

두 번째 자료집을 펴내며

민주사회를 위한 변호사모임은 2015년 8월 말부터 시작된 ‘노동개약’의 소송돌이 속에서 ‘반대법리’를 정리하기 위한 작업을 하였고, 2015년 11월 그 내용을 정리한 첫 번째 자료집 「4대 노동법 개약 반대의 논거」라는 자료집을 발간하였다. 다행히 아직까지 4대 노동법 개약이 완성되지는 않았지만, 정부와 여당은 계속해서 강도 높은 압박을 이어 나가고 있다.

한편 노동개약의 나머지 부분인 ‘지침’에 의한 해고·취업규칙 변경 시도는 2015년 12월 30일 정부가 발표한 ‘가이드북’과 ‘지침’ 안을 통해 그 구체적인 모습을 드러냈다. 당초 ‘쉬운 해고’와 ‘취업규칙 불이익변경 요건 완화’는 1년 전인 2014년 12월 전경련, 경영자총연합회, 대한상공회의소, 중소기업중앙회, 무역협회, 벤처협회, 중견기업연합회, 소상공인연합회 등 8개 단체가 정부에 제출한 153건의 ‘규제기요틴 과제’ 중 고용노동부소관사항에 포함된 과제였다. 형식상 노사정위원회 논의를 거쳐 추진한다고 했으나, 지난 해 8월 노사정협의 문에서는 근로계약 및 취업규칙 변경관련 사항을 명확히 하되 정부는 일방적으로 시행하지 않고 충분한 노사정협의를 거치도록 하였음에도 불구하고, 노동계의 반대를 무릅쓰고 지침 발표를 감행한 것이다. 경제단체가 회원사를 위해 내놓은 요구안을, 정부가 해결사로 나서 추진하고 있다.

우려했던 바와 같이 ‘직무능력·성과 중심 인력운영’이라는 이름으로 저성과자에 대한 해고, 그리고 일방적 근로조건 저하를 쉽게 정당화하기 위한 가이드라인이었다. 30일 열린 이른바 ‘전문가 의견수렴 간담회’ 이후 고용노동부는 “이날 제시된 의견과 이후 전문가와 중앙·현장 노사의 의견을 다양하게 수렴하여 최종안을 마련할 계획”이라고 하였지만, 노동법 개약과는 달리 이러한 지침은 정부가 언제라도 일방적으로 발표할 수 있고, 그 내용이 크게 달라질 리도 없으며, 다만 언제 발표해야 그에 대한 반발이 적을지 눈치만 보고 있다는 것이 중론이다.

그동안 우리는 ‘지침’으로 헌법과 노동법을 무력화하려는 정부의 노동개악을 우려하고 반대한다는 입장을 표명해 왔고, 이번 발표 내용은 모두가 우려했던 문제의 심각성을 극명히 드러낸 것으로 본다. 이번에 발표된 지침 등을 통해 “근로관계의 예측가능성과 공정성을 제고”하겠다고 하였으나, 실제 그 내용은 그동안 사용자들이 위법의 경계에서 자의적으로 시행해 오던 가학적 인사관리와 부당해고에 면죄부를 부여하고, 임금피크제를 비롯한 근로조건 저하를 일방적으로 도입하게 해주려는 초법적 편들기에 불과하며, 편파적인 지침을 아전인수로 해석한 사용자들의 행태까지 더해지면, ‘현장의 불확실성 해소’는커녕 혼란만 가중될 것은 불 보듯 뻔한 일이다.

우리는 앞으로 정부가 이를 강행하면서 노동자 인권의 최후 보루라고 할 수 있는 노동법의 핵심 원칙들을 일거에 무너뜨리는 것을 막기 위해 그 문제점을 더욱 치밀하게 분석하여 반박하려고 한다.

이 두 번째 자료집이 그러한 작업에 조금이라도 보탬이 될 수 있기를 기대한다.

2016. 1. 민주사회를 위한 변호사모임 노동위원회

<목 차>

I. 노동부 행정지침의 한계와 통제	1
1. 들어가며	1
2. 행정입법 및 행정지침의 의의와 종류 및 한계	1
가. 관련 규정	1
나. 행정입법의 의의	2
다. 행정입법의 종류	3
라. 행정입법의 효력 및 한계	7
3. 행정입법 및 행정지침에 대한 통제	9
가. 기관 내 행정적 통제	9
나. 사법적 통제	9
4. 고용노동부 '지침' 검토	18
가. 비공식적 행정작용으로서의 기준정립: 해고지침	18
나. 법령해석규칙 또는 재량준칙: 취업규칙 지침	19
다. 국회에 의한 통제	21
라. 해고지침 및 취업규칙지침을 사업장에 적용할 경우의 대책	22
5. 맺음말	22
II. 저성과자 해고를 쉽게 하는 '일반해고 가이드북'	25
1. 배경	25
2. 근로기준법상 해고 사유는 모호한가	27
가. 명확성 원칙에 반하지 않는다는 헌법재판소 결정	27
나. 해고의 정당성에 대한 누적된 판례	28
다. 고용노동부의 행정지침으로 정당한 이유를 보충할 수 있는지 여부	29
라. 소결	30

3. 현행법제상 ‘저성과자에 대한 해고’가 일반적으로 허용되는가	30
가. 고용노동부의 자의적 해석	30
나. 주장에 맞지 않는 판례 인용.....	33
다. 소결	34
4. 객관적이고 공정한 평가에 의한 해고가 가능한가.....	35
가. 지침에 담고자 하는 저성과자 해고의 기준 및 절차.....	35
나. ‘객관적이고 공정한 평가’의 불가능성.....	36
다. 해고회피 노력의 형식성과 가학성.....	38
라. ‘객관적이고 공정한 평가’, ‘해고 회피 노력’의 실질.....	39
마. 소결.....	40
5. ‘정규직 과보호론’의 오류와 저성과자 해고 제도의 사회적 효과.....	41
가. 저성과자 해고제도 도입의 거짓 근거 - “정규직 과보호론”.....	41
나. 저성과자 해고제도의 사회적 효과 - 끝없는 유연성 강화와 노동의 집단적 교섭 력 상실.....	43
다. 불안정 노동의 일반화 국면에서 필요한 결단.....	45
6. 결론	46

Ⅲ. 일방적 근로조건 변경 ‘취업규칙 지침’

1. 배경	47
2. 취업규칙 불이익변경의 요건과 기준.....	47
3. 사회통념상 합리성 이론의 내용과 문제점	50
4. 취업규칙 변경 가이드라인의 문제점 등.....	53
가. 근로기준법 제94조에 정면으로 반하는 불법을 종용하는 지침.....	53
나. 법적 효력이 없는 행정기관 내부의 업무처리기준.....	55
다. 잘못된 ‘사회통념상 합리성’ 기준	56
5. 나가며	58

I. 노동부 행정지침의 한계와 통제

1. 들어가며

노동부는 중앙행정부처로서 노동관계법의 위임에 따라 부령으로 각 법률의 시행규칙을 제정하는 이외에도 내부의 사무처리 기준 정립, 행정감독과 단속, 행정지도 등을 위하여 예규, 훈령, 고시, 지침, 매뉴얼, 가이드라인 등의 다양한 명칭으로 많은 규정들(이들을 통칭할 때 '행정지침'이라 한다)을 제정해서 시행하고 있다.

이러한 예규, 지침, 고시, 매뉴얼, 가이드라인 중에는 근로기준법과 노동조합 및 노동관계조정법(약칭 노조법) 등 노동관계법에 위반되는 내용을 담고 있는 경우가 있다. 법원에 의하여 그 위법성이 인정된 경우도 있다. 여기서는 행정입법, 특히 행정지침의 의의와 법적 성질, 그리고 그에 대한 통제방법에 대해 해고지침과 취업규칙지침을 예로 들어 총론적으로 검토해보고자 한다.

2. 행정입법 및 행정지침의 의의와 종류 및 한계

가. 관련 규정

국민의 권리와 의무에 관한 사항은 국민들의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 정해야 한다. 그렇지만 법률로 모든 사항을 일일이 구체적으로 규정하는 것은 현실적으로 불가능하기 때문에 행정부가 법을 집행하는 과정에서 법률의 추상성을 보충할 수밖에 없다. 이러한 필요성 때문에 우리 헌법은 행정입법을 인정하고 있다. 다만 행정입법에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없으며, 행정입법이 그러한 한계를 무시하고 자의적으로 남용될 경우 국민의 기본권을 침해할 뿐만 아니라 법치행정 원칙을 위반함으로써 민주주의 체제를 위협하게 된다.

헌법 제32조 제1항은 “모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에

의하여 최저임금제를 시행하여야 한다”고 규정하고, 제3항은 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다”고 규정하고 있다. 이에 근거하여 근로조건의 기준을 보장한 기본적 법률이 근로기준법이다. 또한 헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 규정하고 있고, 노동3권을 구체화한 기본적 법률이 노조법이다.

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하고, 헌법 제95조는 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관 사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다”고 규정하여 행정입법의 근거 및 한계를 명확히 하고 있다.

행정각부는 대통령이 국무회의의 심의를 거쳐 결정한 정책과 그 이외의 행정부에 속하는 각종의 사항을 실제로 집행하는 중앙행정기관이다. 행정각부의 장은 헌법이 정하는 행정각부를 지휘·감독하는 지위에 있는 책임자로서 행정부의 업무를 수행하기 위하여 소관업무를 통할하고 지휘하는 권한과 부령을 발하는 권한 및 기타 행정업무의 수행에 필요한 권한을 가진다.¹⁾ 부령을 제정하는 권한 이외에도 소관 법률의 집행에 필요한 내부지침이나 관련 법령의 해석 기준 등을 제·개정하고 시행할 수 있다. 노동부장관이 행정지침을 제정·시행하는 것은 이에 근거한 것이다.

나. 행정입법의 의의

행정입법권은 넓은 의미로는 국회입법권, 사법입법권, 자치입법권을 제외한 정부의 규범정립권을 그 내용으로 하며, 대통령, 국무총리, 각부 장관, 중앙행정관청의 장 등이 갖는 법규명령과 행정명령의 제정권을 포괄한다. 좁은 의미로는 대통령의 법규명령(위임명령과 집행명령) 제정권을 의미한다.²⁾

행정입법은 행정기관이 법조의 형식으로 일반적·추상적인 규정을 정립하는 작용 또는 그에 따라 정립된 규범을 말한다. 행정입법을 인정하지 않을 수 없는 이유는 행정이고

1) 정중섭, 『헌법학원론』 제8판, 박영사, 2013, 1346 ~ 1347면.

2) 허영, 『한국 헌법론』 전정9판, 박영사, 2013, 1004면.

도로 복잡하고 전문화·기술화되어 국회의 심의보다 행정기관의 심의가 보다 적절하고, 행정현상의 급격한 변화에 탄력성 있는 입법 필요성이 증가한 현대국가의 기능에서 연유한다. 이러한 이유에서 법률은 행정작용이나 시책의 목적·요건·내용 등에 관하여 그 대강만을 규정하고, 세부적인 사항은 행정기관이 규율하도록 행정권에 대부분 위임하고 있는 경우가 적지 않다. 그러나 행정입법의 다양성과 범람은 의회입법을 침식시키고, 헌법의 기본원리인 삼권분립과 법치주의 원칙의 근간을 위협한다. 행정입법의 문제는 그 인정 여부가 아니라 그것을 제도적·현실적으로 어느 범위까지 인정하고 그 한계를 어디에 둘 것인가라는 행정입법에 대한 통제와 그 한계에 있다.³⁾

다. 행정입법의 종류

행정입법은 강학상 법규의 성질을 가지는 법규명령과 법규의 성질을 가지지 아니하는 행정규칙(또는 행정명령)으로 구분된다. 오늘날에는 법규명령 형식의 행정규칙과 행정규칙 형식의 법규명령도 많아 입법형식과 규율사항의 불일치 현상이 나타난다.⁴⁾

행정각부의 장이 발하는 부령에는 법률이나 대통령령의 위임에 따라 발하는 위임명령과 직권으로 발하는 직권명령이 있다. 국회는 법률을 제정하면서 대통령령에 위임 없이 바로 부령에 위임할 수도 있으나,⁵⁾ 법률이나 대통령령으로 정하여야 할 사항을 부령으로 정하는 것은 위헌이다.⁶⁾ 직권명령은 행정상의 집행명령인데, 그 법적 성질에 대하여 법규명령설과 행정규칙설이 대립하고 있다.⁷⁾

법규명령은 위임명령과 집행명령으로 구분된다. 위임명령은 헌법을 근거로 법률에서 위임한 사항에 관하여 규율하는 법규명령을 말한다. 위임명령은 법률에서 위임받은 사항에 관해서는 국민의 권리·의무에 관해서도 규율할 수 있고 대외적·일반적 효력을 갖는 법규범이기 때문에 국민의 기본권에 심각한 영향을 미칠 수 있다. 그렇기에 헌법은 위임명령의 한계를 '구체적으로 범위를 정한' 개별적·구체적인 사항에 관한 것이어야 한다

3) 김선진, "국회의 행정입법통제 - 국회법 제98조의2에 의한 통제를 중심으로 -", 『서강법률논총』 제3권 제2호, 102면.

4) 김선진, 앞의 글, 101면.

5) 헌법재판소 1998. 2. 27. 선고 97헌마64 결정.

6) 대법원 1962. 1. 25. 선고 4294민상9 판결.

7) 정종섭, 앞의 책, 1348면.

고 명시하고 있다. 집행명령은 헌법을 근거로 법률을 집행하기 위해 필요한 사항을 규율하는 법규명령을 말한다. 집행명령은 일종의 법률시행세칙으로서 새로운 입법사항을 그 대상으로 하는 것이 아니기 때문에 법률의 내용에 철저히 기속된다. 모법에 없는 사항을 규율하거나 집행할 법률의 내용을 변경 내지 왜곡시키는 집행명령은 허용되지 않는다.⁸⁾

행정규칙은 행정조직 내부에서 행정의 사무처리기준으로서 제정된 일반적·추상적 규범을 말한다. 실무에서 훈령·통첩·예규·지침 등이 이에 해당한다. 통상 법적 근거 없이 제정되고 법규가 아닌 점에서 법규명령과 구분된다. 행정규칙의 남발로 인해 현대사회는 ‘법에 의한 행정’이 아니라 ‘행정규칙에 의한 행정’으로 전락한 것이 현실이다.

행정절차법 제20조(처분기준의 설정·공표) 제1항은 “행정청은 필요한 처분기준을 해당 처분의 성질에 비추어 되도록 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. 처분기준을 변경하는 경우에도 또한 같다.”고 규정하고 있다. 행정지침 중에는 행정청이 위와 같은 법률규정에 근거하여 처분의 기준으로서 제정한 것이 있다. 행정절차법 제40조(신고) 제1항은 “법령 등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류, 접수기관, 그 밖에 법령 등에 따른 신고에 필요한 사항을 게시(인터넷 등을 통한 게시를 포함한다)하거나 이에 대한 편람을 갖추어 두고 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다.”고 규정하고 있다. 신고 업무를 처리하기 위한 지침을 제정하여 시행할 필요도 있다.

행정규칙은 그 규율대상 및 내용에 따라 조직규칙, 근무규칙, 영조물규칙, 법령해석규칙(규범해석적 행정규칙), 재량준칙, 법률 대체적 규칙, 규범 구체화 행정규칙, 간소화규칙 등으로 구분된다.

또한 사무관리규정 및 사무관리규정 시행규칙의 규정에 의한 형식에 따라 훈령(상급행정청이 장기간에 걸쳐 하급행정기관의 권한 행사를 일반적으로 지휘·감독하기 위하여 발하는 명령), 통첩(세부적인 사항을 규율), 지시(상급행정청이 직권 또는 하급행정기관

8) 허영, 앞의 책, 1004 ~ 1008면.

의 문의나 신청에 따라 개별적·구체적으로 발하는 명령. 단순한 직무명령), 예규(법규문서 이외의 문서로서 반복적 행정사무의 기준을 제시), 일일명령(출장·당직·특근·각종 휴가 등 일일업무에 관한 명령), 고시(행정청이 법령이 정하는 바에 따라 일정한 사항을 일반인에게 알리는 행위) 등으로 구분된다. 고시는 상위법령의 수권에 따라 제정되어 외부적 효력을 갖는 일반적·추상적 규율인 경우에는 법규명령에 해당하고, 상위법령의 수권 없이 제정되어 내부적 효력을 갖는 일반적·추상적 규율인 경우에는 행정규칙의 성질을 가진다.⁹⁾

법제처는 행정규칙을 위임행정규칙, 집행행정규칙, 행전내부규칙, 처분적 고시로 구분하고 있다. 위임행정규칙은 상위법령에서 위임한 사항을 정하는 행정규칙을 말한다. 집행행정규칙은 상위법령의 시행에 필요한 세부사항을 훈령, 예규, 고시, 공고 등의 형식으로 정하고 있는 행정규칙을 말한다. 행전내부규칙은 행정기관의 인사, 복무, 조직, 예산, 회계, 기록관리, 정보공개 등 행정기관의 내부적 업무운영에 관한 사항을 정하는 행정규칙을 말한다. 처분적 고시는 인허가 등의 행정처분에 관한 사항, 일회적·일시적인 행정업무처리에 관한 사항 등을 고시, 공고 등의 형식으로 정하는 행정규칙을 말한다.

행정규칙은 통상 예규, 훈령, 고시 등의 형태로 발령된다. 대통령훈령인 「훈령·예규 등의 발령 및 관리에 관한 규정」이 기본적인 사항을 정하고 있다. 위 규정은 제2조에서 중앙행정기관(대통령 및 국무총리 소속 기관의 장 포함)이 '그 명칭에 관계없이 법령의 시행 또는 행정사무처리 등과 관련하여 발령하는 훈령·예규·고시·규정·규칙·지시·지침·통첩 등'을 입안할 때의 기본원칙을 규정하고 있다. "① 필요성: 훈령·예규 등은 법령(법률, 조약, 대통령령, 총리령 및 부령) 집행의 통일성 등을 확보하기 위하여 필요한 경우에만 발령할 것. ② 적법성: 법률에 근거 없이 국민의 권리의무에 관한 사항을 규정하거나 법령의 내용과 다른 사항 또는 다른 중앙행정기관의 소관업무에 관한 사항을 규정하지 아니할 것. ③ 적절성: 행정기관이 쉽게 확보할 수 있는 서류를 국민에게 제출하게 하거나 현실에 맞지 아니한 사항을 규정하여 국민에게 불편을 주지 아니할 것. ④ 조화성: 다른 훈령·예규등과 조화와 균형이 유지되도록 하고, 중복·상충되는 내용이 없을 것, ⑤ 명확성: 국민이 훈령·예규 등을 이해하기 쉽도록 누구나 알기 쉬운

9) 정하중, 『행정법 개론』 제5판, 법문사, 2011, 149면.

용어와 표현 등을 사용하여야 하며, 재량권이 남용되지 아니하도록 구체적이고 명확하게 규정할 것.” 위와 같은 기본원칙은 행정규칙의 적정성과 유효성을 판단하는 기준이 될 것이다.

행정지침 중에는 행정규칙에도 해당하지 않는 ‘비공식적 행정작용’ 중에서도 ‘행정청에 의한 기준 정립’¹⁰⁾에 해당하는 것들이 있다.¹¹⁾ 법령이 노동부장관 또는 소속 공무원에게 어떠한 권한도 부여하고 있지 않은 경우 노동부장관이나 소속 공무원이 집행해야 할 사무가 존재하지 않게 된다. 이러한 경우에 만들어진 행정지침이나 업무매뉴얼 또는 가이드라인 등은 ‘국민에게 일정한 작위, 부작위의 의무를 부과함이 없이 특정한 상대방의 의사형성에 영향을 줌으로써 상대방이 행정주체의 기대에 부응하는 행동을 하도록 유도하는 행정수단’으로서의 ‘비공식적 행정작용’의 범주에 속한다.

행정청에 의한 기준정립은 행정청 내부적으로는 업무처리기준으로서 기능하고, 외부적으로 행정지도의 목적으로 활용되기도 한다. 행정지도는 일정한 행정목적 실현하기 위하여 상대방인 국민에게 임의적인 협력을 요청하는 비권력적 사실행위로서,¹²⁾ 조성적 행정지도와 조정적 행정지도 및 규제적 행정지도로 구분한다. 행정지도는 사실상 강제력을 갖는 경우가 많음에도 상대방의 임의적인 협력을 구하는 비권력적인 작용이라는 점에서 법적 근거가 없어도 가능하다고 보아 자의적으로 발동되어 국민의 권익을 침해할 가능성이 있고, 비권력적 작용이라는 이유로 행정쟁송이나 국가배상청구가 인정되기 어려워 권익구제에 어려움이 있다.¹³⁾

행정지도와 관련하여 행정절차법은 제48조(행정지도의 원칙)에서 “① 행정지도는 그 목적 달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 된다. ② 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아

10) 행정청이 어떤 정보를 개인 또는 단체 등 상대방에게 알리는 행정작용인 경고 또는 추천과 구분된다.

11) 권오성, “행정지침에 의한 근로조건 규율의 문제점”, 『노동법 3개 학회 공동 토론회- 915 대타협과 법적 쟁점』, 국회 환경노동위원회 소속 의원실(김영주·이석현·우원식·이인영·은수미·장하나·한정에 의원실)·한국노동법학회·서울대학교노동법연구회·한국비교노동법학회, 2015. 10. 14., 4~5면.

12) 행정절차법 제2조 제3호는 ‘행정지도’에 대하여 “행정기관이 그 소관 사무의 범위에서 일정한 행정 목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도, 권고, 조언 등을 하는 행정작용”을 말하는 것으로 규정하고 있다.

13) 박근성, 『행정법 강의』 제9판, 박영사, 2012, 366~367면.

니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다.”고 규정하고, 제51조(다수인을 대상으로 하는 행정지도)에서 “행정기관이 같은 행정목적을 실현하기 위하여 많은 상대방에게 행정지도를 하려는 경우에는 특별한 사정이 없으면 행정지도에 공통적인 내용이 되는 사항을 공표하여야 한다.”고 규정하고 있다. 다수인을 대상으로 하는 행정지도로서 공표된 내용이 지침의 형태를 띠는 경우도 있다. 노동부지침 중 업무매뉴얼이나 가이드라인 등이 이에 해당할 것이다. 이러한 지침은 ‘법적 구속력’이 인정되지 않으며, 다만 ‘사실상 구속력’이 문제될 수 있을 뿐이다. 다만 법적 구속력이 수반되지 않는 행정지침이 국민을 ‘사실상 구속’하게 된다면, 법치주의의 관점에서 간과할 수 없는 문제를 야기하게 된다. 비공식적 행정작용으로서의 ‘지침’은 법이 예정하지 아니한 행위형식이기 때문에 법치주의의 이념적 기초가 되는 자의성 배제·법적 안정성·예측가능성의 기능을 약화시킬 우려가 있고, 이러한 지침으로 인하여 권익을 침해받은 국민이 취할 수 있는 적절한 행정구제수단이 존재하지 않는다는 문제점이 있다.

라. 행정입법의 효력 및 한계

1) 법규명령의 효력 및 한계: 포괄적 위임 금지의 원칙

위임명령은 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’에 대해서만 허용된다. 법률로 시행령에 포괄적으로 위임하는 포괄적 위임은 원칙적으로 금지된다.

헌법재판소는 헌법이 대통령령에 대해 포괄위임을 금지한 취지에 대하여 사실상 입법권을 백지위임하는 것과 같은 일반적이고 포괄적인 위임은 의회입법과 법치주의를 부인하는 것이 되어 행정권의 부당한 자의와 기본권 행사에 대한 무제한적 침해를 초래할 것이기 때문에, 그러한 결과를 사전에 방지하고자 함에 있다고 판단하였다.¹⁴⁾ 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 하고, 다만 구체적인 범위는 각종 법령이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라지므로 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 법률의 규정에 의하여 이미 대통령령으로 규제될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될

14) 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 94헌마125 영화법 제26조 등 위헌확인 사건 결정.

내용의 대강을 예측할 수 있으면 족하다.¹⁵⁾ 이 경우 그 예측가능성의 유무는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다.¹⁶⁾

헌법재판소는 대통령령뿐만 아니라 총리령 내지 부령의 경우에도 포괄적 위임이 금지된다는 점을 명확히 하였다. 헌법재판소는 공중위생법 시행규칙 [별표3] 중 2의 나의 (2)의 (다)목¹⁷⁾ 위헌확인 사건 결정¹⁸⁾에서 “헌법 제75조는 대통령에 대한 입법권한의 위임에 관한 규정이지만, 국무총리나 행정각부의 장으로 하여금 법률의 위임에 따라 총리령 또는 부령을 발할 수 있도록 하고 있는 헌법 제95조의 취지에 비추어 볼 때, 입법자는 법률에서 구체적으로 범위를 정하기만 한다면 대통령령뿐만 아니라 부령에 입법사항을 위임할 수도 있음은 당연하다”고 판단했다.

2) 행정규칙의 효력 및 한계

행정규칙은 보통 대내적 구속력(행정조직 내부에서의 구속력)이 인정될 것이다. 공무원이 행정규칙에 위반하여 행정처리를 할 경우 원칙적으로 징계의 대상이 될 수 있을 것이나, 그 행정규칙이 위법한 경우 그 위반을 정당한 징계사유로 인정할 수는 없을 것이다.

행정규칙의 대외적 구속력은 국민이 특정한 행정행위가 행정규칙을 위반하였다는 것을 이유로 그 행정행위의 위법을 주장할 수 있는가, 행정규칙이 법원에 대하여 재판규범이 되는가 하는 문제다. 이에 대해서는 직접적 외부적 효력설과 간접적 외부적 효력설의 견해가 있는데, 간접적 외부적 효력설이 일반적 견해이다. 행정규칙이 존재하면 행정관례의 존재가 추정되고, 행정관행이 성립되면 행정기관은 특별한 합리적인 사유가 없는 한 동일한 경우 달리 취급할 수 없으며, 달리 취급하면 평등원칙에 위배되거나 신뢰보

15) 헌법재판소 1991. 7. 8. 선고 91헌가4 결정 등.

16) 헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 93헌가15등 결정; 1994. 7. 29. 선고 93헌가12 결정; 1997. 5. 29. 선고 94헌바22 결정.

17) 공중위생법시행규칙(1996. 8. 20. 보건복지부령 제32호로 개정된 것) [별표3] 위생접객업자 및 위생관련 영업자의 준수사항(제15조 관련)

2. 목욕장업 나. 업종별 준수사항 (2) 특수목욕장업 (다) 업소 안에 이성의 입욕보조자를 두어서는 아니 된다.

18) 헌법재판소 1998. 2. 27. 선고 97헌마64 결정.

호원칙에 위배되어 취소사유가 된다는 것이다. 행정규칙은 직접 외부적 효력을 갖는 것이 아니라, 헌법상 평등원칙이나 신뢰보호원칙 등을 매개로 하여 외부적 효력을 가진다.

3. 행정입법 및 행정지침에 대한 통제

행정입법권에 대한 통제는 기관 내의 행정적 통제수단과 기관 간의 통제수단이 있다. 기관 간 통제수단으로는 법원에 의한 행정입법의 최종적인 심사, 헌법재판소의 헌법소원심판을 통한 심사, 국회에 의한 통제 등이 있다.

가. 기관 내 행정적 통제

기관 내 행정적 통제수단으로는 행정감독권에 의한 통제, 국무회의 심사 및 법제처의 심사, 행정절차법의 행정상 입법예고 절차 제도, 행정심판에 의한 통제 등이 있다. 행정감독권에 의한 통제에 관하여는 정부조직법 제11조(대통령의 행정감독권)¹⁹와 제18조(국무총리의 행정감독권)²⁰가 규정하고 있다.

나. 사법적 통제

1) 법원에 의한 통제

법원에 의한 통제는 국민의 재판청구권에 근거하여 위법한 행정입법으로 불이익을 당한 국민이 소송을 제기하는 방법으로 이루어진다. 헌법 제107조 제2항은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다”고 규정하여 행정입법 및 행정처분에 대한 최종심사권을 대법원에 부여하였다.

19) 정부조직법 제11조(대통령의 행정감독권) ① 대통령은 정부의 수반으로서 법령에 따라 모든 중앙행정기관의 장을 지휘·감독한다. ② 대통령은 국무총리와 중앙행정기관의 장의 명령이나 처분이 위법 또는 부당하다고 인정하면 이를 중지 또는 취소할 수 있다.

20) 정부조직법 제18조(국무총리의 행정감독권) ① 국무총리는 대통령의 명을 받아 각 중앙행정기관의 장을 지휘·감독한다. ② 국무총리는 중앙행정기관의 장의 명령이나 처분이 위법 또는 부당하다고 인정될 경우에는 대통령의 승인을 받아 이를 중지 또는 취소할 수 있다.

행정규칙 중 법령해석규칙은 원칙적으로 대외적 구속력을 갖지 않는다. 법령해석권한은 최종적으로 법원에 있으므로, 행정기관의 법령해석이 법원을 구속할 수는 없기 때문이다. 법령해석규칙이 위법한 경우 그 위법한 해석규칙에 의해 행정처분이 반복됨으로써 행정관행이 성립된 경우 행정의 상대방은 위법한 해석규칙의 계속적인 적용을 주장할 수 있는가가 문제로 될 수 있다. 행정규칙에 의한 해석이 일반적으로 국민들에게 받아들여진 때에는 행정절차법 제4조 제2항²¹⁾이 적용될 수 있다. 그렇지 않은 경우에도 신뢰보호원칙의 적용요건에 해당하는 경우²²⁾ 신뢰보호원칙이 적용될 수 있을 것이다.²³⁾

재량준칙은 재량권 행사의 기준을 정하는 행정규칙으로 법규명령과 달리 행정권 행사의 일반적 기준 내지 방침을 제시할 뿐이며, 그 자체로서는 국민에게 직접적인 법적 효과를 미치지 아니한다. 재량준칙은 국민에게 법적 안정성을 보장하고, 행정에 일관성을 보장하고, 재량권의 자의적인 행사를 방지하고, 행정권 행사의 편의성을 보장하며, 재량권 행사 기준을 국민에게 미리 알려주는 기능을 가진다.²⁴⁾ 재량준칙은 그 자체로서는 국민의 법적 지위에 직접적인 영향을 미치지 않는 행정청 내부조치에 불과하므로 취소소송의 대상이 되지 않으나, 다만 예외적으로 국민의 권익에 직접 영향을 미치는 경우에는 처분이 되어 취소소송의 대상이 될 수 있다. 또한 행정관행이 성립한 경우 신뢰보호원칙이나 평등원칙의 적용에 의해 예외적으로 구속력이 인정될 여지가 있다.²⁵⁾

21) 행정절차법 제4조(신의성실 및 신뢰보호) ② 행정청은 법령 등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여졌을 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 따라 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니 된다.

22) 대법원은 “일반적으로 행정상의 법률관계에 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위해서는, 첫째 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고, 둘째 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데에 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없어야 하며, 셋째 그 개인이 그 견해표명을 신뢰하고 이에 상응하는 어떠한 행위를 하였어야 하고, 넷째 행정청이 위 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 하며, 마지막으로 위 견해표명에 따른 행정처분을 할 경우 이로 인하여 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우가 아니어야 한다”(대법원 2006. 6. 9. 선고 2004두46 판결, 대법원 2014. 9. 4. 선고 2012두5688 판결 등). 또한 “행정청의 공적 견해표명이 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 반드시 행정조직상의 형식적인 권한분장에 구애될 것은 아니고 담당자의 조직 내 지위와 임무, 당해 언동을 하게 된 구체적 경위 및 그에 대한 상대방의 신뢰가능성에 비추어 실질에 의하여 판단하여야 한다”고 판시했다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2009두21499 판결, 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014두10127 판결 등 참조).

23) 박균성, 앞의 책, 169면.

24) 박균성, 앞의 책, 170면.

25) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두28783 판결은 과징금감경결정취소청구 사건에서 “재량준칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행정처분이 이를 위반하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니고, 다만 그 재량준칙이 정한 바에 따

고시의 처분성과 관련하여 대법원은 “어떠한 고시가 일반적·추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다”고 본다. 항정신병 치료제의 요양급여 인정기준에 관한 보건복지부 고시가 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 제약회사, 요양기관, 환자 및 국민건강보험공단 사이의 법률관계를 직접 규율한다는 이유로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 판단했다.²⁶⁾

대법원은 노동부예규인 ‘요양관리 및 요양급여 업무처리’에 대해 “행정청 내부의 사무처리준칙을 정하고 있는 것에 불과하여 대외적으로 법원이나 일반 국민을 기속하는 효력은 없는 것”이라고 판시했고,²⁷⁾ 노동부예규인 ‘외국인연수생의 보호 및 관리에 관한 지침’에 대해 행정청 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 불과하여 대외적으로 법원이나 국민을 기속하는 효력은 없는 것이라고 판시했다.²⁸⁾ 서울고등법원도 노동부예규로 정한 ‘업무상 재해 인정기준’에 대해 행정조직 내부에서 그 권한의 행사를 지휘, 감독하기 위하여 발하는 행정명령으로서 공법상의 법률관계 내부에 관한 준칙 등을 정하는 데 그치고 대외적으로는 아무런 구속력을 가지지는 아니한다고 판단했다.²⁹⁾

대법원은 공유재산 대부신청 반려처분 무효확인 사건 판결³⁰⁾에서 전결과 같은 행정권한의 내부위임은 법령상 처분권자인 행정관청이 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그의 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그의 권한을 사실상 행사하게 하는 것으로서 법률이 위임을 허용하지 않는 경우에도 인정되는 것이므로, 설사 행정관청 내부의 사무처리규정에 불과한 전결규정에 위반하여 원래의 전결권자 아닌 보조기관 등이 처분권자인 행정관청의 이름으로 행정처분을 하였다고 하더라도 그 처분이 권한 없는

라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그에 반하는 처분은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 어긋나 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다.”고 판단하였다.

26) 대법원 2003. 10. 9. 자 2003무23 결정.
27) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94누12326 판결 등.
28) 대법원 1997. 10. 10. 선고 97누10352 판결.
29) 서울고법 1996. 3. 14. 선고 95구29538 판결.
30) 대법원 1998. 2. 27. 선고 97누1105 판결.

자에 의하여 행하여진 무효의 처분이라고는 할 수 없다고 판단했다. 대법원은 신규 건조저장시설 사업자 인정신청 반려처분 취소 사건 판결³¹⁾에서 “상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여 발하는 이른바 ‘행정규칙이나 내부지침’은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니므로 행정처분이 그에 위반하였다고 하여 그러한 사정만으로 곧바로 위법하게 되는 것은 아니다. 다만, 재량권 행사의 준칙인 행정규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어지게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되므로, 이러한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 그를 위반하는 처분은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 위배되어 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이 된다”고 판단했다.³²⁾

2) 헌법재판소에 의한 통제

헌법 제111조 제1항 제5호는 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판을 헌법재판소의 관할 사항으로 규정하고 있다. 헌법재판소법 제68조 제1항은 헌법소원심판 청구사유에 대해 “공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다.

헌법재판소는 법무사법시행규칙³³⁾에 대한 헌법소원 사건 결정³⁴⁾에서 “입법부·행정부·사

31) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009두7967 판결.

32) 다만 위 판결은 시장이 농림수산식품부에 의하여 공표된 ‘2008년도 농림사업시행지침서’에 명시되지 않은 ‘시·군별 건조저장시설 개소 당 논 면적’ 기준을 충족하지 못하였다는 이유로 신규 건조저장시설 사업자 인정 신청을 반려한 사안에서, 위 지침이 되풀이 시행되어 행정관행이 이루어졌다거나 그 공표만으로 신청인이 보호가치 있는 신뢰를 갖게 되었다고 볼 수 없고, 쌀 시장 개방화에 대비한 경쟁력 강화 등 우월한 공익상 요청에 따라 위 지침상의 요건 외에 ‘시·군별 건조저장시설 개소당 논 면적 1,000ha 이상’ 요건을 추가할 만한 특별한 사정을 인정할 수 있어, 그 처분이 행정의 자기구속의 원칙 및 행정규칙에 관련된 신뢰보호의 원칙에 위배되거나 재량권을 일탈·남용한 위법이 없다고 하였다.

33) 법무사법 제4조 ① 다음 각호의 1에 해당하는 자는 법무사의 자격이 있다. 2. 법무사시험에 합격한 자
② 제1항 제1호의 규정에 의한 법무사의 자격인정 및 동항 제2호의 규정에 의한 법무사시험의 실시에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

법무사법시행규칙 제3조(법무사시험) ① 법원행정처장은 법무사를 보충할 필요가 있다고 인정되는 경우

법부에서 제정한 규칙이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것 일 때에는 모두 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 것"이라고 판단했고,³⁵⁾ 공무원임용령 제35조의2 등에 대한 헌법소원 사건³⁶⁾ 결정³⁷⁾에서 "행정규칙이더라도, 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 한다"고 판단했으며,³⁸⁾ 공중위생법 시행규칙 [별표3] 중 2의 나의 (2)의 (다)목 위헌확인 사건 결정³⁹⁾에서도 시행규칙을 헌법소원심판의 대상으로 인정하고, 다만 법률의 위임범위 내에서 기본권을 제한한 것이므로 헌법 제37조 제2항의 법률유보규정에 위반된다고 할 수 없다고 판단했다.

또한 개발제한구역제도개선방안 확정발표 위헌확인 사건 결정⁴⁰⁾에서 비구속적 행정계획안이나 행정지침이라도 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고, 앞으로 법령의 뒷받침에 의하여 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있을 때에는, 공권력 행위로서 예외적으로 헌법소원의 대상이 될 수 있다고 했고,⁴¹⁾ 산업기술연수생 도입기준 완화 결정 등 위헌확인 사건 결정⁴²⁾에서 '외국인산업기술연수생의 보호 및 관리에 관한

에는 대법원장의 승인을 얻어 법무사시험을 실시할 수 있다.

34) 헌법재판소 1990. 10. 15. 선고 89헌마178 결정.

35) 위 사건에서 헌법재판소는 법원행정처장으로 하여금 그 재량에 따라 법무사시험을 실시하지 아니해도 괜찮다고 규정한 법무사법시행규칙 제3조 제1항은 상위법인 법무사법 제4조 제1항에 의하여 모든 국민에게 부여된 법무사 자격 취득의 기회를 하위법인 시행규칙으로 박탈한 것이어서 평등권과 직업선택의 자유를 침해한다고 판단했다.

36) 정부는 1990. 1. 30. 대통령령 제12910호로 공무원임용령 제35조의2를 개정·시행하여 이른바 "대우공무원제"를 채택하였고, 같은 해 6.7. 총무처예규 제231호로 "대우공무원 및 필수실무요원의 선발·지정 등 운영지침"이라는 예규를 마련하여 그 선발에 관하여 필요한 사항을 정하였으며, 위 예규는 같은 해 7.1.부터 시행하기로 하였다. 청구인은 1990. 7. 1. 시행된 제1차 대우공무원 선발에서 탈락되었다. 그래서 청구인은 같은 해 7.3. 총무처 소청심사위원회에 청구인을 대우공무원(행정서기관 대우)으로 임용하여 달라는 심사청구를 하였다. 위 소청심사위원회는 같은 해 8. 31. 청구인의 청구를 기각하는 결정을 하였고, 청구인은 같은 해 9. 10. 그 결정정본을 송달받았으며, 1991. 2. 6. 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

37) 헌법재판소 1992. 6. 26. 선고 91헌마25 결정.

38) 다만 위 사건에 대해서는 헌법재판소법 제69조 제1항에 정한 청구기간을 경과하여 제기된 것으로서 부적법하다는 이유로 각하 결정이 선고되었다.

39) 헌법재판소 1998. 2. 27. 선고 97헌마64 결정.

40) 헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 99헌마538·543·544·545·546·549(병합) 결정.

41) 다만 위 결정은 "1999. 7. 22. 발표한 개발제한구역제도개선방안은 건설교통부장관이 개발제한구역의 해제 내지 조정을 위한 일반적인 기준을 제시하고, 개발제한구역의 운용에 대한 국가의 기본방침을 천명하는 정책계획안으로서 비구속적 행정계획안에 불과하므로 공권력 행위가 될 수 없으며, 이 사건 개선방안을 발표한 행위도 대내외적 효력이 없는 단순한 사실행위에 불과하므로 공권력의 행사라고 할 수 없다."고 하여 헌법소원 심판청구를 각하했다.

지침(1998. 2. 23. 노동부예규 제369호로 개정된 것)에 대하여 행정규칙이라도 재량권 행사의 준칙으로서 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행을 이루게 되면, 행정기관은 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는바, 이 경우에는 대외적 구속력을 가진 공권력의 행사가 되는데, 위 노동부예규는 대외적인 구속력을 갖는 공권력행사로써 기본권 침해의 가능성도 있으므로 헌법소원의 대상이 된다고 하였으며,⁴³⁾ 전남교육위원회의 1990학년도 인사원칙(중등)에 대한 헌법소원 사건 결정,⁴⁴⁾ 학교장 초빙제 실시 학교 선정기준 위헌 확인 사건 결정⁴⁵⁾ 등에서 “행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이나, 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우나 재량권행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면, 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 되는바, 이러한 경우에는 헌법소원의 대상이 될 수도 있다”고 판단했다.⁴⁶⁾

그러나 정부의 ‘예산편성지침’이 문제된 사안에서 “사용자 측이라고 할 수 있는 정부가 그 투자기관에 대하여 내부적 지시로서 임금에 관한 유도적 기준을 제시할 뿐”이라는 이유로 헌법소원의 대상이 될 수 없다고 판단했고,⁴⁷⁾ 또한 ‘공공기관 선진화 계획’ 및

42) 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2004헌마670 결정.

43) 위 사건에서 이강국, 이동흡 재판관은 위 노동부예규의 직접적인 수범자는 어디까지나 행정기관인 지방노동관서의 장이므로, 지방노동관서의 장이 행정관행에 기하여 그 상대방인 사업주에 대한 관계에서 위 예규에 따라야 할 자기구속을 당하게 된다고 하더라도 곧 그것이 위 예규 자체가 대외적 구속력이 있는 규범으로서 산업연수생의 권리관계를 직접 변동시키거나 그 법적 지위에 영향을 주게 되는 것을 의미하는 것은 아니고, 산업연수생에 대하여는 근로기준법의 일부 조항의 적용을 배제하는 것처럼 규정된 위 노동부예규 제8조 제1항은 재량권의 행사에 관한 것이 아니라 근로기준법 등 법률의 해석 내지 그 적용범위에 관한 것이므로 이에 대해서는 자기구속의 법리에 의한 대외적 구속력이 인정될 여지가 없고, 따라서 위 노동부예규가 법령의 근거도 없이 임의로 산업연수생에 대하여 근로기준법의 적용범위를 제한한들 이는 아무런 법적 효력이 없다는 견해를 밝혔다.

44) 헌법재판소 1990. 9. 3. 선고 90헌마13 결정.

45) 헌법재판소 2001. 5. 31. 선고 99헌마413 결정.

46) 그러나 위 결정들은 전남교육위원회의 위 인사관리원칙은 중등학교 교원 등에 대한 임용권을 적정하게 행사하기 위하여 그 기준을 일반적·추상적 형태로 제정한 조직 내부의 사무지침에 불과하다는 이유로, 경기도교육청의 1999. 6. 2.자 「학교장·교사 초빙제 실시」는 학교장·교사 초빙제의 실시에 따른 구체적 시행을 위해 제정한 사무처리지침으로서 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 행정상의 운영지침을 정한 것이어서 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없는 행정규칙에 해당한다는 이유로 각 헌법소원의 대상이 되지 않는다고 보아 심판청구를 각하했다.

이에 따른 후속조치가 문제된 사안에서 “행정기관 내부의 지침으로서 기준을 제시한 것에 불과하다” “이에 따르지 않을 경우의 불이익을 명시적으로 예정하고 있다고 보기 어렵다” 등의 이유로 헌법소원 대상이 되는 공권력 행사에 해당하지 않는다고 판단했다.⁴⁸⁾

3) 국회에 의한 통제

국회의 직접적 통제수단은 헌법 제76조의 긴급명령, 긴급재정·경제명령에 대한 국회의 승인,⁴⁹⁾ 일반사면의 경우와 같이 법규명령의 성립·발효에 국회의 동의를 얻게 하는 방법,⁵⁰⁾ 유효하게 성립한 행정입법의 효력을 소멸시키기 위하여 법률을 제·개정하는 방법, 국회법 제98조의2에서 규정된 대통령령 등의 국회에 제출의무 등이 있다. 간접적 통제수단은 헌법 제54조 및 제61조 내지 제65조에 규정된 국회의 예산안 심의, 국회의 국정감사 및 조사, 국회에서의 국무총리 등에 대한 질문, 국회의 국무총리·국무위원의 해임건의, 탄핵소추 등이 있다.⁵¹⁾

다른 한편 국정감사, 국정조사, 국무총리 및 국무위원에 대한 질문·해임건의·탄핵소추에 의한 간접적 통제를 정치적 통제 방법이라 하고, 법규명령의 제정에 관한 수권을 제한 또는 철회하거나 법규명령과 내용상 저촉되는 법률의 제정을 통한 통제를 입법적 통제 방법이라 하기도 하며, 입법적 통제 방법으로는 독일의 동의권 유보,⁵²⁾ 승인권 유보⁵³⁾

47) 헌법재판소 1993. 11. 25. 선고 92헌마293 결정, 헌법재판소 2002. 1. 31. 선고 2001헌마228 결정.

48) 헌법재판소 2011. 12. 29. 선고 2009헌마330, 344 결정.

49) 제76조 ① 대통령은 내우·외환·천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여 최소한으로 필요한 재정·경제상의 처분을 하거나 이에 관하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다. ② 대통령은 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능한 때에 한하여 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다. ③ 대통령은 제1항과 제2항의 처분 또는 명령을 한 때에는 지체 없이 국회에 보고하여 그 승인을 얻어야 한다. ④ 제3항의 승인을 얻지 못한 때에는 그 처분 또는 명령은 그때부터 효력을 상실한다. 이 경우 그 명령에 의하여 개정 또는 폐지되었던 법률은 그 명령이 승인을 얻지 못한 때부터 당연히 효력을 회복한다. ⑤ 대통령은 제3항과 제4항의 사유를 지체 없이 공포하여야 한다.

50) 헌법 제79조 ① 대통령은 법률이 정하는 바에 의하여 사면·감형 또는 복권을 명할 수 있다. ② 일반사면을 명하려면 국회의 동의를 얻어야 한다.

51) 김선진, 102면.

52) 동의권유보는 행정입법 제정 시 의회의 동의를 행정입법의 유효요건으로 하는 것을 말한다. 독일 전체 행정입법의 40% 정도가 연방참사원의 동의를 얻어 제정되고 있다고 한다. 기본법 제80조 제2항은 일정

및 폐지권 유보⁵⁴⁾ 방법, 영국의 의회 제출(Laying before the Parliament) 절차,⁵⁵⁾ 미국의 입법적 거부(legislative veto)⁵⁶⁾ 및 의회심사법에 의한 통제⁵⁷⁾ 등이 있다.

한 사항에 관하여(「우편제도 및 원거리 통신의 시설의 이용에 대한 원칙과 요금에 관하여, 그리고 연방 철도 시설의 이용에 대한 보상의 부과원칙에 관하여, 철도의 건설과 경영에 관하여) “법규명령은 연방 법률에 별도의 규정이 없는 한 연방참사원의 동의를 얻어야 한다.”고 규정하고 있다. 연방의회는 여러 가지로 수권법률에서 법령의 동의를 유보하고 있는데, 이 경우에도 수권법률은 그 수권의 내용과 목적 및 범위를 명확히 규정하여야 하고 법규명령이 수권법률의 범위를 유월하는 경우에는 연방의회의 동의에 의해서도 치유될 수 없다. 김선진, 117~118면.

- 53) 행정입법 제정 시 의회의 의결을 통해 해당 행정입법 내용을 수정하는 것이다. 행정입법을 공포하기에 선행하여 의회에 송부하는 것이 관행이고, 의회는 당해 행정입법안을 동의 또는 수정할 수 있는 권한을 갖게 된다. 김선진, 118면.
- 54) 행정입법이 공포된 이후에 의회가 의결을 통하여 폐기할 수 있도록 수권된 것이다. 수권법률을 폐지하게 되면 이 법률에 의한 행정입법은 당연히 효력을 상실하게 되고, 수권법률에 연방의회에 의한 행정입법의 폐지권을 유보할 수도 있다. 다만, 법적 안정성과의 조화를 이유로 공포 후 일정기간 내에만 폐기할 수 있도록 제한을 두는 경우가 많다. 김선진, 119면.
- 55) 의회에의 제출절차는 행정기관에 입법권을 수권하는 법률이 행정기관이 위임입법을 제정한 경우에 의회에 제출하도록 규정하는 것을 말한다. 위임입법을 제정함에 있어 의회에 제출할 것을 요구하는 일반법으로 통제하지 않고, 개별법률에서 규정되어 있는 경우에만 제출의무가 부여된다. 영국 의회는 본회의 심사와 위원회 심사로 나뉘어 행정입법에 대해 보다 직접적·구체적으로 통제하고 있다. 본회의 심사(Scrutiny on The Floor of The House)는 ① 수권법률이 행정기관으로 하여금 위임입법을 의회에 제출하도록 하고 있을 뿐 특별히 의회의 통제절차를 규정하고 있지 않는 단순한 제출절차(bare laying procedure), ② 각 원은 제출된 위임입법을 폐기하는 결의를 할 수 있는 권한을 유보시키는 거부결의절차(negative resolution procedure), ③ 위임입법이 효력을 발생하기 위해서는 의회의 적극적인 승인결의가 있어야 한다는 승인결의절차(affirmative resolution procedure), ④ 위임입법의 제정 전 초안을 의회에 제출하여 승인 또는 거부결의에 따라 효력을 발생 및 폐기하는 초안제출절차의 유형으로 구분된다. 위원회 심사(Scrutiny in Committee)는 과거에 상원의 특별명령위원회와 하원의 위임입법 특별위원회에 의한 통제로 나뉘었다가 1973년 양원은 위임입법을 보다 체계적으로 심사하기 위하여 각 원의 특별위원회 위원 7인으로 행정입법심사합동위원회(Joint Committee on Statutory Instruments)를 구성하였다. 김선진, 120~121면.
- 56) 의회거부권은 의회의 위임에 의해 행사된 행정기관 및 독립적 행정위원회의 결정이나 규칙제정행위를 의회가 취소하는 권한이다. 이는 양원 중 일원의 결의를 요하는 것이 보통이고, 의회의 결의가 있으면 대통령에게 제출할 필요 없이 최종적인 효력을 발생한다. 의회거부권은 법률에 명시적인 규정이 있는 경우에만 허용되는 것으로서 1932년 Legislative Appropriation Act, 47 Stat. 382.가 그 호시이다. 이 법은 Hoover대통령 재임 시 제정된 것으로 대통령에게 행정부의 조직을 개편하는 광범위한 권한을 위임하면서, 이에 관한 대통령령은 의회의 어느 일원에 의해 거부될 수 있도록 하였다. 의회거부권의 합헌성 여부에 관해 입법부와 행정부 사이에 논쟁이 계속되어 왔음에도 불구하고 연방대법원에 의한 명시적 판단을 얻지 않은 채 50년 이상 이용되어 왔으나, 1983년 Chadha 사건(Immigration and Naturalization Service v. Chadha, 462 U.S. 919(1983)). 양원의 의결과 대통령 서명이라는 헌법절차가 결여되어 위헌이라고 판결)을 비롯한 3개의 연방대법원 판결에 의하여 위헌결정을 받게 되었다. 김선진, 119~120면.
- 57) Chadha 사건 등의 판결 이후 행정입법 통제제도의 개선 논의가 종합된 결과로 연방의회는 1996년 의회심사법을 제정하였다. 주요내용은 ① 행정입법 시행 60일 이전 연방의회와 연방의회회계감사원(General Accounting Office)에 행정입법안을 제출하고, ② 회계감사원이 연방의회에 검토보고를 제출한 후, ③ 양원의 의결로 행정입법에 대한 합동불승인결의(joint resolution of disapproval) 여부를 결정하며, ④ 대통령에게 송부 및 대통령 서명 등을 규정하고 있다. 김선진, 120면.

우리나라는 국회법 제98조의2⁵⁸⁾가 행정입법의 국회 제출 제도를 규정하고 있다. 이 제도는 1997년 국회법 개정으로 처음 도입되었고, 2005년 국회법 개정으로 현재의 틀을 갖추고 있다. 1997. 1. 13. 국회법 개정으로 중앙행정기관장이 대통령령 이하 각종 행정입법 제·개정 시 7일 이내에 국회에 송부하도록 규정하였고, 2000. 2. 16. 개정으로 상임위원회별로 국회에 제출된 행정입법 중 대통령령·총리령·부령에 대하여 위법 여부를 검토하여 해당 기관장에게 통보할 수 있도록 하였으며, 2002. 3. 7. 개정으로 중앙행정기관장이 '국회'가 아니라 '상임위원회'에 행정입법 제·개정 내역을 10일 이내에 제출하도록 하고, 미제출 시 그 이유를 상임위원회로 통지하도록 하였으며, 2005. 7. 28. 개정으로 대통령령 입법예고안도 상임위원회 제출 대상에 포함하고, 상임위원회가 위법 여부를 검토·통보한 대통령령 등에 대하여 각 기관은 처리계획 및 결과를 상임위로 제출하도록 규정하였다.⁵⁹⁾

2015. 5. 29. 여야합의로 국회 상임위원회가 대통령령·총리령·부령 등 행정입법이 법률의 취지 또는 내용에 합치되지 아니한다고 판단되는 경우 소관 중앙행정기관의 장에게 수정·변경을 요구할 수 있고, 이 경우 중앙행정기관의 장은 요구받은 사항을 처리하고 그 결과를 소관 상임위원회에 보고하도록 하는 개정안을 통과시켰으나,⁶⁰⁾ 대통령의 거부권 행사 후 여당 원내대표가 사퇴하는 등 우여곡절 끝에 본회의 재의⁶¹⁾ 표결에서 의결정족수 미달로 부결되었다.

58) 국회법 제98조의2(대통령령 등의 제출) ① 중앙행정기관의 장은 법률에서 위임한 사항이나 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항을 규정한 대통령령·총리령·부령·훈령·예규·고시 등이 제정·개정 또는 폐지된 때에는 10일 이내에 이를 국회 소관 상임위원회에 제출하여야 한다. 다만, 대통령령의 경우에는 입법예고를 하는 때(입법예고를 생략하는 경우에는 법제처장에게 심사를 요청하는 때를 말한다)에도 그 입법예고안을 10일 이내에 제출하여야 한다. ② 제1항의 기간 이내에 이를 제출하지 못한 경우에는 그 이유를 소관 상임위원회에 통지하여야 한다. ③ 상임위원회는 위원회 또는 상설소위원회를 정기적으로 개최하여 그 소관중앙행정기관이 제출한 대통령령·총리령 및 부령(이하 이 조에서 "대통령령 등"이라 한다)에 대하여 법률에의 위반여부 등을 검토하여 당해 대통령령 등이 법률의 취지 또는 내용에 합치되지 아니하다고 판단되는 경우에는 소관중앙행정기관의 장에게 그 내용을 통보할 수 있다. 이 경우 중앙행정기관의 장은 통보받은 내용에 대한 처리 계획과 그 결과를 지체 없이 소관 상임위원회에 보고하여야 한다. ④ 전문위원은 제3항의 규정에 의한 대통령령 등을 검토하여 그 결과를 당해위원회 위원에게 제공한다.

59) 김선진, 106 ~ 107면.

60) 국회법 제98조의2(대통령령 등의 제출 등) ③ 상임위원회는 소관 중앙행정기관의 장이 제출한 대통령령·총리령·부령 등 행정입법이 법률의 취지 또는 내용에 합치되지 아니한다고 판단되는 경우 소관 중앙행정기관의 장에게 수정·변경을 요구할 수 있다. 이 경우 중앙행정기관의 장은 수정·변경 요구 받은 사항을 처리하고 그 결과를 소관 상임위원회에 보고하여야 한다.

61) 헌법 제53조 ④ 재의의 요구가 있을 때에는 국회는 재의에 붙이고, 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 법률안은 법률로서 확정된다.

4. 고용노동부 '지침' 검토

노동관련법의 시행을 위한 시행령(대통령령)과 시행규칙(부령)의 경우 위임입법의 한계를 벗어나 위법의 의심이 농후한 조항들이 있다. 예컨대 노조법 시행령 제9조 제2항의 법외노조통보조항이 대표적이다. 이들 조항에 대해서는 대법원 또는 헌법재판소에 의해서 최종적으로 해석될 수밖에 없다. 시행령과 시행규칙 이외의 행정지침들은 구체적인 내용에 따라 성격이 다르고, 그에 따라 그 한계 및 통제방법도 다르게 될 것이다.

가. 비공식적 행정작용으로서의 기준정립: 해고지침

노동부의 행정지침 중에는 행정규칙에도 해당하지 않고 비공식적 행정작용으로서의 기준 정립에 해당하는 것들이 있다. 업무매뉴얼, 가이드라인 등이 이에 해당할 것이고, 지침의 명칭을 가진 것들 중에는 그 구체적인 내용에 따라 이에 해당하는 것들이 있다.

해고지침이 법과 판례를 해설하는 것에 불과하다면 불필요해서 무용하고, 법과 판례의 법리를 벗어나 보다 쉽게 해고할 수 있도록 하기 위한 것이라면 위법해서 무용한 것이 된다. 노동계는 노동부가 해고지침을 강행하는 것은 현행 해고 제한 규정과 그에 따른 판례의 태도에 의하면 저성과자 등에 대한 통상해고가 쉽지 않으므로 이를 보다 쉽게 할 수 있도록 하기 위한 의도가 있는 것으로 의심한다.⁶²⁾

노동위원회가 부당해고 구제신청사건에 대한 심판을 담당하므로 내부적으로 그 처리기준을 만들 필요가 있을 수는 있다. 노동위원회의 심판은 준사법적 기능에 해당하므로 그 업무 처리에 있어 독립성과 중립성, 특히 행정부인 노동부로부터의 독립이 중요하다. 노동위원회법 제4조 제1항도 “노동위원회는 그 권한에 속하는 업무를 독립적으로 수행한다.”고 명확히 하고 있다. 노동부장관의 해고지침은 노동위원회의 독립적 업무 수행을 침해할 소지도 있어 부당하다.

해고지침은 행정규칙으로서의 성질도 갖는다고 할 수 없으므로 위 지침 자체는 아무런

62) 김기덕, “일반해고 요건 관련 고용노동부의 행정지침의 문제점”, 『개정 국회법과 고용노동부의 행정지침 국회 토론회』, 새정치민주연합 전국노동위원회·새정치민주연합 정책위원회, 2015. 6. 17. 16~17면.

법적 효력이 없을 뿐만 아니라 구체적인 해고의 정당성 판단에서도 전혀 고려의 대상이 될 수 없다. 사용자가 해고지침에 따라 일반해고를 했다고 하더라도 그 해고가 정당하게 되는 것은 아니고, 법원은 독자적인 기준에 따라 해고의 정당성 여부를 판단하게 된다.

이러한 성격의 지침들은 행정처분을 인정할 수 없으므로 행정소송의 대상이 되지 않음은 물론이고, 공권력의 행사에 해당한다고 볼 수도 없으므로 헌법소원의 대상으로 보기도 어렵다.

나. 법령해석규칙 또는 재량준칙: 취업규칙 지침

노동관계법령의 위반에 대해 벌칙 조항이 있는 경우 이에 대해서는 근로감독관이 사법경찰관리로서 수사권이 있으므로 노동부는 그 처리의 공정하고 객관적인 기준을 마련할 필요가 있다. 또한 노동관계법령이 일정한 사항에 대해 노동부에 신고의무를 부과한 경우 노동부는 신고업무를 처리하기 위한 기준을 설정할 필요가 있다.

취업규칙 제정·변경의 경우 노동부장관에게 신고하여야 하고(근로기준법 제93조), 취업규칙의 신고를 받은 근로감독관은 취업규칙 접수심사대장에 이를 기재하고, 그 내용을 심사하여 관계법령 및 단체협약 등에 저촉되는 부분이 있을 경우 변경을 명하여야 한다.⁶³⁾

그런데 단순히 신고하면 족한 취업규칙에 대해 근로감독관이 변경명령을 하는 것이 타당한가 하는 점에 의문이 있다. 취업규칙이 법령 및 단체협약에 저촉되는지 여부는 최종적으로 법원이 판단할 문제이기 때문이다.

63) 근로감독관 직무규정(고용노동부훈령 제102호, 2013. 10. 15.) 제74조(취업규칙의 신고) ① 감독관은 관할 사업장 중 취업규칙의 신고를 하지 아니한 사업장을 수시로 파악하여 신고하도록 지도하여야 한다. ② 감독관은 취업규칙이 신고된 때에는 별지 제45호 서식의 취업규칙 접수 심사대장에 기재하고 심사현황·변경지시사항 및 변경보고 여부 등을 기록 관리하여야 한다.

제75조(취업규칙의 심사와 변경명령) ① 감독관은 취업규칙의 신고를 접수한 때에는 20일 이내에 심사하고 그 결과를 별지 제46호 서식의 취업규칙심사보고서에 따라 과장에게 보고하여야 하며 관계법령 및 단체협약 등에 저촉되는 부분이 있을 경우에는 변경을 명하여야 한다. 다만, 개업공인노무사의 확인을 받아 제출한 취업규칙은 심사를 생략할 수 있다. ② 취업규칙의 심사는 「취업규칙심사요령」에 따른다.

한편, 작성·변경절차(근로기준법 제94조⁶⁴⁾)를 위반하는 경우 사용자가 형사처벌된다(근로기준법 제114조 제1항, 500만 원 이하의 벌금). 취업규칙지침은 근로감독관이 작성·변경절차 위반 여부를 조사하거나 취업규칙의 신고 업무를 처리하는데 기준으로 활용될 수 있으므로 법령해석규칙과 재량규칙으로서의 성질도 갖는 것으로 볼 수 있다.

취업규칙지침은 법령해석규칙 또는 재량규칙으로서의 성질이 있다고는 하지만, 이는 근로감독관이 작성·변경절차 위반 조사 업무 및 취업규칙의 신고 업무를 처리하는 한도에 서만 그렇고, 변경된 취업규칙의 효력에는 아무런 영향도 미치지 못한다. 사용자가 신고의무를 지키지 않았더라도 그것 때문에 취업규칙의 작성·변경이 무효로 되는 것은 아니라는 것이 대법원의 태도다.⁶⁵⁾ 변경된 취업규칙의 효력 여부는 취업규칙지침과는 무관하게 법원이 독자적으로 제반 사정을 고려하여 판단하게 된다.

취업규칙의 작성·변경절차 위반으로 기소된 사용자는 취업규칙지침을 근거로 위법성의 착오(죄가 되지 아니한다고 오인한 것에 정당한 이유가 있는 경우에 해당한다)를 주장할 여지가 있겠으나, 법원에서 받아들여지기는 쉽지 않을 것이다.⁶⁶⁾ 취업규칙지침이 법적 구속력이 없으며 사용자로서는 법률전문가의 자문 등을 통해 그러한 사정을 충분히

64) 제94조(규칙의 작성, 변경 절차) ① 사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받아야 한다. ② 사용자는 제93조에 따라 취업규칙을 신고할 때에는 제1항의 의견을 적은 서면을 첨부하여야 한다.

65) 대법원 2004. 2. 12. 선고 2001다63599 판결, 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001다28596 판결 등.

66) 형법 제16조에서 “자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다.”고 규정하고 있는 것은 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이다. 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대하여 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2010. 7. 15. 선고 2008도11679 판결, 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012도12867 판결, 대법원 2015. 1. 15. 선고 2013도15027 판결 등). 고소하기 전에 변호사에게 자문을 구한 경우(대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도5526 판결), 유사한 행위로 전에 혐의 없음 처분을 받은 경우(대법원 2010. 7. 15. 선고 2008도11679 판결), 장례식장의 식당(접객실) 부분을 증축함에 있어 지방자치단체와 협의를 거쳤거나 건설교통부에 관련 질의를 한 경우(대법원 2009. 12. 24. 선고 2007도1915 판결), 중앙선거관리위원회에서 발간한 선거 관련 책자에 관련 내용이 있는 경우(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도3717 판결) 등의 경우에도 모두 위법성의 착오를 인정하지 않았다.

파악할 수 있는 처지에 있으므로 진지한 노력을 다했다면 위법성을 인식할 수 있다고 볼 수 있을 것이기 때문이다. 또 근로감독관이 취업규칙변경명령을 하는 경우 그 취소를 구하는 행정소송에서 당사자는 취업규칙지침을 근거로 신뢰보호의 원칙 등을 주장할 여지는 남아 있다.

취업규칙지침 자체를 공권력 행사로 보고 헌법소원심판을 청구하더라도, 기본적으로 대외적 구속력이 없는 행정청 내부의 사무처리준칙에 불과할 뿐이어서 그 대상이 안 된다는 판단을 받을 가능성이 크다. 다만 재량권 행사의 준칙으로서 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행을 이루게 되어 행정기관이 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 예외적으로 가능할 것이다.

다. 국회에 의한 통제

노동부의 행정지침들은 거부권이 행사된 국회법 제98조 제3항 소정의 행정입법에 해당한다고 할 수 있다. 현행 국회법에 따르면 노동부장관은 위 지침들을 제정한 때에는 10일 이내에 이를 환경노동위원회에 제출하여야 하고, 환경노동위원회는 위 지침들이 근로기준법의 취지 또는 내용에 합치되지 아니하다고 판단되는 경우 노동부장관에게 그 내용을 통보할 수 있다. 이 경우 노동부장관은 통보받은 내용에 대한 처리 계획과 그 결과를 지체 없이 환경노동위원회에 보고하여야 한다.

노동부장관이 근로기준법에 위반되는 내용의 행정지침을 만들어 시행하는 것은 '직무수행에 있어 법률을 위배한 때'에 해당하는 것으로 볼 수 있으므로 노동부장관에 대해 탄핵소추를 할 수 있고, 노동현장의 평화를 파괴하고 갈등을 조장하는 것으로서 노동부장관에 대한 해임건의를 하는 것도 가능할 것이다. 국회의 통제권을 실효성 있게 확보하기 위해서는 국회법 제98조의2를 적어도 여야합의로 개정할 정도의 수준으로 재의결해야 할 필요가 있다.

라. 해고지침 및 취업규칙지침을 사업장에 적용할 경우의 대책

사용자가 일반하고 요건을 완화하는 내용의 저성과자 관리 프로그램을 도입하는 것이나 임금피크제를 도입하는 것은 모두 근로조건의 불이익변경에 해당하므로 근로자 과반수의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 필요하다. 사용자가 일방적으로 저성과자 관리 프로그램을 도입하거나 임금피크제를 도입한다면, 그것은 절차 위반으로 무효이므로 이에 근거한 해고 또는 임금피크제는 그 자체로 무효이다.

사용자가 노동부의 취업규칙지침에 따라 임금피크제를 도입하기 위하여 일방적으로 취업규칙을 변경하고자 하는 경우 또는 해고지침에 따른 저성과자 관리 프로그램을 도입하기 위해 취업규칙을 변경하고자 하는 경우, 노동조합은 취업규칙의 불이익변경에 대한 동의권을 피보전권리로 해서 변경절차증지 가처분 신청을 할 수 있을 것이다.

사업주가 일방적으로 임금피크제를 도입하여 시행하는 바람에 급여를 삭감당한 근로자의 경우에는 임금피크제 도입 자체를 무효로 보고 사업주를 상대로 임금 차액을 청구하는 소송을 제기할 수 있을 것이다. 한편, 저성과자 관리 프로그램이 적법하게 도입되었다고 하더라도 그에 따른 해고는 여전히 법원에 의하여 정당한 이유가 있는지 여부에 대한 판단을 받아야 한다.

5. 맺음말

고용노동부의 위법한 행정지침이 노동현장의 혼란과 불확실성을 가중시키고 있는 실정이다. 행정지침이나 예규 또는 가이드라인은 법적 효력이 전혀 없지만, 노동현장에서는 강력한 구속력을 갖기 때문에 법률 개정의 곤란이나 애로를 회피하기 위한 탈법적 수단으로 활용되고 있다. 더군다나 통상임금 사건의 전원합의체 판결⁶⁷⁾은 사용자의 신의

67) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결. “우리나라 대부분의 기업에서는 정기상여금은 그 자체로 통상임금에 해당하지 아니한다는 전제 아래에서, 임금협상 시 노사가 정기상여금을 통상임금에서 제외하기로 합의하는 실무가 장기간 계속되어 왔고, 이러한 노사합의는 일반화되어 이미 관행으로 정착된 것으로 보인다. 이러한 관행이 정착하게 된 데에는, 상여금의 연원이 은혜적·포상적인 이윤배분이나 성과급에서 비롯된 점, 국내 경제가 성장기로 접어든 이후 상여금이 근로의 대가로서 정기적·일률적으로 지급되는 경우가 많다고는 하지만 여전히 성과급, 공로보상 또는 계속근로 장려 차원에서 지급되는 경우도 있고 그 지급형태나 지급조건 등이 다양하여 그 성질이 명확하지 아니한 경우도 있는 점, 근로현

칙 위반 주장을 받아들이는 논거의 하나로 노동부 지침을 신뢰했다는 것을 들었다. 법이나 대법원 판례에 위반된 노동부지침이나 예규가 대법원에 의해 그 적법성이 추인되는 결과로 되어 법치주의에 심각한 혼란이 야기되고 있는 실정이다. 노동부가 해고지침이나 취업규칙지침을 만들 경우 법원이 노동부 지침에 따른 해고 또는 취업규칙 불이익변경과 임금피크제 실시 등을 유효한 것으로 판단하는 근거로 활용할 우려도 불식할 수 없다.

위법한 행정지침에 대한 통제를 강화하기 위해, ① 법원은 행정소송 중 항고소송의 원고적격을 더욱 확대하는 적극적인 해석을 하여야 하고, 입법론적으로는 항고소송을 행정의 적법성 보장을 위한 객관소송으로 구성하는 방안으로 행정소송법을 개정하여야 한다. ② 헌법재판소는 헌법소원 대상으로서의 '공권력 행사'에 해당하는지 여부와 청구인 적격 요건인 기본권침해의 직접성을 보다 폭넓게 인정하여야 한다. ③ 국회법 제98조의 2를 대통령의 거부권 행사로 현재 국회에 계류되어 있는 개정안 내용(국회 상임위원회의 '통보권'을 '수정·변경 요구권'으로 변경하여 '내용 통보'를 '수정·변경 요구'로, 소관 중앙행정기관 장의 '처리 계획과 결과 보고'를 '처리하고 결과 보고'로, 그 대상 행정입법을 '대통령령·총리령 및 부령'에서 '대통령령·총리령·부령 등 행정입법'으로 개정)대로 재의되어야 한다.

대통령훈령인 「훈령·예규 등의 발령 및 관리에 관한 규정」에 규정된 기본원칙의 관점에서 볼 때, 해고지침은 필요성, 적법성, 적절성, 조화성, 명확성 등 모든 원칙에 어긋날 가능성이 높고, 취업규칙지침은 필요성은 인정될 여지가 있으나 나머지 기본원칙은 충족하기 힘들 것으로 보인다.

법적 효력이 전혀 없는 지침으로 근로기준법의 강행규정을 무력화하려는 시도는 확실하게 저지되어야 하며, 위법한 내용의 행정지침을 전면적으로 재정비해야 한다. 그런

장에서 노사 양측에 지대한 영향력을 발휘하여 온 고용노동부의 '통상임금 산정지침'이 1988. 1. 14. 제정된 이래 일관되게 정기상여금을 통상임금에서 제외하여 온 점, 대법원 판례상으로도 2012. 3. 29. 이른바 '금아리무진 판결'이라고 불리는 대법원 2010다91046 판결이 선고되기 전에는 상여금의 통상임금 해당성을 부정한 대법원 판결(대법원 1990. 2. 27. 선고 89다카2292 판결, 대법원 1996. 2. 9. 선고 94다19501 판결 등)만 있었고 정기상여금이 통상임금에 해당할 수 있음을 명시적으로 인정한 대법원 판결은 없었던 점 등이 그 주요 원인이 되어 노사 양측 모두 정기상여금은 통상임금에서 제외되는 것이라고 의심 없이 받아들여 왔기 때문인 것으로 보인다."

마당에 노동부가 해고지침 및 취업규칙지침을 강행하는 것은 시대의 요구에 역행하는 것이다.

II. 저성과자 해고를 쉽게 하는 '일반해고 가이드북'

1. 배경

새누리당이 발의한 5대 노동법안에는 소위 실적부진자(저성과자)에 대한 일반해고 제도가 포함되어 있지 않았으나, 그럼에도 불구하고 실적부진자(저성과자)에 대한 일반해고 제도가 도입될 것이라는 예측이 지배적이었다. 왜냐하면 고용노동부는 노사정 합의 이전부터 일반해고 제도에 관한 연구 작업을 하였고, 노사정 합의 후 얼마 지나지 않아 향후추진계획으로 “Ⅲ-2. 행정조치사항 - □ 취업규칙 변경, 근로계약 해지 기준·절차 명확화를 위한 지침은 노사 및 전문가 의견을 충분히 수렴, 시행방안 마련”이라고 밝혀, 근로계약 해지에 관한 지침을 만들겠다고 발표⁶⁸⁾했기 때문이다. 또한 해고 지침과 관련한 문답에서 ① ‘근로계약 해지 지침’은 해고의 정당한 이유가 추상적이라서 발생하는 불확실성을 해소하기 위한 것이며, ② 현행법과 판례는 저성과자에 대하여 일정한 기준과 절차를 거친 경우 해고의 정당성을 인정하고 있으므로 지침은 이러한 내용을 반영하는 것이고, ③ 이를 통해 공정한 평가에 기초한 공정한 해고를 확산하려는 것이라고 밝혔다.⁶⁹⁾

노사정 합의 이전에도 정부는 저성과자에 대한 해고 제도를 도입하겠다는 입장을 밝혀왔다. 고용노동부의 위탁으로 2014. 12. 제출된 ‘해고제도의 합리적 개선방안 마련을 위한 연구’는 저성과자에 대한 해고의 필요성과 그 방안을 담고 있다.⁷⁰⁾ 이를 토대로 고용노동부는 2014. 12. 29. 비정규직 종합대책(안)을 발표하면서 ‘일반적인 고용해지 기준 및 절차에 관한 가이드라인’을 마련하겠다고 밝힌 바 있다. 노사정위원회가 2014. 9. 7. 마련한 토론회에서도 노사정위원회와 고용노동부의 입장이 확인된다.⁷¹⁾

그러다가 지난 2015. 12. 30. 고용노동부는 ‘직무능력과 성과 중심의 인력운영과 취업규칙

68) 2015. 10. 5.자 고용노동부의 ‘노사정 대타협 설명자료’의 ‘노사정 대타협 주요내용’ 중

69) 고용노동부, 같은 자료 주요쟁점 38~44 문답 부분

70) 박지순·김희성·김기선, 「해고제도의 합리적 개선방안 마련을 위한 연구」, 2014. 12., 고용노동부.

71) 박지순, 「근로조건 변경 및 근로관계 종료에 관한 쟁점과 과제」, 2015. 9. 7. 노동시장 구조개선 관련 쟁점 토론회.

관련' 전문가 간담회를 개최하였다. 노사정 합의에 따라 가이드북 및 취업규칙 변경 지침을 마련하기 위해 전문가 의견 수렴 차원에서 개최했다는 것이 고용노동부의 설명이다. 고용노동부는 이 자리에서 가이드북과 지침의 초안에 해당하는 내용⁷²⁾을 발표하였다.

그러나 정작 노사정 합의⁷³⁾에 참여한 한국노총은 이러한 정부의 입장이 노사정 합의에 반한다는 입장이다. 한국노총은 “정부가 노동개혁 5대 입법과 양대 지침을 일방적으로 시행할 경우 노사정 합의를 파기하겠다고 결의했는데도 정부가 지난달 30일 사실상 양대 지침을 발표했다”며 반발했고, 2016. 1. 14. 에는 “노사정 합의 파탄”을 공식적으로 선언했다.

그럼에도 불구하고 정부는 이를 강행할 방침인 것으로 보인다. 2015. 12. 30.자 고용노동부의 발표 자료를 보면, 근로계약 체결 및 해지의 기준과 절차를 마련하려는 이유가 실제로는 기업의 경쟁력 강화에 있음을 알 수 있다. 즉 기업의 경쟁력을 강화하기 위해서는 노동자들 간 경쟁을 통해 생산성을 향상시키고 생산성이 떨어지는 노동자는 도태시키겠다는 것이다. 철저하게 기업의 입장에서 기업의 이익을 위하면서 근로계약 체결 및 해지의 기준과 절차의 불명확성을 명분으로 내세우고 있는 것이다.

채용에서부터 퇴직까지 인력 운영 전반에 대한 내용이 포함되어 있으나, 핵심은 저성과자에 대한 해고제도 도입이다. 채용, 평가, 보상(임금체계), 교육훈련과 배치전환, 퇴직관리로 체계화하면서 해고 외의 부분도 다루고 있지만 결국 성과를 기준으로 인력 운영을 하도록 조치하겠다는 것이고 그 핵심으로서 저성과자(실적부진자)에 대한 일반해고를 다루고 있기 때문이다. 이에 아래에서는 고용노동부가 이야기하는 것처럼 근로기준법이 정하는 해고 사유가 모호한 것인지, 현행법과 판례에서 이미 실적부진자(저성과자)에 대한 일반해고를 할 수 있는지, 고용노동부가 말하는 공정한 평가가 가능한지, 그리고 그러한 제도가 노동현장과 사회에 미칠 파장은 어떠한지에 관해 검토한다.

72) '직무능력과 성과 중심의 인력운영과 취업규칙 관련 전문가 논의자료', 고용노동부, 2015. 12. 30.

73) 2015. 9. 16. '노동시장 구조개선을 위한 노사정합의문' : II-3-2 근로계약 해지 등의 기준과 절차 명확화
- 노사정은 인력운영 과정에서의 근로관행 개선을 위하여 노사 및 관련 전문가의 참여하에 근로계약 전반에 관한 제도개선 방안을 마련한다. 제도개선 시까지의 분쟁예방과 오남용 방지를 위하여 노사정은 공정한 평가체계를 구축하고, 근로계약 체결 및 해지의 기준과 절차를 법과 판례에 따라 명확히 한다. 이 과정에서 정부는 일방적으로 시행하지 않으며 노사와 충분한 협의를 거친다.

2. 근로기준법상 해고 사유는 모호한가

가. 명확성 원칙에 반하지 않는다는 헌법재판소 결정

근로기준법은 해고를 함에 있어 '정당한 이유'를 요구하고 있다(동법 제23조 제1항). 헌법재판소는 해고에 있어서 정당한 이유 부분이 명확성의 원칙에 위배되는지가 문제된 사안에서 다음과 같이 결정한 바 있다.

이 사건 법률조항은 '정당한 이유'라는 다소 추상적인 내용을 가진 용어를 해고 제한의 기준으로 사용하고 있고, 무엇이 '정당한 이유'인가에 대하여 근로기준법에는 더 이상 구체적으로 규정하고 있지 않다. 그러나 오랜 기간 법원의 판례를 통하여 해석의 기준이 정립되어 있다 ... 오랜 기간 판례 등이 집적되어 '해고'에 있어서 '정당한 이유'란 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유를 의미하게 되었고, 보충적인 가치 판단을 통해서 그 의미 내용을 확인할 수 있으므로 이 사건 법률조항은 명확성 원칙이 추구하는 공정한 고지를 통한 예측가능성을 갖추고 있다. 그리고 집적된 판례 등을 통하여 법집행자에게 '정당한 이유' 판단을 위한 합리적 기준이 제시되고 있으므로 이 사건 법률조항이 법집행자에 의해 자의적으로 해석·적용될 여지가 크다고 할 수 없다... 해고는 본질상 그 태양이 다양하고 장래 근로조건과 환경의 변화에 따라 발전, 변화하기 마련이다. 또한 모든 해고의 형태를 일일이 구체적, 서술적으로 열거하여 그 정당성의 범위를 규정하여 두는 것은 입법 기술상 불가능하거나 현저히 곤란하다. 정당한 이유를 어느 정도 구체적으로 유형화하는 개선 입법이 가능하다고 하더라도 해고의 태양을 모두 망라하여 그 정당성의 범위를 구체적으로 규정할 수는 없다.⁷⁴⁾

이처럼 해석의 기준이 정립되어 있는 상황에서 이를 구체화하기 위한 제도 개편은 불필요하다. 오히려 "저성과자"나 "업무 능력 부족"이라는 용어야말로 추상적이고 모호하다는 점에서 이를 구체화하는 것이 더 어려운 문제이다.

또한 헌법재판소는 부당해고를 한 자에 대하여 5년 이하의 징역 또는 3,000만원 이하의

74) 헌법재판소 2013. 12. 26. 자 2012헌바375 결정.

벌금에 처하도록 한 구 근로기준법 규정이 헌법상 명확성의 원칙에 반하는지 여부가 문제된 사안에서도 다음과 같이 결정하였다.

근로자의 해고에 관하여 법문상 요건이 되고 있는 '정당한 이유'에 대하여는 오랜 기간 그것의 의미에 대한 학문적 연구가 진행되어 그 성과가 쌓여있고 다수의 행정해석과 관련 판례들이 풍부하게 집적되어 왔다. 그리하여 이러한 경험과 사례의 축적에 의하여 이제는 그 의미 내용의 전체적 윤곽이 형성되고 구체적 사안들에서 특히 법률전문가들에게는 무엇이 여기에 해당하고 무엇이 해당되지 않는 것을 판단하기에 그다지 어려움을 느끼지 아니할 정도에까지 이르렀다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 비록 법문상으로는 '정당한 이유'라는 일반추상적 용어를 사용하고 있으나 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 있다. 그렇다면 이 사건 법률조항이 형사처벌의 대상이 되는 해고의 기준을 일반추상적 개념인 '정당한 이유'의 유무에 두고 있기는 하지만, 그 의미에 대하여 법적 자문을 고려한 예견가능성이 있고, 집행자의 자의가 배제될 정도로 의미가 확립되어 있으며, 입법 기술적으로도 개선가능성이 있다는 특별한 사정이 보이지 아니하므로 헌법상 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.⁷⁵⁾

처벌법규의 명확성 원칙도 충족하고 있다고 판단하였던 것이다.

이처럼 여러 차례에 걸쳐 헌법재판소는 해고의 유효요건인 '정당한 이유'가 명확성의 원칙에 반하지 않는다고 판시해 오고 있다.

나. 해고의 정당성에 대한 누적된 판례

노동사건 중 가장 많은 판례가 축적된 분야가 부당해고라고 할 수 있다. 헌법재판소 결정에서도 해고에 관해 오랜 기간 판례가 집적되어 있음이 설시되어 있다는 점은 위에서 본 바와 같다.

75) 헌법재판소 2005. 3. 31. 자 2003헌바12 결정.

법원은 '정당한 이유'에 관해 "사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유"라는 원칙을 세우고, 사회통념상 근로계약을 계속시킬 수 없을 정도인지 여부는 "당해 사용자의 사업 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용, 비위 행위의 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업 질서에 미칠 영향, 과거의 근무 태도 등 여러 사정을 종합적으로 검토하여야 한다"며 정당한 이유를 판단하기 위한 기준들을 제시하고 있다.⁷⁶⁾ 이에 따라 학력·경력·사칭·은폐, 이력서 허위 기재, 무단결근 등 불성실 근무, 전근·전보·전직 등 인사 명령 불응, 업무상 지시 위반 등의 구체적 사례에 있어서 해고의 정당한 이유가 있는지 판단해 왔다.

따라서 해고에 관한 정당성 요건이 추상적이어서 불확실성에 직면하고 있어 그 절차와 기준에 대해 명확히 할 필요가 있다는 고용노동부의 설명은 납득하기 어렵다.

다. 고용노동부의 행정지침⁷⁷⁾으로 정당한 이유를 보충할 수 있는지 여부

고용노동부는 행정지침을 통해 추상적이고 모호한 해고의 절차와 기준을 명확화하겠다고 밝혔다. 그런데 2015. 12. 30.자 고용노동부의 발표 자료를 보면, 고용노동부는 정당한 이유가 무엇인지 구체적인 기준을 제시하지 못하고 있다. 이는 해고의 정당성은 구체적인 사례에 따라 판단하여야 하며 사유를 구체화하는 데에는 한계가 있기 때문이다. 오히려 사유를 지나치게 구체화하게 되면 현실에 부합하지 않는 해고를 인정하게 될 가능성이 높다.

고용노동부가 처벌 규정이 없는 노동법 규정에 관한 감독 책임은 거의 이행하지 않고 있다는 점을 고려하면, 해고의 정당성 판단과 관련하여 노동부가 행정처분의 기준을 설정할 필요가 없다. 지침 자체는 아무런 법적 효력이 없고 구체적인 해고의 정당성 판단

76) 대법원 1998. 11. 10. 선고 97누18189 판결, 대법원 2002. 5. 8. 선고 2001두110455 판결, 대법원 2003. 7. 8. 선고 2001두8018 판결, 대법원 2007. 10. 12. 선고 2005두10149 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2997두 979 판결 등.

77) 2015. 12. 30.자 고용노동부의 발표 자료에서 알 수 있듯이, 고용노동부는 가이드북, 가이드라인, 지침을 섞어서 사용하면서 정확하게 어떤 방식으로 저성과자 해고 제도를 도입하려는 것인지 정하지 못하고 있다. 일단 이 글에서는 지침으로 포괄하여 기재한다.

에서 전혀 고려의 대상이 될 수 없다. 고용노동부가 집행하여야 할 사무가 없기 때문에 해고에 관한 지침은 내부적인 구속력을 갖는 행정규칙으로서의 성질도 갖는다고 할 수 없다. 따라서 사용자가 고용노동부의 지침에 따라 해고를 하였다고 하더라도 그 해고가 정당하게 되는 것이 아니다. 지침을 통해 불확실성을 해소시키겠다는 고용노동부의 설명과 달리 그러한 지침은 판례를 통해 누적된 판단 기준에 혼란을 가져옴으로써 오히려 해고의 유효성에 관한 불확실성을 증대시킨다.⁷⁸⁾

해고의 정당성은 법과 판례에 기초하여 판단하면 되는 것이지 협의로 기준을 정할 수는 없다. 법과 판례에 따라 명확화한다고 하나, 법과 판례와 다른 기준을 정하려는 것으로 밖에 볼 수 없고 이는 해고의 유효성에 관한 불확실성을 증대시킬 뿐이다.

라. 소결

근로기준법상 해고의 유효요건인 '정당한 이유'가 추상적이고 모호하여 불확실성에 직면하여 있다는 고용노동부의 설명과 달리, 판례의 누적을 통해 해석의 기준이 이미 정립되어 있고, 헌법재판소도 명확성 원칙에 위반되지 않음을 거듭 확인하였다. 그럼에도 법률이 아니라 어떠한 효력도 지녀서는 안 될 행정지침을 통해 해고의 절차와 기준을 정하는 것은 도리어 해고의 유효성에 관한 불확실성을 증대시키기만 할 뿐이다.

3. 현행법제상 '저성과자에 대한 해고'가 일반적으로 허용되는가

가. 고용노동부의 자의적 해석

근로의 권리는 헌법에 의해 보장된다. 근로의 권리를 침해하는 해고에 대해 근로기준법이 "정당한 이유"를 요구하고 판례가 "사회통념상 고용관계를 지속할 수 없을 정도로 근로자의 귀책사유"를 요구하는 이유는 헌법적 권리를 보호하기 위함이다. 만약 저성과자가 능력부족을 이유로 해고될 수 있다면, 다시 말해 능력부족을 이유로 근로의 권리를 박탈당할 수 있다면, 근로자의 능력부족은 사회통념상 고용관계를 지속할 수 없을

78) 김선수, 「헌법 제32조에 나타난 근로조건에 관한 사항 및 시행령의 문제점」, 헌법 32조와 일반해고에 관한 국회 토론회, 2015. 7., 24~26면

정도에 이르러야 한다.

그러나 우리 법과 판례에서 근로자의 능력부족 단 하나의 사유가 사회통념상 고용관계를 지속할 수 없을 정도에 이르렀다고 본 경우는 지극히 드물다. 능력부족을 이유로 하는 해고가 정당하다고 판결한 경우는 대체로 영업직의 경우였다. 가령 보험업을 영위하는 영리법인으로서 (근로자의) 업무실적에 따라 회사운영의 성패가 좌우되는 경우이거나⁷⁹⁾, 지방신문사로서 광고 수주와 수금실적이 사업 운영에 절대적인 요소인 경우⁸⁰⁾로서, 그러한 사업의 성격과 근무 평가기준의 객관성, 해당 근로자의 직위·보수·근무경력 및 동종 업무에 종사하는 다른 근로자들의 근무성적을 두루 살펴 개별적으로 해고의 정당성을 판단해왔을 따름이다. 어떤 판례에서도 해고제한의 일반 법리와 별도로 능력부족으로 인한 통상해고의 일반적 기준을 제시한 적이 없다. “대법원이 근로자의 직무수행능력 부족 여부를 판단하는 체계적이고 구체적인 기준을 직접 제시한 판례는 찾을 수 없다.”⁸¹⁾ 오히려 판례는 통상해고든 징계해고든 일관된 기준에 따라, 즉 해고사유가 사회통념상 고용관계를 지속할 수 없을 정도로 중대한 사유일 때에 한정하여 해고의 정당성을 인정해왔을 따름이다.

고용노동부가 2015. 12. 30.자 고용노동부의 발표 자료에서 직무능력만으로 통상해고가 정당하다 판단한 판례라며 인용하고 있는 하급심 판결⁸²⁾ 역시 마찬가지다. 동 판결은 “시립예술단의 예능단원은 그 근로제공의 특성상 기본적인 예술적 기량을 유지하여야 할 필요성이 있다”는 점에서 해당 사업의 특수성 상 근로자의 능력부족이 사회통념상 고용관계를 지속할 수 없을 정도로 중대한 사유라 인정될 수 있다고 본 개별적 판단이다. 여타 판례는 모두 근로능력의 부족과 더불어 다른 징계사유가 함께 있는 사안으로서 징계해고로서의 정당성을 기존 판례 법리⁸³⁾에 따라 판단한 사례들이다.

79) 대법원 1991. 3. 27. 선고 90다카25420 판결

80) 서울행정법원 2000. 12. 15. 2000구21853 판결

81) 이상익, 「직무수행능력 부족을 이유로 한 해고 관련 판례 고찰」, 능력중심 인력운영의 합리적 구축방안에 관한 토론회 발표문, 5면

82) 서울행정법원 2013. 6. 4. 선고 2012구합39827 판결(위 논의자료 16, 25면에 두 차례 인용됨).

83) 근로자의 비위행위 등이 사회통념상 근로계약을 지속할 수 없을 정도인지는 아래 각 호의 사항 등을 종합하여 판단함.

① 당해 사용자의 사업목적과 성격
② 사업장의 여건

그런데도 고용노동부는 근로자의 능력부족이 근로제공 의무의 불완전 이행으로서 통상 해고가 가능하다며, 기존 판례 법리와 별도의 일반 기준을 제시하고 나섰다. 그 내용은 아래와 같다.⁸⁴⁾

- 근로자의 업무능력 결여 등이 사회통념상 근로계약을 계속 시킬 수 없을 정도 인지 여부는 다음 각 호의 사항을 종합적으로 고려하여 판단
- ① 근로계약 등에 따른 근로제공 의무의 불완전 이행의 존재
- ② 객관적이고 합리적 기준에 의한 공정한 평가
- ③ 교육훈련, 배치전환 등 개선의 기회를 부여했는지 여부
- ④ 개선의 가능성이 있는지, 업무상 상당한 지장의 초래 정도

고용노동부 논의자료만 본다면 그간 판례가 능력부족을 이유로 하는 통상해고에 관한 별도의 일반적 기준을 요건처럼 제시해왔고 고용노동부가 이번 논의자료를 통해 정리한 것처럼 보인다. 하지만 위와 같은 요건 정리는 어떤 판례에서도 언급된바 없다. 고용노동부가 발간해 온 기존 지침과 가이드라인은 판례에 대한 소개 정도에 그쳐왔던 점에 비추어 본다면 이번 논의자료는 지나치게 자의적이거나 의도적인 왜곡이다.

고용노동부가 제시한 위 일반 기준은 개별 사안별로 판단해 온 판례가 산발적으로 인정한 쟁점들을 자의적으로 일반화 한 결과에 불과하다. 특히 근로자의 능력부족을 “① 근로계약 등에 따른 근로제공 의무의 불완전 이행의 존재”라 표현한 것은 판례 내용과 전혀 무관하다. 고용노동부는 “근로제공에 대한 임금의 지급이라는 근로계약의 본질을 고려할 때 근무성적 부진 등은 근로제공 의무를 불완전하게 이행하는 것으로 통상해고의 사유”라 하고 있지만, 이러한 표현들은 근로계약을 계약법적으로 해석하는 소수의 견해에 따른 것이다.⁸⁵⁾

③ 당해 근로자의 지위 및 담당직무의 내용
④ 비위행위의 동기와 경위
⑤ 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업질서에 미칠 영향
⑥ 과거의 근무태도 등

84) 2015. 12. 30.자 고용노동부 발표 자료 17면 상단

85) 2015. 12. 30.자 고용노동부 발표 자료 25면 상단

해고란 사용자의 일방적 의사표시에 의한 근로계약의 종료를 지칭하는 노동법상의 용어다. 근로자에 대한 해고에 민법상 계약 해지의 법리를 적용하지 않고 근로기준법을 적용하는 이유는, 해고에 '정당한 이유'를 요구하여 근로의 권리를 보호하기 위함이다. 이러한 노동법의 관점에서는 사용자에게 근로계약에 부수한 계약상 배려의무가 있기 때문에 근로자의 중대한 귀책사유 없이는 해고할 수 없으며 근로자의 직무능력 개발은 근로자뿐만 아니라 사용자의 의무로도 해석된다. 반면 고용노동부는 노동법의 관점에서 벗어나 근로자의 능력부족을 '불완전 이행'이라 표현한 후, 이것이 계약 해지 사유가 된다고까지 나아간 것이다.

노동법의 관점을 버리고 판례를 의도적으로 왜곡하여 통상해고의 일반 법리를 제시하고 있는 고용노동부의 논의자료는, 그 자체로 월권이며 소위 '일상적 구조조정'을 예비하는 해약적 조치이다.

나. 주장에 맞지 않는 판례 인용

고용노동부는 근로자의 능력부족이나 업무성적 불량에 통상해고 사유라 선언하며 많은 판례를 인용하고 있다. 그러나 해당 부분에 인용된 판례를 하나씩 살펴보면, 절대 다수가 통상해고가 아닌 징계해고에 대해 판단하고 있는 판례들이거나,⁸⁶⁾ 능력부족을 이유로 한 해고에 정당한 이유가 있는지 실체 판단을 하지 않고 해고시기의 제한이나 해고 예고 등 절차 준수에 관해 언급하고 있는 판례들⁸⁷⁾임을 알 수 있다.

고용노동부 의도인 저성과자에 대한 통상해고 판례라 볼 수 있는 것은 두 개의 하급심 판결⁸⁸⁾뿐인데, 둘 모두 특정 사업장의 경우에 한하여 능력부족이 사회통념상 근로관계

86) 대법원 1994. 1. 11. 선고 2012두25873 판결, 대법원 2003. 7. 8. 선고 2001두8018 판결, 대법원 2012. 9. 27. 선고 2012두13955 판결, 대법원 1991. 7. 9. 선고 90다8077 판결, 대법원 2003. 6. 10. 선고 2001두3136 판결, 대법원 2007. 9. 6. 선고 2005두8788 판결, 대법원 1994. 10. 25. 선고 94다25889 판결(이상 논의자료 17~21면).

87) 대법원 2001. 6. 12. 선고 2001다13044 판결(논의자료 19면), 대법원 2000. 6. 26. 선고 99두4235 판결(논의자료 21면), 대법원 1992. 3. 31. 선고 91누6184 판결(논의자료 22면), 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011다42324, 서울고등법원 2014. 6. 26. 선고 2013누26561 판결, 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015두41401 판결(이상 논의자료 23면).

88) 서울행정법원 2013. 6. 4. 선고 2012구합39827 판결(논의자료 16면, 25면), 서울행정법원 2009. 4. 17. 선고 2008구합34443 판결(논의자료 26면).

를 지속할 수 없을 정도로 볼 수 있었는지 개별 판단한 사안일 뿐이다. 이러한 개별 사안만으로 능력부족으로 인한 통상해고가 가능하다는 일반적 선언을 할 수는 없으며, 고용노동부로서는 해서도 안 되는 일이다.

고용노동부는 법원이 종래에도 근로자의 귀책사유가 없는 일신상의 사유에 의한 통상해고를 인정하여 왔다고 주장한다.

그러나 법원이 근로자의 귀책사유 없는 일신상의 사유에 의한 해고를 인정해왔던 것은 근로자가 '산업재해로 인하여 신체 장애를 입게 되었고, 이로 인하여 직무를 감당할 수 없을 때'⁸⁹⁾ 혹은 '근로자가 사업 외적인 이유로 형사 소추되어 유죄판결을 받아 교도소수감 상태로 업무를 수행할 수 없는 경우'⁹⁰⁾ 등과 같이 노무제공 자체가 거의 불가능한 정도에 이르는 경우이다. 이러한 정도라면 사회통념상 근로관계를 계속할 수 없는 경우로서 해고의 정당성이 인정될 수 있다는 것이다.

반면 실적부진이 노무제공 자체가 거의 불가능한 정도에 이르는 경우로 인정되는 매우 소수의 사례가 있다하여 앞의 경우들과 묶어 능력부족을 이유로 한 통상해고 법리를 일반적으로 선언할 수는 없다. 만약 업무능력이 현저히 결여되어 근로계약상 근로제공 의무를 불완전하게 이행하는 경우라면, 불성실한 근무 내지 근태 불량 등으로 징계해고의 사유로 파악되는 경우에 한해 징계해고의 법리에 따라 해고할 수 있을 뿐이다.

다. 소결

고용노동부는 현행법과 법원이 저성과자에 대한 통상해고를 인정하고 있다는 논리를 펴기 위하여 작위적으로 '저성과, 직무능력 부족, 부진인력' 등의 표현이 존재하면 그 판결을 일반해고의 근거로 들고 있다. 그러나 실상 고용노동부가 제시한 판례는 징계해고 사유가 함께 존재하여 징계해고의 법리를 재설시한 것이거나 통상해고의 실체적 판단과 무관한 판례들이거나 또는 특수한 사업장 내지 직무에 있어 해당 근로자의 능력부족이 사회통념상 중대한 사유로서 해고의 정당한 이유로 볼 수 있는지 여부를 개별적으로 판

89) 대법원 1996.12.06. 선고 95다45934 판결

90) 대법원 1992.11.13. 선고 92누6082 판결

단한 사례뿐이다.

현행법과 법원은 근로자의 책임 없는 사유에 따른 해고를 노무제공 자체가 불가능한 경우에 예외적으로 인정해왔으며, 근로자가 의도하지 않았지만 사용자로부터 '저성과 평가'를 받는 경우에 그 해고의 정당성을 일반적으로 인정한 바가 없다. 고용노동부가 저성과자에 대한 통상해고의 가능성을 선언하는 것은 현행법과 법원이 고수하여 온 해고 제한 법리에 정면으로 반하는 행위이다.

4. 객관적이고 공정한 평가에 의한 해고가 가능한가

가. 지침에 담고자 하는 저성과자 해고의 기준 및 절차

2015. 12. 30.자 고용노동부 발표 자료에서 '업무능력 결여 등에 따른 해고의 정당성 판단'에 관하여 일련의 흐름도를 제시하는데(자료 24면), 그 주된 내용은 '객관적이고 공정한 평가를 통해서 저성과자를 선정하고, 직업훈련 기회를 제공하고 배치전환 등을 도모하다가, 그럼에도 개선의 여지가 없거나 업무에 상당한 지장을 초래한다고 판단되면 해고를 할 수 있다는 것이다.

2015. 12. 30.자 고용노동부 발표 자료에서 이전보다 상세하게 제시하고 있는데, 근로자의 업무능력 평가는 사용자의 인사경영권으로 원칙적으로 재량권이 인정된다면서도, ① 평가기준의 적합성·객관성, ② 평가방법의 타당성, ③ 평가실행의 신뢰성 항목으로 나누어서 고려사항을 제시한다. 구체적으로 ① 평가기준의 적합성·객관성과 관련해서는, 평가항목을 가능한 구체적으로 세분화하고 평가 단계를 다양하게 설계하는 것이 바람직하고, 평가제도 마련시 근로자 측의 의견을 반영하는 절차를 두는 것이 평가 제도의 객관성과 합리성을 높일 수 있다고 하고, ② 평가방법과 관련해서는 계량평가가 합리성을 인정받기 쉬울 수 있지만, 수치로 계량할 수 없는 부분에 대한 주관적인 평가가 포함될 수밖에 없고, 상대평가에 비해 절대평가가 합리성을 인정받기 쉬우나, 합리적으로 설계되고 기준 및 절차가 투명하다면 상대평가라 하더라도 합리성을 인정받을 수 있다고 하며, ③ 평가실행의 신뢰성과 관련하여, 평가자를 동일인으로 하는 것이 평가의 일관성과 공정성을 제고할 수 있으나 기업의 규모를 생각할 때 예외를 인정할 수 있고, 비계량평

가의 경우 다면평가나 여러 평가단계를 두며 타당성을 높일 수 있으며, 사전에 정해진 평가기준과 절차를 준수할 필요가 있고, 근로자에게 평가 결과를 통지하고 이의제기 절차를 마련한다면 평가의 객관성과 공정성을 높일 수 있다고 하였다.

나. '객관적이고 공정한 평가'의 불가능성

저성과자 일반해고 지침의 핵심은 해고의 전제로서 '객관적이고 공정한 평가'를 하겠다는 것으로 볼 수 있으나, 실질적으로 성과에 대한 '객관적이고 공정한 평가'는 매우 어려운 일이다.

우선 '객관적인 평가기준'이란 것이 존재하기 어렵다. 지금 현장에서 사용되는 인사평가 기준들을 보면 '리더쉽이 있는가 책임감이 있는가', '부서원과의 소통은 원만한가', '창의성을 발휘하고 있는가', '업무에 적극적으로 임하는가' 등과 같은 주관적인 평가지표들이 높은 비중을 차지하고 있다. 고용노동부가 인용한 대법원 판결 역시 "일부 평가 항목에 관하여 객관적인 판단 기준이 마련되어 있지 않아 상급자의 주관적인 평가가 좌우될 우려"가 불가피하다고 하여 갱신거절이 무효라고 하였다.⁹¹⁾ 그렇기 때문에 **2015. 12. 30.**자 고용노동부 발표 자료는 "자의적인 평가가 최소화될 수 있도록 평가항목은 가능한 한 구체적으로 세분화하고 평가 단계를 다양하게 설계하는 것이 바람직"하다고 이상을 밝히면서도, 인사평가의 본질상 정성적인 요소가 평가에 포함되어 있더라도 쉽사리 자의적인 것으로 볼 수 없다는 점을 기본 원칙으로 강조하고 있는데, 이는 주관적인 것이 객관적이라는 형용모순이다.

객관적 수치로 측정할 수 있는 것으로 보이는 실적도 근로자의 능력보다 사용자가 어떠한 업무를 부여하는가에 따라 크게 좌우된다. 가령 금융상품 등을 판매하는 노동자들에 대해서 계량화된 판매 실적을 통해 객관적인 성과 측정이 가능한 것으로 생각하는 경향이 있지만, 노사정위원회 전문가그룹 논의(**2015. 3. 17.**)에서도 "금융기관 등 사무직종 종사자의 경우 업무와 성과 간 상관관계가 깊어 고임금·중고령의 퇴출대상자를 의도적으로 보조 또는 주변 업무에 배정할 가능성"이 지적된 바 있다. 기존의 경험과 거래관

91) 대법원 **2012. 7. 12.** 선고 **2012다31949** 판결

계를 활용할 수 없는 전보, 후선배치 등으로 본인의 능력과 관계없이 계량화된 실적 역시 얼마든지 떨어질 수 있다.

두 번째, 평가방법의 타당성과 평가 실행의 신뢰성 등에 대하여 객관적이고 공정하게 확인할 방법도 없다. 2015. 12. 30.자 고용노동부 발표 자료에서 인용하고 있는 바와 같이 법원은 근로자에 대한 인사 평가에 대해 사용자의 고유권한이라며 광범위한 재량이 있다고 본다.⁹²⁾ 이러한 법원의 입장에 따르면 현저히 자의적인 평가를 하였음에 대해서 근로자가 주장·입증하여야 하는데, 개별적으로 이를 입증하는 것은 불가능에 가깝다. 평가 기준 자체가 주관적이고 따라서 그에 따른 평가도 주관적일 수밖에 없기에 점수가 불공정하다는 것을 노동자가 입증할 방법이 없기 때문이다.

고용노동부는 인사평가가 해고에 대한 법적 규제를 회피하고 퇴직을 중용하는 수단으로 활용되는 등 객관적이고 공정한 기준을 현저히 위배한 경우 위법하게 된다고 밝히며 수원지방법원 2013. 1. 29. 선고 2012나6377 판결을 인용하고 있다.⁹³⁾ 그러나 이 판결사안은 사용자가 부진인력 대상자를 만들어 일정 비율의 근로자를 퇴출하고자 하는 의도를 가지고 차별정책을 실시하였음이 대외비 문서를 통해 드러났던 사건이다. 이에 부진인력 대상자 명단에 있었던 근로자들의 경우 개개인의 인사고과가 아니라 집단 대 집단 비교의 이른바 '대량관찰방식'을 통해 인사고과의 부당성을 판단 받을 수 있는 반면, 부진인력 대상자 명단에 기재되어 있음을 밝힐 수 없었던 근로자들은 개별적으로 자신의 대한 인사고과가 부당함을 증명하지 못해 패소하였다. 개개인 인사고과 비교를 통해 사용자의 광범위한 재량 범위 내에 있는 평가의 부당성을 입증할 수 없었기 때문이다.

대법원 2009. 3. 26. 선고 2007두25695 판결을 보면 대량관찰방식을 통해서도 인사평가의 부당성을 인정받기 어렵다는 것을 알 수 있다. 이 판결은 노동조합의 조합원과 비조

92) 울산지방법원 2013. 8. 16. 선고 2012가단562 판결(대법원 2014. 7. 24. 선고 2014다31677 심리불속행 기각 판결로 확정됨), 서울행정법원 2011. 8. 25. 선고 2010구합42263 판결(대법원 2012. 5. 9. 선고 2012두4760 심리불속행 기각 판결로 확정됨), 수원지방법원 2013.1.29. 선고 2012나6377 판결(대법원 2015. 6. 24. 선고 2013다22195 심리불속행 기각 판결로 확정됨) 등 참조.

93) 대법원 2015. 6. 24. 선고 2013다22195 판결로 확정. 이 사건은 해고에 관한 사례가 아니고, 차별적 인사고과에 따라 삭감된 임금을 청구한 사안이다.

합원에 대해 차별적 인사 고과 여부가 문제된 사안으로, 집단 대 집단으로 인사 고과를 비교하여야 한다고 판시하였으나, 평정 결과가 기재된 모든 문서가 제출되지 않은 상태에서 차별적인 인사 고과로 단정할 수 없다고 판단하였다. 회사의 인사 고과 자료에 근로자들이 접근하는 것 자체가 어렵기에 집단적 차별 사안임에도 불구하고 인사고과의 부당성을 입증할 수 없었던 것이다.

위 판결들을 보더라도 사용자의 의도가 명시적으로 드러난 문서를 입수하는 예외적인 경우가 아닌 한, 주관적 재량에 의존하는 평가의 부당성을 노동자가 입증한다는 것이 사실상 불가능하다는 것을 알 수 있다. 달리 말하면 사용자가 의도적으로 저성과자로 만든다고 할지라도 그 부당성을 입증하는 것이 사실상 불가능하기 때문에 **2015. 12. 30.** 자 고용노동부 발표 자료가 인용하고 있는 바와 같이, 평가자의 주관적인 판단에 의하여 근로자가 최하위 등급을 받았다는 의심의 여지가 있다고 하면서도 불합리한 인사평가로 볼 수 없다는 법원의 판단이 나오는 것이다.⁹⁴⁾

다. 해고회피 노력의 형식성과 가학성

한편 고용노동부는, 실적부진으로 무조건 해고되는 것이 아니며 개선의 기회를 부여할 것이라고 한다. 위와 능력 향상을 위한 교육훈련의 기회를 제공하거나 배치전환 등 해고 회피 노력을 기울인 후 다시 평가를 한다는 것이다. 그러나 사용자가 일정 인원의 구조조정, 특정 노동자의 해고를 의도한다면 이러한 교육, 직무재배치 등은 의미가 없다. 그 시간이 지난 후 재평가에서 다시 저성과자로 평가하는 것을 막을 수는 없기 때문이다. 해고의 연기일 뿐이다.

이는 스스로 그만두게 하려고 생소한 업무를 부여하거나, 무의미한 교육을 지속하거나, 몇 개월 단위로 전보시키면서 노동자를 괴롭혀 왔던 “학대 해고”를 합법화하는 결과를 초래할 수 있다.⁹⁵⁾ 기존의 법과 관례에서 해고에 대해서는 비교적 엄격한 제한을 하였기에 가학적인 인사관리를 통해 사직을 유도하였다면, 이제는 가학적인 인사관리 속에서 형식적인 절차를 거쳐 해고의 정당성 기준을 충족시킨 후 사용자가 직접 해고를 할

94) 서울행정법원 2009. 10. 29. 선고 2008구합46477 판결.

95) 김기덕, 「일반해고의 문제점 심층분석」, 헌법 32조와 일반해고에 관한 국회 토론회, 2015. 7., 45면.

수 있는 것이다.

이 과정에서 저성과를 이유로 한 노동자 확대가 개선의 기회를 부여하는 직업훈련과 배치전환으로 둔갑할 수 있다. 직무와 연결되지 않는 교육과 잦은 배치전환은 실적이 부진한 노동자에게 “적합한 일을 찾아주려는 노력”인 것이고, 그러한 노력에도 불구하고 노동자의 실적이 개선될 기미가 보이지 않는다면, “모든 노력을 다하고도 사회통념상 도저히 고용관계 유지가 어려운 경우”로서 해고가 정당화되는 것이다. 저성과자라는 이유로 일선 업무에서 분리·배제하는 형태의 교육 배치가 근로자에게 낙인 효과를 가하며, 잦은 배치전환 자체가 노동자에 대한 부당한 괴롭힘이며, 그로 인하여 오히려 성과 개선이 오히려 더 어려워질 수 있다는 사정은 고려되지 않는다.

적절한 업무 부여를 통해서 성과를 올릴 수 있게 하는 것은 오히려 사용자의 책임이기도 할 것이나, 2015. 12. 30.자 고용노동부 발표 자료는 실적 부진을 노동자 개인이 온전히 부담할 수밖에 없다고 강변하고 있다. 해고에 관하여 특별한 보호를 규정하고 있는 근로기준법의 규정상, 오히려 사용자에게 근로계약에 부수하는 의무로서 직무적응보장의 의무가 있고, 일방적으로 직무를 변경하거나 직무적응보장의무를 이행하지 않은 경우에는 직무능력부족이나 저성과를 이유로 해고할 수 없다고 보아야 한다.⁹⁶⁾

라. ‘객관적이고 공정한 평가’, ‘해고 회피 노력’의 실질

저성과자 해고 지침은 ‘객관적이고 공정한 평가’를 말하나, 결국은 사용자의 재량적인 평가를 근거로 해고를 정당하겠다는 것에 지나지 않는다. 저성과자 해고는 성과에 기한 평가를 기초로 한다. 정부는 평가항목의 세분화·구체화 등을 통하여 ‘공정한’ 평가를 기하겠다는 입장이지만, 독일과 같은 인사평가 제도에 관한 공동결정제도가 없는 이상, 그 성과를 정하는 기준과 평가 방법, 실행은 모두 사용자의 재량에 달려 있다.⁹⁷⁾ 2015. 12. 30.자 고용노동부 발표 자료는 근로자 측의 의견을 반영하는 절차를 두거나 근로자의 이의 제기 절차를 두면 평가제도의 객관성과 합리성을 높일 수 있다고 하나, 그러한 절

96) 조용만, 헌법 32조와 일반해고에 관한 국회 토론회, 2015. 7., 51면

97) 강성태, 「노동개혁의 정상화」, 민주사회를 위한 변호사모임 한국인권보고대회 집중조명 “박근혜 정권의 노동개혁 비판과 대안” 토론문, 2015. 12.

차가 법률에 규정되어 있지 않은 이상 절차를 마련할지 여부는 사용자의 재량일 뿐이고, 절차가 마련된다고 할지라도 인사권을 사용자의 고유한 권한으로 보는 이상 형식적인 절차로 머무를 수밖에 없다.

다시 말해 저성과자 해고 지침은 해고에 관한 관점의 전환을 의도한다. 기존의 법과 판례가 '사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도'라는 사회적 관점에 따라 해고의 정당성을 판단해 왔다면, 이제 그 기준이 사용자의 광범위한 재량에 달린 합리성 기준으로 전환되고, 해고는 기업의 관점에서 판단되는 것이다.⁹⁸⁾ 그렇기 때문에 2015. 12. 30. 자 고용노동부 발표 자료는 사용자 입장에서 저성과자 해고가 어떻게 정당한 사유를 충족시킬 수 있는지에 대한 지침을 제시하고 있을 뿐, 해고로 이어질 수 있는 부당한 인사평가에 근로자가 어떻게 대응할 수 있느냐에 대해서는 침묵하고 있는 것이다.

평가 구조 속에서는 상시적인 저성과자가 존재할 수밖에 없다. 상대평가라면 하위 5%, 10% 와 같은 식으로 존재하게 되고 절대평가라고 하더라도 평가점수의 조절을 통해 얼마든지 일정 인원수의 저성과자를 만들 수 있다. 기존에는 이러한 사용자의 재량에 따른 인사평가가 주로 사용자의 재량 하의 행위로 보았던 승진, 성과급과 연동되어 있었을 따름이고, 헌법과 노동법에 기해 특별한 사회적 보호가 요청되며 정당한 사유에 근거할 것이 규정되어 있는 해고에까지 연결된 것이 아니었다. 그러나 이제 저성과자 해고 지침은 사용자의 재량적 평가를 통해 해고까지 가능하게 할 것을 모색하고 있다.

저성과자 해고 지침은 그 유효성과 별개로 실적부진(저성과)를 이유로 한 해고가 가능하다는 신호를 줌으로써, 사용자가 상시적인 구조조정을 위하여 일정한 수의 노동자에게 저성과자로 만들려는 유인을 만들어낼 것이다. 결국 저성과자 해고는 정리해고 제도를 간편하게 대체하는 장치가 되어, 정당한 사유에 의한 해고라는 노동법의 대원칙을 훼손하는 결과를 가져올 수밖에 없다.

마. 소결

98) 위 토론문.

객관적·합리적으로 판단할 수 없는 실적부진(저성과)을 명목으로 형식적인 교정 기회 제공이라는 절차적 요건 충족 후 노동자를 쉽게 해고하려는 것이 고용노동부가 마련하려는 지침의 실질이다. 저성과자의 선정은 전적으로 사용자의 재량에 달려 있기에, 이는 해고 제한 원칙이 훼손되는 결과에 다름 아니다.

5. '정규직 과보호론'의 오류와 저성과자 해고 제도의 사회적 효과

가. 저성과자 해고제도 도입의 거짓 근거 - "정규직 과보호론"

정부가 저성과자 해고 제도를 무리하게 추진하는 이유는 정규직의 고용안정성이 여전히 높다고 인식하기 때문이다. 이른바 노동개혁을 제기할 때부터 정부는 일관되게 '정규직 과보호'를 지적하며 노동시장 양극화 해소를 주장해왔다.⁹⁹⁾

그러나 정부가 꾸준히 제기해 온 '정규직 과보호론'에는 실증적 근거가 없다. 먼저 한국의 법규범이 정규직을 보호하는 수준은 OECD 평균을 밑돌고 있어 '정규직 과보호'라 말하기 어렵다는 점은 여러 차례 지적되어 왔다.¹⁰⁰⁾ 법에 따른 해고제한제도가 실제 운용되어 온 현황을 보더라도 한국의 고용법제가 경직되었다고 볼 수는 없다. 하경호 외(2011)는 2002년부터 2010년까지 서울지방노동위원회의 판정례를 분석한 결과 "부당해고 구제신청 사건이 정당한 해고로 인정되어 기각되거나 각하된 경우가 60.5%에 이르고 구제율도 2003년 이래로 줄곧 감소해왔음"을 밝히고 있다. 따라서 "사용자 측에서 막연하게 느끼는 바와 같이 해고의 법제도가 경직되어 유연성이 없다는 주장과는 다른 평가를 가능하게 한다"는 것이다.¹⁰¹⁾

99) 이른바 노동개혁 필요성을 제기하던 지난 해 11월, 최경환 부총리는 '정규직 과보호'의 폐해를 거론하며 정규직 근로자를 개혁 대상으로 지목하였다. 박근혜 대통령 역시 2015년 신년 기자회견에서 "비정규직 차별로 대표되는 고질적인 노동시장 구조를 해소하지 않고서는 질 좋은 일자리 창출과 경제 활성화는 어렵다"고 언급하였다. 지난해 12월 고용노동부가 노사정위원회에 제출한 비정규직 종합대책(안) 역시 '해고기준 명확화'와 '취업규칙 변경'의 내용을 포함하여 노동시장 양극화 해소를 주요 과제로 삼고 있었다. 정규직 과보호 해소라는 일관된 목표 하에 저성과자 해고제도 도입이 논의되고 있는 것이다.

100) 김준, 「OECD고용보호지수: 의미, 한계, 시사점」, 이슈와 논점 제951호, 국회입법조사처, 2015.; 권오성, 「행정지침에 의한 근로조건 규율의 문제점」, 915노사정 대타협과 법적쟁점 토론회 발제문, 2015 등 참조. 2013년 기준 OECD 회원국 고용보호지수를 보면 평균이 2.29인 반면 한국은 2.17에 그치고 있다.

101) 하경호 외, 「서울지노위 판정례 분석을 통한 해고제한제도의 운영실태와 특징」, 고려법학 제61호, 2011. 참조. - 위 논문에서는 사용자가 징계로 처리한 경우를 제외한 나머지를 일반해고로 구분한 뒤, 업무성과 부족을 이유로 한 해고가 정당하다고 판정된 사례가 43건이라 보고하고 있음. 그러나 위 논문에

법제도적 측면이 아닌 실제적 고용조정 유연성을 살펴볼 수 있는 지표로서 제조업 부문의 '고용조정속도'를 비교해본다면, 한국은 비슷한 경제규모를 지닌 60여 국가들 중 9위에 해당한다. 정부의 인식과 달리 한국의 정규직에 대한 고용조정은 매우 빠르게 진행되어 온 것이다.¹⁰²⁾ 그 결과 영세사업장과 대기업을 가리지 않고 고용안정성이 후퇴했고 양질의 일자리는 급속히 사라지고 있다.

매년 개혁의 대상으로 지목되어 구조조정이 반복되어 온 공공부문 역시 마찬가지다. 정부는 공공부문 구조조정이 실시된 1998년부터 2000년까지 3년간, 공기업 인력의 25%에 달하는 4만1,700명의 정규직을 감축했다. 정부 산하 기관도 2001년까지 정원의 25%를, 지자체에서도 20.6%의 인원을 감축했다. 2001년 이후 정부는 상시적 구조 개혁 시스템을 마련, 예산을 통제하는 방식으로 정규직 채용 대신 비정규직을 늘려왔다. 비정규직 문제가 심각해지자 2006년 정부는 '2차 공공 부문 비정규 대책'을 통해 정규직이 아닌 '무기 계약직'으로의 전환을 실시했다. 이러한 과정을 거쳐 공공부문은 무기계약직, 기간제, 단시간 노동, 청년 인턴이 뒤섞인 직접고용 비정규직에 민간위탁과 외주화를 통한 간접고용 비정규직까지 뒤섞인 구조로 개편되었다.¹⁰³⁾

이처럼 한국의 현행 해고제한 법제는 충분히 유연하며 정규직이라 해도 고용안정을 보호받지 못하고 있는 것이 현실이다. 아무런 근거 없이 정규직 과보호론을 주장하는 정부는 저성과자 해고제도의 도입을 통해 고용안정에 관한 노동시장의 하향평준화를 목적하고 있는 것이다.

서는 해당 사례에 대한 법원의 판단까지 적시하지 않았고, 수치만으로 보더라도 8년간 일반해고로 분류된 사건은 210건에 지나지 않으며 이들 중 구체된 사건이 128건으로 압도적임. 특히 구체 사유의 대부분인 113건이 "해고사유 자체를 구성하지 않음"으로 나타나는 점을 고려한다면, 비록 노동위원회 실무상 일반해고라는 분류가 있다하더라도 이것이 우리 법제도가 저성과자 해고 제도를 인정하고 있다고 볼 근거는 될 수 없음.

102) 한국노동연구원, 「이슈분석: 한국의 노동시장은 경직적인가?」 노동리뷰, 2005, 19면 이하 참조. 한국보다 고용조정 속도가 높게 나타난 국가들은 세네갈, 말레이시아, 스리랑카, 나이지리아 등이다.

본 연구는 제조업을 기준으로 1980~2002년의 변화를 추적한 것임. 비제조업 부문의 경우 고용조정 속도는 더욱 빠를 것.

103) 이상 공공부문 구조조정에 관하여는 김혜진, 『비정규사회』, 2015, 38면 이하 참조.

나. 저성과자 해고제도의 사회적 효과 - 끝없는 유연성 강화와 노동의 집단적 교섭력 상실

1) 안정성 없는 유연성 강화

정부의 노동개혁안에 비정규직의 현실을 과격적으로 개선하는 구체적 조치가 존재한다면, 노동시장 양극화 해소라는 주장에 최소한의 진정성을 평가할 수도 있을 것이다. 관련하여 고용보험을 획기적으로 개선하여 전 사회적 고용안정성을 강화하는 실질적 조치가 필요하다. 가령 유연안정성 모델의 모범사례라 일컬어지는 덴마크는 노동조합이 실업보험을 운영하며 실직자에게 기존 임금의 70%를 4년에 걸쳐 수령하도록 하고 있다. 그러나 금번 정부의 노동개혁안에 담긴 비정규직 정책은 오히려 비정규직을 확대하는 내용이며 고용보험 개선 내용은 지극히 불충분한 수준에 그치고 있다.¹⁰⁴⁾

실제 유럽사회가 구축한 유연안정성은 강력한 노동조합과 노동자를 대변하는 정치세력이 존재했기에 실현될 수 있었다. 노조 조직률이 10%에 그치고 있고 노동자 경영참가도 보장되지 않는 등 정치·사회적 조건이 다른 우리 사회에서는 설령 같은 정책이라도 그 정책을 실질적으로 관철할 현실적 힘이 존재하지 않는다. 하물며 한국사회의 유연성은 유럽 수준을 이미 넘어서고 있는데도 현재 논의 중인 개선방안은 유럽 수준의 안정성에 현저히 미달한다. 더불어 고려할 사항은 유연안정성의 강화에 따라 유럽 각국 노동자들의 현실적 힘이 약화되어 왔다는 점이다. 유럽 사회 곳곳에서 동일노동 동일임금 원칙은 무너지고 있고 노동조합의 교섭구조도 기업별 교섭으로 바뀌면서 전체 노동자들의 근로조건이 후퇴하고 있다. 이러한 점을 볼 때 한국사회에서 저성과자 해고제도는 단기적으로는 물론 장기적으로도 유연성만을 지속적으로 강화하는 조치가 될 것임이 명백하다.

2) 성과중심주의 확립에 의한 노동의 교섭력 상실

지난 해 말과 올해 초 강조하던 '노동시장 양극화 해소'에 이어, 최근 정부가 강조하는

104) 비정규직과 관련해서는 『노동개악 저지를 위한 민변 자료집 1: 4대 노동법 개악 반대의 논거』의 II.와 III.를, 고용보험과 관련해서는 위 책의 IV. 각 참조.

개념은 '공정성'이다. 성과가 낮은 자는 해고됨이 공정한 일이라는 것이다. 이때 성과를 어떻게 객관적으로 평가할 것인지는 여전히 불분명하다.

사실 저성과자 해고를 논의한다면 무엇보다 앞서 객관적 성과 측정의 가능성을 판단해야 한다. 만약 '성과'라는 집단적이고 추상적 개념을 개별적이고 객관적으로 평가하는 것이 불가능하다면, 저성과자 해고는 그 자체로서 개념적으로 부당해고일 수밖에 없기 때문이다. 그럼에도 정부는 성과의 개별적·객관적 판단 가능성 여부는 체쳐둔 채 저성과자 해고가 정당하고 공정한 일이라는 단호한 입장만을 강조하고 있다. 이에 우리 노동법과 판례가 저성과자 해고를 인정해왔다는 무리한 주장을 펼치고 있으며 일단 가이드라인으로라도 저성과자 해고 제도를 확립하려 한다. 정부는 저성과자 해고제도 자체를 우선 못박아두려는 것이다.

정부의 의도대로 저성과자라는 이유만으로 해고가 가능하며 그것이 정당하다는 인식이 형성된다면 이는 노동현실에 파괴적인 영향을 미쳐 균형적 노사관계를 해치게 된다. 먼저 노동현장에 성과주의가 만연하여 노동자간 파편화가 가속되고 개인주의적 기업문화가 일반화될 것이다. 어떠한 평가지표를 둔다 하더라도 주관성이 완전히 배제된 성과평가는 불가능하다는 점에서, 상급자의 눈치를 살피는 일은 점점 늘어날 것이다. 사용자의 통제력은 강화되는 반면 노동자들의 자주적 결사체로서 노동조합은 지금보다 더욱 약화될 수밖에 없다. 여기에 직무·성과급 임금체계가 함께 작동한다면, 노동자들은 집단성을 상실한 채 최소한의 교섭력도 가질 수 없는 처지에 놓이게 될 것이다.

노사관계의 균형적 발전이라는 가치는 긴 시간에 걸쳐 이뤄온 노동자들의 집단적 권리 향상과 그것을 제도화한 노동 법제를 통해 어렵사리 구축한 역사적 성취다. 그런데 저성과자 해고제도와 직무·성과급 임금체계 도입 등으로 노동현장에 성과중심주의만을 일방적으로 강화한다면 노사관계는 순식간에 압도적인 비대칭 국면으로 되돌아가게 된다. 경쟁력 강화라는 명목 하에 유연성만 강조되고 있는 상황에서, 그 폐해를 지적하고 개선할 노동의 집단적 교섭력마저 상실된다면 노동자 일반의 삶은 극도로 불안정하게 된다.

다. 불안정 노동의 일반화 국면에서 필요한 결단

정부가 저성과자 해고제도를 도입하여 얻으려는 정책적 목표는 명확하다. 정규직에 대한 유연성 강화와 함께 노동의 집단성을 해체하는 것이다. 그 결과는 노사관계의 비대칭성 강화로 인한 일방적이고 상시적인 구조조정이 가능한 사회, 바꿔 말해 불안정 노동이 일반화된 사회의 도래다.

결국 정부의 노동개혁은 1990년대 중반 이래로 꾸준히 추진해온 신자유주의적 구조조정에 따른 노동유연화를 정규직까지 일반화하려는 종합대책에 다름 아니다. 그러나 노동자를 자유롭게 해고할 수 있어야 기업 경쟁력이 강화되어 경제성장에 유리하다는 단순한 명제는 최근 중대한 도전에 직면하고 있다. 2010년 일본 후생노동성은 『노동경제의 분석』이라는 보고서를 통해 비정규직 확대 등 유연성 강화가 일본 경제에 악영향을 미쳤다고 언급하였다. 노동자의 소득이 낮아 내수 부족이 발생하여 경기 침체 장기화의 원인이 되었다는 것이다. 한국에서도 같은 시각의 분석이 존재한다. 2009년 12월 열린 '국가고용전략 수립을 위한 토론회'에서 장동구 한국은행 연구원은 경제성장이 고용을 창출하는 것이 아니고 고용의 확대가 성장을 만든다고 분석하고 있다. 1990년 한국 경제에서 1% 성장이 유발하는 취업자 수가 11만 2천 명인데 반해 2000년에는 9만 6천명으로 줄었는데, 경제성장이 고용에 미치는 효과가 줄어들고 있다는 지적이다. 반면 고용이 1% 늘어나면 성장률이 2% 높아진다고 분석한다.¹⁰⁵⁾ 일각에서 제기하는 이른바 '소득 주도성장론'도 이와 같은 맥락에서 도출되는 정책적 판단이다.

정부가 제기한 노동개혁은 한국사회의 발전전망을 노동의 유연성 강화를 통한 기업의 단기적 이윤 증가에 맞추고 있다. 2015. 9. 7. 열린 노동시장 구조개선 관련 쟁점 토론회에서 김대환 노사정위원장은 '결단해야 할 시점'이라는 표현을 썼는데, 사실상 이는 노동자들에게 고용안정성의 후퇴를 강제하겠다는 다짐이다. 그러나 우리는 다른 방향의 정책적 결단도 얼마든지 가능성을 알고 있다. 고용을 안정시키고 최저임금 인상을 통한 실질 소득 증가로 장기적 경제 성장 동력을 확보하는 결단도 가능하다는 말이다. 불안정 노동의 일반화를 받아들일 것인가 고용안정을 바탕으로 장기적 성장을 도모할 것인가

105) 장동구, 「성장·임금과 고용의 인과관계」, 국가고용전략 수립을 위한 토론회 발제문, 2009; 일본 후생노동성의 보고서 및 동 발제문의 내용은 김혜진, 『비정규사회』, 2015, 46면, 60~63면에서 재인용.

가. 선택의 기로 위에 정부의 노동개혁이 놓여있다.

6. 결론

해고와 관련하여 현실에서 문제가 되는 것은 정당한 이유 없는 해고가 남용되고 있다는 데에 있다. 특히 기간을 정한 근로관계가 무분별하게 확대되면서 사실상 해고임에도 불구하고 근로계약기간 만료라는 형식으로 해고가 자행되고 있다. 그러나 사실상 부당해고임에도 불구하고 근로자가 이를 확인 받고 사업장으로 복귀하는 데에는 오랜 시일이 걸린다. 노동위원회의 부당해고 구제 결정이나 법원의 판결이 있다고 하더라도 사업장으로의 복귀를 강제하는 실효적인 수단이 존재하지 않기 때문이다. 한편 해고제한 규정을 피하기 위해 저성과자를 선정하여 괴롭히는 탈법행위로 근로자들의 사직을 유도하기도 한다.

지금 필요한 것은 부당해고를 하지 못하도록 법적 강제력을 강화하고, 근로계약기간 만료라는 이름으로 자행되는 사실상 해고를 엄격하게 판단하는 일이며 보다 신속한 절차로 해고의 정당성을 판단하도록 하는 것이다. 그리고 사직 유도 과정에서 발생하는 직장 괴롭힘을 노동자의 인권보호라는 관점에서 규제하는 것이 필요하다. 이것이야말로 헌법이 정하는 근로의 권리의 취지에 부합하는 것이다.

Ⅲ. 일방적 근로조건 변경 '취업규칙 지침'

1. 배경

노사정위원회가 2015. 9. 15. 발표한 '노동시장 구조개선을 위한 노사정합의문(안)'에는 '임금피크제 도입 등을 위한 취업규칙 개정 요건과 절차를 명확히 하겠다'는 내용으로, "노사정은 임금피크제 도입을 비롯한 임금체계 개편과 관련하여 단체협약 및 취업규칙 개정을 위한 요건과 절차를 명확히 하고 이를 준수하며, 이 과정에서 정부는 일방적으로 시행하지 않으며, 노사와 충분한 협의를 거친다"고 발표했다. 이에 따라 고용노동부는 2015. 10. 5. '취업규칙 개정 요건과 절차에 관한 지침'을 만들겠다고 했고, 2015. 12. 30. 전문가 간담회를 개최하면서 '직무능력과 성과 중심의 인력운영과 취업규칙 관련 전문가 논의자료'를 통해 그 구체적 내용을 밝혔다. 정부는 위 자료를 통해서 "정년 60세 법제화에 따른 임금체계 개편은 노사공동의 책무"라고 전제하며 임금피크제 등 임금체계 개편에 따른 취업규칙 변경이 불가피하므로 '취업규칙 운영과 해석 지침'을 개정함으로써 취업규칙 작성, 변경 등 제도 전반에 대한 기준과 절차를 제시하겠다고 밝히고 있다.

아래에서는 취업규칙 불이익변경의 요건과 사회통념상 합리성 이론 등에 대해 살펴보고, 고용노동부가 추진하는 취업규칙 변경 가이드라인의 문제점에 대해서 검토한다.

2. 취업규칙 불이익변경의 요건과 기준

취업규칙이란 근로자에 대한 근로조건과 복무규율에 관한 기준을 집단적이고 통일적으로 설정하기 위하여 사용자가 일방적으로 작성한 준칙이다. 단체협약의 적용을 받는 근로자의 비율이 10% 내외에 불과한 점을 고려하면, 전체 근로자의 약 90%는 취업규칙에 의해서 근로조건이 규율된다. 따라서 현실에 있어서 취업규칙이 근로관계 규율에서 근로계약이나 단체협약보다 더 중요한 역할을 담당하고 있다.

취업규칙에서 정한 근로조건과 복무규율은 근로자에게 생존 보장과 인격 발현에 지대한 중요성이 있음에도 불구하고 사용자가 이를 일방적으로 결정할 수 있도록 하는 것은 근

본적인 문제가 있다. 헌법 제32조 제1항의 근로권, 제32조 제3항의 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건 기준의 법정주의, 제33조 제1항의 노동3권, 근로기준법 제4조의 근로조건 대등 결정 원칙, 노동조합 및 노동관계조정법 제1조 등에 비추어 보면 근로조건은 노사가 공동으로 합의하여 결정하는 것이 원칙이기 때문이다.¹⁰⁶⁾

그렇기 때문에 취업규칙의 제정, 변경, 특히 불이익 변경 과정의 적법한 절차는 매우 엄격하게 이루어져야 한다. 근로기준법은 근로자 보호를 위한 최소한의 장치로 사용자에게 취업규칙을 작성하여 노동부장관에게 신고하도록 하고(근로기준법 제93조), 취업규칙을 작성 또는 변경하는 경우 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합(이하 '과반수 조합')이 있는 경우에는 그 노동조합, 과반수 조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 하고, 다만 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 동의를 받도록 하고 있다(근로기준법 제94조)¹⁰⁷⁾.

근로기준법에서 취업규칙의 불이익변경에 근로자의 집단적 동의를 받도록 한 것은 ① 집단적인 근로조건 대등 결정의 원칙 이외에도 ② 근로기준법의 기본원리로서 근로자 보호의 정신, ③ 기득이익 보호의 원칙, ④ 근로조건을 통일적 규율을 위한 규범적 요청에 따른 것이다. 그러나 위 네 가지 규범적 요청 중 집단적 동의 요건의 직접적 근거가 되고 집단적 동의의 주체, 방법, 효력 등을 실질적으로 좌우하는 원칙은 집단적 근로조건 대등 결정의 원칙이다. 사회경제적으로 우월한 지위에 있는 사용자에게 대하여 노동자로서는 노동조합 또는 노동자의 단결체를 통하는 경우에 대등한 교섭력을 확보하는 것이 가능하고, 따라서 근로조건의 결정에 대하여 노동자의 단결체가 그 중심적인 역할을 할 것이 요구되는 것이다.

한편, 취업규칙 변경은 보통 복수의 조항이 동시에 변경되기 때문에 일부 조항은 근로자에게 유리하게 일부 조항은 근로자에게 불리하게 변경되기도 하고, 또 일부 근로자에게는 유리하게 일부 근로자에게는 불리하게 변경되기도 한다. 이러한 경우 개정되는 관

106) 김선수, '임금피크제 도입을 위한 취업규칙 변경 관련 행정지침', 개정국회법과 고용노동부의 행정지침 국회토론회 자료집(2015. 6. 17.)

107) 취업규칙 불이익변경에 대해서 집단적 동의를 받도록 한 근로기준법 제94조 제1항 단서 규정은 대법원이 1977. 7. 26. 선고 77다355판결 이후 일련의 판결에서 실시한 판례 법리를 입법화한 것으로, 1989. 3. 29. 법 개정시 신설되었다.

런 규정들을 종합적으로 판단하여 불이익 여부를 판단하여야 한다. 일부 근로자에게는 유리하고 일부 근로자에게는 불리한 경우에는 전체 근로자에게 불이익한 것으로 보아 집단적 동의 절차를 거쳐야만 유효하다.¹⁰⁸⁾¹⁰⁹⁾

취업규칙 변경 가이드라인에 의해서 추진되고 있는 임금피크제 도입이 취업규칙 불이익 변경에 해당한다는 점에 대해서 살펴본다.

임금피크제의 도입 유형은 크게 3가지, 즉 ① 이미 취업규칙에 의해서 정년이 예컨대 60세로 정해져있는 상태에서 임금피크제만 도입하는 유형(정년보장형 임금피크제), ② 취업규칙에 정년이 예컨대 57세로 정해져 있는 상태에서 정년을 60세로 연장하면서 57세부터 임금을 감액시키는 유형(정년연장형 임금피크제), ③ 취업규칙에 정년이 예컨대 60세로 되어 있었는데 정년을 63세로 연장하면서 60세부터 임금을 감액하는 유형(고용연장형 임금피크제)¹¹⁰⁾으로 구분해볼 수 있다. 그 동안 가장 많이 도입되었던 유형은 정년보장형 임금피크제이고, 「고용상 연령차별 금지 및 고령자고용촉진법」(이하 '고령자고용촉진법'이라고 함) 제19조¹¹¹⁾ 및 부칙¹¹²⁾에 의해서 정년이 최소 60세 이상으로 정해지면서 주로 정년보장형 또는 정년연장형 임금피크제가 도입될 전망이다.

정년보장형 임금피크제의 경우 정년 보장을 전제로 기존의 임금을 삭감하는 것은 대가 관계나 상관관계를 이루는 다른 근로조건 변경이 없는 한 근로조건의 불이익한 변경에 해당한다고 보아야 한다. 왜냐하면 기존의 취업규칙에 따르면 임금 변경 없이도 근로자는 정년까지 근로계약 관계의 존립을 보장받기 때문이다.¹¹³⁾¹¹⁴⁾

108) 김선수, 위 자료집 24면

109) 대법원 1993. 5. 14. 선고 93다1893 판결, 대법원 2002. 5. 28. 선고 2001다47764 판결 등

110) 유럽과 일본에서 많이 도입되고 있는 유형이다.

111) 제19조(정년) ① 사업주는 근로자의 정년을 60세 이상으로 정하여야 한다.

② 사업주가 제1항에도 불구하고 근로자의 정년을 60세 미만으로 정한 경우에는 정년을 60세로 정한 것으로 본다.

112) 부칙 <법률 제11791호, 2013.5.22.>

이 법은 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행한다. 다만, 제19조, 제19조의2제1항 및 제2항의 개정규정은 다음 각 호의 구분에 따른 날부터 시행한다.

1. 상시 300명 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관, 「지방공기업법」 제49조에 따른 지방공사 및 같은 법 제76조에 따른 지방공단: 2016년 1월 1일
2. 상시 300명 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장, 국가 및 지방자치단체: 2017년 1월 1일

정년연장형 임금피크제의 경우도 ① 최소 60세 정년은 고령자고용촉진법의 시행에 따라 당연히 효력이 발생하며 위 조항은 당사자 간 합의로도 그 적용을 배제할 수 없는 강행규정인 점, ② 이에 반해 60세 이상의 정년 시행을 위해서 임금피크제 등 별도로 필요한 조치는 아무 것도 없는 점, ③ 예컨대 정년이 57세이던 사업장에서 정년을 60세로 연장하는 경우 임금피크제가 도입되지 않으면 57세부터 60세까지는 최소한 57세 시점에 지급받던 수준의 임금을 지급받게 될 것이나, 임금피크제 도입으로 인해서 어느 시점부터 임금이 대폭 감소되는 점 등을 고려하면 취업규칙 불이익 변경에 해당한다고 보아야 한다.

다음으로, 취업규칙 변경 가이드라인을 통해서 추진하고 있는 임금체계 변경이 취업규칙 불이익 변경에 해당한다는 점에 대해서 살펴본다. 임금체계는 임금의 분배 기준을 말한다. 임금체계는 통상 그 분배 기준에 따라서 연공급(연령, 근속년수), 직능급(직무수행능력), 직무급(직무내용가치), 성과급(성과가치) 등으로 구별할 수 있다. 기존의 연공급에서 직무급 또는 성과급으로 임금체계를 변경할 경우 대다수 사업장에서는 일부 직원들의 임금이 증가하는 만큼 나머지 직원들의 임금이 감소할 것으로 예상된다(이른바 'Zero Sum'방식). 따라서 일부 근로자들에게는 유리하고 일부 근로자들에게는 불리하게 되는 결과가 발생하게 되고, 전체적으로 근로자들에게 불리한 취업규칙 불이익변경에 해당하게 될 것이다.¹¹⁵⁾¹¹⁶⁾

3. 사회통념상 합리성 이론의 내용과 문제점

정부가 주장하는 이른바 사회통념상 합리성 이론은 취업규칙 불이익변경에 대해 근로자의 집단적 동의를 얻도록 하는 명문의 규정이 없는 일본에서 먼저 판례를 통하여 확립되었고, 그 이후 2007. 12. 5. 제정되었던 일본 노동계약법(2008. 3. 1. 시행) 제10조로 명문화된 것이다. 우리의 경우 근로기준법 제94조 제1항 단서에 취업규칙 불이익 변경의

113) 노동법실무연구회, 『근로기준법주해 Ⅲ』, 박영사, 2010, 470면

114) 서울행정법원 2007. 1. 23. 선고 2006구합28598판결 참조

115) 노동법실무연구회, 같은 책, 472면 참조

116) 만약, 임금체계 변경이 일부 근로자들의 임금은 증가하고 나머지 근로자들의 임금은 기존의 수준을 유지하는 Plus Sum 방식으로 진행될 경우라면 근로조건의 불이익변경 여부에 대해서 다툼의 여지가 있는데 현실에서 위와 같은 방식으로 임금체계가 변경될 가능성은 거의 없어 보인다.

요건이 명문화 되어 있었음에도 불구하고 대법원은 그 차이를 간과한 채 일본의 사회통념상 합리성 이론을 수용했던 것이다. 사회통념상 합리성의 판단 기준은 아래 대법원 판시 내용과 같다.

사용자가 일방적으로 새로운 취업규칙의 작성·변경을 통하여 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다고 할 것이지만, 당해 취업규칙의 작성 또는 변경이 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아 그에 의하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 여전히 당해 조항의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사 결정방법에 의한 동의가 없다는 이유만으로 그의 적용을 부정할 수는 없다고 할 것이고, 한편 여기에서 말하는 사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건 개선상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하며, 근로자집단의 동의를 대신할 만한 사회통념상의 합리성이 있는지를 판단함에 있어서는 개정 당시의 상황을 근거로 하여야 한다. (대법원 2004. 7. 22. 선고 2002다57362 판결)

사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건 개선상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받도록 한 근로기준법을 사실상 배제하는 것이므로 제한적으로 엄격하게 해석하여야 한다.(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다32362 판결 등 참조)

근로기준법은 사용자가 취업규칙을 불이익하게 변경하는 경우 집단적 동의를 요구함으로써 사용자의 일방적 법규범 제정 권한을 제한하고 사용자와 근로자 집단을 공동의 법규범 제정권자로 보고 있다. 사용자가 취업규칙을 불이익하게 변경하면서 집단적 동의를 받지 않은 경우 변경된 취업규칙은 절차적 정당성을 결여하게 된다. 그런데 변경된 취업규칙의 내용이 합리적이라고 하는 것은 법규범으로서 취업규칙이 내용적으로 정당하다는 것인데, 마치 입법권자로서 국회가 제정하지 않은 것은 그 내용이 아무리 정당하더라도 법률로서 효력을 가질 수 없는 것처럼 변경된 취업규칙의 내용이 아무리 정당하더라도 공동의 법규범 제정권자로서 근로자 집단의 동의가 없는 경우에는 취업규칙으로서 법규범적 효력을 가질 수 없는 것으로 봐야 한다.

판례가 사회통념상 합리성론을 취하면서 기초한 일본 최고재판소 판결은 “노동조건의 집합적 처리, 특히 그 통일적 또는 획일적인 결정을 방침으로 하는 취업규칙의 성질로부터 보아 해당 취업규칙 조항이 합리적인 한 개개의 노동자가 이것에 동의하지 않는 것을 이유로 그 적용을 거부하는 것은 허용되지 않는다”라고 판시하고 있다. 여기서 주목할 점은 위 최고재판소의 판결이 근로조건의 통일적·획일적 결정의 필요성을 불이익 변경의 효력 요건으로 ‘합리성’을 요구하는 근거로 삼고 있다는 점이다. 그런데 대법원 1997. 7. 26. 선고 77다355판결¹¹⁷⁾ 역시 근로조건의 통일적·획일적 결정이라는 요청을 불

117) “원칙적으로 취업규칙의 작성 변경권은 사용자에게 있다 할 것이나 취업규칙의 변경에 의하여 기존 근로조건의 내용을 일방적으로 근로자에게 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자 집단의 집단의사결정 방법에 의한 동의를 요한다고 할 것이며 그 동의방법은 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 조합의, 그와 같은 조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의가 없는 한 취업규칙의 변경으로서의 효력을 가질 수 없고 따라서 그러한 취업규칙 변경에 대하여 개인적으로 동의한 근로자에 대하여도 효력이 없는 것이라고 할 것이다. 왜냐하면 기존 근로조건의 내용을 사용자가 일방적으로 근로자에게 불이익하게 변경하는 것은 위의 근로기준법의 보호법으로서의 정신과 기득권 보호의 원칙 및 근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 의하여 결정되어야 한다는 근로기준법 제3조의 규정상 허용될 수 없다 할 것이고, 그렇다고 하여 만약 취업규칙의 불이익한 변경에 개인적으로 동의한 근로자에 대하여는 그 변경의 효력이 있고 동의하지 아니한 근로자에 대하여는 효력이 없다고 한다면 근로자는 단체로써 행동할 때 실질적으로 사용자와 대등한 입장에 서게 된다는 것이 모든 노사관계법의 기본입장이므로 사용자는 실질적으로 대등하지 아니한 우월한 지위에서 서서 용이하게 취업규칙의 변경이란 형식으로 개별근로자에 대하여 기존 취업규칙에 미달되는 근로계약을 체결할 수 있게 되어 취업규칙에 정한 기준에 미달되는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 하고 무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에 의한다 하여 취업규칙상의 기준을 최저기준으로 규정한 근로기준법 제98조(현행 법 97조)를 사실상 무의미하게 만드는 결과가 되고 또한 한개의 사업장에 다수의 취업규칙이 사실상 병존하는 것과 같은 결과가 되어 취업규칙의 규범으로서의 획일적, 통일적 적용의 필요성에도 위배된다 할 것이며 집단에 적용되는 법규범의 변경에는 집단적 의사에 의한 동의를 얻게 함으로서 집단전체에 그 효력을 미치게 함은 일반법규범의 변경절차로서도 타당하기 때문이다.”

이익변경의 효력 요건으로서 집단적 동의를 요구하는 하나의 근거로 제시하고 있다. 따라서 일본과는 달리 우리 판례와 이에 기초한 법제상으로는 근로조건의 통일적·획일적 결정은 '집단적 동의'에 의해 달성할 것을 예정하고 있는 것이다. 그런데 사용자의 일방적 불이익변경에 대하여 근로자들이 집단적 동의를 하지 않으면 비록 개별 근로자가 이에 동의하였더라도 그 동의는 효력이 없고 종전 취업규칙이 적용되는 것으로 근로조건의 통일적·획일적 결정이라는 요청은 충족된다. 이러한 상태에서 다시 근로조건의 통일적·획일적 결정을 위해 법규정에 없는 '사회통념상 합리성'을 동원해야할 규범적 요청이 없다.

대법원 1977. 7. 26. 선고 77다355판결이 선고되고 뒤이어 위 판례에서 제시된 법리가 법제화될 때, 입법자는 일방적으로 허용되지 않는 불이익 변경에 효력을 부여하는 두 가지 방법, 즉 집단적 동의라는 절차적 정당화 사유와 사회통념상 합리성이라는 내용적 정당화 사유 중에서 절차적 정당화 사유를 채택하는 방법으로 입법적 결단을 내린 것이다.¹¹⁸⁾ 따라서 대법원 판례가 사회통념상 합리성 이론을 긍정하는 것은 위와 같은 입법자의 의도에 반할 뿐 아니라, 강행규정인 근로기준법 제94조를 사실상 배제하는 효과가 발생할 수 있으므로 부당하다.

4. 취업규칙 변경 가이드라인의 문제점 등

가. 근로기준법 제94조에 정면으로 반하는 불법을 중용하는 지침

앞서 살펴보았듯이 근로기준법 제94조 제1항 단서는 이를 위반하였을 때 효력이 부정되는 강행규정인바, 사회통념상 합리성이 인정될 경우 집단적 회의방식의 동의를 거치지 않아도 된다는 해석이 끼어들 여지가 없다.¹¹⁹⁾ 설사, 백보 양보하여 사회통념상 합리성 이론을 적용한다고 해도 이는 극히 예외적인 경우에 한정해야 하고, 근로기준법 제94조 제1항 단서가 배제되지 않도록 매우 엄격하게 해석해야 한다.

그럼에도 불구하고 정부는 사회통념상 합리성 이론을 '원칙'의 수준으로 등극시킨 뒤 사

118) 이상 노동법실무연구회, 같은 책, 529-530면 참조

119) 최영호, "취업규칙의 불이익변경", 『노동법연구』 제3호, 서울대노동법연구회, 1993, 21면.

실상 현실에서 강제하려고 하고 있다. 취업규칙 변경 가이드라인이 결국 근로기준법 제 94조 제1항 단서를 무력화시키고 사용자로 하여금 불법을 종용하게 될 것이 예상된다. 이로 인해 수많은 혼란과 갈등이 야기될 것임은 자명하다.

더군다나 우리 노동조합 조직율은 10%내외이다. 90%의 노조 없는 미조직, 비정규, 중소기업 사업장 노동자들은 노동조건이 전적으로 취업규칙에 의해 규율된다. 노조가 없으므로 사용자가 일방적으로 근로조건을 불이익하게 변경하더라도 집단적인 목소리를 내기 어렵다. 그렇기 때문에 근로기준법 제94조 제1항 단서 조항은 대다수 무노조·중소영세 사업장 노동자의 노동조건 보호를 위한 최소한이자 유일한 장치이다. 정부가 지침을 통해서 사회통념상 합리성 이론을 사실상 강제한다는 것이 현실에서 더욱 심각한 이유이다.

한편, 사회통념상 합리성은 노동조합의 '합의' 내지 그에 준하는 '추인'이나 '관여'가 있을 경우에 인정하는 것이지, 정부가 취업규칙 변경 가이드라인에 담으려는 것과 같은 사안은 해당되지 않는다. 즉, 정부는 대법원 판례를 이유로 사회통념상 합리성 이론을 강제하려고 하지만 실제 대법원의 인정 범위를 초과할 가능성이 농후하다.

피고공사를 포함한 종전의 정부투자기업들이 공무원과 마찬가지로 국민의 조세부담으로 그 급여 등이 지급되는 국민소유의 기업들인데, 그 운영에서는 매년 적자를 보게 되어 궁극적으로는 국민의 조세부담을 가중시키면서도 그 보수와 퇴직금은 일반공무원에 비하여 훨씬 많이 지출되는 불합리한 운영을 하여 왔으므로, 이를 시정하고 국영기업체의 적자운영을 탈피하기 위하여, 정부가 취한 방침에 따라 위와 같은 개정조치가 이루어졌다 하더라도 거기에 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될 만한 사회통념상의 합리성이 있다고는 여겨지지 않는다(대법원 1990.3.13. 선고 89다카 24780 판결).

이 사건 보수규정의 개정 당시 모든 국영기업체의 운영 정상화를 위하여 급여규정이 하향 개정되는 상황이었고, 피고 법인 역시 재정상의 궁핍한 상황에서 경영합리화를 위하여 정부 감독기관의 지시에 따라 이 사건 개

정을 한 것이라고 하더라도, 이러한 사유만으로는 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될 만한 사회통념상의 합리성이 있다고 볼 수 없는 것... (대법원 1994. 10. 14. 선고 94다25322 판결)

퇴직급여규정을 불이익하게 개정하게 된 경위가 회사의 퇴직급여규정이 일반 공무원이나 다른 법인체보다 높아서 생긴 위화감을 시정하고 정부투자기관의 적자운영을 탈피하기 위하여 정부가 취한 방침에 따른 것이라 하더라도 거기에 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될 만한 사회통념상의 합리성이 있다고는 보이지 않으므로 근로기준법에 따라 노동조합의 동의를 얻지 않은 취업규칙의 불이익 변경은 무효이다(대법원 1995. 7. 11. 선고 93다26168 판결)

피고는, 인사적체 등 공기업 경영구조개선을 위하여 위와 같은 인사규정의 개정이 필요하였으므로 설사 원고들의 동의가 없었더라도 이는 사회통념상 합리성이 있는 취업규칙의 개정으로서 원고들에 대하여도 유효하다는 취지의 항변을 한다. 그러나 단순히 경영구조개선이 목적이라는 이유만으로 원고들에 대한 정년감축에 사회통념상의 합리성이 있다고 보기 어려우며, 위에서 본 바와 같이 원고들과 같은 지위에 있는 근로자들의 수는 210명에 불과하여 피고의 전체 근로자 수 중 극히 일부에 해당하고, 따라서 이들에 대한 정년감축이 피고의 경영구조개선에 미치는 효과도 미미할 것으로 보이므로(이에 대한 입증책임은 피고가 부담하고 있으나, 별다른 입증을 하고 있지 않다) 이 점 피고의 항변 역시 이유 없다(서울고등법원 2002. 10. 2. 선고 2002나11047 판결 : 상고기각 확정).

나. 법적 효력이 없는 행정기관 내부의 업무처리기준

노동부의 취업규칙 변경 지침은 국회법 제98조의2¹²⁰⁾가 정하고 있는 행정입법에 해당하

120) 제98조의2 (대통령령의 제출등) ①중앙행정기관의 장은 법률에서 위임한 사항이나 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항을 규정한 대통령령·총리령·부령·훈령·예규·고시 등이 제정·개정 또는 폐지된 때에는 10일 이내에 이를 국회 소관 상임위원회에 제출하여야 한다.

지만 행정기관 내부에서 업무처리 기준으로 삼기 위해 작성한 지침이다.¹²¹⁾

대법원 및 헌법재판소는 이러한 행정기관 내부의 업무처리기준의 법적 효력을 원칙적으로 부정하고 있다. 대법원은 노동부예규인 '요양관리 및 요양급여업무처리'에 대해 "행정청 내부의 사무처리준칙을 정하고 있는 것에 불과해 대외적으로 법원이나 일반 국민을 기속하는 효력은 없는 것"이라고 보았고,¹²²⁾ 역시 노동부예규인 '외국인연수생의 보호 및 관리에 관한 지침'에 대해서도 "행정청 내부의 사무처리 준칙을 정한 것에 불과해 대외적으로 법원이나 국민을 기속하는 효력은 없는 것"이라고 판시¹²³⁾했다. 헌법재판소 역시 원칙적으로 행정지침의 법적 효력을 부정하면서 아주 예외적으로 행정지침이라도 국민의 기본권에 직접적으로 영향을 끼치고 앞으로 법령의 뒷받침에 의해 그대로 실시될 것이 틀림없을 것으로 예상될 수 있을 때에는 헌법소원의 대상이 될 수 있다고 본다.¹²⁴⁾

따라서 정부가 추진하고 있는 취업규칙 변경 가이드라인은 아무런 법적 효력도 없는 행정지침에 불과한바, 이를 통해서 근로자들의 집단적 동의 없이 취업규칙 변경을 강제할 수도 없을 뿐 아니라, 만약 사용자들이 이 지침에 따라 취업규칙을 일방적으로 변경하려고 한다면, 취업규칙 변경절차중지 가처분 신청, 임금 차액 청구 소송, 취업규칙 가이드라인에 대한 헌법소원 청구 등 수많은 법적 분쟁만 야기하게 될 것이다.

다. 잘못된 '사회통념상 합리성' 기준

정부가 2015. 12. 30.자 '직무능력과 성과 중심 인력운영 가이드북 및 취업규칙 지침 관련 전문가 논의자료'에서 제시하고 있는 사회통념상 합리성 판단 기준은 사용자가 일방적으로 낮은 임금을 관철시킬 수 있게 하는 수단에 불과하다.

첫째, 정부는 사회통념상 합리성 판단 기준으로 "사용자측의 취업규칙 변경 필요성의

121) 김선수, 앞의 자료집, 32면 이하

122) 대법원 1995. 9. 15. 선고 94누12326 판결

123) 대법원 1997. 10. 10. 선고 97누10352 판결

124) 헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 99헌마538·543·544·545·546·549(병합) 결정

내용과 정도"를 제시하면서 정년 60세 법제화에 따른 임금피크제 도입 등 임금체계 개편이 노사 모두의 공동책무라고 전제하고 있으나 그 전제 자체가 잘못이다.

사용자는 임금체계 개편과 무관하게 반드시 최소 정년 60세 제도를 도입해야 한다. 고령자고용촉진법 제19조의2 제1항¹²⁵⁾에서 규정한 필요한 조치에는 반드시 임금체계 개편만 있는 것도 아니고 임금체계 개편 없이도 충분히 다른 대안을 마련할 수 있다.

또한 동 조항은 노사의 합의를 촉구한 것이지 합의 실패에 대해서 근로자 측의 일방적 희생을 강요하는 조항이 아니다. 따라서 동 조항을 근거로 '임금체계는 필수적으로 개편해야 하고 근로자 측도 임금체계 개편 의무가 있으므로 사용자가 근로자 측의 동의 없이 임금체계 개편을 하더라도 사회통념상 합리성이 인정된다'는 식으로 해석해서는 곤란하다.

둘째, 정부는 사회통념상 합리성 판단기준으로 "변경된 취업규칙 내용의 상당성"을 제시하면서 "비슷한 규모의 동종 다른 기업 또는 사회 일반적으로 기대되는 합리적인 임금 수준과 비교하여 낮지 않은 경우에는 상당성이 인정될 수 있다"고 밝히고 있다. 그러나 위 기준에 따르면 비슷한 규모의 동종 다른 기업이 일시에 임금 수준을 낮추게 될 경우에도 사회통념상 합리성이 인정될 여지가 있고, 사회 일반적으로 기대되는 합리적인 임금 수준은 지극히 주관적일 수밖에 없기 때문에 결국 전반적인 임금 수준 저하가 초래될 가능성이 있다.

셋째, 정부는 사회통념상 합리성 판단 기준으로 "노동조합 등과의 충분한 협의 노력 등"을 제시하면서 근로자 과반수가 아닌 근로자 대표와 성실히 협의한 경우 사회통념상 합리성 인정 시 고려 요소가 될 수 있고, 근로자 또는 노동조합 측에서 "합리적 대안 제시도 없이 반대하는 등으로 협의가 이루어지지 않는 경우에는 사용자 측에게 요구되는 충분한 협의 노력 의무가 이행된 것으로 볼 수 있어 사회통념상 합리성을 인정할 요소가 될 수 있다"고 밝히고 있다.

¹²⁵⁾ 제19조의 2 ① 제19조 제1항에 따라 정년을 연장하는 사업 또는 사업장의 사업주와 근로자의 과반수로 조직된 노동조합(근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자를 말한다)은 그 사업 또는 사업장의 여건에 따라 임금체계 개편 등 필요한 조치를 하여야 한다.

고령자고용촉진법 제19조의 2 제1항은 “정년을 연장하는 사업 또는 사업장의 사업주와 근로자의 과반수로 조직된 노동조합(근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자를 말한다)은 그 사업 또는 사업장의 여건에 따라 임금체계 개편 등 필요한 조치를 하여야 한다”고 규정하고 있을 뿐 취업규칙 불이익 변경을 위한 근로자 과반수의 동의 요건을 변경한 것이 아니다. 즉, 사용자가 정년 연장에 따른 필요한 조치를 취하기 위해서는 과반수 노동조합 또는 근로자 과반수를 대표하는 자와 합의를 해서 추진하되 그 과정에 근로조건의 불이익 변경이 있을 때는 근로기준법 소정의 동의 절차를 밟아야 하는 것이다.

근로자 또는 노동조합 측에서 합리적 대안 제시도 없이 반대하는 경우 사회통념상 합리성이 인정된다고 하는 것은 사실상 근로기준법 소정의 불이익변경 절차를 무력화시키는 시도이다. 사용자가 일방적으로 근로조건을 저하시킬 경우 근로자 또는 노동조합 측에서 할 수 있는 유일한 방안이 기존의 근로조건을 지키는 것인데 이런 이유만으로 사회통념상 합리성을 인정한다는 것은 납득하기 어렵다. 추측컨대 정부는 근로자 또는 노동조합 측에게 임금체계 개편 등의 의무가 있다고 잘못 전제하였기 때문에 이와 같은 무리한 결론이 도출된 것으로 보인다.

넷째, 정부는 사회통념상 합리성 판단 기준으로 “동종 사항에 관한 국내 일반적인 상황”을 제시하면서 “사업주가 임금 지급방식이나 임금체계 자체를 바꾸는 것은 경영상 필요에 기초한 것으로서 취업규칙의 불이익 변경으로 볼 수 없다.”고 밝히고 있다.

그러나 정부의 기준에 따르면 예컨대 임금수준의 변경은 없으나 업무량 또는 노동강도가 기존에 비해서 2배 이상 증가하는 경우, 근로자 모두에게 지급할 전체 임금 총액은 동일하지만 전체 근로자 중에서 불과 5%에 해당하는 관리직만 임금수준이 인상되고 나머지 95%의 근로자는 임금수준이 인하하는 경우 등도 모두 불이익 변경이 아니게 된다. 정부는 근로자 입장이 아니라 사용자 입장에서의 불이익 여부를 판단한 것으로 보인다.

5. 나가며

이상에서 살펴본 것처럼 정년보장형 또는 정년연장형 임금피크제 도입 및 직무성과 중심의 임금체계 개편은 근로조건의 불이익변경에 해당하고, 이를 위해서는 당연히 근로기준법 제94조 제1항 단서에 의해서 근로자의 집단적 동의가 필요하다. 그럼에도 불구하고 정부가 취업규칙 변경 가이드라인을 통해서 근로자의 집단적 동의 없이 취업규칙 불이익변경을 가능하게 하는 것은 법적 효력도 없는 행정지침으로 근로기준법을 무력화시키는 시도에 불과하다.

특히, 정부가 최근 제시한 사회통념상 합리성의 판단 기준은 사용자가 일방적으로 임금 수준을 낮출 수 있게 하는 수단에 불과하여 향후 현장에서 수많은 갈등과 혼란이 초래될 것임은 불을 보듯 뻔하다.

노동조건 대등결정의 원칙이 현실에서 구현되려면 불법적인 취업규칙 변경 가이드라인이 필요한 것이 아니라, 오히려 획기적인 노동조합 조직율 제고를 위해 이를 막는 제도와 관행을 개선하고, 단체협약의 효력 확장 제도를 도입하는 것이 필요한 시점이다. 더 나아가 노사공동결정제도 도입 등에 대해서도 전향적인 자세로 검토해볼 필요가 있을 것이다.