creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학박사 학위논문

취업규칙 제도의 현대적 재검토

2023년 8월

서울대학교 대학원
법학과 사회법전공
문 준 혁

취업규칙 제도의 현대적 재검토

지도교수 이 철 수

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함
2023년 5월

서울대학교 대학원
법학과 사회법전공
문 준 혁

문준혁의 박사 학위논문을 인준함
2023년 7월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

취업규칙은 사용자가 해당 사업 또는 사업장의 근로자 전체에 적용될 근로조건과 직장질서 등의 사항에 관하여 작성하는 것으로, 우리 근로기준법은 상시 10인 이상의 근로자를 사용하는 사용자에게 법정 기재사항을 포함한 취업규칙의 작성 · 신고 의무를 부여하는 한편, 그 작성절차에 있어서 근로자 집단의 의견을 청취하도록 하며 또한 작성된 취업규칙의 내용을 근로자에게 주지하도록 하고 있다. 또한 취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약 부분은 무효로 하고 무효로 된 부분은 취업규칙에서 정한 기준에 따르도록 하여 취업규칙에 최저기준으로서의 강행적 · 보충적 효력을 부여하는 한편, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 근로자 집단의 동의를 받도록 하고 있다.

취업규칙은 단체협약을 통한 근로조건 결정의 비중이 낮고 근로계약의 내용이 간소한 우리 노사관계에서 근로조건 결정 및 직장질서 확립 수단으로서 폭넓게 활용되고 있다. 그러나 사용자가 일방적으로 작성한 취업규칙을 통한 근로조건 결정을 인정하는 것은 노동법의 기본원칙인 근로조건 대등결정의 원칙에 부합하지 않고 근대법의 계약법리와도 친하지 않다는 점에서, 취업규칙은 규범으로서의 법적 성질과 효력에 대한 타당성을 의심받고 있다. 또한 제도의 운용실태에 있어서도 취업규칙 작성 절차에 대한 규율이 실효적으로 이루어지지 않고 있을 뿐만 아니라, 취업규칙 불이익변경에 대해서 근로자 집단의 동의를 받도록 하고 있으나 판례법리가 그 요건을 점차적으로 완화하고 있어 법적 분쟁이 빈발하고 있을 뿐만 아니라, 취업규칙과 다른 근로조건 결정규범 사이의 관계에서 효력의 중첩과 기능적 중복이 발생하고 있다.

이에 따라 본 논문에서는 우선 취업규칙 제도의 형성과 전개과정을 살펴보고 그 역사적 의의와 목적을 도출한 다음, 그간의 제도 운용과정에서 제기된 이론적 · 실무적 쟁점에 대한 재검토를 통해 취업규칙 제도의 개선이 필요하

다는 점을 확인하고. 이를 바탕으로 앞으로의 노사관계와 사회적 환경 변화에서 제기되는 취업규칙 제도의 현대적 과제와 개선방안을 도출하고자 하였다.

먼저 취업규칙 제도의 형성과 전개 과정을 살펴보면, 취업규칙은 유럽에서 산업혁명기 대공장의 출현 과정에서 경제적 우위에 있는 사용자가 노동규율과 근로조건 결정을 위해 작성하기 시작하였으나 그 내용과 작성절차에 대한 법적인 규율이 부재하여 근로자로서는 가혹한 취업규칙의 내용을 일방적으로 적용받을 수밖에 없었다. 이에 1891년 독일 영업법이 취업규칙을 제도적으로 수용하여 사용자에게 법정 기재사항을 포함한 취업규칙의 작성 및 신고의무를 부여하는 한편 그 작성절차를 규율하고 법적 구속력을 인정한 것이 취업규칙 제도의 효시가 되었고, 이는 일본의 1926년 공장법 시행령 및 1947년 노동기준법상의 취업규칙 제도에 많은 영향을 미쳤다.

1953년 근로기준법 제정 당시 우리의 입법자들은 일본의 취업규칙 제도를 계수하는 한편 법정 근로기준에 관한 사항을 취업규칙의 기재사항으로 연계하여 취업규칙을 통해 법정 근로기준의 이행확보 및 근로감독이 이루어질 수 있도록 하였다. 산업화 과정에서는 노사분규의 예방을 위해 행정관청이 취업규칙의 작성 및 신고를 적극적으로 강조하였고, 노동조합의 역할이 제한적인 상황에서 근로조건 결정 및 직장질서 확립 수단으로서 취업규칙의 역할이 점차적으로 증가하였다. 또한 취업규칙은 근로기준법 적용범위가 단계적으로 확대되어 오는 과정에서 근로기준법 적용이 배제된 소규모 사업장에서 근로자 보호 기능을 담당하기도 하였고, 법정 근로기준의 이행확보를 위해 취업규칙의 기재사항도 점차적으로 추가되어 왔다. 한편 1970년대 후반부터는 취업규칙상 퇴직금 제도의 불이익변경을 둘러싼 논란이 발생하였고, 이에 1977년의 대법원 판결은 근로조건 대등결정의 요청, 기득이익의 보호, 근로조건의 통일적 규율의 관점에서 취업규칙의 불이익변경에 근로자 집단의 동의를 요구하는 법리를 제시하였고 이는 1989년의 근로기준법 개정을 통해 입법화 되었다.

이처럼 취업규칙 제도는 근로자 보호의 목적에서 도입된 것이지만, 근로조건 결정 및 직장질서 확립 수단으로서 취업규칙은 규범적 타당성이 부족하다. 역사적으로 취업규칙 제도가 전개되어오는 과정에서, 사용자가 근로조건과 직장질서를 임의적으로 규율하는 것을 방지하기 위하여 취업규칙의 작성을 의무화한 이상 그 법적 구속력도 인정되었으나, 그 효력의 근거를 어디에서 찾을 수 있는지와 관련하여 그 법적 성질을 계약으로 파악하는 견해(계약설)와 법규범으로 파악하는 견해(법규범설)의 대립이 해소되지 않고 계속되어 온 것이다. 그러나 사용자가 취업규칙을 일방적으로 작성하는 이상 그 효력을 당사자의 의사합치에 기한 계약에서 찾기는 어렵고, 이를 법규범으로 본다고 하더라도 사용자가 법규범의 제정권한을 갖는 정당한 이유를 찾기도 어렵다는 점에서 이론적 문제가 발생한다.

나아가 우리 헌법이 근로자의 자기결정권과 단체교섭권으로부터 도출되는 집단적 근로조건 대등결정의 원칙, 경제민주화의 실현을 요청하고 있는 이상 사용자가 일방적으로 작성하는 취업규칙을 통한 근로조건의 결정은 헌법적 요청에 부합하는 것으로 보기 어렵다. 또한 근로기준법이 사용자가 직장질서 확립 수단이자 징계근거로서 취업규칙을 일방적으로 작성할 수 있도록 하는 것은 대등한 사인(私人)관계에서 일방적인 징계를 허용하게 하는 것과 마찬가지라는 점에서 문제가 있다.

취업규칙 제도의 운용과정에서도 그 실효성과 정합성에 문제가 발견된다. 먼저 근로자 보호를 위해 마련된 취업규칙의 작성 절차 등에 대한 제도적 규율이 실효적으로 이루어지지 못하고 있는데, 이는 취업규칙의 작성 절차를 효력규정이 아닌 단속규정으로 바라보는 판례의 태도로 인해 비롯된 것으로 볼 수 있다. 또한 취업규칙의 불이익변경에 근로자 집단의 동의를 요구한 것은 제한적이나마 근로조건 대등결정의 원칙을 실현하고자 한 것이지만, 판례는 스스로 제시한 불이익변경 법리를 적용하는데 있어 그 동의의 요건을 점차적으로 완화할 뿐만 아니라 동의를 받지 않은 불이익변경의 효력도 인정하고 있다는 점에서 제도적 취지가 몰각될 뿐만 아니라 법적 안정성을 저해한다. 그리고 취업규칙은 단체협약 등 기타 근로조건 결정 규범과의 효력계

위에 있어서 유리의 원칙을 적용할 것인지를 두고 해석상 논란이 있고, 다양한 근로자대표기구를 두고 있는 우리 노동법 체계 속에서 기능적 중복이 발생한다는 점에서 제도의 정합성이 부족하다.

근로조건 결정의 개별화, 고용형태의 다변화로 대표되는 근로자 집단의 분화, 미조직 근로자의 보호 필요성 등의 새로운 노사관계와 사회경제적 환경 변화는 취업규칙 제도의 문제점을 극복할 수 있는 새로운 집단적 근로조건 결정시스템을 요청하고 있다. 이에 따라 해외 입법례에서 취업규칙 제도가 어떠한 방향으로 발전하였는지를 검토하는 한편, 선행연구를 바탕으로 장기적으로는 취업규칙 제도를 노사합의에 기반한 근로조건 결정 시스템으로 전환하되, 노사관계의 현실을 감안하여 우선 취업규칙 제도의 운용상 합리성과 명확성을 기하도록 하는 단기적 개선방안을 함께 제시하였다.

주요어 : 취업규칙, 불이익변경, 근로조건 대등결정, 노사합의, 징계, 사회통념상 합리성, 근로자대표

학 번 : 2016-30335

대 목 차

국문초록 ····· i

제1장 서론 ····· 1

제1절 연구의 필요성 ····· 1
제2절 연구의 목적 ····· 5
제3절 연구의 방법 ····· 6
제4절 취업규칙의 개념 정의 ····· 8

제2장 취업규칙 제도의 역사적 의의와 목적 ····· 10

제1절 검토의 필요성 ····· 10
제2절 취업규칙 제도의 형성 : 유럽과 일본의 경험 ····· 12
제3절 취업규칙 제도의 도입과 전개 ····· 27
제4절 소결론 ····· 44

제3장 취업규칙의 규범적 타당성에 대한 재검토 ····· 47

제1절 규범적 타당성의 재검토 필요성 ····· 47
제2절 근로조건 결정 규범으로서의 규범적 타당성 ····· 49
제3절 직장질서 및 징계 규범으로서의 타당성 ····· 82
제4절 소결론 ····· 90

제4장 취업규칙 제도의 운용상 실효성과 정합성에 대한 재검토 ····· 92

제1절 검토의 필요성 ····· 92
제2절 취업규칙에 대한 제도적 규율의 실효성 ····· 92
제3절 불이익변경에 대한 집단적 동의 절차의 실효성 ····· 112
제4절 노동관계법 체계 내에서의 정합성 ····· 134
제5절 소결론 ····· 147

제5장 취업규칙 제도의 현대적 과제와 개선방안 ····· 149
제1절 취업규칙 제도의 현대화 필요성 ····· 149
제2절 비교법적 검토 ····· 156
제3절 취업규칙 제도의 개선방안 ····· 173

제6장 결론 ····· 194

참고문헌 ····· 198

ABSTRACT ····· 207

목 차

국문초록 ····· i

제1장 서론 ····· 1

제1절 연구의 필요성 ····· 1
제2절 연구의 목적 ····· 5
제3절 연구의 방법 ····· 6
제4절 취업규칙의 개념 정의 ····· 8

제2장 취업규칙 제도의 역사적 의의와 목적 ····· 10

제1절 검토의 필요성 ····· 10
제2절 취업규칙 제도의 형성 : 유럽과 일본의 경험 ····· 12
Ⅰ. 제도화되기 이전의 취업규칙 ····· 12
Ⅱ. 취업규칙에 대한 제도적 규율 ····· 14
1. 독일의 취업규칙 제도 ····· 15
1) 취업규칙에 대한 입법적 규율 시도 ····· 15
2) 1891년 영업법 개정을 통한 제도적 규율 ····· 16
2. 벨기에의 취업규칙법 ····· 19
3. 프랑스의 취업규칙 제도 ····· 20
4. 일본의 취업규칙 제도 ····· 22
1) 1926년 공장법 시행령 ····· 22
2) 1947년 노동기준법 ····· 24
Ⅲ. 취업규칙 제도 형성과정의 시사점 ····· 25
제3절 취업규칙 제도의 도입과 전개 ····· 27
Ⅰ. 제정 근로기준법상 취업규칙 제도의 도입 ····· 27
1. 도입 당시의 취업규칙 활용 사례 ····· 27
2. 근로기준법 제정 당시 국회에서의 논의 ····· 29
3. 일본 노동기준법상 취업규칙 제도와의 차별점 ····· 31

1) 취업규칙 기재사항의 규정형식의 차이 ····· 31
2) '근로조건 대등결정' 원칙의 강조 ····· 32
Ⅱ. 취업규칙 제도의 정착 과정 ····· 33
1. 행정관청의 취업규칙 작성 및 신고 강조 ····· 33
2. 소규모 사업장에서의 근로기준법 적용 공백의 보충 ····· 34
3. 취업규칙을 통한 근로조건 결정의 비중 증가 ····· 35
Ⅲ. 법개정을 통한 취업규칙의 기능 강화 ····· 36
1. 불이익변경에 대한 근로자 집단의 동의 ····· 36
1) 1977년 대법원 판결의 배경 ····· 36
2) 1989년의 법개정을 통한 입법화 ····· 39
2. 취업규칙의 기재사항 확대 ····· 41
3. 법정 근로기준의 유연화 기능 ····· 43
제4절 소결론 ····· 44

제3장 취업규칙의 규범적 타당성에 대한 재검토 ····· 47
제1절 규범적 타당성의 재검토 필요성 ····· 47
제2절 근로조건 결정 규범으로서의 타당성 ····· 49
Ⅰ. 취업규칙의 효력과 법적 성질에 대한 논쟁 ····· 49
1. 논의의 배경 ····· 49
2. 독일 영업법상 취업규칙의 법적 성질에 대한 논쟁 ····· 50
3. 일본에서의 취업규칙의 법적 성질에 대한 논쟁 ····· 52
1) 공장법상 취업규칙에 대한 논쟁 ····· 53
2) 노동기준법상 취업규칙에 대한 논쟁 ····· 53
3) 추북버스(秋北バス) 판결과 그 이후의 학설 ····· 54
4) 노동계약법 입법을 통한 논쟁의 해소 ····· 56
5) 개정 일본민법상 정형약관의 해당여부 ····· 57
4. 국내에서의 논의와 판례의 입장 ····· 58
5. 논쟁에 대한 평가 ····· 60
Ⅱ. 근로조건 결정에 대한 헌법적 요청 ····· 62

1. 검토의 필요성 ····· 62
2. 근로조건 대등결정에 대한 헌법적 요청 ····· 63
1) 개별적 자기결정에 대한 요청 ····· 63
2) 집단적 대등결정에 대한 요청 ····· 67
(1) 단체교섭권과 집단적 근로조건 대등결정 원칙 ····· 67
(2) 단체교섭권의 주체와 실현방식 ····· 68
(3) 구체적 권리로서 단체교섭권의 의의 ····· 70
(4) 취업규칙 제도와 집단적 근로조건 대등결정 ····· 71
3. 경제민주화의 요청 ····· 72
4. 취업규칙 제도의 헌법적 근거가 다투어진 사례 ····· 73
1) 대법원 판결 ····· 74
2) 헌법재판소 결정례 ····· 75
(1) 사건의 개요 ····· 76
(2) 사건의 쟁점과 내용 ····· 77
가. 다수의견의 요지 ····· 78
나. 소수의견의 요지 ····· 79
3) 결정의 의의 ····· 81
제3절 직장질서 및 징계 근거로서의 타당성 ····· 82
Ⅰ. 문제의 소재 ····· 82
Ⅱ. 징계의 법적 근거 ····· 84
1. 징계의 본질론 ····· 84
2. 민법상 사단의 통제권 법리와의 비교 ····· 85
3. 징계권의 법적 근거와 성격에 대한 검토 ····· 87
4. 징계에 대한 절차적 정의의 요구 ····· 88
제4절 소결론 ····· 90

제4장 취업규칙 제도의 운용상 실효성과 정합성에 대한 재검토 ····· 92
제1절 검토의 필요성 ····· 92
제2절 취업규칙에 대한 제도적 규율의 실효성 ····· 92

Ⅰ. 취업규칙 작성의무와 작성방법 ····· 92
1. 작성의무의 내용 ····· 92
2. 취업규칙의 작성 실태와 문제점 ····· 94
1) 취업규칙 기재사항과 관련된 쟁점 ····· 94
2) 취업규칙의 적용범위와 관련된 쟁점 ····· 96
3) 별도규정(부속규정)등의 작성과 신고 실태 ····· 98
Ⅱ. 의견청취 및 주지 의무 ····· 99
1. 의견청취 및 주지 의무의 의의 ····· 99
2. 의견청취 및 주지의 실태와 문제점 ····· 100
1) 의견청취 및 주지의 실태 ····· 100
2) 의견청취 및 주지 의무를 위반한 취업규칙의 효력 ····· 101
Ⅲ. 신고의무 및 행정관청의 심사 ····· 104
1. 신고의무 및 행정관청의 심사의 의의 ····· 104
2. 신고의무의 이행 및 심사의 실태와 문제점 ····· 105
Ⅳ. 취업규칙 해당성의 문제 ····· 106
1. 문제의 소재 ····· 106
2. 구체적 판단 사례 ····· 108
3. 판례법리에 대한 평가 ····· 111
제3절 불이익변경에 대한 집단적 동의 절차의 실효성 ····· 112
Ⅰ. 집단적 동의의 의의와 실태 ····· 112
Ⅱ. 불이익 변경에 대한 판례 법리와 문제점 ····· 113
1. 불이익변경인지의 판단의 어려움 ····· 113
1) 불이익변경의 의미 ····· 113
2) 여러 근로조건이 동시에 변경되는 경우 ····· 115
3) 근로자별로 유불리가 갈리는 경우 ····· 118
2. 불이익변경의 동의 주체의 파편화 ····· 118
3. 불이익변경에 대한 동의 방식의 완화 ····· 121
4. 동의를 받지 못한 불이익변경의 효력 ····· 124
1) 원칙 : 무효 ····· 124

2) 변경 후 입사자에 대한 효력 ····· 124
3) 사회통념상 합리성 법리의 적용 ····· 126
(1) 사회통념상 합리성 법리의 내용 ····· 126
(2) 사회통념상 합리성 법리에 대한 비판 ····· 127
4) 집단적 동의권 남용 법리의 등장 ····· 129
Ⅲ. 입법을 통한 집단적 동의의 우회 위험성 ····· 131
제4절 노동관계법 체계 내에서의 정합성 ····· 134
Ⅰ. 문제의 소재 ····· 134
Ⅱ. 근로조건 결정규범 간의 효력계위 ····· 135
1. 법령과 취업규칙의 관계 ····· 135
2. 근로계약과 취업규칙의 관계 ····· 136
3. 단체협약과 취업규칙의 관계 ····· 138
1) 근로기준에 있어서 유리의 원칙 인정 문제 ····· 138
2) 단체협약상 징계사유와의 관계 ····· 140
Ⅲ. 근로자 대표 시스템의 중복 ····· 141
1. 취업규칙과 단체협약의 구별과 착종 ····· 141
2. 단체협약을 통한 불이익 변경의 소급적 동의 ····· 143
3. 노사협의회와의 기능 중복과 역할 중첩 ····· 144
제5절 소결론 ····· 147

제5장 취업규칙 제도의 현대적 과제와 개선방안 ····· 149
제1절 취업규칙 제도의 현대화 필요성 ····· 149
Ⅰ. 현행 취업규칙 제도의 후진성과 전근대성 ····· 149
Ⅱ. 취업규칙 제도를 둘러싼 사회경제적 환경변화 ····· 151
1. 고용형태의 다변화와 근로자 집단의 분절 ····· 151
2. 노동조합의 대표성 저하 ····· 152
3. 산업구조의 변화 ····· 153
4. 근로조건 결정의 개별화 ····· 153
5. 근로조건 규율의 탄력화와 유연화 ····· 154

Ⅲ. 취업규칙 제도 현대화의 기본방향 ····· 155
제2절 비교법적 검토 ····· 156
Ⅰ. 사업장협정으로의 전환 : 독일의 사례 ····· 156
1. 사업장협정 제도의 도입 배경 ····· 156
2. 사업장협정의 체결 주체 ····· 157
3. 사업장협정의 대상사항 ····· 158
4. 사업장협정의 효력 ····· 160
Ⅱ. 취업규칙 대상사항의 축소 : 프랑스 ····· 161
1. 제도 개선의 배경 ····· 161
2. 취업규칙의 대상사항 축소 ····· 162
3. 취업규칙의 작성절차 ····· 162
4. 징계에 대한 보호 강화 ····· 164
Ⅲ. 노사협의회와의 합의 및 작성 절차 강화 : 벨기에 ····· 164
1. 기존 취업규칙법의 대체 ····· 164
2. 취업규칙 작성의무와 효력 ····· 165
3. 노사협의회와의 합의를 통한 취업규칙 작성 ····· 166
4. 노사협의회가 없는 경우의 취업규칙 작성 절차 강화 ····· 167
Ⅳ. 취업규칙 제도의 운용상의 명확화와 합리화 : 일본 ····· 167
1. 노동계약법 제정의 의의 ····· 167
2. 근로자대표의 참여와 관련된 논의 ····· 169
Ⅴ. 비교법적 검토의 시사점 ····· 170
제3절 취업규칙 제도의 개선방안 ····· 173
Ⅰ. 선행연구의 검토 ····· 174
1. 집단적 근로자대표시스템 정비에 관한 제안 ····· 174
2. 노사협정으로의 전환 방안에 대한 제안 ····· 176
Ⅱ. 구체적 개선방안 ····· 179
1. 기본 방향 ····· 179
2. 장기적 방향 : 사업장 협정으로의 전환 방안 ····· 181
1) 근로자위원의 선출 ····· 182

2) 사업장 협정의 대상사항(기재사항) ····· 184
3) 사업장 협정의 효력 ····· 184
4) 사업장협정의 유효기간 ····· 184
5) 사업장협정 체결의 의무화 및 중재절차 ····· 186
Ⅲ. 단기적 방안 : 취업규칙 제도의 운용상 합리성과 실효성 강화방안 ····· 187
1. 취업규칙 기재사항의 정비 ····· 187
2. 행정관청에 대한 신고의무 및 심사의 개선방안 ····· 188
3. 취업규칙에 대한 근로자 참여의 실질화 방안 ····· 189
1) 해석론 ····· 189
2) 입법론 ····· 190
4. 징계에 있어서 근로자의 보호 강화방안 ····· 191

제6장 결론 ····· 194

참고문헌 ····· 198

ABSTRACT ····· 207

제1장 서론

제1절 연구의 필요성

근로조건은 사용자와 근로자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다. 이러한 '근로조건 대등결정의 원칙'은 사용자가 경제적으로 우월한 권한을 남용하여 일방적으로 근로조건을 결정하는 것을 방지하고 근로조건은 근로관계 당사자 사이에서 자유로운 합의에 따라 정해져야 하는 것임을 분명히 함으로써 근로자를 보호하고자 이를 근로기준법의 기본원칙으로 선언하고 있다.[1] 또한 헌법과 노동조합법은 근로자의 단결 · 단체교섭 · 단체행동의 노동3권을 보장하여 사용자와 대등한 교섭력을 갖춘 근로자 집단이 근로조건을 결정할 수 있도록 함으로써 집단적 노사관계의 영역에서도 근로조건 대등결정 원칙의 실현을 예정하고 있다.[2]

이에 따라 우리 노동법질서는 사용자와 개별 근로자가 체결하는 근로계약과 사용자(또는 사용자단체)와 노동조합이 체결하는 단체협약에 근로조건 결정 규범(이른바 노동법의 법원法源)으로서의 법적 효력을 인정하면서, 근로조건의 결정 과정에서 사용자와의 교섭력 격차로 인하여 근로자의 자유의사, 즉 진의(眞意)가 왜곡될 수 있을 뿐만 아니라 인간의 존엄성 보장에 필요한 객관적 가치가 침해될 수 있음을 이유로 강행적인 최저 근로기준의 적용을 함께 예정하고 있다.[3] 이러한 근로조건 결정 및 규율방식은 그 노사관계의 구체적 양상에 따라 다소간의 차이가 있기는 하지만, 대부분의 국가에서 보편적으로 자리잡고 있다.

---

1) 이철수, 「노동법」, 현암사, 2023, 75면.

2) 박제성, "집단적 근로 조건 대등 결정의 원칙과 근로자 대표론의 의의", 노동법연구 제45호, 2018, 133-135면.

3) 최석환, "근로기준법상 근로자 동의의 기능과 한계 – 규제 완화의 요건 혹은 해석의 기준 -", 노동법논총 제48집, 2020, 294-297면.

그런데 근로기준법은 법령, 단체협약, 근로계약 이외에도 취업규칙을 통한 근로조건의 결정을 허용하고 있다(근로기준법 제5조 및 97조). 근로기준법은 상시 10인 이상의 근로자를 사용하는 사용자에게 법정 기재사항을 포함한 취업규칙의 작성 · 신고 의무를 부여하고(제93조), 취업규칙이 법령이나 해당 사업 또는 사업장에 대하여 적용되는 단체협약과 어긋날 수 없도록 하는 한편(제96조), 취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약 부분은 무효로 하고 무효로 된 부분은 취업규칙에서 정한 기준에 따르도록 하여(제97조) 취업규칙에 최저기준으로서의 강행적 · 보충적 효력을 인정하고 있는 것이다.

이처럼 사용자가 일방적으로 작성하는 취업규칙이 근로조건 결정 규범으로서 인정되는 근거는 무엇인가? 판례는 그 취지를 "취업규칙은 사용자가 기업경영권에 기하여 사업장에 있어서의 근로자의 복무규율이나 근로조건의 기준을 획일적 통일적으로 정립하기 위하여 작성하는 것으로서 이는 근로기준법이 종속적 노동관계의 현실에 입각하여 실질적으로 불평등한 근로자의 입장을 보호강화하여 그들의 기본적 생활을 보호향상시키려는 목적의 일환으로 그 작성을 강제하고 이에 법규범성을 부여한 것"[4]이라고 밝히고 있으나, 이러한 설명에도 불구하고 사용자가 일방적으로 작성하는 취업규칙의 효력을 인정하는 것이 어떻게 근로자를 보호하게 되는 것인지는 여전히 불분명하다. 또한 앞서 살펴보았듯 사용자의 일방적인 근로조건 결정을 방지하고자 하는 근로조건 대등결정 원칙을 고려하면 과연 이것이 근로자 보호를 목적으로 하는 헌법과 노동법 질서에서 정당화 될 수 있는지에 대해 의문이 계속되고 있다.[5]

한편 근로기준법은 취업규칙의 작성 및 변경에 있어서 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합,

---

4) 대법원 1977.7.26. 선고 77다355 판결

5) 신권철, "취업규칙을 넘어", 노동법연구 제41호, 2016; 박귀천, "독일 노동법상 근로조건 결정시스템", 노동법연구 제41호, 2016; 김홍영, "취업규칙 관련 법리의 문제점과 대안", 노동법연구 42호, 2017 등

근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수(이하 '근로자 집단')의 의견을 청취하도록 하며(제94조 제1항 본문) 또한 취업규칙의 내용을 근로자가 자유롭게 열람할 수 있는 장소에 항상 게시하거나 갖추어 두어 근로자에게 널리 알리도록 하는 등 (제14조) 근로자 보호를 위하여 취업규칙의 작성 절차에 대한 제도적 규율을 가하고 있다. 또한 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 근로자 집단의 동의를 받도록 하여 (제94조 제1항 단서), 제한적 · 소극적이나마 근로조건 대등결정의 원칙이 실현될 수 있도록 한다.

그러나 실제 취업규칙 제도의 운용 실태를 살펴보면 이와 같은 안전장치가 실효적으로 작동하지 못하고 있다. 먼저 판례는 취업규칙의 작성절차에 대한 근로기준법상의 규정을 효력규정이 아닌 단속규정으로 파악함에 따라 사용자가 취업규칙의 작성절차를 위반한 경우에도 그 위반에 대한 공법적 제재만이 문제될 뿐 취업규칙의 효력에는 영향을 미치지 않게 되었고, 행정관청에 대한 신고 및 근로감독도 실효적으로 이루어지지 못하고 있다. 또한 취업규칙의 불이익변경에 대한 규율에 있어서도 그 집단적 동의의 주체 및 방식에 있어 판례법리의 요건이 점차적으로 완화되고 있을 뿐만 아니라 특별한 경우 근로자 집단의 동의 없는 불이익변경의 유효성을 인정하는 등 사용자에 의한 일방적인 근로조건 변경의 위험성이 크다.[6)]

물론 근로기준법이 부여한 취업규칙의 효력은 다른 근로조건 결정 규범과의 관계에서 최저기준적 효력일 뿐이지만, 낮은 노동조합 조직률[7)]과 기업별 단체협약 체제에서 제한적으로만 이루어지는 단체협약 효력 확장으로 인해 단체협약 적용률[8)]이 낮고, 근로계약을 통한 근로조건 결정의 비중이 낮은(근

---

6) 이철수, "근로계약법제에 대한 방법론적 검토", 「노동법의 존재와 당위 : 김유성 교수 정년기념」, 박영사, 2006, 28면; 김홍영(2017), 157-161면.

7) 노동조합 조직률은 전체 근로자의 14.2%(민간부분은 11.2%)에 불과하고, 기업 규모별로 보면 300명 이상 기업의 조직률은 46.3%인 반면 30명 미만 기업에서는 0.2%, 30~99명 사업체에서는 1.6%에 불과하다(고용노동부, 2021년 전국 노동조합 조직현황, 2022).

8) OECD의 통계(OECD/AIAS ICTWSS 데이터베이스)에 따르면, OECD 회원국의 평균 노조조직률은 24%이지만 단체협약 적용률은 49%로서 2배가량 높은 수준

로계약의 백지성)[9] 우리 노사관계에서 취업규칙은 최저기준으로서 보충적으로 적용되는 것이 아니라 근로조건을 실질적 · 직접적으로 결정하는 중요한 근로조건 결정규범으로서 영향을 미치고 있다. 2009년의 실태조사(설문조사)에 따르면 취업규칙을 보유한 190개 기업 중 87.9%의 기업에서 취업규칙이 단체협약에 비해 활용도가 높거나 비슷하다고 응답하였고, 노사관계를 규율하기 위해 어떤 제도를 가장 많이 활용하는지에 대한 설문에는 취업규칙이라는 응답이 52%, 단체협약이 23%, 근로계약이 14%, 노동관행이 11%로 확인되었다.[10]

또한 근로기준법은 취업규칙에 '표창과 제재에 관한 사항'(제93조)을 기재하도록 하여 취업규칙을 직장질서의 확립 수단이자 근로자 징계의 근거가 되는 징계규범으로서 활용할 수 있도록 하고 있는데, 취업규칙을 사용자가 일방적으로 작성하는 이상 이에 기초한 징계를 허용하는 것은 사용자의 일방적인 징계권한을 인정하는 것과 마찬가지이다. 그러나 대등한 사인(私人) 관계인 근로관계에서 계약위반에 대한 위약벌이 아닌 질서벌로서의 징계를 허용하는 근거가 무엇인지가 불분명하고, 근로기준법 제23조를 통해 징계의 정당한 이유를 요구하는 것 이외에는 근로자의 방어권 보장을 위한 징계절차 및 징계양정에 대해서는 침묵하고 있어 근로자 보호에 미비점을 드러내고 있다.

인데, 우리와 노동조합 조직률이 비슷한 프랑스의 경우 조직률은 10.8%이지만 단체협약 적용률은 98%(2016년 기준), 스페인의 경우 조직률은 13.7% 이지만 단체협약 적용률은 80.1%(2018년 기준), 호주의 경우 조직률 13.7%에 단체협약 적용률은 61.2%(2018년 기준),로서 상당한 격차를 보인다. 반면 우리의 경우 조직률 11.6%에 단체협약 적용률은 14.8%(2018년 기준)으로 효력확장이 미미하다.

9) 고용노동부가 보급하고 있는 '표준근로계약서'에서는 그 기재사항으로 근로조건의 명시의무(근로기준법 제17조)가 있는 근로개시일, 근무장소, 업무의 내용, 근로시간(소정근로시간과 근무일/휴일), 임금(기본급, 상여금, 기타수당, 임금지급일, 지급방법), 사회보험 적용여부 만을 결정하도록 하고, 기타 이 계약에 정함이 없는 사항은 근로기준법령에 의하도록 하는 한편 근로계약, 취업규칙, 단체협약의 성실한 이행의무를 기재하고 있다.

10) 이정 · 박종희 · 하갑래, 「근로계약법제에 대한 방법론적 검토」, 고용노동부 학술연구용역보고서, 2009. 24면

이처럼 취업규칙 제도는 규범적 타당성과 정당성이 취약하고 이를 둘러싼 제도 운용 및 판례법리의 실효성과 정합성에 있어서 많은 문제점을 드러내고 있어 과연 이것이 유효적절한 근로조건 결정 및 직장질서 확립의 근거 규범인지에 대한 근원적 재검토가 필요하다.[11] 또한 취업규칙 제도가 처음 마련되던 1953년 근로기준법 당시와 비교했을 때 오늘날 21세기의 사회경제적 환경과 노사관계의 실태에는 엄청난 변화가 있었고, 산업화와 민주화를 거치며 헌법질서 및 노동법제 또한 점차적으로 발전해옴에 따라 취업규칙 제도의 현대적 의의와 실효성에 대해 재검토를 요청받게 되었다.

제2절 연구의 목적

본 연구는 그간의 취업규칙 제도 운영과정에서 제기된 규범적 타당성과 실효성에 대한 지적을 바탕으로 과연 현재의 취업규칙 제도가 근로조건 결정과 직장질서 확립 수단으로 바람직한 것인지를 재검토하고, 앞으로의 개선방안을 제시하는 것을 목표로 한다.

이를 위해 우선 논문의 2장에서는 취업규칙 제도의 형성과 전개과정에 대한 검토를 통해 과연 입법자가 취업규칙 제도를 도입한 취지는 무엇이고, 이것이 헌법과 근로기준법이 추구하는 근로자 보호의 관점에 부합하는 것인지를 살펴본다. 구체적으로는 취업규칙 관련 근로기준법 조문의 제정(1953년) 및 개정(1989년)의 배경과 국회에서의 논의를 살펴보는 한편, 우리 취업규칙 제도의 원형이라고 볼 수 있는 일본의 1926년 공장법 시행령과 1947년 노동기준법 상의 취업규칙 제도, 1891년 프로이센 영업법 등 유럽 취업규칙 제도의 도입 배경을 함께 검토한다.

3장에서는 근로조건 결정 및 직장질서 확립 수단으로서 취업규칙의 규범적 타당성을 검토한다. 이를 위해 우선 근로조건 결정 수단으로서 취업규칙

---

11) 이철수(2006), 32면.

의 효력과 법적 성질에 대한 기존의 논의를 검토하고, 헌법상 근로권과 단체교섭권, 경제질서와의 관계에서 취업규칙 제도의 헌법적 정당성을 검토한다. 또한 취업규칙에 근거한 근로자 징계와 관련하여 규범적 타당성을 검토한다.

4장에서는 취업규칙 제도의 운용과정에서 발생하는 쟁점에 대한 검토를 통해 근로자 보호라는 취업규칙 제도의 본래적 목적 실효적이고 정합적으로 달성하고 있는지를 검토한다. 구체적으로는 취업규칙의 작성과 관련하여 사용자에게 부여된 공법적 의무가 실효성 있게 준수되고 있는지, 취업규칙의 불이익변경 법리의 운용에 있어서 그 본래적 취지가 지켜지고 있는지, 취업규칙 이외의 다른 집단적 근로조건 결정 규범과의 관계에서 발생하는 문제는 없는지를 검토한다.

5장에서는 앞선 검토 결과를 토대로 취업규칙 제도의 개선 필요성을 도출하는 한편, 고용형태의 다변화, 근로조건 결정의 개별화 등의 사회경제적 변화 속에서 장기적으로 취업규칙을 포함한 근로조건 결정 시스템이 나아가야 할 방향을 제시하는 것을 목표로 하여 그 구체적 방안을 검토하는 한편 해외의 입법례를 함께 검토한다.

제3절 연구의 방법

본 연구를 진행하는데 있어 방법론으로는 1차적으로 취업규칙 제도와 관련된 기존의 저술과 입법사료를 중심으로 문헌연구를 진행하였다. 다만 취업규칙 제도의 운영실태에 대한 실증적인 연구는 상당히 부족한 실정인데, 이에 따라 그 제도 운용의 실태는 판례법리에서 문제가 된 사안 등을 제외하고는 한국노동연구원이 1993년과 2008년에 노동부에 신고된 취업규칙의 내용을 분석한 연구,[12] 노동부의 정책연구사업의 일환으로 2009년에 200개 기업의 실무자를 대상으로 취업규칙의 운용실태에 대해 실시한 설문조사[13]를 주

---

12) 이상덕 · 김정한 · 김성환, 「취업규칙 분석」, 한국노동연구원, 1993;김정한 · 문무기 · 윤문희, 「취업규칙 분석(Ⅱ)」, 한국노동연구원, 2008.

로 참고하였다. 또한 1989년 이전의 산업화 과정에서 취업규칙 제도가 정착되어가는 과정을 살펴보기 위해 '네이버 뉴스 라이브러리'에서 제공하는 조선일보, 동아일보, 경향신문, 매일경제의 4개 언론사의 과거 기사에서 '취업규칙'을 키워드로 검색하여 발견된 신문기사들을 활용하였다.

한편 사용자가 사업장 내에서 노무제공을 효율적으로 조직하여 활용하기 위해 직장 내의 행동수칙 등을 규칙(Works rule)으로 작성하는 것은 자본주의 생산양식 아래에서는 보편적인 현상이고, ILO의 용례에서도 Works Rule은 '경제활동이나 근로조건 및 직장규율 등의 노무제공의 방식에 대해 정한 문서'[14]로 포괄적으로 정의되고 근로자와의 합의로서 만들어진 것이나 사용자가 일방적으로 작성한 것을 모두 포괄한다.

그러나 우리의 취업규칙 제도와 같이 사용자가 일방적으로 작성하는 취업규칙을 통한 근로조건 결정의 효력을 인정하는 한편 그 작성의무 및 절차를 규율하는 입법례는 현재로서는 일본과 그 영향을 받은 대만[15] 정도만이 파악되고, 과거 이러한 방식의 근로조건 결정을 제도적으로 활용한 사례로서 독일, 프랑스, 벨기에의 사례가 언급되고 있다. 따라서 비교법적 연구의 대상으로는 논의에 대한 접근성 등을 고려하여 독일, 프랑스, 벨기에, 일본을 선정하였다.

---

13) 이정 · 박종희 · 하갑래, 「취업규칙 분석 및 제도개선방안연구」, 고용노동부 학술연구용역보고서, 2009

14) ILO, "works rules – conference paper", International labour review vol.82. no.3., 1960, pp.262-287.

15) 대만 근로기준법은 30인 이상을 사용하는 사용자에게 법정 기재사항을 포함한 공작규칙(工作規則)의 작성 및 신고의무를 부여하고(제70조), 법령에서 강제하거나 금지한다고 명시된 규정, 또는 그 밖에 해당 사업에 적용하는 단체협약을 위반하는 경우 그 취업규칙을 무효로 하고 있다(제71조).

제4절 취업규칙의 개념 정의

한편, 본격적인 논의를 전개하기에 앞서 취업규칙의 개념을 분명하게 정의할 필요가 있다. 우리 근로기준법은 취업규칙을 규율하면서도 이에 대해서 별도의 정의를 두지는 않고 있다. 학설은 취업규칙을 '사용자가 다수 근로자에게 획일적으로 적용하기 위하여 그 근로조건(직장규율 포함)에 관하여 설정한 준칙'[16] 또는 '사용자가 다수의 개별적 근로관계를 집단적이고 통일적으로 규율함에 있어서 그 편의를 위하여 근로계약의 내용이 되는 근로조건과 복무규정 및 직장질서에 관한 사항을 일방적으로 정해 놓은 것'[17] 등으로 파악하고 있다.

다만 이러한 정의방식은 취업규칙의 개념 정의에 불필요하게 사용자의 편의 내지 주관적 의사를 고려한다는 점에서 타당하지 않고, 근로기준법이 취업규칙을 제도화하여 규율하고 있는 이상, 취업규칙의 목적과 개념 또한 헌법 제32조와 근로기준법에서 밝히고 있는 '근로자의 기본적 생활보장과 향상'이라는 관점에서 파악되어야 하면 되는 것이지, 굳이 사용자의 편의라는 관점을 고려할 필요는 없다. 또한 취업규칙이 근로조건과 직장질서를 '집단적이고 통일적으로 설정'하는 것은 취업규칙을 작성한 결과로서 나타나는 효과일 뿐이므로, 이것이 취업규칙의 개념요소에 해당한다고 보기도 어렵다.

따라서 취업규칙의 개념은 근로기준법의 문언에 충실하여 도출하면 된다고 생각한다. 이에 따라 근로기준법 제93조 본문과 이른바 '필요적 기재사항'에 해당하는 각 호(특히 제13호)의 문언을 종합하면, 현행 근로기준법에서의 취업규칙이란 "사용자가 해당 사업 또는 사업장의 근로자 전체에 적용될 근로조건과 직장질서 등의 사항에 관하여 작성하는 규칙"으로 정의할 수 있다.[18] 판례도 이와 유사하게 취업규칙을 '근로자에 대한 근로조건과 복무규

---

16) 임종률, 「노동법」(제20판), 2022, 369면

17) 김형배, 「노동법」(제26판), 2018, 290면

18) 김재훈, "근로조건 변경의 법리", 서울대학교 박사학위논문, 1999. 102면은 '근로조건 관련성'과 '근로조건 준칙'을 취업규칙의 개념징표로 파악하고 있다.

율에 관한 기준을 집단적이고 통일적으로 설정하기 위하여 사용자가 일방적으로 작성한 준칙'으로 파악하고 있다.[19]

[19] 대법원 1977.7.26. 선고 77다355 판결; 노동법실무연구회, 『근로기준법 주해 Ⅲ』(제2판), 박영사, 681면.

제2장 취업규칙 제도의 역사적 의의와 목적

제1절 검토의 필요성

근로기준법은 1953년 제정 당시부터 “제9장 취업규칙”의 편제 아래 취업규칙과 관련된 규정을 두고, 상시 10인 이상의 근로자를 사용하는 사용자에게 법정 기재사항을 포함한 취업규칙의 작성 · 신고 의무를 부여하는 한편(제93조), 그 작성절차에 있어서 근로자 집단의 의견을 청취하도록 하며(제94조 제1항 본문) 작성된 취업규칙의 내용을 근로자에게 주지하도록 하고 있다(제14조). 또한 취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약 부분은 무효로 하고 무효로 된 부분은 취업규칙에서 정한 기준에 따르도록 하여 취업규칙에 최저기준으로서의 강행적 · 보충적 효력을 부여하는 한편(제97조), 취업규칙은 법령이나 해당 사업 또는 사업장에 대하여 적용되는 단체협약과 어긋날 수 없고, 이 경우 행정관청이 취업규칙 변경명령을 내릴 수 있도록 하였다(제96조). 또한 취업규칙에서 근로자에 대하여 감급(減給)의 제재를 정할 경우에 그 감액은 1회의 금액이 평균임금의 1일분의 2분의 1을, 총액이 1임금지급기의 임금 총액의 10분의 1을 초과하지 못한다(제95조).

그런데 취업규칙의 개념과 관련하여 이를 “사용자가 기업경영권에 기하여 사업장에 있어서의 근로자의 복무규율이나 근로조건의 기준을 획일적 통일적으로 정립하기 위하여 작성하는 것”[20] 또는“사용자가 다수의 개별적 근로관계를 집단적이고 통일적으로 규율함에 있어서 그 편의를 위하여 근로계약의 내용이 되는 근로조건과 복무규정 및 직장질서에 관한 사항을 일방적으로 정해 놓은 것”[21]으로 이해하는 견해가 있다. 이러한 이해에 따르면 취업규칙은 사용자의 기업경영상 필요에 의해 일방적으로 작성되는 것으로 이해

---

20) 대법원 1977.7.26. 선고 77다355 판결

21) 김형배(2018), 290면

되는데, 그럼에도 불구하고 근로기준법이 그 작성을 강제하는 한편 법적 효력을 인정하는 것은 근로자의 인간다운 생활 보장을 목적으로 하는 헌법과 근로기준법의 목적에 부합하는 것인가? 만약 그 제도적 취지가 근로자 보호에 있음이 확인된다고 하더라도, 구체적으로 취업규칙에 대한 법적 규율이 어떻게 근로자를 보호하게 되는 것인지, 과연 이것이 해외에서도 보편적인 근로자 보호 방식으로서 활용되고 있는 것인지에 대한 해명이 필요하다.

취업규칙 제도의 의의와 취지를 확인하기 위해서는 우선 법 제정 및 개정 당시 입법기관에서의 논의과정을 확인하여 입법자의 의사를 확인하는 것이 필요하다. 그러나 취업규칙 제도가 처음 마련된 1953년 근로기준법 제정 당시나 취업규칙의 불이익변경에 근로자 집단의 동의를 받도록 한 1989년의 근로기준법 개정 당시의 국회 속기록 등을 검토한 결과 이와 관련된 직접적인 논의는 이루어지지 않은 것으로 확인된다.

다만 우리 근로기준법 상의 취업규칙 제도는 1947년 제정된 일본 노동기준법의 취업규칙 관련 규정과 내용 및 법령 내에서의 편제도 거의 동일하다는 점에서 일본법을 계수한 것으로 평가할 수 있고, 이러한 일본 노동기준법 상의 조항도 그 연혁을 거슬러 올라가면 유럽의 취업규칙 제도, 특히 그 중에서도 1891년 독일(프로이센) 영업법(Gewerbeordnung)상의 취업규칙(Arbeitsordnung) 제도에서 많은 영향을 받은 것으로 알려져 있다.[22] 따라서 본 연구에서는 유럽에서의 취업규칙 제도의 형성과정을 먼저 살펴보고, 이것이 일본을 거쳐 우리 근로기준법으로 계수되는 과정을 통해 취업규칙 제도의 역사적 의의와 목적이 무엇이었는지를 확인하고자 한다.

또한 1953년 근로기준법 제정 이후 취업규칙 제도와 관련된 법개정의 연혁을 함께 검토하는 한편, 그 배경을 보다 잘 이해하기 위해 취업규칙 제도가 어떻게 우리 노동현장에 정착하게 되었는지를 살펴본다.

---

22) 西谷敏, “日本労働法の形成発展過程における外国法の影響”, 近畿大学法科大学院論集 第5号, 2009, 10-12면; 박귀천(2016). 57면,

제2절 취업규칙 제도의 형성 : 유럽과 일본의 경험

I. 제도화되기 이전의 취업규칙

사용자가 일방적으로 근로자의 근로규율을 정하기 시작한 것은 산업혁명의 시작과 동시에 이루어졌다. 처음으로 공장에서의 근로규율을 확립하기 시작한 것으로 알려진 것은 수력방적기를 발명하여 산업혁명을 가속화 한 영국의 Arkwright 공장인데,[23] 이러한 규칙(Works Rules)은 영국 뿐만 아니라 프랑스(Le règlement d'atelier 또는 Le règlement d'usine), 독일(Arbeitsorndung 또는 Fabrikordnung)에서도 작성되었다.

이 당시의 사용자들이 근로자의 근로규율을 확립하고자 했던 것은 산업시대의 생활양식에 익숙하지 않은 근로자들을 통제하기 위한 것이었다. 상대적으로 노동의 수행이 자유롭게 이루어지던 기존의 가내수공업이나 농업과 달리 공장에서의 노동은 시간을 단위로 엄격하게 통제되었는데,[24] 이러한 통제에 익숙하지 않은 근로자들이 지각 또는 결근하거나 업무를 성실히 수행하지 않게 되면 이윤이 저하되기 때문이다. 또한 이 시기의 사용자들은 근로자들의 행태를 규율하는 것이 이들의 도덕적 결함을 교정하는 것으로 보고, 프로테스탄트 윤리와 같은 이데올로기를 통해 노동규율을 정당화하였다.[25] 이 당시 영국의 1823년 주종법(master and servant act)는 근로자가 임의로 근로계약을 종료하거나 결근하는 등으로 근로계약에 불복종하는 경우 형사처벌까지 받을 수 있도록 하고 있었다.[26]

---

23) 강희원, “근로기준법상 취업규칙의 개념에 대한 일고찰”, 노동법학 제42호, 2012, 91면; S. Polland, “Factory Discipline in the Industrial Revolution”, The Economic History Review Vol.16 No.2 , 1963, p. 258

24) E.P. Thompson, “Time, Work-discipline, and industrial capitalism”, Past & Present No. 38, 1967, p. 83.

25) 송규범, “영국의 산업혁명과 노동세계의 변화”, 서원대학논문집 18권, 1986, 226-227면.

26) S. Deakin & F. wilkinson, “the origins of the contract of employment”, 「The

이처럼 노동관계에 대한 법적 규율이 전혀 이루어지지 않던 산업혁명 초기의 상황에서 취업규칙은 공장제 노동이 점차적으로 확대되는 과정에서 임금과 근로시간 등의 근로조건을 통일적으로 규율하는 역할도 맡게 되었다.[27] 그러나 현실에서는 사용자가 일방적으로 작성하는 취업규칙의 내용을 근로자가 알지 못하는 경우가 대부분이었고, 또한 그 위반에 대한 금전적 징계(벌금)도 가혹하게 책정되어 근로자의 생계를 위협하게 되었다. 때문에 이 시기의 노동운동은 단결의 승인과 함께 가혹한 벌금을 금지할 것을 요구하였다.[28] 또한 취업규칙을 통해 근로자의 사생활을 과도하게 침해하는(예컨대 근로자 간의 결혼을 금지) 경우도 발생하면서,[29] 사용자의 일방적인 취업규칙 작성에 대한 법적 규율의 필요성이 점차적으로 제기되었다.

한편 이 시기의 취업규칙은 경제적 우위에 있는 사용자가 일방적으로 작성하는 것임에도 계약으로서 효력을 갖는 것으로 해석되었는데, 이는 근로자가 취업규칙의 내용을 알면서도 계속 근로하는 것은 취업규칙의 적용에 동의한 것이므로 이를 기초로 한 징계나 벌금부과도 정당하다는 주장(일종의 순수계약설)에 기초한 것이었다. 대표적인 것이 프랑스의 1886년 사보(Sabot) 판결

Law of the Labour market」, oxford press, p.70. 이러한 형사처벌 조항은 1875년 Employers and Workmen Act 1875에서 근로계약상의 의무위반에 대해서 손해배상 청구만을 할 수 있도록 하기 전까지 유지되었다.

27) 이철수, "취업규칙에 대한 판례법리와 문제점", 사법행정 제34권 제8호, 1993, 13면.

28) 대표적인 것이 러시아의 사회주의 혁명을 주도한 레닌이 작성한 '공장 노동자에게 부과되는 벌금에 관한 법률의 해석'(1895)와 같은 것이었는데, 이 글에서 레닌은 벌금은 손해배상과 달리 근로자의 종속성에서 비롯된 것으로, 러시아에서 제정된 1886년의 벌금법이 벌금의 사유와 최대 벌금을 제한하고 있음에도 불구하고 벌금을 통해 노동계급을 억압하는 것이 계속되고 있음을 지적하였다.
"And so fines appeared on earth not very long ago—together with the big factories, together with large-scale capitalism, together with the complete split between the rich masters and the ragged workers. Fines are the result of the complete development of capitalism and the complete enslavement of the worker"(V.I. Lenin, "Explanation of the Law on Fines Imposed on Factory Workers", 「Lenin Collected Works」, Progress Publishers, 1895)

29) W. Hromadka, "Arbeitsordnung und Arbeitsverfassung", ZfA, 1979, 203-204.

이다.[30] 이는 오뷰쏭(Aubusson) 지역의 여성 근로자가 작업장에 게시된 취업규칙을 어기고 작업장에 나막신(sabot)을 신고 들어와 취업규칙에서 정한 10프랑의 벌금을 물게 된 사안이었는데, 지방노동재판소(conseils de prud'hommes)는 이러한 취업규칙의 효력을 인정하면서도 의무가 일부 이행되었을 경우 이를 감액할 수 있도록 하는 당시 프랑스 민법 1321조에 따라 벌금을 0.5프랑으로 감액하였다. 반면 상급심인 파기원은 이 사안에서는 의무의 일부 이행은 문제되지 않으므로 해당 조문을 적용할 여지는 없고, 민법 1134조와 1152조에 따라 '법적으로 형성된 약정'(conventions légalement formées)인 취업규칙의 내용이 그대로 적용된다고 보아 지방노동재판소의 결정을 파기하였다. 이외에도 프랑스 파기원은 보일러 공장의 취업규칙상 임금지급 시기에 대한 규정이 문제된 사안에서도 취업규칙의 규정이 공서(l'ordre public)에 반하지 않는 이상 약정으로서 이해당사자를 유효하게 구속한다고 보았다.[31]

II. 취업규칙에 대한 제도적 규율

이처럼 산업혁명기 유럽에서 등장한 취업규칙은 대공장의 근로규율과 근로조건을 규율하는 수단으로 널리 자리잡게 되었으나, 노동운동이 점차적으로 성장함에 따라 근로조건에 대한 분쟁이 증가하고, 가혹하고 임의적인 징계에 대한 저항이 커져가면서 징계[32] 와 취업규칙에 대한 규율 필요성이 점

---

30) Cass. civ., 14 fev. 1866; 이은주, "프랑스 근로계약 변경에 관한 논의와 그 시사점", 노동법학 제74호, 2020, 173-174면; F. Hordern, "Le règlement d'atelier au XIXème siècle", 「cahier n°3 de l'Institut régional du travail de l'Université d'Aix-Marseille II」, 1991. p.118.

31) F. Hordern, ibid, p.119.

32) 취업규칙을 제도로서 수용하지 않은 국가들에서도 징계, 특히 벌금과 같은 금전적 징계에 대한 법적인 제한 이루어졌다. 러시아 뿐만 아니라 영국의 경우에도 1896년의 Truck Act 개정을 통해 벌금의 액수가 합리적이고 그 내용이 근로자에게 서면으로 제공될 것을 요구하였고, 이를 사용자의 이익을 위해 활용하지 못하도록 하였다. 이탈리아의 민법과 근로자헌장법은 사용자의 징계권을 명시적

차적으로 제기되었다.

이에 따라 취업규칙을 제도로서 수용하여 규제하고자 했던 사례로는 독일(프로이센), 벨기에, 프랑스의 사례가 있고, 일본의 취업규칙 제도는 이러한 유럽의 취업규칙 제도의 영향을 받아 만들어졌다.

1. 독일의 취업규칙 제도

1) 취업규칙에 대한 입법적 규율 시도

18세기 중반 이후 유럽 대륙에서 사용자의 일방적 권한 행사를 법적으로 규율하고자 하는 시도가 전개되었다.[33] 이와 관련된 최초의 시도로 알려져 있는 것은 1844의 취리히 경찰법(Zürcher Polizeigesetz)인데, 이는 사용자가 근로자를 대상으로 작성한 규정(Vorschriften)을 준수하도록 하는 한편, 이것이 작업장에 게시되어 근로자들에게 알려지는 동시에 지방 행정관청에 제출되어야만 그 법적 구속력을 인정하고자 하였다.

나아가 1859년의 취리히 공장노동자의 상황에 관한 법률(Gesetz betreffend die Verhältnisse der Fabrikarbeiter)은 사용자가 공장 내 질서와 품위를 유지하기 위해 일반적인 규정을 제정하고 이를 위반한 경우 벌금을 부과할 수 있도록 했다. 그러나 공장 규정에서 언급되지 않은 벌금은 부과할 수 없었으며, 벌금은 특히 노동자의 이익을 위해 지원 기금으로서 사용되어야 했다. 또한 이는 지방 관청에 제출되어 승인을 받아야 했고, 관청은 취업규칙이 법률이나 공정성을 침해하는 내용을 포함하지 않은 경우에만 이를 승인할 수 있었다.

또한 같은 시기 1859년의 오스트리아 영업법(Gewerbeordnung)은 20인 이

으로 인정하면서도, 그 징계권의 행사 요건으로서 징계규범이 사전에 특정되어 모든 근로자가 볼 수 있는 장소에 게시됨으로써 근로자에게 주지될 것을 요구함으로써, 징계에 있어 취업규칙과 유사한 절차적 제한을 두고 있다(박지순, "징계제도의 법적 구조 및 개별쟁점의 재검토", 노동법포럼 제1호, 2008, 231-234면)

33) W. Hromadka, Ibid, pp. 208-211; 박지순(2008), 226-229면

상의 근로자를 고용하는 사업장에 취업규칙의 작성을 의무화하고, 중요한 근로조건을 기재하여 행정관청에 제출할 것을 요구하였다.

2) 1891년 영업법 개정을 통한 제도적 규율

이처럼 지방정부 차원에서 취업규칙을 제도화 하고자 하는 시도가 진행되었고, 독일 제국의회에서도 국가법으로서 취업규칙을 규율하고자 하였다. 당시 제국의회에서는 근로조건과 관련하여 근로계약을 보충하는 한편, 고용관계에서 근로자가 따라야 하는 기업의 기술적, 경제적 질서를 유지하는 것을 목적으로 취업규칙을 법적으로 규율하고자 하였고, 이러한 제안에 대해서는 사적인 법률관계에 국가가 개입한다는 점에서 반대 주장이 제기되기도 하였으나, 근로조건을 명확히 하여 근로계약의 불명확성에서 발생하는 분쟁을 막아 산업평화에 기여한다는 점에서 이러한 개입은 정당화 되었다.[34] 논의 결과 마침내 1891년 6월 1일, 독일 영업법 제7장 상업적 노무제공자(Gewerbliche Arbeiter)의 “IV. 공장근로자와의 관계(Verhältnisse der Fabrikarbeiter)”에 취업규칙과 관련된 규정을 도입하게 되었다.[35]

1891년 개정 영업법에 따르면 통상 20인 이상의 근로자를 고용하고 있는 공장에서는 이 법이 시행된 후 혹은 사업 개시 이후 4주 이내에 취업규칙이 공포(erlassen)되어야 하고, 이는 게시를 통해 이루어지며, 사업 내 개별 부서나 개별 근로자 집단에 대해서는 별도의 취업규칙이 작성될 수 있다(134a의 1문). 또한 취업규칙의 내용의 변경은 기존 취업규칙 대신에(an Stelle) 새로운 취업규칙을 공포하는 방식 또는 추록(Nachträgen)의 공포를 통해서만 이루어질 수 있다(134a의 3문). 취업규칙에는 그 효력이 발생되는 시점이 기재되어야 하고 공포한 사람이 날짜를 기재하여 서명해야 하며(134a의 2문), 취업규칙 및 그 추록은 그 공포일 이후 최소한 2주 이후에 효력이 발생한다

---

34) W. Hromadka, Ibid, pp.211-213.

35) 이하 독일 영업법 상 취업규칙 관련 조문의 번역은 박귀천(2016), 54-56면; 강희원(2012), 95-99면의 번역을 바탕으로 정리하였다.

(134a의 4문).

또한 취업규칙에는 매일의 통상적인 시업과 종업시각 및 성인근로자에 대한 휴식시간(1호), 임금 정산시점 및 종류와 임금지급(2호), 법률 규정이 없는 경우 해고기간과 해고예고 없이 해고시킬 수 있는 사유(3호), 징계가 예정되어 있는 경우 그 종류와 정도 및 금전적 징계에 대해서는 그 목적과 금원의 사용 목적(4호), 취업규칙이나 근로계약에서 임금 몰수를 규정하고 있는 경우 몰수된 임금의 사용(5호)에 대해서 기재하여야 한다(134b의 1문). 또한 명예나 선량한 풍속을 해치는 징계 규정은 취업규칙에 기재할 수 없고, 금전적 징계는 1일 임금의 1/2를 초과해서는 안된다. 또한 모든 벌금은 공장 근로자들의 이익을 위해 사용되어야 한다(134b의 2문). 공장 소유자는 정해진 기재사항 이외에도 사업 내 질서와 근로자 행위에 관한 규정을 취업규칙으로 정할 수 있고, 상설 노동자위원회(Arbeiterausschusses)의 동의가 있으면 스스로의 이익을 위해 공장 관련 시설을 사용하는 근로자의 행위와 사업장 밖 연소 근로자의 행위에 대한 규정을 취업규칙에 포함할 수 있다(134b의 3문).

취업규칙의 내용은 법률에 위반되지 않는 이상 사용자와 근로자를 법적으로 구속(rechtsverbindlich)한다(134c의 1문). 취업규칙이나 동법 123조(즉시해고) 및 124조(기간만료 전 사직)와 달리(Andere als die) 해고사유나 근로관계 종료 사유를 근로계약으로 정할 수 없고, 취업규칙에서 정한 것과 다르게 근로자를 징계할 수 없으며 징계는 지체없이 결정되어 근로자에게 알려져야 한다(134c의 2문).

취업규칙 또는 그 추록의 공포 이전에 공장 또는 관련 부서에 종사하는 근로자들에게 취업규칙의 내용에 대해 의견을 표명할 기회가 주어져야 하고(134d의 1문), 이는 상설적인 노동자위원회가 있는 경우에는 그 노동자 위원회의 의견을 듣는 것으로 충족된다.(134d의 2문) 이 때 상설적 노동자위원회는 기업 의료보험기금 또는 근로자를 위한 기금을 위해 선출된 이사회 또는 선임 광부협회, 대부분의 위원이 근로자들로부터 선출되어 1891년 1월 1일 이전 구성된 노동자위원회, 그리고 공장 또는 관련 부서의 성인 근로자들이

직접 비밀투표로 선출한 대표기구가 해당한다(134h). 취업규칙 및 그 추록에 대해 노동자에 의해 이의가 표시된 경우, 취업규칙 및 그 추록이 공포된 후 3일 이내에 134조의d의 규정이 어떻게 충족되었는지에 대한 설명을 행정관청에 제출하여야 한다(134의e 1문).

취업규칙은 모든 근로자들이 접근할 수 있는 적절한 장소에 게시되어 항상 읽을 수 있는 상태로 유지되어야 하고. 모든 근로자들에게 취업과 함께 교부되어야 한다(제134의e 2문). 그리고 취업규칙의 내용이 법률에 위반되는 경우 행정관청의 지시에 의해 법률에 부합하는 규정으로 변경될 수 있다(134조의f).

한편 1차대전 이후인 1918년에는 단체협약령(Tarifvertragsordnung)이 제정되면서 단체협약에 어긋나는(abweichen) 근로계약을 무효로 하는 규범적 효력을 부여하였는데, 이에 따라 계약적 효력이 인정되던 취업규칙 또한 단체협약의 내용에 어긋날 수 없게 되었다. 또한 1919년에는 바이마르 헌법이 '근로자는 사용자와 동등한 자격으로 서로 공동하여 임금 및 근로조건의 규율과 생산력의 전체적인 경제적 향상에 협력한다'(제165조 제1항)는 점을 천명하였고, 이를 구체화하는 직장평의회법(Betriebsrätegesetz)이 1920년에 마련되면서 직장평의회 위원과 사용자의 합의로 취업규칙을 정하도록 하고(제78조 제3항), 징계의 결정은 사용자와 직장평의회가 공동으로 하도록 하고 불일치할 경우 중재위원회가 판단하도록 했다(제80조)

하지만 1933년 나치당이 집권하면서 모든 노동관계는 국가 노동규칙에 관한 법률(Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit)에 의해 규율되면서 직장평의회는 해체되고 노동조합의 활동은 금지되었는데, 이는 사업주는 사업의 지도자(Führer)로서, 근로자는 신의공동체(Gefolgschaft)로서 국가의 공동이익을 위해 일한다는 관념하에 근로조건을 기존의 취업규칙과 같이 일방적인 사업장규칙(Betriebsordnung)에 의해 정하도록 하였다.[36]

---

36) 박귀천(2018), 59면.

2. 벨기에의 취업규칙법

취업규칙이 사용자의 권한행사 수단으로서 활용되던 것은 독일과 프랑스에 인접한 벨기에에서도 예외는 아니었다. 이에 벨기에는 1896년 취업규칙법(Loi du 15 juin 1896 sur les règlements d'atelier)을 제정하여 취업규칙을 법적으로 규율하였다.

동법은 10인 이상의 근로자를 사용하는 기업에 취업규칙(les règlements d'atelier)의 작성의무를 부여하였다(제1조 제1항). 또한 취업규칙에는 시업과 종업시간, 휴식 및 휴일, 임금의 결정방법 및 지급 주기 등을 반드시 기재하도록 하였고(제2조), 계약종료의 통지기간, 징계의 종류와 내용에 대해서 정해진 사항이 있는 경우에는 이를 취업규칙에 기재하도록 하였다(제3조). 취업규칙과 달리 근로자를 징계하는 것은 허용되지 않았고, 근로자를 징계하는 경우 그 징계의 유형과 내용이 기록하여 근로감독관이 확인할 수 있도록 해야 했다(제4조).

그리고 취업규칙의 효력과 관련하여서는 이 법을 준수하여 작성된 취업규칙에 기재된 사항은 근로계약에서 정한 조건으로서 당사자를 구속하도록 하였다(제10조).

또한 취업규칙의 작성과 변경은 그 효력이 발생하기 이전에 게시되어 근로자들이 확인할 수 있어야 하며, 게시 이후 15일이 지나야 효력을 가지며, 그 기간동안 근로자 또는 근로자의 대표자가 의견을 작성하여 제출할 수 있도록 했다(제7조 제1항 및 제2항).[37] 또한 취업규칙은 사업장에 게시되어야 하며(제11조 제1항), 취업규칙은 사업장의 모든 근로자가 이해할 수 있도록 프랑스어와 플라망어(북부 벨기에 방언), 독일어 등으로 작성하여 모든 근로자가 이해할 수 있도록 하였다(제11조 제2항).

그리고 취업규칙에는 근로감독 관청의 명칭과 주소가 아래에 기재되어야 했다(제11조 제3항). 완성된 취업규칙은 노동재판소(conseil de prud'hommes)

---

37) 또한 동 법 제7조제3항과 제4항은 근로자의 의견을 익명으로 제출하거나 근로감독관을 통해 제출하는 것도 허용하였다.

및 근로감독기관(l'inspection du travail)에 최종 취업규칙의 사본을 보내야 한다(제7조 제5항). 또한 사용자가 취업규칙의 작성에 대한 절차적인 규정을 위반하는 경우 벌금으로 처벌할 수 있도록 하였다(제15조 내지 17조).

2차대전 직후인 1948년에는 경제조직에 관한 법률(Loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie)이 제정되었는데, 동법 제15조 제1항은 사용자대표와 근로자대표로 구성되는 노사협의회(Conseils d'entreprise)를 통해 취업규칙의 작성 및 변경이 이루어지도록 하였다(d호). 이후 1965년에는 노동규칙법(Loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail)을 새로이 제정하여 1896년의 취업규칙법을 대체하게 되고, 이 법이 현행 취업규칙 제도의 규율 근거가 되고 있다(현행 제도의 내용은 5장에서 자세히 소개함).

3. 프랑스의 취업규칙 제도

프랑스에서도 19세기 후반부터 노동운동이 성장하면서 가혹한 취업규칙에 저항하는 파업도 빈발하게 되었다. 이에 취업규칙에 대한 법적 규율이 1890년부터 시도되었는데, 이는 금전적 징계(벌금)을 금지하는 한편, 취업규칙의 작성과 적용에 근로자대표와 사용자대표로 구성된 위원회가 참여하도록 하는 것이었다.[38] 또한 취업규칙을 작성을 의무화하고 지방노동재판소 등의 관청의 승인을 받도록 하는 것도 제안되었으나, 구체적인 법제정으로까지 이어지지는 않았다.

사용자의 일방적 권한을 제한하는 입법은 1909년에 들어서야 이루어졌는데, 당시 상원의 노동위원회는 금전적 징계(벌금)는 사업장규칙에 규정이 있는 경우에만 가능하도록 하고, 그 감액의 범위는 1일 임금의 1/4를 넘지 못하도록 했다. 또한 이는 종업원구제기금(caisse de secours du personnel)으로 사용되며, 그 내역은 노동감독관이 볼 수 있도록 기록되어야 했다.

취업규칙이 노동법전을 통해 명시적으로 규율된 것은 1932년의 노동법개

38) F. Hordern, ibid, pp.123-127.

정(LOI DU 5 FEVRIER 1932)에 의해서였는데, 이는 사업장에 취업규칙(règlement intérieur)이 존재하는 경우 취업규칙은 근로자의 근로장소 및 채용장소에 게시(affiché) 되어야 하며, 나아가 취업규칙과 그 변경은 사업장 소재지의 지방노동재판소에 제출되어야 했다(노동법전 1권의 22조a). 그리고 취업규칙의 위반에 대한 금전적 징계(벌금;sanctionner par des amendes)의 부과를 원칙적으로 금지하면서, 법령상 조건을 갖춘 경우 행정관청의 승인을 통해 예외적으로 금전적 징계를 허용하였다(노동법전 1권의 22조b). 그 조건으로는, 금전적 징계는 질서위반(manquements à la discipline) 및 보건안전에 대한 규정 위반에 대해서만 이루어질 수 있고, 감액의 비율은 고정되어 있어야 하며 벌금은 1일 임금의 1/4를 넘을 수 없고, 수납된 금전은 근로자의 이익을 위해서 사용되며 근로감독이 이루어질 수 있도록 그 내역이 기록될 것 등이었다.

이후 2차 세계대전이 발발하였고, 1944년 다시 수립된 프랑스 정부는 전후 복구과정에서의 원활한 노동력 배치를 위해 직업소개와 해고 등에 대한 통제를 강화하였고, 이 과정에서 취업규칙의 작성을 의무화하면서 집단해고(licenciement collectif)에 관련된 사항을 기재하도록 하였다.[39] 이에 따라 사업장 내에서 해고의 기준(ordre), 집단해고와 연공(ancienneté), 가족부양(charges de famille)에 대해 적용되는 단체협약이 존재하지 않는 경우, 사업장위원회(comité d'entreprise) 또는 근로자대표(délégués du personnel)가 있는 경우 이와 협의(avis)한 후 작성되어야 했다. 이후 노동법전은 취업규칙을 20인 이상의 사업장에서 의무적으로 작성하도록 규정하였고, 취업규칙의 작성 및 변경에 대해서는 사업장위원회 또는 근로자대표의 의견을 들어야 했다. 또한 취업규칙은 행정관청에 신고가 이루어져야 했고, 이에 대한 근로감독관의 내용통제가 새로이 규정되었다. 다만 사업장규칙의 내용에 대해서는 별다른 제한을 두지 않아 사용자는 기업 내부 조직, 징계규정, 근로자의 지위 등의 다양한 내용을 취업규칙에 정할 수 있었다.

---

39) Ordonnance n® 45-1030 du 24 nui 1945 relative au placement de travailleurs etau contrôle de l'emploi.

이러한 프랑스의 취업규칙 발전 과정을 3단계로 정리하면,[40] 먼저 18세기에는 재산권의 절대우위와 계약자유에 대한 존중의 결과로 사용자가 기업과 근로자를 지배할 수 있도록 하고, 취업규칙은 사용자에 대한 근로자의 권한을 표시한 것으로 여겨졌다. 20세기의 초반은 본격적인 노동입법이 전개되면서 국가가 사용자의 권한 남용으로부터 근로자를 보호하기 위하여 개입하여 사업장 규칙의 작성에 근로자대표의 협의를 거치도록 하고, 근로감독관이 개입할 수 있도록 하며 그 내용에 대해서 제한을 가하는 시기였다. 2차대전 이후로는 노동조합의 성장에 따라 규범적 자치를 인정하는 시기로서, 단체협약과 취업규칙의 중첩이 발생하는 시기이다.

결국 1960년대 이후 취업규칙은 역할이 증대되는 반면 그 법적 성질에 대한 논란이 이어졌고,[41] 결국 1982년 오루법(la loi Auroux) 개정을 통해 단체협약을 통해 정할 수 있는 사항과 취업규칙을 통해 정할 수 있는 사항이 분리되었고, 이것이 현재까지 이어져오고 있다.

4. 일본 노동기준법상의 취업규칙 제도

1) 1926년 공장법 시행령

일본의 취업규칙제도는 1891 독일 영업법을 비롯한 유럽의 취업규칙제도로부터 영향을 받은 것으로 알려져있다. 일본에서 최초로 취업규칙의 제도화가 논의된 것은 1898년(메이지 31년) 공장법 제정 당시에 이루어졌는데, 이 시기에 이미 복무규율과 그 위반에 대한 제재 근거로서 취업규칙이 현실에서 활용되고 있었고, 취업규칙의 효력을 발생시키기 위해 근로계약에 근거규정을 두는 사례가 적지 않게 이루어졌다고 한다.[42]

---

40) G. Lyon-Caen, “Une anomalie juridique : le règlement intérieur”, Recueil Dalloz Sirey, 1969, p.247.

41) G. Lyon-Caen, ibid. pp.247-249.

42) 浜田冨士郎,「就業規則法の研究」, 神戸大学研究双書刊行会, 1994, 5면

당시 공장법안 제16조에서는 '직공규칙'이라는 명칭으로 휴일, 근로시간 및 휴식시간, 상여금 및 징계, 임금 등에 대해 공업주가 직공규칙을 작성하여 행정관청의 승인을 받도록 하고, 이를 위반할 경우 과태료를 부과하고자 하였는데, 이는 취업규칙의 구속력을 전제로 하여 노사간의 권리의무를 명확히 하여 노사 간의 분쟁발생을 예방하는데 그 목적이 있었다. 다만 공장법이 최종적으로 입법되는 과정에서 이에 관련된 내용은 제외되었다. 이 시기에는 취업규칙은 커녕 근로계약에 대한 법의식도 제대로 형성되지 않아 취업규칙을 제도화 한다고 하더라도 취업규칙이 준수될 것을 기대하기가 어려울 것이라고 보았기 때문이다.[43]

취업규칙이 법제도로서 성립한 것은 1926년(대정 15년) 공장법 시행령 및 시행규칙 개정이었다. 당시 공장법 시행령 제27조의4는 상시 50인 이상을 사용하는 공업주는 지체없이 취업규칙을 작성하여 지방관청에 제출하도록 했으며(제1항), 취업규칙에는 근로시간, 임금, 제재, 해고 등에 관한 사항을 기재해야 했다(제2항). 지방관청은 필요한 경우 취업규칙을 변경하도록 명령할 수 있었다(제3항). 또한 공장법 시행규칙 제12조는 취업규칙을 적당한 방법으로 직공들에게 주지하도록 하였다. 이는 여전히 근로관계의 명확화를 도모하는 한편 국가의 개입을 통해 근로조건과 복무규율의 내용을 변경할 수 있도록 하여 근로자를 보호하고자 하는 것이었다. 법 시행 이후 상당수의 작성대상 공장에서 취업규칙이 작성 · 신고되었고, 그 내용도 과도하게 근로자를 제재하는 것은 많지 않았다고 한다.[44]

이후 전시체제가 본격화 되면서 취업규칙은 노무관리 수단으로서 활용된다. 1942년의 중요사업장노무관리령 및 시행규칙은 취업규칙에 대해 후생대신의 인가를 받도록하고, 임금 등의 구체적인 근로조건에 대해서는 국가총동원법에 따른 종업원고용제한령, 임금통제령 등으로 세부적으로 규율하는 등 이 시기에는 공장법의 취업규칙 제도보다 강화된 형태로 취업규칙을 규율하였다.[45]

---

43) 浜田冨士郎(1994), 7면

44) 浜田冨士郎(1994), 15면

2) 1947년 노동기준법

이후 2차대전 종전 이후 미군정이 시작되었고, 이 시기에 노동기준법 제정 논의가 본격화된다. 노동기준법은 후생성의 노동보호과가 노동기준법의 초안을 마련하고(1946년 3월~7월), 이를 노무법제심의회에서 검토한 다음(1946년 7월~12월), 의회에서 최종적으로 심의 검토(1947년 3월)되어 통과되었다. 당시 법 제정 과정에서 사용자측은 취업규칙 제도에 대한 이의를 제기하지 않았고, 노동자 측도 취업규칙을 통한 규율 자체에는 이견을 제기하지 않았다고 하여, 취업규칙 제도가 노사 당사자들에게 원리적으로 수용되고 있었음을 알 수 있다.[46]

당시 후생성이 마련한 노동기준법 초안 중 취업규칙 관련 부분은 노무법제심의회와 의회에서 대부분이 수용되어 노동기준법에 반영되었다. 노동기준법상 취업규칙 제도는 사용자에게 취업규칙 작성 의무를 강화하고 그 기재사항을 확대하며, 취업규칙에 대해 근로자의 의견을 청취하도록 하는 한편, 근로계약과의 관계에서 취업규칙의 최저기준적 효력을 승인하였다는 점에서 이전의 취업규칙 제도와 큰 차이를 보인다. 또한 행정관청이 취업규칙 변경 명령을 내릴 수 있는 요건이 '필요하다고 인정되는 경우'에서 '법령 또는 단체협약에 위반되는 경우'로 축소되었는데, 이로 인해 취업규칙에 대한 행정관청의 합리성 심사의 가능성이 축소되는 대신 노동기준법에서 정한 법정 최저근로조건 기준의 준수여부를 확인하여 취업규칙을 통해 일종의 근로감독이 가능하게 되었다는 견해가 있다.[47]

다만 초안에서는 취업규칙에 대한 근로자 집단의 동의를 받도록 하였으나, 논의과정에서 사용자에게 취업규칙의 작성의무를 부여하면서 그 성립에 있어서 근로자 집단의 동의를 받도록 하는 것은 이치에 맞지 않을 뿐만 아니라

---

45) 浜田冨士郎, 앞의 글. 18-19면; 강주리, "취업규칙법제의 재검토 – 집단적 참가의 구축을 중심으로", 노동법학 제83호, 2022, 124면.

46) 浜田冨士郎(1994), 35-36면.

47) 浜田冨士郎(1994), 46면.

실질적으로 단체협약의 작성을 법으로 강제하는 것과 동일하다는 문제가 지적되어 현행과 같이 의견청취의무로 변경되고,[48] 또한 의견청취의 상대방도 '(모든)노동조합'에서 '과반수조합(또는 과반수대표자)'로 변경되었다.[49] 이처럼 일본에서 과반수 노동조합을 1차적인 근로자 집단의 대표로 상정한 것은 2차대전 이후 1950년대 초반까지 노동조합 조직률이 40%를 상회하는 상황에서 자연스럽게 받아들여졌을 것이라는 설명이 있다.[50]

일본 노동기준법의 취업규칙 제도는 우리의 제정 근로기준법상 취업규칙 제도와 거의 유사하게 상시 10인 이상을 사용하는 사용자의 취업규칙 작성ㆍ신고를 의무화 하고(89조 1항), 취업규칙의 필요적 기재사항을 정하고(89조 1항;다만 기재사항에는 약간의 차이가 있다), 사업장 내 과반수 근로자 대표의 의견 청취를 의무화 하는 한편(90조)[51], 근로자에 대해 취업규칙을 주지하도록 하였다(106조 제1항). 또한 취업규칙에 미달하는 근로계약은 무효로 하는 최저기준효를 인정하였다(구 93조;현행 노동계약법 12조).

III. 취업규칙 제도 형성과정의 시사점

이처럼 사용자가 경제적으로 우월한 지위에서 근로자의 근로규율을 확립하기 위해 작성하였던 초기의 취업규칙은 점차적으로 근로조건까지 규율하는 것으로 확대되었다. 그러나 사용자가 근로자의 행태에 대해 과도한 징계(특히 벌금)을 예정하거나, 취업규칙의 내용을 근로자들에게 알리지 않아 근로조건 등을 둘러싸고 분쟁이 발생하는 일이 빈발하게 되면서 취업규칙에

---

48) 박은정, "일본의 과반수근로자대표제도의 연혁과 법제화 논의", 「기업 내 근로조건결정법리」, 한국노동연구원, 2010, 91면.

49) 강주리(2022). 124면.

50) 박은정(2010), 92면.

51) 일본 노동기준법상 의견청취의 대상은 과반수 노동조합(또는 과반수를 대표하는 자)인데, 당초 우리 근로기준법도 제정 당시에는 과반수 노동조합(또는 과반수를 대표하는 자)의 의견을 듣도록 하였으나, 1989년 법개정을 통해 '근로자 과반수'의 의견을 듣도록 하였다.

대한 법적인 규율 필요성이 제기되었다, 이에 따라 사용자의 취업규칙 작성을 의무화하고 근로자들에게 그 내용을 알리도록 해 직장질서와 근로조건의 내용을 명확히 하는 것이 근로자 보호를 위해 취업규칙을 제도적으로 수용한 일차적인 목적이라고 할 수 있다. 그리고 작성된 취업규칙에 법적 구속력을 부여하는 것은 사용자 스스로가 작성된 취업규칙을 어길 수 없도록 하여 사용자의 임의적인 권한행사를 배제하고자 하는 것이었다. 또한 당시의 노동입법은 취업규칙의 내용에 대해 근로자 집단의 의견을 듣도록 하는 한편 이를 행정관청에 신고하도록 하여 사용자의 일방적인 결정에서 발생하는 위험성을 완화 · 통제하려고 하였다.

이처럼 사용자가 일방적으로 작성하는 취업규칙을 제도로서 수용한 것은 당시의 시대상황에서는 근로자를 보호하기 위한 최소한의 조치였다. 근로기준에 대한 보호입법도 마련되지 않았고, 단체협약을 통한 근로조건의 대등결정이 법적으로 승인되지도 않았고, 근로계약의 대등성은 커녕 계약의 준수 자체를 기대하기 힘든 19세기 후반-20세기 초반의 상황에서는 취업규칙을 법적으로 승인하고 절차적인 제약을 가하는 것이 근로자를 보호하는 현실적인 방법이었기 때문이다.[52] 이처럼 노동법이 취업규칙을 그 위험성에도 불구하고 근로자의 근로조건과 직장질서를 결정하는 규범으로서 수용하는 것은 그 작성 및 변경에 대해 '절차적 안전장치'가 수반되었기 때문에 가능했다. 이러한 점에서 취업규칙은 단순히 그 법적 성질이나 효력을 중심으로 파악될 것이 아니라, 그 목적 및 절차적 규율 등을 포함한 '제도'로서 총체적으로 파악되어야 할 것이다.[53]

한편, 취업규칙은 근로자의 작업규율을 확립하는 수단으로서 활용되기 시작하였다는 점에서 근로자의 징계와 취업규칙 제도는 밀접하게 연관되어 있음을 확인할 수 있었다. 먼저 유럽에서는 취업규칙을 통한 사용자의 일방적

---

52) 박귀천(2014), 90면은 당시의 취업규칙 제도는 계약자유의 원칙 앞에서 맨몸으로 방치되어 있던 근로자들을 취업규칙을 통해 다소나마 보호하고자 하였다는 나름의 의미가 있다고 평가한다.

53) 이처럼 취업규칙의 제도적 의미를 강조하는 견해로 강희원(2012) 참조.

이고 과도한 징계, 특히 벌금(금전적 징계)에 대해 제약을 가하고자 하였음을 알 수 있다.[54] 근로기준법에서 감급의 제한에 대한 규정(제95조)를 '제3장 임금'에 두지 않고 취업규칙에 편제해두고 있는 것은 바로 이러한 초기 취업규칙 제도의 흔적이라고 볼 수 있다. 또한 근로기준법이 '제재에 관한 사항'(제93조 제12호)을 취업규칙에 기재하도록 하는 배경도 이러한 역사적 배경에서 비롯된 것임을 확인할 수 있다.

제3절 취업규칙 제도의 도입과 전개

I. 제정 근로기준법상 취업규칙 제도의 도입

1. 도입 당시의 취업규칙 활용 사례

1953년 제정 당시의 근로기준법상 취업규칙 관련 규정은 상당 부분이 일본 노동기준법의 취업규칙 관련 규정과 동일하고, 법 내에서의 편제방식도 동일하다는 점에서 일본의 제도를 계수한 것으로 평가할 수 있다.

다만 1953년 당시의 배경을 고려해보면, 우리의 입법자들도 취업규칙의 개념과 그 제도적 규율 필요성을 모르지 않았을 것으로 보인다. 비록 일제강점기 당시 식민지이던 한반도에는 일본의 공장법이 적용되지 않아 취업규칙 제도를 포함한 근로조건에 대한 법적 규율이 이루어지지 않았지만, 일본 본토에서는 1926년 공장법 시행령과 시행규칙을 통해 취업규칙의 작성을 의무화하여 이를 활용하고 있었고, 1929년의 원산총파업 당시 원산노련이 근로조

54) 영국의 경우에는 이러한 규칙을 제도화하지 않고 이를 근로계약의 위반으로 취급하였는데, 1875년의 Employers and Workmen Act는 근로자의 계약상 의무위반에 대해 법원이 최대 10파운드의 손해배상을 명할 수 있도록 하였고, 이는 그 실질에 있어서 사용자가 손해의 발생을 입증할 필요가 없는 벌금 제도에 가까운 것이라고 한다. 해당 법에 대한 설명으로는 S.Deakin&F.Wilkinson, Ibid, pp 74-78. 참조.

건 개선을 위해 취업규칙 개정을 요구하면서 취업규칙 대신 노동조합과 협정을 체결할 것을 요구하였다는 기록[55] 등을 보면, 일본 자본에 의해 설립된 공장들에서는 노무관리의 수단으로서 취업규칙이 활용되고 있었음을 짐작할 수 있기 때문이다.

또한 근로기준법이 제정되기 이전에도 취업규칙의 작성을 의무화하고자 하는 시도가 있었다. 1947년 남조선과도입법의원에서 제정한 「미성년자노동보호법」에서 취업규칙의 작성을 의무화 한 사례가 있기 때문이다. 동 법은 제헌국회 및 대한민국 정부가 수립되기 이전인 미군정기에 마련된 것이기는 하지만 간접선거로나마 국민을 대표하는 의회에서 만든 최초의 노동입법으로 평가된다.

동 법은 미성년자를 유해 위험한 작업 또는 과중한 노동으로부터 보호하여 생명 · 신체의 건전한 발육과 정당한 이익을 보장하며 사회의 안전을 도모하기 위하여 미성년자를 대상으로 하는 일체의 고용관계 내지 노동조건에 대한 금지, 제한, 개선과 조정을 규정하는 것을 목적으로 하여(제1조), 고용의 최저연령 및 종사금지 사업장, 고용계약의 허가제, 근로시간 제한 등을 규정하였다.

동법 제10조는 '고용자의 관리 의무'라는 제목 하에 미성년자 2인 이상을 고용하는 경우 '주소, 성명 등의 인적사항, 직업 성질의 개요, 고용계약일 등'을 기재한 명부 2통을 작성하여 1통은 文簿(장부)로 보관, 1통은 상시 고용장소 내 주요개소에 게시하도록 하였고(가항), 피용자 5인 이상인 경우에는 '매주 매일 노동시간표, 시업, 휴식, 식사, 종업시간표와 그 시행기간, 기타 필요한 주의사항 등을 명시한 취업 규칙'을 동일한 방법으로 게시하도록 하였다(나항). 피용자 상시 10인 이상인 기업체는 피용자의 보호교양에 관한 계획, 시설 또는 실시 상황의 개요를 작성하여 장부로 보관하여야 했다(다항). 또한 주관부장(주무관청)은 '취업 규칙 양식'에 대해 시행세칙을 제정할 수 있었다(제14조 제4호).

---

55) 노광표, "원산총파업 – 일제하 노동운동의 꽃", 노동사회 40호, 2000, 95면; 조선일보, "회사당국과 직공측 태도 강경하야 지구전", 1929-01-19.

미성년자노동보호법 입법 당시 이처럼 사용자에게 취업규칙의 작성 의무를 부여한 취지는 명확히 확인되지 않는데,[56] 동법은 미성년자의 최대근로시간을 엄격하게 규제하는 한편 취업규칙의 작성과 게시를 통해 근로시간에 관련된 사항을 명확히 하여 미성년 근로자를 보호하려 한 것으로 보인다. 미성년자노동보호법은 1953년 근로기준법이 제정되면서 폐지되었다.

2. 근로기준법 제정 당시 국회에서의 논의

1948년 제헌헌법이 마련되고, 한국전쟁 중인 1953년 이른바 노동4법의 마지막 차례로 근로기준법이 제정되었다. 당시 국회에 제출된 근로기준법안으로는 1952.2.25. 제출된 임기봉 의원 외 65인의 안(의안번호 020206), 1952.2.25. 제출된 김용우 의원 외 45인의 안(의안번호 020207), 1952.7.29. 제출된 정부안(의안번호 020262)가 있었는데, 각 법안의 구체적 내용은 확인되지 않으나 그 주요내용은 10인 이상의 근로자를 사용하는 사용자가 취업규칙을 작성하여 행정관청에 신고하도록 하는 점에서 공통된 것이었다.

이에 대해 사회보건위원회는 위원장인 김용우 의원의 안을 바탕으로 각 법안을 수정통합하여 본회의에 상정하였는데, 본회의에서도 이에 대한 일부 수정안이 제출되었으나 그 중 취업규칙과 관련된 내용은 없었고, 따라서 취업규칙 관련 규정에 대해서는 별다른 논의가 이루어지지 않고 원안이 그대로 통과되어 취업규칙 제도를 도입한 취지를 명시적으로 확인하기는 어렵다.

다만, 수정안이 제출된 조항을 중심으로 진행되던 근로기준법안 제2독회 도중, 당시 심의를 진행하던 사회보건위원장 김용우 의원은 “제96조(취업규칙의 작성신고)의3은 가족수당이 먼저 삭제되었기 때문에 제3은 당연히 삭제될 것”이라고 발언하였다.[57] 그러나 이후 이에 대한 별다른 논의 없이 회의

---

56) 미성년자노동보호법 제4조 이하 조문에 대한 축조 토의 내용은 속기록이 부재하여 확인할 수 없다고 한다(김도민, “미군정기 아동노동법규와 미성년자노동보호법”, 역사비평 132호, 2020, 315면)

57) 제2대 국회 제15회 제52차 회의

가 진행되어 제2독회가 마무리 되었고, 제3독회는 생략되어 근로기준법 제정 심의는 마무리 되었다.[58]

이때 김용우 의원이 말한 '제96조의3'은 취업규칙의 기재사항 중 '가족수당의 계산과 지급방법에 관한 사항'을 의미하는데, 발언 중 '가족수당이 먼저 삭제되었다'는 내용은 당초 근로기준법안 제41조에서는 사용자가 생활능력이 없는 근로자의 부양가족에 대하여는 가족수당을 지급하도록 하고, 그 지급에 필요한 사항은 명령(대통령령)으로 정하도록 하였으나, 심의과정에서 이 조문을 삭제하는 수정안이 제출되어 두 차례에 걸친 표결결과 해당 조항을 삭제하기로 한 것을 의미한다.[59] 이에 따라 취업규칙의 기재사항에서 가족수당에 대한 사항이 '당연히' 삭제된다는 김용우 위원장의 발언은 취업규칙의 기재사항과 법정 근로기준이 내적인 연관성을 갖고 있다는 인식에서 비롯된 것으로 보인다.

이를 염두에 두고 제정 근로기준법상 취업규칙의 기재사항을 살펴보면, 현행까지 유지되고 있는 기재사항 중 '근로자를 위한 교육시설에 관한 사항'(제93조 제7호) 또한 제정 근로기준법 제63조 제1항이 '상시 30인 이상의 18세 미만자를 사용하는 자는 이에 대한 교육시설을 하여야 한다'라고 규정하였던 것(현재는 삭제)과 연관되어 있음을 알 수 있다.[60]

또한 앞서 소개한 일본 노동기준법과 취업규칙 기재사항의 규정형식에서의 차이도 법정 근로기준과의 연관성 속에서 이해해본다면, 우리 근로기준법은 취업규칙의 기재사항이 법정 근로기준을 구체화하는 것이므로 사업장에서 이것이 당연히 시행되어야 한다는 전제 하에 취업규칙의 기재사항의 규정형식을 정하였다고 볼 수 있다.

---

58) 제2독회 당시 이를 삭제하는 수정안이 제출되지 않은 것은 제3독회가 진행되어 법체계와 자구에 대한 심사가 다시 진행 될 것이라고 예상했기 때문으로 보인다.

59) 가족수당 지급에 대한 찬반 논의에 대해서는 이홍재, "근로기준법 제정심의의 주요 쟁점", 서울대학교 법학, 제50권 제3호, 2009, 108-109면 참조

60) 이철원, "취업규칙에 관한 연구", 법학논총 제7권, 경북대학교 법정대학, 1969, 8면.

3. 일본 노동기준법상 취업규칙 제도와의 차별점

제정 근로기준법상 취업규칙 제도는 그 내용과 편제에 있어서 일본 노동기준법의 내용을 대부분 계수한 것으로 평가할 수 있다. 그러나 세부적인 내용에 있어서는 다소 차이를 보이는 지점이 있다.

1) 취업규칙 기재사항의 규정형식의 차이

먼저 취업규칙 기재사항 규정형식에 있어서도 일본 노동기준법과의 차이가 관찰된다. 일본의 노동기준법은 취업규칙에 기재되어야 할 사항을 반드시 기재하여야 하는 '절대적 필요기재사항'과 사업 또는 사업장에서 이를 시행하는 경우에만 기재하도록 하는 '임의적 필요기재사항'으로 나누어 그 규정방식을 달리하고 있다.[61] 예컨대 '절대적 필요기재사항'의 경우에는 "임금의 결정, 계산 및 지불방법, 임금의 마감 및 지급시기와 승급에 관한 사항"과 같이 규정하지만, '임의적 필요기재사항'에 해당하는 퇴직수당(일본 노동기준법 제89조 제3의2호)의 경우에는 "'퇴직수당을 정하는 경우에는' 적용되는 근로자의 범위, 퇴직수당의 결정, 계산 및 지급방법 및 퇴직수당 지급시기에 관한 사항"과 같은 규정방식을 택하고 있다.

그러나 우리 제정 근로기준법은 사업장에서 제도의 시행여부와 관계 없이 이를 일률적으로 취업규칙에 기재하도록 하였다. 이러한 규정형식은 선원의 근로기준을 정하고 있는 선원법 제정 당시(1962년) 선박소유자에게 봉급 기타의 보수, 근무시간, 휴일과 휴가에 대해서 취업규칙 작성 및 신고의무를 부여하면서(제정 선원법 제105조 제1항), 정원, 피복과 일용품, 교육, 상벌 등에 관해서 취업규칙을 '작성할 때에는' 이를 신고하도록 했던 것(제정 제105조 제2항)과도 분명히 구별되는 것이다.[62]

---

61) 荒木尚志,「労働法」, 有斐閣, 2020, 397면.

62) 이후 1984년 법률 제3751호로 선원법이 전부개정되면서 근로기준법과 같은 방식으로 선원취업규칙의 기재사항을 규정하게 되었다. 현행 선원법상 취업규칙의 기재사항으로는 1. 임금의 결정 · 계산 · 지급 방법, 마감 및 지급시기와 승급에

2) ‘근로조건 대등결정’ 원칙의 강조

한편, 제정 근로기준법은 근로기준법의 기본원칙인 근로조건의 대등결정과 관련하여 ‘근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정되어야 한다.’(제정 근로기준법 제3조)라고 선언하고 있는데, 이는 일본 노동기준법이 ‘근로조건은 근로자와 사용자가 대등한 지위에서 결정하여야 한다’(제2조 제1항)라고 정한 것에 비해 근로조건 대등결정의 의미를 강조한 것으로 볼 수 있다.

먼저 당사자의 관계를 표현하는데 있어서 ‘대등한 지위’나 ‘동등한 지위’는 유사한 표현이지만, 표준국어대사전에서는 대등(對等)을 ‘서로 견주어 높고 낮음이나 낫고 못함이 없이 비슷함’으로 정의하고 있으나, 동등(同等)은 ‘등급이나 정도가 같음’으로 정의하여, 동등의 개념이 보다 더 당사자의 형평을 강조하는 개념으로 볼 수 있다.

또한 근로기준법은 ‘자유의사에 따라’라는 문구를 추가하여 근로조건 결정에 있어서 자기결정의 의미를 보다 중시하고 있다. 이러한 문구를 추가하게 된 배경은 명확히 확인되지는 않지만, 해방 당시까지만 해도 남아있던 전근대적 · 신분제적 사고방식에 의하여 근로자의 의사가 구속되어 근로조건이 결정되는 것을 방지하기 위해 ‘자유의사’를 강조한 것으로 추측해볼 수 있다.[63]

이러한 차이는 취업규칙 제도와 직접적으로 관련되어 있다고 볼 수는 없지만, 이후 취업규칙 제도의 전개과정에서 일본 최고재판소가 ‘법원을 통한 합

관한 사항 2. 근로시간, 휴일, 선내 복무 및 승무정원에 관한 사항 3. 유급휴가 부여의 조건, 승선 · 하선 교대 및 여비에 관한 사항 4. 선내 급식과 선원의 후생 · 안전 · 의료 및 보건에 관한 사항 5. 퇴직에 관한 사항 6. 실업수당, 퇴직금, 재해보상, 재해보상보험 가입 등에 관한 사항 7. 인사관리, 상벌 및 징계에 관한 사항 8. 교육훈련에 관한 사항 9. 단체협약이 있는 경우 단체협약의 내용 중 선원의 근로조건에 해당되는 사항이 열거되어 있고, 1~8의 사항에 대해서는 선원법에 별도의 규정이 마련되어 있다.

63) 근로기준법의 총칙에서 근로자의 자유의사에 반하는 강제근로의 금지(제7조), 폭행의 금지(제8조) 등을 금지하는 것도 이와 같은 취지이다.

리성 심사'를 통해 취업규칙이 갖는 근로조건 일방결정의 위험을 통제하려고 한 반면, 우리 대법원은 근로조건의 대등결정을 강조하여 취업규칙의 불이익 변경에 근로자 집단의 동의를 요구하는 법리를 제시하였다는 점을 감안해보면, 이러한 차이가 단순히 표현상의 차이에 그치는 것이라고 보기는 어려울 것이다.

한편, 이러한 근로조건 대등결정의 원칙은 근로기준법 뿐만 아니라 우리 노동법 전반을 지도하는 원리임에도 불구하고 이를 근로기준법에 규정한 것은 단체협약 등의 단결활동에 기초한 근로조건의 경우 근로조건 대등결정이 제대로 관철될 수 있으나 근로계약이나 취업규칙에 의해 결정하는 경우 이 원칙이 관철되기 어려우므로 이를 규제법률에서 강조한 것이라는 설명이 있다.[64]

II. 취업규칙 제도의 정착 과정

1. 행정관청의 취업규칙 작성 및 신고 강조

1953년 근로기준법 제정 이후 취업규칙의 작성 및 신고가 의무화 되었으나, 이 당시에는 아직 근대적인 노사관계나 산업화가 진전되기도 전이어서 노동법은 명목적인 것에 그치는 실정이었고, 실제로 취업규칙을 작성[65] 및 신고한 사업장의 숫자[66]도 현저히 적었다. 1960년대에 들어서면서는 행정관

---

64) 임종률, "취업규칙의 성질과 변경절차", 법률신문 1388호, 1980.

65) 1968년 노동청이 발표한 최초의 전국사업체 실태조사(50인 이상 사업체 2천3백여개) 결과에 따르면 취업규칙을 비치하지 않은 업체가 전체의 28%에 이르렀다고 한다.(경향신문, "전국사업체 실태조사를 보고", 1968-03-21)

66) 1955년의 기사(조선일보, "아직도 삼백여건", 1955-04-13)는 취업규칙의 작성의무가 있는 사업장이 2천개는 넘을 것으로 추산됨에도 실제 신고는 360건 밖에 없다고 하고 있다. 이후 1962년의 기사에서는 약 8천개 가량의 작성의무 사업장 중 절반에 약간 못미치는 수준의 취업규칙 신고가 이루어졌다고 하면서, 보사부가 취업규칙 작성 신고의 이행을 위해 강력한 조치를 취할 것임을 예고하였다.(동아일보, "보사부서 10명넘는 기업체에 취업규칙신고지시", 1962-11-27)

청이 근로감독을 통해 취업규칙의 작성 및 신고의무를 실질화하고자 하였고,[67] 그 내용에 있어서도 일제점검을 통해 임금과 근로시간, 채용, 남녀정년 차별 등에 관련된 사항이 준수되고 있는지를 확인하고자 하였다.[68]

다만 행정관청이 이처럼 취업규칙의 작성 및 신고를 강조한 것은 근로조건을 둘러싼 노사분규를 예방하여 생산성을 향상시키기 위한 측면이 있었는데,[69] 이는 정치적 정당성의 결여로 정권유지에 급급하였던 권위주의 정부가 경제적 효율성을 극대화하는 한편[70] 노사분규로 인해 노동운동이 성장하여 체제의 정당성에 도전을 받는 것을 예방하기 위해 개별적 근로관계법에 있어서 근로자 보호를 강조한 측면도 있었던 것으로 풀이할 수 있다. 태평양 전쟁 당시 일본이 전시체제에서 병영적 규율을 통한 생산체제를 도입하고 노동운동을 금지하기 위해 취업규칙을 근로자 관리수단으로 활용하였다는 설명[71]도 이와 같은 맥락에서 이해할 수 있다.

2. 소규모 사업장에서의 근로기준법 적용 공백의 보충

이처럼 취업규칙은 산업화 과정에서 근로조건을 둘러싼 분쟁을 예방하는 한편, 과거 근로기준법이 적용되지 않던 소규모 사업장에서 근로자를 보호하는 역할을 수행하기도 하였다.[72] 우리 근로기준법은 제정 당시부터 근로기준법상 근로기준의 적용범위를 사업 또는 사업장 규모별로 달리하여 왔는데, 1954년 근로기준법 시행령은 상시 15인을 기준으로 그 적용여부를 달리하였고, 1975년에 이르러서야 16인 이상 사업장에 전면적용, 5인~15인 사업장에

67) 동아일보, “근로자권익보호요강시달 서울시”, 1961-06-06.

68) 동아일보, “노동부 10인 이상 사업장 4만곳 업무규칙이행 일제 점검”, 1983-08-25; 조선일보, “여성차별 사규등 취업규칙 점검”, 1984-02-28

69) 매일경제, “사업장 취업규칙 일제정비”, 1980-09-02

70) 이철수, “IMF 구제금융 이후의 한국의 노동법제 발전”, 서울대학교 법학 제55권 제1호, 2014, 208면 이하는 이 시기를 노동법을 경제적 효율성을 위한 도구로 활용하고 단결활동을 억압한 ‘경제적 효율성 강조의 시기’로 칭한다.

71) 강주리(2022), 123-124면.

72) 박종희(2023), 4면.

는 부분적용, 4명 이하 사업장에는 전면배제 되었다.[73] 이에 따라 취업규칙은 근로기준법이 적용되지 않는 10인 이상 15인 이하 사업장의 근로조건을 결정하는 중요한 규범이 되었는데, 취업규칙은 법령에 어긋나서는 아니되기 때문에(근로기준법 제96조) 적어도 그 기재의무가 있는 사항에 대해서는 근로기준법상의 최저기준과 동일하거나 상회하는 수준으로 작성해야 했기 때문이다. 1989년 근로기준법의 적용범위가 취업규칙의 작성의무와 동일하게 10인 이상으로 확장된 배경에도 "그간 10인 이상 사업체 대부분이 취업규칙을 준수하는 등 스스로 법을 준수할 수 있게 성숙"하였다는 점이 언급된다.[74]

3. 취업규칙을 통한 근로조건 결정의 비중 증가

이러한 법제도적 환경 속에서 취업규칙 제도는 점차적으로 정착되어 왔으나, 1970년대까지만 하더라도 취업규칙이 작성되어 있더라도 사용자가 이를 준수하지 않는 경우가 많아[75] 실제 취업규칙이 노사 현장에서 규범력을 갖춘 것으로 보기는 어려웠다. 1971년의 한국경영자협의회의 표본조사에 따르면 상여금 지급의 근거도 취업규칙에 두는 경우가 37.9%, 단체협약에 두는 경우는 5.1%에 불과하고 사용자의 임의 지급이 41.8%로 나타나[76] 인사노무관리가 여전히 사용자에 의해 임의적으로 이루어지고 있었음을 알 수 있다.

다만 1970년대 후반에 들어서면서 취업규칙을 갖춘 사업장은 점차 증가하였으며, 취업규칙을 통한 임금결정의 비중도 증가하여 1977년 대한상의의 조사에 따르면 표본사업장 중 취업규칙을 통한 임금결정이 83.4%(단체협약은

---

73) 근로기준법의 적용범위 확대 연혁에 대해서는 한인상, "근로기준법 적용범위 확대 방안", 국회입법조사처 현안보고서 vol. 171, 2012. 참조.

74) 매일경제, "근로기준법 적용 확대", 1988-01-04.

75) 매일경제, "구멍뚫린 노무관리", 1969-12-11. 이에 따르면 근로감독 결과 대상 사업장(50인 이상) 5022개 중 89%의 사업장이 취업규칙을 어기고 있다고 한다.

76) 동아일보, "전근대서 맴도는 기업경영", 1971-02-12에 소개된 한국경영자협의회의 표본조사 결과이다.

14.4%)를 차지하게 되었다.[77]

1987년 민주화 이후에는 노동운동이 급성장하면서 노조 조직률이 19.8%(1989년)까지 상승함에 따라 단체협약을 통한 근로조건 결정 비중이 높아졌으나, 여전히 노동조합에 가입하지 않은 근로자들이 더 많고, 제한된 단체협약 확장제도로 인하여 단체협약 적용률이 낮은 우리 노사관계에서 취업규칙은 여전히 집단적 근로조건 결정의 중요 수단으로서 자리잡게 되었다.

III. 법개정을 통한 취업규칙의 기능 강화

1. 불이익변경에 대한 근로자 집단의 동의

1) 1977년 대법원 판결의 배경

이처럼 취업규칙이 점차적으로 집단적 근로조건 결정규범으로 정착해가는 상황에서, 1970년대에 들어서면서 근로자들의 근속연수가 증가하게 됨에 따라 취업규칙상의 정년 및 퇴직금 관련 조항의 해석을 둘러싼 법적 분쟁이 점차적으로 증가하게 되었다. 특히 근속연수에 따라 퇴직금 누진율을 가중하는 퇴직금 누진제로 인하여 기업의 부담이 증가하게 되자 각 기업은 이러한 취업규칙을 변경하여 퇴직금 한도를 설정하거나 퇴직금 누진제를 단수제로 변경하고자 하였다.

이와 같은 불이익하게 변경된 취업규칙의 효력이 최초로 다투어진 것으로 확인되는 것은 “피고 공사(대한석탄공사)가 퇴직금산정에 있어 상여금을 기초 임금에서 제외한다는 취지로 예규를 변경하였으나 이는 노사협의회의 협의 또는 종업원들의 동의 등을 거치지 아니하여 피고 공사의 임금규정과 퇴직금규정 그리고 단체협약 및 근로기준법과 노동조합법의 관계규정에 비추어 효력이 없다”[78]는 1976년의 판결이다. 이 판결이 ‘노사협의회의 협의’를

---

77) 매일경제, “상의조사 생산직의 54.2%가 일급제”, 1977-09-09

78) 대법원 1976.7.13. 선고 76다983 판결

그 유효요건으로 언급한 것은 당시 노동조합법(법률 제2610호, 1973. 3. 13., 일부개정) 제6조가 "노사협의회는 단체협약 또는 취업규칙의 범위안에서 생산 · 교육 · 훈련 · 작업환경 · 불만처리 · 협의회의 운영등에 관하여 필요한 사항을 협의한다."고 정하고 있었던 것과 관련이 있었던 것으로 보인다.

이후 대법원 판결은 "취업규칙의 근로조건에 관한 사항은 근로자의 동의가 없는 이상 일방적으로 불이익하게 변경할 수 없다고 판단하여 원고들의 동의 없이 이루어진 근로조건의 불이익한 변경을 내용으로 한 본건 특별조치는 원고들에 대하여는 무효라고 판시하였음은 상당"하다는 원심판결을 수긍하기도 하였는데,[79] 이 사건의 원심판결은 "취업규칙 중 근로조건에 관한 부분은 이미 근로계약의 내용을 이루고 있는 것"이어서 이를 근로자에게 불리하게 일방적으로 변경하는 것은 근로기준법 제3조(근로조건 대등결정의 원칙)의 취지에 비추어 근로자의 동의가 없는 한 그 효력이 없다고 본 것이었다.[80]

그러던 중 1977년에 이르러서 대법원 판결[81]은 "취업규칙은 사용자가 기업경영권에 기하여 사업장에 있어서의 근로자의 복무규율이나 근로조건의 기준을 획일적 통일적으로 정립하기 위하여 작성하는 것으로서 이는 근로기준법이 종속적 노동관계의 현실에 입각하여 실질적으로 불평등한 근로자의 입장을 보호강화하여 그들의 기본적 생활을 보호향상시키려는 목적의 일환으로 그 작성을 강제하고 이에 법규범성을 부여한 것이라고 볼 것이므로 원칙적으로 취업규칙의 작성변경권은 사용자에게 있다 할 것이나 취업규칙의 변경에 의하여 기존 근로조건의 내용을 일방적으로 근로자에게 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자 집단의 집단의사결정방법에 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 변경으로

79) 대법원 1976.10.26. 선고 76다1090 판결
80) 서울고법 1976.4.2. 선고 75나2809 판결
81) 대법원 1977.7.26. 선고 77다355 판결

서의 효력을 가질 수 없고 따라서 그러한 취업규칙변경에 대하여 개인적으로 동의한 근로자에 대하여도 효력이 없는 것이라고 할 것"이라고 판시하였다. 이 판결은 이러한 동의의 취지로서 "기존근로조건의 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 없다는 점"을 밝혔다.

위 대법원 판결은 이전의 판결과 동일하게 근로조건 대등결정 원칙을 강조하여 사용자의 일방적인 불이익 변경을 제한하면서도, 이전의 판결과는 달리 그 요건을 '노사협의회와의 협의 내지 화체된 근로계약 변경에 대한 개별적 동의'가 아니라 '근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의'에 있다는 점을 제시하였다는 점에서 진일보한 것이었다. 이처럼 1977년의 대법원 판결이 개별 계약을 통한 근로조건 결정을 경계한 것은 판례 스스로가 밝히듯 "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 지위에 서서 용이하게 취업규칙의 변경이란 형식으로 개별근로자에 대하여 기존 취업규칙에 미달되는 근로계약을 체결할 수 있게되어 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 제98조를 사실상 무의미하게 만드는 결과"가 되기 때문이었다.

또한 위 판결에서는 당시 취업규칙 작성에 있어서 의견청취의 주체였던 '근로자의 과반수를 대표하는 자'가 아니라 '근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의'를 그 동의의 주체와 방법으로서 제시하였다는 점에서 근로조건 대등결정의 원칙을 실현하고자 하는 모습을 보였다.

2) 1989년의 법개정을 통한 입법화

이러한 판례의 입장은 1989년 3월 29일의 근로기준법 개정(법률 제4099호)을 통해 반영되어 근로기준법 제94조 제1항은 “다만, 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 그 동의를 얻어야 한다.”는 단서를 신설하였고, 그 의견청취 및 동의의 주체를 ‘근로자의 과반수를 대표하는 자’에서 ‘근로자의 과반수’로 변경하였다.

1989년의 당시의 근로기준법 개정의 과정을 구체적으로 살펴보면, 당시의 법개정 논의는 1987년 민주화 및 노동자대투쟁에서 터져나오기 시작한 노동관계법 개정 국면에서 진행되었다. 먼저 1988년 7월 15일 한국노총의 “노동법개정에 관한 청원”(국회 입법청원 130018호로 제출됨) 에서는 노동관계법의 전면적인 개정을 요구하면서, 취업규칙과 관련하여서 먼저 ‘근로자 보호’를 위해 취업규칙의 작성의무를 5인 이상으로 확대하는 한편, 취업규칙의 작성 또는 변경 자체에 ‘근로자 과반수의 동의’를 받도록 하면서 그 이유를 “취업규칙의 변경은 고용계약의 변경을 의미하므로 근로자 과반수 개개인의 동의를 얻도록 해야 함”이라고 밝혔다.

이후 야3당이 주최하여 학계 전문가 및 노사당사자의 의견을 청취한 7월 29일의 ‘노동관계법개정 합동공청회’ 노동관계법 개정의 주요 쟁점에 대한 검토가 이루어졌는데, 이 공청회에서도 근로조건 대등결정 원칙에 따라 취업규칙 변경에 대해 근로자의 동의가 필요하다는 지적이 제기되었다.[82] 이후 ‘노동관계법 개정을 위한 야3당 공동위원회’에서 작성한 근로기준법 시안은 취업규칙의 불이익 변경에 대해서는 근로자의 동의를 받도록 하는 내용이었다.[83]

---

82) 매일경제, “3野, 「노동관계법」 개정 공청회 지상중계”, 1988-07-30;민주화운동기념사업회 사료관 오픈아카이브, “노동관계법 개정을 위한 야권 3당 합동공청회 관련 기초자료”, 1988.08.29., 9면; https://archives.kdemo.or.kr/isad/view/00883747 (최종접속 : 2023.7.31.)

83) 최영기, “1989년의 노동법 개정”, 「87년 이후 노동법제의 변천 - 법개정 및 정책변화의 역사」, 한국노동연구원, 1999, 71면

이후 실제 국회에 제출되었던 취업규칙 관련 개정안은 야3당의 내용이 상이했는데, 먼저 현행과 같이 불이익 변경에 과반수 노조(또는 근로자의 과반수)의 집단적 동의를 받게 하는 개정안(통일민주당안;이인제 · 노무현 · 정정훈의원 외 57인), 불이익 변경의 경우는 이와 동일하지만 취업규칙 작성의무도 상시 5인 이상 사업 또는 사업장으로 확대하는 안(평화민주당안;이상수의원 외 70인), 취업규칙 변경이 불리한지와 관계없이 변경 자체에 대해 과반수 노조(또는 근로자 과반수를 대표하는 자)의 동의를 받게하는 안(신민주공화당안; 김병룡의원외 34인)이 제안되었다.

그러나 최종적으로는 국회 노동위원회에서 여야 합의로 만들어진 대안이 통과되어, 현행과 같은 모습에 이르고 있으며, 이러한 대안을 도출하는 과정에서 이루어진 구체적인 논의내용은 확인되지 않는다.

한편, 이처럼 의견청취의 주체로서 '근로자 과반수를 대표하는 자'가 아니라 '근로자 과반수'가 직접 등장하게 된 것은 1977년의 대법원 판결의 문언이 '근로자 과반수'를 직접적으로 주체로서 언급하고 있을 뿐만 아니라, 1989년 당시의 노사관계의 상황에서는 노동조합의 대표자가 어용화되어 불리한 단체협약을 체결하는 일이 빈발하였고,[84] 따라서 입법자도 이러한 일이 발생할 수 있음을 우려하여 근로자의 과반수를 대표하는 자가 아닌 근로자 과반수의 동의를 받도록 한 것이라고 추측해 볼 수 있다. 또한 이후 1997년 법정 근로시간의 유연화의 주체로서 등장한 근로기준법상 근로자대표의 경우에는 다시 '근로자의 과반수를 대표하는 자'가 등장하였는데, 그 이유를 취

84) 당시에는 이로 인하여 노동조합 대표자의 단체협약 체결권한과 인준투표제를 둘러싼 법적 분쟁이 빈발하였고, 이와 관련된 대법원 전원합의체 판결에서 대법관 윤관의 반대의견은 단체협약의 체결권한 제한이 가능하다는 취지에서 "대법원은 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자집단의 집단의사결정 방법에 의한 동의를 요한다고 하면서 그 근거의 하나로 집단에 적용되는 법규범의 변경에는 집단적의사에 의한 동의를 얻게 함으로써 집단 자체에 그 효력을 미치게 함은 법규범의 변경절차로서도 타당하다는 견해를 밝힌 바 있고, 이는 비록 취업규칙에 관한 것이기는 하지만 규범적 요소를 가진 단체협약의 체결에 관한 이 사건에도 원용될 수 있다'는 의견을 피력하였다(대법원 1993.4.27. 선고 91누12257 판결)

업규칙의 불이익 변경에 요구되는 근로자 측의 동의는 집단적 회의 방식의 과반수 동의라는 매우 엄격한 것이어서 근로시간 유연화 정책을 추진하는 방식으로는 사용하기 부적당하다고 생각한 것으로 보게 되면,[85] '근로자 과반수'로의 개정이 근로자를 보호하기 위한 취지임을 명확히 알 수 있다. 이처럼 법문언과 입법 당시의 상황을 고려하면, 취업규칙 불이익변경의 주체를 '근로자의 과반수'로 한 것은 취업규칙의 일방성으로부터 근로자를 보호하고자 그 변경의 요건을 종전보다 두텁게 하는 취지로 이해할 수 있을 것이다.[86]

2. 취업규칙의 기재사항 확대

또한 앞서 살펴보았듯 우리의 입법자는 근로기준법 제정 당시부터 취업규

---

85) 강성태, "노동조합의 근로자대표성에 관한 단상", 노동리뷰 2015년 3월호, 한국노동연구원, 2015, 32면.

86) 이에 대해 '당시 법개정 과정의 논의를 살펴보면 우리 입법자들은 '근로자의 과반수를 대표하는 자'와 '근로자의 과반수'를 동일한 것으로 이해하고 있었기 때문에, 과반수로 조직된 노동조합이 없을 경우의 취업규칙의 불이익 변경 동의 주체는 비록 현행 법조문이 '근로자의 과반수'로 명시하고 있다하더라도 '근로자의 과반수를 대표하는 자'로 해석하는 것이 타당하다'는 견해가 있다.(이준희, "취업규칙과 근로계약의 효력상 우열관계", 노동법논총 48집, 2020, 401-406면). 이러한 주장은 당시 제출된 3개의 근로기준법 개정안 중 통일민주당안과 평화민주당안은 '근로자의 과반수', 신민주공화당안은 '근로자의 과반수를 대표하는 자'로 정하고 있었으나 이에 대해 당시 국회 노동위원회 전문위원이 동일한 심사보고서를 작성하였고 국회의원들도 이에 대해 이의를 제기하지 않았다는 점을 근거로 들고 있다.
그러나 이는 명백히 문언에 반하는 해석인데다가, 당시의 법개정을 1977년의 대법원 판례법리를 입법화 하는 것으로 보게 되면 '근로자의 과반수'를 규정한 것은 오히려 그 취지에 충실한 것이다. 또한 이러한 법안 간의 차이에도 불구하고 '근로자의 과반수'의 동의를 받도록 한 대안이 국회 본회의를 통과한 것이므로 입법자의 의사도 이를 기준으로 판단하여야 한다. 그리고 이러한 해석은 이후 1997년 근로기준법이 근로자대표와 관련하여 '근로자의 과반수'가 아닌 '근로자의 과반수를 대표하는 자'라는 문언을 다시 구별하여 사용하는 까닭을 설명하지 못한다.

칙의 기재사항과 법정 근로기준의 연관성을 염두에 두었는데, 이후 노동관계 법령을 개정하여 근로자에게 실체적 권리를 부여하는 과정에서도 법정 근로기준과 관련된 사항을 취업규칙의 기재사항으로 추가하여 왔다.

먼저 2005년에는 산전후휴가급여 지원 확대 및 유 · 사산휴가 법제화 등의 근로기준법을 포함한 모성보호 관련 법률을 개정하면서 '산전후휴가, 육아휴직 등 여성근로자의 모성보호에 관한 사항'(현행 제93조 제8호 전단)을 취업규칙에 기재하도록 하였다. 이후 2008년에는 남녀고용평등법을 남녀고용평등과 일 · 가정 양립 지원에 관한 법률로 개정하는 한편, 근로기준법에 임산부 보호휴가 후 원직복직의무 조항을 두면서 일 · 가정 양립지원(현행 제93조 제8호 후단) 및 '근로자의 성별 · 연령 또는 신체적 조건 등의 특성에 따른 사업장 환경의 개선에 관한 사항'(현행 제93조 제9의2호)을 취업규칙에 기재하도록 하였다. 최근인 2019년에는 근로기준법에 직장 내 괴롭힘의 금지(제76조의2) 및 발생 시 조치(제76조의3)을 신설하면서 '직장 내 괴롭힘의 예방 및 발생 시 조치등에 관한 사항'(제93조 제11호;2019년 추가)을 기재사항으로 추가하였다.

한편, 1990년에는 사업장에서의 자율재해예방활동 촉진을 위해 산업안전보건법을 개정하면서 사업주의 안전보건관리규정 작성 및 신고의무를 신설하였는데, 이는 근로기준법상 취업규칙의 기재사항인 '안전과 보건에 관한 사항'에 대한 별도 규칙으로서[87] 근로기준법상 취업규칙에 관한 규정을 준용하도록 하였다(현행 산업안전보건법 제28조).

이에 따라 상시 100명 이상(농업, 소프트웨어 개발 및 공급업, 금융업, 사회복지 서비스업 등은 300명 이상)의 근로자를 사용하는 사업주는 사업장의 안전 · 보건을 유지하기 위해 안전 및 보건에 대한 관리조직과 그 직무, 안전보건교육, 작업장 안전 및 보건관리, 사고조사 및 대책수립 기타 안전 보건에 관한 사항[88]을 포함한 안전보건관리규정을 작성하여야 한다(현행 산업안

87) 고용노동부 행정해석(근로개선정책과-4722, 2012.9.20.)

88) 이에 따라 산업안전보건법 시행규칙의 [별표3]은 안전보건관리규정의 세부 내용에 포함되는 다양한 사항들을 예시하고 있다.

전보건법 제25조).

안전보건관리규정을 작성하거나 변경할 때에는 산업안전보건위원회의 심의 · 의결을, 산업안전보건위원회가 설치되어 있지 아니한 사업장의 경우에는 근로자대표의 동의를 받아야 한다(현행 산업안전보건법 제25조 및 제26조). 1990년 산업안전보건법 개정 당시에는 근로기준법과 마찬가지로 게시 및 주지의무, 행정관청에 대한 신고의무, 행정관청의 변경 명령에 대한 조항도 있었으나, 현행법에서는 삭제되었다.

3. 법정 근로기준의 유연화 기능

한편 1997년 근로기준법 제개정 과정에서는 근로시간 유연화제도로서 탄력적 근로시간제와 선택적 근로시간제가 신설되었는데, 그 중 2주 이내의 탄력적 근로시간제의 경우 사용자가 취업규칙(취업규칙에 준하는 것을 포함)에서 정하는 바에 따라 2주 이내의 일정한 단위기간을 평균하여 1주 간의 근로시간이 법정 근로시간을 초과하지 않는 범위 내에서 주당 근로시간과 1일 근로시간을 초과하여 근로하게 할 수 있도록 하는 것이었다.

또한 선택적 근로시간제의 경우 그 시행대상이 되는 업무의 시작 및 종료 시각을 근로자의 결정에 맡기기로 한 근로자를 취업규칙(취업규칙에 준하는 것을 포함한다)에 따라 정하도록 하고, 이에 대해 근로기준법상 근로자대표와의 서면합의로서 근로시간을 유연화할 수 있도록 하였다.

이때 '취업규칙에 준하는 것'으로서 근로자대표와의 서면합의나 단체협약이 해당한다는 견해가 있으나,[89] 이 경우에도 취업규칙에 준하여 주지의무 등이 이루어지는 것으로 보아야 한다.[90]

특기할만한 것은 3개월 이내의 탄력적 근로시간제의 경우 근로기준법상 근로자대표와의 서면합의로서 실시할 수 있도록 하였는데, 그 근로자대표로서 1989년 법개정 이전의 취업규칙의 의견청취 대상이던 '근로자의 과반수

---

89) 임종률(2022), 439면.

90) 노동법실무연구회, 「근로기준법 주해 Ⅲ」, 184면.

를 대표하는 자'의 개념이 다시 등장하였다는 것이다. 이러한 근로기준법상 근로자대표와의 서면합의 제도는 취업규칙에 대한 집단적 동의에서 '집단성'을 제거한 것과 유사한 형태로서,[91] 근로조건의 유연화를 보다 쉽게 하기 위해서 비롯된 것이라는 설명이 있다.[92]

제4절 소결론

이상의 내용을 통해 취업규칙 제도의 형성과 전개 과정을 살펴보았다. 초기의 취업규칙은 사용자가 우월한 지위에서 일방적으로 정하는 사실적인 행위였음에도 불구하고, 유럽과 일본의 입법자들은 이를 제도로서 수용하여 그 작성 절차 및 내용을 통제하고, 이에 법적인 구속력을 부여하여 사용자의 임의적인 징계와 근로조건 결정을 방지하고자 하였다.

나아가 우리의 입법자는 일본의 취업규칙 제도를 계수하는 한편, 취업규칙의 기재사항과 법정 근로기준을 연계하여 근로기준법의 이행을 확보하고자 하였다. 이러한 취업규칙 제도는 노사분규를 예방하는 한편 근로기준법의 적용이 배제되던 소규모 사업장에서의 근로조건을 보호하는 역할을 하였고, 집단적 노사관계의 발전이 미비한 상황에서 취업규칙을 통한 근로조건과 직장질서 규율의 비중이 점차적으로 증가하였다. 이에 따라 이후의 법개정은 법정 근로기준을 신설·강화하면서 그 시행을 원활히 하고 사업장에서의 준수여부를 감독하기 위해 취업규칙의 기재사항을 지속적으로 추가하는 등 취업규칙을 근로자 보호의 수단으로서 활용해오고 있다. 또한 판례와 입법자는 취업규칙의 불이익 변경에 대해 근로자의 집단적 동의를 받도록 하여 취업규칙을 통한 근로조건의 일방적 결정을 제약을 가하고자 하였다.

이러한 취업규칙 제도의 역사적 형성 및 전개과정을 고려하면, 취업규칙의

---

91) 도재형, "근로기준법상 근로자대표 및 서면 합의 제도", 노동법학 제37호, 2011, 94면.

92) 강성태(2015), 39면.

개념 및 목적을 사용자의 근로조건 및 직장질서의 통일적 규율 필요성에서 찾는 견해나, 사용자에게 취업규칙의 작성 및 변경 '권한'이 있다고 보는 견해[93]는 받아들이기 어렵다. 물론 제도적으로 규율되기 이전의 취업규칙은 사용자의 필요에 의해 등장한 것이었지만, 근로자 보호의 관점에서 그 작성 및 신고를 의무화 하고 작성절차를 규율하는 현재의 제도 하에서 사용자는 취업규칙의 작성 '의무'를 부담하는 것일 뿐이다.[94]

이러한 관점에서 보면, 앞서 소개한 1977년의 대법원 판결에서 "취업규칙은 사용자가 기업경영권에 기하여 사업장에 있어서의 근로자의 복무규율이나 근로조건의 기준을 획일적 · 통일적으로 정립하기 위하여 작성하는 것으로서, 이는 근로기준법이 종속적 노동관계의 현실에 입각하여 실질적으로 불평등한 근로자의 입장을 보호강화하여 그들의 기본적 생활을 보호향상시키려는 목적의 일환으로 그 작성을 강제하고 이에 법규범성을 부여한 것이라고 볼 것"이라고 밝힌 것은 사실규범에 불과하였던 취업규칙이 제도적으로 수용되는 과정을 표현한 것이라고 볼 수도 있겠다.

이처럼 취업규칙 제도의 역사적 의의는 사용자의 편의를 위해 마련된 것이 아니라 근로자를 보호하는데 있는 것으로서, 취업규칙 제도의 목적은 관련된 법해석 및 취업규칙의 문언에 대한 해석[95]에 있어서도 우선적으로 고려될

---

93) 가령 취업규칙의 불이익변경에 대한 사회통념상 합리성 법리의 적용이 문제된 최근 대법원 전원합의체 판결(대법원 2023.5.11. 선고 2017다35588, 2017다35595(병합) 판결)에서는 다수의견과 소수의견 모두 사용자에게 취업규칙의 작성 및 변경 '권한'이 있다는 취지로 판시하고 있다.

94) 박종희, "취업규칙 제도의 변천과정에 대한 평가와 향후 개선방안", 한국노동법학회 2023 하계공동학술대회자료집, 2023, 7-8면.

95) 판례는 취업규칙은 노사 간의 집단적 법률관계를 규정하는 법규범의 성격을 갖는 것이므로 명확한 증거가 없는 한 그 문언의 객관적 의미를 존중하는 해석을 하여야 하고 객관적 의미를 넘는 해석을 할 때는 신중하고 엄격하여야 할 것이라고 본다(대법원 2003.3.14. 선고 2002다69631 판결). 나아가 취업규칙의 내용을 해석함에 있어서, 단체협약의 해석방식과 마찬가지로 그 명문의 규정을 근로자에게 불리하게 변형해석하여서는 안된다. 판례가 단체협약의 불리한 변형해석을 금지하는 전제로서 '단체협약이 근로자의 근로조건 유지개선을 목적'을 제시하고 있는데(대법원 2018.11.29. 선고 2018두41532 판결) 취업규칙 또한 근로자 보호의 수단으로서 기능할 뿐만 아니라, 그 문언을 결정하는데 있어 단체협약에

필요가 있고, 이러한 관점이 우리 헌법상 노동권의 규정 취지와 근로기준법의 보호법으로서의 정신에도 부합한다. 다만 이러한 취업규칙 제도의 역사적 의의와 보호방식이 현대적 관점에서도 여전히 유효하고 타당한지에 대해서는 별도의 검토가 필요하다.

비해 근로자가 개입할 수 있는 여지가 보다 적기 때문이다.

제3장 취업규칙의 규범적 타당성에 대한 재검토

제1절 규범적 타당성의 재검토 필요성

앞서 취업규칙 제도의 형성과 전개과정에 대한 검토를 통해 그 역사적 의의와 목적이 사용자에게 사업장에서의 근로조건과 직장질서를 기재한 취업규칙의 작성을 강제하면서 그 작성절차에 법적인 제약을 가하여 사용자의 임의적이고 가혹한 근로조건 결정과 징계를를 방지하는 한편, 근로관계의 내용을 명확히 하여 법적인 분쟁을 방지하는데 있었음을 확인할 수 있었다.

이처럼 취업규칙을 제도로서 수용한 결과로서 취업규칙의 법적 구속력이 인정되었다. 그 이유는 아래와 같다. 첫째, 사용자의 임의적 권한행사를 막기 위해 취업규칙의 작성의무를 부여한다고 하더라도, 취업규칙의 법적 구속력이 인정되지 않으면 사용자가 이를 준수하도록 강제할 수 없다. 이러한 취지에서 근로기준법은 "근로자와 사용자는 각자가 단체협약, 취업규칙과 근로계약을 지키고 성실하게 이행할 의무가 있다."(제5조)라고 선언하는 한편, 근로계약에 대한 취업규칙의 최저기준적 효력을 부여하고 있다(제97조).

둘째, 사용자와 대등한 지위에서 근로조건을 결정할 수 있는 근로자 집단이 부재한 상황(특히 취업규칙 제도가 등장하던 19세기의 상황)에서는 그 작성절차 및 내용에 공법적 개입이 가능한 취업규칙이 개별 근로계약에 비해 근로자 보호에 유리할 수 있다. 물론 모든 근로자가 근로조건과 직장질서를 노동조합을 통해 사용자와 대등하게 결정하는 것이 가장 바람직하겠으나, 단체협약제도가 만들어지기 이전의 독일(프로이센)의 상황이나 노동조합 조직률이 저조한 우리의 상황에서는 근로계약을 통한 개별적 결정이 그 작성절차나 내용에 대한 공법적 개입이 가능한 취업규칙에 비하여 유리할 것이라고 기대하기 어렵기 때문이다.[96]

---

96) 판례도 이러한 관점에서 근로계약과의 관계에서 취업규칙의 최저기준적 효력을

또한 현대사회에서 근로는 집단적 협동작업으로 이루어지기 때문에 근로자 개개인의 근로조건이 다른 근로자에게 미치는 영향이 크므로 근로조건에 대한 통일적 · 집단적 규율이 필요하다는 측면도 있다.[97] 특히 일정한 장소를 바탕으로 유기적으로 단일하게 조직되어 경제활동이 이루어지는 사업과 사업장[98]에서는 원활한 노무제공과 협업을 위해서는 작업의 방식 내지 근로자 간의 관계에 있어서 직장질서를 정할 필요가 있고, 이러한 직장질서는 근로계약을 통해 개별적으로 규율되기는 어려운 측면이 있으므로 통일적으로 규율될 필요성이 있다.

그러나 이처럼 취업규칙 제도가 근로자 보호의 목적을 갖고 있다고 하더라도, 이러한 방식의 근로조건 결정 및 직장질서 규율을 인정하는 것이 그 목적을 달성하는데 있어서 바람직하고 유효적절한 수단인지에 대해서는 재검토가 필요하다. 취업규칙을 통한 근로조건의 일방적 결정을 허용하는 것은 사인의 법률관계는 당사자의 의사합치로 이루어져야 한다는 근대법의 사적자치 원칙과 근로기준법상 근로조건 대등결정의 원칙에 반할 뿐만 아니라, 근로관계에서의 교섭력의 불균형과 종속성을 극복하기 위해 근로자 집단을 통한 근로조건 대등결정을 허용하는 집단적 자치의 원칙 모두에 불충분하기 때문이다.[99] 또한 근로기준법은'제재에 관한 사항'(제93조 제11호)을 취업규칙의 기재사항으로 하여 사용자가 일방적으로 작성하는 취업규칙 위반에 대한 징계를 가능하게 하고 있는데, 과연 사인(私人) 사이에서의 징계를 당사자 일방이 작성한 규칙에 근거하여 행할 수 있는 것인지에 대해서도 검토가 필요하다.

이하의 내용에서는 근로조건 결정 및 직장질서 확립 수단으로서 취업규칙

인정하는 근로기준법 제97조의 취지를 "개별적 노사 간의 합의라는 형식을 빌려 근로자로 하여금 취업규칙이 정한 기준에 미달하는 근로조건을 감수하도록 하는 것을 막아 종속적 지위에 있는 근로자를 보호하기 위한 규정"으로 파악하고 있다(대법원 2019.11.14. 선고 2018다200709 판결)

97) 니시타니 사토시, 「노동법의 기초구조」, 박영사, 2016, 180면.

98) 대법원 2015.3.12. 선고 2012두5176 판결

99) 이철수(2006), 31면.

제도의 규범적 타당성을 검토한다. 우선 취업규칙의 효력과 법적 성질에 대한 논의는 취업규칙의 등장과 함께 시작되었으나 여전히 명쾌하게 해결되지 않았다는 점에서 그 논리적 취약성을 밝힌다. 또한 근로조건 결정에 대한 헌법적 요청을 고려할 때 현재의 취업규칙 제도의 정당성이 인정될 수 있는지를 검토한다. 나아가 직장질서 확립 및 징계근거로서의 취업규칙 제도의 문제점을 드러낸다.

제2절 근로조건 결정 규범으로서의 타당성

I. 취업규칙의 효력과 법적 성질에 대한 논쟁

1. 논의의 배경

신분적 예속관계를 극복하고 모든 인간을 권리와 의무의 주체로 상정하는 근대법 질서는 대등한 당사자 간의 법률관계를 당사자의 자유로운 의사합치, 즉 계약에 의해 규율하는 것을 원칙으로 한다. 우리 민법은 이러한 사적자치와 계약자유의 원칙을 명시하고 있지는 않으나, 법률행위가 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 경우 이를 무효로 하는 민법 제103조와 법률행위의 당사자가 법령 중의 선량한 풍속 기타 사회질서에 관계없는 규정과 다른 의사를 표시한 때에는 그 의사에 의하도록 하는 민법 제105조는 계약이 법에서 정한 틀 속에서는 자유로이 형성될 수 있음을 전제로 하고 있다.[100] 다만, 이러한 사적자치의 원칙 또한 당사자 간의 정보비대칭이나 주관적 의사 파악의 어려움 등의 한계, 공익에 미치는 악영향 등을 고려할 때 무제한적으로 허용될 수는 없다.[101] 한편, 이처럼 계약을 통해 당사자의 권리와 의무를 규

---

100) 권영준, “계약법의 사상적 기초와 그 시사점 – 자율과 후견의 관점에서”, 저스티스 통권 124호, 2011, 172면.

101) 권영준(2011) 174-175면.

율하는 것 이외에도 국가(내지 공적주체)가 제정한 법규범이 개인의 권리와 의무를 규율하는 근거로서 기능한다.

이처럼 근대법질서 속에서 개인의 법률관계는 그 의사합치에 기반한 계약 또는 그 의사와 무관하게 당사자의 의사를 구속하는 법규범에 의해 결정된다. 그렇다면 사용자가 일방적으로 작성하는 취업규칙은 계약인가? 아니면 법규범인가? 이도 아니라면 단순한 사실행위로서 아무런 효력을 갖지 못하는 것인가?

앞서 살펴보았듯 취업규칙 제도의 형성과정에서 사용자의 임의적인 권한 행사를 방지하기 위해서는 그 법적 효력을 인정하여 사용자 스스로가 취업규칙에 구속되도록 하는 것이 필요하였고, 이에 따라 취업규칙의 법적 효력이 인정되었다. 그러나 이때 취업규칙의 효력을 인정하는 근거를 어디에서 찾는지와 관련하여 그 법적 성질을 계약으로 보는 견해(계약설)와 법규범으로 보는 견해(법규범설)의 대립이 시작되었다.

이러한 견해의 대립은 취업규칙 제도를 활용한 대부분의 국가에서 발생하였다. 독일에서도 1891년 영업법상 취업규칙 제도의 도입 이후 이에 대한 논쟁이 본격화 되었고,[102] 이는 이후 일본에서의 논쟁을 거쳐 국내에서의 논의에도 영향을 미치게 되었다.

2. 독일 영업법상 취업규칙의 법적 성질에 대한 논쟁

1891년 영업법 개정을 통해 제도화 되기 이전의 취업규칙은 사용자가 우월한 경제적 지위에서 근로조건과 노동규율을 일방적으로 정하는 것이었는데, 이는 근로계약의 공백을 보충하는 것으로 관념되었고, 따라서 취업규칙의 성격도 기본적으로 계약이라는 전제하에 취업규칙의 작성을 청약의 일종

102) 과거 프랑스에서도 취업규칙의 법적 성질에 대해 계약설과 법규범설의 대립이 존재하였으나, 1982년 법개정 이후 취업규칙을 통한 근로조건의 결정이 금지되면서 현재에는 논의의 실익을 찾기 힘들다고 한다(J. MOULY et Y. CHALARON, ‘Règlement intérieur et notes de service’, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2015, pp.155-157)

으로 보거나 근로자의 계속근로를 계약(취업규칙)에 대한 묵시적 동의로 보는 계약설이 전개되었다.[103]

1891년 영업법 개정 이전까지만 하더라도 계약설의 입장이 지배적이었고 당시의 노동재판소(Gewerbegerichte) 및 법 개정 당시 제국의회에서의 논의도 계약설의 입장에서 전개되었다.[104] 다만 계약설 내부에서도 취업규칙이 효력을 갖기 위해서 근로자가 이를 인식하여야 하는 것인지, 아니면 근로계약에 별도의 유보조항이 필요한 것인지에 대해서 견해가 엇갈렸다고 한다.[105]

그러나 법 개정 이후에는 취업규칙을 실질적인 법률(materielles Gesetz) 또는 법률과 유사한(Gesetze ähnliche) 사용자의 일방적 명령으로 이해하는 법규설이 제기되었다.[106] 이는 먼저 영업법 134c에서 취업규칙에 법적 구속력(rechtsverbindlich)을 부여하면서 이에 대한 근로자의 동의를 요구하지 않는다는 점, 그리고 영업법상 취업규칙 관련 조항에서 취업규칙과 근로계약을 구별하여 표현한다는 점(예컨대 134b의 5문), 그리고 영업법 134a, 134d에서는 '공포'(erlassen)라는 용어를 사용하고 있는데 이는 계약보다는 법규범적 성격(gesetzesartigen Charakter)에 부합한다는 점, 취업규칙이 계약이라면 즉시 효력이 발생해야 함에도 불구하고 영업법 134a의 4문에서 취업규칙의 효력발생시점을 별도로 정하고 있는 점, 취업규칙이 근로조건과 복무규율의 통일적 규율을 목적으로 하는 이상 그 효력 여부를 개별 근로자의 우연적 수용 여부에 따라 판단하게 되면 법의 목적과 어긋난다는 점 등을 근거로 제시한다.[107] 또한 임의적 취업규칙을 의무적으로 작성하도록 한 것은 대규모 기업

---

103) E. Neukamp, "Der Entwurf der neuesten Gewerbeordnungsnovelle", Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft Bd. 47, H. 1., 1891, p.28.

104) 계약설의 견해를 취한 학자들로는 Blankenstein, Sinzheimer, Landmann-Romer, N.eukamp 등이 언급된다. P. Oertmann, "Die rechtliche natur der arbeitsordnung". Festgabe fur Hubler. 1905, p.11.

105) Blankenstein, "Die Rechtskraft der Arbeitordnungen", Archiv des öffentlichen Rechts, Vol. 13, No. 1, p.121-123.

106) 법규설의 견해를 취한 학자들로는 Oertmann, Rehm, Lotmar 등이 있었다고 한다. P. Oertmann, ibid, pp,11-12.

107) P. Oertmann, ibid, pp. 13-18.

과 공장의 등장이라는 사회적 배경에서 출현한 것으로서 이에 대한 공법적 개입의 필요성이 점차 증가하는 상황에서 과거의 계약설을 답습할 필요는 없고, 취업규칙은 근로자 뿐만 아니라 사용자를 구속한다는 점에서 근로자를 보호하는 기능을 가진다고 주장하였다.[108]

3. 일본에서의 취업규칙의 법적 성질에 대한 논쟁

일본의 취업규칙 제도는 1926년 공장법 시행령 및 시행규칙에서 처음 도입되어 전쟁 이후인 1947년 노동기준법상 취업규칙 제도로 발전하였다. 이 과정에서 취업규칙의 법적 성질과 구속력의 근거에 대해 '4파 13류'[109]로 표현되는 백화제방의 논쟁이 전개되었고, 이는 일본 노동기준법상 취업규칙 제도를 계수한 우리의 학설 논의에도 지대한 영향을 미쳤다.

1970년대의 상황에서 4파 13류로 정리된 학설로는, 먼저 개별적 합의(근로계약)의 층위에서 그 구속력을 설명하는 계약설에 속하는 것으로서 ①순수계약설, ②사실규범설 ③사실적인 관습설 ④기타 계약설, 취업규칙을 집단적 계약으로 보고 그 효력을 설명하는 ⑤집단적 계약 · 합의설, 사용자의 일방적 작성에도 법규범적 효력이 인정되는 법규범설에 속하는 것으로 ⑥경영권설, ⑦제도이론설, ⑧사회자주법설(법례2조설), ⑨보호법수권설(93조 수권설), ⑩배경이분설, ⑪'사실인 관습설' 등의 법규설, 기타 ⑫근거2분설, ⑬의사법규설 등이 제시되었다고 한다. 이 중에서도 사회자주법설과 사회관습설, 보호법 수권설의 입장이 논의의 주축을 이루고 있으며, 이러한 취업규칙의 성질에 대한 학설상 논의는 이후로도 계속되었다.[110]

---

108) P. Oertmann, ibid, pp.25-27.

109) 諏訪康雄, "就業規則", 「文献研究労働法学」(労勘法文献研究会編), 総合労働研究所, 1978, 82-104면.

110) 中村和夫, "就業規則論", 「戦後労働法学説史」(籾井常喜編), 旬報社, 2002. 795-804면.

1) 공장법상 취업규칙에 대한 논쟁

일본에서도 초기의 학설은 취업규칙을 근로계약에 대한 청약의 일종으로 파악하는 순수계약설이 제기되었으나, 일본 민법학의 선구자인 스에히로 이즈타로(末弘厳太郎)가 독일의 범규범설의 견해를 따라 계약설을 비판하면서 그 근거로 사회자주법설을 제시하였고. 그 결과 초기의 학설은 법규범설의 견해가 유력한 입지로 받아들여졌다고 한다.[111] 이후 사업주의 경영권에 의해 취업규칙이라는 법규범의 효력이 정당화된다는 경영권설이 등장하였는데, 이 시기의 논의는 근로자 보호의 관점에서 계약자유의 원칙에 입각한 계약설이 갖는 폐해를 극복하고자 법규범설의 입장이 주목된 시기라고 할 수 있다.[112]

2) 노동기준법상 취업규칙에 대한 논쟁

2차대전 직후인 1947년에 노동기준법상 취업규칙 제도가 마련된 이후로는 그 작성에 대한 절차적 규제(작성의무, 의견청취, 행정관청의 감독, 주지)를 이유로 종전의 법규범설의 입장이 강화되기도 하였으나, 곧이어 사용자가 일방적으로 작성하는 취업규칙은 근대적 계약개념과 법개념에 어긋난다는 점에서 법규로서의 성격을 부인하는 '사실규범설'이 제시되었다.[113]

이처럼 법규범설의 입장이 전근대적인 노동관에 입각해있음을 비판하며 근대적인 계약설에 입각하여 취업규칙을 설명하고자 하는 '사실인 관습설'이 등장하였다.[114] 이는 일반적인 노동관계에서는 취업규칙이 개별적 근로계약의 내용으로 받아들여진다는 '사실인 관습'에 따라 취업규칙의 효력을 파악

---

111) 西谷敏(2009), 12면.

112) 諏訪康雄(1987), 83면.

113) 吾妻光俊, "労働法の基本問", 「労働法の基本問題」, 有斐閣, 1949, 134면 이하 (諏訪康雄(1979) 84면에서 재인용)

114) 石井照久, "労働関係の法律的分析", 討論労働法 10号, 1954, 1면 이하(諏訪康雄(1979) 86면에서 재인용)

하고자 하는 것이었다.

이러한 비판에 따라 법규범설은 '보호법 수권설'을 통해 그 성격을 확실히 하고자 하였다.[115] 이는 기존의 사회자주법설이 법례 제2조[116]를 언급하여 법규범성을 찾고 있는 것에 대하여 그 요건인 '법적 확신'에 의한 지지가 현재로서는 지지되지 않고, 계약설의 입장에서도 취업규칙을 파악하기는 어렵다고 보아, 취업규칙 그 자체는 사실적 규범으로서 법적 효력을 가지지 않지만 노동기준법은 근로자 보호를 위해 취업규칙에 최저기준적 효력을 부여하고 있다고 이해하는 것이다.

3) 추북버스(秋北バス) 판결과 그 이후의 학설

그러던 중 선고된 1968년의 추북버스판결[117]은 취업규칙의 법적 성질을 '사실인 관습'에서 찾는 듯한 판시를 내렸고, 이러한 판시는 이후 판례의 입장으로 확립되었다.

이 사건 원고 근로자의 입사 당시의 취업규칙은 종업원의 정년을 만 50세로 정하고 있을 뿐 중간간부(주임 이상)에 대해서는 정년을 정하지 않고 있었는데, 원고가 차장으로서 만 55세를 넘겨 근무하고 있는 상황에서 피고 회사는 취업규칙의 정년 규정을 '주임 이상의 직에 있는 자는 만 55세를 기준으로 정년을 정한다'로 개정하고 이 규정을 이유로 원고를 해고하였다. 이에

---

115) 沼田稲次郎, "就業規則の法的性質", 学会誌 4号, 1954, 4면(諏訪康雄(1979) 88면에서 재인용)

116) 법례는 일본의 국제사법의 기본법으로 1898년에 제정된 것으로서 일본에서의 법률 적용에 관한 사항도 규정하고 있었는데, 제2조는 관습을 법률과 동일한 효력을 가지는 것에 대한 것이었다. 이는 2006년'법의 적용에 관한 통칙법'이 제정되면서 대체되었는데, 종전의 법례 제2조를 답습한 이 법 제3조는 "공공질서 또는 선량한 풍속에 반하지 아니하는 관습은, 법령의 규정에 의해 인정된 것 또는 법령에 규정되어 있지 않은 사항에 관한 것에 한하여, 법률과 동일한 효력을 가진다."고 정하고 있다(김문숙, "일본의 법례개정과 남겨진 과제- 법의 적용에 관한 통칙법의 제정에 관하여 -", 국제사법연구 제12호, 2006, 462-464면)

117) 最高裁 昭和 43年(1968) 12月 25日 大法廷判決（民集22巻 13号3459頁, 判時542号 14頁, 判夕230号 122頁）

원고 근로자는 이러한 취업규칙 개정에 동의한 바 없으므로 이러한 개정 및 이에 근거한 해고는 무효라고 주장하며 이 사건 소를 제기하였다. 1심에서는 원고의 청구를 인용하였으나 2심에서는 이를 기각하여, 원고가 상고하였다.

최고재판소의 다수의견은 "근로조건은 노동자와 사용자가 대등한 지위에서 결정(노동기준법 제2조 제1항)되어야 하나, 다수의 노동자를 사용하는 근대 기업에서 노동조건은 경영상 요청에 근거하여 통일적 · 획일적으로 결정되어 노동자는 경영주체가 정하는 계약 내용의 정형에 따라 부종적으로 계약을 체결할 수 밖에 없는 입장에 서는 실정이며, 이 노동조건을 정형적으로 정한 취업규칙은 일종의 사회적 규범으로서의 성질을 가질 뿐만 아니라, 그것이 합리적인 노동조건을 정하고 있는 이상 경영주체와 근로자 사이의 노동조건은 그 취업규칙에 따른다는 사실인 관습이 성립하는 것이어서(일본민법 제92조), 취업규칙의 법적 규범성이 인정된다"고 보았다. 또한 이러한 입장을 취하는 이상 "해당 사업장의 노동자들은 취업규칙의 존재 및 내용을 실제로 알고 있는지와 무관하게, 그리고 개별적으로 동의하였는지와 무관하게 당연히 취업규칙이 적용되며, 이미 새로운 취업규칙의 작성 또는 변경에 의하여 기득권을 박탈하고 근로자에게 불이익한 근로조건을 일방적으로 부과하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다고 해석하여야 하나, 근로조건의 집합적 처리, 특히 그 통일적이고 획일적인 결정을 전제로 하는 취업규칙의 성질상 당해 규칙조항이 합리적인 것인 한 개별 근로자에게 이에 동의하지 않는다는 이유로 그 적용을 거부하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 한다."고 판시하였다.

그러나 이러한 다수의견의 판시에 대해 두 개의 반대의견이 제시되었고, 학계에서도 많은 비판이 가해졌다. 특히 다수의견이 취업규칙의 효력 근거를 일본민법 제92조[118]의 '사실인 관습'에서 찾으면서도, 근로자의 의사가 확인되지 않거나 동의유무와는 상관없이 불리하게 변경된 취업규칙이 적용된다

118) "법령 중의 공공의 질서에 관한 것이 아닌 규정과 다른 관습이 있는 경우에 있어서, 법률행위의 당사자가 그 관습에 의한 의사를 가지고 있는 것으로 확인된 때에는 그 관습에 좇는다."

고 판단한 것을 두고 취업규칙의 법적 성질에 대해 논란이 발생하였다.[119] 법률행위의 해석기준인 사실인 관습을 언급하고 있다는 점에서는 계약설을 취한 것으로 읽힐 수도 있고, 취업규칙의 '법적 규범성'을 언급하였다는 점에서는 법규범설의 입장을 취한 것으로 볼수도 있기 때문이다.

이러한 판시를 바탕으로 취업규칙을 일종의 정형계약(약관)으로 파악하여 그 법적 효력을 도출하는 정형계약설이 등장하였다. 이는 취업규칙에 대한 합의가 인정되지 않는 경우에도 그 내용에 합리성이 있고 그 내용이 공개되어 있는 이상 이에 반대하지 않는 경우에는 법적 규범성이 인정된다는 논거로서 많은 지지를 얻었고,[120] 이후 최고재판소[121]는 '취업규칙 내용이 합리적인 이상 구체적 근로계약의 내용을 이루고 있다'고 판시하기도 하여 정형계약설이 유력한 것으로 받아들여지고 있다고 한다.[122]

다만 이후에도 취업규칙의 성질은 합리적으로 설명되기 어려운 것이지만 그 내용이 근로자 보호법으로서의 취지에 부합하는 이상 노동기준법 제93조에 의해 법적 효력이 부여된 것으로 파악하는 효력부여설이 제기되었다.[123] 이는 그 효력을 노동기준법에서 찾는다는 점에서 기존의 수권설과 입장을 같이하지만, 취업규칙의 내용이 근로자에게 화체되어 있는 경우 이를 불이익하게 변경하기 위해서는 근로조건 대등결정의 원칙과 근로자 보호를 위해 근로자의 동의가 필요하다고 파악하였다는 점에서 차이를 보인다.

4) 노동계약법 입법을 통한 논쟁의 해소

이처럼 취업규칙의 법적 성질을 두고 전개된 논쟁은 2007년 제정된 노동계약법을 통해 상당부분 해소되었다. 2008년 3월 1일부터 시행된 노동계약법

---

119) 荒木尚志(2022), 410면.

120) 荒木尚志(2022), 410-411면.

121) 電電公社帯広局事件 最一小判昭和 61-313 労判 470号 6頁, 日 立製作所武蔵工場事 件 - 最一小判平成 3 - 11 - 28 民集 45巻 8号 1270頁

122) 노동법실무연구회(2020), 697면.

123) 荒木尚志(2022), 436면.

은 추북버스 판결의 법리를 명문화하는 한편, 취업규칙의 효력과 근로조건 변경에 대한 사항을 명확히 하고자 하였다.[124]

이에 따르면, 사용자가 합리적인 노동조건이 정해져 있는 취업규칙을 노동자에게 주지시킨 경우 노동계약의 내용은 그 취업규칙으로 정하는 노동조건에 따른다(제7조 본문). 다만 근로계약에서 취업규칙의 내용과 다른 노동조건을 합의한 부분에 대해서, 근로계약이 유리한 경우에는 그 유리한 부분이 우선한다(제7조 단서)

취업규칙으로 정하는 기준에 미달하는 근로계약은 그 부분에 대해서는 무효로 하고, 무효로 된 부분은 취업규칙으로 정하는 기준에 따른다(제12조). 그리고 취업규칙 중 법령 또는 단체협약에 위반되는 내용은 근로계약에 대해서 적용되지 않는다(제13조).

노동계약은 근로자 및 사용자가 대등한 입장에서 합의에 따라 체결하거나 변경되어야 하고(제3조 제1항), 사용자와 근로자는 합의에 의하여 근로계약의 내용인 근로조건을 변경할 수 있다(제8조). 따라서 사용자는 근로자와 합의하지 아니하고 취업규칙을 변경함으로써 근로자에게 불이익하게 근로계약의 내용인 근로조건을 변경할 수 없지만(제9조), 변경 후의 취업규칙을 노동자에게 주지시키고, 취업규칙의 변경이 노동자가 받는 불이익의 정도, 노동조건 변경의 필요성, 변경 후 취업규칙 내용의 상당성, 노동조합 등과의 교섭상황 및 그 밖에 취업규칙 변경과 관련된 사정에 비추어 합리적인 것일 때에는 근로계약의 내용인 근로조건은 해당 변경 후 취업규칙에서 정하는 바에 따른다(제10조 본문). 다만 이 경우에도 근로계약에서 노동자 및 사용자가 취업규칙의 변경에 따라서는 변경되지 아니하는 노동조건으로 합의한 부분에 대해서는 취업규칙으로 근로조건을 불리하게 변경할 수 없다(제10조 단서).

5) 개정 일본민법상 정형약관의 해당여부

한편 2017년에 일본 민법이 개정되면서 '정형약관'에 관한 규정이 신설되

124) 荒木尚志(2022), 436면.

었는데(548조의2부터 548조의4), 이는 특정인이 불특정 다수를 상대방으로 하는 거래에서 그 내용의 전부 또는 일부를 획일화 하는 것이 쌍방에게 합리적인 경우, 이러한 정형거래에 대한 합의를 한 자는 정형약관의 개별 조항에 대해서도 합의를 한 것으로 보도록 하는 것이다(548조의2 제1항). 또한 '정형약관의 변경이 상대방의 일반적인 이익에 적합할 때' 및 '정형약관의 변경이 계약의 목적에 반하지 않고, 또한 변경의 필요성, 변경 후 내용의 상당성, 정형약관을 변경하는 것이 그 취지를 변경하는지 유무 및 기타 사정에 비추어 합리적인 경우'에는 정형약관준비자가 정형약관을 변경하더라도 이에 대한 합의가 있었던 것으로 간주하여 개별적으로 상대방과 합의하지 않고 계약의 내용을 변경할 수 있다고 한다(548조의4 제1항).[125]

취업규칙의 법적 성질에 대한 논쟁은 2007년 노동계약법 제정을 통해 대부분 정리된 상황이지만 이러한 민법 개정에 따라 취업규칙이 정형약관에 해당하는지가 문제된다. 이와 관련된 논의 과정에서, 노동계약법에서의 규제 내용 차이를 이유로 취업규칙은 개정 민법상 정형약관에 해당하지 않는 것으로 보는 견해가 일반적이고, 민법 개정당시에도 노동계약은 노동자의 개성에 착안한 계약으로서 노동계약은 불특정 다수의 자를 상대방으로 행하는 거래에 해당하지 않는다는 점이 언급되었다고 한다.[126]

4. 국내에서의 논의와 판례의 입장

국내에서의 논의 또한 이러한 독일과 일본에서의 논의의 영향을 받아 전개되고 있다. 다만 근로기준법은 취업규칙 제도를 도입하면서 그 효력에 대해 명시적인 규정을 두었기 때문에 그 근거를 순수계약이나 사회자주법에서 파악하는 견해나 이를 사용자의 경영권에 기해 효력을 갖는 것으로 파악하는

125) 또한 이와 같이 정형약관을 변경하는 경우에는 그 효력발생시기를 정하고, 그 변경의 취지 및 변경 후 약관의 내용을 적절한 방법으로 주지시키도록 하고 있다(548조의4 제2항)

126) 송영민, "일본 개정민법상의 정형약관에 관한 고찰", 법과정책 제25권 제2호, 2019, 102면.

견해는 찾기 어렵다.

국내에서의 주된 논의는 수권설 내지 법적효력부여설에 따라 취업규칙을 법규범으로 이해하는 견해[127]와 정형계약설과 사실관습설을 혼합하여 일종의 보통거래약관에 해당하는 취업규칙에 따르기로 하는 사실인 관습에 의하여 근로계약의 내용이 보충된다는 견해[128]가 있다. 한편 사용자가 일방적으로 작성한 취업규칙과 근로자의 집단적 동의를 통해 불이익하게 변경된 취업규칙은 그 정당성의 기초를 달리한다는 점에서 그 성질을 달리 파악하여야 한다는 견해도 있다.[129]

취업규칙의 법적 성질에 대한 논의의 실익은 아래의 쟁점을 통해 구체화된다. 먼저 근로기준법 제97조는 '취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약의 부분'에 대해서 최저기준적 효력을 갖도록 하는데, 그렇다면 근로계약에서 정하지 않은 부분을 취업규칙에서 정하고 있는 경우 이것이 근로자에 효력을 미칠 수 있는가?(이른바 보충효의 문제). 또한 근로기준법 제94조 제1항 단서는 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우 근로자 집단의 동의를 받도록 하고 있는데, 이때 근로자 집단의 동의를 받아 유효하게 불이익변경된 취업규칙은 그 반대의사를 표시한 근로자에게는 적용되지 않는 것인가? 또한 불이익변경에 대해 근로자 집단의 동의를 받지 못한 경우에도 개별적으로 동의한 근로자에게는 변경된 근로조건이 적용되는 것인가?

우리 판례는 "취업규칙은 사용자가 기업경영권에 기하여 사업장에 있어서의 근로자의 복무규율이나 근로 조건의 기준을 획일적 통일적으로 정립하기 위하여 작성하는 것으로서 이는 근로기준법이 종속적 노동관계의 현실에 입각하여 실질적으로 불평등한 근로자의 입장을 보호강화하여 그들의 기본적 생활을 보호향상시키려는 목적의 일환으로 그 작성을 강제하고 이에 법규범성을 부여한 것"이라고 판시하여 법규범설의 입장을 취하고 있는 것으로 파

127) 김유성, 「노동법 Ⅰ」, 법문사, 2005, 200면; 임종률(2022), 371면.

128) 김형배 · 박지순, 「노동법강의」. 박영사, 2022, 148면.

129) 박종희(2023), 25면.

악하는 것이 일반적이다.[130]

다만 이후의 판례들은 "사용자가 취업규칙에서 정한 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경함에 있어서 근로자의 동의를 얻지 않은 경우에 그 변경으로 기득이익이 침해되는 기존의 근로자에 대한 관계에서는 변경의 효력이 미치지 않게 되어 종전 취업규칙의 효력이 그대로 유지되지만, 변경 후에 변경된 취업규칙에 따른 근로조건을 수용하고 근로관계를 갖게 된 근로자에 대한 관계에서는 당연히 변경된 취업규칙이 적용되어야 하고, 기득이익의 침해라는 효력배제사유가 없는 변경 후의 취업근로자에 대해서까지 변경의 효력을 부인하여 종전 취업규칙이 적용되어야 한다고 볼 근거가 없다."[131]고 하여 취업규칙의 효력을 근로자집단별로 달리 파악하였다는 점에서 취업규칙의 계약적 성격을 인정한 것으로 파악되기도 하고,[132] "근로계약은 낙성계약으로 청약에 따른 승낙으로 성립하므로 그 계약의 내용은 사용자와 근로자가 개별적인 교섭에 의하여 확정하는 것이 원칙이지만, 오늘날 다수의 근로자를 고용하고 있는 기업은 개개의 근로자들과 일일이 계약 내용을 약정하기보다는 근로계약의 내용이 되는 근로조건 등을 단체협약, 취업규칙에 정하여 근로관계를 정형화하고 집단적으로 규율하는 것이 보통이므로, 근로계약 체결 시 계약의 내용을 취업규칙의 내용과 달리 약정하는 등 특별한 사정이 없는 한 근로계약을 체결한 근로자와 사용자 사이에는 취업규칙에 정하는 바에 따라 근로관계가 성립한다"고 판시하여 사실인 관습의 일종으로서 취업규칙의 효력을 파악한 것으로 보이는 경우도 있다.[133]

5. 논쟁에 대한 평가

독일의 영업법이나 일본의 노동기준법, 우리 근로기준법이 그 법적 효력을

130) 대법원 1977.7.26. 선고 77다355 판결

131) 대법원 1992.12.22. 선고 91다45165 판결

132) 박종희, "취업규칙 본질에 관한 논쟁의 소재와 앞으로의 논의방향성", 노동법학 제12호, 2001, 155-157면.

133) 대법원 1999.1.26. 선고 97다53496 판결

인정하고 있는 이상 이를 사실규범에 불과한 것으로 보아 그 효력을 완전히 부인할 수는 없다. 또한 우리 근로기준법은 취업규칙의 최저기준적 효력을 명시하는 한편, 불이익변경에 대해 근로자 집단의 동의를 받도록 판례법리와 입법이 이루어졌기 때문에 그 법적 성질에 대한 논의의 실익도 상당수 해소되었다고 할 수 있다.[134] 그렇기 때문에 취업규칙의 법적 성질에 대한 논쟁은 결국에는 어떠한 견해가 취업규칙 제도의 목적에 부합하고, 제도와 관련된 해석상 쟁점에 있어서 정합적인지를 파악하는 문제라고 할 수 있다.[135]

그러나 결국 취업규칙 제도 형성 · 전개과정에서 취업규칙의 법적 성질에 대한 논쟁이 장기간 계속되어 왔다는 점은 어떠한 견해에 따르더라도 취업규칙의 법적 성질을 명징하게 파악하기가 어렵다는 점을 보여준다.[136] 취업규칙을 계약이라고 보기에는 당사자의 의사합치를 찾기 힘들고, 법규범으로 보기에는 사용자에게 단독으로 법규범을 설정할 수 있는 정당한 권한이 있다고 하기는 어렵기 때문이다.[137] 이러한 점에서 보면 계약설의 입장은 '사회적 사실을 무시하고 개념적 논리조작에 만족하는 것'이고, 법규범설은 '개념적 타당성보다 사회적 사실을 중시하는 법사회학적 입장'이라는 비판은 적확하다고 할 수 있다.[138]

---

134) 임종률(2022), 371면.

135) 개인적인 견해로는 취업규칙은 법규범으로서 효력을 갖는 것으로 보는 것이 타당하다고 본다. 근로기준법 제97조가 개별적 노사 간의 합의라는 형식을 빌려 근로자로 하여금 취업규칙이 정한 기준에 미달하는 근로조건을 감수하도록 하는 것을 막아 종속적 지위에 있는 근로자를 보호하기 위한 취지이고, 나아가 근로기준법 제94조 제1항 단서가 취업규칙의 불이익변경에 근로자의 집단적 동의를 요구하고 있는 이상 개별적 합의를 통해 취업규칙상의 근로조건을 불이익하게 변경하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 하기 때문이다(대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709 판결). 다만 그 법규범적 효력의 기초를 사용자에 대한 국가의 권한 위임으로 구성하는 수권설 보다는 근로자 보호의 관점에서 취업규칙의 효력을 부여한 것이라는 효력부여설이 타당하다고 본다(같은 취지로 유혜경, "단체협약법의 이론적 기초에 관한 연구", 노동법학 제24호, 2007, 89-90면).

136) 이철수(2006), 32면.

137) 이철수(2023), 130면.

138) 淺井清信, "就業規則の再檢討", 労働法 6号, 1955, 34-48면.

II. 근로조건 결정에 대한 헌법적 요청

1. 검토의 필요성

한편 근로조건 결정 규범으로서 취업규칙의 효력 근거를 어디에서 찾는지의 문제에서 나아가, 이러한 방식의 근로조건 결정이 우리 헌법질서 내에서 바람직한 것으로 평가될 수 있는지에 대한 검토가 필요하다. 1953년 취업규칙 제도를 도입한 이후 산업화와 민주화가 이루어지면서 우리 헌법의 노동기본권 보호 질서도 고도화 되었을 뿐만 아니라, 입법 당시의 시점에서는 합헌적으로 여겨지던 법규정 또한 그 판단의 근거가 되는 사회경제적 사실의 변화와 같은 사정변화로 인하여 새로이 헌법심사의 대상이 되기 때문이다.[139)]

우선 그간의 헌법질서의 변화를 살펴보면, 1953년 근로기준법 제정 당시의 우리 헌법(헌법 제2호;1952.7.7.개정)은 제17조에서 근로의 권리를 인정하면서, 근로조건의 기준은 법률로써 정하도록 하였다. 이어 제18조에서는 '근로자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 자유는 법률의 범위 내에서 보장된다'는 점을 천명하여 법률유보가 예정된 자유권으로서의 단체교섭권을 인정하였다. 또한 당시 헌법은 경제질서에 대하여 제84조에서 "대한민국의 경제질서는 모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족할 수 있게 하는 사회정의의 실현과 균형 있는 국민경제의 발전을 기함을 기본으로 삼는다. 각인의 경제상 자유는 이 한계 내에서 보장된다."는 점을 선언하였다.

이후 우리 근현대사의 질곡과 산업화, 그리고 민주화를 거치며 우리의 헌정질서에도 많은 변화가 발생하였다. 당시의 헌법과 현행 헌법을 비교하여보면 먼저 근로권의 실현과 관련하여 근로조건 법정주의(현행 헌법 제32조 제3항)의 목적으로 '인간의 존엄성 보장'이 추가되었고(1980년 개정), 단체교섭권 또한 '근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권 · 단체교섭권 및 단체행동권'을 보장하는 것으로 변모하였다. 또한 경제질서와 관련하여서는 "개인

139) 정재황, "사회변화와 헌법변화", 성균관법학 제24권 제4호, 2012, 31-35면.

과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본"으로 하고(현행 헌법 제119조 제1항), "국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다."(현행 헌법 제119조 제2항)는 이른바 경제민주화 조항을 두게 되었다.

이처럼 근로기준법과 그 취업규칙 제도의 전제가 되는 헌법질서에 있어서도 많은 변화가 있었고, 1987년 헌법개정과 민주화 이후 헌법재판소를 통한 위헌법률 심사가 본격화 되면서 헌법상 노동기본권과 경제질서에 대한 많은 논의와 헌법재판소 재판례가 축적되었다는 점에서 취업규칙 제도의 헌법적 근거에 대한 검토가 필요하다.

이하의 내용에서는 우선 근로조건 결정에 대한 헌법적 요청은 무엇인지 파악하고, 현재의 취업규칙 제도가 과연 이러한 요청에 부응하는 것인지를 검토한다.

2. 근로조건 대등결정에 대한 헌법적 요청

1) 개별적 자기결정에 대한 요청

먼저 우리 근로기준법은 근로조건의 결정이 근로자의 자유의사에 따라 이루어지도록 하고 있는데(제4조), 이는 사용자가 사회경제적인 우위를 이용하여 근로자의 의사를 무시하고 근로조건을 결정하여서는 안된다는 점을 밝히는 한편(근로조건 대등결정의 원칙), 근로조건은 근로계약의 당사자 사이에 자유로이 결정할 사항임을 밝힌 것으로 이해된다(근로조건 자기결정의 원칙).[140]

먼저 근로조건 자기결정의 원칙(자유의사)은 사적 자치의 원칙을 확인하여 근로조건의 수준을 근로자와 사용자가 대등한 지위에서 각자의 자유의사에 따라 결정하게 하면서도, 현실에서의 근로자의 열악한 지위를 고려하여 일정한 경우 근로자단체인 노동조합 또는 근로자 대표가 근로조건의 결정에 관

140) 임종률(2022), 375면.

여할 수 있도록 하여 집단적 차원에서의 사적자치를 실현한다.[141] 또한 근로조건 대등결정의 원칙(대등성)은 노동3권의 보장취지와 마찬가지로 실질적으로 대등한 관계에서 근로조건을 결정하도록 하는 것으로, 비록 해당 조문이 근로기준법에 규정되어 있기는 하나 집단적 대등결정의 원칙을 포함하는 것으로 노동법 전체의 원칙을 구성한다고 볼 수 있다.[142]

그 헌법적 근거로서 우선 헌법 제10조가 보장하는 인간으로서의 존엄과 가치로부터 비롯되는 자기결정권이 있다. 우리 헌법질서에서 인간의 존엄은 "도덕적 · 이성적 인격체인 인간이 자유의지에 따라 내리는 자신의 상태와 자신의 행동에 대한 자기결정권"을 의미하는 것으로서,[143] 이는 국가의 개입이나 강제 등이 없이 개인의 자유로운 자기의사에 따라 자유로운 판단과 결정이 원칙적으로 보장되고, 자신의 생활에 있어서 다양하고 구체적인 행동을 자유로이 형성 · 향유할 수 있도록 하는 것이다.[144] 또한 이러한 자기결정권은 사적자치의 원칙과 계약 자유의 원칙으로서 구체화 될 수 있는데, 사적자치의 원칙이란 자신의 일을 자신의 의사로 결정하고 행하는 자유뿐만 아니라 원치 않으면 하지 않을 자유로서 우리 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동자유권의 하나로서, 계약자유의 원칙은 계약의 체결에서부터 종결에 이르기까지 모든 단계에서 자신의 자유의사에 따라 계약관계를 형성하는 것으로서 계약의 내용, 이행의 상대방 및 방법의 변경뿐만 아니라 계약 자체의 이전이나 폐기도 당사자 자신의 의사로 결정하는 자유를 의미한다.[145] 특히 헌법상 경제질서에 있어서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함이 기본이 된다는 점에서(헌법 제119조 제1항) 그 자기결정의 의미가 한층 강조된다.

---

141) 노동법실무연구회, 『근로기준법주해 Ⅰ』, 박영사, 2020, 377-380면

142) 박제성(2018), 134면

143) 홍성방, "헌법상 인간의 존엄에 대한 몇 가지 고찰", 인권법평론 24호, 2020, 236면

144) 이세주, "개별기본권으로서 자기결정권의 개념과 보호영역에 대한 고찰", 헌법학연구 제4호, 2022, 215면.

145) 헌재 2003.5.15. 선고 2001헌바98 결정

그러나 이러한 일반적 행동자유권은 개별 기본권과의 경합관계나 심사기준에 있어서 보충적으로 적용되는 것으로 해석되고,[146] 이러한 자기결정이 타인에게 피해를 주지 않는다고 하더라도 국가권력의 개입 · 간섭 그 자체가 본인의 의사에 반하더라도 본인 자신의 이익이 될 수 있다면 이를 제약할 수 있다는 후견주의의 입장이 제기되기도 한다.[147] 헌법 제37조 제2항에 따라 사회적 약자의 보호, 독점 방지, 실질적 평등, 경제 정의 등의 공공복리의 관점에서 이를 법률로서 제한할 수 있음은 물론이다.[148]

특히 근로관계의 영역에서는 사용자와 근로자 사이에 계약자유의 원칙이 무제한적으로 적용될 경우 발생할 수 있는 폐단을 감안하여 국가의 개입이 정당화 되고, 이는 근로권의 내용으로서 보장된다. 우리 헌법의 근로권은 인간이 자신의 의사와 능력에 따라 근로관계를 형성하고, 타인의 방해를 받음이 없이 근로관계를 계속 유지하며, 근로의 기회를 얻지 못한 경우에는 국가에 대하여 근로의 기회를 제공하여 줄 것을 요구할 수 있는 권리로서, 이러한 근로의 권리는 생활의 기본적인 수요를 충족시킬 수 있는 생활수단을 확보해 주고, 나아가 인격의 자유로운 발현과 인간의 존엄성을 보장해 주는 기본권이다.[149] 또한 근로권은 '일할 환경에 대한 권리'의 측면에서 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다.[150]

또한 근로권 보장의 핵심인 헌법 제32조 제3항은 "근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다."라고 하고 있다. 헌법재판소는 이를 헌법 제32조 제1항의 근로의 권리를 보호하기 위한 것으로 보면서,[151] 그

---

146) 장영철, "일반적 행동자유권에 관한 고찰", 서울법학 제28권 제1호, 2020, 26면.

147) 민병로, "헌법상 자기결정권과 후견주의", 법학논총 제32권 제1호, 2012, 156-161면.

148) 헌법재판소 2013.10.24. 선고 2010헌마219,265(병합) 결정

149) 헌법재판소 2015.5.28. 선고 2013헌마619 결정

150) 헌법재판소 2007.8.30. 선고 2004헌마670 결정,

151) 헌법재판소 2007.8.30. 선고 2004헌마670 결정

독자적 취지를 “인간의 존엄에 상응하는 근로조건에 관한 기준의 확보가 사용자에 비하여 경제적 · 사회적으로 열등한 지위에 있는 개별 근로자의 인간 존엄성의 실현에 중요한 사항일 뿐만 아니라, 근로자와 그 사용자들 사이에 이해관계가 첨예하게 대립될 수 있는 사항이어서 사회적 평화를 위해서도 민주적으로 정당성이 있는 입법자가 이를 법률로 정할 필요성이 있으며, 인간의 존엄성에 관한 판단기준도 사회 · 경제적 상황에 따라 변화하는 상대적 성격을 띠는 만큼 그에 상응하는 근로조건에 관한 기준도 시대상황에 부합하게 탄력적으로 구체화하도록 법률에 유보한 것”이라고 설명한다.[152]

이러한 근로자의 자기결정권의 관점에서 보면 근로자가 근로계약에서 스스로 정한 바 없는 사항에 대해 국가가 아닌 사용자가 일방적으로 정한 취업규칙에 의하여 규율되는 것은 근로자의 자기결정권을 제한하는 것이 된다.[153] 물론 앞서 살펴본 것처럼 취업규칙의 법적 효력이 인정된 배경이 근로자를 보호하기 위한 취지에 있으므로 이것이 정당화될 수 있다고 하더라도, 앞서 헌법재판소 판례에서 언급하였듯 근로조건에 관한 기준의 확보는 “근로자와 그 사용자들 사이에 이해관계가 첨예하게 대립될 수 있는 사항이어서 사회적 평화를 위해서도 민주적으로 정당성이 있는 입법자가 이를 법률로 정할 필요성이 있”다는 점을 고려하면 그 기준의 설정을 사용자에게 일방적으로 맡겨두는 것은 허용되지 않고, 설령 그것이 근로자에게 유리할 수 있다고 하더라도 근로자는 단순한 물질적인 근로조건 확보가 필요한 보호의 객체가 아니라 자유로운 의사주체이므로 국가는 근로자가 진정한 의미에서의 자기결정을 실현할 수 있도록 해야한다는 점을 유의하여야 한다.[154] 이러한 자기결정의 실현에 대한 요청은 개별적 차원을 넘어 집단적 차원에서 보다 유의미하게 발견된다.

---

152) 헌법재판소 1996.8.29. 선고 95헌바36 결정

153) 신권철(2016), 18면.

154) 니시타니 사토시(2016), 117면

2) 집단적 대등결정에 대한 요청

(1) 단체교섭권과 집단적 근로조건 대등결정 원칙

헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권 · 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 하여 노동3권을 기본권으로서 보장하고 있다. 우리 헌법이 이를 기본권으로서 보장하는 취지는 “노동관계 당사자가 상반된 이해관계로 말미암아 계급적 대립 · 적대의 관계로 나아가지 않고 활동과정에서 서로 기능을 나누어 가진 대등한 교섭주체의 관계로 발전하게 하여 그들로 하여금 때로는 대립 · 항쟁하고, 때로는 교섭 · 타협의 조정과정을 거쳐 분쟁을 평화적으로 해결하게 함으로써, 결국에 있어서 근로자의 이익과 지위의 향상을 도모하는 사회복지국가 건설의 과제를 달성하고자 함”에 있다.[155]

그 중에서도 단체교섭권은 근로자가 그들의 결합체인 근로자단체의 대표자를 통하여 근로조건의 유지개선과 경제적 · 사회적 지위의 향상을 도모하기 위하여 사용자 또는 사용자단체와 집단적으로 교섭을 할 수 있는 권리이다.[156] 이에 따르면 우리 헌법 제33조 제1항은 노동3권을 보장함으로써 근로자가 개별적 근로관계에서의 형식적 평등을 극복하고 집단적 노동관계에서 구체적 평등을 확보하여 근로조건을 집단적으로 결정할 수 있는 권리를 보장하고 있다.[157] 헌법재판소 또한 “근로자에게 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 기본권으로 보장하는 뜻은 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 임금 등 근로조건에 관한 단체협약을 체결할 수 있도록 하기 위한 것”[158]으로 파악하여 그 핵심적 의미가 근로조건 대등결정의 실현에 있음을 밝히고 있다.

---

155) 헌법재판소 1993.3.11. 선고 92헌바33 결정

156) 노동법실무연구회, 「노동조합법 주해Ⅱ」, 박영사, 2023, 130면

157) 박제성(2018), 133면.

158) 헌법재판소 1998.2.27. 선고 94헌바13 결정

(2) 단체교섭권의 주체와 실현방식

이러한 단체교섭권으로부터 도출되는 집단적 근로조건 대등결정의 요청에 따라 우리 입법자는 노동조합법을 통해 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지개선을 목적으로 조직된 노동조합(제2조 제4호)이 사용자나 사용자 단체와 교섭하여 단체협약을 체결하도록 하고 있다(제29조 제1항).

종전의 판례와 학계의 견해는 '사용자(단체)와 노동조합이 체결하는 단체협약'을 매개로만 노동3권이 실현되는 것으로 보았다. 가령 근로자참여법상의 노사협의회 제도와 노동3권의 관계와 관련하여, 노사협의회 제도는 노사간의 갈등을 전제하지 않고 협력적 노사관계로서 노사공동의 이익을 추구한다는 점에서 헌법 제33조와는 다르다거나,[159] 노동3권에 대한 보충적 지위에 있다고 보는 견해[160]였다.[161]

하지만 노동조합을 통해서만 노동3권이 행사될 수 있다는 '노동조합중심론'이 타당한지에 대해서 고민이 필요하다.[162] 노동3권은 그 자체로 목적이 되는 기본권이 아니라 근로조건의 향상, 나아가 근로자의 경제적 · 사회적 지위 향상을 위한 수단으로서 기능하는 것으로, 근로자들의 생존권을 확보하기 위한 노동운동의 결과로서 확보된 것이다. 하지만 노동조합의 조직률이 15% 수준에 머무르고 그마저도 공공부문과 대기업 · 정규직 근로자들을 중심으로 구성되어 있는 실정이라면 노동조합만이 유일한 대안인지를 고민해보아야 한다. 이러한 점에서 노동3권이 지향하는 바는 현재의 노동조합체제를 넘어서 향후 개발될 수도 있는 다른 유형의 집단적 자치 시스템 모두를 포함한

159) 김형배(2018) 1371면.

160) 김훈 · 이승욱, 「노사협의회의 쟁점과 과제」, 한국노동연구원, 2000, 3~6면.

161) 일본에서도 과반수근로자대표가 일본헌법 제28조(우리의 노동3권)의 보호를 받는다는 주장이 제기되었다고 한다(小嶋典明, "わか國に從業員代表法制", 富大經濟論集□ 第35卷 第1号, 1989, 199면(이철수, "새로운 종업원대표시스템의 정립", 노동법연구 제45호, 2018, 226면에서 재인용)

162) 이철수(2018), 218면.

일체를 보장하려는 개방적인 의미로 이해할 수 있다.[163] 따라서 노동조합을 조직하지 않은 근로자들도 민주적 대표성이 확보된 노동조합 이외의 '근로자 대표'에게 교섭을 담당하도록 하는 것은 노동3권을 통해서도 가능하다.[164]

또한 2022년부터 국내에 발효된 국제노동기구(ILO)의 제98호 협약(단결권 및 단체교섭 협약)에 따르면, "단체협약(Collective Agreement)으로 고용조건을 규제하기 위해 사용자 또는 사용자단체와 노동자단체(workers' organisations) 사이에 자발적 교섭을 위한 기구를 충분히 발전시키고 이용하도록 장려하고 촉진하기 위해 필요한 경우 국내 사정에 적합한 조치를 취한다."고 선언하고 있다. 이때 ILO에서 의미하는 Collective Agreement는 노동조합과 사용자(단체) 체결하는 단체협약 뿐만 아니라 "사용자 또는 사용자단체가 근로자단체(workers' organisations)간 근로조건과 고용조건에 대해 합의한 모든 서면 합의(agreements in writing)"를 의미한다(제91호 단체협약 권고).[165]

이처럼 단체교섭권과 집단적 근로조건 대등결정의 원칙은 근로자 대표론을 통해서 비로소 실현될 수 있고 헌법적 차원에서 이는 단순히 근로자들이 대표되는 것을 방해하지 않는다는 소극적 의미에서 나아가 근로자들이 어디서나 대표될 수 있도록 실질적 조건을 형성하고 유지할 필요가 있다는 관점에서, 국가는 집단적 교섭이 실질적으로 전개될 수 있도록 자주성과 민주적 정당성이 담보된 근로자대표(기구)를 형성할 책무를 부담한다고 볼 수 있다.[166]

---

163) 박종희, "노동3권의 보장의의와 내용", 고려법학 제48호, 2007, 129면.

164) 권오성, "단체교섭권 또는 단체교섭의 자유", 「구체적 권리로서의 노동3권의 의의와 부당노동행위제도 재정립에 관한 연구」, 한국노동연구원, 2022, 92면.

165) "the term collective agreements means all agreements in writing regarding working conditions and terms of employment concluded between an employer, a group of employers or one or more employers' organisations, on the one hand, and one or more representative workers' organisations, or, in the absence of such organisations, the representatives of the workers duly elected and authorised by them in accordance with national laws and regulations, on the other."

166) 박제성(2018), 139면.

이러한 자주성의 요청은 헌법 제33조 제1항에 명시되어 있는 것으로서, 외부적으로는 사용자로부터의 독립성을 확보하는 한편 내부적으로는 근로자들의 의사를 기초로 그 집단의 의사가 결정되어야 한다는 자율성을 의미한다.[167] 또한 민주성의 의미는 단순히 근로자의 참여를 보장하는 것을 넘어 사업장 내에서 표출되는 다양한 구성원의 의견을 반영할 수 있도록 하는 한편 의견형성의 절차를 마련하는 것이 포함된다.[168] 이외에도 이러한 근로자 대표의 구성원칙으로서 대표의 정통성 확보, 선출 및 운영의 민주성, 사용자로부터의 독립성과 대등성, 조직으로서의 상설성과 지속성을 기준으로 제시하기도 한다.[169]

(3) 구체적 권리로서 단체교섭권의 의의

특히 노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리로서의 의미를 가진다.[170]

구체적 권리로서의 단체교섭권이 갖는 의미에 대해, 호펠드의 권리개념을 바탕으로 단체교섭권을 자유권, 청구권, 권능, 면책권의 측면에서 분석하고 단체교섭권의 최대보장의 측면에서 노동조합이 조직되지 않은 사업장의 근로자 등 현재의 노동조합법으로 단체교섭권을 실현하기 어려운 근로자가 노동조합 이외의 방식으로 사용자와 집단적으로 교섭할 수 있는 제도를 도입하자는 견해,[171] 알렉시의 기본권 이론을 바탕으로 '사법적 권한에 관한 권리'로서 단체교섭권에 협약자치의 주요 기능으로서 사용자의 단체교섭응낙의무와 규범적 효력이 인정된다는 주장이 있다.[172] 또한 구체적 권리로서 단체

167) 헌법재판소 2013.7.25. 선고 2012헌바16결정; 김대연, "노동조합 아닌 근로자대표제에 의한 근로조건 결정시스템", 노동법포럼 제33호, 2021, 172면.

168) 김대연(2021). 168-171면.

169) 이철수(2018), 248면

170) 대법원 2020.9.3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결

171) 권오성(2022) 92면 이하.

교섭권은 입법부 뿐만 아니라 모든 국가기관에게 직접 적용되어 기본권을 실효적으로 보장하여야 한다는 의미일 뿐만 아니라 나아가 그 침해행위에 대해 법적인 강제가 가능하다는 것을 의미한다.[173]

(4) 취업규칙 제도와 집단적 근로조건 대등결정

이러한 관점에서 우리 취업규칙 제도가 집단적 근로조건 대등결정의 원칙에 부합하는지, 그 과정에서 단체교섭권으로부터 도출되는 근로자대표의 자주성과 민주성이 확보되는지를 살펴볼 필요가 있다먼저 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에 근로자 집단의 동의를 받도록 하는 것은 집단적 근로조건 대등결정의 규범적 요청에 의한 것이므로 타당한 것으로 볼 수 있다.

그러나 근로기준법이 불이익변경에 대한 동의 주체로서 상정하고 있는 과반수 노동조합 또는 근로자의 과반수가 집단적 근로조건 대등결정의 주체로서 대표성을 갖추고 있는지에 대해서는 의문이 있다. 먼저 과반수 노동조합의 경우 근로자 대표로서의 자주성과 사용자와의 교섭력을 갖춘 주체이기는 하나, 과반수 노동조합이 동의한 취업규칙의 불이익변경이 이에 가입하지 않은 비조합원에게도 영향을 미치게 되는 논리적 근거를 찾기 힘들고, 또한 이 과정에서 과반수 노동조합의 결정에 따라 근로조건이 변경되는 비조합원 근로자들의 의사가 반영될 창구가 마련되어 있지 않다는 점[174]에서 단체교섭권의 주체로서 근로자 개인의 권리가 침해될 수 있다.

물론 우리 노동조합법은 하나의 사업 또는 사업장에 상시 사용되는 동종의 근로자 반수 이상이 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 당해 사업 또

---

172) 정영훈, “기본권으로서의 단체교섭권에 관한 일고찰”, 노동법연구 제52호, 2022, 119-162면.

173) 김복기, “사회적 기본권의 법적 성격”, 사회보장법연구 제3권 제1호, 2014, 120-123면.

174) 강성태, “근로자참가제도의 신동향과 과제”, 법학논총 24권 3호, 2007, 8-9면; 도재형, “근로기준법상 근로자대표와 서면합의제도”, 「기업 내 근로조건 결정법리」, 한국노동연구원, 2010, 39면.

는 사업장에 사용되는 다른 동종의 근로자에 대하여도 당해 단체협약을 적용할 수 있도록 하는 일반적구속력 제도를 통해(제35조) 굳이 취업규칙을 통하지 않더라도 비조합원의 근로조건에 영향을 줄 수 있다. 그러나 이러한 일반적 구속력 제도는 그 규정취지가 조합원을 보호하기 위한 것인지 아니면 비조합원을 보호하기 위한 것인지가 불분명 할 뿐만 아니라, 개별적 교섭을 통해 보다 유리한 근로조건을 확보할 수 있다고 판단하여 조합에 가입하지 않는 근로자에 대해서는 근로제공과 관련한 자기결정권을 침해할 소지가 있다는 점에서 비판적으로 검토되어야 한다.[175] 이러한 과반수 노동조합에 의한 단체협약 효력확장의 문제는 과반수 노동조합이 취업규칙의 불이익변경에 동의하는 경우에도 마찬가지로 발생한다고 볼 수 있다.

또한 근로기준법은 과반수 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수의 동의로 취업규칙을 불이익하게 변경할 수 있도록 하고 있는데, 이때 근로자 과반수의 의사 형성과정에서의 자주성을 보장할 제도적 장치가 마련되어 있지 않고 그 절차와 방법에 대해서 아무런 규정을 마련두고 있지 않다는 점에서 문제가 있다.[176]

물론 판례법리가 취업규칙 불이익변경에 있어서 '회의방식에 의한 과반수의 동의'를 요구하는 한편 그 의사형성에 사용자의 개입을 배제하고자 하지만, 이러한 근로자의 과반수 의사 형성은 사용자의 불이익변경 제안에 대한 소극적 · 일시적인 것일 뿐이고, 후술하겠으나 이에 대한 판례법리도 점차적으로 완화되어 있다는 점에서 근로자 과반수를 통한 대등결정이 왜곡될 우려가 크다.

3. 경제민주화의 요청

우리 헌법에서 말하는 경제의 민주화란 경제주체들의 자조조직에 의해 실현되는 것으로서 헌법 제33조가 노동3권을 기본권으로 보장하는 것도 이러

175) 이철수(2006), 30면

176) 도재형(2010), 39면.

한 목적에서 이해될 수 있고, 나아가 기업조직 내부의 의사결정과정에 개별 경제주체들이 참여하는 것을 정당화하는 헌법적 근거로서 기능한다.[177] 또한 헌법상 경제민주화 조항은 '일터민주주의'의 실현 근거가 되는 것으로서, 이는 일방적 명령과 강제가 아니라 노사간의 합의를 통해 소통과 협력의 노사관계를 구축하고 경제적 민주주의를 실현해야 한다는 원칙으로 이해할 수 있으며, 나아가 사회국가원리에서 도출되는 사회적 경제질서는 근로자와 근로자대표의 참여를 통해 기업가의 결정의 자유와 타인에 의해 결정되는 노동조직 내에서 일하는 근로자의 자기결정 간의 균형을 이루도록 한다는 점을 의미한다.[178]

이러한 관점에서 볼 때, 사용자의 권한을 광범위하게 인정하고 근로자를 획일적 · 통일적 규율 대상으로 관념하는 취업규칙 제도는 경제민주화와 양립하기 힘들다고 볼 수 있다. 독일 영업법상의 취업규칙 제도가 경제민주주의에 입각한 1918년 바이마르 헌법의 성립과 함께 직장평의회의 '합의'에 기초한 규율로 전환되었다는 점도 이를 시사한다. 당시 바이마르 헌법의 평의회 조항을 기초한 휴고 진츠하이머(Hugo Sinzheimer)는 경제민주주의의 취지를 '민주주의 사상은 국민이 국가의사의 형성에 참여하는 것 뿐만 아니라 경제활동에 참여하는 모두가 경제생활을 지도하는데 참여할 것을 요구하는 것'에 있고, 평의회제도는 민주주의의 이러한 경제적 측면을 표현하는 것이라고 밝힌 것도 이와 맥락을 같이한다.[179]

4. 취업규칙 제도의 헌법적 근거가 다투어진 사례

이와 같은 헌법적 요청은 취업규칙 제도를 둘러싼 합헌적 법해석을 위해서 고려될 필요가 있고, 나아가 취업규칙 제도 자체가 헌법재판소의 사법심사의 대상이 될 수도 있다. 이하에서는 구체적 사례를 통해 취업규칙 제도와 관련

177) 김종철, "헌법과 양극화에 대한 법적 대응", 법과사회 제3호, 2006, 27-28면.
178) 박귀천, "일터민주주의를 위한 노동법적 과제", 노동법학 제75호, 2020, 150면
179) 송석윤, "바이마르헌법과 경제민주화", 헌법학연구 제19권 제2호, 2013, 50면.

된 헌법적 문제를 살펴본다.

1) 대법원 판결

이와 관련하여 비록 취업규칙 제도 자체의 헌법적 쟁점을 검토한 것은 아니지만, 취업규칙의 '임직원 근무복장 및 용모규정' 위반을 이유로 한 업무정지의 정당성이 다투어진 사안이 있다.[180]

이 사건에서 대법원은 문제가 된 취업규칙 조항을 '헌법상 영업의 자유 등에 근거하여 제정한 이 사건 조항'으로 지칭하면서 이러한 영업의 자유의 근거로는 헌법 제15조의 직업선택의 자유, 제23조의 재산권 보장, 그리고 제119조 제1항의 '기업의 경제상의 자유'를 들고 있다.[181] 다만 근로자 또한 일반적 행동자유권(헌법 제10조) 뿐만 아니라 제32조 제3항, 제33조 제1항에 따라 기본권 주체가 된다고 보면서 "기업의 경영에 관한 의사결정의 자유는 무제한적인 것이 아니라 그 의사결정과 관계되는 또 다른 기본권 주체인 근로자와의 관계 속에서 그 존엄성을 인정하는 방향으로 조화롭게 조정되어야 함이 당연히 전제"되고, 이러한 조화적 해석의 근거로 헌법 제119조 제2항이 국가로 하여금 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있도록 규정한 취지도 이와 같다고 파악한다.

이처럼 "기업의 경영에 관한 의사결정의 자유 등 영업의 자유와 근로자들이 누리는 일반적 행동자유권 등이 근로조건 설정을 둘러싸고 충돌하는 경우", 이는 "근로조건과 인간의 존엄성 보장 사이의 헌법적 관련성을 염두에 두고 구체적인 사안에서의 사정을 종합적으로 고려한 이익형량과 함께 기본

---

180) 대법원 2018.9.13. 선고 2017두38560 판결;위 판결에 대한 평석으로 문준혁, "기업의 영업의 자유와 근로자의 일반적 행동자유권의 충돌", 노동법학 제68호, 2018, 119-124면.

181) 판례공보의 판결요지에서는 '이 사건 취업규칙 조항은 항공운송업을 영위하는 사기업으로서 항공사에 대한 고객의 신뢰와 만족도 향상, 직원들의 책임의식 고취와 근무기강 확립 등을 위하여 소속 직원들의 용모와 복장들을 제한할 수 있는 회사의 영업의 자유와 근로자의 일반적 행동자유권이 충돌'하는 것이라고 표현하고 있다.

권들 사이의 실제적인 조화를 꾀하는 해석 등을 통하여 이를 해결하여야 하고, 그 결과에 따라 정해지는 두 기본권 행사의 한계 등을 감안하여 두 기본권의 침해 여부를 살피면서 근로조건의 최종적인 효력 유무 판단과 관련한 법령 조항을 해석 · 적용하여야 한다"고 밝히고 있다.

비록 이 판결의 사안은 근로자의 용모에 대한 제한과 그 위반에 대한 징계의 정당성이 다투어진 것이지만, 그 법리 자체는 '근로조건 설정'에 있어서 기본권의 충돌을 상정하고 있다는 점에서 구체적인 근로조건 결정에 있어서도 의미가 있다고 보여진다.

먼저 이 판결은 취업규칙을 통한 근로조건 결정에 있어서 헌법적 근거를 사용자의 영업의 자유와 근로자의 기본권(일반적 행동자유권, 근로권, 단체교섭권 등)이 충돌하는 경우로 파악하고 있는데, 이와 같은 판단 구도는 경영사항에 대한 쟁의행위를 제한하였던 과거의 경영권 판결[182]과 같은 논리 구조를 취한 것으로 보인다. 그러나 헌법상 '경영권'과 같은 표현은 사용하지 않았고, 과거 이른바 경영권이 노동3권에 우선한다는 판단에 비해 '영업의 자유'와 근로자의 기본권 충돌에 대한 조화적 해석을 모색하였다는 점에서 진일보한 측면이 있다.

그러나 근로조건의 결정은 근로자와 사용자가 대등한 지위가 이루어져야 하는 것이므로, 이 국면에서는 애초에 사용자의 '영업의 자유'와의 충돌이 문제될 여지가 없다고 보아야 한다. 근로조건의 결정은 투자판단과 같은 기업 내부의 단독적인 의사결정이 아니라, 상대방과의 법률관계를 정하는 것이기 때문이다. 그럼에도 불구하고 위 판결에서 사용자의 '영업의 자유'와의 충돌이 발생한다고 파악하게 된 배경에는 사용자에게 원칙적으로 취업규칙의 작성 권한이 있다고 보는 관점이 반영된 것이 아닌가 한다.

2) 헌법재판소 결정례

182) 이러한 과거 경영권 판결에 대한 비판으로 이철수, "경영권이라는 신화를 넘어", 서울대학교 법학 제62권 제4호, 2021 참조

또한 최근 헌법재판소에서 취업규칙의 불이익변경요건을 완화한 최저임금법 조항의 헌법적 정당성이 다투어졌는데,[183] 이는 취업규칙과 관련된 헌법상 쟁점이 간접적으로나마 다투어진 최초의 헌법재판소 결정으로 파악된다.

(1) 사건의 개요

근로자가 받는 임금이 최저임금에 미달하는지를 판단하기 위하여 우리 최저임금법은 비교대상임금의 개념을 사용하고 있는데, 이러한 비교대상임금에는 매월 1회 이상 정기적으로 지급하는 임금 외의 임금,[184] 소정근로시간 및 소정근로일에 대하여 지급하는 임금 외의 임금,[185] 근로자의 복리후생을 위한 성질의 임금 등은 제외되어왔다(구 최저임금법 제6조 제4항 및 구 최저임금법 시행규칙 제2조 [별표1]).

그러던 중 2018년 이후 최저임금이 가파르게 인상되자 총 임금 중 기본급의 비중이 낮고 상여금과 복리후생비의 비중이 높은 고임금 근로자의 경우에도 비교대상임금이 낮게 계산되어 최저임금법 위반 가능성이 대두되었고, 이에 국회는 매월 1회 이상 정기적으로 지급하는 임금을 비교대상임금에 산입하는 것을 원칙으로 하여, 매월 정기적으로 지급되는 상여금과 현금으로 지급하는 복리후생적 임금은 각각 해당 연도 시간급 최저임금액을 월단위로 환산한 금액의 25%와 7%를 초과하는 부분을 최저임금 산입범위에 포함하되, 연차별로 그 비율을 단계적으로 축소하여 2024년 이후에는 모두 포함되도록 하였다(최저임금법 제6조 제4항 및 부칙, 이하 산입조항).

또한 이 과정에서 "사용자가 제6조 제4항에 따라 산입되는 임금(비교대상임금)에 포함시키기 위하여 1개월을 초과하는 주기로 지급하는 임금을 총액

183) 헌법재판소 2021.12.23. 선고 2018헌마629,630(병합) 결정

184) 구 최저임금법 시행규칙에 따르면 1개월을 초과하는 기간의 출근성적에 따라 지급되는 정근수당, 1개월을 초과하는 일정기간의 계속근무에 대하여 지급하는 근속수당 등

185) 구 최저임금법 시행규칙에 따르면 연차휴가, 유급휴가, 유급휴일 근로수당, 연장근로 및 휴일근로에 대한 임금 및 가산임금, 야간근로에 대한 가산임금 등

의 변동 없이 매월 지급하는 것으로 취업규칙을 변경하려는 경우에는 「근로기준법」 제94조 제1항에도 불구하고 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 한다.” 는 취업규칙 변경절차의 특례조항(최저임금법 제6조의2, 이하 특례조항)를 신설하였다.[186]

이에 노동조합법에 따라 설립신고를 마친 노동조합과 그 조합원인 근로자들이 이 사건 산입조항과 특례조항이 청구인들의 재산권, 적정임금보장요구권, 인간다운 생활을 할 권리를 침해하고, 특히 특례조항은 사용자가 근로자 집단의 동의 없이 단지 의견만 청취하고도 일방적으로 임금구조를 개편하여 근로조건을 결정하도록 허용하여 단체교섭권과 단체행동권[187]을 침해한다는 이유로 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다.

(2) 사건의 쟁점과 내용

헌법재판소는 최저임금은 인간의 존엄성을 보장하기 위한 최소한의 근로조건에 해당하며 이에 관한 권리는 근로의 권리의 내용에 포함된다고 파악한 다음, 이 사건 산입조항이 청구인들의 근로의 권리를 제한하기는 하나, 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 입법재량의 범위를 명백히 일탈하였다고 볼 수 없다고 보아 근로의 권리를 침해하지는 않는다고 보았다.[188]

문제가 된 것은 이 사건 특례조항이 단체교섭권을 제한하는지에 대해서였

186) 또한 이를 위반하여 의견을 듣지 아니한 자는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 하였다(최저임금법 제28조 제3항).

187) 다만 대상결정은 이 사건 특례조항은 노동쟁의와 무관하다는 이유로 단체행동권 침해에 대해서는 판단하지 않았다.

188) 구체적으로 “최저임금의 비교대상이 되는 임금에 어떤 임금을 어느 정도로 산입할 것인지의 문제 역시 우리나라 근로자들의 임금체계와 각 항목별 임금의 특징, 근로자의 불이익의 정도와 사용자의 부담 정도, 근로 관행, 사회 · 경제적 여건 등을 종합적으로 고려하여 결정할 필요가 있는 사항이므로, 이에 관하여 입법자에게 입법형성의 재량이 주어져 있다”고 하였다.

는데, 재판관 5인의 다수의견은 이 사건 특례조항이 단체교섭권을 제한한다고 보았고,[189] 재판관 4인의 일부 반대의견 및 일부 별개의견(이하 소수의견)은 이 사건 특례조항은 단체교섭권을 제한하는 것이 아니라 근로의 권리를 제한한다고 보았다. 다만 두 의견 모두 이 사건 특례조항이 기본권의 침해까지는 이르지는 않는다고 보아 청구인들의 심판청구를 기각하였다.

가. 다수의견의 요지

다수의견은 집단적 근로조건 대등결정의 원칙이 헌법상 단체교섭권의 내용에 포함되어 있으며, 이는 집단적 근로조건을 결정하는 내용의 취업규칙에 대해서도 적용된다고 보아 특례조항이 단체교섭권을 제한한다고 보았다.

먼저 다수의견은 단체교섭권을 "근로자가 단결하여 그 대표자를 통해 근로조건에 관하여 사용자 또는 사용자단체와 집단적으로 교섭할 수 있는 권리"로 파악하면서, 이를 기본권으로 보장하는 취지를 "근로자가 사용자와 대등한 지위에서 집단적 교섭을 통해 자율적으로 근로조건을 결정할 수 있도록 하는 데"에 있다고 파악한다. 또한 '사회적 · 경제적 열위에 있는 개별 근로자에 대해서도 계약자유의 원칙이 실현되기 위해서는 근로자들이 단결체를 조직하고 집단적으로 교섭함으로써 사용자와 실질적으로 대등한 관계에서 근로조건을 결정 · 개선할 수 있어야 한다'고 보고, 나아가 근로조건의 집단적 결정은 대등한 위치에 있는 노사 간의 교섭과 합의를 통해 이루어져야 한다는 집단적 근로조건 대등결정의 원칙이 노동3권에 내포되어 있다고 보았다.

또한 다수의견은 근로기준법 제4조의 근로조건 대등결정원칙에 대해서, "이는 주로 개별적 근로관계를 규율대상으로 하는 근로기준법에 마련되어 있기는 하나, 근로자 개별적 차원의 형식적 평등을 집단적 차원의 실질적 평등으로 실현하고자 했던 노동법의 생성과정을 보면, 근로조건 대등결정의 원칙은 개별 근로계약을 체결하거나 변경하는 경우뿐만 아니라 집단적 근로조

189) 다수의견에 대해서는 재판관 1인의 보충의견이 있다.

건을 결정하는 내용의 취업규칙이나 단체협약에 대해서도 적용된다"고 보았다. 또한 근로기준법이 취업규칙제도를 두는 한편 그 불이익한 변경에 근로자집단의 동의를 받도록 하고 있는 것도 '기득권 보호, 근로조건의 통일적 규율과 함께 집단적 근로조건 대등결정의 규범적 요청에 따른 것'으로 파악하였다.

결론적으로 다수의견은 일정한 경우에 사용자로 하여금 일방적으로 취업규칙의 작성 · 변경을 통하여 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경할 수 있도록 하는 것은 근로자들이 그 단결체를 통해 해당 근로조건에 관하여 사용자와 집단적으로 교섭하는 것을 제한하게 되므로, 근로자 또는 근로자단체의 단체교섭권을 제한한다고 판단하였다.[190]

다만 다수의견은 이 사건 특례조항을 '이러한 취업규칙 변경의 경우 과반수 노동조합 또는 근로자 과반수의 의견을 듣기만 하면 되고 동의를 얻을 필요는 없다고 규정함으로써 입법을 통하여 불이익변경과 관련한 법적 논란의 소지를 사전에 차단하고, 최저임금 산입을 위한 임금지급 주기의 변경을 용이하게 하고자 하는 것'으로 파악하여, 이것이 과잉금지원칙에 위배되어 단체교섭권이 침해되는데 까지는 이르지 않았다고 보았다.

나. 소수의견의 요지

소수의견은 이 사건 특례조항은 단체교섭권과는 무관하고, 근로의 권리를 제한한다고 보아 그 침해여부를 판단하였다.

먼저 단체교섭권의 자유권적 측면은 원칙적으로 최대한 보장되어야 하지만, 그 속성상 '국가가 사용자에게 일정한 의무를 부과함으로써 사용자의 직업수행의 자유를 제한하는 형태로 실현되는 사회권적 측면'을 감안하여 그

190) 또한 설령 해당 근로조건에 대하여 노동조합이 단체교섭을 요구할 수 있다고 하더라도 사용자가 일방적으로 기존의 근로조건을 불리하게 하는 내용으로 취업규칙을 작성 · 변경할 수 있고 근로자로서는 이렇게 불리하게 변경된 근로조건을 적용받을 수밖에 없는 국면에서 해당 근로조건의 결정에 관한 근로자 또는 근로자단체의 단체교섭권은 제한된다고 보았다.

보호영역이 분명히 특정되어야 한다고 전제한 후 다수의견에 대한 반대논거를 개진한다.

소수의견은 이 사건 특례조항에서 문제되는 '취업규칙 불이익변경에 대한 동의권의 행사'는 사용자가 일방적으로 제시한 근로조건의 불이익변경에 대해 그 동의 여부를 표시하는 것일 뿐이므로 단체교섭권의 '교섭' 개념과 부합하지 않는다는 점을 지적한다. 단체교섭에서 '교섭'이란 '쌍방이 자율적 의사에 따라 양보를 거듭하면서 합의에 도달하려는 것'인데, 이를 사용자가 단순히 취업규칙을 변경하려는 이유 등을 근로자 측에 설명하고 그 동의를 얻는 것과 같이 볼 수 없다는 것이다. 또한 동의 없는 취업규칙 불이익변경이라고 하더라도 그 변경 이후 신규 입사자에게는 변경의 효력이 미친다는 대법원 전원합의체 판결에 따르면 취업규칙 불이익변경에 대한 동의는 '단지 기존 근로자들이 기득이익의 보호를 받을 것인지 여부에 대하여 의사표시를 하는 것에 불과'하므로 이를 근로조건에 관한 집단적 교섭으로 볼 수 없다고 본다.

또한 소수의견은 단체교섭권은 단체협약이라는 형태를 매개로 실현 · 보장되고 있으며, '설령 단체교섭권에 단체협약의 형태가 아닌 다른 방식의 근로조건 결정을 위한 교섭이 포함될 수 있다고 하더라도, 국가가 노동조합을 통하여 형성되지 않은 근로자 다수의 근로조건에 관한 모든 형태의 의사표현까지 단체교섭권의 형태로 보호해야 한다고 보기는 어렵다'고 한다. 단체교섭의 목적을 단체협약 뿐만 아니라 모든 근로조건 결정으로 확장하면서 그 주체와 방법을 명확히 하지 않는다면 헌법과 노동법이 예정하지 않은 수많은 문제들, 예컨대 이 사건 특례조항이 규정하고 있는 것처럼 '근로자의 과반수'를 단체교섭권의 주체로 승인할 수 있을 것인지, 교섭의 결렬이 아니라 일회성 의사표시가 관철되지 않았음을 이유로 단체행동권의 행사로 나아갈 수 있을 것인지, 나아가 이러한 형태의 교섭에 대해서도 국가가 일정한 입법조치를 하지 않은 것이 위헌인지 등이 발생할 수 있다는 것이다.

다만 소수의견은 근로기준법 제4조와 제94조 제1항 단서는 근로의 권리의 실현을 위하여 '우월적 지위에 있는 사용자가 일방적으로 취업규칙을 근로자

에게 불리하게 변경하여 근로자의 인간존엄성의 실현에 지장을 초래하는 것을 방지하기 위한 것'으로 볼 수 있으므로 이 사건 특례조항이 근로의 권리를 침해하는지 판단하여야 한다고 보았다.

그러나 소수의견도 이 사건 특례조항이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 입법재량의 범위를 명백히 일탈하였다고 볼 수 없으므로, 위 조항은 청구인 근로자들의 근로의 권리를 침해하지 아니한다고 보았다.

3) 결정의 의의

대상결정은 취업규칙과 관련된 헌법상 쟁점이 간접적으로나마 다투어진 최초의 헌법재판소 결정으로 파악된다. 또한 그간 개별적 근로관계법의 틀 속에서 논의되던 근로기준법 제4조의 근로조건 대등결정 원칙을 단체교섭권을 매개로 집단적 근로조건 대등결정 원칙으로 수용하고,[191] 그 과정에서 단체교섭권의 의미와 행사방식을 확대하였다는 점에서 집단적 노사관계법 전반에 새로운 쟁점을 제기하였다.

대상결정에서 가장 특기할만한 점은 노동3권, 특히 단체교섭권의 행사주체와 범위를 확대하였다는 점이다. 종전의 헌법재판소 결정[192]은 노동3권 보장의 취지를 "근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 임금 등 근로조건에 관한 단체협약을 체결할 수 있도록 하기 위한 것"으로 파악하였는데, 대상결정은 여기에서 단체교섭을 '집단적 교섭'으로, 단체협약 체결을 '근로조건 결정'으로 확대하여 취업규칙 제도를 단체교섭권의 영역에서 논의할 수 있는 가능성을 제시하였다.

반면 소수의견은 단체교섭권은 노동조합의 단체교섭과 단체협약 체결을 통해서만 행사되며, 다수의견과 같이 단체교섭의 목적을 단체협약뿐만 아니라 모든 근로조건 결정으로 확장하면서 그 주체와 방법을 명확히 하지 않고 개별적 근로관계법인 근로기준법의 조항에 대하여 헌법상 단체교섭권의 논

---

191) 이에 대한 논증으로 박제성(2018)의 논의를 상당수 참조한 것으로 보인다.

192) 헌법재판소 1998.2.27. 선고 94헌바13 · 26,95헌바44(병합) 결정

의를 적용하는 것은 기존 논의의 틀을 무너뜨릴 가능성이 있어 신중할 필요가 있다고 지적하였다. 그러나 소수의견은 비록 취업규칙 제도가 단체교섭권과의 관계는 문제되지 않으나 헌법상 근로권을 제한한다는 점을 인정하였는데, 이는 근로권을 단순한 기득이익 내지 근로조건의 보호라는 것으로 보는 것을 넘어 존엄성 실현을 위한 자기결정권으로서의 내용을 강조하였다는 점에서 의의가 있다.

이처럼 대상결정의 다수의견과 소수의견은 각자 그 논거를 달리하기는 하였으나, 취업규칙 불이익변경에 대한 집단적 동의를 우회하고자 하는 입법이 근로자의 기본권을 제한한다고 본다는 점에서 일치하고 있어 현행 취업규칙 제도의 헌법적 정당성이 취약하다는 점을 드러낸다.

또한 이러한 대상결정의 취지는 취업규칙의 불이익변경이 적법하게 이루어졌는지를 사법적으로 판단하는데 있어서도 기본권 침해가능성을 고려하여 엄격한 심사가 이루어져야 할 뿐만 아니라, 근로조건과 관련된 입법에 있어서 취업규칙의 불이익변경을 우회하고자 하는 입법이 기본권을 제한하는 측면이 있음을 분명히 하였다는 의의가 있다.

제3절 직장질서 및 징계 근거로서의 타당성

I. 문제의 소재

2장의 내용에서 살펴보았듯, 역사적으로 볼 때 취업규칙 제도는 사용자가 경제적으로 우월한 지위에서 복무규율을 임의적이고 가혹하게 운영하는 것을 방지하기 위하여 사용자에게 취업규칙의 작성 의무를 부여하고 이를 준수하도록 하였다. 근로기준법 제93조가 취업규칙에 “표창과 제재에 관한 사항”을 기재하도록 하는 한편, 제95조에서 “취업규칙에서 근로자에 대하여 감급(減給)의 제재를 정할 경우에 그 감액은 1회의 금액이 평균임금의 1일분의

2분의 1을, 총액이 1임금지급기의 임금 총액의 10분의 1을 초과하지 못한다.”는 제재 규정의 제한을 정하고 있는 것은 이러한 맥락에서 이해될 수 있다.

이와 관련하여 “취업규칙 중 ‘복무규율’에 관한 내용은 원래 사용자의 지시권에 속하는 부분이므로 이러한 부분에 대한 규범성을 긍정하는 것은 무리가 없다”거나,[193] “기업의 소유권자 또는 경영권자는 기업의 존립과 사업의 원활한 운영 및 사업장 내 자치질서를 위해 자치규범을 제정할 수 있다”[194]는 견해가 있다.

그러나 애초에 우리 법체계에서는 사인(私人)이 규칙을 일방적으로 작성한다는 것 자체가 이상한 일이다.[195] 사전적 의미에서 규칙(規則)은 ‘여러 사람이 다 같이 지키기로 작정한 법칙 또는 제정된 질서’[196]로 이해된다. 우리 법체계에서 규칙은 ‘특정 단체나 기관 내부에서의 내부규율 또는 사무처리에 관해 정한 것’으로서 이해될 수 있다. 예컨대 헌법은 국회 규칙(헌법 제64조 제1항), 대법원 규칙(헌법 제108조), 헌법재판소 규칙(헌법 제113조), 중앙선거관리위원회 규칙(헌법 제114조) 등에 대해서 명시적으로 규칙의 제정권한을 부여하고,[197] 행정기관 내부에서 그 조직과 활동을 규율하기 위해서 발하는 일반적, 추상적 명령으로서 행정기관을 구속하는 행정규칙(행정기본법 제2조), 지방자치단체장이 법령 또는 조례의 범위에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 제정하는 규칙(지방자치법 제29조) 등이 있다. 이처럼 우리 법체계에서 ‘규칙’의 개념은 법령에 의하여 그 규칙의 제정권한을 부여받은 기관이 작성하는 것으로 공법(公法)적인 개념에 가깝기 때문이다.

그러나 우리 법체계에서 사인(私人)에 의한 규칙의 일방적 작성이 허용되

---

193) 권오성(2021), 92면.

194) 정명현, “취업규칙의 근로조건 결정 기능의 분리 운영 방안”, 법제 2017년 12월호, 2017, 206면

195) 강희원(2012), 92면.

196) 국립국어원 표준국어대사전

197) 감사원 규칙의 경우 그 제정권이 헌법에 명시되어 있지 않아 감사원법에 따라 만들어진 감사원규칙의 법적 성질이 행정규칙인지 법규명령인지에 논란이 있었다.(김남철, “감사원 관련 헌법개정논의에 대한 공법적 소고”, 공법학연구 제19권 제1호, 2018, 302면)

는 것이 취업규칙만 있는 것은 아니다. 학생과 학교의 법률관계를 규율하는 학교 규칙(학칙)도 이와 유사한 특징이 있다. 초중등교육법과 고등교육법은 학교의 장에게 법령의 범위에서 학교 규칙(이하 '학칙')을 제정하거나 개정할 수 있도록 하는데(초중등교육법 제8조 및 고등교육법 제6조), 이는 사립학교와 같은 사법상 단체(학교법인)에도 그 작성의무 및 신고의무를 부여하고,[198] 법령에 의하여 필요적 기재사항이 특정되며(초중등교육법 시행령 제9조 제1항 및 고등교육법시행령 제1항 제4조), 학교의 장에게 제정권한을 부여하면서도 이를 제정하거나 개정하고자 하는 때에는 학칙이 정하는 바에 따라 제정안 또는 개정안의 사전공고, 심의 및 공포의 절차를 거쳐야 한다는 점(고등교육법 시행령 제4조 제3항)에서 공법적 의미에서 규칙과 유사하다. 무엇보다 학칙에는 취업규칙과 마찬가지로 '징계에 대한 사항'을 기재하도록 하여(고등교육법 제13조 및 고등교육법시행령 제4조 제1항 제3호) 이를 근거로 학생에 대한 징계가 이루어진다는 점에 주목할 필요가 있다.

이처럼 사인 관계에서의 타방 당사자에게 적용되는 규칙의 일방적 작성을 허용하고, 그 위반에 대해 징계할 수 있도록 하는 것은 그 관계가 실은 대등하지 않다는 점을 드러낸다. 취업규칙의 개념 정의에 있어서 '복무규율'이라는 단어가 판례에서 거리낌 없이 등장하고 있는 것도 취업규칙을 통한 직장질서의 확립이 사실은 복종을 전제로 하는 위계질서에 가깝다는 점을 보여준다. 지금은 삭제되었지만 구 민법 제915조가 "친권자는 그 자를 보호 또는 교양하기 위하여 필요한 징계를 할 수 있고 법원의 허가를 얻어 감화 또는 교정기관에 위탁할 수 있다."고 규정하였던 것처럼, 징계라는 개념에는 가부장적인 보호의 관념이 내포되어 있는 것이다.

문제는 부모가 자식을 보호하는 것, 교사가 학생을 교양하는 것과 달리, 근로자와 사용자는 같은 기업공동체 내에 속해 있는 법적으로 대등한 당사자이자 때로는 그 이해가 상충되는 주체라는 점이다. 따라서 사용자에게 일방적으로 직장질서를 정할 수 있는 권한이 인정될 수 있는지에 대해 재검토가

198) 학교법인은 교육부장관에게 학교 설립인가를 신청하면서 학칙을 함께 제출하여야 한다(고등교육법 시행령 제2조 제2항 제4호)

필요하다.

II. 징계의 법적 근거

1. 징계의 본질론

우리 근로기준법은 적어도 2019년 개정 전까지는 '징계'라는 용어를 알지 못했다. 근로기준법 제23조는 사용자는 근로자에게 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 전직, 감봉, 그 밖의 '징벌(懲罰)'을 하지 못하도록 하였고, 취업규칙에서도 직장질서 위반에 대한 '제재'를 전제하고 있을 뿐이다.[199] 그럼에도 불구하고 실무와 학계에서는 근로자의 '징계'라는 용어가 광범위하게 활용되어 왔는데, 이는 노동법의 영역 바깥의 법체계에서 사용되는 징계라는 용어가 그대로 활용된 것에서 비롯된 것으로 보인다.

근로관계에서 징계의 본질이 무엇인가와 관련하여, 대부분의 학설은 계약위반에 대한 책임(위약벌)이 아닌 질서벌로서의 성격을 갖는 것으로 파악하는 듯 하다.[200] 통상적인 민사책임으로서 그 위반에 대해 금전적 배상을 예정하는 것이 아니라, 집단적 질서 유지의 목적에서 가해지는 형벌적 성격을 가진다는 것이다.[201]

2. 민법상 사단의 통제권 법리와의 비교

---

199) 근로기준법에 '징계'라는 용어가 처음 들어 온 것은 직장 내 괴롭힘 발생시 사용자의 조치와 관련하여 "사용자는 제2항에 따른 조사 결과 직장 내 괴롭힘 발생 사실이 확인된 때에는 지체 없이 행위자에 대하여 징계, 근무장소의 변경 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 사용자는 징계 등의 조치를 하기 전에 그 조치에 대하여 피해근로자의 의견을 들어야 한다."는 조항이다(제76조의3 제5항).

200) 김성진, "징계의 본질에 대한 소고", 안암법학 제40권, 2013, 165면.

201) 박지순(2008), 222면.

그렇다면 사용자의 징계권은 무엇을 근거로 행사되는 것인가? 이와 관련하여서는 우선 민법상의 사단의 사원에 대한 통제권의 행사 법리를 통해 징계권의 연원을 파악해 볼 수 있다. 사단의 통제권의 행사 근거가 되는 정관의 법적 성질에 대해서는 독일에서 취업규칙과 비슷한 시기에 마찬가지로 법규범설과 계약설의 논쟁이 이루어졌기 때문이다.

규범설을 제시한 기에르케(Otto von Gierke)는 국가로부터의 개입을 방지하기 위한 단체의 독자적인 법인격을 강조하면서 단체의 구성원은 그 단체에 가입하면서 스스로를 단체의 통제권 아래 두는 것이므로 그 단체의 정관 등에서 정하는 사원에 대한 통제규정 및 그 위반 시의 징계는 효력이 인정되고, 이에 대한 국가의 사법심사는 배제된다는 것이었다.[202]

반면 계약설의 입장에서는 최초의 정관(원시정관)은 단체의 설립자들 사이의 다면적 의사표시에 의해 성립하는 특수한 계약이고, 이후 가입한 사원에 대해서는 가입행위를 통해 기존 정관에 따르기로 하는 계약이 성립하였다는 점에서 그 위반의 효력은 계약벌로서 인정된다고 보았다.[203]

이에 대해 우리 판례는 "단체의 구성원인 조합원에 대한 제명처분이라는 것은 조합원의 의사에 반하여 그 조합원인 지위를 박탈하는 것이므로 조합의 이익을 위하여 불가피한 경우에 최종적인 수단으로서만 인정되어야 할 것이고, 또, 조합이 조합원을 제명처분한 경우에 법원은 그 제명사유의 존부와 결의내용의 당부 등을 가려 제명처분의 효력을 심사할 수 있다"고 판시하였다.[204]

이러한 단체법상의 통제권 법리는 노동조합 조합원에 대한 통제권에 대한 논의와도 맞닿아 있는데, 노동조합법 제11조는 노동조합의 자주적 · 민주적 운영을 보장하기 위하여 규약의 필요적 기재사항으로 '규율과 통제에 관한 사항'(제15호)를 기재하도록 하고 있다. 다만 그 법적 근거에 대해서는 앞서

---

202) 박종희, "사단의 구성원에 대한 통제권의 법적 기초와 사법심사의 범위". 안암법학 제7호, 1998, 354-357면.

203) 송호영, "스포츠단체의 선수징계에 대한 법적 문제", 스포츠엔터테인먼트와 법 제11권 제1호, 2008, 40면.

204) 대법원 1994.5.10. 선고 93다21750 판결

언급한 규범설 및 계약설 뿐만 아니라 헌법상 단결권 보장의 취지에서 그 근거를 찾는 단결권설이 제시되고 있다.[205]

그러나 이러한 사단의 사원에 대한 통제권의 법리를 취업규칙을 통한 사용자의 직장질서 확립에 그대로 적용하기는 어렵다. 무엇보다도 기업은 인적 물적 조직의 유기체를 이루는 것이기는 하지만, 사용자의 직장질서 위반행위는 징계의 대상이 되지 않는다는 점에서 사용자와 근로자는 동등한 지위에서 단체를 구성하고 있다고 보기 어렵고, 또한 그 위반에 대한 제재는 단순히 단체에서의 배제를 뜻하는 것을 넘어 곧바로 근로자와 그 가족의 생계를 위협하게 된다는 점에서 특별한 보호가 예정되어 있기 때문이다.

3. 징계권의 법적 근거와 성격에 대한 검토

따라서 근로자에 대한 징계권에 대해서는 민법의 법리와는 다른 독자적인 입론이 필요하게 되었는데, 징계권의 근거와 관련된 논의로는 고유권설, 계약설, 법규범설, 공동규범설 등이 제시된다.[206] 먼저 그 징계권의 근거를 사용자의 고유권에서 찾는 견해가 있는데, 이는 경영질서의 형성 및 유지와 그 위반에 대한 제재는 본래 사용자의 고유한 권한에 속한다고 하면서, 사용자의 징계권은 취업규칙이나 단체협약에 아무런 규정이 없는 경우에도 인정된다고 한다.

나아가 징계권의 근거를 개별 계약에서 찾는 견해가 있는데, 근로자가 근로계약을 체결하면서 징계규정이 포함된 취업규칙에 따라 계약을 한다면 이를 매개로 사용자의 징계권을 인정할 수 있다고 한다.

법규범설의 입장에서는 노사관계를 지배하는 일정한 법규범(취업규칙)을 근거로 하여 법 소정의 요건을 갖추는 한(일종의 징계법정주의)에서 사용자

---

205) 이에 대한 논의로는 김인재, 노동조합의 통제권과 조합민주주의, 노동법연구 제1호, 1991 참조

206) 이철수(2023), 268면; 노동법실무연구회, 『근로기준법 주해 Ⅱ』(제2판), 박영사, 2020, 176면-180면.

에게 근로자를 징계할 권한이 있다고 보는데, 이 견해에 따르면 취업규칙에 징계에 관한 규정이 있어야 근로자에 대한 사용자의 징계가 인정된다는 점에서 계약설과 결론이 같지만 근로자의 개별적 승낙은 필요치 않다.

공동규범설의 입장은 징계는 기업의 공동 질서를 위반한 행위에 대한 제재를 규정한 노사의 공동규범에 그 근거를 두고 있다는 견해로서, 그 기업 공동체 구성원들이 스스로 그들의 행위를 규율하는 규약의 정립 행위와 같은 방식을 취하는 것이 옳으며 취업규칙상의 제재에 관한 규정은 이에 대한 근로자와 사용자의 합의를 통하여 공동규범으로서의 성질을 가지는 징계권의 근거규정이 된다고 본다.

판례는 "근로자의 상벌 등에 관한 인사권은 사용자의 고유권한으로서 그 범위에 속하는 징계권 역시 기업운영 또는 근로계약의 본질상 당연히 사용자에게 인정되는 권한이기 때문에 그 징계규정의 내용이 강행법규나 단체협약의 내용에 반하지 않는 한 사용자는 그 구체적 내용을 자유롭게 정할 수 있다"거나,[207] "기업질서의 확립·유지에 필요하고 합리적인 것인 한 근기법 등 관계법령에 반하지 않는 범위 내에서 그 위반행위에 대한 규율을 취업규칙으로 정할 수 있다"[208]거나, "사용자의 본질적 권한에 속하는 피용자에 대한 징계권 행사"[209]라는 표현을 사용하는 등 기본적으로 고유권에 가까운 입장을 취하고 있는 것으로 보이면서도, "근로자를 징계해고함에 있어 취업규칙등에 징계에 관한 절차가 정하여져 있으면 반증이 없는 한 그 절차는 정의가 요구하는 것으로서 징계의 유효조건"[210]이라고 판시하는 등 취업규칙의 법규범성을 인정하는 전제에서 징계권의 행사 근거를 찾고 있기도 하다. 그러나 사용자에게 취업규칙의 일방적 작성권한이 인정되는 이상 법규범설의 내용도 결과적으로 사용자의 고유권으로서 징계권을 인정하는 것과 마찬가지라는 점에서 한계가 있다.

---

207) 대법원 1994.9.30. 선고 94다21337 판결

208) 대법원 1994.6.14. 선고 93다26151 판결

209) 대법원 2003.6.10. 선고 2001두3136 판결

210) 대법원 1986.7.8. 선고 85다375, 85다카1591 판결

이에 따라 사용자의 징계권한을 노사 간의 합의에 기초하여 마련된 공동규범에서 찾아야 한다는 견해가 있다.[211] 이 견해는 근로관계는 사용자와 근로자 사이에 노무제공 및 보수의 교환에 기초한 쌍무적 채권관계 이자 동시에 하나의 경영공동체(Betriebsgemeinschaft)를 형성하여 노사공동의 목적을 추구하는 단체법적 관계로서, 이와 같은 복무규율은 집단적 성격을 가지고 있으므로 그 형성수단도 노사협정을 통해 마련되는 것이 타당하다는 것이다. 독일에서는 법률의 명문규정이 없음에도 노사의 공동결정에 의하여 경영질서를 정립하고 근로자가 이를 위반할 경우에도 경영협의회의 공동결정에 의하여 징계여부를 결정하여야 한다는 것이 판례와 학설의 다수설이라고 한다.[212]

이러한 점에서 볼 때, 기업에 종사하는 노사가 공동으로 참여하는 집단적·사회적 자치로서 공동규범이 형성되어야 한다는 점에 주목한다면 취업규칙에서 징계를 규정하는 본질도 개별이 아닌 집단 합의 내지 자치의 관점에서 접근·모색되는 것이 바람직하다는 견해가 있다.[213]

4. 징계에 대한 절차적 정의의 요구

징계권의 법적 근거를 어디에서 찾는지와 무관하게, 징계는 그 자체로 근로자와 그 가족의 생계에 중대한 불이익을 발생시키는 처분이므로 그 징계권한의 행사는 엄격하게 제한적으로 이루어져야 하며, 그 절차에 있어서도 근로자의 방어권이 보장될 필요가 있다.[214] 그러나 근로기준법과 현재의 취업규칙 제도는 사용자에게 징계와 관련된 사항을 일방적으로 작성하도록 할 뿐, 징계의 절차적 요건에 대해서는 어떠한 규정도 마련하지 않고 있는 실정이다. 따라서 판례도 단체협약이나 취업규칙 등에 해고 절차에 대한 별도 규

---

211) 박지순(2008), 236-237면.

212) 박지순(2008), 258면;BAG AP 1 zu § 87 BetrVG 1972(Betriebsbuße)

213) 박종희(2023), 8면.

214) 박지순(2008), 256-258면.

정이 없는 경우는 해고 절차를 준수하였는지를 판단하지 않는다.[215]

그러나 이와 관련된 법규정 유무와 상관 없이 적법절차의 요청에 따라 징계의 사유와 시기등에 대해 소명할 기회를 부여하는 것이 바람직한 해석이고, 특히 2007년 근로기준법 개정 이후 해고에 대한 사전 서면통지의무 조항이 신설되어 근로관계의 해지에 있어서 절차적 정의가 강조되는 상황에서는 이러한 법리를 계속 유지하는 것을 바람직하지 않다.[216]

앞서 언급한 공동규범설의 입장에 따라 징계제도를 규율하고 있는 독일의 경우 징계해고에 있어서 징계규정이 유효하게 정립되어 근로자에게 알려져 있어야 하며, 징계의 유형과 정도가 정해져 있어야 하며, 그 절차에 있어서 법치국가적 질서에 대한 타당한 절차가 준수되어야 하며, 변호와 청문의 기회가 보장될 것을 요청하고 있다.[217]

제4절 소결론

취업규칙은 역사적 맥락 속에서 근로자의 근무규율을 확립하는 수단이자 근로조건을 규율하는 수단으로의 역할을 부여받게 되었다. 그러나 그 법적 효력의 근거가 계약이나 법규범 중 어떤 것으로도 명쾌하게 설명되기 어렵다는 점에서 논리적으로 취약할 뿐만 아니라, 취업규칙을 통한 근로조건의 일방적 결정은 근로자의 자기결정권과 집단적 근로조건 대등결정을 위해 단체교섭권을 보장하는 우리 헌법의 요청에 부합하지 않는다.

또한 취업규칙에 징계에 대한 사항을 사용자가 일방적으로 작성하도록 하는 것은 결국 사용자에게 일방적인 징계권한을 주는 것과 마찬가지의 결과가 되고, 또한 우리 근로기준법이 징계에 있어서 방어권 보장을 위한 절차적 규율을 마련하고 있지 않다는 점에서 근로자에게 미치는 불이익이 크다는

---

215) 대법원 1991.4.9. 선고 90다카27402 판결

216) 이철수(2023), 268면.

217) 노동법실무연구회, 『근로기준법 주해 Ⅱ』(제2판), 박영사, 2020, 179면.

문제가 있다.

따라서 근로조건 결정 및 직장질서의 확립 수단으로서 취업규칙은 헌법적으로도, 개념적으로 타당성이 부족한 것이라고 볼 수 밖에 없다.

제4장 취업규칙 제도의 운용상 실효성과 정합성에 대한 재검토

제1절 검토의 필요성

앞선 내용을 통해 근로조건 결정 및 직장질서 확립 수단으로서 취업규칙은 그 법적 성질이 모호할 뿐만 아니라 사용자가 일방적으로 작성한 취업규칙의 효력을 인정하는 것은 헌법상 근로권으로부터 도출되는 근로자의 자기결정권과 단체교섭권으로부터 도출되는 집단적 근로조건 대등결정의 요청에 부합하지 않는다는 점을 설명하였다.

이처럼 규범으로서 취업규칙이 갖는 취약성에도 불구하고 이것이 근로자 보호의 관점에서 정당화되기 위해서는 취업규칙 제도가 근로자 보호라는 본래적 목적에 맞게 실효적으로 기능할 뿐만 아니라 노동관계법의 체계 내에서도 정합적으로 기능하여야 한다.

이하의 내용에서 제도의 운용실태와 판례법리를 중심으로 취업규칙에 대한 제도적 규율의 실효성, 취업규칙 불이익변경에 대한 집단적 동의절차의 실효성, 노동관계법 체계 내에서의 정합성에 대해 살펴본다.

제2절 취업규칙에 대한 제도적 규율의 실효성

I. 취업규칙 작성의무와 작성방법

1. 작성의무의 내용

먼저 근로기준법에서 취업규칙의 작성에 대해 규율하고 있는 내용을 살펴

보면, 먼저 상시 10명 이상의 근로자를 사용하는 사용자는 제93조 제1호에서 제13호 내지의 이른바 '필요적 기재사항'에 관한 취업규칙을 작성하여 고용노동부장관에게 신고하여야 하고, 이를 변경하는 경우에도 신고하여야 한다(근로기준법 제93조). 이를 위반한 사용자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다(제116조 제2항). 취업규칙을 신고할 때에는 근로기준법 제94조 제1항에 따라 취업규칙의 작성 및 변경에 대해 근로자 집단의 의견을 적은 서면을 첨부하여야 한다(제94조 제2항). 이때 상시 사용하는 근로자의 수는 근로기준법 시행령 제7조의2에 따라 법 적용사유 발생일 전 1개월 동안 사용한 근로자의 연인원을 같은 기간 중의 가동일수로 나누어 산정한다.

이처럼 근로기준법이 사용자에게 취업규칙의 작성의무를 부여한 것은 근로조건과 직장질서에 대한 사항에 관련된 기준을 취업규칙의 기재사항으로 성문화하여 사용자가 이를 자의적으로 운용하거나 근로자가 그 내용을 알지 못하여 불이익을 보는 등의 폐해를 방지하도록 하는 취지로 이해된다.[218]

또한 근로기준법 제93조는 '해당 사업 또는 사업장의 근로자 전체에 적용될 사항'(제13호)을 취업규칙에 기재하도록 하면서, 그 중에서도 특히 법정 근로기준의 이행과 관련된 사항(제1호 내지 제12호)을 기재하도록 하고 있다. 기재사항의 목록은 아래와 같다.

1. 업무의 시작과 종료 시각, 휴게시간, 휴일, 휴가 및 교대 근로에 관한 사항
2. 임금의 결정 · 계산 · 지급 방법, 임금의 산정기간 · 지급시기 및 승급(昇給)에 관한 사항
3. 가족수당의 계산 · 지급 방법에 관한 사항
4. 퇴직에 관한 사항
5. 「근로자퇴직급여 보장법」 제4조에 따라 설정된 퇴직급여, 상여 및 최저임금에 관한 사항

218) 노동법실무연구회, 「근로기준법주해 Ⅲ」, 715면. 같은 취지에서 일본의 취업규칙 제도에 대해 이러한 평가로 浜田冨士郎(1994), 42면 이하.

6. 근로자의 식비, 작업 용품 등의 부담에 관한 사항
7. 근로자를 위한 교육시설에 관한 사항
8. 출산전후휴가 · 육아휴직 등 근로자의 모성 보호 및 일 · 가정 양립 지원에 관한 사항
9. 안전과 보건에 관한 사항
9의2. 근로자의 성별 · 연령 또는 신체적 조건 등의 특성에 따른 사업장 환경의 개선에 관한 사항
10. 업무상과 업무 외의 재해부조(災害扶助)에 관한 사항
11. 직장 내 괴롭힘의 예방 및 발생 시 조치 등에 관한 사항
12. 표창과 제재에 관한 사항
13. 그 밖에 해당 사업 또는 사업장의 근로자 전체에 적용될 사항

2. 취업규칙의 작성 실태와 문제점

1) 취업규칙 기재사항과 관련된 쟁점

앞서 소개한 일본의 취업규칙 제도가 취업규칙의 기재사항을 '절대적 필요기재사항'과 '임의적 필요기재사항'으로 구별하고 있는 것과 달리, 우리 근로기준법은 취업규칙의 기재사항을 법정 근로기준과 연관지어 그 이행 및 감독을 예정하고 있다.[219] 그러나 이러한 근로기준법의 규정형식으로 인하여

219) 이러한 점에서 근로기준법 제93조 제1호 내지 제13호의 사항을 통상 '필요적 기재사항'이라고 표현한다. 그러나 '필요적 기재사항'이라는 법률용어는 법률문서에 반드시 기재되어야 하는 사항으로서 이것이 누락된 법률문서의 경우 그 효력이 부정되거나 반려의 대상이 되는 것이다. 우리 법체계에서 이에 해당하는 것으로는 부가가치세법에서 정한 세금계산서에 기재되어야 하는 사항을 정한 것(부가가치세법 제32조) 또는 어음이나 수표에 기재하여야 하는 사항(어음법 제1조 각 호 및 수표법 제1조 각 호)을 의미하는 것으로 이것이 누락된 세금계산서 및 어음 · 수표는 원칙적으로 효력이 없다(어음법 제2조 및 수표법 제2조). 또한 노동조합법에서 노동조합의 규약에 기재하도록 하는 사항(노동조합법 제11조 제1호 내지 제15호) 또한 '규약의 필요적 기재사항'이라고 하는데, 규약의 기재사항 중 누락이 있는 경우 설립신고서 보완요구 및 반려 대상이 된다(노동조합법

실제 사업 또는 사업장에서 제도로서 시행하고 있지 않은 법정 기재사항의 경우에도 취업규칙에 의무적으로 기재해야 하는지가 모호하다. 가령 '상여'의 경우, 사업장에서 상여금 지급을 하지 않음에도 법정 기재사항에 해당하므로 취업규칙에 '상여를 지급하지 않음'이라고 기재해야 하는지가 문제되는 것이다.

이에 대해 근로기준법에서 해당 사항에 대한 최저기준이 규정되어 있지 않은 사항(상여, 근로자의 식비 및 작업용품 등의 부담, 근로자 교육시설 등)에 대해서도 그 시행여부를 모두 기재하도록 하는 것은 사용자에게 합리적이지 않은 의무를 부담하는 것이라고 보아 사업 또는 사업장에서 이를 시행하는 경우만 기재할 의무가 생긴다고 보는 견해가 있다.[220]

고용노동부의 「취업규칙 심사요령」(고용노동부예규 제48호)에서도 교대근로, 승급, 가족수당, 상여금, 근로자의 식비 · 작업 용품, 교육시설, 근로자의 성별 · 연령 또는 신체적 조건 등의 특성에 따른 사업장 환경 개선, 업무 외의 재해부조, 표창에 관한 사항은 해당 사업장에서 이를 시행하고 있을 경우에만 필요적 기재사항으로 볼 수 있다고 한다. 이에 따라 실제 사업장에서도 취업규칙의 기재사항 중 가족수당, 교육실시, 근로자의 식비 및 작업용품, 근로자의 특성에 따른 사업장 환경 개선에 대한 사항을 기재하지 않는 경우가 많다고 한다.[221]

그러나 사용자에게 취업규칙의 작성의무를 부여하면서 그 기재사항을 특정하는 것은 기재사항에 해당하는 근로조건의 내용을 명확히 하여 분쟁을 예방하고 근로자를 보호하고자 하는데 그 목적이 있는 것이므로, 취업규칙을 통해 해당 근로조건의 시행 유무를 쉽게 확인 할 수 있도록 제도의 시행유무

제12조). 하지만 우리 근로기준법은 취업규칙의 기재사항을 열거하면서도 이것이 누락된 경우의 효력 등에 대해서는 밝히고 있지 않고, 일부 사항이 누락되었다고 하더라도 이것이 보완요구의 대상이 될지는 몰라도 그렇다고 하여 나머지 부분이 전부 무효로 되는 것은 아니므로, 이를 진정한 의미에서 '필요적 기재사항'이라고 하기는 어렵고 '법정 기재사항' 정도로 부르면 족할 것이다.

220) 노동법실무연구회, 「근로기준법주해 Ⅲ」 721면; 이정 · 박종희 · 하갑래(2009), 35면.

221) 이정 · 박종희 · 하갑래(2009), 13-14면.

라도 기재하도록 하는 것이 바람직하고, 이러한 해석이 사용자에게 과도한 부담이 되는 것도 아니다. 또한 앞서 취업규칙의 기재사항이 법정 근로기준과 연관되어 있다는 점을 고려하면 이러한 해석이 입법자의 의사와도 부합하는 측면이 있다. 따라서 이와 관련된 논란을 해소할 수 있도록 입법적 정비가 필요하고, 그 중 근로기준법 제정 당시 삭제하기로 하였던 가족수당 부분과 법령에서 삭제된 교육시설에 대한 내용은 삭제하는 것이 바람직할 것이다.

2) 취업규칙의 적용범위와 관련된 쟁점

취업규칙은 "해당 사업 또는 사업장의 근로자 전체에 적용"될 것을 전제로 하므로(근로기준법 제93조 제1호), 사용자가 취업규칙을 작성하면서 사업장의 일부 근로자만을 적용대상으로 하여 나머지 근로자들에게 적용할 취업규칙을 두지 않는 경우에는 취업규칙 작성의무 위반이고,[222] 이처럼 별도의 취업규칙이 작성되지 않은 경우에는 통상 근로자에게 적용되는 취업규칙이 적용된다.

이때 근로자집단별로 취업규칙을 작성하여 근로조건을 달리 설정할 수 있는지가 문제되는데, 그것이 근로기준법이나 기간제법 등에서 정한 차별적 처우에 해당하지 않는 이상 그 내용을 달리할 수 있다고 보아야 한다. 판례도 같은 취지에서 하나의 사업장에서 근로자의 직종의 특수성에 따라 근로자 일부에 적용되는 별도의 취업규칙을 정할 수 있는 것이고, 이 경우 각각의 취업규칙을 합친 것이 근로기준법 소정의 1개의 취업규칙이 된다고 본다.[223] 특히 단시간근로자에 대해서는 통상근로자와는 별도로 적용되는 취업규칙을 작성할 수 있도록 명시적으로 허용하고 있다(근로기준법 제18조 제2항 및 근로기준법 시행령 제9조 제1항 [별표2]).[224] 다만 퇴직급여제도의 경우, 하나

---

222) 노동법실무연구회, 「근로기준법주해 Ⅲ」, 723면.

223) 대법원 1992.2.28. 선고 91다30828 판결

224) 다만 이때 취업규칙의 각 조항에서 단시간근로자에 대한 적용을 배제하는 규정

의 사업에서 급여 및 부담금 산정방법등의 적용 등에 관하여 차등을 두어서는 아니된다(퇴직급여법 제4조).

이와 같은 명문의 규정이 없는 기간제근로자나 기간의 정함이 없는 근로자로 전환된 사람(이른바 '무기계약직')에 대해서도 별도의 취업규칙을 작성할 수 있는지가 문제될 수 있다. 판례는 기간제법에 따라 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 간주되는 근로자의 근로조건에 대하여, 해당 사업 또는 사업장 내 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자가 있을 경우 '달리 정함이 없는 한' 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등이 동일하게 적용된다고 보고 있다.[225] 이러한 취지에 따르면 고용형태에 따라 별도로 취업규칙을 작성하여 근로조건을 규율하는 것도 가능한데, 사용자는 기간제근로자임을 이유로 해당 사업 또는 사업장에서 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니 되므로(기간제법 8조 제1항) 그 내용에 대해서는 사법심사가 이루어져야 한다.

사업체에서 실제 활용되고 있는 취업규칙의 내용을 비교분석한 1993년의 조사[226]에 따르면 취업규칙에 규정된 내용은 산업별로는 어느 정도 차이를 보이고 있으나 종업원규모별로는 별 차이가 없었고, 취업규칙의 적용범위에서 비정규직 근로자를 제외하는 경우가 많았으며, 노동관계법의 제개정에 맞춘 취업규칙 개정에 소홀하였다는 점이 지적된다. 이어 2007년의 조사[227]는 고용형태에 따라 취업규칙의 적용범위를 달리하는 경우가 35.8%로 상당히 높고, 1993년의 조사에 비해 징계절차의 공정성을 강조하여 징계위원회 등에 대해 규정하는 경우가 많아졌다고 한다. 그럼에도 불구하고 여전히 취업규칙의 내용이 사업의 규모, 업종 등의 특성과는 무관하게 비슷한 내용으로 천편일률적으로 작성되는 경우가 많고, 관련 법개정 사항을 제대로 반영하지 못

을 두거나 다르게 적용한다는 규정을 둔 경우에는 이에 따라야 한다.

225) 대법원 2019.12.24. 선고 2015다254873 판결.

226) 이상덕 · 김정한 · 김성환(1993), 94면.

227) 김정한 · 문무기 · 윤문희(2007), 177면.

하는 경우가 많았다고 한다.

이러한 조사결과는 취업규칙이 사업장 내에서의 집단적 근로조건 결정규범이자 근로자 보호의 수단으로서 온전히 기능하고 있는지 의문을 제기하고 있다.[228] 또한 현재의 노사관계 현실에서 노동조합의 조합원은 대부분 정규직 근로자인데다가, 노동조합의 조합원 범위에 있어서 정규직 근로자만을 대상으로 하는 노동조합이 많다는 점을 감안하면, 취업규칙 제도의 운용에 있어서 비정규직 근로자들의 이해관계가 제대로 반영될 것이라고 기대하기가 어렵다. 이처럼 비정규직에 대해 별도의 취업규칙의 작성을 허용하는 것은 차별적인 결과를 야기할 수 있다는 점에서 비판적인 검토가 필요하다.[229]

3) 별도규정(부속규정)등의 작성과 신고 실태

한편, 취업규칙은 반드시 1개의 문서로 작성되어야 하는 것은 아니고, 임금규정, 안전보건 규정, 퇴직금 규정 등으로 나누어 작성하는 것도 가능하다.[230] 그러나 이처럼 수 개의 규정이 존재하는 경우에도 각각이 취업규칙으로서 병존하는 것이 아니라 이것들을 종합하여 하나의 취업규칙이 존재한다고 보아야 한다. 그렇지 않고 각각의 문서를 독립된 취업규칙으로 보게 되면 사용자가 별도의 규정을 마련하는 것이 취업규칙의 불이익 변경이 아니라 취업규칙을 새로이 작성하는 것이 되어 취업규칙의 불이익 변경에 대한 규제를 우회하는 것이 되기 때문이다.

실제 노사현장에서는 70% 이상의 기업이 단일한 형태의 취업규칙이 아니라 3개 이상의 규정으로 취업규칙을 나누어 작성하고 있으나,[231] 취업규칙의 신고에 있어서는 취업규칙의 총괄부분만을 신고하는 경우가 대부분이어서

---

228) 김정한 · 문무기 · 윤문희(2007), 180면.

229) 박종희 외, 「비정규직 차별금지에 관한 선진국 제도운용 연구」, 고용노동부 학술연구용역보고서, 2005, 118면.

230) 일본의 경우 별도 규칙으로 작성할 수 있는 사항을 한정하고 있었으나(노동기준법 제89조 제2항), 1998년 법개정을 통해 이를 삭제하였다.

231) 이정 · 박종희 · 하갑래(2009), 12면.

개별 부속규정에 대한 신고 및 점검이 상당 부분 누락되고 있는 실정이다.[232] 이로 인하여 사업장 내에서 근로조건과 직장질서에 실질적으로 영향을 미치는 규정들이 그 제도적 규율의 사각지대에 놓이게 되거나, 이것이 취업규칙에 해당하여 법적인 효력을 가지는지에 대해서도 법적 분쟁이 발생할 수 있다는 문제가 있다.

II. 의견청취 및 주지 의무

1. 의견청취 및 주지 의무의 의의

또한 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 하고, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받아야 한다(근로기준법 제94조 제1항). 또한 사용자는 취업규칙을 고용노동부장관에게 신고(근로기준법 제93조) 할 때 취업규칙의 작성 및 변경에 대한 근로자 집단의 의견을 적은 서면을 첨부하여야 한다(근로기준법 제94조 제2항). 이를 위반한 사용자는 500만원 이하의 벌금에 처한다(근로기준법 제114조).

이와 같이 취업규칙의 작성에 근로자의 의견을 청취하도록 하는 것은 근로자의 의견을 존중하여 취업규칙의 작성 또는 변경에 이를 반영할 수 있도록 하기 위한 취지로 파악된다.[233] 또한 이러한 근로자의 의견청취 의무는 아래의 주지의무와도 연관된다.

또한 사용자는 취업규칙을 근로자가 자유롭게 열람할 수 있는 장소에 항상 게시하거나 갖추어 두어 근로자에게 널리 알려야 한다(근로기준법 제14조). 당초 법규정에서는 게시 및 비치의 장소를 '사업장'으로만 한정하고 있었으

---

232) 이정 · 박종희 · 하갑래(2009), 16면.

233) 대법원 1989.5.9. 선고 88다카4277 판결

나, 2007년 법개정을 통해 이를 '근로자가 자유롭게 열람할 수 있는 장소'에 게시 및 비치하도록 하였다. 이를 위반한 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다(근로기준법 제116조). 또한 '근로기준법 제93조제1호부터 제12호까지의 규정에서 정한 사항'에 대해서 사용자는 근로계약을 체결할 때에 근로자에게 명시하여야 한다.(근로기준법 제17조 및 시행령 제8조) 이처럼 취업규칙을 주지하도록 하는 것은 취업규칙을 근로자에게 주지시켜 근로관계에서 분쟁을 방지하는 한편 취업규칙에 기초하지 않은 부당한 취급을 행하는 것을 방지하는데 있다.[234]

2. 의견청취 및 주지의 실태와 문제점

1) 의견청취 및 주지의 실태

그러나 실제 노동현장에서는 작성과정에서의 의견청취 및 주지 의무가 제대로 이행되지 않고 있는 것으로 보인다. 이정 · 박종희 · 하갑래(2009)의 연구에서는 작성 및 변경 시 의견청취에 대한 항목은 조사하지 않았으나, 최근 한국노총이 사업장의 산하조직을 대상으로 실시한 실태조사[235]에 따르면 취업규칙을 노동자에게 열람하게 해두었냐는 물음에 전체 440개 응답 사업장 중 338개(77%) 사업장이 '그렇다'라고 응답했으며, 102개(23.2%) 사업장은 '그렇지 않다'고 밝혔다. 또한 취업규칙의 작성 및 변경시 근로자의 의견청취 내지 동의 절차를 거치고 있는지에 대한 질문에 대해, 응답 441개 사업장 중 380개(86.6%) 사업장이 절차를 준수하였다고 하며, 61개(13.9%) 사업장이 그렇지 않다고 응답하였다. 그러나 위 항목은 불이익변경에 대한 동의 절차를 포함한 항목이어서, 단순한 작성 및 변경시의 의견청취는 이보다 낮을 것으로 추정된다.

---

234) 노동법실무연구회, 「근로기준법주해 Ⅲ」, 727면.

235) 한국노동조합총연맹, "사용자 의무 준수에 관한 실태조사 결과", 2023-03-02. http://inochong.org/report/371360 (최종접속 : 2023.7.31.)

2) 의견청취 및 주지 의무를 위반한 취업규칙의 효력

이처럼 실제 취업규칙 작성 과정에서 의견청취 및 주지와 같은 절차적 요청이 준수되지 않는 배경에는 이를 위반하여도 그 취업규칙의 사법상 효력은 인정된다는 판례법리가 영향을 주었을 것으로 보인다. 근로기준법은 이를 위반한 취업규칙의 효력에 대해서는 별도로 정하지 않고 있는데, 판례는 "근로기준법이 취업규칙 작성 및 변경에 관한 행정관청의 신고의무(제93조), 의견청취의무(제94조 제1항), 취업규칙의 주지의무(제14조)를 정하고 있지만 이러한 규정들은 단속법규에 불과할 뿐 효력규정이라고는 볼 수 없으므로 사용자가 이러한 규정들을 준수하지 않았다고 하더라도 그로 인하여 바로 취업규칙의 작성 또는 변경이 무효로 되는 것은 아니다"라고 하고,[236] 또한 "(의견청취절차규정은) 근로자의 의견을 존중하여 취업규칙의 작성 또는 변경에 이를 반영시키기 위한 것으로서 위 의견청취절차규정 자체는 훈시규정에 불과하고 효력규정이 아니므로 이를 거치지 않았다고 하여 그 취업규칙이 무효로 되지는 않는다"고 판시하여[237] 취업규칙 작성에 대한 제도적 규율의 취지를 무의미하게 만드는 것이다.

그러나 판례가 이를 효력규정이 아닌 단속법규로 파악하는 것은 취업규칙의 작성에 있어서 절차적 요건이 갖는 의미를 망각한 것으로서 부당하다.

먼저 공법적 규정에서 이를 위반한 행위에 대한 공법적 제재만을 예정하고 그 행위의 유무효에 대해서 별도의 규정을 두지 않은 경우, 이것이 효력규정인지 단속규정인지를 판단하는 일반적 기준으로 판례는 해당 규정의 입법취지 및 목적, 사법상의 효력을 부인해야 할 필요성, 금지하는 행위의 반사회성, 법적안정성 등을 제시하여 구체적으로 파악하여 왔다.[238]

이러한 기준에 따라 취업규칙 작성 절차 규정의 입법취지와 목적, 법적안

---

236) 대법원 2004.2.12. 선고 2001다63599 판결.

237) 대법원 1989.5.9. 선고 88다카4277 판결. 같은 취지로 대법원 1991.4.9. 선고 90다16245 판결 등

238) 김수정, "효력규정과 단속규정의 구별기준에 관한 체계화 모색", 민사법학 제85호, 한국민사법학회, 2018. 7-8면.

정성 대해서 살펴보면, 앞선 2장에서 설명하였듯이 취업규칙의 작성 절차에 대한 규율은 사용자가 일방적으로 작성하는 취업규칙이 근로자 보호의 수단으로 활용되게 하는 제도적인 전제로서 기능한다. 이에 따라 취업규칙의 신고의무는 취업규칙의 내용에 대해 행정감독이 이루어지도록 하는 한편, 우리 입법자는 노동관계법령의 준수여부를 확인하기 위해 취업규칙의 기재사항을 추가하고 이를 반영하여 신고하도록 하고 있는 것이다.

또한 의견청취의무는 사업장 전체에 대한 규범으로서 사용자가 일방적으로 작성한 취업규칙의 내용에 대해 근로자가 사후적으로 이의를 제기할 수 있는 절차가 없으므로 작성 시점에서 근로자들의 의견 청취를 하는 것은 필수적이고, 이러한 의견청취 절차가 주지 등 취업규칙의 실효성 확보와도 연결된다는 점에서 그 중요성을 간과하여서는 안 된다.[239][240] 또한 취업규칙 작성시의 의견청취의무와 불이익 변경에 대한 동의는 근로기준법 제94조의 본문과 단서로서 규정되어 있는데, 그 단서에 대해서는 효력규정이라고 보면서 본문의 경우에는 단속규정으로 보는 것은 이상하다. 특히 의견청취의무 위반시에는 신고의무나 주지의무 위반과 다르게 행정벌인 과태료가 아니라 벌금이 예정되어 있으므로, 그 위반에 대한 반사회성도 크다고 보아야 한다.

취업규칙에 대한 주지의무도 마찬가지로 사용자가 일방적으로 결정하는 취업규칙의 특성상 반드시 지켜져야 하는 것이고, 이것이 준수되지 않은 취업규칙의 효력을 인정하게 되면 일방결정의 위험성이 한층 더 증폭된다. 또한 취업규칙의 내용을 알지 못하게 되면 이를 둘러싼 분쟁의 발생을 촉발되어 법적 안정성을 저해할 수 있으므로, 주지의무를 가벼이 보는 것은 근로조건 및 복무규율에 대한 분쟁을 방지하고자 하는 취업규칙의 본래적 목적에 부합하지 않는다.

한편 법령상 주지의무(제14조)와 구별되는 '실질적 주지'를 취업규칙의 유효요건으로 언급하는 판결례가 있다. 취업규칙의 주지의무에 대한 규정을 단

---

239) 이철수(2023), 133면; 강희원(2012), 109면.

240) 취업규칙에 대한 의견청취를 집단적 근로자 참여권의 관점에서 적극적으로 해석하는 견해로서 강주리(2022), 138-140면.

속법규로 보면서도 “취업규칙은 사용자가 정하는 기업 내의 규범이기 때문에 사용자가 취업규칙을 신설 또는 변경하기 위한 조항을 정하였다고 하여도 그로 인하여 바로 효력이 생기는 것이라고는 할 수 없고 신설 또는 변경된 취업규칙의 효력이 생기기 위하여는 반드시 근로기준법 제13조 제1항(현행 제14조)에서 정한 방법에 의할 필요는 없지만, 적어도 법령의 공포에 준하는 절차로서 그것이 새로운 기업 내 규범인 것을 널리 종업원 일반으로 하여금 알게 하는 절차 즉, 어떠한 방법이든지 적당한 방법에 의한 주지가 필요하다”라고 판시한 바 있다.[241]

그러나 이 판결례의 사실관계는 상여금을 삭감하기로 하는 자구계획서가 취업규칙에 해당하여 효력을 갖는지가 문제된 사안에서, 위 자구계획서는 취업규칙에 해당하고 법령상의 주지(게시 및 비치)가 이행되지 않았다고 하더라도 ‘효력이 없다고 할 수는 없다’라고 제시한 것에 불과한 것이어서 취업규칙의 주지에 대한 명확한 판례법리로서 확립된 것인지 의문이고, 언론이나 사내홍보매체를 통해 자구계획서의 내용이 알려졌다는 것을 ‘적당한 방법에 의한 주지’가 이루어진 것이라고 판단하였다는 점에서 법령상 주지의 요건을 상당히 완화한 것이라는 점에서 비판적으로 보아야 한다.

특히 취업규칙의 법적 성질을 법규범으로 이해하는 우리 판례의 견해에 따르면 작성절차를 위반한 취업규칙은 입법절차에 흠결이 있는 법규범과 마찬가지로서 그 효력을 인정하기 어렵다. 오늘날의 민주주의 법치국가에서는 관련자들의 자유롭고 평등한 참여를 전제로 한 합리적 대화와 토론을 통해 법규범이 제정되었을 경우에만 그 법규범에 정당한 효력을 부여할 수 있는 것이고,[242] 우리 헌법에서 기본권 제한에 대한 적법절차(Due process)의 요청은 형사절차 뿐만 아니라 모든 국가작용을 지배하는 원리로서 인정된다는 점[243]을 고려하면 취업규칙 작성 절차에 대한 근로기준법의 규율은 경시되어서는

---

241) 대법원 2004.2.12. 선고 2001다63599 판결

242) 양천수, “민주적 법치국가에서 본 법규범의 효력근거”, 법과사회 제38권, 2010, 57-62면

243) 임지봉, “적법절차조항의 우리 헌법에의 도입과 그 적용”, 헌법학연구 11권 제3호, 2005, 289-290면

안된다.

III. 신고의무 및 행정관청의 심사

1. 신고의무 및 행정관청의 심사의 의의

근로기준법은 사용자에게 취업규칙의 작성의무를 부여하는 한편 이를 고용노동부장관에게 신고하도록 하고 있다(근로기준법 제93조 제1항). 취업규칙을 행정관청에 신고하도록 하는 것은 취업규칙에 대한 행정적 감독을 가능하게 함으로써 사업장에서 법령과 단체협약에 어긋나는 규율이 이루어지는 것을 방지하기 위함으로 이해된다.[244]

한편 근로기준법은 취업규칙이 법령 및 단체협약에 어긋나지 못하도록 하고, 이에 어긋나는 취업규칙에 대해서는 고용노동부장관이 변경명령을 내릴 수 있도록 하여(제96조 제1항 및 제2항) 신고된 취업규칙에 대한 심사를 예정하고 있다. 이처럼 취업규칙의 신고의무는 취업규칙에 대한 행정적 감독을 통해 근로기준법 상의 근로기준이 준수되고 있는지 여부를 확인할 수 있는 일종의 예비적 근로감독으로서의 성격을 가지는 측면이 있고,[245] 특히 우리 입법자가 취업규칙의 기재사항과 법정 근로기준을 연계하고 있는 이상 그 준수여부에 대한 확인이 필요하다.

이에 따라 고용노동부는 「근로감독관집무규정」(고용노동부 훈령 제374호)을 통해 근로감독관이 관할사업장 중 취업규칙의 신고를 하지 아니한 사업장을 수시로 파악하여 신고하도록 지도하도록 하는 한편, 취업규칙이 신고된 때에는 20일 이내에 심사하고 그 내용에 관계법령 및 단체협약 등에 저촉되는 부분이 있을 경우 변경을 명하도록 하고 있다(근로감독관집무규정 제74조 및 제75조). 또한 「취업규칙 심사요령」(고용노동부예규 제48호)에서 취업규

---

244) 노동법실무연구회, 「근로기준법주해 Ⅲ」, 715면. 같은 취지에서 일본의 취업규칙 제도에 대해 이러한 평가로 浜田冨士郎(1994), 42면 이하.

245) 노동법실무연구회, 「근로기준법주해 Ⅲ」, 715면.

칙의 내용에 대한 구체적 심사기준을 상세히 마련하고, 이를 근거로 변경명령 또는 개선지도 조치를 내리고 있다.

2. 신고의무의 이행 및 심사의 실태와 문제점

그러나 실태조사 결과에 따르면 취업규칙을 작성한 사업장에서는 90.5%가 이를 변경 시에 신고하고, 취업규칙의 총괄부분 이외의 부속규정이 있는 경우에도 이에 대한 신고는 부속규정이 있는 43.2%(134개 사업장 중 58개)에만 이루어져 개별 부속규정에 대한 신고 및 점검이 상당 부분 누락되고 있는 것으로 확인되었다.[246] 이처럼 취업규칙에 대한 신고가 제대로 이루어지지 않고 있는 것은 앞서 살펴보았듯 취업규칙 신고 의무의 준수여부가 그 효력에는 영향을 미치지 않는다는 판례법리가 자리잡고 있을 것으로 보인다.

또한 실태조사 결과에 따르면 취업규칙의 신고 이후 행정관청에서 별다른 대응이 없는 경우가 많다고 한다.[247] 또한 근로감독관집무규정 제75조 단서는 개업공인노무사의 확인을 받아 제출한 취업규칙에 대해서는 심사를 생략할 수 있도록 하여 취업규칙에 대한 심사를 공인노무사에게 위임하고 있다. 이를 구체화하는 고용노동부의 「공인노무사 심사확인시 사업장 취업규칙 심사면제에 관한 지침」[248]은 개업공인노무사가 취업규칙의 필요적 기재사항의 기재여부 및 취업규칙 부속서류(인사, 급여, 승급, 징계규정 등)의 첨부여부, 근로자 과반수로 조직된 노동조합 또는 근로자과반수의 의견서 첨부 여부, 규칙의 내용이 관계법령 또는 단체협약에 저촉되는지 여부, 불이익 조항 변경절차의 적법여부, 해고등의 사유 및 절차 등을 규정한 조항이 적법한지 여부, 규칙의 내용 또는 용어의 불명확으로 노사간 다툼의 소지가 없는지 여부 등을 확인하도록 하고 있다.

물론 「공인노무사법」은 개업공인노무사가 '의뢰인으로 하여금 노동 및 사

---

246) 이정 · 박종희 · 하갑래(2009), 16면.

247) 이정 · 박종희 · 하갑래(2009), 17면.

248) 2007.11.29, 근로기준팀-8048

회보험 관계 법령에 따른 신고 · 보고, 그 밖의 의무를 이행하지 아니하게 하는 행위' 및 '법령에 위반되는 행위에 관한 지도 · 상담, 그 밖에 이와 비슷한 행위' 등을 금지행위로서 정하고(제13조) 그 위반에 대한 징계처분을 예정하고 있어(제20조) 이에 의하더라도 취업규칙의 내용에 대한 통제가 어느정도는 이루어지고 있는 것으로 볼 수 있다.

또한 현재의 근로감독 역량과 근로감독관의 업무과중 등의 현실을 고려하면, 행정관청이 신고된 취업규칙을 모두 심사하는 것을 기대하기는 어려운 점이 있다. 취업규칙 제도가 도입된 초기인 1955년에는 취업규칙의 작성의무가 있는 10인 이상 사업 또는 사업장의 숫자는 2천여개 정도였으나,[249] 2021년 시점으로 취업규칙의 작성의무가 있는 10인 이상 사업체 수가 31만 6천개 이상으로 크게 증가한 데다가, 새로이 신설되는 부속규정 등을 모두 심사하는 것은 상당한 행정력을 필요로 하기 때문이다. 이러한 점에서 취업규칙의 신고의무와 행정관청의 심사와 같은 국가의 후견적 개입은 향후 취업규칙 제도를 노사합의에 기초한 근로조건 결정시스템으로 전환하는 것을 전제로 개선하는 것이 필요하다.

IV. 취업규칙 해당성의 문제

1. 문제의 소재

한편 현행 근로기준법에서의 취업규칙이란 "사용자가 해당 사업 또는 사업장의 근로자 전체에 적용될 사항에 관하여 작성하는 규칙"으로 정의되고, 판례는 이를 "근로자에 대한 근로조건과 복무규율에 관한 기준을 집단적이고 통일적으로 설정하기 위하여 사용자가 일방적으로 작성한 준칙"으로 파악하고 있다.[250] 이처럼 사용자가 '근로조건과 복무규율'에 대해 정하는 문서를

---

249) 앞서 살펴보았듯 1955년의 기사(조선일보, "아직도 삼백여건", 1955-04-13)는 취업규칙의 작성의무가 있는 사업장이 2천개는 넘을 것으로 추산됨에도 실제 신고는 360건 밖에 없다고 하고 있다.

작성하는 경우 이는 그 명칭과 관계 없이 취업규칙에 해당한다는 점에서 이를 취업규칙의 실체적 요건으로 볼 수 있다.

그러나 이러한 취업규칙의 실체적 요건인'근로조건과 복무규율'의 내용은 불확정적 · 개방적이다. 통상적으로 판례는 취업규칙과 관련하여 근로조건을 "사용자와 근로자 사이의 근로관계에서 임금 · 근로시간 · 후생 · 해고 기타 근로자의 대우에 관하여 정한 조건"으로 파악하고,[251] 노동쟁의와 관련하여서는 "근로기준법에 정하여진 임금 · 근로시간 · 후생 · 해고뿐만 아니고 근로조건 서면명시의 대상이 되는 이른바 취업규칙의 필요적 기재사항 및 근로기준법 시행령 제8조 제1호, 제3호 소정의 사항이 포함될 것"[252]이라고 보고 있으나, 근로조건은 근로자의 근로제공과 관련된 모든 조건으로 정의할 수 있는 포괄적 개념으로서 근로계약으로 정하거나 근로기준법 등에서 명시한 사항에 한정된 개념은 아니며 시대적, 사회적 환경 등에 따라 변모하는 유동적 · 개방적 성격을 지니기 때문이다.[253][254]

또한 판례는 근로조건의 개념과 관련하여 근로계약기간은 단지 근로계약의 존속기간에 불과할 뿐 '근로관계에 있어서 임금 · 근로시간 · 후생 · 해고 등 근로자의 대우에 관하여 정한 조건'을 의미하는 구 근로기준법 제20조(현행 제15조) 소정의 근로조건에 해당하지 아니한다고 보면서도,[255] 단체협약

---

250) 대법원 1977.7.26. 선고 77다355 판결; 근로기준법주해3, 681면

251) 대법원 1992.6.23. 선고 91다19210 판결

252) 대법원 1996.2.23. 선고 94누9177 판결. 이러한 판시에 따라 면직기준이나 상벌위원회 관련 사항은 근로조건에 해당하는 것으로 노동위원회 중재재정의 대상이 된다고 보았다.

253) 고수현, "방송의 공정성과 근로조건", 법학논총 제35권 제4호, 2018, 129면; 정영훈, "직접고용원칙의 헌법적 근거에 관한 고찰", 법학연구 제20권, 2017, 255면.

254) 한편 이 때 복무규율이란 "근로자가 근로를 제공하는 과정에서 지켜야 할 작업질서에 관한 규칙 등 사용자가 근로자에 대하여 정한 행위규범과 이를 위반하였을 경우 가해지는 제재를 포함하는 개념"(노동법실무연구회, 「근로기준법주해 Ⅲ」, 684면)으로 이해할 수 있는데, 결국 이러한 제재 또한 근로자의 직장상실(징계해고) 또는 소득감소(정직 및 감봉) 등의 근로조건에 영향을 미치게 되기 때문에, 이를 근로조건과 구별하여 논의할 실익은 크지 않다.

상의 재계약요건 등에 관한 규정은 (규범적 부분으로서) 단체협약 실효에도 불구하고 근로계약의 내용으로서 유효하게 존속한다고 보기도 하여,[256] 근로조건에 해당하는지 여부의 판단이 어려움을 보여주고 있다.

따라서 현실의 근로제공과정에서는 사용자가 노무제공을 관리하기 위해 작성하는 문서들(예컨대 정원표나 작업지시서)도 취업규칙에 해당하는지가 문제되는 사례가 있다. 가령 근로자의 입장에서는 사용자가 작성한 문서가 취업규칙에 해당하여 효력을 갖는 것으로 생각하였으나 법원의 사후적인 판단에 의해 그 효력이 부인되는 경우가 있을 수 있고, 사용자의 입장에서는 작성된 문서가 취업규칙에 해당하지 않는다고 보아 이에 대한 공법적 의무를 준수하지 않았으나 이것이 취업규칙에 해당하는 것으로 밝혀져 그 위반에 대한 책임을 부담하는 경우가 발생할 수 있다.

2. 구체적 판단 사례

먼저 채용과 관련된 사안에서, 취업규칙에서 정한 복무규율과 근로조건은 근로관계의 존속을 전제로 하는 것이어서 채용에 대한 기준은 취업규칙에 해당하지 않으므로, 인사규정에서 입사 전 경력에 대응한 등급 부여를 정하고 있는 경우 이는 사용자가 부여할 등급에 속할 근로자를 채용함에 있어 입사 전의 경력으로 어느 정도를 요구한다는 취지의 채용에 관한 기준이므로 근로조건에 관한 기준을 정하는 취업규칙에 해당하지 않아 효력이 없다고 본 사례가 있다.[257]

반면 재채용과 관련된 사안에서, 사용자와 근로자 사이의 근로관계 종료 후의 권리 · 의무에 관한 사항이라고 하더라도 사용자와 근로자 사이에 존속하는 근로관계와 직접 관련되는 것으로서 근로자의 대우에 관하여 정한 사항이라면 이 역시 취업규칙에서 정한 근로조건에 해당한다고 보아, 임금피크

255) 대법원 1996.8.29. 선고 95다5783 전원합의체 판결
256) 대법원 2011.7.28. 선고 2009두2665 판결
257) 대법원 1992.8.14. 선고 92다1995 판결

제 개선안 중 특별퇴직 이후 재채용에 관한 부분은 특별퇴직하는 근로자와 피고 사이에 존속하는 근로관계와 직접 관련되는 것으로서 특별퇴직하는 근로자의 대우에 관한 조건을 정한 것으로 취업규칙의 성질을 갖고, 따라서 근로자 집단의 동의 없이 이를 불이익하게 변경하는 것은 무효라고 본 판결이 있다.[258] 또한 같은 취지에서 (1년)계약직원의 재임용 요건과 절차 등에 대해 정하고 있는 임용규정은 계약직원의 근로조건과 복무규율에 관한 준칙을 정한 것으로서 취업규칙에 해당하고, 따라서 근로자 집단의 동의 없이 이를 불이익하게 변경한 것은 효력이 없어 개정 임용규정은 이 사건 근로자에게 적용할 수 없다고 본 판결[259]이 있다. 그러나 이와 달리 심리불속행 판결이기는 하나 사립학교 교원의 재임용에 관한 업적평가기준은 사용자의 재량권의 행사 기준이므로 취업규칙에 명시되는 근로조건과 그 성격이 다르다거나 근로조건 내지 복무규율과 직접적 관계가 없어 취업규칙이 아니므로 이를 불이익하게 변경하는데 근로자 집단의 동의는 필요하지 않다고 본 원심을 수긍한 판결도 있다.[260]

한편 근로제공의 방식과 관련하여, 서울특별시 지하철공사의 직제규정에서 규정한 정원표는 '근로관계를 직접 규율하는 내용이 아니라 피고가 근로자들의 적정한 운용과 배치를 위한 기준으로 삼기 위하여 각 부서별 직급별로 배치할 정원의 기준을 일단 정해둔 것에 불과'하여 이를 근로조건에 대해서 정한 취업규칙에 해당한다고 볼 수 없다고 보아, 정원표에 기재된 등급에 따라 재산정한 임금 청구를 기각한 판결이 있다.[261] 반면 방송사가 전국의 지역총국에서 근무하는 기술직 근로자들의 근무형태를 '4조 3교대'에서 '3조 3시차와 4조 3교대의 병합근무제'로 전면 개편한 사안에서, 이 사건 조치는 단순한 개별 근무명령이 아니라 취업규칙에 해당하지만 불이익변경은 아니라고 본 원심판결을 수긍한 사례가 있다.[262]

---

258) 대법원 2022.9.29. 선고 2018다301527 판결.
259) 대법원 2007.10.11. 선고 2007두11466 판결
260) 대법원 2017.8.18. 선고 2017다232617 판결,
261) 대법원 1992.6.23. 선고 91다19210 판결

또한 형사책임과 관련하여, 방송사가 내부위원회의 활동과 관련하여 위원회운영규정을 통해 근로자들에게 협력, 비밀유지 등의 구체적 의무를 부여하는 한편 그 위반 시 징계사유를 정하고 있는 경우 그 운영규정은 취업규칙에 해당한다고 보아, 근로자 집단의 동의 없이 취업규칙을 불이익하게 변경한 사용자에게 벌금 300만원을 선고한 판결이 있다.[263]

한편, 판례는 취업규칙이 1회적이지 않고 계속적으로 적용될 것을 그 요건으로 하여 취업규칙 해당여부를 판단하기도 한다. 가령 '2010년 경영평과성과급 지급기준'이 이후에도 계속 적용되는지가 문제된 사안에서, 위 지급기준에서 그 적용대상을 '2009년 실제 근무한 실적이 2개월 이상인 전 직원'으로 한정하고 있다면 이는 2010년 경영평가성과급에 국한된 지급기준을 정한 것이어서 계속적으로 적용되는 취업규칙으로 볼 수 없다는 원심판결을 수긍하거나,[264] 두 차례 명예퇴직을 실시하면서 1차 명예퇴직 당시 '보수총액에 산입될 상여금'을 850%로 기재한 내부결재문건은 향후에도 지속적으로 적용되는 취업규칙에는 해당한다고 보기 어렵다고 보았다.[265]

다만 이러한 판례법리에 대해 '계속 적용되는 기준'이라는 점을 취업규칙 해당성의 본질적 징표로 보기 어렵고, 취업규칙에서 시간적 적용범위를 정하고 있는 경우에는 단지 그 시간적 적용범위를 넘어서면 해당 규정이 적용되지 않을 뿐 이를 취업규칙이 아니라고 볼 수 없다는 견해가 있다.[266] 또한 그룹 구조조정 과정에서 그룹이 정상화 되기 전까지 소속 임직원들의 상여금 및 휴가비를 삭감하기로 한 자구계획서에 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 동의한 사안에서, 이 사건 자구계획서는 종업원의 근로조건변경을 내용으로 하는 것으로서 그 명칭에 관계없이 취업규칙에 해당하고, 과반수 노

---

262) 대법원 2022.3.11. 선고 2018다255488 판결

263) 대법원 2022.10.14. 선고 2022도3038 판결

264) 대법원 2016.10.13. 선고 2015다201954 판결

265) 2차 명예퇴직 당시에는 상여금비율을 700%로 하향하여 근로자들이 이것이 취업규칙의 불이익 변경에 해당하여 무효라고 주장한 사안이다. 대법원 2005. 7. 29. 선고 2003다9254 판결

266) 노동법실무연구회, 「근로기준법주해 Ⅲ」, 685면.

조의 동의에 의해 기존 취업규칙을 유효하게 변경되었다고 보아 그 효력을 인정한 판결도 있다.[267]

또한 판례는 "개별 근로계약에서 복무규율과 근로조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있으면 이 또한 취업규칙에 해당한다"는 전제에서 해외기능공들의 개별 (표준)근로계약서에서 일률적으로 정하고 있는 퇴직금 단수제가 취업규칙으로서 적용된다고 보거나,[268] 관현악단원들과 전속계약에서 일관되게 정해온 해약(징계)규정 등은 취업규칙에 해당한다고 보기도 한다.[269]

3. 판례법리에 대한 평가

실제 취업규칙의 해당성이 문제가 된 사안에 있어서도 판례는 이에 대해 명확한 기준을 제시하지 못하고 각 사안별로 그 판단을 달리하고 있다. 이러한 상황은 근로조건과 복무규율 관련 규정의 성문화를 통해 근로관계에서의 분쟁을 예방하고자 하는 취업규칙 작성의무의 부여 취지에도 어긋날 뿐만 아니라 노사당사자의 법적안정성을 저해한다는 점에서 문제가 된다.

이러한 취업규칙 해당성의 문제는 근로기준법이 취업규칙의 작성 절차를 그 성립요건 내지 유효요건으로 명시하지 않고, 판례 스스로가 취업규칙의 작성에 요구되는 '절차적 요건'을 형해화 시킨 것에서 비롯되는 측면도 있다. 이러한 점에서 취업규칙의 성립 및 유효요건으로서 취업규칙의 작성 절차를 보다 명확히 하여 노사당사자가 법적 효력을 갖는 취업규칙과 단순 사실규범에 불과한 문서를 구별할 수 있도록 하는 것이 필요하다.

---

267) 대법원 2004.2.12. 선고 2001다63599 판결

268) 대법원 1997.11.28. 선고 97다24511 판결

269) 대법원 1998.11.27. 선고 97누14132 판결

제3절 불이익변경에 대한 집단적 동의 절차의 실효성

I. 집단적 동의의 의의와 실태

사용자가 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 해당 사업 또는 사업장에 과반수 노동조합이 있는 경우 과반수 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수의 동의를 받아야 한다(근로기준법 제94조 제1항 단서). 근로자 집단의 동의를 받지 못한 취업규칙의 불이익 변경은 원칙적으로 무효이다.

이는 근로조건의 대등결정 원칙과 근로자의 기득이익 보호의 측면에서 사용자의 일방적인 변경을 제한하는 중요한 장치로서 우리 취업규칙 제도의 핵심적인 내용이고, 집단적 근로조건 대등결정에 대한 헌법의 요청을 제한적이나마 실현할 수 있는 중요한 장치이다.

앞서 살펴보았듯 헌법상 집단적 근로조건 대등결정의 원칙은 그 결정에 있어서 근로자 집단의 자주성과 민주성을 요구하고 있고, 이에 따라 1977년의 대법원 판결은 '근로자 집단의 집단적 의사결정방법에 의한 동의'가 필요하다는 원칙 하에 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 조합의 동의를, 그와 같은 조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의를 그 동의 방법으로 제시하였다.

그러나 불이익변경에 대한 실태조사 결과, 취업규칙의 불이익한 변경 시 취업규칙 보유 기업(190개)의 87.8%는 동의를 받고 4.7%는 동의를 받지 않는 것으로 응답하였으나, 그 동의주체 및 방식에 있어서'과반수 노조나 과반수 근로자들의 의견 수렴을 한다'는 경우가 36.3%, 동의를 구하기는 하지만 '과반수 상관없이 노조의 동의를 얻는다'는 응답이 23.1%, '노사협의회의 동의를 얻는다'는 응답이 19.4%, '노사협의회 근로자위원의 동의를 얻는다'는 응답이 약 8.9%로 나타나 근로기준법이 요구하는 근로자 집단의 동의가 실질적으로 이루어지고 있는 것으로 보기는 어렵다.[270)]

또한 불이익변경에 대해 동의를 얻지 못한 경우에도‘동의를 얻을 때까지 취업규칙의 변경을 유보한다’는 응답이 55.7%, ‘개별 근로자마다 동의를 얻어 근로계약을 변경한다’는 응답이 19.5%,‘최대한 노력으로도 동의를 얻지 못할 경우 동의 없이 변경한다’는 응답이 14.7%,‘신규 근로자들에게 변경된 취업규칙을 적용한다’는 응답이 8.9%로 나타나 이것이 법적으로 유효한지와 무관하게 노동현장에서 적용되고 있는 것으로 파악된다.

II. 불이익 변경에 대한 판례 법리와 문제점

1. 불이익변경인지의 판단의 어려움

1) 불이익변경의 의미

취업규칙을 ‘근로자에게 불리하게 변경’한다는 것은 변경될 취업규칙의 내용이 종전의 취업규칙에 따라 발생한 근로자들의 기존 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 것을 의미한다.[271] 또한 취업규칙 불이익 변경의 대상인 근로조건이나 복무규율에 관한 근로자의 기득의 권리나 이익은 종전 취업규칙의 보호영역에 의하여 보호되는 직접적이고 구체적인 이익을 말하는 것이다.[272] 이때 취업규칙이 근로자에게 불리하게 변경되었는지 여부는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 관점에서 파악되어야 하

---

270) 이정 · 박종희 · 하갑래(2009), 18-19면

271) 대법원 2015.8.13. 선고 2012다43522 판결

272) 대법원 2022.3.17. 선고 2020다219928 판결. 이 사건에서는 사립학교 교원의 봉급월액을 공무원보수규정에 따르기로 취업규칙을 정하였으나, 공무원보수규정은 매년 개정되는데 비해 학교 이사회에서는 과거의 공무원보수규정을 적용하여 임금을 지급해왔는데, 원심은 물가상승률을 반영한 공무원보수규정이 적용되지 않았다고 하더라도 이는 반사적으로 받는 피해라고 보았으나, 대법원은 “당해 연도의 공무원보수규정을 적용함에 따른 임금 인상에 대한 기득의 권리나 이익은 종전 취업규칙의 보호영역에 의해 보호되는 직접적이고 구체적인 이익”에 해당한다고 보았다.

고, 불이익변경에 해당하는지의 여부가 모호한 경우에는 원칙적으로는 이를 불이익변경으로 보고 근로자의 집단적 의사에 따라 그 동의여부를 판단하도록 하는 것이 바람직하다.

취업규칙의 불이익 변경에는 취업규칙에서 정한 종전의 근로조건을 불리하게 변경하는 경우 뿐만 아니라, 종전의 취업규칙에서는 정하지 않았던 사안을 새로이 정하여 근로자들에게 불리해지는 경우가 포함된다. 가령 취업규칙에 정년규정이 없던 기업에서 정년규정을 신설하고 일정한 경우에만 정년연령 이후로도 근무할 수 있도록 하는 경우, 기존에는 정년연령을 넘더라도 제한없이 계속 근무할 수 있었으나 이러한 정년규정의 신설로 인하여 기득의 권리나 이익이 박탈되는 불이익한 근로조건이 부과된 것이므로 이는 불이익변경에 해당한다.[273] 또한 새로운 징계사유를 취업규칙에 추가하는 것 또한 징계를 받을 위험이 증가하는 것이므로 불이익변경에 해당한다.[274] 근로기준법 개정에 따라 '직장 내 괴롭힘의 예방 및 발생 시 조치 등에 관한 사항'을 취업규칙의 기재사항으로 추가하면서 괴롭힘 행위자에 대한 징계규정을 신설하는 경우에도 불이익변경에 해당하므로 근로자 집단의 동의를 받아야 한다.[275]

다만 사용자가 새로이 취업규칙상의 규정을 신설하더라도 이것이 근로자의 기득이익을 침해하지 않는 경우에는 불이익변경이 아니라 새로운 규정의 작성이 되므로 근로자 집단의 동의가 필요하지 않다. 이와 관련하여 퇴직금 규정에서 일정 근속기간까지는 지급률을 누진제로 정하였으나 그 이후의 기간에 대해서 별도로 정한 바 없는 상황에서 전체적인 지급률을 하향조정하였고, 이 때 원래 정해진 근속기간 부분은 당연히 불이익변경이 되지만 그 이후 근속기간에 적용되는 지급률 부분은 기득이익을 침해하는 불이익변경

---

273) 대법원 1997.5.16. 선고 96다2507 판결.

274) 대법원 1989.5.9. 선고 88다카4277 판결. 이 사건에서는 7일을 초과하는 무단결근 내지 부득이한 사유가 없는 결근을 자연면직사유로 하는 취업규칙 규정의 신설은 근로자에게 불이익한 근로조건이므로 근로자 집단의 동의를 받아야만 유효하다고 보았다.

275) 고용노동부, 「직장 내 괴롭힘 관련 취업규칙 심사요령」, 2019.

인지 아니면 새로운 규정의 신설인지가 문제된 사안에서, 판례는 이 경우 지급률이 정하여지지 않은 기간의 경우 누진율을 그대로 적용하겠다는 취지로 볼 것이 아니라 그 부분을 추후 검토하기로 유보하여 아직 제정되지 않은 것으로 보아야 한다고 해석하여 이것이 불이익변경에 해당하지 않는다고 한다.[276] 또한 개정 인사규정이 포괄적 · 추상적인 개정 전 인사규정의 징계사유와 징계종류를 구체화하여 상세히 규정한 것에 불과한 경우 이를 불이익변경에 해당하지 않는다고 본 판결이 있다.[277]

2) 여러 근로조건이 동시에 변경되는 경우

취업규칙에서 정하는 여러 근로조건 내지 그 구성요소가 동시에 일부는 유리하게, 일부는 불리하게 변경되는 경우가 있다. 예컨대 소정근로시간을 단축하면서 연차유급휴가를 축소하는 경우, 퇴직금 지급률을 낮추면서 그 산정의 기초가 되는 임금은 인상하는 경우, 정년연령을 연장하면서 임금을 하향조정하는 경우 등이 대표적이다.

이때 이러한 취업규칙 변경의 유불리를 종합적으로 판단할 것인지, 각 근로조건별로 판단할 것인지가 문제되는데, 원칙적으로는 각 근로조건별로 불이익변경에 해당하는지를 판단하는 것이 바람직 하다.[278] 여러 근로조건의 변경을 동일선상에서 비교하고 종합하여 유불리를 판단하는 것은 쉽지 않은데, 이러한 경우 그 기득 권리나 이익을 침해당할 수 있는 근로자 집단이 그 유불리 여부 또한 스스로 판단하여 결정할 수 있도록 기회를 제공하는 것이 바람직하기 때문이다.

다만 특정 근로조건이 여러 요소로 구성되어 있고, 각 요소의 변경에 대가관계나 연계성이 있는 경우 또는 밀접하게 관련되어 있는 경우에는 그 요소

---

276) 대법원 1994.6.24. 선고 92다28556 판결;대법원 2001.10.30. 선고 2001다24051 판결

277) 대법원 1999.6.22. 선고 98두6647 판결

278) 이철수(2023), 136면

들을 종합하여 불이익변경을 판단하여야 한다.[279] 예컨대 퇴직금지급률을 하향하면서 기본급을 인상하는 경우, 종합적으로 이는 불리한 변경에 해당한다고 보아 기존의 퇴직금지급률과 기본급을 초로 퇴직금을 계산하여야 한다고 본 판결,[280] 명예퇴직수당의 지급률을 낮추면서 기초임금을 인상한 경우에는 이를 반드시 불이익한 변경이라고 단정할 수 없다고 본 판결[281]이 있다. 이때 대가관계나 관련성이 있는지 여부에 있어서 근로조건 내지 각 요소의 객관적 관련성 뿐만 아니라 사용자가 이를 관련시킬 의사를 표시하거나 이러한 의사가 추단되는지에 따라 주관적 관련성이 함께 인정되어야 종합적 판단을 할 수 있다는 견해가 있다.[282]

최근에는 취업규칙의 변경을 통해 정년제와 연동하여 임금피크제를 실시하는 경우 이것이 불이익변경에 해당하는지가 문제가 되고 있다.[283] 통상 임금피크제는 정년보장을 전제로 정년 이전 특정 시점부터 임금수준을 낮추는 정년유지형, 정년을 연장하는 조건으로 정년 이전 특정 시점부터 임금수준을 낮추는 정년연장형, 정년 퇴직 이후 촉탁직 등의 고용형태로 재고용하면서 임금수준을 낮추는 재고용형 등이 있다. 최근 대법원 판결은 정년유지형 임금피크제의 경우에 연령을 이유로 한 차별에 합리적인 이유가 없는 경우에는 고령자고용법상 연령차별에 해당할 수 있고, 이때 합리적인 이유가 없어 그 조치가 무효인지는 임금피크제 도입 목적의 타당성, 대상 근로자들이 입는 불이익의 정도, 임금 삭감에 대한 대상 조치의 도입 여부 및 그 적정성, 임금피크제로 감액된 재원이 임금피크제 도입의 본래 목적을 위하여 사용되었는지 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 밝히고 있다.[284]

---

279) 대법원 1995.3.10. 선고 94다18072 판결(퇴직금 지급률을 낮추면서 산정기초임금에 포함되는 수당의 범위를 확대한 사안); 대법원 2004.1.27. 선고 2001다42301 판결(명예퇴직수당의 지급률을 낮추면서 기초임금을 인상한 사안),

280) 대법원 1995.3.10. 선고 94다18072 판결

281) 대법원 2004.1.27. 선고 2001다42301 판결

282) 노동법실무연구회, 「근로기준법주해 Ⅲ」, 744면.

283) 김영진, “임금피크제의 효력에 관한 쟁점”, 사법 통권62호, 2022, 70-71면.

이 중에서도 정년 연장과 임금수준의 저하가 연계되는 정년연장형 임금피크제의 경우 이것이 취업규칙의 불이익변경에 해당하는지가 문제되는데, 고령자고용법 제19조의2는 동법에 따라 정년을 연장하는 사업장의 사업주와 근로자의 과반수로 조직된 노동조합(없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자)은 그 사업 또는 사업장의 여건에 따라 임금체계 개편 등 필요한 조치를 하도록 하고 있으므로 양자의 관련성이 인정되므로 종합적 판단이 이루어져야 한다는 견해[285]가 있다. 반면 2013년 고령자고용법 제19조에 따라 정년을 60세로 연장하면서 임금피크제를 도입하는 경우에는 취업규칙이 아닌 법률에 의한 정년연장이 이루어진 것으로 보아야 하므로 양자 간의 관련성을 고려할 수 없다는 견해가 있고,[286] 정년과 임금이라는 상이한 근로조건 사이에 관련성을 직접적으로 인정하기 어렵고, 정년의 연장이라는 이익과 임금 감소의 불이익을 임금총액이라는 기준으로 환원하여 비교할 수 없으므로 각 근로조건별로 불이익변경을 판단하여야 한다는 견해가 있다.[287]

생각건대 고령자고용법 제19조의2에 따라 '임금체계 개편 등의 필요한 조치'는 사업장 내의 임금체계가 연공급에 기반하고 있는 경우 정년연장에 따라 과도한 부담 내지 생산성과의 괴리가 발생할 수 있으므로 이를 직무급 내지 연봉급 체계로 전환하도록 유도하는 것이지 반드시 임금피크제를 실시하도록 하는 것이라고는 보기 어렵고, 또한 그 조치의무의 주체는 과반수 노동조합이 없는 경우에는 취업규칙의 불이익변경 동의주체인 '근로자의 과반수'가 아닌 '근로자의 과반수를 대표하는 자'이므로 이것이 취업규칙의 불이익변경을 용이하게 하기 위해 마련된 규정이라고 단정하기도 어렵다. 또한 최근 대법원 판결이 지적했듯 합리적 이유 없는 임금피크제의 실시는 강행법

---

284) 대법원 2022. 5. 26. 선고 2017다292343 판결

285) 전윤구, "연령차별관점에서 본 정년연장과 임금조정제", 노동법포럼 15호, 2015, 65면

286) 박종희, "임금피크제와 취업규칙 변경절차에 관한 법적 검토 –취업규칙 불이익변경 관련 정부 입장의 비판적 검토를 중심으로", 노동법포럼 통권 15호, 2015, 39면

287) 노동법실무연구회, 「근로기준법주해 Ⅲ」, 746면.

규인 고령자고용법상의 임금차별 금지 규정에 위반될 소지가 있다는 점을 감안하면, 정년연장형 임금피크제의 경우에도 각 근로조건별로 불이익변경 여부를 판단하는 것이 바람직하다.

3) 근로자별로 유불리가 갈리는 경우

취업규칙의 변경이 사업 또는 사업장의 모든 근로자에게 불리한 경우에는 당연히 불이익변경이 되지만, 근로자 일부에게는 유리하지만 일부에게는 불리한 경우가 있을 수 있다. 가령 기존의 연공급 임금체계가 직무급제로 변경되는 경우 또는 퇴직금 지급률을 낮추면서 기초임금을 인상하는 경우, 근속연수가 많은 근로자에게는 이것이 불리하겠지만 근속연수가 짧은 근로자에게는 유리한 경우가 있을 수 있다.

판례는 이러한 경우 불이익변경에 해당하여 근로자집단의 동의가 필요한지는 근로자 전체에 대하여 획일적으로 판단되어야 하며, 또한 이러한 경우 취업규칙의 변경이 근로자에게 전체적으로 유리한지 불리한지를 객관적으로 평가하기가 어려울 뿐만 아니라 같은 개정에 의하여 근로자 상호 간의 유불리가 충돌하는 경우에는 이를 근로자에게 불이익한 것으로 취급하여 근로자들 전체의 의사에 따라 결정하게 하는 것이 타당하다고 본다.[288] 집단적 근로조건 결정규범으로서 취업규칙의 성격을 고려할 때 이를 불이익변경으로 보는 판례법리는 타당하다고 본다.

2. 불이익변경의 동의 주체의 파편화

근로기준법 제94조 제1항에서는 '근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합'을, 과반수 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수의 동의를 받도록 하고 있다. 이때 노동조합은 해당 사업장 내에 조직되어 있는 노동조합의 조직을 의미하는 것으로서, 그 조직형태는 불문한다. 또한

288) 대법원 1993.5.14. 선고 93다1893 판결;대법원 2009.5.28. 선고 2009두2238 판결

노동조합의 조합원 수를 확인하는 방식은 교섭창구단일화절차에서의 조합원 수 확인에 대한 노동조합법 시행령 제14의7을 준용하여 처리할 수 있다.

취업규칙은 사업 또는 사업장의 전체 근로자에게 적용되는 것이므로(근로기준법 제93조 제13호), 취업규칙 불이익변경의 동의 주체에 있어서 '근로자 과반수'의 범위도 원칙적으로는 사업장의 전체 근로자를 대상으로 하여야 하고, 그 고용형태나 직종, 직위 등은 불문한다. 다만 앞에서 살펴보았듯 현실에서는 취업규칙의 작성에 있어서 고용형태나 직종별로 취업규칙을 별도로 작성하여 근로조건의 기준을 달리하는 경우가 많아 여러 근로자 집단의 근로조건이 이원화 되어 있는 경우가 있는 반면, 하나의 근로조건 체계 속에서도 직급별로 그 유불리가 달라지는 경우가 있을 수 있다. 일부 근로자 집단에게만 적용되는 취업규칙을 불이익변경하는 경우 그 근로자 과반수의 범위(母집단)도 전체 근로자가 아닌 일부 근로자 집단을 기준으로 해야 하는 것인지, 아니면 전체 근로자를 대상으로 해야하는지가 문제된다.

판례는 취업규칙의 불이익 변경에 있어서의 '근로자'는 유리한 종전 취업규칙의 적용을 받던 근로자집단을 의미하는 것으로 보아[289] 그 동의의 주체가 되는 근로자의 범위도 취업규칙의 적용여부에 따라 달라질 수 있다는 입장을 취하고 있다. 이와 관련하여 초기의 판례는 사원과 노무원의 퇴직금 산정 기초임금에 포함되는 수당의 범위를 달리하는 취업규칙의 불이익변경이 이루어진 사안에서, 이처럼 개정 퇴직금규정이 사원과 노무원으로 이원화 되어 있는 경우 "노동조합원인 총근로자 중 85퍼센트가 넘는 수를 차지하는 노무원이 퇴직금 개정안에 완전히 동의하였다 하더라도 이는 노무원(고원 포함)에 대한 부분에 국한하여 효력이 있는 것일 뿐, 그로써 사원에 대한 부분을 포함한 개정안 전체에 대하여 유효한 동의가 있었다고 볼 수 없는 것"이라고 판시하여[290] 그 동의의 주체를 근로자 집단별로 나누어 보는 듯한 입장을 취하였다. 또한 1급 직원의 정년은 60세, 2급 직원의 정년은 55세로 되어 있던 종전 취업규칙을 1급 직원의 정년만 58세로 낮춘 사안에서 "취업규칙

289) 대법원 2009.11.12. 선고 2009다49377 판결

290) 대법원 1990.12.7. 선고 90다카19647 판결

의 개정에 대하여 그 적용대상인 1급 직원들의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 없어도 될 만큼 그 내용에 있어 사회통념상 합리성이 있다고 보기는 어렵다"라고 하여[291] 마찬가지로 그 동의 주체의 범위를 나누어 판단하는 듯한 입장을 취하였다.

이후 판례는 4급 이하 일반직 직원의 정년을 55세에서 58세로, 3급 이상 관리직 직원의 정년을 60세에서 58세로 변경하는 내용으로 정년규정을 개정하고 노동조합의 동의를 얻은 사안에서, "여러 근로자 집단이 하나의 근로조건 체계 내에 있어 비록 취업규칙의 불이익변경 시점에는 어느 근로자 집단만이 직접적인 불이익을 받더라도 다른 근로자 집단에게도 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 경우에는 일부 근로자 집단은 물론 장래 변경된 취업규칙 규정의 적용이 예상되는 근로자 집단을 포함한 근로자 집단이 동의주체가 되고, 그렇지 않고 근로조건이 이원화되어 있어 변경된 취업규칙이 적용되어 직접적으로 불이익을 받게 되는 근로자 집단 이외에 변경된 취업규칙의 적용이 예상되는 근로자 집단이 없는 경우에는 변경된 취업규칙이 적용되어 불이익을 받는 근로자 집단만이 동의 주체가 된다"는 법리를 새로이 제시하였고,[292] 이 사안에서는 승진의 가능성 등을 고려하면 3급 이상 직원뿐만 아니라 전체 근로자가 그 동의주체가 된다고 보았다. 이러한 판례법리는 불이익 변경에 대해서 근로자 과반수로 구성된 노동조합의 동의를 얻어 변경된 취업규칙은 이에 동의하지 않은 근로자 및 해당 노동조합 가입 자격이 없는 근로자들에게도 적용된다고 본다.[293]

이러한 법리에 따른 사례로서는 직급이 구분되어 있는 사업장에서 연구직 책임급의 정년을 단축하면서 전체 근로자의 과반수로 조직된 노동조합의 동의를 받은 경우 비록 연구직 책임급에게 조합원 자격이 인정되지 않아 이들

---

291) 대법원 2003.6.27. 선고 2002다23611 판결

292) 대법원 2009.5.28. 선고 2009두2238 판결

293) 대법원 2008.2.29. 선고 2007다85997 판결. 이 판결에서는 정년퇴직 연령을 단축하는 내용으로 취업규칙이 변경된 사안에서, 일정 직급 이상으로서 노동조합에 가입할 자격은 없지만 기존 퇴직규정의 적용을 받았던 근로자에게도 그의 개별적 동의 여부와 관계없이 당연히 변경된 취업규칙이 적용된다 보았다.

이 조합원으로 가입되어 있지 않은 경우에도 장래 이 사건 취업규칙상의 단축된 정년의 적용이 예상되는 다른 근로자 집단을 포함한 전체 근로자 집단이 동의주체가 된다고 본 사례,[294] 일반직과 사무직으로 직군이 구분되어 있는 사업장에서 사무직에게 직무연동연봉제를 실시하는 경우 직군전환의 가능성 등을 고려하여 전체 근로자가 동의주체가 된다고 본 사례[295] 등이 있다.

이처럼 판례는 변경된 취업규칙의 적용 가능성을 고려하여 근로조건 체계가 이원화 되어 있는지를 판단하고, 이것이 이원화 되어 있는 것으로 판단되는 경우에는 그 동의 주체의 범위도 근로자 집단별로 판단하도록 하고 있다. 그러나 이러한 판례법리에 대한 비판으로 근로기준법 제94조가 상정하는 근로자 집단의 대표성을 취업규칙의 변경 시점마다 달리 판단할 수 있도록 하여 대표로서의 성격이 취약해질뿐만 아니라 근로조건 설계에 따라서 사용자가 근로자 집단을 자의적으로 선택할 수 있도록 하는 문제가 있다는 견해가 있다.[296] 또한 이 견해는 위와 같은 판례법리는 취업규칙 제도에 대한 근로기준법의 규제 취지를 기득이익 보호의 관점으로 축소하여 근로조건 대등결정 원칙을 훼손한다는 점을 비판하고 있다.

한편, 근로자참여법상 노사협의회의 근로자대표 위원들이 취업규칙의 불이익변경에 동의하면서 사전에 근로자들의 의견을 집약하여 근로자들의 의사표시를 대리하는 것으로 볼만한 사정이 없다면 이를 근로자 과반수의 동의와 동일한 것으로 보기는 어렵다고 할 것이다.[297]

3. 불이익변경에 대한 동의 방식의 완화

한편, 취업규칙의 불이익변경에 있어서 사업장 내 과반수 노동조합이 존재

---

294) 대법원 2009.11.12. 선고 2009다49377 판결

295) 대법원 2014.9.4. 선고 2012다35309 판결

296) 이철수(2023), 138-139면.

297) 대법원 1994.6.24. 선고 92다28556 판결

하는 경우, 노동조합의 대표자가 노동조합을 대표하여 동의하면 되고, 동의에 앞서 총회 의결 또는 조합원의 의견을 수렴하는 절차를 거쳐야만 유효한 것은 아니다.[298] 또한 과반수 노동조합의 경우 충분한 교섭력을 갖추고 있어 단체협약을 체결하는 경우가 많은데, 이때 단체협약 부칙 등에서 "단체협약 시행일 이전에 발생한 모든 사항은 이 협약에 의한 것으로 본다"고 규정을 두어 취업규칙의 불이익변경에 동의한 것으로 볼 수 있다.[299]

만약 과반수 노동조합이 없어 근로자 과반수의 동의를 받아야 하는 경우에는 회의 방식에 의한 근로자 과반수의 동의가 있어야 한다. 이는 근로자의 개별적 의사의 총합이 근로자의 과반수에 이르는 것이 아니라 근로조건 대등결정을 실현할 수 있을 정도로 사용자와 대등한 지위에서 자주적으로 집단적 의사를 형성할 것을 요구하는 것으로, 이에 따라 근로자 과반수의 동의는 '근로자들의 회의방식'[300]에 의하는 것이 원칙이다. 그러나 현실적으로는 사업 또는 사업장의 모든 근로자가 한 장소에 집결하여 회의를 진행하기에는 어려운 점이 있으므로(특히 대규모 기업의 경우), 이러한 경우 판례는 사업 또는 사업장의 기구별 또는 단위 부서별로 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 상호 간에 의견을 교환하여 찬반 의견을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용된다고 한다.[301]

또한 동의의 방식이 근로자들의 회의에 의하는 이상, 근로자들의 의견을 교환하여 찬반의견을 집약하여야 하고, 이와 같이 회의가 이루어지는 과정에서는 사용자가 개입하거나 간섭하여 근로자 집단의 의사형성을 방해하여서는 아니된다. 판례는 이와 관련하여 사용자측의 개입이나 간섭이라함은 사용자 측이 근로자들의 자율적이고 집단적인 의사 결정을 저해할 정도로 명시 또는 묵시적인 방법으로 동의를 강요하는 경우를 의미하고, 사용자 측이 단지 변경될 취업규칙의 내용을 근로자들에게 설명하고 홍보하는데 그친 경우

298) 대법원 1997.5.16. 선고 96다2507 판결
299) 대법원 1992.7.24. 선고 91다34073 판결
300) 대법원 1977.7.26. 선고 77다355 판결
301) 대법원 1992.2.25. 선고 91다25055 판결

에는 사용자 측의 부당한 개입이나 간섭이 있었다고 볼 수 없다고 한다.[302]

다만 이러한 회의 방식에 대한 제한은 상당히 완화된 형태로 적용되고 있는데, 사용자가 경영위기를 이유로 각 팀의 팀장들이 팀원들을 대상으로 회의를 소집하여 상여금 반납결의에 대해 설명하고 그 결의서를 근로자들에게 회람하여 서명하는 방식으로 취업규칙의 불이익 변경이 이루어진 사안에서, 원심은 이를 회의방식에 의한 유효한 동의로 보지 않았지만, 대법원은 '상여금 반납의 필요성에 대하여 충분한 설명이 이루어진 뒤에 상여금 반납에의 동의여부에 대한 의사표시를 하도록 한 것'으로서 상여금 반납결의가 근로자들의 자발적인 참여에 의하여 이루어진 것이 아니라 피고회사가 근로자의 상여금 포기를 이끌어 낼 의도로 상여금 반납결의절차에 부당히 개입하여 이를 조직적으로 추진한 것으로 보기는 어렵고, 실제 결의서에 반대의사를 표시한 직원들도 상당한 숫자임을 볼 때 이것이 사용자인 피고회사의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자들의 자유로운 의사에 따라 이루어진 것으로 볼 여지가 있다고 본 사례가 있다.[303] 또한 회사에서 교부한 상여금 삭감 동의각서에 근로자들의 서명을 받도록 한 경우에도 근로자들 사이에 경영압박의 감소 필요성에 대해 공감대가 형성되어 있던 것으로 보이는 점, 근로자 일부가 기권하거나 반대하는 등을 고려하면 회사가 그 결의절차에 부당히 개입하여 강요한 것으로 보이지 않는다고 본 사례가 있다.[304] 이처럼 판례는 점차적으로 그 동의방식에 대한 법리를 완화하여 오는 경향을 보이고 있다.[305]

한편 근로기준법은 취업규칙의 작성 및 변경에 있어 근로자 집단의 의견을 적은 서면을 첨부하여 취업규칙의 신고 시 함께 제출하도록 하고 있다(제94조 제2항). 과반수 노동조합이 있는 경우에는 그 조합 대표자의 의견 내지 동의여부를 기재하여 그 의사를 확인할 수 있으나, 근로자 과반수의 경우 별

302) 대법원 2003.11.14. 선고 2001다18322 판결

303) 대법원 2003.4.11. 선고 2002다71832 판결

304) 대법원 2004.5.14. 선고 2002다23185,23192 판결

305) 김홍영(2017), 160면

도의 대표자가 없다는 점에서 의견을 어떻게 확인할 수 있는 지가 문제된다. 현재 실무의 대부분은 동의서의 형태에 근로자들의 개별적 동의 여부를 각각 기재하도록 하여 불이익변경을 진행하고 있는데, 이는 결국 근로자 집단의 의사를 개별적 의사의 총합으로 파악하게 만든다는 점에서 문제가 있다. 결국 집단적 의사를 재현하여 법률적 동일성을 표상할 수 있는 대표(代表; representation)[306] 없이는 그 집단의 의사를 파악하는데 어려움이 있을 수 밖에 없는 것이다.

4. 동의를 받지 못한 불이익변경의 효력

1) 원칙 : 무효

취업규칙의 불이익 변경에 대해 근로자들의 집단적 동의를 받지 못한 경우, 이러한 변경은 무효이고 종전의 유효한 취업규칙이 그대로 적용되는 것이 원칙이다. 또한 취업규칙의 불이익 변경에 동의를 받을 의무를 위반한 경우에는 500만원 이하의 벌금에 처해진다(근로기준법 제114조 제1호).

2) 변경 후 입사자에 대한 효력

그러나 판례는 집단적 동의의 요청을 외면하고 일정한 요건 하에 근로자 집단의 동의 없이도 취업규칙을 일방적으로 불이익하게 변경하는 것을 허용하고 있다.

1992년의 전원합의체 판결은 취업규칙의 불이익 변경이 무효라고 하더라도, 그 변경 이후 입사자에 대해서는 변경된 취업규칙이 적용된다고 판단하였다.[307] “사용자가 취업규칙에서 정한 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경함에 있어서 근로자의 동의를 얻지 않은 경우에 그 변경으로 기득이익이

306) 박제성(2018), 130면.

307) 대법원 1992.12.22. 선고 91다45165 전원합의체 판결

침해되는 기존의 근로자에 대한 관계에서는 그 변경의 효력이 미치지 않게 되어 종전 취업규칙의 효력이 그대로 유지 되지만, 그 변경 후에 변경된 취업규칙에 따른 근로조건을 수용하고 근로관계를 갖게 된 근로자에 대한 관계에서는 당연히 변경된 취업규칙이 적용되어야 하고, 기득이익의 침해라는 효력배제사유가 없는 변경 후의 취업근로자에 대해서까지 그 변경의 효력을 부인하여 종전 취업규칙이 적용되어야 한다고 볼 근거가 없다"는 것이다. 다만 위 판결은 그 결과 취업규칙이 병존하게 되는 것은 아니고, "현행의 법규적 효력을 가진 취업규칙은 변경된 취업규칙이고 다만 기존근로자에 대한 관계에서 기득이익침해로 그 효력이 미치지 않는 범위 내에서 종전 취업규칙이 적용될 뿐이므로, 하나의 사업 내에 둘 이상의 취업규칙을 둔 것과 같이 볼 수는 없다"고 한다.

이러한 전원합의체 판결의 입장은 종전의 판례가 근로자 집단의 동의 없이 변경된 취업규칙을 무효로 본 것과 달리, 취업규칙의 변경 자체는 유효하지만 기득이익이 있는 근로자들에 대해서는 종전 취업규칙이 적용될 뿐이라고 보았다는 점에서 차이가 있다.[308]

그러나 집단적 근로조건 대등결정의 원칙에 어긋나 사용자에게 일방적인 취업규칙 불이익 변경 권한을 사실상 인정한 것으로서 받아들이기 힘들고, 취업규칙의 변경 절차를 정한 근로기준법 제94조 제1항의 문언에 명백히 반하는 해석으로 허용될 수 없다. 또한 이러한 입장은 취업규칙의 법규범적 성질과 달리 취업규칙을 입사시기에 따라 적용되는 일종의 계약으로 관념한 것과 마찬가지 결과가 되어,[309] 가뜩이나 논리적 근거가 취약한 취업규칙의 법적 성질을 더욱 모호하게 만드는 결과가 되었다.[310]

---

308) 이철수(2023), 143면은 이러한 점에서 위 판결이 '상대적 무효설'을 취하였다고 하는 것은 잘못되었다고 한다.

309) 이철수(2023), 143면.

310) 대상판결의 별개의견(사실상 반대의견)도 이러한 판시는 취업규칙의 법규성을 외면한 것이어서 찬성할 수 없다고 밝히고 있다.

3) 사회통념상 합리성 법리의 적용

(1) 사회통념상 합리성 법리의 내용

또한 판례는 취업규칙의 불이익변경에 사회통념상 합리성이 인정되면 근로자 집단의 동의 없이도 그 유효성을 인정할 수 있다는 법리를 취하기도 하였다.

이는 구체적으로 "사용자가 일방적으로 새로운 취업규칙의 작성·변경을 통하여 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다고 할 것이나, 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 의사결정방법에 의한 동의가 없다는 이유만으로 그 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 근로조건의 개선상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다."는 것이다.[311] 또한 이때 그 판단의 기준시점은 개정 당시의 상황을 근거로 한다고 본다.[312]

물론 판례는 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에 동의를 받도록 한 근로기준법 제94조 제1항 단서의 입법 취지를 고려할 때, 변경 전후의 문언을 기준으로 하여 취업규칙이 근로자에게 불이익하게 변경되었음이 명백하다면, 취업규칙의 내용 이외의 사정이나 상황을 근거로 하여 그 변경

311) 대법원 2001.1.5. 선고 99다70846 판결 등.

312) 대법원 2004.7.22. 선고 200257362 판결.

에 사회통념상 합리성이 있다고 보는 것은, 이를 제한적으로 엄격하게 해석 · 적용하여야 한다고 판시하여 왔다.[313]

(2) 사회통념상 합리성 법리에 대한 비판

그러나 이러한 판례법리에 대해서는 많은 비판이 이루어져 왔다. 근로기준법 제94조 제1항 단서가 입법된 이상 사회통념상 합리성을 이유로 근로자 집단의 동의 없는 불이익변경을 유효하다고 보는 것은 명문의 법규정에 반하는 해석으로 사법권의 재량을 일탈한 것일 뿐만 아니라, 이러한 판례법리는 사용자의 일방적인 취업규칙 작성 · 변경 권한을 전제하고 이를 권리남용의 문제로서 관념하는 것으로서 근로조건 대등결정의 요청에도 부합하지 않는다는 것이다.[314]

이러한 비판에 대하여 1989년의 법개정이 취업규칙의 불이익 변경에 대한 근로자집단의 동의를 그 효력요건으로 명시하면서 사회통념상 합리성 법리의 적용을 배제한 것이 아니라 수용한 것이라는 견해가 있다.[315] 이에 따르면 "사회통념상 합리성 법리는 집단적 동의의 법리를 예외 없이 적용하는 경우 불이익의 정도나 변경의 경위, 내용의 구체적인 타당성 여부와 관계없이 근로자의 집단적 동의가 없는 모든 취업규칙의 불이익변경이 무효가 되므로, 이러한 결과는 사용자에게 취업규칙 작성·변경 권한을 부여한 취지와 사회적 정의관념, 또는 구체적 타당성에 반하게 되므로 대법원이 사회통념상 합리성 법리를 제시한 것"이라는 전제에서, 이후 법개정 과정에서 ①근로기준법 제94조 단서는 집단적 동의 요건만을 규정하고 사회통념상 합리성 법리는 함께 명시하지 않았으나, 이는 사회통념상 합리성이라는 용어가 가지는 일반

313) 대법원 2015.8.13. 선고 2012다43522 판결. 또한 사회통념상 합리성 법리의 적용여부가 문제된 사안들을 종합해보면 이를 부정한 사례가 88.2%, 인정한 사례는 11.8%로 나타난다고 한다(노동법실무연구회, 「근로기준법주해 Ⅲ」, 830면).

314) 이철수(1994), 21면. 임종률(2022), 373면.

315) 대법원 2023.5.11. 선고 2017다35588, 2017다35595(병합) 전원합의체 판결 중 대법관 6인의 반대의견.

성, 추상성으로 인하여 법문에 명시하는 것이 입법기술적으로 적절하지 않다고 보았기 때문이지 사회통념상 합리성 법리를 배제하고자 한 의사였다고 볼 수 없고, ②1989년 근로기준법 개정 이후에도 대법원은 개정 전과 마찬가지로 사회통념상 합리성 법리를 적용하여 왔는데, 현재까지 빈번하게 이루어진 근로기준법의 개정 과정에서 사회통념상 합리성 법리를 배제하는 규정은 도입되지 않았다는 것을 근거로 한다.

그러나 이러한 주장은 타당하지 않다. 먼저 1989년의 법개정 당시 사회통념상 합리성 법리가 확립되어 있었던 것으로 보기 어렵다. 위 의견은 대법원 1978.9.12. 선고 78다1046 판결, 대법원 1989.5.9. 선고 88다카4277 판결이 사회통념상 합리성 법리로서 확립된 것으로 본다. 그 내용을 살펴보면 먼저 1978년의 판결은 건설공제조합이 직원의 정년을 만 55세로 하는 조항을 근로자 집단의 동의 없이 신설한 것의 유효성이 문제가 된 사안으로서, 이에 대해 대법원은 "정년을 위와같이 만 55세까지로 정한 것이 사회의 일반 통례에서 벗어난 불합리한 제도라고 볼 수 없는 것이므로, 위 정년제의 신설이 원고등 근로자의 기존근로조건상의 기득권을 침해하는 근로조건 변경이라고 단정할 수 없다"고 판시하였다. 이러한 판시는 취업규칙이 불이익하게 변경되었음에도 사회통념상 합리성이 인정되면 유효하다는 것이 아니라, 사회의 일반 통례에 비추어 볼 때 이러한 변경은 불이익한 것이 아니라는 것이어서 현재 문제가 되는 사회통념상 합리성 법리와는 그 내용을 달리하는 것이다.

이후 1989년 대법원 판결에 이르러서 "근로조건의 변경이 근로자의 동의를 받지 않아도 사회통례상 합리성이 있다고 인정될 만한 것인 때에는 위와 같은 근로자의 동의가 없어도 그 변경은 유효하다고 보는 것이 타당하다"는 법리가 제시되었는데, 이 판결은 7일 초과 무단결근을 자연면직의 사유로서 취업규칙에 규정하는 것은 '사용자의 일방적인 사실인정만으로 자연면직이 된다는 것을 불합리하고 근로자에게 불이익한 근로조건'이라고 보아 이러한 조항을 근로자측의 동의도 없이 새로이 취업규칙에 규정하는 것은 사회통례상 합리성이 있는 것으로 보기 어렵다고 판결하였다.[316] 이처럼 1989년 법개

316) 또한 같은 시기 선고된 대법원 1988.5.10. 선고 87다카2853 판결은 "취업규칙

정 당시 현재와 같은 사회통념상 합리성 법리가 확립되어 있었다고 보기 어렵고, 특히 2장에서 살펴본 당시 법개정 과정을 구체적으로 들여다보면, 취업규칙 불이익 변경에 대한 집단적 동의를 요구하는 법안은 이미 1988년에 제출된 상태였다.

또한 이러한 견해는 1989년 법개정 이후 사회통념상 합리성 법리를 배제하는 법규정은 도입되지 않았다고 하는데, 입법자는 최근 최저임금법을 개정하여 "사용자가 제6조 제4항에 따라 산입되는 임금(비교대상임금)에 포함시키기 위하여 1개월을 초과하는 주기로 지급하는 임금을 총액의 변동 없이 매월 지급하는 것으로 취업규칙을 변경하려는 경우에는「근로기준법」제94조 제1항에도 불구하고 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 한다."는 취업규칙 변경 절차의 특례조항(최저임금법 제6조의2)를 신설하였는데, 1989년 당시의 입법자가 사회통념상 합리성 법리를 수용한 것이었다면 굳이 지금에 와서 취업규칙 변경의 특례조항을 통해 근로자의 집단적 동의라는 요건을 완화한 이유를 설명하기 어렵다. 위 특례조항의 헌법적 정당성이 문제된 헌법재판소 결정에서도 이 사건 특례조항의 취지가 '입법을 통하여 불이익변경과 관련한 법적 논란의 소지를 사전에 차단하는 것'이라고 밝히고 있어, 입법자가 사회통념상 합리성 법리를 수용하였다고 보기 어렵다.

4) 집단적 동의권 남용 법리의 등장

최근 대법원 전원합의체 판결[317]은 사회통념상 합리성 법리에 대한 비판을 수용하여 "현재와 같이 근로기준법이 명문으로 집단적 동의절차를 규정하고

의 변경이 사회통례상 합리성이 있다고 인정되는 한 이를 들어 근로자에게만 불이익한 것이라고 속단할 수 없다 할 것"이라고 하는 등 사회통념상 합리성을 불이익변경인지의 여부를 고려하는 요소로 사용하고 있다.

317) 대법원 2023.5.11. 선고 2017다35588, 2017다35595(병합) 전원합의체 판결

있음에도 취업규칙의 내용에 사회통념상 합리성이 있다는 이유만으로 근로자의 집단적 동의를 받지 않아도 된다고 보는 것은 취업규칙의 본질적 기능과 그 불이익변경 과정에서 필수적으로 확보되어야 하는 절차적 정당성의 요청을 도외시하는 것"이며, "사회통념상 합리성의 인정여부를 두고 그 유효성이 확정되지 않은 취업규칙의 적용에 따른 법적 불안정성이 사용자나 근로자에게 끼치는 폐해"가 적지 았음을 인정하여 종전 판례에서 활용해오던 사회통념상 합리성 법리를 폐기하였다.

대신 해당 판결은 신의성실과 권리남용의 금지 원칙은 근로자들이 집단적으로 동의권을 행사할 때도 적용되므로, 근로자들이 집단적 동의권을 남용하였다고 볼 만한 특별한 사정이 있는 경우에는 그 동의가 없더라도 취업규칙의 불이익변경을 유효하다고 볼 수 있다고 판시하였다. 이때 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용한 경우란 관계 법령이나 근로관계를 둘러싼 사회 환경의 변화로 취업규칙을 변경할 필요성이 객관적으로 명백히 인정되고, 나아가 근로자의 집단적 동의를 구하고자 하는 사용자의 진지한 설득과 노력이 있었음에도 불구하고 노동조합이나 근로자들이 합리적 근거나 이유 제시 없이 취업규칙의 변경에 반대하였다는 등의 사정이 있는 경우라고 한다.

이러한 판례법리의 변화는 비록 '법의 일반원칙'에 의존하는 것이기는 하지만 기존의 사회통념상 합리성 법리가 명백히 법문에 어긋나는 해석이었던 것에 비교하면 그 법적 근거에 있어서 다소간의 설득력을 가진다. 또한 새로운 법리는 기존의 사회통념상 합리성 법리에는 여러 판단 '요소' 중의 하나로 고려되던 근로자의 동의를 구하기 위한 사용자의 노력(노동조합 등과의 교섭경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응)을 예외적 유효 '요건'으로 고려하였다는 점에서 절차적 정당성을 강조하였다는 의미가 있는 것으로 평가된다.[318]

또한 이러한 집단적 동의권 법리는 다수의견에 대한 보충의견이 밝히고 있

318) 강성태, "취업규칙 불이익변경에서 집단적 동의권 남용 법리의 적용", 월간 노동리뷰 2023년 6월호, 2023, 126-127면.

듯, “취업규칙의 변경 시 근로자의 집단적 동의를 받기 위해 진지하게 설득하고 노력할 유인을 제공하여 바람직한 노사관계 정립에 기여하고, 사용자가 취업규칙의 작성 또는 변경 과정에서 시간과 노력을 더 들여서 근로자의 집단적 동의를 통해 평화로운 해결을 도모하는 것이 당장의 설득과 노력을 소홀히 한 채 사후적으로 갈등과 법적 분쟁을 거치는 것보다 노사당사자와 사회 전체의 비용 지출과 불안정을 줄이는 데에 도움”이 될 수 있다는 점에서 단체교섭권으로부터 도출되는 집단적 근로조건 대등결정에 대한 우리 헌법의 요청에 기여하는 것으로 볼 수 있다.

하지만 반대의견이 비판하는 바와 같이 법적 안정성의 측면에서는 취업규칙 불이익변경에 집단적 동의권 남용 법리를 적용하는 것이 사회통념상 합리성 법리를 적용하는 것과 비교하여 크게 유리하다고 보기는 어렵다. 신의칙을 이유로 통상임금에 대한 노사합의의 적용을 배제할 수 없다고 보았던 판례법리가 결과적으로 통상임금에 대한 법적 분쟁을 증가시키고 당사자들의 법적안정성을 해쳤던 것처럼, 향후 집단적 동의권 남용의 인정 여부를 두고 상당한 법적 분쟁이 발생할 것으로 예상된다.

III. 입법을 통한 집단적 동의의 우회 위험성

한편 국가가 정책적 목표를 달성하기 위하여 취업규칙의 불이익변경을 유도하거나, 이에 직접적으로 개입하는 경우가 있다.

먼저 1980년에는 정부가 26개 정부투자기관의 퇴직금누진률을 축소조정하도록 하는 방침을 실시하면서 근로자집단의 동의 없이 취업규칙의 불이익변경을 강행하였고,[319] 이후 그 유효성에 대한 법적 분쟁이 빈발하게 된 사

---

319) 또한 정부는 근로기준법을 개정(법률 제3349호;1980.12.31.)하여 퇴직금제도를 설정함에 있어서 하나의 사업내에 차등을 두는 것을 금지하였는데(구 근로기준법 제28조 제2항;현행 퇴직급여법 제4조 제2항), 이에 대한 경과조치로서 이 법 시행당시의 단체협약 또는 취업규칙이 위 규정에 위반될 때에는 이를 변경하여 노동청장에게 신고하도록 하고, 신고하지 않은 경우에는 해당 사업내의 최다수 근로자에게 적용되는 퇴직금제도를 적용하는 것으로 보도록 하였다(법률 제3349

례가 있다.[320] 또한 정부는 이와 함께 근로기준법을 개정(법률 제3349호;1980.12.31.)하여 퇴직금제도를 설정함에 있어서 하나의 사업내에 차등을 두는 것을 금지하였는데(구 근로기준법 제28조 제2항;현행 퇴직급여법 제4조 제2항), 이에 대한 경과조치로서 이 법 시행당시의 단체협약 또는 취업규칙이 위 규정에 위반될 때에는 이를 변경하여 노동청장에게 신고하도록 하고, 신고하지 않은 경우에는 해당 사업내의 최다수근로자에게 적용되는 퇴직금제도를 적용하는 것으로 보도록 하였다(법률 제3349호 부칙 2항).

또한 2010년대 중반에는 많은 기업에서 정년연장에 따른 임금피크제를 도입하는 과정에서 취업규칙의 불이익변경과 사회통념상 합리성 법리의 적용여부를 두고 논란이 발생하기도 하였다. 2013년에 고령자고용법을 개정하여 60세 정년제가 의무화되면서, "(이에 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."는 고령자고용법 제19조의2가 신설되었기 때문이다. 이에 따라 임금피크제 도입을 위해 취업규칙을 불이익하게 변경하는 것은 사회통념상 합리성을 갖추었으므로 집단적 동의가 필요하지 않다는 해석론[321]이 전개되었고,

---

호 부칙 2항).

320) 이러한 취업규칙 개정이 사회통념상 합리성을 갖춘것인지에 대해, "정부투자기관들이 1980년대 초의 어려운 경제여건하에서 국민의 조세부담을 가중시키면서도 그 직원에 대한 보수와 퇴직금은 일반 공무원들보다 훨씬 높은 수준으로 지급하여 재정난을 겪는 등 불합리한 운영을 하여 왔으므로 이를 시정하기 위하여 정부가 취한 방침에 따라 위와 같은 퇴직급여규정의 개정이 이루어진 것이라 하더라도 거기에 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될 만한 사회통념상의 합리성이 있는 것으로 인정되지는 아니한다"고 본 판결이 있다(대법원 1990.3.13. 선고 89다카24780 판결;대한주택공사/대법원 1992.11.27. 선고 92다32357 판결;한국도로공사). 또한 무효인 취업규칙 불이익 변경에 대한 단체협약을 통한 소급적 동의가 문제된 사안으로 대법원 1993.3.23. 선고 92다52115 판결(중소기업진흥공단), 대법원 1993.8.24. 선고 93다17898 판결(한국방송공사) 등이 있다.

321) 이승길 · 이주호, "임금피크제의 도입에 따른 취업규칙의 불이익변경에 관한 소고", 아주법학 제9권 제1호, 2015 등.

고용노동부도 이러한 해석론에 따라 취업규칙 지침[322]을 배포하면서 노사관계에 갈등이 야기되기도 하였다.

최근에는 최저임금 산입범위를 개편하는 과정에서 통상임금에 해당하는지에 대한 논란이 있는 1개월을 초과하여 지급되는 '상여금의 기본급화'를 유도하기 위해[323] 사용자가 최저임금에 산입되는 임금에 포함시키기 위하여 1개월을 초과하는 주기로 지급하는 임금을 총액의 변동 없이 매월 지급하는 것으로 취업규칙을 변경하려는 경우에는 근로기준법 제94조제1항에도 불구하고 근로자 집단의 의견을 듣도록 한 취업규칙 변경절차 특례조항(최저임금법 제6조의2)을 신설하기도 하였다.

근로조건은 사적자치 또는 집단적 근로조건 대등결정의 원칙에 따라 사용자와 근로자 또는 근로자 집단의 합의로서 결정되는 것이 원칙이다. 다만 헌법이 제33조 제1항에서 노사단체에게 근로조건에 관한 자율적인 결정을 위임한 것은 국가가 노동영역에서 근로조건에 관하여 독자적인 규율을 할 수 없다는 것을 의미하는 것은 아니고, 헌법 제32조 제1항 및 제3항, 제119조 제2항에 따르면 근로조건에 관한 규율을 전적으로 노사단체에 의한 집단적 자치에 맡겨둘 경우 국가가 위와 같은 헌법적 과제를 이행하기 어려운 경우에는 근로조건을 필요한 범위 내에서 규율할 수 있는 권한이 입법자에게 부여되어 있다.[324]

그러나 취업규칙은 어디까지나 사용자가 일방적으로 작성하는 것이고, 사

---

322) 고용노동부, 「취업규칙 해석 및 운영 지침」, 2016.1.22. 이 지침과 '공정인사 지침'(소위 양대지침)은 새로운 정부가 들어선 2017년 9월 폐기되었다.

323) 당시 최저임금위원회 산하 '최저임금 제도개선 TF'에서는 '1개월을 초과하여 지급되는 임금을 근로자의 생활안정을 위해 총액을 유지하면서 매월 분할하여 지급하는 것은 근로기준법에 따른 취업규칙 불이익변경이 아니며 이를 명문화할 필요'가 있다고 보면서, ''근로자의 생활안정' 차원에서 기존 상여금 등을 총액 변동 없이 매월 지급토록 하는 것이 바람직하며, 이를 위한 입법적 조치가 필요하다고 보았다(최저임금위원회, 「최저임금 제도개선에 관한 연구 TF 보고안」, 7면)

324) 헌법재판소 1998.10.29. 선고 97헌마345 결정;택시업종에서 사납금제를 폐지하고 운송수입금 전액관리제를 실시하도록 한 구 자동차운수사업법 제24조 등 위헌확인사건에서 '이 사건 법률조항들에 의하여 근로조건에 관한 노사단체의 자율적인 단체협약권이 제한되는지 여부'가 다투어 졌다.

용자는 근로자 집단의 동의를 받아 취업규칙을 불이익하게 변경할 수 있으나 근로자는 취업규칙을 통해 보다 유리한 근로조건을 확보하는 것이 어렵다는 점을 고려하면, 국가가 취업규칙의 불이익변경에 대해 특례조항을 신설하는 등으로 개입하는 것은 근로자의 이익을 침해할 여지가 클 뿐만 아니라 사용자의 의사를 매개로 국가가 근로조건의 결정에 개입할 수 있다는 문제가 발생한다.

문제는 이번 정부에서 국정과제로 추진하고 있는 '직무 · 성과 중심의 세대 상생형 임금체계 확산'[325]을 둘러싸고도 유사한 논쟁이 발생할 수 있다는 점이다. 정부는 대선 공약으로 직무성과형 임금체계 도입이 가능하도록 절차를 합리화하겠다고 밝히면서, 그 수단으로 "사업장 내 직무, 직군, 직급별로 근로자들이 원하는 임금체계가 상이할 경우, 해당 부분 근로자대표와 사용자 간 서면합의로 결정할 수 있도록 관련 법을 개정"하겠다고 밝힌 바 있다. 그러나 이는 결국 임금체계를 정하고 있는 취업규칙의 불이익변경에 있어서 그 동의요건을 배제하거나 동의 주체의 요건을 완화하는 것으로 이어질 수 밖에 없어, 향후 정책 추진과정에서 이를 둘러싼 논란이 발생할 가능성이 높다.

제4절 노동관계법 체계 내에서의 정합성

I. 문제의 소재

우리 노동관계법 체계 내에서 근로조건의 결정 규범, 즉 노동법의 법원(法源)으로는 취업규칙 뿐만 아니라 근로계약과 단체협약, 노동관계 법령이 있다. 이에 따라 각 근로조건 결정 규범이 정하고 있는 근로조건의 기준이 상이한 경우, 어떠한 규범을 우선하여 적용할 것인지를 두고 규범 간의 효력 계위가 문제된다.

---

325) 제20대 대통령직인수위원회, 「윤석열정부 110대 국정과제」, 95면

이와 관련하여 근로기준법은 근로계약과의 관계에 있어서 최저기준으로서의 강행적 · 보충적 효력을 부여하는 한편(제97조), 법령 또는 해당 사업 또는 사업장에 대하여 적용되는 단체협약과 어긋날 수 없도록 하였다(제96조). 그러나 취업규칙의 불이익변경이 유효하게 이루어진 경우 이것이 보다 유리한 근로계약에 우선하여 적용되는지에 대해 논란이 있고, 단체협약과의 관계에 있어서도 유리의 원칙을 인정할 것인지에 대해 견해대립이 있다.

한편 우리 노동관계법은 근로자의 집단적 대표기구로서 노동조합과 근로자참여법상 노사협의회의 근로자위원, 근로기준법상 '근로자의 과반수를 대표하는 자'를 상정하고 있고, 취업규칙의 불이익변경에 있어서는 과반수 노동조합 내지 '근로자의 과반수'가 그 동의의 주체로서 예정되어 있다. 그러나 이처럼 취업규칙에 있어서 과반수 노동조합의 관여를 인정함에 따라 과반수 노동조합이 체결한 문서가 단체협약인지 취업규칙인지 구별하여야 하는 문제가 발생하는 한편, 취업규칙 불이익변경의 동의 방식으로서 단체협약을 통한 소급적 동의가 인정되는지의 문제가 발생한다. 또한 노동조합이 부재한 상황에서 노사협의회의 근로자위원이 취업규칙 불이익변경에 대한 주체로 등장하기도 하고, 노사협의회의 협의 내지 의결사항과 취업규칙의 기재사항 간의 중복이 발견되기도 한다.

이러한 규범 간의 정합성을 기하기 위하여 아래에서 살펴볼 판례법리가 전개되어 왔으나, 이처럼 다양한 근로조건 결정 규범이 존재하는 것은 노사 당사자에게 어떠한 규범이 적용될 것인지에 대해 예측가능성을 떨어트린다는 점에서 비판적으로 살펴볼 필요가 있다.

II. 근로조건 결정규범 간의 효력계위

1. 법령과 취업규칙의 관계

취업규칙은 법령이나 해당 사업 또는 사업장에 대하여 적용되는 단체협약과 어긋나서는 아니되고(근로기준법 제96조 제1항), 고용노동부장관은 법령

이나 단체협약에 어긋나는 취업규칙의 변경을 명할 수 있다(근로기준법 제96조 제2항).

근로조건과 직장질서에 대해 작성한 취업규칙이 법령에 '어긋난다'는 것은 그 내용이 강행법규의 내용에 모순되거나 저촉된다는 뜻으로서, 취업규칙에서 정한 근로기준이 근로기준법 상의 최저기준에 미달하는 경우 취업규칙은 법령에 어긋나는 것이 된다. 반면 취업규칙이 법령보다 유리한 근로조건을 정하고 있는 경우에는 법령에 어긋난다고 볼 수 없고, 따라서 취업규칙에서 정한 유리한 근로조건이 적용된다.

이와 관련하여 취업규칙에서 비위행위 등에 대해 근로자가 시말서를 작성하여 제출하도록 하는 규정을 둔 경우, 그 시말서가 단순히 자신의 잘못을 보고하는데 그치지 않고 나아가 자신의 잘못을 반성하고 사죄하도록 하는 내용을 의미하는 경우 이는 헌법이 보장하는 양심의 자유를 침해하여 윤리적 판단을 강제하는 것으로서 무효이고, 이에 기초한 시말서 제출명령도 정당한 명령으로 볼 수 없다고 판단한 사례가 있다.[326] 또한 취업규칙에서 합리적 이유 없이 남녀의 정년을 다르게 정하고 있는 경우 남녀고용평등법 등의 강행법규에 위배되어 무효라고 본 판결이 있다.[327]

2. 근로계약과 취업규칙의 관계

근로기준법은 취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 관하여는 무효로 하고, 이 경우 무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에 따른다고 정하고 있다(제97조).

이때 근로계약에서 근로기준을 정하지 않고 있는 근로조건에 대해서 취업규칙이 적용되는지가 문제되는데, 노동조합법 제33조 제2항은 '근로계약에서 규정하지 아니한 사항'은 단체협약에 정한 기준에 의하도록 명시하고 있지만, 취업규칙과의 관계에서는 이러한 내용이 없기 때문이다. 이에 대해 판례

326) 대법원 2010.1.14. 선고 2009두6605 판결

327) 대법원 1993.4.9. 선고 92누15765 판결

는 “근로계약 체결 시 계약의 내용을 취업규칙의 내용과 달리 약정하는 등 특별한 사정이 없는 한 근로계약을 체결한 근로자와 사용자 사이에는 취업규칙에 정하는 바에 따라 근로관계가 성립한다”고 판시하고 있다.[328]

한편 최근 성과주의에 기반한 개별적 노무관리가 강조되면서 근로조건의 결정도 개별 근로계약을 통해 이루어지는 경우가 많다. 특히 연봉제 임금체계에서는 근로계약과는 별개로 1년 단위로 연봉계약을 별도 체결하는 것이 관행화되어 있고, 이로 인하여 임금에 있어서는 개별 근로계약의 내용이 취업규칙의 기준보다 유리한 경우도 다수 발생하고 있다.

이러한 상황에서 사용자가 근로자 집단의 동의를 받아 유효하게 취업규칙을 불이익하게 변경한 경우, 이것이 근로계약에서 보다 유리한 근로조건을 정한 근로자에게도 효력을 미치는지가 문제된다. 이와 관련하여 최근 대법원 판결은 임금피크제를 도입하면서 유효하게 변경된 취업규칙이 유리한 연봉계약에 우선하는지가 문제된 사안에서, “근로자에게 불리한 내용으로 변경된 취업규칙은 집단적 동의를 받았다고 하더라도 그보다 유리한 근로조건을 정한 기존의 개별 근로계약 부분에 우선하는 효력을 갖는다고 할 수 없고, 이 경우에도 근로계약의 내용은 유효하게 존속하므로 변경된 취업규칙의 기준에 의하여 유리한 근로계약의 내용을 변경할 수 없으며, 근로자의 개별적 동의가 없는 한 취업규칙보다 유리한 근로계약의 내용이 우선하여 적용된다”고 판시하였다.[329] 이러한 판시는 근로기준법 제97조를 반대해석하면 취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약 부분은 유효하고 취업규칙에서 정한 기준에 우선하여 적용된다는 점에서 타당하다.

그러나 이러한 판례법리에 대해, 대표이론을 원용하여 집단적 동의절차를 통해 취업규칙이 유효하게 변경되는 경우 그 자체로 근로조건의 내용을 구성하는 것으로 보아야 한다는 견해,[330] 이러한 판례법리는 개별 근로자의 동

---

328) 대법원 1999.1.26. 선고 97다53496 판결

329) 대법원 2019.11.14. 선고 2018다200709 판결

330) 박종희, “취업규칙과 근로계약간의 유리한 조건 우선의 원칙과 근로조건의 집단적 결정법리와의 관계”, 안암법학 제56권, 2018, 270-207면

의여부에 따라 취업규칙의 적용여부를 달리하도록 허용하는 것이어서 취업규칙을 통한 근로조건의 집단적 규율 취지에 반한다는 견해[331] 등의 비판이 이루어지기도 하였다.

그러나 근로기준법 제97조가 단체협약(제96조)와 달리 취업규칙과 근로계약의 관계에 있어서는 '미달하는'이라는 문언을 사용하여 유리의 원칙이 인정되는 것이 당연하고, 또한 취업규칙에 요구되는 근로조건 대등결정의 원칙과 취업규칙의 근로자보호기능을 감안하면 판례법리의 견해는 타당하다. 또한 근로조건의 통일적 규율이라는 취업규칙의 기능은 어디까지나 개별 합의로서 취업규칙에 미달하는 근로조건의 변경을 금지하여 근로자를 보호하고자 하는 취지에서만 정당화 되는 것일 뿐이다. 이와 관련하여 대법원은 후속 판결을 통해 이러한 법리는 근로자와 사용자가 취업규칙에서 정한 기준을 상회하는 근로조건을 개별 근로계약에서 따로 정한 경우에 한하여 적용된다고 밝히고 있다.[332]

3. 단체협약과 취업규칙의 관계

1) 근로기준에 있어서 유리의 원칙 인정 문제

취업규칙은 단체협약과 '어긋나서'는 안되고(근로기준법 96조), 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙의 부분은 무효로 한다(노동조합법 제33조 제1항). 다만 단체협약은 원칙적으로 조합원에 대해 적용되는 것이고, 취업규칙은 비조합원을 포함한 전체 근로자에 대해 적용되는 것으로서 원칙적으로는 그 적용범위를 달리하므로 그 위반여부는 노동조합 조합원에 대하여만 문제되고, 단체협약에 어긋나는 취업규칙은 비조합원에 대해서는 여전히 적용된다고 보아야 한다. 그러나 노동조

---

331) 방준식, "취업규칙 불이익변경과 근로계약의 효력", 노동법학 제74호, 2020, 149면

332) 대법원 2022.1.13. 선고 2020다232136 판결

합법은 단체협약의 일반적 구속력 제도(노동조합법 제35조)를 통한 단체협약의 효력확장을 예정하고 있어서, 과반수 노동조합이 체결한 단체협약은 동종 근로자의 근로조건과 복무규율에 있어서 취업규칙보다 우선하여 적용될 것이 예정되어 있다.

이때 취업규칙이 단체협약에 비해 유리한 근로조건을 정하고 있는 경우, 이것을 근로기준법 제96조 및 노동조합법 제33조의 문언에도 불구하고 유효하게 적용되는 것으로 볼 수 있는지가 문제된다. 특히 과반수 노동조합의 경우 취업규칙 불이익변경에 대한 동의를 통해 단체협약과 취업규칙의 내용을 연동할 수 있으나, 과반수가 아닌 소수 노동조합의 경우 단체협약 체결과 취업규칙 불이익변경에 대한 동의가 분리되므로 양자 간에 근로기준의 수준이 차이가 나는 상황이 발생할 수 있기 때문이다. 과반수 노동조합의 경우에도 단체협약만을 체결하고 이에 따른 취업규칙 개정을 하지 않는 경우에는 유리의 원칙과 관련된 문제가 발생할 수 있다.

이에 대해서는 노동조합이 단체협약을 체결하면서 기존의 취업규칙에서 정한 근로조건보다 불리한 내용의 근로조건을 정하는 동시에 취업규칙의 불이익변경에 대한 동의로서 취업규칙을 변경하는 것도 근로기준법 제94조 제1항에 의해 허용되어 있으므로, 단체협약과 취업규칙의 관계에 있어서는 유리의 원칙을 인정할 필요가 없다는 견해가 있다.[333] 또한 법문언의 의미 및 단체협약이 취업규칙 보다 우월한 집단의사에 의하여 결정된다는 점에 주목하여 유리의 원칙을 부정하는 견해도 있다.[334] 또한 근로자의 자기결정이 매개되지 않은 취업규칙과 단체협약의 관계에서는 애초에 유리의 원칙이 적용되지 않고, 나아가 유리의 원칙을 인정하게 되면 단체협약을 체결할 실익이 없어지게 되어 결국 노동3권이 형해화될 수 있고, 불리한 단체협약을 체결한 협약당사자의 명시적 의사에 반하여 유리한 근로조건을 강행적으로 적용하는 것은 허용되지 않는다는 견해가 있다.[335]

---

333) 김지형, “취업규칙에 의한 퇴직금규정의 불이익변경”, 「노동법강의」, 법문사, 2004. 55면.

334) 노동법실무연구회(2020), 878면

이와 달리 단체협약과 같은 집단적 자치는 근로계약을 통한 사적 자치를 보충하는 지위에 있는 것인데, 취업규칙은 근로계약으로서 계약적 성질을 갖는다고 보아 유리의 원칙을 인정하는 견해가 있다.[336] 또한 근로기준법 제96조에서 법령과 단체협약을 같이 취급하고 있는 이상, 법령과 취업규칙의 관계에서 유리의 원칙이 인정된다면 단체협약에 대해서도 유리의 원칙이 인정되어야 한다는 견해가 있다.[337]

유리의 원칙을 부정하게 되면, 사용자가 일방적으로 취업규칙을 유리하게 개정하여 근로자가 이보다 불리한 단체협약의 적용을 배제하고자 하는 유인, 즉 노동조합에서 탈퇴하도록 유도하는 부당노동행위로서 활용될 여지가 있다. 취업규칙이 근로자 보호를 위해 작성되는 것으로 파악하는 이상 근로자에게 유리한 근로조건의 적용을 배제할 필요가 없다고 본다.

2) 단체협약상 징계사유와의 관계

한편 단체협약에서 정한 해고사유 이외의 사유가 취업규칙에 정해져 있는 경우, 이를 근거로 한 해고가 정당한지의 여부가 문제된다. 이에 대해 판례는 취업규칙에서 단체협약과는 다른 사유를 해고사유로 규정하는 것이 단체협약 위반이라 할 수 없고, 단체협약에서 해고사유와 해고 이외의 징계사유를 나누어 구체적으로 열거하고 있더라도 취업규칙에서 이와 다른 사유를 해고사유로 규정하는 것이 단체협약에 반하지 않으며, 그러한 취업규칙상의 징계사유에 터잡아 징계가 가능하다고 본다.[338] 또한 단체협약에서 "이 협약

---

335) 강선희, "단체협약과 취업규칙의 관계와 유리성 원칙", 노동법학 45호, 2013 174-177면.

336) 박종희, "유리한 조건 우선의 원칙에 대한 법이론적 검토와 체계상 재구성 시론", 노동법학 제8호, 1998, 484면

337) 박제성, "취업규칙과 단체협약 간 유리의 원칙 - 서울행정법원 2010.12.2. 선고 2010구합34736 판결", 노동법학 제37호, 2011, 249면 이하.

338) 대법원 1993.1.15. 선고 92누13035 판결 등. 또한 단체협약에 명문으로 징계규정을 별도로 제정하기로 하였고, 그 규정에 의하여 징계규정이 만들어진 이상 다시 구체적인 징계규정의 내용에 관하여 회사와 근로자 간에 합의가 있어야

에 정한 기준은 회사의 취업규칙과 규정에 우선하며 협약기준에 미달하거나 상반되는 개별 근로계약을 무효로 하고 무효로 된 부분은 이 협약 기준에 따른다"라고 규정하고 있어도, 이 규정의 의미는 동일한 징계사유나 징계절차에 관하여 단체협약상의 규정과 취업규칙 등의 규정이 상호 저촉될 경우 단체협약이 우선한다는 취지를 규정한 것일 뿐이고, 사용자가 취업규칙에 새로운 해고사유를 정할 수 없다는 취지로는 해석되지 않는다고 한다.[339]

그러나 이러한 판례법리에 대한 비판으로, 이러한 해석은 노동조합법 제33조의 취지를 몰각하는 것일 뿐만 아니라 노동조합의 활동은 단결력을 가지고 단체행동권을 배경으로 하여 근로조건을 확보하는 것이 목적이므로 단체협약상의 징계사유는 원칙적으로 한정적 열거로 해석하여야 하고, 이에 따라 취업규칙에서 해고사유를 추가하는 것은 허용되지 않는다는 비판이 있다.[340]

III. 근로자 대표 시스템의 중복

1. 취업규칙과 단체협약의 구별과 착종

취업규칙의 실태에 대한 최근의 조사를 살펴보면 단체협약을 보유한 사업장에서는 모두 취업규칙을 작성하였고, 그 내용에 있어서 70% 이상의 사업장에서 단체협약과 취업규칙이 80% 이상 중복되고 있다고 한다.[341] 또한 단체협약과 취업규칙 간 상호 충돌 또는 중복하는 사항으로는 징계나 해고에

한다고 말할 수 없고, 근로자의 상벌 등에 관한 인사권은 사용자의 고유권한으로서 그 범위에 속하는 징계권 역시 기업운영 또는 노동계약의 본질상 당연히 사용자에게 인정되는 권한이기 때문에 그 징계규정의 내용이 강행법규나 단체협약의 내용에 반하지 않는 한 사용자는 그 구체적 내용을 자유롭게 정할 수 있고, 그 규정이 단체협약의 부속서나 단체협약 체결절차에 준하여 제정되어야 하는 것은 아니라고도 한다.(대법원 1994.9.30. 선고 94다21337 판결)

339) 대법원 1993.2.23 선고 92다40297 판결

340) 노동법실무연구회, 『근로기준법 주해 Ⅱ』(제2판), 박영사, 2020, 186-187면; 이철수, "단체협약상의 해고사유와 취업규칙상의 해고사유", 노동법률 42호, 1994)

341) 이정 · 박종희 · 하갑래(2009), 21면.

관한 사항, 임금에 관한 사항, 근로시간에 관한 사항 등의 순서로 중복이 발견되었다고 한다.

이에 따라 과반수 노동조합이 취업규칙의 불이익 변경에 동의하는 경우 이를 단체협약과 구별하는 문제가 발생할 수 있다.

판례는 "단체협약은 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준 등에 관한 사항을 정하는 협정으로서 서면으로 작성하여 노사 쌍방이 서명날인하여야 하고, 유효기간에 있어서 일정한 제약이 따르며, 원칙적으로 노동조합원 이외의 자에 대하여는 그 규범적 효력이 미치지 아니하는 것이고, 이에 비하여 취업규칙은 사용자가 근로자의 복무규율과 임금 등 당해 사업의 근로자 전체에 적용될 근로조건에 관한 준칙을 규정한 것을 말한다"[342]고 하여 단체협약과 취업규칙의 차이를 제시하고 있기는 하다. 또한 취업규칙 불이익변경의 특례조항의 위헌성이 다투어진 헌법재판소 결정에서도 소수의견은 "단체교섭이란 근로자 측과 사용자 측이 근로조건에 관하여 합의에 도달할 목적으로 회담 · 협상하는 것을 말하는 것으로 '교섭'이란 쌍방이 자율적 의사에 따라 양보를 거듭하면서 합의에 도달하려는 것이고, 취업규칙 불이익 변경(근로기준법 제94조)에서 말하는 동의는 사용자가 단순히 취업규칙을 변경하려는 이유 등을 근로자 측에 설명하고 그 동의를 얻는 것"으로서 양자는 구별되는 것으로 보아야 한다고 보고 있기도 하다.

그러나 과반수 노동조합의 동의를 통한 취업규칙의 불이익 변경에 있어서 단체협약을 통한 근로조건 불이익 변경의 법리[343]가 원용되기도 하고, 취업규칙의 불이익 변경에 대한 노동조합의 동의행위가 노동조합의 대표권한의 한계를 벗어난 것인지를 집단적 자치의 한계를 중심으로 검토하여야 한다는 견해[344]가 제시되기도 하고, 최근 선고된 대법원 전원합의체 판결도 "취업규칙의 불이익변경에 대하여는 단체협약보다 상위 규범인 법률에서 근로자의 집단적 동의권을 부여하고 있으므로, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경

342) 대법원 1997.4.25. 선고 96누5421 판결

343) 대법원 2010.1.28. 선고 2009다76317 판결 등

344) 김형배(2020), 9-12면.

하면서 근로자의 집단적 동의를 받지 않았다면 이를 원칙적으로 무효로 보되, 다만 노동조합이나 근로자들이 집단적 동의권을 남용한 경우에 한하여 유효성을 인정하는 것이 단체협약에 의한 노동조합의 동의권에 관한 위 대법원 판례의 태도와 일관되고 법규범 체계에 부합하는 해석이다."라고 밝히는 등[345] 취업규칙과 단체협약의 착종이 여러 측면에서 관찰된다.

2. 단체협약을 통한 불이익 변경의 소급적 동의

또한 사용자가 취업규칙을 불이익하게 변경하면서 근로자 집단의 동의를 받지 않았으나 이후 과반수 노동조합이 단체협약을 체결하면서 이를 소급적으로 동의하거나, 또는 불이익하게 변경된 취업규칙의 내용을 반영하여 단체협약을 체결한 경우 이를 소급적 동의로 보아 유효하다고 볼 수 있을지가 문제된다.

초기의 판례는 이를 민법상 무효행위에 대한 추인(제139조)의 문제로서 접근하였다. 근로자 집단의 동의를 받지 못한 취업규칙의 불이익 변경은 원칙적으로 무효로서 추인하여도 그 효력이 발생하지 않지만, 당사자(과반수 노조)가 그 무효임을 알고 추인한 때에는 새로운 법률행위가 되므로 유효할 수 있다는 것이다. 이러한 법리에 따라 판례는 과반수 노조가 단체협약을 체결하면서 불리하게 변경된 퇴직금 규정과 통일한 내용을 규정하였다고 하더라도, 노동조합이 단체협약의 체결 당시 이것이 무효임을 인식하고 있었다는 점을 인정할만한 증거가 없다면 이는 소급적 추인에 의해 유효하게 되었다고 볼 수 없다고 판시하였다.[346]

그러나 이후 1992년 전원합의체 판결은 "취업규칙의 불이익 변경에 있어 변경 후에 변경된 취업규칙에 따른 근로조건을 수용하고 근로관계를 갖게 된 근로자에 대한 관계에서는 당연히 변경된 취업규칙이 적용되는 것이고, 현행의 법규적 효력을 가진 취업규칙은 변경된 취업규칙이고 다만 기존근로

---

345) 대법원 2023.5.11. 선고 2017다35588, 2017다35595(병합) 전원합의체 판결
346) 대법원 1992.9.14. 선고 91다46922 판결

자에 대한 관계에서 기득이익침해로 그 효력이 미치지 않는 범위 내에서 종전 취업규칙이 적용될 뿐"이라고 판시함에 따라 무효행위에 대한 추인 법리를 적용할 여지가 사라지게 되었다.

이후의 판례는 "취업규칙 중 퇴직금 지급률에 관한 규정의 변경이 근로자에게 불이익함에도 불구하고 사용자가 근로자의 집단적 의사결정 방법에 의한 동의를 얻지 아니한 채 변경을 함으로써 기득이익을 침해하게 되는 기존의 근로자에 대하여는 종전의 퇴직금 지급률이 적용되어야 하는 경우에도 노동조합이 사용자측과 변경된 퇴직금 지급률을 따르기로 하는 내용의 단체협약을 체결한 경우에는, 기득이익을 침해하게 되는 기존의 근로자에 대하여 종전의 퇴직금 지급률이 적용되어야 함을 알았는지 여부에 관계없이 원칙적으로 그 협약의 적용을 받게 되는 기존의 근로자에 대하여도 변경된 퇴직금 지급률이 적용되어야 한다."[347]고 본다. 그러나 이러한 경우에도 구체적으로 지급 청구권이 발생한 임금이나 퇴직금은 근로자의 사적 재산 영역으로 옮겨져 근로자의 처분에 맡겨진 것이기 때문에 노동조합이 근로자들로부터 개별적 동의나 수권을 받지 않은 이상 이를 단체협약만으로 정할 수는 없다고 보고 있으며,[348] 이러한 집단적 동의의 한계는 취업규칙에 대한 소급적 동의에서도 유효하게 지켜져야 할 것이다.

3. 노사협의회와의 기능 중복과 역할 중첩

근로자참여법은 노사협의회 의결 및 협의 사항으로 사업장 내에 노사 간의 협조가 필요한 사항을 정하고 있어 취업규칙의 기재사항에 대해 근로자 집단의 의견을 듣도록 한 것과 기능적인 중복이 발생하고 있다.

이는 노사협의회 제도의 연혁에서도 발견되는데, 노사협의회법이 제정되기 이전인 1973년 개정 노동조합법(법률 제2610호)은 '사용자와 노동조합이 상호 협조로서 생산성의 향상을 도모하기 위하여' 노사 동수로 노사협의회를

347) 대법원 1997.8.22. 선고 96다6967 판결
348) 대법원 2000.9.29. 선고 99다67536 판결

설치하도록 하는 한편(구 노동조합법 제6조 제1항 및 시행령 제1조 제1항), 노사협의회 설치 의무가 처음 도입된 것은 1963.4.17. 노동조합법 개정(법률 제2610호)로서, 당시에는 '노사협조와 산업평화'를 그 설치 목적으로 하였다. 이와 함께 1973년 노동조합법은 "노사협의회는 단체협약 또는 취업규칙의 범위안에서 생산 · 교육 · 훈련 · 작업환경 · 불만처리 · 협의회의 운영등에 관하여 필요한 사항을 협의한다."는 규정을 두었는데(구 노동조합법 제6조 제2항).[349] 이후 1980년 노사협의회법(법률 제3348호)이 제정되면서 구 노동조합법 상의 노사협의회에 관련된 조항은 삭제되었고, 당시 노사협의회법은 협의사항을 생산성 향상 및 근로자 복지증진에 관한 사항, 근로자의 교육훈련에 관한 사항, 노사분규예방에 관한 사항, 근로자의 고충처리에 관한 사항, 안전 · 보건 기타 작업환경개선에 관한 사항, 기타 노사협조에 관한 사항으로 정하였다(제20조).

이처럼 초기의 노사협의회는 사업장 내에서 취업규칙의 협의기능을 보충하는 것으로 상정되었을 뿐만 아니라, 노사협의회의 협의사항(근로자참여법 제20조)에 있어서도 '직무 발명 등과 관련하여 해당 근로자에 대한 보상에 관한 사항', '사업장 내 근로자 감시 설비의 설치'에 관한 사항, '여성근로자의 모성보호 및 일과 가정생활의 양립을 지원하기 위한 사항', '직장 내 성희롱 및 고객 등에 의한 성희롱 예방에 관한 사항' 등이 입법을 통해 추가되는 등 취업규칙의 기재사항이 점차적으로 추가되어온 것과 같은 맥락에서 근로자 보호의 수단으로서 관념되고 있다.

또한 노사협의회 안건을 분석한 연구에 따르면 유노조 사업장에서는 복리후생, 임금관련 사항, 산업안전 및 보건에 관한 사항의 순서로 중요하게 다루어 졌으며, 무노조 사업장에서는 임금관련 사항, 복리후생, 산업안전 및 보건에 관한 사항의 순서로 중요하게 다루어지고 있는 등[350] 노사협의회를 통

---

349) 이후 1975년 노동조합법 개정(법률 제2706호)에서는 '협의회의 운영'에 대한 사항이 빠지고 '노사분규의 예방등'이 협의대상으로 추가되었다.

350) 이영면 외, 「노사협의회 운영실태조사 및 개선방안연구」, 고용노동부 연구용역 보고서, 2011, 374면.

해 근로조건에 대한 의사소통이 이루어지고 있음을 확인할 수 있어, 취업규칙과의 기능적 중복이 발생함을 확인할 수 있다.

한편, 낮은 노조조직률로 인하여 사업장 내에 과반수의 노동조합이 근로자 대표로서 활동하는 경우는 많지 않아 노사협의회의 근로자위원이 취업규칙의 의견청취 및 변경 등에 있어서 그 주체로 나서는 경우도 발생하고 있다.

판례는 "노사협의회는 근로자와 사용자 쌍방이 이해와 협조를 통하여 노사공동의 이익을 증진함으로써 산업평화를 도모할 것을 목적으로 하는 제도로서 노동조합과 그 제도의 취지가 다르므로 비록 회사가 근로조건에 관한 사항을 그 협의사항으로 규정하고 있다 하더라도 근로자들이 노사협의회를 구성하는 근로자위원들을 선출함에 있어 그들에게 근로조건을 불이익하게 변경함에 있어서 근로자들을 대신하여 동의를 할 권한까지 포괄적으로 위임한 것이라고 볼 수 없으며, 그 근로자위원들이 퇴직금규정의 개정에 동의를 함에 있어서 사전에 그들이 대표하는 각 부서별로 근로자들의 의견을 집약 및 취합하여 그들의 의사표시를 대리하여 동의권을 행사하였다고 볼 만한 자료도 없다면, 근로자위원들의 동의를 얻은 것을 근로자들 과반수의 동의를 얻은 것과 동일시할 수 없다."[351]고 밝히고 있다.

이러한 판례법리를 반대해석하면, 노사협의회의 근로자위원이 근로자들의 의견을 집약 및 취합하는 한편 이들의 의사표시를 대리 또는 위임받은 것으로 볼 수 있는 경우에는 근로자 과반수의 동의를 받은 것으로 볼 여지가 있게 된다.[352]

---

351) 대법원 1994.6.24. 선고 92다28556 판결

352) 이러한 취지에서 근로자들이 단위 부서별로 취업규칙 변경에 동의하고 이에 대한 의견개진을 노사협의회 근로자위원들에게 위임하였고, 이에 따라 각 기구별 또는 부서별 의견의 집약과 취합 및 근로자들의 위임을 받은 위 근로자위원들의 협의가 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자들의 자유의 의사에 따라 이루어진 것이라면 근로자 과반수의 동의가 있은 것으로 보지 못할 바 없다는 판결이 있다(대법원 1992.2.25. 선고 91다25055 판결).

제5절 소결론

이상의 내용을 통해 실제 취업규칙 제도의 운용실태와 관련된 판례법리를 살펴보았다. 그 결과 제도의 운용상 실효성과 법체계 내에서의 정합성에 있어서 많은 문제점이 발견된다.

먼저 취업규칙의 작성의무 자체는 상당부분 이행되고 있으나, 취업규칙 기새사항에 있어서 기재필요여부가 불명확한 사항들이 있고, 적용범위에 있어서도 고용형태별로 내용을 달리하는 경우가 많고 일부 부속규정의 경우 신고가 누락되는 경우도 많다. 또한 취업규칙의 작성절차에 대한 근로기준법상 규정은 규범적 타당성이 취약한 취업규칙의 위험성을 보완하는 제도적 장치이지만 판례는 이를 단속규정으로 파악하여 작성절차에 대한 규율이 실효성 있게 기능하지 못하고 있으며, 취업규칙의 내용에 대한 행정관청의 심사도 실질적으로 이루어지지 않고 있는 것으로 파악된다. 또한 취업규칙 해당성을 판단하는데 있어서 통일적인 기준이 제시되지 못하고 있어 노사당사자의 법적 안정성이 침해되고 있다.

또한 취업규칙 불이익변경에 대한 근로자 집단의 동의 실태에 있어서 법문이 요구하는 요건이 지켜지지 않고 있으며, 그 동의 주체 및 방식에 대한 판례법리는 점차적으로 완화되어 근로조건 대등결정과 근로자 보호라는 제도적 취지가 몰각되고 있을 뿐만 아니라,[353] 근로자 집단의 동의를 받지 못한 경우에도 예외적으로 그 효력을 인정하고 있다는 점에서 여전히 사용자에 의한 일방결정이 관철될 수 있다는 문제가 있다.[354]

또한 취업규칙은 다른 근로조건 결정 규범, 특히 단체협약과의 관계에 있어서 위계상의 혼란을 초래하고 있다. 물론 해석론을 통해 정합성을 기하는 것도 가능하겠지만, 여러 개의 근로기준이 존재하는 상황 자체가 노사 당사자들의 신뢰에 영향을 미칠 수 있어 결과적으로 노사관계의 안정성을 저해

---

353) 정인섭, “취업규칙의 불이익변경과 집단적 동의의 방법”, 노동법연구 제17호, 2004. 324면; 김홍영(2017), 159-161면; 신권철(2016), 29-34면.

354) 이철수(2006), 33면.

할 수 있다.[355] 또한 노사협의회와는 그 협의사항에 있어서 기능적으로 중복이 발생할 뿐만 아니라 집단적 근로조건 결정규범과 근로자 대표방식에 혼란을 초래하고 있다.[356]

355) 차동욱, "우리나라 근로자대표제도의 현황 및 향후 발전방향 논의에 관한 검토", 노동법포럼 34호, 2021, 337면.

356) 강성태(2015), 9면.

제5장 취업규칙 제도의 현대적 과제와 개선방안

제1절 취업규칙 제도의 현대화 필요성

I. 현행 취업규칙 제도의 후진성과 전근대성

앞선 내용을 통해 현재의 취업규칙 제도가 가지고 있는 이론적 · 실무적 문제점에 대해 비판적인 관점에서 재검토를 실시하였고, 그 결과 현재의 취업규칙 제도는 집단적 근로조건 대등결정의 원칙에 부합하지 않을 뿐 아니라 근로자 보호의 관점에서도 실효적으로 기능하지 못하고 있다는 점을 다시금 확인할 수 있었다. 같은 취지에서 현행 취업규칙 제도의 후진성을 비판하는 견해는 '현재의 취업규칙 제도는 사용자가 자신이 고용한 근로자들의 처우를 알아서 '잘'해 주면 된다는 전근대적 사고의 유산이자, 근로자를 '노동예속자'가 아니라 자율과 책임을 담지한 '노동시민'으로 재인식하는 현대 노동법의 원리에 어긋나며, 근로기준법 제4조가 선언한 근로조건 대등결정의 원칙을 스스로 거스르는 제도이자, 근로계약을 질식시키고 단체협약을 예속시켜 근로자들이 자신들의 근로조건을 스스로 결정하지 못하게 만들어 갈등의 근원지가 되어 법적 안정성을 해치고, 근로자의 단체교섭권을 사실상 무력화시키는 위헌적 요소를 안고 있다'는 표현으로 제도의 문제점을 간명하게 드러내고 있다.[357] 한때 우리의 취업규칙과 같이 근로조건의 일방결정이 인정되었던 과거 프랑스의 취업규칙 제도를 '20세기의 중세'(le Moyen Age au XXe siècle)와 같은 것이라고 부르며 비판하였던 견해도 이와 맥락을 같이한다.[358]

그럼에도 불구하고 취업규칙 제도의 개선을 위한 구체적인 움직임은 찾아

---

357) 박제성, 「근로자대표제도의 재구성을 위한 법이론적 검토」, 한국노동연구원, 2013, 68면.

358) M. Cohen. "Le règlement intérieur et le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise", Droit Social 1980, pp. 165-172.

보기 어렵다. 취업규칙을 둘러싼 실무상 쟁점과 판례법리에 대해서는 지금도 활발히 논의가 이루어지고 있으나, 정작 그 혼란의 원인이 되는 취업규칙 제도의 근본적 개선 시도는 정치권에서도, 그리고 노동계에서도 찾아보기 힘들다. 심지어는 현재의 근로기준법을 낡은 '공장법'에 비유하면서 개혁의 필요성을 주장하는 논자들도 정작 그 연원이 18세기에서 비롯되어 그대로 유지되고 있는 취업규칙 제도에 대해서는 별다른 문제의식을 느끼지 못하는 듯 하다.

어쩌면 취업규칙 제도가 지난 70년간 유지되어 오면서 이것이 "그 존재 자체에 대한 이의도 의구심도 허락하지 않는 신화(神話;myth)"[359]와도 같은 것으로 자리잡은 것은 아닐까. 프랑스의 기호학자 롤랑 바르트(Roland Gérard Barthes)는 현대사회에서의 신화는 '자연스러움으로 위장한 이데올로기'로서, 사회적 · 문화적 · 역사적 · 이데올로기적인 현상을 자연스럽고 당연한 것으로, 구체적이고 특수한 것을 보편적이고 일반적인 것으로 받아들여지게 한다는 점을 비판하였다.[360] 사용자에게 당연히 취업규칙의 작성권한이 인정된다고 보는 사고방식은 취업규칙 제도가 사실은 산업혁명기의 특수하고도 역사적인 산물이라는 점을 은폐하고, 근로자를 '사용자에 의해 통일적으로 규율되어야 하는 객체'로 바라보는 관념을 정당화하는 신화적 기능을 수행한다. 현실의 근로자들에게 '법과 국가는 멀고, 취업규칙은 몸에 걸친 옷처럼 가까운 것'[361]이라는 어느 사회학자의 지적은 사용자가 취업규칙을 일방적으로 작성하도록 하는 이상 그 작성절차 및 효력에 대한 법적인 규율이 이루어지는지와 무관하게 사업장에서 사용자의 사실적인 권한이 강화될 수 밖에 없다는

---

359) 이철수, "경영권이라는 신화를 넘어", 서울대학교 법학 제62권 제4호, 2021, 78-79면.

360) 롤랑 바르트의 신화비판에 대해서는 이승현, "신화 비판의 기호학과 조직의 신화 읽기", 인사 · 조직연구 제17권 1호, 2009, 82-86면; 정철용, "현대의 신화, 뒤집어 읽기 – 롤랑 바르트의 <신화론>", 오마이뉴스 2004-03-09; https://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0000173440 (최종접속 : 2023.7.31.)

361) 김동춘, "법은 벌고, 취업규칙은 가깝고 – 다이소의 경우", 시민언론 민들레, 2023-05-13; https://www.mindlenews.com/news/articleView.html?idxno=3121 (최종접속 : 2023.7.31.)

점을 보여준다.

II. 취업규칙 제도를 둘러싼 사회경제적 환경변화

또한 취업규칙 제도가 형성·전개되던 20세기의 초반과 오늘날 21세기의 사회경제적 환경과 노사관계의 실태에는 현격한 변화가 있었고, 이에 따라 근로조건 결정 및 근로자 이해대변 시스템에도 많은 변화가 요구되고 있으나 과연 전근대적인 취업규칙 제도가 이러한 요청에 부응할 수 있는지에 대해서 의문이 제기되고 있다. 관련된 선행연구에서 파악하는 사회경제적 환경변화와 취업규칙 제도의 한계를 간략히 소개하면 아래와 같다.

1. 고용형태의 다변화와 근로자 집단의 분절

1970년대 이후 오일쇼크와 신자유주의 사조의 영향으로 '전일제로, 기간의 정함 없이, 사용자와 직접 근로관계를 맺는' 표준고용관계(Standard Employment Relations, SER)에서 벗어난 비정규직 근로자의 규모가 큰 폭으로 증가하게 되었고, 이에 따라 표준고용관계를 상정하고 만들어진 노동법의 규제 방법의 타당성이 의심받게 되었다. 또한 기업경쟁력 확보를 위한 노동비용절감을 위해 사업의 외주화 등의 외부 노동력으로 인하여 사업장의 균열이 발생할 뿐만 아니라. 글로벌 경제 환경 속에서 국경을 넘는 기업 간 경쟁과 상품과 자본의 국가 간 이동 장벽의 제거 등 노동시장을 둘러싼 외부환경의 변화는 이러한 경향을 가속화시키고 있다.[362]

현재 전체 근로자 중 표준고용관계에 해당하는 정규직 근로자는 62.5%, 비정규직 근로자는 37.5%로 파악되는데,[363] 정규직 근로자 중에서는 남성이 61% 여성이 39%, 비정규직 근로자 중에서는 남성이 44.8% 여성이 55.2%로

---

362) 이승욱, "분절된 노동시장 극복을 위한 새로운 법규범의 모색", 법과사회 제56호, 2017, 160면

363) 한국노동연구원, 「2022 KLI 비정규직 노동통계」, 2022, 7-13면.

나타나 고용형태에 있어서 성별의 분화가 관찰되고 있다. 이처럼 근로자 집단의 분절이 발생함에 따라 사업장 내에서도 근로자 집단 간의 이해관계를 공정하게 조정하고 의견을 반영하는 것이 중요한 과제로 등장하게 되었다.

그러나 현재의 취업규칙 제도는 근로자 집단의 동질성을 전제로 설계된 것이어서, 고용형태 또는 직급별/직무별로 취업규칙의 적용범위를 달리 작성하여 근로조건 체계가 이원화 되어 있는 경우 그 불이익변경에 있어서 동의주체의 모집단에 있어서 해석상의 논란이 발생할 수 밖에 없다.

2. 노동조합의 대표성 저하

한편 노사관계에 있어서도 노동조합 조직률이 수십 년째 10%대에 머무르고 있어 집단적 협약자치를 통한 근로조건 유지개선에도 뚜렷한 한계를 보이고 있다. 2021년의 전국노동조합조직현황 자료에 따르면, 노동조합 조직률은 전체 근로자의 14.2%이지만, 민간부문 조직률은 11.2%인 반면 공공부문 조직률은 70.0%로서 상당히 큰 격차를 보였다.

또한 기업 규모별로 보면 300명 이상 기업의 조직률은 46.3%인 반면, 100~299명 이상 기업에서는 6.5%, 30~99명 사업체에서는 1.6%, 30명 미만 기업에서는 0.2%에 불과하다. 고용형태별로도 노동조합 조직률에 심각한 격차가 발견되는데, 고용노동부의 2022년 고용형태별 근로실태조사에 따르면 표본사업장에서 정규직 근로자의 조직률은 13.5%이지만 비정규직 근로자의 조직률은 0.7%로서, 그 중에서도 파견근로자의 조직률은 1.7%, 기간제근로자의 조직률은 1.6%에 불과하다. 통계청의 경제활동인구조사 근로형태별 부가조사에서 정규직 조직률은 17.8%, 비정규직 조직률은 3.3%에 불과한 실정이다.[364] 이와 같은 고용형태에 따른 노동조합 조직률의 격차는 실제 두 집단 간의 임금격차를 확대하여 노동시장의 이중구조를 심화시키고 있을 뿐만 아니라, 사업장 단위에서 대기업 · 정규직 중심으로 근로조건의 결정이 이루어지는 상황에서 노동조합이 전체 근로자들의 이해를 대변하는 데 한계가 드

364) 한국노동연구원, 「2022 KLI 비정규직 노동통계」, 2022, 77면

러난다.[365]

이처럼 근로기준법은 과반수 노동조합을 1차적인 근로자의 이해대변주체로 상정하고 있지만, 낮은 노조조직률을 고려하면 300인 미만 사업장에서는 과반수 노동조합의 존재를 상정하기 힘든 실정이고, 결국 노동조합이 아닌 불이익변경 시점에 일시적으로 파악되는 '근로자 과반수'에 의한 근로조건 결정이 이루어진다는 문제가 있다.

3. 산업구조의 변화

역사적으로 볼 때 취업규칙은 산업혁명기 대공장의 출현과 함께 등장하여 사업장에서의 근로조건과 직장질서를 통일적으로 규율하는 기능을 담당하였고, 노동입법 또한 제조업의 근로형태를 표준적인 것으로 삼아 임금과 근로시간에 대한 규율을 설계하였다.

그러나 한 국가의 경제발전이 성숙단계에 진입하게 되면 경제발전 초기에 높았던 농림어업과 제조업의 비중이 서비스업의 비중으로 이행하는 탈공업화 내지 '경제의 서비스화' 현상이 발생하게 되고,[366] 이에 따라 사무직 근로자의 비중도 제조업 근로자의 비중을 추월하게 되었다.이러한 산업구조의 변화는 종전의 고용관행과 연공 임금체계에 대한 재검토 뿐만 아니라 채용방식의 다양화, 성과주의 인사관리의 도입, 근로시간과 장소에 있어서의 인사관리방식의 변화 등의 현상을 촉발하게 되었다.[367]

4. 근로조건 결정의 개별화

이러한 산업구조변화와 함께 IMF 이후 장기고용체제가 붕괴되면서 외부노

---

365) 김훈 · 박종희, "종업원대표제 재구축의 필요성과 기본방향", 산업관계연구 제21권 제2호, 2011, 26면.

366) 전수민, "산업구조변화가 고용 및 생산에 미치는 영향", 유라시아연구 제18권 제3호, 2021, 241면

367) 김재훈, "한국의 근로계약법제의 현황과 과제", 노동법학 제32호, 2009, 156면.

동시장의 이동이 활성화됨에 따라 최근에는 종래 연공서열적 인사관리에서 연봉제로 대표되는 개인의 능력과 성과에 기초한 성과주의형 인사관리의 비중이 높아지고 있다.[368]

특히 사무직 근로자를 중심으로 하여 근로조건을 개별적으로 결정하는 움직임이 많아지고 있는데, 이러한 상황은 조합원을 동질적 · 집단적으로 파악하여 평등한 근로조건 결정을 주안점으로 해 온 노동조합의 역할에 수정을 요구하게 될 뿐만 아니라,[369] 사용자와 근로자 사이의 근로계약에 있어서 근로자의 진의가 왜곡될 가능성을 의심하여 집단의사의 우위를 전제로 설계된 노동법의 전통적 규율체계에 대한 개선 필요성이 제기되기도 한다.[370]

또한 기업 내에서 구성원간의 유기적인 협력 보다는 경쟁의 심화가 되어 조직의 전체적인 효율성을 떨어트릴 수 있기 때문에, 이 과정에서 공정한 인사관리의 기준 확립과 함께 근로자 집단의 의사를 반영하여 인사관리제도의 수용성을 높일 필요성이 제기된다.[371]

5. 근로조건 규율의 탄력화와 유연화

한편 앞서 언급한 사회경제적 환경변화로 인하여 기존의 강행적이고 일률적인 근로기준의 적용체계를 탄력화 · 유연화 할 필요성이 제기되기도 한다. 이는 단순히 사용자의 경영상 요청에서 비롯된 것 뿐만 아니라 최근의 코로나19 사태와 같은 급격하고 거시적인 사회환경의 변화 내지 근로자의 생활환경 및 인생관의 변화, 다양한 근로방식의 등장 등의 필요성에서 비롯되는 현상이다.[372]

그러나 취업규칙은 근로자 보호의 필요성을 고려하면 유연하게 운영되기 힘든 제도이고, 또한 한번 작성된 취업규칙은 단체협약과 달리 별도의 유효

368) 김훈 · 박종희(2011), 31면.
369) 이철수(2018), 216면.
370) 이철수(2006), 26면.
371) 김훈 · 박종희(2011), 33-34면.
372) 이철수(2006), 7면.

기간이 정해져 있지 않고[373] 계속적으로 적용될 것이 예정되어 있어 사회경제적 환경 변화에 대응하기 어렵다. 따라서 판례는 취업규칙에 있어서 구체적 타당성을 확보하기 위해 사회통념상 합리성 법리라는 무리한 법해석을 시도하기도 하였다.

III. 취업규칙 제도 현대화의 기본방향

이처럼 현재의 취업규칙 제도는 이론적 · 실무적 문제점과 한계를 드러내고 있는데, 그렇다면 취업규칙 제도를 폐지하고 작성되어 있는 모든 취업규칙을 무효화 하는 것이 바람직한 해결책이 될 수 있는가? 우리 노사관계에서 취업규칙이 갖는 비중을 고려하면 이는 현실적인 방법도 아닐 뿐 더러 근로자 보호의 관점에서도 바람직하지 않다. 집단적 근로조건 대등결정의 1차적 실현주체인 노동조합의 역할이 미미한 상황에서 근로조건의 결정이 개별 근로계약을 통해 주로 이루어지게 되고, 그 결과 근로조건의 불이익변경 등의 국면에서 우월한 지위에 있는 사용자에 의하여 근로조건이 사실상 일방적으로 결정되는 문제가 마찬가지로 발생할 수 있기 때문이다.

이러한 점을 고려하면, 취업규칙 제도의 개선을 검토하는데 있어서는 집단적 근로조건 대등결정의 원칙을 그 기본방향으로 하여 제도 개선을 모색하는 것이 필요하다고 본다. 개별적 근로조건 결정 과정에서 근로자의 진의(眞義)가 왜곡될 수 있는 위험성을 집단적 의사형성을 통해 극복할 수 있을 뿐만 아니라, 인적 · 물적 조직의 유기적 결합체인 사업을 운영하는데 있어서

---

373) 노동조합법 제32조는 단체협약의 유효기간은 3년을 초과하지 않는 범위에서 노사가 합의하여 정할 수 있도록 하여 그 유효기간의 상한을 강행적으로 정하고 있는데, 이처럼 단체협약의 유효기간을 정하는 취지는 "단체협약의 유효기간을 너무 길게 하면 사회적·경제적 여건의 변화에 적응하지못하여 당사자를 부당하게 구속하는 결과에 이를 수 있어 단체협약을 통하여 적절한 근로조건을 유지하고 노사관계의 안정을 도모하려는 목적에 어긋나게 되므로, 유효기간을 일정한 범위로 제한함으로써 단체협약의 내용을 시의에 맞고 구체적인 타당성이 있게 조정해 나가도록 하자는 데" 그 의의가 있다(대법원 2015.10.29. 선고 2012다71138 판결).

근로자 집단의 참여를 높여 장기적으로는 기업 내 제도의 수용성과 생산성을 높일 수 있기 때문이다.

다만 현재의 상황에서는 이를 실질화하기 위해서는 노동조합을 중심으로 하는 협약자치를 강화하거나 상설적인 법정 근로자 대표기구의 구축 내지 강화가 그 전제로서 선행되어야 하는 측면이 있으므로, 단기적인 관점에서는 현행 취업규칙 제도의 운용상 실효성과 합리성을 확보하기 위한 제도적 방안도 함께 고려할 필요가 있다.

제2절 비교법적 검토

취업규칙 제도의 현대화 방안을 구체적으로 제시하기에 앞서, 우리 취업규칙 제도에 많은 영향을 주었던 해외의 입법례들이 어떠한 방향으로 발전하였는지를 확인할 필요가 있다. 이는 현재 우리의 취업규칙 제도가 현대적 관점에서는 보편적이지 않다는 점을 보여줄 뿐만 아니라, 앞으로 취업규칙 제도의 개선방향과 구체적 방안에 있어 유의미한 시사점을 제공할 수 있기 때문이다.

I. 사업장협정으로의 전환 : 독일의 사례

1. 사업장협정 제도의 도입 배경

2차세계대전이 끝난 후 설립된 독일연방공화국은 “근로조건 및 경제조건의 유지 및 개선을 위한 단체를 결성할 권리는 모든 개인과 직업에 보장된다”는 점을 기본법에서 선언하였고(독일기본법 제9조 3항), 이에 따라 단체협약법이 1949년에 제정되고 독일노동조합총연맹(DGB)이 결성되어 협약자치를 통한 근로조건 규율이 노사관계의 기본원칙으로 자리잡게 되었다. 한편, 독일에서는 산업별 노동조합 등의 초기업 노조 조직의 전통이 자리잡게

되어 단체협약 또한 초기업 단위로 적용되었는데,[374] 이에 따라 사업장의 특유한 사항에 대해서는 1952년 제정된 사업조직법(Betriebsverfassungsgesetz)[375]에서 근로자대표를 통한 사업장 내 공동결정제도를 활용하여 논의하도록 하고 있으며, 이는 단체협약 제도와 함께 집단적 노사관계법의 핵심 내용으로서 직장 내 전방위 의사소통의 창구로서 중요하게 활용되고 있다.[376]

이에 따라 독일은 과거 취업규칙에서 정하던 사업장 내 근로조건 등의 주요 사항을 사업조직법(Mitbestimmungsgesetz;상시 5인 이상 근로자를 사용하는 사업에 적용)을 통해 근로자대표위원회와 공동으로 결정하도록 하고 있다.

2. 사업장협정의 체결 주체

먼저 사업조직법은 공동결정의 주체인 근로자대표위원회의 선출에 대해서도 상세한 규정을 마련하고 있는데, 근로자대표위원회는 최소 5인 이상의 근로자가 위원 선거권이 있고 그 중 3명의 근로자가 피선거권이 있는 사업에서 구성되어야 한다(제1조 제1항). 근로자대표위원의 임기는 4년으로, 선거도 통상적으로 4년마다 행해진다(제13조 제1항). 근로자대표위원회를 구성하는 위원의 숫자는 사업장별 근로자 규모에 따라 달라지며(5~20인 사업장에서는 1명, 21~50인에서는 3명, 51~100인에서는 5명과 같이 점차적으로 증가), 이는 직접 비밀선거에 의해 구성되며(제14조 제1항), 선거권이 있는 근로자와 사업 내 조합원이 있는 노동조합은 근로자대표위원회 입후보자를 추천할 수 있다(제14조 제3항). 근로자대표위원회는 가능한 한 사업 내에서 업무를 수행하는 다양한 고용형태와 조직범위에 있는 근로자로 구성되어야 하며, 3인

374) 박귀천, “최근 독일 단체협약법 변화의 내용과 의미”, 노동법연구 제44호, 2018, 152면

375) 이하 사업조직법의 내용에 대해서는 한국노동연구원, 「독일 노동법전」, 2013의 번역을 참조하였다.

376) 박지순, “노동시장의 변화와 독일 공동결정제도의 대응”, 노동정책연구 2001년 가을호, 2001, 108면

이상의 위원으로 구성되는 경우 소수에 해당하는 성별은 그 비율에 따라 대표되어야 한다(제15조).

3. 사업장협정의 대상사항

법률 또는 단체협약상의 규정이 없는 한, 아래 각 호의 사항은 근로자대표위원회와 사용자의 합의에 의하여 결정되어야 한다. 사용자와 근로자대표 간에 체결한 사업장협정(Betriebsvereinbarung)은 공동으로 결의하여 서면으로 작성되어야 하고, 양 당사자들의 서명이 있어야 한다. 그리고 사용자는 서면합의를 사업 내의 적당한 장소에 게시하여야 한다(제77조 제2항). 이에 대해 합의가 이루어지지 않은 경우, 중재위원회[377] 결정이 사용자와 근로자대표위원회 간의 합의를 대체한다(사업조직법 제87조 제1항 및 제2항).

- 사업 내의 질서유지 및 사업 내 근로자의 행동(Verhaltens)에 관한 문제
- 휴게시간을 포함한 1일 근로시간의 개시와 종료, 각 주별 근로시간의 배분
- 사업 내 통상적인 근로시간의 일시적 단축 도는 연장
- 임금지불의 시기, 장소, 방법
- 연차유급휴가에 대한 일반적 원칙 및 휴가계획의 수립, 사용자와 해당 근로자 간에 합의가 이루어지지 않는 경우 개별 근로자의 휴가시기에 대한 결정
- 근로자의 행동 또는 근로제공을 감독하기 위한 기술적 시설의 도입 및 사용
- 산업재해 및 직업병의 예방, 법률상의 규정 도는 재해예방규칙 내의 건강보호에 관한 규정
- 사업, 기업 또는 기업결합(콘체른)으로 적용범위가 제한되는 복리후생시

377) 사업조직법상 중재위원회(Einigungsstelle)는 사적인 중재 기구로서, 중재위원회는 사용자와 근로자대표위원회가 임명한 동수의 배석과 양 당사자의 합의로 정한 1명의 중립적인 의장으로 구성되며, 의장이나 배석자의 수에 대한 합의가 이루어지지 못한 경우에는 노동법원이 이에 개입한다(박귀천(2014), 85면)

설 또는 제도의 형태, 내용 및 관리
- 근로관계의 존속을 고려하여 근로자에게 임대되는 주택의 할당, 해지 및 일반적인 이용조건의 결정
- 사업 내 임금형태에 관한 문제;특히 임금계산원칙의 수립, 새로운 임금계산방법의 도입 및 적용과 변경
- 성과급 및 이와 유사한 실적에 따른 임금에 대한 정함
- 사내 제안제도(betriebliche Vorschlagswesen;기술향상 등에 대한 근로자들의 제안과 그에 대한 보상 등)에 대한 원칙
- 그룹작업(Gruppenarbeit;독자적인 재량과 책임을 바탕으로 한 협업)의 실시에 관한 원칙

이외에도 채용, 전직, 임금등급의 재분류 및 해고에 있어 인력선발에 관한 기본지침은 근로자대표의원회의 동의를 요하고(제95조 제1항), 사업 내 직업교육의 실시(제98조 제1항), 근로자대표위원회 위원의 해고 및 전직(제103조 제1항 내지 제3항)에 대해서는 근로자대표위원회의 동의가 필요하다. 또한 근로자가 인간다운 근로형태에 대한 노동학술상 확립된 인식에 명백히 반하는 작업장, 작업공정 또는 작업환경의 변경에 의해 특별한 방법으로 부담을 받게 되는 경우, 근로자 대표는 그 부담의 회피 및 완화 또는 조정을 위한 적절한 조치를 요구할 수 있고, 이러한 요구에 대해서 사용자는 합의하여야 한다(제91조).

또한 사용자와 근로자대표는 산업재해 및 건강침해를 예방하기 위한 추가적 조치, 사업 내 환경 보호조치, 복리후생시설의 설치, 재산마련을 지원하기 위한 조치, 외국인 근로자와의 융화 및 사업 내에서의 인종차별과 외국인에 대한 적대감의 극복을 위한 조치 등에 대해서 서면합의로서 임의로 정할 수 있다(제88조).

다만 단체협약상의 규율이 있거나 통상적으로 단체협약에 의해 규율되는 임금 기타 근로조건은 단체협약에서 이에 대한 보충적인 서면합의의 체결을 허용하지 않는 이상 사용자와 근로자대표위원회 간의 서면합의 대상이 될

수 없다(제77조 제3항).

4. 사업장협정의 효력

사업장 협정은 근로자에게 직접적이고 강행적인 효력(unmittelbar und zwingend)을 가지며, 사업장협정에 따른 근로자의 권리가 인정되는 경우 이를 포기하는 것은 근로자 개인의 동의가 아니라 근로자대표위원회의 동의에 의해서만 허용된다(제77조 제4항).

또한 연방노동법원은 사업장협정을 집단적 노사관계법 상의 규범계약(Normenvertrag)으로 인정하면서도, 이는 단체협약만큼 자치적인 규범은 아니기 때문에 법원의 내용심사를 피할수 없고 법원에 의한 내용통제가 가능하다고 보아, 사업장협정에 대해서는 비례의 원칙에 따른 공정성 심사가 이루어지고 있다고 한다.[378] 또한 사업장협정과 근로계약의 관계에 대해, 독일 연방노동법원은 유리한 조건 우선의 원칙이 적용되어 개별 근로계약이 보다 유리한 경우 사업장 협정에서 정한 내용이 아니라 근로계약이 우선적용된다고 보고 있다.[379]

II. 취업규칙 대상사항의 축소 : 프랑스

1. 제도 개선의 배경

당초 프랑스에서도 우리와 같이 취업규칙(règlement intérieur)을 통한 사용자의 근로조건 일방결정이 허용되었으나, 1960년대 이후 이러한 취업규칙의

---

378) BAG v. 30.1.1970, AP Nr.142 zu § 242 BGB Ruhegehalt; 이에 대한 설명은 정영훈, “취업규칙의 불이익변경에 관한 일고찰”, 노동법학 제31호, 2009, 189-194면.

379) 다만 이에 따라 사업장협정이 무효가 되는 것은 아니고, 문제가 되는 근로자에 대한 적용이 배제될 뿐이라고 한다. 박귀천(2016), 7-19면;정영훈(2009), 188면; BAG 1987.8.18. - 1 AZR 30/86; BAG 1992.1.12. - 1 AZR 260/92.

역할이 증대되는 반면 그 법적 성질에 대한 논란과 비판이 이어지게 되었다.[380] 결국 1982년 노동법 개정(오루법;La loi Auroux)을 통해 단체협약을 통해 정할 수 있는 사항과 취업규칙을 통해 정할 수 있는 사항이 분리되었고, 이것이 현재의 취업규칙 제도로 이어져오고 있다.

당시 노동부 장관인 오루(Auroux)의 이름을 딴 1982년의 노동법 개정은 산업수준과 기업수준의 단체교섭을 의무화함으로써 협조주의적 노사관계를 형성하고, 사업장 내의 현안을 다룰 수 있는 분권주의적 단체교섭구조형성을 목표로 하는 것이었다.[381] 법개정에 앞서 1981년 9월 노동부에서 작성한 보고서는 '모든 근로자가 기업 내에서도 완전한 시민권'과 '근로조건에 대한 근로자의 표현의 권리'를 누려야함을 천명하면서, 사용자가 취업규칙을 통해 무제한적이고 임의적인 징계권 행사가 가능하다는 점을 지적하는 한편 취업규칙의 작성 절차를 재검토하며 그 규율사항도 기업운영에 필요한 위생과 안전, 적정성이 유지되는 징계로 한정하는 것을 제안하였다.[382] 또한 동 보고서는 사업장 내에서의 대화를 촉진하는 것이 효율성을 제고할 수 있다는 점을 강조하면서, 사업장 내의 근로자대표제도와 사업장 협정의 개선방안도 제안하였다.

오루법은 당시 프랑스 노동법전의 3/4 이상을 개정할 정도로 방대한 내용을 담고 있었는데, 그 주요내용은 사용자와 노동조합이 기업내부에서 의무적 단체교섭을 법제화하면서, 임금의 경우 1년단위로, 직무등급 분류에 대해서는 5년 단위로 교섭하도록 하였다. 또한 이에 대해 기업별 교섭이 조합원 50% 이상의 지지가 있는 경우 상위규범인 부문별 협약의 내용을 번복할 수 있도록 하는 개방조항을 삽입하였다. 또한 오루법은 기존의 기업위원회와 보건안전위원회의 권한을 강화하는 한편, 의사표출모임(groupe d'expression)를 설치하고 근로자들의 회합을 개최하도록 하였다.

---

380) G. Lyon-Caen, ibid. pp.247-249.

381) 서환주, "오루법 도입이후의 프랑스 노사관계의 변화 : 새로운 조절양식의 탄생인가 아니면 국지적 변화인가?", 산업관계연구 10권 1호, 2000, 189면.

382) Jean Auroux, 「LES DROITS DES TRAVAILLEURS:Rapport au President de la Republique et au Premier ministre」, 1981, pp. 7-8.

2. 취업규칙의 대상사항 축소

취업규칙과 관련하여서는 1982년 8월 4일자 법률(기업 내 근로자들의 자유에 관한 법률)[383]을 통해 개정이 이루어졌는데, 이는 상시 20인 이상의 근로자를 사용하는 사업장에 취업규칙의 작성을 의무화하는 한편, 취업규칙을 사용자가 기업 또는 사업장의 위생과 안전 및 징계와 관련하여 '한정적으로'(exclusivement) 작성하는 서면문서로 정의하고, 근로자의 방어권에 대한 사항을 기재하도록 했다, 반면 법령에 반하는 사항과 기업 또는 사업장에 적용되는 협약에 반하는(contraire) 사항은 취업규칙에 담을 수 없도록 했고, 개별 근로자 및 근로자 집단의 자유, 그리고 수행해야 하는 작업의 성격과 목적에 비례하지 않는 제재, 차별적 규정을 담지 못하도록 하였다.

3. 취업규칙의 작성절차

노동법전에 따르면, 사업장규칙은 사용자가 사용자는 사업장 내의 안전과 보건에 관한 사항, 근로자의 행태와 제재에 관한 사항에 대해 사용자가 작성하는 문서로서, 50인 이상의 근로자를 사용하는 사용자에게 작성의무가 부여된다(L1311-2 및 L1321-1). 이처럼 사업장규칙의 기재사항을 열거한 것은 1982년 오루법 개정을 통해 노동조합이 단체협약의 대상으로 삼는 사항을 사용자가 권한을 행사하여 결정하지 못하도록 하는 취지이며,[384] 근로계약에서 정해져야 할 사항(예컨대 임금, 초과근무, 유급휴가 등)을 사업장 규칙으로 정하는 것 또한 금지되므로,[385] 단체협약 및 근로계약과의 관계에서 사업장규칙은 효력이 없다.

또한 사업장규칙은 노동법전 L1332-1에서 L1332-3이 제시하는 징계에 대

---

383) Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise

384) J. MOULY et Y. CHALARON(2015), 40.

385) J. MOULY et Y. CHALARON(2015), 81.

한 절차적 보호규정을 준수하여야 하고, 직장내 성희롱과 괴롭힘, 내부고발자 보호에 대한 내용에 부합하여야 한다(L1321-1). 또한 이는 법령 또는 단체협약에 어긋나서는 안되며, 근로자의 개별적 또는 집단적 자유를 제한하거나 차별적인 내용이 담겨서는 안된다(L1321-3). 또한 사업장규칙의 내용이 위 법령에 어긋나는 경우 근로감독관은 이에 반하는 조항의 철회 또는 수정을 요구할 수 있다(L1322-1).

사업장규칙은 이에 대한 사업장의 사회경제위원회(comité social et économique)[386]의 의견을 제출하도록 한 후에만 도입 · 변경할 수 있고, 사용자는 이를 근로자들에게 알림과 동시에 사회경제위원회의 의견을 첨부한 사업장규칙을 근로감독관에게 제출하여야 한다(L1321-4).

또한 사업장 규칙을 노동재판소 및 행정관청에 제출하여야 하며, 사업장에서 일하는 모든 근로자가 볼 수 있는 곳에 게시하여야 한다. 또한 그 내용에 대해서는 행정관청의 변경명령이 가능하며(L1322-1), 고용재판소(conseil de prud'hommes)는 개별적 노동분쟁과 관련하여 관련 법령에 어긋나는 취업규칙의 내용에 대해 근로감독관과 사회경제위원회의 구성원에게 통지하여야 한다(L1322-4).

노동법전은 사업장규칙의 법적 성질과 효력에 관련된 명시적인 규정은 두지 않고 있는데, 1982년 법개정 이전에는 19세기 후반의 Sabot 판결 등을 통해 취업규칙의 계약적 성격이 인정되었고, 쟁의행위 중에는 취업규칙의 적용이 중단된다는 파기원 판결도 이를 뒷받침하였다.[387] 다만 1982년 법개정 이후에는 사업장규칙의 일방적 성격이 확인되고 그 내용에 대해서도 많은 제한이 이루어지게 되면서, 이것이 입법자로부터 '규범적 규율권한의 위임'으로서의 성격이 보다 인정되고,[388] 파기원도 사업장규칙이 '私法을 규율하는

---

386) 사회경제위원회는 11인 이상을 사용하는 사업장에 설치하도록 되어 있다(L2312-1) 이는 사용자와 근로자위원으로 구성된 대표기구로서, 근로자위원의 임기는 4년이고, 그 대표단의 규모는 사업장 규모에 비례하여 법령으로 정하고 있다.

387) Soc. 4 July 1972, JCP 1973. II. 17464

388) A. Supiot, "La réglementation patronalede l'entreprise", Droit Social 1992 No.3,

행위'(acte réglementaire de droit privé)로서 구속력을 가진다고 밝히고 있다.[389]

4. 징계에 대한 보호 강화

한편 1982년의 법 개정을 통해 사업장규칙을 통한 근로조건 결정을 배제하여 이를 복무규율의 확립수단으로서 활용하도록 하고, 징계에 대한 별도의 정의를 통해 사용자의 징계권을 법적으로 승인하는 대신 근로자 보호를 위해 이에 대한 근로자의 방어권에 대한 규율을 확대하였다.

이에 따르면 징계란 사용자가 부당하다고 판단한 근로자의 행위에 대하여 구두 경고 이외에 근로자의 고용, 직무, 경력 또는 보수에 대하여 영향을 미치는 것으로서(L1331-1), 근로자에게 제기된 문제행위에 대하여 문제 제기 당시에 서면으로 통지하지 않으면 어떠한 제재도 가할 수 없다(L1332-1).

사용자가 근로자를 징계하는 절차로서, 사용자는 근로자에게 면담의 목적을 고지한 후 근로자를 소집하여야 하고, 이때 소집된 근로자는 동료 근로자와 동석할 수 있고, 사용자는 면담 중 예정된 징계의 근거를 명시하고 근로자에게 설명을 요구한 후에 징계할 수 있다(L1332-2). 또한 벌금과 같은 금전적 제재는 금지된다(L1332-1).

III. 노사협의회와의 합의 및 작성 절차 강화 : 벨기에

1. 기존 취업규칙법의 대체

벨기에에서는 우리 근로기준법상의 취업규칙 제도와 유사한 1896년의 취업규칙법(Loi du 15 juin 1896 sur les règlements d'atelier)이 취업규칙 제도의 근거로 활용되었으나, 2차대전 직후인 1948년에는 경제조직에 관한 법률(Loi

---

1992, pp.217-218:J. MOULY et Y. CHALARON(2015), 160

389) Cour de Cassation, Chambre sociale, du 25 septembre 1991, 87-42.396

du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie)이 제정되었고. 동법 제15조 제1항은 사용자 대표와 근로자 대표로 구성되는 노사협의회(Conseils d'entreprise)를 통해 취업규칙의 작성 및 변경이 이루어지도록 하였다(d호). 이후 1965년에는 취업규칙법(Loi du 8 avril 1965 instituant les règlements de travail)을 새로이 제정하여 1896년의 취업규칙법을 대체하게 되고, 이 법이 현행 취업규칙 제도의 규율 근거가 되고 있다.

2. 취업규칙 작성의무와 효력

현행 1965년 취업규칙 법에 따르면, 취업규칙은 근로계약을 체결하여 근로자를 사용하는 모든 사용자[390]에게 원칙적으로 작성의무가 부여되고(제1조 및 제4조 제1항), 이때 취업규칙에 기재되어야 하는 사항들은 다음과 같다(제6조)

- 업무의 시작 및 종료시간, 휴식시간, 교대근무에 관한 사항, 파트타임 근로자의 근로시간,
- 보수를 결정하기 위한 감독 및 평가 방법
- 보수의 지급 방식, 기간 및 장소
- 법원 및 재판소의 재량권을 조건으로 유예기간 및 해고수당 없이 근로계약을 파기할 수 있는 중대한 사유 및 해고유예기간
- 징계에 관한 사항
- 감독관(personnel de surveillance)의 권리와 의무
- 형사처벌조항 및 그 대상, 벌금의 액수 및 용도와 형사처벌사항에 대해 근로자가 이용가능한 소송의 종류
- 연차휴가기간, 휴가 할당 방법 또는 이를 규정하는 법적 근거가 되는 기준, 그리고 전체연차휴가가 있는 경우 그 날짜

390) 공공부문도 적용대상에 해당한다고 한다(법제처 법령정보관리원, 「벨기에 취업규칙」, 2016, 7면.)

- 산업재해 방지 및 근로자보호 위원회 및 노사협의회(conseil d'entreprise) 구성원의 성명, 그리고 노동조합 대표의 성명
- 근로자 보호에 관한 법령 내용의 시행을 감시하는 감사원(services d'inspection)의 주소 및 성명
- 회사 내/외에서 근로조건을 규율하는 단체협약
- 훈련에 대한 권리
- 고용관계와 관련된 사회기여금을 징수하는 사회보장기관

취업규칙이 법규상의 절차를 준수하여 작성되는 경우, 근로자와 사용자는 취업규칙의 내용에 구속(liés) 된다(제4조 제2항). 다만 취업규칙은 법령이나 단체협약에 반하여서는 안되고, 취업규칙의 효력이 인정되기 위해서는 근로자에게 그 사본이 제공되어야 하며, 취업규칙의 변경에 대해 사용자가 적법한 변경절차를 밟지 않는 경우 이는 근로자에 대하여 효력이 없다(4조 제3항). 또한 법령 등에 위반되지 않는 범위 내에서, 취업규칙의 기준을 적용하지 않기로 하는 개별합의가 가능하고, 이는 서면으로 기록되어야 한다.(4조 4항). 취업규칙이 작성되는 경우 이는 근로자들에게 공개되어야 하며(제15조), 행정관청에 8일 이내에 신고되어야 한다.

3. 노사협의회와의 합의를 통한 취업규칙 작성

또한 1965년의 법은 과거의 법률이 취업규칙의 작성에 있어서 단순히 근로자 또는 근로자의 대표자의 의견을 듣도록 하는 것을 넘어, 사업장에 노사협의회(conseil d'entreprise)[391]가 존재하는 경우에는 이를 통하여 취업규칙의 작성과 변경이 이루어지도록 하였다(제11조). 이 때 노사협의회의 위원은 취업규칙의 작성초안 내지 변경안을 제안할 권리가 있고, 이러한 취업규칙안은 사업장에 게시되어야 한다.

---

391) 노사협의회는 50인 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업장에 설치되어야 한다(경제조직에 관한 법률 14조 제1항).

한편 노사협의회에서 취업규칙에 대한 합의가 이루어지지 않는 경우, 각 지역 또는 사업별로 구성되는 공동위원회(la commission paritaire)의 중재 절차를 거쳐 통해 취업규칙이 결정된다.

4. 노사협의회가 없는 경우의 취업규칙 작성 절차 강화

사업장에 노사협의회가 설치되어 있지 않은 경우, 사용자는 취업규칙 초안을 게시하여 근로자들의 의견을 수렴하여야 하며, 이에 대해 반대의견이 제출되지 않는 경우에는 그 게시일로부터 15일 후 효력이 발생하며, 이에 대한 반대의견이 제출되는 경우 관계기관의 공무원은 이러한 의견차이를 조정하고자 시도하여야 한다(제12조).

IV. 취업규칙 제도의 운용상의 명확화와 합리화 : 일본

1. 노동계약법 제정의 의의

일본의 경우 노동기준법상의 취업규칙 관련 규정을 그대로 유지하면서 2007년에 노동계약법을 새로이 제정하여 취업규칙의 변경과 관련된 기존 판례법리를 입법화 하는 한편, 취업규칙의 효력과 근로계약과의 관계를 명확히 하고자 하였다.[392]

노동계약법에 따르면 사용자가 합리적인 노동조건이 정해져 있는 취업규칙을 노동자에게 주지시킨 경우 노동계약의 내용은 그 취업규칙으로 정하는 노동조건에 따른다(제7조 본문). 다만 근로계약에서 취업규칙의 내용과 다른 노동조건을 합의한 부분에 대해서, 근로계약이 유리한 경우에는 그 유리한 부분이 우선한다(제7조 단서). 취업규칙으로 정하는 기준에 미달하는 근로계약은 그 부분에 대해서는 무효로 하고, 무효로 된 부분은 취업규칙으로 정하는 기준에 따른다(제12조). 그리고 취업규칙 중 법령 또는 단체협약에 위반

392) 荒木尚志(2022), 436면.

되는 내용은 근로계약에 대해서 적용되지 않는다(제13조).

노동계약은 근로자 및 사용자가 대등한 입장에서 합의에 따라 체결하거나 변경되어야 하고(제3조 제1항), 사용자와 근로자는 합의에 의하여 근로계약의 내용인 근로조건을 변경할 수 있다(제8조). 따라서 사용자는 근로자와 합의하지 아니하고 취업규칙을 변경함으로써 근로자에게 불이익하게 근로계약의 내용인 근로조건을 변경할 수 없지만(제9조), 변경 후의 취업규칙을 노동자에게 주지시키고, 취업규칙의 변경이 노동자가 받는 불이익의 정도, 노동조건 변경의 필요성, 변경 후 취업규칙 내용의 상당성, 노동조합 등과의 교섭상황 및 그 밖에 취업규칙 변경과 관련된 사정에 비추어 합리적인 것일 때에는 근로계약의 내용인 근로조건은 해당 변경 후 취업규칙에서 정하는 바에 따른다(제10조 본문). 다만 이 경우에도 근로계약에서 노동자 및 사용자가 취업규칙의 변경에 따라서는 변경되지 아니하는 노동조건으로 합의한 부분에 대해서는 취업규칙으로 근로조건을 불리하게 변경할 수 없다(제10조 단서).

이처럼 일본에서는 취업규칙을 둘러싼 제도적 운용을 계약법리에 입각하여 정리하고자 시도하였으나, 취업규칙의 불이익 변경에 대하여 근로자가 개별적으로 동의한 경우 이에 따라 곧바로 근로조건이 변경되는 것인지에 대해서는 여전히 학설대립이 있다. 먼저 노동계약법 제9조의 반대해석상 사용자와 개별 근로자의 합의만으로 근로조건이 유효하게 변경된다는 견해(합의기준설)가 있는 반면, 이 경우에도 노동계약법 제10조에서 정하는 취업규칙에 대한 합리성 심사가 필요하다는 견해(합리성기준설)의 견해대립이 발생하고 있는 것이다.[393] 다만 합의기준설의 입장이 다수설을 점하고 있으며,[394] 이후 판례도 합의기준설의 입장에 따르고 있다고 한다.[395]

---

393) 이에 대한 상세한 논의로는 土岐将仁, "就業規則法理の意義と解釈論上の論点", 法律時報 第95巻 第2号, 2023, 21-28 참조.

394) 박효숙(2014), 93면.

395) 山梨信用金庫事件, 2014.1.24. 勞判 1092.67.

2. 근로자대표의 참여와 관련된 논의

한편 노사관계 변화에 대응하는 한편 취업규칙 제도의 문제점을 극복하기 위하여, 종업원대표제도를 법제화하여 집단적 노사합의를 통해 근로조건 결정이 이루어질 수 있도록 해야한다는 주장(西谷敏의 견해)이 발견된다.[396] 이는 일본의 기업별 노동조합 체제의 한계를 극복하기 위해서는 노동조합 유무와 상관없이 모든 사업장에 별도의 종업원대표기구를 설치하고, 취업규칙의 작성변경에 있어 종업원대표의 동의를 의무화하여야 한다는 주장인데, 만약 이에 대해 합의가 이루어지지 않을 경우 제3의 기관의 결정에 의해 당사자의 합의를 대체할 수 있도록 하여야 한다고 한다. 이외에도 과반수 노동조합이 존재하지 않는 경우에는 이를 보완할 수 있는 종업원대표기구를 설치하도록 하면서, 다만 근로조건에 대한 공동결정권이 부여되는 것은 별도의 분쟁해결기관을 필요로 하는데다가 과반수 노동조합이 체결하는 단체협약과의 성격이 모호하다는 점을 지적하는 견해(毛塚勝利의 견해)도 제시된 바 있다고 한다.[397] 다만 종업원대표기구의 설치를 강제하더라도 단체행동권 등이 보장되지 않는 경우 결국 사용자 주도로 종업원대표기구가 운영될 위험성이 있고, 노동조합의 약화를 불러올 수 있다는 점에서 신중론이 제기되기도 한다.[398]

노동계약법 제정 당시의 논의과정에서도 취업규칙 작성 및 변경에 있어 근로자대표의 참여와 관련된 논의가 진행된 바 있다. 당시 일본의 노동계약법 제정에 대한 논의는 후생노동성 산하에 '향후 노동계약법제의 바람직한 모습에 관한 연구회(노동계약법연구회)'를 통해 전개되었는다. 논의결과 마련된

---

396) 西谷敏, "過半数代表と労働者代表委員会",日本労働協会雑誌 356号, 1989(김훈, "일본에서의 종업원대표제 법제화 논의와 시사점", 노동법포럼 제7호, 2011, 44-47면에서 재인용)

397) 毛塚勝利, "わが国における従業員代表法制の課題－過半数労働者代表制度の法的整備のための検討課題－", 日本労働法学会誌 79号, 1992(김훈(2011), 47-49면에서 재인용)

398) 이에 대해서는 김훈(2011), 42-44면의 설명 참조.

노동계약법연구회의 2005년 보고서[399]는 종업원대표제의 기본적인 논의 틀을 제안하는 한편, 사업장 내에 상설적인 노사위원회를 설치하고 과반수 노동조합 또는 노사위원회 위원의 5분의4 이상에 의해 그 변경을 인정하는 결의가 있었다면 변경 후 취업규칙의 합리성을 추정하는 것을 제안하였다. 그러나 이에 대해 노동측(렌고)이 취업규칙 불이익변경에 대한 합리성 심사를 노사협의회를 통해 우회하게 된다는 점에서 강하게 반대하였고, 결국 이러한 내용은 배제된 채 기존의 판례법리의 입법화를 통해 그 내용을 명확히 하는 것에 그치게 되었다.[400]

V. 비교법적 검토의 시사점

이상의 내용을 통해 우리 취업규칙 제도의 원형이 되는 독일, 프랑스, 벨기에, 일본에서 취업규칙 제도가 어떻게 변화 · 발전하였는지를 살펴보았다. 먼저 기존의 취업규칙 제도가 갖는 사용자의 근로조건 일방결정의 문제점을 극복하기 위하여 사업장 내에서의 근로조건과 직장질서 등의 사항을 사업장 내 근로자대표기구와의 합의에 의하여 정하도록 하거나(독일, 벨기에), 또는 근로조건에 대해서는 일방적인 작성을 금지하거나(프랑스), 법원의 합리성 심사를 통한 내용통제를 예정(일본)하는 등 국가별로 방식은 상이하지만 제도적 개선이 이루어졌다는 점은 아직도 과거에 머물러 있는 우리 취업규칙 제도의 개선이 필요함을 여실히 보여준다.

물론 산업별 노동조합을 중심으로 단체협약 시스템이 구축되어 있는 독일의 경우 공동결정제도의 정착에 있어서 강력한 노동조합의 힘이 뒷받침 되었고, 프랑스와 벨기에[401]의 경우에도 광범위한 효력확장을 통해 대부분의

---

399) 厚生労働省, “今後の勤労契約法制の在り方に関する研究会”, 「今後の勞動契約法制の在り方に関する研究会報告書」, 2005

400) 한국노동법학회, 「근로계약 전반에 관한 제도개선 방안 마련을 위한 연구」, 고용노동부 학술연구보고서, 2016, 89-91면.

401) 벨기에는 산업별 노동조합을 통해 실업보험 등을 제공(이른바 Ghent 시스템)하는 국가로서 노동조합조직률이 50%를 상회하고, 단체협약 확장적용을 인정하여

근로자들이 단체협약의 적용을 받고 있다는 점을 고려하면 이를 평면적으로 비교하는 것은 경계할 필요가 있고, 따라서 이는 우리 현실에 적합한 집단적 근로조건 결정시스템을 모색하는데 있어서 참고가 될만한 논의 지점을 도출하는 정도에서 살펴볼 필요가 있다.

먼저 독일의 사례는 상설적인 근로자대표위원회를 설치하는 한편 그 위원의 선출절차에 대해서 상세하게 정하고 있다는 점, 단체협약에서 정하지 않고 있는 근로조건과 복무규율에 대한 사항에 대해서 합의를 의무화하는 한편 합의가 이루어지지 않는 경우의 중재절차를 마련하고 있다는 점이 눈에 띈다.

벨기에의 경우도 독일과 유사하게 노사협의회의 합의로서 취업규칙을 작성하도록 하는 한편 이에 대한 중재절차를 마련하고 있는 한편, 노사협의회가 설치되지 않은 사업장에서는 사용자의 주도로 취업규칙이 작성되도록 한다는 점에서 사업장 규모별 또는 집단적 노사관계의 성숙에 따른 단계적 접근의 가능성을 시사한다. 또한 노사협의회가 취업규칙의 작성초안 및 변경안을 제안할 수 있고, 사용자의 주도로 취업규칙을 작성하는 경우에도사용자가 제안하는 취업규칙(안)과 법 소정의 절차를 거쳐 유효하게 성립한 취업규칙을 구별하는 등 취업규칙의 작성절차를 강조하고 있으며, 특히 의견청취 절차에 있어서 관계공무원을 을 통해 익명으로 의견을 제출할 수 있도록 하고 이에 대한 의견 조정을 시도하는 것은 향후 취업규칙 제도를 존속하더라도 그 작성절차를 실질화 할 수 있는 방안으로 검토할 수 있다.

프랑스의 사례는 취업규칙을 통한 근로조건 결정의 문제점을 인식하고 이를 취업규칙의 대상사항에서 제외하였는데, 여전히 징계규범으로서의 기능은 남아있으나 이와 함께 노동법전에서 징계에 대한 근로자의 방어권 보장을 강화하였다는 점에서 우리 취업규칙 및 징계 제도에 있어서도 개선이 필요함을 시사한다.

한편 일본의 경우 우리와 마찬가지로 판례법리의 입법을 통해 취업규칙 제도의 규율, 특히 취업규칙의 불이익변경을 둘러싼 근거규정을 명확히 하였다

전체 근로자 대부분(96%)이 단체협약의 적용을 받고 있다.

는 점에서는 공통되지만, 일본의 경우에는 법원을 통한 합리성 심사를 바탕으로, 우리의 경우 근로조건 대등결정의 원칙에 기반한 근로자 집단의 동의를 바탕으로 사용자의 일방결정을 통제한다는 점에서 차이가 보인다.

이러한 일본의 취업규칙 변경 법리의 의의를 해고제한에 따른 고용안정과 유연성의 교차의 관점에서 설명하는 견해가 있다. 계속적 근로계약에 있어서 미래의 변경된 근로조건에 동의하지 않는 근로자를 해고할 수 있는 변경해약고지와 같은 수적 유연성의 확보가 어려운 상황에서, 고용안정성의 요청을 고려하면 근로조건의 유연한 변경을 위해서는 합리성 법리의 적용이 필요하다는 것이다.[402] 또한 이러한 근로조건의 조정이 이루어지지 않는 경우 결국 해고나 고용 조정의 문제를 일으켜 근로자의 장기적 이익에 반할 가능성이 있다는 점이 지적되기도 한다.[403] 그러나 근로자 보호와 근로조건 대등결정의 실현을 위해 근로기준법이 취업규칙의 불이익변경에 근로자 집단의 동의를 요구하고 있는 이상 이와 같은 합리성 법리를 그대로 원용하기는 어렵고, 결국 우리의 경우에는 근로조건의 유연한 변경을 위해서는 집단적 합의에 기초한 근로조건 결정시스템을 구축하고 그 과정에서 변경의 필요성을 설득하여 합의를 이루어내는 양보교섭(concession bargaining)이 이루어질 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다.

한편 낮은 노조조직률과 기업별 노조를 중심으로 하는 일본의 노사관계는 우리와도 상당히 유사한 측면이 있어서 그 한계를 극복하고자 하는 종업원대표시스템에 대한 논의는 우리의 경우에도 상당히 시사하는 바가 크다. 한편 상설적 종업원대표제도의 도입과 관련된 논의에서 노동단체의 거센 반대가 제기되었다는 점은 향후 우리의 종업원대표제도 도입 과정에 있어서 노동조합과의 관계 설정을 어떻게 할 것인지가 섬세하게 설계되어야 한다는 점을 시사한다.

---

402) 荒木尚志(이정 번역), “일본 노동계약법의 제정과 노동법상의 함의”, 노동법학 제32호, 2009, 137면

403) 박효숙, “일본의 취업규칙에 의한 근로조건 불이익변경 법리”, 노동법학 제50호, 2014, 97면.

제3절 취업규칙 제도의 개선방안

이하의 내용에서는 취업규칙 제도의 개선방안을 검토하고자 한다. 다만 그 대안의 수용가능성과 실현가능성을 높이기 위해서는 근로조건 결정 시스템을 둘러싼 사회경제적 배경에 대한 정확한 이해와 노사관계의 실태, 노사당사자의 입장을 정확히 파악한 다음 제도 운용과정에서 예상되는 현상과 문제점을 모두 고려하여 대안을 도출하는 것이 바람직하겠으나, 노동조합 이외의 근로자대표의 기능과 운용실태에 대한 조사가 부족한 상황에서는 제도의 기본방향과 원리에 대해서만 논의할 수 밖에 없고, 또한 제도 시행과정에서 예상되는 모든 쟁점들을 고려하여 대안을 제시하는 것은 그 자체로 독자적인 연구의 대상이 될 정도로 심도있는 고민을 필요로 한다. 따라서 본 논문에서는 기존의 선행연구에서 제시되었던 취업규칙 제도의 개선방안을 바탕으로 나름의 의견을 덧붙이는 한편, 현실적인 실현가능성을 고려하여 취업규칙 제도를 집단적 노사협정으로 전환하는 방안 뿐만 아니라 현행 제도의 유지를 전제로 그 개선방안도 함께 제시하고자 한다.[404)]

---

404) 한편, 취업규칙은 「약관의 규제에 관한 법률」(이하 약관법)상 약관에 준하는 것으로 볼 수 있다는 전제에서, 근로기준법상의 취업규칙에 대한 규율이 약관법상의 약관규제에 비해 미흡하다는 점을 들어 제도 개선이 필요하다는 견해가 있다.(정명현, "약관과의 비교를 통한 취업규칙 규제의 문제점", 민사법의 이론과 실무 제13권 제2호, 2010, 65-111면) 약관의 경우 명시·교부, 비치, 설명의무를 위반하는 경우에는 무효가 되지만 취업규칙에 대해서는 이에 대한 명시적 규정이 없고, 내용의 부당성에 대한 제3자의 심사청구를 통한 통제가능성, 시정명령 위반에 대한 벌칙을 비교했을 때 취업규칙에 대한 규율이 미흡하다는 것이다. 또한 표준화된 근로계약은 취업규칙이 아니라 약관에 해당하는 것으로 보아 약관법을 적용하는 방안을 검토할 필요가 있다는 주장도 있다(권오성, "취업규칙은 과연 계약일까?", 노동법률 2021년 10월호, 2021, 93면).
물론 앞서 취업규칙의 법적 성질에 대한 논의에서 살펴보듯 이를 약관으로 보기는 어렵고, 약관법 제30조가 '약관이 근로기준법에 속하는 계약에 관한 것일 경우에는 이 법을 적용하지 아니한다'라고 명시하고 있어 실제 약관법의 적용이 이루어지지도 않아 논의의 실익은 크지 않겠지만, 노사관계에서 규칙의 합리적 운용이 필요하다는 점에서 다소간의 시사점은 있을 수 있다고 생각한다.

I. 선행연구의 검토

1. 집단적 근로자대표시스템 정비에 관한 제안

먼저 먼저 노동조합을 통해 근로조건의 유지개선이라는 목적이 달성되기 어려운 상황에서, 많은 선행연구들은 노동조합이 아닌 새로운 종업원대표시스템을 통해 근로자들의 집단적 목소리(collective voice)가 반영될 수 있는 제도적 창구를 마련하고, 근로조건의 결정 및 직장질서의 확립, 나아가 고용조정 등에 대한 협의 등을 할 수 있도록 하는 방안을 제시하고 있다.

이러한 주장은 크게 현행 근로자참여법상 노사협의회 제도를 강화하는 방안과 근로자로만 구성된 종업원위원회를 구성하는 방안으로 나누어 볼 수 있다.

먼저 현행 노사협의회 제도의 강화를 주장하는 방안으로, 다양한 근로자의 의사집약이 가능하도록 근로자대표를 상설화할 필요성이 제기되나 현행 노동관계법상 근로자대표제도는 여러 가지 한계를 드러내고 있다는 인식하에, 근로자대표의 민주적 정당성과 대표성을 강화하기 위해 근로자대표의 합리적인 선출절차를 모색하는 한편 근로자대표, 근로자위원 등 다양한 종업원대표의 기능과 권한을 통합하여 개별법상 지위 사이의 상충을 방지하고 근로자대표를 체계적 일관적으로 운영해야 한다는 원칙 하에, 근로기준법상 근로자대표와 근로자참여법상 노사협의회 근로자위원의 지위를 통합하고 그 권한을 강화하자는 제안이 있다.[405]

또한 현재 우리의 집단적 근로조건 결정 시스템이 심각한 기능 저하 상태에 놓여있다는 인식하에, 사업(장) 단위 전체의 종업원을 그 대상으로 하는 조직체로서 법정 강제설립주의에 기초한 상설적 근로자대표기구의 필요성이 있으므로 어느 정도의 운용 경험이 축적되어 있는 노사협의회를 중심으로 노동관계법상의 다양한 대표제를 통합하고, 이를 노사 대등성에 기초한 근로

405) 이승욱, “근로자대표제도의 개선방향”, 계간 사회적대화 통권 10호, 2019, 121면

조건의 결정주체로서 기능하도록 하자는 제안이 있다.[406] 이와 유사하게 근로자참여법상의 노사협의회 방식은 오랫동안 제도 운영에 대한 경험이 축적되어 있고, 제3자의 조정이나 노사대립을 통한 해결보다는 노사협의회의 노사 간의 위원들의 의결을 통해 평화적 규범형성이 가능하기 때문에 우리 노사관계의 현실에 적합하다는 견해도 있다.[407]

반면 근로자만으로 구성된 위원회 방식(work council)의 근로자대표제도를 제안하는 견해도 있다.[408] 이 견해는 현행 노사협의회에 참여하는 근로자위원들을 근로자대표기관으로 볼 수 있는지가 불분명하고, 그간의 경험을 보면 실제 노사협의회는 어떠한 '주체'로 상정되기보다는 법상의 경영참여 기능을 수행하기 위한 '형식'으로 관념되어왔다는 점에서 근로조건의 대등결정 주체로서 볼 수 없다는 점에서, 새로운 종업원 대표기구에 강력한 집단적 실체성을 부요하기 위해서는 근로자만으로 위원회를 구성하는 것이 바람직 하다는 논거를 제시하고 있다.

나아가 과반수 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합이 전체 근로자에게 적용되는 단체협약을 체결하도록 하고, 소수 노조만 있는 경우에는 근로자들로만 구성되는 종업원위원회의 인준을 거쳐 종업원 전체에게 단체협약을 적용하도록 하고, 무노조사업장에서는 종업원위원회의 근로조건 결정권을 부여하자는 제안이 있다.[409] 이는 현재의 노사협의회는 종업원들로만 구성되는 종업원위원회로 개선하고, 그 위원의 선출에 있어서는 과반수 노동조합의 위촉을 배제하고 종업원 전체의 선거로 선출하는 것을 전제로 한다. 또한 이 제안은 장기적인 관점에서는 노동조합과 종업원위원회를 결합한 '기업의회'를 근로자의원단과 사용자의원단으로 구성하되 의결은 근로자위원단 과반수의 의사로서 하여 노사협정이 체결되도록 하는 방안을 제안하고 있다.

이처럼 근로자대표기구의 구체적 구성 방식에 대해서는 다양한 견해가 제

---

406) 김훈·박종희(2011), 39-43면.

407) 박지순, "한국형 근로자대표제도의 구상", 노동법논총 제42집, 2018, 14-15면

408) 이철수(2018), 248면.

409) 박제성(2013), 75-76면.

시되고 있는데, 최근 경제사회노동위원회의 노사관계제도·관행개선위원회는 변화된 제도 환경에 맞추어 근로자대표의 지위와 활동 보장을 위한 법·제도 개선을 추진하기로 하면서 '근로자대표제도 개선에 관한 노사정 합의문'을 발표하였다. 그 내용으로는 먼저 근로자대표의 선출에 있어서 과반수 노동조합이 있는 경우 과반수 노동조합이 근로자대표의 지위를 갖도록 하는 한편, 과반수 노동조합이 없고 근로자참여법에 따른 노사협의회가 있는 경우 근로자위원은 법률에 명시한 직접·비밀·무기명 투표에 의하여 선출하도록 하였다.

또한 이 경우 노사협의회 근로자위원으로 구성된 '근로자위원 회의'가 근로기준법상 근로자대표의 지위를 가지는 것으로 하되, 노사협의회가 없는 경우 근로자대표는 근로자의 직접·비밀·무기명 투표에 의하여 선출하며, 근로자대표 선출 과정에 대한 사용자의 개입이나 방해를 금지하도록 하였다.

또한 근로자대표의 지위와 역할에 관련하여, 근로자대표는 고용형태, 성별 등 근로자의 다양한 이해관계를 합리적으로 반영할 수 있도록 근로자들의 의견을 듣도록 하는 한편, 근로자대표는 활동에 필요한 자료를 사용자에게 요구할 수 있고 사용자는 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고 성실히 이에 따르도록 하였다. 이외에도 근로자대표는 서면합의의 체결 또는 이행과 관련한 근로자의 고충 해결을 위하여 근로자 또는 사용자와의 협의를 사용자에게 요구할 수 있고, 사용자는 정당한 사유가 있는 경우를 제외하고 성실히 이에 따라야 한다고 보았다.

또한 근로자대표의 활동보장과 관련하여, 정당한 활동에 소요되는 시간은 근로한 것으로 보고, 사용자의 근로자대표에 대한 불이익 취급과 활동에 대한 개입·방해를 금지한다. 근로자대표는 활동과 관련하여 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니된다. 또한 근로자대표의 임기는 원칙적으로 3년으로 하고, 이 한도 내에서 노사합의로서 자율적으로 정할 수 있도록 하는 방안을 제시하였다.

2. 노사협정으로의 전환 방안에 대한 제안

한편 집단적 근로자대표시스템의 바람직한 개선방안을 둘러싼 논의와 함께 근로자대표와의 합의에 기초한 근로조건 결정시스템을 마련하여 취업규칙을 통한 근로조건 결정을 대체하자는 주장이 제기되고 있다.

다만 취업규칙의 집단적 협정으로의 전환 필요성과 그 원칙을 언급하는 논의에서 나아가 그 구체적인 방안에 대한 제시까지 시도한 연구는 많지 않았던 것으로 파악된다. 먼저 현행 근로기준법상 근로자대표는 폐지하고 취업규칙은 독일의 사업장협정과 같은 노사합의에 기초한 협정으로 전환하여야 한다는 언급을 한 연구가 있고,[410]현행 노사협의회의 근로자위원을 노동법상 근로자대표로서 위상을 강화하는 한편 사용자와 근로자대표간의 공동결정으로 근로조건을 결정하도록 하고 취업규칙 제도는 폐지하는 방안을 제시한 연구가 있었다.[411] 한편, 취업규칙 제도는 폐지하되 단체협약의 효력확장을 중심으로 집단적 근로조건 결정이 이루어져야 한다는 주장이 제기되기도 한다.[412]

또한 현재의 취업규칙 제도는 사용자의 일방결정이라는 전근대적인 모습과 근로자의 참가라는 현재적 모습이 혼재되어 있어 이를 합의에 기초한 근로조건 결정으로 전환하는 것이 바람직하다고 평가하면서, 그 개선방향의 기본 원칙으로 집단적 합의의 주체 측면에서는 다양한 고용형태에 속하는 근로자가 포함될 수 있어야 하며, 합의의 대상은 현재 취업규칙의 대상사항을 유지하는 한편 단체협약의 우위를 전제로 근로조건의 결정은 단체협약의 대상으로 하되 사업장 질서의 경우 취업규칙 제도를 포함한 별도의 결정 대상으로 할 수 있고, 이외에 단체협약의 우위 내지 그 결정에 있어서 과반수 노동조합의 관여를 인정할 것인지의 여부, 집단적 합의가 이루어지지 않았을 경우 그 갈등조정 해결을 위한 절차를 별도로 마련할 것인지 등의 사항에 대한 검토가 필요하다는 연구[413]가 제안된 바 있다.

---

410) 강성태(2015) 22-41면.

411) 김기선, “대안적 근로자대표제의 모색” 노동법포럼 21호, 2017, 23-50면.

412) 박제성, “근로자대표론: 단체협약의 규범력 확대를 위하여”, 노동리뷰 2015년 3월호, 2015, 56-68면.

413) 박종희, “취업규칙 제도의 변천과정에 대한 평가와 향후 개선방안”, 한국노동법

나아가 현재의 취업규칙 제도를 노사협의회의 근로자위원으로 구성된 근로자위원회가 사용자와 체결하는 사업장 협정으로 전환하는 구체적 방안을 제시한 연구가 있다.[414] 이 연구는 사업장협정의 주체 및 효력, 근로자위원의 대표성 제고방안 등을 제안하면서, 현재 노사관계의 실태와 대체입법의 어려움 등을 고려하여 현행 노사협의회 제도를 기반으로 제도개선을 모색하는 한편, 현장에서의 수용가능성을 고려하여 근로자위원회의 임의설치(1단계)와 강제설치(2단계)의 단계적 개선방안을 제시하였다.

학계에서의 통합적인 검토로서 2005년 5월 구성된 근로기준연구회(위원장 임종률)는 2007년 『근로기준법제의 중장기적 개선방안』 보고서를 작성하였는데, 동 보고서는 취업규칙 제도에 대한 구체적 개선 쟁점과 함께 전체 근로자대표제도 및 집단적 근로조건 결정 시스템에 대한 중장기적 개선방안을 제시하였다.[415]

동 보고서는 현행법은 근로조건에 대해 다중적인 규율체계가 병존하여 법체계가 복잡하며, 경제환경 변화에 따라 효율적인 규율체계로의 정비가 필요하며, 전근대적인 취업규칙 제도를 현대적 의미로 전환하는 것이 필요하다는 점을 제시하면서, 취업규칙 제도와 근기법상 근로자대표제도 및 근참법상 노사협의회 제도로 혼재되어 있는 집단적 규율체계를 장기적으로는 종업원대표제로 단일통합하여 새로운 집단적 자치영역을 설정함과 아울러 근로자의 경영참가이념도 구현하는 방안을 제시하였다,

그 구체적인 개선방안으로, 먼저 노동조합을 중심으로 하는 집단적 자치체계와 그 밖의 규율체계로 근로조건 결정 규범을 통합·이원화하고, 근기법상 근로자대표, 취업규칙 동의주체인 근로자의 과반수를 노사협의회 근로자위원의 지위로 통합하여 종업원대표제로 나아가는 방안을 제시하였다. 또한 근로조건 결정과 사업장 질서형성을 원칙적으로 구분하여 전자에 대해서는 협약

학회 2023 공동학술대회자료집, 2023. 1-36면.

414) 김홍영(2017), 151-194면.

415) 노동부, 「근로기준법제의 중장기적 개선방안」(연구기관: 한국노동법학회), 2007.

자치의 전속적인 영역으로 하고, 후자에 대해서는 종업원 대표와의 노사협의를 통해 규율하는 방안을 제시하였다.

이러한 제안에 따라 종업원대표제를 규율하는 경우, 이는 근로기준법이 아닌 별도의 법률로서 규율하는 것이 필요하며, 나아가 그 핵심적인 규율사항으로 종업원대표의 법적 지위, 협약자치와의 관계, 종업원대표 선출에 대한 규정, 종업원대표의 권한 및 책임, 종업원대표의 신분 및 활동의 보장, 노사합의 대상, 요건과 법적 효력, 경영참가에 관한 사항, 합의가 이루어지지 않았을 경우의 조정절차에 대해서 규율할 필요가 있다고 보았다.

II. 구체적 개선방안

1. 기본방향

이상의 내용을 통해 취업규칙을 통한 사용자의 일방적인 근로조건 결정을 집단적 노사합의에 기초한 근로조건 결정으로 전환할 필요성이 있음을 확인하였다.

선행연구의 대부분은 노동조합과는 구별되는 근로자대표제도의 신설 내지 강화가 필요하다는 점을 전제하고 있는 듯 하다. 현재 노동조합 조직률은 전체 근로자의 14.2%(민간부분은 11.2%)에 불과하고, 기업 규모별로 보면 300명 이상 기업의 조직률은 46.3%인 반면 30명 미만 기업에서는 0.2%, 30~99명 사업체에서는 1.6%에 불과하다는 점이 그 원인으로 언급된다.[416] 또한 과반수 노동조합이라고 하여 곧바로 전체 근로자에 대한 대표성을 갖는 것으로 보기는 어렵고, 노동조합의 구성 또한 정규직 근로자들을 중심으로 하는 경우가 대부분이라는 현실도 이러한 인식에 영향을 주는 것으로 보인다.

이 때 근로자대표제도의 개선을 현행 근로자참여법상의 노사협의회에 기반하여 진행할 것인지, 아니면 근로자들로 구성되는 새로운 종업원대표시스템을 도입할 것인지에 대해서는 입장이 나뉘는데, 이는 현행 노사협의회 제

416) 고용노동부, 「2021년 전국 노동조합 조직현황」, 2022

도의 운영실태 및 대표성을 어떻게 평가하는지에 따라 상이한 듯 하다.

이를 구체적으로 살펴보면, 현재 노사협의회 설치 사업장은 점차 증가하여 2022년에는 59,415개에 이르고 있으며,[417] 이는 전체 30인 이상 사업체 83,650개(2021년)의 70%에 해당하는 수준으로서 노사협의회가 현장에 정착하고 있음을 알 수 있다. 또한 현재 노사협의회에서 다루어지는 안건을 분석했을 때, 유노조 사업장에서는 복리후생, 임금관련 사항, 산업안전 및 보건에 관한 사항이 중요하게 다루어지고 있으며, 무노조 사업장에서는 임금관련 사항, 복리후생, 산업안전 및 보건에 관한 사항이 다루어지고 있는 등 실질적으로 노사협의회를 통해 근로조건에 대한 협의가 이루어지고 있음을 확인할 수 있다.[418] 또한 노사협의회 활동의 자주성과 실효성에 대한 우려에도 불구하고, 운영실태에 대한 실태조사에 따르면 노사협의회 운영이 유명무실하다는 평가는 유노조 사업장에서 10%, 무노조 사업장에서는 20%에 그치고, 노사협의회 의결사항에 대해 의결이 이루어지지 않은 경우에도 '계속 시간을 가지고 노력'한다는 응답이 58%로 높게 나타나고 있다.[419]

이처럼 노사협의회의 역할과 기능을 고려하면 새로운 종업원대표시스템을 도입을 하는 것보다는 노사협의회에 기반한 근로조건 결정시스템을 구축하는 것이 현장에서의 수용성과 실현가능성을 고려했을 때 합리적이라고 본다. 그러나 현행 노사협의회의 의결과 같이 동수로 구성되는 사용자위원과 근로자위원을 곧바로 사업장 협정의 체결주체로 상정하는 것 보다는, 노사협의회의 근로자위원들로 구성되는 '근로자위원회'가 사용자와 협정을 체결하도록 하는 것이 바람직하다.[420] 노사동수의 의결방식으로 사업장 협정을 체결하는 경우에는 근로자대표로서의 통일적인 의사표시가 어렵기 때문에 근로자 집단의 의사가 왜곡될 가능성이 있고,[421] 근로자위원의 개별 의사의 총합으로

---

417) 고용노동부, 노사협의회 설치현황(e나라지표), 2023

418) 이영면 외, 「노사협의회 운영실태조사 및 개선방안연구」, 고용노동부 연구용역 보고서, 2011, 374면.

419) 이영면 외(2011), 380면.

420) 김홍영(2017), 172면.

421) 김홍영(2017), 168-171면.

근로조건을 결정하는 셈이 되어 집단적 근로조건 대등결정의 요청을 실현하는데도 한계가 있을 수 있기 때문이다.

다만 근로자위원회 구상의 전제로서 노사협의회의 근로자위원 선출에 관련된 규정이 정비되어 있지 않는 현행 제도로서는 사용자가 개입할 가능성이 높고 활동상의 독립성도 담보되지 못하고 있다는 점을 지적[422]을 고려하여 근로자위원의 선출 및 자주성 확보 방안이 반드시 함께 고려될 필요가 있다.[423]

한편, 이러한 제도 개선은 제도적 합리성과 정합성에 더하여 집단적 노사관계의 변화와 노사당사자의 의견청취를 바탕으로 단계적으로 속도에 맞추어 진행될 필요가 있다.[424] 현실에서도 노사협의회 설치의무가 없는 30인 미만의 소규모 사업장이나 구성의무가 있음에도 아직 이를 구성하지 않은 사업장이 있으므로, 우선은 노사협의회 설치의무 사업장을 확대하는 한편 그 설치를 실효성 있게 강제하여 노사협의회의 정착을 우선적으로 하고, 어느정도의 단계에 이르기 전까지는 현행 취업규칙 제도의 존속을 전제로 그 실효성과 합리성을 확보할 수 있는 단기적 개선이 필요한 측면이 있다.

따라서 이하의 내용에서는 장기적 방향에서 근로자위원회가 체결하는 사업장 협정으로의 전환방안을 검토하면서, 단기적 과제로서 현행 취업규칙 제도의 개선방안을 제시하고자 한다.

2. 장기적 방향 : 사업장 협정으로의 전환 방안

---

422) 이철수(2018), 247면.

423) 2016년의 노사협의회 실태조사(표본설문조사)에 따르면, 노사협의회를 운영하고 있는 355개 사업체 가운데 47.5%(159개소)는 근로자의 직접선거를 통해 근로자위원을 선출하는 한편, 노조(과반수노조)가 근로자위원을 지명하는 경우는 11.9%, 근로자의 간접선거를 통해 근로자위원을 선출하는 경우는 11.0%로 나타났으나, 회사의 지명, 추천에 의해 근로자위원을 선출한다는 응답도 13.4%로 확인되었다.(장홍근, 「노사협의회 운영상황 실태조사」, 고용노동부 학술연구용역 보고서, 2016, 43면.)

424) 차동욱(2021), 344-345면.

1) 근로자위원의 선출

근로자위원회를 구성하기 위해서는 먼저 이를 구성하는 근로자위원의 선출에 관련된 사항을 살펴볼 필요가 있다. 현행 근로자참여법 제6조는 노사협의회를 근로자와 사용자를 대표하는 같은 수의 위원으로서 각 3명 이상 10명 이하로 조직하도록 하면서(제1항) 이때 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우 해당 노동조합의 대표자와 노동조합이 위촉하는 자를 근로자 위원으로 하고(제3항), 사용자 대표 위원은 해당 사업이나 사업장의 대표자와 그 대표자가 위촉하는 자로 하도록 하였다(제4항). 이처럼 근로자위원 선출에 있어서 과반수 노동조합의 역할을 인정하는 것은 사용자가 노동조합과의 단체교섭을 회피하기 위하여 노사협의회를 활용하는 것을 방지하는 측면도 있으나, 원리적으로 사업장에 과반수 노조가 있다는 이유만으로 전체 근로자의 의사가 대표되어야 하는 노사협의회에서 비조합원의 발언권이 봉쇄되는 것에 대한 정당화 근거가 부족하다는 지적이 있다.[425] 따라서 사업장에 노동조합이 존재하는 경우에는 그 조합원이 전체 근로자에서 차지하는 비율에 비례하여 근로자위원의 위촉권한을 인정하는 방안을 생각해 볼 수 있고, 이는 사업장 내에서 과반수 미만인 노동조합이 존재하는 경우에도 적용가능한 방안이라고 판단된다.[426]

최근 근로자대표제도 개선에 관한 노사정 합의를 바탕으로 근로자참여법이 개정(2022년)되면서 사업장에 과반수 노조가 없는 경우의 근로자 대표 선출에 대한 절차적인 규정이 강화되었다. 이에 따르면 근로자위원은 근로자 과반수가 참여하여 직접 · 비밀 · 무기명 투표로 선출하되(제6조 제2항 본문), 사업 또는 사업장의 특수성으로 인하여 부득이한 경우에는 부서별로 근로자 수에 비례하여 근로자위원을 선출할 근로자(위원선거인)를 근로자 과반수가

---

425) 이철수, “통일적인 종업원대표시스템 정립을 위한 소고”, 산업관계연구 제21권 제1호, 2011, 30면.

426) 교섭창구단일화 절차에 있어서 공동교섭대표단의 구성에 합의하지 못할 경우 노동위원회가 노동조합의 신청에 따라 조합원 비율을 고려하여 이를 결정할 수 있도록 하는 것(노동조합법 제29조의2 제6항)에 비추어보아도 합리적이다.

참여한 직접 · 비밀 · 무기명 투표로 선출하고 위원선거인 과반수가 참여한 직접 · 비밀 · 무기명 투표로 근로자위원을 선출할 수 있도록 하였다(제6조 제2항).

이때 성별이나 고용형태를 반영하여 취약 근로자층의 대표가 선출되어야 하는지가 문제될 수 있는데, 노사협의회에서 다루는 사항에는 모성보호 및 직장내 성희롱에 관련된 사항들이 포함되어 있고,[427] 노사협의회의 근로자위원 중 비정규직 대표가 있는 경우는 3.5%에 불과하다는 실태조사[428]에 따르면 취약 근로자를 대표하는 근로자가 선출되는 것이 필요하다고 할 것이다.[429] 다만 근로자위원을 직접 선출하도록 하면서 취약 근로자계층의 근로자대표를 할당제 또는 의무선출하도록 하는 것은 근로자의 직접선출이라는 원칙과 충돌할 수 있으므로, 취약 근로자를 대표하는 근로자위원은 사업장 규모 또는 구성 실태를 고려하여 직접 선출되는 근로자위원에 추가로 선출할 수 있도록 허용하는 것이 적절하다.[430]

사용자는 근로자위원의 선출에 개입하거나 방해하여서는 아니되고(제10조 제1항), 사용자가 근로자위원에게 불이익을 주는 처분을 하거나 근로자위원의 선출에 개입하거나 방해하는 경우에 고용노동부 장관은 그 시정을 명할 수 있고(제11조), 사용자가 정당한 이유 없이 시정명령을 이행하지 아니하면 500만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제31조). 그러나 앞서 살펴본 노사협의회 운영 실태조사에 따르면 회사의 지명, 추천에 의해 근로자위원을 선출한다는 응답도 13.4% 정도로 나타나고 있으므로, 그 규범력을 강화하기 위한 해결책으로 근로자위원의 선출에 대한 사용자의 개입을 노동조합에 대한 부당노동행위의 일종으로 보아 형사처벌 또는 행정적 구제를 두는 방안을 검토해 볼 수 있다.

---

427) 이러한 취지에서 노사협의회의 구성에 있어서 성별 균형을 맞출 수 있도록 하는 근로자참여법 개정안(송옥주의원안, 의안번호 2102018; 임이자의원안, 의안번호 2103713)

428) 이영면 외(2011), 240면.

429) 이철수(2018), 213면.

430) 김홍영(2018), 181면.

2) 사업장 협정의 대상사항(기재사항)

사업장협정을 도입하는 과정에서 현행 근로자참여법상의 의결사항과 근로기준법상 취업규칙의 기재사항을 체계적으로 정비할 필요가 있다. 먼저 근로조건에 대한 법정 기준을 바탕으로 이를 사업장의 특성에 맞게 구체화하여야 할 사항으로, 안전보건에 관한 사항, 직장 내 괴롭힘 및 성희롱의 예방 및 조치에 관한 사항, 모성보호 및 일 가정양립에 관한 사항, 사업장 내 근로자 감시 설비의 설치에 관한 사항, 징계의 사유와 양정 등에 대해서는 사업장협정에 필요적으로 기재하도록 하는 것이 바람직하다.

또한 노사의 이해대립이 발생할 수 있는 근로조건의 수준을 결정하는 사항으로서, 예컨대 임금 및 퇴직금, 근로시간 및 교대근무, 휴식 및 휴게 등의 사항은 사업장협정으로 정할 수 있도록 하고 이에 따라 그 효력을 인정하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 또한 근로기준법상 근로시간제도의 탄력화 조건인 근로자대표와의 서면합의를 사업장협정으로 대체하는 방안이 있다. 이는 근로조건인 근로시간에 대한 결정으로서 합의의 대상이 될 수 있다고 보는 것이 적절하고,[431] 사용자가 사업장협정의 체결을 위해 적극적으로 합의에 임하도록 동기를 부여하는 것으로서 사업장협정의 실질화에 기여할 수 있다.

이외의 노사공동이익의 증진에 관련된 사항으로, 고충처리, 교육시설, 직무발명 보상, 사업장 환경개선, 신기술 도입 및 작업공정 개선 등에 대해서는 현행과 같이 노사협의회에서의 협의사항으로 두는 것이 무방하다.

3) 사업장 협정의 효력

근로자위원회와 사용자가 체결한 사업장협정에 기재된 사항은 규범적 효력을 갖는다고 보는 것이 타당하다. 다만 단체협약 및 근로계약과의 관계에서 사업장협정의 효력을 어떻게 볼 것인지가 문제된다.

이와 관련하여 과반수 노조가 있는 경우 과반수 노조 또는 근로기준법상

---

431) 김홍영(2018), 177면

근로자대표가 종업원대표로서 체결한 서면합의에 단체협약의 지위를 부여하자는 견해[432]가 있는데, 이처럼 사업장 협정에 단체협약과 같은 효력을 부여할 것인지의 여부는 헌법 제33조의 단체교섭권으로부터 집단적 근로조건 결정규범의 효력이 직접 도출될 수 있는지 여부가 먼저 파악되어야 한다.

가령 헌법상 단체교섭권에 의해 단체협약의 효력이 직접 도출되고 노조법 제33조는 이를 확인하는 것이라는 '헌법수권설'[433][434]의 입장에서는 노사협의회를 통해 체결되는 사업장협정 또한 단체교섭권의 보호영역에 속하는 것으로 보게되면 여기에 단체협약과 같은 효력을 인정하는데 무리가 없을 것이다. 반면 단체협약의 규범적 효력은 입법자가 노조법 제33조를 통해 창설적으로 부여한 것이라는 '법률수권설'[435]에 따르게 되면, 노사협의회를 통해 체결되는 사업장협정에 규범적 효력을 부여할 것인지의 여부에 대해서는 입법자에게 재량이 부여되어 있다고 볼 수 있다.

이 문제에 있어서는 법률수권설에 따라 해결하되,[436] 적어도 사업장 협정과의 관계에서는 단체협약의 우위를 인정하는 것이 타당하다고 본다. 단체협약은 단체행동을 바탕으로 하여 체결되는 것이므로 근로자집단의 의사가 보다 정확하게 반영되어 있을 가능성이 높고, 그 체결 주체에 있어서도 근로자

---

432) 박제성 · 도재형 · 박은정, 「기업 내 근로조건 결정법리」, 한국노동연구원, 2010, 182면 이하

433) 강선희, "단체협약 효력의 정당성 기초와 내용", 고려대학교 박사학위논문, 2010, 77면 이하; 박제성, "노동3권의 규범적 의의", 「구체적 권리로서의 노동3권의 의의와 부당노동행위제도 재정립에 관한 연구」, 한국노동연구원, 2022, 19면.

434) 대법원 전원합의체 판결에서는 민법 제103조를 단체협약에 적용하는데 있어서 "단체협약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는지를 판단할 때에는 단체협약이 헌법이 직접 보장하는 기본권인 단체교섭권의 행사에 따른 것이자 헌법이 제도적으로 보장한 노사의 협약자치의 결과물이라는 점 및 노동조합 및 노동관계조정법에 의해 이행이 특별히 강제되는 점 등을 고려하여 법원의 후견적 개입에 보다 신중할 필요가 있다."고 판시하여 그 헌법적 의의를 강조하고 있다(대법원 2020. 8. 27. 선고 2016다248998 전원합의체 판결).

435) 김유성, 「노동법 Ⅱ」, 법문사, 2000, 159면; 권오성(2022), 78면.

436) 헌법수권설에 따르게 되면 집단적 근로조건 대등결정에 해당하는 많은 노사규범들이 모두 규범적 효력이 인정되게 되는 문제가 발생할 뿐만 아니라, 단체교섭권으로부터 곧바로 그 규범적 효력이 도출되는 근거가 명확하지 않다.

의 직접적 참여가 보다 원활하게 이루어질 수 있으므로 대표로서의 역할도 보다 충실할 것으로 기대할 수 있기 때문이다. 또한 사업장협정와 근로계약의 관계에 있어서는 종전 취업규칙 제도와 마찬가지로 유리의 원칙을 인정하는 것이 바람직할 것이다.

4) 사업장협정의 유효기간

사업장협정을 통한 법정 근로기준의 구체화 및 경제상황의 변동에 맞춘 근로조건 결정이 이루어지도록 하기 위해서는 단체협약과 마찬가지로 그 유효기간을 제한할 필요성이 있다. 현행 근로자참여법상으로는 근로자대표의 임기가 3년이므로, 사업장 협정도 이에 맞추어 3년마다 갱신하도록 하고, 갱신에 대한 합의가 이루어지지 않을 경우 종전 사업장 협정이 적용되는 것으로 규율할 필요가 있다. 또한 사업장협정은 단체협약과 달리 노동쟁의나 쟁의행위를 전제하는 것이 아니여서 산업평화를 해칠 우려가 적으므로, 그 유효기간 내에서도 당사자의 합의를 통해 변경할 수 있다고 보아야 한다.

5) 사업장협정 체결의 의무화 및 중재절차

취업규칙과 마찬가지로 사업장협정의 체결을 의무화 할 것인지 여부에 대해서도 검토가 필요하다. 이는 앞서 설명하였듯이 법정 근로기준의 구체화가 필요한 사항은 필요적 기재사항으로 하여 그 작성을 의무화 하는 것은 법정 근로조건의 실현에 중요한 의미를 지니므로 이에 대해서는 합의를 강제하는 것이 정당화 된다. 한편 노사의 이해대립이 발생할 수 있는 근로조건의 수준을 결정하는 사항에 대해서는 합의가 이루어진 경우에만 이를 기재하면 충분하기 때문에, 사업장협정의 체결을 의무화하는 것은 이와 관련이 없다.

이처럼 사업장협정의 체결을 의무화 한다면, 그 필요적 기재사항에 대한 합의가 이루어지지 않았을 경우에 대한 방안도 마련되어야 한다. 이와 관련하여 독일과 벨기에의 경우 중재위원회(공동위원회)를 통한 중재를 인정하고

있는데, 우리의 경우도 각 지역별 노동위원회를 통해 이를 조정 · 중재하거나, 합의가 이루어지지 않았을 경우 적용되는 업종별 · 산업별 기준의 내용을 경제사회노동위원회의 업종별 위원회 등을 통해 마련하고 이를 적용하는 방법 등을 검토해 볼 수 있다.

III. 단기적 방안 : 취업규칙 제도의 운용상 합리성과 실효성 강화방안

한편, 현행 취업규칙 제도가 존속되는 것을 전제로 취업규칙 제도의 운용상 합리성과 실효성을 강화하는 방안에 대해서도 검토가 필요하다. 다만 현행 취업규칙 제도의 운용과정에서 발견되는 판례법리의 문제점에 대해서는 4장의 내용에서 지적하였으므로, 이하의 내용에서는 입법론을 중심으로 개선방안을 제시한다.

1. 취업규칙 기재사항의 정비

먼저 취업규칙의 기재사항의 규정형식으로 인하여 발생하는 해석상 논란을 정비할 필요가 있다. 근로기준법 제93조의 취업규칙의 기재사항으로 제시된 것들은 현재의 규정형식 대로라면 이에 열거된 모든 사항에 대해 당해 사업장에 활용되는지의 여부에 관계없이 모두 기재하여야 하는 것인데, 고용노동부의 예규는 법정 근로기준과 무관한 사항에 대해서는 시행 시에만 기재하도록 하고 있으며 실제 노동현장에서도 이에 따라 취업규칙의 기재사항을 운용함에 따라 그 실효성에 대해 의문이 제기되고 있다.

이에 대해 앞서 살펴 본 근로기준연구회의 제안은 취업규칙 작성 시 기재해야 할 사항을 필수적 사항과 임의적 사항으로 구분하여, 근기법상 근로자 보호를 위해 모든 사업장에 공히 적용될 사항은 필수적 기재사항으로, 사업장 특성에 따라 시행 여부가 달라지는 사항은 해당되는 경우에만 기재토록 구분하는 방안을 제시하였다.[437]

---

437) 한국노동법학회(2007), 154-156면.

이에 따라 취업규칙의 각 기재사항 별 정비방안을 검토해보면, 먼저 근로기준법 제정 당시부터 삭제하는 것으로 논의되었던 가족수당(제3호) 및 이후 근거법령이 삭제된 근로자의 교육시설에 관한 사항(제7호)의 경우에는 삭제하는 것이 바람직하다. 한편 법정 근로기준의 내용으로 명확히 확립되어 있는 업무의 시작과 종료 시각, 휴게시간, 휴일, 휴가(제1호), 임금의 결정 · 계산 · 지급 방법, 임금의 산정기간 · 지급시기 및 승급(昇給)에 관한 사항(제2호), 퇴직급여(제5호), 출산전후휴가 · 육아휴직 등 근로자의 모성 보호 및 일 · 가정 양립 지원에 관한 사항(제8호)는 현행규정을 유지하되, 표창과 제재에 관한 사항(제11호)는 '징계의 사유 및 절차에 관한 사항'으로 하여 사용자가 징계절차를 함께 규정하도록 하는 것이 바람직하다. 이외의 교대근로, 퇴직, 상여 등에 대해서는 사업장에서 시행하는 경우에만 기재하도록 하는 것이 바람직하다.

2. 행정관청에 대한 신고의무 및 심사의 개선방안

또한 제도의 운용실태를 보면 최초 신고된 취업규칙 이외의 부속규정 내지 변경된 취업규칙의 경우에는 행정관청에 대한 신고가 제대로 이루어지지 않고 있으며, 신고된 취업규칙의 경우에도 개업공인노무사의 확인을 거친 경우에는 이에 대한 심사가 면제되는 형태로 제도가 운용되고 있다.

이러한 문제에 대해, 근로기준연구회는 오늘날 취업규칙의 작성을 실무가 일반적으로 수용하고 있어 굳이 신고의무로 강제하지 않아도 무방하며 이에 따른 지방노동관서의 업무 부담을 고려하면 신고의무를 통해 이를 시정하는 데는 한계가 있다는 점을 지적하고 있다. 따라서 신고의무를 강제하는 대신 취업규칙의 비치·공지 이외에도 근로자 과반수 이상의 동의를 받았음을 확인하는 정본의 보관의무로 이를 대체하고, 필요한 경우에 이에 대한 감독행정을 할 수 있는 조사권 및 제출의무에 대한 규정을 두는 것으로서 실효성을 제고하는 것을 제안하였다.[438]

---

438) 한국노동법학회(2007), 158-159면.

물론 이에 대해 근로감독의 행정적 역량을 확충하여 취업규칙에 대한 신고의무 및 심사의 실효성을 높이는 것이 바람직하겠으나 제도 초기와는 달리 근로자로서 경제활동을 하는 인구가 폭발적으로 증가하고 이에 비례하여 사업장 수도 크게 증가한 상황에서, 근로기준법 위반 사건만으로도 근로감독관에게 과중한 업무가 부여되는 상황에서 당초 입법자가 전제하였던 신고의무의 준수를 현실적으로 기대하기는 어려울 것이다.

다만 취업규칙의 신고의무 및 심사를 단순히 주지확인서 등으로 대체하는 것 보다는 현재의 취업규칙 작성 실태가 업종별 · 사업별 특성을 반영하지 않고 형식적 · 천편일률적으로 만들어지고 있는 현실을 감안하여 행정관청에서 업종별 표준 취업규칙을 마련할 필요가 있다. 또한 신고의무 및 심사가 폐지되는 경우 취업규칙에 대한 국가의 후견적 개입이 배제되는 만큼, 취업규칙의 작성 절차에 있어서 근로자의 참여라는 절차적 요건이 보다 실질화 될 필요가 있다.

3. 취업규칙에 대한 근로자 참여의 실질화 방안

1) 해석론

먼저 취업규칙 작성에 있어서 근로자의 의견청취의무와 주지의무를 단속규정으로 파악하여 이를 위반한 취업규칙의 효력을 인정하고 있는 판례법리의 개선이 필요하다. 그 근거는 앞서 살펴보았듯 이러한 절차적 제한은 취업규칙을 제도로서 수용하게 된 최소한의 안전장치이고, 이러한 조항이 단속규정인지를 판단하는 기존의 판단기준에 비추어 볼때도 합리적이지 않으며, 특히 근로기준법 제94조의 작성 시 의견청취 내지 동의를 받도록 한 것을 위반한 경우에는 형벌의 적용이 예정되어 있다는 점에서 비난가능성도 크다는 점을 언급하였다.

이에 대해 사용자가 이러한 절차를 게을리 한 것을 이유로 근로자가 취업규칙의 최저기준적 효력의 보호를 받지 못하는 것은 타당하지 않다는 점에

서 그 작성절차를 위반한 취업규칙의 효력을 인정하여야 한다는 견해가 있다.[439] 그러나 취업규칙은 근로계약에서 정하지 않은 사항을 보충하는 효력도 함께 가지고 있으므로, 적어도 이러한 보충적 효력에 있어서는 작성 절차를 위반한 취업규칙의 경우에는 그 효력을 인정하지 않는 것이 근로자 보호를 위해 보다 타당할 것이다.

2) 입법론

한편 최근 대법원 전원합의체 판결이 적절히 설시한 바와 같이, 취업규칙의 불이익변경에 대한 집단적 동의는 단순히 요식적으로 거쳐야 하는 절차 이상의 중요성을 갖는 유효요건이고, 취업규칙의 본질적 기능과 그 불이익변경 과정에서 필수적으로 확보되어야 하는 절차적 정당성의 요청이라고 보아야 한다. 또한 취업규칙에 대한 근로자집단의 의견청취는 집단적 참가의 의미에서 적극적으로 해석되어야 할 뿐만 아니라,[440] 헌법의 집단적 근로조건 대등결정의 요청에 비추어 볼 때 취업규칙의 작성에 있어서 근로자의 참여는 현재와 같이 소극적인 의사표시의 형태가 아니라 적극적인 의견형성의 기회를 제공받는 것으로서 보장될 필요가 있다.

이처럼 취업규칙의 작성절차를 강화하는 구체적 방안으로, 먼저 벨기에의 사례와 같이 사용자가 취업규칙의 작성(안) 및 변경(안)을 일정기간 동안 사업장에 게시하도록 하고, 이에 대해 근로자들의 의견이 제출되지 않는 경우에는 기간 도과 후 취업규칙으로서 성립하여 효력을 갖는 것으로 하고, 근로자들의 의견이 제출되는 경우에는 사용자가 이에 대해 답변하는 것으로서 취업규칙이 성립하도록 하여 효력을 인정하는 방안을 고려할 수 있다. 이러한 방안은 사용자에게 취업규칙의 내용에 대한 적극적인 설명의무를 부과하는 한편, 취업규칙의 성립여부 및 효력여부에 대한 논란을 차단하기 위해 그 작성절차를 효력요건으로 부과하는 것이다.

---

439) 노동법실무연구회, 「근로기준법주해 Ⅱ」 888면.

440) 강주리(2022), 139면.

또한 사용자가 근로자 집단에게 적극적인 의견형성의 공간을 제공하면서도 이에 대한 개입을 배제하는 한편 근로자에 대해 불이익을 줄 수 있는 여지를 차단하는 것이 필요하다. 이를 위해서는 현재 젊은 근로자들 사이에서 활발히 진행되고 있는 '익명화된 인터넷 게시판을 통한 의견형성'을 적극적으로 활용할 필요가 있다. 이는 취업규칙에 대한 의견형성에 있어서 물리적·시간적 제약에 구애받지 않고 자유로운 의견을 형성할 수 있도록 하는 것으로서, 취업규칙의 불이익변경에 대한 동의방식이 문제된 하급심 판결 중에서는 "피고는 사내인트라넷에 '토론방'이나 '찬반의견란' 등 '직급정년 도달자 임금삭감제도'에 관하여 근로자들이 의견을 게시하고 교환할 수 있는 장치를 마련해두거나, 공고 후 상당한 기간을 두어 팀별 단위로 분리되어 있거나 팀 내에서 같은 직급이 소수인 근로자들이 다른 근로자들 또는 같은 직급의 근로자들의 의사를 확인하고 집단 의사를 형성할 수 있는 기한을 수여하는 등의 조치를 취했어야 할 것"[441]이라고 판시하여 인터넷 게시판을 통한 의견형성의 가능성을 제시한 판결이 있다.

특히 이와 같은 방식은 근로자의 의견형성을 적극적으로 촉진할 뿐만 아니라 불이익변경에 대한 근로자 집단의 동의를 확인하는 방식으로서의 전자투표의 방식과 연계할 수 있다는 장점이 있다. 이러한 전자투표의 방식은 노동조합의 쟁의행위 찬반투표로서 요구되는 조합원의 직접·비밀·무기명투표의 방식으로 인정될 수 있고,[442] 특히 중앙선거관리위원회가 제공하는 온라인투표시스템(k-voting)은 블록체인 기술을 활용한 익명화 처리로 그 보안성이 인정되어 각종 단체의 투표 방식으로서 활발히 활용되고 있다.

장기적으로는 현재 진행 중인 고용노동부의 근로감독행정시스템의 대국민 개방(스마트 노사누리 사업)과 취업규칙의 작성절차를 연계하여, 취업규칙의 작성 절차 및 전자문서로서의 주지를 통합적으로 구축할 수 있다.

4. 징계에 있어서 근로자의 보호 강화방안

441) 서울고등법원 2017.1.13. 선고 2015나2049413 판결

442) 서울중앙지방법원 2017.4.28. 선고 2016가합520510 판결

한편 현행 취업규칙 제도의 존속을 전제하는 경우에도 사용자가 별다른 제약 없이 일방적으로 작성하는 취업규칙에 근거하여 근로자에 대한 징계를 행하는 것에는 일정한 제한이 가해질 필요가 있다. 물론 장기적인 방향으로는 앞서 소개한 사업장 협정을 통해 노사합의로서 사업장 내의 질서를 형성하는 한편, 그 위반행위에 대한 제재여부 및 양정 또한 노사 간의 합의로서 결정하는 것이 필요하다.

이와 관련하여 근로기준법연구회는 징계제도의 단기적 개선방안으로 사용자의 징계권 남용을 방지하기 위해 징계양정에 적정한 규정을 두는 것이 타당하다고 하면서, 정직의 경우에는 그 기간을 최장 6개월로 한정하고, 강등의 경우에는 직위 혹은 직급을 1등급 이내에서 하도록 하는 방안을 제시하였다.[443] 다만 현행 근로기준법상 감급의 제한범위가 낮아 이것이 실무상 효용성이 낮고 이보다 강한 징계인 정직과는 상당한 간극이 발생한다고 하면서, 감급의 상한을 민사집행법 제246조 제1항 제4호[444]를 고려하여 1회의 감급이 1 임금지급기의 임금 총액의 1/2을 넘지 않는 금액을 한도로 최장 2 임금지급기간 동안 부여할 수 있도록 상향 조정하는 방안을 제시하였다.

다만 감급과 같은 금전적 징계를 폭넓게 활용하는 것이 바람직한지는 의문이다. 앞서 살펴보았듯 취업규칙 제도의 전개과정에서는 이러한 금전적 징계를 제한하고자 독일 영업법에서는 그 한도를 제한하는 한편 그 금액을 모든 근로자의 이익을 위해 사용하도록 하였고, 프랑스에서는 아직까지도 금전적 징계를 금지하고 있기 때문이다(L.1332-1). 그리고 임금의 감소는 근로자의 생계에 직접적인 영향을 주는 것으로서 근로기준법이 임금의 직접·전액 지급을 원칙(제43조)으로 하는 취지를 고려하면 그 불이익을 가벼이 볼 수 없다. 직장질서의 위반행위로 인하여 피해를 보는 것은 사용자 뿐만 아니라 동료 근로자 일수도 있지만, 금전적 징계로 인해 사용자는 임금지급 의무를 덜 수 있다는 점에서 그 금액을 근로자 집단의 이익을 위해 활용하도록 한정하는

443) 한국노동법학회(2007), 161면.

444) 이에 따라 급료·연금·봉급·상여금·퇴직연금, 그 밖에 이와 비슷한 성질을 가진 급여채권의 2분의 1에 해당하는 금액에 대한 채권은 압류하지 못한다.

것이 필요하고, 그 방안으로는 금전적 징계로 인해 감액된 금액을 사내복지 근로기금 등으로 활용하는 방안을 생각해 볼 수 있겠다.

이외에도 단기적인 개선방안으로는 프랑스와 같이 징계 국면에 있어서 근로자의 방어권과 그 절차를 법령에 명시하도록 하는 한편, 취업규칙의 기재사항에도 징계의 절차에 대한 사항을 기재하도록 하는 것이 절차적 정의의 관점에서 필요하다. 또한 사업장 내에 노사협의회가 설치되어 있는 경우 징계에 대한 결정을 노사협의회를 통해서 하는 등의 방식으로 참여 절차가 마련될 필요가 있다.

제6장 결론

지금까지의 논의를 종합하면서 결론을 제시하면 아래와 같다.

취업규칙은 사용자가 해당 사업 또는 사업장의 근로자 전체에 적용될 근로조건과 직장질서 등의 사항에 관하여 작성하는 것으로, 우리 근로기준법은 상시 10인 이상의 근로자를 사용하는 사용자에게 법정 기재사항을 포함한 취업규칙의 작성 · 신고 의무를 부여하는 한편, 그 작성절차에 있어서 근로자 집단의 의견을 청취하도록 하며 또한 작성된 취업규칙의 내용을 근로자에게 주지하도록 하고 있다. 또한 취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약 부분은 무효로 하고 무효로 된 부분은 취업규칙에서 정한 기준에 따르도록 하여 취업규칙에 최저기준으로서의 강행적 · 보충적 효력을 부여하는 한편, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 근로자 집단의 동의를 받도록 하고 있다.

취업규칙은 단체협약을 통한 근로조건 결정의 비중이 낮고 근로계약의 내용이 간소한 우리 노사관계에서 근로조건 결정 및 직장질서 확립 수단으로서 폭넓게 활용되고 있다. 그러나 사용자가 일방적으로 작성한 취업규칙을 통한 근로조건 결정을 인정하는 것은 노동법의 기본원칙인 근로조건 대등결정의 원칙에 부합하지 않고 근대법의 계약법리와도 친하지 않다는 점에서, 취업규칙은 규범으로서의 법적 성질과 효력에 대한 타당성을 의심받고 있다. 또한 제도의 운용실태에 있어서도 취업규칙 작성 절차에 대한 규율이 실효적으로 이루어지지 않고 있을 뿐만 아니라, 취업규칙 불이익변경에 대해서 근로자 집단의 동의를 받도록 하고 있으나 판례법리가 그 요건을 점차적으로 완화하고 있어 법적 분쟁이 빈발하고 있을 뿐만 아니라, 취업규칙과 다른 근로조건 결정규범간의 관계에서 효력의 중첩과 기능적 중복이 발생하고 있다.

이에 따라 본 논문에서는 우선 취업규칙 제도의 형성과 전개과정을 살펴보고 그 역사적 의의와 목적을 도출한 다음, 그간의 제도 운용과정에서 제기된 이론적 · 실무적 쟁점에 대한 재검토를 통해 취업규칙 제도의 개선이 필요하다는 점을 확인하고. 이를 바탕으로 앞으로의 노사관계와 사회적 환경 변화에서 제기되는 취업규칙 제도의 현대적 과제와 개선방안을 도출하고자 하였다.

먼저 취업규칙 제도의 형성과 전개 과정을 살펴보면, 취업규칙은 유럽에서 산업혁명기 대공장의 출현 과정에서 경제적 우위에 있는 사용자가 노동규율과 근로조건 결정을 위해 작성하기 시작하였으나 그 내용과 작성절차에 대한 법적인 규율이 부재하여 근로자로서는 가혹한 취업규칙의 내용을 일방적으로 적용받을 수 밖에 없었다. 이에 1891년 독일 영업법이 취업규칙을 제도적으로 수용하여 사용자에게 법정 기재사항을 포함한 취업규칙의 작성 및 신고의무를 부여하는 한편 그 작성절차를 규율하고 법적 구속력을 인정한 것이 취업규칙 제도의 효시가 되었고, 이는 일본의 1926년 공장법 시행령 및 1947년 노동기준법상의 취업규칙 제도에 많은 영향을 미쳤다.

1953년 근로기준법 제정 당시 우리의 입법자들은 일본의 취업규칙 제도를 계수하는 한편 법정 근로기준에 관한 사항을 취업규칙의 기재사항으로 연계하여 취업규칙을 통해 법정 근로기준의 이행확보 및 근로감독이 이루어질 수 있도록 하였다. 산업화 과정에서는 노사분규의 예방을 위해 행정관청이 취업규칙의 작성 및 신고를 적극적으로 강조하였고, 노동조합의 역할이 제한적인 상황에서 근로조건 결정 및 직장질서 확립 수단으로서 취업규칙의 역할이 점차적으로 증가하였다. 또한 취업규칙은 근로기준법 적용범위가 단계적으로 확대되어 오는 과정에서 근로기준법 적용이 배제된 소규모 사업장에서 근로자 보호 기능을 담당하기도 하였고, 법정 근로기준의 이행확보를 위해 취업규칙의 기재사항도 점차적으로 추가되어 왔다. 한편 1970년대 후반부터는 취업규칙상 퇴직금 제도의 불이익변경을 둘러싼 논란이 발생하였고, 이에 1977년의 대법원 판결은 근로조건 대등결정의 요청, 기득이익의 보호, 근

로조건의 통일적 규율의 관점에서 취업규칙의 불이익변경에 근로자 집단의 동의를 요구하는 법리를 제시하였고 이는 1989년의 근로기준법 개정을 통해 입법화 되었다.

이처럼 취업규칙 제도는 근로자 보호의 목적에서 도입된 것이지만, 근로조건 결정 및 직장질서 확립 수단으로서 취업규칙은 규범적 타당성이 부족하다. 역사적으로 취업규칙 제도가 전개되어오는 과정에서, 사용자가 근로조건과 직장질서를 임의적으로 규율하는 것을 방지하기 위하여 취업규칙의 작성을 의무화 한 이상 그 법적 구속력도 인정되었으나, 그 효력의 근거를 어디에서 찾을 수 있는지와 관련하여 그 법적 성질을 계약으로 파악하는 견해(계약설)와 법규범으로 파악하는 견해(법규범설)의 대립이 해소되지 않고 계속되어 온 것이다. 그러나 사용자가 취업규칙을 일방적으로 작성하는 이상 그 효력을 당사자의 의사합치에 기한 계약에서 찾기는 어렵고, 이를 법규범으로 본다고 하더라도 사용자가 법규범의 제정권한을 갖는 정당한 이유를 찾기도 어렵다는 점에서 이론적 문제가 발생한다.

나아가 우리 헌법이 근로자의 자기결정권과 단체교섭권으로부터 도출되는 집단적 근로조건 대등결정의 원칙, 경제민주화의 실현을 요청하고 있는 이상 사용자가 일방적으로 작성하는 취업규칙을 통한 근로조건의 결정은 헌법적 요청에 부합하는 것으로 보기 어렵다. 또한 근로기준법이 사용자가 직장질서 확립 수단이자 징계근거로서 취업규칙을 일방적으로 작성할 수 있도록 하는 것은 대등한 사인(私人)관계에서 일방적인 징계를 허용하게 하는 것과 마찬가지라는 점에서 문제가 있다.

취업규칙 제도의 운용과정에서도 그 실효성과 정합성에 문제가 발견된다. 먼저 근로자 보호를 위해 마련된 취업규칙의 작성 절차 등에 대한 제도적 규율이 실효적으로 이루어지지 못하고 있는데, 이는 취업규칙의 작성 절차를 효력규정이 아닌 단속규정으로 바라보는 판례의 태도로 인해 비롯된 것으로 볼 수 있다. 또한 취업규칙의 불이익변경에 근로자 집단의 동의를 요구한 것은 제한적이나마 근로조건 대등결정의 원칙을 실현하고자 한 것이지만, 판례는 스스로 제시한 불이익변경 법리를 적용하는데 있어 그 동의의 요건을 점

차적으로 완화할 뿐만 아니라 동의를 받지 않은 불이익변경의 효력도 인정하고 있다는 점에서 제도적 취지가 몰각될 뿐만 아니라 법적 안정성을 저해한다. 그리고 취업규칙은 단체협약 등 기타 근로조건 결정 규범과의 효력계위에 있어서 유리의 원칙을 적용할 것인지를 두고 해석상 논란이 있고, 다양한 근로자대표기구를 두고 있는 우리 노동법 체계 속에서 기능적 중복이 발생한다는 점에서 제도의 정합성이 부족하다.

근로조건 결정의 개별화, 고용형태의 다변화로 대표되는 근로자 집단의 분화, 미조직 근로자의 보호 필요성 등의 새로운 노사관계와 사회경제적 환경변화는 취업규칙 제도의 문제점을 극복할 수 있는 새로운 집단적 근로조건 결정시스템을 요청하고 있다. 이에 따라 해외 입법례에서 취업규칙 제도가 어떠한 방향으로 발전하였는지를 검토하는 한편, 선행연구를 바탕으로 장기적으로는 취업규칙 제도를 노사합의에 기반한 근로조건 결정 시스템으로 전환하되, 노사관계의 현실을 감안하여 우선 취업규칙 제도의 운용상 합리성과 명확성을 기하도록 하는 단기적 개선방안을 함께 제시하였다.

참고문헌

1. 국내문헌

1) 단행본

김유성, 「노동법 Ⅰ」, 법문사, 2005

김형배, 「노동법」, 박영사, 2018

김형배 · 박지순, 「노동법강의」. 박영사, 2022

노동법실무연구회, 「근로기준법 주해」(제2판), 박영사, 2020

노동법실무연구회, 「노동조합법 주해」(제2판), 박영사, 2023

니시타니 사토시, 「노동법의 기초구조」, 박영사, 2016

이철수, 「노동법」, 현암사, 2023

임종률, 「노동법」, 박영사, 2022

2) 연구보고서

김정한 · 문무기 · 윤문희, 「취업규칙 분석(Ⅱ)」, 한국노동연구원, 2008

김훈 · 이승욱, 「노사협의회의 쟁점과 과제」, 한국노동연구원, 2000

박제성, 「근로자대표제도의 재구성을 위한 법이론적 검토」, 한국노동연구원, 2013

법제처 법령정보관리원, 「벨기에 취업규칙」, 2016.

이상덕 · 김정한 · 김성환, 「취업규칙 분석」, 한국노동연구원, 1993

이영면 · 성상현 · 이동진, 「노사협의회 운영실태조사 및 개선방안연구」, 고용노동부 학술연구용역보고서, 2011

이정 · 박종희 · 하갑래, 「취업규칙 분석 및 제도개선방안연구」, 고용노동부 학술연구용역보고서, 2009

장홍근, 「노사협의회 운영상황 실태조사」, 고용노동부 학술연구용역보고서, 2016

한국노동법학회, 「근로기준법제의 중장기적 개선방안」, 고용노동부 학술연구용역보고서, 2007

한국노동법학회, 「근로계약 전반에 관한 제도개선 방안 마련을 위한 연구」, 고용노동부 학술연구용역보고서, 2016

한국노동연구원, 「2022 KLI 비정규직 노동통계」, 2022

3) 학술논문

강선희, “단체협약과 취업규칙의 관계와 유리성 원칙”, 노동법학 45호, 2013

강성태, “근로자참가제도의 신동향과 과제”, 법학논총 24권 3호, 2007

강성태, “노동조합의 근로자대표성에 관한 단상”, 노동리뷰 2015년 3월호, 한국노동연구원, 2015

강성태, “취업규칙 불이익변경에서 집단적 동의권 남용 법리의 적용”, 월간 노동리뷰 2023년 6월호, 2023

강주리, “취업규칙법제의 재검토 – 집단적 참가의 구축을 중심으로”, 노동법학 제83호, 2022

강희원, “근로기준법상 취업규칙의 개념에 대한 일고찰”, 노동법학 제42호, 2012

고수현, “방송의 공정성과 근로조건”, 법학논총 제35권 제4호, 2018

권영준, “계약법의 사상적 기초와 그 시사점 – 자율과 후견의 관점에서”, 저스티스 통권 124호, 2011

권오성, “취업규칙은 과연 계약일까?”, 노동법률 2021년 10월호, 2021

권오성, “단체교섭권 또는 단체교섭의 자유”, 「구체적 권리로서의 노동3권의 의의와 부당노동행위제도 재정립에 관한 연구」, 한국노동연구원, 2022

김기선, “대안적 근로자대표제의 모색”, 노동법포럼 21호, 2017

김남철, “감사원 관련 헌법개정논의에 대한 공법적 소고”, 공법학연구 제19권 제1호, 2018

김대연, “노동조합 아닌 근로자대표제에 의한 근로조건 결정시스템”, 노동법포럼 제33호, 2021

김도민, “미군정기 아동노동법규와 미성년자노동보호법”, 역사비평 132호,

2020
김문숙, “일본의 법례개정과 남겨진 과제- 법의 적용에 관한 통칙법의 제정에 관하여 -”, 국제사법연구 제12호, 2006
김복기, “사회적 기본권의 법적 성격”, 사회보장법연구 제3권 제1호, 2014
김수정, “효력규정과 단속규정의 구별기준에 관한 체계화 모색”, 민사법학 제85호, 한국민사법학회, 2018
김성진, “징계의 본질에 대한 소고”, 안암법학 제40권, 2013
김영진, “임금피크제의 효력에 관한 쟁점”, 사법 통권62호, 2022
김재훈, “근로조건 변경의 법리”, 서울대학교 박사학위논문, 1999
김재훈, “한국의 근로계약법제의 현황과 과제”, 노동법학 제32호, 2009
김종철, “헌법과 양극화에 대한 법적 대응”, 법과사회 제3호, 2006
김지형, “취업규칙에 의한 퇴직금규정의 불이익변경”, 「노동법강의」, 법문사, 2004
김형배, “한국노동법의 개정방향”, 법학논집 제30권, 1994.
김형배, “취업규칙의 불이익변경과 근로계약의 유리한 규정”, 노동법포럼 29호, 2020
김홍영, “취업규칙 관련 법리의 문제점과 대안”, 노동법연구 42호, 2017
김훈 · 박종희, “종업원대표제 재구축의 필요성과 기본방향”, 산업관계연구 제21권 제2호, 2011
김훈, “일본에서의 종업원대표제 법제화 논의와 시사점”, 노동법포럼 제7호, 2011
노광표, “원산총파업 – 일제하 노동운동의 꽃”, 노동사회 40호, 2000, 95면
도재형, “근로기준법상 근로자대표 및 서면 합의 제도”, 노동법학 제37호, 2011
도재형, “근로기준법상 근로자대표와 서면합의제도”, 「기업 내 근로조건 결정법리」, 한국노동연구원, 2010
문준혁, “기업의 영업의 자유와 근로자의 일반적 행동자유권의 충돌”, 노동법학 제68호, 2018
민병로, “헌법상 자기결정권과 후견주의”, 법학논총 제32권 제1호, 2012
박귀천, “독일 노동법상 근로조건 결정시스템”, 노동법연구 제41호, 2016

박귀천, “일터민주주의를 위한 노동법적 과제”, 노동법학 제75호, 2020

박귀천, “최근 독일 단체협약법 변화의 내용과 의미”, 노동법연구 제44호, 2018

박은정, “일본의 과반수근로자대표제도의 연혁과 법제화 논의”, 「기업 내 근로조건결정법리」, 한국노동연구원, 2010

박제성, “취업규칙과 단체협약 간 유리의 원칙 - 서울행정법원 2010.12.2. 선고 2010구합34736 판결”, 노동법학 제37호, 2011

박제성, “근로자대표론: 단체협약의 규범력 확대를 위하여”, 노동리뷰 2015년 3월호, 2015

박제성, “집단적 근로 조건 대등 결정의 원칙과 근로자 대표론의 의의”, 노동법연구 제45호, 2018

박제성, “노동3권의 규범적 의의”, 「구체적 권리로서의 노동3권의 의의와 부당노동행위제도 재정립에 관한 연구」, 한국노동연구원, 2022

박종희, “유리한 조건 우선의 원칙에 대한 법이론적 검토와 체계상 재구성 시론”, 노동법학 제8호, 1998

박종희, “취업규칙 본질에 관한 논쟁의 소재와 앞으로의 논의방향성”, 노동법학 제12호, 2001

박종희, “노동3권의 보장의의와 내용”, 고려법학 제48호, 2007

박종희, “임금피크제와 취업규칙 변경절차에 관한 법적 검토 - 취업규칙 불이익 변경 관련 정부 입장의 비판적 검토를 중심으로”, 노동법포럼 통권 15호, 2015

박종희, “취업규칙과 근로계약간의 유리한 조건 우선의 원칙과 근로조건의 집단적 결정법리와의 관계”, 안암법학 제56권, 2018

박종희, “취업규칙 제도의 변천과정에 대한 평가와 향후 개선방안”, 한국노동법학회 2023 하계공동학술대회자료집, 2023

박지순, “노동시장의 변화와 독일 공동결정제도의 대응”, 노동정책연구 2001년 가을호, 2001

박지순, “징계제도의 법적 구조 및 개별쟁점의 재검토”, 노동법포럼 제1호, 2008

박지순, “한국형 근로자대표제도의 구상”, 노동법논총 제42집, 2018

박효숙, “일본의 취업규칙에 의한 근로조건의 불이익변경 법리”, 노동법학 제50호, 2014

방준식, “취업규칙 불이익변경과 근로계약의 효력”, 노동법학 제74호, 2020

서환주, “오루법 도입이후의 프랑스 노사관계의 변화 : 새로운 조절양식의 탄생인가 아니면 국지적 변화인가?”, 산업관계연구 10권 1호, 2000

송규범, “영국의 산업혁명과 노동세계의 변화”, 서원대학논문집 18권, 1986

송영민, “일본 개정민법상의 정형약관에 관한 고찰”, 법과정책 제25권 제2호, 2019

송호영, “스포츠단체의 선수징계에 대한 법적 문제”, 스포츠엔터테인먼트와 법 제11권 제1호, 2008

신권철, “취업규칙을 넘어”, 노동법연구 제41호, 2016

양천수, “민주적 법치국가에서 본 법규범의 효력근거”, 법과사회 제38권, 2010

유혜경, “단체협약법의 이론적 기초에 관한 연구”, 노동법학 제24호, 2007

이세주, “개별기본권으로서 자기결정권의 개념과 보호영역에 대한 고찰”, 헌법학연구 제4호, 2022

이승길 · 이주호, “임금피크제의 도입에 따른 취업규칙의 불이익변경에 관한 소고”, 아주법학 제9권 제1호, 2015

이승욱, “근로자대표제도의 개선방향”, 계간 사회적대화 통권 10호, 2019

이승욱, “분절된 노동시장 극복을 위한 새로운 법규범의 모색”, 법과사회 제56호, 2017

이승현, “신화 비판의 기호학과 조직의 신화 읽기”, 인사 · 조직연구 제17권 1호, 2009

이은주, “프랑스 근로계약 변경에 관한 논의와 그 시사점”, 노동법학 제74호, 2020

이준희, “취업규칙과 근로계약의 효력상 우열관계”, 노동법논총 48집, 2020

이철수, “취업규칙에 대한 판례법리와 문제점”, 사법행정 제34권 제8호, 1993

이철수, “단체협약상의 해고사유와 취업규칙상의 해고사유”, 노동법률 42호, 1994

이철수, “근로계약법제에 대한 방법론적 검토”, 「노동법의 존재와 당위 : 김유성교수 정년기념」, 박영사, 2006

이철수, “IMF 구제금융 이후의 한국의 노동법제 발전”, 서울대학교 법학 제

55권 제1호, 2014
이철수, “새로운 종업원대표시스템의 정립”, 노동법연구 제45호, 2018
이철수, “경영권이라는 신화를 넘어”, 서울대학교 법학 제62권 제4호, 2021
이철원, “취업규칙에 관한 연구”, 법학논총 제7권, 1969
이흥재, “근로기준법 제정심의의 주요 쟁점”, 서울대학교 법학, 제50권 제3호, 2009
임종률, “취업규칙의 성질과 변경절차”, 법률신문 1388호, 1980
임지봉, “적법절차조항의 우리 헌법에의 도입과 그 적용”, 헌법학연구 11권 제3호, 2005
장영철, “일반적 행동자유권에 관한 고찰”, 서울법학 제28권 제1호, 2020
전수민, “산업구조변화가 고용 및 생산에 미치는 영향”, 유라시아연구 제18권 제3호, 2021
전윤구, “연령차별관점에서 본 정년연장과 임금조정제”, 노동법포럼 15호, 2015
정명현, “약관과의 비교를 통한 취업규칙 규제의 문제점”, 민사법의 이론과 실무 제13권 제2호, 2010
정명현, “취업규칙의 근로조건 결정 기능의 분리 운영 방안”, 법제 2017년 12월호, 2017
정영훈, “취업규칙의 불이익변경에 관한 일고찰”, 노동법학 제31호, 2009
정영훈, “직접고용원칙의 헌법적 근거에 관한 고찰”, 법학연구 제20권, 2017
정영훈, “기본권으로서의 단체교섭권에 관한 일고찰”, 노동법연구 제52호, 2022
정인섭, “취업규칙의 불이익변경과 집단적 동의의 방법”, 노동법연구 제17호, 2004
정재황, “사회변화와 헌법변화”, 성균관법학 제24권 제4호, 2012
차동욱, “우리나라 근로자대표제도의 현황 및 향후 발전방향 논의에 관한 검토”, 노동법포럼 34호, 2021
최석환, “근로기준법상 근로자 동의의 기능과 한계 – 규제 완화의 요건 혹은 해석의 기준 -”, 노동법논총 제48집, 2020
최영기, “1989년의 노동법 개정”, 「87년 이후 노동법제의 변천 - 법개정 및 정책변화의 역사」, 한국노동연구원, 1999

한인상, “근로기준법 적용범위 확대 방안”, 국회입법조사처 현안보고서 171호, 2012

홍성방, “헌법상 인간의 존엄에 대한 몇 가지 고찰”, 인권법평론 24호, 2020

荒木尚志(이정 번역), “일본 노동계약법의 제정과 노동법상의 함의”, 노동법학 제32호, 2009

4) 언론기사 및 자료

경향신문, “전국사업체 실태조사를 보고”, 1968-03-21

동아일보, “전근대서 맴도는 기업경영”, 1971-02-12

매일경제, “구멍뚫린 노무관리”, 1969-12-11

매일경제, “상의조사 생산직의 54.2%가 일급제”, 1977-09-09

매일경제, “근로기준법 적용 확대”, 1988-01-04

매일경제, “3野,「노동관계법」개정 공청회 지상중계”, 1988-07-30

민주화운동기념사업회 사료관 오픈아카이브, ‘노동관계법 개정을 위한 야권 3당 합동공청회 관련 기초자료’,1988.08.29

조선일보, “회사당국과 직공측 태도 강경하야 지구전”, 1929-01-19

조선일보, “아직도 삼백여건”, 1955-04-13

조선일보, “여성차별 사규등 취업규칙 점검”, 1984-02-28

김동춘, ‘법은 벌고, 취업규칙은 가깝고 – 다이소의 경우’, 시민언론 민들레, 2023-05-13

정철용, ‘현대의 신화, 뒤집어 읽기 – 롤랑 바르트의 <신화론>’, 오마이뉴스 2004-03-09

한국노동조합총연맹, “사용자 의무 준수에 관한 실태조사 결과”, 2023-03-02

2. 일본어 문헌

荒木尚志, 「労働法」, 有斐閣, 2020.

浜田冨士郎,「就業規則法の研究」, 神戸大学研究双書刊行会, 1994

西谷敏, “日本労働法の形成発展過程における外国法の影響”, 近畿大学法科大学院論集 第5号, 2009

諏訪康雄, “就業規則”, 「文献研究労働法学」(労勘法文献研究会編), 総合労働研究所, 1978

中村和夫, “就業規則論”, 「戦後労働法学説史」(籾井常喜編), 旬報社, 2002

吾妻光俊, “労働法の基本問”,「労働法の基本問題」, 有斐閣, 1949

石井照久,“労働関係の法律的分析”, 討論労働法 10号, 1954

沼田稲次郎,“就業規則の法的性質”, 学会誌4号, 1954

小嶋典明, “わか國に従業員代表法制”, 富大經濟論集 第35巻 第1号, 1989

土岐将仁, “就業規則法理の意義と解釈論上の論点”, 法律時報 第95巻 第2号, 2023.

西谷敏, “過半数代表と労働者代表委員会”, 日本労働協会雑誌 356号, 1989

毛塚勝利, “わが国における従業員代表法制の課題－過半数労働者代表制度の法的整備のための検討課題－”, 日本労働法学会誌 79号, 1992

厚生労働省, “今後の勤労契約法制の在り方に関する研究会”, 「今後の勞動契約法制の在り方に関する研究会報告書」, 2005

3. 독일어 문헌

Blankenstein, “Die Rechtskraft der Arbeitsordnungen”, Archiv des öffentlichen Rechts, Vol. 13 No. 1, 1898.

E. Neukamp, “Der Entwurf der neuesten Gewerbeordnungsnovelle”, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft Bd. 47, H. 1., 1891

P. Oertmann, Die rechtliche natur der arbeitsordnung. Festgabe fur Hubler, 1905

W. Hromadka, “Arbeitsordnung und Arbeitsverfassung”, ZfA, 1979

4. 프랑스어 문헌

A. Supiot, “La réglementation patronalede l'entreprise”, Droit Social 1992 No.3, 1992

F. Hordern, “Le règlement d’atelier au XIXème siècle”, 「cahier n°3 de l’Institut régional du travail de l’Université d’Aix-Marseille II」, 1991

G. Lyon-Caen, “Une anomalie juridique : le règlement intérieur”, Recueil Dalloz Sirey, 1969,

J. MOULY et Y. CHALARON, “Règlement intérieur et notes de service ”, Répertoire de droit du travail, Dalloz, 2015

J. Auroux, 「LES DROITS DES TRAVAILLEURS:Rapport au President de la Republique et au Premier ministre」, 1981

M. Cohen. "Le règlement intérieur et le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise", Droit Social, 1980

5. 영어 문헌

E.P. Thompson, “Time, Work-discipline, and industrial capitalism”, Past & Present No. 38, 1967

ILO, “works rules – conference paper”, International labour review, vol.82. no.3., 1960.

S. Polland, Factory Discipline in the Industrial Revolution, The Economic History Review Vol 16 No.2, 1963.

S. Deakin & F. wilkinson, “the origins of the contract of employment”, 「The Law of the Labour market」, oxford press, 2005

V.I. Lenin, “Explanation of the Law on Fines Imposed on Factory Workers”, 「Lenin Collected Works」, Progress Publishers, 1895

ABSTRACT

A study on Rules of Employment in Labor Standard Act

Junhyeok MUN

College of Law

The Graduate School

Seoul National University

'Rules of employment'(RoE) is written by an employer regarding matters such as working conditions and work discipline that will be applied to all workers in the business or workplace. As following in Labor Standard Act, an employer who regularly employs 10 or more employees shall prepare the RoE and report such rules to the Minister of Employment and Labor. An employer shall, with regard to the preparation or alteration of the RoE, hear the opinion of a trade union if there is such a trade union composed of the majority of the employees in the business or workplace concerned, or otherwise hear the opinion of the majority of the said employees if there is no trade union composed of the majority of the employees: Provided, That in case of amending the RoE unfavorably to employees, the employer shall obtain their consent thereto. RoE shall not conflict with any statutes or regulations, or a collective agreement applicable to the business or workplace concerned, and if a labor contract includes any term or condition of employment which falls short of the standards of labor as provided for in the RoE, such part shall be null and void. In such cases, the invalidated part

shall be governed by the standards provided for in the RoE.

Accordingly, in this paper, we first look at the formation and development process of the RoE system, derive its historical significance and purpose, and then review the theoretical and practical issues raised in the process of operating the system so far to determine the improvement of the rule of employment system. Based on this, we tried to derive modern tasks and improvement plans for the RoE system raised in future labor-management relations and social environment changes.

First, looking at the process of formation and development of the RoE system, RoE began to be written by employers with economic advantage in the process of the emergence of factories in the era of the Industrial Revolution in Europe to determine labor discipline and working conditions. But due to the lack of regulation about RoE, workers were forced to unilaterally apply the harsh RoE. In response, the German Business Act of 1891 institutionally accepted the RoE, giving the employer the duty to prepare and report the RoE, including statutory entries, while regulating the drafting procedure and recognizing legal binding power. It had a great influence on Japan's 1926 Enforcement Decree of the Factory Act and the 1947 Labor Standards Act's RoE system.

At the time of enactment of the Labor Standards Act in 1953, our legislators accepted Japan's RoE system and linked matters related to statutory labor standards to the items listed in the RoE to ensure the implementation of statutory labor standards and labor supervision through RoE. In the process of industrialization, the administrative authorities actively emphasized the preparation and reporting of RoE to prevent labor disputes. In a situation where the role of labor unions was limited, the role of RoE as a means of determining working conditions and establishing work discipline gradually

increased. In addition, in the process of gradually expanding the scope of application of the Labor Standards Act, the employment rules also served as a protection function for workers in small businesses that were excluded from the application of the Labor Standards Act. Meanwhile, from the late 1970s, controversy arose over the unfavorable changes to the severance pay system in the RoE, and the Supreme Court decision in 1977 was based on the request for equal determination of working conditions, the protection of vested interests, and the unified regulation of working conditions. A legal principle requiring the consent of the worker's group to change disadvantages was presented, and this was legislated through the revision of the Labor Standards Act in 1989.

However, even if the RoE system was introduced for the purpose of protecting workers, there is a problem with its normative validity. In the course of the development of the RoE system, its legal binding force was also recognized, as long as the preparation of RoE was obligatory in order to prevent employers from arbitrarily regulating working conditions and work discipline. However, in relation to where to find the basis for its validity, there has been a continuing conflict between the view of understanding the legal nature of the contract (contract theory) and the view of understanding it as a legal norm (legal norm theory). However, as long as the employer writes the RoE unilaterally, it is difficult to view it as a contract based on the agreement of the parties, and it is also difficult to find a legitimate basis for why the employer has the authority to enact these regulations.

Furthermore, as far as our Constitution requires the realization of economic democratization and the principle of equal determination of collective working conditions derived from workers' constitutional right to self-determination and collective bargaining, but the unilateral determination of working conditions through RoE can't conforms to the constitutional order. In addition, there is a

problem in that the Labor Standards Act allows employers to unilaterally create RoE as a means of establishing order in the workplace and as a disciplinary rule, which is the same as allowing unilateral disciplinary action in an equal private relationship.

In the process of operating the employment rule system, problems with its effectiveness and consistency are found. First of all, the regulation for the preparation procedure of the RoE is not being implemented effectively, which is due not only to administrative limitations but also to the case law that regards the procedure of writing the RoE. In addition, requesting the consent of the group of workers for unfavorable changes in the RoE was intended to realize the principle of equal determination of working conditions, albeit in a limited way. In doing so, the institutional purpose is being neglected. Finally, there is controversy over whether to apply the principle of advantage in relation to other norms which determining working conditions, such as collective agreements, and there is a problem with the consistency of the system in that functional duplication occurs among various worker representatives.

New labor-management relations and changes in the socio-economic environment, such as the individualization of working conditions determination, the differentiation of worker groups represented by the diversification of employment types, and the need to protect unorganized workers, have led to a new working conditions determination system that can overcome the problems of the employment rule system. In view of these requests, the rule of employment system should be converted into a system for determining working conditions based on labor-management agreements in the long term. Also, in consideration of the realistic situation of labor-management relations, rationality and clarity in the operation of the rule of employment system should be considered, and improvement is need in

measures to while drafting the RoE and to strengthen procedural discipline in disciplinary actions.

Key words : Rules of Employment, Working Condition, Disciplinary Action, Collective Agreement. Worker Representative

***Student Number* : 2016-30335**