

노동정책연구
2009. 제9권 제1호 pp.131~165
© 한국노동연구원

연구논문

부당해고 시 금전보상제도에 대한 비판적 검토

조성혜*

현행 근로기준법 제30조 제3항은 해고가 부당한 것으로 판명되었으나 근로자 측이 복직을 원치 않는 경우 원직복직 대신 금전으로 보상하는 길을 열어주고 있다. 즉 “노동위원회는 …… 구제명령을 할 때에 근로자가 원직복직을 원하지 아니하면 원직복직을 명하는 대신 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였다더라면 받을 수 있었던 임금상당액 이상의 금품을 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다”(근기법 제30조 제3항).

금전보상은 복직을 사실상 기대하기 어려운 경우 원직복직을 강제하기보다는 금전을 지급함으로써 근로관계를 정리하도록 해주는 것이 당사자에게 현실적이라는 취지 하에 도입된 제도이다.

이 같은 금전보상의 현실적 필요성에도 불구하고 노동위원회 실무에서는 금전보상제도에 대한 근본적인 의문을 제기하는 법리적 허점들이 빈번하게 노출되고 있다. 우선 금전보상의 수준이 해고기간 동안의 임금상당액으로 정형화되어가면서 원직복직에 대한 보상 기능을 상실하고 있다. 금전보상액이 해고기간 동안의 임금상당액으로 고정되면 원직복직의 의무가 고스란히 사라지므로 근로자는 (복직의 경우에도 어차피 지급받아야 할) 해고기간 동안의 임금상당액만 지급받고 근로관계를 종료하는 셈이 된다.

나아가 개별 근로자의 사정을 고려하지 않은 채 일률적으로 동일한 보상

논문접수일: 2008년 11월 14일, 심사의뢰일: 2008년 11월 25일, 심사완료일: 2008년 12월 26일

* 동국대학교 법과대학 교수(cho901@dongguk.edu).

액을 지급하도록 함으로써 해고된 근로자간 형평에 반하는 결과가 나타난다. 근속기간이 매우 짧은 근로자는 과도한 보상을 받게 되고, 장기근속자는 지나치게 적은 액수로 보상을 받게 된다. 역으로 사용자는 부당해고구제신청을 한 근로자의 근속기간이 짧으면 상대적으로 금전적 손해를, 길면 이득을 보게 되는 셈이 된다.

근로자가 해고기간 동안 취업한 경우 또는 다른 직장에 재취업한 경우의 보상액 및 중간수입의 공제 여부도 석연치 않은 측면이 있다.

그 밖에 사용자가 객관적으로 원직복직을 시켜 줄 수 없는 상황에서 근로자가 복직만을 고수하는 경우 현행 근기법 제30조 제3항으로는 해결이 불가능하다.

현행 제도의 문제점을 해결하기 위해서는 금전보상액을 해고기간 동안의 임금상당액과 무관하게 근로자의 근속연수에 비례하여(예컨대 매 근속연수마다 최고 0.5개월분의 임금) 지급하는 방법으로 개선해야 할 것이다. 또한 근로자가 해고기간 동안 취업한 경우의 중간수입은 해고기간 동안의 임금상당액에서 공제해야 할 것이다.

그 밖에 사용자가 근로자를 복직시킬 수 없는 불가피한 사정이 존재할 수 있다는 점에서 엄격한 요건 하에(복직이 불가능하다는 사실이 객관적으로 입증된 경우에 한해) 노동위원회의 심의를 거쳐 사용자에게도 금전보상 신청권을 부여할 필요성이 있다. 다만 해고가 남용되지 않도록 사용자가 신청한 경우 금전보상금액을 높이는 방법을 고려해 볼 수 있다.

핵심용어 : 부당해고, 복직, 금전보상, 해고기간 동안의 임금상당액, 화해

I. 머리말

근로자들이 노동위원회에 부당해고구제신청을 하는 취지는 자신에 대한 해고가 부당하므로 원직에 복직시키고, 동시에 해고기간 동안 정상적으로 근로하였다면 받을 수 있었던 임금상당액을 지급해 달라는 것이다. 상식적으로도 원직에 복직할 의사가 없는 근로자가 부당해고구제신청을 한다는 것은 납득하기 어렵다. 사용자도 노동위원회로부터 해고가 부당하다는 판정을 받으면 원칙적

으로 근로자를 원직에 복직시켜야 한다.

다만 현실에서는 해고가 부당하다고 판명이 났음에도 불구하고 어떠한 사정으로는 원직복직이 여의치 않은 경우가 종종 발생한다. 대부분은 사용자 측이 해당 근로자와의 근로관계를 지속시키기를 원치 않아 원직복직이 어렵긴 하나, 더러는 근로자 자신이 복직을 원치 않는 경우도 있다.

현행 근로기준법(이하 ‘근기법’이라 한다) 제30조 제3항은 해고가 부당한 것으로 판명되었으나 근로자 측이 복직을 원치 않는 경우 원직복직 대신 금전으로 보상하는 길을 열어주고 있다. 즉 “노동위원회는 …… 구제명령을 할 때에 근로자가 원직복직을 원하지 아니하면 원직복직을 명하는 대신 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금상당액 이상의 금품을 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다”(근기법 제30조 제3항).

금전보상은 복직을 기대하기 어려운 경우 원직복직을 강제하기보다는 금전적 보상으로 근로관계를 정리하도록 해주는 것이 당사자에게 현실적이라는 취지하에 도입된 제도이다.¹⁾ 사용자는 근로자를 해고한 측이므로 당연히 원직복직을 달갑게 여기지 않을 것이고, 근로자 역시 이미 신뢰관계가 깨진 상황에서 다시 사용자와 손잡고 일하는 것이 쉽지 않기 때문에 원직복직을 희망하지 않을 수 있다. 특히 근로자가 이미 다른 직장에 재취업한 경우에는 (전 직장의 대우가 새 직장에 비해 월등히 높지 않은 이상) 원직복직을 기대하기가 어렵다.

이 같은 금전보상의 현실적 필요성에도 불구하고 노동위원회 실무에서는 금전보상제도에 대한 근본적인 의문을 제기하는 법리적 허점들이 빈번하게 노출되고 있다. 우선 금전보상의 수준이 해고기간 동안의 임금상당액으로 정형화되어가면서 원직복직에 대한 보상 기능을 상실하고 있다. 금전보상액이 해고기간 동안의 임금상당액으로 고정되면 원직복직의 의무가 고스란히 사라지므로 근로자는 (복직의 경우에도 어차피 지급받아야 할) 해고기간 동안의 임금상당액만 지급받고 근로관계를 종료하는 셈이 된다.

나아가 개별 근로자의 사정을 고려하지 않은 채 일률적으로 동일한 보상액을 지급하도록 함으로써 해고된 근로자간 형평에 반하는 결과가 나타난다. 근속기간이 매우 짧은 근로자는 과도한 보상을 받게 되고, 장기근속자는 지나치게 적

1) 노동부, 「노사관계선진화입법 설명자료」, 2007. 1, p.138 이하.

은 액수로 보상을 받게 된다. 역으로 사용자는 부당해고구제신청을 한 근로자의 근속기간이 짧으면 상대적으로 금전적 손해를, 길면 이득을 보는 셈이 된다.

근로자가 해고기간 동안 취업한 경우 또는 다른 직장에 재취업한 경우의 보상액 및 중간수입의 공제 여부도 석연치 않은 측면이 있다.

그 밖에 사용자가 객관적으로 원직에 복직시킬 수 없는 상황에서 근로자가 복직만을 고수하는 경우 현행 근기법 제30조 제3항으로는 해결이 불가능하다. 이러한 문제들은 금전보상의 성격, 수준 및 보상액 산정 시 고려사항 등에 대한 신중한 검토 없이 제도를 도입한 데 따른 부작용이라고 본다.

아래에서는 현행 금전보상제도의 도입 취지, 현행법의 구체적인 내용과 문제점을 노동위원회의 실무를 중심으로 살펴보고 이에 대한 개선방안에 대하여 검토해 보기로 한다.

II. 금전보상제도의 취지 및 성격

1. 금전보상의 도입 배경

현실에서 대다수의 근로자는 원직에 복직하기를 희망하여 부당해고구제신청을 하는 반면 대다수의 사용자는 일단 해고한 근로자를 선뜻 복직시키려 하지 않는다. 실제로 해고가 부당한 것으로 판정났음에도 불구하고 사용자가 복직을 시키지 않아 근로자가 기약도 없이 사용자의 ‘관대한’ 처분만을 기다리는 경우가 드물지 않다. 근기법 제33조에 이행강제금제도가 도입되었다고 해도²⁾ 노동위원회가 원직복직을 강제하기란 쉽지 않다. 더구나 항소 등으로 해고기간이 장기화되고도 최종적으로 패소 판결을 받는 경우는 그동안 투자한 시간, 비용, 노력이 모두 허사가 된다. 승소한 측 역시 패소한 측과 같은 과정을 거쳤다는 점에서 승패의 결과는 다를지라도 해고를 둘러싼 장기간의 다툼으로 인한 후유증으로부터 벗어나기는 쉽지 않다.

2) 이행강제금제도의 문제점에 대하여는 박지순, 「부당해고 구제방법상의 법적 쟁점」, 『고려법학』 제5호(2008. 4), pp.443~475(469).

이러한 현실을 반영하여 2007년 4월 11일 개정된 근기법 제30조 제3항에 신설된 부당해고구제제도가 노동위원회에 의한 금전보상명령이다.³⁾ 이 규정에 따라 노동위원회는 구제명령을 할 때에 근로자가 원직복직을 원치 않으면 원직복직을 명하는 대신 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금상당액 이상의 금품을 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다.

노사관계법·제도 선진화 방안에 의하면 제도의 입법 취지는 첫째, 당사자간에 근로관계의 지속을 객관적으로 기대하기 어려운 경우에도 일률적으로 해고 무효에 따른 원직복직과 근로관계의 존속을 인정하는 경직된 결과를 초래하고, 둘째, 복직 자체를 강제하거나 실력으로 실현시킬 수 없고, 셋째, 노동위원회의 구제명령은 그 자체 사법적 효력(해고무효)을 내포한 것이 아니라는 판례 태도와 넷째, 임금지급을 하지 않는 경우 궁극적으로 이행청구의 소를 통해 관철할 수밖에 없는 한계가 있다는 것이었다.⁴⁾

이러한 금전보상제도의 입법 취지를 살펴보면 노사관계선진화연구위원회 역시 금전보상이 필요한 이유는 근로자가 원직복직을 원치 않아서라기보다 사용자가 원직복직을 시키지 않아서라는 사실을 인식한 것으로 보인다. 물론 “당사자간에 근로관계의 지속을 객관적으로 기대하기 어려운 경우에도”라는 표현으로부터 사용자뿐 아니라 근로자가 원직복직을 원치 않는 경우까지 포함한 것이라는 해석이 나올 수는 있으나 그 밖의 취지를 살펴보면 제도 도입의 근본적인 목적은 사용자에게 원직복직을 강제할 수 없기 때문에 금전적 보상과 같은 현실적 해결방안으로 원직복직을 대체하는 데 있다 할 것이다.

한편 노동부는 금전보상제도의 도입 배경과 관련, 노동위원회가 부당해고 판정을 내리면 “원직복직과 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 지급받을 수 있었던 임금상당액 지급”을 명하고 있으나, 원직복직은 근로자가 이를 원하지

3) 금전보상제도의 도입 배경에 대한 논문으로는 김홍영, 「부당해고 구제절차에서의 금전보상제도 및 이행강제금제도」, 『노동법학』 제25호, 2007, p.46 이하; 일본의 금전보상제도에 관하여는 조상균, 「부당해고와 금전보상제도」, 『노동정책연구』 제7권 제2호, 2007, p.13 이하 참조; 금전보상에 대한 비교법적 연구로는 장은숙, 「유럽국가의 부당해고에 대한 금전보상제도 - 독일, 영국, 이태리, 프랑스-」, 『조정과 심판』 2008 봄, p.12 이하; 문무기(편), 『노동법의 쟁점(I) - 2007 상반기 노동법·법경제 포럼논문집』, 2007, p.53 이하 참조; 임종률, 『노동법』 (제7판), 2008, p.530; 김형배, 『노동법』 (제4판), 2007, p.606 이하 참조.

4) 노동부, 위 자료, p.138 이하.

않는 경우 효과적인 구제방법이 되지 못하므로 원직복직을 대신하여 금전보상금을 지급하고 근로관계를 종료할 필요성이 있다고 설명하고 있다.⁵⁾

여기서 “원직복직은 근로자가 이를 원하지 않는 경우 효과적인 구제방법이 되지 못하므로”라는 설명은 원직복직이 이루어지지 않은 근본적 원인이 근로자의 복직 거부에 있는 것으로 간주하고 있는 것으로 보인다. 그러나 이는 금전보상의 신청을 근로자에게만 부여한 법 규정에 맞춰 그 취지를 설명한 것일 뿐 노동부가 원직복직이 이루어지지 않는 원인에 대한 인식이 부족해서라고 하기는 어렵다.

위에 언급한 도입 배경으로부터 볼 수 있듯이 금전보상은 (사용자가) 원직복직을 거부할 경우 이를 강제할 수 없는 현실에서 출발한 것이다. 다만 아래에서 설명하는 바와 같이 사용자에게 원직복직 대신 금전보상을 신청할 수 있도록 할 경우 대부분의 부당해고가 금전보상으로 마무리될 가능성이 높기 때문에 근로자에게 한하여 금전보상 신청권을 부여한 것이라 할 것이다.

2. 금전보상의 성격

노동부는 노사관계선진화입법 설명자료에서 임금상당액 이상의 금품은 해고기간 동안의 ‘임금상당액’과 ‘위로금’을 포함하여 원직복직을 대신한 것으로 노동위원회가 근로자의 귀책사유, 해고의 부당성 정도 등을 고려하여 결정한다고 언급하고 있다.⁶⁾

이 설명으로부터 금전보상은 해고기간 동안의 임금상당액과 복직을 하지 않은 데 대한 보상의 성격을 갖고 있음을 알 수 있다.

노동부의 설명이 없다 하더라도 금전보상이 원직에 복직하지 않은 데 대한 보상과 함께 근로하지 못한 해고기간 동안의 임금상당액이라는 사실은 분명하다. 물론 근기법 제30조 제3항의 “해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금상당액 이상의 금품”이라는 표현으로부터 금전보상액이 노동부가 명시하듯이 해고기간 동안의 임금과 그 이상의 위로금이라고 새길 수도 있

5) 노동부, 위 자료, p.81.

6) 노동부, 위 자료, p.83.

을 것이다.)

그런데 금전보상의 초점은 해고기간 동안의 임금이 아니라 원직복직을 대체하는 보상금(위로금)에 맞춰져야 한다. 왜냐하면 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금상당액은 근로자가 복직을 하든 하지 않든 부당해고에 대한 귀책사유가 있는 사용자가 당연히 지급하여야 할 금품이기 때문이다. 즉 금전보상은 원직복직을 대체하는 보상적 성격의 위로금에 해고기간 동안의 임금을 합한 금액으로 지급되어야 한다.

Ⅲ. 금전보상의 주요 내용 및 문제점

1. 근로자에 의한 신청

가. 취지

근기법 제30조 제3항은 “노동위원회는 …… 구제명령을 할 때에 근로자가 원직복직을 원하지 아니하면”이라고 함으로써 금전보상을 근로자가 희망하는 경우로 제한하고 있다.

이와 관련 노사관계제도선진화연구위원회는 “금전보상은 부당해고에 대한 구제방식의 다양화라는 측면에서 부당해고구제제도를 보완하기 위한 것”이므로, “사용자가 신청할 경우에는 사회통념상 근로관계 존속을 기대할 수 없는 경우에만 허용”하도록 하고, “근로자가 신청할 경우에는 부당해고에 따른 손해배상의 성질을 가지므로 폭넓게 허용”해야 한다는 방안을 제시하였다.⁸⁾

이를 토대로 노동부는 노사관계선진화 입법자료에서 선진국에서는 사용자의 신청 또는 사회통념상 근로관계의 유지가 객관적으로 어려운 경우 폭넓게 ‘금전보상제’를 운영하고 있으나, 우리나라의 노사관계 여건상 사용자에 의한 해고의 남용이 우려된다는 지적이 있어 “근로자가 원직복직을 희망하지 않는 경

7) 이 표현의 무게 중심은 ‘위로금’보다는 ‘해고기간 동안의 … 임금상당액’에 실려 있어 위로금의 의미로 쓰인 ‘이상’이 간과될 가능성이 높다.

8) 노사관계제도선진화연구위원회, 「노사관계법·제도선진화 방안」, 2003. 11, p.138.

우”로 제한하여 운영할 것임을 명시하였다.⁹⁾

이 같은 취지로부터 근로자가 원직복직을 원치 않는 경우만으로 금전보상의 요건을 제한한 이유는 사용자가 원직복직을 원치 않는 경우까지 금전보상의 요건을 확대할 경우 사용자 대부분이 해고한 근로자를 복직시키려 하지 않으므로 해고제한 규정의 의미가 퇴색하고 해고가 일상화될 수 있기 때문이라고 해석할 수 있다. 사용자에게까지 금전보상 신청권을 부여하게 되면 해고가 부당하다고 판정이 나도 (사용자의 금전보상 신청으로) 해고된 근로자들은 영구적으로 복직을 할 수 없게 될 수도 있다. 그렇게 되면 근기법의 해고의 제한 규정(제23조 및 제24조)은 그 본래의 의미를 상실하고 단지 금전보상금을 지급받기 위한 절차로 변해 버릴 가능성이 높다.

나. 문제점

1) 원직복직이 불가능한 사용자 측의 일반적인 사정

그러나 현실에서 근로자 스스로가 단지 보상을 지급받을 목적만으로 부당해고구제신청을 하는 경우는 흔치 않다. 부당해고구제신청 기간 중 재취업을 한 근로자 외에 대다수의 근로자들은 원직에 복직할 수 없는 불가피한 사정 때문에 어쩔 수 없이 금전보상을 택하게 된다. 사용자가 완강하게 해당 근로자의 원직복직을 거부하기 때문에, 또는 이와 유사한 사업장 내의 다른 사정으로 복직 가능성이 없다고 판단하여 원직복직 대신 금전보상 신청을 한다. 즉 대부분의 근로자가 금전보상을 신청하는 근본적 원인은 원직복직을 기피하는 사용자에게 있음을 부정할 수 없다.

그럼에도 불구하고 금전보상의 요건을 근로자가 원하는 경우로 제한한 것은 사용자측 사정을 전혀 고려하지 않았다는 점에서 문제가 있다. 해고된 근로자가 복직될 수 없는 객관적인 사정이 존재하는데 원직복직을 강제할 경우 사용자는 매우 곤란한 상황에 처하게 된다. 예컨대 동료 근로자들이 연대하여 해고된 근로자의 복직을 반대한다든지, 과견근로관계에서 사용사업주가 근로자의 복직을 반대하고 과견사업주에게 달리 근로자를 사용할 만한 일자리가 없는 경

9) 노동부, 위 자료, p.83.

우10) 근로자의 복직은 사실상 불가능하다.

이 같이 객관적으로 사용자가 근로자를 복직시킬 수 없는 불가피한 사정이 존재함에도 불구하고 원직복직을 강제할 경우 사용자 측은 복직을 이행하지 못한 데 대한 이행강제금(근기법 제33조)을 납부해야만 한다.

물론 노동위원회의 판정에도 불구하고 심문회의가 끝난 후 양자가 합의하여 법정 금전보상액 이상으로 다툼을 종결하는 방법도 있긴 하나 상대방이 동의해주지 않을 수도 있다는 점에서 결과는 불확실하다.

2) 근로자 측 귀책사유에 기인한 해고의 경우

해고가 근로자 측의 귀책사유에 의한 경우 사용자는 해고된 근로자의 자리를 신규 근로자로 대체함으로써 인력을 보충하려 할 가능성이 높다. 동시에 사용자가 바로 신규 인력을 충원하여 해고된 근로자의 원직복직 거부의 구실을 마련하려 할 수도 있다.

일단 사용자가 근로자를 해고한 후 그 자리에 다른 근로자를 채용했다면 해고근로자를 복직시키기가 쉽지 않다. 일자리의 여유가 없는 한 해고된 근로자를 원직에 복직시키려면 새로 채용된 근로자를 해고하지 않으면 안 된다. 만일 해고된 신규 근로자가 부당해고구제신청을 할 경우 사용자는 또다시 부당해고구제신청의 상대방이 될 수도 있다.¹¹⁾

그러므로 신규 인력의 충원은 원칙적으로 부당해고에 대한 최종 결과가 나온 후에야 가능하다고 해야 할 것이다. 다만 중앙노동위원회에의 재심신청을 비롯하여 법원에서의 항소로 해고를 둘러싼 다툼이 장기화될 경우 사용자는 그 기간 동안 필요한 인력을 충원할 수 없게 된다. 그러나 사용자가 해고로 인한 다툼이 지속되는 동안에 한해 기간제 근로자를 사용한다면 해고된 근로자의 자리

10) 아파트 경비의 경우 대부분 용역업체에 의한 간접고용으로 이루어지는데 실질적으로 근로자의 사용 여부를 결정하는 자는 입주자대표회의라는 점에서 사용자가 근로관계에 직접적인 영향을 미치기 어렵다.

11) 이러한 측면에서 볼 때 사용자는 해고의 효력을 다투는 기간 동안에는 근로자를 정식으로 채용해서는 안 되고 업무상의 필요에 의하여 대체인력을 사용할 수밖에 없는 상황이라 하더라도 기간을 정하여 채용하여야 할 것이다. 이같은 사정을 고려하지 않은 사용자의 성급한 행보를 법이 보호해야 할 필요성은 없다고도 할 수 있다. 그러나 단지 그 이유 때문에 금전보상의 요건을 근로자가 원직복직을 원치 않는 경우로 제한한 것이 타당하다고 할 수는 없다.

를 충원하지 못함으로써 발생하는 문제는 어느 정도 해소될 수 있다. 따라서 사용자가 다른 근로자를 채용하였기 때문에 원직복직이 불가능하다는 변명을 할 수는 없다.¹²⁾ 다만 사용자가 해고된 근로자보다 ‘유능한’ 신규 근로자를 채용한 경우 원직복직의 문제는 또다른 복잡한 양상을 띠게 된다.¹³⁾

이유가 어떻든 사용자가 근로자 측의 귀책사유로 근로자를 해고한 후 이미 신규 근로자를 채용한 경우 사용자 측으로서는 해고된 근로자를 복직시키기가 용이하지 않으므로 금전보상이 현실적인 방법이 될 수 있다.

3) 경영상 이유에 의한 해고의 경우

해고가 경영상 이유에 의한 경우는 해고가 부당하다는 판정이 나온 주요 원인이 긴박한 경영상의 필요성이 인정되지 않은 데 있는 것인지, 아니면 해고 대상자의 선정 기준 또는 노조와의 협의 등 절차적 요건을 충족하지 못한 데 따른 것인지를 구분해야 한다.

부당해고로 판명된 이유가 긴박한 경영상의 필요성이 인정되지 않은 데 있다면 근로자를 복직시키는 것이 큰 문제가 되지 않을 수 있다. 사용자는 해고해야 할 만한 긴박한 경영상의 사유가 없으므로 근로자를 다시 원직에 복직시키면 된다.

그러나 부당해고의 이유가 합리적이고 공정한 해고 대상자의 선정 기준에 의하지 않았거나, 남녀차별을 하였다거나, 노조와 협의를 거치지 않았다는 데 있을 때에는 해고된 근로자를 복직시키는 대신 다른 근로자를 해고하거나, 절차상 하자를 치유하여 (즉 노조와 협의하여) 해당 근로자를 다시 해고해야 한다.

전자의 경우 사용자 측으로서는 해고된 근로자 대신 다른 근로자를 해고하는 과정 또한 부담스러울 수 있다. 후자의 경우는 해고근로자를 복직시킨 후 절차를 준수하여 같은 근로자를 다시 해고해야 하는 번거로움이 따른다.

이 같이 긴박한 경영상의 필요성이 인정되었으나 해고 대상자의 선정 기준이 공정하고 합리적이지 않았거나 노조와의 협의 절차 등을 거치지 않아 부당해고로 판정난 경우 사용자는 해고된 근로자를 원직에 복직시킴과 동시에 또다른

12) 여전히 현실에서는 적잖은 사용자들이 신규 근로자를 채용하여 더 이상 해고된 근로자를 원직에 복직시킬 수 없다는 진술을 하곤 한다.

13) 이 문제는 이 글의 범위를 벗어나므로 여기서는 자세히 다루지 않기로 한다.

예측불허의 상황에 직면하게 된다.

때로는 경영상 이유에 의한 해고라는 명분하에 정당한 이유 없는 해고를 하는 경우도 있다. 예컨대 경영진이 바뀌면서 새로 부임한 부사장이 자신이 원하는 근로자를 운전기사로 사용하기 위해 기존의 운전기사를 연봉이 높다는 이유로 해고한 사건이 있다.¹⁴⁾ 이 사건에서 사용자는 해고근로자에게 다른 일자리를 알선해 주며 3개월의 위로금을 제시했으나 근로자는 이에 응하지 않고 노동위원회에 부당해고구제신청을 하였다. 근로자는 부사장의 임기가 조만간 만료되면 복직되리라는 희망을 갖고 부당해고 판정을 기대했으나 부사장의 임기가 다시 2년 연장된다는 소문에 심문회의 중 생각을 바꿔 원직복직을 포기하고 화해에 응했다.¹⁵⁾ 형식적으로는 근로자가 원직복직을 희망하지 않은 것으로 보이나, 실은 새로 부임한 부사장이 이미 자신이 원하는 다른 운전기사를 사용했기 때문에 복직의 희망을 접은 것이다.

2. 금전보상액의 수준

가. 원직복직 시 해고기간 동안의 임금 지급

부당해고구제신청에 대한 신청취지와 판정문 주문은 대부분 다음과 같은 내용으로 이루어져 있다.

1. OO주식회사가 0000년 00월 00일 근로자 000에게 행한 해고는 부당해고임을 인정한다.
2. OO주식회사는 근로자 000을(를) 즉시 원직에 복직시키고 해고기간 동안 정상적으로 근로하였다면 받을 수 있었던 임금상당액을 지급하라.

실무에서 해고기간은 근로자가 해고를 당한 날로부터 부당해고구제신청의 심문회의가 개최된 날까지로 기산한다(노동위원회규칙 제65조 제2항).

부당해고구제신청의 신청 취지나 판정문 주문에도 나타나 있는 바와 같이 부

14) OO노동위원회 2008. 9. 5. 사건, OO부해1822사건

15) 이 사건에서는 5개월의 임금(약 1,580만원)으로 화해가 종료되었다.

당해고구제신청을 하는 대부분의 근로자는 사용자가 자신을 해고한 것이 부당하므로 원직에 복직시켜야 하고, 부당한 해고가 있었기 때문에 근로를 제공할 수 없었으므로 그 기간에 대하여 임금상당액을 지급해야 한다고 주장한다. 즉 결자해지(結者解之)로서 원인제공을 한 사용자가 모든 것을 원상복귀시켜야 함은 물론 부당한 해고로 근로자가 근로를 제공하지 못하여 발생한 임금손실액을 함께 보상하여야 한다는 것이다.

그러므로 원직복직과 해고기간 동안의 임금상당액은 동시에 이루어져야 하는 사용자의 의무로서 상호 대체적인 것이 아니다. 즉 원직복직 대신 해고기간 동안의 임금을 지급할 수도 없고, 해고기간 동안의 임금을 지급하지 않고 원직복직을 시킬 수도 없다.

그러므로 부당해고가 인정되면 사용자는 근로자를 원직에 복직시키고 동시에 해고기간 동안의 임금상당액을 지급해야 한다.

나. 문제점

1) 금전보상액=해고기간 동안의 임금상당액

위에서 본 바와 같이 원직복직 시에는 원직복직과 함께 해고기간 동안 정상적으로 근로하였다면 받을 수 있었던 임금상당액을 당연히 지급해야 된다. 근로자가 원직복직을 희망하지 않아 금전보상 신청을 할 경우 역시 원직복직을 대체하는 위로금과 함께 해고기간 동안의 임금상당액이 지급되어야 한다. 즉 근로자가 원직복직을 하면 ‘원직복직+해고기간 동안의 임금상당액’이, 금전보상신청을 한 경우는 ‘위로금+해고기간 동안의 임금상당액’이 지급되어야 한다.

일견 근기법 제30조 제3항의 ‘임금상당액 이상’이라는 표현은 임금상당액과 함께 위로금을 지급하라는 의미로 쓰인 것으로 보인다. 문제는 ‘임금상당액 이상’이라는 표현 자체가 임금상당액을 함께 포함하고 있다는 점이다. ‘이상’의 사전적 의미는 ‘수량·정도 등을 나타내는 명사 뒤에 쓰여 그것을 포함하여 그것보다 더 많거나 위임’을 의미한다.¹⁶⁾ 따라서 ‘해고기간 동안의 임금상당액 이상’은 ‘임금상당액’ 또는 ‘임금상당액을 상회하는 금액’이라고 할 것이다.¹⁷⁾

16) 엡센스 국어사전, 민중서림, 2001.

17) 임금상당액과 관련 보상금액을 정함에 있어 노동위원회가 근로자의 귀책사유, 해고의 부

다시 말해 복직을 원치 않는 경우 근로자가 보상금으로 받을 수 있는 금액은 최저액은 임금 상당액이고 최고액은 정해져 있지 않다. 따라서 복직을 대체하는 금전보상으로 최저액인 임금 상당액만을 지급한다 해도 법 위반이 아니다.

실제로 근로자들이 부당해고구제신청시 원직복직 대신 금전보상신청을 하는 경우 해고기간 동안의 임금 수준 정도의 금액을 신청한다. 설령 해고기간 동안의 임금 상당액을 상회하는 금액을 신청한다 해도¹⁸⁾ 대부분은 노동위원회에서 해고기간 동안의 임금 수준으로 조정된다.¹⁹⁾ 즉 실무에서는 금전보상액이 해고기간 동안의 임금 상당액 수준 정도로 굳어져가고 있다.²⁰⁾

이같이 금전보상은 원직복직을 대체하는 보상금이 아니라 원직복직을 시키지 않은 채 단지 해고기간 동안의 임금상당액만 지급하는 제도로 변해가고 있는 것이다. 그 결과 근로자가 금전보상 신청을 한 경우 사용자는 복직을 시키지 않고 해고기간 동안의 임금상당액만 지급하면 된다. 반면 근로자는 복직에 대한 위로금은 전혀 받지 못한 채 해고기간 동안의 임금상당액만 받고 근로관계를 종료하게 된다.

물론 아래에서도 설명하는 바와 같이 해고기간 동안의 임금상당액이 모든 근

당성 정도 등을 고려하여 결정된다고 하거나(노동부, 위의 자료, 2006. 9, p.44), 노동위원회가 상당한 재량권을 갖고 있고 재량권한의 행사에 있어 적절성을 기해야 한다고 해석하는 견해가 있으나(김홍영, 「부당해고에 대한 금전보상제의 도입에 따른 쟁점사항」, 『조정과 심판』, 2006 겨울, p.2 이하), 현실에서는 노동위원회가 별다른 고민 없이 ‘금전보상액=해고기간 동안의 임금상당액’으로 정하고 있다는 점이 문제이다. 반면 노동위원회의 자유재량에 맡겨지는 것이 타당하지 않다는 견해도 있다. 박지순, 앞의 글, p.468 참조.

- 18) 종중 기간제 근로자가 계약기간 종료 전 해고된 경우 잔여계약 전 기간에 대한 임금으로 금전보상 신청을 하는 경우가 있다. OO노동위원회 2008. 9. 16. 사건, OO 2008부해 1883사건
- 19) 노동위원회 실무에서는 ‘금전보상액=해고기간 동안의 임금상당액’이라는 단순한 계산방식이 통용될 뿐 보상액 산정의 이론적 모델(김홍영, 앞의 글 p.15) 등은 전혀 고려의 대상이 되지 않는다.
- 20) 금전보상액이 ‘해고기간 동안의 임금 이상’임에도 불구하고 ‘해고기간 동안의 임금’으로 굳어진 것은 어찌면 당연한 귀결인지도 모른다. 마치 근기법 제46조 제1항(휴업수당)이 “사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우에 사용자는 휴업기간 동안 그 근로자에게 평균임금의 100분의 70 이상의 수당을 지급하여야 한다”하고 있음에도 불구하고 현실에서는 휴업수당이 평균임금의 70%로 인식되는 것과 유사하다. 거의 대부분의 근로관계 당사자들이 “휴업수당=평균임금의 70%”로 생각하고 있어, 오히려 그 이상을 지급하는 경우가 예외로 보일 정도이다.

로자에게 낮다고 할 수는 없다. 근속기간이 극히 짧은 근로자로서 사용자와 다시 근로관계를 지속할 의사가 없는 경우에는 해고기간 동안의 임금상당액이 상당히 높은 금액이 될 수 있다. 더구나 심문일이 늦춰져 해고기간(해고일부터 노동위원회의 심문일까지)이 길어진 경우는 그 금액이 비례에 맞지 않게 높아질 수 있다. 마찬가지로 아래에 설명하는 바와 같이 해고된 후 얼마 되지 않아 재취업을 한 근로자도 해고기간 동안의 임금상당액을 금전보상으로 지급받음으로써 경제적으로 이득을 취하기도 한다.

2) 해고기간 동안 취업한 경우

금전보상을 신청한 근로자가 해고기간 동안 취업을 한 경우 사용자가 금전보상액으로 지급해야 할 “해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금상당액”이 무엇을 의미하느냐와 관련 의문이 일 수 있다. 다시 말해 해고기간 동안 다른 사용자에게 근로를 제공하였으므로(즉 임금손실이 없으므로) 금전보상액을 지급하지 않아도 될 것인지, 엄밀한 의미의 실직기간(즉 해고된 날부터 재취업하기 전까지 실질적으로 실업상태에 있던 기간)에 대하여만 보상을 해줄 것인지, 아니면 취업 여부와 관계없이 해고된 날부터 노동위원회의 심문회의가 있을 때까지 임금상당액 이상을 지급해야 할 것인지가 불분명하다.

대법원은 해고기간 동안의 중간수입과 관련 “사용자의 귀책사유로 인하여 해고된 근로자는 그 기간 중에 노무를 제공하지 못하였더라도 민법 제538조 제1항 본문의 규정에 의하여 사용자에게 그 기간 동안의 임금을 청구할 수 있고, 이 경우에 근로자가 자기의 채무를 면함으로써 얻은 이익이 있을 때에는 같은 법 제538조 제2항의 규정에 의하여 이를 사용자에게 상환할 의무가 있다고 할 것인데, 근로자가 해고기간 중에 다른 직장에 종사하여 얻은 수입은 근로제공의 의무를 면함으로써 얻은 이익이라고 할 것이므로 사용자는 근로자에게 해고기간 중의 임금을 지급함에 있어서 위의 이익(이른바 중간수입)을 공제할 수 있다”고 하고 있다.²¹⁾

이 기준에 의하자면 재취업의 경우는 임금상당액에서 취업한 기간 동안 취한 금전적 이득에 대하여는 반환하여야 한다. 그런데 근기법 제30조 제3항에 의한

21) 대법원 1991. 12. 13. 선고 90다18999 판결 등 참조

금전보상액이 “해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금상당액”으로 되어 있어 해고기간 동안 근로를 제공함으로써 중간수입이 있는 경우 이를 금전보상액에서 어떻게 공제해야 할 것인지가 문제된다.

근로자가 취업을 하였다는 이유로 중간수입을 공제하여 금전보상액이 거의 없게 되었다면 사용자가 보상을 면하게 됨으로써 자신의 부당한 해고에 대한 대가를 치르지 않는 결과를 가져온다. 그런데 근로자가 취업을 한 것은 근로자의 노력 또는 행운에 의한 것이고 그 이익을 향수할 자 또한 해당 근로자이어야지, 이로 인해 부당한 해고를 한 사용자가 반사적 이익을 얻어야 할 이유는 없다. 그렇다고 근로자가 전 사용자로부터 해고기간 동안의 임금상당액을 받고 동시에 새 사업장에서 임금 전액을 받는 것도 합당하게 보이지는 않는다.

이와 관련 대법원은 다시 “근로기준법 제38조(현행 제46조)는 근로자의 최저생활을 보장하려는 취지에서 사용자의 귀책사유로 인하여 휴업하는 경우에는 사용자는 휴업기간 중 당해 근로자에게 그 평균임금의 100분의 70 이상의 수당을 지급하여야 한다고 규정하고 있고, 여기서의 휴업에는 개개의 근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공할 의사가 있음에도 불구하고 그 의사에 반하여 취업이 거부되거나 또는 불가능하게 된 경우도 포함되므로 근로자가 사용자의 귀책사유로 인하여 해고된 경우에도 위 휴업수당에 관한 근로기준법이 적용될 수 있으며 이 경우에 근로자가 지급받을 수 있는 해고기간 중의 임금액 중 위 휴업수당의 한도에서는 이를 중간수입 공제의 대상으로 삼을 수 없고, 그 휴업수당을 초과하는 금액 범위에서만 공제하여야 할 것”이라고 하고 있다.²²⁾ 이에 따라 노동위원회 실무에서는 취업한 경우 해고기간 동안의 임금상당액으로 평균임금의 70%를 지급하고 있다.²³⁾

결과적으로 재취업한 경우에는 근로자는 새 직장에서의 임금과 전 직장에서의 휴업수당에 상당하는 금품을 이중으로 지급받게 된다.²⁴⁾

그러나 원칙적으로 재취업한 경우에도 금전보상액은 지급하여야 하되 해고

22) 이에 기본적으로 찬성하는 입장으로는 임종률, 『노동법』 (제7판), 2008, p.533.

23) 중앙노동위원회, 『심판업무 처리요령』, 2007, p.120 참조.

24) 만일 금전보상액이 해고기간 동안의 임금상당액과 무관하게 특정액의 위로금으로 지급된다면 금전보상액은 “위로금+해고기간 동안의 임금상당액”으로 될 것이다. 여기서도 해고기간 동안의 임금상당액의 산정에 있어서 중간수입의 공제 여부는 마찬가지로 문제가 된다.

기간 동안의 임금에서 재취업함으로써 얻은 중간수입에 비례해 공제하는 것이 합당하다고 본다. 왜냐하면 근로자가 해고됨으로써 해고되지 않고 근로함으로써 지급받았을 임금보다 더 높은 금전적 이득을 취하게 되는 것을 타당하다고 할 수는 없기 때문이다.²⁵⁾ 금전보상의 본래 목적은 해고기간 동안의 임금상당액의 지급이 아니라 복직을 시키지 못한 데 대하여 금전으로 보상을 하는 데 있다. 그리고 해고기간 동안 임금상당액을 지급하는 목적은 부당하게 해고를 한 사용자가 해고로 인하여 임금소득을 상실하게 된 근로자에게 해고 기간 동안 근로하였다면 받았을 임금을 지급하도록 하는 데 있다. 따라서 근로자가 해고기간 동안 취업한 경우 원직복직에 대한 위로금은 지급되지, 해고기간 동안 다른 사업장에서 근로를 제공함으로써 발생한 수입이 있으므로 이를 그 기간의 임금상당액에서 공제하는 것이 맞다 할 것이다.

나아가 고용보험으로부터 구직급여를 지급받은 경우 이에 대한 공제 여부도 문제가 될 수 있다. 위의 판례에 의하면 휴업수당(평균임금의 70%)의 한도에서 중간수입 공제의 대상으로 삼을 수 없다고 하므로, 근로자가 구직급여를 받은 것을 중간수입이라고 본다면 해당 근로자는 휴업수당과 구직급여(임금의 50% 정도)를 동시에 받게 된다고 해야 할 것이다. 그러나 노동위원회 실무에서는 실직상태에 있는 근로자에게는 해고기간 동안의 임금 전액을 금전보상금으로 지급하도록 하고 있다.

한편 고용보험에서는 원직복직을 하여 해고기간 동안의 임금을 지급받게 되는 경우 기 지급한 구직급여를 반납하도록 하고 있다. 즉 고용보험법 제62조 제3항에 의하여 “직업안정기관의 장은 수급자격자 또는 수급자격이 있었던 자에게 잘못 지급된 구직급여가 있으면 그 지급금액을 징수할 수 있다”.²⁶⁾ 물론 금전보상의 경우는 원직복직 대신 해고기간 동안의 임금상당액이 지급되므로,

-
- 25) 재취업의 경우 해고기간 동안의 임금상당액에서 중간수입을 공제한다 해도 휴업수당만은 보장해야 한다는 대법원의 논리는, 근로자가 해고됨으로써 해고되지 않았을 때보다 더 높은 경제적 이득을 취해도 무방하다는 것으로 동일한 사유에 의한 중복급여금지의 원칙에 반한다. 다만 재취업시 해고기간 동안의 임금상당액에서 어느 정도까지 중간수입을 공제하느냐는 원직복직의 경우에도 발생하는 문제로서 이 글의 주제와는 다소 거리가 있으므로 여기서 깊게 다루지는 않는다.
- 26) 현실에서는 실업자가 구직급여를 지급받을 때 원직에 복직하여 해고기간 동안의 임금을 지급받을 경우 이를 고용보험에 반납하겠다는 서약서를 작성하도록 하여 중복적 급여를 금하고 있다.

즉 해고기간 동안의 임금상당액이 원직복직을 대체하는 금액이므로, 고용보험에서 기 지급한 구직급여를 징수할 명분은 없다.

그러나 원칙적으로 해고기간 동안 임금의 산정에서도 고용보험의 경우처럼 동일한 사유(해고)로 인한 급여의 중복을 제한하는 것이 타당하다고 본다.²⁷⁾ 다만 금전보상액을 산정할 때 이 같이 명확히 구분지어 중간수입을 공제할 수 없는 원인은 현행 근기법 제30조 제3항이 금전보상액을 “해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금상당액”과 연결시킨 데 있다. 즉 (전 사업장에서의 임금 이상의 높은 임금을 받은 경우) 해고기간 동안의 임금에서 중간수입을 전액 공제하게 되면 사용자가 전혀 금전보상을 하지 않게 되는 결과를 초래하게 되고, 결국 근로자는 부당해고구제신청을 할 이익이 없게 되어 구제신청이 각하²⁸⁾되어야 하는 기이한 상황이 발생하기 때문이다.²⁹⁾ 물론 금전보상액이 해고기간의 임금상당액 ‘이상’이므로 ‘이상’의 위로금이 있다는 반문이 가능하기는 하나, 앞서 설명한 바와 같이 위로금이 사라졌기 때문에 의미없는 주장이다.

결과적으로 근기법 제30조 제3항이 금전보상액을 “해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금상당액 이상의 금품”으로 함으로써 취업한 경우의 중간수입, 구직급여의 공제 여부가 모두 두루뭉술하게 되었다.

3) 근속기간에 따른 형평성 문제

근기법 제30조 제3항의 금전보상액은 근로자 누구에게나 일률적으로 해고기간 동안의 임금상당액 이상으로 지급된다. 따라서 근속기간 또는 연령과 무관하게 해고기간 동안의 임금상당액(이상)이 지급된다. 예컨대 근속기간이 불과한 달도 안 되는 근로자나, 근속연수가 30년이 넘는 고령자나 해고기간 동안의

27) 같은 견해로는 박지순, 위의 글 p.456 이하.

28) 노동위원회규칙 제60조 제1항 제6호에 의하면, “신청하는 구제의 내용이 법령상이나 사실상 실현할 수 없거나 신청의 이익이 없음이 명백한 경우”는 각하 사유가 된다.

29) 총 보상금액이 해고기간의 임금상당액 미만이 될 수 있다는 점 때문에 공제를 해서는 안 된다는 견해가 있으나(김홍영, 위의 글 p.12), 사용자가 지급한 총 보상금액이 해고기간 동안의 임금상당액 미만으로 되었더라도 근로자가 해고기간 동안 다른 사업장에서 임금을 받았다면 근로자가 해고기간 동안 지급받은 총액은 사실상 해고기간 동안의 임금상당액 정도에 해당된다. 즉 근로자로서는 지급받은 총액에 있어서 손실이 없다.

임금상당액으로 금전보상이 이루어지는 점에서는 차이가 없다. 이러한 일률적인 금전보상액의 지급은 실무에서 적잖은 형평성의 시비를 불러일으킬 수 있다. 노동위원회의 금전보상 신청은 다음과 같은 사례들이 이를 입증한다.

대표적인 예는 근속기간이 채 1개월도 되지 않은 근로자가 부당해고구제신청을 하였으나, 사용자의 불참으로 1차 심문회의가 연기되어 해고기간이 6개월 이상으로 늘어나게 된 경우이다. 월급여가 140만 원이었던 이 근로자는 해고기간 동안의 임금상당액으로 1,000만 원 이상의 금액을 금전보상액으로 신청하였다.³⁰⁾

때로는 법의 허점을 악용하여 신의칙에 반하는 행위로 금전보상을 받는 경우도 드물지 않다. 일례로 상시 근로자수가 6명인 사업장에서 근속기간이 한 달에 불과한 근로자가 사용자와 구두로 근로관계의 종료에 합의한 후³¹⁾, 노동위원회에 부당해고구제신청을 하여 3개월여 분의 금전보상액을 지급받았다. 이 근로자는 규모가 작은 사업장이어서 구두로 근로계약을 체결하거나 종료한다는 사실을 알았음에도 불구하고, 서면해고의 요건을 갖추지 않은 점을 이용하여 당사자간 구두로 합의한 사항을 어기고 사용자를 궁지에 몰아넣었다. 더구나 해당 근로자가 해고기간 동안 아르바이트를 하여 임금 손실이 거의 없었음에도 불구하고 높은 금전보상액을 지급받았다.³²⁾

위와 같은 사례로부터 볼 때 근속기간이 매우 짧은 근로자에게는 금전보상을 지급하는 것 자체를 재고할 필요성이 있다. 불과 며칠밖에 일하지 않아 사실상 사업장에 기여한 바가 전혀 없는 근로자에게 몇 개월분의 금전보상액을 지급한다는 데 흔쾌히 응할 사용자는 거의 없다.

이와는 반대로 근속연수가 20년이 넘는 근로자도 해고일부터 부당해고구제신청일까지의 기간이 짧은 경우 불과 2개월여 기간의 임금으로 보상받게 된다. 즉 고령의 장기근속자는 회사에 기여한 공로에도 불구하고 (원직에 복직할 경

30) OO지방노동위원회 2008. 9. 22. 사건, OO2008부해1305사건; OO지방노동위원회 2008. 9. 30. 사건, OO2008부해1604사건 등.

31) 이 사업장은 근로자수가 몇 안 되는 사업장인지라 사용자는 관례적으로 구두로 근로계약을 체결하고 근로관계를 종료하던 터라 사용자는 신청인과의 근로관계도 구두합의로 무리없이 종료된 것으로 간주하였다고 한다.

32) 근로자는 본인이 사직서를 제출하지도 않았고 서면해고도 받지 않았기 때문에 증거불충분으로 부당해고로 인정될 것임을 미리 알고 노동위원회의 화해 유도에도 동의하지 않았다.

우에도 어차피 지급받아야 할) 해고기간 동안의 임금상당액으로 근로관계를 종료하는 수밖에 없다.

이 같이 근로자들의 근속연수 등의 사정 등을 전혀 고려하지 않은 채 동일한 금전보상액을 지급하는 것은 근속기간이 극히 짧은 근로자에게는 과도한 금액을 지급하는 대신 사용자에게는 부당한 결과를 초래하고, 장기근속자에게는 터무니없이 적은 보상액을 지급하는 대신 사용자가 반사적 이익을 얻게 되는 불공평한 결과를 가져온다.

3. 금전보상명령 신청기간

근기법에는 금전보상명령 신청기간에 대한 규정이 없다. 근기법 제30조 제3항은 “노동위원회는 …… 구제명령을 할 때에 …… 임금 상당액 이상의 금품을 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다”고만 하여 구제명령하기 전, 즉 심문회의 중 금전보상신청 여부를 확인한 후 금전보상 명령을 하는 것으로도 오해할 수 있다.

금전보상 신청기간에 대하여는 노동위원회규칙 제64조 제2항에 금전보상 명령을 신청하고자 하는 근로자는 심문회의 개최일을 통보받기 전까지 신청서를 제출하여야 한다고 규정되어 있다. 따라서 근로자가 심문회의 중 생각을 바꾸어 원직복직 대신 금전보상을 신청할 수는 없다. 이 경우는 금전보상 대신 화해를 하는 수밖에 없는데, 화해는 근로자 스스로 신청하기 곤란하다는 점, 금전보상액보다 적은 금액으로 합의될 가능성도 있다는 점에서 근로자에게 다소 불리한 점이 있다.³³⁾

그러나 실무에서 근로자가 심문과정 중 원직복직이 현실적으로 불가능하다는 사실을 인지하는 경우가 드물지 않다는 점에서 금전보상 신청을 심문회의 개최일을 통보받기 전까지로 제한할 필요성이 있는가라는 의문이 있다.

더구나 노동위원회규칙은 노동위원회 실무를 규정하고 있는 규칙이어서 노동위원회의 직원들만이 열람하고 있어 일반인들에게는 접근이 어렵다는 점도

33) 법제처나 대법원 현행 법령 사이트에도, 심지어 노동부의 홈페이지에도 노동위원회규칙은 탑재되어 있지 않다.

간과할 수 없다.³⁴⁾

4. 중앙노동위원회에 의한 금전보상명령 여부

근기법 제30조 제3항은 “노동위원회는 …… 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금상당액 이상의 금품을 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다”고 함으로써 금전보상을 명하는 주체를 단지 ‘노동위원회’로만 정하고 있다.

여기서 중앙노동위원회도 금전보상을 할 수 있는지가 의문시될 수 있다. 이론적으로는 노동위원회라 함은 지방노동위원회와 중앙노동위원회를 모두 말하므로 중앙노동위원회의 재심판정 시에도 금전보상이 가능하다고 할 것이다.

그러나 금전보상의 목적이 조기에 해고를 둘러싼 지난한 다툼을 금전으로 종결하도록 하려는 데 있다는 점에서 실질적으로는 초심인 지방노동위원회에서 금전보상 신청 및 명령이 이루어지는 것이 제도의 취지에 부합한다 할 것이다. 그러나 초심에서 근로자가 패소한 경우는 금전보상 신청을 했다 해도 부당해고로 인정되지 않으면 보상액을 지급받지 못한다. 이 경우 근로자가 초심의 판정에 불복하여 중앙노동위원회에 재심신청을 하였으나 원직복직을 원치 않는다면 다시 금전보상 신청을 할 수도 있다. 다만 문제는 현행법처럼 금전보상액을 해고기간 동안의 임금으로 할 경우 해고일로부터 재심판정일까지로 기간이 길어진다는 점이다. 그와 무관하게 근로자는 해고일로부터 재심일까지의 기간 동안 근로를 제공하지 못함으로써 임금상실의 손실을 입었으므로 그 해고기간에 대하여는 누군가가 보상을 해야만 한다.

이와 관련 대법원은 “해고무효확인과 임금상당액의 지급을 구하는 소송에 있어서 해고무효확인은 해고의 무효, 즉 근로자와 사용자 간의 고용관계의 존속을 확인함으로써 그 고용관계에 기한 원래의 지위를 회복하려는 데 그 목적이 있는 것이고, 따라서 …… ‘복직시킬 때까지’의 의미는 무효인 해고처분에 의하여 사실상 야기된 고용관계의 중단상태가 사용자 측의 행위에 의하여 종료될 때까지라는 뜻으로 해석하여야 할 것”이라고 하고 있다.

34) 대법원 1992. 8. 14. 선고 91다43558 판결.

이러한 해석에 의하자면 사용자는 초심의 결과와 무관하게 해고일부터 재심판정일까지의 임금을 지급하여야 한다.³⁵⁾

IV. 화해와 금전보상과의 관계

1. 법적 근거

민법 제731조에 의하면 화해는 당사자가 상호 양보하여 당사자간의 분쟁을 종지할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다. 또한 화해계약은 당사자 일방이 양보한 권리가 소멸되고 상대방이 화해로 인하여 그 권리를 취득하는 효력이 있다(민법 제732조).

판례에 의하면 화해계약이 성립되면 특별한 사정이 없는 한 그 창설적 효력에 의하여 종전의 법률관계를 바탕으로 한 권리의무관계는 소멸되는 것이므로 계약당사자 간에는 종전의 법률관계가 어떠하였느냐를 묻지 않고 화해계약에 의하여 새로운 법률관계가 생기는 것이고, 화해계약의 의사표시에 착오가 있더라도 이것이 당사자의 자격이나 목적인 분쟁 이외의 사항에 관한 것이 아니고 분쟁의 대상인 법률관계 자체에 관한 것인 때에는 이를 취소할 수 없다.³⁶⁾

화해와 관련 노동위원회법 제16조의3 제1항은 “노동위원회는 노동조합 및 노동관계조정법 제84조 또는 근로기준법 제28조의 규정에 따른 판정·명령 또는 결정이 있기 전까지 관계 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 화해를 권고하거나 화해안을 제시할 수 있다”고 정하고 있다.

그리고 노동위원회규칙 제69조에 의하여 “심판위원회는 사건의 조사과정이나 심문회의 진행 중에 당사자에게 화해를 권고하거나 주선할 수 있다.”

당사자는 화해를 신청하고자 할 때에는 화해신청서를 제출하여야 한다(노동위원회규칙 제68조 본문). 다만 심문회의에서는 구술로 화해를 신청할 수 있다

35) 물론 위 판결은 원직복직을 전제로 한 것이기는 하나 금전보상이 원직복직 대체의 보상이라는 점에서 원직복직과 금전보상을 구분할 필요는 없다고 할 것이다.

36) 대법원 1992. 9. 22. 선고 92다25335 판결, 1989. 9. 12. 선고 88다카10050 판결 참조.

(노동위원회규칙 제68조 단서).

노동위원회에서 관계 당사자가 화해안을 수락한 때에는 화해조서를 작성하여야 하고(노동위원회법 제16조의3 제3항) 화해조서에는 관계 당사자와 화해에 참여한 위원 전원이 서명 또는 날인하여야 한다(노동위원회법 제16조의3 제4항).

화해조서는 민사소송법에 따른 재판상 화해의 효력을 갖는다(노동위원회법 제16조의3 제5항).

2. 화해의 현실적 의미

화해나 금전보상이나 원직복직 대신 금전으로 근로관계를 종료한다는 점에서는 마찬가지이다. 다만 화해의 경우 해고의 정당성 여부를 가리기 전 양측이 다툼을 중지하고 금전적으로 근로관계를 종료한다는 점이 부당해고로 판정이 난 후의 금전보상과 다르다.

법적으로는 관계 당사자가 화해를 신청할 수 있으나 실무에서 당사자가 화해를 신청하는 경우는 거의 없다. 대개는 사실조사 과정에서 조사관이 화해를 권고하거나 심문회의에서 노동위원회 위원이 양 당사자에게 화해의사를 권유하고 양측이 이에 동의한 경우에 화해 절차에 들어간다.

노동위원회는 금전보상제도가 법정화된 현재도 부당해고구제신청에 대하여 종종 당사자에게 화해를 권고한다. 노동위원회의 조정에도 불구하고 양 당사자가 서로 주장을 굽히지 않으면 화해는 이루어지지 않고 사건은 판정으로 종료된다.

노동위원회는 대개 신청인의 주장에도 불구하고 부당해고로 보기가 어려운 경우, 부당해고로 판명난다 할지라도 원직복직의 가능성이 희박해 보이는 경우, 원직에 복직된다 할지라도 장기적으로 근로관계를 지속할 가능성이 낮은 경우 등에 화해를 권고한다.

또는 신청인이 금전보상 신청을 하지 않았다가 생각을 바꾸어 원직복직 대신 금전으로 다툼을 종결하려 할 때에도 화해에 동의하곤 한다. 금전보상 신청기간이 도과되어 심문회의에서 바로 금전보상 신청을 할 수 없는 현실적 이유에

기인한 경우에는 화해가 유일한 금전적 해결방법이 된다.

화해를 권고하기 전 노동위원회는 우선 양측에게 원직복직의 의사를 타진해 보는데, 대개 근로자는 복직을 원하나 사용자는 복직이 어렵다는 답변을 한다. 대표적으로 부당해고구제 신청이 감정적 원인에 기인한 경우 또는 이미 신규 근로자를 채용하여 원직복직의 가능성이 희박한 경우 등이 이에 해당한다.

화해가 이루어진 경우 피신청인이 일정액을 화해금으로 지급하는 대신 신청인은 더 이상 해고에 대하여 민·형사상 및 행정상 이의제기를 하지 않는다는 화해조서에 서명한다.

3. 화해금액

양 당사자가 화해를 원한다 할지라도 양 당사자가 제시하는 화해금액이 현격히 차이가 나기 때문에 대개는 노동위원회의 조정을 거치게 된다. 대부분의 경우 화해금액은 양 당사자가 최초 제시하는 금액의 차이를 좁혀 해고기간 동안의 임금수준으로 결정된다. 사용자의 귀책 정도 또는 경제적 사정에 따라 화해금액이 보다 높은 수준으로 조정되기도 한다. 실무에서는 사용자의 경제적 사정을 고려하여 화해금액을 일시불 또는 2~3차례 등으로 분할하여 지급하도록 하고 있다.

화해금액이 해고기간 동안의 임금수준으로 조정이 되는 것은 근로자도 사용자도 그 금액이 서로 크게 손해를 본다고 생각하지 않는 수준이기 때문이다. 사용자로서는 부당해고로 판명되면 해고기간 동안의 임금은 물론 근로자를 복직 시켜야 하고, 설령 해고가 정당하다고 판정이 난다 해도 근로자가 중앙노동위원회에 재심신청을 하게 되면 가외의 시간과 비용을 지불해야만 하므로 차라리 1~2개월여의 임금으로 복잡한 다툼을 종료하는 것이 유리하다고 판단할 수 있다. 근로자로서는 부당해고로 판정을 받지 못할 경우 해고기간의 임금조차 지급 받지 못할 수 있다는 계산을 할 수 있고, 이미 감정의 골이 깊어진 상태에서 원직복직이 사실상 어렵다는 판단 하에 최소한의 금전이라도 받을 목적으로 화해에 동의할 수 있다. 이미 다른 직장에 취업한 근로자는 대부분 화해를 원한다.

4. 화해와 금전보상제도와의 차이

위에 설명한 바와 같이 화해는 노동위원회가 부당해고 여부에 대한 판정을 하기 전 양 당사자에게 다툼을 중지하고 금전으로 문제를 해결하는 방법인 반면, 근로법 제30조 제3항의 금전보상은 부당해고로 판정났으나 근로자가 원직복직을 원치 않아 대신 금전으로 보상하는 제도이다.

근로자는 해고가 정당한 것으로 판정될 경우 아무런 소득도 없을 것이라는 불안감에 화해금으로 다툼을 종결하려 하고, 사용자는 부당해고로 판명될 경우 원직복직 외에 해고기간 동안의 임금을 지급해야 한다는 부담을 면하고자 화해라는 전략적 선택을 하게 된다. 즉 근로관계 당사자 양측은 아직 해고의 정당성에 관하여 아무런 결정이 나지 않은 상태에서 판정이 어떻게 나느냐에 따른 득실, 즉 ‘승소’라는 최선의 결과와 ‘패소’라는 최악의 결과를 비교해 본 후 최선은 아닐지라도 최악의 상황은 피해야 한다는 판단 하에 차선책인 화해에 이르게 된다. 즉 화해는 양측 모두에게 최선이라고 할 수는 없지만 적어도 차선책으로는 합리적 선택인 셈이다.

반면, 원직복직을 대체하는 금전보상의 경우 이미 부당해고로 판정이 났다는 점에서 근로자는 당당하게 해고기간 동안의 임금과 원직복직에 대한 보상금을 요구할 권리가 있다.

이 같은 점에서 볼 때 금전보상금의 수준은 화해금보다 상당히 높은 액수여야 한다. 그럼에도 불구하고 금전보상액이 해고기간 동안의 임금 정도로 정형화된 점은 부당해고가 판명되기 전 이루어지는 화해금액과의 형평성에 비추어서도 타당하지 않다.

다만 화해의 한계는 신청인 또는 피신청인이 솔선하여 화해 제안을 하기가 곤란하다는 점이다. 신청인은 자신의 해고가 부당하다고 강하게 주장해야 부당해고의 판정을 받을 수 있고, 피신청인은 역으로 해고가 정당하다고 강변해야 해고가 정당하다는 판정을 받을 수 있기 때문에 양측 모두 전략적으로 화해라는 타협안을 먼저 내놓지는 않는다.

이 같이 사건에 화해가 붙여지느냐의 여부가 당사자의 자발적 의사에서가 아니라 노동위원회의 우연적 제의에 따라 좌우된다는 점에서 화해는 사전 예측이

불가능하다.

V. 현행 금전보상제도의 개선방안

1. 금전보상 신청의 주체

부당해고 판정이 났음에도 불구하고 근로자가 원직복직 대신 금전보상으로 근로관계를 종료할 수밖에 없는 이유는 다양하다. 근로자가 재취업한 경우, 경영상 이유로 사용자가 근로자를 복직시킬 여력이 없는 경우, 다른 근로자를 채용한 경우, 근로관계 당사자간 감정의 골이 깊어진 경우, 다른 근로자들과의 관계가 악화된 경우, 파견업체보다 우월적 지위에 있는 사용사업주가 근로자의 복직을 거부하는 경우, 사용자가 근로자의 복직을 원치 않는 경우 등으로서 그 원인이 근로자 측에 있는 경우, 사용자 측에 있는 경우, 근로관계 당사자 외의 사정에 있는 경우로 분류될 수 있다.

근로자가 본인의 자발적 의사에 의하여 원직복직을 원치 않는 경우는 큰 문제가 없으나 사용자 측이 객관적으로 원직복직을 시킬 수 없는 경우는 불가피하게 금전보상으로 근로관계를 종료하지 않을 수 없게 된다. 다만 사용자에게 금전보상신청권을 부여할 경우 해고가 남용될 수 있다는 점에서 신중을 요하는 한다. 그러나 사용자가 원직복직을 시킬 수 없는 사정이 있음에도 불구하고 원직복직을 강제하는 것도 현실적이지는 않다.

그러므로 사용자가 근로자를 복직시킬 수 없는 객관적인 사정이 존재한다고 노동위원회가 인정하는 경우는 제한적으로 금전보상을 허용하는 방안을 모색해 볼 필요가 있다.

따라서 “근로자가 원직복직을 원하지 아니하면”이라는 현행 금전보상의 요건을 “근로관계의 계속을 기대하기가 객관적으로 불가능하다고 판단되는 경우 등”이라는 추상적이고 포괄적인 규정을 두는 것이 바람직하다고 본다.

다만 해고의 남용을 피하기 위해 일차적으로 신청권을 근로자에게 부여하도록 하고, 근로자를 계속 고용하는 것이 경영에 심대한 지장을 줄 것으로 예상되

는 경우 또는 객관적으로 원직복직이 불가능한 것으로 인정된 경우에 한해 사용자에게도 노동위원회의 심사를 거쳐 허용하도록 하는 방안을 검토할 만하다.³⁷⁾

나아가 사용자가 금전보상 신청을 한 경우 금전보상금액을 근로자가 신청한 경우에 비해 더 높게 책정하여 금전보상의 문턱을 높이는 방법도 고려할 만하다.

2. 보상액의 수준

가. 근속연수 등에 따른 차등적 보상

앞서 설명한 바와 같이 금전보상액과 관련 “근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금상당액 이상의 금품”이라는 표현은 모호하기도 하거니와 금전보상액을 해고기간 동안의 임금으로 고정시키는 부당한 결과를 초래한다. 즉 해고기간 동안의 임금상당액은 원직복직 시에도 지급되는 금액인데, 원직복직을 대체하는 금전보상에서도 해고기간 동안의 임금상당액만이 지급되어 결과적으로 복직 대체의 보상금적 기능을 상실하게 된다.

나아가 해고기간 동안의 임금상당액은 장기근속자에게는 지나치게 적은 반면 근속기간이 불과 1개월도 안 되는 근로자에게는 지나치게 높은 보상액이 된다. 그러므로 금전보상액은 근속연수에 비례하여 지급하도록 하되 최소 근속기간(예컨대 2년)을 충족한 후에 매 근속연수 1년마다 최고 0.5개월 임금을 지급하는 방안을 고려해 볼 수 있다.³⁸⁾

37) 독일 해고제한법(Kündigungsschutzgesetz: KSchG)의 경우 금전보상신청은 원칙적으로 근로자에게 부여하고, 근로관계를 지속하는 것이 사업의 목적에 반하게 될 것으로 보이는 사유가 존재하는 경우 사용자의 신청에 의하여서도 법원이 근로관계를 종료시킬 수 있다(해고제한법 제9조 제1항 제2문). 근로자의 신청이 대부분 받아들여지는 데 비해 사용자가 신청한 경우 사업 목적에 반한다는 입증책임을 엄격하게 부여한 해고제한법 제9조가 기본법(Grundgesetz) 제3조의 평등권에 반한다는 문제와 관련 헌법재판소는 합헌 결정을 내렸다. LAG Hamm, Urt. vom 18. 10. 1990-17 Sa 600/90, LAGE § 9 KSchG Nr. 19=ARST 1991, 117=AuR 1991, 249=DB 1991, 1336=RzK I 11a Nr. 19 ZTR 1991, 127.

38) 독일 해고제한법에서는 근속연수와 연령에 따라 금전보상액을 차등지급하도록 하고 있다. 보통 금전보상액의 수준은 최고 12개월 임금이다(해고제한법 제10조 제1항). 근로자의 연령이 50세 이상이고 근속연수가 15년 이상일 때는 금전보상액이 최고 15개월 임금으로, 근로자의 연령이 55세 이상이고 근속연수가 20년 이상일 때는 금전보상액이 최고

그 외에 연령(내지 부양가족 수)도 보상금액에 산정기준으로 두어 재취업의 가능성이 낮은 근로자에 대하여도 배려할 필요성이 있다고 본다. 즉 50세 이상의 근로자에게는 가산금을 지급하는 방법을 고려해 볼 수 있다.

나. 해고기간 동안의 임금상당액과 중간수입

해고기간의 임금상당액은 원직복직의 경우와 마찬가지로 금전보상의 경우에도 당연히 지급되어야 할 것이다. 그렇게 되면 “위로금+해고기간 동안의 임금상당액”이 총 수령액이 되어 현재의 금전보상액인 해고기간 동안의 임금상당액 보다는 상당히 높아진다.

현재 실무에서는 대법원 판례에 기초하여 해고기간 동안 다른 사업장에서 근로를 제공하여 벌어들인 중간수입을 휴업수당을 초과하는 부분에 대하여만 공제하고 있다. 그 결과 해고기간 동안 중간수입이 있는 근로자는 중간수입 전액과 전 직장에서의 휴업수당을 지급받게 되어 경제적으로 전 직장에서 근로를 제공한 것보다 더 유리한 위치에 서게 될 가능성이 높다.

해고기간 동안의 임금상당액은 근로자가 근로를 제공하지 못함으로써 지급받지 못한 임금을 부당하게 근로자를 해고한 사용자가 소급하여 지급하는 것이다. 만일 근로자가 다른 사업장에서 근로를 제공함으로써 임금을 받았다면 이를 해고기간 동안의 임금에서 공제해야 할 것이다.

따라서 근로자가 재취업한 경우는 실제로 근로의 제공이 없던 기간에 대하여만 임금상당액을 지급하고 새 직장에서 근로를 제공하여 임금을 지급받은 경우는 임금상당액에서 이를 공제하도록 해야 한다. 새 직장에서의 임금이 전 직장보다 높은 경우는 임금상당액을 지급할 필요가 없다.

그렇게 될 경우 언뜻 부당해고를 한 사용자가 반사적 이익을 취하는 것으로 보이나, 사용자가 해고기간 동안의 임금상당액 전액 또는 일부를 부담하지 않는 것 자체를 부당하다고 볼 수는 없다. 사용자의 부당한 해고로써 근로자가 경제적으로 손해를 보았다면 보상할 책임이 있지만, 근로자가 해고됨으로써 오히려 이익을 보았다면 보상할 원인(상실한 임금액) 자체가 사라진 것이기 때문

18개월 임금으로 상충한다(해고제한법 제10조 제2항). 다만 이 기준은 상한액이므로 그 이하의 보상금을 지급해도 무방하다.

이다.

그 밖에 고용보험으로부터 실직기간 동안 지급받은 구직급여액도 중간수입으로 간주해 해고기간 동안의 임금에서 공제해야 할 것이다. 다만 고용보험에서 해고기간 동안의 임금을 지급받은 경우 구직급여를 반환하도록 하고 있다는 점이 문제가 될 수 있다. 이 문제는 두 가지 방법으로 해결할 수 있을 것이다. 하나는 사용자가 해고기간 동안의 임금상당액을 지급할 때 구직급여액을 공제하는 방법, 다른 하나는 근로자가 임금상당액을 지급받은 경우 현행법에서처럼 지급된 구직급여액을 직업안정기관의 장에게 반환하는 방법이다. 그러나 후자의 방법으로 할 경우 직업안정기관에서 해고기간 동안의 임금지급 여부를 일일이 확인하기도 어렵고 근로자가 신고를 하지 않을 수도 있다는 점에서는 한계가 있다. 그러므로 사용자가 해고기간 동안의 임금에서 구직급여액을 공제하는 방법이 불규칙적으로 이루어지는 과오납으로 인한 반납의 문제를 해결하는 데는 더 투명하다 할 것이다. 이미 구직급여를 반납한 경우는 임금상당액에서 공제하지 않는다는 규정을 두면 현행 고용보험법을 크게 바꾸지 않는 범위에서도 개선이 가능할 것이다.

다만 원칙적으로는 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하지 못하게 한 원인은 사용자에게 있다고 할 것이므로 그 부담을 고용보험이 떠맡는 것이 형평에 부합하느냐는 의문은 일 수 있다. 이 문제는 고용보험이 근로자가 받은 구직급여에 상당하는 금액을 사용자로부터 징수하는 방법으로 해결할 수 있을 것이다.³⁹⁾

그 밖에 중간수입을 공제한다고 하여 사용자가 부당해고에 대한 보상을 전혀 하지 않는 것은 아니다. 왜냐하면 사용자는 해고기간 동안의 임금상당액과 무관하게 근속연수에 비례하여 금전보상으로 위로금을 지급할 의무가 있기 때문이다.

따라서 총 금전보상액은 매 근속연수마다 최고 0.5월분의 임금을 지급하고

39) (현행 금전보상제를 전제로 하여) 구직급여를 지급받은 경우 해고기간 동안의 임금상당액과 관련 사용자는 근로자에게 지급된 구직급여액을 공제할 수 없으며 직업안정기관의 장이 이미 지급된 구직급여의 반환을 명령할 수 있다는 견해가 있으나(박지순, 위의 글 p.456), 그렇게 될 경우 재취업한 근로자의 경우 전 사업장에서의 임금을 반환할 필요가 없는데 비해 구직급여를 지급받은 경우는 이미 지급받은 급여를 고용보험에 반환하게 되어 양자간 불공평한 결과가 발생한다는 점이 문제이다.

해고기간 동안의 임금상당액을 지급하는 것이다. 이렇게 될 경우 현행의 해고기간의 임금상당액에 비해 사용자의 부담이 상당히 높아지는 측면이 있으나, 이 금액은 최고액이므로 그 이하의 보상도 가능하다는 점, 금전보상이 원직복직을 대체하는 위로금이라는 점, 해고기간의 임금상당액은 원직복직 시에도 지급해야 하는 금품이라는 점에서 볼 때 반드시 높다고 볼 수만은 없다. 잘못된 것은 원직복직을 통째로 삭제하면서 해고기간 동안의 임금상당액만을 지급하는 현재의 금전보상제이다.

근속기간이 짧은 근로자의 경우는 해고기간의 임금상당액을 지급하는 것도 (현행법에서와 마찬가지로) 형평에 어긋나는 결과를 가져온다는 점에서 최고 1개월분 정도의 임금상당액을 지급하는 방법을 고려해 볼 수 있다.⁴⁰⁾ 근로자가 재취업을 하였다면 해고기간 동안의 임금에서 중간수입을 공제해야 할 것인데, 재취업으로부터 벌어들인 수입이 해고기간의 임금상당액보다 높을 경우 사용자가 지급할 금품이 없어지는 결과가 발생할 수 있다. 이 경우 부당해고를 한 사용자는 반사적 이익을 얻는 대신 해고를 당한 근로자는 부당해고구제신청을 할 이익이 없어지게 되는 문제가 발생한다.⁴¹⁾ 그러나 근로자의 근속기간이 짧은 점, 근로자가 해고기간 동안 더 대우가 좋은 직장에 재취업을 했다는 점에서 볼 때 사용자가 경제적으로 더 유리해진 근로자에게 금전보상을 할 이유로 사라졌다 할 것이다. 따라서 이러한 경우 부당해고구제신청이 각하되는 것을 부당하다고 보기는 어렵다.

3. 화해에 의한 금전보상의 촉진

현실에서 근로자가 금전보상을 신청하기도 쉽지 않지만 자발적으로 화해 제의를 하기는 더구나 어렵다. 그러나 현실적에서 원직복직도 어렵고 쌍방에게 과실이 인정되어 판정으로 결론을 내리기가 어려운 경우가 종종 있다. 더구나

40) 근속기간이 극히 짧은 근로자에게는 부당해고구제신청 자격을 부여하지 않는다 해도 부당하다고 할 수 없다.

41) 근속기간이 짧다고 하여 해고기간 동안의 임금상당액도 지급하지 않는다면 근로자는 부당해고구제신청을 할 실익이 없게 되어 위에서 언급한 바와 같이 신청이 각하되는 상황이 발생할 수 있다.

판정으로 근로관계가 종료될 경우 당사자 중 일방은 승리하고 일방은 패한다는 점에서 양 당사자를 동시에 만족시켜 줄 수는 없다.

반면 화해의 경우 최선을 아니라 할지라도 차선은 될 수 있다는 점, 양 당사자 모두 ‘모 아니면 도(all or nothing)’의 위험을 감수하지 않아도 된다는 점, 근로관계로 인한 다툼을 종료할 수 있다는 점, 양 당사자가 위험을 분담한다는 점에서는 대안적 분쟁해결방법으로 바람직하다고 본다.

다만 화해는 당사자가 제의하기 어렵고, 사건의 성격에 따라 노동위원회가 제의할 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다는 점에서 항상 심문회의 개시 전에 양측에 화해 의사를 타진해 보는 방안을 고려해 볼 수 있다. 그렇게 되면 공익위원이 화해 의사를 확인하는 경우에 한해 불규칙적으로 화해가 이루어졌던 관행 대신 누구에게나 동일하게 사전 화해의 기회가 제공될 것이다.

근로자가 금전보상을 신청한 경우도 노동위원회에서 화해를 권유할 수 있도록 해야 할 것이다. 이 경우 근로자는 금전보상액이 화해보다는 다소 높다는 점에서 금전보상을 선호할 수 있으나 패소할 경우 금전보상액을 받을 수 없다는 점에서 화해에 동의할 수 있다.

화해금은 지금까지와 유사하게 당사자가 제시한 금액을 조정함으로써 정하는 것이 적절하다고 본다.

4. 중앙노동위원회에 의한 금전보상 명령

금전보상은 가능하면 초심에서 이루어지는 것이 양 당사자에게 유리하다고 할 것이나 위에서 살펴본 바와 같이 초심에서 해고가 정당하다고 판정이 났다가 중앙노동위원회의 재심에서 부당해고 판정이 나는 경우도 있다. 이 경우 어떠한 이유로든 원직복직이 여의치 않다면 금전보상으로 근로관계로 인한 다툼을 종결하도록 해야 한다는 점에서 금전보상 명령의 주체에 중앙노동위원회도 포함된다는 명시적 규정을 둘 필요성이 있다.

5. 금전보상의 신청 시기

근기법 제30조 제3항에는 금전보상의 신청 시기에 대하여 자세한 언급이 없

어 근로자들이 자칫 부당해고로 판명난 이후에야 신청이 가능한 것으로 오해할 수 있다. 이 점에서 (노동위원회규칙이 아닌) 근기법 또는 근기법 시행령에 신청 시기를 명시하는 것이 바람직하다고 본다. 또한 근로자들이 때때로 심문 과정에서 그동안 인지하지 못했던 사용자측의 사정을 알게 됨으로써 복직을 포기하는 경우도 있다는 점에서 금전보상 신청을 심문회의 중에도 가능하도록 보완할 필요성이 있다.

VI. 맺음말

금전보상은 문자 그대로 부당하게 해고된 근로자를 원직에 복직시키지 않는 대신 지급되는 금전적 보상이라는 점에서 어느 정도는 원직복직에 걸맞는 보상액이 지급되어야 할 것이다. 현행법은 “해고기간 동안 근로를 제공하였다더라면 받을 수 있었던 임금상당액 이상”이라고 하여 금전보상의 최저액을 해고기간 동안의 임금상당액으로 정하고 있고 최고액은 정하지 않고 있다. 언뜻 이러한 입법 태도는 해고기간의 임금보다 높은 수준의 보상은 제한하지 않지만 해고기간 동안의 임금상당액을 하회하는 금액으로는 보상할 수 없다는 뜻으로 근로자를 배려한 것으로 보인다.

그러나 현실에서는 오히려 “해고기간 동안 근로를 제공하였다더라면 받을 수 있었던 임금상당액 이상”이 해고일부터 부당해고구제신청의 심문회의 일자까지의 임금상당액으로 굳어지는 결과를 초래하고 있다.

나아가 근로자의 근속기간과 무관하게 누구에게나 해고기간 임금상당액(이상)으로 지급하게 함으로써 근속기간이 불과 1개월도 안 된 근로자나, 20년이 넘은 장기근속자나 동일한 보상금이 지급되고 있다는 것도 형평성 시비를 불러 일으킨다.

또한 금전보상액이 “해고기간 동안 근로를 제공하였다더라면 받을 수 있었던 임금상당액 이상”으로 되어 있어 (즉 복직대체 위로금과 해고기간 동안의 임금이 혼재하게 됨으로써) 중간수입의 공제 여부가 불분명하다. 실무에서는 휴업수당을 초과하는 부분에 대하여서만 공제를 하고 있어 고소득으로 취업한 근로

자의 경우 (양 사용자로부터 이중의 급여를 받게 되어) 해고되기 전보다 경제적으로 더 유리한 위치에 서게 된다.

현실적으로 금전보상액이 해고기간 동안의 임금 상당액으로 조정됨으로써 화해금액과도 별 차이가 없다는 점도 의문을 불러일으킨다.

그 밖에 금전보상의 신청권이 근로자에게만 주어져 있어 사용자가 근로자를 복직시킬 수 없는 불가피한 상황에 처한 경우에도 복직을 강제할 수밖에 없다는 것도 문제이다.

현행 제도의 문제점을 해결하기 위해서는 금전보상액을 해고기간 동안의 임금상당액과 무관하게 근로자의 근속연수에 비례하여(예컨대 매근속연수마다 최고 0.5개월분의 임금) 지급하는 방법으로 개선해야 할 것이다. 또한 근로자가 해고기간 동안 취업한 경우의 중간수입은 해고기간 동안의 임금상당액에서 공제해야 할 것이다.

그 밖에 사용자가 근로자를 복직시킬 수 없는 불가피한 사정이 존재할 수 있다는 점에서 엄격한 요건 하에(복직이 불가능하다는 사실이 객관적으로 입증된 경우에 한해) 노동위원회의 심의를 거쳐 사용자에게도 금전보상 신청권을 부여할 필요성이 있다. 다만 해고가 남용되지 않도록 사용자가 신청한 경우 금전보상금액을 높이는 방법을 고려해 볼 수 있다.

참고문헌

- 김소영 · 조용만 · 강현주. 『부당해고 구제의 실효성 제고방안』. 한국노동연구원, 2003.
- 김형배. 『노동법』(제4판). 박영사, 2007.
- 김홍영. 「부당노동행위 · 부당해고구제제도 개선」. 『노사관계 선진화 방안 주요 쟁점 분석 및 입법대안 모색』. 한국노동연구원 주최 토론회 자료집, 2005. 9.
- _____. 「부당해고구제절차에서의 금전보상제도 및 이행강제금 제도」. 『노동

- 법학』. 한국노동법학회, 2007. 12.
- _____. 「부당해고에 대한 금전보상제의 도입에 따른 쟁점사항」. 『조정과 심판』. 2006, 겨울.
- 노동부. 「노사관계선진화입법 설명자료」. 2007. 1.
- 노사관계제도선진화연구위원회. 「노사관계법·제도선진화 방안」. 2003. 11.
- 문무기(편). 『노동법의 쟁점(Ⅰ)-2007 상반기 노동법·법경제 포럼논문집』. 2007.
- 박지순. 「부당해고 구제방법상의 법적 쟁점」. 『고려법학』 제5호, 2008. 4.
- 이 정. 「부당해고에 대한 사법구제 및 법적 효력」. 『노동법학』 제13호, 2002.
- 임종률. 『노동법』(제7판). 박영사, 2008.
- 장은숙. 「유럽국가의 부당해고에 대한 금전보상제도, - 독일, 영국, 이태리, 프랑스 -」. 『조정과 심판』. 2008, 봄.
- 조상균. 「부당해고와 금전보상제도」. 『노동정책연구』 제7권 제2호, 한국노동연구원, 2007.
- 중앙노동위원회. 「심판업무 처리요령」. 2007.

Critical Analysis of Monetary Award in Case of Unfair Dismissal

Sung-Hae Cho

An employee who is discharged in breach of the contract may sue for unfair dismissal. Reinstatement accompanied by back pay has been the traditional remedy for employees illegally discharged under Labor Standards Act.

In many cases, however, reinstatement can be an ineffective remedy for illegal discharges. Few employers accept reinstatement remedy, and reinstated employees often are discharged again within some years of reinstatement. Therefore, legislature substituted the traditional remedy of reinstatement with back pay for the monetary award remedy now available in section 30 (3).

If the employee don't want reinstatement he could receive monetary award which corresponds to the backpay or more. Back pay, in this context, includes loss of monetary benefits in the time of unemployment attributable to the unfair dismissal.

Perhaps monetary award is the most inexpensive remedy from the employer's perspective because it costs the employer nothing extra to pay the employee the reward for the unfair dismissal.

On the other hand monetary award has no advantage to the employee: the employee has lost his job with backpay which at any rate should be paid in case of reinstatement. Consequently monetary award fails as a remedy.

Another problem is that the employee, who has worked in another workplace (and therefore received his wage from the new employer) or

has found a new job, receives also monetary award in the amount to 70% of his wage at least. This means that he earns more than he has not been dismissed. Besides, an employee who has worked only a few months can also demand the monetary award from his employer.

This article proposes that the legislatures has to more closely examine the following points of monetary award:

The amount of monetary award must be proportional to the length of employment; the minimum periods of employment must be required for the unfair dismissal sue.

Monetary award would not be necessary to compensate an individual employee for his own economic loss if the employee had more earned than not being dismissed or obtained another job elsewhere.

Keywords : backpay, monetary award, settlement, unfair dismissal