〈논　　문〉

整理解雇의 節次的 制限

이　　홍　　재*

Ⅰ. 序　　言

1. 문제의 소재

경제적 이유로 인한 해고, 이른바 정리해고는 근로자 개인의 흠으로 인한 개별적 해고와는 달리 자본주의 경제구조에서 비롯되는 현저한 특수성이 있다. 정리해고는 근로자 자신의 귀책사유없이 경제적 요인에 의해 대량해고를 발생시키므로, 이로 인한 실업자의 생존권 침해와 고용불안은 심각한 사회적 문제로 등장하게 된다. 정리해고의 이같은 사회적 성격 때문에, 정리해고의 '부정적 결과'는 개별 기업 단위의 노사문제 차원이 아닌 전국가적 차원에서 해결되어야 할 중요한 과제인 것이다.

일찌기 서구의 선발 자본주의 국가는 이같은 정리해고 문제의 심각성을 직시하여, 근로자의 생존권 확보와 고용보장의 견지에서 정리해고를 규제하는 입법을 하게 되었다. 이러한 입법의 기본원리는 개별적 해고와는 달리 노·사·정 3당사자주의에 의한 협동적 해결원칙을 기초로 하여, 정리해고의 실체적 정당성을 담보하기 위한 노사간의 사전협의절차·행정관청의 적절한 관여·관련정보의 노사간의 공유 등 정리해고의 절차적 제한에 중점을 두고 있는 것이 특징이다.

그러나 산업구조조정 등으로 고용불안의 문제가 심각한 우리나라에서는 1980년대 말에야 비로소 판례를 통하여 정리해고의 유효요건에 관한 법리가 확립되었지만, 그 요건의 해석 특히 '사용자의 근로자측과의 사전협의절차'에 대해서는 기본적인 인식이 결여되어 이론적인 혼선을 드러내고 있다. 정리해고는 그 사회적 성격상 사전적 구제절차의 확보가 더할 나위없이 중요하므로, '사전협의'의 법적 성격·협의의 의미와 정도·협의대상사항의 범위에 대하여 이론적 기준을 명확히 할 필요가 있다. 또한 이에 못지 않게 행정관청의 적절한 관여를 통한 정리해고의 제한절차는 전사회적인 고용안정에 결정적인 계기를 마련하는 역할을 하게 되므로 이에 대한 외국의 입법례를 자세히 검토하는 것도 중요한 의의가 있다.

하지만 근래 1~2년 사이에 대법원은 종래와는 달리 '긴박한 경영상의 필요'에 의한

* 서울대학교 법과대학 조교수

정리해고의 요건을 완화하는 입장을 취하면서 또한 '사전협의절차'를 이행하지 않은 정리해고의 효력을 유효로 판단(삼익주택사건 대법원 1992.11.20. 91다19463)하는 등 정리해고의 법리를 본질적으로 오해하는 태도를 보이고 있다.

따라서 본 논문에서는 정리해고의 정당성을 확보하기 위해서는 그 절차적 제한이 더욱 중요하다는 문제의식 아래 논의의 범위를 이에 국한하고자 한다. 이를 위하여 근로기준법 제27조 소정의 '정당한 이유'의 범위 문제를 재조명하고 정리해고의 절차적 제한에 관한 영국·독일·프랑스의 입법례와 일본의 판례법리를 검토함으로써, '삼익주택사건' 판례의 비판을 통하여 사전협의절차의 법리와 행정관청 관여 절차의 기능을 밝혀 보기로 한다.

2. 근로기준법 제27조 소정의 '正當한 理由'의 범위

해고의 정당사유 못지 않게 해고절차에 있어서의 '節次的 正義'의 확보가 중요하다. 해고절차에 있어서의 '절차적 정의'는 해고의 실체적 정당성을 확보하기 위한 안전판이기 때문이다. 그러나 근로기준법은 획일적인 해고예고(해고예고수당)제도의 원칙만을 규정하고 있을 뿐이고, 진술·변명 기회의 부여나 사전협의 등의 중요한 절차적 제한에 관하여는 별다른 규정이 없다. 따라서 근로기준법상 해고의 일반적 제한사유로서의 '正當한 理由'의 해석에 관하여 지금까지의 학설·판례는 실체적 정당성의 판단에만 그 관심을 집중하여 왔다.

그러나 개별적 해고에 있어서는 물론이고 특히 경제적 이유로 인한 집단해고에 있어서는 그 사회적 성격상 특별한 사전 보호절차가 요구된다. 특히 勞動享有權 보장의 시각에서 본다면, 직업보유권의 주체인 근로자의 관점에서 그 제한의 절차적 정의를 실현하는 직업보유권의 절차적 자기관철권의 확보가 요구되는 것이다. 다시 말하면 근로자는 단순한 '해고의 객체'가 아니라 직업보유권의 향유 주체로서 해고의 절차에 주체적으로 참여하여 자신의 권익을 관철·실현시킬 수 있어야 하는 것이다. 이와 함께 헌법상 적법절차의 이념, 자연적 정의의 요청 등을 고려한다면 근로기준법 제27조 제1항 소정의 '정당한 이유'를 해석함에 있어서 그것이 실체적 정당성만을 다루는 것이 아니라 절차적 정의의 요청에 따른 절차적 정당성도 함께 다루고 있다고 해석하는 것이 마땅하다.

헌법상의 적법절차조항이 신체적 자유에 관한 조항이라는 것을 부정할 수는 없다. 그러나 그 조항의 근저에 깔려 있는 '적법절차'의 정신이 개인의 권리와 자유의 존중이라는 근대법의 이념을 기초로 하여 성립한 것이라면, 그것은 형사절차에 있어서의 고유한 원칙이라기보다는 모든 제재절차에 적용되어야 할 근대법의 일반원칙을 선언한 것이기 때문에 해고의 정당한 이유를 해석함에 있어서도 당연한 지침이 되어야 할 것이다. 근로기준법 제27조 제1항이 한편으로 요구하는 절차적 정당성은 적법절차(due process)와 자연적 정의(natural justice)에 따라야 함은 물론이다.

Ⅱ. ILO와 主要國家의 立法動向(1)

한에 관한 논의를 본격적으로 전개하기 위하여, 먼저 이에 관한 ILO의 기준과 주요 국가의 입법동향을 살펴보기로 한다.

1. ILO의 기준

(1) 고용종료에 관한 권고

1960년대 내지 1970년대에 접어들면서 서구 선발자본주의 국가에 있어서 해고제한 입법의 계기를 촉진한 중요한 요인 중의 하나는 ILO가 1963년 총회에서 채택한 '사용자에 의한 고용종료에 관한 권고'(제119호 권고)의 역할이었다. 본 권고는 해고제한에 대한 실체적·절차적인 일반기준을 제시하고 특히 경제적 이유로 인한 勞動力의 減員(reduction of the workforce), 즉 정리해고에 대한 요건과 절차를 규정한 것이 특징이다.

동 권고는 제3장 노동력의 감축(정리해고)에 관한 보충규정에서 ① 정리해고를 회피하기 위한 적극적 조치(제12조) ② 근로자대표와의 사전협의절차(제13조) ③ 권한있는 행정관청에 대한 통지(제14조) ④ 정리해고 대상자의 선별 기준(제15조) ⑤ 정리해고된 근로자의 재고용 우선권의 보장(제16조) ⑥ 해고근로자의 취업을 위한 국가기관의 충분한 조치(제17조) 등을 규정하고 있다.

이 제119호 권고는 그동안 "다수회원국의 법률 및 관행의 발전으로 인하여 고용종료, 특히 최근 많은 국가에서 경험한 경제적 곤란 및 기술변화에서 기인하는 이 분야의 심각한 문제에 관한 새로운 국제기준을 채택하는 것이 적절하다는" 견지에서 1982년 총회에

---

(1) 본문에서 다루고 있는 ILO의 기준 및 입법동향과 영국·독일·프랑스의 근로자대표와의 협의의무·행정관청의 관여에 대한 입법례, 그리고 일본의 판례경향에 대해서는 다음 문헌을 참고하였다. 그러므로 관계되는 곳의 그 준거에 대한 註는 일일이 달지 않기로 한다.

① ILO의 국제기준: ILO, International Labour Conventions and Recommendations: 1919-1991, Vol. 2(1963-1991)(Geneva: International Labour Office, 1992), pp.1266-1277.

② 영국: Trade Union and Labour Relations(Consolidation) Act 1992(London: HMSO, 1992), pp.99-106; Vivien Pritchard, Clio Fisher(ed.), Croner's Employment Law, (London: Croner Publications Ltd., 1990), D159, D160, D173, D222.

③ 독일: Alfred Söllner, Grundriß des Arbeitsrechts, 10.Aufl.(München: Verlag Franz Vahlen, 1990), SS.176-196, SS.296-304; Hueck, v.Hoynigen-Huene, Kündigungsschutzgesetz, 11.Aufl.(München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992), SS.175-212, SS.510-576.

④ 프랑스: Gérard Lyon-Caen, Jean P lissier, Droit du Travail, 14éd., (Paris: Dalloz, 1991), pp.341-354; Code du Travail 53éd.(Paris: Dalloz, 1991), pp.341-354.

⑤ 일본: 青木宗也外編, 勞動判例大系 5(東京: 勞動旬報社, 1992), pp.284-295.

서 '사용자에 의한 고용종료에 관한 권고'(제166호 권고)로 대체되었다.

제166호 권고는 제3장 '경제적·기술적·구조적 또는 유사한 이유에 의한 고용종료"에 관한 보충규정에서 근로자대표에 대한 관련정보의 제공, 행정관청의 해고영향 경감조치 등에 대해서 자세한 규정을 하고 있는 것이 주목된다.

그 중 사전협의절차와 행정관청의 관여에 대한 규정을 살펴보면 다음과 같다.

1) 사전협의절차

정리해고가 계획된 경우에는 가능한 한 빠른 시일 내에 모든 적절한 문제에 관하여 근로자대표와 협의하여야 한다(제119호 권고 제13조 제1항). 협의의 대상과 범위는 정리해고를 회피할 수 있는 조치, 시간외 근로의 제한, 직업훈련, 부서이동, 일정기간에 걸친 단계적인 해고조치, 정리해고로 인하여 관련근로자에게 미칠 영향을 최소화하기 위한 방법, 정리해고 대상자의 선정 등이다(동 권고 제13조 제2항).

사용자는 고용종료를 수반하기 쉬운 생산·계획·조직·구조 또는 기술상의 주요한 변경의 도입을 계획하는 경우에는 특히 그와 같은 변경의 도입, 변경에 의하여 발생할 수 있는 영향 및 그와 같은 변경에 의한 불리한 영향을 회피 또는 경감하기 위한 조치에 대하여 가능한 한 빠른 시일 내에 관련 근로자대표와 협의하여야 하며(제166호 권고 제20조 제1항), 또 관련 근로자대표가 제20조 제1항에서 규정된 협의에 효과적으로 참여할 수 있도록 사용자는 계획된 주요한 변경 및 그러한 변경에 의하여 발생할 수 있는 영향에 관한 모든 관련정보를 적절한 때에 관련 근로자대표에게 제공하여야 한다(동조 제2항).

2) 행정관청의 관여

제안된 정리해고가 일정지역이나 특정 경제활동 부문의 노동력상황에 중대한 영향을 미칠 정도로 대규모인 경우에는 사용자는 사전에 이를 권한있는 행정관청에 통지하여야 한다(제14조).

그리고 권한있는 행정관청은 경제적·기술적·구조적 또는 이와 유사한 이유에 의한 고용종료의 경우, 영향을 받은 근로자에게 가능한 빠른 시일 내에 적절한 경우에는 직업훈련을 시켜서 다른 적당한 고용으로 전환하도록, 가능하다면 사용자 및 관련 근로자대표의 협력을 받아 국내조건에 맞는 조치를 채택하고 촉진하여야 한다(동 권고 제25조 제1항).

또한, 행정관청은 경제적·기술적·구조적 또는 이와 유사한 이유에 의한 고용종료의 불리한 영향을 경감시키기 위하여, 직업훈련의 기간 중 소득보장과 함께 직업훈련에 관한 비용 및 주거의 변경을 요하는 고용과 관련된 비용의 일부 또는 전부의 보상을 제공하는 문제와 이를 위한 조치의 전부 또는 일부를 지원하기 위하여 국내법령 및 관행에 따라 재원을 제공할 것을 고려하여야 한다(동 권고 제26조).

(2) 사용자의 주도에 의한 고용종료 협약

ILO는 1982년 총회에서 '사용자 주도에 의한 고용종료에 관한 협약'(제158호)을 채택

하였다. 동협약은 제3장 '경제적 · 기술적 · 구조적 또는 이와 유사한 이유에 의한 고용종료에 관한 보충규정'에서 근로자대표와의 협의, 행정관청의 관여 등에 대해서 구체적인 기준을 제시하고 있다.

동협약은 제13조 제1항에서 근로자대표와의 협의시기, 협의대상 그리고 관련정보의 제공의무에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다. "고려 중인 고용종료에 대한 이유, 그로 인하여 영향을 받을 우려가 있는 근로자의 종류 및 고용종료가 수행되는 데 걸릴 예상기간을 포함한 관련 정보를 관련 근로자대표에게 충분한 시간을 두고 제공하여야" 하며, "당해 고용종료를 회피하거나 또는 최소화시키기 위하여 취한 조치 및 대체고용을 제공하는 등 관련 근로자에게 고용종료가 미치는 역효과를 완화시키기 위한 조치에 관하여 관련 근로자 대표와 가능한 한 빠른 시일 내에 협의할 기회를 국내 법률 및 관행에 따라 부여하여야 한다"고 규정하고 있다.

행정관청의 관여에 대하여 동협약은 제14조에서 권한있는 행정관청에 대한 통지, 통지기간, 관련정보제공에 대하여 다음과 같이 자세한 기준을 제시하고 있다. "경제적 · 기술적 · 구조적 또는 유사한 이유 때문에 사용자가 고용종료를 고려하는 경우, 사용자는 국내법률 및 관행에 따라 이를 가장 빠른 시일 내에 권한있는 행정관청에 통지하여야 하며 고용종료 이유에 대한 서면통지, 영향을 받을 것으로 예상되는 근로자의 종류 및 수 그리고 당해 고용종료가 수행되는 기간 등을 포함하는 관련 정보를 함께 제공하여야" 하며, "사용자는 권한있는 행정관청에 본조 제1항에서 언급된 고용종료에 대하여 고용종료를 행하기 이전에 국내 법령에서 정한 최소한의 기간을 두고 통지하여야" 함을 규정하고 있다.

2. 주요 국가의 입법동향

정리해고에 대한 주요 국가의 규제동향은 크게 보면 두가지로 대별할 수 있다. 영국 · 독일 · 프랑스처럼 독자적인 단행법률로써 규제하는 경우와, 미국 · 일본처럼 정리해고에 대한 제한입법이 없고 단체협약이나 판례에 의해서 규율하는 경우이다.

서구의 선발 자본주의 국가에서 정리해고에 대한 제한입법이 본격적으로 출현된 것은 각국의 사회경제적 구조에서 비롯된 갖가지 요인이 복합적으로 작용하였지만, 공통된 요인은 고용보장을 위한 노동정책적 측면, 이를 위한 법원리적인 변화의 모색, ILO의 권고 및 협약의 영향 등을 꼽을 수 있다. 1960년대 말과 1970년대 초에 걸쳐 기술혁신, 산업구조조정, 경기변동 등으로 인한 대량해고의 발생이 증가함에 따라 이를 고용보장의 견지에서 노 · 사 · 정 3당사자주의 원칙에 의해 해결하여야 할 필요성이 긴급한 과제로 등장하였던 것이다.

특히 정리해고로 인한 대량실업은 근로자의 생존권 그 자체까지 위협하게 되므로 이를 보호하기 위한 법원리의 구체적인 모색, 예컨대 독일의 '社會的 觀点(sozialer Gesichtspunkt)의 考慮', 영국의 '職業財産權(property right in the job)論'의 논의가 입법

의 계기를 촉진하는데 기여한 바도 크다. 또한 ILO의 제119호 권고는 영국과 프랑스의 정리해고 제한입법에 중대한 영향을 끼쳤다.

(1) 영 국

영국에서는 1963년의 고용계약법(Contracts of Employment Act)과 1965년의 정리해고 수당법(Redundancy Payments Act)이 있었지만, 정리해고 제한에 관한 본격적인 입법은 1971년의 노사관계법(Industrial Relations Act)이었다.

정리해고수당법의 입법취지는 노동력의 職域間 · 地域間의 이동을 적극적으로 촉진하기 위한 노동정책적 배려와 동시에 근로자에게 "職業保障의 權利(right of security in his job)"를 확보해 준다는 법원리적 기초에 입각하고 있다.

이러한 입법취지를 발전적으로 계승 · 수용한 것이 1974년의 노동조합 및 노사관계법(Trade Union and Labour Relations Act)이었으며, 1978년의 고용보호(통합)법(Employment Protection (Consolidation) Act)의 제5장 "부당해고"(제54조~제80조)에서는 특히 정리해고의 절차적 공정성 확보를 위한 구체적 규정을 두고 있다. 정리해고의 제한에 관한 고용보호(통합)법의 내용은 1992년의 노동조합 및 노사관계(통합)법(Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act)에 흡수되어 오늘에 이르고 있다.

(2) 프랑스

프랑스의 해고제한에 관한 입법은 개별적으로 제정된 여러가지 법률이 하나의 勞動法典(Code du Travail)에 수록되어 있는 것이 형식상의 특색이다. 개별적 해고의 제한에 대해서는 "기간의 정함이 없는 근로계약의 해고예고에 관한 1973년 7월 13일의 법률"이, 정리해고의 제한에 대해서는 "경제적 이유로 인한 해고에 관한 1975년 1월 13일의 법률"(이하 75년 법률이라 한다)이 본격적인 입법이었다. 75년 법률은 정리해고에 대해서는 사용자가 기업위원회 또는 종업원대표위원회와의 협의를 구하여야 하며 동시에 행정관청의 사전승인을 얻도록 규정하고 있는 것이 특징이다.

"기간의 정함이 있는 근로계약에 관한 1979년 1월 3일의 법률"(이하 79년 법률이라 한다)은 정리해고와 관련하여 두가지의 중요한 의의가 있는 법률이다. 즉 기간의 정함이 있는 근로계약은 반드시 서면으로 하여야 하고 서면을 흠결한 경우에는 기간의 정함이 없는 근로계약으로 추정된다고 규정하고, 또한 기간의 갱신이 인정되는 것은 1회에 한하며 그 이상의 갱신의 경우에는 기간의 정함이 없는 근로계약으로 된다고 규정한 것이 그것이다. 이같은 79년 법률이 제정됨으로 인하여 그동안 기간의 정함이 있는 근로계약을 연쇄적으로 갱신하여 오다가 정리해고의 필요에 의하여 사용자가 기간갱신을 돌연히 거부함으로써 임시고용 근로자를 용이하게 해고하던 방법은 취할 수 없게 되었다.

그러나 1986년 7월 3일 법률과 1986년 12월 30일 법률은, 75년 법률에서 규정한 '정리해고에 대한 행정관청의 사전승인' 제도가 법적 · 경제적관점에서 많은 문제점이 노정되

었으므로 이를 폐지하고 행정관청에 대한 통지의무로 대체하는 획기적 변경을 하였다.

(3) 독 일

독일에는 일반해고의 제한입법으로서 단행법률인 解雇制限法(Kündigungsschutzgesetz)이 기본적인 지위를 차지하고 있으며 그밖에 특정범주의 근로자 보호를 위한 특별해고의 제한입법으로서 각각 개별적인 입법이 있다.

영국·프랑스의 경우와는 달리 독일의 해고제한법은 이미 1951년에 제정되었는데, 이는 독일 특유의 정치적·경제적 상황에서 비롯된 것이다. 나치즘 체제 하의 1934년 노동질서법(Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit)은 해고제한 법규를 광범위하게 규정하였지만 1947년부터 이 법률이 실효됨으로써 법적 불안정상태를 야기했기 때문에, 聯邦統一法의 제정이 불가피하게 되었다. 전후의 독일은 부당해고의 방지를 통한 근로자의 노동의욕을 고취하기 위하여 고용보장이라는 정책적 차원에서 해고제한법을 제정하게 되었다.(2)

1969년의 해고제한법 개정은 제1조 제3항 제1문에서 '긴급한 경영상의 필요'에 의한 해고, 즉 정리해고의 경우 피해고자의 선택에 사용자의 이유제시의무를 추가하였다. 1972년의 경영조직법(Betriebsverfassungsgesetz)의 개정에 따른 해고제한법 제1조 제2항의 개정은 경영협의회의 이의신청을 조건으로 하여 해고의 '社會的 不當性'의 범위를 확대하였다. 1978년의 해고제한법 개정은 정리해고의 절차적 제한에 있어서 사용자의 경영협의회에 대한 '문서보고의무'와 노동관청에 대한 구체적인 '신고의무'를 규정하였다.

(4) 공통된 특징

정리해고에 관하여 입법적 규제를 하고 있는 영국·프랑스·독일은 그 절차적 제한에 있어서 ILO의 권고 및 협약의 취지에 따라 근로자대표와의 협의의무, 행정관청의 관여를 규정하고 있는 것이 공통된 특징이다.

일본은 정리해고에 관하여 입법적 규제는 하고 있지 않지만, 판례를 통하여 근로자대표와의 사전협의절차를 거칠 것을 法理로 확립하고 있다(Ⅲ.2. 참조).

3. 우리나라의 경우

우리나라는 근로기준법 제27조 제1항에서 해고의 '正當한 理由'를 요구하는 일반적인 제한규정은 있으나 정리해고에 대한 개별적인 입법은 없다. 또한 근로기준법 제27조의 2에서 획일적인 해고예고제도만을 규정하고 있을 뿐 해고절차에 관한 특별한 규정도 하고 있지 않다.

그리하여 우리나라의 정리해고에 대한 제한법리는, 해고의 '정당한 이유'의 해석론을 바탕으로 판례에 의하여 전개되어 왔다. 이에 관한 최초의 판결이라 할 수 있는 삼익건설

---

(2) 1951년에 해고제한법과 동시에 共同決定法이 제정된 것도 역시 근로자들의 노동의욕을 진작시켜 전후 독일경제의 부흥에 근로자의 협조를 구하려는 정책의 산물로 볼 수 있다.

사건(대법원 1989.5.23. 87다카2132)에서 대법원은 정리해고의 유효요건으로 ① 긴박한 경영상의 필요성의 존재 ② 해고회피노력의무의 이행 ③ 합리적인 정리기준의 마련과 선발에 있어서의 공정성 ④ 노동조합이나 근로자와의 성실한 협의를 행할 것을 요구하였다.(3)

우리나라도 정리해고의 절차적 제한에 있어서 근로자 측과의 사전협의를 요구하는 것은 ILO의 기준 및 주요 국가와 그 경향을 같이하고 있다. 그러나 최근의 판례에서 사전협의의무를 결하더라도 정리해고의 유효성을 인정하고 있어 사실상 사전협의의 절차적 제한은 유명무실화될 가능성이 짙은 실정이다.

1993년 12월 1일 국회를 통과한 雇傭政策基本法에서 대량고용변동 발생시에는 직업안정소에 이를 신고하도록 규정하고 있어, 정리해고의 절차적 제한에 관한 행정관청의 관여와 유사한 기준을 마련한 것이 주목된다.

Ⅲ. 勤勞者 代表와의 協議義務

1. 英·獨·佛의 立法例

(1) 영 국

1992년 노동조합 및 노사관계(통합)법은 사용자가 정리해고를 하려는 경우에는 노동조합과 협의할 것과 국무장관에게 통고할 것을 의무로 하고 있다.

사용자가 근로자를 정리해고하려는 경우에는 정리해고의 대상이 되는 근로자의 종류에 대하여 그 사용자가 승인하고 있는 노동조합의 대표자와 정리해고에 관하여 협의하여야 한다(동법 제188조 제1항).

1) 협의의 상대방

한 사업장 내에 근로자의 종류(description)에 따라 여러 노동조합이 있는 경우, 사용자는 정리해고의 대상이 되는 근로자가 속해 있는 종류에 해당하는 노동조합에 대하여만 협의의무가 있게 된다. 이 경우 그 근로자가 당해 노동조합의 조합원인지 여부는 불문한다. 사용자가 '승인'하고 있는 노동조합이라 함은 사용자가 교섭의 대상으로 인정하고 있

---

(3) 이 사건에서 대법원은 다음과 같이 판시하고 있다.

"기업이 경영상의 사정에 의하여 근로자를 해고하는 이른바 정리해고에 있어서는 첫째로 해고를 하지 않으면 기업경영이 위태로울 정도의 급박한 경영상의 필요성이 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, 이 밖에도 해고에 앞서 노동조합이나 근로자 측과 성실한 협의를 거칠 것이 요구된다."

는 노동조합을 말한다(동법 제178조 제3항). 또한 노동조합의 대표자라 함은 단체교섭의 권한을 노동조합에 의하여 부여받은 임원 또는 제3자를 의미한다(동법 제196조).

2) 협의의 시기

협의는 '가능한 한 빠른 시일 내'에 시작되어야 하며, 최소한의 협의기간으로, 그 사용자가 하나의 사업장(establishment) 내에서 ① 90일 이내에 100명 이상의 근로자를 해고하려는 경우에는 그 최초의 해고일보다 적어도 90일 전에, ② 30일 이내에 10명 이상의 근로자를 해고하려는 경우에는 그 최초의 해고일보다 적어도 30일 전에 협의가 시작되어야 한다(동법 제188조 제2항). 따라서 10명 미만의 경우에는 협의는 '가능한한 빠른 시일 내'에 시작되면 족하고 별도의 최소한의 협의기간은 규정되어 있지 않다.

3) 정보제공의무

사용자는 협의에 있어서 다음의 정보를 서면으로 제공하여야 한다. ① 정리해고계획의 이유, ② 해고예정자의 인원수 및 종류, ③ 해고예정자가 속하는 종류의 근로자의 총수, ④ 피해고자의 선정방법, ⑤ 해고시기 및 합의된 절차를 고려한 해고의 방법 등이다(동법 제188조 제4항).

사용자는 협의에서 노동조합대표가 정리해고에 관하여 진술한 의견을 고려하여 그것에 대하여 회답하여야 하며, 그 의견을 수용하지 않는 경우에는 그 이유를 제시하여야 한다(동법 제188조 제6항).

4) 협의의무 위반에 대한 구제

이렇게 노동조합 및 노사관계(통합)법은 단순히 협의 정도만을 의무화하고 있다. 그러나 많은 경우에 있어서 실제로는, 정리해고에 관련된 노사간의 집단적인 분쟁을 막기 위하여 합의(agreement)에 이르도록 교섭이 행하여 진다고 한다.

사용자가 위의 의무를 위반하여 정리해고를 행하였거나 행하려고 하는 경우에는, 당해 노동조합은 해고가 이루어지기 전이나 해고의 효력이 발생한 후 3개월 내에 노동심판소에 구제신청을 할 수 있다(동법 제189조 제1·5항).

조합의 구제신청에 대하여 사용자는 협의의무를 이행할 수 없었던 특별한 상황과 그 상황에서 합리적으로 실행가능한 모든 방법을 취했다는 것을 입증하여야 한다(동법 제198조 제6항).

구제신청이 이유가 있다고 판단되면 노동심판소는 그 취지를 선언함과 아울러 보호수당(protective award) 지급명령을 한다(동법 제189조 제2항). 보호수당액은 전술한 최소한의 협의기간과 동일한 기간을 초과하지 않는 범위 이내에서(최소한의 기간이 규정되어 있지 않은 10명 미만의 경우에는 28일 이내에서) 노동심판소가 정하는 그 기간동안의 임금을 수당액으로 정한다(동법 제192조 제3·4항).

(2) 독 일

경영상의 사유에 기한 해고에 대하여 경영협의회와 사전에 합의한 선택기준에 저촉하였거나, 배치전환의 가능성을 고려하지 않은 경우에는 경영협의회가 이의를 제기할 수 있으며, 또한 경영상의 사유에 기한 해고를 수반하게 되는 경영계획 및 인사계획 등은 경영협의회와 협의하도록 규정하고 있다. 이러한 경영협의회에 의한 통제는 단지 경영상의 사유에 기한 해고에 관련된 것만은 아니고, 어떠한 사유에 기한 해고이든지 간에 사전에 경영협의회에 의한 통제를 인정하고자 하는 점이 특징적이다.

1) 경영협의회의 이의제기

경영협의회는 다음과 같은 사항이 있는 경우에는 1주일의 기간 내에 해약고지에 대하여 이의를 제기할 수 있다(경영조직법 제102조 제3항). 즉 ① 사용자가 해약고지된 근로자의 선택에 있어서 사회적 관점을 전혀 또는 충분히 고려하지 않은 경우, ② 해약고지가 경영조직법 제95조에 의한 선택기준에[4] 저촉이 되는 경우, ③ 해약고지된 근로자를 동일한 경영 내의 다른 작업장이나 기업의 다른 경영의 작업장에서 계속취로가 가능한 경우, ④ 상당기간의 재교육조치 또는 계속교육조치 후에 계속취로가 가능한 경우, ⑤ 근로자가 동의하여 다른 근로조건으로 계속취로가 가능한 경우에는 이의를 제기할 수 있다.

경영조직법은 경영협의회의 이의제기와 그 해약고지의 효력에 관하여 규정하고 있지는 않다. 그러나 경영협의회의 이의제기여부와 무관하게, 해고제한법은 ①의 사회적 관점에서의 선택이 충분히 고려되지 않은 해약고지의 경우를 사회적으로 부당한 해고로서 무효라고 규정하고 있다(해고제한법 제1조 제3항). 또한 나머지 ②~⑤의 경우에는 경영협의회의 이의제기가 있으면 사회적으로 부당한 해고로서 무효라고 해고제한법은 규정하고 있다(동법 제1조 제2항 제2·3문). 1972년의 경영조직법의 개정에 따라 해고제한법도 개정되어 양법이 동일한 규정을 두고 있는 것이다.

경영협의회의 적법한 이의제기는 해약고지를 사회적으로 부당한 것으로 하는 절대적 사유가 된다. 즉 해약고지가 긴박한 경영상의 필요성에 기한 것이고 사회적 관점에서의 선택이 있는 경우에도 경영협의회의 적법한 이의제기에 의하여 그 해약고지는 사회적으로 부당한 것이 된다.

그리고 경영협의회가 이의를 제기하고 당해 근로자가 해약고지에 대하여 노동법원에 제소(해고제한법 제4조)한 경우에는, 사용자는 근로자의 요청에 따라 소송의 종결까지 종전의 근로조건으로 계속 고용하여야 한다(동법 제102조 제5항).

2) 경영의 변경에 대한 협의

---

(4) 사용자와 경영협의회는 채용, 배치전환, 재편성, 해약고지의 경우에 있어서의 인사선택의 기준을 합의하여 정하며, 합의가 성립하지 않는 경우에는 중재기관의 결정이 합의를 갈음한다(동법 제95조).

사용자는 근로자들에게 불이익을 초래하는 '경영의 변경'(Betriebsänderungen)에 관하여 경영협의회에 보고하고 협의하여야 한다(동법 제111조). 이러한 '경영의 변경'은 ① 전체경영이나 중요경영부분의 감소 및 조업정지 또는 이전, ② 다른 경영과의 통합, ③ 경영조직, 경영목적 또는 경영시설의 근본적인 변경, ④ 근본적인 새로운 작업방식 및 조업절차의 도입 등을 말한다(동법 제111조 제2문).

사용자가 경영협의회와의 협의 결과 이해의 조정에 관하여 합의를 이루어 내지 못한 경우에는, 중재기관의 결정으로 합의를 갈음한다(동법 제112조). 사용자가 아무런 정당한 이유없이 이해의 조정을 회피하여 이로 인하여 해고된 근로자는 사용자에 대하여 보상금의 지급을 청구할 수 있다(동법 제113조).

3) 인사계획에 대한 협의

사용자는 인사계획, 특히 인력수요 및 그에 따른 인사조치와 직업교육조치에 관하여 경영협의회에 보고하고, 제반조치 및 가혹함의 회피에 관하여 함께 협의하여야 한다(동법 제92조 제1항). 또한 경영협의회는 인사계획의 도입과 시행에 관하여 제안을 할 수 있다(동법 제92조 제2항).

(3) 프랑스

프랑스의 경우는 정리해고로 인한 피해고자의 수를 10인 기준, 50인 기준으로 하여 협의의 상대방과 관련정보의 제공정도가 다양하게 규정되어 있는 것이 특색이다.

1) 10인 미만을 해고하는 경우

2인 이상 9명 이하를 해고하는 경우에는 기업위원회(le comité d'entreprise)가, 기업위원회가 없는 경우에는 종업원대표위원회(les délégués du personnel)가 협의의 상대방이 된다(노동법전 L.432-1, L.422-1). 하나의 기업이 수개의 사업장을 가지고 있는 경우에는 사업장위원회(le comité d'éblissement)와 협의하여야 한다. 이때 사용자가 근로자측에게 제공하여야 할 관련정보는 해고하여야 할 경제적·재정적·기술적 이유, 상근 근로자의 수, 해고예정자의 수 및 해고가 예정된 직종의 범주 등이다(노동법전 L.321-4).

2) 10인 이상을 해고하는 경우

30일 이내에 10인 이상을 해고하는 경우에는 그 기업의 근로자 수 그리고 해고예정자의 수에 따라 협의의 상대방과 협의의 내용이 다르다.

i) 협의의 상대방

50인 미만을 해고할 때에는 종업원대표위원회가 협의의 상대방이 된다.

50인 이상을 해고할 경우에는 기업위원회와 최소한 2회 이상 협의하여야 하지만(노동법전 L.321-3), 협의의 횟수는 피해고자의 수에 따라 유동적이다.

ii) 협의의 내용

피해고자의 수와 관계없이 공통적으로 협의하여야 할 핵심적인 내용은 해고의 회피 또

는 피해고자를 최소화시키기 위한 조치, 해고가 불가피한 경우의 피해고자의 재취업을 위한 조치 등이다.

50인 미만을 해고할 경우에는 해고예정자에게 반드시 '직업전환협정'(conventions de conversion)에 따른 조치를 협의의 내용으로 포함하여야 한다.

50인 이상을 해고할 경우에는 기업위원회에 '사회계획'(un plan social)을 제출하여야 한다. 사회계획은 재고용, 직업훈련, 해고의 영향을 경감시키는 일련의 조치를 포함한다.

2. 日本의 判例 傾向

일본은 우리나라의 근로기준법 제27조 제1항(해고의 정당한 이유)과 같은 강행규정은 없지만, 정리해고의 제한법리를 판례를 통하여 확립한 것은 역시 우리의 경우와 같다. 정리해고는 근로자 자신의 생존에 관련된 중대한 문제였기 때문에 이에 대한 입법적 규제가 없어도 노동조합의 핵심적인 투쟁대상이 되었다. 따라서 노동조합과의 협의없는 정리해고는 불가능하다는 단체협약의 약관이 실질적으로 정리해고를 제약하는 절차적 제한으로서 기능하였다.

오늘날 단체협약에서 정리해고에 관한 동의약관·협의약관이 없는 경우에도 판례는 노사간의 "信義則"을 근거로 하여 노동조합 또는 근로자대표와 성실하게 사전협의할 것을 요구하고 있으며,(5) 이 절차를 이행하지 않은 정리해고는 무효라고 하는 것이 통설로 되

---

(5) 杵島炭礦事件 佐賀地判 1950.5.30.의 判旨: 勞民集 1권 3호.
川崎化成工業事件 東京地判 1975.3.25.의 判旨: 勞動判例 222호

(6) "해고협의 또는 동의약관이 없더라도 노사쌍방에게는 해고기준에 대한 성의있는 협의가 요청된다. 판례로는 성의있는 협의를 결여한 것을 이유로 해고를 무효로 한 것, 병존조합 하에서 일방의 조합과의 협의를 결한 것을 이유로 무효로 한 것 등이 있다. 더욱이 조합이 없더라도 친목회의 양해를 얻어야 한다는 것도 있다. 이러한 판례의 동향은 정리해고에 요청되는 노사간의 신의칙에 기초한 절차적 정의를 구체화하고 있는 것으로 타당한 판단이라고 생각한다" (桑原昌宏, "整理解雇", 『勞動契約の硏究』, 本多淳亮還曆記念(京都: 法律文化社, 1986), 296면).

(7) 단체협약이나 취업규칙에 해고협의에 관한 규정이 없는 경우에도 협의하여야 한다는 판례에 대해서, 사전협의의 규정이 있는 경우와 없는 경우 간에는 협의의 정도와 내용에 차이가 있는 것으로 보아야 한다는 견해도 있다.
"…… 최근의 판례는 그러한 협약상의 규정이 없는 경우에도 사용자는 노동조합 또는 근로자에 대해서 정리해고의 필요성과 그 시기·규모·방법에 대해서 납득을 얻기 위해서 설명을 하고 나아가 근로자들과 성의를 갖고 협의하여야 할 신의칙상의 의무를 부담하고 있다고 한다. 다만 이에 의해서 사용자에게 요청되는 것은 정리해고가 그 실시절차의 일방성에 의해 해고권 남용으로 되지 않기 위한 절차를 밟는데 그치며 협약상 적극적 또 정형적으로 설정된 협의의무는 아니다. 양자는 필요한 협의의 정도와 내용에 대해서 명확하게 구별되어야 한다고 생각한다"(菅野和夫, 『第二版 勞動法』(東京: 弘文堂, 1985), 364면).

었다.(6),(7)

사전협의절차의 제한에 관한 일본 판례의 경향을, 1) 협의의 의미와 정도 2) 협의 대상사항의 범위 3) 협의설득의 상대방으로 나누어 자세히 고찰해 보기로 한다.

(1) 협의의 의미와 정도

노동조합(또는 근로자대표)과 피해고자에 대한 협의설득의무를 이행하지 않은 경우의 정리해고는 무효로 되지만, 단체협약에서 해고동의약관이 있는 경우라도 반드시 동의까지 얻어야 할 필요는 없고 "조합의 양해를 얻기 위해서 회사로서 할 수 있는 최선의 조치"를 취하면 충분하다고 하였다.(8)

문제는 어떠한 정도의 협의를 하면 그 의무를 다했다고 볼 수 있는가의 여부이다. 정리해고의 규모 및 대체직장의 확보 등 피해고자의 취급에 대해서 노동조합과 합의에 도달한 후에 해고에 이른 경우에는 사전협의의무를 충분히 이행한 것으로 보고 있다.(9)

이에 대해서 협의설득의무를 이행하지 않았다고 판단한 대표적인 예는 다음과 같다.

① 정리해고의 필요성에 대한 설명은 경영자료등의 객관적인 근거가 필요하고 수차례의 형식적인 단체교섭을 가진 것만으로 정리해고를 한 것은 협의의무를 다한 것이라고 할 수 없다.(10)

---

(8) "인원정리의 실시에 있어서는 기업은 조합에 대해서 그 필요성, 그 실시방법을 설명하고 가능한 범위에서 조합의 양해와 협력을 구하여야 하고 이것은 인원정리의 성질상 노사간의 신의칙상 당연히 요구되는 것이고, 신의칙의 견지에서 이러한 협의를 다하지 않았다고 인정되는 경우는 정리해고는 무효로 되어야 한다"(日本鍛工事件 神戶地尼崎支判 1978.6.29.의 判旨 : 勞動判例 307호).

(9) "퇴직을 희망하지 않는 선정자를 포함한 피해고자에게는 새로운 직장을 확보해 주고 그 근로조건에 대해서도 회사에서 임금의 일부를 보장하는 등 회사 나름대로 일정한 보장을 부여하고, 또 본건의 정리해고의 규모 및 대체직장의 확보 등 피정리자의 취급에 대해서 조합과 계속 협의를 반복하고 중노위의 알선을 거쳐 양보할 수 있는 부분은 양보하였는데도, 최종적으로는 일부의 인선에 대해서 조합으로부터 이의가 남아 있는 것이므로, 조합과의 합의에 도달한 후에 회사로서 취해야 할 협의의무를 충분히 이행한 것이다"(東京セロファン紙事件 東京地判 1977.7.29.의 判旨: 勞民集 28권 4호).

(10) "피신청회사가 정리해고의 필요성에 대하여 조합에 제시한 설명은, 객관적 근거가 없는 것이고 …… 해고통지를 일시귀휴 실시 중에 받은 신청인들이 회사방침을 충분히 검토하여 회사재건에 대한 건설적인 의견을 상신하기에 적합하지 않은 시기라고 인정되는 점, 일시귀휴 실시 전에는 노사간에 20여회의 단체교섭이 있었는데 해고에 즈음해서는 몇차례의 형식적인 교섭 밖에 하지 않았다고 인정되는 점에 비추어 피신청회사가 장기근속한 신청인들에 대해서 대량정리해고를 실시하는 것은 신의칙상 요청되는 사용자의 의무를 충분히 다한 것이라고는 인정되지 않는다. 따라서 본건해고는 해고권의 행사가 신의칙에 위반하는 것으로 무효로 해석해야 한다"(廣島硝子工業事件 廣島地決 1976.7.26.의 判旨 : 勞動法律旬報 916호).

② 사용자는 종업원에 대해서 해고하지 않을 수 없는 사정과 규모·시기, 재고용의 예정이 있는 경우에는 그 규모·기준·조건에 대하여 충분히 설명하고 납득을 얻지 않으면 협의의무를 다한 것이라고 볼 수 없다.(11)

(2) 협의 대상사항의 범위

협의 대상사항의 범위는 ① 정리해고의 필요성(경영상태, 경리내용, 장래의 전망 등) ② 정리해고방침(정리해고의 시기, 규모, 범위, 해고의 인원 등) ③ 정리해고 기준과 선정방법 ④ 해고 및 퇴직의 조건 등 이른바 정리해고의 실체적 유효요건 전반에 미친다고 하는 것이 판례의 공통된 경향이다.

이에 관한 대표적 판례를 살펴보면 다음과 같다.

① 정리해고를 실행함에 있어서는 사태의 설명, 정리해고의 시기, 규모, 방법 등에 대해서 근로자 측이 납득할 수 있도록 사용자가 노력하여야 한다.(12)

② 정리해고시 협의하여야 하는 사항은 정리해고의 필요성, 정리해고의 방침, 절차, 규모, 정리해고 기준과 구체적 인선, 해고조건 등 광범위한 사항에 걸쳐야 한다.(13)

(3) 협의의 상대방

협의는 노동조합을 상대방으로 하여야 한다는 점에는 이론이 없으나, 실제상 노동조합

---

(11) "해고함에 있어서는 종업원에게 (조합이 있는 경우에는 조합을 통해서) 사전에 해고가 부득이한 사정과 해고의 규모, 시기, 재고용의 예정이 있으면 그 규모, 기준 등에 대하여 충분히 설명하고 종업원의 납득을 얻도록 노력하여야 한다. 그러나 사용자가 그 의무에 위반하여 종업원을 해고한 경우에는 해고권의 남용으로 무효라고 해석된다"(八戶鋼業事件 靑森地八戶支決 1977.2.28.의 判旨: 判例時報 870호).

(12) "해고는 근로자의 생활의 기반을 파괴하는 결과를 발생할 우려가 있는 것이므로, 채무자가 경영합리화를 실행함에 있어서는 종업원에 대해서 사태를 설명하여 양해를 구하고 정리해고의 시기, 규모, 방법 등에 대해서 납득할 수 있도록 노력하고 또 일시귀휴제와 희망퇴직의 모집 등 해고 이외에 합리화의 목적을 달성할 수 있는 방법이 있는 경우에는 그러한 조치를 강구하고 설령 해고를 단행한다고 할지라도 정리해고의 기준과 그에 따른 인선의 방법은 합리적인 것이어야 한다고 해석된다"(東金液輪事件 千葉地判 1977.8.10.의 判旨: 勞動法律旬報 940호).

(13) "그런데 정리해고시 노사간에 협의해야 하는 사항은 정리해고의 필요성에 대해서 뿐만 아니라 정리해고의 방침, 그 절차(희망퇴직 모집의 경유, 모집기간), 규모(인원수, 범위), 정리해고의 기준과 그 적용(구체적 인선), 해고조건(경제적 처우) 등 광범위한 사항에 미쳐야 하는 바, 앞의 11회의 협의에서는 정리해고의 필요성에 대해서 주로 협의가 되었을 뿐이며 정리해고의 기준 및 그 적용 등에 대해서 협의가 행해졌다고는 말하기 어렵다.…… 피항소인은 본건 정리해고의 근간이라고도 해야 할 퇴직권고 겸 지명해고 기준 및 잔류자 선출기준에 대해서는 노동조합과 전혀 협의의 기회조차도 갖지 않은 것이라고 하지 않을 수 없다. 따라서 본건 해고는 조합과의 협의를 거쳐야 하는 요건을 결한 것이라고 해야 할 것이다."(高田製作所事件 大阪高判 1982.9.30.의 判旨: 勞民集 33권 5호)

이 복수로 존재하는 경우와 노동조합이 없는 경우에 협의의 상대방을 결정하는 것이 문제가 된다.

① 기업 내에 복수조합이 존재하는 경우, 가령 2명밖에 없는 소수조합이라고 하더라도 다수조합과 동등한 협의를 할 것이 요구되며 다수조합과 합의된 내용을 강요하는 식으로 교섭하는 것은 협의하였다고 보지 않는 것이 판례의 입장이다.(14)

② 노동조합이 없는 경우에는 종업원대표와 협의하지 않으면 안되지만, 종업원대표도 없는 경우에는 해고대상자 개인에 대해서 "정리해고의 필요성 등에 관하여 납득할 수 있을 정도로 성의를 갖고 협의하여야 할 신의칙상의 의무"(15)를 인정함으로써 피해고자 개인에 대한 협의의무를 명백히 하고 있다.

3. 우리나라의 學說 · 判例

(1) 학 설

1) 무효설

사용자는 긴박한 경영상의 필요에 의하여 근로자를 해고하기에 앞서 노동조합이나 근로자대표기구와 사전에 협의를 거쳐야 한다고 한다. 즉 취업규칙이나 단체협약에 사전협의에 관한 규정이 있는 경우는 물론이고, 그러한 규정이 없는 경우에도 신의칙상 사용자는 근로자 측에 대하여 협의의무를 지므로, 근로자측과 사전협의절차를 거치지 않은 정리해고의 효력은 무효라고 하는데 그 주장의 구체적인 내용은 다음과 같다.

"단체협약이나 취업규칙에 해고협의조항이 있든지 없든지 간에 사용자 측은 가능한 한 조합의 양해를 얻기 위하여, 해고하지 않으면 안 될 사정 등을 성의를 다해 설명할 의무가 있는 것이다. …… 사용자 측이 만약 조합이나 피해고자 본인에게 해고이유를 충분히 설명하지 않았다든가 또는 조합의 양해를 구하지 않는 등 성의없는 태도가 인정될 경우에는 노동법상의 신의칙에 비추어 정당한 이유가 없는 해고라고 판단하여야 할 것이다."(16)

2) 유효설

정리해고에 있어서 사용자의 사전협의의무를 신의칙상 의무로 파악하면서도 이를 위반한 정리해고의 효력 자체는 유효하다고 보는 입장이다. 그 주장의 구체적인 내용은 다음과 같다.

"사용자가 '緊迫한 經營上의 必要'를 이유로 근로자를 해고하기 전에 해고이유와 피해고자 선발기준 등을 제시하고 근로자 측과 협의 · 설득과정을 거치는 것이 신의칙상 근로관계의 부수적 의무

---

(14) 山崎技研事件 高知地判 1979.5.31.의 判旨: 勞動法律旬報 979호.

(15) ミザール事件 大阪地決 1987.10.21.의 判旨: 勞動判例 506호.

(16) 金裕盛, "整理解雇에 관한 小考", 『서울대학교 法學』, 제25권 2 · 3호(서울: 서울대학교 법학연구소, 1984), 120면.

(Nebenpflicht)에 해당된다 하더라도 그러한 의무위반이 곧 '緊迫한 經營上의 必要'에 의한 해고의 효력을 무효로 할 수는 없을 것이다. 사용자의 사전적 협의의무는 피해고자의 올바른 선발 등과 관련해서 해고의 결정을 내리는 과정에서 판단의 정확성을 확보하는데 요구되는 것이므로, 협의를 하지 않은 것이 해고의 효력 자체를 좌우할 수는 없는 것이다. 더욱이 단체협약 등에 규정되어 있는 사전협의조항은 해고의 절차에 관한 약정으로서 해고를 정당화하는 실질적 기준을 정한 것은 아니기 때문에 협의조항위반의 해고의 효력은 그 조항의 해석 여하에 따라 결정되어야 할 것이다."(17)

(2) 판 례

1) 무효로 보는 입장

전술한 삼익건설사건(대법원 1989.5.23. 87다카2132) 이래, 종래의 판례는 정리해고의 정당성 판단기준을 네가지 요건으로 엄격하게 구분하여, 이러한 네가지 요건 중 하나라도 결하는 경우, 즉 사전협의절차를 거치지 않은 그러한 해고는 무효로 판단하고 있다.

2) 유효로 보는 입장

대법원은 삼익주택사건(대법원 1992.11.20. 91다19463)에서 "사용자가 근로자와 사전협의절차를 거치지 아니하였다고 하여 그것만으로 정리해고를 무효라고 할 수는 없는 것이다"라고 판시하고 있다. 판례요지는 다음과 같다.

"정리해고에 있어서 사용자가 해고에 앞서 노동조합이나 근로자 측과 성실한 협의를 거쳐야 한다는 것은 정리해고의 실질적 요건을 모두 갖춘 경우라도 사용자는 노동조합의 단체교섭권 보장이나 근로계약의 상대방 보호의 관점에서 근로자 측에 대하여 정리해고의 내용을 설명하는 등 성실한 협의를 거칠 것이 요구된다고 하겠으나, 정리해고의 실질적 요건이 충족되어 해고의 실행이 시급하게 요청되고 한편 근로자들을 대표할만한 노동조합 기타 근로자 집단도 없고 취업규칙에도 그러한 협의조항이 없으며 또 해고대상 근로자에 대하여는 해고조치 외에 마땅한 대안이 없어 그 근로자와의 협의절차를 거친다고 하여도 별다른 효과를 기대할 수 없는 등 특별한 사정이 있는 때에는 사용자가 근로자 측과 사전협의절차를 거치지 아니하였다 하여 그것만으로 정리해고를 무효라고 할 수는 없는 것이다."

(3) 평 가

1) 사전협의절차의 흠결을 유효로 보는 학설에 대하여는 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다.

유효설의 법리적 근거는 사용자의 근로자측과의 사전협의의무를 "신의칙상 근로관계의 부수적 의무"로 파악하여 "그러한 의무위반(신의칙위반)이 곧 긴박한 경영상의 필요에 의한 해고의 효력을 무효로 할 수는 없을 것"(괄호는 필자)이라고 하고 있다. 그러나 사전협의의무는 '正義가 요구하는 有效要件'으로서 절차적 정의를 실현하기 위한 본질적인 고

(17) 金亨培, 『新訂版 勞動法』(서울: 博英社, 1992), 384면.

유의무이지 부수적 의무로 파악할 수는 없다. 신의칙은 법질서의 일반조항으로서의 효력을 가지는 만큼 신의칙위반은 곧 무효로 되는 것인 바, 유효설은 사전협의의무를 '신의칙상의 의무'로 보면서도 그 의무위반을 도리어 유효로 판단하는 논리적 모순을 안고 있다.

또 유효설은 "사용자의 사전적 협의의무는 …… 해고의 결정을 내리는 과정에서 판단의 정확성을 확보하는데 요구되는 것이므로, 협의를 하지 않은 것이 해고의 효력 자체를 좌우할 수는 없을 것"(방점은 필자)이라고 주장하고 있으나, 이같은 논리구조라면 사전협의의무를 이행하지 않으면 해고의 판단의 정확성이 확보되지 않는다는 결론이 자연적으로 도출된다. 그럼에도 유효설은 "협의를 하지 않는 것이 해고의 효력 자체를 좌우할 수는 없을 것"이라고 하여 논리적인 자기모순을 노정하고 있다.

이 밖에 유효설은 "단체협약 등에 규정되어 있는 사전협의조항은 해고의 절차에 관한 약정으로서 해고를 정당화하는 실질적 기준을 정하는 것은 아니기 때문에 협의조항위반의 해고의 효력은 그 조항의 해석 여하에 따라 결정되어야 할 것"이라고 하나, 사전협의의 절차야말로 해고의 정당성을 판단하는 실질적 기준을 總合的으로 담보하는 기능을 수행하기 때문에 정리해고의 다른 유효요건과 비중이 같은 "實體的 基準"으로 오히려 판단되어야 한다. 뿐만 아니라 단체협약상의 사전협의조항은 단순한 채무적 사항이 아니라 노사의 절차적 정의를 실현하는 제도적·규범적 사항으로 해석하는 것이 타당하므로 협의위반의 해고의 효력은 무효로 보아야 할 것이다.

2) 사전협의의 흠결을 유효로 보는, 삼익주택사건 대법원 판례의 논지에 대하여는 다음과 같은 비판이 가능하다.

첫째, 동판례는 성실한 사전 "協議"의 의미 자체에 대하여 본질적인 오해를 하고 있다. 동판례는 "근로자 측에 대하여 정리해고의 내용을 설명하는 등 성실한 협의를 거칠 것이 요구된다"라고 하여 협의의 의미를 '상대방에게 일정한 사실의 내용을 통지하는 일방적 행위인 설명'으로 축소·왜곡시키고 있다.

한편 대법원은 다른 판례[18]에서는, 단체협약상의 인사협의조항에 관한 해석에서 "노동조합과 '事前協議'를 거치도록 한 취지는 사용자로 하여금 노동조합의 임원 등에 대한 인사의 내용을 미리 노동조합에게 통지하는 등 노동조합을 납득시키려는 노력을 하게 하고 노동조합에 의견을 제시할 기회를 주게 하며, 아울러 노동조합으로부터 제시된 의견을

(18) 밀양의료보험조합사건 대법원 1993.4.23. 92다34940.

(19) 대법원은 또 다른 판례에서, 단체협약상의 노조와의 '事前協議'에 대하여 "이는 피고회사의 자의적인 인사권의 행사로 인하여 노동조합의 활동이 저해되는 것을 방지하기 위하여 피고회사가 노동조합에게 해고의 필요성 또는 정당성을 납득시키기 위한 노력을 충분히 하고 노동조합측으로부터 의견을 제시받아 이를 참작하여야 한다는 취지"로 해석하고 있다(영창악기제조사건 대법원 1992.9.25. 92다18542).

참고자료로 고려하게 하려는 것"(방점은 필자)이라고 하여 사전협의가 단순히 "내용을 설명하는" 것이 아님을 스스로 밝히고 있다.(19)

따라서 사전협의의 의미는 정리해고의 다른 세가지 유효요건에 대하여 근로자측의 의견을 충분히 반영함과 동시에 회사측이 이행하는 조치를 근로자 측이 納得·諒解하는 것으로 파악하는 것이 타당하다.

둘째, 동판례는 취업규칙에 사전협의조항이 없으므로 사전협의절차를 거치지 않은 정리해고는 무효라는 입장을 밝히고 있다. 동판례의 제1심판결(20)은 단체협약 또는 취업규칙에 사전협의조항을 규정한 경우에 그를 위반한 "정리해고는 절차위반으로서 문제가 있다"고 하여 그 효력을 부인하는 듯한 태도를 취하면서, 단체협약 또는 취업규칙에 사전협의조항을 두지 아니한 경우의 협의의무 이행여부는 정리해고의 신의칙 위반 여부를 판단하는 "하나의 판단요소"에 지나지 않는다고 보고 있다.

그러나 해고의 절차적 제한, 특히 정리해고의 사전협의절차는 해고의 정당성을 총체적으로 담보하기 위한 '절차적 정의' 실현의 필수요건으로 보아야 하기 때문에, 단체협약이

---

(20) 제1심 판례의 요지는 다음과 같다.

"사용자와 노동조합 사이의 단체협약 또는 사용자가 작성한 취업규칙에서 노동조합 또는 근로자측과 사전협의를 할 것이 규정되어 있는 경우에는 이러한 절차를 거치지 아니하고 한 정리해고는 절차위반으로서 문제가 있다 할 것이나, 단체협약 또는 취업규칙에서 그러한 협의조항을 두고 있지 않은 경우에는 사용자가 정리해고에 앞서 노동조합 또는 근로자측에게 정리해고의 불가피성을 설명하고, 그들과 경영위기의 극복을 위한 대책 및 정리기준 등에 관하여 성실한 협의를 하였는지의 여부는 정리해고에 정당한 이유가 있는가 또는 사용자의 정리해고가 신의성실의 원칙에 반하는가의 여부를 판단하는 하나의 판단요소에 불과하다고 할 것이다"(삼익주택사건 제1심 서울민지법 1990.1.18. 86가합4699).

(21) 판례는 해고의 절차(진술·해명의 기회부여, 사전협의 등)가 취업규칙에 규정되어 있으면 그것은 정당한 해고의 유효요건이 되지만, 그러한 절차가 현실적으로 규정되어 있지 않으면 비록 절차적 제한에 위반한 해고라도 정당한 해고가 된다라는 견해를 취하고 있다. 즉, 해고의 절차적 제한이 취업규칙에 규정되어 있느냐의 여부에 따라서 절차적 제한에 위반한 해고가 유효가 되기도 하고 무효가 되기도 한다는 논리이다. 이는 대법원이 동아일보사건(해고처분무효확인사건, 대법원 1979.1. 30. 78다304)에서 취한 입장으로서 지금까지 일관되게 지켜지고 있는 판례의 견해이다. 판례가 전제하고 있다시피 해고의 절차적 제한이 "正義가 요구하는 有效要件"이라고 한다면, 해고의 정당한 유효요건인 절차적 제한을 규정하지 않은 취취업규칙은 사용자가 일방적으로 작성하는 것이기 때문에 (비록 근로자의 의견을 청취해야 하지만) 취업규칙에 해고의 절차적 제한을 규정할 것인지의 여부는 사용자의 任意에 맡겨지는 셈인데, 판례의 입장대로라면 사용자가 취업규칙에 이를 규정하지 않는 이상에는 해고의 절차적 제한 위반을 유효로 판단하게 되어 종국적으로는 "정의가 요구하는 유효요건"을 사용자의 恣意에 맡기는 결과가 되는 것이 아닌가?

나아가 "정당한 이유없이 해고하지 못한다"는 근로기준법 제27조 제1항의 규정은 일반조항

나 취업규칙에 그러한 절차가 규정되어 있는지의 여부를 불문하고 사전협의의무 이행의 흠결은 그 효력을 무효로 보는 것이 타당하다.(21)

셋째, 사전협의의무의 법적 성격을 정리해고의 유효요건이 아니라 절차적 요식행위로 보고 있는 것이 동판례의 입장인 듯하다.

동판례는 "피고가 정리해고에 앞서 원고 등 근로자 측에게 정리해고의 불가피성을 설명하고 그들과 경영위기의 극복을 위한 대책 및 정리기준 등에 관하여 협의를 거친 바는 없지만 ……"이라고 하여 일응 협의대상의 범위를 밝히고 있으나, "위와 같은 절차상의 흠이 있더라도 다른 세가지 사항의 존재 등 이 사건 해고를 둘러 싼 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 볼 때 피고가 원고들에 대하여 한 정리해고에는 정당한 이유가 있다"고 판단하고 있다.

전체의 논지로 보아 동판례 사전협의의무의 성격을, 정리해고의 다른 세가지 실질적 요건이 —사용자나 법원의 입장에서 판단하여— 충족되면 이를 형식적으로 합리화하기 위한 단순한 '후속적인 요식절차'로 파악하는 듯하다. 그러나 사전협의의무는 정리해고의 다른 실체적인 세가지 유효요건에 대하여 각각의 정당성을 담보하기 위한 '최후의 보루로서의 포괄적인 유효요건'으로 파악하는 것이 타당하리라고 본다. 즉 사전협의의무의 법적 중요성은 정리해고의 필요성, 해고회피수단, 합리적이고 공정한 정리기준의 설정 등 유효요건의 전반적 사항에 관하여 처음부터 끝까지 일일이 노사쌍방이 성의를 가지고 협의를 하여야만 정리해고의 정당성이 담보된다는데에 있다고 보아야 할 것이다.

그렇기 때문에 외국의 입법례에서는 협의대상과 범위에 관하여 자세히 규정하고 있으며, 나아가 '협의의 실질적 기초'를 마련하기 위해 근로자 측에게 정리해고 전반에 걸친 관련사항에 대해 정보를 제공할 것을 사용자측의 의무로 규정하고 있는 것이다.

Ⅳ. 行政官廳의 關與

1. 英·獨·佛의 立法例

(1) 영 국

1) 국무장관에 대한 사전통지

사용자는 국무장관(the Secretary of State)에게 정리해고계획을 사전에 통지하여야 한다(1992년 노동조합 및 노사관계(통합)법 (제193조)). 최소한의 사전통지기간은 노동조합

적 성격을 가지는 것이기 때문에 해고의 절차적 제한에도 당연히 적용되는 것이므로, 절차적 제한규정을 흠결한 취업규칙은 근로기준법 위반으로 무효가 되어야 한다. 따라서 해고의 절차적 제한에 위반한 해고는, 그 절차적 제한규정이 취업규칙에 명문화되어 있는지의 여부와 관계없이 "정의가 요구하는 유효요건"에 위반된 것이므로 무효로 판단하여야 한다고 생각한다.

과의 협의에서 요구되는 최소기간과 동일하게 규정되어 있다. 즉 사용자가 하나의 사업장(establishment) 내에서 ① 90일 이내에 100명 이상의 근로자를 해고하려는 경우에는 그 최초의 해고일보다 적어도 90일 전에 ② 30일 이내에 10명 이상의 근로자를 해고하려는 경우에는 그 최초의 해고일보다 적어도 30일 전에 통지하여야 한다. 다만, 10명 미만의 근로자를 해고하려는 경우에는 통지의무가 없다.

2) 사전통지의 내용

통지의 내용으로는, 노동조합과의 협의가 법상 요구되는 관련 노동조합의 명시 및 최초의 협의일의 기재, 그 외에 국무장관이 지시하는 세부사항의 기재가 요구된다(동법 제193조 제4항). 사용자가 통지의무를 위반한 경우에는 즉결심판에 의하여 5등급(£2000) 이하의 벌금형의 제재를 받게 된다(동법 제194조).

(2) 독 일

1) 노동청에 대한 신고의무

사용자는 ① 상시 21인 이상 60인 미만의 근로자를 사용하는 경영에서는 5인 이상의 근로자, ② 상시 60인 이상 500인 미만의 근로자를 사용하는 경영에서는 상근 근로자의 10% 이상 또는 26인 이상의 근로자, ③ 상시 500인 이상의 근로자를 사용하는 경영에서는 30인 이상의 근로자를 해고하는 경우에는 미리 노동청(Arbeitsamt)에 신고하여야 한다(해고제한법 제17조 제1항).

이러한 신고의무가 있는 해고를 하려는 경우에는 사용자는 경영협의회에 서면으로 해고사유, 해고 대상자의 수, 상시 사용 근로자의 수, 해고효력일 및 기타 필요한 정보를 알려 주어야 한다(동법 제17조 제2항 제1문). 사용자와 경영협의회는 특히 해고를 회피하거나 줄일 수 있는 조치와 그 결과를 경감시킬 수 있는 조치를 강구하여야 하며(동법 제17조 제2항 제2문), 경영협의회의 의견은 신고서에 첨부되며, 추가의견을 노동청에 제출할 수도 있다(동법 제17조 제3항).

노동청에의 신고의무에 있어서 중요한 것은 '해고'(Entlassung)의 수이지, '해약고지'(Kündigung)의 수가 아니다. 따라서 피해고자 수의 산정에 있어서는 해약고지의 시점에서가 아니라 해고의 시점, 즉 근로관계가 해소된 때의 피해고자 수가 문제된다.

또한 해고는 사용자에 의하여 일방적 의사표시(해약고지)를 통하여 초래되는 근로관계의 종료이기 때문에, 근로관계가 근로자에 의해 해약고지되거나 기간의 정함이 있는 근로관계에 있어서 기간경과 등 사용자의 해약고지 없이 종료하는 경우는 여기에 포함되지 않는다(동법 제17조 제4항 참조).

사용자가 법정의 신고의무를 해태한 경우의 해고는 무효이다. 신고는 있었으나, 문서에 의하지 않은 경우 또는 적법하게 이루어지지 않은 경우도 마찬가지이다. 그러나 무효인 것은 해고이며 해약고지는 아니며 해약고지 자체는 노동청에 신고되지 않아도 여전히 유

효하다. 그 결과 해약고지기간이 경과하여도 신고가 이루어지지 않았기 때문에 그 해약고지가 근로관계를 종료시키는 효력을 가지지 않으며, 이 경우 근로자는 근로관계의 존속을 주장할 수 있다. 또한 여기에서 무효가 되는 것은 모든 해고이며, 법정수를 초과한 부분에 한정되는 것은 아니다.

2) 노동청의 결정

신고의무가 있는 해고는 신고수리 후 1개월까지 해고의 효력이 발생하지 않는다(동법 제18조 제1항). 지방노동청(Landesarbeitsamt)은 신고 수리 후 2개월까지 그 효력의 발생을 정지할 수도 있으며(동법 제18조 제2항), 신고일로 소급하여 해고의 효력을 인정할 수도 있다(동법 제18조 제1항).

해고의 효력이 정지되고 있는 동안에 근로자를 완전히 조업시킬 수 없는 경우에는 지방노동청은 조업단축의 실시 및 임금의 감액지급을 허가할 수 있다(동법 제19조).

지방노동청은 사용자와 피해고자의 이익, 공익 및 전체 노동시장의 상황 특히 그 기업에 속하는 경제부문의 상황을 고려하여(동법 제20조 제3항), 위와 같은 결정을 함으로써 사전에 해고의 효력을 제한할 수 있는 것이다.

지방노동청의 결정은 위원회가 결정한다. 이 위원회는 지방노동청장 또는 그가 임명하는 지방노동청 직원을 위원장으로 하여, 지방노동청의 행정위원회가 임명하는 근로자, 사용자 및 공공단체의 대표자 각2인으로 구성된다. 이 위원회는 결정을 하기 전에 사용자와 경영협의회의 의견을 청취하여야 한다. 위원회의 결정은 다수결로 이루어 진다(동법 제20조 제1항).

(3) 프랑스

1986년 7월 3일 법률 및 1986년 12월 30일 법률은, 1975년부터 시행하여 온 행정관청의 정리해고에 대한 사전승인제도를 폐지하고 이를 행정관청에 대하여 통지하도록 규정함으로써 행정관청의 관여범위를 축소하였다.

1) 행정관청에 대한 통지

행정관청에 대한 통지는 피해고자의 수가 10인 이상인가의 여부를 기준으로 하여 그 성격을 달리 한다.

i) 10인 미만인 경우: 사후통지

정리해고되는 근로자 수가 10인 미만인 경우에 사용자는 관련근로자에게 해고의 서면통보를 한 뒤 8일 이내에 노동부장관(Directeur départmental du travail et de l'emploi)에게 이를 통지하여야 한다(노동법전 L.321-1). 이러한 사후통지는 정리해고된 근로자의 통계작성과 해고절차의 적용 여부를 행정관청이 파악하기 위한 것이다.

ii) 10인 이상인 경우: 사전통지

30일 이내에 10인 이상의 근로자를 정리해고할 계획이 있는 사용자는 정리해고를 행하

는 절차의 이행과정으로서 노동부장관에 대하여 이를 통지하여야 한다. 이때 통지하여야 할 내용은 근로자대표에게 협의의 대상으로 제공하는 관련정보와 동일하다(노동법전 L. 321-4).

2) 행정관청의 관여범위

행정관청의 관여범위는, 사전협의절차의 적용조건, 해고이유의 진실성, 복직 및 해고수당에 관한 사정을 심사하고 사용자에게 허가 또는 허가의 거부를 통지할 수 있었던 75년 법률에 비하여 현저히 축소되었다.

따라서 행정관청은 정리해고의 '진실하고 중대한 이유'에 대한 심사는 할 수 없고, 사전협의와 '사회계획'이나 '직업전환협정'에 따른 사회적 조치의 절차의 적법성에 대한 심사를 할 수 있을 뿐이다. 행정관청이 절차위반이 있다고 사용자에게 지적한 때에는, 사용자는 행정관청에 답변을 하여야 하고 동시에 근로자대표에 대하여도 사본을 송부하여야 한다(노동법전 L.321-7).

2. 우리나라의 경우

우리나라는 정리해고의 규제에 관한 단행법률이 없으므로, 행정관청의 관여를 정리해고의 절차적 제한으로 다루지 않는 것은 물론이다. 사전협의절차는 판례에 의해서 정리해고의 절차적 제한으로 확립되었지만, 이와는 달리 행정관청의 관여는 그 성질상 입법에 의한 뒷받침이 필요하기 때문에 입법이 없이는 그에 대한 논의는 사실상 한계가 있다.

그러나 행정관청의 관여는 외국의 입법례에서 살펴 본 것처럼 고용보장 차원에서 정리해고의 정당성과 형평성을 담보하는 데에 사전협의절차 못지 않게 중요한 기능을 수행하고 있음을 알 수 있다. 정리해고로 빚어지는 부정적 결과를 勞·使·政 3당사자주의에 의하여 해결하려는 법원리에 비추어 볼 때, 사전협의는 정리해고의 정당성을 확보하려는 노사간의 협동적 노력이라고 한다면 행정관청의 관여는 이해당사자인 노사간의 협의에 따른 정리해고의 타당성을 전체 고용보장의 견지에서 최종적으로 점검하는 안전판이라고 볼 수 있다. 왜냐하면 부당 정리해고에 대한 사후적 구제조치는 피해고자에게 별다른 실익이 없으므로 개별적 해고의 경우와는 달리 정리해고에 있어서는 법원의 종국적 판단에 앞서 행정관청의 관여를 통한 해고의 정당성 확보절차를 마련할 필요성이 더욱 크기 때문이다.

최근 1993.12.1. 국회를 통과한 雇傭政策基本法(1993.12.27. 법률 제4643호)은 그 중에서 정리해고의 절차적 제한으로서 행정관청의 관여를 정면으로 규정한 것은 아니지만, 대량고용변동 발생시에는 사업주가 직업안정소에 신고하도록 하는 의무규정을 두고 있다. 그 구체적인 규정은 다음과 같다.

제29조 [대량 고용변동의 신고 등]

(1) 사업주는 자동화·생산설비의 신설 또는 증설, 사업규모의 축소, 사업규모의 조정

등으로 고용량의 변동이 있어 노동부장관이 정하는 경우에 해당하는 때에는 노동부장관이 정하는 바에 따라 해당 고용량의 변동 전에 직업안정소에 신고하여야 한다.

(2) 제1항의 규정에 의한 신고가 있을 때에는 직업안정소는 구인·구직을 개척하고 직업소개를 확대하며 필요한 직업훈련을 실시하게 하는 등의 조치를 하여 실업자의 재취직의 촉진 또는 당해 사업에 있어서의 노동력의 원활한 확보에 노력하여야 한다.

제39조 〔과태료〕

(1) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 300만원 이하의 과태료에 처한다.

1. 제29조의 규정에 위반하여 신고를 하지 아니하거나 또는 허위의 신고를 한 자

그러나 아직 동법안의 시행령 및 시행규칙이 마련되어 있지 않기 때문에 이 규정이 실제로 어느 정도 정리해고에 대한 절차적 제한으로서 기능할 지는 의문이다. 하지만 이 규정의 취지를 노동력 수급의 조정에 따른 특정분야의 노동력 확보에만 중점을 두어 운용한다면, 이 규정이 정리해고의 절차적 제한으로서 기능하기 보다는 오히려 정리해고 요건의 완화 등 부당한 정리해고를 양산하는 역기능으로 작용할 위험이 클 것으로 예측된다.

Ⅴ. 結 論

해고의 절차적 제한은, 사견으로 주장한 勞動享有權의 관점에서 본다면 노동향유 실현권(직업보유계속권)의 제한에 대한 절차적 자기관철권의 확보라는 성격을 가진다고 볼 수 있다. 개별적 해고와는 달리 근로자의 귀책사유없이 외재적인 경제요인으로 발생하는 정리해고에 있어서는, 특히 근로자의 노동향유권 보장을 위하여 해고의 절차에 근로자가 주체적으로 참여하는 절차적 자기관철권의 실현이 더욱 중요한 의의를 갖는다.

이같은 기본시각에서 정리해고의 절차적 제한에 관한 해석론을 전개할 때에 한층 강조되어야 할 점을 정리해 보면 다음과 같다.

(1) 근로기준법 제27조 제1항의 '정당한 이유'의 적용범위는 해고의 실체적 정당성 뿐만 아니라 절차적 정당성의 판단에도 미치는 것으로 보아야 한다.

왜냐하면 해고제한에 관한 독자적인 단행법률이 없는 우리 법제하에서는 근로기준법 제27조 제1항이 해고제한에 관한 '일반조항'으로서의 의의를 갖는 것으로 보아, 해고의 '정당한 이유'는 해고의 '실체적 이유'는 물론 '절차적 이유'를 규제하는 지도원리로 해석하여야 하기 때문이다.

따라서 단체협약이나 취업규칙에 해고의 절차적 제한에 관한 명문규정이 없어도 절차적 제한에 위반한 해고는 근로기준법 제27조 제1항의 규정에 위반되어 무효로 된다.

(2) 정리해고의 사전협의의무의 법적 성격은 '포괄적·최종적 유효요건'으로 파악하여야

한다.

즉, 사전협의는 개개의 다른 세가지 실체적 요건의 전부를 그 대상범위로 삼는다는 의미에서 '포괄적' 유효요건의 성격을 지니며, 또한 실체적 요건에 대한 포괄적 협의과정에서 그 정당성이 궁극적으로 담보된다는 의미에서 '최종적' 유효요건으로서의 성격을 지니기 때문이다.

(3) 사용자의 협의의무의 이행 정도는 단체교섭시에 일반적으로 요구되는 '성실교섭의무'보다도 더욱 엄격한 '성실협의의무'를 부담하는 것으로 파악하여야 한다.

단체교섭시의 성실교섭의무는 근로관계의 존속을 전제로 하는데 비하여, 정리해고 사전협의시의 성실협의의무는 근로관계의 종료에 관한 문제를 대상으로 하는 만큼, 관련정보의 제공 등 협의의 실질적 기초는 사용자 측이 주도적으로 마련해야 되기 때문이다. 그러므로 사전협의의 필요한 정보, 특히 사용자의 주장의 진실성을 검증하는데 필요한 정보를 요구하는 근로자측의 주장을 거부하는 사용자의 행위는 원칙적으로 성실협의의무의 위반이 되어 위법한 것으로 된다.

(4) 행정관청의 관여 절차는 우리의 현행법제하에서 직접적으로 해석론상 문제가 되는 것은 아니지만, 실제상 정리해고의 정당성에 대한 사전적 담보와 전체 고용보장의 견지에서 앞으로 더욱 중요한 기능을 담당하리라고 본다.

왜냐하면 경제적 이유로 인한 대량해고의 문제는 개별기업 차원에서의 노사문제에만 한정되는 것이 아니라 산업구조조정 등으로 전체사회에 미치는 영향이 심각하므로, 고용보장 내지는 사회보장의 견지에서 국가적 차원에서의 행정적 관여가 필요하기 때문이다. 우리나라의 경우 특히 행정관청의 관여 절차에 있어서 제일 관건이 되는 것은, 그 행정관청의 구성에 있어서 노·사·정 3당사자주의에 입각하여 노동조합 또는 근로자대표기관의 참여가 반드시 보장되는 합의체적 구성원리가 관철되어야 한다는 점이다.

〈**Résumé**〉

Dismissal For Economic Reasons and Due Process

Heung Jae Lee*

In case of a "Dismissal For Economic Reasons"(DER) where an employee may be removed from his work position without any fault on his part, the most critical issue is how to guarantee the procedural rights of an employee. It is constitutional mandate that an employee is entitled to the right of due process before being taken out of the job.

This paper attempts to overview the legal principles and practice in the major countries on this issue, and to suggest theories and principles to be applied under the Korean law.

The author argues that the provisions of Section 1, Article 27 of the Labor Standards Law should be interpreted so as to encompass both substantive legitimacy and procedural fairness. Therefore, regardless of whether the labor agreement or by law explicitly provides employee's rights to procedural fairness, a dismissal contravening Section 1, Article 27 of the Labor Standards Law is void *ab initio*.

He further argues that the duty of an employer to negotiate in DER is "general" and "conclusive" legal duty. The duty is general in nature because that the negotiation should cover all the relevant substantive issues. It is conclusive in the sense that a DER dispensing with such negotiation is totally invalid.

The author underscores that the standards applicable to the execution of this duty are much higher than ones generally required in the course of collective bargainings, i.e., "good faith."

Lastly, the author suggests that, although head-on statutory authorities are lacking, for the sake of employment security, requisites and procedures for the government involvement should be specified in detail. Great care should be taken in securing adequate tripartism, guaranteeing equal voices of the employer and employee.

* Professor of Law, Seoul Notional University