

# 독일의 근로자 해고 보호

Katja Nebe (독일 브레멘 대학 교수)  
Aimee Waldon (독일 법학자)

## ■ 머리말

독일의 법체제는 주로 헌법, 규범(code), 법령 등의 성문법을 기반으로 하고 있다. 사용자와 근로자 간 계약 관계는 성문화된 민법(the civil Code, *Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB)에 기초하고 있으므로, 독일의 고용노동법은 민법의 일부에 속한다.

사용자와 근로자는 일반적으로 개별 고용계약의 내용에 관해 자유롭게 합의할 수 있다. 그러나 노동법에서는 일반 계약법과는 달리 계약의 자유 원칙이 제한되어 있다. 합의에 의한 내용과 조건은 그것이 방대한 근로자보호 체제에 부합되는 경우에만 유효하다. 노동시장의 실제 상황에 맞추어, 독일과 기타 유럽 국가들은 개별 근로자의 교섭력이 계약 협상에 있어서뿐만 아니라 계약 집행 및 계약 해지에 있어서도 사용자보다 구조적으로 취약함을 전제로 한다. 결과적으로, 공공당국과 법원은 사용자와의 관계에 있어 근로자가 안고 있는 취약성을 보완하고 개별 경우에 있어서도 헌법에 보장된 기본권을 보호하기 위해 이러한 보호규정을 적용해야 한다. 따라서 헌법은 전통적 노동법에서 필수적 역할을 담당하고 있다.<sup>1)</sup>

특히 고용해지의 경우에 그러하다. 계약의 자유 원칙, 즉 계약을 체결하고 해지할 수 있는 자유가 오늘날에도 여전히 고용계약에 적용된다면, 근로자는 언제든지 해고될 수 있을 것이다.

1) Krause, Rüdiger, *Arbeitsrecht, Lehrbuch*, 2. A., S. 68 ff.

특히 경제위기나 고실업의 시기에는 근로자의 초과 공급으로 인해 사용자는 고용조건을 결정할 수 있게 된다. 오늘날에는 특히 해고 과정 및 이후에 근로자를 보호하기 위한 다양한 법규정이 존재한다(다음 장 ‘해고 및 해고 근로자 관련 기본법제’ 참조).

사용자와 근로자의 이해 절충을 위한 또 다른 중요한 장치는 단체협약이다. 특히 고용계약의 해지와 관련하여, 여러 유형의 단체협약이 있다. 그 중 하나는 사용자 또는 사용자단체와 노조 사이에 체결되는 단체교섭협약이다. 이러한 단체교섭협약의 요건들은 독일 노동법에 있어 중요한 역할을 한다. 단체협약의 당사자들은 헌법에 보장된 자신들의 기본권, 이른바 자율적 노조 가입의 자유를 요구할 수 있다.<sup>2)</sup> 전통적으로 국가 입법부는 최저기준만을 규정하고 (고용노동법) 기준 설정은 단체협약 당사자에게 맡겨둠으로써 개입을 자제하는 입장에 있다. 이러한 방식을 통해 국가는 헌법에 의한 단체교섭의 자율성을 인정한다.<sup>3)</sup> 관련법이 모든 근로자에게 적용되는 반면, 단체교섭협약은 각 교섭 당사자에 속하는 구성원들, 즉, 해당 노조에 가입되어 있는 근로자들에게만 적용된다. 단체협약이 해고로부터의 보호와 관련하여 어떠한 역할을 하고 있는지는 뒷부분에(‘해고 및 해고 근로자에 대한 노사의 대응’ 참조) 기술되어 있다.

또 다른 단체협약 주요 유형으로 이른바 직장협약(works agreement)을 들 수 있는데, 사용자가 전체 근로자에 의해 선출된 해당 개별 직장평의회와 체결하게 된다. 고용해지와 관련하여, 실제로는 이러한 직장협약이 단체노조협약보다 훨씬 더 중요한 역할을 한다. 이에 대해서는 뒤에서 논하도록 한다. 그렇다 하더라도 여기서 언급해야 할 점은, 헌법에 의한 기본권을 통해 노조가 각별히 보호받고 있기 때문에(독일 헌법(*Grundgesetz -GG*) 9조 3항) 단체노조협약은 직장협약보다 우위에 있으며 따라서 상충할 경우에는 대체로 단체노조협약이 우선한다는 사실이다.<sup>4)</sup> 그러나 이러한 “우위 원칙(superiority principle)”은 하위 규범이라 하더라도 근로자에게 더 유리하다면 적용될 수 있다는 “유리한 조항의 원칙(principle of favourability)”에 의해 배제될 수 있다. 이러한 원칙들은 일반적으로 건강보호, 정보보호, 사생활보호, 임금보호 등과 같은 노동법의 모든 하위 분야에 대해 사용된다. 독일의 법은 상위 유럽법의 영향을 크게 받고 있다. 독일의 법과 사법부는 유럽연합의 규정 및 지침과 이에 대한 유럽사법재판소(European

2) 독일헌법 9조 3항.

3) BVerfG 26.06.1991, BVerfGE 84, 212.

4) BetrVG 77조 3항, BetrVG 87조 1항 참조.

Court of Justice)의 해석을 참조하고 이행하여야 한다. 특히 노동과 사회법 분야에는 다수의 EU 규정이 존재한다. 이 규정들은 유럽사법재판소의 일차 판결 절차를 통해 해석될 뿐 아니라 (유럽연합의 기능에 관한 조약(Treaty on the functioning of the European Union:TFEU) 제267조) 모든 단계의 국내 (노동) 법원에서 준수되어야 한다.

그러므로 유럽법은 오늘날 법률학뿐 아니라 법리에 있어서도 해고보호와 관련하여 중요한 역할을 하고 있다. 예를 들어, 최근 유럽사법재판소는 25세 이전의 고용기간을 해고 통고 기간 산정 시 감안하지 않는 국내법 규정(BGB 622조 2항)이 유럽법에 합치하지 않는다고 판결하였다.<sup>5)</sup> 이러한 연령 차별을 객관적으로 정당화할 근거가 없기 때문에, 유럽법에 어긋나는 이 규정은 현재 적용 불가능한 상태다.<sup>6)</sup>

이러한 여러 형태의 법이 고용계약의 해지와 관련하여 독일 노동법에서 중요한 역할을 하고 있는 데는 세 가지 주요 이유가 있다. 첫째, 다수의 근로자에게 있어 고용관계는 자신의 직업을 영위하는 유일한 방법이기 때문이다(직업의 자유와 사생활의 보호). 둘째, 고용관계는 자신과 가족의 생계의 기반으로서 실재적인 의미를 지닌다. 셋째, 사회보장제도에 기여금을 지급하고 있는 유효한 고용관계는 연대경제적 이익(solidarity-economic interests)의 공동체에 기여한다.<sup>7)</sup>

## ■ 해고 및 해고 근로자 관련 기본법제

### 서면 양식 요건(BGB, sec. 623)

고용관계를 종료하는 가장 간단한 방법은 해지 약정을 이용하는 것으로, 이 경우에 충족시켜

5) 유럽기본인권헌장(European Charta of human fundamental rights (EU-GR-Ch)) 21조, TFEU 10조 참조.

6) 유럽사법재판소(ECJ) 판례, 19.12.2010 C-555/07 “Kücükdeveci”.

7) 사용자와 근로자는 질환, 실업, 장애, 퇴직으로부터 보호하기 위한 사회보장제도에 대해 각기 동일한 금액을 납부하고 있다.

---

야 할 요건이 가장 적다. 독일 민법(BGB) 623조에 따르면, 해지 약정은 기타 형태의 모든 고용 관계 해지 방식과 마찬가지로 반드시 서면 작성되어야 한다. 구두 약정은 무효이며 서면으로 명기되어 있지 않다면 해당 고용관계는 지속된다.

이러한 면에서 가장 엄격한 법적 요건이 적용되는 방법은 (사용자 관련) 일방적 해지로서, 이에 대해서는 뒷부분에서 집중적으로 논하도록 한다.

## **기간제 근로계약의 해고보호와 사용제한**

해고보호 외에 오늘날 노동시장 관행과 관련하여 그 의미가 점차 커지고 있는 신설 법규도 존재하는데, 대표적으로 기간제 근로계약의 보호와 기간제 근로자 남용 금지에 관한 요건들을 들 수 있다.

다수의 기업들 - 다행스럽게도 모두 그런 것은 아니지만 - 은 해고보호와 관련하여 균형적 입장의 법규들이 세계화 추세에 비추어 볼 때 유연성 요건들에 대체로 부합하지 못한다고 여겨지며, 이러한 근로자친화적 규정을 회피하려는 경향이 점차 커지고 있다. 이러한 규정을 우회하는 합법적 방법이 기간제 근로계약이다. 이러한 유형의 계약을 체결하면, 고용보호에 관한 모든 일반적, 세부적 법적 요건들을 거의 완전하게 회피할 수 있다. 따라서 독일의 해고보호 관련법은 기간제 고용의 원칙들이 고려되었을 때에 비로소 제대로 이해할 수 있다.

## **민법의 일반적 해고보호**

독일법에서는 고용해고를 일반 해고와 특별 해고로 구분하고 있다.

### **일반 해고 - 사전통보 후 해고**

일반 해고의 경우는 사전통보기간을 두고 이루어져야 한다. 일반적으로 최단 통보기간은 4주로서 역월의 15일 또는 말일까지로 한다. 그러나 민법 622조 2항에 의하면, 법정 해고 통보기간은 고용기간에 따라 연장된다. 이에 따라, 고용기간이 2년인 경우의 해고 통보기간은 1개월이며, 고용기간이 20년이라면 7개월의 통보기간이 주어진다.

특히 이와 관련하여 여러 법제 사이의 상관관계는 주목할 만하다.

법에 따르면(민법 622조 4항), 해고 통보기간과 관련하여 근로자에게 법에 비해 불리한 조건을 적용하는 것은 단체교섭협약을 통해서만 허용된다. 단체교섭 당사자는 법 적용을 피하기 위해 이러한 방식을 지속적으로 사용해 오고 있다.<sup>8)</sup> 결과적으로 단체교섭협약을 통해 법규와 다르거나 때로는 현저히 단축된 통보기간을 적용하는 사례가 여러 업종에서 다양한 근로자 집단을 대상으로 발견되고 있다. 또한 단체교섭 당사자는 일반 해고를 완전히 배제할 수 있는 기회도 있다. 독일 헌법(GG) 9조 3항은 단체교섭 당사자에게 헌법으로 보장된 ‘범주의 자유(freedom of scope)’를 부여하고 있는데(‘머리말’ 참조), 단, 이러한 자유는 헌법 9조 3항에 기반하여 일반동등대우법(General Equal Treatment Act, *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-AGG*)에 명시되어 있는 동등대우 원칙이나 파트타임직 근로자에 대한 동등대우를 명시한 하위 법규의 차별 금지 조항<sup>9)</sup>과 같은 헌법적 한계 내에서만 허용된다. 현재 범주의 자유와 단체교섭 당사자의 전문적 판단 역량에 대해서는 상당한 논란이 있다.<sup>10)</sup>

해고 통보기간과 관련하여 위에서 언급한 원칙들은 수습기간의 경우에도 적용 예외가 될 수 있다. 대부분의 근로계약은 수습기간을 둔다. 이 기간은 6개월을 초과할 수 없다. 수습기간 동안 당사자 양방은 2주 전에 통보함으로써 고용관계를 해지할 수 있다.

헌법에 보장된 개인적 권리를 바탕으로, 해고 근로자는 일반 해고의 경우라면 해고 통고기간 동안 그 기간이 종료될 때까지 자신의 계약상 업무를 지속할 수 있는 법적 권리가 있다. 사용자는 예외적인 경우에 해당 근로자를 업무에서 면제해 줄 수는 있지만 그렇더라도 보수는 계속 지급되어야 한다.<sup>11)</sup>

이와 동시에, 사용자는 근로자에게 새로운 일자리를 구할 수 있도록 일정 시간을 근무에서 제외해 주어야 한다(민법 629조). 이러한 근무 제외 시간이 비교적 짧다면, 사용자는 근로자가 근무하지 않더라도 보수를 계속 지급해야 한다(민법 616조). 그러나 상당수의 단체노조협약과 개별근로계약이 이러한 지속적 보수지급 관련 법규를 적용하고 있지 않다.

8) 이른바 Tarifdispositivität.

9) BAG, 12.10.2004-3 AZR 571/03, NZA 2005, 1127; BAG, 13.3.1997-2 AZR 175/96, NZA 1997, 842.

10) Schiek in Däubler-TVG, 3. A., Intro. recital 163 ff.

11) Prior BAG 10.11.1955 - 2 AZR 591/54, BAGE 2, 221; BAG 27.2.1985 -GS 1/84, BAGE 48, 122.

## 특별 해고

예외적인 경우에 특별 해고가 가능하다. 이러한 방식의 해고에서는 대체로 고용관계가 즉각 종료된다. 의무적인 해고 통보기간은 없지만, 고용관계를 해지하는 사용자는 충분한 사유를 입증하여야 한다(가령, 중대한 계약 위반, 근무능력의 지속적 부재, 사용자에게 대한 심각한 명예 훼손 등). 사용자는 일반적 해고 통보기간이 종료되기 전까지, 해당 상황에서 모든 관련 요소들을 고려하고 고용관계의 종료에 관련된 모든 이해 관계를 면밀히 검토하여야 한다. 지속적 고용이 용인될 수 없다고 판단되는 경우에만 특별 해고가 허용된다.

최근에는 매우 사소한 위반, 즉 경범죄를 이유로 하는 해고와 관련하여 사회적 논란이 거세다.<sup>12)</sup> 이러한 논란은 특히 네 명의 장기 근무 근로자들이 물질적 가치가 적은 물품을 유출시켰다는 이유로 사전통보 없이 해고된 4건의 사례로 증폭되었다.<sup>13)</sup> 거센 언론의 압력에도 불구하고, 연방법원은 이전의 입장을 고수하여 사소한 절도의 경우라도 일반적으로 사용자는 사전통보 없이 해고할 수 있는 권리가 있음을 강조하였다. 해고 근로자의 개별 상황, 특히 이의 없이 장기간 근무한 사실은 감안되어야 한다. 그동안 쌓아온 신뢰를 사소한 과실 하나로 무효화해서는 안 된다.<sup>14)</sup>

경제적으로 어려운 시기에는 잉여인력 해고, 즉 긴급한 경영상 판단에 의해 근로자의 태도나 개인적 이유와는 상관없이(가령, 생산량 변동, 아웃소싱, 사업 전체 또는 일부 폐지 등) 사용자에게 의해 이루어지는 고용해지가 중요한 역할을 한다. 일반적으로 이러한 유형의 해고는 사전통보 후에 이루어져야 하며, 특별 해고는 예외적인 경우에만 가능하다.<sup>15)</sup> 세계화와 최근의 경제위기로 더 치열해지는 경쟁 압박을 감안할 때, 이와 관련하여 가장 먼저 떠오르는 질문 중 하나는 “특별 해고는 단체교섭협약에 의해 일반 해고가 배제된 경우에도 가능한 것인가”이다. (단체협약으로) 해고할 수 없는 근로자를 특별 해고 하는 것은 매우 드물고 예외적인 경우에만

12) “Emmely” BAG, 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – NZA 2010, 1227.

13) Krause, ArbR 2. A., sec. 18 recital 13.

14) BAG, 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – NZA 2010, 1227. 일정한 상황하에서는 사용자가 범죄에 대한 강한 의혹을 이유로 해고할 수 있다. BAG 23.06.2009 – 2 AZR 474/07, NZA 2009, 1136.

15) BAG 5.02.1998 – 2 AZR 227/97, NZA 1998, 771; KDZ-Däubler, Kündigungsschutzrecht, 8. A., sec. 626 BGB recital no. 160.

가능하다.<sup>16)</sup> 판례법에서는 구제불가 근로자(irredeemable employee)의 해고에 대해 엄격한 요건을 정하고 있다.<sup>17)</sup> 또한 사용자는 사전통보 없이 고용을 해지할 수 있으려면 사전에 모든 합당한 고용기회를 찾는 노력을 기울여야 한다.

### 신원보증서

산업법(*Gewerbeordnung – GewO*) 109조에 따라, 모든 근로자는 해고 통보를 받은 즉시 사용자에게 (일반 또는 특별) 신원보증서(reference)를 요청할 권리가 있다. 대체로 구직을 위해서 그러한 신원보증서가 필요하기 때문이다. 신원보증서의 작성과 관련하여 해석이 모호하기 때문에 방대한 사례와 등급 제도가 개발되었다.<sup>18)</sup>

### 해고보호법에 의한 법적 해고보호

해고보호법(*Kündigungsschutzgesetz – KSchG*)<sup>19)</sup>은 독일의 법적 해고보호의 핵심이라 할 수 있다. 고용관계와 관련하여 언급한 바와 같이, 계약의 자유 원칙은 제한되어 있다. 잉여인력 해고는 해고보호법(KSchG)의 구속력을 지닌 규정 내에서만 허용된다.<sup>20)</sup> 근로자에게 불리하게 사전 체결된 약정은 대체로 효력이 없다.

해고보호법은 해고로부터의 보호를 목적으로 하며, 부당한 해고 사례에 대한 물질적 보상이 아니라 고용의 지속을 보장하는 데 취지가 있으나, 실업으로부터의 일반적 보호는 제공하고 있지 않다. 해고보호법은 1951년에 최초 제정된 이후로 수차례에 걸쳐 개정되어 왔다(최근 개정은 2003년).

16) BAG 26.3.2009 – 2 AZR 879/07, NZA 2009, 679, recital 45.

17) BAG 28.5.2009, NZA 2009, 954; approving ErfK/Müller-Glöge, 12. A., § 626 BGB recital 89, 90.

18) ErfK/Müller-Glöge, 12., sec. 109 GewO recital 30 ff.

19) KSchG는 동일한 사업에 대한 고용관계가 6개월을 경과하면 민간, 공공부문에 관계없이 모든 고용관계에 적용된다. 서비스나 업무에 대한 계약을 기반으로 하는 자영업 근로자들은 예외로 하며, 이 때문에 남용 사례가 발생할 수 있다.

20) BGH 10.05.2010 – II ZR 70/09, NZA 2010, 889, 890.

한편으로 근로자의 직업의 자유에 대한 헌법적 권리(헌법 12조 1항)는 실체화되어 있으나, 다른 한편으로 고용관계의 지속 강행은 사용자의 직업의 자유에 대한 헌법적 권리(마찬가지로 헌법 12조 1항에 명시)를 제약하고 있다.

입법부는 연방헌법재판소에 의해 승인된 방식으로 이러한 상충하는 헌법적 지위 사이의 균형점을 찾아 내었다. 모든 소기업은 해고보호법에 따른 규정의 적용 예외가 된다. 해고보호법 23조에 의해, 동법은 상시 근로자 10인 초과인 사업장에만 적용된다. 소기업 근로자에 대한 해고보호를 어느 정도 확보하고 그들을 자의적 조치로부터 보호하기 위해서, 노동법원은 일반적 민법 조항을 이용하여 해고 사례를 점검해야 한다(민법 138조, 242조).<sup>21)</sup> 이러한 절차를 통해서 는 해고보호법과 동일한 수준의 보호가 가능하지 않을 수도 있으나, 최저 보호 보장이라는 헌법적 요건은 충족된다. 이러한 경우에는 그 사유가 개연성을 지닌다면 충분하다.<sup>22)</sup>

해고보호법의 기본 원칙을 요약하면 다음과 같다.

일단 해고보호법이 적용되는 경우, 해고가 효력을 지니려면 엄격한 요건들이 충족되어야 한다. 먼저, 해고는 가능한 한 최후의 인사 조치(“최후 수단 원칙(*ultima-ratio principle*)”)여야 하며 비례성의 원칙(*principle of proportionality*)에도 부합해야 한다. 또한 그 해고가 사회적으로 정당한 경우에만 효력을 지닌다(1조 4항). 사회적으로 정당한 경우는 1조 2항에 상세하고 제한적으로 명시되어 있다. 해고보호법은 해고가 사회적으로 정당화될 수 있는 합법적 이유를 세 가지로 기술한다. 근로자의 태도나 인성과 관련이 있거나 긴급한 경영상의 이유에 의하여야 한다. 사회적으로 정당한 그 밖의 이유는 고려하지 않고 있다.

해당 근로자가 자신의 의지와 관계없이 계약적 업무 수행 능력을 상실한 경우(가령, 운전 면허의 취소, 장기 징역형 등과 같은 신체적, 정신적 능력 부족. 대부분의 개인적 해고건은 질병과 관련이 있다<sup>23)</sup>) 개인적 이유에 의한 해고(개인 관련 해고)를 고려할 수 있다.

21) BVerfG 27.1.1998-1 BvL 15/87 BVerfGE 97, 169.

22) BAG 28.08.2003-2 AZR 333/02NZA 2004, 1296.

23) 현재 이용 가능한 가장 제약적인 수단이다. BAG - 12.07.2007- 2 AZR 716/06. 질병의 경우, 사용자는 이른바 “업무통합관리(*occupational integration management*)”를 수행해야 할 의무가 있다. *Nebe literature contribution discussion B-18/2011 on: www.reha-recht.de.*

그 외에 반복적 무단 결근이나 업무 기밀 위반<sup>24)</sup>과 같은 계약 의무 위반, 동료 폭행, 마약 복용 또는 음주 출근 등의 태도 관련 이유도 사회적으로 정당한 해고 사유가 될 수 있다. 이러한 유형의 해고를 위해서는 일반적으로 해당 근로자에게 그러한 비행이 재발하지 않도록 사전 경고를 했어야 한다.

위의 두 가지 정당한 사유/이유가 근로자 개인의 범주에 해당하는 것과 달리, 셋째 이유는 사용자의 범주에서 발생한다. 긴급한 경영상, 사업상의 이유가 있다면 해고는 사회적으로 정당화된다. 가령, 사업적 결정으로 인해 고용 기회가 더 이상 존재하지 않는 경우가 이에 해당한다. 판례법은 이른바 내적 경영상 사유(기업 구조조정 및 합리화 등)와 외적 경영상 사유(제품 수요 부족, 면허 상실, 입찰 경쟁 등)로 구분한다. 여기서 해고 자체는 사업적 결정이 아니라, 고용 규모를 축소한다는 결정에 따른 용인 가능한 결과다. 따라서 해고보호법에서는 노동법원이 사업적 결정(가령, 생산의 중단 또는 기지 이전, 경제화(economization))의 경제적 편의에 대해 심판하도록 정하고 있지 않다.<sup>25)</sup> 그러나 그러한 사업적 결정이 해고의 기반이 되며 근로자들에게 기존 기준을 보장해 주는 규정을 저해하기 때문에, 노동법원은 대체로 그러한 결정이 현저하게 객관적, 합리적이지 못하거나 명백히 자의적인지 여부를 확인하여야 한다.<sup>26)</sup> 이러한 확인 과정에서 노동법원은 단지 명백한 불합리성, 자의성 여부 파악을 위해 검토만 하도록 제한된다. 지금까지 이러한 확인은 독일의 최고 노동법원인 연방노동법원(Bundesarbeitsgericht-BAG)에 의해 한 차례 실시되었다.<sup>27)</sup> 현재 이와 관련하여, 사업적 결정에 대한 견제의 자유와 해고건에 대한 포괄적 입증 사이에서 절충점을 찾기 위한 논의가 진행 중이다.

앞서 언급한 원칙들도 잉여인력 해고의 경우에 적용된다. 따라서 이러한 해고는 가능한 한 최후의 인사 조치여야 하며, 즉 해당 사업장 내에 다른 고용기회가 전혀 없는 경우에만 허용된다. 다른 일자리의 기회가 제공될 수 있으며, 그 일자리가 가령, 용인할 만한 유보 조건을 요구한다면, 고용의 지속이 해고에 우선한다.

24) 최근 “내부고발(whistleblowing)”에 관한 여러 판결이 나오고 있다. 유럽인권재판소(ECHR) 판결 사례 21.07.2011 – App. No. 28274/08 참조.

25) BAG 18.09.2008 – 2 AZR 560/07 – NZA 2009, 142.

26) BAG 29.3.1990 – 2 AZR 369/89 – NZA 1991, 181; 1996, 524.

27) BAG 26.09.2002 – 2 AZR 636/01 – NZA 2003, 549; Krause, ArbR, 2. A., sec. 18. 42.

사용자가 근로자들을 해고하고자 한다면, 먼저 이러한 유형의 해고에 관한 주요 사안 중 하나인 “사회적 선택(social selection)”을 고려하여야 한다. 해고보호법은 사회적 선택 과정에서 감안해야 할 결정적 기준들을 명시하고 있는데, “부양 의무, 고용기간, 심각한 장애 및 연령<sup>28)</sup>”이 이에 해당한다. 일반적으로 이 기준들 중 특정 기준이 다른 기준에 우선하지는 않으며, 이외에 다른 기준들을 인용할 수 없다(해고보호법 1조 3항). 이러한 사회적 선택은 고용규모 감소로 인해 실직하는 사람이 유사한 근로자들<sup>29)</sup> 중에서 사회적 보호의 필요가 가장 적은 사람이 되도록 하는 데에 취지가 있다. 어떤 근로자가 다른 근로자에 비해 근무 기간은 3년 더 길지만 나이는 5살 어리다면, 둘 중 누가 더 보호를 받아야 하는지 결정하기는 힘들 것이다. 이러한 경우, 사용자는 위에 기술된 기준 각각에 일정한 점수를 부여하는 점수제를 도입, 시행하면 사회적 선택에 적합한 결정을 할 수 있다. 직장평의회가 설치되어 있다면, 사용자는 그러한 점수제 시행을 위해 직장평의회 승인이 필요하다.

사회적 선택과 관련하여 사용자에게 어느 정도 법적 여력이 허용되지만, 사회적 선택 절차와 관련한 법적 분쟁은 상당수에 이른다. 사용자가 사회적 선택 과정에 직장평의회를 개입시킨다면, 결과적으로 노동법원에서의 법적 절차가 사용자에게 수월해질 수 있다.

## 정리해고 관련 법적 보호

자유 기업 결정 원칙은 사용자가 대규모 감원, 이른바 집단 또는 정리 해고를 계획하는 경우에도 적용된다. 사용자는 정리해고를 감행해야 하는지 여부에 대한 기본적 결정을 할 수 있는 자유가 있다.<sup>30)</sup> 그럼에도 불구하고, 그러한 결정이 많은 근로자에게 영향을 미친다는 점을 감

28) 유럽연합의 차별금지법은 연령 차별로부터의 보호를 규정하고 있어, 전통적으로 인정되어 온 사회적 선택의 연령 기준의 폐지 여부를 놓고 오랜 논쟁이 있어 왔다. 연령이 고용시장에서의 기회와 사회급여와 연계되어 있는 한, 유럽사법재판소나 연방노동법원은 사회적 선택의 연령 기준을 부당한 연령 차별로 간주하지 않는다. BAG, 5. 11. 2009-2 AZR 676/08- NZA 2010, 457; approving *Wendeling-Schröder* NZA 2007, 1399, 1404.

29) 유사 근로자는 동일 사업에서 근무하며 해당 업무가 ‘위기의 근로자(employee at risk)’에 의해서도 수행될 수 있는 근로자를 의미한다.

30) ECJ, 07.09.2006-C 470/04- NZA 2006, 1087.

안할 때, 사용자의 사회적 책임은 커지며 따라서 자신의 행동에 있어 전적으로 자유로울 수 없다. 사용자는 직장평의회를 통해 대표로 선출된 근로자와 노동시장 및 고용서비스를 담당하는 고용기관을 포함하는 사회적 대화의 틀 내에서 기업 결정을 내려야 한다.

정리해고는 유럽 내 경제 시장에 중요한 영향을 미치므로 유럽법규의 엄격한 규제를 받는다. 단순한 유럽연합 내 사업기지 이전과 근로자 해고를 통한 과소입찰 경쟁(underbidding competition)을 방지할 목적으로, 일찍부터 기업들은 집단해고와 관련된 지침의 제약을 받아왔다. 유럽 집단해고 지침의 실행을 위해 독일의 해고보호법은 정리해고 특별 요건을 정하고 있다.

해고보호법 17조는 사용자에게 초기 단계에서 직장평의회 및 연방 고용기관<sup>31)</sup>과 협의할 의무(정보 공유 및 협의)를 부과하고 있는데, 여기서 초기 단계란 기업 결정이 내려지기 전을 의미한다. 이 요건의 주요 목적은 정리해고 대상 근로자의 고용가능성을 유지하거나 정리해고의 충격을 완화함으로써 결과적으로 정리해고가 사회적으로 용인될 수 있게 하는 데에 있다. 유럽사법재판소는 “정크(Junk)”<sup>32)</sup> 판결문에서, 사용자는 협의 과정이 종료되기 전까지는 고용계약을 해지할 수 없다고 판시하였다.<sup>33)</sup>

순서가 다르기는 하지만, 사용자는 해고를 피하거나 해고 대상자 수를 줄여 사회적 파급효과를 최소화할 수 있는 가능성에 대해 직장평의회와 정보를 공유하고 협의해야 하며, 이는 적시에<sup>34)</sup>(17조 2항), 사용자가 고용기관에 통보하기 전에(17조 1항) 이루어져야 한다.<sup>35)</sup> 이러한 협의 과정은 직장평의회법(Works Council Act, *Betriebsverfassungsgesetz- BetrVG*)의 규정과 밀접한 관련이 있다(더 상세한 내용은 다음 장 ‘해고 및 해고 근로자에 대한 대응’ 참조).

직장평의회와 협의를 마친 후, 사용자는 정리해고 계획에 대해 고용기관에 서면 통보하여야 한다. 통보 의무가 적용되는 정리해고 규모는 법에 구체적으로 명시되어 있다.

31) 실직자에게 취업 지원, 직업훈련 및 사회적 지원을 제공하는 사회적 기관(social authority)으로, 재원은 실업보험을 통해 사용자와 근로자가 동일하게 부담한다.

32) ECJ (“Junk”) 27.01.2005- C 188/03- NZA 2005, 213.

33) So KDZ/Deinert, § 17 R. 47.

34) 최소 해고 2주 전.

35) BVerfG 25.2.2010- 1 BvR 230/09- NZA 2010, 439.

사업장 규모(근로자 수)	해고 근로자 수(30일 이내)
21-59인	5인 초과
60-499인	25인 또는 10% 초과
500인 이상	30인 또는 5% 이상

즉 고용기관 통보 의무는 해당 사업장의 규모(근로자 수)와 해고 근로자 수의 관계에 따라 그 여부가 결정된다.

해고보호법 17조의 근로자(employee) 개념은 유럽지침 98/59호의 개념과 법적으로 합치하는 것으로 이해하여야 한다. 최소 규모는 임직원, 파트타임 근로자, 수습사원 및 훈련생을 포함하여 정규 근로자 20인이다. 직원 수가 변동이 심한 기업의 경우(가령, 계절 사업), 근로자의 수는 해당 연도 주요 기간의 인력을 기준으로 하여야 한다. 그러나 해고보호법 1조와는 달리, 고용기간은 중요하지 않다.

해고 근로자의 수와 관련하여서는, 30일 이내에 이루어진 모든 형태의 고용해지가 감안되어야 한다. 따라서 점진적인 고용해지를 통해 이러한 요건을 우회할 수는 없다.

근로자의 수와 해고 근로자 수가 확정되는 결정적인 순간은 실제 해지 시점이 아니다. 결과적으로, 협의 절차(해고보호법 17조 1항, 직장평의회법 111, 112, 113조)와 통보는 각 해지가 발표되기 전에 이루어져야 한다.<sup>36)</sup> 이러한 요건은 협의 및 정보 공유 절차의 예방적 성격과 일치한다.

통보의 내용은 17조 3항의 의무적 요건에 합치하여야 한다. 통보에는 사용자의 성명, 사업 소재지 및 종류, 해고 사유, 해고 근로자의 수와 업종, 정규 근로자의 수, 해고대상자 선정 기준 및 해고 실시 기간 등이 포함되어야 한다.

통보 외에, 사용자는 직장평의회 의견의 첨부하거나 17조 2항에 의거하여 직장평의회와 정보 공유 및 협의를 이행하였음을 입증하는 자료를 제공하여야 한다.

정리해고의 법적 효과는 해고보호법 19조와 연계하여 18조에 명시되어 있다. 통보가 이루어

36) EuGH("Junk") 27.01.2005- C 188/03- NZA 2005, 213; BAG 13.07.2006- 6 AZR 198/06- NZA 2007, 25.

지면, 1개월의 유예기간이 주어진다. 이 기간 내에 사용자는 고용기관의 허가 없이 어떠한 고용계약도 해지할 수 없다. 이 기간 중에 발표된 해고는 해당 유예기간이 만료되기 전까지는 효력을 갖지 못한다. 이러한 “최단 통보기간(minimum period of notice)”<sup>37)</sup>은 일반적인 통보 기간과는 별개로서, 고용기관으로 하여금 해고 근로자들을 위한 대체 고용을 모색할 수 있게 한다. 18 IV조에 의하면 사용자는 통보한 해고를 90일간에 걸쳐 실시하여야 하는데, 그러한 경우가 아니라면 17조 1항에 의한 새로운 통보를 이행하여야 한다.

### 노동법원 절차

법원 절차에서는 개인 분쟁과 집단 분쟁으로 구분한다. 해고 근로자가 자신의 해고에 대해 법적 조치를 취하고자 한다면, 해고 통보로부터 3주 이내에 하여야 한다. 그렇지 않으면 무효인 해고라도 사실과 달리 유효한 해고가 될 수 있다(해고보호법 4조, 5조, 7조). 이렇듯 엄격한 마감 기한을 설정함으로써 논란의 여지가 있는 상황을 명확히 정리할 수 있다.

### 추가적인 법적 보호

해고보호법의 일반적인 보호 규정에 더하여, 해고를 전면 금지하거나 해고에 대한 행정당국의 승인을 받도록 함으로써 특정 집단의 해고를 제한하는 별도의 규정들이 있다.

### 사업 양수도(민법 613a)

모든 근로자에 대해, 민법 613a조는 사업 양수도 기간에는 일반적 해고를 금하고 있다. 양수 기업은 사업 양수도를 이유로 해고를 할 수 없다. 이렇게 하지 않으면 보호 규정을 우회하게 된다. 양수 기업으로 이전되기를 원치 않는 근로자는 개별적으로 이의를 제기할 수 있다.<sup>38)</sup>

37) ErfK/ Kiel, § 18 KSchG Rn.2.

38) EU 법지침(Law Directive 2001/23/EG)의 영향.

### 특별 해고보호

또한 특정 집단 근로자를 해고로부터 보호하기 위한 별도의 보호 규정도 있다. 이러한 보호 집단에는 중증 장애인 근로자, 임산부, 육아휴직 중 근로자, 직장평의회 구성원이 있다. 집단별로 관련 법규가 마련되어 있다.

### 집단적 해고보호

특정 집단의 근로자를 위한 해고보호 장치에 더하여, 다수의 단체협약에서도 특정 연령 또는 근속연수의 근로자를 일반 해고에서 제외하는 규정을 두고 있다.

## ■ 해고 및 해고 근로자에 대한 노사의 대응

해고와 관련하여 노사는 상당한 책임을 지닌다. 이러한 책임의 일부는 법규에 의해 직장평의회와 노조에 나누어 주어지지만, 또 일부는 근로자의 이익을 위해 공동으로 부여되기도 한다. 최근에는 사용자, 노조, 직장평의회 간에 3자 직장보호협약이 체결되는 경우도 늘어나고 있다.<sup>39)</sup>

직장평의회가 존재하는 사업장의 경우, 사용자는 모든 해고건에 있어 해당 근로자에게 해고 통보를 하기 전에 직장평의회에 충분한 정보를 제공하고, 협의하며, 견해와 그 이유를 표명할 수 있는 기회를 제공해야 한다(직장조직법(Works Constitution Act, *Betriebsverfassungsgesetz-BetrVG*) 102조). 사용자는 직장평의회에 자문에 반하여 행동할 수 있다. 그러나 사용자가 이러한 협의 절차를 완전히 무시한다면, 해당 해고는 효력이 없다(직장조직법 102조 1항). 직장평의회와 사용자는 모든 해고에 있어 직장평의회 승인이 있어야 한다고 합의할 수 있다. 분쟁의 경우, 내부 알선위원회의 결정에 따른다(직장조직법 102조 6항).

정리해고의 구상과 실시, 즉 정리해고 실시 일자와 방법, 해고 대상자는 사용자와 직장평의회 간에 계약 체결을 통해 규정할 수 있다. 모든 당사자는 기업가와 근로자 간 상충되는 이해를

39) 현재 더 많은 법적 문제가 제기되고 있다. BAG, 15.4.2008- 1 AZR 86/07- NZA 2008, 1074 참조.

절충할 수 있도록 노력하여야 한다. 또한 전체 근로자에게 불이익이 되는 조치는 피하여야 한다. 교섭의 결과는 일반적으로 “이해절충안(balance of interest plan)”이라고 부르는데(직장조직법 112조), 여기에는 각 조치의 시기, 해고 금지 조항, 근로자의 전환 배치 및 재훈련 수요, 복직 조항 등이 포함될 수 있다. 이러한 면에서 직장협의회는 사용자와 함께 (앞서 기술한) 사회적 선택 기준을 결정하는 데에 있어 중요한 역할을 담당한다. 이러한 집단적 제도에 대한 합의가 이루어지면, 개별 근로자는 이 제도에 대해서 노동법원을 통해 중대한 편법 유무를 확인하는 일만 할 수 있다(해고보호법 1조, 5조).

“이해절충안”이 도출되어도 전체 근로자에게 경제적 불이익이 가해질 수 있다. 직장조직법 111조에서 정의하고 있는 ‘영업상 변동’이 발생하는 경우, 사용자는 근로자의 보상과 관련하여 “사회적 보상안(social compensation plan)”을 작성하여야 한다(직장조직법 112조, 112a조). 전통적으로 사회적 보상안은 실직으로 인한 퇴직(위로)금에 초점을 두었지만, 오늘날에는 새로운 취업으로 이어지는 교량의 기능에 초점을 두고 있다. 따라서 근로자가 사회적 보상안을 통해 새로운 일자리로 전환할 수 있도록 사용자는 직업훈련이나 자격 취득 지원을 강화하여야 할 의무가 있다. 제시된 변경 사항과 관련하여 이해의 절충이 이루어지지 않거나 사회적 보상안에 대한 합의가 이루어지지 않으면, 직장평의회는 해당 노동청장에게 조정을 신청할 수 있다.

사회적 보상안에 대한 합의가 도출되지 않으면, 사용자나 직장평의회는 알선위원회에 사건을 회부할 수 있다. 이러한 방식으로 직장평의회는 사용자의 협조를 강제할 수 있다(직장조직법 112조 4항).

이러한 강제 집행 원칙은 이해절충안에는 적용되지 않는다. 그러나 사용자는 직장평의회와 합의를 도출할 목적으로 정보 공유 및 협의 절차를 이행하여야 한다. 사용자는 이러한 의무를 이행하지 않는 경우, 금전적 보상을 제공하여야 한다(불이익 보상(compensation of advantage), 직장조직법 113조). 특히 이 규정은 사용자에게 최대한 조속하게 직장평의회와 정보 공유 및 협의를 하도록 요구하고 있는 유럽법을 기초로 한다. 따라서 이 규정은 효과적으로 국내법에 편입되어야 한다. 규정들은 이해 절충과 관련하여 직장평의회에 요청으로 열리는 노동법원 심리에서 인정을 받아야 한다.<sup>40)</sup>

40) HaKo-BetrVG/Kohte, 3. A., Anhang directive 2002/14.

## ■ 기타 해고 근로자 지원 조치

노동법과 사회법은 상호 긴밀한 관계에 있으므로, 독일의 사회법은 해고보호에 기여하는 바가 크다.

실직자는 실업보험을 통해 보호받는다. 실업보험(사회법 III(*Sozialgesetzbuch SGB III*)에 규정)은 실업수당을 제공할 뿐 아니라 현재 일자리를 유지하고 실업을 방지할 수 있는 예방책도 포함한다.

예를 들어, 기업은 대규모 감원(앞의 정리해고 참조) 이전에 정규 근로시간을 줄이고 근로자에게 단시간 수당을 지급하는 조치를 취할 수 있다(사회법 III 169조 이하).<sup>41)</sup> 특히 경제위기(2008~2010년) 동안 독일정부는 단시간 수당을 확대, 축소하는 방법에 의존하였다. 다수의 기업들은 이러한 예방책을 크게 활용하여 심지어 정규 근로시간이 “0”시간에 이르는 경우도 있었다. 사용자는 일방적으로 근로시간을 단축할 수 없다. 따라서 정규 근로시간을 줄이는 가장 용이한 방법은 단체노조협약이나 영업협약을 체결하는 것이다.

경제위기가 장기 지속되는 경우에 대비하여, 공공실업보험은 이른바 “전직 지원(*transfer-attainments*)”이라는 또 다른 예방책을 두고 있다.<sup>42)</sup> 이러한 전직 지원은 사회적 보상안(앞장 ‘해고 및 해고 근로자에 대한 노사의 대응’ 참조)에서 정할 수 있다. 사용자가 해고 근로자가 적합한 새로운 일자리를 찾기까지의 경과 기간 동안 근로자를 지원하면, 실업보험에서 그 지원 비용을 최고 1인당 2,500유로 지원한다(사회법 III 216a). 전직 지원의 질을 보장하기 위해 실업보험에서는 연방고용청이 이해절충안이나 사회적 보상안에 관한 협상 시에 참여할 것을 요구하고 있다.

41) 사회법 III 178조 참조. 통상임금의 60~67%에 해당함.

42) 프로파일링, 구직기술 훈련 및 응용 등.

---

## ■ 전 망

현재, 앞서 기술한 해고보호 장치는 파견근로나 임시고용과 같은 비전형적이고 불안정한 고용 형태를 통해 우회되고 있는 실정이다. 유연성에 대한 요구와 보호의 필요성 사이에서 사회적으로 용인될 만한 균형점을 찾는 일은 아직 미해결 과제로 남아 있으며, 이는 특히 젊은이들에게 심각한 문제가 아닐 수 없다. **KKL**