 양도하는 경우 그 업무에 종사하는 근로자에 대한 권리 또는 의무가 양수인에게 승계되도록 함(안 제24조의2 신설).
- 다. 긴박한 경영상의 필요가 있는 경우에만 경영상 이유에 의한 해고를 할 수 있도록 하되 그 제외 사유를 법률로 명확히 하고, 사용자는 계속 고용을 위한 노력을 다하도록 하며, 해고를 하려는 날의 90일 전까지 해고의 기준 등을 노동조합이나 근로자의 과반수를 대표하는 자에게 통보하여 협의를 하도록 하고, 대통령령으로 정하는 일정한 규모 이상의 인원을 해고하려면 고용노동부장관의 승인을 받도록 함(안 제24조).
- 라. 사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관해 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 동의를 받도록 함(안 제94 조제1항 단서 삭제)

〈표 2〉 신·구조문대비표

현행	개정안
제24조(경영상 이유에 의한 해고의 제한) ① 사용자가 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하려면 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 이 경우 경영 악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다.	제24조(경영상 이유에 의한 해고) ① 사용자는 경영 악화로 사업을 계속할 수 없는 긴박한 경영상의 필요가 있는 경우 이외에는 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하여서는 아니 된다. 이 경우 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유는 긴박한 경영상의 필요가 <u>보지 아니한다.</u> 1. 생산성 향상을 위한 구조조정이나 업무형태의 변경 2. 신기술의 도입이나 업무방식의 변경 등 기술적 이유 3. 업종의 전환 4. 일시적인 경영 악화 5. 장래의 경영 위기에 대한 대처 6. 그밖에 대통령령으로 정하는 사유
② 제1항의 경우 사용자에 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 한다. 이 경우 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니 된다.	② 제1항에 따라 근로자를 해고하려는 사용자는 자산매각, 근로시간 단축 및 업무의 조정, 순환휴직, 전환배치 또는 전직 등 계속 고용을 위한 노력을 다하여야 하며, 이러한 노력을 다하지 아니한 경우에는 제1항의 긴박한 경영상의 필요가 인정되지 아니한다.
<신 설>	제24조의2(경영상 이유에 의한 해고의 협의) ① 사용자는 제24조제4항에 따른 협의 절차에서 근로자대표에게 다음 각 호의 정보에 관한 문서를 제공하여야 한다. 1. 긴박한 경영상 필요성을 소명할 수 있는 경영 및 회계자료 2. 계속고용을 위한 노력 3. 해고할 근로자의 수와 종류 4. 해당 사업장에 고용되어 있는 동종의 근로자 총수 5. 해고자 선정의 기준 및 방법 6. 해고시기를 포함하여 합의된 절차를 고려한 해고 시행 방법 7. 법정 외 정리해고수당의 계산방법 8. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항 ② 사용자는 근로자대표와 제1항의 내용에 관하여 합의에 도달하는 것을 목표로 성실하게 협의하여야 한다.

(3) 이인영 의원 대표발의 2006

이인영 의원 안은 “구조조정이라는 명목으로 자행되는 정리해고 남발을 방지하기 위한 엄격한 규제는 국가의 책무임. 이에 정리해고의 실제적·절차적 요건을 구체화함으로써 사용자의 무분별한 정리해고를 사전에 방지하고, 논란의 소지를 최소화하고자 함”을 목적으로 한다는 취지임을 밝히고 있다.

구체적인 주요 내용을 살펴보면, 다음과 같다.

- 가. 경영상 해고 시 긴박한 경영상의 이유에 대한 필요성 범위와 요건을 구체화하여 명시함(안 제24조 제1항)
- 나. 사용자가 해야 하는 “해고를 피하기 위한 노력”의 내용을 구체적으로 규정하고, 사전에 근로자대표에게 해고 사유, 해고 회피 노력, 해고의 기준 등을 서면으로 통보하도록 함(안 제24조 제2항 및 제4항).
- 다. 사용자의 해고 회피 노력과 합리적이고 공정한 해고 대상자 선정, 근로자대표에 대한 서면 통보 및 성실한 협의가 이루어지지 않을 경우 정당한 이유 없이 한 해고로 보도록 함(안 제24조 제6항).
- 라. 해고 협의 시 협의내용에 대하여 근로자대표와 합의에 도달할 수 있는 협의를 하도록 하여 노사 간 충분한 대화를 통하여 경영상 해고 시 발생하는 피해를 최소화할 수 있도록 하였음(안 제24조의2 신설).
- 마. 경영상 이유에 의한 해고 이후에 사용자가 해고 근로자가 해고 당시 담당했던 업무와 같거나 관련이 있는 업무를 할 근로자를 채용하려고 할 경우 해고 근로자에게 서면으로 그 사실을 알려주고, 해당 근로자가 원하면 우선적으로 고용하도록 함(안 제25조 제1항).
- 바. 사용자가 재고용 우선의무를 위반하는 경우, 사용자가 고용노동부령으로 정하는 범위 혹은 실손해액의 범위에서 손해배상금을 지급하도록 함(안 제25조 제3항 신설).
- 사. 일정규모 이상 경영상 해고 시 고용노동부장관에게 신고를 하지 않은 경우 500만 원 이하의 과태료를 부과함(안 제116조 제2호).

〈표 3〉 신·구조문대비표

현 행	개 정 안
제24조(경영상 이유에 의한 해고의 제한) ① 사용자가 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하려면 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 이 경우 경영 약화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다. <신 설>	제24조(경영상 이유에 의한 해고의 제한) ① 사용자는 경영 약화로 사업을 계속할 수 없는 긴박한 경영상의 필요가 있는 경우 이외에는 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하지 못한다. ----- ----- ② 제1항에 따라 근로자를 해고하고자 하는 사용자는 다음 각 호의 노력을 다하여야 하며, 이러한 노력을 다하지 아니한 경우에는 제1항의 긴박한 경영상의 필요가 인정되지 아니한다. 1. 자산의 매각 2. 근로시간의 단축 및 순환 휴업 3. 업무의 조정 및 전환배치 4. 그 밖에 해고를 피하기 위한 노력

4) 입법안에 대한 비판적 평가

(1) 입법안의 주요 개정 방향

기왕에 제기된 정리해고 관련 법규정의 개정안은 주로 정리해고의 요건 중 긴박한 경영상 필요성에 대한 요건의 강화를 통해 정리해고제도의 남용을 막기 위한 데

에 있다. 이인영 의원 안에서도, 구조조정이라는 명목으로 자행되는 정리해고를 사전에 방지하고, 논란의 소지를 최소화하고자 함을 목적으로 한다는 취지임을 밝히고 있다. 노회찬 의원 안의 경우에도 긴박한 경영상 필요를 판단할 객관적인 기준을 마련하여 경영상 해고의 요건을 엄격하게 할 필요가 있으며 이를 위해 개정안을 제출하였다고 밝히고 있다.

(2) 평가

a) 긴박한 경영상 필요성에 대한 예측적 판단으로서의 속성

정리해고의 원인은 “현재 근로계약관계를 장차 더 이상 지속할 수 없는 경영 상태에 있으며, 앞으로도 상당기간 이러한 상태가 지속될 것”을 내용으로 하게 된다.²⁵⁾

경영상 사유에 기한 해고는 장차에도 경영상의 어려움이 상당 기간 지속될 것이라는 예측적 요소를 내포하게 되며, 이러한 사정을 기초로 해고통지가 도달한 시점에서 그 정당성이 사법적으로 판단되게 된다. 경영상 해고의 경우는 현재의 긴박한 경영상 사정에 비추어 장차 현재의 인력을 그대로 유지하는 것이 불가능할 것이라는 사용자의 부정적 예후가 존재하여야 비로소 정당한 것이 된다.²⁶⁾

b) 사용자의 경영적 판단으로서의 고유성

종래 독일 학설과 판례는 대체로 ‘사용자의 경영적 판단’을 존중하되, 사법적 심사는 오로지 그러한 사용자의 경영상의 판단이 명백하게 상당성에 반하거나, 자의성 또는 불합리성에 대한 범위로 그 판단이 제한되므로,²⁷⁾ 그 목적 적합성이나 필요성의 관점에서의 판단이 이루어져서는 안 된다고 보았다.²⁸⁾ 왜냐하면 경영상 필요성은 경영자가 경영자로서의 고유한 안목을 통해 가지고 판단할 것이지, 법관이 적극적으로 목적 적합성까지 함부로 판단할 것은 아니기 때문이다.²⁹⁾ 판단컨대 정리해고의 정당성에 관한 사법적 심사의 문제는 다른 해고의 경우와 매우 다른 각도에서 보아야 하되, 이를 전제로 하여, 정리해고 근로자 보호에 대한 별단의 제도적 장치를 모

25) Preis, NZA 1997, S.1076.

26) Beckschulze, DB 1998, S.147.

27) BAG AP Nr.16 zu §1 BetrVG 1972; BAG AP Nr.103 zu §1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; Preis, NZA 1995, S.243.

28) Hromadka, ZfA 2002, S.388.

29) BAG AP Nr.42 zu §1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; Hergenröder, ZfA 2002, S.381.

색할 필요가 있다. 특히 정리하고 근로자에 대한 경영참가를 통해서, 회사 경영정보에의 접근가능성을 높이는 일과, 재고용제도를 활성화하여, 정리해고제도의 일시적 해고성을 보완적으로 확립하는 일이 바로 그것이다.

㉠ 입법안의 문제점:

“긴박한 경영상 필요성 요건의 강화는 가능한가?”

예컨대 이인영 안에서 보듯이, 현행 제기된 입법안은, 구조조정이라는 명목으로 자행되는 정리해고 남발을 방지하기 위한 엄격한 규제는 국가의 책무임. 이에 정리해고의 실제적·절차적 요건을 구체화함으로써 사용자의 무분별한 정리해고를 사전에 방지하고, 논란의 소지를 최소화하고자 함을 목적으로 한다는 취지임을 밝히고 있다. 이를 위해 다음과 같은 법안 문구를 모색하고 있다.

제24조(경영상 이유에 의한 해고의 제한) ① 사용자는 경영 악화로 사업을 계속할 수 없는 긴박한 경영상의 필요가 있는 경우 이외에는 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하지 못한다.

그러나 여전히 문제는 과연 “사용자는 경영 악화로 사업을 계속할 수 없는 긴박한 경영상의 필요가 있는 경우”에 대한 사법적 판단이 가능할 수 있겠는가와 더불어 이것을 인정하는 것이 법리상 타당한가에 대한 의문이 제기될 수밖에 없다. 정리해고의 정당성 근거로서 경영상태는 적극적인 사법적 판단의 대상이 아니라는 점도 분명히 할 필요가 있다. 왜냐하면 경영판단은 판사가 할 수 있는 것이 아니기 때문이다. 사용자의 경영조치가 명백하게 자의적이거나 권리남용적인 것이 아닌 한 사용자의 경영판단의 목적적 합리성이나 타당성에 관하여는 법원이 함부로 판단할 수 있는 성질의 것이 아니다.

정리해고의 원인으로서 긴박한 경영상의 필요성을 해석함에 있어서는, 현재의 경영상황의 어려움이 앞으로 상당 기간 지속될 것이라는 예측을 전제하고 있음에 유의해야 한다. 나아가 현재 우리 법원이 정리해고의 요건 중 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 장래에 올 수

도 있는 위기에 미리 대처하기 위하여 인원삭감이 필요한 경우도 포함된다고 하는 입장³⁰⁾은 다분히 사용자의 경영판단에 대한 실질적 사법심사를 소극적으로 볼 수밖에 없음을 보여주고 있기 때문이다.

2. 재고용 의무 제도

1) 제도의 취지 및 입법 개요

사용자가 경영상 긴박한 필요성에 기해 해고를 단행한 이후, 3년 이내에 해고된 근로자가 담당하였던 업무와 동일한 업무에 근로자를 채용하고자 하고, 또한 이를 해고근로자가 원하는 경우에는 정리해고를 당했던 종전 근로자를 우선하여 재고용하도록 ‘의무화’하였다.

사실 우선적 재고용 관련 규정은 애당초 1998년 근로기준법 개정에서 처음 신설되었다. 당시에는 사용자로 하여금 정리해고 근로자를 우선적으로 재고용하도록 ‘노력하여야 한다’는 명문상의 문구를 두고 있었다. 이 규정은, 특이하게도 종전 법률관계의 재형성을 내용으로 하고, 또한 단지 ‘노력’만을 촉구하고 있었으므로, 그 해석과 규범적 실효성에 관하여 여러 가지 의문이 제기되었던 바 있다.³¹⁾ 법 규정에 명시되어 있기는 하나, 재고용의무를 법이론적으로 정당화할 수 있는 법이론적 근거가 제시되어야 할 필요가 있다. 매우 이례적인 법적 현상이요, 요구이기 때문이다.³²⁾

2) 입법안

(1) 노회찬 의원 안

현 행	개 정 안
제25조(우선 재고용 등) ① 제24조에 따라 근로자를 해고한 사용자는 근로자를 해고한 날부터 3년 이내에 해고된 근로자가 해고 당시 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 할 경우 제24조에 따라 해고된 근로자가 원하면 그 근로자를 우선적으로 고용하여야 한다.	제25조(우선 재고용 등) ① -----해고 사유, 제24조제5항제4호의 전직직원 계획 및 제25조제2항에 따른 재고용에 관한 권리 등을 해고된 근로자에게 문서로 통보하여야 한다.

30) 대판 2002. 7. 9. 2001다29452.

31) 김형배, 노동법, 2007, 587면. 실제로 정리해고를 단행한 이후에, 종래 해고 근로자들이 담당하였던 업무 이외의 업무부문에서 신규근로자를 채용하였는데, 이에 대해 정리해고 근로자들이 재고용노력의무의 위반을 이유로 다툰 사건에서 법원은 종래 정리해고된 근로자들의 취업의사를 확인하지 아니하고 채용한 것만을 두고 근로기준법 제31조의 2 제1항에서 규정한 재고용노력의무 위반으로 보기는 어렵다고 판시한 바가 있다(서울 고판 2000. 9. 22, 99누14593).

32) 재고용의 의미를 “긴급한 경영상의 필요가 없었다는 것, 즉, 애당초 단행하였던 정리해고가 위법·무효라는 것을 의미한다”는 지적도 있으나(임종률, 노동법, 2007, 536면), 실은 재고용이라는 개념은 종전의 근로계약관계 종료에는 아무런 흠이 없었음을 전제로 하는 것이다. 그러므로 더 이상 해고보호법리의 영역에 있는 문제가 아니라, 계약체결의 자유제한에 관한 문제로 파악하여야 한다.

현 행	개 정 안
② 정부는 제24조에 따라 해고된 근로자에 대하여 생계안정, 재취업, 직업훈련 등 필요한 조치를 우선적으로 취하여야 한다.	② 사용자는 제24조에 따라 근로자를 해고한 날부터 3년 이내에 해고된 근로자가 해고 당시 담당하였던 업무 또는 관련 업무에 근로자를 채용하려는 경우 제24조에 따라 해고된 근로자에게 이를 우선 통지하고 해고된 근로자가 원하면 그 근로자를 우선적으로 고용하여야 한다.
<신 설>	③ 고용노동부장관은 제1항 및 제2항에 따른 의무를 이행하지 아니하는 사용자에 대하여 그 시정을 명할 수 있다.
<신 설>	④ 정부는 제24조에 따라 해고된 근로자에 대하여 자녀교육비·주거비 지원 등 생계안정 지원과 재취업·직업훈련 등 조치를 우선적으로 하여야 한다.
<신 설>	⑤ 제24조제5항의 사용자가 제25조제1항 또는 제2항을 위반하는 경우 그 사용자는 해고된 근로자에게 손해를 배상하여야 한다. 이 경우 배상액은 사용자의 위반행위로 인하여 해고된 근로자에게 발생한 손해액을 기준으로 정한다.

(2) 윤중오 의원 안

윤중오 의원 안의 경우, 재고용에 관한 개정의견은 없다.

(3) 이인영 의원 안

현 행	개 정 안
제25조(우선 재고용 등) ① 제24조에 따라 근로자를 해고한 사용자는 근로자를 해고한 날부터 3년 이내에 해고된 근로자가 해고 당시 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 할 경우 제24조에 따라 해고된 근로자가 원하면 그 근로자를 우선적으로 고용하여야 한다.	제25조(우선 재고용 등) ① ----- -----갈거나 관련이 있는----- ---근로자에게 서면으로 이를 알려주어야 하며, 해당 근로자가 원하면----- -----.
② (생 략) <신 설>	② (현행과 같음) ③ 사용자가 제1항의 재고용 우선 의무를 위반하는 경우 제24조 제4항의 신고대상 해고 및 2년 이상 근속의 경우에는 해고 전 평균임금의 2개월 이상의 범위에서 근속년수에 비례하여 고용노동부령으로 정하는 범위에서, 기타의 해고의 경우에는 실손해액의 범위에서 손해배상금을 지급하여야 한다.

(4) 평가

정리해고 이후의 재고용의무에 관한 개정입법안은 대체로 재고용의무의 실효성을 강화하는 데 초점이 맞추어진 것으로 보인다.

3) 법이론적 재검토

(1) 계약 강제로서 재고용의무

원칙적으로 사용자는 신규 근로자의 고용 필요성이 발생하면, 가장 적임자를 자유롭게 골라 근로자로 채용하게 된다. 현행 근기법상 재고용의무 규정에 따르면, 정리해고를 단행한 사용자는 일정한 경우 해고 근로자를 '고용하여야 하는 의무'를 부담하게 된다. 정리해고를 단행하였던 부문에서 신규 근로자를 고용할 필요가 발생하고, 종전의 정리해고 근로자가 재고용을 원하여 이를 요구하는 경우, 사용자는 이를 승낙해야 할 의무를 부담하는 것을 말한다. 사실 정당한 해고를 통해 유효하게 근로계약관계가 종료되었고, 따라서 계약당사자로서의 지위를 상실한 터에, 사후적으로 종전의 계약당사자들로 하여금 다시 계약관계를 형성하도록 하는 것은 계약법상 매우 예외적이면서 생소한 것이 아닐 수 없다.

이렇게 계약체결이 강제되는 것을 '계약강제(Kontrahierungszwang)'라고 한다.³³⁾ 계약강제는 계약당사자의 계약체결의 자유의 본질적인 제한을 내용으로 한다.³⁴⁾ 지극히 '엄격한 전제조건 하에서 예외적으로만' 인정되어야 한다.³⁵⁾ 이러한 계약강제를 정당화할 만한 법이론적 기초가 뒷받침되어야 함은 물론이다.³⁶⁾

(2) 정리해고 이후 재고용의무의 인정에 관한 법이론적 근거

현행 우리 노동법 체계에서 정리해고 근로자에 대한 재고용은 근로기준법 제31조의 2에서 명문으로 규정하고 있으므로, 법문에 기초한 계약강제의 경우라고 할 수 있다.³⁷⁾ 그런데 이러한 재고용의무를 정리해고를 단행한 사용자에게 부담시키고 있다. 그렇다면 정리해고의 경우

33) Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag, 1920, S.7 (v. Stebut, Der soziale Schutz als Regelungsproblem des Vertragsrechts, 1982, S.272에서 재인용).

34) v. Stebut, Der soziale Schutz als Regelungsproblem des Vertragsrechts, 1982, S.273.

35) Gentges, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht, 1995, S.356.

36) Gentges, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht, 1995, S.356.

에 이후 재고용의무의 발생을 정당화할 수 있는 법이론적 근거는 어디에서 찾아야 할까? 사실 이를 해명하는 것은 계약강제로서 재고용의무를 어느 범위에서 합리적으로 제한되어 인정할 것인가의 문제와 밀접하게 관련되어 있다.

기업의 사회적 책임론을 제기하는 견해가 있다.³⁸⁾ 오늘날 기업의 사회적 책임에 관한 논의도 있다. 하지만 이러한 견해도 다음과 같은 점에서의 의문이 있다. 우선 이윤을 목적으로 하는 조직체로서 기업에 대하여 사회에 대한 기여를 역할 영역으로 당연히 인정할 수 있는가 하는 점은 다분히 부정적이다. 이러한 사회적 기여는 도덕적이고 윤리적으로 촉구하고 독려할 수는 있겠지만, 법적 차원에서 요구될 것은 아니기 때문이다.

판단컨대 우리 법제에서 입법자가 정리해고 이후 재고용의 가능성을 열어 놓은 이유는, 경영상 해고의 원인이 갖는 특수성에서 찾아야 한다고 본다. 정리해고가 정당화되는 것은 적어도 상당한 기간 동안 그러한 경영상의 어려움이 지속될 것이라는 예측이 존재하고, 따라서 당분간 근로인력 규모를 현 상태대로 유지하는 것이 사실상 어렵다는 판단이 존재하게 된다. 결국 해고원인의 이러한 가변적 특수성은 그 위험을 사용자가 부담하여야 하는 것이다. 다만 여기에서 간과해서는 안 되는 것은 정리해고 이후 재고용이라는 계약강제가 인정된다 하여도, 그 인정범위는 보다 제한된 범위에서 이루어져야 한다는 점이다.

4) 입법안에 대한 평가

(1) 재고용의무의 존속기간: 법적 안정성 이익과 직장보장이익과의 합리적 조화 필요성

재고용의무가 경영상의 일정한 예측 위험이라는 차원에서 인정된다고 하더라도, 사법 일반원칙인 법적 안정성에 대한 요구를 함께 고려하지 않을 수 없다. 정리해고를 통해 자신의 직장을 상실한 근로자에 대하여 사회적 보호필요성이 존재한다고 하더라도, 사용자의 법적 안정성에 따른 이익과의 합리적 조화가 필요하고,³⁹⁾ 이

를 위해 시간적 제한범위를 합리적으로 설정하는 것이 필요하다.⁴⁰⁾ 이를 위해 구체적으로 재고용의무가 인정되어야 하는 시간적 기간 유예가 분명히 될 필요가 있다. 재고용의무의 시간적 지속범위의 문제가 바로 그것이다. 상당한 기간이 도과되면, 사용자는 비로소 완전한 계약 자유를 향유하여야 하며, 이에 따른 사용자의 경영적 처분은 대외적으로 확정적인 유효성을 가져야 하기 때문이다.

그런데 현행 근로기준법에서는 근로자를 해고한 날로부터 3년 이내에 근로자를 채용하는 경우, 종전의 해고 근로자를 재고용하도록 하고 있다. 사용자로 하여금 근로계약관계가 정리해고를 통해 유효하게 종료한 이후 3년 동안이나 종전 근로계약관계의 재형성 가능성을 고려하도록 하는 것은, 해고권이라는 형성권의 행사 결과 초래된 법적 관계에서, 고도의 법적 안정성과 명확성이 요구된다는 점을 충분히 반영하지 않은 것이라 생각한다. 그렇다면 구체적으로 어느 정도의 시간적 범위에서 재고용의무가 인정될 수 있을 것인가? 이 문제는 재고용의무가 법적 안정성요구와 직장보장이익 간의 합리적 조화점을 찾음으로써 해명될 수 있을 것인데, 이를 위해서는 해고를 단행한 사용자와 해고자만의 관점에 그치지 않고, 시각을 넓혀, 제3자, 특히 일반 구직자를 아울러 고려하는 차원에서에서 생각해 보아야 한다. 이하에서 설명하기로 한다.

(2) 재고용의무와 구직자에 대한 구직기회의 균등

재고용의무는 종전근로자를 일반 구직자에 우선하여 보호하는 제도로서의 본질을 가진다. 과연 종전 근로자와 일반구직자를 달리 취급할 수 있는 법이론적 근거가 해명될 필요가 있다.

만약 근로자가 정당한 정리해고 이후에도 재고용청구권을 통해서 다시금 원래의 직장에 복귀할 수 있다면, 근로자의 직장보장이익은 그러한 한도에서 보다 철저히 보장되는 것이다. 이는 적어도 종전 근로자의 직장보장이익이라는 측면에서는 긍정적이다. 하지만 여기에서 간과해서는 안 되는 것이 있다. 바로 구직자의 입장이다.

37) 우리의 경우와 달리 독일의 경우는 정리해고 이후의 재고용의무가 명문의 규정이 없이 단지 판례를 통해 인정되어 오고 있다. 이른바 법관법을 통한 계약강제가 이루어져 오고 있다(Oetker, ZIP 2000, S.643 (648); v. Bar, AcP 179 (1979), S.452).

38) 조용만, "경영상 해고의 규제와 한계", 노동법학 제14호, 2002, 7, 153면.

39) Ricken, NZA 1998, S.460ff.

40) v.Hoynigen-Huene/Linck, KSchG, 13.Aufl.(2002), §1 Rn.156e.

기존 근로자에 대한 직장보장이익의 확장은, 현재 직장을 구하고 있는 구직자에게는 부담이 된다. 사실 기업의 채용기회는 이미 해고된 근로자뿐만 아니라 기존의 취업 희망자에게도 매우 중요하다. 그런데 항상 정리해고근로자를 우선한다면, 새로운 직장을 구하는 구직자로서는 취업기회가 그만큼 줄어들게 되는 것이다.⁴¹⁾ 이러한 논리에 따르면 정리해고로 직장을 잃은 근로자에 대하여 채용에 있어 우선권을 부여하는 것은 일반 구직자의 입장에서 본다면 매우 심각한 구직기회의 축소가 아닐 수 없다. 요컨대 재고용의무는 구직자의 직장기회보장이라는 차원에서 검토될 필요가 있다. 재고용의무는 종전 해고근로자를 일반 타 구직자에 비해 우대하는 것인데, 과연 그러한 우대적 조치가 어떠한 근거와 한계에서 정당화될 수 있는 것인지는 여전히 해명되어야 할 부분이다.⁴²⁾

이러한 점에서 현행법에서 3년이라는 획일적 기간제한을 둔 것은 입법론상 다시 생각해보아야 할 바다.

III. 소모적인 정리해고분쟁 예방을 위한 입법론적 개선 방향

1. 보상합의제도(Abfindungsvergleich)

1) 독일의 <근로자의 보상청구권> (해고제한법 제1a조)제도 신설⁴³⁾

(1) 개요

해고의 정당성 여부는 엄격한 해고보호 관련 규정들을 통해 평가되게 된다. 이러한 평가는 당사자들이 소송을 통해 이를 다투으로써 시작된다. 해고무효 여부와 그에 따른 근로계약관계 존속 여부에 대한 법적 다툼 자체를 당사자 간의 합의를 통해 사전에 스스로 포기할 수도 있다. 이것이 바로 보상합의(Abfindungsvergleich)이다.

해고보상합의이란 사용자의 일방적 해고가 단행된 이후, 양 당사자가 일정한 금전적 보상을 통해 사법 심사를 회피하는 합의를 하는 경우를 말한다. 이는 사용자에게 의해 일방적으로 '해고'가 단행된 경우에 미리 사용자가 근로자에게 경제적 보상을 해줌으로써 사적 당사자 차원에서 해고와 관련한 법적 분쟁이 사법적 차원으로 다루어지지 않도록 미리 예방하는 데 제도적 본질이 있다.⁴⁴⁾

(2) 규정의 내용

독일에서는 2004년 해고제한법이 새로 개정되면서 해고제한법 제1조 a규정을 신설하였다. 즉, 동조에 따르면 해고에 따른 금전보상 가능성을 반드시 근로자와 사용자의 합의를 전제로 하지 않더라도 가능하도록 하였다.

다시 말하면 사용자와의 협의를 함이 없이 해고근로자가 일방적으로, 해고무효에 따른 근로계약관계 존속여부에 대해 더 이상 소를 통해 다투지 않겠다는 것을 전제로 하여 금전적 보상을 청구할 수 있도록 하였다.⁴⁵⁾

41) v.Hoynigen-Huene, FS zum 50-jährigen Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, 1999, S.215 (220); Reuter, RdA 1978, S.344.

42) Hergenröder, ZfA 2002, S.355 (360); Oetker, RdA 1997, S.9 (21).

43) 2004년 1월 1일 부로 노동시장 개혁을 위해 독일 해고제한법이 새롭게 개정되면서 동법 제1a조에 신설되었다(Quecke, RdA 2004, 86 (94)).

44) 이러한 해고보상합의제도는 합의해지에 따른 근로계약관계의 종료와 구별되어야 한다. 비록 이러한 합의 해지는 그 결과에 있어 근로계약관계의 종료라는 측면에서 동일하다고도 할 수 있으나 그 법적 구조 측면에서 해고보호법 상의 해고를 전제로 하지 않기 때문이다. 합의해지는 계약자유의 원칙이 지배하는 영역에 속하며, 단지 독일민법 제242조와 제311조를 통한 제한이 가해질 수 있을 뿐이다(Bengelsdorf, NZA 1994, 193 (193, 194)). 물론 해고제한법을 의도적으로 회피하려는 법률행위는 여전히 해고제한법 상의 의미를 갖는 것이어야 하며 따라서 무효임은 물론이다(BAG NZA 1994, 209). 분명한 것은 해고제한법이 합의해지를 통한 근로계약관계의 종료를 방해하지 않으며 또한 이에 관한 별도의 실체적 전제조건이 존재하는 것도 아니다(BAG AP Nr. 4 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag). 이러한 합의해지를 통한 근로관계 해소는 별도의 해고분쟁을 유발할 여지가 없다는 점이다. 합의해지제도의 활성화 가능성과 관련하여서는 무엇보다도 근로계약관계의 당사자 간의 정보소통이 관건이다. 즉, 합의를 통해 양 당사자 간의 이익이 동시에 추구될 수 있다는 것은 사용자와 근로자 간에 당해 경영상태에 대한 정보가 매우 원활히 소통되고 있다는 것을 의미하기 때문이다. 이 점 또한 우리에게 시사하는 바가 크다.

이를 해고보상청구권제도라고 한다.

(3) 근로자의 선택권 보장

새로이 신설된 보상청구권은 두 가지 점에서 명확한 개념적 특성을 가지고 있다. 그 하나는 보상(Abfindung)을 내용으로 한다는 점이고, 다른 하나는 일방적 청구권으로서의 성격을 가지고 있다는 점이다. 여기서 이러한 청구권성이란 해고에 부수한 합의 차원에서의 보상합의를 청구권화한 것을 말한다. 적어도 명문에 정해 놓은 일정한 전제조건 하에서는 해고근로자에게 보상가능성을 권리로서 인정해 놓은 것이다. 이를 청구권화함으로써 해고 이후에도 종래 당사자 간의 합의를 필요로 하였던 보상 부분을 타방 당사자의 의사에 상관없이 실행할 수 있게 되었다.⁴⁵⁾ 이러한 한도에서 당사자 간의 해고분쟁은 상당부분 예방될 수 있게 된다.

결국 근로자는 동 규정을 통해 해고에 부수한 분쟁을 사법적 기관을 통해 다루는 방법 이외에도 스스로 이에 갈음하여 선택적으로 경제적이고 금전적 지급과 같은 보상(Abfindung)을 실현할 수 있게 된 것이다. 이러한 한도에서 근로자는 선택권(Wahlrecht)을 향유한다.⁴⁷⁾ 다만 이러한 보상청구권의 법적 인정이 종래 당사자 간의 보상합의가능성을 부인하는 것은 아니다. 즉, 여전히 개별 당사자 간에는 보상 협의의 가능성이 남겨져 있다. 다만 이하에서 설명하는 바와 같이 보상청구권 형성의 전제요건상 보상합의의 가능성은 시간적 제한이 없는 반면 보상청구권 행사를 통한 보상관계 형성은 시간적 제한이 가해진다는 점에서 구별될 수 있다. 이를 통해 사용자는 해고에 관한 법적 분쟁 가능성으로부터 보다 쉽게 이탈되며 따라서 기업의 인적 관리문제 차원에서 향후 경영 판단에 있어 자유롭고 보다 안정적 지위를 향유할 수 있게 된다.⁴⁸⁾

이러한 보상청구권은 이하의 특별한 요건 하에서만 인정된다. 특히 해고보상금청구권을 단지 경영상 사유에 기한 해고근로자에게만 인정되는데, 이는 경영상 해고에

따른 해고분쟁이 갖는 특성에 기인한 것이다. 이하에서 자세히 설명하기로 한다.

(4) 보상청구권 인정의 법이론적 배경

a) 정리해고근로자의 보상청구권

해고제한법 제1조 a에서 예정하고 있는 보상청구권은 단지 해고제한법 제1조 제2항 상의 경영상 해고가 단행된 경우를 그 전제조건으로 한다.⁴⁹⁾ 즉, 긴박한 경영상의 필요성에 기해 사용자가 해고를 단행하였고 이에 직장을 잃게 되는 근로자의 경우에 비로소 해고제한법 제1a조에서 인정하는 보상청구권을 행사할 수 있다. 만약 근로자가 인신상 또는 행태상 사유에 기해 해고된 경우에는 애당초 해고보상청구권이 인정될 여지가 없음에 유의해야 한다. 해고제한법상의 적용대상이 아닌 사업장이나 기업에서의 근로자는 애당초 해고제한법 제1조 a에 해당하는 보상청구권이 발생되지 않는다.⁵⁰⁾

b) 정리해고의 다수분쟁적 속성

그렇다면 이러한 해고보상청구권의 적용범위를 경영상 해고의 경우로 한정하는 이유는 무엇일까? 판단컨대 그 이유는 경영상 해고가 갖는 특수성에서 찾을 수 있다. 우선 경영상 해고는 통상 대량해고성을 갖는다. 인신상 또는 행태상 사유에 기한 해고가 개별 근로자를 대상으로 하여 이루어지는 해고인 반면 경영상 해고는 다수의 근로자가 그 대상이 된다.⁵¹⁾ 따라서 동일한 원인 즉, 긴박한 경영상의 필요성을 이유로 하여 다수의 근로자가 해고되므로 만약 해고의 유효성에 대한 분쟁이 발생하게 되면 필연적으로 다수의 개별 해고소송을 유발하게 된다. 이에 일일이 대응하는 것은 경영상 긴박한 사정에 있는 사용자로서는 매우 난처한 경우가 아닐 수 없다. 또한 오늘날과 같이 경영 사정이 급변하는 현실에서 이러한 해고문제가 소송으로 이어질 경우 사용자로서는 자신의 경영판단에 따른 기업운용이 사실상 어렵게 되는 결과가 초래된다.

45) APS-Ascheid, § 1 a KSchG Rdn. 2.

46) Quecke, RdA 2004, 86 (94).

47) Bauer/Preis/Schunder, NZA 2003, 704 (705).

48) APS-Ascheid, § 1 a KSchG Rdn. 3.

49) APS-Ascheid, § 1 a KSchG, Rdn. 5 ff.

50) Quecke, RdA 2004, 86 (95).

51) Quecke, RdA 2004, 86 (98).

c) 정리하고 정당성 판단의 모호성

근로자 측 입장에서도 보상청구권은 매우 매력적인 제도가 아닐 수 없다. 그 이유는 다음과 같다. 경영상 긴박한 사정에 기한 해고의 단행에서 경영사정에 대한 정보는 사실 근로자로서는 매우 접근하기 어렵다. 경영상 해고에 있어 사용자의 경영자적 판단의 주된 내용으로는 기업의 영업목적(Unternehmensziel)이나 생산물(Produkt) 또는 영업장소(Betriebsort)나 사업장 규모(Betriebsgröße) 그리고 기업인력의 구조조정(Betriebsorganisation)이나 근로자의 고용규모(Zahl der Arbeitnehmer) 등을 들 수 있다.⁵²⁾ 이러한 것은 대체로 사용자의 자유로운 판단에 맡겨질 필요가 있다고 할 수 있다. 따라서 경영상 해고에서 긴박한 경영상의 사정에 대한 사용자의 경영판단에 대하여는 전통적으로 연방노동법원이 그 사법적 판단을 자제하고 있다. 따라서 사용자의 경영자적 판단에 대하여 사법적 심사 가능성은 단지 당해 경영판단이 명백히(offenbar) 비합리적(unsachlich)이거나 비이성적(unvernünftig) 또는 자의적(willkürlich)인 것이 아닌가의 판단에 그쳐야 한다고 본다.⁵³⁾ 이러한 점을 고려할 때 경영상 해고 자체를 무효로 주장하여 사법적 심사를 구하는 것은 근로자 측으로서도 상당한 부담이 아닐 수 없다. 따라서 불필요한 다수의 해고분쟁을 사전에 막고 사용자로서는 경영상황에 탄력적으로 대응할 수 있게 된다. 여기에 새로이 경영상 해고 근로자에게 이른바 보상청구권을 인정하는 이유가 있다.

(5) 제소기간 내 부제소

경영상 해고된 근로자가 보상청구권을 행사하기 위해서는 해고제한법 제4조상에서 정하고 있는 해고무효소송의 제소기간이 도과할 때까지 법원에 소송을 제기하지 않아야 한다.⁵⁴⁾ 해고제한법 제4조에 따르면 근로자는 해고가 사회적 정당성에 반하거나 기타 다른 원인으로 무

효임을 사법적으로 다투고자 하는 경우에는 반드시 서면으로 된 해고통지를 받은 시점으로부터 3주 이내에 “당해 해고로부터 근로계약관계가 소멸하지 않았고 따라서 여전히 근로계약관계가 존속하고 있음”을 소를 제기함으로써 주장하여야 한다. 해고제한법 제7조에 따라 해고무효소송과 관련하여 제소기간을 준수하지 않고 그 기간과 도과한 경우에는 당해 해고가 처음부터 유효한 것으로 확정된다. 이렇게 제소기간을 두는 것은 해고가 갖는 형성권적 효력을 고려할 때 그 법적 효과에 대한 조속한 확정이 요구되기 때문이다. 즉, 법적 안정성이라는 법적 요청에 따른 것이라고 볼 수 있다.

보상청구권은 제소함이 없이 당해 제소기간을 도과함으로써 발생하게 된다. 이렇게 근로자가 제소기간이 도과할 때까지 소를 제기하지 않는 것은 사용자의 다음과 같은 표시에 따른 것이다.⁵⁵⁾ 즉, 자신의 해고통지가 경영상 긴박한 사유에 기한 것이며 근로자 측에서 제소기간 동안 소를 제기하지 않으면 별도로 보상청구권이 발생된다는 점을 사용자가 근로자 측에 통지하여야 한다. 근로자의 제소기간 동안의 부작위를 의사표시법상 어떻게 평가해야 할 것인가를 두고 논란이 있으나 대체로 묵시적 승낙으로 파악되어야 한다고 본다.⁵⁶⁾ 다만 사용자가 근로자에 대해 보상청구권의 발생가능성을 언급하면서 보상액의 구체적 내용을 제시할 필요는 없다는 것이 학설의 대체적 입장이다.⁵⁷⁾

(6) 보상청구권의 행사

신설된 해고보상청구권은 해지기간이 도과하는 시점에서 발생한다. 만약 해지기간이 짧아서 제소기간 즉, 해고통지 도달 시점으로부터 3주 이내인 경우에는, 이론상 앞서 설명한 제소기간 도과 요건과 관련하여 볼 때 제소기간이 도과하는 시점에서 보상청구권이 발생한다고 보아야 한다.⁵⁸⁾ 우리 노동법상에서 ‘해고’라는 개념은 실

52) Berkowsky, Die betriebsbedingte Kündigung, S. 29.

53) 이를 이른바 ‘자의성심사(Willkürlichkeitskontroll)’라고 한다. 이러한 사법적 심사의 자제는 경영상황에 대한 판단이란 본질적으로 사법적 지표를 통해 계량화되거나 평가될 것은 아니며 이러한 점에서 법원이 경영자일 수는 없다는 법적 인식에 기초한 것이다. 이러한 한도에서 법원은 이를 목적부합성(Zweckmäßigkeit) 차원에서 평가할 권한 자체가 존재하지 않는다고 본다. 이는 독일연방노동법원의 일관된 입장(BAG AP Nr. 42 zu § 2 KSchG 1969; BAG, NZA 1999, 1095 (1097); NJW 2000, 378 (379); BAG NZA 1994, 549 (550))이며 학계에서도 일반적으로 지지되고 있다(Hergenröder, ZfA 2002, 355 (377); Papier, RdA 2000, 1(4); Martens, RdA 1989, 164 (168 f.); Walker, ZfA 2004, 501 (520 ff.)). 사실 법원의 이런 판단 배경에는 사용자가 스스로 경영상 해가 되는 조치를 취하는 것은 기대되기 어렵다는 경험칙상의 추정치 자리하고 있기도 하다(BAG DB 2002, 2276; Bitter, DB 1999, 1214 (1216)).

54) APS-Ascheid, § 1 a KSchG, Rdn. 5 ff.

55) Quecke, RdA 2004, 86 (95 ff.)

56) Löwisch, NZA 2003, 689 (694); Thüsing/Stelljes, BB 2003, 1673 (1677).

57) Maschmann, AuA 2003, 6 (10); Preis, DB 2004, 70 (72).

제로는 다음과 같은 두 가지 개념요소를 동시에 내포하고 있는 것이다. 즉, 사용자가 종래 지속하여 온 근로계약관계를 더 이상 존속시키지 않겠다는 일방적 의사표시로서 해고통지(Kündigungserklärung)와 그러한 의사표시의 법적 결과에 해당하는 근로계약관계의 종료(Beendigung des Arbeitsverhältnisses)가 바로 그것이다. 근로계약관계는 해고통지가 도달한 이후에도 일정한 기간 동안 근로계약관계가 지속된다. 다시 말하면 해지기간 동안에는 여전히 근로계약관계상의 모든 의무와 권리가 지속된다. 요컨대 해고통지에도 불구하고 지속적 계약관계의 해지와 관련하여서는 입법자가 해지기간제도를 규율하여 둠으로써 해지권 행사에 따른 법적 효력의 발생이 시간적으로 유예하고 있는 것이다.⁵⁹⁾

(7) 보상청구액

해고제한법 제1a조에 따른 해고보상청구권에서 그 보상액은 동조 제2항에 법정화되어 있다. 이에 따르면 근속기간 1년당 월급기준으로 0.5개월에 해당하는 금액을 보상액으로 정하여 두고 있다. 이때 월급이란 해고제한법 제10조 제3항에 따라 산정하되 집단적 차원에서가 아니라, 개별 근로자의 구체적인 근로시간을 고려한 금액이 기준이 된다.⁶⁰⁾ 또한 이를 산정함에 있어 상여금은 제외되어야 한다.⁶¹⁾

이렇게 보상청구권에 따를 경우에 그 보상액을 법정화 해 두고, 그 산정에 있어 다른 고려 가능성을 열어두고 있지 않은 이유는 이를 통해 근로자가 보상청구권에 발생 시 자신에게 귀속될 법적 결과에 대해 보다 명확히 파악할 수 있어야 하기 때문이다.⁶²⁾ 이를 통해 근로자가 해고소송을 제기하지 아니하였을 경우에 자신이 향유할 수 있는 법적 권리를 보다 분명히 인식할 수 있게 된다. 다만 그러한 산정기준에도 불구하고 그 구체적 사정이 갖는 특수성 때문에 정확한 보상액 산정이 어려운 경우 사용자는 근로자와 더불어 유효하게 그 액수에 대해 합의를 통해 이를 정할 수 있다고 본다.⁶³⁾

2) 입법론적 평가

비록 우리의 경우 대부분 노동위원회제도를 통해 해고의 정당성과 관련한 분쟁이 해결되고 있으며, 노동위원회의 판정에 불복하는 경우에 비로소 소송을 통해 이를 다투게 된다. 독일은 노동법원을 통한 해고분쟁해소 방식을 취하고 있다. 이러한 사법기관을 통한 분쟁의 해소는 불가피하게 오랜 시간과 비용을 수반하게 되는 문제가 있다. 사적 당사자 간의 분쟁에 대해 사법기관이 이를 해소한다는 것은 법치국가원칙과 3권 분립이라는 헌법적 국가원칙을 고려할 때 매우 정치된 방식으로 평가될 수 있다. 왜냐하면 원칙상 당사자 간의 분쟁 해소는 결국 사법기관을 통해 종국적으로 사법적 해결을 이루어야 한다는 점에서 의문의 여지가 없기 때문이다. 독일이 별도로 해고분쟁을 간편하게 해소하는 기관이나 제도를 고려하지 않는 이유가 여기에 있다. 민사사건의 상당부분이 독일에서 노동 관련 분쟁이며 그러한 노동 관련 분쟁 중 또한 상당부분이 해고 관련 분쟁이다. 해고 분쟁에 대하여 사적 당사자 간의 분쟁 해결을 가능한 촉진하려고 하는 입법정책적 필요성은 이러한 점에서 수긍될 수 있다. 왜냐하면 사법기관을 통한 분쟁해소라는 원칙을 고수하는 한 근로시장의 유연화와 연계하여 해고구제제도를 보다 합리화하기 위해서는 해고분쟁의 최소화 뿐이기 때문이다. 이러한 차원에서 최근에 이루어진 독일의 해고제한법 개정에서 주목할 변화로는 이른바 정리해고에 따른 보상청구권제도의 신설이다.

판단컨대 독일과 같이 사법심판주의원칙에 비하여 보다 신속하며 효율적으로 해고 관련 분쟁이 해결될 수 있는 것은 사실이다. 그럼에도 불구하고 해고에 관한 분쟁은 사실상 당사자 간의 신뢰관계가 이미 상당히 훼손되었거나, 분쟁이 진행되면서 훼손되는 것이 일반적이다. 이러한 점에서 양 당사자 간에는 실제 해고 분쟁을 통한 실익을 원직 복귀 보다는 금전적 보상에 두는 경우도 발생한다. 이러한 경우에 해고분쟁을 다투기에 앞서 당사자 간 직접 협의나 노동위원회를 통하여 화해의 기회를

58) Quecke, RdA 2004, 86 (98).

59) GroßkommKR-Dörner, 2000, §1 KSchG, Rdn. 78 ff.; Boemke/Gründel, ZfA 2001, 245 (271); Oetker, ZIP 2000, 643 (646); Raab, RdA 2000, 147 (148ff.).

60) APS-Biebl, §10 KSchG, Rdn.14.

61) APS-Biebl, §10 KSchG, Rdn.15.

62) APS-Ascheid, §1 a KSchG, Rdn.14.

63) Grobys, DB 2003, 2174 (2175).

마련하는 것이 필요하다고 본다. 이렇게 금전보상을 통해서 불필요한 해고분쟁을 사전에 예방하는 것은 사회적 비용을 절감한다는 점에서도 매우 의미가 있다. 다만 우리 해고법 실무에서 부당해고가 부당노동행위와 직결되거나 별칙에서 보듯이 국가 질서 유지적 측면이 있음을 부인할 없다는 점에서 이러한 분쟁의 사전예방적 제도의 마련은 법리상의 문제를 안게 된다.

2. 정리해고 관련 분쟁의 절차 간소화 필요성

1) 독일 해고제한법상의 제소기간의 축소 노력

(1) 제소기간의 법적 의의

법적 분쟁의 당사자는 언제라도 사법기관에 소를 제기할 수 있어야 한다.⁶⁴⁾ 다만 당해 청구권이 상당한 기간 이를 행사하지 아니하여 사실상 실효되었다고 볼 수 있는 경우에 이르면 비로소 사법적 소구의 가능성도 소멸하게 된다. 이러한 차원에서 볼 때 제소기간의 유일한 제한 법리는 바로 실효의 원칙이 된다.⁶⁵⁾ 따라서 별도의 명문규정을 두고 있지 않은 경우에는 실효의 원칙에 따라 제소기간을 판단하게 된다.⁶⁶⁾

예외적으로 일정한 분쟁에 대하여는 소로 다룰 수 있는 기간을 두고 있다. 이를 제소기간이라 한다. 요컨대 제소기간이라 함은 법적 분쟁에 대하여 소송을 통해 다룰 수 있는 기회가 시간적으로 제한된 경우에 그 기간을 말한다. 따라서 제소기간이 부여된 분쟁대상의 경우에는 그러한 제소기간이 도과하면 이에 관하여 더 이상 소를 통해 분쟁 해결을 시도할 수 없게 된다. 즉, 법적 권리가 존재하더라도 이를 실행할 수 있는 수단이 사라지는

것이다.⁶⁷⁾ 제소기간제도의 제도적 목적은 법률관계의 신속한 사법적 확정을 통해 평화적 법률분쟁 해결과 더불어 법적 안정성을 실현하는 데 있다.⁶⁸⁾ 특정한 기간 내에 계약당사자 사이의 법률관계가 법적으로 명확해질 필요가 인정되어야 한다. 이러한 고도의 법적 안정성과 법률관계의 신속한 확정 필요성은 입법자의 명확한 의사를 통해 비로소 구체화되며 정당화된다. 다시 말하면 제소기간을 인정하기 위해서는 원칙상 그 정당한 법적 근거를 필요로 한다.⁶⁹⁾ 현행 법원에 의한 해고무효확인소송의 경우에 그 제소기간의 제한이 없다. 이를 두고 해고 제소기간을 따로 규정하여 법적 안정성을 도모할 필요가 있다는 주장이 제기되고 있다.⁷⁰⁾ 대법원 판례도 해고의 효력을 다투지 않는 등 제반사정에서 근로자가 그 해고의 효력을 인정한 것으로 볼 수 있는 경우 또는 해고 후 장기간이 경과한 경우에는 신의칙상 해고무효확인소송을 제기할 수 없다는 태도를 유지하고 있다.⁷¹⁾

(2) 독일에서의 논의

독일의 경우 해고제한법 제4조에 따르면 해고의 무효를 소송상 다투기 위해서는 적어도 해고통지를 받은 시점으로부터 3주 이내에 소송을 제기하여야 한다고 규정하여 두고 있다.⁷²⁾ 그런데 이번에 해고제한법을 새로 개정하면서 그 적용대상이 되는 소의 범위를 넓혔다. 즉, 종래 해고제한법상의 제소기간이 적용되는 경우는 그 원인에 있어 해고의 사회적 정당성이 다투어지는 경우에 국한되었다.⁷³⁾ 그런데 최근 개정을 통해 제소기간의 적용대상이 되는 해고가 그 원인에 제한됨이 없이 모든 해고 관련 소송으로 확대하였다.⁷⁴⁾ 이는 근로관계 존부와 관련된 제반 분쟁을 가능한 한 빨리 분쟁을 해소하여 그

64) KR-Etzel, § 4 KSchG, Rdn. 742; Mathern, NJW 1996, 818 (820); Raab, RdA 2000, 147 (154); Ziemann, MDR 1999, 716 (721); Zwanziger, BB 1997, 42 (46).

65) KR-Etzel, § 4 KSchG, Rdn. 742.

66) 명문의 규정이 없더라도 법학 방법론에 따라 법률 해석(Auslegung)의 범주 내에서는 일정한 청구권에 대해 제소기간을 인정할 수 있음은 물론이다(Fischer, ZfA 2002, 215 (228)).

67) BAG DB 1990, 2329.

68) BAG AP Nr. 3 zu § 12 SchwbG; Löwisch KSchG Anm. BAG EzA BGB § 615 Nr. 66; Besta, Die Regelung der Klageerhebungsfrist in §§ 4-6 KSchG, Diss.(Passau), 1987, 17 ff.

69) Lepke, DB 1991, 2034 (2035).

70) 김승규, 근로기준법상의 부당해고 구제제도에 있어서의 문제점, 형평과 정의 제9집, 1994, 360면.

71) 대법원 1992. 1. 21. 선고, 91다30118 판결; 대법원 1993. 1. 26. 선고, 91다38686 판결 등.

72) 다른 입법례로서 영국에서는 부당해고를 주장하는 근로자는 해고된 때로부터 3개월 이내에 고용법원에 그 구제를 신청할 수 있도록 하고 있다(고용권법 제111조). 다만 프랑스의 경우에는 해고소송과 관련하여 별도의 제소기간을 두고 있지 않다(Zachert, Beendigungstatbestände im internationalen Vergleich, S. 82 ff.).

73) Quecke, RdA 2004, 86 (99).

74) Ascheid/Preis/Schmidt, § 4 KSchG, 2. Auflage 2004, Rdn. 10; Willemsen/Annub, NJW 2004, 177 (184).

법률관계를 분명히 하려는 입법자의 정책적 판단에 따른 것으로 평가된다.

(3) 평가

우선 사용자는 제소기간의 규율을 통해 해고무효와 관련 소송이 어느 시점까지 제기될 수 있음을 예측할 수 있다.⁷⁵⁾ 이러한 제한이 없는 경우에는 사용자가 자유롭게 인력고용에 대한 자유로운 경영자적 판단을 실현하는 것이 어렵게 된다. 따라서 새로이 경영 환경의 변화가 발생하여 빈자리가 생긴 경우에 신속하게 다른 근로자를 고용할 필요가 있는 경우에도 자신이 이를 할 수 있는지에 대한 판단을 신속하게 할 수 있게 된다.⁷⁶⁾ 다른 한편 제소기간을 통해 근로자 역시 종전의 근로계약관계 종료 여부가 신속하게 확정되어야 새로운 직장을 구하는 등 직업적 활동이나 결정을 자유롭게 할 수 있게 된다.⁷⁷⁾ 만약 해고가 무효여서 근로계약관계가 종료하였음이 판단되기까지 지나치게 오랜 시간이 소요되면 그 기간 동안에는 근로자의 지위가 애매하게 된다.⁷⁸⁾ 근로자가 새로운 직장을 구하고 근로를 개시하다가 이후 해고가 무효이고 따라서 구 근로계약관계가 부활하면 이중근로계약관계(Doppelarbeitsverhältnis)가 갑자기 형성되는 등 문제가 발생하게 된다.⁷⁹⁾ 판단컨대 해고소송과 관련하여 별도의 제소기간을 둬으로써, 신속한 권리구제에 기여하게 되고 시간이 경과함에 따라 사실관계가 불분명해지는 해고사건의 특성상 증거자료의 확보 측면에서 충분히 검토될 수 있다고 생각한다.

2) 무효인 정리해고 시 그 구제 내용

(1) 근로관계해소 신청제도

독일의 경우 해고가 무효여서 해고를 통해 근로계약 관계가 종료되지 않았음을 확인된 경우에도 노동법원은 일방당사자의 신청을 통해 사용자로 하여금 정당한 보상

을 지급하도록 하고 근로계약관계의 해소(Auflösung)를 명할 수도 있다(§ 9 Abs. 1 KSchG). 이때 근로관계 해소 신청은 근로자가 해고의 사회적 정당성이 없음을 주장하는 해고보호소송의 차원에서만 허용되는 것이다.⁸⁰⁾ 앞서 설명한 바와 같이 그 신청은 근로자 측은 물론 사용자에 의해서도 이루어질 수 있다. 법원은 이러한 근로계약관계 해소신청이 이루어지면 해고보호소송의 최종 구두변론시점에서의 근로계약관계의 지속에 대한 기대가능성을 판단하여 이를 명하게 된다.⁸¹⁾ 이때 근로계약관계 지속에 대한 기대가능성 판단은 독일 민법 제626조상의 중요한 원인 무유에 대한 판단을 통해 이루어지게 된다.⁸²⁾ 법원이 해고보호소송과 근로관계해소청구를 모두 인용하는 경우 법원의 판단은 일괄적으로 이루어지게 된다. 즉, 해고의 무효를 확인하는 동시에 근로계약관계의 해소를 동시에 명하게 되는 것이다. 또한 법원은 판결을 통해 이와 함께 근로관계 해소보상금지급의무를 사용자에게 부담지우게 된다. 이때 근로관계해소보상금의 액수는 법원의 합리적 재량을 통해 정해지는 것이나⁸³⁾ 다만 독일 해고제한법 제10조상의 보상 상한범위 내에서 정해지게 된다. 이러한 해소보상금의 법적 성격과 관련하여 근로의 대가나 또는 손해배상이 아님에 유의해야 한다. 단지 해소보상금은 근로자가 사회적으로 부당한 해고에도 불구하고 자신의 직장을 상실하게 되는 데 대한 손실보상의 성격을 지니는 것이라는 것이 독일 법원의 입장에 해당한다.⁸⁴⁾

75) BAG AP Nr.3 zu §12 SchwbG.

76) Bihn, Die Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage gemäß § 4 S. 1 KSchG, Diss. (Köln), 1999, S. 14.

77) Güntner, DB 1976, 148 (148 ff.)

78) Lepke, DB 1991, 2034 (2035, 2036).

79) Kaiser, ZfA 2000, 205 (212); Boewer, NZA 1121 (1125).

80) Preis, DB 2004, 70 (78).

81) BAG AP Nr.3 zu §9 KSchG 1969.

82) Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht I, 3. Aufl., 2005, S. 461.

83) BAG AP Nr. 68 zu §626 BGB.

84) BAG AP Nr. 12 zu §9 KSchG 1969.

IV. 결론

1. 정리해고를 둘러싼 논쟁은 매우 정제된 측면이 있다. 정리해고는 노사 관계의 토대요 기반인 기업의 회생을 그 주된 목적으로 하는 제도체계이다. 이는 사용자만이 아니라 근로자들의 고용유지를 지원하기 위한 불가피한 조치인 것이다. 이러한 점에서 정리해고제도에 대한 관점과 인식의 변화가 필요하다. 사실 최근 일련의 입법안은 전체적인 방향성에서 의문이 있다. 정리해고제도가 사용자의 경영상 이익을 위하여 일반적으로 근로자를 희생시키는 구조체계임을 전제로 하고 있기 때문이다. 정리해고제도는 기업의 생존을 위한 조치라는 점에서, 근로자에 대한 고용안정과 기업의 회생 필요성 간의 조화적 이해가 필요하다. 요컨대 사용자가 기업의 경영위기를 스스로 원하여 자초하는 경우는 없다. 결과적으로 경영상 판단을 존중하되 그 결과로서 경영위기가 초래되었다면, 이는 곧 자본의 손실이 초래되었음을 뜻하는 것이기도 하다. 정리해고는 고용과 자본의 손실을 감수하되, 이를 극복하도록 하는 데 그 핵심제도 취지가 있다.

2. 현행 정리해고법체계에 대한 개정입법안은, 주로 정리해고의 핵심 요건이라 할 수 있는 '긴박한 경영상의 필요성' 요건을 보다 구체적으로 규정함은 물론 그 요건을 엄격하게 축소하는 데 본질적인 방향성을 잡고 있다. 이는 동의하기 어렵다. 본질적인 전제에 의문이 있기 때문이다. 즉, 회사의 경영사정을 판단함에 있어, 긴박한 경영상의 어려움이 있다고 판단하여 구조조정에 돌입하여야 한다는 것은, '전문가로서' 경영자의 '경영적 판단'에 기반하는 것이기 때문이다. 이러한 경영판단에 대하여 '객관적인 지표나 근거'를 찾아 확립적으로 평가될 수 있도록 하는 것은 그 자체로서 한계가 있을 수밖에 없다. 독일 연방노동법원이 판결에서 지적하였듯이, 법관은 경영자가 아니기 때문이다. 이에 따라 독일은 경영상 긴박성 판단에 대하여는 남용규제법리를 취하고 있다. 즉, 경영상 사정에 대한 판단에 대해서는 그 합리성 차원에서의 사법적 판단은 허용되지 않으며, 단지 명백하게 자의적이거나 권리남용적 차원에서의 경영판단인지 여부를 판단하는 것으로 족하다고 본다.⁸⁵⁾ 그럼에도 불

구하고 현행 입법안에서는 경영적 판단을 일정한 객관적 지표로 확립적 판단이 가능하도록 시도하고 있으며 나아가 경영판단에 대한 사법부의 실질적 판단을 허용하는 구조로 되어 있다. 이는 법이론상 동의하기 어려운 측면이 있다. 원칙적으로 경영판단에 대한 사법적 판단은 재량위반 여부에 집중해야 하고, 그 대상자 선정기준의 합리성을 도모하는 방식으로 정리해고의 남용을 막는 방안이 타당해 보인다. 이른바 독일식 정리해고규제방식이 이러한 경우다.

3. 현행 정리해고 관련 주요 입법개정 방향 중 하나는 바로 재고용의무의 실효성을 높이는 것이다. 사실 재고용의무제도를 법률로 명문화하고 있는 입법례는 매우 드물다. 재고용의무제도가 '체약강제'로서 매우 이례적인 형식을 취하고 있다. 독일에서도 판례로만 인정되고 있을 뿐 명문 규정은 없다. 따라서 체약강제의 가능성을 해고 이후 3년이라는 긴 시간 동안 허용하는 것은 법이론적 근거를 찾기가 어렵다. 3년에 이르는 동안 법률관계의 복잡한 생성 등 변화가 있을 수 있음을 물론이고, 나아가 해고 이후 3년이 도과한 상황에서 정리해고근로자와 구직자를 별도로 구별하는 것이 과연 차별관점에서 허용될 수 있는 것인지도 의문이기 때문이다. 이러한 관점에서 재고용의무제도의 합리적 재평가도 필요해 보인다.

85) 독일은 그 대신 중요한 것을, 그 대상자 선정이 얼마나 합리적으로 이루어지는가에 달려 있다고 본다는 점은 앞서 설명한 바가 있다. 이러한 점은 입법론상 신중하게 검토할 필요가 있다.