

현행 노동관계법상 “근로자대표”의 중첩성과 이에
대한 기능조정을 위한 방안

박 종 희 부연구위원

목 차

I. 문제의 제기

II. 연혁적으로 살펴본 현행 노동법의 구조

1. 우리나라 노동관계법상 근로조건의 결정과 운용을 위한 근로자대표제의 도입과정에 대한 개관
2. 근로관계정책의 수립과 관련된 근로자대표의 참여제도

III. 우리나라 현행 노동법의 체계적 이해

1. 노동보호기능과 집단적 자치기능의 관점에서의 노동관계법의 체계성
2. 노사협의회제도의 노동법 내에서의 체계성
 - 1) 우리나라의 학설
 - 2) 노사협의회제도에 대한 기본틀과 새로운 법체계성 부여
 - 3) 노사협의회제도의 독자적인 기능측면에서 노동조합의 단체교섭제도와의 준별
3. 우리나라 노동법의 체계적 이해에 따른 기능의 배분

IV. 근로자대표와 노동조합 및 노사협의회와의 대표성

1. 대표의 의미
 - 1) 대표의 의미와 내용
 - 2) 대표의 의미로서의 '근로자대표'
2. 현행 노동법상 "근로자대표"의 내용과 구성
 - 1) "근로자대표"의 의미와 내용
 - 2) 근로자대표로서의 노동조합과 의제된 근로자대표로서의 노동조합
 - 3) 근로자대표의 구성절차 및 대표의 권한행사
 - a) 적용범주에 따른 근로자대표의 개별성
 - b) 근로자대표의 구성방법 및 절차

3. 노동조합 및 노사협의회의 대표성

- 1) 노동조합의 대표성
- 2) 노사협의회의 대표성

V. 근로자대표의 중첩성과 그 기능의 조정문제

1. 근로기준법상 근로자대표의 지위에 관한 개별적 검토

- 1) 경영상 이유에 의한 고용조정시 근로자대표와의 협의
- 2) 탄력적 근로시간제 도입시 근로자대표와의 협의
- 3) 선택적 근로시간제 도입시 근로자대표와의 협의
- 4) 인정근로시간제 도입시 근로자대표와의 협의
- 5) 재량근로시간제 도입시 근로자대표와의 협의
- 6) 근로시간 및 휴게시간의 특례를 위한 근로자대표와의 협의
- 7) 유급휴가의 대체
- 8) 기숙사규칙의 작성 또는 변경시 기숙사에 기숙하는 근로자대표와의 협의
- 9) 연장근로에 있어서 '당사자'의 의미

2. 근로자대표와의 협의회가 요청되는 기타의 경우

- 1) 산업안전보건법상 '안전과 보건'에 관한 사항의 결정시 근로자대표와의 협의
- 2) 사내근로복지기금의 설치 및 운용과 관련한 '근로자대표'의 참여

3. 취업규칙의 불이익변경에 따른 집단적 절차로서의 근로자과반수의 동의

- 1) 취업규칙의 법적 성질
- 2) 취업규칙의 법적 성질에 비추어 본 집단적 변경절차의 의미

4. 근로기준법내의 집단적 의사결정방식에 대한 입법론적 제언

5. 노사협의회의 의결사항과 단체협약제도의 중첩성의 조정

6. 취업규칙과 노사협의회 및 단체협약과의 중첩성 조정

VI. 맺 음 말

I. 문제의 제기

개정된 노동관계법에는 많은 경우에 각각의 근로자 대표 또는 중복적인 근로자 대표에 관한 규정을 두고 있다. 예컨대 노동조합및노동관계조정법에서는 노동조합 - 특히 동일 사업장에서 동종의 근로자의 과반수 이상을 조직하고 있는 노동조합이 체결한 단체협약의 경우에 인정되는 일반적 구속력선언제도, 동일지역내에 동종의 근로자 2/3 이상을 조직하고 있는 노동조합이 체결한 단체협약에 대해 인정되고 있는 지역적 구속력선언제도 -, 노사협의회법상 사업장에 종사하는 근로자를 대표하는 근로자위원 그리고 근로기준법에서는 정리해고(제31조 III), 탄력적 근로시간제(제50조 II), 선택적 근로시간제(제51조), 인정 및 재량근로시간제(제56조 II, III), 근로시간과 휴게시간의 특례(제58조 I), 유급휴가대체(제60조) 그리고 취업규칙의 불이익한 변경의 경우¹⁾(제97조 I 단서) 등에 규정되어 있는 ‘근로자대표’²⁾ 등이 그것이다. 또한 산업안전보건법상 산업안전보건위원회의 설치·운영과 관련하여 상시 1,000명 미만의 근로자를 사용하는 사업의 경우에는 근로자참여및협력증진에관한법률에 의한 노사협의회가 동위원회의 기능을 대신하도록 하고 있으며(제19조 I; 동법 시행령 제19조 II, III), 동위원회가 설립되어 있지 아니하는 경우에 사업주가 법 제20조의 규정에 의한 안전보건관리규정을 작성 또는 변경하고자 할 때에는 근로자대표의 의견을 듣도록 하고 있으며(제21조 I; 제2조 4호), 기계 및 기구의 검사시(제36조), 작업환경의 측정시(제42조), 건강진단(제43조) 및 안전·보건진단(제49조

1) 이와 관련하여 법규정에는 근로자대표라는 표현을 사용하고 있지 아니하고, “당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을” 듣도록 하고 있어, 위에서 열거한 다른 규정과의 관계에서는 다르게 해석할 수도 있다. 이에 관해서 자세한 것은 이하 V. 3.에서 살펴보기로 한다.

2) 근로기준법상에는 이 밖에도 제102조 2항에서는 기숙사규칙의 작성 또는 변경시에 “기숙사에 기숙하는 근로자의 과반수를 대표하는 자의 동의”를 얻도록 하고 있으며, 이 밖에도 제52조 1항에서의 연장근로에 대하여 “당사자간의 합의”를 규정함으로써 당사자, 제69조에서는 “단체협약이 있는 경우”로 표현하여 단체협약과의 관계를 설정함으로써 각각의 경우 또한 “대표”성과의 관련하에 연관되어 있다.

II) 실시시에 근로자대표의 요구가 있을 때에는 근로자대표를 입회시켜야 하며, 공정안전보고서를 작성할 때에도 근로자대표의 의견을 듣도록 하고 있다(제49조의 2 II). 이 밖에도 최저임금에 관한 심의를 담당하기 위한 최저임금심의위원회를 "근로자를 대표"하는 위원 9인을 포함한 동수의 사용자 및 공익을 대표하는 자로 구성하도록 하고 있으며(최저임금법 제14조 I), 사내근로복지기금법에 따라 노사동수로 구성되는 기금협의회의 근로자대표로는 노사협의회가 구성되어 있는 경우에는 노사협의회의 근로자를 대표하는 위원이, 노사협의회가 구성되어 있지 아니하면서 노동조합이 조직되어 있는 경우에는 노동조합의 대표자와 그 노동조합이 위촉하는 자로, 그리고 어느 경우에도 해당되지 않는 경우에는 근로자들의 선출로 구성하도록 하며(동법 제8조 I, II, IV), 기타 고용정책심의위원회(고용정책기본법 제6조 III), 진폐심의위원회(진폐의예방과진폐근로자의보호등에관한법률 제5조 I; 동법시행령 제5조 III 2호)를 구성함에 있어서도 근로자대표가 참여하도록 되어 있는 등 많은 경우에 "근로자대표"의 지위가 사용되고 있다³⁾.

이와 같은 각각의 경우 개별적 규정만을 놓고 해석 적용하는 경우에는 중첩 내지 기능중복의 문제가 없는 것처럼 보일 수도 있으나, 각개 규정들을 입체적으로 분석할 경우 동일한 사안에 대한 그 주체성의 중복이 발생하거나, 또는 동일한 대상에 대하여 상이한 주체(근로자대표)가 중복적으로 예정되는 경우도 있다. 나아가 동일한 주체가 형성하는 법률관계가 근로기준법상의 규정에서 노사협의회 및 정책결정과 관련된 각종위원회에 이르기까지 다양하게 걸쳐져 있어 현실적으로 누가, 어떤 지위에서, 어떤 근거로, 어떤 조직대상을 기초로, 어떤 법률관계를 형성할 수 있는지 나아가 이렇게 형성한 법률관계의 상호간의 효력은 어떠한지 등의 복잡한 문제는 미정리된 상태로 남겨져 있다.

3) 노동위원회법상 위원회에 근로자위원이 참여하는 것(노동위원회법 제6조 I, II), 남녀고용평등법상 근로여성의 고충을 처리하기 위해 설치되는 고용조정위원회에 근로자 대표가 함께 구성하고 있는 것(남녀고용평등법 제17조 1항), 산업재해보상보험심의위원회에 근로자를 대표하는 자가 참여하는 것(산업재해보상보험법 제91조 III), 그리고 고용보험심사위원회에 근로자대표가 참여하는 것(고용보험법 제76조 II)도 외형에서는 근로자를 대표하는 자의 의미로 이해할 수 있을지라도 이는 근로자집단의 이익을 대변하기 위한 대표성의 의미를 지니는 것으로 보기는 힘들다(이하 II. 2. 참조).

이런 문제점을 가지고 이하에서는 전체법체계 내에서 각각의 규정이 지니는 의미와 기능에 비추어 노사관계규율의 체계론에서 각각의 경우를 새로이 정립하고 새로운 방향성을 모색하고자 한다.

II. 연혁적으로 살펴본 현행 노동법의 구조

1. 우리나라 노동관계법상 근로조건의 결정과 운용을 위한 근로자대표제의 도입과정에 대한 개관

a) 우리나라 노동관계법에 근로조건의 결정 및 운용과 관련하여 “근로자의 대표”제를 이용하면서 중첩현상을 보여주기 시작한 것은 1980년 말 노동관계법 개정 이후부터이다⁴⁾. 당시 집단적 노사관계법의 규정을 살펴 보면, 노동조합의 설립을 근로조건의 결정권이 있는 사업 또는 사업장단위로 근로자 30인 이상 또는 전체근로자의 5분의 1이상의 찬성으로 설립할 수 있게 하여, 사업장단위의 노동조합설립을 강제하였다(당시 노동조합법 제13조 본문). 이어서 새로이 제정된 노사협의회법에서는 노사협의회제도의 목적을 근로자와 사용자 쌍방이 이해와 협조를 통하여 근로자의 복지증진과 기업의 육성·발전을 도모하고 산업평화의 유지에 기여하는 데에 두어, 그 주된 기능을 노동조합을 중심으로 하는 단체협약제도와는 구별되는 노사간의 협력적 관계의 설정에 두었다. 그럼에도 불구하고 노사협의회는 근로자위원과 사용자위원으로 구성토록 하면서, 근로자위원은 근로자가 선출하되 노동조합이 조직되어 있는 경우에는 노동조합의 대표자와 그 노동조합이 위촉하는 자가 되도록 하였다(동법 제6조 I, II, IV). 이러한 입법태도는 노동조합과 노사협의회 기능을 모호하게 만들었다. 왜냐하면 노사협의회는 노동조합의 단체교섭 및 기타의 활동에 영향을 미치지 아니하며 그 주요 기능을 생산성 향상, 근로자 복지증진 등과 같은 근로조건의 결정권과 직접적인 관련성이 없는 사항을 예정하도록 하여 그 영향력의 적용범위를 사실상 전체 종업원을 포함함에도 불구하고 전

4) 물론 1980년 노사협의회법이 제정되기 이전에 노사협의회제에 관한 규정을 노동조합법내에 두고 있었지만, 독립된 별개의 제도로 정착하기 시작한 것은 노사협의회법 제정 이후로 볼 수 있다.

체 종업원과 동일시 될 수 없는 노동조합으로 하여금 그 지위를 대신케 하였기 때문이다. 이러한 입법의 의도는 논리적인 체계성을 기초로 하였기 보다는 정책적인 이유에서 고려되었음을 강조하지 않을 수 없다⁵⁾. 이와 같은 입법태도는 그 후에도 계속 이어져 내려오다가 1996년 12월 제정(사실상 개정)된 근로자참여및협력증진에 관한법률에서 수정되게 이르렀다. 현행법에서는 근로자를 대표하는 위원은 근로자가 선출하되, 근로자의 과반수로 조직되어 있는 노동조합이 있는 경우에는 노동조합의 대표자와 그 대표자가 위촉하는 자로 하는 것으로 개정하였다(제6조 II). 그러나 개정법하에서도 양자의 중첩현상이 완전히 불식된 것은 아니다. 비록 노동조합에게 근로자대표성을 부여하는 경우를 단위사업장에 종사하는 근로자의 산술적 수치에 근거케 하여, 외형적으로는 정당성의 기초를 제공하고 있는 것처럼 보여주고 있으나, 그 동안 개정시마다 확충되어온 노사협의회의 협의기능과 이번 개정시에 새로이 도입된 의결사항제도는 동법 제5조의 규정에도 불구하고 기능혼재현상을 계속 안게 한다.

개별적 근로조건과 관련된 사항에 대한 집단적 규율방식을 도입한 것은 1989년 3월29일의 근로기준법 개정시에 취업규칙의 불이익한 변경과 관련해서이다(구근로기준법 제95조 I 단) . 이에 의하면 사용자가 취업규칙을 기존의 근로조건보다 불이익하게 변경하기 위해서는 근로자 과반수로 조직되어 있는 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 노동조합이 없는 경우에는 근로자과반수의 동의를 얻도록 하였다⁶⁾⁷⁾. 이 후 산업안전보건법이 제정되면서 사업장내에 노사동수로 구성되는 산

5) 당시의 정책적 판단은 가능한 한 대립적 노사관계를 협력적 노사관계의 틀로 대체하려는 있는 것으로 볼 수 있다. 이는 노동조합의 조직단위를 노사협의회의 조직단위와 동일시한데에서 잘 드러난다.

6) 구근로기준법 제95조 1항 본문(현행 근로기준법 제97조 1항 본문)에서도 근로자 과반수로 조직되어 있는 노동조합이 있는 경우에는 노동조합, 그렇지 않은 경우에는 근로자 과반수의 의견을 듣도록 하여 집단적 절차의 방식을 띠고 있었으나, 이는 합의에 이르지 아니하여도 좋은 단순한 의견청취차원에 머무는 것이기 때문에 그 본질상 집단적 절차로 보기에 는 미흡하다.

7) 1980년 말 근로기준법 개정시에 변형근로시간제를 도입하면서 당사자의 합의를 그 요건으로 하였다. 이때 “당사자”의 의미와 관련하여 개별근로자 및 집단적 형태의 근로자군, 또는 노동조합을 전제하는 것으로 해석하는 이론들이

업안전보건위원회를 구성하도록 하여 안전과 보건에 관한 사항을 심의하게 하던 것을 1994년의 개정시에는 노사협의회가 설치되어 있는 사업장의 경우에는 노사협의회가 산업안전보건심의위원회를 대신하도록 하면서, 필요한 경우 동위원회는 당해 사업장의 안전·보건에 관한 새로운 사항을 정하게 할 수 있도록 하면서 집단적 규율방식을 채택하였다(제19조 II). 이어 1997년 근로기준법 개정시에는 대폭적인 집단적 규율방식을 도입하였는바, 정리해고, 근로시간·휴게·휴가의 운영과 관련한 여러 경우가 그러하다.

여기서 각개 경우의 도입배경을 살펴보면, 취업규칙의 불이익한 변경시 근로자집단의 동의를 구하도록 한 것은 판례에 범형성적 작용의 결과이다. 판례는 일관되게 취업규칙의 법규범적 성질을 전제로 기존의 근로조건보다 불이익하게 취업규칙을 변경하는 경우 취업규칙이 적용되는 근로자집단의 동의가 있어야 허용되는 것으로 판단하였다⁸⁾. 이와 같은 판례의 범형성(richterliche Rechtsfortbildung)의 결과물이 1989년 근로기준법 개정시에 명문의 규정으로 반영되었던 것이다.

산업안전보건법은 근로계약상의 사용자의 안전과 보건에 관한 개별적 의무를 전체사업장에 종합적으로 정립·실시케 함과 동시에 근로자의 안전과 보건에 관한 사회보장적 구현이라는 국가의 책무를 실행하는 차원에서 입안되었다(동법 제4조 참조). 이에 따라 사업장 단위로 적용되는 ‘안전과 보건’에 관한 규정을 따로이 정할 경우에는 집단적 의결방식을 취도록 하였다(제19조 II).

현행 근로기준법이 새로이 채택한 집단적 의결방식이 적용되는 경우들은 개개 근로자를 그 적용대상으로 하기 보다는 일단의 근로자군을 적용단위로 상정할 수

있다. 이러한 해석론에 의하면 변형근로시간제도입시부터 집단적 규율방식이 근로기준법내로 도입된 것으로 볼 수 있을 것이다. 이때의 ‘당사자’ 의미에 관해서는 후술하는 V. 1. 9) 참조.

8) 대판 1977. 7. 26, 77다355; 대판 1977. 9. 28, 77다681; 대판 1977. 12. 27, 77다1387; 대판 1988. 5. 10, 87다카2578; 대판 1989. 5. 9, 88다카4277; 대판 1989. 8. 8, 88다카15413; 대판 1990. 3. 13, 89다카24780; 대판 1990. 11. 27, 90다카23868; 대판 1990. 12. 7, 90다카19647; 대판 1991. 2. 12, 90다15952, 15969, 15976; 대판 1992. 4. 10, 91다37522; 대판 1992. 11. 10, 92다30566; 대판 1992. 12. 8, 91다38174; 대판 1993. 1. 26, 92다49324; 대판 1993. 3. 12, 92다5086 참고.

있는 경우들로 예정하였다. 즉 긴박한 경영상의 이유에 의한 해고는 제30조에서 적용대상으로 삼고 있는 근로자의 일신상·행태상의 사유에 의한 ‘개별적’ 근로관계 종료와는 달리 다수 근로자의 근로관계종료라는 ‘집단성’이 전제되어 있으며, 특히 정리해고는 개별 근로자의 귀책사유와는 무관한 ‘근로계약관계 외적인 사정’에 의한 것으로 그 절차측면에서의 정당성을 보충하기 위하여 집단적 의결방식을 거치게 한 것으로 평가된다⁹⁾. 근로시간의 운영과 관련한 여러 경우도 개별적 근로조건 결정이라는 차원에서가 아니라, 이미 주어진 근로조건 양을 사업장단위 전체에 적용되는 과정의 차원에서 집단적 의결방식을 예정하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 이러한 법정책적 고려가 어느 정도 타당성이 있는지의 여부는 노동법을 위시한 전체 법체계성 속에서 다시 검토되어야 할 것이다¹⁰⁾.

2. 근로관계정책의 수립과 관련된 근로자대표의 참여제도

위에서 언급한 경우 이외의 다른 경우들, 예컨대 최저임금심의위원회, 고용정책심의위원회, 그리고 진폐심의위원회에 근로자대표가 참여하는 것은 다르게 평가될 수 있다. 먼저 후2자의 경우에는 근로조건 결정과는 직·간접적으로 관련성을 지니지 아니하는 정책결정분야에 속한다. 예컨대 진폐심의위원회의 기능은 진폐예방 등에 관한 계획수립과 진폐기금운용계획 및 이와 관련하여 위원장이 부의하는 사항에 대한 심의에 두고 있으며, 고용정책심의위원회의 경우에도 고용정책기본계획 수립에 관한 사항과 고용안정·직업능력개발·고용보험의 주요 시책과 조정에 관한 사항, 노동력공급 및 실업대책에 대한 사항 등을 심의 조정하기 위하여 설립된 기구이다. 이러한 기구들의 성격은 단순한 정책자문을 목적으로 하는 행정위원회에 전문가들의 의견을 수렴하여 정책결정에 반영하기 위한 것으로 이들 위원회에 직접적인 결정권한이 유보되지 않는 한 오히려 민주주의와 법치주의 원리를 실질적으로 보강하는 위치에 놓여지게 된다¹¹⁾. 이러한 점에서 근로자 대표란 전국적인 차

9) 줄고, 경영상의 이유에 의한 고용조정의 기초 및 그 절차와 관련한 몇가지 검토, 노동법학(제7호), 1997, 293면 이하, 296면 이하 참조.

10) 후술하는 V. 1. 2) 참조.

11) 줄저, Verfassungs-, zivil- und arbeitsrechtliche Stellung der

원에서 근로자군을 대표할 수 있는 조직을 그 대상으로 하게 될 것이다.

이에 반해 최저임금심의위원회의 경우에는 동위원회의 심의를 거쳐 결정되는 최저임금액은 부분 근로자의 근로조건을 직접적으로 결정하는 효과를 초래한다. 이런 점에서 후2자의 경우와는 성질을 달리하지만, 그럼에도 불구하고 그러한 정책적 결정이 노사를 대표하는 자에게 유보되어 있는 것이 아니라 동수의 공익위원이 참여하는 동위원회의 심의를 거쳐 최종적으로는 노동부장관이 결정하도록 되어 있어 실제 결정권이 노사에게 주어져 있다고 보기는 어렵다¹²⁾. 이런 점에서 최저임금이 결정은 여전히 국가의 입법결정범위하에 있는 것으로 평가되며, 이 한도에서는 후2자에게 대한 평가와 동일한 것이 적용되게 될 것이다¹³⁾.

III. 현행 우리나라 노동법의 체계적 이해

1. 노동보호기능과 집단적 자치기능의 관점에서의 노동관계법의 체계성

현행 노동관계법의 2원적 체계성은 국가가 강행법률의 제정을 통해 노동관계를 직접 규율하는 방식과 노사가 자율적으로 노사관계를 규율하는 방식으로 크게 대별된다. 이러한 체계성에 따라 전자에 속하는 실정법규를 통털어 개별적 노동보호입법, 후자의 경우를 집단적 노사관계법이라 일컫는다. 노사관계의 규율체계를 이와 같은 이원적 구도로 분리하는 기초 및 근거는 노동헌법(Arbeitsverfassung)의

Arbeitgeberverbände, 1997, S. 96ff. 참조.

12) 최저임금심의위원회가 노사정 3자구성으로 되어 있다는 사실 외에도, 최저임금법 제8조 제3항과 제4항의 규정에 의할 경우 최저임금액으로 결정되기가 곤란하다고 인정되는 경우에 노동부장관이 재심의를 요구할 수 있고 이때에도 최저임금심의위원회는 재심의를 함으로써 최저임금액의 실질적 결정권한을 가지는 것으로 평가할 수 있다. 그러나 재심의를 의결정족수를 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 요구함으로써 실질적으로는 공익위원들에게 캐스팅보트가 유보되어 있고, 이들이 독자적인 결정권한에 한 축을 형성하기 때문에 최저임금액의 결정을 노사자치의 모습으로 평가하기에는 어려움이 많다.

13) 비교법적 검토로서 독일의 최저근로조건에 관한 결정의 평가에 대해서는 줄저, Verfassung-, zivil- und arbeitsrechtliche Stellung der Arbeitgeberverbände, 1997, S. 91ff. 참조.

이념과 방법에 두고 있다. 현행 헌법 제32조와 제33조는 노동헌법의 가장 핵심적인 규정으로, 전자의 규정은 근로자의 인격과 존엄을 보호하기 위한 국가의 직접적인 의무를 규정하고 있다. 따라서 제32조 제1항 2문 후단의 최저임금제도의 실시, 3항에 따른 최저근로조건의 법정화는 국가의 근로관계에 대한 직접적인 규율의무를 규정하고 있는 헌법적 근거로 이해된다. 이에 반해 헌법 제33조는 근로자의 노동3권을 자유권적 기본권의 형식으로 보장하고 있다. 그러나 동 조항의 취지와 목적을 단순한 자유권적 기본권의 보장형태로만 이해하여서는 아니된다. 왜냐하면 문언적 해석대로 근로자의 노동3권의 각개 보장을 통한 일방적인 집단적 노사관계의 규율을 의도한 것으로 해석하는 것은 어느 누구도 수긍할 수 없는 논리일 뿐만 아니라 체계적이지 못하다. 근로자의 단체교섭 및 단체행동권의 보장을 통해 궁극적으로 달성하고자 하는 바가 일방통행적 권리보장과 실현에 있는 것이 아니라면, 이는 전체 법체계 내에서 정당성을 구비하기 위한 ‘절차상의 기본원칙’(der Grundsatz des Verfahrens)에 상응해야 한다. 민사소송법 및 형사소송법 등 각종 절차법에 추구하는 가장 기본적인 이념중의 하나는 적정절차 및 공정절차라고 할 수 있다¹⁴⁾. 이 때의 적정절차란 실제적 진실을 발견하고 타당한 법률적용을 통해 법치주의를 실현하자는 것으로, 헌법 제12조 제1항의 해석을 통해 구체화되는 내용이다. 이러한 기본이념은 각개 실정소송법상의 여러 원칙으로 구체화되는데, 그 중의 하나가 ‘무기평등의 원칙’이다¹⁵⁾. 즉 양당사자 사이에 대등한 방법과 수단을 강구할 수 있을 때만이 일방의 요구가 무조건 실현되는 것을 막고 실제적인 정의에 부합할 수 있는 결과를 이끌어 낼 수 있다는 것이다. 이런 관점에서 노동3권의 규율목적이 노사간의 갈등을 적정하게 해결하려는 데에 있다면 이는 양당사자사이의 적정절차를 통해서만이 달성할 수 있는 것이다. 그러므로 헌법 제33조 제1항의 지향점은 실제적 정의를 이끌어 내기 위한 노사간의 이익조정절차의 보장에 있는 것으로 보아야 한다. 이와 같이 헌법 제33조 제1항이 집단적 노사관계의 근거가 되는 집단적 이익조정절차의 보장에 있다면, 이는 국가의 노사관계에 대한 직접적 규율을 留保하고 노사당사자의 자율에 우선순위를 준 것이다. 이 한도에서 국가의 강행법률을 통한 노

14) 송상현, 민사소송법, 1997, 15면 이하; 배종대/이상돈, 형사소송법, 1997, 17면 이하 참조.

15) 송상현, 전계서, 16면; 배종대/이상돈, 전계서, 16면.

사관계의 규율은 보충성의 지위(Subsidiaritätsprinzip)에 놓여지게 된다. 헌법 제32조 제3항에서 규정하고 있는 근로자의 존엄을 보장하도록 근로조건의 법정화하는 것은 집단적 자율기능이 보장되도록 부수적·보충적인 보호에 그치는 것이 타당하다¹⁶⁾. 노사의 협약자율에 우선순위를 두고 있는 것은 노동관계법상 법원의 체계성 및 이에 대한 규준원칙으로서의 유리한 조건우선의 원칙에서 구체적으로 드러난다. 법률-단체협약-취업규칙-근로계약¹⁷⁾으로 이어지는 법원의 단계적 효력순위에서 하위의 법원은 상위의 법원을 저촉할 수 없으나, 하위의 법원의 내용이 상위의 법원의 내용보다 유리할 경우에는 효력을 지니게 하는 유리한 조건 우선의 원칙은 노동법의 체계를 이해하는 핵심적 원칙이다.

2. 노사협의회제도의 노동법 내에서의 체계성

1) 우리나라 학설의 입장

노사협의회제도의 노동법적 체계성의 판단에 관해서는 학설이 일치하고 있지 않다. 다수설은 노사협의회제를 경영참가의 일종으로 보아 집단적 노사관계와 구별되는 또 다른 체계성을 부여하고 있다¹⁸⁾. 이에 의하면 노사협의회는 대립적 노사관계를 협조적 노사관계로 전환 내지 지향하는 제도로 이해하며, 따라서 분배자체에 대한 대립과는 달리 분배원천의 증가에 대한 협조관계로 설명하고 있다. 이에 반해 소수설의 견해는 우리나라의 노동조합구조가 서구의 그것과 다른 점에 기초하여 노동조합의 기능과 구별되는 새로운 제도로 이해하기 보다는 단체교섭제도의 한 유형으로 파악하고자 한다¹⁹⁾. 이 밖에도 노사협의회제도를 노동조합을 중심으로 하

16) 이런 관점에서 근로기준법의 이념과 목적이 '최저기준'의 보호에 있는 것이다(근로기준법 제2조).

17) 실제로 취업규칙을 계약으로 이해한다면 근로계약은 동순위에 놓여지게 되나, 취업규칙을 통한 최저기준의 근로계약화를 실현하려는 국가의 의무가 강행력을 지니면서 관여하게 되므로, 이 한도에서 우열관계를 이와 같이 설정할 수도 있다(후술하는 V. 3. 참조).

18) 김치선, 노동법강의, 1992, 673면 이하; 김형배, 노동법(9판), 1997, 741면 이하; 박상필, 한국노동법, 1992, 584면 이하; 이상윤, 노동법, 1997, 951면 이하.

는 집단적 노사관계와 구별되는 제도로 접근하면서도 양자간의 분명한 구분을 유보하는 입장도 있다²⁰⁾.

노사협의회제도에 대한 체계적 이해가 서로 상이한 것은 우리나라의 노사관계구도의 현실에 연유하는 바가 크다. 기법별노동조합의 조직형태를 일반적으로 취하고 있는 우리나라의 현실에서 동일한 조직대상을 기초로 하는 노사협의회 구성은 상호간의 적절한 기능구별을 어렵게 하는 것은 사실이다. 그렇다고 하여 양제도를 하나의 범주로 엮어 이중적인 체계성을 유지하게 하는 것도 법체계적인 측면에서나 효율적인 측면에서도 바람직스럽지 않다. 구노사협의회법하에서는 노사협의회에게 부여된 권한이 단순한 협의기능에만 국한되었기 때문에 기능의 중첩성은 그나마 최소화할 수 있었다. 그러나 현행법하에서는 의결기능이 보완되고 이에 따른 임의적인 의결사항의 확대가 가능하기 때문에 제도적인 위치매김을 바로하지 않고서는 노동조합의 단체교섭과의 본질적인 기능중복현상은 피할 수 없게 되었다.

2) 노사협의회제에 대한 기본틀과 새로운 법체계성 부여

근로자의 경영참가제도라는 큰 틀에서 논의되는 제도의의로는 노사관계의 근대화 및 생산성 향상을 위한 합리주의사상이라는 두가지 요청이 제시되고 있다. 즉 사용자의 배타적인 경영권을 생산활동에 있어서의 근로자의 기능적 역할과 조화시켜 노사의 협력관계를 수립하면서 근로자들의 기업경영에의 참여를 확대하는 데에 있다. 노동조합의 단체협약제도가 노사 사이의 이해의 대립을 노동조합이라는 단결과정의행위라는 집단적 투쟁방식을 통하여 근로자들의 실질적 평등을 유지하기 위하여 마련된 것이라면, 노사협의제는 노사대립을 지양하고 경영내의 사용자의 독점적 지위를 수정함으로써 협동과 공동의 책임으로 새로운 차원에서의 노사관계를 전개하려는 것이다. 이러한 근로자의 경영참가가 근로자의 자본참가²¹⁾가 아닌 의사과정

19) 박홍규, 노동법론, 1995, 1010면 이하. 이 견해가 내세운 중요한 논거중의 하나는 구법하에서 노사협의회가 단지 협의기능만을 가지고 있다는 점에 기초하고 있다(전게서, 1011면). 의결기능이 도입된 개정법하에서의 견해는 아직 밝혀지지 않고 있다.

20) 이병태, 노동법, 1997, 460면.

21) 예컨대 종업원지주제도를 통한 근로자의 경영에의 참여를 위한 법적 근거

에의 참여방식으로 파악할 경우 새로운 법적 근거 및 체계성을 갖추어져야 한다. 특히 사용자의 경영상의 배타적 지위를 수정하는 노사간의 협력적 관계는 사용자가 가지는 헌법상의 기본권인 사소유권 및 직업(영업)선택의 자유의 새로운 조명과 해석을 필요로 한다.

자본주의 경제체제는 사소유제도를 근간으로 한다. 특히 자본가에게 생산수단에 대한 소유권을 귀속시키는 것은 물적 시설에 대한 배타적 소유·관리를 용인하는 것으로 평가를 내릴 수 있을 것이다. 그러나 소유권보호라는 헌법상의 기본권은 여타의 기본권과는 달리 재산권의 헌법적 보호라는 「제도보장」(Institutsgarantie)에 그 본질을 두고 있다. 이런 점에서 재산권의 보장과 행사는 서로 구별될 수 있으며, 후자에 대해서는 공공복리라는 사회윤리적인 관점에서 제한을 받게 되는 것이다(헌법 제23조 2항). 사소유권의 보장과 더불어 기본권보장의 기본목적은 개개인의 인격적 존엄성의 보장과 이를 위한 자율과 책임의 구현에 있다. 개별기본권의 보장도 이러한 기본목적의 틀에서 그 의의를 지닐 수 있는 것이다. 사용자의 생산물적 시설에 대한 소유권은 이와 관련된 모든 사항에 대한 배타적 권리성을 보장하는 것은 아니다. 오히려 기본권보장의의에 합당하는 실체적 범위 내에서만 보장 받는 제도적 의의를 지닐 수 있는 것이다. 따라서 소유권을 이유로 하는 사용자의 사업장 내에서의 절대적 지배권이란 기본권보장의 원리에 합치되는 한도에서만 인정될 수 있을 뿐이다. 사업장단위에서 근로조건의 결정이 아닌 실행과 관련된 사항이라든가, 작업환경 내지 공동질서의 정립 등과 같은 사항에 대해서는 사용자의 사소유권보장으로 배타적 보호를 받을 수 없다. 사소유권은 그것이 사회적 성격을 강하게 띠면 될수록 소유권의 행사와 관련해서는 사회윤리적 제약을 더욱 받게 되는 것이다. 기업 내지 사업이란 개념을 전제할 때, 이 역시 소집단으로서의 사회적 성격을 띠게 되며, 이런 점에서 생산수단의 소유권의 행사에는 일정한 제약은 일정한 제약을 내재하는 것으로 이해된다.

다른 한편에서 사용자는 직업선택의 자유를 가진다. 직업선택의 자유보장은 연혁적으로는 개인의 인격적 측면에 주안점을 두면서 자연인에게만 인정되는 기본권으로 해석되었지만²²⁾, 오늘날에는 법인에 대해서도 인정함이 통설이다. 이러한 점에

를 해결하는 것이 전형적인 형태로 들 수 있다.

22) 졸저, Verfassungs-, zivil- und arbeitsrechtliche Stellung der

서 직업의 자유는 곧 영업의 자유까지를 내포하게 되는 것이다. 이런 점에서의 영업의 자유란 그 전체로서 기본적인 조직적 측면 내지는 절차적 측면을 함축하고 있다. 오늘날 기본권의 보장의의를 개별적으로 분리된 측면에서의 보장주의가 아닌 국가와 사회내의 체계론적(systemgemäß)인 측면에서의 보장주의를 밝힐 때, 각개 기본권의 발현은 조직규범과 절차규범으로서의 성격을 가지게 된다. “영업”이라는 자유는 곧 바로 “비독자적인 노동력을 제공하는 근로자의 직업의 자유와 함께 맞물려 있는 것으로 영업과 근로자의 ‘직업의 자유’는 동일한 노동과정(Arbeitsprozeß)내에서 형성되는 것이기 때문에, 자본가는 곧 근로자의 조력하에서만 자신의 영업의 자유를 구체화할 수 있는 것으로 평가된다. 이러한 점에서 사업장내의 조직 내지는 직업의 자유를 구현하기 위한 제반조치에 사용자의 전단적인 결정 내지 지배권을 인정하지 않고 공동의 주체인 근로자의 참여를 통해 실현하는 것은 오히려 기본권제도라는 법체계성에 부합하는 것으로 평가된다. 더욱이나 헌법 제33조 제1항에서 보장하고 있는 근로조건의 유지·향상이라는 노동3권보장의 목적성은 단지 단체협약시스템이라는 제도에만 그 실현방식을 국한시켜 이해할 필요는 없을 것이다²³⁾. 따라서 노동3권의 보장주의를 개방적으로, 그리고 광의의 의미로 이해할 때 새로운 노사관계모델에 대한 준거점으로도 계속 작용할 수 있을 것이다. 근로자의 단결과 단체교섭 및 단체행동의 상호관계를 굳이 상호제약적인 의미로 해석하는 것이 아니라 근로관계의 유지·향상, 다시 말하면 근로관계의 규율이라는 노사자치를 근본목적으로 예정하고 있는 것이라면 노동3권의 의미를 단체협약구도로 좁게 해석할 필요는 없는 것이다. 단결체 = 노동조합, 단체교섭 = 단체협약체결을 위한 단체교섭, 단체행동 = 쟁의행위라는 등식을 벗어날 때, 광의의 단결체와 단체교섭 및 단체행동은 상호제약적 요소로써 작용하는 것이 아니라 기능적으로 상호보완관계를 강조하는 측면을 나타내게 된다.

이와 같은 헌법의 새로운 해석기초에 선다면 노사협의회제도의 위상을 법체계적으로 달리 세울 수가 있게 된다. 즉 노동조합을 중심으로 하는 단체협약구도와는 달리, 조직 내에서 근로자의 자기결정과 인격발현이라는 기본적인 자유권적 보호사

Arbeitgeberverbände, S. 31f. 참조.

23) 자세한 것은 줄저, 노동조합의 조직유형과 단체교섭당사자적격, 한국노동연구원, 1998, II. 1. 가. a) 참조.

상의 기초위에서 종업원이라는 하나의 단일한 근로자의 의제된 단결체를 통해 직업의 자유를 실현하는 모습으로 이해할 수 있을 것이다. 이처럼 노사협의회제에 대한 그 기능성을 단체협약 구도와 그 기초와는 달리 파악·구성한다면, 실정노동관계법상의 운영에서도 기능의 중복성을 피할 수 있게 될 것이다. 만약 이렇게 해석하지 않는다면 노사협의회제도는 단체협약제도의 한 내용으로 포함될 수 밖에 없고 양자간의 기능은 상호 중복되어 효율적인 측면과 체계적인 측면에서의 조화로운 모습을 피할 수 없게 될 것이다.

3) 노사협의회의 독자적인 기능측면에서 노동조합의 단체교섭제도와의 준별

노사협의회의 제도의의를 근로자의 자기결정과 인격발현 및 직업의 자유에 따른 조직에 대한 헌법적 기초에서 이해한다면, 이는 헌법 제33조 제1항이 보장하는 다른 핵심적 기능을 침해하거나 형해화시키지 않는 범위에서만 인정될 수 있다. 노동3권 보장의의를 개방적으로 이해하여야 한다는 점은 곧 노동3권의 연혁적·실제적 의미에서 핵심내용으로 확립되어 있는 단체협약제도를 배제한다거나, 또는 여타 다른 제도와의 관계에서 그의 위치 내지는 의미가 축소될 수 있다는 것을 내포하는 것은 아니다. 단체협약을 중심으로 하는 협약자율의 기능성을 침해하거나 형해화하는 다른 제도의 도입은 명문의 규정을 근거로 하고 있는 협약자치시스템의 침해를 초래하므로 위헌의 비판을 피할 수 없게 된다. 따라서 노사간의 새로운 이익조정모델의 제시는 협약자율시스템과 병존하거나 보충하는 의미에서만 논의 및 도입이 가능할 뿐이다. 그러므로 노사협의회제도가 노동조합의 기능을 위축시키고 대체하는 기능을 수행한다면, 이는 협약자율을 보장하고 있는 기본권의 내용을 침해하는 것이 되어, 입법자의 위헌적 입법형성으로 평가될 수 밖에 없다. 노사협의회제도가 새로운 모델로서 자리매김을 할 수 있기 위해서는 적어도 단체협약시스템을 침해하거나 형해화시키지 아니하는 한도에서만 의의를 가질 수 있다. 이런 점에 비추어 본다면, 과거 노사협의회제도의 취지를 단체협약제도와 그것과는 별개의 것으로 입법하면서도 그 실제 운용이 노동조합의 단체교섭기능을 대체하더라도 이로 말미암아 노동조합의 본래적 기능 자체가 침해되지 아니한 까닭에 노사협의회제 기능의 효용성 여부만이 문제되었을 뿐이지만, 현행법하에서는 논의의 초점을 달리하게 된

다. 즉 과거와는 달리 의결사항을 신설하였고, 그 중에서도 근로자의 교육훈련 및 능력개발과 관련된 사항, 복지시설의 설치와 관리에 관한 사항, 사내복지기금의 설치에 관한 사항 및 각종 노사공동위원회의 설치에 관한 사항은 여태까지의 관행에 비추어 본다면 단체협약에서 다루었던 내용들이다. 종전에 단체협약에서 다루었던 일부 사항을 노사협의회 의결사항으로 법정하고, 이 사항들에 대하여 노사협의회에서 의결을 보지 못하는 경우에는 중재기구를 통한 중재 내지는 노동위원회의 중재를 통해 해결하도록 하는 것은(근로자참여및협력증진에관한법률 제24조), 노사협의회제도의 단체협약제도와 상호간의 기능이 조정되지 않는 한 단체협약제도를 침해하는 결과로 비추어 질수도 있다.

단체협약제도에서 아직까지 해결되지 아니하고 있는 현안의 과제중에 하나는 단체교섭대상에 관한 논의이다. 즉 어떠한 사항들이 단체교섭의 대상으로 될 수 있으며, 어떠한 사항들이 단체교섭에서의 요구사항으로 제시될 수 없느냐 하는 문제이다. 본고에서는 이 문제와 직접적으로 관계하지 않기 때문에 이에 관해서는 별론으로 하되, 노동조합이 단체협약시스템에서 추구할 수 있는 근로조건 유지·향상의 대상이 되는 개개내용은 시간과 여건에 따라 변화될 수 있는 것으로 이해하여야 한다. 그렇다 하더라도 그 핵심에 있는 본래적인 단체협약제도의 대상, 즉 직접적인 근로조건 결정에 관한 사항은 계속 유보되는 것이지만 그 밖에 위치하는 제반영역은 노사간의 관행변화에 따라 단체교섭의 대상으로 새로이 포섭되거나 또는 다른 제도로 치환되어 단체협약의 규율대상에서 배제될 수도 있다. 이런 시각에서 접근할 경우 노사협의회제도가 독자적인 기능을 수행하는 것으로 자리 매김을 하기 위해서는(그렇지 않은 경우 바로 위에서 언급한 바와 같이 위헌의 문제를 안을 소지가 있음) 적어도 직접적인 근로조건 결정에 관한 사항을 노사협의회 의제로 설정해서는 아니되는 것으로 판단하여야 한다²⁴⁾.

24) 이와 관련하여 노사협의회 의결사항의 근로자측의 대표가 노동조합이 위촉하는 자로 구성될 경우에는 노동조합및노동관계조정법 제35조상의 일반적 구속력제도와 상관계속속에서 달리 해석될 여지가 있다. 이에 관해서는 후술하는 V. 5. 참조.

3. 우리나라 노동법의 체계적 이해에 따른 기능의 배분

이상에서 살펴본 바와 같이 전체법질서 내에서의 노동법의 체계는 개별적 노동보호입법, 노동조합의 단체협약을 중심으로 하는 집단적 노사관계법과 노동조합 이외의 근로자집단을 중심으로 형성되는 집단적 노사관계로 대별할 수 있을 것이다. 3자의 각각의 기능은 각개의 제도취지에 맞게 상호 조화를 이루어야 한다. 먼저 개별적 노동보호입법은 국가가 강행법률의 제정을 통해 최저기준의 노동조건을 설정하여 주는 것이고, 이를 바탕으로 하여 노사당사자가 자치적으로 근로조건에 대한 수준을 결정하는 것이므로, 법정된 근로조건을 저하하지 않는 이상 노사당사자가 자율적으로 정한 것이 우선적인 효력을 가지게 된다. 이는 노사당사자에게 적정한 근로조건을 형성할 수 있는 권한을 설정해 준 헌법적 기초에서 비롯된다. 노동조합을 중심으로 하는 단체협약제도는 헌법 제33조 제1항의 본질을 구성하는 것으로, 여타 근로자집단이 형성하는 집단적 관계보다 우선하는 지위가 부여되어야 한다. 이러한 관계는 후자에 속하는 것이라도 단체교섭의 대상으로 삼는 것은 가능하나, 그 내용의 본질상 '전체종업원'이라는 근로자집단에게 결정권을 유보하는 것이 보다 사물본성적이라는 점에서 상호간의 기능적 조정이 이루어질 수 있다. 특히 후자의 경우에는 전자와 같은 대립적 구도를 원용하여 전개되는 노사관계가 아니므로, 전자의 경우처럼 단체행동이라는 사실적 투쟁관계의 뒷받침을 원용할 수 없다. 개별적 노동보호입법과 노동조합이 아닌 근로자집단을 통한 집단적 노사관계간의 상호관계는 내용적으로 중첩되지 아니하는 경우가 제도의 본질상 보통일 것이다. 그럼에도 불구하고 양자에 걸쳐 중복되는 사항이 규정되어 있는 경우에는, 노동조합을 중심으로 하는 집단적 노사관계에서와 마찬가지로 최저기준을 정한 법정조건을 저촉하지 않는 범위에서 근로자집단의 결정이 우선 적용하게 될 것이다. 따라서 동일한 사항에 대하여 삼자간에 중첩적으로 규율되는 경우에는 개별적 노동보호입법규정 - 노동조합을 중심으로 하는 집단적 노사관계 - 노동조합 이외의 근로자집단을 중심으로 하는 집단적 노사관계의 순으로 정해지며, 각 기준의 내용과 관련해서는 유리한 조건 우선의 원칙이 적용되는 것으로 해석할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 상호조정기준은 동일한 적용대상을 전제로 할 경우이다. 따라서 각각의 경우 그 주체성이나 기타 다른 변수가 주어지는 경우에는 별도의 다른

판단을 요한다.

IV. 근로자대표와 노동조합 및 노사협의회의 대표성

1. 대표의 의미

1) 대표의 의미와 내용

현행법에서는 근로자‘대표’ 또는 근로자를 ‘대표하는 자’라는 표현으로 사용하고 있다. 이때 근로자대표가 무엇을 의미하는 지를 밝히기 위해서는 우선 ‘대표’가 무엇을 의미하는지부터 밝혀져야 한다.

근로자‘대표’라고 할 때, 그 ‘대표’란 여러 의미로 사용되는 경우가 많다. 언어사적(etymologisch)으로는 라틴어의 “repreasentare”에서 유래한 것으로 영어의 “representation” 독일어의 “Repräsentation” 등으로 이어져 내려오면서, 그 의미는 묘사, 대리, 복사, 형상 등 다양하게 사용되어져 왔다. 그러나 “대표”라는 어원이 현대에 들어오면서는 그 의미의 범위가 제한적으로 사용되게 되었는데, 주로 국가의 통치체계와 관련하여 중요한 논의점으로 전개되고 있다. 實在하지 않는 것을 再顯現²⁵⁾한다는 순수 언어학적 관점에서의 대표의 의미는 대표되어지는 것의 존재성(Wesenheit)을 그 전제조건으로 요한다. 그러므로 대표의 개념은 인적인 실존(die personelle Existenz)의 再顯現(Duplizität)을 내재하는 것으로²⁶⁾, 자연과학적 영역에서의 개념구성이 아닌 정신과학적인 개념요소를 지닌다. 따라서 자연과학적 의미에서의 동일성(Identität)과는 구별되며, 또한 구성원이 전체의 일부를 이루면서 전체와 차별성을 나타내지 않는 연대성(Solidarität)과도 구별된다. 이와 같은 기초에서 본다면 대표는 가치영역에서 통용되는 개념으로 이해할 수 있다. 이때의 가치영역은 정신적으로 특정할 수 있는 가치영역을 지칭하는 것으로, 경제적 가치는 포함하

25) 이런 점에서 대표되어지는 것이 하나의 독자적인 실존하는 것이어야 한다는 것이 대표의 전제라면 “추상화”를 의미하는 것은 아니다.

26) Leibholz, Die Repräsentation in der Demokratie, 1973, S. 28. 이런 점에서 대표는 상징(Symbol)과도 구별된다.

지 않는다. 그러므로 이익단체가 전문가적인 입장에서 대변하는 것은 대표의 의미에서 파악될 수 없다.

정신적 가치영역에서의 대표의 관념은 사법상의 대리와는 구별될 것을 요한다. 사법상의 대리나 대표는 다른 개인의 행위를 통하여 특정인 또는 다수인의 이익을 구현케 한다는 점에서는 사실적 공통요소를 지니고도 있으나, 기본적으로 사법상의 영역에서는 순수 인적인 요소를 뛰어넘는 대표의 개념을 인정하기 위한 관념적인 가치요소가 인정되지 않는다²⁷⁾²⁸⁾. 이는 경제적인 영역에서 대표의 관념이 도입될 여지가 없는 것과 같은 논리에서이다. 따라서 민사법 기타 소송법 영역에서 자연인과 법인은 단지 대리될 뿐이지, 대표의 관념에는 상응하지 않는다²⁹⁾. 따라서 현존

27) 대표와 대리가 다른 人을 매개로 나타난다는 점에 유사성을 갖지마는 대표의 경우에는 대표되어지는 자와 대표하는 자 사이의 근접성을 매우 강하게 지니고 있는 반면에, 대리의 경우는 대리되어지는 자와는 전적으로 다른 인적 단일체에 의해 기술적인 관념에서 재현되는 것이라는 점에서 크게 구별된다 (Leibholz, aaO, S. 32ff.).

28) 민법 제59조 제1항에서는 법인의 기관에 의한 대표를 규정하고 있다. 즉 “이사는 … 각자 법인을 대표한다”고 하여 법인에 대하여 대표의 관념을 인정하는 듯이 규정하고 있다. 그러나 “동조 제2항에서는 법인의 대표에 관하여는 대리에 관한 규정을 준용한다”고 하여 엄격한 의미에서의 대표와는 그 의미를 구별하고 있다. 따라서 동조의 의미는 위에서 언급하는 대표와는 다르게 해석하는 것이 타당하다고 생각된다. 이사가 법인을 대표하는 것은 법인의 기관으로서의 지위를 행사하는 것을 의미하는 것에 불과하다. 즉 인적 결합체가 독자적인 권리능력을 지니기 위해서는 단체를 구성하여야 하며, 이때 기관은 단체의 필수적 요건으로서 갖추어져야 한다. 그러므로 법인이 권리능력을 가지는 것은 기관의 존립과 궤를 같이 하는 것이다. 이런 점에서 기관은 법인의 개념 본질적 구성부분으로써 법인과의 일체성을 이루고 있으며, 단지 관념적으로 실재하는 구체화된 법인을 대외적으로 권리의무의 주체로 등장하게 하는 것에 불과하다. 이러한 기관의 구체적인 행위는 기관에 임명(Anstellung)되는 자연인의 행위에 따라 이루어진다. 이러한 기초에서 이해할 경우 민법 제59조 제1항의 규정은 법인의 행위능력주체로서의 기관의 지위를 단지 표현하는 것에 불과할 뿐이며, 제2항은 기관에 임명된 자연인의 구체적 행위와 법인과의 법률관계의 내용을 상정하는 것에 불과한 것이다. 따라서 법인에 대해 규정하고 있는 대표의 의미는 위에서 언급하는 ‘대표’(Repräsentation)와는 구별되는 것으로 보아야 한다.

29) 이러한 구분은 사법의 영역에서는 대리, 공법의 영역에서는 대표라는 이분

하지 않는 가치집약적 존재를 실제속에 재현시키는 것을 대표라고 한다면, 적어도 대표는 관념적으로 파악할 수 있는 가치개념을 전제로 하는 것이며, 이 한도에서 대표는 바로 ‘대표되어지는 자’(Repräsentierten)를 재현(Duplizität od. Zweiheit)하는 것이다. 그러므로 대표자의 행위는 다른 매개절차를 통함이 업시 곧 바로 ‘대표되어지는 자’에게로 귀속되는 것이다³⁰⁾.

나아가 대표를 인정하기 위해서는 적어도 구체적으로 규정된 ‘목적의 추구’를 필요로 한다. 의미를 가지는 인간의 행위와 마찬가지로 대표의 경우에서도 대표 ‘그 자체’를 위해서가 아니라 일정한 구체적인 목적을 위하여 대표가 필요하게 된다. 만약 대표를 이와 같은 내재하는 목적성에서 유리시킨다면 이는 대표의 내적 정당성을 갖출 수 없게 한다. 대표의 구체적 목적은 일차적으로 대표자가 대표되어지는 자에 대한 일정한 인적 단일성을 재현하는데에 있다. 이 점에서 대표는 대표에 따르는 결과의 수취인과의 일정한 종류의 **동질성(Homogenität)**을 전제조건으로 갖추어야 한다. 즉 대표를 필요로 하는 자는 원칙적으로 대표자와의 동일한 관념적 가치영역에서 움직이는 것이 전제되어야 한다. 다시 말하면 대표자와 대표되어지는 자는 원칙적으로 동등하고 동가치적인 상대방으로 양립할 수 있어야 한다.

2) 대표의 의미로서의 ‘근로자대표’

위와 같은 대표의 개념을 전제로 노동관계법에 규정되어 있는 근로자대표의 의미를 검토한다면, 먼저 관념적으로 실존하는 근로자의 단일성을 지칭할 수 있어야 하며, 그 단일화한 가치개념을 재현하기 위한 목적성과 대표자와 대표되어지는 자 간의 동질성이 주어져야 한다. 노동관계법상에서 사용하고 있는 근로자대표에서 대표되어지는 자는 각각의 구체적인 범주가 동일하나 여부를 차치하고, 관념적으로 실존하는 일정한 가치개념으로서의 근로자집단을 상징할 수 있다. 그리고 이러

법적 등식으로 반드시 이어지는 것은 아니다. 공법상의 영역에서도 대리 개념이 적용될 경우도 있다. 반대로 사법상의 영역에서도 대표의 관념이 적용될 여지가 있다. 그러므로 대리 또는 대표의 관념중 어느 것이 적용될 것인지는 각 사안별로 면밀히 검토되어야 한다.

30) Vgl. Leibholz, aaO, S. 40.

한 대표라는 도구를 통해 추구하고자 하는 목적으로 각 규정에서 예정하고 있는 목적활동이 주어지 있으며, 또한 대표자가 대표되어지는 자 중에 선출되어 목적활동을 수행하는 것이므로 양자간의 동질성 또한 인정된다. 따라서 노동관계법상 근로자대표는 대표되어지는 자의 공동의 목적, 즉 근로조건의 결정이나 결정된 근로조건의 실현에 따른 전체 노동노동과정의 자기결정을 실현하기 위하여 인정되는 것이다. 이러한 대표의 경우는 대리가 적용되는 경우에는 성립하지 않는다.

2. 현행 노동관계법상 ‘근로자대표’의 내용과 구성

1) 근로자대표의 의미와 내용

노동조합의 경우와는 달리 현행 근로기준법에 산발적으로 규정되어 있는 ‘근로자대표’를 전제하는 규정에서 대표되는 근로자의 의미와 이때의 대표의 의미에 관하여 특별규정을 두고 있지 않다. 단지 근로기준법상 근로자에 해당하는 자를 대상으로 하여 “당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자”를 ‘근로자대표’로 명명하고 있다³¹⁾. 이에 반하여 근로자참여및협력증진에관한법률에 의한 근로자를 대표하는 노사협의회의 위원은 제6조와 동법 시행령 제3조 제1항에 따라 “(과반수로 구성된 노동조합이 없는 경우에는) ... 사업 또는 사업장의 근로자위원은 근로자의 직접·비밀·무기명투표에 의하여 선출”하며, “다만 사업 또는 사업자의 특수성으로 인하여 부득이 하다고 인정되는 경우에는 작업부서별로 근로자수에 비례하여 근로자위원을 선출할 근로자를 선출하고 위원선거인 과반수의 직접·비밀·무기명투표에 의하여 근로자위원을 선출”하도록 하고 있다³²⁾. 그러므로 ‘근로자대표’의 내용을 보다 명확하게 구성하기 위해서는 우선 먼저 그 기초를 이루는 것은 ‘사업 또는 사업장’의 개념과 ‘근로자의 ‘과반수’로 조직되는 ‘근로자대표’에 관한 분석이 필요로 한다.

31) 이러한 표현은 취업규칙의 불이익한 변경의 경우를 제외한 모든 ‘근로자대표’의 경우에 해당된다.

32) 근로자대표의 선출과 구성방법에 관해서는 후술한다(IV. 2. 3) 참조).

a) 사업(장)의 개념

먼저 ‘사업 또는 사업장’이란 일반적으로 사용자가 근로자와 함께 물적·비물 질적 수단을 사용하여 노동기술적인 목적을 추구하는, 일정한 기간동안 조직적으로 결합한 단일체를 의미한다³³⁾. 여기서 노동법상 부가적으로 고려해야 할 중요한 요소는 “근로조건의 결정권이 있는” 사업 또는 사업장의 개념이다³⁴⁾. 사업이 노동기술적인 목적을 추구하는 조직적 통일체라면 이는 독자적인 근로조건의 결정이 이루어 질 수 있는 조직체를 전제로 하는 것이다. 특히 근로기준법의 취지는 개별근로자의 보호를 위하여 개개 근로조건의 결정을 규율하는 데에 그 목적을 두고 있기 때문에, 근로기준법상의 사업 또는 사업장이란 반드시 장소적 관념을 기초로 이루어지는 것이 아니라, 오히려 근로조건의 결정단위로서의 조직적 통일체 개념을 전제하는 것으로 이해함이 우선 요청된다³⁵⁾. 이렇게 판단할 경우 근로기준법에 규정되어 있는, 사업단위의 근로자대표를 상정하고 있는 모든 경우는 ‘동일한 의미와 기준’으로 판단할 수 있으며, 판단해야 할 것이다. 그러나 일차적인 이러한 판단은 이차적으로 개별규정의 목적과 의미를 통해 다시 검토되어야 한다. 왜냐하면 근로기준법 제31조를 제외한 각개의 규정은 형식적으로는 제31조 제3항의 근로자대표에 관한 의미를 이어받지마는, 개별적 의미와 목적이 이에 상응해야 하며, 근로조건이 하나의 사업내에서 결정되는 것으로 볼 수 있는 경우라 하더라도 내부적으로는 독립적인 의미를 갖추고 있어 구분 가능한 경우도 존재할 수 있기 때문이다.

33) 김형배, 개별고용관계의 발전을 위한 법제도 검토와 개선방향, 노사관계 정책과제와 방향, 한국개발연구원, 1983, 80면 이하; 이승욱, 사업양도와 근로자의 지위, 1997(서울대 박사학위), 18면 이하 참조.

34) 현행법상으로도 “근로조건의 결정권이 있는 사업 또는 사업장”이란 표현은 근로자참여및협력증진에관한법률 제4조에 사용되고 있으며, 나아가 구노동조합법(1980년 12월 개정법)상 노동조합의 설립단위를 규정했던 제13조에서도 이러한 용례를 찾아볼 수 있다.

35) 이 한도에서 근로기준법상, 나아가 노동관계법상 사업(장)의 개념은 독자적인 근로조건의 결정권이 있는 경우를 내재하는 것으로 전제할 수 있다. 그러므로 사업을 구분 또는 확정하는 기준으로 장소적으로 분리되어 있는 경우라도 독립적인 근로조건의 결정이 없다면 이는 직상위의 조직과 함께 단일한 사업(장)을 구성하는 것으로 이해해야 한다(김형배, 전계논문(주 32)), 84면 참조).

이러한 예는 사업의 일부가 독립된 사업으로 간주될 수 있는 경우가 될 것이다.

b) 근로자 과반수를 대표하는 자

근로자대표는 사업장단위를 기초로 하는 근로자과반수를 대표하는 자이어야 한다. 노동조합이 사업장의 근로자의 과반수로 조직되어 있다면 당해 노동조합(또는 노동조합이 위촉하는 자)이 근로자대표로 된다. 그런데 여기서 근로자대표란 사업을 단위로 그 사업에 종사하는 근로기준법상 근로자의 개념에 해당하는 자 모두를 대상으로 한다(근로기준법 제14조, 근로자참여및협력증진에관한법률 제3조 2호). 그런데 근로기준법상 근로자 및 사용자 개념은 상대적임을 특징으로 한다³⁶⁾. 즉 근로기준법상 사용자성이 인정되는 근로자의 경우(동법 제15조상의 “근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자”가 이에 해당함), 이는 단지 근로기준법상 강행규정을 준수해야 하는 자 또는 근로기준법 위반에 따르는 처벌대상자를 전제로 하는 경우에만 해당되며, 따라서 이들 스스로가 근로기준법을 원용하고자 하는 경우에는 동법 제14조상의 근로자성은 당연히 인정된다. 노사협의회의 근로자를 대표하는 위원에 대해서도 동일하게 이해할 수 있다. 그러므로 근로기준법상 근로자와 사용자에 해당하는 자의 범주는 양자가 서로 중첩되는 모습으로 그려지게 된다. 그럼 이 경우에 어떤 범주를 근로자의 대표를 결정하는 근로자군의 기준으로 삼을 것인가? 개별성을 기초로 할 경우에는 사용자성의 인정여부를 불문하고 개별 근로자의 지위에서 권리보호를 주장할 수 있으나, 근로자대표의 경우는 개별성이 아닌 집단성을 전제로 한다. 즉 개별적으로 경우에 따라서는 근로자의 지위를 주장할 수 있더라도 전체적인 집단적 구도에서 볼 때 사용자성을 더욱 인정할 여지가 많은 경우에는 근로자대표의 대상인 근로자에 해당하지 않는 것으로 보아야 한다. 왜냐하면 근로자대표가 문제되는 경우는 항시 전체구도에서의 이익이 준별의 기준으로 고려되어야 하기 때문이다. 그렇다고 해서 근로자대표의 기초를 이루는 근로자성의 기준을 세우는 것이 현실적으로 간단하지는 않다. 사용자는 항시 그의 이익을 위하여 행동하는 자를 지위고하를 불문하고 선별하고자 할 것이며, 이로 인해 획일적인 범주를 갖는 것은 용이하지 않다. 또한 사업주 내지는 사업경영담당자에

36) 김형배, 노동법(9판), 232면 이하 참조.

준하여 사용자로 간주되는 자 역시 근로자성을 부인할 수 없는 경우가 많으므로 이들의 이익을 대표하는 것이 항시 배제된다는 것은 형평의 원칙에 부합하지 않으므로, 그 준별은 항시 신중하게 결정되어야 한다. 이때 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주의 기능관련성을 지니는 자가 중요한 기준으로 고려되게 될 것이다.

이에 반하여 노동조합및노동관계조정법상의 근로자·사용자개념은 근로기준법상의 그것과 일치하지 않는다. 동법 제2조 1, 2호에 규정된 근로자와 사용자의 개념 정의는 근로기준법의 그것과 별반 다를 바 없이 규정되어 있어도, 노동조합의 조직대상을 결정하는 경우에는 자주성의 판단문제와 결부되기 때문에 상당히 다른 모습으로 나타나게 된다. 노동조합의 자주성의 판단은 사용자의 기능관련성보다는 노동조합에 대한 사용자의 지배·개입을 방지하려는 취지에서 사용자의 이익관련성의 관점에서 이루어지는 것이 보통이다. 따라서 노동조합에 가입할 수 있는 자의 범주는 근로기준법상 사용자·근로자의 개념구분과는 동일하게 이루어지지 않는다. 그러므로 근로자 과반수로 조직되어 있는 노동조합과 근로자 이익을 대표하는 근로자집단의 기초는 서로 상이한 경우가 많을 것이다. 더욱이나 사업장 단위로 노동조합이 결성되어 있고 노동조합의 조직범위는 자주적인 결정에 따라 임의적으로 정해질 수 있어, 그 범주는 더욱 차이가 날 수 있다³⁷⁾. 따라서 근로자대표를 결정하는 조직기초에서는 사업장전체에 종사하는 근로자를 대표한다는 점에서 조합원을 대표하는 노동조합의 경우와는 상이하게 판단되어지게 된다. 그럼에도 불구하고 양적인 측면만 고려하여 사업장에 종사하는 근로자의 과반수를 조합원으로 하고 있는 노동조합이 있는 경우에 그 노동조합으로 하여금 전체 사업장 근로자를 대표하게 하는 것은 논리필연적인 결과로서가 아니라 “의제된 대표성”을 의미하는 것으로 이해하여야 할 것이다³⁸⁾.

37) 예컨대 생산직 근로자를 조직대상으로 하는 노동조합의 경우에는 비록 사무직근로자를 조직대상에 포함하지 않더라도 숫적인 면에서 당해 사업장에 종사하는 근로자의 과반수를 점할 수도 있다.

38) 후술하는 IV. 2. 2) 참조.

2) 근로자대표로서의 노동조합과 의제된 근로자대표로서의 노동조합

위에서 살펴본 바와 같이 노동조합은 자신의 조합원에 대해 단체협약이라는 규범을 설정할 수 있는 정당성의 근거로써 대표성을 갖는다. 이 한도에서 노동조합은 조합원의 근로조건 및 대우에 관한 사항에 관하여 단체협약을 체결할 수 있다(노동조합및노동관계조정법 제33조 I, 제29조 I). 여기서 근로조건 및 근로자의 대우에 관한 사항의 의미는 그것의 '결정'과 관련된 것을 전제로 한다(노동조합및노동관계조정법 제2조 5호, 6호 참조). 그러므로 단체협약 체결을 위한 단체교섭의 대상은 근로조건에 관한 것을 본질로 하는 것이다. 근로조건에 관한 결정이 아닌 여타 다른 사항과 관련해서는, 예컨대 결정된 근로조건에 대한 운용·배치와 관련된 사항은 단체협약의 본질을 구성하는 것은 아니다³⁹⁾. 그러나 노동조합이 기업별로 조직되어 있는 현 상황에서 근로조건에 대한 배치는 근로조건 자체의 결정 못지 않게 현실적으로 중요한 의미를 갖는다는 것은 재언을 요하지 않는다.

그리고 이와 같은 사항은 실제 단체협약의 체결과정에서 중요한 부분을 차지하고 있는 때가 많다. 나아가 근로조건에 대한 운용에 관한 사항이 근로조건에 관한 경우와 명확하게 분리되지 않는 경우도 있을 뿐더러, 양자가 중첩되는 경우도 있다⁴⁰⁾. 그러므로 근로기준법상 근로자대표와의 합의 내지는 협의를 예정하고 있는 제규정에는 노동조합이 조합원인 근로자대표의 요건을 충족하는 한, 노동조합의 근로자대표성을 인정할 수 있을 것이다.

그러나 이러한 경우는 전체 사업장단위에서의 근로자대표성을 전제로 하는 것은 아니다. 그러므로 노동조합이 사업장단위에서의 근로자대표성을 지니기 위해서는

39) 이러한 결론은 헌법 제33조 제1항의 궁극적인 목적이 근로조건과 관련하여 노사간의 집단적·자율적 이익조정절차를 보장하는데에 있으며, 이는 곧 분배의 문제를 뜻하는 것이다. 분배의 측면이 아닌 결정된 근로조건에 대한 운용과 배치는 단체협약제도의 핵심적 내용이라기 보다는 그의 방편적인 위치를 점할 뿐이다.

40) 예컨대 탄력적 근로시간의 도입은 한편으로는 결정된 근로시간의 배치 내지는 운용에 관한 것으로 이해할 수 있으나, 다른 한편으로는 연장근로의 판단에 직접적인 영향을 미치기 때문에 할증임금과의 관계속에서는 근로조건에 관한 결정으로서의 성격도 아울러 지니게 되는 것이다.

사업장 근로자의 과반수를 조직대상으로 하는 경우로 한정된다. 이 경우는 근로자 대표로서의 노동조합이 참여가 질적으로 충족되는 것이 아니라 양적인 판단, 즉 의제된 대표성을 기초로 하는 경우이다⁴¹⁾. 이와 같은 의제된 대표성이 인정되는 노동조합에 있어서는 그러한 대표의 지위가 본래적으로 주어지는 것이 아니라 법률의 규정에 따라 인정되는 것이므로, 실제의 대표성에 부합하기 위해서는 이에 상응하는 책임으로서 사업장 전체근로자의 의사를 조합의사결정에 참여케 해야 할 것이다. 예컨대 생산직근로자들로 조직하고 있는 노동조합이 숫적으로 과반수를 자신의 조직대상으로 고 있어 근로자대표성이 인정되는 경우라 하더라도 사업장 전체근로자의 대표성을 전제로 하는 경우에는 비조합원인, 예컨대 사무직근로자들의 집단적 이익을 대변할 수 있는 의사형성의 통로를 이들에 대해 배려해야만 할 것이다. 그렇지 아니한 경우 의제된 대표성으로는 진정한 근로자대표성을 만들어 낼 수 없다⁴²⁾.

3) 근로자대표의 구성절차 및 대표의 권한행사

a) 적용범주에 따른 근로자대표의 개별성

위에서 살펴 본 대표의 의미론에서 근로자대표를 이해되는 한, 근로자대표의 구성절차는 그 조직기초를 관념적으로 특정할 수 있어야 한다. 전형적인 대표의 개념이 사용되는 경우로서 전체 국민의 대표를 예로 든다면(헌법 제1조 II), 이때 국민이란 법적으로 파악되는 통일체로서의 국민의 의미를 전제로 하는 것이다⁴³⁾. 즉 통일체로서 관념될 수 있는 가치요소로서의 국민을 그 대표자가 대표하는 것이다. 이처럼 대표의 원리가 적용되는 원리를 노동관계법에 적용하는 경우에는 적어도 관념적·법적으로 통일체로 파악할 수 있을 것을 전제로 한다. 사업장에 종사하는 전체근로자란 이런 의미에 충분히 부합한다. 그러나 이밖에도 특정부서 내지는 관념상 구분할 수 있는 직종이나 직위를 기초로 하는 ‘근로자의 대표’도 그 성립을 인

41) 후술하는 IV. 3. 1), V. 5. 참조.

42) 이에 관해서는 후술하는 V. 5. 참조.

43) 김철수, 헌법학신론, 1996, 92면 참조.

정할 수 있다. 그러므로 어떤 인적 범위를 전제로 ‘근로자대표’를 상정할 수 있는가는, 적어도 대표가 행사하는 권한의 결과가 당연히 미칠 수 있는 효력적용범주를 기초로 판단해야 한다. 따라서 동일한 근로자대표의 용어를 사용하고 있는 경우라 하더라도 그 적용범주와의 관계에서 그 구체적인 인적 범위는 달라질 수도 있다. 따라서 근로기준법 제31조 제3항에서 규정하고 있는 ‘근로자대표’에 대한 정의 규정적 기능은 각개 규정에서 예정하고 있는 기능과 적용범주와의 관련성하에서 새로이 검토되어야 한다⁴⁴⁾.

b) 근로자대표의 구성방법 및 절차

aa) 근로자대표가 요구되는 경우에는 그 대표를 어떻게 선출하며(절차), 그 대표를 어떻게 구성하여야 하는가 하는 문제에 직면하게 된다. 먼저 근로자대표의 선출 절차와 관련해서는 특별히 정형화된 모델이 주어지지 않다. 다만 대표되는 각개 근로자의 의사가 그 선출과정에 직접적으로 작용력을 행사할 수 있도록 구성되어야 한다. 이런 의미에서 가장 전형적인 절차방식으로 투표의 방식을 들 수 있으며, 이 경우 직접·비밀·무기명·평등의 방식이 일반적으로 요구된다. 그러나 이와 같은 투표의 방식이 엄격히 요구되는 것은 아니다. 비밀이 아닌 공개투표의 방식 또는 무기명이 아닌 기명의 방식도 채택될 수 있으며⁴⁵⁾, 경우에 따라서는 직접이 아닌 간접방식도 채택될 수 있다. 그러므로 근로자참여및협력증진에관한법률 시행령 제3조 제1항에 규정하고 있는 근로자를 대표하는 위원의 선출규정은 강행적인 성격을 지닌 것으로 볼 수 없다⁴⁶⁾.

44) 만약 이하 근로자대표라 칭한다고 하는 것은 그 이하에 나오는 ‘근로자대표’의 모든 경우에 동일하게 적용되는 것이라면, 이는 입법기술상 총칙부분에 위치하는 것이 타당하다(산업안전보건법 제2조 4호 참조). 만약 그렇지 아니하고 근로자대표라는 관념의 목적이 각각의 경우 달리 판단된다면 이는 개별적으로 풀어서 규정하는 것이 바람직 할 것이다(일본 勞働基準法 제32조의 3, 제32조의 4, 제32조의 5, 제36조, 제38조의 2, 제39조 참조). 그 어느 경우에도 해당하지 않는 경우라면 근로기준법에서 예정하고 있는 ‘근로자대표’의 규정들은 ‘근로자대표’가 가지는 목적론적인 의미에서 이해하는 것을 필요로 한다.

45) 예컨대 거수를 통해 투표하는 경우가 이에 해당하게 될 것이다.

46) 그러나 이 경우 평등투표는 반드시 지켜져야 한다. 왜냐하면 근로자대표를

bb) 대표가 요구되기 위해서는 대표되어지는 자들 간의 동질성이 전제되어야 한다. 이런 의미에서 ‘근로자대표’란 근로자성에서 이미 그 동질성을 갖추고 있다. 그러나 하나의 사업장 내에 종사하는 근로자라 하더라도 그 근로자 구성원간에 서로 상이한 성질이 인정되는 경우도 있다. 예컨대 직종과 직급에 따른 상이한 성질, 그리고 사안에 따라서는 연소근로자와 성인근로자, 남자근로자와 여자근로자 또는 장애인근로자와 보통근로자 간에도 전체적인 동질성 내에서의 상이한 성질이 인정되는 경우가 있다. 이와 같은 전체의 동질성 내에서 각각 구분될 수 있는 상이한 이질성이 주어지는 경우에는 대표의 선출방식에서도 고려되어야 한다. 만일 근로자대표가 상설기구로 존재하게 되는 때에는 각개의 경우를 모두 고려해서 조정하는 것이 불가능하겠지만, 개별적인 상황에 따라 비상설로 구성되는 경우에 있어서는 사안에 따른 근로자 내부의 상이한 성질이 선출과정에서 충분히 고려되어야 한다. 이럴 경우에 그리고 근로자대표를 다수로 선임하는 경우에 반드시 근로자의 수에 따른 엄격한 비례가 지켜질 필요는 없다. 오히려 이질성을 적정하게 반영하는 것이 대표성의 실질성을 더욱 제고할 수 있기 때문에 최소한의 참여지분이 보장될 수 있도록 배려해야만 한다.

cc) 선출된 근로자대표는 선출한 자의 의사에 구속되는 것인지, 아니면 자신의 판단과 결정에 따라 근로자를 대표할 수 있는지가 문제된다. 대표는 대리와는 구별되는 제도로서 대표자 스스로가 바로 대표되어지는 자를 再顯現하는 것이다. 그러므로 이미 서로 다른 주체를 전제로 하는 대리의 경우 대리인은 대리권을 부여하는 자의 의사에 따라야 하지만, 대표자는 가치관념적으로 실재하는 불가시적인 대표되어지는 자를 재현하는 것이므로 대표자의 대표되어지는 자의 의사에 대한 종속이란 논리적으로 성립하지 않는다.

dd) 근로자대표를 단수로 선출할 것인지 아니면 복수로 선출할 것인지는 법률의 특별한 규정⁴⁷⁾이 없는 한 근로자들이 자유로이 결정할 수 있다. 그런데 근로자대표

선출하고자 하는 경우는 개개 근로자의 인간으로서의 존엄성을 기초로 이루어지는 것이기 때문에, 직위나 직급에 따른 차등선거는 인정될 수 없다.

47) 근로자참여및협력증진에관한법률 제6조 제1항.

로 복수가 선출되는 경우에 복수의 각자가 전체근로자를 대표하게 되는지, 아니면 복수가 하나의 대표를 구성하는지가 문제이다. 본래적인 근로자대표의 관점에서는, 복수는 각자가 근로자대표성을 지니는 것이 아니라, 복수를 통한 하나의 대표를 목적으로 하는 것이므로 복수의 대표자가 합의한 내용이 전체근로자의 의사로 되는 것이며, 따라서 대외적으로는 단일성으로 나타나야 한다. 그러나 대표되어지는 자의 재현이 반드시 '하나'로만 성립하여야 하는 것은 아니다. 필요에 따라서는 서로 별개의 대표를 선출 할 수 있으며, 이 경우 각각의 대표는 각각의 목적을 수행하게 된다⁴⁸⁾.

3. 노동조합 및 노사협의회의 대표성

1) 노동조합의 대표성

노동조합은 개별근로자를 조직기초로 하는 사단적인 조직체를 가진 단체이다(노동조합및노동관계조정법 제2조 4호). 따라서 노동조합은 단순히 다수의 근로자가 모인 일정한 목적성 내지는 조직적 통일성을 결여한 일시적 집단으로서의 성격을 지니는 것이 아니라, 적어도 행동과 작용상의 단일성을 구비한 단체이다. 이와 같은 단체로서의 조직성⁴⁹⁾을 갖춘 노동조합(Gewerkschaft als Körperschaft)은 다수

48) 이와 관련하여 제기되는 본질적인 문제는 노사협의회의 경우이다. 노사협의회는 상설기구로써 근로자참여및협력증진에관한법률에 규정된 사항에 대해서 협의 내지는 의결을 목적성을 가지면서 존재하게 된다. 그런데 근로자를 대표하는 위원은 3 내지 10인의 복수로 선출하게 되어 있으며, 동협의회의 의결은 노사 각각의 위원 과반수의 출석과 출석위원 2/3 이상의 찬성으로 하도록 규정하고 있다(근로자참여및협력증진에관한법률 제14조). 동규정의 해석으로는 복수의 근로자위원이 각각 근로자를 대표하는 지위에 서는 경우를 전제로 하는 것이다. 그러나 비록 노사협의회가 상설기관으로 존재하고 그 권한의 범위에 포함되는 사항이 다양하다 하더라도, 각개의 경우를 대비하여 별개의 대표를 각각 선출한 것으로 볼 수는 없다. 따라서 전체의 협의회 권한에 대한 근로자대표를 선출한 것으로 보아야 하므로, 대표의 본질에 비추어 볼 때 복수의 근로자위원이 각각 근로자를 대표한다고는 볼 수 없는 난관에 부딪히게 된다. 이는 입법정책적으로 재고되어야 할 사항이다.

의 조직구성원들의 동일한 목적을 추구하는 통일된 지도기관(Leitungsgorgan)을 가지게 되며, 그 한도에서 민법상의 사단의 지위를 지니게 된다. 그러나 다른 한편 노동조합은 국가처럼 법규범적인 성질을 지니는 단체협약을 체결할 수 있는 지위를 동시에 가지고 있다. 이와 관련해서 노동조합은 - 비록 국가와 비교할 때 양적인 면에서는 차이가 있지만 - 단체협약 규범수규자에 대하여 '대표적인 지위'를 지니는 것으로 볼 수 있다. 이는 단체협약의 규범성에 대한 정당성 기초를 개별근로자의 노동조합에의 가입이라는 법률행위에서 구하지 아니하고 규범력의 적용을 받았다는 사전의 '수권적 동의'에서 찾을 때에 인정할 수 있게 된다⁵⁰⁾. 이 한도에서 노동조합(노동조합의 기관)은 전체 조직원을 대표(Repräsentation)하는 지위를 지니게 된다. 그러나 이 경우에도 노동조합이 대표할 수 있는 범위는 자신에게 수권적 동의를 한 자(그러나 실제적으로는 조직의 기초를 이루는 조합원전체가 이에 해당하게 될 것이다)에 대해서만이다. 그 밖의 비조합원에 대해서는 노동조합은 이들을 대표할 수 있는 사단법적인 지위를 지니고 있지 않다. 협약자율시스템에서 노동조합이 체결한 단체협약의 효력이 원칙적으로 조합원에 대해서만 효력을 지니는 것은 이러한 이론구성에 연유한다⁵¹⁾. 그러므로 비조합원인 다른 근로자에게 단체협약의 효력이 적용되기 위해서는 당해근로자가 노동조합에 가입하거나, 또는 예외적으

49) 일반적으로 단체로서의 조직성을 갖추었느냐를 판단하는 표지로서 제시되는 것으로는 다음과 같다: 계속성을 갖는 다수의 결합체일 것, 공동의 목적을 설정하고 있을 것, 정관을 지니면서 이에 따른 조직적 구성을 하고 있을 것(기관으로서 대표자를 가지고 있을 것, 의사결정과 관련해서는 다수결이 지배하는 의사결정기관의 결의를 거치도록 하고 있을 것, 대내적 또는 대외적으로 단일체로 받아들여질 수 있어야 할 것), 고유한 조직이름을 가지고 있을 것, 조직구성원의 변동과 관계없이 존속할 것 등이 그것이다(Stöber, Vereinsrecht, 1992, Rn. 3).

50) 출처, 노동조합의 조직유형과 단체교섭당사자자격, 한국노동연구원, 1998, III. 2. 참조.

51) 노동조합이 법인격을 갖추느냐는 이와 같은 단체로서의 본질을 규명하는 데에 고려의 대상으로 되지 않는다. 단체의 본질이 가지는 사법상의 의의는 법률행위를 행할 수 있는 주체능력의 여부와 관련된 것이어서 그 결과에 있어서 큰 차이를 가져올 수도 있으나, 오늘날 권리능력없는 사단의 경우에도 법인격을 갖춘 법인에 준하여 판단하기 때문에 단체의 본질론에 있어서는 차이점을 보이지 않는다.

로 그 노동조합이 체결한 단체협약이 일정한 요건을 충족시킬 경우 그 효력을 확장하여 적용되는 일반적 구속력 내지는 지역적 구속력선언에 의한 경우 뿐이다⁵²⁾. 그러므로 노동조합의 대표자는 노동조합이라는 단체구성원을 대표하는 지위에 있는 것이며, 이는 양적인 조직구성원의 수와는 관계없이 부여되는 것이다.

2) 노사협의회의 대표성

근로자참여및협력증진에관한법률에 의하면 “근로조건의 결정권이 있는 사업 또는 사업장 단위”로 근로자를 대표하는 위원과 사용자를 대표하는 위원으로 노사협의회를 구성하도록 규정하고 있다(제4조, 제6조). 그리고 동협의회는 일정한 사항에 대해서는 협의할 권한이 법정되어 있으며(동법 19조 I), 일정한 사항에 대해서는 사용자와의 의결(동법 제20조) 내지는 사용자로부터 보고(동법 제21조 I)를 받도록 규정하고 있다. 여기에서 우선 검토가 이루어져야 하는 것은 노사협의회의 임무 내지 권한과 관련한 법적 지위의 문제이다. 동법상 협의사항과 관련해서는 “협의회가 협의해야 할 사항은 … 다음과 같다”고 하여 노사협의회의 독자적이며 고유한 임무 내지 권한으로 규정하고 있음에 반하여, 보고 및 의결사항과 관련해서는 “사용자는 … 의결을 거쳐야 한다” 내지는 “사용자는 …보고·설명하여야 한다”고 규정함으로써 노사협의회와 사용자를 별개의 주체로 상정하고 있다. 이런 점에 비추어 본다면 형식적으로 노사협의회는 사용자와는 별개의 법적 주체로 예정하고 있는 것으로 이해될 수 있으나, 동법 제6조 제3항에 따른 노사협의회를 구성하는 사용자측을 대표하는 위원의 구성과 관련해서는 “당해 사업 또는 사업장의 대표자와 그 대표자가 위촉하는 자로 한다”고 함으로써 사용자인 사업주는 당연히 노사협의회의 사용자위원으로 포함하게 되어 있다. 따라서 개별규정의 취지를 떠나 법률 전체의 체계

52) 단체협약의 일반적 구속력 및 지역적 구속력제도는 비교법적·연혁적으로 볼 때 근로자 상호간의 부당한 경쟁을 방지하고 이를 통해 비조직 근로자를 보호하려는 데에 주된 목적을 두고 있다(Wiedemann/Stumpf, TVG Rn. 2 zu §5; Gamillscheg, Arbeitsrecht und Zivilrecht in Entwicklung(Festschrift für Hyung-Bae Kim), 1995, S. 38ff.; Hagemeyer/Kempfen/Zachert/Zilius, TVG Rn. 1ff. zu §5; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 4. Aufl., S. 374).

성 속에서 판단하자면 노사협의회는 자신에게 보고·설명하여야 하거나 자신과의 의결을 거쳐야 하는 사용자와는 별개로 조직·구성되어 있는 것이 아니라, 보고·설명 내지는 의결을 받아야 하는 사용자를 협의회 위원으로 이미 포함하고 있는 것으로 된다. 그러므로 노사협의회는 사용자와는 별개의 독립된 지위를 가지는 것으로 볼 수 있는 것이 아니라, 사용자를 포함하는 조직으로 단지 그 권한 내지 임무를 명확하게 구성하기 위하여 노사협의회 위원인 사용자가 협의회 안건으로서 반드시 제시해야 하는 사항들을 입법화한 것으로 보아야 한다. 이렇게 이해할 경우 노사협의회는 회사의 조직⁵³⁾으로 이해될 수는 있는 것이 아니라, 사업장을 조직기초로 하는 사업장의 본질적 구성부분으로서의 지위⁵⁴⁾를 가지는 것이다. 그러므로 사업장의 본질적 구성부분으로 등장하는 노사협의회는 사업단위를 포괄하는 전체로서의 지위를 지니게 된다⁵⁵⁾. 또한 노사협의회 의결절차는 동협회를 기초단위로 하고 있다. 즉 동법 제14조에 의하면 노사협의회 의결은 노사를 대표하는 각각의 위원 과반수의 출석과 출석위원 2/3 이상의 찬성으로 의결하도록 되어 있다. 이는 노사협의회를 하나의 ‘단위조직’임을 전제로 할 경우에 구성될 수 있는 내용이다. 따라서 노사협의회는 근로자의 조직도, 사용자의 조직도 아닌 ‘사업 그 자체의 조직’으로 이해해야 한다. 사업을 대표하는 조직체로서의 노사협의회는 사업의 양대 인적 구성조직인 사용자와 근로자를 대표하는 자로 구성되므로 노사협의회

53) 회사의 조직은 어디까지나 상법상의 회사편에 규정된 회사라는 독립된 법인격체를 단위로 그 법인의 기관의 의미에서 이해되는 것이다. 노사협의회가 회사의 조직이 아니라는 점은, 동 협회의 활동의 결과가 회사에 당연히 귀속되는 것이 아니며, 또한 동 협회의 활동과 관련하여 회사에게 사용자적인 지위를 부여하거나 또는 노사협의회를 이행보조자로서의 지위에서 이해하는 것이 인정되지 않음을 의미하는 것이다.

54) 물론 동법 제4조 제1항 단서 및 동법 시행령 제2조의 규정에 따라 노사협의회 설치에 상시 근로자 30인 이상을 사용하는 사업장에 한하게 된다.

55) 이러한 입법태도는 비교법적으로 독일의 경영협의회(Betriebsrat)의 구성과는 그 내용을 달리 하는 것이다. 경영협의회법에 의하면 사용자와 대립되는 조직단위로써 사업장내의 전체근로자의 조직체인 경영협의회를 예정하고 동 협의회에게 일정한 권한을 부여한 것이지만, 우리의 노사협의회는 노사를 대표하는, 다시 말하면 사업을 구성하는 양대 인적 요소의 대표들로 구성되는 사업장 대표의 성격을 지니게 되는 것이다.

근로자 위원, 즉 근로자를 대표하는 위원은 결국 사업에 속하는 인적 주체로서의 전체 종업원을 대표하는 자의 의미로 이해할 수 있다. 다만 이렇게 이해할 경우 근로자를 대표하는 위원으로는 근로자'성'을 지니는 모든 종업원을 그 대상으로 하지만, 동법 제3조 2호와 3호의 규정에 따라 근로기준법상 사용자의 개념에 해당하게 되는 자는 그 대상에서 제외되게 된다⁵⁶⁾.

노사협의회의 권한을 자세히 고찰하면 직접적인 근로조건의 결정과도 관련성을 갖는 부분이 많다. 예컨대 협의사항으로 법정된 내용중에서 근로자의 채용·배치 및 교육훈련(제2호), 안전·보건 기타 작업환경 개선과 근로자의 복지증진(제5호), 인사·노무관리의 제도개선(제6호), 경영상 또는 기술상의 사정으로 인한 인력의 배치전환·재훈련·해고 등 고용조정의 일반원칙(제7호), 작업 및 휴게시간의 운용(제8호), 임금의 지불방법·체계·구조 등의 제도개선(제9호), 작업수칙의 제정 또는 개정(제10호)에 관한 사항이거나, 또는 의결사항으로 규정된 각종 노사공동위원회의 설치(동법 제20조 5호) 등은 근로조건의 결정과 직접적인 관련성을 지니는 것으로 평가할 수 있다. 이러한 제반사항에 관하여 노사협의회에서 결정하는 것이 당해 사업장에 종사하는 전체 근로자에게 적용되는 경우라면 이는 규범력의 기초위에서 예정되는 것이며, 따라서 이에 대해 적용을 받는 수급자로서의 사용자와 종업원의 수권적 기초가 주어여야 한다. 이런 점에서 노사협의회의 권한과 지위에 따른 근로자위원의 전체 근로자에 대한 대표의 지위는 위에서 살펴본 바와 같은 대표의 본질에 상응하는 내용을 갖는 것으로 판단된다.

이상에서 본 바를 요약·정리하자면, 노사협의회는 근로자 또는 사용자의 일방을 대표하는 조직이 아니라, 사업자체의 인적 구성요소를 대표하는 지위를 가지며, 다만 동 협의회에 참여하는 근로자를 대표하는 위원은 사업을 구성하는 전체 근로자를 '대표'하는 자의 지위를 가지게 되는 것이다.

56) 전술한 IV. 2. 1) b) 참조.

V. 근로자대표의 중첩성과 그 기능의 조정문제

1. 근로기준법상 근로자대표의 지위에 관한 개별적 검토

이상에서 살펴본 근로자대표의 의미를 기초로, 이하에서는 근로기준법에 근로자대표와의 집단적 의사결정절차를 두고 있는 개별규정을 각각 분석하고자 한다.

1) 경영상 이유에 의한 고용조정시 근로자대표와의 협의

현행 근로기준법 제31조에서는 긴박한 경영상의 필요에 의한 해고(정리해고)를 규정하고 있다. 사용자가 정리해고를 하고자 할 경우에는 실질적인 요건으로써 긴박한 경영상의 사유가 존재할 것과(동조 1항), 그 절차적 요건으로써 사용자가 해고회피의무를 이행할 것과 해고대상자의 선발에 있어서 합리적인 기준에 의할 것을 규정하는 한편 이와 관련해서는 근로자대표와 성실히 협의할 것을 요구하고 있다. 이상의 요건을 갖춘 경우 정리해고는 그 정당성이 인정된다(동조 4항). 정리해고는 그 본질이 자본주의체제하에서 인용될 수 밖에 없는 제도이며, 사용자의 경영 판단과 관련하여 상당한 부분 재량의 여지를 남겨주지 않으면 안되는 시장경제원리하에서의 제도이라면, 정리해고가 안고 있는 본질적인 정당성의 결손부분은 그 절차적인 측면에서 보전되지 않으면 안될 것이다⁵⁷⁾. 이런 점에서 사용자의 해고회피노력의무와 선발의 공정한 기준작성에 근로자대표와의 협의라는 절차적 측면의 강화는 정리해고제도에 있어서 정당성을 보충할 뿐만 아니라 사용자의 정리해고남용을 방지하는 안전판 역할도 함께 수행하는 것이다. 정리해고시 사용자가 강구해야 하는 해고회피노력의무로는 경영의 합리화, 신규채용금지, 하도급금지 등과 같은 경영상의 필요한 조치뿐만 아니라 조업단축, 타부서로의 배치전환 내지는 교육훈련에의 파견 등과 같은 사업장내·외의 전분야에 걸친 방안도 강구되어야 한다. 이런 점에서 정리해고를 회피하는 노력의 적용범위는 정리대상이 되는 특정부서 내지는 특정 사업장에 국한되는 것이 아니라 전체 기업차원에서 검토가 이루어

57) 이에 관해서는 줄고, 경영상 이유에 의한 고용조정 의 기초 및 그 절차에 관련한 몇가지 검토, 노동법학(제7호), 1997, 293면 이하 참조.

져야 하는 속성을 내재하는 것이다. 그러므로 정리해고를 회피하기 위한 사용자의 의무는 전체 사업장 내지는 전체 기업차원에서의 고용조정문제로 다루어져야 하며, 따라서 이때의 근로자대표와의 협의는 적용대상이 되는 사업장 뿐만 아니라 필요한 경우⁵⁸⁾에는 전체 기업의 근로자를 대상으로 하는 대표성으로 이해해야 한다. 특히 특정 사업을 폐지하고 이에 따라 고용조정의 문제가 대두되는 경우에도 그 폐지되는 사업이 다른 사업과 본질적인 성질을 달리 한다 하더라도⁵⁹⁾, 폐쇄되는 사업장에 종사하던 근로자를 재교육을 통해 다른 사업장으로 전근시키는 가능성이 항상 주어져 있고 또한 고용조정의 문제는 경영 특히 이윤을 추구하는 기업의 단위에서 결정되어지기 때문에, 전체 기업단위에서 근로자대표와의 협의절차가 강구되어야 하는 것이다.

정리해고시 협의해야 하는 근로자대표의 범주를 이와 같이 판단할 경우 사업 또는 전체 기업단위에서의 근로자과반수로 조직하고 있지 아니하는 노동조합과의 협의는 위의 절차적 요건을 충분히 충족시키지 못한다. 그러므로 이러한 노동조합과 정리해고시 협의 내지 합의할 것을 단체협약에 또는 별도의 노사간의 기본협약에 규정하더라도, 이를 준수하는 것만으로는 제31조 제3항이 충족되지 아니하며, 별도로 구성되는 근로자대표와 성실한 협의가 이루어져야 한다⁶⁰⁾. 기업단위에서 근로자

58) 현행 노동관계법은 그 적용단위를 ‘사업’을 중심으로 하고 있다. 근로자대표의 적용범주에 따라 그 개별성이 고려되어야 한다면, 여러 개의 사업을 거느리고 있는 기업의 경우에도 하나의 사업에 대한 고용조정의 결과가 전체 기업에 영향을 끼치는 한 제31조의 근로자대표의 의미는 전체 기업의 근로자대표까지도 의미하는 것으로 목적론적으로 확대해석하여야 한다.

59) 대판 1992. 12. 22, 92ek14779 참조.

60) 만약 사용자가 근로자 과반수를 조직하고 있지 아니하는 노동조합과 조합원을 정리해고대상자로 선발할 경우 반드시 노동조합의 동의를 얻어야만 한다거나 또는 노동조합과 합의하는 경우에만 가능하다는 것을 단체협약에 약정하는 경우가 있다. 그럼에도 불구하고 사용자가 동 단체협약에 따른 절차를 밟지 않고 근로기준법 제31조 제3항 규정에 따른 전체 근로자대표와의 협의절차만을 통하여 조합원을 정리해고한 경우, 동 단체협약의 위반여부가 문제될 수 있다. 이 경우 사용자가 전체 근로자대표와의 성실한 협의라는 절차적인 정당성을 갖추는 한, 동 단체협약의 위반을 이유로 하는 조합원(내지 노동조합)의 권리구제는 인정되지 아니하는 것으로 보아야 한다. 왜냐하면 전체 근로자대표성을 갖지 못하는 노동조합이 자신의 조합원만을 우선 보호하기 위한 단체협약

과반수로 조직된 노동조합이 있고, 동 노동조합이 사용자와의 단체협약체결을 통해 정리해고절차에 관한 별도의 약정을 두고 있는 경우, 근로기준법 제31조 제3항의 규정에 의해 동 노동조합에 대해서는 근로자대표성이 인정되는 것이지만 - 따라서 단체협약의 내용을 준수함으로써 사용자의 정리해고에 따른 절차상의 의무를 이행한 것으로 볼 수도 있지만 -, 이 경우 노동조합에 인정되는 근로자대표성은 단지 의제된 대표성에 불과한 것이며, 의제된 대표성의 경우에는 부수하는 책임, 즉 비조합원인 다른 근로자를 노동조합의 의사결정과정에 참여케 하고 이들에게 동등한 의사결정권을 부여하는 경우에 비로소 실제적인 대표성을 갖추는 것으로 되기 때문에 사용자는 단체협약의 이행을 이유로 자신의 면책을 주장할 수 없다.

이와 같이 정리해고의 절차적 정당성의 판단이 전체 근로자를 기초한다는 점에서, 노사협의회의 기능과 중첩될 수 있다. 근로자참여및협력증진에관한법률 제19조 제1항 7호에 의한 협의사항은 바로 경영상의 이유로 인한 고용조정을 의미하는 것이다. 그러므로 노사협의회에서 정리해고에 관한 사항을 협의하였다면 이는 근로기준법상 제31조 제3항에서 요구하고 있는 절차적인 정당성을 갖추는 것으로 볼 수 있다. 왜냐하면 노사협의회의 근로자위원은 당해 사업장의 전체근로자를 대표하는 지위를 갖기 때문이다. 다만 이 경우에도 하나의 기업내에 여러 개의 사업이 존재하는 경우에는 사업장단위에서의 노사협의회의 협의가 아닌 전체 기업차원에서의 노사협의회가 이루어져야 한다⁶¹⁾.

의 약정은 단체협약보다 그 정당성의 기초에 있어서 우위를 가지는 정리해고 정당성요건을 배제하거나 저지할 수 없기 때문이다. 이 한도에서 단체협약을 통한 협약자율의 한계가 그어지는 것으로 보아야 할 것이다. 논자에 따라서는 근로기준법 제31조 제3항의 절차규정이 우선 적용되더라도, 단체협약의 내용이 조합원을 보다 두텁게 보호하기 위한 것이므로 부가적으로 또 적용되는 것으로 이해할 수도 있을 것이다. 그러나 이렇게 해석하는 것이 비조합원에 대한 조합원의 차별금지에 저촉하는 것으로는 되지 않는다 하더라도 대표성을 통한 정당성의 확보 측면에서 볼 때에는, 노동조합은 전체 근로자의 일부만을 대표할 뿐이어서 조합원의 이익추구는 전체 정당성을 참탈할 수 없는 것으로 보아야 한다(후술하는 5. 참조).

61) 이와 같이 정리해고의 절차적 요건인 근로자대표와의 성실한 협의가 노사협의회의 그것과 동일한 것으로 볼 수 있다는 것은, 결과적으로 정리해고는 근로조건과 밀접한 관련성을 지니고 있는 것이어서 단체협약의 대상으로 될 수

2) 탄력적 근로시간제 도입시 근로자대표와의 합의

근로기준법상 탄력적 근로시간제를 도입하는 경우로는 두가지 형태가 있다. 즉 2주 이내의 단위를 기초로 하는 탄력적 근로시간과 4주 이내의 단위를 기초로 하는 탄력적 근로시간대가 그것이다. 전자의 경우에는 근로기준법 제50조 제1항에서 취업규칙에 정하는 바에 따라 도입할 수 있도록 하고 있으며, 후자의 경우에는 근로자대표와의 서면합의를 요구하고 있다. 따라서 전자의 경우에는 취업규칙의 변경절차에 따라 그 절차를 고려하면 될 것이며⁶²⁾, 여기서는 후자의 경우만을 살펴보기로 한다.

탄력적 근로시간의 운영은 4주 단위를 평균할 때 근로기준법 제49조 제1항의 기준근로시간을 초과하지 아니하는 범위안에서 특정주의 근로시간을 기준근로시간을 초과하여 운영할 수 있도록 하는 예외규정이다. 동 규정이 입법화된 취지는 각 기업별로 요구되는 근로시간의 탄력적 운용을 통해 합리성을 도모하려는 것이지만, 동 제도의 도입을 근로자 입장에서 파악할 경우에는 연장근로의 적용이 배제되는, 그리하여 할증임금의 적용이 배제되는 특별규정의 성격을 지닌다⁶³⁾. 이런 점에서 탄력적 근로시간제도의 도입은 비단 결정된 근로조건의 배치·운용에 해당할 뿐만 아니라 근로조건의 결정과도 관련이 된다.

그러나 동조에서는 근로자대표에 관하여 별단의 규정을 두고 있지 않다. 그러므로 근로자대표에 관해서는 동법 제31조 제3항에 규정하고 있는 근로자대표의 규정이 적용되게 된다. 이렇게 해석할 경우 근로자대표의 의미는 위에서 살펴본 바와 같이 전체 기업의 근로자를 대표하는 의미로 해석되어야 하나, 이에 대해서는 탄

도 있지마는, 그 본질상 노사협의회 논의사항으로 분류하는 것이 오히려 적합하다는 것을 입증하는 것이다.

62) 이에 관해서는 후술하는 V. 3. 참조,

63) 근로기준법 제50조 제4항에서는 탄력적 근로시간제도의 도입으로 인한 임금수준의 저하를 방지하는 보전책을 강구할 사용자의 의무를 규정하고 있으나, 이는 단순히 강제력없는 사용자의 책무로만 규정되어 있다. 그러므로 사용자가 책무를 이행하지 않을 경우 이를 강제할 방법이 사법상으로는 근로기준법상 벌칙조항을 통한 간접적 방법 모두 결여되어 있어, 탄력적 근로시간제도의 도입은 현실적으로 연장근로에 따른 할증임금의 배제라는 효과를 인정하지 않을 수 없다.

탄력적 근로시간제도의 취지에 따른 개별적 검토가 이루어져야 한다. 탄력적 근로시간제도의 도입은 전체 사업차원에서 도입될 가능성도 있으나, 일정부서를 대상으로 도입될 필요성도 크다. 특히 후자의 경우 사용자가 합의해야 할 상대방인 근로자대표를 전체 근로자대표의 의미로 새겨야 하는 것은 의문이다. 왜냐하면 이 경우에 탄력적 근로시간의 도입에 따른 그 효과는 전체 근로자에게 미치는 것이 아니라 특정부서에 종사하는 근로자에게만 해당되기 때문이다. 결국 전체 근로자대표의 관념을 도입하게 되는 경우에는 직접 적용을 받지 않는 근로자까지 탄력적 근로시간제의 도입에 관여하게 되는 결과를 초래한다. 이는 결국 노동과정에 있어서 근로자의 자기결정을 드높이는 집단적 의사결정과정의 취지에 부합하지 않게 된다. 따라서 탄력적 근로시간제의 도입에 따른 근로자대표의 의미는 당해 근로시간제가 도입됨으로써 그 적용을 받는 근로자를 대표하는 의미로 새기는 것이 합당하다. 왜냐하면 비록 전체 근로자의 대표성은 형식적으로는 그 집단의 일부를 구성하는 부분 집단에 대한 대표성까지 가지는 것으로 볼 수도 있으나, 실질적인 측면에서는 그대로 인정되기 곤란하기 때문이다. 대표성이란 어디까지나 양적인 측면에서 판단되는 것이 아니라 실제 적용관계에 놓여지는 그 집단의 대표성을 의미하는 것으로 보는 것이 타당하다.

이런 관점에서 탄력적 근로시간제의 도입에 노동조합이 단체협약으로 규정하는 경우도 가능하다. 즉 전체 근로자의 과반수로 조지되어 있지 아니한 노동조합이라도 탄력적 근로시간제의 적용을 받게 되는 근로자의 과반수를 노동조합이 조직하고 있는 경우라면 당해 근로자군에 대한 의제된 노동조합의 대표성이 인정될 수 있기 때문이다. 반대로 노동조합이 비록 전체 근로자의 과반수로 조직되어 있다 하더라도 탄력적 근로시간제의 적용을 받게 되는 근로자군의 과반수를 조합원으로 갖지 못하는 경우에는 근로자대표성이 인정될 수 없을 것이다. 그리고 탄력적 근로시간제를 노사협의회에서 결정하는 경우도 상정할 수 있다. 동제도의 도입으로 말미암아 그 적용을 받게 되는 근로자의 비율이 전체근로자의 과반수를 점하게 되는 경우에는 노사협의회에 근로자대표성을 인정할 수도 있으나, 그렇지 않은 경우에는 당해 사업에 종사하는 전체 근로자의 대표성으로 특정 부서의 대표성을 그대로 원용할 수는 없는 것으로 보아 대표성을 부인하는 것이 타당하다.

3) 선택적 근로시간제의 도입시 근로자대표와의 합의

선택적 근로시간제의 도입은 탄력적 근로시간제의 도입과 달리 형식적인 측면에서 이중적 절차요건을 예정하고 있다. 먼저 취업규칙에 시업 및 종업시각을 근로자의 결정에 맡기기로 되어 있어야 하며, 이 경우에 근로자대표와의 서면합의를 통해 비로소 선택적 근로시간제가 도입될 수 도록 규정하고 있다. 그러나 취업규칙에의 도입여부를 차치한다면 선택적 근로시간제의 도입은 결국은 근로자대표와의 서면합의절차에 의해 결정되게 된다. 이는 위에서 살펴본 탄력적 근로시간제의 경우에 있어서와 동일하게 판단할 수 있다. 따라서 선택적 근로시간제를 도입하게 될 경우 그 적용을 받는 대상근로자를 기준으로 대표성을 판단하면 될 것이다.

4) 인정근로시간제 도입시 근로자대표와의 합의

인정근로시간제도 근로자대표와의 서면합의를 통해 도입될 수 있도록 규정하고 있다(근로기준법 제56조 II). 동조 제1항의 규정은 출장 기타 사업장 밖에서 근로하는 경우 그 근로시간을 산정하기가 곤란한 경우에는 소정 근로시간을 근로한 것으로 보는 것임에 반하여, 제2항에서는 근로자대표와 서면합의한 경우에는 합의에 따른 시간을 근로한 것으로 인정하려는 제도이다. 그러나 이 경우에도 서면합의에 필요한 근로자대표의 대표범위와 의미, 그리고 그 지위에 관해서는 탄력적 근로시간제에서와 동일한 판단이 적용하면 될 것이다. 이러한 인정근로시간제는 근로시간 그 자체의 결정에 직접적인 관련성을 지니고 있는 것이어서 단체협약으로 체결하는 것도 가능하다.

5) 재량근로시간제 도입시 근로자대표와의 합의

근로기준법 제56조 제3항에서는 재량근로제를 규정하고 있다. 재량근로제의 경우에는 다른 여타 비전형적인 근로시간제와는 달리 재량근로가 도입될 수 있는 업무의 범위가 법정되어 있다. 그러므로 재량근로제의 경우에는 전체근로자의 대표의 의미보다는 해당 업무에 종사하는 근로자의 대표성으로 논의의 초점이 맞추어져야

한다.

6) 근로시간 및 휴게시간의 특례를 위한 근로자대표와의 합의

근로기준법 제58조에서 규정하고 있는 근로시간 및 휴게시간의 특례규정은 특정 사업을 단위로 인정되는 예외적인 경우이다. 그러므로 이 경우에는 탄력적·선택적·인정·재량근로시간제와는 달리 특례의 인정은 사업단위로 이루어지게 될 것이다. 그러므로 동조항의 적용에 있어서는 사업장의 일부부서의 특성은 고려대상이 아니며, 따라서 전체 사업장 단위로 근로시간 및 휴게시간의 특례가 이루어지게 된다. 이 한도에서 근로자대표는 사업에 종사하는 전체근로자의 대표의 의미로 이해해야 할 것이다.

7) 유급휴가의 대체

유급휴가의 대체를 규정하고 있는 근로기준법 제70조의 취지는 전체근로자를 대상으로 하는 것으로 이해해야 한다. 왜냐하면 유급 월차·연차휴가는 직종의 구분 없이 전체근로자에게 인정되는 것이므로 이를 도입하기 위한 근로자대표의 범주는 사업장 내의 전체 근로자를 대상으로 하여야 한다.

8) 기숙사규칙의 작성 또는 변경시 기숙사에 기숙하는 근로자대표와의 합의

근로기준법 제102조 제2항에서는 사용자가 기숙사규칙의 작성과 변경시에 기숙하는 근로자의 과반수를 대표하는 자의 동의를 얻도록 하고 있다. 동규칙은 근로조건 결정과는 관계없이 단지 기숙사를 사용하는 근로자에게만 적용되는 기숙사규칙과 관련한 것이므로 기숙사에 기숙하는 근로자의 대표와 동의를 구하도록 하고 있는 것이다. 그러므로 기숙사에 기숙하지 아니하는 다른 근로자는 대표되어지는 자의 범주에 포함되지 않는 것이 당연하다.

9) 연장근로의 합의시 '당사자'의 의미

근로기준법 제52조는 당사자간의 합의가 있는 경우에 1주 12시간 한도에서의 연장근로를 할 수 있도록 규정하고 있다. 동규정은 구법하에서는 기준근로시간을 규정하고 있던 제42조 제1항의 본문에 이어 동항 단서에 규정되었으나, 개정법하에서는 탄력적 근로시간제와 선택적 근로시간제를 도입하면서 이들 규정뒤에 위치시켰다. 구법하에서 당사자의 의미에 관하여 판례⁶⁴⁾와 일부학설⁶⁵⁾은 근로자 개인과 사용자가 연장근로를 합의할 수 있다고 하며, 다만 개별근로자의 연장근로에 관한 합의권을 박탈하거나 제한하지 아니하는 범위내에서는 단체협약에 의한 합의도 가능한 것으로 이해하였다. 이에 반해 다른 학설⁶⁶⁾은 “근로기준법은 개개 근로자와 사용자가 이 법의 법정기준이 저하 또는 악화하는 것을 금지하고 있으며(구근로기준법제20조) 실질적으로 개별적인 노사 당사자의 합의는 근로자에게 불리하게 의제될 가능성이 있으므로, 이 조항에서 근로자측 당사자라 함은 원칙적으로 교섭상의 대등성을 보유하고 있는 노동조합 또는 노사협의회법상의 근로자대표를 말한다”고 하고 있다. 후설의 주장은 개정법하에서도 이어지고 있다⁶⁷⁾.

그러나 이 경우 당사자의 의미는 다음과 같은 점을 고려하여 판단하여야 할 것이다. 즉, 개정법에서는 구법하에서의 논란이 있었음에도 불구하고 문언상으로 근로자대표라는 용어를 사용하지 않고 당사자란 문언을 사용하였다는 점은 분명 「의식적」이라는 점과⁶⁸⁾, 근로자 개인의 합의를 의미하는 것과도 구별하려는 의도에서 당사자라는 용어를 사용하였다는 점⁶⁹⁾이다. 그러므로 당사자의 의미는 근로자대표도 아닌 근로자 개인을 의미하는 것도 아닌 것으로 된다. 비록 당사자의 의미와 관련한 학설중에서 後說의 입장이 근로기준법의 본래의 취지에 보다 더 부합하는

64) 대판 1993. 12. 21, 93누5796; 대판 1995. 2. 10, 94다19228.

65) 이병태, 노동법, 1996, 747면.

66) 김형배, 노동법(8판), 279면.

67) 노동법(9판), 313면.

68) 근로기준법 제52조 제2항에서도 당사자의 합의로 표현하고 있다.

69) 동조 제3항에서는 「... 특별한 사정이 있는 경우에는 ... 근로자의 동의를 얻어 ...」 표현하고 있는 점에서 드러난다. 이는 동법 제67조상의 야간근로의 경우에도 「근로자의 동의」를 사용하고 있는 점에서 분명하다.

해석이라고 평가되지만, 그렇다고 개정법하에서의 당사자의 의미를 구법의 경우에
서와 같이 새기는 것에는 의문이 있다. 오히려 구법하에서 논란이 되었던 점을 감
안하여 신법에서는 판례와 前說이 취하였던 의미를 이어 받는 의도에서 규정된 것
으로 봄이 상당하다고 판단된다. 이럴 경우 근로자대표도 아니요, 근로자 개인도
아닌, 그러나 근로자개인의 합의권을 박탈하지 아니하는 범위내에서 집단적 의미에
서의 동의를 함께 포함할 수 있는 용어으로써 ‘당사자’를 그대로 이어받은 것으로 새
길 수 있다. 이렇게 새길 경우 당사자의 의미에 근로자대표라는 의미도 함께 포함
되는지의 문제가 발생한다. 왜냐하면 구법하에서 근로시간의 운용과 관련해서는 근
로자대표를 통한 집단적 의사결정방식을 예정하지 않았기 때문에, 단체협약만이 당
사자의 의미에 고려될 수 있었기 때문이다. 그러므로 현행법에서 근로자대표를 통
한 집단적 의사결정방식이 도입된 상황하에서는 당사자의 의미에 근로자대표와의
합의도 아울러 고려될 수 있을 것이다. 위에서 살펴본 바와 같이 탄력적·선택적
근로시간제의 도입시에 근로자대표와의 서면합의를 요구하고 있는 점에서, 제52조
에서 규정하고 있는 당사자의 의미는 근로자개인의 합의권이 배제 또는 박탈되지
않는 범위내에서는 단체협약 뿐만 아니라 근로자대표와의 합의를 통해서도 연장가
능한 것으로 새길 수 있을 것이다. 연장근로는 부분적으로는 근로자 개인의 능력에
기인하여 필요로 하는 경우도 있을 것이지만, 사업 전체의 연장가동의 목적에서 집
단적으로 필요로 하는 경우도 있다. 후자의 경우에 있어서 연장근로의 도입은 바로
근로시간의 결정과 운용의 의미가 함께 내포되어 있는 것이다. 이런 점에서 근로기
준법 제52조의 당사자의 의미에는 근로자대표를 통한 집단적 의사결정방식도 아울
러 포함될 수 있는 것으로 봄이 타당하며, 이때 근로자대표를 통한 합의는 탄력적
·선택적 근로시간의 경우와 마찬가지로 그 적용범주에 해당하는 근로자의 범위가
대표의 기초에 따라 이루어져야 하는 것으로 보아야 한다.

2. 근로자대표와의 합의가 요청되는 기타의 경우

1) 산업안전보건법상 ‘안전과 보건’에 관한 사항의 결정시 근로자대표와의 합의

사업장(작업장 포함)에서의 근로자의 안전과 보건에 관한 것은 근로계약상 사용

자의 부수적 의무의 내용으로 파악할 수 있다. 이러한 의무는 산업안전보건법이 시행됨에 따라 동법에서 구체적으로 규정되어 있는 내용에 따라 제한 내지는 보충을 받으며, 사용자에게 강제되고 있다. 그 중에서도 안전 및 보건과 관련한 중요한 사항의 결정과 시행과 관련해서는 근로자대표의 참여를 예정하고 있다⁷⁰⁾. 산업안전보건법에 규정하고 있는 각각의 경우로는, 근로자대표의 의미는 동법 총칙에서 규정하고 있는 근로자대표의 용례에 따라, 노동조합이 조직되어 있는 경우에는 그 노동조합, 노동조합이 조직되어 있지 아니하는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자로 되어 있다. 여기서 후자의 경우는 위에서 살펴본 근로기준법상 사업단위(또는 적용되는 특정단위)의 전체근로자의 과반수를 대표하는 자의 의미와 동일하게 새길 수 있다. 그러나 전자의 경우에는 그 사업장에 조직되어 있는 노동조합이 근로자의 과반수를 조직하고 있느냐를 불문하고 조직된 노동조합이 있으면 그 노동조합에게 사업의 전체근로자의 대표성을 부여하는 것으로 규정되어 있다. 이러한 입법규정은 마땅히 시정되어야 한다. 왜냐하면 근로자의 과반수로 조직되어 있지 아니한 노동조합에게마저 전체근로자의 대표성을 부여하는 것이 된다면, 이는 법률의 규정을 통한 ‘의제된 대표성’을 인정하기에는 그 도가 너무 지나쳐, 입법자의 입법형성권한을 일탈한 것으로 평가될 수 밖에 없기 때문이다. 양적으로도 과반수를 점하지 아니한 소수의 노동조합이 다수의 비조합원을 대표할 수 있다는 점을 어떻게 이론적으로 설명할 수 있는가? 과거 대립적·투쟁적 집단적 노사관계를 협력적 노사관계로 대체하려는 정책적 의도가 지배하였던 입법의 산물이 이번 개정시에도 수정되지 아니한 채, 방임된 결과로 평가할 수 밖에 없다. 마땅히 체계적인 의미에서 근로자 과반수로 조직된 노동조합으로 규정을 바꾸어 새겨야 하며, 이때 그 근로자는 각 사업마다 사업장 전체에 해당할 경우에는 전체 사업에 종사하는 근로자, 그렇지 아니하고 분리·독립성이 인정되는 생산작업장에만 적용되는 경우에는 해당 부분의 근로자들을 대상으로 하는 근로자대표의 의미로 새김이 타당하다.

70) 각각의 규정의 소개는 위 I 참고.

2) 사내근로복지기금의 설치 및 운용과 관련한 근로자대표의 참여

이 밖에도 사내근로복지기금법에는 사내복지기금이 설치될 경우 기금협의회에 근로자대표가 참여하도록 규정하고 있다(제8조 I, II, IV). 이러한 사내근로복지기금은 사업주가 출연하는 재원을 바탕으로 근로자의 생활안정과 복지증진에 이바지하려는 취지에서 운용되는 제도이므로(제1조), 그 특성에 맞추어 근로자대표는 당해 사업주가 사용하는 사업의 전체근로자를 그 대상으로 하는 것으로 새겨야 할 것이다(제2조, 제4조). 이렇게 해석하는 것은 근로자대표자를 선출하는 과정에서 당해 사업에 노사협의회가 설치되어 있는 경우에는 그 노사협의회회의 근로자위원을 근로자대표로 대체하는 규정에서 또한 반증된다(제8조 IV).

3. 취업규칙의 불이익변경에 따른 집단적 절차로서의 근로자과반수의 동의

1) 취업규칙의 법적 성질

근로기준법 제97조 제1항에서는 취업규칙의 작성 및 변경시에 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견 내지는 동의를 얻도록 하고 있다. 따라서 동규정에서는 근로기준법상 집단적 의사결정절차를 예정하고 있는 여타 다른 규정과는 달리 근로자대표의 개념을 사용하지 아니하고 “근로자의 과반수”라는 다른 표현을 쓰고 있다. 이러한 문언의 사용이 특별한 입법적 의사를 함축하고 있는지는 별론⁷¹⁾으로 하고, 문리적인 관점에서는 집단적 의사결정절차와는 일단 다른 의미로 새겨야 할 것이다. 왜냐하면 근로기준법 제31조 제3항에서 근로자대표라는 용어를 제시하면서 뒤따르는 여러 규정에서는 근로자대표의 문언을 계속해서 사용함에도 불구하고, 유독 취업규칙에서만 “근로자

71) 이에 관한 입법이유서는 존재하지 않는다. 그럼에도 불구하고 엄밀히 이야기하자면 취업규칙의 작성 및 변경에 관한 절차는 구근로기준법에서부터 존재했던 것이며, 개정법에서는 다른 집단적 의사결정과정을 도입하면서도 취업규칙에 대해서는 다른 손질을 가하지 않은 것이다.

과반수의 동의”를 표현하고 있기 때문이다. 이와 같은 의식적이든 무의식적이든 간에 근로자대표와 구별되는 근로자 과반수의 동의는 취업규칙의 법적 성질론과 결부하여 독자적인 의미를 갖게 하는 중요한 단서를 제공한다.

근로자 과반수의 동의란 앞서 언급되어 있는 “근로자 과반수로 조직된 노동조합”과의 상호연관성 속에서 우선 이해되어야 하는 것이 논리적이다. 그러므로 형식에 있어서는 집단적 의사결정절차를 채택하고 있는 것처럼 이해된다. 왜냐하면 근기법 제31조 이하에서 사용되고 있는 “근로자대표”의 경우에도 동일한 내용과 조건의 노동조합을 근로자대표로 규정하고 있어 취업규칙의 경우에도 동일한 의미가 부여되는 것으로 이해될 수도 있기 때문이다⁷²⁾. 그러나 취업규칙의 본질에 비추어 볼 때 과연 이와 같은 집단적 의사결정절차를 취업규칙의 작성 또는 변경의 요건으로 설정되는 것이 합목적적인 것으로 볼 수 있느냐에 대해서는 의문이다. 취업규칙의 본질에 대해서는 판례⁷³⁾는 “취업규칙은 근로기준법이 근로자의 지위를 보호·강화하여 그들의 기본적 생활을 보장·향상시키려는 목적의 일환으로 사용자에게 그 작성을 강제하고 이에 법규범성을 부과한 것”이라 하여 취업규칙의 법규범성을 인정하고 있다. 그러나 판례가 취업규칙 자체에 법규범성을 인정하는 것에는 찬동할 수 없다. 적어도 취업규칙 자체가 가지는 성질과 취업규칙의 내용보다 하회하는 개별 근로계약과의 관계에서 지니는 강행성과는 구별해야 한다. 즉 취업규칙이란 사용자가 일방적으로 작성된다는 점에서(근로기준법 제96조) 작성된 취업규칙 자체가 법규범성을 지닌다는 것이 아니라, 근로기준법상 강행규정에 반하지 않는 취업규칙의 작성을 사용자에게 강제함과 동시에(제99조, 제96조 I), 이렇게 작성된 취업규칙이 감독관청에 신고됨을 전제로 **국가의 후견적 감독기능에 기초하여** 최저기준에 준하는 근로계약의 성립을 강제하는 것이며, 이 기준보다 하회하는 개별 근로계약의 성립을 국가의 입법작용으로 효력발생을 저지하려는 것에 불과한 것이다. 그러므로 사용자가 작성한 취업규칙 그 자체로는 아무런 법규범성을 갖는 것은

72) 우리나라 근로기준법의 모태는 일본의 노동기준법이라고 할 수 있는데, 일본의 노동기준법상 취업규칙의 작성과 변경시에는 “... 해당사업장에 노동자의 과반수로 조직하는 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 노동자의 과반수로 조직하는 노동조합이 없는 경우에는 노동자의 과반수를 대표하는 자”로 규정하고 있다(제90조 I).

73) 대판 1977. 12. 29, 77다1378.

아니며, 다만 개별근로계약상의 약정이 법정 최저기준을 구체적으로 보장하여야 하는 취업규칙의 특정조항에 미달하는 경우에는 그 근로계약부분을 새로운 계약의 갱신으로 보아 그 효력을 인정하는 것이 아니라(근로기준법 제100조), 이 한도에서 강행규정을 통해 계약자유의 원칙이 제한받는다라는 의미에서 취업규칙의 본질이 있는 것이다. 사용자 일방에게 범규범을 창설할 수 있는 법적 근거는 현행법상 어디에서도 구할 수 없다. 사용자와 근로자간의 근로조건을 결정하는 법률관계는 원칙적으로 개별적 근로계약으로 성립되는 것이지만, 사회적 열세에 있는 개별근로자의 대등한 교섭력이 확보되지 아니한 경우에 국가가 강행법률을 통하여, 그리고 취업규칙이라는 정형화된 계약의 형태에 대한 감독을 통하여 근로조건을 최저기준을 근로계약으로 강제하려는 데에 불과한 것이다. 이런 취지에서 취업규칙의 본질을 이해한다면, 취업규칙 그 자체로는 범규범력 뿐만 아니라 아무런 법적 효력을 지니지 못하며, 적어도 근로자를 구속하기 위해서는 그것이 근로계약의 내용으로 성립하는 경우에 한하여 인정될 수 있을 뿐이다. 이때 근로조건을 강행법률로 정하여 근로자를 보호해야 하는 국가의 의무가 강행규정을 통하여 최소한도 이상의 것을 근로계약으로 성립케 하려는 부가적·구체적인 이행작용으로서 취업규칙을 위반하는 근로계약의 효력을 저지하는 것이다. 이렇게 이해할 경우 근로기준법의 최저기준성이 일관되게 구현되며, 노사자율이 작동하지 않는 사각지대를 보충하려는 국가의 의무작용에도 상응하게 되는 것이다. 그러므로 인간의 존엄성을 갖추도록 법률로 정해야 하는 국가의 의무는 근로기준법의 개별규정과 동규정을 기초로 국가의 후견적 감독을 통해 작성되는 취업규칙의 최저근로계약의 성립을 강제하는 방법으로 추구되고 있으며, 따라서 양자는 동일한 헌법적 기초의 작용으로 볼 수 있다. 따라서 이러한 최저기준의 보장방식은 실질적인 사적 자치, 즉 노사자율이 이루어지는 한, 보충적인 근로자 보호의미에서만 작용하게 되는 것이다(근로기준법 제99조 I, II; 노동조합및노동관계조정법 제33조 I). 이런 점에서 취업규칙의 작용은 두가지 측면으로 이해된다. 그 하나는 대국가적인 관점에서의 사용자의 의무이행측면이며(이 과정에서 국가의 후견적 작용이 함께 하여 법정최저기준 이상을 근로계약으로 존립케 하려는 국가의 책무를 구체적 실현의 측면), 또 다른 하나는 대근로자적인 관점에서 사용자가 제시한 취업규칙의 내용은 단지 청약적인 성질만을 지닐 뿐이며, 근로계약체결시 명시되어야 할 근로조건을 이미 작성된 취업규칙

에 의하겠다는 사실인 관습에 따라 근로자의 묵시적 동의로 근로계약의 내용으로 성립케 하는 것이다. 근로자가 후일 보다 유리한 새로운 근로계약을 체결하는 경우에는 당연히 새로이 체결된 근로계약의 내용이 취업규칙에 규정되어 있는 근로계약의 내용을 대체하는 것이며, 기존의 취업규칙의 기준보다 저하하는 새로운 근로계약을 체결하는 경우에도 그 내용이 근로기준법상의 개별규정보다 저하하지 않는 이상 유효하게 성립하며, 이 한도에서 근로기준법 제100조의 강행적 작용력은 발생하지 않을 뿐이다. 이와 같이 취업규칙의 본질을 계약의 의미로 이해할 경우에만 취업규칙의 불이익한 변경시에 근로자의 동의를 구해야 하는 근로기준법 제97조 제1항 단서규정의 의미와, 변경된 취업규칙의 내용이 기존의 것에 비해서 불리하다라고 기득이익의 침해라는 문제가 발생하지 않는 신규채용 근로자에 대해서는 변경된 취업규칙이 적용되게 된다는 판례의 견해⁷⁴⁾가 일관되게 이해될 수 있다.

2) 취업규칙의 법적 성질에 비추어 본 집단적 변경절차의 의미

대근로자적인 관점에서 취업규칙의 법적 성질을 계약으로 이해한다면, 새로운 취업규칙의 작성과 변경과정에서 근로자의 동의를 구해야 한다는 것은 사용자가 일방적으로 근로계약의 내용을 불리하게 변경할 수 없다는 점에서 당연하다. 그런데 이러한 불이익한 변경(엄밀히 말하자면 불이익한 조건으로의 새로운 청약)에 대한 승낙을 개별근로자의 동의를 전제로 하지 아니하고⁷⁵⁾, 이를 ‘집단적 절차’를 통하도록 한 것은 계약의 본질에 상응하지 않는다. 이러한 점은 다음과 같은 해석으로 이해할 수 있을 것이다. 즉 취업규칙이 계약으로서의 성질을 가지는 한 개별근로자들의 각각의 동의를 전제되는 것이 마땅하나, 이미 근로계약으로 성립한 취업규칙은 다수의 근로자에게 적용되는 근로조건들을 모두 포괄하고 있다는 점에서 ‘집단적’ 계약의 성질을 지니고 있다. 취업규칙의 불이익한 변경의 경우에 개별근로자와 일일이 협상한다는 것은 실제로 많은 시간을 요하는 번거로움을 피할 수 없다. 따라서 집단적 계약의 형태를 띠고 있는 취업규칙의 작성 또는 변경에 **편의적**으로 집

74) 대판(전원합의체) 1992. 12. 22, 91다45165; 대판 1993. 6. 11, 93다11876·11883(병합).

75) 대판 1991. 3. 27, 90도3031 참조.

단적 절차를 도입한 것으로 이해할 수 있다. 이는 취업규칙에서 포함하고 있는 근로조건의 내용이 '적정근로조건'을 의미하는 것이 아니라, '최저근로조건'을 의미할 뿐이라는 점에서 비록 집단적 절차의 방식을 도입하더라도 전체 법체계와 계약의 기본원리에 반하지 않는 것으로 볼 수 있다.

그러나 집단적 절차의 형식을 빌은 취업규칙의 작성 및 변경은 다른 근로기준법에서 예정하고 있는 근로자대표를 통한 집단적의사결정방식과는 구별함이 타당하다. 이는 개별적 법률행위를 통해 개별 근로조건이 결정되어야 한다는 사적 자치의 원칙과, 전체 사업장 내지 기업단위에서 통일적으로 적용되는 노동과정에 대한 결정에의 근로자측의 자기결정의 원리가 구현되어야 한다는 집단성의 원리와는 상호 성질을 달리하는 것이기 때문이다. 그러므로 편의적인 관점에서 집단적 절차의 형식을 취하고 있는 취업규칙의 작성과 변경도 기본적으로는 개별근로자의 개별의사를 최우선에 위치시키는 것이 간과되어서는 안되며, 이 한도에서 집단적 절차의 의미도 구명되어야 한다. 취업규칙의 작성과 변경시에 근로자의 과반수를 조직하고 있는 노동조합의 경우도 전체종업원의 대표성의 지위에서가 아니라 취업규칙의 적용을 받던 개별근로자의 개별적 위임의 과정을 통해 사용자와 집단계약을 체결하는 것으로 새겨야 할 것이다. 이렇게 새길 경우 '근로자 과반수의 동의'라는 의미도 보다 명확해진다. 이는 근로자의 과반수를 대표하는 자의 대표성에 기초하는 것이 아니라 몇몇 근로자라 하더라도 과반수 이상의 위임을 받는 절차과정을 통해서 집단적으로 사용자와 근로계약의 내용을 변경하는 것이다. 따라서 집단적 절차가 필요로 하는 경우에는 그 형식을 불문하고 개별근로자 과반수의 위임을 얻는 것으로 그 요건을 충족시키는 것으로 보아야 한다.

4. 근로기준법내의 집단적 의사결정절차규정에 대한 입법론적 제언

위에서 살펴 본바와 같이 근로기준법 내에는 집단적의사결정방식에 따른 노사합의의 여러 경우를 규정하고 있다. 각개의 경우 '근로자대표'와의 합의 내지는 협회가 단체협약 또는 노사협의회 합의로도 이루어질 수 있다. 이에 따라 집단적 의사결정방식은 집단적 노사관계를 규율하는 실정법률 외에도 개별적 근로관계법에도 존재하게 되었다. 개별적 근로관계법이란, 비록 그것이 법률상 규정되어 있는

개념이 아닌 학설상 사용되는 분류방법이라 할지라도 논리적으로는 개별적 근로계약관계를 규율대상으로 하는 법률체계를 의미한다. 이와 반대로 집단적 규율방식을 전제로 하는 노동관계법을 집단적 노사관계법으로 범주화시키는 것이 일반적이다. 이 양자의 구분이 법률효과적인 측면에서는 서로 분리될 수 없는 것이지만, 적어도 규율대상적인 측면에서의 분류는 가능하고 또 그렇게 분류하는 것이 체계성을 더욱 살릴 수 있다. 그럼에도 불구하고 현행법이 근로기준법내에 집단적 의사결정방식을 대폭 도입한 것은 입법론적으로 재고를 요한다. 입법적 의도로서 근로조건 운영과 관련된 문제를 개별근로자와 사용자의 합의에 방임하지 아니하고 집단적 의사결정방식을 도입하여 근로자보호목적을 더욱 제고하였다는 긍정적인 평가를 내리기 앞서, 이로 말미암은 체계성의 혼란이 먼저 지적되어야 한다. 특히 이러한 점은 근로자의 과반수로 조직된 노동조합에게 대표적 지위를 부여해 주는 경우에 더욱 그러하다. 왜냐하면 위에서 살펴본 바와 같이 집단적 의사결정방식이 도입된 각개의 경우는 결정된 근로조건의 운용 뿐만 아니라 근로조건 결정 그 자체를 함께 뜻하는 수도 있기 때문에, 이때 사용자가 노동조합과 합의한 서면은 단체협약의 형식을 함께 갖추게 되는 것이다. 이럴 경우 많은 경우에 단체협약시스템의 예외가 발생하게 되고 또한 단체협약의 일반적 구속력 선언제도 이외의 또 다른 단체협약 효력확장의 형태로 볼 수 있는 경우가 발생하게 되는 것이다. 이처럼 체계성의 혼란은 노동법의 중층적 구조를 통한 기능의 조정과 이를 통한 합리적인 효율성을 저하시킨다. 따라서 집단적 규율방식은 개별적 근로관계를 규율대상으로 하는 개별적 근로관계법에 위치시키기 보다는 집단법내로 옮기는 것이 합리적이다.

입법적으로 개정되지 않은 현행법의 체제하에서 발생할 수 있는 집단적 합의 상호간의 중첩 내지 충돌의 문제를 어떻게 이해할 것인가에 대해서는 이하에서 살펴보기로 한다.

5. 노사협의회 의결사항과 단체협약제도의 중첩성의 조정

집단적 노사관계법 내에도 집단적 이해관계조정은 단체협약을 통하는 방식과 노사협의회 합의 통하는 방식이 있다. 현행법은 이 양자를 엄격히 구분하고 있지 않으며, 경우에 따라서는 중복내지는 충돌될 수도 있다. 그럼에도 불구하고 이런

경우를 대비한 상호관계를 규정하고 있는 현행규정은 없다. 이 문제는 위에서 살펴본 바⁷⁶⁾와 같이 단체협약제도와 노사협의회 제도가 전체법체계 내에서 가지는 목적과 의미에서 규명되어야 한다. 노사간의 갈등을 조정하는 새로운 모델이 창출되는 경우에는 기존의 핵심적인 협약자율이 침해되거나 형해화되어서는 안된다. 그러므로 이 한도에서 노사협의회와 노사협의회의 운용결과는 단체협약의 본질에 반하지 않는 것이어야 한다. 그러므로 원칙적으로 단체협약의 본질적인 대상으로 되는 사항 - 근로조건의 결정 - 은 노사협의회의 대상으로 되어서는 안될 것이나, 이와 같은 사항이 당해 사업에 종사하는 전체근로자의 이익과 관련성을 지니고 있는 경우에는 노사협의회가 협의 내지 의결대상으로 삼을 수도 있다. 이럴 경우 양자가 중첩하는 경우가 발생하게 되는데, 이는 정당성의 기초에 따라 판단해야 할 것이다. 예컨대 노사협의회가 경영상 또는 기술상의 사정으로 인한 인력의 고용조정을 임의적으로 합의하고 그 합의가 효력을 지니고 있음에도 불구하고 노동조합이 재차 단체협약의 체결을 요구하는 경우, 사용자는 노사협의회에서 합의한 것을 이유로 단체교섭을 거부할 수 있는 것으로 보아야 한다. 왜냐하면 정리해고는 전체 근로자에게 그 영향을 미치는 사항이기 때문에 전체 근로자로부터 대표성을 부여받은 노사협의회 합의는 노동조합이 체결하는 단체협약의 정당성보다 우선하는 것으로 보아야 하기 때문이다. 반대로 정리해고와 관련하여 노동조합이 이미 단체협약을 체결하고 있음에도 불구하고 노사협의회에서 이와 관련된 새로운 합의를 하고자 하는 경우에는 그 노동조합이 사업장 전체근로자를 대표할 수 있는 지위에 있지 아니하는 한, 가능한 것으로 보아야 한다. 이때 새로이 합의된 '노사협정'은 기존의 단체협약의 내용을 갱신하는 효력을 지니는 것으로 보아야 한다⁷⁷⁾. 이런 한도에서 노사협의

76) 위 III. 2. 3 참조.

77) 단체협약을 체결한 노동조합이 의제된 대표성을 가지고 있는 경우에는 당해 노동조합의 거부로 사실상 노사협의회에서의 변경이 불가능할 것이기 때문에 이와 같은 것은 문제되지 않는다. 그러나 의제된 대표성을 갖는 노동조합이 대표의 권한을 행사함에 있어 비조합원인 근로자에게 의사참여기회를 보장하지 않았다면, 이는 실질에서의 대표성을 충족하지 못하는 것이므로 그 절차상의 하자(예컨대 대표권의 부재를 이유로 하는 무효확인 소의 제기를 통하여) 새로운 의사결정을 요구할 수 있으며, 이 한도에서 기존의 협약내용이 변경될 수 있을 것이다.

회에서 의결된 사항은 단체협약과 동위에 놓여지는 것으로 볼 수 있다.

그러나 사업장 근로자 전체에게 통일적으로 적용될 필요가 없는 사항에 있어서는 단체협약과 노사협의회 의 협정은 상호 저촉하지 않는 것으로 보는 것이 타당하다. 이 경우에는 단체협약이 갖는 정당성과 노사협의회가 가지는 정당성은 서로 우열관계에 놓여지는 것이 아니라 각각 독자적인 정당성을 기초하므로 병존할 수도 있다. 예컨대 이미 단체협약에 체결하고 있는 근로자복지에 관한 사항을 전체 종업원을 대상으로 하는 복지의 내용으로 노사협의회에서 의결하고자 하는 경우와, 반대로 노사협의회에서 의결한 근로자복지사항을 단체협약에서 새로이 체결하고자 하는 경우에는 양자는 각각 독자적으로 존재하게 될 것이다. 그러나 구체적인 적용과 관련해서는 단체협약이 지니는 특별성이 노사협정의 일반성보다 우위에 있는 것으로 보아야 하며, 따라서 조합원인 개별근로자는 비록 노사협의회에서 정한 복지내용이 단체협약의 그것보다 유리하더라도 원용할 수 없는 것으로 보아야 할 것이다⁷⁸⁾.

그렇다고 해서 노사협의회 의결사항이 본질적인 단체협약의 의결사항으로까지 확장될 수 있는 것으로 볼 수는 없다. 임금·근로시간의 결정 등과 같은 전형적인 근로조건의 결정은 단체협약의 대상에 포함되는 것으로 노사협의회가 합의대상으로 삼을 수 없다. 만약 그렇지 않다면 이는 단체협약제도를 사실상 형해화시키는 것이기 때문에 기본권보장취지에 어긋난다. 이 한도에서 노사협의회 의결사항을 임의적으로 확대할 수 있다 하더라도 그 외연에 대한 내재적인 한계를 지니는 것으로 보아야 한다.

이 밖에도 노사협의회에서 의결하는 노사협정의 유효기간에 대해서도 현행법이 규정하는 바는 없으며, 노사협의회 의결사항에 노사가 합의하지 못하는 경우 현행법에는 단지 내부 또는 외부의 중재기구를 통해 해결하도록 규정하고 있을 뿐이

78) 이러한 해석론은 현재 법규정상태를 전제로 하는 것이다. 노사협의회 의결사항에 대해서는 노동조합및노동관계조정법 제33조에서와 같은 효력을 두고 있지 않고, 또한 단체협약의 대상과 노사협의회 대상 간의 중첩성이 불식되지 않은 상태에서, 양자의 효력계위에 대한 획일적인 판단을 내리는 것은 불가능하다. 이 한도에서는 노동법상 일반원칙인 “유리한 조건 우선의 원칙”은 적용되지 아니한다. 입법적으로 정비되어야 할 부분이다.

다. 전자와 관련해서는 노사협의회가 자율적으로 정할 수 있는 것으로 보는 것이 타당하며, 후자와 관련해서 중재의 효력은 위에서 살펴본 바와 같은 효력을 지니는 것으로 봄이 타당하다. 다만 노사협의회 의결사항이 합의되지 않을 경우에 중재로 가야 한다는 동 조항은, 근로자측이 이를 이유로 해서 단체행동을 할 수 없다는 의미를 함축하고 있다⁷⁹⁾.

6. 취업규칙과 노사협의회 및 단체협약과의 중첩성 조정

취업규칙과 노사협의회상의 합의 및 단체협약과의 상호관계는 취업규칙의 법적 성질을 어떻게 보느냐에 따라 그 구성이 달라진다. 위에서 살펴본 바와 같이 취업규칙의 법적 성질을 계약으로 이해하면서 그 의미를 최저기준의 근로계약화로 본다면, 노동법상 法源의 체계에서는 취업규칙이 집단법적인 합의보다는 하위에 위치하게 됨은 당연하다⁸⁰⁾. 그러므로 현행법하에서 취업규칙사항과 노사협의회 의 사항이 중복되더라도 그 효력상의 위계가 성립하므로 운용에 있어서는 상호 충돌은 발생하지 않는다. 따라서 취업규칙에 명시되어 있는 사항이라 하더라도, 그리고 그것이 근로자과반수의 동의를 거쳐 변경된 사항으로 아직 효력을 갖고 있는 경우라 하더라도 노사협의회를 통한 새로운 내용으로 의결하는 것은 무방하다. 다만 이 경우에 문제가 되는 것은 취업규칙을 통한 근로계약의 내용이 노사협의회 합의의 거친 노사협정보다도 조건이 유리한 경우 유리한 조건 우선의 원칙이 적용될 것인가 하는 점이다. 이에 관해서는 명문의 규정이 역시 결여되어 있지만 노동법의 체계성이라는 견지에서 양자간의 효력계위가 인정될 수 있으므로 유리한 조건의 우선의 원칙이 적용되는 것으로 보아야 한다. 이는 집단적 규율이 개별적 규율보다 우위에 놓인다 하더라도 이는 어디까지나 개인의 자율적 결정이 본래의 기능을 할 수 없는 경우 내지는 집단법적인 고유한 사항에 대해서만 용인될 수 있는 것이다. 그러므로 집단적 규율이 있음에도 불구하고 이보다 유리한 내용으로 개별적 합의

79) 위 III. 2. 3. 참조.

80) 취업규칙과 단체협약 간에는 현행법상 명문의 규정(근로기준법 제99조 I; 노동조합및노동관계조정법 제33조 I)으로 그 효력계위를 정하고 있기 때문에 이에 관해서는 설명을 약하기로 한다.

가 있는 경우에는 - 예컨대 전형적인 근로조건의 결정분야가 이에 적용된다 - 후자가 우선적용되는 것이 당연하다. 그러나 정리해고시에 집단적 의사결정방식의 경우는 그 대상이 개별적으로 합의될 수 있는 사항이라기 보다는 근로자와 사용자간의 이해조정 뿐만 아니라 근로자 상호간의 이해관계가 상충되는 것을 조정하는 것도 포함되므로, 이 한도에서 그 절차의 결정, 예컨대 해고선발대상의 기준을 정하는 문제 등은 집단적인 의사결정의 고유한 사항으로 보아야 한다. 따라서 사용자가 특정근로자에 대해 개별적으로 정리해고 대상자의 대상에서 제외할 것을 약정한 경우라 하더라도, 이는 사업장 전체의 질서를 형성하는 집단적 의사결정과정에서 해서는 효력을 가질 수 없다.

VI. 맺 음 말

현행 노동관계법에 산재해 있는 ‘근로자대표’의 개념은 근로조건의 결정 또는 결정된 근로조건의 배치 또는 운용 등과 관련된 노동과정(Arbeitsprosseß)에 근로자가 참여하는 제도로 이해할 수 있다. 이와는 달리 노동정책에 근로자대표가 참여하는 것은 단지 전문가적인 지식을 국가의 정책결정과정에서의 자문의 형태로 이해된다. 그리고 전자의 경우 근로자대표에 의해 대표되어지는 자의 범주는 각 법률의 목적과 취지 그리고 각개 법규정이 지니고 있는 목적성에 따라 개별적으로 파악되어야 한다. 이에 따라 집단적 의사결정방식이 통용되는 각개의 경우는 상이한 근로자대표가 각각 참여할 수 있는 경우가 발생하게 되는데, 이 때에는 규율대상의 내용에 따라 각각 성립되는 여러 형태의 노사간의 합의(단체협약, 개별적 근로관계법의 각개 규정에 따른 노사간의 합의, 노사협의회의 합의 등) 간에 효력계위가 개별적으로 검토되어야 한다. 이는 아직 현행입법이 이들에 대한 통일적인 규정을 두고 있지 아니한 까닭에 연유한다. 이러한 효력계위를 설정하는 데에 있어서는 집단적 노사관계가 지니는 전체 법체계성과 그 기능이 이론적 근거로 제시될 수 있다.