

민주사회를 위한 변호

민주사회를 위한 변호사모임

시론 ▶ 12·12반란사건의 기소유에 조치는 반역사적·반개혁적이다/고영구

논문 ▶ 자치시대와 개정 지방자치법/안봉진
현행 환경관련 법제의 문제점 소고/류지태
변형근로시간제/이원재
최근 노동판례의 경향과 대책/김선수
북한문제가 남한 자유민주주의의 실현에 미친 영향/강정인
국내법상 대법관 임명절차와 외국의 사례/이석범
-국회에서 인사청문회제도 도입을 중심으로

세계의 인권 소식 ▶ 버마의 인권과 민주화/이성훈
인권규약(경제 사회 문화적 권리와 인권운동/이대훈

세계의 인권단체 ▶ ACLU(미국시민권연맹)/장호순

판례평석 ▶ 형법 제310조의 법리/문재규
-대법원 1993. 6. 22 선고 92도3160 판결

법과 문학 ▶ 한국문학과 감옥 체험/정호웅

· 유현석 변호사의 법조회고 ④
· 피고인석에서 본 재판 · 서 평

역사비평사

역사비평사

자료모음

근현대 한국탐사

권태익·류승렬·정연태·도면희·전우용 공편

영구보관



역사 사료를 보는 안목과
역사인식을 넓힐 수 있는 책

조선후기부터 1970년대까지의 한국 근현대를
일곱 시기로 나누어 각 시기의 특징에 맞는 제목을 붙이고
각 시기를 이해하는 데 가장 기본적이고
또 중요한 사료를 154편을 골라 실고
간단한 주석과 해제를 달았다.

412쪽 / 8,500원

해방 50주년 기념 연구

한국정치의 지배이데올로기와 대항이데올로기

역사문제연구소 편



해방과 분단 50년의 세월 동안 남한 사회와 북한 사회를
지배해왔던 중심이념이 무엇이었는가를 살피고
이를 극복하여 통일민주국가를 건설하는 길로 나아가는 데
밀거름이 되고자 하였다.

288쪽 / 7,000원

역사비평사

서울시 중구 필동2가 120-1
전화 279-0157, 0976

영구보관

허헌 연구



제1부 허헌의 생애
출생과 시대적 배경 / 청년시절 / 3·1운동 / 세계일주여행과 약소민족대회 참석 / 신간회와 민중대회 / 단파방송사건과 은둔생활 / 해방과 건국활동 / 남조선노동당 / 미소공위 결렬과 단독정부 수립 / 남북연석회의와 최고인민회의 / 조국전선과 한국전쟁 / 맺음말

제2부 자료편
일제시기 / 해방정국 / 정부수립 이후 / 부록

심지연 지음
(경남대 교수)

파란의 한국 현대사를 살다간
양심적이고 비타협적인 한
민족주의자의 행로를 되밧은 책

일찍이 일제의 변호사로서 활동하면서도 민족의 입장에 서기를 서슴지 않았고, 조선의 젊은 공산주의자들이야말로 민족해방을 위해 싸우는 진실한 혁명가임을 굳게 믿어 이들에 대한 후원과 지지를 아끼지 않았으며, 해방후 민주통일국가 건설을 위해 활동하였던 민족주의자 허헌이 왜 북을 선택할 수밖에 없었는지, 파란의 한국 현대사를 살다간 양심적이고 비타협적인 한 민족주의자의 삶의 궤적을 재구성하였다.

제1부 「허헌의 생애」와 제2부 「자료편」으로 구성된 이 책은 격동의 현대사를 살다간 한 한국 지식인의 삶의 편린을 볼 수 있는 훌륭한 평전일 뿐만 아니라 당시의 시대상황을 엿볼 수 있는 좋은 자료이기도 하다.

472쪽 / 12,000원

시론▶

12·12반란사건의 기소유예 조치는
반역사적·반개혁적이다 /고영구 • 10

논문▶

자치시대와 개정 지방자치법 /안봉진 • 13

현행 환경관련 법제의 문제점 소고 /류지태 • 40

변형근로시간제 /이원재 • 58

최근 노동관계의 경향과 대책 /김선수 • 68

북한문제가 남한 자유민주주의의 실천에 미친 영향 /강정인 • 120

국내법상 대법관 임명절차와 외국의 사례 /이석범 • 148

—국회에서의 인사청문회제도 도입을 중심으로—

판례평석▶

형법 제 310조의 법리 /문채규 • 238

—대법원 1993.6.22. 선고, 92도3160 판결—

민주사회를 위한 변론

유현석 변호사의 법조회고▶

책에 없는 시시한 이야기 ④ /유현석 • 166

세계의 인권 소식▶

버마의 인권과 민주화 /이성훈 • 183

인권 A규약(경제 사회 문화적 권리)과 인권운동 /이대훈 • 196

세계의 인권단체▶

ACLU(미국시민권연맹) /장호순 • 220

법과 문학▶

한국문학과 감옥 체험 /정호용 • 260

피고인석에서 본 재판▶

『즐거운 사라』 재판, 그 탈억압의 끝없는 싸움 /장석주 • 277

서평▶

가려진 삶 들추어내기 /차병직 • 294

—「허헌연구」, 심지연 지음, 역사비평사—

동학 농민군 후손 증언록

역사비평사

과시되는 옥두꽃

역사문제연구소 동학농민전쟁백주년기념사업추진위원회 엮음



이 책은 지난 100년 동안 감추어졌던 아픈 역사의 기록이다. 100년 전 동학농민군들이 일본과 일본의 하수인에 불과했던 봉건지배자들의 무력에 패하여 '역적'으로 몰리게 됨으로써 조선은 식민지로 직행하게 되었고, 우리의 근대사는 뒤틀리게 되었다.

이 책에 실린 증언은 당시 동학농민군들의 활발했던 활동에 비하면 매우 작은 것에 불과할지 모른다. 그러나 후손들의 증언 속에는 동학농민군들의 모습이 희미하게나마 들어 있고 지난 100년간 우리 역사의 전개과정이 생생하게 담겨 있다.

이 책을 통해 우리는 우리 역사의 상처가 어떻게 깊어졌는지에 관한 중요한 단서를 발견할 수 있을 것이다.

400쪽/10,000원

매천 황현이 쓴 동학농민전쟁의 역사

번역 오하기문

梧下記聞

김 종 익 엮음



이 책은 조선후기의 대문장가 황현이 쓴 당대 현실에 관한 상세한 기록이다. 19세기 당쟁의 폐해와 세도·족벌정치의 폐단, 일제의 침략과 항일의병 등 여러 사정을 다루고 있으나, 그 중 동학농민전쟁에 관한 내용이 가장 풍부하고 충실하다.

이제야 내놓는 이 『번역 오하기문』을 통해 우리 근대사에 결정적 기점을 남겼고 일본 침략에 가장 처절하게 항쟁을 벌였던 동학농민전쟁에 대한 이해를 더할 수 있게 되기를 기대한다.

352쪽/10,000원

민주사회를 위한 변론

민주사회를 위한 변호사모임

역사비평사

책을 내면서

1993년 1월 「민주사회를 위한 변론」이란 제호로 창간호를 발행한 이래 벌써 제4호를 펴내기에 이르렀다.

이번 호를 꾸미면서 새삼 느낀 것은 우리 사회의 변모를 도모할 수 있는 동인(動因)이란 것도 따지고 보면 결국 '동시대인들간의 상호 신뢰'에서 싹트는 것이 아니겠는가 하는 점이다. 이러한 관점에서 볼 때 우리 사회 각 분야의 여러 선생님들과 민변 회원들 상호간에 협조와 신뢰를 형성하는 연결고리 중의 하나를 민변회지가 떠맡고 있다고 할 수 있겠다. 그만큼 우리 사회에서 인권과 법문화의 발전을 위한 동인으로서 민변회지의 역할은 크고 넓다고 할 수 있다.

그렇다면 동시대인들간 상호 신뢰 형성의 요체는 구체적으로 무엇일까. 1994년 하반기에 발생한 '인천·부천 세금횡령', '성수대교 붕괴', '충주호 유람선 화재', '아현동 가스 폭발', '부산 어린이 유괴사건 피의자들에 대한 고문' 등의 사례에서 보듯이 우리 사회처럼 사건·사고가 일정한 규칙과 공통점을 갖고서 속출하는 곳에서는, 그러한 사회적 병폐의 뒷배경을 이루는 법적 문제점과 실천적 과제에 천착하는 전문가들이 많이 요구된다. 따라서 상호 신뢰란 다름아닌 각개약진하는 전문가들 사이의 관점의 공유이며, 이념적 기초

에 대한 신뢰를 뜻한다고 할 수 있을 것이다.

물론 상호 신뢰의 표현에 대한 외적인 장애요인도 있다. 문자로 기록하는 법 문화보다는 언어를 통한 즉흥적 표현을 선호하는 우리 법조사회(또는 우리 사회 전체)의 분위기가 그것이다. 그러나 이러한 어려움은 궁극적으로는 사소한 것이다. 다소간의 우여곡절에도 불구하고, 민변회원들과 각 분야의 여러 전문가 선생님들께서 이번 호에도 귀중하고 뜻깊은, 좋은 글들을 많이 보내주셨다는 사실이 이를 증거한다.

다시 한번 좋은 글을 보내주신 여러 선생님들과 민변회원들께 감사를 드리며, 다음 호에는 더욱 많은 회원 여러분이 참여하여 토론의 장이 활성화되기를 기대한다.

끝으로 회지 출간작업에 애쓴 민변의 실무간사와 역사비평사 여러분에게도 고마움을 전한다.

1995년 1월

민주사회를 위한 변호사모임 회장 고영구

시론

12·12반란사건의 기소유예 조치는 반역사적·반개혁적이다

고영구

이조는 개국 초부터 형사법에 관하여는 대명률을 의용(依用)해왔는데 그 대명률에 그러한 형벌규정이 있었는지는 미처 알아보지 못하였지만 형벌의 하나로 이미 죽은 사람에 대한 부관참시(剖棺斬屍)가 행해진 사례를 본다. 죽은 사람에 대한 과형(科刑)이 옳으나라든가 부관참시라는 형벌이 형벌제도로서 적합한 것이냐는 제도적 논의를 떠나, 이러한 형벌을 시행하는 근본취지의 일단은 납득되는 대목이 없지 않다. 그것은 생전에 저지른 중죄에 대하여는 살아있는 동안 어떤 이유로든 처벌을 못하였다면 비록 그가 죽었다하여 물어버리고 말지 않고 사실 규명과 처벌을 시행하여 기강을 바로 세운다는 뜻이 담겨있는 제도로 이해되기 때문이다. 즉 죽은 사람의 생전의 죄과를 후세의 사필(史筆)의 단죄에만 맡겨두는 것이 아니라 역사적 정의를 지금 바로 그 역사 속에 살고 있는 사람의 손에 의하여 실현하려는 의지가 담겨있음을 볼 수 있게 한다.

10·26사태 이후 등장한 신군부에 의하여 저질러졌던 12·12반란을 단초로 하여 5·17비상계엄의 확대, 광주민주항쟁에 대한 학살, 국보위 발족, 국회와 정당의 해산, 입법회의 구성 등을 거쳐 전두환 씨의 대통령 취임에 이르기까지의 일련의 과정을 통한 헌법파괴와 정권탈취의 내란행위 가운데 12·12 반란 행위에 대한 기소유예 처분은 모처럼 민족사를 바로잡아 국가기강을 확립할 기회를 무산시켜버리고 나아가 굴절되고 왜곡된 역사적 삶을 이 땅의 민중에

게 강요한 또 하나의 중대한 사태가 되었다.

비록 분단국가의 건국이긴 하지만 건국 후 친일부역자들에 대한 처벌이 이루어지지 못하였던 일이라든지, 4·19혁명이 군부쿠데타로 아무런 결실없이 묻혀버린 사실이라든지, 10·26사태를 제대로 수용하지 못함으로써 민주발전의 전기로 삼지 못하였던 과오들이 지금까지 얼마나 우리 공동체에 멍에가 되고 고통이 되어왔으며 나라의 위상에 먹칠해왔던가를 돌이켜보더라도 12·12반란사건의 기소유예가 앞으로 우리 역사에 미칠 악영향을 과소평가할 수 없다.

나라나 민족이 흥륭(興隆)함에는 어떤 계기가 있게 마련이다. 우리는 30년간의 군부압제시대가 막을 내리고 김영삼정권이 출범을 하게 되었을 때 이것이 굴절과 왜곡과 억압을 말끔히 씻어내고 정의와 자유와 균등이라는 가치가 이 땅에 실현됨으로써 우리가 지상의 가치라고 확신하는 민주주의가 꽃피고 이러한 새 기운이 민족의 통일까지를 실현시킬 수 있는 계기가 되기를 소망해왔다. 그러나 우리의 이러한 기대는 너무나 쉽고 허망하게 무너져버리는 것이 아닌가 하는 위구를 금할 수 없다. 이 정권 출범 초에 있었던 일련의 이른바 개혁정책이란 것도 정의라는 가치판단의 확고한 기준 밑에서 펼쳐진 것이 아니라 보수정권의 효율적 통치를 위한 수단에 그친 감이 없지 않다. 부패구조 척결을 위하여 단행되어야 했던 공직자의 숙정은 표적수사 내지 처벌이라는 비판을 받은 바 있으며, 이러한 비판은 현정권과 무관치 않은 거액의 정치자금을 둘러싼 여러 비리와 부정에 대하여 눈감아버린 사실이 그 정당성을 뒷받침하고 있다. 국민으로부터 갈채를 받았던 실명제 실시도 그 이후에 이루어진 각종 보완책으로 실제 지하경제를 지상으로 끌어올려 경제정의를 실현하려던 당초의 목표를 크게 훼손하였다. 모든 국민에게 고통의 분담을 요구했던 대통령의 호소는 국가경쟁력이라는 구호 아래 재벌에 대한 경제력 집중을 촉진하고 근로조건의 향상에는 무관심함으로써 가지지 못한 계층에게 고통을 전달시키는 결과를 가져왔으며 최근 삼성재벌의 자동차업계 진출 허용과정에서 보듯이 경제정책이 정치논리에 의하여 결정되는 납득할 수 없는 조치까지 서슴지 않고 있다. 진정 개혁조치를 단행하려 한다면 맨 먼저 손을 대어야 할 악법개폐에는 매우 경직된 수구성을 보임으로써 국가보안법 폐지와 노동악법 개정은 이를 기대할 수 없게 되었을 뿐 아니라, 이들 악법들을 이용하여 지난 여름에는 이른바 신공안정국사태까지 만들어내는 작태를 연출하였다. 남북문제 내지는 통일정책에서 이 정권이 보이고 있는 주체성도

없고 일관성도 없는 파행은 남북의 화해와 협력으로 통일의 초석을 다져야 할 역사적 사명에 충실하였다고 볼 수 없다. 한마디로 진정한 민주적 개혁을 단행함으로써 국가발전의 새 기운을 형성하고 국민의 자발적 참여를 통한 활력있는 사회기풍을 조성하는 데 이 정권은 실패하고 있다.

결국 12·12반란사건의 기소유예 조치도 이러한 개혁의 실패와 그 맥을 같이하고 있는 것이라 보이는 연유는 이 정권의 태생과정에서 찾아볼 수 있을 것 같다. 내란의 방법으로 정권을 찬탈한 자들과 그들을 에워싼 집단과의 합당을 통하여 대통령에 당선된 김영삼 씨는 그가 내건 개혁이라는 화려한 구호와는 달리 그 태생적 한계를 극복하지 못함으로써 수구적 기득권세력의 이해에 얽매어버렸다. 그러한 한계 때문에 국기(國基)를 뿌리째 흔들고 헌법을 파괴한 반란사범에 대하여 그가 거느린 검찰로 하여금 체면을 늘어놓게 하였다. 대체 어느 나라에 반란범죄가 확인된 범죄자들이 국정의 중심기관에 버젓이 자리를 차지하고 있는 일이 있을 수 있겠는가.

앞서 본 부관참시는 아니더라도 우리는 민족정기를 되살리고 지금의 역사를 바로잡으며 나라의 기강을 세우기 위하여 반란범죄자들에 대한 처리문제를 이 대로는 지나칠 수 없다.

이 정권은 12·12사건의 공소시효가 끝난 것이라 할지 모르나 대통령으로 재임하였던 사람에 대한 시효는 아직도 몇 년이 더 남아있다고 볼 확실한 법리적 근거가 있다. 비록 이 사건에 대하여 헌법재판소가 후세에 부끄러운 결정을 내려 실망스럽기 짝이 없으나, 그나마 대통령 재임기간중에는 공소시효가 정지된다고 했으니 훗날 검찰의 허물을 벗는 새로운 공소권행사에 기대를 걸어 볼 수밖에 없다.

또한 12·12사태를 시발로 하여 그 이후에 있는 정권찬탈에 이른 일련의 내란행위에 대하여 이미 여러 건의 고소가 제기되어 수사가 진행되고 있는 이상, 이 정권이 아무리 그 태생적 한계가 있더라도 계속하여 이를 묵살하는 반역사적 무리를 저질러 이 정권 자신이 역사의 심판에 오르는 어리석음을 되풀이하지 않을 것이라는 기대도 있다.

그러나 무엇보다도 분명한 것은, 겉으로 보아서는 심상한 것 같은 국민이 이 정권의 반역사성에 분노하고 있다는 사실이며 이 점을 지나쳐서는 이 정권의 정당성도 국민에 의하여 부정되리라고 하는 점이다. (변호사)

자치시대와 개정 지방자치법

안 봉 진

1. 머리말

우리는 5·16으로 헌정이 중단되기 전인 1952년 4월부터 1961년 5월까지 10여 년에 걸쳐 이미 지방자치를 경험한 바 있다. 그 후 약 30여 년간 지방자치는 헌법의 장식물로만 존재하였을 뿐인 명목상의 제도에 불과하였다. 그간의 세월은 중앙집권화된 강력한 행정체제를 통한 산업화정책으로 상당한 경제적 비약과 더불어 급격한 사회변동을 수반하는 시기였다. 그리하여 경제적 효율성의 이름으로 비민주적인 관행과 졸속행정이 존재할 수밖에 없었고, 도시화와 산업화의 진전으로 생활환경은 열악해지고 점증하는 국민의 정치적 기대와 욕구를 소수의 기성정치인들이 만족시킬 수도 없게 되었다. 그동안 지방자치의 부활과 복원에 관한 논의와 문제제기가 없었던 것은 아니나, 그때마다 정치적 이해관계에 따라 유보 내지 연기되었다. 그러다가 1987년 6월을 거치면서 이루어진 우리 사회의 전반적인 민주화의 진전을 바탕으로 1988년 4월 6일 지방자치법¹⁾이 전면 개정되어 다시 지방자치제도가 윤곽을 드러내기 시작했다.

지방자치의 부활은 지방자치의 침묵을 기회비용으로 삼았던 30여 년간의 우

1) 법률 제4004호, 1988. 4. 6.

리 사회의 고도성장이 현재 무엇인가라는 질문과 함께 다시 시작한 지방자치 시대는 과거 10여 년간의 지방자치의 경험과 어떻게 달라져야 하는가의 문제를 동시에 제기하고 있다. 그런데 지방자치는 반드시 우리 사회에 긍정적인 역할만을 수행하지는 않을 것이다. 그러나 일부 부정적인 역할이 존재함에도 불구하고 지방자치의 조건없는 완전한 실시는 시대적 당위로 보인다.

실시 여부가 아니라 성공적인 실현이 우리의 과제인 것이다.

이 글은 우리의 지방자치가 갖고 있는 역사적 배경과 개정된 지방자치법의 주요 논점을 살펴보고자 한다.

2. 지방자치의 경험

지방자치란 “일정한 구역을 기초로 하는 법인격을 가진 단체가, 그 단체를 구성하는 주민들이 필요로 하는 일을 주민들의 책임하에 선임하는 기관을 통하여 실현 처리하는 제도와 관행”이라고 정의할 수 있다.²⁾ 이러한 정의 속에는 지방분권사상과 민주주의사상이 내포되어 있다.

한국의 지방자치는 서구 민주주의의 도입과 동시에 헌법상의 보장을 받게 되었다. 그리하여 제헌헌법 제8장 제96조 및 제97조의 규정에 의하여 제헌국회에서 지방자치법이 제정되었다.³⁾

1) 제1공화국과 지방자치

이데올로기의 대립으로 남한만의 단독정부를 수립하고 그 초대대통령이 된 이승만에게 있어 첫번째 과업은 국가건설이었고 지방자치는 하나의 큰 정치적 부담에 불과하였다. 그러나 지방자치법이 제정·공포된 이후 국내외 정세불안 및 치안확보가 안되었다는 이유로 지연되던 지방의회가 이승만의 개인적인 정치기반의 확보라는 필요성 때문에 그 구성을 보게 되었다. 그러나 그 이후 실

2) 내무부, 「지방자치백서」, 지방자치제도심의회, 1968, 3쪽

3) 법률 제32호, 1949. 7. 4.

시된 지방자치는 자유당정권 전기간을 통하여 지방자치 본래의 목표를 상실한 채 자유당의 정권 유지의 도구화 내지 수단화됨으로써 지방자치가 완전히 중앙정치에 종속되는 현상을 초래하게 되었다.⁴⁾ 그리하여 제1공화국에서 있었던 4차에 걸친 지방자치법의 개정은 자유당정부의 존립을 위해 필요한 지방행정 조직의 장악이란 일관된 관점에서 이루어지게 된다.

(1) 제1차 개정(1949. 12. 15. 법률 제73호)

제1차 개정의 이유와 골자는 졸속으로 제정된 자치법의 법리적 모순과 법체제의 불비, 누락 등을 시정·보완하기 위하여 “지방의회가 성립될 때까지 의회의 의결을 요하는 사항은 도와 서울특별시는 내무부장관, 시·읍·면은 도지사의 승인을 얻도록 하며, 시장은 대통령, 읍·면장은 도지사가 임명한다”는 것이었다. 그 후 지방의회의 구성은 6·25를 거치면서 무기 연기되다가 1952년 4월 25일 및 5월 10일 시·읍·면 의회의원 및 도의회의원이 선출되어 민선 지방의회가 구성된다.

(2) 제2차 개정(1956. 2. 13. 법률 제385호)

제2차 개정의 주요 내용은 ① 도지사 및 서울특별시장은 종전대로 임명제로 하고, 시·읍·면장과 동·리장은 주민이 직접 선출한다. ② 의회의 자치단체장에 대한 불신임결의제도를 폐지한다. ③ 지방의회 의원과 시·읍·면장의 임기를 4년에서 3년으로 단축한다. ④ 지방의회 의원수를 현의원수의 1할만큼 감축한다. ⑤ 의회소집제도를 개정하고 회의일수를 제한한다 등이었다. 이러한 개정의 이면에는 제2대 대통령선거 때 국회에서의 간선으로는 재선가능성이 희박하던 이승만이 국민직선제로 개헌함으로써 절대적인 지지를 얻어 대통령에 당선되었기 때문에, 이에 비추어 자유당에 대한 국민의 지지가 지방선거에까지 이어질 것으로 믿었고, 이를 통해 자치단체장에 대한 정부의 통제를 강화하겠다는 의도가 있었다. 그러나 이러한 판단은 3개월 후에 실시된 제3대 대통령선거에서 빗나가게 되고 이는 다시 제3차 지방자치법 개정의 주요 요인이 된다.

4) 손봉숙, 「한국지방자치연구」, 삼영사, 1985, 23쪽

(3) 제3차 개정(1956. 7. 8. 법률 제388호)

두 차례에 걸쳐 개정된 지방자치법이 공포된 지 5개월 만인 1956년 7월 6일, 다시 3차 개정의 의견이 제시되었다. 그 골자는 당시 다가오는 선거일 전까지 임기가 만료된 자는 그 임기가 끝나는 것으로 보되, 임기가 아직 남아있는 사람은 법정 임기가 만료될 때까지 그 임기를 보장해주고, 다가오는 8월 선거에서 제외하여 기득권을 인정해주자는 것이었다. 이 개정안은 1956년 7월 8일 야당의원이 총퇴장한 가운데 105명의 자유당의원만으로 표결을 강행해 84표의 찬성으로 통과되었다. 자유당이 이 개정안을 강행통과시킨 이유는 1956년 5월 15일에 있었던 정·부통령선거 결과 부통령 후보였던 이기붕이 낙선하여 민심이 자유당으로부터 이탈되었다는 판단 아래 3개월 후로 다가온 지방선거에서 지방행정의 중추적 역할을 담당하는 시·읍·면장직에 야당계가 대거 진출할 것이 불을 보듯 명확하므로, 기존의 자유당계 지방의회의원 및 자치단체장의 숫자 유지라도 해야겠다는 계산 때문이었다.

(4) 제4차 개정(1958. 12. 26. 법률 제501호)

시·읍·면장을 직선제에서 임명제로 하여 지방의회의원의 임기를 3년에서 4년으로 연장하는 것을 주요 골자로 하는 4차 개정은 2·4파동시 신국가보안법과 함께 자유당의원만이 출석한 국회에서 날치기통과되었다. 이 4차 개정 역시 3차 개정 이후 있었던 1958년 10월 2일 대구시장선거 등 전국 26개 시 15개 시장 선출을 앞두고 자유당의 일방적 승리 가능성이 희박하다는 판단에서 서두르게 된 것이었다.

자유당정권은 선거 때마다 지방행정조직을 장악하여 선거를 치르고자 하였고, 그때마다 집권의 편의를 위하여 지방자치법을 개정하곤 했다. 이와 같은 점에서 볼 때 자유당은 지방자치단체장이나 지방의회의원들이 정치에서 차지하는 비중을 매우 중요하게 생각했으며, 지방행정조직의 장악이 중앙선거의 승패까지 좌우하는 관건으로 보았다고 생각된다.

이 시기의 지방자치의 경험이 우리가 갖고 있는 근대적 지방자치의 경험의 전부이다. 그런데 이 시기 지방자치를 실패한 것으로 보는 것이 통설적 견해이며, 실패한 원인은 지방자치에 정당이 참여한 것이라든가 아직 민도가 낮고 자

치단체의 재정상태가 열악했기 때문이라고 지적된다. 또 그러한 원인에 부가하여 집권세력의 관련 개입이 더욱 제도를 왜곡시켰다고 한다.⁵⁾

그러나 이러한 견해에 대하여 1950년대의 지방자치는 자치의식이 낮고 제도가 미비하여 지방재정력이 빈약했기 때문에 실패한 것이 아니라, 정치권력이 지방자치를 집권의 도구로 삼았던 것이 제도 정착의 주요한 장애였으며, 1950년대의 환경 자체가 지방자치가 정착하고 발전하기에는 여려가지로 어려웠던 상황이라고 진단하는 견해도 있다.⁶⁾

그리하여 이러한 제약과 환경 속에서의 지방자치의 경험이 결코 부질없는 시행착오가 아니라는 것이다. 또한, 설령 1950년대의 지방자치가 실패했다고 하더라도 그 실패의 원인으로 정당참여를 드는 것도 잘못되었으며, 오히려 정당이 참여하지 않았다면 더 성공했을 것이라는 보장도 없다는 견해도 있다.⁷⁾

이 시기에 관한 평가 중 실패론의 상당부분은 집권적 동원체제를 원했던 박정희 정부의 논리가 숨어있다.⁸⁾ 당시 지방자치의 운영은 전쟁을 전후로 한 어수선한 사회분위기와 농림수산업이 국민총생산(GNP)의 44.1%를 점하는 1차 산업 중심의 농업국가에서 이루어졌다는 점을 고려하여야 한다. 지방자치는 이미 제헌헌법시부터 헌법질서의 일부를 이루고 있었고 포기될 수 없는 민주적 가치를 지니고 있다. 1950년대의 지방자치는 제도의 기본조건이 성숙하지 못했으므로 처음부터 실패할 수밖에 없었다고 하더라도 그것이 우리가 앞으로 정착시켜야 할 이상적인 지방자치의 실현을 위한 귀중한 역사적 경험이라는 점은 부인할 수 없다 할 것이다.

2) 제2공화국과 지방자치

4·19를 거치면서 팽배한 자유민주주의에 대한 열의를 배경으로 1960년 11월 1일 법률 제563호로 5차로 지방자치법이 개정되었다. 그 주요 골자는 ①

5) 이종익, 『한국지방자치론』, 박영사, 1991, 13쪽

6) 손봉숙, 앞의 책, 238쪽

7) 정정길, 「정당이 지방의회 활동에 미친 영향 : 경상북도 의회를 중심으로」, 『한국정치학 학보』 제20집 1호, 1986, 83~84쪽

8) 김병준, 『한국지방자치론』, 법문사, 1994, 198쪽

서울특별시장, 도지사, 시·읍·면장, 동·리장까지의 지방자치단체장을 주민이 직접 선출하고 임기는 4년으로 한다(완전자치). ② 서울특별시장 선거는 기명투표제로 한다. ③ 각급 의회의원 정수는 민의원선거구 기준으로 한다. ④ 선거연령은 21세에서 20세로 낮추고 피선거권은 25세로 한다 등이었다.

그 후 완전자치를 구가하고자 했던 위 개정은 자치단체 구성 후 5개월 만에 5·16으로 그 막을 내린다.

3) 제3·4·5공화국과 지방자치

1961년 5·16 군사혁명위원회 고시 제4호로 전국의 지방의회는 해산되고, 이어 9월 16일 제정된 지방자치에 관한 임시조치법에 의거, 지방자치는 중단되었다. 이 임시조치는 그 후 제5공화국 말기까지 능률지상주의 행정체제를 유지하며 지속되었다.

4) 제6공화국과 지방자치

제5공화국 말기인 1988월 4월 6일 지방자치법의 전면개정을 시발로 30여년간 지방자치의 발목을 쥐고 있던 지방자치에 관한 임시조치법은 폐지되고, 1990년 12월 31일 지방의회의원 선거법 및 지방자치단체의 장 선거법이 제정되고, 이에 따라 현재 각급 지방의회가 구성되어 있고, 1995년 상반기에 지방자치단체의 장 선출을 앞두고 있어 1995년을 지방자치의 완전실시 원년으로 잡고 있다.

3. 지방자치의 조건과 가능성

1) 지방자치의 양면성

지방자치는 오늘날 세계 대부분의 민주국가에서 채택되고 있다. 이것은 지방자치가 갖고 있는 민주성을 간접적으로 시사해주고 있다. 일반적으로 제도

로서의 지방자치를 논의함에 있어서는, 지방자치가 정치적 이데올로기 혹은 가치체계의 면에서 민주주의와 관련이 있는가의 문제와 행정적 절차 혹은 수단으로서 효율적인 제도이냐의 문제로 논의되고 있다. 대체로 보아 전자는 지방자치와 민주주의가 밀접한 관련이 있으나의 문제를 둘러싼 긍정설과 부정설로 나타나고 있다. 그러나 오늘날에는 지방자치와 민주주의와의 관련성의 찬반 양론을 떠나서 지방자치의 가치가 일반적으로 인정되고 있다.

(1) 지방자치의 민주적 가치

지방자치와 민주주의와는 불가분의 관계를 맺고 있다는 전제하에 지방자치는 다음과 같은 이유로 '민주적' 가치를 갖는다고 본다.

그러나 그 구체적인 표현은 논자에 따라 다르나 대체로 지방자치가 첫째 민주주의 이념의 실현에 기여하고, 둘째 중앙집권에 따른 자유권 상실을 방지하며, 셋째 민주주의 훈련장으로서의 역할을 수행하고, 넷째 중앙정부의 정권교체에 따른 정국마비를 방지하며, 다섯째 평화적 사회개혁을 가능케 한다는 것이다.⁹⁾

한편 이에 대하여는 지방자치와 민주주의와는 무관하다고 보고 지방자치에 도사린 다음과 같은 위험을 지적하는 견해도 있다.¹⁰⁾

먼저 참여 기회를 확대하는 것과 실질적인 참여가 이루어지는 것은 별개의 문제라는 것이다. 지방선거에서의 투표율이 중앙선거의 그것에 비해 낮다는 것은 이러한 우려를 뒷받침한다.

다음으로 분권을 기초로 한 지방자치는 지역사회에서 소수의 전제(專制)를 가능케 할 우려가 있다는 것이다. 즉 지역주민의 참여를 보장하고 있는 지방자치제가 실질적으로는 소수의 지역엘리트에 의해서 장악되는 경우가 허다하다는 것이다. 이러한 시각은 나아가 지방자치가 자본주의적 생산양식과 국가전체에서의 엘리트 지배구조를 확립하기 위한 하나의 수단에 불과하다는 인식에 까지 이른다.¹¹⁾

9) 김병준, 위의 책, 22~26쪽
10) 최창호, 『지방자치제도론』, 삼영사, 1989, 62~63쪽
11) Cynthia Cockburn, "Local State, London: Plato", 1977, pp.2~4(김병준, 앞의 책, 24쪽에서 재인용)

그밖에 지방자치의 참여의 기회를 늘려준다고 하나 실제로 참여할 수 있는 기회는 여전히 제한될 수밖에 없는 것이고, 설령 참여를 통해 무엇을 배운다고 하더라도 어차피 지방적 차원의 경험이고, 전국적 차원의 정국운영에는 큰 도움이 안되며 오히려 지역적 이익을 중시하는 배타주의와 분리주의만을 배운다는 견해도 있다.¹²⁾

그러나 이와 같은 우려에도 불구하고 지방자치라는 것은 “민주정치”의 가장 뛰어난 학교이며 그 성공에 대한 보증인”이라는 제임스 브라이스(James Bryce)의 말처럼 자유민주주의의 헌법이념을 기본으로 하고 있는 우리에게 지방자치는 포기될 수 없는 제도적 가치를 지니고 있다.

(2) '지방자치'와 '효율성'의 문제

지방자치는 위와 같은 민주주의 발전의 초석으로서의 제도적 가치 이외에 효율적 행정 수행에도 의미를 갖는다고 본다.

첫째 분권화나 지방자치의 강화로 지역사회의 문제나 행정수요에 더 민감하게 반응할 수 있고, 둘째 정책을 지역적으로 다양하게 실험할 수 있으며, 셋째 지역사회 안에서의 종합행정을 가능케 하고, 넷째 자치단체간의 경쟁을 통한 정치행정체계의 전반적 효율성을 높일 수 있다.

그러나 한편 지방자치제도는 첫째 지역간의 이해관계와 관련하여 지역감정에 빠져 대국적인 시야를 잃게 되거나, 둘째 지방자치단체 직원의 사무기술적 능력 부족으로 인한 행정운영의 미숙, 셋째 교통·통신수단의 발달에 따른 행정수요의 광역화 처리 필요성에도 불구하고 지역의 고정성, 연락협조의 불충분, 넷째 국가이념의 변화에 따라 전국적 규모의 행정의 균질성·균등성 등의 요구에 따른 지방자치의 부적응 등의 이유로 지방자치제도의 비효율성이 지적된다.¹³⁾

12) Georges Langrod, "Local Government and Democracy" (김병준, 위의 책, 22쪽에서 재인용)

13) 구병삭, 『주석 지방자치법』, 박영사, 1991, 12~13쪽

(3) 지방자치의 이중성

이상에서 지방자치의 실시가 정치민주화와 행정의 효율성에 크게 기여하는 제도라는 점과 다른 한편으로는 민주적 가치와 행정효율화를 저해할 수도 있다는 측면을 함께 살펴보았다. 지방자치는 사실 현재 우리 사회가 안고 있는 모든문제의 만병통치약이 아닌 점만은 분명하다. 그런데 또한 현재의 국민적 합의는 지방자치의 제도적 가치를 인정하는 차원을 넘어 그 이상적 실현이라는 논의수준에 와 있다는 것도 분명하다. 그러므로 이제 지방자치의 원래적 가치인 '민주성'과 '효율성'을 저해할 수 있다는 위와 같은 우려는 자치를 위한 적절한 하위수단의 채택에 있어 심분-참작되어야 할 것이다.

2) 왜 지금 지방자치인가

(1) '서울공화국'과 '삶의 질'

서울은 남한 전체 면적의 0.63%에 불과함에도 불구하고 1990년 현재 인구는 약 25%, 인구밀도는 17,532명/km로 남한 전체 인구밀도인 437명/km의 약 40배를 초과하고 있다.¹⁴⁾ 또한 남한 전체의 일반은행의 약 45%가 서울에 집중되어 있다.¹⁵⁾ 이것은 산업화와 경제발전의 진전에 따라 수반되는 인구의 도시집중 및 도시의 팽창정도보다 훨씬 심각한 수준이라 할 것이다. 이러한 수도 서울에의 과밀한 정치, 경제적 집중은 안보적 차원을 떠나서라도 좁은 면적에서 과도한 인구를 수용해야 하는 데서 오는 문제, 즉 제한된 자원과 능력으로 말미암아 그 부담이 정치체계에 영향을 줄 뿐만 아니라 여기서 야기되는 여러가지 사회적 긴장은 결국 정치체계의 불안요인을 가중시킬 수밖에 없게 하는 것이다.¹⁶⁾

오래된 자료이기는 하지만 1983년도에 실시한 서울시민의 의식조사에 따르면 "서울에 계속 살기를 원하는가"에 대하여 '원한다'가 37.1%, '원치 않지만 어쩔 수 없이 산다'가 19.9%, '여건만 좋으면 떠나겠다'가 39.1%, '곧 떠나

14) 통계청, 『지역통계연보』, 1993

15) 위와 같음

16) 손봉숙, 앞의 책, 244쪽

겠다'가 2.2%로, 61.2% 정도가 가능하면 서울을 떠나고 싶어하는 것으로 나타났다. 이 중 떠나기를 원하는 사람들은 '공해 때문에'가 14.9%, '사람이 너무 많아서'가 26.6%, '인심이 각박해서'가 21.3%였고, 머물기를 원하는 이유는 생계수단과 자녀교육이 주된 요인이었다.¹⁷⁾

그로부터 10여 년이 지난 지금 현재 상황은 더욱 심각해졌으며, 설상가상으로 자동차의 폭발적인 증가에서 비롯되는 만성적인 교통체증과 매연 등으로 인한 환경오염의 악화가 첨가되고 있다. 최근의 성수대교 붕괴사건은 공무원의 구조적 비리와 부패 및 건설업계의 부실공사관행 이외에도 미처 예측하지 못할 정도의 교통량 증가도 그 한 원인으로 작용한 것으로 보인다. 최근 잇따르고 있는 대형사고 시리즈 가운데 하나인 성수대교 붕괴사건은 수도 서울의 거주민들에게 서울에서 숨쉬고 있는 사실이 얼마나 불안한가를 새삼 일깨우고 있다. 그 불안의 유형도 성폭행등 범죄로부터의 불안에서부터 교통사고에 대한 불안, 자녀의 안전에 대한 불안, 아파트 안전사고에 대한 불안, 서울공기의 오염에 대한 불안 등 일상생활의 기본적 수요와 욕구에 대한 불안이 주었다. 성수대교 사고 직후의 여론조사는 10여 년 전보다 더욱 악화된 서울의 주거환경을 보여주고 있다.

"서울을 떠나고 싶으십니까"라는 질문에 대하여 응답자의 87.4%가 '그렇다'고 대답하였고, '자주 그렇게 생각한다'가 37.7% '가끔 그런 생각을 한다'가 45.6%였다.¹⁸⁾ 요컨대 '서울공화국'은 더이상 그 '공화국' 주민에게 이상적인 '삶의 질'을 제시하지 못하고 있다. 그러므로 이상적이고 질 높은 삶을 제시하기 위하여는 '서울공화국의 주민'의 '발'을 잡고 있는 '돈'과 '교육'의 묶을 지방으로 분산시켜야 할 것이다.

(2) 신지방론

이와쿠니 데쓰도는 그의 저서¹⁹⁾에서 세계를 보고 지방을 알아야 일본이 보인다는 견해를 피력하고 있다. 그는 이미 냉전종식 이후 국경이 없는 세계가 돈

17) 「신년호 서울시민의 의식조사」, 『동아일보』 1983년 1월 1일자

18) 「서울, 그 견딜 수 없는 불안」, 『한겨레21』 1994년 11월 3일자

19) 이와쿠니 데쓰도(岩國哲人)·정재길 옮김, 『지방의 도전』, 삶과 꿈, 91쪽

의 세계, 사람의 세계 등 모든 방면으로 넓어지고 있으며, 그 변화를 당면한 '도쿄'라는 일극(一極)으로 집중되어 있는 일본의 정치, 경제 변화의 활력소를 '지방'에서 찾고 있다. 그리하여 'NO'라고 말할 수 있는 지방이 되어야 하며, 지방이 있고 일본이 있다고 주장한다.

또한 지방적인 것이 곧 세계적인 것인데 그렇게 말할 수 있는 원인은 다행스럽게도 '일본적'인 것이 가장 많이 남아있는 곳이 바로 일본의 '지방'이기 때문이라는 것이다. 호소카와도 "나라가 변화하지 않으면 지방을 바꾸겠다"²⁰⁾며 구마모토(熊本)현 지사가 되어 그의 신지방론을 실험한 바 있다.

물론 오랫동안 봉건영주가 다스리던 시절이 있었고 지방자치의 역사와 경험이 우리와는 다른 이웃 일본의 목소리이긴 하지만 이와 같은 시각은 우리에게도 많은 것을 시사하고 있다. 이미 PC통신 등을 이용한 정보통신의 발달로 지역간 거리의 격차가 극복되고 전세계는 하나가 되어있다. 굳이 중앙집권화된 비효율적 관료기구를 통하지 않고도 한 국가의 지방과 다른 국가의 지방간의 교류도 얼마든지 가능하며, 실제로 활발한 교류의 움직임이 있다. '전원문화권'을 바탕으로 한 지방으로의 권한 이양, 자원의 재분배라고 하는 지방분권은 곧 실질적인 천도(遷都)의 효과로 나타날 것이며, 국가간의 무한경쟁시대(?)에 살아남기 위한 경쟁력의 제고를 위해서도 아직까지 생명력을 잃고 있지 않은 지방을 살려야 할 것이다.

세계는 '지구화(Globalization)'와 '지방화(Localization)'의 길로 나아가고 있으며 그 두 경향은 동시에 이루어지고 있다(Glocalization). 이미 국가는 어떤 문제를 해결하기에는 너무 크고 어떤 문제를 해결하기에는 너무 작게 되어 버렸다. 국가의 전통적 기능이 축소되고 국경이 없어져가는 현상 속에서는 국가의 보호적 역할이 줄어들고 외국으로부터 사람과 물자, 기술과 문화가 국경 없이 무한으로 들어와 국내의 그것과 경쟁하고 토착화하기도 한다. 한편 미국 등 선진자본주의 국가사회의 경제주체들이 국가의 소극적 역할에 익숙해진 상태인 데 비하여, 우리는 국가의 보호막 속에서 아무런 국제경쟁력을 갖추지 못한 채 이러한 무국적·무국경 경쟁을 맞이하게 되었다. 또한 이런 국제화의 수

20) 호소카와 모리히로(細川廉熙)·김재환 옮김, 『지방의 논리』, 삶과 꿈, 1쪽

용은 현재 우리에게 불가피한 선택이다. 이러한 변화와 도전에 대하여 중앙정치와 중앙행정기구가 변신해야 함은 물론이지만, 새롭게 열리고 있는 지방자치시대의 자치단체들도 이러한 흐름에 대응하고 준비하여야 할 것이다. 그런 점에서 일본의 자치체국제화협회가 시행하고 있는 JET(the Japan Exchange and Teaching) 프로그램은 많은 점을 시사하고 있다.

그런데 분권화와 분권적 질서는 그 자체가 국제화에 대한 대응이 될 수 있다. 따라서 민선자치단체장의 출현 등으로 개막되는 지방시대는 국제화와 개방화를 맞는 우리의 대응책의 중심에 있다고 할 것이다.

4. 현행 지방자치법에 관하여

1) 헌법과 지방자치법

(1) 헌법이론

종래의 전통적인 지방자치 본질론에는 지방자치권은 지방자치단체에 고유한 권리라는 고유설과 국가가 이를 부여한 것이라는 전래설이 있었다. 또한 후자의 전래설도 지방자치의 정치적 지배권 및 고유업무를 인정하지 않는 순수타설과 법률의 계약 및 고유업무를 인정하는 준독립설로 나뉘고 있다.²¹⁾

이에 대하여 지방자치의 본질에 관하여 자치고유권설 혹은 자치위임설로 나뉘어 논쟁을 벌이는 것은 국가와 사회를 대립적인 존재로 파악하는 이원론적 입장에 불과하고, 오늘날 국가와 사회는 각각 그 기능적인 차이를 가지면서도 서로가 공감대적 가치의 형성과 실현에 함께 기여하는 기능적 상호 교차관계에 있기 때문에 위와 같은 이원론은 설득력이 약화되었으므로 지방자치는 국가와 사회에 대하여 가지는 조정적·통합적·형식적 기능이 소기의 성과를 거두기 위한 사회 내의 자발적인 투입(input) 기능에 해당한다고 보는 견해도 있다.²²⁾

21) 구병석, 앞의 책, 20쪽.

22) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 1994, 768쪽.

(2) 헌법규정

헌법은 제8장에서 지방자치에 관한 두 개의 조문을 두고 있다. 헌법 제117조는 지방자치단체의 종류를 법률에 위임하는 한편, 지방자치단체의 사무와 자치입법권에 관한 규정이고 제118조는 지방의회에 관한 규정이다. 따라서 지방자치권의 구체적인 내용은 법률에 위임되어 있고, 헌법규정 자체가 명백하지 않기 때문에 지방자치에 관한 한, 중요한 것은 추상적인 헌법 문언을 둘러싼 헌법이론상의 다툼보다 지방자치법 등에 구체화된 지방자치권의 구체적 내용을 어떻게 해석·적용하여 자치권을 확립하는가에 달려 있다고 할 것이다.

2) 지방자치법 체계

위 헌법 제117조, 118조에 의하여 보장된 지방자치법 체계의 기본법은 물론 지방자치법이다. 그러나 지방자치제도의 운용을 위한 법률은 그외에도 많다. 지방의회의원선거법, 지방자치단체장선거법(1990. 12. 31. 제정), 지방공무원법, 지방재정법, 지방공기업법, 지방교육재정교부금법, 지방세법 등이 그것이다.

3) 현행 지방자치법의 연혁

지방자치법 자체는 1949년 처음 제정되었지만 1961년 이후 임시조치법에 의하여 법률로서의 의미를 갖지 못하다가 1988년 4월 6일 법률 제4004호로 전면개정되어 1988년 5월 1일부터 비로소 규범력을 갖는 법률이 되었다.²³⁾

그 후로도 지방자치법은 몇 차례의 부분적인 개정이 있었다.²⁴⁾

23) 학자에 따라서는 '신지방자치법'이라고 부르기도 한다(김형배, 『지방자치론』, 계명사, 1988, 3쪽).

24) 모두 다섯 차례의 개정이었다. 법 제4162호, 1989. 12. 30. 법 제4310호, 1990. 12. 31. 법 제4367호, 1991. 5. 23. 법 제4464호, 1991. 12. 31. 법 제4741호 1994. 3. 16이 그것이다.

4) 개정된 지방자치법의 주요 쟁점

1994년으로 지방의회가 구성된 지 3년째로 접어들면서 민선자치단체장이 없는 절름발이 지방자치기 시행되고, 의회운영의 파행 및 지방의회가 행정의 효율성을 저해한다는 평가가 나오는 가운데 그간의 지방의회 및 지방자치제의 반성에 기초하여 미비된 제도를 정비하자는 개정 움직임이 있어 개정방향에 관한 논의²⁵⁾를 거쳐 1994년 3월 16일 법률 제4741호로 지방자치법이 일부 개정되었다.²⁶⁾

아래에서 살펴본다. 이하에서는 개정된 지방자치법을 편의상 개정법이라 부른다.

(1) 주민투표제의 도입(법 제13조의 2)

개정법은 지방단체의 장이 지방자치단체의 폐지·분합 또는 주민에게 과도한 부담을 주거나 중대한 영향을 미치는 중요 사안에 관하여 주민투표에 붙일 수 있도록 하였고, 주민투표의 대상·발의자·발의요건·기타 투표절차에 관하여는 따로 법률로 정하도록 하였다(개정법 제13조의 2). 이 규정에 의하여 주민들은 중요 사안에 관하여 영향력을 행사하고 그 투표결과에 따라 지방자치단체의 장은 상당한 정치적 의무를 지게 되었다. 개정법에 의한 주민투표에 의하여 최근 시·군 통합문제에 관한 의견을 묻은 바 있으며 투표결과에 의해 시·군 통합이 무산된 곳도 있다.

현대의 행정이 복잡·전문화되어가고 선거권을 통한 주민의 정치참여가 몇 년에 한 번씩 가능한 상황에서 주민의 의사를 민주적이고 즉시적으로 반영할 수 있는 주민참여 제도는 주민과의 직접적인 접촉을 기본으로 하는 지방자치의 필수적 요소라고 할 수 있다. 특히 지역적으로 일정한 구역을 갖고 있고 주

25) 「지방화 21세기 포럼」, 『조선일보』 1994년 3월 1일자

26) 개정 이유는 다음과 같다. — 지방자치제도의 정착·발전을 도모하기 위하여 지방의회 운영의 효율성과 의원의 의정활동을 제도적으로 보장하고, 도시와 농촌간의 균형적인 발전이 이루어질 수 있도록 기타 지방자치제도의 시행과정에서 제기되었던 제도적 미비점 등을 합리적으로 조정·보완하려는 것임.

민의 의견을 지방행정에 더 잘 반영시키기 위해서는 가능한 한 직접민주제적 요소인 직접참정제도를 도입하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 일본의 경우 선거권자가 일정수 이상의 연서로서 조례의 제정 폐기, 사무의 감사, 의회의 해산, 의원·장 등의 해직을 청구할 수 있는 직접청구권이 인정되고 있고, 감사청구에 의하여 목적을 달성할 수 없을 경우에 위법 또는 태만한 사실이 있을 때는 재판소에 출소할 수 있는 주민소송과 한 지방공공단체에만 적용되는 특별법을 제정할 때의 주민투표제도가 시행되고 있다.²⁷⁾

이번 개정법에는 위와 같은 주민참여의 여러 수단 중에 주민투표제만이 도입되었다. 지역공동체의 문제를 스스로 해결하기 위한 주민의 직접참정제도가 인정되지 않는다면 주민자치를 이상으로 하는 지방자치의 의미는 반감되고 말 것이다.

기존의 행정법 체계에서조차 공청회 등의 행정절차가 제한적으로 인정되고 지방의회의원을 통한 청원만이 가능한 것은 주민참여의 제도화가 너무 빈약한 것이라 아니할 수 없다. 1960년대의 일본에서 환경과 공해문제에 큰 역할을 해냈던 시민집단운동은 아직 우리에게 모범적 교훈을 주고 있다. 지방자치의 실시와 더불어 점증하는 주민의 자치의식과 자발적 시민운동의 에너지를 흡수하기 위하여는 더욱 확대된 주민참여제도를 마련해야 할 것이다.

그런 의미에서 우리나라의 지방자치법도 최소한 조례 제정 및 폐기의 청구, 주민감사 청구 주민소환제 등의 도입을 전향적으로 검토해야 할 것이다.

(2) 조례에 의한 형벌제정권 삭제(법 제20조)

종전에는 시·도 조례로써 3월 이하의 징역, 금고, 10만 원 이하의 벌금, 구류, 과료 등의 벌칙을 정할 수 있었으나 죄형법정주의 원칙에 위반된다는 지적에 따라 이를 개정하여 “지방자치단체는 조례로써 조례 위반행위에 대하여 1천만 원 이하의 과태료를 정할 수 있다”고 규정하였다.

개정법은 조례와 관련된 자치입법권의 한계를 둘러싸고 해석상 논란이 많던 지방자치법 제15조 및 동조 단서는 그대로 존치하고 죄형법정주의와의 관계 및 기초자치단체는 조례에 의한 벌칙을 정할 수 없다고 비판받아온 종전법 제

27) 정재길 역, 『일본의 지방자치법』, 교학사, 1992, 40~41쪽

20조를 개정하였다. 그리하여 기초자치단체나 광역자치단체를 구분하지 않고 조례로써 최고 1천만 원까지의 과태료를 부과할 수 있도록 정할 수 있게 되었다.

개정 전의 지방자치법 제20조를 둘러싼 논의는 다음과 같다. 즉 헌법 제12조의 죄형법정주의 원칙에 의하여 조례에 의한 형사벌칙규정이 가능한가의 문제를 놓고 합헌설과 위헌설의 대립이 그것이다.

제117조 제1항에서 직접 수권되어 있으며 따라서 제117조 제1항은 헌법 제12조에 대한 예외 규정이고, 다만 조례는 '법령의 범위 안에서' 정하도록 하였으므로 지방자치법 제20조가 조례에 의한 형사벌칙 제정권의 범위를 정한 것으로 보는 헌법수권설과 지방자치법 제20조가 바로 조례에 대하여 형사벌칙을 정할 수 있도록 위임한 창설적 수권규정으로 보는 법률수권설로 나뉜다.²⁸⁾

이에 대하여 종전 지방자치법 제20조는 형량의 최고한도는 정하였으나 범죄구성요건을 구체적 개별적으로 정하지 아니하고 지방자치단체의 사무 전반에 걸쳐 범죄구성요건을 정할 수 있게 하였으므로 위헌이라는 견해가 있었다.²⁹⁾

개정법은 종전 지방자치법이 기초자치단체에는 과태료 부과할 수 없게 함으로써 실질적으로 조례제정권을 부인하는 결과를 빚었다는 비판론³⁰⁾에 따라 기초자치단체에도 벌칙을 부여할 수 있게 하여 입법적으로 해결하였다.

그러나 조례도 법률과 마찬가지로 구성원의 대표로 구성된 입법기관에 의하여 만들어졌고 법률에 비하여 특정 지역과 그 지역에 거주하는 주민에 한정하여 효력을 갖는다는 차이만 있을 뿐이므로 국회에서 제정하는 법률만이 엄격한 의미의 법이라는 생각은 형식주의적이고 중앙집권적 사고라고 보는 견해³¹⁾ 및 지방자치법이 형벌 규정을 삭제하고 과태료 부과와 한도를 정한 것은 자치권의 실효성 확보라는 차원에서 보면 문제라는 비판론³²⁾이 모두 해결된 것은 아니다.

그런데 실제로 1천만 원의 과태료는 형법상의 재산범죄에 관한 벌금에 비하여 결코 적은 벌칙이 아니며, '조례위반 행위'라고 구성요건을 백지위임한 형

28) 남두희, 『형평과 정의』 제8집, 대구지방변호사회, 187쪽

29) 이상규, 『신행정법론』(하), 제6권정판, 법문사, 1993, 161쪽

30) 박윤훈, 「법령과 조례와의 관계」, 『고시계』 1992. 11, 49쪽

31) 지병문, 「지방자치법의 개정방향」, 『인권과 정의』 1993. 7, 47쪽

32) 김원주, 「지방자치단체의 자치입법제정권」, 『공법연구』 제18집, 1990, 107쪽

식이어서 결국 '죄'를 정하지 않고 '형'만 정한 것이어서 오늘날의 실질적 죄형법정주의에 다시 위배된 것이 아닌가하는 의문이 든다.

그러나 자치단체의 조례의 실효성을 살리기 위하여는 어떠한 형태로든 벌칙을 두어야 한다는 점에서 위 규정의 타협적 입법의 불가피성이 엿보인다("입법은 타협할 수 있다").

(3) 의정활동비 지급(법 제32조)

지방의회의원은 종전과 같이 명예직으로 하되, 의정활동에 필요한 비용을 지급하기로 개정하였다. 그 내용은 매월 지급하는 의정활동비, 공무수행을 위한 여비, 회기중의 회의수당이다. 종전까지 무보수, 명예직의 지방의회의원을 완전 유급제로 하여 '의원전문화'를 이룩하자는 개정안이 있었으나, 현재까지의 지방의회의원의 출신 성향과 외국의 예를 참조하여 매월 일정액의 의정활동비를 지급하기로 한 것이다.

지방의원도 지방의 정치인이다. 우리의 현실적인 정치문화에 비추어봐서 그들의 정치활동에는 반드시 비용이 필요하다는 것은 부인할 수 없다. 만일 무보수 명예직을 고집한다면 지방의회의원은 경제력이 있는 사람들만에 의하여 장악되고 진정한 의미의 주민대표 기능을 수행하지 못할 것이다. 다만 유급적으로 하되 그 보수의 수준은 각 지방자치단체의 재정능력에 따라 자율적으로 정할 수 있게 하면 될 것이다.

이러한 개정에 대하여는 월정액의 의정활동비를 따로 지급하는 것은 명예직인 지방의회의원의 신분과 조화되기도 어렵고 자립도가 낮은 지방재정을 더욱 어렵게 하여 지방자치의 조기정착을 지연시키는 결과를 초래할 것이라는 우려도 있다.³³⁾

보수와 관련된 의원의 신분은 크게 영국을 비롯한 유럽국가의 명예직 무급주의와 미국에서 채택되고 있는 전업직 유급제의 유형이 있다. 그러나 명예직을 고수하고 있는 영국에서도 실비 이외에 일당을 지급하고 있으며 일본도 명예직을 원칙으로 하면서 실비와 보수 및 기말 수당까지 지급하고 있다.³⁴⁾ 그런

33) 허영, 앞의 책, 782~783쪽

34) 일본의 지방자치법 제203조

데 의원의 직무가 고정급을 받아야 할 만큼 양적으로 많지 않고, 질적으로 고도화되어 있는 경우가 아니라면 명예직 무급제가 이상적일 것이고, 직무의 양이 많고 전문성이 요구되는 경우에는 상당한 보수가 뒷받침됨으로써 의원이 직무에 전념하면서 품위를 유지할 수 있으며, 또한 유능한 인사의 의회 진출을 도모할 수 있는 전업직 유급제가 바람직할 것이다. 원래 연혁적으로는 지방의 회의원에 무산정당 내지 혁신계위원의 진출이 늘게 됨으로써 의원의 보수가 일종의 생활급적 요소를 띠게 됨으로써 이를 제도화하게 되었다고 한다. 우리의 현실론적인 사고에 근거하여 의원의 보수가 필요하다고 하더라도 그 보수 수준을 국회의원에 준하는 수준으로 인식하여 논의되어서는 안될 것이며, 앞으로 정착시켜야 할 바람직한 지방자치의 방향과 의정활동의 기대수준에 대한 사회적 합의에 따라 적당수준이 정해져야 할 것이다.

(4) 지방의회의 위임사무에 대한 감독권(법 제36조 3항)

종전까지 지방의회는 당해 지방자치단체의 중요한 사무집행 상황에 관한 것은 모두 사무조사를 할 수 있었다. 그러나 기관위임 사무라든가, 타지방자치단체 혹은 국가사무의 집행에 관하여는 조사할 수 없었다.

그런데 이번 개정으로 지방자치단체 및 그 장이 위임받아 처리하는 위임사무도 감사할 수 있게 됨으로써 지방의회의 행정감시 기능을 강화하였다. 한편 이 경우 국회 혹은 광역의회는 당해 지방의회에 그 감사 결과를 요구할 수 있게 하였다.

종전까지는 단순히 '지방자치단체의 사무' 라고만 규정되어 있어서 국가위임 사무에 대한 감사권이 국회와 지방의회 중 어느 쪽에 있는지가 논란이 되어왔으나 개정법은 이를 입법으로 해결하였다. 따라서 개정법하에서는 국회 및 광역의회가 감사하기로 한 사무를 제외하고는 기관위임사무를 포함하는 전반적인 자치단체 사무에 대한 감사권은 원칙적으로 광역의회 혹은 기초의회가 담당한다고 해석된다. 개정 논의에서 국가위임사무에 대한 감사권을 지방의회에 위임하는 것은 위헌이 아닌가라는 의문이 제기되었으나 국회의 국가위임사무에 대한 감사권이 배제되는 것은 아니고 감사의 우선담당기관을 지방회로 하자는 것이므로 위헌은 아니라고 할 것이다.

사실 지방자치단체에 대한 감사가 감사원, 청와대, 총리실 및 각 부처 등등

2중 3중으로 있었고 국정감사까지 있어 자치단체는 연중 감사장 같은 바가 있었다. 중앙의 지방에 대한 간섭은 가능한 한 줄여 지방의 자율권을 보장해야 한다는 점에서 이와 같은 개정은 적절한 것으로 보인다. 다만 국가위임사무에 대하여는 원칙적으로 국고가 나가는 것이므로 예산의 승인을 해야 하는 국회가 지방의회에 대한 감사결과 요구권을 적절히 행사하여 예산집행을 감시하고, 사안에 따라서는 국정조사권을 발동하면 될 것이다. 한편 단체위임사무나 기관위임사무가 법논리상 여전히 위임자의 사무이지 수임자의 사무가 아니라는 점을 고려한다면, 시·도 또는 시·군·구의회가 행한 감사의 결과는 당연히 국회나 시·도의회에 제출되어야 하지 국회나 시·도의회가 요구할 수 있도록 규정하는 것은 법논리상 오류라는 지적이 있다.³⁵⁾

그러나 지방의회에 단체위임사무나 기관위임사무에 관한 감사권을 위임하는 것은 입법자가 지방의회의 자율적 감사기능을 제고하기 위한 결단이라고 보는데 다시 모든 감사결과를 국회나 시·도의회에 제출해야 한다는 것은 이러한 취지를 반감시킬 것이므로 이러한 지적은 적절하지 않다고 생각한다.

(5) 감사불협조에 대한 제재규정(법 제36조 4, 5항 내지 7항)

지방자치의 감사기능을 실효화하기 위하여 지방의회는 현지 확인이나 서류 제출을 요구할 수 있으며, 지방자치단체의 장 또는 관계공무원이나 그 사무에 관계되는 자를 출석하게 하여 증인으로 증언할 수 있게 하거나 참고인으로 의견을 진술할 것을 요구할 수 있도록 하였다.

또한 허위증언을 하거나 정당한 이유 없이 출석하지 않거나 증언 또는 진술을 거부하는 때는 500만 원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 하였다.

따라서 지방의회는 종전 국회가 보유하던 국정감사권의 상당부분을 실질적으로 위임받게 되었다.

(6) 지방의회 사무직원 임명권(법 제83조 2항)

종전까지 지방의회 사무직원은 지방의회의 의장과 '협의' 하여 당해 지방자치단체의 장이 임명하도록 하였으나 개정법은 지방의회 의장이 '추천'에 의하

35) 홍정선, 「지방자치법의 개정방향에 관하여」, 『월간고시』 1994. 4. 31쪽

여 자치단체장이 임명하도록 하였다. 그러나 지방의회는 업무수행의 독립성을 보장하기 위하여 조직과 구성 및 의사에 대하여 중앙정부나 지방자치단체의 집행기관으로부터 영향을 받지 않고 규제할 수 있는 자율권을 갖는다. 따라서 지방단체장이 지방의회 사무처 직원을 임명하는 것은 지방의회의 자율권을 침해하는 것이고 뚜렷한 이론적 근거도 갖고 있지 않다. 따라서 지방의회 의장이 사무직원의 임명권을 갖는 것이 타당하다. 개정이 요망된다.

(7) 지방자치단체의 장의 지방의회 의결에 대한 대법원제소권(법 제98조)

지방자치단체의 장과 지방의회는 상호 견제와 균형으로 조화있는 행정을 펼쳐야 한다. 해방 이후 경험한 우리의 지방자치는 자치단체의 장을 중앙에서 임명하는 지방단체가 아닌 중앙집권식의 완전한 관치였다.

그러므로 완전한 의미의 지방자치가 실현되기 위해서는 지방의회와 지방자치단체 의장간의 균형이 요구된다. 그러나 이 경우 지방자치단체 기관의 분립이 국가의 권력분립의 원칙에 의한 것은 아니다.³⁶⁾

다만 법치국가의 요청인 권력의 남용을 방지하기 위한 '견제와 균형'의 원리가 양자 상호관계의 기본이 될 뿐인 것이다.

개정 전에 지방자치단체의 장은 지방의회 의결에 대하여 재의 요구만을 할 수 있었고 지방의회의 재의결에 대해서는 상급 행정기관의 승인을 얻어 대법원에 제소할 수 있었다(개정 전 지방자치법 제98조 1항 및 제159조 3항). 그러나 이번 개정으로 지방자치단체의 장은 지방의회의 재의결사항이 법령에 위반되는지의 여부를 상급 행정기관의 승인 없이 독자적인 판단에 의거하여 대법원에 제소할 수 있게 되었다.

개정지방자치법하에서 지방자치단체의 장이 지방의회의 의결에 대하여 재의를 요구할 수 있는 경우와 대법원에 제소할 수 있는 경우는 법 제19조, 법 제98조, 법 제159조의 세 가지 경우이다.

위 세 개의 법조문은 유사한 구조를 가지고 있다.

먼저 법 제19조와의 관계를 보면 법 제19조는 지방의회의 의결사항 중 조례안의 의결에 대한 지방자치단체의 장의 재의요구권을 규정하고 있고 재의 사유도

36) 이기우, 『지방자치행정법』, 법문사, 1991, 212쪽

'의의가 있을 때'로 법 제98조의 '월권 또는 법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 인정되는 때'보다 범위가 넓다고 해석된다. 따라서 개정법 제98조의 재의 요구사항은 지방의회의 의결 중 조례안 및 제99조에 의한 예산상 집행 불가능한 의결을 제외한 지방의회의 의결에 대한 재의 요구제도라 해석된다.

다음으로 개정법 제98조와 동법 제159조와의 관계를 살펴본다. 이번 개정으로 제98조와 제159조의 재의요구 및 대법원제소권은 재의요구의 발의자가 각각 지방자치단체의 장과 국가의 감독기관이라는 점과, 제98조의 재의요구는 지방의회 의결사항을 이송받은 후 20일 내에 하지만, 제159조는 이러한 재의요구 기한이 없다는 점에서 구별되고 종전과 같은 대법원제소권 유무와 같은 차별이 없어지게 되었다.

한편 제98조에 의한 재의요구와 제159조에 의한 재의요구가 중복되었을 경우에는 제98조의 재의요구는 임의사항이고 제159조는 의무사항인 점에 비추어 제98조에 의한 재의요구 후에 제159조에 의한 재의요구가 있으면 먼저의 재의요구를 철회하고 후의 요구를 해야 할 것이다.³⁷⁾

다음으로 개정법 제98조에 규정된 지방의회 재의결에 대한 대법원제소권과 헌법재판소의 관할사항인 권한쟁의 및 행정소송법 제45조에 의한 기관소송과의 관계와 위 대법원제소권이 적절한 것인지를 살펴본다.

우선 헌법 제111조 1항 4호와 헌법재판소법 제62조에 의한 권한 쟁의심판은 지방자치단체 상호간의 헌법적 의무의 범위와 내용을 그 대상으로 하고 있어 지방자치단체의 기관 상호간의 분쟁은 헌법재판소의 심판대상이 아니고 본 개정법 제98조의 대법원제소권에 포함된다고 해석된다.

한편 지방의회 의결에 대한 자치단체의 장의 재의요구 사유가 권한의 존부 또는 그 행사에 관한 다툼일 경우 법원에 제소하는 것은 행정소송법 제3조 및 제45조의 기관소송이 아닌가하는 의문이 든다.

종전까지는 지방자치법 제157조 2항 및 지방교육자치에 관한 법률 제50조 2항에 의한 제소권 및 지방자치법 제159조 3항에 의한 제소권이 기관소송에 해당된다고 주장되었으나, 유력한 견해³⁸⁾에 의하면 위와 같은 경우는 기관소송

37) 김용진, 『현행지방자치법의 제문제』, 『고시계』 1992. 11, 72쪽

38) 이기우, 『기관소송』, 『고시계』 1992. 11, 57~58쪽

에 해당되지 않고 지방교육자치에 관한 법률 제38조 2항에 의한 교육감의 대법원제소권만이 본래의 의미의 기관소송에 해당된다고 한다.

그러나 이제 개정법 제98조에 의한 대법원제소권은 공법인 내부 기관간의 법률관계라는 점에서 기관소송의 범주에 포함된다고 할 것이다.

그런데 행정소송법 제45조 및 제46조에 의하면 기관소송의 경우엔 행정소송법상의 취소소송이나 당사자소송 등의 규정을 준용하도록 되어 있어, 그렇다면 지방자치단체의 장이 지방의회 의결에 대한 재의요구 후에 기관소송으로서 고등법원에 제소할 수 있는 것이 된다. 한편 만일 개정법 제98조에 의한 제소권이 기관소송의 성격을 지님에도 불구하고 대법원의 전속관할임을 규정한 취지라고 한다면 심급의 이익을 해치는 것은 아닌가하는 의문이 든다.

입법론으로서 기관소송에 관해 열기주의를 채택한 행정소송법 제45조가 지방자치의 활성화에 따른 지방의회와 지방자치단체의 장관, 지방의회와 교육위원회간, 교육감과 교육위원회간, 지방의회와 상임위원회나 그 구성원간의 분쟁이 예상됨에 따라 이러한 문제에 대한 법률적 분쟁의 해결을 막고 있으며 위와 같은 심급상의 충돌 등을 불러일으키고 있으므로 폐지되어야 할 것으로 보인다. 그리하여 기관소송에 관한 개괄주의와 심급의 통일을 기할 새로운 입법이 요구된다.³⁹⁾

(8) 대통령의 부단체장 1인에 대한 임명권(법 제101조 1항 내지 3항)

개정법은 지방자치단체 부단체장의 신분과 임명방법을 이원화하고 있다. 즉 기초자치단체의 부단체장은 일반직 지방공무원으로 보하며 당해 자치단체장이 임명하지만, 광역자치단체의 부단체장은 정무직 또는 일반직 국가공무원으로 보하며 당해 자치단체장의 제청으로 내무부장관을 거쳐 대통령이 임명하며, 대통령령이 정하는 바에 의하여 2인의 부단체장을 둘 수 있게 하였다. 또한 2인 중 한 사람은 정무직 또는 별정직 지방공무원으로 하고 그 자격기준을 당해 자치단체의 조례로 정하게 하였다.

부자치단체장 선임방법에 관하여는 개정과정에서 대통령이 임명하자는 의견

39) 판례와 학설에 의하여 기관소송이 인정되고 있는 독일 지방단체 기관간의 분쟁에 관한 자세한 내용은 이기우, 『지방자치행정법』, 법문사, 1991, 218~223쪽 참조.

과 단체장이 임명하자는 의견이 대립되었다. 그 각각의 논거는, 전자는 국가위임사무의 전국적인 통일성을, 후자는 자치단체에 대한 중앙의 통제완화를 들고 있었다. 그런데 부단체장을 2인을 둘 수 있게 하고 그 중의 1인은 대통령이 임명할 수 있게 함으로써 다소 절충적인 타협적 입법으로 문제를 해결하였다. 그러나 이와 같이 지방자치단체의 종류에 따라 신분과 임명을 이원화하고 광역자치단체에 부단체장 2인을 두고, 그 중 1인을 대통령이 임명하는 것은 지방자치의 취지상 타당한 입법이 아니라 할 것이다.

현행 지방자치법상 지방자치단체의 부단체장은 지방자치단체장을 보좌하고 사무를 총괄하며 소속직원을 지휘·감독하고 지방자치단체장의 유고시 직무를 대리하는 자치단체장의 보조기관에 불과하다. 그런데 각기 임명권자가 다른 2인의 부단체장을 둘 경우, 특히 대통령(사실은 내무부장관)이 임명한 부단체장은 자치단체장과 상당한 알력과 긴장관계가 초래될 우려가 높다고 할 것이다. 이러한 입법이 개정과정에서 내무부장관이 부단체장을 통하여 광역자치단체의 자치사무를 간섭하겠다는 정치적인 의도에서 나온 것이라면 이것은 불필요한 재정낭비만 가져올 뿐 지방자치에 도움이 되지 않는 것이다.

지방자치시대를 맞이한다고 하여도 내무부가 필요없어지는 것은 아니고 자치단체간의 이해조정이 어려운 광역행정에서의 조정자 역할이나 자치단체와 각 부처간 행정에서 자치단체의 이익대변자적 기능 등이 지방자치시대에 바람직한 내무부의 위상이라 할 것이다.⁴⁰⁾

더욱이 일본과 같이 자치단체의 장 유고시 권한대리에 관한 상세한 규정을 두지도 않고⁴¹⁾ 부단체장의 법적 지위와 권한이 구체화되지 않은 상황에서 부단체장 2인을 둘 경우 이들간의 권한배분도 적지 않은 혼란이 있지 않을까 우려된다. 입법론으로서 지방자치단체의 부단체장은 1인으로 하여 자치단체의 종류에 관계없이 지방공무원으로 일원화해서 당해 자치단체장이 지방의회의 동의를 얻어 임명하도록 통일하는 것이 바람직하다고 할 것이다.⁴²⁾ 또한 자치

40) 오세재, 「지방자치시대의 중앙·지방간 기능분담과 내무부의 역할」, 『인권과 정의』, 1994. 8. 8, 48~49쪽

41) 자세한 내용은 정재길, 앞의 책, 94~95쪽 참조. 일본의 지방자치법 제152조와 제153조가 이를 규정하고 있다.

42) 허영, 앞의 책, 784쪽 참조

단체의 사정에 따라 부자치단체장 수명이 필요하다면 조례에 의하여 수인을 둘 수 있게 하면 족할 것이다.

한편 부단체장 1인의 자격기준을 조례에 위임함으로써 공무원이 아닌 전문 경영인 등 참신한 인사들의 영입과 그들의 새로운 발상으로 행정에 활력을 불어넣을 수 있는 길이 생긴 점은 환영할 만한 점이라 생각된다.

(9) 지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령(법 제157조의 2)

개정법은 자치단체장이 국가사무집행에서 직무를 태만 또는 불이행할 경우 국가가 이를 감독하고 그 이행을 보장하기 위하여 직무이행 명령 및 대집행 제도를 도입하였다. 국가위임사무에 대한 국가의 감독을 위한 방법으로 신설되었다.

지방자치단체의 장이 그 직무를 태만히 할 때 감독기관은 일반적인 지도·감독만 하는 데 그칠 것인가, 직무이행 명령 및 대집행까지 할 것인가는 나라마다 다르다. 직무이행 명령까지 할 수 있는 나라(예: 중화민국, 일본)⁴³⁾ 직무이행 명령을 하고도 불응할 때는 대집행까지 할 수 있는 나라(예: 영국, 독일, 프랑스 등)가 있다.

종전에는 자치단체의 기관위임사무에 관하여 상급 감독기관이 지도·감독권을 갖고 자치단체장의 위법·부당한 명령, 처분이 있을 경우 구체적으로는 시정명령과 취소·정지권만 있었으나, 개정법에서는 자치단체장의 부작위에 의한 직무해태의 경우에 이행을 명령하며 대집행할 수 있게 하고 대법원의 판단을 받을 수 있음으로써 지방자치단체에 대한 통제를 강화하였다.

그러나 이러한 중앙정부의 통제권이 악용·남용될 경우에는 우리의 지방자치는 심각한 위기에 직면할 수 있다. 오늘의 지방자치는 더이상 행정기능 중심의 지방행정의 특수형태가 아니고 정치적 다원주의를 실현시키는 기능적인 권력통제 수단이라는 점을 고려할 때 중앙정부는 지방자치단체의 자치권을 최대한으로 존중하는 방향으로 지방자치단체와의 관계를 정립해나가야 할 것이다.⁴⁴⁾

43) 일본에서는 자치사무에 관하여는 국가에 직무이행 명령제도만 인정하였으나, 국가위임사무에 대하여는 이행명령 불응시 법원에 제소할 수 있다. 다만 단체장의 파면제도는 1991년 4월 2일 폐지하였다(정재길, 앞의 책, 96~97쪽 참조).

44) 허영, 앞의 책, 783쪽

(10) 자치사무에 대한 감사의 기준을 위법성에 한정(법 제158조)

종전에는 내무부장관, 시·도지사가 자치단체의 자치사무에 관하여 일반적으로 감사를 할 수 있었으나 위법성을 감사의 요건으로 하였다.

그러나 이 경우 '법령에 위반된 것인지의 여부'를 상급 행정기관이 자의적으로 판단할 경우에 자치사무가 '적법함'을 이유로 감사를 거부할 수 있는가. 이 경우 최종적인 적법성의 심사는 어떤 방법으로 하는가 등등의 이론상의 문제가 제기될 수 있다고 보인다.

(11) 대법원제소시 집행정지결정신청권 등(법 제159조 4항)

지방의회의 재의결사항에 관하여 지방자치단체의 장은 대법원에 제소를 함과 동시에 의결의 집행을 정지하는 결정을 신청할 수 있게 할 수 있고 내무부장관과 시·도지사는 자치단체의 장에게 제소를 지시할 수 있거나 직접 제소할 수 있게 하였다.

법리적으로 볼 때 중앙정부와 지방자치단체간의 권한분쟁은 헌법과 헌법재판소법에 의한 권한쟁의 심판제도에 의하여 해결하는 것이 정도이다. 그럼에도 불구하고 지방자치법이 지방자치단체에 대한 통제를 강화하면서 대법원이 기관소송관할권을 확대한 것은 지방자치의 본질과 지방자치의 현대적 기능과 상치하는 것이 아닐 수 없다.⁴⁵⁾

한편 개정법 제159조 3항에 의한 소송은 지방의회의 조례에 대한 제소일 경우는 추상적인 규범통제이고, 지방의회의 처분적인 의결에 대한 제소는 항고소송일 뿐 기관소송은 아니라는 견해도 있다.⁴⁶⁾ 요컨대 종전에는 대법원제소와 함께 지방의회의 의결의 효력이 당연히 정지되었으나 개정법하에서는 집행정지신청이 대법원에 의하여 받아들여질 경우에만 효력이 정지되므로 그만큼 사법적 개입의 폭이 넓어진 결과가 되었다.

위와 같은 개정에도 불구하고 개정지방자치법이 종전의 지방자치법의 문제점을 입법적으로 모두 해결한 것은 아니다. 특히 주민소환, 주민발안 등 주민

45) 허영, 위의 책, 783쪽

46) 이기우, 앞 논문, 58쪽

참여의 여러가지 제도적 장치와 지방자치단체장에 대한 징계제도 및 광역자치단체와 기초자치단체 사무의 분담문제 등은 여전히 입법적 과제로 남아 있다. 또한 개정법 중에서 부단체장의 임명방법은 구체적인 지방자치 실무의 면에서, 지방의회 의결에 대한 대법원제소권 등은 헌법재판소와의 관계나 행정소송법 등 타법체계와 관련하여 법이론상의 면에서, 결코 올바른 입법이라 할 수 없다. 불확실한 미래의 현상을 예상하여 이를 규율하는 입법은 미래의 불확실성 때문에 완전할 수는 없을 것이다.

다만 해석상 의문이 있는 조항이나 현실적으로 실현불가능한 제도 등은 향후의 논의와 운영에 따라 시정되어야 하겠다. 지방자치법에 관한 충분한 논의와 판례의 집적이 요망된다.

5. 맺음말

과거 우리의 현대사에서 지방자치법이 헌법과 더불어 정치적 수난의 길을 걸었던 것은 그만큼 지방자치제도의 본질이 정치적이란 반증이다. 지방자치의 성공은 지방정치와 함께 중앙정치의 선진화가 수반되어야 가능하다. 과거 자유당 치하의 지방자치가 실패할 수밖에 없었던 큰 이유는 지방의회에 정당의 참여를 인정하였는데, 정당 자체가 본래 의미의 지방 '자치'를 수용할 수 없는 조직이었기 때문이었다. 유럽 국가의 대부분과 같이 지방의회에 정당을 참여시키고도 지방자치가 성공할 수 있는 것은 이들 국가의 정당 내부가 민주화·분권화되었기 때문에 가능한 것이다.

한국의 정당이 총재와 소수 간부 중심의 중앙집권적 권위주의적 정당체제를 가지고 있고 정당이 지방정치에 관여할 때는 주민자치의 취지가 사라지고 지방의회의원과 장이 중앙당에 예속되고 또 다시 실패한 과거 경험을 답습할 뿐이다.

지방당은 중앙당에 대하여 'NO'라고 할 수 있어야 지방정부도 중앙정부에 'NO'라고 할 수 있는 것이다. 1995년 상반기에는 종전의 지방의회의원선거법에 비하여 상당히 개선된 통합선거법인 '공직선거 및 선거부정방지법'에 의하여 치러진다.

그러나 이러한 제도적 장치에도 불구하고 지방자치법제의 성공적인 정착은 결국 지방주민의 자율적 의지에 달려 있지만, 숨겨진 지난 고도 경제성장의 시대를 자연환경 속에서 살아왔던 지방도시의 여유는 이제 중앙의 변화에 적극적으로 편승하지 않았다는 반성과 피해의식을 넘어 '분노'로 변하기까지 하고 있다.⁴⁷⁾

이제 시작되는 지방시대는 과거의 지방자치와는 또다른 배경과 역사적 함의를 지니고 있다. 개정자치법이 아무쪼록 규범력을 지니며 독특한 지방문화와 지방복지를 꽃피우는 지방시대의 만개에 큰 역할을 할 것을 기대한다. (변호사)

47) 한림대사회연구소·춘천문화방송·춘천리포트, 「지방자치와 전환의 모색」, 나남, 1993. 6. 21쪽

논문

현행 환경관련 법제의 문제점 소고

류 지 대

1. 머리말

환경보호문제가 시대적 관심사로 부각되고 있다. 종전의 사회적 시각에서 환경을 보호한다는 차원의 수준을 떠나, 환경보호는 이제는 국가적 국제적 차원에서 경제적 이해관계의 문제로 발전되고 있다. 그러나 법치주의를 지향하는 나라에서의 환경보호문제는 불가피하게 이에 상응하는 법제정과 법적용을 필요로 한다. 물론 환경보호가 단지 국가의 과제로서만 인식되고 이러한 법규 제정 등에 의해 규율되는 것으로만 평가할 수는 없는 것이지만, 효율적인 환경 보호는 좋은 내용의 환경입법에 의한 결과라는 사실은 간과할 수 없을 것이다. 따라서 잘 마련된 환경입법은 실효성있는 환경보호를 위한 필수적인 전제조건이라고 보아야 할 것이며, 여기에 환경입법이 갖는 주요한 기능을 찾을 수 있는 것이다. 이 글은 이러한 환경입법의 중요성에 비추어 우리 현행 환경 관련법제의 문제점과 발전방향에 관하여 개괄적으로 고찰하는 데 그 목적이 있다.

2. 환경입법의 과제 및 연혁

1) 환경입법의 과제

환경입법이 달성해야 할 과제는 크게 보아 두 가지 방향으로 고찰할 수 있다. 하나는 다양한 환경문제들을 효율적으로 해결하기 위한 규범적인 틀을 마련하는 것이고, 다른 하나는 환경보호와 경합하거나 대립하는 환경이용의 이해관계를 서로 적절하게 조화하도록 하는 과제를 수행하는 것이다. 물론 이 양 과제는 통상적으로 긴장관계없이 실현되는 것이 아니며, 상호간의 타협을 요구하게 된다. 따라서 환경입법에서는 개인이 가지는 가능한 한 최대의 행동의 자유 및 인격발현의 자유와 한정된 자원과 공간을 고려하여 모든 사람들의 자연적인 생활태도의 보호 필요성을 조화시키는 것이 과제라고 정리될 수 있을 것이다. 예를 들어 우리가 도입하고자 하는 고속전철의 경우를 보면 — 여기에서는 물론 재정적 및 정책적 고려는 제외한다 — 우선 환경에 부담을 줄 수 있다(즉 고속전철 설치를 위한 부지의 이용, 소음의 발산 등). 그러나 이의 도입으로 인해 고속전철보다 더 환경에 피해를 주는 개인의 승용차 이용이나 비행기 이용이 현실적으로 현저하게 줄어든다면 이는 결과적으로 환경보호를 위해서는 유리한 결과를 가져오기도 할 수 있는 것이다.

2) 환경입법의 연혁

환경입법은 다른 유형의 입법과 달리 비교적 늦게 시작된 낙후성에 비해, 오늘날 가장 빨리 그 내용을 늘려왔고 체계화를 이루고 있는 입법으로 평가되고 있다. 환경입법의 현대적인 모습은 미국의 입법례에서 비롯한다고 볼 수 있으며(예컨대 1963년의 대기정화법 Clean Air Act, 1963년의 자동차대기오염방지법 Motor Vehicle Air Pollution Control Act), 독일의 경우도 1971년의 연방정부의 환경프로그램(Umweltprogramm)에 의해서 제정된 많은 법률들에 의해 비로소 체계적으로 나타나고 있다. 우리의 경우도 경제성장 위주의 사고에 의해 환경입법이 그 비중을 갖지 못하다가 1980년대에 들어서서 환경청의 발족과 더불어

어 체계적으로 정비되고 추진되어왔으며, 1990년대 초에 들어서서는 나름대로의 환경법체계를 갖추고 있다. 환경입법은 그 체계에서, 규율대상의 성격상 사전적 배려적인 내용, 사후적 배제적인 내용 및 복구적 회복적인 내용을 갖게 된다. 따라서 환경입법은 장래에 나타날 수 있는 환경에의 부담을 예방해야 하고, 현재 나타나고 있는 환경에의 부담을 줄이도록 해야 하며, 이미 나타난 환경피해를 제거할 수 있는 내용 등으로 나타나게 된다.

그러나 환경입법 제정의 어려움은 우선 그 규율대상인 환경위해의 특성과 관련되어 나타난다. 많은 환경위해는 미리 충분한 확실성을 가지고 예측할 수 없는 성질을 갖는 것이며, 특히 그 위해가 시기적으로 늦게 나타나는 특색을 갖는다(예컨대 대기오염, 수질오염, 산림의 피해 등). 따라서 입법과정에서 이러한 사정이 비교적 장기적으로 준비되어야 할 필요가 있게 된다. 또한 환경입법은 책임의식있는 환경정책을 반영한 것이어야 한다. 전문적인 관점에서 그리고 장기적인 관점에서 고찰된 내용에 의해서 입법내용이 구성되어야 하며, 정치적인 목적 때문에 일반시민의 인기에 영합하거나 실체가 불투명한 여론의 영향에 좌우되는 입법이어서는 안된다.

3. 환경법 전체 체계의 문제점

1) 복수법체계의 개편

(1) 복수법체계의 문제점

환경입법의 입법방식으로서 통상적으로 모든 환경문제를 하나의 법안에서 규율하는 단일법주의, 환경매개인자별로 개별화하여 별도의 입법을 두는 복수법주의, 단일법을 기본으로 하되 단일법에 넣을 수 없는 입법은 독립하여 마련하는 절충주의로 나뉜다. 우리나라는 공해방지법의 제정 당시에는 단일법주의에서 출발하였으나, 환경보전법의 제정으로 절충주의로 전환하고 1988년 이후에는 개별법이 양산됨으로써 복수법주의 체제로 구성되고 있다. 이에 따라 현행 법제는 수환경, 대기환경, 자연환경, 유해화학물질, 폐기물처리, 원자력 등의 대상별로 독립한 입법체제를 갖추고 있다. 그러나 이러한 복수법주의는 현

실적 운영에서 동일한 대상에 대해 여러 관련법률이 서로 조정되지 못하고 중복 적용되는 문제와, 경우에 따라서는 서로 모순되는 결과를 낳는 문제가 발생한다. 또한 통합적인 환경규제 행정의 계획 수립이나 관리수행이 어렵게 되는 문제도 발생하고 있다. 이는 환경매체만을 고려하여 규율한 탓에, 이러한 매개인들이 관련을 갖는 다른 관련법률과의 관계는 전혀 고려하지 않고 있기 때문이다. 따라서 이러한 복수법체제는 앞으로 지양하는 것이 바람직하다고 보며, 그 대상에 따라서 서로 상이한 구조를 가지고 규율되어 있는 환경법률들을 통일화시키는 작업이 향후 주요한 입법과제에 포함된다고 볼 수 있다.

(2) 통합적 환경법체계의 필요

이를 위해서는 우리나라에서도 환경법 적용의 통일성을 담보할 수 있는 내용의 통일환경법 제정작업이 필요하게 되며,¹⁾ 그 기초작업으로서 다양한 환경법률 중에서 일반화가 가능한 규정들을 추출·정비하여 일반환경법적 체계를 준비하는 것이 선행되어야 할 것이다. 이미 1976년에 연방정부의 환경보고서(Umweltbericht 1976)를 통해 이러한 통일환경법 작업의 필요성을 인식한 독일에서는, 1987년 이래로 연방정부의 주도하에 그간 준비작업을 거쳐 많은 학자들과 실무자들이 참여하여, 1991년 통일환경법의 총론 부분의(Allgemeiner Teil eines Umweltgesetzbuches) 시안이(총 11편으로 구성되고 약 170여 개의 조문으로 구성)²⁾ 공개되고 있다. 이 작업은 1993년 말 각론 부분의 초안작업도 마련하고 있다. 물론 규율대상의 다양성으로 인해 통일법전의 제정에 반대하는 견해도 있을 수 있지만, 복잡다양한 환경법률의 상호관계를 고려하여 실효성을 제고하기 위해서는 어느 정도의 개관가능한 입법체계를 유지할 필요가 있으며 이러한 사정은 마치 행정절차법의 제정의 경우와 비슷하리라고 생각한다. 따라

1) 이러한 주장에 대해서는 오석락, 「한국환경규제의 현황과 과제」, 『현대산업사회와 환경문제』(아산사회복지사업재단 출간), 1994, 218, 224, 253쪽 참조.

2) 그 주요 내용으로는 제1편에 법률의 목적, 개념정의 규정 및 환경법 기본원칙의 규정, 제2편에서 제4편에 환경의무와 환경에 관한 권리, 계획규정 및 환경영향 평가에 관한 규정, 제5, 6편에 환경보호 수단으로서의 직접적, 간접적인 유도수단들에 관한 규정, 환경정보에 관한 규정, 환경책임, 단체의 참가규정 그리고 절차의 공개규정, 마지막에는 이 법을 근거로 한 하위법규 정립에 관한 규정과 조직 및 관할에 관한 규정이 마련되어 있다.

서 향후의 환경입법의 과제 중 하나는 복잡다양한 환경개별법의 상호관계를 적절하게 규율할 입법체계를 마련하는 것이라고 할 수 있다. 또한 우리나라의 많은 환경법의 모델이 되어왔던 일본에서도 통일적인 환경기본법의 제정 움직임이 있음도 참고가 되어야 할 것이다.

2) 환경정책기본법의 문제점

(1) 환경정책기본법의 입법 배경

1990년 제정된 환경정책기본법은 그 입법 취지에서 각 부처에 분산되어 있는 복잡다기한 환경 관련업무를 종합 조정하여 환경보전 업무의 효율화를 기하고, 나아가 국민과 기업의 환경보전에 관한 역할을 정립하기 위한 목적에서 제정된 것이다.³⁾ 즉 종래의 환경보전법을 대체하여 헌법상의 환경권과 각 개별 환경대책법을 연계하는 중요한 기능을 수행하는 입법이라고 보고 있다.⁴⁾

그러나 환경정책기본법은 명칭 그대로 일종의 정책법의 성질을 갖는 것이다. 이러한 입법은 그 입법례로서 1969년 미국의 환경정책법(NEPA)과 1967년 일본의 공해대책기본법을 따른 것이며, 그 배경으로는 미국의 경우에는 1960년대 말 미국시민들의 환경보호에 관한 격렬한 여론이 배경이 되었고, 일본의 경우는 미나마다병, 이타이 이타이병 등 이른바 공해병에 대한 충격의 반응으로서의 산물이었다고 한다.⁵⁾ 우리의 법률은 이러한 다른 나라에서와 같은 입법배경은 없었으나 환경상황이나 환경정책의 전환과 관련하여 제정되었으며, 그 입법내용 구성에서는 일본 공해대책기본법의 방식에 따르고 있다. 즉 환경보전법이 폐지되고 그 내용으로 있던 대상에 대한 개별 환경법이 제정되면서 기존 환경보전법 내에 있거나 앞으로 도입할 정책법적 규정이 갈 곳이 없게 되었기 때문에, 이러한 내용을 모아 환경대책의 기본방향을 확인하는 규정을 집약할 입법의 필요성이 제기된 것이다.⁶⁾

3) 전병성, 「우리나라 환경법의 발전과 환경정책기본법의 제정」, 『환경법연구』 제14집, 1992, 90쪽 이하

4) 구연창, 「환경정책기본법(안)에 관한 소고」, 『환경법연구』 제10집, 1988, 160쪽

5) 구연창, 위 논문, 156쪽

6) 구연창, 위 논문, 158쪽

(2) 문제점

(가) 법의 성격상의 문제

환경정책기본법은 이른바 정책기본법이다. 따라서 이는 근본적으로 선언적인 성격을 갖는 것이며, 국가환경정책의 기본적 방향을 제시하거나 이념적 기초를 확립하기 위한 법이다. 이러한 법체계는 한 나라에서 환경문제가 현실적인 문제로서 인식되고 있으나 국가가 환경문제에 대해 그동안 별로 관심을 기울이고 있지 않았던 시대에, 국가의 정책적 의지를 외부적으로 선언하는 데 의미를 갖는 것이나, 분명한 것은 이를 통하여 어떠한 환경적 문제해결을 위한 구체적인 내용을 도출하기란 기대할 수 없다는 점이다. 앞서 본 미국이나 일본의 법은 모두 이러한 시대적 배경하에서 1960년대의 시대상황에 맞는 선언적인 성격에 바탕을 두고 제정된 것이다. 그러나 1990년대의 우리의 환경인식 수준에서 외국의 1960년대식의 환경정책기본법체계를 현재의 내용 그대로 앞으로도 계속 유지할 것인지는 신중히 재고해야 하리라고 생각한다. 우선 지적해야 할 것은 우리의 환경정책기본법은 그 주요 내용들에서 일종의 선언적 규정들로 치장된 법률이라는 점이다. 환경정책기본법의 일반적인 표현이 ‘~ 노력하여야 한다’, ‘~ 시책을 강구하여야 한다’ 등으로 나타나고 있는 데서 알 수 있듯이, 이러한 단순한 권장사항식 표현과 아무런 제재규정도 존재하지 않는 내용으로는 오늘날 경제적 이해관계에 영향을 받기 쉬운 행정부의 경향상 환경정책이 제대로 수행될 수 있을지 의문이 제기되지 않을 수 없다. 환경정책기본법을 개별 행정법의 모법으로서 필수적인 것으로 높이 평가하는 견해에 의하면, 이 법의 기본이념은 제2조에 천명되고 있고, 이는 “인간과 환경간의 조화와 균형의 유지”라는 요즈음의 유행어인 ESSD(ecologically sound and sustainable development) 개념에 입각한 것으로서 단순히 개발과 환경보호가 조화를 이루는 것이 아니라 “환경보전을 우선적으로 고려”하도록 하고 있으며, 현재의 국민뿐 아니라 환경보전의 혜택이 “미래의 세대에게 계승”되도록 할 것을 규정하여, 이른바 세대간의 형평(intergeneration equity)까지 도모하도록 하고 있다고 한다.⁷⁾ 그러나 기본이념으로서 환경보전이 우선적으로 배려되고 있

7) 이상돈, 「환경정책기본법에 관한 고찰」, 『공법연구』 제21집, 1993, 162쪽

다는 우리의 순진한 믿음을 헛되이하는 무모할 정도의 많은 개발우선정책이 이 법의 제정 이후 지금까지 행해져왔으며, 이 규정이 선언적인 성격을 갖기에 이러한 잘못된 경우에 아무런 효력도 갖지 못하는 무력한 것이 되고 있다면, 이는 장식적인 성격밖에 없다고 보아야 할 것이다. 따라서 개인적인 생각으로서는 이러한 선언적인 법률은 1990년대에 국민의 환경의식이 정부의 그것을 앞지르고 있는 현실에 비추어 더이상 아무런 의미를 가질 수 없다고 보며, 따라서 이러한 현실에 부합하지 않는 불필요한 법률은 그 내용을 다른 법률에 통합하는 것이 타당하리라고 생각한다.

(나) 법의 기능상의 문제

환경정책기본법은 기본법으로서 개별 환경법의 기본방향과 상호 관계를 정립하는 기능을 수행하고 헌법과 개별 환경대책법을 연계시켜주는 중요한 기능을 수행하므로 환경법의 체계상 불가결하다고 한다.⁸⁾ 그러나 앞서도 논한 바와 같이 우리의 환경정책기본법은 그 주요 내용에서 노력의 의무를 권장하는 식으로 표현되고 있고 개별 환경법과 간접적이거나 연계될 만한 규정은 환경기준이나 환경영향 평가에 관한 규정, 제31조의 환경책임에 관한 규정 그리고 환경보전과 관련된 조직에 관한 규정들뿐이다. 그러나 후술하는 바와 같이 환경영향 평가에 관한 규정은 독립된 법률에 의해서 대체되어 삭제되었으며, 환경책임에 관한 규정은 장식적인 규정으로서 실패한 규정으로 평가되어야 하므로, 남은 것은 환경기준이나 조직에 관한 규정뿐이다. 따라서 이 법이 의도했던 개별 환경법과의 연계는 거의 찾을 수 없으며 오히려 법의 명칭 그대로 정책방향을 선언하는 의미 이외에는 갖지 못하는 법으로 전락하게 되었다. 향후 환경입법의 과제로서 환경정책기본법을 그 기능에 상응하게 유지하기 위해서는 개별 환경법과의 기능적 관련성을 강화할 수 있는 내용으로 보강될 필요가 있으며, 선언적인 규정방식은 지양하는 것이 타당할 것이다. 환경입법에서 정상수준을 유지하고 있는 독일이 실질적인 개별 환경법 위주의 체계를 형성하면서도 이러한 개별 환경법체계를 정비하고 개별환경법과의 기능적 관련을 유지하기 위해 개별 환경법에 직접 연결되는 내용의 통일법 작입에 들어가

8) 환경과학연구협의회, 「환경행정의 제도적 기반분석, 평가 및 개선책 강구」, 1989, 208쪽

있는 상황은 우리에게도 향후의 환경입법의 방향을 제시하는 것이라고 생각한다. 따라서 환경정책기본법의 내용을 정비하는 것이 매우 중요한 입법과제로 인식되어야 할 것이다.

(다) 내용상의 문제

우리의 환경정책기본법은 그 성격이 선언적이면서 동시에 그 내용에서 일부 집행적인 성격도 포함하고 있다. 구체적으로 동법 제31조에 의하면 환경오염의 피해에 대한 무과실책임이 규정되어 있고, 제4절에서는 환경영향평가에 관해 규정하고 있다. 후자의 경우는 주요한 의미를 갖는 환경영향평가제도가 단순한 정책기본법의 한 내용으로 규정되어 있는 문제 등이 지적될 수 있으나, 그 사이에 1993년 6월 11일자로 환경영향평가법이 제정되고, 동법 부칙 제6조 1항에 의하여 환경정책기본법 제4장이 폐지되었으므로 나름대로 올바른 방향으로 개선되었다고 본다. 그러나 제31조의 규정은 여전히 문제로 남는다.⁹⁾ 즉 제31조는 우리나라에서 이른바 환경책임에 관한 유일한 규정으로 평가되는 것이나, 그럼에도 불구하고 환경책임에서 논의되는 복잡한 문제와는 달리 너무 단순히 규정하고 있어 그 실효성에 의문이 제기된다. 특히 그 내용이 동법 제7조가 선언적으로 규정하는 이른바 오염원인자의 비용부담 원칙과 어떻게 조화될 수 있는 것인지, 그리고 오늘날의 환경오염 피해양상이 즉각적으로 나타나는 것이 아니고 누적적 손해나 격지손해와 같이 점진적으로 나타나는 추체에 비추어 이러한 손해도 모두 무과실책임으로 배상되는 것인지하는 것이 불명확한 문제로 남는다. 그밖에도 오늘날 그 의미가 중시되고 있는 생태계 파괴로 인한 손해배상문제는 이 조문에 의하면 어떻게 해결될 수 있는 것인지 하는 것 등도 공백으로 남는다. 단순한 정책선언법에 이러한 엄청난 내용이 단 1조문으로 규정되다보니 그 입법과정상의 준비가 소홀했을 것이라는 비판은, 독일의 환경책임법¹⁰⁾ 논의가 비교적 장기간에 걸쳐서 하나하나의 조문이 마련된 것

9) 제31조 1항 : 사업장 등에서 발생하는 환경오염으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 사업자는 그 피해를 배상하여야 한다.

제2항 : 사업장 등이 2개 이상 있는 경우에 어느 사업장 등에 의하여 제1항의 피해가 발생한 것인지 알 수 없을 때는 각 사업자는 연대하여 배상하여야 한다.

10) 독일은 1990년 환경책임법을 제정하여 1991년부터 시행에 들어갔다.

에 비추어 비교가 된다고 할 것이다. 개인적인 생각으로는 이렇게 무성의하게 준비되고 내용도 문제투성이인 이 조문은 삭제하여 판례의 발전에 맡기거나, 이러한 환경책임만을 규율하는 별도의 입법이 제정되는 것이 타당할 것이라고 본다.

(라) 소결론

개인적인 생각으로는 환경정책기본법은 정책기본법으로서의 입법이 오늘날 무의미하고 그 근본취지인 다른 개별 환경법체계와의 구체적 연계성이 그 내용상 유지되고 있지 않음에 비추어 발전적인 방향에서 보완되거나 폐지하는 것이 타당하리라고 본다. 그 발전방향으로는 환경정책기본법에 규정되어 있으면서도 주요한 실질적인 의미를 갖는 내용들은 환경영향평가법과 같이 독립한 법률로 규정되는 것이 타당할 것이다. 또한 선언적 또는 정책적 의미와 전혀 무관한 규정들, 예컨대 제31조는 독립적인 별도 법률에 의한 규율대상이 되거나 판례발전이 맡기는 것이 옳으며, 제12조에서 제14조의 환경보전 장기 종합 계획 관련규정이나 환경보전위원회 등의 조직(제36조~제38조) 및 환경감시원이나 환경기술감리단의 조직(제39~제41조) 규정은 별도의 법률로 규정하거나 기존 법률에 포함하는 방안을 강구할 수 있을 것이라고 본다. 또한 그 내용을 보완하는 경우에는 더이상 선언적 장식 규정은 추가하지 말고, — 따라서 명칭도 환경정책기본법이 아니라 다른 명칭이 적당할 것이다 — 환경법과의 실질적 관련성을 가질 수 있는 내용으로 규정될 필요가 있을 것이다. 이를 위해서는 내용이야 다를 수가 있겠지만 적어도 그 방향에는 독일의 통일환경법 작업이 참고가 되리라고 본다.

3) 그밖의 문제점

(1) 절차적 규정의 강화

현행 환경법제의 또다른 문제점으로는 행정절차적 과정에 시민이나 이해관계인의 참여가 보장되는 내용이 불충분하다는 점이다. 그간의 우리 환경법의 방향은 각종 환경법규를 실체적으로 규정하여 규제나 제재 위주로 구성되었으며, 이는 주로 행정기관과 환경오염 행위자 사이의 관계규율이 대부분이었다.

그러나 환경오염 행위는 개별 환경법상의 의무 위반이라는 측면에서만 아니라, 피해자로 나타나는 당사자와의 관계 측면에서도 고찰되어야 한다. 그리고 이때의 관계는 사후적인 관계로서가 아니라, — 즉 환경오염 행위에 대해 사후적인 대책을 강구하는 것 — 오히려 사전적인 단계에서 이러한 관계가 배려되어야 한다. 따라서 환경침해를 야기할 수 있는 시설이나 사업의 결정과정중에 지역주민이나 이해관계인의 참여가 보장되도록 하는 제도적인 절차적 장치가 마련될 필요가 있다. 이러한 문제는 특히 일반기업의 사업장(예컨대 화학공장이나 석유정제공장, 섬유염색공장, 골프장 건설 등)에서도 발생하지만 이에 못지않게 정부나 지방자치단체의 환경보호를 위한 시설이나 사업행위(예컨대 폐기물처리장 건설이나 원자력발전소 건설 등) 또는 건설계획(예컨대 간척사업이나 야영장 건설)에서도 나타나고 있다. 따라서 이러한 시설이나 사업의 허가나 인가 또는 시설계획 확정단계에서 이해관계인이나 지역주민의 참가와 의견진술이 보장될 수 있는 청문 또는 공청회 등이 제도적으로 마련되어야 할 것이다. 한정된 국토에서 한편으로 산업발전을 위해 국토와 환경을 이용해야 할 필요성도 중요하지만, 한번 훼손되면 그 복구가 우리 세대에서 불가능한 환경이라는 생각을 한다면 환경이용과 관련된 사전적 절차의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않을 것이다. 이러한 사전적 절차의 규범적 보장은 우리 사회가 현재 직면하고 있는 환경과 관련된 집단민원의 해결을 위한 제도적 장치로서도 중요한 기능을 수행하리라고 본다. 이러한 인식하에 물론 폐기물관리법도 폐기물처리시설 계획의 확정과정에 주민의 의견을 수렴하도록 하는 법률개정(제31조)을 단행한 바 있지만(1992. 12. 8),¹¹⁾ 이러한 제도의 필요성은 다른 개별 환경법에서도 필요한 것이며, 근본적으로는 일반적인 절차로서 보장될 필요가 있다고 본다. 이를 위해서는 1987년 입법예고되고 아직도 그 빛을 보지 못하고 있는 행정절차법의 신속한 제정이 큰 도움이 되리라고 본다.

(2) 지방자치단체 권한과의 관계

환경보호에서의 전통적인 역할은 경험적으로 볼 때, 중앙정부보다는 주민의

11) 이와 관련된 문제의 상세는 졸고, 「폐기물처리시설 설치상의 문제점」, 『환경강연집』 제2집, 대한변호사협회, 1993. 7. 161쪽 이하 참조.

이해관계를 직접적으로 반영할 수 있는 지방자치단체가 수행해왔다. 일본에서의 경험에 의하면 중앙정부의 법률이 마련되지 못하는 공백을 지방자치단체의 각종 조례가(특히 공해방지조례) 메우어왔음을 보여주고 있고,¹²⁾ 독일에서도 조례가 수행하는 환경보호 역할이 강조되고 있다. 지방자치치가 실시된 지 이제 2년이 경과한 우리의 현실에서도 환경보호는 이제 지방자치단체의 주요한 업무영역으로 부각되고 있다. 물론 지방자치제 역사의 일천함으로 인해 아직도 많은 영역이 중앙정부의 업무로 다루어지고 있고, 광역적인 차원에서 해결되어야 할 환경보호 문제는 계속하여 중앙정부의 영향력하에 두는 것이 타당하겠지만, 지역적인 처리가 요구되고 더 효율성을 제고할 수 있는 환경문제는 지방자치단체에게 그 권한이 이양되는 것이 효율적이다. 요즘의 환경보호대책을 단적으로 보여주는 'Think Globally Act Locally'의 표어가 보여주듯 환경보호는 지역적인 단위에서부터 시작되는 것이 순서이며, 이를 반영하여 우리의 지방자치법 시행령도 <별표 1>을 통해 폐기물 처리와 자연보호와 관련한 지방자치단체의 업무권한 규정을 두고 있다. 그러나 지방자치단체에게 법령에 의해 환경보호와 그 규제업무 권한이 이양되면서 동시에 간과해서는 안될 것은, 이를 위한 지방재정의 확충과, 인력과 장비 조달을 위한 방안도 동시에 고려되어야 한다는 점이다. 현재 추진되고 있는 폐기물 매립장 시설과 운영이 지방자치단체에게 권한이 주어지더라도 당해 지방자치단체에게 재정능력이 없는 때는 부실한 공사와 설비로 오히려 환경침해 시설의 건설을 조장하게 되는 결과를 야기할 수 있으며, 충분한 전문인력과 장비가 없이는 지방자치단체에 의한 환경오염 행위에 대한 규제는 불가능한 것이 된다. 따라서 향후 환경입법에서는 그 대상영역에서 지방의회의 조례에 의한 해결이 더 효율적일 때는 조례에 위임하는 입법태도도 필요한 한편, 지방자치단체의 기능을 위한 재정적, 인적, 장비지원도 충분히 배려되어야 한다. 지방의회의 조례는 각 지역의 실정에 맞는 내용의 규제를 가능하게 하는 면도 가지게 되므로 그만큼 현실적인 환경보호대책이 강구될 수 있게 되리라고 생각한다.

12) 淺野直人, 「일본의 환경정책에서의 지방자치단체의 역할과 급부의 과제」, 『자치연구』 제 1권 제3호, 1991, 한국지방자치연구소, 41쪽 이하 참조

4. 개별 환경법의 문제점

1) 환경영향평가법의 문제

1993년 5월 19일 제정된 환경영향평가법은 이 제도를 최초로 규율하고 있던 1969년 미국의 국가환경정책법(NEPA)을 모델로 하는 입법이다. 그러나 현행법은 환경영향평가를 사업자 스스로 할 수 있음은 물론, 환경영향평가대행자로 하여금 이를 대행할 수 있도록 하고 있다(동법 제10조). 따라서 현실적으로 평가대행자가 의뢰인의 의도에 따른 환경영향평가서를 작성하는 문제를 낳고 있다. 이 문제는 환경영향평가대행업자 지정을 실질적으로 엄격하게 강화하거나, 환경영향평가를 잘못하는 경우에 사후적인 제재를 강화하는 방안으로 해결될 필요가 있다. 더 나아가서는 현실적인 운영상의 문제점에 비추어 환경영향평가를 대행하는 제도 자체를 폐지하는 방법도 고려할 필요가 있을 것이다. 또한 동법은 제16조 이하에서 환경영향평가서가 제출되어 사업의 승인 등을 신청한 경우에, 환경처장관이 그 허가서를 검토하여 사업계획의 보완이나 조정 등이 필요하다고 인정하는 때는 사업계획의 조정이나 보완을 사업승인기관의 장에게 요청할 수 있도록 하고 있다. 이에 대해 사업승인기관의 장은 환경처장관의 조정이나 보완요청 내용을 사업자에게 통보하여 사업계획에 반영하도록 하며, 반영된 때에 한하여 사업계획 등을 승인하도록 하고 있다. 그러나 현실적으로는 환경처장관이 사업의 조정이나 보완요청을 하지 않는 경우에 대한 대비책이나, 환경처장관의 요청에 대해 사업승인기관의 장이 사업자에게 통보하지 않는 경우 등에 대한 대비책은 마련되고 있지 않다. 이는 환경영향평가제도의 실효성과 관련되는 문제로서, 동 제도를 좀더 강화적인 내용으로 보강할 필요성이 제기된다고 할 것이다.

2) 환경분쟁조정법의 문제

환경분쟁조정제도는 환경오염으로 인한 민사상의 환경분쟁을 행정기관의 주재하에 사법적인 수단에 의하지 않고, 신속하고 간편하게 해결할 수 있는 장점

을 갖는 제도이다. 그러나 이 제도는 기본적으로 환경분쟁조정을 통한 환경책임문제의 해결을 당사자 사이의 합의에 일임하고 있으므로, 당사자 사이의 합의에 이르지 못한 분쟁의 경우에는 한계를 나타내며, 또한 현행법상 당사자 사이의 합의를 가져올 수 있는 제도적 장치도 미흡한 문제점을 안고 있다. 따라서 이 제도에 대해서는 앞으로 몇 가지 방향의 개선책이 제기될 수 있다고 생각한다. 우선 이 제도를 계속 활용하는 입장에 서는 경우에는 이 제도가 제대로 정착되도록 하기 위해 그 대상인 이용자로부터 이용할 가치가 있다고 인정되는 제도로 개선될 필요가 있을 것이다. 따라서 제도의 실효성을 저해하는 현행법상의 내용들은 과감히 개선되어야 하고, 보충해야 할 내용들은 새롭게 보충되어야 할 필요가 있을 것이다. 이에 관련되는 것으로는 조정된 사항의 의무 이행의 실효성을 확보하는 방안, 당사자 사이의 합의를 도출할 수 있는 장치로서 정보공개제도의 보충, 민원에 의한 환경분쟁 해결제도의 도입, 그리고 제도의 이용률을 높이기 위한 홍보 등을 들 수 있을 것이다. 다른 하나의 방법은 환경분쟁조정제도를 사법제도와 단절된 제도로 남겨둘 것이 아니라, 서로 조화적으로 결합할 수 있는 제도로 개선하는 방법을 생각할 수 있다. 이를 위해서는 환경분쟁조정제도에 소송절차와 역할을 분담하는 내용의 규정이 보장될 필요가 있을 것이다. 또한 환경분쟁조정제도를 사전적인 조정제도로서 기능하게 하고, 사후적인 제도로서는 환경책임법 제정을 통한 소송절차상의 권리구제의 난점을 보충하도록 하여, 소송제도와와의 관계를 서로 유기적으로 결합하게 하는 방법도 생각해볼 수 있을 것이다.

3) 환경사법의 문제

환경오염으로 개인에게 손해가 발생한 경우에 이의 배상에 관한 문제는 환경책임이라고 하며, 사법적으로 해결된다. 그러나 환경책임을 규율하는 우리의 환경사법은 적지 않은 문제를 안고 있다. 특히 환경피해의 배상문제는 민법상의 전통적인 불법행위법리에 의해 해결하려는 기본적인 시각에 있으며, 이로 인해 환경피해가 갖는 특성이 제대로 반영되지 못하는 근본적인 한계를 나타내고 있다. 환경오염으로 인한 피해구제에 대해 불법행위이론이 갖는 한계는 그 주요 요소인 인과관계, 위법성, 과실의 요건과 관련하여 나타난

다.¹³⁾ 환경오염으로 인한 피해의 경우에 인과관계는 통상적인 개별 행위에서의 단순한 경우와는 다르게 행위 자체의 내부적인 복잡성과 누적적 손해, 격지손해 등 특이한 인과관계 확정의 필요성이 제기되고, 위법성의 문제는 유해한 물질을 배출하는 시설이 통상적으로 공법상의 허가를 받고서 가동하는 것이고 따라서 배출행위 자체는 적법하다는 평가가 내려지므로 위법성의 요건충족이 곤란해지는 문제를 나타낸다. 또한 과실의 요건은 기술적인 설비를 통한 환경오염 사고의 경우에는 인간적인 과실에 귀속할 수 없고 당해 시설 자체에 내재하는 잠재적 위해가 실현된 것으로 이해되어야 하므로 전통적인 과실논리에 의해서는 해결하기 어려운 문제를 나타내는 것이다. 따라서 환경책임의 문제 해결을 위해서는 이러한 불법행위이론의 한계를 넘어서는 새로운 해결책이 필요하게 된다고 볼 수 있다. 이를 위해서는 환경책임과 관련한 문제를 독립적인 입법의 체계하에서 고찰하는 환경책임법의 제정이 필요하다고 볼 수 있다.¹⁴⁾

5. 소송법제의 문제점

1) 문제의 배경

현행 환경법제의 문제점은 또한 환경보호의 실효성을 보장할 수 있는 행정소송제도의 공백이다. 환경이용시설이나 설비가 주변의 주민에게 권리침해를 가져오거나, 개별적인 피해자는 발생시키지 않으나 행정기관에 의한 당해 이용계획이나 결정이 환경보호에 심각한 영향을 미칠 수 있는 경우에는 권리보호를 위하여 이를 소송의 방법에 의하여 다룰 필요가 생기게 된다. 이를 환경소송이라고 하는바, 전자의 경우에는 민사소송의 방법을 통하여 해결하게 되나 후자의 경우에는 행정소송의 제기를 통하여 해결하게 된다. 그러나 행정소

13) Taupitz, Das Umwelthaftungsgesetz als Zwischenschritt auf dem Weg zu einem effektiven Umwelthaftungsrecht, Jura 1992, 113f.

14) 이에 대한 상세는 오석락, 『독일환경책임법의 연구』, 청림출판사, 1993; 줄고, 『환경책임법입법론』, 『공법연구』 제20집, 한국공법학회, 1992, 295쪽 이하.

송을 제기하려는 경우에는 환경법이 갖는 공익적 성격으로 인해 행정기관의 환경법규 위반행위에 대해, 환경보호라는 공익적 목적을 위하여 행정소송을 제기하는 것이 가능한가라는 문제가 제기된다. 이는 특히 개인적인 권리보호의 체계로 형성되어 있는 행정소송체계에 비추어, 그 필요성은 인정된다고 하더라도 여하히 이를 관철할 수 있는가하는 문제와 관련되는 것이다. 이로 인해 행정기관의 환경법규 위반행위에 대한 실효성있는 소송상의 대책이 문제로 된다. 물론 이에 대해서는 여러가지 가능한 방법이 고려될 수 있다. 우선 환경권이라는 헌법상의 기본권을 소송상 주장가능한 권리로서 이론구성할 수 있다면 환경의 침해 자체를 당해 행위의 위법성의 근거로 주장할 수 있겠으나, 아직 이러한 정도의 성격으로 환경권을 파악하고 있지 않으므로 이론 구성에 어려움이 존재한다. 따라서 이보다는 다른 방법이 고려되어야 할 것이며, 이에 생각될 수 있는 방법은 미국식의 시민소송제도와(citizen suits) 독일식의 단체소송(Verbandsklage)을 들 수 있다.

2) 입법론적 대책

(1) 시민소송제도에 의한 보장방법

전자의 방법인 시민소송제도는 주지하는 바와 같이 미국의 제도이며 1970년에 개정된 미국의 대기정화법 제304조에 처음으로 등장하여 인정된 것으로서 그 후의 모든 연방환경법들과 기존의 연방환경법들에 대한 개정을 통하여 채택됨으로써, 오늘날 미국 환경법의 실효성을 극대화한 제도로 평가되고 있다.¹⁵⁾ 이는 시민들에게 환경규제법령상의 의무를 이행하지 않는 환경보호 행정기관을 상대로 소송을 제기할 수 있게 하거나, 환경규제법을 위반하고 있는 환경오염자를 상대로 직접 소송을 제기할 수 있게 하는 것이다. 다만 시민들은 이때 반드시 먼저 관계되는 규제행정기관에게 그 위반사실을 알려서 그 기관으로 하여금 먼저 소송을 제기할 수 있는 기회를 제공한 후에만 소송을 제기할 수 있다. 이때 시민들은 시민소송을 통하여 환경법령 위반에 대한 시정을 요구

15) 이에 대한 상세한 내용은 손동원, 「미국환경법상의 시민소송제도」, 『환경법연구』 10권, 1988, 33쪽 이하 참조.

함으로써 환경법령이 정하는 실체적 기준과 절차적 요건을 준수하도록 강제할 수 있지만 과거의 환경법령 위반에 대한 처벌을 의미하는 금전벌의 청구를 위한 소송제기는 수질정화법의 경우를 제외하고는 인정되지 않는다. 소송의 근거가 되는 실체적 권리내용은, 환경에 대한 공공신임(public trust)을 법적인 권리로 인정하여 환경권을 실정법상의 실체적 권리로 이론구성하려는 데에 기초하는 듯하다(예컨대 1970년의 미시간주 환경보호법 제2조 참조).¹⁶⁾

(2) 단체소송제도에 의한 보장방법

이에 반해 후자의 방법인 단체소송은 독일의 제도로서, 이는 미국과는 달리 개인인 시민에게 소송제기권을 주는 것이 아니라 일정한 공익단체, 즉 환경보호단체에게 원고적격을 인정하는 제도이다.¹⁷⁾ 즉 행정기관이 환경이용과 관련한 허가행위나 금지의 해제행위를 하면서 관련법규를 위반한 때, 당해 조항이 개인적인 이익의 보호를 (주된 것이든 부수적인 내용이든간에) 그 보호대상으로 하지 않는 성격을 갖는 경우에는(통상적인 환경법률이 이에 해당한다) 이를 다룰 수 있는 원고적격을 갖는 개인은 존재할 수 없으며, 이로 인해 환경에 대한 침해행위에 대해서 아무런 법적 대응책이 없게 된다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위해서 공익을 대변하는 일정한 단체에게 제한된 범위에서나마 원고적격을 인정하는 것이 국민의 환경과 관련된 권리보호를 간접적으로 보호하기 위해서도 필요하게 된다. 이러한 내용의 단체소송은 특히 자연보호법과 관련하여 독일의 다섯 개 주에서 인정되고 있는데(Bremen, Hessen, Hamburg, Berlin, Saarland), 그 전제요건으로서 행정기관의 적극적인 처분행위나 부작위에 의하여 자연보호법의 규정의 침해가 존재하고, 이러한 위반된 규정에 의하여 당해 단체의 정관에 따른 업무영역과 관련을 갖게 되고, 당해 소송 이전에 행해진 행정절차에서 당해 단체가 일정한 참여권을 행사했을 것을 전제로 요구하고 있다.

16) 손동원, 위 논문, 44쪽 참조

17) 이에 대해서는 즐고, 「환경이용과 국민의 권리보호」, 『저스티스』 제25권 제2호, 1992, 242쪽 참조.

(3) 소결론

환경보호의 실효성은 사전적인 규제적 장치가 이행되지 않을 때 사후적인 장치로서 이를 바로잡을 제도가 완비되어 있는가에 있다고 볼 수 있다. 이러한 관점에서 사법에서는 환경책임법이 중요한 것이고, 형법에서는 환경형법규정의 정비가 중요한 것이며 행정법에서는 이에 상응한 소송유형이 필요하게 되는 것이다. 그러나 위에서 논한 방법 중 독일식 단체소송제도는 우리의 경우 그 대상을 자연보호에 한정하더라도 이러한 기능을 제대로 수행할 수 있다고 인정될 만한 단체가 존재하는가의 문제, 어떠한 환경보호단체에게 이러한 원고적격을 인정할 것인가의 문제, 소송남용의 문제 및 현실적인 독일에서의 실효성 경험 등에 비추어 어려움이 있다고 생각한다. 따라서 개인적으로 바람직하게 생각하는 것은 미국식 시민소송제도가 우리에게도 마련되어 시민에 의한 강제장치와 행정기관에 의한 공적인 강제장치가 병합하여 효율적인 환경보호 장치가 마련되는 것이라고 본다. 특히 이러한 제도의 필요성은 현재의 환경행정에서의 심각한 문제인 시민들의 환경행정에 대한 불신감 해소를 위해서도 간과할 수 없는 기능을 수행하는 데서도 찾을 수 있는 것이라고 본다. 행정기관이 행하는 환경보호시설, 특히 폐기물 처리시설이나 오수정화시설 등에서 오히려 환경침해가 발생하는 경우에는 현실적으로 이를 규제하고 감독해야 하는 기관이 제대로 기능하지 않는 문제가 나타나고 있으며, 이러한 과정이 반복됨으로써 행정기관에 대한 신뢰는 상실되고 있는 실정이다. 따라서 행정기관이 행하는 환경침해 행위에 대한 대책은 앞으로 환경입법에서 반드시 고려되어야 하며, 향후 환경분야 입법에서 충분히 준비하여 실효적인 대책이 논의되어야 하리라고 본다.

6. 맺음말

환경보호를 위한 법제의 중요성은 오늘날 새삼스럽게 강조할 필요가 없을 정도이다. 이에 따라 지금까지 우리 환경법제의 문제점과 그 개선방향에 대해 개괄적으로 고찰하였다. 그러나 환경 관련법률들은 그 규율대상인 환경현실의 변화에 따라 그 내용이 강화되어야 하며, 공백으로 남겨져 있는 법령들은 시급

히 제정될 필요가 있다. 다른 한편으로 환경법제의 실효성은 규범적 내용 못지 않게 엄격한 법집행에 의존하게 된다. 따라서 실정법 내용을 집행하는 행정기관의 의지와 이를 따르는 시민의식이 중요한 관건으로 작용하게 된다. 환경문제가 이 시대의 과제로 인식되고 있는 만큼, 환경관련법의 문제점에 대해 우리 모두의 관심이 다시 한번 필요하리라고 생각한다. (고려대 법대 교수)

논문

변형근로시간제

이 원 재

1. 문제의 제기

세계노동운동의 역사를 일컬어 노동시간 단축의 역사라고 할 정도로 자본주의 성립 이후 노동시간을 둘러싼 노동측과 자본측의 공방은 치열하게 전개되어왔다. 최초로 산업화가 진행되었던 영국에서 일찍이, 1802년에 「도제의 건강과 풍기에 관한 조례」를 제정하여 도제의 1일 근로시간을 12시간으로 제한한 이래, 근로시간 단축에 관한 각국의 입법과 국제조약을 통해 1일 8시간, 1주 48시간 근로제는 국제적 원칙으로 인정되었고 오늘날에는 다시 1주 40시간근로제가 보편화되어가고 있는 추세이다.¹⁾

우리나라에서는 1953년 근로기준법이 제정되면서 1일 8시간, 1주 48시간 근로제가 도입되었다. 그러나 1960년대와 1970년대를 통하여 저임금에 토대를 둔 수출드라이브정책하에서 근로자들의 주당 50~60시간을 넘어 세계 최고 수준을 기록하였고 8시간 근로제는 근로시간의 단축을 통한 근로자의 인간다운 삶의 보장이라는 본연의 취지로부터 크게 벗어나 법과 현실의 심한 괴리현상이 나타나게 되었다. 이 무렵 기준근로시간은 오로지 월급을 지급해야 하는 시간의 근로시간 산정 기준이라는 의미만을 가지고 있었다. 근로자 스스로도

1) 김치선·김유성, 『판례교재 노동법』, 법문사, 1987, 160쪽

저임금을 보전하기 위하여 연장, 야간, 잔업, 특근, 철야 등 온갖 명목으로 이루어지는 시간외 근로는 그에 대해 시간외 근로수당이 지급되는 한 문제삼지 않았다. 오히려 시간외 근로시간이 줄어 임금이 적어질 것을 걱정하거나 노동조합에서 시간외 근로의 거부가 쟁의수단의 일환으로 활용되는 형편이었던 것이다.

그러나 1980년대에 들어서부터는 사정이 달라지기 시작했다. 점차 고양되어 온 근로자들의 의식과 억눌려왔던 인간적인 삶에 대한 욕구는 1987년 7,8월의 노동자대투쟁으로 분출되었으며, 1989년에는 근로기준법 개정으로 1일 8시간, 1주 44시간근로제가 도입되어 36년 만에 기준근로시간의 단축이 이루어졌다. 한편 이른바 3저 호황국면에서 임금수준이 일정하게 상승하면서 근로자들 사이에서 이제는 더이상 장시간근로를 감수하지 않고 여가생활을 통하여 삶의 질을 향상시키려는 분위기가 자리잡기 시작했다.

이런 상황에서 경총을 비롯한 사용자단체들은 노동법 개정 논의가 활발한 가운데 변형근로시간제의 도입을 강력하게 주장하고 있다. 한편 철도근로자들은 1988년에 뒤이은 1994년의 파업사태에서도 변형근로제의 철폐를 주된 이슈로 제기하여 변형근로시간제에 대한 관심이 높아지고 있다. 이 글에서는 변형근로시간제의 의의, 문제점과 각국의 입법 및 ILO협약 등을 검토하여 과연 변형근로시간제의 도입이 필요한가의 여부 및 도입하는 경우 어떻게 도입하여야 할지에 관하여 살펴보기로 한다.

2. 변형근로시간제의 의의와 문제점

1) 의의

변형근로시간제는 어떤 근로일의 근로시간을 연장하는 대신 다른 근로일의 근로시간을 단축함으로써 일정기간의 평균근로시간을 근로기준법의 기준근로시간 이내가 되도록 하는 제도이다. 이를 허용할 경우에는 1주 또는 1개월 등과 같이 일정한 기간을 평균하여 1일 또는 1주의 근로시간이 기준근로시간을 초과하지 않으면 특정 일 또는 특정 주의 근로시간이 기준근로시간을 초과하여도 근로시간제의 위반이 아님은 물론이고 기준근로시간을 초과한 시간에 대

해 할증임금을 지급하지 않아도 된다. 이렇게 일정기간을 평균한 근로시간이 기준근로시간을 초과하지 않는 조건으로 특정 일이나 주의 근로시간이 기준근로시간을 초과하는 것을 허용하고 이에 대해 할증임금을 지급하지 않아도 되는 점에서 변형근로시간제는 일정한 조건하에 기준근로시간의 연장을 허용하고 연장된 근로시간에 대하여 할증임금을 지급하도록 하는 근로시간의 연장 또는 시간의 근로제도와는 다르다.²⁾

변형근로시간제는 다양한 생산관계의 형태에 대응하여 법정적인 기준근로시간제가 변형되지 않을 수 없는 경우 일정한 조건하에 기준근로시간제의 예외를 인정하는 제도이다. 시기에 따라 업무량이 현저한 차이를 보이는 업종, 예컨대 날씨에 따라 좌우되는 건설업, 항만업 또는 항공운수업 등이나 업무의 성질상 생산설비 가동을 중단하기 어려워 교대제로 운영되는 기업에서는 1일 근로시간 규제의 원칙을 고정적으로 운영할 경우에는 불합리한 결과가 초래된다. 따라서 이런 업종에서는 업무량에 따라서 또는 교대제의 근무시간 편성의 필요상 기준근로시간제의 원칙에 대해 일정한 예외를 인정하여 효율적인 근로시간의 운용을 가능하게 하기 위하여 변형근로시간제가 도입된 것이다.

이런 필요성 때문에 여러 나라에서 변형근로시간제를 허용하고 있으며, ILO 조약에서도 이를 허용하고 있다. 우리나라에서는 1980년 근로기준법 개정³⁾시 제42조 제2항에 "사용자는 당사자간의 합의가 있는 경우에는 4주간을 평균하여 1주간의 근로시간이 48시간을 초과하지 아니하는 범위 내에서 특정 일에 대하여 8시간, 특정 주에 대하여 48시간을 초과하여 근로를 시킬 수 있다"는 규정을 삽입하고, 제47조의 2로 일정한 사업에 대하여 공익 또는 국방상 특히 필요한 때는 사용자는 노동부장관의 허가를 얻어 1주 48시간 범위 내에서 1일

2) 기준근로시간을 초과하는 근로시간에 대하여 할증임금을 지급하여야 하는가에 관해서는 찬반 양론이 있다. 근로기준법 제47조의 2에 의한 변형근로시간제하에서 1일 8시간을 초과하는 근로시간에 대하여 할증임금을 지급하도록 하는 실무례(법무 811-6253, 1981. 2. 27)가 있기는 하지만, 변형근로시간제의 개념상 할증임금을 지급하지 않아도 된다고 해석하는 것이 타당할 것이다. 근로기준법에서는 제42조 1항 단서와 3항에서는 '연장'이라는 용어를 사용하고 제47조의 2와 삭제된 제42조 2항에서는 '초과'라는 용어를 사용하고 있으며 제46조에서는 '연장시간근로(제42조, 제43조의 규정에 의하여 연장된 시간의 근로)'에 대하여 할증임금을 지급하도록 하고 있다.

3) 법률 제3349호, 1980. 12. 31.

8시간을 초과할 수 있다는 규정을 신설⁴⁾하였다가, 1987년의 개정⁵⁾시에 제42조 제2항은 삭제되었다.

2) 문제점

변형근로시간제의 가장 큰 문제점은 생산공정이나 업무수행의 형편에 맞추기 위하여 매일 피로를 회복하고 노동력을 재생산하지 않으면 안되는 근로자의 생체부담 자체가 일정한 기간 단위로 산술평균된다는 점이다. 그러나 근로자의 노동부담이나 피로는 극도로 축적되면 산술평균의 방식으로 분산되지 않으며 축적된 피로는 건강파괴의 직접적인 원인이 된다. 또 변형근로시간제는 불규칙한 근로시간으로 근로자의 정상적인 사회생활 및 가정생활을 저해하는 문제점도 가지고 있다.

3) 입법례

앞서 언급했던 바와 같이 우리나라에서는 1980년 근로기준법 제42조 제2항에 당사자의 합의에 의한 변형근로시간제가 삽입되었다가 1987년 삭제된 바 있다. 제47조의 2에서 규정하고 있는 변형근로시간제는 그대로 남아있으나 이는 일부 산업에 대하여 특별한 필요성이 있는 경우에만 허용되는 것이므로 일반적으로는 변형근로시간제가 인정되지 않고 있다고 할 수 있다. 그러나 일본을 비롯한 여러 나라에서는 변형근로시간제가 허용되고 있다. 우리나라에서 사용자단체의 요구가 반영되어 변형근로시간제가 다시 도입될 경우에는 ILO의 기준과 일본의 변형근로시간제가 거론될 가능성이 높으므로 아래에서는 이를 중심으로 각국의 입법례를 살펴보기로 한다.

4) 그 대상 사업은 다음과 같다.

1. 운수업, 물품판매 및 보관업, 금융보험업
 2. 영화제작 및 흥행업, 통신업, 교육연구 및 조사사업, 광고업
 3. 의료 및 위생사업, 접객업, 조각 및 청소업, 이용업
 4. 기타 노동부장관이 필요하다고 인정하는 사업
- 5) 법률 제3965호, 1987. 11. 28.

(1) ILO협약⁶⁾

근로시간에 대한 ILO의 기준은 1919년 1일 8시간, 1주 48시간 근로를 제시하였다가 1935년에는 1주 40시간 근로로 이행하였으며, 특수한 업종에 대하여는 이 일반원칙을 토대로 별도의 협약을 채택하고 있다.

① 근로시간(공업)협약(제1호, 1919) 이 협약은 공업에 있어서 근로시간을 1일 8시간, 1주 48시간으로 제한한 ILO 최초의 협약이다. 이 협약은 그 적용의 타당성을 확보하기 위하여 여러가지 예외조항을 두고 있다. 감독 또는 관리직에 있는 자나 기밀업무에 종사하는 자는 제외되며, 1주의 1일 이상의 근로시간이 8시간 미만인 경우 그 주의 다른 근로일의 근로시간을 1시간을 한도로 연장할 수 있다. 교대제의 경우는 3주 이하의 1단위 기간 내 근로시간의 평균이 기준을 벗어나지 않는 한 어느 1일 또는 어느 1주의 근로시간이 각각 8시간 또는 48시간을 초과할 수 있다(제2조). 재해가 발생했거나 발생이 우려되는 경우 또는 불가항력의 경우에는 기업의 정상조업에 대한 심각한 장애를 제거하는 데 필요한 한도 내에서 예외가 인정되며(제3조), 공정의 성질상 노동의 계속성이 요구되어 교대제 근로를 할 수밖에 없을 경우에는 1주 평균 56시간까지 허용된다(제4조). 일반기준을 초과한 연장근로에 대한 임금률은 통상임금의 125%를 하회해서는 안된다(제6조 제2항).

② 근로시간(상업 및 사무소)협약(제30호, 1930) 이 협약은 우편, 전신, 전화를 포함하는 상업관계기업과 무역부문 그리고 주로 사무소의 설비·관리업무에 종사하는 근로자에게 적용된다(제1조). 그 내용은 근로시간에 관하여 제1호 협약과 같은 기준을 설정하고 있으나 몇 가지 예외를 인정하고 있다. 주 48시간의 범위 내에서 1일의 근로시간을 10시간까지 연장할 수 있도록 하였다(제4조). 그리고 지방공휴일 또는 재해나 불가항력적인 사유로 작업이 전반적으로 중단된 경우 이를 보충하기 위하여 일정한 조건하에서 1일 근로시간을 연장할 수 있다. 그 전제조건은 ① 보충기간이 1년에 30일을 넘지 않고, ② 1일의 연장

6) 이와 관련해서는 주로 이광택, 「개별 노동관계법 개정방향」, 『노동경제신문』 1993년 4월 2일자(제3호)를 참조하였다.

근로시간은 1시간 이내로 하며, ③ 1일 근로시간은 10시간을 초과하지 않을 것 등이다(제5조 제1항).

③ 도로운송에서의 근로시간과 휴식시간에 관한 협약(제67호, 1939 및 제153호, 1979) 제153호 협약은 연장근로를 포함한 최장근로시간이 1일 9시간, 1주 48시간을 초과해서는 안된다고 규정하고(제6조 제1항), 이를 1일 또는 1주 평균으로 산정할 수 있다(제6조 제2항). 휴식없이 4시간 이상을 계속하여 운전하는 것을 원칙적으로 허용하지 않지만, 당국의 승인을 얻어 1시간을 한도로 연장할 수 있다(제5조). 5시간의 계속된 운전 후에는 반드시 휴식을 가져야 하며(제7조 제1항), 1일의 휴식시간은 적어도 계속되는 10시간 이상이 되어야 한다(제8조 제1항).

(2) 일본의 변형근로시간제

일본에서는 노동기준법 제정 당시부터 4주 단위의 변형근로시간제가 시행되다가, 1987년의 노동기준법 개정시에 사회경제적 상황의 변화에 대응하고, 노동자의 생활을 손상시키지 않는 범위 내에서 노동시간을 단축화하여 주 5일근무제를 보급하고, 연간 휴일수를 증가시키며 업무량의 변동에 대응하여 노동시간을 균등배분함으로써 노동시간을 단축시킨다는 취지로 4주 단위의 변형근로시간제가 1개월 단위의 변형근로시간제로 바뀌고, 플렉스 타임제, 3개월 단위의 변형근로시간제, 1주 단위의 비정형적 변형근로시간제의 세 가지 새로운 형태의 변형근로시간제가 도입되었다. 이 중 3개월 단위의 변형근로시간제는 1993년 노동기준법이 개정되면서 1년 단위의 변형근로시간제로 바뀌었다.

① 1개월 단위의 변형근로시간제 1개월을 평균하여 1주의 노동시간이 44시간을 넘지 않는 경우 특정 일 또는 특정 주에 기준노동시간을 초과하여 노동시킬 수 있다(노동기준법 제32조 제2항). 이는 종래의 4주 단위를 넘어 지금 단위인 1개월에 맞춘 것이다. 다른 형태의 변형근로시간제와는 달리 노사협정이 불필요하며 1일 최고노동시간의 규제도 없어 널리 이용되고 있다.

② 플렉스 타임제(flexible working hours, gleitende Arbeit) 1개월 이내의 일정한 기

간 동안 총노동시간을 정해놓고 노동자가 노동일의 시업, 종업시간을 자유로이 선택하는 제도이다(노동기준법 제32조 제3항). 일반적으로 사업장의 모든 노동자가 근무하는 핵심시간대와 노동자가 자유로 정할 수 있는 탄력시간대를 정하여 실시되고 있으며, 이 제도가 적용되는 노동자의 범위는 취업규칙에 명시해야 한다. 또 이 제도를 실시하기 위해서는 노사협정이 필요하다.

③ 1년 단위의 변형근로시간제 1년을 평균하여 1주간 노동시간이 40시간을 넘지 않는 경우 기준노동시간을 초과하여 노동시킬 수 있으며, 1일 및 1주의 노동시간 한도는 노동장관이 따로 정한다(노동기준법 제32조 제4항). 이 제도를 실시하려면 노사협정으로 대상노동자, 대상기간(1년 이내), 일자별 노동시간, 휴일 등을 정해야 하며, 휴일은 날짜를 특정하여 최소한 주 1회 이상 부여해야 한다.

④ 1주 단위의 비정형적 변형근로시간제 상시 30인 미만의 노동자를 고용하는 소규모 소매업, 요식업 등의 서비스업종에서는 1주간 노동시간이 40시간을 넘지 않으면 특정 일의 노동시간이 10시간을 넘지 않는 범위 내에서 기준노동시간을 초과하여 노동시킬 수 있다(노동기준법 제32조 제5항). 매일의 노동시간이 정형화(특정)되지 않고 직전 주의 말까지 다음 주의 각 날짜별 노동시간을 정하면 된다. 이 또한 노사협정을 거쳐서만 실시할 수 있다.

일본의 노동기준법은 변형근로시간제를 실시할 경우 원칙적으로 취업규칙, 기타 이에 준하는 것에 그 취지를 규정해야 하고, 새로운 유형의 변형근로시간제에 대해서는 노사협정을 체결한 후 노동관청에 신고하도록 하고 있다. 취업규칙도 노동관청에 신고하도록 되어 있는 점을 고려하면 원칙적으로 변형근로제 실시는 노동관청에 신고하는 경우에만 가능한 셈이다. 한편 변형근로시간제를 실시하는 경우에는 미리 해당 기간의 기준노동시간을 초과하는 날짜 주의 노동시간을 특정하여야 한다.

한편 일본의 변형근로시간제는 근로시간의 단축을 전제하는 것으로 3개월 단위의 변형근로시간제 및 비정형적 변형근로시간제에서는 1주 기준근로시간이 40시간으로 규정되어 있으며, 1일 10시간을 초과하여 근로시킬 수 없도록 규정되어 장시간 근로를 제한하고 있다.

(3) 기타 입법례

구서독의 노동시간령은 변형근로시간제를 허용하되 평균계산한도 주일을 당해 주에 접속하는 전·후주의 3주간으로 한정하고, 1일의 근로시간 한도를 10시간으로 제한하였다. 프랑스의 경우는 1982년의 법률로 주 39시간제의 원칙이 정해져 있으며, 이에 대한 예외로서 사용자는 1년에 130시간의 범위에서 자유롭게 초과근로를 명할 수 있고(확장협약으로 이 130시간의 연차 할당시간을 증감할 수 있다), 연차 할당시간을 초과하는 연장근로는 기업위원회의 의견청취와 근로감독관의 허가를 필요로 하며 최장근로시간은 4주를 평균하여 46시간, 1주 48시간(예외적으로 근로감독관의 허가를 얻는 경우에는 46시간 내지 60시간), 1일 10시간이다. 한편 유럽경제공동체위원회의 1969년 제543호 조령은 연속근무로부터 발생하는 피로의 축적을 막기 위하여 노면운송노동에 관하여 1일의 휴식시간을 작업 개시 24시간 내에 최소한 11시간 이상 부여하도록 규정하고, 연속하는 휴식시간 사이의 운전시간은 8시간을 넘지 않도록 하며, 어떠한 경우에도 운전시간은 1주일에 48시간, 연속하는 2주일에 92시간을 넘지 않도록 규정한 바 있다.

3. 변형근로시간제 도입 논의의 검토

경총을 중심으로 한 사용자단체들은 최근 노동법 개정 논의에서 1987년 삭제된 근로기준법 제42조 제2항의 변형근로시간제를 다시 도입할 것을 주장하고 있다. 경총은 ① 특수한 산업 및 작업형태에 대비하고, ② 노동력을 효율적으로 활용하며, ③ ILO협약이나 일본에서도 채택하고 있는 점 등을 도입의 근거로 제시하고 있다. 아울러 경총의 노동법 개정안에는 근로기준법상의 시간외, 휴일, 야간근로에 대한 할증임금의 지급률도 25%로 하향조정해야 한다고 주장하고 있다.

그러나 이에 대하여 노동계에서는 현행법상으로도 당사자의 합의에 의하여 주 56시간까지 근로시간의 연장이 가능하므로 변형근로시간제의 도입이 장시간노동의 강제수단으로 이용될 수 있고, ILO협약은 최저기준으로서 이를 근거로 한 근로조건의 악화를 허용하지 않고 있으며,⁷⁾ 일본의 경우는 근로시간의

7) ILO협약 제67호는 "본 협약의 어떠한 규정도 본 협약에 정해진 것보다 유리한 조건을 보장하는 법률, 중재제정, 관습 또는 노사간의 협약에 영향을 미치지 못한다"고 규정하고 있다.

단축을 전제로 엄격한 조건하에 변형근로시간제를 허용하고 있다는 점을 들어 그 도입을 반대하고 있다.

생각컨대 우리나라에서도 앞서 든 교대제 작업이나 건설·항만·항공운수업 등의 업종 외에도 과학기술의 발달과 이에 따른 다양한 산업의 출현 및 노동력 수급구조, 근로문화의 변화 등으로 일률적이고 고정적인 근로시간제도만으로는 합리적으로 규율하기 어려운 새로운 작업형태와 근무제도가 속출하고 있으며, 다양한 변형근로시간제도의 도입, 표준적 근로시간대의 재배치, 새로운 교대근무제도의 도입, 연간근로시간 계약, 근로시간 계약의 개별화, 자율근로시간제(플렉스타임) 도입 등 근로시간의 탄력화와 시간제 취업, 재택근무제 등 취업 및 근무형태의 다양화, 탄력화 현상이 확산되고 있어 변형근로시간제를 도입하지는 주장을 외면하기만 하기는 어려운 실정이다. 확실히 변형근로시간제는 근로시간의 탄력적인 운용으로 업무의 효율을 높이고 근로자로서도 여정정한 대기시간을 줄이고 휴일을 늘릴 수 있는 효과적인 제도가 될 수 있다. 그러나 아직도 세계적인 수준의 장시간근로가 행해지고 있는 우리나라의 현실⁸⁾에

8) 참고로 주당 근로시간 및 연간 유급휴일·휴가일수의 국제비교표는 다음과 같다.

(표 1) 주당 노동시간의 국제비교 (제조업, 단위:시간)

국가명	기준	1985	1986	1987	1988	1989	1990
한 국	a	53.8	54.7	54.0	52.6	50.7	49.8
일 본	a	41.5	41.1	41.3	41.8	41.4	40.8
대 만	a	47.3	48.1	48.1	47.5	46.9	46.5
홍 콩	a	44.8	45.2	44.5	45.9	44.8	44.0
싱가포르	a	47.0	48.5	49.2	47.4	48.6	48.5
미 국	b	40.5	40.7	41.0	41.1	41.0	40.8
캐나다	b	38.8	38.7	38.8	38.8	38.6	38.2
독 일	a		35.2	35.2	35.0	34.9	
	b	40.7	40.4	40.1	40.0	39.9	39.5
영 국	a	41.8	41.6	42.2	42.4	42.2	41.6
프랑스	a	38.6	38.6	38.6	38.7	38.7	38.7
스웨덴	a	38.3	38.3	38.4	38.5	38.5	38.5
핀란드	a	32.3	33.4	32.1	32.1	31.8	
호주	a	36.9	37.0	37.3	37.9	37.7	38.1
	b	41.3	41.4	41.5	41.7		
남아프리카공화국	b	46.2	46.6	46.8	47.3	46.9	

자료: ILO, 『노동통계연감(YEARBOOK OF LABOUR STATISTICS)』, 1991

대만은 臺灣行政院 主計處, 『薪資與生產力統計月報』, 1991. 12

주: 1) a=실노동시간(hours actually worked) b=지불노동시간(hours paid for)

서 변형근로시간제는 할증임금 지급의 부담이 없는 장시간근로를 허용함으로써 사용자에만 이익이 될 뿐 근로자들의 생활수준을 저하시키고 나아가 건강과 사회, 가정생활까지도 저해할 수 있는 위험성을 가지고 있다. 근로시간의 단축없는 변형근로시간제가 근로자의 일방적 희생만을 강요하게 되는 단적인 사례는 두 차례에 걸친 '불법파업'을 감행한 철도근로자들의 사례에서 단적으로 드러난다.⁹⁾ 따라서 우리나라에서는 우선 ILO의 기준에 따라 주 40시간근로제도의 이행을 목표로 근로시간의 단축을 추진하면서 변형근로시간제 도입이 논의되는 것이 올바른 순서일 것이다. 아울러 변형근로시간제가 도입되더라도 1일 근로시간의 한도를 설정하고, 평균기간이 지나치게 길지 않도록 하며, 실시요건을 엄격히 정하는 등 부작용을 최소화할 수 있는 제도적 장치가 강구되어야 할 것이다. (변호사)

(표 2) 연간 유급휴일, 유급휴가일수의 국제비교

(단위:일)

	법정공휴일	주휴일	연간유급휴일수	연월차휴가	합 계
한 국	17	52	69	22	91
대 만	22	52	74	7	81
싱가포르	11	52	63	7	70
홍 콩	17	78	95	7	102
태 국	15	104	119	6	125
일 본	17	78	95	14	109
미 국	10	104	114	14	128
프랑스	10	104	114	35-42	149-156
독 일	11-13	104	115-117	28-42	143-159
영 국	7-10	104	111-114	28-42	139-156

자료: 한국노동연구원(KLI), 『1990년도 임금관계 통계자료집』

한국노동연구원(KLI), 『근로시간의 실태와 정책과제』, 1991. 6.

9) 철도청에서는 월단위의 변형근로시간제를 실시하여 월 192시간을 초과하는 근로시간에 대해서만 시간의 근무수당을 지급한다. 기관사를 제외한 대부분의 철도근로자들은 24시간을 연속근무하고 24시간을 휴식하는 소위 1주야 교대 근무제로 근무하므로 30일을 기준으로 하면 월 360시간 근무하게 되지만, 출근부터 퇴근까지의 시간 중 일정시간만을 근로시간으로 인정하기 때문에 192시간을 넘기가 쉽지 않다고 한다. 기관사의 경우는 1박 2일, 2박 3일로 승무하게 되지만 운전시간 외의 점검시간, 대기시간, 승무준비시간 중의 일부만을 근로시간으로 인정하기 때문에 하루에 10시간 정도만 근로시간으로 인정된다고 한다.

논문

최근 노동판례의 경향과 대책

김 선 수

1. 머리말

법률적인 분쟁은 최종적으로 사법부인 법원의 판결을 통해 확정된다. 이는 노동분쟁의 경우에도 마찬가지이다. 법원은 헌법과 법률 및 양심에 따라 재판을 하여야 한다. 그러나 법관도 사회의 구성원이고 각자의 가치관과 세계관을 가지고 있으므로 그에 따라 사회현상을 파악하는 입장에 차이가 있을 수도 있고, 또한 동일한 사안에 대해 결론을 달리할 수도 있는 것이다. 특히 노동사건의 경우 법관의 가치관 여하에 따라 결론에 커다란 차이가 있을 수 있다. 왜냐하면 노동사건의 경우 쟁의행위의 '정당성'이라든가 해고사유의 '정당한 이유' 등 법률규정 자체가 판단자의 가치관 여하에 따라 달리 해석될 여지가 있는 개념들을 사용하고 있기 때문이다.

사법의 두 가지 중요한 목적으로서 법적 안정성과 구체적 타당성이 지적되고, 양자의 조화문제는 법철학의 오랜 숙제이다. 법해석과 적용이 상식적인 논리에 근거하여 일관되게 이루어질 때 국민은 기대가능성을 갖고 안전하게 사회생활을 할 수 있다. 한편 사법은 구체적인 분쟁의 해결을 본질적인 기능으로 하는데, 그 분쟁의 해결은 형식적인 논리도 중요하지만 누구나가 수긍할 수 있는 타당성을 지녀야 한다. 대부분의 경우 법적 논리에 충실한 판단이 구체적으로 타당한 결론이 될 것이다.

노동분쟁은 노사 양 당사자가 첨예하게 대립하고, 또한 양자의 주장과 논리가 팽팽하게 맞서는 것이 대부분이다. 그리고 양자의 입장을 지지하는 학설도 존재하고, 또한 사회적인 필요성도 각각 다른 각도에서 충분히 인정될 여지가 있다. 따라서 법원이 구체적인 노동분쟁에서 어떠한 판단을 내릴 것인가하는 것은 그리 쉬운 문제가 아니다. 다만 노동자들이 우리 사회구성원의 절대적 다수를 차지하고 또한 우리 사회가 누리는 재화와 부를 생산하고 있다는 엄연한 사실, 사회적 약자의 지위에 있는 노동자의 권리의 특별한 보호를 위해 노동법이 등장하였던 역사적인 배경 그리고 역사적 진보의 관점에서 더 많은 다수의 권리를 보호해야 할 필요가 있다는 당위성 등을 충분히 고려한 판단이 이루어져야 할 것이다.

2. 최근 노동판례의 보수화경향

그런데 최근 우리나라의 노동판례가 지나치게 보수화되고 있는 것이 아닌가 하는 우려의 목소리가 높다. 이와 관련하여 문제인 변호사는 "최근 1~2년 동안 노동사건에 대한 법원의 판결이 눈에 띄게 보수화하는 경향을 보이고 있다. 이러한 법원의 태도는 제6공화국 초기보다는 상당히 경직된 것으로서 경제침체 국면과 보조를 함께 하고 있다. 다시 말해서, 이러한 경향의 배경에는 이른바 경제위기에 대한 노동자 책임론이 크게 작용한 것으로 보인다. 쉽게 말하면 제6공화국 초기에는 노동운동이 생존권 차원에서 이해가 되었으나 이제는 지나친 것 같아서 밋게 보인다는 것이다"고 지적하였다.¹⁾

한편 이상덕 교수는 보수적이라는 표현은 사법부가 변화에 대해서 소극적이라는 것이 되는데, 이제 진보나 보수나 하는 것은 이데올로기의 변화에 비추어 볼 때 적합성을 상실한 표현이 되어가고 있으며, 이데올로기 문제가 전면에서 후퇴한 지금 오히려 사법부가 친자본화(親資本化)되어가고 있다고 보는 것이 더 맞는 표현이라고 지적하였다.²⁾

1) 문제인, 「대우조선 파업사건」, 『민주사회를 위한 변호사』 창간호, 역사비평사, 1993, 123쪽

2) 이상덕, 「최근 노동판례의 경향과 문제점」, 『한국노동법학회 1994 춘계학술발표 및 정책토론회 자료집』, 1994. 6. 14, 2쪽

그러나 보수화라는 표현 역시 노동과 자본 중 자본의 입장을 지지하는 것을 가리키는 것이므로 어느 표현이나 동일한 의미라고 할 수 있다.

판결의 보수화 내용에 대해서 문재인 변호사는 “(노동자들이 피고인인) 형사사건의 형량이 높아지고, 해고사건의 경우 절차의 엄격성이 완화되는 한편 정당성의 인정범위는 대폭 넓어져서 노동자의 승소율이 격감하고 있으며, 산업재해사건 역시 과실상계율이 높아지는 등 거의 전반적인 현상이 아닌가 싶다”고 표현하고 있다.³⁾

보수화의 내용은 해고, 임금, 취업규칙의 변경 등 노동보호법의 영역에서는 그 보호와 규제를 완화하고, 단체교섭과 쟁의행위 등 집단적 노사관계법의 영역에서는 노동자의 노동3권을 지나치게 제한하여 노사자치를 심각하게 침해하는 형태로 나타나고 있다고 할 수 있다. 한마디로 말해서 우리 법원은 노동자들의 지나친 권리주장과 투쟁은 경제성장을 저해하기 때문에 자제되어야 한다는 전제 위에 서서 경제위기 극복이라는 미명하에 기업측의 편의를 위하여 판단하고 있는 것이 아닌가 생각된다. 즉 우리 법원은 우리 노동현실이 노동기본권의 보장에서는 매우 열악하고 선진국과는 동일한 수준에서 비교할 수 없는 상황에 있음에도 불구하고, 이러한 점에 대하여는 굳이 눈감거나 과소평가하면서 그동안 대법원이 유지해 있던, 몇 안되는 노동자측에 유리한 개별적 근로관계에 관한 판례의 입장을 변경하고 있고, 또한 집단적 노사관계에 관하여는 노사자치의 원칙을 크게 침해하고 노동자들의 노동3권을 심각하게 제한하는 내용의 판례들을 쏟아내고 있다.

노동자의 입장에서 노동사건을 전문적으로 처리하는 변호사(소위 '노동변호사')들이 노동사건에 관한 법원의 보수화 경향을 체감하기 시작한 것은 지난 1990년 1월의 3당야합 이후부터이다. 그 당시 노동변호사들 사이에는 법률허무주의 내지 사법허무주의라는 용어가 사용되었다. 아무리 사법적 구제절차를 밟아도 전혀 소용이 없으므로 노동사건에 대해 사법적 구제절차를 밟는 것 자체에 대한 회의 내지 허무가 엄습하였던 것이다. 그리하여 노동자들의 권익옹호를 위해 일한다는 변호사가 과연 노동자들에게 법률을 준수하고 분쟁이 있으면 사법적 구제절차를 밟아야 한다고 조언하는 것이 올바른 것인가하는 회

3) 문재인, 앞의 글, 123쪽

의마저 들었던 것이다.

1987년 6월 시민민주화투쟁과 그에 이은 7, 8월 노동자대투쟁 이전에는 노동운동이 국가권력에 의해 철저히 금지되고 탄압되었다. 그리하여 노동자들의 권리투쟁 자체가 적었고 또한 물리력에 의해 탄압되었기 때문에 개별적 근로관계에 관한 몇몇의 판례를 제외하면 법원의 판례가 축적될 여지도 거의 없었다. 그런데 1987년 7, 8월의 노동자대투쟁을 계기로 하여 노동자들은 대거 노동조합을 결성하고 권리회복 투쟁에 나서게 되었다. 그 결과 정부가 무조건 물리력으로 탄압할 수 없을 정도로 노동운동이 발전하게 되었고, 그에 따라 법률적 탄압의 형식을 취하게 되었다. 그리하여 노동사건에 대한 법적 분쟁이 많아졌고 그에 따라 특히 집단적 노사관계에 대한 노동판례가 점차 형성되고 축적되기 시작하였다.

제6공화국 초기인 1988년 말까지는 노동자들의 자각과 진출에 비해 정권과 자본이 수세적 지위에서 소극적으로 노동운동에 대응하여 전반적으로 유화국면 내지 개량국면이 전개되었다. 그러던 것이 1988년 12월 28일 노태우 대통령의 '민생치안에 관한 특별지시' 이후 유화국면이 강경한 탄압국면으로 전환되었다. 이는 노동자진영의 성장에 따라 체제의 위기를 느낀 정권이 이를 극복하기 위하여 강경대응 방침으로 선회하였기 때문이다. 그 후 자본측이 1989년 12월 23일 '전국경제단체총협의회'를 구성하여 통일적이고 체계적으로 대응하고, 지배세력이 3당합당을 통해 거대여당을 출현시킨 후 노동통제정책은 더 전면화되고 총체적으로 이루어지게 되었다. 1989년 이래의 노동탄압정책을 기정사실로 못박아두고 그동안 이태올로기 공세나 전면적인 탄압으로 얻어낸 여러 성과들, 즉 자본 우위의 역관계를 제도적으로 확립하려는 과정에서 노동사건에 대한 판례의 입장도 보수화되었다. 그리고 이러한 경향은 현 문민정부하에서도 계속 유지 강화되고 있다.

노동사건이 급증하게 되자 서울민사지방법원은 1989년 9월 노동전담부를 신설하여 운영하였다. 그런데 노동전담부인 서울민사지방법원 합의 41부가 1992년 5월 발표한 '해고무효 확인소송에 관한 보고서'에 의하면 1991년에 선고된 해고무효 확인소송의 경우 노동자 승소율이 25.6%에 불과하여 50% 이상인 일반 민사사건의 승소율에 비하여 절반 수준에 지나지 않는다고 한다. 위 재판부는 승소율이 감소하는 원인에 대하여 근로자들이 소송을 남발하는 데다가

노동운동이 과격해지고 이로 인한 경제적 파급효과를 고려한 법원이 노사분규에 따른 해고를 인정하는 데 더 엄격해졌기 때문이라고 분석하였으나,⁴⁾ 결국 이는 법원의 보수화 경향을 보여주는 것이라고 할 수 있다. 그 이후의 통계를 구할 수 없어서 그 이후의 추세를 알 수는 없으나, 아마도 노동자의 승소율이 더 낮아지지 않았을까 추측된다.

대표적인 판결례들을 들어보면, 정리해고요건으로서 경영상의 필요성을 완화한 동부화학정리해고사건판결(대법원 1991. 12. 10. 선고 91다8647 판결), 취업규칙의 불이익 변경과 관련하여 기존의 입장을 변경하여 취업규칙 변경 후에 입사한 노동자에게는 변경 전의 취업규칙이 적용되지 아니한다는 강원산업(주)사건에 관한 대법원의 전원합의체 판결(대법원 1992. 12. 22. 선고 91다45165 판결), 실효의 원칙을 적용하여 노동자의 해고무효 확인소송의 제기 자체를 허용하지 아니하는 대법원 판결례(대법원 1992. 1. 21. 선고 91다30118 판결 등), 인사협의조항을 단순한 의견참고의 의미로 해석하여 사문화한 판결 및 인사동의(합의)조항을 원칙적으로 인정하면서도 여러가지 조작을 거쳐 동의절차를 거치지 않은 해고도 유효하다고 해석한 판결, 쟁의행위의 정당성을 매우 엄격하게 해석하는 판결례 등을 들 수 있고, 한편 파업에 대한 법원의 시각이 얼마나 사용자 편향적이고 보수적인가 하는 것을 가장 적나라하게 보여주는 판결로서는 대우조선 골리앗파업농성 형사항소심판결(마산지방법원 1991. 11. 22. 선고 91노863 판결)을 들 수 있다.

그리고 문민정부가 들어선 이후의 판결로는 쌍용중공업노조의 단체협약변경 명령취소청구소송에 대한 대법원의 전원합의체 판결(1993. 4. 27. 선고 91누12257호)을 들 수 있으며, 1994년 3월 말에 선고된 4건의 대법원 판결들은 이러한 대법원의 보수적인 기조 속에서 그 보수화의 논리를 강화한 것이라 할 수 있다. 위 4건의 대법원 판결이라 함은 단체협약에 해고는 반드시 노조와 합의 하도록 규정되어 있더라도 이는 노조의 의견을 참고하라는 취지이므로 노조와의 합의없는 징계면직이 무효로 되는 것은 아니라는 삼풍공업사건 판결(대법원 1994. 3. 22. 선고 93다28553), 동산의료원노조 간부에 대한 손해배상 책임을 인정한 판결(대법원 1994. 3. 25. 선고 93다32828, 32835), 경영 관련사항은 단

4) 『중앙일보』 1992년 5월 20일자

체교섭 및 쟁의대상에서 제외된다는 한일개발노조사건 판결(대법원 1994. 3. 25. 선고 93다30242), 임금이 체불되더라도 사용자가 성의와 노력을 다한 경우에는 근로기준법 위반으로 사용자를 처벌할 수 없다는 세일중공업대표이사사건 판결(대법원 1994. 3. 25. 선고 93도2903)을 말한다.⁵⁾ 위 판결들에 대하여 전국업종별노동조합회의는 “시대착오적이고 노동법의 기본질서를 파괴하는 판결”이라고 규탄하였고(1994. 3. 29. 성명), 또 노동계에서는 ‘사법쿠데타’, ‘노동법체계를 근본적으로 뒤엎는 대표적 악판례’라고 분개하였는데,⁶⁾ 이와 같은 우려 및 분노는 타당한 측면이 있다.

이러한 판결들을 살펴보면 대법원이 법리에 충실한 판단을 하기보다는 (행정부나 할 수 있는) 정책적 판단을 하고 있는 것으로 보인다. 즉 기업으로 하여금 경기에 적절하게 대응할 수 있도록 하기 위하여 정리해고 등의 요건을 완화해주었고, 정부투자기관의 지나친 퇴직금의 부담을 덜어준다는 명분으로 절차를 무시하고 불이익하게 변경된 취업규칙이라도 변경 후에 입사한 노동자에게는 유효하다고 하여 종전 대법원판례의 입장을 변경해주었고, 기업의 신뢰를 보호한다는 명분 아래 신의칙을 적용하여 노동자들의 해고무효소송을 제기할 권리 자체를 봉쇄해주었고, 기업의 해고절차상의 난점을 덜어주기 위하여 노동조합의 협의 내지 동의라는 절차적 정의의 요청을 무시하였고(더군다나 기업 스스로가 단체협약을 통해 그러한 절차를 준수하겠다고 한 것까지도 무시하였다), 쟁의행위의 정당성을 매우 엄격하게 해석하고, 기업으로 하여금 불필요한 단체교섭의 중복을 회피할 수 있도록 (조합민주주의라는 보다 중요한 법익을 무시하면서) 노조 대표자의 단체교섭권에 당연히 단체협약체결권이 포함되는 것으로 해석해주었고, 또 노동조합과 그 간부에 대한 불법쟁의행위를 이유로 한 손해배상 책임을 인정해주었다.

그 어느 것이나 모두 노동자의 생존권이나 노동3권에 앞서 기업측의 편의를 위하여 복무하는 방향으로 정책적인 판단이 이루어졌다. 위 경우 대법원은 모두 법리를 중요시하기보다는 무리하게 정책적 판단을 하였다. 그러나 법원이 법리에 충실한 판단을 하기보다 행정부와 같이 정책적인 고려를 우선시키는

5) 위 4판결의 문제점과 대응방안에 관하여는 박석운, 「최근 대법원 판결의 문제점과 대응방안」, 노동정책연구소, 1994. 4. 21, 정책토론회 자료집 참조.

6) 박석운, 위의 글, 3쪽

것은 법치주의와 법질서의 확립에 중대한 역기능을 수행할 우려가 있다. 물론 법원은 구체적 타당성이라는 가치를 존중해야 하겠지만, 어느 한쪽의 일방적인 입장을 옹호하기 위하여 법리를 무리하게 전개한다면 법적 안정성은 깨지고 말 것이다.

그리고 기본적으로 국가는 노사관계에서 약자적 지위에 있는 노동자들에 대하여 후견적 역할을 수행하여야 한다. 그런데 위 판결들을 살펴보면 우리 대법원은 오히려 사용자의 후견자로서 기능하고 있는 것이 아닌가 여겨질 정도이다.

3. 보수적인 판결례의 검토

가. 등부화확정리해고사건 판결(대법원 1991. 12. 10. 선고 91다8647 판결)⁷⁾

(1) 판결요지

정리해고의... 첫째 요건인 기업경영상의 필요성이라는 것은 기업의 인원사감조치가 영업성적의 악화라는 기업의 경제적인 이유뿐만 아니라 생산성의 향상, 경쟁력의 회복 내지 증강에 대처하기 위한 작업형태의 변경, 신기술의 도입이라는 기술적인 이유와 그러한 기술혁신에 따라 생기는 산업의 구조적 변화도 이유로 하여 실제 이루어지고 있고 또한 그럴 필요성이 충분히 있다는 점에 비추어보면 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 것에 한정할 필요는 없고, 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때는 긴박한 경영상의 필요성이 있는 것으로 넓게 보아주어야 함이 타당하다. 따라서 원심판결은 정리해고의 한 요건인 긴박한 경영상의 필요성에 관한 법리오해의 위법이 있어 판결의 결과에 영향을 미친 잘못이 있으므로 이 점을 지적하는 논지는 이유 있다.

7) 이 판결에 대한 비판적 판례평석으로는 김선수, 「정리해고요건으로서의 경영상의 필요성」, 『월간 노동법률』 통권 19호, 1992. 12, 중앙경제사, 14~20쪽; 김선수 「정리해고요건으로서의 경영상의 필요성」, 『노동법연구』 제3호, 서울대학교 노동법연구회 편, 1993, 도서출판 까치, 59~84쪽

(2) 검토

1) 경영상의 필요성 요건의 완화

위 대법원 판결은 정리해고의 첫째 요건인 "긴박한 경영상의 필요성"에 관하여 종전의 입장보다 폭넓게 적극적으로 인정한 점에 그 특징이 있다. 이에 관한 종전 대법원 판결의 입장은 "해고를 하지 않으면 경영악화로 사업을 계속할 수 없거나 적어도 기업재정상 심히 곤란한 처지에 놓이게 될 개연성이 있을 긴박한 경영상의 필요성"으로 엄격하게 제한해석해왔다.⁸⁾ 그런데 위 대법원 판결은 굳이 그러한 경우에 한정하지 아니하고 작업형태의 변경, 신기술의 도입이라는 기술적인 이유와 기술혁신에 따라 생기는 산업의 구조적인 변화로 인한 경우에도 긴박한 경영상의 필요성을 인정하였다.

그러나 정리해고는 노동자의 일신상, 행동상의 귀책사유에 의하여 행해지는 보통의 해고와는 달리 근로자에게 아무런 귀책사유가 없음에도 불구하고 행하여진다는 특수성이 있다. 그런데 근로자는 사용자에게 고용되어 근로를 제공하고 그 대가로 지급받는 임금을 유일한 생계의 원천으로 하기 때문에 해고는 곧 사형선고와도 같은 중대한 불이익처분에 해당된다. 따라서 오로지 경영상의 사정으로 근로자를 해고하는 정리해고의 경우에는 근로자의 생존권 보장을 위하여 더 엄격한 실체적, 절차적 제한이 요구된다 할 것이다.

한편 정리해고는 다수 근로자의 생존권과 직결되는 중대한 문제이나, 반면 사용자의 기술도입이라든가 그에 따른 산업구조 조정은 사용자 재산권의 일 내용에 불과하다. 근로자는 해고되면 그로써 생존권에 위협을 받게 되지만, 사용자는 기술도입 등 경영합리화조치를 급박하게 실시하지 못한다고 하더라도 재산상의 손실을 어느 정도 입는 데 불과할 것이다. 그러므로 양자간의 이익이 충돌할 때 이러한 사정이 충분히 고려되어야 할 것이다.

기업이 도산할 정도의 위기상황이 아닌 가운데 기술도입 등 경영합리화조치를 취하는 데 있어 굳이 기존에 이미 고용되어 있던 근로자들을 해고해야만 할 절박성이 있다고 인정할 여지는 없다고 하여야 할 것이다. 기업으로서는 경영

8) 대법원 1989. 5. 23. 선고 87다카2132 판결; 대법원 1990. 1. 12. 선고 88다카34094 판결; 대법원 1990. 3. 13. 선고 89다카24445 판결 등

합리화조치를 취함에 있어 당연히 기존 근로자들을 계속 보호하는 방안을 강구해야 할 것이고, 또 그렇게 하는 것이 사회정의에 부합된다. 또한 사용자에게 기업체체의 자유를 인정한다고 하더라도 사용자에게 기업경영 의욕과 능력이 있는 한 사용자는 근로자의 고용을 확보하려고 최대한 노력을 하는 것이 헌법과 그 구체화로서의 노동법에서 보장하는 근로자의 생존권 및 노동권 보호의 측면에서 타당하다고 보이기 때문에, 사용자로서는 감원이나 도산이나 양자택일의 위기에 직면하였을 때 비로소 정리해고의 정당성을 인정할 수 있을 것이다.

그리고 우리나라에서 정리해고의 정당화 요건으로서 경영상의 필요성을 판단함에 있어서는 아직 고용보장제도가 제대로 정착되어 있지 못하고, 또 정리해고에 대한 행정기관의 감독이 법적으로 보장되어 있지 못하며, 또한 정리해고수당 등이 보장되어 있지 못한 사정이 충분히 고려되어야 할 것이다.

따라서 이러한 제반 사정을 고려해볼 때 정리해고가 정당하기 위하여는 해고하지 않으면 도산에 이를 정도의 고도의 경영위기 상태일 것이 필요하다고 하여야 할 것이다.

2) 실제 상황 및 필요성과의 관계

위 판결은 기술적인 이유와 산업의 구조적 변화를 이유로 실제로 정리해고가 이루어지고 있고 또 그럴 필요성이 충분히 있다는 점에 착안하여 경영상의 필요성을 폭넓게 인정하고 있다. 그러나 대법원은 기술도입 등을 해야 할 기업측의 실정과 필요성은 감안하면서도 정리해고로 말미암아 생존권을 박탈당하는 근로자측의 절박한 사정 및 해고로부터 보호받아야 할 필요성에 대해서는 어느 정도나 감안하였는지 의문이다. 그렇기 때문에 위 대법원 판결은 사용자측의 사정만을 일방적으로 고려하여 부당한 결론에 이른 것이 아닌가하는 의혹을 사기에 충분하다.

실제로 기술적인 이유 등으로 정리해고가 행해지고 있다고 해서 이를 보호내지 정당화해야 할 필요성이 도출되는 것은 아니다. 오히려 근로자의 생존권을 침해하는 이러한 정리해고가 실제로 행해지고 있다면 근로자의 생존권을 보호할 수 있도록 이를 더 엄격하게 규제하는 것이 마땅하다 할 것이다. 또 기업측의 입장에서 기술도입 등의 필요성이 있다고 해서 바로 정리해고가 정당

화되어야 할 필요성이 인정되는 것도 아니다.

3) 소위 객관적 합리성의 문제

한편 위 판결은 “긴박한 경영상의 필요성”이라는 요건을 “인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때”라는 요건으로 순화시키고 있다. 그러나 사용자와 근로자의 입장이 첨예하게 대립하는 사안에 대하여 객관적 합리성이란 결국 허구에 불과할 수도 있다. 그리하여 법원이 최종적으로 판단함에 있어 결국은 둘 중 어느 한쪽의 입장을 수용할 수밖에 없게 될 것이다. 오히려 종전 판례의 입장이 견지하였던, 해고하지 않으면 도산이 필연적으로 초래될 정도의 경영위기 상태인가하는 점을 기준으로 판단하는 것이 객관적인 합리성을 가장 확실하게 보장할 수 있는 방법이 아닌가 생각된다. 그러므로 객관적인 합리성이라는 애매한 조건을 부가한 위 판결은 객관적 합리성이라는 미명하에 사용자측의 사정을 수용할 여지를 만든 것이라는 비판을 피할 수 없다.

4) 종합적 평가

결론적으로 위 대법원 판결은 사용자측의 사정만을 일방적으로 고려하여 정리해고의 요건인 “긴박한 경영상의 필요성”을 불필요하게 확대해석하여 근로자들의 생존권 보장이라는 또 다른 매우 중요한 기본권 보호에 허점을 초래하였다. 이러한 우려는 위 대법원 판결 이후 경영측에서 이를 환영하고 정부 역시 이 판결을 근거로 하여 정리해고의 요건을 완화함으로써 현실화되었다.

나. 취업규칙의 불이익변경에 관한 강원산업(주)사건 전원합의체 판결

(대법원 1992. 12. 22. 선고 91다45165 판결)⁹⁾

(1) 판결(다수의견) 요지

취업규칙의 작성, 변경에 관한 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 사

9) 이 판결에 대한 비판적 평석으로는 최영호, 「취업규칙의 불이익변경」, 『노동법연구』 제3호, 서울대학교 노동법연구회 편, 도서출판 까치, 1993, 161~174쪽; 오창수, 「취업규칙의 불이익변경」, 『판례연구』 제7집, 서울지방변호사회, 1994, 193~208쪽

용자는 그 의사에 따라 취업규칙을 작성, 변경할 수 있으나, 다만 근로기준법 제95조의 규정에 의하여 노동조합 또는 근로자 과반수의 의견을 들어야 하고 특히 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 그 동의를 얻어야 하는 제약을 받는바, 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에 필요한 근로자의 동의는 근로자의 집단적 의사결정 방법에 의한 동의를 요하고 이러한 동의를 얻지 못한 취업규칙의 변경은 효력이 없다는 것이 당원의 일관된 견해이다. 그러므로 이 사용자가 취업규칙에서 정한 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경함에 있어서 근로자의 동의를 얻지 않은 경우에 그 변경으로 기득이익이 침해되는 기존의 근로자에 대한 관계에서는 그 변경의 효력이 미치지 않게 되어 종전 취업규칙의 효력이 그대로 유지되지만, 그 변경 후에 변경된 취업규칙에 따른 근로조건을 수용하고 근로관계를 갖게 된 근로자에 대한 관계에서는 당연히 변경된 취업규칙이 적용되어야 하고, 기득이익의 침해라는 효력배제 사유가 없는 변경 후의 취업근로자에 대해서까지 그 변경의 효력을 부인하여 종전 취업규칙이 적용되어야 한다고 볼 근거가 없다.

위와 같은 경우에 취업규칙 변경 후에 취업한 근로자에게 적용되는 취업규칙과 기존 근로자에게 적용되는 취업규칙이 병존하는 것처럼 보이지만 현행의 법규적 효력을 가진 취업규칙은 변경된 취업규칙이고, 다만 기존 근로자에 대한 관계에서 기득이익 침해로 그 효력이 미치지 않는 범위 내에서 종전 취업규칙이 적용될 뿐이므로 하나의 사업 내에 둘 이상의 취업규칙을 둔 것과 같이 볼 수 없다.

근로기준법 제28조 2항은 하나의 사업 내에 차등있는 퇴직금제도의 설정을 금하고 있으나, 변경된 취업규칙의 퇴직금제도가 기존 근로자의 기득이익을 침해하는 것이어서 이들에게는 그 효력이 미치지 않고 부득이 종전제도의 적용을 받게 됨으로써 이러한 기득이익이 없는 취업규칙 변경 후의 취업근로자에게 적용되는 퇴직금제도와 별개의 퇴직금제도를 적용하는 결과가 되었다고 하여도 이러한 경우까지 위 범조에서 금하는 차등있는 퇴직금제도를 설정한 경우에 해당한다고 할 수 없다.

(2) 검토

1) 입장의 변경

종래의 판례는 취업규칙의 변경이 취업규칙의 적용을 받던 종전 근로자집단의 집단적 의사결정 방법에 의한 동의를 얻지 못하여 무효이면 종전의 취업규칙이 계속 유효한 것이고(변경된 취업규칙이란 처음부터 존재하지 않는다), 종전 취업규칙이 유효하다면 이 취업규칙은 변경 전에 입사한 사람은 물론 변경 후에 입사한 사람에 대하여도 종전의 취업규칙이 적용되어야 할 것이지 변경 후에 새로이 입사한 사람이라고 하여 무효인 취업규칙을 적용할 수 없다고 하였다.¹⁰⁾

그런데 위 판결은 종전의 입장을 변경하여 변경 후에 입사한 근로자에 대하여는 무효인 변경된 취업규칙이 적용된다고 판시하였다. 위 판결이 위와 같이 입장을 변경한 이유는 사용자의 재정적 부담을 덜어주어야 한다는 정책적 고려의 소산으로 보인다. 그러나 이러한 정책적 고려가 앞서다보니까 엄청난 법리의 왜곡을 초래하고 말았다.

2) 소수의견측에서의 비판

한편 위 판결에서 소수의견은 다수의견에 대하여, ① 다수의견에 의하게 되면 취업규칙에 법규범성을 부여한 것으로 보고 근로자집단의 집단적 의사결정 방법에 의한 동의를 얻지 않는 이상, 취업규칙의 변경에 대하여 개별적으로 동의한 근로자에 대하여도 변경의 효력이 없다고 한 대법원 판결에 어긋난다는 점, ② 다수의견은 취업규칙의 개정이 기존의 근로자를 그 적용대상으로 하기 위한 것(기존 근로자집단과 별개로 새로이 입사하는 근로자를 염두에 두고 변경하는 것이 아니고)이라는 일반적 현실을 바로 보지 못한 견해인 점, ③ 다수의견대로 한다면 1개의 사업에 변경된 취업규칙과 종전의 취업규칙이 복수로 존재한다고 보지 않을 수 없고, 이와 같은 경우에도 개정된 취업규칙 하나만 두었다고 보는 것은 사실을 제대로 파악한 것이라 할 수 없는 점, ④ 다수의견은 신

10) 대법원 1990.4.27. 선고 89다카7754 판결 ; 대법원 1990.7.10. 선고 89다카31443 판결 ; 대법원 1991.12.10. 선고 91다8777, 8784 판결 등

규 입사자는 변경된 취업규칙에 따른 근로조건을 수용하고 근로관계를 갖게 되었음을 근거로 드는 것 같으나, 신규 입사자가 변경의 효력이 없는 취업규칙에 따른 근로조건을 수용하는 의사를 가지고 있었는지 의문이고, 이는 취업규칙의 법규성을 외면한 것이라는 점 등을 근거로 비판하고 있다.

3) 다수의견의 부당성

첫째, 취업규칙의 법규성에 반한다. 취업규칙은 그 속성상 규범적 성격을 갖고 있어서 획일적, 통일적으로 적용될 것이 요구된다. 다수의견은 기존 근로자 집단의 동의를 얻지 못하여 그들에 대한 관계에서는 효력이 없는 취업규칙의 변경도 변경 후에 입사한 근로자는 변경된 취업규칙에 따른 근로조건을 수용하기로 하고 근로관계를 갖게 된 것이므로 당연히 변경된 취업규칙이 적용되어야 한다고 하나, 이 경우에 엄밀히 따지면 변경된 취업규칙은 처음부터 근로자 집단의 동의를 받지 못하여 무효인 것으로 처음부터 존재하지도 않는 것인데 존재하는 것으로 의제하여 이를 수용하기로 하였다든 것 자체가 부당하고, 종속적 근로관계의 현실하에서 변경 후 입사한 근로자의 동의를 의제하는 것은 실제로는 사용자가 일방적으로 행한 취업규칙의 변경을 그대로 법인하는 결과가 된다. 또 다수의견에 따를 경우 하나의 사업장에 무수히 많은 취업규칙이 존재할 수 있게 되어 집단적, 통일적 처리가 요청되는 취업규칙의 규범적 성질에 반하게 된다.

둘째, 근로기준법 제95조의 강행규정성에 반한다. 근로기준법 제95조 1항의 단서는 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 반드시 근로자의 동의를 얻도록 하고 있으므로 근로자 집단의 동의를 얻지 않은 취업규칙의 불이익한 변경은 절대적으로 그 효력을 부여받을 수 없다.

셋째, 퇴직금 차등제도의 금지를 규정한 근로기준법 제28조 2항에 반한다. 입사일자에 따라 퇴직금제도에 차등을 두는 것은 명백하게 근로기준법 제28조 2항에 반한다 할 것이다.¹¹⁾

11) 오창수, 앞의 글, 205~207쪽

4) 종합적 평가

위 판결은 사용자의 재정적 부담을 덜어주어야 한다는 정책적 고려 때문에 종전의 입장을 변경하였으나 법리적으로 볼 때 납득하기 어렵다. 퇴직금은 근로조건인 가장 중요한 요소인 임금의 일종으로서 근로자 퇴직 후 생계보장을 위한 기능을 가지므로 사용자의 경영상 이익과 비교형량할 성질의 것이 아닌 점, 다수의견은 퇴직금제도에 대한 불이익변경에 근로자들이 절대로 동의하지 않을 것을 가정한 듯하나 사용자에게 경영상 긴절한 필요가 있었다면 마땅히 노동조합과의 단체교섭 등을 통하여 해결하였어야 하고 법원으로서도 이를 권장함이 노사차이에 합당한 것인 점 등에 비추어 법원은 제3자의 입장에서 노사 양 당사자가 근로기준법상의 절차를 준수하였는지 또는 적절한 단체교섭 등이 행하여졌는지라는 점을 객관적으로 고찰하고 판단하여 원칙에 충실하였어야 함에도 불구하고 법리까지 무시하면서 무리한 판단을 하였다.

다. 실효의 원칙을 적용한 판결례(대법원 1992. 1. 21. 선고 91다30118 판결 등)¹²⁾

(1) 판결요지

일반적으로 권리의 행사는 신의에 좇아 성실히 하여야 하고 권리는 남용하지 못하는 것이므로 권리자가 실제로 권리를 행사할 수 있는 기회가 있었음에도 불구하고 상당한 기간이 경과하도록 권리를 행사하지 아니하여 의무자인 상대방으로서도 이제는 권리자가 권리를 행사하지 아니할 것으로 신뢰할 만한 정당한 기대를 가지게 된 다음에 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 법질서 전체를 지배하는 신의성실의 원칙에 위반하는 것으로 인정되는 결과가 될 때는, 이른바 실효의 원칙에 따라 그 권리의 행사가 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

사용자와 근로자 사이의 고용관계(근로자의 지위)의 존부를 둘러싼 노동분쟁

12) 이에 대한 비판적 평석으로는 박상훈, 「해고무효의 주장과 실효의 원칙」, 『노동법연구』 제3호, 서울대학교노동법연구회 편, 1993, 도서출판 까치, 11~43쪽; 오종환, 「해고무효의 주장과 신의칙」, 같은 책, 44~58쪽

은 그 당시의 경제적 정세에 대처하여 최선의 설비와 조직으로 기업활동을 전개하여야 하는 사용자의 입장에서는 물론, 임금수입에 의하여 자신의 가족의 생계를 유지하고 있는 근로자의 입장에서도 신속히 해결되는 것이 바람직하므로 실효의 원칙이 다른 법률 관계에서보다 더욱 적극적으로 적용되어야 할 필요가 있다.

실효의 원칙이 적용되기 위하여 필요한 요건으로서의 실효기간(권리를 행사하지 아니한 기간)의 길이와 의무자인 상대방이 권리가 행사되지 아니하리라고 신뢰할 만한 정당한 사유가 있는지의 여부는 일률적으로 판단할 수 있는 것이 아니라, 구체적인 경우마다 권리를 행사하지 아니한 기간의 장단과 함께 권리자측과 상대방측 쌍방의 사정 및 객관적으로 존재하는 사정 등을 모두 고려하여 합리적으로 판단하여야 할 것이고, 징계해임 처분의 효력을 다투는 분쟁에 있어서는 징계사유와 그 징계해임 처분의 무효사유 및 징계해임된 근로자가 그 처분이 무효인 것을 알게 된 경위는 물론, 그 근로자가 처분의 효력을 다투지 아니할 것으로 사용자가 신뢰할 만한 다른 사정(예를 들면 근로자가 퇴직금이나 해고수당 등을 수령하고 오랫동안 해고에 대하여 이의를 하지 않았든지 해고된 후 다른 직장을 얻어 근무하였다는 등의 사정), 사용자가 다른 근로자를 대신 채용하는 등 새로운 인사체제를 구축하여 기업을 경영하고 있는지의 여부 등을 모두 참작하여 그 근로자가 새삼스럽게 징계해임 처분의 효력을 다투는 것이 신의성실의 원칙에 위반하는 결과가 되는지의 여부를 가려야 할 것이다.

우리 법원은 위와 같은 이유들을 들어 노동자가 해고된 후 퇴직금을 수령하고 일정한 기간이 경과한 뒤에 제기한 해고무효 확인소송에 대해 노동분쟁의 신속한 해결이라는 요청과 신의성실의 원칙 및 실효의 원칙에 비추어 허용될 수 없다고 하여 인용하지 않았다.

(2) 검토

1) 종래의 판례 입장

종전의 판례는 근로자가 해고를 당한 후 회사측에서 제공하는 해고수당이나 퇴직금을 수령한 사실이 있다고 하여 이것만으로 해고의 정당성을 인정하고 해고조치에 승복한 것이라고 볼 수 없다고 판시하였다. 위와 같은 판결로 말미

아마 노동자들이 해고된 후 생계를 위하여 퇴직금이나 해고수당을 수령하는데 아무런 지장이 없었다. 그런데 대법원은 위와 같이 아무런 이의없이 퇴직금을 수령하는 경우 사용자의 신뢰를 보호한다는 명목으로 실효의 원칙을 적용하여 소제기 자체를 인정하지 않는 방향으로 입장을 변경하였다.

2) 근로기준법 제27조의 규제적 기능 반감

해고무효 확인소송은 무엇보다도 해고의 정당성 유무를 문제삼아야 하는 것이고, 신의칙이나 금반언의 원칙의 적용 여부는 어디까지나 주변적, 부수적 사정으로서 참작되어야 할 것이다. 해고의 정당성 유무에 대한 판단은 회피하고 신의칙이나 금반언의 원칙만을 우선적으로 적용하여 청구의 당부를 판단하게 되면, 부당한 해고를 한 경우에도 근로자가 이의없이 퇴직금을 수령하고 상당한 기간만 지나면 아무 문제가 없다는 식이 되므로, 이로써 정당한 이유없는 해고의 금지를 규정한 근로기준법 제27조의 규제적 기능은 사실상 반감되고 말 것이다.

3) 해고된 근로자의 생존권확보 문제

근로기준법 제30조에 따라 사용자는 근로자가 퇴직한 경우 그 퇴직시로부터 14일 이내에 퇴직금 등을 포함한 일체의 금품을 청산 지급하도록 되어 있다. 이와 같이 퇴직금 지급시기를 강제한 취지가 퇴직한 근로자의 생계보장을 위한 것임은 두말할 필요도 없다. 그런데 근로자가 해고의 효력을 명백히 다투지 않고 있는 상태에서 퇴직금을 수령하고 그 후 소송을 제기하면 필연적으로 법원은 신의칙 또는 금반언의 원칙 적용 여부를 문제삼을 것이다. 그러나 근로자는 대체로 지출을 그때그때의 수입에 의존하고 있어서 해고로 인하여 급료를 수령하지 못하게 되면 당장의 생활유지를 위하여 퇴직금을 수령하지 않을 수 없는 경우가 많을 것이고, 또 공탁금 수령에서는 해고처분에 대한 이의를 제기할 법률적, 사실적 기회나 지식이 없음을 고려해볼 때 판례가 금반언의 원칙

13) 대법원 1971.12.14. 선고 71다1638 판결 ; 대법원 1979.2.13. 선고 78다1855 판결 ; 대법원 1984.4.10. 선고 84도367 판결 ; 대법원 1987.4.28. 선고 86다카1873 판결 ; 1987.9.22. 선고 87다카1187 판결 ; 대법원 1989.5.23. 선고 87다카2132 판결 등

등을 내세워 엄격한 태도를 취하는 것은 쉽게 이해하기 곤란하다.

결국 대법원의 태도에 의하면 근로자로서는 해고무효를 다투는 법적 절차를 개시할 때까지는 퇴직금을 수령하지 않고, 다른 직장에도 취직하지 않는 것이 안전하다는 결과가 된다. 이러한 대법원의 태도는 해고된 근로자의 생존권 확보와 생계보장의 필요성을 사실상 외면하고 있다는 비난을 피하기 어려울 것이다.

4) 법적 안정성의 결여

신의칙이라는 일반조항을 적용함에 있어서 흔히 그 폐해의 하나로 거론되는 점이 바로 법적 안정성의 결여이다. 실제로 우리 대법원의 판례를 보면 어떤 경우에는 퇴직금 수령 후 7~8개월이 지났으니 신의칙 위반이라고 하였다가, 또 어떤 경우에는 퇴직금 수령 후 10년이 지났어도 신의칙 위반이 아니라고 보고 있다. 물론 신의칙 적용 여부는 권리를 행사하지 않은 기간의 길고 짧음만으로 결정될 성질의 문제가 아닐 것이다. 그러나 특정사안이 신의칙 위반으로 인정될 것인지 여부는 당해 근로자는 물론이고 법률가들조차도 예측하기가 극히 곤란하고, 결국에는 법관의 판단에 의해서 좌우될 수밖에 없는 문제이다. 따라서 근로자의 권리행사기간을 전적으로 개별 사안에서 법원의 판단에만 맡김으로써 법적 안정성을 해치게 될 바에야 차라리 해고무효의 소송에 대한 제소기간을 법에 정해두는 편이 나을지도 모르겠다.

5) 정당한 신뢰인지 여부

대법원은 실효의 원칙을 적용하기 위한 요건으로서 의무자인 상대방으로서도 이제는 권리자가 권리를 행사하지 않으리라고 신뢰할 만한 정당한 사유가 있어야 한다고 하였다. 그러나 사용자가 아무 정당한 이유도 없이 근로자를 해고하였다면, 설사 그 후 그 근로자가 상당한 기간 동안 해고의 효력을 다투지 않았다고 해서 더이상 해고무효를 주장하지 않으리라는 정당한 기대를 사용자가 갖게 되었다고 볼 수 있을 것인지, 또 그러한 신뢰도 법적으로 보호될 가치가 있는 것인지 의문이 있다. 물론 사안에 따라서는 해고에 어느 정도의 상당한 이유가 있고 근로자 역시 이미 해고무효 주장을 포기하였음이 명백히 드러나거나 그동안 권리를 행사할 수 있었음에도 권리를 수년간 행사하지 않음으

로써 사실상 다들 의사를 포기하였다고 보아도 좋을 경우가 있을 것이다. 그러나 해고 사유나 절차에 하자가 있었던 경우라면 그 후 사용자에게도 해고의 무효가 다투어지지 않으리라는 “정당한” 기대가 생길 수는 없다고 보아야 할 것이다. 즉 사용자에게 정당한 신뢰가 있었다고 인정하려면 우선 해고의 정당한 이유에 대한 심리를 충실히 하고 나서 그와 함께 다른 종합적인 사정을 고려해야 할 것이라고 생각된다. 그럼에도 불구하고 최근 일련의 판례들이 해고의 정당한 이유에 대한 판단은 접어둔 채 신의칙 또는 금반언의 원칙만에 입각하여 성급한 결론을 내린 것은 문제가 있다고 본다.

6) 종합적 평가

근로자가 해고무효를 주장하면 해고의 정당성 유무를 판단하여 결론을 내려주는 것이 정도이다. 그런데도 불구하고 법원이 실효의 원칙을 남용하여 아예 해고의 정당성 유무를 판단조차 하지 아니하는 것은 책임있는 태도가 아니고, 오히려 법원이 법원에 기대되는 신뢰를 배반하는 것이라고 할 수 있다.

라. 단체협약체결권의 제한에 관한 쌍용중공업노조사건 전원합의체 판결 (대법원 1993. 4. 27. 선고 91누12257호)¹⁴⁾

(1) 판결(다수의견) 요지

노동조합법 제33조 1항 본문은 “노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 단체협약 체결, 기타의 사항에 관하여 교섭할 권한이 있다”고 규정하고 있는 바, 여기에서 ‘교섭할 권한’이라고 함은 사실행위로서의 단체교섭 권한 외에 교섭 결과에 따라 단체협약을 체결할 권한도 포함하는 것으로 해석하여야 한다. 그런데 이 사건 단체협약에서와 같이 대표자 또는 수임자가 단체교섭의 결

14) 이 판결에 대한 비판적 판례평석으로는 김선수, 「단체협약체결권의 범리를 예폭한 대법원 판결」, 『법과 사회』 제8호, 법과사회이론연구회 편, 1993년 하반기, 331~344쪽; 김인재, 「단체협약인준투표조항」, 『노동법연구』 제3호, 서울대학교 노동법연구회 편, 도서출판 까치, 1993, 224~247쪽; 이경우, 「단체협약체결권 제한과 단체협약변경명령」, 『민주사회를 위한 변론』 제2호, 역사비평사, 1993, 208~221쪽

과에 따라 사용자와 단체협약의 내용을 합의한 후에 다시 그 협약안의 가부에 관하여 조합원 총회의 결의를 거쳐야만 한다는 것은 대표자 또는 수임자의 단체협약체결 권한을 전면적, 포괄적으로 제한함으로써 사실상 단체협약체결 권한을 형해화하여 명목에 불과한 것으로 만드는 것이어서 조합 대표자 또는 수임자의 단체협약체결 권한을 규정한 법 제33조 1항의 취지에 위반되는 것이라고 아니할 수 없고, 따라서 그 단체협약의 변경·보완을 지시한 이 사건 처분은 적법한 것이라 할 것이므로 원심판결에는 단체협약체결 권한에 관한 법리를 오해하여 판결의 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 검토

1) 노동조합법 제33조 1항 소정의 “교섭할 권한”의 의미

① 노동조합법 제33조 1항은 “노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 단체협약의 체결, 기타의 사항에 관하여 교섭할 권한이 있다”고 규정하고 있다.

위 조항의 의의에 관하여 통설적 입장은, 위 규정은 단체교섭 담당자에 대한 규정으로서 노동조합 대표자의 경우는 당연한 규정이고, 단지 노동조합으로부터 위임을 받은 자에게 교섭권한이 인정됨을 규정한 것에 의의가 있다고 한다. 여기에서 단체교섭 담당자라 함은 단체교섭권자 내지 단체협약 체결권자와 구별되는 개념으로서 단체교섭이라는 사실행위를 하는 권한을 가진 자를 말한다. 그리고 단체교섭권 내지 단체협약체결권은 단체협약상의 권리·의무의 주체가 되는 자, 즉 노동조합 그 자체가 가지는 것이고, 그 권한의 행사는 노동조합의 규약 또는 최고의사결정기관인 조합원총회의 결의로 정할 수 있다고 한다.

② 그런데 위 판결의 다수의견은, 노동조합법 제33조 1항의 “교섭할 권한”에 단체협약체결 권한도 포함되는 것으로 해석해야 한다고 하면서 그 이유로서 다음의 점을 들고 있다. 첫째, 노동조합도 하나의 사단이므로 조합의 대표자가 조합을 대표하여 단체협약을 체결할 권한을 가진다는 것은 단체대표의 법리에 비추어 당연한 것이다. 둘째, 헌법 제33조 1항의 단체교섭권이라 함은 사실행위로서의 단체교섭의 권리만이 아니라 단체교섭의 결과로 타결된 내용

을 단체협약으로써 체결할 수 있는 권리도 포함하는 것으로 해석된다. 셋째, 노동조합법 제33조 5항의 사용자가 성실한 단체협약 체결을 정당한 이유없이 거부 또는 해태할 수 없도록 한 규정, 같은 법 제39조 3호의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부 또는 해태하는 경우의 부당노동행위 규정 등은 노동조합 대표자에게 단체협약을 체결할 권한이 있음을 당연한 전제로 하고 있다. 넷째, 단체교섭 권한이 있는 자에게 단체협약을 체결할 권한이 없다고 한다면 사용자를 상대방으로 하는 단체교섭이 원활하게 진행될 수 없으며 결과적으로 단체교섭의 권한이라는 것 자체가 무의미한 것으로 되고 말 가능성이 있다. 다섯째, 노동조합의 규약이 정하는 바에 따라 대표자를 선출하였거나 교섭권한을 위임한 때는 그것으로써 이미 조합의 자주적, 민주적 운영은 실현된 것이며, 단체협약의 체결이 조합원의 권리의무에 지대한 영향을 미치는 것이라고 하여 반드시 조합원총회의 결의를 거쳐 그 체결 여부를 최종적으로 결정하는 것만이 그같은 요청에 부합하는 것이라고 할 수는 없으며, 조합원들이 대표자 등을 신뢰할 수 없다면 규약이 정하는 절차에 따라 대표자 등을 교체하든가 또는 대표자 등 집행부를 그대로 두고서 당해 단체협약 체결을 위한 단체교섭의 권한만을 다른 교섭대표에게 위임할 수 있을 것이다. 끝으로 이 사건 단체협약 및 노동조합규약도 단체협약 체결 전에 조합원총회의 결의를 거쳐야 한다는 제한을 두고 있을 뿐 조합 대표자의 단체협약체결 권한 자체는 부정하는 것이 아니다.

③ 그러나 우선 단체대표의 법리에 비추어 노동조합 대표자가 단체협약 체결권을 갖는 것이 당연하다는 다수의견은 노동조합이라는 단체의 특수성을 무시하고 일반 거래관계에 관한 단체법리를 그대로 적용한 것으로서 부당하다. 다수의견도 지적하고 있는 바와 같이 노동조합은 하나의 사단이기는 하나 근로자의 결집에 의한 실력투쟁단체로서 개개 조합원을 초월하는 독자적인 존재가 아니고 더구나 단체협약은 개개 조합원의 권리의무의 내용을 결정하는 규범적 효력을 가지는 것으로서 그 체결은 노동조합의 가장 중요한 의사결정이므로 일반적 재산거래 관계에서 단체대표의 법리가 그대로 적용될 수는 없다 할 것이다. 다수의견은 위와 같은 노동조합의 특수성을 인정하면서도 그에 관하여 납득할 만한 아무런 판단도 하지 아니한 채 일반적 재산거래 관계에서의 단체대표의 법리를 그대로 주장의 근거로 삼고 있다. 노동조합 대표자는 일반

적으로는 노동조합을 대외적으로 대표하고 그 재산거래 관계에서는 자기가 행한 법률행위의 효과를 노동조합 자체에 귀속시킬 수 있는 자격을 가지고 있다. 그러나 사용자와의 단체교섭 권한은 일반적인 재산거래 관계와는 다른 집단적인 노사관계에서 단결자치에 근거하여 인정되는 사실행위로서의 교섭을 현실로 행하는 권한으로서 거래관계에서의 대표권한과는 이질적인 것이다. 노동조합 대표자인 단체교섭 담당자는 일상적인 노동조합의 운영과 활동에서 지도기관으로서의 경험과 역할, 조합원의 집단적 의사 대변자로서의 기능과 역할을 교섭의 장에서도 수행해줄 것이 기대되고, 그것은 단결자치에 의해 지지될 때만 법적으로도 의미를 가진다고 할 것이다. 따라서 노동조합의 특수성을 인정하면서도 그에 대한 고려없이 재산거래법상의 단체법리를 그대로 적용한 다수의견은 시민법에 대한 노동법의 특수성을 몰각한 것으로서 부당하다.

다수의견은 법률적 근거로서 헌법 제33조 1항, 노동조합법 제33조 5항, 같은 법 제39조 3호 등을 들고 있다. 그러나 헌법 제33조 1항은 근로자의 노동3권을 보장한 규정이지 단체교섭의 당사자 또는 담당자가 누가 되어야 하는가에 대한 규정이 아니며, 노동조합법 제33조 5항 및 같은 법 제39조 3호는 사용자측의 성실한 단체교섭 응락 및 단체협약 체결 의무를 규정한 것에 불과하고 노동조합 대표자에게 아무런 제한도 없는 단체협약체결권이 있음을 인정하는 근거는 될 수 없다. 따라서 다수의견이 드는 법률적 근거규정 역시 노동조합 대표자의 무제한적인 단체협약체결권을 인정하는 근거가 될 수 없다.

한편 다수의견은 실천적인 문제로서 단체교섭 권한이 있는 자에게 단체협약 체결권이 없다고 한다면 단체교섭 권한 자체가 무의미한 것으로 되고, 노동조합의 자주성과 민주성은 규약이 정하는 바에 따라 대표자를 선출하였거나 교섭권한을 위임하였을 때 이미 실현되었고 단체협약 체결 단계에서 다시 조합원총회의 결의를 거칠 필요는 없다고 주장한다. 그러나 단체교섭 권한이 있는 자의 단체협약체결권에 일정한 제한이 가해졌다고 해서 단체교섭 권한 자체가 무의미하게 된다고는 볼 수 없으며, 이에 대한 다수의견은 지나친 논리비약이라 아니할 수 없다. 비록 단체교섭 담당자와 단체협약 체결권자가 구분된다 하더라도 단체교섭 담당자가 독자적인 의미를 가지는 것은 두말할 여지가 없다. 단체교섭 담당자의 사실행위로서의 단체교섭이 선행되지 않고는 단체협약 체결은 그 자체로서 불가능한 것이다. 그리고 단순히 노동조합 대표자를 선출하

고, 대표자에게 교섭권한을 위임하는 것만으로는 단체협약 체결에 대한 조합원의 민주적인 통제가 실효성있게 확보되었다고 보기 어렵다. 다수의견도 인정하는 바와 같이 단체협약은 조합원의 권리의무에 직접적인 영향을 미치고, 노동조합법은 노동조합의 자주성과 민주성을 보장하고 있으므로 단체협약 체결을 노동조합 대표자에게 아무런 제한없이 방임하는 것은 민주적인 통제에 불충분하다. 그렇기 때문에 노동조합법 제19조 1항 3호는 단체협약에 관한 사항을 조합원총회의 의결사항으로 규정하고 있는 것이다. 그리고 현실적으로 노동조합 대표자가 단체협약 체결과정에서 사용자에 의하여 매수·회유되어 조합원을 배반한 사례가 허다한 사정에 비추어보면 오히려 조합원총회에 의한 민주적인 통제의 필요성은 더욱 절실하다고 보인다.

결국 노동조합법 제33조 1항 소정의 “교섭할 권한”은 노동조합 대표자 등의 사실행위로서의 단체교섭 권한을 의미하는 것이고 단체협약체결권을 당연히 인정한 것이라고 볼 수는 없다.

2) 노동조합 대표자의 단체협약 체결 권한 제한의 위법성

위와 같이 노동조합법 제33조 1항 소정의 “교섭할 권한”을 사실행위로서의 단체교섭 권한을 규정한 것으로 이해한다면 단체협약체결권에 대하여 노동조합의 규약 또는 조합원총회의 결의에 의하여 제한하는 것은 당연히 그 정당성이 인정된다 할 것이다.

한편 설사 다수의견과 같이 노동조합법 제33조 1항의 노동조합 대표자의 교섭할 권한에 단체협약체결권이 포함된다 하더라도 노동조합 대표자의 단체협약체결권이나 체결절차를 제한하는 것은 가능하다고 해야 할 것이다. 주식회사 대표이사의 경우에도 주주의 이해관계에 중대한 영향을 미치는 중대한 재산의 처분행위 등에 대하여는 주주총회의 결의를 거치도록 요구하고 있는데, 하물며 근로자의 사회적, 경제적 지위 향상을 목적으로 하여 사용자와 대립적인 지위에 있는 노동조합 대표자가 사용자와 조합원의 권리의무에 관한 중요한 협약을 체결함에 있어서 조합원의 의결을 거치도록 하는 것은 오히려 당연하다고 할 것이다.

다수의견은 노동조합 대표자의 단체협약체결권을 조합원총회의 결의를 얻도록 함으로써 제한하는 것은 단체협약체결권을 전면적 포괄적으로 제한하여 그

권한 자체를 형해화할 우려가 있어서 위법이라고 한다. 그러나 그러한 정도의 제한을 가리켜 노동조합 대표자의 단체협약체결권을 전면적 포괄적으로 제한한 것으로 볼 수 있을까하는 점에는 의문이 있고, 오히려 조합민주주의를 달성하기 위한 최소한의 견제장치로 볼 수 있을 것이다.

결국 다수의견이 노동조합 대표자의 단체협약체결권을 어떠한 제한도 불가능한 절대적인 권리로 인정하는 것은 논리미약으로서 타당성이 없다 할 것이다.

3) 노동조합 대표자의 단체협약 체결 권한의 제한형식

노동조합 대표자의 단체협약체결권을 제한할 수 있다고 하더라도 그 제한규정을 노사간의 합의로 단체협약에 두는 경우와, 노동조합의 자치규범인 노동조합 규약에 두는 경우가 있을 수 있다. 위 두 경우의 평가를 달리할 필요가 있는가하는 점에 문제가 있을 수 있다.

다수의견은 노동조합 규약에 제한규정을 두는 경우는 물론이고 노사간 합의로 단체협약에 제한규정을 두는 경우도 위법이라는 입장이다. 그러나 사용자가 단체협약 체결절차와 관련하여 노동조합 대표자의 체결권한을 조합원총회의 결의에 의해 제한하는 것에 대해 명백히 수긍하고 합의해주었는데도 이마저 위법이라고 판시한 다수의견은 도저히 납득할 수 없다. 어떠한 각도에서 보더라도 노동조합법 제33조 1항의 '교섭할 권한'이 노사간의 합의에 의해서도 제한할 수 없는 절대적인 권한을 규정한 것이라고는 볼 수 없다.

한편 노동조합규약으로 노동조합 대표자의 단체협약체결권을 조합원총회의 결의에 따르도록 제한하는 경우에도, 이를 단체협약체결권에 대한 전면적이고 포괄적인 제한이 아니라 조합민주주의를 확보하기 위한 최소한의 제한으로 해석할 수 있기 때문에 정당하다. 노사관계에서의 양 당사자는 일반 사적인 재산거래에서의 선의의 상대방의 지위와는 본질적으로 다르다. 사용자와 노동조합은 서로 상대방에 대하여 이미 잘 파악하고 있고, 또 사용자는 노동조합규약을 충분히 숙지하고 노동조합 대표자의 단체협약체결권에 제한이 있음을 단체교섭을 실시함에 있어서 알고 있다. 그렇기 때문에 단체교섭에서 행위의 외관을 중시하여 선의의 거래상대방을 보호할 필요성은 상대적으로 적고 오히려 전체 조합원이 승복할 수 있도록 하는 것이 또 다른 분쟁을 미연

에 막는 방법이 될 것이다.

4) 종합적 평가

결국 위 판결은 조합민주주의 보장과 그에 기초한 건전한 산업민주주의 정착이라는 과제보다는 당장의 사용자의 편의를 위해 정책적인 판단을 한 것으로밖에 이해되지 않는다. 그렇지만 현실적으로 당장 저항에 부딪치고 있고, 장기적으로 보더라도 산업민주주의의 정착에 역기능을 수행하지 않을까 걱정된다.

마. 단체협약상의 인사협의(동의)조항 관련 판결

(1) 사전협의

1) 판결요지

대법원 1992.6.9. 선고 91다41477 판결, 대법원 1992.9.22. 선고 92다13400 판결 등은 노동조합의 간부 등에 대한 인사의 경우, 사전에 노동조합과 협의하도록 한 단체협약 규정에서 말하는 '사전협의'는 '회사의 징계권을 포함한 인사권을 전반적으로 제한하려는 취지에서 회사로 하여금 노동조합의 승인 또는 동의를 얻거나 노동조합과 협의하여 결정하도록 규정하여 회사의 인사권 행사를 회사와 노동조합의 합치된 의사에 따르게 하는 경우와는 달라, 노동조합의 임원 등에 대한 회사의 자의적인 인사권 행사로 인하여 노동조합의 정상적인 활동이 저해되는 것을 방지하려는 취지에서 회사로 하여금 노동조합 임원 등에 대한 인사의 내용을 노동조합에 미리 통지하도록 하여 노동조합에게 징계를 포함한 인사의 공정을 기하기 위하여 필요한 노동조합측의 의견을 제시할 기회를 주고 노동조합으로부터 제시된 의견을 참고자료로 고려하게 하는 정도에 지나지 않는 것이라고 봄이 상당하므로, 노동조합 임원 등에 대한 징계해고가 위와 같은 사전협의를 거치지 아니한 채 행해졌다고 하여 반드시 그 효력이 없는 것이라고 할 수는 없다'고 판시하였고, 위와 같은 취지의 판결례로서 대법원 1992.9.25. 선고 92다18542 판결, 1993.4.23. 선고 92다34940 등 다수가 있다. 그리하여 현재로서는 사전협의의 의미에 대해서는 위와 같은 입

장이 판례로서 정착하고 있는 듯하다.

2) 검토

① 사전협의에 관한 대법원의 위와 같은 해석은 사전협의를 의견참작과 같은 의미로 파악하고 있는 것으로서 지극히 부당하다고 아니할 수 없다. 단체협약상에 사용된 위 용어들이 전문적인 법률용어가 아니라 당사자의 의사해석 문제로, 결국 협약 체결을 둘러싼 교섭의 경과 등을 구체적으로 검토하여 당사자가 어떠한 사정하에서 어떠한 목적으로 그 표현을 사용하였는가하는 당사자의 의사규명 문제라는 점을 인정한다면, 노사 양 당사자들이 '사전협의'를 사용한 경우와 '의견참작'이라는 용어를 사용한 경우를 달리 해석해야 한다는 것은 분명하다. 따라서 사전협의를 의견참작과 같은 의미로 해석하고 사전협의 절차를 전혀 이행하지 않아도 해고의 효력에 영향이 없다는 대법원의 입장은 지극히 부당하여 마땅히 수정되어야 할 것이다.

② 협의가 합의나 동의보다 노동조합의 관여 정도가 낮은 것은 부정할 수 없다. 그러나 적어도 사전협의를 위한 노력을 아예 시도하지도 않은 경우나 사용자의 일방적인 설명이나 형식적으로 양해를 얻는 정도로는 사전협의 절차를 이행하였다고 볼 수 없어서 이러한 경우에는 해고의 효력을 인정할 수 없다고 하여야 한다. 적어도 사전협의를 해고에 대하여 노동조합과 협의하고 그 의견을 충분히 반영함과 아울러 회사가 의도하는 바를 노동조합측에게 충분히 납득시키고 이해시킬 수 있을 정도가 요구된다고 하여야 할 것이다.

그런데도 우리 대법원이 사전협의 절차를 아예 이행하지 아니하더라도 해고의 효력에 영향이 없다고 판시한 것은 사전협의 조항을 무의미하게 하는 것으로서 부당하고, 마땅히 입장의 수정이 있어야 할 것이다.

(2) (사전)동의 또는 합의

1) 일반적인 판결례

일련의 대립자동차해고사건판결들인 1993. 7. 13. 선고 92다45735 판결, 1993. 7. 13. 선고 92다50263 판결, 1993. 8. 13. 선고 92다44725 판결, 1993. 8. 24. 선고 92다34926 판결 등은 "단체협약 등에 규정된 인사협의(합

의)조항의 구체적 내용이 사용자가 인사처분을 함에 있어서 신중을 기할 수 있도록 노동조합이 의견을 제시할 수 있는 기회를 주어야 하도록 규정된 경우에는 그 절차를 거치지 아니하였다고 하더라도 인사처분의 효력에는 영향이 없다고 보아야 할 것이지만, 사용자가 인사처분을 함에 있어 노동조합의 사전동의나 승낙을 얻어야 한다거나 노동조합과 인사처분에 관한 논의를 하여 의견의 합치를 보아 인사처분을 하도록 규정된 경우에는 그 절차를 거치지 아니한 인사처분은 원칙적으로 무효라고 보아야 할 것이다. 단체협약의 인사협의(합의)조항에 조합간부 인사에 대하여는 사전 '협의'를, 조합원 인사에 대하여는 사전 '협의'를 하도록 용어 구분하여 사용하고 있다면, 교섭 당시 사용자의 인사권에 대하여 조합간부와 조합원을 구분하여 제한의 정도를 달리 정한 것으로 보아야 하고, 그 정도는 노조간부에 대하여는 조합원에 대한 사전협의의 경우보다 더 신중하게 노동조합측의 의견을 참작하여야 한다는 정도의 차이가 있는 것으로 볼 수 없는 것이므로, 노조에 대한 인사권의 신중한 행사를 위하여 단순히 의견수렴 절차를 거치라는 뜻의 사전 '협의'와는 달리 노조간부의 인사에 대하여는 노동조합과 의견을 성실하게 교환하여 노사간에 '의견의 합치'를 보아 인사권을 행사하여야 한다는 뜻에서 사전 '협의'를 하도록 규정한 것이라고 해석하는 것이 타당하다"고 판시하였다.

동일한 취지의 판결례로서 대법원 1992. 12. 8. 선고 92다32074 한국중천전 화산업해고사건판결, 1993. 9. 28. 선고 91다30620 판결 등이 있다.

현재의 대법원의 입장은 단체협약에 해고동의(합의) 조항이 규정되어 있는 경우에는 사용자가 노동조합 간부 등을 해고할 때 원칙적으로 그러한 동의(합의)절차를 거쳐야만 하고 이를 거치지 않은 해고는 무효라는 것으로 정리할 수 있다. 그러나 이와 같은 대법원의 원칙적인 입장은 동의권의 포기 내지 남용이라는 명목으로 거의 완전히 폐기되고 만다.

2) 대법원 1994. 3. 22. 선고 93다28553 삼풍공업해고사건 판결

① 판결요지

위 판결은 위 회사의 단체협약에 "제반 인사는 본 협약과 회사의 시규를 존중하되, 노조간부의 인사와 조합원의 해고문제는 반드시 노동조합과 합의하여

야 한다"고 규정되어 있음에도, "단체협약 제34조 1항에서도 '조합은 채용, 해고, 배치전환, 상벌 등의 인사권이 회사에 있음을 인정한다'고 명시한 점과 2항에서 조합간부의 인사와 조합원의 해고문제는 조합과 합의하도록 막연하게 폭넓게 규정하고 있는 점, 제40조에서는 회사가 기업의 축소 또는 부득이한 사유로 인원을 정리하고자 할 때는 60일 이전에 조합에 통보하고 조합과 합의해야 하고, 천재지변 기타 부득이한 사유로 계속 운영이 곤란하여 휴업 또는 폐업을 할 때도 사전에 조합과 합의하도록 규정하여 여기에서도 합의라는 용어를 사용하고 있는 점, 피고회사가 원고에 대한 인사위원회의 징계면직의결이 있을 후 노동조합에 대하여 그 의견을 구하였을 때 노동조합은 징계가 가혹하다고 선처해달라는 회신을 보낸 점 등 단체협약의 전체적인 체계 및 내용에 비추어보면, 조합원의 해고문제는 노동조합과 합의하여야 한다는 단체협약 제34조 2항 소정의 '합의'라는 용어는 피고회사와 노동조합의 합치된 의사에 따르게 함으로써 피고회사의 인사권이나 징계권을 전반적으로 제한하려는 취지에서 규정된 것이 아니고, 조합원에 대한 피고회사의 자의적인 인사권이나 징계권의 행사로 노동조합의 정상적인 활동이 저해되는 것을 방지하려는 취지에서 인사나 징계의 공정을 기하기 위하여 노동조합에게 필요한 의견을 제시할 기회를 주고 제시된 노동조합의 의견을 참고로 하게 하는 취지라고 해석함이 상당하다고 판단한 원심의 조치도 수긍이 가고, ... 위 단체협약상의 '합의'의 의미를 이와 같이 풀이하는 이상 피고가 원고들을 징계면직함에 있어 노동조합과의 합의가 없었다 하더라도 그것만으로 징계면직이 무효로 되는 것은 아니라 할 것"이라고 판시함으로써, 단체협약상의 '반드시 합의'를 여러가지 조작을 거쳐 '합의'로, 대법원은 협의를 의견참작과 동일하게 평가하고 있으므로 결국은 '의견참작'과 동일한 용어로 전환시켜버렸다.

② 검토

위 판결에 대하여는 노동계로부터 격렬한 비난이 제기되었다.¹⁵⁾ 그러나 위

15) 예컨대 박석운, 앞의 글, 4~5쪽. "이 판결은 한마디로 언어도단의 경지라고 말할 수 있다. 단체협약에 '조합원의 해고문제는 반드시 노동조합과 합의하여야 한다'고 규정하고 있는데, 이렇게 명백히 규정되어 있는 조항을 막연하게, 폭넓게 규정되어 있다는 식으로 해석하

판결은 '합의'에 관한 일반적인 해석이 아니고, 위 회사의 단체협약 해석에만 적용될 수 있는 특수한 사례에 불과하다. 위 회사의 단체협약이 제40조에서 천재지변 기타 부득이한 사유로 계속 운영이 곤란하여 휴업 또는 폐업을 할 때도 사전에 조합과 합의하도록 규정하여 이러한 경우에도 "합의"라는 용어를 사용함으로써 "합의"라는 표현에 다소간의 오해의 소지가 있을 수도 있다. 어쨌든 위 판결례를 일반론적으로 파악할 수는 없다 할 것이다.

③ 그럼에도 불구하고 위 판결은 다음과 같은 몇 가지 이유들로 인하여 부당한 판결이라는 비판을 면치 못할 것이다.

첫째, 위 판결은 위 사건 단체협약 조항이 조합간부의 인사와 조합원의 해고문제는 조합과 합의하도록 규정함으로써 사용자의 인사권 중에서도 조합간부라는 한정과 해고문제라는 제한된 범위 내에서 노동조합과의 합의를 요구하고 있다는 점을 간과하고 이를 "막연하게 폭넓게 규정"하고 있다고 판단하고 있는 잘못을 범하고 있다. 또한 위 판결은 이러한 사항들에 관하여 근로자의 관여를 인정하는 것은 마치 사용자의 "인사권이나 징계권을 전반적으로 제한"하는 결과를 초래하는 듯한 우려를 나타내고 있으나, 이는 단체협약의 인사동의조항은 사용자와 근로자간의 단체교섭의 결과 도출된 자유로운 노사간 합의의 산물인 것이며, 사용자는 이 인사동의조항에 의하여 스스로의 인사권에 대한 일정한 근로자의 관여를 허용하는 대가로 근로자의 자발적 협력을 획득한 것이라는 사실을 도외시하고 인사권은 오로지 사용자의 전권에 속하는 것이라는 경영전권론적 전제를 수용하고 있는 것으로서 부당하다.

니 한글해독이 제대로 잘 안되는 수준이 아닌가 의심된다. 도대체 더이상 어떻게 명백히 규정할 수 있는가? 이런 식으로 단체협약을 왜곡 해석하기 시작하면 노사자치규범으로서 단체협약의 의의가 완전히 몰각될 위험이 있다. 이런 억지해석을 본 사람들 중 어느 누가 대법원의 노동법 해석을 신뢰할 수 있을 것인지 걱정된다. 대법원이 노동법질서를 정면으로 짓밟는 폭거를 저지른 것으로 아니볼 수 없다. 대법원의 이런 태도는 노사간의 자율적이고 객관적인 규범정립을 통해 산업평화를 이룩해나가야 된다는 대의에 어긋나고 합리적으로 해석된다면 얼마든지 회피될 수 있는 노사분규를 촉발시키는 악영향을 끼치게 되는 근본적인 문제점이 있다. 그 외에도 이 건의 징계를 결정할 때는 노조와 합의하지 않은 것은 물론이고 노조에게 의견제시할 기회를 주어서 이 의견을 참고로 하여 결정한 것이 아니라 미리 일방적으로 결정해놓고 사후통보한 것에 지나지 않았기 때문에 대법원 판결의 해석대로 하더라도 이 건 해고는 그 정당화요건을 충족하지 못하는 부당해고이다."

둘째, “합의”라는 용어는 당사자의 의사가 합치되는 것을 의미한다는 사실은 일반적으로 잘 알려진 상식적인 개념이라는 점을 생각할 때, “합의”를 요한다라는 당사자의 명시적 의사를 의견을 “참고”하게 하는 취지라고 해석하는 것은 너무나 자의적인 해석이라고 하지 않을 수 없다.

셋째, 합의를 위와 같이 의견참작 정도로 해석하는 것은 당사자의 의사에도 배치되는 측면이 있다. 사실 노동조합은 단체협약에 해고동의조항 등을 넣기 위하여 치열한 투쟁을 전개하는 것이 일반적이다. 사용자들이 통상 해고동의조항 등에 대해 인사권이나 경영권에 해당된다고 하여 단체교섭을 처음부터 거부하기 때문에 교섭에 많은 어려움을 있는 것이 현실이다. 그리하여 노동조합은 이러한 어려움을 극복하고 나아가서 많은 경우에는 쟁의행위까지 돌입하여 노동조합 간부들이 구속되기도 하는 어려움을 거처서 해고동의조항을 단체협약에 규정하였던 것이다. 그런데 법원이 근로자들의 투쟁에 의해 어렵게 획득된 규정을 무의미하게 한다는 것은 있을 수 없는 일이라고 아니할 수 없다.

(3) 동의(합의)권의 포기 또는 남용

1) 판결요지

대법원 1993. 7. 13. 선고 92다45735 판결은 노동조합 간부가 불법쟁의행위로 수배되어 14일 이상 무단결근하자 징계위원회를 개최하기 위하여 노동조합에 통지하였으나 노동조합측 징계위원이 1차에는 불참하고 2차에는 참석하여 징계에 반대한 경우에 대하여 “노사협상의 산물로서 노동조합 간부에 대한 징계해고를 함에 있어 노동조합의 사전합의를 받도록 되었다 하더라도 이는 사용자의 노동조합 간부에 대한 부당한 징계권 행사를 제한하는 것이지 사용자의 본질적 권한에 속하는 피용자에 대한 징계권 행사 그 자체를 부정할 수는 없는 것이므로, 노동조합의 사전합의권 행사는 어디까지나 신의성실의 원칙에 입각하여 합리적으로 행사되어야 할 것인바, 만약 노동조합측 징계위원이 징계위원회의 개최나 심의를 방해하거나 그 방해를 위하여 징계위원회 출석 자체를 거부하고, 또는 출석하더라도 징계사유에 대한 정당한 의견제시를 하지 아니하고 명백하고도 중대한 징계사유가 있음에도 불구하고 피징계자가 노동

조합 간부라는 이유만으로 무작정 징계를 거부하는 등의 행위를 한다면 이는 이른바 합의거부권의 포기나 남용에 해당되어 이러한 경우에는 사전합의를 받지 아니하였다 하여 그 징계처분을 무효로 볼 수 없다”고 판시하였고, 대법원 1993. 7. 13. 선고 92다50263 판결, 대법원 1993. 9. 28. 선고 91다30620 판결은 노동조합 간부들이 불법쟁의행위로 유죄판결을 받자 회사가 징계위원회를 연기까지 하면서 개최하였으나 노동조합측 징계위원들이 불참하거나 반대한 경우에 대해서 “노동조합측에 중대한 배신행위가 이로 인하여 사용자측의 절차의 흠결이 초래된 경우이거나, 또는 피징계자가 사용자인 회사에 대하여 중대한 위법행위를 하여 직접적으로 막대한 손해를 입히고 비위사실이 징계사유에 해당함이 객관적으로 명백하며 회사가 노동조합측과 사전합의를 위하여 성실하고 진지한 노력을 다하였음에도 불구하고 노동조합측이 합리적인 근거나 이유 제시도 없이 무작정 징계에 반대함으로써 사전합의에 이르지 못하였다고 인정되는 경우에는 노동조합측이 합의거부권을 남용한 것이 되어 사용자가 이러한 합의없이 한 해고도 유효하다고 보아야 한다”고 판시하였다.

2) 사용자의 본질적 권한으로서의 징계권 문제

위 판결들은 하나같이 “노사협상의 산물로서 노동조합 간부에 대한 징계해고를 함에 있어 노동조합의 사전합의를 받도록 되었다 하더라도 이는 사용자의 노동조합 간부에 대한 부당한 징계권 행사를 제한하는 것이지 사용자의 본질적 권한에 속하는 피용자에 대한 징계권 행사 그 자체를 부정할 수는 없는 것”이라고 하여 징계권이 사용자의 본질적인 전권사항이라는 전제에 입각하고 있다. 즉 위 판결들은 경영권 또는 경영전권을 이유로 인사권은 사용자에게 있고, 따라서 인사동의조항을 노동조합의 동의없이 징계를 하지 못하는 것으로 해석하는 것은 인사징계 문제에 관한 사용자의 권한을 전면적으로 부인하는 것이므로 인사권에 대한 중대한 침해라는 전제 위에 입각해 있다. 그러나 과연 징계권이 사용자의 고유의 전권사항인가, 노동조합의 합의 없이는 징계권을 행사할 수 없다고 해서 위법하다고 할 수 있는가에는 의문이 있다.

그러나 뒤에서 보는 바와 같이 경영권이라는 독립한 사용자의 권리가 법률상 존재하는 것은 아니고, 더군다나 이것이 불가침의 제한불가능한 절대적 권리가 아님은 더욱 명백하다. 오히려 노동조합이 그 조합원들의 협력에 대한