부당해고 근로자의 보호에 관한 연구

- 경제적 손해의 전보를 중심으로 -

A study on the Protection of Unfairly dismissed employee

- focused on the compensation of monetary damages -

이 우 진(Lee, Woo Jin)*

ABSTRACT

The effects of unfair dismissal remedy is original occupation reinstatement and monetary compensation in two ways. The first, reinstatement means to restore to the status before unfair dismissal.

The second, the monetary damages caused by unfair dismissal is been problem. This study is mainly on monetary damages. so deals with back pay and damages for emotional distress. According to the Supreme Court in Korea, the interim earnings from other employment constitute a set-off against back pay liability on the ground of article 538 of Civil Law but the damages of deduction limited by article 45 of Labor Standards Act.

If the back pay remedy were designed to deter the employer's unlawful conduct, there would be no reason to deduct any wages that the employee earned in another job. Such a deduction removes most of the deterrent effect of the back pay awards. Therefore this paper's point of view is that we have to seek protection of the employees who are economically weak.

Key words: unfair dismissal, back pay, damages for emotional distress, interim earnings, deduction

* 백석대 법행정경찰학부 교수

Ⅰ. 서 설

사용자의 근로자에 대한 해고가 부당해고임이 판명되면 그 부당해고에 따른 법적효과로서 문제되는 것은 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 근로관계의 회복에 따른 근로자의 복직문제와 해고기간 중에 입은 근로자가 받은 손해에 대한 전보문제로 파악될 수 있다. 즉 근로자의 원직복귀의 문제, 민법 제538조와 관련된 해고기간 동안의 임금청구의 문제, 위자료청구의 문제 등이 발생할 수 있을 것이다. 현행법상 이러한 문제점들은 노동위원회를 통한 행정적 구제나 그와는 별도로 민사소송에 의한 사법적 구제로서 해결할 수 있을 터인데 이 글은 후자에 관한 검토이다. 그리고 그중에서도 근로자의 부당해고로 인한 경제적 손실의 전보에 대해 살펴보고자 한다. 따라서 근로자의 원직복귀 문제는 여기서는 다루지 않는다.

그런데 근대자본주의의 성장과정에서 그 근간으로 삼은 '계약자유의 원칙'이 개인의 평등과 자유를 보장해주지 못하고 사용자의 근로자에 대한 지배원리로 오용되어진 면이 있다. 따라서 전술한 諸문제의 검토는 근대 시민법적인 원리에 기초하고 있는 민법상의 규정으로는 근로자의 보호에 미흡하기 때문에 노동법상의 여러 규정으로 근로자의 권익보호를 보충하거나 재해석되어져야 할 것이다.

Ⅱ. 부당해고의 의의

1. 부당해고의 법적성질

근로기준법 제23조 제1항에서는 "사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉 그 밖의 징벌을 하지 못한다."고 규정하고 있다.

근로자에 대한 해고를 제한하고 있는 규정은 이 뿐만 아니라 근로기준법 제23조 제2항에서는 일정한 경우 근로자의 해고를 제한하고 있고 제24조에서는 경영상 이유에 의한 해고를 제한하고 있으며 제26조에서는 사용자가 근로자를 해고할 때에는 일정기간의 예고가 필요하다고 하고 있다. 한편 '노동조합및노동관계조정법' 제81조는 다섯 종류의 부당노동행위를 규정하고 이를 금지하고 있다. 그 중 제 1호는 근로자가 노동조합에 가입하거나 기타 정당한 조합활동을 한 것을 이유로 해고하거나 불이익을 주는 행위에 대해 정하고 있고 제 5호는 근로자가 정당한 쟁의행위에 참가하거나 사용자의 부당노동행위를 신고한 것 등을 이유로 해고하거나 불이익을 주는 행위에 대해 정하고 있다. 근로자에 대한 해고를 제한하고 있는 규정은 이뿐만이 아니라 노동법상 여러 곳에 산재하고 있다. 따라서 가장 일반적인 조

항인 근로기준법 제23조 제1항에 위반되는 사용자의 해고조치는 부당한 해고로서 사법상의 효력이 없다. 즉 부당한 해고란 근로기준법 제23조 제1항에 위반되는 해고로서 정당한 이유가 없는 해고를 의미한다.

2. 민법상 고용과 노동법상 근로계약의 적용상의 문제

근로기준법 제2조에서는 "근로계약이라 함은 근로자가 사용자에게 근로를 제공하고, 사용자는 이에 대하여 임금을 지급함을 목적으로 체결된 계약"이라고 정의하고 있고 민법 제655조에서는 고용계약의 의미를 "당사자 일방이 상대방에 대하여 노무를 제공할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약"이라고 규정하고 있다.

사실 민법상의 노무공급계약은 고용에 한하는 것은 아니다. 일의 완성을 계약의 목적으로 하는 도급(민법 제644조), 사무의 처리를 목적으로 하는 계약인 위임(민법 제680조), 타인의 물건의 보관이라는 한정된 노무를 계약의 목적으로 하는 임치(민법 제693조) 등이 그것이다. 이중 고용이 노무제공 그 자체를 직접 목적으로 할 뿐만 아니라 노동관계의 계약형태로 가장 널리 이용되어온 것이므로 근로계약과의 본질적 차이가 있는가 하는 것이 문제가 되고 있으며 이는 결국 양법상의 규정의 적용문제로 귀착된다고 볼 것이다.

(1) 구별설

근로계약은 그 형성과정 기본이념 및 규율원리 등을 민법상 고용계약과 달리하므로 양 계약을 동일한 차원에서 파악하여서는 아니 된다고 본다.[1] 그 근거로 ① 근로계약은 민법상 고용계약에서 그 법형식과 실체 사이의 모순인 종속성을 극복하기 위하여 등장한 "변형물 내지는 발전물"로 그 성립과정이 고용계약과 다르다는 것, ② 근로계약의 개념구성은 근로자의 생존권보장이라는 기본이념의 실현에 있으므로 양 계약의 이론적인 출발점이 다르다는 것, ③ 그 규제내용으로 고용관계에서 사실로 존재하는 신분적·조직적 요소를 근로계약에서는 법적 계기로 받아들여 사회법적 규제를 가하고 있다는 것, ④ 근로계약은 근로와 임금의 등가교환을 목적으로 하는 계약이라는 점에서 고용계약과 같지만 근로계약의 채권법적 요소는 노사의 집단의사나 국가의사에 의해 크게 제약받고 있다는 것 등을 든다.[2] 한편 헌법 제32조에 근거하여 근로계약을 고용계약과 구별하는 근로기준법상의 계약으로 보는 견해[3]나 어떠한 노무공급계약이 근로계약에 해당되는지 여부는 노무를 공급하는 자가

1) 김유성·이홍재, 노동법 Ⅱ, 방송통신대, 1994, 124면; 김치선, 노동법강의, 박영사, 1988, 202면. 이병태, 최신노동법, 현암사, 1998, 547면에서 재인용
2) 김유성·이홍재, 전게서, 124면; 이병태, 전게서, 547면에서 재인용.

상대방과의 지배·종속의 노동관계로 인하여 근로기준법의 적용을 받는 근로자라 할 수 있는지 여부에 달려있다고 하는 견해[4]도 구별설의 입장에 있다고 판단된다.

(2) 동일설

사용자와 노무자의 경제적·사회적 지위가 대등하므로 양자 간의 합의를 존중하여야 한다는 자유로운 고용계약의 원리는 근대시민법시대의 법사상이었지만, 현대 민법학은 고용에 있어서 양 당사자의 불균형을 고려하고 있고 실제적 이익형평이 이루어지는 공정한 고용계약관계를 추구하고 있으므로 근로계약과의 본질적 차이는 없어졌다고 보는 견해이다.[5]

또 노무자가 노무를 제공함에 있어서 사용자의 지휘·명령을 받는다는 사실로부터 종속성은 이미 존재한다고 하며 결국 종속노동을 대상으로 한다는 점에서는 고용계약과 근로계약 사이에는 아무런 차이가 없다고 하는 견해[6]나 근로자의 종속성이 근로계약의 특질이라는 주장은, 비록 정당한 것이기는 하지만, 우리 민법의 고용은 모두 노무자가 그의 자주성을 잃게 되는 것이어서, 노동법원리에 의하여 규율되어야 하는 이른바 근로계약이라고 말할 수 있다고 하는 견해[7]도 마찬가지이다.

(3) 검토

일단 고용계약과 근로계약의 역사적인 성장배경을 살펴봄으로써 양자 간의 관계를 설명할 수 있을 것이다. 고대사회에서는 사회적 생산의 기초는 주로 노예의 노동력이었다. 즉 당시의 타인의 노무의 이용에 관한 고용은 물건의 임대차와 같은 사람(즉 노예)의 임대차라는 법형식에 의하였다. 한편 게르만법상의 고용은 여러 가지가 있었으나 주요한 것은 「노비계약」과 「영업상의 고용계약」이었다. 그 후에 성립한 근대사회에서의 노무자는 과거의 노비나 노예와는 달라서 계약자유의 원칙 하에서 노동의 자유를 누릴 수 있는 지위에 있었다.

그러나 오히려 근로자들은 대자본에 종속된 노동자로 전락하고 말았으며 산업화로 인해 불평등한 사회로 치닫게 되자 이를 시정하기 위해 사회법이 출현하게 되어 근로관계에 대한 법적규제를 가하기 시작하였다. 즉 사회법원리에 기초한 노동법의 출범으로 말미암아 근대시민법상의 고용계약은 대부분 노동법상의 근로계약으로 흡수되게 되었던 것이다.[8]

---

3) 이상윤, 노동법, 법문사, 2000, 148면.
4) 임종률, 노동법, 박영사, 1999, 296-297면 참조.
5) 이은영, 채권각론, 박영사, 2001, 498면; 이종복, "해지와 해고제한의 법원리", (사법관계자와 자율 : 이종복 교수 논문집), 1993, 446면에서는 고용계약과 근로계약은 동일한 것의 상이한 표현이라고 설명하고 있어 동일설의 입장으로 볼 수 있다.
6) 남효순, (민법주해 XV 곽윤직 대표집필), 박영사, 1997, 309면; 이병태, 전게서 547면도 같은 뜻.
7) 곽윤직, 채권각론, 박영사, 1992, 377-378면 참조.

생각하건대 고용과 근로계약의 이러한 역사적 배경을 살펴보면 노동법상의 근로계약이라는 것은 새롭게 나타난 계약유형이 아니라는 점에 주목할 필요가 있다. 즉 시민법사상에 기초한 '고용'관계에서 근로자가 근대자본주의를 지탱해 온 근간중의 하나인 계약자유의 원칙의 혜택을 입기는커녕, 오히려 사회적, 경제적 강자라 할 수 있는 사용자측의 착취로 말미암아 종속적인 관계로 변질됨에 따라 이를 극복하기 위해 나온 것이 노동법상의 '근로계약'이라고 볼 수 있다. 따라서 근로계약과 고용은 그 성질이 전혀 다른 것이라고 보기 어렵다고 생각한다.

다음으로, 구별설이 가장 우려하는 것은 노동법의 흠결이 있는 경우이다. 즉 이때 근로계약과 민법상의 고용은 그 본질을 달리 한다고 보아야 혹 근로기준법에 규정이 없더라도 시민법적 원리에 기초한 민법을 적용하지 아니하고 노동법의 목적에 따라 독자적 해석이 가능하다고 볼 여지가 있다고 보는 것이 구별성의 입장이라고 판단되는 것이다.[9]

그러나 이러한 구별설의 견해는 지나친 우려라고 생각한다.

일단 양법상의 규정을 살펴보면 민법상의 고용은 민법 제660조에서는 고용기간의 약정이 없는 경우에 자유로운 계약해지에 대하여 정하고 있고 민법 제661조에서는 고용기간의 약정이 있는 경우에도 부득이한 사유가 있는 때에는 각 당사자는 계약을 해지할 수 있다고 하고 있으며, 민법 제663조에서는 사용자의 파산으로 인한 해지를 규정하고 있고 민법 제657조에서는 사용자와 노무자의 권리의무의 전속성에 관련한 계약해지를 명정하고 있으며 민법 제658조에서는 노무의 내용과 관련한 계약해지를 정하고 있다. 따라서 근로기준법상의 근로계약에 대한 규정이 상대적으로 민법의 고용에 관한 규정보다 훨씬 더 근로자의 권익보호에 두텁다고 할 수 있다. 그러나 노동법은 민법의 특별법의 위치에 있기 때문에 대부분의 민법상의 고용계약에 대해서는 노동법이 적용됨으로써 민법상으로는 부족한 근로자의 권익보호를 보충하고 있는 것이다.

문제는 근로기준법 제11조 제1항에서는 "근로기준법은 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용되고 다만 동거의 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장과 가사사용인에 대해서는 근로기준법이 적용되지 아니한다."고 규정하고 있다.

아마 구별설이 우려하는 바는 바로 이 부분이라고 생각된다. 즉 근로기준법이 적용되더라도 이와 같은 적용 범위 밖의 사안에 대해서도 노동법적으로 규율할 여지를 만들어주자는 것인데 이는 동일설의 입장에서 보더라도 마찬가지인 것이다. 일단 근로기준법의 적용범위 밖의 근로계약을 '순수한 민법상의 고용'으로 부른다면 이 '순수한 민법상의 고용'이 노동법상의 근로계약으로 인정받기 위해서는 실질적인 종속성을 인정받아야 하는 데 특히 제11조 제1항 단서의 사항에서는 종속성을 인정받기 힘들다고 생각된다.[10] 판례도 근로기준법상의

8) 이상의 고용과 근로계약의 역사적 배경에 대한 자세한 설명은 곽윤직, 전게서, 371-376면; 이은영, 전게서, 494-495면 참조.

9) 구별설의 입장에 대해 자세한 것은 남효순, 전게서, 309면; 이은영, 전게서, 498면 참조.

근로자에 해당하는 가의 여부는 종속적인 관계 여부에 달려있다고 한다.[11]

즉 필자는 이 부분에 대해서 노동법을 적용하는 것은 그 근거나 필요성이 미세하다고 판단되고, 근로기준법 제11조의 경우나 불측의 노동법상의 흠결이 발견될 때는 동일설의 입장에서 보더라도 노동법으로의 입론이 가능하다고 판단할 여지가 있다고 본다.

즉, "민법의 고용은 모두 새로운 노동법원리에 의하여 규율되어야 할 근로계약으로서의 성질을 가지고 있으며, 또한 모든 고용을 그렇게 다루는 것이 가장 이상적이라고 할 수 있다"고 하면서 "근로기준법 가운데의 사법적 효과에 관한 규정은 보통의 고용계약을 규율함에 있어서도 되도록 이를 기준으로 삼는 것이 적당할 것이다"[12]고 하여 구별설의 입장과 그 궤를 같이하고 있다고 생각된다. 이상과 같은 이유에서 동일설에 찬성하는 바이다.

Ⅲ. 부당해고에 따른 근로자의 임금보전의 문제

1. 근로자의 임금청구권의 법적 근거

(1) 서

근로자에 대한 해고가 무효이거나 취소시 해고기간 중의 임금에 대한 근로자의 손해전보방법은 민법 제538조 1항을 근거로 한 반대급부청구권을 행사하거나 사용자의 채무불이행 또는 불법행위에 기한 손해배상 청구의 방법이 있을 수 있다. 판례는 민법 제538조 1항을 그 법리적 근거로 제시하고 있다. 이를 명시적으로 밝힌 선례로 인용되는 판결례로는 다음과 같은 것이 있다.

---

10) 민법상 친족의 범위는 8촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척, 배우자를 의미하고(민법 제777조 참조) 이러한 친족관계에 있는 자로서 사용자와 동거하고 있는 근로자라면 그 근로관계는 사용자와의 관계에서 종속성을 인정하기 힘들다고 생각한다. 또 가사사용인이란 사업 또는 사업장에 사용되어 있으면서 전적으로 또는 주로 사용자의 가사에 종사하는 자를 말한다. 가정부, 파출부 등이 예가 될 수 있을 것이다.

11) 대판 1996. 7. 18. 96도732: 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약이 민법상의 고용계약이든 또는 도급계약이든 그 계약의 형식에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다.
대판 1998. 5. 8. 98다6084: 산업재해보상보험법의 규정에 의한 보험급여의 대상자가 되기 위하여서는 재해 당시에 근로기준법의 규정에 의한 근로자이어야 할 것이고, 근로기준법상의 근로자에 해당하는 지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약의 형식이 민법상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 한다.

12) 곽윤직, 전게서, 397면 참조.

【대판】[13] 고용은 노무를 제공하고 그 대가로 보수를 지급하는 것이라 할지라도 근로자가 노무를 제공하지 아니한 것이 부당해고와 같이 오로지 사용자의 책임있는 사유에 기인한 것인 때에는 민법 제538조 제1항 본문의 규정에 의하여 사용자에게 보수를 청구할 수 있다.

그런데 근로기준법 제46조 본문에서는 "사용자의 귀책사유로 인하여 휴업하는 경우에는 사용자는 휴업기간중 당해 근로자에 대하여 평균임금의 100분의 70이상의 수당을 지급하여야 한다"고 규정하고 있다. 따라서 민법 제538조와의 해석이 문제된다. 우선 민법 제538조 1항과 근로기준법 제46조와의 관계를 살펴보고 민법 제538조 2항과 근로기준법 제46조와의 관계는 중간수입공제의 타당성 여부를 검토할 때 보도록 한다.

(2) 민법 제538조 1항과 근로기준법 제46조의 귀책사유의 의미

1) 민법 제538조 1항의 채권자의 귀책사유를 넓게 해석하는 견해

민법 제538조 1항의 채권자의 귀책사유는 넓게 해석되어 채권자의 의무 위반이 있는 경우뿐 아니라, 급부불능의 원인이 채권자의 영역 내에서 생긴 경우까지 포함한다고 보고 채권자의 어떤 행위로 부작위로 말미암아 급부불능이 생겼고, 채권자가 그를 피할 수 있었던 경우에는 반드시 채권자의 그에 대한 법적 의무가 없는 경우에도 귀책사유가 인정된다고 보는 견해이다.[14]

이렇게 채권자의 귀책사유를 채권자의 위험영역에서 유래한 모든 급부불능의 경우로 넓게 해석하는 이론을 영역설이라 한다. 또 민법 제538조 1항의 채권자의 책임있는 사유의 의미를 채권자의 어떤 작위나 부작위가 채무자의 이행의 실현을 방해하고, 그 작위나 부작위는 채권자가 이를 피할 수 있었다는 점에서 신의칙상 비난받을 수 있는 경우를 가리킨다고 하는 견해[15]도 동조의 채권자의 귀책사유를 넓게 해석하고 있다고 판단된다.

2) 근로기준법 제46조의 사용자의 귀책사유를 넓게 해석하는 견해

민법 제538조 1항 전단의 귀책사유를 경영장애의 경우까지 포함하는 것으로 넓게 해석할 수 없다는 견해가 있다.

즉 "근로자의 특별보호법인 근로기준법 제46조는 「사용자의 귀책사유로 인하여 휴업하는 경우」에 평균임금의 100분의 70 이상만을 지급하도록 규정하고 있으므로 적어도 동 규정이 민법 제538조 1항 전단의 규정보다 불리하게 해석되어서는 아니 되기 때문이다. 다시 말하

13) 대판 1969. 3. 31, 69다135; 대판 1995. 11. 21, 94다45773 등.
14) 이은영, 전게서, 183-184면 참조
15) 곽윤직, 전게서, 107면.

면 민법 제538조 1항 전단의 채권자의 귀책사유가 근로기준법 제46조 본문의 사용자의 귀책사유와 똑같이 넓게 해석될 수는 없을 것이다. 민법 제538조의 귀책사유를 그렇게 넓게 해석하면 특별보호법인 근로기준법의 규정이 일반법인 민법의 그것보다 불리하게 되는 모순에 빠지기 때문이다"고 하는 견해가 있다.[16]

또 휴업수당제도가 민법상 임금청구권의 경우와 별도의 취지에서 설정된 것이므로 민법상 사용자의 '귀책사유'(고의·과실)와 동일시될 수는 없고 그보다 넓은 개념이라고 해석하여 사용자의 고의·과실이 없어 민법에서는 임금청구권이 부정되는 경영상의 장애라도 천재지변 등의 불가항력에 해당하지 않는 한 사용자의 귀책사유에 포함된다고 보아야 한다는 견해[17]도 근로기준법 제46조의 사용자의 귀책사유를 넓게 파악하고 있다.

(3) 민법 제538조 1항과 근로기준법 제46조 1항의 적용상의 문제

한편, 근로기준법 제46조가 적용되는 경우 민법 제538조의 적용이 있는가에 대하여는 첫째 사용자에게 고의·과실이 있는 경우에는 근로기준법 제46조에 의한 휴업수당청구권과 민법에 의한 임금전액에 대한 청구권이 경합된다는 견해, 둘째 민법 제538조에 대한 언급이 없어서 사용자에게 귀책사유가 있는 경우에도 근로기준법 제46조만 적용된다고 볼 수 있는 견해가 대립되어 있다.

즉, "사용자의 귀책사유로 인한 휴업에 대하여 사용자의 고의·과실이 인정되는 경우에는 근로기준법상의 휴업수당청구권만 발생하는 것이 아니라 민법상 근로불능시의 임금청구권도 발생하며, 양자는 경합관계에 서게 된다."[18]고 하거나 "사용자의 고의·과실이 인정되는 사유에 의한 휴업의 경우에는 근로기준법 제46조에 의한 휴업수당청구권과 민법의 규정에 의한 임금 전액에 대한 청구권이 동시에 발생되어 이 두 청구권은 경합관계에 서게 되며 이때에 휴업수당지급의 한도 내에서는 민법상의 청구권은 소멸하고, 임금지급이 평균임금의 100분의 70 이상이 되는 부분에 관해서는 휴업수당청구권이 소멸한다고 해석하여야 한다."[19]고 하는 견해는 청구권 경합의 입장에 있다고 보여진다.

---

16) 김형배, 채권총론, 박영사, 1998, 314면 참조.

17) 임종률, 전게서, 352면 참조; 한편 ① 민법 제538조 제1항에서는 채권자의 고의 과실 또는 신의칙상 이와 동일시되는 사유가 없으면 귀책사유가 인정되지 않는데 대해 근기법 제46조에서는 민법상 귀책사유가 되지 않는 "경영상 불가항력을 주장할 수 없는" 모든 경우를 포함하고, ② 민법상 수령지체에서는 근로자가 그 노무를 구체적으로 제공할 상태에 있어야 하는데 대해 근기법상 휴업수당에서는 이러한 상태를 요하지 않으며, ③ 민법 제538조에서는 채권자의 지급을 강제하는 수단을 달리 정하지 않음으로써 반드시 소송법의 절차를 거쳐야 하는 불편이 있는데 대해 근기법 제46조에서는 벌칙에 따른 강제수단이 마련되어 있다는 점을 들어 휴업수당은 근로자보호를 위한 근기법상의 특칙이라고 하는 견해도 같은 취지로 파악된다. 이병태, 전게서, 671면 참조.

18) 임종률, 전게서, 353면; 이병태, 전게서, 671면도 같은 뜻.

19) 김형배, 노동법, 박영사, 2001, 290면.

반면에 민법 제538조와 근기법 제46조와의 상호관계를 본다면 이들은 일반법과 특별법관계에 있다고 보아 권리의 경합관계가 아닌 법조의 경합관계에 있다고 보는 것이 타당할 것이라고 보아 따라서 노조 또는 사업장 대표가 사업장의 모든 근로자를 위하여 근기법 제46조에 따른 일괄지급을 요구할 경우에는 개별근로자들은 차후에 또다시 민법 제538조에 의한 임금청구권을 행사를 할 수 없다고 할 것이라는 견해가 있다.[20]

(4) 검토

전술한 영역설에 대해서는 "채권자의 귀책사유로 인한 급부불능의 경우 채무불이행과 달리 손해배상의무가 인정되지 않는 것은 단지 채무자의 급부와 관련하여 채권자의 채무를 인정하지 않기 때문이므로, 법률효과의 내용이 다르다는 사실이 귀책사유를 달리 해석해야 할 정당성을 제공하는 것은 아니며 설사 채권자의 귀책사유의 범위를 채무자의 귀책사유의 내용과 달리 채권자의 위험영역으로까지 확대해석한다 할지라도 위험영역을 한계 지우는 분명한 기준이 존재하지 않는다."는 비판이 있다.[21]

또한 근로기준법 제46조의 사용자의 귀책사유를 넓게 해석하는 견해를 비판하는 견해는 다음과 같다. 즉, 법적 근거가 없고 합리적인 논거도 박약하며 특히 경영장애의 경우를 근기법 제46조의 '사용자의 귀책사유'에 포함시키는 것은 안일한 착상이라고 비판하고 근로기준법 제46조는 근로자보호규정이라기 보다도 사용자 보호를 위한 규정으로 볼 수밖에 없다는 견해가 있다.[22]

뿐만 아니라 경영위험의 분배에 관한 영역설 내지 경영위험 부담론은 근로자와 사용자 쌍방의 책임 없는 경영장애로 인하여 근로자가 노무급부를 하지못한 경우에 경영위험의 분배에 관한 이론인데 근로기준법 제38조(현재는 46조: 필자주)는 '사용자의 귀책사유'로 휴업한 경우에 근로자의 임금 내지 수당에 관하여 규정하고 있으므로 동조를 영역설 내지 경영위험부담론에 의하여 해석하는 것은 논리적으로 일관성이 없다고 비판하는 견해도 있다.[23]

생각건대, 곽교수의 신의칙설은 너무 추상적이어서 구체적인 기준을 세우기 힘들다는 비판이 있을 수 있다. 사실 신의칙은 민법상 실정법적 근거를 제시하기 곤란하거나 기존의 이론으로 입론하기 곤란한 경우에 전가의 보도인 양 사용되어 온 면이 있다. 근로자의 권익보호를 위해서는 좀 더 구체적인 경계영역을 세워주는 것이 필요할 것이다.

부당해고와 임금청구에 관한 민법 제538조의 해석론은 판례로서 확립된 이론이라고 생각된다. 따라서 근로기준법 제46조의 사용자의 귀책사유와는 제도상의 취지가 다르기 때문에

20) 이종복, "민법 제538조와 근로기준법 제38조의 관계", 전게논문집, 434면 참조.
21) 하경효, "민법 제538조의 해석·적용에 관련된 문제점", 고시연구 1994년 3월, 407면; 최병조, (민법주해 XIII: 곽윤직 대표 집필), 박영사, 1997, 104면도 이은영교수의 영역설에 대해 비판적이다.
22) 이종복, 전게논문, 426-427면 참조.
23) 정기남, "휴업지급", 충남대 법학연구 제5권 제1호, 1994, 11-12면 참조.

동일시 될 수 없고 부당해고가 성립되지 않는 경우 중에서 경영상의 장애라도 천재지변 등의 불가항력을 제외한 사안에서 근로기준법 제46조가 적용되어야 한다고 생각한다.

민법 제538조와 근로기준법 제46조의 적용에 있어서도 근로기준법이 민법의 특별법의 위치에 있는 점을 감안하면 전술한 법조경합설이 타당한 면도 있지만 다수의 청구권 경합설의 입장처럼 청구권 경합을 인정하는 경우에 휴업수당지급의 한도 내에서는 민법상의 청구권은 소멸하고, 임금지급이 평균임금의 100분의 70 이상이 되는 부분에 관해서는 휴업수당 청구권이 소멸한다고 해석하면 사용자와 근로자간에 어느 정도의 형평성이 갖추어 진다고 생각된다.

2. 부당해고기간 중의 근로자의 중간수입 공제의 타당성

(1) 서

한편 근로자의 부당해고기간 중의 임금청구를 인정할 때에 민법 제538조 2항에서는 "채무자는 자기의 채무를 면함으로써 이익을 얻은 때에는 이를 채권자에게 상환하여야 한다"고 규정하고 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 2항에 의해 상환할 의무가 있다고 한다. 즉 구체적으로 살펴보면 근로기준법 제46조와 관련해서 다수설과 판례는 제한적으로 근로자의 중간수입공제를 인정하고 있다.

이는 과연 타당한 것인가?

(2) 민법 제538조 2항과 근로기준법 제46조의 관계

1) 중간수입공제 긍정설

중간수입은 근로자가 자기의 '채무를 면함으로써 얻는 이익'인 이상 이를 사용자에게 상환할 의무가 있다는 것은 당연하다고 보는 견해이다.[24] 또, 우리 민법 제538조 제2항은 "이익을 얻은 때에는" 상환하도록 규정함으로써 부당해고기간 중 일하여 중간수입을 올린 경우에는 이를 임금에서 공제하고 중간수입을 올릴 수 있었지만 사실상 수입이 없는 경우에는 임금전액을 청구할 수 있게 되는데 이는 불합리한 결과라고 하는 견해[25]도 중간수입공제는 긍정하는 전제에 있다고 할 수 있다. 그런데 이러한 견해들은 근로자의 중간수입 전액

24) 임종률, 전게서, 490면; 최병조, 전게서, 106면도 같은 뜻.
25) 하경효, 전게논문, 52면.

을 공제하는 것은 아니고 후술하는 판례의 경우처럼 근로기준법 제46조를 적용하여 휴업수당의 한도내에서는 중간수입공제의 대상으로 삼지 않는다고 해석한다.

한편, "채무를 면함으로써 절약된 비용은 물론 사용자측의 사정으로 휴업한 경우 노동자가 다른 일을 해서 번 임금도 상환하여야 한다"고 하면서도 "휴업의 경우 노동자가 악의로 다른 곳에 취업하지 않았더라도 그 가정적 소득을 공제할 수는 없다"고 하여 전자의 견해와는 반대되는 견해도 있다.[26]

2) 중간수입공제 부정설

① 제 1견해

이홍재 교수는 다음과 같은 논거로 중간수입공제를 비판하고 있다.[27]

첫째, 설령 시민법 원리에 의거한다 할지라도 부당해고의 구제방법인 손해배상청구의 문제는 공평한 위험부담의 분배를 규정한 민법 제538조의 규정이 적용될 성질이 아니라, 오히려 사용자의 귀책사유(부당해고에 의한 노동수령의무 이행지체)로 인한 수령의무 위반의 손해배상문제로 법논리를 구성하는 것이 보다 적절하다고 생각한다.

둘째, 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 법원리는 허구화될 우려가 있다.

셋째, 부당해고를 당한 근로자가 다른 곳에 취업하지 않았으면 마땅히 지급되어야 할 임금 등이 취업의 여부에 따라서 지급의 유무가 결정된다면 오히려 생계유지를 위하여 노력한 근로자가 불이익을 받게 되고 부당행위를 저지른 사용자는 이익을 더 누린다는 모순이 생긴다. 이 역시 법의 형평의 원칙에 반하는 결과가 된다.

마지막으로 노동향유권의 관점에서 보면 부당해고는 노동향유권을 침해한 엄연한 불법행위이므로 불법행위로 인한 손해배상청구에 위험부담의 법리를 적용한다는 것은 그릇된 판단이라고 생각한다.

② 제 2견해

김형배 교수는 다음과 같은 논리로 중간수입공제를 부정하고 있다.[28]

부당해고에 대해서 해고무효가 확정되어 사용자가 임금을 소급지급하는 경우에 민법 제

26) 이은영, 전게서, 186면 주1)에서는 명문의 규정이 없고 또 고용기회가 독일과 같지 않은 우리나라에서 언제나 그와 같이 해석할 수는 없다고 한다.
27) 이홍재, "부당해고 구제수단에 있어서의 몇 가지 문제", 서울대노동법연구 제2권 1호, 1992, 66면.
28) 김형배, "부당해고를 이유로 복직된 근로자에 대한 중간이득공제",(법과행복의 추구: 청암 정경식 박사 회갑기념논문집), 1997, 93-95면.

538조 제2항의 적용과 관련하여 그 중간공제를 제한한다는 이유에서 근로기준법 제46조를 원용하는 것은 옳지 않다.

첫째로 대법원은 민법 제535조 제2항의 적용과 관련해서 근로자가 위법하게 해고된 경우에도 해고기간 중 중간이득을 얻은 때에는 이를 상환해야 한다는 견해를 취하고 있다. 그러나 이와 같은 견해는 타당치 않다. 왜냐하면 이 경우에 근로자가 채무를 면한 것과 이득을 얻은 것과의 사이에는 상환채무를 인정할 만한 상당적 인과관계가 없기 때문이다. 상당적 인과관계는 상환의무를 정당화 할만한 법적 개념으로서 이해되어야 한다. 위법한 해고를 단행한 사용자의 임금채무를 면책 내지 경감시키는 근거로서 사용자 자신의 노무지급거부행위가 원용될 수 없기 때문이다. 따라서 사용자의 해고에 의하여 취업을 거부당한 근로자는 그 기간 동안 사용자 자신의 의사에 의하여 사실상 채무를 면제받은 것이라고 할 수 있고, 이 기간중에 달리 취업을 해서 얻은 이익을 사용자에게 상환해야 할 의무가 없다고 해야 한다 따라서 이러한 경우에는 제538조 제2항은 적용될 수가 없다.

둘째로 설령 근로자의 상환의무가 인정되는 경우라 하더라도 근로기준법 제46조는 민법 제538조 제2항과 경합적으로 적용될 수 없다. 근로기준법 제46조는 민법 제538조 제1항과 대비할 수 있는 규정이지 민법 제538조 제2항과 중첩적으로 적용될 수 있는 규정은 아니다. 채무자(근로자)의 이행불능이 사용자의 귀책사유(고의・과실)로 인한 경우에 채무자는 민법 제538조 제1항에 의하여 '임금'을 청구할 수 있다. 따라서 사용자의 귀책사유에 의하지 않은 경우에는 근로자가 그의 노무제공을 실현할 수 없게 되었더라도 사용자에게 반대급부인 '임금'을 청구할 수 있다. 근로기준법 제46조는 사용자에게 민법상의 귀책사유가 없는 경우에 근로자의 생활을 보장하기 위하여 일정한 특별요건하에 이른바 '휴업수당'의 지급을 명하고 있는 것이다. 이 수당은 근로기준법 제82조(재해보상으로서의 휴업보상)의 경우와 같이 근로의 대가로서의 성질을 가지는 임금이 아니다.

셋째로 근로기준법 제46조를 적용하는 취지는 피해고자의 최저생활을 확보하기 위한 것이라고 하나 해고기간 중 다른 직장에서 일을 하지 않은 기간중에도 100의 임금은 확보되는 것인데, 중간이득이 있는 경우로서 동 조항이 적용되는 때에는 언제나 100 이상의 임금이 확보된다. 이와 같은 결과는 동 조항을 적용하는 것이 근로자의 '최저생활'을 보장하기 위한 것이라는 주장과는 모순된다. 오히려 중간이득의 공제를 제한하는 문제는 민법 제538조 제2항만을 기초로 그 규정취지에 따라 법리구성하는 것이 법이론상 타당하다고 생각된다.

판례가 한편으로는 부당해고를 불법행위로 보면서, 다른 한편으로 이러한 불법행위를 행한 사용자를 위하여 근로자의 중간이득의 공제를 인정하고 있는 것은 앞뒤가 맞지 않은 주장이다.

3) 판례

판례는 다수설과 마찬가지로 근로자에 대하여 민법 제538조 제2항의 중간이득공제를 근로기준법 제46조를 근거로 하여 제한적으로 인정하고 있다.

【대판】[29]근로기준법 제38조의 규정은 근로자의 최저생활을 보장하려는 취지에서 사용자의 귀책사유로 인하여 휴업하는 경우에는 사용자는 휴업기간중 당해 근로자에게 그 평균임금의 100분의 70 이상의 수당을 지급해야 한다고 규정하고 있고, 여기서의 휴업에는 개개의 근로자가 근로계약에 따라 근로를 제공할 의사가 있음에도 불구하고 그 의사에 반하여 취업이 거부되거나 또는 불가능하게 된 경우도 포함되므로 근로자가 사용자의 귀책사유로 인하여 해고된 경우에도 위 휴업수당에 관한 근로기준법이 적용될 수 있으며 이 경우에 근로자가 지급받을 수 있는 해고기간중의 임금액 중 위 휴업수당의 한도에서는 이를 중간수입 공제의 대상으로 삼을 수 없고, 그 휴업수당을 초과하는 금액범위에서만 공제하여야 할 것이다.

【대판】[30] 사용자의 귀책사유로 인하여 해고된 근로자가 해고기간중에 다른 직장에서 근무하여 지급받은 임금은 민법 제538조 제2항에 규정된 자기의 채무를 면함으로써 얻은 이익에 해당하므로, 사용자는 근로자에게 해고기간중의 임금을 지급함에 있어 위와 같은 이익(이른바 중간수입)을 공제할 수 있는 것이기는 하지만, 근로자가 지급받을 수 있는 입금액 중 근로기준법 제38조 소정의 휴업수당의 범위 내의 금액은 중간수입으로 공제할 수 없고, 휴업수당을 초과하는 금액만을 중간수입으로 공제하여야 한다.

【대판】[31] 부당하게 면직처분된 공무원이 임금(손해배상)을 청구하는 사안에서 그 공무원이 면직기간 중 다른 직장으로부터 수입을 얻은 경우, 공무원이 지급받을 수 있었던 보수 중 근로기준법 제46조(구법 제38조) 소정의 휴업수당의 한도에서는 이를 이익공제의 대상으로 삼을 수 없고, 그 휴업수당을 초과하는 금액에서 중간수입을 공제하여야 한다.

【대판】[32] 외국인인 원고가 학교법인인 피고와의 교수임용계약에 따른 교수의무를 이행할 수 없게 된 것이 오로지 피고의 귀책사유로 인한 것이어서 원고에 대한 휴직처분 및 면직처분이 무효이고 교수임용관계는 유효하게 존속한다고 하여 민법 제538조 제1항에 따라 그 임금지급의무가 있으며 사용자의 귀책사유로 인하여 해고된 근로자가 해고기간 중에 다른

29) 대판 1991. 12. 13, 90다18999.
30) 대판 1993. 11. 9, 93다37915.
31) 대판 1996. 4. 23, 94다446.
32) 대판 1991. 6. 28, 90다카25277.

직장에 종사하여 얻은 이익(이른바 중간수입)은 민법 제 538조 제2항에서 말하는 채무를 면함으로써 얻은 이익에 해당하므로, 사용자는 위 근로자에게 해고기간 중의 임금을 지급함에 있어 위의 이익의 금액을 임금액에서 공제할 수 있다.

【대판】[33] 사용자가 근로자들에 대한 해고처분이 정당하다고 다투면서 근로자들의 근로제공에 대하여 계속 그 수령을 거부하고 있는 경우에 있어서 의료전문인인 근로자들이 해고처분 이후 다른 병원에 취업하거나 독자적으로 개업을 하여 소득을 얻고 있다고 하더라도 이로써 사용자에 대한 근로자들의 근로제공이 사실상 불가능하게 되어 사용자의 귀책사유가 소멸하였다고 할 수 없다.

고 한 판결 등 다수이다.

한편 민법 제538조 2항의 적용을 부인한 사례로는

【대판】[34] 부당해고로 인하여 노무를 제공하지 못한 근로자는 민법 제538조 제1항 본문의 규정에 의하여 사용자에 대하여 임금을 청구할 수 있고 이 경우 근로자가 자기 채무를 면함으로써 이익을 얻은 때에는 이를 사용자에게 상환하여야 하는데, 그 상환하여야 할 이익은 채무를 면한 것과 상당인과관계에 있는 것에 한한다. 따라서 과수원을 그 처의 주도로 경영하면서 부업으로 다소간 수입을 얻어 왔던 사정을 알 수 있는 바, 사정이 그와 같다면 해고기간동안의 수입은 일종의 부업적 수입으로서 해고를 당하지 아니하였더라도 당연히 취득할 수 있었던 것으로 보이므로 이는 상환하여야 할 이익에 해당하지 아니하여 이를 해고기간동안의 임금상당액에서 공제할 수 없다고 할 것이고 원고가 해고 이후에 과수원으로 주소지를 옮겨 거주하고 과수원을 더 매입하였다는 사정이 있다고 하여 그 결론을 달리 할 것은 아니다.

라는 판결이 있다.

(3) 검토

이상에서 본 바와 같이 다수의 학설과 판례는 부당해고된 근로자의 경우에 민법 제538조 제2항의 적용을 인정하나 근로기준법 제46조를 적용하여 휴업수당의 한도 내에서는 중간수

33) 대판 1996. 9. 24, 95다21785; 이 사건의 원심에서는 위의 해고처분이 피고의 귀책사유로 무효인이상 피고와 원고들 사이의 고용관계는 현재까지 유효하게 존속하고 있다 할 것이므로 민법 제538조와 근로기준법 제 46조를 적용하였으며 대법원에서도 이러한 원심의 판단을 수용하였다; 부산고법 1995. 4. 14, 94나2763 참조.

34) 대판 1993. 5. 25, 92다31125.

입공제의 대상으로 삼을 수 없다고 보고 있다.

전술한 바와 같이 다수설의 견해처럼 채무자가 자기의 채무를 면함으로써 얻은 이익이 있을 때에는 이를 채권자에게 상환하는 것이 공평하다면 사용자도 자기의 채무를 면함으로써 얻은 이익을 채무자에게 상환하는 것이 타당하다고 보아야 할 것이다.

이때 자기의 채무란 근로가 정상적으로 이루어졌다면 사용자가 근로자에게 지급하였을 임금, 각종 수당 등이다. 이는 설사 다른 근로자를 고용하여 그에게 지급했다 하더라도 부당해고된 근로자와의 근로계약상의 사용자의 의무위반이라는 관점에서 본다면 여전히 부당해고된 근로자에게 '사용자의 채무를 면함으로써 얻은 이익'을 상환할 의무는 존재한다고 하여야 할 것이다. 또한 전술한 대판 92다31125에서 알 수 있듯이 상환하여야 할 이익은 채무를 면한 것과 상당인과관계에 있는 것에 한한다고 한다면 이를 확장해석하여 근로자가 부당해고된 기간동안 타직장에서 일한 것은 새로운 법률관계에 기초한 근로계약이라 할 수 있으므로 상환이익의 대상이 되지 않고 이는 부득불 근로기준법 제46조의 적용여지도 없다고 보아야 한다.

뿐만 아니라 중간수입공제를 인정한다면 경제적으로 열악한 근로자는 부당해고 취소소송 중에도 오로지 법원의 호의적인 판결을 기다릴 수밖에는 없고 생계를 위하여 타직장에서 새로운 법률관계에 기인한 근로행위를 했다고 해서 공제의 대상으로 삼는 것은 심히 부당하다 아니할 수 없다고 하겠다.

3. 소급임금의 산정[35)]

(1) 서

사용자가 근로자를 해고한 경우 당해 해고가 정당한 이유가 없는 경우에는 그 사법상의 효력이 부인되며 이 경우 노동위원회의 구제명령과 법원 판결의 구체적인 내용은, 특단의 사정이 없는 한 해고를 당한 근로자를 해고가 없었던 상태로 복귀시킬 것을 목적으로 한 원직복귀와 소급임금의 지급으로 이루어진다.

그런데 현행법상 기초임금의 개념으로는 통상임금과 평균임금이 있으나, 판례는 이러한 개념과는 막연히 '임금상당액'이라는 개념을 사용하고 있어서 문제가 된다.

따라서 이하에서는 소급임금산정의 기초가 되는 요소들에 대해서 살펴보도록 한다.

35) 이하의 글은 정인섭, "부당해고와 소급임금의 산정", 노동법연구5호, 서울대노동법연구회, 1996.에서 요약한 것이다.

(2) 소급임금의 산정

1) 승급・연공급

임금체계가 정기적 승급 내지 연공급, 또는 물가연동제를 취하고 있는 경우에는 일정한 기간의 경과와 함께 임금도 증액함이 보통이다. 따라서 이 경우 기계적으로 해고당시의 임금을 고정적인 것으로 취급하는 것은 불합리하다.

우리나라의 판례는 승급분의 소급임금 산입을 긍정한다.[36]

2) 상여금

상여금은 1임금지급기일마다 지급되지 않는다는 점을 제외한다면 근로제공의 대가라는 점에 있어서는 다른 임금항목과 구별되는 점은 없다. 또한 단체협약 등 기존의 규정에서 상여금이 중요한 항목으로 취급되고 있어 거의 예외 없이 그 산정기준을 상세히 정하고 있다는 현실을 감안한다면 소급임금의 산정에 있어서 포함되어야 한다고 보는 것이 타당하며, 판례도 이를 긍정한다.[37]

3) 수당

① 생활수당

이른바 임금 이분론에서 '보장적 부분의 임금'으로 평가되는 것은 종업원이라는 지위에 대한 대가로 평가될 수 있으며 파업기간 중의 임금지급문제와 마찬가지로 해고기간 중 구체적인 근로의 제공이 없었다고 하더라도 소급지급 되어야 할 임금에 포함된다고 할 수 있다. 가족수당은 그 대표적인 예이다.

② 업무수당

개근수당, 출장수당, 연공수당, 자격수당과 같은 업무수당은 현실적인 근로의 제공과 밀접한 연관을 갖는 경우가 많기 때문에 소급지급 되어야 할 임금에서 제외된다. 이러한 업무수당은 근로의 제공 이외에 더 나아가 현실적으로 제공된 근로에 대한 평가도 함께 고려하여야 하기 때문이다.

③ 시간외 근로수당

연장근로・휴일근로・야간근로에 대한 수당은 모든 근로자에게 일률적으로 지급되는 것도 아니며 현실적으로 소정시간 외의 근로에 대하여 지급되는 것이므로, 해고기간중의 임금

36) 대판 1991. 6. 28, 90다카25277.
37) 대판 1991. 6. 28, 90다카25277.

산정에 있어서는 원칙적으로 제외된다.

그러나 임금보전을 위한 장시간 근로가 보편화되어 있는 현재의 실정으로 보아 예외적으로 이러한 시간외근로수당도 소급임금 산정에 포함되어야 할 경우가 있다고 생각된다.

대법원도, 시간외 근로의 법리에 관하여 다소 논란의 여지가 있는 표현을 사용하고 있기는 하지만, 다음과 같이 판시하여 시간외근로수당이 소급임금에 포함된다는 입장을 취하고 있다.

【대판】[38] 원심판결은 그 증거에 의하여 피고회사의 근로자들이 1988.7.1부터 1991.3.20까지 월 평균 그 판시와 같은 시간외근로를 하였고 피고회사와 그 노동조합과의 사이에 체결된 단체협약에 당사자 간의 합의에 의하여 1주일에 12시간 이내의 연장근로를 할 수 있도록 규정되어 있는 사실을 확정하고 나서 원고가 해고되지 않았더라면 1998.7.1일부터 1991.3.20일까지는 그 판시와 같은 정도의 시간외근로를 하고 1991.3.21부터 1주일에 12시간 정도의 시간외 근로를 하여 그 수당을 지급받았을 것이 예상된다고 판단한 다음 원고가 해고된 이후에 지급받지 못한 임금을 산정함에 있어 그 시간외 근로수당을 포함시킨 제1심 판결을 인용하였는 바, 기록에 비추어 위와 같은 조치는 옳게 수긍이 되고 거기에 지적하는 바와 같은 법리오해나 심리미진 또는 채증법칙 위배의 위법이 없다.

4) 세금・사회보험부담금 등

해고가 무효로 확인되어 그 소급임금을 산정해야 하는 경우가 아니라 통상적으로 근로가 제공되고 임금채권이 발생하는 경우에는 임금채권 중에서 근로자가 부담하여야 할 세금・사회보험부담금・조합비 등을 공제한 잔액을 수령하게 된다. 그렇다면 임금이 소급지급되는 경우에도 이러한 항목의 금원이 공제돼야 하는가 여부가 문제된다.

법원은 공제를 긍정하는 -좀더 엄격하게 말하면 소급임금액 자체는 원천징수세액을 공제한 나머지만을 의미한다는- 입장을 취하고 있다.

【대판】[39] 또한 피고는 소득세에 대한 원천징수의무자로서 근로자에게 소득금액을 지급할 때 원천징수액을 징수, 공제하여야 하는 것이므로 피고가 1993.9.21. 이 사건 해고기간 동안의 원고의 총임금 중에서 미지급액을 변제공탁함에 있어서 그때까지 피고가 원고의 임금의 일부로 지급한 금액에 대한 원천징수세액으로 560,980원을 공제한 금액을 공탁하고 원고가 위 공탁한 금액을 위 기간동안의 총임금의 일부로서 수령하였다면, 원고로서는 위 원천징수세액까지 포함한 금액을 임금의 일부로서 지급받은 결과가 되어, 위 기간동안의 총임금 중

38) 대판 1992. 12. 8, 92다39860.
39) 대판 1994.10.14, 94다23364.

미지급된 금액을 계산함에 있어서는 위 원천징수세액까지 포함한 금액을 공제함이 상당하다고 할 것이고, 따라서 원심이 위 1993.2.21.자 공탁금의 수령과 관련하여 위 원천징수세액금 560,980원을 포함한 금 3,800,674원을 공제한 조치는 정당하다고 할 것이다.

여기에는 다음과 같은 문제가 있다.

사용자의 원천징수의무는 "국내에서 거주자나 비거주자에게 다음 각호의 소득금액(제4호: 갑종에 속하는 근로소득금액) 또는 수입금액을 지급하는 자는 이 절의 규정에 의하여 그 거주자나 비거주자에 대한 소득세를 원천징수하여야 한다"는 소득세법 제142조 제1항에 근거한 것이다. 이 의무는 사용자의 공법상의 의무로 이는 사용자와 근로자 사이의 법률관계에 근거한 것이 아니며 의무를 이행하는 반사적 효과로 세금상당액을 공제할 수 있는 것이다. 따라서 이는 사법상의 권리의무관계의 확인에 따른 소급임금의 지급명령의 내용에 전혀 영향을 미칠 수 없으며, 따라서 사용자가 당연히 세금 등의 상당액을 소급임금에서 공제할 수 있는 권리가 있는 것은 아니라고 보아야 할 것이다.

(3) 소급임금의 산정기간

소급임금은 '해고가 없었더라면 받을 수 있었을 임금상당액'이므로 부당해고가 행해진 날의 익일로부터 원직복귀시까지의 기간 동안 받을 수 있었던 임금이다. 산정기간의 결정에 있어서 시기는 해고조치가 있었던 시점이 확정되면 결정되므로 산정기간의 결정에서 문제가 되는 것은 다음 두 가지 사항이다.

1) 종기 : 장래에 대한 임금지급

피해고근로자의 사망이나 사업체의 정당한 폐지 또는 영업양도와 같은 특별한 사정이 없는한 소급임금은 원칙적으로 무효인 해고상태가 제거되는 시기 -즉 원직복귀시- 까지는 발생한다.

2) 제외기간 : 취로 불능기간

해고시부터 원직복귀까지의 전 기간은 아무런 예외가 없이 소급임금의 산정기초로 계산되는가? 이에 대해 대법원은 근로제공이 불가능했던 기간은 소급임금의 산정기간에서 제외된다는 입장을 취하고 있다.

【대판】[40] 해고가 없었다고 하더라도 취업이 사실상 부가능한 상태가 발생한 경우라든가 사용자가 정당한 사유에 의하여 사업을 폐지한 경우에는 사용자의 귀책사유로 인하여 근로

제공을 하지 못한 것이 아니므로 그 기간 중에는 임금을 청구할 수 없다 할 것인바.....

여기서 문제가 되는 점은 구체적으로 어떠한 경우가 이에 해당되는가 하는 점이다.

① 질병

피해고자가 질병으로 근로를 제공할 수 없었던 기간 동안은 소급임금의 산정기간에서 제외된다. 다만 당해 질병이 기왕의 근로의 제공 또는 해고기간 중 다른 직장에서의 근로의 제공에 기인하는 경우 - 예컨대 업무상의 질병 또는 재해 - 에는 제외시켜서는 안될 것이다.

② 여자근로자의 임신·출산

여자근로자가 해고기간 중 임신·출산으로 인하여 근로의 제공이 불가능하였다고 하더라도, 이를 일률적으로 취로가 불가능한 시기로 보아 소급임금 지급시기에서 제외하는 것은 타당하지 않다. 즉, 현행 근로기준법이 산전, 산후 60일의 유급휴가를 부여하도록 하고 있으므로, 이에 해당되는 기간 동안은 소급임금의 발생은 중단되지 않는다고 보아야 할 것이다.

③ 파업 및 조업재개 준비기간

미국에서는 경제적인 목적에 의한 파업 시 근로관계는 일단 종료된다고 보며, 파업종료후 근로관계는 재고용으로 인식되고 있다. 하지만 우리나라의 경우에는 파업기간 중이라고 하더라도 근로관계는 종료되는 것이 아니므로 미국의 경우와 같이 일반적으로 소급임금의 발생중단사유로 되는 것은 아니다. 또한 조업재개를 위한 준비기간이 임금이 발생되지 않는 기간이라고 볼 수 있는 근거는 어디에도 없다. 당해 파업에 이른 경위, 원인, 중단된 조업의 범위, 파업기간 중의 임금지급에 관한 단체협약이나 취업규칙의 규정 또는 관행, 다른 근로자에게 지급된 임금지급범위 등 제반 사정을 고려하여 판단하여야 할 것이다.

④ 사업의 일시적 중단

해고기간 중 화재, 천재지변 등 휴업지불 의무조차도 발생하지 않는 불가항력적인 사유에 의해서 사업이 일시적으로 중단된 경우에는 그에 대응되는 기간만큼 소급임금은 발생하지 않는다. 그러나 사용자에게 근로기준법 제38조에 따라 휴업지불 의무가 인정되는 사업중단의 경우에는 소급임금이 발생한다.

(4) 이자의 지급

임금의 산정에 있어서 불분명한 채로 남아 있는 부분은 바로 소급지급 되는 임금을 산정

40) 대판 1994.9.13, 93다50017.

하는 데 있어 그 임금액이 발생한 기간에 비례하는 이자를 인정해야 할 것인가의 문제이다. 그러나 완전한 의미의 원상회복이 가능하려면 이자가 부가되어야 한다는 점에는 이론이 있을 수 없을 것으로 생각된다.

Ⅳ. 근로자의 위자료 청구권

1. 서

한편 이상에서 살펴본 바와 같이 임금의 지급만으로 부당해고 당한 근로자의 모든 손해가 전보된다고 볼 수는 없을 것이다. 따라서 부당해고로 인해 정신적 손해가 발생하였음을 이유로 위자료를 청구할 수 있는가가 문제되는데 대다수의 학설과 판례는 부당해고당한 근로자의 위자료 청구권을 인정하고 있다. 그러나 그 법적근거에 대해서는 견해의 대립이 있다.

2. 학설과 판례의 동향

(1) 채무불이행 일반론에 따른 정신적 손해배상책임

근로계약관계는 근로자의 노무제공의무와 사용자의 임금지급의무가 대가적 견련관계에 있는 당사자 사이의 구체적 결합관계이므로 사용자에 의한 부당해고는 사용자의 채무불이행으로 이해하는 것만으로 충분하다고 해석하여 채무불이행 책임에 의해 근로자의 정신적 손해배상을 인정하려는 견해가 있다.[41]

(2) 취업청구권을 인정하여 채무불이행에 기한 위자료 청구권을 인정하는 견해

근로관계를 자유로운 노동인격의 실현관계로 파악하고 노동재산권과 노동인격권을 포괄한 노동의 보람을 통하여 자유로운 삶을 향유할 수 있는 권리인 “노동향유권”의 개념을 설정하여 부당해고는 노동을 통한 자기인격 발전의 계기와 동료애를 통한 사회적 인격관계의 형성, 직업보유에 따른 사회적 이익 등을 부당하게 침탈하는 것이고 근로자는 당연히 정신적 고통으로 인한 손해배상을 청구할 수 있다는 견해가 있다.[42]

---

41) 김형배, 전게서, 451면.
42) 이홍재, “해고제한에 관한 연구”, 서울대박사학위논문, 200면.

(3) 부당해고가 일반적으로 불법행위를 구성한다는 견해

사용자의 귀책사유는 부당노동행위로 인정되는 이상 사실상 추정된다는 판례[43]를 근거로 근로자에 대한 해고가 근로기준법 제23조 제1항이나 노동조합및노동관계조정법 제81조를 위반한 것에 근거하여 무효라고 판정하게 되면 부당해고에 대한 사용자의 귀책사유는 사실상 추정된다는 견해도 있다. 따라서 부당해고 등의 불이익처분은 위법한 것이고 이로써 당해 근로자는 정신적 고통을 받았다고 함이 경험칙상 타당하므로 사용자에게 귀책사유가 있는 한 이로 인한 정신적 손해에 대한 위자료를 구할 수 있다고 할 것이고 이와 같은 정신적 손해는 임금지급의무를 이행함으로써 치유된다고도 할 수 없다. 또한 근로자에 대한 해고 등의 불이익처분이 부당해고 또는 부당노동행위로 판명된 이상 사용자의 귀책사유는 사실상 추정된다고 한다.[44]

(4) 부당해고가 피 침해이익 등과 관련하여 위법성이 인정되는 경우에만 제한적으로 불법행위가 성립한다는 견해

사용자가 근로자를 부당하게 해고하였다고 하더라도 이는 결국 피고의 위 임금지급채무를 부당하게 이행하지 아니한 금전채무의 불이행에 불과하고 이로 인한 근로자의 통상손해는 임금 또는 임금상당의 재산적 손해일 뿐이며 정신적 손해는 특별손해로서 사실상 이를 인정하기 어려울 것이라는 것을 근거로 하여 근로자의 위자료 청구권을 채무불이행책임으로 구성하는 견해를 비판하고 부당해고가 강행법규에 위반되었다고 하여 곧바로 불법행위에 있어서의 위법성까지 인정되는 것은 아니므로 부당해고가 불법행위로서의 위법성이 인정되는 제한적인 경우에 한하여 불법행위가 성립한다는 견해가 있다.[45]

(5) 판례

판례는 불법행위책임에 근거하여 근로자의 위자료 청구를 인정하고 있다는 것으로 판단된다.

【대판】[46] 일반적으로 사용자가 근로자를 징계해고한 것이 정당하지 못하여 무효로 판단

43) 대판 1993.12.21, 93다11463.
44) 김형진, "부당노동행위와 불법행위의 성립", 「대법원판례해설」, 제20호, 법원행정처, 1994, 5, 412-413면; 또한 임종률, 전게서, 492면과 이병태, 전게서, 610면도 같은 뜻으로 파악된다.
45) 정진경, "부당해고와 위자료", 노동법연구 7호, 서울대노동법연구회, 1998, 314-332면 참조; 최진갑, "부당해고와 위자료청구", 판례연구 6집, 부산판례연구회, 1996, 452면도 같은 뜻.
46) 대판 1993. 10. 12, 92다43586; 대판 1993. 12. 24, 91다36192; 대판 1996. 4. 23, 95다6823 등.

되는 경우 그 해고가 무효로 되었다는 사유만에 의하여 곧바로 그 해고가 불법행위를 구성하게 된다고 할 수 없음은 당연하다고 하겠으나, 사용자가 근로자를 징계해고 할만한 사유가 전혀 없는데도 오로지 근로자를 사업장에서 몰아내려는 의도 하에 고의로 어떤 명목상의 해고사유를 만들거나 내세워 징계라는 수단을 동원하여 해고한 경우나, 해고의 이유로 된 어느 사실이 소정의 해고사유에 해당되지 아니하거나 해고사유로 삼을 수 없는 것임이 객관적으로 명백하고, 또 조금만 주의를 기울이면 이와 같은 사정을 쉽게 알아 볼 수 있는데도 그것을 이유로 징계해고에 나아간 경우 등 징계권의 남용이 우리의 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우에 있어서는 그 해고가 근로기준법 제27조 제1항에서 말하는 정당성을 갖지 못하여 효력이 부정되는데 그치는 것이 아니라, 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성할 수 있을 것이고 이와 같은 경우에는 그 해고가 법률상 무효라고 하여 해고전의 상태로 돌아간다 하더라도 사회적 사실로서의 해고가 소급적으로 소멸하거나 해소되는 것은 아니므로 그동안 지급받지 못한 임금을 받게 된다고 하여 이것만 가지고 불법행위로 인한 정신적 고통의 손해가 완전히 치유되는 것이라고 할 수 없다.

3. 검토

전술한 '채무불이행 일반론에 따라 위자료 청구를 허용하는 견해'에 대하여는 사용자가 근로자를 부당하게 해고하였다고 하더라도 이는 결국 피고의 위 임금지급채무를 부당하게 이행하지 아니한 금전채무의 불이행에 불과하고 이로 인한 근로자의 통상손해는 임금 또는 임금상당의 재산적 손해일 뿐이며 정신적 손해는 특별손해로서 사실상 이를 인정하기 어려울 것이라는 비판이 있다.[47]

또 '취업청구권을 인정하여 채무불이행에 기한 위자료 청구권을 인정하는 견해'에 대해서는 다음과 같은 비판이 있다.

① 사용자의 근로수령의무 자체가 근로계약에서 인정되는 사용자의 주된 의무가 아닌 신의칙상 인정되는 근로자의 인격을 실현시킬 수 있도록 배려하여야 할 부수적인 의무에 불과하여 사용자측의 모든 이익도 함께 고려되어야 하는 것이기에 사용자의 업무지휘권·업무명령권의 행사와 조화를 이루는 범위 내에서 인정되는 것으로서 일정한 한계를 갖는 것이다. ② 통상의 부당해고란 해고와 임금의 미지급의 문제로서 부당해고라고 판단되는 경우 그 사법적 효력이 부정되고 근로자가 부당해고 기간중의 임금을 청구할 수 있는 것이 본래의 효과이나 이러한 임금지급채무불이행의 경우에는 근로자의 정신적인 손해는 특별손해로 파악할 수밖에 없는 것이다. 근로수령의무의 문제는 임금지급문제보다도 부당해고와 이로

47) 정진경, 전게논문, 314면.

인한 근로자의 취업거부가 문제로 되는 것이며 그러한 취업거부가 사용자의 근로수령의무에 위반하여 근로자의 인격권에 대한 부당한 침해가 있다고 판단하는 것은 임금지급이라는 금전채무의 불이행과는 별개의 것이기에 그 법적 판단도 달리 이루어져야 하는 것이다. 그리하여 부당해고기간 중의 임금지급문제와는 다른 정신적손해배상에 관한 독자적인 성립근거 및 요건에 관한 논의가 필요성이 생긴다.[48]

또한 '부당해고가 일반적으로 불법행위를 구성한다는 견해'에 대해서는 ① 부당해고 중 일정한 요건을 갖춘 것만이 제한적으로 불법행위를 구성한다고 보는 대법원판례의 태도에 반한다.② 임금지급채무불이행이 문제되는 부당해고와 정신적 손해배상이 문제되는 부당해고는 그 행위의 태양 및 보호법익에 차이가 있다할 것이어서 그 성립요건도 개별로 파악하여야 할 것인데 이러한 점을 간과한 것이라고 비판하는 견해가 있다.[49]

이상으로 간단히 근로자의 정신적 손해배상에 대한 견해들을 살펴보았다. 여기서 알 수 있는 것은 학설은 결국 부당해고 당한 근로자의 위자료청구의 법적 이론 구성을 불법행위책임이나 채무불이행책임의 어느 한 체계로 구성하고 있는 것으로 보인다. 생각하건대 우리 민법상의 손해배상책임에서 위자료는 불법행위책임에서만 규정되어 있다. 그러나 그렇다고 하여 불법행위에서만 인정되고 있지는 않으며 계약책임에 있어서도 위자료의 청구가 인정할 수 있다는 것이 통설의 입장이고[50] 이는 판례로서도 확립된 이론이라고 보아야 한다.[51]

---

48) 정진경, 전게논문, 323-324면 참조.

49) 정진경, 전게논문, 328-329면 참조.

50) 곽윤직, 채권총론, 박영사, 1994, 197면; 김상용, 채권총론, 법문사, 1996, 190면; 김증한·김학동, 채권총론, 박영사, 1998, 128면; 이은영, 채권총론, 박영사, 2001, 183면 등.

51) 대판 1993. 12. 24. 93다45213: 건물신축공사로 인하여 공사기간 동안 임차인이 거주하는 피해자 소유의 주택이 2차에 걸쳐 파손되다가 급기야 신축건물의 5층 옥탑이 무너져 내려 그 벽돌이 피해자의 주택을 덮쳐 지붕과 거실, 천정까지 파손되는 사고를 입는 등 계속적인 손해를 입는 상황이었다면 피해자가 거주하지 않고는 있어도 가옥파괴와 세입자의 생명, 신체, 재산침해에 대한 불안으로 인하여 정신적 고통이 있었을 것임은 경험칙상 능히 인정된다; 대판 1994. 12. 13, 93다59779: 일반적으로 임대차계약에 있어서 임대인의 채무불이행으로 인하여 임차인이 임차의 목적을 달할 수 없게 되어 손해가 발생한 경우. 이로 인하여 임차인이 받은 정신적 고통은 그 재산적 손해에 대한 배상이 이루어짐으로써 회복된다고 보아야 할 것이므로, 임차인이 재산적 손해의 배상만으로는 회복될 수 없는 정신적 고통을 입었다는 특별한 사정이 있고, 임대인이 이와 같은 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우에 한하여 정신적 고통에 대한 위자료를 인정할 수 있다; 대판 1997. 7. 22, 95다49608: 일반적으로 의사는 환자에게 수술을 시행하는 과정 및 그 후에 나쁜 결과가 발생할 개연성이 있는 의료행위를 하는 경우에 있어서는, 응급환자의 경우나 그 밖의 특별한 사정이 없는 한, 진료계약상의 의무로서 또는 수술에 대한 승낙을 얻기 위한 전제로서 당해 환자나 법정대리인에게 질병의 증상, 치료 방법의 내용 및 필요성, 발생이 예상되는 위험 등에 관하여 당시의 의료수준에 비추어 상당하다고 생각되는 사항을 설명하여 당해 환자가 그 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 그 의료행위를 받을 것인가의 여부를 선택할 수 있도록 하여야 할 의무가 있을 뿐만 아니라, 그 진료 목적의 달성을 위하여 환자 또는 그 보호자에 대하여 요양의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 상세히 설명하여 후유증 등에 대비하도록 할 의무가 있으며, 한편 의료행위로 인하여 중대한 결과가 발생하여 환자가 의사의 설명의무 위반으로 인한 위자료를 청구하는 경우에도 환자에게 발생한 중대한 결과가 의사의 의료행위로 인한 것이어야 한다(백내장 수술에 따른 후유증인 망막박리의 발생 가능성에 대한 의사

따라서 통설인 청구권 경합설의 입장과 같이 근로자의 위자료 청구는 계약책임과 불법행위 책임의 경합을 인정하여야 한다고 본다. 판례도 마찬가지이다.[52]

전술한 바와 같이 불법행위 책임설이나 계약책임설이 타당한 면도 없지 않지만 경합을 인정하는 것이 피해자에게는 유리할 것이다. 또한 귀책사유를 요건으로 하여 효과가 발생하는 것은 계약책임이나 불법행위책임이나 마찬가지이며 이때의 주의 의무의 정도는 선관주의 의무로써 같게 보아야 한다. 즉 이런 점에서 차이가 발생한다면 어느 한 책임체계를 주장하는 것이 타당하겠지만 그렇지 않는 이상 경합을 인정하는 것이 타당하고 또, 불법행위설의 주장처럼 판례가 부당해고와 관련된 위자료 청구를 불법행위로 이론 구성을 하고는 있지만 그렇다고 하여 경합을 부정하는 논거가 될 수는 없는 것이다. 즉 이는 오히려 기술적이거나 실무적인 문제로 파악해야 할 것이지, 근로자의 부당해고시의 사용자에 대한 위자료 청구권의 법적근거는 채무불이행 책임이나 불법행위 책임이 경합할 수 있다고 보는 것이 옳다.

또 불법행위 편중의 법적사고로 인한 불법행위 책임의 필요 이상의 확대도 바람직스러운 현상은 아니라고 생각한다.[53] 한편 경합을 인정하더라도 부당해고의 모든 유형에서 위자료를 인정하기는 힘들 것이다. 즉 계약책임에 의하든 불법행위책임에 의하든 어차피 일정한 요건하에서 위자료를 인정하고 있기 때문이다.[54] 따라서 필자는 기본적으로는 제한된 범위 내에서 위자료를 인정하는 판례의 태도에는 찬성하는 바이다.

의 설명의무 위반을 이유로 위자료 청구를 인정한 사례).

52) 채무불이행 책임과 불법행위 책임의 경합을 인정한 판례로는: 대판 1967.12.5, 67다 2251: 전세권자의 실화로 건물의 반환의무를 이행하지 못할 때에는, 한편으로는 과실로 전세물에 대한 소유권을 침해한 것으로서 불법행위가 되는 동시에, 다른 한편으로는 과실로 채무를 이행할 수 없게 된 것으로서 채무불이행이 된다; 대판 1983. 3. 22, 82다카1533: 해상운송인이 운송도중 운송인이나 그 사용인 등의 고의 또는 과실로 운송물을 멸실, 훼손시킨 경우, 선하증권소지인은 채무불이행으로 인한 손해배상청구권과 불법행위로 인한 손해배상청구권을 선택적으로 행사할 수 있다. 선하증권에 기재된 면책약관은 운송계약상의 채무불이행책임뿐만 아니라 그 운송물의 소유권 침해로 인한 블법행위책임에 대해서도 적용된다. 다만 그 면책약관은 고의 또는 중대한 과실로 인한 재산권침해에 대한 불법행위책임에는 적용되지 않으며, 이 약관이 상법 제787조 내지 제789조의 규정에 저촉되는 경우에는 불법행위책임에도 적용되지 않는다.

53) 김병태, “계약책임과 불법행위 책임의 관계”, 사회과학연구 제7집, 광주대사회과학연구소, 1997, pp23-24에서는 민법이 민사책임에 관한 채무불이행 책임의 존재영역을 두고 있고 그 독자적인 책임구성의 가능성을 실체법적으로 규정하고 있음에도 불구하고 현실적인 편의성 내지 불법행위 책임의 과도한 영역의 확대에 의하여 계약책임의 영역을 침범하는 것은 결코 바람직하지 않다고 보고 있다.

54) 채무불이행책임에 있어서 위자료는 에외적인 경우에 인정될 수 있을 것이며 불법행위책임에 있어서도 항상 위자료 청구가 인정되는 것은 아니고 ① 정신적 손해의 발생이 뚜렷하며 직접적일 것, ② 정신적 고통이 보호법익에 대한 침해에서 비롯되었을 것, ③ 정신적 고통이 사회통념상 인내의 정도를 초과할 것의 세가지 요건을 갖추어야 위자료청구권이 발생한다; 이은영, 채권총론, p308; 이은영, 채권각론, p766 참조.

Ⅴ. 맺음말

지금까지 부당해고 근로자의 경제적 손해의 전보에 있어서 발생할 수 있는 몇 가지 문제점에 대해 논하였다. 각각의 문제되는 곳에서 자세히 검토하였으므로 여기서 다시 논할 필요까지는 없다고 할 것이다. 부당해고 근로자의 구제에 있어서 합리적이고 투명한 처리가 노사관계를 더욱 증진시키고 이는 곧 우리사회가 발전하는데 필요한 원동력이 될 수 있다. 특히 소급지급임금의 계산에서 중간수입을 공제하는 것은 매우 신중하여야 할 것이다. 필자는 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.[55] 또한 근로기준법 제46조에 터 잡아 근로자의 중간수입공제를 제한적으로 인정하는 판례의 태도에 대해서는, 근로자의 소급임금지급청구의 근거를 민법 제538조에서 찾는다면 근로기준법 제46조는 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.

고도의 산업사회를 지향하고 있는 우리나라로서는 노사 관계의 합리적인 노사관계의 정립이 중요한 관건이 될 것이므로 근로계약 당사자의 법적 보호를 위해서는 부당해고 근로자의 구제에 대한 심층적 연구가 절실히 요청된다고 하겠다.

55) 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.

참고문헌

곽윤직, 채권총론, 박영사, 1992.
곽윤직, 채권각론, 박영사, 1994.
김상용, 채권총론, 법문사, 1996.
김증한・김학동, 채권총론, 박영사, 1998.
김형배, 채권총론, 박영사, 1998.
이은영, 채권총론, 박영사, 2001.
이은영, 채권각론, 박영사, 2001.
남효순, (민법주해ⅩⅤ : 곽윤직대표 집필), 박영사, 1997.
최병조, (민법주해ⅩⅢ : 곽윤직대표 집필), 박영사, 1997.
김형배, 노동법, 박영사, 2001.
박홍규, 노동법론, 삼영사, 1998.
이병태, 최신노동법, 현암사, 1998.
이상윤, 노동법, 법문사, 2000.
임종률, 노동법, 박영사, 1999.

김병태, “계약책임과 불법행위책임의 관계”, 광주대사회과학연구 제7집, 1997.
김형배, “부당해고를 이유로 복직된 근로자에 대한 중간이득 공제”, (법과 행복의 추구: 청암정경식 박사 회갑기념 논문집), 1997.
문무기, “부당해고의 구제와 취로청구권”, 서울대노동법연구 제5호, 1996.
성기문, “부당해고, 부당노동행위, 해고 등 무효확인청구의 소의 관계: 구제이익, 소의 이익과 관련하여”, 행정소송실무연구회, 1998.
오문완, “부당해고와 부당노동행위 구제신청”, 경영계, 1998, 7.
이종복, “해지와 해고제한의 법원리”, (사법관계와 자율: 이종복 교수 논문집), 1993.
이종복, “민법 제538조와 근로기준법 제38조와의 관계”, (사법관계와 자율: 이종복 교수 논문집), 1993.
이흥재, “부당해고 구제수단에 있어서의 몇 가지 문제”, 서울대노동법연구 제2권 1호, 1992.
정기남, “휴업지급”, 충남대 법학연구 제5권 제1호, 1994.
정인섭, “부당해고와 소급임금의 산정”, 서울대노동법연구 제5호, 1996.
정인섭, “부당해고 구제명령이 내려진 경우 부당노동행위 구제이익의 존부”, 노동법률, 제68호, 1998, 7.
정진경, “부당해고와 위자료”, 서울대노동법연구 7호, 1998.
하경효, “민법 제 538조의 해석・적용에 관련된 문제점”, 고시연구, 1994, 3.

투고일자 : 2016. 03. 20
수정일자 : 2016. 03. 27
게재일자 : 2016. 03. 30

<국문초록>

부당해고 근로자의 보호에 관한 연구

- 경제적 손해의 전보를 중심으로 -

이 우 진

근로자에 대한 부당해고의 구제의 효과는 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 즉 원직복귀와 경제적 손해이다. 원직복귀는 해고 전의 지위로 근로자를 복귀시키는 것을 의미한다. 다음으로 그 부당해고로 인하여 발생한 경제적 손해배상이 문제가 된다. 본 연구는 주로 경제적 손해에 대한 연구이다. 본 연구의 범위는 소급지급임금의 산정, 위자료 등이다. 그런데 다수의 학설과 판례는 부당해고된 근로자의 경우에 민법 제538조 제2항의 적용을 인정하지만 근로기준법 제46조를 적용하여 휴업수당의 한도 내에서는 중간수입공제의 대상으로 삼을 수 없다고 보고 있다.

소급지급임금이 사용자의 부당노동행위를 근절시키기 위한 것이라면 부당해고 근로자가 다른 직장에서 수입을 얻었다고 하여 공제하는 것은 정당하다고 할 수 없다. 그러한 공제는 소급지급임금의 효과를 감소시킨다고 밖에 할 수 없을 것이다. 따라서 본 연구의 입장은 경제적 약자인 근로자의 보호에 초점을 맞추어야 한다고 생각한다.

주제어: 부당해고, 소급지급임금, 경제적 손해, 중간수입, 공제