



권오성
성신여대 법과대학 교수

1. 들어가며

취업규칙이란 사용자가 일방적으로 작성한 사업장의 규칙으로 소속 근로자에게 적용할 복무규율과 근로조건에 관한 준칙을 말한다. 취업규칙은 원래 사업의 위계 구조에서 유래하는 복무규율을 규정하기 위해 만들어진 것이었으나, 산업혁명 이후 대량 생산체제가 성립되면서 ‘근로조건의 통일적 처리’의 필요성이 커짐에 따라 근로조건이 취업규칙의 내용으로 편입된 것이다. 그런데 근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정해야 한다는 근로조건 대등 결정의 원칙(근로기준법 제4조)을 고려할 때, 사용자가 ‘일방적’으로 작성한 취업규칙이 근로조건에 관한 구속력을 갖는다는 것은 매우 어색하다.

취업규칙은 과연 계약일까?

이러한 맥락에서 취업규칙의 법적 성질, 즉 사용자가 일방적으로 작성한 취업규칙이 어떤 근거로 근로자를 구속하는가에 대한 다양한 견해가 주장됐다. 크게는 취업규칙 그 자체를 일종의 법규범으로 이해하는 견해(法規範說)와 취업규칙이 근로관계를 규율하는 것은 사용자와 근로자의 명시적·또는 묵시적인 합의에 의해 취업규칙의 내용이 근로계약의 내용으로 된 것이라는 견해(契約說)가 있다. 한편, 취업규칙 관련 법리의 기본적인 틀을 정립한 것으로 평가되는 대법원 1977. 7. 26. 선고 77다355 전원합의체 판결은 “취업규칙은 사용자가 기업경영권에 기해 사업장에 있어서의 근로자의 복무규율이나 근로조건의 기준을 확일적 통일적으로 정립하기 위해 작성하는 것으로서 이는 근로기준법이 종속적 노동관계의 현실에 입각해 실질적으로 불평등한 근로자의 입장을 보호·강화해 그들의 기본적 생활을 보호, 향상시키려는 목적의 일환으로 그 작성을 강제하고 이에 법규범성을 부여한 것이라고 볼 것이므로 원칙적으로 취업규칙의 작성변경권은 사용자에게 있다”고 판시해 취업규칙의 법적 성질을 법규범설 중 수권설(授權說)의 입장을 채택했다. 다만, 취업규칙의 효력을 정하고 있는 근로기준법 제97조는 “취업규칙에서 정한 기준에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 관해서는 무효로 한다. 이 경우 무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에 따른다”고 해 근로계약에 대한 강행적 효력과 ‘무효가 된 부분’에 대한 보충적 효력만을 규정할

뿐, '근로계약에 규정되지 아니한 사항'에 대한 보충적 효력을 명시적으로 규정하고 있지는 않다. 이는 단체협약의 규범적 효력에 관련해 '근로계약에 규정되지 아니한 사항'은 단체협약에 정한 기준에 의한다고 명시적으로 규정한 것과 차이가 있다(노동조합법 제33조제2항).

따라서 취업규칙이 '근로계약에 규정되지 아니한 사항'에 대해서도 보충적 효력을 갖는지의 문제는 입법이 공백인 상황인 바, 대법원 1999. 1. 26. 선고 97다53496 판결은 “근로계약은 낙성계약으로 청약에 따른 승낙으로 성립하므로 그 계약의 내용은 사용자와 근로자가 개별적인 교섭에 의해 확정하는 것이 원칙이지만, 오늘날 다수의 근로자를 고용하고 있는 기업은 개개의 근로자들과 일일이 계약 내용을 약정하기보다는 근로계약의 내용이 되는 근로조건 등을 단체협약, 취업규칙에 정해 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 성립한다고 할 것”이라고 판시해 '근로계약에 규정되지 아니한 사항'에 대한 취업규칙의 보충적 효력을 인정하는 법형성을 했다.

대법원은 위 판결에서는 취업규칙의 보충적 효력을 인정하는 이유를 상세하게 밝히지는 않았으나, 약관의 계약 편입을 위해 약관의 내용을 계약의 종류에 따라 일반적으로 예상되는 방법으로 분명하게 밝힐 것을 요구하는 약관법 제3조제2항과 같은 수준의 취업규칙의 주지의무를 요구하고 있지는 않음을 고려할 때, 위 판결이 취업규칙을 계약으로 취급한 것은 아니라고 생각한다. 물론, 약관법은 1986년 제정 당시부터 근로기준법 분야에 속하는 계약에 관해서는 동법의 적용을 배제해 왔으므로(제30조제1항), 취업규칙을 약관으로 보아야 할 실정법상 필요성도 크지 않다고 생각한다.

2. 취업규칙과 표준화된 근로계약

위에서 본 바와 같이 취업규칙은 기본적으로 객관적 법규범의 성격을 갖는 것이다. 반면, 약관은 법적 성질이 상이하다. 약관(約款)은 계약의 일방 당사자가 다수의 상대방과 계

약을 체결하기 위해 일정한 형식으로 미리 마련한 '계약의 내용'을 말한다(약관법 제2조제1호). 현행 약관법이 근로기준법 분야에 속하는 계약에 관한 것일 경우 동법을 적용하지 않는다고 해서 근로계약에 관한 약관이 당연히 취업규칙이 되는 것은 아니다. 무엇보다 근로기준법상 취업규칙은 동법 제94조에 규정된 취업규칙의 작성·변경 절차를 거친 것만 의미한다고 제한적으로 해석해야 할 것이다. 왜냐하면 취업규칙의 작성·변경에 관한 법정절차는 사용자가 일방적으로 작성한 취업규칙에 법규성을 부여하기 위한 최소한의 요건이기 때문이다. 따라서 이러한 절차를 준수함 없이 사용자가 일방적으로 작성한 문서는 그것이 조문화돼 외견상 취업규칙과 유사하다고 하더라도 이는 아무런 법적 효력이 없는 취업규칙의 초안(草案)에 불과하다.

그런데 종래 판례는 “취업규칙이란 복무규율과 임금 등 근로조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있으면 그 명칭을 불문하는 것이므로 개별 근로계약에서 복무규율과 근로조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있으면 이 또한 취업규칙에 해당”한다고 판시해 표준화된 근로계약도 취업규칙에 해당한다는 입장이다(대법원 1997. 11. 28. 선고 97다24511 판결). 물론, 법원은 해당 사건에서 근로자를 보다 두텁게 보호하기 위해 표준화된 근로계약을 취업규칙으로 본 것으로 생각된다. 그러나 개별 근로계약에 명시된 복무규율과 근로조건은 당사자 간에 합의가 됐기 때문에 구속력을 갖는 것에 불과하므로 이러한 표준화된 근로계약은 약관(約款)에 해당할 수 있을지언정 이를 법규성을 취업규칙으로 볼 근거는 없다. 약관과 취업규칙의 개념을 준별하지 않는 이러한 판결이 취업규칙의 법적 성격에 관한 계약설이 여전히 주장되는 이유 중 하나라고 생각한다.

3. 우리나라에서의 취업규칙 관련 법제도의 전개 과정 및 평가

가. 제도의 연혁

1953년 제정 근로기준법 제95조 제1항은 “사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관해 당해 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근

로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자의 의견을 들어야 한다”고 규정하고 있었다.

이후 앞에서 언급한 대법원 1977. 7. 26. 선고 77다355 전원합의체 판결은 원칙적으로 취업규칙의 작성변경권은 사용자에게 있다고 하면서도 “취업규칙의 변경에 의해 기존 근로조건의 내용을 일방적으로 근로자에게 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자 집단의 집단의사결정 방법에 의한 동의를 요한다고 할 것이며 그 동의 방법은 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 조합, 그와 같은 조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의가 없는 한 취업규칙의 변경으로서의 효력을 가질 수 없”다고 판단했고, 이러한 입장은 현재까지 유지되고 있다.

위 판결은 당시 근로기준법에 취업규칙 불이익변경에 관한 동의를 요구하는 규정이 없었음에도 ‘취업규칙을 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자 집단의 집단의사결정 방법에 의한 동의를 요한다’는 법형성을 한 것인 바, 이로써 한국과 일본의 취업규칙 제도의 전개에 커다란 차이가 발생했다. 이후 1989년 근로기준법 개정으로 이를 실정화한 것이라고 생각한다(삭제).

이후 1989년 개정 근로기준법은 제95조 제1항 단서에서 “다만, 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 그 동의를 얻어야 한다.”라고 규정해 위 대법원 1977. 7. 26. 선고 77다355 전원합의체 판결을 법률로 명시해 경성화(硬性化)했다.

나. 평가

사건으로 취업규칙의 법적 성질은 ① 원생적 취업규칙과 ② 제도화된 취업규칙을 나누어 살펴볼 필요가 있다고 생각한다. 여기서 ‘원생적 취업규칙’이란 근로기준법을 통해 제도화되기 전의 취업규칙을 말한다. 물론, 취업규칙 제도가 입법되기 전이라면 ‘취업규칙’이라는 실정법상 용어가 생기기도 전이었지만, 그러한 시기에도 사용자는 자신이 보유한 지시권을 각 근로자에게 개별적으로 행사하는 방법 외에 규칙(規則), 즉 조문화된 형태의 일반적 명령을 발하는 방식으

로 행사했을 것이다. 사용자가 자신의 지시권에 근거해 일방적으로 발령한 규칙, 즉 ‘원생적 취업규칙’은 계약이 아님은 물론 법규범도 아니다. 이는 그저 사용자의 생산설비에 대한 소유권에 근거한 사실상의 ‘권력(權力)’이고, 이러한 사적 권력을 적정하게 제한하는 것이 노동법의 주된 목적 중 하나이다. 한편, 이러한 원생적 취업규칙에 규범적 효력을 인정하기 위해 시도된 초기의 이론적 대응 중 하나가 계약설이다. 따라서, 근로기준법이 명문으로 취업규칙에 규범력을 부여한 이후에도 취업규칙을 여전히 계약으로 보는 관점은 다소 시대착오적이라고 생각한다.

한편, 취업규칙 중 ‘복무규율’에 관한 내용은 원래 사용자의 지시권에 속하는 부분이므로 이러한 부분에 대한 규범성을 긍정하는 것은 무리가 없다고 생각한다. 그러나 취업규칙 중 ‘근로조건’에 해당하는 부분은 근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정해야 한다는 근로조건 대등 결정의 원칙에 따라 사용자가 일방적으로 결정할 수 없는 영역이다. 사용자가 취업규칙을 제정하는 방식으로 근로조건을 일방적으로 결정했다고 하더라도 금반언의 원칙상 사용자 스스로가 구속될 뿐, 근로자를 구속할 수는 없다. 따라서, 복무규율과 근로조건을 나누지 않고 사용자가 일방적으로 작성한 취업규칙에 법규성을 인정하기 위해서는 취업규칙의 수범자가 되는 근로자 집단으로부터 ‘민주적 정당성’을 확보할 필요가 있다. 이는 노동법의 공법(公法)적 성격과도 관계된다. 이러한 관점에서, 1977년 전원합의체 판결은 이는 취업규칙 불이익 변경에 요구되는 민주적 정당성의 수준을 제고하는 방식으로 근로조건 대등 결정의 원칙과 사용자가 일방적으로 작성한 취업규칙의 규범력 사이의 긴장을 해소하기 위한 노력이라는 점에서 높게 평가한다. 다만, 이러한 동의 제도가 도입됐다고 해 취업규칙의 위헌성이 완전히 탈각된 것은 아니라고 생각한다.

단체협약의 경우에는 단체협약이 단체교섭권이라는 헌법상 기본권 행사의 결과일 뿐만 아니라 그 적용대상인 조합원들이 선거를 통해 선임한 대표자가 단체협약을 체결했다는 점에서 규범력을 근거 짓는 민주적 정당성의 수준이 높다. 반면 불이익변경 시 동의 제도가 도입됐다고 하더라도, 취업규칙은 사용자가 일방적으로 작성한 취업규칙(안)에 근



로자 집단이 사후적으로 동의하는 것에 불과하므로 민주적 정당성의 수준이 낮다. 이처럼 단체협약과 취업규칙은 이들이 갖는 규범적 효력의 근거가 되는 민주적 정당성의 수준이 현저하게 차이가 있다.

따라서 '취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약 부분은 유효하고 취업규칙에서 정한 기준에 우선해 적용된다'는 대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709 판결과 관련해, 마치 취업규칙 불이익변경에 근로자 집단의 동의가 요구된다는 이유로 단체협약과 근로계약의 관계에 관한 논의(유리원칙 적용 문제)를 그대로 취업규칙과 근로계약의 관계에 적용하려는 시도는 헌법 질서로 수용된 '집단적 자치'와 취업규칙 제도의 위헌성을 희석하기 위한 최소한의 장치로 도입된 '불이익변경 시 동의'의 차이를 간과한 것으로 동의하기 어렵다. 독자의 오독을 피하기 위해 덧붙여 말하면, 필자는 위 2018다200709 판결의 이유에 전적으로 동의한다.

4. 향후 과제

근로자 집단의 균질성이 약화된 오늘날 하나의 사업장에 근무하는 근로자들 사이의 이해관계는 다양하게 분화돼 있다. 정규직과 비정규직, 남성과 여성, 청년과 장년 등 근로자들은 자신이 속한 범주에 따라 이해관계가 충돌한다. 500명의 근로자가 있는 사업장에서 251명의 정규직, 남성,

장년 조합원을 대표하는 노동조합의 대표자가 동의했다는 이유로 비정규직, 여성, 청년을 포함한 '모든' 근로자의 근로조건을 불리하게 변경할 수 있다는 결론에 섰듯 동의할 수 있겠는가? 나는 그렇지 않다고 생각한다.

노동조합이 단체교섭의 방식으로 자신의 '조합원'의 근로조건을 사용자와 집단적으로 거래하는 것은 별론으로 하고, 단지 '근로자의 과반수로 조직'됐다는 이유만으로 과반수 노동조합에 자신의 조합원을 넘어 당해 사업장의 '전체 근로자'에게 적용될 취업규칙의 불이익 변경에 대한 동의권을 부여하는 것은 안 그래도 취약한 취업규칙의 민주적 정당성을 더 악화시키는 결과를 초래할 것이다. 생각건대, 취업규칙 불이익변경은 과반수 노동조합의 존부를 묻지 않고 당해 취업규칙의 적용을 받는 근로자 전부를 구성원으로 하는 근로자 집단의 '총회(總會)'에서 결의의 방식으로 동의 여부를 의결하도록 하는 것이 바람직하다고 생각한다.

이참에 모든 사업장에 법정(法定) 근로자 이해대표 기관으로 '근로자 총회(Employees' Meeting)'를 설치하고, 취업규칙의 제·개정에는 이러한 총회의 결의를 통하도록 하는 방안을 진지하게 제안해 본다.

그리고, 다소 생뚱맞지만 표준화된 근로계약은 취업규칙이 아니라 약관이므로, 약관법 제30조제1항을 개정해 근로계약에 관해서도 약관법을 적용하도록 하는 방안을 고려할 필요가 있다고 생각한다. 근로계약에 관해 약관법을 적용하지 말아야 할 논리필연적 이유는 없기 때문이다. 