

부당해고 근로자의 임금 청구에 관한 연구 - 중간수입공제를 중심으로 -

A Study of the Back Pay of Unfairly Dismissed Employee
- centered to deduct the Interim Earnings -

이 우 진(Lee, Woo Jin)*

ABSTRACT

The case of unfair dismissal from work has been the major application of Korean Civil Law Article 538 paragraph two and there has been many discussions about if the dismissal is decided as invalid, then whether the profit employee has earned by taking another job while he was dismissed is considered as the subject of the reimbursement of Article 538 paragraph two. This study's point of view is that when Korea does not have relatively equal status of union-management relations like Germany or America and when it is hard to say that Korea has social agreement about deducting interim profit, we have to reconsider about the adopting the Japanese rule of allowing reimbursement only for those amount which exceeds the limit of shutdown allowance.

That is to say because Labor Standard Act Article 46 is about shutdown allowance, the purpose of this article is different from that of Civil Law Article 538 and therefore we can not apply both articles at the same time. As we have seen in the back pay rule, we have to decide the degree to which we have to relieve the victim that conforms the Principle of Equity and such degree differs depending on each country's situation.

Therefore this paper's point of view is that in the case of profit reimbursement of unfairly dismissed employees, we have to apply with care to seek protection of the employees who are economically weak.

Key Words: unfair dismissal, interim earnings, reimbursement, deduction

1. 서설

부당해고된 근로자를 구제하기 위한 수단으로는 크게 근로자의 원직복귀와 근로자가 받은 재산적 손해에 대한 배상을 그 예로 들 수 있을 것이다. 그중 후자에 있어서 문제 되는 것은 근로자가 받을 수 있었던 소급임금과 부당해고로 받은 정신적 고통 즉 위자료청구권을 인정할 것인가 하는 문제 등이 논의되고 있는데 특히 소급지급임금과 관련해서는 중간수입공제 의 여부가 논의의 중심이 되고 있다. 좀 더 자세히 살펴보면 대법원은 무효인 해고 기간 동안 노무제공을 할 수 없었던 근로자가 사용자로부터 해당 기

* 백석대 법정경찰학부 교수

간에 상응하는 보수지급청구권을 가지는 근거를 민법 제538조 제1항에서 찾고 있다. 문제는 근로자가 해고 기간 동안에 다른 직장에 취업하여 얻은 수입, 즉 중간수입이 있으면 이를 소급임금에서 공제할 수 있는가 하는 문제가 다투어지고 있는데, 대법원은 그 근거를 민법 제538조 제2항과 근로기준법 제46조의 휴업수당 규정에서 찾고 있다. 따라서 해고가 무효로 되어 근로자가 해고기간 중의 임금청구를 할 수 있는 경우에도 판례와 다수설은 근로자가 그 부당해고 기간 중에 다른 곳에서 일을 하여 얻은 수입이 있을 때에는 이를 민법 제538조 제2항¹⁾에 의해 상환할 의무가 있다고 한다. 다만 근로기준법 제46조와 관련해서 제한적으로 근로자의 중간수입공제를 인정하고 있을 뿐이다.²⁾ 따라서 이러한 경우가 민법 제538조 제2항이 적용될 수 있는 사례에 해당하는 것인지의 여부와 근로기준법 제46조를 근거로 한 판결의 논리가 타당한지의 여부 등이 검토되어야 할 것이다. 논의는 크게 3가지로 나누어진다. 즉 중간수입을 전액 공제하는 견해, 중간수입의 공제를 부정하는 견해, 휴업수당을 초과하는 금액의 범위에서만 공제하는 견해 등이다. 한편 이러한 분류는 절대적인 것이 아니고 편의상의 것임을 알려둔다. 즉 미국이나 독일에서도 중간수입공제에 대해 부정적인 입장이 전혀 없는 것은 아니나 중간수입을 전액공제하는 입장이 압도적이며 그러한 상황은 이미 정착한 것으로 판단되어 이러한 방식으로 분류하였다.

II 중간수입전액공제설

1. 미국

(1) 주요 내용

미국에서는 부당해고 근로자의 이익 상환 의무를 규정하고 있는 back pay제도³⁾가

- 1) 동조 동항은 “채무자는 자기의 채무를 면함으로써 이익을 얻은 때에는 이를 채권자에게 상환하여야 한다.”고 규정한다.
- 2) 근로기준법 제46조 제1항은 사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우에 사용자는 휴업기간 동안 그 근로자에게 평균임금의 100분의 70 이상의 수당을 지급하여야 한다는 취지의 규정이다.
- 3) 미국 back pay의 근거 규정으로, 노사관계법(National Labor Relations Act: NLRA) § 10(c) “노동위원회는 부당노동행위를 하였거나 하고 있다고 판단되면 당해 부당노동행위의 정지 및 back pay를 수반한 원직복귀 또는 back pay를 수반하지 않은 원직복귀를 포함한 적극적차별해소조치(affirmative action)를 행하도록 명하여야 한다.”는 규정, 1964년 민권법(Civil Right Act) Title VII “(피고)가 의도적으로 위법한 고용상의 행위를 행한 경우..., 법원은 그 행위를 금지할 수 있으며..., 적절하다고 생각되는 적극적차별해소조치를 명할 수 있다. 거기에는 backpay를 수반하거나 그렇지 않으면 수반하지 않은 피용자의 원직복귀 또는 채용,...또는 법원이 적절하다고 인정하는 다른 형평법상의 구제(equitable relief)등을 수반할 수 있다.”(42 U.S.C. § 2000e-5(g))는 규정, 고용에 있어서 연령차별금지법(Age Discrimination in Employment Act: ADEA)에서는 “이 법을 집행하기 위한 어떠한 소송에서도 법원은 이 법률

많이 논의되고 있다. 이 제도에서는 해고가 무효인 것이 확정되면 무효로 된 해고기간 동안에 근로자가 받을 수 있었던 임금을 소급지급 받게 되는데 이때 근로자가 부당해고 기간 동안 타 직장에서 벌었거나 벌 수 있었던 금액은 사용자에게 상환하게 하고 있다. back pay제도의 법적 성질에 대하여는 원상회복의 한 형태로 파악하는 견해⁴⁾와 손해배상청구권으로 파악하는 견해⁵⁾가 있으며, back pay의 산정과 관련하여 이른바 중간수입공제의 문제, 이자의 지급 여부⁶⁾, 실업수당의 공제 여부⁷⁾ 등이 중요한 문제로 다루어지고 있다. 이하에서 미국의 back pay제도상의 근로자의 중간수입공제에 대하여 좀 더 구체적으로 살펴보기로 한다.

부당노동행위 발생 시 미국노동위원회(NLRB)의 기본적인 구제방침은 부당노동행위가 없었다면 근로자가 있어야 할 상태에 있도록 하는 것이다. 이러한 경우에는 근로자가 해고당하지 않았더라면 가졌을 모든 권리와 이익과 함께 원직복귀(reinstatement)가 이루어지고, 이자가 붙은 소급지급임금(back pay)이 재정된다고 한다.⁸⁾ 따라서 back

의 목적을 달성하기 위하여 적절하다고 생각되는 common law상 또는 equity상의 구제(legal or equitable relief)를 주는 권한을 가진다. 여기에는 출소기한의 제한이 없고, 고용·원직복귀·승진을 명령하는 판결, 미지급의 임금(unpaid wages)이라고 인정된 금액에 대한 책임이행이 포함된다.”(29 U.S.C. § 626(b).)는 등의 규정들이 있다.

- 4) Robinson v. Lorillard Corp., 444 F.2d 791, 802 (4th Cir. 1971); Harkless v. Sweeney Ind. School Dist., 427 F.2d 319, 324 (5th Cir. 1970); EEoc v. Detroit Edison Co., 515 F.2d 301, 308 (6th Cir. 1975). 이들 법원들은 피차별자를 부당한 차별이 없는 정당한 경제적인 지위로 회복시키기 위해서 back pay를 원상회복으로 다루었다. 이상은 Matthew F. Davis, "Beyond the Dicta: The Seventh Amendment Right to Trial by Jury under Title VII", 38 Kansas Law Review, (Summer 1990), p. 1019 참조.
- 5) 원상회복(restitution)은 원고에게 적당한 보상 없이 피고가 부당하게 이득을 얻은 경우에 요구되는 것이다. 그런데 피고용자가 부당하게 해고당한 경우에 사용자는 이익을 얻지 않는다. 따라서 back pay를 받음으로써 피고용자는 그가 계속 고용되었다면 받을 수 있었던 임금과 부가급부에 대한 전보배상(compensation)을 받는 것이다. 이상은 Robret L. Strayer II, "Asserting the seventh amendment: An argument for the right to a jury trial when only back pay is sought under the americans with disabilities act", 52 Vanderbilt Law Review, (April 1999), p. 825 참조. Matthew F. Davis, op.cit., p. 1020도 같은 뜻.
- 6) 미국에서 back pay에 이자를 지급하기 시작한 최초의 사건은 Isis사 사건(Isis Plumbing & Heating Co., 138 NLRB 716 (1962))이라고 한다. Wesley M. Wilson, Labor law handbook, (The bobbs-merrill company, inc., 1963), p. 144. 이 사건에서 피고는 원고에게 지급하여야 할 소급지급임금(backpay)에 대하여 이자를 지급하는 것으로 하고, 그 이자는 연 6%의 비율로 산정하고, Woolworth산정기준을 사용하여 미지급기간 중 曆年으로 4분기로 나누고 각 분기마다 해당되는 것이며, 노동위원회의 명령이 응낙될 때 까지 계속 적용하도록 한다고 실시하였다.
- 7) 실업수당과 같은 사회적 급부는 back pay로부터 공제하여야 할 “중간수입”이 아니라고 한다. Brown v. A.J. Gerrad Mfg. Co. (11th Cir. 1983). 그럼에도 불구하고 해고된 근로자에게 원직복귀와 back pay를 裁定하는 경우에 중재인들은 근로자가 지급받는 백 페이(back pay) 재정에서 사용자에게 실업수당의 상환을 인정하는 경우가 있다고 한다. 이러한 경우에 공제의 조건으로서 사용자의 행정기관에 대한 실업수당상환이 필요하다고 한다. John G. Adam, "Deduction of Unemployment Compensation Benefits from back pay Awards", Labor Law Journal v. 49 no. 2(February 1998), p. 844. 참조. 그러나 미연방대법원과 NLRB는 back pay 재정으로부터 실업수당을 공제하지 않고 있다. John G. Adam, op.cit., p. 846 이하 참조.
- 8) Alvin L. Goldman, Labor and Employment Law in the United States(Kluwer Law International, 1996), p. 183.

pay란 부당한 대우로 인하여 —통상 해고로 인하여— 근로자가 일할 수 없었던 기간 동안에 근로자가 얻을 수 있었던 임금을 말한다고 정의할 수 있을 것이다.⁹⁾¹⁰⁾ 또한 back pay는 부당대우기간 동안에 근로자가 노무를 유효하게 제공할 수 있었어야 하며 근로자가 다른 직장을 찾기 위하여 노력함으로써 손해액을 줄이려고 성실하게 노력한 경우에만 당해 근로자에게 지급할 의무가 인정된다고 한다.¹¹⁾

한편 Title VII의 § 706(g)¹²⁾에서는 법원이 승소한 원고에게 back pay 지급을 명할 수 있으나 그 지급액에 어느 정도 제한이 있다는 것을 명정하고 있다. 즉 “차별대우 당한 근로자가 중간수입을 얻었던 경우나 상당한 노력으로 대가를 얻을 수 있었던 경우에는 back pay를 감소시킬 수 있다.” 고 규정한다. 이에 대하여 근로자에게 손해액 경감의무를 부과하고 있다는 견해가 있다.¹³⁾ 그러나 미국노동위원회는 사용자가 NLRA § 10(c) 상의 back pay지급을 계산하는 경우에, 근로자에게 배상액을 경감시킬 것을 요구하여 왔고, 근로자가 벌었거나 벌 수 있었던 수입을 back pay에서 사용자에게 상환하게 하여 왔다.¹⁴⁾ 판례도 Phelps Dodge Corp v. NLRB, 313 U.S. 177, 61 S.Ct. 845, 85 L.ED. 1271 (1941)에서 근로자에게 손해액의 경감의무¹⁵⁾를 부담시켜 그가 부당해고기간동안 벌었던 중간수입 뿐만 아니라 벌 수 있었던 수입도 back pay에서 공제하여야 한다고

9) Bennet-Alexander/Hartman, Employment Law For Business(Irwin Mcgraw Hill, 2001), p. 85 참조. 이 외에도 back pay는 다양한 의미로 사용되고 있다. 부당해고기간동안에 근로자가 지급받을 수 있었던 소급임금자체를 의미하거나 그러한 소급임금을 지급하게 하는 것을 의미한다고 하는 견해(田中英夫, 英米法辭典(東京大學出版會, 2000), 83頁), 미지급 임금의 소급지급금을 의미하는 경우에는 백페이(backpay)로 표현하고 미지급 임금의 소급지급행위를 의미하는 경우에는 백 페이(back pay)로 표현하여야 한다고 주장하는 견해(稻垣正明, 労働法研究—バック・ペイ 利息裁定その他, (啓文社, 1987), 2頁), back pay는 근로자가 사용자의 부당해고가 없었더라면 얻을 수 있었던 수입을 말한다고 하는 견해(정진경, “미국에서의 부당해고의 사법적 구제수단에 관한 연구”, 노동법학 10호(한국노동법학회, 2000. 08), 311면), 또한 백페이 재정(back pay award)이란 특정의 고용기간동안에 발생한 근로자의 임금상승분을 근로자가 지급받지 못한 경우, 근로자는 그 임금 증가분에 대한 법적 권리가 있으므로 소급적으로 근로자에게 지급되어야 한다고 사법기관이나 준 사법기관에 의해 내려진 재정을 의미하며 고용상의 차별대우로 인하여 피해고자가 입은 경제적 손실을 전보하기 위하여 백페이 재정이 행해질 수 있다고 하는 견해(West's Encyclopedia of American Law v.1, 2nd ed(Gale Group, 2005), p. 433 참조; Black's Law Dictionary, 6th ed(West Publishing Co. 1990), p. 138도 같은 취지)등이 있다. 이 글에서는 back pay를 부당해고근로자에 대한 소급지급임금으로서의 의미에 주로 초점을 두고 논의를 전개하고자 한다.

10) 또한 표기방법도 back pay, backpay, back pay, BackPay 등으로 쓰이고 있으나 여기서는 back pay로 표기하고자 하며, 다만 인용부분에서는 원문에 따라 표기하도록 한다.

11) Alvin L. Goldman, op.cit., p. 183.

12) 법전화하면서 42 U.S.C. § 2000e-5(g)(1)로 되었다.

13) Cihon/Castagnera, Employment and Labor law, 4th ed(Thomson Learning, 2002), p. 158.

14) Cihon/Castagnera, op.cit., p. 491참조.

15) 원고의 손해경감의무(mitigation obligation)는 해고 전의 직무와 매우 상이한 직무를 탐색하거나 수용할 것을 요구하는 것은 아니라고 한다. Ford v. Nicks, (6th Cir.1989). 그러나 반드시 유사한 직무로부터 얻은 이익을 “back pay를 감소시키는 중간수입(interim earnings)”으로서 요구하는 것도 아니므로 전혀 다른 직종으로부터 얻은 수입도 피고의 총back pay에서 상환될 것이라고 한다. Player/Shoben/Lieberwitz, Employment Discrimination Law-Cases and Materials, 2d ed(West Publishing Co. 1995), p 751.

판시하였다.¹⁶⁾ 또한 back pay의 계산시 근로자가 다른 직장을 찾는데 든 비용 등도 고려하여야 한다고 한다. 따라서 근로자는 차별대우로 인한 고용상의 손실이 있는 경우에 당해 근로자가 벌 수 있었던 금액과 같은 총금액을 지급받아야 하는데 이 총소급지급 임금액(Gross back pay)과 그 기간 동안 다른 직장에서 실제로 번 금액 즉, 중간수입에서 해고기간동안 다른 직장을 모색하고 취직하는데 든 비용을 공제한 금액(Net interim earnings)과의 차액이 근로자가 지급받아야 할 금액이라고 한다.¹⁷⁾ 반면 원고가 part-time근로 등 겸업을 통해 얻은 수입은, 피고의 직장에서 일하면서도 벌 수 있었던 것인 한, back pay에서 공제되지 않는다고 한다.¹⁸⁾

한편 부당해고당한 근로자가 다른 직장에서 벌었거나 벌 수 있었던 수입은, 부당노동행위 위반 이후 3개월마다 back pay에서 공제된다고 한다.¹⁹⁾ 이러한 방식을 이것이 최초로 채용된 사건명을 따라서 Woolworth방식이라고 부른다고 한다.²⁰⁾ 이것은 다른 직업에서 부당해고자가 더 많은 수입을 올리는 경우에는 중간수입상환의 원칙의 결과, 결국 사용자의 책임을 감소시킨다는 희망을 가지고 부당해고 근로자에 대한 원직복귀의 제공을 지연시키려는 사용자의 의도를 감소시키기 위한 것이라고 한다.²¹⁾ 그러나 원래는 기간마다 계산하는 방식이 아니었으며 해고의 전 기간 중의 총back pay에서 純중간수입(중간수입-새로운 직장과 관련된 비용)을 공제하였었다고 한다.²²⁾ 이렇게 1년을 4분기로 나누어서 back pay를 계산하는 방식은 후술하는 독일의 소수설인 “기간비례공제방식”과 일맥상통하는 것이라고 판단된다.

한편 사용자는 지리적으로 합당한 지역 내에 피고용자가 해고되었던 직장과 급여, 책임, 기회, 지위의 점에서 실질적으로 동등한 직무가 존재하는 점 및 피해자가 이와 같은 직무를 상당한 노력으로 찾지 아니한 점 등에 대해서 입증책임을 부담한다고 한다.²³⁾

16) 이 판결은 Cox/Bok/Gorman/Finkin, Labor Law - Cases and Materials, 13th ed(The Foundation Press, Inc. 2001), pp. 250-253 참조.

17) Player/Shoben/Lieberwitz, op.cit., p. 751 참조. 다시 말하자면 총back pay-중간이득에서 새로운 직장유지와 관련된 비용을 제한 금액=근로자가 지급받아야 할 순back pay(net back pay due)금액이라고 한다.

18) Gaworski v. ITT Commercial Finance Corp., 17 F.3d 1104, 1111(8th Cir. 1994); Naton v. Bank of California, 649 F.2d 691(9th Cir. 1981). 이상은 Player/Shoben/Lieberwitz, op.cit., pp. 751-752에서 재인용.

19) Alvin L. Goldman, Labor and Employment Law in the United States, Kluwer Law International, 1996, p366 참조.

20) F.W. Woolworth Co., 90 NLRB 289 (1950). 道幸哲也, “美國におけるベックペイ法理の展開(上)”, 判例タイムズ No. 380, 1979, 12頁 참조.

21) Alvin L. Goldman, op.cit., p183.

22) Pennsylvania Greyhound Lines, Inc., 1 NLRB 1 (1935). 道幸哲也, 前掲論文, 12頁에서 재인용.

23) Mack A. Player, op.cit., p. 221.

(2) 檢討

미국의 back pay지급제도는 부당해고당한 근로자의 구제와 부당노동행위 억제에 양 기능을 수행하는 것으로 보인다. 그 지급을 근로자는 잃은 것에 대한 보상으로서 인식하고, 사용자는 재정적인 제재(penalty)로서 인식한다고 한다.²⁴⁾ 즉, 사용자는 노무급부를 제공받는 것 없이 노무급부에 대한 대가를 지불할 것이 요구된다. 이 벌금이 부당노동행위의 효과적인 억제책이 되기에는 너무 작다는 견해가 있다.²⁵⁾²⁶⁾ 한편 중간수입공제에 대해서는 back pay구제책이 사용자의 불법행위를 저지하기 위해 고안되었다면 근로자가 다른 직업에서 얻었거나 얻을 수 있었던 수입을 공제할 이유가 없을 뿐 아니라 부당노동행위에 대한 억제적 효과를 대부분 희석시킨다는 비판이 있다.²⁷⁾

이상에서 검토해 본 것과 같이 미국에서는 근로자의 중간수입공제에 대해서 비판적인 입장도 일부 존재하고 있다고 파악된다. 그러나 back pay에서 중간수입공제를 허용하고 있는 실무를 비판하는 견해들이 존재하지만 미국에서도 근로자의 이익상환 의무는 구체적인 방식이 문제될 뿐 이미 확립된 이론이라고 보아야 할 것이다. 또한 미국에서는 부당노동행위 발생시 징벌적손해배상²⁸⁾이 인정되고 그 구제수단도 다양하며 근로자가 새로운 직장을 구하고 유지하는 데 든 비용은 소급임금산정시에 고려되는 등 우리와는 사정이 다르다는 것에 주목하여야 한다. 결국 back pay문제를 다루는데 있어서 중요한 것은 형평의 원칙상 근로자의 “회복”의 실현이 어느 정도까지 인정될 수 있느냐 하는 것이 논의전개의 초점이 되어야 할 것이라고 여겨진다. 따라서 노동환경이 미국과 다른 우리나라에서 사회적 여건의 차이를 고려하지 않은 채 미국식의 back pay 제도를 그대로 도입하는 것은 무리가 있다고 생각한다.

24) Cox/Bok/Gorman/Finkin, op.cit., p. 254.

25) *Id.*

26) 이러한 제도적 기능에 대하여는 견해를 달리하고 있는 판결이 있다. 즉 전술한 Isis사건에서는 “피용자에게 시인된 Backpay란 피신청인의 부당노동행위의 결과로서 피용자가 잃은 임금이라고 생각된다. 당위원회가 피신청인에게 과한 벌금(fine)내지 제재(penalty)가 아니다. 소급지급임금은 법에 의해 부과된 채무로부터 발생한 부담이며 법에 규정된 노사관계에 부수하여 準契約(quasi contract)에 기초한 의무이다.” 라고 보고 있는 것이다.

27) Cox/Bok/Gorman/Finkin, op.cit., p. 254.

28) 42 U.S.C. § 1981a(a)(1)에서는 “의도적 차별대우(intentional discrimination)”의 경우에 전보적 손해배상과 징벌적 손해배상이 허용된다는 것을 정하고 있으며, 42 U.S.C. § 1981a(b)(1)에서는 징벌적 손해배상은 사용자의 행위가 연방정부에 의해 보호되는 근로자의 권리에 대하여 악의적(malicious)이거나 무모하게 무시(reckless indifference)할 때 허용된다고 한다.

2. 독일

(1) 주요 내용

독일 민법 제615조에 의하면 노무청구권자가 노무의 수령을 지체한 경우에 노무제공 의무자는 그 지체로 인하여 급부하지 못한 노무에 대하여 약정된 보수를 노무청구권자에게 청구할 수 있다. 하지만 그가 노무급부의무를 부담하지 않음으로 인하여 절약한 비용²⁹⁾ 또는 자신의 노무를 달리 사용함으로써 취득한 이익³⁰⁾ 나아가서 고의로 취득하지 아니한 이익³¹⁾은 약정된 보수에서 공제된다. 이것은 수령지체로 인하여 노무급부의무자가 경제적으로 유리해지거나 불리해지지 않도록 하여야 하기 때문이라고 한다.³²⁾

한편 독일부당해고보호법(KSchG) 제11조에 의하면, 근로자와 사용자 사이의 고용관계가 사용자의 해고에도 불구하고 판결에 의하여 지속되었던 것으로 확인될 경우, 근로자는 사용자에게 해고 후 받지 못한 보수를 사용자에게 대하여 청구할 수 있다. 그 보수를 받는 근로자는, 해고 기간 동안 노무를 달리 사용하여 취득한 이익, 고의로 포기한

29) 절약된 비용과 노무급부 사이에는 차비, 작업복에 대한 지출과 같이 직접적인 관련이 있어야 한다고 한다. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 4. Aufl.(C. H. Beck, 2005), § 615 Rn. 68 참조(이하에서는 Münchener Kommentar를 MünchKomm으로 약칭한다).

30) 근로계약이든, 독립적인 고용계약이든, 단순한 호의관계(Gefälligkeitsschuld)이든 어떠한 관계에 의해서 자신의 노무를 달리 사용하게 되었는지 상관없다. MünchKomm, § 615 Rn. 68. 그러나 근로자가 노무의 이행 중에도 퇴근한 후에 취득할 수 있었을 부수입은 공제하지 않는다고 한다. MünchKomm, § 615 Rn. 69.

31) 고의의 의미에 대하여, 취업가능성에 대한 사용자의 기대가능성과 임금지급의무를 인지하고 있음에도 불구하고, 그러한 가능한 취업을 하지 않았거나 자신에게 이런 일이 제공되는 것을 방해했다고 신의칙상 비난할 수 있는 경우에 노무급부의무자는 고의적으로 행동하는 것이라고 하며 고의의 요건으로 가해의도를 요구하지 않는다고 한다. MünchKomm, § 615 Rn. 74; Spirolke, Der-bßswillig unterlassene-anderweitige Erwerb I. s. der § 615 BGB, § 11 KSchG, NZA 2001, 711. 특히 문제가 되고 있는 것은 노무급부의무자가 구직자(Arbeitssuchende)로 등록을 해야 하는지가 논란이 되고 있다. 즉 노무급부의무자가 실업수당을 신청하는 것만으로도 충분하다고 하는 견해가 있다. MünchKomm, § 615 Rn. 75 참조. 반면 노동시장에서 근로행위를 이행하겠다는 구직자로서의 각오를 노동청에 신고를 통해 알리지 않는 사람은 구체적인 고용 제안이 이루어지는 것을 고의적으로 회피한 것이라고 하는 견해로는, Spirolke, a.a.O., S. 711; Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht-Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen(C. H. Beck, 2004), KSchG § 11 Rn. 23(이하에서는 Kündigungsrecht로 약칭한다); Dieterich/Preis/Möller-Glöge/Schaub, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 51, 4. neu bearbeitete Aufl.(C. H. Beck, 2004), KSchG § 11 Rn. 10 참조(이하에서는 Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht를 Erfurter Kommentar로 약칭한다). 그러나 소송실무에서는 피고용자의 고의적 회피를 입증하는 것이 사용자에게는 거의 성공되지 않는다고 한다. Spirolke, a.a.O., S. 711; Kündigungsrecht, KSchG § 11 Rn. 23. 한편 피고용자에게 요구되는 이러한 의무가 기존의 직무보다 더 적은 가치의 직무를 맡아들일 것을 요구하는 것은 아니며 가치판단의 기준으로는 노무시간, 노무의 장소, 노무의 위험도나 사회급부의 규모 등이 고려될 수 있다고 한다. MünchKomm, § 615 Rn. 76 참조.

32) MünchKomm, § 615 Rn. 61.

이익 등을 상환하여야 한다.³³⁾³⁴⁾ 그런데 여기서 주목하여야 할 것은 동조는 근로자가 절약한 비용³⁵⁾에 대해서는 상환하게 하고 있지 않다. 1951년의 정부 초안에서는 절약한 비용의 상환의무를 규정하였으나 입법과정에서 근로자의 보호를 위하여 삭제하였다고 한다.³⁶⁾ 한편 동조의 목적은 근로자가 해고구제소송에서 승소할 경우에 고용관계가 중단 없이 이어졌을 때와 보수가 같도록 하기 위함이라고 한다.³⁷⁾ 즉 근로자가 경제적으로 더 유리하거나 불리해지지 않도록 하기 위한 것이라고 한다.³⁸⁾ 그런데 여기서 주목하여야 할 점이 독일은 우리와는 달리 이익상환에 대한 규정이 매우 다양하다는 것이다. 즉 채무자의 이익 상환에 대하여 규정하고 있는 독일민법 제326조 제2항, 임대인의 이익상환을 규정하고 있는 동법 제537조 제1항, 수급인의 이익상환에 대하여 규정하고 있는 동법 제649조 등이 있다. 이 규정들로 미루어 볼 때 독일에서는 계약 당사자 중 어느 일방이 계약이 이행되었을 때보다 더 유리한 지위에 있어서는 안 된다는 공평의 관념이 지배하고 있다고 보아야 할 것이다.

한편 독일에서는 근로자가 부당해고기간동안 노무를 달리 사용하여 다른 직장에서 얻은 이익을 공제하는 계산 방법으로 총괄산정방식과 기간비례공제방식의 두 가지가 있다.³⁹⁾ 독일 판례는 전자의 방식을 채택한⁴⁰⁾ 이래 약 100년에 걸쳐 그 태도를 유지하고 있다고 한다.⁴¹⁾ 독일의 다수설과 판례가 취하고 있는 총괄산정방식의 논거는 근로자

33) 이 외에 실업으로 인하여 사회보험, 실업자 보험, 실업구호금이나 사회빈민구제를 통해 해고 기간 중에 취득한 것도 상환 대상으로 하나, 이들은 사용자가 보수에서 공제하여 그 제공 기관에 지불하도록 되어 있다.

34) 독일에서는 이러한 이익의 상환에 대하여 사회적 합의가 확립된 상황이라고 하겠다. 이러한 독일의 상황에 대하여 유념할 것은 독일의 노사관계가 비교적 일대일의 대등한 관계로 정립되어 있다는 점이다. 따라서 이익 전액 상환의 문제는 독일의 상황에서는 당연한 것으로 받아들여지고 있는 것이라고 하겠다. 하지만 우리에게선 적어도 이러한 사회적 합의와 그 전체로서의 대등 노사관계가 없음에도 독일처럼 해석하는 것에는 신중을 기하여야 할 것이다.

35) 그러한 비용으로는 출퇴근 비용, 근무복의 세탁비 등이 있을 수 있다.

36) MünchKomm, § 615 Rn. 65; Kündigungsrecht KSchG § 11 Rn. 31.

37) Kündigungsrecht, KSchG § 11 Rn. 2.

38) A.a.O.

39) 가령 사용자와 피고용자 사이에 고용계약이 체결되었는데 월 5,000 Euro의 보수가 약정되었다고 하자. 사용자는 피고용자를 부당해고하여 2010년 1월 1일부터 4개월간 수령지체에 빠졌다고 가정하자. 첫 번째 3개월 동안에, 피고용자는 자신의 노무를 달리 사용하여 얻은 수입이 없었으나 4번째 달에 피고용자는 8,000 Euro의 중간수입을 얻었다고 하자. 이때 독일연방노동법원이 채택하고 있는 총괄산정원칙을 기초로 한다면, 수령지체의 네 번째 달에 획득한 8,000 Euro는 수령지체 전체기간동안 그가 받을 수 있었던 20,000 Euro에서 공제되어야 한다. 즉 피고용자에게는 12,000 Euro상당의 임금지불청구권만이 성립하게 되는 것이다. 이에 반해 기간비례산정(Anrechnung pro rata temporis)방식에 기초한다면, 사용자가 수령지체한 네 번째 달에 획득한 8,000 Euro는 그 달에 해당하는 임금 5,000 Euro의 보수하고만 관계되기 때문에 이 기간에 피고용자의 보수청구권은 배제된다. 피고용자는 이전의 3개월의 보수에 대해 청구할 수 있으며 이 기간 동안에는 중간수입이 없었기 때문에 각 5,000 Euro의 보수청구권을 갖는다. 따라서 피고용자는 수령지체 기간에 대하여 사용자에게 15,000 Euro상당의 보수지급청구권을 가질 수 있다고 한다. 이상의 예는 Boecken, a.a.O., S. 3218 f.참조.

40) 이러한 방식을 채택한 판결이 RGZ 58, 402ff(1904년 7월 12일)이다.

41) Boecken, Berücksichtigung anderweitigen Erwerbs gem. § 615 S. 2 BGB, NJW 1995, 3218.

는 계약이 이행되었을 때 보다 경제적으로 더 유리해지거나 불리해지지 않아야 한다는 것이다.

(2) 檢討

이상에서 살펴본 바와 같이 독일에서는 불능급부채무자의 이익상환 의무에 대하여 여러 곳에서 규정하고 있으며 이를 당연한 법리로 받아들이고 있는 것으로 판단된다. 즉 독일에서는 불능급부채무자의 이익상환 의무에 대하여는 사회적 합의가 굳게 이루어져 있는 상황이기 때문에 여기에는 제기되는 반론도 거의 없는 실정이다. 따라서 그러한 법리의 타당성은 이미 독일에서는 확실히 정립된 개념으로 보아도 좋을 것이고 이러한 경향은 부당해고근로자의 타 직장에서 얻은 이익의 상환 문제에 있어서도 마찬가지다. 즉 판례와 학설은 그 이익의 전액을 공제하는 태도⁴²⁾에서 벗어나지 않고 있다. 그러나 우리의 경우, 이러한 사회적 합의가 없기 때문에 독일의 해석론을 그대로 받아들이는 것은 문제가 있을 수 있다.

또한 이상의 규정에서 인정되는 이익 상환의 법리는 각각의 경우에 계약당사자 중 어느 일방이 경제적으로 더 유리해지거나 불리해지지 않도록 하기 위하여 이익 상환의 법리를 적용하고 있다는 공통점이 있다.⁴³⁾

3. 한국

과거 우리나라에서는 부당해고근로자가 다른 직장에서 얻은 중간수입을 소급지급임금에서 전액 공제하여야 한다는 중간수입전액공제설의 입장은 존재하지 않았으나 근래에 이러한 견해가 나타나고 있다.

즉 해고의 정당성을 다룰 때 불법행위로 이론 구성하여 근로자에 대한 적절한 보상을 하도록 하고 현재의 중간수입공제에 있어서의 휴업수당에 의한 한계설정과 같은 제한을 없애고 중간수입의 전면공제 및 채무자의 손해경감의무를 인정하며 근로자가 해고에 일정한 기여를 한 경우에는 소급임금을 산정함에 있어 이를 근로자의 과실로서 상계함으로써 사용자의 책임에 맞는 합리적인 손해액을 산정할 수 있는 길을 열어야 한다는 견해가 있다.⁴⁴⁾

또한 현행 근기법 제46조는 휴업수당을 평균임금의 70%로 정하고 있으나 휴업수당

42) 총괄산정방식이든 기간비례산정방식이든

43) Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch(C. H. Beck, 2003), § 326 Rn. 20에서는 독일민법 제326조 제2항, 제537조 제1항, 제615조 제2문, 제649조 제2문 등은 손해배상액에 대한 권리에 있어서 손익상계의 금액에 대해서는 채무자가 원래의 계약이행시 보다 더 유리한 입장에 놓이지 않도록 하여야 한다는 점을 지적하고 있다.

44) 정진경, “부당해고의 사법적 구제와 관련한 새로운 입론”, 노동법연구 제30호(2011), 서울대노동법연구회, 168면.

액을 전액으로 올리고 휴업수당의 요건인 “사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우”를 “사용자의 귀책사유로 근로를 제공할 수 없는 경우”로 개정하여 경영장애 및 해고기간의 임금 등 사용자의 귀책사유로 인한 근로제공 불능의 모든 경우를 포섭할 수 있도록 해야 하고, 그럼으로써 근로기준법 제46조와 민법 제538조의 충돌을 피할 수 있을 것이라는 주장이 있다.⁴⁵⁾ 동 견해는 나아가 사용자의 귀책사유로 근로를 제공하지 못하는 기간 동안 근로자가 다른 사업장에서 근로를 제공한 경우 또는 사회보장급여를 지급받은 경우 그 금액은 사용자가 지급해야 할 임금에서 공제하도록 근로기준법에서 명시해야 한다고 주장한다.⁴⁶⁾

III 휴업수당관련설

1. 일본

(1) 序

일본민법 제536조 제2항 본문은 채권자의 책임으로 인하여 이행불능이 발생한 경우에는 채무자는 반대급부를 받을 권리를 잃지 않는다고 규정하고 있으며 동항의 단서는 채무자가 자기의 채무를 면함으로 인하여 이익을 얻은 경우에는 그것을 채권자에게 상환하여야 한다는 취지를 규정하고 있다. 그런데 일본민법 제536조 제2항의 대부분의 적용례가 부당해고 근로자의 임금청구와 관련되어 있다. 즉 일본에서 임금을 둘러싼 법적 분쟁에 있어서 지금까지 가장 많이 활용되어 온 법 규정이 일본민법 제536조 제2항이라고 하며⁴⁷⁾, 특히 해고가 재판에 의해 무효로 된 경우에는 해고시부터 판결기준시(구 두변론종결시)까지의 기간, 즉 해고기간의 임금에 대해서는 민법 제536조 제2항에 의한 처리가 판례상 확립되어 있다고 한다.⁴⁸⁾ 그리고 근로자가 해고기간 중에 다른 직장에서 얻은 임금은 자기의 채무를 면함으로 인하여 얻은 이익으로서 해고기간중의 임금채무에서 공제할 수 있다고 한다.⁴⁹⁾ 단 일본의 판례는 노동기준법 제26조를 적용하여 중간수입의 공제의 한도액은 해고기간 중에 일시금 등을 포함해서 얻을 수 있었던 임금에서 평균임금의 6할을 제외한 나머지 액으로 한다.⁵⁰⁾ 이러한 입장이 일본에서의 처리방식이며 우리나라는 일본의 입장을 그대로 수용한 것으로 판단된다.

45) 조성혜, “해고기간의 임금과 기타 수입의 공제”, 노동법학 제32호(2009.12), 553면 이하.

46) 조성혜, 상계논문, 554면.

47) 盛誠吾, “賃金と労働時間”, 講座21世紀の労働法 第5卷(日本労働法學會, 2000), 76頁.

48) 本久洋一, “違法解雇の效力”, 講座21世紀の労働法 第4卷(日本労働法學會, 2000), 205頁.

49) 本久洋一, 上掲書, 205頁.

50) 上掲面.

(2) 학설과 판례의 동향

한편 부당해고근로자가 해고기간동안 다른 직장에서 얻은 이른바 중간수입에 대해서는, 이러한 이익이 일본민법 제536조 제2항의 상환되어야 할 이익에 해당하지 않는다고 하는 견해⁵¹⁾와 상환되어야 할 이익에 해당한다고 하는 견해가 대립하고 있다. 후자는 다시 근로자가 얻은 중간수입은 전액 상환되어야 한다고 주장하는 견해⁵²⁾, 중간수입상환을 원칙적으로 긍정하면서 일본노동기준법 제26조⁵³⁾에 따라 그 상환의 범위가 확일적으로 평균임금의 40%로 한정되는 것으로 하고 있는 휴업수당관련설⁵⁴⁾, 중간수입공제의 여부를 노동위원회의 재량에 맡기고자 하는 견해로서 일반적으로는 중간수입공제는 긍정되어야 하지만 경우에 따라서는 사용자에게 전액 백페이를 명하는 것도 가능하다고 하는 견해⁵⁵⁾등이 있다.

판례는 最3小判 1962(昭和 37). 9. 18 民集 16卷 9号 1985頁(美軍調達部東京支部事件)에서 처음으로 중간수입을 공제할 것을 명시하였다고 한다.⁵⁶⁾ 이후 일본최고재판소 전원합의체판결⁵⁷⁾에서도 중간수입공제가 인정되었다.

중간수입공제의 범위와 관련하여 예시적으로 인용되고 있는 최고재판소판례로는 “あ

51) 자기의 채무를 면함으로써 얻은 이익이란 채무의 면제 자체를 원인으로 해서 생긴 이익을 가리키는 것이며, 채무면제와는 상당인과관계를 가지지 않는 이익인 다른 고용으로부터 얻은 중간수입은 여기에 해당하지 않는다고 하는 견해로는 末川博, 契約法 上(岩波書店, 1958), 102頁 참조. 사용자의 귀책사유에 의해 노무공급 불능으로 된 경우, 노동자의 노동급부 의무는 소멸하고 노동자는 어디에서 일하여 수입을 얻더라도 자유이며, 그 상환의무를 부담하지 않는다고 하는 견해로는 木村五郎, “バックペイと中間収入の控除: あけぼのタクシー事件”, ジュリスト臨時増刊910號, 昭和62年度 重要判例解説(1988. 06), 223頁 참조. 해고기간 중 다른 사용자로부터 취직하여 수입을 얻은 자만이 백페이를 감액하고, 그 동안 아무것도 하지 않고 지낸 자는 임금상당액 전액을 지급받는 것을 법이 인정하는 것으로 되는데, 이러한 점들을 합리적으로 설명하는 것은 어려우며 또한 단적으로 이와 같은 것이 일국의 법정책으로서 채용되어도 좋은지 危懼된다고 하는 견해로는 淺井清信, “賃金遡及支給と中間収入控除” 季刊労働法 47号(1967), 4頁 이하 참조.

52) 山口定男, “バックペイからの中間収入控除の要否, : 京都淡路交通事件”, 最高裁労働判例: 問題点とその解説, 第10卷(1991, 03), 163頁 이하 참조.

53) 일본노동기준법 제26조[휴업수당] 사용자의 책임으로 돌아가야 할 사유에 의한 휴업의 경우에는 사용자는 휴업기간중 당해노동자에게 그 평균임금의 100분의 60이상의 수당을 지급하여야 한다.

54) 我妻榮, 債權各論 上(岩波書店, 1954), 112-113頁 참조; 小宮文人, “解雇期間中の賃金と中間収入”, ジュリスト 別冊 165號: 労働判例百選 第7版(2002. 11), 181頁. 한편 이러한 견해는 일본 판례의 입장이기도 하다.

55) 坂本宏志, “バックペイと中間収入の控除”, ジュリスト 増刊: 労働法の争点(2004, 12), 59頁; 下井陸史, 労働法(有斐閣, 2003), 231-232頁.

56) 稻垣正明, 前掲書, 12頁; 道幸哲也, “バックペイ法理の再検討”, 季刊労働法148号(1988, 07), 31頁 등 참조.

57) 最大判 1977. 2. 23 勞判 269号 14頁(第二鳩タクシー事件). 이 사건의 다수의견은 부당해고 근로자가 해고기간동안 다른 곳에서 일하여 얻은 수입을 공제하지 않는 것은 실제손해의 회복 이상의 것을 사용자에게 요구하는 것으로서 부당하다고 본다.

けぼの택시 사건”⁵⁸⁾이 있다. 동 판결은 일본노동기준법 제26조의 휴업수당의 범위를 초과하는 부분에 대해서만 공제가 가능하다고 실시하고 있다.

(3) 검토

일본은 이러한 판례의 태도에 관하여 학설이 대립하고 있다. 즉 중간수입공제 자체에 대해 반대하고 있는 견해들⁵⁹⁾이 있는 반면 복잡한 법률문제에 대해 간명한 처리기준을 제시한 창조적 해석으로서 지지할 만 하다고 하여 현재의 판례의 태도에 찬성하는 견해도 있다.⁶⁰⁾ 그러나 비록 판례가 중간수입공제를 그들의 노동기준법 제26조와 관련하여 평균임금의 6할을 초과하는 금액만을 공제하는 것으로 하고 있지만, 중앙노동위원회를 비롯한 많은 지방노동위원회에서는 전술한 “제2비둘기 택시사건” 이후에도 대부분이 back pay의 전액지급을 명하고 있으며 부당해고근로자의 타 직장에서 얻은 이익의 상황을 인정하고 있지 않다고 한다.⁶¹⁾ 이러한 상황은 노동위원회조차 판례의 입장을 그대로 인용하고 있는데 불과한 우리에게 시사하는 바가 많다고 생각한다. 그렇지만 일본에서는 해고가 재판에 의해 무효로 된 경우에 민법 제536조 제2항과 근로기준법 제26조에 의하여 처리한다는 것이 판례상 확립되어 있다고 보아야 할 것이다.⁶²⁾

2. 한국

우리나라의 다수설⁶³⁾과 판례⁶⁴⁾는 근로기준법 제46조를 적용하여 휴업수당의 한도 내

58) 最1小判 1987(昭和 62). 4. 2 勞判 506号 20頁. 이 판례에 대한 평석으로서 毛塚勝利, “解雇期間中の賃金と中間収入 : あけぼのタクシー事件”, *ジュリスト 別冊 134號: 労働判例百選 第6版*(1995. 10), 158頁 이하; 木村五郎, “バックペイと中間収入の控除 : あけぼのタクシー事件”, *ジュリスト臨時増刊910號: 昭和62年度 重要判例解説*(1988, 6), 221頁 이하; 小宮文人, “解雇期間中の賃金と中間収入”, *ジュリスト別冊 165號: 労働判例百選 第7版*(2002, 12) 180頁 이하; 品田充儀, “バックペイからの中間収入の要否-あけぼのタクシー事件”, *日本労働法學會誌*71號, 1988, 124頁이하 등 참조.

59) 本久洋一, 前掲書, 206頁; 片岡, *労働法1*(有斐閣, 1998), 355-356頁; 有泉 亨, *労働法概説*(有斐閣, 1994), 147頁 참조.

60) 菅野和夫, 「労働法」, 弘文堂, 2012, 563頁; 小宮文人, 前掲論文, 181頁.

61) 片岡, 前掲書, 356頁 참조. 또한 石橋洋, “不當労働行為により解雇された労働者のバックペイを命ずるに当たり当該解雇が組合に打撃を加える目的でなされた事情を考慮して中間収入を控除しないことを違法とした事例”, *判例タイムズ 臨時増刊 39卷 28號*(1988. 12), 380頁과 坂本宏志, 前掲論文, 58頁도 같은 뜻.

62) 本久洋一, “違法解雇の效力”, *講座21世紀の労働法 第4卷*(日本労働法學會, 2000), 205頁

63) 박순성, “위법하게 해고된 근로자의 임금청구와 중간수입공제”, *민사판례연구*14권(1992, 05), 156-157면 참조; 박홍규, 「노동법1: 고용법·근로조건법」(삼영사, 2002), 322-324면 참조; 이은영, 전계서, 186면; 임종률, 「노동법」(박영사, 2012), 561면; 주지홍, 주석 채권각칙(1), 412면; 지원람, 「민법강의」(홍문사, 2004), 1053면 참조; 최병조, *민법주해*XIII, 106면; 하경효, “민법 제538조의 해석·적용에 관련된 문제점”, *고시연구* 21권 3호(1994, 03), 52면.

64) 대법원 1996. 4. 23. 선고, 94다446 판결; 대법원 1993.11.9. 선고, 93다37915 판결; 대법원 1991. 12. 13. 선고, 90다18999 판결; 대법원 1991. 6. 28. 선고, 90다카25277 판결 등 참조.

에서는 중간수입공제의 대상으로 삼지 않는다고 해석한다. 그 주된 논거는 근로기준법 제46조의 휴업이란 개개의 근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공할 의사가 있음에도 불구하고 그 의사에 반하여 취업이 거부되거나 또는 불가능하게 된 경우도 포함된다고 할 것이므로 근로자가 지급받을 수 있는 임금액 중 근로기준법 제46조 소정의 휴업수당의 한도에서는 이를 이익공제의 대상으로 삼을 수 없고, 그 휴업수당을 초과하는 금액에서 중간수입을 공제하는 것이 타당할 것이라는 점,⁶⁵⁾ 구체적 사례에 적응하여 형평성을 가지는 간명한 해결기준을 구성했다는 점⁶⁶⁾ 등이다. 한편 이 문제와 관련하여 중간수입공제를 부정하는 소수설⁶⁷⁾이 있다. 또한 판례는 부당해고 당하지 아니하였더라도 부업을 지속할 수 있었던 특별한 사정이 있는 경우에는 해고와 중간수입의 인과관계를 부정하여 중간수입의 상환을 인정하지 않고 있으며⁶⁸⁾ 부당해고당한 근로자가 해고기간 중에 노동조합기금으로부터 지급받은 금액은 중간수입공제의 대상으로 되지 않는다고 한다.⁶⁹⁾ 한편 우리나라의 노동위원회는 대법원과 같은 태도를 취하고 있다.⁷⁰⁾

IV. 중간수입불공제설

1. 일본

일본에서는 현재에도 중간수입을 공제할 필요가 없다는 견해가 다수설이라고 한다.⁷¹⁾

우선 중간수입을 공제하고 있는 판례의 태도에 대하여는 자동적이고 일률적으로 평균임금의 6할이라는 기준을 제시한 판례 법리는 형평성이 없어 도저히 적절한 구조라고 할 수 없다는 견해가 있다.⁷²⁾ 또한 미국과 일본의 각 부당노동행위제도의 근거 및 이념이 다르다는 점, 미국이 back pay에서 중간수입을 공제하는 것은 부당노동행위제도를 노동자 개인의 경제적 이해의 면에서만 파악하는 것으로서 부당하다는 점, 노동위원회는 그 공제를 부정하는바 부당노동행위제도의 해석 운용의 점에서는 법원과 노동

65) 대법원 1991. 6. 28. 선고, 90다카25277 판결

66) 임중률, 전거서, 562면

67) 김형배, “부당해고를 이유로 복직된 근로자에 대한 중간이득공제”, (법과 행복의 추구: 청암경정식 박사 화갑기념논문집), 1997, 93-95면; 이흥재, “부당해고 구제수단에 있어서의 몇 가지 문제”, 서울대노동법연구 2권 1호(1992), 66면 이하 참조.

68) 대법원 1993. 5. 25. 선고, 92다31125 판결.

69) 대법원 1991. 5. 14. 선고, 91다2656 판결. 대법원 1996. 4. 23. 선고, 94다446 판결; 대법원 1993.11.9. 선고 93다37915 판결; 대법원 1991. 12. 13. 선고, 90다18999 판결 등도 같은 취지.

70) 서울지방노동위원회 2001. 10. 10. 선고, 2001부해739 명령(삼보인쇄지공업사 사건); 서울지방노동위원회 2000. 6. 19. 선고 2000부해224 명령(주식회사 성오 지엔티 사건)등 참조.

71) 神尾眞知子, “バックペイと中間収入”, ジュリスト 別冊 労働判例百選 197號, 2009, 235頁.

72) 本久洋一, 前掲書, 206頁.

위원회의 임무는 다르지 않기 때문에 그 차이는 회피되어야 한다는 점 등의 비판 견해가 있다.⁷³⁾ 한편 일본 최고재판소는 제2 비둘기 택시 사건에서 중간수입 공제를 인정하였으나 이에 반대하는 주목할 만한 소수견해가 있어 이하에서 소개한다.

① 미국과 일본의 노동사정이 다르므로 미국식의 해석은 곤란하다.

미국에서는 부당노동행위로서의 해고에 대한 구제명령으로서 원직복귀와 동시에 Back Pay가 명령되는 경우에 해고기간중의 받을 수 있는 임금상당액에서 동기간 중 다른 곳에서 일하여 얻은 중간수입을 공제한 잔액에 대해서 지급명령이 행해지는 것이 일반적이다. 그러나 우리나라(일본; 필자 주)와 미국과는 노동사정 및 법률제도가 완전히 다르므로 미국에 있어서의 해석을 직접 우리나라의 back pay명령의 해석으로 파악하고 받아들이는 것은 불가능하다. 미국의 노동조합은 우리나라의 그것이 사업소마다 결성되어 있는 것과는 달리, 소위 횡단적 조직인 까닭에 직업별, 산업별로 연대하여 하나의 조합을 조직하고 있어서 노동자는 자기에겐 유리한 직장을 구하는 것이 빈번하며 용이하게 전직이 되어, 회사에 소속한다기보다는 오히려 노동조합에 소속되어 있다고 하는 까닭에, 부당노동행위에 의해 해고된 근로자가 해고기간 중 다른 곳에서 취로하여 중간 수입을 얻은 경우 그 중간 수입은 해고전의 직장에서의 취로의 계속에 따라서 얻은 임금과 동등시하는 것이 가능하다고 생각되고 그와 같은 노동사정을 배경으로 Common Law의 손해배상에 관한 actual loss의 법리가 back pay에 대해서도 작용하고 있다고 생각할 수 있음에 비하여, 종신고용이 일반적인 우리나라의 경우는, 고용된 노동자가 다른 곳에서 일하여 보수를 얻는 것도 그것은 생계유지를 위한 것이 통상이고, 중간수입을 종전의 직장에 있어서의 임금과 당연히 동등시하는 것은 불가능하다고 생각된다. 오히려 노동위원회의 구제명령은 중간수입을 공제하지 않아서 우리나라의 노동사정 및 법률제도에 가장 잘 합치하는 해석이라고 생각된다.⁷⁴⁾

② 중간수입과 종전의 직장에서의 얻는 임금과는 성질이 다르다.

해고된 근로자가 다른 직장에서의 얻은 임금과 해고가 없었다면 원래의 직장에서의 얻을 수 있었던 임금을 당연히 동등시 할 수는 없다. 피해고자의 다른 곳에서의 취로는 통상 해고기간 중에 생계유지를 위해 부득이 받아들여진 조치이며, 게다가 노동의 종류, 성질, 내용, 근무환경 등의 차이에 따라 피해고자가 받는 크고 작은 부담의 차이가 있고, 또, 취직의 난이에 따라서는 취로에 도달할 때까지의 정신적, 육체적, 물질적 부담도 간과할 수 없다. 이러한 사정은 피해고자 및 이것과 같은 입장에 있을 가능성을 가진 다른 노동자들의 입장에서 보면, 중간수입을 종전의 직장에서의 취로의 계속에 따라 얻는

73) 片岡, 労働法1(有斐閣, 1998), 355-356頁 참조. 같은 비판론으로 有泉 亨, 労働法概説(有斐閣, 1994), 147頁도 참조.

74) 最大判 1977(昭和 52). 2. 23 勞判 269号 14頁(第二鳩タクシ - 事件) 에서 재판관 岸盛一 의 반대의견 참조.

임금과 당연히 동등시하는 것은 곤란하며 해고의 억압적, 제약적 효과의 제거라는 관점에서 보는 경우에는 결코 무시할 수 없는 요소이다.⁷⁵⁾

한편 중간수입공제에 대한 일본노동위원회의 입장은 대체적으로 공제에 부정적인 것으로 판단된다.⁷⁶⁾

2. 한국

우리나라의 소수설은 부당해고 근로자의 중간수입 공제를 부정하고 있다.

이흥재 교수는 부당해고의 구제방법인 손해배상청구의 문제는 공평한 위험부담의 분배를 규정한 민법 제538조의 규정이 적용될 성질이 아니라, 오히려 사용자의 귀책사유로 인한 수령의무 위반의 손해배상문제로 법 논리를 구성하는 것이 보다 적절하다고 한다. 또한 만약에 중간수입의 공제를 인정한다면 경우에 따라서는 사용자가 지급하여야 할 임금액 등은 제로(0)로 되어 부당해고라는 위법행위를 한 사용자는 하등의 경제적 책임을 지지 않게 됨으로써 부당해고로부터 근로자를 보호한다는 사회법적 법 원리는 허구화될 우려가 있으며 오히려 생계유지를 위하여 노력한 근로자가 불이익을 받게 되고 부당행위를 저지른 사용자는 이익을 더 누린다는 모순이 생기는데 이 역시 법의 형평의 원칙에 반하는 결과가 된다는 등의 논거로 중간수입공제를 부정한다.⁷⁷⁾

김형배 교수는 근로자가 채무를 면한 것과 이익을 얻은 것과의 사이에는 상환채무를 인정할 만한 상당적 인과관계가 없기 때문에 중간이득을 상환해야 한다는 대법원의 견해는 타당하지 않다고 한다.⁷⁸⁾ 또한 근로기준법 제46조 제1항은 “사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우” 라고 규정하고 있지만 여기서 “귀책사유”라 함은 사용자가 부담해야 할 경영상의 위험사유를 뜻하기 때문에 부당해고의 경우에 근로기준법 제46조를 적용하는 것은 옳지 않으며 해고된 근로자가 한편으로 부당해고의 효력을 다투면서 그 다툼이 어떤 결과를 가져올지 미리 예측할 수 없는 가운데 다른 직장에 취업하여 소득을 얻는 행위는 그 성질상 처음부터 공제대상이 되는 이중적 이득이라고 할 수 없다고 한다.⁷⁹⁾

이러한 중간수입불공제설의 입장에 대해서는 “그러한 논리대로라면 해고된 후 일자

75) 最大判 1977(昭和 52). 2. 23 勞判 269号 14頁(第二鳩タクシ - 事件)에서 재판관 岡藤重光, 同本林讓, 同服部高顯, 同環昌一の 반대의견 참조.

76) 福岡地勞委命令 1982(昭和 57). 9. 27 不當勞動行爲事件命令集 72集 289頁(朝倉生コソクリート - 事件); 長崎地勞委命令 1984(昭和 59). 7. 5 不當勞動行爲事件命令集 76集 76頁(玉木女子學園 - 事件); 茨城地勞委命令 1979(昭和 54). 3. 15 不當勞動行爲事件命令集 65集 189頁(株式會社結城チューナー事件); 東京地勞委決定 1985(昭和 60). 11. 19 不當勞動行爲事件命令集 78集 395頁(株式會社タマス - 事件)등 참조.

77) 이흥재, “부당해고 구제수단에 있어서의 몇 가지 문제”, 서울대노동법연구2권 1호, 1992, 66면.

78) 김형배, “부당해고를 이유로 복직된 근로자에 대한 중간이득공제”, (법과행복의 추구: 청암정경식 박사 화갑기념논문집), 1997, 93-95면 참조.

79) 김형배, 「노동법」, 박영사, 2013, 715-716면 참조.

리를 못 찾아 구직급여를 받고 있는 자들도 구직급여도 중간수입으로 간주하여 해고기간 동안의 임금과 구직급여를 동시에 받을 수 있도록 해야 하는 모순이 발생한다.”⁸⁰⁾는 취지의 주장이 있다. 나아가 동 견해는 부당해고로 판명되어 해고기간에 임금을 지급받게 되면 실업급여는 당연히 반납하여야 한다⁸¹⁾고 하고 있다. 그러나 미국에서는 미 연방대법원과 미국노동위원회(NLRB)에서는 back pay로부터 실업수당을 공제하지 않고 있다는 것은 이미 살펴 본 바이다.⁸²⁾ 따라서 노동환경이 미국보다 열악한 우리로서는 미국보다 더 엄격하게 해석할 필요가 없고 임금과 구직급여를 동시에 지급받는다 하여 형평에 어긋난다고 보기 어렵다.

V. 맺음말

부당해고 근로자의 구제에 있어서 합리적이고 투명한 처리가 노사관계를 더욱 증진시키고 이는 곧 우리사회가 발전하는데 필요한 원동력이 될 수 있다. 그런데 최근 우리나라에서도 중간수입전액공제설이 대두되기 시작하고 있는데 이에 대해서는 신중한 고려가 필요하다. 이 문제를 해결하기 위해서는 2가지 측면에서의 검토가 있어야 할 것이라고 생각한다. 우선 법리적 측면의 검토이고 나머지는 우리나라의 노동환경을 고려하지 않을 수 없다고 생각한다. 전자에 대해 살펴본다면 일단 근로자가 타 직장에서 일하여 얻은 중간수입은 부당해고와는 법률적으로 전혀 다른 원인에 기인하여 발생한 것으로서 민법 제538조 제2항에서 말하는 자기의 채무를 면함으로서 얻은 이익에 근로자의 중간수입을 포함시킬 수는 없다고 판단된다.⁸³⁾ 또한 근로기준법 제46조에 터 잡아 근로자의 중간수입공제를 제한적으로 인정하는 판례의 태도에 대해서는, 근로자의 소급임금 지급청구의 근거를 민법 제538조에서 찾는다면 근로기준법 제45조는 휴업수당에 대한 규정으로서 민법상 임금청구권(민법 제538조 제1항)의 경우와 별도의 취지에서 설정된 것이다. 따라서 필자는 민법 제538조와 근로기준법 제46조의 휴업수당청구권과는 제도상의 취지가 다르기 때문에 같이 취급될 수 없다고 생각되므로 전술한 “중간수입공제 부정설”의 입장이 타당하다고 생각한다.

80) 조성혜, 전계논문, 535-536면.

81) 조성혜, 전계논문, 547-548면

82) 판례는 “해고차별사안에서 back pay의 배상은 과거의 차별로 인하여 야기된 손해를 배상하여 피해자를 원상으로 회복하여 주고 장래의 차별행위를 억제하고자 하는 두 가지 기능을 갖고 있다. 사용자가 아닌 주정부에 의하여 근로자에게 지급되는 실업수당을 사용자가 배상하여야 할 back pay에서 공제하는 것은 사용자가 법에 의하여 보호되는 근로자를 부당하게 해고함에 있어서의 경제적인 부담을 덜어주는 것이며 그리하여 back pay가 갖은 예방적인 목적을 희석하는 것이다”라고 판시하였다고 한다. 이상은 정진경, 전계논문, 316면 참조.

83) 동조 동항의 이익상환의 적용례로는 가령 채무자가 이행을 위해 지출해야 할 운송비를 지출하지 않았던 경우에 그것은 채권자에게 상환되어야 할 것이라고 한다. 山本進一, 債權法の基礎課題 - 民法研究3(信山社, 1995), 73頁 참조.

한편 이 문제를 논함에 있어 간과할 수 없는 것이 노동환경의 차이이다. 이미 살펴본 바와 같이 미국과 독일은 노사관계, 해고에 대한 인식과 그에 따른 구제방법, 채무자의 이익상환이라는 문제에 대한 사회적 합의 등에 대해 우리와는 사정이 다르다는 사실에 주목해야 한다. 가령 미국에서는 고용과 관련해서 임의고용의 원칙, 해고자유 원칙이 전통적이었으며 부당해고발생시 징벌적 손해배상, affirmative action 등 다양한 구제수단이 있어 우리와는 사정이 다르다. 따라서 미국식의 제도를 무비판적으로 그대로 수용하는 것은 국내의 여건으로 볼 때는 무리가 있다고 판단된다.

독일의 경우는 「채무자의 이익 상환」에 대한 규정이 우리와는 달리 여러 곳에서 발견할 수 있었다. 즉 독일민법 제326조 제2항에서는 일정한 경우에 채권자에게 위험이 이전하는 경우를 정하고 있으며, 이때 채무자는 이익을 얻었거나 얻을 수 있었다면 이러한 이익을 상대방에게 상환하여야 한다는 것이다. 그런데 이러한 이익상환의 규정으로는 임대차계약에서 임대인의 이익상환을 규정한 독일민법 제537조 제1항, 고용계약에서 노무급부의무자의 이익상환을 규정한 동법 제615조 제2항, 도급계약에서 수급인의 이익상환을 규정한 동법 제649조, 부당해고근로자의 이익의 상환을 규정한 독일부당해고보호법(KSchG) 제11조, 상업사용인의 이익상환을 규정한 독일상법(HGB) 제74조의c 등이 있다. 이는 계약당사자 중 어느 일방이 계약이 이행되었을 경우보다 경제적으로 더 유리해지거나 불리해져서는 안 되며 부당해고의 경우라 하여 달리 볼 것은 아니라는 점에 대해 사회적 합의가 굳게 이루어져 있는 상황이라고 보아야 할 것이다. 또한 독일의 노사관계가 우리의 경우보다 비교적 대등한 관계에 있는 것도 한 원인이라고 생각된다.⁸⁴⁾ 따라서 이러한 법리적, 노동환경적 특징의 차이를 감안하여 이 문제를 볼 때 우리나라의 중간수입전액공제설에는 찬성하기 어렵다.

또 한편으로는 현재의 대법원 판례가 정립되기까지의 과정을 살펴볼 필요가 있다. 즉 전술한 바와 같이 일본의 예를 잘 살펴본다면 미국과 독일식의 이익상환이 그대로 받아들여지기 곤란하여 부득이 최고재판소가 일본노동기준법의 규정을 사용하여 공제에 일정한 제한을 둔 것을 알 수 있다. 그리고 우리 대법원은 일본의 태도를 그대로 본 받은 것으로 판단된다. 상황이 그와 같다면 노동환경이 열악한 우리로서는 원칙적으로 중간수입불공제설의 입장에 서더라도 별 무리가 없지 않을까.

이상에서 본 바와 같이 우리나라와 같은 상황에서 중간수입공제를 인정한다면 경제적으로 열악한 근로자는 부당해고 취소소송 중에도 오로지 법원의 호의적인 판결을 기다릴 수밖에 없을 것이고 생계를 위하여 타 직장에서 새로운 법률관계에 기인한 근로행위를 했다고 해서 공제의 대상으로 삼는 것은 국민의 법 감정에 맞지 않는다고 생각한다.

84) 예를 들면 1923년 2월 6일, 라이히 법원은 파업 사건에 관해서 주목되는 판결을 내렸다. 즉 1920년 2월 4일의 경영협의회법으로 인하여 피용자는 이제는 기업가의 단순한 도구가 아니고, 노동공동체의 살아있는 일원이기 때문에 일부 파업근로자들로 말미암은 경영휴업의 결과로 인한 임금미지급은 파업 불참자들도 감수하여야 한다는 취지로 실시하였다. RGZ. 106, 272.

참 고 문 헌

- 김용담, 「민법주해 X V」, 박영사, 1997
- 김형배, 「노동법」, 박영사, 2013
- , 「채권각론」, 박영사, 2001
- 주지홍, 「주식민법」, 한국사법행정학회, 1999
- 박홍규, 「노동법1: 고용법·근로조건법」, 삼영사, 2002
- 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2005
- 임종률, 「노동법」, 박영사, 2012
- 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2004
- 김형배, “부당해고를 이유로 복직된 근로자에 대한 중간이득공제”, 법과 행복의 추구: 청암
정경식 박사 화갑기념논문집, (박영사, 1997)
- 박순성, “위법하게 해고된 근로자의 임금청구와 중간수입공제”, 민사판례연구14권(1992, 05)
- 이흥재, “부당해고 구제수단에 있어서의 몇 가지 문제”, 노동법연구 2권 1호(1992), 서울대
노동법연구회
- 정진경, “미국에서의 부당해고의 사법적구제수단에 관한 연구”, 노동법학 10호(2000. 08), 한
국노동법학회
- 정진경, “부당해고의 사법적 구제와 관련한 새로운 입론”, 노동법연구 제30호(2011), 서울대
노동법연구회
- 조성혜, “해고기간의 임금과 기타 수입의 공제”, 노동법학 제32호(2009.12)
- 하경효, “민법 제538조의 해석·적용에 관련된 문제점”, 고시연구 21권 3호(1994, 03)
- Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht-Großkommentar zum gesamten Recht der
Beendigung von Arbeitsverhältnissen(C. H. Beck, 2004)
- Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1,   326(C. H.
Beck, 2003)
- Dieterich/Preis/M ller-Glöge/Schaub, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 4.,
neubearbeitete Auflage(C. H. Beck, 2004)
- Boecken, Berücksichtigung anderweitigen Erwerbs gem.   615 S. 2 BGB, NJW 1995
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 4. Aufl(C. H. Beck, 2005)
- Spirolke, Der-b swillig unterlassene-anderweitige Erwerb I. s. der   615 BGB,   11
KSchG, NZA 2001
- Alvin L. Goldman, Labor and Employment Law in the United States(Kluwer Law
International, 1996)
- Bennet-Alexander/Hartman, Employment Law For Business(Irwin Mcgraw Hill, 2001)
- Cihon/Castagnera, Employment and Labor law, 4th ed(Thomson Learning, 2002)
- Cox/Bok/Gorman/Finkin, Labor Law-Cases and Materials, 13th ed(The
Foundation Press, Inc. 2001)

- Gunter Treitel, *The Law of Contract*, 10th ed(Sweet & Maxwell, 1999)
- Player/Shoben/Lieberwitz, *Employment Discrimination Law-Cases and Materials*, 2d ed(West Publishing Co. 1995)
- West's *Encyclopedia of American Law* v.1, 2nd ed(Gale Group, 2005)
- John G. Adam, "Deduction of Unemployment Compensation Benefits from Back Pay Awards", *Labor Law Journal* v. 49 no. 2(February 1998)
- Matthew F. Davis, "Beyond the Dicta: The Seventh Amendment Right to Trial by Jury under Title VII", 38 *Kansas Law Review*, (Summer 1990)
- Robret L. Strayer II, "Asserting the seventh amendment: An argument for the right to a jury trial when only Back Pay is sought under the americans with disabilities act", 52 *Vanderbilt Law Review*, (April 1999)
- 菅野和夫, 「労働法」, 弘文堂, 2012
- 稻垣正明, 労働法研究 - バック・ペイ 利息裁定その他, (啓文社, 1987)
- 末川博, 契約法 上(岩波書店, 1958)
- 本久洋一, “違法解雇の效力”, 講座21世紀の労働法 第4卷(日本労働法學會, 2000)
- 山本進一, 債權法の基礎課題 - 民法研究3(信山社, 1995)
- 盛誠吾, “賃金と労働時間”, 講座21世紀の労働法 第5卷(日本労働法學會, 2000)
- 我妻榮, 債權各論 上(岩波書店, 1954)
- 有泉 亨, 労働法概説(有斐閣, 1994)
- 片岡, 労働法1(有斐閣, 1998)
- 下井陸史, 労働法(有斐閣, 2003)
- 道幸哲也, “美國におけるバックペイ法理の展開(上)”, 判例タイムズ 30卷11號(1979, 05)
 , “バックペイ法理の再検討”, 季刊労働法148号(1988, 07)
- 毛塚勝利, “解雇期間中の賃金と中間収入 : あけぼのタクシー事件”, *ジュリスト 別冊* 134
 號: 労働判例百選 第6版(1995. 10)
- 木村五郎, “バックペイと中間収入の控除 : あけぼのタクシー事件”, *ジュリスト臨時増刊*
 910號: 昭和62年度 重要判例解説(1988. 06)
- 本久洋一, “違法解雇の效力”, 講座21世紀の労働法 第4卷(日本労働法學會, 2000)
- 山口定男, “バックペイからの中間収入控除の要否 : 京都淡路交通事件”, *最高裁労働判例 : 問題点とその解説* , 第10卷(1991, 03)
- 山本進一, “危険負擔における利得償還義務”, *ジュリスト別冊7號: 賣買(動産)判例百選*
 (1966, 05)
- 石橋洋, “不當労働行為により解雇された労働者のバックペイを命ずるに当たり當該解雇が
 組合に打撃を加える目的でなされた事情を考慮して中間収入を控除しないことを
 違法とした事例”, 判例タイムズ 臨時増刊 39卷 28號(1988. 12)
- 小宮文人, “解雇期間中の賃金と中間収入”, *ジュリスト 別冊* 165號: 労働判例百選 第7
 版 (2002. 11)

- 神尾眞知子, “バックペイと中間収入”, ジュリスト 別冊 労働判例百選 197號, 2009
- 浅井清信, “賃金遡及支給と中間収入控除” 季刊労働法 47号(1967)
- 坂本宏志, “バックペイと中間収入の控除”, ジュリスト 増刊: 労働法の争点(2004, 12)
- 品田充儀, “バックペイからの中間収入の要否-あけぼのタクシー事件”, 日本労働法學會誌71號,
1988

투고일자 : 2013. 11. 14

수정일자 : 2013. 12. 17

게재일자 : 2013. 12. 27

국문초록

부당해고 근로자의 임금 청구에 관한 연구 - 중간수입공제를 중심으로

이우진(백석대)

민법 제538조 제2항은 채무자의 이익상환의무에 대하여 규정하고 있는데, 대법원은 이 조항을 부당해고근로자가 해고무효 확인으로 받을 소급지급임금에서 중간수입을 공제하는 근거로 제시하여 왔다. 즉 판례와 다수설은 근로자가 그 부당해고 기간 중에 다른 곳에서 일을 하여 얻은 수입이 있을 때에는 이를 민법 제538조 제2항에 의해 상환할 의무가 있다고 한다. 다만 근로기준법 제46조를 적용하여 휴업수당의 한도 내에서는 중간수입공제의 대상으로 삼지 않는다고 해석한다. 본고는 이러한 해석론이 타당한가에 대하여 독일, 미국, 일본과 국내의 학설 및 판례를 비교 검토하여 보았다. 우리나라는 전술한 제외국과는 법리적 측면이나 노동환경이 다르고 중간수입공제에 대한 사회적 합의도 없다고 판단되어 그들의 해석론을 그대로 받아들이기는 곤란하다는 것이 본고의 입장이다. 따라서 부당해고당한 근로자가 생계를 위하여 다른 직장에서 일하여 수입을 얻었다는 이유로 소급지급임금에서 중간수입을 공제하는 것은 부당하며 중간수입을 공제하지 않는 것이 타당하다는 것이 본고의 입장임을 밝힌다.

주제어: 부당해고, 중간수입, 상환, 공제