

연구보고서

1994 - 014

노동관계법 국제비교연구(Ⅰ)
- 정리해고, 임금보장제 -

한국노동연구원

目次
序言

第1部 整理解雇의 法理

第1章 整理解雇와 關聯한 問題狀況

第1節 整理解雇의 意義와 特別性

第2節 判例의 動向

1. 대비되는 두 판결
2. 판례의 동향과 분석

第3節 우리나라에서의 整理解雇의 現況

第2章 各國의 制度

第1節 國際勞動機構

1. 근로자대표와의 협의
2. 관할기관에의 통지
3. 해고회피 노력
4. 해고선정기준
5. 해고영향 경감조치

第2節 日本

1. 판례를 통한 법형성
2. 정리해고의 요건
3. 최근의 동향

第3節 美國

1. 해고에 대한 법규제
2. 레이오프제도
3. 정리해고에 대한 제정법상의 규제

第4節 英國

1. 개설
2. 정리해고의 의의
3. 정리해고의 정당한 이유
4. 정리해고에 관한 절차적 제한과 피해고자 보호
5. 정리해고수당

第5節 獨逸

1. 개관
2. 경영상의 사유에 기한 해약고지
3. 노동법원에 의한 통제
4. 대량해고에 있어서 행정관청에 의한 통제

第6節 프랑스

1. 프랑스해고법의 개관
2. 1975년법에 있어서 정리해고의 절차

第3章 結論

<附錄 1> 해고관련 주요노동관계법률

<附錄 2> 정리해고에 관한 대법원 판결요지

第2部 企業倒産時 賃金債權의 確保

第1章 賃金保障制-賃金債權의 確保

第1節 現行法上의 貨金債權優先辨濟制度

第2節 同制度의 限界와 問題點

第3節 새로운 接近法의 必要性

第2章 貨金保障制度에 관한 一般的 考察

第1節 優先辨濟制度의 短點

1. 우선변제의 부적합성
2. 사법질서와의 충돌
3. 오늘날의 추세와 우선변제제도

第2節 貨金保障制度의 沿革

第3節 性質과 法的 地位

第3章 各國의 制度

- 1. 강제성
- 2. 운영
- 第4節 賃金保障制度和 倒産處理節次와의 關係
- 第5節 被保障債權
 - 1. 임금과 퇴직수당
 - 2. 고용종료와 관련한 보상금
 - 3. 기업연금제도
 - 4. 기타 제급여
 - 5. 한계
- 第6節 賃金保障機構의 財政
- 第7節 給與額의 決定
- 第1節 ILO 第173號 協約
 - 1. 채택경위
 - 2. 내용
- 第2節 獨逸의 賃金保障制度
 - 1. 등장배경
 - 2. 내용
- 第3節 오스트리아의 賃金保障制度
 - 1. 서론
 - 2. 수급의 핵심적 요건
 - 3. 적용범위
 - 4. 절차
 - 5. 피보장채권
 - 6.보장금액
 - 7. 피보장채권에 대한 기금의 대위
 - 8. 기금의 재정
- 第4節 프랑스의 賃金保障制度
 - 1. 적용범위
 - 2. 피보장임금의 범위
 - 3. 임금보장기관 및 재원
- 第5節 벨기에의 賃金保障制度
 - 1. 개관
 - 2. 관리 및 재정
 - 3. 보장요건
 - 4. 기금에 의한 보장수급적격
 - 5. 피보장채권
 - 6. 보장의 제한
 - 7. 보장액의 지급
 - 8. 대위와 환급
- 第6節 英國의 賃金保障制度
 - 1. 정리해고기금 개요
 - 2. 수급요건
 - 3. 보호대상 근로자의 범위
 - 4. 보험료
 - 5. 정리해고기금에 청구하는 각종 채권의 제한
 - 6. 피보장채권의 지급
 - 7. 대위
- 第7節 日本의 賃金保障制度
 - 1. 임금지불확보법 제정의 경유
 - 2. 법률의 내용
- 第8節 유럽공동체의 지침
 - 1. 적용범위 및 정의
 - 2. 보장기구에 관한 규정
 - 3. 사회보장관련 규정
 - 4. 총칙 및 절차규정

序言

'87년 노동의 대공세 이후에 근로자 또는 노동조합의 권리의식이 많이 양양되어 집단적·개별적 영역을 불문하고 다수의 쟁점들이 소송이슈화되어 가고 있다. 소송을 통해서 뿐만 아니라 단체교섭 등의 제도적 틀을 이용하여 노사가 이론적 공방을 벌이는 경우는 점점 많아져 가고 있다. 기존의 힘으로 밀어붙이기식의 구태의연한 자세를 탈피하고자 하는 일련의 경향은 매우 바람직스러운 일이라 하지 않을 수 없다.

이에 본원에서는 주요 쟁점들에 관해 선진외국들의 입법정책상의, 판례법상의 접근방식을 소개함으로써 노사쌍방에게 인식의 지평을 넓혀주고 상충하는 이해 조정에 유용한 법리를 제공하고자, 「노동관계법의 주요 쟁점에 관한 국제비교연구」를 기획물로서 발간하기로 결정하였다.

동 연구는 기존의 실정조문의 규범적 해석에 맴돌던 개념법학적 접근방식의 한계를 벗어나고자 쟁점현안들에 관하여 외국의 국제적 동향 또는 제도화된 규범적 사실들을, 가급적 평가적 작업을 자제하고 비교적 사실에 충실하게 정리·소개하는 데 주안을 두었다.

금번 시리즈에서는 '정리해고 법리'와 '기업도산시의 임금채권보장제'에 관한 주제를 골랐다. 정리해고에 관하여는 '80년 후반 법원의 판결을 통하여 이른바 4 요건론이 확립되어 가고 있지만 '긴박한 경영상의 필요성'이라는 요건을 둘러싼 법리적 해석이 至難한 관계로 인하여 사용자의 경영합리화와 근로자의 생존권보장이라는 상반된 요구를 조화적으로 해결하기에 적합한 일관된 법이론을 발견하기 어렵다. 이러한 사정을 감안하여 필자인 李哲洙 박사는 나머지 요건, 특히 노조대표와의 사전협의 또는 행정관청에의 사전신고제 등의 절차적 요건에 관해 외국의 실례를 자세히 언급하고 있다.

도산시의 임금채권보장에 관하여는 현재 우리나라에서 최우선변제조항 등 다소 선진적인 규정을 마련하고 있지만 이것은 어디까지나 사용자 개인의 책임을 전제로 한 것이기 때문에 법실효성의 측면에서 여러가지 문제가 있다는 점을 지적하고 그 대안으로 사회연대사상에 입각한 사회보장 또는 사회보험원리의 도입이 필요하다고 보고 이와 관련하여 외국의 예를 소개하고 있다.

임금보장제는 각나라의 강제집행절차와 밀접히 관련되어 있어 문헌적 접근이 결코 용이하지 않을 뿐만 아니라 자료의 양도 절대적으로 부족하지만, 다행이 이 문제가 1992년의 ILO 총회에서 토의주제로 다루어져 본 연구는 당시의 관련자료를 요긴하게 활용하고 있다.

본 연구를 진행함에 있어 자료수집과 정리에 많은 수고를 해준 서울대학교 법학과 조교 李承昱 군과 박사과정의 金洪永 군 및 본원의 安鎭成 연구조원에게 고마움을 느낀다. 아울러 편집·교정을 도맡아 준 朴贊映 출판팀장을 위한 출판담당자들에게도 심심한 사의를 표한다. 끝으로 본 보고서에 수록된 모든 내용은 저자들의 의견이며 본 연구원의 공식적인 견해가 아님을 밝혀둔다.

1993年 12月
韓國勞動研究院
院長 金大模

第1章

整理解雇와 關聯한 問題狀況

第1節 整理解雇의 意義와 特殊性

경제적·산업구조적 또는 기술적 이유로 인해 잉여의 근로자를 감축하거나 그 인원 구성을 바꾸기 위하여 행하는 解雇를 일반적으로 整理解雇(workforce reduction, redundancy)라 한다.¹⁾ 70년대의 오일쇼크로 인한 경기침체와 심각한 인플레이션 등의 인하여 대량의 근로자들이 실직하는 사태가 발생하게 되자, 구미 제국에서는 대량의 실업자에 대한 고용보장의 측면과 아무런 귀책사유 없이 직장을 상실하게 된 근로자 보호의 측면에서 정리해고에 대한 많은 논의가 하여 왔고 각국마다 특수한 규율방법을 모색해 왔다. 그리고 전자공학의 도입 등으로 인한 노동절약적 기계의 발명은 근로자의 대량실업을 가속화시키고 있고 또 전체적인 산업구조의 개편과 더욱 치열해진 국가간의 국제경쟁력 강화를 위하여 경영합리화가 불가피하게 된 오늘날에 와서도 각국마다 정리해고는 중요한 사회정책적 문제의 하나로 부각되고 있다.²⁾

우리나라에서는 중신고용 및 연공서열형의 관행이 터잡아 가고 있고, 온정주의적 노사관행이 잔존해 있는 관계로 정리해고에 관한 사용자의 태도는 다분히 소극적이었다고 할 수 있었다.

그러나 1980년대 중반 이후 경기침체와 더불어 기업의 도산이 속출하고 또한 소위 산업구조조정기에 들어와 경영합리화정책의 필요성을 사용자가 인식하게 됨에 따라 대량실직의 사태가 자주 발생하면서 주요한 사회문제로 제기되고 있다. 특히 80년대 후반기에는 이것이 소송이슈화되어 가는 빈도수도 높아가고 있다. 정리해고는 근로자의 不歸責性이라는 측면과 大量性이라는 측면에서 통상적인 해고와 본질적으로 구분된다고 할 수 있다. 즉 보통해고는 근로자의 일신상의 사유나 행태상의 사유에 의하여 해고되는 데 반하여 정리해고는 경제적·기술적 변화로 인한 기업경영상의 사유로 인하여 근로자가 해고되는 것이다. 또한 사용자가 경영합리화 등에 기하여 정리해고를 하는 경우에 그것은 일반적으로 複數의 근로자에 대한 해고가 되며, 때로는 集團的 해고로 되는 경우도 있다.

이러한 특성으로 인해 정리해고는 특수 규율의 필요성이 인정된다. 귀책사유 없는 근로자에게 사형선고나 다름없는 해고를 고스란히 감수하라고 요구할 수는 없기 때문에 그 요건상의 엄격성을 기하고 경우에 따라서는 이 문제에 관해 정부가 직접적·적극적으로 개입할 필요성이 인정되기도 한다. 또한 사용자의 경영상의 필요성이 적법한 것으로 평가받을 경우 피해근로자 보호의 문제가 제기되지 않을 수 없는바, 여타의 통상해고와 달리 위험의 공평부담의 원리가 사물의 본성상(Naturder Sache) 요청되지 않을 수밖에 없다. 노사 당사자간에 그 위험을 부담할 능력을 상실하였을 경우에는 국가가 범질서상 요청되는 책무를 행하여야 할 것이다. 또한 대량적으로 해고가 행해지는 결과 정리해고는 개인적인 사유에 의하여 행해지는 보통해고와는 달리 사회적으로 큰 영향을 미치게 되고 이러한 점에서 정리해고에 대한 규제는 보통해고에서의 근로자 보호라는 측면뿐만 아니라 고용보장이라는 측면까지도 고려하지 않으면 안되는 것이다. 그럼에도 불구하고 우리나라에서는 아직 정리해고와 관련한 별도의 입법적 조치는 마련되지 않고 있다. 다만 판례상으로 정리해고를 엄격히 제한하는 이른바 4요건론이 형성되어 왔을 뿐이다.

주석1) Yemin, Workforce Reduction in Undertakings, International Labour office, 1982. p. 4.

주석2) Yemin, 앞의 책, pp. 3~4.

第2節 判例의 動向

1. 對比되는 두 判決 : 동부화학사건의 원심판결과 대법원

가. 사건의 개요

1987. 7. 21. 정부의 비료사업 합리화 계획에 의해 정부투자기관 출자회사였던 영남화학의 주식을 민간기업에 매각하기로 결정되자 동부그룹은 계열회사인 동부석유화학주식회사가 공개입찰에서 531억원으로 낙찰을 받게 되어(이는 다른 그룹의 응찰금액보다 약165억원이나 많은 금액이었다)

1988. 2. 22. 경영권을 인수하였다.

위 인수계약을 함에 있어 동부그룹은 영남화학의 기존 임직원의 신분을 그대로 승계하여 이를 보장한다고 약정하였고 동부그룹의 계열회사인 미륵건설주식회사는 이미 영남화학의 주식 중 25퍼센트를 인수하고 있었다.

그런데 영남화학은 1988. 3. 4. 개최된 주주총회의 결의에 따라 취업규칙을 근거로 하여 기구 개편과 감원을 시행하였던 바 노조가 이에 강력히 반발하자 감원 대상자 중 노조원은 그 대상자에서 제외하고 노조원이 아닌 원고 등 64명에 대해서만 1988. 4. 30. 해고조치했다. 영남화학은 국영기업체로 있었던 동안은 정부의 이윤보장정책에 의해 매년 흑자를 기록하였으나 1988년부터 정부가 종래의 비료정책에서 일대전환하여 종래 비료회사마다 정부가 구매하는 가격을 차등 적용하던 것을 농협으로 하여금 一物一價의 原則에 의하여 비료를 구입하게 하자 경쟁회사에 비해 매출이익이 감소할 것으로 예상되었고, 비료 원료의 국제가격 상승으로 제조원가 추가부담이 예상되었다.

한편 위 정리대상자가 확정된 직후인 1988. 4. 15. 경 회사측은 정리대상자를 제외한 전직원에게 특별 상여금을 지급하고 임금도 평균 11.91퍼센트 인상시켰으며, 같은 해의 하반기에는 52명의 사원을 신규 채용하였고, 영남화학의 1988년도 매출이익이 감소되리라고 단정할 수도 없었다. 그런데 실제로 1988년도 연말결산시 당기순손실액이 11억여원에 달했고 1989년도에는 그 손실액이 106억여원에 달했으나, 이에 회사측의 자산재평가방법과 정리해고에 따른 노사분규로 인한 손실이 그 한요인을 이루었으며, 회사의 토지평가액은 급증하여 신용평가에 있어 유리한 여건이 마련되었다.

감원해고된 원고들은 재벌기업으로서 이미 영남화학의 주식 일부를 소유하고 있어 영남화학의 실태를 잘 파악하고 있었던 동부그룹이 기존 임직원에 대한 신분보장을 약속하면서 다른 그룹보다 상당히 많은 금액에 영남화학을 인수한 것은, 원고 등을 해고하지 아니하면 필연적으로 기업의 도산이 초래될 고도의 경영위기상태에 있었다고 함이 인정될 수 없는 근거라고 주장하면서, 동 해고가 무효임의 확인을 구하는 해고무효확인청구의 소를 제기하였다.

나. 원심의 판단 ; 서울고법 1991. 1. 17. 선고. 89나38159

"..... 기업이 경영상의 사정에 의하여 근로자를 해고하는 이른바 정리해고에 있어서는, 첫째, 해고를 하지 아니하면 기업경영이 위태로울 정도의 급박한 경영상의 필요성이 존재하여야 하고, 둘째 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용, 자산매각 등 해고회피를 위한 노력을 다하였어야 하며, 셋째, 합리적이고 공정한 정리기준을 설정하여 이에 따라 해고대상자를 선별하여야 하고, 그밖에도 해고에 앞서 노동조합이나 근로자측과 성실한 합의를 거칠 것이 요구된다 할 것"이므로 먼저 이 사건 해고에 있어서 과연 피고가 주장하는 바와 같이 영남화학이 경영난에 봉착하게 되어 그 긴축경영의 일환으로 부득이 원고 등을 해고하지 아니하면 아니될 급박한 경영상의 필요성이 있었는가, 환언하면 원고 등을 해고하지 아니하면 필연적으로 기업의 도산이 초래될 객관적 상황에 처하여 있는 고도의 경영위기상태에 있었는가 하는 점에 관하여 보기로 한다.¹⁾

정부는 영남화학이 앞서 본 바와 같이 미국회사와의 합작으로 설립된 후 미국회사에게 일정한 이익을 확보하여 주는 한편 농민에게는 저렴한 가격으로 비료를 공급하기 위하여 위 회사가 생산하는 내수용 비료를 생산원가에 적용이윤을 덧붙인 가격으로 매수하여 농협으로 하여금 이와 같이 매수한 비료를 농민들에게 위 매수가격보다 싼 가격으로 다시 판매하는 이중가격제를 실시함으로써 정부의 비료계정 적자가 1986년 말 현재 무려 금 8천 9백 21억원에 이르게 되었는데다가, 합작투자계약에 의한 미국회사에 대한 이윤보장기한이 1987. 12. 31. 자로

중요하게 되자 같은 해 말 종래의 비료정책에서 일대전환하여 종래 비료회사마다 정부가 구매하는 가격을 차등적용하던 것을 농협으로 하여금 일물일가의 원칙에 의하여 비료를 구입하게 하고, 영남화학 등 국영기업체를 민영화하며, 1990년부터는 농협에서 값이 싼 외국산 비료를 수입할 수 있도록 하는 것 등을 내용으로 하는 비료정책을 1988년부터 단계적으로 시행하기로 한 사실. 영남화학은 연간 약 48만톤의 복합비료를 생산하여 그 중 약 24만톤을 국내에 판매하였는데 국영기업체로 있었던 동안은 위와 같은 정부의 이윤보장정책에 의하여 1986년을 제외하고는 매년 흑자를 기록하였으나 1988년부터 정부의 최저납품가격에 의한 비료가 1물1가정책이 시행될 경우 경쟁회사인 소위 남해화학주식회사(이하 '남해화학'이라고 약칭한다.)에 비하여 복합비료 생산원가가 톤당 약 2만원이 비싸 같은 해 매출이익은 약 48억원이 감소할 것으로 예상되었고, 또한 1988년에 들어와 복합비료의 원료인 인광석 및 염화칼리의 국제가격이 상승하여 영남화학으로서는 연간 약 30억원의 추가부담이 예상되었으며, 같은 해 공장시설 개수 및 공해방지시설 비용으로 약 15억원의 비용이 필요할 것으로 예상되는 등 1988년도에는 경영상태의 악화가 예상되었던 사실. 게다가 정부의 수정된 비교정책이 시행될 경우에는 그후로도 영남화학은 국내경쟁회사인 남해화학이나 외국회사와 비료하여 비료가격경쟁에서 열세를 면치 못할 형편이어서 경영상태의 악화가 예상되었던 사실. 영남화학은 국영기업체로 있을 동안 위인설관식(爲人設官式)의 기구확대 등으로 인하여 방만한 조직형태로 운영되어 왔던 이유 등으로 인하여 1987년도의 인건비 부담액이 금 91억원에 이르러 위 회사의 총매출액의 12.3퍼센트나 차지하고 있어 경쟁회사인 남해화학의 1987년도 인건비가 총매출액의 4.2퍼센트인데 비하면 현저히 인건비 부담률이 높았고, 그마저 매년 증가추세에 있었던 사실. 이에 영남화학을 인수한 동부그룹의 새로운 경영진은 경영합리화를 위하여 기구개편 및 인원정리가 불가피하다고 판단하여 이 사건 해고에 이른 사실. 실제로 영남화학에서는 1988년도 당기순손실액이 금 11억 2천7백55만2천2백63원에 이르렀고, 1989년도에는 실제 당기순손실액이 무려 금 1백6억87만6백98원에 이른 사실. 영남화학은 1988. 1.부터 8.까지는 농협에 비료를 납품하였으나 9.부터는 원가보상이 되지 않는다는 이유로 농협에의 납품을 중단하였고, 1989.에는 경쟁력 하락 및 국내공급량 과잉을 이유로 요소, 암모니아 복합비료공장을 폐쇄하였으며, 같은 해 6. 7. 피고 회사에 흡사합병된 사실을 인정할 수 있고 달리 이를 반복할 만한 자료가 없으나, 위 인정사실만으로는 뒤에서 인정하는 사실과 그밖에 영남화학이 동부그룹에 인수된 후부터 이 사건 해고시까지 동 회사의 경영상태에 변동이 있었다고 볼 만한 자료가 없을 뿐만 아니라 재벌그룹의 회사 인수는 그 회사에 대한 면밀한 분석 끝에 이루어지는 것이라고 할 것인데, 영남화학이 이 사건 해고시에 원고 등을 해고하지 아니하면 필연적으로 기업의 도산이 초래될 객관적 상황에 처하여 있는 고도의 경영위기에 상태에 있었다면, 재벌기업으로서 이미 영남화학의 주식 일부를 소유하고 있어 동 회사의 실태를 잘 파악하고 있었던 동부그룹이 기준 임직원에 대한 신분보장을 약속하면서 동 회사의 주식 50퍼센트를 다른 재벌그룹의 응찰금액보다 약 1백65억원이나 많은 금액인 약 5백31억원에 인수하지는 않았을 것이라고 보는 것이 합당한 점 등을 감안하여 볼 때 영남화학이 이 사건 해고시에 원고들을 해고하지 아니하면 필연적으로 기업의 도산이 초래될 객관적 상황에 처하여 있는 고도의 경영위기에 상태에 있었다고는 볼 수 없다고 할 것이다.

오히려 영남화학은 원고 등을 비롯한 정리대상자를 확정된 직후 노동조합의 요구에 따라 1988. 4. 15.경에는 정리대상자를 제외한 전직원에게 특별상여금을 100퍼센트씩 지급하고, 임금도 1인당 약 5만원씩 평균 11.91퍼센트나 인상하였으며, 같은 해 하반기에는 대졸신입사원 17명 및 기능직 사원 35명을 신규채용하였을 뿐만 아니라(같은 해 10. 4. 현재 이 사건 해고시보다 52명의 사원이 늘어났다)사원들의 시간외근무도 늘어나 사실. 영남화학의 인건비 부담률이 남해화학보다 높은 이유는 영남화학의 기구 및 인원이 방만한 점에만 기인하는 것이 아니라 남해화학은 수익성이 좋은 초안(淸安) 등 정밀화학사업을 하고 있는 점에도 기인하는 사실. 영남화학은 이 사건 해고를 할 당시에는 정부의 비료가 1물1가 정책이 발표되었을 뿐 농협의 비료구매가격은 구체적으로 결정되지 않았기 때문에(피고 소송대리인도 1989. 5. 3자 준비서면에서 당초 농협에서는 비료구매가격을 합리적으로 결정하여 주겠다고 영남화학에게 약속하였다고 주장하고 있다) 이 사건 해고 당시에는 영남화학의 1988년도 국내비료 매출이익이 전년도에 비하여 약 48억원이 감소되리라고 단정할 수는 없었던 사실. 또한 영남화학은 1988년도에 약 11억원의 적자를 기록하였으나, 같은 해 자산재평가를 실시함에 있어 유형고정자산에 대한 감가상각비를

전년도보다 약28억원 정도 많이 계상하였고 노사분규로 인하여 몇 달간 공장가동을 제대로 하지 못한 것도 적자를 기록하게 된 한 원인이 된 사실. 그리고 영남화학은 이 사건 해고 이후에 재산재평가를 실시하여 토지에서만 약 4백억원의 재평가 차익을 얻어 금융기관으로부터의 자금대출 등에서의 신용평가에 있어 유리한 여건이 마련되었고 1988년도에 자산재평가를 실시하지 아니 하였다면 순손이익계산상 약10억원의 흑자를 기록할 수 있었는데 영남화학이 이 사건 해고 당시 기구개편을 통한 인원정리의 경비절감효과를 연간 약8억8천만원으로 기대하였던 사실. 1988년도에 들어와 복합비료의 원료인 인광석, 염화칼리의 국제가격이 인상되었으나 같은 원료인 암모니아, 유황, 나프타 등의 가격과 공장 전기료가 인화되었고, 1988년도에는 비료수출가격이 상승하여 비료수출이 호조를 이루었던 사실. 1989년도에 영남화학이 실제 당기순손실액이 금 1백6억87만6백98원에 이르렀다고 하나 결산공고시의 그 액은 금 5억6천6백38만5천97원이었고 같은 해 위 회사의 토지평가가 금 1백억3천4백48만5천6백1원이나 증가되어 신용평가에 있어 유리한 여건이 마련되었으며 대량해고에 따른 노사분규로 인하여 몇 달간 공장가동을 제대로 하지 못한 것도 적자를 기록하게 된 한 원인이 된 사실. 영남화학이 1989년에 요소비료공장 등을 폐쇄한 이유는 석유화학단지 조성과도 밀접한 관련이 있는 사실을 인정할 수 있고……결국 위 인정사실에 의하면 영남화학의 새로운 경영진은 동 회사의 경영권을 인수한 직후 동 회사를 제대로 경영도 해보지 않은 채 적자경영이 예상된다고 판단한 나머지 원고 등을 해고하지 않으면 안될 긴박한 경영상의 필요가 없었음에도 불구하고 원고 등을 정리해고하였다고 봄이 상당하다 할 것이므로, 영남화학이 원고 등을 해고함에 있어 근로기준법 제27조 제1항 소정의 정당한 이유가 있다고 볼 수 없다고 할 것인즉, 나머지 점에 관하여 더 나아가 살펴볼 필요없이 피고 회사에 흡수합병된 영남화학이 원고 등에 대하여 한 이 사건해고는 당연무효라고 할 것이다.

다. 대법원의 판단 ; 대법원 1991. 12. 10선고, 91다8647

1) 제1점에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고 회사가 그의 1988. 4. 30.자 원고 신청자인 김종선, 김경희, 김지영, 김지연의 소송피수계인인 망 김범준과 나머지 원고들(이하 '원고들'이라고 한다)에 대한 정리해고처분이 정당하다고 주장함에 대하여 원고들은 부당하다고 주장하는 이 사건에 있어서 정리해고가 정당하다고 하기 위하여는 첫째 해고를 하지 아니하면 기업경영이 위태로울 정도의 급박한 경영상의 필요성이 존재하여야 하고, 둘째 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용, 자산매각 등 해고회피를 위한 노력을 다하였어야 하며, 셋째 합리적이고 공정한 정리기준을 설정하여 이에 따라 해고대상자를 선별하여야 하고, 그 밖에도 해고에 앞서 노동조합이나 근로자측과 성실한 합의를 거칠 것이 요구된다 할 것인데 이 중 위 첫째 요건은 원고들을 해고하지 아니하면 필연적으로 기업의 도산이 초래될 객관적 상황에 처하여 있는 고도의 경영위기상태에 있음을 의미한다라고 해석한 다음, 사실관계에 비추어 보면 피고 회사가 이 사건 해고시에 원고들을 해고하지 아니하면 필연적으로 기업의 도산이 초래될 객관적 상황에 처하여 있는 고도의 경영위기상태에 있었다고는 볼 수 없으므로 나머지 정리해고의 요건을 살필 필요없이 이 건 정리해고는 그 정당화 요건이 결여하여 부당하다고 판시하였다.

살피건대 정리해고의 요건으로는 원심설시의 위와 같은 요건이 필요한 것은 사실이나, 그 중 첫째 요건인 기업경영상의 필요성이라는 것은 기업의 인원삭감조치가 영업성적의 악화라는 기업의 경제적인 이유뿐만 아니라 생산성의 향상, 경쟁력의 회복 내지 증강에 대처하기 위한 작업형태의 변경, 신기술 도입이라는 기술적인 이유와 그러한 기술혁신에 따라 생기는 산업의 구조적 변화도 그 이유로 하여 실제 이루어지고 있고, 또한 그럴 필요성이 충분히 있다는 점에 비추어 보면 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 것에 한정할 필요는 없고, 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때에는 긴박한 경영상의 필요성이 있는 것으로 넓게 보아 주어야 함이 타당하다.

따라서 원심판결은 정리해고의 한 요건이 긴박한 경영상의 필요성에 관한 법리오해의 위법이 있어 판결의 결과에 영향을 미친 잘못이 있으므로 이 점을 지적하는 논지는 이유있다.

2) 제2점에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고 회사가 이 건 해고를 하지 아니하면 필연적으로 기업의 도산이 초래될 객관적 상황에 처하여 있는 고도의 경영위기상태에 있었다고 볼 수 없는 근거의 하나로, "피고 회사가 이 사건 해고시 원고 등을 해고하지 아니하면 필연적으로 기업의 도산이 초래될 객관적 상황에 처하여 있는 고도의 경영위기상태에 있었다면, 재벌기업으로서 이미 피고 회사의 주식 일부를 소유하고 있어 동회사의 실태를 잘 파악하고 있었던 동부그룹이 기준 임직원에 대한 신분보장을 약속하면서 동 회사의 주식 50퍼센트를 다른 재벌그룹의 응찰금액보다 약165억원이나 많은 금액인 약531억원에 인수하지는 않았을 것이라고 보는 것이 합당하다는 점"을 들고 있다.

그러나 원심이 동부그룹의 소외 동부석유화학주식회사 피고 회사를 인수하면서 피고 회사의 임원 및 직원의 신분을 보장하였다라고 사실인정함에 쓰인 증거인 갑 제1호증의 1(영남화학 주식 인수에 따른 문서제출), 2(주식매매계약서)의 각 기재에 의하더라도 피고 회사를 인수한 위 동부석유화학주식회사는 계약체결일 연재 동부화학주식회사에 재직하고 있는 임원과 직원의 승계를 보장한 사실을 인정할 수 있을 뿐 승계 이후 일정기간 정당한 이유에 의한 정리해고도 하지 않겠다고 보장한 사실마저 인정할 수는 없고 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거도 없는 이 사건에서, 위 갑 제1호증의 1,2의 각 기재로써 위 동부석유화학주식회사가 피고 회사를 인수할 당시 인수후의 정당한 정리해고마저 배제할 정도로 피고 회사의 경영상태가 그다지 심각한 상황이 아니었다라고 함부로 판단할 수는 없다.

따라서 원심판결은 위 갑 제1호증의 1,2의 각 기재를 잘못 해석하고 경험측, 논리측에 반한 판단을 하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있으므로 이를 지적하는 논지는 이유있다.

2. 判例의 動向과 分析

가. 정리해고의 정당화 요건

위에서 인용한 판결에서 볼 수 있듯이, 우리나라의 판례법상 형성된 정리해고의 정당화 요건은, 첫째 긴박한 경영상의 필요성이 있어야 하고, 둘째 해고회피를 위한 사용자측의 성실한 노력이 있어야 하며, 셋째 정리기준의 합리성과 선별의 공정성이 보장되어야 하고, 넷째 노동조합이나 근로자측과 성실한 협의를 거치는 등의 절차적 요건을 갖추어야 할 것의, 네 가지 요건으로 정리할 수 있다.

대부분의 학설도 이 입장에 친동하고 있다.²⁾

일반적으로 '긴박한 경영상의 필요성'이란 기업의 일정수의 근로자를 해고하지 않으면 도산될 위기에 있거나 경영악화로 사업을 계속할 수 없거나 적어도 기업재정상 심히 곤란한 처지에 놓일 개연성이 있을 경우를 말한다.

이 요건이 실무상으로 가장 많이 다투어지고 있는 정리해고의 정당화요건이 바, 학설의 입장은 다음과 같이 세 가지로 정리할 수 있다.

첫번째가 도산회피설의 입장인데, 이는 인원정리를 하지 않으면 기업의 존속 유지가 위태롭게 되는 경우에 한하여 그 필요성이 정리해고의 유효요건이 된다는 견해이다. 이 견해에 따르면 경영위기로 인한 정리해고를 하지 않으면 기업의 도산이 필연적이라는 객관적 상태에 놓여 있는 경우에 그 정당성이 인정된다. 우리나라와 일본의 일반적인 견해이고 종전의 법원과 노동부의 입장도 이에 따르고 있었다고 할 수 있다.

두번째가 합리성필요설의 입장인데, 도산회피까지는 이르지 않더라도 사용자가 인원정리를 결정한 것이 객관적으로 합리적인 것이라고 인정된다면 그 결정은 정리해고를 무효로 하는 것은 아니라는 견해로서 기업경영에 있어서의 사용자의 판단을 존중하는 견해이다. 뒤에서 살펴보는 바와 같이 최근의 법원 및 노동부의 입장과 유사하다 할 수 있다.

세 번째가 감량경영설의 입장인데, 기업경영상 인원정리를 하지 않으면 안될 경영부진에 빠져 있지 않은 상태에 있더라도 생산성향상, 이윤추구를 위하여 사용자가 인원정리의 결정을 할 수 있고 그 결정은 유효한 것으로 보는 견해이다. 이는 경영편면적으로 집단적 해고를 인정하게 되므로 우리나라의 현행 법률해석상으로는 무리가 있는 견해라 할 수 있다.

'해고회피노력'이란 긴박한 경영상의 필요에 따라 감원을 할 경우라고 사용자는 신의성실의 원칙에 입각하여 해고를 피하기 위하여 최근의 노력을 다한 후에 해고는 최후의 수단에 이루어져야 한다는 것이다. 해고 회피노력을 하였는지의 판단기준이 되는 것으로는 연장근로의

축소, 신규채용 중지, 일시휴직, 유기계약자와의 계약갱신 중단, 작업의 과학화·합리화, 전직·전보, 퇴직희망자 우선모집, 인원수당의 삭감, 경영방침의 개선, 경영진의 교체, 하도급의 해약 등을 들 수 있다.³⁾

긴박한 경영상의 필요가 존재하고 사용자가 해고회피노력을 다하였다고 하더라도 해고대상자 선정은 합리적이고 공평한 기준에 따라 차별없이 이루어져야 한다. 정리기준의 내용은 당해 근로자의 이익과 기업이익을 적절히 조화할 수 있도록 정하여야 한다. 당해 근로자의 이익과 관련된 기준으로는 근속기간, 연령, 가족상황 기타 경제적 상태(예컨대 수입이 있는 가족구성원의 수, 법정피부양자수, 배우자의 급료에 의한 생활이 충한 자, 재산상태) 건강상태 등을 들 수 있고, 기업이익과 관련된 기준으로는 근무능력, 자질, 능률성, 적응성, 경험, 거래선과의 관계 등을 들 수 있다.

이외에도 정리해고가 적법 유효하다고 인정되기 위해서는 사용자는 정리해고를 하기 전에 성의를 가지고 노동조합 또는 근로자측과 협의를 하지 않으면 안된다. 다시 말해 사용자는 왜 정리해고를 하지 않으면 안될 사정이 있는가에 관하여 의견을 교환하고 그들로부터 설득과 이해를 구하는 노력을 기울여야 한다. 이는 정리해고를 회피하거나 또는 최소한의 해고에 그치게 하거나, 그렇지 않으면 근로자에게 미칠 해고의 피해를 완화시키고자 하는 데에 목적이 있다.⁴⁾

나. 요건엄격론과 요건완화론

지금까지 우리나라의 학설과 대부분의 판례는 정리해고가 정당한 이유가 있어 유효한 것으로 되기 위해서는 위의 네 가지 정당화 요건을 모두 충족시켜야 된다고 엄격히 해석하고 있다(편의상 '요건엄격론'이라 하자).

이처럼 정리해고의 요건을 엄격하게 해석하여야 하는 이유는 실업보험이나 보상 등과 같은 사회보장제도가 전무한 상태에서 폐쇄적이고 연공서열적인 고용구조와 관행이 정착되어가고 있는 우리의 노동현실에서 한 번 해고를 당하면 재취업의 기회가 상당 정도 봉쇄되어 근로자의 생존의 기반이 상실되어 이러한 현상을 방지할 경우 사회불안이 조성되고, 나아가서는 자본주의체제 자체를 위협하게 될뿐더러 특히 근로자가 자신의 직접적인 귀책사유 없이 해고를 당하는 마당에는 기업의 사회적 책임을 강조하는 측면에서 보더라도 그 필요성이 있기 때문인 것으로 주장된다.⁵⁾

그런데 최근 서울민사지방법원 1990. 1. 18 선고, 86가합 4699 판결에서 "이 네 가지 요건 또는 요소는 각각 고정적인 것이 아니고 상호관련하에서 유동적인 것이라 할 것이므로 위 네 가지 판단기준은 각각 독립적인 것으로 작용하여 그 중 하나만 결하여도 해고가 무효로 되는 엄격한 의미의 요건이라고는 할 수는 없는 것이고 상호관련하에 전체적·총체적으로 고려할 판단기준으로서 정리해고의 정당한 이유를 판단함에 있어 고려하여야 할 많은 요소 중 유형화되어 있는 중요한 고려요소라 하여야 할 것"이라고 판시함으로써, 이른바 정리해고의 4 요건을 '유형화된 고려요소'로 격하시켜 정리해고의 요건을 완화하고 있다(편의상 '요건완화론'이라 부르자). 이와 맥락을 같이하는 최근의 소수설 중 해고회피노력 의무는 해고를 정당화하는 요건이 아니라 해고의 효력을 저지하는 요건에 불과하고 사용자의 사전적 협의의무 역시 정당성 판단의 고려요소에 불과하다고 주장하는 이도 있다.⁶⁾

이러한 견해는 산업구조 조정기에 조직 또는 직제개편이 불가피하고 불황을 맞아 기업도산이 속출하는 현실을 감안하여 정리해고의 요건을 탄력적으로 해석함으로써 기업들의 산업합리화에 수반되는 감원조치를 용이하게 허용해 주기 위한 해석론이라 할 수 있을 것이다.⁷⁾

다. 소결-판례와 노동부의 입장 변화

위의 동부화학 사건은 주로 '긴박한 경영상의 필요성'이라는 첫번째 요건에 관련한 사인이고 사건 자체가 꽤나 복잡할 뿐더러 고려해야 할 정보변수가 많아 원심법원 또는 대법원의 입장 중 어느 것이 합당한가를 판별하기가 용이하지 않다고 할 수 있다.

필자가 동일한 사실관계를 두고 결론적 판단을 전혀 달리한 이 사건을 인용한 이유는 당해 사건의 당부당(當不當)을 논별하자는 의도는 아니다. 정리해고에 관한 요건이 정립되어 있다 하더라도 각 요건 자체가 불확정적인 개념요소를 많이 내포하고 있는 관계로 논자에 따라 그 평가가 달라질 수 있을 가능성을 배제할 수는 없다. 그런데 우리의 법원판결을 보면 시계열적으로 일정한 경향성을 발견할 수 있다는 점이 주목된다. 우선 판례의 동향을 간단히 일별해 보기로 한다.

우리나라에서 정리해고의 네 가지 요건을 처음으로 제시한 대법원 판결은 1989년의 삼익건설 사건⁸⁾이라고 할 수 있다. 그 이전에도 경영합리화 등으로 인한 감원에 관련한 정리해고 사건이 없었던 것은 아니지만⁹⁾, 정리해고의 요건을 세분화하는 입장에서 다른 것은 아니고 전반적인 사정을 고려하여 정리해고의 정당성 여부를 판단하는 입장을 취하였다.¹⁰⁾

이 판결은 종래의 일본의 하급심과 학설을 통하여 정리해고를 비교적 엄격하게 제한하는 입장에서 다루어져 온 정리해고의 유효 4요건론을 채용하여 이를 최종 법률심에서 선언한 것으로서 정리해고의 유효요건에 대한 논의의 종지부를 찍은 것으로 평가하기에 족할 정도로 중요한 의미를 지닌다고 할 수 있다.¹¹⁾

동 판결에서는 정리해고의 첫 번째 요건인 '긴박한 경영상의 필요성'의 의미를 "근로자를 해고하지 아니하면 기업경영이 위태로울 정도의 급박한 경영상의 필요성이 존재하는 경우"로 한정하여 매우 제한적으로 해석하고 있으며, 해고회피를 위한 구체적인 방법을 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용을 열거하고 있다. 이후 위 동부화학 "사건의 원심판결, 1991. 3.의 대림산업" 사건¹²⁾에 이르기까지는 법원은 요건엄격론의 입장에서 정리해고를 정당성을 인정하는 데 인색한 편이었다.

그러나 위 동부화학의 대법원 판결 이후에는 몇몇 정리해고 사건에서 근로자의 청구를 기각하고 정태하고를 행한 회사에 유리한 판결을 내리는 경향을 발견할 수 있다.

동진 사건에서 1992. 5.의 대법원 판결¹³⁾은, 위 동부화학 사건과 마찬가지로 '긴박한 경영상의 필요성'의 요건을, "반드시 기업도산을 회피하기 위한 것에 한정할 필요는 없고 인원의 삭감의 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때"라고 넓게 해석함으로써(이른바 합리성필요설의 입장), "기업경영이 위태로울 정도의 긴박한 경영상의 필요성"(이른바 '도산회피설'의 입장)이 존재하지 않는다고 판단하여 정리해고의 정당성을 부정한 1990. 11.의 원심¹⁴⁾을 파기하고 있다. 특히 정리해고에 관한 절차적 요건을 무의미하게 만들 소지가 다분한 판결이 나타나고 있다.

소송물을 달리하는 1992. 8.의 동부화학 사건¹⁵⁾에서 "비록 원고들과 해고에 앞서 성실한 협의를 거치지 않았다고 하더라도 노동조합과 합의를 거쳤으며 나머지 세 요건을 충족시키기 때문에, 이를 전체적·종합적으로 고려하여 보면 이 건 정리해고는 유효하다고 보아야 한다." 취지는 판단을 하고 있고, 이어 1992. 11.의 삼익주택¹⁶⁾사건에서는 "정리해고의 실질적 요건이 충족되어 해고의 실행이 시급하게 요청되고 한편 근로자들을 대표할 만한 근로자집단도 없고 취업규칙에도 근로자측과의 협의 조항이 없으며 또한 해고대상 근로자들에 대하여 해고조치 이외에 마땅한 대안이 없는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 근로자측과 사전협의절차를 거치지 아니한 정리해고도 유효하다"는 취지의 판단을 내리고 있다.

위 두 판결은 형식적으로 보면 정리해고의 절차적 요건을 정식으로 폐기한 것이라고는 볼 수 없지만 실질적으로는 이를 형해화(形骸化)시키고 있다. 왜냐하면 전자의 사건에서 노동조합과 협의를 거쳤다고 하는 사실은 동 사건에서 조합원과 피해고근로자들과는 이해가 정면으로 상반되기 때문에(조합원들은 해고대상에서 제외되었음) 사용자가 해고근로자 당사자의 설득과 이해를 구하는 성실한 노력을 다하였다고 볼 수 없고, 후자의 사건에서도 위 절차적 요건은 단체협약이나 취업규칙에 관련규정이 없더라도 신의칙상 요구되는 요건이고 또한 공식적인 근로자대표기관이나 조직이 없다는 사실이 일시적인 해고자집단과의 성실한 협의의무를 면제시켜 주는 것은 아니기 때문이다.

이러한 판례의 입장 변화는 최근 수출부진과 경기침체에 따른 기업도산의 증가, 산업구조 조정으로 인한 경영합리화의 필요성 등의 제반사정을 고려한 것으로 보인다. 그러나 다른 한편으로는 우리 헌법상 보장된 생존권, 근로권의 이념이나 이를 구체화한 근로기준법의 규범내용을 소홀히 취급한 측면이 있다는 점을 부정할 수는 없다.

판례가 아직은 요건완화론에까지 이르렀다고는 할 수 없지만 현재의 상태에서도 정리해고에 관한 법 감정에 많은 변화를 초래하고 있다.

이를 반영하듯 노동부는 1992. 1. 3.자의 「경영합리화등 기업사정으로 인한 해고요건보완지침」을 통해 '긴박한 경영상의 필요'의 해석과 관련한 종전의 행정지침을 변경하게 된다.

1984년의 행정지침¹⁷⁾에 따르면 정리해고를 할 수 있는 회사측 사유로서 "감원을 하지 않으면 회사가 도산할 위기에 있거나 경영악화로 사업을 계속할 수 없다고 인정되는 경우 또는 불가피한 사유에 의한 일부작업부서의 폐쇄로서 동 부서 근로자를 타부서에 전직시켜 사용할 수 없는

특별한 사정이 있다고 인정되는 경우나 사업이 폐지되는 경우 등"으로 엄격히 해석하였을며, 이 후에도 이 입장은 견지되어 왔다.¹⁸⁾

그러나 새로운 지침에서는 "감원을 하지 않으면 회사가 도산할 위기에 있거나 경영악화로 사업을 계속할 수 없다고 인정되는 경우 등 경제적인 이유뿐만 아니라 생산성의 향상, 경쟁력의 회복 내지 중강에 대처하기 위한 작업형태의 변경, 신기술의 도입이라는 기술적인 이유와 그러한 기술혁신에 따라 생기는 산업의 구조적 변화 등을 이유로 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때"에도 정리해고를 인정하는 식으로 입장을 변경하게 된다.

이는 정리해고의 기준 중 경영상의 판단기준을 대폭 완화시킴으로써 최근 들어 우리나라의 수출경쟁력 약화와 경기침체를 이유로 많은 기업들이 휴·폐업 및 기업의 도산하는 것을 막고 경영현실을 감안하여 기업의 감량경영의 자구책을 마련해 주자는 종전의 입장을 바꾼 것으로 풀이할 수 있다.¹⁹⁾

정리해고의 문제를 다룸에 있어 불가불 야기되는 근로자의 생존권, 근로권과 사용자의 경영권의 충돌을 어떤 입장에서 조화시키고 적절한 규제의 기준을 세울 것인가는 당시의 경제상황과 사회여건에 따라 일률적으로 단정할 수 없는 바라이어티를 가짐을 부정할 수는 없다.²⁰⁾ 김상준 판사가 적절히도 지적하다시피, 정리해고 대한 문제는 어쩌면 근대산업사회의 근간이 되어 온 자본주의적 경제질서 유지를 위하여 자본주의적 모순을 극복하는 방법론을 추구함에 있어 불가피하게 직면하게 되는 첨예한 이해의 대립상 한가운데 놓여 있는 것²¹⁾이라 할 수 있다.

이러한 측면에서 본다면 위에 인용한 동부화학 사건을 접하는 원심법원과 대법원의 고충을 어느 정도 이해할 수도 있을 것이다. 필자는 이 난제를 이 책을 통해 직접 해결해 보려고 시도하지는 않는다. 정리해고에 관한 4요건은 일용의 기준으로 자리잡았지만 그 구체적 내용이나 규범력의 정도에 관해서는 앞으로 더 많은 연구와 논의가 필요할 것이다. 어쩌면 정리해고에 관한 논의는 이제부터가 시작이라 해도 과언이 아니다. 필자는 그 단초로 선진국에서 정리해고의 문제를 합리적으로 처리하기 위하여 어떠한 노력을 기울이고 있고 법제도적인 보완책을 강구하고 있는가를 보여주고자 한다. 이 책에서는 그 대상국가로 일본, 미국, 영국, 프랑스, 독일을 골랐다. 그리고 국제노동기구의 협약과 권고안도 소개하고 있다.

주석1) 위에서 사건의 개요를 요약하였기 때문에 이하에서는 법원의 판단부문만 인용하는 것이 바람직하다고 할 수 있지만, 동 사건이 매우 복잡하고 또 정리해고의 정당성을 판별함에 있어 개개 사실들이 나름의 비중을 갖고 있다고 사료되어, 산뜻하지는(?) 않지만 사실부문도 전제하기로 한다. 대신 법원의 판단부문은 필자가 밑줄을 치기로 한다.

주석2) 김유성, 『정리해고의 법리, 『노사관계』, 제1권 제1호, 한국노사발전연구원, 1990. 232쪽; 김재진, 『통상해고, 징계해고, 정리해고』, 『근로관계소송상의 제문제(上)』, 법원행정처, 1987. 254쪽; 오창수, 『정리해고의 유효요건』, 『판례월보』, 229호, 1989. 10. 56쪽 이하; 정재정, 『정리해고 규제에 관한 연구』, 서울대학교 석사학위 논문, 1984. 38쪽 이하; 하갑래, 『근로기준법』, 중앙경제사, 1992. 540쪽.

주석3) 하갑래, 『근로기준법』, 중앙경제사, 1992, 545쪽.

주석4) Yemin, Workforce Reductions in Undertakings ILO, 1982. p. 7.

주석5) 김유성, 앞의 논문, 231~232쪽.

주석6) 김소영, 「해고사유에 관한 연구」, 고려대학교 박사학위 논문, 1991, 209쪽.

주석7) 위의 지법판결과 소수설은 요건완화론을 뒷받침하는 논거를 명확하게 제시하고 있지는 않고 있다. 참고로 후술하는 바와 같이, 일본에서는 일본 최고재판소 산하 事務總局 行政局은 1986년 「整理解雇等關係事件執務資料」라는 자료집을 발간하였는데, 여기서 행정국은 종래의 정리해고 유효성의 필요충분조건으로 인식되어 오던 독립적인 요건을 모두 해고권 남용 판단에 고려할 요소를 유형화한 것에 불과한 것이라고 함으로써 기존의 학설·판례를 본질적으로 변경하고 있는데, 이 입장이 양향을 받지 않았나 싶다. 金尙準, 「整理解雇에 대한 司法的 統制法理의 研究(下)」, 『法曹』, 제413호, 1991, 258~64쪽.

주석8) 대법원 1989. 5. 23. 선고, 87다카2132 판결. 부록 참조.

주석9) 대법원 1966. 4. 6. 선고, 66도204 판결; 동 1969. 3. 31. 선고, 69다69 판결; 동 1970. 5. 26.

선고, 70다523, 524 판결; 동 1979. 12. 26. 선고, 79누306 판결; 동 1989. 2. 28. 선고, 88다카11145 판결.

- 주석10) 이상덕, 「정리해고에 대한 최근의 논의」, 『분기별 노동동향분석』, 제5권 제1호, 한국노동연구원, 1992. 119쪽.
- 주석11) 김상준, 앞의 논문(상), 78~79쪽.
- 주석12) 대법원 1990. 3. 13. 선고, 89다카24445 판결. 동 판결은 위 1989년의 삼익주택 판결내용을 그대로 인용하여 정리해고 유효 4요건을 재천명하고 있다. 다만 구체적인 판시내용 중 해고회피 노력의 방법에 배치전환을 하나 더 포함시키고, 노동조합 또는 근로자측과의 사전협의를 함에 있어 적절한 통지를 할 것과 같은 행위유형을 추가로 보충하고 있다. 부록 참조.
- 주석13) 대법원 1992. 5. 12. 선고, 90누9421 판결, 부록 참조.
- 주석14) 서울고법 1990. 11. 1. 선고, 89구117354 판결.
- 주석15) 대법원 1992. 8. 14. 선고, 92다16973 판결, 부록 참조.
- 주석16) 대법원 1992. 11. 10. 선고, 91다 19463 판결, 부록 참조.
- 주석17) 근기 1451-24180, 1984. 12. 10
- 주석18) "사용자가 경영상의 사유로 근로자를 해고할 경우 해고의 정당성은 해고를 하지 않으면 기업의 도산이 필연적이라는 객관적인 상태에 있어야 하며 해고회피의 노력의무를 성실히 이행한 경우에만 인정될 수 있다."(근기 01254-14287, 1986. 8. 30.)"사용자는 근로자에 대하여 근로기준법 제27조에 의거 정당한 이유없이 해고하지 못하는 바, 사용자가 심각한 경영위기를 모면하기 위하여 해고하는 것은 부당한 해고라고 할 수 없을 것이나 이러한 경우에도 해고를 하지 않으면 기업의 경영위기가 필연적이라는 객관적인 상태에 있어야만 정당성이 인정될 수 있을 것이다"(근기 01254-1163, 1987. 1. 24) .
- 주석19) 경제단체협의회, 『경영환경변화와 정리해고』, 1992.
- 주석20) 김상준, 앞의 논문, 77쪽.
- 주석21) 김상준, 앞의 논문, 77쪽.

第3節 우리나라에서 整理解雇의 現況

정리해고의 실태와 관련한 공식적인 통계는 나타나 있지 않다. 다만 全經聯 부설 한국경제연구원에서 행한 표본조사를 통해 보면, 우리나라에서의 정리해고는 주로 불경기에 기인하고 있음을 알 수 있다. 동 표

<표 1-1> 정리해고의 요인별·직종별 감원 인원수

(단위:명)

		단 순 직		기 능 직	
		남 자	여 자	남 자	여 자
자 동 차	1988	36	108	165	-
	1989	108	163	180	105
	1990	61	123	201	1
불 경 기	1988	148	395	124	114
	1989	198	337	140	34
	1990	124	253	197	23
자 동 차 및 불 경 기	1988	-	100	-	-
	1989	-	200	-	-
	1990	50	200	-	-

자료: 朴麗媛, 『해고제한규정과 기업의 노동력조정』, 한국경제연구원, 1991. 7. 27쪽.

본조사는 168개 제조업체 사업장을 대상으로 1990년에 실시된 것이다(표 1-1 참조). 기업 내부에서 잉여인력의 문제가 대두되었을 경우 그 대책으로, 부서간 재배치, 근로시간 단축, 타사에 취업알선 등의 방법을 주로 사용하는 것으로 나타났다(표 1-2).

<표 1-2> 인원정리의 경우 기업의 대책

(단위: %)

	전 체	규 모 별		업 종 별	
		대 기 업	중 소 기 업	제 조 업	비 제 조 업
근로시간 단축	24.0	21.2	26.5	26.6	12.5
부서간 재배치	50.0	55.1	45.4	48.8	55.4
정리해고	3.9	3.4	4.3	3.5	5.4
타사에 취업알선	17.9	16.1	19.5	18.3	16.1
기 타	4.2	4.1	4.3	2.8	10.7
전 체	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0

자료: 鄭壽, 『신규인력 채용동태 및 전망조사』, 1992. 7. 41~42쪽.

규모별로 보면 중소기업은 대기업에 비해 '근로시간 단축'이나 '타사에 취업알선'의 채택 비율이 더 높았다. 업종별로는 비제조업이 제조업에 비해 '부서간 재배치'방법을 더 많이 선호하는 반면, 제조업은 '근로시간 단축'을 통한 잉여인력 해소를 보다 많이 채택하고 있는 것으로 나타나고 있다.

위의 통계표에는 신규채용 등의 수치를 반영하고 있지 않은 듯하다. 이에 반해 앞의 한국경제연구원의 표본조사에 따르면, 노동력감소 방법으로 신규채용중지 등의 자연감소가 가장 많이 사용되고 있음을 알 수 있다.(표 1-3 참조).

정리해고의 필요가 있을 경우 해고대상자를 어떻게 선정하고 있는지를 살펴보면 <표 1-4>가 보여주듯이 ① 징계사실이 있는 자 및 부적격자 ② 근무태도가 불량한 자 ③ 기구축소에 따른 관련부서 근무자 등의 순으로 나타나고 있다.

정리해고는 단순히 경영합리화의 방편으로 편의적으로 다루어질 수 없기 때문에 노사간에 정리해고의 요건, 선정기준, 절차 등에 관하여 단체협약 또는 취업규칙에 협정해 놓는 것이 바람직하다 할 수 있다.¹⁾

한국경제연구원의 표본조사에 따르면, 표본 168개 사업체 중 110개, 약65.5퍼센트가 감원조항이 있는 것으로 나타나고 있다. 이를 업종별로 보면 조립금속업종이 가장 많고 다음으로 섬유업종과 석유·화학업종의 순으로 나타난다. 규모별로는 500인 이상의 대규모업체가 가장 많고, 다음으로 100~299인 규모순으로 보여지고 있다(표 1-5 참조).

<표 1-3> 기업의 노동력 감소 방법

	경험	계획	경험·계획	전체
조업 단축	10	8	19	37
임시직 감축	2	6	12	20
조기 퇴직	2	3	5	10
자연 감소	9	1	58	68
전환 배치	7	7	29	43
교육	1	7	6	14
취업 알선	2	2	3	6

자료: 朴慶城, 앞의 책, 19쪽.

<표 1-4> 정리해고자 선정방법

(단위: 사업장수)

내 용	단체협약 등 정리해고 조항		전체
	유	무	
회사의 하청업무 가능부서 근무자	5	1	6
폐쇄라인 근무자	9	2	11
기구축소에 따른 관련부서 근무자	10	3	13
정계사실이 있는 자 및 부적격자	12	4	16
휴직 사실이 있는 자	-	-	-
근태불량한 자	10	4	14
근속기간이 긴 자	1	2	3

<표 1-5> 업종별·규모별 감원해고조항이 있는 경우

	(단위: 사업장수)				
	~99	100~299	300~499	500~	전 세
음식료품	4	3	3	4	14
섬유·의복 및 가죽	3	1	3	9	16
목재·종이	2	4	1	-	7
석유·화학	5	6	3	2	16
비철금속	1	5	4	4	14
제1차금속	-	1	2	4	7
조립금속·기계장비	3	10	5	15	33
기 타	-	1	1	1	3
전 세	18	31	22	39	110

자료: 朴慶炫, 앞의 책, 25쪽.

주석 1) 경총이나 노총의 「표준단체협약」 안에서도 이를 각각 규정해 놓고 있다.

<경총의 표준단체협약>

제29조(인원정리) 회사는 기업의 양도 또는 업무상 부득이한 사유로 인원의 일부 또는 전부를 정리코자 할 때에는 늦어도 30일 전에 조합에 통지하고, 조합과 협의한다.

<노총의 단체협약 기준>

제59조(회사폐업, 축소, 이전으로 인한 정리해고 및 감원) ① 회사는 경영 및 제반 사항을 이유로 회사를 폐업·축소·이전할 경우 이로인해 발생하는 해고 및 감원의 충격을 최소화하기 위해 3개월 전에 이를 조합에 예고해야 하고 그 구체적 사항에 관해서는 조합과 협의한다.

② 회사는 회사의 폐업·축소·이전으로 인한 해고 및 감원이 발생할 시 일체의 체불임금을 통화로써 청산하고 조합원이 생계보장과 직장 이전을 위한 준비금으로 통상임금의 6개월분을 전조합원에게 지급한다.

③ 제2조항의 조치에도 불구하고 자퇴자가 감원계획 인원에 미달할 때는 비조합원, 임시직원, 수습직원, 단기근속자의 순위로 정리한다.

第2章

各國의 制度

第1節 國際勞動機構(ILO)

國際勞動機構(ILO)는 일찍이 정리해고에 관한 특수한 규율방법을 강구해 왔다. 1963년 제47차 국제노동회의(International Labor Conference)에서 제119호 「사용자 주도에 의한 고용종료에 관한 권고」를 채택하였고 그후 70년대 말의 입법조사를 거친 후에 1982년 제68차 국제노동회의에서 제158호 「사용자 주도에 의한 고용종료에 관한 협약」(Convention concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer)을 통과시켰다. 동시에 제119호 권고를 보충하여 제166호 권고를 채택하였다. 동 협약에서는 정리해고의 절차적 규제에 관한 내용을 담고 있으나 권고안에는 해고회피조치와 해고선정기준 및 해고영향경감조치 등에 관한 규정도 마련하고 있다. 동 협약상의 절차적 규제는 근로자대표와의 협의와 관할기관에의 통지이다.

1. 勤勞者代表와의 協議

동 협약 제6조에서는, 사용자가 경제적·기술적·구조적 또는 이와 유사한 이유로 인한 고용종료를 고려하는 경우에는 다음 사항을 준수하여야 한다고 규정하고 있다.

① 고려중인 고용종료에 대한 이유, 그로 인하여 영향을 받을 우려가 있는 근로자의 종류 및 고용종료가 수행되는 데 걸릴 예상기간을 포함한 관련정보를 관련근로자대표에게 충분한 시간을 두고 제공하여야 한다.

② 당해 종료를 회피하거나 또는 최소화시키기 위하여 취한 조치 및 대체고용을 제공하는 등 관련근로자에게 어떠한 종료에 미치는 역효과를 완화시키기 위한 조치에 관하여 관련근로자대표와 가능한 한 빠른 시일내에 협의할 기회를 국내법률 및 국내관행에 따라 부여하여야 한다.

협의의 대상이 되는 문제로서 1963년 제119호 권고 제13조에서는 노동력감축을 피할 수 있는 조치, 시간외노동의 제한, 훈련 및 재훈련, 부서이동, 일정기간에 걸친 해고의 분산, 노동력의 감축으로 인하여 관련근로자에게 미칠 영향을 최소화하기 위한 방법, 감축대상이 될 근로자의 선정 등을 예시하고 있다.

또한 1982년의 제166호 권고 제20조에서도 "사용자는 解止를 수반하기 쉬운 생산, 계획, 조직, 구조 또는 기술상의 주요한 변경의 도입을 계획하는 경우에는 특히(inter alia) 그와 같은 변경의 도입, 변경에 의하여 발생할 수 있는 경향 및 그와 같은 변경에 의한 불리한 영향을 회피 또는 경감하기 위한 조치에 대하여 가능한 한 빠른 시일내에 관련근로자대표와 협의하여야"하고, "관련근로자대표가 협의에 효과적으로 참여할 수 있도록 사용자는 계획된 주요한 변경 및 그러한 변경에 의하여 발생할 수 있는 영향에 관한 모든 관련정보를 적절한 때에 관련근로자대표에게 제공하여야 한다"고 하는 보충규정을 마련하고 있다.

2. 管轄機關에의 通知

동 협약 제14조에서는 "경제적·기술적·구조적 또는 이와 유사한 이유로 인하여 사용자가 고용종료를 고려하는 경우 사용자는 국내법률 및 국내관행에 따라 이를 가장 빠른 시일 내에 관할기관에 통지하여야 하며, 고용종료 이유에 대한 서면통지, 영향을 받을 것으로 예상되는 근로자의 종류 및 수 그리고 당해 고용종료가 수행되는 기간 등을 포함하는 관련 정보를 함께 제공하여야 한다"라고 규정함으로써 일반적인 정리해고에 대해서도 관할기관에 통지하도록 하고 있다.

관할기관은 해고영향을 경감시킬 수 있는 조치를 채택할 것을 권고하고 있다.(166호 권고 제17조, 제25조, 제26조 ; 제119호 권고 제17조)

3. 解雇回避努力

동 협약에서는 이에 관한 구체적인 규정이 없으나 1963년의 권고 채택시부터 ILO는 이 문제에 관심을 보이고 있다. 1963년의 제119호 권고 제12조에서 "모든 관련당사자는 기업, 사업장, 사업의 효율적 운영을 저해함이 없이 적절한 방법을 채택함으로써 가급적 노동력의 감축을 피하거나 최소화하기 위하여 적극적 조치를 취하여야 한다"고 선언한 이후 1982년의 제116호 권고에서는 이를 구체화하여 해고회피조치로서 채용의 제한, 일정기간에 걸친 노동력의 자연감축, 배치전환, 훈련 및 재훈련, 적절한 소득보장을 수반한 조기희망퇴직, 연장근로의 제한과 정규근로시간의 단축을 예시하고 있다.(동 권고 제21조)

이 경우 정규근로의 일시적 단축으로 인한 임금손실분에 대한 부분적 보상을 고려할 것을 권고하고 있다.(동 권고 제22조)

4. 解雇選定基準

피해고근로자의 선정은 미리 설정되고, 기업 및 사업의 이익과 근로자의 이익을 적절히 고려한 기준에 따라 행하여질 것을 권고하고 있다(동 권고 제23조). 구체적인 판단기준으로 ① 기업의 능률적 운영상의 필요성 ② 개개근로자의 능력, 경험, 기술, 직업적 자격 ③ 근속연수 ④ 연령 ⑤ 가족관계 등을 예시하고 있고, 이러한 기준들의 순위와 상대적 비중은 국내법과 관행에 따라 정해질 것을 권고하고 있다(1993년의 제119호 권고)

5. 解雇影響 輕減措置

경제적·기술적·구조적 이유로 인해 해고된 근로자를 위해 필요한 조치를 강구할 것을 권고하고 있다.

동 권고 제25조에서는 해고근로자를 지체없이 다른 회사에 취업시키기 위하여 정부나 사용자가 공히 노력할 것을 규정하고 있다.

① 경제적·기술적·구조적 또는 이와 유사한 이유에 의한 고용해지의 경우 관할기관은 가능하다면 사용자 및 관련근로자대표의 협력을 얻어, 당해 근로자를 가능한 한 빠른 시일내에 적당한 경우에는 훈련 또는 재훈련을 시켜, 다른 적당한 고용으로 전환시킬 수 있도록 국내조건에 맞는 조치를 채택하고 추진하여야 한다.

② 당해 근로자가 다른 적당한 고용을 찾을 수 있도록 사용자는 가능하다면, 예컨대 다른 사용자와의 직접교섭을 통하는 방식으로 도와주어야 한다.

그리고 동 권고 제26조에서는 피해고근로자의 소득보장 등에 관해서도 규정하고 있다.

① 경제적·기술적·구조적 또는 이와 유사한 이유에 의한 고용해지의 불리한 영향을 경감시키기 위하여 훈련 또는 재훈련 기간중의 소득보장과 함께 훈련·재훈련과 관련한 비용 및 고용발견과 채용과 관련된 비용의 일부 또는 전부의 보상을 제공하는 문제를 고려하여야 한다.

② 관할기관은 위 조치의 전부 또는 일부를 원조하기 위하여 국내법령 및 국내관행에 따라 재원을 제공하는 것을 고려하여야 한다.

이 외에도 재고용시의 우선권을 확보해 줄 것을 권고하고 있다(동 권고 제24조).

경제적·기술적·구조적 또는 이와 유사한 이유에 의하여 고용을 해지당한 근로자가 재고용을 희망한다는 의사표시를 이직후 소정의 기간내에 하였다면, 사용자가 동등의 자격을 가진 종업원을 다시 채용할 경우에는 당해 근로자에게 재고용의 우선권이 주어져야 한다.

第 2 節 日本

1. 判例를 통한 法形成

일본은 우리와 마찬가지로 정리해고에 관한 특수규율을 하는 입법을 가지고 있지 않기 때문에 整理解雇法理는 관례에 의해 형성, 발전되었다.

일본에서는 일찍이 제2차 세계대전후 기업정비에 따른 대량의 인원감축이 있었기 때문에 이에 따라 발생한 분쟁이 법원에서 소송의 형태로 제기되긴 하였지만 정리해고의 요건이 보다 구체적으로 정립된 것은 1970년 오일쇼크 이후의 하급심 판례를 통해서였다¹⁾. 아직까지도 최고재판소의 완결된 법률 판단은 보여지지 않고 있지만 그간 무수한 사건을 통해 정리해고에 관한 엄격한 기준이 확립되어 왔다. 일본에서 최초로 4요건론을 들고 있는 판결은 長岐地裁 大村支部 1975. 12. 24 판결의 판시 내용은 다음과 같다.

"당해 정리해고가 권리남용으로 되는가 아닌가는 주로 다음의 관점에서 고찰하여 이를 판단하여야 한다고 풀이된다. 즉 첫째로 당해 해고를 하지 아니하면 기업의 유지존속이 위태롭게 될 정도로 긴박한 필요성이 있어야 하고, 둘째로 종업원의 배치전환이나 일시키가제 또는 희망퇴직자의 모집 등 근로자로 하여금 해고보다 고통이 적은 방책에 의하여 잉여노동력을 흡수하는 노력이 이루어져야 하며, 셋째로 노동조합 내지 근로자(대표)에 대하여 사태를 설명하여 이해를 구하면서 인원정리의 시기, 규모, 방법 등에 관하여 근로자측의 납부를 얻을 수 있도록 노력을 하여야 하고, 넷째로 정리기준 및 그에 기한 인성방식이 객관적·합리적인 것이어야 한다."

이후 판례의 주류는 엄격한 기준에 입각하고 있다고 할 수 있다. 그러나 각 하급심 판결마다 견해의 차이가 크고 다양하여 그 결과 개별적 해고에 관한 법리에 비하여 일관성 있는 법리가 판례를 통해 확립되었다고 보기에는 무리가 있다고 지적하는 이도 있다.²⁾

그리고 최근 종신고용제가 퇴조의 기미를 보이고 轉職의 기회가 널리보장되고 사회보장제도의 확충으로 해고근로자의 생계유지의 곤란성이 종래에 비해 줄어들게 되고 아울러 근로자들의 직업관이 변화하게 됨에 따라, 종래의 4요건론과 같이 기업이 경기변동에 대응하는 탄력성을 제한하는 해석론에 의문을 제기하고 정리해고의 요건보다 완화하는 방향으로 해석하고자 하는 움직임이 보인다. 그 대표적인 예가 후술하는 바의 최고재판소 사무총국 행정국의 견해이다. 이하에서는 우선 전통적인 4요건론에 관해서 구체적으로 살펴보기로 한다.

2. 整理解雇의 要件

가. 정리해고의 필요성

정리해고가 이루어지기 위한 發端은 기업내에 인원정리를 하지 않으면 아니될 사정이 있어야 하는 것인바, 일본에서는 이를 정리해고의 필요성 또는 인원정리의 필요성이라고 하는 요건으로 설명되고 있다.

保原喜志夫 교수에 의하면 정리해고 필요성의 판단기준과 관련하여 일본 하급심 판결을 다음과 같이 다섯 가지 유형으로 분류할 수 있다고 한다.³⁾

- ① 정리해고에 관한 기업경영상의 합리성이 인정되는 경우에는 법률, 협약 등의 명문의 해고금지규정에 위반되지 않으면 정리해고의 필요성이 인정된다는 판례
 - ② 기업에 큰 경제적인 마이너스 요인이 있어서 정리해고 이외의 방법으로는 그것을 제거하기가 현저히 어려운 경우에 정리해고의 필요성이 인정된다는 판례
 - ③ 기업 전체로서 적(敵)이며, 심한 경영위기를 맞아서 정리해고 이외의 위기타개방법이 없는 경우에 정리해고의 필요성이 인정된다는 판례
 - ④ 정리해고의 필요성이 인정되기 위해서는 누군가를 해고시키지 않고서는 도산에 반드시 이르게 되는 경우이거나, 가까운 장래에 근로자와 사용자가 함께 망하게 되는 것이 예견되는 사태에 이르러야 한다는 판례
 - ⑤ 정리해고의 필요성이 인정되기 위해서는 해고를 하지 않으면 기업이 반드시 도산에 이르는 상황에 있을 것이 요구된다는 판례
- ①과 ⑤의 유형은 극히 드물며 ②, ③의 유형이 주종을 이루고 있다. 학설상으로 정리해고의 필요성에 관하여 倒産回避說에서 合理性必要說에 이르기까지 다양한 논의가 이루어져 왔지만 아직 통설적 입장을 찾기가 힘들 정도로 이 문제의 해석론적 해결은 至難하다고 하지 않을 수 없는바⁴⁾, 이하에서는 1979년 같은 해 위의 ②, ③, ④의 유형을 대표할 만한 판결이 동시에 나와 다른 견해에 대한 비판까지 판결문에 담고 있어 이를 소개하기로 한다.

1) 原洋酸素 事件⁵⁾

해고가 취업규칙에서 말하는 '부득이한 사업의 필요에 의한' 것에 해당할 수 있는가 아닌가는 필경 기업측 및 근로자측의 구체적 실정을 종합하여 해고에 이른 것이 부득이한 객관적·합리적 이유가 존재하는가 아닌가에 귀착하는 것이며... 특정의 사업부문의 폐쇄에 수반하는 사업부문에서 근무하는 종업원을 해고함에 관하여 그것이 '부득이한 사업상의 필요'에 의한 것이라고 할 수 있기 위하여는 ... 위 사업부문을 폐쇄하는 것이 기업의 합리적 운영상 부득이한 필요에 기한 것이라고 인정되는 경우일 것 ... 이라고 해석하는 것이 상당하다. 이상의 요건을 넘어의 사업부문의 조업을 계속하는 때 또는 위 사업부문의 폐쇄에 의하여 기업 내에서 생기는 과잉인원을 정리하지 아니하고 방치하는 때는 기업의 경영이 전체로서 파탄하고, 나아가서는 기업의 존속이 불가능에 이르는 것이 명백한 경우가 아니라면 종업원을 해고할 수 없다고 하는 견해는 동조할 수 없다. 생각컨대... 자본주의 경제사회에 있어서는 일반적으로 사기업은 채산을 무시하여 사업활동 및 고용을 계속해야 할 의무를 부담하는 것은 아니고, 또 사업규모의 축소의 결과 노동력의 수요가 감소한 경우에는 전혀 불필요하게 된 노동력을 계속 구매하는 것을 강제시킬 수는 없으며, 고용의 안정에 의한 근로자의 생활보장, 실업자의 발생방지 등의 관점으로부터 사기업에 대하여 앞서 실시한 이상으로 고용에 관하여 수요공급의 관계를 전혀 무시한 특별한 법적 부담을 과하는 근거는 현재의 법제에 있어서는 인정되지 않기 때문이다.

2) 住友重機王島製造所 事件⁶⁾

"일반적으로 기업이 경영위기를 타개하여 그 존속, 재건을 도모하기 위하여 어떠한 경영합리화 방책을 취하는가는 소위 경영권의 범위에 속하는 것으로서 경영자의 판단이 존중되어야 한다." 원래 "정리해고를 해야 할 필요성으로서의 단순히 생산성 향상이나 인건비 절약을 위한다는 정도로는 충분치 않은 바이지만 ... 객관적으로 보아 기업이 고도의 경영위기에 처해 있고, 해고에 의한 인원삭감 이외로 타개의 방도가 없다고 인정되는 경우에는" 그 필요성이 인정될 수 있다. 이 필요성의 요건을 "극히 엄격히 해하여, 정리해고를 행하지 아니하면 기업의 도산이 필지에 이를 것이라든가, 기업의 존립 자체가 불가능한 경우가 아니면 법적으로 허용될 수 없다"고 하는 견해가 있지만, 현실의 문제로서 사법심사에 있어서 그와 같이 요구되는 경영상황의 분석 및

예견을 과연 항상 완전히 할 수 있는가, 이것이 가능하다고 하여도 예견대 경영자가 도산필지의 전망을 한 것이 사후적으로 시인될 수 있는 시점보다 한 발 앞서 해고한 경우는 해고무효로 되고, 역으로 일보 늦은때에는 필연적으로 기업의 도산을 초래하는 것으로 되는데, 본래 자유로워야 할 경영권의 내용에 그러한 제약과 위협을 過하는 것이 과연 타당한가, "경영위기하에 있는 기업경영자의 책임과 그 권한이 도산회피의 한 가지만으로 다한 것이라고 할 수는 없고 보다 널리 경영상 타개선을 위한 모든 노력을 기울여야 하는 것(주주, 종업원일반, 회사채권자 등은 이것을 기대하고 있다고 보여진다)으로부터 보아도, 정리해고를 기업도산필지의 경우만에 극히 한정하는 것은 경영권 내지 경영의 자유를 자칫 너무 지나치게 제한한 것이라고 할 수밖에 없다."

3) 支重機愛媛製作所 事件⁷⁾

정리해고가 허용되기 위하여는 "기업이 중대한 경영위기에 빠져 있고 근로자를 해고하지 않으면 기업의 유지·존립이 곤란하게 되거나 또는 장기적으로 업적이 약화하는 등 가까운 장래에 기업도 근로자도 共倒될 것이 예견되는 상태일 것"이 필요로 한다. 그러나 "이것을 극히 엄격히 해하여 倒産必至 등의 상황을 요구하는 입장을 지나치게 엄격히 관찰한다면 雇傭調整의 적기를 상실시켜" 부적절하지만, 그렇다고 해서 이것을 "완화하여 단순히 생산성 향상이나 인건비 절약을 위한다고 하는 정도는 충분치 않지만 객관적으로 보아 해고에 의한 인위적감이 필요부득이 하다면 된다고 하여 경영자의 회사채권자, 주주 등에 대한 경영개선의 의무에 기하여 고용조정 필요성의 판단을 존중하려고 하는 입장"도 또 타당하지 않다. 우리나라의 기업운영의 실체는 내부축적이 많고 "반면 근로자로서도 당해 기업에의 종신고용을 전제로 하여 기업의 발전이 장래의 임금상승, 고용확보에 기여하리라는 기대에서 이것을 수인하는 면도 있다고 생각되며 ... 주주에의 배당 등이 곤란하다고 하여 안이하게 근로자를 해고하는 것에 의하여 이익확보를 목표로 삼는 것은 근로자로서 대단히 가혹할 것이 될 것이다."

나. 정리해고 회피조치

정리해고의 필요성이 인정된다고 하더라도 사용자는 먼저 정리해고 회피조치를 취하여야 한다는 것이 판례의 태도이다. 따라서 정리해고의 회피가능성이 있음에도 불구하고 그 회피조치를 취하지 않고 바로 정리해고를 한 경우는 무효가 된다.

이러한 정리해고 회피조치로서 판례가 들고 있는 것은, 생산성 향상, 판매촉진, 경비절감 등의 일반적 경영노력 및 유휴부동산과 유가증권의 매각, 해고회피를 위한 인위적조치 등이다. 정리해고를 회피하기 위한 인위적조치로는 배치전환, 신규채용 억제, 퇴직자불보충, 시간외근로의 제한, 일시귀휴, 하도급의 해약, 출향, 희망퇴직자의 모집 및 社外工 및 임시공 기타 단기고용자의 해고 등을 들 수 있다.

정리해고의 기본법리에 관해서는 아직도 최고재판소 판결은 침묵하고 있지만, 해고회피노력 및 사전협의의 의무에 관련하여 1983년의 아사비 保育院사건⁸⁾이 있다.

"사전에 피상고인(이 사건 원고인 해고된 보모: 필자주)을 포함한 상고인의 직원에 대하여 인위적조치가 부득이하다는 등의 사정을 설명하고 협력을 구하는 노력을 일체 하지 아니하였을 뿐만 아니라 또 희망퇴직자 모집의 조치를 취한 바도 없이 해고일의 6일 전에 돌연 통고한 본건 해고는 노사간의 신의칙에 반하고 해고권의 남용으로서 무효라고 한 원심판단은 긍정될 수밖에 없고 원판결에 소론의 위법은 없다."

다. 정리해고 대상자 선정의 합리성과 공정성

정리해고의 특색은, 근로자에게 귀책사유가 없는 경영상의 필요에 의해 행하여지기 때문에 상대적 비교평가에 의한 피해고자의 선정이 행하여지는 것이다. 그 때문에 선정의 합리성과 적용의 공정성은 절대적 요청이 된다. 대부분의 일본 판례는, 피해고자 선정의 합리성을 정리해고의 유효요건으로 보고 있다.

1950년대의 판결들은, 정리기준은 반드시 미리 설정할 필요도 없고 나아가 설정된 기준 위반인 해고도 무효라고 할 수 없다고 하였으나 1975년대에 들어와 다수의 판례는 해고기준을 정립하여 그에 다른 피해고자의 선정을 하도록 배려하지 않는 것은 현저히 信義에 위배되는 것으로 무효로 하고 있다.

또한 선정기준에 위반한 해고의 효력에 관하여서 많은 판례가 무효라고 해석하고 있다. 그

근거로는, 정리의준이 단체협약의 형식을 취하는 경우 일본의 노동조합법 제16조의 「근로자의 대우에 관한 기준」으로 보아야 하기 때문에 그것에 위반한 해고는 무효라고 하며, 취업규칙으로 정해져 있는 경우도 동일하게 취급하고 있다. 그리고 사용자가 정리해고의 필요성이 있게 된 연후에 비로소 일방적으로 작성한 선정기준의 효력에 관하여 다수의 판례가 취업규칙에 준하는 객관적 규범으로 보아 이에 위반하면 무효라고 판시하고 있다.

정리의준의 내용에 관해서는 사용자의 재량에 비교적 탄력성을 인정하고 있지만, 경영상의 필요도와 근로자의 생활을 종합적으로 만족시키는 합리적이고 객관적인 공평한 것이 아니면 안된다. 경영측에 관계되는 사정으로서는 근로성적 등 기업에의 공헌도와 임시파트타임 등 기업내의 지위 등이 있고, 근로자에 관계되는 사정으로서는 독신자, 재취직이 쉬운 자, 생활이 곤궁하지 않는 자 등이 있다.

관계상 나타나고 있는 정리해고의 기준 가운데 性差別의 문제로 될 수 있는, 예컨대 '몇 세 이상의 여성' 또는 '기혼의 여성' 등과 같은 기준에 대해서는 판례의 다수가 성차별을 금지한 헌법과 노동기준법 위반으로 무효라고 하고 있다. 임시공 등의 단기고용자를 우선적 정리대상으로 하는 기준에 대해서는 이를 정당하다고 판시한 판결이 많다.

피해고대상자의 생활상태, 재취업 가능성 등의 근로자측의 생활유지에 관한 배려도 사용자가 고려해야 한다고 판시한 판결도 다수 있다.

라. 노동조합 또는 근로자대표와의 협의

다수의 판례는, 정리해고를 할 때에는 단체협약, 취업규칙의 해고동의, 협의약정의 유무에 관계없이 사용자는 노동조합 또는 근로자와의 사이에 협의를 다할 것을 유효요건으로 하고 있다. 그러나 단체협약이나 취업규칙상의 사전협의조항이 없는 경우에는 사용자에게 협의의무를 부과할 수 없다고 한 판결도 종종 있다. 노사간에 협의할 사항으로는 정해고의 필요성에 관해서만이 아니라 정리방침, 그 절차(희망퇴직자의 모집의 경우 모집 기간 등), 규모(인수, 범위), 정리해고의 기준과 그 적용(구체적 인선), 해고회피조치노력 실태 등 정리해고와 관련한 광범위한 사항에 미친다.

3. 最近의 動向—要件緩和論의 擡頭

앞서 언급한 대로 전통적인 정리해고의 4요건론을 해체하고 이를 정당성을 판별하기 위한 고려요소로 격하시키고자 하는 흐름이 있어 크게 주목된다.

일본 최고재판소 산하 사무총국 행정국은 1986년 '整理解雇等關係事件執務資料'에서는 정리해고의 법리에 관한 내부입장을 정리하고 있는데 종래의 4요건론과는 사뭇 다른 요건완화론의 입장을 제시하고 있다.

종신고용제의 관행의 퇴조하고 있는 일본의 현상황을 반영한 듯한 이자료집은 아직 최고재판소가 판결의 형태로 자신의 입장을 표명하고 있지는 않지만, 일본의 정리해고에 관한 판례법 형성에 적지 않은 영향을 미칠 것으로 보인다. 현재에는 여전히 종래의 요건엄격론에 입각한 하급심 판결이 주류를 이루고 있지만 동 행정국의 견해에 영향을 받아 정리해고의 요건을 보다 완화한 판결이 몇몇 나타나기도 한다.⁹⁾

우리나라의 하급심 판결에서 이 견해에 입각한 판결이 이미 나왔고 또 정리해고 법리에 관해 주요한 내용을 담고 있어 우리에게도 향후 논의의 대상이 될 것으로 예상되기 때문에 이하에서는 관련부분을 요약·소개하기로 한다.

가. 정리해고 요건론에 관하여¹⁰⁾

정리해고도 보통해고의 일종이라 할 것이므로 해고자유의 원칙의 예외로서 당해 해고가 해고권의 남용에 해당하는 경우에 비로소 해고가 무효로 된다고 하는 것이 원칙이다. 그리고 해고권 남용이라는 것은 전형적인 불확정 개념이기 때문에 본래 제반 사정을 종합 고려하여 이에 해당여부를 판단할 수밖에 없다. 소위 정리해고의 '3요건' 내지 '4요건'이라는 것은 이와 같은 판단요소를 유형화한 판단기준으로서 의의를 갖는 것이라 할 수 있는데, 이들 하나하나가 당연히 유효한 정리해고의 필요조건으로 된다고는 할 수 없고 어디까지나 해고권의 남용의 당부를 판단하기 위한 유형적인 판단요소에 불과하기 때문에 그 하나하나를 분단시킴이 없이 전체적·종합적으로 고려하여야 할 것이다.

나. 정리해고의 필요성에 관하여

① 취업규칙 등에 예컨대 "회사는 부득이한 사업상의 사정이 있는 경우에는 종업원을 해고한다"라는 정함이 있는 경우를 상정한다면 이것에 기하여 해고권이 발생하기 위하여는 첫째로 '사업상의 사정'이 존재할 것, 즉 해고라는 수단에 의하여 종업원의 인원을 삭감할 필요가 당해 기업에 존재할 것(인원정리의 필요성)과, 둘째로 해고라는 수단에 이르는 것이 '부득이하다'고 인정되어질 것, 즉 목적과 수단 내지 결과와의 사이에 균형을 잃지 아니할 것(목적과 수단 결과와의 균형)이 요구된다.

② 인원정리의 필요성을 판단함에는 다시 두 가지의 요소로 분류된다고 할 것이다.

첫째로 당해 기업의 어떤 부문, 경우에 따라서는 전부문에 있어서 누군가를 삭감할 경영상의 필요가 있다고 하는 것이다. 이 '경영상의 필요성'은 어떤 부문의 인원을 삭감하는 것이 기업경영상의 관점에서 합리성을 갖는 것이 된다면 이것을 긍정할 수 있다. 따라서 "해고를 하지 않으면 기업의 유지존속이 포기에 빠질 정도로 긴박한 필요성"이 없어도, 또 기업이 객관적으로 고도의 경영포기하에 있지 아니하여도 '경영상의 필요성'이 부정되는 것은 아니다. 현단계에 있어서는 경영포기하에 있지 않은 기업이 장래 경영포기에 빠질 위험을 회피하기 위하여 지금부터 기업체질의 개선·강화를 도모하고자 하는 경우에는 당연 '경영상의 필요성'이 인정되고 장래에 있어서도 경영포기에 빠질 위험성이 없는 기업이 단순히 잉원(剩員)을 정리하여 채산성의 향상을 도모하는 것이라고 하여도 기업경영상의 관점에서 그것에 합리성이 인정되는 이상은 '경영상의 필요성'이 긍정되는 것이다. 나아가 채산성을 향상시키는 것이 아닌 경우라도, 예를 들면 기업 이미지를 손상시키는 부문을 폐쇄하려고 하는 경우라면 경영상의 필요성이 인정된다 할 것이다. 본래 기업에는 경영의 자유가 있고 경영에 관한 위험을 최종적으로 부담하는 것은 기업이기 때문에 기업이 자기의 책임으로 기업경영상의 논리에 기하여 '경영상의 필요성'의 유무를 판단하는 것은 당연한 것이며, 또 그 판단에 관하여는 광범위 재량권이 있다고 할 것이다. '인원정리의 필요성'을 긍정하기 위한 제2의 요소는 어느 부문의 잉원을 해소하기 위하여 당해 기업의 종업원을 삭감하는 것이 불가피하다고 하는 것이다. 예컨대 어느 부문의 잉원을 타의 부문에 配轉하는 것이 당해 종업원의 직종, 능력, 기타의 점으로써 가능하고, 더구나 그 배전에 의하여 配轉先(배치전환 된 곳, 필자 주)의 부문에 잉원도 생기지 않는 경우라면 '경영상의 필요성'을 충족시키면서 인원의 삭감을 회피하는 것이 가능하기 때문에 그와 같은 경우에도 기업의 입장에서 생각하여도 해고라는 수단에 의하여 종업원의 수를 삭감할 필요성은 없게 된다. 그 밖에 인원삭감을 회피하기 위한 조치로서는 잉원으로 된 종업원에 대한 휴업명령 등을 고려할 수 있다. 그러나 타의 부문에 배전시켜도 그 부문에 잉원이 생기거나 휴업수당의 지불을 감내할 수 없다면 '경영상의 필요성'을 만족시키기 위하여 '인원삭감이 불가피한 것'이 되어 결국 '인원정리의 필요성'이 긍정되는 것이다.

③ 해고에 의하여 달성하고자 하는 경영상의 목적과 그 달성을 위한 수단 내지 결과인 해고(이는 피해고자측으로는 치명적이다) 사이에 균형을 잃지 않을 것이 요구된다. 균형을 상실하였는가 여부의 판단기준은 일반적으로 말한다면 다음과 같다.

우선 기업이 고도의 경영위기하에 있는 경우에는 인원정리의 긴급한 필요성이 있기 때문에 그러한 이른바 '방위형', '긴급피난형'의 정리해고가 균형을 잃은 것으로 되지는 않을 것이다. 다음으로 장래 경영포기에 빠질 위험성을 피하기 위하여 지금부터 기업체질의 개선·강화를 도모하여 행하는 이른바 '예방형'의 정리해고에 있어서도 기업이 향후 존속함을 목적으로 하는 것이기 때문에 이것에 대처하는 차선책을 용이하게 상정할 수 없는 한 균형을 상실하는 것은 아니라 할 것이다. 이에 비하여 장래에 있어서도 경영포기에 빠지리라고 예측되지 않는 기업이 단순히 남는 인원을 정리하여 채산성의 향상을 도모하기 위하여 행하는 이른바 '공격형'의 정리해고의 경우에는 인원정리의 긴급한 필요성이 없는 것이므로 통상은 타업종의 확대를 기도하거나 금후 수년간의 자연소멸을 기다림으로써 잉원을 흡수할 수 있다면 결국은 경영상의 목적을 달성할 수 있어 그와 같은 방법에 의한 잉원의 흡수가 불가능한 케이스를 제외하고는 목적과 수단결과 사이의 균형을 결한 것이 될 것이다.

다. 인선의 합리성에 관하여

피해고자의 선정기준에는 ① 근로능력의 우열 ② 근로자측의 생활사정 ③ 기계적인 공평(극단적으로는 제비뽑기)을 들 수가 있는데 그 적용순서는 사용자의 전권에 속하고 그

선정기준 해당자를 선정함에 관하여도 이는 사용자의 재량이 인정되어야 하는 것은 당연하다 할 것이지만, 그 재량을 전제로 하여도 사용자의 선정이 불합리하고 기준의 해당성을 잘못 평가한 때는 그 인선은 위법하다.

라. 사전협의의무의 존부에 관하여

① 노사간의 사전협의를 관한 문제에 관하여 노사의 협의 등의 절차를 이행하여야 할 것을 정한 취업규칙 또는 단체협약의 규정(이하 '협의조항'이라 한다)이 있는 경우라면, 이러한 협의조항은 노동조합법 제16조에서 말하는 「근로자의 대우에 관한 기준」에 해당한다고 풀이되므로 개개의 근로자의 대하여 효력을 갖고 이것에 위반된 해고는 무효라고 해석하는 것이 상당하다.

② 협의조항이 없는 경우에도 정리해고를 함에 있어서 사용자가 사전에 설명·협의를 충실히 하는 것이 바람직하다. 그렇지만 정리해고라 하여도 통상의 해고와 그 법적 성질을 달리하는 것은 아니기 때문에 협의를 다하였는가의 여부는 당해 해고권의 행사가 권리의 남용으로 되는 것인가를 판단함에 의하여 해고에 이른 절차가 신의에 반하여 것인가의 관점에서 타의 요소와 함께 1개의 고려요소로 되는 것은 아니고 그것 자체를 해고에 관하여 독립의 요건으로 볼 수도 없다.

주석1) 保原喜志夫, [整理解雇をめぐる判例の法理](1), [判例時報], 1020호, 1982. 1. p. 150.

주석2) 松林和夫, [整理解雇の法理の限界と解雇制限法],

[労働基準法の課題と展望](青水完也先生還歴記念論文集), 日本評論社, 1984. p.522.

주석3) 保原喜志夫, [整理解雇をめぐる判例の法理](3), [判例時報] 1030호, 1982. 4. pp.151~154.

주석4) 각 학설에 관해서는 本多淳享, [労働契約 就業規則論], 一粒社, 1981, p.160; 毛嫁勝利, [整理解雇: 別冊ジコリスト], 有斐閣, 1981. p.87; 金子征史, [整理解雇: 増刊ジコリスト], 有斐閣, 1979. p.223; 桑原昌宏, [整理解雇: 労働契約の研究(本多淳享先生還歴記念論文集P)], 法律文化社, 1986. p.289. 下井隆史, [整理解雇の法律問題: 解雇の法理(日本労働協會刊)], 総合労働研究所, 1980. p.27쪽; 小西國友, [整理解雇の法理, ジコリスト], 585호, 1979. p.226 참조

주석5) 東京高裁, 1979. 10. 29. 판결.

주석6) 岡山地裁, 1979. 7. 31. 결정.

주석7) 松山地裁 西條支部 1979. 11. 7. 결정.

주석8) 最高裁 1983. 10. 27. 판결.

주석9) 地貝鐵工 사건, 横浜地裁 1987. 10. 15. 판결; 日本銅構造協會 사건, 東京地裁 1987. 9. 16.

판결; 住友重機愛媛製作所 사건, 松山地裁 西條支部 1987. 5. 6. 판결; 高松市

水道서비스公社 사건. 高松地裁 1987. 4. 9. 판결

병: 次兵

주석10) 번역과 요약은, 김상준, 앞의 논문 59~61쪽에 따랐다.

第3節 美國

미국의 경우 Common Law상의 해고자유의 원칙이 거의 전면적으로 관철되어 독자적인 정리해고에 대한 법리는 제정법상으로도 판례법상으로도 존재하지 않았다. 그러나 최근에 들어서 작업장폐쇄 또는 집단적레이오프에 대하여 [Worker Adjustment and Retraining Notification Act, 1988]가 제정되어 새로운 발전을 보게 되었다. 그런데 이 법이 제정되기 전에도 제정법상의 규제가 없다고 하여 사용자에게 의한 정리해고가 전적으로 자유였던 것은 아니고 단체협약에 의한 규제가 행해지고 있었다. 이것이 선임권(seniority)제도에 기한 레이오프(layoff), 리콜(recall)제도이다. 물론 레이오프제도는 정리해고 자체를 금지하는 것은 아니나 잉여인원 조정의 방법, 순서에 관하여 엄격한 규칙을 두고 있다.

1. 解雇에 대한 法規制

가. 코먼법상의 규제

노사간의 권리의무관계를 규제하고 있는 기본법은 Common Law이다. Common Law상 고용계약(contract of employment)은 기간의 정함이 있는 것(employment for definite period)과 기간의 정함이 없는(employment for indefinite period, employment at will)것으로 구분된다. 이 기간의 정함의 유무는 당사자의 합의내용에 따른다. 법원은 명확한 의사표시가 없는 한 기간의 정함이 있는 계약은 인정하지 않는 것이 통례이다. 따라서 통상은 기간의 정함이 없고 고용계약으로 본다.

기간의 정함이 있는 고용계약의 경우 사용자는 어떠한 이유, 예컨대 부당한 이유에 의하여도 근로자를 자유로이 해고할 수 있다. 임의적(at will)이기 때문이다. 이 해고자유는 미국법상 독자적으로 발전해온 것이다. 그리고 그 기초로 되는 것은 의무의 상호성(mutuality of obligation)이라는 개념이며 근로자의 퇴직의 자유와 평행적으로 생각되고 있다. 즉 형식적인 계약자유의 원칙이 관철되고 있다.

다만 이 해고자유의 원칙에 대하여는 확실히 강력한 비판이 행해지고 있다. 특히 직무(job)의 保特에 대한근로자의 기대이익을 보호하여야 한다는 관점에서 다양한 해고제한법리의 형성이 시도되고 있다.¹⁾ 그러나 노동조합은 반드시 이러한 제안에 찬성하는 것은 아니다. 협약을 통하여 충분한 해고제한조치가 강구되어 있고, 또 조합활동을 이유로 하는 해고는 부당노동행위로서 금지되고 있기 때문에 오히려 해고의 자유를 인정함으로써 인하여 조합가입의 유인을 제공한다는 것이다.

기간의 정함이 없는 고용계약의 경우에는 사용자는 그 기간만료까지는 근로자를 자유로이 해고할 수 없다. 해고에는 근로자의 근무태만과 직무명령위반 등의 정당한 사유가 필요하다. 정당사유 없이 해고한 경우에는 기간만료까지 얻을 수 있었던 임금상당액을 손해배상으로 지급하여야 한다. 다만 원직복귀를 명하는 형평법상의 특정 이행이나 가치처분 명령(injunction)은 거의 인정되지 않는다.

나. 제정법상의 규제

연방법상 해고의 자유 자체를 부정하는 입법은 없다. 다만 특정한 이유에 기하여 이루어진 해고 등의 불이익취급이 공공정책(public policy)의 관점에서 개개적으로 금지되어 있는 것에 지나지 않는다. 또 해고의 금지라고 하여도 그것은 주로 행정구제 혹은 형사구제와의 관련에서 이루어지는 경우가 많다. 피해고자가 직접 법원에 청구할 수 있는 경우는 극히 드물다. 명문의 규정에 의하여 해고제한(보다 정확하게는 차별적 취급)에 관하여 정해진 입법례로서는 다음의 것이 있다.

첫째는 조합가입을 장려 또는 억제하는 것을 목적으로 한 차별을 금지한 1947년 노사관계법(Labor Management Relations Act) 제8조(a) (3)이다. 둘째는 인종, 피부색, 종교, 성, 출신국을 이유로 하는 차별을 금지하는 1964년 민권법 제7편(Title of the Civil Rights Act) 제 703조(a)이다. 이 외에 특정의 연령(40~70세까지)인 것을 이유로 하는 차별을 금지하는 고용상의 연령차별금지법(Age Discrimination in Employment Act)과 동원해제군인(Veterans)의 복직의 권리를 보장하는 1968년 總軍事訓練法(Universal military Training and Service Act)이 있다. 법위반의 신고에 대한 보복해고조치를 형사벌로써 금지한 공정근로기준법(Fair Labor Standards Act) 제 15조(a)와 산업안전위생법(Occupational Safety and Health Act) 제 11조(b)의 규정도 있다. 특히 매우 특수한 예로서 임금의 압류를 받은 것을 이유로 한 해고를 금지한 1970년 소비자 신용보호법(Consumer Credit Protection Act) 이 있다.

그런데 이러한 제정법의 운영에 있어서 주요한 쟁점이 되는 것은 해고 조치가 특정한 이유에 기하여 이루어졌다는 것의 입증에 관한 것이다. 해고의 위법성을 주장하는 자는 당해 해고 특정의 이유를 이수로 하는 것을 적극적으로 입증하여야 한다. 해소자유의 원칙이 전제되어 있기 때문에 이 입증은 상당히 곤란하다.

다. 협약상의 규제

많은 조합은 단체협약에 의하여 사용자의 해고의 자유를 제한하고 직무의 보장(job security)의 실현을 도모하고 있다. 통상적으로 단체협약에는 해고는 정당한 이유(just cause)에 의하여야 한다고 되어 있다.

개별 단체협약의 해석 및 운용의 문제는 통상적으로 중재인에게 위임되어 임의 중재로서 해결되기 때문에 정당한 이유의 내용은 중재선례에 의하여 형성되게 된다. 이에 의하면 정당한 이유는 다음과 같은 것을 의미한다.²⁾ ① 중재인은 근로자의 비행(disbehavior)뿐 아니라 경영측이 근로자의 결함을 결정하고 제재를 결정함에 있어서 채택한 절차의 적합성도 평가한다. 이는 통상 근로자는 취업규칙에 대한 적절한 통지를 받아야 하고, 자신의 행위를 변호할 기회를 가져야 할 뿐 아니라 징계가 일단 결정되면 번복할 수 없으며 징계는 단계적으로 적용되어야 한다는 것을 의미한다. ② '정당한 이유'는 평등대우의 요건을 의미하는 것으로 받아들여지고 있다. 따라서 사용자가 통상적으로 근로자의 결근을 인용하여 왔다면 적절한 경고없이 해고하여서는 아니된다. ③ '정당한 이유'는 고용관계에 대한 관련성으로 제한되며 근로자는 통상 그 직무와 무관한 행위로 인하여 징계받을 수 없다.

2. 레이오프制度

미국에서 잉여인원에 대한 고용조정에 관하여는 협약상 특별한 규제가 이루어져 있는데, 이것이 레이오프제도이다. 이 제도의 전제가 되는 것은 근속연수(length of service)에 따라 근로조건을 정한 선임권제도(seniority system)이다.

가. 선임권제도

근로조건 결정에 있어서 근속연수의 長短을 중시하는 선임권제도는 미국 노사관계에 독자적인 것이다. 철도산업에서 발전하여 대공황 이후 일반화되었다. 직무의 보장이라는 관점에서 사용자가 행하는 자의적인 행동을 감시하고 노동이동을 감소시켜 노동력의 안정화에 기여하는 것이 그 목적이다. 여기에서는 레이오프제도와 관련하여 주목하여야 할 몇 가지 점을 지적하고자 한다.

첫째, 선임권은 기능에 따라 두 가지로 나눌 수 있다. ① 경쟁적 지위에 관한(competitive status) 선임권으로서의 용도이다. 이는 종업원 상호간의 순위부여에 사용되고 있다. 직무의 부족(scarcity)의 관념을 전제로 한 할당장치(allocation device)라고 할 수 있다. 구체적으로는 레이오프, 리콜, 승진, 주차장소의 결정 등에 이용된다. 이 경우에는 노사간이 아니라 근로자 상호간에 이해가 첨예하게 대립한다. ② 급여(benefit)에 관한 선임권이다. 이것은 휴가, 기업연금, 퇴직수당, 병가휴가, 상여금 등의 근로조건 결정시에 이용된다. 이 경우는 근속연수에 따라 근로조건이 개선될 뿐이고, 근로자 상호간의 이해는 대립하지 않는다.

둘째, 경영효율과의 관련성이다. 레이오프나 승진의 케이스에서는 사용자의 인사고과와 선임권제도와와의 조정이 문제된다. 이 경우 근속연수만으로 판단하는 엄격한(strict) 선임권조항도 있으나 많은 협약은 수정(modified) 선임권조항을 규정하고 있다. 구체적으로는 응모자의 능력이 동일하면 근속을 중시하는 상대적 능력(relative ability)조항, 선임권과 능력을 함께 고려하는 혼성(hybrid)조항 등이 있다.

셋째, 협약규제와의 관련성이다. 선임권은 어디까지나 협약에서 유래하고 있는 것이기 때문에 조합은 사용자와의 교섭에 의하여 선임권의 내용을 자유로이 변경할 수 있다. 따라서 개개의 근로자에게 독자적인 확정적 권리가 인정되어 있다고는 할 수 없다. 이 점에 관하여는 선임권조항의 시간적·장소적 적용범위의 해석문제로서 재판상 다투어진다. 다만 통상의 경우 법원에서 해결되기보다는 중재에 의하여 해결된다.

나. 레이오프제도

미국에서 경기의 변동 등에서 수반하는 잉여인원의 조정조치는 다양한 수단에 의해 이루어진다.

신규채용의 제한, 잔업조정 (work-sharing), 시용 임시직 채용자의 정리, 하청의 해약, 초과근로의 제한 등이다. 그러나 일반적인 것은 레이오프(일시해고)제도이다. 조합은 해고조치 자체에는 반대하지 않고 오히려 레이오프의 순서의 명확화와 재고용의 보장에 중점을 두어 직무보장의 실현을 도모하고 있다.

레이오프제도에 있어서 문제되는 것은 ① 레이오프된 종업원을 선택하는 기준 ② 레이오프 단위(unit) ③ 레이오프 대신에 다른 종업원을 밀어낼(bump) 권리에 관한 것 등이다. 레이오프의 순서(리콜의 경우에도 동일)를 결정하는 기준이 되는 것은 선임권이다. 다만 선임권을 어느 정도 고려하는가에 관하여는 선임권을 유일한 판단기준으로 하는 경우 중요한 기준으로 하는 경우가 있으며 대부분의 협약에서 선임권이 중시되고 있다. 또 리콜의 권리보유기간 산정시에도 선임권이 고려되고 있다. ②,③은 레이오프를 할 때 어떠한 단위에서 하는가의 문제이다. 이때에는 노동력의 동질성의 정도가 중시된다. 일반적으로 조합은 직무보장의 관점에서 큰 단위를, 사용자는 경영효율의 관점에서 작은 단위를 주장하고 있다. 왜냐하면 단위가 크면 선임자의 밀어낼(bump) 권리도 널리 인정되게 되어 그만큼 경영효율을 저해하기 때문이다. 이러한 레이오프제도는 고용조정시스템으로서 미국에서 완전히 정착한 것이다. 그러나 최근 연소근로자와 흑인 등의 소수집단 보호의 견지에서 선임권제도에 대하여 비판이 대두되고 있으며 직무의 평등한 보장의 입장에서 잔업조정을 주장하는 견해도 있다. 다만 이 잔업조정은 고참근로자의 입장에서는 임금저하의 의미밖에는 없는 경우가 많다. 또 선임권이 거의 없는 근로자에게도 레이오프 기간 중에는 州의 실업보험과 협약상의 보충적 실업급여(supplemental unemployment benefit)를 받기 때문에 상당한 생활보장이 이루어지고 있다.

3. 整理解雇에 대한 制定法上の 規制

이와 같이 미국에서는 정리해고와 관련한 제정법상의 규제가 없이 단체협약 등 자치규범으로 해결하는 것이 통례였으나, 1980년대 이후 작업장폐쇄 또는 이전 등이 근로자나 지역사회에 미치는 영향이 막대하다는 점을 감안하여 州 차원에서 입법이 행해지게 되었고, 이러한 입법규제의 노력은 연방차원에서 1988년 「Worker Adjustment and Retraining Notification Act」의 제정으로 결실되었다.

가. 州 차원의 입법

기술혁신, 교통의 발달 및 컴퓨터화로 인하여 자본의 이동성이 높아지게 되자, 이러한 기술상의 변화에 따라 기업이전과 이에 수반하는 작업장폐쇄가 빈번하게 발생하였다. 이러한 기업이전의 이유는 기본적으로는 지역간의 임금격차에 있는 것이나, 그외에 조세부담의 차이, 시장구조의 변화, 복지시설의 차이 등 복합적인 요인이 있을 수 있다. 1970년대 캘리포니아주의 경우 작업장폐쇄나 이전 등으로 해고된 근로자는 3천 2백만명에 달하는 등³⁾ 그 폐해는 상당히 심각하였다. 따라서 작업장폐쇄 등에 대하여 州차원의 입법이 행해지게 되었는데, 16개 주에서 입법이 있었다. 이를 간략하게 살펴보면 다음과 같다. ① 16개 법안의 모두가 근로자, 노동조합, 당해 지방정부에 대하여 작업장폐쇄, 공장이전, 대규모의 조업단축을 행하려는 사용자에게 대하여 60일에서 2년까지의 사전통지를 규정하고 있다. 여기에서 공장이전이라 함은 원래의 공장이 있던 장소에서 100마일 이상 이동하는 경우를 말하며, 인원감축은 1년에 15~30퍼센트를 감축하는 경우를 말한다. ② 11개 법안은 근로자에 대한 퇴직금의 지급, 6개 법안은 생명보험과 의료급여를 일정기간 또는 다른직에 고용될 때까지 계속하라고 사용자에게 명하고 있다. ③ 6개 법안은 근로자의 배전 또는 재고용의 권리를 보증하거나 사용자에게 요구하고 있다. ④ 8개 법안은 해고 또는 레이오프된 근로자의 연간 임금총액의 최소한 10퍼센트를 지방정부에 대하여 납입할 것을 규정하고 있으며, ⑤ 8개 법안은 사용자 또는 州代理機關에 대하여 근로자에 의한 당해 기업의 매수가 가능하도록 원조할 것을 규정하고 있다. ⑥ 8개 법안은 작업장폐쇄, 공장이전을 규제할 수 있는 주 또는 지방 차원의 기관의 창설을 규정하고 있다.⁴⁾

한편 1985년의 경우에는 25개 주에서 공장이전과 관련한 經營情報請求權을 명문화하였고 3개 주에서는 작업장폐쇄의 경우 사전통보와 함께 해고된 근로자에게 퇴직수당의 지급을 규정하였다.⁵⁾

나. 연방 차원의 입법

이러한 움직임의 결과 전국 차원에서는 포드(Ford) 하원의원에 의하여 '全國僱傭優先法案'(National Employment Priorities Act)이 제안되었으나 폐기와 재제안을 거듭한 결과 노사관계에 관한 下院教育勞動小委員會(the House Education and Labor Subcommittee)에서 동 법안이 채택되게 되었다. 법안의 개요는 ① 50인 이상을 고용하는 기업은 15퍼센트 이상의 근로자를 레이오프하는 결과를 발생시키는 사업장 변경을 행하는 경우에는 근로자 및 지방정부에 대하여 6개월 전에 사전통지를 하여야 한다. ② 100인 이상의 근로자를 레이오프하려는 사용자는 1년 전에 사전통지를 하여야 한다. ③ 사용자는 당해 근로자에게 퇴직금을 지급하고 轉職의 시도를 하여야 하며 의료급여, 연금급여를 계속하여야 한다는 내용이었다. 그러나 이 법안은 원안대로 통과되지는 못하였고 1988년에야 「Worker Adjustment and Retraining Notification Act」로 성립되었다.

다. Worker Adjustment and Retraining Notification Act(1988)

1) 적용대상

이 법은 임시직근로자⁶⁾를 제외한 상시 100인 이상의 근로자를 고용하거나 근로자의 총근로시간(시간외근로 제외)이 최소한 週 4,000시간 이상으로서 100인 이상의 근로자를 고용한 기업에 대하여 적용된다(제1조).

2) 적용범위

이 법은 작업장폐쇄(plant closing), 집단적 레이오프(mass layoff)로 인하여 고용상실(employment loss)이 발생한 경우에 적용된다.

작업장폐쇄라 함은 단일한 고용장소(single site of employment) 또는 단일한 고용장소 내의 시설이나 운영단위의 영구적이거나 일시적인 폐쇄(shutdown)로 인하여 30일의 기간동안 임시직근로자를 제외한 50인 이상의 근로자가 고용을 상실한 경우를 말한다(제1조(a) (2)).

집단적 레이오프라 함은 작업장폐쇄의 결과가 아닌 경우에 ① 30일의 기간동안 단일한 고용장소에서 임시직을 제외한 종업원의 33퍼센트의 이상 및 최소한 50인 이상의 근로자가 고용상실을 하고나 또는 ② 30일 이내에 단일한 고용장소에서의 고용상실이 임시직을 제외하고 최소한 500인 이상의 근로자가 고용상실을 하는 경우를 말한다(제1조(a) (3)).

여기에서 '고용상실'이라 함은 정당한 이유가 있는 해고, 자발적 이직, 정년퇴직을 제외한 고용종료 또는 6개월을 초과하는 레이오프 또는 6개월 중 어느 한 달에 50퍼센트 이상의 조업시간 단축이 있는 경우를 말한다(제1조 (a) (6)).

이 규정에도 불구하고 작업장폐쇄 또는 레이오프가 기업의 전부 또는 일부에 대한 사업장이전(relocation)이거나 합병(consolidation)의 결과인 경우에는 고용상실이 없었다고 간주되나, 이는 작업장폐쇄 또는 레이오프에 앞서 ① 사용자가 합리적인(reasonable) 통근거리내의 다른 고용 장소에의 轉職을 근로자에게 제의하거나(이 경우 고용 공백기간이 6개월 이상이어서는 아니된다) ② 고용 공백기간이 6개월을 넘지 않는 한도에서 사용자가 거리에 관계없이 다른 고용장소로의 轉職을 근로자에게 제의하고 근로자가 당해 제의가 있는 날, 작업장폐쇄가 된 날 또는 레이오프가 된 날로부터 30일 이내에 이를 수용할 것을 조건으로 한다(제1조(a) (2)).

3) 통 지

사용자는 작업장폐쇄나 집단적 레이오프에 의해 고용상실을 당하게 될 근로자대표(대표가 없는 경우에는 각 근로자)와 지방정부에 대한 서면통지일로부터 60일 이내에 작업장폐쇄나 집단적 레이오프를 하여서는 아니된다(제2조 (a) (1)(2)).

다만 ① 사용자가 작업장폐쇄를 피하기 위하여 적극적으로 자본과 사업을 찾으려고 노력하였고 통지를 하는 것이 자본과 사업을 찾는 데 방해가 될 것이라고 사용자가 믿은 것이 합리적으로 상당한 경우 또는 ② 작업장폐쇄 또는 집단적 레이오프가 통지가 필요한 시점 이후에 합리적으로 예측할 수 없는 사유에 의한 경우에는 60일의 기간이 초과하기 전에 정리해고를 행하는 것이 가능하다. 또한 홍수, 지진, 가뭄과 같은 자연재앙으로 인하여 작업장폐쇄나 집단적 레이오프를

할 경우에는 동 법상의 통지가 필요하지 않다(제2조(b))

4) 위반에 대한 제재

법 위반의 작업장폐쇄 또는 집단적 레이오프를 행한 사용자는 당해 조치의 결과로 고용을 상실한 근로자에 대하여 back pay와 함께 의료보험료를 포함한 제급여의 지급을 하여야 한다 (4조(a) (1)). 또한 지방정부에 대하여는 매일 500달러 이상의 민사벌(civil penalty)의 제재를 받는다(4조 (a) (3)).

주석 1) 예컨대 C. W. Summers, Individual Protection against Unjust Dismissal : Time for Statue, Vol. 62 Virginia L. Rev.(1976), p.484 이하.

주석 2) Getman & Pogrebin, Labor Relations. The Foundation Press, Inc. 1988, p.165

주석 3) Barbara Rhience, "Business Closing and Their Effects on Employees-The Need for New Remedies", Labor Law Journal, May 1984, p.268.

주석 4) Barbara Rhience, 앞의 논문, pp.272~273

주석 5) Eliot Bredhoff, "The NLRA : What Needs To Be Done". American Labor Policy, The Bureau of National Affairs, Inc., W.C., 1987. p.55.

주석 6) 동 법상의 임시직근로자라 하면 주당 평균근로시간이 20시간 이하인 경우 또는 계약기간이 동 법 소정의 통지일 이전 12개월 중 6개월 미만인 경우를 말한다(제1조 (a) (8))

第 4 節 英國

1. 概說

가. 해고법제의 개관

영국의 현행 해고법제는 1965년의 정리해고수당법(Redundancy Payments Act) 및 1971년의 노사관계법(Industrial Relations Act)에 의해 시작되었다. 그 이전에는 고용계약에 관한 보통법(common law)의 원칙에 의하여 사용자가 적정한 예고기간을 두었거나 또는 그 기간 상당분의 임금을 주기만 하면 언제라도 일방적으로 고용계약을 종료시킬 수 있었다. 그런데 그 결과 1960년대에까지 노사간에 해고를 둘러싼 집단적 분쟁이 급증하였다.

따라서 이러한 분쟁의 증가를 감소시켜 노사관계의 안정을 도모하는 것이 당시 노동정책의 긴급한 과제였다. 이를 위하여 근로자의 해고를 둘러싼 집단적 분쟁이 발생하게 되면 당해 해고의 정당성에 관하여 신속하고 공정한 판단을 내리기 위한 公的機關의 설치와 그 절차의 확립이 필요하다는 인식이 확산되었다.

또한 ILO의 제 119호 「사용자 주도에 의한 고용종료에 관한 권고」의 채택으로 인해 이를 계기로 해고제한입법제정의 움직임이 활발하게 되었을 뿐만 아니라 법리적인 측면에서도 근로자가 가지는 '근로권'(the right to work)을 보장하기 위해서는 보통법의 법리를 수정하고 노동법적 관점에서 해고문제를 파악하고 규제하여야 한다는 견해가 당시 학설상 강하게 주장되었다. 그리하여 1965년의 정리해고수당법 및 1971년의 노사관계법을 시작으로 하여 이를 발전적으로 계승한 1974년의 노동조합 및 노동관계법(Trade Union and Labour Relations Act) 및 1975년의 고용보호법(Employment Protection Act: EPA) 그리고 이들을 통합한 1978년의 고용보호(통합)법(Employment Protection(Consolidation)Act: EPCA)이 제정되었다.

고용보호(통합)법에서는 고용보호에 있어서 질적인 발전이 이루어졌는데 다음과 같은 두 가지가 특히 주목된다. 즉 ① 구체내용에 '복직'이 포함되고 또 그것이 일차적인 구체방법으로 된 점 ② 노동심판소의 권한이 '권고'에서 '명령'으로 강화된 점이 그것이다. 이러한 발전을 법원리적으로 지탱한 것은 피용자가 가지는 '근로권' (the right to work)과, 특히 그것의 한 범주로서 '근로자가

계속적으로 고용될 수 있는 권리(the right to remain continuously employed)의 실질적 보장이다. 고용보호(통합)법 제54조 내지 제80조에서 해고는 실제적이며 절차적으로 정당(fair)하게 이루어져야 한다고 하고, 그 구제로서 1차적으로 복직 또는 재고용, 2차적으로 금전적 보상을 하는 소위 '부당해고'의 구제에 규정하고 있다. 그리고 제81조 내지 제120조에서는 해고의 정당한 이유의 하나로 열거된 '剩餘人員'(redundancy)을 이유로 하는 해고에 관하여 사용자에게 일정한 정리해고수당(redundancy payment)의 지급을 의무화한 '정리해고수당'에 관하여 규정하고 있다. 또한 고용보호법 제 99조 내지는 제107조에서 정리해고의 절차로 노동조합과의 협의의무 및 노동성에의 통고의무를 규정하고 있다. 그리고 이러한 해고에 관하여 근로자는 3자구성의 노동심판소에 구제를 신청할 수 있다.¹⁾

따라서 사용자가 근로자를 정리해고하는 경우에 ① 그 해고는 잉여인원임을 주된 이유로 한다는 점에서 실제적으로 정당할 것 ② 노동조합과의 협의 및 노동성에의 통고를 행하는 등 절차적으로 정당할 것 ③ 정리해고수당을 지급할 것이라는 의무를 준수하여야 한다.

나. 정리해고수당제의 입법취지

영국의 정리해고제에서 특기할 만한 사항은 바로 정리해고수당제가 일찍이 확립되었다는 점이다. 정리해고수당법은 법정책적으로는 노동력의 직종간·지역간의 이동을 촉진한다는 '적극적인 노동력정책'의 측면을 가지고 있으나, 법리상으로 특히 중요한 것은 이 법률이 근로자가 가지는 직업(고용)을 보장받아야 한다는 권리(the right of security in his job)에 기초를 두고 있다는 점이다. 따라서 정리해고수당제도의 목적은 두 가지라고 설명된다.²⁾

즉 고용(직업)보장의 권리의 상실에 대한 보상을 행하는 것과 노사관계에 손상을 주지 아니하고 근로자가 정리해고를 수락하도록 장려하는 것이 그것이다. 이러한 목적에 따르면 정리해고수당은 장기간 고용되어 온 근로자가 그의 직업(job)에 관하여 가지는 권리를 상실한 것에 대한 대가이다. 재산의 소유자가 재산에 대한 권리를 가지며 그것이 박탈될 때에는 보상받아야 할 권리를 가지는 것과 같이 장기간 고용되어 온 피용자는 재산권과 유사한 직업에 대한 권리를 가진다고 판단되며 따라서 그가 이 권리를 정리해고를 이유로 박탈당하는 경우에는 그 권리의 상실에 대한 보상으로서 정리해고수당을 수급할 자격을 가지는 것이다.

2. 整理解雇의 意義

영국의 고용관계법에서의 정리해고의 의미는 '잉여인원'(redundancy)임을 이유로 하는 해고를 말하는 것이다. 즉 정리해고는 "사용자가 당해 근로자를 고용한 목적인 영업을 정지하였거나 정지하려고 하는 사실 또는 당해 근로자가 고용되어 있는 장소에 있어서의 영업을 정지하였거나 정지하려고 하는 사실" 또는 "특정 종류의 작업을 또는 당해 근로자가 고용되어 있는 장소에 있어서의 특정 종류의 작업을 근로자로 하여금 계속 수행하게 하는 것에 대한 영업상의 요구가 정지하였거나 감소하였거나 또는 정지나 감소가 예상되는 사실" 에 '전적으로 또는 주로' 기인하여 근로자를 해고하는 것이다.(EPCA 제2항).

위의 개념규정에서 볼 수 있듯이 영국 고용관계법상의 정리해고의 의미는 우리의 그것보다 그 외연이 훨씬 넓다고 할 수 있다. 우리나라나 일본에서 관례법상 긴박한 경영상의 필요성이 있는 경우에 행하는 해고에 한하여 정리해고로 한정하는 이유는 사용자의 해고권 남용을 막고 근로자의 근로권을 보호하기 위해 가급적 정리해고의 범위를 줄이고자 하는 그 기본취지라고 한다면, 영국에서는 근로자가 해고당했을 경우 이것이 정리해고에 해당한다는 것을 이유로 정리해고수당 등의 보호를 받을 수 있도록 하기 위한 측면도 있기 때문에 이러한 정리해고와 관련한 접근방식의 차이가 그 개념규정에 차이를 보이는 한 요인으로 작용한 것으로 보인다. 여기에서 '영업(business)이라 함은 법인 여부를 불문하고 단체에 의하여 수행되는 사업활동을 말한다. 다만 본조의 문언에서 보아 영업의 일부라고 하여도 그 자체가 경제적으로 자립한 단체의 활동도 포함된다.' '고용되어 있는 장소에 있어서의 영업'이라는 문언에 의해 계약상 일할 의무가 있는 장소가 아닌 곳으로 사업장이 이전하는 경우도 포함된다.

'정지'(cease) 및 '감소'(deminish)에는 영속적인 것뿐만 아니라 일시적인 정지나 감소도 포함되며 그 원인을 묻지 않는다.³⁾ 예컨대 기계수리를 위한 일시적인 공장폐쇄도 '정지'에 해당한다.

'특정한 종류의 작업'(work of a particular)이라 함은 그것을 수행하기 위하여 필요한 능력, 기술 또는 지식에 의하여 다른 작업과는 구별되는 작업을 의미한다.

'영업상의 요구'는 단순히 적자부문에 대한 것에 한정되지 않으며 영업의 재편성 또는 기계화로 인하여 잉여인원이 발생한 경우도 포함된다.

영국의 고용관계법에서의 '해고'(dismissal)라는 의미는 사용자가 일방적으로 고용계약을 중단시키는 경우뿐만이 아니라 기간을 정한 계약의 갱신을 사용자가 거절하는 경우와 추정해고(constructive dismissal)의 경우⁴⁾ 및 여성근로자의 출산휴가후 복직을 사용자가 거절하는 경우를 포함한다.(EPCA ss.55~56, ss.83~86).

3. 整理解雇의 正當한 理由

가. 실체적 要件

고용보호(통합)법상으로 해고가 정당(fair)하기 위하여는 그 해고에 합리적인 이유(reason)가 있어야 한다(EPCA 제 57조 제1항). 따라서 정리해고사유, 즉 잉여인원이라는 해고사유는 적법한 해고유형의 하나로 인정되나 (EPCA 제57조 제2항 b호) 그 정리해고가 정당한지 부당한지의 평가는 결국 합리적인 이유에 의하여 정리해고가 이루어지느냐에 달려 있다.

고용보호(통합)법 제59조에서는 정리해고의 요건으로 피해고자의 선정이 정당할 것, 즉 잉여인원이 발생하는 종류의 작업에 고용되어 있는 근로자 중에서 피해고자만을 선정하는데 관례상이나 협약상 인정되는 정당한 이유가 있어야 할 것 들고 있고, 이러한 요건을 구비하지 못한 정리해고는 보당한 해고가 되는 것으로 규정하고 있다.

위의 제59조상의 선정의 공정성 요건은 정리해고의 유일한 요건이 아니고 정리해고가 정당한가의 여부는 위에서 언급한 바 제57의 합리적인 이유가 있는가 없는가에 따라 결정된다.

합리적인 이유에 관하여는 제정법상으로는 판단기준이 규정되어 있지 않고 관례법상으로 그 기준이 형성되어 오고 있는데⁵⁾, 주로 ① 피해고자 선정절차상에 공정성이 확보되었는가, ② 관련근로자 또는 노동조합에의 사전통고 및 사전협의가 합리적으로 충분히 이루어졌가, ③ 피해고자에 대하여 해고를 회피하기 위한 전직(redeployment)등⁶⁾이 합리적으로 고려되었는가의 관점에서 판단되고 있다.⁷⁾ 해고의 정당사유에 관한 立證責任은 사용자가 부담한다.

나. 실체적 要件을 결한 不當한 整理해고의 구제

1) 노동심판소에 구제신청

근로자는 그 사용자에게 의하여 부당하게 해고되지 않을 권리를 갖으며(EPCA 제54조 제1항), 부당하게 해고된 근로자는 노동심판소(Industrial Tribunal)에 구제신청을 할 수 있다(EPCA 제67조 제1항). 다만 해고의 효력이 발생한 후 3개월 이내에 신청을 하여야 한다(EPCA 동조 제2항). 따라서 부당한 정리해고의 경우도 피해고자는 부당해고의 일반규정에 따라 노동심판소에 구제신청을 할 수 있다. 이 경우 사용자는 그 해고가 정당한 정리해고로서의 요건을 구비하였음을 입증하여야 한다(EPCA 제 57조 및 제 59조).

2) 구제의 내용

부당하게 해고된 근로자에 대하여 주어지는 구제의 내용은 '복직'(reinstatement), '재고용'(re-engagement) 또는 '보상금'(compensation)이다(EPCA 제68조).

가) 복직명령 또는 재고용명령

노동심판소가 피해고자로부터 구제신청을 받아 정당한 이유가 있는 것이라고 인정한 경우에는 우선 사용자에게 대하여 근로자의 '복직'을 명하여야 하는지 여부에 관하여 검토해야 하며, 그 명령이 타당하지 않는 경우에는 '재고용'을 명령하여야 하는가에 관하여 검토하게 된다(네 69조 제 5~6항).

피해고자의 구제내용으로서의 '복직'명령은 "구제자를 모든 관점에서 해고되지 않았던 것으로 대우할 것"을 사용자에게 명령하는 것이다. 그래서 노동심판소는 이 '복직' 명령서를 작성함에

있어서 ① 구제신청자의 해고에서부터 복직에 이르는 기간중 임금의 미지급분을 포함하여 해고되지 않았으면 당연히 (reasonably) 받을 수 있다고 기대할 수 있는 이익(benefit)으로서 사용자가 지급하여야 할 금액 ② 피해고자에게 복원 되어야 할 선임권(seniority)과 연금수급권을 포함한 모든 권리와 특권 ③ 노동심판소의 명령이 이행되어야 하는 날짜 등을 명시하여야 한다(제 69조 제2항).

피해고자에 대한 '재고용'명령은 "구제가가 해고 당시의 사용자, 그 승계인, 또는 그 관련기업의 사용자(associated employer)에 의해 하고 당시의 고용내용과 '상당한(comparable)또는 기타 '적절한'(suitable) 고용에 채용되어야 할 것"을 명령하는 것이다. 그래서 노동심판소는 이 '재고용'명령서를 작성함에 있어서 앞의 '복직'명령서에서 요구되는 세가지 사항 이외에도 ① 사용자의 특정(identity) ② 고용의 종류(nature of the employment) ③ 임금 등을 포함한 제반조건 등을 명시하여야 한다(제69조 제4항).

노동심판소가 위와 같은 내용의 '복직'과 '재고용' 중 어떤 구제명령을 내리는가에 대한 판단에 있어서는 다음을 고려하여야 한다. ① 구제신청인인 피해고자가 '복직'과 '재고용' 중 어떤 것을 희망하는가 ② '복직' 내지는 '재고용'을 강제하는 것이 실제적(practical)인지 여부 ③ 구제신청자인 피해고자측에게도 해고에 관하여 어느 정도의 귀책사유가 있는 경우에 '복직'내지는 '재고용' 명령을 하는 것이 '정당'(just)한지 여부등을 고려하여야 한다(제69조 제 5~6항).

나) 보상금의 재정

노동심판소가 당해 해고가 부당한 해고임을 인정하면서도 피해고자에게 '복직' 또는 '재고용'의 명령을 하지 않는 경우에는 법정의 기준에 의하여 산출된 '보상금'의 재정(award of compensation)을 하여야 한다.(제68조 제2항). 이 경우 사용자에게 부과되는 보상금의 재정은 ① 기초적 재정(basic award) ② 보상적 재정(compensatory award) ③ 특별재정(special award)등 세 가지로 구성되어 있다(제72조).

'기초적 재정'은 피해고자의 직업의 상실에 대하여 일정한 보상금을 사용자에게 부과하는 것으로서 '정리해고수당'과 비슷한 의미를 가지며 그 경우와 거의 동일한 방식에 의해 산출된다. '보상적 재정'은 부당한 해고에 의하여 피해고자가 입는 -혹은 입게될 - 불이익에 관하여 제반의 사정을 공정하고 공평하게 고려하여 산출한 보상을 말한다.(제74조). 그 불이익으로는 ① 해고시점으로부터 심문내지 심판에 이르기까지의 임금 ② 해고를 받지 않았더라면 얻을 수 있었던 장래의 임금 ③ 기타 고용상의 이익(benefit) ④ 고용을 전제로 하는 제정법상의 권리(statutory industrial rights) ⑤ 연금법상의 권리(pension rights) 등의 상실에 관하여 고려하게 된다.⁸⁾

'특별재정'은 해고의 이유 내지는 정리해고에 있어서 피해고자 선정의 이유가 사실은 노조원이라는 자격 또는 그 활동을 이유로 하는 것일 때 그 부당한 해고에 대하여 특별히 정한 보상을 말한다(제72조, 제58조, 제59조 a호, 제75A조).

사용자가 '복직' 또는 '재고용'의 명령을 전혀 이행하지 않았을 때에도 위의 '기초적 재정', '보상적 재정', '특별재정'이 부과되며(제72조, 제71조 제2항 a호), 그 이행이 '실제적'이 아니라는 입증을 하지 못하면 그이외에도 동시에 13주 내지 2주분의 임금에 상당하는 '부가적 재정'(additional award)이 부과된다(제72조 제2항 b호). 또한 사용자가 '복직' 또는 '재고용'의 명령을 불완전하게 이행한 경우에는 근로자가 입은 손해에 대하여 일정액의 보상을 재정한다(제71조 제1항).

4. 整理解雇에 관한 節次的 制限과 被解雇者 保護

1975년 고용보호법은 사용자가 정리해고를 하려는 경우에는 노동조합과 협의할 것과 노동성에 통고할 것을 의무로 하고 있다.

가. 노동조합과의 협의의무

사용자가 근로자를 정리해고하려는 경우에는 정리해고의 대상이 되는 근로자의 종류에 대하여 그 사용자가 승인하고 있는 노동조합의 대표자와 정리해고에 관하여 협의(consultation)하여야 한다(EPA 제99조 제1항).

한 사업장 내에 근로자의 종류(description)에 따라 여러 노동조합이 있는 경우 사용자는 정리해고의 대상이 되는 근로자가 속해 있는 종류에 해당하는 노동조합에 대하여만 협의의무가 있게 된다. 이 경우 그 근로자가 당해 노동조합의 조합원이지 여부는 불문하다. 사용자가 '승인(recognition)하고 있는 노동조합이라 함은 사용자가 교섭의 대상으로 인정하고 있는 노동조합을 말한다. 그 협의에 있어서 노동조합의 대표자는 단체교섭의 권한을 갖는 대표자를 의미한다(EPA 제99조 제2항).

협이는 '가능한 한 빠른 시기'에 시작되어야 하며, 최소한의 협의기간으로 그 사용자가 하나의 사업장(establishment)내에서 ① 90일 이내에 100명 이상의 근로자를 해고하려는 경우에는 그 최초의 해고일보다 적어도 90일 전에 ② 30일 이내에 10명 이상의 근로자를 해고하려는 경우에는 그 최초의 해고일보다 적어도 30일 전에 협의가 시작되어야 한다(EPA 동조 제 3~4항). 따라서 10명 미만의 경우에는 협의는 '가능한 한 빠른 시기'에 시작되면 족하고 별도의 최소한의 협의기간은 규정되어 있지 않다.

사용자는 협의에 있어서 다음의 정보를 제공하여야 한다. ① 정리해고계획의 이유 ② 해고예정자의 인원수 및 종류 ③ 피 해고예정자가 속하는 종류의 근로자의 총수 ④ 피 해고자의 선정방법 ⑤ 협정된 절차를 고려한 해고의 방법 등이다(EPA 동조 제5항). 사용자는 협의에서 노동조합 대표가 정리해고에 관하여 진술한 의견을 고려하여 그것에 대하여 대답하여야 하며, 그 의견을 수용하지 않는 경우에는 그 이유를 제시하여야 한다(EPA 동조 제7항). 이렇게 고용보호법은 단순히 협의 정도만을 의무화하고 있다. 그러나 많은 경우에 있어서 실제로는 정리해고에 관련된 노사간의 집단적인 분쟁을 막기 위하여 합의(agreement)에 이르도록 교섭이 행하여진다고 한다.

사용자가 위의 의무를 위반하여 정리해고를 행하였거나 행하려고 하는 경우에는 당해 노동조합은 해고가 이루어지기 전이나 해고의 효력이 발행한 후 3개월내에 노동심판소에 구제신청을 할 수 있다. 조합의 구제신청에 대하여 사용자는 협의의무를 이행할 수 없었던 특별한 상황과 그 상황에서 합리적으로 실행가능한 모든 방법을 취했다는 것을 입증하여야 한다. 구제신청이 이유가 있다고 판단되면 노동심판소는 그 취지를 선언함과 아울러 보호재정(protective award)을 한다.(EPA 제101조). 보호재정액은 전술한 최소한의 협의기관과 동일한 기간을 초과하지 않는 범위 내에서(최소한의 기간이 규정되어 있지 않은 10명 미만의 경우에는 28일 이내에서) 노동심판소가 정하는 기간 동안의 통상임금을 재정부으로 정한다. 사용자가 그 지급의무를 해태한 경우 그 근로자가 직접 노동심판소에 지급명령을 신청할 수 있다.(EPA 제103조 제1항).

나. 노동성에의 통고의무

사용자는 노동성(the Secretary of State for Employment)에 정리해고 계획을 사전에 통고하여야 한다.(EPA 제100조). 10명 미만의 근로자를 해고하려는 경우에는 통고의무가 없다. 최소한의 사전 통고기간은 노동조합과의 협의에서 요구되는 최소기간과 동일하게 규정되어 있다. 다만 노동조합과의 협의의무 유무와 무관하게 노동성에의 통고의무가 인정된다.

사용자가 통고의무를 위반한 경우에는 즉결심판에 의하여 (2000파운드 이하의) 벌금의 제재를 받게 된다.

다. 해고의 예고

기간이 정하여 있지 않은 근로계약관계에 있어서 사용자는 일정기간 이전에 계약의 종료를 통지(termination by notice) 할 수 있다. 그 최소한의 예고기간은 ① 근로자가 1개월에서 2년 미만 계속하여 고용된 경우에는 1주 ② 2년 이상 12년 미만 계속하여 고용된 경우에는 1년당 1주 ③ 12년 이상 계속하여 고용된 경우에는 12주이다.(EPCA 제49조). 근로자가 영여인원임을 이유로 정리해고되는 경우에도 위와 같은 해고의 예고규정이 적용된다. 따라서 특정의 근로자를 정리해고 대상자로 선정한 후에는 일정기간의 예고기간이 경과한 후에야 해고의 효과가 발생한다. 사용자가 노동조합과의 협의의무를 질 경우 협의기간 전이나 그 중간에 해고의 예고를 미리 행한 결과, 협의기간중에 해고의 효과가 발생하게 되면 그것은 협의의무 위반이 된다. 또한 해고대상자의 선정방법에 대하여 노동조합과 충분한 협의가 이루어지기 이전에 해고의 예고가

행하여진다면 노동조합의 반발이 예상되므로 사용자는 협의가 사실상 종료한 이후에야 해고예고를 할 수 있게 된다.

라. 구직유급휴가

정리해고를 이유로 해고의 예고를 받은 근로자는 예고기간이 만료되기 이전에 새로운 직장을 구하거나 또는 새로운 직장에 필요한 훈련을 하기 위하여 사용자에게 합당한(reasonable)기간 동안의 유급휴가(time off)를 요구할 권리를 갖는다.(EPCA 제31조). 다만 이러한 권리는 예고기간 만료시를 기준으로 2년 이상 근속한 근로자에게만 인정된다.

5. 整理解雇手當

가. 요건

사용자가 2년 이상 근속한 근로자를 정리해고하는 경우에는 정리해고수당(redundancy payment)을 지급하여야 한다.(EPCA 제81조 제1항 a호). 이는 정리해고의 當·不當에 영향을 받지 않는다. 다시 말해 정당한 이유가 있는 정리해고의 경우에도 당해 피해고자는 정리해고수당의 지급권을 가지게 된다.

사용자가 근로자를 해고(dismissal)하지 않고 '일시해고'(lay off) 또는 '단축근로'(short-time working)를 하는 경우에도 별도의 계산방법에 의한 정리해고수당을 지급하여야 한다.(EPCA 동조 동항 b호).

이 규정은 사용자가 잉여인원이 발생할 경우에 정리해고수당의 지급을 회피하기 위하여 계약 또는 협약에 따라 일시해고 또는 단축근로를 행하는 경우에도 근로자를 보호하려는 취지이며, 계약상 또는 협약상의 권한없이 일시해고나 단축근로를 할 수 있는 권한을 사용자에게 부여하는 것은 아니다.⁹⁾

정리해고수당이 배제되는 경우로는 ① 근로자가 65세에 도달하였거나 또는 65세보다 낮은 일반적인 퇴직연령에 도달하였을 경우 ② 근로자의 행위를 이유로 한 정당한 해고의 경우 ③ 근로자가 사용자로부터의 '계약의 갱신'(renewal of contract) 또는 '재고용'(reengagement)의 제의를 받아들여 고용이 계속되는 경우 및 그 제의를 합당한 이유없이(unreasonably) 거절한 경우 등이다(EPCA 제82조).

계약의 갱신 또는 재고용은 해고 이전에 또는 해고 이후 4주 이내에 새로운 계약의 효력이 발생하도록 제의하여야 한다. 사용자의 제의가 이전의 계약과는 상이한 근로조건을 제의하는 경우에는 그 제의가 그 근로자에게 적합하여야(suitable) 하며, 그 근로자가 합당한 이유없이 거절하면 정리해고수당 지급권이 상실된다.(EPCA 제82조 제5항). 사용자는 상이한 근로조건을 제의하면서 그것이 근로자에게 적합한지를 판단하기 위하여 4주간의 시용기간(statutory trial period)을 제시할 수 있는데, 이 시용기간중에 근로자가 합당한 이유없이 계약을 해지하는 경우에도 정리해고수당 지급권이 상실된다(EPCA 제82조 제6항).

나. 정리해고수당의 계산

정리해고수당은 고용보호(통합)법 부칙 제4조에 따라 계산되는데, 근로자의 연령, 근속기간, 해고일에 있어서의 통산임금인 週給의 액의 그 기준이 된다. 즉 근로자의 나이 18세부터 22세 이전까지의 근속기간 1년당 0.5주의 임금, 22세부터 41세 이전까지의 근속기간 1년당 1주의 임금, 41세부터의 근속기간 1년당 1.5주의 임금으로 계산된다. 산업가능한 최장근속연수는 20년으로 제한되며, 1주당 임금액도 일정액(174파운드)으로 제한된다. 또한 64세 이후로는 근무개월당 12분의 1씩 삭감하게 되어 결국 65세가 되면 정리해고수당은 소멸한다.

다. 정리해고수당의 지급

정리해고수당은 원칙적으로 사용자가 지급하여야 한다. 그러나 사용자가 지급을 하지 않거나

일부만을 지급하는 경우, 또는 사용자가 과산으로 지급불능인 경우에 근로자는 노동성에 그 지급을 신청할 수 있다(EPCA 제106조). 노동성은 근로자의 신청이 이유가 있다고 판단되면 정리해고기금(the Redundancy Fund)에서 직접 지급한다(정리해고기금은 사용자의 전국적인 간접보험 기여금의 할당금으로 재정이 충당된다). 노동성은 근로자에게 지급한 금액을 사용자에게 추급하여 기금을 복원한다.

근로자는 사용자의 미지급에 대하여 노동심판소에 구제신청을 할 수도 있다. 이 경우 반증이 없는 한 해고는 잉여인원임을 이유로 한 것이라고 추정된다.(EPCA 제91조 제2항의 잉여인원추정 규정). 따라서 사용자가 정리해고수당의 지급을 면하기 위하여는 당해 근로자가 잉여인원이 아니었거나 또는 잉여인원이기는 해도 그것이 해고의 주된 이유가 아니라 다른 정당한 주된 이유에 의해 해고가 행하여졌다는 점을 입증하여야 한다.

주석 1) 노동심판소(Industrial Tribunal)는 사실심으로서의 지위를 가진다. 노동심판소에 대한 항소심은 정리해고수당법 이후 고등법원(High Court)→전국노사관계법원(National Industrial Relations Court)→고등법원으로 변천을 거듭하여 오늘날에는 3자구성 고용항소심법원(Employment Appeals Tribunal)이 담당하고 있다. 이는 법률심이다. 또 항소원(Court of Appeal) 및 귀족원 (House of Lords)으로의 上訴가 인정되고 있다.

주석 2) Wynes v. Southrepps Hall Broiler Farm Ltd., "Industrial Tribunal Reports" (London : H.M.S.O., 1968) p.407(後藤券喜, 「イキリ労働法における "Law Against Unfair Dismissal" に關する考察」, 『社會法の理代的課題』(林迪廣澤歴記念論文集), 1983. p.320 재인용)

주석 3) Cyril Grunfeld, The Law of Redundancy, Sweet & Maxwell, London, 1989. p.111

주석 4) 추정해고(constructive dismissal)는 실제로는 해고가 아니지만, 사용자의 행위를 이유로 근로자가 고용관계를 일방적으로 해지하는 경우에도 해고와 마찬가지로 취급되는 경우를 말한다(EPCA s5(2)(c)).

주석 5) Pritchard(ed.) Croner's Employment Law, Croner Publications Ltd., 1990. D113.

주석 6) 정리해고와 관련하여 「The Industrial Reation Code of Practice」라는 권고를 마련하고 있는데, 이 Code는 일종의 지침기준으로서 법적인 강제성은 없으나 이에 따르지 않으려면 사용자가 합리적인 이유를 밝혀야 한다.(Croner's Employment Law, D113 참조). 이 Code에는 사용자는 정리해고를 회피하기 위하여 ① 신규채용의 제한 ② 조기퇴직의 권유 ③ 시간외근로시간의 단축 ④ 일시적인 단축근로 ⑤ 전직 등을 강구하도록 하고 있다.

주석 7) 정리해고에 관한 대표적 판결로 Williams and other vs Compair Maxam Ltd 1982 IRLR 83이 자주 인용되는데 이 판결에서도 정리해고의 요건으로 ① 사용자는 관련근로자 또는 노동조합에게 차선의 방법을 모색할 수 있도록 사전에 통고를 하여야 하며 ② 해고회피나 해고대상자 선정 등에 관하여 노동조합과 협의하여야 하며 ③ 선정에 있어서 객관적인 기준이 적용되어야 하며 ④ 기준에 따라 공정하게 해고 대상자가 선정되어야 하며, ⑤ 해고대상자에게 해고 대신에 전직 등 다른 방법을 강구하여야 한다는 원칙을 정하고, 이러한 원칙들은 그 배제가 정당화될 만한 상당한 이유가 있는 경우에만 배제할 수 있다고 한다(위의 책 D114. 참조).

주석 8) Hepple and O'Higgins, Employment Law, Sweet & Maxwell, pp. 297~301.

주석 9) Gwyneth Pitt, Employment Law, Sweet & Maxwell, 1992. p.189.

第5節 獨逸

1. 概觀

독일에 있어서 경제적 사유에 기한 해고의 제한은 1920년 「경영협의 회법」(Betriebsrätegesetz)에까지 소급된다. 이 경영협의회법은 경영상의 사유에 근거하지 않은 해고에 대하여 경영협의회제도를 통한 제한을 규정하였고 이러한 해고제한법규는 나치시대인 1934년 「노동질서법」(gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit)에도 형식적으로는 이어졌다. 그런데 1920년 경영협의회법과 1934년 노동질서법은 피해고자가 경영협의회에 이의제기가 가능하고 경영협의회는 사용자와 협의하며 합의가 이루어지지 않은 경우 법원을 통한 구제조치는 강제성이 없는 복직 또는 재고용의 권고에 불과하였다. 따라서 해고의 사유가 부당하다 하여도 그 해고가 무효로 되지는 않았다.

반면에 1951년 제정된 「해고제한법」(K59@ndigungsschutzgesetz)은 사회적으로 부당한 해약고지는 무효가 되며 노동법원을 통한 구제조치도 원칙적으로 복직 또는 재고용의 명령으로 강제성을 갖도록 규정하였다. 또한 그 해고제한법에 의하면 해약고지가 경영사의 필요에 의한 경우에도 그 필요성은 '긴급한'것이어야 하며, 긴급한 경영상의 필요가 인정되어도 피해고자를 선택함에 있어서 '사회적 관점의 고려'가 요구된다.

그런데 1952년의 경영협의회법이 1972년의 경영조직으로 전면개정되면서 해고제한법도 개정되어 해약고지가 경영협의회와 사전에 합의한 선택기준에 저촉하였거나 배치전환의 가능성을 고려하지 않아 경영협의회가 이의를 제기한 경우에는 사회적으로 부당하여 무효로 된다는 절대적 사유(absoluter Grund)를 규정하였다. 따라서 경영상의 필요에 의한 해약고지의 경우 경영협의회의 적법한 이의제기에 의하여 중대한 제한을 받게 되었다.

그리고 1951년 이래 해고제한법에서는 일정규모 이상의 대량해고에 대하여 행정관청에 신고하도록 하고, 신고후 일정기간 동안 해고의 효력의 발생을 부인하고 있다. 이러한 대량해고 규제는 근본적으로는 노동시장정책에 관련된 것으로 경영상의 필요에 의하여 해고함에 있어서 또 하나의 중대한 제한이 되고 있다.

요컨대 독일의 경우 경영상의 사유에 의한 해고에 있어서 경영상의 필요성, 현실적인 긴급성, 해고회피조치의 강구와 사회적 관점의 고려 등을 실체적 요건으로 요구하고 있으며, 절차적으로는 경영협의회와의 보고 및 협의를 거치도록 하고 있을 뿐만 아니라 일정한 규모의 사업장에서 일정수의 근로자를 집단적으로 해고하려는 경우에는 란트노동청에의 신고 등 일정한 사전적 규제를 행하고 있다.

2. 經營上의 事由에 기한 解約告知

가. 經營上의 긴급한 필요성

일반적으로 사용자가 근로자를 해고하는 경우에는 일정기간의 예고기간을 두어야 한다.¹⁾ 또한 이러한 해약고지가 사전에 이루어진 경우에도 해고제한법은 6개월 이상의 근로관계를 보지하는 근로자에 대한 해약고지가 '사회적으로 부당'한 경우에는 무효로 하고(제1조 제1항), '사회적으로 부당'한 해약고지로서 근로자의 인격(Person)상 또는 행태(Verhalten)상의 사유에 기하지 않은 해약고지와 함께 '경영상의 긴급한 필요성'(dringende betriebliche Erfordernisse)에 기하지 않은 해약고지를 들고 있다.(제1조 제2항 1문). 또한 사용자는 해약고지의 사유를 입증해야 한다고 규정하고 있다. (제1조 제2항 4문).

해약고지의 경영상의 사유로는 기업 내적인 사유와 기업 외적인 사유가 인정될 수 있다. 기업 내적인 사유인 합리화조치(Rationalisierungsmaßnahmen)의 예로는 노동절감적 기계의 도입(Einführung arbeitsparender Maschinen), 생산방법의 변경(Anderung der Produktionsmethoden), 개별부문의 휴업(Stillegung einzelner Abteilung) 등이며 기업외적인 사유의 예로는 판매부진(Absatzschwierigkeit), 주문부족(Auftrag-mangel), 원료부족(Rohstoffmangel), 에너지부족(Energiemangel)등이다.

그런데 이러한 경영상의 사유에는 '긴급한 필요성'(dringende Bed61@rmiss)이 인정되어야 한다. 해고제한법이 경영상의 필요성에 대하여 '긴급함'(dringende)을 요구한 것은 1920년 경영협의회법

및 1934년 노동질서법에서 단순히 경영상의 상태를 조건으로 하지 않은 해약고지를 허용하지 않았던 것에 비교하여 요건이 더욱 엄격해진 것을 의미한다.

경영상의 필요가 긴급한 것이기 위하여는 그것이 현존하는(wirklich)것이어야 하며, 따라서 장래에 비로서 발생할 수 있는 취소감소의 가능성으로는 충분하지 않다.

또한 긴급함이 인정되기 위하여는 그 해약고지가 회피할 수 없는(unvermeidbar) 것이어야 한다.

따라서 사용자는 해고를 회피하기 위하여 가능한 여러 조치를 사전에 취하여야 한다. 예를 들면 기술상·조직상·경제상 견딜 수 있는 경우에는 근로분산조치(Arbeitsstreckung)를 취하여 모든 근로자의 근로시간을 단축시키는 등의 방법으로 가능한 한 해약고지를 회피하도록 하여야 한다.

그리고 해약고지를 회피하기 위하여 근로자를 사업장 내의 유사한 작업장(Arbeitsplatz)으로

배치전환할 수 있는 경우에는 긴급한 경영상의 필요가 인정되지 않는다. 또한 근로자를

재교육시킨 후에 취로시킬 수 있는 경우 및 근로자가 해약고지 전후에 동의를 표시한다면

근로조건을 변경하여 취로시킬 수 있는 경우에도 그러하다(해약고지가 사회적으로 정당하기

위하여는 사용자에게 기대되는 이익과 근로자에게 발생하는 불이익이

이익형량(Interessenabwägung)되어야 하며, 이러한 배치전환의 가능성은 포괄적인 이익형량의

고려요소로 요구된다는 설명도 있다). 배치전환의 가능성을 고려함에 있어서는 모든 비교가능한

작업장을 고려하여야 한다. 그러나 이 경우 사용자가 새로운 작업장을 설치할 의무는 없다.

그리고 배치전환의 가능성은 그것이 객관적으로 가능하며 허용되는가에 의해 판단되어야 한다.

따라서 만약 경영협의회가 개별적인 인사조치에 관하여 경영협의회법 제99조상의 동의를 거절할 경우에는 배제전환의 가능성이 부정된다.²⁾

나. 사회적 관점에서의 선택

'경영상의 긴박한 필요성'에 기한 해약고지가 사회적으로 부당하지 않다고 해도 피해고자의 선택에 있어서 '사회적 관점'(soziale Gesichtspunkte)을 전혀 고려하지 않았거나 충분히 고려하지 않았을 경우에는 사회적으로 부당한 해약고지가 된다.(제1조 제3항 1문). 이 고려는 사용자가 스스로 하여야 하며 경영협의회에 위임하는 것은 허용되지 않는다.

근로자의 선택에 있어서 고려되어야 할 '사회적 관점'의 내용으로는 일반적으로 근로자의 연령,

근무기간(die Dauer der Betriebszugehörigkeit), 부양자수가 중요한 지표가 되며, 그외에도 가족의

상태, 가족의 수입, 재산상태, 건강상태등이 고려되어야 한다. 고려해야 할 이러한 요소들

상호간에 추상적·일반적으로 기준을 정립하는 것은 부인된다. 사회적 관점에서의 고려는

해약고지 시점의 변화하는 사정과 개별적인 사정을 구체적으로 충분히 파악해야 하기 때문이다.

따라서 사용자가 사전에 작성한 점수표(Punkte Tabelle)에 따른 선택은 정당성이 인정되지 않는다.

그런데 1972년 경영협의회법 제95조에 의해 사용자와 경영협의회가 합의로 정한 선택기준은

추상적·일반적으로 기준을 정립하는 것이 아닌가라는 문제가 있었다. 이에 대하여

연방노동재판소는 동 법상의 그 선택기준이 연령, 근무연수, 부양자수라는 기본적 사항을 적절히

고려하고 있을 것 및 개별적인 특수한 사정도 빠짐없이 고려할 수 있는 여지가 남아 있을 것이

요구되며, 이를 충족하였다면 그 선택기준에 대하여는 이의를 제기할 수 없다고 하여, '사회적

관점에서의 선택'에 관하여 노사합의에 의한 일정한 '평가여지'(Wertungsspielraum)를 인정하고

있다.³⁾

일반적으로는 사회적 관점에 따른 선택이 요구되지만, 그러나 경영기술상, 경제상, 기타 정당한

경영상의 필요성으로 인하여 어떤 근로자의 계속고용이 요구되는 경우, 따라서 이 근로자를

해약고지된 근로자에 대신하여 해고할 수 없다고 생각되는 경우에는 사회적 관점이 적용되지

않는다.(제1조 제3항 2문). 즉 사용자의 이익과의 조정에 의하여 사회적 관점에 따른 선택이

제외되는 것이다. 여기서는 특정 근로자의 계속고용이 질서있는 경영운영 또는 이윤율을 위하여

결정적 의의(Zwangslage)를 가지고 있을 것이 요구된다.

선택에 있어서 사회적 관점이 충분히 고려되었는가에 대한 입증책임은 해약고지를 받은 당해

근로자가 부담하는데(해고제한법 제1조 제1항 3문), 사실 그 입증은 매우 어려운 일이다. 그리하여

1969년의 해고제한법의 개정으로 제1조 제3항 1문에서 "사용자는 근로자의 요구에 따라

근로자에게 당해 사회적 선택을 하게 된 이유를 제출하여야 한다."는 사용자의 이유제시의무를

추가하였다.

이러한 이유제시의무의 내용에 관하여는 그것이 범형식항 제1문에 있기 때문에 제2문(경영상의

필요성이 있는 경우의 제외규정)에 기하여 사용자가 대항할 수 있는 이유에까지 제시의무가 확대되는지 여부가 문제되나, 법형식에 구애되지 않고 실질적인 이유에서 공정하여야 한다고 해석된다. 근로자가 사회적 관점의 불충분성을 주장할 수 있기 위하여는 해고되지 않은 근로자의 경영상의 필요성을 충분히 알아야 가능하기 때문이다. 예컨대 연장자로서 근무연수가 길고 부양가족수가 많은 근로자를 근무연수가 짧고 미혼인 근로자 대신에 해고하는 경우, 후자를 해고 하여서는 안되는 경영상의 필요성을 모르면 사회적 관점의 불충분성의 주장이 불가능하기 때문이다.

그런데 사회적 선택의 이유제시의무는 근로자의 요구가 있는 경우에만 발생하고 이러한 근로자의 요구는 해약고지후에야 이루어지는 것이기 때문에 해약고지의 시점에서는 생기지 않게 된다. 따라서 선택상의 이유없이 표명된 해약고지도 일용 유효하고 이유제시의무의 위반을 이유로 사후적으로 무효가 되지는 않으며 단지 손해배상책임의 발생에 머무르게 된다.

다. 경영협의회에 의한 통제

경영상의 사유에 기한 해고가 경영협의회와 사전에 합의한 선택기준에 저촉하였거나 배치전환의 가능성을 고려하지 않은 경우에는 경영협의회가 이의를 제기할 수 있으며, 또한 경영상의 사유에 기한 해고를 수반하게 되는 경영계획 및 인사계획 등은 경영협의회와 협의하도록 규정하고 있다. 이러한 경영협의회에 의한 통제는 단지 경영상의 사유에 기한 해고에 관련될 뿐인 것은 아니고, 어떠한 사유에 기한 해고이든지 간에 사전에 경영협의회에 의한 통제를 인정하고자 하는 점이 특징적이다.

1) 해약고지에 대한 이의 제기

사용자는 어떠한 사유의 해약고지이건 간에 그 이전에 경영협의회에게 해약고지의 사유를 알리고 경영협의회의 의견을 청취하여야 한다(경영협의회법 제102조 제1항). 경영협의회 의견청취없이 행하여진 해약고지는 무효이다(동법 제102조 제1항 3문).

근로자는 자신에 대한 해약고지가 사회적으로 부당하다고 생각되는 경우에는 해약고지를 받은 날로부터 1주일 이내에 경영협의회에 이의를 제기할 수 있다(해고제한법 제3조).

경영협의회가 통지된 해약고지에 대하여 의심을 가지는 경우 경영협의회는 이유를 제시하여 1주일의 기간내에 사용자에게 서면으로 통지하여야 한다. 그 기간내에 의심을 통지하지 않으면 그 해약고지는 동의한 것으로 본다(경영협의회법 제102조 제2항).

경영협의회는 다음과 같은 사항이 있는 경우에는 1주일의 기간내에 해약고지에 대하여 이의를 제기할 수 있다(동법 제102조 제3항). 즉 ① 사용자가 해약고지를 할 때 근로자의 선택에 있어서 사회적 관점을 고려하지 않거나 충분히 고려하지 않은 경우 ② 해약고지가 경영협의회법 제95조에 의한 선택기준에⁴⁾저촉이 되는 경우 ③ 해약고지된 근로자를 동일한 경영내의 다른 작업장이나 기업의 다른 경영의 작업장에서 계속취로가 가능한 경우 ④ 상당기간의 재교육조치 또는 계속교육조치후에 계속 취로가 가능한 경우 ⑤ 근로자가 동의하여 다른 근로조건으로 계속취로가 가능한 경우에는 이의를 제기할 수 있다.

경영협의회법은 경영협의회의 이의제기와 그 해약고지의 효력에 관하여 규정하고 있지는 않다. 그런데 경영협의회의 이의제기 여부와 무관하게 ①의 사회적 관점에서의 선택이 충분히 고려되지 않은 해약고지의 경우를 사회적으로 부당한 해고로서 무효라고 해고제한법상에 규정되어 있다(해고제한법 제1조 제3항). 또한 나머지 ② 내지 ⑤의 경우에는 경영협의회 이의제기가 있으며 사회적으로 부당한 해고로 무효가 된다고 해고제한법상에 규정되어 있다(해고제한법 제1조 제2항 2~3문). 1972년의 경영협의회법에 개정에 따라 해고제한법도 개정되어 양법이 동일한 규정을 두고 있는 것이다.

경영협의회의 적법한 이의제기는 해약고지를 사회적으로 부당한 것으로 하는 절대적 사유(absoluter Grund)가 된다. 즉 해약고지가 긴박한 경영상의 필요성에 기한 것이고 사회적 관점에서의 선택이 있는 경우에도 경영협의회 적법한 이의제기에 의하여 그 해약고지는 사회적으로 부당한 것으로 된다.

그런데 1972년 경영협의회법의 개정 이전에도 ② 내지 ⑤의 배치전환의 가능성이 인정되면 경영협의회 이의제기와 무관하게 그 해약고지는 사회적으로 부당하다고 해석되어 왔었다.

그래서 1972년 경영협의회법의 개정으로 인하여 오히려 경영협회의의 적법한 이익제기가 없는 때에는 그 해약고지가 사회적으로 부당하지 않게 되는 것인가의 문제가 있었다. 이 점에 대하여 연방노동법원은 비록 경영협회의의 적법한 이익제기가 없어 절대적 사유에는 해당되지 않더라도 ② 내지 ⑤의 경우에 해당한다는 점은 경영의 이익과 피해고근로자의 이익을 형량하는 데 고려되어야 하며, 그 이익형량에 따라 사회적 정당성을 판단하여야 한다고 판결하였고,⁵⁾ 배치전환의 가능성의 고려는 단순히 이익형량의 문제로만 파악되는 것이 아니라 기술하였듯이 경영상 필요성의 '긴급함'의 판단에서 고려되어야 하는 요소라고 설명하기도 한다.

그리고 경영협의회가 이익을 제기하고 당해 근로자가 해약고지에 대하여 노동법원에 제소(해고제한법 제4조)한 경우에는 사용자는 근로자의 요청에 따라 소송의 종결까지 종전의 근로조건으로 계속 고용하여야 한다(경영협의회법 제102조 제5항).

2) 경영의 변경에 대한 협의

사용자는 근로자들에게 불이익을 초래하는 '경영의 변경'(Betriebs66@ndrungen)에 관하여 경영협의회에 보고하고(unterrichten) 함께 협의하여야(beraten) 한다(경영협의회법 제111조). 여기서의 '경영의 변경'은 ① 전체 경영이나 주요 경영부분의 감소, 조업정지 또는 이전 ② 다른 경영과의 통합 ③ 경영조직, 경영목적 또는 경영시설의 근본적인 변경 ④ 근본적인 새로운 작업방식 및 조업절차의 도입 등을 말한다(동법 제111조 2문).

사용자와 경영위원회의 협의결과 이해의 조정에 관하여 합의를 이루어 내지 못한 경우에는 중재기관의 결정이 합의를 대신한다(동법 제112조). 사용자가 아무런 정당한 이유없이 이해의 조정을 회피하여 이로 인하여 해고된 근로자는 사용자에게 대하여 보상금의 지급을 청구할 수 있다(동법 제113조).

3) 인사계획에 대한 협의

사용자는 인사계획(Personalplanung), 특히 인력수요 및 그에 따른 인사조치와 직업교육조치에 관하여 경영협의회에 보고하고(unterrichten), 제반조치 및 가혹함(H66@rten)의 회피에 관하여 함께 협의하여야(beraten) 한다(경영협의회법 제92조 제1항). 또한 경영협의회는 인사계획의 도입과 시행에 관하여 제안(Vorshl66@ge)할 수 있다(동법 제92조 제2항).

3. 勞動法院에 의한 統制

가. 노동법원에의 구제신청

경영상의 사유에 기한 해약고지가 해고제한법 제1조 제2항 및 제3항에 의하여 사회적으로 부당한 경우, 근로자는 해약고지후 3주 이내에 노동법원에 자신의 근로관계 그 해약고지로 인하여 해고되지 않음을 확인하는 소송을 제기할 수 있다(해고제한법 제4조). 그 근로자가 경영협의회에 이익을 제기한 경우에는 경영협회의의 의견서를 소장에 첨부하여야 한다(동법 제4조 3문). 대량 해고에 노동청의 허가가 필요한 경우에는 제소기간은 노동청의 결정이 통지된 날부터 기산한다(동법 제4조 4문). 이러한 제소기간은 제척기간이어서 그 기간의 경과로 해고는 처음부터 유효한 것으로 간주된다(동법 제7조).

소송에 있어서 해고의 사유를 입증할 책임은 사용자에게 있다(제1조 제2항 4문).

또한 경영협의회가 이익을 제기하고(경영협의회법 제102조 제3항) 당해 근로자가 노동법원에 제소한 경우에는 사용자는 근로자의 요청에 따라 소송의 종결까지 종전의 근로조건으로 계속 고용하여야 한다(경영협의회법 제102조 제5항). 다만 노동법원은 ① 근로자의 제소가 승소의 가망이 없거나 또는 방자하다고(mutwillig) 생각되는 경우 ② 근로자의 계속 취로가 사용자에게 예기치 않은 경제적 부담을 초래하는 경우 ③ 경영협회의의 이익제기가 명백히 근거없는 경우에는 사용자의 신청에 의하여 계속 고용할 의무를 면제할 수 있다(경영협의회법 제102조 제5항 2문).

근로관계가 계속 존재한다고 노동법원이 결정하는 경우에 사용자는 그 근로자에게 해고기간에 상응하는 임금을 지급하여야 한다(해고제한법 제11조). 근로관계가 계속 존재한다고 노동법원이 결정하는 경우에도 ① 합리적으로 당해 근로자에게 그 근로관계의 계속을 기대할 수 없는 때에는

근로자의 신청에 의하여 ② 더 이상 노사간에 경영목적에 적합한 지속적인 협력을 기대할 수 없는 때에는 사용자의 신청에 의하여 근로관계를 해소하고 사용자에게 '해고보상'(Abfindung)의 지급을 명할 수 있다(동법 제9조 제1항). 해고보상의 총액은 ① 50세 이상의 근로자가 15년 이상 근속한 경우에는 15개월간의 소득을 한도로 ② 55세 이상의 근로자가 20년 이상 근속한 경우에는 18개월간의 소득을 한도로 ③ 그외에는 12개월간의 소득을 한도로 정한다(동법 제10조).

나. 노동법원의 심사권의 범위

그런데 해고의 효력을 다투는 소송에 있어서 노동법원의 심사권의 범위가 문제되어졌다. 이는 해고제한법 이전에 경영상의 필요성에 의한 해고가 사용자결정(Unternehmerentscheidung)의 문제로 광범위하게 인정되었던 것과는 달리 해고제한법 제정으로 인하여 이후는 법원이 그러한 사용자결정을 시사할 수 있는가라는 문제였다.

이 점에 관하여 해고제한법 성립 직후의 논쟁은 긍정설·부정설·절충설로 나누어졌다고 한다.⁶⁾ 긍정설은 해고제한법의 문언 및 취지에 비추어 볼 때 노동법원에 위임된 심사권은 '근로자의 계속고용이 경영상의 이해와 일치하고 있는지 여부'에 관한 것이고, 노동법원은 단순히 자기의 판단을 경영자의 판단으로 강요하는 것은 허용되지 않으나 경영자의 판단의 심사가 재량권 남용(Ermessenmi68@brach)의 경우에 한정되는 것은 아니라고 하였다. 이에 대하여 부정설에 의하면 경제적 영역에 있어서의 경영자의 결정이 재판에 의하여, 즉 국가에 의하여 그 합목적성의 고려가 심사되고 법원의 평가에 따라서 시인되거나 거부될 수 있다고 한다면 기업운영에 대한 이러한 간섭은 기본법 제2조가 보장하고 있는 인격의 자유로운 발전이라는 기본권과 일치하지 않는다고 보았다. 경영자가 무엇을, 언제, 얼마만큼 매매하고 생산하고 투자하는가는 성질상 재판할 수 없는 순수 재량의 문제라고 하였다. 절충설은 사용자결정을 그 합목적성에 관하여는 심사할 수 없으나, 事實性, 恣意性, 權利의 濫用-본질적으로는 재량권의 남용-이라는 점에서는 심사할 수 있고, 동시에 해약고지의 시점에서 사용자가 기대가능한 구제조치를 취하고 있는지 여부를 심사할 수 있다고 보았다.

이와 같은 문제에 대하여 연방노동법원의 판결은 합리화 조치의 합목적성에 관하여는 심사될 수 없고 다만 그것을 위하여 행해진 조치가 명백하게 사실이 아니고(unsachlich),

비상식적이며(unver69@nftig), 자의적인(willk69@rlich) 것인지만이 심사할 수 있다고 판결하였고,⁷⁾ 그 후 이와 같이 사용자결정의 합목적성에 관하여는 심사할 수 없다는 견해가 통설화되었다.

그런데 이러한 경제적 사유에 기한 해약고지의 사회적 부당성의 심사에 관하여 사용자결정에 대한 심사권의 한계를 이유로 하여 자의성·상식성·사실성의 판단에 한정하는 것과 같은 定式化는 사용자 자신에 의하여 초래된 모든 사태를 '所興'의 것으로 볼 위험이 있다. 여기에서 해약고지의 사유에 관한 입증을 사용자에게 요구하고 있는 해고제한법 제1조 제2항 4문의 의의가 드러나게 된다.

사용자의 입증의무의 내용으로서는 ① 일정한 범위에 있어서 노동력을 잉여상태로 하는 경영상태 ② 이 경영상태와 피해고자의 수적·직업적 관계 ③ 당해 노동력을 방출하는 것에 대한 경영상의 긴급한 필요성등이 해당되게 되는데, 이를 입증할 수 없는 한 해약고지는 사실에 따른 것이 아니고 비상식적이며 자의적인 것이 되게 된다.

이상의 심사를 통하여 경영상의 긴급한 필요성이 인정되게 되면 근로자는 독일 민법(BGB) 제 138조에 의해 '공서양속위반'을 근거로 하든지, 또는 해고제한법 제1조 제3항의 '사회적 관점'에 의한 선택 위반을 근거로 하여 해약고지의 무효를 주장하여야 한다.

4. 大量解雇에 있어서 行政官廳에 의한 統制

가. 노동청에의 신고

해고제한법은 전술한 경제적 사유에 기한 해고의 제도를 포함한 개별적 근로자보호(부분적으로는 경영협의회의 권한과 관련하여 집단적 이익보호도 포함)에 관련되는 것 이외에도 동시에 노동시장정책에 관련되는 것으로서 대량해고의 규제를 규정하고

있다(해고제한법 제17조~22조). 이 대량해고 규제는 직접적으로는 실업방지를 겨냥한 것이나 경영상의 필요에 의한 해고에 대한 중대한 제한이 되어 결과적으로는 개별근로자의 계속고용에도 일정한 영향을 미칠 수 있다. 그러나 그 제한의 성질은 사회적으로 부당하지 않은 해고도 란트노동청(Landesarbeitsamt)의 관여에 의해 규제할 수 있다는 점에서 제1조에서의 해고규제와는 상이한 것이다.

나. 노동청에 대한 신고의무

대량해고의 규제는 일정한 수 이상의 해고의 경우에 노동청(Arbeitsamt)에 신고를 하여야 한다. 즉 상시적으로 20인 이상 60인 미만을 사용하는 기업에서는 5인 이상, 60인 이상 500인 미만을 사용하는 기업에서는 10퍼센트 이상 또는 25인 이상, 500인 이상을 사용하는 기업에서는 30인 이상의 근로자를 30일 이내에 해고하는 경우에는 노동청에 신고하여야 한다(해고제한법 제17조 제1항).

이러한 신고의무가 있는 해고를 하려는 경우에는 사용자는 경영협의회에 서면으로 해고사유, 해고대상자의 수, 상시근로자의 수, 해고효력일 및 기타 필요한 정보를 알려주어야 한다(동법 제17조 제2항 1문). 사용자와 경영협의회는 특히 해고를 회피하거나 줄일 수 있는 조치와 그 결과를 경감시킬 수 있는 조치를 강구하여야 하며(동법 제17조 제2항 2문), 경영협의회의 의견은 신고서에 첨부되며 추가의견을 노동청에 제출할 수도 있다(동법 제17조 제3항).

노동청에의 신고의무에 있어서 중요한 것은 '해고'(Entlassung)의 수이지

'해약고지'(K70@ndigung)의 수는 아니다. 따라서 피해고자수의 산정에 있어서는 해약고지의 시점에서가 아니라 해고의 시점, 즉 근로관계가 해소된 때의 피해고자수가 문제된다.

또한 해고는 사용자에 의하여 일방적 의사표시(해약고지)를 통하여 초래되는 근로관계의 종료이기 때문에 근로관계가 근로자에 의해 해약고지되거나 기간의 정함이 있는 근로관계에 있어서 기간경과 등 사용자의 해약고지 없이 종료하는 경우는 여기에 포함되지 않는다(동법 제17조 제4항 참조).

사용자가 법정 신고의무를 해태한 경우에는 무효이다. 신고는 있었으나 문서에 의하지 않은 경우, 또는 적법하게 이루어지지 않은 경우도 마찬가지이다. 그러나 무효인 것은 해고이지 해약고지는 아니며 해약고지 자체는 노동청에 신고되지 않아도 여전히 유효하다. 그 결과 해약고지기간이 경과하여도 신고가 이루어지지 않았기 때문에 그 해약고지가 근로관계를 종료시키는 효력을 가지지 않으며, 이 경우 근로자는 근로관계의 존속을 주장할 수 있다. 또한 여기에서 무효가 되는 것은 모든 해고이며 법정수를 초과한 부분에 한정되는 것은 아니다.

다. 노동청의 결정

신고의무가 있는 해고는 신고접수후 1개월까지 해고의 효력이 발생하지 않는다(해고제한법 제18조 제1항). 란트노동청은 신고 접수후 2개월까지 그 효력의 발생을 정지할 수도 있으며(동법 제18조 제2항), 1개월 이전의 날까지로 특별히 인정하거나 또는 신청이로 소급하여 해고의 효력을 인정할 수도 있다.(동법 제 18조 제1항).

해고의 효력이 정지되고 있는 동안에 근로자를 완전히 조업시킬 수 없는 경우에는 란트노동청은 조업단축의 실시 및 임금의 감액지급을 허가 할 수 있다(동법 제19조).

란트노동청은 사용자와 피해고자의 이익, 공익 및 전체 노동시장의 상황, 특히 그 기업이 속하는 경제부문의 상황을 고려하여(동법 제20조 제3항) 위와 같은 결정을 함으로써 사전에 해고의 효력을 제한할 수 있는 것이다.

란트노동청의 결정은 위원회가 결정한다. 이 위원회는 란트노동청장 또는 그가 임명하는 란트노동청 직원을 위원장으로 하여 란트노동청의 행정위원회가 임명하는 근로자, 사용자 및 공공단체의 대표자 각 2인으로 구성된다. 이 위원회는 결정을 하기 전에 사용자와 경영협의회의 의견을 청취하여야 한다. 위원회의 결정은 다수결로 이루어진다(동법 제20조 제1항).

주석1) 해약고지의 사전기간은 생산직근로자의 경우 최소 2주, 사무직근로자의 경우 최소 6주이며, 근무연수에 따라 그 이상을 法定하고 있다.

주석2) G62@nter Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 6. Aufl., M62@nchen, Beck, 1987. SS. 917-918

주석 3) BAG v.20.10.1983. AP 13 zu 63@ KSchG 1969 Betriebsbedingte K63@ndigung=DB 84. 536.

주석4) 사용자와 경영협의회는 채용, 배치전환, 재편성, 해약고지의 경우에 있어서의 인사선택의 기준을 합의하여 정하며, 합의가 성립하지 않는 경우에는 중재기관의 결정이 합의를 대신한다(경영조직법 제95조).

주석5) BAG v. 13. 9. 1973. AP 2 zu 65@ 1KSchG 1969.

주석6) 김유성, 「정리해고에 관한 소고」, 「법학」 제25권 2·3호, 서울대학교, 1984, 125~126쪽 참조.

주석7) BAG AP 6, 22 zu 69@ KSchG Betriebsbedingte K69@ndigung; AP 6 zu 69@ 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte K69@ndigung=DB 79, 650=NJW 79, 1902 등.

第 6 節 프 랑 스

1. 프랑스의 解雇法의 概觀

프랑스법에서는 「기간의 정함이 없는 근로계약의 해약고지에 관한 1973년 7월 13일의 법률」 이전에는 문자 그대로 해고의 자유의 법리가 관철되고 있었다. 위의 법률에 의해 폐지된 노동법전 舊 제23조 제1항은 민법의 규정을 답습하여 "기간의 정함이 없이 이루어진 노무대차는 계약당사자의 일방의 의사에 의해 언제든지 종료할 수 있다." 고 규정하고, 특별법상의 금지(조합활동을 이유로 하는 해고금지, 기업위원회위원·종업원대표위원·기업내조합임원의 해고제한 등) 및 단체협약·취업규칙에 의한 해고의 제한금지에 해당하지 않는 한 사용자는 자유로이 근로자를 해고할 수 있었다. 다만 해고에 대하여 권리남용의 법리가 적용되었으나 해고권의 남용이라고 인정되기 위하여는 단지 피해고자의 무과실을 증명하는 것으로는 부족하고 보다 적극적으로 당해 해고에 있어서의 사용자의 '害意' 또는 '귀책할 수 있는 경솔' 등 사용자의 과실을 입증하여야 했기 때문에 해고권의 남용을 입증하기란 매우 어려웠다. 또한 해고가 위법한 경우에도 민법전 제 1142조의 "작위 또는 부작위의 채무는 채무자측의 불이행의 경우에는 손해배상으로 변한다"라는 규정에 따라 해고가 무효로 되는 것이 아니라 손해배상청구가 인정되는데 지나지 않았다. 1804년의 민법전에서 役務資借(louage de services)의 문언이 근로계약(contrat du travail)으로 바뀐 것도 1973년법에서였다. 1973년법은 다음과 같은 것을 그 내용으로 하고 있다.

① 법정의 해고예고기간은 이전에는 근속 6개월 이상의 자에 관하여 1개월이었으나, 본법에 의해 근속 2년 이상의 자는 2개월로 되었다.

② 사용자는 해고예고자를 사전에 소환하여 해고이유를 설명하고 그자의 변명을 들어야 한다.

③ 사용자는 피해고자의 청구의 의해 '진실하고도 중대한 사유'를 밝혀야 한다. 이때 '진실하고도 중대한 사유'(cause réelle et sérieuse)에서 '진실한'(réelle)이라 함은 사실에 합치하는지 여부라는 진실성을 나타내고, '중대한'(sérieuse)이라 함은 해고시키지 않을 수 없는 정도로 중대함이라는 의미이다. 이 '진실하고도 중대한 사유'의 여부가 문제된 경우 법원은 당사자가 제시한 소송자료를 검토하고, 유용하다고 판단되는 釋明措置(mesures · d'instruction)를 취하도록 되어 있다.(C. Trav. art. L122조의 14의 3).¹⁾

④ 법원은 진실하고도 중대한 사유를 결한 해고에 관하여 '복직의 제안'을 할 수 있다. 이는 복직의 명령이 아니며 본법에 의하여도 위법한 해고가 무효로 되는 것은 아니다. 또 ②~④는 근로자 10인 이하의 영세기업에는 적용되지 않고, ④은 근속 2년 미만의 근로자에게 적용되지 않으며, 또 ② 및 ④은 근속 1년 미만의 자에게는 적용되지 않는다.

이와 같이 1973년법에 의하여 근로자의 해고보호에 관하여 약간의 개선이 이루어졌으나, 이 법률은 '경제적 이유에 의해 정당화된 집단적 해고'에 대하여 적용이 제외되었다(다만 ③은 과회원의 판결에 의해 모든 해고에 적용된다). 1975년법은 이 필요에 따른 것이다.

1975년법은 '경기 또는 구조적 원인과 관련된 경제적 이유'(motif économique d'ordre conjoncturel ou structurel)²⁾에 의한 집단해고에 관하여 사용자는 기업위원회 또는 종업원대표위원회에 자문하여야 한다는 것과 경제적 이유에 의한 모든 해고에 관하여(개별적 해고도 포함) 행정관청의 사전 승인(autorisation)을 받아야 한다고 규정하고 있다. '경기 또는 구조적 원인과 관련된 경제적 이유'란 불황의 경우뿐만 아니라 기업의 외부사정의 변화 및 새로운 생산설비의 도입이라든가 기업의 통합분리 등 주로 기업내의 조직구성의 변화도 포함하는 경제적·재정적·기술상의 이유를 가리키는 것으로 해석된다. 다만 일상적인 관계가 되는 해고로서, 예컨대 건설공사(토목, 건축)의 완성으로 인한 작업장의 폐쇄에 수반되는 해고는 경제적 이유에 의한 해고로 보지 아니한다. 또한 30일의 기간 내에 10인 미만의 근로자를 경제적인 이유로 해고하는 경우에는 뒤의 「1979년 1월 18일의 법률」이 적용되며, 이 경우 1975년 법에서 규정하고 있는 절차가 다소 완화되게 된다.

해고에 관한 위의 두 개 법률외에 해고에 직접 관계하는 것은 아니나 정리해고를 생각할 때 간과하여서는 아니되는 입법으로 "기간의 정함이 있는 근로계약에 관한 1979년 1월 18일의 법률"이 있다. 이 법률의 규정 중에 정리해고와의 관계에서 주목해야 할 것은 다음의 두 가지이다.

① 기간의 정함이 있는 계약은 반드시 서면에 의할 것, 서면을 결한 경우는 기간의 정함이 없는 것으로 추정된다.

② 기간의 갱신이 인정되는 것은 1회에 한하고(기간의 합계가 1년을 넘지 않을 때는 2회까지 가능), 그 이상의 갱신의 경우는 기간의 정함이 없는 근로계약이 된다. 이 법률에 따라서 기간의 정함이 있는 근로계약을 연쇄적으로 갱신하여 오다가 정리해고의 필요가 발생(하였다고 사용자가 판단한)한 경우 갱신을 거부하고 기간만료에 의한 계약관계의 종료를 선언하는 방법으로 임시직근로자를 해고하는 것이 어렵게 되었다.

이러한 법률규제 이외에 「고용보장에 관한 직업간 전국협정」과 같이 직업내 또는 직업간에 전국적인 단체협약이 체결되어 있는데, 이러한 협약들은 경제적 이유에 의한 해고에 관하여 1975년 법률보다도 그 절차요건을 엄격하게 규제하고 있으며, 또한 해고의 사전 방지 내지는 해고자수의 최소화를 위한 근로시간 단축, 퇴직, 인력이동 등의 조치와 피해고자에 대한 해고보상, 재고용선임권 등에 대해서도 협정하고 있다.

2. 1975年法에 있어서 整理解雇의 節次

가. 종업원대표기관에의 자문

상시 10인을 넘는 근로자를 사용하는 기업 또는 사업장에서(관공서를 포함) '경기 또는 구조적 원인과 관련한 경제적 이유'에 의해 30일의 기간내에 10인 이상의 근로자를 집단적으로 해고하려고 하는 경우에는(집단적 해고), 사용자는 종업원대표기관의 회의를 소집하고, 그 해고계획에 관하여 자문하여야 한다. 위의 종업원대표기관은 근로자 50인 미만의 사업 및 사업장에 있어서는 '종업원대표위원'이고, 또 근로자 50인 이상의 사업 및 사업장에 있어서는 '기업위원회'(또는 사업장위원회)이다.(노동법전 L321조의 3).

이 경우 사용자는 소집장과 함께 이하와 같은 모든 유익한 정보를 송부하지 않으면 안된다(L321조의 4). ① 해고계획의 경제적·재정적 내지 기술상의 이유 ② 해고예정자의 수 ③ 關係職種 ④ 당해 사업장에서 사용되는 상근·비상근 근로자수 ⑤ 해고실시의 日程 ⑥ 해고를 회피하고 피해고자수를 줄이고 또 종업원의 재취직을 용이하게 하기 위하여 사용자가 취하고 있는 조치 등의 정보를 제공하여야 한다.

이러한 자문을 할 때 사용자는 종업원대표기관에 대하여 해고예정자의 성명을 알릴 의무는 없다. 따라서 종업원대표기관은 누가 피해고자로서 예정되어 있는지를 알 수 없는 상태에서 의견을 개진하게 되며 이 경우 1973년법에서의 사전소환과 변명청취의 절차는 요구되지 않는다.

종업원대표기관에 제공된 정보는 변명청취의 절차는 요구되지 않는다. 종업원대표기관에 제공된 정보는 이에 대한 종업원대표위원 또는 기업위원회의 의견·示唆제안을 적은 調書を 첨부하여

행정관청에 송부한다.

30일의 기간내에 10인 미만의 근로자를 해고하려고 하는 경우에도 종업원대표기관에게 자문하여야 하나, 이 경우에는 사용자가 위와 같은 정보를 제공하여야 할 의무는 없다.

나. 행정관청에 의한 해고의 승인

1) 신청

사용자가 '경기 또는 구조적 원인과 관련한 경제적 이유'에 의해 근로자를 해고하려고 하는 경우에는 개별적 해고와 집단적 해고를 불문하고 행정관청의 승인을 받아야 한다. 신청서에는 사용자는 이하의 사항을 기재하여야 한다(노동법전 L321조의 7, R321조의 8). ① 사용자의 주소, 성명 ② 기업의 업종 ③ 피해고자의 성명, 국적, 생년월일, 성별, 주소, 직무 및 적격(qualification) ④ 그 근로자의 채용연월일 ⑤ 사용자가 주장하는 경제적·재정적 내지 기술상의 이유 ⑥ 해고를 회피하고 피해고자수를 줄이고 또 종업원의 재고용을 용이하게 하기 위하여 취한 조치

⑦ 해고실시의日程

상시 50인 이상의 근로자를 사용하는 사업 및 사업장에 있어서는 노동법전 L321조의 3에서 정한 前記의 기업위원회에의 자문을 한 때로부터 15일을 경과한 후가 아니면 이 승인의 신청을 할 수 없다. 또 경제적 이유에 의한 집단적 해고의 경우에는 종업원대표기관에 대한 자문절차를 종료하지 않은 경우에는 위의 신청을 할 수 없다(노동법전 321조의 8).

2) 심사 및 결정

사용자의 신청에 기하여 행정관청은 ① 협의절차의 실시 상황 ② 주장된 해고이유가 진실한가(realite des motifs invoques) ③ 재고용조치 및 지급하여야 할 제수당이 충분한가를 심사한다(노동법전 L321조의 9 제1항). 이 중 ②의 해고사유의 진실성의 의미 내지 이에 대한 행정관청의 심사권의 범위에 관하여는 사용자의 주장이 사실과 부합하고 있는가만을 형식적으로 조사할 수 있는가, 아니면 행정관청은 정리해고의 필요성에까지 실질적으로 판단할 수 있는가에 대하여는 다툼이 있다.

행정관청은 위의 ① 내지 ③의 사항에 관하여 심사하고 경기 또는 구조적 원인과 관련한 경제적 이유로 인한 집단적 해고에 관하여는 신청일로부터 30일 이내에 승인 또는 불승인의 결정을 행한다. 30일 경과후에도 사용자에게 대한 결정의 통고가 없을 때는 승인한 것으로 간주된다(노동법전 L321조의 9 제1항).

행정관청의 위의 결정은 사용자가 제출한 해고계획의 전체를 승인하든지 아니면 거부하여야 하며, 조건부 내지 부분적 승인은 허용되지 않는다. 그러나 실제로 행정관청은 이 기간을 이용하여 사용자가 제출한 해고계획 및 사후조치에 난점이 있는 경우에 당해 해고계획이 승인되기 위한 조건을 제시하여 신청과 결부시키는 방법을 행하기 때문에 이 기간은 당국과 사용자의 교섭기간이라고 일컬어진다.

경제적 이유에 의한 기타의 해고, 즉 기업규모를 불문하고 해고예정자가 10인 미만의 경우에는 위의 심사기간은 7일간으로 단축되며, 1회에 한하여 기간의 갱신이 허용된다(노동법전 L321조의 9 제2항). 이 경우에는 전기 심사사항 중 ②만이 심사의 대상으로 된다.

사용자는 행정관청의 승인이 있은 후, 또는 위의 30일간의 심사기간이 경과하여 승인이 있었다고 간주될 때까지가 아니면 근로자에 대하여 해고통고서를 송부할 수 없다.(노동법전 L321조의 9 제3항).

다. 파산 등에 수반한 해고의 절차

재판상의 整理(reglement judiciaire: 우리나라의 회사정리절차와 거의 유사), 또는 재산의 清算(liquidation de biens: 우리나라의 회사해산에 의한 청산절차와 거의 유사)에 수반하는 해고에 관하여는 전술한 법정 정리해고절차가 대폭적으로 간략화되고 있다. 법원의 판단에 의하여 재판상의 정리 또는 재산의 청산의 절차가 개시된 이상 종업원의 일부 또는 전부의 해고는 필연적이라는 것이 그 입법이유이다.

재판상의 정리 또는 재산의 청산에 수반하는 해고의 경우에는 사용자 또는 管財人은 근로자

10인을 넘는 기업에 있어서는 집단적 해고실시의 日程을 기업위원회(또는 종업원대표위원)를 소집하여 통고만 하면 된다. 기업위원회 등의 의견청취는 필요하지 않다(노동법전 L321조의 10). 이러한 경우 사용자 또는 관재인은 해고통고서를 근로자에게 송부하기 전에 행정관청에 대하여 해고를 통고하여야 한다(노동법전 L321조의 7 제2항). 행정관청의 승인절차는 필요없다.

라. 해고보상금의 지급

동일한 사용자에게 중단없이 2년 이상 근로한 근로자가 중과실(faute grave) 이외의 사유로 해고당한 경우에는 해고로 인한 보상금을 청구할 권리를 갖는다.(노동법전 L122조의 9). 해고보상수당은 근속 2년 미만은 없으며, 2년이상 10년까지 근속 1년에 대하여 임금의 0.1개월분, 10년을 초과한 경우에는 근속연수에 따라 근속 1년에 대하여 임금의 0.1내지 0.15개월분이 지급된다.(노동법전 L·122조의 9 이하). 다만 이 비율은 월급제 근로자에 대하여 적용되는 것으로서 시간제 근로자에 대하여는 근속1년에 대하여 임금 200시간분이 지급된다. 해고보상금은 단체협약 등에 의하여 근로자에게 보다 유리한 규정을 둘 수 있다.

마. 경제적 이유에 의한 해고의 절차위반에 대한 制裁

1) 형벌

사용자는 이하의 경우에 1,000프랑 이상 8,000프랑 이하의 벌금에 처한다(노동법전 L321조의 11 제1항).

① 행정관청에의 해고승인신청을 하지 아니하거나 또는 승인거부의 결정이 있었음에도 불구하고 해고절차를 개시한 때

② 사전에 종업원대표기관에의 자문을 행하지 아니하고 해고승인신청을 한 때

③ 행정당국의 승인을 얻기 전에 또는 신청후 30일 또는 7일의 심사기간 경과전에, 근로자에 대하여 해고통고를 송부한 때

재판상의 정리 또는 재산의 청산의 경우, 사용자 또는 관재인이 종업원대표기관에 통지하지 아니하고 근로자에 대하여 해고통고를 송부한 경우에도 같은 형벌에 처한다(노동법전 L321조의 11 제2항).

2) 民事法상의 제재(노동법전 L321조의 12)

사용자가 행정관청에의 해고승인신청을 행하지 않거나 또는 승인의 결정 내지 결정을 위한 심사기간의 경과를 기다리지 아니하고 근로자에게 해고통고를 발한 때는 근로자는 법령 또는 협약에서 정한 각종 수당과는 별도로 계약과기의 남용을 이유로 손해배상을 청구할 수 있다. 이 청구에 관한 소송은 개별적 근로관계 사건의 초심법원인 노동법원이 관할권을 가지게 된다. 종업원대표기관에의 자문절차 위반에 대한 민사법상의 제재에 관하여는 1975년법에는 규정이 없다.

바. 행정관청의 결정에 대한 불복

해고된 근로자나 사용자가 행정관청의 해고승인(30일이 경과되어 허가로 간주되는 것을 포함) 또는 해고승인 거부의 결정에 대하여 불복하는 경우에는 그 결정이 통지된 후 2개월내에 노동부장관에게 재심을 신청하거나 또는 행정소송을 제기할 수 있다. 이 경우에 경제적 이유 내지 해고절차에 대한 위법 및 심사권한의 남용에 대하여 판단하게 된다. 이 경우 해고무효의 판정이 나더라도 피해고자가 원직에 복귀되지는 않으며, 노동법전 L321 조의 12에 규정된 손해배상을 청구할 수 있게 된다.

주석1) 이 규정에 관련해 석명조치후에도 의심이 남는 경우에는 사용자가 해고의 정당사유를 적극적으로 입증하지 못한 불이익을 받아 해고가 위법으로 되는가에 관하여는 해석상의 논란이 있다.

주석2) 번역은 김유성, 앞의 논문, 243쪽에 따랐다.

第3章

結論

정리해고의 문제는 기본적으로 사용자의 소유권·영업권과 근로자의 생존권·근로권의 대립상의 한가운데 놓여 있는 문제이다. 이 점은 특히 앞에서 살펴본 바와 같이 '긴박한 경영상의 필요성'의 요건을 해석함에 있어 여러 상황적 변수를 고려하지 않을 수 없는 사실에서 여실히 드러난다. 우리나라에서는 아직 정리해고와 관련한 특별법이 제정되지 않아 판례법상으로 기본법리에 관한 이른바 4 요건론이 형성되었지만, 현재에는 위의 '긴박한 경영상의 필요성'의 요건을 둘러싼 논의가 주종을 이루고 있고, 나머지 3 요건에 관해서는 아직도 보충적으로 판단을 행하고 있는 실정이라 할 수 있겠다.

초창기의 판례에서는 정리해고를 기업도산의 카운터파트로 인식할 정도로 정리해고를 극히 제한적으로 허용하다가 최근에 와서는 경영의 합리성의 관점에서 이를 널리 허용하는 쪽으로 변화해 가고 있음을 살펴보았다. 이러한 사정의 변화에는 나름대로 이유가 있겠지만 정리해고가 현재의 경기불황을 타개하는 한 방향으로 便宜적으로 인식되는 데 대해서는 경계하지 않을 수 없다. 모름지기 노동법이론과 제도는 노사간의 갈등국면을 합체제적으로 조화시키고 양자가 서로 공존할 수 있는 사회경제적 기반을 구축함을 지향하여야 하는바, 급일의 상황에서도 각국에서 정리해고에 관한 특별법규를 마련한다거나, 우리의 판례법상 요건엄격주의를 채택한 기본취지를 간과해서는 안될 것이다.

사실 정리해고를 단행해야 할 긴박한 경영상의 필요가 있는가의 여부는 법원이 이를 심사하기가 어려울 정도로 전문적이고 재량의 폭이 큰 문제이다. 따라서 이 요건에 치중하여 정리해고의 정당성 여부를 판별하는 것은 자칫 자의로 흐를 수도 있다. 우리의 법원이 네 가지 요건을 요구하는 본래의 의도는, 이러한 사정을 감안하여 해고회피조치와 선별의 공정성 및 근로자대표와의 협의와 같은 절차적 요건을 통해 별도의 여과과정을 거치게 함으로써 그만큼 합리적인 정리해고를 제도적으로 담보하고 그 결과 대량적인 집단해고가 사회문제화되는 것을 방지하고자 하는데 있다고 할 수 있다. 그런데 실제 이 후자의 세 가지 요건에 대해서는 면밀히 심사하지 않는 것처럼 보이고 최근 이를 형해화시킬 우려가 있는 판결이 나타나기도 한다. 각국의 예에서 보듯이 정리해고의 사회적 여과를 최소화하기 위하여 절차적 규제를 강화하고 있다. 미국은 근로권 개념이 희박한 대표적인 나라임에도 불구하고 정리해고를 행하기 위해서는 6개월 전에 관계기관 및 종업원대표에 사전통지를 의무화하고 있고 전통적으로 voluntarism에 입각하고 있는 영국의 경우에도 노동조합과 상당한 기간동안 협의할 것을 요구하고 있으며 노동성에 사전통고하도록 하고 있다. 또 해고의 자유법리가 관철되고 있는 프랑스의 경우에도 정리해고에 관한 한은 종업원대표기관의 자문을 받도록 행정관청이 승인하는 제도를 도입하고 경영협의회의에게 이 사항에 관해 협의할 권한을 부여하고 있다. 이러한 신고 또는 사전통지의무를 해태한 경우에는 민사벌, 행정상의 불이익 부과 및 심지어는 형벌에 이르기까지 각국은 별칙의 제재를 가하고 있다.

이들 나라보다도 보다 강도높게 근로권을 헌법상 보장하고 있는 우리의 경우에는 형식논리적으로 보면, 보다 더 충실하게 근로자를 보호하기 위해 정리해고의 허용에 엄격해야 할 것이다. 서구의 수평적인 노동시장에 비하여 전직이나 재고용의 기회가 상대적으로 적고 실업수당 등과 같은 사회보장제가 확립되어 있지 않은 우리의 현실을 감안한다면, 이는 단순히 형식논리상의 문제만은 아니다.

여타의 보통해고와 달리 근로자가 아무런 잘못도 없이 자신의 유일한 생계원천인 직장에서 이탈되는 정리해고의 경우에는 경기변동이나 불황 또는 경영합리화의 일방적 희생물이 될 수 없으며 또 국가는 이를 그대로 방치해서는 안될 법적 의무가 있는 것이다. 마찬가지로 경영악화가 지속됨에도 불구하고 인원정리조치를 탄력적으로 행하지 못하고 적자를 감수하면서 기업을 운영할 의무는 사용자에게는 없는 것이며 또 국가는 이를 그대로 방치해서는 안될 법적 의무가 있는 것이다. 사회의 균형적 발전을 이룩하고 분배적 정의가 달성될 수 있도록 노력하는 것은 사회적 법치국가 이념에 내재하는 본질적 요청이기 때문이다. 또한 정리해고는 고용보장정책과도 직접적으로 관련되는 사안인 만큼 정리해고에 관한 정부의 적극적 개입이 요망되고, 노·사·정 삼자의 공평한 위험부담원리가 도입되어야 할 것이다.

자본주의의 근간을 유지함과 아울러 근로자의 고용보호라는 문제가 미묘하게 얽혀 있는 정리해고의 문제는 단순한 규범적인 당부의 차원을 넘어 이념적·정책적 선택과 결단이 필요한 문제라고 할 수 있다. 따라서 현재와 같이 이 문제를 법원의 판단에만 맡기는 것은 더 이상 타당하지 않으며 서구의 예에서 보았듯이 특수규율을 위한 특별법의 제정이 시급하다 하지 않을 수 없고, 이를 위해서 우리의 노동현실에 대한 실증적인 분석을 시도하고 현실과 규범이 괴리되지 않는 방향으로 진지하게 법제도를 마련해 나가야 할 것이다. 서두에서 밝혔듯이 정리해고에 관한 논의는 이제부터가 시작임은 이러한 연유에서이다.

<附錄1> 해고관련 주요 노동관계법률

1. 근로기준법

법	시행령	비고
<p>제5조【균등처우】 사용자는 근로자에 대하여 남녀의 차별적 대우를 하지 못하며 국적, 신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 처우를 하지 못한다.</p>		<p>【법칙】 제111조</p>
<p>제27조【고용중의 제한】 ①사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유없이 해고, 휴직, 정직, 전환, 감봉 기타 징벌을 하지 못한다.</p> <p>②사용자는 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위한 휴업기간과 그 후 30일간 또는 산전·산후의 여자가 이 법에 규정된 휴업기간과 그 후 30일間は 사용하지 못한다. 다만, 사용자가 제84조에 규정된 일시보상을 지급하였을 경우 또는 천재, 사변</p>	<p>제9조【해고의 승인신청】 사용자가 법 제27조 제3항 또는 법 제27조의 2 제1항 단서 전단의 규정에 의하여 노동부장관의 인정 또는 승인을 받고자 하는 경우에는 노동부장관이 정하여 고시하는 서식, 법 제27조의 2 제2항의 규정에 의하여 노동위원회의 인정을 받고자 하는 경우에는 노동부장관이 정하여 고시하는 서식에 의하여야 한다(1982.8.13 본조 개정).</p>	<p>【산전·산후의 휴업】 근로기준법 제60조</p> <p>【기간의 계산】 민법 제157조</p> <p>【법칙】 제110조</p>

기타 부득이한 사유로 인하여 사업계속이 불가능할 때에는 그러하지 아니하다(1974. 12. 24 본항 개정).

제27조의2 [해고의 예고] ①사용자는 근로자를 해고하고자 할 때에는 적어도 30일전에 그 예고를 하여야 한다. 30일전에 예고를 하지 아니한 때에는 30일분 이상의 봉상임금을 지급하여야 한다. 다만, 천재, 사변 기타 부득이한 사유로 사업계속이 불가능한 경우 또는 근로자가 고의로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우에는 그러하지 아니하다. ②제1항 단서의 경우에는 근로자의 귀책사유에 관하여 노동부장관의 승인을 얻어야 한다(1989. 3. 29 본조 개정).

제27조의3 [정당한 이유없는 해고등의 구제신청] ①사용자가 근로자에 대하여 정당한 이유없이 해고, 휴직, 정

제10조 [해고의 인정신청기간] 법 제27조의2 제2항의 규정에 의하여 근로자의 귀책사유에 관하여 노동위원회 인정을 받고자 하는 자는 근로자를 해고하기 7일전에 인정을 신청하여야 한다. 다만, 근로자의 고의 또는 중대한 과실로 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼친 경우 계속근로가 사업에 막대한 지장을 초래하거나 재산상 손해를 끼칠 우려가 있다고 명백히 인정되는 경우에는 해고후 7일 이내에 인정신청을 할 수 있다.(1987. 12. 31. 본조 개정).

[별칙] 제110조

법	시행령	비고
<p>직, 전환, 갑종 기타 징벌을 할 때에는 당해 근로자는 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다.</p> <p>②구제신청과 심사절차 중에는 노동조합법 제40조 내지 제44조의 규정을 준용한다(1989. 3. 29 본조 신설).</p> <p>제29조 [예고해고의 적용 제외] 제27조의 2의 규정은 다음 각호의 1에 해당하는 근로자에게는 적용하지 아니한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 일용근로자로서 3월을 계속근무하지 아니한 자 2. 2월 이내의 기간을 정하여 사용된 자 3. 월급근로자로서 6월이 되지 못한 자 4. 계절적 업무에 6월 이내의 기간을 정하여 사용된 자 5. 수습사용종의 근로자(1961. 12. 4 	<p>제11조 [수습근로자의 정의] 법 제29조 제5호에 규정된 '수습사용종의 근로자'라 함은 수습사용한 날로부터 3월 이내인 자를 말한다.</p>	
<p>본조 개정).</p> <p>제105조 [감독기관에 대한 신고] ①사용자는 제1항의 통고를 이유로 근로자에 대하여 해고 기타 불리한 처우를 하지 못한다.(1974. 12. 24 본조 개정).</p>		<p>[불리한 처우] 노조법 제39조 [벌칙] 제110조</p>

2. 남녀고용평등법

법	시행령	비고
<p>제8조 [정년·퇴직 및 해고] ①사업주는 근로자의 정년 및 해고에 관하여 여성인 것을 이유로 남성과 차별하지서는 아니된다.</p> <p>②사업주는 근로여성의 혼인·임신 또는 출산을 퇴직사유로 예정하는 근로계약을 체결하지서는 아니된다.</p>		[별칙] 제23조

3. 노동조합법

법	시행령	비고
<p>제39조 [부당노동행위] 사용자는 다음 각호의 1에 해당하는 행위(이하 '부당노동행위'라 한다)를 할 수 없다.</p> <p>1. 근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위</p> <p>2. 근로자가 어느 노동조합에 가입하지 아니할 것 또는 탈퇴할 것을 고용조건으로 하거나 특정한 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 행위. 다만, 노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있을 때에는 근로자가 그 노동조합의 조합원</p>	<p>제16조 [부당노동행위의 권한] ①법 제49조 제1항의 규정에서 "노동위원회"라 함은 부당노동행위가 발생한 사업장의 소재지를 관할하는 노동위원회를 말한다.</p> <p>②상호관견을 갖는 2이상의 부당노동행위로서 2이상의 노동위원회에 계속하는 경우에는 중앙노동위원회가 관할권을 갖는 하나의 노동위원회를 지정하여 그 노동위원회로 하여금 당해 사건의 전부를 처리하게 할 수 있다.</p> <p>③부당노동행위가 특별노동위원회의 설치목적에 된 특정사항에 관한 것인 때에는 법 제40조 제1항에 규정된 "노동위원회"는 특별노동위원회를 말한다.</p>	<p>[구제신청] 노동조합법 제40조</p> <p>[구제명령] 노동조합법 제42조, 제43조, 제44조</p> <p>[별칙] 노동조합법 제46조, 제46조의 2</p>

이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약의 체결은 예외로 하며, 이 경우 사용자는 근로자가 당해 노동조합에서 계명된 것을 이유로 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다 (1987. 11. 28 단서 신설).

5. 근로자가 정당한 단체행동에 참가한 것을 이유로 하거나 또는 노동위원회에 대하여 사용자가 이 조의 규정에 위반한 것을 신고하거나 그에 관한 증언을 하거나 기타 행정관청에 증거를 제출한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위

<附錄 2> 정리해고에 관한 대법원 판결요지

* 이 자료는 본원에서 발간될 예정인 「노동판례요지집」 중의 정리해고편에서 부분발췌한 것이다.

[1] 정리해고의 네 가지 요건

[사 건] 삼익건설-임금 등

대법원 1989. 5. 23, 제2부 판결, 87다카2132

(원심: 서울고법 1987. 7.2. 판결, 86나2061)

[당사자] 원고: 피상고인 김정석

피고: 상고인 삼익건설주식회사

요지

가. 기업이 경영상의 사정에 의하여 근로자를 해고하는 이른바 정리해고에 있어서는 첫째로 해고를 하지 않으며 기업경영이 위태로울 정도로 급박한 경영상의 필요성이 존재하여야 하고, 둘째로 경영방침이나 작업방식이 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 등 해고회피를 위한 노력을 하였어야 하며, 셋째로 합리적이고 공정한 정리기준을 설정하여 이에 따라 해고 대상자를 선별하여야 하고, 이밖에도 해고에 앞서 노동조합이나 근로자측과 성실한 협의를 거칠 것이 요구된다.

나. 근로자가 해고를 당한 후 사용자측에서 제공하는 해고수당을 수령한 사실이 있다고 하여 이것만으로 자신에 대한 해고의 정당성을 인정하여 해고조치에 승복한 것이라고 단정할 수 없다. 다. 사용자의 근로자에 대한 해고처분이 무효이거나 취소된 때에는 그동안 고용관계는 유효하게 계속되고 있었는데도 근로자가 근로를 제공하지 못한 것은 부당한 해고를 한 사용자의 귀책사유로 말미암은 것이므로, 근로자는 계속근로하였을 경우에 받을 수 있는 임금 전부의 지급을 청구할 수 있다.

[참조조문] 근로기준법 제27조 제1항

[출 처] 법원공보 1989. 7. 15. (972~974쪽)

[참 고] 대법원 1972. 6. 27. 선고, 71다1635 판결

1981. 12. 22. 선고, 81다626 판결

[2] 정리해고요건 중의 하나인 '긴박한 경영상의 필요성'은 경제적인 이유에 한정되지 않는다.

[사 건] 동부화학-해고무효확인 등

대법원 1991. 12. 10. 제1부 판결, 91다8647

(원심: 서울고법 1991. 1. 17. 판결, 89나38159)

[당사자] 원고: 피상고인 최환 외 11인

피고: 상고인 (주) 동부화학

요지

정리해고의 한 요건인 '긴박한 기업경영상의 필요성'이라는 것은 기업의 인원삭감 조치가 영업성적의 악화라는 기업의 경제적인 이유뿐만 아니라 생산성의 향상, 경쟁력의 회복 내지 증강에 대처하기 위한 작업형태의 변경, 신기술의 도입이라는 기술적인 이유와 그러한 기술혁신에 따라 생기는 산업의 구조적 변화도 이러한 이유로 하여 실제 이루어지고 있고 또한 그럴 필요성이 충분히 있다는 점에 비추어 보면 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 것에 한정할 필요는 없고, 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때에는 '긴박한 경영상의 필요성'이 있는 것으로 넓게 보아야 한다.

[참조조문] 근로기준법 제27조

[출 처] 법원공보 1992. 2. 1.(470~472쪽); 최신 노동판례 92-1호(111~114쪽)

[참 고] 대법원 1989. 5. 23. 선고, 87다카2132 판결(공 1989, 972)

대법원 1990. 3. 13. 선고, 89다카24445 판결(공 1990, 881)

대법원 1991. 1. 29. 선고, 90누4433 판결(공 1991, 884)

대법원 1992. 5. 12. 선고, 90누9412 판결(공 1992. 1877)
대법원 1992. 8. 14. 선고, 92다16973 판결(공 1992. 2665)

[3] '긴박한 경영상의 위기'가 일개 영업부문만의 영업수지를 기준으로 결정될 수 있는지 여부

[사 건] 대림산업-해고무효확인

대법원 1990. 3. 13. 제2부 결정, 89다카24445
(원심 : 서울고법 1989. 8. 16. 판결, 88나45259)

[당사자] 원고 : 상대방 박경규 외 6인

피고 : 신청인 대림산업(주)

요지

가. 기업의 경영상의 사정에 의하여 근로자를 해고하는 이른바 정리해고에 있어서는 근로관계의 존속보호라는 관점에서 첫째로 해고를 하지 않으면 기업경영이 위태로울 정도의 긴박한 경영상의 필요성이 존재하여야 하고, 둘째로 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용금지, 일시휴직및 희망 퇴직의 활용, 배치전환 등 해고회피를 위한 노력을 다하였어야 하며, 셋째로 합리적이고 공정한 정리기준을 설정하여 이에 따라 해고대상자를 선별하여야 하고, 이 밖에도 해고에 앞서 노동조합이나 근로자측에 적절한 통지를 하고 이들과 사이에 성실한 협의를 거칠 것이 요구된다. 나. 정리해고의 요건 중 '긴박한 경영상의 위기'는 회사 전체의 경영사정을 종합적으로 검토하여 결정되어야 하며, 이 사건에서와 같이 일개 영업부문 또는 영업소에 불과한 중기사업소의 영업수지만을 기준으로 결정되어서는 안된다.

다. 근로자가 정리해고가 유효한 것임을 전제로 하여 회사의 종용·요구에 따라 사직서를 제출한 경우라면, 위 정리해고와 무관하게 별도로 사직의 의사를 표시한 것으로 볼 수 없다.

[참조조문] 근로기준법 제27조 제1항; 민법 제139조; 노동조합법 제40조

[출 처] 법원공보 1990. 5. 1. 선고, 87다카2132 판결(공 1989, 1972)

1990. 1. 12. 선고, 88다카34094 판결(공 1990, 461)

[4] 노조 파업으로 인한 일시 경영곤란의 경우

[사 건] 삼흥공업-부당해고구제 재심판정 취소

대법원 1993. 1. 26. 제2부 판결, 92주3076
(원심 : 서울고법 1992. 1. 23. 판결, 91구3743)

[당사자] 원고 : 상고인 (주)삼흥공업

피고 : 피상고인 중노위 위원장

요지

가. 정리해고의 요건인 '긴박한 경영상의 필요'는 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에만 인정되는 것은 아니므로 기업에 종사하는 인원을 줄이는 것이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때에는 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 보아야 할 경우가 있을 수도 있다.

나. 노동조합의 파업으로 일시 정상적인 경영이 어려웠다는 사정만으로는 부득이 사업장을 폐쇄하여야 할 '긴박한 경영상의 필요'가 있다고 보기 어렵다고 한 사례.

다. 일부 사업장을 폐쇄하였다고 하더라도 다른 사업장에서 사업을 계속하고 있는 이상 사업을 축소한 것에 지나지 아니할 뿐 사업전체를 폐지한 것이라고 할 수는 없으므로, 그 사업장의 폐쇄만을 이유로 그 사업장에 종사하는 모든 근로자를 다 해고할 수 있는 것도 아니다.

[참조조문] 근로기준법 제27조 제1항

[출 처] 법원공보 1993. 3. 15.(866~868쪽) : 최신 노동판례 93-2호(220~222쪽)

[참 고] 가.다. 대법원 1992. 5. 12. 선고, 90누9412 판결(공 1992, 1877)

나. 대법원 1990. 3. 13. 89다카2445 판결(공 1990, 881)

1991. 1. 29. 90누4433 판결(공 1991, 884)

1991. 12. 10. 91다8647 판결(공 1992, 470)

[5] 정리해고요건 중 하나인 '해고회피를 위한 노력'의 의미

[사 건] 삼한합섬-해고무효확인 등
대법원 1992. 12. 22. 제2부 판결, 92다14779

(서울고법 1992. 3. 17. 판결, 91나41905)

[당사자] 원고: 상고인 정숙자 외 3인

피고: 피상고인 삼한합섬

요지

가. 정리해고에 정당한 이유가 있기 위하여 필요한 요건 중 해고회피를 위한 노력을 다하여야 한다는 것은 사용자가 근로자의 해고범위를 최소화하기 위하여 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 그리고 전근 등의 가능한 조치를 취하는 것을 의미한다.

나. 사용자가 경영하는 공장 중 하나를 폐업하고 폐업공장 근로자 전부를 해고함에 있어서 해고회피를 위한 조치를 취할 수 없는 경우라고 본 사례.

[참조조문] 근로기준법 제27조 제1항

[출 처] 법원공보 1993. 2. 15.(556~557쪽): 최신 노동판례 93-2호 (217~219쪽)

[참 고] 가. 대법원 1989. 5. 23. 87다카2132 판결(공 1989, 972)

1990. 1. 12 88다타34094 판결(공 1990, 461)

[6] 해고대상 일부와는 협의를 거치지 않았으나 노동조합과는 협의한 경우

[사 건] 동부화학-해고무효확인 등

대법원 1992. 8. 14. 제3부 판결, 92다16973

(원심 : 서울고법 1992. 3. 31. 판결, 91나51575)

[당사자] 원고 : 상고인 우병창 외 3인

피고 : 피상고인 (주) 동부화학

요지

비록 회사가 노동조합원이 아닌 일부 정리해고대상자들과 해고에 앞서 성실한 협의를 거치지 않았다고 하더라도 조합원들을 대표한 노동조합과 합의를 거쳤으며, 나머지 정리해고의 유효요건인 인원삭감을 하여야 할 긴박한 경영상의 필요성이 있어야 하고, 해고회피를 위한 노력을 하였어야 하며, 합리적이고 공정한 정리기준에 의하여 해고대상자를 선정하여야 한다는 요건을 충족시키고 있다면 회사가 사전협의를 거치지 아니하였다고 하더라도 전체적으로 고려하여 볼 때 정리해고가 유효하다고 한 사례.

[참조조문] 근로기준법 제27조 제1항

[출 처] 법원공보 1992. 10. 1. (2665~2667쪽)

[참 고] 대법원 1992. 8. 14. 선고, 92다21036 판결(공 1992, 2667)

[7] 근로자측과의 사전협의절차를 거치지 아니한 정리해고가 유효한 경우

[사 건] 삼익주택-해고무효확인 등

대법원 1992. 11. 10. 제1부 판결, 91다19463

(원심 : 서울고법 1991. 4. 19. 90나13361)

[당사자] 원고 : 상고인 이영복 외 5인

피고 : 피상고인 삼익주택

요지

정리해고의 실질적 요건이 충족되어 해고의 실행이 시급하게 요청되고, 한편 근로자들을 대표할 만한 근로자집단도 없고 취업규칙에도 근로자측과의 협의조항이 없으며 또한 해고대상 근로자에 대하여 해고조치 이외에 마땅한 대안이 없는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 근로자측과의 사전협의절차를 거치지 아니한 정리해고도 유효하다.

[참조조문] 근로기준법 제27조 제1항

[출 처] 법원공보 1993. 1. 1.(67~69쪽)

[참고] 대법원 1992. 8. 14. 선고, 92다16973 판결(공 1992, 2665)
1992. 8. 14. 선고, 92다21036 판결(공 1992, 2667)

[8] 동종의 사업을 2개 단위로 분할경영해 오다가 적자경영상태인 하자의 사업부소속 근로자들을 정리해고한 경우

[사건] 동진-부당노동행위구제 재심판정 취소

대법원 1992. 5. 12. 제2부 판결, 90누9421

(원심 : 서울고법 1990. 11. 1. 판결, 89구11734)

[당사자] 원고 : 상고인 (주)동진

피고 : 피상고인 중노위 위원장

요지

가. 사용자가 그 경영의 사업체 전부를 폐업하고 이에 따라 그 소속 근로자 전원을 해고하는 것은 원칙적으로 기업경영의 자유에 속하는 것으로서 노동조합의 단결권 등을 방해하기 위한 위장폐업이라는 등의 특단의 사정이 없는 한 부당노동행위가 된다고 할 수는 없겠지만 어떤 기업이 하나의 사업장에서 하나의 영업허가를 가지고 동종의 사업을 경영하면서 그 경영진의 사정 때문에 그 사업을 2개 이상의 단위로 분할하여 그 인적·물적 설비를 서로 독립시키고 회계를 서로 분리하여 경영하여 왔다 하더라도 그 경영주체가 동일한 인격체라면 그 회사 내부의 분리경영이라는 사정이 있다 하여 이를 별개의 사업체로 볼 수는 없는 것이며, 이러한 경우 여러 개의 사업단위 중 하나의 사업단위를 폐지하기로 하였다 하더라도 이는 사업축소에 해당할 뿐 사업전체의 폐지라고 할 수는 없는 것이어서 그 사업체가 폐업되었음을 전제로 하여 그 사업단위에 속한 전체 근로자를 해고할 수는 없는 것이다.

나. 위 '가'항과 같이 동종의 사업을 2개 단위로 분할하여 경영하여 온 기업의 정리해고에 있어 제1사업부와 제2사업부가 연혁적인 면에서나 실제운영상 경영진은 물론 그 근로자들에 대하여도 완전히 인적·물적 설비가 분리되어 있고 서로 교류가 없어서 그 소속 근로자도 다른 사업부와는 전혀 관계없는 독립단위라고 인식하는 상태에서 근무하여 온 것이라면 특히 적자를 내고 있는 경영상 심한 곤란을 겪고 있는 제1사업부만을 축소 내지 폐지 하는 것이 불합리하다고 할 수도 없다고 할 것이고 그 경우 제1사업부 소속 근로자부터 우선 정리해고함이 형평에 어긋난다고 할 수도 없다고 한 사례.

[참조조문] 노동조합법 제39조; 근로기준법 제27조 제1항

[출처] 법원공보 1992. 7. 1.(1887~1881쪽); 최신 노동판례 92-4호(190~쪽)

[9] 빌딩 관리업무 위탁에 따른 직제폐지로 인한 정리해고

[사건] 문화류씨 전사령공과 종친회-해고무효확인 등

대법원 1992. 3. 10. 제2부 판결, 91다27334

(원심 : 서울고법 1991. 7. 3. 판결, 91나8786)

[당사자] 원고: 상고인 이민하 외 1인

피고 : 피상고인 문화류씨 전사령공과 종친회

요지

빌딩을 매입하여 관리하여 오던 종친회가 빌딩 관리업무에 종사하는 근로자들이 노동조합에 가입한 사실을 통지받기 이전에 관리 업무를 용역전문업체에 위탁하기로 결의하고 이에 따라 빌딩의 관리업무를 위탁함으로써 직제가 폐지된 근로자들에게 위 용역전문업체로의 전직희망 여부를 물었으나 일부 근로자들이 전직을 거부하여 그들을 해고하였다면 그 해고처분이 노동조합에 가입한 것을 혐오하여 이루어진 것이 아니라 경영상의 필요에 따라 행한 것이고 신의칙상 근로자들과 거처야 할 협의 등의 절차를 다한 것이라고 보아 정당하다고 한 사례.

[참조조문] 근로기준법 제27조

[출처] 법원공보 1992. 5. 1.(1282~1283쪽); 최신 노동판례 92-3호 (172~174쪽)

[참고] 대법원 1989. 2. 28. 선고, 88다카11145 판결(공 1989, 531)

[10] 인원을 감축한 후 동일자격 근로자들을 채용한 경우

[사 건] 현대아파트입주자 대표회의-해고무효확인

대법원 1987. 4. 28. 제2부 판결, 86다카1873

(원심: 서울고법 1986. 7. 24. 판결, 85나3594)

[당사자] 원고: 피상고인 유청하 외 1인

피고: 상고인 현대아파트입주자 대표회의
요지

가. 해고하기에 앞서 직급을 낮추어 근무할 의향이 있는지의 여부를 타진하는 등 해고회피의 수단을 강구하지 아니하였으며 근무연한이 짧은 사람을 먼저 선정하도록 되어 있는 단체협약의 기준을 고려하지 않았을 뿐만 아니라 해고후 동일한 자격을 가지고 있는 사람을 비슷한 봉급수준으로 채용한 것은 정당한 사유없이 이루어진 해고이다.

나. 해고된 근로자들이 그 해고처분에 대하여 재송하고 해고직후 종전 근무처와 노동부 등에 해고의 부당성을 들어 진정까지 하였다면 퇴직금을 수령하였다 하더라도 해고처분의 효력을 인정하였다고 볼 수 없고, 또한 생계를 위하여 일시 다른 업체에 취업하고 있었다는 사정만으로는 종전 근무처와의 근로계약을 해지하거나 스스로 파기하였다고는 볼 수 없다.

[참조조문] 근로기준법 제27조 제1항

[출 처] 법원공보 1987. 6. 15.(882~883쪽)

[참 고] 대법원 1979. 2. 13. 선고, 78다1855 판결

[11] 임원직제 개편에 따른 전속기사의 해고

[사 건] 한국일보-부당징계구제 재심판정 취소

대법원 1991. 1. 29. 제1부 판결, 90누4433

(원심: 서울고법 1990. 5. 17. 판결, 89구16777)

[당사자] 원고: 상고인 나태석

피고: 피상고인 중앙노동위원회 위원장

(피고 보조참가인: 주식회사 한국일보사)

요지

해고가 회사의 인사관규정에 터잡아 경영합리화를 목적으로 한 직제개편에 따라 행하여진 것으로서 회사에 그와 같은 경영상의 필요가 있었고 해고회피를 위한 노력도 있었던 것으로 보이고, 임원전속기사의 채용과정이나 근무형태의 특수성에 비추어 볼 때 원심이 인정한 바와 같은 기준에 의한 전속운전기사의 해고가 합리적이라고 보여지며, 해고에 앞서 적절한 통지와 협의도 있었던 것으로 보여지므로 이 사건 해고는 정당한 이유가 있다.

[참조조문] 근로기준법 제27조

[출 처] 법원공보 1991. 3. 15.(884~885쪽)

[참 고] 대법원 1987. 4. 14. 선고, 86다카1875 판결

1989. 2. 28. 선고, 88다카11145 판결

[12] 직제규정 개정으로 폐지된 엘리베이터 주임직에 있던 근로자가 동일한 근무조건인 경비 주임직으로의 근무를 거부한 경우

[사 건] 서울시 새마을 교통회관-해고무효확인 등

대법원 1991. 9. 24. 제2부 판결, 91다13533

(원심: 서울고법 1991. 3. 29. 판결, 90나11402)

[당사자] 원고: 상고인 민경선

피고: 피상고인 사단법인 서울특별시 새마을교통회관

요지

가. 정리해고는 긴급한 경영상의 필요에 의하여 기업에 종사하는 인원을 줄이기 위하여 일정한 요건 아래에서 근로자를 해고하는 것을 말한다.

나. 직원의 수를 줄이기 위한 것이 아니라 기구와 인원배치를 조정함으로써 업무의 능률화를 기하기 위한 목적으로 법인의 정관에 규정된 직제규정이 개정됨으로 말미암아 엘리베이터

주임이라는 직책이 폐지되었음에도 불구하고 종전에 이를 담당하고 있던 근로자가 그 직책으로의 복귀만을 고집하겠다는 의사를 명백히 표시함으로써 이루어진 해고는 정당한 이유가 있는 통상해고로서 정리해고가 아니라고 본 사례

[참조조문] 근로기준법 제27조

[출 처] 법원공보 1991. 11. 15. (2598~2599쪽); 최신 노동판례 92-1호(104~106쪽)

[참 고] 가. 대법원 1989. 5. 23. 선고, 87다카2132 판결(공 1989, 972)

대법원 1990. 1.12. 선고, 88다카34094(공 1990, 461)

대법원 1990. 3. 13. 선고, 89다카2445 판결(공 1990, 881)

[13] 교원과 동일한 업무를 수행하는 사립학교 강사는 일반교원에 준하는 신분보장을 받고, 폐직이나 과원시 면직 대상이 된다.

[사 건] 영석학원-해직처분무효확인

대법원 1991. 5. 14. 제1부 판결, 91다3000

(원심 : 서울고법 1990. 12. 14. 판결, 90나28547)

[당사자] 원고: 피상고인 나춘선 외 3인

피고 : 상고인 학교법인 영석학원

요지

사립학교법 제56조는 사립학교 교원의 신분보장을 위한 규정이므로 사립학교법 제53조의 2에 규정된 임용절차를 거쳐 임용된 교원에 한하여 그 적용이 있고 교원이 아닌 강사에게는 원칙적으로 적용되지 않으나, 교육법 시행령 제35조의 규정에 의하면 강사는 교원의 직무를 보조케 하기 위하여 두는 보조직임에도 학교법인이 교육법 제79조 및 사립학교법 제52조 소정의 교원자격을 갖춘 자를 결원된 교원 대신에 강사라는 명칭으로 채용해 놓고 교원의 직무를 담당케 하면서 교원과 똑같이 상시 근무하게 하였다면, 비록 강사라 할지라도 교원에 준하여 사립학교법 제56조의 적용을 받는다고 할 것이다.

그러므로 그러한 경우의 상시근무 강사는 동조 제1항 본문에 따른 신분보장을 받은은 물론 동항 단서가 정한 바에 따라 학급, 학과의 개폐에 의하여 폐직이나 과원이 된 때에는 면직의 대상이 된다.

[참조조문] 사립학교법 제52조, 제56조 ; 교육법 제79조; 교육법 시행령 제35조

[출 처] 법원공보 1991. 7. 1.(1632~1633쪽); 최신 노동판례 91-4호(229~232쪽)

[참 고] 대법원 1989. 2. 14. 선고, 87다카2243 판결(공 1989, 407)

대법원 1991. 4. 8. 자, 91마97 결정(공 1991, 1589)

대법원 1991. 5.15 선고, 90다13260 판결(공 1991, 1616)

[14] 경영상의 필요에 의한 다수 근로자의 권고사직

[사 건] 럭키금속-해고무효확인

서울민지법 1990. 10. 18. 제42부 판결, 89가합056525

[당사자] 원고 : 김대한 외 7인

피고: (주) 럭키금속

요지

퇴직금 외에 3개월분의 해고수당지급을 조건으로 사직을 권고하여 근로자들이 수당 등을 수령하고 사직서를 제출했음이 인정된다면 사직서 제출시에 근로관계 종료의 합의가 이루어졌다고 보아야 한다.

[참조조문] 근로기준법 제27조 제1항

[출 처] 법률신문 1990. 12. 17.

제2부

企業倒産時 賃金債權의 確保

第 1 章

賃金保障制-賃金債權의 確保

第 1 節 現行法上의 賃金債權優先辨濟制度

임금이 근로자들의 주요한 생계수단이기 때문에 근로기준법에서는 임금액, 임금의 지급방법 등의 보호규정을 두고 있다. 이러한 것들은 기업이 정상적으로 활동할 경우의 보호내용인데 근로기준법에서는 이와는 별도로 기업이 도산하거나 채무부담 능력을 상실한 사태에 대비하여 이른바 임금채권의 우선변제조항을 설정해 두고 있다. 이는 임금채권이 여타의 대사용자청구권과 경합할 경우에 임금채권을 확보하기 위한 특별법적인 규정이라 할 수 있다. 최근 기업의 도산사태¹⁾가 속출하게 됨에 따라 위 조항이 새로이 관심을 끌고 있고 간간이 입법론이 제기되기도 한다.

근로기준법 제30조의 2 제1항에서 "임금·퇴직금·재해보상금 기타 근로관계로 인한 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권을 제외하고는 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. 다만, 질권 또는 저당권에 우선하는 조세·공과금에 대하여는 그러하지 아니하다"라고 규정함으로써 임금일반에 관한 우선변제제도를 도입하고 있다. 이러한 근로기준법상의 임금채권우선변제제도는 사용자가 도산하거나 사용자의 재산이 다른 채권자에 의하여 압류되었을 경우 근로자의 임금채권을 우선하여 면제받게 함으로써 특별히 보호하기 위한 사회정책적인 제도이다.

또한 근로기준법은 1989. 3. 29의 개정으로 동 법 제30조의 2 제2항을 신설하여 "최종 3월분의 임금과 퇴직금, 재해보상금은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제하여야 한다"고 규정함으로써 임금의 일부분에 대하여 이른바 최우선적변제제도를 도입하였다. 따라서 3월분의 임금, 퇴직금 및 재해보상금은 항상 어떠한 경우라도 최우선적으로 변제되게 된다. 이 임금채권의 최우선변제조항은 사용자가 파산하거나 사용자의 재산이 다른 채권자에 의하여 압류되었을 경우에 근로자의 임금채권에 대하여 변제의 최우선 순위를 부여함으로써 근로자의 최저생활보장을 확보하기 위한 정책적 규정이다.

국세기본법 등과의 관계에서 볼 때 현행법상의 임금채권의 우선순위를 구체적으로 정리하여 보면 다음과 같다.

- ① 최우선평권에 해당하는 근로기준법 제30조의 2 제2항의 임금 등은 어떤 경우라도 최우선적으로 변제받는다.
- ② 사용자가 임금채무와 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채무만 가지고 있는 경우에는 법규정에 따라 그 우선순위는, 첫째 질권·저당권에 의해 담보된 채권, 둘째 임금의 순서가 된다.
- ③ 사용자가 '임금채무'와 '그 소유 부동산상의 저당권에 의하여 담보된 채무'와 '상속세·증여세·재평가세 이외의 체납국세'가 있는 경우의 우선순위는 항상 첫째 저당권에 의하여 담보된 채권, 둘째 임금, 셋째 국세의 순서가 된다.
- ④ 사용자가 '임금채무'와 '그 재산에 대하여 부과된 국세(상속세·증여세·재평가세)'를 체납하고 있는 경우는 저당권이 설정되어 있는 경우와 저당권이 설정되지 않는 경우로 나누어, 전자의 경우에는, 첫째 '그 재산에 대하여 부과된 국세(상속세·증여세·재평가세)', 둘째 저당권에 의하여 담보된 채권, 셋째, 임금의 순서가 된다. 후자의 경우 우선순위는, 첫째 임금, 둘째 '그 재산에 대하여 부과된 국세(상속세·증여세·재평가세)'의 순서가 된다.

주석1) 기업의 도산(insolvency, Zahlungsunfähigkeit)이란 엄밀한 의미에서 법적개념은 아니다. 다만, 경영학적 개념으로서 "통상 기업이 정상적인 영업활동을 할 수 없거나 기대수익보다

실제수입이 낮은 상태가 계속되어 현재적 또는 잠재적 지급의무에 대한 자금적 지급불능상태"라고 정의되어지곤 한다(현친욱, 「기업의 도산시 근로관계①」, 『노동교육』 제32호, 한국노동교육원, 1993. 12.1.3쪽) 따라서 채무자가 지급불능상태에서 총채권가의 채무를 변제할 수 없게 된 때에 다수경합된 전채권자에게 공정한 만족을 주기 위하여 행하여지는 채무자의 재산에 대한 포괄적(일반적) 강제집행절차인 파산법상의 파산(bankruptcy, konkurs)과 구별된다.

第 2 節 同制度의 限界와 問題點

임금채권우선변제제도는 사용자가 도산하거나 사용자의 재산이 다른 채권자에 의하여 압류되었을 경우 근로자의 임금채권을 우선하여 변제받게 함으로써 특별히 보호하기 위한 제도이긴 하지만 그러나 사용자가 도산 또는 휴·폐업하는 경우 교환가치가 있는 부동산 등에는 이미 저당권 등이 설정되어 있고 그밖의 총재산이 교환가치가 적을 때에는 임금채권의 우선변제가 실효를 거둘 수 없을 것이다. 우리나라와 같이 현실적으로 대다수의 기업이 많은 금융부채를 지고 있어 그 부채비율이 매우 높으며 부동산 등 특정재산에 대하여 저당권을 설정하는 것이 아니라 질권·저당권의 목적물이 될 수 있는 것이면 전재산에 대하여 저당권 등을 설정하는 것이 통례적 현실에서 항상 저당권보다 순위가 뒤지는 임금의 우선변제권이 효용을 발휘할 수 있는 폭이 매우 좁아지게 됨은 분명할 것이다.

특히 최근에 와서 신발, 섬유, 의복, 전자부품제조업 등 노동집약산업의 국제경쟁력 약화로 인한 수출부진과 내수과당경쟁으로 인한 도산이 속출하고, 재무구조가 취약한 업체의 자금난으로 인한 부도발생이 급증하고 있다. 올해 들어 노동부 등에서 체불임금 조기청산을 위해 특별대책을 수립·시행한 결과 체불액 및 체불업체수에 있어 상당부분 감소하였으나,¹⁾ 특별대책의 내용을 보면 체불사업주의 개인 또는 은닉재산을

(단위 : 백만원)

진 체	3. 25. 현재	기간중 발생	청산(기간중)	현재 체불액
169,275	83,126	86,149	110,035	59,240
(390개사)	(240개사)	(150개사)	(195개사)	(195개사)
(95,369명)	(45,689명)	(49,680명)	(59,225명)	(36,144명)

자료 : 노동부 근로기준과, 『체불임금 일소를 위한 100원 전략 실적』, 503-9742.

추적하여 민사절차상의 재산압류방식을 통하거나²⁾ 상습·고의적 체불사업주를 엄단하는 형사벌의 방식으로 체불임금을 청산하고 있어,³⁾ 청산능력이 없는 취약업체의 경우 사업주의 악의 여부에 상관없이 근로자들은 무보호 상태에 놓이게 된다.

최종 3월분의 임금과 퇴직금 및 재해보상금에 대한 최우선변제제도는 담보문권자에게 불측의 손해를 주고 담보물권을 형해화시킬 우려가 있기 때문에, 김형배 교수가 지적한 바와 같이 私法的 信用秩序의 구조에서 보아 법이론상 재고의 여지가 많다고 할 수 있다.⁴⁾ 또한 실제적으로 기업의 신용평가의 경우에도 바람직하지 않을 수도 있는 결함이 있다. 기업측으로서는 자신이 소유한 부동산의 담보가치가 하락되고 이로 인해 신용대출에 애로를 겪게 되고 신용대출 비용이 상승할 것이기 때문이다.

최근 최우선변제되는 퇴직금의 범위와 관련한 서울민사지방법원 1993. 3. 19. 판결⁵⁾에서 3개월분의 퇴직금에 한해서만 최우선특권을 인정하고 있는바, 동 판결의 당·부당은 별론으로 하더라도,⁶⁾ 사법상의 여러 종류의 채권의 우선순위와 관련하여 현행법상의 최우선변제조항을 실제에 적용할 때 상당한 난맥상이 드러난다는 사실을 보여주고 있다.

주석1) 노동부 자체 조사에 의하면, 1993. 3. 26~7.3(100일간) 시행한 특별대책의 결과 다음과 같이 체불사업체수와 체불총액에 상당한 변화가 있었다.

주석2) 자체청산 능력있는 업체에 대해서는 사업체로부터 자체청산 계획을 징구하거나, 자체자금 조달, 비업무용재산 및 개인재산 매각 등으로 청산을 촉구하거나, 담보여력있는 업체에 대해서는 금융지원을 하거나, 정부발주 공사대금, 납품대금을 적기에 지급토록 관계기관에 돌려함으로써 체불임금의 조기청산을 지도하고 있다. 휴·폐업 업체의 경우 사업주의 소유재산을 철저히 추적하여 임금채권을 확보토록 하고 있으며 원·부자재, 제품 등 처분용이한 유체재산의 매각을 통하여 일부라도 우선 청산하도록 지도하고 있고 압류재산을 신속 처분토록 근로자들을 지도하고 관할법원, 주거래 은행과 협조하고 있다. 「93체불임금사업주 구속실태」, 노동부 근로기준국 근로기준과 503-9742 참조.

주석3) 1992년 한때 950억원에 달했던 체불임금을 해소하기 위해서 범정부 차원에서 대책을 추진하였는데 지원 사례를 보면 다음과 같다.

- ① 재무부·건설부에서는 금융지원, 공사대금 조기수령을 지원하고,
- ② 동력자원부에서는 폐광대책비 등 탄광에 대한 정부지원금을 주기에 지급하고,
- ③ 내무부·상공부·교통부·서울시 등 관계부처에서도 체불사업장에 대한 청산 독려아 주요공단, 30대그룹, 경제단체 등을 통한 체불임금해소 촉구 등 적극적으로 체임해소에 나서고 있고,
- ④ 법무부·경찰청에서는 체불후 도주한 사업주를 엄중구속하고 있다. 「체불이 줄고 있다」, 노동부 근로기준국 근로기준과, 1992. 9.

주석4) 김형배, 앞의 책, 231쪽.

주석5) 서울민지법 1993. 3.19(92가합60081) 판결, 부록 참조.

주석6) 이에 관한 논의는 오진환, 「임금우선평권에 관한 실무상의 문제점」, 「법조」, 1993, 8 참조.

第 3 節 새로운 接近法의 必要性

임금우선변제제도는 최우선변제제도와 더불어 그 나름의 정책적 의미는 지닐 수 있으나 특히 현재와 같이 기업도산 사태가 속출하는 상황하에서 임금보호의 제도로는 당초의 기대했던 효과를 기대할 수 없게 되어 가고 있다.

이러한 우선변제제도는 시민법적 사고에 그 기초를 두고 있다고 할 수 있다. 다시 말해 사법에 의해 규율되는 채권자와 채무자의 양면적 관계내에서의 보호일 뿐이다. 임금채권의 보호의 적절성은 부분적으로는 우선특권의 범위와 우선순위에 의존하지만 실제적으로는 남은 자산의 규모에 의존하게 된다. 우선특권의 범위와 순위는 법이 정할 수 있지만 유효자산에 대해서는 미리 법으로 정할 수 없는 것이다. 즉 사용자 파산시 임금보호는 私法의 범위에서 이루어지는 반면, 지급자체에 대해서는 私法秩序가 보장될 수 없는 것이다. 이것이 우선변제제도의 본질적 한계이다.

이러한 이유로 우선변제제도를 두고 있는 서구에서도 임금채권의 확보를 위하여 사법적 영역의 보호에서 사회입법상의 보호로 전환해 가고 있다. 이러한 일련이 경향을 통상 임금보장제(wage guarantee system)라 일컫는다. 이는 종전의 우선변제제도가 파산법이나 회사정리법 등 사법질서와의 관계항 속에서 운영되어 온 데에 대한 한계와 문제점을 인식하고, 근로자 생계유지의 원천인 임금을 실질적으로 보장하고자 시민법적 사고의 지평을 넘어 사회보장원리에 입각해 새로운 제도를 창설하는 것을 의미한다.

외국의 경우처럼 우리에게도 기업이 도산하고나 지불능력을 상실했을 경우 임금채권을 보장하기 위한 제도적 보완이 필요함은 재론의 여지가 없다 하겠다. 본고에서는 이와 관련한 입법론적 단초로서 각국의 경험을 소개하고자 한다.

第 2 章

賃金保障制度에 關한 一般的 考察¹⁾

第 1 節 優先辨濟制度의 利點

지난 몇년간 기업파산의 경우에 근로자의 우선적 취급이 점차 강화되어 왔으나, 이러한 발전의 실제적 효과는 부분적으로만 만족할 만하다. 더 좋은 제도가 없다면 이제 아무도 우선변제제도가 사용자의 도산시 근로자의 근로채권을 보호하기 위한 수단으로서 중요한 역할을 하고 있다는 사실을 부정하지 못할 것이다. 그럼에도 불구하고 간과되어서는 안되는 것은 우선변제제도는 몇 가지 단점을 가지고 있고, 이러한 측면들은 비판의 대상이 되고 있다.

이하에서는 먼저 우선변제제도에 대한 비판을 요약하고, 그후 이러한 비판에 대한 대응으로서 등장한 임금보장제도의 기능을 규율하는 원칙을 논할 것이다.

1. 優先辨濟의 不適合性

우선변제가 근로채권에 대하여 실제적으로는 매우 제한적인 보호를 하고 있다는 사실은 경험을 통하여 잘 알 수 있다. 첫째, 근로채권의 변제를 위한 절차는, 사용자의 지급불능이나 도산을 이유로 개시되는 파산절차의 형태를 취하는 경우가 많은데, 이러한 절차는 매우 복잡할 뿐만 아니라 시일이 많이 소요된다. 둘째 현재 시행중인 법률에는 근로자의 우선변제 청구권이 다른 우선변제권보다 하위인 것이 많다. 그러한 경우 근로자가 만족할 수 있는 변제의 가능성은 상위의 채권자가 만족을 얻은 다음에야 가능하기 때문에 감소된다. 이러한 채권자가 조세당국이나 사회보장급여기관인 경우에 특히 그러하다. 셋째 채권자의 재산 중 대부분은 유치권·저당권 등 물적 담보의 피담보채권이 되는데, 설정하기 쉬운 그러한 담보권은 집단적 처리와 무관하게 이루어지기 때문에 근로채권은 그만큼 감소하게 된다. 넷째 우선변제는 근로채권에 대하여 보통 일정한 한계까지만 보호하며, 국가에 따라서 이 한계는 매우 낮다.

이외에 근로자에게 우선변제의 제1순위를 부여하거나 근로채권에 대하여 최우선변제권을 인정한 경우라도 그 효력은 도산기업의 실제 재산의 범위를 초과하지 못한다는 것은 분명하다. 그러나 기업의 기존 재산이 제3당사자에게 속하거나 또는 도산전에 기업이 매각되는 등의 이유로 도산기업이 아무런 재산도 보유하지 못하는 경우가 종종 발생한다. 더 빈번하게 발생하는 경우는 도산기업의 실질재산이 전혀 없어 파산절차를 개시조차 하지 못하는 경우이다. 이 경우는 시간과 비용(소송비용)의 낭비에 불과하다.

따라서 근로채권이 우선변제에 의하여만 보호된다면 그것이 아무리 강력한 우선권을 가지고 있을지라도 근로자의 손해가 막대하게 될 것이다. 이는 ILO사무국이 총회에 1986년 11월에 보고한 보고서에서 증명된 바 있다.²⁾ 그 보고서에 의하면 영국의 경우 이미 1970년대 매년 3만명에서 4만명이 근로자가 파산시 그 채권을 변제받지 못하여 그 액수는 4백만파운드에 이르며, 프랑스의 경우 1972년에 최우선변제권을 가진 채권 중 19퍼센트, 우선변제권을 가진 채권 중 82퍼센트, 우선변제권이 없는 채권 중 94퍼센트가 변제되지 못하였으며, 이는 전체적으로 보아 39퍼센트의 근로자 청구권만이 파산시 변제받았다는 것을 의미한다. 구 서독의 경우

우선변제제도에 관한 1974년 개정법이 시행되기 전에 파산기업의 근로자에 대한 채무는 매년 2천~5천만 마르크에 달하고 있었다. 미국의 경우 상황은 더욱 좋지 않은데, 1978년 파산법의 개정이 있기 전에는 근로자의 청구권이 비교적 비효율적인 우선변제권에 의하여 보호를 받고 있었으며 조세채권보다 하위에 있었기 때문에 1976~77년의 경우 파산 때문에 근로자들을 청구권의 1.4퍼센트밖에 변제받을 수 없었다. 1978년 개정 연방파산법은 일정한 한계를 두고 근로채권을 연방조세채권보다 우선하도록 규정하고 있었기 때문에 1978년 이후 상황은 다소 개선되었으나, 우선변제채권의 총청구액 중 28.4퍼센트밖에 변제받지 못하였다. 오스트리아의 경우 1970년대를 통하여 파산절차에서 근로자들은 우선변제채권 중 17퍼센트, 비우선변제채권 중 1퍼센트를 변제받은 것으로 추산된다. 대다수의 국가에서 1970년대 후반보다 경기침체로 인하여 파산건수 및 규모의 증가가 발생하였다. 구 서독의 경우 1984년에 16,698건의 파산이

보고되었으며 이 숫자는 발생한 전체 파산의 3분의 1에 불과하다. 즉 독일의 경우에는 파산신청건수 중 3분의 2는 파산절차 개시가 필요없을 만큼 재산이 없었기 때문이다.

2. 私法秩序와의 衝突

우선변제가 바람직하지 못하다고 비판하는 사람들은 만약 근로자에 대하여 강력한 우선변제권을 부여한다면 기업을 운영하는 데 필수적인 금융기관의 대출승인을 불리하게 할 것이라고 본다. 만약 법률이 근로채권에 대하여 여타 채권자보다 우선권을 부여한다면 금융기관은 통상적인 위험보다 더 큰 위험을 부담한다는 것을 그 이유로 한다. 이는 신용을 얻기가 더욱 어려워지고 그 비용은 더욱 증가한다는 것을 의미하며 금융긴축에 의하여 더욱 영향을 받게 되는 노동집약적 기업에 있어서도 마찬가지이다.

3. 오늘날의 趨勢와 優先辨濟制度

마지막으로 우선변제는 시대에 뒤떨어진 측면이 있는데, 그 이유는 근로자의 채권을 보호하기 위하여는 도산기업은 청산되어야 한다는 전제를 깔고 있기 때문이다. 그러나 오늘날의 도산관계법이 부실기업의 청산을 목적으로 하고 있지는 않다. 오히려 부실기업을 구제하고 갱생시키는 데 그 목적이 있다고 할 수 있다.³⁾ 기업의 구제는 청산하지 않겠다는 결정을 의미한다. 또한 기업갱생을 위해서는 기업의 재산을 확보하는 것이 필수적이라는 것은 분명하다. 그러나 이러한 재산은 근로자를 포함한 채권자가 그들의 미지급청구권에 대한 만족을 얻기 위하여 매각할 수 있는 재산이기도 하다. 그 결과 회사정리제도에 있어서, 청산함으로써 자신의 이해관계를 충족시키고자 하는 자와 자신의 고용을 유지하기 위하여 기업을 보존하고자 하는 자의 이해관계가 충돌하게 된다. 따라서 근로자에 대한 우선변제권을 인정하는 제도는 부실기업을 청산하는 데 목적을 두고자 하는 파산법과는 병립가능하지만 고용과 생산의 원천으로서의 기업을 구제하는 오늘날 지배적인 법의 목적과는 양립하지 않는다. 우선변제제도가 시대착오적이라는 것은 이러한 의미에서이다. 오스트리아와 덴마크의 개정파산법이 우선변제권을 폐지시키거나 축소한 사실, 그리고 파산법에 대한 개정논의가 있는 구 서독과 영국에서 개정위원회가 우선변제의 폐지나 축소를 연구하고 있는 사실은 바로 이러한 점을 고려하기 때문이다.

주석1) 이에 관하여는 Edited by Edward Yemin and Arturo S. Bronstein, The protection of workers' claim in the event of the employ's insolvency, Labour-Management Relations Seried No.76, International Labour Office, Geneva, 1991, p33 이하를 주로 참고하였다.

주석2) 이사회보고서 GB. 234/2/1/, 234th Wession, Geneva, 17-21 Nov. 1986, para. 73 참고.

주석3) 파산이라는 사회현상에 대한 파산법 등 파산처리관계법의 접근방식상의 변화와 새로운 경향에 관해서는, 앞의 책 5쪽 이하 참조.

第2節 賃金保障制度의 沿革

위의 단점들은 도산처리절차에 있어서 우선변제제도의 한계를 분명히 드러내고 있다. 경기침체로 인하여 기업의 파산이 엄청나게 증가함으로 인하여 시민법적 기초를 가진 근로채권의 우선적 취급은, 단지 시민법이나 노동법적 문제가 아니라 사회적 문제가 되고 있는 문제에 대하여 부분적인 해결밖에는 제공하고 있지 못하다는 점이 분명해지고 있다. 따라서 파산법 개정작업은 '상법적' 문제로 접근하였던 것을 탈피하고 이를 사회문제화하여 사회적 연대에 근거하여 미지급 근로채권의 지급문제를 다루고 있다. 이는 민법, 상법 또는 개별적 노동관계법이 이 문제에 충분하게 대처하지 못한다면 사회보장원리에 근거한 제도를 통하여 해결을 모색하고자 하는 것이다.

이러한 접근 방법의 변화는 1960년대 이후 여러 국가, 특히 서유럽에서 사회보장제도의 발전에 힘입은 바 크다. 왜냐하면 사회보장시스템과 직접적으로 연결되지는 않았지만 개념적으로는 사회보장시스템의 일부를 이루는 여러 제도들을 통해서 관리가 가능한 임금보장매커니즘을 확립하기란 상대적으로 용이하였기 때문이다.

최초의 임금보장기금은 1967년 벨기에에서 설치되었다. 이는 기존의 제도였던 기업의 폐업시 근로자보상을 위한 기금(기업폐업기금: Enterprise Close Fund)을 근거로 한 것이었는데, 그 제도는 산업구조조정의 결과로 작업을 상실한 근로자에게 보상할 목적으로 1960년에 설립된 것이었다. 그 후 임금보장제도는 네덜란드(1968), 스웨덴(1970), 덴마크(1972), 핀란드, 노르웨이, 프랑스(1973), 구 서독(1974), 영국(1975), 스페인(1976), 오스트리아(1977), 그리스(1981), 스위스(1982), 아일랜드(1984), 포르투갈(1985) 등에서 설립되었으며 유럽 이외의 지역에서는 일본, 이스라엘, 캐나다의 퀘벡주와 매니토바주, 미국의 오리건주, 아르헨티나 등에서 설립되었다.

第3節 性質과 法的地位

거의 모든 국가에서 보장기금은 공통의 성질을 가지고 있는데, 그것은 당연히 사회보장제도와 긴밀한 유사성을 가지고 있기 때문이다. 사용자의 도산시에 적용되는 임금보장제도는, 사회보장상의 새로운 급여사유라고 할 수 있는 '기업위험(business risk)'을 다루는 사회보장의 새로운 분야를 이룬다.

임금보장기금은 우선변제제도에 보충적인 제도이지 대체적인 제도가 아니다.¹⁾ 또한 임금보장제도는 강제적이고 사회연대원칙에 근거한 것이며 임금과 연계된 보험료에 의하여 재정조달되고 보험료와 비례적으로 급여를 제공하는 것은 아니며 제3당사자에 의하여 지급되는 것이 원칙이다. 그리고 관리 재정적으로 독립적인 기관에 의하여 운영된다.

1. 强制性

임금보장제도가 사회보장제도에 필수적인 특징인 강제성 원칙에 근거하고 있다는 것은, 모든 사용자는 보장제도에 가입이 강제되며 모든 근로자를 위하여 보험료를 납부하여야 한다는 것을 의미한다. 이러한 속성으로 인하여 이 제도는 근로계약을 체결하고 있는지 직업훈련계약을 체결하고 있는지를 불문하고 직업훈련중인 자를 포함한 모든 임금취득자를 포괄하여 보편성을 갖는 경향이 있다. 스페인의 경우에는 종래의 임금근로자와는 다른 프로 스포츠선수나 중개업자에게도 적용된다. 오스트리아의 경우 임금보장제도는 근로자들 뿐만 아니라 그가 지정한 자도 포함하게 되는데, 보장의 범위가 확대되면 금융기관으로부터의 신용대출이 용이해진다. 그러나 경우에 따라서는 임금보장제도에서 제외되는 종류의 자도 규정하고 있다. 가장 보편적으로 적용 제외되는 자는 선원, 어원 및 부두 근로자이며 임금근로자인 것이 명백한 경우를 제외하고는 가내근로자가 제외되는 경우도 있다. 오스트리아와 프랑스에서는 도산기업의 경영관리직이 제외되며 사용자의 배우자나 근친자가 제외되는 경우도 있다. 배우자나 근친자를 적용 제외시킨 것은 부정 이용의 가능성을 배제하기 위해서이다. 이러한 이유에서 아르헨티나의

경우 고용관계가 임금보장기구에 등록된 자에 한하여 등록일로부터 근로채권을 보증하고 있다. 임금보장제도의 보편성에도 불구하고 아직 국가간에 약간의 차이가 있는데, 예컨대 벨기에의 경우 1948년법에 의한 '기술적 근로단위'(technical working unit)에 포함되지 않는 근로자(예컨대 민영병원, 사립학교, 정당, 건축사무소, 비영리단체 등에 소속된 근로자)는 적용 제외시키고 있다. 임금보장제도는 스페인과 같이 공공부문에 계약직으로 근로하고 있는자에 대하여 적용하는 국가가 있으나 일반적으로 공공부문에 대하여는 적용되지 않는다. 파산의 위험이 매우 희박하거나 전혀 존재하지 않는 국영기업의 경우에 있어서는, 당해 기업을 도산절차의 책임으로부터 면책시키는 특정 법률에 의거하고 있는 관계로 그 해결방법은 다양하다. 벨기에의 경우 국영기업은 임금보장제도의 적용을 받지 아니한다. 프랑스에서는 일반 私法에 의하여 설립되는 국영기업은 임금보장기금의 적용을 받으며 근로자에 대한 보험료를 납부하나, 특별법률에 의하여 설립되는 국영기업인 철도, 담배, 전기, 가스 등에 대하여는 적용되지 않는다. 반면 스페인에서는 법적 형태에 무관하게 모든 국영기업이 임금보장기금(Fondo di Garantia Salarial, FOGASA)에 대한 기부금을 납부하여야 한다. 아르헨티나의 경우 임금채권보장기금에 관한 1986년법은 명시적으로 그 적용범위에서 "국영기업, 관민합자기업, 공적조직(state corporations), 반공적조직(semi public corporations) 및 전국적·지역적 국가기관"에 대하여는 적용 제외시키고 있다.(제2조 제1항).

2. 運 營

대부분의 국가에서 임금보장기구는 법적 주체와 재산의 면에서 여타 기관과 독립된 기구이다. 이 공통된 성격을 제외한다면, 비록 임금보장기구가 실업보험제도의 주변적 제도로서 간주되는 경향과는 구별가능하지만, 다른 점에서는 매우 상이하다. 예를 들어 프랑스의 경우 1973년 11월법에 따라 설립된 임금보장보험기금(AGS)은 사용자로부터 재정이 조달되고 배타적으로 운영되는 사적 단체이나, AGS는 실업보험제도를 관리하고 있는 기구와 경영협정(management agreement)을 체결하여 그 기구가 AGS 을 대신하여 관리하고 있다.²⁾ 벨기에에서는 기업폐업기금(the Enterprise Closure Fund)이 임금보장업무를 운영한다. 임금보장제도를 도입한 1967년법은 실업보험을 처리하는 기구인 전국고용청(ONEM)하의 독립적인 관리위원회에 의하여 관리되는 기업폐업기금의 운용범위를 확대하였다. 이와는 대조적으로 다른 국가에서는 임금보장기금과 실업보험제도를 관리하는 기구간의 연관은 없다. 덴마크의 경우 임금보장기금은 노동시장 보충연금기구(the Institute of Supplementary Pensions of Labour Market)에 의하여 관리된다. 이탈리아에서는 전국사회복지기구 산하의 Cassa Integrazione Guadagni가 기금관리를 담당한다. 스페인의 경우 임금보장기금(FOGASA)은 노동부의 책임하에 있고 따라서 실업보험을 담당하는 전국고용청(National Employment Institute : INEM)과는 전적으로 독립된 기구이다. 영국에서의 임금보장제도는 고용성 산하의 정리해고기금(the Redundancy Payment Fund)이 담당한다. 오스트리아에서도 같은 상황이다. 일본에서는 労働福祉事業團에서 담당하고 있다. 스웨덴에서는 지방자치단체가 담당한다. 아르헨티나의 경우에는 임금보장제도는 가족수당기금에 의하여 운영되도록 관련법규가 규정하고 있다.

주석1) 유일하게 오스트리아만이 임금보장제도를 규정한 대신에 파산절차상의 우선변제제도를 폐지하였다.

주석2) 이 기구가 전국고용보험조합(the National Union for Employment in Industry : UNEDIC)이다. 전국노동조합총연합회와 사용자단체간의 전국협약에 따라 사용자 및 근로자단체간의 합동으로 설립된 이 기구가 실업보험기금의 운영에 대하여 조정과 관리를 맡고 있다. 실업보험기금은 전국적으로 50개의 상공업고용협회(ASSEDIC)의 조직으로 운영되고 있다.

第 4 節 賃金保障制度와 倒産處理節次(insolvency proceedings)와의 關係

임금보장제도가 작동하기 위하여는 두 가지 조건이 충족되어야 한다. 첫째, 보호할 자격이 있는 근로채권이 있어야 한다. 둘째, 청구권의 미지급사유가 사용자의 도산이어야 한다. 따라서 임금보장제도를 지배하는 원칙에 따라서 해결되어야 하는 핵심적인 문제의 하나는 '도산'이 의미하는 바가 무엇인가 하는 것이다. 어떠한 방식으로 근로자의 채권이 처리되게 되는가는 도산의 개념과 관련되기 때문이다. 도산관계법과 관련하여 이 용어를 정의하게 된다면 도산관계법은 임금보장제도를 규율하는 규칙에 우선하여 적용될 것이며, 이러한 이유로 인하여 근로자, 도산처리절차와 관련하여 기구 및 임금보장기구의 3자간의 관계의 확립과 관련하여 규정이 설정되어야 한다. 그러나 임금보장제도를 규율하는 규칙으로 사용되는 '도산'이라는 용어가 도산관계법에서 사용되는 것과 다른 의미로서 정의된다면, 법정도산처리 절차가 공식적으로 개시되었는지 여부에 관계없이 별도로 임금보장제도에 따라 채권의 만족을 구할 수 있다. 이 문제는 본질적으로 세 가지 매우 다른 방법으로 처리되어 왔다. 첫째, 사용자가 도산관계법에 규정된 도산처리절차의 형태 중의 하나에 의한 규제를 받는 방법이다. 둘째, 전자와 마찬가지로 사용자가 공식적인 도산처리절차의 규제를 받으나, 그러한 절차가 개시되지 못한 경우에도 사용자의 지위가 도산의 지위와 동등하다는 점을 입증하면 이것을 사용자의 지급불능에 관한 증거 내지 추정적 증거로 삼는 방법이다. 셋째, 사용자의 지급불능에 대한 직접적인 입증과 관계없이, 사용자의 지위에 급격한 변화가 있음을 입증함으로써 보장제도가 정당하게 작동하도록 하는 방법이다.

첫번째 방법은 프랑스와 이탈리아에서 행해지고 있는데, 이들 국가에서 임금보장제도는 도산처리절차와의 관련하여에서만 운영된다. 이탈리아의 경우 임금보장제도가 근로자의 채권을 변제하기 위한 전제조건으로서 법원이 기업파산을 선고하든지, 和議決定을 하든지, 아니면 청산개시명령을 내려야 한다. 프랑스에서는 도산처리절차가 먼저 개시되는 것이 필수불가결한 조건이다. 왜냐하면 임금보장제도인 AGS는 근로자의 개별적인 청구는 다루지 않고 파산관재인이 청구만을 다루기 때문이다. 파산관재인은 집단적 절차가 행해지는 상사법원(commercial court)에 의하여 지명된다. 공무원의 신분을 가진 파산관재인은 근로자의 근로채권총액을 산정하여 AGS에 대하여 우선변제권이나 최우선변제권을 가진 채권을 가능한 한 빨리 지급하도록 신청을 한다. 이러한 복잡한 절차는 실제적인 운영에 있어서 부인할 수 없는 이점을 가지는데, AGS에 대한 신청이 사전에 파산관재인이나 노동법원에 의하여 체크되기 때문이다. 그러나 동시에 AGS가 근로자에 대하여 미지급임금을 지급하기 전에 파산절차가 반드시 공식적으로 개시되어야 한다는 불이익이 있다. 파산절차에 있어서의 시간이나 비용의 낭비를 감내할 만한 재산이 없는 경우에는 채권자가 파산절차의 신청을 하지 않는 경우도 발생할 수 있는데, 이 경우에는 근로자가 절차개시를 신청할 수 있다. 이 경우 근로자의 채권에 대한 신속한 해결은 파산절차에 있어서 파산관재인이 선의와 노력이 달려 있다. 부채가 적고 실질적인 재산이 미미한 경우 파산관재인은 파산절차를 신속히 처리함에 있어서 동기부여를 별로 받지 못하기 때문이다.

프랑스와 유사한 제도를 채택하고 있는 국가가 영국이다. 영국의 정리해고수당기금(Redundancy Payment Fund)에 있어서는 사용자가 관련법규상의 도산선고를 받을 것을 전제로 하고 있다고 할 수 있다. 해소수당기금은 사용자가 도산하였다고 인정하는 경우에는 근로자의 채권을 지급할 수도 있다. 그러나 해고수당기금은 채무자의 재산관리인에 의해 확인된 채권만을 지급하기 때문에 집단적 절차는 그러한 상황에서 거의 불가피하다. 스웨덴에서도 거의 유사한 해결을 도모하고 있는데, 도산처리절차의 개시가 전제가 된다.

두번째 방법은 오스트리아와 독일에서 채택하고 있는데, 이들 국가에서는 프랑스와 마찬가지로 원칙적으로 임금보장기구는 사용자에게 대한 집단적 절차가 행해진 경우에 개입한다. 그러나 법원에 집단적 절차를 신청했지만 법원이 실질적인 재산의 부족을 이유로 그 신청을 기각한 경우에 있어서 임금보장기구는 근로자의 채권을 지급할 수 있다. 노르웨이에서도 이와 동일한 방법을 채택하고 있다. 핀란드에서는 법원이 사용자가 지급불능의 상태에 있거나 자신의 채무를 지급하지 않았다고 결정한 경우 및 사용자가 조세나 사회보장기여금을 체불하였다고 결정한 경우도 임금보장기구가 관여한다. 네덜란드에서는 권한있는 기구가 자신의 재량으로 사용자가

지급불능이라고 판단한 경우 임금보장제도가 적용된다. 스페인에서는 공식적인 도산처리절차제도가 없기 때문에 노동법원이 사용자의 지급불능 여부를 결정하게 된다. 아르헨티나에서는 사용자의 '지급불능'시에 보장기구가 근로자의 임금을 지급하도록 되어 있는데, 이 경우 지급불능이라 함은 사용자에 대한 도산처리절차가 개시된 후 이를 처리하는 법관이 중요한 피보장채권의 전액지급이 특정 기한내에 불가능하다고 판단한 경우, 그러한 절차가 개시되지 아니하더라도 노동법원의 법관이 支給催告, 재산의 압류, 기타 피보장채권의 변제를 위하여 행한 모든 조치가 효과가 없었다고 판단한 경우를 말한다. 세번째 방법은 벨기에에서 채택된 방법으로서 파산이 아니라 기업의 폐업- 그 대부분은 파산으로 인한 것이나¹⁾의 경우에 임금보장기구가 기능하게 된다. 기업의 전부 또는 일부의 청산의 결과인 경우에도 적용된다. 덴마크의 경우 임금보장기구는 파산의 경우에 기능하나 사용자의 사망으로 인한 기업의 청산 또는 사용자의 임금채권 지급불능으로 인한 기업폐업의 경우에도 마찬가지로 이다. 일본의 경우에도 역시 동일하다.²⁾

주석1) 1984년의 경우 기업폐업기금 (Enterprise Closure Fund)에 의하여 처리된 1,273건의 기업폐업 중에서 1,195건이 파산이나 법정정리절차에 의한 것이었다.
 주석2) 파산의 경우를 제외하고 일본의 임금보장기구는 자본금 1억엔 이하 또는 상용 300인 이하의 중소기업의 경우 그 사업활동이 정지하고 재개의 전망이 없으며 임금지급능력이 없다고 労働基準監督署에 의하여 인정된 경우에 주요임금을 지급하게 된다. (賃金確保法 제7조, 동법 시행령 제2조, 시행규칙 제8조).

第 5 節 被保障債權

몇 가지 예외가 있지만 임금보장기구는 代位の 원칙에 따라 운영된다. 이는 특히 우선변제권에 의하여 보호되는(또는 우선변제권이 없더라도 임금보장제도에 의하여 보호되는) 근로자의 채권을 만족시킬 만한 기금이 확보되어 있지 않을 경우에 가장 잘 드러난다. 그러나 많은 국가에서 실제의 운영을 보면 도산처리절차가 완료될 때까지 임금보장기구가 근로자의 채권에 대한 지급을 연기하는 것은 아니다. 그 대신 임금보장기구는 피보장채권에 상응하는 금액을 立替拂하고 立替拂한 근로자의 채권을 가지고 도산처리절차에 참가한다. 근로자로서는 이러한 방법이 채권추심의 지연을 방지하는 유리한 제도이다. 거의 모든 경우의 임금보장제에는 근로채권의 우선변제권을 인정하고 있다. 우선변제권이 없는 채권에 대하여도 보장하는 경우도 상당히 있다. 또한 법적으로는 '도산'이 아닌 경우에도 사용자가 미지급한 특정 급여의 지급에 대한 책임을 임금보장기구가 부담하는 경우도 있다. 프랑스의 경우 임금보장보험기금은 우선변제권에 의하여 보호되는 근로자의 채권만이 아니라 법령에 명시된 한도에서 그 초과부분에 대한 채권의 지급도 하고 있다. 스페인에서는 고용관계의 종료에 대한 채권의 지급도 하고 있다. 그럼에도 불구하고 임금보장기금에 의한 지급보장을 받는다. 임금보장에는 상여금이나 이직수당 등 직접적인 임금은 거의 대부분의 경우 포함하며 고용관계의 종료에 대한 보상금도 포함하는 경우가 많다. 그러나 사회보장에 각출하는 기여금 및 기업내 연금제도(occupational pension scheme)에서 발생하는 근로자의 청구권에 따라 실제에 있어서는 다양하다. 또한 모든 국가에서 임금보장기구에 의하여 지급되는 급여액은 우선변제권에서 규정된 것보다는 높기는 하지만 상한이 있는데, 각 나라마다 상하선의 기준은 매우 다르다. 급여액이 매우 높은 수준의 국가가 있는가 하면 근로채권 중 '부양(maintenance)' 내지 '생계(subsistence)' 수준의 것으로 엄격하게 제한하고 있는 나라도 있다.

1. 資金과 退職手當

영국에서의 임금보장기금은 8주를 초과하지 않는 기간 동안의 임금과 6주간의 퇴직수당을 지급하고 있다. 일본의 경우에는 퇴직일 6개월 전의 날 이후 立替拂 청구의 날까지의 기간에

있어서 지급일이 도래하고 있는 정기급여 및 퇴직금 중 80퍼센트에 상당하는 액을 보장하고 있다(賃確法 시행령 제4조). 반면에 오스트리아의 경우 보상액은 도산처리절차의 개시일을 기준으로 미지급상태인 모든 임금-법령상 3년의 한계가 있다.-을 포함하고 있다. 나아가 근로자의 채권과 관련하여 발생한 이자와 소송비용까지 포함하고 있다. 프랑스의 경우에는 임금보장보험기금은 우선변제권에 의하여 보호되지 않는 채권과 최대 30일의 한도에서 이직수당을 포함한 모든 주요임금을 포함하고 있다.¹⁾ 벨기에의 기업폐업기금은 고용관계의 종료시에 취해지지 않은 이직수당의 지급과 2개월분의 임금의 지급을 보장하고 있다. 독일에서는 파산절차 개시 이전 3개월분의 임금 또는 고용관계가 파산절차보다 빨리 종료된 경우에는 최후 3개월분의 임금을 포함하고 있다. 스페인의 경우에는 임금보장기금이 120일을 초과하지 않는 범위에서 임금의 지급을 보장하고 있다.

독일을 포함한 많은 국가에 있어서 피보장임금은 도산처리절차의 개시 이전에 행해진 근로로 인한 것만을 대상으로 한다는 점이 중요하다. 반대로 절차개시 이후 행해진 근로에 대한 채권은 재단채무(debts of the estate)로 처리되어, 피보장임금에는 포함되지 않는다. 따라서 근로자가 이러한 채권에 대한 지급을 받을 수 있는지 여부는 파산절차로 인하여 변제할 수 있는 재산이 충분한가에 달려 있다. 도산기업의 경영자가 기업의 운영을 계속하기 위하여 근로자를 계속 고용하는 경우에 이들에게 지급한 재산이 충분하지 않을 위험이 존재한다. 이러한 점에 있어 독일에서 채택한 것과 같은 방법을 공식적으로 채용한 프랑스가 1985년 개정법에서 피보장임금액의 범위에 절차개시일 이전의 임금뿐 아니라 법원의 청산명령을 내린 경우 한달 반을 상환으로 기업운영이 일시적 계속되는 동안 행해진 근로로 인하여 발생한 임금채권액을 포함하는 제도를 채택한 것은 주목할 만하다.

2. 雇傭終了와 關聯한 報償金

임금과 퇴직수당(leave allowance)의 지급 이외에 대부분의 임금보장 기구는 도산사용자에 의한 근로자의 고용종료에 대한 보상금을 지급한다. 이러한 급여의 성질 및 범위는 국가에 따라 매우 다양한데, 급여가 단순히 통지기간에 상응할 수 있고 또는 근속연수와 연계되는 추가적 사항을 포함할 수도 있으며 또는 차별적 취급을 받는가에 따라 달라질 수도 있기 때문이다. 예를 들어 오스트리아, 프랑스, 스페인 및 영국의 경우에는 이러한 모든 형태의 보상이 보장되고 있으며 벨기에의 경우에는 보장기구가 단체협약으로 규정한 협약적 보상까지도 지급한다.²⁾ 프랑스에서는 법령으로서 피보장액은 절차개시전의 고용종료에 대한 보상금뿐만 아니라 감시기간(the period of observation) 동안 또는 회사정리계획의 승인 후 또는 청산결정후 2주일간 또는 적절한 법원에 의하여 승인된 기업운영의 일시적 계속기간중의 고용종료에 대한 보상도 포함하고 있다. 독일의 경우에는 보장기금의 급여는 그밖에 기업구조 재편성과 관련한 회사정리계획에 있어서의 협상과정에서 결정한 보상금까지 포함하고 있다. 반대로 일본에서는 이러한 급여에 대한 보장은 행해지고 있지 않다.

3. 企業年金制度

몇몇 국가에서의 보장기구는 기업연금제도에 의한 급여액의 지급에 대한 책임도 대위하고 있다. 이는 오스트리아, 벨기에, 독일, 네덜란드, 노르웨이 및 스웨덴에서 그러하다. 나아가 많은 국가에서 보장기구는 근로자에 대한 임금 이외에 사회보장기관에 대한 도산사용자의 책임까지 넘겨받는다. 그러한 경우에는 동기금의 급여는 통상적으로 사용자가 대납기관의 역할을 행하는 경우 근로자의 보험료도 포함하나, 사용자분의 보험료까지 보장하는 경우는 드물다. 프랑스와 스페인의 경우 보장기금은 위의 어떠한 보험료도 보장하고 있지 않으나, 네덜란드에서는 임의연금제도와 관련한 책임만을 보장하고 있다.

4. 基他 諸給與

보장기구가 기업의 재정적 곤란에서 기인하기는 하나 법적으로는 사용자의 '채무'라고 볼 수 없는 근로자의 일정한 급여의 지급에 대한 책임도 부담하는 경우가 있다. 가령 벨기에의 경우

기업폐업기금은 소위 '잠정적 보상(transitional compensation)'을 지급하는데, 그것은 기업의 도산으로 인하여 고용계약이 중지되었으나 6개월내에 제3자에게 기업이 양도되어 고용계약이 갱신된 근로자에 대한 지급의 보장으로 구성되어 있다.³⁾ 또한 기금은 교령피해고자에 대한 '특별해고수당'에 대하여도 보장한다.⁴⁾스페인의 경우 임금보장기금은 사용자의 도산시 지급받아야 할 급여에 대한 책임 이외에 파산결정이 행해지지 않은 경우에도 25인미만의 근로자를 고용하고 있는 기업에서 재정적·기술적 이유 또는 불가항력으로 인하여 해고된 근로자에 대하여 임금의 40퍼센트의 지급에 대한 책임을 부담한다.

5. 限界

근로자의 채권 전부에 대하여 임금보장을 하는 국가는 없다. 임금의 '보장적' 또는 '생계비' 부분에 국한시키거나, 부정이용의 방지 또는 보장 기구의 운영재정상의 원활화 등 다양한 이유로 국가마다 상이한 일정한 보장상환액을 규정하고 있다. 대부분의 국가에서 피보장 최고액은 준거임금(refrence wage)과의 관련에서 고정되어 있다. 이 준거임금은 최저임금이거나 사회보장기여금의 지급액을 고려한 임금이다. 또한 보통 보상금의 최고액도 제한하고 있다. 예컨대 1985년 오스트리아의 경우 임금보장은 최고 월 49,200오스트리아셸링까지(당해 산업의 원평균 급여의 약 3배에 해당)였다. 벨기에는 월 75,000 벨기에프랑이며 스페인에서는 전산업 최저임금액의 2배이고, 프랑스는 사회보장기여금 납부대상 최저임금의 2배로거 1985년의 경우 최고액은 18,120프랑이었다. 영국에서는 주 140파운드인데 상한은 매년 달라진다. 또한 급여액의 상한은 1989년에 주 172파운드로 인상되었다.

임금과 관련된 각종 수당 역시 상한이 정해져 있는 것이 보통이다. 영국의 경우 1989년 최고 총액은 임금과 관련하여 1,376파운드, 해고예고 수당으로서 2,064파운드, 휴가수당과 관련하여 1,032파운드, 부당해고에 대한 보상으로서 5,160파운드였다. 또 보장기구는 지급가능급여액의 절대적인 상한을 규정하려는 경향이 있다. 가령 벨기에에서 그 상한은 900,000벨기에프랑이고, 스페인은 230,000Ptas, 프랑스는 144,960프랑(예외적인 경우 471,120프랑), 일본 610,000엔(1984년), 스웨덴 261,600크로나 드이다. 그러나 대부분의 국가에서 근로자에 대한 평균임금액은 233,761벨기에 프랑이며 스페인 450,000Ptas, 프랑스는 20,000프랑에 불과하다.

주석1) 임금보장보험기금은 보증범위에 있어서 변화를 겪어왔다. 초기에는 고용의 최후 60일분의 최우선변제권이 있는 채권을 매우 조속하게 지급하였고, 두번째 시기에는 파산개시의 3개월 후까지의 '단순한 우선변제권이 있는' 임금채권부분과 우선변제권이 없는 급여액을 지급하고 있다.

주석2) 벨기에에 있어서 협약적 보상금은 ① 해고예고수당(이는 단체협약에 따라 근로자의 연령, 근속연수에 따라 월 75.000 벨기에프랑을 상한으로 달라진다.) ② 기타 단체협약에 따른 보상 및 급여(상한은 위와 동일), ③ 노동조합의 임원이나 기타 근로자대표에게 지급할 수 있는 특별보상 ④ 교령피해고자에게 지급할 수 있는 보충적 보상을 포함한다.

주석3) 잠정적 보상은 고용계약 중지기간 중 미지급된 총급여액과 같다. 이 보상은 고용계약의 종료에 대한 보상이 있었던 경우 또는 중지기간중 어떠한 보수를 지급받은 경우 또는 실업급여를 받은 경우에는 이를 제한한다.

주석4) 급여의 보증은 55세 이상의 피해고근로자에게 해당한다. 동 기금은 관련근로자가 통상적인 연금(남 65세 이상, 여 60세 이상)수급적격에 달할 때까지 실업급여와 準據賃金(reference wage)간의 차액의 반을 지급한다.

第 6 節 賃金保障機構의 財政

사회보장과 마찬가지로 임금보장기구의 재정은 사회연대성의 원칙에 근거하고 있다. 임금보장은 거의 대부분 의무적 보험료에 의하여 재정조달되며 도산은 사용자에 의하여 발생한다는 근거에서 사용자만이 이를 부담한다. 이것은 산업재해가 기업에 고유한 위험에서 발생하기 때문에 사용자만이 보험료를 납부하는 것과 마찬가지로이다. 그런데 이 원칙은 약간의 예외가 있다. 네덜란드와 스위스의 경우에는 사용자와 근로자가 50퍼센트씩 부담한다. 거의 대부분의 경우 사회보장기여금을 징수하는 기관에서 임금보장 보험료를 징수한다.

의무적 보험료에 의한 사회연대성의 원리에 따라 조달된다는 이러한 특징은 우선변제제도와 임금보장제도간의 가장 뚜렷한 차이를 설명하는 것이다. 전자는 利法的인 제도이며 각 사용자는 자기 자신의 도산에 대하여만 책임이 있다는 전제에 기초하고 있고 따라서 자신의 재산의 범위내에서 개별적인 책임을 진다는 전제에 입각하고 있다. 반면에 임금보장제도는 '사회연대책임(responsibility of social solidarity)', 즉 사용자들은 근로자의 근로채권에 대한 각 사용자의 책임을 집단적으로 보장한다는 원칙에 입각한다는 점에서 利法制度를 뛰어넘는 것이다. 재정조달방법에 대하여는 모든 경우에 있어서 調整原則(assessment principle)을 따른다. 이러한 방법의 선택은 논리적인 것으로 임금보장은 경제상황이나 도산업체의 수 및 수급적격이 있는 근로자 수에 따라 변동하는 위험을 보험사고로 하고 있기 때문이다. 이러한 이유에서 보험료의 액수는 재정적 상황 및 보장기구의 장래의 운영의 관점에서 정기적으로 조정되게 된다. 파산의 발생건수가 많을수록 보험료의 액은 높아지게 될 것이다. 반대로 경제상황이 호전되면 낮아질 것이다.

핀란드와 일본 등에서는 사용자의 보험료 이외에 국가에 의해 보조되고 있으나, 포르투갈은 전적으로 국가가 부담한다. 그러나 프랑스, 스페인 등에서는 사용자에 의한 보험료 총액을 넘는 보장급여의 지급으로 인하여 임금보장기구의 재정이 부실해지는 경우에만 국가가 개입하였다. 현재는 경제사정의 호전으로 이러한 일은 발생하지 않는다.

실제에 있어서 보험요율은 국가에 따라 다양하며 보장기금의 설치이후 많은 변화를 겪어왔다. 왜냐하면 평가방법에 의하면 단기 및 중기 지급액에 따라 정기적인 조정을 하기 때문이다. 초기에는 보험요율은 상대적으로 낮은 고정률이었다. 그러나 곧 경제상황이 악화되고 도산발생이 빈번해지며 체불임금액이 높아짐에 따라 보험료만으로는 급여를 지급할 수 없는 상황이 발생하였다. 이는 체불금액이 높아진 것에서 기인하기도 하지만 대위지급한 임금을 도산업체 사용자로부터 회수하는 비율이 예상보다도 매우 낮았기 때문이다. 따라서 대부분의 임금보장기구는 사용자가 납부하여야 할 보험요율을 인상하였다. 현재에는 경제사정의 호전으로 다시 보험요율은 낮아지는 경향을 보이고 있다.

예를 들면 오스트리아의 경우 1978년에 보험요율은 임금은 0.1퍼센트로 고정적이었다. 그러나 1983~84년에는 0.8퍼센트로 인상되었다가 1985년에는 0.5퍼센트로 인하되었고, 다시 1986년에는 0.2퍼센트로 낮아졌다. 스페인의 경우에는 1977년에는 0.2퍼센트로 고정적이었으나, 1978년에는 0.3퍼센트, 1979년에는 0.4퍼센트, 1980년에는 0.5퍼센트, 1983년 0.8퍼센트, 1985년 1.1퍼센트로 높아지다가 1989년에는 0.5퍼센트로 다시 인하되어었다. 프랑스의 경우 초기인 1973년에는 0.02퍼센트로 고정적인 것이었으나, 1983년 0.5퍼센트로 높아졌다가 1985년 0.35퍼센트, 1988년 0.28퍼센트로 다시 낮아졌다. 스웨덴의 경우에는 처음에는 0.02퍼센트였으나 1985년에는 0.2퍼센트였다.

임금보장기구의 두번째 재원은 근로자에 대한 立替拂額(the amounts of the advance payments made to the workers)이다. 임금보장기구는 근로자의 권리에 대위하여 당사자로서 도산처리절차에 참가하여 그 금액을 변제받을 수 있다. 그러나 실제로 임금보장기구가 변제받는 비율은 매우 다양하다. 프랑스의 경우에는 그 비율이 상당히 높는데, 이는 임금 보장보험기금이 근로채권의 상당한 부분을 차지하는 최우선변제권을 행사하기 때문이다. 평균적으로 임금보장보험기금은 지급액의 3분의 1을 변제받는다. 이 중 70퍼센트는 최우선변제권이 있는 채권이고 15퍼센트는 우선변제권이 있는 채권이며 4.5퍼센트만이 일반채권이다. 벨기에는 1986년 10퍼센트 정도만 변제받아 그 비율이 훨씬 낮다. 스웨덴은 1975년까지 지급액의 3분의 1가량을 변제받았으나 변제비율은 1978년~79년에는 7.18퍼센트로 떨어졌다가 그후에는 15~20퍼센트 가량이다. 유럽 국가 중에서는 스페인의 1985년 1퍼센트로서 가장 낮은 변제비율을 나타내고 있다. 그러나

스페인 은 심각한 경제침체를 겪었을 뿐 아니라 다른 EEC 국가보다 산업구조조정이 늦었다는 점을 고려하여야 한다. 또한 기업도산으로 인하여 영향을 받은 근로자수와 해고근로자의 규모에 비추어 임금보장제도가 없었다면 사회적으로 수용불가능한 차원까지 사태가 악화되었을 것이라는 점을 쉽게 추론할 수 있다. 또 임금보장기금은 청산기업에 대하여는 의도적으로 대위권의 행사를 자제하였다는 점을 감안하여야 한다. 대신에 임금보장기금은 1985년부터 지급유예의 결정을 하였다.

第 7 節 給與額의 決定

지급절차는 국가에 따라 다양하나 이론적으로는 간단하다. 도산처리절차가 개시되면 근로채권은 관재인에 의하여 확인된다. 관재인은 근로자에게 가용재산이 근로채권을 지급하기에 충분한지 않다는 증명서를 발급한다. 이러한 증명서는 임금보장기구에 제출되는데, 보장기구는 적정지급액을 결정한다. 프랑스와 같은 몇몇 국가에서는 보장기구가 관재인에게 체불임금을 미리 지급하고 보장기구가 아니라 관재인이 피보장임금을 근로자에게 직접 지급한다. 대부분의 경우 근로자의 청구액에 대하여 관재인의 의문을 표한다. 관재인이 지급을 거절하는 경우에는 근로자는 근로채권을 입증하기 위하여 소송을 제기한다. 통상적으로 그러한 소송은 도산관계를 담당하는 법원이 아니라 노동법원에서 다루어지게 된다. 노동법원이 채권액을 승인하는 결정을 하게 되면 근로자는 그 결정문을 도산을 처리하는 기구에 제출하게 된다. 이러한 절차는 생계에 필요한 금액의 추심을 지연시키게 되는데, 이는 임금보장기구를 설치한 중요한 목적 중의 하나가 실패한다는 것을 의미한다. 이러한 이유로 근로채권의 일부라도 조속히 지급하는 절차를 규정하고 있다. 가령 핀란드의 경우에는 노동부장관이 채권이 확인되면 그 일부가 다툼이 있는 경우에도 채권액의 일부를 지급한다. 오스트리아와 프랑스의 경우에는 立替拂이 허용되며, 프랑스에서는 최소한 최우선변제권이 있는 채권을 즉시 지급되어야 한다. 도산처리절차가 공식적으로 개시되지 않은 경우에는 근로채권을 확인하는 사법판단의 형태로 근로자가 채무명의를 발급받아야 할 뿐 아니라 사용자의 도산에 대한 입증을 하여야 한다. 이러한 목적을 위하여 다양한 절차가 이용되고 있다. 프랑스에서는 피보장채권을 지급받기 위하여 근로자는 상사법원에 대하여 채권액을 신고하여야 하며 도산처리절차의 개시를 신청하여야 한다. 오스트리아와 독일은 관련법원이 도산처리절차를 개시하여야 할 것을 요하며 그렇지 않다면 실질재산이 부족하다는 법원의 확인이 있어야 한다. 그러나 스페인의 경우에는 도산처리절차가 개시되지 않았다면 근로자는 임금보장기금에 대하여 노동문제를 다루는 절차에 관한 법에서 규정한 방법으로 그들 채권의 집행을 위한 신청이 행해졌으며, 이 신청에도 불구하고 아무런 효과가 없었다는 점을 입증하여야 한다. 임금보장기금에 대한 청구의 90퍼센트가 도산처리절차에 따른 것이 아니라 이러한 방법에 따른 것이다.

第 3 章

各國의 制度

第 1 節 ILO 第173號 協約

1. 채택경위

근로자의 임금보호와 관련한 ILO의 문서로는 제95호 임금보호에 관한 협약 제85호 「임금보호에 관한 권고」, 제173호 「사용자 도산시 근로자의 채권보호에 관한 권고」 등이 있다. 임금보호에 관한 제95호 협약은 1949년 채택되었다. 이 협약에서는 일반적인 임금보호에 관한 규정과 함께 사용자의 도산의 경우에 있어서 근로자의 임금채권보호와 관련하여 그 기업에 고용된 근로자는 파산선고 또는 법정 청산절차 개시전의 일정한 기간 중에 제공한 근로에 대한 임금에 관하여 우선변제권을 인정하고 있으며(제 11조 제 1항), 우선변제대상이 되는 임금채권과 다른 우선변제채권의 우선순위에 관하여는 특별한 기준을 정하지 않고 국내법령에 위임하고

있었다.(제11조 제3항).

제95호 협약의 채택 이후 사용자 도산시 근로자의 채권보호에 관한 각국의 법령에는 상당한 변화가 초래되었다. 첫째, 각국의 법령에서는 협약에서 요구하고 있는 것보다 우선변제의 대상이 되는 임금의 범위를 확대하였다. 엄밀한 의미의 임금뿐 아니라 상여금, 각종 수당까지 우선변제의 대상에 포함시키는 것이 일반적이다. 둘째, 각국의 법령은 우선변제권을 가진 다른 채권보다 근로자의 채권을 우선시키는 것이 보통이다. 셋째, 1967년 이후 특히 서유럽을 중심으로 사용자의 이행불능으로 체불된 임금에 대하여 사회보험으로 보장하는 제도가 새로이 설치되게 되었다. 이러한 각국 법령의 변화와 함께 1970년 이후 세계 경제상황의 악화로 인하여 기업의 도산이 증가하자 근로자의 고용불안문제가 사회적으로 심각해졌다. 이러한 변화추세와 상황변화에 따라 ILO 사무국은 제95호 협약 제 11조의 효과를 재검토할 것을 결정하고 기존의 보호를 강화하여 새로운 기준을 채택할 때가 되었다고 판단하였다. 이에 1974년 1월 제2차 ILO 유럽지역총회(ILO European Regional Conference)는 도산시 근로자 권리에 관한 결의를 만장일치로 채택하고 적절한 기준을 채택하기 위한 조사를 ILO 사무총장에게 요구하였다. 1980년 제 66차 ILO 총회는 이에 관한 1982~87년 ILO 中期計劃을 승인하였다. 1984년 제 226차 ILO 이사회 결의에 따라 사용자의 도산시 근로자 보호에 관한 전문가위원회가 1985년 3월 개최되었고, 동 위원회는 제 230차 ILO 이사회에 보고서를 제출하였다.¹⁾ 1985년 이후 이사회는 이 문제를 협약으로 채택하는 것에 대한 타당성을 검토하기 시작하였다. 이러한 오랜 경위를 거쳐 173호 협약·180호 권고가 1992년 6월 22일 성립되었다.²⁾

2. 내용

가. 총 칙

협약은 2개의 節로 구성되어 있다. 제1절에서는 우선변제권에 의한 근로자 채권의 보호를 규정하고 있고, 제2절에서는 보장기관에 의한 보호를 규정하고 있다. 이 협약을 비준하는 회원국은 그 중 1개 節 또는 양자 모두의 의무의 수락을 선언할 수 있다(제3조).

이 협약에서 도산이라 함은 국내의 법률과 관행에 따라 집단적 채권변제를 위하여 사용자의 재산에 대하여 소송절차가 개시된 경우를 의미하며 사용자의 재산총액으로 보아 도산처리절차의 개시가 타당하지 않다고 판단되는 경우와 같이 사용자의 재산상태로 보아 근로자의 채권이 변제될 수 없는 기타의 경우도 포함한다(제1조).

권한있는 기관은 가장 대표적인 노사단체와 협의후 공무원등 특수한 근로자를 이 협약의 적용에서 제외할 수 있다(제4조).

나. 우선변제권에 의한 근로자채권의 보호

사용자의 도산시에 있어서 근로채권은 우선적으로 보호되며, 일반채권자에 대한 변제에 우선하여 도산사용자의 재산으로부터 변제를 받는다.(제5조)

1) 피보호청구권 우선변제권

이 부여되는 채권은 최소한 다음의 채권을 포함하여야 한다(제6조).

① 도산 또는 고용의 종료기 전 적어도 3개월간에 수행된 근로와 관련한 임금, ②도산 또는 고용종료시의 유급휴가수당, ③ 도산 또는 고용종료 이전 적어도 3개월간의 휴일수당, ④ 고용종료시의 퇴적수당

2) 국제법령에 의한 제한

국내법령으로 우선변제권이 인정되는 채권액을 제한할 수 있으나 사회적으로 인정되는 수준을 하회하여서는 아니된다(제7조)

3) 우선변제권의 순위

국내법령으로 이를 정하나 다른 일반적인 우선변제권보다는 우선하여야 하며, 특히 조세채권이나

사회보장기구의 채권보다는 우선하여야 하나, 제3절에 따른 보장기구에 의한 보호를 받는 경우에는 조세채권이나 사회보장기구의 채권보다 후순위이어도 무관하다(제8조).

다. 임금보장기관에 의한 근로자채권의 보호

임금보장기관의 조직·관리·운영·재정은 국내법령으로 이를 정한다(제11조). 이 경우 가장 대표적인 사용자단체 및 근로자단체와 협의하여 결정한다(제10조).

피보호채권에는 최소한 다음의 것이 포함되어야 한다. ① 도산 또는 고용종료전에 수행된 적어도 8주간의 임금, ② 도산 또는 고용종료 이전 6개월가느이 휴가수당, ③ 도산 또는 고용종료 이전 8주가느이 유급휴일 수당, ④ 고용종료시의 퇴직금이 최소한 포함되어야 한다.

라. 임금채권보호에 관한 권고의 내용

권고에서는 우선변제의 대상이 되는 채권을 보다 구체적으로 규정하여 ① 도산 또는 고용의 종료에 앞서 성립하고 소정의 기간내에 수행된 근로에 관련한 임금, 초과근로수당, 수수료, 기타 형식의 보수, ② 적어도 과거 12개월에 관련한 유급휴가의 보수, ③ 해고예고수당, ④ 이직수당, 부당해고보상 기타 고용의 종료에 관한 수당, ⑤ 업무상 재해와 관련하여 사용자가 직접 지급한 보상, ⑥ 법정 사회보장 보험료 등을 규정하고 있다. 또한 근로자채권의 추심이 지체되는 것을 방지하기 위하여 도산처리절차의 진행중에 근로채권의 신속한 지급이 행해지지 않는 경우에는 절차의 종료까지 갈 것 없이 지급이 행해지도록 확보되기 위한 절차가 행해져야 한다고 규정하고 있다.

보장기관에 의한 근로채권의 보호는 가능한 한 광범하여야 한다고 하고 보장기관의 운영원칙을 ① 관리, 재정 및 법적으로 사용자로부터 독립하도록 한다. ② 부분적 또는 전면적으로 공공자금으로 조달되지 않는 한 사용자가 지급하는 보험료로 조달한다. ③ 보장에 의해 보호되는 채권에 관한 도산기업의 책임에 관하여 부차적 의무를 과한다고 밝히고 있다.³⁾

주석1) 이 보고서의 내용에 관하여는 ILO, Protection of worker's claims in the event of the insolvency of their employer, Report, 1991, p54. 이하 참조.

주석2) 자세한 것은, ILO, 앞의 책, pp.1~4 참조.

주석3) 日本 ILO協會, 「世界の労働」 1991.5., pp9.~10.

第 2 節 獨逸의 賃金保障制度¹⁾

1. 등장배경

독일에서 고도성장기가 종말을 맞고 경제적 정체기에 들어선 결과 기업도산이 증가하자 도산시의 임금채권의 보호를 강화하자는 노동조합의 요구가 높아졌다. 이는 당시 확산되던 건설업분야의 도산사태를 배경으로 하는 것이었는데, 이 요구의 결과 파산금부금(Konkursausfallgeld)에 관한 법(1974. 7. 17. BGBl. IS. 1481)이 제정되었다.

도산관계법에 의해 제1순위의 우선권이 임금채권에 주어져 있음에도 불구하고 실제로는 파산재단재산의 부족으로 인해 임금채권이 완전변제되는 경우는 매우 적을 뿐만 아니라 도산의 책임은 경영자 및 그 배후의 금융기관에 있다는 점, 임금의 확보는 단지 다른 권리와 우열에 따라 결정되는 것은 아니라 임금이 근로자의 생계를 지탱하는 것인 이상 신속하게 지급되는 것이 무엇보다도 중요하기 때문에 예컨대 담보권과 동등한 지위가 부여된다고 해도 파산관재인에 의해 지급되기까지는 어느 정도의 기간을 요하며 이 기간동안의 생활을 위하여도 파산금부금과 같은 조정적 절차가 필요하다는 노동조합의 요구와 임금채권의 확보가 충분하게 강고되고 있지 못하다는 단순한 개정만으로는 그 개선은 기뻐질 수 없다는 인식 등에서 새로운 제도의 도입, 즉 임금채권의 확보에 관하여 사회보험적인 접근이 도모되었다. 그 결과 사용자의 지급불능의 경우

파산금부금(Konkursausfallgeld)의 제도가 신설된 것이다. 이 제도는 통칭 파산금부금에 관한 법률, 정확하게는 고용촉진법(Arbeitsförderungsgesetz : AFG)의 개정에 관한 법률에 의해 이루어졌다. 이 법률은 1974년부터 시행되었다.

2. 내 용

고용촉진법 제 141 a조는 "근로자는 그 사용자의 지급불능의 경우에 본질이 정하는 바에 따라 미불임금의 보상을 구하는 청구권(파산금부금)을 가진다"로 규정하고 있다.

급부의 요건은 파산처리절차의 개시 및 개시직전 3개월분 미불임금청구권의 존재가 있어야 하고(제141 b조 1항), 파산금부금에는 근로관계에서 파생하는 일체의 청구권이 포함된다.(제 141 b조 2항). 파산처리절차의 개시가 없더라도 실질적인 재산의 부족으로 파산처리절차 개시신청이 기각된 경우 또는 경영활동을 전면적으로 폐쇄한 경우에는 도산에 준하는 것으로 보아 동법이 적용된다.(제141 b조 3항).

제 141 c조는 파산부금의 제도의 남용을 방지하고 있다. 즉 임금채권이 도산개시후에 부인되어야 하는 행위에 기하고 있는 경우에는 급부금청구권은 발생하지 않는다.

급부금은 관할노동청(Arbeitsamt)에 대한 신청에 의하여 노동청에 의해 지급되며 파산절차 개시후 2개월의 제척기간이 있다(141 e조 1항). 관할노동청이란 당해 근로자에 대한 사용자의 임금지급 장소를 관내에 두고 있는 관청, 그것이 존재하지 않는 경우에는 파산법원 소재지의 관청을 가리킨다(동조 제2항).

근로자는 임금지급 지체를 방지하기 위하여 노동국에 대한 先拂請求權이 있다. (제141 f조). 관청은 신청에 의하여 급부금을 선불하며 이때에는 증명 또는 그것과 동등한 것이 필요하다, 즉 최후의 임금상정 및 체불임금의 가산과 범위에 관한 사용자 또는 파산관재인 의 서면에 의한 진술이다(제141 f조 1항). 제 141 g조에 의하면 임금의 상태에 관한 정보를 가진 자는 관청에 대한 정보의 제출이 의무화되어 있다. 마찬가지로 관재인도 필요한 모든 보고를 지체없이 행할 의무가 있다(제141 h조).

급부금청구권은 신청후에 비로서 압류되고, 양도되며 입질될 수 있다. 신청과 함께(지급의 시점에서가 아니라) 임금청구권은 정부(정확히는 연방노동성의 하부기관인 Bundesanstalt für Arbeit)로 이전한다 (제 141 m조). 근로자는 급부금의 신청과 동시에 과거의 임금채권(3개월분)을 상실하며 관재인 또는 사용자에게 대하여 그 권리를 주장할 수 없다. 그 임금채권에 대신하여 정부에 대한 파산금부금청구권을 취득하게 되는 것이다. 이 청구권은 공법적 성격의 것으로서 이 청구권에 의하여 분쟁이 생긴 경우에는 사회재판소에 관할이 있다. 근로자와 사용자 사이에서 임금채권에 관하여 분쟁이 발생하여도 급부금을 신청한 이상 근로자가 노동재판소에 제소하는 것은 인정되지 않는다. 이는 사회재판소의 부담을 증가시키고 근로자의 권리행사의 면에서도 불편이 있다는 비판이 있다.

재정조달은 기본적으로 사용자에게 이해 전적으로 조달된다. 구체적으로는 사용자의 동업조합(Berufgenossenschaft)이 조달하게 된다. 이 동업조합의 내부분담에 관하여도 규정이 있다.(제 186 b~d조)

고용촉진법과 파산법을 고려하여 도산시의 근로자의 권리를 정리하면 다음과 같다.²⁾

- 파산개시전 3개월까지의 임금 → 파산금부금
 - 파산개시전 6개월까지의 임금 → 제 2순위의 재단채권³⁾
 - 파산개시전 7개월부터 12개월까지의 임금 → 제1순위의 우선적파산채권
 - 파산 12개월 이전의 임금 → 일반파산채권
- 기타 파산금부금과는 별도로 회사가 부담하는 보충연금제도에서 근로자의 연금을 확보하려는 임의제도도 있다.

주석1) 독일에 관하여는 伊藤眞, 『西ドイツにおける賃金債權の確保法制.』, JURIST 1976. 3. 15. No.608를 주로 참조하였다.

주석2) Söllner Grundrißdes Arbeitsrechts, 10. Aufl, Uerlag Franz Vohlen, 1990, 266~267쪽.
도산관계법 제61조 제1호에 의하면 파산절차 개시전 1년분의 임금채권은 제1순위의

파산채권으로 취급되며, 동법 제59조 제3호에 의하면 6개월분의 임금채권은 재단채권으로 취급한다.

주석3) 여기서 제2순위라 함은 다른 재단채권과 재단비용이 우선변제된다는 의미이다.

第3節 오스트리아의 賃金保障制度¹⁾

1. 서론

1977년 제정된 「도산시 지급보장법」 [Insolvency(Guarantee of Remuneration) Act, 이하 IESG] 의 목적은 사회보험의 방법을 이용함으로써 공식적인 파산절차를 거치지 않고 사용자의 도산시 근로자의 임금채권을 보호하는 것이다. 이 법은 근로자와 그 피부양자에게 재정적 보호를 제공함과 동시에 도산기업을 회생시키려는 노력을 지원한다. 근로자들이 기존임금을 상실할 것이라는 우려에서 퇴직한다면 사업을 운영하고 기업을 회생시킬 전망은 거의 없게 된다. 이 제도는 기존의 실업보험제도 조직을 이용하고 있으며, 다른 한편은 법은 도산법과도 밀접하게 관련되어 있다. 급여는 법적인 의미에서의 도산시에만 지급되며 통상적으로 기간의 제한이 있다. 최고액의 제한이 있는 범위에서 피보장임금채권은 완전하게 填補된다. 최근에는 조속한 지급을 위한 노력이 행해지고 있다. 그러나 보장기금이 직접적으로 재단채권으로부터 보상액을 보상받는 것은 아니다. 법은 보장기금이 근로자를 대위하여 파산사용자에 대하여 피보장채권의 만족을 구할 수 있도록 규정하고 있다.

2. 수급의 핵심적 요건

임금보장을 받기 위한 법적인 필수요건은 사용자의 도산이다. 따라서 법률은 다음과 같은 요건의 하나를 충족하는 경우에 사용자가 도산한 것으로 본다. ① 파산절차의 개시, ② 파산재산의 부족으로 인하여 파산절차 개시의 신청이 기각된 경우, ③ 공식적인 처리절차의 개시, ④ 은행을 특별한 통제에 두게 하는 특별명령.

여기에서 사용자의 도산의 법원에 의하여 공식적으로 인정된 경우에 한하여 임금채권을 보장하고 있음을 알 수 있다. 이러한 방법의 장점은 기금에 대한 청구가 언제부터 효력을 발생하는가에 대한 다툼이 발생하지 않는다는 것에 있다. 단점으로는 보장기간 전후에는 사용자가 임금을 지급할 수 없는 상황도 있다는 점이다. 예를 들면 가압류시 또는 채무자가 채권자와 私的인 整理를 하는 경우에는 임금을 지급할 수 없다. 그밖의 절차적 요건에 대하여는 후술한다.

3. 적용범위

법률은 각종 산업의 민간부문 고용관계에 있는 근로자에게 적용된다. 퇴직근로자와 같이 이전에 고용관계에 있던 자와 그 부양가족에까지 보장이 확대되는 경우도 있다. 또한 계약등에 의하여 수급권을 지명받은 자에게도 보장된다. 채권은 담보, 양도 또는 압류될 수 있다. 예컨대 근로자는 청구권의 조속한 현금화를 위하여 은행에 그 채권을 양도할 수 있다.

공공부문, 행정기관 및 외국기업에는 도산처리절차가 적용되지 않기 때문에 임금보장의 적용범위는 이러한 유형의 기업과 고용관계를 가진 근로자는 포함되지 않는다. 지방자치단체에 종사하는 근로자도 포함되지 않는다.

'근로자'는 근로계약법에서와 같은 방법으로 정의되고 있다. 근로자는 특정기간 동안 다른 자에 대하여 인적 종속(personal dependency)상태에서 근로할 것을 계약한 자이다. IESG의 목적에 따라 보수를 받는 근로자만이 적용범위에 속하며, 시용중에 있는 자와 관리직도 근로자로 간주된다. 그러나 적용범위는 통상적인 의미에서는 근로자가 아닌 자에게까지 확대된다. 근로자의 핵심적 특징은 인적 종속성인데, 이는 다음의 4가지 기준에 의하여 규정된다. ① 근로자가 사업장이나 공장의 조직에 편입되어 있고, ② 사용자(또는 그 대리인)의 업무지시에 복종하며, ③ 사용자의 통제권하에 있고, ④ 사용자의 징계권행사 범위내에 있는 자를 말한다. 다툼이 있는 사안에 있어서는 위의 기준이 관련된 자의 상태를 규정하기 위하여 사용된다. 가내근로자, 자영업자 기타 독립적인 도급업자 등은 전형적인 근로자들에 비하여 작업시간 및 작업방법을 자유롭게 결정할

수 있기 때문에 근로자로 간주되지 않는다. 그러나 이들도 근로자와 마찬가지로 경제적인 의미에 있어서는 계약상대방에 의존하고 있다. 따라서 이들도 법률에 의하여 '근로자와 유사한 자'로 간주되며 임금보장 등과 관련하여서는 근로자처럼 취급받는다.

다른 한편으로는 넓은 의미에서는 근로자이나 적용범위에서는 제외되는 자도 있다. 법인의 이사가 곧 여기에 해당한다. 마찬가지로 동업관계, 기업 또는 조합에 중대한 영향력을 행사할 수 있는 동업자, 주주, 조합원도 제외된다. 이러한 제한은 이들이 통상적으로 기업을 운영하며 따라서 그 운영상태에 대하여 책임이 있기 때문이다.

4. 절차

근로자(및 기타 수급권자)는 지방노동청이나 도산법원(*insolvency court*)에 대하여 문서로 급여를 신청할 수 있다. 수급권자가 도산처리 절차가 개시된 지 4개월 이내에 신청하지 않은 경우에는 청구권을 상실한다. 신청에 있어서는 채권의 종류를 명시하고 채권의 존재에 대한 입증을 하여야 한다. 채권이 우선변제권을 가진 것이 아닌 경우에는 도산처리절차로 변제받지 못한 경우에만 신청할 수 있다. 노동청은 사용자(관재인)에게 신청된 채권의 확인을 요구한다. 이는 매우 중요한 문제인데, 노동청은 이것에 의하여 지급여부를 판단하기 때문이다. 사전에 법원의 종국적인 결정에 의하여 채권액과 그 존재가 확인되거나 비우선 변제채권이 債權表에 산입된 경우에는 노동청은 그 결정에 법적으로 구속된다. 지급결정이 있게 되면 노동청은 파산재단에 대하여 신청자의 급전에 대한 지급을 동시에 명하게 된다.

신청인이 지급보장에 필요한 확실한 증거를 제시한 경우에는 노동청은 사전에 이를 지급할 수도 있다. 이미 발생한 임금에 관한 한 사전적 지급이 보편적이다.

신청인은 지방노동청의 결정에 대하여 이의가 있는 경우에는 주노동청에 이의신청을 할 수 있으나, 이렇나 이의신청은 노동청 결정의 효력을 정지시키지 못한다. 주노동청의 결정에 불복하는 경우에는 최종적으로 법적 구제를 이용할 수도 있다. 오스트리아 행정최고재판소는 사건을 두 가지 관점에서 심사한다. ① 주노동청의 결정이 절차상 하자에 기한 것이거나, 또는 ② 실제법상 하자가 있는 것인가, 최고재판소는 노동청의 결정을 철회할 수 있으며 이 경우 주노동청은 새로운 결정을 하여야 한다.

사후에 법적 요건이 충족되지 않은 경우 또는 임금의 추정된 상실분의 전부나 일부가 발생하지 않은 경우에 (사전)지급액은 취소되거나 감소될 수 있다. 수급인이 거짓을 신고하거나 중요한 정황을 은닉함으로써 지급받은 경우 또는 수급인 자신이 수급적격이 아니라는 점을 인식한 경우에 노동청은 지급액을 반환받는다. 다른 한편 자신의 귀책이 아닌 사유로 誤支給 받은 수급인은 반환할 필요가 없다.

5. 피보장채권

기한이 도래하지 않은 채권이나 기한이 경과하지 않은 채권에 대하여 보장한다. 파산절차의 개시 이전에 성립한 채권과 부당해고에 대한 보상금 중 사용자가 이미 지급한 부분에 대한 채권은 명시적으로 제외된다. 채권액의 상한은 두 가지가 있다. 첫째, 채권액이 다른 법률이나 단체협약에 의하여 규정된 경우를 제외하고는 1984년의 경우 보장상한액은 월 49,200오스트리아셸링이다(이 상한은 매년 조정된다). 다른 법률이나 단체협약에 이러한 상한을 규정하는 경우가 드물기 때문에 이 액수가 실제 일반적인 보상금의 상한액이다. 둘째, 사용자가 비정상적으로 높은 임금-실제로는 이 임금은 사용자가 아니라 파산기금에서 지급된다.-을 지급하지 않도록 하기 위하여 도산처리절차가 개시된 후 90일 이내 또는 파산기간 중에 개별임금계약이 체결된 경우 그 임금이 법률이나 단체협약에서 정해진 액수를 초과하는 때에는 임금보상이 이루어지지 않는다.

이러한 제한은 보장제도의 기본적 구조와 엄밀하게 부합하는 것이다. 위에서 언급하였듯이 이 구조는 사회보험 개념과 연결되어 있다. 소득상실에 대한 보상액에 상한이 있다는 사실은 오스트리아 사회보험제도의 가장 큰 특징인 것이다. 사회연대의 원칙은 관련자의 소득수준에 무관한 강제적 보험을 의미하는 것이 아니다.

이러한 범위내에서 피보장채권을 다음과 같이 구별할 수 있다.

가. 임금채권

IESG상 '임금'의 정의는 상당히 광범위하다. 임금은 근로계약에 따라 자신의 노동력을 사용자의 처분의 위임하는 것에 대한 보상으로 지급되는 임금, 서비스 기타 실제적 재화로 정의될 수 있다. 예컨대 일급, 주급, 월급, 상여금, 이윤분배금, 연봉, 보상금, 현물급여, 급식, 할증임금등이 있다. 이 이외에도 IESG상 임금에는 퇴직수당, 부당해고보상금, 기업내연금제도하의 급여 등이 포함된다. 또한 근로자가 납부하는 사회보험료도 보장된다.

임금채권은 일정한 기간동안 보장된다. 이 기간은 임금채권의 소멸시효인 3년부터 도산정리절차가 공식적으로 개시된 후 90일까지이다. 일반임금²⁾의 경우에는 기준일로부터 3개월 동안 보장된다. 3개월 이후 임금은 보장기금으로부터 보상받을 수 없고 파산재단으로부터 지급받을 수 있다.

어떤 임금채권은 더 오랫동안 보장된다. 일반임금으로 간주될 수 없는 임금부분은 기준일로부터 90일 이후에 발생한 경우와 90일 이내에 사용자(관재인)나 근로자가 퇴직 또는 해고의 통지를 받은 경우(또는 고용관계의 종료에 대한 합의가 있는 경우)에는 무제한 보장된다.

그런데 법에 의하면 고용관계가 종료한 날이 아니라 해고통지가 행해진 날을 기준으로 삼은 점이 주목된다. 이것은 고용관계의 종료 이후에 지급되어야 할 임금에 대한 채권도 포함시켜려는 의도이다. 핵심적인 문제는 어느 시점에서 이러한 채권이 발생하는가이다.

예를 들면 퇴직수당에 대한 전체 채권은 고용관계가 종료한 순간부터 발생한다고 법원은 판시하고 있다. 그러나 부당해고에 대한 보상금은 기간에 비례하여 발생한다. 즉 월 단위로 사용자가 지급하여야 할 때 발생한다. 만약 부당해고보상금이 3개월 이전 사유로 인한 것이면 이 청구권은 부분적으로 보장받지 못한다.

기업내 연금하의 급여는 문제가 있는데, 모든 연금채권을 보장하기 위하여는 엄청난 재정이 소요되기 때문이다. 따라서 법은 수급자를 두 가지 범주로 나누어 조정하고 있다. 처음으로 연금을 청구하는 근로자는 그 최초의 수급일이 90일 이내인 경우에는 기금으로부터 보상금을 수급할 수 있다. 이미 퇴직한 자로 도산처리가 개시되기 전에 최초의 연금을 수급한 연금수급자는 12개월분의 연금을 일시불로 지급받는다. 연금의 나머지 부분에 대한 채권은 보장되지 않으며 우선변채권이 없는 일반적인 도산관련채권이 된다. 퇴직연령에 도달하지 않은 자와 아직 고용관계에 있는 자의 장래의 연금수급권은 보장되지 않는다.

나. 재해보상금채권

업무수행중에 발생한 재해에 대한 채권은 보장된다. 여타 제한은 임금채권의 경우와 동일하다. 즉 기본적으로 90일 이내에 발생한 재해에 대한 보상금만 보장하며 통지 또는 합의에 의하여 이 90일 동안에 고용관계가 종료된 경우에는 시기상의 제한은 없어진다.

다. 사용자에게 대한 기타 채권

고용관계에서 유래하는, 사용자에게 대한 기타의 모든 채권은 위에서 살펴본 제한하에서 보장된다. 이러한 채권은 수수료, 經費, 貸付金, 保證金등이 있다.

라. 이자채권

기금은 모든 피보장채권에 대한 이자를 지급한다. 그러나 시기상의 제한이 있다. 이자는 채권이 발생한 순간부터 지급되며 도산처리의 개시후 4개월까지 지급된다.

마. 소송비용에 대한 채권

근로자들이 피보장채권을 집행하기 위하여 소송을 하는 경우가 있다. 이 비용은 시기상의 제한 없이 IESG에 의해 보장된다.

6. 보장금액

파산기금은 근로자의 純債權총액을 보장한다. 그 결과 보통 사용자에게 의하여 원천공제되는 조세, 사회보험료 등은 포함되지 않는다. 그러한 채권은 파산채권이 된다. 다만 근로자가 납부책임이 있는 사회보험료는 관련 사회보험기관에게 기금이 직접 납입하게 된다. 현존하는 보험료뿐만 아니라 지난 2년간 체납된 보험료도 마찬가지이다. 성립하기는 하였으나 아직 그 효력이 발생하지 않은 피보장채권도 보장된다. 현물채권은 시가로 換價되어 보장된다.

7. 피보장채권에 대한 기금의 代立

신청인이 피보장채권에 대한 법원의 결정문을 수령하거나 기금으로부터 立替拂의 통지를 받은 것과 동시에 도산사용자에 대한 피보장채권은 법에 따라 보장기금으로 이전된다. 그 후에는 기금이 원채권자와 동등한 지위를 가지고 도산처리에 참여하게 된다. 이러한 대위의 목적은 명백하다. 채무자인 사용자는 기금이 근로자에게 보상하였다고 하여 자신의 채무를 면제받지 못하는 것이다. 또한 기금이 채무자의 재산에서 변제받아야 사용자로부터 각출되는 보험료가 삭감될 수 있는 것이다.

대위는 기금이 근로자에게 보상한 액과 동등한 액에 대하여 발생한다. 따라서 기금으로부터 자신의 채권에 대하여 완전한 지급을 받지 못한 근로자는 그 채권을 상실하지 않는다. 이러한 채권은 통상의 파산절차의 틀내에서 지급되게 된다.

8. 기금의 財政

기금의 주요 원천은 모든 사용자로부터 납입되는 보험료로 구성된다. 공공부문 근로자는 보장보상금을 수급할 자격이 없기 때문에 공공기관은 보험료를 납부하지 않는다. 보험료는 개별적인 임금총액을 기초로 산정된다. 그러나 월 24,600오스트리아셴링을 초과하는 액은 산정자료에 포함되지 않는다. 보험요율은 기금의 재정상태에 따라 매년 노동부장관(the Minister for Social Affairs)이 이를 결정한다. 1978년, 1979년에는 0.1퍼센트, 1980년에는 0.3퍼센트, 1981년, 1982년에는 0.5퍼센트, 1983년, 1984년에는 0.8퍼센트, 1985년에는 0.5퍼센트였다. 실업보험료 등 대부분의 사회보험료를 징수하는 의료보험기관에서 보험료를 징수한다.

이 이외에 파산절차에서 대위하는 채권으로도 재원을 충당한다. 기타 사소한 재정수입이 있다. 파산기금은 노동부가 운영한다. 기금은 독립된 법인으로서 고유의 목적을 위해서만 사용될 수 있고 여타의 공공기금과 결합되어 사용될 수 없으며 정부 역시 다른 목적으로 유용할 수 없다. 1978~1983년까지의 기금은 48억오스트리아셴링을 보상금으로 지급하였으며 보험료로 54억오스트리아셴링을 징수하였고 8억오스트리아 셴링을 代位하여 획득하였다.

주석1) Edited by Edward Yemin and Arturo S. Bronstein, 앞의 책, p62. 이하를 주로 참고.

주석2) 일반임금(current wage)이라 함은 어떤 지방에서 어떤 종류의 직업에 일반적으로 지급되는 임금을 말한다. 따라서 특정 직업의 근로자가 제공하는 근로의 현실적인 시장가격과 거의 동일하다.

第 4 節 프랑스의 賃金保障制度¹⁾

프랑스에서도 우리나라 근로기준법 제30조의 2 제2항과 유사한 최종60일분의 임금을 최우선적으로 변제하는 최우선변제제도(superprivile-ge)와 일반적인 우선변제제도가 있으나, 사용자에 자력이 없는 경우에 대처하여 임금채권의 실효성이 있는 지급을 특별히 담보하기 위하여 전적으로 사용자의 각출에 의존하는 새로운 보험제도를 1973년법으로써 도입하였다. 그 내용은 다음과 같다.

1. 적용범위

가. 보험가입자(사용자)의 범위

근로계약의 이행을 위하여 근로자에게 지급하여야 할 임금채권이 재판상의 정리(reglement judiciaire) 또는 재산의 청산(liquidation desbiens)을 선고하는 판결로 인하여 미지급될 위험에서 근로자를 보호하기 위하여 사용자는 보험에 가입할 의무를 진다. 보험(assurance)에 가입할 의무를 부담하는 자는 다음과 같은 자이다. 첫째, 상인인 자연인이다. 따라서 자신의 이름으로 상행위를 하는 공예가(artisan)도 1973년 법의 대상으로 된다. 둘째, 상인에 해당하지 않는 私法상의 법인이다. 셋째, 상호보험회사, 기업위원회 또는 변호사·공증인·의사 등과 같은 자유업 종사자들로 구성되는 직업적 민사회사 등이다. 그러나 이에 대하여 가내근로의 사용자와 농업경영자와 상인이 아닌 私人(특히 자유업을 경영하는 자)은 본법의 적용에서 제외된다.

나. 근로자의 범위

다음과 같은 자는 본법의 보험에 의해 보호되는 피용자의 범위에서 제외된다. 첫째, 특별법률에 의해 설립되는 철도, 담배, 전기, 가스 국영 기업의 피용자의 경우, 둘째 상인의 자격을 가지지 않은 독립근로자인 피용자의 경우, 셋째 가족피용자의 경우(gensde maison)등이다.

2. 피보장임금의 범위

1973년법은 근로계약의 이행에 의해 지급되어야 할 임금의 지급을 담보한다. 이 법에서 말하는 임금에는 엄밀한 의미에서의 임금만이 아니라 부수적 임금과 각종 수당도 포함한다. 각종수당으로는 상여금과 유급휴가수당, 해고예고수당과 해고수당 등이 포함된다. 특히 근로계약에서 직접적으로 발생하는 것은 아니나 다음과 같은 근로자의 채권도 담보한다. 즉 경영협정의 적용에 의해 지급될 수 있는 것으로서 변제기가 도래하고 있는 채권과 변제기가 도래하고 있는지 여부에 관계없이 조기퇴직연금(arrerages de preretraite)과 임금보상연금(arr rages de compl ment de salaire)도 담보한다.

다만 개별근로자에게 지급할 수 있는 보험금의 상한이 정해져 있는데, 1985년 현재 144,960프랑스프랑이다.

3. 임금보장기관 및 재원

이 보험을 위하여 특별히 설립되어 노동성 장관에 의해 승인된 사용자의 협회에 의해 실시된다. 협회는 사회보장집행기관인 ASSEDIC 및 UNEDIC과 관리협정을 체결한다. 재원은 전적으로 사용자의 부담인 보험료에 의해 조달된다. 보험료는 실업보험 보험료의 산정의 기초로서 사용되는 보수에 대하여 부과된다. 따라서 보험료는 의무적인 것이든 임의적인 것이든 각종의 공제가 행해지기 이전의 보수총액에 대하여 과해진다. 현물급여와 특별수당과 상여등도 포함된다.

주석1) 小西國友, 「フランスにおける賃金債權の確保に關する法制」, ジュリスト1976. 3. 15. No.608, pp41~47를 주로 참조하였다. 프랑스와 관련한 최근의 자료를 구하지 못해

최우선변제제도와 관련한 간략한 정리에 만족할 수밖에 없었다.

第 5 節 벨기에의 賃金保障制度¹⁾

1. 개 관

사용자가 지급하여야 하는 임금, 보상금, 수당 및 보험료 등은 기업이 폐업한 경우에 법에 의해 보장된다. 1960년 6월 27일법에서 경과적 조치가 최초로 행해졌고, 1966년 6월 28일법에 의해 기업이 폐업한 경우 해고된 근로자에 대한 보상기금이 설치되었다. 동 기금의 기능은 會社整理에 관한 法人 1967년 6월 30일법, 동법의 개정법인 1971년 7월 28일법, 1976년 3월 30일법에 의하여 확대되었다. 그 기능은 1975년 5월 12일법에 의해 더욱 확대되었는데, 이 법에서는 조기퇴직수당의 지급도 보장하도록 규정하였다.

1966년 6월 28일법은 사용자에 의해 지급되는 보상금을 인정함으로써 폐업시 근로자를 보상하는 것을 주된 목적으로 하였다. '폐업'(closure of the enterprise)이라 함은 전년에 비하여 25퍼센트 미만의 수준으로 인원감축이 되거나 부서가 폐지되어 기업의 주요활동 또는 그 특정부서가 종국적으로 중지된 경우를 말한다. 아래에서 보는 바와 같이 기업이 이전된 경우와 같은 몇 가지 경우에도 동법에서는 폐업과 같이 취급하고 있다.

1971년 개정된 1966년 6월 28일법은 영리기업으로서 전년에 20인 이상을 고용한 기업에 적용된다. 비영리단체는 이 법의 적용범위에서 제외된다.

폐업보상금은 근로계약의 중지일로부터 15일내에 또는 폐업전 15일 이전에 고용관계가 중지된 경우 또는 부상기금관리위원회가 근로자에 대한 보상금 지급을 결정한 날로부터 15일 이내에 사용자에 의해 지급된다.

그 기간내에 사용자가 보상금을 지급하지 못한 경우에는 기금에서 이를 지급하며 기금은 그 금액을 사용자에게 求償하여야 한다. 파산이나 청산의 경우 파산관재인이나 청산인은 사용자와 마찬가지로 의무를 진다.

1971년 1976년에 개정된 1967년 6월 30일법은 폐업시 사용자가 그 의무를 이행하지 못한 경우 근로자에게 발생한 임금 및 보상금을 지급상한을 두고 보장하고 있다. 그 금액은 기금에 의하여 지급되며 기금은 사용자로부터 이를 환급받게 된다. 기금의 범위는 두 가지 측면에서 확대되어 왔다. 첫째, 적용대상 근로자의 수가 증가하였으며 둘째, 현재에는 상용근로자수와 기업의 활동분야에 관계없이 모두 적용되게 되었다. 그러나 1976년 3월 30일법에서는 비영리단체에까지 1967년법의 적용범위를 확대하여야 할 것이라는 전국노동위원회(National Labour Board)의 결정을 받아들이지 않았다. 기금의 보장범위는 폐업보상금뿐 아니라 저당권법(Mortgage Act)에서 우선변제권만을 가진 임금에까지 확대되었다.

2. 관 리 및 재 정

가. 관 리

1966년 6월 28일법에 따라 全國僱傭省(the National Employment Office)은 기업폐업시 해고된 근로자를 위하여 보상기금으로 알려진 기금(폐업보상기금)을 설치하였다. 이 기금은 법인이고 전국고용성을 운영하는 위원회에 의하여 관리되며 그 위원회의 사무총장이 일상적 운영을 담당하고 있다.

나. 재 정

법에 따라 모든 사용자는 보상기금에 대하여 매년 보험료를 납부하여야 할 의무를 진다.

1967년법은 1966년법에 규정한 폐업보상금뿐 아니라 다른 급여도 보장하기 위하여 그 기능을

확대하였다. 따라서 사용자의 보험료와 보험대상에도 변화가 발생하게 되었다.
기금운영위원회와 전국노동위원회의 협의를 거쳐 정부는 매년 보험료를 결정한다.

다. 보험료

1983년의 경우 보험료는 1983년 4월 12일 정부령으로 결정되었다. 1982년 상시 20인 이상의 근로자를 고용한 사용자는 각 근로자에 대하여 1983년 2/4분기까지 2,680 벨기에프랑(이하 프랑이라고 한다)을 보험료로 납부해야 한다. 20인 이하의 근로자를 고용한 사용자는, 1,960프랑을 납부해야 한다. 후자의 보험료가 적은 이유는 이러한 기업의 근로자는 사용자가 파산한 경우 폐업보상금의 수급자격이 없기 때문이다.
일정한 사용자에 대하여는 특수한 보험료가 규정되어 있다. 예를 들어 기한의 정함이 없는 항만근로자에 대하여 사용자는 각각 2,145프랑의 보험료를 납부하여야 한다. 탄광, 제철기업의 사용자는 각 근로자에 대하여 770프랑의 보험료를 납부하여야 한다. 이러한 두 부문에서는 유럽석탄제철공동체(the European Coal and Steel Community : ECSC) 협약 제80조, 제81조에 따라 사용자의 파산시의 보장을 포함한 유럽공동체법의 특별한 보호를 받기 때문이다.

라. 보험료의 납부

보험료는 1966년법 제16조에 따라 다른 사회보장기여금과 마찬가지로 같은 시기에 전국사회보장성(일반)·탄광전국연금기금(직업별)·해운기금(직업별)에 납부한다.

3. 보장요건

보장제도는 폐업한 사용자가 1966년법에 따른 폐업보상금을 지급하지 못하고(또는 못하거나) 1967년법에 따른 기타 금액과 보상금을 지급하지 못한 경우에 적용된다. 관재인과 청산인은 사용자와 동일한 의무를 부담한다. 1967년 6월 30일법은 위의 1966년법 제2조상의 '폐업'의 정의를 원용하고 있다.

보상기금을 운영하는 위원회는 기업이전, 합병, 양도를 폐업과 마찬가지로 취급하고 있다. 운영위원회는 기업구조 재편도 폐업과 동등하게 취급할 권한이 있다. 기업구조 재편으로 인한 인원감축이 25퍼센트 미만인 경우도 마찬가지이다. 이 경우에는 고용성 장관의 승인을 받아야 한다. 그러나 이는 폐업의 두 가지 요건 중 하나를 사문화시킬 우려가 있기 때문에 내각의 자문을 거쳐 6개월에 한번씩 정부령으로 구체적으로 규정하고 있다.

기금의 보장범위는 1976년 3월 30일법에 따라 기업이 폐업하고 새로운 사용자가 1967년법 제2조 제2항에 따른 이전사용자의 근로채권을 인수하지 않는 모든 경우에까지 확대되었다.

1967년 9월 20일의 정부령에서는 기업을 폐업하려는 사용자는 사전에 그 결정을 기업내외에 공표하는 방법을 자세하게 규정하였다. 이러한 의무는 파산시 파산관재인도 부담하게 된다. 모든 근로자의 인적 사항, 선임권에 대한 정보, 근로계약 위반사항, 해고통지의 기간과 일자, 해고예고수당, 계약위반에 대한 보상금액 등 모든 정보를 보상기금에 고지하여야 한다.

보상금 지급에 관한 1967년법에 따른 신청은 근로자가 기금에 신청함으로써 시작된다. 1967년 7월 6일 정부령에서는 근로자가 행하는 신청 및 신고절차(근로자 자신 또는 근로자대표)를 규정하고 있으며, 사용자 또는 관재인·청산인이 행하는 신청 및 신고절차를 규정하고 있다.

4. 기금에 의한 보장수급적격

가. 폐업보상

1966년법 제4조는 다음의 조건을 구비한 근로자는 폐업보상금에 대한 보장지급을 보상기금에 신청할 수 있다고 규정하고 있다.

- ① 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고 있을 것
- ② 동일기업에서 최소한 1년을 근로할 것.

③ 근로자측 사정으로 해고되지 않을 것.

④ 폐업 12개월 이내에 해고되거나(사무직근로자의 경우 18개월 이내), 폐업시 해고되거나 또는 폐업후 12개월 이내에 해고될 것. 청산기업에 근로한 근로자의 경우에는 3년까지 연장.

⑤ 해고와 동시에 이전 사용자로부터 받던 보수와 선임권을 유지할 수 있는 다른 기업에 근로하지 않아야 하며 새로운 사용자로부터 6개월 이내에 해고되지 않을 것

동법은 '해고'의 정의를 매우 확대하였다. 운영위원회는 폐업 또는 폐업의 가능성으로 인한 辭職을 포함한 근로관계의 모든 중지도 사용자에 의한 근로계약의 위반으로 간주할 수 있게 되었다.

또한 위원회는 폐업의 시점에서 근로계약이 정지된 근로자와 근로계약 정지기간이 경과한 후 근로를 개시할 수 없는 근로자(예컨대 상병중에 있는 자)에게도 폐업보상금을 지급할 수 있다.

기금운영위원회의 이러한 결정은 노동법원의 승인을 받아야 한다.

나. 보장청구권

1967년법 제4조에 의하면 다음의 요건을 구비한 근로자는 기금에 대하여 임금 기타 보상금 및 수당의 보장을 신청할 수 있다. 즉 폐업 또는 사용자교체 12개월전에 근로계약 위반이 있거나 폐업시 또는 사용자 교체시 근로계약 위반이 있거나 또는 폐업이나 사용자교체 이후 12개월내에 근로계약 위반이 있는 경우이다. 청산기업의 경우에는 폐업이나 사용자교체 이후의 기간이 3년으로 연장된다. 1974년 12월 19일 전국노동위원회의 단체협약 제17호에 규정된 조기퇴직연금(pre-pension)을 수령한 노령근로자가 해고된 경우에는 12개월의 시기상의 제한은 받지 않는다.

선임권, 근속연수, 계약위반의 정황 등에 관하여는 요건이 없다.

다. 적용제외

1967년법 제3조에 의하면 정부는 권한있는 합동위원회와의 협의를 거친 후 합동위원회에 의하여 제정되고 정부령에 의하여 강제된 단체협약에서 승인된 유사한 급여가 있는 경제부문에 있어서는 1967년법에서 규정한 기금의 지급책임을 면제할 수 있다.

예컨대 건설근로자, 항만근로자, 보석세공근로자는 특수한 제도의 적용을 받으며 따라서 기금으로부터 급여를 받지 아니한다.

5. 피보장채권

다음의 채권이 기금으로부터 보장된다.

① 소정의 기한내에 사용자가 지급책임을 이행하지 못한 것에 대하여 1966년 6월 28일법에서 규정된 근로계약 위반에 대한 보상금

② 개별 근로계약이나 1967년법 제2조에 따른 단체협약에서 규정한 임금

③ 법률이나 1967년법 제2조에 따른 단체협약에서 규정한 보상금, 수당 기타 급여

사용자가 1966년법에서 규정된 바와 같이 폐업시 근로자에 대한 재정적 의무를 이행하지 못한 경우 기금은 위의 ②,③의 채권을 지급하여야 한다.

따라서 피보장채권은 임금, 계약위반 배상금, 휴가수당 등과 같은 임금채권('임금'은 임금보호에 관한 1965년 4월 12일법에서 정의한 바에 따른다)이다.

기업내 연금제도하의 급여도 단체협약에서 규정되는 한 보장된다.

사용자가 위의 채권을 지급하지 못하여 기금이 이를 지급한 경우에는 세법 및 사회보장법에 따른 공제가 행해지고 개별 근로계약이나 단체협약에서 규정된 기업내 사회보장연금제도를 위한 공제가 행해지게 된다.

공제된 금액은 수령권한이 있는 기관에 대납하게 된다. 마찬가지로 기금은 이러한 기관에 대한 사용자의 보험료도 대납한다.

6. 보장의 제한

가. 시기상의 제한

보장기금에 의해 행해지는 보장은 파산절차와의 연계는 없으며, 따라서 파산법상 시기상의 제한은 받지 않는다.

그러나 폐업보상금에 대한 근로자의 권리는 보상권이 발생한지 3년 이후에는 소멸시효로 인하여 소멸한다.

기금에 대한 절차를 진행함에 있어서 근로자가 갖는 권리에 관하여는 소멸시효에 관한 특별한 규정이 없다. 민법에 의하면 임금에 대하여는 5년(제2272조), 근로계약 위반에 대한 보상금에 대하여는 30년(제2262조)의 소멸시효기간이 있다.

나. 보장액의 제한

1967년법은 정부가 기금의 지급상한액을 정하도록 규정하고 있다. 1975년 7월 6일 개정된 1967년 7월 6일 정부령은 기금지급액에 대하여 두 가지 상한을 두고 있다.

기금에 의해 지급되는 임금, 보상금, 수당 기타 급여의 합계액은 월상한액이 있으며 총액으로는 개별근로자에 대하여 650,000프랑이 상한이다(1983년). 그러나 이 제한은 조기퇴직연금(*prepension*)의 지급에는 적용되지 않는다.

이러한 총액상한에 따라 각 근로자에 대한 기금의 지급상한은 다음과 같다.

- 해고예고기간중의 임금: 기금에 대한 지급의 신청이 있는 기간 동안 매월 40,000프랑
- 근로계약 중지시의 임금: 2개월을 한도로 매월 40,000프랑
- 근로계약 위반에 대한 해고보상금(예컨대 해고예고수당): 그 기간 중 매월 40,000프랑(사무직근로자의 경우에는 1975년 정부령에서 규정된 기간의 제한이 있다)
- 근로계약 중지기간 동안의 사무직근로자에 대한 휴가수당으로서 40,000프랑 미만
- 단체협약에 따른 보상금이나 급여: 기금에 대한 지급신청된 기간동안 매월 40,000프랑

7. 보장액의 지급

1967년 7월 6일 정부령 제5조 및 제6조는 보상기금의 지급절차를 규정하여 기금이 보상금을 지급할 때의 양식을 규정하고 있다. 보상금은 우편환으로 지급한다.

지급이 행해지는 경우 기금은 근로자나 그 수급인에 대하여 다음 사항을 제공하여야 한다.

- 임금보호에 관한 1965년 4월 12일법을 보충하는 1966년 9월 27일 정부령에서 규정한 임금 항목
- 기금이 대납한 상병 및 유족보험제도의 보험료에 대한 영수증
- 지급된 해의 다음 해 중간수입공제에 관한 書式 281E

또한 적절한 경우 기금은 다음을 발행한다.

- 사무직근로자에 대하여 휴가에 관한 법령에서 규정한 휴가증명서(1967년 3월 30일 정부령 제46.3조 및 제56.3조)
- 보석제공업근로자에 대하여 1967년 6월 14일 정부령에서 규정한 휴가카드
- 합동위원회에서 제정되고 정부령으로 강제된 단체협약에서 규정한 각종 문서

8. 代位와 還給

기금은 사용자의 채무불이행시에만 가능하다. 기금은 사용자에 대한 법정대리인이나 보장인이 아니라 제3자이다. 따라서 기금이 지급한 각종 급여는 사용자가 환급하여야 한다.

기금은 다음 두 가지 종류의 대위를 한다. ① 사용자가 지급하여야 할 임금, 급여, 보상금 및 수당의 변제에 관한 근로자의 권리 및 소송수행, ② 기금이 대납한 사회보장보험료, 대위의 범위에서 기금은 근로자의 채권 및 사회보장기관의 보험료에 부가된 우선변제권을 향유한다.

기금으로부터 지급받을 자격이 없는 근로자가 지급받은 경우에는 보통 이를 반환하여야 한다. 그러나 1973년 1월 18일 정부령에서 규정한 요건을 충족하는 경우에는 기금은 반환받을 권리를 포기한다.

주석 1) Edited by Edward Yemin and Arturo S. Bronstein, 앞의 책, p79 이하 참조.

第 6 節 英國의 賃金保障制度¹⁾

1. 정리해고기금 개요

영국에서 도산시 근로자의 채권에 대한 보장기금은 정리해고기금(Redundancy Fund)이라고 통칭된다. 정리해고기금(이하 기금이라고 한다)은 원래 정리해고수당을 지급하기 위하여 설치된 것이나, 1970년대 이후 각종 기능이 부가되었다.(Redundancy Payments Act, 1965, 제 26조 내지 제 36조). 기금은 고용성 장관에 의하여 운영되며 사용자의 전적인 보험료 부담에 의하여 재정부담된다. 정리해고보험료는 사용자가 납입하는 국민보험보험료에 부가되어 같이 납부된다. 따라서 국민보험보험료에서 정리해고수당 지급금의 환급에 어느 정도 사용되는지를 알 수는 없다. 이는 기금의 재정자립을 의도한 것이다. 장관은 全國貸付基金(the National Loans Funds)에서 당해 기금의 재정보조를 위하여 3억파운드까지 차입할 수 있다.²⁾

2. 수급요건

가. 기금의 적용범위

기금은 ① 사용자가 근로자에게 정리해고보상금 등을 지급한 경우 그 환급액을 사용자에게, ② 고용관계에서 발생하는 일정한 채무에 대하여 사용자가 책임을 지나 지급할 수 없는 경우 근로자에 대하여 지급한다. 따라서 도산은 기금하의 수급요건에 대한 충분조건은 되나 필수조건은 아니다. 1975년에는 중요한 변화가 있었는데, 그해 개정된 고용법(Employment Act)의 결과 법령상 권리에 따른 채권을 지급받지 못한 근로자는 기금으로부터 보상금을 지급받을 수 있게 되었다.

구체적으로 다음의 채권이 이러한 보호를 받는다(1978년 고용보호(통합)법 제122조 제3항).

- ① 총 8주를 초과하지 않는 범위에서 지급기간에 따른 임금의 지급지체
 - ② 제49조 제1항 또는 2항에서 규정한 예고기간 동안 사용자가 지급하여야 할 금액 또는 제49조 제1항에서 규정한 예고기간을 부여하지 못함으로써 사용자가 지급하여야 할 금액
 - ③ 총 6주를 넘지 않는 범위에서 휴가의 일수를 따른 휴가수당, 근로자는 기준일로부터 12개월전의 것까지 청구할 수 있다.
 - ④ (제72조 소정의)부당해고에 대한 기초적 보상재정(basic award of compensation)
 - ⑤ 試用중의 자에게 지급하여야 할 보수의 전부 또는 일부에 대한 상당액
- 1986년 파산법 부칙 제6조 제13항에 따르면, 1978년 고용보호(통합)법(EPCA)에 의하여 ① 지급보장액(guarantee payment), ② 傷病手當, ③ 시간외근로수당, ④ 保護裁定(protective award)에 관하여 근로자에게 지급책임이 있는 사용자는 임금지급 지체가 있는 것으로 취급하며 따라서 그러한 것은 기금으로부터 지급받을 수 있는 것으로 규정하고 있다. EPCA 제6절에 따라 수급자격이 있는 근로자가 정리해고수당을 받지 못한 경우에는 기금에 이를 청구할 수 있다.(EPCA 제106조).

나. 청구의 신청

사용자의 도산으로 인하여 위의 임금에 대하여 지급받지 못한 근로자는 우선 정리해고기금의 운영주체인 고용성 장관에게 문서로 신청을 하여야 한다. 그 신청이 정당할 경우에는 기금은 법에 따른 상한의 범위에서 이를 지급한다. 채무액이 지급기한이 있는 경우에는 상한액은 주당 158파운드이다. 고용보호(통합)법 제10조에 따르면 고용성 장관은 파산절차를 관장하는 자로부터 근로자의 임금채권의 액에 대하여 문서로 확인을 받기 전에는 기금으로부터 신청액을 지급하여서는 안되며 그 자 역시 이를 확인할 법적 의무가 있다. 고용성 장관의 정보요구에 대하여 6개월 이내에 확인이 없고 그러한 지체에 대한 합리적인 이유가 없다고 고용성 장관이 판단한 경우에는 그 확인 없이 지급할 수 있다.(EPCA 제122조 제11항).

기금에 지급신청을 하였으나 기간된 자나 또는 자신이 생각하는 액보다 작은 액을 지급받은 자는 고용성 장관의 결정일로부터 3개월 이내에 산업심판소(Industrial Tribunal)에 이의를 제기할 수

있다.

다. 채권의 성질

위의 규정에 따른 근로자의 채권의 법적 성질, 특히 해고예고수당채권의 성질과 관련하여는 논란이 있다. 1984년 최고법원(House of Lords)은 그러한 채권은 근로계약 위반에 대한 손해배상과 같은 성질을 가지고 있다고 판시하였다.³⁾ 이것은 중요한 의의를 가진다. 즉 이렇게 본다면, 당해 근로자는 자신의 손해를 최소화하기 위하여 아무런 노력을 하지 않았다는 점을 사용자가 증명할 경우에는 정당한 예고가 행해졌을 때 근로자가 얻을 수 있었던 액을 공제당하는 것이다. 또한 동 판결은 예고기간 중 실업급여의 수급자격을 갖추고 있었으나 이를 수급하지 않은 경우에는 원칙적으로 기금으로부터 보상받은 액을 공제하고 실업급여를 지급한다는 원칙을 세우게 되었다. 그러나 이 판결의 영향은 최고법원의 다른 판결에 의하여 상당히 완화되었다. 그 판결에서는, 근로자는 실업급여의 지급에 의하여 자신에게 추가적으로 지급된 순이득만을 손해확대의 방지(mitigation)에 의하여 설명하여야 한다는 것이었다. 실업급여와 보충적 급여(이는 실업급여 지급기간이 만료된 경우에 지급되는 보다 낮은 율의 급여이다)간의 상호관계로 인하여 그 결과는 過支給된 실업급여의 실제액보다 상당히 적은 금액이 정리해고기금에 대하여 행해지는 지급신청에서 공제된다.

3. 보호대상 근로자의 범위

다른 고용보호와 관련한 권리와 마찬가지로 정리해고기금에 대한 접근은 서비스 계약이나 시용계약을 맺은 자에게는 제한되어 있다. 기타 자영업자도 적용제외된다. 또한 지역적 제한도 있다. 유럽공동체 국가 영역 이외에서 통상적으로 근로하는 자는 기금에 대한 신청자격이 없다.⁴⁾ 기타 적용제외되는 자는 船員, 機關士, 항만근로자 등이다. 이러한 자에 대한 적용제외는 영국 노동법에서는 관례적인 것이다.

4. 보험료

이상에서 언급한 채권 이외에도 고용보험(통합)법 제123조에 따르면 기업내 연금제도에 대하여 미납된 보험료가 있는 경우에는 정리해고기금에서 이를 지급한다. 사용자 자신의 것이든 근로자를 대신한 것이든 사용자가 납부하는 '관련 보험료(relevant contribution)'에 대하여 이러한 보호가 행해진다. 그 절차는 임금의 경우와 유사하다. 즉 우선 체납보험료에 대하여 문서로 된 신청이 고용성에 행해지고 고용성은 파산업무를 관장하는 자의 확인을 받은 후 이를 지급한다. 고용성 장관의 결정에 불복하는 경우에는 산업심판소에 대한 이의제기권이 있다.

5. 정리해고기금에 청구하는 각종 채권의 제한

기간에 따라 지급되는 임금의 경우에는 고용보험(통합)법 제 122조에 따라 주당 158파운드의 제한이 있다는 것은 이미 설명한 바 있다. 기업내 연금제도에 대한 체납보험료에 관한 지위에 대하여는 문제가 보다 복잡하다. 고용보험(통합)법 제 123조 제3항에서 지급총액은 최소한 다음의 액이라고 규정하고 있다.

- ① 사용자의 파산일에 체불되고 파산일 이전 12개월동안 연금제도에 대하여 사용자가 납부하여야 할 관련 보험료의 잔액
 - ② 연금제도에 의하여 규정된 급여지급을 해고시키거나 당해 근로자에 대하여 연금제도상의 책임을 다함에 필요한 액으로서 보험계리사가 인준한 액
 - ③ 사용자의 파산일 이전 12개월 동안 근로자에게 지급하였거나 지급하여야 할 총임금의 10퍼센트에 상당하는 액
- 지급하여야 할 상한액은 파산일 이전 12개월동안 기업연금제도에 대하여 납부하여야 할 근로자의 보험료를 공제한 액으로 제한된다(EPCA 제123조 제5항).

6. 피보장채권의 지급

기금으로부터 근로자에 대한 미지급임금을 지급받는 절차에 대하여는 이미 살펴보았다. 피보장채권의 지급은 일시불로 한다.

7. 代位

고용성 장관은 근로자의 채권과 적절한 경우에는 기업내 연금제도의 관련자의 채권을 대위한다. 근로자의 채권이 다른 채권자의 채권에 대하여 우선변제권을 가지는 한 고용성 장관은 채권의 우선권을 그대로 가진다.

주석1) Edited by Edward Yemin and Arturo S, Bronstein, 앞의 책, p. 114 이하

주석2) 1978년 고용보험(통합)법(Employment Protection(Consolidation) Act) 제금액의 상한은 법령에 의해 1981년 상당히 증가하였다. 그 취지는 파산이 증가하고 109조. 차입가능한 사용자의 환급신청이 증가하였기 때문이다. 이는 정리해고수당을 지급한 사용자에게 대한 환급액을 대폭적으로 삭감한 임금법(Wages Act)의 영향이다.

1986년

주석3) Westwood v. Sec. of State for Employment(1984), IRLR 209.

주석4) 고용보험(통합)법 제141조 제2항 (a) 이전에는 영국 이외의 지역에서 근로하는 자에게는 지역적 적용제외로 인하여 불이익을 받았다. 그러나 최근에 공동체 지침 80/987/EEC(O.J.NO.L283, 28:10:1980) 제3조에 따라 법이 개정되었다.

第 7 節 日本의 賃金保障制度

1. 임금지불확보법 제정의 경위

일본에서는 1973년말 석유위기 이후 경기침체로 기업파산이 증가하여 임금미불의 건수가 급격히 증가하였다. 그래서 사용자가 지급능력을 상실하는 경우의 임금지급 확보조치를 강구하는 것이 긴요한 과제로 인식되었다. 이에 1975년 7월 労働基準法研究會(労働大臣의 자문기관)가 보고서를 제출하였고, 여기에서는 기업파산의 경우의 임금지급 확보를 위한 법제(勞基法・民商法・倒産法)는 지극히 불충분하여 임금・퇴직금・社內예금의 보전을 위한 특별조치가 강구되어야 한다는 것을 지적하였다. 労働省은 특별조치에 관한 成案을 마련하여 1976년 1월에 중앙노동기준심의회에 자문을 구하는 동시에 법안으로 작성해서 국회에 제출하였다. 이리하여 성립된 것이 '임금의 지급의 확보 등에 관한 법률'(1976. 5. 27. 法 34)이다.

2. 법률의 내용

가. 목적

이 법의 목적은 경기의 변동, 산업구조의 변화 기타의 사정에 의해 기업경영이 안정을 缺한 경우 및 근로자가 사업을 퇴직한 경우에 있어서의 임금의 지급등의 적정을 도모하기 위하여 몇 가지 조치로 근로자의 생활의 안정에 기여하려는 데 있다(동법 1조). 이와 같이 이 법은 근로자에 대한 임금의 지급과 사내예금의 적정화를 도모하기 위하여 행해진 것이어서 노동채권 그 자체를 보전하고 그 이행을 확보하는 것을 직접적인 목적으로 하고 있는 것은 아니다. 본래 임금은 노동의 대상으로서의 채권임과 동시에 근로자에 대한 생존권보장의 구체적 조치여서 본법의 목적 규정에서는 노동채권 그 자체를 보전하고 그 이행을 확보하는 것을 목적으로 한다는 취지를 명기하여야 할 것이라는 견해¹⁾가 있다.

나. 미불임금의 대체지급

賃確法の 중요한 내용은 未拂賃金の 대체지급이다.

立替拂制度는 기업이 파산하여 퇴직하는 근로자에게 미불임금이 있을 때 국가가 사업주를 대신하여 미불임금의 일정한도액을 근로자에게 입체불하는 것으로, 임금채권의 확보에 관하여 새로운 보전기능을 발휘하는 것이라고 할 수 있다.²⁾

우선 대체지급의 요건을 보면 대체지급이 적용되는 사업주의 요건은 勞働者災害補償保險의 적용사업 사업주이고 1년 이상의 기간에 걸쳐서 당해 사업을 경영해 오던 자가 다음의 어느 것에 해당하는 경우이다. ① 파산의 선고를 받거나 또는 특별청산의 개시명령을 받은 경우 ② 갱생절차개시 결정·화의개시의 결정·정리개시의 명령을 받은 경우, ③ 중소기업(자본금 1억엔 이상 또는 常用근로자 300인 이하)에서 그 사업활동이 정지되어 재개의 전망이 없고 또 임금지급 능력이 없다는 것이 勞基監督署에 의해서 인정되는 경우다.(賃確法 제 7조 ; 同施行令 제 2조 同規則 제 8조)

그리고 대체지급을 받는 근로자의 요건은 앞의 ①과 ②의 신청이 있었던 날 또는 퇴직근로자가 ③의 인정신청을 한 날의 6개월전의 날부터 2년 사이에 앞의 요건을 갖춘 사업주의 사업에서 퇴직했을 것이다.(施行令 제 3조)

이상과 같은 요건을 갖춘 근로자에 대해서는 대체지급이 행해지지만, 이 대체지급의 대상이 되는 임금은 퇴직일 6개월전의 날부터 대체지급 청구의 전날까지의 기간에 지급일이 도래한 정기급여 및 퇴직금이고 그 총액이 2만엔 이상인 경우이다.(施行令 제 4조 ②) 실제로는 대체지급이 행해지는 임금의 총액은 대체지급 대상임금 중에서 未拂金(62만엔이 한도)의 80퍼센트에 해당하는 액이다.(施行令 제 4조 ①)

미불임금을 대체지급하게 함에 있어서 정부는 당해 사업주에 대해서 準委任 또는 사무관리에 의한 비용상환청구권을 취득한다.(민법 제 656조, 제 650조, 제 702조 제 1항) 또 정부는 채권자인 근로자의 승락을 얻어 당해 변제에 관련된 임금청구권을 취득한다. 정부는 이들 청구권의 행사에 의해서 미불임금의 대체지급에 소요되는 비용의 회수를 도모할 수 있다.

이상의 미불임금 대체지급의 사업은 산재보험사업인 노동복지사업의 일환으로서 행해진다. 즉 대체지급의 실시업무는 '노동자복지사업단'에 의해서 실시된다. 즉 대체지급의 비용은 전액 사업주 부담인 산재보험료에 따라서 조달된다(勞災保 제 23조 ① 제 4호). 그리고 대체지급의 실시 업무는 노동복지사업단에서 하게 된다(勞働福祉事業團 제 19조 ①).

다. 저축금 퇴직수당의 보전조치³⁾

① 저축금의 보전조치 : 사업주(勞働大臣이 지정하는 특정의 법인을 제외. 賃確施規 제 1조)는 근로자의 저축금을 그 위탁을 받아 관리하는 경우에 있어서 저축금의 관리가 근로자의 예금을 받는 경우(직접관리)라면 매년 3월 31일에 受人예금액에 관해서 그날로부터 1년간에 걸쳐서 저축금의 보전조치를 강구하지 않으면 안된다.(법 제 3조)

이 보전조치란 각 근로자의 매년 3월 31일의 受人예금액에 대해서 그 예금반환채무에 대하여 은행 기타의 금융기관의 보장을 약정하는 계약의 체결, 기타 당해 受人예금액의 반환의 확보에 관한 조치를 말한다.

이 의무에 위반하는 경우 勞働基準監督署長은 당해 사업주에 대해 기한을 지정하여 그 시정을 명한다.(법 제 4조) 이 시정명령에 위반한 사업주는 30만엔 이하의 벌금에 처한다.(법 제 18조)

② 퇴직수당의 보전조치 : 사업주(中小企業退職金共濟契의 체결한 사업주 및 適格年金이나 調整年金制度를 설정하고 있는 사업주를 제외)가 근로계약 또는 단체협약 등에서 근로자에게 퇴직수당을 지급할 것을 명확히 한 경우는 당해 퇴직수당의 지급에 충분한 액으로서 勞働省에서 정하는 액에 대해서 사내예금의 확보조치를 강구하도록 노력하지 않으면 안된다.(법 제 5조) 이 규정은 노력의무이므로 퇴직수당의 보전(지급확보)조치는 여전히 극히 불충분하여 비판이 가해지고 있다.

라. 퇴직근로자의 임금에 관계된 지연이자

사업주는 그 사업을 퇴직한 근로자에 관계된 임금(퇴직수당은 제외)의 전부 또는 일부를 퇴직일(퇴직일 이전에 지급기일이 도래하는 임금이 있어서는 당해 지급기일)까지 지급하지 않았던 경우에는 당해 근로자에 대해서 퇴직일의 翌日부터 지급하는 날까지의 기간에 대해서 그 일수에 비례해 당해 퇴직일의 경과후 아직 지급되지 아니한 임금지액에 연 14.6퍼센트를 넘지 않는 범위내에서 政令에서 정하는 率(시행령 제1조는 이것을 14.6퍼센트로 하고 있음)을 곱해서 얻은 금액을 지연이자로 지급하지 않으면 안된다(법 제6조 ①). 단지 이 규정은 임금지급을 지체가 천재지변 기타 불가피한 사유(賃確則 제6조)에 의한 경우에는 그 사유가 존재하는 기간에 대해서는 적용되지 않는다(同 ②).

주석1) 沼田稻次郎外編『労働法事典』 労働旬報社, 1979, p384

주석2) 神村俊一, 『賃金確保』, 現代労働法講座 제11권, p.94 이하에서는 그 문제점으로 立替사업의 적용대상이 되는 것에는 1년 이상의 기간에 걸쳐 기업체로서 운영되어야 하기 때문에 건설업 등의 有期事業(노재보험 적용 1년 이하)은 거의 대상에서 제외된다는 점, 사업의 재개의 전망이 없고 또 임금지불능력이 없다고 인정되는 清算型의 경우만 지불의 대상으로 엄격하게 취급되고 있는 점, 이 제도의 운용의 측면에서도 퇴직에 한하며 그 액수도 민법상의 선취특권 이하로 총액으로 극히 제한되어 있고 그 대상 중에는 해고예고수당이 제외된 점 등을 지적하고 있다.

주석3) 賃確法の 주된 목적이 임금지급의 확보에 있다는 것을 감안하면 사내예금의 보전제도는 별도의 법으로 규정하는 것이 타당하여 賃確法에 있어서의 그 보전조치는 잠정적이라는 견해가 있다. 神村俊一, 앞의 논문, p.93.

第 8 節 유럽共同體의 指針

1980년 10월 20일 유럽공동체 평의회(the Council)는 사용자의 도산시 근로자의 보호와 관련한 회원국의 법률에 대한 접근을 위하여 지침을 제정하였다.¹⁾ 지침은 도산의 정의에 대하여 규정하고 있으며(제2조),

고용계약이나 고용관계로부터 기인하거나 특정일 전의 일정기간과 관련된 주요한 청구권의 지급을 확보하기 위하여 보장제도를 설치하는데 필요한 조치를 취하도록 회원국에게 요구하고 있다. 위 기간은 사정에 따라 사용자의 도산개시일, 사용자의 도산을 이유로 한 해고통지일, 또는 도산을 이유로 한 고용종료일이다. 또한 지침은 각 국가가 임금지급에 대하여 한계를 둘 수 있으나 최소한 위의 기일 이전 6개월(어떤 경우에는 8주로 감축이 가능)내에 발생한 3개월분의 근로에 대한 보수를 포함할 것을 규정하고 있다. 또 각 회원국은 "지급액이 사회적 목적을 일탈하지 않도록 하기 위하여" 지급보장액에 대한 최고한도를 규정할 수 있도록 규정하고 있다(제4조 제3항). 또한 지침은 사용자 도산일 이전에 이직한 근로자에 대하여도 법정 사회보장제도 이외에 기업간 연금제도하의 유족급여를 포함한 노령급여의 수급자격을 부여하도록 규정하고 있다. 모든 경우 회원국은 다른 회원국의 비난을 감수한다면 이 제도를 채택하는 데 있어서 자유이며, 특히 노사간에 특별한 관계가 존재하거나 공통의 이해관계가 존재하는 경우에는 지급책임을 제한하거나 축소할 수 있다.

지침은 보장제도의 설치형식에 대하여는 국내법률에 위임하고 있으나 다음과 같은 원칙에 일치하여야 할 것을 조건으로 하고 있다. ① 보장제도의 자산은 사용자가 운영하는 자본으로부터 독립하여야 하며 도산처리절차와는 무관한 것이어야 한다. ② 만약 재정이 공공기관에 의하여 완전하게 조달되지 않는다면 사용자가 당해 기구의 재정에 보험료를 부담하여야 한다. ③ 보험료를 부담하여야 하는 사용자의 의무가 이행되었는지 여부에 무관하게 기구는 책임을 져야 한다.

관련 조문은 다음과 같다.

1. 적용범위 및 정의

[제1조] 1. 이 지침은 고용계약 또는 고용관계로부터 발생하고 제2조 제1항이 의미하는 도산상태에 있는 사용자에 대하여 존재하는 근로채권에 적용되어야 한다.

2. 회원국은, 고용계약 또는 고용관계의 특수한 성질에 의하여 또는 이 지침에 의하여 야기되는 것과 동등한 근로자 보호를 행하는 다른 형태의 보장에 의하여, 제외규정에 따라 특정 범주의 근로자를 이 지침의 적용범위에서 제외할 수 있다.

[제2조] 1. 이 지침의 적용상 사용자는 다음과 같은 경우에 도산상태에 있는 것으로 본다. 관련 회원국의 법률, 명령 및 행정규칙에 정해진 바에 따라 채권자의 채권을 집단적으로 변제하기 위하여 그리고 제1조 제1항에서 규정한 채권을 고려할 수 있도록 하기 위하여 사용자의 재산을 포함한 절차의 개시에 대한 신청이 행해진 경우 및

전항의 법률, 명령 및 행정규칙에 따라 권한 있는 기관이 ① 절차의 개시를 결정하거나 또는 ② 사용자의 사업 또는 사업장이 중구적으로 폐업하였음을 확인한 경우 및 절차의 개시를 보장하기에는 가능 재산이 불충분한 경우

2. 이 지침은 국내 법률에서 규정한 '근로자', '사용자', '지급', '현존하는 수급자격에 관한 권리' 및 '장래의 수급자격에 관한 권리'에 관한 정의를 방해하지 아니한다.

2. 보장기구에 관한 규정

[제3조] 1. 회원국은 보장기구가 제4조에 따라 고용계약 또는 근로관계에서 기인하는 근로자의 주요한 채권 및 특정일자 전의 일정기간 동안 지급하여야 하는 근로자의 주요한 채권을 보장할 수 있도록 하기 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.

2. 회원국의 선택에 따라 제1항에서 규정한 일자는 다음 각호를 말한다. ① 사용자의 도산이 개시한 날 또는 ② 사용자의 도산으로 인하여 관련근로자에게 해고통지가 발부된 날 또는 ③ 사용자의 도산이 개시한 날이거나 사용자의 도산으로 인하여 관련근로자의 고용계약이나 고용관계가 종료한 날

[제4조] 1. 회원국은 제3조와 관련하여 보장기구의 책임의 상한에 대하여 선택할 수 있다.

2. 회원국은 제1항과 관련한 선택을 행하는 경우

① 제3조 제2항과 관련하여 사용자의 도산개시일 이전 6개월 중 고용계약이나 고용관계의 최후 3개월동안의 주요한 채권의 지급을 보장하여야 한다.

② 제3조 제2항과 관련하여, 사용자의 도산으로 인하여 근로자에게 발부된 해고통지일 이전 최후 3개월동안의 고용계약이나 고용관계에 대한 주요한 채권의 지급을 보장하여야 한다.

③ 제3조 제2항과 관련하여, 사용자의 도산개시일 또는 사용자의 도산으로 인하여 근로자와의 고용계약이나 고용관계가 종료한 날 이전 18개월간의 고용계약 또는 고용관계에 대한 급여와 관련한 주요한 채권의 지급을 보장하여야 한다. 이 경우 회원국은 8주 또는 그보다 짧은 기간에 상응하는 급여의 지급책임의 상한을 정할 수 있다.

3. 그러나 이 지침의 사회적 목적을 넘어서는 금액의 지급을 회피하기 위하여 회원국은 근로자의 주요한 채권에 대한 책임의 상한을 규정할 수 있다. 회원국이 이 선택을 실행하는 경우에는 이사회에 대하여 상한을 규정할 때 채용한 방법에 대하여 고지하여야 한다.

[제5조] 회원국은 다음 각호에서 정하는 바에 따라 보장기구의 조직, 재정 및 운영에 대한 세칙을 규정하여야 한다.

(a) 기구의 재산은 사용자가 운영하는 자본과 독립하여야 하며 도산처리절차와 무관하여야 한다.

(b) 재정이 공공기관에 의하여 전적으로 조달되지 아니하는 경우 사용자는 재정에 대하여 보험료를 납부하여야 한다.

(c) 기구의 책임은 재정에 대한 보험료의 납부의무가 이행되었는지 여부에 관계없이 존재한다.

3. 사회보장관련 규정

[제6조] 회원국은 제3조, 제4조 및 제5조는 국내 법정사회보장제도 또는 법정 사회보장제도의 보충적 기업내 또는 기업간 연금제도하에서 납입의무가 있는 보험료에는 적용되지 않음을 명시하여야 한다.

[제7조] 회원국은, 사용자의 도산개시 이전에 사용자가 국내 법정사회보장제도하에서

납입하여야 할 강제적 보험료의 미지급이 근로자의 보험료가 그 보수에서 원천공제되는 경우에 이러한 보험제도와 관련 하는 근로자의 급여수급적격에 악영향을 미치지 않도록 필요한 조치를 취하여야 한다.

[제8조] 회원국은 근로자 및 사용자의 도산개시일에 이미 사용자 기업에서 퇴직한 사람의 이익을 보호하기 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다. 이 경우의 이익은 국내의 법정사회보장제도외의 보충적 기업내 또는 기업간 연금제도하의 유족급여를 포함한 노령급여의 현존하는 수급적격 또는 장래의 수급적격을 부여받은 권리에 관련한 것이다.

4. 총칙 및 절차규정

[제9조] 이 지침은 근로자에게 보다 유리한 법률, 명령 또는 행정규칙을 적용 또는 도입하는 회원국의 선택에 영향을 미치지 아니한다.

[제10조] 이 지침은 다음 각호의 회원국의 선택에 영향을 미치지 아니한다.

(a) 부정사용을 방지하기 위하여 필요한 조치

(b) 제3조에서 규정한 책임 또는 제7조에서 규정한 보장의무를 제외 또는 감소하기 위하여 필요한 조치. 다만 이 경우에는 근로자와 사용자간에 특수한 관계가 있거나 또는 그것들간의 충돌을 야기시키는 공통의 이익이 있기 때문에 위 의무의 이행이 부당할 것을 요한다.

각국의 임금보장제도 비교표

-이 표는 제한된 자료를 기초로 한 것이므로 환경형이 아니고 편의상의 것이다.

프랑스	독일	오스트리아	벨기에	영국	일본
▶1973. 12. 27. 법 제73의 법 1194호	▶1974. 7. 17. 과 산금부금에 관한 법률(고용 촉진법)	▶1977. 도산시 지급 보장법	▶1960. 6. 27. 법 - 1966. 6. 28법 ▶1967. 6. 30 법(회사정리법)-1971. 7. 28. 법-1975. 5. 12. -1976. 3. 30. 법	▶1965. 정리해고수당법 ▶1978. 고용보호(통합)법	▶1976. 5. 27 임금지급의 확보 등에 관한 법률
▶사용자 중 ① 상인인 자연인 ② 상인인 법인 ③ 상인인 법인으로서 일부인으로서 일부인인 자, 상인 아닌 법인은 제외 ④ 피용자 중 ①		▶私的 고용관계에 있는 근로자(퇴직근로자, 부양가족, 계약으로 수급권 지명받은 자) ▶試用 중인 자, 관리직도 근로자로 간주 ▷공공부문, 행정기관, 외국기업, 지방자치단체의 근로자는	▶영리기업으로서 전년에 평균 20인 이상 고용한 기업 ▷비영리단체 제외 ▷건설·항공·보석 ▷세종 근로자 제외(다른 제도의 적용 받음)	▷試用근로자 제한 ▷자영업자 제외 ▷유럽공동체 국가 영역 이외에서 통상적으로 근무하는 자 제외 ▷선원, 기관사, 항만근로자 제외	▶노동자개별보상보험의 적용사업의 사업주로서 1년 이상의 기간 동안 당해 사업을 수행한 자로서 ① 과산선고나 특별정산의 개시명령을 받거나 ② 그 사업활동이 정지하여 再開의 가망이 없고 임금 지급 능력이 없다고 인정

<附錄 1> 임금의 우선변제관련 조항

1. 근로기준법

법	시행령	비 고
<p>제30조의 2 [임금채권 우선변제] ① 임금·퇴직금·재해보상금 기타 근로 관계로 인한 채권은 사용자의 총재산 에 대하여 질권 또는 저당권의 의하 의 담보된 채권을 제외하고는 조세· 공과금 및 다른 채권에 우선하여 변 제되어야 한다. 다만, 질권 또는 저당 권에 우선하는 조세·공과금에 대한 역은 그러하지 아니하다.</p> <p>② 제1항의 규정에 불구하고 최종 3월 분의 임금부 퇴직금 및 재해보상금은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권의 의하의 담보된 채권, 조세· 공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제 되어야 한다.(1989.3.29 본령 개정). (1987.11.28 본조 개정).</p>		<p>[경매청구권] 민법 제322조</p> <p>[재단채권] 회사정리법 제24~26조</p> <p>[공익채권] 회사정리법 제208호 제10호</p> <p>[우선권있는 파산채권] 파산법 제32조</p> <p>[재단채권] 파산법 제38조 제18호</p> <p>[거부권] 파산법 제64조 제1호</p>

2. 국세기본법

법	시행령	비 고
<p>제35조 [국세의 우선] ① 국세·가산금 또는 채담채권되는 다른 공과금 기타 의 채권에 우선하여 징수한다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 공과금 기 타의 채권에 대하여는 그러하지 아니 하다.</p> <p>1...(중략)</p> <p>2...(중략)</p> <p>3. 다음 각호의 1에 해당하는 기일 (이하 "결정기일"이라 한다)전에 질세권·질권 또는 저당권의 설정을 받기 또는 등록한 사실이 대등영입 이 정하는 목적 외의 증명되는 채권과 목적이 있어서 그 목적이 충족시 국세 또는 가산금(그 채권 에 대하여 부과된 국세와 가산금을 제외한다)을 징수하는 경우의 그 전세권·질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권...(중략)</p>	<p>제18조 [국세의 우선] ① 법 제35조 제1항 제3호 및 동조 제2항에 규정하 는 채권에 대하여 부과된 국세는 보 지후라이두세·상속세·증여세와 제정 가세로 한다.(1989.12.30 본조개정)</p> <p>상법 제35조 제1항 제3호에 규정하는 전세권·질권 또는 저당권의 설정을 받기 또는 등록한 사실의 증명은 다 음 각호의 1에 해당하는 것에 의한다.</p> <p>1. 부동산등기부 등본</p> <p>2. 공증인의 증명</p> <p>3. 질권에 대한 증명으로 세무서장이 인정하는 것</p> <p>4. 동부 또는 금융기관의 장부상의 증 명으로서 세무서장이 인정하는 것</p>	

<附錄 2> 우선변제조항과 관련한 주요 판결요지

1. 임금채권의 우선변제

[1] 근로기준법이 규정하는 임금채권 우선변제의 의의

[사 건] 국방부 복지지원근무단-양수금

대법원 1988. 6. 14. 제2부 판결, 87다카3222

(원심 : 서울고법 1987. 11. 2. 판결, 87나2897)

[당사자] 원고: 피상고인 허남희 외 1인

피고: 상고인 대한민국

요지

근로기준법에 제30조의 2가 규정하고 있는 임금채권의 일반채권에 대한 우선변제권은 채무자의 재산에 대하여 강제집행을 하였을 경우에 그 강제집행에 의한 환가금에서 일반채권에 우선하여 면제받을 수 있음에 그친다고 해석함이 상당하다.

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2; 민법 제450조; 국세징수법 제24조

[출 처] 법원공보 1988. 7. 15. (1029~1030쪽)

[2] 임금 우선변제특권은 임의경매절차에도 인정되는가?

[사 건] 조흥은행 - 부당이득금

대법원 1990. 7. 10. 제2부 판결, 89다카13155

(원심 : 서울고법 1989. 4. 21. 판결, 88나 45303)

[당사자] 원고 : 상고인 하정덕 외 206인

피고 : 피상고인 (주)조흥은행

◀ 요 지 ▶

근로기준법 제30조의 2 제2항에 규정된 근로자의 최종 3월분 임금에 대한 우선특권은 이른바 법정담보물권에 해당하는 것으로서 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권보다 우선하여 변제받을 수 있는 권리이므로 사용자 소유의 부동산에

설정된 근저당권의 실행으로 진행되는 임의경매절차에서도 그 권리를 주장하여 저당권의 피담보채권보다 우선하여 변제를 받을 수 있고, 반드시 강제경매의 경우나 또는 강제경매신청을 하여 임의경매절차에 기록청부가 된 경우에 한해서만 우선변제를 받을 수 있는 것이 아니다.

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2 제2항

[출 처] 법원공보 1990. 9.1.(1686~1687쪽)

[3] 도산한 회사의 채권을 근로자들이 임금채권을 확보하기 위하여 양수한 경우 그 양수금채권이 채납국세보다 우선하는지 여부

[사 건] 중소기업은행 - 양수금
서울민지법 1988. 11.15. 제10부 판결, 88가합21300
[당사자] 원고 : 김종섭 외 1인
피고 : 중소기업은행

◀ 요 지 ▶

도산한 갑 회사의 근로자들이 임금채권을 변제받기 위한 방법으로
위 근로자들의 대표가 갑으로부터 갑의 용에 대한 중도금반환채권
을 양수하여 용을 상대로 양수금청구를 하는 경우, 비록 용에게 위
채권양도의 통지가 도달하기 전에 국가가 갑에 대한 국세채납질차
에서 갑의 용에 대한 위 중도금반환채권의 양수통지를 용에게 하있
나 할지라도 위 근로자들은 그 양수통지에도 불구하고 우선하여 위
양수금청구를 할 수 있다.

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2
[출 처] 하급심판결집, 1988년 제 3~4권 (301~309쪽)

[4] 사용자가 피재근로자에게 손해배상기로 한 합의금채권이 우선변제되어야 할 임금채권등에 포함되는지 여부

[사 건] 석탄산업합리화 사업단 - 손해배상
서울민지법 1991. 9.10. 제36부 판결, 90가합66436
[당사자] 원고 : 정해철 외 9인

근로기준법 제30조의 2 제1항은 "임금·퇴직금·재해보상금 기타 근로관계로 인한 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권을 제외하고는 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. 다만 질권 또는 저당권에 우선하는 조세·공과금에 대하여는 그러하지 아니하다"고 규정하고 있고, 이어 같은 조 제2항에서는 "제1항의 규정에 불구하고 최종 3월분의 임금과 퇴직금 및 재해보상금은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권·조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다"고 규정하고 있다.

이와 같은 임금 등의 우선변제제도는 사용자가 도산하거나 사용자의 재산이 다른 채권자에 의하여 압류되었을 경우에 근로자의 임금채권 등을 일반채권자 또는 조세·공과금보다 우선하여 변제받게 함으로써 근로자의 최저생활보장을 실질적으로 확보하기 위한 사회정책적인 의의가 있는 반면, 사용자의 다른 채권자들에 대한 관계에 있어서 특히 최종 3월분의 임금 등에 대해서는 다른 어떤 채권보다 최우선변제순위를 부여하여 줌으로써 사법상 채권담보의 기본질서와 이에 관련된 신용거래 및 산업금융의 원활한 유통을 크게 해할 우려가 있다는 점에서 위 근로기준법상의 임금등 우선변제조항을 본래의 법 규정의 취지를 벗어나 함부로 확대 적용시켜서는 아니된다는 점, 위 근로기준법 제 30조의 2에 열거되어 있는 임금·퇴직금 및 재해보상금은 모두 같은 법에서 구체적으로 따로따로 규정되어 있을 뿐만 아니라 퇴직금은 그 성질상 후불임금에 해당하는 것이고, 위 재해보상금은 같은 법 제8장에서 요양보상, 휴업보상, 장해보상, 유족보상, 장사비, 일시보상 등으로 나누어 그 지급기준 및 지급방법을 정형화시켜 둔 데다가 한편으로 산업재해보상보험제도의 실시를 통하여 그 지급을 담보하고 있다는 점, 이 사건 합의금은 그 성질상 근로의 대가로 지불되는 것도 아닐 뿐만 아니라 각각의 재해 사고마다 사용자와 근로자 사이의 개별적인 협의에 따라 정해지는 것으로서 그 범위를 예측조차 할 수 없는 데다가 때로는 그 액수가 거액에 이르는 일도 있어 만약 이에 대하여 위 근로기준법상의 우선변제특권을 부여하게 되면 사용자에게 다른 채권자들에게 불측의 위험을 부담시키는 결과를 낳게 하거나 또는 일부 사용자들이 이 제도를 악용하는 폐단이 생길 여지까지도 있다는 점 등을 고려하여 보면 위 근로기준법에서 규정하고 있는 '근로관계로 인한 채권'이라 함은 사용자와 근로자 사이에서 발생한 일체의 채권을 말하는 것이 아니라, 같은 법 제18조에서 정하고 있는

임금의 범주에 들어가는 채권, 즉 "사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 임금, 봉급 기타 여하한 명목으로든지 지급하는 일체의 금품" 내지 이에 준하는 것으로서 기본임금 이외에 각종 근로수당, 상여금에 대한 청구권 및 해고예고수당의 청구권(같은 법 제27조의 2) 등을 포함하는데 그친다 할 것이다.

같은 법 제30조에서 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에는 사용자로 하여금 그 지급사유가 발생한 때로부터 원칙적으로 14일 이내에 임금·보상금(같은 법에서 규정하고 있는 재해보상금을 일컫는다) 기타 일체의 금품을 지급하여 청산하도록 하고 이를 위반하는 사용자를 처벌(같은 법 제109조)하도록 하고 있는데, 위 청산대상인 금품의 범위에 이 사건 합의금과 같은 손해배상합의금은 포함되지 않는 점도 앞서 본 해석이 타당함을 간접적으로 뒷받침하고 있다 볼 것이다.

따라서 원고들이 내세우는 이 사건 합의금은 근로자가 업무수행 중 당한 사고로 인하여 사용자가 재해근로자에게 지게 되는 일반 불법행위책임에 더잡아 사용자가 재해근로자에게 지급하기로 약정한 손해배상합의금에 불과한 것으로서 위 근로기준법에서 규정하고 있는 이른바 '근로관계로 인한 채권'에는 해당하지 않는다 할 것이다.

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2, 제78조~93조, 제18조, 제27조의 2, 제109조, 제30조
[출 처] 최신노동판례 91-6호 (124~130쪽)

2. 취우선 변제되는 퇴직금의 범위

[사 건] 신중양상호신용금고 - 부당이익금
서울민지법 1993. 3. 19. 92가합60081
[당사자] 원고 : 조성철 외 388명
피고 : 신중양상호신용금고 외 1인

요지

근로기준법 제30조의 2 제2항은 "제1항의 규정에도 불구하고 최종 3월분의 임금과 퇴직금 및 재해보상금은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세, 공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다"라고 규정하고 있는바, 이 규정상의 3월분의 퇴직금은 3월분의 임금과 마찬가지로 퇴직전 최종 3개월간 근무한 부분에 대한 퇴직금이라 해석함이 상당하다(근로기준법 제28조 제1항은 "계속근로연수 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 지급하되 다만 근로연수가 1년 미만의 경우에는 퇴직금을 지급하지 아니하도록 규정"하고 있으나 이는 계속근로연수가 1년 이상인 경우에만 퇴직금을 지급하며 그러한 경우 계속근로연수 1년에 대하여 1월분의 임금을 퇴직금으로 지급하여야 한다는 것 뿐이므로 이 규정으로써 우선변제권있는 3월분 퇴직금의 '월'이 계속근로연수 1년에 대한 1월의 '월'과 동일한 개념이라고 해석할 근거는 되지 아니한다 할 것이다).

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2 제2항
[출 처] 법률신문 1993. 4. 15.(13쪽)
최신노동판례 93-3(49~52쪽)

<附錄 2> 우선변제조항과 관련한 주요 판결요지

1. 임금채권의 우선변제

[1] 근로기준법이 규정하는 임금채권 우선변제의 의의

[사 건] 국방부 복지지원근무단-양수금

대법원 1988. 6. 14. 제2부 판결, 87다카3222

(원심 : 서울고법 1987. 11. 2. 판결, 87나2897)

[당사자] 원고: 피상고인 허남희 외 1인

피고: 상고인 대한민국

요지

근로기준법에 제30조의 2가 규정하고 있는 임금채권의 일반채권에 대한 우선변제권은 채무자의 재산에 대하여 강제집행을 하였을 경우에 그 강제집행에 의한 환가금에서 일반채권에 우선하여 면제받을 수 있음에 그친다고 해석함이 상당하다.

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2; 민법 제450조; 국세징수법 제24조

[출 처] 법원공보 1988. 7. 15. (1029~1030쪽)

[2] 임금 우선변제특권은 임의경매절차에도 인정되는가?

[사 건] 조흥은행 - 부당이득금

대법원 1990. 7. 10. 제2부 판결, 89다카13155

(원심 : 서울고법 1989. 4. 21. 판결, 88나 45303)

[당사자] 원고 : 상고인 하정덕 외 206인

피고 : 피상고인 (주)조흥은행

◀ 요 지 ▶

근로기준법 제30조의 2 제2항에 규정된 근로자의 최종 3월분 임금에 대한 우선특권은 이른바 법정담보물권에 해당하는 것으로서 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권보다 우선하여 변제받을 수 있는 권리이므로 사용자 소유의 부동산에

설정된 근저당권의 실행으로 진행되는 임의경매절차에서도 그 권리를 주장하여 저당권의 피담보채권보다 우선하여 변제를 받을 수 있고, 반드시 강제경매의 경우나 또는 강제경매신청을 하여 임의경매절차에 기록청부가 된 경우에 한해서만 우선변제를 받을 수 있는 것이 아니다.

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2 제2항

[출 처] 법원공보 1990. 9.1.(1686~1687쪽)

[3] 도산한 회사의 채권을 근로자들이 임금채권을 확보하기 위하여 양수한 경우 그 양수금채권이 채납국세보다 우선하는지 여부

[사 건] 중소기업은행 - 양수금
서울민지법 1988. 11.15. 제10부 판결, 88가합21300
[당사자] 원고 : 김종섭 외 1인
피고 : 중소기업은행

◀ 요 지 ▶

도산한 갑 회사의 근로자들이 임금채권을 변제받기 위한 방법으로
위 근로자들의 대표가 갑으로부터 갑의 용에 대한 중도금반환채권
을 양수하여 용을 상대로 양수금청구를 하는 경우, 비록 용에게 위
채권양도의 통지가 도달하기 전에 국가가 갑에 대한 국세채납질차
에서 갑의 용에 대한 위 중도금반환채권의 양수통지를 용에게 하있
나 할지라도 위 근로자들은 그 양수통지에도 불구하고 우선하여 위
양수금청구를 할 수 있다.

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2
[출 처] 하급심판결집, 1988년 제 3~4권 (301~309쪽)

[4] 사용자가 피재근로자에게 손해배상기로 한 합의금채권이 우선변제되어야 할 임금채권등에 포함되는지 여부

[사 건] 석탄산업합리화 사업단 - 손해배상
서울민지법 1991. 9.10. 제36부 판결, 90가합66436
[당사자] 원고 : 정해철 외 9인

근로기준법 제30조의 2 제1항은 "임금·퇴직금·재해보상금 기타 근로관계로 인한 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권을 제외하고는 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. 다만 질권 또는 저당권에 우선하는 조세·공과금에 대하여는 그러하지 아니하다"고 규정하고 있고, 이어 같은 조 제2항에서는 "제1항의 규정에 불구하고 최종 3월분의 임금과 퇴직금 및 재해보상금은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권·조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다"고 규정하고 있다.

이와 같은 임금 등의 우선변제제도는 사용자가 도산하거나 사용자의 재산이 다른 채권자에 의하여 압류되었을 경우에 근로자의 임금채권 등을 일반채권자 또는 조세·공과금보다 우선하여 변제받게 함으로써 근로자의 최저생활보장을 실질적으로 확보하기 위한 사회정책적인 의의가 있는 반면, 사용자의 다른 채권자들에 대한 관계에 있어서 특히 최종 3월분의 임금 등에 대해서는 다른 어떤 채권보다 최우선변제순위를 부여하여 줌으로써 사법상 채권담보의 기본질서와 이에 관련된 신용거래 및 산업금융의 원활한 유통을 크게 해할 우려가 있다는 점에서 위 근로기준법상의 임금등 우선변제조항을 본래의 법 규정의 취지를 벗어나 함부로 확대 적용시켜서는 아니된다는 점, 위 근로기준법 제 30조의 2에 열거되어 있는 임금·퇴직금 및 재해보상금은 모두 같은 법에서 구체적으로 따로따로 규정되어 있을 뿐만 아니라 퇴직금은 그 성질상 후불임금에 해당하는 것이고, 위 재해보상금은 같은 법 제8장에서 요양보상, 휴업보상, 장해보상, 유족보상, 장사비, 일시보상 등으로 나누어 그 지급기준 및 지급방법을 정형화시켜 둔 데다가 한편으로 산업재해보상보험제도의 실시를 통하여 그 지급을 담보하고 있다는 점, 이 사건 합의금은 그 성질상 근로의 대가로 지불되는 것도 아닐 뿐만 아니라 각각의 재해 사고마다 사용자와 근로자 사이의 개별적인 협의에 따라 정해지는 것으로서 그 범위를 예측조차 할 수 없는 데다가 때로는 그 액수가 거액에 이르는 일도 있어 만약 이에 대하여 위 근로기준법상의 우선변제특권을 부여하게 되면 사용자에게 다른 채권자들에게 불측의 위험을 부담시키는 결과를 낳게 하거나 또는 일부 사용자들이 이 제도를 악용하는 폐단이 생길 여지까지도 있다는 점 등을 고려하여 보면 위 근로기준법에서 규정하고 있는 '근로관계로 인한 채권'이라 함은 사용자와 근로자 사이에서 발생한 일체의 채권을 말하는 것이 아니라, 같은 법 제18조에서 정하고 있는

임금의 범주에 들어가는 채권, 즉 "사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 임금, 봉급 기타 여하한 명목으로든지 지급하는 일체의 금품" 내지 이에 준하는 것으로서 기본임금 이외에 각종 근로수당, 상여금에 대한 청구권 및 해고예고수당의 청구권(같은 법 제27조의 2) 등을 포함하는데 그친다 할 것이다.

같은 법 제30조에서 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에는 사용자로 하여금 그 지급사유가 발생한 때로부터 원칙적으로 14일 이내에 임금·보상금(같은 법에서 규정하고 있는 재해보상금을 일컫는다) 기타 일체의 금품을 지급하여 청산하도록 하고 이를 위반하는 사용자를 처벌(같은 법 제109조)하도록 하고 있는데, 위 청산대상인 금품의 범위에 이 사건 합의금과 같은 손해배상합의금은 포함되지 않는 점도 앞서 본 해석이 타당함을 간접적으로 뒷받침하고 있다 볼 것이다.

따라서 원고들이 내세우는 이 사건 합의금은 근로자가 업무수행 중 당한 사고로 인하여 사용자가 재해근로자에게 지게 되는 일반 불법행위책임에 더잡아 사용자가 재해근로자에게 지급하기로 약정한 손해배상합의금에 불과한 것으로서 위 근로기준법에서 규정하고 있는 이른바 '근로관계로 인한 채권'에는 해당하지 않는다 할 것이다.

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2, 제78조~93조, 제18조, 제27조의 2, 제109조, 제30조
[출 처] 최신노동판례 91-6호 (124~130쪽)

2. 취우선 변제되는 퇴직금의 범위

[사 건] 신중양상호신용금고 - 부당이익금
서울민지법 1993. 3. 19. 92가합60081
[당사자] 원고 : 조성철 외 388명
피고 : 신중양상호신용금고 외 1인

요지

근로기준법 제30조의 2 제2항은 "제1항의 규정에도 불구하고 최종 3월분의 임금과 퇴직금 및 재해보상금은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세, 공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다"라고 규정하고 있는바, 이 규정상의 3월분의 퇴직금은 3월분의 임금과 마찬가지로 퇴직전 최종 3개월간 근무한 부분에 대한 퇴직금이라 해석함이 상당하다(근로기준법 제28조 제1항은 "계속근로연수 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 지급하되 다만 근로연수가 1년 미만의 경우에는 퇴직금을 지급하지 아니하도록 규정"하고 있으나 이는 계속근로연수가 1년 이상인 경우에만 퇴직금을 지급하며 그러한 경우 계속근로연수 1년에 대하여 1월분의 임금을 퇴직금으로 지급하여야 한다는 것 뿐이므로 이 규정으로써 우선변제권있는 3월분 퇴직금의 '월'이 계속근로연수 1년에 대한 1월의 '월'과 동일한 개념이라고 해석할 근거는 되지 아니한다 할 것이다).

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2 제2항
[출 처] 법률신문 1993. 4. 15.(13쪽)
최신노동판례 93-3(49~52쪽)

<附錄 2> 우선변제조항과 관련한 주요 판결요지

1. 임금채권의 우선변제

[1] 근로기준법이 규정하는 임금채권 우선변제의 의의

[사 건] 국방부 복지지원근무단-양수금

대법원 1988. 6. 14. 제2부 판결, 87다카3222

(원심 : 서울고법 1987. 11. 2. 판결, 87나2897)

[당사자] 원고: 피상고인 허남희 외 1인

피고: 상고인 대한민국

요지

근로기준법에 제30조의 2가 규정하고 있는 임금채권의 일반채권에 대한 우선변제권은 채무자의 재산에 대하여 강제집행을 하였을 경우에 그 강제집행에 의한 환가금에서 일반채권에 우선하여 면제받을 수 있음에 그친다고 해석함이 상당하다.

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2; 민법 제450조; 국세징수법 제24조

[출 처] 법원공보 1988. 7. 15. (1029~1030쪽)

[2] 임금 우선변제특권은 임의경매절차에도 인정되는가?

[사 건] 조흥은행 - 부당이득금

대법원 1990. 7. 10. 제2부 판결, 89다카13155

(원심 : 서울고법 1989. 4. 21. 판결, 88나 45303)

[당사자] 원고 : 상고인 하정덕 외 206인

피고 : 피상고인 (주)조흥은행

◀ 요 지 ▶

근로기준법 제30조의 2 제2항에 규정된 근로자의 최종 3월분 임금에 대한 우선특권은 이른바 법정담보물권에 해당하는 것으로서 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권보다 우선하여 변제받을 수 있는 권리이므로 사용자 소유의 부동산에

설정된 근저당권의 실행으로 진행되는 임의경매절차에서도 그 권리를 주장하여 저당권의 피담보채권보다 우선하여 변제를 받을 수 있고, 반드시 강제경매의 경우나 또는 강제경매신청을 하여 임의경매절차에 기록청부가 된 경우에 한해서만 우선변제를 받을 수 있는 것이 아니다.

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2 제2항

[출 처] 법원공보 1990. 9.1.(1686~1687쪽)

[3] 도산한 회사의 채권을 근로자들이 임금채권을 확보하기 위하여 양수한 경우 그 양수금채권이 채납국세보다 우선하는지 여부

[사 건] 중소기업은행 - 양수금
서울민지법 1988. 11.15. 제10부 판결, 88가합21300
[당사자] 원고 : 김종섭 외 1인
피고 : 중소기업은행

◀ 요 지 ▶

도산한 갑 회사의 근로자들이 임금채권을 변제받기 위한 방법으로
위 근로자들의 대표가 갑으로부터 갑의 읍에 대한 중도금반환채권
을 양수하여 읍을 상대로 양수금청구를 하는 경우, 비록 읍에게 위
채권양도의 통지가 도달하기 전에 국가가 갑에 대한 국세채납질차
에서 갑의 읍에 대한 위 중도금반환채권의 양수통지를 읍에게 하있
나 할지라도 위 근로자들은 그 양수통지에도 불구하고 우선하여 위
양수금청구를 할 수 있다.

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2
[출 처] 하급심판결집, 1988년 제 3~4권 (301~309쪽)

[4] 사용자가 피재근로자에게 손해배상기로 한 합의금채권이 우선변제되어야 할 임금채권등에 포함되는지 여부

[사 건] 석탄산업합리화 사업단 - 손해배상
서울민지법 1991. 9.10. 제36부 판결, 90가합66436
[당사자] 원고 : 정해철 외 9인

근로기준법 제30조의 2 제1항은 "임금·퇴직금·재해보상금 기타 근로관계로 인한 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권을 제외하고는 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. 다만 질권 또는 저당권에 우선하는 조세·공과금에 대하여는 그러하지 아니하다"고 규정하고 있고, 이어 같은 조 제2항에서는 "제1항의 규정에 불구하고 최종 3월분의 임금과 퇴직금 및 재해보상금은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권·조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다"고 규정하고 있다.

이와 같은 임금 등의 우선변제제도는 사용자가 도산하거나 사용자의 재산이 다른 채권자에 의하여 압류되었을 경우에 근로자의 임금채권 등을 일반채권자 또는 조세·공과금보다 우선하여 변제받게 함으로써 근로자의 최저생활보장을 실질적으로 확보하기 위한 사회정책적인 의의가 있는 반면, 사용자의 다른 채권자들에 대한 관계에 있어서 특히 최종 3월분의 임금 등에 대해서는 다른 어떤 채권보다 최우선변제순위를 부여하여 줌으로써 사법상 채권담보의 기본질서와 이에 관련된 신용거래 및 산업금융의 원활한 유통을 크게 해할 우려가 있다는 점에서 위 근로기준법상의 임금등 우선변제조항을 본래의 법 규정의 취지를 벗어나 함부로 확대 적용시켜서는 아니된다는 점, 위 근로기준법 제 30조의 2에 열거되어 있는 임금·퇴직금 및 재해보상금은 모두 같은 법에서 구체적으로 따로따로 규정되어 있을 뿐만 아니라 퇴직금은 그 성질상 후불임금에 해당하는 것이고, 위 재해보상금은 같은 법 제8장에서 요양보상, 휴업보상, 장해보상, 유족보상, 장사비, 일시보상 등으로 나누어 그 지급기준 및 지급방법을 정형화시켜 둔 데다가 한편으로 산업재해보상보험제도의 실시를 통하여 그 지급을 담보하고 있다는 점, 이 사건 합의금은 그 성질상 근로의 대가로 지불되는 것도 아닐 뿐만 아니라 각각의 재해 사고마다 사용자와 근로자 사이의 개별적인 협의에 따라 정해지는 것으로서 그 범위를 예측조차 할 수 없는 데다가 때로는 그 액수가 거액에 이르는 일도 있어 만약 이에 대하여 위 근로기준법상의 우선변제특권을 부여하게 되면 사용자에게 다른 채권자들에게 불측의 위험을 부담시키는 결과를 낳게 하거나 또는 일부 사용자들이 이 제도를 악용하는 폐단이 생길 여지까지도 있다는 점 등을 고려하여 보면 위 근로기준법에서 규정하고 있는 '근로관계로 인한 채권'이라 함은 사용자와 근로자 사이에서 발생한 일체의 채권을 말하는 것이 아니라, 같은 법 제18조에서 정하고 있는

임금의 범주에 들어가는 채권, 즉 "사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 임금, 봉급 기타 여하한 명목으로든지 지급하는 일체의 금품" 내지 이에 준하는 것으로서 기본임금 이외에 각종 근로수당, 상여금에 대한 청구권 및 해고예고수당의 청구권(같은 법 제27조의 2) 등을 포함하는데 그친다 할 것이다.

같은 법 제30조에서 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에는 사용자로 하여금 그 지급사유가 발생한 때로부터 원칙적으로 14일 이내에 임금·보상금(같은 법에서 규정하고 있는 재해보상금을 일컫는다) 기타 일체의 금품을 지급하여 청산하도록 하고 이를 위반하는 사용자를 처벌(같은 법 제109조)하도록 하고 있는데, 위 청산대상인 금품의 범위에 이 사건 합의금과 같은 손해배상합의금은 포함되지 않는 점도 앞서 본 해석이 타당함을 간접적으로 뒷받침하고 있다 볼 것이다.

따라서 원고들이 내세우는 이 사건 합의금은 근로자가 업무수행 중 당한 사고로 인하여 사용자가 재해근로자에게 지게 되는 일반 불법행위책임에 더잡아 사용자가 재해근로자에게 지급하기로 약정한 손해배상합의금에 불과한 것으로서 위 근로기준법에서 규정하고 있는 이른바 '근로관계로 인한 채권'에는 해당하지 않는다 할 것이다.

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2, 제78조~93조, 제18조, 제27조의 2, 제109조, 제30조
[출 처] 최신노동판례 91-6호 (124~130쪽)

2. 취우선 변제되는 퇴직금의 범위

[사 건] 신중양상호신용금고 - 부당이익금
서울민지법 1993. 3. 19. 92가합60081
[당사자] 원고 : 조성철 외 388명
피고 : 신중양상호신용금고 외 1인

요지

근로기준법 제30조의 2 제2항은 "제1항의 규정에도 불구하고 최종 3월분의 임금과 퇴직금 및 재해보상금은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세, 공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다"라고 규정하고 있는바, 이 규정상의 3월분의 퇴직금은 3월분의 임금과 마찬가지로 퇴직전 최종 3개월간 근무한 부분에 대한 퇴직금이라 해석함이 상당하다(근로기준법 제28조 제1항은 "계속근로연수 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 지급하되 다만 근로연수가 1년 미만의 경우에는 퇴직금을 지급하지 아니하도록 규정"하고 있으나 이는 계속근로연수가 1년 이상인 경우에만 퇴직금을 지급하며 그러한 경우 계속근로연수 1년에 대하여 1월분의 임금을 퇴직금으로 지급하여야 한다는 것 뿐이므로 이 규정으로써 우선변제권있는 3월분 퇴직금의 '월'이 계속근로연수 1년에 대한 1월의 '월'과 동일한 개념이라고 해석할 근거는 되지 아니한다 할 것이다).

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2 제2항
[출 처] 법률신문 1993. 4. 15.(13쪽)
최신노동판례 93-3(49~52쪽)

<附錄 2> 우선변제조항과 관련한 주요 판결요지

1. 임금채권의 우선변제

[1] 근로기준법이 규정하는 임금채권 우선변제의 의의

[사 건] 국방부 복지지원근무단-양수금

대법원 1988. 6. 14. 제2부 판결, 87다카3222

(원심 : 서울고법 1987. 11. 2. 판결, 87나2897)

[당사자] 원고: 피상고인 허남희 외 1인

피고: 상고인 대한민국

요지

근로기준법에 제30조의 2가 규정하고 있는 임금채권의 일반채권에 대한 우선변제권은 채무자의 재산에 대하여 강제집행을 하였을 경우에 그 강제집행에 의한 환가금에서 일반채권에 우선하여 면제받을 수 있음에 그친다고 해석함이 상당하다.

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2; 민법 제450조; 국세징수법 제24조

[출 처] 법원공보 1988. 7. 15. (1029~1030쪽)

[2] 임금 우선변제특권은 임의경매절차에도 인정되는가?

[사 건] 조흥은행 - 부당이득금

대법원 1990. 7. 10. 제2부 판결, 89다카13155

(원심 : 서울고법 1989. 4. 21. 판결, 88나 45303)

[당사자] 원고 : 상고인 하정덕 외 206인

피고 : 피상고인 (주)조흥은행

◀ 요 지 ▶

근로기준법 제30조의 2 제2항에 규정된 근로자의 최종 3월분 임금에 대한 우선특권은 이른바 법정담보물권에 해당하는 것으로서 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권보다 우선하여 변제받을 수 있는 권리이므로 사용자 소유의 부동산에

설정된 근저당권의 실행으로 진행되는 임의경매절차에서도 그 권리를 주장하여 저당권의 피담보채권보다 우선하여 변제를 받을 수 있고, 반드시 강제경매의 경우나 또는 강제경매신청을 하여 임의경매절차에 기록청부가 된 경우에 한해서만 우선변제를 받을 수 있는 것이 아니다.

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2 제2항

[출 처] 법원공보 1990. 9.1.(1686~1687쪽)

[3] 도산한 회사의 채권을 근로자들이 임금채권을 확보하기 위하여 양수한 경우 그 양수금채권이 채납국세보다 우선하는지 여부

[사 건] 중소기업은행 - 양수금
서울민지법 1988. 11.15. 제10부 판결, 88가합21300
[당사자] 원고 : 김종섭 외 1인
피고 : 중소기업은행

◀ 요 지 ▶

도산한 갑 회사의 근로자들이 임금채권을 변제받기 위한 방법으로
위 근로자들의 대표가 갑으로부터 갑의 용에 대한 중도금반환채권
을 양수하여 용을 상대로 양수금청구를 하는 경우, 비록 용에게 위
채권양도의 통지가 도달하기 전에 국가가 갑에 대한 국세채납질차
에서 갑의 용에 대한 위 중도금반환채권의 양수통지를 용에게 하있
나 할지라도 위 근로자들은 그 양수통지에도 불구하고 우선하여 위
양수금청구를 할 수 있다.

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2
[출 처] 하급심판결집, 1988년 제 3~4권 (301~309쪽)

[4] 사용자가 피재근로자에게 손해배상기로 한 합의금채권이 우선변제되어야 할 임금채권등에 포함되는지 여부

[사 건] 석탄산업합리화 사업단 - 손해배상
서울민지법 1991. 9.10. 제36부 판결, 90가합66436
[당사자] 원고 : 정해철 외 9인

근로기준법 제30조의 2 제1항은 "임금·퇴직금·재해보상금 기타 근로관계로 인한 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권을 제외하고는 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. 다만 질권 또는 저당권에 우선하는 조세·공과금에 대하여는 그러하지 아니하다"고 규정하고 있고, 이어 같은 조 제2항에서는 "제1항의 규정에 불구하고 최종 3월분의 임금과 퇴직금 및 재해보상금은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권·조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다"고 규정하고 있다.

이와 같은 임금 등의 우선변제제도는 사용자가 도산하거나 사용자의 재산이 다른 채권자에 의하여 압류되었을 경우에 근로자의 임금채권 등을 일반채권자 또는 조세·공과금보다 우선하여 변제받게 함으로써 근로자의 최저생활보장을 실질적으로 확보하기 위한 사회정책적인 의의가 있는 반면, 사용자의 다른 채권자들에 대한 관계에 있어서 특히 최종 3월분의 임금 등에 대해서는 다른 어떤 채권보다 최우선변제순위를 부여하여 줌으로써 사법상 채권담보의 기본질서와 이에 관련된 신용거래 및 산업금융의 원활한 유통을 크게 해할 우려가 있다는 점에서 위 근로기준법상의 임금등 우선변제조항을 본래의 법 규정의 취지를 벗어나 함부로 확대 적용시켜서는 아니된다는 점, 위 근로기준법 제 30조의 2에 열거되어 있는 임금·퇴직금 및 재해보상금은 모두 같은 법에서 구체적으로 따로따로 규정되어 있을 뿐만 아니라 퇴직금은 그 성질상 후불임금에 해당하는 것이고, 위 재해보상금은 같은 법 제8장에서 요양보상, 휴업보상, 장해보상, 유족보상, 장사비, 일시보상 등으로 나누어 그 지급기준 및 지급방법을 정형화시켜 둔 데다가 한편으로 산업재해보상보험제도의 실시를 통하여 그 지급을 담보하고 있다는 점, 이 사건 합의금은 그 성질상 근로의 대가로 지불되는 것도 아닐 뿐만 아니라 각각의 재해 사고마다 사용자와 근로자 사이의 개별적인 협의에 따라 정해지는 것으로서 그 범위를 예측조차 할 수 없는 데다가 때로는 그 액수가 거액에 이르는 일도 있어 만약 이에 대하여 위 근로기준법상의 우선변제특권을 부여하게 되면 사용자에게 다른 채권자들에게 불측의 위험을 부담시키는 결과를 낳게 하거나 또는 일부 사용자들이 이 제도를 악용하는 폐단이 생길 여지까지도 있다는 점 등을 고려하여 보면 위 근로기준법에서 규정하고 있는 '근로관계로 인한 채권'이라 함은 사용자와 근로자 사이에서 발생한 일체의 채권을 말하는 것이 아니라, 같은 법 제18조에서 정하고 있는

임금의 범주에 들어가는 채권, 즉 "사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 임금, 봉급 기타 여하한 명목으로든지 지급하는 일체의 금품" 내지 이에 준하는 것으로서 기본임금 이외에 각종 근로수당, 상여금에 대한 청구권 및 해고예고수당의 청구권(같은 법 제27조의 2) 등을 포함하는데 그친다 할 것이다.

같은 법 제30조에서 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에는 사용자로 하여금 그 지급사유가 발생한 때로부터 원칙적으로 14일 이내에 임금·보상금(같은 법에서 규정하고 있는 재해보상금을 일컫는다) 기타 일체의 금품을 지급하여 청산하도록 하고 이를 위반하는 사용자를 처벌(같은 법 제109조)하도록 하고 있는데, 위 청산대상인 금품의 범위에 이 사건 합의금과 같은 손해배상합의금은 포함되지 않는 점도 앞서 본 해석이 타당함을 간접적으로 뒷받침하고 있다 볼 것이다.

따라서 원고들이 내세우는 이 사건 합의금은 근로자가 업무수행 중 당한 사고로 인하여 사용자가 재해근로자에게 지게 되는 일반 불법행위책임에 더잡아 사용자가 재해근로자에게 지급하기로 약정한 손해배상합의금에 불과한 것으로서 위 근로기준법에서 규정하고 있는 이른바 '근로관계로 인한 채권'에는 해당하지 않는다 할 것이다.

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2, 제78조~93조, 제18조, 제27조의 2, 제109조, 제30조
[출 처] 최신노동판례 91-6호 (124~130쪽)

2. 취우선 변제되는 퇴직금의 범위

[사 건] 신중양상호신용금고 - 부당이익금
서울민지법 1993. 3. 19. 92가합60081
[당사자] 원고 : 조성철 외 388명
피고 : 신중양상호신용금고 외 1인

요지

근로기준법 제30조의 2 제2항은 "제1항의 규정에도 불구하고 최종 3월분의 임금과 퇴직금 및 재해보상금은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세, 공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다"라고 규정하고 있는바, 이 규정상의 3월분의 퇴직금은 3월분의 임금과 마찬가지로 퇴직전 최종 3개월간 근무한 부분에 대한 퇴직금이라 해석함이 상당하다(근로기준법 제28조 제1항은 "계속근로연수 1년에 대하여 30일분 이상의 평균임금을 퇴직금으로 지급하되 다만 근로연수가 1년 미만의 경우에는 퇴직금을 지급하지 아니하도록 규정"하고 있으나 이는 계속근로연수가 1년 이상인 경우에만 퇴직금을 지급하며 그러한 경우 계속근로연수 1년에 대하여 1월분의 임금을 퇴직금으로 지급하여야 한다는 것 뿐이므로 이 규정으로써 우선변제권있는 3월분 퇴직금의 '월'이 계속근로연수 1년에 대한 1월의 '월'과 동일한 개념이라고 해석할 근거는 되지 아니한다 할 것이다).

[참조조문] 근로기준법 제30조의 2 제2항
[출 처] 법률신문 1993. 4. 15.(13쪽)
최신노동판례 93-3(49~52쪽)

參考文獻

(정리해고 편)

- 경제단체협의회, 『경영환경변화와 정리해고』, 1992.
- 김상준, 「정리해고에 대한 사법적 통제법리의 연구(상),(하)」, 『법조』, 412호, 413호, 1991. 1.2.
- 김소영, 「해고사유에 관한 연구」, 고려대학교 박사학위논문, 1991.
- 김유성, 「정리해고의 법리」, 『노사관계』, 제1권 제1호, 한국노사발전연구원, 1990.
- , 「정리해고에 관한 소고」, 『법학』, 제25권 제23호, 서울대학교 법학연구소 1984.
- , 「산업구조조정과 경기변동에 따른 근로자의 보호」, 『노동법』, 제2권 제1호, 서울대학교 노동법연구회 편, 까치, 1992.
- 김유성·이홍재, 『노동법(1)』, 한국방송통신대학교, 1989.
- 김재진, 「통상해고, 정계해고, 정리해고」, 『근로관계소송상의 제문제(상)』: 법원행정처, 1987.
- 김치선, 『노동법강의』, 박영사, 1988.
- 김형배, 『노동법』, 박영사, 1990.
- 박성권, 『한국노동법』, 대왕사, 1993.
- , 『근로기준법강의』, 대왕사, 1991.
- 오창수, 「정리해고의 유효요건」, 『관계웹보』, 제229호, 1989.
- 이삼덕, 「정리해고에 대한 최근의 논의」, 『분기별 노동동향분석』, 제5권 제1호, 한국노동연구원, 1992.
- 정재성, 「정리해고규제에 관한 연구」, 서울대학교 석사학위논문, 1984.
- 하갑래, 『근로기준법』, 중앙경제사, 1992.

- 後藤勝喜, 「イギリス労働法における 'Law Against Unfair Dismissal' に関する考察」, 『社会法の現代的課題』, (林迪運君記念論文集), 法律文化社, 1983.
- 保原喜志夫, 「整理解雇をめぐる判例の法理(1~7)」, 『判例時報』, 1020号, (82.1) 1030号(82.4).
- 松林和夫, 「整理解雇の法理の限界と解雇制限法」, 『労働基準法の課題と展望』(青木完や先生選歴記念論文集), 日本評論社, 1984.
- 本多淳亮, 『労働契約 就業規則論』, 一粒社, 1981.
- 毛塚勝利, 『整理解雇』, 別冊 ジュリスト, 有斐閣, 1981.
- 日本労働法学会, 『雇用の法理』, 総合労働研究所, 1980.
- 菅野和夫, 『労働法』, 弘文堂, 1990.
- Getman & Pogrebin, *Labor Relations*, The Foundation Press, Inc., 1988.
- Gorman, *Basic Text on Labor Law*, West Publishing Company, 1976.
- Grunfeld, C. *The Law of Redundancy*, Sweet & Maxwell, 1989.
- Pitt, G. *Employment Law*, Sweet & Maxwell, 1992.
- Pritchard(ed.), *Croner's Employment Law*, Croner Publications LTD., 1990.
- , *Croner's Industrial Relations Law*, Croner Publications LTD., 1990.
- Rhiene, B. "Business Closing and Their Effects on Employees-The Need for New Remedies", *Labor Law Journal*, May 1984.
- Schaub, G. *Arbeitsrechts-Handbuch*, 6.Aufl., C.H.Beck, 1987.
- Summers, C. W. "Individual Protection Against Unjust Dismissal," *Time for Statute*, 62 Virginia L. Rev. 1976.
- Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992, London : HMSO, 1992.
- Yemin, *Workforce Reductions in Undertakings*, ILO, 1982.

(임금보장 편)

- 김유성, 「산입구조조정과 경기변동에 따른 근로자의 보호」, 『노동법』, 제2권 제1호, 서울대학교 노동법연구회 편, 까치, 1992.
- 김유성·이홍재, 『노동법(1)』, 한국방송통신대학교, 1989.
- 김치선, 『노동법강의』, 박영사, 1988.
- 김형배, 『노동법』, 박영사, 1990.
- 박상권, 『한국노동법』, 대왕사, 1993.
- , 『근로기준법강의』, 대왕사, 1991.
- 이철수, 「임금에 관한 법리」, 한국노동연구원, 1993.
- , 『노동법사전』, 법률문화사, 1992.
- 오진환, 「임금우선평권에 관한 실무상의 문제점」, 『법조』, 1993. 8.
- 하갑래, 『근로기준법』, 중앙경제사, 1992.
- 小西國友, 「フランスにおける賃金債權の確保に関する法制」, 『ジュリスト』 No. 608, 1976.
- , 「企業の倒産時における労働組合等の活動」, 『新實務民事訴訟法講座』第13卷, 日本評論社, 1981.
- 沼田稻次郎外 編, 『労働法事典』, 労働旬報社, 1979.
- 神村俊一, 「賃金確保」, 『現代労働法講座 11卷』(賃金・労働時間), 総合労働研究所, 1983.
- 伊藤眞, 「西ドイツにおける賃金債權の確保法制」, 『ジュリスト』 No. 608, 1976.
- 田村淳之輔, 「賃金債權の確保と商法・会社更生法」, 『ジュリスト』 608호, 1976.
- 中島正雄, 「労働法における法人格否認の展開」, 『労働法學の理論と課題(片岡昇先生還暦記念)』, 有斐閣, 1988.
- 米倉 明, 「賃金債權の確保と民法」, 『ジュリスト』 608호, 1976.
- 山本吉人, 「賃金債權の確保と労働基準法」, 『ジュリスト』 608호, 1976.
- 日本ILの協會, 『世界の労働』, 1991. 5.

Bronstein, A. B. "The Protection of Workers's Claims in the Event of the Insolvency of their Employer", *International Labour Review*, Vol. 1, 2, 5, 6, 1987. 11. 12.

- Haggard, T. R. M. S. Pulliam, *Conflicts Between Labor Legislation and Bankruptcy Law*, The Wharton School, 1987.
- ILO, 'Protection of Workers' Claims in the Event of the Insolvency of Their Employer, ILO Report V(1), V(2), V(2B), 1991, 1992.
- Internationales Arbeitsamt, *Schutz der Forderungen der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit ihres Arbeitgebers*, 1991.
- Yemin E. and A. S. Bronstein (ed.), "The Protection of Workers' Claims in the Event of the Employer's Insolvency, *Labor-Management Relations*, Series No. 76, Geneva, 1991.

2. the claim relates to a dismissal grants or superannuation benefit, in so far as the grant or benefit exceeds the amount claimable by law or by collective or works agreement.

(4) A claimant shall be entitled to insolvency compensation only in so far as his guaranteed claim can be advanced and bankruptcy or composition proceedings have been instituted and then only if the claim is lodged as part of such insolvency proceedings.

(5) Workers who are parties to an employment relationship with the Federal Republic, a province, a commune or an association of communes shall not be entitled to insolvency compensation.

2. The provisions of this federal Act shall apply, *mutatis mutandis*, to claims by-

1. homeworkers;

2. persons who enjoy protection in respect of the remuneration payable for home work, as provided in section 3 of the Home Work Act 1960(Bundesgesetzblatt, Text 105 of 1961), as regards claims arising against the principal out of their employment relationships ; and

3. persons similar to workers, as provided in subsection (1) of section 2 of the Labour Courts Act (*ibid*, Text 170 of 1946).

Rate of insolvency compensation

3. (1) Insolvency compensation shall be payable to a claimant in Austrian currency in respect of all guaranteed claims (subsection (2) of section 1) arising up to the end of the third month following the institution of bankruptcy or other insolvency proceedings (clauses 1 and 2 of subsection (1) of section 1) or the refusal of an application covered by clause 3 of subsection (1) of section 1. Where bankruptcy proceedings are instituted on the closure of other proceedings or where composition proceedings are discontinued in accordance with subsection (6) of section 56 of the Composition Code (Reichsgesetzblatt, Text 337 of 1914), the period shall run until the end of the third month thereafter.

(2) Subject to subsection (3), insolvency compensation shall be payable to an amount equal to the guaranteed claim, less any statutory deductions that may be demanded by a public body in the course of the insolvency proceedings. Where the claim does not relate to a cash payment or where the amount in cash is indeterminate or not expressed in Austrian currency, the compensation, shall be based on the estimated value when the insolvency proceedings were instituted or an application covered by clause 3 of subsection (1) of section 1 was refused. Deferred claims shall be deemed to be due. Deferred interest-free claims may be advanced only to an amount which, when taken together with the legal rate of interest for the period between the date referred to in the second sentence of this subsection and the date on which the claim would become true, corresponds to the full amount of the claim.

(3) Where a person is already entitled to the payment of superannuation benefit, he shall, notwithstanding the arrangements provided for in subsection (1), be entitled, in respect of claims from the date referred to in the second sentence of subsection (2) and without prejudice to any further claims, to a lump sum by way of insolvency compensation equal to 12 monthly instalments of the benefit. The foregoing shall be without prejudice to claims under subsection (1).

Payments in advance

4. In cases worthy of consideration the local employment office shall pay a claimant an advance on his insolvency compensation if there is a delay in the production of evidence and there is reason to assume that such compensation will be granted. In fixing the amount of the advance, due account shall be taken of the amount of the insolvency compensation that is expected to be payable. The advance shall be deducted from such compensation.

Competence

5. (1) For the purposes of the procedure laid down in this federal Act the competent local employment office shall be the office in whose area the court taking a decision in terms of subsection (1) of section 1 is situated. Where there are two or more local employment offices at the place where the court is situated, the competent office shall be that appropriate to the occupational activity of the worker or former worker or to certain of his personal characteristics. In the case of survivors competence shall be determined in accordance with the competence appropriate to the former worker.

(2) Where a foreign court has taken a decision in terms of subsection (1) of section 1 that is recognised in Austria, the competent local employment office shall be that corresponding to the seat of the Vienna Commercial Court. The second and third sentences of subsection (1) shall apply, *mutatis mutandis*.

(3) Application for insolvency compensation may be made to the competent local employment office in terms of subsection (1) or (2), to the competent office for the claimant's place of residence or to the office in whose area the establishment in which the worker is or was employed is located. In so far as the office is not the office referred to in subsection (1) or (2), it shall immediately transmit the application to the office that is competent to take a decision.

Applications

6. (1) Application for insolvency compensation shall be made within four months reckoned from the institution of the proceedings referred to in subsection (1) of section 1 or within four months reckoned from the date on which the applicant became aware of the refusal of an application in terms of clause 3 of subsection (1) of section 1, and shall otherwise be irreceivable. Where bankruptcy proceedings are instituted on the closure of other proceedings or where compensation proceedings are discontinued in accordance with subsection (6) of section 56 of the Compensation Code, the allotted time shall be reopened. Section 71 of the General Administrative Procedure Act 1950 (Bundesgesetzblatt, Text 172) shall apply.

(2) Application shall be made in writing. Each application shall indicate the amount of the claim, the facts on which it is based and the evidence relied upon to substantiate it and, in the case of claims which are or have been in dispute, it shall also indicate the court hearing the case and the reference number of the file and be accompanied by any available writ of execution. Where bankruptcy proceedings have been instituted and the guaranteed claim was part of the bankruptcy petition, a copy of the petition (section 103 of the Bankruptcy Code) bearing an endorsement to the effect that it has been received by the court and copies of the papers attached to it shall be appended to the application.

(3) The local employment office shall record all claims in a register (register of claims). Claims shall not be recorded collectively in accordance with the provisions of the Bankruptcy Code unless bankruptcy proceedings are pending. The register of claims shall be transmitted in duplicate copy to the employer or, where bankruptcy proceedings are pending, to the receiver. Applications and the documents appended to them shall also be transmitted to the receiver in so far as they relate to claims that were not part of the bankruptcy petition (section 103 of the Bankruptcy Code).

(4) Where bankruptcy proceedings are not pending, the employer shall, within 14 days of his being handed a summons to that effect from the local employment office, clearly state in respect of each claim whether it is accurate; no reservations shall be permitted. For this purpose the employer shall be permitted to examine the applications and the documents appended to them.

(5) Where bankruptcy proceedings are pending, the receiver shall make the statement referred to in subsection (4). The time-limit allowed for the purpose may be extended at his request if the debtor's records that are required for the verification are not available or are incomplete or if he cannot reasonably be required on any other account to make the statement within 14 days. In so far as a claim is the subject of the bankruptcy petition, the statement required to be made within the time-limit allowed in terms of subsection (4) shall be replaced by the immediate transmission by the receiver of an extract or copy from the register of petitions (section 108 of the Bankruptcy Code).

(6) Subsection (2) to (5) shall apply, *mutatis mutandis*, where composition proceedings are pending; the place of the receiver shall then be taken by the person administering the composition proceedings.

Decisions and payments

7. (1) When determining whether a guaranteed claim has been submitted to it, the local employment office shall be bound by the judicial decisions which have been taken in the case and which have become final in relation to the applicant. In so far as the third sentence of subsection (5) of section 6 is to apply, the office shall grant the application without further investigation if it appears from the extract or copy of

the register of petitions that has been transmitted to it that the guaranteed claim has been established in the course of the bankruptcy or composition proceedings. In all other respects the provisions of sections 45 to 55 of the General Administrative Procedure Act 1950 shall apply.

Attachment, pledge and transfer

8. Entitlement to insolvency compensation shall be liable to attachment in the same way as the guaranteed claim (subsection (2) of section 1). sections 290 and 293 of the Code governing the enforcement of judgements in civil cases (Reichsgesetzblatt, Text 79 of 1896) shall apply, mutatis mutandis.

Financing

12. (1) Expenditure on the payment of compensation under this federal Act and the administrative expenditure of the Insolvency Compensation Fund (section 13) shall be covered by means of -

1. money credited to the Insolvency Compensation Fund on the basis of claims that have been transferred to it (section 11);

2. the yield from fines imposed under subsection (1) of section 16;

3. interest on money; and

4. a supplement to the employer's share of the unemployment insurance contribution payable under section 61 of the Unemployment Insurance Act 1958, the rate of the supplement being fixed each year by ordinance of the Federal Minister of social Administration at such amount as may be necessary, having regard to the income derived under clauses 1 to 3, to ensure the equilibrium of the Insolvency Compensation Fund, as indicated by its last balance-sheet. The supplement shall be paid by the employer. The Federal Republic, provinces, communes and associations of communes shall not, however, be required to pay a supplement to the employer's share of the unemployment insurance contributions payable in respect of the workers referred to in subsection (5) of section 1.

(2) Sections 62 and 63 of the Unemployment Insurance Act 1958 shall apply, mutatis mutandis, to the collection and remittal of the supplement referred to in clause 4 of subsection (1). The supplement shall be credited to an account opened in the name of the Insolvency Compensation Fund (subsection (6) of section 13).

(3) The income derived by the Insolvency Compensation Fund under clauses 1 to 4 of subsection (1) shall be used solely for the coverage of expenditure on the payment of compensation and administrative expenditure.

Insolvency Compensation Fund

13. (1) The income derived under subsection (1) of section 12 shall be credited to an Insolvency Compensation fund (hereinafter referred to as "the Fund") This Fund shall be set up under the Federal Ministry of social Administration and shall have legal personality. It shall be represented by the Federal Minister of social Administration.

(8) The statutory bodies representing the interests of employers and workers shall be consulted on the following matters of principle:

1. before an ordinance is made fixing or altering the rate of the supplement payable under clause 4 of subsection (1) of section 12;

2. before the preparation of the budget estimates, balance-sheet and annual report referred to in subsection (2) of section 13;

3. before the preparation of any administrative instructions of a basic nature.

Finland

An Act to provide for the guaranteed payment of wages. Dated 10 August 1973*

(Extracts)

1. The payment of a worker's wages and any other claims based on his employment relationship shall, in the event of the employer's bankruptcy or insolvency, be assured by the State through the guaranteed

payment of wages, as provided in this Act.

An employer shall be deemed to be insolvent if-

- (1) he has died and his estate has been placed in the hands of an executor and it can be established that the necessary amount cannot be paid out of his assets;
- (2) his activity has ceased and it can be established that the necessary amount cannot be paid out of his assets;
- (3) it is established in proceedings for the recovery of a debt that he lacks the requisite assets to pay the necessary amount;
- (4) he has left the country or is in hiding and it is impossible to find a sufficient amount to pay any claim against him;
- (5) he has failed to meet prescribed tax deductions or social insurance or pension insurance contributions at the appropriate time; or
- (6) his inability to pay in any other case that is comparable with those referred to in this paragraph can be clearly and sufficiently established by the authority responsible for the guaranteed payment of wages.

Responsibility for the guaranteed payment of wages shall lie with the Ministry of Manpower.

2. Payment under the guarantee shall be made in respect of wage and other debts based on the employment relationship which have become due not more than three months before application for the guarantee is made and which would be privileged debts on the employer's bankruptcy in accordance with the first paragraph of section 4 of the Ordinance respecting privileged debts.

주석* English text from Legislative Series, 1973-Fin 2.

The Ministry of Manpower shall have the right to determine how far any such payment under the guarantee should cover more than twice the amount that the defaulting employer paid to the worker in respect of any claim based on his employment relationship in the course of the year preceding the submission of the application for payment under the guarantee.

Provision shall be made by ordinance for the maximum payable under the guarantee to any given worker.

3. Application for payment under the guarantee shall be made to the Ministry of Manpower and shall be submitted to the appropriate manpower office. The application shall clearly specify the worker's name, his employer and the amount of the debts based on his employment relationship.

4. Where an application for payment under the guarantee has been received by the Ministry of Manpower, the Ministry shall immediately take steps to establish the employer's insolvency and the debts based on the worker's employment relationship. The employer shall be afforded an opportunity of being heard while the matter is under consideration. Where the Ministry has been able to establish that the employer is insolvent and to determine the debts owing to the worker, it shall order payment to be made immediately out of public funds in satisfaction of the claims based on the employment relationship.

Where a worker has neglected to advance his claim or secure privileged treatment for it during the employer's bankruptcy proceedings or on the date fixed for claimants to declare themselves after a public invitation has been issued to the employer's creditors, the Ministry shall have the right to determine how far he should be regarded as having wholly or partly forfeited his right under the guarantee.

Where a worker's claim can only be partly established, the debt shall be ordered to be paid to the extent established.

5. A worker's claim based on his employment relationship and all entitlements deriving from it shall be vested in the State on and from the date on which the Ministry of Manpower orders payment to be made under the guarantee and to the extent that payment was so ordered.

The employer shall be required to pay interest at the rate of 12 per cent per year on the debt from the date on which it is vested in the State.

6. Where the Ministry of Manpower approves a worker's application for payment under the guarantee, it shall, when ordering such payment, determine the employer's liability for payment to the State. The

Ministry's order shall be immediately enforceable against the employer in the same way as a final judgment, unless a court, when hearing a dispute relating to the claim based on the employment relationship or the guarantee, decides that the order is not to be enforced for the time being or that its enforcement is to be resumed.

The Council of State, and the Ministry of Manpower up to an amount to be prescribed by ordinance, may, for reasons of importance for the safeguard of employment or for comparable reasons, grant a period of grace in connection with any payment or wholly or partly release an employer from his liability to pay, notwithstanding the provisions of the Act respecting the right of the Council of State to grant reductions in and exemptions from dues and compensation payable to the Treasury (No. 411/29).

7. Where an application for payment under the guarantee is rejected, the Ministry of Manpower shall direct the worker to institute court proceedings against the employer within six months after being informed of the decision. Where no such proceedings have been instituted within the allotted time, no action may be taken on a further application for any payment under the guarantee that was covered in the application that had been rejected, unless particularly important reasons so warrant.

Notwithstanding the foregoing, the proceedings referred to in the first paragraph of this section need not be instituted if the claim is advanced during the employer's bankruptcy proceedings, and the petition in bankruptcy is presented before the expiry of the period referred to in that paragraph. Where the bankruptcy proceedings are withdrawn or cancelled, the period of six months shall be reckoned from the end of such proceedings.

In cases covered by the first and second paragraphs of this section, a worker shall submit his application within six months after the date on which the court decision determining the amount of the worker's claim based on his employment relationship becomes final.

8. The order made by the Ministry of Manpower for payment under the guarantee shall be immediately communicated to the worker and to the employer.

No appeal for the alteration of the order shall be entertained.

9. An employer may submit a counter-claim to the court in which he is to appear as the defendant in the proceedings relating to the wage claim. The writ shall be served on the State within 60 days, reckoned from the communication of the order for payment under the guarantee.

An indication shall be given in the order for payment of the period within which and the court in which an action may be brought:

Provided that any dispute relating to a claim based on an employment relationship, being a claim that is vested in the State, may at any time be settled in connection with the employer's bankruptcy, notwithstanding the provisions of the first paragraph of this section.

10. Where payment is made under the guarantee, tax deductions shall be levied on the amount paid, in accordance with the Tax Collection Act (No. 418/59).

11. Writs of execution against wages and pensions and orders for wage deductions shall also be enforceable against instalments of wages and pensions paid under the guarantee.

12. Where a worker has received payment under the guarantee, the Ministry of Manpower may, if it has special reasons for so doing, refuse to recognise his entitlement to payment under the guarantee in respect of a claim against the same employer, if the debt is based on work carried out within three years after the previous order was made for payment to him under the guarantee.

If a worker so requests, the Ministry of Manpower may give a prior decision specifying how far any particular circumstance will be regarded as a special reason for the purposes of the first paragraph of this section.

13. Where a worker transfers a claim based on his employment relationship, an entitlement under the guarantee shall be enjoyed by the transferee only where the latter is a workers' organization, a workers' society or a society in whose administration a workers' organization is associated.

14. The Central Fund for the Unemployment Funds, to which reference is made in the Act respecting national unemployment funds (No. 125/34), shall reimburse the State annually in arrears for the difference between the amount paid to workers under the guarantee and the capital amount collected from

employers in pursuance of the first paragraph of section 5; this difference shall be reduced by the capital amount of the guarantee that is not collected from employers in accordance with the second paragraph of section 6 and by the amount of the guarantee that is improperly received as a result of the infringements referred to in section 15.

The reimbursement shall be made at such time as the Ministry of Manpower may determine. Any reimbursement which is overdue shall bear interest at an annual rate of 12 per cent.

Netherlands

An Act extend the coverage of, and make other amendments to, the Unemployment Act (assumption of liability for obligations arising out of an employment relationship where the employer is unable to pay, and certain other amendments). Dated 10 July 1968*

(Extracts)

Article 1

The Unemployment Act¹ is amended as follows:

A new Chapter is inserted after Chapter III, to read - Chapter IIIa.

Assumption of liability for obligations arising out of an employment relationship where the employer is unable to pay

42a. (1) Where any wages, leave pay or leave supplements due from an employer who has been declared bankrupt or been granted a moratorium have not been paid, or have not been paid in due time, the worker concerned may submit a claim to the industry society to which the employer is affiliated, or was last affiliated, for the purpose of the worker's coverage, with the object of obtaining any sums still due to him by way of -

- (a) wages over the last period of 13 weeks for which he was a party to an employment relationship with the employer;
- (b) wages for the appropriate period of notice in his case, in so far and for such time as he has been involuntarily unemployed during that period, subject, both in cases of bankruptcy and in other cases, to the maximum period of notice prescribed in relation to him by section 40 of the Bankruptcy Act;
- (c) leave pay and leave supplements over a maximum of one year, including the period referred to in clause (b) of this subsection.

주석* English text from Legislative Series, 1974-Neth. IB.

주석1 Legislative Series, 1967-Neth.1 (consolidation).

(2) The committee of the industry society may decide that subsection (1) is to apply, mutatis mutandis, where the employer's situation is such that he has ceased to make payment although he has not, or has not yet, been declared bankrupt and has not, or has not yet, been granted a moratorium.

(3) By way of exception, in so far as may be necessary, to the provisions otherwise laid down for the purpose in this Act -

- (a) the expression "wages", for the purposes of subsection (1), means any amounts, other than leave pay and leave supplements, that an employer legally owes to a worker in connection with his employment relationship;
- (b) the expressions "leave pay" and "leave supplements", for the purposes of subsection (1) and clause (a) of this subsection, include leave vouchers, leave stamps and other similar tokens.

42b. (1) The industry society shall deduct from the amount fixed in accordance with the preceding section any sums that the employer would lawfully have deducted from the worker's wages. The sums so deducted shall be paid by the industry society to the persons who would have been entitled to claim them if the employer had deducted them himself.

(2) In so far as any obligation to transfer sums of money to a third party at specified intervals, being an obligation arising out of or in connection with the employment relationship and corresponding to the last

year (which for this purpose shall be deemed to include the period referred to in clause (b) of subsection (1) of section 42a), has not been discharged in cases covered by subsection (1) of section 42a or in cases where subsection (2) of that section has applied, the industry society shall be required to discharge that obligation in so far as any failure by the employer to do so may operate to the worker's financial disadvantage. Any sum of money to be transferred to a pension fund or insurer in connection with a pension shall be limited to the pension insurance premium for the period referred to in the first sentence of this subsection.

42c. (1) Where the amount of any wages or leave pay to be paid by an industry society or the amount of any outstanding leave supplement cannot immediately be determined or is the subject of a difference of opinion, the committee of the industry society shall, if the worker so requests, pay him an advance to be fixed on the basis of equity.

(2) The advance so paid shall, where necessary, be reckoned against the amount that the worker is entitled to claim.

42d. The committee of an industry society shall be entitled to disregard subsections (1) and (2) of section 42a if the worker ought reasonably to have expected before the employment relationship was established that he would not be paid all or part of any wages or leave pay due to him or all or part of any outstanding leave supplement.

42e. (1) In so far as an industry society satisfies a claim made by a worker under this Chapter, it shall enter into all the rights enjoyed by him in consequence of the claim.

(2) The industry society shall be entitled to recover from the employer any sum that it has paid in order to discharge an obligation in terms of subsection (2) of section 42b.

42f (1) Any payments made under this Chapter and any administrative expenses arising out of the application of this Chapter shall be charged to the waiting allowance fund of the industry society making the payments concerned.

(2) Any amounts received by an industry society in virtue of section 42e shall be credited to the waiting allowance fund of the society.

Norway

An Act to provide for a state guarantee for wage claims in the event of bankruptcy, etc. No. 61. Dated 14 December 1973*

(Extracts)

1. The payment of wage and similar claims that cannot be satisfied on account of an employer's insolvency shall be guaranteed by the State in accordance with the provisions of this Act.

The guarantee shall cover claims to wages and other forms of remuneration that have become due in respect of work performed under an employment relationship, including leave pay, claims against the employer in respect of pensions and loss of earnings, and also any interest and expenses connected with the prosecution of such claims.

Claims shall be covered by the guarantee to the extent that they constitute a privileged debt in accordance with the Privileged Debts Act (No.2 of 31 May 1963). In cases where no bankruptcy or settlement proceedings have been instituted, the Privileged Debts Act shall apply, *mutatis mutandis*; the time limits specified in the Act shall then be reckoned from the date on which the application is received, unless the competent authority appoints some other date in any particular case.

Claims relating to any period after the appointed date shall be subject to the deduction of any amounts that the employee has earned elsewhere during the same period, to the extent that they correspond to income in the form of wages covered by the first paragraph of this section.

2. Save as may be otherwise determined by the Crown, the guarantee shall cover wages, etc., earned under an employment relationship in respect of which employer contributions are payable to the national insurance scheme.

The guarantee shall be financed from employer contributions forming part of the employer contributions to the national insurance scheme.

3. Application for the payment of the guarantee shall be made to the employer or the person administering his estate, who shall be afforded an opportunity of expressing an opinion.

주석* English text from Legislative Series, 1973-Nor.1.

4. Where the employer or the person administering his estate contests the entire claim or any part of it, the employee may bring an action against him within a specified time limit. Where the time limit is not observed, the right to coverage under this Act shall be forfeited. The time limit may be extended in special cases or a new time limit may be fixed.

5. When the guarantee is paid in accordance with this Act any compulsory deductions shall be made, in so far as the available information permits, as if payment were made by the employer.

The public authorities and the employer or the person administering his estate shall provide such information as is necessary to deal with cases covered by this Act.

6. where the State settles a claim under the guarantee, it shall be subrogated in the employee's claim against the employer or the person administering his estate. The foregoing shall apply even where the conditions for the payment of the guarantee are not fulfilled.

7. Where, in the course of the last three years, an employee has benefited from coverage under this Act, he shall not be entitled to any further coverage in respect of a wage claim that has arisen against the same employer during that time, unless he has obtained the approval of the competent authority or it would otherwise be unreasonable in the light of the circumstances to refuse such coverage. The period referred to in the first sentence of this section shall be reckoned from the date of receipt of the first application (cf. the third paragraph of section 1) to the date of receipt of the second.

8. Where the State suffers prejudice in connection with a payment made in accordance with this Act through the fault or negligence of the employee or any person acting on his behalf, it may claim the reimbursement of the amount involved. The foregoing shall also apply to any overpayment received dishonestly or in bad faith.

9. Unless some heavier penalty has been prescribed, any person who wittingly provides inaccurate information or conceals facts affecting any right or obligation under this Act or who, when called upon to do so, fails to submit returns or information required by or in pursuance of this Act shall be liable to a fine.

10. More detailed provisions as to the guarantee may be made by the Department Coverage of a claim referred to in the fourth paragraph of section 1 may be made conditional upon the employee's reporting to the placement service. The Department may also lay down rules for the administration and amplification of this Act, including rules permitting the waiver of claims for reimbursement against the employer or the person administering his estate and requiring the probate court and the public trustee to assist when cases are dealt with under this Act.

The Department may make special rules for persons employed on board ship or certain categories of such persons and, when so doing, permit exceptions to the provisions of this Act.

United Kingdom (Great Britain)

An Act to consolidate certain enactments relating to rights of employees arising out of their employment; and certain enactments relating to the insolvency of employers; to industrial tribunals; to recoupment of certain benefits; to conciliation officers; and to the Employment Appeal Tribunal. 1978 Chapter 44. Dated 31 July 1978

(Extracts)

part VII. Insolvency of employer

121. Priority of certain debts on insolvency. (1) An amount to which this section applies shall be treated for the purposes of -

(a) section 33 of the Bankruptcy Act 1914;

(b) section 118 of the Bankruptcy (Scotland) Act 1913; and
(c) section 319 of the Companies Act 1948;
as if it were wages payable by the employer to the employee in respect of the period for which it is payable.

(2) This section applies to any amount owed by an employer to an employee in respect of -

- (a) a guarantee payment;
- (b) remuneration on suspension on medical grounds under section 19;
- (c) any payment for time off under section 27(3) or 31(3);
- (d) remuneration under a protective award made under section 101 of the Employment Protection Act 1975.

122. Employee's rights on insolvency of employer. (1) If on an application made to him in writing by an employee the Secretary of State is satisfied -

(a) that the employer of that employee has become insolvent; and
(b) that on the relevant date the employee was entitled to be paid the whole or part of any debt to which this section applies, the Secretary of State shall, subject to the provisions of this section, pay the employee out of the Redundancy Fund the amount to which in the opinion of the Secretary of State the employee is entitled in respect of debt.

(2) In this section the "relevant date" in relation to a debt means the date on which the employer became insolvent or the date of the termination of the employee's employment, whichever is the later.

(3) This section applies to the following debts:

- (a) any arrears of pay in respect of a period or periods not exceeding in the aggregate eight weeks;
- (b) any amount which the employer is liable to pay the employee for the period of notice required by section 49(1) or (2) or for an employer's failure of the employer to give the period of notice required by section 49(1);
- (c) any holiday pay in respect of a period or periods of holiday, not exceeding six weeks in all, to which the employee became entitled during the 12 months immediately preceding the relevant date;
- (d) any basic award of compensation for unfair dismissal (within the meaning of Section 72);
- (e) any reasonable sum by way of reimbursement of the whole or part of any fee or premium paid by an apprentice or artied clerk.

(4) for the purposes of subsection (3) (a), any such amount as is referred to in section 121 (2) shall be treated as if it were arrears of pay.

(5) The total amount payable to an employee in respect of any debt mentioned in subsection (3), where the amount of that debt is referable to a period of time, shall not exceed £ 100 in respect of any one week or, in respect of a shorter period, an amount bearing the same proportion to £ 100 as that shorter period bears to a week.

(6) The Secretary of State may vary the limit referred to in subsection (5) after a review under section 148, by order made in accordance with that section.

(7) A sum shall be taken to be reasonable for the purposes of subsection (3)(e) in a case where a trustee in bankruptcy or liquidator has been or is required to be appointed if it is admitted to be reasonable by the trustee in bankruptcy or liquidator under section 34 of the Bankruptcy Act 1914 (preferential claims of apprentices and artied clerks), whether as originally enacted or as applied to the winding up of a company by section 317 of the Companies Act 1948.

(8) The provisions of subsections (10) and (11) shall apply in a case where one of the following officers (hereafter in this section referred to as the "relevant officer") has been or is required to be appointed in connection with the employer's insolvency, that is to say, a trustee in bankruptcy, a liquidator, a receiver or manager, or a trustee under a composition or arrangement between the employer and his creditors or under a trust deed for his creditors executed by the employer; and in this subsection "liquidator" and "receiver" include the Official Receiver in his capacity as a provisional liquidator or interim receiver.

(9) Subject to subsection (11), the Secretary of State shall not in such a case make any payment under this

section in respect of any debt until he has received a statement from the relevant officer of the amount of that debt which appears to have been owed to the employee on the relevant date and to remain unpaid; and the relevant officer shall, on request by the Secretary of State, provide him, as soon as reasonably practicable, with such a statement.

(10) Where-

(a) a period of six months has elapsed since the application for a payment under this section was received by the Secretary of State, but no such payment has been made;

(b) the Secretary of state is satisfied that a payment under this section should be made; and

(c) it appears to the Secretary of State that there is likely to be further delay before he receives a statement about the debt in question,

then, the Secretary of state may, if the applicant so requests or, if the Secretary of State thinks fit, without such a request, make a payment under this section, notwithstanding that no such statement has been received.

123. Payment of unpaid contributions to occupational pension scheme. (1) If, on application made to him in writing by the persons competent to act in respect of an occupational pension scheme, the Secretary of State is satisfied that an employer has become insolvent and that at the time that he did so there remained unpaid relevant contributions falling to be paid by him to the scheme, the secretary of State shall, subject to the provisions of this section, pay into the resources of the scheme out of the Redundancy Fund the sum which in his opinion is payable in respect of the unpaid relevant contributions.

(2) In, this section "relevant contributions" means contributions falling to be paid by an employer in accordance with an occupational pension scheme, either on his own account or on behalf of an employee; and for the purposes of this section a contribution of any amount shall not be treated as falling to be paid on behalf of an employee unless a sum equal to that amount has been deducted from the pay of the employee by way of a contribution from him.

(3) The sum payable under this section in respect of unpaid contributions of an employer on his own account to an occupational pension scheme shall be the least of the following amounts-

(a) the balance of relevant contributions remaining unpaid on the date when he became insolvent and payable by the employer on his own account to the scheme in respect of the 12 months immediately preceding that date;

(b) the amount certified by an actuary to be necessary for the purpose of meeting the liability of the scheme on dissolution to pay the benefits provided by the scheme to or in respect of the employees of the employer;

(c) an amount equal to 10 per cent of the total amount of remuneration paid or payable to those employees in respect of the 12 months immediately preceding the date on which the employer became insolvent.

(4) For the purposes of subsection (3)(c), "remuneration" includes holiday pay, maternity pay and any such payment as is referred to in section 121 (2).

(5) Any sum payable under this section in respect of unpaid contributions on behalf of an employee shall not exceed the amount deducted from the pay of the employee in respect of the employee's contributions to the occupational pension scheme during the 12 months immediately preceding the date on which the employer became insolvent.

(6) The provisions of subsections (7) to (9) shall apply in a case where one of the following officers (hereafter in this section referred to as the "relevant officer") has been or is required to be appointed in connection with the employer's insolvency, that is to say, a trustee in bankruptcy, a liquidator, a receiver or manager, or a trustee under a composition or arrangement between the employer and his creditors or under a trust deed for his creditors executed by the employer; and in this subsection "liquidator" and "receiver" include the Official Receiver in his capacity as a provisional liquidator or interim receiver.

(7) Subject to subsection (9), the Secretary of State shall net in such a case make any payment under this section in respect of unpaid relevant contributions until he has received a statement from the relevant officer of the amount of relevant contributions which appear to have been unpaid on the date on which the

employer became insolvent and to remain unpaid; and the relevant officer shall, on request by the Secretary of State provide him, as soon as reasonably practicable, with such a statement.

(8) Subject to subsection (9), an amount shall be taken to be payable, paid or deducted as mentioned in subsection (3)(a) or (c) or subsection (5), only if it is so certified by the relevant officer.

(9) Where-

(a) a period of six months has elapsed since the application for a payment under this section was received by the Secretary of State, but no such payment has been made;

(b) the Secretary of State is satisfied that a payment under this section should be made; and

(c) it appears to the Secretary of State that there is likely to be further delay before he receives a statement or certificate about the contributions in question,

then, the Secretary of State may, if the applicants so request or, if the Secretary of State thinks fit, without such a request, make a payment under this section, notwithstanding that no such statement or certificate has been received.

124. Complaint to industrial tribunal. (1) A person who has applied for a payment under section 122 may, within the period of three months beginning with the date on which the decision of the Secretary of State on that application was communicated to him or, if that is not reasonably practicable, within such further period as is reasonable, present a complaint to an industrial tribunal that-

(a) the Secretary of State has failed to make any such payment; or

(b) any such payment made by the Secretary of State is less than the amount which should have been paid.

(2) Any persons who are competent to act in respect of an occupational pension scheme and who have applied for a payment to be made under section 123 into the resources of the scheme may, within the period of three months beginning with the date on which the decision of the Secretary of State on that application was communicated to them, or, if that is not reasonably practicable, within such further period as is reasonable, present a complaint to an industrial tribunal that-

(a) the Secretary of State has failed to make any such payment; or

(b) any such payment made by him is less than the amount which should have been paid.

(3) Where an industrial tribunal finds that the Secretary of State ought to make a payment under section 122 or 123, it shall make a declaration to that effect and shall also declare the amount of any such payment which it finds the Secretary of State ought to make.

(1) In sections 122 to 126-

"holiday pay" means-

(a) pay in respect of a holiday actually taken; or

(b) any accrued holiday pay which under the employee's contract of employment would in the ordinary course have become payable to him in respect of the period of a holiday if his employment with the employer had continued until he became entitled to a holiday;

"occupational pension scheme" means any scheme or arrangement which provides or is capable of providing, in relation to employees in any description of employment benefits (in the form of pensions or otherwise) payable to or in respect of any such employees on the termination of their employment or on their death or retirement;

and any reference in those sections to the resources of such a scheme is a reference to the funds out of which the benefits provided by the scheme are from time to time payable.