

## 해고 제한의 헌법적 근거에 관한 고찰

홍 석 한\*

### 목 차

I. 문제의 제기	IV. 해고 제한을 통한 근로관계 존속 보호의 헌법적 근거
II. 해고의 의의 및 해고 제한 규정의 현황	V. 결론
III. 직업의 자유와 근로의 권리의 의의 및 주요 내용	

### I. 문제의 제기

근로계약이란 “근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약”을 말한다(「근로기준법」 제17조). 이는 기본적으로 사유재산제의 보장과 자본주의적 경제질서, 그리고 평등의 원칙, 계약의 자유, 직업의 자유 등의 기본권에 기초하고 있는 민법상 계약이라고 할 수 있다. 따라서 그 정당성은 사용자와 근로자의 자유로운 의사의 합치에서 찾을 수 있으며, 당사자 어느 일방이라도 자유롭게 계약관계를 해소할 수 있는 것이 원칙이라고 볼 수도 있다. 이러한 관점에서라면 사용자도 근로자와 마찬가지로 근로계약의 당사자 일방으로서 계약 해지의 의사표시를 자유롭게 할 수 있다고 해석할 수 있게 된다.

그러나 「근로기준법」은 제23조 이하에서 사용자의 해고 권한을 제한하는 구체적인 규정들을 두고 있으며, 특히 제23조 제1항은 “사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(이하 “부당해고등”이라 한다)을 하지 못한다.”라고 규정하고 있다. 「근로기준법」상 해고 제한에 관한 규정들은 사용자의 기본권을 제한하는 것이다. 사용자는 헌법상의 기본권인 영업의 자유 내지 계약의 자유에 따라 자유롭게 근로계약을 해지할 수 있다. 다만, 이러한 자유도 헌법 제37조 제2항에 근거하여 법률로써 제한될 수 있다. 즉, 상대적으로 사회적 약자의 지위에 있으며 해고에 의하여

\* 목포대학교 법학과 교수, 법학박사.

생계와 인격발현의 기회를 박탈당하게 되는 근로자를 보호하고, 해고가 사회적·경제적으로 미치는 공동체에 대한 악영향을 최소화하며, 국가공동체의 통합을 추구한다는 점 등에서 해고 제한의 목적 내지 정당성을 찾을 수 있다.<sup>1)</sup> 즉, 해고 제한은 사용자와 국가와의 관계에서 국가가 사용자의 기본권을 제한하는 것이라고 할 수 있으며, 이에 관한 입법은 과잉금지원칙을 준수할 것이 요구된다.

이에 비하여 근로자와 국가와의 관계에서 어떠한 헌법적 근거를 통하여 부당한 해고로부터 근로자를 보호하여야 할 국가의 의무를 도출할 수 있는지가 문제된다. 즉, 근로자의 입장에서 국가에 대하여 근로관계의 존속 보호를 요청할 수 있는 구체적인 근거를 어디서 찾을 것인지 하는 것이다. 이는 곧 해고를 제한함으로써 근로관계의 존속을 보호해야 할 헌법적 근거를 직업의 자유에서 찾을 것인지 아니면 근로의 권리에서 찾을 것인지의 문제라고 할 수 있다. 근로관계 존속 보호와 관련하여 우선적으로 생각할 수 있는 근거는 무엇보다 헌법 제15조의 직업의 자유와 제32조 제1항의 근로의 권리이기 때문이다. 보다 구체적으로 이 문제는 입법자가 해고를 제한하는 입법을 하지 않은 경우에 무엇을 근거로 해고에 관한 분쟁을 해결할 것이며 그 심사의 기준이 무엇인지,<sup>2)</sup> 나아가 해고의 제한에 관하여 규정하고 있는 「근로기준법」 규정이 근로관계의 존속 보호의 취지를 달성하는데 적절한 것인지를 판단하는 기준이 무엇인지와 관련되어 있다.

이러한 배경에서 본 논문은 국가가 사용자에게 의한 해고를 제한함으로써 근로관계의 존속을 보호해야 하는 헌법적 근거에 대해 고찰해보고자 한다. 이에 아래에서는 먼저, 해고의 개념과 그 헌법적 의미, 「근로기준법」상 해고 제한에 관한 규정의 현황을 살펴본다. 그리고 헌법상 직업의 자유와 근로의 권리의 의의와 법적 성격 및 주요 내용을 고찰한 다음, 해고 제한을 통하여 근로관계의 존속을 보호해야 하는 헌법적 근거에 대한 학계의 논의와 판례의 입장을 정리하고 필자의 견해를 제시해보고자 한다.

## II. 해고의 의의 및 해고 제한 규정의 현황

### 1. 해고의 의의

해고는 근로관계를 종료와 관련하여 중요한 의미가 있으며 상당한 법적 분쟁을 유발하는 문제이다. 그럼에도 불구하고 「근로기준법」에는 이에 대한 명문의 개념정의가 없

1) 정관영, “해고제한의 기본원칙과 해고의 정당성 판단기준”, 저스티스 제147권, 한국법학원, 2015. 4, 226-227쪽 참조.

2) 해고에 관한 명문의 규정은 입법자가 사용자의 해지의 자유와 근로자의 직장보장법리 사이에서 가치평가를 통해 합리적인 결단을 내린 것이며, 명문화되지 않은 사항에 대해서는 민사에 관한 일반원칙으로서 계약자유의 원리가 존중되어야 한다고 한다는 견해가 있다(권 혁, “해고의 개념에 대한 미시적 분석”, 강원법학 제35권 제1호, 강원대학교 비교법연구소, 2012. 2, 139쪽). 그러나 명문의 규정이 없는 경우에도 기본권 보호의 측면에서 가치평가는 필요하다.

다.<sup>3)</sup> 결국, 그 정의는 학계에 맡겨져 있는바, 일반적으로 해고는 사용자가 일방적으로 근로관계를 종료시키는 의사표시,<sup>4)</sup> 사용자가 근로자의 의사에 반하여 근로관계를 일방적으로 종료하는 의사표시<sup>5)</sup>로 본다. 즉, 근로자의 의사에 반하는 것이 개념 요소인지 여부에 관한 견해의 차이는 있지만 해고는 기본적으로는 민법상 계약의 해지와 동일한 속성을 가지면서도 근로계약에서 일방당사자인 사용자에게 의하여 이루어지는 계약종료의 의사표시라는 특수성이 인정된다.<sup>6)</sup> 다만, 이처럼 해고는 민법상 계약관계를 해지하는 일방당사자의 의사표시를 말하지만 동시에 그러한 의사표시에 따라 근로관계가 해소된 결과를 가리킨다고도 할 수 있다.

해고는 근로자로부터 경제적 소득을 통해 생계를 유지하고, 개인의 자아와 인격을 실현하며, 헌법상 경제질서의 유지에 기여하는 기회를 완전히 박탈한다는 점에서 일반적인 계약의 해지와는 구별되는 중요성이 있다. 계약자유 원칙에 따른 일반적인 계약법상의 원리를 그대로 적용하기 어려운 측면이 있는 것이다. 이에 근로계약의 해지를 자유롭게 인정할 수는 없으며, 사용자에게 의한 해고의 제한을 인정해야 할 필요성이 크다. 이러한 관점에서 역사적으로 해고는 계약법상의 해지로부터 그 뿌리를 찾을 수 있는 것은 사실이지만, 「근로기준법」의 취지에 따라 노동법상 새롭게 창설된 개념이며, 따라서 해지와는 달리 해고자유 원칙이 성립되지 않는다는 입장<sup>7)</sup>을 이해할 수 있다.

한편, 근로와 관련된 사항을 규정한 헌법 제32조 가운데 제3항은 “근로조건 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”라고 규정하고 있다. 이에 해고의 사유와 절차 등 해고에 관한 사항이 헌법이 규정한 근로조건에 해당하는지 여부에 대해 생각해 볼 필요가 있다. 우선, 「근로기준법」 제17조 제1항<sup>8)</sup> 및 제93조 제4호<sup>9)</sup>와 동법 시행령 제8조 제2호<sup>10)</sup>에 따르면, “퇴직에 관한 사항”이 근로조건에 포함되는 바, 해고 역시 근로계약을 종료시킴으로써 퇴직의 효력을 발생시키는 것이므로 해고에 관한 사항도 근로조

3) 「근로기준법」 제23조 제1항은 “사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(懲罰)(이하 “부당해고등”이라 한다)을 하지 못한다.”라고 규정하고 있어 부당해고의 개념은 인식할 수 있다.

4) 이달휴, “근로권과 해고제한의 근거 -헌법재판소의 결정의 비판적 검토-”, 공법학연구 제13권 제2호, 한국공법학회, 2012. 5. 117쪽; 임종률, 노동법, 박영사, 2019, 546쪽.

5) 김형배, 노동법, 박영사, 2018, 667쪽 이하.

6) 권 혁, 앞의 논문, 149쪽.

7) 정관영, 앞의 논문, 234~235쪽.

8) 제17조(근로조건에 명시) ① 사용자는 근로계약을 체결할 때에 근로자에게 다음 각 호의 사항을 명시하여야 한다. 근로계약 체결 후 다음 각 호의 사항을 변경하는 경우에도 또한 같다. 1. 임금 2. 소정근로시간 3. 제55조에 따른 휴일 4. 제60조에 따른 연차 유급휴가 5. 그 밖에 대통령령으로 정하는 근로조건

9) 제93조(취업규칙의 작성·신고) 상시 10명 이상의 근로자를 사용하는 사용자는 다음 각 호의 사항에 관한 취업규칙을 작성하여 고용노동부장관에게 신고하여야 한다. 이를 변경하는 경우에도 또한 같다.

1. 내지 3. 생략 4. 퇴직에 관한 사항 5. 내지 12 생략

10) 제8조(명시하여야 할 근로조건) 법 제17조제1항제5호에서 “대통령령으로 정하는 근로조건”이란 다음 각 호의 사항을 말한다. 1. 생략 2. 법 제93조제1호부터 제12호까지의 규정에서 정한 사항 3. 생략

건에 해당한다고 볼 수 있다. 헌법재판소 역시 “근로기준법에 마련된 해고예고제도는 근로조건의 핵심적 부분인 해고와 관련된 사항일 뿐만 아니라...”라고 판시하여<sup>11)</sup> 해고에 관한 사항을 근로조건으로 인정하는 입장에 있다.

## 2. 근로기준법상 해고 관련 규정의 내용

「근로기준법」은 해고에 관하여 제23조 내지 제32조에서 규정하고 있다. 이 가운데 제23조와 제24조는 해고의 제한, 제25조는 경영상 이유에 따라 해고된 근로자의 우선 재고용, 제26조와 제27조는 해고의 예고와 해고사유 등의 서면통지 등 해고의 절차에 관한 사항이며, 제28조부터 제32조까지는 부당해고등의 구제신청과, 조사, 구제명령 등 해고통지 이후의 분쟁과 관련한 규정이다.

제23조 제1항은 “사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 징벌(이하 "부당해고등"이라 한다)을 하지 못한다.”라고 함으로써 정당한 이유가 없는 해고의 금지를 규정하고 있다. 또한 제24조의 경우 사용자는 경영상 이유에 의한 해고를 할 수 있다고 하면서도 이 경우에는 보다 엄격한 실제적, 절차적 요건을 갖추도록 하고 있으며,<sup>12)</sup> 이러한 요건을 갖추어 근로자를 해고한 경우에는 제23조 제1항에 따른 정당한 이유가 있는 해고를 한 것으로 본다(동조 제5항).

「근로기준법」 제23조 제1항은 해고에 관한 기본원칙을 정한 일반적 해고제한규정이 라고 할 수 있다.<sup>13)</sup> 이에 따르면 사용자가 근로자를 해고하기 위해서는 반드시 정당한 이유가 있어야 한다. 또한 해고의 예고(제26조)와 해고사유 등의 서면통지(제27조) 등 절차적인 요건도 갖추어야 한다. 물론 여기서 “정당한 이유”는 추상적인 개념으로서<sup>14)</sup> 해고에 관한 분쟁의 주요 쟁점이 되며 입증책임의 소재를 매우 중요한 관건으로 만들게 된다.<sup>15)</sup> 다만, 「근로기준법」은 적어도 해고를 일반적인 계약의 해지와 같이 자유롭게 할

11) 헌재 2015. 12. 23. 2014헌바3, 판례집 27-2하, 553, 556.

12) 경영상 이유에 의한 해고는 첫째, 긴박한 경영상의 필요가 있어야 한다(제1항). 둘째, 해고를 피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 합리적이고 공정한 해고의 기준을 정하여 이에 따라 그 대상자를 선정하여야 하고, 남녀의 성을 이유로 차별하여서는 아니 된다(제2항). 셋째, 제2항에 따른 해고를 피하기 위한 방법과 해고의 기준 등에 관하여 그 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합(근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 근로자대표)에 해고를 하려는 날의 50일 전까지 통보하고 성실하게 협의하여야 한다(제3항). 한편, 사용자가 경영상 이유에 따라 대통령령으로 정하는 일정한 규모 이상의 인원을 해고하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 고용노동부장관에게 신고하여야 한다(제4항).

13) 박지순, 지속적인 근무성적 및 근무태도 불량자 해고의 정당성 판단에 관한 연구, 고용노동부, 2010, 3쪽.  
14) “정당한 이유”라는 용어에 대하여 헌법재판소는 이는 “일반인이라도 법률전문가의 도움을 받아 무엇이 금지되는 것인지 여부에 관하여 예측하는 것이 가능한 정도라고 할 것이어서 수범자인 사용자가 해고에 관하여 자신의 행위를 결정해 나가기에 충분한 기준이 될 정도의 의미내용을 가지고 있”다고 하면서 명확성 원칙에 위반되지 않는다고 판시한 바 있다. 헌재 2005. 3. 31. 2003헌바12, 판례집 17-1, 340, 352.

15) “사용자의 근로자에 대한 해고는 정당한 이유가 없으면 무효이고 그러한 정당한 이유가 있다는 점은 사용자가 주장 입증하여야 한다.” 대법원 1992. 8. 14. 선고 91다29811 판결.

수 있는 것으로 인식하지 않고 있음을 알 수 있다. 반대로, 근로기준법이 해고를 원칙적으로 금지하고 예외적으로 특별한 사유가 있는 경우에 한하여서만 가능하도록 하는 구조를 취하고 있는 것도 아니다.<sup>16)</sup>

이러한 측면에서 「근로기준법」은 해고에 관하여 사용자 또는 근로자 어느 일방에 대한 보호를 우선적으로 내세우지 않고 있으며, “정당한 이유”와 일정한 절차를 해고에 관한 최소한의 기준으로<sup>17)</sup> 설정함으로써 각 사안에 따라 사용자와 근로자의 구체적인 이익 형량을 통해 해고의 정당성이 평가되고 근로관계의 존속 여부가 결정되도록 한 것으로 볼 수 있다.

### III. 직업의 자유와 근로의 권리의 의의 및 주요 내용

#### 1. 직업의 자유의 의의와 보호 범위

##### 1) 직업의 자유의 의의

###### (1) 개념

헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.”라고 규정하고 있다. 그러나 직업은 선택하는 것 자체가 목적이 될 수는 없다. 직업을 선택만 할 수 있을 뿐 당해 직업을 수행할 수 없다면 직업선택의 자유를 보장하는 것은 실질적으로 무의미하게 된다. 따라서 헌법 제15조는 직업의 선택에 있어서의 자유와 아울러 직업의 행사에 있어서의 자유를 보호하는 것이다.<sup>18)</sup> 봉건시대에는 직업은 신분과 직결된 것으로서 직업의 선택은 자유로운 것일 수 없었다. 이후 근대로 진입하면서 신분제가 철폐되고 인간의 존엄에 기초한 자유와 평등의 이념이 일반화되면서 자유로운 직업의 선택과 행사가 기본권으로 인식되게 되었다.<sup>19)</sup>

16) 「근로기준법」은 해고에 관하여 제23조 제1항을 통해 해고금지의 원칙이나 해고자유 원칙이라는 이분법적 선택을 할 수 없도록 하고 있으므로 이를 ‘부당해고금지의 원칙’이라고 부를 수 있다는 견해로 정관영, 앞의 논문, 234-236쪽.

17) 「근로기준법」 제3조(근로조건 기준) 이 법에서 정하는 근로조건은 최저기준이므로 근로 관계 당사자는 이 기준을 이유로 근로조건을 낮출 수 없다.

18) 장영수, 헌법학, 홍문사, 2010, 772쪽; 한수웅, 헌법학, 법문사, 2018, 676쪽. “헌법 제15조에 의한 직업선택의 자유는 자신이 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 좁은 의미의 직업선택의 자유와 그가 선택한 직업을 자기가 원하는 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 직업수행의 자유를 포함하는 직업의 자유를 뜻한다.” 현재 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302, 314. “제15조는 개인이 국가의 간섭을 받지 아니하고 원하는 직업을 자유롭게 선택하는 ‘직업선택의 자유’뿐만 아니라 선택한 직업을 자신이 원하는 대로 자유롭게 행사할 수 있는 ‘직업수행의 자유’를 보장하는 기본권이다.” 현재 2008. 11. 27. 2005헌마161 등, 판례집 20-2하, 290, 317.

19) 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2013, 673쪽; 장영수, 앞의 책, 769쪽. “직업선택의 자유는 근세 시민사회의 출범과 함께 비로소 쟁취된 기본권으로서 중세 봉건적 신분사회에서는 인정될 수 없었던 것이며 현대사회에서도 공산주의 국가에서는 원칙적으로 인정되지 않는 기본권이기에 때문이다.” 현재 1993. 5.

한편, 직업의 자유에 의해서 보호되는 직업은 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위해서 행하는 계속적인 소득활동을 의미하며, 이러한 내용의 활동인 한 그 종류나 성질을 묻지 않는다는 것이 헌법재판소 판례의 일관된 태도이다.<sup>20)</sup> 즉, 직업은 계속성과 생활수단성을 요구하는바, 헌법재판소에 의하여 ‘계속성’은 상당히 완화되어 적용되므로 개인이 주관적으로 어느 정도 계속적으로 해당 소득활동을 영위할 의사가 있고, 객관적으로도 그러한 활동이 계속성을 띠 수 있으면 족하다고 해석된다. 또한 ‘생활수단성’에 따라 단순한 여가활동이나 취미활동은 직업이 될 수 없지만, 헌법재판소에 따르면 겸업이나 부업, 방학 중의 아르바이트 등 어느 정도 계속성을 띠는 소득활동이라면 직업의 자유에 의해 보호된다.<sup>21)</sup> 그리고 무엇보다 직업의 자유는 당해 직업이 자영업과 같이 독립적으로 이루어지는 것인지 아니면 근로계약과 근로를 통하여 종속적으로 이루어지는 것인지에 관계 없이 계속성과 생활수단성을 갖는 모든 활동을 보호하는 것이다.

한편, 헌법상 직업의 자유로 보장받기 위하여 계속성과 생활수단성 이외에 공공무해성 내지 법적 허용성이 요구되는지에 대해서는 이를 긍정하는 입장<sup>22)</sup>과 이를 명시적으로 부정하는 입장<sup>23)</sup>으로 나누어진다. 다만, 헌법재판소 판례는 앞서 살펴본 바와 같이 직업의 자유의 보호대상이 되는 직업은 계속성과 생활수단성을 갖춘 것이면 그 종류나 성질을 묻지 않는다고 하여 부정설의 입장을 취하고 있다.<sup>24)</sup> 생각건대, 추상적인 기준에 의하여 직업의 자유의 보호범위를 처음부터 축소하는 것은 기본권 보호의 관점에서 부적절하다는 점에서 헌법상 직업의 요건으로 공공무해성을 포함시킬 수는 없다고 본다.

## (2) 헌법적 의의

이러한 직업의 자유는 헌법적 관점에서 매우 중요한 의미를 갖는다. 즉, 직업의 자유는 기본적으로 개인이 자신의 생존에 필요한 경제적인 수요를 충족시키기 위하여 소득을 얻는 수단을 보호해주는 것이지만 자신의 인격을 개발하고 발현시키기 위한 주된 계기를 보호하는 것이기도 하다.<sup>25)</sup> 이에 더하여 직업의 자유는 헌법상의 경제질서를 유지하고

13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 373-374.

20) 헌재 1993. 5. 13. 92헌마80, 판례집 5-1, 365, 374; 헌재 1997. 3. 27. 94헌마196 등, 판례집 9-1, 375, 383; 헌재 1998. 3. 26. 97헌마194, 판례집 10-1, 302, 314; 헌재 2008. 6. 26. 2005헌마173, 판례집 20-1 하, 378, 386; 헌재 2013. 10. 24. 2012헌바431, 판례집 25-2하, 236, 245 등.

21) 헌재 2003. 9. 25. 2002헌마519, 판례집 15-2상, 454, 471-472.

22) 김철수, 앞의 책, 674쪽; 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2018, 393쪽; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2016, 691~692쪽; 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2017, 495-496쪽.

23) 김학성, 헌법학원론, 피앤씨미디어, 2017, 498쪽; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018, 1306쪽; 한수웅, 앞의 책, 675쪽.

24) “헌법 제15조에서 보장하는 ‘직업’이란 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위하여 행하는 계속적인 소득활동을 의미하고, 성매매는 그것이 가지는 사회적 유해성과는 별개로 성판매자의 입장에서 생활의 기본적 수요를 충족하기 위한 소득활동에 해당함을 부인할 수 없다 할 것이므로, 심판대상조항은 성판매자의 직업선택의 자유도 제한하고 있다.” 헌재 2016. 3. 31. 2013헌가2, 판례집 28-1상, 259, 272.

25) 장영수, 앞의 책, 770쪽.; 전광석, 앞의 책, 392쪽.; 정종섭, 앞의 책, 691쪽; 한수웅, 앞의 책, 673쪽.

발전시키는데도 매우 중요한 기능을 수행한다.

헌법재판소 역시 “이러한 직업의 선택 혹은 수행의 자유는 각자의 생활의 기본적 수요를 충족시키는 방편이 되고 또한 개성신장의 바탕이 된다는 점에서 헌법 제10조의 행복추구권과 밀접한 관련을 갖는다. 또한 개개인이 선택한 직업의 수행에 의하여 국가의 사회질서와 경제질서가 형성된다는 점에서, 직업의 자유는 사회적 시장경제질서라고 하는 객관적 법질서의 구성요소이기도 하다.”라고 판시하여 직업의 자유에 이와 같은 의미를 부여하고 있다.<sup>26)</sup>

## 2) 직업의 자유의 법적 성격과 보호 범위

### (1) 법적 성격

직업의 자유의 법적 성격은 일반적으로 자유권적 기본권으로 이해된다.<sup>27)</sup> 따라서 국민은 직업의 자유를 통하여 국가의 간섭과 방해받지 않고 직업을 선택하고 선택한 직업을 수행하는 자유를 누리게 된다. 이에 비하여, 직업의 자유는 전통적으로 직업의 선택과 행사에 대한 국가의 간섭을 배제하는 방어권이지만, 오늘날은 “국가적 적극적인 급부활동을 요구하는 사회적 측면도 포함하는 것으로 확장되는 경향을 보이”고 있다는 견해가 있다.<sup>28)</sup> 그 근거로 직업의 자유는 경제질서에 대한 규제와 조정을 위해 제약되는 경우가 적지 않다는 것과 사회적 약자의 직업의 자유의 실질적 보장을 위하여 국가의 적극적 활동이 요구되는 경우가 많다는 점을 제시한다.

그러나 경제질서에 대한 규제와 조정의 필요성으로 인하여 국가에 의해 제약되는 경우가 많다는 점이 기본권 자체의 성격을 변화시킨다고 보기는 어렵다. 또한 사회적 약자의 직업의 자유의 실질적 보장을 위하여 국가의 적극적 활동이 요구되고 있지만 이는 근로의 권리에 의하여 실현되고 있는 것으로 보면 충분하다. 따라서 직업의 자유는 국가에 대한 방어권으로서 국가의 개입과 간섭으로부터의 자유를 의미한다고 볼 것이다.

### (2) 보호 범위

이처럼 자유권으로 이해되는 직업의 자유의 구체적인 보호 내용으로는 학설상 직업 및 직종선택의 자유, 소극적 직업의 자유 또는 무직업의 자유, 겸직의 자유, 직업교육장 선택의 자유<sup>29)</sup>, 선택한 직업을 영위하는 경우에 그 시간, 장소, 형태, 수단, 조직 등에서의 자유, 영업의 자유와 경쟁의 자유 등이 제시된다. 특히, 직업수행의 자유의 하나로 자신

26) 헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083 등, 판례집 23-2상, 623, 639.

27) 김학성, 앞의 책, 499쪽; 성낙인, 앞의 책, 1304쪽; 한수웅, 앞의 책, 697쪽.

28) 장영수, 앞의 책, 772쪽.

29) 정종섭, 앞의 책, 696쪽은 “직업을 얻을 능력이 없거나 미약한 자에 대해서는 직업교육장 설치의 역량이 있는 한 국가에게 이러한 의무가 발생한다. 이는 헌법 제10조의 기본권 보호의무와 제15조의 직업의 자유를 근거로 하여 발생하는 의무이다.”라고 하여 심지어 국가에 대해 직업교육장 설치를 청구할 수 있는 권리가 자유권인 헌법 제15조 직업의 자유에 포함된다고 한다.

이 선택한 직업을 어디서 수행할 것인지를 선택할 수 있는 자유 즉, 구체적인 직장을 선정하고 유지하고 변경 또는 포기하는 자유로서 ‘직장선택의 자유’도 인정되는 것으로 본다.<sup>30)</sup>

헌법재판소 역시 직업선택의 자유를 “자신이 원하는 직업을 자유로이 선택하고 이에 종사하는 등 직업에 관한 종합적이고 포괄적인 자유”로 보고 있으며,<sup>31)</sup> 여기에는 자신이 원하는 직업 내지 직종에 종사하는데 필요한 전문지식을 습득하기 위한 직업교육장을 임의로 선택할 수 있는 직업교육장 선택의 자유,<sup>32)</sup> 여러 개의 직업을 선택하여 동시에 함께 행사할 수 있는 겸직의 자유,<sup>33)</sup> 영업의 자유와 기업의 자유 및 다른 기업과의 경쟁에서 국가의 간섭이나 방해받지 않고 기업활동을 할 수 있는 경쟁의 자유,<sup>34)</sup> 그리고 개인의 직업적 활동을 하는 장소인 직장을 선택할 자유도 포함된다고 한다.<sup>35)</sup>

이 가운데 해고와 관련하여 중요한 의미가 있는 것은 ‘직장선택의 자유’이다. 이와 관련하여 “직장선택의 자유는 단지 고용직 근로자의 종속적인 직업활동에 대해서만 실질적으로 고유한 의미를 가진다.”라고 하면서 이를 “고용된 형태의 종속적 직업활동을 선택하고 행사할 자유, 즉 ‘근로자의 직업의 자유’”로 이해하는 견해와<sup>36)</sup> ‘직장선택의 자유’는 비자영업자에게만 보장되는 것이 아니며 자영업자에게는 점포개설의 자유로 보장된다는 견해<sup>37)</sup>가 나누어진다. 생각건대, 자영업의 경우에도 자신이 선택한 직종에서 어떠한 직장에 소속될 것인지 또는 어느 장소에서 영업을 할 것인지에 대해 결정할 수 있는 자유가 인정되어야 한다. 따라서 ‘직장선택의 자유’는 근로자들에게 특별히 큰 의미가 있는 것으로 인정할 수 있을 뿐 종속적인 직업에 대해서만 한정적으로 인정되는 고유한 권리라고 보기는 어렵다.

헌법재판소도 ‘직장선택의 자유’는 특히 근로자들에게 큰 의미를 지닌다고 하면서 이는 “개인이 그 선택한 직업분야에서 구체적인 취업의 기회를 가지거나, 이미 형성된 근로관계를 계속 유지하거나 포기하는 데에 있어 국가의 방해받지 않는 자유로운 선택·결정을 보호하는 것”을 내용으로 하는 것으로 본다.<sup>38)</sup> 결국, 사용자에 의한 일방적인 해고는 직업의 자유 가운데 근로자의 ‘직장선택의 자유’를 제약하게 되는 것이라고 할 수 있다.

30) 김학성, 앞의 책, 499-503쪽; 양 건, 헌법강의, 법문사, 2016, 769-771쪽; 장영수, 앞의 책, 772-776쪽; 정중섭, 앞의 책, 694-697쪽; 한수웅, 앞의 책, 676-679쪽; 허 영, 앞의 책, 498-499쪽.

31) 헌재 1996. 4. 25. 92헌바47, 판례집 8-1, 370, 379.

32) 헌재 2009. 2. 26. 2007헌마1262, 판례집 21-1상, 248, 259.

33) 헌재 1997. 4. 24. 95헌마90, 판례집 9-1, 474, 480.

34) 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 691.

35) 헌재 1989. 11. 20. 89헌가102, 판례집 1, 329, 336; 헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 677; 헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083 등, 판례집 23-2상, 623, 639.

36) 한수웅, 앞의 책, 679쪽.

37) 김학성, 앞의 책, 502쪽.

38) 헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 678.

## 2. 근로의 권리의 의의와 보호 범위

### 1) 근로의 권리의 의의

#### (1) 개념

헌법은 제32조 제1항에서 “모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.”라고 하여 국민의 기본권으로서 근로의 권리와 이에 상응하는 국가의 의무를 명시하고 있다. 그리고 동조 제3항에서는 “근로조건 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”라고 하여 근로조건 기준의 법정주의를 규정하고, 제4항 내지 제6항에서는 여자의 근로에 대한 특별한 보호와 부당한 차별금지, 연소자의 근로에 대한 특별한 보호, 국가유공자 등에 대한 우선적 근로기회의 부여를 규정하고 있다.

다만, 헌법은 근로의 개념에 대해 규정하고 있지 않다. 이에 학설상 근로는 소득을 대가로 이루어지는 정신적·육체적 활동으로 다소 넓게 정의되기도 하지만,<sup>39)</sup> 헌법상의 근로 역시 「근로기준법」의 규정과 마찬가지로<sup>40)</sup> 사용자에게 일정한 임금을 받고 그에 대한 대가로 제공되는 정신적·육체적 노동 즉, 임금노동을 의미하는 것으로 볼 수 있다.<sup>41)</sup>

한편, 아래에서 살펴보는 바와 같이 근로의 권리의 법적성격을 어떻게 파악하는가에 따라 근로의 권리에 대한 개념 정의도 상당한 차이를 보인다. 크게 나누어 보면, “자신의 일할 능력을 임의로 상품화할 수 있는 권리”라고 하여 자유권의 측면에서 정의하는 견해,<sup>42)</sup> “국가에 대하여 근로의 기회를 얻을 수 있도록 요구할 수 있는 권리”라고 하여 사회권의 측면에서 정의하는 견해,<sup>43)</sup> “개인이 국가나 타인의 방해를 받지 않고 자유롭게 근로의 기회를 가지며, 나아가 국가에 대하여 근로의 기회 제공에 노력할 것을 요구할 수 있는 권리”라고 하여 자유권성과 사회권성을 모두 인정하는 견해<sup>44)</sup> 등이 있다. 아래에서 살펴보겠지만 결론적으로는 기본적으로 근로의 권리는 사회적 기본권으로 이해하고 이를 전제로 개념을 정의하는 것이 타당하다고 본다.

#### (2) 헌법적 의의

39) 정중섭, 앞의 책, 786쪽.

40) 「근로기준법」 제2조 제1항은 근로를 “정신노동과 육체노동”(제3호), 근로계약을 “근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약”(제4호) 정의하고 있다.

41) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 672쪽; 차진아, “헌법상 근로권의 실질화를 위한 전제와 대안의 모색 -고용 없는 성장의 현실 인식과 그에 대한 대안 모색을 중심으로-”, 법학논집, 제14권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010. 6, 107쪽; 장영수, 앞의 책, 826-827쪽.

42) 허 영, 앞의 책, 540쪽.

43) 김학성, 앞의 책, 691쪽.

44) 양 건, 앞의 책, 931쪽.

헌법이 근로의 권리를 명문의 규정으로 보호하고 있는 것은 근로가 개인에 대해 갖는 의미가 매우 중요하기 때문이다. 즉, 근로는 개인이 자신의 생계를 유지하는 수단이자 자아실현과 인격의 발현을 위한 중요한 계기이다. 헌법재판소 역시 “근로의 권리는 생활의 기본적인 수요를 충족시킬 수 있는 생활수단을 확보해 주고 나아가 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성을 보장해 주는 기본권이다.”라고 판시하여 이러한 의의를 인정하고 있다.<sup>45)</sup>

나아가 근로는 국가공동체의 사회적·경제적 질서를 유지하고 발전시키는 기초이기도 하다.<sup>46)</sup> 개인은 자신의 근로를 통하여 물질적 생활을 유지하고 경제활동에 참여함으로써 사회보장에 의존하지 않고 공동체에 기여할 수 있다. 이밖에도 근로의 권리는 제15조에 규정된 직업의 자유를 실질적으로 보장하기 위한 수단으로도 이해될 수 있다. 근로를 제공할 수 있는 직장이 없다면 직업의 자유는 사실상 의미가 없어지기 때문이다.<sup>47)</sup>

근로의 권리에 내포된 이러한 중요한 헌법적 의의를 생각할 때 비로소 해고가 근로자에 대해 갖는 치명적인 문제점을 인식할 수 있으며, 근로의 권리를 보장해야 하는 국가에 대해서도 해고는 역시 적지 않은 부담이 될 수밖에 없다는 점을 알 수 있다.

## 2) 근로의 권리의 법적 성격과 보호 범위

### (1) 법적 성격

근로의 권리를 어떻게 이해할 것인지에 대하여 학설은 매우 복잡하게 대립되어 있다. 간략하게 대별해보자면 우선, 근로의 권리를 자유권으로 볼 것인지 아니면 사회권으로 볼 것인지에 대한 시각의 차이에 따라서 견해가 나누어지며, 사회권적 성격을 인정하는 경우에는 다시 그 구체적인 의미를 어떻게 이해할 것인지에 따라 다양한 입장의 차이가 나타난다.

학설은 대체로 근로의 권리에 대해 사회권적 성격이 있음을 인정하고 있으며, 이에 더하여 자유권적 성격을 동시에 인정할 것인지 아니면 사회권적 성격만을 인정할 것인지의 측면에서 견해의 차이가 있다. 근로의 권리의 사회권적 성격은 역사상 근로의 권리는 현대 복지국가에서 일반화된 권리라는 점과 헌법상 조문의 위치가 자유권과는 상당히 떨어져 있다는 점을 주된 근거로 하여 인정된다.<sup>48)</sup> 이에 비하여, 근로의 권리에 대해 자유권적 성격도 인정하는 견해는 근로의 권리가 원래 근로의 자유에서 시작되었다는 점을 근거로 한다.<sup>49)</sup>

생각건대, 기본권 규정에 관한 헌법의 순서 즉, 근로의 권리를 규정한 조문의 위치를 생각할 때 근로의 권리는 자유권에 속하기 어렵다고 본다. 그럼에도 불구하고 자유권성을

45) 헌재 2008. 9. 25. 2005헌마586, 판례집 20-2상, 556, 561.

46) 장영수, 앞의 책, 827쪽.

47) 한수웅, 앞의 책, 1014쪽.

48) 김철수, 앞의 책, 1007-1008쪽.

49) 장영수, 앞의 책, 827-828쪽.

인정함으로써 기본권 보장에 보다 충실한 결과를 가져올 수 있다면 해석상 자유권성을 인정할 수도 있을 것이다. 하지만 직업의 자유에 의해 보장되는 직업에는 임금을 받고 근로를 제공하는 종속적 직업도 포함되며, 근로의 권리의 자유권적 측면에 의한 보호 즉, 국가로부터 방해받지 않고 근로관계의 형성, 유지, 종료를 자유롭게 결정할 권리는 직업의 자유에 의해서도 동일하게 인정되는 것이다. 결국, 근로의 권리에 자유권적 성격을 인정하는 것은 헌법의 체계상으로도 맞지 않고 그 실효성도 없다고 본다.

## (2) 보호 범위

이와 같이 근로의 권리를 사회권적 기본권으로 이해한다면 근로의 권리는 기본적으로 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 핵심으로 한다고 볼 수 있다. 이에 더하여, 제32조 제1항 내지 제6항의 규정으로부터 적정임금의 보장과 최저임금제의 실시를 요구할 수 있는 권리, 인간의 존엄에 부합하는 근로조건을 위한 입법을 요구할 수 있는 권리, 여자의 근로에 대한 특별한 보호와 차별의 금지, 연소자의 근로에 대한 특별한 보호, 국가유공자 등에 대한 우선적 근로기회부여를 요구할 수 있는 권리 등 역시 근로의 권리에 포함된다고 할 수 있다.

## 3. 소결

이상과 같이 근로의 권리와 직업의 자유에 대해 살펴보았는바, 양자는 적지 않은 유사성을 갖는다. 기본적으로 직업의 자유에 의해 보호되는 직업이 종속적 활동인지 독립된 활동인지를 묻지 않으므로 사용자와 근로계약을 통해 임금을 받는 근로자로서 자유롭게 직업을 선택하고 이를 수행하는 것은 직업의 자유에 의한 보호범위에 포함된다.

또한 근로의 권리와 직업의 자유는 그 헌법적 의의를 공유하고 있다. 즉, 개인이 자신의 능력으로 생활수단을 확보할 수 있도록 하고, 개성신장 및 인격의 자유로운 발현을 가능하도록 하며, 동시에 국가공동체의 경제적 질서 유지를 위한 조건을 보호한다는 점에서 양자는 거의 일치한다.

이밖에도 직업의 자유에 관한 입법은 근로자의 직업활동을 제한하기 보다는 오히려 사용자로부터 사회적 약자인 근로자를 보호하기 위한 규율에 집중되어 있으며,<sup>50)</sup> 오히려 영업의 자유나 기업의 자유의 침해여부가 문제되는 경우가 더 많다.<sup>51)</sup> 이처럼 직업의 자유 역시 사회국가적 관점에서 근로자를 보호하는데 초점이 두어지고 있다는 점에서 사회권인 근로의 권리와 유사한 경향성을 갖는 것으로 볼 수 있다.<sup>52)</sup>

위와 같은 근로의 권리와 직업의 자유의 유사성에도 불구하고 양자의 법적 성격이나

50) 이달휴, 앞의 논문, 112쪽.

51) 한수웅, 앞의 책, 697-698쪽.

52) 앞서 언급한 직업의 자유가 자유권에 더하여 사회권적 측면도 포함하는 것으로 확장되는 경향을 보인다는 견해(장영수, 앞의 책, 772쪽; 이달휴, 앞의 논문, 114쪽)는 이러한 취지로 이해될 수 있을 것이다.

보호의 내용을 판단함에 있어서는 각각 사회권과 자유권을 기준으로 다르게 파악되어야 할 것이다. 본래 직업의 자유는 개인이 종속적인 근로자가 되어 직장을 선택하는 자유가 국가로부터 침해되지 않도록 보호하기 위한 기능, 직장을 선택하지 않고 무직업으로 존속할 자유를 보호하는 기능에 초점을 두고 인정된 것이었다.

그러나 근로자 보호의 사고가 매우 발전한 오늘날 국가에 의하여 종속적인 근로자가 직장을 선택하는 것을 제약하거나 무직업의 자유가 국가에 의하여 제약되는 상황은 예측하기 극히 어렵게 되었다. 또한 높은 실업률이 유지되고 있는 현대적 상황에서 근로자가 직장을 자유롭게 선택하고 행사하는 자유는 실질적인 의미에서는 큰 의미를 갖지 못한다고 할 수도 있다. 즉, 국가가 개인의 ‘직장선택의 자유’를 제약하는 상황은 현실적으로 문제되기 어렵고 따라서 종속적인 직업 활동에서 ‘직장선택의 자유’의 방어권적 기능은 그 의미가 상당히 위축된 것이다. 이에 상대적으로 근로와 관련하여서는 사회권인 근로의 권리가 보다 중요한 의미를 갖는다고 할 수도 있다.

그렇다고 해서 개인이 국가의 간섭없이 근로관계를 형성할 직장을 선택하고 이미 형성된 근로관계를 유지 또는 포기할 수 있는 권리 즉, ‘직장선택의 자유’가 완전히 의미를 상실한 것은 아니다.<sup>53)</sup> 직업의 자유가 근로자의 ‘직장선택의 자유’를 보호하는 기능이 사라졌다고 볼 수는 없는 것이다. 국가에 대한 방어권으로서 직업의 자유와 국가의 적극적인 개입을 요구하는 사회권으로서 근로의 권리는 각각의 독자성을 갖는 것으로 인정해야 한다.

이에 근로의 권리가 근로자의 자유까지도 보호하는 권리로서 그 성격과 효력의 범위를 확장해야 하는 것은 아니다. 근로자의 직장선택의 자유를 굳이 직업의 자유가 아니라 근로의 권리에 맡길 이유는 없는 것이다. 근로의 권리는 직업의 자유라는 자유의 보장이 실질적으로 가능할 수 있기 위한 조건을 마련하도록 국가의 적극적인 간섭과 개입을 요구하는 권리라고 보면 족하다.

#### IV. 해고 제한을 통한 근로관계 존속 보호의 헌법적 근거

##### 1. 학계의 논의 현황

###### 1) 직업의 자유에 대한 국가의 보호의무가 근거라는 견해

이는 해고로부터 근로자를 보호하는 것은 근로의 권리가 아니라 자유권인 직업의 자유에 대한 국가의 기본권 보호의무에서 파생되는 것이라고 한다.<sup>54)</sup> 근로의 권리는 국가와 국민의 관계에 관한 것이지 사용자와 근로자의 개별적 근로관계에 관한 것은 아니며, 직업의 자유는 이미 형성된 근로관계의 유지를 보호하는 것이 그 내용이기 때문에 해고제한의 헌법적 근거가 될 수 있다고 한다. 직업의 자유는 독립된 직업활동만이 아니라 고용

53) 한수웅, 앞의 책, 697쪽.

54) 한수웅, 앞의 책, 1015-1018쪽.

된 형태의 종속적 직업활동도 보장하는 것으로서 직장을 자유롭게 선택하고 근로관계의 유지와 종료에 관하여 자유롭게 결정할 권리, 근로활동을 국가의 간섭이 없이 자유롭게 수행할 권리를 포함하기 때문에 직업의 자유의 측면에서 접근해야 한다고 본다.

이에 따르면, 자유권은 국가에 대한 방어권으로서 기능하는 이외에 국가에 대해 기본권적 법익과 자유를 보호해야 하는 보호의무를 부과한다. 국가에 의한 해고의 제한이 이러한 기본권 보호의무에 기초한다면 이는 자유권인 직업의 자유에서 근거를 찾아야 한다. 이에 부당한 해고로부터 근로자를 보호하고 근로관계의 존속을 유지해야 할 국가의 보호의무는 곧 직업의 자유에 대한 사용자의 부당한 침해로부터 근로자를 보호하기 위한 사회입법을 통해 실현된다. 즉, 해고의 제한은 부당한 해고로부터 근로자를 보호해야 할 국가의 보호의무에 따른 것이고, 이러한 의무는 근로의 권리가 아니라 자유권인 직업의 자유 특히, ‘직장선택의 자유’로부터 나오는 것이다.

다만, 해고로부터의 보호는 사용자의 입장과 일자리를 구하지 못한 사람의 이익도 적절하게 고려하는 가운데 이루어져야 한다고 본다. 해고를 과도하게 제한하여 직장존속보장을 확장시키는 것은 사용자의 직업의 자유와 재산권을 침해하고 직장을 구하는 근로자의 기회를 제한할 수 있으므로 해고의 과도한 제한은 부당하다고 한다.<sup>55)</sup>

## 2) 근로의 권리가 근거라는 견해

이는 해고 제한을 통해 근로관계의 존속을 보호하는 것은 헌법상 근로의 권리에 근거한다는 입장이다.<sup>56)</sup> 여기에는 우선, 헌법 제32조의 근로의 권리가 대사인적 효력을 갖는다는 것을 근거로 하는 견해가 있는바, 이러한 견해는 다시 세 가지로 나누어 볼 수 있다. 즉, 근로의 권리의 자유권적 요소가 사용자에게 대해 직접 효력을 발생하여 근로자는 부당하게 해고당하지 않을 권리는 갖는다는 견해,<sup>57)</sup> 생존권으로서의 근로권의 법적 성격과 연혁상으로 볼 때 헌법 제32조는 국가의 근로권보장의무에 그치는 것이 아니라 해고 예방 등도 요구하고 있는 것으로 사인간에도 효력을 발생하여 부당한 해고 등을 금지하는 것이라는 견해,<sup>58)</sup> 그리고 자유권 또는 사회권 어떤 성격에 기반을 둔 것인지에 대해서는 언급이 없이 단순히 근로의 권리는 국가와 국민간에서 뿐만 아니라 개별적인 노사관계에도 적용된다고 하는 견해<sup>59)</sup>가 있다. 이는 자본주의 초기에는 계약의 자유에 의하

55) 독일기본법에는 근로의 권리를 보장하는 규정이 없는데, 독일 연방헌법재판소 역시 직업의 자유를 보호해야 하는 국가의 기본권 보호의무로부터 해고 제한입법의 근거를 찾고 있다. 이에 관하여는 정영훈, “근로의 권리와 해고 및 기간제근로 제한의 헌법적 근거”, 성균관법학 제28권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2016. 9, 680쪽 이하 참조.

56) 근로의 권리를 해고 제한에 관한 헌법적 근거로 인정하는 대부분의 견해들은 직업의 자유에 대한 국가의 보호의무도 해고 제한의 헌법적 근거가 될 수 있는지에 대해 명시적으로 언급하지 않고 있다. 다만, 국가의 기본권 보호의무를 인정하는 이상 이를 부정할 이유는 없어 보인다.

57) 박홍규, “근로의 권리와 의무”, 논문집 제5권 제2호, 마산대학교, 1983. 12, 275쪽.

58) 김철수, 앞의 책, 1009쪽.

59) 권영성, 앞의 책, 676쪽.

여 해고는 자유롭게 할 수 있다는 것이 기본적인 법원리였지만, 제32조 근로권 조항은 개별적 근로관계에서 계약의 자유뿐만 아니라 해고의 자유도 제한하기 위하여 등장한 것이며, 따라서 사용자가 정당한 사유가 없이 근로자를 해고하는 것은 위헌 무효라고 한다.

다음으로, 해고의 자유의 제한 또는 부당한 해고로부터의 보호를 근로의 권리의 사회적 성격에 포함되는 한 내용으로 인정하는 견해가 있다. 해고의 자유에 대한 제한은 근로의 권리의 사회적 측면에 포함되어 있는 내용으로서 근로기회의 박탈을 제한하는 것은 곧 근로의 권리의 기본적인 내용인 근로기회의 제공과 표리관계에 있다는 점을 강조하거나<sup>60)</sup> 자유로운 해고는 근로의 권리에 대한 중대한 위협이 되기 때문에 허용될 수 없는 것이며, 근로의 권리는 국가에 대하여 근로의 기회 제공을 요구하는 것 이외에도 어렵게 획득한 근로의 기회를 유지할 수 있도록 국가가 사용자의 자의적인 해고로부터 근로를 보호하는 것을 그 내용으로 한다고 본다.<sup>61)</sup>

이밖에도 근로의 권리를 ‘일할 환경에 관한 권리’와 ‘일할 자리에 관한 권리’로 유형화하고, 전자에 임금·근로시간 등과 관련한 합리적인 근로조건과 적절한 근로복지를 요구할 수 있는 권리와 함께 해고제한에 관한 내용이 포섭될 수 있다는 견해도 있다.<sup>62)63)</sup>

### 3) 근로의 권리가 직업의 자유에 대한 보호의무 보다 우선 적용되는 근거라는 견해

이는 직업의 자유에 대한 국가의 기본권 보호의무와 근로의 권리 양자 모두 해고 제한의 헌법적 근거가 된다는 점을 인정하면서도 사용자의 해고권한은 원칙적으로 근로의 권리에 의하여 직접적으로 제한되는 것이며, 직업의 자유는 단지 이를 보충하는 의미를 갖는다고 하거나,<sup>64)</sup> 직업의 자유와 근로의 권리는 일반법과 특별법의 관계에 있으므로 근로의 권리가 직업의 자유에 우선하여 적용되어야 한다는 견해이다.<sup>65)</sup>

우선, 전자의 견해에 따르면, 사용자의 해고권은 근로조건에 포함되는 것이므로 이는 일할 환경에 관한 근로권과 관련되는데, 일할 환경에 관한 근로권은 구체적 권리성을 가지므로 법률의 규정이 없이도 해고를 제한할 수 있다고 한다. 이처럼 직업의 자유보다 근로의 권리를 직접적인 근거로 삼는 이유에 대해서는 해고 제한이 직업의 자유를 보호해

60) 장영수, 앞의 책, 830쪽.

61) 김학성, 앞의 책, 694쪽. 다만, 같은 책 692쪽에서 근로의 권리는 생존권으로서 국가에 대해 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리에 그치며, 근로의 권리로부터 국가에 대한 직접적인 직장존속청구권을 도출할 수도 없다고 한다.

62) 노호장, “헌법상 근로권의 내용과 성격에 대한 재해석”, 노동법연구 제30호, 서울대학교 노동법연구회, 2011. 3, 163쪽.

63) 해고의 자유는 보장되지만 헌법은 해고로부터 보호를 완전히 부정하는 것은 아니므로 사용자는 정당한 사유없이 근로자를 해고할 수 없고, 이 경우 평등의 원칙, 과잉금지의 원칙 등이 헌법적 판단의 기준으로 적용된다는 견해가 있다(전광석, 앞의 책, 441쪽). 다만, 해고의 제한을 근로의 권리에 대한 설명부분에서 다루고 있을 뿐 해고의 자유에 대한 제한이 근로의 권리에 근거한 것인지 여부에 대해 명시적으로 언급하지는 않고 있다.

64) 이달휴, 앞의 논문, 114-115쪽, 129쪽.

65) 정영훈, 앞의 논문, 689-694쪽.

야 하는 객관적 보호의무의 결과라고 한다면 해고를 제한하는 입법이 없는 경우에 근로자 보호에 소홀해질 가능성이 있기 때문이라고 한다. 즉, 기본권의 제3자적 효력이 법원에 의해 적용되는 경우에 사업자의 직업의 자유가 근로자의 직업의 자유보다 큰 비중을 차지하는 권리이므로 사용자의 해고가 무효로 판단될 가능성이 적다는 것이다.

다음으로, 후자의 견해에 따르면, 헌법 제32조 제3항 내지 제6항은 제32조 제1항의 근로의 권리를 구체화하여 근로자에 대한 특별한 보호를 규정한 것이고, 따라서 근로의 권리는 제32조 제3항에 따라 근로조건에 대한 보호를 요구할 수 있는 권리도 포함하는 것이므로 이에 상응하여 국가가 해고를 제한해야 하는 의무가 인정된다고 한다. 그러면서도 근로의 권리가 직업의 자유에 우선하여 적용되어야 한다고 보는데 그 이유로는 근로계약에 의해서 설정되는 근로조건에 관한 국가의 헌법적 의무는 직업의 자유 보다는 근로의 권리에서 도출될 때 더욱 현실적·구체적인 효과를 부여할 수 있을 것이기 때문이라고 한다.

#### 4) 해고의 제한은 단지 사용자의 기본권 제한의 문제라는 견해

이는 해고의 제한은 헌법 제37조 제2항에 따라 사용자의 해고의 자유를 제한하는 것일 뿐이라는 견해이다.<sup>66)</sup> 근로의 권리는 국가에 대한 직접적인 직장존속보장청구권을 보장하지 않으며 해고의 제한은 근로의 권리에 포함되는 내용이 아니며, 사용자의 해고의 자유와 근로자의 근로의 권리의 충돌 문제도 아니라고 한다. 해고는 실업자를 만들고 공동체의 통합과 공공복리를 저해하기 때문에 공익을 이유로 해고의 자유를 제한할 수 있고, 이러한 제한의 결과 단지 근로자의 직장존속을 보호하는 결과를 가져오게 될 뿐이라는 것이다.

## 2. 헌법재판소 판례의 입장

헌법재판소는 국가에 대한 직접적인 직장존속보장청구권이 근로자에게 인정되는지 여부가 다투어진 ‘한국보건산업진흥원법 부칙 제3조 위헌소원’ 사건에서 실업을 방지하고 부당한 해고로부터 근로자를 보호하여야 하는 것은 직업의 자유와 근로의 권리 양자 모두에 대한 국가의 보호의무로부터 도출할 수 있다고 판시한 바 있다.<sup>67)</sup>

동 판례의 내용을 정리해보면 먼저, 직업의 자유와 관련하여 직업의 자유는 고용된 형태의 종속적인 직업활동도 보장하므로 근로자의 직장선택의 자유를 포함하며 이는 “개인이 그 선택한 직업분야에서 구체적인 취업의 기회를 가지거나, 이미 형성된 근로관계를 계속 유지하거나 포기하는 데에 있어 국가의 방해받지 않는 자유로운 선택·결정을 보호하는 것을 내용”으로 한다. 그러나 직장선택의 자유는 한번 선택한 직장의 존속보호를 청구할 권리나 사용자의 처분에 따른 직장 상실로부터 직접 보호를 청구할 권리를 포함

66) 정종섭, 앞의 책, 792쪽.

67) 헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 677-678.

하지 않는다.

“다만 국가는 이 기본권에서 나오는 객관적 보호의무, 즉 사용자에게 의한 해고로부터 근로자를 보호할 의무를 질 뿐”이다. 이 경우 직장유지에 관한 근로자의 이익과 역시 직업의 자유, 경제활동의 자유에 의하여 보장되는 사용자의 이익 즉 자신의 계획에 따라 근로자를 채용하고 그 수를 제한할 수 있는 이익이 상충한다. 입법자는 충돌하는 기본권적 지위나 법익을 형량하고 조정하여야 하는바, 광범위한 입법형성권이 인정되며 따라서 “합리적 형량이라고 도저히 볼 수 없을 정도로 근로자나 사용자 중 어느 일방의 기본권지위가 다른 상대방에 비하여 현저히 낮게 평가된 경우에만 직업의 자유의 보호의무 위반을 인정”할 수 있다고 한다.

다음으로, 근로의 권리와 관련하여, “근로의 권리는 사회적 기본권으로서, ... 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 요구할 수 있는 권리”에 그치며, 직접적인 일자리 청구권이나 직장존속청구권을 포함하는 것은 아니라고 한다. 다만, 직업의 자유에 대한 보호의무와 마찬가지로 “사용자의 처분에 따른 직장 상실에 대하여 최소한의 보호를 제공하여야 할 의무를 국가에 지우는 것으로 볼 수는 있을 것”이지만, “입법자가 그 보호의무를 전혀 이행하지 않거나 사용자와 근로자의 상충하는 기본권적 지위나 이익을 현저히 부적절하게 형량한 경우에만 위헌 여부의 문제가 생길 것”라고 한다.

### 3. 소결

#### 1) 해고 제한의 근거로서 직업의 자유에 대한 국가의 객관적 보호의무

우선, 부당한 해고를 제한하는 것은 근로자의 직업의 자유가 사용자에게 의하여 침해되지 않도록 보호해야 하는 국가의 기본권 보호의무에서 도출된다는 점을 부정할 수는 없을 것이다. 헌법은 제10조 제2문에서 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”고 규정하고 있다. 이는 국가가 소극적으로 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지하는데 그치지 아니하고 적극적으로 국민의 기본권을 타인의 침해로부터 보호할 의무를 부과하는 것이며,<sup>68)</sup> 직업의 자유에 대한 보호도 예외일 수 없다.

이러한 기본권 보호의무는 입법자의 입법을 통하여 비로소 구체화되는바, 국가는 부당한 해고를 제한함으로써 근로자의 직업의 자유를 보호하기 위한 입법을 해야 한다. 다만, “보호의무를 어떻게 어느 정도로 이행할 것인지는 원칙적으로 한 나라의 정치·경제·사회·문화적인 제반여건과 재정사정 등을 감안하여 입법정책적으로 판단하여야 하는 입법재량의 범위에 속하는 것”이며, 따라서 헌법재판소는 입법부작위나 불완전한 입법에 의한 기본권의 침해 여부에 대하여 이른바, ‘과소보호금지원칙’을 기준으로 심사한다. 이에 따르면, 국가가 부당한 해고를 제한함으로써 직업의 자유에 대한 보호의무를 이행하였는지 여

68) 헌재 2003. 1. 30. 2002헌마358, 판례집 15-1, 148, 151; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81, 판례집 20-2상, 91, 103.

부에 대한 판단에서 헌법재판소는 “입법자가 국민의 법익을 보호하기 위하여 아무런 보호조치를 취하지 않은 경우, 취한 조치가 법익을 보호하기에 명백하게 부적합하거나 불충분한 경우에 한하여” 보호의무의 위반을 확인할 수 있을 뿐이다.”<sup>69)</sup>

한편, 해고의 정당성 또는 해고를 제한하는 입법의 정당성이 다투어지는 상황은 근로자의 직업의 자유와 사용자의 영업의 자유 내지 계약의 자유가 충돌하는 양상으로 나타난다. 이 경우 기본권 충돌 해결의 법리에 따라 이익형량을 할 것인지, 규범조화적 해석을 할 것인지가 문제된다.<sup>70)</sup> 기본적으로는 근로자의 직업의 자유와 사용자의 영업의 자유는 양자 모두 헌법 제15조 직업의 자유에 근거한 것으로서 어느 일방이 우월한 기본권이라고 보기 어렵다. 이에 기본권의 서열이나 법익의 형량을 통하여 어느 한 쪽의 기본권을 우선시키고 다른 쪽의 기본권을 후퇴시킬 수는 없으며, 양 기본권 모두가 최대한 그 기능과 효력을 발휘할 수 있도록 조화로운 방법을 모색해야 할 것이다.<sup>71)</sup>

다만, 근로관계에서 근로자는 사용자에 대하여 상대적으로 약자의 지위에 있다는 점, 해고는 근로자의 생활에 중대한 타격을 주게 된다는 점, 실업에 대비한 직업소개제도나 실업보험제도 등의 사회안전망이 완전히 구비되지 못했다는 점, 한번 해고된 근로자의 재취업이 어려운 상황이라는 점 등을 고려하면,<sup>72)</sup> 근로자의 직업의 자유에 대한 보호가 사용자에 대한 보호에 비하여 상대적으로 강하게 요구된다고 할 수 있다.<sup>73)</sup>

## 2) 해고 제한의 근거로서 근로의 권리

다음으로, 근로의 권리로부터도 국가가 부당한 해고를 제한함으로써 근로관계의 존속을 보호해야 하는 헌법적 근거를 찾는 것 역시 충분히 가능하다고 본다. 헌법 제32조 제3항은 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”라고 규정하고 있으며 이는 “근로의 권리를 담보하기 위”한 규정이다.<sup>74)</sup> 따라서 근로의 권리에는 국가에 대하여 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건의 기준을 요구할 수 있는 권리가 포함되는데 앞서 살펴본 바와 같이 해고에 관한 사항은 매우 중요한 근로조건의 하나라고 할 수 있으므로 근로자는 해고를 제한하는 입법을 요구하거나 그 기본권 침해여부를 다툴 수 있을 것이다. 다만, 이 경우 입법을 통하여 근로조건의 기준을 요구할 수 있는 권리

69) 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110 등, 판례집 9-1, 90, 122.

70) “두 기본권이 충돌하는 경우 그 해법으로는 기본권의 서열이론, 법익형량의 원리, 실제적 조화의 원리(규범조화적 해석) 등을 들 수 있다. 헌법재판소는 기본권 충돌의 문제에 관하여 충돌하는 기본권의 성격과 태양에 따라 그때그때마다 적절한 해결방법을 선택, 종합하여 이를 해결하여 왔다.” 헌재 2005. 11. 24. 2002헌바95 등, 판례집 17-2, 392, 401.

71) 헌재 2007. 10. 25. 2005헌바96, 판례집 19-2, 467, 474 참조.

72) 헌재 2005. 3. 31. 2003헌바12, 판례집 17-1, 340, 353 참조.

73) 이러한 측면에서 기본권의 제3자적 효력이 법원에 의해 적용되는 경우에 사업자의 직업의 자유가 근로자의 직업의 자유보다 큰 비중을 차지하는 권리이므로 사용자의 해고가 무효로 판단될 가능성이 적다고 보기는 어렵다.

74) 헌재 2015. 12. 23. 2014헌바3, 판례집 27-2하, 553, 556.

역시 근로의 권리에 속하는 것이다. 즉, 국가의 적극적인 개입을 요구하는 사회적 기본권이며, 국가로부터의 자유 또는 사인인 사용자에게 대해 직접 효력이 발생하는 권리로 이해될 수 없다고 본다.

한편, 헌법재판소는 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건에 대한 기준이 무엇인지를 구체적으로 정하는 것은 입법자의 광범위한 형성의 자유에 속한다고 보고 있다. 따라서 해고의 요건과 절차 등에 관련된 입법이 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건에 대한 기준을 요구할 수 있는 권리를 침해하는지 여부는 이것이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 정도의 범위를 명백히 일탈하고 있는지 여부를 기준으로 판단될 것이다.<sup>75)</sup>

### 3) 양자의 관계

이처럼 직업의 자유를 보호해야 하는 국가의 기본권 보호의무와 국가에 대하여 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건을 요구할 수 있는 근로자의 근로의 권리는 둘 다 국가의 해고 제한의무의 근거가 된다고 할 때, 양자의 관계 내지 우선 적용순위가 문제될 수 있다. 다만, 직업의 자유에 대한 국가의 기본권 보호의무 위반 여부와 근로의 권리 침해 여부에 대한 심사기준은 양자 모두 거의 동일한 수준으로 상당히 완화되어 있다. 따라서 해고의 제한을 근로자의 직업의 자유에 대한 국가의 기본권 보호의무에서 비롯되는 것으로 보든지 아니면 근로자의 근로의 권리의 한 내용으로 이해하든지 헌법재판소의 위헌심사에 의하여 근로관계의 존속이 보호되는 정도는 유사할 것이다.<sup>76)</sup> 특히, 기본권 보호의무 위반 여부에 대한 헌법재판소의 과소보호금지 원칙에 따르면, 해고 제한에 관한 입법이 전혀 없는 경우는 기본권 보호의무 위반으로 인정될 것이며, 법원은 앞서 언급한 바와 같이 기본권 충돌의 법리에 따라 상대적으로 근로자에게 유리한 판단을 하게 될 것이다. 따라서 해고 제한을 직업의 자유에 따른 기본권 보호의무의 결과로 보면 해고를 제한하는 입법이 없는 경우에 근로자 보호에 소홀해질 것이기 때문에 근로의 권리가 우선 적용되어야 한다고 보기는 어렵다.

한편, 근로자의 직업의 자유를 보호해야 하는 국가의 의무는 헌법 제10조 제2문과 제15조의 결합에 의하여 인정되는 것으로서 근로자-국가-사용자의 3각관계에서 사인에 의한 기본권 침해로부터 직업의 자유를 보호해야 하는 국가의 객관적인 보호의무이다. 반면, 근로의 권리는 근로자-국가 양자 관계에서 헌법 제32조 제3항에 근거하여 국가에 의한 기본권 보장을 요구하는 개인의 주관적인 권리이다. 이처럼 상호 본질을 달리하는 해고 제한의 두 근거가 과연 동일한 지평에서 비교되어 일반법과 특별법의 관계로 이해될 수 있는지는 의문이다. 국가의 객관적 의무 보다는 개인의 주관적 권리에 기초하여 해고를 제한하도록 하는 것이 보다 구체적이고 직접적인 결과를 가져올 것으로 기대할 수도 있겠지만, 실제로 입법자를 구속할 수 있는 정도의 측면에서 양자의 차이를 인정하기는

75) 헌재 2008. 9. 25. 2005헌마586, 판례집 20-2상, 556, 563 참조.

76) 정영훈, 앞의 논문, 694쪽.

어렵다고 본다.<sup>77)</sup>

결국, 해고를 제한함으로써 근로관계의 존속을 보장해야 하는 국가의 의무는 직업의 자유에 대한 국가의 기본권 보호의무와 근로의 권리의 한 내용으로서 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건을 요구할 수 있는 권리 양자 모두로부터 동시에 인정된다고 할 수 있을 것이다.

## V. 결론

이상과 같이 해고의 의의, 「근로기준법」상 해고 제한 규정의 현황, 직업의 자유와 근로의 권리의 주요 내용을 정리한 다음, 국가가 사용자에게 의한 해고를 제한함으로써 근로관계의 존속을 보호해야 하는 헌법적 근거에 대한 학계의 논의와 판례의 입장을 정리하고 필자의 견해를 제시해보았다.

해고는 기본적으로 사용자가 일방적으로 근로관계를 종료시키고자 하는 의사표시로서 민법상 해지와 동일한 속성을 갖는다. 다만, 해고는 근로자로부터 경제적 소득을 통해 생계를 유지하고, 개인의 자아와 인격을 실현하며, 헌법상 경제질서의 유지에 기여하는 기회를 완전히 박탈한다는 점에서 일반적인 계약의 해지와는 구별해야 할 필요가 있다. 계약자유 원칙에 따른 일반적인 계약법상의 원리를 그대로 적용하기 어려우며, 해고의 제한을 인정해야 하는 것이다. 이에 「근로기준법」은 해고의 제한에 관한 규정을 두고 있으며, 제23조 제1항은 이에 관한 기본원칙으로서 정당한 이유가 없는 해고를 금지하고 있다.

한편, 헌법은 제15조에서 직업의 자유를 기본권으로 보장하고 있다. 이는 당해 직업이 독립적으로 이루어지는 것인지 아니면 근로를 통하여 종속적으로 이루어지는 것인지에 상관없이 개인의 자유를 국가의 간섭으로부터 보호한다. 직업의 자유는 직업에 관한 종합적이고 포괄적인 자유로서 개인이 그 선택한 직업분야에서 구체적인 취업의 기회를 가지거나, 이미 형성된 근로관계를 계속 유지하거나 포기하는 데에 있어 국가의 방해를 받지 않는 자유로운 선택·결정을 내용으로 하는 직장선택의 자유도 포함한다. 또한 헌법은 제32조 제1항에서 근로의 권리를 기본권으로 규정하고 있다. 이에 국가의 적극적인 배려를 요구하는 사회적 기본권으로서 모든 국민은 국가에 대하여 근로의 기회를 제공해줄 것을 청구할 수 있으며, 인간의 존엄에 부합하는 근로조건을 요구할 수도 있다. 직업의 자유와 근로의 권리는 개인의 생계유지 및 인격발현을 위한 수단을 보호하고, 헌법상 경제질서의 유지와 사회통합에 기여한다는 점에서 공통점이 있다. 특히, 근로의 권리의 보장은 직업

77) 정영훈, 앞의 논문, 694쪽은 “해고의 정당성에 관한 실체적·절차적 기준은 근로조건 중의 가장 핵심적인 내용에 속하기 때문에 해고제한의무는 근로의 권리로부터 도출될 때에 더욱 현실적이고 구체적인 효과를 가질 수 있을 것”이라고 한다. 다만, 동시에 “직업의 자유로부터 도출되는 해고제한의무나 근로의 권리로부터 도출되는 해고제한의무의 내용이 동일”하다는 점도 인정하고 있다.

의 자유를 실질적으로 보장하기 위한 조건으로 이해될 수 있다.

해고가 근로자 개인과 사회공동체에 대해 갖는 부정적 효과를 고려할 때 이를 제한해야 할 필요성을 인정할 수 있다. 다만, 해고를 제한함으로써 근로자의 근로관계가 존속되도록 보호한다고 할 때 그 헌법적 근거, 즉 근로관계의 존속보호가 문제되는 경우 구체적인 준거를 어디서 찾을 것인지가 문제된다. 근로자와 국가와의 관계에서 부당한 해고로부터 근로자를 보호하여야 할 국가의 의무를 어떠한 헌법규정을 통하여 도출할 수 있는가 하는 것이다.

이에 관하여 학설은 크게 직업의 자유에 대한 보호의무가 근거라는 견해와 근로의 권리가 근거라는 견해로 나누어져 있고, 후자의 경우에는 그 구체적인 근거와 내용에 따라 다시 여러 입장으로 나누어진다. 헌법재판소는 실업을 방지하고 부당한 해고로부터 근로자를 보호하여야 할 국가의 의무는 직업의 자유와 근로의 권리 양자 모두에 대한 보호의무에 근거하는 것으로 본다.

먼저, 해고를 제한하는 것은 근로자의 직업의 자유가 사용자에 의하여 침해되지 않도록 보호해야 하는 국가의 기본권 보호의무에서 도출된다는 점을 부정할 수는 없다. 이와 더불어 근로의 권리로부터도 국가가 부당한 해고를 제한함으로써 근로관계의 존속을 보호해야 하는 근거를 찾을 수 있다고 본다. 근로의 권리는 국가의 적극적인 개입을 요구하는 사회적 기본권으로서 여기에는 국가에 대하여 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건을 요구할 수 있는 권리가 포함되고 해고에 관한 사항은 매우 중요한 근로조건이 하나이기 때문이다. 결국, 해고를 제한함으로써 근로관계의 존속을 보장해야 하는 국가의 의무는 직업의 자유에 대한 국가의 기본권 보호의무와 근로의 권리 양자 모두로부터 인정된다고 할 수 있다.

## 〈참고문헌〉

### 1. 단행본

- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.  
 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2013.  
 김학성, 헌법학원론, 피앤씨미디어, 2017.  
 김형배, 노동법, 박영사, 2018.  
 박지순, 지속적인 근무성적 및 근무태도 불량자 해고의 정당성 판단에 관한 연구, 고용노동부, 2010.  
 박지순, 해고 제도의 합리적 개선방안 마련을 위한 연구, 고용노동부, 2014.  
 성낙인, 헌법학, 법문사, 2018.  
 양 건, 헌법강의, 법문사, 2016.  
 임종률, 노동법, 박영사, 2019.  
 장영수, 헌법학, 홍문사 2010.  
 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2018.  
 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2016.  
 한수웅, 헌법학, 법문사, 2018.  
 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2017.

### 2. 논문

- 권 혁, “해고 유형론에 관한 소고”, 법학연구 제51권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2010. 2.  
 권 혁, “해고의 개념에 대한 미시적 분석”, 강원법학 제35권 제1호, 강원대학교 비교법연구소, 2012. 2.  
 김희성, “해고법제의 개선방향”, 규제연구 제24권 제1호, 한국규제학회, 2015. 4.  
 노호창, “헌법상 근로권의 내용과 성격에 대한 재해석”, 노동법연구 제30호, 서울대학교 노동법연구회, 2011. 3.  
 박은정, 경영상 해고에 관한 대법원 판례 분석과 평가, 노동법학 제53호, 한국노동법학회, 2015. 3.  
 박형오, “헌법상 근로권에 관한 연구”, 공법학연구 제2권, 한국비교공법학회, 2000. 2.  
 박홍규, “근로의 권리와 의무”, 논문집 제5권 제2호, 마산대학교, 1983. 12.  
 이달휴, “근로권과 해고제한의 근거 -헌법재판소의 결정의 비판적 검토-”, 공법학연구 제13권 제2호, 한국공법학회, 2012. 5.  
 정관영, “해고제한의 기본원칙과 해고의 정당성 판단기준”, 저스티스 제147권, 한국법학원, 2015. 4.  
 정영훈, “근로의 권리와 해고 및 기간제근로 제한의 헌법적 근거”, 성균관법학 제28권 제

3호, 성균관대학교 법학연구소, 2016. 9.

차진아, “헌법상 근로권의 실질화를 위한 전제와 대안의 모색 -고용 없는 성장의 현실 인식과 그에 대한 대안 모색을 중심으로-”, 법학논집 제14권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2010. 6.

〈국문요약〉

## 해고 제한의 헌법적 근거에 관한 고찰

홍 석 한

사용자는 근로계약의 당사자로서 민법의 원리에 따르면 자유롭게 해고 권한을 행사할 수 있다. 그러나 해고는 근로자로부터 경제적 소득을 통해 생계를 유지하고, 개인의 자아와 인격을 실현하며, 헌법상 경제질서의 유지에 기여하는 기회를 완전히 박탈한다는 점에서 일반적인 계약의 해지와는 구별해야 한다. 이에 근로기준법은 해고의 제한에 관한 규정을 두고 있다. 해고의 제한은 기본적으로 법률로써 사용자의 영업의 자유 내지 계약의 자유를 제한하는 것으로 볼 수 있다. 상대적으로 사회적 약자의 지위에 있으며 해고에 의하여 생계와 인격발현의 기회를 박탈당하게 되는 근로자를 보호하고, 해고가 사회적·경제적으로 미치는 공동체에 대한 악영향을 최소화하며, 국가공동체의 통합을 추구한다는 점 등에서 해고 제한의 이론적 근거를 찾을 수 있다.

이에 비하여 근로자와 국가와의 관계에서 어떠한 헌법적 근거를 통하여 부당한 해고로부터 근로자를 보호하여야 할 국가의 의무를 도출할 수 있는지가 문제된다. 즉, 근로관계의 존속보호가 헌법적으로 문제되는 경우 구체적인 준거를 어디서 찾을 것인지 하는 것이다. 보다 구체적으로 이 문제는 입법자가 해고를 제한하는 입법을 하지 않은 경우에 무엇을 근거로 해고에 관한 분쟁을 해결할 것이며 그 심사의 기준이 무엇인지, 나아가 해고의 제한에 관하여 규정하고 있는 「근로기준법」 규정이 근로관계의 존속 보호의 취지를 달성하는데 적절한 것인지를 판단하는 기준이 무엇인지와 관련되어 있다.

본 논문은 국가가 사용자에 의한 해고를 제한함으로써 근로관계의 존속을 보호해야 하는 헌법적 근거를 직업의 자유와 근로의 권리를 중심으로 고찰한다. 부당한 해고를 제한하는 것은 근로자의 직업의 자유가 사용자에 의하여 침해되지 않도록 보호해야 하는 국가의 기본권 보호의무에서 도출된다는 점을 부정할 수는 없을 것이다. 한편, 근로의 권리는 국가의 적극적인 개입을 요구하는 사회적 기본권으로서 여기에는 국가에 대하여 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건을 요구할 수 있는 권리가 포함되고 해고에 관한 사항은 매우 중요한 근로조건 중의 하나이다. 따라서 근로의 권리로부터도 국가가 부당한 해고를 제한함으로써 근로관계의 존속을 보호해야 하는 근거를 찾을 수 있을 것이다.

**주제어** : 해고, 근로계약, 헌법, 근로기준법, 직업의 자유, 근로의 권리

**<Abstract>****Constitutional Basis of the Dismissal Limit**

Hong, Seok-Han\*

According to the principle of contract law, an employer is free to terminate an employment contract. However, dismissal should be distinguished from the termination of other general contracts. This is because dismissal is a total deprivation of the opportunities to earn a living from an employee, to extend the personality of the individual, and to contribute to the maintenance of the constitutional economic order. Accordingly, the Labor Standards Act stipulates restrictions on dismissal.

Basically, the restriction of dismissal can be seen as limiting the employer's basic right such as freedom of business or freedom of contract by law. The rationale for restricting dismissal is that it protects workers who are in the status of weaker and who are deprived of opportunities for livelihood and extension of the personality by dismissal, minimizes adverse effects on the social and economic community of dismissal, and pursues of integration of the community.

In contrast, the problem is where to find the constitutional grounds of the obligation of the state to protect workers from unfair dismissal in the mutual relationship of workers and the state. That is, where to find concrete grounds for resolving constitutional disputes in relation to whether to maintain working relationships.

This problem is related to find out not only the grounds and criteria to resolve disputes related to dismissal if the legislator does not enact a law restricting dismissal, but also the criteria for judging whether the provisions of the 「Labor Standards Act」, which stipulate restrictions on dismissal, are appropriate for achieving the purpose of the Constitution protecting the labor relationships.

This paper examines the constitutional grounds for the protection of the labor relationships by restricting dismissal, focusing on the Freedom of Occupation and the Right to Work.

---

\* Professor, Department of Law, Mokpo National University.

It can not be denied that the restrictions on unfair dismissal is derived from the obligation of the state to protect the basic rights. worker's Freedom of Occupation is derived from the obligation to protect the basic rights of the state to protect it from infringement by the employer. In other words, the state must protect the worker's freedom of occupation from being infringed by the employer. In addition, the ground for protecting the labor relationships by limiting unfair dismissal can also be found from the Right to Work. This is because the Right to Work is a fundamental social right that requires active intervention of the state, including the right to demand standards of working conditions that guarantee human dignity to the state.

**Key Words** : Dismissal, Employment Contract, Constitution, Labor Standards Act, Freedom of Occupation, Right to Work

논문제출일 2019년 3월 16일

심사완료일 2019년 4월 19일

게재확정일 2019년 4월 29일

