

노동정책연구
2007. 제7권 제2호 pp. 1~26
© 한국노동연구원

연구 논문

부당해고와 금전보상제도*

조상균**

부당해고에 대한 구제제도로서의 금전보상제도는 부당해고의 구제방식을 다양화하여 권리구제의 실효성을 제고한다는 측면에서 새롭게 도입된 제도이다. 그러나 도입 필요성에도 불구하고, 일본의 경우와 달리 발생할 수 있는 여러 가지 변수를 고려하지 않고, 도입 필요성에 집착한 나머지 구체적인 논의 과정 없이 제정되어 앞으로의 운영 과정에서 많은 문제점을 내포하고 있다고 할 수 있다.

따라서 본 논문은 운영 과정에서 나타날 수 있는 예상되는 문제점 가운데, 금전보상의 법적 성질, 보상의 요건과 절차, 보상액의 산정 기준, 기간제근로자에 대한 도입 여부 등을 살펴보았다. 그러나 무엇보다도 중요한 것은 금전보상제도가 남용되지 않도록 앞으로의 운영 과정을 면밀히 검토해보고, 빠른 구제를 위해 노동위원회에 의한 화해제도를 적극적으로 활용하고, 마지막으로 이 제도가 집단적 노사관계에 의한 구제로까지 확대되지 않도록 하는 자세가 필요할 것으로 보인다.

핵심용어 : 부당해고, 금전보상제도, 구제명령, 노동위원회, 노사관계 선진화 방안

논문접수일 : 2007년 2월 28일, 심사의뢰일 : 3월 5일, 심사완료일 : 3월 14일

* 이 논문은 2004년도 전남대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었다.

** 전남대학교 법학과 조교수(mironice@hanmail.net)

I. 들어가며

2006년 12월 22일 그동안 3년여를 끌어온 노사관계 선진화 입법(이하 ‘선진화 입법’)이 법제사법위원회를 거쳐 국회 본회의를 거쳐 통과되었다¹⁾. 주지하는 바와 같이 이번에 통과된 선진화 입법은 2003년 12월 노사관계제도선진화연구위원회(이하 ‘선진화 위원회’)가 노동부 장관에게 제출한 「노사관계법·제도 선진화 방안(이하 ‘선진화 방안’)」²⁾을 기본틀로 하여 비록 논의 과정에서 민주노총의 강한 반대가 있었지만, 일면 사회적 대타협의 산물이라고 평가할 수 있다.

이러한 선진화 입법에 대해서 논란이 집중되었던 것은 복수노조 허용과 노조 전임자 급여지급금지 조항을 3년간 유예시키는 문제였지만, 그 이외에도 선진화 방안에서 제시되었던 노사관계 전반에 걸친 광범위한 내용을 담고 있다. 그 가운데, 필자가 주목한 점은 개별 근로관계를 둘러싼 분쟁의 핵심을 차지하고 있는 부당해고구제제도에 관한 변화된 내용을 담고 있는 근로기준법 개정안이다.

특히 이번 근로기준법 개정안은 ‘취약근로자 보호와 노동시장의 유연성 제고의 조화와 균형을 추구’한다는 입법 의도³⁾하에서 해고 사유 및 해고 시기를 서면통지하는 규정을 신설(제32조의 2), 근로자가 복직을 원하지 않는 경우 노동위원회가 금전보상구제명령을 할 수 있도록 하고 있고(제33조의 3 제4항), 부당해고 등에 대한 벌칙조항 삭제, 구제명령 불이행시 이행강제금 도입 및 벌칙 부과(제33조의 6, 제113조의 2, 제113조의 3) 등의 내용을 담고 있어 부당해고 구제제도에 관한 일대 변화가 예상된다.

본 논문은 이러한 쟁점 가운데 부당해고에 대한 구제제도로서의 금전보상제도의 도입에 관한 것이다. 종래에는 근로기준법(이하 ‘근기법’) 제30조 제1항에 의해서 사용자가 ‘정당한 이유’ 없이 근로자를 해고한 경우에 당해 해고는 강행

1) 국회 출석의원 167인 중 찬성 152, 반대 10, 기권 5로 통과되었다.

2) 노사관계제도선진화연구위원회, 『노사관계법·제도선진화 방안』, 2003. 11.

3) 노동부, 「노사관계 선진화 입법 설명자료」, 2007. 1, p.5.

법규 위반으로 사법상 무효로 판단되어⁴⁾, 사용자는 근기법 제110조에 해당하는 벌칙을 받았다. 반면에 위법하게 해고를 당한 당해 근로자는 근기법 제33조에 의해서 노동위원회에 구제신청을 하든지, 또는 일반 법원에 해고무효확인 소송을 제기하여 사법적 구제를 받을 수 있었다. 이 경우 노동위원회는 근로계약의 내용에 따라 원직에 복직시키라고 명령하거나(원직복직명령), 해고가 없었다면 지급해야 할 임금의 지급을 명(소급임금지급)하는 것이 일반적이었고, 이러한 노동위원회의 구제명령은 근로관계의 지속을 객관적으로 기대할 수 있는지 여부를 고려하지 않고 일률적으로 원직복직과 임금지급을 명하는 것이어서 실효성 측면에서 한계가 있다는 비판을 받아 왔고⁵⁾, 그 해결책으로 구제방식과 내용을 다양화해야 한다는 주장이 제기되어 왔다⁶⁾.

그러나 부당해고의 구제방식의 실효성 확보와 다양화 방안의 일환으로 제기된 금전보상제도는 개별적 근로관계를 둘러싼 분쟁의 핵심 사안이 될 것이 예상됨에도 불구하고, 현재 이 제도와 관련해서는 제33조의 3 제3항 단 하나의 조항만을 신설하여 아직 구체적인 운영 방안조차 나오지 못하고 있는 실정이다. 이는 우리나라와 법·제도가 비슷한 일본에서의 장기적이고 체계적인 논의와 비교해 생각해 보면 제도 시행 자체가 정말로 가능한가에 대한 본질적인 의문이 들 수밖에 없다. 그러므로 과연 이번 제도의 도입이 부당해고의 구제방식의 실효성을 확보하고, 구제방식을 다양화하기 위한 방안으로 적절한 것인지, 제도시행 과정에서 예상되는 문제점은 어떠한 것이 있는지, 제도의 개선이 필요한 점은 무엇인지에 대한 보다 면밀한 검토가 필요하리라 생각한다.

본 논문은 이를 위해서 이 제도와 관련되어 활발한 논의가 되고 있는 일본의 최근 논의 과정⁷⁾을 고찰해 보면서 이러한 입법론을 어떻게 평가해야 할 것인가

4) 김형배, 『노동법』, 박영사, 2006, p.621; 임종률, 『노동법(제5판)』, 박영사, 2006, p.544.

5) 사법적 구제의 경우에도 우리나라는 취업청구권이 인정되지 않기 때문에, 종업원으로서의 지위의 확인 내지 보전이 행하여지는 데 그치고 직장복귀는 강제되지 않는다(임종률, 앞의 책, pp.547~548).

6) 대표적인 것으로, 이정, 「부당해고에 대한 사법구제 및 법적 효력」, 『노동법학』, 제13호, 2002; 김소영·조용만·강현주, 『부당해고 구제의 실효성 제고방안』, 한국노동연구원, 2003; 유성재, 『노동위원회 기능의 활성화를 위한 법제개선방안』, 한국법제연구원, 2005. 1; 김홍영, 「부당노동행위·부당해고구제제도 개선」, 『노사관계 선진화 방안 주요 쟁점 분석 및 입법대안 모색』, 한국노동연구원 주최 토론회 자료집, 2005. 9.

7) 물론, 이미 금전보상제도를 도입하고 있는 영국, 독일, 프랑스의 부당해고구제제도에 관

를 검토해 보고, 거기서 제기된 핵심 사안과 현행 입법과의 사이에서 보다 구체화할 내용은 없는지를 살펴보고, 마지막으로 이를 통한 새로운 과제에 대해서 검토한다⁸⁾).

II. 부당해고에 관한 금전해결제도를 둘러싼 최근 일본의 동향

1. 논의의 배경과 두 가지의 접근방법

해고가 무효로 된 경우에 원직복직 등의 구제수단 이외에 금전적인 해결에 의한 구제수단이 필요한지에 대해서 처음으로 구체화된 장에서 논의가 시작된 것이 2001년의 노동정책심의회 산하의 근로조건 분과회의의 설치부터라고 할 수 있다.

2001년 당시의 일본의 노동관계법제상 해고가 무효로 판단된 경우에는 원칙적으로 근로자로서의 지위가 확보되어 원직복직되거나, 일본 민법 제709조의 불법행위를 이유로 하는 손해배상청구에 의한 구제가 일반적이었다⁹⁾. 그러나 근로자 지위의 확보는 법적인 구제책일 뿐이고, 현실에서는 우리나라와 마찬가지로 원직복직이 원만히 이루어지지 않는 사례가 많다는 지적이 제기되고 있었다¹⁰⁾.

한 내용과 운영에 관한 내용을 종합적으로 분석하는 작업이 선행되어야 한다는 점은 인정하지만, 각주 6)에서 나온 보고서 등에서 이미 선행연구가 되어 있는 반면에, 우리나라와 법·제도가 유사한 일본의 금전해결제도의 도입 과정에 대해서는 현재 어디에도 검토된 바가 없기 때문에, 이 논문에서는 외국의 부당해고구제제도에 관한 내용 중 필요한 부분에 대해서만 언급하고, 일본의 논의 과정에 초점을 맞추어 논하는 것으로 한다.

- 8) 본 논문은 어디까지나 부당해고의 구제수단으로서의 금전보상제도의 도입에 관하여 논할 예정이지만, 하나의 부당해고 관련 제도를 논하기 위해서는 적어도 해고법제에 관련한 제제도의 검토가 필요하기 때문에 필요한 부분에 대해서도 함께 언급하기로 한다.
- 9) 일본의 경우에는 우리나라와 달리 부당해고사건의 경우, 노동위원회의 구제명령에 관한 구제제도는 없으며, 법원에 제기하는 사법적 구제가 있을 뿐이다.
- 10) 일본의 경우에는 우리나라와 마찬가지로 취로청구권(취업청구권)이 원칙적으로 인정되지 않기 때문에, 설령 재판에서 원직복직이 인정되더라도 사용자는 임금을 지불하고 있다면

이러한 점들을 감안하여 어떻게 하면 부당해고의 구제의 실효성을 확보할 수 있을까라는 문제 제기 속에 그 대안으로 제시된 것이 금전적 해결방법이다. 그러나 이러한 방법을 채택하기 위한 접근방법은 첫째, 금전의 지불에 대해서는 해고권 남용의 판단과 별도로 해고가 무효로 판단된 후에 금전적 해결을 도모하는 방법, 둘째, 금전의 지불을 해고권 남용의 판단요소로서 고려하는 방법 등 두 가지로 나누어져 있었다¹¹⁾. 그러나 후자의 방법인 해고권 남용의 판단요소로서 금전의 지불을 고려하는 것에 대해서는 당시의 일본의 판례법리가 금전의 지불을 해고권 남용의 판단요소로 고려하고 있지 않는 상황¹²⁾이나 현실의 노사관계에서도 금전의 지불을 해고권 남용의 판단요소로 하고 있지 않는다는 점 등이 고려되어 결국 전자의 방법인 해고권 남용의 판단과 별도로 해고가 무효로 판단된 후에 금전적 해결을 도모하는 단계적 구제방법을 중심으로 검토가 진행되었다¹³⁾.

2. 금전해결제도의 도입에 관한 최초의 명문화

다양한 의견의 검토 결과, 노동정책심의회의 근로조건분과회는 2002년 12월 26일 부당해고에 대한 구제수단으로서의 금전적 해결제도의 도입에 관해서 명기하여 일정한 건의를 하게 된다¹⁴⁾. 그 구체적인 내용으로서는 첫째, 근로자는

노동자를 근로시키지 않더라도 무방하다. 즉 사용자에게는 노동수령의무가 없다는 것이다 (이정, 앞의 논문, pp.47~48; 山田省三, 「解雇の金銭解決制度の課題と展望」, 『日本労働法學研究會報』, 第2369号, 1995. 11, p.25).

- 11) 노동정책심의회의 논의 이전에도 고용유지에 대신하는 경제적 손실보상, 즉 보상금지불 등의 고용대상적 조치는 해고권 남용법리의 판단에서 해고의 사회적 상당성 판단에 긍정적으로 작용할 수 있다고 주장하는 학자도 있었다. 대표적인 것으로 唐津博, 「長期雇用慣行の変容と労働契約法理の可能性」, 『日本労働法學會誌』, 第87号, 1996, p.115 이하.
- 12) 2001년 당시의 일본 최고재판소에서는 ‘객관적으로 합리적인 이유의 존재’와 ‘사회통념상 상당성’을 해고권 남용의 판단의 두 가지 요소로 하고 있었지만(日本食塩事件, 最高裁二小 1975. 4. 25), 위에서 언급한 노동정책심의회의 건의에 의해 2003년 개정노동기준법 제18조의 2에서 “해고는 객관적으로 합리적인 이유를 결하거나, 사회통념상 상당하다고 인정되지 않는 경우는 그 권리를 남용한 것으로서 무효로 한다”는 내용을 규정하여 판례 법리를 명문화하였다.
- 13) 검토의 진행 상황에 관해서는 「第4回 今後の労働契約法制の在り方に關する研究會議事録」(2004. 7. 2)을 참조 <<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2004/07/txt/s0702-1.txt>>(2007. 2. 8일자).
- 14) 구체적인 내용에 관해서는 「労働政策審議會建議 今後の労働條件に係る制度の在り方につい

판결에서 해고가 무효로 확정된 경우, 당해 근로자가 원직에 복직했다 하더라도 근로계약의 따라 의무를 이행하는 것이 명백히 곤란할 때에는 퇴직하는 것 대신에 당해 해고를 행한 사용자에게 대하여 보상금의 지불을 청구할 수 있도록 할 것, 둘째, 사용자는 판결에서 해고가 무효로 확정된 경우 당해 해고가 공서양속에 반하여 행해진 것이 아니거나, 고용관계를 계속하기 어려운 사유가 있을 것 그리고 보상금의 지불을 약속할 것 등의 일정한 요건하에 근로자와의 사이의 근로계약의 종료를 법원에 청구할 수 있도록 할 것, 셋째, 이 경우에 당해 일정한 금액의 액에 대해서는 근로자의 근속연수 기타의 사정을 고려하여 후생노동대신이 정한 액으로 할 것 등으로 하고 있다.

후생노동성은 노동정책심의회 위와 같은 내용의 건의를 받은 이후, 해고가 무효로 판단된 경우의 금전보상을 제도화하는 노동기준법 개정작업에 착수하였지만, 노사 모두 금전보상제도의 활용 자체는 부정하지는 않는다 하더라도 그 신청의 요건과 금전의 액수에 대해서 다양한 의견이 제시되어 결국 「노동기준법의 일부를 개정하는 법률안 요강(2003년 2월 13일)」의 단계에서 포함되지 못하여 제도화에 대한 첫 번째 좌절을 맛보게 된다¹⁵⁾. 특히, 전노동성노동조합은 위 건의의 문제점에 관하여, 직장복귀를 노동자가 희망하지 않는 경우에 노동자(피해고자)측으로부터 이러한 금전의 지불을 요구할 수 있도록 하는 것은 일면 합리성이 있다고 하면서, 사용자측(해고자)이 일정한 금액을 지불하고 근로관계를 종료시키는 것은 심각한 도덕적 해이가 생길 염려가 있다는 점, 해고가 무효라는 확정 판결을 받은 후에 다시 금전적 지불을 요구한다면, 해결이 장기화되어 실효성이 없다는 점을 들어 전면적인 재검토를 요구했다¹⁶⁾.

て-」(2002. 12. 26) <<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2002/12/s1226-8.txt>> (2007. 2. 9 일자) 이 건의안에는 금전해결제도 외에도 근로계약과 근로시간에 관련된 다양한 내용을 담고 있다.

- 15) 그 과정에 관해서는 古川景一, 「労働法制の改正・立法問題」, 『季刊労働者の権利』, 第251号, 2003, p.3 이하.
- 16) 全労働省労働組合中央執行委員会, 『労働政策審議会建議 ‘今後の労働条件に係る制度の在り方について’の問題点について』(2003. 1. 15) <<http://www2s.biglobe.ne.jp/~zenrodo/syutyou/2003. 1. 15rodojokennkenngi.html>> (2007. 2. 8일자).

3. 노동계약법의 제정 논의 과정상의 금전해결제도

합리적 이유 없는 해고를 무효로 하는 규정을 포함한 2003년 6월의 노동기준법 개정안에 대한 일본 참의원과 중의원은 부대결의로서 “근로계약에 대한 포괄적인 법률을 제정하기 위해 전문적인 조사연구의 장을 만들어 적극적으로 검토하여 법령상의 조치를 포함한 필요한 조치를 강구할 것”을 요청하고, 이에 후생노동성은 「이후의 노동계약법제에 관한 연구회(이하 노동계약법연구회)」를 2004년 4월 23일에 발족시키게 된다¹⁷⁾. 노동계약법연구회는 제4회 연구회¹⁸⁾부터 부당해고에 관한 금전해결제도에 대해서 “해고분쟁의 구제수단의 선택의 폭을 넓히는 관점에서 만약에 해고의 금전해결제도를 도입하는 경우에 실효성이 있으면서 남용되지 않는 제도 설계가 가능한지의 여부에 대해서 법이론을 검토¹⁹⁾”하기 시작하여, 드디어 총 28회에 걸친 논의 과정 끝에 2005년 9월 15일 최종보고서를 후생노동성 장관에게 제출하게 된다.

최종보고서에서는 먼저 금전해결제도의 관한 논의 과정에서 금전해결제도는 분쟁의 유연한 해결과 신속처리를 위해 필요하다는 의견, 분쟁의 조기 해결을 도모하는 것은 중요하지만 금전해결을 인정하는 것에는 상당히 신중해야 한다는 의견, 분쟁해결절차와 해고규제의 쌍방을 종합적으로 검토할 필요가 있다는 의견 등 상당히 다양한 의견이 있었다는 것을 기술한 후, 만약²⁰⁾ 해고의 금전해결제도를 도입하는 경우에는 재판절차상, 해고의 유·무효의 판단과 금전해결의 신청을 2단계로 하면 신속한 해결이라는 본래의 취지에서 문제가 있기 때문에 해고의 유·무효의 판단과 금전해결의 판단이 동일 법원에서 이루어져야 한다는 점을 지적하게 된다²¹⁾.

최종보고서의 금전해결제도에 관한 구체적인 내용을 근로자로부터의 금전해

17) 논의의 경위에 관해서는 渡辺章, 「労働契約法制の基本的考え方を考える」, 『季刊労働法』 第212号, 2006, p.2 이하.

18) 제4회 노동계약법연구회의 회의 내용에 관해서는 각주 13)을 참조.

19) 労働政策審議會建議, 「今後の労働契約法制の在り方に關する研究會 最終報告書」, 2005. 9. 15, p.60. <<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2005/09/s0915-4.html>> (2007. 2. 10일자)

20) 보고서에서 ‘만약…… 도입해야 한다면’이라는 문장을 사용하고 있는 것으로 보아, 연구회로서는 반드시 도입을 전제로 금전해결제도를 논하고 있지 않음을 알 수 있다.

21) 労働政策審議會建議, 「今後の労働契約法制の在り方に關する研究會 最終報告書」, 앞의 보고서, p.60.

결의 신청과 사용자로부터의 금전해결제도의 신청으로 나누어 서술하면 다음과 같다²²⁾.

가. 근로자의 금전해결의 신청

먼저 노동자의 금전해결의 신청에 대해서는 “해고된 근로자가 해고는 납득할 수 없지만 노동현장에는 돌아가고 싶지 않는 경우에, 해결금을 청구할 수 있는 권리를 보장할 이익이 있다”고 전제한 후, 해고무효의 주장과 금전해결에 의한 고용관계의 취소와의 관계에 관한 이론적 문제와 금전의 액의 기준에 관한 문제에 대해서 정리할 필요가 있는 것으로 하고 있다.

1) 일회적 해결에 관한 이론적 구성

해고무효를 다투는 소송에서 원고인 근로자가 지위의 확인을 요구하는 한편, 동일한 법원에서 근로자로서의 지위의 취소를 주장하는 것은 서로 모순된 것으로 보일 수 있지만, 근로자의 지위가 확정된 경우에 그 이후 본인의 사직에 대신할 해결금의 급부를 청구하는 소송을 일정 기간 이내에 동시에 제기하는 것도 생각해 볼 수 있다. 다만, 이렇게 정리하는 경우에도 금전해결을 인정하는 확정판결일에서 일정 기간 이내에 근로자가 사직의 의사표시를 하지 않으면 금전의 청구권을 상실하게 될 것이다.

2) 해결금의 액의 기준

해결금의 액은 해고의 양태, 근로자의 대응, 사용자의 책임의 정도 등과 더불어 각 기업의 지불능력에도 좌우될 수 있기 때문에 일률적으로 정할 수 없다는 의견이 있었음을 전제한 후, 개별 기업에서 사건의 집단적 합의(단체협약과 노사위원회의 결의 등)가 이루어진 경우에 한하여 신청을 인정하자는 의견을 제시하고 있다.

22) 이 점에 관해서는 勞働政策審議會建議, 「今後の労働契約法制の在り方に關する研究會 最終報告書」, 앞의 보고서, pp.61~64.

나. 사용자의 금전해결의 신청

특히 논란이 많았던 부분으로 찬성론, 반대론, 제한적 찬성론 등의 의견이 있었음을 전제한 후, 해고무효의 판결 이후의 문제로서 현실적으로 근로자가 직장복귀를 할 수 없는 경우도 있을 수 있기 때문에, 사용자의 금전해결의 신청을 인정하여 해결금을 얻는 편이 근로자에게 이익이 되는 경우가 있을 수 있고, 그러한 조치는 분쟁의 조기 해결에도 기여할 수 있다고 하면서, 사용자의 금전해결의 신청을 인정할 필요가 있다는 생각도 ‘있을 수 있다’고 하고 있다. 따라서 지적이 예상되는 문제 하나하나에 대해서 어떠한 해소방법이 가능한가, 검토할 필요가 있는 것으로 하고 있다.

1) ‘위법한 해고가 금전으로 유효로 된다’, ‘해고를 유발한다’ 등의 비판에 대해서

사용자로부터 해고에 즈음해 금전의 지불이 이루어진 경우에 이것을 해고권 남용의 판단요소로 해야 하는지의 여부도 논해지긴 했지만, 금전을 지불하면 해고가 유효로 된다는 생각은 타당하지 않다는 점을 전제하면서, 이 제도는 근로자의 지위가 존속하고 있다는 것을 전제로 해결금을 지불하는 것에 의해 그 후의 근로계약 관계를 해소할 수 있다는 구조이기 때문에 위법한 해고가 금전으로 유효로 되는 것은 아니라고 하고 있다.

또한, 금전해결을 인정하는 것은 금전을 지불하면 해고할 수 있다는 풍조를 조장하지 않을까 하는 걱정도 있지만, 모든 해고에 대해서 이러한 신청이 가능한 것은 아니고 인종, 국적, 신조, 성별 등을 이유로 하는 차별적 해고와 근로자가 연차유급휴가를 취득하는 등의 정당한 권리를 행사하는 것을 이유로 하는 해고 등에는 사용자의 신청이 인정되지 않는 것이 적당하고, 사용자의 신청은 사용자의 고의 또는 과실에 의하지 않는 사정으로 근로자의 직장복귀가 곤란하다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하는 것으로 하고 있다.

2) 사용자에게 의한 해고의 금전해결제도의 남용의 문제에 대해서

사용자의 신청의 전제조건으로 개별 기업에서의 사전의 집단적 노사협의(단체협약이나 노사위원회의 결의)가 이루어지는 것을 전제로 하기 때문에 많은

문제점이 불식될 수 있을 것으로 보고 있다.

3) 해결금의 액의 기준

기본적으로 근로자에 의한 신청의 경우와 마찬가지로, 사전에 노사간의 집단적 합의를 통하여 그 기준에 의하여 해결금의 액을 결정해야 한다는 점을 전제하면서 다만, 사용자의 신청의 경우에 정해진 금전의 액의 기준이 근로자의 신청의 경우에 정해진 금전의 액의 기준보다도 적은 경우에 사용자는 금전해결의 신청을 할 수 없도록 하는 것이 정당하다는 의견을 제시하고 있다. 또한 해결금의 액이 부당히 적은 액수로 되는 것을 피하기 위하여 사용자의 신청의 경우에 그 최저 기준을 정하는 것도 생각할 수 있다고 하고 있다.

다. 쌍방의 신청의 관계

해고의 금전해결의 신청을 인정할지의 여부는 노사간의 자주적인 교섭에 의해 정해져야 하기 때문에, 어느 기업에서 노동자의 신청을 인정하면서 사용자의 신청을 부정하는 경우도 노사간의 자주적인 교섭의 결과로 인정할 수 있기 때문에 문제될 것은 없지만, 그 반대의 경우에는 현저히 노사간의 불균형을 초래하게 되기 때문에 허용해서는 안 된다는 견해를 보이고 있다.

4. 최종보고서 이후의 논의 과정

정식 논의의 내용이 최종보고서에 포함된 이후, 노동계와 사용자측은 각각의 논리로서 금전해결제도에 대해서 평가를 진행하였다. 평가의 주된 논점은 ① 과연 금전해결제도는 근로자에게 필요한 것인가? ② 사용자로부터의 금전해결의 신청은 인정되어야 하는가? ③ 해결금의 액의 기준은 적당한 것인가? 등 이상의 3가지 점이였다.

가. 금전해결제도의 필요성에 관해서

사용자측에서는 개별 노동분쟁을 조기에 타결하고, 분쟁해결의 선택의 폭을

넓힌다는 측면에서 해고의 금전해결제도를 노동계약법제에 도입하는 것을 원칙적으로 찬성하고 있는 것에 반해서²³⁾, 노동계측에서는 이미 재판상의 화해에 의한 금전해결이 가능하고, 또한 원칙적으로 비송사건절차인 노동심판제도²⁴⁾에 의해 대응할 수 있기 때문에, 우선은 근로자의 취로청구권을 인정해야 하는 것이 선결 문제로서 다루어져야 한다고 주장하면서, 해고무효로 된 근로자가 복직할 수 있는 법적 시스템을 제정해야 함에도 불구하고 이 점에 대해서는 어떠한 검토도 하지 않은 채 해고를 조장할 수 있는 제도만을 검토하는 것은 납득하기 어렵다는 견해²⁵⁾와 해고에 대해서 근로자가 원직복귀를 구하지 않은 채 손해배상을 청구하는 경우, 근로관계를 계속할 의사가 없기 때문에 손해도 인정되지 않는 경우도 있을 수 있기 때문에 이러한 경우에는 어느 정도 필요성이 있지만, 이 경우에도 불법행위에 해당된다면 손해배상의 청구가 가능하기 때문에 그러한 의미에서 정말로 필요성이 있는가 하는 의문도 제기되었다²⁶⁾.

나. 사용자의 금전해결의 신청에 관해서

이 문제는 금전해결제도의 도입과 관련하여 가장 논란이 많았던 부분으로, 제도도입 자체에 대해서 긍정하는 학자들 사이에서도 사용자로부터의 금전해결의 신청에 대해서는 의문을 제기하는 경우가 많았다. 그 근거로서는 재판에서 해고가 무효로 판단된 경우 직장복귀를 할 것인가, 금전적 해결을 선택할 것인가는 오로지 부당해고의 피해자인 근로자의 선택에 맡겨져야 한다는 점, 해고권 남용법리의 규범력을 떨어뜨리고, 피해고자인 근로자에게 큰 경제적·

23) 渡邊義廣, 「労働紛争の新たな解決手段として」, 『法律のひろば』, 第59巻 第7号, 2006, p.16; 山田省三, 앞의 논문 p.36.

24) 2004년 4월에 제정된 노동심판법에서 규정하고 있는 노동심판제도는 일본의 노동분야의 사법제도 개혁의 일환으로서 국민의 참여와 노사의 전문성을 분쟁해결에 활용하고, 간이 신속한 해결을 목적으로 하는 재판외 분쟁해결제도를 말한다(2006년부터 시행) 따라서 해고가 무효로 판단된 경우에도 심판절차에서 당사자의 의사에 반하지 않으면 금전해결도 제시할 수 있는 것이다(渡邊義廣, 앞의 논문 p.11; 山田省三, 앞의 논문 p.36).

25) 대표적인 것으로, 日本労働弁護団, 「労働契約法制及び労働時間法制に係る検討の視点」, に対する意見と当面の立法提言, (2006. 5. 17). <<http://homepage1.nifty.com/rouben/teigen06/gen060517.htm>> (2007. 2. 19일자); 和田肇 「労働関係の終了と労働契約法制」 労働法律旬報, 1615号 (2006) pp.61~62.

26) 名古道功, 「解雇における金銭解決制度の検討」, 『季刊労働法』 第212号, 2006, p.84; 山田省三, 앞의 논문 p.33.

정신적 부담을 강요하는 결과로 된다는 점²⁷⁾, 또한 이대로 입법화되게 되면 근로권을 보장하고 있는 일본 헌법 제27조에 위반할 수도 있다는 점²⁸⁾, 정리해고 시에 폐해가 크다는 점²⁹⁾을 들고 있다.

다. 해결금의 액의 결정

해고가 무효인 경우의 해결금의 액의 기준을 개별 기업의 노사가 집단적으로 결정한다면 중소기업의 경우에 3개월분의 급여액의 화해금조차 지불하기 어려운 경우가 많기 때문에, 입법으로서 객관적 기준을 정해야 한다는 견해³⁰⁾와 금전해결에 의한 해결의 저액화를 방지하기 위해 법률로 최저액과 최고액을 설정하는 방법도 유효하다는 견해³¹⁾ 등도 제시되고 있다.

5. 논의의 결과

최종보고서가 나온 지 1년여 동안 노사 모두의 다양한 이견이 나온 가운데, 지난 2006년 12월 21일에 열린 제71회 노동정책심의회 근로조건분과회에서 후생노동성은 해고의 금전적 해고에 대해서 “노동심판제도의 조정, 개별 노동관계분쟁제도의 알선 등의 분쟁해결 수단의 동향도 포함하여, 계속해서 검토하는 것이 적당하다”고 하면서³²⁾, 2007년에 일본 국회에 제출 예정인 입법안(노동계약법)에는 포함되지 않을 것임을 공식적으로 제안하고, 위원회의 이해를 얻게 된다. 이로써 2002년 이후 구체적인 논의 안건으로 명문화된 부당해고에 관한 금전해결제도는 미완성인 채로 논의의 종지부를 찍게 되었지만, 그동안의 활발한 논의 내용은 한·일 간의 부당해고 규제시스템에서의 차이가 있음에도 불구하고

27) 和田肇, 「適性な労働契約ルールの確立に向けて」, 『労働法律旬報』, 第1600号, 2005, p.35.

28) 山田省三, 앞의 논문 p.36.

29) 高木紘一, 「労働者保護法としての労働契約法制の確立」, 『労働法律旬報』, 第1600号, 2005, pp.15~16.

30) 野田雄, 「バランスの利いた内容であるが……さらど」, 『労働法律旬報』, 第1600号, 2005, pp.22~23.

31) 山田省三, 앞의 논문 p.35.

32) 「第71回 労働政策審議會資料」(2006. 12. 21) <<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2006/12/s1221-7a.html>> (2007. 2. 18일자).

하고 우리 근로기준법상에 새롭게 도입된 금전보상제도의 전체적인 이론 구성 및 금전보상액의 결정기준 등에 관해서 많은 시사점을 줄 수 있을 것으로 보인다.

Ⅲ. 금전보상제도³³⁾에 대한 검토

1. 금전보상제도의 일반적 논의

가. 금전보상제도의 내용과 제도도입 취지

금전보상제도와 관련된 개정법은 근로기준법 제33조의 3 제3항을 새롭게 신설하여 “노동위원회는 …… 구제명령을 하는 때에 근로자가 원직복직을 원하지 아니하는 경우에는 원직복직을 명하는 대신 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 지급받을 수 있었던 임금 상당액 이상의 금품을 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다”고 하고 있다.

이러한 규정을 새롭게 신설하게 된 피상적 이유는 부당해고의 경우 종래 ‘원직복직’과 해고가 없었더라면 지급받을 수 있었던 ‘소급임금지급’이라는 일률적 구제방식보다는 해고분쟁의 내용과 성격, 당사자의 의사 등을 고려하여 다양한 구제방식을 도입하여 실효성을 제고하는 것이 바람직하다는 이유에서이다. 그러한 제도도입의 취지에 대해서는 노사관계선진화 방안에서도 개선방향의 하나로 제기된 바 있었고, 많은 학자들 사이에서도 공감대를 형성하고 있었다³⁴⁾.

이와 관련해서 ILO의 사용자 주도에 의한 고용종료에 관한 협약(제158호) 제10조에서는 “제8조에서 규정한 기관이 당해 고용종료가 정당하지 아니하다고 인정할 경우 및 그 기관이 당해 고용종료를 무효인 것이라고 판정하거나 복직을 명령·제안할 방법이 국내 법률 및 국내 관행에 따라 존재하지 아니하거나 권한이 없는 경우 적절한 보상의 지급을 명하거나 또는 기타 적절한 구제를

33) 일본의 ‘금전해결제도’와 구별하기 위하여 ‘금전보상제도’라 칭한다.

34) 이정, 앞의 논문, p.48; 김소영·조용만·강현주, 앞의 보고서 pp.46~48; 유성재, 앞의 책, pp.30~31; 김홍영, 앞의 자료집, pp.22~24.

할 권한이 당해 기관에 부여되어야 한다”고 하고 있다. 따라서 “복직을 명령·제안할 방법이 국내 법률 및 국내 관행에 따라 존재하지 아니하거나 권한이 없는 경우”에는 부당해고에 대신하여 금전으로 보상할 수 있는 길을 열어두고 있다. 사실 외국의 입법례를 보더라도 우리나라처럼 사용자의 부당해고에 대해서 벌칙규정을 두는 입법례는 찾아보기 힘들고, 근로자는 노동관계의 존속을 청구할 수 있지만, 사용자가 금전해결을 통해 이를 회피할 수 있는 예³⁵⁾, 복직을 원칙으로 하면서 금전해결도 인정한 예³⁶⁾, 1차적으로 복직 또는 재고용을 명하되 그것이 불가능한 경우 2차적 구제로서 금전보상을 인정하는 예³⁷⁾ 등 금전해결을 포함하여 다양한 구제제도가 설계되어 있다.

따라서 종래 근로자가 원직복직을 원하지 않는 경우 구제수단이 없었던 사정을 고려하여 부당해고를 당한 근로자가 원직복직을 원하지 않는 경우에 금전보상이라는 구제명령을 통하여 당해 근로자를 보호할 수 있게 되었다는 점에서 이 제도에 대해 긍정적으로 평가할 수 있을 것이다³⁸⁾. 문제는 부당해고의 구제방식을 다양화하여 권리구제의 실효성을 제고하는 표면적인 취지를 넘어 사용자 하여금 고용의 유연성을 확보시키려는 잠재적 의도가 제도도입 취지에 포함되어 있다는 점이다³⁹⁾.

따라서 제도운영상 어떻게 하면 금전보상제도의 본질적 취지를 실효적으로

35) 프랑스의 경우가 대표적이라 할 수 있다. 프랑스의 부당해고구제제도에 관한 국내 문헌으로는 김소영·조용만·강현주, 앞의 보고서 pp.84~119.

36) 대표적인 국가로 독일을 들 수 있고, 독일에서는 사회적으로 부당한 경우(sozial ungerechtfertigt)에는 당해 해고는 무효로 되고(해고제한법 제1조 제1항) 근로자는 계속고용 청구권을 사용해 복직을 실현하고 있지만, 예외적으로 근로자의 신청 또는 특수한 경우에는 사용자의 신청에 의한 해소판결로서 보상금(Abfindung) 지급도 가능한 것으로 하고 있다.

37) 영국의 경우가 대표적이다. 영국의 부당해고구제제도에 관한 국내 문헌으로는 강현주, 「영국의 부당해고구제제도」, 『노동법연구』, 제14호, 2003.

38) 같은 취지로 임종률, 『노동법(제6판)』, 박영사, 2007, p.545.

39) 금전보상제도의 도입 취지에 찬성하는 학자들은 구제제도의 다양성과 피해고자의 의사를 존중하려는 취지에서 도입에 찬성하고 있는 것으로 보이나, 입법 과정에서 금전보상제도의 도입 없이 현재 조항대로 운영을 해도 큰 문제가 없다는 의원들의 질의에 대해서 노동부 차관은 “해고 사유를 서면 통지하게 하자, 우선재고용제도를 도입하자, 이런 식으로 근로자에게 유리한 부분들을 도입하는 반면에, 사용자에게도 조금은 유익할 수 있는 부분을 넣어 주자 하는 것은, 이것은 전체적인 타협의 산물이기 때문에.....” 라고 하여 결국은 금전보상제도의 도입은 사용자의 고용유연성 보장을 위해서 끼워 넣은 제도라는 인상을 갖게 한다(제17대 국회 제262회 제9차 환경노동위원회 법안심사위원회 회의록, 2006. 12. 5, p.14).

사용하기 위한 해석의 문제와 운영방법 등을 검토하는 것이 앞으로의 과제라 생각한다. 즉 실효성이 있으면서 남용되지 않도록 하는 법리상의 문제에 대해서 검토하는 것이 중요하다는 생각이다. 이 부분에 대해서는 항을 나누어 검토하기로 한다.

나. 금전보상제도의 법적 구조

금전보상제도 도입에 의해 종래 근로기준법 제30조 제1항에 의해서 사용자가 ‘정당한 이유’ 없이 근로자를 해고한 경우 당해 해고는 강행법규 위반으로 사법상 무효로 되었던 것이 이제는 사용자의 일정한 금전지불에 의해 고용관계가 종료되는 법적 근거가 마련되었다. 따라서 ‘금전보상’으로 인하여 ‘무효’인 해고를 결과적으로 ‘유효’로 하는 것이 현재의 법이론상 가능한 것인지의 여부 또는 가능하지 않다면 이것을 어떻게 설명할 수 있을 것인가가 문제로 될 것이다.

먼저, ‘무효’인 해고를 ‘유효’로 하는 것이 가능한 것인가에 대해서는 금전을 지불하면 해고가 유효로 된다는 가정은 타당하지 않다고 생각된다. 왜냐하면 이 제도는 노동위원회의 부당해고 판단을 전제(당해 해고는 무효)로 하고 있고, 그 후에 근로자가 근로관계를 존속할지, 아니면 해소할지 여부는 오로지 근로자에게 유보(근로자가 원직복직을 원하지 않는 경우에만)되어 있기 때문에 무효인 해고가 금전으로 유효로 되는 것은 아니라고 이해해야 한다. 따라서 금전보상제도는 ‘해고가 무효’라는 것을 전제(즉, 근로관계의 존속)로 근로자의 당해 근로관계의 종료의 의사표시에 의해 노동위원회가 일정한 금전보상명령을 명하고, 사용자가 이를 이행하여 구제명령이 확정되면 근로관계는 유효하게 종료되는 구조를 가지고 있다고 할 수 있다. 이때, 근로자의 근로관계의 종료의 의사표시를 ‘사직’의 의사표시로 보아야 하는지에 대해 논란이 있을 수 있으나, 무기근로계약 근로자의 경우 사직의 의사표시 이후 1월의 기간이 경과하면 근로관계가 종료된다는 점을 감안해 보면⁴⁰⁾, ‘금전보상금지급을 조건으로 하는 합의해지의 청약’이라고 해야 할 것이다. 따라서 유효하게 근로관계가 종료되는 시점은 사용자가 노동위원회의 금전보상명령을 완전히 이행했을 때라고 이

40) 민법 제660조, 제662조 참조.

해해야 할 것이다.

다. 금전보상과 금전보상명령의 법적 성질

노동위원회에 의한 금전보상과 금전보상명령의 법적 성질에 대해서는 사법구제와의 관계 설정이나, 이후의 금전보상액을 결정하는 데 중요한 판단요소가 된다는 점에서 논할 실익이 매우 크다고 할 수 있다. 그러나 아쉽게도 노사관계 위원회의 논의 과정이나 입법 과정에서 이 부분에 대해서 직접적으로 논하고 있지 않다⁴¹⁾.

우선 금전보상의 법적 성질에 관해서 현 단계에서 유추할 수 있는 것은 개정법이 “근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 지급받을 수 있었던 임금 상당액 이상의 금품”이라고 하고 있기 때문에, 이 제도가 도입되기 전에도 받을 수 있었던 소급임금만을 가리키는 것은 아니라고 해야 할 것이다. 또한, 이 금전보상명령이라는 행정구제절차의 성격상 소급임금+해고에 따른 전손해의 배상액도 아닐 것으로 보인다⁴²⁾. 게다가 근로관계의 종료에 따른 일정기간의 생활보장적 성격을 포함한다고 보는 것도 일괄적으로 단정하기 어렵다. 따라서 기본적으로는 근로자가 부당해고로 인하여 발생하는 소급임금+퇴직금+위자료 정도로 해석될 수 있을 것이다.

그리고 금전보상명령의 법적 성질에 관해서는 금전보상액을 결정하는 것이 현재 예상되는 제도설계상⁴³⁾ 노동위원회가 사전에 근로자의 복직 여부를 확인하면서 금전보상금액 산정기준에 의해 산정된 금액을 근로자와 사용자에게 의

41) 일본에서도 “해결금의 성질은 고용관계를 해소하는 대가이고, 화해금과 손해배상과는 완전히 일치하지 않는다”고 하여 일본에서도 그 성질이 명확하지는 않다. 다만, 금전해결을 신청하기 위해서는 사전에 노사간의 집단적인 합의가 전제되어야 한다는 점 등이 고려되고 있는 상황에서 나온 법적 성질이기에 때문에, 우리나라에 적용하기는 어렵다는 생각이다(勞働政策審議會建議, 「今後の労働契約法制の在り方に關する研究會 最終報告書」, 앞의 보고서 pp.60~61).

42) 이 부분에 관해서는 후술한다.

43) 그렇게 예상할 수밖에 없는 근거에 관해서는, 제17대 국회 제262회 제9차 환경노동위원회 법안심사위원회 회의록, 2006. 12. 5, p.11.을 참조. 국회 환경노동소위에서 본 법안에 대한 심의 과정에서 금전보상 요구의 시점에 대한 질문에 대해서 노동부 차관은 “노동위원회에서 심의하는 과정에서 당사자들이 서로 합의를 하게 됩니다”로 답하고 있어, 사전에 사용자와 근로자가 합의할 수 있는 절차로 설계될 여지는 있다.

견을 물어 결정한 금액을 가지고 금전보상명령을 내리는 구조(모델 1)라고 한다면, “고용관계 종료를 전제로 하여 노사가 합의한 금액의 공법상 확인”이라고 해야 할 것이다. 그러나 예상과는 달리 노동위원회가 마지막 심문을 종료하는 시점에서 근로자에게 만약 부당해고라고 판단될 경우 복직의사가 있는지의 여부를 파악하고, 근로자가 복직의사가 없는 경우가 명백한 경우에 일정한 기준에 의해 산정된 금전보상액을 가지고 금전보상명령을 내릴 경우에 그 법적 성질은 “고용관계 해소를 치유할 수 있을 정도의 금전의 제안”이 될 것이다(모델 2). 왜냐하면 근로자 입장에서 금전보상액이 고용관계 해소를 치유할 수 없을 정도라고 생각한다면, 재심을 신청할 것이 분명하기 때문이다. 따라서 사용자가 노동위원회의 부당해고 및 금전보상명령에 재심을 신청한 경우나, 노동위원회의 금전보상명령액이 근로자의 기대에 미치지 못하여 재심을 청구하는 경우에는 위에서 언급한 근로자의 “금전보상금지급을 조건으로 하는 합의해지의 청약”은 자동적으로 취소되고 노동위원회는 원직복직명령을 내릴 수밖에 없다. 그러나 이 경우 금전보상제도를 도입한 취지는 무용지물이 되고 말 것이다.

라. 금전보상명령과 사법구제와의 관계

이번에 새롭게 개정된 노동위원회법에는 관계 당사자가 화해안을 수락하여 화해조서를 작성한 경우에는 화해조서에 민사소송법에 따른 재판상 화해의 효력을 부여하고 있다(노동위원회법 제16조의 3). 따라서 노동위원회에 의해서 화해가 이루어진 경우에는 집행력과 기관력이 인정되기 때문에 확정 판결과 같은 효력을 갖게 되는 것이다. 따라서 노동위원회에 의해서 화해가 성립한 경우에는 따로 사법구제에 의해 화해 전의 법률관계를 다룰 수 없는 것이다. 그런데, 노동위원회에 의해서 금전보상명령이 내려진 경우에 종래 근로자가 독립적으로 행사할 수 있었던 사법구제, 즉 종업원지위확인소송, 미지급임금청구, 불법행위에 의한 손해배상청구 등이 가능한지에 대해서는 따로 법률의 규정이 없기 때문에 해석의 문제로 남겨져 있다. 다만, 노동위원회에 의한 구제심판은 화해와 달리 기관력과 집행력이 인정되지 않고, 노동위원회의 구제명령은 사용자에게 공법상 이행의무를 부과하는 것이기 때문에, 원칙적으로 사법구제에 영향을 주지 못한다⁴⁴⁾. 따라서 노동위원회에 의해서 부당해고로 결정되어 금전보상

명령이 내려졌다 하더라도, 근로자의 사법구제의 신청이 제약되는 것은 아니라 할 것이다.

그러나 금전보상제도는 기본적으로 일정한 금전의 지급으로 인하여 근로관계를 종료시키는 제도이다. 그렇다고 한다면 금전보상명령에 의해서 이미 근로관계가 종료되었음에도 불구하고, 근로자가 법원에 “해고무효확인 소” 내지 “근로자지위확인 소”를 제기하는 것은 신의칙 또는 금반언의 원칙에 위반되는 것은 아닌가 하는 의문이 드는 것도 사실이다. 또한 행정구제와 사법구제가 전혀 영향을 미치지 않는 것이 원칙이긴 하지만, 당사자의 입장에서는 노동위원회에 의한 구제명령을 적극적으로 자기 입장을 입증할 유력한 증거로 제기하려고 하기 때문에 실제적으로 전혀 무의미한 것은 아니라 할 것이다.

그러나 모델 1과 같이 금전보상명령의 법적 성질을 “고용관계 종료를 전제로 하여 노사가 합의한 금액의 공법상 확인”이라고 한다면, “해고무효 확인 소” 내지 “근로자지위 확인 소”의 경우, 금전보상제도는 일정한 금전의 합의로 인하여 근로관계가 종료되는 것이기 때문에, 노동위원회에서 근로자와 사용자가 합의한 금액을 가지고 금전보상명령을 하고, 사용자가 이에 이행하면 결국은 근로자로서의 지위확인에 특별한 이익이 존재하지 않는 한 법원은 각하결정을 할 것으로 보인다⁴⁵⁾. 또한 “미지급 임금청구 소송”의 경우에도 금전보상액과 미지급 임금액과의 사이에 차이가 있더라도 이를 근로자가 청구하는 것은 금반언의 원칙에 위반되는 것으로 이해해야 할 것이다. 게다가 “불행행위에 의한 손해배상청구”의 경우에도 금전보상에 의해서 그 정신적 손해가 완전히 치유되지 못한 경우라 하더라도 ‘합의’에 중점을 두게 되면 그 청구는 인용될 수 없을 것이다⁴⁶⁾. 따라서 이 경우 결과적으로 사실상 화해와 다를 바가 없게 되어, 헌법상 재판을 청구할 권리를 행정적 명령으로 제한한다는 중대한 오류가 발생할 수밖에 없을 것이다.

다만, 모델 2와 같이 법적 성질을 이해한다면, 근로자의 입장에서 다른 직장

44) 김재호·김홍영, 「부당해고구제명령 불이행에 대한 이행강제금 부과」, 『노동법연구』, 제 21호, 2006, p.117.

45) 물론 이와 같은 이론 구성은 금전보상의 법적 성질을 위와 같이 파악했을 때만이 가능한 논리이다. 만약 현재 예상과 다른 제도 설계가 이루어진다면 이 내용도 변경될 것이다.

46) 대법원 1993. 10. 12. 선고 92다43586 판결.

에 취업하고 있는 등 사정이 있다면, 노동위원회에 의한 구제를 단념하고, 사법상 구제를 신청할 수밖에 없기 때문에 헌법상 재판을 청구할 권리에 대한 침해는 없으나, 이는 소송의 장기화 등의 문제로 인하여 제도 도입의 취지는 어디에 있는지에 대한 회의가 들 것으로 보인다.

마. 소 결

다만 이렇게 법적 성질을 파악하게 된다면, 결국 노동위원회에 의한 화해절차에 의한 ‘화해금’과 다른 점이 없다는 지적이 있을 수 있겠으나, 첫째 노동위원회에 의한 화해절차는 현실적으로 부당해고사건이 노동위원회에 접수되면 승진을 바라는 심사관의 적극적인 화해 권유로 행해지기 때문에 근로자의 이익이 절대적으로 반영되지 않는다는 점, 둘째, 노동위원회에 의한 화해절차에 의한 화해는 부당해고가 전제되지 않는 상황에서, 즉 사용자가 정신적 압박을 받지 않는 상태에서 이루어짐으로 금전보상명령액보다는 저액일 가능성이 높다는 점, 셋째, 화해의 내용이 반드시 금전으로만 이루어지는 것은 아니라는 점, 넷째, 뒤에서 구체적으로 설명하겠지만, 노동위원회에 의한 화해가 성립되면 더 이상 사법구제를 다룰 수 없다는 점에서 차이를 발견할 수 있다.

2. 금전보상의 요건과 절차

개정 근로기준법 제33조의 3 제1항에서 “노동위원회는 제33조의 2에 따른 심문을 종료하고 부당해고 등이 성립한다고 판정한 경우에는 사용자에게 대하여 구제명령을 하여야 하며”, 동조 제4항에서 “노동위원회는 …… 구제명령을 하는 때에 근로자가 원직복직을 원하지 아니하는 경우에” 금전보상명령을 명할 수 있도록 하고 있다. 이와 같이 개정 근로기준법에는 피상적인 내용에 대해서만 규정하고 있을 뿐 구체적인 금전보상제도를 이용하는 요건과 절차에 관해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 실제로 어떻게 운영될지의 여부는 안개 속에 있다고 할 수 있다. 다만, 합리적인 선에서 모델 1을 중심으로 예상해 보면 다음과 같다.

독일의 해고 판결의 경우에는 해고무효의 판결이 확정된 후에 다시 금전해결

을 신청한다는 2단계의 절차를 취하고 있지만, 우리 금전보상제도는 해고의 유·무효의 판단과 금전해결의 신청을 2단계로 하게 되면, 신속한 해결이라는 본래의 취지가 훼손될 수 있기 때문에, 당해 해고의 유·무효의 판단과 금전해결의 판단이 동시에 행해지는 것을 예정하고 있다. 따라서 노동위원회는 마지막 심문절차를 마친 후 당해 해고가 부당해고라고 결심이 설 때 근로자에게 원직복직 여부를 물어보고⁴⁷⁾, 근로자가 원직복직을 원할 때에는 원직복직명령을, 그렇지 않고 금전보상을 희망할 경우에는 후에 설명하는 보상액 결정 기준에 의해서 산정된 보상액을 제시하면서 근로자가 동의하게 되면 금전보상명령을 내리게 되는 것이다. 만약 노동위원회에서 제시한 금전보상액에 대해서 근로자가 동의하지 않으면 결국 노동위원회는 원직복직명령을 내릴 수밖에 없을 것이다.

금전보상제도로 갈 것인지의 여부는 오로지 근로자에게 달려 있다. 사용자에게 금전보상의 신청권을 부여할 경우 고의적으로 금전보상제를 악용할 우려가 크기 때문이다. 다만, 근로자의 원직복직 의사의 포기를 강요하여 어쩔 수 없이 근로자가 금전보상제도를 선택하는 경우도 있을 수 있기 때문에 이에 관한 대책에 관해서 논할 필요가 있다. 이 경우에는 노동위원회가 복직 여부를 물어볼 시 판단하여 근로자의 의사에도 불구하고(민법상 하자 있는 의사표시에 대한 고려) 원직복직을 명하든지, 아니면 노동위원회에 그러한 권한이 없다고 한다면 금전보상액을 대폭 상향시키는 방법이 있을 수 있을 것이다.

3. 금전보상액의 산정 기준

금전보상에 대한 법적 성질을 앞에서 설명한 바와 같이 고용관계 종료를 전제로 하여 ‘노사가 합의한 금액’이라고 한다면, 따로 기준을 설정할 필요는 없다는 의견이 있을 수 있지만, 노동위원회가 근로자나 사용자에게 어느 정도 예측가능성을 주기 위해서는 금전보상액의 산정 기준을 정하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

47) 당초 선진화 방안에서는 “원직복직 이외에 근로관계 유지가 객관적으로 불가능한 예외적인 경우”에 금전보상제도를 도입하는 것으로 되어 있어 객관적으로 불가능한 예외적인 경우의 판단을 노동위원회가 단독으로 하였지만, 개정법에는 근로자의 의사가 존중되는 안으로 바뀌게 되었다.

원칙적으로 부당해고를 대신할 금전보상이 부당해고에 대한 손해를 완전히 전보할 수 없다면, 해고에 수반해 생기는 사회적 비용의 내부화가 불가능하기 때문에, 정당한 제도라고 할 수 없을 것이다. 따라서 부당해고로 인하여 생기는 비용을 전부 내부화할 수 있을 만큼의 금전을 지불하도록 하는 것이 가장 바람직하다고 할 수 있다. 따라서 그것을 어떻게 산정하는가가 어려운 문제로 될 것이다.

개정 근로기준법에는 금전보상액에 관해서 제33조의 3 제3항에서 “근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였다면 지급받을 수 있었던 임금 상당액 이상의 금품”이라고만 하고 있기 때문에, 금전보상액의 결정은 원직복직 의사가 없는 근로자의 신청에 의해서 노동위원회가 임금 상당액 이상의 금품액을 결정하는 것으로 하고 있다. 다만 입법 과정⁴⁸⁾에서의 논의나 노동부의 자료⁴⁹⁾ 등을 고려해 “근무연수, 해고경위”나 “근로자의 귀책사유, 해고의 부당성 정도 등”을 고려해 결정하는 것도 바람직할 것으로 보인다.

특히, 해고의 부당성 정도를 고려할 시에는 당해 분쟁의 사정(예를 들면 차별적 해고금지법률에 반하는 해고와 절차적 룰에 반하는 해고를 구분)을 고려하여 전자에 대해서는 법적 비난 가능성이 높기 때문에 보상금액을 가산하는 방법도 하나의 방법일 것이다⁵⁰⁾. 그리고 일본에서 제도도입 단계에서 검토되었던 바와 같이 개별 기업에서 사전의 집단적 합의(단체협약과 노사위원회의 결의 등)가 이루어졌다고 한다면, 이를 그대로 노동위원회가 인용하는 것도 방법일 것이다. 또한 앞서도 언급한 바와 같이 근로자의 원직복직 의사의 포기를 강요하여 어쩔 수 없이 근로자가 금전보상제도를 선택하는 경우에는 금전보상액을 대폭 상향시키는 기준 마련도 필요할 것으로 보인다.

다만, 금전보상의 산정 기준과 관련하여 중요하게 고려해야 할 점을 언급하면, 부당해고에 따른 사회적 비용의 내부화라는 측면도 고려해야 하지만, 그와 더불어 분쟁의 조기 타결이라는 취지를 조화롭게 결합하도록 하는 제도 설계가

48) 개정안에 “근무연수, 해고경위 등을 고려하여”라는 문구를 포함시키기 위한 시도가 있었다. 제17대 국회 제262회 제10차 환경노동위원회 법안심사위원회 회의록, 2006. 12. 6, p.23.

49) 노동부, 앞의 자료, p.82.

50) 唐津博, 「2003年勞基法改正と解雇・有期契約規制の新たな展開」, 『日本労働研究雑誌』, 第523号, 2004, p.9.

필요할 것으로 보인다. 왜냐하면, 금전보상의 산정 기준을 어떻게 결정하느냐에 따라, 분쟁이 장기화될 수 있기 때문이다. 따라서 이러한 기준을 시행령 등에서 명문화하는 것도 노사 양측에 예측가능성을 주어 분쟁의 조기 해결에 기여할 것으로 보인다. 이 경우, 금전보상의 액이 부당히 적은 액수로 되는 것을 방지하고, 사용자의 부당해고에 대한 책임의식을 부과하기 위해 최저 기준을 정하는 것도 고려해 볼 만한 것이다.

4. 유기준로계약에의 적용 여부

근로계약기간이 있는 근로계약의 경우에도 부득이한 사유 없이 근로관계를 해지한 경우에 부당해고에 해당되게 됨은 물론이다. 따라서 유기준로계약에 있어서도 노동위원회에 구제신청을 할 수 있고, 구제신청의 결과 부당해고로 판명되어 근로자의 의사에 의해서 금전보상명령이 내려질 수 있을 것이다. 일본의 경우에도 “유기준로계약은 본래 기간 만료로 종료하는 것이고, 장기근속 고용을 예정하고 있지 않기 때문에 계약해지를 둘러싼 분쟁에 대해서는 금전해결이 친속하고, 계약해지에 대해서도 금전해결제도를 도입해야 한다는 지적⁵¹⁾”이 있었다. 다만, 이번 비정규직법안의 통과로 인하여 2년이라는 기간이 지나면 무기근로계약으로 변화할 수 있다는 근로자의 기대감에 대한 보상과 기간제 고용인 경우 부득이한 사유가 없는 한 근로계약기간 동안 고용이 보장된다는 점을 감안해 생각해 보면, 금전보상액의 산정에 있어 계약기간 동안에 받을 수 있는 임금전액+퇴직금(근속기간 1년을 넘는 경우에 한하여)+위자료 등을 포함한 대폭 상향된 보상액 산정이 이루어져야 할 것으로 보인다.

51) 勞働政策審議會建議, 「今後の労働契約法制の在り方に關する研究會 最終報告書」, 앞의 보고서, p.64.

IV. 앞으로의 과제

본 논문은 의도는 개정법에 포함된 금전보상제도의 실제의 운영방향 등을 구체화하기 위함이다. 이를 위해서 금전해결제도를 도입하기 위한 일본의 논의 과정을 살펴보고, 이를 통하여 현 개정법의 운영시 문제시될 수 있는 금전보상의 법적 성질, 보상의 요건과 절차, 보상액의 산정 기준, 기간제근로자에 대한 도입 여부 등을 살펴보았다. 일본의 경우 2002년부터 구체적인 논의를 진행해 오면서 결국은 결론을 내지 못하고 장기과제로 넘겨버린 예를 보면서 구체적인 논의 과정 없이 단순히 제도도입의 필요성만 강조한 채 입법화해 버린 우리나라의 조급성에 우려할 수밖에 없다.

물론 앞서서도 살펴본 바와 같이 금전보상제도는 부당해고의 구제방식을 다양화하여 권리구제의 실효성을 제고하고, 분쟁을 조기에 해결한다는 측면에서 보면 제도도입의 의의가 있다는 생각이다. 그러나 일각에서 지적하는 바와 같이 해고의 유연성을 그 취지로 설명하는 등 남용의 위험성이 무엇보다 큰 제도라 할 수 있다. 그럼에도 불구하고, 이를 예방하기 위한 구체적인 요건과 절차 등 예상되는 운영상 문제점에 대해서 직접적인 논의 없이 도입되었다는 점을 문제의 하나로 지적하고 싶다.

특히, 부당해고사건에서 근로자가 직면하는 것은 금전적인 문제뿐만 아니라, 자신의 라이프워크로서 이 직장에서 그 작업을 해가야 한다는 근로자가 아주 많다는 점을 생각해 보면, 아무리 근로자의 자유의사에 맡겨져 있다고 하더라도, 사용자에게 의한 무언의 위협이 행해져 근로자의 자유의사가 아닌 실제적인 사용자의 신청에 의해서와 마찬가지로 결과를 가져오게 된다면 이는 해고규제가 아닌 해고남용의 수단으로 이용될 수 있다는 점을 유념해야 할 것이다.

그리고 사실 금전보상제도는 앞으로의 역할을 면밀히 살펴보아야 하겠지만, 해고의 규제를 통한 노동법의 정신을 훼손할 염려가 있고, 개별적인 해고분쟁 뿐만 아니라, 집단적 분쟁에서도 적용될 가능성이 있어⁵²⁾, 그 결과 부당노동행위의 구제방법으로서의 원상회복제도의 변질에도 이어질 수 있다는 가능성이

있는 점도 부인하기 힘들다. 이러한 점을 항상 시야에 넣고, 금전적 보상제도의 운영 형태를 검토해야 할 것이다.

참고문헌

- 강현주. 「영국의 부당해고 구제제도」. 『노법연구』 14, 2003.
- 김형배. 『노동법』. 박영사, 2006.
- 김소영 · 조용만 · 강현주. 『부당해고 구제의 실효성 제고방안』. 한국노동연구원, 2003.
- 김재호 · 김홍영. 「부당해고구제명령 불이행에 대한 이행강제금 부과」. 『노동법연구』 21, 2006.
- 김홍영. 「부당노동행위 · 부당해고구제제도 개선」. 『노사관계 선진화 방안 주요쟁점 분석 및 입법대안 모색』. 한국노동연구원 주최 토론회 자료집, 2005. 9.
- 노사관계제도선진화연구위원회. 『노사관계법 · 제도선진화 방안』. 2003. 11.
- 노동부. 「노사관계 선진화 입법 설명자료」. 2007. 1.
- 유성재. 『노동위원회 기능의 활성화를 위한 법제개선방안』. 한국법제연구원 2005. 1.
- 이 정. 「부당해고에 대한 사법구제 및 법적효력」. 『노동법학』 제13호, 2002.
- 임종률. 『노동법(제5판)』. 박영사, 2006.
- _____. 『노동법(제6판)』. 박영사, 2007.
- 제17대 국회 제262회 제9차 환경노동위원회 법안심사위원회 회의록. 2006. 12. 5.
- 제17대 국회 제262회 제10차 환경노동위원회 법안심사위원회 회의록. 2006. 12. 6.

52) 같은 취지로 大和田敢太, 「労働基準法から分離・獨立させられた労働契約法制の理念の興味さと問題点」, 『労働法律旬報』, 第1600号, 2005, p.35.

- 山田省三. 「解雇の金銭解決制度の課題と展望」. 『日本労働法學研究會報』 2369, 1995. 11.
- 唐津博. 「長期雇用慣行の変容と労働契約法理の可能性」. 『日本労働法學會誌』 87, 1996.
- 古川景一. 「労働法制の改正・立法問題」. 『季刊労働者の権利』 251, 2003.
- 渡辺章. 「労働契約法制の基本的考え方を考える」. 『季刊労働法』 212, 2006.
- 和田肇. 「適性な労働契約ルールの確立に向けて」. 『労働法律旬報』 1600, 2005.
- 名古道功. 「解雇における金銭解決制度の検討」. 『季刊労働法』 212, 2006.
- 渡邊義廣. 「労働紛争の新たな解決手段として」. 『法律のひろば』 59 (7), 2006.
- 和田肇. 「労働関係の終了と労働契約法制」. 『労働法律旬報』 1615, 2006.
- 高木紘一. 「労働者保護法としての労働契約法制の確立」. 『労働法律旬報』 1600, 2005.
- 野田進. 「バランスの利いた内容であるが…… さらど」. 『労働法律旬報』, 1600, 2005.
- 唐津博. 「2003年労基法改正と解雇・有期契約規制の新たな展開」. 『日本労働研究雑誌』 523, 2004.
- 大和田敢太. 「労働基準法から分離・獨立させられた労働契約法制の理念の興味さと問題点」. 『労働法律旬報』 1600, 2005.
- 「労働政策審議會建議-今後の労働条件に係る制度の在り方について-」. 2002. 12. 26.
- 全労働省労働組合・中央執行委員會. 『労働政策審議會建議, ‘今後の労働条件に係る制度の在り方について’ の問題点について』. 2003. 1. 15.
- 労働政策審議會建議. 「今後の労働契約法制の在り方に關する研究會最終報告書」, 2005. 9. 15.
- 日本労働弁護団. 「労働契約法制及び労働時間法制に係る検討の視点」. に對する意見と当面の立法提言, 2006. 5. 17.
- 「第4回 今後の労働契約法制の在り方に關する研究會議事録」. 2004. 7. 2.
- 「第71回 労働政策審議會資料」. 2006. 12. 21.

Unfair Dismissal and Compensatory Award

Sang Kyun Cho

The compensatory award system as the relief system against an unfair dismissal is newly introduced system from the side that is diversification and raises the effective characteristic of right relief.

But, despite the introduction necessity, it contains a many problem point that It comes to decide without sufficient discussion in comparison with Japan.

This study examines the problem point that is the possibility of appearing from operation process. for example, the legal status of compensatory award, a necessary condition and a procedure for the award, estimate standard of compensation award, whether they introduced or not for the contracted worker etc. above all things, we should actively try to apply the reconciliatory system for quick relief, and not to run dawn to a field of collective labor relations.

Keywords : unfair dismissal, compensatory award, remedial orders, labor relations commmission, the labor-management relationships road map.