

연구총서·2002 - 13

정리해고의 정당성판단과 법제개선방향

서 장 권

한국노총 중앙연구원

• • •
책머리에

1997년 말의 외환위기 이후 더욱 노동현장에서 정리해고문제가 상시적 분쟁의 이슈가 되고 있습니다. 이는 우리 노동자의 고용안정을 위협하면서 우리 헌법상의 근로권의 한 내용인 근로계속유지청구권을 침해하는 것입니다. 더구나 정리해고가 신자유주의의 물결을 타고 기업경영의 합리화 등의 명분으로 공격적 기업경영의 한 방법이 됨으로써 직장생활 근로자의 생존에 막대한 위협이 되어 우리 노동자들은 늘 고용불안에 시달리고 있습니다. 더구나 그 정리해고 정당성의 기준설정은 계속 논의의 여지를 남기고 있습니다. 정리해고는 법개정과 해석론에 따라 다양한 이유와 형태로 전개되고 있고 제도적 차원의 종국적 해결수단인 법원의 판례도 이에 대하여 만족할 만한 답을 주고 있지 못하고 있습니다. 이에 대하여 노동보호법적 시각에서 분석과 이론정립이 요청되고 있는 것이 현실입니다.

이번에 출간되는 연구서는 사회적으로 큰 이슈가 되고 있는 정리해고에 대하여 정당성판단의 기준제시를 위하여 현행법의 해석론 및 판례를 분석하고 정리해고법제의 개선방향을 제시하는 것을 목적으로 하고 있습니다. 본 연구서는 먼저 “정리해고를 하여야 할 사유가 존재하는가” 및 “정리해고의 절차를 준수했는가”에 대한 판단 법리 및 판례의 기준을 소개하고 실제적 정당성과 절차적 정당성의 관계 및 종합적인 정당성 판단에 대한 기준을 제시하고 있습니다. 그리고 현행법상 정리해고규정의 입법취지 및 그 목적과 해석론을 분석하고, 현행 법원의 판결의 동향과 향후 법제개선의 바람직한 방향을 제시하고 있습니다.

아무쪼록 이 연구서가 정리해고로 위협받고 있는 노동자의 생존권을 보호하는 방향으로 노동보호법적 시각을 바탕으로 그 법리전개 및 집행과 입법론에 대한 방향을 제시하는데 조금이나마 도움이

되길 바랍니다. 마지막으로 이 연구를 맡아 수고한 서장권 연구위원의 노고를 치하하며, 이 연구서에 수록된 내용은 연구자의 개인적 의견으로서 본 연맹의 공식적 견해를 표명하는 것은 아님을 밝혀드립니다.

2002년 12월

한국노동조합총연맹
위원장 이남순

목 차

| | |
|--------------------------------|----|
| I. 머리말 | 1 |
| II. 정리해고의 의의 | 2 |
| 1. 현행법상 정리해고 | 2 |
| 2. 관련 ILO 협약과 입법례 | 6 |
| 1) 관련 ILO 협약 | 6 |
| 2) 각국의 입법례 | 8 |
| III. 정리해고의 정당성판단 | 12 |
| 1. 정리해고 정당성판단의 의의 | 12 |
| 2. 현행 법규정 | 13 |
| 1) 긴박한 경영상의 필요 | 15 |
| 2) 해고회피의 노력 | 25 |
| 3) 합리적이고 공정한 대상자선정과 차별금지 | 28 |
| 4) 근로자대표와의 협의 | 33 |
| 5) 일정규모이상의 경우 노동부장관예의 신고 | 37 |
| 6) 사용자의 우선 재고용의무 | 38 |
| 7) 정부의 필요조치의무 | 39 |
| 3. 정리해고의 정당성판단 | 40 |
| IV. 정리해고법제의 개선방향 | 45 |
| 1. 사회적 차원의 보호강화 | 46 |
| 2. 법제도 운영의 예측가능성확보 | 48 |
| V. 맺음말 | 51 |
| 참조판례 | 53 |
| 참고문헌 | 55 |

I. 머리말

이른바 “정리해고”¹⁾의 문제는 1997년 말의 외환위기 이래 더욱 노동현장에서 상시적 분쟁의 이슈가 되어오고 있다. 정리해고는 우리 노동자의 고용안정을 위협하면서 우리 헌법상의 근로권의 한 내용인 근로계속유지청구권을 침해하는 것이다. 그런데 정리해고의 정당성판단요건으로 제시되고 있는 근로기준법 제31조의 규정을 중심으로 한 현행 법제 및 판례의 법리로는 근로자보호에 상당히 미흡한 것이 현실이다. 이에 대하여 노동보호법적 시각에서 정리해고법제를 검토하고 그 미비점을 보완하는 이론전개가 요청됨은 물론이다. 본고에서는 정리해고의 정당성판단에 있어서 현행 법규정을 중심으로 검토하고, 정리해고제도에 대한 사회적 차원의 보호강화와 법제도 운영에 있어서 예측가능성 확보를 위한 개선방향을 제시하고자 한다.

1) ‘정리해고’라는 용어는 법규정상의 용어는 아니다. 근로기준법 제31조는 ‘경영상 이유에 의한 해고’라고 하고, 따라서 ‘경영해고(경영상 해고)’라 부르는 것이 가장 간명하다고 생각된다. 그런데 논자에 따라서는 ‘긴박한 경영상의 필요성에 의한 해고’, ‘조정해고’, ‘고용조정’, ‘고용조정해고’ 등으로 부르는 경우도 있으나 ‘고용조정’은 정리해고를 포함하는 보다 넓은 개념이므로 정리해고에 갈음하여 쓰는 것도 부적절하다고 생각한다. ‘정리해고’라는 용어는 일본에서 사용하는 용어를 그대로 가져와 쓴 것으로서 법률용어도 아니며 그 의미나 어감에서 부적절한 측면이 강함에도 불구하고 아직은 관용적으로 가장 많이 쓰이고 있는 상황이다. ‘경영해고’로 부르는 것이 바람직하다고 생각한다.

II. 정리해고의 의의

1. 현행법상 정리해고

해고는 사용자측의 의사에 의한 근로계약의 해지로서 근로자의 임금수급과 사회활동의 기반이 되는 취업계속을 근로자의 의사와 무관하게 중단시킨다는 점에서 근로자의 생존권을 정면에서 침해하는 것이다. 따라서 우리 노동법은 근로기준법 제30조를 중심으로 정당한 사유가 없는 한 해고당하지 않을 권리를 보장하는 해고제한법제를 두고 있다. 해고 중에서 보통 ‘징계해고’라고 부르는 것은 근로자측의 사유로 인한 해고에 포함되며, 근기법 제31조가 규정하는 사용자측의 사유 특히 긴박한 경영상의 필요 등으로 인하여 행해지는 해고를 ‘경영해고(정리해고)’라 부른다.

헌법상의 근로권²⁾은 근로자의 입장에서 국가에 대하여 취업의 기회를 마련하도록 정책을 시행할 것을 요구할 수 있는 권리와 일단 취업상태에 있는 근로자가 그 취업의 계속 즉 고용보장을 위해 국가가 정책을 수립하고 시행할 것을 요구할 수 있는 권리로 나눌 수 있다. 후자 즉 취업계속유지청구권은 노동관계법에서 해고제한법제를 통하여 보호되고 있는데, 정리해고제도는 근로자에게 헌법상 보장된 취업계속유지청구권을 제도적으로 부당하게 침해하는 것이라고 생각한다. 다만, 정리해고제에 대하여 노동보호법적 시각에서 분석과 이론정립이 요청되고 있지만, 아울러 정리해고가 가지는 기업경영 및 노동시장입장에서의 기능도 함께 고려하는 이론전개가 필

2) 헌법 제32조 제1항은 “모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다”고 하고, 제3항은 “근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다”고 규정하고 있다.

2 정리해고의 정당성판단과 법제개선방향

요함은 물론이다. 이와 관련하여 박종희교수는 다음과 같은 견해를 피력한다. “경영상 해고를 둘러싸고 논란이 되는 법제의 공통점은 자본주의적 시장경제질서를 채택하고 있다는 사실이다. 자본주의적 시장경제체제의 핵심적 기초는 私所有權에 기초한 영업활동의 자유를 보장하고 국가의 직접적인 규제나 통제를 배제한 수요와 공급의 자동적인 조정원리에 시장규율이 맡겨져 있다는 데에 있다. 이런 점에서 본다면 우리나라도 헌법 제23조의 사소유권제도의 보장과 제15조의 직업선택의 자유에서 연역되는 영업의 자유 그리고 제119조상의 자유주의적 경제질서에서 자본주의적 시장경제체제를 근간으로 할 수 있음을 알 수 있다. 그 반면에 우리 헌법은 근로자의 인간의 존엄을 유지할 수 있도록 국가의 의무를 부여하고 있음과 동시에 노동3권과 같은 사회적 기본권도 아울러 보장하고 있다. 이런 점에서 경영상 해고에 대한 헌법적 기초는 사용자의 영업의 자유에 대한 기본권적인 보장과 근로자에 대한 사회권적 기본권보장 사이의 실제적 조화 속에서 파악되어야 할 것이다. 따라서 어느 일방의 기본권보호를 위해 타방 기본권의 본질적 내용이 형해화되어서는 아니 되는 까닭에(헌법 제37조 참조) 경영상 해고를 정당화하는 실질적 요건의 판단은 사용자의 경영상의 결정권이 보장되는 범위 내에서 이루어져야 한다”고 한다.³⁾

현행 법 제31조의 규정은 법 제30조의 일반해고제한 조항에 대하여 1989년 판례에서 사용자가 경영상의 이유로 근로자를 해고하는 경우 구근기법 제27조 제1항에서 정한 해고의 정당한 사유가 있다고 인정되는 네 가지 요건을 정립한데서 비롯된다.⁴⁾ 이 판례는

3) 박종희, “개정법상 ‘경영상 이유에 의한 해고’제도의 해석과 운용에 관한 정책방향”, 노동법학(제8호), 한국노동법학회, 1998, 98-99면.

4) 동 판결에서 대법원은 ‘정리해고의 요건과 절차’ 및 ‘해고수당의 수령과 해고조치에의 승복여부, 해고처분이 무효이거나 취소될 때 그 동안의 임금전부를 청구할 수 있는 지 여부’에 관하여 “(1) 기업이 경영상의 사정에 의하여 근로자를 해고하는 이른바 정리해고에 있어서는 첫째로 해고를 하지 않으면 기업경영이 위태로울 정도의 급박한 경영상의 필요성이

1975년 이후 일본판례에서 통용되던 정리해고의 요건을 계승하여 정리해고의 경우 네 가지 요건을 갖춘 때에 비로소 해고의 정당한 사유가 있는 것으로 보았다. 그 뒤 판례는 요건 인정에서 약간의 변화를 거쳐 1996년 개정 근로기준법에서 그 내용을 그대로 명문화하게 되었다. 이어 1997년 3월 근로기준법에서 약간의 개정을 거쳐 제 31조에 정하게 되었으며, 1998년 2월 개정 근로기준법에서 현재의 모습을 갖추게 되었다. 다시 말하면, 1996년 12월의 개정 근로기준법에 명문화된 후 개정노동법반대 총파업후 1997년 3월 약간의 개정을 거쳐 2년간의 유예조항을 두고 규정한 이후, 1997년 말 외환위기로 인하여 IMF구제금융을 받으면서 노동시장의 유연성을 증진시키기 위하여 구조조정 즉 경영상의 이유에 의한 해고의 기준과 절차를 명확히 할 것이 요청되었다. 당시 사회적 합의를 통하여 1998년 1월 노사정위원회가 출범했고, 정리해고법제화에 대하여 논의를 거듭하다가 1998년 2월에 ‘경제위기 극복을 위한 사회협약’을 채택하고 동 협약을 뜻에 따라 1998년 2월 20일에는 근로기준법상 정리해고제의 2년 유예를 규정한 부칙이 삭제되고 바로 시행되게 되었다.⁵⁾

존재하여야 하고, 둘째로 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 등 해고회피를 위한 노력을 다하였어야 하며, 셋째로 합리적이고 공정한 정리기준을 설정하여 이에 따라 해고대상자를 선별하여야 하고, 이밖에도 해고에 앞서 노동조합이나 근로자측과 성실한 협의를 거칠 것이 요구된다. (2) 근로자가 해고를 당한 후 사용자측에서 제공하는 해고수당을 수령한 사실이 있다고 하여 이것만으로 자기에 대한 해고의 정당성을 인정하고 해고조치에 승복한 것이라고 단정할 수 없다. (3) 사용자의 근로자에 대한 해고처분이 무효이거나 취소된 때에는 그동안 근로관계는 유효하게 계속되고 있었는데도 근로자가 근로를 제공하지 못한 것은 부당한 해고를 한 사용자의 귀책사유로 말미암은 것이므로, 근로자는 계속 근로하였을 경우에 받을 수 있는 임금 전부의 지급을 청구할 수 있다”고 판단했다(대법원 1989. 5. 23. 87다카2132판결).

5) 그런데 판례(법)는 특히 1989년부터 소위 ‘4요건 종합적 판단론’을 정리해고의 기준으로 삼아왔기 때문에 법조항의 삽입이나 삭제는 관련 성문

4 정리해고의 정당성판단과 법제개선방향

정리해고는 일반의 다른 해고와는 달리 그것이 근로자의 개인적 특성을 문제삼는 것이 아니라 기업경영상 사용자측의 사정에 의하여 근로관계를 해지하며 또 어느 특정 사업장에 국한되는 것이 아니라 동일한 상황이 존재한다면 특정 회사에 국한되지 않는 일반성을 지니고 있으며, 적지 않은 수의 근로자를 대량으로 해고한다는 점에서 정리해고는 한 회사나 한 개인의 문제가 아니라, 국가전체나 근로자집단 전체의 문제가 되어 왔다. 그것은 또한 근로자들의 입장에서 볼 때 쉽게 받아들일 수 없는 문제로서 사회전체에 영향을 미치는 문제, 즉 사회문제가 된다.

일반적으로 정리해고는 근기법 제31조에 제시된 요건을 충족할 것을 예정하고 있다.

즉 정리해고를 하고자 하는 경우에는:

- ① 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하고(경영악화를 방지하기 위한 양도·인수합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다)고 규정),
- ② 해고를 회피하기 위한 노력을 다하여야 하며,
- ③ 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하고(이 경우 남녀의 성을 이유로 차별해서는 안되며),
- ④ 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장의 근로자대표(근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 그것이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자)에게 해고를 하고자 하는 날의 60일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 하며,
- ⑤ 일정규모이상(근기법시행령 제9조의 2)의 해고는 노동부장관에게 신고하여야 하고

법의 有無문제이다. 즉, 성문법의 규정 유무에 관계없이 관례(법)에 의하여 정리해고제가 엄연히 시행되어왔음을 주의할 필요가 있다.

- ⑥ 정리해고 후 2년 이내에 근로자를 채용할 때에는 정리해고된 근로자를 우선 채용하도록 노력하여야 한다.

2. 관련 ILO 협약과 입법례

1) 관련 ILO 협약

정리해고와 관련한 ILO협약으로서 ILO 37개 비준장려협약 중의 하나인 제158호 협약 “사용자 주도에 의한 고용종료에 관한 협약 (1982년)”⁶⁾이 있다.

본 협약의 주요내용⁷⁾을 보면:

“사용자가 경제적·기술적·구조적 또는 이와 유사한 이유에 의한 고용종료를 고려하는 경우에는 근로자 대표와 협의를 하고 관련 정보를 되도록 빨리 권한있는 기관에 통보해야 할 의무를 가진다”
“국제노동기구총회는 ... 특히 최근 많은 국가에서 경험한 경제적 곤란 및 기술변화에서 기인하는 이 분야의 심각한 문제에 관한 새로운 국제기준을 채택하는 것이 적절하다는 점을 고려하고 ... 1981년 6월 23일 채택한다”

제3절 경제적·기술적·구조적 또는 이와 유사한 이유로 인한 고용종료에 관한 보충규정

F. 근로자대표와의 협의

제6조

1. 경제적·기술적·구조적 또는 이와 유사한 이유로 인한 고용종료를 고려하는 경우 다음 각호의 사항을 준수하여야 한다.

(가) 고려중인 고용종료에 대한 이유, 그로 인하여 영향을 받을 우려가 있는 근로자의 종류 및 고용종료에 소요되는 예상기간을 포함한 관련 정보를 관련 근로자대표에게 충분한 시간을 두고 제공하여야 한다.

(나) 당해 종료회피 또는 최소화를 위해 취한 조치 및 대체고용제 공 등 관련 근로자에게 종료가 미치는 역효과 완화를 위한 조치에

6) 1985년 11월 23일 효력발생 (오스트레일리아를 비롯하여 32개국 비준). 우리나라는 아직 비준하지 않고 있다.

7) 이하는 ILO협약집(노동부, 2002)에서 인용한 것이다.

관하여 관련 근로자대표와 가능한 한 빠른 시일 내에 협의할 기회를 국내법률 및 국내관행에 따라 부여하여야 한다.

2. 이 조 제1항의 적용가능성은 제2조에서 규정한 시행방법에 따라서 고용종료가 고려되는 근로자의 수를 적어도 일정한 수 또는 노동인구의 일정한 비율인 경우로 제한할 수 있다.

3. 이 협약에서 '관련 근로자대표'라 함은 1971년 근로자대표 협약의 취지와 같이 국내법률 또는 국내관행에 따라 인정된 근로자대표를 말한다.

G. 권한있는 기관에 대한 통지

제14조

1. 경제적·기술적·구조적 또는 이와 유사한 이유로 인하여 사용자가 고용종료를 고려하는 경우 사용자는 국내법률 및 국내관행에 따라 이를 가장 빠른 시일 내에 권한있는 기관에 통지하여야 하며, 고용종료 사유에 대한 서면통지, 영향을 받을 것으로 예상되는 근로자의 종류 및 수 그리고 당해 고용종료에 소요되는 기간 등을 포함하는 관련정보를 함께 제공하여야 한다.

2. 고용종료가 고려되는 근로자의 수가 적어도 일정한 수 또는 노동인구의 일정한 비율이 되도록 국내법령에 의하여 이 조 제1항의 적용가능성을 제한할 수 있다.

3. 사용자는 이 조 제1항에서 언급된 고용종료에 대하여 고용종료를 시행하기 이전에 국내법령에서 정한 최소한의 기간을 두고 권한있는 기관에 통지하여야 한다.

관련 ILO 권고 제166호 “해고에 관한 권고”(1982년)의 주요내용⁸⁾은:

- ① 양당사자는 경제적·기술적·구조적 기타 유사 이유에 의한 해고의 회피 또는 최소화 노력을 하여야 한다.
- ② 해고를 초래할 생산이나 구조·조직·기술면에서의 주요변화에 대한 근로자대표와 협의의무.
- ③ 정리해고의 회피 또는 최소화를 위한 관점에서 고려될 조치로서 고용제한, 노동력감소, 내부전직, 교육, 적정수입에 의한 자율적 조기퇴직(명예퇴직), 초과근로제한, 정규근로시간축소 등을 규정한다.

8) 홍기갑, “고용조정”, 노동법학(제8호), 한국노동법학회, 1998, 445면에서 동 권고의 번역문을 인용함.

- ④ 일시적 경제난으로 인한 해고를 막기 위해 정상근로시간을 축소하는 경우 부분 보상이 이루어져야 한다.
- ⑤ 정리해고 대상자 선정은 기업, 시설, 업무적 이해득실과 근로자의 이익을 고려하여 미리 확정된 기준에 따라 행해져야 한다.
- ⑥ 재고용시 우선권을 부여한다.
- ⑦ 부작용을 최소화하기 위해 노력한다.

이상의 국제협약이나 권고는 상당수의 국가가 채용하고 있는 일반적인 국제노동법의 내용으로서 보편적인 ‘국제노동기준’으로 포함될 수 있다는 데 주의할 필요가 있음은 물론이다.

2) 각국의 입법례

(1) 독 일

독일에서는 “1951년 8월에 적극적 고용보장정책의 일환으로 제정된 해고제한법은 개별적 해고와 집단적 또는 대량해고로 구별하여 규제하고 있다. 즉 개별적 해고는 근로자 개인의 행위와 관련한 이유에 의하거나 혹은 기업경영상의 긴급한 필요성에 의한 해고로서 6개월 이상 근로관계를 계속 유지한 근로자에게 대한 해약고지가 사회적으로 부당한 경우에는 무효로 하고, 경영상의 긴급한 필요성이 없는 해약고지도 사회적으로 부당한 해고로 규정하고 있다. 또한 대량해고(Massentlassungen)의 경우에는 사회적으로 보장이 없는 해고로서 통상적인 보호와 더불어 경영협의회와 협의할 의무가 있고, 일정수 이상의 대량해고의 경우에는 고용청에의 신고를 의무화하고 일정기간 해고의 효력발생을 연기시킴으로써 실업을 방지하려고 한다”고 한다.⁹⁾ 다시말하면 해고제한법(개정 1995년)에서 급박한 경영상의 필요에 의하지 않는 해고는 사회적으로 부당하며, 해고대

9) 자세한 내용은: 김교숙, “정리해고제도의 개선방향”, 노동법학(제7호), 한국노동법학회, 1997, 275면 이하 참조.

상자의 선정시에도 사회적 관점에서의 고려를 결하였거나 불충분한 경우도 사회적 부당으로 무효라고 하는데, 정리해고의 요건으로서 경영상의 필요로 ①원료·연료 부족 ②판매부진·작업량부족 ③경영합리화를 위한 노동절약적 기계도입·생산방법의 변경·개별부서의 조업중단 등을 드는 것이 일반적이라고 알려지고 있다.¹⁰⁾ 그 외 경영조직법에 의하여 정리해고 인원선정에 대한 기준은 경영협회의 동의를 받도록 하고 대량해고에 대하여도 일본의 고용대책법과 마찬가지로 노동국에 신고하도록 규제하고 있다고 하는데, 독일 연방 노동법원은 경영합리화조치가 합목적인가 여부를 법원이 심사할 권한은 없지만 감정인의 전문의견서를 통하여 그 조치가 사실에 부합하지 않고 자의적이고 비상식적, 비합리적인가의 여부를 판단할 수 있을 것이라 한다.¹¹⁾

(2) 일 본¹²⁾

일본의 경우는 정리해고를 포함한 해고법제 전반이 성문법으로 그 제한을 두고 있지는 않다. 다만, 우리의 근로기준법에 해당하는 노동기준법에서 해고 일반에 대하여 업무상 재해자에 대한 일정기간의 해고제한과 해고의 사전예고제를 규정할 뿐이다(노동기준법 제 19조, 20조). 정리해고에 해당하는 대량의 고용변동의 경우 행정청에 신고의무를 고용대책법이 규정하고 있다(동법 제21조 이하). 정리해고에 대하여 일본의 학설·판례는 대체적으로 (1)급박한 경영상

10) 김유성, “정리해고에 관한 소고”, 서울대학교 법학(제25권 제2,3호), 1984, 122면 이하; 임종률, “해고의 법리”, 서울대학교 법학, 1971, 73면 이하; 홍기갑, “고용조정”, 노동법학(제8호), 한국노동법학회, 1998, 445면.

11) 김유성, “정리해고에 관한 소고”, 서울대학교 법학(제25권 제2,3호), 1984, 126면; 김형배, 노동법, 박영사, 2002, 449면 이하; 홍기갑, “고용조정”, 노동법학(제8호), 한국노동법학회, 1998, 445-446면.

12) 본 항목에서 참고인용한 문헌은: 홍기갑, “고용조정”, 노동법학(제8호), 한국노동법학회, 1998, 447면.

의 필요성, (2)해고회피 노력의무, (3)대상선정의 공정성, (4)사전협의 등 4요건을 인정한다. 다만 그 근거에 관하여 해고자유설과 권리남용설, 정당이유설 등이 있으나, 권리남용설과 정당이유설이 대립적이며 판례도 이 두 설의 하나에 입각하고 있다고 본다.

(3) 미 국¹³⁾

미국의 경우는 일반적인 해고규제입법은 없다. 또한 조직화된 기업의 단체협약조차도 lay-off에 관하여 본질적으로 제한하지 않고 있다. 정리해고에 관한 규제로는 크게 단체협약에 의한 특별한 규제인 lay-off제도와 두 가지의 입법 (1947년의 Labor Management Relations Act 아래서의 부당노동행위제도 및 1988년에 입법된 연방법인 Worker Adjustment and Retraining Notification Act)¹⁴⁾등을 지적할 수 있다. 피해고자의 보호제도로써 실업보험수급권, 고용 및 직업훈련의 원조제도 등을 들 수 있다고 한다.

(4) 영 국¹⁵⁾

영국에서의 정리해고에 관한 법제는 1965년의 Redundancy Payments Act(정리해고수당법) 및 1971년의 Industrial Relations Act(노사관계법)를 시작으로 이를 발전·계승한 1974년의 Trade Union and Labour Relations Act(노동조합및노동관계법) 및 1975년의 Employment Protection Act(고용보호법) 그리고 이들을 고용보장법의 차원에서 통합한 1978년의 Employment Protection

13) 본 항목에서 참고인용한 문헌은: 김교숙, “정리해고제도의 개선방향”, 노동법학(제7호), 한국노동법학회, 1997, 272면 이하.

14) 동 법에 의하면 100인이상 고용 사업장에서 대량해고시 근로자대표 또는 당해 근로자와 지방정부에 대하여 적어도 60일전에 사전통지할 의무가 부과된다.

15) 본 항목에서 참고인용한 문헌은: 김교숙, “정리해고제도의 개선방향”, 노동법학(제7호), 한국노동법학회, 1997, 269면 이하.

(Consolidation) Act (고용보호(통합)법)가 제정되었다고 한다. 지금은 1995년의 雇傭權법 제11장 (Part XI of the Employment Rights Act)에서 정리해고제도가 규정되어 있다고 한다. 고용보호(통합)법에 의하면 사용자가 근로자를 정리해고하는 경우에는 (1)해고의 사유가 실제로 정당할 것, (2)노동조합과의 협의 및 노동부에의 통고 등 절차적으로 정당할 것, (3)정리해고수당지급을 의무화할 것 등을 규정하고 있다.

(5) 프랑스¹⁶⁾

프랑스는 해고제한에 관하여 1973년 7월 13일의 노동법전에서 (1) 해고대상에 대한 사전설명 및 변명청취, (2)해고자요구시 해고의 진실하고 중대한 사유설명, (3)노동법원의 이런 사유의 흠결에 대한 복직제안권(단 위법한 해고라도 그 해고가 당연무효는 아님을 규정 하였으나 경제적 이유에 의한 정당한 집단해고는 그 적용에서 제외)을 규정하였고, 그 후 법률을 통하여 경제적 이유로 정당화되는 해고에 대한 행정관청의 사전승인, 기간이 있는 근로계약에서 기간은 서면으로 할 것, 그 갱신은 1회에 한하며 서면에 의하지 않는 기간의 합의는 기간이 없는 것으로 추정한다는 규정을 하였다. 즉 프랑스는 노동법전 73년, 75년, 79년 법률로 정리해고의 요건을 규정하고 있는데, 동 법은 경기 또는 구조적 원인에 의한 경제적 이유로 하는 해고를 정리해고라 하고, ①정리해고의 진실한 이유가 있을 것, ②정리해고에는 근로의 계속이 필연적으로 회사에 손실을 가져 오므로 해고를 필요로 한다는 중대한 이유가 있을 것, ③근로자대표에게 사전 자문과 기업위원회에서 사전자문, ④행정청 사전허가, ⑤ 해고보상금의 지급 등을 규정하고 있다.

16) 본 항목에서 참고인용한 문헌은: 홍기갑, “고용조정”, 노동법학(제8호), 한국노동법학회, 1998, 446면.

Ⅲ. 정리해고의 정당성판단

정리해고는 경영자인 사용자의 입장에서 볼 때는 기업의 존속과 발전을 위하여 필요한 제도이지만, 근로자의 입장에서 볼 때는 직장 상실이라는 충격을 주고 사회적으로도 큰 문제가 된다. 즉 정리해고의 정당성판단은 정리해고가 사회문제라는 시각을 바탕으로 행해져야 한다고 생각한다.

1. 정리해고 정당성판단의 의의

해고제한의 일반조항으로서 근로기준법 제30조는 제1항에서 “사용자는 근로자에 대하여 정당한 이유없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉 기타 징벌을 하지 못한다” 규정하고 있고, 그 정당한 이유의 하나로써 법 제31조가 정리해고를 규정하고 있다.

정리해고 정당성판단에 있어서 고려하여야 할 원칙은 다음과 같이 설명할 수 있다.

첫째, 정리해고가 필요하여 행해져야 한다면 개인 근로자입장에서의 고용단절이라는 피해를 해당 근로자에게만 지을 것이 아니라, 실질적으로 기업과 사회(국가)가 함께 지는 방향으로 법제도를 만들어 가야 하는 것이 기본적 원칙이 되어야 한다. 즉, 노사정간의 적절한 피해(책임)분산이 이루어지지 않고 개인근로자가 대부분 떠 안는 것은 그러한 정리해고가 사회적 차원의 정당성을 상실한 것으로 생각할 수 있을 것이다. 정리해고를 개인의 위험이나 개별기업의 위험으로만 보지말고 사회적 위험으로 보아 국가가 적절한 대책을 실질적으로 수립하고 시행하는 것이 개인 근로자보호는 물론 개별 기업의 보호차원에서도 바람직할 것이다. 현실적 문제는 정부가 실질적으로 감당할 수 있는 정도가 어느 정도이나 하는 점이다.

둘째, 다시 말하면 정리해고의 정당성판단도 해당기업과 해당근로

자의 관점뿐만 아니라 사회적 관점에서 행해져야 한다. 다시 말하면 정리해고의 정당성을 개별 기업차원의 정당성과 사회적 차원의 정당성으로 나누어서 양 차원의 정당성을 모두 갖추어야 전체적 정당성을 갖춘다는 것으로 정리해고 정당성판단의 이론구성을 하는 것이 바람직하다고 생각한다.

셋째, 기술적인 면에서 정리해고의 정당성판단은 “정리해고를 하여야 할 사유가 존재하는가”(실체적 정당성) 및 “정리해고의 절차를 준수했는가”(절차적 정당성)를 각각 판단한 다음 종합적 시각에서 총체적인 정당성을 판단하여야 한다.

2. 현행 법규정

첫째, 근로기준법 제31조 [경영상 이유에 의한 해고의 제한]는 제1항에서 “사용자는 경영상 이유에 의하여 근로자를 해고하고자 하는 경우에는 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다. 이 경우 경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도인수합병은 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다”고, 제2항에서 “제1항의 경우에 사용자는 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하고 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 한다. 이 경우 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니된다”, 제3항에서 “사용자는 제2항의 규정에 의한 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합(근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자를 말한다. 이하 “근로자대표”라 한다)에 대하여 해고를 하고자 하는 날의 60일전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다“, 제4항에서 “사용자는 제1항의 규정에 의하여 대통령령이 정하는 일정규모이상의 인원을 해고하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 노동부장관에게 신고하여야 한다“, 제5항에서 “사용자가 제1항 내지 제3항의 규정에

의한 요건을 갖추어 근로자를 해고한 때에는 제30조제1항의 규정에 의한 정당한 이유가 있는 해고를 한 것으로 본다“고 규정하고 있다.

둘째, 동 시행령은 제9조의2 [경영상의 이유에 의한 해고계획의 신고]는 다음과 같이 규정하고 있다:

제1항 법 제31조 제4항의 규정에 의하여 사용자는 1월동안에 다음 각호의 1에 해당하는 인원을 해고하고자 하는 경우에는 최초로 해고하고자 하는 날의 30일전까지 노동부장관에게 신고하여야 한다.

- ① 상시 근로자수가 99인 이하인 사업 또는 사업장 : 10인 이상
- ② 상시 근로자수가 100인 이상 999인 이하인 사업 또는 사업장 : 상시 근로자수의 10퍼센트 이상
- ③ 상시 근로자수가 1000인 이상 사업 또는 사업장 : 100인 이상

제2항 제1항의 규정에 의한 신고에는 다음 각호의 사항이 포함되어야 한다.

- 1. 해고의 사유
- 2. 해고예정인원
- 3. 근로자대표와의 협의내용
- 4. 해고의 일정

셋째, 동 시행규칙 제4조의2 [경영상 이유에 의한 해고계획의 신고]는 다음과 같이 규정하고 있다. “사용자는 법 제31조 제4항의 규정에 의하여 해고계획을 신고할 때에는 별지 제5호의2 서식에 의한 경영상 해고 계획신고서를 관할지방노동관서의 장에게 제출하여야 한다”.

정리해고에 관하여는 노사간의 합의가 중요하다. 단체협약규정이거나 기타 합의에 의하여 정리해고를 하는 경우에는 무리가 적을 것이다. 그러한 합의가 없는 경우는 법규정의 요건이 그대로 적용됨은 물론이다.

이하 정리해고의 요건을 검토하면서 판례의 입장을 살펴보고자 한다. 이하 요건 중에서 1)에서 4)까지는 판례로 형성되어 성문법으로 규정된 소위 “4요건론”이다. 4요건론에 대하여는 판례가 견지하고 있는 “4요건 종합적 검토론”과 현행 법규정이 규정하고 있으며

학설도 같은 입장인 “4요건 개별적·종합적 검토론”으로 나뉘고 있다.

1) 긴박한 경영상의 필요

긴박한 경영상의 필요란 사용자가 경제적·기술적·구조적 또는 이와 유사한 이유에 의하여 객관적 입장에서 정리해고가 필요한 경우를 말한다. 따라서 객관적 사정이 없음에도 사용자가 적극적으로 더 많은 이윤창출을 위하여 주관적으로 정리해고를 하려는 경우에는 그 정당성이 인정되지 않는다.¹⁷⁾ 즉, 정리해고는 기업도산의 방지나 기타 기업의 존립을 위태롭게 할 정도의 경영의 악화를 방지하기 위한 소극적 내지는 방어적 의미의 정리해고에 국한되어야 바람직하다.¹⁸⁾ 김형배교수는 “긴박한 경영상의 필요는 반드시 기업이 도산위기에 이를 정도의 긴박함을 그 요건으로 하지 않는다고 생각한다. 다만, 예컨대 구조조정·기술혁신·업종전환 등이 행해지지 않으면 경영의 존립이 위태롭게 되거나, 정상적인 경영활동이 크게 위축되어 곧 다른 경쟁업체와의 경쟁에서 탈락할 가능성이 있는 때에는 긴박한 경영상의 필요가 있는 경우로 해석하여야 할 것이다”고 한다.¹⁹⁾ 그리고 이병태교수는 어느 정도의 긴박한 경영상의 필요가 있어야 하는가에 대하여 한국과 일본의 학설과 판례에서 정립된 도산위기타개설·도산위기에방설·경영합리화조치설을 소개하면서

17) “경쟁력의 유지·강화를 위한 구조조정조치에 수반하는 인원삭감이 객관적으로 필요하지 않음에도 불구하고 사용자가 주관적으로 기업발전을 위하여 인원삭감이 필요하다고 판단한 경우에는 ‘긴박한 경영상의 필요’가 있다고 볼 수 없다”고 한다(임종률, 노동법, 박영사, 2002, 493면).

18) 그러나 판례는 점점 소극적·방어적 정리해고에서 적극적·공격적 정리해고까지를 인정으로 방향으로 나아가고 있다. 그러한 경우 정리해고에 대한 사용자와 국가의 보상시스템의 수준도 그에 대응하여 높아야 할 것이다.

19) 김형배, 노동법, 박영사, 2002, 451-452면.

“어느 정도의 긴급성이 필요한 것인가는 기업의 존립과 근로자의 생존권, 양자의 이익을 어떻게 조화할 것인가의 문제이다. 이 경우 단순한 규범적인 차원의 당부를 넘어 이념적·정책적 선택과 결단이 요구되고 판단자의 가치관이 크게 작용할 소지가 크다. 이 점에서 기업이 도산에 이르지 않았지만 객관적으로 경영악화로 인해 근로자를 해고하지 않으면 기업경영이 위태로울 정도에 이른 경우 정리해고를 인정하는 도산위기에방설이 가장 합리적인 견해라고 본다”고 한다.²⁰⁾

현행 근기법 제31조1항은 또한 “경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병”을 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 본다는 규정을 두고 있다. 이 규정은 우리나라가 외환위기의 특별한 상황에서 나온 조항으로 각 국의 입법례를 보아도 무척 위험스러운 규정이 아닐 수 없다. 오히려 “경영악화를 방지하기 위한 사업의 양도·인수·합병”의 경우에도 고용을 합리적인 범위 안에서 승계하는 규정을 두는 것이 바람직할 것이다. 따라서 본 내용을 삭제되어야 마땅하고, 그 이전에는 판례를 통하여 본 규정의 해석을 엄격하게 제한적으로 하여야 할 것이다. 본 규정의 해석과 관련하여 본 조항의 취지를 “경영악화의 우려에 직면한 기업이 사업의 양도·인수·합병 전에 그 근로자를 정리해고함으로써 양도·인수·합병 후의 경영악화를 방지하고 경쟁력을 가지도록 하려는 것”으로 보는 견해가 있다.²¹⁾ 또한 정리해고의 주체에 대하여는 사업양도에 있어서는 양수인이, 인수·합병에 있어서는 인수·합병인이 정리해고의 주체가 된다고 보는 견해²²⁾와 경영악화방지의 목적은 양도인 또는

20) 이병태, 최신노동법, 중앙경제, 2001, 653면.

21) 임종률, 노동법, 박영사, 2002, 494면.

22) 김형배, 노동법, 박영사, 2002, 452면. 김형배교수는 또한 같은 면에서 “사업의 양도, 기업의 합병·인수가 있는 때에는 그와 같은 사업의 양도, 기업의 인수·합병이 ‘경영악화를 방지하기 위한’ 것임을 사업의 양수인(및 양도인), 기업의 인수인(및 피인수인) 또는 합병인(및 피합병인)이 증명하여야 한다. 사업의 양도시에는 원칙적으로 인수인이 해고

피인수합병인에게 존재하여야 하고 이들이 정리해고의 주체가 된다고 보는 견해²³⁾ 등이 있다.

판례는 도산위기타개설에서 도산위기에방설로 그리고 경영합리화 조치설로 점점 “긴박한 경영상의 필요”의 해석범위를 넓혀가고 있는 것 같다. 즉, 큰 흐름은 경영상의 소극적·방어적 정리해고에서 적극적·공격적 정리해고로 넘어가고 있는 것 같다. 그러나 구체적 사건에 있어서의 판단은 그 기업의 객관적사정과 주관적 사정을 함께 고려하여 판단하여야 할 것이다.

관련 판례²⁴⁾를 보면:

[사무조직의 축소개편시 정원감축에 있어 정원의 직원을 직권면직 한 것은 근로법상의 정리해고이다] [대법원(2001-12-24) 2001다 54038]

: “(1) 구 종합유선방송법(2000. 1. 12. 법률 제6139호로 전문 개정된 방송법 부칙 제2조 제2호에 따라 폐지)상의 종합유선방송위원회는 그 설치의 법적 근거, 법에 의하여 부여된 직무, 위원의 임명절차 등을 종합하여 볼 때 국가기관이고, 그 사무국 직원들의 근로관계는 私法상의 계약관계이므로, 사무국 직원들은 국가를 상대로 민사소송으로 그 계약에 따른 임금과 퇴직금의 지급을 청구할 수 있다. (2) 종합유선방송위원회가 사무국조직을 축소개편하여 그 정원을 감축하면서 정원의 직원을 직권면직 한 것은 근로기준법상의 정리해고에 해당한다.”

[청산과정에서 근로자를 해고하는 것이 정리해고에 해당하지 않는다] [대법원(2001-11-13) 2001다27975]

권자라고 해석된다. 왜냐하면 해당 사업의 조직·운영에 관해서는 양수 인척이 그 결정권을 행사하는 것이 타당하기 때문이다. 다만, 경영악화 및 그 방지에 관한 증거자료는 양도인이 함께 제시할 수 있다고 보아야 한다. 경영의 악화로 인한 정리해고의 필요성은 이미 사업의 양도 전에 발생하고 있기 때문이다”고 한다.

23) 임종률, 노동법, 박영사, 2002, 494면.

24) 본고에 별도의 출처표시가 없이 인용된 판례는 대부분 한국노동연구원 홈페이지(www.kli.re.kr)의 노동판례검색사이트에서 인용한 것이다.

: “정리해고는 긴급한 경영상의 필요에 의하여 기업에 종사하는 인원을 줄이기 위하여 일정한 요건 아래 근로자를 해고하는 것으로서 기업의 유지·존속을 전제로 그 소속 근로자들 중 일부를 해고하는 것을 가리키는 것인바, 이와 달리 사업의 폐지를 위하여 해산한 기업이 그 청산과정에서 근로자를 해고하는 것은 기업경영의 자유에 속하는 것으로서 정리해고에 해당하지 않으며, 해고에 정당한 이유가 있는 한 유효하다.”

[급박한 경영상의 필요와 해고회피노력 등 정리해고 요건을 갖추었다면 정당하다] [대법원(2001-01-16) 200두1454]

: “원고회사는 승객의 감소와 유류가격 등의 인상으로 인하여 적자 규모가 누적되어 오던 중 OO고속을 인수함으로써 그 채무가 급격히 증가하여 직원들의 급여를 제때 지급하지 못하고 있었던 상태로 관리직원들을 정리해고할 급박한 경영상의 필요가 있었고, 해고를 회피하기 위한 노력이 인정될 뿐 아니라 해고 선정기준에 있어서도 공정하고 합리적인 것으로 판단되면 직급별, 부서별로 안분된 직원들로 추진위를 구성해 수차례 회의를 열어 인원감축의 규모와 선정 기준을 결정하는 등 근로자측과의 성실한 사전협의를 거쳤다고 인정된다. 따라서 원고회사의 참가인들에 대한 해고는 객관적 합리성과 사회적 정당성이 있는 것으로 정당한 이유가 있다고 보여진다.”

[정당한 정리해고가 되려면 긴급한 경영상의 필요여부, 해고회피노력, 합리적인 해고대상자 선정 등의 종합적 판단이 필요하다] [대법원(1999-05-11) 99두1809]

: “(1) 기업이 경영상의 필요에 의하여 근로자를 해고하는 이른바 정리해고가 정당하다고 하려면, 그것이 긴급한 경영상의 필요에 의한 것인지 여부, 사용자가 해고회피를 위하여 상당한 노력을 하였는지 여부, 객관적이고 합리적인 기준에 의하여 해고대상자를 선정하였는지 여부, 그 밖에 노동조합이나 근로자측과의 성실한 협의 등을 거쳤는지 여부 등 여러 사정을 전체적, 종합적으로 고려하여 당해 해고가 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것으로 인정될 수 있어야 하고, 여기서 긴급한 경영상의 필요로 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 경우도 포함되는 것으로 보아야 한다. (2) 건물관리회사가 경영상의 필요에 의하여 건물의 시설관리업무를 전문용역업체에 위탁함에 따라 직제가 폐지되는 근로자들을 수탁업체가 현 급여를 보장하면서 전원 인수하기로 합의한 경우, 이에 불응한 근로자에 대한 정리해고는 정당하다.”

[아파트 입주자대표회의의 감원요청만으로 근로자에 대한 정리해고가 긴박한 경영상의 필요성과 해고회피노력을 다하였다고 인정할 수 없다] [대법원(1999-04-27) 99두202]

: “(1) 근로기준법 제33조에 의한 부당해고 구제제심판정을 다투는 소송에 있어서는 해고의 정당성에 관한 입증책임은 이를 주장하는 자가 부담한다. (2) 기업이 경영상의 필요에 의하여 근로자를 해고하는 이른바 정리해고의 정당성의 요건으로 요구되는, 긴박한 경영상의 필요성이란 기업의 일부 영업부문 내지 영업소의 수지만을 기준으로 할 것이 아니라, 기업 전체의 경영 사정을 종합적으로 검토하여 결정되어야 하며, 또 해고회피의 노력을 다하여야 한다는 것은 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근 등 사용자가 해고범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하는 것을 의미한다. (3) 아파트입주자 대표회의의 감원요청이 있었다는 사정만으로는 그와 위탁관리계약을 체결한 아파트 관리용역회사의 근로자에 대한 정리해고가 긴박한 경영상의 필요성과 해고회피의 노력을 다하였다고 인정할 수 없다.”

[긴박한 경영상의 어려움이 크지 않고 정리대상 선정기준이 불합리한 상태에서 이루어진 해고는 부당하다] [대법원(1997-10-28) 97누7059]

: “원고조합은 1995년 택시승차권, 승차카드 사업의 실패로 손실을 입어 이로 인한 경영상의 어려움을 해소하기 위해 기구축소로 인원정리를 해야 할 긴박한 경영상의 필요가 있다고 주장하나, 기록에 의하면 위 주장을 뒷받침할 만한 원고조합의 재무제표나 수입, 지출에 관한 장부 등을 제출하지 아니하여 390,000,000원의 손실이 원고조합의 경영에 얼마만큼의 악영향을 끼치고 있는 지를 알 수가 없을 뿐만 아니라 1997년도에 직원의 급여를 남자는 18%, 여자는 20%를 인상한 점 등에 비추어 긴박한 경영상의 어려움이 있는 것으로 보기도 어렵다 할 것이다. 또 원고조합은 인원정리를 할 필요가 있다고 주장하나 참가인은 정리되는 부서에 속한 부장이 아니었고, 참가인의 직위인 경리부장 직위는 참가인이 퇴직한 후에도 그대로 존속하고 있을 뿐만 아니라, 참가인이 퇴직한 후 원고조합은 대졸 경리사원을 신규채용한 점에 비추어 보아도 기구개편을 위한 정리대상 선정의 기준이 합리적이었다고 보기 어렵다.”

[정리해고의 정당성요건, 정리해고에 관한 사항이 노사협의회의 협의사항이 될 수 있다] [대법원(1997-09-05) 96누8031]

: “(1) 기업이 경영상의 필요에 의하여 근로자를 해고하는 이른바

정리해고가 정당하다고 하려면 그것이 긴박한 경영상의 필요에 의한 것이지 여부, 사용자가 해고회피를 위하여 상당한 노력을 하였는지 여부, 객관적이고 합리적인 기준에 의하여 해고대상자를 선정하였는지 여부, 그밖에 노동조합이나 근로자측과 성실한 협의를 거쳤는지 여부 등 제반 사정을 전체적, 종합적으로 고려하여 당해 해고가 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것으로 인정될 수 있어야 할 것이고, 여기서 긴박한 경영상의 필요라 함은 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에 한정되지 아니하고, 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때에는 긴박한 경영상의 필요성이 있는 것으로 보아야 한다. (2) 사업물량의 감소로 인한 경영난을 해소하기 위하여 해당사업부의 업종을 폐지·전환하기로 함에 따라 잉여인력을 감축한 경우, 긴박한 경영상의 필요성이 있다. (3) 근로자와 사용자 쌍방이 이해와 협조를 통하여 노사공동의 이익을 증진함으로써 산업평화를 도모하고 국민경제 발전에 기여한다는 노사협의회제도의 목적이나 노사협의회의 협의사항에 관한 노사협의회법 제20조의 규정에 비추어 볼 때, 정리해고에 관한 사항은 노사협의회의 협의사항이 될 수 있다.”

[공동사업체의 소멸로 타회사의 전적권유를 불응하여 행한 해고는 정리해고가 아닌 통상의 해고에 해당한다] [대법원(1996-10-29) 96다 22198]

: “타 회사와 공동 사업수행을 위하여 업체를 설립하고 그 업무수행을 담당하게 하기 위하여 근로자를 채용하였는데 그 후 회사의 긴급한 경영상의 필요에 의하여 직원의 수를 줄이기 위한 것이 아니라 동 업체와 참여 회사간의 관계 악화로 인하여 동 업체가 소멸하게 되어, 동 업체의 업무를 위하여 채용된 근로자에게 다른 합작기업으로의 전적을 권유하였으나 이에 불응함으로써 이루어진 해고는 정리해고가 아닌 통상해고로서 정당한 이유가 있다.”

[긴급한 경영상의 필요에 의하여 기업에 종사하는 인원을 감축하기 위해 일정한 요건 아래 행하는 해고를 정리해고라 한다] [대법원(1996-10-29) 96다22198]

: “정리해고는 긴급한 경영상의 필요에 의하여 기업에 종사하는 인원을 줄이기 위하여 일정한 요건 아래 근로자를 해고하는 것을 말한다.”

[정리해고의 요건 중 ‘긴박한 경영상의 필요성’의 의미] [대법원(1994-06-14) 93다48823]

: “가. 정리해고의 한 요건인 ‘긴박한 경영상의 필요성’이라는 것은

기업의 인원삭감 조치가 영업성적의 악화라는 기업의 경제적 이유 뿐만 아니라 생산성의 향상, 경쟁력의 회복 내지 증강에 대처하기 위한 작업형태의 변경, 신기술의 도입이라는 기술적인 이유와 그러한 기술혁신에 따른 산업의 구조적 변화를 이유로 하여 실제로 이루어지고 있고 그럴 필요성이 충분히 있다는 점에 비춰보면 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 것에 한정할 필요는 없고 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때는 ‘긴박한 경영상의 필요성’이 있다고 보아야 한다. 나. 따라서 정리해고를 포함한 인원삭감조치가 당해 기업이 민영화되는 과정에서 비료가격 자유경쟁 체제로의 전환을 비료산업구조의 변화에 대비하고 종래의 방만한 경영에 따른 경쟁력 하락을 타개하고 적자요인을 해소하기 위해 기구조직을 효율적으로 축소개편해야 할 경영상의 필요에 의해 이루어진 것으로서 이 사건 해고조치는 정당하다.”

[정리해고의 요건 및 그 요건을 결한 경우 해고의 정당성] [대법원(1993-12-28) 92다34858]

: “가. 경영상의 사정에 의하여 직원을 해고하는 정리해고의 경우에는 첫째, 해고를 하지 아니하면 조합운영이 위태로울 정도의 급박한 경영상의 필요성이 존재하고, 둘째, 조합경영의 합리화, 신규직원의 임용금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용, 배치전환 등 해고회피의 노력을 다하여야 하고, 이 밖에도 해고에 앞서 그 직원들과의 성실한 협의를 거칠 것이 요구된다. 나. 피고조합은 적어도 해고당시까지는 긴박한 경영상의 곤란이 없었음에도 장차 세입의감소로 경영상의 어려움이 있을 것이 예상되자 이를 경영합리화등을 통하여 극복하려 보려는 노력은 하여보지도 않은채, 해고대상자들과의 협의도 거치지 않고 해고하였으며, 해고대상자를 선정함에 있어서도 해고로부터 보다 많은 보호를 받아야 할 장기근속자를 우선적인 해고대상자로 정한 것은 합리성과 공정성을 결여한 것이므로 결국 피고조합의 해고처분은 정당한 이유가 없는 부당해고로서 무효이다.”

[노조파업으로 인한 일시 경영곤란의 경우] [대법원(1993-01-26) 92누3076]

: “가. 정리해고의 요건인 ‘긴박한 경영상의 필요’는 기업의 도산을 회피하기 위한 경우에만 인정되는 것은 아니므로, 기업에 종사하는 인원을 줄이는 것이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때에는 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 보아야 할 경우가 있을 수도 있다. 나. 노동조합의 파업으로 일시 정상적인 경영이 어려웠다는 사정만으로는 부득이 사업장을 폐쇄하여야 할 ‘긴박한 경영상의

필요'가 있다고 보기 어렵다. 다. 일부 사업장을 폐쇄하였다고 하더라도 다른 사업장에서 사업을 계속하고 있는 이상 사업을 축소한 것에 지나지 아니할 뿐 사업 전체를 폐지한 것이라고 할 수는 없으므로, 그 사업장의 폐쇄만을 이유로 그 사업장에 종사하는 모든 근로자를 다 해고할 수 있는 것도 아니다.”

[정리해고요건 중의 하나인 ‘긴박한 경영상의 필요성’은 경제적인 이유에 한정되지 않는다] [대법원(1991-12-10) 91다8647]

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

[‘긴박한 경영상의 위기’가 일개 영업부문만의 영업수지를 기준으로 결정될 수 있는지 여부] [대법원(1990-03-13) 89다타24445]

: “가. 기업이 경영상의 사정에 의하여 근로자를 해고하는 이른바 정리해고에 있어서는 근로관계의 존속보호라는 관점에서 첫째로 해고를 하지 않으면 기업경영이 위태로울 정도의 긴박한 경영상의 필요성이 존재하여야 하고, 둘째로 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용, 배치전환 등 해고회피를 위한 노력을 다하였어야 하며, 셋째로 합리적이고 공정한 정리기준을 설정하여 이에 따라 해고대상자를 선별하여야 하고, 이 밖에도 해고에 앞서 노동조합이나 근로자측에 적절한 통지를 하고 이들과 사이에 성실한 협의를 거칠 것이 요구된다. 나. 정리해고의 요건 중 ‘긴박한 경영상의 위기’는 회사전체의 경영사정을 종합적으로 검토하여 결정되어야 하며, 이 사건에서와 같이 일개 영업부분 또는 영업소에 불과한 중기사업소의 영업수지만을 기준으로 결정되어서는 안된다. 다. 근로자가 정리해고가 유효한 것임을 전제로 하여 회사의 중용·요구에 따라 사직서를 제출한 경우라면, 위 정리해고와 무관하게 별도로 사직의 의사를 표시한 것으로 볼 수 없다.”

[정리해고의 4가지 요건] [대법원(1989-05-23) 87다카2132]

: “가. 기업이 경영상의 사전에 의하여 근로자를 해고하는 이른바 정리해고에 있어서는 첫째로 해고를 하지 않으면 기업경영이 위태

로울 정도로 급박한 경영상의 필요성이 존재하여야 하고, 둘째로 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 등 해고회피를 위한 노력을 하였어야 하며, 셋째로 합리적이고 공정한 정리기준을 설정하여 이에 따라 해고대상자를 선별하여야 하고, 이 밖에도 해고에 앞서 노동조합이나 근로자측과 성실한 협의를 거칠 것이 요구된다. 나. 근로자가 해고를 당한 후 사용자측에서 제공하는 해고수당을 수령한 사실이 있다고 하여 이것만으로 자기에 대한 해고의 정당성을 인정하여 해고조치에 승복한 것이라고 단정할 수 없다. 다. 사용자가의 근로자에 대한 해고처분이 무효이거나 취소된 때에는 그 동안 고용관계는 유효하게 계속되고 있었는데도 근로자가 근로를 제공하지 못한 것은 부당한 해고를 한 사용자의 귀책사유로 말미암은 것이므로, 근로자는 계속 근로하였을 경우에 받을 수 있는 임금 전부의 지급을 청구할 수 있다.

[인원을 감축한 후 동일자격근로자들을 채용한 경우] [대법원 (1987-04-28) 86다카1873]

: “가. 해고하기에 앞서 직급을 낮추어 근무할 의향이 있는지의 여부를 타진하는 등 해고회피의 수단을 강구하지 아니하였으며 근무연한이 짧은 사람을 먼저 선정하도록 되어 있는 단체협약의 기준을 고려하지 않았을 뿐만 아니라 해고후 동일한 자격을 가지고 있는 사람을 비슷한 봉급수준으로 채용한 것은 정당한 사유없이 이루어진 해고이다. 나. 해고된 근로자들이 그 해고처분에 대하여 쟁송하고 해고직후 종전 근무처와 노동부 등에 해고의 부당성을 들어 진정까지 하였다면 퇴직금을 수령하였다 하더라도 해고처분의 효력을 인정하였다고 볼 수 없고, 또한 생계를 위하여 일시 다른 업체에 취업하고 있었다는 사정만으로는 종전 근무처와의 근로계약을 해지하거나 스스로 파기하였다고 볼 수 없다.”

[해고후 명예퇴직자들을 신규채용해 계약직으로 다시 채용했다면 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 보기 어렵다] [서울고법 (2001-11-14) 2001누1026, 2001누1033 (병합)]

: “기존의 사업부문과 인적, 물적 시설을 독립하여 운영되어 오지 않았고 소속근로자들이 수행하는 업무의 내용에 비추어 다른 사업부문과 전혀 인적 교류가 곤란했을 것으로 볼 수도 없음에도, 원고회사가 참가인들에 대한 해고에 앞서 참가인들을 다른 사업부문으로 전환배치하는 등으로 해고를 회피하려고 노력했던 자료를 찾아볼 수 없으며, 참가인들을 해고한 후 얼마 지나지 않아 승무원의 공석이 발생해 명예퇴직자를 포함하여 승무원들을 신규채용

하거나 정년초과자들을 계약직으로 다시 채용하여 계속 근무하도록 하였다. 또 참가인들에 대한 해고를 진후하여 원고회사의 경영실적이 현저히 악화되었다는 사정을 인정할 만한 증거도 없는 점등에 비추어 보면, OO항공의 리무진버스운영사업 축소방침 및 이에 따른 감차, 감원통보가 있었다는 사유만으로 리무진버스사업팀 소속 직원들을 정리해고할 수밖에 없는 긴박한 경영상의 필요가 있었다거나 객관적, 합리적인 이유가 있었다고 보기 어렵고, 비록 원고회사가 노동조합과의 협의를 거쳐 해고인원을 결정한 후 참가인들을 정리해고했다는 것만으로는 원고회사가 사용자로서 해고범위를 최소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취했다고 보기 어렵다.”

[해고가 근로기준법 제31조 소정의 요건을 위반하여 객관적 합리성과 사회적 상당성이 없다고 판단한 사례] [서울고법(2000-01-19) 98누8062]

: “회사 임대건물의 공실률이 높아지는 등 영업실적이 일시적으로 떨어지고 건물 임차인으로부터 임대차보증금 반환요구를 받고도 이를 제대로 이행하지 못하여 대여금을 전환해주고 근저당권을 설정해주거나 채권을 가압류당하는 등 재정상태에 다소 어려움을 겪은 사실이 있다 하더라도, 당기순이익 규모에 비추어 위와 같은 사정만 가지고는 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 보기는 어렵고, 근로자를 해고하기에 앞서 이를 회피하기 위한 어떠한 노력도 기울인 것으로 보이지 않는 점, 해고대상자를 선별함에 있어서도 대표이사를 상대로 진정을 제기한 근로자들만을 해고하고 나머지 근로자는 해고하지 않는 등 다소 자의적인 기준에 의하여 해고대상자를 선정한 것으로 보이는 점, 근로자대표와 사이에 이 사건 해고와 관련하여 어떠한 협의도 거친 것으로 보이지 않는 점 등을 비롯하여 이 사건 해고의 경위 등을 종합하여 종합적·전체적으로 보면, 이 사건 해고가 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지는 것이라고 인정할 수 없다.”

[직제개편 등으로 정원의 감원·조정이 불가피한 경우라도 정리해고시에는 ‘긴박한 경영상의 필요성’이 있어야 한다] [서울고법(1997-01-16) 96나22237]

: “가. 정리해고가 정당하기 위해서는 (1) 해고를 하지 아니하면 조합운영이 위태로울 정도로 급박한 경영상의 필요성이 존재하여야 하고, (2) 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규직원의 채용금지, 임시휴직 및 희망퇴직의 활용, 배치전환, 자산매각 등 해고회피를 위한 노력을 다하였어야 하고, (3) 합리적이고 공정한 기준에 의하여 해고대상자를 선발하여야 하며, (4) 해고에 앞서 노동조합이나

근로자측과 성실한 협의를 거칠 것이 요구된다. 나. 회사가 경영합리화를 위하여 기구를 축소개편하고 인원을 감축할 필요가 있었음은 인정되나, 근로자 4명에 대해 대기발령함과 동시에 또는 그 직후에 3명의 직원(1명은 해고자와 동일한 직급)을 신규채용한 점으로 비추어 보아 회사의 인원감축이 객관적으로 보아 합리적이라고 인정될 정도로 긴박한 경영상의 필요가 있었다거나, 해고범위를 최소화하기 위하여 가능한 모진 조치를 다하였다고 볼 수 없으므로 대기발령에 이은 자연면직조치는 정당한 이유가 없는 해고로서 무효이다.”

[정리해고 요건중의 하나인 ‘긴박한 경영상 필요’의 의미] [서울고법(1991-01-17) 89나38159]

: “새 경영진이 회사경영권 인수직후 회사를 제대로 경영해보지 않은 채 적자 경영이 예상된다고 판단한 나머지, 근로자를 해고치 않으면 안될 긴박한 경영상의 필요가 없음에도 불구하고 정리해고 한 것은 당연 무효이다.”

기타 참고할 만한 판례를 보면:

[정리해고시 받게 되는 퇴직금의 법적 성격과 이 퇴직금을 정당한 사유없는 해고시에도 받을 수 있는지 여부] [대법원(1994-07-29) 94다13336]

: “가, ‘조직의 변경 또는 영업상의 이유로 인한 근무인원 감축으로 인해 종업원의 근무종료가 지시되는 경우 회사는 종업원의 근무경력 및 기술을 최대한 활용할 수 있는 위치로 종업원의 재업무할당을 시도하고 재업무할당이 조치될 수 없거나 어떤 이유로 종업원이 다른 업무할당을 수락하지 않는 경우 종업원은 회사규정의 퇴직금을 받을 권리가 있다’는 내용의 취업규칙은 일종의 정리해고에 대한 보상금으로 근로기준법 소정의 퇴직금과는 그 성질을 달리하는 것으로 근로자가 자신의 귀책사유없이 회사측의 경영상의 필요에 의한 근무인원감축으로 인해 해고된 경우 이로 말미암아 근로자가 입게 된 신분상·경제상의 불이익을 보상하기 위한 일종의 보상금으로 봄이 상당하다. 나. 위 취업규칙상 사용자가 경영상의 필요에 따라 인원감축을 한 경우와는 달리 근로자가 정당한 해고사유없이 비자발적으로 해고된 경우에는 그 해고자체가 무효로서 그 해고의 무효확인과 해고기간 동안의 임금청구를 함은 별론으로 하고 위 취업규칙 규정에 의한 비자발적 퇴직금은 청구할 수 없다.”

[조직개편에 의해 우선 순위로 정리해고될 것을 예상하고 퇴직원을 제출한 것은 강요에 의한 비진의 의사표시라 볼 수 없다] [서울고법(2000-11-03) 2000누8501]

: “원고가 참가인 회사에게 퇴직원을 작성·제출한 것은 비록 원고가 퇴직 자체를 마음속으로 바라고 있지는 않았지만, 당시의 상황에서 만약 원고가 퇴직원을 작성·제출하지 않았을 경우, 두차례에 걸쳐 정해진 조직 개편에 의해 원고가 그 동안 담당하여 온 업무가 대폭 축소되어 원고에게 부여될 보직이 사라져 버렸을 뿐만 아니라 원고의 인사고과가 상당히 좋지 않은 점 때문에 원고가 우선 순위로 정리해고를 당하게 될 상황을 예상하고서, 정리해고를 당하는 것보다 희망퇴직을 하는 것이 경제적인 면을 비롯하여 여러 가지 측면에서 더 유리하다고 판단하였기 때문이었다 할 것이므로, 이를 두고 퇴직의 내심의 효과의사가 결여된 비진의 의사표시라고는 볼 수는 없다.”

2) 해고회피의 노력

긴박한 경영상의 필요가 있다고 할 지라도 사용자는 해고를 피하려는 노력을 최대한 다하여야 한다. 즉, 전원 또는 일부에 대하여도 해고를 하지 않고 근로관계를 지속시킬 수 있도록 하여야 한다는 점이다. 즉, 정리해고는 그러한 노력에도 불구하고 어쩔 수 없는 경우에 최후에 행해지는 절차라는 점이다. 판례는 “해고회피의 노력을 다하여야 한다는 것은 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근 등 사용자가 해고범위를 축소화하기 위하여 가능한 모든 조치를 취하는 것을 뜻한다”고 한다.²⁵⁾

사용자의 해고회피노력에 대하여 박종희교수는 (1) 고용보험법상의 휴업수당지원금제도와 같은 정부의 제도적 지원차원(정부의 필요 조치의무차원)으로 각종 고용안정지원제도가 있으며, 그 외에 (2) 경영상 해고를 회피할 수 있는 수단으로 사용자가 휴업을 강구하는 경우의 근기법 제45조의 휴업수당지급문제, (3) 무급휴직의 활용과

25) 대판 1992. 12. 22, 92다14779; 대판 1993. 11. 23, 92다12285; 대판 1999. 4. 27, 99두202.

해고회피노력, (4) ‘고용안정협약’ 체결의 법적 효력문제, (5) 근로시간단축과 해고회피노력, (6) 해고회피노력으로서 임금에 대한 조치(임금의 동결·삭감·반납 및 임금지급유보 등을 근로자대표와 합의한 경우) 등을 들어 설명하고 있다.²⁶⁾

사용자의 해고회피노력요건에 대한 관련 판례를 보면:

[사업소 폐지에 따른 해고회피노력 후의 정리해고는 정당하다] [대법원(2002-07-12) 2001다68259]

: “OO연구소의 폐지에 따른 직원의 해고는 부득이한 것으로 예상되고, 피고가 원고들을 접촉하여 해고에 대한 사전협의를 거친다고 하더라도 원고들이 피고의 설명을 쉽게 납득하리라고 기대하기는 어려우며, 원고들이 거부하는 경우에도 피로로서는 폐지결의에 따라 해당 직원을 전부 해고할 수밖에 없는 점 등의 사정을 고려하면 피고가 OO연구소를 폐지함에 있어서 원고들과 충분한 협의절차를 거치지 아니하였다고 하더라도 그것만으로는 이 사건 해고를 무효라고 할 수는 없다고 판단하고, 결국 이 사건 해고를 둘러싼 모든 사정을 전체적, 종합적으로 고려하여 볼 때, 이 사건 해고는 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것으로서 정당하다.”

[인원과잉으로 해고함에 있어 필요성과 외부용역업체의 취업알선 등 정리해고의 요건을 충족한 것으로 정당하다] [대법원(1996-08-23) 96다19796]

: “피고법인이 국가출연연구기관으로서 연구인력에 비하여 행정지원인력이 너무 많다는 국정감사시의 지적이 있어 연구기관의 효율성제고를 위해서 지원인력을 감축하라는 정부지시를 받았고, 한편 외부전문업체에 용역을 주는 것이 사회적으로 보편적 추세에 있어 경비와 식당운영 분야에 대한 외부용역화를 추진하는 과정에서 부득이 원고들을 해고한 사실을 인정한 다음, 경비업무의 외부용역화로 인하여 피고법인의 장기적 경비절감과 인력이 효율적 탄력적 운영이 가능해지는 점, 피고 법인이 원고들을 전근시킬 마땅한 부서가 없자 외부용역업체에 취업을 알선하여 종전과 같은 일에 계속종사할 수 있도록 노력한 점, 이 사적 해고가 외부용역화계획에 따른 경비원들의 일괄해고이어서 경비원들 중 해고대상인원을 선별할 여지가 없었던 점 및 피고 법인이 이 사건 해고에 앞서 원고들에게

26) 상세히는 박종희, “개정법상 ‘경영상 이유에 의한 해고’제도의 해석과 운용에 관한 정책방향”, 노동법학(제8호), 한국노동법학회, 1998, 121-128면.

이 사건 해고의 불가피성과 취업알선 등에 관하여 성실히 설명한 점 등 그 판시와 같은 제반사정에 비추어 보면, 이 사건 해고는 객관적으로 보아 합리성이 인정되는 정당한 해고이다.”

[해고회피노력, 대상자 선정기준, 노조와 사전협의를 결한 정리해고의 효력] [대법원(1993-11-23) 92다12285]

: “회사가 비록 기업경영상의 필요에 따라 일부 생산부서를 폐쇄한 것이라 할지라도 회사측이 감원계획을 일방적으로 마련한 다음 그 전제하에 부서 근로자들과의 개별면담을 통해 희망근무지를 밝히게 하고 이들 중 일부를 선별하여 배치전환이나 계열회사로 재취업을 시켜주기로 했을 뿐, 해고회피를 위하여 요구되어지는 경영합리화 조치나 신규채용의 억제, 일시휴직, 희망퇴직자의 모집 등과 같은 다른 적극적인 해고회피노력을 다하지 않았고, 해고대상자를 선정함에 있어서도 단체협약에 정해진 선정기준에 따르지 않아 그 공정성과 합리성을 결하였으며, 이밖에도 정리해고를 단행할 수 밖에 없는 기업경영상의 필요성을 비롯한 정리해고에 관한 중요사항에 관하여 노동조합이나 근로자측과 성실한 사전협의를 충분히 거치지 않았다 할 것이므로 피고회사의 동 해고처분은 근로기준법 제27조 제1항 소정의 정당한 이유가 없는 것이어서 무효이다.”

[정리해고요건 중 하나인 ‘해고회피를 위한 노력’의 의미] [대법원(1992-12-22) 92다14779]

: “가. 정리해고에 정당한 이유가 있기 위하여 필요한 요건 중 해고회피를 위한 노력을 다하여야 한다는 것은 사용자가 근로자의 해고범위를 최소화하기 위하여 경영방침이나 작업방식의 합리화, 신규채용의 금지, 일시휴직 및 희망퇴직의 활용 및 전근 등의 가능한 조치를 취하는 것을 의미한다. 나. 본 사건은 사용자가 경영하는 공장 중 하나를 폐업하고 폐업공장 근로자 전부를 해고함에 있어서 해고회피를 위한 조치를 취할 수 없는 경우에 해당된다.”

3) 합리적이고 공정한 대상자선정과 차별금지

일정 규모의 인원을 정리해고하는 것이 불가피한 경우 사용자는 합리적이고 공정한 기준에 따라서 그 대상자를 선정하여야 한다. 즉, 긴박한 경영상의 필요가 있고, 해고회피에 최대한 노력하였지만 어쩔 수 없는 경우에 이제 그 대상자의 선정에 있어서 합리적이고 공정한 기준에 따라서 대상자를 선정하여야 한다는 말이다. 단체협

약이나 취업규칙에 그러한 기준이 있다면 그에 따를 수도 있을 것이다. 보통은 근로자의 근속연수, 연령, 재산상황, 부양가족, 업무능력, 기타 근무성적 등이 고려의 요소가 될 수 있을 것이다.

합리적이고 공정한 기준은 객관적 사유를 말하는 것으로서 정리해고대상자 선정에 있어서 성별·국적·신앙·사회적 신분이 이유가 되어 선정하거나 노동조합의 조합원 또는 정당한 조합활동을 한 것을 이유로 선정하는 것은 근로기준법 제5조와 남녀고용평등법 제11조 그리고 노동조합및노동관계조정법 제81조의 위반이 된다.

관련 판례를 보면:

[해고의 기준은 획일적인 것이 아니고 사업장에 따라 합리적이고 공정한 기준을 제시한다면 정당하다] [대법원(2002-07-09) 2001다 29452]

: "피고은행이 정한 기준은 먼저 3급 이상의 직원을 대상으로 하여 직급별 해고인원수를 정하고, 각 직급에서 연령이 많은 직원, 재직기간이 장기간인 직원, 근무성적이 나쁜 직원을 해고대상으로 하고, 앞의 두 기준에 해당하는 자 중 근무성적 상위자를 제외하기로 하는 것이었는 바, 피고 은행은 공적자금을 지원받기 위하여 금융감독위원회와 예금보험공사에 제출한 경영정상화계획서에서 3급 이상 직원을 최대한 감축하라고 약속하였고, 노동조합과 협의하여 위와 같은 선정기준에 대한 합의에 이르렀으며, 우리나라에 독특한 연공서열적인 임금체계를 감안하면 상대적으로 고임금을 받은 높은 직급의 연령이 많은 직원과 재직기간이 긴 직원을 해고하면 해고인원을 최소화할 수 있었던 사정을 종합적으로 고려해보면 피고 은행이 정한 위 기준은 당시의 상황에서 나름대로 합리적이고 공정한 기준으로서 수긍할 만하고, 정리해고를 조속히 마무리지어 안정을 기해야 할 필요성에 비추어 주관적 판단에 좌우되기 쉬운 근로자 각자의 개인적 사정을 일일이 고려하지 못하였다고 하여 달리 볼 수는 없다."

[노동조합과 합의에 의한 방법으로 선발외 다른 방법이 없었다면 합리적 해고자 선정방법에 해당한다] [대법원(2002-07-09) 2000두 9373]

: "원고법인이 노동조합과 협의하여 정한 해고대상자 선정기준이

다소 애매모호한 점은 있으나 자의적이라 볼 수 없고, 평소 작성된 인사고과자료 등이 없고 상벌관계도 노동조합의 반대로 인하여 해고대상자 선정기준으로 할 수 없었던 원고법인으로서 노동조합과 합의한 방법, 즉 직원들 중에서 직급에 따라 직제개편위원을 선발하여 해고대상자를 선정할 수 밖에 없었고 달리 해고대상자를 선발할 합리적이고 공정한 방법이 없었다 할 것인데 원고법인의 직원들이 노동조합의 동의아래 선발된 이상 그 선발이 위원회의 개최하루 전일에 이루어졌다는 사정만으로는 그와 같은 방법에 의한 해고대상자 선정이 불합리하다고 볼 수 없다.”

[정리해고에 있어서 해고자 선정에 합리적이고 공정한 기준을 제시하지 못하면 부당해고이다] [대법원(2002-06-14) 2001두11078] : “1. 사용자가 근로자로부터 사직서를 제출받고 이를 수리하는 의원면직 형식을 취하여 근로계약관계를 종료시킨다고 할 지라도, 사직의 의사 없는 근로자로 하여금 어쩔 수 없이 사직서를 작성 제출하게 한 경우에는, 실질적으로 사용자의 일방적 의사에 의하여 근로계약관계를 종료시키는 것이어서 해고에 해당한다. 2. 정부의 공기기업경영혁신계획에 따라 인력감축의 일환으로 OO공사가 구조조정대상자를 선정함에 있어 합리적이고 공정한 기준이 없이 일부 근로자를 문제직원으로 확정하여 그에 대하여 사직을 종용함으로써 의원면직형식으로 근로계약관계를 종료시킨 경우, 이는 실질적으로 해고에 해당할 뿐만 아니라 경영상의 이유에 의한 정리해고의 요건도 갖추지 못한 것이다.”

[정리해고에 있어서 객관적 합리성과 사회적 상당성을 인정할 수 있어 정당하다] [대법원(2002-06-14) 2000두8486] : “이 사건 정리해고는, 1997년 말경부터 참가인 회사의 매출액급감과 거래회사의 부도로 인한 것으로서 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 인정되고, 조업단축, 부분휴업실시, 사무직 상여금 150%삭감, 희망퇴사자모집 등 해고회피노력을 위한 상당한 노력을 한 것으로 인정되며, 생산직 근로자들 중 정리해고 대상에서 제외시켜 이들은 참가인 회사의 생산작업을 위하여 반드시 필요한 자격증을 소지한 자이거나 숙련 기능공으로서 해고대상자 선정에서도 공정하고 합리적이고, 원고 등을 해고하기 이전에 수 차례에 걸쳐서 노동조합과의 협의를 통하여 인원감축과 해고회피방안 등에 관하여 성실한 협의를 거친 것으로 인정되므로, 이 사건 원고 등에 대한 해고는 객관적 합리성과 사회적 상당성이 있는 것으로서 정당하다.”

[고용조정대상 선정기준 합의만으로 정리해고자 우선 재고용 의무

가 발생하는 것은 아니다] [대법원(2002-03-12) 2001다67461]
: “피고가 고용조정대상 선정기준에서 노동부, 근로복지공단, 노동부 산하기관, 공무원, 한국노동조합총연맹, 한국경영자총협회 등에서 근무하던 자를 제외한 나머지 특별채용자에 대하여 10점을 감점하기로 하고, 노사대표로 구성된 노사공동위원회에서 공단발전 및 노사화합공로자로 선정된 83명에 대하여는 3점씩을 추가 배점하는 내용으로 정한 것은, 그 기준을 합리하게 된 경위와 고용조정 대상자 선정기준의 다른 내용 등에 비추어 보면 객관적 또는 합리적이 아니라고 볼 수는 없다.”

[교통사고 발생전력과 징계전력을 정리해고의 기준으로 선정한 것은 합리적이다] [대법원(2001-12-11) 2000두5708]
: “이 사건 정리해고의 기준은 노사간의 협의를 통하여 설정된 것으로서 비록 그것은 근로자 개개인의 구체적인 사정을 모두 고려하여 판단할 수 있는 최선의 방안은 되지 못한다 할지라도 버스운전 기사로서의 근무능력과 자질을 평가할 수 있는 중요한 요소 중의 하나인 교통사고 발생전력과 근무기간 동안의 징계전력 등의 사정을 토대로 일응 객관적인 기준을 설정한 것으로 보이는 점등에 비추어 이를 불공정하다거나 불합리한 기준이라고 볼 수 없다.”

[장기근속자라는 이유로 불성실한 근무태도를 보이는 직원에 비해 우선적인 정리해고 대상자로 선정한 것은 공정성이 없다] [서울고법(2001-05-30) 2000누7300]
: “원고 공단은 당초 수립된 경영혁신추진계획과 달리 그 이후 변경된 사정까지도 감안해 결국 일반직 2명이 확정된 정원을 초과한다는 이유로 참가인에 대해 직권면직했으나 직권면직 후 국제기능 올림픽 대회준비, 4개 지방노동사무소 신설 등으로 인한 직제변경으로 일반직의 경우 오히려 정원이 증가되었다. 결국 참가인들의 직권면직조치는 무리한 인원감축계획에 따른 것으로 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 단정하기 어렵다. 또한 장기근속자의 경우 원고 공단의 발전을 위해 공헌한 바가 크고 향후 전직가능성도 적어 퇴직으로 인한 불이익 또한 상대적으로 크다고 평가될 수 있으므로 해고대상자를 선정함에 있어 연령이나 장기근속여부의 비중이 지나치게 커 다른 나머지 모든 기준을 배제할 만큼 절대적인 영향을 가질 수 있다. 또 근무평정, 징계전력 등 과거의 근무태도에 대한 평가가 전혀 반영되지 않거나 반영의 정도가 극히 미미해 장기간 공단을 위해 성실하게 근무한 직원이 단지 장기근속자라는 이유만으로 평소 불성실한 근무태도를 보이거나 비위사실로 징계를 받은 전력이 있는 직원에 비해 우선적으로 정리해고 대상자로 선정되게 된

다면, 이런 해고기준은 합리성과 공정성을 갖추었다고 보기 어렵다.”

[다른 객관적 기준이 없다면 직원들 사이에 업무수행능력의 문제가 있고 친화력이 부족하다고 평가된 직원을 정리해고 대상자로 선정한 것은 정당하다] [서울고법(2000-11-09) 2000누5601]

: “이 사건의 경우 원고 법인에는 노동조합의 반대로 인하여 근로자들에 대한 인사고과자료나 출근상황부가 존재하지 않았고, 상벌 및 포상관계도 정리해고 대상자를 선정할 기준으로 할 수 없었으므로, 원고 법인이 정리해고대상자를 선정함에 있어서는 선정작업을 할 담당자(이 사건에서는 직제개편위원)의 주관적 판단에 의존하거나 나이, 근무연한, 가족관계 등 근로자에 관한 주관적인 사정을 기준으로 할 수밖에 없는 상황이었다. 직원들에 대하여 객관적인 평가자료가 없는 원고 법인으로는 직제개편위원들이 평소 획득한 정보를 토대로 하여 주관적인 판단에 따라 해고 대상자를 선정하는 방법을 선택할 수밖에 없는데, 위 해고대상자 선정기준을 종합하여 보면 원고 법인에 대한 기여도가 낮고 친화력이 적은 사람으로 판단되는 직원을 선정하라는 취지로 볼 수 있어 그 내용이 결코 불합리하다고 할 수 없다. 따라서 원고 법인의 피고보조참가인들에 대한 이 사건 정리해고는 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것으로서 정당하다고 할 것이고, 정리해고는 정당하다.”

[정리해고의 사유 및 대상자 선정에 있어서의 정당성기준] [서울고법(2000-06-09) 99누11235]

: “1. 노사간의 협의를 통하여 설정된 정리해고기준에 대해서, 정리해고 당시부터 역산하여 징계를 받았는지의 여부만을 문제삼은 것은 자의적인 기준에 불과하다는 피징계자의 주장과 관련하여, 비록 그것이 근로자 개인의 구체적인 사정을 모두 고려하여 판단할 수 있는 최선의 방안은 되지 못한다할 지라도, 버스 운전기사로서의 근무능력과 자질을 평가할 수 있는 중요한 요소 중의 하나인 교통사고 발생 전력과 근무기간 동안의 징계전력 등의 사정을 토대로 일응 객관적인 기준을 설정한 것이므로 이를 불공정하다거나 불합리한 기준이라고 볼 수는 없다. 2. 회사측이 정리해고 이전에 운전기사를 상대로 퇴직희망자를 모집하였음에도 인력감축이 제대로 이루어지지 않아 정리해고에 이르게 된 사실로 미루어, 매월 일정수의 운전원들이 회사를 이직하고 있었다는 당시의 사정만으로는 회사가 정리해고 당시 그 이후의 자연감소인원의 발생여부 및 그 숫자를 구체적으로 예상할 수 있었다고 할 수 없어, 정리해고하지 않더라도 적정인원 수를 충분히 조정할 수 있었으므로, 정리해고는

부당하다는 주장은 받아들일 수 없다.”

[정리해고대상자 선정기준 및 해고회피와 관련 아무런 사전협의절차를 거치지 않은 정리해고는 위법하다] [서울고법(1999-12-02) 99누4930]

: “참가인 재단에서는 앞서 인정한 바와 같이 이 사건 정리해고조치를 취하기에 앞서 원고에게 해고의 필요성에 관하여 아무런 설명을 해주지 아니하였으며, 어떠한 정리해고대상자 선정기준을 마련한 바도 없고, 전직원을 상대로 희망퇴직자를 모집한다거나 원고에게 다른 직종으로의 배치전환을 제의하는 등 해고회피노력을 한 바도 전혀 없었으며, 원고 또는 근로자대표와 사이에 정리해고대상자 선정기준 및 해고회피와 관련하여 아무런 사전협의절차도 거치지도 아니한 이상 이 사건 정리해고는 객관적 합리성과 사회적 상당성을 갖추지 못한 위법한 것이라 할 것이다.”

[정리해고 선정대상범위로 ‘축소대상 부서만’을 한 것은 부당해고에 해당되는지 여부(적극)] [서울고법(1998-07-16) 97구47660]

: “정리해고의 정당성 여부와 관련하여 해고대상자를 선별함에 있어 경영상의 필요성이 발생한 사업장 전체를 기준으로 하지 않고 ‘축소대상 부서에 소속된 근로자들만’을 정리해고대상자로 삼은 것은 ‘객관적이고 합리적인 기준’이 아니고, 특히 정년을 불과 9개월 정도 남겨둔 자에게 ‘해고회피노력’의 일환으로 명예퇴직과 계약직 사원으로 근무를 권유하였는데, 이 경우 회사가 ‘인건비 절감의 효과가 거의 없는 점’등에 비추어 볼 때, 명예퇴직 권유를 받아들이지 않자 해고한 것은 정리해고로서의 ‘객관적 합리성’과 ‘사회적 상당성’을 지닌 것으로 볼 수 없다.”

4) 근로자대표와의 협의

사용자는 정리해고를 하려면 해고를 피하기 위한 방법 및 해고의 기준 등에 관하여 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합에 대하여, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자²⁷⁾에 대하여 해고를 하고자 하는 날의 60일전까지 통보하고

27) 근로자의 과반수로 조직된 노조가 없는 경우의 근로자대표의 선임방법에 대한 행정해석(1999. 1. 13, 근기 68207-94)은 다음과 같다: 당해 사

성실하게 협의하여야 한다.²⁸⁾²⁹⁾

‘협의’는 어떠한 사항에 관하여 서로의 의견을 주고받는 것으로서 반드시 어떤 사항에 대하여 의견의 일치를 보는 것을 목적으로 하는 ‘합의’와는 다르다. 물론 노사간 협의과정에서 합의에 이르는 것이 가장 이상적이겠으나 비록 합의에 이르지 않았다 할지라도 협의 과정에서 서로의 의견을 교환하는 것은 정리해고과정 전반에 영향을 미칠 수 있는 가능성을 가진다는 점에서 나름의 의미가 있음은 물론이다.³⁰⁾ 문제는 근로자대표와의 협의가 정리해고의 유효요건인가이다. 판례는 근로자측과 협의하여도 별다른 효과를 기대할 수 없는 특별한 사정 아래서는 협의를 거치지 않았더라도 정리해고가 무

업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우 근로법 제31조제3항의 규정에 의한 근로자의 과반수를 대표하는 자의 선임등의 방법은 다음의 원칙에 따라 판단하면 될 것임. (1) 근로자의 과반수를 대표하는 자의 선임절차에 관해서는 현행 근로법에 특별히 정하거나 제한하는 규정이 없음. 따라서 근로자들에게 대표로 선임되면 경영상 해고에 관하여 대표권을 행사하게 된다는 사실을 주지시킨 상태에서 근로자 스스로 자율적으로 선출하면 될 것임. (2) 근로자대표 선출시 재적근로자의 범위에 대해서는 근로법 제14조 규정에 의한 근로자로 보면 될 것이나 동법 제15조의 규정에 의한 사용자의 지위에 있는 자는 제외되어야 할 것임. (3) 근로자 과반수를 대표하는 자의 선임방법 및 의결정족수 등에 대해서는 전체 근로자들이 스스로 정하는 방법에 따라야 할 것임(이병태, 최신노동법, 중앙경제, 2001, 662면에서 재인용).

28) 근로기준법 제31조제3항.

29) 근로법 제32조의 해고예고규정과 관계가 문제될 수 있을 것이다. 정리해고의 경우는 근로자대표에게 통보하는 것이고 해고예고의 경우는 해당 근로자에게 통보하는 것이므로 양자를 달리 보아야 할 것이다. 즉, 정리해고의 경우에도 해당 근로자개인에게 30일 전까지 해고예고를 하거나 해고예고수당(통상임금 30일분)을 지급하여야 한다.

30) 김형배교수는 “여기서 협의가 가지는 중요한 의미는 ‘근로조건의 유지 또는 개선’이라는 노동조합의 적극적이고 고유한 활동을 뜻하는 것이 아니라, ‘근로자의 과반수를 대표하는’자와의 협의를 통하여 경영상의 긴박한 사유에 의한 해고조치와 관련해서 그 피해를 최소화함으로써 보다 합리적인 해결방안을 강구해보려는 데 있다”고 한다(김형배, 노동법, 박영사, 2002, 458면).

효과 되는 것은 아니라고 보고 있다.³¹⁾ 그런데 동 판결들은 동 요건이 입법되기 이전의 판례(법)을 바탕으로 판단한 것들로서 동 요건이 입법된 상황에서는 근로자대표와의 협의를 특별한 사정이 없는 한 반드시 거쳐야 하는 것으로 보아서 동 요건을 거치지 않은 정리해고는 그 정당성을 상실한다고 보는 것이 법 제31조 제5항에도 부합되는 바람직한 해석이다. 판례가 成文의 근로기준법 조항에 반하는 해석(판결)을 할 수는 없는 것이다.

관련 판례를 보면:

[개별적 협의를 거치지 아니하였더라도 근로자측과 사전협의를 거쳤다고 인정된다면 정리해고는 정당하다] [대법원(2002-07-26) 2000두4910]

: “참가인 회사로서는 채산성 악화와 누적결손금의 증대로 인하여 회사조직 감축 등 구조조정의 필요성이 절실하였다고 할 것이어서 정리해고를 실시하여야 할 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 인정되고, 원고들을 해고하기에 앞서 해고회피를 위한 상당한 노력을 다한 것 등 참가인 회사가 원고들 및 망 김O석과 사이에 개별적인 사전 협의를 거치지 않는 아니하였지만 근로자측과의 성실한 사전협의를 거쳤다고 인정되어 참가인 회사의 원고들 및 망 김O석에 대한 정리해고는 정당성요건을 모두 갖춘 것으로 객관적 합리성과 사회적 상당성이 있다고 인정된다.“

[대상자가 비록 1인이더라도 당사자 또는 근로자대표와 협의하지 않은 것은 절차적 정당성을 결여한 정리해고이다] [대법원(2001-08-21) 2000두116]

: “1. 재단이 1995년도부터 매년 당기 순손실을 보아 왔다고 할지라도 이 사건 해고전에 이미 무수익 기본재산인 충남 서산국 토지를 매각하여 그 대금 전액을 수령하였고, 그로 인한 잉여금을 기본재산으로 삼아 발생하는 이자만으로도 그동안 매년 발생한 규모의 당기 순손실을 보전하고 남은 만큼 자금의 여유가 생긴 이상, 그 때부터는 그 직원 중 1인인 신청근로자를 정리해고할 정도의 긴박한 경영상의 필요성이 소멸되었고, 2. 더구나 재단이 해고하기에 앞서

31) 대판 1992. 11. 10, 91다19463; 대판 1994. 5. 10, 93다4892; 대판 1995. 12. 5, 94누15783; 임종률, 노동법, 2002, 박영사, 497면에서 재인용.

신청근로자에게 그 필요성에 관하여 아무런 설명을 해주지 아니하였으며, 정리해고 대상사 선정기준을 마련한 바도 없고, 전직원을 상대로 희망퇴직자를 모집하거나 신청근로자에게 배치전환을 제의하는 등 해고회피노력을 한 바도 없었으며, 3. 신청근로자 또는 근로자 대표와 사이에 정리해고대상자 선정기준 및 해고회피와 관련하여 아무런 사전협의절차도 거치지도 아니하였으므로 이 사건 해고는 정리해고로서의 객관적 합리성과 사회적 상당성을 갖추지 못한 위법한 것이라고 판단됨.”

[노조동의 없이 1개 사업주의 전체 근로자를 정리해고한 것이 정당한 지 여부] [대법원(1994-05-10) 93다4892]

: “사업부별로 별도의 노동조합이 결성되어 실질적인 경영자와 각기 독자적으로 단체교섭 등의 노조활동을 하여왔고 그에 따라 근로자들도 제1사업부와 제2사업부를 전혀 독립한 별개의 사업장으로 인식하고 있었다면 적자를 내고 경영상 심한 곤란을 겪고 있는 제1사업부를 폐지하여 인원감축을 하는 것이 긴박한 경영상의 필요가 있었다고 할 것이고, 제1사업부를 폐지함에 있어 제1사업부소속 전체 근로자들을 해고대상자로 선정한 것이 형평에 어긋난다고 할 수 없으며, 또한 제1사업부와 제2사업부의 실제 운영실태 등에 비추어 제1사업부 소속 근로자 전부나 일부를 제2사업부에서 흡수할 수 있었던 사정이라고 보이지 아니하여 정리해고의 필요성과 그 시기, 규모, 방법 등에 관하여 노동조합이나 근로자측과 사전협의를 거친다 하여도 별다른 효과를 기대할 수 없었던 특별한 사정이 있었던 것이라 할 것이므로 회사가 제1사업부소속 전체 근로자들을 정리해고함에 있어서 노동조합이나 근로자측과 사전협의를 거치지 아니하였다는 것만으로 정리해고가 그 효력이 없다고 할 수 없다.”

[개별적인 협의를 거치지 않았다 하더라도 노사협의회를 열어 인원감축방안에 대한 규모와 기준에 대해 합의한 후 이루어진 정리해고는 정당하다] [서울고법(2000-03-29) 99두6934]

: “소외 회사가 근로자대표와 노사협의회를 개최하여 유희인력을 위주로 하여 인원을 감축할 것을 결정하고, (위와 같은) 6가지의 기준에 따라 해고대상자를 선정한 것은, 소외 회사의 경영상태와 근무성적 및 업무능력 등을 종합적으로 고려한 것으로써 해고대상자 선정기준에 있어서도 공정하고 합리적인 것으로 판단되며, 소외 회사가 원고들을 해고하기 이전에 노사협의회를 개최하여 인원감축의 규모와 원칙적인 기준을 합의하여 결정하였고, 노사협의회에 참석한 근로자대표들도 회사의 경영상태 악화를 인식하여 전원이 인원감축방안에 찬성한 점에 비추어보면, 가사 소외 회사가 원고들과의

개별적인 사전 협의를 거치지 아니하였고 원고들이 사전에 그러한 노사협의회의 개최사실을 알지 못하였다고 하더라도, 근로자측과의 성실한 사전협의를 거쳤다는 요건으로 충족된 것으로 봄이 상당하다.”

[노동조합과의 협의하에 체결된 고용안정예관한협약에 따른 정리해고는 정당하다] [서울고법(2000-03-29) 99누14678]

: “원고회사는 경영이 악화되기 시작한 이후 이 사건 정리해고 직전에 노동조합과 여러 차례 협의를 하여 일련의 구조조정 전반에 관하여 논의하였고, 1998.5.18자 고용안정예관한협약이 체결되어 이에 따라 정리해고가 실시되었는데 이에 관해 노동조합은 전혀 이의하지 아니한 바, 원고회사의 정리해고가 참가인들의 어떤 신뢰에 반한다고 보기는 어렵다.”

[사직서 수리 이전 노동조합과 사직서수리기준에 관해 합의결정하였다면 개별적인 사전 협의를 거치지 않았더라도 정리해고는 근로자측과의 성실...] [서울고법(1999-02-12) 98구16124]

: “참가인 회사는 원고를 해고하기에 앞서 해고회피를 위한 상당한 노력을 하였다할 것이며, 참가인 회사가 노동조합과 합의하여 결정한 사직서 수리기준은 근무성적 및 업무능력 등을 종합적으로 고려한 것으로써 해고대상자 선정에 있어서도 합리적이라고 판단되며, 참가인 회사가 원고의 사직서를 수리하기 이전에 노동조합과 사직서수리기준에 관하여 합의 결정하였고, 원고를 비롯한 참가인 회사의 전사원이 참가인 회사의 경영 악화를 인식하고 구조조정작업에 협조하기 위해 사직서를 제출한 점에 비추어 보면, 비록 원고와의 개별적인 사전협의를 거치지 아니하였지만, 참가인 회사의 원고에 대한 정리해고는 근로자측과의 성실한 사전협의를 거쳤다고 보아야 할 것이다.”

5) 일정규모이상의 경우 노동부장관에의 신고

근로기준법 제31조 제4항은 “사용자는 제1항의 규정에 의하여 대통령령이 정하는 일정규모이상의 인원을 해고하고자 할 때에는 대통령령³²⁾이 정하는 바에 따라 노동부장관에게 신고하여야 한다”, 제

32) 근로기준법시행령 제9조의2 [경영상의 이유에 의한 해고계획의 신고]는 제1항에서 “법 제31조 제4항의 규정에 의하여 사용자는 1월동안에 다음 각호의 1에 해당하는 인원을 해고하고자 하는 경우에는 최초로 해

5항은 “사용자가 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 요건을 갖추어 근로자를 해고한 때에는 제30조제1항의 규정에 의한 정당한 이유가 있는 해고를 한 것으로 본다”고 규정하고 있다. 즉, 제31조제5항은 동조제4항을 요건으로 하지 않는 것으로 보아 일견 동신고의무를 행하지 않았다 하여 바로 정리해고의 정당성이 상실된다고 해석할 수는 없을 것이다. 그러나 동 신고제도의 입법취지가 노동행정차원의 정리해고규제에 있는 만큼 정부가 적극적으로 행정지도를 통하여 신고제도의 취지를 살릴 필요가 있다고 생각한다.³³⁾

6) 사용자의 우선 재고용의무

근로기준법 제31조의2 [우선재고용등]는 제1항에서 “제31조의 규정에 의하여 근로자를 해고한 사용자는 근로자를 해고한 날부터 2년 이내에 근로자를 채용하고자 할 때에는 제31조의 규정에 의하여 해고된 근로자가 원하는 경우 해고전의 직책등을 감안하여 그 근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다”고 규정하고 있다. 동 조항의 사용자의 재고용의무는 별칙규정이 없어서 엄격한 의미의 법적 의무라고는 보기 어려울 것이다. 해고된 근로자의 우선적 고용이라는 관행이 형성되도록 하는 것이 바람직하다는 견해가 있다.³⁴⁾ 정리해고가 노동조합 또는 근로자대표와의 협의사항이므로 재고용

고하고자 하는 날의 30일전까지 노동부장관에게 신고하여야 한다. 1. 상시 근로자수가 99인 이하인 사업 또는 사업장 : 10인 이상. 2. 상시 근로자수가 100인 이상 999인 이하인 사업 또는 사업장 : 상시 근로자수의 10퍼센트 이상. 3. 상시 근로자수가 1000인 이상 사업 또는 사업장 : 100인 이상” 제2항에서 “제1항의 규정에 의한 신고에는 다음 각호의 사항이 포함되어야 한다. 1. 해고의 사유. 2. 해고예정인원 3. 근로자대표와의 협의내용. 4. 해고의 일정”이라고 규정하고 있다.

33) 이병태교수는 동 신고가 없는 경우 (정리해고의) 유효요건을 결여할 가능성이 크므로 이에 대한 적극적인 행정감독이 뒤따라야 한다고 한다 (이병태, 최신노동법, 중앙경제, 2001, 661면).

34) 김형배, 노동법, 박영사, 2002, 460-461면.

에 관해서도 당연히 협의가 있고 정리하고 후 2년 내에 근로자를 채용하는 경우 그 내용에 따라 재고용을 하여야 하므로 그 효과가 적지 않을 것으로 보는 견해도 있다.³⁵⁾ 노사가 재고용에 관하여 협약을 체결한 경우는 그에 따라야 함은 물론이다.

7) 정부의 필요조치의무

근로기준법 제31조의2 제2항은 “정부는 제31조의 규정에 의하여 해고된 근로자에 대하여 생계안정, 재취업, 직업훈련등 필요한 조치를 우선적으로 취하여야 한다”고 규정하고 있다. 사회적 차원에서 국가가 정책적으로 정리해고된 근로자의 생존권확보를 위하여 노력할 의무를 규정하고 있는 것인데 동 제도의 실질적 효과가 나타날 수 있도록 해야 할 것이다. 이 규정에 의하여 경영상의 필요에 의하여 해고된 근로자에게는 고용보험법상의 실업급여 등의 지급을 우선적으로 받을 수 있는 법적 근거가 마련되었다고 해석할 수 있다고 한다.³⁶⁾ 이 규정에 따른 정부의 책무를 실현하기 위해 1998년 2월 20일 고용정책기본법의 개정, 고용보험법의 개정, 중소기업근로자복지진흥법의 개정, 임금채권보장법의 제정 등의 제도적 장치를 마련하였다고 보는 견해도 있으나,³⁷⁾ 제도의 기능이 실질적으로 확보되는 것이 보다 중요하다고 할 것이다. 이와 관련하여 박종희교수는 고용보험법상의 각종의 고용안정지원제도(휴업수당지원금, 근로시간단축지원금, 고용유지훈련지원금, 근로자사외파견지원금, 인력재배치지원금)을 설명하면서 “이러한 고용안정대책의 활용은 해고회피를 위한 사용자의 노력을 지원하기 위한 것이다. 그러나 문제는 이와 같은 고용안정대책을 활용했다는 사실만으로 해고회피를 위한 노력을 다한 것으로 볼 수 있느냐이다. 논자에 따라서는 고용안정대

35) 이병태, 최신노동법, 중앙경제, 662면.

36) 김형배, 노동법, 박영사, 2002, 461면.

37) 이병태, 최신노동법, 중앙경제, 2001, 663면.

책을 활용함으로써 해고회피노력을 인정하려는 견해도 있으나(1998. 3. 28., 근기 68201-586), 이를 일률적으로 판단할 수는 없는 것으로 보아야 한다. 왜냐하면 고용안정대책으로 설정된 5가지 지원제도가 사용자의 해고회피노력의 가능한 모든 경우를 포함하고 있는 것으로 볼 수 없기 때문이다. 나아가 고용안정대책은 그 적용시한이 대부분 최장 6개월로 단기이다. 그러므로 고용안정대책을 활용한 사용자, 더우기 이 중에서도 가능한 조치만을 선별해서 단기적으로 행한 사용자에게 해고회피를 위한 근로자 대표와의 교섭과정을 면할 수 있는 지위를 인정한다는 것은 근기법 제31조의 목적과 취지에 부합하지 않는다. 그리고 고용안정대책도 기업의 존립을 보호하기 위한 역할을 수행함에 궁극적인 목적을 두고 있는 것이 아니다. 일시적인 판매부진, 경기불황 또는 원자재의 부족시에 고용유지의 안전판 역할을 한다는 취지에서는 기업존립보호라는 의미가 충분히 살아날 수는 있지만, 경기순환이 불경기일 때에 해고회피노력까지를 갈음하는 것으로 간주한다면 자율적인 해결책의 모색을 강구할 수 있도록 하는 해고회피절차의 취지를 오히려 경색시키는 부작용마저 초래할 수 있을 것이다. 그러므로 사용자가 고용안정대책을 활용한 경우에는 활용한 부분에 대해서만 해고회피노력을 다한 것으로 봄이 타당하다. 따라서 사용자는 고용안정대책을 활용하고도 긴박한 경영상의 필요가 계속 남아있는 경우, 다른 가능한 해고회피방안에 대해서는 여전히 성실한 협의의무를 지는 것으로 보아야 할 것이다”고 한다.³⁸⁾

3. 정리해고의 정당성판단

정리해고의 정당성에 관하여는 기본적으로 “정리해고를 하여야 할 (실체적) 사유가 존재하는가”의 실체적 요건과 “정리해고의 절차를

38) 박중희, “개정법상 ‘경영상 이유에 의한 해고’제도의 해석과 운용에 관한 정책방향”, 노동법학(제8호), 한국노동법학회, 1998, 122-123면.

준수했는가”의 절차적 요건으로서 나누어서³⁹⁾ 각각 판단하고 다양 요건을 종합하여 전체적인 정당성 판단을 하게 된다. 그런데 판례상 확립되어 근로기준법 제31조에 규정된 4요건론에 대하여는 판례가 견지하고 있는 “4요건 종합적 검토론”과 현행 법규정이 규정하고 있으며 학설도 같은 입장인 “4요건 개별적·종합적 검토론”으로 나뉘고 있다. 그런데 법문상으로는 4요건을 개별적으로 각각 충족해야 함에도 불구하고(4요건 개별적·종합적 검토론)⁴⁰⁾ 판례는 4요건 종합적 검토론을 벗어나지 못하고 있는 것 같다. 법원이 성문의 근로기준법규정에 반하는 판결을 할 수는 없다고 생각한다.

정리해고의 정당성판단에 있어서는 또한 객관적 합리성과 사회적 정당성의 존재여부를 헌법상의 근로권을 지도이념으로 하여 구체적으로 검토하고 판례가 제시하고 있는 해석을 바탕으로 하여 노동보호법적 시각에서 현행 법규정을 해석해야 한다. 박종희교수는 “경영상 해고에 대한 헌법적 기초는 사용자의 영업의 자유에 대한 기본적인 보장과 근로자에 대한 사회적 기본권보장 사이의 실제적 조화 속에서 파악되어야 할 것이다. 따라서 어느 일방의 기본권보호를 위해 타방 기본권의 본질적 내용이 형해화되어서는 아니되는 까닭에(헌법 제37조 참조) 정리해고를 정당화하는 실질적 요건의 판단은 사용자의 경영상의 결정권이 보장되는 범위 내에서 이루어져야 한다”고 한다.⁴¹⁾

39) ‘긴박한 경영상의 필요’가 가장 주된 실체적 요건이 되고, ‘해고회피의 노력’과 ‘합리적이고 공정한 대상자 선정’은 주된 절차적 요건, ‘근로자 대표와의 협의’는 부수적인 절차적 요건으로 볼 수 있지만 이 각각이 모두 법정(효력)요건으로 정리해고의 정당성여부에 영향을 미친다고 할 것이다.

40) 근로기준법 제31조 제5항은 “사용자가 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 요건(즉 4요건)을 갖추어 근로자를 해고한 때에는 제30조제1항의 규정에 의한 정당한 이유가 있는 해고를 한 것으로 본다”고 규정하고 있다. 동 조항의 해석상 4요건 중 하나라도 갖추지 못한 경우는 그 해고가 부당해고가 된다는 것이다.

“판례는 정리해고가 정당하다고 하기 위해서는 이들 요건의 구비 여부를 전체적·종합적으로 고려하여 그 해고가 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것으로 인정되어야 한다”⁴²⁾고 보고 있는데, 근기법 제31조가 네 가지 요건을 명시하고 동조 제5항에서 확인한 이상 그 네 가지 요건을 모두 충족하여야 정리해고의 정당성이 확보되고 그렇지 않을 경우에는 부당해고가 된다는 것이 동조의 입법 취지로 보인다.

정리해고제도의 운영에 있어서 판례는 권리구제를 위한 최종적 유권해석으로서의 중요성을 가진다. 현행 정리해고의 법규정이 이루어진 1998년부터 2000년까지의 주요 판례를 분석한 한 논문⁴³⁾은 정리해고에 있어서 판례의 경향을 다음과 같이 정리하고 있다: “(98년) [법개정 이후 판례가 경영해고의 네 가지 요건을 유효요건으로 파악하면서도 ‘여러 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 당해 해고가 객관적 합리성과 사회적 상당성을 지닌 것으로 인정’될 수 있어야 한다는 종전의 판례의 법리를 그대로 답습하고 있는 점은 납득하기 어렵다]. 법규정의 취지가 경영해고의 ‘객관적 합리성과 사회적 상당성’을 확보하기 위해 일반해고와는 달리 오히려 그러한 불확정개념을 구체화하여 네 가지 요건으로 명문화한 것이라고 본다면 그 요건 중에서 하나라도 흠결이 있는 그러한 해고는 전체요건을 고려할 필요도 없이 당연히 ‘객관적 합리성과 사회적 상당성’이 결여된 위법해고로 판단하는 것이 타당하리라고 생각하기 때문이다.

41) 박중희, “개정법상 ‘경영상 이유에 의한 해고’제도의 해석과 운용에 관한 정책방향”, 노동법학(제8호), 한국노동법학회, 1998, 99면.

42) 대판 1995.12.5, 94누15783; 대판 1999.5.11, 99두1809; 임종률, 노동법(제3판), 박영사, 2002, 497면. 다만 법원의 판결은 구체적 사건에 있어서 그 사건에 대한 결정의 성격을 가지는 만큼, 판례의 法源性을 법원칙으로서가 아니라 사실상으로 인정하고 있는 우리 법체계에서는, 판결로부터 일반론을 이끌어 내는 데는 기본적 사건의 동일성판단과 판결의 주된 논지의 추출 등의 기준적용에 엄격·정밀하여야 하며 신중한 접근이 필요함은 물론이다.

43) 이홍재, “경영해고의 판례 경향”, 노동법연구(제10호), 2001, 140-141면.

또한 [판례는 긴박한 경영상의 필요성을 ‘인원삭감의 객관적 합리성’기준으로 판단하는데 이 역시 인원삭감의 객관적 합리성을 확보하기 위한 네 가지 요건 중의 하나인 긴박한 경영상의 필요성 판단 기준을 구체적으로 제시하지 않고 또다시 일반적 불확정 개념을 개별적 확정개념의 해석기준으로 삼는 논리의 오류를 범하는 것으로 보여진다]. 근로자측과의 성실한 사전협의를 경영해고의 포괄적 유효요건으로 본다면 그 협의의 의미를 판례처럼 근로자측의 ‘단순한 의견수렴절차’로 파악할 것이 아니라 성실한 의견교환을 통한 근로자측의 ‘납득 내지 양해’의 수준으로 해석하는 것이 사회통념상 타당하리라고 생각한다”. 그리고 “경영해고제한에 관한 법규정의 현실적 기능은 각 국가의 법풍토에 따라 차이는 있지만 나름대로의 순기능과 역기능이 있기 마련인데 우리나라도 예외는 아니다. 이 법규정은 사용자의 일방적 해고로부터 근로자를 보호하는 순기능 측면이 크지만 또한 해고제한 법리를 회피하기 위한 탈법행위 내지 사용자와 노동조합의 암거래 등 역기능 측면도 무시할 수 없다. 실제로 경영해고의 법규정을 회피하기 위하여 기업은 거의 강요에 가까운 권고사직, 명예퇴직, 그리고 부당전직 등의 방법으로 대량의 인원을 줄이고있으며 노동조합이 강한 경우에는 공개되지 않는 이면의 노사합의서나 고용안정협약 등이 법규정의 기능을 대신하고 있다. 또한 이러한 법규정은 영세기업이나 중소기업의 경우에 원칙대로 적용되기에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없는 현실이다. 그러므로 경영해고의 순기능을 어떻게 극대화하느냐가 향후의 과제이지만 이는 근본적으로 우리의 법풍토와 직결되는 구조적인 어려운 문제이다. 이러한 점을 감안한다면 판례의 기능이 현실적으로 중요한 영향을 미치고 있으므로 앞에서 지적한 문제점을 개선하는 판례의 변화를 어떻게 이끌어 내느냐가 당면의 과제라고 본다”고 한다. 대법원이 최근의 한 판결⁴⁴⁾에서 ‘장래의 경영위기’까지 긴박한 경영상의

44) 대법원 2002. 7. 9. 선고 2001다29452; 200두9373.

필요성이 있는 것으로 본 것은 지나친 확대해석으로서 경영해고 요건규정의 의의를 퇴색시킬 우려가 있다는 지적이 있다.⁴⁵⁾ 이러한 판례의 정리해고 정당성판단기준의 완화경향은 근로자측이 납득하기 어려운 정도의 강한 반발을 불러일으키고 사회적으로도 바람직하지 못한 것으로 생각한다.

45) 이흥재, “민주헌정이후 노동판례 경향의 특징 -‘노동보호 규제의 완화와 단결활동규제의 강화’-”, 노동법학(제15호), 한국노동법학회, 2002, 130-131면.

IV. 정리해고법제의 개선방향

정리해고법제에서는 근로자의 입장에서 볼 때 자신의 의사에 의하지 않는 근로관계의 종료를 의미하기 때문에 근로자의 생존권에 결정적인 침해가 된다는 점이 기본적으로 고려되어야 한다. 정리해고법제는 또한 사용자의 경영활동의 자유⁴⁶⁾와 해당 근로자에 대한 법적 보호가 적절히 균형을 이루는 선상에서 그 모습이 갖추어져야 할 것이다.⁴⁷⁾

-
- 46) 경영상의 위험은 일반적으로 경영자가 부담하여야 할 몫이다. “이익을 얻는 자는 손실도 부담한다”는 말이 있듯이 사업주는 경영을 통하여 이익을 얻고 또 손실을 부담하는 것은 당연한 것이다. .
- 47) 박중희 교수는 1998년 당시의 상황에서 경영상 해고제도의 정책방향에 대하여 결론적으로 다음과 같이 언급하고 있다: “경영상 해고는 현재 우리나라 노사관계에 있어서 태풍의 핵이다. 노사가 이 문제를 어떻게 합리적으로 운용하느냐에 따라 당해 사업장뿐만 아니라 국민경제 전체에 지대한 영향을 미치는 중차대한 문제이다. 우리나라의 노사갈등의 가장 큰 원인은 노사간의 불신에 있다. 노사간의 불신이 팽배해 있는 상황에서는 어떠한 법적 수단을 강구한다 하더라도 협력적 노사관계 기대될 수 없고, 대립과 극한 투쟁만이 남겨져 있을 뿐이다. 경영상 해고를 둘러싼 갈등을 최소화시키기 위한 근본적인 해법은 노사 서로가 신뢰할 수 있는 터전을 공고히 하는 것이다. 근로자가 경영상의 결정에 하등의 관여할 수 있는 법적 권한도 없는 상태에서 자신의 귀책사유도 없이 경영상 운영의 결과를 해고라는 형태로 부담해야 한다면 근로자의 피해의식은 불식될 수 없다. 그러므로 사용자측이 긴박한 경영상의 필요가 발생한 때에야 비로소 가능한 한 경영상태를 근로자측에 전달하고 근로자측으로부터 신뢰를 얻는 것으로는 불충분하다. 경영상 해고가 자본주의 체제하에서 용인될 수밖에 없는 제도라면, 마찬가지로 근로자의 경영에 대한 참여는 산업자본주의가 지니고 있는 구조적 모순을 극복하기 위하여 강구되어야 하는 필요불가결한 제도이다. 자본주의적 시장경제질서가 기능의 활성화를 요구하는 만큼 이에 상응하는 책무가 항상 뒤따르는 것이다. 또한 경영상 해고를 둘러싸고 현장에서 심한 갈등을 노정시키고 있는 이유 중에는 현금의 경제위기 분위기를 편승해 사용자가 해고를 자의적으로 남용하고 있다는 점을 들지 않을 수 없다. 이를 방지하기 위해서라도 경영상 해고에 대한 이해와 절차의 필

정리해고의 범리는 이러한 정리해고에 따른 부담을 근로자만이 질 것이 아니라, 정리해고의 실행이전에 정리해고를 제한하거나, 정리해고의 실행과정 및 정리해고이후에 이르기까지 그 부담을 회사와 국가 그리고 기타 공공적 실체가 분담하는 방법을 정하는 방향으로 전개되어야 한다.

1. 사회적 차원의 보호강화

정리해고의 문제는 노동현장에 상존하는 분쟁의 주된 이슈로서 근로자들의 근로권을 위협하고 고용불안을 야기하여 기본적으로 사회적 차원의 문제가 된다. 국가는 정리해고의 문제를 해당사업장의 해당근로자들의 문제에 국한하지 않고 사회적 차원에서 법제도적 보호조치를 취하여야 함은 물론이다. 즉, 사용자와 정부도 각각 책임을 분담하는 것이 바람직하다. 박홍규교수는 “오직 경영상의 이유로 행해지는 고용조정해고는 고용보장적 차원의 규제와 보호를 필요로 한다. 곧 긴급피난적 고용조정해고에 대해서는 국가가 책임을 져야 한다. 따라서 국가는 고용조정해고제한법을 제정하고 3자구성의 행정위원회에 의한 유효성요건의 심사, 심사기간 중의 해고제한, 유효성요건을 충족한 경우에도 재취직촉진기간 및 전직훈련기간 중의 해고제한, 동 기간 중 고용유지의 의무가 있는 사용자에 대한 임금 등 부담에 대한 조성조치 등의 제도를 법정화할 필요가 있다”고 한다.⁴⁸⁾

정리해고법제는 노동보호적 시각에서 국가가 정리해고를 규제하는 것과 병행하여 해당 근로자의 보호입장에서 적절한 대안수단을

요성을 충분히 인식하여 하루빨리 우리 현장에 적합한 경영상 해고의 모습을 정립하고 철차관행도 분명하게 세우는 것이 필요하다. 이를 위해서는 사용자측뿐만 아니라 勞와 政의 역할도 분명히 존재한다” (박종희, “개정법상 ‘경영상 이유에 의한 해고’제도의 해석과 운용에 관한 정책방향”, 노동법학(제8호), 한국노동법학회, 1998, 129면).

48) 박홍규, 고용법·근로조건법, 삼영사, 2002, 122면.

제공하는 것으로 내용이 구성되어야 한다. 그 대안수단은 다른 직장을 찾는데 적극적으로 노력한다든가 적절한 해고보상을 하는 것이 될 것이다. 김형배교수는 피해고자에 대한 보상조치의 필요성을 다음과 같이 언급한다: “노사의 결합체인 경영체의 갱생 내지는 활성화를 위하여 근로자들이 직장상실이라는 경제적 불이익 내지 희생을 부담하는 것이 정리해고다. 이와 같은 비자발적 무과실의 실직자에 대해서는 기업체 및 국가차원에서 일정한 보상이 주어지는 것이 타당하다고 판단된다. 기업주의 경영조직상의 변경권한이 보장되는 반사적 효과로서 기업주가 근로계약상의 고용의무로부터 해방될 수 있다면, 그로 인해서 해고된 근로자에 대한 불이익은 사용자측에서 보상하지 않으면 안된다. 해고의 형식이 희망퇴직 또는 명예퇴직인 경우도 마찬가지다. 경제적 보상과 관련하여 그 보상방법으로는 ① 일정한 근속연수에 대하여 일정률의 보상금을 지급하도록 하는 방법, ② 월평균임금에 보상개월수를 곱한 금액으로 보상금을 지급하는 방법, ③ 퇴직금을 기준으로 하여 과거의 재직기간과 장래에 재직할 수 있는 기간을 감안하여 보상금을 추가지급하는 방법이 있을 수 있다”고 한다. 또한 “국가적인 차원의 경제질서와 관련하여 정리해고의 정당성은 궁극적으로 자유시장경제체제의 유지를 위하여 용인되는 것이므로, 이로 인하여 해고된 근로자들에게는 사회적 보상이 주어져야 한다. 자유시장경제의 원리가 그대로 적용될 수 없는 노동시장분야에서 근로자에게 가해진 경제적 부담 내지 불이익을 덜어주는 것이 사회적 국가의 구체적 책무이기 때문이다. 기업의 경쟁력유지라는 국민경제적 차원에서 노동인력구조의 조정을 통하여 불이익을 입은 해고근로자들에게 일정한 보호조치를 강구해야 한다는 것은 사회적 법치국가의 차원에서 국가가 부담해야 할 당연한 책무라고 이해된다. 따라서 국가는 고용정책·직업능력개발·고용보험지급 등과 관련하여 고용정책기본법과 고용보험법 내에 정리해고된 근로자의 보호조치를 구체적으로 마련해야 할 것으로 판단된다”고 한다. 나아가서 “기업주의 경제활동의 자유와 기업조직변경에 관

한 결정권은 시장경제체제에 있어서 중심적 위치를 차지하고 있다. 그리고 근로의 권리는 사회적 법치국가의 원리에 의하여 보호되어야 할 대상이다. 기업의 경제활동의 자유와 기업에 관한 결정권이 확실하게 보장되기 위해서는 근로자들에 대한 사회적 보호장치가 함께 마련되지 않으면 안된다는 사실이다. 그러한 사회적 보호장치가 충분히 마련되지 않은 상태에서 기업의 경영상의 이유에 의한 해고권만을 두텁게 보호한다는 것은 사회적 시장경제체제를 근간으로 하는 기본질서에 부합하지 않는다고 판단된다”고 한다.⁴⁹⁾

현행 정리해고규정이 즉시시행으로 개정된 1998년 2월의 상황은 IMF구제금융을 받는 특수한 상황 하에서의 불가피한 선택이었다고 하더라도, 입법의 기초상황이 변화된 현재는 정리해고법제의 재검토가 필요하다. 즉, 정리해고법제를 사회적 차원에서 근로자를 보호하는 방향으로 전개할 필요가 있다. 그리고 기존의 법제도가 실질적으로 기능하고 있는지를 점검할 필요가 있다.

2. 법제도 운영의 예측가능성 확보

현재 정리해고제도의 모습은 현대복지국가에서의 근로자보호수준에 이르지 못한 것이 사실이다. 근로자입장에서 볼 때는 더욱 정리해고제도의 운용에 있어서 예측가능성의 확보가 중요하다. 그렇게 하기 위해서는 기존의 불충분한 법규정과 법원의 판결을 통한 세부적 해석만으로는 법규내용의 명확성을 충분히 확보할 수 없다. 적어도 법규정으로 입법할 수 있는 것은 성문법으로 규정하여 제도운영의 예측가능성을 제시하여 근로자의 직장생활의 안정을 보장하여주는 것이 필요하다.

판례와 행정지도 등 제도운영의 한계에 부딪히면 입법으로 적극적으로 개선해야 한다. 즉, 보다 정밀한 보호규정의 입법화가 필요

49) 김형배, 노동법, 박영사, 2002, 461-462면.

하다.

참고가 되는 정리해고제한의 입법론으로서 박홍규교수는 다음과 같은 주장을 펴고 있다: “(1) 고용조정해고시 근로자대표와의 협의가 필요하다. 즉, 사용자는 고용조정해고를 계획하는 경우 관계 근로자대표에게 고용조정해고의 필요성, 정리기준, 영향을 받기 쉬운 근로자의 수와 종류, 해고회피조치, 실시기간 등 모든 관련정보를 제공하고 대표와 협의해야 한다. 이 경우의 대표란 노조의 유무에 관계없이 모든 근로자를 대표하는 자이어야 한다. (2) 사용자는 고용조정해고를 계획하는 경우 가능한 한 신속하게 고용조정위원회에 통고하고 모든 관련정보를 제공하여야 한다. (3) 차별의 금지를 규정해야 한다. 즉 사용자는 ① 노조원인 것, 노조활동에 참가한 것, ② 법령위반의 신청, 행정관청에의 요구, 사용자에 대한 고충의 신청, 사용자를 상대방으로 한 절차에 참가한 것, ③ 인종·성별·혼인상의 지위, 가족에 대한 책임, 임신 및 출산휴가 중의 휴업, 종교, 사상과 신조, 국민적 출신 또는 사회적 출신, ④ 고용형태 또는 기업 내에서의 신분(임시직, 일용직, 시용직 등의 신분명칭을 불문), ⑤ 질환 또는 부상에 의한 일시적 휴업 등의 이유에 의한 차별의 금지를 명기하여야 한다. (4) 고용조정위원회를 설치해야 한다. 중앙 및 지방의 고용조정위원회는 3자구성의 독립된 행정위원회로 한다. 이 위원회는 고용보장 전반을 총괄하는 고용보장위원회 하에 두고 남녀고용평등위원회와 병치한다. 고용조정위원회는 앞의 세 가지 유효요건을 심사하고 당해 해당자를 결정한다. 그것을 위하여 위원과 전문위원은 출입조사권, 문서열람권, 심문권을 갖는다. 여기서 중요한 것은 전술한 이유로부터 정리해당자의 결정은 노동시장의 동향, 직업훈련기관의 입교사정 등을 감안하고 당사자의 사정을 청취한 뒤에 위원회가 결정할 수 있다(사용자에 의한 지명금지). 위원은 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다. 위원은 독립하여 직권을 행사하고 일정한 경우를 제외하고는 그 뜻에 반하여 파면되지 않는다. 심사는 공개로 하며 관계 근로자와 사용자대표는 출석, 의견진술 및

의견서제출권을 갖는다. 그리고 위원회에는 경영분석을 위한 전문직원을 둔다. (5) 고용조정해고 보상기금과 근로자에 대한 보상을 규정해야 한다. 모든 기업에 누진적은 기업규모별, 자본규모별의 실적제의 부과금을 부과하고 이를 정리해고보상기금으로 삼는다. 그리고 해당자에게는 보상일시금, 통상의 실업급여금 및 직업훈련수당을 지급한다”.⁵⁰⁾

지금까지의 논의를 참고하여 우리나라의 정리해고제도의 개선방향을 상정해보면 아래와 같다:

- ① 대규모의 정리해고의 경우, 노사정의 사회적 합의라는 절차를 두는 방법.
- ② 정리해고시 근로자대표와의 협의의무의 실현을 실질적으로 확보하는 방법.
- ③ 법 제31조의2 [사용자의 우선재고용의무 및 국가의 필요조치 의무] 조항이 실질적으로 충분히 실현될 수 있도록 하는 방안 마련.
- ④ 해고대상자를 선정함에 있어서 고려해야 할 사항을 법에 구체적으로 명시하는 방법.
- ⑤ 정리해고 후 일정기간을 두어 정리해고가 합법적으로 이루어졌는지 개별근로자에 대한 구제장치와 함께 노사가 함께 사회적 차원에서 점검하는 방법.
- ⑥ 정리해고이후의 단기 및 장기적 생활보장방안.

50) 박홍규, 고용법·근로조건법, 삼영사, 2002, 123-124면.

V. 맺음말

앞(IV)에서 제시된 우리 정리해고법제의 개선방향에 따라 우리 상황에 가장 적합한 정리해고법제를 적어도 학설과 판례의 핵심적 이론을 바탕으로 우리의 경제상황에 신축적으로 대처하면서도 근로자의 생존권적 기본권을 보장하는 모습을 가진 법제로 만들어 나가야 한다. 노동법과 같은 사회정책적 입법은 더더욱 시간과 장소의 영향을 받지 않을 수 없다. 더구나 경제상황의 변화가 심한 현대사회에서 정리해고와 같은 특수한 상황에 따라 이루어지는 해고에 대하여 그 기준을 확정적으로 정하여 둔다는 것은 쉽지 않은 일이다.⁵¹⁾ 그럼에도 불구하고 해고는 근로자에게 주어질 수 있는 가장 가혹한 조치이고, 더구나 정리해고와 같이 사용자의 경영상의 결정과 같은 경제상황의 변화에 의존되는 경우 그 위험을 근로자가 대부분 떠안게 되는 현실은 바람직하지 못할 뿐만 아니라 현대복지국가의 국민의 생존권을 침해하는 것이 된다.

정리해고는 개인근로자와 개별사업자와 국가가 함께 실질적으로 각각 상당부분 위험을 부담하여야 한다. 정리해고법제는 그러한 면에서 실질적으로 개인근로자보호로 바탕으로 하여 노사정간의 적절한 부담원칙으로 나아가야 노사간의 갈등해소와 사회적 법치국가에서의 국가의 의무도 이행될 수 있을 것이며, 국가도 그러한 기초 하에서 정책적인 뒷받침을 하여야 할 것이다. 정부도 현행제도의 형식적 존재자체에 만족할 것이 아니라 실질적으로 그 제도가 어떻게

51) 두 가지 방법이 있지만, 成文法으로 정리해고를 엄격하게 할 수 있도록 하면서, 判例를 통하여 그 예외를 인정하도록 하는 것이 그 반대의 경우보다 근로자보호에 더 바람직하다고 생각한다. 개별근로자가 권리구제를 위하여 소송제기의 부담을 가지는 것보다는 개별기업주가 소송부담을 가지는 것이 社會的 費用이 적게 들고 또 勤勞者保護라는 實踐的目的에 더 부합되기 때문이다. 물론 기술적인 측면에서 법관의 판례법형성이 제대로 되는 것이 전제되어야 한다.

가능하고 있는지를 조사하여 제도개선을 해나가야 한다. 물론 정부가 어느 정도를 감당할 수 있는 가를 정하는 것은 쉬운 일이 아닐 것이다. 그럼에도 적극적인 정부의 역할이 기대되지 않을 수 없다. 근로자보호의 최후의 보루는 국가이기 때문이다.

끝으로 정리해고법제의 가장 명확한 기준이 되는 성문노동법 규정의 충분한 보완과 구체적 사건에 당하여 권리구제의 최후의 보루가 되는 법원(법관)의 적극적인 법형성⁵²⁾의 역할이 제대로 수행되어야 함은 물론이다.

52) 노동사건에 있어서는 법관의 적극적 법형성의 역할이 무엇보다도 중요하다. 성문법의 흠결을 판결(司法解釋)으로 메꾸어 가는 것이 바로 법관의 역할이기 때문이다. 이점에 관하여 특히 우리나라에서는 일반적으로 노동사건(노동법)에 대한 법관의 이해가 부족한 것이 자주 지적되고 있음이 사실이다. 그것이 또한 견해에 따라서는 노동법원의 창설에도 장애논리로 작용하고 있기도 하다. 현재 서열위주의 법관인사제도를 포함한 법관의 신분보장수준도 소신있는 판결을 가로막고 있다. 물론 한 법관이 감당해야 할 사건의 수가 적지 않음도 한 이유가 되지만 결정적 이유라고는 할 수 없을 것이다. 우리나라와 같은 대륙법계의 독일에서 늘 논의되고 있는 “법관의 법형성”이 우리나라에서는 왜 제대로 행해지고 있지 않은지 진지하게 검토하고 그 개선책을 찾을 필요가 있다. 성문법의 흠결을 판례법을 통하여 보완한다면 ‘국회의 입법지연’의 한 해결책이 될 수도 있기 때문이다. 물론 노동사건에 있어서는 가능한 한 판례법을 신속하게 성문법화하여 법생활의 분명한 기준제시가 중요하지만 말이다. 우리나라가 판례법국가는 아니지만 사실상 판례가 재판의 法源이 되고 있음에 비추어 특히 상급법원의 적극적 법형성이 무엇보다도 중요하다.

참 조 판 례

| | | |
|-----|------------|------------|
| 대법원 | 2002-07-26 | 2000두4910 |
| 대법원 | 2002-07-12 | 2001다68259 |
| 대법원 | 2002-07-09 | 2001다29452 |
| 대법원 | 2002-07-09 | 2000두9373 |
| 대법원 | 2002-06-14 | 2000두8486 |
| 대법원 | 2002-06-14 | 2001두11076 |
| 대법원 | 2002-03-12 | 2001다67461 |
| 대법원 | 2001-12-24 | 2001다54038 |
| 대법원 | 2001-12-11 | 2000두5708 |
| 대법원 | 2001-11-13 | 2001다27975 |
| 대법원 | 2001-08-21 | 2000두116 |
| 대법원 | 2001-01-16 | 200두1454 |
| 대법원 | 1999-05-11 | 99두1809 |
| 대법원 | 1999-04-27 | 99두202 |
| 대법원 | 1997-10-28 | 97누7059 |
| 대법원 | 1997-09-05 | 96누8031 |
| 대법원 | 1996-10-29 | 96다22198 |
| 대법원 | 1996-08-23 | 96다19796 |
| 대법원 | 1995-12-05 | 94누15783 |
| 대법원 | 1994-07-29 | 94다13336 |
| 대법원 | 1994-06-14 | 93다48823 |
| 대법원 | 1994-05-10 | 93다4892 |
| 대법원 | 1993-12-28 | 92다34858 |
| 대법원 | 1993-11-23 | 92다12285 |
| 대법원 | 1993-01-26 | 92누3076 |
| 대법원 | 1992-12-22 | 92다14779 |

대법원 1992-11-10 91다19463
대법원 1991-12-10 91다8647
대법원 1990-03-13 89다타24445
대법원 1989-05-23 87다카2132
대법원 1987-04-28 86다카1873

서울고법 2001-11-14 2001주1026, 2001누1033(병합)
서울고법 2001-05-30 2000누7300
서울고법 2000-11-09 2000누5601
서울고법 2000-11-03 2000누8501
서울고법 2000-06-09 99누11235
서울고법 2000-03-29 99두6934
서울고법 2000-03-29 99누14678
서울고법 2000-01-19 98누8062
서울고법 1999-12-02 99누4930
서울고법 1999-02-12 98구16124
서울고법 1998-07-16 97구47660
서울고법 1997-01-16 96나22237
서울고법 1991-01-17 89나38159

참 고 문 헌

1. 단행본

- 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2001.
- 김유성, 노동법Ⅱ, 법문사, 1999.
- 김형배, 노동법(제13판), 박영사, 2002.
- 김형배, 근로기준법(제8판), 박영사, 2001.
- 박홍규, 고용법·근로조건법, 삼영사, 2002.
- 이병태, 최신노동법, 중앙경제, 2001.
- 이상윤, 노동법, 법문사, 2000.
- 임종률, 노동법(제3판), 박영사, 2002.
- 노동부, ILO 주요협약집, 2002.
- 김수복, 고용조정과 정리해고, 중앙경제, 2001.
- 최영기의 3인, 1987년 이후 한국의 노동운동, 한국노동연구원, 2001.
- 최영기의 3인, 한국의 노동법개정과 노사관계(87년 이후 노동법 개정사를 중심으로), 한국노동연구원, 2000.
- 최영기의 2인(편저), 한국의 노동법 개정과 노사관계(자료편: 87년 이후 노동법 개정 관련), 한국노동연구원, 2000.
- Foster, Nigel, EC LEGISLATION, Blackstone Press, 2002.
- LRD, Redundancy Law, LRD Publications, 2002.
- Weiss, Manfred, Labour Law and Industrial Relations in Germany, Kluwer, 1995.
- Kazuo Sugeno, Japanese Labor Law, U. Washington Press, 1992.
- Twomey, P. David, Labor and Employment Law(11th. ed), West Legal Studies in Business, South-Western College Publishing, 2001.
- Kidner, Richard, Statutes on Employment Law, Blackstone Press, 2001.
- R. Blanpain & C. Engels, Comparative Labour Law and Industrial

Relations in Industrialized Market Economies, Kluwer, 1998.

- 李 鈺, 整理解雇と雇用保障の韓日比較, 日本評論社, 2002.
日本労働法學會誌(99号), 解雇法制の再検討, 2002.
菅野和夫, 労働法, 弘文堂, 2001.

2. 논 문

- 강희원, “「해고법의 체계」를 위하여”, 노동법학(제10호), 한국노동법학회, 2000.
- 고준기, “고용보장법의 새로운 이념과 체계정립 및 사회안전망과의 상호연계 확충”, 노동법학(제8호), 한국노동법학회, 1998. 12.
- 김교숙, “정리해고제도의 개선방향”, 노동법학(제7호), 한국노동법학회, 1997.
- 김성환, “경영상 이유에 의한 해고(정리해고)와 협의의무”, 노동법학(제8호), 한국노동법학회, 1998. 12.
- 김영문, “강제퇴출은행원의 근로자 지위 존속여부”, 노동법학(제15호), 한국노동법학회, 2002. 12.
- 김인재, “구조조정을 둘러싼 노동법적 문제”, 노동법학(제12호), 한국노동법학회, 2001. 6.
- 박중희, “경영상 이유에 의한 고용조정’의 기초 및 그 절차와 관련한 몇 가지 검토”, 노동법학(제7호), 한국노동법학회, 1997.
- 박중희, “개정법상 ‘경영상 이유에 의한 해고’제도의 해석과 운용에 관한 정책방향”, 노동법학(제8호), 한국노동법학회, 1998. 12.
- 오문완, “노동유연성과 노동법제의 변화 방향”, 노동법연구(제7호), 1998년 5월.
- 오문완, “노동유연성을 살리는 노동법제도의 모색”, 노동법학(제11호), 한국노동법학회, 2000. 12.
- 이광택, “노동시장·노동보험법제의 평가와 과제”, 노동법학(제15호), 한국노동법학회, 2002. 12.
- 이승욱, “기업변동에 따른 경영상 해고의 정당성”, 이승욱, 노동법학

- (제8호), 한국노동법학회, 1998. 12.
- 조경신, “정리해고제한의 법리”, 노동법학(제9호), 한국노동법학회, 1999.
- 조용만, “경영상 해고에 대한 규제와 한계”, 노동법학(제14호), 한국노동법학회, 2001.
- 홍기갑, “고용조정”, 노동법학(제8호), 한국노동법학회, 1998. 12.
- 강현주, “해고회피수단으로서의 휴업·근로시간 단축·휴직과 소득 보장”, 노동법연구(제9호), 2000.
- 김선수, “정리해고요건으로서의 긴박한 경영상의 필요성”, 노동법연구(제3호), 1993.
- 김유성, “산업구조조정과 경기변동에 따른 근로자의 보호”, 노동법연구(제2권제1호), 1992.
- 김유성, “정리해고에 관한 소고”, 서울대학교 법학(제25권 제2,3호), 1984
- 김유성, “신고용정책시대의 몇 가지 과제”, 노동법연구(제4호), 1994.
- 김홍준, “기업변동에 있어서 노동법적 측면에 대한 소고”, 노동법연구(제4호), 1994.
- 김홍준, “구조조정으로서의 명예퇴직과 고용보장을 위한 시론”, 노동법연구(제9호), 2000.
- 이승욱, “미국 해고제한법리의 전개”, 노동법연구(제3호), 1993.
- 이원희, “영국노동의 유연화와 노동법상의 문제”, 노동법연구(제7호), 1998.
- 이 정, “부당해고에 대한 사법구제 및 법적효력 - 영국, 독일, 프랑스의 해고법제를 통해서본 일본해고법제의 특징과 문제점 및 한국에 대한 시사 -”, 노동법학(제13호), 한국노동법학회, 2001.
- 이철수, “전환기의 노사관계와 노동법(새로운 패러다임 모색을 위한 소고)”, 노동법연구(제8호), 1999.
- 이흥재, “민주헌정이후 노동관례 경향의 특징 -‘노동보호 규제의 완화와 단결활동규제의 강화’-”, 노동법학(제15호), 한국노동법학회, 2002. 12.

- 이흥재, “경영해고의 판례 경향”, 노동법연구(제10호), 2001.
- 임종률, “해고의 법리”, 서울대학교 법학, 1971.
- 정진경, “미국의 해고자유원칙의 수정과 부당해고의 제한”, 노동법연구(제8호), 1999.
- 정진경, “미국에서의 부당해고의 사법적구제수단에 관한 연구”, 노동법학(제10호), 한국노동법학회, 2000.
- 조용만, “프랑스 정리해고에서의 해고대상자선정법리”, 노동법연구(제7호), 1998.
- 조용만, “경영상 해고와 관련된 프랑스의 정의행위 정당성론의 고찰”, 노동법학(제12호), 한국노동법학회, 2001. 6.
- 하경효, “노사관계법제의 평가와 과제”, 노동법학(제15호), 한국노동법학회, 2002. 12.

[저자 약력]

• 서 장 권

【주요경력】

- 경북대학교 법과대학 및 동 대학원졸업, 법학박사
- 미국 Connecticut 주립대학교 법학대학원졸업, LL.M.
- 현 한국노총 중앙연구원 연구위원

【주요연구논문】

- 미국노동법상의 연령차별금지법리
- 공공부문노동분쟁의 해결방안에 관한 연구
- 근로관계에 있어서 내외국인 평등대우의 법리
- 비정규노동자에 대한 법적 보호(기본권보장을 중심으로)
- 공무원노동자에 대한 법적 보호(집단적 노동관계를 중심으로)
- Current Issues in the Arbitration of Employment Discrimination Disputes in the U.S.A. 등

연구총서·2002-13

정리해고의 정당성판단과 법제개선방향

| | |
|-------------------|---------------------------------------|
| 2002년 12월 21일 인 쇄 | |
| 2002년 12월 31일 발 행 | |
| 발 행 인 | 이 남 순 |
| 발 행 처 | 한국노동조합총연맹 |
| 주 소 | 서울시 용산구 청암동 168-24 (代) 02-715-0898 |
| 등 록 | 81. 8. 21 (13-31호) |
| 인 쇄 | (주)성문티디피 (代) 02-2268-0520 |

가격 : 5,000원