

6/ 일본형 고용시스템하에서의 고연령자 고용정책*

박효숙



일본의 고연령자 고용

출처: 〈シニアタイム〉 https://senior-job.co.jp/magazine/senior_way_working.

박효숙(朴孝淑) 현재 가나가와대학 법학과 부교수. 도쿄대학 법학정치학 연구과에서 박사학위(법학)를 받았고, 도쿄대학 고령사회종합연구기구의 특임조교를 거쳤다. 주요 저서로 『賃金の不利益変更』(信山社, 2023), 주요 논문으로 「韓国の雇用保険制度の現状と課題: 新型コロナウイルス禍を契機として」(2023), 「日本における「賃金」の集团的・個別的の不利益変更の手法と限界: なぜ賃金は引下げにくいのか」(2020) 등이 있다.

* 본 연구는 JSPS KAKENHI JP19K13480의 조성을 받아 수행한 연구임.

본 연구의 성과는 저자의 견해 등에 근거한 것으로, 소속 연구기관, 자금 배분 기관 및 일본 정부의 견해 등을 반영한 것이 아님.

<https://doi.org/10.29154/ILBI.2023.29.170>

1. 들어가며

최근 한국은 저출산·고령화 문제가 심각한 사회문제로 대두되고 있다. 통계청의 「인구동향조사」에 따르면 한국의 합계출산율은 0.78명(2022년 기준)으로 OECD 국가 중 가장 낮은 출산율을 기록하고 있다. 또한, OECD 국가 중에서 가장 고령화 속도가 빠르며,¹ 노인 빈곤율과 자살률² 또한 가장 높은 것으로 조사되어 고령화 문제는 이미 사회적 위기로 인식되고 있는 분위기다.

한편, 한국보다 앞서 저출산·고령화 문제를 경험한 일본도 저출산·고령화로 인해 총인구가 감소하는 등³ 경제활동을 지탱하는 노동력 인구의 감소⁴와 함께 노동력 인구의 고령화가 심각한 사회문제로 지적되고 있다. 저출산·고령화 문제는 노동인구 감소에 따른 사회보장 급부의 비용을 증가시켜 국가의 재정을 압박할 뿐만 아니라, 각종 사회문제를 야기하는 원인이 되기 때문이다. 이에, 이러한 문제를 해결하기 위하여, 일본 정부는 다양한 정책적 시도를 추진하고 있다.⁵ 본 논문의 관심 분야인 고령화 문제와 관련

1 통계청에 따르면, 전체 인구 중에서 65세 이상 인구는 약 920만 명으로, 2022년 12월 기준 고령인구 비율은 18.0%이다.

2 한국보건사회연구원이 2018년에 발표한 「노인실태조사」를 보면 자살을 생각하는 이유 중의 1위가 바로 경제적 어려움(27.7%)이고 그다음이 건강 문제(27.6%)이다. 또한 2016년 기준으로 우리나라 노인들의 상대 빈곤율(우리나라 중위소득을 100으로 봤을 때 소득이 50%도 되지 않는 노인들의 빈곤율)은 46.7%에 달했다. 이는 OECD 평균 12.1%(2014년 기준)와 비교하면 거의 4배나 높은 수치이다.

3 일본의 인구는 2011년부터 감소세로 돌아섰다. 일본의 총인구 수는 2021년 10월 기준으로 1억 2,550만 명이며, 그중에서 65세 이상 인구는 3,621만 명으로, 총인구에서 차지하는 고령화율은 28.9%이다. 総務省, 「人口推計」 2021년 10월 1일(令和2年国勢調査を基準とする推計値)를 참조.

4 고용정책연구회가 조사한 노동력수급 추계(2019년)에 따르면, 향후에 경제성장과 노동 참가가 적절하게 진전하지 못할 경우에 2025년의 취업자 수는 2017년보다 약 448만 명이 감소하고, 2040년에는 약 1,285만 명이 감소할 것으로 조사되었다. 勞務行政研究所 編, 『高齢者雇用安定法の實務解説(九訂版)』, 勞務行政, 2022, 12쪽.

5 저출산 정책과 관련하여 기시다 후미오(岸田文雄) 총리는 올해 1월 23일의 시정방침 연설에서 출산 지원금을 대폭 늘리는 등의 저출산 대책을 시행할 것을 밝혔다. 이에 일본 정부는 「차원이 다른 저출산 대책」(次元の異なる少子化対策)을 구체화하기 위하여, 2023년 3월 31일, 구체적인 내용을 정리하여 발표하였다. 이에 따르면, 종래 일정한 소득 이상의 세대에는 지급하지 않았던 아동수당의 소득제한을 철폐하고 그 대상 연령을 고등학교 졸업 때까지 연장할 것, 자녀가 3명 이상인 세대(世帯)에는 지급액을 증액할 것 등의 내용을 포함하고 있다. 자세한 내용은 다음을 참조. こども政策担当大臣, 「こども・子育て政策の許可について(試案): 次元の異なる少子化対策の実現に向けて」(2023년

해서는, 고연령자의 활약을 주요 현안 과제로 하여, 일할 의욕이 있는 누구라도 그 능력을 충분히 발휘할 수 있도록, 고연령자가 활약할 수 있는 환경 정비를 추진하고 있다. 예를 들면, 2004년에는 고연령자고용안정법을 개정하여, 사업주에게 65세까지 고용확보조치를 할 것을 의무화하였을 뿐만 아니라, 2020년에는 같은 법을 개정하여 사업주에게 70세까지의 취업 기회를 확보하기 위해 현재 실시하고 있는 ‘고용확보조치’와 더불어 ‘취업확보조치’를 강구하도록 노력할 것을 의무화하였다(자세한 내용은 후술한다).

일본형 고용시스템이란 신규졸업자 일괄 채용, 연공서열형 임금, 종신 고용(정년까지의 장기고용)이라는 3가지 특징⁶을 일컫는다. 즉 일본형 고용시스템은 입구(신규졸업자 일괄 채용)에서 출구(정년퇴직)까지 그리고 그사이의 처우(연공임금, 연공서열)까지도, 정년제도를 기축으로 하여 연령 규범에 근거한 독자적인 법 정책을 완성해 왔다고 할 수 있다. 이러한 상황 속에서 최근 저출산·고령화가 심각한 사회문제로 대두됨에 따라, 종래와 같은 연령 규범에 근거한 정책으로는 저출산·고령화로 인한 노동력 부족 문제 등을 해결하기 어려울 뿐만 아니라 최근의 연금 정책의 전개와 맞물려 고용에서의 연령 제한을 시정해야 할 필요성이 있으며, 나아가 애초에 연령 규범에 근거한 정책은 연령차별에 해당할 수 있다는 지적이 꾸준히 제기되어 왔다.

특히 연령 차별과 관련하여, 다른 여러 나라에서는, 장애인나 성별, 연령 등의 사항은, 남녀차별, 연령 차별과 같이 인권과 관련한 차별금지법제의 대상 사항이다. 예를 들면, 인종차별이나 성차별을 금지하는 미국의 공민권 법(Civil Rights Act)의 혈통을 이어받은 ADEA(Age Discrimination in Employment Act, 1967)는 정년제를 금지하고 있는데, 이러한 영향으로 일본에서도 정년제를 연령차별로 금지해야 한다는 주장이 제기되어 왔다. 이 점에서 정년제

3월 31일).

- 6 ‘신규졸업자 일괄 채용’이란 졸업예정자 학생을 특정 시기에 일괄적으로 채용하는 것을 말한다. ‘연공서열형 임금’이란, 연령이나 근속연수가 많아질수록 급여(임금)가 인상되는 구조로, 기업이 정년까지 일할 장소를 제공하고 고용을 보장하는 ‘종신고용’과 함께 제2차 세계대전 이후의 전후(戰後) 부흥기(1950년경부터 1954년경까지)부터 고도 경제성장기(1955년경부터 1973년경까지)에 형성되었다.

를 연령차별로 보아 강행규정으로 금지해야 하는지, 아니면, 법적으로 위법하지 않다고 인정할 수 있는 여지가 있는지가 문제가 될 수 있다. 일본의 경우, 종래 고연령자고용의 문제는 정년 연령의 점진적인 상향이라는 순수한 정책적인 시책의 측면에서 파악되었으며, 차별의 문제로 접근하는 인식은 지극히 희박하였다. 그러나 고연령자고용을 연령차별의 문제로 파악하는 입장에서 보면, 정년제 자체를 허용할 수 없다는 논의가 나올 수 있다. 실제로 2001년 개정으로 도입된 구(旧)고용대책법 7조(현행 9조)는 연령차별과 통하는 시점을 제시하고 있다. 이에 대해서는 후술한다.

이러한 상황 속에서 최근의 일본 정부는 ‘연령과 관계없이 일할 수 있는 사회’(이하, ‘ageless 사회’)라는 슬로건 아래에,⁷ 다양한 정책을 전개해 오고 있다. 다만 위에서도 언급한 것처럼, 일본의 고용 및 노동과 관련한 다양한 구조는 연령을 기준으로 이루어져 있기 때문에 ageless(age-free) 사회를 법 정책으로 실현해 가는 것은 간단하지 않으며 그 한계도 명확하다. 이에 본 논문에서는, 연령 규범에 근거한 일본형 고용시스템하에서 관련 정책 및 법률이 어떻게 전개되어 왔는지를 살펴보고, 이를 둘러싼 판례의 동향 및 학설의 논의 상황에 대해서 검토한다. 나아가 이러한 검토를 통해 연령 규범으로부터의 탈각(ageless 사회)을 위해 일본 정부가 제시하고 있는 새로운 고연령자 법 정책의 의의 및 한계에 대해 고찰하고자 한다.

2. 연령 규범에 근거한 법 정책의 전개

1) 연령에 근거한 고용시스템의 형성

본 논문에서는 일본의 정년제, 정년 연장, 계속 고용, 연령차별의 금지와 관련한 정책에 대해 살펴보는데, 이들 정책은 모두 기업의 연령에 근거한 고

7 예를 들면 1999년의 「제9차 고용대책 기본계획」은 “장래에는, 고령자가 의욕과 능력이 있는 한 연령과 관계없이 계속하여 일할 수 있는 사회를 실현해 가는 것이 필요하다”고 한다.

용관리 정책을 타깃으로 하고 있다. 그렇다면 애초에 일본의 기업은 왜 연령이라는 지표를 중심으로 고용관리를 해 왔는지를 살펴볼 필요가 있다.

일본에서 연공임금으로 대표되는 연령에 근거한 고용시스템이 형성된 것은 메이지 시대다.⁸ 당시 일본의 근로자는 철새처럼 더 높은 임금을 찾아 빈번하게 이동하는 떠돌이 직공(渡り職工)이 있었고, 이 당시에는 신규 졸업 채용이나 정년퇴직, 연공임금, 연공서열도 존재하지 않았다. 이처럼 근대 일본의 고용관리는 매우 유동적인 노동시장과 연령과는 관계없는 고용관리에서 출발하였다. 이러한 상황 속에서 제1차 세계대전 이후에 노동쟁의가 빈번하게 발생한 것이 계기가 되어, 대기업의 노무관리 제도가 크게 전환되면서 변화가 시작되었다. 대기업을 중심으로 쟁의를 주도한 떠돌이 직공들을 추방하고, 자기 부담으로 양성한 직공을 중심으로 한 고용시스템을 확립한 것이다. 이 시기에 탄생한 것이 정기채용제와 정기승급제, 정년퇴직제이다. 다만 이러한 연령에 근거한 시스템이 적용된 것은 대기업의 본공(本工)들뿐으로, 사회적으로는 아주 일부에 지나지 않았다.

이러한 대기업의 노무관리 제도가 사회 전체로 확대된 계기는 전시 체제의 노동법제에 있었다.⁹ 예를 들어 공장사업장기능자양성령(工場事業場技能者養成令, 1939년)은, 종업원이 50인 이상인 사업장을 대상으로 3년간의 기능자양성을 의무화하여, 대기업의 양성공(養成工) 제도를 중소기업에도 강제하였다. 또한 제2차 세계대전 이전의 연공제는 근속연수에 근거한 보수 제도로 신규 졸업 채용제와 연결되어 사실상 연령에 근거하고 있었는데, 전시 중에 이러한 연령에 근거한 임금제도가 법령으로 정해지게 되었다.

즉 일본 정부는 제1차 임금통제령(賃金統制令, 1939년)에서는 초임금(初任給)의 최고·최저액을 정하였고, 제2차 임금통제령(賃金統制令, 1940년)에서는 모든 근로자의 임금을 대상으로 지역별, 업종별, 남녀별, 연령 계급별로 시

8 이하의 내용은, 濱口桂一郎, 『日本の雇用と中高年』, ちくま新書, 2014, 41쪽 이하; 櫻庭涼子, 『年齢差別禁止の法理』, 信山社, 2008, 23쪽 이하를 참고하여 작성하였다.

9 전시(戰時)의 입법은 전후(戰後)에 모두 폐지되었으나, 당시에 법률로 강제하던 구조는 노동조합운동으로 더욱 강화되었다.

간당 임금을 정하였다.¹⁰ 그리고, 1939년에는 퇴직적립금 및 퇴직수당법을 제정하여 퇴직금의 지급을 중소기업에도 의무화하였는데, 이를 계기로 55세 정년제가 보급되었다. 전시 중에는 심각한 노동력 부족으로 정년제를 일시적으로 폐지하는 기업도 있었지만, 전후에 생산 설비가 황폐해지면서 그 복원 등에 노동력이 과잉 공급됨에 따라 고용조정을 할 필요가 생겼다. 이러한 상황 속에서 당시의 정년제는 전시의 생산을 위하여 과잉 공급되었던 고령자를 배출할 필요가 있었던 경영자 측과 고용보장이라는 측면에서 정년제의 도입을 찬성하였던 노동자 측의 이해관계¹¹가 일치하면서 퇴직금 제도와 함께 중요한 근로조건의 지위를 확립하게 되었다.¹²

한편 1955년 이후의 급속한 고령화의 진전과 1970년대의 오일쇼크를 계기로 일본경제가 저성장 시대로 진입하는 과정에서, 55세라는 정년 연령을 의문시하는 기류가 형성되었다. 이에 정년제를 정면에서 논한 최초의 정책문서인 1972년 8월의 고용정책조사연구회 중간보고를 시작으로, 1973년부터는 정년 연장이 고령자고용대책과 관련한 가장 중요한 과제로서 추진되었다.¹³

2) 정년 연장과 관련한 법 정책

현행 「고연령자 등의 고용의 안정 등에 관한 법률」(이하, 고연령자고용안정법)은, 정부의 고연령자 고용정책이 입법의 형태로 구체화한 1986년에 「중·고연령자 등 고용의 촉진에 관한 특별조치법」(1971년 5월 25일 제정. 이하, 「중고연령자고용촉진특별법」)을 전면적으로 개정하여 제정되었다. 중고연령자고용촉진특별법은, 중고연령자의 취직을 촉진하기 위하여, 법 시행 초기에는 직종

10 이러한 배경에는 황국(皇國)의 산업 전사(戰士)인 근로자와 그 가족의 생활을 보장하는 것을 임금제도의 목적으로 생각한 황국 근로관의 강한 영향이 있었다고 한다.

11 濱口桂一郎, 『日本の雇用と中高年』, 89쪽.

12 1955년경의 정년제 보급률은 대기업에서는 거의 100%, 중소기업에서는 70~80%에 달했다. 櫻庭涼子, 『年齢差別禁止の法理』, 26쪽.

13 濱口桂一郎, 『日本の雇用と中高年』, 90쪽 이하. 1973년에는 고용대책법을 일부 개정하여, '정년 연장의 원활한 실시를 촉진하기 위해 필요한 시책을 충실히 할 것'을 국가의 시책으로 하였다(3조 1항 4호의 2).

별로 45세 이상의 중고연령자, 1976년의 개정 이후에는 기업 단위로 55세 이상의 고연령자의 고용률을 정하여, 일정 비율 이상의 중고연령자의 고용을 노력 의무로 정하고 있었다.¹⁴ 하지만 이와 같은 시책은 그다지 실효성이 없었기에, 1986년 4월 30일 같은 법을 발본적으로 개정(昭和61年4月30日法律第43号, 1986년 10월 1일부터 시행)하였고, 그 명칭도 「고연령자 등의 고용의 안정 등에 관한 법률」로 변경하였다. 개정 고연령자고용안정법은, 우선, 60세 정년제를 노력 의무[사업주가 정년을 정하는 경우에는 '정년 연령은 60세를 밑돌지 않도록 노력해야 한다'(4조)]로 정하고, 60세 정년제를 촉진하는 홍보활동이나 조성금을 지급하는 등 종합적인 시책을 전개하여 60세 정년제를 보급하였다.¹⁵ 비록 노력 의무를 부과한 것에 지나지 않았지만, 60세라는 구체적인 연령을 처음으로 법문상에 명기한 점에 그 의의가 있었다.¹⁶

그 후 고연령자고용안정법은 1990년에 개정되어, 사업주는 65세까지 고연령자의 고용을 확보하기 위해서 노력해야 한다는 노력 의무 규정이 신설되었다. 이에 사업주는 정년에 도달한 자가 해당 사업주에게 재고용되는 것을 희망할 경우에는, '그 자가 65세에 도달할 때까지 그자를 고용하도록 노력'(구법 4조의 5)할 의무가 있었다.

나아가 1994년의 개정 시에는, 사업장 내에 정년제를 도입한 사업주가 정년을 정하는 경우 그 연령을 60세 이상으로 할 것을 의무화하는 규정이 신설되었다(구법 4조, 현행 8조, 1998년 4월 1일부터 시행). 다만 60세 미만의 정년을 정하는 것을 금지한 것은 연령을 이유로 한 차별을 규제하기 위한 것이 아니라, '고연령자의 안정된 고용 확보의 촉진, 고연령자 등의 재취직의 촉진, 정년 퇴직자 기타 고연령 퇴직자에 대한 취업 기회의 확보'를 통해 '고

14 水町勇一朗, 『詳解労働法(第2版)』, 東京大学出版会, 2021, 1008쪽.

15 水町勇一朗, 『詳解労働法(第2版)』, 1009쪽.

16 이러한 노력 의무가 제정되기 이전에는 정년과 관련한 정책은 존재하지 않았다. 1973년의 개정 고용대책법에는 국가가 정년연령을 상향하기 위해 원조를 한다는 규정이 있었는데, 이를 받아 고연령자 고용개발협회((独)고령·장애·구직자 고용지원 기구의 전신 중의 하나임)가 정년 연장을 위한 조연 업무를 하였다. 이러한 예산 조치 수준의 정책이 1986년의 개정으로 법률상의 권리 의무로 규정된 것이라고 한다. 자세한 내용은 濱口桂一郎, 「日本の高齢者雇用政策: 高齢者雇用安定法を中心に」, 『エルダー』498号, 2021, 7쪽.

연령자 등의 직업의 안정과 기타 복지 증진을 도모함과 더불어, 경제 및 사회의 발전에 기여'하는 것에 그 목적이 있었다(같은 법 1조를 참조).

한편 이와 같은 개정의 배경으로는 저출산·고령화에 따른 노동력의 확보나 근로자(노동조합)의 요청에 대응할 필요가 있었던 것 등이 제기되고 있지만, 가장 큰 이유로는 후생 연금의 지급개시 연령의 단계적 상향(60세에서 65세)으로 인한 공백을 메울 필요가 있었기 때문이다. 1994년의 연금 개정으로 기초연금 부분의 지급개시 연령이 2001년부터 3년마다 한 살씩 상향되어 2013년에는 65세가 되는 상황에서, 1994년에 고연령자고용안정법을 개정하여 60세 정년을 의무화한 것이다.¹⁷ 법 개정으로 인하여 규제는 강화되었지만, 종래의 일련의 정책을 전제로 하고 있다는 점에서 커다란 변화는 없었다. 즉 '60세까지는 고용으로', '60세부터 64세까지는 고용과 연금으로', '65세 이후부터는 연금으로'라는, 말 그대로 연령을 기준으로 하는, 연령과 밀접한 관계가 있는 은퇴 과정의 모델을 전제로 하고 있었다.¹⁸

1994년의 법 개정과 관련하여 주목할 점은, 60세 정년 의무화 규정을 법문상으로 명기하기 이전부터 일본의 많은 기업에서는 노사가 자율적으로 정년을 60세로 연장하고 있었다는 점이다. 후생노동성의 조사 결과에 따르면,¹⁹ 1976년 당시에 60세 정년을 도입하고 있던 기업은 약 35.9%에 불과(55세 이하는 47.6%, 55~59세는 15.9%)하였으나, 60세 정년제를 노력 의무로 정하고 있었던 1986년에는 약 56.6%의 기업이 60세 정년을 도입하고 있었다(55세 이하는 26.8%, 55~59세는 16.6%). 그리고, 60세 정년제를 강행적 의무로 정한 1994년에는 이미 약 84.1%의 기업이 60세 정년을 도입(55세 이하는 8.1%, 55~59세는 7.8%)하고 있었다. 일본 정부가 60세 정년을 노력 의무로 정하고

17 이러한 법 개정과 함께, 65세까지의 계속고용제도의 도입·개선 계획을 작성하도록 후생노동대신이 지시할 수 있다는 내용도 규정되었다(1994년 법 3조의 3, 4조의 4). 그리고 2000년에는 보수비례 부분에 대해서도 연금 지급개시 연령이 상향됨에 따라 다시 고연령자고용안정법이 개정되어, 계속고용을 위한 노력 의무에 더해 정년 연장이라는 선택지가 추가되었다(2000년 법 4조의2).

18 東京大学労働法研究会 編, 『注釈労働基準法(上)』, 有斐閣, 2003, 344쪽[森戸英幸 집필 부분].

19 오학수, 「일본의 고령화와 60세 정년 연장 정책 및 고용 문제에 대한 노사 대응」, 안종태 외, 『정년 60세 시대 인사관리: 이렇게 준비하자』, 호두나무, 2014, 65쪽.

있던 시기에도, 당시 대부분의 기업에서는 정년제가 광범위하게 보급되어 있었고, 1994년의 법 개정은, 이러한 보급 상황에 기반한 것이라고 할 수 있다.

3) 고연령자고용안정법 8조 위반의 효과

60세 이상 정년을 의무화한 고연령자고용안정법 8조는 사법상으로도 강행 규정으로 해석되기 때문에, 사용자가 8조에 위반하여 60세 이하의 정년 연령을 정하는 취업규칙이나 단체협약을 작성하는 경우에는 8조의 단서 규정에 해당하는 경우를 제외하고 그 정년은 무효가 된다.

위와 같은 이유로 정년이 무효가 되는 경우에는, 학설상으로는²⁰ ① (정년제를 도입한 당사자의 의사를 생각하면) 60세 이하 정년 연령을 정한 부분만이 무효가 되므로, 60세 정년을 정한 것이 된다고 보는 견해²¹와 ② 정년이 무효가 된 이후에는 정년을 정하지 않은 상태가 된다고 보는 견해²²가 대립하고 있다. 각각의 대표적인 견해를 보면, 우선 ①의 결론을 지지하는 견해는 구(旧)법 4조(현행 8조)의 규정은, (a) 노력 의무 규정을 계승했다는 입법 경위를 근거로 들어, 60세 이하 정년 연령을 정하고 있는 경우에는 정년제 자체가 존재하지 않는 것이 아니라 정년 연령을 60세로 하는 것에 그 목적이 있기 때문에, 정년 연령이 60세 이하인 경우에는 정년 연령을 60세로 상향하면 법의 목적을 달성할 수 있으며, (b) 원래 사업주(또는 노사)는 정년제를 도입할 의사가 있었기 때문에, 구(旧)법 4조를 위반(현행 8조)하는 경우에도 정년제 자체는 유지되고 그 대신에 정년 연령을 60세로 한다고 하는 편이 사업주(혹은 노사)의 의사에 부합한다는 것을 그 근거로 들고 있다.

이에 대하여 ②의 결론을 지지하는 견해는 (a) 고령자고용안정법에는

20 이하의 내용은 朴孝淑, 「日韓における高年齢者雇用政策と定年制をめぐる不利益変更問題について」, 『ソフトロー研究』 第25号, 2015, 98쪽 이하를 참조.

21 岩村正彦, 「変貌する引退過程」, 岩村正彦 他 編, 『岩波講座・現代の法12「職業生活と法」』, 岩波書店, 1998, 354쪽 등이 있다.

22 荒木尚志, 『労働法(第5版)』, 有斐閣, 2022, 368쪽; 菅野和夫, 『労働法(第12版)』, 弘文堂, 2019, 109쪽 등이 있다.

노동기준법 13조와 같은 보충효(補充効) 규정이 없을 뿐만 아니라,²³ 2004년도의 개정으로 인하여 고연령자고용안정법 9조 1항에서 60세 정년제에 대해서도 사용자는 3가지의 고연령자고용확보조치(자세한 내용은 후술한다) 중에서 반드시 하나를 선택할 것을 의무화하고 있어, 당사자의 의사를 60세 정년제로 해석하여 보충하는 것이 반드시 타당하다고는 할 수 없는 점, (b) 공적 연금의 지급 개시 연령이 이미 60세를 넘은 점, (c) 고령자고용안정법 8조 위반의 상태를 당사자 자신이 해소하는 인센티브를 부여해야 하는 점, (d) 일단 정년제가 없는 상황이 되더라도 취업규칙의 합리적 변경으로 정년제를 설정하는 것은 가능하다는 점 등을 들어 정년을 정하지 않은 상태로 된다고 해석하는 것이 타당하다고 한다.²⁴ ②의 결론을 지지하는 견해에서 지적하고 있는 것처럼, 2004년도의 법 개정으로 고연령자고용확보조치가 의무화됨에 따라 사용자는 3가지 선택지(정년의 연장, 계속고용제도의 도입, 정년제의 폐지) 중에서 반드시 한 가지를 선택해야만 하는 상황인 점이나 공적 연금의 지급개시 연령이 65세인 점 등을 고려하면,²⁵ ②의 결론이 타당할 것으로 생각된다.

이 문제가 쟁점이 된 사례²⁶를 보면, 2000년 10월에 취업규칙상의 58세 정년제를 60세 정년제로 변경하고, 이와 거의 동시에 58세 이후부터 60세까지의 기간에는 기본급을 30% 감액하는 내용의 조항이 취업규칙에 포함된 사건에서, 재판소는, 60세 미만의 정년제를 정하고 있는 취업규칙 등의

23 노동기준법 13조는 “이 법률에서 정하는 기준에 미달하는 노동조건을 정한 노동계약은, 그 부분에 대해서는 무효로 한다. 이 경우에, 무효가 된 부분은, 이 법률에서 정하는 기준에 따른다.”라고 하여, 노동기준법에서 정하는 기준에 미달하여 무효가 된 부분을 보충하는 보충효(補充効) 규정을 두고 있다.

24 다만 두 가지 견해 모두 고연령자고용안정법 8조의 사법적 효력은 인정하고 있다.

25 일본의 공적연금은 기초연금(20세 이상 60세 미만의 국민을 피보험자로 하는 국민연금)과 후생연금(회사원이나 공무원 등이 가입)의 2층 구조로 되어 있다. 기초연금의 수급 연령은 제도 발족 당초부터 65세이고, 후생연금의 지급개시 연령은 제도 발족 당시(1944년)에는 남녀 모두 55세였으나, 그 이후에 여러 차례의 개정을 통해 2025년까지(여성은 2030년까지) 65세를 향해 점진적으로 상향된다. 자세한 내용은 다음을 참조, 박효숙, 「일본의 고령기 소득보장제도: 고연령자에 대한 고용정책과 연금정책의 접속(관계)을 중심으로」, 『사회보장법연구』 제6권 제2호, 2017, 39쪽 이하.

26 牛根魚業協同組合事件・福岡高裁宮崎支部判決平成17・11・30労働判例953号, 71쪽. 이러한 고등재판소의 결론은 최고재판소(한국의 대법원에 해당함)에서 확정되었다.

규정이 고연령자고용안정법에 저촉하는 경우에는 ‘사법상으로도 당연히 무효’가 되고, 그 결과 해당 사업주는 ‘정년제를 정하지 않은 상태가 되는 것으로 해석하는 것이 타당’하다고 판시하였다.

3. 고연령자 고용정책의 새로운 전개

1) 연령차별 금지정책의 등장

위에서 살펴본 것처럼, 1970년대부터 1990년대에 걸친 일본의 고용 및 노동정책은, 기업이 만들어 온 연령에 근거한 고용관리를 전제로, 모순되지 않는 방향으로 발전해 왔는데, 이러한 정책 방향은 1990년대 말경부터 변화가 나타나기 시작한다. 즉 이제까지 일본 기업이 완성해 온 연령에 근거한 고용시스템을 부정하여, 향후에는 연령차별을 금지하는 방향으로 정책을 전개해 가고자 한 것이다. 1999년 7월 각의 결정(閣議決定)한 「경제사회의 바람직한 모습과 경제 신생(新生)의 정책방침」²⁷에 따르면, “정년제는 정년 연령이 되면 의욕과 능력에 관계없이 고용계약을 종료한다는 측면이 있는 반면에, 그 연령까지는 대충 고용이 보장된다는 제도로, 연공서열형 임금체계나 승진 시스템과도 밀접한 관계가 있다. 향후 개인의 능력이나 공헌도에 따른 임금·처우 제도의 보급 상황 등에 근거하여, 고령자의 고용 촉진이라는 관점에서 연령차별의 금지라는 사고방식에 대해 정년제와 비교하여, 검토해 갈 것이 요구된다. 그 검토에 근거하여, 고령자고용대책을 추진한다.”라고 하는데, 여기에는 위와 같은 정책의 방향성이 잘 나타나고 있다.

정부의 연령차별 금지정책이 가장 먼저 실현된 것은, 근로자의 모집 및 채용의 국면이다. 종래 대부분의 일본 기업에서는 모집 및 채용에서 연령 제한을 두고 있었는데, 모집 및 채용에서의 연령 제한을 금지하는 법령이 존재하지 않았기 때문에 기업의 계약의 자유 및 채용의 자유가 보다 존중

27 濱口桂一郎, 「高齢化社会と労働法政策」, 岩村正彦 編, 『高齢化社会と法』, 有斐閣, 2008, 178쪽.

되어 왔다. 이러한 상황 속에서 2001년에 고용대책법을 개정하여 “사업주는 근로자가 그가 가지는 능력을 유효하게 발휘하기 위해 필요하다고 인정되는 때에는, 근로자의 모집 및 채용에 대해, 그 연령과 관계없이 균등한 기회를 주도록 노력하지 않으면 안 된다.”(7조)라는 규정을 마련하였다. 당시에는 노력 의무에 지나지 않았으나 이후에 2007년 6월 1일의 개정에 따라, 「노동시책의 종합적인 추진 및 노동자의 고용 안정 및 직업생활의 충실 등에 관한 법률」(이하, 노동시책추진법)²⁸은 “사업주는 근로자가 그가 가진 능력을 유효하게 발휘하기 위해 필요하다고 인정되는 경우, 후생노동성령이 정하는 때에는, 사업주는 근로자의 모집 및 채용에 대하여 후생노동성령에서 정하는 바에 따라 그 연령과 관계없이 균등한 기회를 주지 않으면 안 된다.”[구(旧) 고용대책법 10조(2007년 10월 1일부터 시행), 현행 9조]라고 하여, 모집 및 채용 시의 연령 제한을 원칙적으로 금지하였다.

다만 같은 법은 시행규칙에서 사업주가 모집 및 채용 시에 연령에 의한 제한을 필요 최소한의 것으로 하는 관점에서 보아 합리적인 제한을 한 경우(현행 시행규칙 1조의 3)에는, 9조의 예외를 인정하고 있다. 예를 들면 ① 장기간의 계속 근무에 따른 직무에 필요한 능력의 개발 및 향상을 도모할 것을 목적으로 청소년 기타 특정 연령을 하회하는 근로자의 모집 및 채용을 하는 경우, ② 해당 사업주가 고용하는 특정 연령의 범위에 속하는 특정 직종의 근로자 수가 부족하고 후생노동대신이 정하는 조건에 적합하며, 해당 직종의 업무 수행에 필요한 기능 및 이에 관한 지식의 계승을 도모할 것을 목적으로 특정 근로자의 모집 및 채용을 하는 경우, ③ 예술 또는 예능 분야에서 표현의 진실성 등을 확보하기 위해 특정 연령의 범위에 속하는 근로자의 모집 및 채용을 하는 경우, ④ 고연령자의 고용 촉진을 목적으로, 특정 연령 이상의 고연령자(60세 이상의 자로 한정)인 근로자의 모집 및 채용을 하는 경우, 또는 특정 연령의 범위에 속하는 근로자의 모집 및 채용을 하는 경우(해당 특정 연령의 범위에 속하는 근로자의 고용 촉진에 관한 국가의 시책을 활용하려고 하는

28 2019년 4월부터 고용대책법에서 명칭이 변경되었다.

경우에 한정)이다.

나아가 고연령자고용안정법은 2004년의 개정으로 “사업주는 근로자를 모집 및 채용하는 경우에 부득이한 이유로 일정 연령(65세 이하의 자로 한정)을 하회할 것을 조건으로 하는 때에는, 구직자에 대하여 후생노동성령에서 정하는 방법에 따라 해당 이유를 제시하지 않으면 안 된다.”[구(旧) 18조의 2(2004년 12월 시행), 현행 20조]라고 하여, 위의 노동시책추진법 9조[구(旧) 고용대책법 10조]를 보충하는 내용을 규정하였다.

이러한 점에서 고용의 입구(모집 및 채용의 단계)라는 국면에서는 일본에서도 연령차별의 금지라는 규범이 도입되었다고 할 수 있지만, 2007년의 개정은 어디까지나 연령을 기준으로 한 일본적 고용 관행과 저촉되지 않는 한도 내에서 연령차별 금지의 규범을 인정한 것이라고 할 수 있다. 이 같은 개정 내용에 대해서는, 기업의 채용 자유를 제한하는 것이 고령자의 고용 촉진을 위해 바람직하다고 할 수 있는지에 대한 비판과, 정부가 연령과 관계 없이 일할 수 있는 사회(ageless 사회)를 지향하면서도 정년제를 기축으로 하는 장기고용 시스템(고용의 출구)은 그대로 유지하고 있는 등, 정책의 내용이 다소 뒤죽박죽이라는 비판이 있다.²⁹

그와 관련하여 2017년의 후생노동성의 조사에 따르면, 노동시책추진법의 개정으로 인하여 표면적으로 보면 모집 연령을 제한하는 비율이 점진적으로 줄어들었지만, 연령 불문의 구인을 하면서도 실제로 서류나 면접으로 선고할 때는 연령을 이유로 들어 채용하지 않는 등 여전히 법에 반하는 사례가 보인다고 지적하고 있다. 이러한 조사 결과에 대해서는, 9조 위반에 대해서는 벌칙이 없을 뿐만 아니라 법 위반 시에 기업명을 공표하는 등의 제재조차 존재하지 않는 점, 나아가 사법 구제라는 측면에서는 그 입증이 곤란한 점이나 구제 방법의 한계 등으로 응모자가 연령 제한을 이유로 한 불채용을 다투기가 어려운 점 등을 들어, 법규범의 실효성에서 보아도, 한정

29 森戸英幸・川口大司, 「高齢者雇用: 『エイジ・フリー』の理念と法政策」, 荒木尚志 他 編, 『雇用社会の法と経済』, 有斐閣, 2008, 66~67쪽.

된 연령차별금지라는 지적도 있다.³⁰

이제까지 일본의 고용 및 노동에 관한 다양한 구조는, 연령을 기준으로 전개되어 왔기 때문에 연령 이외의 기준이 마련되어 있지 않은 상황 속에서 연령차별 금지를 법 정책으로 실현하는 것은 말처럼 쉽지 않다. 연령에 관계없이 일할 수 있는 사회란, 연령에 관계없이 해고할 수도 있는 사회를 의미한다. 예를 들어 연령차별 금지정책으로 정년제를 폐지하면, 이는 더 이상 일본형 고용시스템(정년까지의 고용보장)을 유지하지 않겠다는 것을 의미하기 때문이다. 이에 일본 정부는, 일본형 고용시스템을 유지하면서도 연령과 관계없이 일할 수 있는 사회를 실현하기 위하여, 다양한 정책적 시도를 추진하고 있다. 예를 들면 고연령자고용안정법에서 정하고 있는 고연령자 고용확보조치 및 고연령자 취업확보조치가 있다. 특히 2004년의 개정 고연령자고용안정법은, 정년 연장뿐만 아니라 정년제의 폐지가 고용확보 수단을 위한 선택지의 하나로 실정법상 명문화되어 주목받았다. 이에 아래에서는 현재 일본 정부가 시행하고 있는 고연령자 고용확보조치 및 고연령자 취업확보조치를 중심으로 검토한다.

2) 65세까지의 고용확보(의무)

(1) 고연령자 고용확보조치

2001년부터 2013년에 걸쳐서 공적연금(후생연금)의 정액 부분의 지급개시 연령이 단계적으로 상향됨에 따라, 일본의 고연령자고용정책은 새로운 국면을 맞이하게 된다. 2003년 7월의 「향후의 고령자고용대책에 관한 연구회」 보고서에서는, 60세 정년제를 기반으로 하는 대책을 ‘정년 연령의 상향을 기본으로 하는 대책으로 65세까지의 고용확보를 기본으로 하며, 이와 더불어 65세까지의 다양한 일하는 방식을 지원하는 대책’으로 전환하여 간다

30 柳澤武, 「高齢者の雇用と法: 超長寿時代のディーセント・ワーク」, 日本社会保障法学会 編, 『高齢者法の理論と実務/生活困窮者自立支援の法的仕組み(社会保障法第35号)』, 法律文化社, 2019, 67쪽.

는 의견이 제시되었다. 이 연구회 보고서에 근거하여 노동정책심의회는 같은 해 9월부터 검토를 시작하여 2004년 1월에 「향후의 고령자고용정책에 관하여(보고)」를 건의하였고, 같은 해 6월에는 고연령자고용안정법이 개정(2006년 4월 시행)되었다.³¹ 2004년의 개정으로 사업주에게는 ‘고연령자 고용 확보조치’를 실시할 의무가 부과되었다(9조).³²

이에 따르면 65세 미만의 정년을 정하고 있는 사업주는 고연령자에게 65세까지의 안정된 고용을 확보하기 위해서, ① 정년 연령의 상향, ② 계속 고용(재고용) 제도의 도입, ③ 정년제의 폐지 중에서 반드시 하나를 선택하여 실시하여야만 한다(이하, ‘고연령자 고용확보조치’).³³ 이러한 개정 내용은 비록 부분적이기는 하지만, 연령차별 금지 정책을 추진하고자 하는 일본 정부의 정책 방향이 반영된 결과라고 할 수 있다. 다만 일본 정부가 정년제의 폐지(③)를 일률적으로 의무화하지 않고, 하나의 선택지로 도입한 것에 그친 이유에 대해서는 “정년제를 시작으로 연령이라는 요소가 아직 큰 역할을 담당하고 있고, 연령을 대신할 기준이 확립되어 있지 않은 우리나라 고용관리의 실태에 비추어 보면 … 노동시장의 혼란을 초래할 염려가 있어 곤란하”³⁴기 때문이라고 한다. 종래의 고연령자 고용정책은 정년제의 존재를 전제로 하여 정년을 연장하는 방향이었다고 한다면, 2004년의 개정에서는, 비록 하나의 선택지이기는 하지만, 정년제의 폐지라는 선택지가 실정법상 명문화되었다는 점에서 주목할 만하다.³⁵

31 櫻庭涼子, 『年齢差別禁止の法理』, 30쪽.

32 다만 경과 조치로서 2006년 4월부터는 62세, 2007년 4월부터는 63세, 2010년 4월부터는 64세, 2013년 4월부터는 65세로 정하여 2013년까지 단계적으로 실시되었다(부칙 4조를 참조). 이러한 규정을 위반한 사업주에 대해서는 후생노동대신(한국의 노동부 장관에 상당함)이 필요한 지도 및 조언을 할 수 있다(고연령자고용안정법 10조).

33 2006년 4월부터 고연령자 고용확보조치의 도입이 의무화됨에 따라, 정년 연령을 60세로 설정한 기업의 비율은 2006년의 90.5%에서 2017년에는 79.3%로 감소하였다. 그 대신에 정년 연령을 65세 이상으로 설정한 기업의 비율은 2006년 6.4%에서 2020년에는 20.9%로 증가하였다. 労務行政研究所編, 『高齢者雇用安定法の実務解説(九訂版)』, 33쪽.

34 今後の高齢者雇用対策に関する研究会, 『今後の高齢者雇用対策について: 雇用と年金との接続を目指して』, 2003.

35 柳澤武, 「年利差別」(森戸英幸・水町一郎 編, 『差別禁止法の新展開: ダイヴァーシティの実現を目指して』, 日本評論社, 2008, 145쪽 이하)에서는 2004년의 개정으로 연령과 관계없이 계속하여 일할 수 있는 ‘가능성’을 제시하는 정책으로 이행하였다고 평가한다. 森戸英幸・川口大司, 「高齢者雇用: 『エイ

한편, 계속고용제도(②)와 관련하여, 개정 당시의 고연령자고용안정법 9조 2항은 “사업주는 해당 사업소에, 근로자의 과반수로 조직한 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직한 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자와의 서면에 의한 협정으로, 계속고용제도의 대상이 되는 고연령자와 관련한 기준을 정하여, 해당 기준에 근거한 제도를 도입한 때”에는 계속고용제도의 도입이라는 조치를 강구한 것으로 간주한다는 내용을 규정하고 있었다. 이는 기업의 실정을 고려하여 노사가 유연하게 대응할 수 있도록 고려한 것이지만, 이 규정을 둘러싸고는 사업주가 노사 협정으로 계속고용제도의 대상자를 선별할 수 있었기 때문에, 계속고용을 희망하는 고연령자가 대상자에 포함되지 못하는 등 제도의 부작용도 적지 않게 발생하였다. 나아가 계속고용 대상자를 한정할 수 있는 제도로는 단계적으로 상향되는 공적연금의 지급개시 연령까지, 무연금·무수입인 고령자가 발생할 수 있다는 문제도 있었다. 이에 2012년에 고연령자고용안정법을 개정하여, 2013년부터는 대상자를 선별할 수 있는 구조를 원칙적으로 폐지하여, 계속고용을 희망하는 모든 근로자를 계속 고용할 것을 사업주에게 의무화하였다.³⁶ 또한 이미 대상자를 한정할 수 있는 고용확보조치를 강구하고 있던 경우에도 공적 연금의 지급개시 연령의 상향에 맞추어 대상자를 선별할 수 있는 상한 연령을 65세까지 단계적으로 상향하도록 하였다.

후생노동성의 「고연령자 고용 상황 등 보고서」의 집계 결과(2022년 12월)³⁷에 따르면, (정년이 60세인 기업의 경우에) 65세까지 고연령자 고용확보조치를 시행하고 있는 기업은 99.9%(235,620사(社))로, 대기업과 중소기업 모두 99.9%의 실시율을 보인다. 이 중에서 계속고용제도(②)를 실시하고 있는 기

ジ・フリー』の理念と法政策」, 62쪽.

36 나아가 2012년의 개정에서는 계속고용제도의 대상이 되는 고연령자를 고용하는 기업의 범위를 50%의 의결권을 가진 자회사 및 20% 이상의 의결권을 가진 관련 회사 등(특수관계 사업주)에도 확대하여 2013년 4월부터 시행하였다(9 조 2항, 고연령자고용안정법 시행규칙 4조의 3등 참조).

37 이하의 조사 결과는 후생노동성의 「고연령자 고용 상황 등 보고서」의 집계 결과(2022년 12월)를 참고하여 작성하였다.

업은 전체 기업 중 70.6%로 가장 높은 비율을 차지하고 있으며,³⁸ 정년 연령의 상향(①)을 실시하고 있는 기업은 25.5%, 정년제의 폐지(③)를 실시하고 있는 기업은 3.9%의 순으로 조사되었다. 현재 정년제의 폐지를 실시하고 있는 기업은 극소수에 불과하지만, 고용의 출구라는 국면에서 연령차별의 금지라는 규범이 일본에도 도입되었다는 점에 그 의의가 있다.

(2) 고연령자 고용확보조치 위반의 효과

위에서 살펴본 바와 같이, 정년제를 제도로서 시행하고 있는 사업주는 위에서 말한 3가지 고연령자 고용확보조치 중에서 반드시 하나를 선택하여 실시할 의무가 있다. 다만 의무라고는 하지만 그 의무를 위반한 사업주에 대한 벌칙은 없고, 사업주가 행정지도의 대상이 되는 것에 그친다(위반한 기업에 대해서는 지도·조언·권고·권고 위반의 공표 등이 예정된다(고연령자고용안정법 10조를 참조)). 그렇다면 이러한 공법상의 효과 이외에 고연령자고용안정법 9조 1항 위반에 대하여 사법상의 효력까지도 인정할 수 있는지가 문제된다. 학설상으로는 9조 1항의 고연령자 고용확보조치는 ① 사법적 효력은 없다는 견해와 ② 사법상의 강행규정으로 해석하는 견해가 대립하고 있다.³⁹ 먼저 사법적 효력은 없다(①)는 견해에 따르면,⁴⁰ 고연령자 고용확보조치는 공법상의 조치에 지나지 않기 때문에, 사법상의 강행적 효력은 가지지 않는다고 본다. 다만 이러한 견해에 의하더라도, 위의 3가지 선택지 중에서 어느 한 가지 조치도 실시하지 않은 경우에는 사법상으로도 불법행위로서 손해배상 책임이 발생할 가능성이 있다.

이에 대해 사법상의 강행규정으로 해석하는 견해(②)에 따르면, 고연령

38 65세 이상 계속고용제도의 도입으로 고용확보 조치를 시행하고 있는 기업의 경우에 희망자 전원을 대상으로 한 제도를 도입하고 있는 기업은 83.0%였다. 이에 대해 고연령자고용안정법의 경과조치에 근거하여 대상자를 한정하는 기준이 있는 계속고용제도를 도입하고 있는 기업(경과조치 적용기업)의 비율은, 17.0%로, 대기업에 한정하면 35.0%로 조사되었다.

39 森戸英幸 他, 「高齢者雇用安定法改正の評価と高齢者雇用のこれから」, 『ジュリスト』 1454号, 2013, 22쪽.

40 荒木尚志, 『労働法(第5版)』, 369쪽.

자고용안정법이 2004년의 개정으로 65세까지의 고용을 노력 의무에서 법적 의무로 끌어올린 경위를 생각하면, 3가지 고용확보조치 중에서 어느 한 가지 조치도 실시하지 않은 채로 65세 미만의 정년 연령을 유지하고 있는 경우에는, ‘정년제는 9조 1항에 위반하는 한, 무효가 된다고 해석’해야 하고, ‘이 경우에 사용자가 계속고용제도를 시행할 때까지 정년은 65세로 설정된 것으로 간주되며, 근로자는 65세에 도달할 때까지 노동계약상의 지위 확인 등을 청구할 수 있다고 해석된다’고 하여, 고연령자고용안정법 9조 1항의 사법적 효력을 긍정한다.⁴¹⁾

이러한 문제에 대하여 재판례는 전자의 입장(①의 견해)을 취하고 있는 것으로 보인다.⁴²⁾ 고연령자 고용확보조치는 국가의 고용정책으로서의 입법상의 조치를 사업주에게 의무화한 것으로 보는 것이 타당하며, 이러한 입장에서 보면 ①의 견해가 타당할 것으로 생각된다.

3) 70세까지의 취업기회 확보

(1) 고연령자 취업확보조치

일본 정부는 고연령자에 대한 70세까지의 취업 기회를 확보할 목적으로, 2020년 3월 31일에 「고용보험법 등의 일부를 개정하는 법률」(2020년 법률 제14호, 2021년 4월 1일부터 시행)을 공포하였다. 이번 개정으로 인해 사업주는 65세부터 70세까지의 고연령자 취업확보조치를 강구하기 위해 노력해야만 한다(고연령자고용안정법 10조의 2).

개정법의 내용에 의하면, 고연령자 취업확보조치란, 정년을 정하고 있는 사업주 또는 계속고용제도를 도입하고 있는 사업주는 65세까지의 고연

41) 사법적 효력을 긍정하는 대표적인 견해로 西谷敏, 「労働法規の私法的効力: 高齢者雇用安定法の解釈をめぐって」, 『法律時報』 80卷 8号, 2008, 80쪽; 根本到, 「高齢者雇用安定法9条の意義と同条違反の私法的効果」, 『労働旬報』 1674号, 2008, 6쪽 등이 있다.

42) NTT西日本(高齢者雇用·第1)事件·大阪高判平成21·11·27労働判例1004号, 112쪽; 津田電気計器事件·大阪高判平成23·3·25労働判例1026号, 49쪽 등이다.

령자 고용확보조치(의무 규정)와 더불어 고연령자의 65세부터 70세까지의 취업 기회를 확보하기 위해, 사업주가 고용하는 고연령자에 대해 ① 정년의 연장, ② 65세 이상 계속고용제도의 도입, ③ 정년제의 폐지 조치 또는 ④ 과반수 노동조합(과반수 노동조합이 없는 경우에는 과반수 대표자)의 동의를 얻어 해당 고연령자가 희망할 경우에는, 새로운 사업을 시작하는 고연령자(창업 고연령자 등)와 사업주 간에 70세까지 계속하여 업무위탁 계약(사업주가 해당 고연령자에게 금전을 지불하는 경우에 한함)을 체결하여 취업을 확보하는 조치, ⑤ 해당 고연령자가 희망할 경우에는, ④ 사업주가 실시하는 사회공헌사업, ⑥ 사업주가 위탁, 출자(자금제공) 등을 하는 단체가 실시하는 사회공헌사업, ⑦ 사업주가 필요한 자금제공 등의 원조를 하고, 다른 단체가 실시하는 사회공헌사업에 대하여 해당 사업의 실시자가 해당 고령자와의 사이에서 업무위탁계약(해당 사업의 실시자가 해당 고연령자에게 금전을 제공하는 경우에 한정함)을 체결하여, 취업을 확보하는 조치(④와 ⑤를 합쳐서 '창업지원 등의 조치'라고 한다. 고연령자고용안정법 10조의 2항 단서, 같은 조 2항)를 강구하지 않으면 안 된다.

고연령자 '취업'확보조치는 고연령자 '고용'확보조치와는 달리 고연령자를 고용하는 것에 한정하지 않고, 창업, 유상의 자원봉사 등의 취업 확보도 상정하고 있다는 점에 그 특색이 있다. 위의 5가지 취업확보조치 중에서, 고용에 의한 조치(①②③)는 기본적으로 65세까지의 고용확보조치와 같은 조치다. 다만 ②의 계속고용제도의 도입과 관련하여 65세 이후에는 특수관계 사업주 이외의 사업주가 계속 고용 조치를 취하는 것도 인정한다는 점에서 차이가 있다.⁴³ 그리고 ④와 ⑤의 조치는 고용 이외의 창업지원 등의 조치로, 사업주와 업무위탁 계약을 체결하여 프리랜서로 취업하는 제도나 사회공헌사업에 종사하는 제도를 도입하는 것을 말한다. 즉 이번 개정으로 인해 사업주에게는, 고연령자 취업확보조치로서 고연령자 고용확보조치(①~③)나 (과반수 대표자의 동의를 얻어서) 창업지원 등의 조치(④⑤) 중에서 반드시

43 여기서 말하는 특수관계 사업주란 자사(自社)의 '자법인(子法人) 등', '모법인(母法人) 등', '모법인 등의 자법인 등', '관련 법인 등', '모법인 등의 관련법인 등'을 말한다.

한 가지 조치를 강구해야 하는 노력 의무가 부과되었다고 할 수 있다.

사용자가 위의 5가지 고연령자 취업확보조치 중에서 어느 조치를 강구하면 좋을지에 대해서는, 노사 간에 충분한 협의를 거쳐 고연령자가 희망하는 조치를 강구하는 것이 바람직하다고 한다. 65세까지의 고용확보조치의 운용 상황을 감안하면 계속고용제도(②)를 가장 많이 도입할 것으로 예상되나, 개별 고연령자에게 어느 조치를 적용할 것인가에 대해서는 해당 고연령자가 희망하는 내용을 청취하여 이를 충분히 존중하여서 결정하면 되고, 과반수 노동조합 등의 동의를 얻을 필요는 없다(창업지원 등의 조치를 제외). 후생노동성의 『고연령자 고용상황 등 보고』 집계결과(2021년)⁴⁴에 따르면, 고연령자 취업확보조치를 시행하고 있는 기업의 비율은 25.6%(59,377사(社))이고, 기업 규모별로 보면 중소기업은 26.2%, 대기업은 17.8%로 조사되었다. 이 중에서 계속고용제도를 도입하고 있는 기업이 가장 많았고(19.7%), 정년제를 폐지하고 있는 기업이 4.0%, 정년을 연장하는 조치를 선택한 기업은 1.9%, 그리고 창업지원 등의 조치를 도입한 기업은 0.1%로 조사되었다.

(2) 고연령자 취업확보조치 위반의 효과

개정법에서는 사용자가 고연령자 취업확보조치에 위반한 경우의 제재와 관련한 규정은 두고 있지 않다. 즉, 고연령자 취업확보조치는 공법상의 노력 의무에 머물러 있다고 할 수 있다. 따라서 그 실효성을 확보하기 위한 조치로는 후생노동대신의 조언·지도 및 고연령자 취업확보조치의 시행에 관한 계획 책정의 권고가 있을 뿐이다. 구체적으로는 후생노동대신은 그 실효성을 확보하기 위해서 고연령자 취업확보조치의 시행 및 운용에 관한 지침을 정하여(10조의 2 제4항), 고연령자 등의 직업안정 대책 기본방침에 비추어 고연령자에게 65세부터 70세까지 안정된 고용을 확보하고, 그 외에 취업의 기회를 확보할 필요가 있다고 인정될 때는 사업주에게 고연령자 취업확보

44 종업원 21명 이상의 기업 23만 2,059사(社)를 대상으로 조사하였다. 종업원 21~300인 규모를 중소기업, 301인 이상 규모를 대기업으로 하고 있다.

조치를 시행하면서 필요한 지도 및 조언을 할 수 있다(10조의 3).

(3) 주체와 대상자의 선정

개정법의 노력 의무의 주체는 65세 이상 70세 미만의 정년을 정한 사업주와 계속고용제도를 도입한 사업주에 한정된다. 따라서 정년을 폐지한 사업주나 65세까지의 고용확보조치를 이행하고 있지 않은 사업주는 그 대상이 아니다.⁴⁵ 근로자의 경우에는 65세까지 사업주(특수관계 사업주를 포함)에게 고용되어 있던 고연령자 등이 그 대상이 된다.

한편 사업주가 65세 이상의 계속고용제도를 도입할 경우에는 희망자를 모두 고용해야만 하는가라는 문제가 있다. 고연령자 취업확보조치는 심신 장애로 인해 업무수행을 건딜 수 없는 사람 등 65세 이상 계속고용제도 및 창업지원 등의 조치에서 다루는 내용을 포함한 실시·운용에 관한 지침을 정하고 있는데(10조의2 제4항, 2021년 10월 30일 후생노동성 고시 351호 「고연령자 취업확보조치의 실시 및 운용에 관한 지침」, 이하 ‘지침’이라 한다),⁴⁶ 지침에 따르면 고연령자 취업확보조치는 노력 의무이기 때문에 노사협의로 대상자 기준(조치의 대상이 되는 고연령자(①③을 제외)에 관한 기준)을 정하는 것도 가능하다(제2의 1(3)). 대상자를 한정할 수 있다는 점과 관련해서는, 계속 고용을 희망했지만, 대상에서 제외되거나, 창업지원 등의 제도에서 대상자로 선정되지 않거나(개정법에서는 취업확보조치는 복수 선택도 가능), 또는 계속 고용을 희망했지만 창업지원 등 조치의 대상이 되거나 하는 경우에, 대상으로부터 제외된 사람과 사업주와의 사이에 분쟁이 발생할 수 있다. 이러한 문제에 대하여, 지침에서는 대상자 기준을 책정할 경우에는 사업주와 과반수노동조합 등이 충분히 협의하여 각 기업 등의 실정에 맞게 정하는 것을 상정하고, 그 구체적인 내용은 원칙적으로 노사에 맡겨져 있다. 또한 지침에서는, 해당 대상자의 기준을 마련할 때는 과반수 노동조합 등의 동의를 얻는 것이 바람직하다고

45 이들을 제외하는 이유에 대해 의문을 제기하는 견해로 島村暁代, 「『高齢者の就労と年金』: 改正高齢者雇用安定法と年金制度改正法の意義と課題」(『日本労働研究雑誌』 734号, 2021, 11쪽)가 있다.

46 「高齢者雇用確保措置の実施及び運用に関する指針」(令和2年 10月 30日 厚労省告示351号).

하지만, 대상자의 기준을 설정하는 것을 인정하는 것은 일할 의욕과 능력이 있는 고연령자의 취업 확보라는 개정 고연령자고용안정법 10조의2의 입법 목적을 해칠 가능성이 있다.⁴⁷

위와 같은 상황을 종합해 보면, 계속고용제도나, 창업지원 등의 조치를 실시하는 경우에도 심신장애로 인해 업무를 견딜 수 없다고 인정되거나 근무(업무) 태도가 현저히 불량하여 앞으로도 종업원으로서의 직책(업무)을 완수할 수 없는 경우 등, 취업규칙에서 정하는 해고 사유 또는 퇴직 사유에 해당하는 경우나 창업지원 등 조치를 계획할 때 정한 계약 해제 사유 또는 계약을 갱신하지 않을 사유에 해당하는 경우에는 계속하여 계약하지 않아도 된다. 또한 그 기준이 추상적이고 불명확하거나 노사 간에 충분한 협의를 한 후에 마련된 기준이라 하더라도, 사업주가 자의적으로 일부 고연령자를 배제하려고 하는 등 법의 취지나 다른 노동관계 법령이나 공서양속에 반하는 기준은 인정되지 않을 것이다.

4. 연령차별 금지와 그 한계

1) 정년제의 폐지(출구 규제)를 둘러싼 한계

위에서 언급한 것처럼, 일본 사회는 연공서열(seniority), 연공제, 장유유서와 같은 것들이 일정한 사회적 규범이 되어 있는데, 애초에 이러한 사회규범들과 연령차별 금지와 같은 사고방식은 공존할 수 있는가, 즉 연령을 기준으로 하는 인사관리 및 처우 제도를 연령차별로서 금지해야 하는가, 또는 금지할 수 있느냐는 문제가 있다.

앞에서 검토한 것처럼, 일본은 연령차별 금지를 위한 정책으로 2007년

47 山川和義, 「70歳就業確保措置実施努力義務の問題点と高年齢者雇用の未来」(『季刊労働法』270号, 2020, 35쪽)에서는 취업확보조치의 실효성을 확보하기 위한 관점에서 대상자의 기준을 설정하는 것은 원칙적으로 인정되어서는 안 되고, 취업확보조치가 어느 정도 정착하여 10조 2가 의무화될 때는 바로 폐지해야 한다고 한다.

에는 노동시책추진법을 개정하여 모집 및 채용 시의 연령 제한을 원칙적으로 금지(9조)하였으나, 그 위반에 대해서는 벌칙 등이 없기 때문에 한정된 연령차별금지법리에 지나지 않는다. 나아가 최근에는 고연령자고용안정법을 개정하여 고연령자 고용확보조치 및 고연령자 취업확보조치 등을 통해 정년제의 폐지라는 선택지를 실정법상 명문화하여, 연령차별의 금지라는 규범이 일본에도 도입되었다는 점은 평가할 만하지만, 어디까지나 선택지의 하나이므로 이를 강제할 수 없다. 이러한 점에서 고용의 출구에서의 연령차별은 여전히 존재한다고 할 수도 있다. 그렇다면, 정년제는 연령을 이유로 한 ‘차별’에 해당하여 폐지하여야만 하는 제도인가. 아래에서는 정년제와 관련한 판례 및 논의 상황을 검토한 후, 정년제와 연령차별 금지정책의 관계 및 한계에 대해 고찰한다.

(1) 정년제와 연령차별

한국과 마찬가지로 일본에서도 법률상 명확한 정의 규정은 존재하지 않지만, 정년제란 일정한 연령에 도달하면 고용계약을 종료하는 제도로 해석된다. 위에서 살펴본 바와 같이 정년제와 관련한 입법에 의한 규제는 현재로는 고연령자고용안정법 8조가 유일한데, 이에 따르면 사업주가 정년을 정하고 있는 경우에는 그 연령을 60세 이상으로 할 것을 의무화하고 있다. 따라서 60세 미만의 정년을 정하는 것은, 원칙상으로 위법, 무효가 된다. 이처럼 정년제는 연령 규범에 근거한 것으로, 일정 연령에 도달한 것을 이유로 고용계약을 종료하더라도 법률상 특별한 문제는 없다.⁴⁸

다만 법률로 정년 연령을 규제하는 것과 관련해서는, 종래부터 정년제

48 정년제는 계약을 종료(기간 만료)할 때까지 양 당사자를 구속하는 계약 기간을 정한 것이 아니므로, 정년에 도달하기 이전에 사직하거나 해고하는 것을 특별히 제한하고 있지 않다(민법 628조나 노동계약법 17조 1항). 水町勇一郎, 『詳解 労働法(第2版)』, 1006쪽. 다만, 일본의 경우에는 해고권 남용법리가 관례법리로 확립되어 있어, 사실상 노사 간에 정년까지 고용을 보장한다는 진제하에서 고용시스템이 전개되어 왔다(현재는 명문화되었음. 노동계약법 16조를 참조). 이에, 정부의 고용정책도 급속한 고령화하에서 노동시장을 적응시키기 위해서 정년제를 적극적으로 활용해 왔다는 특징이 있다. 荒木尚志, 『労働法(第5版)』, 368쪽.

는 노동권 및 생존권의 침해 그리고 연령차별(연령에 근거한 합리적인 이유가 없는 차별)에 해당하기 때문에 공서(公序)에 반한다는 등의 이유로, 위법·무효라는 주장이 제기되어 왔다.⁴⁹ 다만 이러한 주장은 소수설로, 다수설의 입장은 정년제는 공서에 반한다고 볼 수 없고, 일본적 고용 관행의 주축(柱)이 되는 것으로 정년 연령까지 고용을 보장하는 기능을 가지는 점에서 법적으로도 합리적인 제도라고 한다.⁵⁰ 관련하여, 1968년의 최고재판소 판결⁵¹은, 취업규칙으로 정년제를 정한 사안에서 “대략 정년(停年)제는, 일반적으로, 노년 근로자에게는 해당 업종 또는 직종에 요구되는 노동의 적격성은 점차 체감(遞減)함에도 불구하고 급여는 오히려 체증(遞増)한다는 점에서 인사의 쇄신·경영의 개선 등 기업의 조직 및 운영의 적정화를 위해 행해지는 것으로, 일반적으로, 불합리한 제도라고 할 수” 없다고 하여, 당시에는 일반적이었던 55세 정년제의 합리성을 인정하였다.⁵² 한편 정부의 고용정책도 정년제가 합리적인 제도임을 전제로 정년제의 연장을 촉진해 왔다.⁵³ 이러한 정부의 정책이 입법의 형태로 구체화된 것이 1986년에 성립한 고연령자고용안정법이라 할 수 있다.

일본 정부가 추진하고 있는 고연령자 고용정책의 가장 큰 특징은 정년제를 전제로, 정년 연장과 정년 이후의 계속고용(재고용)제도를 활용하면서 전개되어 왔다는 점이다.⁵⁴ 즉 일본은 정년제의 실시에 대한 법률상의 의무 규정은 존재하지 않지만 고연령자고용안정법이 정년제의 존재를 전제로 한

49 島田信義, 「定年制『合理化』論的法批判」, 『季刊労働法』 86号, 1972, 60쪽.

50 森戸英幸·川口大司, 「高齢者雇用: 『エイジ・フリー』의理念と法政策」, 57쪽. 荒木尚志, 『労働法(第5版)』(367쪽 이하)에서는 일본의 장기고용 관행은 연공임금 제도나 퇴직금 제도와 함께 전개되어 왔는데, 이러한 연공임금 제도하에서는 어느 시점에서 고용관계를 끝내지 않으면 기업은 수지가 맞지 않게 되므로 이러한 점이 정년제도가 요청되고 있는 이유라고 한다.

51 秋北バス事件·最大判昭和43·12·25民事判例集22卷13号, 3459쪽.

52 최고재판소 판결 이후의 하급심 판결(アール・エフ・ラジオ日本(定年制)事件·東京地判平成12·7·13労働判例790号, 15쪽) 중에는, 정년제는 합리성을 갖춘 제도로, 공서양속에 반하거나 위법·무효라고도 할 수 없다고 하여 최고재판소와 마찬가지로 정년제가 합법적인 제도라는 입장을 취하고 있다.

53 森戸英幸·川口大司, 「高齢者雇用: 『エイジ・フリー』의理念と法政策」, 61쪽 이하.

54 일본의 고령자 고용대책의 연혁은 다음을 참조. 朴孝淑, 「日韓における高齢者雇用政策と定年制をめぐる不利益変更問題について」, 97쪽 이하.

규제를 하고 있고, 이에 정부도 정년제는 위법이 아니라는 전제하에서 각종 고용정책을 추진하고 있다. 또한 판례도 연령이라는 요소를 대체할 수 있는 기준이 확립되어 있지 않은 상황에서 연령차별 금지라는 수법을 취할 경우에는 노동시장의 혼란을 초래할 우려가 있다는 점을 중시하여, 정년제를 합리적인 제도로 판단하고 있다.

2022년의 후생노동성 조사에 따르면, 정년제를 실시하고 있는 기업의 비율은 94.4%로, 대부분의 기업에서는 정년제를 실시하고 있는 것으로 조사되었다.⁵⁵ 다만 최근에는 비정규직 근로자가 증가함에 따라 종래에 비해 정년이 있는 기업에서 일할 수 있는 근로자의 비율은 줄어들고 있다.⁵⁶ 한편 후생노동성의 『고연령자 고용상황 등 보고』 집계 결과(2021년)에 따르면, 정년제를 폐지하고 있는 기업은 4%[9,190사(社)]이고, 기업 규모별로 보면 중소기업은 4.2%, 대기업은 0.6%로 조사되었다.⁵⁷ 이 같은 조사 결과에서도 알 수 있듯이, 일본 사회에서 정년제는 여전히 일본의 장기고용 관행을 지탱하고 있는 중요한 제도라고 할 수 있다.

(2) 정년제와 고용안정

연령과 관련한 일본 정부의 시책이 노동시장 법제 속에서 전개되어, 평등 보장을 위한 대응이 제대로 이루어지지 않았던 이유로는 관련 법규의 부재를 들 수 있다.⁵⁸ 앞에서 검토한 모집 및 채용 시의 연령 제한을 원칙적으로 금지하는 규제(노동시책추진법 9조)를 제외하면, 일본국 헌법(이하, 헌법)이나 노

55 기업 규모별로 보면, 1,000인 이상의 기업은 99.3%, 300~999인은 98.6%, 100~299인 기업은 97.3%, 30~99인 기업은 93%로 기업 규모가 클수록 정년제를 도입하는 비율도 높은 것으로 조사되었다. 자세한 내용은 厚生労働省, 『令和4年 就労条件総合調査結果の概況』을 참조.

56 총무성 통계국의 「노동력조사(기본 집계)」에 따르면, 정규의 직원 및 종업원 수는, 2022년 평균 3,597만 명이고, 비정규의 직원 및 종업원 수는 2,101만 명(연령 계급별로 보면, 15~64세는 1,697만 명, 65세 이상은 405만 명)으로, 전체 고용자(임원을 제외)에 차지하는 비정규의 직원 및 종업원의 비율은 36.9%이다. 総務省統計局, 「労働力調査(基本集計) 2022年(令和4年)平均」(2023年1月31日), 8쪽 참조.

57 중소기업의 경우, 정년을 66~69세로 정한 기업은 1.2%, 70세 이상으로 정한 기업은 2.0%이고, 대기업의 경우, 정년을 66~69세로 정한 기업은 0.2%, 70세 이상으로 정한 기업은 0.5%이다.

58 櫻庭涼子, 『年齢差別禁止の法理』, 33쪽 이하; 和田肇, 「憲法14条1項, 民法1条の2, 同90条, そして労働契約」, 中嶋士元也先生還暦記念論集 『労働関係法の現代的展開』, 信山社, 2004, 1쪽 이하.

동법 분야에서는 연령을 이유로 차별을 금지하는 명시의 규정이 없었기 때문에 연령에 의한 고용관리가 관습으로서 받아들여지고 있었다.

헌법 14조 1항은 “모든 국민은 법에 따라 평등하고, 인종, 신조, 성별, 사회적 신분 또는 가문에 의해, 정치적·경제적 또는 사회적 관계에서 차별받지 않는다.”라고 하여, 인종, 신조, 성별, 사회적 신분 또는 가문에 의한 차별만을 명시적으로 금지하고 있다. 이에 대해서는 이 조항은 예시 열거에 지나지 않으며, 다른 이유에 의한 차별은 허용한다는 의미가 아니기 때문에⁵⁹ 국가가 국민을 연령에 따라 합리적인 이유 없이 차별하는 것은 인정될 수 없다고 해석되고 있다. 다만 헌법은 사인(私人) 간에는 직접 적용되지 않기 때문에, 고용의 분야에서 헌법 14조 1항을 근거로 연령을 이유로 한 차별을 금지하기는 어렵다.

한편 고용관계의 기본법인 노동기준법(우리의 근로기준법에 상당함)을 보면, 노동기준법 3조에서는 국적, 신조, 사회적 신분에 의한 차별만을 금지하고 있고, 연령에 의한 차별은 금지하고 있지 않다. 법률에 명문으로 금지하고 있지 않은 사항을 금지하고 있는 것으로 유추하여 해석하는 것은 인정되지 않기 때문에,⁶⁰ 이 조항을 근거로 연령을 이유로 한 차별을 금지하기는 어렵다. 다만 정년제를 공서양속에 위반하여 무효라고 해석하는 것은 가능할 것이다. 예를 들면 여성에게만 정년 연령을 짧게 설정하는 정년제는 공서양속에 반한다고 판단한 사례나,⁶¹ 남녀 간에 정년 연령에 차이를 두는 경우에는 공서양속에 위반하여 무효라고 판단한 사례⁶² 등이 있다.

앞에서 검토한 바와 같이, 종래 판례⁶³의 경향을 보면 판례에서는 정년

59 最大判昭和39年5月27日民事判例集18卷4号, 676쪽.

60 노동기준법의 규정을 위반하는 경우에는 형벌이 부과될 가능성이 있기 때문에 유추해석을 하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 따라 금지되어 있다. 한편, 노동기준법 3조에 열거된 사유를 예시적인 것으로 해석하여, 합리적인 이유 없이 연령을 이유로 근로조건을 차별하는 것은 인정할 수 없다고 판시(判示)한 사례(日本貨物鉄道(定年時差別)事件·名古屋地判平成11·12·27労働判例780号, 45쪽)가 있다. 다만, 결론적으로 해당 사건에서의 차별의 합리성은 긍정하였다.

61 名古屋放送事件·名古屋高判昭和49·9·30労働関係民事裁判例集25卷6号, 461쪽.

62 日産自動車事件·最3小判昭和56·3·23労働判例360号, 23쪽.

63 예를 들면, 秋北バス事件·最大判昭和43·12·25民事判例集22卷13号, 3459쪽 등이 있다.

제를 연령차별이라는 관점에서 논하고 있지 않다. 애초에 정년제가 연령을 이유로 하여 다른 처우를 하는 것이라고 하여도, 그것이 합리적인 이유가 있다면 차별로서 금지되지 않는다는 입장이다. 이러한 판례의 견해를 비판하여, 정년 연령에 도달한 것을 이유로 한 고용의 종료는 타당하지 않다고 하여 정년제의 철폐를 주장하는 견해도 있지만, 가령 연령차별 금지에 의해 정년제가 폐지될 경우에는 노동시장에 혼란을 초래할 수 있다는 점과 고연령자의 고용을 불안정하게 할 수 있다는 점에서 타당하지 않다. 즉 일본에서 정년까지의 장기고용을 전제로 신규 졸업채용자(정사원)로 고용된 근로자는 정년에 도달할 때까지 매우 강력한 고용보장을 향수해 왔다. 그러나 정년제를 폐지할 경우 사용자는 더 이상 근로자가 정년 연령에 도달하였다는 이유만으로 퇴직을 강제할 수 없지만, 그 대신에 성과나 적격성 등을 평가하여 현저한 능력 부족이나 적격성의 결여가 있는 경우에는 해고의 합리적인 이유가 인정될 것이다.⁶⁴ 정년제하에서는 실제로 이러한 이유에 의한 해고는 쉽지 않고 정년까지의 고용이 보장되어 왔지만, 정년제의 철폐는 능력주의 인사제도로의 변경을 의미하기 때문에⁶⁵ 사용자는 더 이상 고용을 보장할 필요가 없다.

연령에 관계없이 일할 수 있는 사회(ageless 사회)란, 이제까지 일본 사회를 지탱해 온 일본형 고용시스템이라는 기반에서 벗어나 연령과 관계없이 해고될 수도 있는 사회를 의미한다. 정년제를 철폐할 경우에 발생할 수 있는 이와 같은 문제점을 고려하여, 일본 정부와 재판소는 정년제를 연령에 의한 차별로 보아 이를 금지하는 법 정책을 추진하거나 판단하기보다는, 이제까지의 정책들과 모순되지 않는 범위 내에서 제도의 합리성 유무를 기준으로 판단한다고 하는 일종의 소프트 로(soft law)적인 접근을 하고 있다고 할 수 있다.

64 판례는, 객관적으로 합리적인 이유가 있고 사회 통념상 상당하다고 인정되는 경우(노동계약법 16조)에는 근로자를 해고할 수 있다는 입장을 취하고 있다.

65 이는 더 이상 일본형 고용시스템을 유지하지 않겠다는 것을 의미하므로, 연공임금 및 연공적인 처우를 유지할 수 없다.

2) 연령을 이유로 한 임금 감액의 효력

정년제가 연령차별에 해당하는지의 문제와는 별개로, 정년제와 관련해서는 정년의 연장이나 계속고용제도 등의 도입으로 인해 근로조건(특히 임금)이 저하될 가능성이 있다. 실제 정년 연장이나 계속 고용 등으로 인하여 일정 연령 이상 근로자의 임금이 인하되어, 이를 둘러싼 소송이 제기된 사례가 다수 존재한다.⁶⁶

일본은 1970년대부터 정년 연장 추진정책으로 60세 정년의 의무화를 추진하였는데, 당시에 대부분의 기업은 정년 연장과 함께 임금제도를 수정하여 55세부터 60세 사이의 임금을 감액하는 것으로 대응하였다. 일본은 한국⁶⁷과 같이 연령을 이유로 한 임금 감액을 연령차별로 보는 법 규정이 존재하지 않기 때문에, 고연령자에 대한 불이익한 처우는 헌법 14조 1항 내지 노동기준법 3조에 반한다고 하여 소송이 제기되었다. 예를 들면 55세 정년제에서 60세 정년제로 이행하면서 임금제도도 함께 개정하는 내용의 노동협약을 체결한 사안⁶⁸에서, 원고 조합원들은 이 사건 협정은 55세 이상 조합원에 대해 대폭적인 감액 조치를 하는 것으로 법령 등에 위반할 뿐만 아니라 불합리하여 무효라고 주장하여, 감액된 임금의 지급을 요구하여 소송을 제기하였다. 재판소는 먼저 연공임금 제도의 합리성을 긍정한 후에, 이 사건에서 문제가 된 임금 개정은 젊은 층의 종업원을 정착시켜 능력주의를 강화하려는 목적하에 55세 이상 조합원의 임금을 감액하여 그 임금 자원으로 청장년층의 임금을 인상하고자 하는 것이라고 하여, 결론적으로 중고연령자를 불리하게 처우하는 것은 헌법 14조 1항에서 정하는 평등원칙에 위

66 朴孝淑, 「日韓における高年齢者雇用政策と定年制をめぐる不利益変更問題について」, 101쪽 이하를 참조.

67 한국의 고령자고용법은 2008년 3월 21일의 개정(법률 제8962호, 2009년 3월 22일부터 시행)으로, 같은 법 4조의 4에서 사업주는 모집·채용(1호), 임금, 임금 외의 금품 지급 및 복리후생(2호), 교육·훈련(3호), 배치·전보·승진(4호), 퇴직·해고(5호)의 분야에서, “합리적인 이유 없이 연령을 이유로 근로자 또는 근로자가 되려는 사람을 차별하여서는 아니 되”고(1항), 이러한 내용을 적용할 때 합리적인 이유 없이 연령 이외의 기준을 적용하여 특정 연령집단에 특히 불리한 결과를 초래하는 경우에는 연령차별로 본다(2항)는 규정을 신설하였다.

68 日本鋼管(賃金減額)事件·横浜地判平成12・7・17労働判例792号, 74쪽.

반하지 않는다고 판단하였다.

한편 현행 고연령자고용안정법 9조의 계속고용제도와 관련해서는 제도의 도입 자체가 법적인 문제가 되는 일은 거의 없지만, 그 처우와 관련해서는 60세 이전보다 근로조건(임금)을 크게 저하하는 사례가 많이 보인다. 정년 이후의 계속 고용하에서는 일단 고용관계가 정년으로 종료한 후 새로운 계약을 체결하여 재고용되기 때문에, 형식적으로는 위에서 살펴본 정년 연장에 따른 임금의 감액 사안과는 명확히 구별된다. 예를 들어 계속고용제도 하에서는 연금이 지급되는 연령까지는 유기 근로계약으로 계속하여 고용하지만, 퇴직 전과 비교하여 직무내용 등이 변경되지 않았음에도 불구하고 기본급이나 상여 등을 무기 계약근로자의 근로조건에 비해 낮게 처우할 경우에는, 구(旧)노동계약법 20조(2018년 개정법 시행 이후에는 파트유기(有期)법 9조)에서 말하는 불합리한 근로조건의 차이(相違)에 해당하여 무효가 될 가능성이 있다.⁶⁹ 또한, 근로조건이 정년 이전과 비교하여 크게 변경된 경우에 고연령자고용안정법이 규정하는 ‘계속 고용’으로 평가할 수 있는지가 업무 내용 및 임금액과 관련하여 문제가 되고 있다.

5. 나가며

일본형 고용시스템은 고용의 시작 단계(신규 채용)에서 종료 단계(정년퇴직)까지 그리고 그사이의 처우(연공임금 및 연공서열)도 지극히 연령에 근거한 시스템이라 할 수 있다. 본 논문에서는 이러한 연령 규범에 근거한 일본형 고용시스템하에서, 고연령자 고용정책 및 법률이 어떻게 전개되어 왔는지 등을

69 이러한 점이 문제가 된 사례(長澤運輸事件·最一小判平成30·6·1民事判例集72卷2号, 202쪽)에서 최고재판소는, 정년 후 재고용된 경우에는 처우 차이의 불합리성의 판단에서 ‘기타 사정’으로 고려될 수 있다고 하여, 해당 사안에서는 사용자가 임금 설계상의 배려를 한 점이나 단체교섭을 거쳐 조정금을 지급한 점 등을 고려하여, 기본급에 상당하는 부분의 10% 전후의 차이와 상여를 포함한 임금(연 수입)의 20% 정도의 차이는 불합리하지 않다고 판단하였다.

중심으로 검토하였다.

앞에서도 언급한 것처럼, 현재 일본 정부가 추진하고 있는 고연령자 고용정책의 가장 큰 특징은, 정년제를 전제로 정년 연장과 정년 이후의 계속 고용(재고용)제도를 활용하면서 전개되어 왔다는 점이다. 정년제를 둘러싸고는, 종래부터, 정년제는 노동권 및 생존권의 침해, 그리고 연령차별(연령에 근거한 합리적인 이유가 없는 차별)에 해당하기 때문에 공서(公序)에 반한다는 등의 이유로, 위법·무효라는 주장이 일부 제기되어 왔다. 이러한 주장을 받아들여, 정년제나 퇴직의 국면에서도 모집·채용의 국면과 마찬가지로 연령차별을 금지하는 법률을 제정해야 한다고 주장할 수도 있을 것이다. 그러나 정년제를 연령차별로 보아 폐지하는 것과 능력주의 인사제도는 동전의 양면이다. 본 논문에서 검토한 것처럼, 연령과 관계없이 일할 수 있는 사회(ageless 사회)란, 바꿔 말하면 연령과 관계없이 해고될 수 있는 사회를 의미하기도 한다. 종래 일본형 고용시스템하에서 장기고용을 전제로 신규 졸업채용자(정사원)로 고용된 근로자는, 정년에 도달할 때까지 매우 강력한 고용보장을 향수해 왔다. 그러나 정년제의 존재를 연령차별로 보아 정년제를 폐지할 경우에는, 종래와 같은 일본형 고용시스템(연공임금이나 연공적 처우)을 더 이상 유지할 수 없을 것이다.⁷⁰ 기본적으로 연령과 관계없이 누구라도 평등한 조건에서 계속하여 근로할 수 있는 ageless 사회를 지향하여야 하지만, 그로 인해 발생할 수 있는 고용불안이나 고령자의 소득 보장 등을 실현할 필요성이 있다는 점에도 귀를 기울일 필요가 있다.

최근 일본 정부는 연령 규범으로부터의 탈각(ageless 사회)을 위해 다양한 고연령자 고용정책을 전개해 오고 있다. 즉 노동력이 감소함에 따라 이제까지 충분히 그 활약을 요구하지 않았던 고연령자가 그 능력을 충분히 발휘할 수 있도록 하기 위한 정책(‘고연령자 고용확보조치’와 ‘고연령자 취업확보조치’)이 전개되고 있다. 특히 2020년의 고연령자고용안정법의 개정으로 인하여 일본

70 森戸英幸・川口大司, 「高齢者雇用: 『エイジ・フリー』の理念と法政策」, 58쪽 이하는 이러한 점을 지적하고 있다.



정년을 앞둔 고연령자를 대상으로 개최된 세미나 모습

출처: www3.nhk.or.jp

에서는 고연령자가 희망하는 경우에는 70세까지 계속하여 일할 수 있는 길이 열렸다. 또한 이제까지 고연령자고용안정법은 오랜 세월 동안 정년과 계속고용이라는 내부 노동시장을 중심으로 법 개정을 해 왔지만, 이번 개정으로 외부노동시장(창업지원 등 조치)에도 눈길을 돌려 일본의 고연령자고용정책은 그 외연을 확장하였다는 점에서 긍정적인 평가를 할 수 있을 것이다. 다만 노력 의무라고는 하여도 실제 70세까지의 취업 기회를 확보하는 것 자체가 경영상의 부담이 될 가능성이 있다.⁷¹ 그리고 고연령자의 입장에서 임금 등의 처우의 문제나 노동관계 법령의 보호가 미치지 않는 등의 문제가 발생할 가능성이 있다. 따라서 정책의 실효성을 확보하기 위해 보다 신중한 접근이 필요할 것이다.

본 논문에서는 연령 규범(정년제)을 기축으로 한 일본의 고용 관행을 재

71 일본 정부는 고연령자고용을 촉진하기 위하여, 65세 이상으로의 정년 연장 등이나 고연령자의 고용 관리제도의 정비 등 고연령의 유계계약 근로자를 무기고용으로 전환하는 조치를 강구한 경우에는, 정부로부터 조성금을 받을 수 있는 65세 초(超)고용추진 조성금 제도 등의 지원책을 마련하고 있다. 그 외에도 60세 이상의 고연령자 등의 취업 곤란자를, 헬로워크 등의 소개로 고용한 경우에는 조성금을 받을 수 있는 특정 구직자 고용개발 조성금(특정 취직 곤란자 코스)이나 65세 이상 고연령자를 헬로워크 등의 소개로 고용한 경우에 받을 수 있는 특정 구직자 고용개발 조성금(생애 현역 코스)이 있다.

평가하여야 한다는 관점에서 논의를 전개하였다. 더 나은 방향으로 나아가기 위해서 어떠한 정책적 과제가 요구되는지 등에 대해서는 보다 근본적인 검토가 필요할 것이다. 또한 본 논문에서는 지면 관계상 일본과 한국의 비교법적 검토는 생략하였다. 이는 향후의 검토 과제로 하기로 한다.

투고일자: 2023. 6. 2. | 심사완료일자: 2023. 6. 22. | 게재확정일자: 2023. 7. 18.

2012.

Tenbrunsel, A. E. and K. Smith-Crowe, "Ethical Decision Making: Where We've Been and Where We're Going," *Academy of Management Annals* Vol. 2 No. 1, 2008.

Treviño, L. K., G. R. Weaver, and S. J. Reynolds, "Behavioral Ethics in Organizations: A Review," *Journal of Management* Vol. 32 No. 6, 2006.

Umphress, E. E., R. G. Gardner, and A. C. Stoverink et al., "Feeling Activated and Acting Unethically: The Influence of Activated Mood on Unethical Behavior to Benefit a Teammate," *Personnel Psychology*, 2020.

Werhane, P. H., *Moral Imagination and Management Decision-Making*, New York: Oxford University Press, 1999.

Wicks, A. C., R. E. Freeman, P. H. Werhane, and K. E. Martin, *Business Ethics: A Managerial Approach*, New Jersey: Prentice-Hall, 2010.

일본형 고용시스템하에서의 고연령자 고용정책 | 박효숙

박효숙, 「일본의 고령기 소득보장제도: 고연령자에 대한 고용정책과 연금정책의 접속(관계)을 중심으로」, 『사회보장법연구』 제6권 제2호, 2017.

오학수, 「일본의 고령화와 60세 정년 연장 정책 및 고용 문제에 대한 노사 대응」, 안종태 외, 『정년 60세 시대 인사관리: 이렇게 준비하자』, 호두나무, 2014.

荒木尚志, 『労働法(第5版)』, 有斐閣, 2022.

岩村正彦, 「変貌する引退過程」, 岩村正彦 他 編, 『岩波講座・現代の法12「職業生活と法」』, 岩波書店, 1998.

今後の高齢者雇用対策に関する研究会, 『今後の高齢者雇用対策について: 雇用と年金との接続を指して』, 2003.

「高齢者雇用確保措置の実施及び運用に関する指針」(令和2年10月30日厚労省告示351号).

こども政策担当大臣, 「こども・子育て政策の許可について(試案): 次元の異なる少子化対策の実現に向けて」, 2023. 3. 31.

櫻庭涼子, 『年齢差別禁止の法理』, 信山社, 2008.

島田信義, 「定年制『合理化』論の法的批判」, 『季刊労働法』 86号, 1972.

島村暁代, 「『高齢者の就労と年金』: 改正高齢者雇用安定法と年金制度改正法の意義と課題」, 『日本労働研究雑誌』 734号, 2021.

菅野和夫, 『労働法(第12版)』, 弘文堂, 2019.

総務省, 「人口推計」 2021年 10月 1日(令和2年国勢調査を基準とする推計値).

東京大学労働法研究会 編, 『注釈労働基準法(上)』, 有斐閣, 2003.

西谷敏, 「労働法規の私法的効力: 高齢者雇用安定法の解釈をめぐって」, 『法律時報』 80巻 8号, 2008.

根本到, 「高齢者雇用安定法9条の意義と同条違反の私法的効果」, 『労働旬報』 1674号, 2008.

濱口桂一郎, 「高齢化社会と労働法政策」, 岩村正彦 編, 『高齢化社会と法』, 有斐閣, 2008.

濱口桂一郎, 『日本の雇用と中高年』, ちくま新書, 2014.

일본의 형사사법과 인질사법: نيسان 전 회장의 출국사건 관련 논의를 중심으로 | 장응혁
김윤선, 『법원의 구속기간에 관한 연구』, 사법정책연구원 연구보고서, 2023.

노명선, 『검찰의 신뢰확보 방안 연구』, 법무연수원 용역연구 보고서, 2010.

법무부, 『일본 형사소송법·규칙』, (주)휴먼컬처아리랑, 2015.

법무부 인권수사 제도개선 TF, 「검찰 수사절차에서 인권보호를 위한 수사관행 개선 방안 마련」, 법
무부 보도자료, 2020. 9. 18., [https://www.hani.co.kr/arti/legacy/legacy_general/L192926.html\(최종 검색일: 2023. 1. 23.\)](https://www.moj.go.kr/moj/221/subview.do?enc=Zm5jdDF8QEB8JTJGYmJzJTJGbW9qJTJGMTgyJTJGNTMxMTU1JTJGYXJ0Y2xWaWV3LmRvJTNGcGFzc3dvcmQIM0QIMjYzZ3NCZ25kZVN0ciURCUyNmJic0NsU2VxJTNEJTl2cmdzRW5kZGVvdHIIIM0QMjZpc1ZpZXdnZW5JW5JtNEZmFsc2UlMjZwYWdlJTNEMSUyNmJic09wZW5XcmRTZXEIM0QMjZzczmNoQ29sdW1uJTNEc2oIMjZzczmNoV3JkJTNEJUVDJTlEJU14JUVBJUI2JTlhDUVDJTg4JTlk4JUVDJTgyJUFDKyVFQyVBMCU5QyVFQiU4RiU4NCVFQSVCMLCU5QyVFQyU4NCVBMctURIUyNg%3D%3D(최종검색일: 2023. 1. 23.).</p><p>우치다 히로후미 · 야히로 미쓰히테 · 가모시다 유미 편, 김인회 · 서주연 역, 『전략자백』, 뿌리와이파리,
2015.</p><p>이주원, 『형사소송법 제4판』, 박영사, 2022.</p><p>최대현, 「수사와 기소 기능분리의 원칙과 한계: 영국 검찰제도의 발전과정과 시사점」, 『경찰학연구』
제12권 제4호, 2012.</p><p>「피의자 신문때 변호인 참여여부 사전 확인 / 마약·테러등 중대사건은 변호인 참여 제한」, 『한겨레』,
1999. 6. 8., <a href=).

川崎英明・小坂井久編, 『弁護士立会権: 取調への可視化から立会いへ』, 日本評論社, 2022.

의 상한규제 강화와 무잔업일 도입, ③ 예산달성 압력)이 합쳐져, 컴플라이언스 대응에까지 여력이 미치지 못하는 실태를 드러낸다. 마지막으로 7장에서는 사내·직장의 부정행위를 행동윤리학의 관점에서 분석하여 자신이 의식하지 못하는 사이에 부정한 행동을 선택해 버리는 인간상을 드러낸다.

주제어: 사례연구, 윤리·법령 등 준수, 양심, 준법정신, 직장 내 부정행위

일본형 고용시스템하에서의 고연령자 고용정책 | 박효숙

일본형 고용시스템은 입구(신규졸업자 일괄 채용)부터 출구(정년퇴직)까지, 그리고 그사이의 처우(연공임금, 연공서열)까지도 정년제도를 기축으로 하여 연령 규범에 근거한 독자적인 법 정책을 완성해 왔다. 이러한 상황 속에서 최근 저출산·고령화가 심각한 사회문제로 지적됨에 따라, 종래와 같은 연령 규범에 근거한 정책으로는 저출산·고령화로 인한 노동력 부족 문제 등을 해결하기 어려울 뿐만 아니라 최근의 연금 정책의 전개와 맞물려 고용에서의 연령 제한을 시정해야 할 필요성과 함께, 애초에 연령 규범에 근거한 정책은 연령차별에 해당할 수 있다는 지적이 꾸준히 제기되어 왔다.

이에 본 논문에서는 연령 규범을 중시하는 일본형 고용시스템하에서 관련 정책 및 법률이 어떻게 전개되어 왔는지를 살펴본 후, 이를 둘러싼 판례의 동향 및 학설의 논의 상황에 대해서 검토하였다. 이러한 검토를 통해 연령 규범으로부터의 탈각을 위해 일본 정부가 도입하고 있는 고연령자 고용 정책의 의의와 한계에 대해 고찰하였다.

주제어: 연령차별, 정년제, 고연령자고용확보조치, 고연령자취업확보조치

일본의 형사사법과 인질사법: 닛산 전 회장의 출국사건 관련 논의를 중심으로 | 장응혁

카를로스 곤은 일본 검찰의 수사를 받던 중 레바논으로 출국하였고 이후 일본의 형사사법제도를 강하게 비판하였다. 이러한 비판은 전세계적으로 큰 관심을 모았으며 일본 형사사법의 특징 중 하나인 ‘인질사법’이 문제의 원인으로 주목받고 있다.

인질사법은 ‘무죄를 주장하거나 목비권을 행사하고 있는 피의자 및 피고인에 대하여 특히 장기 간 신체를 구속하는 구속 및 보석의 운용’으로 정의되는데 매우 다양한 사건의 수사에서 활용되고 있을 뿐만 아니라 일본 형사사법의 다른 특징인 ‘정밀사법’ 및 ‘자백의 중시’와 맞물려 때로는 중대한 인권침해를 낳고 있다.

본고는 먼저 구속 및 보석을 포함하는 일본의 구금제도를 살펴보고 동시에 그러한 구금제도가 어떻게 운용되었기에 인질사법이라고 비판받았는지 살펴보았다. 또한 카를로스 곤 사건을 계기로 인질사법이 다시 주목받고 있는데 여기서 제기된 쟁점들을 중심으로 인질사법의 문제점을 보다 구체적으로 살펴보았다. 아울러 이러한 인질사법은 정밀사법 등 일본 형사사법의 다른 특징과 맞물려 더욱 심각한 문제를 발생시키고 있으므로 정밀사법 등도 같이 살펴보았다.

마지막으로 이러한 문제가 한국에서도 발생할 수 있는지 검토해 보고 일본과 다른 우리나라 형사사법 고유의 문제도 간단히 살펴보았다. 인질사법은 검찰관사법으로도 정의되는데 세계 어느 나라보다도 강력한 권한을 가진 우리나라 검찰의 수사에서도 매우 많은 문제가 지적되고 있다.

주제어: 형사사법, 형사소송법, 인질사법, 비교법, 구속, 피의자

Employment Policy for the Elderly under the Japanese Employment System | PARK Hyo-sook

The Japanese-style employment system is characterized by three features: hiring fresh graduates en masse, seniority-based wage system, and lifetime employment (long-term employment until retirement). In other words, the Japanese employment system has developed its own legal policy based on age norms, with the retirement age system as its foundation, from the entrance (hiring fresh graduates en masse) to the exit (retirement), and even the treatment in between (seniority wages and seniority system).

Under these circumstances, Japan's declining birthrate and aging population have been identified as serious social problems in recent years, and it has been pointed out that conventional policies based on age norms will face difficulty in solving problems such as the shortage of labor force caused by the declining birthrate and aging population. In addition, with the recent development of pension policy and the need to correct age restrictions in employment, the point has been raised that policies based on age norms could amount to age discrimination from the outset.

This paper therefore examines how related policies and laws have been developed under the Japanese-style employment system that emphasizes age norms, and then examines the trends in judicial precedents and the current state of academic debate regarding these issues. Through this examination, this paper discusses the significance and limitations of the employment policies for elderly workers introduced by the Japanese government to deviate from age norms.

• **Keywords:** Age Discrimination, Mandatory Retirement Age System, Measures for Securing Employment for Elderly Persons, Measures for Securing Employment Opportunities for Elderly Persons.

Criminal Justice and Hostage Justice in Japan | CHANG Eung-Hyeok

Carlos Ghosn fled to Lebanon while under investigation by Japanese prosecutors, and later strongly criticized Japan's criminal justice system. His criticisms have attracted great attention worldwide, and one of the characteristics of Japanese criminal justice, the "hostage justice," has been pointed out as the cause of the problem.

This paper first examines Japan's detention system, which includes arrest and bail, and at the same time illustrates how the system has been operated so to have been criticized as "hostage justice." Moreover, this paper examines in greater depth the problems of the hostage justice focusing on the issues raised by the Carlos Ghosn case that has brought the topic back into the spotlight. In addition, since this hostage justice is intertwined with other characteristics of Japanese criminal justice, such as the precision justice, to create more serious problems, the precision justice and the like are also examined.

Lastly, this paper reviews whether these problems could also occur in Korea, and briefly explores problems unique to Korea's criminal justice system, which differs from that of Japan.