

일반해고와 취업규칙

박 제 성*

I. 일반해고

2014년 12월 29일 발표된 비정규직 종합대책(안)은 “근로계약 해지 관련 노사분쟁 예방을 위해 근로계약 해지 기준과 절차를 명확화”한다는 목표 아래, “일반적인 고용해지 기준 및 절차에 관한 가이드라인 마련”을 2015년에 하겠다고 밝혔다. 주요 내용으로는 “① 객관적 합리적 기준에 의한 평가 ② 교정기회 부여, 직무배치전환 등 해고회피 노력 ③ 공정한 절차와 관련 내부규정 운영 등”이 예시되었다.

이후 이른바 ‘일반해고’는 노사정위원회 내부 논의를 거쳐, 노동시장 구조개선을 위한 2015년 9월 15일 노사정 합의문에서 “근로계약 해지 등의 기준과 절차 명확화”라는 제목 아래 다음과 같은 합의 내용이 명시되었다. “노사정은 인력운영 과정에서의 근로관행 개선을 위하여 노사 및 관련 전문가의 참여하에 근로계약 전반에 관한 제도개선 방안을 마련한다. 제도개선 시까지의 분쟁예방과 오남용 방지를 위하여 노사정은 공정한 평가체계를 구축하고, 근로계약 체결 및 해지의 기준과 절차를 법과 판례에 따라 명확히 한다. 이 과정에서 정부는 일방적으로 시행하지 않으며 노사와 충분한 협의를 거친다.”

하지만 그 후 노사정 논의는 진행되지 않은 것으로 보인다. 적어도 노사정위원회나 정부 차원의 공식적인 문서로 외화된 것은 없는 것 같다. 그래서 이 글은 정부가 목표로 밝히고 있는 ‘근로계약 해지의 명확한 기준과 절차’의 구체적 내용에 대한 검토를 수행할 수가 없다. 그 대신, 이른바 일반해고 곧 저성과를 이유로 한 해고 논쟁의 저변에 깔려 있는 담론들을 간략하게 비판적으로 검토하고자 한다. 이 문제는 일회성의 정책적 논쟁으로 끝나지 않을 것이며, 앞으로도 상당히 오랫동안 우리 사회의 노동관계를 재착상하는 데 핵심적인 쟁점으로 남아 있을 것이기 때문이다.

* 한국노동연구원 연구위원(jeseongpark@kli.re.kr).

근로기준법 제23조 제1항에 의하면, 사용자는 “정당한 이유” 없이 근로자를 해고할 수 없다. 정당한 이유란 판례에 의하면 “사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우”¹⁾를 말한다. 학설은 보통 이것을 징계사유가 있는 경우(예를 들어 무단결근을 이유로 한 해고)와 그렇지 않은 경우(예를 들어 질병이나 부상으로 인해 근무가 불가능해진 것을 이유로 한 해고)로 나눈다. 전자를 흔히 ‘징계해고’라고 부르고, 후자를 보통 ‘일반해고’ 혹은 ‘통상해고’라고 부른다. 그리고 근로기준법 제24조는 “경영상 이유에 의한 해고”를 제한하고 있는데, 흔히 ‘정리해고’라고 부르는 것이다. 이렇게 해서 학설은 근로기준법이 규제하는 해고의 종류를 징계해고, 일반해고, 정리해고로 구분한다. 현재 논의되고 있는 것이 바로 일반해고이고, 그 중에서 저성과를 이유로 한 해고가 핵심 쟁점이다. 유의할 것은 일반해고라고 해서 별도의 요건이나 절차가 따로 있는 것은 아니라는 점이다. 해고의 기준은 언제나 ‘정당한 이유’이고, 이것은 일반해고든 징계해고든 정리해고든 다르지 않다.²⁾

학설은 대부분 저성과만을 이유로 해고하는 것은 인정되지 않는다고 본다.³⁾ 해고의 금지는 1953년 근로기준법이 제정된 이래 변함없이 노동법의 근간을 이루고 있는 제도라는 점을 고려하면, 이러한 학설의 태도는 당연하다고 할 것이다. 저성과를 이유로 한 해고가 정당한 해고로 평가받을 수 있기 위하여 학설이 주로 제시하고 있는 요건을 보면 다음과 같다. 객관적인 기준, 공정한 평가, 직무능력 향상을 위한 기회 제공 또는 직무의 조정, 투명한 제도 설계 등이다. 객관적으로 사전에 정해진 기준에 따라, 공정하게 평가를 해서, 성과가 낮은 근로자에게는 역량 향상의 기회를 부여하거나 직무의 조정을 통해서 성과 제고의 기회를 부여하고, 그럼에도 불구하고 계속 성과가 기대에 미치지 못하는 근로자를 해고하는 것은 정당한 해고로 볼 수 있을 것이라는 말이다. 그리고 이 모든 제도들은 처음부터 근로자들 혹은 근로자들을 대표하는 자와 성실한 협의와 교섭을 통해서 설계될 필요가 있다.

객관성, 공정성, 투명성. 수정으로 조각해낸 이 매혹적인 언어들은 그러나 노동의 객관적(objective) 차원만 부각시킬 뿐, 노동의 주관적(subjective) 차원은 반영하지 않는다. 노동의 객관적 차원은 노동을 순전히 ‘의제된 상품’으로만 바라본다. 상품의 가격을 제대로

1) 대법원 2013. 10. 31. 2013두13198 등.

2) 정리해고는 그저 근로기준법 제24조 제1항에서 제3항까지 규정하고 있는 요건들이 충족되었을 때 정당한 이유가 있는 것으로 법이 간주하고 있을 뿐이다(근로기준법 제24조 제5항 참조).

3) 조용만(2015), 「프랑스에서 ‘개인적 사유에 의한 해고’의 실제적 제한에 관한 법리 - 직무능력부족, 실적불량을 이유로 하는 해고를 중심으로」, 『노동법학』 제55호, 2015년 9월, pp.249~298; 박종희(2014), 「저성과자에 대한 합리적인 인사관리방안과 관련한 법률상 쟁점 검토」, 『고려법학』 제75호, 2014년 12월, pp.303~368 ; 박지순(2010), 「지속적인 근무성적 및 근무태도 불량자 해고의 정당성 판단에 관한 연구」, 『조정과 심판』 2010년 겨울호, pp.8~29 등 참조.

매기기 위해서는 상품의 가치를 객관적이고, 공정하고, 투명하게 평가하는 것이 중요하다. 재활용이 가능한 상품과 폐기처분해야 할 상품을 잘 선별하는 것도 중요하다. 하지만 인간은 노동을 통해서 세계에 자신을 각인하고, 그 과정을 통해 자신을 변화시킨다. 인간은 노동을 통해 스스로의 정의감을 세계에 투영하고, 그럼으로써 스스로의 삶에 의미를 부여한다. 이것이 노동의 주관적 차원이다. 목표관리와 성과평가에 관한 담론들이 노동의 객관적 측면만을 겨냥하면서 주관적 측면을 외면할 때, 인간은 주체(subject)에서 객체(object)로 전락한다. 인간이 객체라면 무엇이 주체인가? 여기에서 주체의 지위에 등극하는 것은 기업 혹은 일반적으로 말하면 시장이다.

이러한 상황은 헌법적 가치의 전복이 아닐 수 없다. 헌법 제10조에 의하면 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.” 인간의 존엄성이란 곧 모든 인간은 그 스스로가 목적일 뿐, 다른 목적을 위한 효용으로 평가받는 수단이 아니라는 말이다. 헌법의 정신과는 반대로 기업이 투기적 이윤 추구에 탐닉할 때, 인간은 수단이 된다. 기업의 경쟁력 향상과 이윤 극대화의 목적에 동원되는 ‘자원’ 또는 ‘자본’으로 전락하는 것이다. “생명 없는 물질은 공장에서 값비싼 상품이 되어 나오지만, 이 세상에서 가장 고귀한 인간은 그 곳에서 한갓 쓰레기로 변하고 만다.”⁴⁾ 그렇다면 기업은 인간의 존엄성과 행복추구라는 목적에 기여하는 수단이라는 본래의 자리로 되돌아가야 할 것이다. 기업의 목적은 이윤의 극대화가 아니다. 기업가는 투기꾼이 아니며, 기업은 투기꾼의 폐가 아니다. 최소투자 최대이윤은 투기꾼의 좌우명일 뿐, 기업의 지향이 될 수 없다. 이윤은 주주배당과 기업저축을 합한 것이므로, 이윤의 극대화는 곧 “분배의 최소화”를 의미한다.⁵⁾ 이것은 기업경제를 위해서 국민경제를 희생시키는 결과를 초래한다. 물론 기업이 존속하기 위해서는 이윤이 필요하지만, 이윤의 극대화가 목적이 되는 순간 “균형 있는 국민경제의 발전”(근로기준법 제1조)을 꾀한다는 법의 목적은 달성할 수 없게 될 것이다.

헌법 제32조 제1항 “근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”라는 규정은 노동과 기업의 위계가 어떻게 설정되어야 하는가에 대한 주권자의 판단이다. 인간의 존엄성을 보장하는 근로조건은 단순히 상품으로서의 노동이 제값을 받도록 한다는 것을 의미하는 데 그치지 않는다. 그것보다 더 나아가서, 인격으로서의 노동이 존중받을 수 있도록 근로조건을 세워야 한다는 것을 의미한다. 인간의 존엄성이란 요컨대 상품의 존엄성이 아니라 인격의 존엄성이기 때문이다. 그리고 그러한 근로조건을 법률로 정해야 한다. 법률로 정한다는 것은 ‘법을 세운다’(立法)는 것이다. 법을 세운다는 것은 무엇이 법인지 누구나 보아서 알 수 있도록 드높인다는 것이다. 이것

4) 1891년에 반포된 교황 레오 13세의 회칙 『새로운 사태』의 반포 40주년을 맞이하여, 1931년에 교황 비오 11세가 반포한 회칙 『사십주년』에 나오는 표현.

5) 장하성(2015), 『왜 분노해야 하는가』, 헤이박스, p.147 이하 참조.

은 천명하는 것이다. 그러므로 장막 뒤에서 은밀하게 작성되거나 탁자 밑에서 음흉하게 거러낸 문서는 결코 법을 세워야 한다는 헌법의 정신에 부합하지 않는다.

기업의 목적이 이윤극대화가 아니라 인간의 존엄성과 공동선에 기여하는 것이라면, ‘저성과자’의 의미도 달라져야 할 것이다. 저성과는 목적 달성에 기대만큼 성과를 내지 못한다는 것인데, 기업의 목적이 더 많은 이윤의 추구가 아니라 공동선의 기여에 있다면, 저성과자란 곧 기업의 이윤에 성과를 내지 못하는 자가 아니라 공동선의 기여에 성과를 내지 못하는 자를 의미하게 될 것이다. 그리고 그런 경우라면, 판례가 해고의 정당한 이유로 정의하고 있는 것, 즉 “사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우”에 해당한다고 보아도 크게 부당하지는 않을 것이다.

이는 곧 해고의 정당성 판단 기준은 기업의 관점이 아니라 사회의 관점이어야 한다는 사실을 반영한다. 해고는 사회적 문제이기 때문이다. 해고는 단순히 한 개인의 문제도 아니고 한 기업의 문제도 아니다. 해고는 사회 전체의 문제이다. 왜냐하면 해고가 초래하는 부담은 사회가 떠안기 때문이다. 기업은 해고를 통해서 비용을 사회에 전가한다. 해고에 대해서 세금을 부과하지는 발상은 이런 문제를 지적한다. 우리 판례가 해고의 정당한 이유에 “사회통념”을 고려하는 것도 같은 문제의식을 반영한다. 그러므로 저성과 여부를 공동선에 대한 기여가 아니라 기업의 이익을 기준으로 판단한다고 양보하더라도, 그것을 이유로 하여 근로자를 해고하는 것은 기업 차원의 정당성이 아니라 사회 전체 차원의 정당성을 요구한다고 할 것이다.

일반해고를 둘러싼 논쟁의 저변에 확산되고 있는 것은 ‘목표관리’ 또는 ‘성과관리’라고 하는 경영담론이다. 과거의 전통적인 경영담론이라고 할 수 있는 테일러주의가 근로자의 신체적 노동력을 총동원하는 체제에 호응하는 것이라면, 목표관리는 근로자의 잠재적 능력까지 총동원하고자 하는 체제에 호응하는 경영담론이라고 할 수 있다. 이 새로운 경영담론은 사전에 설정된 규칙과 지시에 따라 근로를 이행하는 ‘고분고분한 근로자’를 상정하는 것이 아니라, 시시각각으로 변동하는 시장의 신호에 실시간으로 반응하여 행동양식을 적응시킴으로써 목표의 달성을 향해 매진하는 ‘자율적인 근로자’를 상정한다. 이 허구적 ‘자율’의 대가는 책임이다. 테일러주의로 표상되는 ‘과정관리’에서 근로자는 사용자의 구체적 지배권에 철저히 종속되며, 반대로 결과에 대한 위험은 사용자가 부담한다. 반면에, 목표관리에서 결과에 대한 위험은 근로자의 내면으로 이식되며, 그 결과 사용자의 지배권은 외부에서 강제되는 것이 아니라 근로자의 내부에서 ‘자율’의 형식으로 행사되는 것처럼 보인다. 이렇게 전도된 지위는 노동관계를 과거처럼 ‘사용종속관계’가 아니라 일종의 봉건적 ‘충성관계’로 변모시킨다.⁶⁾

6) 이 주제에 관한 심층적인 분석으로는 Alain Supiot(2015), *La Gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard. 특히 “진정으로 인간적인 노동체제”(Un régime de travail réellement humain)를 분석한 제12~

이것은 마치 사람은 10명인데 의자는 9개밖에 없는 의자놀이와 비슷하다. 원을 그리며 돌다가 신호가 떨어지면 한 명씩 의자에 앉는 놀이인데, 의자에 앉지 못한 한 명을 퇴출시키고, 능력 좋은 다른 사람 한 명을 추가로 투입한 뒤, 다시 한바퀴 돌린다. 그래서 다시 의자에 앉지 못한 ‘저성과자’ 한 명을 퇴출시키고, 다시 유능한 한 명을 투입한다.

Ⅱ. 취업규칙

2014년 12월 29일 발표된 비정규직 종합대책(안)은 “정년연장, 임금피크제 도입 등 근로환경 변화에 따른 근로조건 합리적 적용을 위해 취업규칙 변경 기준과 절차를 명확화”한다는 목표를 제시하면서, “현재 취업규칙 변경시 일관된 규정이 없어 노사분쟁이 빈발”하므로, “판례상 인정되는 ‘사회통념상 합리성’ 요건을 구체화”하겠다는 방침을 제시하였다. 노동시장 구조개선을 위한 2015년 9월 15일 노사정 합의문에는 취업규칙 문제가 “임금체계 개편”과 관련하여 다음과 같이 명시되어 있다. “노사정은 임금피크제 도입을 비롯한 임금체계 개편과 관련하여 단체협약 및 취업규칙 개정을 위한 요건과 절차를 명확히 하고 이를 준수한다. 이 과정에서 정부는 일방적으로 시행하지 않으며, 노사와 충분한 협의를 거친다.”

일반해고와 마찬가지로 취업규칙과 관련해서도 그 이후에 더 구체적으로 나온 내용은 없다. 다만, 판례상 인정되는(인정된다고 주장하는) ‘사회통념상 합리성’ 개념을 제시하고 있으므로, 이 개념을 분석하는 것이 일차적으로 필요할 것이다. 이를 위해서는 근로기준법의 관련 규정이 개정된 과정과 판례의 법리가 변화된 과정을 연혁적으로 검토하는 것이 유용할 것이다.

1953년에 제정된 근로기준법 제95조는 취업규칙의 작성 및 변경의 절차에 대하여 다음과 같이 규정하였다. “사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 당해 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자의 의견을 들어야 한다.” 보는 바와 같이 당시의 조항은 ‘동의’를 요건으로 설정하지 않았으며 불이익 변경에 대한 별도의 절차를 규정하지도 않았다.

하지만 대법원은 1977년의 판결을 통하여 불이익 변경의 경우에는 “중전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자 집단의 집단의사결정 방법에 의한 동의를 요한다고 할 것이며,

13장(pp.325~383) 및 “충성관계의 구조”(La structure des liens d'allégeance)를 분석한 제14장(pp.385~405)을 참조.

그 동의 방법은 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 조합의 [동의], 그와 같은 조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의 방식에 의한 과반수의 동의"가 필요하다고 판결하였다.⁷⁾ 이를 편의상 '동의 법리'라고 부르기로 한다. 한편, 대법원은 1978년의 판결에서는 근로자의 동의 없이 정년제를 신설하는 취업규칙은 "사회의 일반통례에서 벗어난 불합리한 제도라고 볼 수 없는 것이므로" 유효하다고 하였다.⁸⁾ 이른바 '사회통념상 합리성' 개념이 처음으로 등장한 판결례라고 할 것이다. 이를 편의상 '합리성 법리'라고 부르기로 한다. 동의 법리와 합리성 법리를 결합한 판례 법리는 1989년 근로기준법이 개정되기 전까지 지속된다. 이 시기의 판례 법리를 요약하자면 다음과 같다. ① 취업규칙의 단순한 변경은 근로자의 의견 청취로 충분하다. ② 불이익 변경은 근로자 과반수의 동의가 필요하다. ③ 사회통념상 합리성이 있는 경우에는 불이익 변경이 아니므로 동의를 얻지 않아도 된다.

판례가 이러한 입장을 취할 수 있었던 것은 당시 근로기준법의 조항에 '동의'가 명시되어 있지 않았기 때문이다. 동의 법리는 판례가 해석을 통하여 만들어낸 것이기 때문에 그 적용 범위를 탄력적으로 정할 수 있었고, 판례는 불합리한 변경이 불이익한 변경이라고 본 것이다. 불합리한 변경은 불이익한 변경이므로 근로자의 동의가 필요하고, 합리성이 있는 변경은 불이익한 변경이 아니므로 동의가 필요하지 않다. 다시 말하면, 이 당시의 판례가 보기에는 불이익과 불합리는 사실상 동의어였던 것이다. 이것은 불이익 여부를 근로자의 주관적 이익의 관점에서 판단하는 것이 아니라, 사회적 합리성의 관점에서 판단한다는 것으로서, 곧 불이익 여부를 판단을 객관화한다는 것을 의미한다.

1989년 3월 29일에 근로기준법이 지금과 같이 개정되었다. "사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 당해 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 그 동의를 얻어야 한다." 이 새로운 법조문은 이전의 판례 법리를 반영한 것으로 해석된다. 하지만 사회통념상 합리성 개념은 반영되지 않았다. 이 점은 중요하다. 과거 판례 법리에서 동의와 합리성은 일체를 이루는 법리적 요소인데, 이 중에서 전자는 받아들이면서 후자는 받아들이지 않았다는 사실은 입법자가 합리성 법리는 배척하기로 하였다는 것을 명확하게 드러내는 것이기 때문이다. 합리성 법리를 배제하였다는 것은 곧 불이익 여부를 판단을 주관화한다는 것을 의미한다. 즉 불이익 여부를 사회적 합리성의 관점에서 객관적으로 평가하는 것이 아니라, 근로자의 주관적 이익의 관점에서 평가해야 한다는 취지를 드러낸 것으로 해석될 수 있다.

7) 대법원 1977. 7. 26. 77다355.

8) 대법원 1978. 9. 12. 78다1046.

불이익 평가의 주관화는 근로조건의 결정을 둘러싼 노사의 대립과 타협을 승인하는 것이다. 민주공화국(헌법 제1조)의 노동체제는 사용자의 선의에 기대어 평화롭고 조용한 노동관계를 회구하는 것이 아니라, 반대하고 갈등하고 투쟁하고 타협하는 역동적인 관계를 추구한다. 그 속에서 지금보다 더 좋은 법이 발견될 수 있다고 믿기 때문이다. 그리고 좋은 법이 좋은 사회를 만든다고 믿기 때문이다. 그러므로 우리 헌법이 착상하는 근로자상은 ‘얌전한’ 근로자가 아니라 ‘따지는’ 근로자이다. 근로자들이 취업규칙 변경을 거부할 때, 우리 입법자가 기대하는 것은 사용자가 사회통념상 합리성을 제시하면서 강행하는 것이 아니라, 더 많이 교섭해서 노사간에 합의가 도출될 수 있도록 노력하는 것이다. 엄밀히 말하자면, 취업규칙의 합리적 변경을 근로자들이 거부하는 것이 아니라, 취업규칙의 변경에 대하여 노사간의 합의가 성립하지 아니한 것이다. 단체협약의 변경에 대하여 노사간의 합의가 성립하지 아니한 경우에 이를 강제적으로 종결시키는 강제중재 제도가 폐지된 마당에, 취업규칙에 대해서는 사회통념상 합리성을 동원하여 중재적 방식으로 해결하는 것이 타당할 것인가 의문이지 않을 수 없다.

어쨌든 근로기준법 개정 이후의 해석론은 불이익 평가의 주관화 방향으로 전개될 것으로 예상할 수 있다. 예를 들어 취업규칙의 변경이 일부 근로자에게는 유리하고 다른 일부 근로자에게는 불리한 경우에는 유불리를 객관적으로 평가하기 어려우므로 불이익 변경으로 취급하여 근로자들 전체의 의사에 따라 결정하게 하는 것이 타당하다는 판결이 그러하다.⁹⁾ 근로기준법이 개정된 이후 한동안은 사회통념상 합리성 개념이 쟁점으로 부각한 사례는 많지 않았다. 대부분의 사례는 어떤 변경이 불이익한 변경인가, 동의의 주체는 누구인가, 동의의 방식은 무엇인가 등에 관한 것이었다.

그러다가 2000년대에 들어오면서 다시 사회통념상 합리성 개념이 등장한다. 다만, 이제는 불이익과 불합리를 동일시하는 대신 동의 없는 불이익 변경을 정당화하는 특별한 요건으로 자리매김한다. 동시에 사회통념상 합리성의 유무를 판단하는 기준들을 자세하게 제시한다. 다음의 문장은 종전의 판결문에서는 볼 수 없었던 것으로서 완전히 새롭게 쓴 것인데, 수많은 판결에서 반복된다.

“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

9) 대법원 1993. 5. 14. 93다1893.

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.”¹⁰⁾

이 문장에서 알 수 있는 것은, 취업규칙 법리가 과거처럼 단순히 근로조건을 정하는 규칙의 효력 문제에 머무는 것이 아니라, 기업의 적극적인 ‘경영담론’으로 재탄생하고 있다는 점이다. 합리성 법리는 불이익 여부의 판단 기준을 주관적 평가에서 다시 객관적 평가로 전환하는 법리이다. 그런데 지금의 합리성 법리에서는 객관적 평가의 시점이 사회 또는 법원(?)¹¹⁾이 아니라 기업 자신으로 이동하고 있다. “사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도”라는 기준은 이를 명확히 드러내고 있다. 물론 판례는 예의 ‘종합적 고려’를 내세우고 있다. 하지만 법조문이나 판결문에 변화가 생겼을 때에는 새로 들어간 단어나 구절 또는 문장을 유심히 관찰해야 한다. 다른 기준들은 표현상의 차이는 있지만 종전의 판례에서도 언급되었던 기준들인 반면, ‘사용자의 변경 필요성’이라는 기준은 완전히 새로 들어간 것이다.

물론 사회통념상 합리성은 법리적 차원에서 제시된 것이므로, 구체적인 사례에 따라 합리성이 인정된 경우도 있고, 부인된 경우도 있다. 하지만 합리성 법리를 적용하는 것은 앞에서 검토한 바와 같이 과거 판례상의 합리성 법리를 명시적으로 배제한 1989년의 근로기준법 개정의 취지를 정면으로 부인하는 것이며, 실정법의 강행규정을 해석을 통하여 무력화하는 것으로서, 사법권의 한계를 넘어서는 것이라고 하지 않을 수 없다.¹²⁾ 학설의 비판을 의식한 탓인지는 모르지만, 2010년에 나온 판결에서 대법원은 다소 제한적인 입장을 취한다. 즉 사회통념상 합리성 법리를 그대로 유지하면서도 다음과 같은 단서를 추가한 것이다. “다만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받도록 한 근로기준법을 사실상 배제하는 것이므로 제한적으로 엄격하게 해석하여야 한다.”¹³⁾

그런데 최근에 와서 대법원은 과감하게 한 발 더 나아간다. 우선 2015년 8월 13일에 선고된 롯데호텔 사건 판결을 보자.

10) 대법원 2001. 1. 5. 99다70846, 2002. 6. 11. 2001다16722, 2004. 5. 14. 2002다23185, 2004. 5. 14. 2002다23185, 2004. 7. 22. 2002다57362, 2005. 11. 10. 2005다21494, 2009. 6. 11. 2007도3037.

11) 『로스쿨 노동법 해설』의 저자들은 “사회통념상 합리성 이론은 취업규칙 불리변경 동의 여부에 대한 근로자들의 주관적 평가를 법원에 의한 객관적 평가로 대체하려는 이론인가?”라는 의문을 제시한다(조용만·김홍영(2011), 『로스쿨 노동법 해설』, 도서출판 오래, p.119).

12) 임종률(2015), 『노동법』, 제13판, 박영사, p.359; 김형배(2015), 『노동법』, 제24판, 박영사, p.315 등 다수설의 입장이라 할 수 있다.

13) 대법원 2010. 1. 28. 2009다32362.

“사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변경 전후를 비교하여 취업규칙의 변경 내용 자체로 인하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자 측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상(代償)조치 등을 포함한 다른 근로조건의 개선상황, 취업규칙 변경에 따라 발생할 경쟁력 강화 등 사용자 측의 이익 증대 또는 손실 감소를 장기적으로 근로자들도 함께 향유할 수 있는지에 관한 해당 기업의 경영행태, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 다만 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 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 변경에 사회통념상 합리성이 있다고 보는 것은, 이를 제한적으로 엄격하게 해석, 적용하여야 한다.”¹⁴⁾

역시 새롭게 들어간 구절을 눈여겨보아야 한다. 각주 10번의 판결문과 비교해 보아도 입장이 훨씬 더 선명하다는 것을 알 수 있다. 이제 대법원은 사회통념상 합리성 법리가 근로자와 사용자의 이해 대립을 조정하는 중립적인 법리가 아니라, 사실은 ‘경영담론’에 불과하다는 점을 노골적으로 표명하기에 이른다. 대법원이 보기에 취업규칙은 기업의 “경쟁력 강화”를 위하여 필요하다면 언제든지 변경될 수 있어야 한다. 따라서 취업규칙이 “근로자에게 불이익하게 변경되었음이 명백”한 경우에도, 반드시 근로자의 집단적 동의가 필요한 것은 아니고, 단지 사회통념상 합리성 개념을 좀 더 “제한적으로 엄격하게” 적용하면 된다고 본다. 경영담론의 관점에서 볼 때, 근로기준법 제94조 제1항 단서 “취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받아야 한다”라는 규정은 그저 ‘고려’의 대상일 뿐이다.

취업규칙이 경영담론으로 변질되는 것은 어쩌면 예정된 운명일지도 모른다. 취업규칙은 근로조건에 관하여 사용자가 일방적으로 작성하는 문서이기 때문이다. 근로자에게 불리하지 아니한 취업규칙의 작성 및 변경에는 근로자의 동의가 아예 필요하지도 않고, 심지어 근로자의 동의 없이 불리하게 변경된 취업규칙도 대법원에 의하면 법규적 효력을 갖는다. 대법원은 “사용자가 근로자들에게 불리하게 취업규칙을 변경함에 있어서 근로자들의 집단적 의사결정 방법에 의한 동의를 얻지 아니하였다고 하더라도, 취업규칙의 작

14) 대법원 2015. 8. 13. 2012다43522 롯데호텔 사건. 이 판결은 결론적으로는 사회통념상 합리성을 인정하지 않았고, 근로자의 동의 없이 불이익 변경된 취업규칙을 무효라고 판단하였다. 하지만 그렇다고 해서 이 판결이 제시한 과격한 법리가 장차 발휘할지도 모를 파괴적 영향력에 대한 우려가 사라지는 것은 아니다. 이 판결에 대한 비평으로는 오세웅(2015), 「노동판례리뷰 : 취업규칙 불이익 변경의 사회통념상 합리성 여부」, 『월간노동리뷰』 2015년 10월호, 한국노동연구원, pp.86~90 참조 (다만, 이 리뷰는 대상판결의 번호에 오류가 있음에 유의할 것).

성, 변경권이 사용자에게 있는 이상 현행의 법규적 효력을 가진 취업규칙은 변경된 취업규칙이고 다만 기득이익이 침해되는 기존 근로자에 대하여는 종전의 취업규칙이 적용될 따름”¹⁵⁾이라고 보고 있다.

그런데 이렇게 근로조건의 결정을 사용자의 일방적 의사에 유보하는 것은 ‘근로조건 대등 결정의 원칙’에 반한다고 하지 않을 수 없다. 근로조건 대등 결정의 원칙은 헌법 제 33조 제1항이 천명하고, 근로기준법 제4조가 확인하고 있듯이, 우리 노동법상의 대원칙들 중의 하나이다.¹⁶⁾ 헌법 제33조 제1항은 노동삼권을 보장함으로써 근로자가 개별적 관계에서 나타나는 형식적 대등 관계를 극복하고 집단적 관계에서 사용자와 실질적 대등 관계를 확보하여 근로조건을 집단적으로 결정할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 다시 말하면, 근로조건의 집단적 결정은 대등한 위치에 있는 노사간의 교섭과 합의를 통해서 이루어져야 한다는 원칙을 표명한 것이다. 이러한 원칙은 헌법재판소에 의해서도 승인되고 있다. “근로자에게 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 기본권으로 보장하는 뜻은 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 임금 등 근로조건에 관한 단체협약을 체결할 수 있도록 하기 위한 것이다.”¹⁷⁾ 근로기준법 제4조는 “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다.”라고 하여, 이 원칙을 확인하고 있다. 이처럼 근로조건 대등 결정의 원칙은 근로자가 단순히 사용자의 처분에 맡겨져 있는 객체가 아니라 스스로의 운명을 책임질 수 있는 범주체임을 확인하는 원칙이다.

그런 점에서 볼 때, 취업규칙 제도는 사용자가 근로자의 처우를 알아서 잘해주면 된다는 가부장적 사고의 유산이라는 점, 근로자를 노동예속자가 아니라 자율과 책임을 담지한 노동시민으로 재인식하는 현대 노동법의 원리에 어긋난다는 점, 근로조건 대등 결정의 원칙에 반하며 근로자의 단체교섭권을 사실상 무력화시키는 반헌법적 요소를 안고 있다는 점 등에서 후진적인 제도라고 하지 않을 수 없다.¹⁸⁾ 그러므로 취업규칙 불이익 변경에 관한 논쟁은 근로조건의 대등 결정 원칙을 실질화할 수 있는 방안을 모색하는 논쟁으로 전환될 필요가 있다고 할 것이다. **KLI**

15) 대법원 2003. 12. 18. 2002다2843 전원합의체.

16) 박제성(2013), 『근로자대표제도의 재구성을 위한 법이론적 검토』, 한국노동연구원 참조.

17) 헌법재판소 1998. 2. 27. 94헌바13/26, 95헌바44.

18) 박제성, 앞의 책, p.61 이하 참조.