[UCI]I804:24011-200000238334

Collection @ chosun

2009年 8月
碩士學位論文

勤勞基準法上 金錢報償制度에 관한 硏究

朝鮮大學校 大學院

法學科

朴 到 夏

Collection @ chosun

勤勞基準法上 金錢報償制度에 관한 硏究

The Study on the Money Compensation System
in the Labor Standard Act.

2009 年 8 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴 到 夏

Collection @ chosun

勤勞基準法上 金錢報償制度에 관한 硏究

指導敎授 崔 弘 曄

이 論文을 法學碩士學位 論文으로 提出함

2009 年 6 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴 到 夏

Collection @ chosun

朴到夏의 法學碩士學位論文을 認准함

委員長 朝鮮大學校 敎授 印

委 員 朝鮮大學校 敎授 印

委 員 朝鮮大學校 敎授 印

2009 年 6 月 日

朝 鮮 大 學 校 大 學 院

Collection @ chosun

Abstact

The study on the Money Compensation System in the Labor Standard Act.

Park, Do-Ha
Advisor : Prof. Choi, Hong-Yop. Ph. D.
Department of Law
Graduate School of Chosun University

(1) The Labor Standard Act revised on the beginning 2007, introduces the money compensation system and the penalty money system for compulsory performance, but eliminates the criminal case punishment regulation against an unfair dismissal.

The Labor Relations Commission shall make a remedy order to the employer, who dismissed the employee unfairly, to reinstate the employee, or to compensate money to the employee who dose not want reinstatement.

(2) The Commission can make an money compensation order, only if the employee dose not want reinstatement, but can not by employer's application or of the Commission's own authority.

(3) The total money of compensation must be sufficient, so far as the

Collection @ chosun

money compensation system is applied positively.

(4) The relief process by the Commission for unfair dismissals are completed systematically and perfected by the introduction of the penalty money system for compulsory performance.

Key words : money compensation, penalty money for compulsory performance unfair dismissal, Labor Relations Commission, remedy order

Collection @ chosun

【목차】

ABSTRACT

제1장 연구의 목적 ····· 1

제2장 금전보상제도의 비교법적 고찰 ····· 3

제1절 영국의 부당해고 구제방식 ····· 3
Ⅰ. 복직명령 ····· 4
Ⅱ. 재고용 명령 ····· 4
Ⅲ. 금전보상 명령 ····· 5
1. 고용법원이 복직이나 재고용 명령을 내리지 않은 경우 ····· 5
2. 사용자가 복직이나 재고용명령을 이행하지 않은 경우 ····· 6

제2절 프랑스의 부당해고 구제방식 ····· 7
Ⅰ. 부당해고 구제기관 ····· 8
Ⅱ. 부당해고 구제내용 ····· 10
1. 실체 위반의 해고 ····· 10
2. 절차위반의 해고 ····· 14

제3절 독일의 부당해고 구제방식 ····· 19
Ⅰ. 화해중심주의 ····· 19
Ⅱ. 선택적 구제 ····· 20

Collection @ chosun

제4절 미국의 부당해고 구제방식 ····· 22
Ⅰ. 보통법상의 구제 ····· 22
1. 불법행위 구제와 계약위반 구제 ····· 22
2. 보상적 손해배상 ····· 23
3. 징벌적 손해배상 ····· 27
Ⅱ. 형평법상 구제 ····· 28
1. 복직 ····· 28
2. 소급임금 지급(back pay) ····· 28
3. 선임권(siniority) ····· 30
4. 차별시정행위(affirmative action) ····· 31

제5절 일본의 부당해고 구제방식 ····· 32
Ⅰ 해고의 무효 ····· 32
Ⅱ. 출소(出訴)기간 ····· 32
Ⅲ. 미불임금의 지급과 중간수입공제 ····· 33
Ⅳ. 불법행위인 해고에 대한 손해배상 청구 ····· 34

제3장 근로기준법상 금전보상 제도 ····· 35

제1절 금전보상 제도의 개관 ····· 35
Ⅰ. 개념 및 적용시점 ····· 35
Ⅱ. 보상금 지급의 요건 ····· 36
1. 부당해고 판정 ····· 36
2. 근로자의 금전보상 신청의사 ····· 36
Ⅲ. 보상금액 ····· 37
1. 금전보상액의 구성 ····· 37
2. 산정기간 ····· 37

Collection @ chosun

Ⅳ. 금전보상의 절차 ····· 38
Ⅴ. 이행확보 수단 ····· 39
Ⅵ. 불복절차 ····· 40
제2절 법리적 검토 사항 ····· 42
Ⅰ. 도입 배경 및 취지 ····· 42
Ⅱ. 근로자의 신청 없는 금전보상의 인정 여부 ····· 44
Ⅲ. 금전보상액의 산정 ····· 45
1. 해고기간의 임금상당액 산정에서 중간수입 공제 여부 ····· 45
2. 추가되는 액수 ····· 47
3. 금전보상 금액 산정 모델 ····· 48
Ⅳ. 부당해고의 구제이익 ····· 52
1. 문제의 제기 ····· 52
2. 견해의 대립 ····· 53
3. 사견 ····· 54
Ⅴ. 화 해 ····· 54
Ⅵ. 금전보상명령과 민사상 청구와의 관계 ····· 55

제4장 결 론 ····· 57

Collection @ chosun

제1장 연구의 목적

(1) 2007. 1. 26. 개정법률 제8293호로 공포된 근로기준법(이하 '근기법'이라고 약칭합니다)의 개정연혁을 간단히 살펴보면, 참여정부의 출범과 함께 노사관계 법·제도의 선진화를 위하여 구성된 "노사관계선진화연구위원회"가 "변화하는 제반 환경에 대응하고, 보편적 노동기준에도 부합하는 합리적 규범으로서의 노사관계법·제도의 마련"을 위하여 2003. 11.경 제시한 44개에 달하는 주제가 제시된 이후 이에 대한 논의가 잠시 주춤하다가 2006. 3. 15.자 노사정대표회의를 거쳐 2006. 9. 11. 노사정대표자들에 의한 선진화법에 대한 합의가 이루어지고, 정부는 위 합의를 토대로 같은 달 14일에 노사관계 선진화법에 대한 입법예고를 하였으며 이를 2006. 11. 7. 국회에 법안을 제출하여 같은 해 12월 8일에는 소관 특별상임위원회인 국회 환경노동위원회에서 위 법안이 다소 수정되어 통과되었으며, 2006. 12. 21.에는 국회 법제사법위원회를 통과하여 같은 달 22일 본회의 을 통과하고, 다음 해인 2007. 1. 26.에 법률 제8293호로 공포되어 2007. 7. 1.부터 시행되었다.

(2) 위 개정된 근기법은 근로조건을 서면으로 명시하도록 하고(제17조), 경영상 해고된 근로자를 우선 재고용하도록 하는 규정(제25조 제1항), 해고사유와 해고시기의 서면통지 제도를 신설(제27조) 하였는 등 그 선진화를 꾀하였는 외에도 정당한 이유없는 해고에 대한 금전보장제도(제30조 제3항)를 신설하고, 정당한 이유없는 해고등에 대한 처벌규정(개정전 근기법 제107조)를 삭제하는 대신 구제명령의 불이행에 대하여 이행강제금(제33조)과 벌칙(제111조)를 부과할 수 있도록 하였다. 이 가운데 중요한 특징은 부당해고에 대한 형사처벌 규정을 삭제하고 금전보상 제도와 이행강제금 제도를 도입한 점이라 할 수 있다.

(3) 특히, 종전의 제107조에서 정하고 있던 형사처벌 제도에 대하여는 국가의

dCollection @ chosun

형벌권이 사인간의 법률분쟁에 대하여 과다하게 개입하는 것이 아닌가 하는 점과 비교법적으로도 외국의 입법례에서 그 예를 거의 찾아보기 어렵고, 실무상으로도 이를 엄격히 적용하였던 사례가 많지 않아서 그 실효성에 관하여 상당한 비판이 있어오던 터에 개정 근기법에서는 이러한 처벌 조항을 삭제하는 대신 위 금전보장제도와 이행강제금을 신설하여 그 구제의 실효성을 확보하는 방향으로의 개정이 이루어진 것이다.

(4) 이하에서는 위 개정 근기법의 내용 가운데 금전보상제에 한하여 논의를 진행하기로 하되 그 이전에 각국의 부당해고에 대한 구제제도를 살펴본 이후 실정법상 금전보상제도를 고찰하고, 이와 관련하여 제도운영에서 문제가 될 수 있는 사용자에게도 금전보상신청권을 인정할 수 있는지 여부, 금전보상액의 산정에 있어서 특히 문제가 될 수 있는 추가보상액의 산정, 노동위원회의 판정 이전에 근로계약기간의 종료 내지 정년도달의 경우에 구제이익이 존재하는지, 근로자가 금전보상을 신청한 이후 사용자에 의한 해고철회가 있어서 원직복귀를 명한 경위 구제신청 이익의 존속 여부, 급전보상에 있어서의 화해제도의 운용 여하, 금전보상명령과 민사상 청구와의 관계, 금전보상명령제도의 실효성 확보수단으로서의 이행강제금 제도를 살필 것인바, 아직은 당해 제도가 시행된 기간이 일천한 탓에 학계의 연구실적, 노동위원회 및 판례의 실례가 빈약한 관계로 이하에서는 기존의 연구를 소개하는 정도에서 당해 논문은 마무리하는 것으로 하고 이후 그러한 실적과 필자의 연구가 집적될 경우 이를 발표할 것을 기약한다.

dCollection @ chosun

제2장 금전보상제도의 비교법적 고찰

제1절 영국의 부당해고 구제방식

영국에서는 1996년 제정된 고용권리법(Employment Right Act)에 따라 정당한 이유없는 해고를 금지하고 있다.[1] 영국에서는 고용법원에 의해 사용자가 근로자를 부당하게 해고한 것으로 판단되는 경우, 고용법원은 고용권리법 제112조에 근거하여 1차적으로 복직 또는 재고용을 명하되, 그것이 불가능한 경우 2차적인 구제명령으로서 금전보상 명령을 내린다. 나아가 사용자가 고용법원의 복직 또는 재고용 명령에 불응할 경우에도 법원은 금전보상명령을 발한다.

금전보상은 복직 또는 재고용보다 우선할 수 없음에도 불구하고 부당해고 근로자의 5% 미만이 복직 또는 재고용의 구제를 받고 있을 정도로 금전보상이 명해지는 경우가 압도적이다.[2] 영국의 경우 성차별금지법(The Sex Discimnation Act), 인종관계법(The Race Relation Act) 및 고용권리법 제99조 이하에서 인종, 국적, 성별, 결혼, 임심, 출산, 노동조합 활동 등을 이유로 한 해고를 금지하는 규정을 두고 있다.[3] 또한, 영국에서는 일정한 경우의 해고와 관련해서는 임시구제신청제도가 있는데 예컨대, 건강 또는 안전관리활동 등을 이유로 한 해고, 직역연금수탁자의 임무수행을 이유로 한 해고, 1992년 노동관계 노동조합(통합)법의 잉여인원정리 협의규정 및 1981년 영업양도 규칙의 협의규정에 관한 근로자대표 또는 그 후보자가 그 지위에 기인한 활동을 행하는 것을 이유로 한 해고, 보호되는 정보 누설을 이유로 한 해고, 조합의 승인에 관련된 해고의 경우에 가능 등 일정한 경우에는 고용법원에 대하여 임시구제를 신청하는 것이 가능하며 이러한 임시구제 신청은 고용의 종료일로부터 7일 이내

1) 유성재, “노사관계 선진화법상의 부당해고 구제제도”, “2007 노동법의 쟁점 (1)”, 한국노동연구원 2008. 57면.
2) 한국경영자총연합회, 「부당해고시 금전보상제도」, 2008, 13면.
3) 유성재, 위의 책, 58면.

Collection @ chosun

에 신청하여야 한다. 고용법원은 이러한 임시구제신청이 있는 경우에도 사용자 측에 대하여 근로자의 복직이나 재고용을 명할 수 있고 경우에 따라서는 고용계약계속명령을 내리고 금전보상을 명할 수 있다.

Ⅰ. 복직명령

복직명령은 고용법원이 발하는 명령으로서 "모든 측면에서 구제신청자를 해고되지 않았던 것으로 대우해 줄 것"을 사용자에게 요구하는 명령이다. 이 때 고용법원이 복직명령을 내릴 것인가 여부는 ⅰ) 근로자가 복직을 희망하는가, ⅱ) 사용자가 복직명령을 따르는 것이 가능한가, ⅲ) 근로자가 해고에 어느 정도 원인을 제공 또는 기여하였는가를 고려한다.

고용법원은 복직명령을 내릴 때 ⅰ) 구제신청자가 해고에서 복직까지의 기간 중 임금의 미지급 분을 포함하여 해고가 없었더라면 당연히 획득할 수 있는 것으로 기대되는 이익으로서 사용자가 지급해야 할 금액, ⅱ) 피해고자에게 원상대로 회복되어야 할 선임권 및 연금수급권을 포함한 모든 권리와 특권, ⅲ) 고용법원의 복직명령을 사용자가 이행하여야 할 일자리를 명시하여야 한다.

Ⅱ. 재고용 명령

이는 고용법원에 의하여 복직명령에 대신하여 내려지는 명령으로서 고용법원은 구제 신청자인 피해고자를 "해고 당시의 사용자, 그 승계인 또는 관련 사용자가 해고 당시의 고요내용에 상응하거나 기타 적절한 고용에 채용해 줄 것"을 요구하는 것이다.

고용법원이 복직명령 대신에 재고용명령을 내릴 것인가 여부를 판단함에 있어서는 ⅰ) 근로자의 희망사항, ⅱ) 사용자가 재고용명령을 따르는 것이 가능한지

dCollection @ chosun

여부, ⅲ) 근로자가 해고에 어느 정도 원인을 제공 또는 기여 하였는지를 고려하여 합리적으로 보아 실현가능한 한 유리한 조건으로 재고용명령을 내려야 한다.[4)]

Ⅲ. 금전보상 명령

앞에서 살핀 바와 같이 영국의 경우 고용법원이 복직 또는 재고용이 불가능하다고 판단하여 이를 명하지 않는 경우와 그러한 명령에도 불구하고 사용자가 이를 이행하지 않은 경우 금전보상명령이 내려지며, 금전보상은 기초적 금전보상과 보상적 금전보상으로 나누어지며, 복직 내지 재고용명령의 불이행시 부가적 금전보상이 이루어지는데, 구체적인 경우를 살피면 다음과 같다.

1. 고용법원이 복직이나 재고용 명령을 내리지 않은 경우

이 경우에는 피해고자의 선임권 또는 직의 상실에 대한 보상으로서 근로자의 연령, 근속연수 및 주급을 기초로 산정되는 기초적 금전보상(이는 원칙적으로 계속근로년수 1년에 대햐여 1주일의 임금이 지급됨)에 보상적 금전보상의 합계액으로 산출한다. 이 때 보상적 금전보상은 부당해고로 피해고자가 입은 금전적 손해의 보상을 목적으로 하며, 그 손해는 해고로 인해 합리적으로 인정되는 근로자의 지출비용과 해고시 근로자가 입을 수 있는 이익의 상실을 포함한다. 여기에는 보통법상의 손해경감의무가 적용되어, 근로자가 해고 후의 중간수입이 있을 경우 이는 공제된다. 더 나아가 피해고자에게 중간수입이 없었다고 하더라도 합리적인 노력을 다하면 얻을 수 있는 수입액이 인정될 경우 이 것도 공제되고, 피해고자의 행위가 해고에 상당한 원인을 제공하거나 기여하였다고 판단하는 경우에는 합리적인 범위에서 그 액을 공제하게 된다.

---

4) 한국경영자총연합회 위의 책 14면.

dCollection @ chosun

한편, 보상적 금전보상금은 52,600파운드의 범위 내에서 실제 손해를 기준으로 산정하게 된다(고용권리법 제123조 제1항). 그러나, 현실적으로는 주로 1,000파운드 이내에서 정해지고 있다고 한다.[5)]

2. 사용자가 복직이나 재고용명령을 이행하지 않은 경우

이는 다시 그 명령을 완전히 이행하지 않은 경우와 불완전하게 이행한 경우로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 고용법원의 명령에 따른 근로자의 복직 또는 재고용이 전혀 이루어지지 않은 경우에는 기초적 금전보상과 보상적 금전보상 이외에 부가적 금전보상을 명하게 된다(고용권리법 제117조 제3항). 일반적인 해고규정을 위반한 경우에는 13주 내지 26주의 주급을 부가적 금전보상금으로 하지만, 부당해고의 원인이 차별적 처우에 근거한 경우에는 26주 내지 52주의 주급을 부가적 금전보상금으로 하고 있다(제117조 제5항).[6)]

한편, 영국도 프랑스와 같이 정당한 해고에 대해서도 감원수당법에 의하여 금전적 보상을 실시하고 있다. 감원수당은 계속근로연수가 2년 이상이고, 감원을 이유로 근로관계를 종료한 근로자에게만 지급된다(제155조). 감원수당은 부당해고에서의 기초적 금전보상과 같은 방법으로 산정된다(제162조). 그러나 감원수당은 30주의 임금을 초과할 수 없으며, 주당 평균임금은 250파운드를 초과할 수 없도록 하고 있다(제227조).[7)]

둘째, 사용자가 고용법원이 내린 복직이나 재고용의 명령을 불완전하게 이행한 경우 즉, 명령에 따라 근로자가 복직 도는 재고용 되었으나, 복직 또는 재고용명령에 정한 요건이 완전하게 충족되지 못한 경우에도 해당 근로자가 입은 손해를 고려하여 일정액의 금전보상이 명령된다.

---

5) 유성재 앞의 책, 58면.
6) 김소영, 조용만, 강현주, 「부당해고 구제의 실효성 제고방안」 한국노동연구원,2003, 83면.
7) 유성재 앞의 책, 59면.

dCollection @ chosun

제2절 프랑스의 부당해고 구제방식

프랑스 노동법은 부당해고를 '무효인 해고'와 '진실하고도 중대한 사유 없는 해고'(이하 정당한 사유 없는 해고라 함)로 구분하고, 그에 따른 구제제도를 달리하고 있다. 우선, 무효인 해고(해고무효)는 해고로부터 특별보호대상이 되는 근로자의 해고 또는 공서에 반하거나 기본권을 침해하는 해고처럼 특별한 경우에만 인정된다. 법규정에 의해 또는 판례에 의해 해고무효가 인정되는 경우 복직 및 소급임금 지급이 인정될 수 있지만, 해고무효가 반드시 복직을 수반하는 것은 아니다. 예컨대, 법규정에 의하면 임산부에 대한 해고가 무효임에도 불구하고 사용자는 복직의무를 부담하지 않으며 금전배상책임을 지게 될 뿐이다.[8)]

파기원[9)]은 1948년 레이몽디사건 (1948. 6. 3. 판결) 이후 행정기관의 사전 승인 없이 이루어진 근로자 대표의 해고는 무효라고 보았다.[10)] 또한 노동법전은 임산부(L.122～25-2조) 및 업무상 상병에 의해 요양중인 근로자 (L.122～32-2조)의 해고는 무효임을 명시적으로 규정하고 있다. 출신·성·가족상황·민족·국적·인종·정치적 견해·조합활동·종교적 신념·건강상태·신체적 장해·정당한 파업권의 행사를 이유로 한 해고(L.122～45조), 직장 내에서 직무권한을 남용하여 이루어진 성적인 요구의 거부 등을 이유로 한 해고(L.122～46

---

8) 한국경영자총연합회 앞의 책, 17면.

9) 프랑스의 법원체계는 민형사소송을 관할하는 사법법원과 행정소송을 관할하는 행정법원이 상호 독립되어 있는 이원적 법원구조를 갖고 있을 뿐만 아니라 사법법원 또는 행정법원 어느 쪽에도 속하지 않은 특별법원(예, 헌법원등)도 존재한다. 이러한 이원적 법원구조에 기초하여 최상급 사법웝원으로 파기원(Courde cassation)이 있고, 최상급 행정법원으로 콩세유데타(Conseil d'Etat)가 있다. 이원적인 법원구조는 사법권으로부터 행정권의 독립을 도모한다는 권력분립원리에 입각하여 행정주체의 행위에 대한 사법법관의 재판을 배제하려는 데서 기이한 것이었다. (권형준, 『프랑스에 있어서의 기본권보상에 관한 연구 : 헌법원(Conseil constitutionnel)을 중심으로』, 서울대학교 법학박사학위논문, 1990, 126쪽 참조) 파기원은 통상적인 재판부로 5개의 민사부(순수 민사사건을 관할하는 3개의 민사부, 사회부, 상사부)와 1개의 형사부로 구성되며, 법규범해석의 통일을 임무로 하고 있다. 또한 파기원은 수수한 법률문제만을 심리의 대상으로 삼고 사실문제에 대해서는 심리하지 않는다. (Jacques Bore', La cassation en matie're civile (Paris: Sirey, 1988), pp.50-52 참조), 김소영 등 앞의 책, 83면에서 재인용.

10) Ge'rard Couturier, Drout du travail 2: Les rslations collectives de travail, 2e e'd., PUF, Paris, 1994, p.244, 김소영 등 앞의 책 83면에서 재인용.

Collection @ chosun

조), 남녀의 차별적 대우에 대한 소 제기를 이유로 한 해고(L.123~5조)는 공서(公序)에 관한 법규정에 반하는 해고로서 무효임이 노동법전에서 명시되고 있다.[11] 그리고 파기원은 1988년 4월 28일 판결을 통해 비록 해고무효에 관한 명시적 법규정이 없다 하더라도 해고가 헌법상의 권리(표현의 자유)를 침해하여 이루어진 경우에는 무효라고 보았다.[12] 이처럼 법규정에 의해 또는 판례에 의해 해고무효가 인정되는 경우 복직을 수반하는 것은 아니다. 예컨대, 법규정에 의하면 임산부에 대한 해고가 무효임에도 불구하고 사용자는 복직의무를 부담하지 않으며 금전배상책임을 지게 될 뿐이다(L.122-30조 제2항).

'진실하고도 중대한 사유'가 없는 해고, 즉 정당한 사유 없는 해고는 무효의 효력이 인정되지 않는 해고이다. 정당한 사유 없는 해고는 무효는 아니지만 부당한 것이기 때문에 그 구제가 인정되는 해고영역에 속한다. 따라서 구제의 내용도 법에 의해 규정되고 있다. 법이 정하고 있는 구제의 내용은 실체위반의 해고인가 절차위반의 해고인가에 따라 달라질 뿐만 아니라 기업규모 및 근로자의 재직기간에 따라 다르고, 기본적으로는 금전배상을 원칙으로 하면서도 사용자에 대한 징벌적 제재를 병합하고 있다.[13]

이하에서는 프랑스에 있어서 부당해고 구제기관에 관하여 살펴본 이후 부당해고에 대한 구제의 내용을 실체위반의 해고 와 절차위반의 해고로 나누어 살핀다.

Ⅰ. 부당해고 구제기관

개별적 근로관계와 관련한 권리분쟁은 전국적 선거에 의해 선출되는 노사대표가 동수(同數)로 구성되는 '콩세이드프뤼돔' 이라는 노동법원에 의해 해결되

11) 특히 근로자의 기본적 자유 내지 기본권을 이유로 한 해고의 무효에 관한 논문으로 Bemard Gauriau "La nullire′ du licenciement et la personne du salarie′", Dr. soc., N°9・10, 1993, p.738 이하. 김소영 등 앞의 책 83면에서 재인용.

12) Ge′rard Lyon-Caen et autres, op. cit, p.375.

13) 한국경영자총연합회 앞의 책, 17면.

Collection @ chosun

고 있다. '콩세이드프뤼돔'은 근로계약관계와 관련된 개별적 권리분쟁을 전속적으로 관할하는 특별법원인 셈이다.

프랑스에서는 노사분쟁을 개별적 노동분쟁(conflits individuels dutravail : 이하 '개별분쟁'이라 함)과 집단적 노동분쟁(conflits collectifs du travail : 이하 '집단분쟁'이라 함)으로 구분하는 것이 일반적이다. 개별분쟁인가 집단분쟁인가는 분쟁대상 및 분쟁당사자라는 2가지 요소를 기준으로 하여 구별한다. 권리분쟁과 이익분쟁의 구별도 유의미하지만 개별분쟁과 집단분쟁 양자의 구별보다는 부차적이다. 왜냐하면 프랑스에서는 권리분쟁 사항에 대한 쟁의행위가 가능하고[14], 집단분쟁의 경우 권리분쟁이든 이익분쟁이든 조정절차(調整節次)가 적용되기 때문이다. 단지 권리분쟁에 대해서는 알선·조정(調停)·중재 3가지 조정제도(調整制度) 중에서 조정절차(調整節次)가 적용될 수 없을 뿐이다. 개별분쟁의 경우 노동법원에 의한 분쟁해결은 당연히 권리분쟁사항을 그 대상으로 한다. 개별분쟁은 사용자와 개별 근로자간의 분쟁으로, 특히 근로계약과 관련된 권리분쟁은노동법원이 제1심 법원으로서 그 관할권을 갖는다. 노동법전 L.511-1조는 사용자와 그가 고용하고 있는 근로자 사이에서 근로계약과 관련하여 발생할 수 있는 분쟁은 노동법원이 화해에 의하여, 화해가 성립되지 않는 경우에는 판결에 의해 해결하도록 규정하고 있다. 화해가 성립되지 않는 경우에는 판결에 의해 해결하도록 규정하고 있다. 부당해고 사건의 경우에도 판결에 의한 사건의 해결 이전에 화해절차가 강제적으로 적용되도록 하고 있는 것이다.

근로계약관련 분쟁에는 사법의 근로계약관계 존부에 관한 분쟁, 근로계약의

14) 사용자가 법적 의무 또는 계약상 채무를 불이행함으로써 근로자의 권리가 침해되는 경우에 사용자로 하여금 이러한 권리를 준수토록 하기 위한 쟁의 행위의 정당성이 인정된다. 특히 사용자가 자신의 중요한 의무를 고의적이고도 중대하게 불이행함으로써 근로자들로 하여금 파업을 하지 않을 수 없게 하였던 경우에는 무노동무임금 원칙의 예외로서 파업기간중의 임금을 지급할 책임이 사용자에게 있다고 보는 것이 판례의 입장이다. 예컨대, 사용자가 운영하는 한 사업장에서 1개월분의 임금이 지급되지 않아 파업이 발생하였고 노사간에 협정이 체결됨으로써 파업이 종료되었지만 그 후에도 사용자가 자신의 채무를 이행하지 않았을 뿐만 아니라 사업장의 정상적인 운영을 가능케 하는 설비들을 반출하자 근로자들이 다시 파업을 행한 사안에서 파업기간의 임금에 대한 사용자의 지급책임을 인정하였다. 이상의 내용은 이승욱·조용안·강현주, 『쟁의행위 정당성의 국제비교』, 한국노동연구원, 2000, 105쪽. 김소영 등 앞의 책 83면에서 재인용.

Collection @ chosun

체결·이행·종료 등 근로계약과 직접적으로 관련하여 발생한 분쟁, 근로계약에 부수하여 체결된 약정(예컨대, 보증계약이나 경업금지 약정)으로부터 발생한 분쟁 등이 포함된다.[15] 단체협약의 해석 및 적용에 관한 협약당사자(노동조합 사용자 또는 사용단체)간의 분쟁은 집단분쟁이지만, 개별 근로자가 단체 협약에 근거하여 일정한 권리를 주장하는 경우 그 협약의 해석·적용을 둘러싼 분쟁은 개별분쟁에 해당한다.[16]

쟁의행위 자체는 집단분쟁에 해당하지만 쟁의행위가 개별적 근로계약관계에 미친 결과 또는 영향(예컨대, 파업관련 근로자의 징계책임·민사책임, 직장폐쇄 관련 사용자의 민사책임 등)을 둘러싼 다툼은 개별분쟁의 영역에 해당하게 된다.[17]

Ⅱ. 부당해고 구제내용

1. 실체 위반의 해고

실체위반의 해고, 즉 '진실하고도 중대한 사유가 없는 해고'의 구제로 노동법전 L.122-14-4조 제1항은 복직 또는 금전배상, 실업보험기관에 대한 사용자의 실업수당 상환을 규정하고 있다. 그러나 근로자의 복직은 노사 양당사자의 합의가 있어야만 인정되는 임의적인 것이기 때문에 일방 당사자가 복직을 거부하는 경우에는 금전배상이 인정될 뿐이다. 그리고 실업수당 상환은 금전배상 이외에 부가적으로 인정되는 사용자에 대한 특별제재이다.

가. 복직

15) Alain Supiot, Droit du travail : les juridictions du travail, tome 9, Dalloz, 1787, pp.268~273 참조, 김소영 등 앞의 책, 83면에서 재인용.
16) Alain Supiot, op. cit, p.293 참조
17) Lamy social, Editions Lamy, 1999, p.1690 참조

Collection @ chosun

근로자의 복직은 소송 당사자의 의사에 반하여 강제될 수 없다. 노동법전 L.122-14-4조 제1항에 의하면 법원은 근로자의 복직을 제안할 수 있으나 소송 당사자 중 어느 일방이 이를 거부하는 경우에는 금전배상을 선고하게 된다.[18] 법관이 반드시 복직을 제안하여야 하는 것도 아니며 법관의 복직제안이 있더라도 사용자 또는 근로자 누구도 이를 거부할 수 있기 때문에 복직은 임의적인 것이다.[19]

나. 금전배상

근로자에 대한 사용자의 금전배상은 실손해액과 관계 없이 일정액 이상의 법정배상이 인정되는 경우와 민법상의 원칙에 따라 일반 손해배상이 인정되는 경우 두 가지가 있다.[20] 이처럼 배상책임을 법정배상과 일반 손해배상으로 구별하는 이유는 일정 규모 이상의 기업에서 일정한 재직기간을 갖는 근로자의 부당해고에 대해서는 그 구제를 강화하려는데 있다.[21]

첫째, 사용자의 법정배상책임은 통상적으로 11인 이상의 근로자들을 사용하는 기업에서 2년 이상 재직한 근로자들 정당한 이유 없이 해고한 경우에 인정된다(노동법전 L.122-14-5조 제1항: 이하 '노동법전' 명칭 생략함). 배상의 최저한도액은 해고 이전 6개월 임금 상당액이다(L.122-14-4조 제1항).

재직기간은 해고통지서의 발송일을 기준으로 하여 산정되고(파기원 사회부, 1992. 4. 1. 판결, Moreaux사건: 이하 '파기원 사회부' 생략),[22] 산정기초가 되는

18) C. trav. art. l.122-14-4 ①..... le tribunal peut proposer la re'inte'gration du salarie' dans l'entreprise, avec maintien de ses aavantages acquis; en cas de refus par l'une ou l'autre des parties, le tribunal octroje au salarie' uneidemnire'(..... 법원은 근로자의 기득이익이 침해되지 않는 해당 기업으로의 복직을 제안할 수 있다. 그러나 소송당사자중 어느 일방이 이를 거부하는 경우에는 근로자에 대한 금전배상을 선고한다).김소영 등 앞의 책, 83면에서 재인용.

19) ge'rard couturier(1996), op. cit, p..232. 한국경영자총협회 앞의 책, 18면에서 재인용.

20) 한국경영자총협회 앞의 책, 18면.

21) 김소영 등 앞의 책, 83면에서 재인용.

22) RJS, 5/1992, n°608, pp.344~345.

Collection @ chosun

되는 임금은 근로계약 종료일 이전 6개월간의 총임금액(즉, 사회보장갹출금 공제 이전의 임금총액)이다(1993. 6. 22. 판결, Belkouche 사건).[23] 근로자의 실손해에 관계없이 배상액의 최저한도를 설정하고 있는 이러한 법정배상은 사용자의 부당행위에 대한 징벌적 제재와 근로자가 입은 손해를 전보하는 손해배상이라는 이중의 성질을 갖는다.[24]

둘째, 실손해에 따라 산정되는 일반 손해배상책임은 통상적으로 10년 이하의 근로자들을 사용하는 기업에서의 해고 또는 재직기간 2년 미만인 근로자 해고의 경우에 인정된다(L.122-14-5조). 영세한 소기업이나 재직기간이 짧은 근로자의 경우, 사용자의 과중한 배상책임을 경감시키려는 입법취지에 의해 법정배상이 아닌 일반 손해배상이 인정되고 있지만 차별적 배상제도라는 비판이 있다. 물론 일반 손해배상에 의해서도 근로자는 법정배상액과 동일하거나 그 이상의 배상을 인정받을 수 있다. 그러나 근로자는 자신이 입은 경제적·정신적 손해등을 입증할 수 있는 자료를 제출하여야 한다.

더구나 정신적 손해에 대한 배상의 경우 사용자의 고의과실 및 손해간의 인과관계를 매우 엄격하게 해석하고 있다.[25] 이러한 문제점과 관련하여 파기원(사회부)은 원심이 해고의 정당사유가 없다는 점을 인정하면서도 부당해고에 따른 손해의 입증이 없었다는 이유로 근로자의 배상청구를 기각한 사안에서 “정당한 해고사유의 부재만으로도 사용자의 배상책임이 인정되어야 하고, 손해범위에 대한 평가는 법관의 임무에 속한다”고 하면서 원심을 파기하였다(1991. 9. 25. 판결, Capdevielle 사건). 이 판결을 통해 파기원은 정당한 사유 없는 해고의 경우 비록 견로자의 손해입증이 없다고 하더라도 사용자의 배상책임이 인정되어야 한다는 입장을 취하였다.[26]

다. 실업 수당 상환

23) Dr. soc, N°9·10, 1993. p.774.김소영 등 앞의 책, 83면에서 재인용.
24) 한국경영자총협회 앞의 책, 18면
25) 한국경영자총협회 앞의 책, 19면
26) 김소영 등 앞의 책, 83면에서 재인용.

Collection @ chosun

노동법전은 금전배상뿐만 아니라 사용자에 대한 보충적 제재로서 실업수당 상환을 규정하고 있아. 실체 위반의 해고의 경우 법원은 해고일로부터 판결선고일까지 해고된 근로자에게 지급된 실업수당의 전부 또는 일부를 실업수당 6개월분의 한도 내에서 실업보험기관에 상활할 것을 사용자에게 명하여야 한다(L.122-14-4조 제2항). 실업보험기관이 해고소송에 보조참가하지 않았던 경우에도 법관은 직권으로 상환을 명하고 판결문 사본을 실업보험기관에 송부하여 실업보험기관이 관할법원에 사용자를 상대로 상환집행을 할 수 있도록 하고 있다(L.122-14-4조 제2항).

다만, 이러한 실업수당 상환책임은 10인 이하의 근로자들을 사용하는 기업에서의 해고 또는 재직기간 2년 미만인 근로자의 해고에는 적용되지 않는다(L.122-14-5조). 법정 배상책임이 배제되고 일반 손해배상책임이 인정되는 경우에는 실업수당 상환책임도 인정되지 않는다. 1973년 법률에 의해 실업수당 상환제도가 창설되었을 당시에는 상환액에 대한 법관의 결정재량이 인정되지 않았기 때문에 법관은 근로자가 수령한 실업수당액 전액의 상환을 명하여야 하였다. 법안심의과정에서 실업수당 상환제도를 반대한 측은 사용자에게 실업보험료의 이중갹출 부담을 지우는 것은 일반적 보험원리에 반한다고 주장하였지만 사용자의 부당한 해고와 재해에 해당하는 자연적 실업은 동일시 될 수 없다는 점, 사용자의 귀책사유에 의해 발생한 실업을 다른 사용자의 비용(보험료)으로 보상하는 것은 부당하다는 점 등에 근거하여 입법화 되었다. 실업수당 상환제도는 해고된 근로자에게 직접적 이익(추가적 보상)을 보장하는 것은 아니지만 부당해고의 억제 효과를 통해 근로자집단 전체에 이익을 주고 간접적으로 근로자의 지위를 개선할 수 있는 이점을 갖고 있다. 그런 법원은 후술하는 바와 같이 사용자 책임을 완화하는 방향으로 법을 해석하였고, 결국 1986년에 상환 최고 한도액을 6개월분의 실업수당으로 제안하면서 동시에 사용자의 고의과실 정도에 따라 법관이 재량으로 상환액수를 결정할 수 있도록 법개정(1986. 12. 30. 법률)이 이루어졌다.

결국 이러한 과정을 통해 실업수당 상환제도가 부당해고를 억제하는 효력은 상당히 완화되었다고 평가할 수 있다. 한편 실업수당 상환은 해고가 무효인 경

Collection @ chosun

우에는 적용되지 않는다(1991. 2. 12. 판결, H. Mora社 사건). 무효인 해고와 정당한 사유 없는 해고간에는 그 구제의 내용이 다르다. 실업수당 상환은 정당한 사유가 없는 해고에 대한 법정 특별구제(L.122-14-4조)의 하나로 인정되는 제도이기 때문에 무효인 해고에는 적용되지 않는다. 또한 해고기준 및 해고대상자 선정에 관한 법 위반이 있는 경우 판례는 실손해에 따른 일반 손해배상책임을 인정하기 때문에 실업수당상환제도가 적용되지 않는다고 보고 있다(1994. 3. 23. 판결, Courtaulds fibres社 사건).[27]

2. 절차위반의 해고

절차위반 해고의 경우 법은 사용자가 위반한 절차의 내용, 즉 개별절차 위반인가 또는 집단해고 절차위반인가에 따라 그 구제의 내용을 달리 규정하고 있다. 그렇지만 절차위반 해고에 대한 이러한 법정구제는 기업규모 및 재직기간에 관한 요건이 충족되어야 인정된다. 그리고 판례는 탄력적인 법해석을 통해 절차위반 해고에 대한 구제를 제한하거나 확대하는 입장을 보이고 있다.[28]

가. 개별절차의 위반

사전청문, 해고통지 등 해고대상자와의 관계에서 이루어지는 개별절차를 위반한 해고에 대한 법은 3가지 구제를 규정하고 있다. 그럼에도 불구하고 판례는 절차위반의 내용과 성질에 따라 법이 규정하고 있는 구제를 부인하거나 법이 예정하지 않은 구제를 인정함으로써 절차위반에 대한 상이한 구제체계를 확립하고 있다.

(1) 법정구제의 내용 및 요건

27) 김소영 등 앞의 책, 83면에서 재인용.
28) 김소영 등 앞의 책, 83면에서 재인용.

Collection @ chosun

노동법전 (L.122-14-4조 제항 및 제2항은 개별절차위반이 있는 경우 그에 대한 구제로 절차이행, 최고 1개월 임금상당액의 금전배상, 실업수당 상환을 규정하고 있다. 절차이행은 사용자가 절차를 이향하지 않았거나 이행된 절차에 흠결이 있는 경우에 적법한 절차의 재이행을 강제하는 것을 말한다. 금전배상의 경우 실체위반시에 인정되는 법정배상(최저 6개월 임금상당액)과 달리 최고한도액을 설정하고 있다. 실업수당 상환의 내용은 실체 위반의 해고에서 이미 고찰한 바와 같다.

이러한 법정구제가 인정되기 위해서는 ① 기업규모: 통상적으로 11인 이상의 근로자들을 사용하는 기업, ② 재직기간 : 2년 이상, ③ 해고사유 : 실체적으로 정당한 사유라는 3가지 요건이 충족되어야 한다(L.122-14-4조 제1항 및 L.122-14-5조 제1항) 기업규모 및 재직기간에 관한 요건이 결여된 경우, 즉 10인 이하 근로자들을 사용하는 기업에서의 해고 또는 재직기간 2년 미만인 근로자의 해고에서 개별절차 위반이 존재하더라도 법정 구제가 인정되지 않는다.

다만, 근로자의 변명권을 보장하기 위한 청문절차에서 근로자의 조력 받을 권리에 관한 절차에 위반한 해고의 경우에는 기업규모 및 재직기간의 요건이 적용되지 않는다(L.122-14-5조 제1항). 청문시 타인의 조력을 받을 권리는 기업규모 또는 재직기간에 관계없이 보호되어야 할 중요한 법익이기 때문이다. 해고사유에 관한 요건이 결여된 경우, 즉 해고사유가 정당하지 않은 경우에는 실체위반에 대한 구제만이 인정되고, 절차위반에 대한 구제가 별도로 인정되지 않는다(1998. 1. 20. 판결, Fruehauf社 사건).

법규정에 의하면 절차위반시의 구제는 실체적 법을 전제로 하고 있기 때문이다. 따라서 실체위반과 절차위반이 동시에 존재하는 해고의 경우 실체위법은 절차위법을 흡수하게 되고, 법원은 실체위반에 대한 구제만을 명한다.[29]

(2) 판례에 의한 구제의 축소와 확대

절차위반의 해고에 대한 구제로 노동법전은 절차이행, 최고 1개월 임규모상

29) 김소영 등 앞의 책,83면에서 재인용.

dCollection @ chosun

당액의 금전배상, 실업수당 상환을 규정하고 있다. 그러나 판례는 금전배상만을 인정하고 절차이행이나 실업수당 상환을 부인함으로써 법정구제를 축소하는 경향을 보이는가 하면, 반대로 특정절차의 위반에 대해서는 오히려 실체위반시의 법정구제를 인정함으로써 구제를 확대하고 있다. 이처럼 판례는 해고대상자와 관계에서 이루어지 개별절차 가운데에서 특정 절차가 갖는 상대적 중요성을 감안하며 법관에게 구제의 내용을 결정할 수 있는 재량권을 부여하고 있는 것이다.

먼저, 판례에 의한 구제축소 경향을 살펴보면, 절차 이행을 부인하고 글전배상만을 인정한다. 법규정에 의하면 법관은 절차위반시 절차이행및 금전배상을 명하여야 한다. 그러나 파기원은 근로자의 명백한 요구가 없는 경우에 법관은 사용자에 대한 절차이행을 반드시 명할 필요는 없고(1976. 11. 16. 판결) 나아가 제반 사정에 비추어 절차이행이 무용한 경우에는 근로자의 절차이행청구를 기각할 수 있다(1978. 5. 16. 판결)고 보았다.

이러한 판례의 태도는 절차이행이 갖는 유용성을 부인하는 것일 뿐만 아니라 절차위법은 금전배상에 의한 구제로 충분하다고 보는 입장이다. 생각전대, 사용자가 위법하게 이루어진 절차를 적법하게 다시 이행하게 되면 절차위법은 치유되고 근로자의 손해도 발생하지 않게 된다. 또한 금전배상이 이루어지면 절차위법에 따른 근로자의 손해도 전보되기 때문에 별도로 절차이행을 강제할 실익도 없게 된다. 그렇지만 판례는 의회가 예정하였던 두 가지 구제 가운데에서 하나의 구제만을 선택함으로써 현행법을 재창조하였고, 결과적으로 근로자에게 인정되는 절차적 보호를 상당히 제한하였다는 비판이 있다.

판례에 의한 구제축소의 경향은 실업수당 상환을 부인하고 있는 데에서도 나타난다. 법규정에 의하면 사용자의 실업수당 상환책임은 실체위반의 해고에 국한되지 않는다. 그러나 파기원은 “해고사유가 정당하고 단시 요구되는 절차만이 준수되지 않았던 경우에 법원은 사용자에게 실업수당 상환을 반드시 명할 필요는 없다”고 보았다(1980. 3. 26. 판결). 이러한 법해석은 명백히 법규정에 반하는 것임에도 불구하고 파기원은 경미한 절차위반을 이유로 과중한 제재를 가할 수 없다는 입장을 취하였던 것이다.

Collection @ chosun

앞에서 언급하였듯이, 실업수당상환제도가 1973년에 창설되어 1986년에 개정되기 이전에 사용자가 실업보험기관에 상환하여야 할 금액은 근로자가 수령할 실업수당 전액이었다는 점을 고려하면 절차위반에 대한 제재로서 실업수당의 상환은 사용자에게 가혹한 측면이 없지 않다. 그러나 1986년의 법개정으로 상환액의 최고한도는 6개월분의 실업수당으로 제한 되었고, 법관은 절차위반의 정도에 따라 상환액을 결정할 수 있는 재량을 갖고 있기 때문에 실업수당 상환을 인정하더라도 사용자에게 과중한 부담을 가하는 것이라고 보기는 어려운 측면이 존재한다.

이상과 같은 구제축소의 경향과는 반대로 판례는 특정한 절차위반 시에는 실체위법의 경우에 인정되는 법정구제를 승인함으로써 구제의 확대를 꾀하고 있다. 즉, 사용자가 해고통지서에 해고사유를 명시할 의무(L.122-14-2조)를 준수하지 않은 경우에는 절차위반임에도 불구하고 실체위반시의 법정구제를 인정한다(1990. 11. 29. 판결, Rogie사건) 예컨대, 경영상 해고에서 사용자가 제1차 해고사유와 제2차 해고사유를 명확히 명시하지 않은 경우에는 실체위법의 책임을 면할 수 없다(1997. 4. 30. 판결 TNG社. 사건).

해고통지서에 명시되는 해고사유만이 해고소송에서 법관의 심판대상이 되므로 사용자가 명확한 해고사유를 명시하지 않는 것은 정당한 해고사유의 부재와 동일시되어 실체위반시의 법정구제가 인정되는 것이다. 한편 경영상 해고의 경우 해고가 통지된 후 근로자가 서면으로 해고기준을 제시할 것을 요구하면 사용자는 서면으로 이를 통지하여야 한다. 이러한 해고기준 통지의무 위반의 경우에도 초기 판례에 의하면 절차위법으로 제재되었으나(1994. 10. 18. 판결, Duizabo 사건) 판례 변경에 의해 실체위법으로 제재되고 있다(1996. 1. 23. 판결, Bennis 사건).[30]

나. 집단해고절차의 위반

30) 김소영 등 앞의 책, 83면에서 재인용.

Collection @ chosun

경영상 해고에서 집단해고 절차를 위반한 해고의 경우 근로자에게 인정되는 법정구제는 원칙적으로 실손해에 따라 산정되는 금전배상이다(L.122-14-4조 제3항). 그러나 집단해고절차 중에서 특히 '고용보호계획'과 관련한 절차의 위반이 있는 경우에는 해고절차의 무효, 나아가 해고 자체의 무효 및 복직이 인정된다.[31)]

31) 한국경영자총협회 앞의 책, 21면.

dCollection @ chosun

제3절 독일의 부당해고 구제방식

독일에서는 해고제한법에 의하여 해고에 관한 사항을 규율하고 있는데, 해고는 '사회적 정당성'이 있어야 유효하고, 이러한 요건이 흠결된 위법·부당한 해고에 대하여는 그 법적효과를 부인하는 것을 원칙으로 하고 있다. 그러할 경우에는 그 해고는 무효로서 사용자는 원칙적으로 당해 근로자를 원직에 복직시켜야 하며, 해고소송기간에 상응하는 기간동안은 그에 관한 임금을 지급하여야 한다. 즉, 독일은 해고제한제도의 일차적 목적을 근로관계의 지속에 두고 있다.[32]

그러나, 이러한 독일에서도 해고소송으로부터 근로자를 보호하고 또한 해고분쟁을 효율적으로 해결하기 위하여 몇 가지 특별한 절차를 두고 있다.

Ⅰ. 화해중심주의

독일의 경우에는 영국의 ACAS와 같은 해고분쟁을 조정하기 위한 조정기관은 별도로 존재하지 않으며, 프랑스의 노동심판소처럼 심판소 내에 조정부를 두고 있는 것도 아님에도 불구하고 재판상의 화해율이 높은 것이 독일 노동재판소의 특징이다. 제1심의 경우 8할 이상이, 제2심의 경우에는 6할 정도가 화해 또는 소송취하 등으로 해결되고 있다. 이와 같이 독일에 있어서 재판상의 화해율이 높은 이유로서는 쟁송변론에 앞서서 반드시 화해변론을 하고 있다는 점, 명예직재판관은 노동문제의 전문가인 만큼 분쟁당사자에 대하여 설득력을 가진다는 점, 재판관은 쟁점정리나 설득을 통하여 분쟁이 가능한 한 화해에 의하여 해결될 수 있도록 항상 노력하고 있다는 점 등을 들 수 있다.[33]

독일에 있어서 해고소송의 결과 당해 해고가 정당한 사유가 없는 즉, 위법·부당한 해고라고 판단되어 무효로 판정된 경우라고 하더라도 근로자가 직장에 복

32) 유성재 앞의 책, 54면.
33) 한국경영자총협회, 앞의 책 23면.

dCollection @ chosun

귀하는 대신 사용자가 일정한 금전적 보상을 함으로서 근로관계가 종결되는 경우가 다수 존재한다. 위와 같이 복직에 대신하는 금전 보상금이 지급될 경우 그 액수에 관하여 특별히 법률적으로 정해진 바는 없고, 사실적으로 근로자의 근속 연수에 따라 대체로 그 금액이 정해져 있으며, 대개의 경우 이러한 사실적인 산정기준에 의해 정해진다.

통상적으로 해고가 무효로 된 경우, 「1개월분의 수입×(25~50%)×근속연수」가 재판실무상 정착되어 있다고 한다. 그러나 연방노동법원(제2법정)은 특별한 계산방법을 제시하지 않기도 한다.[34]

Ⅱ. 선택적 구제

독일의 경우 해고무효의 효과로서 노동관계의 지위를 확인하는 판결과는 별도로, 일정한 보상금을 지불하는 대가로 노동관계를 종료시키는 소위 "해소판결"을 인정하고 있다는 점이다. 해고제한법상 원칙적인 해결방법은 보상금이 아니라 복직에 의한 해결이다. 따라서 근로관계의 해소는 예외적인 경우에만 고려된다. 단, 해고소송의 보상금은 소송의 일방당사자 또는 쌍방이 요구할 때만 인정되며, 보상금액은 제반사정을 고려하여 재판소가 최종적으로 결정한다. 근로자가 해소판결을 신청한 경우, 해소 이유는 "근로관계의 계속을 더 이상 기대하기 어려운 경우"에 인정한다. 그러나 사용자로부터 신청이 인정되는 경우로는 해고제한법에 의해 "사회적으로 부당"한 보통해고에 한한다.

해소판결에 따른 보상금은 판사가 근로자의 12개월분의 임금 이내에서 재량으로 결정한다(해고제한법 제10조 제1항). 다만, 보상금액은 각 '사업장에서의 근속기간'과 '연령'에 따라서, 근로자가 50세를 초과하고 '당해 사업장'에서의 근속기간이 15년을 초과한 경우 최고 임금 15개월분, 근로자가 55세를 초과하고 근속기간이 20년을 초과한 경우 최고 18개월분으로 할 수 있도록 하고 있다(해고

34) 한국경영자총협회, 앞의 책 23면.

Collection @ chosun

제한법 제10조 제2항).[35]

35) 한국경영자총협회, 앞의 책 24면.

Collection @ chosun

제4절 미국의 부당해고 구제방식

일반적으로 미국의 부당해고 구제유형은 보통법상의 손해배상적 구제와 형평법상의 형평적 구제 두 가지로 분류할 수 있다. 보통법상의 구제는 불법행위 구제와 계약위반 구제이며, 금전에 의한 손해배상적 구제로서 '보상적 손해배상'과 '징벌적 손해배상'이 포함된다. 형평법적 구제는 금지명령이나 특정한 행위의 이행을 구하는 형평법상의 구제수단으로서 적극적·강제적 구제라고 칭하기도 한다.[36] 위 두 가지 구제유형 이 외에 잠정적 구제수단인 보전처분이 있다.

Ⅰ. 보통법상의 구제

1. 불법행위 구제와 계약위반 구제

가. 불법행위 구제

보통법상의 불법행위 구제는 손해전액 배상의 원칙을 취하므로, 불법행위 구제에서 가장 중요한 것은 피고의 불법행위로 인한 원고의 직접적인 손해를 입증하는 것이다. 불법행위 구제는 보상적 손해배상으로서의 금전배상이며, 일반적으로 징벌적 손해배상이 이외에는 특별한 구제방법이 없으며, 그 배상은 직접적 손해에 대한 배상에 국한되므로 이차적 손해에 대한 배상은 제외된다. 다만, 악의적이고 고의적인 불법행위의 경우에는 이차적 손해에 대한 배상도 고려될 수 있다.

36) 한국경영자총협회, 앞의 책 27면.

dCollection @ chosun

나. 계약위반 구제

고용관계의 양당사자는 계약에 근거한 의무를 진다. 고용계약서의 명칭을 가진 문서를 비롯하여 구두약속, 고용안내서, 서약서, 단체협약 등 모든 것이 계약해석의 근거자료로 활용될 수 있다.
전통적으로 계약위반에 대한 손해배상 즉, 계약위반 구제는 계약의 목적 및 내용이 충분히 실현되었을 때 계약의 양당사자에게 주어져야 하고, 당연히 기대할 수 있는 기대배상을 기준으로 한다.

2. 보상적 손해배상

가. 일실과거수입

보통법상의 일실과거 수입은 형평법상의 구제수단인 소급임금지급과 거의 동일하다. 일실과거수입 보상은 부당해고, 재고용거부등에 있어서, 가장 통상적으로 활용되는 구제수단이다. 일실과거수입배상은 불법행위로 인한 손해배상이나 계약책임 배상이나 동일하게 적용된다. 부당해고로 인한 손해배상에 있어 산정근거가 되는 임금은 근로자의 해고 당시의 수입이나 근로자가 해고되지 아니하였다면 근무하고 있을 당시의 수입이나, 근로자가 해고되지 아니하였다면 근무하고 있을 직위의 수입을 기준으로 한다.
해고된 근로자가 일시적인 직업으로부터 얻은 수입, 퇴직수당 등은 일실수입배상금액에서 중간수입으로서 공제된다. 근로자의 중간수입은 근로자가 해고당하기 전의 종전 직업과 같은 종류나 같은 지위의 작업으로부터 얻어진 것임을 요하지 않는다. 따라서 근로자가 전혀 다른 직업으로부터 얻은 임금도 사용자의 일실수입 손해배상액에서 공제된다. 또한, 근로자가 소득을 취할 수 있는 기회가 주어졌음에도 불구하고 이를 거부 하여 아무런 수입도 얻지 못했다면, 사용자는 손해배상액에서 근로자가 대체직업으로부터 얻을 수 있었던 금액을 공

dCollection @ chosun

제반을 수 있다.

Title Ⅶ은 명문 규정에 의하여 “부당한 차별을 받아 해고된 근로자의 중간수입이나, 근로자가 상당한 노력을 기울여 얻을 수 있었던 수입은 사용자가 지급해야 하는 소급임금에서 감액되어야 한다”고 밝히고 있다. 그러나, 실제로 법원이 근로자가 소득을 얻기 위한 ‘상당한 노력’을 했는가 여부를 판단하는 것은 매우 어렵다. 따라서 일반적으로 판결에서는 근로자에게 적당하고 원직에 비길만한 대체직업 37)이 주어졌음에도 불구하고, 근로자가 구직을 위하여 상당한 노력을 기울이지 아니하였음을 사용자가 입증해야 한다.

즉, 근로자가 비록 손해경감을 위한 상당한 노력을 하지 아니하였더라도 이는 문제가 되지 않으며, 다만 상당한 노력을 통하여 회피할 수 있는 손해의 배상에만 장애가 된다. 대체직업은 근로자에게 사실상 동일한 임금, 지위, 책임, 근로조건, 승진 기회 등이 제공되는 경우에만 인정된다. 계약기간의 정함이 있는 근로자가 해고된 경우에는 일실수입의 산정이 비교적 용이하나, 기간의 정함이 없는 계약의 경우에는 배상기간을 정하는 것이 매우 어렵다. 법원은 일반적으로 기간의 정함이 없는 계약에서의 계약위반 소송이나 공공정책 위반의 불법행위 소송에 있어서 해고시부터 소송시까지의 소급임금을 인정하고 있다. 그러나 임의고용 근로자에 대하여 해고된 근로자가 복직되었다 하더라도 사용자가 다시 근로자를 해고하였으리라고 인정된다는 이유로 임금을 인정하지 않은 판결도 있다.38)

근로자가 사용자에 대한 노무제공으로 인한 대가가 아닌, 다른 소득원에 의해서 병행적 수입이 있을 경우, 이는 사용자가 배상하여야 할 손해배상액에 아무런 영향을 미치지 아니한다. 예를 들어, 해고된 근로자가 받는 실업수당이나 사회보장정책에 따른 급여, 기타 유사급여는 정부로부터 지급되는 것이므로 사용자는 부당해고로 인한 손해배상 전액을 근로자에게 지급되는 실업수당을 사용자가 배상하여야 할 소급임금에서 공제한다면, 이는 법률에 의하여 보호받고

37) 사용자가 해고된 근로자에게 복직 제의를 하면서 소송의 포기나 소급임금의 포기 등을 복직 조건으로 요구한다면, 이는 본질적으로 유사한 직업의 제공이라고 할 수 없다.
38) 김소영 등 앞의 책, 58면.

Collection @ chosun

있는 근로자를 부당하게 해고한 사용자의 경제적인 부담을 덜어주는 결과를 초래하며, 나아가 일실수입 보상이 갖는 '해고억제'의 예방적 목적을 희석하는 것이다.[39] 법원은 일반적으로 기간의 정함이 없는 계약에서의 계약위반 소송이나 공공정책 위반의 불법행위 소송에 있어서 해고시부터 소송시까지의 소급임금을 인정하고 있다.[40]

나. 일실장래수입

법원은 고용차별금지법과 같이 법률에 근거한 소송에 있어서도 복직을 명하는 것이 오히려 근로자에게 피해를 주거나 적절치 못한 상황 또는 부당한 마찰이나 논쟁을 야기하리라고 예상되는 경우에는 일실장래수입의 지급을 명한다. 즉, 해고소송에서 근로자가 승소한다 해도 빈자리가 없거나, 복직에 대한 실현가능성이 없을 수 일실장래수입이 지급될 수 있다.[41]

사용자는 근로자가 부당해고를 당한 후, 원직과 대등한 일자리를 제의받거나 새로운 직장에 취업한 때 또는 그러한 구직을 위하여 상당한 노력을 더 이상 하지 않는 장래의 시기까지, 근로자가 부당하게 해고되지 아니하였다면 얻을 수 있었던 임금과 기타 특별급여를 일실장래수입으로서 지급해야 한다. 그러나, 근로자가 이미 직장을 옮겼거나, 더 이상 새로운 직장을 찾기 위한 구직행위를 하지 않을 때에는 일실 장래수입이 부인될 수 있다.[42]

일실장래수입의 지급 산정 시기는 근로계약기간이 정하여진 경우에는 정해진 계약기간에 한정된다. 그러나 임의고용의 경우에는 산정시기를 언제까지 할 것이냐의 문제가 제기된다. 임의고용의 경우 근로자는 부당해고가 없었더라면 퇴직에 이르기까지 근무할 수도 있지만, 해고와 관계없이 언제든지 직장을 떠날 수도 있다. 따라서 각 주의 법원은 지급시기 산정이 불가능하다는 이유로 임의

39) 김소영 등 앞의 책, 56면.
40) 한국경영자총협회 앞의 책 28면,
41) Willams v. Pharmacia, Inc (7th Cir. 1988) ; Fadahl v. City & County of Sanfrancisco (9th Cir. 1984). 김소영 등 앞의 책 58면에서 재인용.
42) Kemper v. Automated Finishing(wis. 1997). 김소영 등 앞의 책 59면에서 재인용.

Collection @ chosun

고용에 있어서의 일실장래수입을 거부하는 입장과, 그와 반대로 통상적인 퇴직연령에 이르기까지 지급을 명하는 입장 등으로 다양한 판결을 내리고 있다.

일실장래수입을 인정하는 주에서는 부당해고된 근로자가 해고가 없었더라면 그 직장에 계속하여 머물러 있었으리라고 추정되는 합리적 기간 동안의 수입을 인정하고 있다.

이 경우 고용기회의 가능성, 근로자의 손해경감의무, 상당한 노력에 의하여 재고용 될 수 있는 예상기간, 근로자의 업무, 사용자의 사업 중단이나 양도 등의 요소를 종합적으로 고려한다. 만일 해고된 근로자가 종전의 직업과 동일 또는 유사한 직업을 갖게 되면 배상기간은 새로운 직업을 갖게 된 때까지로 한정된다.

다. 부수적 손해

부수적 손해에는 부당하게 해고된 근로자의 이사비용, 구직비용, 의료비용, 정신병 치료비용, 물리치료비용 기타 부당해고의 결과로 발생한 액수산정이 가능한 지출이 모두 포함된다.[43] 이러한 손해를 배상받기 위하여는 근로자는 사용자의 부당해고의 결과로서 부수적 손해가 발생하였다는 사실, 즉 사용자의 해고행위와 그로 인해 근로자가 입은 손해간에 인과관계가 있음을 입증해야 한다. 보통법상의 불법행위 구제는 직접적 손해에 대한 배상에 국한되므로 밀접한 인간관계가 가장 중요하다. 그러나 악의 적이고 고의적인 불법행위의 경우에는 이차적 손해에 대한 배상도 고려될 수 있다. 기타 법률에 근거한 손해배상에 있어서도 인과관계는 중요한 고려 대상이다.

---

43) 그러나 특별한 경우에 근로자는 단순히 임금을 얻을 목적만이 아니라 전문가로서의 기술의 발전이나 공중에게 우호적으로 알려질 기회를 얻기 위하여 고용계약을 체결하게 되며, 그러한 경우에는 양당사자는 어떠한 분명한 부수적 이익을 임금의 일부로서 지급받는 것이므로 부수적 손해의 배상청구에 포함될 수 있다. 물론 대부분의 근로계약에 있어서 근로자는 근로를 통하여 경험을 쌓을 기회나 자신에게 도움이 될 수 있는 사람을 만날 수 있는 기회 등의 부수적 이익을 갖고 있으나 통상은 계약에 정해진 임금을 받을 목적으로 계약을 체결한 것으로 간주된다. (정진경, 『미국에서의 부당해고의 사법적 구제수단에 관한 연구』, 『노동법학』 제10호, 한국노동법학회, 2000, 317쪽). 김소영 등 앞의 책 60면에서 재인용.

Collection @ chosun

전통적으로 계약위반에 대한 손해배상은 계약의 목적및 내용이 충분히 실현되었을 때 계약의 양당사자에게 주어져야 하고, 당연히 기대할 수 있는 '기대배상'을 기준으로 한다. 즉, 계약의 양당사자가 계약위반 자체에서 자연적으로 발생하는 것으로 합리적으로 인정하고 추론될 수 있는 손해, 즉 사물의 통상의 과정에 따라 발생하는 손해나 또는 계약체결시에 그 계약위반의 가능한 결과로서 양당사자가 고려하고 있었다고 합리적으로 추론되는 그러한 손해가 기준이 된다. 또한 손해는 명백히 확인될 수 있고, 상당 정도 확실해야 한다.[44]

3. 징벌적 손해배상

근로자들이 제기하는 소송사유의 대부분이 사용자에 의한 근로계약 위반임에도 불구하고, 징벌적 손해배상은 원칙적으로 계약위반 소송에서는 허용되지 않는다. 그러나 많은 주에서는 계약위반 소송의 경우에도 징벌적 손해배상이 인정되고 있다. 징벌적 손해배상을 인정하는 주(州) 법원은 판결에서 "사용자가 의도적으로 악의, 모욕 또는 남용의 의사를 갖고 근로계약을 위반하거나, 사용자의 그와 같은 행태가 독립적 불법행위를 구성하는 경우 근로자는 징벌적 손해배상을 제기할 수 있다"[45]는 입장을 밝히고 있다.
선의 여부, 실수, 합의의 증거 여부는 징벌적 손해배상을 인정하는데 있어서의 판단요소들이다. 연방대법원은 징벌적 손해배상의 액수인정과 관련하여 법적 한계를 일탈하는가 여부를 결정하는 세 가지 요인, 즉 비난가능성, 보상적 손해배상과 징벌적 손해배상의 관련성, 유사한 행위에 대한 시민법 또는 형법상의 제재 규정을 제시하고 있다.[46] 부당해고 된 근로자가 징벌적 손해배상을 받기 위해서는 사용자의 해고가 자의적이고 악의임을 입증해야 한다.[47]

---

44) 정진경, 앞의 논문, 316쪽. 김소영 등 앞의 책 60면에서 재인용.
45) Willard v. Paracel Health Care Corp., 681 So.2d 539 (Miss. 1996), 김소영 등 앞의 책, 61면.
46) BMW of North America, Inc. v. Gare, 517 U.S. 559,116 S.Ct.1589, 134 L. Ed.2 809(1996), 김소영 등 앞의 책, 61면에서 재인용.
47) Hansen v. Morgan, 582 F 2d 1214 (9th Cir. 1978), 김소영 등 앞의 책, 61면에서 재인용.

Collection @ chosun

Ⅱ. 형평법상 구제

1. 복직

복직은 부당하게 해고된 근로자가 해고되기 이전의 위치로 돌아가서 고용 상실을 통하여 잃어버린 '현상'을 회복하는 것이다. 역사적으로 법원은 특별히 법률이 허용하지 않는 한 사용자에게 해고된 근로자의 복직과 같이 구체적 의무이행을 통한 구제를 명하는 것을 거부해 왔다. 최근까지도 다수의 법원들은 "복직령령은 계약위반에 대한 적절한 구제수단이 아니다"라는 입장을 보여 왔다.[48] 복직은 오늘날 대부분의 연방 및 주 법률에 의하여 가장 빈번하게 활용되는 구제수단이다. 예를 들어, 연방노동관계법(NLRA) 과 1964년의 민법권(Civil Rights Act)은 복직구제를 엄격하게 규정하고 있다. 집단적 노사관계에 있어서 단체협약의 경우에도 복직은 중재인들에게 가장 실행가능한 구제수단으로 받아들여지고 있다.[49] 복직은 소급임금의 완전 또는 부분지급과 함께, 아니면 소급임금을 전혀 지급하지 않은 채 이루어질 수 있다.

복직은 소급임금 지급과 더불어 연방노동관계법 및 고용법 시행과 단체협약 위반의 중요한 제재로서 작용하며, 사용자의 자의적이고 부당한 해고를 예방할 수 있는 가장 효과적 수단으로 인식되고 있다. 즉, 해고가 정당하지 않을 경우 사용자는 해고 이후의 기간의 임금지급, 복직조치와 함께 중재비용의 부담, 행정절차의 준수, 소송부담을 져야 한다는 인식을 하게 되며, 이는 해고 이외의 바람직한 해결책을 모색하는 실질적 인센티브가 되는 것이다.

2. 소급임금 지급(back pay)

48) Zannis v. Lake Shore Radiologists, Ltd.(I11. App.1979) Louisiville & Nashivville R.R. v. Bryant (Ky. 1936) 김소영 등 앞의 책 62면에서 재인용.
49) Aeroquip Corp., 95 Lab. Arb.(BNA)31(Stieber. Arb.)(1990)

dCollection @ chosun

소급임금은 사용자의 부당해고가 없었다면 얻을 수 있었던 수입으로서 형평법상의 구제수단인 소급임금은 부당해고, 재고용 거부 또는 승진 탈락 등에 있어서 가장 통상적인 구제방법으로서 이는 보통법상의 손해배상청구에 있어서의 일실과거수입과 거의 동일한 것이나, Title Ⅶ 소송에 있어서는 보통법상에서 인정되는 보통법상의 구제수단은 인용되지 않으며, 소급임금만을 손해배상으로 인정하고 있다. 소급임금은 형평법상의 구제이나 청구소송에서는 보통법상의 원칙을 적용받는다. 따라서 회피가능한 결과나 손해경감의무 원칙의 적용을 받는다. 소급임금은 보통법상의 손해배상청구에 있어서의 일실과거수입과 거의 동일한 것이나, Title Ⅶ 소송에 있어서는 보통법상에서 인정되는 보통법상의 구제수단은 인용되지 않으며, 소급임금만을 손해배상으로서 인정하고 있다.[50] 법원은 고용차별사안에 관한 판례에서 소급임금의 배상기능에 대하여 첫째, 과거의 차별로 인하여 야기된 손해를 배상하여 피해자를 원상으로 회복하여 주고, 둘째 장래의 차별행위를 억제하고자 하는 것이라고 밝히고 있다.

근로자가 해고 등으로 거부된 바로 그 자리에서 얻을 수 있었던 수입(보상액)으로서의 소급임금과 근로자의 실제 수입 또는 동일한 지역 내에서 일반적으로 얻을 수 있는 수입과는 다른 것이다.[51] 즉, 소급임금은 사용자의 부당해고가 없었다면 얻을 수 없었던 수입으로서 일실과거수입과 같다. 따라서 근로자가 취

50) 정진경, 앞의 논문, 321쪽. 법원이 제시한 이유는 다음과 같다. 첫째, Title Ⅶ의 구제수단에 관한 규정의 용어가 소급임금의 지급을 부가하거나 부가하지 않는 복직과 다른 형평법상의 구제수단으로 이를 제한하고 있다. 보상적 손해배상이나 징벌적 손해배상은 보통법상의 구제수단이며, 형평법상의 구제수단이 아니고 따라서 법률에 의하여 부인되었다고 인정된다. 둘째, 입법사와 Title Ⅶ의 42 U.S.C. §2000-5(g)의 문언이, 이 조항이 연방노동위원회(NLRB)에 부당노동행위와 관련한 구제수단에 관한 권한을 부여한 연방노동관계법(NLRA)의 규정인 29 U.S.C. §160(c)의 규정을 모델로 한 것임을 보여주는데, 위 29 U.S.C. §160(c)의 구정은 보상적 손해배상이나 징벌적 손해배상을 허용하지 아니하는 것으로 해석되어 왔다. 셋째, 1968년에 의회가 Fair Housing Law를 입법하면서 실질적 손해와 징벌적 손해의 양자에 관한 손해배상을 특정하여 규정하면서 그로부터 4년 후에 의회가 위 §2000-5(g)의 규정을 개정하면서 손해배상에 관한 어떤 규정도 포함시키지 아니하였다. 그리하여 근로자에 대한 Title Ⅶ 하에서의 구제수단은 형평적인 구제수단에 국한되며, 차별적 고용행위로 인한 피해자의 원상회복을 위하여 손해배상이 필요한 경우라 하더라도 부수적인 손해, 정신적인 고통으로 인한 손해 등의 보상적 손해배상이나 그 외의 징벌적 손해배상을 받을 수 없다고 판시하였다. Walker v. Ford Motor Co., 684 F 2d 1355, 1364 (11th Cir. 1982), 김소영 등 앞의 책, 63면에서 재인용.

51) Frank B. Hall & Co., Inc. v. Buck (Tex.App. 1984) , 김소영 등 앞의 책, 64면에서 재인용.

dCollection @ chosun

득했던 수입의 총액을 의미하므로 통상 근로시간에 대한 보수 이외에도 연장근로나 교대근로에 대한 수당, 가산수당 등이 포함되어야 한다. 승진이나 승급에 따른 수당의 경우에도 이미 근로자가 해고당하기 전에 결정되어 그와 같은 수당을 받기로 되어 있었다면 소급임금에 포함되어야 한다.[52]
소급임금은 형평법상의 구제이나 청구소송에서는 보통법상의 원칙을 적용받는다[53]. 따라서 회피가능한 결과나 손해경감의무 원칙의 적용을 받는다.

3. 선임권(siniority)

선임권이란 고용차별 행위가 없었더라면 자리하고 있을 지위로 원상회복을 시키는 것을 의미한다. 부당해고의 구제로서 선임권의 소급인정 문제는 해고된 근로자 이외에 다른 근로자에게 영향을 미치거나, 본래의 목적과 달리 완전한 원상회복이 당사자에게 바람직하지 않은 특수한 상황도 있을 수 있어 일률적으로 판단하기 어려운 문제이다. 즉, 부당하게 해고된 근로자의 지위를 원상회복시킴으로써 다른 근로자들, 특히 부당해고 이후에 고용된 모든 현재의 근로자들의 상대적 선임권을 약화시킬 가능성이 있다. 이와 같은 문제는 승진, 일시해고, 근무조의 선택, 휴일의 선택, 초과근로 기회 등 경쟁적 이익과 관련하여 발생할 수 있다.[54] 또한 선임권을 인정하지 않더라도 고용차별을 근절시키고자 하는 본래의 목적을 방해하지 않으며, 선임권을 인정하는 것이 오히려 과거의 차별과 관련하여 고통받는 특수한 경우에는 예외적으로 선임권을 거부할 수 있다.[55] 일반적으로 법원은 Title Ⅶ이 목적하는 '고용차별 결과에 대한 원상회복'

52) Pecker v. Heckler (4th Cir. 1896); Saunders v. Claytor (9th Cir. 1980), 김소영 등 앞의 책, 64면에서 재인용.
53) 정진경, 앞의 논문, 311쪽 주 10) 과거와 달리 현재에는 보통법원과 형평법원이 통합되었기 때문에 일반 손해배상(legal action)과 형평법상의 손해배상(equitable action)은 큰 차이가 없다. 그러나 아직도 일반 손해배상은 배심소송이 가능하며, 법해석에 있어서도 형평법상의 청구인 경우에는 법원의 재량이 인정되는 경향이 있다. 김소영 등 앞의 책, 64면에서 재인용.
54) 정진경, 앞의 논문, 326쪽, 김소영 등 앞의 책, 64면에서 재인용.
55) Franks v. Bowman Transportation Co. Inc., 424 U.S. 747, 762-766(1976), 김소영 등 앞의 책 64면에서 재인용.

dCollection @ chosun

을 위해서는 선임권상의 구제가 필요하다는 입장에서 고용차별 행위가 없었더라면 자리하고 있을 지위로 원상회복을 시키는 선임권을 인정하고 있다.

4. 차별시정행위(affirmative action)

인종, 피부색, 종교, 성별, 국적으로 인한 해고를 금지하고 있는 Title Ⅶ은 법원에 광범위한 권한을 부여하였다. 즉, 법원은 위법한 차별행위를 한 사용자에 대하여 '적절한 차별시정 행위'를 하도록 명령할 수 있다. 그러나 Title Ⅶ은 근로자가 인종, 피부색, 종교, 성별, 국적인 아닌 다른 이유로 해고된 경우에는 고용, 복직, 승진 또는 소급 임금의 지급을 금지하고 있어서 직접적인 피해자 이외의 자에게 영향을 미치는 구제명령의 유효성이 문제되었다.[56]

이에 대하여 연방대법은 과거의 차별행위에 대한 구제수단으로서 '인종'적 차별을 구제하기 위한 차별시정 행위를 명령하는 것을 금지하지 않으며, 특히 그러한 구제수단은 사용자나 노조가 장기적이고 극심한 차별을 한 경우나, 만연하는 차별행위의 지속적 효과를 근절하기 위하여 필요한 경우에는 적절하다고 판시하였다.[57]

56) 정진경, 앞의 논문, 327쪽; 42 U.S.C. §2000e-5(g) (1994), 김소영 등 앞의 책, 65면에서 재인용.
57) 정진경, 앞의 논문, 328쪽,김소영 등 앞의 책, 65면에서 재인용.

dCollection @ chosun

제5절 일본의 부당해고 구제방식

Ⅰ 해고의 무효

일본에서 해고권 남용법리의 확립은 부당해고의 효과는 무효라는 원칙을 만들어 냈다. 따라서 합리적 이유 없는 해고에 대하여 법원은 근로관계의 계속을 일률적으로 강제하여 근로자의 '근로계약상 권리를 가진 지위'를 확인하거나, 이를 임시로 정하는 가처분을 결정한다.

Ⅱ. 출소(出訴)기간

현재 일본은 부당해고 여부에 대한 다툼이 일반 민사소송 절차에 의하는 관계로 출소기간에 관해 아무런 제한이 없다. 유일하게 노동위원회제도에 의하는 부당노동행위인 해고에 대해서만 출소기간이 정하여져 있다. 영국은 해고가 불공정해고라고 주장하는 근로자는 해고이유서가 인도된 때로부터 3개월 이내에 고용법원에 구제를 신청하도록 하며, 독일은 피해고자가 해약고지가 있었던 때로부터 3주 이내에 노동법원에 해고제한소송을 제기하도록 하고 있다. 또한 우리 나라도 해고행위가 있었던 때로부터 3개월 이내에 노동위원회에 그 구제를 신청하도록 규정하고 있다. 이상의 국가들은 항소심 및 상고심에 대해서도 출소기간을 정하고 있다. 해고행위가 있었던 때로부터 상당한 시간이 경과하면 증거자료가 없어지거나 기억이 희박해져 해고 당시의 상황을 정확히 판단하지 못하는 등의 문제가 발생한다. 그리고 이것은 결국 심리지연으로 이어져 신속한 해결을 저해할 가능성이 있다. 따라서 현재 일본에서는 1년 이내의 적정한 기간을 출소기간으로 정하여야 한다는 주장이 설득력을 얻고 있다. [58]

58) 김소영 등 앞의 책, 128면.

Collection @ chosun

그에 따라 다수의 재판례가 신의성실의 원칙의 한 내용인 권리 실효의 법리를 적용하고 있다. 즉, 해고된 근로자가 이의 없이 퇴직금을 수령하고 다른 곳에 취직한 뒤 장시간이 흘러 해고의 효력을 다투었던 사안에서 당해 해고를 인용한 것으로 보고 근로자는 신의칙상 해고가 무효임을 주장할 수 없다고 하였다. 또한, 해고 후 장시간이 흐른 뒤 무효확인의 소를 제기한 것에 대하여도 신의칙상 허용되지 않는다고 한다.[59]

Ⅲ. 미불임금의 지급과 중간수입공제

합리적 이유 없이 해고된 근로자가 해고무효판결을 얻어 직장에 복귀하는 경우 근로자는 해고기간 중 임금청구권을 상실하지 않는다. 기본급, 제수당, 일시금 등이 포함되나, 통근수당과 같이 실비보상적인 것과 잔업수당과 같이 현실적으로 잔업에 종사하여야 비로소 청구권이 발생하는 것 등은 제외된다.

해고기간 중 임금상승도 개연성이 높은 배분기준을 이용하여야 하지만, 승급과 승격은 사용자에 의한 발령(의사표시)에 의해 비로소 성취되는 것이어서 인정되기 곤란하다고 한다. 판례는 해고된 근로자가 해고기간 중에 다른 직에서 얻은 수입이 있는 때에는, 그 수입이 부업이어서 해고가 없어도 당연히 취득할 수 있는 등의 특단의 사정이 없는 한 채무를 면함으로써 얻은 이익으로서 사용자에게 상환하여야 한다고 한다.

다만, 피해고자는 해고기간에 대해 평균임금의 6할 이상의 휴업수당을 보장받고 있으므로, 해고기간 중의 임금 가운데에서 평균임금의 6할까지는 이익상환의 대상이 되지 않는다고 본다.[60]

59) 한국경영자 총협회 앞의 책, 33면.
60) 한국경영자 총협회 앞의 책, 33면.

Collection @ chosun

Ⅳ. 불법행위인 해고에 대한 손해배상 청구

해고권 남용법리의 파생법리로서 사용자에게 불법행위의 손해배상의무를 발생시키는 가에 대해 원칙적으로 권리남용인 해고가 곧 불법행위가 되는 것은 아니다. 즉, 고의・과실, 손해의 발생, 원인관계 등 불법행위의 성립요건을 검토하여 판단된다. 일실이익(얻을 수 있었던 임금)의 액을 산정하는 것에 대하여 일본의 판례는 거의 일률적으로 6개월의 급여로 판단하고 있다.[61]

61) 한국경영자 총협회 앞의 책, 33면.

Collection @ chosun

제3장 근로기준법상 금전보상 제도

제1절 금전보상 제도의 개관

Ⅰ. 개념 및 적용시점

근로기준법은 제30조 제1항에서 “노동위원회는 제29조에 따른 심문을 끝내고 부당해고등이 성립한다고 판정하면 사용자에게 구제명령을 하여야 하며, 부당해고등이 성립하지 아니한다고 판정하면 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 한다”라고 규정하고, 같은 조 제2항에서는 “제1항에 따른 판정, 구제명령 및 기각결정은 사용자와 근로자에게 각각 서면으로 통지하여야 한다”라고 규정하고 있으며, 같은 조 제3항에서는 “노동위원회는 제1항에 따른 구제명령(해고에 대한 구제명령만을 말한다)을 할 때에 근로자가 원직복직(원직복직)을 원하지 아니하면 원직복직을 명하는 대신 근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 임금 상당액 이상의 금품을 근로자에게 지급하도록 명할 수 있다”라고 규정하고 있다. 근기법은 그 부칙 제1항에 의하여 2007. 7. 1.부터 시행하지만, 같은 부칙 제3항에 의하여 부당해고 등에 대한 구제등과 관련해서는 개정 근기법 시행 이후 최초로 발생한 부당해고 등부터 적용된다. 따라서, 금전보상제도는 위 시행일 이후 처음 발생한 부당해고에 대해 노동위원회에 의한 구제명령 때부터 시행이 되는 것이다. 해고의 발생시점이란 해고의 효력이 발생하여 근로관계가 중단, 즉 퇴직된 시점이 해당된다. 해고의 예고 시점, 퇴직 시점을 명시하여 해고를 통지한 시점등은 아직 해고의 효력이 발생하지 않는 것이 된다.[62] 이러한 금전보상제도는 부당해고 구제명령에 대해 근로자가 복직을 희망하지 않는 경우에 노동위원회가 원직복직에 대신하여 금전보상 지급

62) 한국경영자총연합회 앞의 책, 44면.

Collection @ chosun

의 구제명령을 할 수 있는 제도로서 정당한 이유 없는 해고에 대한 구제방식을 다양화함으로써 권리구제의 실효성을 제고하고 근로관계의 단절상태의 장기화를 방지하여 근로관계를 조속히 안정시키기 위한 것이다.[63]

Ⅱ. 보상금 지급의 요건

1. 부당해고 판정

법 제30조 제3항에 의하면 노동위원회가 사용자에 대하여 금전보상을 명령하기 위해서는 근로자의 부당해고 구제신청에 대해 노동위원회가 부당해고가 성립한다고 판정하여 구제명령을 내리는 경우에 해당되어야 한다. 따라서, 금전보상명령은 부당해고 등의 구제신청에서 해고에 대한 구제명령만이 해당되며, 그 외의 휴직, 정직, 전직, 감봉 기타 징벌에 대한 구제명령은 해당되지 않는다. 금전보상 제도가 금품을 지급하고 근로관계를 종료하려는 취지로 도입되었기 때문이다.[64]

2. 근로자의 금전보상 신청의사

근로기준법 제30조 제3항의 규정내용과 노동위원회규칙 제64조 즉, '근로자가 원직복직을 원하지 않아 심문회의 개최일을 통보받기 전까지 금전보상명령서를 제출한 자'로 규정하는 내용에 근거해 볼 때 금전보상은 근로자가 원직복직을 원하지 아니하는 경우에만 인정된다.

그러나, 우리나라와 유사한 금전보상제도를 인정하고 있는 외국의 경위 대부

63) 「노사관계 선진화 입법 설명자료」, 노동부, 2007. 1. 83면.
64) 김홍영, "부당해고 구제절차에서의 금전보상 제도 및 이행강제금 제도", 「노동법학」 제25호, 2007, 42면.

Collection @ chosun

분은 사용자에게도 금전보상 신청권을 인정하고 있으며, 근로관계의 유지가 객관적으로 비합리적이라고 판단할 경우에도 이를 인정하고 있다. 이에 대하여는 근로자에 의한 제도 남용의 염려도 있으므로 이에 대한 향후 개선입법이 요망된다고 보여진다.

한편, 근로자가 원직복직을 원하지 않고 금전보상을 신청한다는 의사를 심판절차의 진행 중에 철회할 수 있는지 여부와 관련하여 노동위원회규칙의 규정상 불분명하므로 노동위원회의 판정시까지는 신청의사를 철회할 수 있다고 해석해도 무방할 것이라는 견해가 있다.[65]

Ⅲ. 보상금액

1. 금전보상액의 구성

근기법 제30조 제3항 후단은 보상금액에 관하여 "근로자가 해고기간 동안 근로를 제공하였더라면 지급받을 수 있었던 임금상당액 이상의 금품"이라고 규정하여 노동위원회가 인정할 수 있는 보상금액은 임금상당액을 최저한으로하고, 추가적으로 보상금을 더 지급할 수 있도록 되어 있다.

2. 산정기간

보상기간의 산정기간과 관련하여 노동위원회규칙 제65조 제2항은 "해고일로부터 당해 사건의 판정일까지"로 한다고 규정하고 있다. 이는 해고기간중의 임금상당액을 계산함에 있어 해고기간의 종료 시점을 판정일, 즉 초심 또는 재심에서 금전보상의 구제명령을 내리는 날로 보는 것으로 해석된다.

해고기간 도중에 기간만료나 정년도달 등 근로계약관계의 종료사유가 별도로

65) 김홍영, 위의 논문, 42면.

Collection @ chosun

발생할 수 있었다면 해고기간은 그 사유의 발생시점까지로 단축 된다고 해석된다. 기간만료 등의 사유에도 불구하고 계약갱신 등으로 계속 고용될 수 있는 가능성도 있겠는데, 이는 보상금 산정에 있어 '해고기간의 임금상당액'에 관련되는 것이 아니라 '그 이상으로 추가되는 금액'에 관련된다고 판단된다.[66]

노동위원회의 실무처리요령에서는 "임금상당액'은 근로자가 해고일로부터 판정일까지 정상적으로 근로를 제공하였더라면 받을 수 있었던 금액을 말하며, 정상적인 근로제공에는 사용자의 휴업 등 조업상황을 고려해야 한다"고 설명한다.[67] 한편, 금전보상금액이 해고기간의 임금상당액 '이상'이 될 수 있도록 해고기간의 임금상당액에 추가될 수 있는 금액은 어떠한 기준에 따라 산정해야 하는지가 불분명하다. 노동위원회는 금전보상명령을 내릴 때 판정서 주문에 보상금액을 기재하여야 하는데, 해고기간의 임금상당액 '이상'이 되도록 추가하는 금액의 산정 기준에 대해 근기법은 하위법령(예를 들면 근기법시행령이나 근기법시행규칙)에 정하도록 위임하고 있지도 않아 법령상 아무런 기준이 제시되어 있지 못하므로 결국 노동위원회는 해고기간의 임금상당액에 추가되는 보상금액을 정함에 있어 상당한 재량권을 갖는다고 해석되며, 노동위원회는 재량권한의 행사에 있어 적절성을 기해야 하므로 내부적인 기준을 형성할 필요가 있다.[68] 금전보상의 산정 기준에 대한 일응의 모델이 제시되어 있으므로 이에 대하여는 뒤에서 위 견해를 소개하기로 한다.

위 추가보상금의 법적성질에 대하여 합의금의 성질을 가진다는 견해, 직장상실에 대한 보상금으로 보아야 한다는 견해 등이 있다.[69]

Ⅳ. 금전보상의 절차

66) 김홍영, 위의 논문, 43면.
67) 중앙노동위원회,「심판업무 처리요령」,2007,119쪽, 김홍영 앞의 논문 43면에서 재인용.
68) 김홍영, 앞의 논문 43면.
69) 한국경영자총협회의 앞의 책, 63면.

Collection @ chosun

금전보상의 신청 및 결정절차는 노동위원회규칙에 규정되어 있다. 노동위원회규칙에서는 ① 금전보상명령을 신청하고자 하는 근로자는 심문회의 개최일을 통보받기 전까지 금전보상명령신청서를 제출하며(제64조 제2항),[70] ②노동위원회는 근로자가 금전보상명령을 신청한 경우에는 당사자에게 근로계약서, 임금대장 등 금액 산정에 필요한 자료를 제출하도록 명할 수 있도록 정하고 있다(제65조 제1항).

또한 노동위원회가 금전보상명령을 하는 때에는 그 보상금액과 구제명령을 한 날로부터 30일 이내에서 정한 이행기한을 명시하도록 하고 있다.(제66조)

노동위원회의 실무처리요령에서는 금전보상명령을 하는 때에 판정서주문에 보상금액과 이행기한을 명시하며, 보상금액은 임금상당액을 포함한 총금액을 기재하도록 하고 있다.[71]

Ⅴ. 이행확보 수단

사용자가 금전보상명령을 이행하지 않는 경우 근로자가 사용자에게 그 보상액을 청구하는 소송을 제기할 수 있는지 문제될 수 있겠는데, 노동위원회의 금전보상명령을 권원(權原)으로 민사소송상 이행청구를 구할 수 없다고 해석된다.[72] 노동위원회의 구제명령은 사용자에게 공법사으이 의무를 부과할 뿐이며, 확정여부를 불문하고 사법적(私法的)효력을 갖지 않기 때문이다.[73] 또한 구제명령의

70) 신청기간이 지나서 접수된 금전보상명령신청의 경우, 당해 심판위원회가 신청 수용여부를 결정하며, 신청을 수용할 경우 보상금 산정을 위한 자료 조사 또는 검토가 필요하면 판정회의를 별도로 개최한다고 실무처리요령을 밝히고 있다. 중앙노동위원회「심판업무 처리요령」,2007, 116쪽.

71) 중앙노동위원회,「심판업무 처리요령」,2007, 119쪽은 금전보상명령 주문으로 다음과 같이 예시하고 있다. “2. 이 사건 사용자는 이 사건 근로자에게 해고일로부터 이 사건 판정일까지 이 사건 근로자가 정상적으로 근로하였다면 받을 수 있었던 임금상당액을 포함한 금 _____원을 이 판정서를 송달받은 날부터 0일 이내에 지급하라.”

72) 同旨, 이철수, 앞의 글(“개정 해고법제의 주요 내용과 그 평가”), 10쪽

73) 노조법에 규정된 노동위원회의 사용자에 대한 구제명령절차로서 사용자와 근로자 사이의 사법상 법률관계에 직접 영향을 미치는 것은 아니다. 대법원1988.12.13. 선고 86다204, 86다카1035 판결; 대법원 1996.4.23. 선고 95다53102 판결 등 참조.

Collection @ chosun

내용을 곧바로 강제집행을 위한 집행권원으로 할 수 없으므로, 구제명령이 확정되더라도 근로자가 이에 기하여 사용자에 대하여 강제집행을 할 수 없다.[74]

금전보상명령의 이행을 확보하는 이행강제 수단으로는 부당해고에 대한 구제명령 일반에 대해 개정 근로기준법이 새로이 도입한 이행강제금제도(제33조)와 처벌제도(제111조)가 존재하므로 이를 활용할 수 있을 것이다.

Ⅵ. 불복절차

노동위원회의 구제명령에 불복하는 당사자는 중앙노동위원회의 재심을 신청할 수 있으며, 재심판정에 불복하는 당사자는 재심판정의 취소를 구하는 행정소송을 제기할 수 있다(근기법 제31조). 구제명령 내용으로서 금전보상명령이 내려진 경우도 재심, 행정소송(재심판정 취소소송)등 불복절차가 이용될 수 있다.

사용자는 노동위원회의 판정에 대해 부당해고로 판정되었다는 점과 금전보상명령이 내려졌다는 점 양 측면에서 불복하여 재심(또는 행정소송)을 제기할 수 있으며, 부당해고하는 판정은 불복하지 않으나 금전보상명령의 보상액 산정에 있어 적절하지 못하다는 이유로 불복하여 재심(또는 행정소송)을 제기하는 것도 가능하다.

근로자는 금전보상명령의 보상액 산정에 있어 적절하지 못하다는 이유로 불복하여 재심(또는 행정소송)을 제기하는 것이 가능한가에 대하여 논란이 있다. 즉, 재심은 부당해고 등 사건의 '판정'에 불복하는 경우 신청할 수 있는 것이므로(조동위원회 규칙 제90조), 사용자는 노동위원회의 판정에대해 '부당해고로 판정되었다'는 점과 '보상금 지급명령이 내려졌다'는 점의 양 측면에서 불복하여 재심 또는 행정소송을 제기할 수 있으며, 부당해고라는 판정은 불복하지 않으나 보상금 지급명령의 '보상액 산정'에 있어 적절하지 못하다는 이유로 불복하여 재심 또는 행정소송을 제기하는 것도 가능하다.

74) 한국경영자총협회 앞의 책, 54면.

dCollection @ chosun

반면에, 근로자의 경우 초심에서 부당해고 '기각' 결정을 받은 경우 재심이 가능한 것(근기법 제31조)인데, 근로자가 초심에서 '인용'결정을 받아 보상금 지급명령이 내려진 경우 당해 금전보상결정액의 과소를 이유로 재신을 허용해야 하는지가 문제될 수 있다.

이러한 사유로 인하여 위원회의 과다보상 결정을 이유로 사용자에게 재심 신청권이 인정되는 것과 마찬가지로 근로자에게도 과소결정을 이유로 하는 재심 신청권이 인정되어야 한다는 견해와 '인용'결정에 대한 재심은 불가능하며, 금액의 과소결정을 이유로 재심신청권을 부여하면 신청권 남용의 문제가 발생하므로 이를 부인하는 견해로 갈려있다.

사견으로는, 우리나라 금전보상제도는 근로자의 일방적인 신청에 의해서만 가능하므로, 근로자에게 '판정'에 대한 불복이 아닌 금전보상명령이라는 근로자 선택에 의한 구제명령의 방식 및 그 명령의 과소액을 이유로 재심신청까지 가능하게 하는 것은 형평성 내지 금반언의 원칙에 반한다고 할 것이다.[75]

노동위원회는 해고기간의 임금상당액에 추가되는 보상금액을 정함에 있어 상당한 재량권을 가지므로, 중노위의 재심이나 행정소송의 사법심사에서도 노동위원회가 재량권의 행사를 현저히 부당하게 하였음이 명백한 경우가 아니라면 노동위원회의 판단을 존중하여야 할 것이다. 만약 보상액의 산정이 현저히 부당하여 적절치 못한 경우 중노위 재심에서는 중노위가 판정으로 직접 보상금액을 결정하여 명령을 내릴 수 있으나, 행정소송에서는 법원은 중노위 판정을 취소함에 그치며 중노위가 다시 재처분으로서 판정을 내려야 할 것이다.

75) 한국경영자총협회 앞의 책, 57면.

Collection @ chosun

제2절 법리적 검토 사항

Ⅰ. 도입 배경 및 취지

금전보상 제도가 도입되는 배경 및 취지에 관해서는 다음과 같은 두가지 점이 강조될 수 있다.

첫째, 정당한 이유 없는 해고의 구제방식을 다양화함으로써 권리구제의 실효성이 제고될 것을 기대하여 도입되었다는 점이다.[76]

종전의 부당해고 구제절차에서 노동위원회는 부당해고로 판정하면"원직복직과 해고기간동안 근로를 제공하였더라면 지급받을 수 있었던 임금 상당액 지급"을 명하고 있으나, 원직복직은 근로자가 이를 원하지 않는 경우 효과적인 구제방법이 되지 못하므로 원직복직을 대신하여 금전보상금을 지급하고 근로관계를 종료할 필요성이 있다는 점이 지적되어 왔다.

그리하여 앞에서 설명한 바와 같이 2003년의 「선진화방안」[77]에서는 '원직복직 이외에 근로관계 유지가 객관적으로 불가능한 예외적인 경우에 금전보상 제도를 도입'할 것을 제안하였다. 이러한 제안에 대해 원칙론적인 찬성론[78]과 반대론[79]은 제기되었지만, 금전보상제도의 적절한 모습이 어떠해야 하는가에 대한 논의[80]는 부족하였다.

한편, 금전보상 제도와 비록 명칭은 다르지만, 부당해고에 대한 손해배상청구

---

76) 「관보」,2007.1.26.자 205쪽의 개정 근로기준법의 주요내용 설명.

77) 노사관계제도선진화연구위원회,「노사관계법・제도 선진화 방안」,2003.11, 135쪽이하.

78) 예를 들면, 이승길,「해고법제의 국제비교 연구」,한국경영자총협회, 2006.2, 157-161쪽 등.

79) 예를 들면, "한국의 현재 실정에서 금전보상 제도가 도입되면 악의적인 사용자는 적극적인 노조활동가나 사용자의 눈 밖에 난 노동자를 아무런 이유도 없이 또 아무런 절차도 거치지 않고 무작정 해고한 후에 결사적으로 원직복직을 반대하여 금전보상으로 해결하고자 할 것인바, 걷잡을 수 없는 산업현장의 혼란을 야기할 것이다."라고 비판하면서 금전보상 제도 도입을 반대하는 주장이 제기되었다. 전국민주노동조합총연맹,「'노사관계 로드맵'의 문제점과 노사관계 민주화 방안」, 2005.6.13, 99쪽.

80) 예를 들면, 김홍영, "부당노동행위, 부당해고구제젲도 개선" , 한국노동연국원 주최, 「노사관계 선진화방안 주용쟁점 분석 및 입법대안 모색」공개토론회 발제문, 2005.9.6, 21-24쪽.

Collection @ chosun

신청제도를 도입하자는 입법제안이 주장되어[81] 금전보상 제도에 대한 논의가 한층 진전될 수 있는 계기가 되었다.

이후 2006년 9월의 '노사정대표자 합의'에서 "노동위원회가 부당해고 판정시에 근로자가 신청하면 직장에 복직토록 명령하는 대신 금전보상을 명할 수 있도록 한다,"고 합의한 바에 따라 근기법 개정이 이루어져 금전보상 제도가 도입되었음은 앞에서 설명한 바와 같다.

둘째, 근로자와 사용자간의 사법상(私法上)의 권리의무관계 내용을 구체화하는 방법(예를 들면, 금전보상이 있으면 부당해고를 유효로 한다든가 근로관계가 해소된다든가 등을 규정함)이 아니라 노동위원회의 행정적 구제절차에서 구제명령의 하나로서 도입되었다는 점이다. 따라서 금전보상 제도의 법적 성격은 "노동위원회 부당해고 구제절차라는 공법관계에서 사용자에게 이행의무가 부과되는 공법상의 구제조치"에 해당된다.

금전보상 제도의 도입 논의에서 참조가 된 선진국(독일, 프랑스, 영국 등)의 경우 부당해고의 구제기관은 노동법원에 해당되나, 우리나라의 경우 법원의 민사소송에 의한 구제절차와 노동위원회에 의한 행정적 구제절차로 2원화되어 있다는 점에서 차이가 존재한다.

「선진화방안」에서는 부당해고 구제절차를 1원화할 것을 추후과제를 제시하였을 뿐이며,[82] '노사관계 선진화 입법'으로서의 근기법 개정에서는 포함되지 못하였다. 최근 사법개혁의 측면에서 이루어진 노동분쟁해결제도에 관한 논의에서는 노동법원 도입에 관한 기초적인 검토가 이루어졌으나 본격적인 입법화 과정은 진행되지 못하였다.[83] 현재로서는 제도가 노동위원회 구제절차에서 노동위원회의 구제명령으로 내려지며 이행강제금 제도에 의해 그 이행이 강제되고 행정소송 절차에 의해 사법적(私法的)으로 통제되므로, 민사소송 및 민사집

81) 단병호 의원/노동인권 실현을 위한 노무사모임 주최,「비정규・소외 노동자보호/근로기준의 실효성 확보 - 근로기준법 개정을 위한 공청회」자료집, 2005.8.18, 20-25쪽.

82) 노사관계제도선진화연구위원회, 「노사관계법・제도 선진화 방안」, 2003.11, 132쪽.

83) '사법제도개혁추진위원회'(2005년~2006년 활동)가 그간의 연구 결과를 정리한 바를 정리하여 2006년 11월에 「노동분쟁해결제도의 개선 방안에 관한 보고서」를 정책자료로 채택함에 그쳤다.

Collection @ chosun

행과는 별개의 독자적인 프로세스를 구성한다.

이러한 행정적 구제절차와 일반 민사소송절차는 서로 별개의 절차라는 점에서 현행 근기법상 금전보상 제도에 대한 이해나 그 해석에 있어 법리적인 측면에서 여러 어려운 점들이 발생한다.

Ⅱ. 근로자의 신청 없는 금전보상의 인정 여부

현행 근기법은 금전보상명령은 근로자가 신청하는 경우에만 인정되며, 사용자의 신청이나 노동위원회의 직권에 의해 금전보상명령을 내리는 것은 인정하지 않고 있다.

선진국에서는 사용자의 신청 또는 사회통념상 근로관계의 유지가 객관적으로 어려운 경우 폭넓게 금전보상 제도를 운영하고 있음은 앞에서 살핀바와 같으나, 우리나라의 노사관계 여건상 사용자에 의한 해고의 남용이 우려된다는 지적이 있어 '근로자가 원직복직을 희망하지 않는 경우'로 제한하여 운영하려 한다. 사용자에게 금전보상 제도의 신청권을 부여할 경우 복직을 회피하기위한 수단으로 금전보상 제도를 악용할 가능성이 있다는 우려가 있어 근로자에게만 신청권을 부여한 것이다.[84]

한편, 법이론적으로는, 근로자가 원하지 않는데도 노동위원회가 금전보상명령을 내릴 수 있도록 제도화하는 경우, 금전보상명령이 내려진 후 근로자가 해고무효확인소송 등 별도의 민사소송을 제기하여 금전보상과는 다른 내용의 구제조치를 청구할 수 있는지가 해석상 문제될 수 있다. 노동위원회의 구제명령은 사용자에 대해서 공법상 이행의무를 부과할 뿐이고, 근로자에게는 별도의 사법적 구제를 구하는 재판청구권이 보장된다고 이해되어 왔기 때문이다. 그렇지만 별도의 민사소송이 인정된다면 노동위원회가 금전보상명령을 내렸어도 근로관계를 해소하는 효과가 발생하지 않는다는 면에서 그 실익이 의문스러워진다.

---

84) 노동부,「노사관계 선진화 입법 설명자료」,2007.1, 82-84쪽.

dCollection @ chosun

이를 입법적으로 해결하는 방법으로는 ①금전보상이 있으면 부당해고를 유효로 한다든가 근로관계가 해소된다든가 등의 방식으로 사법상(私法上)의 권리의무관계 내용을 구체화하여 규정하거나, ②부당해고의 구제기관을 1원화하는 통일하는 것 등이 고려될 수 있다. 전자의 방식인 경우에도 노동위원회의 구제명령에 대해 공법상의 의무 이외에 사법상(私法上)의 권리의무관계의 변화를 인정하지 않았던 지금까지의 법체계에 대해 중대한 변화가 초래되는 만큼 입법과정에서 다양한 측면에서의 검토가 아울러 이루어져야 할 것이다.[85]

Ⅲ. 금전보상액의 산정

1. 해고기간의 임금상당액 산정에서 중간수입 공제 여부

근로자에게 중간수입(근로자가 해고기간 중에 다른 곳에 취업하여 얻은 수입)이 있는 경우에도 노동위원회는 반드시 이를 공제하여야 하는지가 문제된다. 이에 대하여는 원직복직의 부당해고 구제명령의 경우에도 중간수입을 공제하는 것과 마찬가지로, 금전보상액을 산정함에 있어서도 당해 근로자가 다른 직장에 취업하는 경우 그에 따른 수입을 공제하여야 한다는 견해가 있다.[86]
참고로, 영국의 경우 보상적 금전보상의 경우 보통법상의 손해경감의무가 적용되어, 근로자가 해고 후 새로운 직장을 얻게 되면 거기에서 얻은 중간수입이 공제된다. 더 나아가 새로이 고용되지 못했더라도 합리적인 노력을 기울이면, 얻을 수 있었을 수입액까지 고려하여 공제하고 있다고 한다.
사견으로는, 중간수입의 공제는 임금지급을 청구하는 민사소송에서 민사법적 판단을 함에 있어 고려되는 사항일 뿐이며, 노동위원회의 금전보상명령에서 반드시 고려해야할 사항은 아니라고 생각된다. 사인간의(즉, 근로자와 사용자 사

85) 김홍영 앞의 논문, 49면.
86) 한국경영자총협회 앞의 책, 65면.

Collection @ chosun

이의)민사소송상의 청구에서도 근기법상 휴업수당의 법리가 적용되어야 한다는 것이 중간수입공제에 대한 판례 법리인데,[87] 이러한 판례 법리에 따른 중간수입공제가 행정기관이 사인에게(즉 사용자에게) 공법상의 의무를 부과하는 성질을 갖는 노동위원회의 구제명령에도 당연히 그대로 적용되어야 한다고는 해석될 수 없다.[88]

근기법이 명문으로 '임금상당액 이상의 금품'을 지급토록 규정하고 있으며, 중간수입이 공제된다면 경우에 따라서는 총보상금액이 해고기간의 임금상당액 미만이 될 수도 있다는 점 등을 고려한다면, 임금상당액의 판단에는 중간수입의 존재 여부를 고려하지 않는 것이 적절하다고 생각된다.[89] 다만, 위자료 산정에서는 재량적으로 고려될 수 있다고 보여진다.

---

87) 중간수입은 근로자가 근로제공의 '채무를 면함으로써 얻은 이익'에 해당하므로 사용자는 그 상환을 청구할 수 있고(민법 제538조 제2항), 이 경우 사용자는 상환청구의 방법이 아니라 직접 소급임금에서 공제(상계)할 수도 있다. 한편, 사용자의 귀책사유로 인한 휴업(근기법 제45조)에는 개개의 근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공할 의사가 있음에도 불구하고 그 의사에 반한여 취업이 거부되거나 또는 불가능하게 된 경우도 포함되므로 근로자가 사용자의 귀책사유로 인하여 해고된 경우에도, 부당하게 해고된 근로자는 중간수입이 있더라도 휴업수당을 받을 수 있다. 따라서 근로자가 지급받을 수 있는 해고기간중의 임금액 중 위 휴업수당의 한도에서는 중간수입공제의 대상으로 삼을 수 없고, 그 휴업수당을 초과하는 금액범위에서만 공제하여야 한다는 것이 판례 법리이다(대법원1991.12.13. 선고 90다18999판결). 이 사건은 해고무효확인등 소송이 제기된 민사사건 판결임에 유의할 필요가 있다. 김홍영 앞의 논문, 50면.

88) 민사적인 해결방식인 손해배상청구를 민사법원에 소송을 제기하여 구제받는 경우(손해배상의 실체법은 민법, 절차법은 민사소송법이 됨)에는 기존의 민사법적인 판례 법리와 법령규정에 따라 해석되는 것은 당연하다. 그러나 노동위원회의 권한으로서 새로이 도입되는 금전보상 제도는 민법상의 손해배상청구를(즉 실체법이 민법인 권리의무관계에서의 청구를) 대상으로 노동위원회가 마치 법원처럼 권한을 행사하는 것이 아니라 근로기준법에 따라 권한이 인정되어 이를 행사하는 것이다. 기존의 민사법적인 해석론은 금전보상 제도의 해석에 참조될 수는 있겠으나 이에 구속되는 것이 아니라는 점에 유의하여야 한다. 김홍영의 앞의 논문, 50면.

89) 한편, 정진경, "부당해고구제의 실효성 확보", 서울대학교노동법연구회 2007.9.15. 세미나 발표문(미간행),25쪽에서는 "중간수입이 공제되지 않고 금전보상액이 산정된 경우 사용자가 구제명령의 이행을 거부하고 민사소송에 의한 판결을 받고자 할 것이고, 민사소송에서 중간수입공제를 인정하는 한 구제명령에서 이를 공제하지 않는 것은 구제명령의 권위만 약화시키고 당사자의 번거로움만 조장할 뿐이며, 금전보상제가 근로자에게 실제로 근로한 경우 이상의 금전수입을 보장해 주고자 하는 취지는 아닐 것이므로 법원의 기준에 맞게 제도를 운영하는 것이 바람직하다"고 주장한다. 그러나 금전보상명령은 이행강제금 제도에 의해 이행이 강제될 수 있으므로, 근로자가 다시 별도의 민사소송을 제기하는 것은 예외적이며 그 사례도 매우 적을 것으로 생각된다. 김홍영의 앞의 논문 50면.

Collection @ chosun

2. 추가되는 액수

종래의 원직복직명령과 함께 임금상당액지급명령을 내리는 방식에서는 임금상당액지급의 대상이 되는 기간이 해고시부터 원직복직시까지로 된다. 금전보상명령은 해고시부터 판정시까지가 대상 기간이어서 임금상당액지급명령보다 저액이 될 수 있겠는데, 대신 금전보상명령은 해고기간의 임금상당액'이상'이 될 수 있다는 이점이 존재한다.

만약 금전보상명령이 해고기간중의 임금보다 다액이 되지 않는다면 근로자는 금전보상을 신청하지 않고 원직복직을 신청하고 실제로는 사후에 원직복직을 포기하는 합의를 하는 것이 유리할 수 있겠다.

결국 금전보상 제도가 실제로 활용되기 위해서는 해고기간의 임금상당액보다 다액이 될 수 있는 추가되는 금액이 확보될 수 있어야 한다.

그런데 임금상당액에 추가되는 액수를 산정하는데 고려할 항목에 대해 근기법은 전혀 규정하고 있는 바가 없다는 점에서 노동위원회가 재량권을 적절히 행사함에 오히려 어려움이 발생한다.

노동부의 입법 설명자료를 보면, 보상금은 해고기간 동안의 '임금상당액'과 '위로금'을 포함하여 원직복직을 대신한 것으로, 노동위원회가 근로자의 귀책사유, 해고의 부당성 정도 등을 고려하여 결정한다고 설명하고 있다.[90] 이러한 설명만으로는 추가되는 액수가 구체적으로 어떻게 산정되는지를 가늠하기 힘들다.

한편, 노동위원회가 금전보상의 금액을 산정함에 있어 민사법상의 손해배상 법리에 의해 판단하는 것은 오히려 금전보상 제도의 취지에 부합하지 않아 적절하지 않다.[91]

---

90) 노동부,「노사관계선진화 입법 설명자료」. 2007.1, 82쪽

91) 민사법상의 손해배상의 법리에서는 배상액의 산정에 있어'장래의 수입의 상실'이 고려된다. 일반적으로 보면, 근로자는 해고로 인해 노동능력을 상실하지않으며 새로운 직장에 취업하는 경우 노동에 따른 수입이 발생한다. 해고된 당해 근로자가 새로운 직장에 취업할 때까지 어느 정도 기간이 걸리는지, 새 직장에서의 임금은 종전 직장에 비교하여 어느 정도 차이가 나는지 등에 관해 미리 판단할 수 있는 방법은 없다. 판례 법리상 부당해고에 대한 정신상 손해배상(위자료)은 부당해고에 해당되는 모든 경우가 아니라 부당해고가 사회통념상 도저히 받아들일 수 없는 극히 예외적인 경우에만 인정되며(대법원1996.4.23. 선고 95다 6823판결; 대법원 1993.10.12. 선고 92다43586 판

dCollection @ chosun

금전보상 제도는 부당해고에 따른 실체의 손해를 측정하여 그에 대한 배상을 하겠다는 것이 아니라, 원직에 복직하지 않음으로써 발생하는 고용상의 이익을 적절하게 보상하려는 제도라 이해되어야 한다. 근기법상 금전보상 제도를 도입함에 있어, 비록 법령에서 명시되어 있지 않고 제도의 설명에서 주로 사용하는 용어이겠지만, '손해배상'이라 하지 않고 금전'보상'이라 하는 것도 이러한 취지를 반영하는 것이다.

선진국의 경우 근속기간, 임금수준 등을 고려하여 금전보상액수를 정하고 있다. 우리나라의 경우에도 민사상 실손해 배상과는 달리 적절한 방식으로 장래의 근로이익의 상실을 재평가하여 보상하는 것이 필요하다. 또한 그 평가에 있어 고려하여야 할 기준 내지 항목이 법령 또는 지침등의 규정을 통해 제시되는 것이 적절하다. 한편, 금전보상의 산정 내역에 관해 퇴직금을 항목으로 제시하는 견해[92]가 있으나, 퇴직금은 금전보상의 항목이 될 수 없다고 생각된다. 퇴직금은 후불임금으로서, 해고가 아닌 여타의 퇴직인 경우는 물론 해고가 부당해고이든 정당해고이든 불문하고, 사용자가 당연히 지급하여야 할 의무가 있기 때문이다.[93]

3. 금전보상 금액 산정 모델

현재로서는 근기법 및 그 하위법령이나 노동위원회규칙 및 지침 등 어디에서도 구체적인 산정 기준을 정하고 있지 못하고 있는데, 노동위원회는 재량권한의 행사에 있어 적절성을 기해야 하므로, 노동위원회는 재량권한의 행사에 있어 적절성을 기해야 하므로 가이드라인이 되는 내부적인 기준을 형성할 필요가 있다.[94] 한편, 우리나라의 경우 독일 등 외국의 입법례와 달리 사용자, 근로자 쌍

결 등), 실제로 그 액수도 그다지 다액이 아닌 실정이므로 이러한 민사 판례 법리상의 위자료 인정 정도를 금전보상의 내용으로 하는 것은 부적절하다.

92) 조상균, 앞의 글, 16쪽.

93) 다만, 해고기간이 장기화되는 경우에는 만약 노동위원회 판정 시에 원직복직명령이 내려져 원직에 복직한 후 퇴직하였다면 다시 산정되는 퇴직금과의 차액이 존재할 수 있다는 점에서 그 차액은 금전보상금액의 산정에 포함될 수 있으리라 생각된다.

94) 노동위원회의 지침으로 하는 경우에도 엄격하게 기속되도록 하기보다 일종의 가이드라인으로서

Collection @ chosun

방에 금전보상신청권을 부여하는 것이 아니라 근로자에게만 일방적으로 부여하기 때문에 그 남용을 최소화하기 위하여 보상액의 최고액을 정할 필요성이 있다는 견해가 있다.[95]

아래에서는 산정기준을 정함에 있어 참조할 사항과 구체적인 하나의 모델을 제시한 견해가 있어 이를 소개하기로 한다.[96]

첫째, 금전보상 제도가 도입되어 실제로 활용되기 위해서는 그 신청권자인 근로자에게 금전보상 금액이 적절한 액수로서 평가받을 수 있는 수준으로 산정될 수 있어야 한다.

둘째, 노동위원회의 판정 시까지의 해고기간에 해당하는 임금상당액 이외에, 직장상실에 따른 장래의 근로이익의 상실에 대해 보상이 이루어져야 하며, 그 액수의 산정에는 근속기간과 임금수준을 고려하여야 한다.

셋째, 기간제 고용인 경우 고용기간동안은 고용이 보장된다는 점을 고려하여 남은 계약기간에 대한 보상이 이루어져야 한다.[97]

넷째, 그 밖에 적정한 액수의 위자료가 추가될 수 있어야 하며, 위자료의 인정 여부 및 그 액수의 산정에는, 근로자의 귀책사유의 존재 여부 및 그 정도, 해고의 부당성 정도,[98] 근로자가 해고기간 얻은 중간수입의 정도, 근로계약의 형태(기간제 고용인지 여부 및 기간의 장단, 재계약이 합리적으로 기대되는지 여부 등의 사항)등이 고려되어야 한다.[99]

제시하고 각 사안에 따라 적절히 증감하는 탄력적인 운용이 인정되어야 한다.

95) 전국경영자총협회 앞의 책, 71면.

96) 김홍영의 앞의 논문 53면 이하.

97) 同旨 조상균, 앞의 글, 22쪽. 계약기간 동안에 받을 수 있는 임금 전액을 보상하여야 한다고 주장한다. 후술하는 필자의 모델에서는 휴업수당의 기준을 감안하여 70%수준으로 낮추어 제시하였다.

98) 조상균, 앞의 글, 21쪽에서는 “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 방법”을 제안한다.

99) 그 외에도 조상균, 앞의 글, 21쪽에서는 “근로자의 원직복직 의사의 포기를 강요하여 어쩔 수 없이 근로자가 금전보상 제도를 선택하는 경우에는 금전보상액을 대폭 상향시키는 기준 만련도 필요”하다고 제안한다. 필자가 제시하는 모델에서는 직장상실에 대한 보상 항목을 별도로 책정하고 있으므로 위와 같은 고려의 필요성이 낮겠지만, 만약 그 모델에 따르지 않는다면 위 제안도 나름대로 합리적이며 설득력이 높다고 평가된다.

dCollection @ chosun

<금전보상 금액 산정 모델>

금전보상 금액

= 해고기간의 임금상당액[A]+직장상실에 대한 보상[B]+위자료[C]

1) 해고기간의 임금상당액[A]

해고기간의 임금상당액[A] = 해고기간 개월수 × 기준임금(월액) ×100%

- 기간을 개월수로 계산하고 기준임금을 월액으로 계산함으로써 계산상 편의를 도모함
- 역상의 월 계산 후 남은 일수는 30분의 1을 곱한 개월수로 합산함.
- 기준임금은 노동위원회 지침으로 미리 정해 놓음(예:①산재보험 및 고용보험의 보험료 산정 기준임금의 월액, ②건강보험의 보험료 산정 기준임금의 월액, ③근로소득세 산정 총급여의 월액, ④위 세 가지 중 근로자에게 가장 유리한 금액)[100]

2) 추가보상액

추가보상액 = 직장상실에 대한 보상[B] + 위자료[C]

(ㄱ)직장상실에 대한 보상[B]

B = 해고시점까지의 근속기간 개월수 ×기준임금(월액) ×50%

- 근속기간 개월수의 최고 월수를 정함(예;5년에 해당하는 60개월)
- 근속기간과 연령을 고려하여 최고 월수의 단계를 두는 방식도 고려(예:50세 이상은 72개월, 40세 이상은 60개월, 40세 미만은 48개월)
- 근속기간 개월수가 정년(당해 사업장에 정년제도가 없는 경우 국민연금법상 기초노령 연금의 수급개시일)까지 남은 개월수를 초과하는 경우 초과부분은 산입하지 않음

100) 노동위원회는 계산을 보다 간단하게 하기 위하여 적절한 기준임금을 제시하는 것이 바람직할 수 있다. 이 글에서는 이 임금을 편의상 '기준임금'이라 설명하며, 해고기간중의 임금상당액 계산과 직

dCollection @ chosun

※ 다만 기간제 고용인 경우 고용기간동안은 고용이 보장된다는 점을 고려하여 다음과 같이 계산한 금액과 위의 일반적인 계산 금액을 비교하여 그 중 큰 액수로 정한다.

B1 = 남은 계약기간 월수 × 기준임금(월액) × 70%

- 기간이 정함이 있는 근로계약의 경우 해고기간을 제외한 남은 계약기간에 대해 기준 임금의 70%로 계산.

※ 70%는 휴업수당의 기준을 감안하여 산정한 수치임.

(ㄴ) 위자료 [C]의 개인적인 사정(재산정도, 맞벌이여부)등을 예시할 수 있을 것임

- '해고기간의 임금상당액[A]' 및 '직장상실에 대한 보상[B]'이 이루어져도 해소되지 않는 정신상 피해에 대한 보상에 해당됨
- 일정 금액의 위자료를 노동위원회가 정해 놓고(예를 들면 500만원), 그것에 대해 해고 전후의 정황을 고려하여 노동위원회가 감액 및 증액(증액된 최고한도<예를 들면 1,000만원>를 정할 필요가 있음)이 가능토록 함
- 증감의 사유로서는, 근로자의 귀책사유의 존재 여부 및 그 정도, 해고의 부당성 정도, 근로자가 해고기간 얻은 중간수입의 정도, 근로계약의 형태(기간제 고용인지 여부 및 기간의 장단, 재계약이 합리적으로 기대되는지 여부 등의 사항), 근로자 개인적인 사정(재산정도, 맞벌이여부)등을 예시할 수 있을 것임

장상실에 대한 보상으로 추가되는 금액의 계산에 활용하고자 한다. 그러나 근기법 규정은 해고기간과 관련해서는 '임금상당액'이라 정하고 있고 이때의 '상당'이라는 개념은 '해당'이라는 의미와 같아 위와 같은 기준임금을 도입하면 임금상당액에 미달되므로 (적어도 해고기간의 임금상당액 계산에 있어서는) 근기법 규정에 저촉된다는 비판도 제기될 수 있겠다. 기준임금을 도입하는 것은 금전보상의 계산을 용이하게 하여 금전보상 제도를 적극 활용하고자 하는 취지인데 오히려 금전보상의 활용에 장애가 된다면, 직장상실에 대한 보상으로 추가되는 금액에 한정하여 기준임금을 적용하는 것도 적절할 것이다.

Collection @ chosun

위 모델에서는 몇 가지 항목을 제시하고(예를 들면, 기준임금, 근속기간, 연령, 남은 계약기간, 근로자의 귀책사유, 해고의 부당성 등) 그 항목에서의 지수 (예를 들면, 100%, 70%, 50% 등) 및 한도(예를 들면, 근속기간 산입 최장기간 60개월, 위자료 최고액 1,000만원 등) 등도 아울러 제시하고 있지만, 그러한 기준들이 적정하지에 관해 다양한 각도에서 비판과 평가가 이루어질 수 있겠다.

금전보상 제도를 시행하는 초기에서는 구체적이면서도 적절한 보상금 산정기준을 마련하기가 매우 어려우므로, 노동위원회로서는 확정적인 산정모델을 제시하기보다 기본적인 항목을 예시적으로 제시함에 그치고 실무 사례에서 보상금액이 어떻게 산정되었는가의 데이터를 축적하고 이를 분석하면서 점차적으로 항목들을 고정화시키고 아울러 적절한 지수를 설정하는 방식이 현실적인 접근이라 판단된다. 그 후로는 노동위원회의 가이드라인의 적절성은 계속 데이터를 축적하고 분석함으로써 재검토되는 것이 또한 필요하다. 이러한 과정을 거친다면 보상액 산정기준을 근기법 또는 하위 법령에 명시하도록 관련 규정의 개정이 이루어지는 경우에도 그 기준의 적절성을 담보할 수 있게 될 것이다.

Ⅳ. 부당해고의 구제이익

1. 문제의 제기

해고가 부당해고로 인정되지만 노동위원회가 판정하기 이전에 이미 근로계약기간이 종료하였거나 정년기간이 도래하였다는 등의 사유로 근로계약관계가 종료한 경우 근로자는 부당해고의 구제신청이익이 없다는 이유로 구제신청을 기각 또는 각하하는 것이 지금까지의 실무였으며, 판례[101]도 구제이익이 소멸한

101) 대법원 2001.4.24. 선고 2000두7988 판결("근로계약을 정한 경우에 있어서 근로계약 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 그 기간이 만료됨에 따라 사용자의 해고 등 별도의 조치를 기다릴 것 없이 당연히 종료된다는 전제하에, 근로자가 부당해고구제신청을 하여 해고의 효력을 다투던 중 근로계약기간의 만료로 근로관계가 종료되었다면 근로자로서는 비록 이미 지급 받은

Collection @ chosun

다고 보았는바.[102] 금전보상명령제도가 신설된 현재에도 그 타당성이 유지될지에 대한 문제이다. 참고로, 이러한 판례의 태도는 부당해고에 대한 구제명령의 내용에 관해 원직복직명령을 반드시 전제하는 것으로 이해하여 왔다고 평가된다. 부당해고라 판정하여도 이미 기간만료 등 다른 이유로 근로계약관계가 종료하였으므로 원직복직을 명할 수 없기에 구제신청이익을 부정하는 것이다.

2. 견해의 대립

이러한 경우에 관하여 그 견해가 나뉘는데 먼저, 종전 판례의 태도는 금전보상 제도가 도입됨으로써 변경되어야 한다. 근로자가 원직복직을 원하지 않고 금전보상을 원하는 경우 기간만료의 시점까지는 해고된 기간이며 이에 대해 임금상당액을 보상금으로 인정받을 수 있으므로 구제신청이익이 인정될 수 있다. 또한, 기간만료 등의 사유에도 불구하고 계약갱신 등으로 계속 고용될 수 있는 가능성도 있으며, 이는 보상금 산정에 있어 '해고기간의 임금상당액'에 관련되는 것이 아니라 '그 이상으로 추가되는 금액'에 관련된다고 판단될 수 있다는 견해[103]와 둘째, 이러한 경우까지 구제의 실익을 인정한다면 금전보상제의 남용과 악용이 빈번하여 근로계약기간의 종료 및 정년기간의 도래로 더 잉상 회사가 보장해 주어야 할 보상액을 산정한다는 것 자체가 무의미하다는 이유로 반대하는 견해[104]가 있다.

중앙노동위원회에서 발간한 실무편람에서도 금전보상명령의 경우에도 그제의 이익은 "구제명령을 받을 법률상 이익"을 뜻하며, 구제의 이익이 있는지 여부는 판정시에 판단하여야 함을 명시하고 있다.[105]

해고기간 중의 임금을 부당이득으로 반환하여야 하는 의무를 면하기 위한 필요가 있거나 퇴직금 계산을 위한 재직기간 산정시 재직기간에 해고기간을 합산할 실익이 있다고 하여도, 그러한 이익은 민사소송절차를 통하여 해결될 수 있어 더 이상 구제절차를 유지할 필요가 없게 되었으므로 구제이익은 소멸한다고 보아야 할 것이다").

102) 김홍영 앞의 논문, 57면,

103) 김홍영 앞의 논문, 57면.

104) 전국경영자총협회 앞의 책 46면.

105) 중앙노동위원회, 2007. 8. 「심판업무처리요령」 30면,

Collection @ chosun

3. 사견

사견으로는, 개정법률에서 금전보상제도가 신설된 현재에는 위 2000두7988 판결의 태도가 그대로 타당한 지 의문이며, 금전보상제도의 활성화를 위하여 그 인정함이 타당하다고 보여진다. 이에 더 나아가, 근로자가 금전보상을 신청한 사건에서 사용자가 스스로 해고를 철회하고 근로자에게 원직복직을 명한 경우 구제신청이익이 소멸하는지 문제가 될 수 있다. 사용자의 해고철회를 근로자가 받아들이는 경우 사실상 구제신청을 취하하게 되므로 문제되지 않겠지만, 근로자가 받아들이지 않는 경우 해고 철회로 해고가 없다고 보아 구제신청을 각하하여야 하는지 아니면 부당해고로 판정하는 경우 금전보상을 명하여야 하는지의 문제이다.

해고는 사용자의 일방적 의사표시이며 근로자에게 도달한 이후에는 효력이 발생하므로 사용자가 일방적으로 철회할 수는 없다고 해석하는 것이 타당하다. 그렇지 않으면 사용자가 금전보상을 회피할 목적으로 해고철회를 하고 원직복직이 어려운 근로자에게 퇴직을 사실상 강요할 수 있어 불합리한 결과가 발생할 수 있기 때문이다.[106]

Ⅴ. 화 해

금전보상의 구제명령을 내리는 제도인 금전보상 제도의 운용에 있어 보상액 산정 기준이 마련된다면, 당사자간에 원직복직을 대신하는 적절한 보상금액이 예측될 수 있어 당해 분쟁을 금전보상의 화해로 해결하기에도 많은 도움이 될 수 있다.

다만, 금전보상의 화해에서는 보상금액이 근기법상 금전보상금액 기준인 '해고기간의 임금상당액 이상' 이라는 기준이나 노동위원회의 금전보상액 산정 가이

106) 김홍영 앞의 논문, 58면도 같은 견해임.

Collection @ chosun

드라인 등에 한정될 필요는 없다. 해고경위, 근무기간, 해고이전의 임금, 해고기간, 사용자의 지급능력 등 제반 사정들을 다양하게 검토하여 합리적으로 결정하여, 양 당사자에게 제시하면 될 것이다.[107]

부당해고로 판단될 가능성이 있고 근로자가 원직복직의 의사가 있는 사건에서도, 해당 근로자와 사용자 사이에 해고발생 이전과 같은 관계는 아니라도 원만한 근로관계를 회복하기 어렵다고 판단되는 사안이라면, 노동위원회는 금전보상으로 해결하도록 화해를 적극적으로 주선할 필요는 있다. 다만, 금전보상명령은 근로자가 원하는 경우에만 내릴 수 있다는 점, 종래에는 원직복직명령만이 구제의 모습으로 여겨 왔다는 점 등을 고려한다면, 노동위원회가 금전보상의 화해로 사건을 해결하려고 당사자를 지나치게 압박한다고 느끼지 않도록 화해실무의 전문성이 발휘되어야 구제기관으로서의 공정성이 견지될 수 있을 것이다.[108]

Ⅵ. 금전보상명령과 민사상 청구와의 관계

금전보상 제도의 근거조문인 근기법 제30조 제3항에 따라 근로자와 사용자간의 사법(私法)상의 권리의무관계가 정해지는 것이 아니다. 민사소송에서는 근로기준법상의 금전보상 제도의 규정이 적용되지 않으며 기존의 민사법적인 판례법리와 법령 규정에 따라 손해배상청구, 임금지급청구 등의 형식으로 해결될 것이다.

그런데, 만약 노동위원회로부터 금전보상명령이 내려져 사용자가 이를 이행한 경우 근로자가 별도로 민사상 청구를 할 수 있는지 검토가 필요하다.

근로자가 법원에 '해고무효확인의 소' 내지 '근로자지위확인의 소'를 제기하는 것은 신의칙 또는 금발언의 원칙에 위반될 여지가 있다.[109] 근로자가 원직복직

107) 김홍영 앞의 글, 58면.

108) 박수근, "노동위원회 화해제도의 운영과 개선사항",「조정과 심판」, 제28호, 중앙노동위원회, 2007.3, 44-45쪽 참조. 김홍영 앞의 글, 59면에서 재인용.

Collection @ chosun

을 포기하였다는 사실이 존재하기 때문이다.

다만, 금전보상명령에서 그 액수는 노동위원회가 결정한다는 점, 금전보상명령의 효과로서 민법상의 손해배상청구권한이 소멸되는 것이 아니라는 점 등을 고려한다면, 민사상의 금전적 청구에서는 금전보상명령의 이행으로 이미 지급된 금액만큼 공제될 뿐이라고 해석하는 것이 타당하다. 즉, 금전보상명령에서 정해져 지급받은 금전보상액보다 더 큰 손해가 있으면 금전보상액과의 차액의 지급을 별도로 민사상 청구할 수 있을 것이다.[110] 물론 그러한 경우는 극히 예외적일 것이며 민사소송에서 실제로 차액의 범위에 관해 관련 증거를 입증하기 어려우므로, 노동위원회를 통한 금전보상이 근로자의 구제조치로서의 유용하다 하겠다.

109) 조상균, 앞의 글, 18쪽 참조.

110) 조상균, 앞의 글, 15쪽・18쪽에서는, 금전보상 제도의 법적 구조를 "금전보상에 의해 근로관계가 종료하는 합의해지"로 이해한다. 즉 근로자의 금전보상신청은 '금전보상지급을 조건으로 하는 합의해지의 청약'이며 사용자가 노동위원회의 금전보상명령을 완전히 이행하였을 때 근로관계는 유효하게 종료된다고 설명한다. 그러면서도 금전보상명령에 따른 지급 이후에 민사상의 금전적 청구에 대해, "금전보상액과 미지급 임금액과의 사이에 차이가 있더라도 이를 청구하는 것은 금반언의 원칙에 위반"되며, "불법행위에 의한 손해배상의 청구의 경우에도 금전보상에 의해서 그 정신적 손해가 완전히 치유되지 못한 경우라 하더라도 '합의'에 중점을 두게 되면 그 청구는 인용될 수 없다" 는 해석을 도출하면서, 한편으로는 그러한 해석이 헌법상 재판을 청구할 권리를 행정적 명령으로 제한한다는 중대한 오류가 발생한다는 점도 아울러 지적한다. 금전보상 제도에 대해 근로관계종료에 관한 합의해지라는 민사상 효력을 인정하는 설명은 지나치게 의제적이라 판단된다. 필자로서는 공법상의 효력만 인정하고 사법상의 직접적 효력은 인정하지 않는 것이 적절하다고 생각된다. 김홍영 앞의 글, 60면에서 재인용.

dCollection @ chosun

제4장 결　　론

(1) 개정 근기법이 노동위원회에서의 부당해고 구제의 실효성확보를 위하여 신설한 현행 금전보상 제도는 근로자의 신청이 있어야 인정되는 제한된 모습으로 도입되었다. 이러한 기본취지는 근로자의 의사에 반하여 노동위원회가 금전보상명령을 내릴 수 있다고 제도화하는 것은, 노동위원회와 법원간의 2원적인 구조를 고려한 이유일 것이다.

(2) 이러한 구조하에서 문제가 될 수 있는 것으로서 근로자가 금전보상명령에 불복하여 행정소송을 제기하는 것이 아니라 근로자가 해고 또는 그 효과 자체를 다투는 별도의 민사소송을 제기할 수 있을지이다. 이에 대하여는 다양한 논의가 있을 수 있으나 결국, 입법론적으로 해결해야할 문제이며, 궁극적으로는 해고 구제기관의 1원화를 제안한다.

다만, 그러한 해결이 있기 이전에는 해석론으로서 민사소송에 대해 신의칙이나 금반언 원칙을 원용하여 제소권을 부정하는 방법, 이중의 보상을 제거하여 차액의 청구만을 인정하는 방법 등 간접적인 효과만을 인정하는 것 등을 생각해 봄 직하다.

(3) 신설된 금전보상 제도가 그 도입 취지에 맞게 적극적으로 활용되기 위해서는 보상금액이 충분히 산정될 수 있어야 한다. 해고시부터 판정시까지의 기간동안 임금상당액은 금전보상명령이 아니라 원직복직명령(임금소급지급명령과 함께 내려지는 원직복직명령)에 의해서도 지급받을 수 있는 부분이므로 중요한 것은 그것에 추가되는 금액일 것이므로 가령 그 것이 소액에 불과하다면, 부당해고로 인해 노사관계에 신뢰가 깨져 근로자가 원직복직을 원하지 않는 경우, 또는 해고 후에 근로자가 원직복직을 포기하도록 사용자가 유도하는 경우 등에 있어, 금전보상명령에 의해서도 부당해고에 대한 적절한 구제가 이루어지지 못

dCollection @ chosun

해 해고의 남용이 우려될 수 있다. 이러한 난점을 해결하기 위해서 궁극적으로 입법을 통한 해결이 필요하겠으나 그 이전에는 노동위원회에 의한 객관적이고, 적절한 기준 마련이 절실한 것이며, 그에 대한 일응의 기준으로 필자가 위에서 소개한 모델도 참조할 만하다고 사료된다.

(4) 한편, 구제절차 도중에 근로계약기간 종료 등의 사정이 발생하였을 경우에 구제이익의 존부와 관련해서는 신설된 금전보상명령 제도의 활성화를 위하여 이를 인정함이 타당하다고 보여진다.

(5) 금전보상의 구제명령을 내리는 제도인 금전보상 제도의 운용에 있어 보상액 산정 기준이 마련된다면, 당사자간에 원직복직을 대신하는 적절한 보상금액이 예측될 수 있어 당해 분쟁을 금전보상의 화해로 해결하기에도 많은 도움이 될 수 있다. 이러할 경우, 금전보상의 화해에서는 보상금액이 근기법상 금전보상금액 기준인 '해고기간의 임금상당액 이상' 이라는 기준이나 노동위원회의 금전보상액 산정 가이드라인 등에 한정될 필요는 없다. 해고경위, 근무기간, 해고 이전의 임금, 해고기간, 사용자의 지급능력 등 제반 사정들을 다양하게 검토하여 합리적으로 결정하여, 양 당사자에게 제시하면 될 것이다.

(6) 노동위원회와 법원간의 관할 문제는 궁극적으로는 구제기관의 일원화를 통하여 해결하여야 할 것이로되 그 때까지는 민사소송에서는 근로기준법상의 금전보상 제도의 규정이 적용되지 않으며 기존의 민사법적인 판례 법리와 법령 규정에 따라 손해배상청구, 임금지급청구 등의 형식으로 해결될 것이며, 구체적 사안에서 신의칙 등이 적용될 수도 있다고 본다.

(7) 한편, 확정된 구제명령 위반에 대한 처벌 제도는, 처벌 대상이 부당해고 자체가 아니라 구제명령의 위반이라는 점에서 구제명령에 대해 이행강제금 제재와 대상인 사실관계가 동일하므로, 이중처벌금지나 과잉침해금지의 기본정신에 배치되어 국가 입법권의 남용으로 인정될 위험성이 높다.

Collection @ chosun

행정상 강제수단이 형벌에 의한 강제보다는 이행강제금 등과 같은 경제적 제제에 의한 강제가 더 바람직하다는 점을 고려한다면, 이행강제금제도가 도입된 현 시점에서는 굳이 형사처벌을 아울러 둘 필요는 없다고 생각된다. 입법론적으로는 형사처벌을 삭제하고 이해강제금 제도로 통일시키는 것이 바람직하다 하겠다.

Collection @ chosun

참 고 문 헌

▣ 單行本

임종률, 「노동법」, 박영사, 2009
김형배, 「노동법」, 박영사, 2007
이상윤, 「노동법」, 법문사, 박영사, 2008
김치선, 「노동법강의」, 박영사, 1990
박상필, 「한국노동법」, 대왕사, 1995
부당해고제의실효성제고방안, 김소영 등, 한국노동연구원, 2003
문무기, 2007 노동법의 쟁점(Ⅰ), 한국노동연구원, 2008
한국경영자총협회, 부당해고시 금전보상제도, 2008
곽윤직, 「민법총칙」, 신정판, 박영사, 1994
김준호,「민법강의」, 법문사, 1999
지원림, 「민법강의」, 제6판, 홍문사, 2008
김철수, 「헌법학개론」, 제14전정신판, 박영사, 2002
허 영, 「헌법이론과 헌법」, 신정6판, 박영사, 2001

▣ 論文 및 자료집

김홍영, “부당해고 구제절차에서의 금전보상제도 및 이행강제금 제도”, 노동법학 제25호, 2000. 12.
조상균, “부당해고와 금전보상제도”,「노동정책연구」, 한국노동연구원, 2007
정진경, “부당해고구제의 실효성 확보”, 서울대학교노동법연구회 2007.9.15.세미

Collection @ chosun

나 발표문(미간행)

단병호, 노동인권 실현을 위한 노무사모임 주최, 「비정규·소외 노동자 보호/근로기준의 실효성 확보 - 근로기준법 개정을 위한 공청회1 자료집, 2005

노사관계제도선진화연구위원회, 「노사관계법·제도 선진화 방안」, 2003.11

노동부, 「노사관계 선진화 입법 설명자료」, 2007

박수근, "노동위원회·화해도의 운영과 개선사항", 「조정과 심판」, 중앙노동위원회, 2007.3.