

연구보고서

1998 - 009

경영상 해고 제도의 법리와 법정책적 운영방안

한국노동연구원

목 차

서 언

제1장 서 론

제2장 경영상 해고에 대한 판례의 동향과 비교법적 고찰을 통한 법정채적 운용방안의 모색

I. '경영상의 사유에 의한 해고'에 관한 기존 판례의 동향

1. 경영상 이유에 의한 해고

- 1) 개관
- 2) 긴박한 경영상의 필요에 대한 판단
- 3) 해고회피노력 의무
- 4) 합리적이고 공정한 기준에 의한 해고 대상자 선정
- 5) 근로자대표와의 성실한 협의

2. 판례를 통해서 본 경영상 해고의 특징과 평가

II. 비교법적 고찰

1. '경영상의 사유에 의한 해고'에 관한 ILO와 EU의 협약 및 지침

- 1) ILO의 권고 및 협약 내용
- 2) 경영상의 필요에 의한 해고와 관련한 유럽연합의 지침

2. 미국의 경영상 사유에 의한 해고의 기준과 절차

- 1) 고용 자유의 원칙(employment-at-will doctrine)
- 2) 해고제한
- 3) 정리해고의 절차에 대한 제한
- 4) 미국의 제도에 대한 평가

3. 영국의 경영상 사유에 의한 해고의 기준과 절차

- 1) 해고관련 법제의 개관
- 2) 정리해고(Redundancy)의 사유

--	--	--

서 언

IMF 경제관리 체제하에 들어서면서 온 나라가 고용조정 열풍에 휩싸였다. 그리하여 경영상 해고는 이론 속에서나 접할 수 있고 또 이웃나라에서나 발생하는 현상으로서가 아니라 바로 우리 가족 그리고 나 자신에게 닥치는 아픔으로 다가왔다. 경영상 해고는 자본주의 체제하에서는 불가피하게 인정될 수밖에 없는 제도라고 하지만, 신자유주의의 물결을 등에 업은 세계화의 추세는 경쟁력을 가장 지고(至高)의 원리로 자리잡게 함으로써 기업내의 고용조정 열풍을 더 한층 가열차게 몰아붙이게 하는 것이 또한 작금의 실정이다.

경영상 해고가 기업의 존립을 위해 불가피한 제도로 인정된다 하더라도 근로자의 입장에서는 자신들의 아무런 원인제공도 없는 상태에서 하루 아침에 일자리를 상실하게 되는 위협에 내몰리게 된다. 이러한 불균형과 불공정을 바로잡기 위해 강구되는 것이 경영상 해고의 요건, 특히 절차적 요건의 설정과 운영이다. 경영상 판단에 대해서는 사용자에 일임한다 하더라도 적어도 절차적인 측면에서는 근로자의 이익이 반영될 수 있도록 하는 것과 사회안전망으로 이들에 대한 최저 생존조건을 유지할 수 있도록 하는 것이 배려되어야 하나, 아직 사회안전망이 불충분한 우리의 실정에서는 경영상 해고를 둘러싼 분쟁은 더욱 첨예하게 대립될 수밖에 없다. 이 책에서는 경영상 해고 제도가 가지는 본래의 법제도적 의미를 각국의 제도와 비교하면서 살펴보고, 이에 따라 발생하는 갈등의 여지를 최소화하기 위한 여러 제도적 방안도 아울러 살펴보고 있다. 이를 기초로 제1기 노사정위원회의 어려운 합의과정을 거치면서 이끌어낸 경영상해고 규정의 합리적인 해석론을 모색하고, 또한 각종 유형의 기업의 변동에 따른 개별적인 문제(M&A, P&A)도 아울러 검토하고 있다. 경영상해고에 관한 단편적인 논문들은 많지만 이를 종합적으로 비교법적으로 자세히 연구한 저서는 별로 없다. 이런 점에서 이 책은 경영상 해고 제도에 대해 관심을 가지고 있는 현장의 실무자들 뿐만 아니라 앞으로의 법정정책 과제를 담당하고 있는 분들에게도 좋은 자료로 활용될 것으로 믿어 의심치 않는다. 아무쪼록 경영상 해고 제도가 바르게 이해되고 합리적으로 실행될 수 있도록 노사 당사자뿐만 아니라 관계자 모두의 관심과 노력이 경주되어야 할 것이다.

본 연구는 본원의 박종희 박사에 의해 이루어졌으며, 이 보고서가 나오기까지 수고해 준 여러분께 감사드린다.

끝으로 본 연구보고서에 수록된 내용은 필자 개인의 견해이며, 본원의 공식적인 견해가 아님을 밝혀 둔다.

1988년 11월

한국노동연구원
원장 박 환 구

제1장

서론

IMF 경제관리 체제에 들어서면서 기업내의 고용조정 문제는 다시 최대의 현안으로 되었다. 이미 기업내의 고용조정, 그 중에서도 특히 중요한 경영상의 사유에 의한 해고에 관해서는 노사관계개혁위원회에서 도출된 안을 기초로 1996년 12월 정부안이 국회에 제출되었고, 국회는 이를 수정하여 1996년 12월 26일에 여당 단독으로 기습적으로 의결한 바 있다. 이러한 변칙의결과정으로부터 불거져 나온 이른바 '정리해고파동'의 총파업은 세계의 이목을 집중시키기에 충분할 정도로 위력적이었다. 그 후 기존의 판례에서 제시되었던 요건을 기초로 입법 내용을 재조정하여 1997년 3월 13일의 근로기준법 재개정시에 제31조 '경영상의 이유에 의한 고용조정 등'의 표제하에 이를 새로이 규정하기에 이르렀다. 그러나 동 법 부칙 제1조에 제31조의 시행을 2년간 유예하는 경과조항을 두어, 유예기간 동안 고용조정의 일환으로 해고를 할 수 있는나의 관해 논란이 일기도 했다.

채권자로서 IMF는 유예조항과 관련하여 기업내의 고용조정에 관한 명확한 입법적 정비를 요구하였으며, 이에 따라 경영상의 사유에 의한 해고의 법제도가 다시 정비되었다. 즉, 1998년 2월 9일 통통 끝에 노사정위원회는 「경제위기 극복을 위한 사회협약」을 채택하면서 고용조정에 관한 제도정비의 토대를 마련하였다. 이를 기초로 동년 2월 20일에는 근로기준법상 '경영상 이유에 의한 고용조정'에 관한 제31조의 규정 및 그 적용을 유예하고 있던 부칙 제1조가 각각 개정 및 삭제되고, 그 대신 새로이 '경영상 이유에 의한 해고의 제한'이 입법화되었다. 그 후 국내 경기가 침체기에 빠져들면서 기업 단위에서 경영상 이유에 의한 해고(이하에서는 '경영상 해고'라 칭함)를 통한 고용조정이 본격적으로 검토·시행되었으며, 산업 전반에 대한 구조조정이 추진되는 과정에서 적용례가 더욱 많아질 것으로 전망된다.

경영상 해고를 통한 기업내의 고용조정은 기업의 경영효율성을 제고한다는 긍정적인 측면이 있다. 그러나 이에 반해 경영상 해고로 실직하게 되는 근로자의 입장에서는 재취업 가능성이 희박한 현실에 비추어 실직은 곧 생존권 자체를 위협당하는 심각한 결과를 가져오게 된다. 정부에서는 실업대책을 세우고, 실업급여의 수혜자 및 수혜범위를 확충하는 등 실업자의 생존을 보장하기 위한 정책을 입안·실시하고 있지만, 이직과 구직의 정도를 나타내는 노동시장의 유연성 자체가 경직되어 있는 경제상황에서 이와 같은 정책은 단기적인 성격을 지닐 뿐이다. 궁극적으로는 국내 산업이 다시 정상궤도에 오르면서 고용창출의 기회가 활성화되어야 근본적인 실업문제가 해소될 전망이다.

기업내 고용조정, 특히 경영상 해고가 행해지면서 여러 가지 갈등이 도출되고 있다. 먼저 심리적 측면에서 근로자들은 기업이 처한 경제적 어려움이 왜곡된 정치구조와 방만한 경영의 결과로 말미암은 것인데도 불구하고 자신들만이 그에 따른 고통을 전담한다는 피해의식을 떨쳐버리지 못하고 있다는 점이다. 사실 우리 나라 대부분의 기업경영은 전근대적인 형태로 이어져 왔으며, 더욱이 정치와의 유착관계 속에서 왜곡된 경제구조가 지배하여 왔기 때문에 고통'분담'이 아닌 고통'전담' 현상에 따른 근로자의 불만은 어찌면 자연스러운 것일지도 모른다. 다음으로 경영상해고 제도가 규정되고 나서 각 기업에서는 경영상 해고라는 압력수단을 제시함으로써 사전에 희망퇴직자의 모집 등을 통해 사실상 경영상 해고제도에 규정된 요건을 이행함이 없이 고용조정의 실제 효과를 거두고 있다는 점이다. 이러한 우회적 방법은 사용자의 입장에서 경영상 해고를 위한 절차상의 번거로움을 피하고 주도적인 입장에서 해고대상자를 사실상 선정하는 결과를 가져와 경영상 해고 제도상의 해고회피 노력 유형으로서 근로자의 자발적 의사에 기초하여야 하는 희망퇴직자의 모집이 본래의 취지를 뛰어넘어 운용되고 있음을 지적하지 않을 수 없다. 마지막으로 1998년 2월 20일에 개정된 경영상 해고 제도의 내용은 당시의 급박한 상황과 맞물려 우리의 현실에 맞는 그리고 경제환경을 고려한 합리적인 법제도로서의 내용을 충분히 담지 못하였다는 점이다. 이런 까닭에 개정법이 적용되는 과정에서 여러 가지 해석상의 다툼이 나타나고 있다.

이런 제반사정을 종합적으로 고려할 때, 현재의 경영상 해고 제도에 대한 점검 차원에서의 검토가

필요하다. 다시 말하면 개정된 경영상 해고제도를 현실에 맞게 운용할 수 있는 해석론을 개발하고, 이러한 해석론으로서 충분히 포섭·해결할 수 없는 사항으로 어떤 것이 있는가를 검토하여 앞으로의 법정정책적 운용에 기초를 제공하는 것이 필요하다. 이를 위하여는 경영상 해고 제도의 본질적 내용을 바로 인식해야 한다. 기존의 판례를 통하여 우리의 현상태와 변화의 추이 가능성을 분석하고 그 결과를 외국에서의 경영상 해고 제도와의 비교·분석함으로써 후기산업사회에서의 경영상 해고 제도의 기능을 가늠하여 앞으로 우리 제도의 진행방향성을 추론함과 동시에 법정정책적 운용방안을 살펴보는 것이 중요하다.

이런 취지에서 본서의 제2장에서는 아직까지도 경영상 해고 제도의 운용에 가장 핵심적인 역할을 수행하는 기존의 판례의 입장을 분석·검토하는 한편, 다른 나라에서 시행·운용되는 경영상 해고 제도의 모습을 비교·검토함으로써 경영상 해고 제도의 본질과 앞으로의 진행방향성에 있어서 고려해야 할 요소 등을 추론해 보고자 한다. 이러한 검토를 토대로 제3장에서는 1988년에 새로이 개정된 경영상 해고 제도의 합리적인 해석론을 모색하면서 앞으로의 정비방향성을 가늠해 보고자 한다. 제4장에서는 각론적 입장에서 기업변동의 각각의 경우에 있어서 발생하는 고용관계 승계의 문제를 세부 논제별로 살펴보면서, 마지막으로 앞으로의 입법적으로 보완되어야 할 방향성과 내용을 도출해 보고자 한다.

제2장

경영상 해고에 대한 판례의 동향과 비교법적 고찰을 통한 법정채적 운용방안의 모색

I. '경영상의 사유에 의한 해고'에 관한 기존 판례의 동향

1. 경영상 이유에 의한 해고

1) 개관

경영상 해고에 관한 우리나라의 판례는 대판 1989. 5. 23 선고, 87다카2132 판결에서 처음 구체적으로 정립되기 시작하였다. 동 판결 이후 판례는 정리해고가 유효하기 위하여는 '긴박한 경영상의 필요'(인원삭감의 필요성), '사용자의 해고회피노력의무의 이행', '합리적이고 공정한 선정기준에 따른 해고대상자 선정', '노조 또는 근로자측과의 사전협의'라는 네 가지 요건을 갖추어야 한다는 입장을 대체로 견지해 오고 있다.

초기의 판결은 해고를 하지 않으면 기업이 경영악화로 사업을 계속할수 없거나 적어도 기업재정상 심히 곤란한 처지에 놓일 고도의 개연성이 있는 경우에 한하여 긴박한 경영상의 필요를 인정하는 비교적 엄격한 요건을 요구하였다(도산회피설)¹⁾.

그러나 인원삭감의 객관적 합리성이 필요하다는 정도의 완화된 판결(대판 1991. 12. 10. 선고, 91다8647 판결)을 계기로 최근 이후의 대법원의 입장은 긴박한 경영상의 필요를 엄격하게 해석하지 아니하고 전체적인 사업의 이윤을 규모와 상관없이 일부 사업부서의 경영적자를 이유로한 해고²⁾ 또는 현재는 계산상의 흑자를 유지하고 있으나 계속적으로 재정적 어려움이 확대되고 있으며 그 개선이 용이하지 않다고 판단되는 경우의 해고와³⁾ 같은 경우에도 그 정당성을 인정하여 긴박한 경영상의 필요를 신축적으로 해석하고 있다. 또한 임원직제의 개편,⁴⁾ 민영화 과정⁵⁾ 그리고 경영개선을 위한 업무의 외주용역화 또는 하도급화와⁶⁾ 같은 경우에도 긴박한 경영상의 필요성을 인정하고 있다.

'긴박한 경영상의 필요', '해고회피노력의무', '합리적이고 공정한 해고 대상자 선정', '노조 또는 근로자측과의 협의'라는 네 가지 요건의 판단에 있어서도 판례는 초기에는 네 가지 요건을 개별적으로 엄격하게 적용함으로써 어느 하나의 요건이라도 충족되지 않으면 해고의 효력을 인정하지 않으려는 입장을 견지하였다. 물론 현재에도 대법원은 정리해고의 네 가지 요건을 일관되게 유지하고 있으나, 최근에는 이들 각각의 요건을 엄격하게 해석하지 아니하고 네 가지 요건에 해당되는 제반사정을 전체적·종합적으로 고려하여 당해 해고가 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것으로 인정되면 족하다는 입장을 보이고 있다.⁷⁾

그러나 이러한 입장은 1996년 말 근로기준법상 경영상 해고 제도가 명문화되기 이전에 내려진 것으로, 입법화 과정에서 네 가지 요건의 각각을 정당성 판단기준으로 설정하였기 때문에 앞으로의 법적용 관계에서는 차이를 나타내게 될 것이다.

2) 긴박한 경영상의 필요에 대한 판단

긴박한 경영상의 필요에 대한 판단 문제는 경영상 해고에 대한 핵심적인 사항이다. 이때 긴박한 경영상의 필요라는 추상적인 기준의 내용에 대해서는 사회보편적인 인식에 기초하여 보충되게 된다.

기존의 판례가 인정한 긴박한 경영상의 필요의 경우를 살펴보면, 먼저 사업의 축소 또는 폐지되거나 사업을 하도급중으로써 잉여인력이 발생하는 경우를 들 수 있다. 예컨대

“골재생산·레미콘 제조를 업으로 하는 기업이 한강 구역 내에서 골재생산을 중단·축소 조절할 수밖에 없고 이에 따라 일정 공구 사업소를 폐지하여 사업규모가 대폭 축소” 된 경우,⁸⁾ “기업이 민영화되는 과정에서 비료가격이 자유경제체제로의 전환등 비료산업구조의 변화에 대비하고 종래의 방만한 경영에 따른 경쟁력 하락을 타개하고 적자요인을 해소하기 위하여 효율적으로

축소개편해야 할 경영상의 필요성”이 있는 경우,⁹⁾ “4년 가까이 지속적인 적자를 보았고, 이와 같이 계속된 적자가 단순히 파업 등으로 인한 일시적 현상으로 볼 수도 없을 뿐만 아니라 그 부문에서의 적자를 메우는 중요한 수입원이던..... 공사마저 종료되고, 그 이후의 수주가 예정되어 있지도 아니한 상황에서..... 경영난을 해소하기 위하여 일정 사업부문에 대하여 하도급제를 실시” 하는 경우¹⁰⁾등에는 긴박한 경영상의 필요성을 인정하였다. 이 밖에도 “회사가 계속적인 노사분규로 1년 동안 4억원의 적자가 발생할 정도였다면 경영이 악화된 것이고 그 경영사정이 호전될 전망이 전혀 보이지 않는다면 이는 파업 등으로 일시적으로 매출액이 줄어드는 임시적 곤경에 그친다고 할 수 없는” 경우,¹¹⁾ “독립채산제로 운영된 사업소가 계속된 경영난을 해소하기 위하여 잉여인력을 감축” 하고자 하는 경우¹²⁾, “회비·찬조금 등으로 유지되는 사업체에서 회비 등의 납부가 중단”¹³⁾된 경우 등에도 긴박한 경영상의 필요성을 인정하였다. 위에서 소개한 사안을 종합적으로 검토할 때 긴박한 경영상의 필요성을 판례는 경영악화로 말미암은 기업의 존립보호 필요성이 있는 경우에 인정하고 있음을 알 수 있다. 즉 일시적이 아닌 계속적인 경영적자가 발생한 경우에 기업의 존립보호의 차원에서 긴박한 경영상의 필요성을 인정하고 있음을 알 수 있다. 그러나 기업경영 상태의 보호는 단지 현실적으로 발생한 경우에만 인정되는 것이 아니라 현재 발생하지 않았다 하더라도 장차 발생할 가능성이 큰 경우에도 인정하였다. 이와 같은 판단 모습은 긴박한 경영상의 필요성을 부인한 사건을 살펴볼 경우 더욱 뚜렷이 드러난다. 예컨대 “노동조합의 파업으로 인하여 정상적인 경영이 어려웠음을 이유로 사업장을 폐쇄한” 경우,¹⁴⁾ “대폭적인 재정적자가 예상되리라는 판단하에 예방형의 해고를 하였으나 해고후 예상보다 하회하는 손실을 입었고 기타의 상황 등으로 기업의 경영사정이 예상과 같이 곤란한 점이 없었다면 인원정리의 필요성이 없다” 고 한 경우,¹⁵⁾ “회사가 누적적인 적자상태에 있기는 하지만 적자상태가 만성적이고 앞으로도 계속 그런 상태가 유지될 가능성이 있어야 급박한 경영상의 필요가 있다고 볼 것인데 자본금을 보전하고 남은 정도의 금원으로 회사가 인수되고 이어 흑자로 돌아선 사정 등을 비추어 볼 때 급박한 경영상의 필요가 없다” 고 하여¹⁶⁾ 긴박한 경영상의 필요성을 부인한 데에서 잘 드러난다. 이처럼 긴박한 경영상의 필요성에 대한 판례의 입장은 그 실질적 의미가 기업의 도산에 이르는 고도의 개연성을 요구하는 입장에서 벗어나 기업경영 상태가 계속적으로 적자를 보여주거나 앞으로 적자 가능성이 이와 동등한 정도로 비추질경우에 예방적으로 경영상 해고하는 것까지도 인정하여, 고도의 기업도산의 위험성이 아닌 기업이 정상적으로 존립할 수 있는 조건으로 변경·완화되었다.

3) 해고회피노력 의무

판례가 들고 있는 경영상 해고의 두 번째 요건으로는 사용자가 해고를 회피하기 위한 노력을 다하였는가이다. 즉, 계속되는 경영악화로 인하여 기업내의 고용조정을 취하더라도 경영상 해고 조치는 다른 가능한 수단을 모두 행한 뒤에 비로소 행해져야 한다는 최후수단적인 의미가 내재하고 있는 것이다. 그러나 실제 문제가 되는 것은 사용자에게 부과되는 구체적인 해고회피노력의무가 어느 정도일 것인가 하는 것이다. 이에 관련하여 판례는 “사업소가 신규채용을 중지하고 잉여인원을 사업소 또는 자택 대기상태에서 임금을 지급하며 명예퇴직 조치 등을 실시하였고, 정리해고 당시에 전직훈련계획을 세워 시행하려고 하였으나 근로자가 고령이라는 이유로 노조측이 정리해고를 제안하여 그 대상자를 선정하였다면 비록 그 대상자에게 전직배치 등의 조치를 취하지 않았다 하여 해고회피노력의무를 다하지 않은 것으로 볼 수 없다” 고 하였으며,¹⁷⁾ “회사의 경비절감과 인력의 효율적 운영을 위해 외부용역화를 추진하는 과정에서 경비원들을 일괄해고하기에 앞서 면담을 통해 해고의 불가피성과 취업알선에 대해 성실히 설명하고 외부용역체에 취업을 알선한 후 일괄해고” 한 경우¹⁸⁾와 “회사의 사업목적의 변경이라는 경영상의 필요성에 의하여 원고를 해고대상자로 선정한 다음 다른 직종으로의 전환을 제의하는 등의 조치를 취한” 경우¹⁹⁾에는 해고회피노력의무를 다한 것으로 판단하였다. 이밖에도 “경영악화를 극복하고자 기구 통폐합을 단행하면서 타사업장으로의 전직·취업을 알선하였고, 또한 인원감축 기준에 의하여 대상자로 선정된 자들에게 2년여 동안 임금을 지급하면서 충분한 전직의 기회를 부여한 점”에서,²⁰⁾ 그리고 “근무시간을 단축하고 자재 가격인하를 요청하여 비용을 절감하는 한편, 전화·텔레텍 등을 반납조치하고 임원 차량의 매각·통근버스 운행의

축소와 조직을 축소·개편한 사실” 등에서²¹⁾ 해고회피를 위한 노력을 인정한 중노위 결정례가 있다.

그러나 “경영상 필요에 따라 일부 생산부서를 폐지하고자 할 때 회사가 먼저 경영합리화 노력을 보이지 않고 일방적인 감원계획을 실행” 한 경우,²²⁾ “회사의 적자가 누적된 사실은 인정되더라도 근로자 다수를 공개모집하는 광고를 게재” 한 경우,²³⁾ “조합운영상 어려움을 예상하여 직제를 개편하고 일부 근로자를 해고하였으나 얼마후 폐지하였던 직제를 부활시키고 직원도 증원” 한 경우,²⁴⁾ “직제 개편후 해고하였으나 해고후 해고근로자와 동일한 자격을 지니고 있는 근로자를 채용” 한 경우,²⁵⁾ “상용인부를 감원함에 있어 급박한 경영상이 필요에 의해서가 아니라 경영합리화, 예산절감 차원에서 추진된 점을 감안할 때 정년자의 자연감소를 통해 잉여인력을 정리해 가는 방안이 가능하였음에도 불구하고 정리해고를 단행” 한 경우 등에는 해고를 회피하기 위한 노력을 다했다고 볼 수 없는 것으로 판단한 사례가 있다.

이상에서 살펴본 내용을 종합하면 판례는 해고회피노력으로서 반드시 거쳐야 할 단계별 조치나 각 조치에 대한 구체적 내용을 예시하는 바 없이 개별적 사안별로 사용자 조치를 전체적 관점에서 종합적으로 보아 해고를 회피하기 위하여 상당하다고 인정되는 정도의 여부에 판단의 주안점을 두고 있음을 알 수 있다.

4) 합리적이고 공정한 기준에 의한 해고 대상자 선정

정당한 경영상 해고를 위한 또다른 요건으로 판례가 제시한 것은 그 대상자를 합리적이며 공정한 기준에 의해 선정하여야 한다는 것이다. 이때 어떤 기준에 의한 것이 합리적이며 공정한가에 대해 대법원은 종합적으로 제시한 바가 없으나, “다년간의 적자운영을 탈피하기 위하여 그 적자요인의 하나로 되어 있는 사무량에 비해 과다한 일용근로자를 우선 해고조치” 를 한 경우,²⁶⁾ “전혀 독립된 별개의 사업장으로 인식된 사업부 소속 근로자만을 대상” 으로 한 경우,²⁷⁾

“전직의 가능성이 비교적 어렵고 회사에 공헌도가 높은 장기근속자를 보호하고 단기근속자순으로 대상자 선정기준을 정하였고 단기근속자를 선정함에 있어서도 해외취업후 재입사한 사람의 입사일을 모두 최초 입사일을 기준으로 환원하여 이에 따라 단기근속자를 선정” 한 경우,²⁸⁾ “업무상 능숙한 영어구사능력이 요청되는 업무에서의 영어구사능력이 없는 자를 해고대상” 으로 한 경우,²⁹⁾ “사무직 사원의 경우 경리직·자재직 사원보다는 전문성이 덜한 총무직 사원, 기술직 사원의 경우 기술면허를 가지지 아니한 자를 우선 대상” 으로 하는 경우,³⁰⁾ 근무능력과 관련하여 “평소근무성적, 상벌관계, 경력, 기능의 숙련도 등을 해고선발 기준” 으로 삼은 경우³¹⁾ 등과 같이 개별적인 사안 위주로 선정기준의 합리성을 인정하고 있다. 이러한 관점은 역으로 해고대상자 선정의 합리성을 부인한 판례에서도 드러나는데, 그 예로 “장기근속자를 우선 대상” 으로 삼은 경우,³²⁾ “근속연수가 짧은 순으로 한다는 단체협약에서 정하여진 선정기준에 따르지 아니” 한 경우,³³⁾ “정년에 가까운 자를 우선 대상” 으로 하거나³⁴⁾ “주소지가 일정 행정구역을 벗어남을 이유” 로 하는 경우에는³⁵⁾ 합리성이 결여된 것으로 판단되었다.

그밖에 해고대상자 선정기준과 관련하여 종합적인 판단기준을 예시한 경우도 있는데, 예컨대 근로자의 연령·가족상황·근속연수·가족의 수입 및 재산상황·건강상태·유책성 등 근로자의 주관적 사정을 고려할 것을 요구한 중노위의 재결례와³⁶⁾ 상대적으로 사회적·경제적 약자에 해당하여 더욱 보호받아야 할 근로자순으로 해고대상자에서 제외하는 방법에 의한 선별기준을 제시한 판례가³⁷⁾ 있다.

이상에서 살펴본 판례에서의 합리적이고도 공정한 해고대상자 선정기준은 크게 사회적·경제적으로 약자인 근로자보호의 관점에서 제시되는 기준과 사용자 또는 기업의 관점에서 필요로 하는 업무능력 위주로 판단하는 기준 등이 고려되고 있으나, 양자간의 우선고려 순위에 대해서는 일반원칙을 제시함이 없이 사안별로 판단하고 있다. 이 중에서도 서울민사지방법원(서울민지판 1995.12.15. 94가합10586)의 판결은 비록 하급심이라 하더라도 공정하고도 합리적인 선별기준에 대해 종합적이며 구체적인 기준을 다음과 예시하고 있다. 즉, “첫째, 해고대상자를 선별함에 있어서는 감원의 원인이 된 경영합리화 조치로 폐지되는 직무기능과 그 직급이나 직책의 성질 및 임금수준상 상호대체가 가능할 정도로 동일하거나 유사한 직무에 종사하고 있는 근로자들만을 선별의 대상으로 삼아야 할 것이다. 둘째, 정리해고의

경우 근로자의 일신상·형태상의 사유가 아닌 사용자측의 경영상 필요로 해고가 이루어지는 것이므로 연령·근속기간·부양의무의 유무·재산·건강상태 등 근로자 각자의 주관적 사정을 기초로 그 사회적 위치를 살펴 상대적으로 사회적 보호를 덜 필요로 하는 기초로 그 사회적 위치를 살펴 상대적으로 사회적 보호를 덜 필요로 하는 근로자들로부터 해고를 하여야 하고, 근무성적·업무능력 등 사용자측의 이해관계와 관련된 사정 등을 부차적으로 고려되어야 할 것이다”. 동 판례가 제시한 판단기준이 대법원에서도 수용될지는 아직 미지수이나 근로자 또는 사회적 관점을 우선순위로 하면서 사용자의 관점을 부가적으로 고려할 것을 명시하였다는 점에서 의의가 크다 하겠다.

5) 근로자대표와의 성실한 협의

경영상 해고에 정당성을 인정하기 위하여 판례가 제시한 마지막 요건은 해고회피노력과 해고대상자 선정기준에 대한 근로자대표와의 성실한 협의를 거쳐야 한다는 것이다. 근로자대표와 성실한 협의를 거쳐야 하는 이유에 대해서 판례가 명시적으로 밝히고 있지는 아니하나 경영상 원인에 의하여 근로자에게 원인이 없음에도 불구하고 해고가 인정되는 것이므로 사용자로 하여금 적어도 그 기준의 설정과 방법에 대해서 근로자 개인이 아닌 근로자대표와 성실한 협의를 거치도록 함으로써 노동조합의 단체교섭권 보장이나 근로규약(취업규칙)의 상대방 보호라는 관점³⁸⁾에서 사용자의 자의적인 결정을 막고 최소한도에서 근로자의 이익을 반영케 하고자 하기 위함이라 할 것이다. 이러한 취지에서 판례는 협의목적을 충분히 달성할 수 있는 경우라면 굳이 형식적으로 근로자대표와의 협의라는 과정을 거치지 아니한 경우라 하더라도 협의절차를 이행한 것으로 보고 있다. 즉, “회사가 조합원이 아닌 정리해고 대상자들과 해고에 앞서 성실한 협의를 거치지 않았다 하더라도 조합원들을 대표한 노동조합과 협의를 거쳤으며, 나머지 요건을 충족시키는 경우에는 회사가 사전 협의를 거치지 않았다 하더라도 전체적으로 고려하여 보면 유효하다”고 판단하였다.³⁹⁾ 그리고 근로자대표에 대해서는 노동조합⁴⁰⁾ 이외에도 노사협의회의 협의도 인정하고 있다.⁴¹⁾ 따라서 당해 사업장에 노동조합이 없는 경우라도 근로자측과의 협의는 반드시 있어야 정당하다고 한중노위의 재결례도 있다.⁴²⁾ 그러나 “정리해고 며칠전 정리해고 사실을 통보만 받”은 경우,⁴³⁾ “정리해고하기 이전에 근로자측과 단 1회의 면담을 가진” 경우⁴⁴⁾에는 근로자대표와의 성실한 협의요건을 갖추지 못한 것으로 판단하였다.

2. 판례를 통해서 본 경영상 해고의 특징과 평가

기존의 판례는 경영상 해고에 관한 명문의 규정이 처음으로 입법화된 1997년 3월 13일 이전에 이루어진 것으로 그 요건의 적용과 운영에 있어서는 다음 몇가지 점에서 특징을 지니고 있다. 먼저, 경영상 해고에 관하여 1997년 이전 명문의 규정이 없었던 상황에서 판례가 그 내용과 요건 등을 만들었다는 점이다. 구근로기준법 제27조는 단지 정당한 이유 없이 근로자에 대해 해고 등을 할 수 없음을 규정하고 있었을 뿐이었고, 동 조의 의미를 해석함에 있어서 근로자의 일신상의 사유에 의한 정당한 해고와 형태상의 사유에 의한 정당한 해고 이외에도 긴박한 경영상의 사유에 의한 해고도 정당성의 요건을 갖추는 한 동 조에 포함되는 것으로 본 학설의 입장에 따라 판례도 경영상 해고를 제27조를 통하여 구성하였던 것이다. 이러한 판례의 태도는 1997년 3월 개정법에서 경영상 해고를 독립조항으로 명문규정화(제27조의 3)함과 동시에 부칙 제1조에서 동 조의 시행을 2년간 유예하면서 해석상의 논란의 소지를 만들었다. 한 견해에⁴⁵⁾ 의하면 경영상 해고는 제27조의 3에 별도로 규정을 둬으로써 제27조의 적용대상에서 배제되었고 나아가 부칙에 따라 제27조의 3의 적용이 2년간 유예되었으므로 유예기간 동안 경영상 해고는 실시할 수 없는 것으로 해석하였다. 이에 반해 다른 견해는⁴⁶⁾ 2년간 유예된 것은 제27조의 3이므로 유예기간 동안은 기존의 판례의 입장에 따라 제27조가 계속 적용되어 경영상 해고가 실시될 수 있다는 견해가 있었다. 이러한 해석상의 논란은 경영상 해고 제도에 대한 본질을 근로기준법의 체계론과 제대로 비교·분석함이 없이 이루어진 판례의 태도에 일응 그 원인이 있는 것이다. 왜냐하면 경영상 해고는 일반해고와는 그 본질과 내용을 달리하는 것이기 때문이다. 즉, 일반해고는 사용자의 해고권을 제한하기 위하여 근로자에게 근로관계의 종료 원인이 주어졌을

때만 사용자의 해지권을 인정하려는 데에 근본취지를 두고 있는 것임에 반하여, 경영상 해고는 근로자의 사유가 주어지지 않음에도 불구하고 사용자에게 근로관계의 해지권을 인정하려는 제도이다. 그러므로 양 해고 제도의 성격과 구성 내용은 각각의 취지에 따라 서로 상이한 것이었다. 이러한 차이점에도 불구하고 애초에 판례가 구근기법 제27조의 유추해석을 통해 처리하고자 한 것은 불합리한 것이다. 다만, 초기의 판례가 제27조를 유추해석하여 판단한 데에 대해서는 근기법의 목적성에 비추어 결과론적으로 체계의 형식성을 그나마 갖출 수 있었다. 근기법의 목적은 근로자보호를 위한 최저조건을 법정화하는 것이어서 비록 일반해고와 경영상 해고가 그 성질을 달리하는 것이어도 근기법 제2조의 취지에 따라 경영상 해고를 하지 않을 경우 다수의 근로자의 직장 상실을 명백히 초래할 경우에는 비례성 원칙의 견지에서 경영상 해고는 제27조의 형식성에 연계될 수 있었기 때문이다.⁴⁷⁾ 그러나 이와 같은 형식적 연결점마저도 판례가 긴박한 경영상의 필요에 대한 요건을 고도의 도산에 이르는 위험성으로부터 완화하여 누적된 경영적자가 있거나 그럴 가능성이 있는 경우에도 기업이 존립보호 차원에서 경영합리화 등을 긴박한 경영상의 필요성으로 인정하면서부터 약화되기 시작하였다. 즉, 다수근로자의 보호라는 관점에서 비롯하는 비례성의 각도가 약화되면서 일반해고와의 형식성의 관점에서조차 점차 멀어짐과 더불어 근기법의 목적성에 연결될 수 있었던 고리마저 반비례적으로 상실하게 된 것이었다. 그러므로 긴박한 경영상의 요건을 완화한 이후 경영상 해고는 본질상 더 이상 제27조의 해석론으로 포섭할 수 없다. 이는 사실상 판례의 법형성적 작용의 일환으로 보아야 한다. 그러므로 이후의 판례는 제27조의 일반해고와 이에 포섭하지 아니하는 판례에 의해 형성된 경영상 해고로 완전히 분리된 것으로 보아야 하며 이런 와중에 1997년 근기법 개정의 의해 판례가 형성한 요건의 개정이 이루어진 것으로 보아야 한다. 따라서 부칙에 의해 적용이 2년간 유예된 것은 개정되었던 제27조의 3의 규정에 따른 해고 제도의 요건에 대한 것이며, 유예기간 동안에는 판례에 의해 형성된 요건이 계속 적용되는 것으로 봄이 타당하였던 것이다. 이와 더불어 재차 문제로 제기되는 것은 경영상 해고를 근로기준법 내에 규정을 두는 것이 과연 합체계적일 수 있느냐이다. 경영상 해고 제도를 1997년 개정법 이래로 일반해고와 분리시키면서 어느 정도의 체계적인 모습을 갖추었지만 경영상 해고 제도가 갖는 앞으로의 방향성에 비추어 볼 때 이것으로 합체계성을 계속 유지할 가능성에 대해서는 의문이다. 왜냐하면 긴박한 경영상의 필요요건에 대해 판례가 계속적으로 ‘기업의 존립보호’ 라는 틀 속에서 운영될지는 미지수이며, 장차 노동환경의 변화에 따라 바뀌게 될 가능성은 충분히 있기 때문이다. 현재의 요건보다 더 탄력적으로 운영되는 경우에는 더 이상 현재의 근기법의 목적과 체계 내에 두는 것은 타당할 수 없게 될 것이다. 이는 항을 바꾸어 설명하고자 한다.

둘째, 첫 번째 언급한 바와 연결되는 것으로 긴박한 경영상의 필요성에 대한 판단과 관련하여 판례의 태도 변화이다. 판례가 긴박한 경영상의 필요요건을 판단함에 있어 그 요건을 엄격론에서 완화론으로 변경하였음은 일반적으로 인정되고 있다. 이렇게 요건의 의미를 완화하면서 판례는 긴박한 경영상의 필요성을 다른 개념으로 대체하여 판단하고 있는바, 긴박한 경영상의 필요가 주어졌느냐의 여부를 객관적으로 보아 인위 감축의 합리성이 인정되느냐의 여부로 판단하고자 하는 개념의 전환이 그것이다.⁴⁸⁾ 전환된 개념표시지로서 긴박한 경영상의 필요성을 판단함에 있어서 판례는 앞으로 예상되는 경영악화를 예방하기 위한 경우에도 그 가능성을 조심스럽게 열어두고 있는 반면에, “회사의 누적적인 적자상태만으로는 긴박한 경영상이 필요성을 인정할 수 없고 적어도 적자상태가 만성적이고 앞으로도 계속 그러한 상태가 유지할 가능성이 있어야 급박한 경영상의 필요가 있는 것으로 볼 수 있다” 는 상대적인 엄격론도 사안에 따라서는 보여주고 있다. 결국 판례는 긴박한 경영상의 필요성을 객관적으로 보아 인위감축의 합리성이 있는 경우라는 대체개념을 사용함으로써 그 내용을 좀더 구체적으로 명확하게 제시하였다기보다는 동의 반복적인 개방적 가치개념으로 대체시켰을 뿐이다. 어느 경우나 앞으로 학설과 판례가 보충해야 할 내용들이지만 판례의 입장에서는 구체적 사안의 타당성뿐만 아니라 일반적인 기준으로서의 예견 가능성을 가질 수 있도록 운영되는 것이 필요하다. 이와 더불어 비록 하급심의 판례이며 또한 직접적이 아닌 방론적(*obita dictum*)으로 언급한 것이지만 긴박한 경영상의 필요요건의 앞으로의 경향성과 관련해서 주목할 것으로 다음의 것이⁴⁹⁾ 있다. 즉, “해고대상자를 선별함에 있어서는 감원의 원인이된 경영합리화 조치로 폐지되는 직무기능과 그 직급이나 직책의 성질 및 임금수준상 상호대체가 가능할 정도로 동일하거나 유사한 직무에

중사하고 있는 근로자들만을 선별의 대상”으로 삼아야 한다고 판단함에 있어서 중요하게 지적될 수 있는 의미는 경영합리화 조치→직무의 폐지→감원이라는 관련성이다. 이러한 등식관계는 기업의 존립이라는 관점에서의 긴박한 경영상 필요의 경우에도 적용될 여지는 있으나, 이 경우에는 경영합리화 조치에 대한 판단에 중심이 놓여져 구체적 직무의 폐지가 차지하는 비중이 약하지만 경영합리화 조치의 의미에 대해 운용의 폭을 넓히면 넓힐수록 그 판단 중심이 구체적인 직무의 폐지로 넘어가게 된다는 점이다. 특히 장차 예견되는 경영악화를 방지하기 위한 경우에도 경영상 해고의 실질적 요건을 갖추는 것으로 확장될 가능성을 조심스럽게 내비추고 있는 판례의 태도에서 앞으로의 추이 가능성을 예견할 수 있는 단서를 찾아볼 수 있다.

셋째, 기존의 판례가 경영상 해고에 대한 요건을 현재의 입법규정과 비교할 때 각 요건론의 내용과 운영에서 차이가 나는 것을 알 수 있다. 먼저 요건론이 내용 측면에서는 현행 법규정이 근로자대표(근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 노동조합)와의 성실한 협의를 요구하고 있는 반면에 기존의 판례는(해고) 근로자와의 성실한 협의⁵⁰⁾ 또는 노동조합과 근로자측과의 성실한 협의를⁵¹⁾ 요구하기도 하였다. 이러한 판례의 태도는 요건의 명확성이라는 견지에서 비판의 대상으로 될 수 있지만, 경영상 해고의 네 가지 요건을 운용하는 과정에서 판례는 이들을 각각 독립된 요건으로 파악하지 아니하고 종합적으로 판단함으로써 요건의 불명확함에서 기인하는 부작용을 줄일 수 있었다. 예를 들어 경영상 해고의 실질적 요건이 충족되어 “해고의 실행이 시급하게 요청되고 한편 근로자들을 대표할 만한 노동조합 기타 근로자집단도 없고 취업규칙에도 그러한 협의조항이 없으며, 또 해고대상 근로자에 대하여는 해고 조치 이외에 마땅한 대안이 없는 경우에는 그 근로자와 협의 절차를 거친다고 하여도 별다른 효과를 기대할 수 없는 등 특별한 사정이 있는 때에는 사전협의절차를 거치지 아니하여도 무방한 것”으로 판단하였다.⁵²⁾ 이러한 경향은 더 나아가 다른 요건론과의 상호관련성에서도 찾아볼 수 있다. 예컨대 해고회피의무와 관련해서도 판례는 이를 위한 단계별 조치나 각 조치에 대한 구체적 내용에 대해 예시하는 바 없이 개별적 사안별로 사용자 조치를 전체적 관점에서 종합적으로 판단하거나,⁵³⁾ 해고대상자의 선정의 경우에도 고려될 기준에 대한 선후관계를 확정함이 없이 사안별로 보아 합리적인 경우를 판단대상으로 삼고 있었다.⁵⁴⁾ 이와 같은 판례의 4요건론이 탄력적인 운영방식은 구체적 사안별로 적절한 해결책을 강구할 수 있다는 관점에서는 긍정적으로 소용될 여지가 있으나, 반면에 법원의 자의적인 판단과 법규범이 가져야 하는 일반예방적 견지에서 법적 안정성을 저해할 수 있다는 비판은 면할 수 없을 것이다. 현행법하에서는 경영상 해고의 요건 각각이 독립적으로 규정되어 있어 형식적인 절차에 대한 엄격적용이 강화되었다. 그러므로 법적 안정성 견지에서 기존의 판례에 대하여 가해질 수 있었던 지적들은 극복되었다고 할 수 있다.

마지막으로 제시될 수 있는 것으로는 판례가 경영상 해고의 요건을 4요건론으로 제시함으로써 경영상 해고에 대한 본질을 분명하게 드러내지 못하였다는 점이다. 경영상 해고의 4요건은 크게 두 가지 범주로 나누어 구성할 수 있다. 그 하나는 실질적 요건의 판단에 관한 것이며, 다른 하나는 형식적 요건의 판단에 관한 것이다. 물론 판례도 긴박한 경영상의 필요성 요건을 ‘실질적 요건’이라는 측면에서 이해하고 언급하기도 하지만,⁵⁵⁾ 기본적으로는 4요건을 병렬적 입장에서 접근·이해하고 있다. 아래에서 후술하는 바와⁵⁶⁾ 같이 경영상 해고가 그 본질에 있어서 사용자의 경영사항에 대한 결정의 자유와 근로자보호라는 두 개의 기본관점이 상호충돌하는 교차점에 위치하고 있는 제도라면 그 요건의 구성은 실질적인 측면과 절차적인 측면으로 범주화하여 이해하는 것이 필요하다. 왜냐하면 실질적 측면이 바로 사용자의 경영상의 결정권한에 관련된 판단 문제라면 절차적 측면은 사용자의 그러한 결정권한에 근로자측의 이익을 어느 정도 그리고 어떻게 반영할 것인가에 관한 문제이기 때문이다. 이렇게 이해할 경우 평면적으로 분류하는 4요건론과는 각각의 의미와 내용에 있어서 다른 분석이 가능하기 때문이다.⁵⁷⁾

주석 1) 대판 1989.5.23. 87다카2132; 대판 1990.3.13. 89다카2132.

주석 2) 대판 1995.12.22. 94다52119.

주석 3) 대판 1995.12.5. 94누15783.

- 주석 4) 대판 1991.2.19. 90누4433.
주석 5) 대판 1994.6.14. 93다48823.
주석 6) 대판 1992.3.10. 91다27334; 대판 1995.12.22. 94다52119; 1996.8.23. 96다197.
주석 7) 대판 1995.12.22. 94다52119.
주석 8) 대판 1990.1.12. 88다카34094. 또한 대판 ‘1990.1.12. 88다카34094 참조.
주석 9) 대판 1994.6.14. 93다48823.
주석 10) 대판 1995.12.22. 94다52119.
주석 11) 대판 1992.5.12. 90누9421.
주석 12) 서울고판 1996.5.6. 95구19784.
- 주석 13) 대판 1996.12.4. 94누15783.
주석 14) 대판 1993.1.26. 92누3076.
주석 15) 대판 1989.5.23. 87다카2132.
주석 16) 대판 1995.11.24. 94누10931.
- 주석 17) 대판 1995.11.24. 94누10931.
주석 18) 대판 1992.3.10. 91다27334; 대판 1996.8.23. 96다19796; 대판 1996.10.29. 96다22198 참조.
주석 19) 인천민지판 1994.9.27. 93가합18675.
주석 20) 중노위 1990.12.3. 90부해113.
- 주석 21) 중노위 1994.4.6. 93부해310.
주석 22) 대판 1993.11.23. 92다34858. “동절기 인원감축이 예견되는 상황에서 작업방식 개선을 통한 합리적인 인원감축을 유도하지 못 경우” 에 해고회피노력을 부인한 중노위 재결례 또한 위와 같은 취지에서 이해할 수 있다(중노위 1995.1.11. 94부해317). 이 밖에도 접대비절약 등을 해고에 우선하여 고려하여야 한다고 판시한 경우로는 대판 1995.11.24. 94누10931 참조.
주석 23) 중노위 1997.6.12. 97부해21.
주석 24) 대판 1993.12.28. 92다34858.
주석 25) 대판 1987.4.28. 86다카1873.
- 주석 26) 대판 1996.4.6. 96도204.
주석 27) 대판 1994.5.10. 93다4892.
주석 28) 서울고판 1996.5.9. 95구19784. 근속기간이 짧은 자를 우선적으로 해고하면서 기술을 가진 자를 제외한 경우에 합리적 선정을 인정한 예로서는 중노위 1991.5.15. 91부해23 참조.
주석 29) 대판 1996.12.5. 94누15783.
주석 30) 대판 1992.11.10. 91다19463.
주석 31) 1987.5.12. 86누690. 인사고과상 직급별 순위 중 최하위자를 해고자로 선정한 경우에 합리성을 인정한 중노위 결정례로는 1994.4.6. 93부해310.
주석 32) 대판 1993.12.28. 92다34858
- 주석 33) 대판 1993.11.23. 92다12285.
주석 34) 중노위 1995.1.11. 94부해317.
주석 35) 중노위 1996.8.24. 96부해117.
주석 36) 중노위 1997.6.21. 97부해21.
주석 37) 서울민지판 1995.12.15. 94가합10586.
- 주석 38) 대판 1992.11.10 91다19463.
주석 39) 대판 1992.8.14. 92나16973.
주석 40) 중노위 1996.12.17. 96부해174. 96부해217 참조.
주석 41) 서울고법 1996.5.9. 95구19784; 중노위 1990.9.20. 90부해74.

주석 42) 중노위 1995.1.11. 94부해317 참조.
주석 43) 중노위 1995.2.13. 94부해312.
주석 44) 중노위 1997.7.23. 97부해116.
주석 45) 주로 노동계에서 이와 같은 주장을 전개하였다.

주석 46) 경영계와 노동부가 이러한 입장을 취하였다.
주석 47) 자세한 내용은 拙稿, 「‘경영상 이유에 의한 고용조정’의 기초 및 그 절차와 관련한 몇가지 검토」, 『노동법학』, 제7호, 1997. 291쪽 이하 참조.

주석 48) 이에 대해서는 후술하는 제2장 III. 2, 제3장 II. 2 참조.
주석 49) 서울민지판 1995.12.15. 94가합10586.

주석 50) 대판 1992.8.14. 92다16973.
주석 51) 대판 1989.5.23. 87다카2132; 대판 1990.3.13. 80다카24445.
주석 52) 대판 1992.11.10. 91다19463.
주석 53) 대판 1995.12.5. 95누15783; 대판 1995.12.22. 94다52119.
주석 54) 대판 1992.11.10. 91다19463. 서울고판 1996.5.9. 95구19784 및 서울민지판 1995.12.15. 94가합10586 비교검토.

주석 55) 대판 1992.11.10. 91다19463.
주석 56) 후술하는 제3장 II. 1. 1) 참조.
주석 57) 후술하는 제3장 II. 1. 2) 참조.

II. 비교법적 고찰

1. ‘경영상의 사유에 의한 해고’에 관한 ILO와 EU의 협약 및 지침

1) ILO의 권고 및 협약¹⁾ 내용

ILO는 1963년 총회에서 채택한 「고용종료에 관한 권고(제119호)」에서 경영상의 사유에 의한 해고의 일반적·실체적 기준을 처음으로 제시하였다. 동 권고의 제3장에서는 경영상의 해고에 대한 절차적 규정으로 해고회피를 위한 적극적 조치(제12조), 근로자대표와의 사전협의(제13조), 권한있는 행정관청에의 통지(제14조), 해고대상자의 선발기준의 확정(제15조), 해고근로자의 재고용 우선권 보장(제16조), 해고근로자의 재취업을 위한 국가기관의 충분한 조치(제17조) 등을 두었다. 이 권고는 그 후 각국의 입법에 많은 영향을 미쳤으며, 1982년에는 제158호의 협약)(「사용자 주도에 의한 고용종료에 관한 협약」 및 제166호의 권고(「사용자 주도에 의한 고용종료의 권고」)로 발전·계승되었다.

제158호의 협약 제3장에서는 경제적·기술적·구조적 또는 이와 유사한 사유로 인한 고용종료에 관한 보충규정을 설정하면서, 근로자대표와의 협의에 관한 사항과(제6조) 권한있는 기관에 대한 통지의무(제7조)에 관한 규정을 두고 있다. 근로자대표와의 협의에 관해서는 사용자가 경제적·기술적·구조적 또는 이와 유사한 이유로 인한 고용종료를 고려하는 경우에는, 고용종료와 관련된 이유를 포함한 전반적인 자료를 근로자대표에게 제공할 것과, 당해 종료를 회피하거나 또는 최소화시키기 위하여 취한 조치 등에 관하여 근로자대표와 가능한 한 빠른 시일내에 협의할 기회를 부여할 것을 규정하고 있다. 그리고 권한있는 기관에의 통지와 관련해서는 경제적·기술적·구조적 또는 이와 유사한 이유로 인하여 사용자가 고용종료를 고려하는 경우 가장 빠른 시일내에 권한있는 기관에 고용종료의 이유, 이에 영향을 받을 근로자의 종류 및 수 그리고 당해 고용종료가 수행되는 기간 등 관련 정보를 포함하여 통지하도록 규정하고

있다.

제166호 권고에서는, 사용자는 고용관계의 종료를 수반하기 쉬운 생산·계획·조직·구조 또는 기술상의 중요한 변경을 하고자 할 경우에는 그러한 변경에 의하여 근로자에게 발생할 수 있는 불리한 영향을 회피 또는 경감하기 위한 조치에 관하여 가능한 한 빠른 시일내에 관련 근로자대표와 협의하여야 하고(제20조 제1항), 관련 근로자대표가 이 협의에 효과적으로 참여하도록 하기 위하여 사용자는 관련 정보를 걱정할 시기에 제공하여야 한다. 또한 사용자가 실시하는 해고가 특정 경제활동부문의 노동력 상황에 중대한 영향을 미칠 정도로 대규모인 경우에는 이를 권한있는 행정관청에 통보해야 하며(제14조), 통보받은 행정관청은 경제적·기술적·구조적 또는 이와 유사한 이유에 의한 고용종료의 경우에는 가능한 한 노사의 협력을 기초로 직업훈련을 실시하여 적절한 배치전환이 이루어지도록 국내 조건에 맞는 조치를 채택하고 이를 촉진할 것(제25조 제1항)을 규정하고 있다. 행정관청은 이를 위하여 직업훈련 기간중의 소득보장과 훈련비용, 주거의 변경을 요하는 고용과 관련된 비용의 지원을 위한 재원을 국내 법령 및 관행에 따라 제공할 것을 고려하여야 한다고 규정하였다.

2) 경영상의 필요에 의한 해고와 관련한 유럽연합의 지침

유럽연합은 대량해고와 관련하여 회원국의 내국법규정을 상호 조정·정비할 것을 목적으로 하는 지침을 1975년 발하였다(Richtlinie des Rates 75/129/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassung).²⁾ 동 지침은 유럽경제공동

체 건설을 위한 협약 제100조에 근거하여 경제적·사회적 발전의 필요성을 고려하면서 대량해고시 근로자의 보호를 강화해야 한다는 취지에 기초하고 있다.

동 지침에서는 우선 규율대상이 되는 대량해고를 다음과 같이 정의하였다. 즉, 대량해고라 함은 사용자가 근로자 자신의 사유에 기인하지 않는 하나 또는 다수의 원인에 기하여 실시하는 해고로서, 회원국의 선택에 따라 30일이내에 20명 이상 100명 이하의 근로자를 고용하고 있는 사업장의 경우 10명 이상, 100명 이상 300명 미만의 사업장에서의 경우에는 100분의 10 이상의 근로자, 그리고 300명 이상의 근로자를 고용하는 사업장에서는 30명 이상의 근로자를 해고하는 경우로 하든지, 혹은 당해 사업장에 얼마의 근로자가 종사하는지 그 수와는 관계없이 90일 이내 20명 이상의 근로자가 해고되는 경우를 의미하는 것으로 할 수 있도록 규정하였다(제1항 a). 그러나 기간의 정함이 있는 근로자로서 해고가 계약의 이행의 완료 내지는 이행 이전에 행해지는 경우와 공법상의 기관과 근로계약 관계를 체결하고 있는 근로자 및 승선하고 있는 선원의 경우 내지는 사업의 종료가 법원의 판결에 의하여 이루어지게 되는 경우에 그 사업에 종사하던 근로자에 대해서는 동 지침이 적용되지 아니하였다(제2항).

제2조에서는 제1조에서 규정한 해고를 실시하고자 하는 사용자로 하여금 근로자대표와 협의를 하도록 하였는데(제1항) 이때의 근로자대표는 회원국가의 법규정 내지는 노사관행에 의하여 정하도록 하였다(제1조 제1항 b문). 또한 그 협의절차는 대량해고를 회피하거나 또는 대량해고의 결과에 따른 충격을 완화시키기 위한 가능성이 모색될 수 있을 정도이어야 한다(제2조 제2항). 사용자는 근로자대표에게 건설적인 제안을 할 수 있도록 하기 위하여 해고의 원인, 해고될 근로자의 수, 통상 고용 될 근로자의 수 그리고 해고가 실시되는 기간 등에 관한 정보를 서면으로 제공해야 하며(제2조 제3항; 제3조 제2항), 사용자는 이 서면통지 내용들을 관할관청에도 제출하여야 한다(제2조 제3항 2문; 제3조 제1항). 그리고 행정관청에 신고된 대량해고는 행정관청에 신고된 날로부터 30일이 지나야 유효하게 실시할 수 있으나, 회원국은 그 기간을 단축할 수 있는 가능성을 관할 행정관청에게 부여할 수 있다(제4조 제1항). 해당 행정관청은 이 기간을 이용해서 대량해고에 따른 문제의 해결책을 풀어내는 수단으로 활용할 수 있어야 하며, 이를 위해서는 그 기간에 대해 달리 정할 수도 있다.

이와 같은 1975년의 지침에는 대량해고의 개념과 이에 해당하는 해고근로자의 수의 법정화, 그리고 노사간의 협의절차에 관한 규정을 두었지만, 궁극적으로 핵심이 되는 내용들 즉, 대량해고의 정당한 원인으로 될 수 있는 사유, 사용자의 해고회피노력, 해고대상자 선발, 구체적인 근로자대표가 누구이며, 어떠한 협의절차를 거쳐야 할 것인가 등에 대해서는 규정을 두지 않았다. 이는 회원각국이 처한 상황과 각자가 경영상의 사유에 의한 해고를 바라보는 시각에 차이가 있기 때문에 쉽사리 합의점을 찾아낼 수 없었다는 점에 기인한다.

1975년의 지침은 1989년 「근로자의 사회적 기본권의 共同體憲章」(Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 09. 12. 1989)의 체결로 보완되게 되었다. 동 헌장은 유럽공동체의 단일시장으로의 완성 과정에서 사회적 문제에 대한 기본원칙을 정립하기 위하여 마련된 것이다. 즉, 유럽공동체의 단일시장 건설은 사회적 영역에서 모든 회원국의 근로자의 지위향상을 도모하여야 한다는 명제하에서, 사회문제에 대한 인식을 경제적 문제와 같은 수준에 두려는 목적에서 제정되었다. 즉, 유럽공동체의 단일시장의 실현은 고용창출의 적절한 수단일 뿐만 아니라 공동체의 최상의 복지를 보장해 주는 수단으로 간주하면서, 따라서 사회적 합의는 경제발전의 본질적인 전제가 된다는 인식에 기초하는 것이다. 동 헌장은 ‘근로자의 사회적 기본권’이라는 표제하에서 거주이전, 취업과 임금, 생활 및 노동조건, 향상의 사회적 보호, 단결의 자유와 단체교섭, 직업훈련, 남녀평등, 근로자의 청취 및 협력, 노동환경의 안전과 보건, 연소자보호, 노령자, 장애자 등의 세부적 표제로 나누어 각각의 선언적 규정을 담고 있다. 이 중에서 생활 및 노동조건 향상의 표제하에 있는 제7의 항목에서는, 예컨대 파산과 대량해고 때의 절차에서처럼 노동법의 일정한 영역들이 입안되어야 함을 촉구하고 있으며, 근로자의 청취 및 협력에 관한 표제하의 제17호 및 제18호에서는 기술변화의 도입, 기업의 구조조정·합병 등으로 고용에 변화를 초래하는 경우 또는 대량해고시 적절한 시점에 근로자에 대한 보고·협력이 이루어져야 함을 선언하고 있다. 이와 같은 기본권의 공동체헌장 규정에 따라 1975년의 지침의 변경이 1992년에 이루어지게 되었다. 1992년개정(정확하게는 「대량해고와 관련한 회원국 법규정의 조정 및 준비를 위한 1975년 지침(75/129/EWG)의 변경을 위한 1992년6월24일의 지침」(92/56/EWG)) 협약에서는, 1975년 지침 제1조 제1항 a와 관련하여 근로자의 일신에 기하지 않은 원인(들)에 기하여 사용자에게 의해 행하여진 해고로서 그 수가 최소한 5명 이상이 될 경우에는 모두 대량해고에 해당하는 것으로 수정하였다(제1조). 그리고 제2조를 통해 규정하였던 ‘협의’의 표제명은 ‘정보와 협의’라는 표제어로 고침과 동시에 그 내용을 대폭 보완했다. 1992년 지침 제2조 제1항은 1975년 제2조 제1항의 내용을 그대로 이어받았으나, 제2항에서는 협의절차가 가지는 모색 가능성의 영역에 해고근로자의 다른 형태로 사용하거나 직업훈련을 위한 보조를 목적으로 하는 사회적 유인시책을 통해서도 추구할 것을 아울러 추가하였다(제2조 제2항 1문 후단). 그리고 전문가(Sachverständigen)로서 근로자대표를 협의절차에 참여케 하는 문제는 회원국 각자가 자국의 법규정으로 정할 수 있도록 하였다(제2조 제2항 2문). 사용자가 근로자대표에게 적절한 시점에 통지해 주어야 할 내용과 관련하여 1992년 지침은 1975년의 지침에 비해 해고될 근로자의 숫자뿐만 아니라 그 범주에 관해서도(제2조 제3항 b) ii) iii)) 그리고 해고대상자의 선발기준에 대해서도 통지할 것(제2조 제3항 b) v))을 부가하였다. 나아가 1975년 지침에 비해 주목할 새로운 내용은 제2조의 통지 및 협의와 관련한 의무는 대량해고가 당해 사업의 사용자의 결정에 따라 이루어지는 것인지 혹은 그 사용자를 지배하는 기업의 결정에 의한 것인지는 관계없다는 것이다(제2조 제4항 1문). 또한 회원국은 근로자대표 또는 근로자가 지침에서 정한 의무를 관철하게 할 수 있는 행정적·사법적 절차를 마련할 것을 또한 규정하고 있다(제5조 a).

이상과 같은 유럽공동체의 지침은 각 회원국 상호간의 노동력 이동의 자유가 보장됨에 따라 대량해고시에도 동일한 요건과 절차가 적용될 수 있도록 각국의 입법을 정비함에 있어 공통의 기준을 마련함에 그 목적을 둔다. 그러나 동 지침을 총체적으로 평가하자면 대량해고의 의미를 근로관계가 종료되는 事由的인 측면에서 파악하기보다는 ‘일자리의 객관적 감축’이라는 객관적 사실에 기초하는 경향이 강하다. 또한 지침이 그 대상으로 삼는 부분은 단지 대량해고의 절차(협의절차)에 관한 부분으로 국한되어 있다는 점이다. 그리고 해고될 근로자의 수와 통상 고용되는 근로자의 수 그리고 그 범주를 밝히도록 하는 것은 경영의 투명성을 제고케 함과 동시에 사용자의 자의성을 배제할 수 있는 기능을 수행하는 것으로 평가된다. 그러나 동 지침이 갖는 실효성의 측면에서는 또한 여러 가지의 문제점을 안고 있다. 예컨대 근로자대표와의 협의에서 근로자 대표는 각국의 국내법에 따라 결정하게 되는데, 이 경우 독일은 강행법규로 정해 놓은 종업원평의회가 이 지위를 차지하므로 근로자대표와의 협의가 충실히 발현될 수 있지만, 영국의 경우에는 협의 상대방은 사용자가 인정한 노동조합을 인정해야 하는 제도로 운영되었으나, 그 이후에는 일정한 요건하에서 인정되어지는 법률규정이 없게 됨으로 인하여 협의할 근로자대표는 전적으로 사용자의 자의에 따라 결정되게 되었다.

요컨대 이처럼 동 지침이 보편적인 기준을 내세우지 못하는 취약한 상태에 머물 수밖에 없는 것은 경제적으로 민감한 사안인 대량해고에 대하여 각각의 제도와 환경이 다른 회원국간의 합의를 쉽게 이끌어낼 수 없다는 내재적인 한계를 반증하는 것이기도 하다.

2. 미국의 경영상 사유에 의한 해고의 기준과 절차

1) 고용 자유의 원칙(employment-at-will doctrine)

미국의 경우는 근로계약 관계 전반에 관하여 보통법(common law)의 원리가 그대로 적용된다. 즉, 기간의 약정이 없는 고용계약을 원칙적인 형태로 보면서, 사용자의 ‘고용 자유의 원칙’을 그 근간으로 삼고 있는바, 이 원칙에 따를 경우 사용자는 언제든지, 그리고 어떤 이유에 의해서든지 자유롭게 해고할 수 있는 것이다.³⁾ 그러나 이 원칙의 적용에는 현실적으로 많은 부작용이 따르게 되었고, 이에 따라 사용자의 자의적이며 부당한 해고를 방지하려는 움직임이 1940년대 후반부터 시작되었다.⁴⁾

미국의 경우 경영상의 사유에 의한 해고에 관해서는 별도의 법규정을 근거로 하는 것이 아니라 해고 제도의 일반 속에서 경제적 이유에 의한 해고의 경우로 다루고 있기 때문에 해고 제도의 논의를 통하여 경영상의 사유에 의한 해고문제를 이해할 수 있다.

2) 해고제한

미국의 경우 고용 자유의 원칙에 대한 제한은 세 가지 상이한 차원에서 이루어지고 있다. 그 중 하나는 보통법상의 계약법을 기초로 하여 발달된 제한방식⁵⁾ 및 불법행위의 이론으로 제한하는 방식이며, 다른 하나는 실정법규정에 따른 제한이며 마지막으로 단체협약에 의한 제한이 그것이다. 이하에서는 특히 해고의 제한과 관련하여서 설명하기로 한다.

(1) 계약법의 수정을 통한 해고제한의 법리

이는 계약위반을 이유로 하여 보통법상의 자유로운 해고에 대한 제한을 가하는 것으로서 ‘계약에 함축된 의사에 기한 제한’ (Implied contract)과, ‘상호 신뢰와 공정한 대우가 내재된 약속’ (Implied covenants of good faith and fair dealing)의 원리에 의해 이루어진다. ‘계약에 함축된 의사에 기한 제한’이란, 예컨대 사용자가 근로자를 채용할 때 구두 또는 정황적으로 해고의 기준을 약정하고 이를 위반하는 경우에는 계약파기에 따른 부당한 해고로 이해하는 원리이다. ‘상호 신뢰와 공정한 대우가 내재된 약속’의 원리란(주마다 다르게 운용되지만), 예컨대 고액의 계약을 성사시킬 때 사용자가 근로자에게 추가적인 특별보너스를 주기로 약정했음에도 불구하고 근로자에게 보너스를 주지 않을 목적으로 해고하는 경우,⁶⁾ 또는 사직서를 받는 조건으로 사용자가 추천서를 써주기로 하고서도 나중에 이행하지 않는 경우⁷⁾ 등을 계약위반에 따른 부당한 해고로 다루는 것이다.⁸⁾

한편 불법행위임을 이유로 한 해고의 제한⁹⁾은 공공정책의 시행 내지 실현과 관련하여 구성·발전되어져 왔다. 즉, 근로자가 공공정책상의 의무를 성실히 이행하는 것을 이유로 해고하거나, 사용자의 해고가 공공정책의 실현을 방해하는 결과를 야기하는 경우 등은 부당한 해고로서 제한하려는 것이다. 예컨대 배심원인 근로자가 배심원으로서의 활동을 하였음을 이유로 사용자가 해고하거나, 사용자와 근로자 사이에 점포의 안전에 관한 명백한 의사합치가 있지 아니한 경우에 점포가 절도당했다는 이유에서 근로자를 해고하는 경우,¹⁰⁾ 사용자의 불법행위를 고지하는 것을 이유로 해고하는 경우, 그리고 사용자의 불법적인 요구를 거절함으로써 해고의 불이익을 받는 경우 등이 이에 해당한다. 이들은 대체로 실정법을 통해 함께 규정되는 경우가 많다.¹¹⁾¹²⁾

(2) 실정법규정에 의한 해고제한

해고를 제한하는 실정법규정은 연방법 이외에도 각 주마다 상이한 법률을 제정하고 있으므로 통일적으로 검토하기란 매우 곤란하다. 다만 해고를 제한하는 주요한 연방법률을 예시하면 다음과 같다.

- 시민권리법 제7편(Titel VII of Civil Rights Act of 1964 amended 1981, 1985, 1991) : 이에 의하면 성·연령·민족·종교·국적·신체적 장애나 직무의 수행과 관련없는 장애와 같은 개인적인 특징을 이유로 하는 해고를 금지하고 있다.
- 소비자신용보호법(The Consumer Credit Protection Act of 1973) : 동법에서는 근로자의 임금이 압류되더라도 그것이 하나의 채무불 이행으로 말미암은 때에는 해고하는 것을 금지하고 있다.¹³⁾
- 근로자퇴직소득보장법(The Employee Retirement Income Security Act of 1974) : 곧 연금수혜권자가 될 근로자의 권리취득을 방해할 목적으로 해고하거나, 동 법에서 규정하고 있는 권리를 행사함을 이유로 해고하는 것을 금지하고 있다.
- 연방노동관계법(The National Labor Relation Act) : 동 법에서는 노동조합의 활동을 이유로 하는 해고를 규제함과 아울러, 임금·근로시간·노동환경에 대한 항의를 제기한 것을 이유로 근로자를 해고하는 것도 금지하고 있다.
- 배심원제도촉진법(The Jury System Improvements Act of 1978) : 동법은 배심원으로 활동하는 것을 이유로 한 해고를 금지하고 있다.

이밖에도 특정연령(40~70세)임을 이유로 하는 차별을 금지하는 1968년의 「연령차별금지법」(Age Discrimination in Employment Act), 전역군인의 복직권리를 보장한 1968년의 「총군사훈련법」(Universal Military Training and Service Act), 사용자의 법률위반행위의 신고를 이유로 보복해고조치들 단행한 경우 형사벌로 이를 금지하는 「공정근로기준법」(Fair Labor Standards Act)과 「산업안전위생법」(Occupational Safety and Health Act), 그리고 이 외에도 각 주별로 제정되어 있는 독자적인 법률들에 의해 고용 자유의 원칙은 제한받고 있다. 위에서 소개한 입법들이 해고의 제한을 직접적으로 다루지 않음에 비하여, 1980년대 이후에는 해고시에 정당한 사유로 해고를 제한하는 입법의 필요성에 대해 논의가 제기되면서, 1987년 몬타나 주에서는 부당해고법(Wrongful Discharge From Employment Act)이 제정되었다. 동법에서는 공공정책(public policy)에 반하는 사용자의 지시를 거부하거나 공공정책에 위반한 사용자의 행동을 신고한 것을 이유로 하는 보복적 해고, 정당한 사유 없이 해고 또는 사용자가 작성한 근로자의 대우에 관한 방침을 위반하여 행하는 해고 등을 부당한 해고로 규정하고 있는데, 특히 주목할 것은 두 번째 유형이다. 이때 정당한 이유(good cause)라 함은 “합리적인 직무에 관련한 해고사유로서, 충분한 직무능력이 결여되어 있거나 사용자의 업무를 저해하는 경우 또는 기타 정당한 업무상의 이유에 의한 경우”로 정의되어 있다. 부당한 해고를 규제하는 대신 부당해고시 사용자가 배상하여야 할 손해액은 4년을 상한으로 하는 임금 등의 일실급부로 한정하며, 사용자에게 가해지는 징벌적인 손해배상도 사용자의 사기 내지는 악의가 증명되는 경우에 한하여 인정되도록 제한하고 있다. 그러나 단체협약의 적용을 받는 근로자에게는 동 법이 적용되지 않는 것으로 하고 있다. 몬타나 주의 입법 외에도 1991년에는 통일주법위원 전국회의(National Commissioners on Uniform State Law)가 고용관계종료법(Employment Termination Act)에 관한 주 법의 모델을 제시하였는데, 이 모델에 의하면 결근이나 정상적인 수준 이하의 작업성과 같은 정당한 이유 없이 해고하는 것을 금지하고 있다. 즉, 이 모델은 첫째, 사용자의 고용 자유의 원칙(employment-at-will doctrine)을 배제하며, 둘째, 부당해고 당한 근로자는 복직하게 되거나 36개월간의 임금 등의 급여의 한도내에서 지급받을 수 있으며, 셋째, 노조원이나 임시직, 파트타임직, 계약직 근로자들에게는 그 적용을 배제하는 것 등을 주된 내용으로 하고 있다. 이 모델의 초점은 사용자와 근로자의 이익을 균형적으로 맞추는 데에 있으며, 사용자에게 더 이상 자의적인 해고를 행할 수 있는 지위를 인정하지 않으려는 데에 있다.

(3) 단체협약상 해고의 제한

미국의 경우는 법률에 의한 해고 규제가 불완전한 상태에 있기 때문에 다수의 노동조합들은 단체협약에 해고사유를 한정시킴으로써 직장의 보장을 실현하고자 하고 있다. 다시 말하면 단체협약상 해고에 관한 제한규정이 없는 한, 사용자는 위에서 살펴본 보통법의 수정이론과 실정법률에 위배되지 않는다면 자유로이 고용관계를 해지할 수 있는 것이다. 대부분 미국의 단체협약에는 “사용자는 정당한 이유 없이 해고할 수 없다”는 규정을 두고 있다.¹⁴⁾ 이때 정당한 이유(just cause, proper cause or good cause)에 대해서는 자세한 정의를 두고 있지 않다. 그러므로

정당한 이유에 대해 논란이 있는 경우 이는 단체협약의 적용문제로 귀결되기 때문에 통상 단체협약의 해석분쟁에 관한 임의중재에 맡겨진다.

중재에서 일반적으로 받아들여지는 정당한 이유는 근로자의 직무상의 행위(장기결근, 기계와 제품에 대한 손괴, 부정행위, 직장에서의 음주, 근로계약서의 허위 기재, 직장이탈, 직무상 지시의 불이행, 퇴직연령의 도달, 근무태만, 성추행, 절도 등)와 직무외의 행위(회사에 불명예를 초래하는 행위, 범죄 등) 등이 이에 해당한다.

근로자의 행태와 관련없는 경제적 이유에 따른 인원감축 등도 정당한 이유로 받아들여지고 있다. 경영상 이유에 의한 해고조치 자체에 대해서는 노동조합이 제한을 두지 않고 대체로 이를 수용하는 편이며, 오히려 이에 따른 절차에 보다 중점을 두는 것이 일반적이다. 이러한 절차는 일시해고(lay-off)와 선임권 제도의 설정으로 집약될 수 있다. 대체로 “노동력 수요의 감소가 발생하는 경우”(in the event of a reduction of the work force) 고용조정을 위한 일시해고가 고려된다. 일시해고는 신규채용의 금지, 초과근로시간 제한 등과 같은 여타의 다른 조치와 함께 고용조정 수단을 이루는 것이지만, 이들간에 선후가 정해져 있는 것은 아니다. 그러나 단체협약에 그 선후를 정할 수 있다.¹⁵⁾

일시해고에 있어 노동조합이 중요하게 여기는 것은 그 선발기준이다. 많은 경우에는 일시휴직자의 순위를 선임권 협약에 결정하도록 하고 있다. 선임권 협약이란 근속연수에 따라 이익관계를 조정하는 제도를 말한다. 다시 말하면 일시해고의 순서를 결정함에 선임권 제도를¹⁶⁾ 도입한다면 먼저 입사한 자가 나중에 일시해고 당하게 되며, 후일 인력을 보충하게 될 경우 일시해고된 근로자 중 먼저 입사한 자가 우선 재고용(recall)되게 된다. 이러한 선임권 제도에 따른 일시해고자의 순위결정은 연령을 이유로 하는 차별금지법(ADEA)에 저촉되지 않는 것으로 보나, 통상의 선임권 제도와는 정반대의 순위를 정하고 있는 협정 즉, 먼저 입사한 근로자를 우선하여 해고하는 협정은 동 법에 저촉되게 된다(sec 4 (f)(2))¹⁷⁾ 일시해고 대상자 선정시에 선임권 제도와 결부되어 시행되는 또 다른 중요한 제도로 대체항변권(bumping rights)을 들 수 있다. 이는 일시해고를 실시하는 경우에도 실제로 어떤 근로자가 일시해고되기 전까지 연쇄적인 작용에 의하여 일종의 배치전환을 통한 선임근로자의 보호를 말한다. 예컨대 부서의 선임권에 따른 대체항변권이 인정되어 있다면 작업의 감축에 의하여 일시해고 대상자로 된 크레인 기사는 선임순위에 있어서 자신보다 하위의 근로자가 고용되어 있는 일자리 중에서 자신이 취업할 수 있는 일자리에 취업할 수 있게 된다. 따라서 크레인 기사가 대체항변권을 행사하여 다른 크레인 부서의 하위 조수직을 희망하는 경우에는 원래의 조수직에 있는 근로자가 일시해고의 통지를 받게 되며, 원래의 조수는 자신의 선임권과 대체항변권에 근거해 그보다 더 하위에 있는 근로자에 대한 우선순위를 보장받게 되는 것이다.¹⁸⁾

3) 정리해고의 절차에 대한 제한

미국의 경우는 경영상의 필요에 따라 정리해고를 실시하고자 하는데 있어서 그 요건과 관련하여 특별한 명문규정을 두고 있지 않다. 그러므로 해고에 관한 일반원리에 따라 정리해고도 함께 판단하면 되는데, 단체협약상으로 해고를 제한하는 규정을 두는 경우에도 경영상의 필요에 의한 해고는 정당한 이유가 있는 것으로 보고 있다. 따라서 경영상 필요에 따라 해고를 실시하고자 하는 경우에는 그 요건과 관련해서는 제한을 받지 않고, 고용 자유의 원칙이 그대로 통용되는 것으로 볼 수 있다. 또한 위에서 살펴본 해고에 관한 일반적 제한사유들 역시 정리해고의 경우에도 그대로 적용되게 된다. 그러므로 비교법적으로 볼 때 미국의 경우 비교적 자유롭게 정리해고를 실시할 수 있는 것으로 평가된다.

그러나 근래에 와서는 대량해고에 대한 절차적 규제를 도입·강화하고 있는데, 1988년의 연방법인 「고용조정 및 재훈련 사전통지법」(Worker Adjustment and Retraining Notification Act, 이하 WARN법)이 그것이다.¹⁹⁾ 동 법은 임시근로자를 제외한 상시 100인 이상의 근로자를 고용하는 기업 또는 파트타임 근로자를 포함하여 100인 이상의 근로자를 고용하고 있는 기업으로 총근로시간이 주당 4,000시간 이상 되는 기업을 적용대상으로 하면서(제2조 (a)(1)), 이들 기업에 있어서 30일 이내 50인 이상의 정규근로자가 고용을 상실하는 사업폐쇄(plant closing)²⁰⁾ 발생하거나 또는 30일의 기간 동안 전체근로자의 33% 이상인 50인 이상의 근로자가 고용 상실되거나 혹은 500인 이상의 근로자에 대한 집단적 일시해고(mass layoff)가 발생하는 경우에

적용된다(제2조 (a)(3)). 이때의 고용의 상실이란 근로자 본인의 귀책사유 없이 발생하는 해고로서 임의퇴직,引退(정년퇴직), 6개월 이상 지속되는 일시해고 또는 6개월 이상의 기간에 걸쳐 근로시간이 반 이상으로 단축되는 경우를 포함하여 일컫는다(제2조 (a)(6)).

이상과 같은 대량해고의 경우에는 사용자는 영향을 받게 되는 근로자를 포섭하고 있는 교섭대표조합(교섭대표조합이 존재하지 않는 경우에는 각각의 근로자), 주정부 내지는 지방정부의 관계기관에 각각 60일 전까지 서면으로 통지하여야 한다(제3조(a)). 사용자가 근로자에 대한 통지 의무를 위반한 경우 근로자는 소송을 통하여 예고부족일분에 상응하는 임금 및 기타 모든 부가금을 청구할 수 있으며(제5조(a)(1)), 주정부 내지 지방정부에 대한 신고의무를 위반하는 경우 사용자는 1일 단위로 산정되는 제재금(civil penalty)을 부과받게 된다. 사업장을 폐쇄하는 경우에 통고(내지 신고)와 수당 지급에 관한 독자적인 규정을 두고 있는 각 주의 입법에 대해서는 동 법에 의해 저촉받지 않으며, 따라서 중첩적으로 적용되게 된다(제6조). 그러나 대량해고가 이루어지는 경우에도 예견할 수 있던 경영환경이 급박하게 변화되어 그 필요성이 인정될 때에는 60일 전의 통지의무가 면제될 수 있으며(제3조(a)(2)(A)), 천재지변 등과 같은 경우에도 면제된다(제3조(a)(2)(B)). 또한 한시적으로 운영됨에 따라 애초부터 고용기간에 대한 설정이 전제되어 있거나, 파업 내지 직장폐쇄로 인한 경우에는 통고 내지 신고의무가 적용되지 않는다(제4조).²¹⁾

4) 미국의 제도에 대한 평가

미국의 정리해고는 실제적인 요건에서 일반해고와 별도로 달리 규제되는 바가 없다. 그러므로 일반해고의 요건을 충족하는 한 다수의 근로자의 해고도 가능하다. 이를 달리 표현하자면 사법상의 고용계약과 구별되는 근로계약의 개념을 설정하고 근로계약 관계의 경우 그 해지사유를 엄격하게 제한하는 법체계(독일)와는 달리 미국의 경우는 근로관계의 일반적 종료사유를 고용계약의 연장선상에서 판단하고 근로계약이라는 개념도구를 통한 특별한 근로자보호를 강구하고 있지 않음으로써 일반해고와는 다른 정리해고의 실제적 요건을 설정할 필요가 없었던 것이다. 그러나 미국에서도 근래에 들어와서 보통법(common law) 이론 그 자체에 대한 제한법리를 발달시킴으로써 궁극적으로는 고용 자유의 원칙에서 (비록 점진적이지만) 사회적 약자인 근로자의 보호를 강구하는 쪽으로 방향성이 전환되고 있다고 평가할 수 있다. 또한 정리해고가 갖는 의미가 종국적 근로관계의 종료가 아닌 일시적 근로관계의 종료로서 장차 재고용 관계의 성립이 예정된다는 점에서 우리의 노동현실에 시사하는 바 크다.

3. 영국의 경영상 사유에 의한 해고의 기준과 절차

1) 해고관련 법제의 개관

고용계약에 관한 보통법(common law)에 의하면 사용자는 적정한 예고기간을 두거나 그 기간에 상당하는 임금을 지급하면 언제든지 일방적으로 고용계약을 종료시킬 수 있으며, 근로자의 귀책사유가 존재하는 경우에는 즉시해고(summary dismissal)도 할 수 있다. 근로자에게 귀책사유가 없는데도 사용자가 적정한 예고기간을 두지 않고 즉시해고를 하는 경우에는 부당해고(wrongful dismissal)가 되며, 이는 사용자에게 의한 채무불이행에 해당된다. 그러나 이와 같은 보통법상의 일반원칙은 정리해고보상법(Redundancy Payment Act, 1965) 및 노사관계법(Industrial Relations Act, 1971), 고용보호법(Employment Protection Act, 1978), 고용보호(통합)법(Employment Protection(Consolidation) Act, 1978) 등에 의해 수정·보완되었다.²²⁾ 특히 1978년의 고용보호법과 기타 규정들을 통합한 고용보호(통합)법은 제54조 내지 제66조에서 불공정해고(unfair dismissal)와 관련하여 해고의 실제적·절차적 공정성에 관한 내용들을 규정하고, 제67조 내지 제80조에서는 1차적 복직 또는 재고용, 2차적 금전보상을 내용으로 하는 불공정해고의 구제에 관하여 규정하고 있다. 그리고 제81조 내지 제120조는 사용자에게 대한 정리해고수당지급의무를 규정하고 있다.

또한 1982년 이른바 고용법(Employment Act, 1982)에서는 해고의 정당성 근거와 관련하여 근로자의 업무능력, 행태, 근무태도 등을 제시하였으며(동 법 제6조) 이후 1992년 노동조합 및

노사관계통합법(Trade Union and Labor Relations (Con-Solidation) Act, 1992)에서 절차적 측면을 보다 명백히 규제하기에 이르렀다. 요컨대 영국에서 정리해고(Redundancy)는 해고의 정당한 이유로 인정되고 있으며, 사용자에게는 정리해고수당지급의무와 노동조합 및 근로자에 대한 협의 또는 통지의무가 부과되어 있다. 또한 해고통지를 받은 근로자는 그 이유에 대해 설명을 요구하고 이에 대하여 사용자는 14일 이내에 답변해야 하며, 불공정해고의 구제와 정리해고수당지급 등에 관하여는 3자 구성의 노동심판소(Industrial Tribunal)가 관할하여 분쟁을 해결하도록 함은 1978년 법 이래로 여전히 지속되고 있다.

2) 정리해고(Redundancy)의 사유

노동심판소가 해고의 정당성 여부를 결정함에 있어 사용자는 근로자의 업무 능력, 자격 및 행태에 관련된 사유 또는 잉여노동력에 해당되거나(redundant) 법률상의 제한으로 인하여 고용을 지속시키기 불가능한 사유 기타 해고를 정당화시킬 수 있는 사유를 제시하고 입증해야 한다(고용보호(통합)법 제57조 제1, 2항). 이때에 ‘능력’은 기술이나 태도, 건강 기타 다른 육체적이고 정신적인 질을 의미하며, ‘자격’이란 근로자가 종사하는 직위와 관련된 학위, 졸업장이나 다른 학문적이고 전문적인 기술, 전문적인 자격증 등을 의미한다(고용보호(통합)법 제57조 제4항).

고용보호(통합)법 제81조(정리해고수당에 관한 권리의 일반적 조항)는 제2항에서 정리해고수당지급의무 발생의 사유로서 “사용자가 영업을 중단 또는 폐지하거나 영업상의 이익에 비추어 특정한 종류의 작업수행이 일시적인 경우를 포함하여 정지 또는 감소되거나 그와 같은 결과가 예상될 경우”를 규정하고 있다.

이와 같이 고용보호(통합)법은 정리해고를 정의하고 있으나 영업을 정지와 감소의 원인에 대하여는 규정하고 있지 않다.

또한 정리해고의 정의가 정리해고수당에 관한 권리의 일반적 조항에 규정되어 있는 사실에서도 보듯이 정리해고의 요건으로서 정리해고수당의 지급을 인정하고 있다. 즉, 사용자는 정리해고수당 지급의무를 면하기 위해서는 해고가 잉여노동력의 발생을 원인으로 하는 것이 아니라는 것과 해고의 주된 이유가 다른 사유에 기인함을 입증해야 한다(고용보호(통합)법 제91조 제2항). 잉여노동력의 발생은 특정한 종류의 작업에 대한 기업측의 필요성이 소멸 또는 감소되거나, 인원의 재배치 또는 기계화로 인하여 동일 작업에 대한 인원의 필요성이 감소하는 것이다. 예컨대 공장설비의 수리를 위해 일시 공장을 폐쇄하는 경우나 주문량의 격감에 따른 잉여인원의 발생이 있을 수 있을 것이다.

다른 한편으로 판례는 약 300개의 그룹회사가 있음에도 불구하고 사용자가 근로자를 해고하기 전에 같은 그룹의 다른 회사에서 대체직무를 찾으려는 노력을 하지 않는 경우의 정리해고를 불공정해고(unfair dismissal)로 인정하였던 바 있다.²³⁾

3) 노동조합 및 근로자와의 사전협의

고용보호(통합)법에 의하여 절차적 요건을 갖추지 못한 해고는 불공정해고가 되며, 1992년 노사관계(통합)법도 노동조합 및 근로자에 대한 협의와 통지의무를 규정하고 있다.

사용자는 우선 노동조합과 정리해고의 대상이 되는 근로자의 종류에 관하여 교섭·협의해야 한다. 이때 해당 근로자가 노동조합의 조합원인지의 여부는 묻지 않는다. 노동조합과의 사전 협의 및 교섭시기는 사용자가 90일 이내에 하나의 사업장에서 100명 이상의 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 최초의 해고일에서 최소한 90일 이전이며, 30일 이내에 10인 이상을 해고하고자 하는 경우에는 최소한 30일 이전이 된다. 해고대상자가 10인 미만인 경우에는 최저기간이 설정되지 않는다.

다음, 사용자는 사전 협의 및 교섭시 ‘정리해고의 사유, 해고예정 근로자의 숫자 및 직책의 종류, 해고예정자가 소속된 직무의 총인원, 선정기준, 절차의 준수 여부 등’에 대한 정보제공의무가 있으며, 노동조합 대표자로부터 의견을 청취하고 제반사항에 대한 설명을 할 의무가 있다.

판례는 지배인으로서 고용된 근로자가 해고시에 대체직무로서 현장감독직을 제공받았으나 사용자가 그 당시 그에 관한 충분한 정보를 주지 않았다면 이는 불공정해고에 해당된다고

판시하였다.²⁴⁾ 또한 잉여노동력 상태가 바로 발생하지 않는 상태에서 통지 또는 협의 없이 해고한 경우도 불공정해고로 인정하였다.²⁵⁾

사용자가 이러한 의무를 위반하는 경우 노동조합은 사용자에게 대하여 정리해고수당이 지급을 청구할 수 있으며, 사용자가 지급의무를 태만히하는 경우에는 근로자가 직접 노동심판소에 지급명령을 신청할 수 있다.

4) 행정관청에의 통지

1992년 노사관계(통합)법은 정리해고시 행정관청에 대한 일정기간(노동조합과 협의의무와 같은 기간)내의 사전통지의무를 규정하고 있다. 이때 행정관청(노동부)에 통지해야 할 사항은 정리해고의 예고, 노동조합과의 사전 협의 개시시기이며, 기타 행정관청이 요구하는 정보를 제출해야 한다.

사용자가 행정관청에 대한 사전통지의무를 해태하는 경우에는 사용자가 정리해고수당기금으로부터 환급받을 수 있는 금액이 감액된다.

5) 불공정해고의 구제와 정리해고수당 지급

잉여노동력의 발생을 이유로 하는 해고의 구제에 관한 고용보호(통합)법 제59조에 의하면 근로자는 자신과 유사한 지위에 있음에도 불구하고 해고대상에 포함되지 않은 동일 사업장 내의 다른 근로자들에게도 역시 잉여노동력의 발생 상태가 미치고 있다거나, 자신이 노동조합의 조합원이거나 노동조합 활동을 이유로 해고되었거나(고용보호(통합)법 제58조 제1항 참조), 관행적 '인원감축 약정' 또는 '인원정리에 관한 합의절차'에 위반하여 해고되었다는 사실 중 하나를 입증하는 경우에는 불공정해고에 관한 구제를 받을 수 있다.

또한 노동심판소는 사용자가 제시한 해고사유가 정당한가의 여부를 사안의 공정성(the merits of the case)과 형평성(equity)에 의해 판단함으로써 불공정해고의 판정을 내리게 된다(고용보호(통합)법 제57조 제3항).

사용자는 '잉여노동력의 발생'으로 인해 정리해고를 하는 경우 정리해고수당 지급의 의무가 있다. 이 경우 근로자는 불공정한 해고의 신청과 정리해고수당의 신청을 별도로 하거나 동시에 할 수 있다. 그러나 잉여 노동력 발생으로 인하여 해고되는 경우라도 사용자가 일정한 요건에 의해 고용계약 갱신의 제의를 하였거나 새로운 조건으로 재고용 청약을 하였음에도 불구하고 근로자가 이를 '부당하게' 거절한 경우에는 정리해고수당 지급권이 상실된다.

사용자가 정리해고수당 지급의무를 면하기 위해서는 해고가 잉여노동력의 발생을 원인으로 하는 것이 아니라는 것과 잉여노동력임을 부정할 수 없다 하더라도 해고의 주된 이유가 다른 사유에 기인함을 입증해야 한다(고용보호(통합)법 제91조 제2항).

노동심판소는 정리해고수당 지급권이 인정되는 경우 근로자의 연령, 고용계약 종료일 당시의 임금 및 근속기간을 기준으로 근로자에게 지급되어야 할 정리해고수당 지급권을 산정한다(고용보호(통합)법 부칙 제4조).

근로자는 사용자가 지급불능 상태에 있거나 지급을 거절하는 경우에는 노동부 장관에게 신청하여 국민보험기금으로 운용되는 정리해고수당기금에서 직접 수당을 지급받을 수 있다.

사용자는 정리해고수당 지급액 중 일부를 정리해고수당기금에서 환급받을 수 있다.

6) 영국의 제도에 대한 평가

영국의 정리해고는 실제적인 요건에서 미국의 경우와는 달리 절차상 중요한 규제를 두고 있다. 즉, 경영상 해고가 이루어지기 위해서는 잉여노동력의 발생을 원인으로 근로자와의 협의 등 절차상의 요건을 갖추도록 요구하고 있다. 그러므로 사용자는 근로자에 대한 해고가 정당한 것임을 주장하기 위해서는 잉여노동력의 발생에 의한 해고임을 입증하여야 함은 물론 협의 등 절차적 요건도 충족하여야만 한다. 다만, 이때 경영상 해고의 실질적 판단기준으로서 잉여노동력의 발생은 기업의 존립보호의 필요성 여부와는 관계없는 것이며 다만 잉여노동력에 해당되어 인원의 조정을 행하는 경우라도 근로자와의 협의절차를 지켜야만 그 정당성을 계속

유지할 수 있게 된다는 점에서 사용자의 일방적인 경영상 해고권의 행사에 제한을 두고 있다. 또한 경영상 해고는 근로자 자신의 사유에 의함이 없이 경영상 원인 내지 구체적 직무의 제거에 따른 잉여노동력의 발생에 따라 이루어지는 것이므로 일반해고의 경우와는 구별하여 경영상 해고에 따른 수당의 지급을 명문화하고 있다.

이처럼 영국에서의 경영상 해고 제도는 잉여노동력의 발생으로 일단의 경영상 해고사유를 인정함으로써 사용자의 경영상 결정에 대해 폭넓은 권한의 행사를 인정하며, 단지 그 시행절차와 관련하여 근로자의 이익 관점을 충분히 반영시키고 있다고 할 것이다. 그리고 이러한 절차 측면을 실질적 측면과 동등한 차원에 두어 절차를 위반한 경우에 경영상 해고 자체가 무효로 되거나 부당해고에 따른 불이익을 받도록 하고 있으며, 아울러 경영상 해고시에는 해고수당을 지급케 하여 해고근로자에 대한 사회적 부담에 대한 분담 형식의 방안을 강구하고 있음을 특징으로 하고 있다.

주석 1) 참고로 이때 협약(Convention)이란 적용국가의 기준을 전제로 하는 것이고, 권고(Recommendation)는 기준을 전제로 하지 않는 형식을 의미한다. 따라서 권고는 의무라기보다는 발전적 내용을 유도하는 것이다.

주석 2) 1975년 대량해고에 관한 지침의 성립과 관련해서는 1973년 AKZO社의 대량감원 사태가 그 계기를 이루었다. 당시 독일과 네덜란드에 걸친 다국적기업인 AKZO社는 경영혁신의 차원에서 약 5,000여명의 인원감축을 계획 하였으며, 유럽 각국의 자사 근로자 중 가장 적은 비용이 소요될 국가의 근로자를 대상으로 결정하자 해당국가의 반발과 함께 EU국가간 대량해고의 문제가 논의되기에 이르렀다.

주석 3) *A dair v. United States*, 208 U.S. 161, 1908: 이 판결에서는 근로자가 단순히 노동조합원임을 이유로 사용자가 해고할 수 없도록 규정하고 있던 *Erdman Act*에 대하여 위헌으로 판단하였는바, 동 법의 규정은 개인으로서의 사용자의 재산권 행사의 자유를 본질적으로 침해하기 때문이라고 하였다. 이는 보통법 원리하의 고용 자유의 원칙을 관철한 예라 할 것이다.

주석 4) *Henry H. Perritt, Employee Dismissal Law and Practice*, 1984. p. 12.

주석 5) 이에 대한 리딩케이스는 *Petermann v. Teamsters*(174 Cal. App.2d 184, 344 P.2d 25(1959)) 사건이다. 동 판례에서 사용자를 위한 위증을 거부한 근로자를 해고한 것을 ‘계약위반’으로 판단하였다.

주석 6) *Fortune v. National Cash Register Co.*, 373 Mass. 96, 104, 364 N.E.2d 1251, 1257(1977).

주석 7) *Steven Mitchell Sack, The Employee Rights Handbook*, 1990, p. 112. 이 원칙은 California, Montana, New Hampshire, Massachusetts의 법원에서 특히 수용·발전되어 왔다.

주석 8) 각 주별로 채택하고 있는 고용 자유의 원칙에 대한 예외 현황에 대해서는 *Steven Mitchell Sack, The Employee Rights Handbook*, 1990, pp. 113~118 참조.

주석 9) 이 이론은 보통법상 계약이론의 구성보다는 늦게 발달했는데, 그 효시는 *Nees v. Hocks*, 272 Or, 210, 536 P.2d 512(1975) 사건에서이다. 동 사건은 사용자에 관련된 사안에 근로자가 배심원으로 참석하였음을 이유로 해고한 것으로 불법행위를 구성하는 것으로 보아 근로자의 권리를 회복하였다.

주석 10) *Cloutier v. Great Atl. & Pac. Tea Co.*, 121 N.H. 915, 924, 436 A.2d 1140, 1145(1981).

주석 11) *Cliff Roberson, Hire Right Fire Right*, 1992. p. 116.

주석 12) 여기서 간과하지 말아야 할 중요한 점은 부당한 해고의 결과 사용자에게 부과되는 손해배상제도이다. 즉, 사용자의 해고가 부당한 해고 - 그것이 보통법상 변화된 이론에 의하든 실정법률의 위반에 따른 부당한 해고로 결과지워지든 간에 - 로 판명되는 경우에는 이에 상응하는 제재금형식의 손해배상액이 가해지는데, 높은 액수로 산정되는 손해배상지급결정은 결과적으로 사용자의 부당한 해고를 예방하는 효과를 가져온다. 그러나 우리의 경우 현행 근로기준법상 부당한 해고시에는 해고무효의 확인을 통한 원직에의 복직(민법 제389조, 제538조)만이 유일한 구제수단으로 되어, 효과적인 구제책으로서 뿐만 아니라 예방책으로서의 기능도 제대로 발휘하지

못하고 있음을 본다(물론 부당해고기간에 상응하는 손해배상의 청구도 가능하나 중간이득이 공제된 손해액이 산정되므로 부당해고를 예방하는 제도로서는 별반 기능하지 못한다; 민법 제538조 제2항).

주석 13) 일반적으로 미국에서는 근로자의 임금채권 등이 압류당하는 경우는 비록 개인의 사생활에 해당하는 사항이지만 이로 인한 직무의 배임위험성 내지는 직무수행의 부적합성의 가능성을 높게 보아 해고사유로 인정되고 있다.

주석 14) Blanpain/A. Goldman, *International Encyclopaedia*, Vol. 10, USA 1983, para.623f.

주석 15) 예컨대 General Motors Corporation와 UAW 사이에 체결한 단체협약서(1993. 10. 24)에 따르면, 일차적으로 4주를 넘지 않는 일시적인 생산감축의 경우에 사용자는 근로자를 일시휴직시키기 전에 앞서 주당 근로시간 단축을 시도한다(sec. 65). 그러나 4주의 기간을 초과하는 생산감축시에는 근로시간 단축과 일시휴직을 함께 또는 선택적으로 실시할 수 있는데, 이때 일시휴직을 실시하고자 하는 경우에는 연속된 2주간의 평균근로시간이 주당 24시간에 못미치거나 연속 4주간의 평균근로시간이 주당 32시간에 미달하는 조건하에서, 계속 공장을 가동하기 위해서는 공장위원회와의 합의를 필요로 한다는 sec. 66 (c) 의 조건을 갖추는 경우에 실시하도록 하고 있다 (sec. 66 (a) (b)). 이 규정의 취지를 종합하면 노사가 공장가동의 채산성기준을 합리적으로 설정하고 적어도 이에 못미치는 경우에만 일시휴직이 실시되도록 정하고 있다는 것으로 요약될 수 있다.

주석 16) 선임자 제도(a seniority system)란 노사간의 협약에 기초하여 근속시간에 따라 이익을 우선적으로 부여하는 미국 노사관계의 독특한 제도로 그 작용은 비단 일시휴직시 우선순위를 결정하는 기준으로 작용하는 것 이외에도 승진 또는 그 밖의 근로조건을 결정할 경우 등에도 널리 적용되는 제도이다.

주석 17) Mack A. Player, *Employment Discrimination Law*, 1988. pp. 534~535.

주석 18) Blanpain/A. Goldman, *International Encyclopaedia*, Vol. 10, USA. 1983. para.631.

주석 19) 애초에는 「전국고용우선법」(National Employment Priorities Act)이라는 안으로 제출되었으나, 원안대로 채택되지 못하고 동 법으로 수정·성립되었다. 동 연방법이 결실을 보게 된 것은 이미 1980년대에 들어서면서 16개 주에서 대량해고시 그 절차를 규제하는 입법을 도입하였다는 점이 크게 작용하였다. 이에 관한 설명으로는 이철수, 『노동관계법 국제비교연구(1)』, 한국노동연구원, 1993. 43~44쪽 참조.

주석 20) 이때의 사업폐쇄는 영구적 폐쇄뿐만 아니라 일시적 폐쇄를 포함한다(제2조 (a)(2)).

주석 21) 이상과 같은 WARN법의 적용으로 해고에 대한 절차적인 측면의 규제는 강화되었지만, 이로 말미암아 단체교섭의 공동화(空洞化)라는 문제점을 함께 안을 수 있다. 종래에 있어서 사용자의 경영상의 결정에 대한 근로자측의 유일한 개입 가능성은 위와 같은 사안을 의무적 교섭사항으로 삼아 사용자의 일방적 결정을 배제할 수 있는 여지를 만들 수 있었으나, WARN법하에서는 사용자의 일방적 통고를 받고 그때서야 단체교섭이 개시되게 되어 결과적으로는 작업장 폐쇄 결정의 의무적 교섭사항으로서의 의미가 부인되는 결과를 초래하게 되었다.

주석 22) 1965년 정리해고보상법이 근로관계에 대한 보통법 원리를 제한한 시초였으나, 특히 해고에 관하여 실제적 제한을 규정한 것은 1971년 노사관계법이라 할 것이다. 또한 잉여인원의 정리해고라는 점을 해고사유로서 포함한 것은 1978년 고용보호법에 이르러서이다.

주석 23) *Vokes Ltd. v. Bear*(1974), I.T.R. 85(N.I.R.C).

주석 24) *Morden Injection Moulds Ltd. v. Price*(1976), I.R.L.R. 172(E.A.T).

주석 25) *Costello v. United Asphalt Co. Ltd.*(1975), I.R.L.R.(T).

4. 독일의 경영상 사유에 의한 해고의 기준과 절차

1) 독일의 경영상 사유에 의한 해고의 법적 근거

독일 해고제한법 제1조 제2항에서는 '긴박한 경영상의 필요'가 발생한 경우 해고를 인정하고 있다. 그러나 긴박한 경영상의 필요에 의하여 고용조정을 하는 경우에도 경영조직법 제95조에 따라 작성되어야 하는 사회적 선발기준에 반하여 행하여지거나, 사업장내 또는 동일한 기업내의 다른 사업장에 계속 취업 가능성이 있음에도 불구하고 정리해고를 실시하는 경우에는 사회적 정당성이 없는 것으로서 무효가 된다. 나아가 일정 규모 이상의 경영상 필요에 의한 해고를 '고지의무 있는 해고'라 하여 해고제한법 제17조 이하에 특별규정을 두고 있다.

2) 긴박한 경영상의 필요에 따른 고용조정 특징

해고제한법에 의하면 사용자는 6개월 이상의 근로관계를 유지하고 있는 근로자에 대해서는 정당한 이유가 있는 경우에만 해고를 할 수 있음을 규정하고 있다. 이러한 정당한 이유가 있는 해고로서는 근로자의 일신상에 기한 사유, 근로자의 행태상에 기한 사유 그리고 긴박한 경영상의 필요가 있는 경우가 이에 해당된다(제1조 제2항 1문). 긴박한 경영상의 필요는 단지 경영 내·외적인 원인의 존재와 이에 따른 객관적인 인원감축의 필요성으로만 판단되는 것이 아니라 인원감축의 다른 가능한 해고회피노력을 다한 후에도 불가피한 경우를 의미한다. 이런 의미에서 긴박한 경영상의 해고는 그 수단적인 측면에서 최후의 것으로 이해된다. 긴박한 경영상의 필요는, 예컨대 매출·수입의 감소, 수주 감소, 일시적이 아닌 에너지 및 원료 부족 등과 같은 경영 외적 사유뿐만 아니라 영업정지, 사업의 비효율성을 제거하기 위한 경영 및 생산합리화 방안조치도입, 사업 축소 등과 같은 경영 내적인 사유에 의한 경우에도 인정되고 있다. 그리고 이와 같은 원인에 의거하여 인원의 감축을 초래하는 경영방침이 결정되면 그것이 명백히 사회적으로 상당하지 않는다고 판단되지 않는 이상, 긴박한 경영상의 필요는 사후적인 사법심사의 대상이 되지 않는다. 긴박한 경영상의 필요로 말미암은 해고자수가 일정 이상에 달하는 경우에는 행정관청에 신고하도록 되어 있다. 이를 특별히 '고지의무가 있는 해고' 또는 '대량해고'라 한다.¹⁾

대량해고를 제외하고는 해고제한법상 경영상의 사유에 의한 해고의 절차를 규제하고 있는 조항으로는 변경해고와 해고선발기준이 사회적 관점에서 행하여져야 한다는 조항뿐이다.²⁾ 그 밖의 근로자측과의 협의 등의 절차에 관하여는 해고제한법이 아닌 경영조직법에 규정을 두고 있다. 이 중에서 변경해고(Änderungskündigung)라 함은 근로자를 변경된 근로조건으로 계속 취업할 것을 사용자가 제시하고 근로자가 이를 받아들이지 아니할 경우에 비로소 경영상의 필요에 의한 해고의 대상으로 삼는 제도를 말한다. 사용자가 변경해고를 청하였을 때, 근로자는 거절하는 대신 이의를 유보한 채 그 조건을 수락하고, 사용자가 행한 변경해고가 사회적으로 상당성이 없다는 것을 다룰 수 있다(해고제한법 제2조). 그리고 긴박한 경영상의 필요가 주어지더라도 사용자가 해고근로자를 선정할 때에는 근로자의 근속연수, 근로자의 연령 그리고 부양의무를 충분히 고려하여 선발하여야 하며, 그렇지 않은 해고는 무효로 된다. 그러나 특별한 지식이나 능력 그리고 직정한 사업의 인력구조를 유지하기 위하여 계속 취업될 필요가 있는 근로자는 사회적 선발대상에 포함되지 않는다.³⁾

긴박한 경영상의 필요에 의한 해고 과정에서 근로자측의 이익 반영은 경영조직법에 규정된 여러 과정을 통해 이루어진다. 이에 대해 개관해 보면 다음과 같다.

첫째, 모든 사유에 의한 해고에 대해서는 종업원평의회(Betriebsrat)의 사전 청취권이 보장되어 있으며, 이러한 절차를 밟지 않는 해고는 무효로 된다. 이때에 사용자는 해고의 이유를 종업원평의회에게 제시해야 한다(경영조직법 제102조 제1항). 해고이유에 대해 의구심이 있는 경우 종업원평의회는 통상해고의 경우에는 1주일 이내에, 그리고 즉시해고의 경우에는 3일 이내에 의견을 제시해서 사용자에게 통지해야 한다(경영 조직법 제102조 제2항). 특히 긴박한 경영상의 필요에 의한 해고의 경우에 해고될 근로자의 사회적 관점을 충분히 고려하지 않았거나 경영조직법 제95조에 의한 사회적 선발기준에 따르지 않은 경우, 해고될 근로자가 당해 사업 또는 동일 기업의 다른 사업장 내에서 계속 취업 가능성이 있거나 근로자에게 직업훈련을 통한 계속 취업이 기대 가능한 경우, 그리고 변경된 근로조건으로 근로자의 계속 취업이 가능하다고

판단되며 당해 근로자가 이에 대해 동의한 경우 등에는 종업원평의회는 항변을 제기할 수 있다(경영조직법 제102조 제3항). 종업원평의회 항변에도 불구하고 사용자는 당해 근로자를 해고할 수 있는데, 이 경우에 해고근로자가 무효확인 소를 제기한 후 확정 판결이 날 때까지 그 직위에서 계속 취업하게 되며(경영조직법 제102조 제5항 1문), 사용자는 종업원평의회 항변이 근거가 없거나 확정 판결 때까지의 근로자의 계속 고용이 사용자에게 기대될 수 없는 경제적 부담을 야기한다는 등을 이유로 법원에 이의를 제기할 수 있다(경영조직법 제102조 제5항 2문). 둘째, 종업원평의회 선거권이 있는 20명 이상의 근로자가 종사하는 사업장에서 사용자가 불리한 근로조건으로 사업을 변경하고자 할 경우에는 종업원평의회에게 통지하고 협의해야 한다(경영조직법 제111조 1문). 이때에 사업변경(Betriebsänderung)이란 사업 또는 사업의 본질적 부분의 축소 및 정지, 전체 사업 또는 사업의 본질적 부분의 이전, 다른 사업과의 합병 또는 사업의 분할, 사업 목적·사업 시설 또는 사업 조직의 근본적인 변경 그리고 새로운 생산공법이나 새로운 노동방법의 도입 등을 의미한다(경영조직법 제111조 2문). 이와 같은 사업의 변경으로 인하여 근로자에게 불리한 결과를 초래하는 경우에는 사용자는 종업원평의회와 이익조정서 및 사회계획서(Sozialplan)를 작성하게 된다(경영조직법 제112조). 이익조정서(Interessenausgleich)의 작성은 반드시 의무적인 것은 아니지만(경영조직법 제112조 제3항, 제4항 참조) 사업변경으로 인하여 불이익을 받는 근로자가 손실에 대한 정산(Nachteilausgleich)을 요구할 수 있어 사실상 강제되는 것으로 이해할 수 있다.⁴⁾ 이에 반해 사회계획서의 작성은 중재기구(Einigungsstelle)를 통해 이루어지게 된다. 그러나 의무적인 사회계획서 작성은 긴박한 경영상의 필요로 사업변경이 이루어지고 그 결과 다음과 같은 비율에 해당하는 근로자의 해고가 이루어질 경우에만 적용된다. 즉, 20명에서 60명 미만의 근로자를 사용하는 사업장에서는 최소한 6명 이상 또는 상시 고용근로자의 100분의 20 이상을 해고하거나 60명 이상 250명 미만의 근로자를 고용하고 있는 사업에서 최소 37명 이상 또는 100의 20이상의 근로자를 해고하는 경우, 250명 이상 500명 미만의 근로자를 고용하고 있는 사업에서 최소 60명 이상 또는 100분의 15 이상의 근로자가 해고되는 경우 그리고 500명 이상의 근로자를 고용하는 사업의 경우 최소 60명 또는 100분의 10 이상의 근로자를 해고하는 경우에 적용된다. 이익조정서에는 노사가 각각 담당할 고통의 몫을 담게 되며, 특히 사회계획서 내에는 일반적으로 근로자에 대한 경제적 손실보전이 포함되게 된다. 셋째로 해고 선발 대상자의 선정시에도 사용자는 종업원평의회와 합의를 해야 한다(경영조직법 제95조 제1항). 만약 사용자와 종업원평의회 사이에 해고 선발기준⁵⁾ 관한 합의가 이루어지지 않는 경우 중재기구를 통하여 결정을 보게 된다. 이때 정해진 해고 선발기준을 위반한 사용자의 해고는 무효이다.

사용자는 또한 근로시간의 단축을 통하여 긴박한 경영상의 해고를 회피할 수 있다. 그러나 근로시간의 단축을 실시하기 위해서는 반드시 종업원평의회와 합의를 해야 한다(경영조직법 제87조 제1항 제3호). 근로시간 단축을 통해 해고를 회피해야 하는 것이 사용자의 의무는 아니지만, 근로시간의 단축을 고려하지 않은 것이 명백히 사회적으로 상당성이 없는 경우에는 해고 자체의 효력이 부인될 수도 있다. 경영상의 해고를 회피하기 위하여 근로시간의 단축을 시도하는 경우에는 대부분 임금의 삭감이 함께 수반되게 되는데, 근로시간 단축을 통해서도 긴박한 경영상의 필요에 의한 해고가 불가피한 경우에는 사용자는 해고를 실시할 수 있다.

이상에서 살펴본 제절차를 이행한 후에 사용자는 해고를 실시할 수 있다. 행정관청에의 고지를 필요로 하지 않는 해고의 경우에는 선발기준에 따라 해당근로자에게 해고통지를 하면 이때부터 해고예고 기간이 기산된다. 해고예고 기간은 근속연수에 따라 각각 다르게 규정되어 있다. 근속연수가 2년에 달하는 경우에는 1개월, 5년에 달하는 경우에는 2개월, 8년에 달하는 경우에는 3개월, 10년의 경우에는 4개월, 12년의 경우에는 5개월, 15년의 경우에는 6개월, 20년 이상의 경우에는 7개월의 해고예고 기간이 주어진다. 행정관청에의 고지의무가 있는 해고의 경우에는 행정관청에 신고한 후 30일이 지나야 비로소 해고예고를 통지할 수 있는 제한 기간(Sperrfrist)이 설정된다. 고지의무가 있는 대향해고는 20인 이상 50인 미만의 근로자를 고용하고 있는 사업장에서 5인 이상 해고하거나, 60인 이상 500명 미만의 근로자를 사용하는 사업장에서는 고용근로자의 10% 이상 또는 25명 이상의 근로자가 해고되는 경우, 500명 이상의 사업장에서는 30명 이상의 근로자를 해고하는 경우이다.

3) 사회적 선발기준

독일의 경우 긴박한 경영상의 필요에 따른 해고시 종업원평의회와 사용자가 공동으로 결정한 사회적 기준에 따라 근속연수, 연령, 부양가족 등을 고려하여 행해지게 된다. 이를 간략하게 소개하면 다음과 같다.

(1) 선발대상 범위의 확정과 '비교가능한 근로자'의 확정

해고대상자를 확정하기 위하여는 우선 선발대상의 범위가 확정되어야 한다. 예컨대 사무직 근로자의 중간관리층에 해당하는 '대리'의 직위 중 일부가 감축되는 경우, 대리의 직위와 비교대상(대체가능)이 될 수 있는 사업장 내의 모든 근로자가 선발 대상자의 범위에 해당하게 된다.⁶⁾ 사업(영업)양도의 경우 양도인은 사업양도 이전이라도 긴박한 경영상의 필요가 발생한 때에는 해고를 실시할 수 있으며, 영업양도 후 양수인도 위의 요건에 따라 해고를 실시할 수 있다. 양수인이 해고를 실시하고자 할 때, 해고선발대상의 범위는 원칙적으로 사업장 단위에서 결정되므로 양도된 사업을 양수인이 분리해서 운영하는 경우에는 각기 해당 사업장 단위로 선발대상의 범위가 정해지게 되며, 양수받은 사업을 양수인의 원사업에 편입시켜 하나의 사업으로 운영하는 경우에는 양자 전체를 선발대상의 범위로 삼게 된다.

선발범위의 확정과 관련한 대체가능성은 구체적인 일자리와의 관련하에서 확정된다. 따라서 동일사업장 내라도 다른 부서에 속하는 대체가능성이 없는 근로자는 정리해고 선발기준의 대상에서 제외된다. 그러나 해고대상 근로자가 직급을 낮추어 계속 취업하기를 원하는 경우 하위직급의 근로자들도 대체가능한 범위에 고려되어야 하는지(따라서 사회적 선발범위에 포함되는지)에 대해서는 논란이 있으나, 부정설이 다수설이다. '비교 가능한 근로자'에 대한 판단으로는, 첫째, 직업양성훈련중의 근로자와 경험있는 근로자 사이에는 대체가능성이 있는 것으로 보며, 둘째, 단체협약상 같은 직무분류군에 속하는 경우 대체가능성이 있는 것으로 추정하며, 셋째, 건강상태는 비교가능성의 고려대상에서 제외한다. 그리고 건강상태가 양호한 근로자, 그래서 업무능력이 높은 근로자를 선호하는 사용자의 이익은 부차적으로 고려된다. 사용자에 의한 해고가 법률상 배제되어 있는 근로자들은 선발대상 범위에서 포함되지 않는다(예: 종업원평의회 위원, 국방의무를 수행중인 근로자 등). 그러나 해고가 배제된 것이 아니라 단지 관할관청의 허가를 받아야 하는 경우에 그치는 때에는 해당관청의 동의하에 비교·선발대상에 포함될 수 있다(모성보호법 제9조 III; 장애인고용촉진에 관한 법률 제15조; 연방교육보조금에 관한 법률 제 18조 II 2문).

기간의 약정이 있는 근로자로서 근로계약 기간 동안 해고가능성이 약정되어 있지 아니한 경우에는 선발범위에서 제외된다. 그 근거로는 이들 근로자의 근로관계는 기간의 경과로 종료되기 때문에(민법 제620조), 이러한 법규정의 취지에 비추어 본다면 해고가 배제된다고 볼 수 있기 때문이다.

단체협약상 해고를 배제하고 있는 근로자에 대해서는 논란이 있다. 다수설은 선발범위에서 제외할 것을 주장하나, 소수설은 단체협약 규정으로 해고제한법상 보호를 필요로 하는 근로자의 해고제한이 사실상 형해화되고 결과적으로는 해고근로자의 부담으로 귀속되기 때문에 이는 부인되어야 한다고 주장한다.

사용자가 개별적으로 정리해고대상에서 배제할 것을 약정한 경우에도 선발대상의 기준에는 하등의 영향을 미치지 않는다. 이를 인정하게 될 경우에는 결국 '제3자 부담부계약'(Vertrag zuungunsten Dritter)이 성립되는 결과를 초래하기 때문이다.

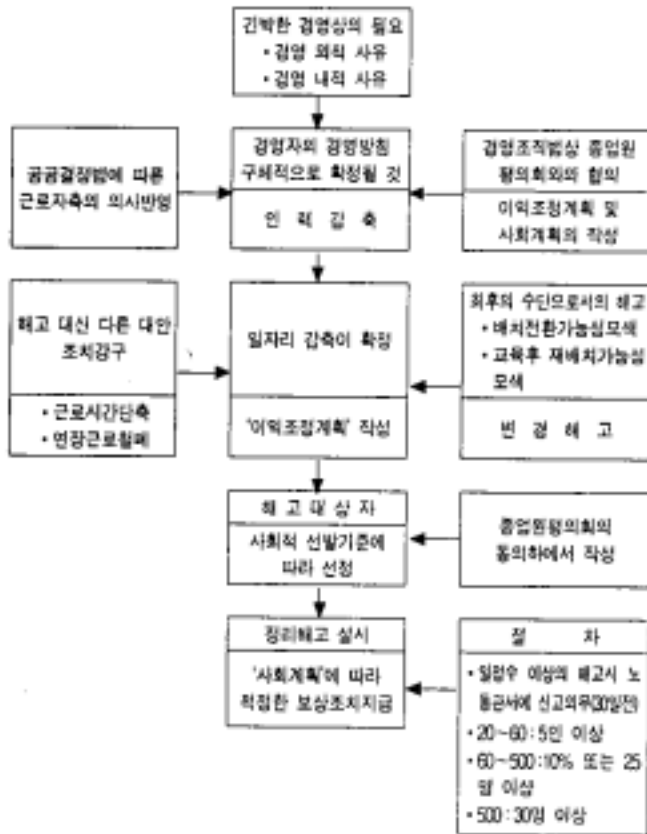
(2) 해고대상자 선정기준에 대한 사법심사

해고근로자는 선발기준의 사회적 부당함을 이유로 소송으로 다툴 수 있다. 먼저 근로자 이익의 관점에서 작성된 사회적 선발기준을 사용자가 충분히 따랐다고 하더라도 이를 이유로 사법심사가 배제되는 것은 아니다. 법원이 해고대상자 선발이 부당하다고 인정하는 경우에도 그 해결에 관하여 특별한 조치가 강구될 필요가 있다. 즉, 부당한 해고선발기준이 치유되기 위해서는 해고된 근로자보다 사회적 보호가 덜 필요로 하는 근로자마저도 해고되어야 비례성을 갖추게 된다는 부당한 결과가 초래될 수도 있기 때문에, 독일연방노동법원은 실무상 다음과 같은 방법으로 해결하고 있다. 즉, 사회적으로 보호의 필요성이 덜한 근로자를 추가 해고하고, 이에 상응하는

숫자만큼 이미 해고된 근로자의 고용관계를 회복시키는 조치를 사용자가 강구하는 경우에는 사회적 상당성의 하자가 추후적으로 치유되는 것으로 간주하는 방법이다.

사회적 선발에 따른 정리해고를 단행하더라도 대체근로자를 재배치하여 정상가동하기까지는 어느 정도 시간이 소요되고 이에 따른 시간적 간극 때문에 사업 자체가 현저히 어려움에 처할 위험에 직면하고 있는 경우에 한하여 사용자는 예외적으로 선발대상 근로자 중 일부를 계속 취업시킬 수 있다.

[그림 1] 독일의 고용조정요건 및 절차



4) 독일의 제도에 대한 평가

독일의 경영상 필요에 의한 해고 제도의 기초는, 자본주의 경제체제하서 사용자의 경영결정권은 보장되어야 하며, 이에 상응하는 정리해고제도의 불가피성을 인정하는 데에 두고 있다. 따라서 독일의 경우 해고의 실질적 판단기준인 '긴박한 경영상의 필요'에 대해서는 사용자의 자유재량에 맡기며, 다만 절차면에서의 제한을 통해 정리해고의 남용 내지는 노사간의 이익균형을 꾀하고 있다.

그러나 간과할 수 없는 것은 사용자의 경영방침을 존중하여 원칙적으로 사법심사의 대상으로 삼지 않는다는 그 현실적 기초가 이미 경영과 소유의 분리를 통해 실제 경영의 합리성이 충분히 이루어져 있으며, 아울러 기업의 경영결정 과정에 근로자의 이익을 충분히 반영할 수 있는 법적 제도(예컨대 공동결정법)가 구비되어 있다는 점이다. 또한 긴박한 경영상의 이유로 인한 정리해고가 이루어지더라도 실질적으로 해고근로자가 사회적으로 보호를 받을 수 있는 사회보험 제도의 정립도 큰 몫을 차지하고 있다.

5. 프랑스의 경제적 해고 기준과 절차

프랑스의 고용제한에 관한 입법은 개별적으로 제정된 여러 가지 법률이 하나의 노동법전(Code du travail)에 수록되어 있는 것이 특색이다.⁷⁾ 원래 프랑스에서는 전통적으로 고용 자유의 전통이 강하여 그나마 1928년법에 의하여 해고권의 남용만을 금지하는 정도였으며 게다가 그 위반의 효과도 손해배상에 그침은 물론 결정적으로 그 남용의 입증책임까지 근로자에게 있는 것으로 하여 그러한 경향을 대변해 주었다.⁸⁾ 그 후 1973년 이른바 「기간의 정함이 없는 근로계약의 해고예고에 관한 법률」, 1975년 「경제적 사유로 인한 해고에 관한 법률」의 제정으로 말미암아 해고의 사법적 통제 내지 그 제한 법리가 실현되기에 이르렀다.⁹⁾

프랑스의 노동법전에서는 일반해고는 근로규범(제1편)에서 다루는 반면에 경제적 이유에 의한 해고에 관해서는 고용편(제3편)에서 규정하고 있다. 경제적 이유에 의한 해고는 비록 일반해고와는 달리 다른 편별에 규정되어 있지만 일반해고에 적용되는 실체적 요건(L.122-14-3)은 경제적 이유에 의한 해고에 대해서도 인정하고 있다.

1) 경제적 이유에 의한 해고

먼저 L.321-1조에서는 경영상 사유에 의한 해고를 경제적 해고라 칭하면서, 이는 근로자 개인의 사유로부터 연유하는 해고가 아닌 것으로서 특히 경제적인 어려움이나 기술변화 등으로 말미암은 고용의 감축이나 변화 또는 본질적인 근로조건의 변경으로 인하여 사용자가 단행하는 해고를 의미한다. 이때 경제적 해고의 환경적·구조적 원인으로서는 위에서 예시한 경제적 어려움이나 기술변화에 한정되는 것이 아니라 경쟁력 강화를 위한 예방적 측면도 함께 포함되는 것으로 해석된다.¹⁰⁾ 그리고 고용의 감축이나 변화 또는 근로조건의 중요한 변화란 동의반복적인 개념으로 이해하고 있다.

2) 경제적 이유에 의한 해고의 실체적 요건

경제적 이유에 의한 해고의 경우에도 일반해고 제도의 원칙이 적용되게 된다. 즉, 모든 해고에 있어서는 '진실하고 중대한 사유'가 존재하여야 한다. 판례에 의하면, '진실'함이란 해고 이유의 존재가 객관적으로 확실하고 또한 그 이유가 사실과 부합하는 것이어야 한다는 것을 의미하며, '중대한 사유'란 노동의 계속이 필연적으로 기업에 손해를 초래하고 따라서 해고를 필요로 하는 중요성을 가진 사유로 해석하고 있다. 이를 경제적 이유에 의한 해고에 대입하자면, 경제적 이유에 의한 해고가 실체적 요건을 갖추기 위해서는 경기 또는 구조적 원인과 관련하여 해고하여야 할 경제적 이유의 존재가 객관적으로 확실하고 또 그 사유가 사실과 부합해야 하며(진실성), 그러한 경제적 여건의 변화로 근로자를 계속 고용하는 것이 기업에게 손해를 초래하고, 이 점에서 해고를 필요로 하는 중요성을 가진 사유가 존재하여야 한다(중대성).

3) 경제적 이유에 의한 해고의 절차적 요건

절차적 요건은 크게 사용자의 근로자와의 협의 그리고 행정관청에의 신고로 이루어져 있다. 사용자가 경제적 이유에 의하여 정리해고를 실시하고자 하는 경우에는 공통적으로 해고 규모와 관계없이 전직협약(convention de conversion)의 적용을 받을 것인지의 여부에 대한 의향을 타진하게 된다. 나아가 정리해고 대상자가 30일 동안 10명 미만의 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 기업위원회(comité d'entreprise)(상시 50인 이상의 근로자를 사용하고 있는 사업자의 경우) 또는 중업원대표(délégués du personnel)(상시 11명에서 50명 미만의 근로자를 고용하고 있는 사업장의 경우)와 협의하고 그 사실을 행정관청에 신고해야 하나, 30일 동안 경제적 이유에 의한 해고의 숫자가 10명 이상인 경우에는 사용자는 중업원대표 내지 기업위원회와 L.321-3조에 정한 요건에 따라 협의하여야 하며 행정관청에 대한 신고도 L.321-7조에서 정한 조건에 따라 행하도록 하고 있다(L.321-2).

사용자가 L.321-2조에 따라 근로자측과 협의를 하고자 할 때에는 경제적 이유에 의한 집단해고 계획과 자료를 제출하여야 한다. 이때 제출되어야 할 자료는,

- ① 해고계획의 경제적·재정적·기술적 이유
- ② 예상 해고자수

- ③ 관련 해고업종 및 L.321-1-1조에서 규정한 해고 선발기준
 - ④ 사업장 내의 정규직 근로자수 및 비정규직 근로자수, 해고예상시기
 - ⑤ 예상해고자수가 30일 이내에 최소 10인 이상인 경우에는 L.321-4-1조에서 정한 고용재건계획(전직협약에 관련한 사항, 기업내의 전직 또는 기업외의 전직, 근로시간의 단축 및 변경 등을 포함한 계획)과 해고를 회피하거나 해고 규모를 축소하는 조치 혹은 해고를 피할 수 없는 종업원의 복직을 용이하게 하는 조치
- 등이며, 사용자의 경제적 조치를 종업원대표가 인지할 수 있을 정도이어야 한다(L.321-4). 그리고 사용자는 L.321-6조에서 정한 기간(해고제한기간) 동안 예상되는 사회적 조치와 관련하여 기업위원회가 제출한 의견을 연구하고 그에 대한 답변을 주어야 한다.

4) 근로조건의 중대한 변경

사용자는 L.321-1조에서 정한 사유가 발생한 경우 근로계약의 본질적인 변경을 시도할 수 있다. 즉, 경제적 이유가 발생하고 이에 따라 근로자를 종전과는 다른 근로조건의 내용으로 계속 고용함으로써 해고를 회피할 수 있는 제도적 길을 열어두는 것이다. 사용자는 새로운 근로조건의 제안을 1개월의 답변 기간을 정하여 근로자에게 서면으로 통지를 하고, 근로자는 이에 대해 승낙 또는 거절의 답변을 할 수 있다. 만약 기간내에 답변이 없는 경우에는 승낙한 것으로 간주하며, 거절한 경우에는 경제적 이유에 의한 집단해고가 적용된다(L.321-3).

5) 해고 선발기준의 작성, 해고 제한기간 및 행정관청에의 신고

프랑스의 경우 해고 선발기준은 사용자가 작성하고 이를 종업원대표 또는 기업위원회와 협의하도록 하고 있다. 다만 해고대상자를 선정할 때 고려해야 할 기준을 법률이 제시하고 있다. 즉, 가족의 부양, 근속기간, 재취업 가능성을 결정짓는 사회적 형편(장애 유무, 연령, 직업능력) 등이 그것이다(L.321-1-2).

해고제한 기간이란, 사용자는 경제적 이유에 의한 해고를 실시하는 경우에도 해고예고 기간과는 별도로 일정한 기간 전에 행정관청에 신고하지 않으면 해고통지를 발할 수 없도록 하는 제도이다. 해고자가 100명 미만일 경우에는 최소한 30일 해고제한 기간이 설정되어야 하며, 100명에서 250명 미만의 경우에는 최소한 45일의 해고제한 기간이 설정된다. 따라서 예컨대 해고예고 기간이 1개월인 근로자와 근로관계를 종료하고자 하는 경우에는 적어도 2개월 내지 75일 이전에 해고계획서가 최초의 종업원대표와의 협의 내용을 포함하여 미리 제출되어야 한다. 따라서 해고절차를 종합적으로 요약하면 사용자는 최초 종업원대표와 협의한 후에 행정관청에 신고할 수 있고, 행정관청에 신고된 날로부터 일정기간이 지나야만 비로소 해고예고를 통지할 수 있으며, 해고예고 기간이 경과함에 따라 비로소 근로관계가 종료된다. 예외적으로 경제적 이유로 인한 해고가 너무 지연된다고 인정되는 경우에는 행정관청의 승인을 얻어 최소한 1주일의 예고기간을 보장하면서 해고예고수당의 지급으로 갈음케 할 수 있다(L.321-6조).

프랑스의 경제적 이유에 의한 해고 제도에 있어서 빠뜨릴 수 없는 중요한 것은 1975년법에 의해서는 행정관청의 허가를 받는 경우에만 해고가 가능하도록 하였는데, 1986년의 개정(1975년 유럽공동체의 지침에 따른 국내법의 변경)¹¹⁾ 의하여 이러한 허가 내지는 승인 절차가 폐지되었다는 점이다. 구법하에서는 행정관청은 신청일로부터 30일 이내에 종업원대표 등과의 협의절차의 적용조건, 해고 이유의 진실성, 복직 및 해고수당에 관한 사항을 심사하고 사용자에게 허가 또는 허가의 거부를 통지하도록 되어 있었다. 이때 해고 이유의 진실성에 대한 판단은 동법 시행령에서 '주장된 이유의 존재에 관한 심사'라고 규정하여 진실성에 대한 실질적 심사의 입장을 취하는 것으로 평가되었다(학설상으로는 논란이 있었음). 그러나 1986년법 개정으로 행정관청은 이전의 허가에서 벗어나 절차에 대한 통제만을 담당하며 경제적 해고의 실체적 요건에 대한 판단(정당한 경제적 해고이냐의 판단)은 사법기관이 담당하게 되었다.¹²⁾ 따라서 신고받은 행정기관은 절차적 검토를 행할 뿐이며, 구체계획의 수립과 기금관련 협조사항 등에 대하여 조언과 권유를 행사하게 된다. 이를 위반한 해고(해고승인신청을 하지 않거나, 행정관청의 거부에도 해고하거나, 행정기관의 승인신청후 심사기간 도중에 해고하는 경우)에는 사용자에게 벌금형이 부과되며(L. 321-11 I), 또한 근로자는 법령위반 또는 협정에서 정한 재수당과는 별도로

계약과기를 이유로 손해배상을 청구할 수 있다.

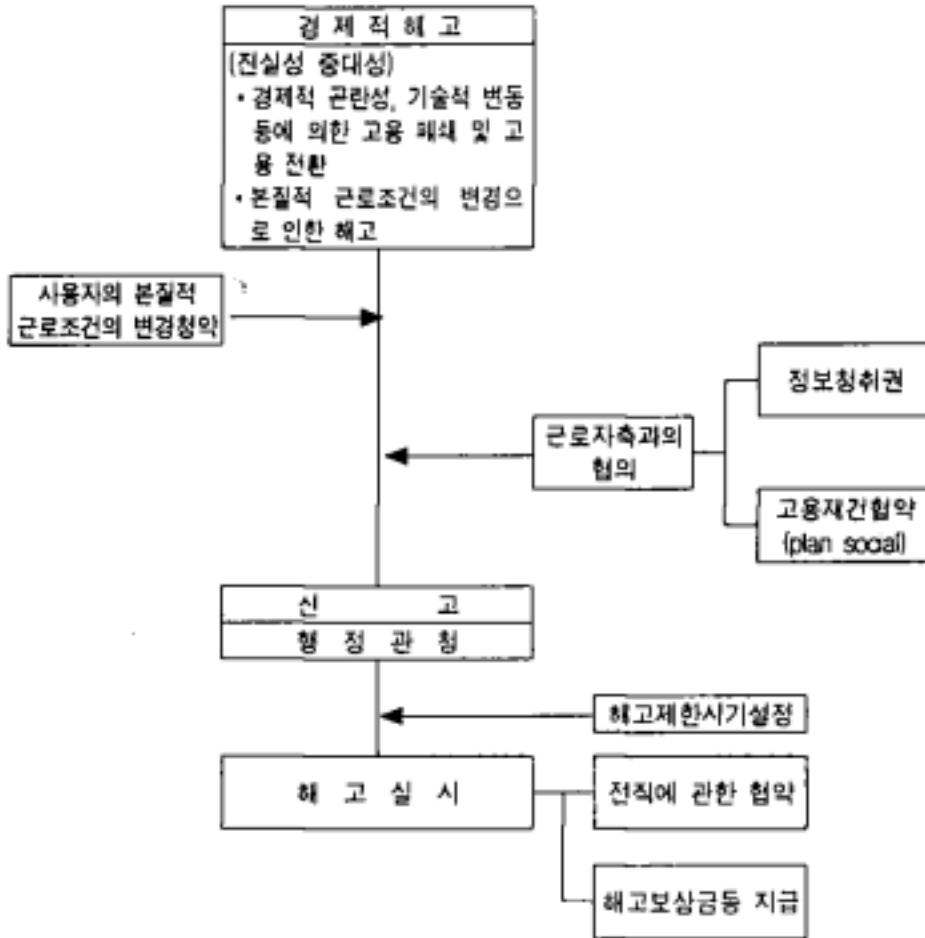
한편 근속 2년 이상의 근로자를 경제적 이유에 따라 해고하고자 하는 사용자는 해고예정 근로자가 희망하는 경우 기업소재지를 관할하는 고용청(ANPE), 지역상공업고용촉진협회(ASSEDIC)와 「전직에 관한 협약」을 체결한다. 협약체결에 관한 비용은 고용청과 협회로부터 다음과 같은 급부와 재취업을 위한 서비스를 받는다. 즉, 해고 후 2개월 동안 임금의 83%에 상당하는 전직수당, 계속하여 3개월 동안 임금의 70%에 해당하는 전직수당, 해고 후 5개월간 직업지도 및 재취업 알선 또는 300일 이내의 직업훈련 등이다. 경제적 해고의 경우에 해고예고수당,¹³⁾ 해고보상수당 및 유급휴가보상수당이 지급된다. 그리고 사용자의 해고예고의무 불이행에 대하여 근로자는 보상적인 해고예고수당을 받을 권리를 취득한다(L. 122-8조). 예고수당은 근속기간에 따라 달라지는데, 6개월 미만의 경우에는 없으며, 6개월 이상 2년 미만은 임금 1개월분, 2년 이상은 임금 2개월분이 지급된다(L. 122-6조). 해고보상수당(indemnité minimum de licenciement)은 근로자의 중대한 과실의 경우를 제외하고는 동일한 사용자와 2년 이상 연속 근로관계를 형성한 경우에 사용자가 지급하여야 하는데, 그 액수는 근로계약 해지 이전에 당해 근로자가 받던 임금에 따라 산정된다(L 122-9조 및 R. 122-2). 사용자는 해고로 인하여 미취득한 연차유급휴가에 대하여 근로자가 휴가를 취득한 경우와 같은 금액을 유급휴가보상수당으로 보상하여야 한다(L. 223-14조).

6) 프랑스의 경제적 해고 제도에 관한 평가

프랑스의 경제적 이유에 의한 해고 제도를 개관하여 볼 때에 다음과 같은 특징적인 점을 찾아볼 수 있다.

첫째, 경제적 이유에 의한 해고의 실제적 요건과 관련해서는 해고하여야 할 경제적인 사정이 객관적으로 주어져 있으며, 구체적으로 잉여노동력의 계속 고용이 기업에 손해를 초래하는 중대한 사유가 존재하는 것만을 요구하고 있다는 점이다. 이러한 판단기준을 면밀히 분석하면 사용자의 경영방침의 결정에 대한 국가나 제3자의 간섭 내지 통제(행정관청의 사전승인)를 배제하는 의미로 이해할 수 있다. 즉, 사용자가 적절한 기업운영방침을 결정했느냐의 여부 등은 실제적 요건의 전제를 이루지 않는 것으로 평가된다. 절차적인 요건과 관련해서는 프랑스의 경우에도 근로자측과 협의절차를 명문으로 규정하고 있다. 그러나 종업원대표(délégués du personnel) 또는 기업위원회(comité d'entreprise)에 대해서 독일과 같은 공동결정권이 부여되어 있지는 않다. 즉, 이들이 행사하는 권한은 단지 사용자로부터의 정보를 제공받고 청취할 수 있는 권한에 그친다. 물론 L. 321-4조에서 고용재건계획(plan social)이 규정되어 있으나 이는 어디까지나 해고로 말미암아 그 이후에 발생하게 되는 결과에 대한 보상 내지는 완화조치(재취업을 용이하게 하는 점, 경제적 보상 등)에 불과한 것이다. 그리고 해고대상자의 선발기준도 법정화된 기준에 의거해 원칙적으로 사용자가 결정하고 근로자측과는 사후 협의하는 정도에 머물고 있다. 이런 점에서 기존의 행정관청에서의 신고는 사용자의 자의적 해고와 그 남용을 방지하고 경제적 이유로 인한 해고의 모순점을

[그림 2] 프랑스에 있어서 경제적 해고의 기준과 절차



어느 정도 최소화하는 작용을 담당하는 것으로 평가할 수 있을 것이다. 요컨대 프랑스 제도의 특징은 실체적 요건에서의 객관성 요구, 절차적 측면에서의 근로자측과의 협의 내지 해고 사후의 결과를 완화시키는 데에 초점을 맞추고 있는 것으로 요약된다.

6. 일본의 정리해고 기준과 절차¹⁴⁾

1) 경영상 이유에 의한 해고(정리해고)의 법리 전개 과정

일본의 경우 해고 일반을 제한하는 우리의 현행 근로기준법 제30조 제1항과 같은 규정을 두고 있지는 않다. 다만 일본의 노동기준법은 특별한 노동보호 입법적인 관점에서 업무상 질병·부상으로 인해 요양중에 있는 자 또는 산전후의 여성근로자의 경우에는 우리의 현행 근로기준법 제30조 제2항과 같은 제한규정(근로기준법 제19조)과 동법 제32조 및 제35조와 같은 해고예고제도(근로기준법 제20조, 제21조) 그리고 일정한 해고사유에 관한(부당노동행위로서의 해고금지) 제한규정(노동조합법 제7조 1호, 4호)을 두고 있을 뿐이다. 그러므로 일본의 경우 근로관계의 종료와 관련하여 근로자보호를 위한 특별한 보호규정을 따로 설정하지 않고 민법의 일반원리를 토대로 하는 사용자의 해고남용의 법리(일본 민법 제1조 제3항)를 발달시켜 노동보호법적 해고제한을 실현하는 형태를 취하고 있다.¹⁵⁾ 또한 일본에 있어서 긴박한 경영상의 사유에 의한 해고(정리해고)의 경우도 명문의 규정을 기초로 발전·운용되어 온 것이 아니라, 판례를 통한 법형성적 견지에서 이루어져 왔다. 긴박한 경영상의 사유에 의한 해고에 관한 판례는 일찍이 제2차 세계대전 후 기업정비의 목적하에 실시되었던 대량감원과 관련하여 다루어지기도 했으나, 본격적으로는 1965년 이후 달러과동 및 석유과동으로 인한 불황에 대처할 목적으로 광범위하게 발생된 인원정리를 둘러싸고 다루어졌으며, 이를 통해 1970년대 중반에 이르러 소위 4요건론이 정비되기 시작했다.¹⁶⁾ 그러나

이러한 판례는 아직 하나의 법원칙으로 완결된 것이 아니라 계속적으로 정비·형성되어가고 있는 과정에 있다.

2) 소위 요건엄격론에서 요건완화론으로

판례의 동향은 각각의 판결마다 견해의 차이를 조금씩 보여 그 결과에 있어서는 하나의 일관된 체계로 제시하기에는 곤란하지마는, 대체적으로 초기의 판례는 소위 4요건론을 엄격히 해석·적용하는 태도를 보여주었다. 여건을 엄격히 적용하는 판례의 태도를 개괄적으로 정리하면 다음과 같다. 즉, 정리해고가 권리남용에 해당하는가의 여부는, 첫째, 당해 해고를 하지 않으면 기업의 존속이 위태로울 정도로 긴박한 경영상의 필요성이 있어야 하고, 둘째로, 배치전환·일시귀휴 또는 희망퇴직자의 모집 등과 같이 근로자의 해고보다는 완화된 조치를 다하는 노력이 사전에 이루어져야 하며, 셋째로, 노동조합 내지 근로자대표와의 설명과 이해를 구하는 제반 노력이 있었고, 넷째로 해고근로자의 선정과 관련한 정리가준이 객관적이며 합리적인 경우에 비로소 해고남용에 해당하지 않는다는 것이다.

그러나 이와 같은 대체적인 판례의 동향은 사회·경제환경의 변화와 더불어 정리해고의 요건을 완화하는 경향을 보여주기 시작했다.¹⁷⁾ 이러한 변화는 기업으로 하여금 경기변동에 쉽게 적응하도록 하여 경쟁력을 제고할 수 있게 탄력성을 부여하려는 취지에서 비롯되었다. 즉, 정리해고도 사용자의 해고권 남용이라는 관점에서 판단되어야 하는 것이며, 이때 해고권의 남용이란 불확정적인 개념일 수밖에 없기 때문에 그 남용여부에 대한 판단은 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단할 수밖에 없는 것이다. 이런 취지에서 4요건론은 그것의 하나하나가 유효한 정리해고의 필요조건으로 작용한다고 보기보다는, 어디까지나 해고의 남용을 판단하는 판단요소들로 작용하는 것에 불과하므로 정리해고의 당부는 이들 요건들을 전체적·종합적으로 고려하여 판단되어야 한다는 것이다. 이와 같은 새로운 변화속에서 논의되는 정리해고의 요건을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 인원감축의 필요성은 해고를 하지 않으면 기업의 존속에 직접적인 영향을 미칠 정도의 긴박한 경영상의 필요성은 없더라도, 경영적인 판단에 따라 장차 발생할 수도 있는 경영상의 위험을 예방하기 위하여 기업 체질의 개선·강화를 도모하고자 하는 경우에도 인정될 수 있다는 것이다. 이에 따라 판례의 새로운 경향은 현재의 경영상황하에서 감원조치를 취하는 것이 합리적인 경영자의 입장에서 충분히 고려될 수 있다고 인정되는 경우에는 인원감축의 필요성 요건을 충족하는 것으로 인정하고 있다. 그리고 이러한 경영상의 판단에 대해서 법원은 기업의 사실적인 경영상태를 상세히 검토하고는 있지만 결론에 있어서는 대부분의 사안에서 그 요건이 갖추어져 있음을 인정하고 있다. 다만 인원감축조치를 취한후에 대폭적인 임금인상, 다수의 신규채용, 고율의 주식배당 등 명백히 모순되는 조치가 뒤따르는 경우에는 정리해고의 필요성을 부인하고 있다. 이러한 측면에서는 정리해고의 요건인 인원감축의 필요성을 상당히 폭넓게 인정되고 있다고 볼 수 있으며, 이는 곧 사용자의 경영상의 판단에 대해 상당한 재량성을 인정하는 것으로 볼 수 있다.

둘째, 인원감축의 필요성을 인정하기 위한 두 번째의 요건은 인원감축의 수단으로서 정리해고를 선택하는 것이 불가피한가 하는 점이다. 즉, 정리해고를 사용자의 해고권의 남용 측면에서 이해·판단하는 것이므로 사용자는 적어도 배치전환, 파견, 임의퇴직 등 그 불이익이 해고보다 덜한 다른 조치가 있다면 이를 우선적으로 강구하여야 하는 신의칙상 의무를 부담한다는 것이다. 따라서 이러한 최후수단으로서의 해고회피노력을 다하지 아니한 상태에서 취한 사용자의 정리해고는 해고권의 남용으로 판단되는 것이다. 또한 해고회피노력의 일환으로서 고려되는 배치전환 등의 경우도 이로 말미암아 배치전환된 부서에 또다른 잉여노동력이 발생하지 아니하는 경우에 한하여 인정되는 것으로 이해되고 있다. 그러므로 사용자의 해고회피노력 의무는 해고회피를 위하여 일자리를 창출해야 하는 것과 같은 적극적인 의무로서 이해되는 것은 아니다. 셋째, 정리해고 대상자를 선발함에 있어서도 그 구체적 타당성이 인정되어야 한다. 정리해고 대상자인 특정 근로자를 부득히 해고하게 되는 경우에도 당해 해고근로자의 선발이 객관적으로 합리적인 기준하에 공정하게 이루어져야 하며, 사용자가 이에 반하여 행한 해고의 경우는 무효로 된다. 객관적이며 합리적인 선발기준으로는 근무성적, 근속연수 등과 같은 근로자의 기업에 대한 공헌도, 연령이나 부양가족수 등을 고려한 해당근로자의 경제적 곤란의 정도 등이 고려대상으로

제시되고 있다. 이러한 기준에 따른 인선은 전적으로 사용자의 재량에 귀속되지만 그 결과의 불합리성 여부에 따라 해고의 효력이 부인될 수도 있다.

끝으로 절차의 타당성에 관한 노동조합과의 협의절차이다. 일반해고 또는 정리해고시에 노사의 협의 또는 동의를 거칠 것을 약정하고 있는 경우에 이러한 절차를 충분히 지키지 아니하고 행한 해고조치는 협약 위반으로서 무효가 된다는 것이 일반적이다. 그러나 이와 같은 협약상의 규정이 없는 경우에도 사용자는 노동조합 또는 근로자에 대하여 정리해고의 필요성과 그 시기·규모·방법 등에 대하여 납득할 수 있는 설명을 하고 나아가 그 해당자들과 성의를 가지고 협의를 하는 것이 타당할 것이다. 여기서 사용자가 노동조합과 협의하는 것은 궁극적으로 정리해고 자체가 해고의 남용에 해당되지 않도록 절차 측면에서의 신의칙 관점에서 단지 부수적으로 고려될 뿐이다.

주석 1) 대량해고는 이전에 사용하던 용어이나, 현행 해고제한법상으로는 '고지의무가 있는 해고'(anzeigpflichtige Entlassungen)라 한다.

주석 2) 해고제한법 제1조 제2항 1(a), 제1조 제3항 1문.

주석 3) 해고제한법 제1조 제3항 2문. 동 조항은 1996년 9월 25일에 개정되었던 것인데, 개정전 구법의 규정에서는 사업기술상·경제상, 그리고 기타 사업상 필요가 있는 경우에는 비록 제1조 제3항 1문에 따른 '사회적 관점'에 배치된다 하더라도 허용되는 것으로 규정하였다. 이와 같은 개정전의 법규정은 일차적으로 사회적 관점을 기준으로 하여 해고선발기준을 작성하되, 해고대상자 선정시 사용자의 관점을 배려할 수 있는 여지를 남겨두기 위해서이다. 그러나 개정법에서는 "사용자가 제1조 제2항의 긴박한 경영상의 필요에 따라 근로자를 해고하더라도 사용자가 해고근로자의 선발에 근속연수, 연령 그리고 근로자의 부양의무를 고려하지 않거나 또는 충분히 고려하지 않은 때에는 사회적 상당성이 없다"고 개정하면서 이에 반대되는 사용자의 이익 관점을 고려하기 위한 2문의 조항도 1문의 개정에 맞추어 구체적인 표지로 열거하고 있다.

주석 4) 그러나 이익조정서는 사회계획서의 작성시에 함께 고려될 수도 있다.

주석 5) 이 기준은 비단 해고시뿐만 아니라 휴직, 배치전환, 교육 등에도 함께 적용되는 기준으로 된다(경영조직법 제95조).

주석 6) 해고제한법 제1조 제2항 2문과 3문의 규정은 '계속 취업 가능성'의 여부만을 예외적으로 기업 단위로 확대하여 판단하려는 것일 뿐, 법정해고제한에 따른 긴박한 경영상의 필요에 의한 해고의 적용은 원칙적으로 사업장 단위로 이루어지며, 또한 그러한 범위 내에서 판단하게 된다.

주석 7) 李興在, 「정리해고의 절차적 제한」, 『법학』, 제34권 3, 4호 187쪽.

주석 8) 片岡, 『勞働法』(宋剛直 역), 1995. 451쪽.

주석 9) 1979년에는 「기간의 정함이 있는 근로계약에 관한 법률」이 제정되어 종래 기간 있는 근로계약의 계속적 갱신에도 불구하고 장차 정리해고에 갈음하여 이러한 근로자에 대한 근로계약 갱신을 거부함으로써 임시고용 근로자로 화하게 하여 그 해고를 용이하게 해왔던 것에 관해, 이른바 기간의 정함이 있는 근로계약은 반드시 서면에 의하여 하고 이러한 서면을 갖추지 않았다면 기간의 정함이 없는 것으로 추정하도록 하고, 이와 함께 기간의 갱신자체를 1회에 한하여 하도록 하여 그 이상의 갱신의 경우에는 기간이 없는 근로계약으로 봄을 규정하여 종래의 편법을 막았다(이흥재, 「프랑스의 해고제한의 법리」, 『법학연구』, 제12집, 4쪽).

주석 10) Gérard Lyon-Caen/Jean Pélissier/Alain Supiot, Droit du travail, 18^e édition, 1996. pp. 382~383.

주석 11) 엄밀하게 기술하자면 프랑스가 행정관청에의 승인(허가) 제도를 폐지한 것은 유럽공동체의 지침에 부합하기 위해서가 아니다. 왜냐하면 1975년의 지침에서는 근로자에게 보다 유리하게 국가기관의 행정절차규정을 두는 것은 무방하다고 하였기 때문이다(제5조). 그럼에도 불구하고 행정관청의 승인(허가)제도가 폐지된 것은 유럽공동체 지침이 추구하는 회원국

법제도간의 적정한 조화와 명분에 따른 것으로 볼 수 있다.

주석 12) 그러나 화의(和議)상태에 있는 기업이 경제적 해고를 실시하고자 하는 경우에는 해당 법원의 허가를 얻어야 한다.

주석 13) 엄밀히 말하면 유급휴가(délai-congé)에 해당한다. 그러나 그 실제적인 결과에서는 해고예고수당과 동일하므로 편의상 해고예고수당으로 번역하여 사용하기로 한다.

주석 14) 이에 관해서는 김형배, 「정리해고 법리의 재구성」, 『노동관계법 연구』, 한국경영자총협회, 1997. 41쪽 이하; 이철수 『노동관계법 국제비교연구(I)』, 한국노동연구원, 1993. 27~37쪽; 김상준, 「정리해고에 대한 사법적 통제법리의 연구(하)」, 『법조』 (413호), 1991. 59~61쪽 등을 참조하여 작성.

주석 15) 해고에 관한 일본의 학설에는 이 밖에도 해고자유설과 정당사유설이 있다. 전설은 현재 더 이상 주장되고 있지 아니하고, 후설은 정당한 사유(예컨대 근로자의 일신상의 사유, 근로자의 행태상의 사유 그리고 긴박한 경영상의 사유)가 있는 경우에만 사용자의 해고가 인정된다는 학설이다(片岡昇 저/송강직 역, 『노동법』, 1995. 452쪽 이하 참조). 그러나 판례와 다수설은 해고남용설을 취하고 있으므로 여기서는 이 학설만 고찰의 대상으로 삼고자 한다.

주석 16) 長岐地裁 大村支部 1975. 12. 24(大村野土 사건)의 판결이 효시를 이루었다.(이철수, 『노동관계법 국제비교연구(1)』, 한국노동연구원, 1993. 27쪽에서 재인용). 그후 大阪地裁 1976. 5. 26.(平野金屬사건), 岡山地裁 1979. 7. 31.(住友重機·王島製造所 사건)등 4요건론에 기초한 판례가 다수 이어졌다.

주석 17) 일본 최고재판소 산하 사무총국 행정국은 1986년 「정리해고등 관계사건집무자료」에서 요건완화론의 입장을 제시하였다(이철수, 『노동관계법 국제비교연구(1)』, 한국노동연구원, 1993. 34쪽 재인용).

III. '경영상 이유에 의한 해고'에 관한 각국 법제의 비교·분석

위에서 살펴본 외국의 제도를 종합적으로 비교·분석하면 다음과 같다.

1. 고용관계에 대한 개념적 인식방법의 차이

먼저 전체 법체계적인 관점에서 근로관계의 해지에 대한 특별한 제도성을 인정하고 있느냐가 비교대상으로 된다. 예를 들어 독일의 경우에는 일반 민법상 고용관계와는 그 개념을 달리하는 근로관계의 개념을 인정하고 있으며, 근로관계의 종료에 대해서도 민법상 고용계약의 종료와는 달리 특별취급을 하고 있다. 이러한 법체계는 사회적 약자인 근로자의 보호를 헌법상 기본원칙으로 한 사회국가의 원리(Sozialstaatsprinzip)가 정립되어 있다는 데에 연유한다.¹⁾ 따라서 사회국가의 원리는 노동법 전반에 걸쳐 해석과 함결된 내용의 보충에 있어서 중요한 기준으로 작용한다. 사용자의 해고제한을 일반 고용관계의 법리와는 달리 구성하는 것이 가능한 것도 이와 같은 헌법적 해석론의 체계에 기인하는 것이다. 그러므로 독일은 근로관계의 특수성을 인정하면서 그러한 연장선상에서 해고제한 제도를 위치시키고 있는 것으로 볼 수 있다. 그러나 일반해고와 경영상의 긴박한 사유에 의한 해고가 비록 동일한 법률내에 사회적 상당성이라는 판단에 근거하고 있다 하더라도 양자의 법적 기초는 서로 다르게 평가할 수 있다. 즉, 전자는 근로자에게 원인있는 사유로 말미암아 더 이상 근로관계의 지속을 사용자에게 기대하는 것이 사회적으로 상당하지 아니하다고 판단되는 경우이며, 경영상의 긴박한 사유에 의한 해고는 근로자의 원인귀속과는 관계없이 경영상의 원인에 의한 근로자의 해고를 사회적으로 정당화시키는 것이다. 그러므로 양자 모두 결과적으로는 사회적 상당성이라는 일반관념을 토대로

하고 있지마는 그 논리의 귀결과정은 서로 다른 것이다. 이를 달리 표현하자면 일반해고에 대한 제한규정은 자본주의 체제 내에서 기능하는 사적 자율의 장애를 보충하고 보완하려는 취지에서 두고 있는 것이며, 경영상의 사유에 의한 해고는 일반해고 제한법리를 자본주의 경제체제에서 최소한도로 접촉시키기 위한 절충적 방안으로 이해할 수 있다.

한편 보통법에 기초하고 있는 미국의 해고에 관한 법리는 이미 살펴본 바와 같이 고용관계와는 구별되는 근로관계의 독자적인 관념설정 없이 단지 일반 고용계약 관계의 연장선상에서 다루고 있다. 다만 사법상의 자유로운 고용관계 해지가 초래하는 현실적 부당함을 한편에서는 보통법의 법리를 변용·발전시켜 최소화시키면서 다른 한편으로는 실정법상 해고의 절차에 대한 합리적 제한으로 보충하고 있을 따름이다. 이러한 경향성은 영국의 경우에 더욱 두드러지게 나타난다. 이러한 독일과 영미법상의 규율태도와와의 중간에 위치하고 있는 예로써 일본과 프랑스의 경우를 들 수 있을 것이다.

이처럼 상이한 입법 태도에도 불구하고 각국은 경영상의 사유에 의한 해고의 법리를 이해함에 있어 일반 민법상의 자유로운 계약종료에 관한 법리보다는 엄격화하는 쪽으로, 그러나 근로자보호의 관념에서 설정된 근로관계라는 특별한 법률관계의 원리가 지배되는 것보다는 완화된 방향에서 양자의 중간 영역에 위치하는 제도로 그 틀을 그려낼 수 있을 것이다.

2. 경영상의 필요에 대한 판단

각국의 입법례를 살펴보면 경영상의 사유에 의한 해고에 있어서의 실질적 요건이라 할 수 있는 '긴박한 경영상의 사유'에 대해서는 대체적으로는 사용자의 재량판단에 맡기고 있음을 볼 수 있다. 미국의 경우는 물론이며, 프랑스의 경우에도 일단 경제적 해고라는 사용자의 조치는 그러한 결정을 내리게 된 경제적 이유의 존재에 대한 객관적 상황판단과 이로 인한 고용감축이라는 결과로 이어지는 사실관계를 요건으로 제시하고 있어 실질적으로 사용자가 내린 결정의 '적절성' 등의 여부는 문제삼고 있지 않다. 독일의 경우도 사용자의 경영상의 결정에 대해서는 원칙적으로 자유재량의 것으로 인정하고 있다. 그리하여 경영 내·외적인 원인에 기한 경영상의 조치가 명백히 자의적인 경우가 아닌 한 사후 사법심사대상으로 다루지 않는다. 일본의 경우에도 소위 '요건완화론'의 입장에서는 도산에 이르게 되는 상태에 있음을 요하는 것이 아니라 고도의 경영난에 기하여 해고라는 조치가 요청될 정도이면 충분하다는 입장을 취하면서, 사후적인 사법심사에서 기업의 사실적 경영상태를 상세히 검토하기는 하지만 결론적으로 대부분 요건의 구비를 인정하는 태도를 보여 사용자의 판단을 존중하는 입장을 취하고 있다.

이러한 입법례의 고찰에서 나타나는 바는 '긴박한 경영상의 사유에 의한 해고'를 단순히 근로관계의 존속보호를 목적으로 하는 규제대상으로 다루는 것이 아니라, 기업의 존립 및 생산성 향상 내지는 경쟁력의 강화를 위한 경영합리화 조치로서 사용자의 합리적인 경영 결단에 의하여 취해질 수 있는 것으로 파악되고 있다는 점이다. 이러한 점은 긴박한 경영상의 필요성에 대한 사후적인 심사대상으로 삼고 있는 각국에서도 그 심사대상을 객관적 사실에 초점을 맞추어 운용하고 있다는 점에서 잘 드러난다.

여기서 '긴박한 경영상의 사유에 의한 해고제도'의 본질을 찾아볼 수 있다. 경영상의 사유에 의한 해고는 자본주의 체제가 지니는 구조적인 모순의 일단면으로 영업활동의 자유와 사회적 약자의 보호라는 양대 원리의 교착지점에 위치하고 있는 쟁점이다. 그러나 사회적 약자의 보호를 아무리 강조하더라도 사용자의 경영상의 결정에 대한 본질을 형해화시킬 수 없는 것이므로 경영상의 사유에 의한 해고에 대한 각국의 입법례는 그 핵심을 근로자보호의 관점에서 다루는 것이 아니라 기업의 존립보호에 두고 있음을 알 수 있다. 이와 같은 경향성은 세계화에 따른 국제경쟁력 강화라는 현실경제의 필요성에서 더욱 강조되고 있다. 그러나 경영상의 사유에 의한 해고는 근로자의 귀책사유와는 관계없이 사용자측의 영역이라 할 수 있는 경영상의 원인에 연유하는 바이고, 그럼에도 불구하고 이로 인한 결과로서의 불이익은 근로자 부담으로 귀속되기 때문에 각국에서는 그 절차 측면에 비교적 세밀한 제한규정을 두고 있다. 그중의 하나는 해고를 실시하게 되는 경우에도 사용자의 자의성을 방지하기 위해 잉여노동력의 발생이라는 객관적 사실을 갖추고 또한 그러한 측면에서의 객관성을 요구한다는 점이다. 독일과 프랑스의 경우 명문의 규정으로 해고와 관련된 객관적 자료를 근로자대표에게 제출하고 협의하게 함으로써 구체적인 인력계획을 토대로 해고가 실시되게 함이 그러하다. 미국의 경우에는 명문의 규정은 없으나 단체협약상

보편화되어 있는 일시해고 및 선임권제도가 기업내의 사실적이며 구체적인 고용조정의 기능을 담당하므로 '잉여노동력의 발생'이라는 객관성을 사실상 충족하고 있는 것으로 볼 수 있다. 인력감축의 필요성과 그 정도에 대해서 사용자의 결정권한을 존중하는 대신 경영상의 사유에 의한 해고에 다툼이 있는 경우 그 입증책임에 관하여는 사용자로 하여금 부담하게 하는 것이 공평하다. 왜냐하면 근로자는 기업의 경영과정에서 야기되는 해고의 원인을 자세히 알 수 있는 지위에 있지 않기 때문이다.

3. 절차적 측면에 대한 법적 규제강화

절차에 관하여 비교적 자세한 규정을 두고 있는 각국의 입법례에서 공통적으로 찾아볼 수 있는 것은 근로자대표와의 협의과정을 거치게 하는 점과, 해고를 하는 경우에도 그 선발에 사용자의 자의성을 배제하고 합리성을 갖추게 하는 점, 그리고 해고가 일정한 규모 이상으로 행하여지는 경우 권한있는 행정관청에의 신고 제도를 두고 있다는 점이다.

먼저 근로자대표의 협의를 두게 하는 것은 ILO의 협약에서 뿐만 아니라 유럽연합의 지침에서도 제시되고 있는 사항이다.²⁾ 그러나 누가, 어떤 형태로, 어떤 권한을 가지고 협의절차과정에 참여하게 되는가는 각국의 사정에 따라 다르게 나타남은 위에서 살펴본 바와 같다. 그럼에도 불구하고 비교법적 고찰에서 엿볼 수 있는 것은 '근로자대표'의 참여를 보장하더라도 이는 어디까지나 구체적인 해고실행과정과 관련해서이며, 사용자의 경영방침의 결정과정에서의 참여형태를 취하고 있는 예는 없다는 점이다.³⁾

근로자대표가 경영상의 해고실행과정에 참여하는 방식에 있어서 각국이 공통적으로 취하고 있는 형태는 -그것이 협의형태이든 공동결정이라는 협의형태이든 간에- 해고근로자의 선발기준과 관련해서이다. 그밖에 사용자의 해고회피노력과 관련하여 근로자대표와의 협의를 요구하고 있는 예는 일본의 경우를 제외하고는 명시적으로 제시되고 있지 않다. 다만 독일의 경우 객관적으로 가능한 배치전환 내지는 교육훈련의 조치를 강구한 후에만 사용자의 경영상의 사유에 의한 해고가 정당하게 된다는 명문의 규정을 두어 아예 이를 사용자의 의무사항으로 규정하고 있다. 그리고 영국에서도 다른 대체직무를 찾는 노력을 다하도록 판례가 부여하고 있음도⁴⁾ 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 가장 전형적인 해고 회피의 유형으로 제시되는 신규채용의 금지와 같은 형태는 명문의 규정을 두고 있는 경우는 없으나, 해석상 또는 관행상으로 당연히 포함되는 것으로 이해되고 있다.⁵⁾

사용자의 해고회피노력과 관련하여 각국에서 취하고 있는 제도 중 주목할 것은 새로운 근로조건으로의 변경 제도이다. 물론 이와 같은 근로조건 변경이 평상시에도 통용될 수 있는 것이지만 특히 긴박한 경영상의 사유가 있는 경우에 해고를 기피하기 위한 하나의 방안으로 강구되고 있다. 예컨대 일시적인 불경기일 때 근로자의 해고를 통해 경영의 정상화를 꾀하기 보다는 근로자의 근로조건을 불리하게 변경함으로써 해고를 하지 않고서도 그 위기를 극복하게 하려는 데 그 제도적 의의를 찾을 수 있다. 그러나 새로운 근로조건 변경은 개별 근로자의 동의가 반드시 전제되어야 하는 것이므로 이를 사용자의 의무로 설정하는 것보다는 근로계약 당사자의 자율에 맡기는 태도를 취하고 있다. 이러한 조치가 미국의 경우에도 일반적으로 단체협약을 통해 시도하고 있는 것은 이러한 연유에서이다.

이상과 같은 해고회피노력과 관련한 절차면을 개관하면, 이는 대부분 사용자가 단독으로 결정할 수 있는 경영상의 조치에 관한 사항들이다. 이와는 달리 사용자 단독으로 결정할 수 없는 해고회피의 유형들은 사용자의 의무로 파악하기 보다는 관계당사자의 합의를 전제로 시도하도록 하고 있다. 그러므로 사용자 단독으로 결정할 수 있는 해고회피노력은 독자적인 요건으로 분류되어 다룰 수도 있는 반면, 긴박한 경영상의 사유에 의한 해고의 불가피성이라는 실질적 요건의 전제로서 함께 판단할 수도 있다.⁶⁾

절차적 측면과 관련해서 살펴볼 수 있는 또 다른 중요한 점은 권한있는 행정관청에의 신고이다. 이는 ILO와 유럽연합의 지침에도 권유하고 있는 사항이다. 권한있는 행정관청에의 신고는 다음 두 가지 측면에서 그 의미를 찾아볼 수 있을 것이다. 그 하나는 권한있는 행정관청에의 신고의무를 사용자에게 부여함으로써 부당한 해고의 남용을 어느 정도 예방·조절할 수 있는 제도적인 방지책으로서의 기능을 갖는다는 점이고, 다른 하나는 당해 행정관청으로 하여금

노동현실에서 발생하고 있는 정보를 신속하게 취합할 수 있도록 하여 사회정책적 판단자료로 활용할 수 있도록 하기 위한 점이다. 이 중에서도 특히 첫 번째의 기능과 관련하여 경영상의 필요에 따른 해고가 이루어지더라도 일정기간 동안 해고를 할 수없게 하는 해고제한 기간을 설정하는 방식과 결부되어 운영되는 경우가 많다. 프랑스, 독일 그리고 미국의 경우가 각각 그러하다.

4. 객관적이고 공정한 해고기준

경영상의 해고절차와 관련하여 각국이 공통적으로 요구하며, 또한 상대적으로 높은 논의의 비중을 차지하는 것이 해고대상자 선정과 관련한 기준의 마련이다. 입법례에 따라서는 그 기준을 노사의 협의로 정하도록 하는 경우도 있으며(일본), 그 기준의 설정이 단체협약의 중요한 사항으로 다루어지는 나라도 있다(미국). 또는 그 기준의 주요 사항을 명문으로 열거하여 객관적 판단 내지 사후 심사기준으로 삼고 있는 경우도 있다(프랑스, 독일). 이처럼 각국이 해고 선발기준과 관련하여 입법규정을 두거나 나아가 세부적인 규정을 두는 이유는 해고근로자 선정과 관련하여 노사간의 이익이 서로 상반되기 때문이다. 사용자의 입장에서는 가급적이면 업무능력이 뛰어나면서도 상대적으로 임금수준이 낮은 근로자를 계속 고용하기를 희망할 것이며, 근로자 또는 사회적인 관점에서는 근로자 개인의 업무능력의 관점보다도 그 근로자의 사회적 위치(부양가족, 연령 등)와 기업에 대한 공헌도(근속연수) 등을 감안하여 선정하고자 하기 때문이다. 위에서 살펴본 각국의 경우에는 대부분 사용자의 관점이 아닌 근로자 내지는 사회적 관점에서 해고대상자 선발기준의 작성을 요구하고 있다(독일, 프랑스, 영국, 미국은 단체협약상 선임권 제도). 그 이유로는 근로자의 원인사유에 기인하지 아니하는 해고이므로 해고근로자가 실직후에 안게 되는 부담이 우선 고려대상으로 되어야 한다는 점과 이와 더불어 해고근로자에 대하여 사회에서 부담하게 되는 비용과도 연계하여 고려된다는 점이 제시될 수 있을 것이다. 이에 반해 일본의 경우 판례상으로는 사용자가 해고의 합리적 기준을 설정하도록 하는데, 이때에도 근로자의 기업에 대한 공헌도(근속연수뿐만 아니라 근무성적 등도 포함)뿐만 아니라 해당근로자가 받게 되는 사회적 충격을 함께 고려하여 설정하도록 하고 있다.

5. 경제적 보상체계

각국의 입법례는 경영상 사유에 의해 해고되는 근로자에 대한 경제적 보상체계를 병행하여 운영하고 있다. 경영상의 사유에 의해 해고되는 근로자는 해당 법규정에 따라 실업보험 등의 혜택을 받게 되지만 이로써는 충분하지 못하므로, 이에 보충하여 경제적 보상체계를 운용하고 있는 것이 일반적이다. 예컨대 유럽연합의 지침(No. 75/129)은 경영상의 사유에 의한 해고시 사용자는 해고계획과 선발기준 등과 더불어 해고의 충격을 완화할 내용(즉 경제적 보상)에 대해서도 근로자측과 대표에게 통지하고 협의할 것을 규정하고 있다. 또한 프랑스·영국의 경우에는 법률에 의하여 경영상 사유에 의해 해고된 근로자에 대한 해고수당의 지급을 규정하고 있으며, 독일의 경우에는 사용자가 종업원평의회와 의무적으로 체결해야 하는 고용조정계획(Sozialplan)에 따라 부가적인 경제적 보상을 강구하도록 하고 있다.⁷⁾ 미국의 경우에는 선임권 제도와 더불어 협약에 의한 금전적 보상조치를 실시함으로써 근로자의 보호를 기하고 있다.⁸⁾

이처럼 각국에서 해고근로자에 대한 경제적 보상 조치를 강구하고 있는 것은 경영상의 사유에 의한 해고 제도가 자본주의 체제 내에서 차지하고 있는 딜레마적인 성격에 연유하고 있다. 자본주의 체제는 사유재산권보장 제도를 기초로 하고 있다. 자본가에게 '생산수단에 대한 소유'를 인정하는 기초(따라서 잉여가치가 자본가에게 귀속되는 논거)는 자본가가 자본과 노동의 운용에 대한 총체적인 기획의 행하고 여기에서 발생하는 위험에 대해서도 자본가가 부담하는 데에 있는 것이다.⁹⁾ 기업가가 자신의 생산수단에 대한 소유를 기초로 노동력을 노동시장에서 구매하여 자본에 결합시켜 운용하고 여기서 발생하는 이윤을 자신에게 귀속시키는 것은 투자한 자본에 대한 '위험수당'으로 이해할 수 있을 것이다. 그렇다면 기업가는 자신의 자본과 노동시장에서 구매한 노동력의 운용에 따라 발생하는 손해도 자신에게 귀속시키는 것이 당연한 논리의 귀결인 것이다. 그러나 기업경영의 악화에도 불구하고 근로자를 계속적으로 고용해야 한다면 이는

자본의 손실을 무작정 감수하도록 하는 것인바 사적재산권 보장의 본질적 침해로서 수인하기 어렵고 또한 기업경영의 결정적 악화는 여타 다른 근로자의 고용마저 위협하게 되는 부당한 결과를 야기하기 때문에 '부득이' 소수 근로자의 직장 상실로 다수 근로자의 직장보호를 꾀하는 비례성의 원리에 비추어서도 그 정당성을 인정하지 않을 수 없는 것이며, 여기에 정리해고에 대한 사회적 개입의 한계가 있다.

그러나 이로써 본래의 결손된(자본주의의 구조적 모순에 기인하는) 정당성이 완전히 보전되는 것으로 볼 수 없다. 따라서 결손된 부분에 대한 적절한 반대급부가 주어지는 경우에 정당성이 어느정도 보충될 수 있을 것이다. 이때 고려될 수 있는 보충방안으로는 우선 사회부조적인 방법을 강구할 수 있다(예컨대 실업보험, 공공직업훈련을 통한 재취업 기회의 증대방안 등). 그러나 그러한 조치로써도 근로자의 손실은 충분히 보전되지 못하기 마련이다. 그러므로 이와 같은 사회부조적인 방법 외에도 사용자로 하여금 별도의 경제적 보상 조치를 강구케 하는 것은 결손된 정당성을 보충하는 취지에서 그 합목적성을 찾을 수 있다.

6. 경영상의 사유에 의한 해고의 경제·사회적 환경의 기초

긴박한 경영상의 사유에 의한 해고 제도는 실제 각 나라마다 노사관계의 관행이나 사회의 일반적 법감정을 고려하여 운용되고 있다. 위에서 살펴본 바와 같이 미국의 경우에는 단체협약 내의 해고의 정당한 사유에 대해서 규정을 두는 것이 일반적이어서, 단체협약 내에 경영상의 사유에 의한 해고를 더더욱 제한할 수도 있다. 그럼에도 불구하고 단체협약 내에서의 논의가 경영상의 사유에 대한 실질적 요건에 대한 것이 아니라 절차에 관하여 집중되어 있다는 것은 이미 '고용 자유의 원칙'이 오랫동안 적용되어 왔던 노사관행에 연유하는 바가 크다고 하겠다. 같은 의미에서 초기 일본의 판례가 소위 요건엄격론의 입장을 견지할 수 있었던 것도 종신고용제가 일본 노사관계의 기반으로 정립되었다는 점과, 그리고 이와 더불어 정리해고는 다른 고용조정 수단 중의 최대한 활용을 통하여 가능한 한 회피되어야 한다는 사회일반적 정서와도 무관하지 않다. 이러한 점에서 각 나라마다 취하고 있는 경영상의 사유에 의한 해고 제도는 그 나라의 경제·사회의 일반적인 환경 등과 밀접하게 연관되어 있음을 알 수 있다.

주석 1) 비록 사회국가의 원리가 독일 기본법 내에 규정되어 있는 위치로 말미암아(제20조 제1항) 그 적용대상에서 기본권 제도를 제외한 국가의 통치구조로 한정하자는 견해도 없었던 것은 아니나, 오늘날 헌법 전반에 걸친 기본원리로 인정하는 데에는 별반 논란이 없다.

주석 2) 유럽연합의 지침에서 근로자를 대표하는 것을 반드시 강제하지 아니하고 내국법에 상응하는 제도로 운영되게 한 것은 유럽연합이 지니는 정치적 위상에 연유하는 바일 뿐이며, 이를 통해 달성하려는 궁극적인 의도는 사용자의 경영결정에 대하여 직접적인 영향을 받게 되는 근로자의 의사를 절차과정에서 반영할 수 있도록 하기 위해서이다.

주석 3) 물론 독일의 1976년 공동결정법의 적용을 받는 기업의 경우에는 감사회에 근로자대표가 참여하므로 경영상 사유에 의한 해고와 관련하여 경영상의 결정과정에 근로자가 참여하는 모습을 보이지만, 이 경우 근로자대표의 참여는 사용자와 대립되는 독립적인 근로자대표로서의 지위에서가 아니라 회사의 기관에의 참여이기 때문에 그 성질을 달리 평가할 수 있다.

주석 4) *Vokes Ltd. v. Bear*(1974). I. T. R. 85(N.I.R.C.).

주석 5) 예컨대 미국의 경우 신규채용의 금지는 사실상 일시해고 및 재고용의 관행으로 이미 전제되며, 독일의 경우는 긴박한 경영상의 필요라는 해석론에서 당연히 도출되고 있다.

주석 6) 독일의 '긴박한 경영상의 필요'(die dringenden betrieblichen Erfordernisse)라고 하는 문언 내에는 이미 해고라는 조치는 이를 회피할 수 있는 다른 조치를 강구한 후에 마지막 수단으로 강구되어야 한다는 요청을 함축하고 있는 것이다. 이런 의미에서 해고회피노력은 '긴박한 경영상의 필요'라는 요건을 충족시키는 전제조건으로 자리잡고 있다.

주석 7) 그 액수는 쌍방간의 합의 결과에 따르게 된다. 예컨대 1년 근속에 1/4월분의 임금의 수준 정도로 정해진다.

주석 8) 그 밖에 다른나라의 입법례에 관해서는 노사관계개혁위원회, 『노동관계법

쟁점자료집(종합)』, 1996. 8. 39쪽 이하 참조.

주석 9) 이러한 어의(語義)에 대해서는 L. Pohle, Stichwort, "Kapitalismus", Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 1923. S.585; vgl. auch Fritz Redlich, Stichwort "Unternehmer", HdSW Bd. X. 1959. S.487 참조.

제3장

경영상 해고 제도의 개정과정 및 개정된 내용의 합리적 해석방안

I. 경영상 해고 제도의 개정과정

1. 새로운 경영상 해고 제도의 도입에 따른 제논의 과정

우리 나라가 1997년 말 IMF와 합의한 내용에는 노동시장의 유연성을 제고하기 위하여 판례에서 인정·발달되어 온 경영상의 사유에 의한 해고의 기준과 운용을 명확히 제시할 것이 포함되어 있었다. 이에 따라 1998년 1월까지 노동시장 유연화를 위하여 파산, 인수·합병의 경우에 세부적인 대책과 노사간의 고통분담 계획을 수립하고 이에 따른 고용조정의 법제화 문제도 2월 중에 해결한다는 세부일정이 잡혀져 있었다. 그 후 고용조정에 관한 법제의 논의는 크게 다음과 같은 방향에서 이루어져 왔다. 그 중 하나는 외환위기가 초래된 주요 근원지인 금융기관에 대한 구조조정 작업을 선행하면서 「금융산업구조 개선에 관한 법률」의 개정시에 고용조정 문제를 포함하는 입법화 방안을 들 수 있다. 이에 대해 다른 방안은 금융산업을 포함한 기업의 구조조정을 촉진하기 위하여 경쟁력 강화라는 목적하에서의 구조조정시에는 경영상 해고에 대한 특별 입법을 하여 그 요건을 완화하는 방안이다. 그러나 이러한 방안들은 노사간의 사회적 합의를 통해 고용조정의 법제화를 추진한다는 취지하에서 유보되었다.

한편 1월의 임시국회는 공전되면서 여야 3당은 1998년 2월 초 임시국회에서 「금융기관 인수·합병시 정리해고의 도입」과 「경제위기 극복을 위한 기업구조조정과 일반기업에 대상으로 하는 정리해고 도입」을 내용으로 하는 고용구조관계 법률을 제·개정기로 합의하였다. 이러한 일정에 따라 기업내 고용조정과 관련한 법제도의 정비방안으로는

- 근로기준법 부칙에 규정되어 있는 2년간 유예조항을 삭제함으로써 제31조를 즉각 적용케 하는 방안
- 근로기준법의 규정과는 별도의 「기업구조조정에 관한 특별법」을 제정하면서 동 법에 고용조정과 관련한 규정을 넣는 방안(금융산업 구조개선에 관한 법률과는 별도의 것임)
- IMF 체제하에서 고용조정 문제는 특별한 취급을 하여, 한시적인 특별법의 제정을 통해 현안의 문제를 해결하는 방안
- 마지막으로 근로기준법 제31조를 포함하는 고용조정에 관한 특별법을 제정하여 경영상의 사유에 의한 해고를 포함하는 모든 고용조정의 문제를 해결하는 방안 등이 제기되기에 이르렀다.

2. 기업의 고용조정법제 개정시의 노사정의 입장

1998년 1월 경제위기를 사회적 합의라는 형식을 통해 극복하려는 목적으로 경제주체인 노·사·정이 참여한 노사정위원회가 구성되고 현안의 제문제가 논의되기 시작하였다. 이 중에서도 최대의 난제는 노동시장 유연성 제고방안이라는 〈의제 7〉에 포함되어 있는 「고용조정에 관한 법제정비」에 관한 사항이었다. 노사정위원회의 산하에 구성되어 있는 전문위원회에서 이 문제를 다른 의제와 더불어 수차례 논의를 시도하였으나 상호간의 이견은

중해지지 않고 평행선을 달렸다. 그러나 몇 차례 회의를 거치면서 노·사·정이 이와 관련한 각각의 의견을 제시한 바가 있었는데, 이를 통해 각자의 입장을 정리해 보면 다음과 같다. 먼저 경영계에서는 1998년 2월 임시국회에서 근로기준법 개정을 통해 고용조정에 관한 법제정비 문제를 해결하되, 그 내용으로는

- 계속되는 경영의 악화, 기업의 인수·합병, 사업의 양도, 생산조직이나 작업형태의 변경, 신기술의 도입, 기술혁신에 따른 산업의 구조적 변화 또는 업종의 전환, 기타 구조조정을 비롯한 경영합리화 조치 등에 의한 고용조정과
 - 사업의 존속에 중대한 지장이 예상되는 경우, 법령 기타 부득이한 사유에 의해 사업의 일부 또는 전부를 폐지하는 경우에 의한 고용조정과
- 경영상의 사유가 있는 것으로 열거적으로 규정하되, 현행 근로기준법 제31조 제2항, 제3항 및 부칙 제1조는 삭제하는 것으로 의견을 개진하였다.

이에 반해 노동계의 입장은 원칙적으로 법제화의 반대를 주장하였다.

정부는 1998년 1월 26일 국무총리 주재하의 관계부처 장관회의에서 주요현안에 대한 논의를 거친 끝에 다음과 같은 내용으로 고용조정의 법제정비 방향을 결정하였다. 즉,

- 현행 근로기준법 부칙 제1조의 유예조항 삭제
- 계속되는 경영의 악화, 업종의 전환 또는 사업의 일부 폐지, 신기술의 도입, 신공정으로의 전환·개체, 기업의 인수·합병 등의 경우에는 긴박한 경영상의 필요성이 있는 것으로 보며,
- 해고를 피하기 위한 노력을 다하도록 하며
- 합리적이고 공정한 기준에 의해 해고자를 선정하여야 하며,
- 해고 또는 해고예고 30일 전에 근로자대표에게 해고회피방법, 해고기준 등을 통보하고 성실히 협의할 것을 내용으로 하며, 이와 더불어 고용조정으로 해고된 자에 대해 2년 내에 우선 재고용하도록 노력의무 규정을 신설

하는 입법 개정방향을 표명하였다.

경영계가 제시한 의견은 경영의 합리성에서 고용조정이 요청될 경우에는 언제든지 근로자를 해고할 수 있도록 법제를 개정하자는 의견이다. 이에 반해 노동계는 현재와 같은 상황하에서도 '불법정리해고'가 남용되고 있는 처지에서 고용조정에 관해 어떤 형태로든 새로운 법개정이 이루어지게 되면 일반 경영진들의 오해(필요하면 언제든지 해고할 수 있다는 오해)를 더욱 증폭시켜 무분별한 해고남용을 막을 방안이 없다는 현실적인 이유에서 어떤 형태로든 법개정에 대해서는 반대한다는 입장이었다.

이와 같은 각계의 주장 내용에 대해 정치적인 동기 내지는 그 효과를 도외시키고 법이론적으로 판단하자면 설득력을 갖기 어렵다. 경영계가 주장하는 바는 우리나라의 현행법 체계에 부합하지 않는다는 것이다. 현행 헌법상으로는 사(私)소유권 제도의 보장(제23조)과 영업활동에 대한 자유(제15조) 그리고 자유주의적 기본경제질서(제119조) 등이 보장되어 사용자의 기본적인 경영활동이 보장되고 있지만 그렇다고 하여 무제한적으로 인정되고 있는 것은 아니다. 사용자의 영업활동에 대한 기본권적 보호 외에도 근로자의 '인간의 존엄'을 유지할 수 있도록 해야 하는 국가의 의무와 노동삼권 등에 기초하고 있는 사회국가 원리에 기초하는 사회적 기본권도 아울러 규정하고 있다. 이런 점에서 경영상의 사유에 의한 해고에 대한 헌법적 기초는 사용자의 영업의 자유에 대한 기본권적인 보장과 근로자에 대한 사회적 기본권 보장 사이의 실체적 조화 속에서 파악되어야만 한다. 그렇지 않고서는 헌법의 기본질서에 합치하지 않는 것으로서 허용될 수 없다. 이런 관점에서 경영계에서 주장하는 바는 사용자의 영업활동에 관한 일방적 보호만을 내세운 것으로 그 정당성을 찾을 수 없다.

반면 노동계가 제시하는 논거도 그 논리면에서는 설득력이 없다. 위에서 언급하였듯이 현재 고용조정에 관한 법제도를 정비하지 않는 상황에서도 긴박한 경영상의 사유에 의한 해고는 기존의 판례에 따라 가능하다. 기존의 판례에서 제시한 요건 및 절차를 근로기준법 제31조에 규정하고 있는 그것과 비교하자면, 판례에 의한 경우가 훨씬 더 사용자에게 탄력적임을 알 수 있다. 다시 말하면 판례에 의한 경우 긴박한 경영상의 필요성, 사용자의 해고회피 노력, 합리적이고 공정한 해고선발기준의 설정 그리고 후2자와 관련하여 노동조합 및 근로자와의 협의를 거칠 것을 요구하고 있는데, 마지막 요건과 관련해서는 이를 반드시 요구하고 있지 않다. 이에 반해 근로기준법 제31조에서는 근로자대표와의 성실한 협의를 명문으로 규정하고 있기 때문에 절차 측면에서 근로기준법 제31조가 적용되는 경우 근로자에게 보다 유리한 고지를

확보하게 할 수 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 긴박한 경영상의 사유에 의한 해고에 관한 유예조항인 근로기준법 부칙 제1조를 삭제하는 것을 노동계가 반발하는 것은 일선 현장에서 가질 수 있는 사용자의 오해에 대한 우려에서이다. 이러한 우려의 원인은 기본적으로 고용조정의 법제화와 관련되어 있는 것이 아니라 법규범이 존재함에도 이를 준수하지 아니하는 불법적 행위와 관련된 사항이며, 이에 대한 해결책은 고용조정의 법제화와는 무관하게 부당해고 등에 대한 권리보호 내지 효율적인 구제절차와 관련해서 논의될 사항이다.

3. 「경제위기 극복을 위한 사회협약」의 체결 및 근로기준법의 개정

1998년 2월 9일에는 진통 끝에 노사정이 「경제위기 극복을 위한 사회협약」이라는 표제하에 제1기 노사정위원회에서 논의되고 합의되었던 사항들을 발표하였다. 동 협약 「7. 노동시장의 유연성 제고」(76)에서는 "정부는 고용조정에 관한 제도의 정비를 위하여 '1998년 2월 임시국회에서 근로기준법 개정을 추진한다'는 합의사항을 포함하면서 다음과 같은 구체적인 입법개정 방향을 제시하였다.

- 조문명 : 경영상의 이유에 의한 해고의 제한
- 해고의 요건
 - 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 함.
 - 경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도·합병·인수의 경우에도 긴박한 경영상의 이유가 있는 것으로 봄.
- 해고회피 노력
 - 해고를 회피하기 위한 노력을 다하도록 함.
- 대상자 선정기준
 - 합리적이고 공정한 기준에 의하여 해고자 선정(성차별금지 명시)
- 해고 절차
 - 60일 전에 근로자대표에게 해고회피방법 및 선정기준에 대해 통보하고 성실히 협의
 - 노동부에 사전 신고
 - 재고용 노력 의무규정 신설
 - 2년 유예조항 삭제

동 사회협약의 취지를 이어받아 1998년 2월 20일에는 근기법상 '경영상 이유에 의한 고용조정'에 관한 제31조의 규정 및 그 적용을 유예하고 있었던 부칙 제1조가 개정 및 삭제되고, 그 대신 새로이 '경영상 이유에 의한 해고의 제한'이 입법화되었다.

II. 개정 근로기준법상 경영상 해고 규정의 내용과 합리적 해석방안

1998년 2월 20일에 개정된 경영상 이유에 의한 해고 규정을 살펴보면 조문 표제의 변경에도 불구하고 기본적인 골격에는 구법의 구조가 큰 변화없이 그대로 유지되고 있다. 즉, '경영상 이유에 의한 해고'(이하에서는 '경영상 해고'로 약함)의 요건으로 ① 긴박한 경영상의 필요, ② 사용자의 해고회피노력, ③ 해고대상자 선발에 있어서 공정하고도 합리적 기준의 설정 그리고 ④ 해고회피와 공정한 해고대상자 선발에 있어 근로자 대표와 성실한 협의를 할 것 등이 개정법에서도 그대로 유지되고 있다. 다만 개정법에는 구법과는 달리 ① 긴박한 경영상의 필요와 관련하여 "경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다"는 규정을 첨가한 것(제31조 제1항 2문), ② 해고회피과정과 해고대상자 선발에 있어서 "남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니된다"는 차별금지 규정을 첨가한 것(제31조 제2항 2문), ③ 해고회피 및 해고대상자 선발과 관련하여 사용자로 하여금 근로자대표와 "해고하고자 하는 날의 60일 전까지 통보하고 성실히" 협의하도록 그 기간을 설정한 것(제31조 제3항 후단), 그리고 ④ 일정규모 이상의 근로자를 해고하고자 할 때에는 노동부 장관에게 사전 신고하도록 한 것(제31조 제4항; 동 법 시행령 제9조의 2) 등이 새로이 규정되어 있다.

1. 개정법상 '경영상 해고' 제도의 기본취지와 요건

1) 개정법상 경영상 해고 제도의 기본취지

a) 자본주의적 시장경제 체제의 핵심적 기초는 사(私)소유권에 기초한 영업활동의 자유를 보장하고 국가의 직접적인 규제나 통제를 배제한 수요와 공급의 자동적인 조정원리에 시장규율이 맡겨져 있다는 데에 있다. 헌법 제23조의 사소유권 제도의 보장과 제15조의 직업선택의 자유에서 연역되는 영업의 자유 그리고 제119조상의 자유주의적 경제질서 규정에서 보듯이 자본주의적 시장경제 체제를 근간으로 하고 있는 우리 헌법은 그 반면에 근로자의 인간의 존엄을 유지할 수 있도록 국가의 의무를 부여하고 있음과 동시에 노동삼권과 같은 사회적 기본권도 아울러 보장하고 있다. 이런 점에서 경영상 해고에 대한 헌법적 기초는 사용자의 영업의 자유에 대한 기본권적인 보장과 근로자에 대한 사회적 기본권 보장 사이의 실제적 조화 속에서 파악되어야 할 것이다. 따라서 어느 일방의 기본권 보호를 위해 타방 기본권의 본질적 내용이 침해되어서는 아니되는 까닭에 경영상 해고를 정당화하는 실질적 요건의 판단은 사용자의 경영상의 결정권이 보장되는 범위 내에서 이루어져야 한다.¹⁾

b) 경영상 해고가 지니는 특성은 근로관계 종료에 대한 근로자의 원인사유를 전제함이 없이 경영 내·외적 원인에 의해 발생된다는 점에서 일반해고(근기법 제30조)와 구별된다. 즉, 일반해고에 있어서는 근로자의 일신상·형태상의 정당한 사유가 있는 경우에만 사용자의 해고가 가능하지만, 경영상 해고에서는 이와 같은 사유가 없음에도 불구하고 근로관계를 종료시키는 것을 사용자에게 허용하는 것으로, 그 기본관념에는 근로자보호 사상이 일차적인 명제로 자리잡고 있는 것은 아니다. 만약 경영상 해고의 실질적 요건인 긴박한 경영상의 필요를 엄격하게 해석하여 해고를 단행하지 않으면 기업이 도산에 이를 정도의 고도의 위험성이 존재하는 경우로 한정하여 이해된다면 다수 근로자의 직장보호를 위해 소수 근로자의 직장 상실이라는 관계에서 근로자보호 관념과도 결부될 여지가 있을 것이다. 그러나 긴박한 경영상의 필요의 의미를 사용자의 경영상의 결정에 대한 보호를 존중하는 취지에서 인정하게 되는 경우에는 오히려 기업의 존립 보호 내지는 기업의 경쟁력 강화가 제1차적 요소로 등장하게 되는 것이다.²⁾

c) 그러나 개정법은 국법과는 달리 31조의 표제를 '경영상 이유에 의한 고용조정'에서 '경영상 이유에 의한 해고의 제한'으로 바꾸었다. 조문 표제가 특별한 법적 의미를 가지는지에 대해서는 논란의 여지가 있겠으나, 조문 표제가 당해 조문의 전체 방향성을 가늠케 하는 기준으로 작용한다는 점을 전제로 한다면 제31조의 표제 변경은 제31조의 해석과 관련하여 의미를 가질 수 있을 것이다. 더욱이 개정법 제31조 제1항 2문에서 사업의 양도·인수·합병의 경우를 '경영악화를 방지하기 위하여'로 한정하고 있고, 절차면에서도 구법에 비해 보다 규제적이어서, 개정법상 경영상 해고 제도의 기본취지는 사용자의 영업의 자유를 보장하는 기본틀 내에서도 그 경우를 제한하려는 의미로 이해할 수 있을 것이다(아래 3. 1). 참조).

2) '경영상 해고'의 요건론에 대한 재구성

기존의 학설과 판례는 경영상 해고를 4요건론으로 분류하였다. 즉 경영상 해고가 정당하기 위해서는 ① 긴박한 경영상의 필요가 있을 것, ② 사용자는 해고를 회피하기 위한 노력을 다할 것, ③ 해고대상자의 선발이 합리적이고 공정한 기준에 의할 것, 그리고 ④ 사용자의 해고회피노력과 해고대상자 선정기준에 있어서 근로자대표와 성실한 협의를 거칠 것 등이 그것이다. 그러나 이러한 분류방법은 적절하지 못하다. 오히려 경영상 해고 제도는 사용자의 경영상의 결정에 기초하는 긴박한 경영상의 필요가 있는가를 검토하는 실질적 요건과 이러한 요건이 갖추어졌을 때 수반하는 해고절차과정에 관한 것(절차적 요건)으로 나누는 것이 타당하다. 왜냐하면 전자는 사용자의 경영상 결정권의 보장 범위를 어느 정도까지 인정할 것인가의 문제이며, 후자는 전자의 요건이 전제되었을 때 근로자 이익을 어느 정도 반영할 수 있도록 할 것인가에 관한 것이기 때문이다.³⁾

그리고 실질적 요건인 '경영상의 긴박성'의 정도를 판단하는 것은 결국은 근로자를 해고하지 않을 수 없는 사정이 사용자의 경영상의 결정 영역내에서 갖추어졌느냐에 따라 결정된다. 해고가 불가피한 경영상의 긴박성은 적어도 사용자가 단독으로 내릴 수 있는 경영상의 모든 조치를

강구하였음에도 불구하고 발생하는 경우에만 인정되는 것이다. 그러므로 일반적으로 사용자의 해고회피노력 단계⁴⁾에서 검토하고 있는 경영방침의 합리화, 신규채용의 금지, 하도급 중지, 임시직 근로자 재계약 정지, 희망퇴직자 모집 등은 실질적 요건인 긴박한 경영상의 필요성을 갖추는 전제조건으로 보아야 한다. 그러므로 절차적 요건에서 검토되는 사용자의 해고회피노력을 이와는 다른 의미 즉, 근로자측의 동의를 통해서만이 강구될 수 있는 근로조건의 불이익한 변경조치 등의 의미로 새기는 것이 타당하다(이에 관해서는 다음 4항에서 자세히 논함).⁵⁾

2. 개정법상 경영상 해고의 실질적 요건('긴박한 경영상의 필요')에 대한 해석

1) '긴박한 경영상의 필요'의 의미와 내용

a) 경영상 해고는 긴박한 경영상의 필요가 있는 경우 실질적 요건을 갖추게 된다. '긴박한 경영상의 필요'의 의미는 경영상 해고가 논의되기 시작했던 때부터 지금에 이르기까지 변함없이 제시된 요건이다. 이와 관련하여 판례는 위에서 살펴본 바와 같이 이를 엄격히 판단하는 태도에서 '객관적으로 보아 인원감축의 합리성이 있는 경우'로 완화하여 판단의 기초를 '기업의 존립 보호'에 두고 있다. 논의의 편의상 판례의 내용을 토대로 개정법상의 의미를 종합하면 그러나 '객관적으로 보아 인원감축의 합리성이 있는 경우'란 판례가 취하는 '기업 존립 보호'의 입장 외에도 구체적인 직무제거(또는 일자리 감소)에 초점을 맞추어 판단할 수도 있다. 즉, 기업경영의 적자상태 유무와 관계없이 구체적인 직무가 제거됨으로 인하여 유희노동력이 발생하고, 이 노동력이 배치전환 내지는 다른 조치를 통해서도 해소되지 않는 경우 잉여노동력으로 되고, 이 잉여노동력에 대한 고용관계의 유지를 사용자에게 기대할 수 없다는 사회보편적 인식을 원용해서 경영상 해고의 요건을 해석할 수도 있을 것이다.⁶⁾ 우리 나라 판례가 장차 이와 같은 방향으로까지 나아갈지는 알 수 없으나 현재로서는 이와 같은 경우까지 포섭하여 긴박한 경영상의 필요를 이해하고 있지 않는 듯하다.⁷⁾ 요컨대 판례가 긴박한 경영상의 필요에 대한 판단기준으로서 '객관적으로 보아 인원감축의 합리성'이라는 등식을 계속 유지하는 한, 그 사실판단 요소와 관련해서는 항시 개방되어 있다. 기존의 경우처럼 기업경영 악화방지 차원에서, 다시 말하면 기업의 존립보호 관점에서 이 표지를 계속 운영할 것인지, 아니면 개방화에 따라 기업의 경쟁력이 중요하게 요구되는 시점에서 경영악화 방지와 관계없이 직무제거를 통한 잉여노동력 발생만으로도 이 요건을 충족하는 것으로 해석·운용할 것인지는 앞으로의 노사관계에 대한 중대한 영향력을 미칠 것이다.

b) 일단 개정법 규정은 전자의 의미에서의 해석이 더 합치하는 외형과 배경을 지니고 있다. 먼저 개정법 제31조 제1항 2문에서는 사업의 양도·인수·합병을 '경영악화 방지를 위한' 경우로 제한하고 있어 제31조 전체의 해석의 방향성을 함축하고 있는 것으로 볼 수 있다. 나아가 지난 2월 노사정위원회가 경영상 해고에 대한 합의를 도출한 과정을 살펴보면, IMF 경제위기 극복이라는 목적하에 경영상 해고의 실질적 요건에 '사업의 양도·인수·합병'을 명시하여야 한다는 주장에 대해 노동계는 경영상의 해고 대한 법제화 자체를 반대하였다. 이런 와중에 타협을 본 것은 '경영악화를 방지하기 위한' 경우에 대해서만 경영상 해고가 가능한 것으로 한정한다는 것이었고, 이를 수용하여 법제화한 것이 제31조 제1항 2문의 규정이다.⁹⁾ 물론 노사정위원회에서의 논의 내지는 합의과정이 입법 이유서로 작용할 수는 없지만, 적어도 사회적 여론 내지는 노동현장 당사자의 입장을 담고 있다는 점에서 제31조를 해석하는 데에 중요한 간접자료로 고려될 수 있을 것이다.

기업의 존립보호라는 관점에서 긴박한 경영상의 필요성을 판단하는 것이 사용자의 영업상의 자유라는 기본권의 본질적 내용을 침해하지 않는다고 볼 수 없을 것이다. 사용자의 경영상의 결정이 보장되어야 한다고 해서 해고의 자유까지 보장되어야 하는 것은 아니다. 적어도 사용자의 자의적·비합리적인 결정을 배제할 수 있는 '기업'¹⁰⁾의 존립·유지'라는 기준의 설정은 긴박한 경영상의 필요에 대한 합목적적일 수 있다.

2) '긴박한 경영상의 필요'에 대한 사법적 판단

긴박한 경영상의 필요에 의미가 기업 존립보호라는 관점에서 이해되고 운영된다면 동 요건의 해당성 여부에 대해 사법부가 판단할 수 있느냐와 할 수 있다면 어느 정도까지 가능하냐가 문제이다. 사용자의 경영상 결정은 영업자유의 본질적 내용을 이루며,¹¹⁾ 이에 대한 제3자의 심사는 본질적 내용을 침해화시킬 위험성이 크다. 이런 관점에서 사용자의 경영결정권을 존중해서 이에 대한 사법적 판단은 유보되어야 한다는 견해는 설득력이 있다. 그러나 긴박한 경영상의 필요의 의미를 전적으로 사용자의 경영상 결정권의 존중이라는 측면에서 단지 잉여노동력의 발생이라는 표지로 판단한다면 이와 같은 견해는 타당할 것이나, 잉여노동력의 발생이 아닌 기업의 존립보호라는 관점에서 '긴박한 경영상의 필요'를 판단한다면, 그리고 세부 표지로서 누적된 기업경영 적자를 중요한 판단요소로 고려한다면 이러한 객관적인 사실이 존재하는가의 여부와 사용자가 단독으로 행할 수 있는 조치를 강구하였음에도 불구하고 긴박한 경영상의 필요가 발생하였는가에 대한 형식적 판단을 사법심사의 대상으로 된다고 보아야 할 것이다.¹²⁾ 이 경우에도 경영악화를 방지하기 위하여 사용자가 내린 경영상의 결정 자체가 가장 합리적이며 적절했느냐에 대해서는 사법적 판단대상으로 삼을 수 없다고 보아야 한다.¹³⁾

3) '긴박한 경영상의 필요'로서 사업의 양도·인수·합병의 의미

a) 긴박한 경영상의 필요에 대한 판단 문제와 관련하여 근기법 제31조 제1항 2문의 세부적 내용이 또한 검토되어야 한다. 이에 대해서는 다음 두 가지 측면이 고려된다. 첫째, 사업의 양도·인수·합병의 의미가 무엇이며, 둘째, 사업의 양도·인수·합병시 어떤 조건에서 누가 경영상 해고를 실시할 수 있느냐이다.

b) 먼저 사업의 양도·인수·합병의 의미에 대해서는 다음과 같이 해석할 수 있을 것이다. '사업의 양도'란 이번 개정법에서 처음으로 입법화된 개념이다. 개정법은 이에 대한 구체적인 정의를 내리고 있지 않기 때문에, 그 의미와 내용은 해석론으로 보충되어야 한다. 이와 관련해서는 상법상 영업양도의 개념과 구별하기 위하여 별도의 노동법적인 개념으로서 '사업의 양도'를 도입하자는 주장이 '영업양도시 근로관계 승계 문제'와 관련하여 학설에서 제기되었고,¹⁴⁾ 입법과정에서 이를 받아들인 것으로 보인다. 이에 따르면 제31조상의 사업의 양도란 일정한 영업 목적에 의해 조작화된 유기적 조직체 즉, 인적·물적 조직의 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 행위를 의미하는 것으로¹⁵⁾ 새길 수 있다. 이에 반해 인수·합병의 의미는 사업에 대한 인수·합병이 아닌 기업의 인수·합병의 의미로 새겨야 할 것이다. 문장 구조상으로는 '사업의'라는 문언은 양도에 대해서 뿐만 아니라 인수·합병에 대해서도 수식하는 것으로 새길 수 있을 것이다. 그러나 그렇게 해석할 경우 사업의 인수·합병에 대한 법적 개념의 성립이 문제된다. 왜냐하면 인수·합병은 기업의 경영지배권의 획득을 목적으로 행하는 행위를 지칭하는 것으로 본래 상법상의 개념이다. 경제적 가치개념으로서의 기업 및 이에 대한 경영지배권의 관념은 노동기술적인 목적하에서 근로조건의 결정 단위로서의 의미를 지닌 사업과는 기본적으로 접근시각을 달리하는 것이다. 또한 사업의 양도에 있어서는 양도 대상으로 되는 사업의 일부를 양도 계약에 의해 양도대상에서 제외할 수 있음에 반해, 회사의 인수·합병의 경우 소멸하는 회사의 권리·의무가 존속하는 회사로 포괄적 승계가 이루어지게 되어 일부 인수 내지 합병이란 있을 수 없다. 따라서 법문상 인수·합병은 기업(회사)의 인수·합병을 의미하는 것으로 해석하는 것이 타당하다.¹⁶⁾

c) 다음으로 검토가 되어야 할 것은 경영악화 방지를 위한 사업의 양도, 기업의 인수·합병의 경우 '누가' 이를 긴박한 경영상의 필요로 원용할 수 있느냐이다. 이를 원용할 수 있는 자로는 사업의 양도인(소멸하는 회사)과 사업의 양수인(존속 회사 또는 인수인)이 고려될 수 있을 것이다. 사업의 양도나 기업의 인수¹⁷⁾·합병의 경우 원칙적으로 근로관계의 승계가 인정되므로,¹⁸⁾ 사업의 양도나 기업의 인수·합병 그 자체가 경영상의 해고의 사유가 될 수는 없다. 따라서 근기법 제31조 제1항 2문의 규정이 없는 경우라면, 양수인 또는 소멸하는 회사가 사업의 양도 내지 합병이 이루어지기 이전 시점에서 긴박한 경영상의 필요를 갖추는 경우, 그리고 양수인 내지 존속하는 회사가 양도

및 합병 이후 시점에서 긴박한 경영상 필요를 갖추는 각각의 경우가 별도로 경영상 해고의 판단기초를 이루게 될 것이다. 그럼에도 불구하고 '경영악화를 방지하기' 위한 경우를 특별히 입법화한 것은 예외적으로 양제도간의 상호관련성을 인정하려는 취지로 새길 수 있다.¹⁹⁾ 이에 대해서는 다음과 같은 세 가지 해석 가능성을 고려할 수 있다. 첫째로는 양도인에게 긴박한 경영상의 필요의 특별한 경우를 법률로 의제하는 것이며, 둘째로는 양수인의 입장에서 긴박한 경영상의 필요에 대한 특별한 경우를 법정하려는 의미로 해석하는 방법이 될 것이다. 그리고 마지막으로서는 사업의 양도 절차 자체와 관련지위 해석·판단하는 방법이 고려될 수 있을 것이다. 첫 번째 해석방법은 장차 예상되는 경영악화를 방지하기 위하여 사업을 양도하는 경우에 대해서 경영상 해고의 실질적 요건을 갖춘 것으로 의제하려는 방법이 될 것이다. 그러나 이와 같은 해석방법이 가능하기 위해서는 그 전제조건으로 제31조 제1항 1문의 긴박한 경영상의 필요에 대한 판단기준을 계속되는 경영악화의 경우뿐만 아니라 기업경영의 합리화를 위한 제반 경영상의 조치까지도 포함하는 것으로 해석되는 경우에 한해서이다. 그렇지 아니하다면 제31조 제1항 1문과 2문이 원칙과 예외의 형태가 아닌 병렬의 형태로 규정되어 있기 때문에 문언상 상호관련성이 인정되기 곤란하다. 그러나 이러한 견해는 기존의 판례가 긴박한 경영상의 필요에 대하여 누적된 경영적자라는 사실을 중요요소로 고려하는 기업의 존립보호에 그 기초를 두고 있어, 경영상태가 양호한 경우에는 합리화 조치를 이유로 하는 경영상 해고를 인정하지 않는 입장과 배치되게 된다.²⁰⁾ 그리고 현재 누적된 경영적자가 존재하지도 아니함에도 불구하고 단순한 경영조치의 합리화를 이유로 경영상 해고를 실시할 수 있는 것으로 해석하는 것은 현장에서 수용되기 어려울 것이며, 오히려 심각한 저항을 야기하게 될 가능성이 크다. 이와 같은 기존의 판례와 현장의 정서를 고려할 경우 경영악화를 미연에 방지하기 위하여 사업을 양도하는 경우에 양도인이 '이를 이유'로 경영상 해고를 실시할 수 있는 것으로 의제·해석하는 것은 수용되기 어려운 것으로 판단된다.

두 번째 해석방법은 사업의 양수인이 경영악화를 방지하기 위하여 사업을 양도받은 경우에 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 의제하는 방법이 될 것이다. 일반적으로 사업을 양도받는 자는 인수 여력이 있는 자 즉, 경영상태가 양호한 자일 것이다.²¹⁾ 그러므로 사업을 양수받은 자는 기존 판례의 견해에 따를 경우 누적되는 경영적자를 이유로 하는 긴박한 경영상의 필요로 인정받기 어려우며, 따라서 양수 후 잉여노동력이 발생되더라도 경영상 해고라는 고용조정방법을 행하는 것이 심히 곤란하게 될 것이다. 이런 경우를 대비해 1문에 이어 2문에서 기업의 변동을 전제로 하는 특별한 경우를 예정하여 입법화한 것으로 해석하는 방법이다. 이러한 해석방법이 갖는 장점은 현행법의 체계 및 판례의 입장을 견지하는²²⁾ 가운데 근로자보호 관점에서 경영상 해고 제도의 탄력적 운용의 여지를 마련해 줌과 동시에 부실기업의 정리를 상대적으로 용이하게 해준다는 현실적 요청도 어느 정도 반영할 수 있다는 점에 있다.²³⁾

세 번째 해석방법은 사업의 양도라는 제도 자체에 경영상 해고를 서로 연결시키는 해석방법이 될 것이다. 예컨대 경영악화를 방지하기 위하여 사업양도 계약이 체결되면 이는 곧 제31조 제1항 2문의 규정에 의해 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 보고, 아직 양수인과 양도인의 근로자 사이에 법률관계가 형성되지 아니하였음에도 불구하고 경영상 해고를 실시할 수 있는 특별한 제도로서의 의미를 부여하는 해석방법이 이에 해당할 것이다. 이를 구체적으로 표현하자면 경영악화를 방지하기 위하여 사업양도를 의욕하는 점에서 이미 긴박한 경영상의 필요가 갖추어지는 것으로 간주하고, 나아가 구체적으로 사업양도 계약이 체결됨으로써 양도인이 가지고 있는 '경영상 해고의 기대권'이 양수인에게 이전되는 법적 논리를 구성하는 방법으로, 이로써 양수인은 승계되는 근로자에 대하여 아직은 직접적인 법률관계 당사자는 아니지만 장차 취득하게 되는 법률관계 당사자의 지위에서 양도인이 충족하고 있는 긴박한 경영상의 사유를 원용하여 양수계획에 따라 양도사업장의 근로자에 대한 경영상 해고 절차를 진행시키는 방법으로 해석하는 것이다. 이렇게 해석하는 것이 첫 번째 해석방법과 다른 점은 양도시점 이전에 양도인이 아닌 양수인이 긴박한 경영상의 이유를 기초로 해고를 실시하는 해고권자가 된다는 점에 있으며, 두 번째 해석방법과 다른 점은 양수인이 사업을 완전히 양수받은 후에 비로소 경영상 해고를 할 수 있는 것이 아니라 양도계약 체결과 더불어 이미 그 사업에 한정하여 긴박한 경영상의 필요에 따른 경영상 해고를 할 수 있는 기대권을 취득하는 것으로 보아 해고절차와 관련하여 해고회피노력 내지는 해고대상의 선발기준의 작성 및 근로자대표와의 협의가 양도대상으로 된 사업에 한정하여 이루어질 수 있도록 한다는 점이 될 것이다. 이와 같은 해석방법은 현실 경영계의 요청을 가장 잘

반영할 수 있다는 장점을 지닐 수 있다. 그러나 실질적으로는 첫 번째 해석방법(사업 양도를 이유로 양도인이 경영상 해고를 행사한다는 것)을 허용하는 결과를 초래하고, 또한 단순히 2문의 규정만을 가지고 이렇게 해석하는 것에 대한 논리적 근거가 취약하다는 약점이 있다. 적어도 이와 같은 취지로 해석이 가능하기 위해서는 사업양도에 대한 영업 양도와는 구별되는 독자적인 법제도로서의 승인과 그에 따른 별도의 법률 효과적인 측면에서의 근거규정이 갖추어지는 경우에 보다 논리적 설득력을 지닐 수 있을 것이다.²⁴⁾

이상의 내용을 종합적으로 정리하면 두 번째의 해석방법이 가장 합리적으로 판단된다.²⁵⁾

이와 같은 해석론에 기초할 경우 개정법 제31조의 경영상 해고가 기업의 존립보호를 목적으로 한다는 목적론이 일관되게 유지될 수 있다. 만약 그렇지 않고 잉여노동력에 대한 경영상 해고를 인정하는 입장을 취할 경우라면 경영악화를 방지하기 위한 사업이 양도 내지 기업의 합병 경우뿐만 아니라 양호한 경영상태하에서 기업의 효율성을 제고하기 위하여 취하는 사업의 야도 내지 기업 합병의 경우까지도 경영상 해고를 실시할 수 있는 범주에 포함될 것이다.²⁶⁾ 그러나 이로써는 개정법 제30조 및 제31조의 입법취지와 법 문언과의 조화있는 해석을 피할 수 없을 것이다.

3. 경영상 해고의 절차적 요건에 관한 해석 · 검토

1) 사용자의 해고회피노력

(1) '절차로서의' 사용자의 해고회피노력

a) 위에서 언급한 바와 같이 사용자가 경영상 단독으로 내릴 수 있는 해고회피 조치가 '긴박한 경영상의 필요' 차원에서 검토되어야 한다면, 경영상 해고의 '절차적 요건'으로서 근로자대표와 성실히 협의해야 하는 사용자의 해고회피노력의 내용과 성질은 이와는 다른 것으로 판단되어야 한다. 그러면 이 단계에서 검토되어야 하는 경영상 해고를 회피하기 위한 사용자의 노력은 어떠한 것인가? '절차적 요건으로서' 사용자의 해고회피노력은 근로자의 동의를 전제로 하는 일련의 근로조건을 변경을 통한 해고회피노력을 의미한다. 근로자의 해고를 통해 경영상태의 개선을 꾀하는 대신 근로자의 근로조건에 대한 변경-특히 불이익 변경-을 시도하여 근로자를 해고시키지 아니하면서도 경영상태를 개선시키는 방안이 바로 그것이다. 예컨대 근로시간 단축(조업단축), 임금삭감, 근로자의 하향 배치전환, 전직, 무급휴직의 도입(순환휴직), 일제 휴가사용 등을 통한 고용유지 노력을 뜻하는 것이다. 이와 같은 해고회피노력은 사용자가 단독으로 결정할 수 있는 사항이 아니며 근로자의 동의가 전제되는 경우에 비로소 도입될 수 있다.

b) 사용자의 해고회피노력을 위와 같이 이해할 경우 다음과 같은 세부사항이 부가적으로 검토되어야 한다.

첫째, 사용자가 근로조건을 변경을 초래하는 해고회피방안을 어느 정도까지 강구해야 하는가의 문제이다. 이에 대하여 현행법은 사용자의 성신�협의의무를 규정하고 있다. 즉, 사용자는 나름대로의 방안을 가지고 근로자대표와의 성실한 협의를 거치면 족하다는 것이며, 반드시 그와 같은 조치를 근로자대표와 '합의'에 도달할 때까지 강구해야 한다는 의무는 아니다. 그러므로 사용자가 해고회피노력을 다했다고 주장하기 위해서는 적어도 경영상 해고를 실시하기 전까지의 단계별 회피조치를 근로자측에 제시하는 것이 필요하다는 의미로 이해할 수 있을 것이다.²⁷⁾

따라서 현재의 근로조건과 비교하여 상당하다고 인정되는 해고회피방안을 제시하였음에도 불구하고 근로자대표와 협의가 이루어지지 않거나 근로자측이 협의 자체를 거부한다면 사용자의 해고회피노력은 강구된 것으로 볼 수 있으며, 사용자는 자신이 제시한 안에 구속됨이 없이 다른 절차를 준수함으로써 경영상 해고조치를 취할 수 있는 것으로 해석된다.

둘째로 해고회피노력으로 요구되는 협의절차에서 사용자만이 해고회피방안을 제안할 수 있는 것으로 이해해야 하는가의 문제이다. 다시 말하면 해고회피를 위한 성실한 협의의 구체적인 안을 사용자만이 제시할 수 있고, 사용자가 제시한 안에 대해 근로자측은 피동적으로 협의에 참여하는 것만으로 이해해야 할 것인가 아니면 근로자측에서도 적극적으로 해고회피방안을 사용자측에게 제시하면서 협의를 요구할 수 있는가의 문제이다. 해고회피노력 절차를 경영상 해고조치

이전단계에서 거치도록 한 것은 긴박한 경영상의 필요가 인정되는 경우라 하더라도 근로조건의 변경과 같은 여타 다른 고용조정의 방법으로 해고를 회피할 수 있는 방안을 노사가 자율적으로 강구하도록 하고 이로써도 적절한 방안이 모색되지 않을 경우에 최후의 수단으로서 해고를 실시하도록 한 것으로 보는 것이 경영상 해고 제도의 본질에 부합한다. 그러므로 해고회피방안에 관한 근로자측과의 협의절차는 결국 해고 이전에 행하는 '집단적 교섭'으로 이해할 수 있을 것이다. 그렇다면 집단적 교섭에 있어서 '교섭안'의 제시는 굳이 사용자에게만 국한시킬 필요는 없을 것이다. 근로자측에서도 해고회피를 방지하기 위한 고용조정방안을 강구하여 이에 대한 사용자와의 협의를 요구할 수 있을 것으로 보아야 한다. 만약 사용자측에서 별다른 해고회피방안을 제시함이 없는 상태에서 근로자측이 제시한 안에 대해 협의마저 거부한다면 이는 '해고회피를 위한 성실한 협의'라는 절차요건을 갖추지 못한 것으로 보아야 한다. 이처럼 긴박한 경영상의 필요가 발생할 때에는 노사 쌍방이 해고회피를 위한 방안을 제시하면서 상호 성실한 노력을 행하여야 하고 이로써도 적절한 해고회피방안이 강구되지 않을 때에는 부득이하게 경영상 해고를 할 수 있는 것으로 새기는 것이 타당하다 할 것이다.²⁸⁾

셋째, 사용자의 해고회피 의무의 내용과 성질을 위와 같이 판단할 경우 경영상 해고를 회피하기 위한 '집단적 교섭'시에 성실한 협의를 하여야 한다는 의미를 단체교섭시의 성실한 협의와 같은 정도의 노력으로 이해할 수 있을 것인가? 결론부터 말하자면 단체교섭과 해고회피노력상의 성실한 협의 내지 교섭은 그 내용과 정도를 달리하는 것으로 봄이 타당하다. 왜냐하면 단체교섭에서는 교섭이 결렬되었을 경우 쟁의행위를 통해 성실한 교섭의 불이행에 대한 결과 귀속이 뒤따른다는 점에서 사실상 성실한 교섭의 의미 자체를 약한 강도로 판단할 수 있으며, 그렇게 하여도 무방하다.²⁹⁾ 그러나 해고회피와 관련한 성실한 협의하에서는 쟁의행위와 같은 사실적인 보조수단을 강구할 수 없다. 따라서 해고회피를 위한 성실한 협의가 제기능을 차지할 수 있기 위해서는 단체교섭의 그것에 비해 높은 강도의 성실성과 진지성이 법률상 요구되는 것으로 봄이 상당하다. 그러므로 경영상 해고의 정당성이 사후적으로 문제가 될 경우 법원은 사용자가 구체적으로 어떠한 근거에서 어떠한 해고회피방안을 근로자측에 제시하였는가라는 점을 검토하여 판단할 수 있는 것으로 보아야 한다. 그러나 이러한 판단은 절차적 정당성 내지 상당성이라는 형식적 차원에 기한 것이며 내용의 구체적인 적절성에 대해서는 판단할 수 없다고 보아야 한다. 다만 사용자측이 제시한 해고회피방안이 객관적으로 보아 명백히 설득력을 가지지 못하는 경우에는 예외적으로 성실한 협의의 해태를 문제삼을 수 있는 것으로 봄이 상당하다 하겠다.

(2)'근로자대표'와의 협의와 관련한 해석상의 검토

해고회피방안을 놓고 사용자와 협의를 벌이는 근로자측의 주체는 근로자대표이다. 즉, 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자와 사용자는 협의하여야 한다(제31조 제3항). '근로자대표와의 협의'와 관련하여서는 다음과 같은 점의 검토가 필요하다. 근로자대표의 범주는 어떻게 확정할 것인가. 노동조합이 전체 근로자에 대해 대표성을 가지는가. 근로자대표의 선출은 어떠한 방식으로 이루어져야 하는가. 근로자대표가 사용자와 협의를 거쳐 합의한 경우 그 합의의 효력을 어떻게 이해하여야 하는가 등의 문제가 그것이다.

a)근로자대표 범주의 확정

제31조 3항은 '당해 사업 또는 사업장'에 과반수로 조직된 자를 근로자대표로 정하고 있다. 그리고 이 근로자대표에 대해서는 해고회피방안과 관련해서 뿐만 아니라 해고대상자 선발기준과 관련해서도 협의하는 지위가 부여되어 있다. 그러므로 해고회피방안의 협의 상대방인 근로자대표와 해고기준 작성의 협의 상대방인 근로자대표는 상호 동일하다. 고용조정의 특정 사업장 단위에서만 고려되는 경우라면 근로자대표를 당해 사업장 단위로 결정하면 될 것이다. 그러나 고용조정의 많은 경우는 사업 또는 사업장 단위를 벗어나 이윤을 추구하는 기업단위에서 이루어지는 것이 대부분이다. 그러므로 근로자대표의 범주가 당해 사업 단위를 넘어 전체 기업 단위로 확대하는 것이 필요할 때도 있다. 이럴 경우 노동조합이 수개의 사업 또는 사업장을 가진 기업단위로 조직되어 있고 그 중 특정 사업에서는 근로자의 과반수를 조직하고 있지 않더라도

기업 단위의 전체 근로자의 과반수를 조직하고 있다면 그 사업에 대해서도 협의당사자로서의 지위를 가지는 것으로 보아야 할 것이다.³⁰⁾

다른 문제로 '근로자 과반수를 대표하는 자'라고 할 때 대표되는 근로자의 범주가 또한 확정되어야 한다. 제31조상의 근로자대표는 근로기준법상 근로자의 개념에 해당하는 자를 대상으로 한다(근기법 제14조). 그런데 근기법상 근로자 및 사용자의 개념은 상대적임을 특징으로 한다. 즉, 근기법상 사용자성이 인정되는 근로자³¹⁾의 경우, 이는 단지 근기법상 강행규정을 준수해야 하는 자 또는 근기법 위반에 따라 처벌대상이 되는 자를 전제로 하며, 사용자성이 인정되는 근로자라 하더라도 스스로가 근기법을 원용하고자 하는 경우에는 동법 제14조의 근로자성은 부인되는 것으로 해석되어서는 아니된다. 이처럼 근기법상 근로자와 사용자가 중첩되어 나타나는 경우 어떤 범주를 근로자의 대표를 결정하는 기준으로 삼을 것인가? 근로자대표와의 협의를 '교섭' 구도에서 이해한다면 이때 대표되는 근로자의 범주는 집단성이 주요한 표지를 이루게 된다. 그러나 이때의 집단성은 노동조합을 중심으로 하는 협약자율구도에서의 그것과는 구별되어야 한다. 왜냐하면 협약자율의 경우에는 교섭 결과의 정당성을 담보하기 위해 노동조합의 '자주성'이 집단성을 결정하는 기준으로 작용하나, 경영상 해고절차과정에서의 협의 상대방인 근로자대표의 집단성은 반드시 그러하지 아니하다. 왜냐하면 '근로자에 관한 사항에 대하여 사용자를 위하여 행위하는 자'들의 이익을 대표하는 것이 항시 배제된다는 것 또한 형평의 원칙에 부합하지 않기 때문이다. 그러므로 경영상 해고절차과정에서 대표되는 근로자의 범주는 근기법 제15조의 사용자를 위하여 행위하는 자 중에서 집단성 구도를 본질적으로 저해하지 않는 한도에서 사용자의 이익을 위하여 행위하는 자도 포함하는 것으로 봄이 타당할 것이다.³²⁾

b) 노동조합의 근로자대표성의 문제

노동조합은 법규범적 효력을 가지는 단체협약을 체결할 수 있는 지위를 헌법상 보장받고 있다. 이에 따라 노동조합은 단체협약의 구속력을 적용받는 자(조합원)에 대해서는 항상 대표성을 가지게 되지만, 비조합원에 대해서는 대표성을 행사할 수 있는 법적 근거가 없다. 그럼에도 불구하고 특정 노동조합이 "당해 사업장의 전체 근로자의 과반수를 조직하고 있는 경우"에는 법률에 의하여 근로자대표성이 인정되고 있다. 그러므로 이 경우 근로자대표로서의 노동조합은 질적인 의미에서가 아니라 양적인 측면 즉, '의제된 대표성'을 인정받는 것이다. 노동조합이 전체 근로자에 대한 의제된 대표성을 실제의 대표성으로 일치하게 하기 위해서는 비조합원인 근로자에 대해서도 조합의 의사결정과정에서의 참여를 보장하는 경우에만 가능하게 될 것이다. 예컨대 생산직근로자들로 조직되어 있는 노동조합이 숫적으로 전체 근로자의 과반수를 점하여 법률에 의해 근로자대표성을 부여받는다 하더라도 사업장 전체 근로자의 대표로서 활동하고자 하는 경우에는 비조합원인(예컨대 사무직 근로자) 근로자들의 집단적 이익을 대변할 수 있는 의사통로를 항시 배려해야만 할 것이다.³³⁾ 그렇지 아니한 경우 의제된 대표성으로는 진정한 근로자대표성을 만들어 낼 수 없다.

당해 사업장에 노사협의회가 구성되어 있는 경우 노사협의회는 근로자위원회는 근기법 제31조상의 근로자대표로 볼 수 있을 것이다. 특히 「근로자참여 및 협력증진에 관한 법률」 제19조 제1항 7호에 의한 협의사항은 바로 경영상 이유로 인한 고용조정을 의미하는 것이다. 그러므로 노사협의회에서 경영상 해고에 관한 사항을 협의하였다면, 이는 근기법 제31조 제3항에서 요구하고 있는 절차적인 정당성을 갖추는 것으로 볼 수 있다. 다만 이 경우에도 기업 단위에서 근로자대표와의 협의가 요구되고 기업내에 여러 개의 사업이 존재하는 경우에는 전체 기업 차원에서의 노사협의회가 이루어져야 한다.

c) 근로자대표의 구성방법 및 절차

근로자의 과반수 이상으로 조직되어 있는 노동조합이 없어 근로자대표의 선출이 요구되는 경우에 그 대표를 어떻게 선출하며, 그 대표를 어떻게 구성하여야 하는가가 또한 검토되어야 한다. 먼저 근로자대표의 선출 절차와 관련해서는 특별히 정형화된 모델이 주어지지 않는다는 점이다. 다만 대표되는 각개 근로자의 의사가 그 선출과정에 직접적으로 작용할 수 있도록 되어야 한다. 이런 의미에서 가장 전형적인 방식으로는 투표에 의한 방식을 들 수 있으며, 이 경우 직접·비밀·무기명·평등의 투표방식이 일반적으로 요구된다. 그러나 이와 같은 투표방식이 반드시 엄격히 지켜져야 하는 것은 아니며 근로자의 의사가 직접적인 작용력을 가지는 한, 비밀

또는 무기명이 아닌 방식도 채택될 수 있고 경우에 따라서는 간접투표방식도 채택될 수 있다.³⁴⁾ 대표가 요구되기 위해서는 대표되는 자들 간의 동질성이 전제되어야 한다.³⁵⁾ 이런 의미에서 '근로자대표'란 근로자성에서 이미 그 동질성을 갖추고 있다. 그러나 하나의 사업장 내에 종사하는 근로자라 하더라도 그 근로자 구성원간에 상이한 성질이 인정되는 경우도 있다. 예컨대 직종과 직급에 따른 상이한 성질, 그리고 사안에 따라서는 연소근로자와 성인근로자, 남자근로자와 여자근로자 또는 장애인근로자와 보통근로자간에도 전체적인 동질성 내에서 각각 구분될 수 있는 상이한 이질성이 주어지는 경우에는 대표의 선출방식에서도 이를 고려하여야 한다. 만일 근로자대표가 상설기구로 존재하게 되는 때에는 각개의 경우를 모두 고려해서 조정하는 것이 가능하겠지만, 개별적인 상황에 따라 비상설기구로 구성되는 경우는 사안에 따라 근로자 내부의 상이한 성질이 선출과정에서 충분히 고려될 수 있도록 하여야 한다. 이럴 경우에 그리고 근로자대표를 반드시 근로자의 수에 따른 엄격한 비례에 따라 선출할 필요는 없을 것이다. 오히려 이질성을 적절하게 반영하는 것이 대표의 실질성을 더욱 제고할 수 있기 때문에 최소한의 참여지분을 보장하는 방안이 오히려 더 적절할 수도 있다.

선출된 근로자대표는 선출한 자의 의사에 구속되는 것인지, 아니면 자신의 판단과 결정에 따라 근로자를 대표할 수 있는지가 문제이다. 대표를 대리와 구별되는 제도로 이해할 경우 대표자 스스로가 바로 대표되는 자를 나타내는 것이므로, 대표자의 대표되는 자의 의사에 대한 종속성은 논리적으로 인정될 여지가 없다. 그러므로 근로자대표는 선출한 자의 의사에 구속됨이 없이 협의과정에서 자신의 판단에 따라 협의하며, 이러한 협의과정의 모든 행위는 곧 대표되는 근로자의 행위로 된다.

근로자대표가 복수로 선출되는 경우 복수의 각자가 전체 근로자를 대표하게 되는지, 아니면 복수가 하나의 대표를 구성하는지가 문제이다. 본래적인 근로자대표의 관점에서는, 복수는 각자가 근로자대표성을 지니는 것이 아니라, 복수를 통한 하나의 대표를 목적으로 하는 것이므로 복수의 대표자가 합의한 내용이 전체 근로자의 의사로 되는 것이며, 따라서 대외적으로는 단일성으로 나타나야 한다. 그러나 이는 반드시 그러해야 한다는 것은 아니다. 필요에 따라서는 서로 별개의 구성원들로부터 각각의 대표가 선출될 수 있으며, 이 경우 각각의 대표는 각 선출근로자들에 대한 대표적인 지위에서 행동할 수도 있다.³⁶⁾

d) 해고회피방안을 노사가 합의한 경우 법적 효력 및 그 계위

해고회피노력 과정에서는 사용자와 근로자대표가 해고회피방안에 대하여 합의할 수 있다. 예컨대 임금삭감, 근로시간의 단축, 일제휴가 실시 내지는 근로자 순환무급휴직 제도의 도입 등을 통해 고용유지에 쌍방이 노력하기로 합의하는 경우 등이 그것이다. 노사가 이러한 합의를 하였을 경우 그 효력에 관하여 개정법은 별도의 규정을 두고 있지 않다. 노사협의회의 근로자위원이 근기법 제31조상의 근로자대표의 지위를 가질 수 있으므로 경우에 따라서는 이러한 합의가 노사협의회에서 이루어질 수도 있다. 따라서 협의의 효력 문제는 노사협의회의 의결사항에 대한 법적 효력과도 연결된다.³⁷⁾ 「근로자참여 및 협력증진에 관한 법률」 제23조 및 제30조에서는 단지 의결된 사항에 대하여 성실히 이행할 것과 이를 위반하는 경우 벌칙의 적용을 예정하고 있을 뿐이다. 그러므로 근로자대표와 사용자 간의 합의사항에 대한 법적 효력은 해석론에 맡겨져 있다. 경영상 해고를 회피하기 위하여(또는 경영상 해고의 시행절차를 규정하는 경우도 포함하여)근로조건의 변경을 초래하는 노사간의 합의는 비록 합의주체가 다르다 하더라도 단체협약의 효력과 달리 볼 바는 아니라고 생각된다. 특히 근로자측의 합의 당사자를 '근로자대표'로 한 것은 사법상의 법률행위적인 관점에서의 합의가 아니라 대표되는 자와 대표자간의 동일체성을 전제로 하는 합의로 볼 수 있다. 이와 같이 '대표'(Representation)이론으로서의 구성³⁸⁾은 근로자대표와 사용자 간의 합의가 비록 단체협약은 아니지만 단체협약과 같은 동일한 규범적 효력의 기초에서는 노사간의 또 다른 형태의 집단적 교섭으로³⁹⁾ 이해할 수 있는 기초를 제공한다.⁴⁰⁾ 근로자대표가 해고를 회피하기 위한 방안에 대하여 사용자와 합의를 하였다면 그 합의의 효력은 곧바로 전체 근로자의 법률관계를 형성하는 작용력을 지니는 것으로 볼 수 있다. 왜냐하면 근로자대표의 행위는 바로 대표되는 전체 근로자의 행위로 되기 때문이다. 그러므로 근로자대표의 합의내용은 바로 전체 근로자의 근로조건의 기준으로 된다. 이러한 법적 효력은 단체협약의 그것과 다를 바가 아니다. 그러므로 근로자대표의 합의와 단체협약이 동등한

적용력을 발휘하는 제도라면 이들 양자간의 효력계위를 어떻게 이해하느냐는 새로운 문제에 봉착하게 된다.

단체협약과는 별도로 노사간의 갈등을 조정하는 새로운 모델이 창출되는 경우에 이로 말미암아 기존의 협약자율이 침해되거나 형해화되어서는 안된다. 그러므로 이 한도에서 새로운 집단적 교섭구도는 단체협약의 본질을 침해하거나 이에 반하지 않는 것이어야 할 것이다. 이런 의미에서 본다면 단체협약의 본질적인 대상-근로조건의 결정-은 새로운 교섭구도에서의 대상으로 될 수는 없는 것이다. 단, 법률에 의해 특별한 지위가 한정적으로 부여되고 또 그에 대한 독자적인 정당성의 기초가 마련되는 예외적인 경우이거나 또는 단체협약보다 하위의 효력을 가지는 경우⁴¹⁾에는 용인될 수 있을 것이다. 개정법에 의하면 경영상 이유에 의한 해고회피방안은 일부 근로자가 아닌 사업내의 전체 근로자에게 적용되는 관계로 단체협약과 다른 집단적 교섭의 틀을 법률이 설정하고 있는 것으로 볼 수 있다. 그러므로 근로자대표는 예외적으로 근로조건에 해당하는 사항을 경영상 이유에 의한 고용조정이라는 한도에서 행할 수 있는 것으로 보아야 한다. 이렇게 해석할 경우 근로자대표가 합의한 내용과 단체협약의 내용이 서로 상충되는 경우 충돌 문제가 발생하게 된다.⁴²⁾

이때에 전자는 전체 근로자에게 미치는 사항을 전체 근로자로부터 정당성을 부여받아 행한 것이므로 전체 근로자로부터의 정당성을 부여받지 못한 (근로자대표로서의 지위를 갖지 아니하는) 노동조합의 단체협약보다 우선하는 것으로 보아야 할 것이다. 이 한도에서 단체협약을 통한 협약자율의 한계가 그어지는 것으로 볼 수 있다. 해석에 따라서는 근기법 제31조 제3항의 절차규정이 우선 적용되더라도, 단체협약의 내용이 조합원을 두텁게 보호하기 위한 것이므로 부가적으로 다시 적용되는 것으로 이해할 수도 있을 것이다. 그러나 이렇게 해석하는 것이 비조합원에 대한 조합원의 차별금지에 저촉하는 것으로는 되지 않는다 하더라도 대표성을 통한 정당성의 확보 측면에서 볼 때에는, 노동조합은 전체 근로자의 일부만을 대표할 뿐 기업존립의 보호 차원에서 전체 근로자의 대표성을 확보하지 못하기 때문에 조합원 이익추구는 전체 근로자를 기초로 하는 정당성을 참탈할 수 없는 것으로 보아야 할 것이다.

만약 경영상 해고를 위한 절차과정에서 근로자대표로서 노사협의회회의 근로자위원이 노사협의회에서 해고회피방안을 합의하는 경우도 단체협약과의 효력계위에 대해서는 동일하게 판단하면 될 것이다.⁴³⁾

근로자대표가 해고회피방안으로 근로조건의 하향 변경을 사용자와 합의하였으나, 그 합의사상에 비해 취업규칙 또는 근로계약 내에 유리한 조건이 약정되어 있다면 이 경우에도 유리한 조건 우선의 원칙⁴⁴⁾이 적용될 것인가에 대해서는 긍정하여야 할 것이다. 그러므로 해고회피방안이 개별 근로자에게 그 구체적 효력을 발휘하기 위해서는 근로자대표와 사용자의 합의 이외에 합의보다 유리하게 약정되어 있는 취업규칙 내지는 개별 근로계약의 내용 변경이 함께 이루어져야만 한다.⁴⁵⁾ 실무적으로는 근로자대표의 합의시에 대표되는 개별 근로자들의 동의를 함께 받아 작성하는 것이 가장 바람직하다.⁴⁶⁾

2)'절차요건'으로서 공정한 해고기준의 작성

a)경영상 해고의 절차요건으로서 공정하고도 합리적인 해고의 기준의 설정과 적용은

해고회피방안으로도 긴박한 경영상의 상태를 극복하지 못한 경우에 고려된다.⁴⁷⁾ 해고기준의 마련이란 그 기준이 적용될 대상자의 다수를 전제로 한다. 다시 말하면 해고기준을 마련하는 단계에서는 이미 직위 내지 직무별 감축인원이 정해져 있어야 한다. 그러므로 구체적으로 상호비교 내지 대체가능한 근로자 사이에 적용될 기준을 마련하는 것이 해고의 기준인 셈이다. 이때의 대체가능성의 여부는 사업 단위⁴⁸⁾(경우에 따라서는 기업 단위)에서 판단될 것이다. 선발대상의 범주가 확정되면 그 범주 내에서 해고의 기준이 적용되어 구체적으로 해고대상자를 선정하게 된다. 경영상 이유로 근로자를 해고할 경우 비교대상으로 되는 근로자 중에서 누구를 해고 우선순위에 놓을 것인지는 노사간의 이해뿐만 아니라 근로자 상호간에도 중대한 이해가 걸린 문제이다. 개정법은 추상적으로 '합리적이며 공정한 기준'으로 표현하고 있을 뿐이어서 이에 대한 구체적 내용은 학설 및 판례에 맡겨져 있다. 사용자의 이익 관점에서는 상대적으로 인건비의 부담이 큰 근속연수가 많으나 업무능력이 뒤떨어진 근로자, 노동조합 활동을 열성적으로 하는 자,

근무성적이 낮은 자, 사업체의 귀속성이 적은 자 등을 우선적으로 해고대상자로 고려하겠으나, 전체 근로자의 관점 내지 사회적 관점에서는 상대적으로 재취업 기회 가능성이 높은 연령이 젊은 근로자, 회사에의 공헌도가 적어 상대적으로 박탈감을 적게 느끼는 근속연수가 낮은 근로자, 부양가족수가 적은 근로자 등이 우선적인 고려대상으로 될 것이다. 이와 같은 상반된 이해관계 속에서 합리적이며 공정한 해고기준이란 적어도 노사의 이해당사자가 아닌 객관적 관점에서 경영상 해고의 목적성에 부합하는 기준의 의미로 해석하여야 할 것이다. 따라서 해고의 기준은 기업의 존립보호라는 취지에 부합하는 자로서 사회적 보호가 덜 필요한 근로자순으로 선정하는 것이 타당할 것이다.⁴⁹⁾⁵⁰⁾ 비교법적으로도 많은 경우에 근속연수, 연령, 부양관계 등을 선정기준으로 삼고 있다. 이때에도 이들 각각의 기준이 절대적인 우위를 갖는 것은 아니다. 뿐만 아니라 일차적으로 사회적 보호 관점에서 해고의 기준이 작성되더라도 사용자의 이익 관점 또한 부가적으로 고려될 수 있어야 한다. 예컨대 특수능력이 요구되는 업무의 경우 그 능력을 해고기준으로 삼는 것은 용인될 수 있을 것이며,⁵¹⁾ 또한 특정근로자의 업무수행능력이 뛰어나서 사업운영에 없어서는 안되는 필요성이 인정된다면 이 또한 기업의 존립목적하에서 특별 고려대상으로 될 수 있어야 할 것이다.

b) 합리적이고 공정한 해고기준에 따라 해고대상자를 선발할 것을 개정법은 절차적 요건으로 규정하고 있다. 그러므로 사용자의 자의적인 기준에 따라 해고를 실시하여 그 공정성이 문제될 경우에는 선정기준에 대한 사법적 심사가 가능하며, 해고기준의 설정에 하자가 인정되는 경우 정당한 해고가 되지 못한다(근기법 제31조 제5항). 그러나 개정법은 해고의 기준을 마련함에 있어 근로자대표와의 성실한 협의의무를 규정하고 있으므로, 근로자대표와의 합의하에 작성한 해고기준은 합리적이며 공정한 것으로 추정될 수 있을 것이다. 왜냐하면 노사의 합의로 해고기준이 작성되었다면 이는 자율적인 이해관계의 조정이므로 그 절차면에서 공정성을 담보하는 것으로 볼 수 있기 때문이다.

3) 사전협의 기간의 법정 의미

개정법은 경영상 해고의 절차와 관련하여 해고하고자 하는 날의 60일 전까지 근로자대표에게 통보하고 성실히 협의할 것을 규정하고 있다(제31조 제3항 후단). 이와 같은 사전협의의 법정기간과 관련하여 사용자가 이를 준수하지 않고 해고를 실시하는 경우에도 그 해고의 효력이 유효한가가 문제될 수 있다. 이에 대해선 60일 전의 협의기간의 설정은 절차요건으로서 강제적인 성질을 지니며, 이를 위반한 경우에는 경영상 해고 자체의 정당성을 탈락시키는 것으로 해석함이 타당하다. 왜냐하면 사전 협의기간의 법정 의미는 경영상 해고 절차와 관련하여 근로자대표와 성실한 협의가 요건으로 되어 있고 이를 구체적으로 실현하기 위하여 적어도 60일간의 협의기간을 확보해 주려는 의도로 해석되기 때문에, 이를 준수하지 않은 해고는 곧 절차상의 하자 있는 해고처분이 되어 정당성을 가질 수 없다고 보아야 한다.⁵²⁾

이런 의미로 해석할 경우 부가적으로 발생하는 해석상의 문제는 해고예고 제도와의 관계이다. 근기법 제32조에서는 해고의 정당한 이유가 있더라도 30일간의 예고기간을 준수하도록 (또는 해고예고수당의 지급) 규정하고 있다. 사전협의의 법정기간의 의미를 성실한 협의를 담보하기 위한 정당성의 요건으로 해석할 경우, 동 기간의 경과 이후에 비로서 제32조가 적용될 것인가가 문제이다. 성실한 협의의 담보를 강조하자면 60일간의 협의기간간 경과 후에 별도로 해고예고기간이 기산되어야 한다는 해석도 제기될 수 있을 것이나, 법문상으로 "해고를 하고자 하는 날의 60일 전까지"로 되어 있어 해고예고기간의 별도의 진행을 예정하고 있는 것으로는 보기 어려우며, 60일 기간 도중에 해고예고기간도 함께 진행할 수 있는 것으로 새기는 것이 문리적으로 무리없는 해석이 될 것이다. 그러므로 사용자는 해고하고자 하는 예정일 60일 전까지 경영상 해고의 필요성을 근로자측에 통보하고 이때부터 해고절차 요건의 성실한 협의를 진행시켜야 하며, 30일이 지난 후에도 특단의 협의 결과가 나타나지 않는 경우에는 해당근로자에게 바로 해고예고통지를 발할 수 있는 것이며, 이때부터 30일간의 예고기간이 종료한 것과 동시에 해고의 효력이 발생하는 것으로 봄이 타당하다. 그러나 60일간의 기간은 사전협의를 위한 강행규정이므로 이 한도에서 해고예고수당 지급을 통하여 그 기간을 단축하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 하며, 따라서 근거법 제32조 제1항 후단은 적용되지 않는 것으로 봄이 상당하다. 다만 60일의 기간이 경과된 이후의 기간에 대해서는 해고예고수당으로 잔여 해고예고기간을 갈음할 수 있는 것으로 볼 수 있다.

4)노동부 장관에의 신고

개정법에서는 1월 동안 일정 규모 이상의 근로자를 경영상 이유로 인하여 해고하고자 하는 경우 최초로 해고하고자 하는 날의 30일 전까지 해고의 사유, 해고예정인원, 근로자대표와의 협의 내용, 해고의 일정 등을 포함하여 노동부 장관에게 신고하도록 하고 있다(법 제31조 제4항;동법 시행령 제9조의 2). 이때 신고의무를 위반한 경영상 해고의 효력은 어떠한가? 동 신고규정의 의미는 경영상 해고의 정당성을 부여받기 위한 요건으로서 규정되었다기보다는 신고를 통해 무분별한 해고의 남용을 간접적으로 방지하고 노사간의 원만한 협의를 지원하기 위하여, 그리고 해고근로자 수를 미리 파악하여 취업알선 기타 고용안정사업을 추진할 수 있도록 하기 위한 취지에서 규정된 것이다.⁵³⁾ 따라서 사용자가 동 신고의무를 불이행하였다고 하여 경영상 해고 자체의 효력에 영향을 미치는 것은 아니다.

신고의무의 내용과 관련해서는 행정절차법 제40조 규정을 원용해서 해석할 수 있을 것이다. 즉 근기법 제31조 제4항에 따른 노동부 장관에의 신고는 동 법 시행령 제9조의 2 제2항에 규정된 사항을 신고함으로써 그 의무가 이행된 것으로 보며, 이 경우 신고의 효력은 요건을 갖춘 신고서가 접수기관에 도달한 때에 발생하게 된다(행정절차법 제40조 제2항). 그러나 신고사항을 제대로 적시하지 아니하거나 누락한 경우에는 보완을 요구할 수 있으며 상당한 기간내에 보완을 하지 않을 때에는 당해 신고서를 반려할 수 있다(행정절차법 제40조 제3, 4항).⁵⁴⁾

주석 1) 이에 관해서는 즐고, 「경영상 이유에 의한 고용조정'의 기초 및 그 절차와 관련한 몇 가지 검토」, 『노동법학』 (7집), 한국노동법학회, 1997. 291쪽 이하 참조.

주석 2) 위 제2장 I 참조.

주석 3) 4요건을 2요건으로 나누어 고찰하여야 한다는 의미는 요건 자체를 둘로 줄여 특히 절차적 요건의 측면에서의 해고회피노력, 공정하고도 합리적인 해고기준의 선정 및 근로자대표와의 성실한 협의를 종합적으로 판단하여야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 이들에 대해서는 이미 제31조 제2항과 제3항에서 독자적으로 정당한 이유를 구성하는 법률요건으로서의 의미가 부여되어 있으므로 이들 요건 중 어느 하나를 충족시키지 않는 경우에는 정당한 경영상의 해고가 되지 못함이 명백하다. 2요건론으로 범주화하자는 것은 각 요건들의 상호관련성 및 각 요건들의 법이론적 기초를 좀 더 명확히 부각하여 보다 체계적인 해석론을 전개할 수 있도록 하기 위한 목적에서이다.

주석 4) 대판 1992. 12. 22. 92다14779 참조.

주석 5) 부수적인 경영사항을 해고회피노력 단계에서 검토하였던 기존의 입장은 이 한도에서 실질적 요건의 판단부분으로 변경한다(즐고, 「경영상 이유에 의한 고용조정'의 기초 및 그 절차와 관련한 몇 가지 검토」, 『노동법학』, 제7호, 297쪽 이하 참조). 이러한 요건의 재분류방법은 사용자 단독으로 행할 수 있는 조치 등을 함께 포함하여 해고회피노력의 내용으로 파악하는 기존의 학설과 판례 그리고 노동부의 견해 등과는 다르다.

주석 6) 비교법적으로 볼 때 영국·미국·독일·프랑스 모두가 경영상 해고의 실질적 요건을 구체적 직무제거에 따른 잉여노동력의 발생에 두고 있다 [위Ⅲ, IV. 2. 2) 참조] .

주석 7) 대판 1993. 1. 26. 92누3076 참조("본사 소재지 사업장에서 종사하는 근로자의 수만큼 인원을 줄일 필요성이 생겼다고 볼 수 있음은 소론과 같지만, 원심이 확정된 사실관계에 비추어 볼 때 노동조합의 파업으로 인하여 일시 정상적인 경영이 어려웠다는 사정만으로는 원고가 긴박한 경영상의 필요에 의하여 부득이 본사 소재지 사업장을 폐쇄한 것으로 보기는 어렵다. 또 원고가 본사 소재지 사업장을 폐쇄하였다고 하더라도 다른 영업소에서 사업을 계속하고 있는 이상, 사업을 축소한 것에 지나지 아니할 뿐 사업전체를 폐지한 것이라고 할 수 없는 것이므로, 원고가 본사 소재지 사업장의 폐쇄만을 이유로 그 사업장에서 종사하는 모든 근로자를 다 해고할 수 있는 것도 아니다.")

주석 8) 그러나 동부화학 사건에서는 2년간 적자를 본 사실 외에도 "경영효율성을 제고하기 위하여 12부 29과 54계 부서를 7부 20과 38계로 축소하고 학력, 적성, 경력, 연령, 근무성적,

인간관계 등을 고려하여 필요하다고 인정되는 직원을 우선적으로 개편된 각 부서에 배치하고 그 취업업무 및 당해 직원의 직급에 상응하는 적합한 보직처가 없고, 능력, 인화 등에 문제점이 있는 자들을 정리대상자로 분류하여 이들 중 영남화학이 속하는 동부그룹의 계열회사에 적합한 보직이 있으면 거기고 전속시키고 적합한 보직이 없으면 해고한다는 방침을 세우고 정리해고 대상자로 정한 것은 합리성이 있는 정당한 정리해고"이라는 판단을 용인하고 있다. 즉, 이 사건에서는 경영적자 이외에도 직책의 소멸이라는 원인에 대해서도 상당히 중요한 요소로 고려하고 있다. 또한 대판 1995. 12. 22. 94다52119에서도 계속된 적자로 일정 사업부를 하도급하기로 하여 발생한 잉여인력을 감축한 경우 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 보아 재정적자와 잉여인력을 함께 고려대상으로 삼고 있다.

주석 9) 제3장 I. 참조.

주석 10) 이때 존립·보호되어야 하는 기업의 의미에 대해서는 아직 연구가 충분히 이루어진 상태는 아니다. 노사의 공통적인 기반으로, 그리고 독립적인 경제주체로서의 기업이란 의미에서는 적어도 법인격을 갖춘, 그리하여 법적인 의미에서 독자적인 권리·의무의 주체가 되는 경우를 전제하는 것이어야 할 것이다.

주석 11) 김형배, 『저스티스』, 1996/12(제42호), 118쪽 이하 참조.

주석 12) 대판 1992. 5. 12. 90누9421; 대판 1995. 11. 24. 94누10931 참조.

주석 13) 김형배, 「정리해고 법리의 재구성」, 『노동관계법 연구』, 한국경총, 1997.1. 43쪽 및 52쪽 이하 참조.

주석 14) 이승욱, "사업양도와 근로자의 지위"(서울대 박사학위논문), 1997 참조.

주석 15) 대판 1989. 12. 26. 88다카10128; 대판 1994. 11. 18. 93다18938.

주석 16) 이렇게 해석하는 경우 법문은 '사업의 양도·인수·합병'보다는 '사업의 양도, 기업의 인수·합병'으로 표현되는 것이 더욱 적절하다.

주석 17) 기업의 인수와 관련해서는 원래 노동법적으로 별다른 의미가 없다. 왜냐하면 주식의 인수를 통해 대주주의 지위를 취득한다고 해서 근로관계 당사자의 변동을 가져오는 것이 아니기 때문이다. 그러나 이하에서 전개되는 해석론을 기초로 할 경우, 부실한 기업을 인수한 자가 인수 후에 긴박한 경영상의 필요를 원용할 수 있다는 의미를 부여하는 것이므로 이 한도에서 특별한 의미를 갖는 것이다.

주석 18) 대판 1991. 3. 22. 90다6545; 대판 1991. 11. 12. 91다2806; 대판 1994. 5. 28. 93다33173 참조.

주석 19) 그렇지 않다면 동 조항의 독자적인 규정의의를 살릴 수 없게 된다.

주석 20) 이런 점에서 2문의 문언적 의미는 사업양도시 근로관계의 원칙적 승계라는 원칙에 대한 예외적인 경우로 규정된 것으로 봄이 타당할 것이다. 그러나 개정법 이후 판례가 긴박한 경영상의 필요라는 실질적 판단에 기존의 태도를 계속 유지할 것인지는 아직 나타난 바 없어 확정적으로 단언할 수는 없다 하겠다.

주석 21) 물론 경우에 따라서는 경영상태가 부실한 두 개의 기업이 신설합병하는 경우도 있을 것이다. 이 경우에도 신설된 기업이 제31조 제1항 2문을 원용하는 주체가 될 것이다.

주석 22) 긴박한 경영상의 필요라는 실질적 요건의 내용에 관하여 판례와 같은 입장에 선다면 제31조 제1항 2문의 '경영악화를 방지'의 의미도 이에 준하여 판단하지 않으면 안된다. 만약 그렇지 아니하고 경영악화 방지를 제31조 제1항 1문의 긴박한 경영상의 필요에 대한 완화된 조건으로 이해한다면 경영악화의 의미에 대해 판단하기가 매우 곤란하게 된다. 예를 들어 경쟁력의 경영악화를 방지하는 차원뿐만 아니라 경쟁력을 강화하기 위한 경영전략마저도 하락을 방지하기 위한 조치로 이해될 수 있어, 결과적으로는 2문의 내용으로 1문의 원칙규정을 사문화시키는 결과를 초래할 수 있다.

주석 23) 이 경우 사업의 양도, 기업의 인수·합병이 '경영악화를 방지하기 위한' 것임은 사업의 양수인, 기업의 인수인 또는 합병하는 기업이 입증하여야 할 것이다.

주석 24) 영업 양도시 판례가 해고의 정당한 이유를 침해하지 않는 한 당사자간의 배계특약을 인정한다는 의미가 개정법의 제31조에도 적용력을 가지며, 따라서 양수인이 일정수의 근로자를

승계에서 배제하는 것이 제31조상의 긴박한 경영상의 필요요건을 충족하는 한 해고의 법리를 침해하는 것이 아니어서 사업양수인이 제31조 제1항 2문에 따른 긴박한 경영상의 필요요건을 갖춘 것으로 보아 경영상 해고의 정당성을 인정할 수 있어 사전 고용조정을 행한 후에 근로자를 승계하는 것이 가능하다는 해석론도 전개될 수 있을 것이다. 그러나 제31조에서 경영상 해고의 정당한 이유는 단지 실질적 요건뿐만 아니라 절차적인 요건도 아울러 충족시켜야 한다. 제31조 제1항 2문은 실질적 요건에 대한 의제만을 규정하고 있을 뿐이고 양수인이 이와 같은 해고권을 실행하기 위해서는 그에 상응하는 법적 지위를 가져야만 할 것이다. 따라서 시차적으로는 양수인이 근로자를 승계받은 후에만 비로소 가능할 것인데 사실상 현행법 규정하에서는 이를 의제할 수 있는 방법이 부족하다.

주석 25) 경영상 해고시에는 근로자의 의사가 반영되도록 절차요건을 규정하고 있음에 반하여, 사업 양도·회사의 합병시는 근로자의 참여없이 사업주의 전속적인 결정으로 이루어진다. 그러므로 후자를 이유로 경영상 해고의 절차과정을 생략할 수 있도록 하는 것은 경영상 해고 제도의 취지에 어긋난다.

주석 26) 실질적으로 기업의 경영이란 곧 경쟁력의 유지·향상을 의미하는바, 경쟁력의 하락 방지, 경쟁력의 유지, 경쟁력의 강화 등 경영악화를 방지하기 위한 조치 또는 양호한 경영상태하에서의 기업의 효율성을 제고하기 위한 것과 어떻게 구분할 것인가는 용이하지 아니하다. 그러나 기존의 판례가 적어도 계속되는 경영적자라든지 장차 확실히 예견되는 사업이 사양성 내지 폐지의 경우를 주요한 표지로 삼고 있는 한, 현재 객관적인 경영상태를 중심으로 판단하는 것은 가능하다고 본다. 이럴 경우 경쟁력의 강화 내지 유지를 위한 각각의 조치는 그 자체로서가 아니라 기업의 현재 경영상태와 결부하여 각각의 구체적 의미가 평가될 수 있을 것이다

주석 27) 예컨대 경영상 해고 이전에 사용자측의 입장에서 최저 근로시간 단축(주당 44근로시간을 주당 35시간으로의 단축)을 제시하면서 35시간 이하로 근로시간을 운영해야 할 경우 비로소 경영상의 해고를 실시한다거나, 근로시간 단축을 통해서도 경영상태를 유지할 수 없을 경우 근로자의 순화무급휴직을 실시하는 방안을 제시하는 경우가 이에 해당하게 될 것이다.

주석 28) 비교법적으로 볼 때에도 각국의 경영상 해고 절차에는 근로조건을 변경할 수 있는 제도적 장치를 두고 있는 경우가 많다(예컨대 독일의 변경해고제도(Änderungskündigung, §2 KSchG), 프랑스의 변경해고제도(L. 321-1, 321-3), 일본의 경우 하급심 판례에서 인정한

변경해고금지제도(東京地裁 1995. 4. 13. 決定) 그리고 미국에서 단체협약 내에 근로조건을 단계적으로 (하향) 변경하는 방법을 통해 해고회피방안을 제한된 범위 내에서나마 설정하는 경우 등이 그러하다). 비록 이들 제도가 경우에 따라서는 집단적 교섭의 형태가 아닌 개별적 교섭의 형태로도 나타나지만, 해고를 회피하기 위한 전 단계로서 근로조건을 불리한 변경절차를 용인하는 취지는 동일한 것으로 이해할 수 있다.

주석 29) 비교법적으로 볼 때 독일의 경우 쟁의행위라는 최후의 수단을 가짐으로써 '성실한 단체교섭권' 자체를 인정할 필요는 없다는 것이 다수설의 입장이다(이에 관해서는 줄고, 「노동조합의 개념과 협약능력」, 『김형배교수 화갑기념논문집』, 1994. 352쪽 이하 참조).

주석 30) 근로자대표와의 서면합의를 요구하는 근기법상 여타 규정(제50조, 제51조, 제56조, 제2항, 제56조 제3항, 제58조)과 관련하여 노동부 행정해석은 근로자대표의 선정 단위를 다음과 같이 판단하고 있다. 즉 하나의 사업이 수개의 사업장으로 구성되어 있는 경우에 근로자대표와의 서면합의사항을 사업 단위로 도입하고자 하는 경우에는 사업 단위에서, 그리고 사업장 단위로 도입하고자 하는 경우에는 사업장 단위로 근로자대표를 선정해야 하며, 동일사업 또는 사업장내의 일부 부서에만 적용하고자 하더라도 근로자대표는 반드시 사업 또는 사업장 단위로 선정하여야 한다(근기 68207-735, 1997. 6. 5).

주석 31) 동 법, 제15조상의 '근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자'가 이에 해당하게 될 것이다.

주석 32) 이에 관하여는 줄저, 「현행 노동관계법상 '근로자대표'의 중첩성과 이에 대한 기능조정을 위한 방안」, 한국노동연구원, 1998(발간 예정) 참조. 이에 반해 노동부 행정해석은 제14조에 의한 근로자 중에서 제15조의 사용자 개념에 해당하는 자를 제한 나머지 부분만을 근로자대표의 범주로 보고 있다(근기 68207-735, 1997. 6. 5).

주석 33) 가장 이상적인 형태는 경영상 해고 문제와 관련하여 조합원 총회를 개최할 때 비조합원인 근로자들에게도 참여할 수 있는 권한을 부여해 주며, 이들을 포함한 '근로자총회'에서 협의와

관련된 사항을 결정하는 것이다.

주석 34)그러므로 「근로자참여 및 협력증진에 관한 법률」 시행령 제3조 제1항에 규정하고 있는 근로자를 대표하는 위원의 선출규정은 강행적인 효력을 지닌 것으로 볼 수 없다. 근로자대표의 구성방법과 관련하여 노동부 행정해석은 대표권을 행사한다는 것을 근로자에게 주지시킨 상태에서 근로자의 의사를 모으는 적당한 방법이면 가능하고, 반드시 직접투표에 의하지 않아도 되며, 1인의 대표는 물론 복수의 근로자대표를 선정하는 것도 가능하다고 하고 있다(근기 68207-735. '97. 6.5).

주석 35)'근로자대표'라고 할 때 '대표'의 의미에 관해서는 줄져, 「현행 노동관계법상 '근로자대표'의 중첩성과 이에 대한 기능조정을 위한 방안」 IV. 1. 2 참조.

주석 36)예컨대 남성과 여성근로자를 각각 대표하는 자를 선출하여 사용자와의 협의과정에 참여케 하는 경우에는 이들은 각각의 근로자를 대표하게 될 것이다. 노동부 행정해석에 의하면 복수의 근로자대표가 선정되는 경우는 노사협의회 근로자위원이 대표권을 행사하는 방법에 준하여 대표권을 행사하는 것으로 보고 있다.(근기 68207-735, 1997. 6. 5)

주석 37)단체협약에서 정해진 임금 기타 근로조건을 노사협의로서 '불이익하게 변경하는 것'은 금지된다는 취지의 판례가 있다(서울민지법 1994. 9. 16. 94가합40258). 그러나 동 판례 이후에 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률이 개정되고 구법에서와 달리 의결사항을 두는 등 새로운 체계를 전제하는 것으로 볼 수 있으므로 새로운 해석론이 이루어져야 한다.

주석 38)원래 '대표' 이론은 국가권력의 정당성 기초를 이루는 민주주의 이론에 관한 공법상의 논리이다. 이런 점에서 대표이론은 사법상의 대리이론과는 친하지 아니하다.

주석 39)이 경우에 있어서는 쟁의행위와 같은 사실적 투쟁수단으로서 자신의 주장을 관철할 수 있는 것은 아니다. 기업의 존립을 보호하기 위하여 긴박한 경영상의 필요가 있는 경우에 비로소 이와같은 교섭구도를 진행시킬 수 있다는 점에서 이익의 배분을 둘러싼 단체교섭의 이익분쟁과는 성질을 달리하는 것이다. 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률 제24조가 노사협의회 의결사항에 대해 합의가 되지 않을 경우에도 집단적 행동을 금지하고 임의중재 제도로 종결짓게 하는 것도 노사협의회가 가지는 교섭구도의 목적성에서 단체협약의 그것과 구별되는 점에서 비롯되는 것이다. 이와 같은 '또 다른 형태의 집단적 교섭구도'의 헌법적 근거를 어디에 둘 것이냐 하는 문제는 헌법 제33조의 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권의 개방적 개념(offener Begriff) 구성으로 해결할 수 있다. 단체협약 시스템은 연혁적으로 볼 때 노동삼권의 핵심적인 내용을 이루지만, 이것이 노동삼권의 전부를 구성하고 있는 것으로 해석할 필요는 없다. 산업사회의 발전에 따라 새로운 노사간의 자율적인 이해조정 구도가 만들어 질 수 있다면, 이 또한 헌법 제33조의 적용영역으로 포함시킬 수 있을 것이다. 이처럼 헌법 제33조의 의미를 개방적 개념으로 구성할 때 오늘날 노동조합이 발휘하는 여러 형태의 정치적 기능에 대한 헌법적 판단도 가능해질 수 있다.

주석 40)이러한 해석론의 시도는 기존의 해석론과는 다르다. 기존의 학설, 판례 그리고 행정해석은 단체협약과 동일한 효력기초를 가지되, 단체협약과는 다른 집단적 교섭의 형태를 인정하고 있지 않다.

주석 41)독일의 경영조직법상 경영협정의 효력이 이러한 형태를 띠고 있다(§77 III, 87 I BetrVG).

주석 42)예컨대 사용자가 근로자 과반수를 조직하고 있지 아니하는 노동조합과 조합원을 경영상 해고대상자로 선발할 경우 반드시 노동조합의 동의를 얻어야만 한다거나 나아가 조합원의 고용유지를 단체협약에 약정하는 경우가 있다. 그럼에도 불구하고 사용자가 동 단체협약의 내용을 이행하지 않고 근기법 제31조 제3항의 규정에 따라 근로자대표와의 협의절차만을 통하여 조합원을 해고한 경우, 동 단체협약과의 충돌 문제가 생기게 된다(이에 대해서는 다음의 V.4.에서 다시 논의하기로 한다). 그리고 양자의 충돌 문제와 노동조합(근로자대표로서의 지위를 갖지 아니하는 노동조합)이 고용안정조항을 단체협약에 포함할 것을 요구할 수 있는냐는 별개의 문제이다.

주석 43)비교법적으로 볼 때 독일의 경영협의회법상 경영협정(Betriebsvereinbarung)은 단체협약에 비하여 열위의 지위를 갖는다. 이는 경영협의회법상 경영협정사항을 단체협약에 반하지 아니하는 경우로 한정하고 있는 법규정에 의한 것이다. 그러나 우리 현행법의 규정은 경영상 해고절차과정에 있어서 별도의 주체를 예정하고 있고 노동조합에 대하여는 예외적으로 이러한 지위를 가지는 것으로 규정하고 있기 때문에 입법취지 및 그 구성을 달리하고 있는 것으로 볼 수 있다. 그러므로 단체협약의 하위에 있는 또 다른 교섭절차가 아닌, 단체협약과 동위에 있는

그러나 별개의 예외적 절차로서 '경영상 해고절차'가 규정되어 있는 이상, 동 절차에 대해 우선적 효력을 부여하는 것이 타당하다고 본다.

주석 44) 집단적 규율방식은 개별적 규율방식을 대체하여 배제하려는 것이 아니라, 단지 개별적 규율을 보충하는 작용력만 가지기 때문에 '유리한 조건 우선의 원칙'이 인정되는 것이다(이에 대한 반대 견해로는 김유성, 『노동법』(II), 1998. 164쪽 이하). 다시 말하면 협약자율은 '실질적인 사적 자치로의 회귀'에 궁극적인 가능성을 갖기 때문에 사적 자치가 제대로 작동되지 아니하는 경우에 비로소 작용력을 발휘하는 것이다. 그러므로 단체협약에서 정한 기준보다 유리한 조건이 개별 근로계약으로 약정된 경우에는 실질적인 사적 자치가 실현된 것이므로, 이 한도에서 집단적 규율의 보충력은 적용될 여지가 없는 것으로 보는 것이 전체 법질서 체계론에 부합한다. 그렇지 않고 집단적 규율을 통한 개별 자율의 영역을 부정하는 것은 개인의 자율과 존엄을 기본으로 하는 헌법상 기본권의 체계에 반한다.

주석 45) 근로자대표와의 합의가 또 다른 집단적 교섭의 속성을 지니는 한, 개별적 자율을 보충하는 의미에서 운영되어야 한다는 것은 단체협약에서의 원리와 동일하다.

주석 46) 그러나 노동부의 행정해석은 필자의 견해와는 다르게 보고 있다. 즉 근로자대표와의 서면합의서의 효력에 관한 일괄적인 해석에서 단체협약의 별도(부속)협약의 형식으로 체결하는 경우에는 기존의 단체협약을 개폐하는 효력을 지니는 것으로 보되, 단체협약의 별도(부속)협약이 아닌 단순한 서면합의의 형식으로 체결하는 경우에는 기존 단체협약의 개정효력이 인정되지 않는 것으로 보고 있다. 또한 노사협의회 근로자위원과 서면합의 형식으로 체결하는 경우에는 단체협약을 개폐하는 효력은 발생하지 않으므로 단체협약에 배치되는 경우 단체협약의 적용을 받는 근로자에게도 적용하려면 별도로 단체협약의 개정절차를 밟아야 한다. 그리고 취업규칙과 관련해서는 반드시 기존 취업규칙의 변경 없이도 적용이 가능하며, 근로조건 규정의 통일성을 기하기 위해서는 기존의 취업규칙을 변경하는 것이 바람직하되, 이 경우에는 취업규칙 변경을 위한 별도의 변경절차를 밟지 않아도 된다(근기 68207-735, 1997.6.5).

주석 47) 물론 앞으로의 경우를 대비해서 미리 해고 선발기준을 작성하는 것은 이론적으로 가능하나 현재와 같은 노사관계하에서는 아직 시기상조이다.

주석 48) 대판 1994.5.10. 93다4892 참조.

주석 49) 대판 1993.12.28. 92다34858; 대판 1993.11.23. 92다122285; 서울고판 1996.5.9 95구19784.

주석 50) 잠정적으로 해고대상자가 선정된 경우 당해 근로자를 그보다 낮은 직급의 대체가능한 근로자들과 또 다시 해고기준에 다른 선정절차를 밟아야 할 것인가가 문제이다. 미국에서는 이를 선임제도하에서 인정하고 있다. 그러나 우리의 경우에는 이와 같은 선임제도가 보편의 의식으로 자리잡지 아니한 상태이고 명문의 규정이 없는 상태이므로 이를 인정할 근거는 희박하다고 보는 것이 옳다.

주석 51) 대판 1996.12.5. 94누15783 참조.

주석 52) 同旨 : 한국경총, 『경영상 해고의 실무』, 1998.4.70쪽 이하.

주석 53) 이와 관련해서는 노사정위원회의 합의과정에서 보듯이 노동부 장관 또는 노동위원회의 허가를 득한 후에야 경영상 해고를 할 수 있도록 하자는 노동계의 주장이 수용되지 아니하고 그 절충적인 형태로서 단순한 신고제도가 채택되었다는 점에서도 그 의미를 간접적으로 엿볼 수 있다.

주석 54) 그러나 이러한 신고의무는 사실상 강제력이 없다. 왜냐하면 근기법 제31조 제1항 내지 제3항의 위반에 대해서는 법 제31조 제5항 및 제110조에 따라 벌칙이 적용되나, 제31조 제4항 위반에 대해서는 아무런 제재가 부여되어 있지 않기 때문이다.

4. 개별적 검토

1

)고용보험법상 해고회피노력에 따른 지원정책

고용보험법에서는 각종의 고용안정지원 제도를 두고 있다. 1998년 7월 1일 고용보험법 시행령 개정 전에는 여러 형태의 고용안정지원 내용을 개별규정하였으나, 개정법령하에서는 고용유지지원금이라는 일괄적인 명칭으로 다음과 같은 고용유지조치를 예정하고 있다. 고용유지지원금이 지급되는 대상조치로는 휴업을 실시하면서 고용유지를 꾀하는 경우(고용보험법 시행령 제17조 1호), 3월 이상 계속하여 근로시간의 10분의 1 이상을 단축하는 경우(동 조2호), 고용유지를 위한 훈련을 실시하는 경우(동 조3호), 고용관계를 계속 유지하면서 1개월 이상 사외로 파견나가는 경우(동 조4호), 1월 이상의 유·무급휴직 실시하는 경우(동 조5호), 새로운 업종으로 사업을 전환하기 위하여 필요한 설비를 정비하고 종전 사업장에 종사하던 근로자 6할 이상을 새로운 사업에 재배치하는 경우(동 조6호) 등이 있다.¹⁾ 고용유지지원금을 지급받고자 하는 사업주는 사외파견 및 1월 이상의 유·무급휴직의 경우를 제외하고는 고용유지조치를 계획·수립함에 있어 반드시 근로자대표와의 협의를 거쳐야 한다(고용보험법 시행령 제17조의 2 제1항). 고용유지지원금은 6개월 한도로 지급되며(동 시행령 제17조의 2 제2항), 휴업, 근로시간 단축, 고용유지 훈련의 조치를 동시에 실시하는 사업주에 대해서는 사업주의 신청에 따라 하나의 고용유지조치에 대한 고용유지지원금만을 지급하고 동 고용유지조치를 기간을 달리하여 실시하는 경우에는 각각의 고용유지지원금 지급기간의 합계가 6월의 한도에서 이루어지도록 하고 있으며(동 시행령 제17조의 3 제3항), 합계6개월간의 고용유지지원금을 받은 경우에는 동일한 사유로는 6개월이 초과한 경우에만 새로이 신청할 수 있도록 하였다(동 시행령 제17조의 3 제4항).

이러한 고용안정대책의 활용은 해고회피를 위한 사용자의 노력을 지원하기 위한 것이다. 그러나 문제는 이와 같은 고용안정대책을 활용했다는 사실만으로 해고회피를 위한 노력을 다한 것으로 볼 수 있느냐이다. 입법정책적으로는 고용안정대책의 활용을 해고회피노력과 연계시켜 운용할 수도 있을 것이나, 현행 법규정으로는 이와 같은 해석론을 전개하기에는 무리가 많다. 그 이유로는 첫 번째, 고용안정대책으로 설정된 여러 지원제도가 사용자의 해고회피노력의 가능한 모든 경우의 수를 포함하고 있지 아니하다는 점, 둘째로 현행법은 고용안정대책의 활용 여부 및 활용기간이 설정을 강제적으로 규정하지 않고 사용자의 임의결정에 맡기고 있다는 점, 마지막으로 현재의 법규정으로는 판매부진·경기불황·원자재 부족과 같은 일시적인 경영장애가 발생한 때에 고용유지를 위한 안전판 역할의 수행은 가능하지만 지속적인 경기하강 국면시에까지 해고회피노력 자체를 갈음할 수 있도록 한다면 노사의 자율적 해결책 강구를 오히려 저해하고 해고회피 절차의 취지를 무색케 하는 부작용을 초래할 수 있다는 점 등을 들 수 있다.²⁾ 현재의 고용안정대책이 사용자의 해고회피노력 의무를 갈음할 수 있는 연계제도로 활용하기 위해서는 경영상 해고 절차의 취지가 충분히 반영된 입법적 내용정비가 수반되어야 한다. 이런 점에서 현행법 규정하에서는 사용자가 고용안정대책을 활용한 경우라도 이는 그 한도에서 해고회피노력이 부분적으로 추정될 뿐이며, 사용자의 다른 가능한 해고회피 방안에 대한 강구 및 근로자 대표와 성실한 협의의무는 여전히 남아 있는 것으로 보아야 할 것이다.

2)휴업수당과 해고회피노력

경영상 해고를 회피하기 위한 수단으로서 사용자는 휴업을 강구할 수 있다. 이때 사용자가 근로자대표와 합의하여 휴업을 실시하거나 일방적인 결정으로 휴업을 실시할 수도 있다. 이 경우 사용자는 근로기준법 제45조에 따라 휴업수당을 지급하여야 하는가? 근기법 제45조의 휴업수당 지급의 요건은 '사용자의 귀책사유'로 인한 경우이다. 사용자의 귀책사유의 의미에 대해 다수설은³⁾ 민법상 귀책사유의 의미보다 넓은 개념으로 받아들여 경영상의 장애(판매부진, 원자재 수급부족, 공장 소실 등)로 말미암아 근로자로부터 제공된 노동력을 사용자가 수령하지 못한 경우를 포함하여 이해하고 있다. 그러나 휴업수당 제도는 근로관계의 주요 내용 중에 노동력제공 의무와 임금지급 의무간의 쌍무적인 견련관계에 있어서 위험부담관계를 규율하는 데에 주된 목적을 두고 있다. 그러므로 근기법 제45조는 일시휴업하게 된 원인이나 사정을 고려하면서 근로관계 존속 중에 발생한 급부 장애를 해결하기 위한 민법규정에 대한 특별규정이다.

이에 반해 해고회피노력으로서 휴업을 강구하는 경우란 기업의 존립을 보호하기 위해 경영상 해고를 회피하기 위한 수단이다. 즉 해고의 대안적 조치로서 휴업을 통한 근로관계의 유지를 달성하는 것이다. 따라서 이를 반드시 전형적인 휴업수당제도와 동일한 차원에서 이해할 수는 없다. 그럼에도 불구하고 해고회피노력의 일환으로 사용자가 휴업을 단독으로 결정하는 경우, 외형적으로는 급부 장애에 따른 위험부담의 문제가 발생하게 되므로 이에 대한 법적 판단은 이루어져야 할 것이다.

해고회피의 일환으로 노사가 합의하여 휴업을 실시하는 경우에는 그 합의에 따라 수당을 지급함으로써 사용자는 근기법 제45조 제1항의 강행 규정의 적용을 받지 않는 것으로 봄이 타당하다.⁴⁾ 문제는 합의없이 사용자 일방의 결정으로 휴업을 결정하는 경우가 될 것이다. 이에 대해서는 해고회피라는 목적성에 따라 근기법 제45조 제1항의 적용은 배제하고 동조 제2항을 유추적용함으로써 문제를 해결할 수 있다고 본다. 동 조 제2항의 '부득이한 사유로 사업계속이 불가능'한 경우의 의미는 휴업의 원인이 비록 경영상의 영역에 있더라도 사용자의 귀책사유와는 단절시켜 휴업수당 지급의 예외적인 경우를 규율하고자 하는 것이다. 또한 경영상 이유에 의한 해고도 경영 내·외적인 원인에서 기인한 긴박한 경영상의 필요의 경우에 사용자의 귀책사유 유무를 불문하고 해고에 대한 정당성을 부여하려는 것이다. 그러므로 해고에 갈음하는 휴업의 경우에도 '부득이한 사유로 사업계속이 불가능'한 경우로 유추하는 것은 가능하다고 본다. 이에 따라 긴박한 경영상의 필요가 발생하고 해고회피의 일환으로 휴업을 실시하는 경우에 발생하는 급부 장애의 위험부담 문제는 사용자의 귀책사유를 묻지 않는 제45조 제2항의 규정을 유추적용하여 평균임금 70% 이하의 수당을 지급할 수 있는 것으로 봄이 상당하다.⁵⁾

3) 무급휴직의 활용과 해고회피노력

긴박한 경영상의 필요가 발생한 경우 사용자는 해고 대신 근로자에 대한 무급휴직을 강구할 수 있을 것이다. 무급휴직을 노사가 합의하여 실시하는 경우에는 별다른 문제가 없다. 그러나 합의가 없는 경우에 사용자가 일방적으로 해고 대신에 무급휴직을 실시하게 할 수 있느냐가 문제이다.⁶⁾ 일반적으로 사용자는 근로자의 동의 또는 단체협약이나 취업규칙에 정함이 없이는 근로자의 무급휴직을 일방적으로 명할 수 없다. 왜냐하면 무급휴직이란 근로계약의 본래적인 목적에 상반되기 때문이다.⁷⁾ 이런 점에서 해고회피방안으로 사용자가 근로자의 무급휴직을 강구하더라도 이는 휴업에 해당하므로 제45조의 적용을 받아야 한다는 견해는⁸⁾ 타당성을 갖는다. 그러나 긴박한 경영상의 필요가 있는 경우 사용자는 근로자를 해고까지 할 수 있으므로 이에 대한 예외로서 해고보다 덜 불리한 무급휴직을 실시할 수 있다는 이론구성도 가능할 수 있다. 그러나 이를 위해서는 몇가지 이론적인 전제조건이 필요하다. 첫째, 무급휴직의 대상자는 해고대상자에게 한정되어야 한다는 점이다. 그렇지 않고 긴박한 경영상의 필요가 발생되었다는 사실만으로 전체 근로자에 대해 사용자가 임의적으로 무급휴직을 실시할 수 있다는 것은 설명되기 어렵다.⁹⁾ 둘째, 해고대상자에게 한정되어야 한다는 제한의 의미는 논리적으로 다른 해고회피노력의 성실한 이행 후에도 해고가 불가피한 것으로 인정될 때 비로소 선정된 해고대상자에 대해 해고 대신 무급휴직을 실시할 수 있다는 것이므로, 무급휴직은 단계적으로 보아 해고회피노력의 마지막 수단으로 고려되어야 할 것이다. 끝으로 특정 해고대상자에게 해고 대신 무급휴직을 실시하는 것이 긴박한 경영상의 필요하에서 사용자의 일방적인 권한행사로 인정되는 것이므로 그 사실적 관계의 종료(긴박한 경영상의 필요의 종료)와 더불어 휴직근로자에게는 즉시 복직할 수 있는 지위와 권한이 보장되어야 할 것이다. 즉, 긴박한 경영상의 필요의 소멸과 더불어 휴직 근로자는 원칙에 복직할 것을 사용자에게 요구할 수 있는 형성적 지위가 보장되는 경우에 사용자의 무급휴직권과 비례적일 수 있을 것이다.¹⁰⁾ 이상과 같은 이론적 전제를 갖추는 한도 내에서 사용자에게 해고 대신 무급휴직을 명할 수 있는 지위를 인정하더라도 현행법 체계 내지는 노동관계법의 기본 목적에 반하지 않는 것으로 평가될 수 있을 것이다.¹¹⁾

4) 「고용안정협약」 체결의 법적 효력

금년 들어 각 사업장에서는 고용안정이 가장 큰 이슈로 등장하고 있다. 노동계는 다가올 단체교섭시에 고용안정을 최우선 과제로 삼는 교섭전략을 수립하고 있다.¹²⁾ 경영상 해고를 방지하기 위해 노동조합이 별도의(가칭) 고용안정협약을 체결하거나 단체협약내에 고용안정에

관한 조항을 두는 경우 근기법 제31조와의 상관관계에 대한 검토가 필요하다. 즉 ①근기법 제31조에 별도의 집단적 의사결정 방식이 규정되어 있음에도 불구하고 노동조합이 이와 관련한 사항을 단체교섭의 대상으로 삼을 수 있는지, ②만약 인정된다면 사용자는 노동조합과의 단체교섭을 근기법 제31조상의 협의절차로 원용할 수 있는지, ③또한 ①의 인정하에 노동조합이 체결한 단체협약의 내용이 근로자대표가 협의 또는 합의한 내용과 상이할 경우 충돌문제를 어떻게 해결할 것인지 등이 그것이다.

a) 먼저 고용안정에 관한 사항이 단체교섭의 대상으로 될 수 있으나에 대해서는 이를 인정할 수 있을 것이다. 왜냐하면 고용안정, 다시 말하면 근로관계의 종료에 관한 사항은 근로조건의 본질적 내용을 이루는 것으로 보아야 하기 때문이다. 그러므로 고용안정과 관련된 사항에 대해 노동조합은 정당하게 단체교섭을 요구할 수 있으며, 정당한 이유 없이 사용자는 이를 거부하거나 해태할 수 없다. 그러나 사용자가 근기법 제31조에 따른 근로자대표와의 고용안정에 관한 협의 절차를 거친 후에 노동조합이 이에 반하는 내용으로 새로운 단체교섭을 요구하는 경우라면 사용자는 노동조합의 교섭요구를 정당하게 거부할 수 있다고 보아야 한다. 왜냐하면 사용자는 이미 법률의 규정에 의하여 정당성을 갖춘 협의상대방과 협의를 하였고 협의내용을 준수해야 할 의무를 지기 때문이다.

근로자대표와의 협의 절차를 거치지 아니한 상태에서 노동조합이 사용자에게 고용안정 내용을 하는 단체교섭을 요구하였으나 교섭이 결렬된 경우 노동조합은 쟁의행위를 할 수 있는가? 단체교섭의 요구가 근로자대표와의 협의 절차와 무관하게 제기되고 결렬된 경우라면 노동조합은 쟁의행위를 행사할 수 있다고 보아야 한다. 그러나 노동조합의 교섭이 근기법 제31조의 사실적인 적용영역 내에서 이루어지는 경우에는-즉, 노동조합이 근로자대표의 지위에서 사용자와 교섭하는 경우-제31조 규정의 목적에 따라 쟁의행위를 할 수 없는 것으로 봄이 타당하다. 왜냐하면 이 경우의 '집단적 교섭'은 단체협약의 교섭도구와는 다른 성질을 지닌 것으로 그 구조를 달리하기 때문이다.¹³⁾

b) 사용자가 노동조합과 단체교섭을 거친 경우에, 이를 원용해서 근기법 제31조의 절차를 생략할 수 있는가에 대해서는 경우를 나누어 살펴보아야 할 것이다. 먼저 단체교섭을 행한 노동조합이 근로자 과반수로 조직되어 있는 경우라면 법률에 의해 근로자대표의 지위가 의제되므로 양자간의 대체가 가능할 것이다. 그러나 노동조합이 근로자의 과반수를 조직하고 있지 아니하는 경우에는 단체교섭을 이유로 근로자대표와의 협의 절차를 생략할 수 없다고 보아야 한다. 왜냐하면 경영상 해고회피를 위한 집단적 의사결정 방식과 관련하여 실정법률은 노동조합이 아닌 사업장 전체 근로자를 대표하는 자에게 협의권한을 부여하고 있으므로, 다수의 비조합원에 대해 교섭대표의 지위를 인정받지 못하는 노동조합에게 협의상대방의 지위를 약정하는 것은 근기법 제31조의 절차적 요건의 목적성에 반하는 것으로 되기 때문이다. 그러므로 산업현장에서 근로자 과반수를 조직하고 있지 아니하는 노동조합이 고용안정에 관한 협약을 체결하였다 하더라도, 이를 이유로 근로자대표와의 협의 절차가 생략될 수 없다. 이때 노동조합은 제31조에 의한 근로자대표의 선출 및 사용자와의 협의절차에 참여해서 협약사항을 계속 유지할 수 있도록 하는 기회를 보장받을 수 있을 것이다.

c) 근로자대표와의 협의의 의미를 위와 같이 판단할 경우, 근로자대표의 협의 내용과 노동조합의 단체협약의 내용이 서로 충돌하는 경우가 발생할 수 있다. 그러나 이러한 충돌을 이론적으로는 상정 가능할 것이나 현실적으로는 문제되지 않을 것이다. 왜냐하면 노동조합과 다른 근로자 대표가 구성될 경우 노동조합의 이익 내지 주장은 어떠한 형태를 통해서든지 근로자대표의 구성과 운영 과정에서 충분히 반영될 수 있기 때문이다. 이론적으로 양자간의 충돌문제가 발생할 경우에는 이미 위에서 설명한 바와 같이¹⁴⁾ 같이 근로자대표와의 협의 내지 합의가 우선권을 가지는 것을 해석하여야 할 것이다.

5) 근로시간 단축을 통한 해고회피노력

근로시간 단축을 통해 고용을 유지하려는 것은 가장 보편적인 해고회피노력 중의 하나이다.¹⁵⁾ 즉, 근로시간 단축은 경기의 침체로 판매가 부진하여 생산라인의 가동률이 떨어질 때, 인력감축을 하지 않고도 고용을 유지할 수 있다는 데에 장점이 있다. 그러나 이 방법을 실제로 도입하는 데에

가장 걸림돌이 되는 것은 단축된 근로시간분에 상응하는 임금의 감소에 있다. 적어도 임금동결 상태에서 근로시간 단축을 실시하는 경우에는-그것이 명목임금의 동결이라 하더라도-자체만으로는 근로조건의 향상으로 볼 수 있어, 별다른 법적 문제가 발생할 여지는 없다. 그러나 대부분의 경우가 그러하듯이 사용자측이 단축된 근로시간만큼 임금을 삭감하는 경우가 문제이다. 이럴 경우 근로시간 단축 이외에 임금삭감이 부가되어 근로조건의 하향변경이라는 결과가 발생하게 되기 때문이다. 따라서 이러한 방법을 통한 고용안정정책은 사용자의 일방적 조치에 의할 수는 없고 반드시 근로자의 합의가 전제되어야 하는바 이를 위한 절차적 정당성이 중요시 된다. 요컨대 근로시간 단축을 통한 고용 유지방법은 애당초 기업 비용절감을 전제한 방법이기 때문에 노사간 합의와 같은 절차적 정당성을 갖추는 한 임금삭감은 불가피한 것이다.

6)해고회피노력으로서 임금에 대한 조치

경영상태가 악화된 경우 근로시간 단축과 함께 손쉽게 고려할 수 있는 것이 임금에 대한 변화 즉, 임금의 동결·합·감·참반납 및 임금지급의 유보 등이다. 각각의 경우가 가지는 법적인 문제에 대해서는 별도로¹⁶⁾하고 이와 같은 조치를 해고회피노력의 일환으로 도입할 것을 사용자가 근로자대표와 합의한 경우에는 그대로 유효하게 성립한다. 위에서 언급한 바와 마찬가지로 임금의 동결 및 반납과 관련해서는 근로조건의 변경에 관한 별다른 법적인 문제가 발생하지 않으나, 임금의 삭감의 경우에는 근로조건의 하향변경을 초래하게 된다. 이에 대해서는 위에서¹⁷⁾ 기술한 내용을 참조하여 처리하면 될 것이다.

7)재고용 노력 의무

개정법은 구법에서와는 달리 "제31조의 규정에 의하여 근로자를 해고한 사용자는 근로자를 해고한 날로부터 2년 이내에 근로자를 채용하고자 할 때에는 제31조의 규정에 의하여 해고된 근로자가 원하는 경우 해고전의 직책 등을 감안하여 그 근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다"는 사용자의 재고용노력 의무조항을 두었다(제31조의 2 제1항). 동 조항은 미국의 레이오프상의 재고용의무를 모델로 하였으나,¹⁸⁾ 사용자의 재고용의무가 단순한 노력의무로 규정되어 있어 사용자의 의무로 인정되는 레이오프(loy-off)와는 그 내용을 달리한다. 비교법적으로 볼 때 재고용의무 또는 보상조치는¹⁹⁾ 경영상 해고가 자본주의적 시장경제 체제내에서 용인될 수밖에 없는 불가피한 제도임을 전제로 해고근로자에 대한 보호 관점에서 보완적으로 실시되고 있는 제도이다. 이런 취지에서 본다면 개정법상 경영상 해고 제도에 대한 보완적 조치는 상대적으로 미흡하다고 할 수 있다. 따라서 노사는 법규정과 달리 재고용에 관한 사용자의 의무를 약정할 수 있다고 보아야 한다. 이 경우 해고근로자는 요건의 충족시 구체적인 청구권을 가지게 될 것이다.²⁰⁾

주석 1)이때 지원되는 지원금은 시행령 제17조 1호 및 4호 내지 6호의 규정에 해당하는 경우에는 고용유지조치 기간에 대하여 사업주가 피보험자에게 지급한 휴업·휴직수당 및 임금액의 3분의 2에 해당하는 금액으로 하며, 무급휴직의 경우에는 당해 휴직기간 동안 사업주가 부담하는 노무비용을 고려하여 노동부령으로 정한 금액으로 한다(시행령 제17조의 3 제1호). 그리고 근로시간 단축의 경우에는 단축적 사업주가 지급하던 평균임금의 10분의 1(대규모 기업의 경우에는 15분의 1)에 해당하는 금액이 지급되며(동 조 2호), 고용유지 훈련의 경우에는 훈련대상자에게 지급한 임금액의 3분의 2(대규모 기업의 경우에는 2분의 1)에 해당하는 금액(동 조 3호) 등이 지급된다.

주석 2)다만 개정 고용보험법 시행령에서는 사업주가 고용유지조치를 시행하고자 할 경우 반드시 근로자대표와 협의하도록 하고 있어 이 한도에서는 경영상 해고시의 근로자대표와의 협의와 상호 연계된다.

주석 3)김형배, 『노동법』 (1997), 271쪽 이하; 이병태, 『최신노동법』 (1997), 672쪽.

주석 4)이에 반해 중앙노동위원회에서 제시한 기준미달의 휴업수당 승인제도 운용에 관한 참고자료에서 긴박한 경영상의 사유가 발생한 경우에 부득이하게 휴업하는 경우도 근기법

제45조가 적용되는 것으로 판단하고 있다. 그러므로 사용자는 공신력 있는 기관(노동위원회)의 승인하에 휴업수당 지급부담을 경감받거나 또는 완화받을 수 있는 것으로 해석하고 있다(중앙노동위원회, "현안 노동문제 심판실무 참고자료"(1998.3), "기준미달의 휴업수당 지급 승인/사직서 제출의 효과 문제", 한국경총, 1998.3 참조).

주석 5)이렇게 해석하더라도 휴업수당 지급액의 산정과 관련해서는 노동위원회의 승인을 얻어야 하므로 이를 통해 사용자의 자의적인 결정을 어느 정도 예방할 수 있을 것이다.

주석 6)사용자가 일방적으로 실시한다는 특징에서 '직권휴직'이라는 명칭으로 사용하기도 한다(한국경총, 『경영상 해고의 실무』, 1998.4. 47쪽 참조).

주석 7)대부분의 경우에는 취업규칙 또는 단체협약에서 무급휴직의 사유를 정하고 있다.

주석 8)한국경총, 『경영상 해고의 실무』, 1998.4 48쪽 이하.

주석 9)전체 근로자를 대상으로 하는 경우에는 실질적으로는 휴업에 해당하게 되어 위에서 기술한 내용이 적용되는 것으로 보아야 한다.

주석 10)무급휴직의 활용을 인정해 주었을 때 현실적으로 나타나게 되는 남용 등과 같은 부작용을 이유로 이를 인정하지 않으려는 태도에는 찬동할 수 없다. 현장에서 발생하는 부작용은 다른 조치로서 그 피해를 방지하는 것이 마땅하며, 그것을 이유로 제도의 운영 자체를 차단하는 것은 본말이 전도된 자세라 할 것이다.

주석 11)그러나 이러한 논리가 어느 정도 현실적용력을 갖느냐에 대해서는 부정적일 것이다. 논자에 따라서는 "경영상 이유에 의한 직권휴직이 근거법 제30조상의 정당한 이유로 인정받을 수 있다면 부득이한 경우로서 사업계속이 불가능한 경우로 볼 수 있어 기준미달의 휴업수당 지불로 처리할 수 있다"는 견해가 있다(중앙노동위원회 편, 『기준미달의 휴업수당 지급 승인/사직서 제출의 효과 문제』, 한국경총, 1998.3. 12쪽). 그러나 이러한 견해에 대해서는 찬동할 수 없다. 왜냐하면 근거법 제30조의 적용대상 영역에는 경영상 이유와 관련된 부분이 포함되지 아니하기 때문이다. 그리고 만약 무급휴직으로서의 정당성이 갖추어져 있다면, 그것으로 무급휴직은 당연히 성립하게 되는 것이며, 제45조의 휴업수당 규정은 적용되지 아니하는 것으로 보아야 한다. 따라서 이와 같은 견해는 근거법 제30조와 제31조 그리고 제45조의 상관관계에 대한 체계적 이해가 고려되지 않았다는 점에서 설득력이 없다고 하겠다.

주석12)한국노동조합총연맹의 「고용안정 쟁취를 위한 1998년도 고용정책(안)」 과 민주노총의 「고용안정협약(안)」 을 그 예를 들 수 있다(한국경총, 『경영상 해고의 실무』, 1998.4 8쪽 이하, 부록<참고5>).

주석13)앞의 주 143)참조.

주석 14)앞의 II. 3. 1) (2) d) 참조.

주석 15)나아가 근로시간의 단축은 사업 단위에서 필요한 전체 노동시간의 양이 일정하다는 전제하에 기존 근로자의 근로시간을 단축함으로써 새로운 인력의 고용을 꾀하는 고용창출의 방법(job-sharing)으로도 많이 활용되고 있다. 프랑스의 주당 근로시간 35시간, 독일의 급속노조에서 제안한 주당 32시간으로의 근로시간 단축 등은 바로 이러한 분석에 의한 것이다. 그러나 근로시간 단축을 통한 job-sharing 이 실제로 얼마만한 고용창출의 효과를 가져오는지에 대한 보편적인 실증적 자료는 아직 없다(그러나 독일 노동조합연맹 산하의 연구소에서 고용창출의 효과를 주장하기도 한다).

주석 16)예컨대 임금을 삭감하였을 경우 퇴직금산정 그리고 임금을 반납하였을 경우에는 세금의 산정과 관련하여 문제가 발생될 수도 있다.

주석 17)위 제3장과 II. 3. (2) d)참조.

주석 18)이에 관하여는 김형배, 「정리해고 범리의 재구성」, 『노동관계법 연구』, 한국경영자총협회(경총신서 48), 1997.1 38쪽 이하 참조.

주석 19)유럽연합의 경영상 해고에 따른 보상(redundancy payment) 조치 강구와 관련한 지침(No.75/129)을 단적인 예를 들 수 있다.

주석 20)재고용 노력 의무규정과 관련하여 근로자파견법 제16조 제2항에서는 "경영상 이유에 의한 해고를 한 후 대통령령으로 정하는 일정한 기간이 경과하기 전에는 당해 업무에 파견근로자를 사용할 수 없다"고 규정하고 있다(동 법 시행령'안' 제4조 참조).

제 4 장

특수한 문제로서의 기업의 변동과 해고의 범리 -사업의 양도 · M&A¹⁾ · P&A를 중심으로-

I. 사업양도와 해고의 범리

1. '사업양도'의 개념과 내용

1) 사업양도의 개념

a) '사업의 양도'라는 용어는 1996년 말 근로기준법 개정시에(제27조의 2 제2항), 그리고 1998년 2월의 개정 근로기준법에 처음으로 명문화된 법률 개념이다. 이전에는 상법상 영업양도의 개념에서 사업양도가 논의되었다. 판례는 근로관계가 문제되는 영업양도의 경우 그 의미를 다음과 같이 판단하였다. 즉 영업양도란 영업 목적에 의하여 조직화된 업체, 즉, 인적 · 물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 행위를 말하며, 그 영업을 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자간의 근로관계도 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계된다고 보았다.²⁾

b) 상법상 영업양도에 있어서 영업을 개념은 객관적 의미에서의 영업을 기초로 하는 것으로, 그 의미는 "영업에 바쳐진 개개의 재산 또는 그 전체를 말하는 '영업용 재산'을 의미하는 것이 아니라, 영업을 위하여 조직화된 한 덩어리의 재산으로서 이와 관련된 재산적 가치 있는 사실관계(영업권)를 포함"하는 것으로³⁾ 이해하고 있다. 이에 따라 영업양도의 법적 성질에 대해서 다수설은 영업재산 양도설⁴⁾(영업조직 양도설 및 영업유기체 양도설과 대립)을 취하고 있다. 판례도 "일정한 영업 목적에 의하여 조직화된 업체의 일체로서의 이전을 목적으로 하는 것으로서 영업을 그 동일성을 유지하면서 이전됨을 요한다"고 판시하여 다수설과 입장을 같이하고 있다. 그러나 이와 같은 상법상 영업양도에 대한 개념은 상업의 규율 목적에 따라 구성된 것이다. 우리나라에 있어서 상법의 규율대상은 기업이며, 이때 기업이란 "상인적 설비와 방법에 의하여 영리의 목적으로 경영활동을 하는 경제적 생활체"로 파악하는 것이 일반적이다. 그러나 기업의 개념은 기업활동의 주체, 기업활동에 의하여 취득한 재화 및 권리 · 의무 관계의 측면에서 이루어지고

있으며, 이는 유럽에서 기업주와 근로자 사이의 관계(즉, 공동체 관계 내지 유기적 관계)까지를 포함하여 접근하는 방법론과는⁵⁾ 구별된다.

c) 상법상 영업양도라는 독자적인 제도가 인정되는 의의로는 영업양도의 효과에 있다. 즉, 대내적으로는 양도인의 양수인에 대한 경업피지 의무가 발생하며, 대외적으로는 채권자와 채무자를 보호하기 위한 법률 효과가 발생한다는 점에 독자적인 의의가 있는 것이다. 그러나 영업양도시에는 합병과 같은 포괄적 승계가 인정되지 않으므로, 양도인은 제3자에 대한 채권·채무도 개별적인 통지 내지는 승낙을 득하여 이전해야 할 의무를 부담한다. 이와 같이 상법상 영업양도는 상법의 규율 목적에 따른 영업재산 등을 둘러싼 재산법적 관점에서 접근·규율되고 있음을 알 수 있다.

d) 이에 반해 영업양도가 노동법적으로 문제가 되는 것은 영업양도시 근로관계의 존속 여부에 관한 것으로 이를 상법상의 영업양도의 규율관계에서 포함하여 다루고 있지 않다는 데에 있다. 그러므로 영업양도시 근로관계의 이전 여부는 실정법의 흠결로 파악할 수 있으며, 판례는 이러한 흠결을 판례의 법형성적 기능을 통하여 보완·해결하기 위하여 영업양도의 개념을 노동법적 시각에서 확대·재구성한 것이다. 이와 같은 판례의 태도는 영업양도시 근로관계의 이전에 대해 적극적으로 판단을 내림으로써 기존의 논의와 다르게 기업주와 근로자 간의 법률관계를 영업의 개념요소로 파악하였다는 점에서 특히 의의를 가진다고 할 수 있다.

2) 영업(사업)양도시 영업(사업)의 개념 확정문제

a) 실무에 있어서는 물적자산 매각과 영업양도 간의 준별 문제가 늘 초미의 관심사이다. 이와 같은 준별 문제는 바로 영업양도에 대한 개념 확정 문제로 연결된다. 판례는 영업양도의 개념확정과 관련하여 "일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체 즉, 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 행위"라는 개념 표지를 사용함으로써 그 초점을 '조직'과 '동일성의 유지' 및 '법률행위'에 두고 있다. 이때 '조직'이라 함은 '유기체적인 조직'을 의미하는 것으로, 이는 단순한 요소들의 집합체로서가 아닌 각 부분 요소 상호간에 기능적인 관련성이 갖추어진 결합 상태를 지칭하는 것이다. 따라서 조직의 동일성을 유지하면서 이전한다는 것은 바로 양도 전후에도 동일한 기능성의 유지 여부가 핵심적 판단기준이 된다는 것을 의미한다. 그렇다고 하여 영업양도에 있어서 기능적 동일성 유지의 의미를 조직 그 자체가 아무런 변화없이 그대로 양도되어야 하는 것으로 엄격하게 해석하여서는 아니된다. 다소간 조직에 변화가 있더라도 전체적으로 보아 조직의 본질이 유지되고 양도 전후에 수행하는 기능 자체에 변화가 없다면 영업양도로 인정하여야 한다. 따라서 영업양도가 인정되기 위해서는 영업의 본질적 구성부분의 양도가 있어야 하는데, 이대 거론될 수 있는 영업의 구성 부분으로는 물적 사업수단뿐만 아니라 비물적 사업수단(노하우, 무체재산권, 고객관계, 공급관계 등), 인적 요소 등을 함께 고려하여 판단하여야 할 것이다.⁶⁾ 이때 각각의 요소가 영업의 본질적 구성 부분을 차지하느냐에 대해서는 일률적·확정적으로 판단할 것이 아니라, 제요소들의 결합목적 관계에서 나타나는 조직성의 관점에서 판단하여야 할 것이다.⁷⁾ 그러므로 위에서 언급한 제요소들은 영업의 판단을 위해 고려해야 할 요소로서 의미를 가질 뿐 이들을 모두 갖추어야 하는 이른바 필요조건적인 의미를 갖는 것으로 볼 수는 없다. 이런 점에서 각 영업의 기능상 영업의 본질적 구성 부분에 대한 구체적 판단의 기준은 사안마다 상이할 수밖에 없다.

또한 판례가 취한 영업양도의 개념은 그 법적 기초를 법률행위에 한정하고 있다.⁸⁾ 이는 별도의 언급이 없는 경우라 하더라도 상법이 사법상의 법률관계를 규율한다는 점에서도 당연히 도출된다. 그러므로 근로관계의 원칙적 승계가 인정되는 영업의 양도는 양도인과 양수인이 법률행위에서 구체적으로 의도한 바가 영업의 양도라는 점을 중시하여 특별한 법률 효과를 의제하는 것이므로 설사 특정사업 부분의 이전이 있었다 하더라도 그것이 양당사자간의 법률행위에 의한 경우가 아니라면 영업양도의 범주에 포함될 수 없다.

b) 영업의 개념 확정과 관련해서는 '영업의 일부'에 대한 개념 확정이 또한 문제된다. '영업의 일부'에 대한 양도란 표현 그대로 영업의 전부가 아닌 일부만을 양도함을 지칭하는 것이다. 영업의

일부 양도가 문제되는 것은 영업전체에 대한 양도가 아니라 하더라도 영업양도와 달리 볼 바가 아닌 경우를 규율하기 위한 것이다. 왜냐하면 영업의 개념에 따른 일부분의 양도가 있었다 하더라도 그것이 영업의 경우와 마찬가지로 조직의 기능적 동일성을 유지하는 경우라면, 이를 영업양도와 달리 볼 바가 아니기 때문이다.⁹⁾ 그렇지 아니하면 영업의 일부 양도를 통해 영업양도로 인정되는 노동법적 법리가 참탈되는 경우가 충분히 발생할 수 있기 때문이다. 이런 점에서 영업의 일부 양도란 영업양도와 질적인 측면에서의 차이를 나타내는 것이 아니라 양적인 면에서의 차이를 전제하는 것으로 볼 수 있을 것이다.¹⁰⁾

영업의 양적인 측면에서의 영업의 일부란, 전체 사업과의 기능적 관련성을 가지는 개별적 부분으로서 구별 가능한 노동기술적 부분 목적을 추구하는 조직적 단일체라는 구성요건을 충족시키는 부분을 의미한다.¹¹⁾ 그러므로 영업의 일부로 표현되기 위해서는 전체 영업과의 관계에서는 기능관련성을 지닌 부분으로서, 양도 후의 관점에서는 '영업의 일부'가 각 요소간의 내적인 결합 관계를 유지하는 독립된 조직적 통일체를 갖추어야 한다.

3) 현행법상 '사업의 양도'라는 독자적인 개념의 사용실익

영업양도라는 개념 대신에 사업양도의 개념을 사용하는 경우의 실익은 근로기준법의 적용범위 측면에서 나타난다. 즉, 근로기준법은 평균 5인 이상의 상시 근로자를 고용하는 사업 또는 사업장 단위에 적용되는데, 이때의 사업에는 영리를 목적으로 하는 사업뿐만 아니라 비영리를 목적으로 하는 사업으로서의 국가, 지방자치단체도 포함된다. 그러므로 근로기준법상 사업양도의 효과로서 근로관계의 원칙적 이전이라는 법률효과는 영리를 목적으로 하지 아니하는 공공부문의 사업을 민영화하는 경우에도 적용될 수 있게 된다.¹²⁾

2. 사업양도시 해고법리

a) 사업양도시 근로관계가 승계되는지의 여부에 관해서는 현행법에 규정된 바가 없으므로 해석론으로 보충되어야 함은 이미 언급한 바와 같다. 이에 대하여 기존의 학설과 판례는 각자 상이한 해석론적 방법을 제시하고 있다. 즉 사업양도시 근로관계는 당연승계가 되어야 한다는 학설이 있으나, 명문의 규정을 결하고 있는 현재의 입법구조하에서는 이와 같은 당연승계를 인정할 근거가 취약할 수밖에 없다.¹³⁾ 이런 점을 중시하여 판례는 영업양도의 논리의 연장선상에서 당사자간의 배제 특약이 없는 한 원칙적으로 승계되는 것으로 보아 근로관계의 승계 문제를 해결하고 있다. 즉, 상법상의 제도와 노동법적 제도의 통일적인 해석을 위해 사업양도의 개념적 기초는 상법상의 영업양도에 두되, 다만 영업의 개념을 근로관계를 포함한 조직적 일체로 보아 양도 대상에 포함되는 것으로 봄으로써 근로관계의 승계 문제를 해결하고자 하는 것이다.¹⁴⁾ 다만 영업 양도가 양도·양수인 사이의 법률행위로 이루어지며, 영업양도의 효과로서 권리·의무 관계는 개별적으로 이전되는 까닭에 본질적인 영업양도를 벗어나지 않는 범위내에서는 당사자간의 합의에 따라 일정 부분의 영업 내용에 대한 배제가 가능하므로, 영업양도·양수인 사이에 특약이 있는 한 일부 근로자에 대한 양도 배제도 가능한 것으로 보고 있다.

b) 사업의 양도인과 양수인이 특약으로 일부 근로자에 대한 근로관계의 승계를 배제하기로 한 경우 그러한 특약은 해고의 정당한 사유가 없는 한 무효로 될 것이다. 이는 승계를 배제함으로써 말미암아 당해 근로자가 양도인과 근로관계를 계속적으로 유지할 수 없는 경우가 이에 해당하게 될 것이며, 이 때 해고의 정당한 사유를 판단함에 있어서는 원칙적으로 양수인을 기준으로 현행 근기법 제30조와 제31조를 판단기준으로 삼아야 한다. 왜냐하면 근로관계의 일부 배제 특약의 이해관계는 주로 양수인 쪽에 기인하기 때문이다. 양도인이 사업양도에도 불구하고 일부 근로자의 근로관계의 승계를 배제하는 현실적 이해관계는 별로 없으며, 또한 법적인 보호를 별도로 강구해야 하는 특별한 실익도 없다. 예를 들어 배제하고자 하는 근로자가 사업의 기능적 동일성 유지에 필요불가결한 요소라면, 양수인은 계약의 목적이 사업의 양도에 있음을 이유로 당해 근로자의 근로관계의 승계를 주장할 수 있기 때문이다. 결국 승계에서 배제하고자 하는 의도는 주로 양수인의 이해관계에서 비롯되는 것이므로 양수인을 기준으로 판단을 내리는 것이

더욱 적절하다.

따라서 관례에 의하면 사업양도시에 근로관계의 배제 특약이 결과적으로 근로관계의 부당한 해고를 야기하는 경우에는 승계배제 특약은 효력이 없는 것으로 되고 근로관계는 그대로 양수인에게로 이전되는 것으로 보아야 한다. 예컨대 양도인이 영업양도의 결과 사업을 폐지하게 되는 경우가 이에 해당할 것이다. 마찬가지로 수개의 사업을 영위하고 있는 양도인이 그 중 하나의 사업을 영업양도하면서 일부 근로자의 근로관계의 승계를 배제하고 당해 근로자를 다른 사업으로의 배치전환 등을 통해 고용관계를 계속 유지하지 않고 정리해고 대상으로 삼는 경우도 마찬가지로 해고 법리를 형해화시키는 결과를 초래하게 될 것이다. 이러한 각각의 경우에는 양법제(상법, 노동법)간의 조화를 피하기 위하여 영업양도 당사자의 특약을 부당한 법률행위(권리남용 내지 강행법규 위반에 해당하는 법률행위)로 보아 적절한 법률 효과의 귀속을 마련하는 것을 필요로 하게 된다. 따라서 양도인과 양수인의 합의하에 특정 근로자의 인수를 배제하는 것이 해고의 일종으로 볼 수 있는 경우에는 해고의 법리가 적용되어야 하며, 따라서 해고 제도에서 요구되는 정당한 사유를 갖추지 않는 한 양도인·양수인 사이의 특약은 해고 법리의 강행성을 침해하는 행위로서 무효로 될 것이다. 이 경우 부당한 법률행위의 무효로 배제특약 자체는 없었던 것으로 되더라도 이때에는 민법상 일부 무효의 법리를 적용해 특약이 없었더라도 당사자간의 나머지 부분에 대한 법률행위를 하였을 것이라고 인정되므로- 왜냐하면 영업양도 자체가 주된 계약의 대상이며 특정 근로자의 승계배제는 계약의 주된 부분을 차지하지 아니하는 것으로 봄이 타당하기 때문- 민법 제137조 2문의 규정에 따라 나머지 부분은 유효한 것으로 봄이 상당하다. 따라서 사업의 양도와 함께 인적자원에 대한 승계를 포함하는 이른바 특약이 없는 영업양도가 이루어진 것으로 해석될 수 있을 것이다. 그러나 근로자가 자신의 근로관계 승계에 대하여 이의를 제기하는 경우에는 여전히 양도인과 계속적인 근로관계가 유지되는 것으로 보는 것이 타당하다. 이와 같은 법적 판단은 전체 법규범 체계의 통일적 운용이라는 측면에서 인정된다. 어느 한 실정법률에서 적법함이 다른 실정법률에서 불법으로 판단되거나, 어느 한 실정법률의 준수로 다른 법률에서 추구하는 기본원칙이 침해(내지 형해화)된다면 그것이 일반법·특별법과 같은 원칙과 예외의 관계를 설정하지 않는 이상 보편적인 타당성을 가질 수 없다. 따라서 전체 법률 체계내에서는 특정 법률 규정이 다른 법률의 원칙을 침해하는 것은 허용되지 않는 것으로 보아야 하며 이 한도에서 적용의 한계가 그어지게 되는 것이다.

c) 다른 측면에서는 승계에서 배제된 근로자가 양도인과 계속적인 근로관계를 유지할 수 있음에도 불구하고 근로자가 양수인에게로 근로관계의 이전을 주장하는 경우에 사업양도의 원칙적 승계에 따라 이를 인정해야 할 것인가의 문제도 또한 검토되어야 한다. 이 문제에 대해서 사업양도에 따른 근로관계의 원칙적 승계를 인정하려는 취지를 근로자의 취업 가능성의 보호에 둔다면, 승계에서 배제된 근로자가 양도인과 계속적으로 근로관계를 유지할 수 있는 경우에는 취업 가능성이 배제되지 않는 것으로 평가된다. 따라서 이 경우 근로관계의 이전을 부인하여도 해고의 법리를 참탈하는 결과가 발생하지 않으므로 사업양도 당사자의 의사에 따라 법률 효과를 인정하여도 무방할 것이다. 만약 양도인 사업양도 이후에 나머지 사업 부분에서 독자적인 사업을 운영하는 것이 객관적으로 보아 기대 불가능한 것으로 인정될 수 있는 경우라면, 승계배제는 정당한 이유가 없는 해고의 경우로 판단될 수 있을 것이다. 이 경우 근로자는 사업양도 이후 상당한 기간 이내에 양도인과의 계속적인 취업 가능성이 기대될 수 없다는 것을 입증함으로써 양수인에게로의 근로관계의 이전을 주장할 수 있는 것으로 볼 수 있다. 그러므로 영업양도시 승계배제의 특약이 전체적으로 보아 근로자에 대해 계속취업 가능성을 양도인 및 양수인만의 단독적·자의적인 의사로 배제하는 것을 방지하고자 하는 점에 있기 때문에, 근로자보호를 위한 취업 유지의 가능성이 주어지는 한 노동법적인 보호가 또 다시 고려될 필요는 없을 것이다.

이상의 설명을 종합하여 정리해 본다면 영업양도시 해고 문제는 다음과 같은 경우의 수로 나누어 판단하면 될 것이다.

첫째, 양도계약 당사자 사이에 특정 인적 범위를 양도대상에서 제외한다는 특약이 없고 당해 근로자의 이의제기(민법 제657조 제1항)또한 없는 한, 근로관계의 승계를 당사자가 영업양도의 범위내에 포함한 것으로 해석하여도 무방할 것이다. 즉, 영업에 물화된 인적자원까지를 양도의

대상으로 삼는다는 의사로 해석할 수 있을 것이다.

둘째, 근로관계가 승계되지 아니한 경우라 하여도 그것이 해고 문제를 발생시키지 않는 경우(예컨대 근로자가 명백히 근로관계의 이전을 반대하거나, 또는 양도인이 양도대상에서 배제된 인력을 자신이 계속 고용하여 정상적인 근로관계를 유지할 수 있는 경우)에는 배제의 특약을 인정하더라도 무방할 것이다.

셋째, 근로관계의 승계배제가 해고 문제를 야기하는 경우 즉, 특정 근로자의 근로관계가 양도대상에서 배제되면서 양도인과의 정상적인 근로관계의 유지를 기대할 수 없는 경우에는 노동법적인 법리(해고제한의 법리)를 침해하는 결과를 초래하여 이때 승계배제 특약은 효력이 없다고 보아야 한다.

3. 사업양도와 경영상 해고

사업의 양도인과 양수인이 특약으로 일부 근로자에 대한 근로관계의 승계를 배제하기로 한 경우 그러한 특약은 해고의 정당한 사유가 없는 한 무효로 된다고 한다면, 해고의 정당한 사유의 판단에는 현행 근로법 제30조뿐만 아니라 제31조도 판단기준으로 고려되게 될 것이다. 이때에도 긴박한 경영상의 사유에 대해서는 위에서 언급한 바와 같이¹⁵⁾ 양수인을 판단의 기초로 삼게 될 것이다. 그러나 사업을 양수하는 입장에서 긴박한 경영상의 필요로 원용할 수 있는 여지란 거의 없다. 왜냐하면 양수인이 사업을 양수한다는 것은 그만큼 경영상태가 양호함을 전제하기 때문이다. 이런 점에서 사업양도와 경영상 해고의 상관관계는 특히 제31조 제1항 2문의 해석과 관련하여 문제가 될 수 있다. 이에 관해서는 위에서 자세히 살펴본 바와 같이 기업변동에 따른 경영상 해고의 특별규정으로 이해하여, 양수인이 양도인의 경영악화 방지를 위한 양도 행위를 양수 후에 긴박한 경영상의 필요사유로 원용할 수 있도록 한 규정으로 해석함이 타당하다. 사업의 양도가 경영상 해고와는 독립된 제도로 존재하는 까닭에 양도인은 사업의 양도를 이유로 경영상 해고를 할 수 없으나, 사업양도와 무관하게 경영상 해고의 요건을 갖추는 한에서는 경영상 해고를 실시할 수 있을 것이다. 이론적으로는 이와 같은 구별이 충분히 가능하나 현실적으로 양자를 준별해 내는 것은 용이하지 아니할 것이다. 예컨대 양도인이 사업양도의 계획하에 사업양도를 용이하게 추진하면서도 양도가치를 높이기 위해 양수인이 희망하는 불필요한 근로자를 경영상 필요라는 명분으로 미리 해고하는 경우가 이에 해당하게 될 것이다. 이러한 경우에는 하나의 원인 사실이 두 가지 즉, 사업양도와 경영상 해고의 실질적 요건을 함께 충족시키므로, 양자의 동시 성립이 인정될 수 있을 것이다. 이러한 해석으로는 일정수의 근로자에 대한 해고조치를 방지하게 된다는 취약점은 지니게 되나, 해고근로자의 선발과 관련해서는 동 조 제2항 및 제3항의 절차요건에 따라 사용자(양도인)의 (양수인의 요구에 따른) 자의적 선발의 피해를 줄일 수 있게 될 것이다. 왜냐하면 양도인이 사업양도의 의도하에서 사전에 경영상 해고를 실시하고자 하는 경우에도 사업양도와는 무관하게 경영상 해고 절차를 지키는 경우에만 그 정당성이 인정되기 때문이다. 이를 달리 표현하자면 경영악화를 방지하기 위하여 사업을 양도할 때에 이미 그 사업 자체에 대한 경영상 해고의 실질적 요건을 충족하고 있는 경우에는 그러한 한도에서 여타의 사업양도와는 구별될 수 있다는 것이다. 즉, 사업양도에 있어서도 경영상 해고의 실질적 요건을 충족함이 없이는 기존의 판례의 취지에 따르는 한 양도인이 경영상 해고를 할 수 있는 여지는 사실상 없다. 결국 문제의 핵심은 양도인이 양도 대상으로 된 사업에 대해 경영상 해고를 실시하는 경우 그것이 양도계약에 즈음하여 또는 양도계약의 선결조건으로 이루어졌다 하더라도 결정적인 것은 양도인의 입장에서 제31조의 요건에 따른 경영상 해고가 이루어졌느냐에 있게 되는 것이다. 그러나 사업양도의 목적하에서 경영상 이유로 근로자를 해고한 경우에 근로자측으로서는 그것이 긴박한 경영상의 사유에 해당하지 아니한다는 것과 절차적 요건을 충족하지 않았다는 사실을 입증하는 한, 양도인의 해고는 정당한 이유가 없는 것으로 판단될 것이다. 사업내 업무의 일부분을 양도하고자 하는 경우 그것이 사업의 일부로서 독립적인 사업의 개념을 충족할 수 있는 한 위와 동일하게 판단하면 될 것이며, 그렇지 아니한 경우에는 사업양도의 법리가 적용되지 아니하고 사업내의 단순한 업무의 조정에 불과한 것으로 판단하면 될 것이다.

주석 1) 일반적으로 M&A라 할 때에는 기업경영의 지배권을 획득하는 직접적·간접적인 모든

유형을 포함하여 이해하므로 사업양도도 M&A의 일유형으로 파악된다. 그러나 본고에서는 사업양도가 가지는 독자적인 제도 성격을 부각하기 위하여, 그리고 M&A를 기업의 인수·합병이라는 근기법 제31조 제1항 2문의 문구에 상응하게 해석하기 위하여 양자를 구분하여 기술하고자 한다.

주석 2) 대판 1991.8.9 91다15225; 대판 1991.11.12. 91다12806; 대판 1994.6.28. 93 다33173; 대판 1994.11.18. 93다18938; 대판 1995.9.29. 94다54245; 대판 1996.5.31. 95다33238; 대판 1996.5.31. 96다11105.

주석 3) 정희철·정찬형, 『상법원론』 (상), 1997, 158면; 채이식, 『상법강의』 (상), 1996. 116쪽; 이기수, 『상법학』, 1996. 246쪽.

주석 4) 정희철·정찬형, 앞의 책, 158쪽; 정동윤, 『상법총칙·상법위법』, 1996. 231쪽; 최기원, 『상법학신론』 (상), 1996. 144쪽; 이기수, 앞의 책, 248쪽.

주석 5) 이기수, 『회사법학』, 1996. 10쪽 이하 참조.

주석 6) 하경효, 『영업양도와 고용승계, 기업의 인수합병과 고용조정』, 한국경총, 1997. 74쪽 이하; 이승욱, "사업양도와 근로자의 지위"(서울대 박사학위 논문), 1997.22쪽 이하 참조

주석 7) 이승욱, 『사업양도와 근로자의 지위』, 78쪽 이하(특히 92쪽 이하) 참조.

주석 8) 왜냐하면 영업양도는 사업주의 변동을 초래하는 것으로 이는 사업의 '소유관계 변동'을 전제로 하는 것이기 때문이다.

주석 9) 대판 1991.5.28. 90다16801; 대판 1991.11.12. 91다12806, 대판 1992. 7. 14.. 91다40276; 대판 1994. 11. 18. 93다18938.

주석 10) 이승욱, 『사업양도와 근로자의 지위』, 37쪽 이하.

주석 11) 대판 1994. 11. 18. 93다18938; 대판 1995. 7. 14. 94다20198; 대판 1997. 4. 25. 96누19314.

주석 12) 이로써 노동관계법상 '사업(모든 사업장)'의 개념을 통일적으로 이해하여야 함을 의미하는 것은 아니다. 개별조항에 규정되어 있는 사업(또는 사업장)의 의미는 각 조항의 취지에 따라 구체적 의미가 결정되어야 한다. 예컨대 근기법 제34조 제2항의 '사업'의 의미를 경영상의 일체를 이루는 기업체 그 자체의 의미로 해석하고 있는 경우가 그 예이다(대판 1993. 2. 9. 91다21381; 대판 1993. 10. 12. 93다 18365.

주석 13) 국내 학설의 개관에 대해서는 하경효, 『영업양도와 고용승계, 기업의 인수합병과 고용조정』, 한국경총, 1997. 55쪽 이하; 현천욱, 「M&A와 노동문제」, 『언론과 정의』, 대한변호사회, 1997. 8. 33쪽 이하 참조.

주석 14) 同旨, 하경효, 『영업양도와 고용승계, 기업의 인수합병과 고용조정』, 한국경총, 1997. 66~67쪽.

주석 15) 앞의 제3장 II. 2. 3).

II. M&A와 해고의 법리

1. M&A의 의미

M&A(Mergers and Acquisitions)는 대상기업(Target Company)의 자산에 대한 지배권을 매수하는 거래를 포괄적으로 지칭하는 것이다.¹⁾ 현행법에서는 M&A를 별도의 법률개념으로 인정하고 있지는 않다. 그러므로 M&A에 대한 법적 판단은 실제 진행되는 구체적인 모습에 따라 제3자의 인수, 회사의 합병, 사업양도 등으로 판단될 수 있으며, 이에 대해서는 각각의 법률 효과가 귀속되게 될 것이다.

2. M&A의 유형으로서 '기업의 인수'와 해고의 법리

M&A의 유형 중에서 기업을 '인수'하는 유형으로는 두 가지의 경우를 나누어 생각해 볼 수 있다. 그 중 하나는 개인이 경영하는 기업을 제3자가 인수하는 경우이며, 다른 경우는 회사를 제3자가 인수하는 경우이다.

제3자가 개인 기업을 인수하는 경우 당해 기업에 종사하는 근로자와는 근로관계 당사자의 변경이라는 효과가 발생하게 된다. 이 한도에서 기존 기업에 종사하고 있던 근로자의 이해관계와 충돌되게 되는 것이다. 그러므로 개인 기업의 인수의 경우는 그 법적 형태를 사업의 양도로 이해할 수 있다. 따라서 근로관계 승계 문제는 사업양도에서와 동일하게 판단하면 될 것이다. 이에 반해 회사를 제3자가 인수하는 경우란, 예컨대 제3자가 주식을 대량으로 인수하여 대주주의 지위에 올라 회사의 경영권을 장악하는 경우로서 합병·합자·유한 회사의 경우 사원의 지분권(합자회사의 경우 무한책임사원의 지분권)을 다른 사원의 동의하에서 취득하면서 회사 대표로 선임되는 경우 등이 이에 해당하게 될 것이다. 이와 같은 형태로 회사를 제3자가 인수하는 경우에는 근로계약의 체결 당사자로서의 지위에 대한 변동은 발생하지 아니한다. 당해 회사에 종사하는 근로자의 근로관계에 변동이 초래되지 아니하는 이상 근로자의 이해관계와의 충돌은 발생하지 아니한다. 따라서 회사가 제3자에게 인수된 경우에는 인수행위와 관계없이 근기법 제30조 및 제31조의 요건을 갖춘 상태에서 해고의 법리가 적용된다. 다만 경영악화를 방지하기 위하여 기업의 인수가 행해진 경우에는 앞의 제3장 II. 2. 3)에서 살펴본 바와 같이 판단하면 될 것이다. 따라서 기업을 넘겨주는 자가 아닌, 기업을 인수하는 자가 2문의 규정을 원용하여 인수 후 긴박한 경영상의 필요요건의 충족을 원용할 수 있다고 본다. 이 경우에도 인수인은 제31조 제2항 및 제3항의 절차를 준수하여야 함은 당연하다.

3. M&A의 유형으로서 '회사의 합병'과 해고의 법리

1) 기업의 합병과 해고의 법리

M&A로서 합병의 경우란 현행 상법 규정에 의한 합병을 의미하는 것으로 이해할 수 있다. 왜냐하면 합병에 대해서는 상법 이외의 다른 법률에는 규정이 없기 때문이다. 상법에서의 합병은 회사에 대해서만 인정되며, 개인 기업에 대한 합병은 없기 때문에²⁾ 회사의 합병으로 실제 논의의 범위가 정해진다.

상법상 합병 제도란 회사가 청산 절차를 거치지 아니하고도 내·외적 경제상황의 변화에 신속하게 대응할 수 있는 특별한 조직 절차를 구비하는 데에 기본적인 의의를 두고 있다.³⁾ 즉, 합병 과정에서 소멸하는 회사가 밟아야 하는 청산 절차를 생략하고 소멸하는 회사의 권리·의무가 존속하는 회사에게로 포괄적으로 승계되는 특별한 법적 효과가 부여하는 것이다. 이때 합병의 효과로서 규정하고 있는 권리·의무의 포괄적 승계라 함은, 법률규정에 의한 특별한 효과로서 이 한도에서 피합병회사의 근로자의 근로관계는 존속하는 회사로 그대로 승계되어 존속하게 됨을 의미한다.

합병 제도의 본질 또는 노동법상 해고 제도의 그것과는 다른 것이어서 근로관계의 종료는 합병과 상관관계없이 근기법 제30조, 제31조의 요건에 따라 판단하면 될 것이다. 즉, 합병을 이유로 함이 없이 피합병회사는 해고의 정당한 이유(제30조, 제31조)를 갖춘 때에는 근로자를 해고할 수 있을

뿐이다. 이와 마찬가지로 합병회사도 해고의 요건을 충족시키는데 해고할 수 있는 것이다.

2) 회사의 합병과 경영상 해고

회사를 합병하고자 하는 경우 합병과 관계없이 피합병회사 내지 합병회사는 각각 독립적으로 경영상 해고의 요건을 충족시키는 한, 근로자를 해고할 수 있다. 이 경우에도 제31조 제1항 2문의 특별규정에 대한 해석, 즉, 경영악화를 방지하기 위하여 회사에 대한 합병을 강구하는 경우의 의미가 문제될 수 있으나, 이미 제3장 II. 2. 3)에서 언급한 바와 같이 존속 회사가 피합병회사의 경영악화 방지를 위한 합병을 긴박한 경영상의 필요로 원용할 수 있는 것으로 봄이 타당하다. 현실적으로 회사의 합병(특히 흡수합병)의 경우, 주도권을 가지는 회사는 존속하는 회사(합병회사)가 될 것이다. 합병회사는 합병을 통해 경제적인 측면에서의 시너지 효과를 추구하는 데에 주된 목적이 있으나, 부실기업을 흡수합병하고자 하는 대부분의 합병회사는 자신의 정체성을 유지하는 한도에서 시행하고자 할 것이다. 그러므로 합병(등기 완료) 후에 합병회사가 전체 근로자(피합병회사의 근로자와 합병회사의 근로자)를 대상으로 경영상 해고를 비로소 실시할 수 있다는 것은 현행법 체계와 근로자의 직장보호라는 취지에는 부응하는 해석이 될 수 있지만, 현실적으로 합병의 원활한 진행을 가로막는 장애요인으로 작용하게 될 가능성이 있다. 특히 구조조정의 진행과정에서 각 회사의 자발적인 합병이 아닌 타율적인 합병이 이루어질 경우, 경제적 측면 이외에도 합병회사의 이해관계의 고려라는 실제적인 요인에 대한 세심한 배려가 정책으로 필요하다 할 것이다.

그러나 합병의 경우는 부실회사 대 양호한 회사 또는 양호한 회사 대 양호한 회사 간의 합병뿐만 아니라 부실회사 대 부실회사 간의 합병도 추진될 수 있다(이때 부실의 의미는 '일반적인 의미'로서가 아닌 '긴박한 경영상의 필요요건으로서의 법적인 의미'로 사용). 이 경우에 피합병회사와 합병회사 모두가 합병 이전에 제31조의 요건에 따른 경영상 해고를 실시할 수 있음에는 의문의 여지가 없다. 그러나 문제가 되는 것은 합병 이후에도 여전히 잉여노동력이 존재하는 때에 제31조 제1항 2문을 원용해 재차 경영상 해고를 실시할 수 있는가가 문제로 제기될 수 있다. 이에 대하여는 긍정하는 것이 제31조 제1항 2문의 규정취지에 부합하는 것으로 판단된다.

또 다른 경우로서 합병의 실시 이전에 합병의 적정요건을 맞추기 위하여 피합병회사의 일정한 사업부문을 폐쇄하고자 하는 경우 근로관계의 종료를 인정할 것인가의 문제가 제기될 수 있다. 이 경우에는 먼저 폐지되는 사업의 부문의 독립적인 사업에 해당하느냐의 여부가 판단되어야 할 것이다. 왜냐하면 만약 대상이 독립된 사업이라면 사업의 폐쇄에 해당하게 될 것이지만, 완전한 독립성을 지니고 있지 못한 경우에는 사업의 폐쇄가 아닌 사업의 축소로 보아야 하기 때문이다. 독립한 사업에 해당하는 경우라면, 사업의 폐쇄결정 권한은 사용자에게 속하므로 폐쇄에 따라 당해 사업에 종사하던 근로자의 근로관계는 종료하게 될 것이다. 이에 반해 사업의 축소에 해당하는 경우에는 사용자는 당해 사업에 종사하던 근로자의 근로관계를 종료시킬 수 없으며, 단지 축소된 사업의 형태에서 경영상 해고의 요건과 절차에 따라 근로자의 해고를 실시할 수 있을 따름이다.

주석 1) 정동윤·송종준·이문성, 『적대적 M&A와 법적 대응』, 전국경제인연합회, 1996. 62쪽 이하 참조; 현천욱, 「M&A와 노동문제」, 『언론과 정의』, 대한변호사협회, 1997. 8. 32쪽.

주석 2) 자세한 내용은 참고, 「노동조합의 합병과 분할」, 『노동법률』, 중앙경제사, 1997. 10. 83쪽 이하 참조.

주석 3) 정희철·정찬형, 『상법원론』(상), 1997. 436쪽; 정동윤, 『회사법』, 1996. 761쪽.

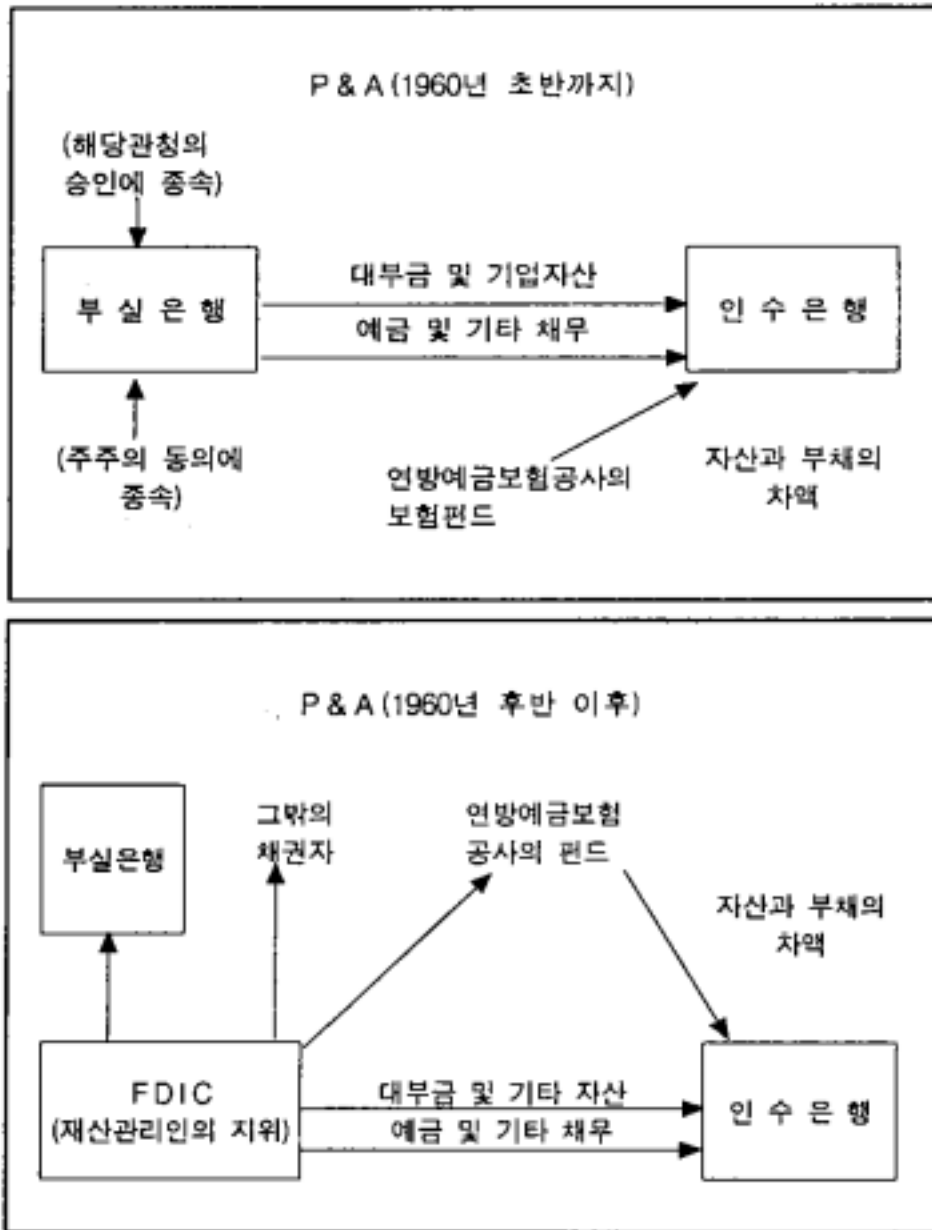
Ⅲ. P&A와 해고의 법리

1. P&A의 의미

P&A(Purchases and Assumptions)란 미국에서 통용하던 금융기관 퇴출방식의 한 형태로 공개입찰을 통해 선정된 인수은행이 도산은행의 모든 예금채무 및 이부 비예금채무를 인수하고 자산의 전부 또는 일부를 취득하는 방식을 뜻한다. 즉, 공개입찰 참가은행은 인수를 희망하는 자산·부채의 영업권에 상당하는 프리미엄을 FDIC(연방예금보험공사)에 제시하고, FDIC는 가장 높은 프리미엄을 제시하는 은행을 인수은행으로 선정하게 된다. 그리고 FDIC는 인수은행이 인수한 부채로부터 취득자산 및 프리미엄을 차감한 금액을 당해 인수은행에 현금으로 보전해 주고, 인수되지 않은 자산도 FDIC, 비부보예금자 및 기타 채권자에 대한 청산 배당금으로 분배하는 방식이다.¹⁾

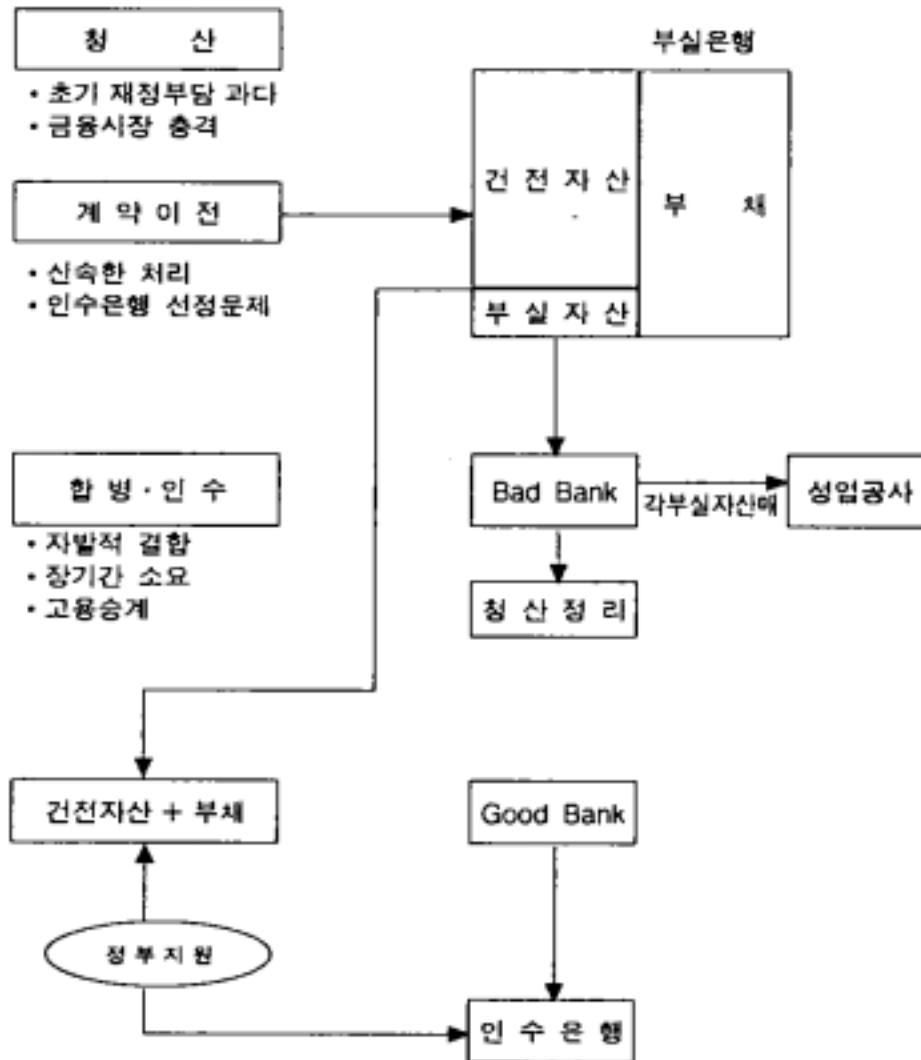
그러나 우리 실정법은 P&A방식이란 독립된 법률로서 규정하고 있지는 않다. 그리고 P&A의 방식에 있어서도 정형화된 유형이 존재하는 것이 아니라 여러 다양한 모습으로 전개될 수 있다. 따라서 자산 및 부채의 인수방식을 통한 금융기관 퇴출방식이 행해지는 경우라 하더라도 그 구체적인 사실관계에 따라 현행법규정에 따른 법적 평가가 달리 이루어져야 한다.

[그림 3] 미국의 P&A절차²⁾



[그림 4] 우리나라 금융산업 구조조정 시행방안(1998. 6. 29.)

< 부실은행 정리방안 >



자료: 금융감독위원회 구조개혁기회단.

2. 금융기관 퇴출과 관련한 현행법의 규정

금융기관 퇴출과 관련해서는 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」과 「증권투자신탁업법」에 관련된 각각의 규정이 있다. 즉, 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제 11조에서는 부실금융기관에 대한 금융감독원장의 '영업의 전부 또는 일부 양도'와 '제3자에 의한 당해 금융기관의 인수'를 포함한 영업개선명령을 발할 수 있으며, 이러한 명령을 위반하는 금융기관에 대하여 또는 명령의 이행 또는 부실금융기관의 합병 등이 이루어지기 어렵다고 판단되거나 예금자 보호 등에 의하여 긴급한 조치가 필요하다고 인정되는 경우에는 금융감독위원회는 동 법 제14조 제2항의 규정에 따라 "계약 이전의 결정, 6월의 범위 내에서의 일정기간 영업정지 등 필요한 처분을 할 수 있으며, 재경부 장관에게 영업의 인가·허가 등의 취소를 요청할 수 있다"고 규정하고 있으며, 요청을 받은 재경부 장관은 동 조 제3항에 따라 당해 부실금융기관의 영업의

인가·허가 등을 취소할 수 있다. 그리고 은행업 인가가 취소된 금융기관은 해산하게 된다(은행법 제56조 제2항), 「증권투자신탁업법」 제 45조 내지 제46조에 따라 위탁회사의 경영이 부실하다고 판정되거나 위탁 또는 수탁회사가 인·허가 취소처분을 받은 경우에 감독기관은 당해 위탁회사의 신탁계약에 관한 업무 또는 인·허가 취소처분을 받은 위탁 또는 수탁회사의 신탁계약을 거래상대방인 신탁·수탁회사 및 인계받을 수탁·신탁회사의 동의를 얻어 신탁계약을 인계시키는 명령(인계명령)을 발할 수 있다.

3. 현행법상 금융기관에 대한 행정처분과 노동법과의 관계

「금융산업의 구조개선에 관한 법률」과 「증권투자신탁업법」에 의한 계약이전명령 또는 신탁계약의 인계명령은 행정처분으로서 그 구체적인 내용이나 법적 효과(예컨대 근로관계의 승계 여부)에 대해서는 별도의 규정이 없으며, 따라서 근로관계에 대한 판단은 각각의 구체적인 사실관계에 따라 이루어져야 할 것이다. 즉, 행정명령에 따라 관계당사자가 구체적으로 어떠한 사법상의 법률관계를 형성하느냐에 따라 근로관계의 승계 여부에 대한 법적 판단도 달라지게 된다. 만약 계약이전 결정 또는 신탁계약 인계명령에 따라 당사자가 단순한 예금(또는 신탁)계약의 채권·채무 관계 이전만을 법률행위의 목적으로 삼는 경우라면, 이는 민법상 채권양도 및 채무인수로 볼 수 있을 것이나(이때 채무인수에 필요한 예금주의 동의는 사실상 추정하는 것으로 처리), 신탁계약의 인계명령에 따라 관계당사자가 고객의 신탁업무뿐만 아니라 회사 자산까지 인수·인계하여 사업 자체를 양수하는 구체적인 법률행위를 하게 되는 경우에는 영업양도로 파악할 수도 있을 것이다.³⁾

4. 6·29 금융기관 퇴출조치에 따른 고용승계 문제에 대한 검토

1) 현황과 노동법적 쟁점

1998년 6월 29일에는 우리 나라 초유로 부실금융기관에 대한 퇴출조치(이하 6·29조치)가 내려졌다. 즉 동화, 동남, 대동, 충청, 경기은행은 금융감독위원회로부터 각각 신한, 주택, 국민, 하나, 한미은행으로의 계약이전명령을 받음과 동시에 원칙적으로 모든 은행업무의 정지처분을 받았다. 이로써 우리 나라에 비록 금융기관에 한정되어 사용되었지만 P&A이라는 또 다른 형태의 회사정리 절차가 선보였다. 이에 따라 계약 이전명령을 통해 업무의 인수를 받은 은행(인수은행)은 영업정지처분을 받은 은행의 업무를 처리하게 되는데, 이 과정에서 이러한 계약이전의 명령에 따른 인수은행의 업무 관장이 노동법적으로 어떠한 법률효과를 초래할 것인가를 둘러싸고 심한 갈등을 노정시켰다. 피인수은행 근로자들은 인수은행에 대한 자신들의 고용승계를 주장함에 반하여, 인수은행측으로는 스스로도 경영상태를 개선시켜야 하는 위기상황에 있기 때문에 피인수은행의 근로자에 대한 고용승계는 사실상 불가능하다는 의사를 내보였다. 이를 둘러싸고 학자간에도 노동법적으로 서로 상이한 판단이 내려지는 등 갈등이 계속되고 있다.⁴⁾ 이하에서는 6·29 조치에 따른 근로관계 승계 여부에 관한 문제를 검토하고자 한다.

2) 계약이전 결정과 근로관계 승계에 관한 노동법적 판단

a) 금감위는 6·29 조치를 통해 피인수은행에 대해 계약이전명령을 내림과 동시에 이들 은행에 대해 은행법 제27조 및 재정경제부 고시 제1998-18호의 업무, 신탁업법 제9조와 제13조의 업무, 여신전문금융업법 제2조 2호 및 제13조의 업무, 외국환관리법 제3조 14호의 업무에 대한 인가취소를 재정부 장관에게 요청하였다. 이에 따라 피인수은행은 잔여업무처리를 위해 불가피한 경우 관리인의 승인을 얻어 여신회수·재산처리 등 일부 업무만을 수행할 수 있다. 그러나 이들 은행에 대해 재정경제부 장관의 인가취소결정(은행법 제55조, 제56조)이 나기 전까지는 기존의 법인의 형태로 계속 존속하게 된다. 재정경제부 장관의 은행에 대한 인가취소결정은 곧 당해 은행의 해산사유에 해당되어, 결정과 더불어 청산절차에 들어가게 된다. 그러므로 단순히 계약이전 처분을 받았거나 영업정지처분을 받았다는 사실은 행정처분의 의미에 불과하여

피인수은행의 사법상 지위에 어떠한 변동이 초래되는 것은 아니라고 보아야 한다. 그러므로 계약이전의 결정의 법적 의미는 영업정지처분을 받은 은행의 업무를 마비상태에 방치할 수 없어 다른 은행으로 하여금 그 업무를 대신 수행케 하는 행정조치 이상의 의미를 갖는 것으로 볼 수 없다. 이런 점에서 소위 '인수'은행은 그 스스로가 '피인수'은행의 자산 자체를 계약을 통해 인수받아 자신의 책임하에서 처리하는 것과는 구별되어야 한다. 근로관계의 승계 여부는 사업주 또는 기업주의 변경이 발생되어 적어도 근로관계 당사자에게 변동을 초래하는 경우에 비로소 제기되는 문제로서 이는 어디까지나 사법상의 법률행위를 매개로 하거나 또는 법률의 규정에 의한 그와 같은 법률 효과가 발생하는 경우에 한한다. 그러므로 이번 조치를 기회로 인수은행이 피인수은행과 구체적인 계약관계를 체결할 수도 있을 것이다. 예컨대 일부 점포의 매입계약 또는 영업의 일부분에 대한 양도계약 등을 합의할 수 있는데, 이러한 경우에는 행정명령을 통한 예금채권·채무에 대한 이전의 의미를 뛰어넘어 노동법적인 판단 문제를 낳게 되는 것이다.

b) 이런 점에서 행정처분만 내려진 상태하에서의 피인수은행의 자산·부채 인수방식에 대하여는 피인수은행과 인수은행이 다음과 같은 법적 지위를 각각 갖는 것으로 판단할 수 있을 것이다. 먼저 피인수은행의 입장에서는 자신이 해산되기 전까지 피인수은행의 근로자와의 근로관계는 계속 유지되는 것으로 보아야 한다. 그러나 사후에 인수은행과의 구체적인 법률행위로 법률관계의 변동이 발생하게 되고 그것이 경우에 따라 사업양도에 해당하거나 합병으로 이루어지는 경우에는 비로소 근로관계의 이전 문제가 발생하게 될 것이다. 나아가 피인수은행이 재정부 장관으로부터 영업인가취소명령을 받는 경우라 하더라도 기존의 근로관계에 변동을 초래하지는 않는다고 보아야 한다. 왜냐하면 인가취소로 당해 은행에는 해산사유가 발생하며, 이에 따라 해산하게 되더라도 곧바로 소멸하는 것이 아니라 청산절차를 이행한 후에야 비로소 소멸하게 되기 때문이다. 그러므로 인가취소결정을 받은 은행은 이른바 청산법인으로 계속 존재하게 되며, 청산의 목적 범위내에서는 여전히 권리·의무의 주체로서 활동을 하게 되므로 근로관계의 존속에는 하등의 변동을 초래하지 않는 것이다. 이런 의미에서 피인수은행이 자신의 근로자와의 근로관계를 종료시키기 위해서는 관련 노동관계법 규정(근기법 제30조, 제31조)에 따른 요건과 절차를 이행하여야 한다. 특정 근로자의 일신상·행태상의 정당한 사유가 있는 경우에는 행정처분과 관계없이 당해 근로자를 해고할 수 있으며, 나아가 긴박한 경영상의 필요요건을 갖춘 상태에서는 나머지 절차요건을 이행하면서 경영상 해고를 실시할 수 있다.⁵⁾ 영업정지를 받은 피인수은행은 명백한 긴박한 경영상의 필요성을 갖추고 있으므로 영업정지 나아가 청산절차과정 중에서도 경영상 해고조치를 통해 근로관계의 일부를 단계별로 정리할 수 있을 것이다.

인수은행측에서 발생하는 노동법적인 문제로는 다음과 같은 것이 판단되어야 한다. 먼저 피인수은행으로부터 인수받은 자산·부채의 인수성격은 위에서도 언급한 바와 같이 행정처분에 따른 은행업무의 대행에 불과하다. 그러므로 인수은행이 행정처분에 따라 피인수은행의 업무를 처리하는 한도에서는 그것만으로는 피인수은행의 근로자에 대한 고용관계의 변동은 초래하지 않는다. 다만 업무의 인수와 더불어 인수은행이 피인수은행과의 구체적인 법률행위를 통하여 자산이나 영업을 양도하는 계약을 체결하면 그때의 법률관계는 구체적인 사실관계에 따라 판단하여야 할 것이다. 인수은행이 자산·부채의 인수와 더불어 피인수은행이 확보한 계속적인 은행업무 전체를 사실상 관리하게 되어 실제 핵심부분인 고객 및 업무관계를 자신의 것으로 만드는 경우라 하더라도, 이는 계약이전명령의 본질에 해당하는 것이 아니라 그에 수반하여 발생하는 보수적인 효과로 보아야 할 것이다. 왜냐하면 인수은행의 행위는 어디까지나 피인수은행의 '계산'으로 행하는 것이며,⁶⁾ 실제적으로도 퇴출은행의 업무를 청산하는 의미에서 수행되기 때문이다. 이런 점에서 계약이전의 명령을 받은 인수은행은 단지 행정처분에 따른 피인수은행의 업무를 위탁받아 행하는 법적 관계로 이해함이 타당하다.

c) 금융기관의 퇴출과정에서 나타날 수 있는 대량실업의 문제는 다음과 같은 방법을 통하여 부분적이거나 순리적으로 해결할 수 있을 것으로 판단된다. 먼저 피인수은행의 자산·부채를 인수은행이 관리하는 것은 행정명령에 의한 대행·위탁관리이므로 피인수은행 근로자의 근로관계는 여전히 피인수은행과 존속하지만,

사후적으로 인수은행이 필요한 피인수은행의 일부 점포를 법률행위(계약)를 통하여 선별적으로 인수받는 것이다. 금융서비스업으로서의 은행업이라 함은 예금의 수입, 유가증권 기타 채무 증서의 발행에 의하여 불특정다수인으로부터 채무를 부담함으로써 조달한 자금을 대출하는 것을 업으로 행하는 것을 지칭하며(은행법 제2조 1호), 그 구성요소로는 인적 구성요소외에도 은행업의 운영허가, 물적 재산, 고객관계를 들 수 있을 것이다. 이와 같은 은행업의 구성요소 중에서도 '금융자산'은 가장 본질적인 것으로 평가할 수 있으며, 금융자산에서도 은행에 대한 금융자산의 공급자와 금융자산의 이용고객과의 관계가 그 핵심에 놓여지게 될 것이다. 이런 점에서 본다면 인수은행이 인수하는 우량자산 및 부채란 사실상 고객관계의 전체를 인수하는 것이며, 인수은행에서는 인수받은 자산과 부채를 업무의 일관성을 유지하면서 사실상 계속적인 은행업으로 수행하게 될 가능성이 크다. 그러므로 이와 같은 계약이전의 사실상의 효과는 사후에 인수은행이 피인수은행을 대상으로 특정 영업점을 매입하는 경우에는 이와 같은 사실상의 영업 본질이 이미 인수은행측에 이전되는 것으로 평가할 수 있다. 특히 은행업은 각 지점에서 행하는 금융서비스를 기업 단위에서 종합적으로 파악한 것에 불과한 것으로도 볼 수 있다. 이렇게 이해하는 경우 각 지점이 행하는 업무는 독립적으로 은행업의 본질을 구성하고 있는 것으로 이해될 수 있어, 각개 지점은 은행사업의 일부를 이루는 것으로 보아 이들 지점의 양도는 '사업의 일부 양도'로 볼 수 있을 것이다. 그러므로 이 한도에서 인수은행이 피인수은행의 지점을 사후에 선별적으로 인수하는 법률행위를 체결하는 경우에는 사업의 일부를 양도받는 행위로 구성할 수 있으며, 이에 따라 지점의 조직적 일체가 인수은행에게로 이전하게 되어 근로관계의 원칙적 승계가 인정되는 것으로 이론구성할 수 있을 것이다.⁷⁾⁸⁾

이와 같은 당사자간의 법률행위가 매개되면서 행정처분에 의한 지점의 고객관계 및 금융자산의 이전이 일부 점포의 매매계약에 따른 효과로 사실상 전환되는 것으로 볼 수 있어 이들에 대해서는 영업일부의 양도가 있는 것으로 판단할 수 있을 것이며, 이 한도에서 근로관계가 인수은행에게로 승계되는 것으로 판단하면 된다. 그렇지 아니하고 이를 단순히 물적 시설의 매입으로 판단하게 된다면, 인수은행이 행정처분을 기회로 피인수은행의 영업의 본질적 가치를 근로자의 취업가능성의 박탈을 통해 얻는 부당한 결과를 초래하게 될 것이다.

d) 이처럼 미국에서 특별히 금융기관 퇴출시에 사용되는 P&A라는 방식을 우리 나라에서 원용하면서 법적문제 제기하게 된 것은 크게 다음과 같은 두 가지 이유에서이다. 그 중 하나는 미국에서 사용하는 P&A 방식과 우리 나라에서 사용된 방식의 차이이다. 미국에서의 방식은 FDIC가 부실은행의 재산관리인의 지위에서 인수은행과 직접 사법상의 자산·부채인수계약(P&A계약)을 체결하는 것이다.⁹⁾ 이에 반해 우리 나라에서 행한 조치는 금감위가 부실은행의 재산관리인의 지위에서가 아니라 단지 행정처분 권한을 가진 행정기관으로서 부실은행에 대한 계약이전결정을 내리고 상대방 인수은행에 대해 계약이전결정에 동의해 줄 것을 요구하는 공법상의 처분조치만 행해진 것이다. 이런 형식에서는 사업상의 법률관계의 변동이란 발생되지 않으므로 근로관계의 승계 여부에 대한 원인 자체가 주어지지 않아, 법률상 혼란을 야기한 것이다.

두 번째로는 미국에서의 P&A 방식을 제대로 원용하였다 하더라도 그에 따른 노동법적인 평가는 다르게 나타나게 된다는 점이다. 즉, 미국의 경우 고용관계의 자유로운 해지권이 상대적으로 많이 보장되어 있어 자산부채 인수방식을 채택하더라도 실제적으로는 고용승계에 대한 법적 문제를 야기하지 않게 될 것이다. 그러나 사용자의 해고에 대한 사유를 제한하고 있는 우리나라의 법제하에서는 예컨대 금감위가 부실은행의 자산과 부채를 상대 은행에게 이전하는 계약을 체결하는 경우에는 사업양도로 보아야 할 것이다. 그렇다면 퇴출은행과 인수은행의 의사와는 관계없이 근로관계의 원칙적으로 승계되는 법적 효과가 발생하므로 고용관계의 변동에 있어서는 미국의 경우와는 달라지게 될 것이다. 이처럼 정책의 입안 과정에서 서로가 가지고 있는 법체제 내지 원리의 상이함이 항상 검토되어야 한다.¹⁰⁾

주석 1) Michael P. Malloy, Banking Law and Regulation Vol. III. 11. 23.

주석 2) Michael P. Malloy, Banking Law and Regulation Vol. III. 11. 24~11.25.

주석 3) 「증권투자신탁업법」에 의한 신탁업무 인계명령으로는 1997년 12월 19일 신세계투신의 신탁업무를 한국투신에게로 인계할 것을 명령한 예가 있다. 그러나 당시 한국투신은 인계명령에 따라 신세계투신에 예치된 고객의 신탁재산만을 인수받았으며, 기타 신세계투신의 회사자산·고용관계 등은 인수하지 않았다.

주석 4) <매일노동뉴스>, 제1530호, 1998. 6. 30. 10쪽 참조.

주석 5) 사실 인수은행의 입장에서는 이미 이전의 금감위의 조치(엄밀히 따진다면 BIS기준의 달성이라는 목표설정 자체)로 긴박한 경영상의 필요성을 갖춘 것으로 볼 수 있다. 따라서 실제적으로는 6·29조치 이전에도 피인수은행의 입장에서는 경영상 해고를 실시할 수 있었던 것으로 판단된다.

주석 6) 이는 인수은행이 피인수은행의 업무를 처리한 결과 부채가 더 초과하는 경우에 예금자보호법에 따라 정부로부터 보전을 받게 된다는 점에서도 드러난다.

주석 7) 그러나 피인수은행이 폐업한 지점을 사후에 인수은행이 매입하는 경우라면, 이는 단순한 물적 자산의 이전으로 보아야 할 것이다.

주석 8) 사업의 양도 대상으로 제조업 이외에 서비스산업도 이에 해당할 수 있는가에 대해 논란이 있을 수 있지만(왜냐하면 서비스산업에서는 물적 사업 수단이 특별한 의미가 없고, 비물적 사업수단이 핵심을 이루기 때문), 서비스업에 종사하는 근로자를 제조업 등에서 종사하는 근로자와 구별해서 법적 차별을 받아야 할 합리적인 사유가 존재하지 않는 이상, 서비스업도 사업의 양도 대상으로 되는 것으로 판단함이 타당하다. 그러므로 서비스업의 경우에는 물적 사업수단에 대한 비중이 낮아지고 그 사업의 본질을 이루는 비물적 사업수단, 예컨대 상호, 노하우 및 영업권, 공급계약 및 관련 계약의 승계, 영업장부와 고객명단의 인수, 고객관계 및 공급자와의 관계, 기업의 시장에서의 명성 등이 주요 고려대상으로 될 것이다. 서비스산업에서 사업양도를 인정하기 위한 조건은 양도 전후간의 사업의 동일성이 인정되어야 하는데, 이때 양도된 사업이 양도후 독립적으로 계속 유지되느냐의 여부는 본질적인 조건을 이루는 것은 아니다. 왜냐하면 양수인은 사업을 인수받은 후 이를 자신의 기존 사업에 편입시킬 수 있으며, 그 한도에서는 사업의 동질성은 이미 주어지는 것으로 판단할 수 있기 때문이다.

주석 9) 위 III. 1.에 있는 그림 참조.

주석 10) 6·29 금융조치가 이루어진 후 위에서 설명한 바와 같이 계약이전결정의 법적 효력에 관한 여러 문제가 제기되자 정부는 1998년 9월 14일 국회의 의결을 거쳐 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」(법률 제5549호)을 개정하여 계약이전의 결정의 법적 효력에 관한 규정을 신설하였다. 즉 개정법 제14조의 2에서는 계약이전의 결정이 있는 경우 그 결정내용에 포함된 계약에 의한 부실금융기관의 권리와 의무는 그 결정이 있을 때에 계약이전을 받는 금융기관이 이를 승계하도록 하였다(제1항). 이때 승계되는 내용 및 그 절차는 민법상 채무인수와 채권양도의 원리를 기본으로 하였다(제2항 내지 제4항). 그러므로 개정법에 의할 경우 계약이전결정의 명령이 있을 경우 사법상의 채권양도 및 채무인수의 효과가 발생함을 법정화한 셈이다. 이는 금융거래의 신용성을 유지할 수 있도록 개별 채권·채무의 보전에 주안점을 둔 것이며, 따라서 계약이전결정의 직접적인 법률 효과로 영업양도가 발생하지 않음을 명확하게 드러낸 것으로 평가된다.

IV. 기업의 정리절차시의 사업양도 및 합병과 해고의 법리

1. 현행법상 기업의 정리절차 제도

현행 기업의 정리절차 제도로는 회사정리법, 화의법 및 파산법이 있다. 회사정리 제도는 주식회사가 현재로 보아서는 재정적 궁핍으로 파산에 직면하였으나 장래 경제적으로 갱생의 가치가 있다고 인정되는 경우에 그 기업을 해체시키지 아니하고 법원의 감독 아래 채권자나 주주 등의 이해관계를 조정해 가면서 기업의 갱생을 도모하는 제도이다.

화의법상 화의는 파산상태에 있는 채무자가 모든 채권자와의 개별적인 청산합의를 하는 것이 어려우므로 법원 기타 공정기관의 보조·감독하에 일정한 법정요건의 다수 채권자들의 동의만 얻으면 채무변제조건에 관한 합의가 성립된 것으로 간주하고 이러한 합의가 모든 채권자를 구속하는 것을 말한다. 이러한 화의의 대상으로는 회사뿐만 아니라 개인기업도 포함된다는 점에서 회사정리법과는 적용대상을 달리한다.

그리고 파산 제도는 지급불능 등의 사유가 있을 때 법원이 파산선고를 한 후 파산자의 전재산을 금전으로 환가하여 모든 채권자에게 공평하게 배당하는 제도를 말한다.¹⁾

2. 기업의 정리절차단계에서의 근로관계 존속 및 해고의 법리

기업이 정리절차, 특히 타율적 정리절차(회사정리, 회의 또는 파산)에 들어가는 경우에 기존의 근로관계가 변동없이 계속 유지될 수 있는가가 우선 검토되어야 한다. 타율적 정리절차가 개시되기 전과는 사정이 변경되었기 때문에 기존의 근로관계를 그대로 지속하게 하는 것이 사용자에게 현저한 불이익을 초래할 수 있어 근로관계를 해지 또는 다른 내용으로 변경할 수 있는 것으로 볼 것이냐가 문제의 초점이다. 이러한 문제를 민법에서는 사정변경의 원칙의²⁾ 측면에서 이해하고 있는데,³⁾ 동 원칙하에서도 타율적 정리절차의 개시를 근로관계의 종료사유 내지 특별한 변경사유로 이해하기는 곤란하다. 왜냐하면 사정변경의 원칙이 인정되기 위해서는 당사가 예견할 수 없었던 사정의 발생이라는 요건이 일반적으로 요구되는데,⁴⁾ 일반적인 기업활동의 경우에는 기업의 파산등을 사전에 충분히 예견할 수 있기 때문이다.⁵⁾ 그러므로 정리절차가 개시되는 경우에도 근로계약 당사자인 기업과 근로자간의 근로관계는 변동없이 존속하는 것으로 보아야 한다. 이에 따라 정리절차단계에 있는 기업이⁶⁾ 근로자를 해고하고자 하는 경우에도 근로법 제30조와 제31조상의 요건을 갖추어야 가능하다.⁷⁾ 그리고 파산의 경우에는 민법 663조 제1항에 따라 근로관계를 즉시 해지할 수 있는데, 이 경우에도 논리적근거는 파산의 선고가 근로관계의 존속 기초를 변동시키는 직접적인 원인으로 되는 것이 아니라 파산절차가 가지는 제도 목적 즉, 기업을 해체한다는 전제 위에서 채권자의 공평한 배당을 도모한다는 목적을 달성하기 위하여 근로자에 대한 특별 보호를 더 이상 유지시키지 아니하는 것으로 봄이 타당하다.⁸⁾

이처럼 현행법은 기업의 정리절차시에 근로관계의 변동에 관한 특별규정을 두고 있지 않아 정리절차 개시 여부와 관계없이 해고의 법리가 독립적으로 적용되게 되어 있다. 특히 회사정리법 제103조 제5항에서는 다른 쌍무계약 및 계속적 공급계약에 대한 특별규정(계약의 해제 및 해지와 동시이행항변권에 대한 예외)이 단체협약에는⁹⁾ 적용되지 아니함을 규정함으로써, 정리절차 개시가 근로관계의 변동사유에 해당하지 않음을 간접적으로 나타내고 있다. 정리절차에 있는 기업이 영업양도 내지 합병을 하는 경우를 대비해 회사정리법에는 특별규정을 두고 있는데 동법 제217조 및 제250조의 규정이 그것이다. 그러나 동 규정들은 회사 채권자와의 관계를 염두에 두어 규정한 것에 불과하며, 근로관계의 변동과 관련된 사항에 대해서는 별다른 규정을 두고 있지 않다. 마찬가지로 정리절차단계에 있는 회사가 합병하는 경우를 대비하여서도 회사정리법 제224조, 제225조 및 제258조에서 상법 규정의 특례규정을 두고 있으나, 동 규정에서도 근로관계에 관한 특별한 내용은 포함하고 있지 않다. 그러므로 현행법상으로는 기업이 정리절차단계에 들어선 이후에 취하게 되는 사업의 양도 내지 합병의 경우는 정상적인 경우에서와 동일한 법리가 적용되는 것으로 해석된다.

3. 기업의 정리절차단계에서의 경영상 해고 및 근로관계 승계에 관한 특별규정의 도입 필요성 여부

기업이 법정 정리절차단계에 들어서는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 인정된다.¹⁰⁾ 그러나 위에서 언급한 바와 같이 현행 법규정으로는 경영상 해고의 절차적 요건과 관련하여 기업이 정리절차에 들어가기 이전과 이후에 대한 요건의 차별적용은 없는 상태이다. 그러나 회사정리절차와 파산이 개시된 이후에 아직 경영상 해고의 절차를 밟지 않은 기업에 대해 근기법 제31조에서 요구되는 절차적 사항 즉, 해고회피노력 의무를 계속적으로 부여한다는 것은 사실상 의미가 없다. 또한 경영상 해고 협의절차기간으로 규정한 60일의 기간에 대해서도 정리절차 개시 이후에는 탄력적인 운용의 필요성도 검토될 여지가 있을 것이다.

나아가 정리절차단계에서도 사업의 양도 및 합병은 이루어질 수 있다. 이 경우에도 정리절차 개시 이후에 사업의 양도가 이루어지는 경우에 통상적인 사업의 양도의 법리가 그대로 적용되는 것으로 보아야 할 것인가가 문제된다. 왜냐하면 회사정리절차와 화의절차는 기업의 갱생을 도모함을 목적으로 하고 있다.¹¹⁾ 이 점에서 기업의 갱생에 사업의 양도가 적절하고도 불가피한 경우에도 사업양도의 효과로서 근로관계의 이전을 예외없이 인정해야 할 것인가의 문제가 제기될 수 있을 것이다. 즉, 근로관계의 원칙적인 이전을 고수할 경우 관리인은 사업의 적절한 매수인을 물색하기에 한층 더 곤란을 겪을 것이며, 이는 결과적으로 기업이 적절한 갱생의 기회를 놓쳐 기업의 폐지로 이르게 할 가능성이 높기 때문이다. 이런 결과가 발생한 때에는 전체 근로자 모두가 실직하게 되어 근로관계 원칙적 승계라는 근로자 보호의 관점도 무색하게 되어 버린다. 이 문제는 다음과 같은 이론적 접근과 해결이 가능하다고 본다. 기업의 정리절차가 개시되는 것은 곧 당해 기업에 있어서의 경영상 해고를 위한 실질적 요건인 긴박한 경영상의 필요를 갖추고 있는 경우가 된다. 따라서 정리절차 개시 이후의 영업양도·합병 등의 경우에는 경영상 해고제도와 함께 맞물려 운영될 수 있다. 이 단계에 있어서의 경영상 해고는 일반의 경우에서와는 구별하여 판단할 필요가 있다. 통상의 경영상 해고는 당해 기업이 계속 유지·존속하기 위하여 특별히 인정되는 제도이며, 이러한 취지에 따라 경영상 해고는 당해 기업조직의 슬림화를 추구하는 것이다. 이에 반하여 정리절차는 사업의 조직재건, 채권자 상호간의 공평한 대우 등이 중요한 기능으로 고려된다. 따라서 정리절차 개시 이후에는 통상의 경영상 해고 제도가 그 절차적인 측면에서 제한적인 적용이 고려될 필요가 있다. 특히 정상적인 기업의 영업양도·합병의 경우에는 당사자의 자율적인 법률행위가 전적으로 적용되어 근로자의 이해관계는 결국 노사관계의 계약적·대립적이라는 이원적 구도하에서 정당성을 확보할 수밖에 없지만, 타율적 기업정리절차에서는 객관적이고 중립적인 법원의 감독이 항상 뒤따른다. 그러므로 사실상 법원의 감독하에서 정당성이 항상 담보될 수 있는 까닭에 정당성을 확보하기 위한 이원적 구도를 이 경우에까지 적용할 필요는 없을 것이다. 이런 점에서 정리절차 이후의 사업의 양도에 대해서는 독자적인 해석원리가 적용되는 것으로 구성하든지 아니면 이에 준하는 특별규정의 도입 여부에 대한 검토가 이루어질 필요가 있다고 본다.

사업양도의 결과로서 양수인은 이전된 근로관계에 있어서는 양도인의 지위에 서게 된다. 그러므로 양도인과의 관계에서 발생한 채무에 대해서도 양수인이 근로관계의 이전의 효과로 책임을 져야 하는지에 대해서는 현행법상 별도의 명문의 규정이 없다. 상법 제42조 이하의 규정은 다른 제3자의 채권자와 채무자와의 관계에서의 효력을 규정하고 있는 관계로 당해 영업양도로 함께 이전하는 근로자에 대해 유추적용할 여지는 없으며, 민법 제453조 이하의 채무인수 규정에 의하면 채무자는 채권자(근로자)의 동의가 있는 한 책임으로부터 벗어나게 된다. 그러므로 양 규정 모두가 사업양도시에 그대로 적용되는 것으로 보기에 난점이 많다. 이런 점에서 기업이 정리절차단계에 있는 경우에는 특별한 명문의 규정을 두는 것이 필요하다.¹²⁾ 즉, 기업의 정리절차 개시 이후에 이루어지는 사업의 양도의 경우에 양수인은 양수받은 이후에 발생한 법률관계에 대해서만 근로자에게 책임을 부담하는 책임제한에 대한 규정 등을 입법정책적으로 고려할 수 있을 것이다.¹³⁾

주석 1) 기업의 법정도산절차 외에도 기업주 스스로의 폐업결정으로 기업활동이 종료될 수도 있다. 기업주가 폐업을 결정함으로써 회사인 경우에는 청산절차가 들어가 모든 채권·채무의 청산관계에 놓여지게 되며, 개인 기업의 경우 폐업후에도 기업주 개인이 채무의 변제 의무를 계속

부담하게 될 것이다. 채무자가 지급불능의 사유가 발생한 때에는 채무자뿐만 아니라 채권자도 파산을 신청할 수 있으므로 자진 폐업에 따른 채권자의 불측의 피해가 예방될 수 있을 것이다.

주석 2) 사정변경의 원칙은 독일에서 형성된 행위기초론(Geschäftsgrundlage)의 이론을 토대로 하고 있다. 독일에서의 논의에 관해서는 Oertmann, Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff, 1921; Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl., 1963; ders, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., §20III, §21 II; Medicus, Bürgerliches Recht, 16. Aufl., §7III 참조.

주석 3) 학설은 이를 일반적으로 인정하나(곽윤직, 『채권각론』, 1995. 156쪽 이하; 김용환, 『민법총칙』, 1997. 69쪽; 김중환·김학동, 『민법총칙』, 1995. 71쪽 이하; 김형배 『채권각론』, 1997. 69쪽 이하; 이영준 「사정변경의 원칙에 관한 연구」, 『사법논집』(제5집), 1975. 67쪽 이하; 이영준, 『민법총칙』, 1997. 68쪽 이하), 판례는 소극적이다(대판 1955. 4. 14. 4386민상 231; 대판 1963. 9. 12, 63다452; 대판 1991. 2. 26, 90다19664).

주석 4) 이외에 요구되는 다른 요건으로는 계약의 전제가 되었던 사정의 변경, 이러한 변경이 당사자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유로 발생할 것, 그리고 원래의 계약내용을 그대로 유지·강행하는 것이 부당한 결과를 초래할 것 등이 제시된다(곽윤직, 『채권각론』, 1995. 159쪽 이하; 김형배, 『채권각론』 1997, 71쪽 이하; 『민법주해』(양창수 집필), 총칙(I), 1992, 151면 참조).

주석 5) 이밖에도 당사자의 책임없는 사유로 사정변경이 발생하여야 하는데, 타율적 정리절차에서 이를 인정하기가 힘들며, 또한 민법의 원리를 수정하는 노동법상 해고제한 제도의 강행법규를 배제하면서까지 인정할 만한 근거를 찾을 수 없다.

주석 6) 기업이 정리절차단계에 들어가는 경우란 실질적으로는 지급불능이라는 상태에 직면하여 긴박한 경영상 해고의 요건을 충분히 갖추는 경우로 볼 수 있을 것이다.

주석 7) 이에 반해 기업이 자진 폐업절차를 밟는 동안 근로자를 긴박한 경영상의 이유로 해고할 수 있느냐는 달리 판단할 문제이다. 폐업결정을 내리게 된 시점에 기업의 경영상의 상태가 긴박한 경영상의 필요성을 갖추는 경우에는 경영상 해고를 실시할 수 있을 것이나, 그 당시 경영상태가 긴박한 경영상의 필요를 갖추지 아니하는 경우라면, 다시 말하면 흑자기업을 폐업하는 경우에는 경영상 해고를 실시할 수 없는 것으로 보아야 한다. 폐업결정은 사용자의 전권에 속한 결정권이지만 그 결과 근로관계가 부당하게 종료되는 결과를 야기하는 경우에는 이에 따른 법적 책임관계를 면할 수 없을 것이다. 예컨대 계약기간의 정함이 있는 근로자를 그 기간 도중에 폐업으로 근로관계를 종료시키는 경우에는 근로자는 나머지 계약기간에 상응하는 임금을 손해배상으로 지급할 것을 청구할 수 있을 것이다(민법 제661조 2문). 기간의 정함이 없는 경우에는 민법 제660조와 제661조를 유추적용하여 청산과정의 종료에 따라 더 이상 근로관계를 지속케 할 수 없는 부득이한 사유가 발생한 것으로 보아, 사용자는 즉시 해지할 수 있을 것이다.

주석 8) 민법 제663조 제2항에 따라 파산을 원인으로 기간의 약정이 있는 근로관계를 즉시 해지하는 경우에도 손해배상책임을 지지 않는다는 취지도 이러한 관계에서 설명될 수 있는 것이다.

주석 9) 동 법 규정에는 단체협약이 아닌 노동협약으로 표현되어 있는데 이는 일본의 규정을 다시 세밀히 검토함이 없어 졸속으로 입법화한 결과라 하겠다. 마땅히 시정되어야 할 것이다.

주석 10) 그러나 실제적으로는 기업이 정리절차단계에 들어가기 이전에 긴박한 경영상의 필요를 이유로 경영상 해고를 실시하게 되는 경우가 대부분일 것이다.

주석 11) 특히 회사정리법 제1조에서는 기업이 수행하던 사업의 조직재건을 목적으로 설정하고

있다.

주석 12) 비교법적으로 볼 때 독일 민법 제613조 a 제2항에서는 양도 시점까지 발생한 근로관계에 대해서는 양수인과 양도인이 함께 연대책임을 지는 것으로 규정하고 있다.

주석 13) 기업의 정리절차 개시 이후의 합병에 대해서는 별단의 고려는 필요하지 않는 것으로 판단된다. 왜냐하면 굳이 합병의 방식으로 정리절차 과정에 있는 기업을 인수하는 자는 그에 대한 이해관계를 충분히 고려할 수 있기 때문이며, 합병의 결과로 인한 포괄적 승계를 계속 유지하더라도 채권자, 주주 그리고 근로자 각각의 이해관계가 충분히 보전되기 때문이다.

V. 사안해결 관점에서의 현행법의 미비점과 이에 대한 입법론적 대안

1. 사안의 규율에 대한 현행법의 흠결과 입법론적 개선방향

현행 근기법 제31조 조1항 2문에 대한 해석은 노사관계 당사자에 따라 상이하게 주장되고 있다. 그러나 동 규정에 의한 판례가 아직 없는 관계로 법적용에 있어서 상당한 논란과 어려움이 수반되고 있는 실정이다. 그러므로 기준적인 판례가 나오기까지는 상당한 시일이 예상되고 그동안 법적용관계의 혼란은 불가피하게 발생하게 될 것은 명약관화한 일이다.

이런 점에서 적어도 현실에 법적용과 관련된 혼란의 여지를 최소화 하기 위해서는 현재 침예하게 대립되면서도 그 적용관계가 불투명한 사안에 대하여 제1기 노사정위원회에서 합의한 취지를 충분히 유지하는 가운데 각종 사안에 대해 명확한 법적 판단을 예측할 수 있도록 하기 위한 입법론적 개선이 필요하다고 판단된다.

이때 우선적으로 고려되는 입법론적 개선의 방향으로는

- 제31조 제1항 2문에서 추구하고자 하는 취지는 명확성 제고
 - 사업의 양도에 대한 개념정의 및 법률 효과의 명문화(근기법을 포함한 노동관계법상 사업의 개념에 대한 통칙 규정을 두는 것도 고려)
 - 제31조 제1항 2문에서 사용된 인수·합병에 대한 법적 의미
 - 사업양도 및 합병시 이전되는 근로관계의 내용을 취업규칙 및 단체 협약의 승계 여부와 더불어 명시적으로 규정
 - 사업양도 이후 이전된 근로관계에 대한 양도인과 양수인의 책임관계
 - 사업 일부에 대한 양도의 인정 여부
 - 사업양도시 이전되는 근로자의 이의제기권 및 이에 따른 부차적인 법적 효과
 - 사업양도(합병)시 승계되는 근로관계의 내용과 관련하여 일정기간 기존의 근로조건이 저하되는 것을 방지하는 조항의 신설
- 등이 지적될 수 있다.

2. 기업의 정리절차 과정에서의 경영상 해고 및 사업양도의 효과에 대한 특례규정의 필요성에 따른 입법론적 개선방향

위에서 살펴본 바와 같이 기업이 정리절차단계에 들어갔을 때의 경영상 해고에 대한 특별규정 및 사업양도시의 특례인정의 필요성이 검토될 필요가 있다. 이때 고려될 수 있는 입법론적 개선방향으로는,

- 기업의 정리절차단계에서의 경영상 해고의 절차적 요건에 대한 선별적 적요배제(해고회피노력 및 사전협의 통지 기간)
 - 기업의 정리절차단계에서의 사업양도시 특별규정 도입(위 1에서의 개선을 전제하여)
- 등이 또한 지적될 수 있을 것이다.

제 5 장

맺 음 말

정리하고 제도의 합리적 운용의 핵심은 사용자의 영업의 자유와 사회적 약자인 근로자보호의 적절한 조화점을 찾아내는 것이다. 비교법적으로 살펴본 바와 같이 이에 대해서는 보편적인 내용이 주어진 것은 아니다. 다만 자본주의 체제하에서 운용되는 이상 경영상의 사유에 의한 해고제도는 불가피한 것이며, 이런 점에서 각국의 제도내에 함축되어 있는 요건과 절차 측면에 함축되어 있는 공통된 틀을 그려 볼 수 있다. 그러나 이때에도 각국의 제도는 각각의 사회가 처해 있는 경제·사회의 여건과 노사관계의 경험이 중요한 변수로 자리잡고 있음을 간과해서는 안된다. 이런 관점에서 우리 나라에 적합한 경영상의 사유에 의한 해고 제도는 먼저 현행법 체계에 부합하여야 하며, 둘째, 우리 나라의 경제적·사회적 여건을 상응할 수 있어야 하며, 셋째, 국민의 일반적 정서에 크게 이탈하지 않는 범위 내에서, 넷째, 우리의 노사관계를 토대로 하는 우리의 제도로 법제화의 논의가 이루어져야 한다.

경영상 해고는 현재 우리 나라 노사관계에 있어서 태풍의 핵이다. 노사가 이 문제를 어떻게 받아들이며 정부 또한 어떤 정책방향성에서 운용하느냐는 앞으로의 국민경제 전체에 직접적이며 지대한 영향을 미치게 된다. 세계경제의 단일권하에서의 가속화된 경쟁관계는 경제 및 법제도의 운용 터전을 더 이상 국내에 국한하여 안주토록 하지 않으므로 새로운 환경변화에 능동적으로 대처할 수 있도록 제도의 방향성이 설정되어야 하며, 또한 현재의 경제위기 극복을 위해서도 기업 및 산업 차원에서의 불가피한 구조조정을 진행시킬 수 있는 현실적 여건을 창출해야 한다. 이와 같은 상황하에서 경영상 해고 제도에 대해서는 노사정 3자 모두가 냉정하고도 객관적인 입장에서 본질을 직시하고 합리적 자세를 견지하도록 노력하여야 한다.

근로자의 입장에서는 경영상 해고가 자본주의 체제를 유지하는 한 용인될 수밖에 없는 제도라는 점을 분명하게 인식하고, 이를 수용하는 자세가 필요하다. 거시적 관점에서 기업의 존립을 통해 국민경제를 유지·발전시키는 것은 전체 근로자의 이익 관점에서 보더라도 반드시 필요하다. 경영상 해고 제도 자체를 거부하면서 극한 투쟁으로 치닫는 것은 공멸의 결과를 가져올 따름이다. 그러므로 근로자측은 오히려 경영상 해고 제도의 합리적 운용방법에 지혜를 모으고 자신들의 권익을 보호할 수 있는 다른 대안적 방안을 개발하는 것이 필요하다. 비교법적으로 살펴보았듯이 사용자의 경영결정 권한은 인정해 주되 경영상 해고의 절차 측면에서 고통을 함께 분담할 수 있는 절차 내지는 해고대상 근로자에 대한 적절한 보상관계를 모색하는 데에 노력을 경주하여야 할 것이다.

사용자측의 입장에서는 경영상 해고 제도 자체가 갖는 구조적 모순점을 분명하게 의식하여야 할 것이다. 다시 말하면 근로자라는 기업의 인적 요소가 부가적으로 창출한 가치를 적극적으로 수용하는 자세를 가져야 한다. 이는 한편에서 우리 나라의 정치·경제의 관행에서 기업주가 초래한 불신의 골을 제거하는 측면에서, 다른 한편에서는 기업에 대한 인식의 전환 즉, 기업주의 전유물로서가 아닌 각 구성요소에게 적정한 지분의 가치를 인정해 주는 사회적 관점에서의 기업의식을 받아들여야 할 것이다. 우리 나라 노사갈등의 가장 큰 원인을 불신에 있으며, 이에 상당한 책임은 기업경영의 투명성 내지 책임성이 확보되지 못했던 현실에 기인하는 바가 크다. 작금의 기업부실 현상에서 여실히 드러나듯이 기업의 존립을 위태롭게 한 것을 근로자들의 책임있는 사유에 기인한 것이라기보다는 경영진의 방만한 경영, 무리한 문어발식 기업확장에 따른 재무구조의 취약, 기업경영의 불투명에 기인하는 부패 및 비리 등에 주된 원인이 있는 것이다. 이런 상황에서 사용자가 경영상 해고를 무분별하게 강요하는 것은 사회적 책임감이 결여된 것이다. 적어도 노사의 공동생존의 기초인 기업자체에 대한 부실의 책임은 기업의 구성요소 각각이 자신의 지분에 상응하는 몫을 분담할 경우에 형평을 유지할 수 있게된다. 사용자가 경영상 해고를 실시하기 위해서는 경영합리화 조치 등을 통해서도 긴박성을 회피할 수 없는 경우에 비로소 용인된다는 점은 이와 같은 형평의 관점에서 비롯되는 것이다. 따라서 사용자는 법제도가 설정하는 기본정신에 입각하여 성실한 경영계획하에서 그리고 이러한 경영결정에 대하여 근로자가 신뢰할 수 있는 투명성을 최소한 확보하여야 근로자로부터도 신뢰성을 얻을 수 있을 것이다. 그렇지 아니하고 일방적이며 자의적인 고용조정 계획의 추진은 결국 노사가 모두에게 돌이킬 수 없는 피해를 입게되는 것이라는 점을 분명하게 인식하여야 한다.

이러한 자세는 기업의 관념에 대한 인식의 전환과 새로운 개념의 정립방향으로 나아가야 한다. 기업의 경제적 가치는 투자된 물적 요소에 의해 전적으로 결정되는 것이 아니라 함께 투입된 인적 요소의 가치가 포함되어 있는 것이다. 그러므로 사용자는 기업에 대한 전유적(專有的)인 주인의식을 버리고 기업의 부가가치를 창출한 노동요소에 대한 지분을 적극적으로 인정하는 자세가 필요하다. 이를 실현하는 방법은 근로자 또는 기업의 필수적 구성요소로 인정하여 기업의 경영결정 과정에 부분적으로 참여·협의할 기회를 보장하고 확대하는 방안이 될 것이다. 경영상 해고제도를 위시하여 근로자대표와의 협의를 규정하고 각종 제도에서 부분적으로 나타내 보이고 있으며, 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률의 기본정신도 같은 토대에서 있는 것이다. 이런 취지에서 근로자의 경영에 대한 협의기능을 확대해 나가는 것이 경영상 해고 제도가 가지는 원천적인 모순을 사전에 차단할 수 있다.

정부의 입장에서는 현행 경영상 해고 제도가 합리적으로 운영될 수 있도록 정책방향을 올바르게 전개해야 할 것이다. 법집행과 관련해서는 정부는 편의적이며 정치적 타협에서가 아닌 법규범 내에서의 엄정하고도 원칙적인 집행의 자세를 견지해야 한다. 정치적 협상을 통한 노사갈등의 해결은 단기적으로 볼 때는 효율적일지 모르지만 중·장기적으로 볼 때는 그 반대의 결과를 향시 가져온다. 원칙이 없는 타협은 객관성과 공정성을 담보할 수 없기 때문이다. 나아가 정부로서는 현행 제도가 가지고 있는 미비점을 보완할 수 있도록 입법적인 개선을 추진해야 할 것이다. 물론 법제도를 자주 개정하는 것이 분명 바람직스러운 것은 아니지만, 부족하거나 흠결된 부분을 법원을 통해 보충하도록 하기에는 시간적으로나 사회적 비용 측면에서도 손실이 너무 크다. 압축적인 구조조정을 통해 경제의 재건을 이루어야 하는 시점에서 태만한 기다림은 적기를 놓치는 우를 범할 수 있다. 기업의 구조조정이 효율적으로 진행될 수 있도록, 또한 근로자의 이익 관점이 경영상 해고의 절차적 측면에서 강구될 수 있도록 입법적 보충작업이 뒤따라야 할 것이다.