

# 근로자대표제도의 재구성을 위한 법이론적 검토

박 제 성



# 목 차

요 약 .....	i
제1장 서론 : 근로자대표론의 의의 .....	1
1. 근로조건 대등 결정의 원칙 .....	1
2. 대표와 피대표의 異他性 .....	5
3. 피대리의 법적 先在性和 피대표의 법적 同時性 .....	8
4. 근로자대표론과 공법상 대표 개념의 친근성 .....	12
5. 근로자대표론의 보편성 .....	15
제2장 국가 차원의 근로자대표론 .....	18
1. 1996-1997년 겨울 .....	18
2. 공익의 개념 .....	22
3. 국가의 정당성 .....	25
4. 입법 교섭을 둘러싼 논쟁들 .....	26
5. 공익과 사익의 조화 .....	29
6. 사회적 實在性 .....	30
제3장 산업(지역) 차원의 근로자대표론 .....	32
1. 단체협약의 보편적 적용 .....	32
2. 산업별(지역별) 노사교섭위원회 .....	36
3. 산업별 협약과 기업별 협약 간의 조율 .....	39

제4장 기업집단 차원의 근로자대표론 .....	46
1. 재벌과 사내하청 .....	46
2. 권한에 상응하는 책임의 제도화 .....	49
3. 기업집단을 규제하는 다양한 제도들 .....	50
4. 기업집단에서 사용자는 누구인가? .....	52
5. 사용자 개념의 재인식 .....	55
6. 지시와 지배 .....	58
제5장 기업 차원의 근로자대표론 .....	61
1. 취업규칙이 단체협약을 대체하다 .....	61
2. 취업규칙의 사용자 일방 결정성 .....	65
3. 현행 노사협의회 제도의 문제점 .....	68
4. 근로자과반수대표자와 서면합의 제도의 한계 .....	72
5. 여러가지 대안들 .....	73
6. 종업원 대표성과 교섭창구 단일화를 결합 .....	75
7. 기업의회 .....	79
제6장 결 론 .....	82
참고문헌 .....	85

## 일러두기

본 연구는 그동안 필자가 넓은 의미에서 근로자대표론과 관련하여 수행해 온 연구들을 종합한 것이다. 그 목록을 소개하고자 한다. 아래에서 언급되지 아니한 글들 중에도 여기저기 비슷한 논의들이 담긴 것들이 있지만, 일일이 인용할 필요는 느끼지 못한다. 우선, 필자의 프랑스 낭트대학 노동법 박사학위 논문이 『한국과 프랑스의 근로자대표론 비교 연구』<sup>1)</sup>였다. 본 연구의 제1장 서론: 근로자대표론의 의의는 그 논문의 서론 부분을 정리하고 최근의 연구 결과를 추가한 것이다. 둘째, 노동관계에서 국가의 역할은 어떻게 변천했는가를 프랑스와 한국의 경우를 비교법적으로 검토한 『프랑스 노동법과 공익』<sup>2)</sup>이 있다. 본 연구의 제2장 국가 차원의 근로자대표론에는 이 논문의 일부를 재수록하였다. 셋째, 한국의 산별노조론이 지나치게 노동조합의 조직 형식 측면에 집중되어 있다는 점을 비판하면서 산별협약의 규범력이 산별노조론의 핵심이라는 점을 지적하고자 한 일련의 연구들이 있다.<sup>3)</sup> 본 연구의 제3장 산업 차원의 근로자대표론은 그 문제 의식의 연장이다. 넷째, 한국의 노동관계를 좌지우지하는 기업집단 혹은 재벌이 노동법의 관할권에서 벗어나 있다는 점을 지적하면서 기업집단 자체를 하나의 사업으로 정의하여 노동법을 적용시킬 수 있는 가능성을 탐색해 본 『기업집단과 노동법』<sup>4)</sup>이 있다. 본 연구의 제4장 기업집단 차원의 근로자대표론은 그 문제 의식에 최근의 연구 성과를 더한 것이다. 마지막으로, 제5장 기업 차원의 근로자대표론은 노동조합이 없는 사업장에서 집단적 근로조건 결정법리를 고민한 『무노

---

1) Jeseong Park(2005), La représentation collective: étude comparative des droits du travail français et coréen, Thèse, Université de Nantes.

2) 박제성(2010), 『프랑스 노동법과 공익』, 『인제법학』 창간호, p.107 이하.

3) 조성재 외(2009), 『산별교섭의 이론과 실제』, 한국노동연구원 중 박제성의 글들.

4) 박제성 외(2007), 『기업집단과 노동법: 노사협약의 단체교섭 제도를 중심으로』, 한국노동연구원.

조 사업장에서의 집단적 근로조건 결정법리』<sup>5)</sup> 및 근로기준법상 근로자 과반수대표자와 서면합의 제도를 중심으로 근로조건 결정법리를 연구한 『기업 내 근로조건 결정법리: 근로자대표와 서면합의를 중심으로』<sup>6)</sup> 등을 바탕으로 해서 최근의 관련 연구들을 비교 검토한 것이다.

---

5) 박제성(2008), 『무노조 사업장에서의 집단적 근로조건 결정법리』, 한국노동연구원.

6) 박제성 외(2010), 『기업 내 근로조건 결정법리: 근로자대표와 서면합의를 중심으로』, 한국노동연구원.

## 요 약

우리는 본 연구에서 우선 “근로자는 왜 대표되어야 하는가?”라는 질문에 대한 나름의 답을 모색하였다. 노동법의 규율 대상인 임금 노동의 특징은 종속성이다. 이 종속성은 노동하는 자의 인격과 노동의 불가분성에서 비롯되는 노동의 점유 불가능성에 대한 보상이다. 노동을 자유롭게 계약의 목적으로 삼을 수 있다는 사적 자치의 원리와 그 계약의 실현은 일방의 인격을 타방에 대하여 종속적 지위에 놓이게 한다는 사실은 법적 모순을 야기할 수밖에 없다. 이 모순은 개별적 차원의 종속성을 집단적 차원의 대등성으로 끌어올림으로써만 해소될 수 있다. 이것이 바로 우리 헌법이 노동삼권의 보장을 통하여 구현하고자 하는 원칙, 즉 근로조건 대등 결정의 원칙이다. 그리고 이를 가능하게 하는 메커니즘이 바로 ‘대표’이다. 대표는 개별적 종속성으로서 무대 아래 머물러 있는 각각의 근로자들을 하나의 집단으로서 법의 무대에 주연으로 올리는 과정이다. 대표되지 못한 근로자는 사회법의 무대에서 집단적 차원의 주연 배우로 등장하지 못한다. 여전히 개별적 종속성에 갇혀 있는 근로자는 근로조건 대등 결정의 원칙이라는 헌법적 가치를 배반하게 된다. 종속성만이 전면에서 등장하고 자치의 원리는 증발한다. 그러므로 근로자는 대표되어야 한다. 우리의 관점에서 볼 때, 근로자가 대표되어야 한다는 것은 私法의 원리보다는 公法의 원리가 좀 더 많이 실현되어야 한다는 것을 의미한다. 전자의 원리가 당사자들의 의사에만 머물러 있다면, 후자의 원리는 그 존재 자체에 주목한다. 그러므로 기업이든, 기업집단이든, 지역이든, 산업이든, 혹은 나아가 나라 전체 차원이든, 근로자들이 존재하는 모든 영역에서는 대표 원리가 실현되어야 한다. 이를 우리는 ‘근로자대표의 보편성’이라는 개념으로 정리하였다. 사법의

원리는 법적으로 노동삼권이 보장되어 있다는 형식적 사실에만 주목하면서 대표되지 못하고 있는 근로자들의 존재를 스스로의 권리 불행사의 문제로 국한시키는 데 반하여, 공법의 원리는 대표 메커니즘의 작동을 방해하는 요소를 제거하고 장려하는 요소를 추가함으로써 권리의 행사를 가능성의 영역이 아니라 현실성의 영역으로 이전시키고자 한다. 전자의 원리는 권리의 향유 근거를 근로자의 기여에서 찾지만, 즉 스스로의 부담으로 노동조합에 가입한 근로자만 노동권을 향유할 자격이 있다고 생각하지만, 후자의 원리는 근로자라는 사회적 지위 자체가 노동권을 향유할 수 있는 근거가 될 수 있다고 생각한다. 이는 단체협약의 적용 범위와 관련하여 결정적인 중요성을 갖는다. 사법적 관점에서는 자기의 부담으로 노동조합에 가입한 근로자만이 단체협약을 향유할 자격이 있다고 생각하지만, 공법적 관점에서는 일정한 직업적 공동체에 소속되어 있다는 사실 자체가 단체협약을 향유할 근거가 될 수 있다고 생각한다. 우리는 또한 이를 ‘단체협약의 보편적 적용성’으로 개념화하였다. 이러한 관점에 입각하여 우리는 다음으로 “근로자는 어떻게 대표되어야 하는가?”라는 질문에 대한 답을 찾고자 하였다. ‘노동조합’과 ‘단체교섭’은 가장 전통적인 대표 양식이다. 이를 부정할 이유는 없다. 다만, 우리는 여기에다 대표의 각 차원마다 고유한 필요성을 충족시킬 수 있는 보충적인 양식을 결합시키고자 하였다. 국가 차원에서는 ‘입법교섭’의 현실성과 필요성 및 이를 위한 전제조건으로서 노동조합에 대한 철학적 의미에서의 ‘인정’을 이야기하였다. 산업 및 지역 차원에서는 노사의 자치적 교섭과 합의의 결과로 성립한 단체협약이 해당 산업과 지역 내의 명실상부한 직업적 규범으로서 기능할 수 있도록 하기 위하여 공적 영역과 상호교차하는 제도로서 ‘산업별 노사교섭위원회’를 구상하였다. 기업 차원에서는 ‘기업의회’라는 새로운 개념을 제안하였는데, 이는 노동조합의 부재 상황에서도 근로조건의 대등 결정의 원칙이 존중될 수 있도록 하기 위하여 근로자대표가 존재해야 한다는 헌법적 요청 및 기업 내 복수의 노동조합 병존 시 단체교섭에서 근로

자들의 다양한 이해관계가 의사결정 과정에 반영될 수 있어야 한다는 점 그리고 무엇보다도 근로자의 자기결정권을 실질화시켜야 한다는 점 등을 고려한 것이다. 한편, 기업집단 차원에서는 오히려 어떤 구체적인 제도를 구상하는 것보다는 기업집단 자체가 하나의 대표 단위가 되어야 한다는 점을 논증하는 데 주력하였다. 왜냐하면 아직도 한국에서는 개별 기업이라는 하나의 법인 단위로 노동법을 생각하는 풍토가 여전히 심하기 때문이다. 법인이 다르므로 사용자가 아니라는 고리타분하고 단순한 논리가 여전히 주류적 견해로 통용되는 한, 근로자에 대한 직접적 통제가 아니라 법인에 대한 포괄적 지배를 통해서 타인의 노동을 자신의 이윤 추구에 사용하려고 하는 ‘하청노동’의 남용을 규제할 방도는 없다.



## 제 1 장

### 서론 : 근로자대표론의 의의

#### 1. 근로조건 대등 결정의 원칙

우리 헌법 제33조 제1항은 노동삼권을 보장함으로써 근로자가 개별적 관계에서 나타나는 형식적 대등 관계를 극복하고 집단적 관계에서 사용자와 실질적 대등 관계를 확보하여 ‘근로조건’을 집단적으로 결정할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 다시 말하면 근로조건을 집단적으로 결정하는 대등한 위치에 있는 노사 간의 교섭과 합의를 통해서 이루어져야 한다는 원칙을 표명한 것이다. 헌법재판소가 “근로자에게 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 기본권으로 보장하는 뜻은 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 임금 등 근로조건에 관한 단체협약을 체결할 수 있도록 하기 위한 것이다”<sup>1)</sup>라고 한 것도 같은 취지이다. 이를 ‘근로조건 대등 결정의 원칙’이라고 할 수 있다. 여기서 ‘근로조건’이란 임금이나 근로시간 등 좁은 의미의 근로조건(근로계약조건)만이 아니라, 작업 조직이나 목표 설정 등 근로의 양과 질을 규정하는 요소들(근로이행조건) 및 안전이나 위생 등 근로의 환경을 구성하는 요소들(근로환경조건)까지 포함하는 의미로 이해해야 한다. 다음과 같은 주장도 비슷한 취지라고 할 것이다. “근로조건이란, 앞서 언급한 범문상의 근로조건은 물론이고, 근로자의 노동관계상 모든 환경을 포함한다고 보아야 한

1) 헌법재판소 1998. 2. 27. 94헌바13·26, 95헌바44.

다고 생각한다. 그리고 이때의 환경에는 인적 환경 및 물적 환경, 정신적 환경 및 경제적 환경, 근로에 관한 회사 내부적 환경 및 외부적 환경, 시간적으로 현재의 환경 및 미래의 환경 등이 모두 포함된다고 보아야 한다.”<sup>2)</sup> 또한 국제노동기구(ILO)의 Decent work 어젠다도 ‘사회적 보장’이라는 전략적 목표를 달성하기 위한 주요 목표와 관련하여 임금과 근로 시간만이 아니라 작업장 안전과 건강도 중요한 근로조건의 예로 제시하고 있다.

근로기준법 제4조는 “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다”라고 하여 이 원칙을 확인하고 있다. 이 규정은 우선 계약의 양 당사자는 자유롭고 평등한 관계에 있다는 근대법의 원칙을 확인하는 것이다. 그러나 이 규정이 근로기준법에 마련되어 있다고 해서 오로지 개별적 노동관계 곧 근로계약을 매개로 하는 근로자와 사용자의 관계에만 적용된다고 이해하는 것은 적절하지 않다. 실정법이 「근로기준법」과 「노동조합 및 노동관계조정법」으로 양분되어 있다고 해서 전자는 오로지 개별적 노동관계만을 규율하고 후자는 오로지 집단적 노동관계만을 규율하는 법이라고 생각하면 안 된다. 적어도 근로기준법 앞 부분에 규정되어 있는 원칙들은 노동법 전체의 원칙을 정한 것이라고 이해하는 것이 적절하다. 그것은 근로기준법 제5조만 보더라도 분명하다. “근로자와 사용자는 각자가 단체협약, 취업규칙과 근로계약을 지키고 성실하게 이행할 의무가 있다.” 요컨대 노동법의 발전은 개별적 관계에서의 근로자와 사용자의 대등성이 허구에 불과하다는 반성 위에서 이루어졌다는 점을 인식하는 것이 중요하다.

‘신분에서 계약으로’ 전환을 이루어 낸 근대의 법질서에서는, 공적 신분 관계를 제외하고 적어도 사적인 관계에서는 계약을 통해서가 아니면, 계약상의 의무 이행이라는 명목이 아니면 타인에게 노동의 의무를 부과할 수가 없다. 그러나 인간의 노동은 인격 그 자체로서 계약의 목적이 될 수가 없는 것이다. 노동은 아파트나 자동차와 달리 노동하는 자로부터 분리할 수 없는 것이어서 노동을 구매(임대)한 자는 결국 노동하는 자의

2) 박은정(2007), 『전자적 수단에 의한 사업장 감시시스템의 성격에 대한 노동법적 고찰』, 『노동정책연구』 제7권 제4호, pp.224-225, 각주 41도 함께 참조.

인격을 지배하지 않고서는 그 노동을 자신의 뜻대로 처분할 수가 없다. 계약으로 할 수가 없는 것이지만 계약으로 하지 않으면 안 되는 것. 그것이 인간의 노동이다. 여기에서 모든 딜레마가 발생한다. 칸트가 갈파한 것처럼, “근로자는 자신의 자유를 포기하는 계약에 의해서만 주인의 지배하에 놓이는데, 이로써 더 이상 하나의 인격이 아니게 된다. 따라서 근로자는 계약을 준수할 의무를 부담하지 않는다. 단지 폭력, 힘, 권력을 인정하는 것으로 충분하다. 그러므로 이 계약은 그 자체로 모순이다. 즉 무효이며 미래가 없다.”<sup>3)</sup>

그런데 자본주의 노동시장은 바로 이 근로계약의 모순성이 없으면 존재할 수 없다. 근로자는 사용자와 대등한 법적 주체이면서 동시에 사용자에게 종속된 자이다. 근로자가 자유롭고 평등한 인격체가 아니면 근로계약이라는 계약 자체가 성립할 수 없게 된다. 노동력의 판매와 구매가 불가능해지는 것이다. 그러나 다른 한편으로 근로자가 사용자에게 종속되지 않으면 계약의 목적을 실현할 수 없게 된다. 즉 타인의 노동을 이용할 수 없게 된다. 요컨대, 근로계약은 그리고 근로계약이 법적으로 의제하고 있는 임금노동은 자유와 종속의 대립과 투쟁이다. 근로계약은 인간의 노동을 시장에서 거래할 수 있는 하나의 상품으로 간주할 수 있도록 함으로써 자본주의 경제가 작동하기 위해서는 불가피한 제도적 기반을 마련한다.<sup>4)</sup> 독일의 위대한 법철학자 라트브루흐는 다음과 같이 말했다. “가진 자의 소유의 자유는 물건에 대한 처분의 자유를 벗어나 인간에 대한 처분의 자유로 되고 있다. 노동 수단을 지배하는 자는 노동자에 대한 지휘통솔권도 가지는 것이다. 소유권이 그 힘을 물건에 대하여만이 아니라 인간에 대하여도 미치고 있을 때 우리는 그것을 자본이라고 부른다. 인격이라는 평등개념의 기저 위에서 계약의 자유와 결합된 소유의 자유, 이것이야말로 자본주의의 법적 기초인 것이다.”<sup>5)</sup>

요컨대, 근로계약은 종속 자체를 개념적 요소로 포섭함으로써 ‘계약에 의한 종속’을 가능하게 하며, 여기서 종속이란 곧 ‘노동의 점유 불가능성

3) Bruno Trentin(2012), *La cité du travail*, Paris, Fayard, p.398 재인용.

4) Alain Supiot(2004), *Droit du travail*, Paris, PUF, p.33.

5) 라트브루흐(1981), 『법에 있어서의 인간』, 육법사, p.56.

에 대한 보상<sup>6)</sup>이다. 그러나 근로계약의 이와 같은 모순성과 그 속에 내재되어 있는 종속성은 개인의 자유와 평등이라는 근대법 최고의 원칙에 반하는 것으로서 근대법 자체의 기초를 허무는 셈이 된다. 노동법은 이 자유와 평등의 원칙을 집단적 관계에서 회복시켜 줌으로써 근대법을 함정에서 구해준다.<sup>7)</sup> 그것이 헌법 제33조의 의미이며, 근로기준법 제4조는 집단적 관계로 지평을 열어 읽을 때 비로소 그 온전한 의미를 이해할 수 있을 것이다. 요컨대, ‘근로조건 대등 결정의 원칙’은 우리 노동법 전체를 관통하여 적용되는 원칙이라고 할 수 있다.

근로조건 대등 결정 원칙이 우리 노동법에서 가장 중요한 원칙들 중의 하나라고 할 때, 그 실현을 가능하게 하는 메커니즘이 바로 ‘대표’이다. 대표의 메커니즘은 기업, 산업, 지역 등 각 영역에서 근로자들의 집단을 법 주체로 전환시킨다. 대표되기 이전의 근로자 집단은 사실상의 존재, 곧 사회학적 존재에 그친다. 그 상태로서는 근로조건의 결정이라는 법률 행위를 할 수 있는 주체가 아니다. 근로자 집단이 법 주체가 되기 위해서는, 그리하여 스스로를 구속하는 협약을 교섭하고 체결할 수 있기 위해서는 ‘행위능력’을 갖추어야 하고, 그런 점에서 ‘대표’는 행위능력을 확보

6) Muriel Fabre-Magnan(1998), “Le contrat de travail défini par son objet”, Le travail en perspectives, Paris, LGDJ, p.119.

7) 흔히 노동법을 시민법을 ‘수정’하는 법이라고 말하지만, 엄밀히 말하면 시민법을 ‘완성’하는 법이라고 해야 할 것이다. 근대 시민법을 떠받치는 가장 중요한 이념 중의 하나인 ‘자유롭고 평등한 인격들 간의 사적 자치’는 일하는 자의 인격이 일 시키는 자의 인격에 ‘종속’되는 것을 시인함으로써 스스로 모순에 빠지고 만다. 노동법에 의하여 발견된 ‘집단’은 개별적 차원의 ‘형식적 자치’를 집단적 차원의 ‘실질적 자치’로 전환시키는 것을 가능하게 함으로써 자기 함정에 빠진 시민법을 구원한다. 노동법이 있어 비로소 시민법은 사적 자치라는 자신의 근본 이념을 유지할 수 있는 것이다. 다음과 같은 생각도 비슷한 취지라고 할 것이다. “근대 사법이 광범한 사적 자치를 통해서 조화로운 이상적 사회를 건설하려고 했던 ‘법적 상상’은 현실에서 강자의 명령의 자유와 약자의 복종의 자유로 양극화되었다. (...) 민법 그 자체의 이념적 관점에서 본다면, 노동법은 형식적 사적 자치에 대한 변증법적 부정, 즉 실질적 사적 자치의 실현을 위한 마무리 못질 작업의 일부라고 말할 수 있다. (...) 이러한 기본적인 생각을 법의 영역으로 도입해 보면, 사회법은 시민법의 실질적 전제조건이라는 것을 알 수 있다. (...) 사회법의 한 영역으로서 노동법은 시민법의 폐지가 아니라 오히려 시민법의 완성으로 보아야 할 것이다” (강희원(2004), 『노동법 기초이론』, 동림사, p.149, 151).

하는 법적 메커니즘이라고 할 수 있다. 유사한 취지로 라드브루흐도 다음과 같이 썼다. “노동법이 집단화된 인간들을 목표로 삼고 있음은 상론할 필요조차도 없다. 노동법은 인격이라는 균등 개념의 배후에서 고용자와 피고용자, 근로자와 직원이라는 제 유형을 끌어내고 개개 노동자의 노동조합 및 노동자연합에로의 집단을 법적인 의미로 끌어올리며 개별적 근로계약의 기초로서 집합적 근로계약, 즉 단체협약을 법의 시야 내로 옮겨 놓는다. 지금까지의 개인주의적 법에 의하여 무시되고 있던 단체원 및 단체 자체가 현대의 노동법에 있어서는 법률적 시야 내에 들어서고 있는 것이다.”<sup>8)</sup> 이처럼 ‘대표’는 무대 아래 머물러 있는 근로자들을 법의 무대에 주연으로 올리는 과정이다. 그러므로 대표의 메커니즘은 하나의 국가 차원이든 산업 또는 지역 차원이든, 아니면 하나의 기업 차원이든 불문하고, 근로자들이 사회학적 존재로서 머물러 있는 모든 영역에서 진행되어야 한다. 이것은 곧 근로자대표의 보편성에 관한 문제이다. 다시 말하면, 근로조건 대등 결정의 원칙은 대표의 보편성을 통해서 근로자가 있는 모든 영역에서 관철될 수 있는 것이다. 다음과 같은 헌법재판소의 입장은 전적으로 타당하다. “근로3권의 성격은 국가가 단지 근로자의 단결권을 존중하고 부당한 침해를 하지 아니함으로써 보장되는 자유권적 측면인 국가로부터의 자유뿐이 아니라, 근로자의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다. 이는 곧, 입법자가 근로자단체의 조직, 단체교섭, 단체협약, 노동쟁의 등에 관한 노동조합관련법의 제정을 통하여 노사 간의 세력 균형이 이루어지고 근로자의 근로3권이 실질적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 필요한 법적 제도와 법규범을 마련하여야 할 의무가 있다는 것을 의미한다.”<sup>9)</sup>

## 2. 대표와 피대표의 異他性

이 글에서 ‘근로자대표론’이란 근로자들이 그 집단적 권리와 이익을 옹

8) 라드브루흐(1981), 『법에 있어서의 인간』, 육법사, pp.60-61.

9) 헌법재판소 1998. 2. 27. 94헌바13·26, 95헌바44.

호할 수 있도록 해 주는 법이론과 법제도의 총체를 말한다. ‘代表’란 말의 의미를 탐색해 나가는 것으로부터 시작하자. 『說文解字』에 의하면 ‘代’는 “이것과 저것을 바꾸다”(凡以此易彼謂之代)라는 뜻이다. ‘表’는 짐승의 털로 만든 옷을 입고 있는 사람을 표상한 것이다. 이 글자는 사람이 다른 사람의 눈에 보여지는 방식을 가리킨다. 이 두 글자가 합쳐져서 ‘代表’는 “이것의 모습을 저것의 모습으로 바꾸다”라는 뜻을 가지게 된다. ‘대표’라는 말의 영어 표현에 해당하는 ‘representation’(불어로는 représentation)은 “지금 여기에 있게 한다”라는 뜻을 가진 라틴어 ‘repraesentare’에서 비롯되었다. 이 말은 한국어에서는 맥락에 따라 (공법상) 代表, (정치적) 代議 혹은 代辯, (사법상) 代理, (연극적) 再現, (철학적) 表象 등으로 구별되어 쓰이지만, 모두 하나의 생각을 나타낸다. 그것은 곧 지금 여기에 없는 것을 지금 여기에 있도록 한다는 것이다. 이 글에서도 이 말들은 각각의 문맥에 어울리게 선택되어 쓰일 것이지만, 기본적으로 모두 동일한 개념이라는 점을 미리 말해둔다.

이 말이 어떻게 쓰이는지 실례를 하나 들어 보자. 프랑스 일간지 르몽드 2005년 3월 17일자는 찰스 영국 왕세자와 카밀라 부인의 결혼식에 관해 <찰스와 카밀라는 불참한 여왕의 차가운 시선 아래에서 결혼할 것이다>라는 제목의 기사에서 다음과 같이 썼다. “엘리자베스 2세 여왕은 윈저 성에서 열리는 찰스 왕자의 결혼식에 참석하지 않을 것임을 알렸다. 하지만 여왕은 길드홀의 연회장 입구에 걸려 있는 대형 초상화 덕분에 결혼식장에는 있게 될 것이다.” 여왕의 육신은 결혼식에 불참하지만 초상화로 재현되어 결혼식장에 존재하게 된다는 것이다. 대표론이란, 영국의 극작가 피터 브룩의 말을 빌리면, “‘재현이란’ 과거에 속하는 어떤 것, 과거에 존재한 것이지만 지금 존재해야 하는 어떤 것을 보여주는 것이다.”<sup>10)</sup> 즉, 과거의 마음을 지금 여기에 존재하게 만드는 연금술이다. 이처럼 “연극적 재현은 철학적 표상과 마찬가지로 우리의 시선 아래 혹은 정신 앞에 놓이게 되는데, 여기에는 재현 혹은 표상이 초래하는 실재의 대체라는 연금술에 고유한 모든 위험들이 뒤따른다.”<sup>11)</sup> 여기에 우리의

10) Peter Brook(1977), *L'espace vide: Ecrits sur le théâtre*, Paris, Seuil, p.181.

11) Stéphane Rials(1987), “Représentation de la représentation”, Paris, Droits, n°

딜레마가 있다. 대표하는 것은 대표되는 것을 진짜로 대표한다고 어떻게 보장할 수 있는가?

일반적으로 말하면, 동서양의 모든 위대한 사상들은 대표와 피대표의 異他性이라고 하는 이 문제에 대해 해답을 제시하려는 시도라고 할 수 있다. 서양 문명에서는, 들뢰즈처럼 말하자면, “가장 중요한 문제에 대한 철학적 결정은 플라톤과 함께 내려졌다. 다름을 같음의 권력에 종속시키기로 한 결정, 다름은 그 자체로는 사고될 수 없다고 선언하기로 한 결정, 그리고 다름과 가짜들을 망망대해로 쫓아내기로 한 결정이 그것이다.”<sup>12)</sup> 현대의 서양 철학은 이 플라톤주의를 뒤집는 것을 과제로 삼았다. 즉, “복사본에 대한 원본의 우월성을 부정하기, 모방에 대한 원형의 우월성을 부정하기, 가짜들과 반영들의 지배를 찬양하기”<sup>13)</sup>가 그것이다. 쇼펜하우어가 “세상은 나의 표상이다”라고 선언한 것이나, 헤겔이 『법철학』 서문에 “이성적인 것은 곧 현실적이며, 현실적인 것은 곧 이성적이다”라고 썼던 것은 다 그런 까닭이다. 동양으로 눈을 돌리면, 우선 공자(孔子)가 보인다. 공자는 이름과 그 이름이 나타내는 것, 즉 표상하는 것과 표상되는 것이 합치될 수 있도록 이름을 바로잡으려고 하였다. 자로(子路)가 “위나라 임금의 선생님을 맞이하여 정치를 맡기려 한다면 무엇을 가장 먼저 하시겠습니까?” 하고 묻자, 공자는 ‘正名’이라고 대답했다. 이른바 正名論이다. 반면, 노자(老子)는 正名이라는 과제가 인간의 인식 능력을 벗어나는 일임을 지적했다. “이름을 이룰 수 있다면 그것은 곧 늘 그러한 이름이 아니다(名可名 非常名).” 석가모니도 이와 유사한 교훈을 남겼다. “모든 표상은 허망한 것이니 만약 모든 표상이 표상이 아님을 본다면 곧 여래를 보리라(凡所有相 皆是虛妄 若見諸相非相 卽見如來).”

법적 표상, 즉 사법상 대리나 공법상 대표도 다르지 않다. 사법상 대리론은 법 주체의 의사자치 개념에 닿아 있다. 이에 의하면 개인은 자신이 의욕한 경우에만 구속된다. “만약 누군가가 어떤 법률행위, 특히 계약에 의하여 구속된다면 그것은 그가 그것을 원하기 때문이다.”<sup>14)</sup> 대리인이

6, p.3.

12) Gilles Deleuze(2003), *Différence et répétition*, 11e édition, Paris, PUF, p.166.

13) Gilles Deleuze(2003), 위의 책, p.92.

체결한 계약에 피대리인이 구속된다면, 그것은 피대리인이 그렇게 하기로 의욕했기 때문이다. 만약 미성년자가, 비록 법적으로 유효한 어떠한 의사도 표시할 수 없음에도 불구하고, 법정 대리인의 의사표시에 구속된다면, 그것은 그가 그렇게 하기로 ‘생래적으로’ 의욕했기 때문이다. 이 모든 사례에서 사법상 대리 범리는 대리인 자신의 의사를 제거한다. 대리인은, 실제의 의사든 가상의 의사든, 피대리인의 의사를 표시할 뿐이다. 즉, 대리인은 일종의 투명인간이다. 하지만 이런 비판도 있음을 잊지 말아야 한다. “대리인이 자신의 주도권을 행사할 때, 피대리인의 의사는 대리인의 異他性을 전혀 축소시킬 수 없으며, 따라서 대리론에 실질이나 정당성을 제공할 수 없다.”<sup>15)</sup>

### 3. 피대리의 법적 先在性和 피대표의 법적 同時性

이 異他性의 문제와 함께 사법상 대리론의 또 하나의 핵심적인 특징은 언제나 피대리인이 대리인보다 법적으로 먼저 존재한다는 점에 있다. 즉, 피대리인의 법적 先在性이다. 미성년자의 경우든, 피성년후견인의 경우든 대리가 가능하기 위해서는 이 모든 법 인격들은 대리인이 오기 전에 우선 먼저 존재하고 있어야 한다. 노동법상 근로자대표론이 사법상 대리와 구별되는 지점이 바로 여기에 있다. 국민의 대표, 법인의 대표 등의 용례에서 알 수 있듯이, ‘대표’라는 말은 항상 어떤 집단 혹은 어떤 단체를 상징한다. 즉, 대표는 언제나 집단에 관련된 개념으로 사용된다. 이는 대리가 언제나 개인에 관련된 개념으로 사용된다는 점과 구별된다. 대표되는 대상은 눈에 보이는 실체적 존재가 아니라 눈에 보이지 않는 개념상의 존재이다. 정치적 대표에 있어서 국가 혹은 국민이 그러하며, 법인론에서 법인도 그러하다. 몸이 없기 때문에 그것들은 자신들의 의사를 실행할 자연인인 대표자 없이는 아무런 행위도 할 수 없다. 그러므로 여

14) Jean Carbonnier(1998), Droit civil, t. 4, Les obligations, 21e édition, Paris, PUF, p.50.

15) Emmanuel Dockès(2001), “Le mythe de la représentation juridique”, Le corps et ses représentations, vol. 1, Paris, Litec, p.171.

기서 대표라는 말은 우선 “눈에 보이지 않는 개념상의 존재를 대신하여 눈에 보이는 실체적 존재로 나타내기 혹은 나타나기”로 이해된다. 나아가 국가, 국민 또는 법인은 대표를 통하여 법적 존재로 다시 태어난다. 대표 메커니즘은 이들이 법이라는 무대에서 활약할 수 있게 하는 유일한 통로이다. 법인의 경우에 이는 좀 더 명확하다. 민법 제57조는 “법인은 이사를 두어야 한다”라고 규정하고 있으며, 이는 강행규정이다. 다시 말하면, “대표 없이 법인 없다.” 그러므로 법인에 있어서 대표는 이미 존재하는 법 주체로서의 법인을 대리하는 것이 아니라, 법인과 함께 존재하고 나아가 법인을 존재케 하는 본질적 메커니즘이다. 법인의 본질과 관련하여 이른바 법인실재설이 다수설이다. 그러나 실재하는 것은 先법적인 혹은 超법적인 사람의 집합 혹은 돈의 집합이다. 그것은 대표론 속에서만 그리고 대표론에 의해서만 비로소 ‘법적으로 실재하는’ 법인이 된다. 대표와 피대표의 법적 同時性은 노동법상 근로자대표론에서도 마찬가지이다.

근로자대표론에서도 피대표자의 위치에 있는 근로자 집단은 법적 선제성을 갖지 않는다. 노동법에서 근로자 집단의 법적 인격은 대표론과 함께 존재하고 대표론과 함께 사라진다. 근로자대표론이 갖는 이런 특징은 사용자 측과 비교해 보면 더욱 두드러진다. 클라우드 오페에 따르면, “개별적 자본가들은 공리주의적 합리성에 근거하여 집단적 합리성의 최대공약수를 이끌어내지만, 사회경제적으로 구조적 불평등 관계에 놓여 있는 개별적 노동자들은 오직 집단으로서 행위할 때만 개인적 합리성을 성취할 수 있으며, 때문에 개인적 합리성이 무엇인가에 대한 정의 역시 오직 집단적 정체성의 형성 과정 속에서 비로소 이루어질 수 있다.”<sup>16)</sup> 근로자 집단은, 기업이든 산업이든 지역이든 나아가 국가 차원이든, 그 자체로는 사회학적 존재에 불과할 뿐이지 법적 존재가 아니다. 이 집단은 대표론이라는 틀을 통해서만 비로소 법의 무대에서 자신의 정체성을 천명할 수 있으며, 그럼으로써만 비로소 다른 법 주체들, 곧 사용자나 공권력과 법적 관계를 맺을 수 있게 된다.<sup>17)</sup> 이것은 ‘근로자 집단을 제도화

16) 신진욱(2001), 『클라우드 오페: 복지국가와 시민사회의 제도능력과 딜레마』, 김호기 엮음, 『현대 비판사회이론의 흐름』, 한울, p.361.

하는 것'이며, 그것은 곧 기존의 권력에 대한 일종의 '반권력'의 성립을 촉진한다.<sup>18)</sup> 몽테스키 외의 말을 빌리면, “권력이 남용되지 않도록 하기 위해서는 사물들의 배치를 통하여 권력이 권력을 멈추게 해야 한다”고 하였다.

근로자 집단이 대표론을 통해서 법적 주체가 된다는 말의 또다른 의미는 근로자 집단의 법적 주체화가 대표 그 자체로 완결된다는 점에 있다. 가령, 노동조합은 그 자체로 완전한 법 주체이다. 노동조합 설립신고 제도는 행정상의 목적에서만 인정될 뿐이지 노동조합의 법 주체성을 부정하는 방향으로 해석될 수는 없다. 노조법은 노동조합의 법인격 취득을 선택 사항으로 정해 놓고 있을 뿐이다. 그러므로 노동조합은 법인격의 취득과 무관하게 계약의 체결, 재산의 소유, 채무의 부담, 소송 등과 같은 법률 행위를 할 수 있다. 이는 민법상의 법인격 없는 사단 이론과는 다른 것이다. 민법이 법인격 없는 사단을 법인인 사단에 준해 법 주체성을 부여하고 있는 것은 법인격 없는 사단이 다수 존재하고 또 그 존재를 무시할 수 없는 한국의 법 현실을 고려한 것이지만, 노동조합이 법인격과 무관하게 법률 행위를 할 수 있다는 것은 근로자대표론의 특수성이 반영된 것이다. 그것은 개별적 차원의 종속성을 집단적 차원의 자율성으로 극복함으로써 추상적 평등을 구체적 평등으로 완성시키는 것이지, 근로자들이 법인을 구성하여 사용자와 상거래를 하고자 하는 것이 아니다. 그런 점에서 한국어의 ‘노동조합’과 영어의 ‘trade union’은 완전히 같은 개념이라고 할 수는 없을 것이다. 칸 프로인트는 노동조합의 법인격 취득 여부는 하등의 중요한 문제가 아니며, 법률 행위를 한다는 현실적 결과들이 법인격이라는 법 기술에 의한 것인지 아니면 다른 어떤 법 기술에 의한 것인지는 관심 사항이 아니라고 하면서, 그럼에도 불구하고 대륙법 국가의 입법자 및 법률가들이 이 문제에 지나치게 과장된 중요성을 부과하였으며, 그 결과 심지어 ILO 협약(제87호)에서도 관련 규정이 나타나게 되었음을 지적한 바 있다.<sup>19)</sup>

17) Georges Borenfreund(1991), “La représentation des salariés et l'idée de représentation”, Droit social.

18) Georges Borenfreund(1991), 위의 글, pp.687-688.

앞의 논의에서 이미 어느 정도 윤곽이 드러났지만, 대표론이 비가시적인 개념상 존재를 대신하여 가시적인 실체적 존재로 나타내는 기법이라는 말은 근로자대표론에서는 곧바로 적용되지는 않는다. 왜냐하면, 가령 근로자 집단을 대표하는 노동조합 또한 비가시적인 개념상 존재이기 때문이다. 사실, 민법상 법인대표론에서는 법인의 구성원과 법인은 서로 독립되어 있고(법인은 그 구성원을 대표하는 자가 아니다) 이사는 법인만을 대표하는 데 반해, 노동법상 근로자대표론에서는 우선 노동조합이 근로자 집단을 대표하고 다시 노동조합의 대표자가 노동조합이라는 대표자를 대표하는 이중의 대표 메커니즘이 나타난다. 민법상 법인대표론과 노동법상 근로자대표론의 차이는 법문에서도 표현되고 있다. 노동조합의 대표자는 “그 노동조합 또는 조합원을 위하여” 사용자와 단체교섭을 하고 단체협약을 체결한다(이 규정의 문제점은 다른 곳에서 지적될 것이다). 즉, 노동조합의 대표자는 법인만을 대표하는 이사와 달리, 노동조합 뿐만 아니라 조합원들도 대표하는 존재인 것이다. 그러므로 민법상의 사단 법리에 기대어, 조합원 인준 투표 조항에 위반하여 노동조합의 대표자가 단독의 의사로 체결한 단체협약의 효력을 인정하고 있는 대법원의 태도는 문제가 있다. 대법원은 “노동조합도 하나의 사단이므로 조합의 대표자가 조합을 대표하여 단체협약을 체결할 권한을 가진다는 것은 단체대표의 법리에 비추어 당연한 것이다”<sup>20)</sup>라고 주장하지만, 노동법상 대표론의 법리에 비추어 보면 그렇게 당연한 것은 아니다. 이처럼 대표자가 자신이 대표하는 집단의 이익을 위하여 행위할 때, 그 집단의 구성원들이 대표자가 내린 결정들에 어느 정도 종속되는 결과를 초래하게 된다. 이런 점에서 대표자는 일종의 ‘권력’을 행사한다고 말할 수 있다. 그러므로 근로자대표론에서는 대표자가 사용자나 공권력과 형성하는 관계들만이 아니라 대표자가 대표되는 근로자 개인들과 맺는 관계들도 고찰해야 할 필요가 있다.

19) Otto Kahn-Freund(1977), *Labour and the Law*, 2nd ed., London, Stevens & Sons, p.220.

20) 대법원 1993. 4. 27. 판례공보 1993, 1579.

#### 4. 근로자대표론과 공법상 대표 개념의 친근성

공법상 대표의 첫 번째 기능은 다양한 이해관계들을 하나의 이해관계로 전환시키는 데 있다. “대통령은 외국에 대하여 국가를 대표한다”<sup>21)</sup>라는 규정은 이를 압축적으로 표현하고 있다. 이는 개별 이익들의 이질성을 인민의 또는 국민의 동질적인 집단 이익으로 전환시키는 것이다. 이 점에서 노동법상 근로자대표론은 공법상 대표론과 유사한 면이 있다. 노동법상 대표론은 자본의 집단 이익에 맞서 노동의 집단 이익을 구현한다고 간주된다는 점에서 그러하다.<sup>22)</sup> 단체협약의 적용 범위에 속하는 근로자라면 조합원과 비조합원을 불문하고 모두 단체협약이 적용되도록 하고 있는 프랑스 노동법이나 “노동조합은 단체협약이 관련된 직업적 범주의 모든 근로자와 사용자에게 구속력을 갖는 단체협약을 체결할 수 있다”라고 규정한 이탈리아 헌법 제39조에서 발견할 수 있는 단체협약의 보편적용성, ‘만인효’는 이러한 이익 대표 개념에서만 설명될 수 있는 것이다.

사실, 근로자대표론은 사법적 관점보다는 공법적 관점에 더 친근하다고 할 수 있다. 근로자대표에 관한 제도를 구성할 때 사람들은 익숙한 것에서 아이디어를 빌려오기 마련이다. 선거에서 이긴 정당이 모든 정치적 재원을 독점하는 미국에서 배타적 교섭대표제가 제안된 것은 자연스러운 일일 것이다. 복수의 정당들 간의 합종연횡이 일반적인 정치적 풍경으로 자리 잡은 프랑스에서 노동조합들 간의 합종연횡이 나타나는 것은 당연한 일이 아닐까? 그렇다고 한다면, 정당의 대표성이 당원의 숫자가 아니라 선거에서 획득한 득표율에서 나오듯이, 노동조합의 대표성도 조합원이 많을수록 그 대표성이 강해지는 것은 물론이지만, 반드시 조합원의 숫자로만 환산할 필요는 없을 것이다. 노동조합에는 가입하지 않았지만 노동조합을 지지하는 근로자들의 이해관계도 반영되어야 비로소 우

21) 헌법 제66조 제1항.

22) 19세기 말과 20세기 초의 프랑스 노동조합은 의회의 이질성과 노동조합의 동질성을 대비시키면서 의회 진출을 통해 혁명을 달성한다는 생각을 비판하였다. 그러면서 혁명은 노동조합의 동질성에 기반한 총파업을 통해 달성할 수 있다고 주장하였다. 이것이 이른바 혁명적 생디칼리즘이다.

리 사회에서 노동조합이 갖는 영향력을 좀 더 제대로 파악할 수 있다. 이러한 생각은 근로자들의 이해관계가 표현될 수 있는 공적인 통로를 마련함으로써 자발적 의지에 기초하고 있는 단결권을 보충하는 것이 적절하고도 필요하다는 정책적 구상으로 이어질 것이다. 하지만 선거 득표율을 가지고 노동조합의 대표성을 판단하는 계량적 방식은 배타적인 기준일 수는 없다는 점도 또한 분명하다. 왜냐하면 대표성이란 기본적으로 정도의 문제이기 때문이다.<sup>23)</sup>

또한 다수당이 의회에서 통과시킨 법률이 그 당의 당원에게만 적용되는 것이 아니라 국민 전체에 적용되는 것처럼, 다수 노조가 체결한 단체협약이 반드시 그 노조의 조합원에게만 적용되어야 하는 것은 아니다. 오히려 해당 단체협약의 적용 범위(기업, 산업, 지역 등)에 포함되어 있는 근로자 전체에 적용되는 것이 더 적절한 모습일 수 있다. 단체협약의 조합원 적용이 노조 가입이라는 ‘기여’에 대해서 협약의 적용이라는 ‘보호’를 제공하는 이른바 ‘기여 원리’에 근거하고 있다면, 단체협약의 보편적 적용은 노동의 상품화를 통해서 근로자에게 가해지는 ‘지배’의 물적 조건을 약화시킴으로써 ‘탈상품화’의 가능성을 제고한다는 공화주의적

23) 하나의 노동조합은 좀 더 또는 좀 덜 대표적일 뿐, 결코 완전히 대표적이거나 완전히 비대표적이거나 하지는 않은 것이다. 이 점은 대표자의 대표성이 문제되는 국면에서 중요하게 고려되어야 할 것이다. 은수미(『사회적 대화의 전제조건 분석』, 한국노동연구원, 2006)는 노동 조직 간의 연결망과 노동 및 시민운동 조직 전체의 연결망에 대한 분석을 통해 대표성, 권력, 영향력 등을 확인하려고 하는데, 이러한 접근법은 노동조합의 대표성을 총체적으로 이해하는 데 도움을 준다. 그리고 특히 한국 사회에서 그러한 접근법이 필요한 이유가 있다. 첫째, 조직적 공간 내에서의 대표성이나 영향력을 공식적이고 제도화된 구조만을 통해서만 확인하기 어려울 뿐만 아니라 특히 한국에서는 구조적인 대표성만을 대표성이라고 하는 것도 적절하지 않다. 왜냐하면 한국의 기업별노조 체계는 제도적으로는 매우 분권화된 교섭구조 및 조직 체계를 갖고 있지만 민주노총(혹은 전노협)이나 한국노총은 상징적인 측면 혹은 비공식적인 측면에서는 매우 큰 관계적 대표성을 갖고 있기 때문이다. 둘째, 한국 노동운동은 시민운동과의 긴밀한 관계에서 성장하였기 때문에 노동 조직의 영향력이나 대표성 및 정당성은 시민운동과의 관계 속에서도 확인된다. 셋째, 1997년 이후에 공식적인 조직 체계로는 포함할 수 없는 비공식 조직들, 예를 들어 비정규 노조 등이 성장함으로써 이들에 대한 포섭 정도가 민주노총이나 한국노총의 대표성과 긴밀하게 연관된다는 점에서 구조적 속성만으로는 파악하기 어려운 관계적 속성을 측정할 필요가 있다.

사상에 근거하고 있다. 제3장에서 좀 더 상세하게 다루겠지만, 여기서 간략하게 단체협약에 관한 우리의 기본적인 생각을 말한다면, 단체협약은 계약이 아니라 ‘규범’이라는 것이다.<sup>24)</sup> 단체협약은 규범이기 때문에 협약 체결 당사자를 넘어서서 모든 이해관계 당사자들에게까지 확대 적용될 수 있는 것이다.

물론 지나친 동일화는 금물일 것이다. 노동법상 근로자대표론은 적어도 세 가지 점에서 공법상 대표론과 구별된다.<sup>25)</sup> 첫째, 공법상 대표론은 그 가장 전형적 표현태인 대의제에서 나타나듯이, 一人一標로 요약되는 개별적이고 수량적인 기초를 가지고 있음에 비해, 근로자대표론은 집단적이고 질적인 기초, 즉 하나의 집단이 하나의 표를 행사하는 一團一標의 원리를 갖는다. 그러므로 근로자대표론의 성패 여부는 이 집단을 규범적으로 어떻게 정의하는가에 달려 있다. 이는 기업, 산업, 그룹, 지역 등 근로자 집단이 존재하는 다양한 층위를 어떻게 정의할 것인가의 문제이기도 하지만, 나아가 특정한 집단 안에서 가장 취약한 지위를 차지하고 있는 자들과 자신들의 목소리가 강자들에 의하여 왜곡될 위험이 있는 자들의 대표에 관한 문제이기도 하다. 둘째, 공법상 대표론은 시민들의 평등을 하나의 所與로서 전제하는 데 비해, 근로자대표론은 질적으로 상이한 집단들 사이의 힘의 균형을 실현함으로써 평등을, 주어진 것이 아니라 만들어 내는 것으로 생각한다. 그러므로 약자가 강자에 맞서 자신의 권리와 이익을 옹호할 수 있을 만큼의 충분한 능력을 갖출 것이 요구된다. 셋째, 공법상 대표론이 과반수를 만장일치의 가치가 있는 것으로 의제하여 과반수를 도출하는 것을 목적으로 삼는다면, 근로자대표론은 다양한 의견과 이익들이 대변될 수 있어야 한다는 생각을 원칙으로 하면서, 다수와 소수 모두에 의하여 승인될 수 있는 타협을 실현하는 것을 목적으로 삼는다.

24) 여기서 말하는 규범은 단체협약의 규범적 효력이라고 할 때의 그 규범을 의미하는 것이다. 흔히 계약도 규범이라고 말하지만, 누구도 그러한 효력을 단체협약의 계약적 효력이라고 부르지는 않는다는 점을 생각한다면, 계약과 규범을 대비시키는 것이 그렇게 부적절하다고는 할 수 없을 것이다.

25) Alain Supiot(2010), “La Loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative”, Droit social, n° 5, mai.

그럼에도 불구하고 원칙적으로 공법적 관점 위에 근로자대표론을 구축하는 것은 특히 한국의 현실에서는 유의미하다고 생각한다. 지금의 집단적 노동관계는 사실상 노동조합과 사용자의 관계로 축소되어 있으며, 그것도 일부 기업에 국한되어 있다. 그 결과 노동조합으로 대표되지 못하는 근로자들은 집단적 노동관계의 제도적 틀 안으로 포섭되지 못하고 있고, 이러한 배제는 헌법 및 노동법의 정신에 반한다고 하지 않을 수 없다. ‘조용한 노사관계’의 회구는 근로자대표론의 구축을 방기하는 결과를 초래하였다. 이는 실정법상 노동조합 설립을 가능한 한 억제하는 규정들이나 단체교섭 제도의 부실한 규정으로 이어졌다. 근로자들이 대표를 갖게 되면 목소리를 내게 될 것이고 그러면 노사관계가 불안해질 것이라고 생각한 것이다. 하지만 사정은 정반대이다. 이른바 2008년 촛불시위를 통하여 우리는 의회가 제대로 기능하지 못할 때 국민과 최고권력자가 직접 충돌할 수밖에 없음을 경험하였다. 노사관계도 마찬가지이다. 근로자들의 권리와 이익을 대변할 수 있는 대표 제도가 갖추어져 있지 않거나 제대로 기능하지 못하는 경우, 근로자들은 사용자와 직접적인 충돌을 감행할 수밖에 없게 된다. 사실, 한국의 노사관계가 전투적 노사관계로 비쳐지는 이유도 갈등을 표출시키고 조정하여 새로운 규범 형성의 동력으로 전환하는 대표 제도가 부실하기 때문이다.

## 5. 근로자대표론의 보편성

여기에는 기본적으로 우리의 근로자대표론이 私法의 논리에 갇혀 있다는 점도 하나의 중요한 이유로 작용하고 있다고 생각한다. 그것은 “근로자 원하는 곳에 대표 있다”라는 말로 요약될 수 있는 ‘의사주의적 대표론’이다. 이 의사주의적 대표론은 헌법이 단결권을 보장하고 있는 이상 근로자들은 자신들의 의사로 노동조합을 결성하여 대표될 수 있도록 노력하는 것이 맞다는 생각에 터잡고 있다. “권리 위에 잠자는 자는 보호받을 수 없다”라는 법격언이 의미하는 것처럼, 대표될 권리를 적극적으로 행사하지 않는 근로자는 보호받을 수 없다는 것이다. 단체협약의 확대 적용이 ‘무임승차’를 야기한다는 비판<sup>26)</sup>도 이러한 생각과 궤를 같이

한다. 하지만 우리는 “근로자 있는 곳에 대표 있다”라는, ‘실존주의적 대표론’을 주장하고자 한다. 기업에 근로자들이 있다면 그곳에 근로자들의 대표가 있어야 하고, 기업집단에 근로자들이 있다면 그곳에 근로자들의 대표가 있어야 하며, 산업에 혹은 지역에 근로자들이 있다면 그곳에 근로자들의 대표가 있어야 한다. 나아가 국가에 근로자들이 있다면 국가 차원에도 근로자들의 대표가 있어야 한다. 스티클리츠는 기업과 지역 그리고 국가와 세계 이 모든 수준에서 노동의 강력한 참여권과 대표권을 보장하는 것이 경제민주주의와 민주적 경제 발전의 열쇠라고 주장한다.<sup>27)</sup> 요컨대, ‘근로자대표론의 보편성’이다. 이는 국제노동기구(ILO)의 정신과 부합하는 것이기도 하다. ILO의 Decent work agenda는 노동권의 보장Guaranteeing rights at work이라는 전략적 목표와 관련하여 다음과 같이 천명하고 있다. “모든 근로자는, 특히 취약하거나 가난한 근로자는 대표될 필요가 있다(All workers, and in particular disadvantaged or poor workers, need representation).”

자본과 상품의 국경 없는 자유로운 이동은 기업들 사이의 경쟁을 전세계적 차원에서 심화시키고 있고, 기업의 경쟁력 확보는 생존을 위한 지상과제가 되었다. 시장의 법칙은 오늘날 자유로운 이동과 경쟁을 제한하려는 일체의 법제도를 무력화시키면서 전지전능함을 보여주고 있다. 시장을 일체의 규범적 가치 판단의 틀을 벗어난 절대의 가치, 즉 ‘법이상학적 가치’<sup>28)</sup>로 규정하려는 담론은 비단 시장 승배자들만의 것이 아니다. 노동문제와 고용정책을 논의하는 모든 사람들이 적극적이든 소극적이든 이러한 담론으로부터 자유롭지 못하다. 이러한 담론 속에서는 시장은 인간의 모든 제도를 규정하는 ‘근본 규범’이 되고, 법제도조차도 법이라는 생산물이 유통되는 시장의 상품으로 취급된다. 그리하여 법제도도 ‘규범 시장’<sup>29)</sup>에서 잘 팔리기 위하여 경쟁력을 갖추어야 하며, 경쟁에서 탈락

26) 가령 임종률(2013), 『노동법』(제11판), 박영사, p.162.

27) 이병천(2012), 『한국 경제론의 충돌』, 후마니타스, p.172에서 재인용.

28) Alain Supiot(2005), “Lectures étrangères sur le devenir du droit social”, Droit social, p.1007.

29) Alain Supiot(2005), “Le droit du travail bradé sur le ‘marché des normes’”, Droit social, p.1087.

한 법제도는 도태되어야 한다고 말할 수 있게 되는 것이다. 이러한 규범 다원주의 앞에서 “근로조건의 최저법정과 근로3권의 보장을 통한 근로자의 생존권 실현이라는 노동법상의 당위적 요청”<sup>30)</sup>을 들먹이면서 사용자 권한을 제한 또는 규제해야 한다고 외치는 노동법학도는 ‘뭘 잘 모르는 자’로 치부되기 십상이다.

이와 같이 시장의 법칙이 지배하는 새로운 상황에서 개별 근로자들은 직접적인 ‘위험’에 직면할 수밖에 없다. 문제는 거기서 그치지 않는다. 개인의 한계를 집단의 힘으로 극복하고자 하였던 근로자대표론 또한 그 변화로부터 자유롭지 못하다. 실업자 및 근로빈곤층의 증가와 고용 없는 성장은 노동조합의 영향력을 떨어뜨리고 있으며, 사용자는 점점 더 자신에 찬 목소리로 노동관계에 있어서 좀 더 많은 유연성을 요구하고, 근로조건의 집단적 결정 과정에서는 노동조합의 좀 더 적은 개입 나아가 비개입을 요구하고 있다. 그 속에서 본질적으로 대기업의 정규직 근로자들 속에서 정통성을 찾았던 노동조합은 그 전통적 전략을 재고하도록 강요 받는다. 이 모든 상황들은 ‘근로자대표론’에 대해서 숙고할 것을 요구하며, 변화의 요소들과 그것이 다양한 층위의 노동관계 속에서 일으키는 반향들을 고려하는 속에서 새로운 접근법을 강구할 것을 요구한다. 현기증나리만치 빠르게 변화하는 경제 환경에 ‘적응’하는 데 어려움을 겪고 있는 근로자들의 기본적인 권리를 보장한다는, 노동법의 첫 번째 소명을 환기해야 하는 이유도 또한 여기에 있다.

30) 김유성(1991), 「창간사」, 『노동법연구』 제1호, p.3.

## 제 2 장

### 국가 차원의 근로자대표론

#### 1. 1996~1997년 겨울

1970년 노동자 전태일이 (이런 대목에서는 ‘근로자’가 아니라 ‘노동자’라고 해야 문맥이 산다) “근로기준법을 지켜라!” 하고 외치며 분신했을 때, 그것은 단지 평화시장의 사장들에게만 하는 소리가 아니었다. 자주적인 노동조합 활동이 불가능하고 정상적인 법의 집행이 이루어지지 아닐 때, 조그마한 봉제 공장 하나도 사장과 경찰과 시청의 거대한 권력 체계에서 자유롭지 못할 때, 한 노동자의 외침은 그대로 한 나라 전체 노동자의 목소리를 대변하는 외침일 수밖에 없다. 그것은 곧 법을 제정하고 집행하는 국가 권력에 대한 항의이다. 그런 점에서 본다면 국가 차원의 근로자대표론이라 함은 일국의 노동자 전체의 이해관계를 자기 한 몸에 체화시켜 웅변하는 한 명 한 명의 노동자를 고루 살피는 것이 마땅하다. 경향 각지에서 고군분투하는 노동자들의 목소리를 듣고 기록하여 몸 무겁고 게으른 우리들에게 들려주는 글들이 소중한하고 또 소중한 이유이다. 그럼에도 불구하고 하나의 ‘제도’로서 국가 차원의 근로자대표론을 다룬다고 할 때에는 아무래도 전국 단위의 근로자대표 조직을 상정하지 않을 수 없다. 제도적인 측면으로 범위를 좁힌다고 하면, 대략 세 가지 시기를 구분해 볼 수 있다. 첫째는 대한노총 그리고 그 후신인 한국노총이 전국 차원의 근로자대표 조직으로 독점적 지위를 행사하던 시기이다. 둘째는 1987년의 노동운동에서 1989년 전국노동자협의회(전노협)의 결성을 거

처 1995년 전노협이 전국민주노동조합총연맹(민주노총)으로 개편될 때까지의 시기이다. 그리고 셋째는 1995년 민주노총 출범과 1996년 노사관계개혁위원회의 출범 그 이후의 시기이다. 그러나 대표성을 갖는 조직들의 자발적이고 포괄적인 참여가 이루어지지 않는다면 진정한 의미에서의 ‘대표론’이라고 하기 힘들 것이며, 그것은 일종의 유사 근로자대표론 또는 ‘유사 사회적 합의’<sup>31)</sup>로 평가될 수밖에 없을 것이다. 그런 점에서 이 글은 세 번째의 시기만을 다룬다.

1996년 5월 9일에 출범한 노사관계개혁위원회는 노동관계법 제정 이후 처음으로 노동과 자본의 타협을 통해 노동법을 개정하겠다는 원대한 구상을 품었다. 거의 모든 주제들이 논의의 대상이 되었지만, 주된 쟁점이 되었던 것은 노동 측에서 볼 때에는 세 가지 금지를 폐지하는 것이었고, 자본 측에서 볼 때에는 세 가지 제도를 도입하는 것이었다. 노동 측에서 요구했던 것은 복수노조금지, 제3자개입금지, 정치활동금지를 폐지하는 것이었고, 자본 측에서 요구했던 것은 정리해고, 근로시간 유연화, 파견근로를 도입하는 것이었다. 노사관계개혁위원회의 논의를 바탕으로 1996년 11월 13일에 14개 부처 장관으로 구성된 노사관계개혁추진위원회가 노동법 개정안 마련에 착수하였다. 노동과 자본의 타협은 이루어지지 않았고, 야당과 노동계의 강력한 반대 속에 여당은 1996년 12월 26일 노동법 개정안을 단독으로 처리하였다. 노동계는 이를 ‘날치기’로 규정하면서 이에 항의하는 총파업을 일으켰다.

노동운동이 폭발하고 여론이 지지하자 국가가 물러섰다. 정부는 1996년의 개정법을 폐지하고 새로운 개정안을 마련하겠다고 약속했다. 그렇게 해서 1997년 3월 13일에 새로운 개정법률들이 공포되었다. 하지만 파업의 성공에도 불구하고 근로자들이 승리한 것 같지는 않다. 왜냐하면 경영해고와 파견근로 그리고 근로시간의 유연화는 새로 공포된 법에서도 인정되었지만, 복수노조는 초기업 단위에서만 허용되었기 때문이다. 기업 단위 복수노조의 인정과 공무원과 교원의 단결권은 또 다시 유예되었다. 반면에 제3자개입금지와 정치활동금지는 폐지되었다.

당시의 상황을 이처럼 다소 시시콜콜하게 복기하는 이유는 이때가 한

31) 은수미(2006), 『사회적 대화의 전제조건』, 한국노동연구원, p.132.

국 노동관계를 특징짓는 하나의 분수령이기 때문이다. 1996~97년 겨울을 기준으로 그 이전과 그 이후의 국가의 위상과 노동관계의 양상은 근본적으로 구별된다. 국가가 이미 공포된 법률을 노동조합의 파업에 밀려 폐지하고 다시 입법한 사례는 유례를 찾아보기 힘든 것이다. 가령, 1997년 3월 13일 같은 날 공포되고 시행되고 폐지된 법률 제5305호 「근로기준법」은 단 하나의 문장이다. “근로기준법은 이를 폐지한다.” 근로기준법을 폐지하는 근로기준법이라니! 이런 자가당착은 혼돈에 빠진 입법권자의 모습을 그대로 보여준다. 국가는 자존심에 치명적인 타격을 입었다. 이제 국가는 아무리 사소한 노동법 개정이라도 노사의 타협 없이는 불가능하다는 점을 인정하지 않을 수 없게 되었다. 정부가 단독으로 밀어붙이는 노동법 개정은 바람직하지 않을 뿐만 아니라 가능하지도 않게 되었다. 경영계는 좋은 싫든 노동조합의 존재를 인정하지 않을 수 없게 되었다. 총파업을 통해 민주노총의 영향력이 강화된 상황은 한국노총으로 하여금 정치계가 아니라 노동계 안에서 자신의 입지를 강구하지 않을 수 없도록 만들었다. 드디어 한국의 노동조합은 온건파를 대변하는 한국노총과 강경파를 대변하는 민주노총으로 양분되는 시대가 된 것이다.

이처럼 새로운 환경 속에서, 1997년 말에 발생한 외환위기를 극복하기 위한 방법으로 노사정 사회협약을 추진한 것은 거의 불가피한 길이었다고 할 수 있다. 그렇게 해서 1998년 1월에 구성된 노사정위원회는 경영상 해고의 즉시 시행과 노동기본권의 확대 등에 대해서 합의(경제위기 극복을 위한 사회협약)를 이루었고, 그 합의의 내용대로 법 개정이 이루어지게 된다. 하지만 노사정위원회의 실험은 곧 위기를 맞는다. 노동조합의 참여가 자본의 이익을 구현하는 데 정당성을 제공할 뿐이라고 생각한 민주노총이 1999년 2월 노사정위원회에서 탈퇴하였기 때문이다. 정부는 1999년 5월 24일 「노사정위원회의 설치 및 운영 등에 관한 법률」을 제정하여 노사정위원회를 제도화하고 그 법적 지위와 독립성을 보장하는 한편, 이미 노사정위원회에 참여하면서 정치적으로는 대표성을 인정받았지만 아직 법적으로는 신고필증을 받지 못하고 있었던 민주노총을 ‘합법화’함으로써 노사정위원회에 재참여시키고자 하였다. 그러나 민주노총은 여전히 참여하지 않았으며, 한국노총만이 근로자들을 대변하는 유일한 조

직으로 남아 있게 되었다.

국가 차원의 근로자대표론이란 곧 국가의 입법 과정에 근로자들이 그 대표를 통하여 직간접적으로 개입한다는 것을 의미한다. 이는 선거를 통하여 국가의 의사결정 과정에 대표를 파견하는 대의민주주의나 시민 단체 또는 직접 행동 등을 통하여 국가의 의사결정 과정에 참여하는 참여 민주주의와는 다른 의미이다. 그런데 소비자들도 단체를 조직하여 정부에 영향력을 행사한다. 그렇게 해서 법이 새로 만들어지거나 바뀌기도 한다. 즉, 현대사회에서 정부의 의사결정 과정에 시민이 참여하는 것은 일반적인 현상 아닌가? 이런 질문이 가능한 것이다. 그런 것과 근로자대표론은 무엇이 다른가? 원래, 서양의 역사이긴 하지만, 봉건사회에서는 직업세계에 대한 입법권은 동업 조합이 독점하고 있었다. 근대 국가가 이 입법권을 동업 조합으로부터 박탈하여 국가의 독점권으로 만드는 과정과 함께 탄생하였다. 그러므로 근로자들의 대표가 국가의 입법 과정에 참여한다는 것은, 나아가 노사의 동의 없이는 노동 입법이 불가능하게 되었다는 것은 동업 조합, 곧 노사가 그렇게 빼앗겼던 직업상의 입법권을 이제 국가의 정당성 위기하에서 되찾으려는 움직임으로 이해할 수 있는 것이다. 이렇게 시야를 넓혀 보면 국가 차원의 근로자대표론이란 곧 장 국가론과 닿아 있음을 이해하게 된다. 기실 ‘국가론’은 한국 노동법학에서는 통째로 빠져 있었던 주제이다. 이것이 이른바 네오코포라티즘(neo-corporatism)을 둘러싼 논의가 의미하는 한 차원이기도 하다.<sup>32)</sup> 근대 국가가 공익의 독점적 담지자로 자리매김했다면, 이 네오코포라티즘에서는 개별 수급자가 국가를 대신하는 또는 국가와 대등한 공익의 대변자로 등장한다. 그리고 그 이면에는 국가의 정당성 위기가 도사리고 있다. 이 논쟁의 핵심에는 “누가 공익을 대표하는가?”라는 질문이 자리잡고 있다.

32) 코포라티즘에 관한 다양한 논의는 은수미(2006), 앞의 책 참조.

## 2. 공익의 개념

허신(許慎)의 『說文解字』에 따르면, ‘公’은 ‘八’과 ‘厶’가 결합된 글자이고, ‘八’은 ‘背’를 의미하며 ‘厶’<sup>33)</sup>는 지금의 ‘私’<sup>34)</sup>를 뜻하는 글자이다. 곧 ‘公’은 ‘私’와 반대되는 것을 의미한다. 허신은 이를 ‘平分’이라고 새기고 있다.<sup>35)</sup> 그런데 니담(Needham)의 생각은 다르다. 그에 따르면, ‘公’의 갑골문자는 남성의 생식기를 묘사한 상형문자로서 귀두를 강조한 것이라고 한다. 이것이 나중에 지배자, 군주, 공공, 공정 등을 의미하게 되었다고 한다. 그러면서 허신의 해석은 설득력이 없다고 지적한다.<sup>36)</sup> 남경희는 니담의 해석을 받아들이면서 “이 점에서 동양적 공(公)의 개념은 흠스의 리바이어던과 그 함의가 유사하다”라고 주장한다.<sup>37)</sup> “이런 어원과 시원적 의미에 비추어 보아도 공적 상태란 강력한 통치자가 지배하는 상태, 그의 지배 질서나 통치 원리가 주재하는 상태, 또는 하나의 보편적 우산 속에 개인들의 이해관계나 특수성이 해소되거나 재규정되어 있는 상태이다. 그 강력한 개인의 통치 원리가 객관성과 보편성을 확립하면서 『說文解字』가 풀이한 대로 공(公)이 정(正)이라는 의미를 취득하게 되었을 것이다.” 하지만 한비자(韓非子)도 “사의 반대를 공이라 한다(背厶爲公)”라고 말한 점을 보면, 둘을 대비시켜 이해하는 것이 고대 중국 지식인들에게는 일반적인 관점이었다고 보아도 되지 않을까 한다.

공익의 개념과 관련하여, 프랑스의 공익론은 전통적인 공익의 개념뿐만 아니라 공익 개념의 현대적 변용과 관련해서도 여러 가지로 흥미로움을 선사한다. 프랑스의 최고행정법원인 콩세유데타는 1999년에 『공익에 관한 고찰』<sup>38)</sup>이라는 보고서를 펴냈다. 이 보고서는 공익에 관한 두 가지

33) 『說文解字』: 厶, 姦衰也。韓非曰: 蒼頡作字, 自營爲厶。凡厶之屬皆從厶。

34) 『說文解字』에서는 ‘私’를 ‘벼’라는 뜻으로만 풀이하고 있다. 禾也。從禾厶聲。北道名禾主人曰私主人。

35) 公, 平分也。從八從厶。八猶背也。韓非曰, 背厶爲公。

36) Joseph Needham(1956), *Science and civilisation in China*, vol. 2, *History of scientific thought*, Cambridge at the University Press, p.227.

37) 남경희(1997), 『말의 질서와 국가: 근대 서구 정치철학의 비판과 재해석』, 이화여대 출판부, p.327.

38) Conseil d'Etat(1999), *Réflexions sur l'intérêt général*, Rapport public.

관점을 구별하고 있다. 하나는 공리주의적(utilitariste) 관점이고, 다른 하나는 의지주의적(volontariste) 관점이다. 다른 말로 하면, 하나는 벤담의 관점이고, 다른 하나는 루소의 관점이다. 공리주의적 관점에서 바라보는 공익이란 개별 이익들의 총합이다. 사회를 상호 간에 경쟁하는 개인들의 합으로 바라본다. 작금의 경제적 이데올로기 또는 시장 이데올로기의 철학적 바탕이라 할 수 있다.

그런데 공리주의를 전혀 다르게 이해하는 방식이 있다. “똑같은 상황은 아니지만 쌍용자동차 노사 협상에서 가장 참여했던 정리해고 문제도 트롤리 딜레마 같은 심리적 고뇌가 깔려 있음직하다. 노사 모두 어떤 선택을 해도 어느 정도 후회를 할 수밖에 없는 상황에서 개인주의를 택할 것인지, 아니면 공리주의를 택해야 할지 고민할 수밖에 없기 때문이다.”<sup>39)</sup> 하지만 공리주의를 개인주의에 대립하는 개념으로 해석하는 것에 동의하기 힘들다. 여기서 두 개념의 철학적 연혁을 따져 반박하고자 하는 것은 아니다. 우리의 관심은 차라리 언어의 측면에 있다. 영어의 ‘utilitarianism’이 한자로 ‘功利主義’로 번역되고 다시 한국어로 ‘공리주의’로 음역되어 통용된 사정이 그릇된 이해를 초래한 까닭이 아닐까 한다. ‘功利’는 보람과 이로움, 요새말로 하면 행복과 이익이라는 뜻이니, ‘功利主義’란 행복과 이익의 추구에 관한 생각이라는 뜻이다. 여기서 행복과 이익의 일차적 추구 주체는 개인이다. 하지만 ‘공리주의’라는 기표에서 개인주의를 읽어내는 것은 쉽지 않을 것이다. ‘公리주의’나 ‘共리주의’가 모두 ‘공리주의’라는 음가[소릿값]를 가지기 때문에 더욱 그러하고, 철학적 연혁이 제거된 상태에서는 더더욱 그러하다. 사실, 우리가 구사하는 모든 추상적 담론이 늘 이러한 함정을 안고 있는 것이다.

프랑스의 의지주의적 공익 개념은 경제적 제 이익의 잠정적이고 불확실한 결합에 만족하지 않는다. 그러한 결합은 사회를 영속적으로 정초하기에는 부족한 것으로 평가된다. 의지주의적 관점에서는 ‘공익(intérêt général)’은 개별 이익들의 단순한 총합이 아니라 그것을 초월하는 것으로서 ‘일반 의지(volonté générale)’의 표현으로 이해된다. 그리고 그 일반 의지는 국가에 의하여 대변된다. 1789년 프랑스 인권 선언은 다음과

39) 경향신문 2009년 8월 8일자 여적의 한 구절이다.

같이 선언한다. “법률은 일반 의지의 표현이다(La Loi est l’expression de la volonté générale.)” 또한, 프랑스 혁명 당시 르 샤플리에에는 다음과 같이 말했다. “더 이상 국가 안에 동업 조합은 없으며, 각 개인의 특수 이익과 일반 이익이 있을 뿐이다. 누구도 시민들이 집단적 이익을 추구하도록 부추겨서는 아니 되며, 누구도 동업 조합의 정신으로 시민들을 공적인 것에서 떼어놓아서는 아니 된다.”<sup>40)</sup> 개인과 국가 사이에 자리 잡는 노동조합은 따라서 국가에 의하여 육화되는 일반 이익과 개인에 고유한 개별적 권리들을 동시에 거스른다고 이중으로 비난받을 운명에 처하게 될 것이다. 이러한 정신에 입각하여 르 샤플리에 법은 모든 동업 조합과 단체는 박멸되었음을 규정하였다. 이 법이 단결 금지의 시대를 대표하는 법으로 회자되는 까닭이다.

1996~97년 겨울 파업의 제도적 성과물 가운데 하나인 경제사회발전노사정위원회법에는 위원장 및 상임위원 각 1인과 근로자, 사용자, 정부 및 공익을 대표하는 위원 각 2인으로 위원회를 구성한다고 규정하고 있다(제4조). 여기서 정부는 공익을 대표하지 않는다. 공익을 대표하는 자는 정부가 아니라 이른바 전문가들이다. 정부는 정부의 이익을 대표할 뿐이다. 유사하지만 또 다른 의미에서 흥미로운 규정이 노동위원회법에서도 발견된다. 법 제6조에 의하면, 노동위원회는 근로자를 대표하는 위원과 사용자를 대표하는 위원 그리고 ‘공익을 대표하는 위원’으로 구성되는데, 이 공익위원은 “당해 노동위원회 위원장, 노동조합 및 사용자단체가 각각 추천한 자 중에서 노동조합과 사용자단체가 순차적으로 배제하고 남은 자”를 대상으로 위촉한다. 노사가 순차 배제하고 남은 사람이 공익을 대표하는 위원으로 위촉된다는 것이 의미하는 바는 무엇인가? 이와 같은 실정법 규정들은 공익의 개념과 공익을 담보하는 정부 혹은 국가의 개념에 대한 하나의 관점을 여실히 드러낸다 할 것이다.

40) Discours du 14 juin 1791, *Moniteur*, t. VIII, p. 661, cité par P. Rosanvallon, *La question syndicale*, Paris, Calmann-Lévy, 1988, nouvelle édition, Hachette, 1998, 180.

### 3. 국가의 정당성

양차 대전을 겪으면서 국가의 정당성은 근본적인 수준에서 회의되기에 이른다. 전쟁 기간 동안 국가에 의해 자행된 광기 어린 대규모 살상신들의 섭리를 지상에서 구현한다고 의제된 국가의 합리적 이성에 대한 회의를 불러일으켰다. 그것은 합리적 이성에 근거한 모더니즘에 대한 근원적 비판이었으며, 제2차 세계대전 이후 서구의 이른바 포스트 모더니즘은 모두 직간접적으로 이 문제와 연결되어 있다고 볼 수 있다. 실체적 정의론이 점점 후퇴하고 그 자리를 절차적 정의론이 채우게 된 사정이나 양차 대전 이후 시민사회에 대한 논의가 시작된 것도 이와 일맥상통한다고 볼 수 있다. 절체절명의 위기에 봉착한 국가는 두 갈래의 생존로를 모색했다. 대내적으로는 국민의 생명과 안전을 보장한다는 약속을 재천명하는 것이었고, 대외적으로는 전쟁을 방지하기 위한 국제협력 체제를 구축하는 것이었다. 전자는 복지국가로 구현되었고, 후자는 국제연합과 유럽공동체로 실현되었다. 1944년의 『국제노동기구의 목적과 대상에 관한 필라델피아 선언』은 “항구적 평화는 사회적 정의의 토대 위에서만 달성될 수 있다”라는 문장을 위시하여 이에 관한 가장 간결하고 명확한 문장들로 가득 차 있다.

하지만 복지국가는 국가가 전지전능한 지위에서 국민의 필요를 충족시켜 주는 주권적 권한을 행사하는 그런 것이 아니다. 그런 것이라면 오히려 전체주의 국가가 더 앞서는 측면이 없지 않을 것이다. 복지국가를 특징짓는 표식이자 국가가 그 정당성을 회복할 수 있도록 해 준 것은 무엇보다도 집단적 자유와 권리 곧 사회권(그 핵심에는 노동삼권이 자리잡고 있다)에 대한 인정이었다. “복지국가의 힘은 사람들에게 행복에 관한 선험적인 비전을 강요하는 것이 아니라, 반대로 집단적 행동과 갈등을 새로운 규칙을 생성하는 에너지로 전환하기 위하여 그 집단적 행동과 갈등 위에 근거하는 것이었다.”<sup>41)</sup> 노동삼권이 보장하고자 하는 것, 곧 노동조합과 단체교섭 그리고 파업은 현대 산업사회에서 힘의 관계[力治]를

41) Alain Supiot(2005), Homo juridicus, Paris, Seuil, p.233.

법의 관계[法治]로 전환시키는 핵심적인 제도이다. 제도적 규제가 없는 공간, 힘이 지배하는 역치의 공간에서는 힘이 센 자의 법이 적용된다. 반면에 법이 지배하는 법치의 공간에서는 강자의 힘조차도 법의 지배 아래 놓인다. 설령, 그 법이 강자가 만든 법이라 할지라도 강자 또한 그 법에 구속되는 것이 법치의 세상이다. 강자와 약자, 부자와 빈자, 주인과 노예 사이에서 자유는 억압이며, 법은 자유다. 요컨대, 법치란 강자의 권력을 제한하는 것을 기본 원리로 삼는다. “이처럼 국가는 항의를 용인하고 모든 기대에 부응할 수 있으며, 모든 악을 치료할 수 있는 너그러운 주권자의 모습을 취함으로써 그 정당성을 재발견하기에 이르렀다.”<sup>42)</sup>

#### 4. 입법 교섭을 둘러싼 논쟁들

노사정위원회가 비록 10년이 넘는 기간 동안 그다지 만족할 만한 모습을 보여주고 있지는 못하지만, 그냥 폐기하는 것도 적절한 방안은 아닐 것이다. 왜냐하면 과거처럼 국가가 일방적으로 밀어붙이는 노동 입법은 더 이상 수용될 수 없는 수준으로 우리 사회가 변화·발전했을 뿐만 아니라 수급자가 입법에 참여하는 현상, ‘거버넌스’라고도 부르는 ‘협치’ 현상은 현대사회의 한 특징이기도 하기 때문이다. 한편, 현대사회는 복잡함을 그 한 특징으로 한다. 이 복잡함은 (공학적 의미에서의 기술뿐만 아니라 인문사회학적 의미에서의 기술도 포함하는 의미에서) 기술의 급속한 발전에서 기인한 바 크다. 비교할 수 없이 복잡해진 인간 사회를 적절하게 규율하기에는 국가의 인식 능력은 제한되어 있다. 이러한 반성은 타당하고 실효적인 입법을 위해서는 현실을 더 잘 이해하는 이해 당사자의 참여가 필요하다는 요청으로 발전한다. 이는 특히 부문 사회를 겨냥하는 입법인 경우에 더욱 두드러지게 나타난다. 그 한 예가 노동 입법이다. 노동 사회가 단순한 위계적 기업 조직과 동질적 근로자 집단으로 구성되어 있던 과거와 달리 현대의 노동 사회는 그물망으로 연결된 기업 조직과 이질적 근로자 개인으로 파편화되어 가고 있다. 근로자 대 사용자의 이

42) Alain Supiot(2005), 앞의 책, p.234.

해 조정에 더하여 사용자 사이의 이해 조정과 근로자 사이의 이해 조정이라는 과제가 부가되는 것이다. 나아가 그 이해 조정의 방식도 전통적인 노동법 체계에서는 쉽게 담보되지 못한다. 이와 같은 상황에서 국가의 일방적 입법은 현장에 뿌리내리기 힘들 뿐만 아니라 과연 현장의 문제를 적절하게 고려한 것인지조차 의심받게 된다. 이러한 맥락에서 ‘사회적 대화’는 선택의 문제가 아니라 불가피한 요청으로 다가오는 측면이 있다. 상황의 변화를 일찍 감지한 유럽의 선진 산업국가들이 국가의 일방적 노동 입법에서 탈피하여 노사 대표자를 입법 과정에 참여시키는 제도적 변화(유럽연합의 입법 과정은 대표적인 사례이다)를 피하고 있는 모습은 시사하는 바가 크다.

이 문제를 좀 더 잘 이해하기 위하여 프랑스의 입법 교섭 사례를 검토해 보자. 최근 프랑스에서 단체교섭의 변화와 관련하여 주목할 만한 현상은 ‘입법 교섭’이라는 현상이다. ‘협치’ 또는 ‘소프트 로(soft law)’와 관련된 논의들도 모두 같은 맥락에 있는 것이다. 요약하자면, 수규자가 규칙 제정에 참여하는 것이다. 입법 교섭은 다시 몇 가지 하위 범주로 구분할 수 있다. 첫째, 좁은 의미의 입법 교섭이다. 이는 노사가 전국 수준에서 합의한 내용을 입법자가 법률의 형식으로 승인하는 것이다. 일반적으로 ‘정부의 입법 방향 제시 → 노사의 전국 단위 단체협약 → 1차 입법 → 평가 → 2차 입법’의 과정을 거친다. 특히 2007년 1월 31일의 「사회적 대화의 현대화에 관한 법」은 입법 교섭을 모든 노동 입법의 절차적 원칙으로 규정하였다. 이 법에 의하면, “개별적 또는 집단적 노동관계와 고용 그리고 직업훈련에 관계되고, 전국 및 전 산업 교섭의 범위에 포함되는 정부의 모든 개혁안은 전국 및 전 산업 교섭의 개시를 위하여 전국 및 전 산업 수준에서 대표성이 있는 근로자 단체 및 사용자단체와 사전 조율의 대상이 된다(노동법전 L. 제1조).” 둘째, 디폴트 규정이라 부를 수 있는 것이다. 컴퓨터 프로그램을 설치할 때를 생각하면 된다. 이는 어떤 제도를 도입함에 있어서 입법자가 A(디폴트) or B or C 중에서 노사가 단체협약으로 선택할 수 있도록 하되, 노사의 협약이 없는 경우에는 입법자가 디폴트로 해 놓은 방식(A)이 적용되는 것을 말한다. 디폴트 규정은 입법자의 전권적 판단을 유보하고 수규자의 참여를 보장하는 것이다.

가령, 연장근로시간을 1년에 최대 220시간으로 정해 놓은 다음, 단체 협약으로 이와 달리 정할 수 있다고 규정하는 방식을 예로 들 수 있다. 셋째, 색칠 공부 규정이라고 부를 수 있는 것이다. 이는 어떤 제도를 도입함에 있어서 입법자는 테두리 선만 그려 놓고 색칠은 노사가 원하는 색으로 칠할 수 있도록 맡기는 것을 말한다. 말하자면, 시행령과 시행규칙을 단체협약으로 대신하는 것과 유사하다고 할 수 있다. 만약 노사가 색칠을 하지 않는 경우 그 제도는 시행되지 못하게 된다.

이러한 입법 교섭에 대해서는 사익은 여전히 공익의 테두리 안에서만 실현되는 것이다(최종 결정권은 여전히 입법부에 유보되어 있다), 공익이 사익에 의하여 대체되는 것은 곤란하다(거대 노사의 담합으로 귀결될 수 있다), 아니다 국가의 입법권 독점은 해체되어야 한다(시장에 맡겨야 한다), 사회적 민주주의의 심화에 긍정적이다(대규모의 노동쟁의에 의한 개혁보다는 대화와 타협에 의한 개혁이 낫다), 공익과 사익은 대립적인 것이 아니다(양자의 관계를 어떻게 설정할 것인가가 문제이다) 등등 논란이 분분하다. 이 논쟁은 1980년대 초부터 산발적으로 제기되다가 1990년대 중반부터 본격화된다. 그리고 앞에서 언급한 것처럼 2007년 법에 의하여 입법적으로 명문화된다. 이를 계기로 콩세유데타는 2010년 2월에 『노동법 개혁에서 노사의 자리』라는 주제로 심포지엄을 개최하기도 하였다. 예컨대, 파리1대학의 베르킨트 교수는 공익의 우위를 강조한다. “사회적 민주주의<sup>43)</sup>는 대의민주주의를 대체하고자 해서는 아니 되며, 집단적인 직업 이익은 그것이 아무리 정당할지라도 민주주의 안에서는 공익을 압도하고자 해서는 아니 된다.”<sup>44)</sup>

반면, 낭트대학의 쉬피오 교수는 공익과 사익의 관계 설정에 주목한다. “사회적 민주주의는 동업 조합의 규율권으로 회귀하는 것을 의미하는 것이 아니라, 집단적 이익들의 표상이 공익의 정의 속에 품어지는 것을 의

43) 여기서 ‘사회적 민주주의’는 사회주의와 대비하여 쓰는 ‘사회민주주의’와 혼동해서는 안 된다. 프랑스적 맥락에서 이 말은 영국적 맥락에서 쓰는 ‘산업민주주의’와 유사한 의미이다. 이러한 용어법에서도 우리는 영국식 경제주의와 프랑스식 정치주의의 뿌리깊은 차이를 엿볼 수 있다.

44) Pierre-Yves Verkindt(2010), “L’article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale”, Droit social, n° 5, mai p.521.

미한다. [...] 사회적 민주주의는 정치적 민주주의가 사회적 민주주의를 품는 데 성공할 때, 즉 정치적 민주주의가 최종적인 결정 권한을 잃지 않으면서도 사회적 민주주의에 자원의 영역을 보장하는 데 성공할 때 잘 작동한다.”<sup>45)</sup> 요컨대, 공익이나 사익이나, 양자택일이 아니라 양자의 필연적인 결합을 재정의하는 것이 필요하고 중요하다는 것이다. 사익은 공익의 구속성을 인정할 때에만 비로소 자유로우며,<sup>46)</sup> 공익은 사익이 공익을 변화시키며 공익에 자신의 표상을 아로새길 수 있는 가능성을 인정할 때에만 비로소 제 역할을 다 한다(국가는 노동조합의 존재와 그 활동을 인정할 때 비로소 정당성을 획득한다).

## 5. 공익과 사익의 조화

입법 교섭의 대두 이면에는 국가의 정당성에 대한 회의와 사회의 복잡화에 따라 입법의 실효성을 담보하기 위해서는 가장 잘 아는 자, 즉 수급자 자신의 참여가 필요하다는 요청 또는 국가의 탈책임화가 자리 잡고 있다. 국가의 정당성 위기와 사회의 복잡화 현상으로 수급자의 입법 참여가 현대사회의 불가피한 한 현상이 되고는 있지만, 그렇다고 해서 수급자가 입법자의 자리를 완전히 대신할 수는 없으며, 국가의 역할 또한 적어도 현재까지는 전면 부정할 수는 없다. 정치적 공동체의 유지라고 하는 국가의 일차적인 존립 의의는 여전히 중요한 것이다. 공익의 유일한 담지자인 국가와 사익만을 추구하는 노사를 대립시키는 전면적인 국가주의나 노사에 의한 공익과 사익의 동시 실현을 주장하는 전면적인 계약주의는 둘 다 극단으로서 바람직한 방향은 아니다. 그러므로 중요한

45) Alain Supiot(2010), “La Loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative”, Droit social, n° 5, mai, p.526, 529.

46) 시장은 법률의 규제를 인정할 때 비로소 자유로운 시장이 될 수 있다. 필라델피아 선언에서 천명하듯이, 노동은 인격이며 상품이 아니라는 점을 안다면, 노동을 시장에서 거래 가능한 일종의 상품으로 의제하는 법률적 제도가 뒷받침되지 않는 한 자본주의적 경제 제도와 노동시장은 성립될 수 없다는 점도 알 수 있을 것이다. 즉, 노동시장은 근로계약이라는 법률적 토대를 벗어나서는 성립될 수 없는 것이다. 그러므로 근로계약의 규범력을 훼손하는 조치들, 가령 해고의 자유화, 공급과 파견의 확대 등은 노동시장 자체의 존립 토대를 허무는 것일 수밖에 없다.

것은 양자의 조화와 균형이다. 노사정위원회는 이를 위한 제도적 틀로 위상이 재정립되어야 할 것이다.

이를 위해서 우선 국가(정부)는 입법의 목적과 관련하여 사회적으로 존중되어야 할 기본적 가치를 설정하는 역할을 맡아야 한다. 공동체의 유지와 관련된 가치 선택의 문제야말로 법의 본질이고, 이는 회피할 수 없는 국가의 고유한 역할이기 때문이다. 이 기본적 가치는 노사가 협의와 교섭을 할 때 넘어서는 안 되는 한계선으로 작용할 것이다. 그러나 기본적 가치의 실현을 위한 구체적인 사항을 정하는 것은 노사의 몫으로 넘겨질 수 있다. 이 경우, 국가의 역할은 노사의 교섭이 원활하게 이루어질 수 있도록 지원하는 것이 될 것이다. 국가의 지원은 관련 정보의 제공, 전문 기관의 지원, 필요한 재정의 지원 등이 포함될 것이다. 노사의 교섭과 관련해서는 교섭을 담당하는 노사의 대표성 문제가 중요하다. 비단 노사정위원회만의 문제는 아니지만 현재 노사의 대표가 참여하는 각종 위원회를 구성할 때 어떤 기준으로 노사의 대표를 선발하는지 불명확하다. 이 문제는 노사 합의의 정당성을 위해서라도 분명한 기준 정립이 필요한 문제이다. 노사의 합의는 이후 입법의 승인으로 뒷받침될 수 있을 것이다. 이 과정에서는 노사의 합의 내용이 국가가 처음에 설정한 기본적 가치를 존중하고 있는지가 검토되어야 한다. 필요한 경우에는 입법의 효과를 살피기 위한 검증 기간을 둘 수 있을 것이다. 검증 기간 동안 발생한 문제점들을 파악하여 이를 보완한(필요하다면 다시 노사의 교섭이 요청될 수 있다) 최종적인 입법이 이루어지도록 하는 것이다. 노사의 합의가 예정된 기한까지 이루어지지 아니하거나 합의는 이루어졌지만 기본적 가치가 존중되지 아니하였다고 인정되는 경우에는 국가의 최종적인 입법적 선택이 인정될 수 있을 것이다.

## 6. 사회적 實在性

국가 차원의 근로자대표론의 구축을 위해서는 상징적 대표성 혹은 비공식적 대표성의 사회적 實在性이 고려되어야 한다. 사회적 實在란 그 앞에서 눈을 감는다고 해서 없어지는 것이 아니며, 그 존재를 고려하지

않고서는 그 어떤 정책도 유의미할 수 없다. 이는 실정법적 차원을 넘어서는 것이다. 아직 실정법상 노동조합 신고필증을 받지 못하고 있었던 민주노총을 참여시켜 사회적 합의를 이끌어내었던 1996년 노개위의 경험과 1998년 노사정위원회의 경험은 이를 잘 보여준다. 상징적 대표성 혹은 비공식적 대표성 혹은 관계적 대표성을 고려할 수 있기 위해서는 정부의 역할이 중요하다. 특히나 한국에서는 국가 차원에서 노동의 구조적 대표성이 취약하고 노사 간의 전략적 동반자 관계가 형성되어 있지 아니한 만큼, 전체 노동관계의 균형을 잡아 나가는 데 정부의 주도적 역할이 상대적으로 더 중요하게 부각된다. 이는 역사적으로나 문화적으로나 우리나라에서는 정부의 역할이 강조되기도 하고 또 그만큼 인정되기도 한다는 점에서 더욱 그러하다.

## 제 3 장

### 산업(지역) 차원의 근로자대표론

#### 1. 단체협약의 보편적 적용

세계화로 인해 법률의 영토적 한계가 무너짐으로써 전 지구적 차원에서 동일한 대상을 규율하는 법이 복수로 존재하게 되어 결과적으로 노동법의 규범력이 심각하게 훼손당하고 있는 것과 마찬가지로, 하나의 산업에 복수의 협약이 존재하게 되면 안정적인 노사관계를 유지할 수 없을 뿐만 아니라, 노동조합들 사이에 하향 경쟁을 초래하여 협약의 규범력에 상당한 훼손을 가져올 위험이 있다. 이는 이미 독일에서 현실로 나타나고 있는 위험이다. 2002년에 개정된 독일 파견법은 파견근로자에 대한 평등대우 원칙을 규정하면서도 단체협약으로 따로 정할 수 있도록 허용하였다. 그러나 독일노총과 기독교노동조합 사이에 임금 하향 경쟁이 발생하여 파견근로자의 임금수준은 동일 업무 정규직 근로자에 비해서 여전히 저임금에 머물게 되어 법에서 규정한 평등대우 원칙은 실현되지 않고 있다.<sup>47)</sup> 그러므로 하나의 산업에는 하나의 단체협약이 법규범으로 자리잡을 필요가 있다. 一産業 一協約 원칙을 실현하기 위해서는 우선, 협약을 계약이 아니라 법규범으로 바라보는 관점이 정립되어야 한다. 계약적 관점이란, 노동조합을 조합원들만의 결사로 보아 협약도 조합원들에게만 적용되어야 한다고 생각하는 것이다. 이러한 생각은 근로자의 노동조합

47) 김기선(2010), 「독일 내 파견근로의 실태와 최근의 논의」, 『노동법연구』 제29호, p.177 이하 참조.

가입이라는 ‘기여’에 대해서 단체협약의 적용이라는 ‘보호’를 제공하는, 이른바 ‘메리토크라시’ 즉 ‘기여 원리’에 근거하고 있다. 반면에 법규범적 관점이란, 노동조합을 직업활동에 관한 법규범을 생산하는 ‘입법자’로 보아 단체협약은 해당 단위의 모든 근로자들에게 적용되어야 한다고 생각하는 것이다. 단체협약의 보편적 적용성을 강조하는 이러한 생각은, 노동의 상품화를 통해서 근로자의 인격 그 자체에 가해지는 ‘지배’의 물적 조건을 약화시킴으로써 ‘탈상품화’의 가능성을 제고한다는 공화주의적 사상에 근거하고 있다.

현재 우리 학설과 판례는 단체협약은 원칙적으로 협약을 체결한 노동조합의 조합원에게만 적용된다고 이해하고 있다. 여기에는 “노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다”라고 규정하고 있는 노조법 제 29조가, 특정한 국가의 법해석론과 함께 영향을 미쳤을 것으로 짐작된다. 그러나 이러한 이해 방식이 과연 현행법을 정확하게 해석한 것인지는 차치하고서라도 앞으로의 변화에 조응할 수 있는 것인지도 의문스럽다. 두 가지 점에서 그렇다. 첫째, 단체협약의 조합원 적용성은 단체교섭 창구 단일화 제도를 규범적으로 정당화하기 어렵다. 모든 노동조합은 자기의 조합원에 대해서는 배타적인 대표권을 행사하기 때문이다. 단체협약이 조합원에게만 적용된다는 원칙을 고수하는 경우에는 각각의 노동조합은 자신의 조합원만을 대표하는 데 그치기 때문에 왜 다른 노동조합과 같이 교섭을 해야 하는지 그 근거를 확보하기 곤란해진다. 단체협약이 계약적 성질과 법규적 성질을 동시에 가지고 있다고 할 때에는 조합원들로 구성된 노동조합이 체결한 협약이 비조합원에 대해서도 법규처럼 적용된다는 측면을 의미하는 것이다. 조합원들로 구성된 단체가 체결한 협약이 조합원에게만 적용될 때에는 계약적 성질만 부각될 뿐 법규적 성질은 전혀 드러나지 않는 것이다. 교섭창구 단일화를 통해 하나의 협약이 마련되고, 그 협약이 교섭에 참여하지 아니하거나 협약에 반대한 다른 노동조합의 조합원에게도 적용된다면, 조합원이 아닌 근로자에게는 적용하지 않는 근거를 찾기가 힘들다. 둘째, 협약의 조합원 적용성은 초기업별 교섭의 확대 현상과 조응하기 힘들다. 예를 들어, 산업별 협약의 적용을 받

는 기업 내에 산업별 노동조합의 기업 내 조직(A)과 별도로 기업별 단위 노동조합(B)이 있고, 둘 다 교섭권이 있어 교섭창구 단일화를 통해 기업별 협약을 체결했다고 가정하자. 그러면 A에 속해 있는 근로자들에게는 산업별 협약과 기업별 협약이 동시에 적용되지만, B에 속해 있는 근로자들에게는 기업별 협약만이 적용될 것이다. 또한, 산업별 노동조합의 기업 내 조직이 교섭권을 위임받지 못한 경우에는 별도의 기업별 노동조합만이 기업별 교섭을 진행하여 기업별 협약을 체결할 수 있을 것인데, 그렇게 되면 하나의 기업에 산업별 협약과 기업별 협약이 동시에 적용되는 결과가 되어 교섭창구 단일화를 통해 확보하고자 했던 목적이 훼손될 수 있다. 이러한 점들을 고려할 때, 단체협약의 조합원 적용성을 근로자 적용성으로 재인식하는 것이 필요하다.

이 문제와 관련해서 잘 알려지지 않았지만 중요한 의의를 갖는 하급심 판결 하나를 주목할 필요가 있다. 2008년 금융산업 단체협약 제2조는 “이 협약은 사용자와 조합 및 조합원에게 적용한다. 다만, 근로조건에 관한 적용 범위는 사용자와 조합이 별도로 정하는 바에 따른다”라고 규정하였고, 이 규정에 근거하여 모 은행에서 보충협약으로 다음과 같이 정하였다. “협약 제2조 단서의 규정에 의하여 협약 제4장[근로조건에 관한 규정] 및 보충협약 제4장[임금에 관한 규정]에 관한 사항은 전 종업원에게 적용한다.” 법원은 이에 대해서 “위 단체협약은 조합원의 범위와 관계 없이 피고 은행의 전체 직원에게 적용된다”라고 판단하였다.<sup>48)</sup> 이는 비록 개별적인 사례에 불과하지만, 단체협약이 비조합원에게도 적용될 수 있다는 인식이 가능하다는 점을 보여주고 있으며, 이러한 인식을 제도적으로 확장할 필요성이 있다는 것이 우리의 주장이다. 그런 점에서 이른바 협약상 조합원 범위 조항은 재고될 필요가 있다. 노동조합 규약에서 조합원의 범위를 정하는 것과 별도로 단체협약에서 이른바 ‘조합원

48) 서울중앙지법 2008. 8. 14. 선고 2006가합106601, 2007가합36006(병합) 판결. 은행 기간제 근로자의 시간외 근로수당 산정이 문제가 된 사건이다. 은행 쪽에서는 포괄임금 약정을 유효하게 체결했다고 주장했지만, 법원은 이를 받아들이지 않았고 나아가 포괄임금 약정이 체결되었다고 하더라도 단체협약에서 정한 기준보다 근로자에게 불리하므로 무효라고 하였다. 기간제 근로자들은 조합원이 아니지만 동 규정에 의하여 단체협약을 적용을 받는다는 것이 이유이다.

의 범위'를 정하는 조항을 두는 예가 많다. 판례는 협약상 조합원 범위 조항은 노동조합의 조직 범위를 정한 조항이 아니라(그것은 노동조합의 자율에 맡겨져 있는 문제), 단체협약의 적용 범위를 정한 조항이라고 해석하고 있다.<sup>49)</sup> 즉, 단체협약은 조합원에게만 적용된다는 것을 전제로 단체협약으로 정한 내용 중에서 특정한 범주의 근로자에게는 그 적용을 배제하기 위한 규정으로 이해하는 것이다. 이러한 규정은 협약의 적용 범위를 노동조합 스스로 축소시키는 것이라는 점에서도 바람직하지 못하다고 생각한다.

다만, 협약의 근로자 적용성이란 것이 협약이 체결되기만 하면 모든 근로자에게 자동으로 적용된다는 것을 의미하는 것은 아니다. 협약이 비조합원(정확하게는 협약을 체결한 노동조합의 조합원이 아닌 근로자)에게도 적용될 수 있는 경로는 현행법 체계를 염두에 두면서 신중하게 고민해야 할 문제이다. 협약의 근로자 적용성 원칙은 이러한 경로를 다양하면서도 유연하게 모색할 수 있는 이론적 근거를 제공할 수 있다는 점에서 중요한 것이다. 가령, 프랑스의 예를 참조하여, 협약의 성립 과정에서 이미 근로자 다수의 동의가 반영되었다는 점을 고려할 수 있다면, 최소한 협약의 당사자인 사용자단체의 구성원인 기업에 대해서는 산업별 협약이 종업원 전체에 대해서 적용되는 것으로 하는 방안이나, 독일의 입법례를 참조하여<sup>50)</sup>, 사업 또는 사업장의 전체 근로자에 관한 사항(예컨대, 취업규칙에서 정하도록 되어 있는 사항들이 그런 것이 될 것이다)을 정한 협약 규정은 별도의 요건 없이 곧바로 해당 사업(장)의 근로자 전체에 대해서 적용되도록 입법화하는 방안 등을 생각해 볼 수 있을 것이다.

49) 가령 대법원 2003. 12. 26. 선고 2001두10264 판결.

50) 독일에서 단체협약은 원칙적으로 단체협약의 당사자(노동조합과 사용자 또는 사용자단체)와 그 구성원(노동조합의 구성원인 근로자와 사용자단체의 구성원인 사용자)에 대해서만 구속력을 갖는다(단체협약법 제3조 제1항 및 제4조 제1항). 다만, 어떤 단체협약 규정이 사업 또는 사업조직법상의 문제에 해당되는 경우에는 사업 전체에 적용되고(단체협약법 제3조 제2항), 그 결과 조합원이 아닌 근로자에게도 적용된다.

## 2. 산업별(지역별) 노사교섭위원회

산업(이 글에서 ‘산업’은 언제나 ‘산업+지역’으로 이해할 것) 차원의 교섭에서 체결된 산업별 협약은 해당 산업에서는 하나의 법규범과 같은 기능을 하게 된다. 아니, 할 수 있어야 한다. 그런데 한국의 산업별 노동 조합과 산업별 노사관계는 아직 그러한 임무를 성공적으로 수행하기에는 미흡하다. 그런 점에서 산업별 노사교섭위원회를 구상해 볼 수 있다. 산업별 노사교섭위원회는 일차적으로 좁은 의미의 단체교섭이 이루어지는 장면에서, 이차적으로는 (협약의 확장에 의하거나 또는 노사정위원회처럼 정부가 설정한 기본적 원칙을 단체협약을 통해서 구체적으로 실현하는 방식으로) 해당 산업 전체를 포괄하는 법규범을 생산하는 장으로서 기능할 것이다. 최근에 가수나 연기자 등 연예인의 출연료 미지급이나 방송국과 외주 제작사 간의 부당 거래 등의 문제를 해소하기 위하여 정부는 「방송프로그램 제작(구매) 표준계약서」와 「대중문화예술인(가수, 배우) 방송출연 표준계약서」를 제정한 바 있다. 근로자단체가 문제를 제기하고, 정부가 협의해서 안을 만들고, 관련 업계 및 근로자들로 하여금 이 안을 받아들일도록 하고, 정부는 그 실효성을 확보하는 방안을 마련함으로써 하나의 규범이 방송 분야에 자리 잡도록 하는 것, 바로 이 방송 분야 표준계약서 도입 과정이 산업별 노사교섭위원회의 원초적인 모습이라고 할 수 있다. 방송 분야가 가능하다면 제조업이나 서비스업에서는 왜 안 되겠는가? 다만, 당정이 안을 만들기보다는 노사가 스스로 안을 만들어내도록 하고, 당정은 그 합의를 존중하면서 그것이 해당 분야에서 보편적인 규범으로 자리 잡을 수 있도록 실효성 확보 방안을 강구하는 그런 구도가 적절할 것이다.

노사교섭위원회는 산업 단위에서 복수의 노동조합 혹은 근로자단체<sup>51)</sup>와 복수의 사용자단체가 존재할 경우에 일정한 대표성을 갖춘 단체만을

51) 여기에서 ‘노동조합’은 노조법상의 형식적인 ‘노동조합’만이 아니라 실질적인 노동조합 곧 헌법 제33조에 근거한 근로자들의 자주적인 단체까지 모두 일컫는다. 그러므로 ‘근로자단체’가 자주적인 단체인 이상 ‘노동조합’과 중복되는 말에 불과하고, 따라서 이하에서는 ‘노동조합’이라는 말만 쓰기로 하는데, 거기에는 ‘근로자단체’라는 표현도 늘 포함되어 있는 것으로 생각해야 한다.

참여시켜 교섭창구를 단일화하는 통로로 기능할 것이다. 전국 수준에서와 마찬가지로 여기서도 노사교섭위원회에 참여할 수 있는 노사 대표의 자격이 중요한 문제가 된다. 노동조합의 대표성과 관련해서는 특정 산업의 근로자 전체를 대표할 수 있는 자격을 부여할 필요성 또는 그럴 수 있는 가능성을 고려하는 것이 적절하다. 그리고 대표성의 기준이 어떻게 정해지든지 전국 수준과 산업 수준에서 동일하게 가져가는 것이 바람직할 것이다. 가령, 노사정위원회에 참여하는 등의 방식으로 전국 수준에서 대표성이 인정되는 총연합단체에 소속되어 있는 노동조합에 대해서는 산업별 노사교섭위원회에 참여할 수 있는 대표성을 부여하는 방안 같은 것을 생각해 볼 수 있다.

한편, 우리 노동법 체계에서 사용자단체는 노동조합과 달리 능동적인 주체라기보다는 노동조합의 주도적 문제 제기에 수동적으로 대응하는 주체로 상정되고 있다. 노조법도 ‘노동조합’에 대해서는 그 설립 요건과 구성 및 운영 원리에 대해서 지나치다고 할 정도로 세세하게 규정하고 있으면서 그 상대방인 사용자단체에 대해서는 달랑 하나의 정의 규정만 두고 있을 뿐 구성이나 권한 등에 관해서는 아무런 규정도 두고 있지 않다. 그 결과 현실에서는 도대체 어떤 단체가 노동법상의 사용자단체에 해당하는지를 둘러싸고 논란이 발생할 가능성이 상존한다. 노사교섭위원회에 참여할 수 있는 사용자단체의 자격과 관련해서는 현실의 상황을 고려하여 판단하는 것이 적절할 것이다. 현재 각종 정책 관련 위원회(예컨대, 최저임금위원회)에 사용자 대표로 참여하고 있는 사용자단체를 노사교섭위원회에도 참여시키는 것이다. 노사교섭위원회에 참여를 거부하는 사용자단체는 정책 관련 위원회에서도 배제해야 할 것이다. 노사교섭위원회 구상은 해당 산업에서 근로자와 사용자를 대표하는 자가 교섭을 하는 장으로 설정하는 것이기 때문에, 대표성이 인정되는 사용자단체가 일단 노사교섭위원회에 참여하고 있는 이상은 사용자의 단체교섭 거부를 부당노동행위로 금지하고 있는 현재의 법 규정과는 다소 어긋나는 면이 있다. 이 문제는 노사교섭위원회에 참여해야 할 것으로 보이는 사용자단체가 참여하지 않는 경우에 어떻게 처리해야 하는가의 문제로 바꾸어 생각해야 할 것이다. 사실 현재의 부당노동행위 제도는 기본적으로 하나의

기업 수준에서 발생할 수 있는 상황을 염두에 두고 설계된 것이라고 할 수 있다. 따라서 산업별 노사교섭위원회를 구상한다고 할 때에는 현재의 부당노동행위 제도를 재인식할 필요가 있다. 사용자단체가 노사교섭위원회에 참여하지 않는 경우에 이를 부당노동행위로 보고 “단체교섭에 응하라”라는, 즉 “노사교섭위원회에 참여하라”라는 명령을 내리는 식은 적절해 보이지 않는다. 참여하고 안 하고는 일견 자유의 문제이기 때문이다. 그러나 자유에는 반드시 책임이 따른다. 그러므로 노사교섭위원회에 참여하지 않는 사용자단체에 대해서는 기 참여하고 있는 다른 정책 관련 위원회에도 (노사교섭위원회에 참여할 때까지는) 참여하지 못하도록 하는 방안이 적절하다고 생각된다. 자기에게 유리한 경우에만 권한을 행사하고 불리하다고 생각되는 경우에는 책임을 회피하도록 허용할 수는 없기 때문이다. 한편, 정책위원회에는 참여하고 있지 않지만 해당 산업에서 가장 영향력 있는 사용자단체의 경우도 노사교섭위원회에 참여할 수 있도록 해야 한다. 가령, 유통산업노사교섭위원회라면 한국경영자총협회와 유통산업연합회가 함께 사용자단체로서 노사교섭위원회에 참여하도록 하는 식을 생각해 볼 수 있다.

노사교섭위원회에서 교섭 결과 협약을 체결한다고 할 때, 협약의 성립에 관한 공정하고 객관적인 규칙이 있어야 할 것이다. 왜냐하면 아래에서 좀 더 자세히 언급하겠지만 단체협약은 기본적으로 교섭 단위 내의 모든 근로자와 사용자에게 적용되는 법규범과 같은 것으로 자리 잡을 필요가 있기 때문이다. 교섭에 참여한 모든 노사 단체들이 협약안에 합의한다면 별 문제가 없다. 문제는 일부만 합의하고 일부는 반대하는 경우이다. 그럴 경우 협약의 성립과 관련해서 다음의 방안들을 생각해 볼 수 있다. 첫째, 노사교섭위원회에 참여하는 노동조합 중에서 다수의 찬성으로 협약이 성립하도록 하는 방안이다. 이는 간단하긴 하지만 현실적으로는 채택하기 곤란한 안이다. 왜냐하면 규모가 작은 노동조합 둘이 규모가 큰 노동조합 하나를 제치고 다수결로 결정하게 되면, 근로자들의 이익 대변에 있어서 왜곡이 발생할 수 있기 때문이다. 나아가 노동조합의 수가 둘인 경우에는 적용하기 힘든 문제도 있다.

둘째, 각 노동조합의 조합원 수를 기준으로 다수결을 도입하는 것을

생각해 볼 수 있다. 이 안의 전제 조건은 각 노동조합의 조합원 수를 정확하게 파악해야 한다는 것이다. 그런데 이 문제가 쉽지 않다. 기술적으로는 조합원 명단을 제출하게 한다면, 체크오프를 통해서 조합비를 납부하고 있는 조합원의 수를 계산한다든지 해서 각 노동조합의 조합원 수를 쉽게 파악할 수 있을 것으로 보인다. 하지만 조합원 명단의 제출이나 조합비 공제를 강제하는 것은 헌법상 보장된 양심의 자유를 침해할 소지가 크다. 그렇다고 해서 조합원 명단을 제출하지 않은 경우나 조합비 공제를 거부한 경우에는 그만큼 빼고 조합원 수를 계산하는 것은 양심의 자유를 행사한 것을 이유로 부당한 결과를 초래하는 것이기 때문에 이 또한 양심의 자유를 침해하는 것이 된다. 노사로부터 독립된 공적 기관에 의하여 조합원 수를 산정하도록 하는 방안(영국식)이 그나마 좀 낫지만, 양심의 자유는 일차적으로 국가를 향한 것이라는 점을 고려하면 이 또한 문제의 소지가 말끔히 해소되는 것은 아니다. 셋째, (노사협의회 또는 어떠한 형식이든지 간에 기업 내 종업원 대표를 선출하는 선거의 결과를 반영하여) 각 노동조합이 협약의 적용 범위 내에서 획득한 기업별 득표율을 합산한 산업별 득표율을 기준으로 한 다수결 방식이다.

### 3. 산업별 협약과 기업별 협약 간의 조율

단체교섭의 수준이 중층화되고 그에 따라서 다양한 수준의 단체협약이 동시에 존재하게 되면 규범 충돌 또는 규범 조율의 문제가 발생할 수 있다. 예컨대, 산업별 협약의 적용을 받는 기업에서 기업별 협약이 체결되는 경우(산업별 노동조합의 기업 내 조직이 교섭권을 위임받거나 별도의 기업별 노동조합이 존재하는 경우), 하나의 기업이 수평(지역)/수직(산업) 교차점에 위치하는 경우(즉, 하나의 기업이 동시에 지역별 협약과 산업별 협약의 적용을 받게 되는 경우), 하나의 기업 집단이 복수의 산업에 속하는 경우 등이다. 실제의 사례 몇 가지를 살펴보기로 하자.

#### # 1.

2004년 보건의료노동조합이 체결한 산업별 협약 제3장 제6조 제2항에

서는 “시행일 현재 재직중인 여성 노동자”에게만 일정액의 보건수당을 지급한다고 정하면서, 제10장 제2조에서는 “지부 단체협약 및 취업규칙에 우선하여 효력을 가지며(…)”라고 규정하고 있었다. 그런데 일부 사업장에서는 협약 시행일 이후 신규 채용된 근로자에게도 같은 조건을 적용한다는 협약을 체결하였다. 신규 채용된 근로자에게 적용될 협약은 과연 어느 것인가? 유리한 조건 우선의 원칙을 적용한다면 산업별 협약 제10장 제2조는 적용되지 않고, 신규 채용된 근로자에게도 보건수당을 지급한다고 정한 기업별 협약이 적용될 것이다. 그리고 이 경우는 특별법 우선의 원칙을 적용하더라도 마찬가지 결과로 된다. 상위 협약 당사자 의사 우선의 원칙을 적용하면 비록 근로자에게 더 유리하더라도 다른 내용을 정한 기업별 협약의 효력은 부인될 것이다.

#### # 2.

2004년 금속산업 협약은 “기존 사업장 단협이 본 협약을 상회할 경우 이를 저하할 수 없다”라고 규정하고 있다. 이른바 유리의 원칙을 적용하여 산업별 협약보다 유리한 내용의 기업별 협약의 효력을 인정하고 있는 것이다. 상위 협약 당사자 의사 우선의 원칙을 적용하면 근로자에게 좀 더 불리한 내용을 정한 기업별 협약의 효력은 부인될 것이다. 반대로 특별법 우선의 원칙을 적용하면 금속산업 협약의 해당 조항은 위법 무효가 되고, 사업장 협약이 적용될 것이다.

#### # 3.

2008년 금융산업 단체협약 제10조(보충협약)제2항: “전항의 보충협약은 본 협약과 동일한 효력을 가지며 이 협약의 실효와 동시에 실효된다.” 보충협약(즉 기업별 협약)이 산별협약과 동일한 효력을 가진다고 규정하고 있기 때문에 두 협약 조항의 내용이 상이한 경우에는 어느 협약 조항을 적용해야 하는지 논란이 발생할 수 있다.

#### # 4.

2008년 보건의료산업 산별중앙협약 잠정합의 제3조(협약의 적용 범위

와 우선 적용 및 기존 노동조건 저하 금지): “본 협약은 근로기준법, 지부 단체협약, 취업규칙과 제 규정 등 기타의 개별적 근로계약에 우선한다. 단, 지부에서 기 합의한 사항과 지부 단체협약이 본 합의를 상회하는 경우는 그에 따른다.” 보건의 경우는 산업별 협약이 기업별 협약에 우선하는 효력을 갖는다고 명시하면서 유리한 경우에는 기업별 협약이 적용된다고 하여 ‘유리의 원칙’을 도입하고 있다. 이 경우에는 산별 협약과 지부 협약의 내용이 상이한 경우에도 어느 협약 조항을 적용해야 하는지를 확정하기가 용이하다.

#### # 5.

2008년 금속산업 중앙협약 전문: “본 협약은 (...) 근로기준법, 회사의 취업규칙과 제 규정, 여타의 개별적 근로계약 및 사업장 단체협약에 우선한다. 다만, 사업장 단협에 이미 확보되었거나 관행으로 실시해 온 조합활동 권리와 기존 노동조건을 저하시킬 수 없다.” 이 규정을 다시 정리하면 이렇다. “본 협약은 사업장 협약에 우선하지만, 기존 노동조건을 저하시킬 수 없다.” 그러므로 산별 협약이 기존 노동조건을 저하시키는 내용을 담고 있는 경우에는 기존 노동조건을 규정하고 있는 사업장 협약이 우선 적용될 것이며, 산별 협약이 기존 노동조건을 개선하는 내용을 담고 있는 경우에는 그와 다른 내용을 규정하고 있는 사업장 협약의 적용은 중지되고 산별 협약이 적용된다. 요컨대, 유리의 원칙을 채택하고 있다고 평가할 수 있다.

이상 몇 가지 사례에서 드러나는 것처럼, 복수의 협약이 충돌할 때 적용되어야 할 협약을 어떤 기준에 따라 정하는가에 따라 사뭇 다른 결과가 도출된다. 이는 노동관계의 안정과 예측 가능성의 확보라는 차원에서 시급히 입법적으로 해결되어야 할 사항이다. 이와 관련해서 몇 가지 방안을 검토할 수 있다.

첫째, ‘신법 우선의 원칙(*lex posterior derogat legi priori*)’을 생각해 볼 수 있다. 두 협약 가운데 나중에 체결된 협약을 적용하는 것이다. 그런데 이것은 동위의 협약들 사이에서만 타당한 기준이 된다. 이런 기준

을 적용하고 있는 독일의 경우에도 신법 우선의 원칙, 즉 이른바 ‘해소의 원칙’은 동위의 협약 사이에서만 적용되는 것으로 이해하고 있으며, 나아가 새로운 단체협약이 과거의 단체협약을 대체할 경우에 적용되는 것으로 보고 있다.<sup>52)</sup> 그러므로 서로 위계가 다를 뿐만 아니라 대체적 관계가 아니라 병존의 관계에 있는 산업별 협약과 기업별 협약 사이에 이 기준을 적용하기는 곤란하다.

둘째, ‘상위법 우선의 원칙(*lex superior derogat legi inferiori*)’을 생각해 볼 수 있다. 두 협약 가운데 더 넓은 적용 범위를 갖는 협약을 우선하여 적용하는 것이다. 상위법 우선의 원칙을 적용할 때 가장 큰 문제점은 일단 초기업 수준에서 협약이 체결되면 개별 기업 수준에서의 교섭과 협약의 체결이 차단된다는 데 있다. 산업별 협약이 개별 기업에 특수한 사정까지를 모두 고려하여 규정한다는 것은 사실상 불가능하고, 개별 기업 으로서는 초기업별 협약의 규정을 특수한 사정에 맞게 조정하고 수정하고 구체화시킬 필요성이 언제나 존재한다는 점을 생각할 때, 상위법 우선의 원칙은 적용하기 곤란하다고 말하지 않을 수 없다.

셋째, ‘특별법 우선의 원칙(*lex specialis derogat legi generali*)’을 생각해 볼 수 있다. 산업별 협약과 기업별 협약이 충돌하는 경우에는 기업별 협약을 우선하여 적용하는 것이다. 이는 상위법 우선의 원칙과 상반되는 것이라 할 수 있다. 이때, 기업별 협약이 산업별 협약의 내용보다 유리한지 불리한지는 문제삼지 않는다. 학설 중에도 이러한 입장을 취하고 있는 것이 있다. “이 경우에는 이른바 특수성의 원칙에 따라 하나의 단체협약이 적용된다. (...) 이 원칙에 따라 동일한 내용에 대하여 복수의 단체협약, 즉 기본협약과 보충협약이 적용될 때에는 장소적으로 협소한 효력 범위의 단체협약인 보충협약이 넓은 효력 범위의 단체협약인 기본협약보다 우선하여 적용된다. 이 원칙은 예컨대 한계기업에서 지부가 합의한 협약상 기준이 본조인 산별노조가 체결한 단체협약의 기준보다 저하하는 경우에도 마찬가지로 적용된다.”<sup>53)</sup>

52) 김형배(2009), 『노동법』, 박영사, pp.761-762 참조.

53) 이승욱(2002), 『산별노동조합의 노동법상 쟁점과 과제』, 『노동법연구』 제12호, 상반기, pp.231-232.

넷째, ‘유리한 조건 우선의 원칙’을 생각해 볼 수 있다. 산업별 협약과 기업별 협약 가운데 근로자에게 상대적으로 더 유리한 내용을 담고 있는 협약을 적용하는 것이다. 보통의 경우, 산업별 협약은 해당 산업의 공통된 기준, 즉 최저 기준을 설정하고 기업별 협약은 이를 각 기업의 구체적 현실에 적용하여 근로자에게 더 유리한 내용을 설정하게 되므로, 유리의 원칙과 특별법 우선의 원칙은 같은 내용이 된다. 그러나 기업별 협약이 산업별 협약보다 근로자에게 더 불리한 내용을 규정하는 경우에는 유리의 원칙에 따르면 산업별 협약의 내용이 적용되어야 하고, 특별법 우선의 원칙에 따르면 기업별 협약이 적용되어야 한다.

다섯째, ‘상위 협약 당사자의 의사 우선의 원칙’을 생각해 볼 수 있다. 이 원칙을 적용하면, 산업별 협약에서 기업별 협약으로 다르게 정하지 못하도록 명시적으로 금지하는 경우에는 산업별 협약의 기준이 일률적이고 표준적인 기준이 된다. 그러므로 이에 반하는 내용의 기업별 협약은 무효가 된다. 반대로 산업별 협약에서 기업별 협약으로 유불리 여부를 묻지 않고 다르게 정할 수 있도록 명시적으로 허용하는 경우에는 다른 내용을 정한 기업별 협약이 우선 적용된다. 한편, 산업별 협약에서 기업별 협약으로 근로자에게 더 유리한 방식으로만 달리 정할 수 있다고 규정하면 그러한 내용의 기업별 협약만 유효하고 그에 반하여 근로자에게 더 불리한 방식으로 달리 규정한 기업별 협약의 효력은 부인된다.

집단적 자치의 한 부분인 협약 자치의 의의를 생각할 때 상위 협약 당사자의 의사를 존중하는 것이 타당하다고 생각된다. 산업의 특성을 고려하여 기업 단위의 단체교섭에 좀 더 폭 넓은 재량을 허용해야 할 필요성이 있는 경우에는 그러한 방향으로 산업별 협약을 체결하면 될 것이기 때문에, 산업별 협약 당사자의 의사를 우선한다고 해서 기업별 교섭에 대한 과도한 제약이 가해진다고 할 수는 없을 것이다. 나아가 이미 현실적으로 우리나라의 산업별 협약 당사자들은 하위의 협약을 규율하기 위한 적극적인 의사를 표명하고 있는바, 현실 정합성의 측면에서도 장점이 있다. 다만, 상위 협약에서 아무런 규정을 두고 있지 않거나 협약 당사자의 의사를 확인할 수 없는 경우에는 문제가 생길 수 있기 때문에, 그런 경우를 대비해서 보충적으로 적용될 원칙을 아울러 강구할 필요가 있다.

보충 원칙으로는 유리의 원칙이 적절하다고 생각된다. 산업별 협약에서 아무런 규정을 두고 있지 않은 경우에 유리의 원칙을 보충적으로 적용하는 이유는 우리 노동법에서 유리의 원칙이 충돌하는 규범들 사이의 조율 기준으로 이미 작용하고 있다는 점을 고려한 때문이다. 유리의 원칙이 인정될 수 있는지 여부에 대해서는 학설상 다툼이 있다.<sup>54)</sup> 그러나 다음과 같은 점들을 고려할 때 유리의 원칙은 인정될 수 있다고 본다.

첫째, 근로기준법 제3조에 의하면, 근로관계 당사자는 근로계약이든 취업규칙이든 단체협약이든 법에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정할 수 있다. 즉 국가 법규와 자치 법규 사이에는 유리의 원칙이 적용된다. 둘째, 근로계약과 취업규칙의 경우에는 근로기준법 제97조에서 말하듯, 취업규칙의 기준에 미치지 못하는 근로계약은 무효이며, 그 부분은 취업규칙에서 정한 기준으로 대체된다. 즉 이 경우에는 법문에 의하여 유리의 원칙이 적용된다. 셋째, 취업규칙과 단체협약의 관계를 규정하고 있는 조문은 두 가지이다. 근로기준법 제96조와 노조법 제33조가 그것이다. 노조법 제33조는 단체협약을 위반한 취업규칙의 효력을 부정하고 있다. 문제는 여기서 ‘위반’을 유리한 내용이든 불리한 내용이든 가리지 않고, 취업규칙으로 단체협약의 내용과 ‘다르게’ 정하는 것으로 해석할 것인지, 아니면 ‘불리하게’ 정한 것만을 의미하는 것으로 해석할 것인지에 있다. 그런데 근로기준법 제96조는 취업규칙이 법령이나 단체협약과 “어긋나서는 아니 된다”라고 규정하고 있는데, 취업규칙과 법령 사이에서 유리의 원칙이 인정된다면(근로기준법 제3조), 취업규칙과 단체협약 사이에서도 “어긋나서는 아니 된다”라는 규정이 양자가 언제나 동일해야 한다는 의미일 수는 없을 것이며 유리의 원칙을 부정하는 것으로 해석될 수는 없을 것이다. 그러므로 취업규칙과 단체협약 사이에서도 유리의 원칙이 인정된다고 해석하는 것이 논리적이다. 넷째, 근로계약과 단체협약의 관계도 위 취업규칙과 단체협약 사이에서 적용된 해법을 그대로 적용할 수 있다. 왜냐하면 노조법 제33조는 취업규칙뿐만 아니라 근로계약에

54) 이에 대해서는 김재훈(1999), 『근로조건 변경의 법리』, 서울대학교 박사학위 논문; 박종희(1998a), 『유리한 조건 우선의 원칙에 대한 법이론적 검토와 체계상 재구성 시론』, 『노동법학』 제8호, p.479 이하 참조.

대해서도 똑같이 규정하고 있기 때문이다. 근로계약과 단체협약 사이에서도 유리의 원칙이 인정되는 것이다. 요컨대, 자치 법규들 사이에서도 유리의 원칙은 적용된다고 말할 수 있는 것이다. 다만, 단체협약들 사이에서는 아무런 규정이 없기 때문에 이를 보충적 원칙으로 적용하고자 하는 것이다.

기업별 노동조합이 지배적인 한국적 노동조합 체제에서 기업별 협약이 정형적이고 일률적인 근로조건 결정 규범으로서의 성격을 갖는다는 점을 강조하면서, 유리의 원칙을 부정하는 견해가 있다.<sup>55)</sup> 그러나 우리 노동법상 단체협약은 기업 차원에서 체결될 수도 있지만, 지역별·직종별 나아가 산업별 차원에서도 체결될 수 있으며, 또 정형적이고 일률적 방식으로 체결되는 것뿐만 아니라 최저 기준으로 체결될 수도 있다. 그것은 노사 간의 선택에 관한 문제일 뿐이다. 즉 현재의 기업별 노동조합 체제는 사실적 차원에서 그러할 뿐이지 규범적 차원에서 그러해야 하는 것은 아닌 것이다. 기업별 노동조합과 산업별 노동조합이 공존하고, 기업별 협약과 산업별 협약이 공존하는 상황에서, 여전히 기업별 노동조합 체제를 이유로 유리의 원칙을 부정하는 것은 설득력이 떨어질 뿐만 아니라, 새로운 상황에 적용될 기준 마련의 측면에서도 바람직하지 못하다.

55) 가령 임종률(2013), 『노동법』(제11판), 박영사, p.147.

## 제 4 장

### 기업집단 차원의 근로자대표론

산업이나 기업 수준에서는 근로자대표론의 구체적인 제도의 상(像)을 그려 보는 것이 필요하겠지만, 기업집단 수준에서는 도대체 기업집단이라는 것이 노동법상 하나의 규제 단위가 될 수 있는 것인지, 그래서 그 단위에서 근로자대표론을 구상한다는 것이 타당하거나 한 것인지 자체가 논쟁거리이기 때문에, 우선은 기업집단을 독립적인 대표 단위로 설정하는 것이 필요하다. 일단 그 전제가 확보된다면 구체적인 제도의 상은 기업 수준의 근로자대표론을 충분히 참조할 수 있을 것이다. 그런 까닭에 이 장은 다른 장들과 서술 체계가 조금 다르다.

#### 1. 재벌과 사내하청

기업의 그룹화 현상은 비단 우리나라만의 문제는 아니다. 대부분의 산업 국가에서 이는 공통적으로 관찰되는 현상이다. 그러한 현상 속에서 전통적인 노동법의 실효성과 규범력이 약화되고 있는 문제도 공통적이다. 이에 따라 기업의 그룹화 현상과 이에 대한 노동법의 대응을 둘러싼 논의도 전 지구적 규모를 갖게 된다. 기업의 그룹화 현상에서 중요한 것은 그룹을 하나의 선행적 실체를 갖는 법인으로 취급하는 것이 아니라 사업의 구체적인 경제적 형태에 대응하여 책임을 부과하는 또는 부과해야 하는 특수한 경우들을 확인하는 것이다.<sup>56)</sup> 우리나라의 경우 기업의 그룹화 곧 ‘기업집단’의 문제는 좀 더 특별한 의미를 갖는다. 두 가지 차

원에서 그렇다. 하나는 한국 특유의 기업집단인 ‘재벌’ 문제이고, 다른 하나는 한국에서 가장 극단적인 형태로 발현하고 있는 ‘사내하청’ 문제이다.

우선 재벌 문제부터 살펴보자. 우리나라 경제에서 재벌 소속 기업들이 차지하는 비중은 대단히 크다. 그 말은 곧 재벌 노사관계가 우리나라 노사관계를 대표한다는 것이다. 그러나 실질적인 의사결정 구조와 근로자의 참여 구조는 비대칭적이다. 수많은 대규모 노사분쟁이 기실 여기서 비롯된다. 두 개의 신문 기사를 보도록 하자. 먼저, 2006년 2월 3일자 동아일보는 “계열사 사장 10명이 구조조정본부 재무팀장 하나를 못 당한다”라는 제호의 기사에서 삼성의 의사결정 구조를 보여주고 있다. “삼성 그룹에서는 계열사 마음대로 미래 사업 전략을 세우거나 투자 계획을 실행할 수 없다. 구조본 재무팀이 각 계열사의 사업 전략을 종합적으로 분석하고 조정을 거친 뒤 시행 여부를 결정한다. 각 계열사가 미래를 설계하려면 구조본 재무팀을 통과해야 한다. 따라서 삼성의 최고재무책임자(CFO)는 핵심 권력으로 향하는 ‘직행 티켓’을 의미한다. 이건희(李健熙) 삼성 회장을 가까이에서 보좌하는 이학수(李鶴洙·60) 구조본부장과 김인주(金仁宙·48) 사장도 CFO 출신이다. 이들 외에도 핵심 임원 가운데 제일모직과 삼성물산 재무 출신이 많다.” 한편, 한겨레 2006년 4월 25일자는 현대의 의사결정 구조를 보여주고 있다. “계열사의 한 사장급 임원은 현대차의 힘이 총수 체제에서 나온다고 강조한다. 자동차 회사는 신제품 하나 개발에 수천억 원, 공장 한 곳 세우는 데 최소 1조 원 이상이 투입되는 고위험 산업으로, 그룹에서 위험을 감수하고 신속 과감한 의사결정을 내릴 수 있는 사람은 정 회장 말고 없다는 것이다.”

다음으로 기아자동차-동희오토 사례를 보자. 동희오토 혹은 기아자동차 서산 공장은 기아자동차의 모닝을 생산하는 공장이다. 공장 부지와 건물은 현대자동차의 소유이며, 기계 설비는 현대캐피탈 소유이다. 동희오토에서는 관리직 140명을 제외한 생산직 900여 명 전원이 사내 하청업체 소속이다. 하청업체 사장은 대부분 현대-기아차 전직 간부다. “동희

56) R. De Luca Tamajo and A. Perulli(2006), Labour law (in its individual and collective aspects) and productive decentralization, General Report for the 18th World Congress of Labour and Social Security Law, Paris, p.22.

오토는 대기업의 수출용 완성차를 OEM으로 조립생산하는 국내 첫 중견 업체다. 하지만 내용을 보면 현대기아차의 생산 공장과 다름없다. (중략) 법적 모기업인 동희산업의 이동호 회장이 대표이사를 맡고 있지만 공장장과 재무담당 상무 등 책임자는 현대기아차 출신이다.”<sup>57)</sup> “지난해 동희오토의 매출액은 794억 원. 경차 11만 4,000대를 생산한 회사로는 매출액이 적은 편이다. 이는 기아차에서 부품을 들여와 조립, 완성한 뒤 돌려주고 한 대당 50만 원 안팎의 임가공비를 받기 때문이다.” 기아차 관계자는 “기아차 생산직 평균 연봉이 5,000만 원에 달하는 상황에서 모닝을 생산할 경우 적자가 불가피해 동희오토를 설립했다”라고 설명했다. 동희오토는 조립 라인을 10개 구역으로 나눠 각각 하청업체를 뒀다. 하청업체 간 경쟁을 시켜 일을 못하는 업체는 계약을 해지한다. 동희오토 관계자는 “최소한의 인건비로 생산하는 게 원칙이라 하청업체 간 경쟁은 불가피하다”라며, “노조가 결성되거나 불량이 나면 계약을 해지한다”라고 말했다. 생산직은 24시간 철야 2교대로 일한다. 하루 2시간의 잔업과 월 평균 3회 휴일근무(특근)를 해도 월 급여는 200만 원이 채 안 된다.<sup>58)</sup> 이 동희오토에 2005년 노동조합이 생겼다. 그러자 노조 결성에 주축이 된 노동자들이 소속된 하청업체가 폐업되었고, 해당 노동자들은 모두 해고되었다. 하청업체에 교섭을 요구하면, “우리가 무슨 결정권이 있냐. 위에서 다 결정하는데”라고 한다. 동희오토에 교섭을 요구하면, “우리도 기아차에서 주문받아 생산하고 대당 단가를 받는 입장이다. 할 수 있는 게 없다”라는 말만 한다. 기아자동차에 교섭을 요구하면? “우리는 당신들의 사용자가 아니다”라는 대답이 돌아올 게 뻔하다. 마지막은 어딜까? 현대-기아차 그룹의 정몽구 회장이다.<sup>59)</sup>

57) 중앙일보 2005. 4. 19. “현대기아차 무노조 실험: 동희오토 등에 설비 등 지원, 경차 위탁생산”.

58) 이상 중앙일보 2010. 7. 13. “경차 모닝 인기 이끈 ‘동희오토 실험’ 삐끗”.

59) 이청우(2010), 『퍼지지 않는 손가락... 자동차 절망 공장 동희오토, 모닝을 만들지만 기아차 노동자는 아니다?』, 프레시안, 7. 19.

## 2. 권한에 상응하는 책임의 제도화

여기에서 ‘근로자만 있고 사용자는 없는 노사관계’라는 우리나라 기업 집단 노사관계의 문제점이 극명하게 드러난다. 기업의 장기적인 사업 계획이나 투자 계획은 해당 기업 근로자의 사회적·경제적 지위에 곧바로 영향을 미친다. 특히나 기존 사업 부문을 축소하거나 아예 폐지하는 경우에는 근로자의 삶에 미치는 영향은 결정적이라고 할 수 있다. 그러나 위 신문 기사에서 보듯이, 이러한 경영상의 중요한 문제들이 계열사나 하청업체 등 근로자가 직접 고용되어 있는 개별 기업 차원에서 결정되지 못하고 모기업이나 구조조정본부 혹은 총수에 의하여 결정되고 있는 상황에서 개별 기업 차원의 노사협의 또는 단체교섭은 아무런 의미가 없게 된다. 이는 노동관계의 한쪽 당사자인 사용자 쪽의 책임을 희석시키는 효과를 갖는다. 여기서는 누가 사용자인지를 확인하는 것이 어려워지거나 때로는 불가능해진다. 사업을 원하는 대로 법적으로 조직할 수 있는 자유는 사용자가 그 경제적 행위에 고유한 책임들을 회피하는 수단이 되었다.<sup>60)</sup> 김상조 교수는 “현재 한국의 노동 대중은 광의의 구조조정에 대한 의사결정 과정에서 완전히 배제되어 있으며, 또한 협의의 구조조정 과정에서 기업 조직 축소에 따른 실업의 위협에 직면해 있다. 요컨대, 자신의 운명을 결정할 권리 없이 일부 소수의 결정에 따른 책임만을 부담하고 있다”라고 진단하면서, “책임에 상응한 권리를 제도화하는 것, 그럼으로써 책임의 양과 내용을 변화시키는 것”을 대안의 방향으로 설정하고 있다.<sup>61)</sup>

우리는 이 지적이 타당한 것임을 인정하면서, 동일한 내용을 정반대의 측면에서 정식화하는 것, 즉 ‘권한에 상응하는 책임의 제도화’와 그것을 통하여 ‘권한의 양과 내용을 변화시키는 것’이 기업집단 노사관계의 ‘정상화’를 위하여 필요하다고 본다. 사실, 기업집단을 규제하는 다양한 제도들은 이미 상당수 존재한다. 몇 가지 사례를 들어 보겠다.

60) Alain Supiot(2004), Le droit du travail, PUF, Paris, p.51.

61) 김상조(1999), 『재벌개혁의 방향과 노조의 대응전략』, 『노동사회』, 1월호, p.33.

### 3. 기업집단을 규제하는 다양한 제도들

#### 1) 공정거래법상 기업집단

시행령 제3조 2. 다음 각 목의 1에 해당하는 회사로서 당해 회사의 경영에 대하여 지배적인 영향력을 행사하고 있다고 인정되는 회사

가. 동일인이 다른 주요 주주와의 계약 또는 합의에 의하여 대표이사를 임면하거나 임원의 50퍼센트 이상을 선임하거나 선임할 수 있는 회사

나. 동일인이 직접 또는 동일인관련자를 통하여 당해 회사의 조직변경 또는 신규사업에의 투자 등 주요 의사결정이나 업무집행에 지배적인 영향력을 행사하고 있는 회사

다. 동일인이 지배하는 회사(동일인이 회사인 경우에는 동일인을 포함)와 당해 회사 간에 다음의 하나에 해당하는 인사교류가 있는 회사

(1) 동일인이 지배하는 회사와 당해 회사 간에 임원의 겸임이 있는 경우

(2) 동일인이 지배하는 회사의 임직원이 당해 회사의 임원으로 임명되었다가 동일인이 지배하는 회사로 복직하는 경우(동일인이 지배하는 회사 중 당초의 회사가 아닌 회사로 복직하는 경우를 포함)

(3) 당해 회사의 임원이 동일인이 지배하는 회사의 임직원으로 임명되었다가 당해 회사 또는 당해 회사의 계열회사로 복직하는 경우

라. 통상적인 범위를 초과하여 동일인 또는 동일인관련자와 자금·자산·상품·용역 등의 거래를 하고 있거나 채무보증을 하거나 채무보증을 받고 있는 회사, 기타 당해 회사가 동일인의 기업집단의 계열회사로 인정될 수 있는 영업상의 표시행위를 하는 등 사회통념상 경제적 동일체로 인정되는 회사

## 2) 주식회사의 외부감사에 관한 법률 개정안에 의한 이사 범위의 확대

제17조 제4항. “감사인이 회사 또는 제3자에게 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 해당 회사의 이사 또는 감사(감사위원회가 설치된 경우에는 감사위원회위원을 말한다. 이하 이 항에서 같다)도 그 책임이 있으면 그 감사인과 해당 회사의 이사 및 감사는 연대하여 손해를 배상할 책임이 있다.” 중 ‘이사를 ‘이사(『상법』 제401조의2 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자 및 『상법』 제408조의2에 따른 집행임원을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)’로 한다.

## 3) 상법상 업무집행지시자

제401조의2(업무집행지시자 등의 책임) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 그 지시하거나 집행한 업무에 관하여 제399조·제401조 및 제403조의 적용에 있어서 이를 이사로 본다.

1. 회사에 대한 자신의 영향력을 이용하여 이사에게 업무집행을 지시한 자
2. 이사의 이름으로 직접 업무를 집행한 자
3. 이사가 아니면서 명예회장·회장·사장·부사장·전무·상무·이사 기타 회사의 업무를 집행할 권한이 있는 것으로 인정될 만한 명칭을 사용하여 회사의 업무를 집행한 자

② 제1항의 경우에 회사 또는 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 이사는 제1항에 규정된 자와 연대하여 그 책임을 진다.

## 4) 연결재무제표

주식회사의 외부감사에 관한 법률 제1조의2. ‘연결재무제표’란 주식회사와 다른 회사(조합 등 법인격이 없는 기업을 포함한다)가 대통령령으로 정하는 지배·종속의 관계에 있는 경우 지배하는 회사(주식회사만을 말한다. 이하 ‘지배회사’라 한다)가 작성하는 다음 각 목의 서류

를 말한다.

5) 태광산업 사건(대법원 2006. 9. 22. 2005다30580)

“동종의 사업을 하는 두 개의 법인이 동시에 정리해고를 하거나 한 법인의 특정 사업부문에 한하여 정리해고를 하는 경우, 정리해고가 정당하다고 하기 위한 요건으로서 ‘긴박한 경영상의 필요’가 있는지 여부에 관하여는 원칙적으로 정리해고를 하는 법인별로 이를 판단하여야 할 것이나, 한 법인의 사업부문이 다른 사업부문과 인적·물적·장소적으로 분리·독립되어 있고 재무 및 회계도 분리되어 있을 뿐만 아니라 노동조합도 각 사업부문별로 조직되어 있고, 경영여건도 서로 달리하고 있다면 그 사업부문만을 따로 떼어 긴박한 경영상의 필요 여부를 판단할 수 있고, 한편 두 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정 사업부문이 동종의 사업을 경영하여 그 업종이 처한 경기상황에 동시에 반응하며, 상호 인적·물적 설비가 엄격하게 분리되어 있지 않고, 노동조합도 각각이 아닌 단일 노조로 구성되어 두 법인과 통일적으로 교섭하고 있는 등 사실상 하나의 법인으로 운영되어 그 경영상황이 하나의 기업으로 볼 수 있을 정도로 상호 밀접한 관련이 있는 경우에는 두 법인 또는 한 법인과 다른 법인의 특정 사업부문의 긴박한 경영상의 필요에 관하여 종합적으로 판단할 수 있다고 할 것이다.”

6) 경남합동정화 사건(서울행정법원 2013. 3. 22. 2012구합27404)

“원고 회사와 AH환경을 포함한 이 사건 3개사 전체가 단일한 사업장(상시 근로자 수: 11명)으로 참가인들의 사용자라고 볼 것이다.”

#### 4. 기업집단에서 사용자는 누구인가?

마지막의 경남합동정화 사건은 좀 더 자세한 분석이 필요하다. 판결요지를 이해하기 위해서 사실관계를 간략히 정리하면 다음과 같다. 정화

조 청소 업체인 A, B, C는 각각 사업자 등록을 한 별도의 법인이다. 3개사는 2003년 6월 설립 후부터 2011년 12월 이 사건(부당휴직) 직전까지 공동 운영 협약을 통해 A의 대표이사인 甲이 3개사 전체의 대표이사로써 업무 집행을 하였다. 3개사 소속 근로자들을 조합원으로 하는 노동조합이 조직되었다. 참가인들은 이 노동조합의 지회장과 사무장이다. 甲은 이 사건 3개사의 대표로서 노동조합과 수 차례 임금협약을 체결하였다. 시의 하수관거 작업에 따라 매출이 줄어들자 3개사가 구조조정에 들어갔고, A는 2011년 10월 임시 주주총회를 열어 공동 경영을 중단하고 경영을 분리하기로 의결하였다. 그 직후인 2011년 12월 B가 휴업하면서 참가인들(乙)에 대하여 휴직 처분을 하였다. 2012년 4월 B는 乙을 해고하고 그 다음날 폐업하였다. 이에 乙은 A와 B를 상대로 경남지방노동위원회에 부당휴직구제신청을 하였다(부당노동행위구제신청도 같이 제기했지만 쟁점과 무관하므로 제외한다.). 경남지방노동위원회(2012부해12)는 구제신청을 각하하였다. 이유는 다음과 같다. 첫째, A와 B는 별도의 법인이고 乙은 B와 근로계약을 체결하였으므로 A는 乙의 사용자가 아니다. 둘째, 乙의 사용자는 B인데 B의 상시 근로자 수는 2명(참가인들이 B의 유일한 근로자들)이므로 근로기준법 적용 대상이 아니다. 중앙노동위원회(2012부해366)는 경남지노위와 상반되는 판정을 하였다. 즉, 3개사가 별도의 법인이지만 공동 운영되고 있어 실질적으로 하나의 사업으로 보아야 한다는 이유로 A의 사용자성을 인정하면서, 각하 판정을 한 초심을 취소하고 부당휴직구제신청을 인용하면서 원직 복직을 명령하였다. 행정법원은 중노위의 결론을 지지하였다. 법인격이 서로 다른 기업들을 하나의 사업으로 보아 노동법을 적용할 수 있다는 생각은 노동법의 규범력을 확보한다는 점에서 아주 중요한 것이다.

그런데 대상 판결은 한 가지 흥미로운 논점을 제공하고 있다. 복수의 법인이 하나의 사업을 구성한다고 할 때, 사용자는 누구인가? 중노위는 3개의 법인 모두가 사용자로서 공동의 책임을 진다고 했다. 반면, 행정법원은 3개의 법인 전체가 하나의 단체로서, 즉 하나의 기업집단으로서 그 자체가 사용자라고 보았다. 위에서 인용한 판결 요지 가운데 “이 사건 3개사 전체가 단일한 사업장으로 참가인들의 사용자”라는 구절이 그러한

관점을 보여준다. 행정법원은 ‘사업 또는 사업장’ 그 자체가 사용자라는 것이다. 그러나 근로기준법에서는 ‘사업주’를 사용자라고 하고 있지 않은가? 과연 사용자는 사업인가 사업주인가? 이 문제는 우리가 흔히 사업을 기업과 같은 것으로 생각하고 또 기업을 법인과 같은 것으로 생각하기 때문에 생기는 혼란을 드러낸다(여기에는 사업주를 사업의 주체로 혼동하는 문제도 얹혀 있다.). 하나의 법인이 하나의 사업인 경우에는 사업과 사업주의 경계가 일치하기 때문에 사업을 법인과 같은 것으로 생각해서 사업을 사용자라고 해도 결과적으로는 다르지 않다.

그러나 복수의 법인이 하나의 사업인 경우에는 사정이 좀 다르다. 법인들이 함께 구성하는 하나의 단체 혹은 집단은 법인격이 없기 때문이다. 대상 판결이 “참가인들로서는 이 사건 3개사 자체를 단일한 사용자로 보아 구제신청을 제기하는 것이 그 실질에는 부합하겠지만, 이러한 3개 통합 회사는 별도의 형식적 법인격이 없어 구제신청이나 소송 등의 상대방으로 하기에 적당하지 않은 점을 고려한다면 원고를 포함한 구성 회사 각각을 구제명령을 이행할 사용자로 보아도 무방하다”라고 판시한 이유도 여기에 있다. 하지만 사업은 사용자가 아니다. 사업은 근로기준법 등 노동관계법의 적용 범위일 뿐이다. 그리고 사용자란 기본적으로 그 사업을 지배하는 자이다. 근로기준법에서 말하는 ‘사업주’란 사업의 주체가 아니라 사업의 주인 곧 사업을 지배하는 자를 말한다. 그러므로 복수의 법인이 하나의 사업을 구성할 때 사용자는 원칙적으로 그 복수의 법인이 구성하는 사업을 지배하는 자이다. 물론, 각 법인도 사업주를 위하여 행위하는 자로서 노동법상 사용자 책임을 진다(근로기준법 제2조 제2호 참조). 요컨대, 개별 법인만이 사용자라는 고정관념에서 벗어나야 한다. 사업의 조직과 운영이 점점 더 그물망 모양으로 발전해 가고 있는 현대 사회에서, 심지어는 근로자 11명으로도 3개 법인의 그룹을 만들어 내는 오늘날, 動的인 사업 개념의 인식과 사용자 개념의 재인식은 노동법의 실효성을 확보하기 위하여 필요한 핵심적인 사항이 되었다.

## 5. 사용자 개념의 재인식

초기 노동법의 개념이 표상하던 대상과 현대 노동법의 개념이 표상하는 대상은 동일한가? 아니다. 기표는 변하지 않았지만 기의는 변했다. 비트겐슈타인의 말을 빌리면, “우리를 혼란시키는 것은 낱말들이 우리에게 말해지거나 원고 또는 인쇄물에서 우리가 그것들과 마주칠 때 그것들이 지니는 겉모습의 확일성이다.”<sup>62)</sup> 과거의 ‘근로자’와 현재의 ‘근로자’는 동일하지 않다. 과거의 근로자는 종속관계에서 노동하는 자이다. 흥미롭게도 판례는 종속관계가 무엇인지 정의하지는 않으면서 종속관계가 있는지 여부를 판단하기 위한 징표들을 제시하고 있다. 종속관계의 정의는 학설에 맡겨져 있으며, 이른바 경제적 종속성, 조직적 종속성, 인적 종속성 등의 학설 대립이 있고, 판례는 이 가운데 인적 종속성을 취하면서 ‘사용종속관계’라는 표현을 사용한다고 설명되고 있다. 판례가 제시하는 징표들을 재구성하면 판례가 이해하고 있는 종속관계란 대강 다음과 같은 내용임을 알 수 있다. 즉, 사용자가 노동의 내용을 지시하고(업무 내용을 사용자가 정하고), 노동의 과정을 감독하며(업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘 감독을 하고, 사용자가 근무 시간과 근무 장소를 지정하고, 근로자가 이에 구속을 받으며), 노동의 결과에 대해서 보상하거나 징계하는 경우(보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로자가 취업규칙 또는 복무인사규정 등의 적용을 받는지), 이 노동은 종속관계에서 수행된 종속노동이며, 이 종속노동을 수행하는 자가 근로자이다. 근로계약은 종속관계의 법률적 형식이다. 자유와 평등을 근간으로 하는 근대법의 이상에서 볼 때 종속이란 낮은 현상인바, 근로계약은 계약을 통한 종속을 가능하게 한다. 그런데 이 종속관계와 근로계약의 등가성은 현재 위기에 처해 있다. 한편으로는 종속관계 없는 근로계약이 있는가 하면, 다른 한편으로는 근로계약 없는 종속관계가 있다. 예를 들면, 전자는 대학교수의 근로자성 문제이고, 후자는 이른바 ‘특

62) 비트겐슈타인(2006), 『철학적 탐구』, 책세상, p.28.

수형태근로종사자'의 근로자성 문제이다. 누구보다 자유롭게 일을 하는 것처럼 보이는 대학교수가 근로자인 이유는 무엇이며, 대학교수보다 수십 배는 더 종속적인 처지에서 일하는 것이 분명해 보이는 특수형태근로종사자가 근로자가 아닌 이유는 또 무엇인가?

과거의 '사용자'와 현재의 '사용자'도 동일하지 않다. 과거의 사용자란 근로자가 종속관계에서 노동을 제공하는 상대방이다. 가령, 엥겔스의 『영국 노동자계급의 상태』 등 산업혁명 당시의 상황을 묘사한 책들을 보면 알 수 있듯이, 당시의 자본가는 공장 근로자들과 직접 접촉하는 공장주이자 고용주였다. 이 고용주인 자본가들은 노동 규율을 유지하기 위하여 가혹한 징계, 벌금, 기아임금, 아동노동 그리고 하청노동을 적극적으로 활용하였다. 이 모습이 바로 초기 노동법이 포착하고 있는 사용자의 모습이다. 근로기준법이 금지하고 있는 여러 행위들, 사용자의 폭행(제8조), 중간착취(제9조), 전차금 상계(제21조), 아동노동(제64조) 등은 바로 산업혁명 당시의 그것들이다. 자본가가 곧 사용자였으므로, 노사 대립과 노사 대립이 일치하였다. 도식적으로 말하자면, 초기 산업자본주의 시대에는 자본가와 사용자와 경영자가 한 몸이었다. 자본가-사용자-경영자의 삼위일체는 주식회사의 등장과 함께 일차적으로 흔들리게 된다. 자본가가 분리되어 나가는 것이다. 그러나 아직 사용자와 경영자는 한 몸을 이루고 있다. 형식적으로는 주식회사라는 법인이 사용자이지만 경영자는 법인의 대표로서 사용자와 운명을 같이한다. 노동관계에서 근로자들의 상대방으로 무대에 나서는 자는 형체 없는 법인이 아니라 자연인인 사장이다. 우리 근로기준법이 사업주뿐만 아니라 사업의 경영 담당자도 사용자로 규정해 놓은 까닭도 여기에 있다. 이 단계까지도 사업은 총체적이고 위계적인 질서를 유지한다.

그런데 이러한 전통적인 사용자 개념은 위기에 처해 있다. 여기에는 여러 가지 원인이 중첩적으로 작용하는데, 복지국가를 가능하게 했던 포드주의적 노사 타협이 깨지면서 노동은 다시 상품으로 전락하고 자본가는 더 이상 책임을 지지 않으려고 한다는 점, 탈산업화와 함께 제조업을 모델로 하는 위계적이고 총체적인 사업 개념이 분권적이면서도 서로 얽혀 있는 거미줄형 사업 모델로 바뀌고 있다는 점, 사업의 그룹화 현상이

가속화되고 있다는 점 등을 고려할 수 있다. 나아가 금융자본주의가 확산됨에 따라 사업과 기업을 지배하는 또 다른 주체, 즉 주주의 존재를 고려할 필요성이 제기된다. 산업자본주의에서의 기업은 곧 사업주였지만, 금융자본주의에서의 기업은 금융자본의 사업에 이용되는 하나의 금융상품으로 전락한다. 이상의 상황들은 근로계약의 상대방인 사용자로서의 기업과 노동으로부터 이윤을 취하는 사용자로서의 주주와 노동을 관리하는 사용자로서의 경영자가 서로 분리되는 결과를 초래한다. 산업자본주의와 비교해서 다시 도식적으로 말하자면, 금융자본주의 시대에는 자본가와 사용자와 경영자가 모두 딴 몸이다. 그렇다면 과연 노동법의 기본 구도는 노사 대립인가, 노사 대립인가? 이러한 질문은 사용자 개념과 관련하여 이를 기업이라는 사업주에 한정하지 않고 그것을 넘어 기업망으로서의 사업을 지배하는 자 혹은 기업집단으로서의 사업을 지배하는 자까지도 사용자로 고려할 것을 진지하게 고민하도록 한다.

전통적인 기업론은 산업 경제가 서비스 경제로 이행하고, 나아가 경제 그 자체가 금융화되고 있는 현상에 직면하여 위기에 처해 있다. 산업 경제에서 기업의 모델은 피라미드이다. 생산에 필요한 각종의 물적·인적 요소들이 권한과 책임을 동시에 보유하고 있는 경영자의 감독 아래 하나의 거대한 공장에서 위계적으로 조직되어 있는 피라미드이다. 이 피라미드는 포드주의 시대의 기업을 표상한다. 반면에, 서비스 경제에서는 사업이 수행되는 장소들이 고객과의 접촉면을 찾아 분산되고 그에 따라 근로자들 또한 유랑하게 된다. 즉, 서비스 경제의 기업 모델은 거미줄이다. 나아가 금융자본주의는 기업을 사업의 주체로 보는 고전적인 관점을 재고하게 만든다. 왜냐하면 기업을 지배하는 또 다른 존재, 즉 주주의 존재를 고려해야 하기 때문이다.<sup>63)</sup> 네트워크형 사업 질서에서 “노동은 집합적 정체성을 잃고, 점차 잠재력, 근로조건 및 관심과 계획에서 개별화된다. 차츰 다양해지는 위상, 팀워크, 네트워크, 외주 및 하청의 생산 체계 내부에서는 누가 소유주고, 누가 생산자이며, 누가 경영자인지 그리고 누가 부하 직원인지를 가르는 경계를 알아보기 어렵게 된다.”<sup>64)</sup>

63) 오늘날 도대체 기업이란 무엇인가라는 질문에 대한 최근의 다양한 논의 흐름에 대해서는 박제성(2012), 『하청노동에 관한 시론』, 한국노동연구원 참조.

지금까지의 노동법은 사용자를 근로계약의 일방 당사자로서만 자리매김하였다. 그러나 이제는 사업을 실제로 지배하는 자의 결정으로 인하여 권리와 이익의 침해를 당하는 근로자에 대하여 그 사업 지배자를 노동법상 사용자로 간주할 수 있어야 한다. 현대중공업 사내하청 사건 관련 2010년 3월 25일의 대법원 판결이 주목되는 것도 이러한 까닭이다. 이 판결에서 대법원은 “근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배, 결정할 수 있는 지위에 있는 자”로서 현대중공업을 사내하청 노동자들의 사용자로 인정한 바가 있다. 공정거래법의 ‘기업집단’ 개념도 이 관점에서 재해석될 필요가 있다. 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률』상의 ‘기업집단’은 동일인이 대통령령이 정하는 기준에 의하여 사실상 그 사업 내용을 지배하는 회사의 집단을 말한다. 여기서 ‘사실상 그 사업 내용을 지배한다’ 함은 주식의 소유 관계라는 경제적 기준 또는 ‘지배적인 영향력의 행사’라는 사회적 기준에 따라서 판단된다(시행령 제3조). 우리는 이 두 경우 모두에서 ‘지배’라는 하나의 공통된 개념을 발견할 수 있다. 기실, 포드주의적 사업 질서, 즉 총체적이고 위계적인 사업 질서에서 지시 혹은 지휘 명령이 핵심적인 개념이었다면, 거미줄형 사업 질서가 만들어내는 공간에서는 지배라는 개념이 핵심이다.

## 6. 지시와 지배

지시와 지배를 약간은 도식적으로 비교하자면 이렇다. 지시는 현대자동차 사내하청 사건에 적용될 수 있는 개념이고, 지배는 기아자동차-동희오토 사내하청 사건에 적용될 수 있는 개념이다. 물론 기아자동차-동희오토 사건에 대해서도 지시 개념을 적용할 수 있다는 주장이 불가능한 것은 아니다. 가운데 개입되어 있는 하청이 하나든 둘이든 상관없이 그 전부를 실체 없는 중간자로 규정하고 기아자동차와 동희오토 사내하청

64) 마누엘 카스텔(2003), 『네트워크 사회의 도래』, 한울아카데미, p.612.

노동자들 사이에 직접 종속관계를 인정할 수도 있다. 하지만 그런 식으로 지시의 외연을 확장해 나가다 보면 언젠가는 어디가 하늘이고 어디가 땅인지 분간할 수 없는 지점에 다다르게 될 것이다. “지시와 지배는 어떻게 구별되는가?”라는 질문과 “지시의 외연은 어디까지 확장될 수 있는가?”라는 질문은 동전의 양면이다. 어떤 질문을 선택할 것인가는 단순히 기술적인 문제에 그치는 것이 아니라, 노동과 노동법을 바라보는 근본적인 관점의 차이에 관한 문제이다.

‘지배한다’는 것은 무엇을 말하는가? 우리는 여기서 미국의 정치철학자 페릿의 정의를 취하고자 한다. “누군가가 타인이 내릴 수 있는 특정 선택들에 대해서 자의적으로 간섭할 수 있는 능력을 지닐 때 그는 타인을 지배하거나 종속시킨다.”<sup>65)</sup> 여기서 주목하고자 하는 요소는 ‘자의성’이다. 이러한 정의는 하청노동과 관련하여 중요한 논점을 제기한다. 현대 증공업 사건에서 대법원이 제시한 요건이 “실질적이고 구체적으로 지배력을 행사했을 것”이라고 한다면, 이는 부적절할 수 있다는 점이다. 왜냐하면 지배는 구체적인 개입 행위 없이도 가능하기 때문이다. 개입 없는 지배가 가능한 것이다. 가령, 페릿이 자주 예로 들고 있듯이, 관대한 주인이 노예의 행위에 구체적으로 개입하지 않고 자유롭게 내버려두고 있는 경우에도, 언제라도 주인이 마음먹기에 따라서는, 즉 자의적으로 노예의 행위에 개입할 수 있을 때 주인은 노예를 지배하고 있다고 말할 수 있다. 그러므로 외부로 직접 표출된 지배력의 행사에만 초점을 맞출 것이 아니라, 자의적 시기를 기다리면서 잠재력의 상태로 내재되어 있는 포괄적 지배력을 고려할 수 있어야 한다. 이 지배라는 개념은 노동법의 적용을 위한 준거 개념으로서의 ‘사업’을 법인의 틀 속에 가둬 놓는 것이 아니라, 자본의 경제적 구성물에 대응하는 법적 구성물로 이해하는 ‘동태적 사업 개념’<sup>66)</sup>을 요구한다. 동태적 사업 개념은 개별 법인으로서의 기업을 넘어, 지배기업과 피지배기업(들)이 구성하는 기업망까지 하나의 사업으로 포괄할 수 있는 논리를 제공해 준다. 가령, 기업집단을 노동법에서 말하는 하나의 사업으로 간주하여 기업집단 고유의 노사관계가 형

65) 필립 페릿(2012), 『신공화주의: 비지배 자유와 공화주의 정부』, 나남, p.127.

66) 박제성 외(2007), 『기업집단과 노동법』, 한국노동연구원.

성될 수 있도록 한다든지, 사내하청에서 원청과 하청을 묶어 하나의 사업으로 간주하여 하청노동자들에 대한 원청의 책임을 체계화한다든지 하는 식의 접근이 가능해지는 것이다. 그런데 지시의 판단 징표처럼 지배의 판단 징표를 구성할 수 있을까? 『독점규제 및 공정거래에 관한 법률 시행령』 제3조 제2호에서 제시하고 있는 판단 징표들을 노동법적으로 재구성해 보는 것도 유의미한 출발점이 될 수 있을 것이다.

개념은 여러 관념 속에서 공통적 요소를 뽑아 종합하여 얻은 보편적 관념을 말한다. 이것은 더 이상 쪼갤 수 없는 알맹이를 형성하는 생각이다. 그래서 개념은 다른 모든 발전된 생각의 출발점이다. 특히 법적 사고는 개념적 사고라고 해도 좋을 만큼 개념에 대한 법학자의 집착은 유별난 면이 있다. 이러한 집착은 일단 한 번 형성된 개념에 대한 의심을 거의 허용하지 않는다. 이해를 못할 바도 아니다. 개념에 대한 합의된 정의 또는 권위적 정의 없이는 법의 적용 자체가 불가능해질 수도 있기 때문이다. 그러나 그 개념을 가능케 했던 사태 자체가 더 이상 지속되지 아니하고 새로운 사태가 형성·발전되고 있을 때, 과거의 개념에 집착하는 것은 역시 법의 적용을 불가능하게 만들 수 있다. 노동법의 개념이 경직된 상태로 머물러 있는 한, 갈수록 유연해지고 있는 외부의 환경에 조응하기가 점점 더 힘들어질 것이다. 그것은 곧바로 노동관계를 규율하는 기본법으로서 마땅히 가져야 할 규범력을 상실하는 결과로 이어진다. 그러므로 개념의 유연화에 대해서 고민하지 않을 수 없다. 프랑스 대법원 파기원의 사회부 부장판사인 마리-프랑스 마자르의 말처럼, “사업(기업) 개념의 다양성은 결코 판사의 입장에서 볼 때에도 장애물이 아니라, 오히려 판사로 하여금 사업(기업)이 처해 있는 경제적·사회적 실질을 구체적으로 평가할 수 있는 가능성을 열어 준다. 이러한 개념적 유연성은 사회경제적 환경의 변화에 판례가 적응하기 위해서는 반드시 필요한 것이다.”<sup>67)</sup>

67) Marie-France Mazars(2012), “A la recherche d’une représentation juridique de l’entreprise en droit social : l’entreprise dans tous ses états”, La crise de l’entreprise et de sa représentation, Paris, Dalloz, p.86.

## 제 5 장

### 기업 차원의 근로자대표론

#### 1. 취업규칙이 단체협약을 대체하다

하나의 사업 또는 사업장을 경영하기 위해서는 근로자들의 복무조건이나 근로조건을 집단적·통일적으로 정하고 규율할 필요가 있다. 물론 그러한 필요성은 포드주의적 산업사회에서 제기되는 것이며, 탈산업사회에서는 오히려 개별적이고 파편화된 규율 방식이 확산되고 있다는 비판을 제기할 수 있을 것이다. 그러나 우리 근로기준법은 여전히 포드주의적 체제를 유지하고 있으며, 산업사회에서 농어업이 완전히 사라진 것이 아닌 것처럼 탈산업사회에서도 산업이 완전히 사라지는 것은 아니기 때문에, 근로조건을 집단적 규율이라는 주제는 여전히 유의미하다고 할 것이다. 더군다나 기업 차원의 근로자대표론을 논함에 있어서는 이러한 집단적 규율의 문제를 우선적으로 다룰 수밖에 없을 것이다. 근로조건을 집단적으로 규율하는 제도는 다양할 수 있겠지만 적어도 현대 노동법이 정착한 선진산업사회에서는 법령과 단체협약 이 두 가지를 생각하지 않을 수 없다. 대개 법령은 원칙과 기준을 정하는 데 그치기 때문에, 작업장의 구체적인 조건을 정함에 있어서는 결국 노사가 합의해서 정한 규범 곧 단체협약이 중요할 수밖에 없다. 요컨대, 단체협약의 일차적인 기능은 일정한 노동 집단에, 그것이 산업이든 지역이든 기업이든, 임금과 근로조건을 집단적으로 규율하는 하나의 규범을 설정하는 데 있다고 할 것이다. 하나의 기업에는, 이 글의 대상은 기업이니까, 하나의 규범이 적용되

어야 한다. 마치 하나의 국가에는 하나의 법률이 적용되는 것과 같다.

각 나라는 이를 위해서 다양한 제도를 형성시키고 발전시켜 왔다. 예를 들어, 미국은 하나의 기업에 속하는 근로자들의 과반수를 대표하는 자에 의하여 교섭되고 체결된 단체협약이, 그 대표자에게 투표를 한 근로자들만이 아니라, 그 기업의 모든 근로자들에게 적용되도록 하는 ‘배타적 교섭대표제’를 갖고 있다. 프랑스와 이탈리아는 하나의 기업에서 대표성이 인정되는 노동조합이 체결한 단체협약이, 그 노동조합의 조합원만이 아니라 다른 노동조합의 조합원을 비롯하여 모든 비조합원까지 포함해서, 해당 기업의 모든 근로자들에게 적용되도록 하는 제도, 이른바 ‘만인효’ 제도를 갖고 있다. 독일 같은 나라는 기본적으로 단체협약은 조합원에게만 적용되지만 노동조합의 힘을 통해서 사실상 모든 근로자에게 적용되도록 하는 제도, 한국에서는 그 의미가 다분히 축소되어 소개되고 있는, ‘협약자치’ 제도와 기업의 모든 근로자를 적용 범위로 하는 사업장 협정 제도를 갖고 있다.

각각의 제도적 형태는 다르지만 그 모두에는 핵심적인 공통점이 있다. 바로 단체협약의 보편적용성이다. 즉, 단체협약이 기업의 모든 근로자들에게 보편적으로 적용된다는 것이다. 한국은 어떤가? 한국에서는, 교섭창구 단일화가 적용되는 경우를 제외하고 원칙적으로는, 단체협약은 그 협약을 체결한 노동조합의 조합원에게만 적용되는 것으로 이해하는 데 의견 일치를 보는 것 같다. 정작 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노조법’이라 한다)에는 단체협약의 적용 범위에 관한 기본 규정이 없는데도 말이다. 예를 들어, 임종률은 노조법 제29조 제1항에 근거하여 “노동조합은 그 조합원을 위하여 단체협약을 체결할 수 있지만, 해당 조합원이 아닌 자를 위하여 단체협약을 체결할 수 없다”<sup>68)</sup>라고 적고 있다. 반면에 김형배는 단체협약의 구속력 범위에 관한 명문의 규정은 없지만 노조법 제35조와 제36조의 반대 해석에 의하면 조합원 적용성을 전제하고 있는 것이라고 해석한다.<sup>69)</sup> 그런데 이렇게 단체협약이 조합원에게만 적용된다고 해석하면, 기업 내 하나의 노동 규범을 설정한다는 단체협약의 일차

68) 임종률(2013), 『노동법』(제11판), 박영사, p.161.

69) 김형배(2009), 『노동법』(제18판), 박영사, p.766.

적 기능은 훼손되고 말 것이다. 조합원과 비조합원이 출퇴근 시간이 다르고, 기본급이 다르고, 잔업 시간이 다르고, 수당이 다르다면 그 기업이 온전히 굴러가기는 힘들 것이다. 이를 보완하기 위해서 노조법 제35조에서 ‘일반적 구속력’이라는 이름 아래 기업 단위의 보편적 협약 적용을 가능하게 하는 제도를 마련하고 있지만, 그마저도 법원의 협소한 해석에 막혀 실효성을 잃고 있다. 또한 과반수 노동조합이 없는 기업도 많은데 그런 기업에서는 처음부터 이 제도가 적용될 여지도 없다.

이 공백을 메워 주는 제도가 바로 취업규칙이다. 취업규칙은, 근로기준법 제93조 제12호 “그 밖에 해당 사업 또는 사업장의 근로자 전체에 적용될 사항”이라는 구절이 말해 주듯이, 기본적으로 해당 기업의 모든 근로자들에게 적용된다. 또 취업규칙은 근로시간, 임금, 퇴직금, 최저임금, 직업훈련, 안전과 보건, 노동재해, 징계 및 그 밖의 근로자 전체에 적용될 사항에 관하여 작성한다. 중요한 근로조건은 모두 정한다고 볼 수 있다. 요컨대, 한국에서는 노동조합이 억압되었던 시절부터 지금까지, 노동조합이 조직되어 있지 못한 기업이 많고, 있더라도 단체협약은 조합원에게만 적용된다는 사정과 겹쳐, 단체협약이 아니라 취업규칙이 근로조건을 집단적 규율이라는 과제를 수행하는 것이다. 취업규칙의 법적 성질을 놓고 법규범이나 계약이나 다루는 것은 그러므로 다분히 한국적 논쟁이거나 우리와 같은 취업규칙 제도를 갖고 있는 나라, 예를 들어 일본 같은 나라만의 고유한 상황이라고 할 것이다. 이는 한국이나 일본 같은 취업규칙이 없는 프랑스나 독일 같은 나라와 비교해 보면 금방 드러난다. 프랑스는 근로조건 규율 기능을 단체협약이 담당하고 징계에 관한 사항만 사용자가 별도로 정하도록 하고 있으며, 독일은 단체협약이나 사업장협정으로 근로조건을 규율할 뿐 그 외의 취업규칙이나 징계규칙 같은 건 없다.

왜 한국의 입법자는, 근로조건을 집단적 규율이 필요했다면, 단체협약의 보편적용성 즉 단체협약은 기업의 모든 근로자들에게 적용된다는 원칙을 제시하기보다는 취업규칙을 통해서 단체협약의 근로조건 규율 기능을 대신하도록 했을까? 우선, 노동조합의 조직도가 낮은 상태에서 취업규칙이 단체협약을 보충하도록 구상한 것이라고 생각해 볼 수 있다.

“취업규칙은 법령 또는 당해 사업장에 대하여 적용되는 단체협약에 반할 수 없다”라고 규정한 제정 근로기준법 제87조 제1항도 그런 추측을 뒷받침한다. 그러나 취업규칙은 1953년 제정 근로기준법에서 이미 도입되었고, 노동조합의 조직률이 어떻게 될지는 알 수 없는 문제이므로, 노동조합의 낮은 조직도를 보충하기 위하여 취업규칙에 근로조건 규율 기능을 맡겼다고 보기보다는, 노동조합의 확산을 방지하면서도 근로조건에 집단적 규율을 가능하게 하기 위해서 취업규칙 제도를 도입했다고 추측하는 것도 가능할 것이다. 참고로 1891년 독일의 영업법에서 일종의 취업규칙 같은 제도(Arbeitsordnung)를 도입했는데, 그 내용이 일본과 한국의 취업규칙과 유사하였다. 독일의 초기 취업규칙 제도는 1920년 사업장조직법에 의하여 공동결정제도(Mitbestimmung)로 바뀌었고, 1952년에 그 대상 사항과 적용 범위를 확대하여 오늘에 이르고 있다. 일본의 취업규칙 제도는 1925년 공장법 개정에 의하여 처음으로 도입되었는데, 상시 50인 이상의 근로자를 사용하는 사용자는 일정한 사항에 대해서 취업규칙을 작성하거나 변경할 때 지방장관에게 신고해야 하였고, 지방장관은 필요한 경우 취업규칙을 변경하도록 명령할 수 있었다. 그러한 제도를 도입한 취지는, 행정적 감독을 통해서 취업규칙 가운데 부당한 규정을 배제하고 근로조건을 명확하게 함으로써 근로자의 이익을 보호하는 한편 노사 간의 무용한 분쟁을 방지한다는 것이었다. 이는 근로자의 계약 의식이 성숙되어 있지 못하고 단체협약을 통한 근로조건 규율 제도도 발달하지 못한 상황에서 근로자의 이익을 보호하기 위해서는 국가가 직접 개입하여 계약 내용을 지도하는 것이 필요하다는 당시의 일반적 인식이 반영된 것이라고 한다.<sup>70)</sup> 이러한 해석을 충분히 수긍할 수 있다 하더라도 그 이후 산업사회의 진전에 따른 노동조합 및 단체협약의 발달에도 불구하고 아직까지도 일본 공장법 시절의 취업규칙 제도를 고집하고 있는 이유는 무엇인지도 해명될 필요가 있을 것이다. 이 문제는 입법사 연구에서 좀 더 심도있게 다루어지기를 기대한다. 이 글에서 우리의 관심사는 다른 곳에 있다. 단체협약과 달리 취업규칙에는 근본적인 문제점이 있다. 바로 사용자의 일방 결정성이다.

70) 東京大學勞働法研究會(2003), 『注釋勞働基準法』(下卷), 東京: 有斐閣, p.959 참조.

## 2. 취업규칙의 사용자 일방 결정성

취업규칙이란, “사용자가 근로자의 복무규율과 임금 등 당해 사업의 근로자 전체에 적용될 근로조건에 관한 준칙을 규정한 것”<sup>71)</sup>을 말한다. 이러한 정의에서도 바로 알 수 있듯이, 취업규칙은 사용자가 일방적으로 작성하는 문서이다. 판례도 이를 확인하고 있다. “취업규칙의 작성, 변경에 관한 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 사용자는 그 의사에 따라 취업규칙을 작성, 변경할 수 있다.”<sup>72)</sup> 그리고 그 문서에는 근로시간과 임금을 포함하여 거의 모든 중요한 근로조건이 포함된다.<sup>73)</sup> 그런데 이렇게 근로조건을 결정하는 사용자의 일방적 의사에 유보하는 것은 헌법 제33조 제1항이 천명하고, 근로기준법 제4조가 확인하고 있는 ‘근로조건 대등결정의 원칙’<sup>74)</sup>에 어긋난다. 우리 근로기준법 제94조는, 아마도 이를 보완하기 위한 취지로, 취업규칙을 작성하거나 변경하는 경우에 과반수 노동조합 또는 근로자 과반수의 의견을 듣도록 하고 있으며, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받도록 하고 있다. 그러나 법 규정 자체가 미흡한 점이 없지 않은데다가 그마저도 법원의 ‘유연한’ 해석에 의하여 상당한 정도로 훼손되고 있다.

첫째, 사용자가 취업규칙을 변경하는데 그 내용이 근로자에게 불리하지 아니한 경우에는 근로자 측의 의견을 듣기만 하면 되고 그 의견을 반드시 취업규칙에 반영할 필요는 없다고 보는 것이 학설의 통설적 입장이라고 할 수 있다. 사용자가 근로자 측의 의견을 전혀 듣지 않은 채 취업규칙을 변경하면 벌칙이 적용된다.<sup>75)</sup> 그렇다면 그 변경된 취업규칙의 사법적 효력은 어떻게 되는가? 이 문제는 근로기준법 제94조 제1항의 규정을 이해하는 방식과 관련되어 있다. 이에 대해서는 이른바 효력규정설<sup>76)</sup>

71) 대법원 1994. 5. 10. 93다30181.

72) 대법원 1992. 12. 22. 91다45165 전원합의체.

73) 근로기준법 제93조 참조.

74) 박제성(2008), 『무노조 사업장에서의 집단적 근로조건 결정법리』, 한국노동연구원, p.1.

75) 근로기준법 제114조.

76) 이병태(2005), 『최신노동법』, 현암사, p.1032.

과 단속규정설<sup>77)</sup>이 대립하고 있다. 판례는 줄곧 단속규정설의 입장을 취하고 있다.<sup>78)</sup> 요컨대, 적어도 근로자에게 불리하지 아니한 경우에는 근로자들의 의견도 듣지 않고 사용자 마음대로 변경할 수 있다는 것이다. 그러나 수량으로 계산할 수 있는 것은 불리한 변경인지 아닌지 상대적으로 쉽게 판단할 수 있겠지만, 계산할 수 없는 것의 변경은 불리하지 아닌지 쉽게 알 수 없을 것이다. 그리고 노동관계에는 계산할 수 없는 것이 적지 않다.

둘째, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 과반수 노동조합 또는 근로자 과반수의 동의를 얻어야 한다.<sup>79)</sup> 근로자 측의 동의를 얻지 못한 취업규칙의 일방적인 불이익 변경은 원칙적으로 무효이다. 그 변경에 반대를 한 근로자뿐만 아니라 찬성한 근로자에 대한 관계에서도 무효이다. 근로조건의 통일적인 처리라는 취업규칙의 본래 기능에 비추어 당연한 효과라고 할 수 있다. 근로자 집단의 동의가 없는 한 취업규칙의 불이익한 변경에 대하여 개인적으로 동의한 근로자에 대하여도 그 효력이 없다.<sup>80)</sup> 그런데 일방적인 불이익 변경 이후에 입사한 신규 근로자에 대한 관계에서도 무효가 되는가? 이 문제에 대해서 애초에 판례는 근로자 측의 동의를 받지 않고 일방적으로 변경된 취업규칙은 절대적인 무효라는 입장을 취함으로써 신규 근로자에 대해서도 변경된 취업규칙이 적용될 여지는 없다고 보았다. 그러나 1992년의 전원합의체 판결에 의해 입장을 변경하여, 일방적으로 불이익하게 변경된 취업규칙은 변경 당시 재직하고 있던 근로자와의 관계에서는 무효이지만 새로이 입사한 근로자와의 관계에서는 유효하다는 이른바 상대적 무효설을 취하고 있다.<sup>81)</sup> 이 전원합의체 판결에 대한 학설의 평가는 엇갈린다. 임종률은 상대적 무효설에 찬성하는 입장을 취하고 있다.<sup>82)</sup> 이병태는 이 판결이 취업규칙

77) 김유성(2005), 『노동법 I』, 법문사, p.205; 임종률(2013), 앞의 책, p.349.

78) 대법원 1989. 5. 9. 88다카4277, 대법원 1991. 4. 9. 90다16245, 대법원 1994. 12. 23. 94누3001.

79) 근로기준법 제94조 제1항 단서 참조.

80) 대법원 1977. 7. 26. 77다355.

81) 대법원 1992. 12. 22. 91다45165 전원합의체.

82) 임종률(2013), 앞의 책, p.354.

의 법적 기능과 성질을 오해하고 근로기준법 제94조제1항 단서의 규정을 곡해한 것으로 본다.<sup>83)</sup> 김형배는 1992년 판결은 법규범설의 입장에서는 성립하기 어려운 논리이며 계약설의 관점에서만 성립할 수 있다고 하면서 상대적 무효설과 입장을 같이한다.<sup>84)</sup> 한편, 외견상 근로자에게 불이익한 취업규칙의 변경이지만, 그 변경에 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 어떻게 되는가? 대법원은 근로기준법 제94조제1항 단서가 신설되기 이전부터 계속해서, 근로자 측의 동의를 얻지 않은 취업규칙의 불이익 변경이라도 사회통념상 합리성이 있으면 유효하다는 판례를 유지하고 있다. 이에 대해서는, 그러한 해석은 단서 신설 이전에 만 유의미한 것이었을 뿐 단서 신설 이후에는 더 이상 유지될 수 없으며 강행규정인 단서에 따라 오로지 근로자들의 집단적 동의 유무에 따라 그 효력이 판단되어야 한다는, 매우 타당한 비판이 제기된다.<sup>85)</sup>

이상의 논의를 종합할 때 다음과 같이 말하는 것이 가능하다. 근로기준법이 취업규칙의 사용자 일방 결정성을 근로자들의 의견 반영 또는 동의를 통해서 완화하는 규정을 두고 있긴 하지만, 불리한 변경이 아닌 경우에는 근로자들의 의견청취 의무만 규정되어 있고 사용자가 의견청취 의무를 위반하더라도 취업규칙의 효력이 부정되는 것은 아니라는 점, 근로자들의 동의를 얻지 않고 불이익하게 변경된 취업규칙이더라도 신규 입사자에 대해서는 유효하며, 또 사회통념상 합리성이 인정되는 경우에는 동의를 얻지 않아도 유효하다는 점 등에서 볼 때, 취업규칙의 사용자 일방 결정성은 여전히 관철된다는 문제가 있다.<sup>86)</sup> 현행의 취업규칙 제도

83) 이병태(2005), 앞의 책, p.1047.

84) 김형배(2009), 앞의 책, p.244.

85) 김형배(2009), 앞의 책, p.245. 임종률(2013), 앞의 책, p.353. 김유성은 사회통념상 합리성 기준의 적용 자체를 반대하지는 않지만 그 적용은 엄격하게 제한되어야 한다는 입장을 취하고 있다(앞의 책, pp.207-208). 이런 비판을 받아들인 것인지, 최근의 판결에서 대법원은 사회통념상 합리성 법리는 “근로기준법을 사실상 배제하는 것이므로 제한적으로 엄격하게 해석하여야 한다”(2010. 1. 28. 2009다32362)라는 단서를 달았다. 그러나 근로기준법을 배제하는 법리를 만들어내고 줄곧 견지하고 있는 자는 대법원 자신이라는 점에서 그러한 단서는 자가당착이라고 하지 않을 수 없을 것이다.

86) 이철수(2006)(『근로계약법제와 관련한 방법론적 검토』, 『노동법의 존재와 당위』, 박영사, p.33)도 같은 견해다.

는 후진적인 제도이다. 첫째, 사용자가 자신이 고용한 근로자들의 처우를 알아서 ‘잘’해 주면 된다는 전근대적 사고의 유산이다. 둘째, 근로자를 ‘노동예속자’가 아니라 자율과 책임을 담지한 ‘노동시민’으로 재인식하는 현대 노동법의 원리에 어긋난다. 셋째, “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유 의사에 따라 결정하여야 한다”라고 규정한 근로기준법 제4조를 스스로 거스르는 제도이다. 넷째, 근로계약을 질식시키고 단체협약을 예속시켜 근로자들이 자신들의 근로조건을 스스로 결정하지 못하게 만들어 법적 안정성을 해치며 갈등의 근원지가 된 지 오래다. 다섯째, 근로자의 단체교섭권을 사실상 무력화시키는 위험적 요소를 안고 있다.

취업규칙 제도의 문제점은 그동안 많은 논자들에 의하여 여러 차례 지적되어 온 바이다. 그리고 그 대안으로 노사협의회 제도의 개선이 종종 언급된다. 대안으로 제시되는 방안들을 검토하기에 앞서 우선 현행 노사협의회 제도의 문제점이 무엇인지 살펴보자.

### 3. 현행 노사협의회 제도의 문제점

『근로자 참여 및 협력 증진에 관한 법률』(이하 ‘근로자참여법’이라 한다)에서는 상시 30인 이상의 근로자를 사용하는 사업장에서는 노사협의회를 의무적으로 설치하도록 하고 있다. 통계에 따르면 노동조합이 없는 상시 30인 이상의 사업장들 중에서 노사협의회가 존재하는 사업장의 비율은 약 72.6% 정도이다.<sup>87)</sup> 그런데 이렇게 노동조합이 없는 사업장에서 노사협의회를 통하여 집단적 근로조건을 결정한다고 할 때 크게 두 가지의 문제가 제기된다. 첫째, 과연 우리 실정법상 노사협의회가 근로조건을 결정할 수 있는가? 둘째, 노사협의회가 근로조건을 결정할 수 있다고 하더라도 그 의결의 효력은 어디까지 미치는가?

첫 번째 질문부터 검토하자. 노사협의회가 근로조건을 결정할 수 있는가? 이 질문에 대한 답은 우선 노사협의회와 단체교섭의 관계를 어떻게 바

87) 배규식(2007), 『무노조 기업의 고용관계』, 한국노동연구원, p.41.

라보는가에 따라 달라질 수 있다. 일반적으로 노사협의회와 단체교섭은 목적에서부터 다른 제도로 설명된다. 단체교섭은 노사의 대립적 이해관계를 전제로 근로조건 유지와 개선 및 근로자의 사회적·경제적 지위의 향상을 목적으로 하는 제도인 반면, 노사협의회는 노사 공통의 이해관계를 전제로 기업의 건전한 발전 및 근로자의 기업 내 복지 증진을 목적으로 하는 제도라는 것이다. 이러한 목적의 차이는 두 제도의 관할 범위를 정하는 문제와 이어진다. 곧 단체교섭은 노사의 이해대립 사항을 다루는 반면, 노사협의회는 노사의 이해공통 사항을 다루는 제도라는 것이다. 이러한 고전적인 설명에 따르면 노사협의회가 근로조건을 결정할 수는 없다는 결론에 이르게 될 것이다. 그러나 단체교섭의 대상이 확대되고 있는 현대의 상황에서는 이와 같은 노사관계 이원론의 타당성이 흔들리고 있다는 주장도 제기되고 있다.<sup>88)</sup> 한편, 헌법상의 노동삼권을 형해화하지 않는 조건에서 노사협의회가 근로조건을 협의하여도 무방하다는 견해도 있다.<sup>89)</sup> 판례의 입장은 분명하지 않다. 먼저 대법원은 정리해고에 관한 사항이 노사협의회 협의사항이 될 수 있다고 판시한 바 있다.<sup>90)</sup> 그러나 취업규칙의 불이익 변경에 관한 동의 주체와 관련하여 대법원은 구체적으로 취업규칙의 변경에 관한 사항을 위임한 경우를 제외하고는 노사협의회 근로자위원이 동의권을 행사할 수 없다고 하였다.<sup>91)</sup> 학설과 판례의 논의를 종합하면, 노사협의회가 그 의결의 형식으로 근로조건을 결정할 수 있는지, 결정할 수 있다고 하는 경우에 그렇다면 불이익한 변경에 대한 결정권도 갖는 것인지 등의 문제는 아직 합의에 이르지 못하고 있다고 할 수 있다. 나아가 결정권을 긍정하는 경우에도 그 효력을 둘러싼 어려운 문제가 제기된다.

이제 두 번째 질문을 검토하자. 노사협의회가 근로조건을 결정할 수 있다고 할 경우 그 의결의 효력은 어디까지 미치는가? 특히 단체협약이나 취업규칙과의 관계 속에서 이 문제는 더욱 복잡한 양상을 띠게 된다.

88) 김유성(1999), 『노동법 II』, 법문사, p.442.

89) 이승욱(1999), 「노사협의회 의결사항의 효력」, 『노동법학』, 제9호, p.275 이하.

90) 대법원 1997. 9. 5. 96누8031.

91) 대법원 1994. 6. 24. 92다28556.

노사협의회가 근로조건을 결정한다고 할 때 그 구체적인 모습은 노사협의회 의결로 나타난다. 근로조건과 다소 무관하게 보이는 의결사항들을 정하고 있는 근로자참여법 제21조 외에 제20조 제2항은 협의사항에 대해서도 의결할 수 있다고 규정하고 있으며, 이 협의사항에는 근로조건과 무관하지 않은 사항들도 적지 않다. 그러므로 근로조건과 관련된 노사협의회 의결의 효력을 밝히는 것이 과제이다.

먼저 이승욱은 노사협의회 의결이 단체협약과 동일한 효력을 갖는다는 내용의 단체협약을 체결하고 있거나<sup>92)</sup> 단체협약의 실질적·형식적 요건을 갖추고 있는 경우에는(가령, 과반수 노동조합이 존재하는 경우) 적어도 조합원에 대해서는 그 의결을 ‘단체협약으로 취급하여도 무방’하며, 일반적 구속력이 적용되지 않는 비조합원과 소수 조합원의 경우를 포함하여 과반수 노동조합이 없는 사업장에서 노사협의회 의결을 단체협약으로 볼 수 없는 경우에는 “현행 법질서의 범위 내에서는 해석론으로 노사협의회 의결에 대하여 근로계약이나 취업규칙에 우선하는 효력을 인정하기는 곤란”하며, 그 의결은 “별칙으로 강제되는 일종의 신사협정으로서의 의미만을 가진다”고 본다.<sup>93)</sup> 그러나 노사가 합의한 내용이 사용자가 일방적으로 작성하고 변경할 수 있는 취업규칙보다 후순위의 효력에 그친다는 점은 쉽게 납득하기 어려운 부분이 있다. 다만, 이승욱도 노사협의회에서 대화를 통하여 원만하게 합의한 결과 성립한 의결에 대하여 사법상 아무런 효력을 인정하지 않는 것은 입법론적으로는 타당하다고 보기 어렵다는 점을 지적하면서 여러 법 규정을 고려할 때 노사협의회 의결에 대해서 일정한 법적 효과를 인정할 필요가 있다고 주장한다. 그리고 그 효력은 근로계약이나 취업규칙에는 우선하지만 단체협약에는 후순위하는 효력을 인정하는 것이 바람직하다는 입장을 보인다.<sup>94)</sup>

반면에 박종희는 의결 대상의 성격에 따라 근로자 전체의 이익과 관련성을 갖는 경우에는(가령 정리해고) “전체 근로자로부터 대표성을 부여 받은 노사협의회 의결의 합의는 노동조합이 체결하는 단체협약의 정당성보다

92) 대법원 1997. 7. 25. 96다22174.

93) 이승욱(1999), 앞의 글, pp.277-281.

94) 이승욱(1999), 앞의 글, p.282.

우선하는 것으로 보아야” 하며, 그렇지 않은 경우에는(가령, 근로자복지) 노사협의회 의결과 단체협약은 각각 별도의 규범으로 병존할 수 있으며, “구체적인 적용과 관련해서는 단체협약이 지니는 특별성이 노사협의회 의결의 일반성보다 우위에 있는 것으로 보아야” 한다고 한다. 그러나 “그렇다고 해서 노사협의회 의결사항이 본질적인 단체협약의 의결사항으로까지 확장될 수 있는 것으로 볼 수는 없다”라고 하면서 “임금, 근로시간의 결정 등과 같은 전형적인 근로조건의 결정은 단체협약의 대상에 포함되는 것으로 노사협의회가 합의대상으로 삼을 수 없다”라고 한다. 왜냐하면 “만약 그렇지 않다면 이는 단체협약 제도를 사실상 형해화시키는 것이기 때문에 기본권보장 취지에 어긋난다.”<sup>95)</sup> 결국 박종희의 주장은 종업원 전체를 대상으로 하는, 이른바 인사경영사항과 관련해서만 노사협의회 의결이 단체협약보다 우선할 뿐, 그 외의 근로조건에 대해서는 단체교섭만이 인정되고 노사협의회가 결정할 수 없다는 의미인 것으로 보인다.

이상의 논의를 종합적으로 검토하면, 노사협의회가 근로조건을 결정할 수 있는지 그리고 그 결정이 개별 근로자를 구속할 수 있는지는 해석상 논란이 많으며, 입법적으로 해소해야 할 문제라는 점을 알 수 있다. 다만, 이 문제에 관한 사건을 간략히 밝혀 놓고자 한다. 근로자참여법은 근로조건과 밀접한 관련성을 갖는 사항들을 협의사항으로 규정해 놓고 그 사항에 관하여 의결할 수 있다고 규정하고 있다(제20조 제2항). 근로자와 사용자는 협의회에서 의결된 사항을 성실하게 이행하여야 하며(제24조), 의결된 사항을 정당한 사유 없이 이행하지 아니한 자에게는 벌칙이 부과된다(제30조 제2호). 그런데 벌칙 규정을 엄밀히 들여다 보면 재미있는 사실을 발견할 수 있다. 이 조문에서 벌칙의 부과 대상이 되고 있는 자는 “제24조를 위반하여 협의회에서 의결된 사항을 정당한 사유 없이 이행하지 아니한 자”이고, 제24조에서 의결사항을 성실하게 이행해야 하는 자는 “근로자와 사용자”이다. 즉, 근로자 측만 놓고 본다면, 의결된 사항을 이행할 의무를 지고 미이행 시 벌칙을 받는 자는 의결을 한 근로자위원

95) 박종희(1998), 『현행 노동관계법상 근로자대표의 중첩성과 이에 대한 기능 조정을 위한 방안』, 한국노동연구원, pp.50-53.

이 아니라 일반 근로자인 것이다. 이는 물론 의결의 사법상 효력에 관하여 규정한 것은 아니지만, 결국 노사협의회 의결이 개별 근로자에게도 직접 효력을 발생시킨다는 것을 상정하고 있는 것이라고 해석할 수 있다. 노사협의회 의결사항을 지켜야 하는지 묻는 근로자에게 ‘벌금만 내면 될 뿐 안 지켜도 된다’라고 말할 수는 없을 것이기 때문이다. 요컨대, 노사협의회에서는 근로조건에 관한 사항을 의결할 수 있으며, 또 의결된 사항은 개별 근로자의 동의를 매개하지 않고 직접 효력을 발생시킨다고 해석하는 것이 근로자참여법의 입법 취지인 것처럼 보인다. 그런데 근로자참여법 제5조는 “노동조합의 단체교섭 기타 모든 활동은 이 법에 의하여 영향을 받지 아니한다”라고 규정하고 있는데, 이는 노사협의회에서 어떤 사안에 대하여 의결했다 하더라도 노동조합이 같은 사안에 대하여 단체협약을 체결한 경우에는 노사협의회 의결로부터 아무런 영향을 받지 아니한 채 단체협약으로서의 효력이 온전히 발생한다는 것을 의미한다. 그러므로 양자가 충돌하는 경우에는 아무래도 단체협약이 우선 적용된다고 말할 수밖에 없을 것이다. 그리고 그 단체협약을 체결한 노동조합이 과반수 노동조합이 아니라면, 조합원에게는 단체협약이 적용되고 비조합원에게는 노사협의회 의결이 적용되는 결과가 초래될 것이다.

#### 4. 근로자과반수대표자와 서면합의 제도의 한계

한편, 근로기준법에서는 근로자과반수대표자에 의한 ‘서면합의’를 통한 근로조건의 결정 제도를 규정하고 있는데, 현재의 서면합의 제도는 근로기준법에서 정하고 있는 몇 가지 특수한 근로조건의 결정에만 관련되어 있고, 근로자과반수대표자의 선출 방식이나 권한의 범위 등 대표로서의 지위가 명확하지 않으며, ‘서면합의’의 효력도 분명하지 않는 등의 문제를 안고 있다.<sup>96)</sup> 서면합의로 정해지는 근로조건이 모두 법상의 원칙을 근로자에게 불리한 방향으로 수정하는 것임에도 불구하고, 결정 과정에

96) 이 문제에 관해서는 이승욱(1998), 『근로기준법상 서면합의의 효력』, 『노동법연구』 제7호, p.97 이하; 김인재(1999), 『근로기준법상 근로자대표의 법적 지위』, 『노동법연구』 제8호, p.238 이하 참조.

서 사용자에게 맞서는 대표로서의 대등성이 확보될 수 있는 그 어떤 절차도 마련되어 있지 않다는 점은 이 제도가 근로조건 대등 결정의 원칙을 구체화하는 제도로 기능하기에는 한계가 많다는 점을 말해준다.

## 5. 여러가지 대안들

이상의 문제점들을 해소하기 위한 여러 방안들이 제시되고 있다. 강성태<sup>97)</sup>는 현행의 근로자대표 시스템이 노동조합, 근로자과반수대표 및 노사협의회로 삼층화되어 있는 상태에서, 과반수 노동조합의 과다대표성, 기타 노동조합의 과소대표성, 근로자과반수대표와 노사협의회 기능 중복 등의 문제점을 가지고 있다고 진단한 후, 크게 두 가지의 대안을 제시한다. 먼저 근로자과반수대표의 기능을 노사협의회로 통합시켜야 한다. 다음으로 노사협의회에 모든 노동조합이 자신의 대표성에 상응하는 참여를 보장하는 방식, 즉 추천과 선거 방식으로 개선해야 한다.

이철수<sup>98)</sup>는 상설적인 종업원대표 시스템의 도입이 필요한 이유로 노동조합의 존재는 임의적이라는 점, 노동조합은 조합원만을 대표하는 것이 기본 원리라는 점, 종업원 전체에 적용되는 규제가 필요하다는 점 등을 짚은 다음, 근로자과반수대표자와 노사협의회를 통합하는 가칭 ‘사업장협의회’를 제안한다. 이 사업장협의회의 권한은 노동조합의 권한을 침해하지 않는 범위에서 설계되어야 한다고 주장한다. 다만, 중단기적으로는 우선 과반수 노조가 없는 경우에 대비하여 제도를 설계하되, 원리적으로는 과반수 노조라 하여 왜 비조합원의 발언권을 봉쇄해야 하는지에 대해 정당화 근거가 필요하고, 과반수의 여부는 변동적이고 우연적인 사실이라서 제도의 안정적 운영을 위한 입법기술상 어려움이 따르기 때문에 장기적으로는 과반수 여부에 관계없이 통일적인 제도를 모색할 필요가 있다는 언급을 덧붙이고 있다.

97) 강성태(2007), 『근로자참가제도의 신동향과 과제』, 『법학총론』 제24집 제3호, 한양대학교 법학연구소.

98) 이철수(2011), 『통일적인 종업원대표시스템 정립을 위한 소고』, 『산업관계연구』 제21권 제1호.

김훈·박종희<sup>99)</sup>는 취업규칙과 근로자과반수대표제를 노사협의회로 일원화하는 종업원대표제를 제안하면서, 집단자치를 협의의 근로조건을 다루는 협약자치의 영역과 경영인사사항을 다루는 종업원대표제의 영역으로 이원화할 것을 주장한다. 다만, 노조가 없는 경우에는 종업원대표제에 집단적 자치의 역할, 곧 근로조건 결정 기능을 인정하자고 한다. 다만, 이 종업원대표제는 독일식의 종업원위원회가 아니라 현행의 노사협의회처럼 노사가 공동으로 운영하는 것이 바람직하다고 한다.

유경준·박은정<sup>100)</sup>은 기본적으로 이철수의 안을 따르면서 이를 사업장 차원만이 아니라 기업과 기업집단 차원으로까지 확대하는 안을 제시하고 있다. 그리고 개별적 근로관계의 문제는, 과반수 노조가 존재하는지 여부와 상관없이, 사업장협의회가 다루도록 하면서 그 합의에 규범력을 부여하고, 집단적 노동관계의 문제는 노동조합이 다루도록 하는 이원화 방안을 제시하고 있다.

이상의 안들은 근로자과반수대표제와 노사협의회 그리고 논자에 따라서는 취업규칙까지 통합하는 단일의 종업원대표제를 공통적으로 제안하고 있다. 그리고 그 구성 원리는, 과반수 노조의 대표권 독점을 완화하고 소수 노조의 참여를 보장하며, 종업원대표의 대표성을 강화하기 위하여 선거로 일원화해야 한다는 점에 대해서도 대체로 합의가 이루어져 있는 것으로 보인다. 차이점은 종업원대표제와 노동조합의 관계를 어떻게 설정할 것인가에 있다. 대부분의 안들에서 제시되는 종업원대표제는 노동조합을 보충하여 근로조건을 결정하는 역할을 수행한다. 그것은 대개 두 방향으로 이루어지는데, 노동조합이 있는 경우에도 현행 근로기준법상 근로자과반수대표의 역할, 특히 서면합의 체결권을 종업원대표제가 수행하는 형식이 있고, 노동조합이 없는 경우에는 종업원대표제가 노동조합을 대신하여 근로조건을 결정하는 형식이 있다. 그 어느 경우든지 노동조합이 체결한 단체협약은 그 조합원에게만 적용되고, 종업원대표제가

99) 김훈·박종희(2011), 「종업원대표제 재구축의 필요성과 기본 방향」, 『산업관계연구』 제21권 제2호.

100) 유경준·박은정(2012), 「노동조합과 근로자대표시스템에 관한 연구」, 『산업관계연구』 제22권 제1호.

의결한 협정은 종업원 전체에 적용된다는 관점을 견지하고 있는 것으로 보인다.

한편, 박제성·도재형·박은정<sup>101)</sup>은 우선 단기적 대안으로 ① 과반수 노조가 있는 경우, 과반수 노조가 종업원대표가 되어 서면합의를 체결하도록 하고 서면합의에 단체협약의 지위를 부여한다, ② 소수 노조만 있는 경우, 먼저 서면합의를 체결하고 난 다음 종업원 인준 투표에서 과반수 찬성으로 서면합의가 유효하게 성립하는 것으로 하고 서면합의에 단체협약의 지위를 부여한다, ③ 노조가 없는 경우, 노사협의회 근로자위원회 또는 근로자과반수대표자가 서면합의를 체결할 수 있도록 하며 서면합의는 단체협약으로 간주한다는 방안을 제시한다. 그리고 장기적 대안으로, 초기업 수준에서 산업별 노사교섭위원회를 두는 한편, 30인 이상의 기업에는 기업의회를 두고, 30인 미만 기업에는 근로자과반수대표자를 두어, 노동조합은 그 대표자들을 기업의회 근로자의원 또는 근로자과반수대표자로 당선시켜 단체교섭과 노사협의 기능을 동시에 수행하도록 하는 방안을 제시한다. 이 안이 다른 안들과 다른 점은 다른 안들이 근로자과반수대표제와 노사협의회 및 논자에 따라서는 취업규칙까지를 단체교섭과는 다른 별도의 노사협의제로 통합시키고자 한다면, 우리의 안은 취업규칙과 근로자과반수대표제를 단체교섭으로 통합하고자 한다는 점에 있다. 그리고 단체협약의 적용 범위는 조합원이 아니라 종업원 전체로 하는 제도를 지향한다. 다만, 여기서 제시된 단기적 대안은 서면합의를 중심으로 논의한 것이어서 노사협의회까지 포괄하는 일반적인 방안은 아니다. 그 문제 의식을 계승하면서 좀 더 일반적인 제도를 구상해 본다면 다음과 같이 될 것이다.

## 6. 종업원 대표성과 교섭창구 단일화를 결합

우선, 종업원 과반수 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합이 종업원 전체를 대표하는 대표성을 갖고 단체협약을 체결하며 그 단체협약은 종

101) 박제성·도재형·박은정(2010), 『기업 내 근로조건 결정법리』, 한국노동연구원.

업원 전체에 적용되도록 한다. 과반수 노동조합의 대표권 독점에 대한 비판이 없는 것은 아니다. 예를 들어, “과반수 노조라 하더라도 비조합원이나 소수 노조의 조합원을 포함한 전체 종업원을 대표하는 정통성을 갖지 못하고”<sup>102)</sup>라거나, “원리적으로 과반수 노조라 하여 왜 비조합원의 발언권을 봉쇄해야 하는지에 대해 정당화 근거가 필요”<sup>103)</sup>하다는 등, 노동조합의 조합원 대표성 원리에 근거한 비판이 있다. 하지만 이는 대표성의 문제이다. 노동조합이 조합원만이 아니라 종업원 전체를 대표하는 위상을 갖는다고 보는 입장에서는 그러한 대표성을 충족시키고 있는가의 판단이 중요하다. 미국의 배타적 교섭대표제의 경우처럼 종업원의 과반수를 조직하고 있다는 사정은 그러한 대표성을 추정하게 만드는 힘이 있다. 이와는 조금 다른 각도에서 과반수 노조의 대표권의 과도함에 대한 비판이 있다. 예를 들어, “과반수 노동조합이 존재하는 경우 그 노동조합을 근로자대표로 의제함으로써 과반수 노동조합에게 지나치게 과도한 지위와 역할을 부여하고 있다”<sup>104)</sup>라는 비판이 대표적이다. 이러한 비판은 노동조합의 조합원 대표 본성론에 근거하기보다는, 소수 노동조합 혹은 비조합원과의 형평성 문제를 제기하는 것인데, 이는 제도 개선을 통해 풀 수 있는 문제이다.

다음으로, 소수 노조만 있는 경우에는 종업원위원회의 인준을 거쳐 종업원 전체에 적용되는 단체협약의 효력을 인정한다. 노사협의회는 종업원들로만 구성되는 종업원위원회로 개선한다. 종업원위원회의 위원들은 과반수 노동조합의 위촉권을 폐지하고 종업원 전체의 선거로 선출한다. 이때 종업원이라 함은 간접고용 근로자들까지 포함하는 개념이다. 다만, 인준에 실패한 경우 협약 자체를 무효로 할 것인가, 조합원에게만 유효로 할 것인가의 문제가 제기될 수 있다.

마지막으로, 무노조인 경우에는 기업 규모에 따라서 종업원위원회 또는 근로자과반수대표자에게 근로조건 결정권을 부여한다. 예전에 노사협

102) 김훈·박종희(2011), 앞의 논문, p.40.

103) 이철수(2011), 앞의 논문, p.29.

104) 도재형(2011), 「근로기준법상 근로자대표 및 서면합의 제도」, 『노동법학』 제37호, p.120.

의회가 없는 무노조 사업장의 경우 노동조합의 위임을 받은 근로자가 단체교섭을 수행하고 단체협약을 체결할 수 있는 것으로 하는 방안을 제시하였는데,<sup>105)</sup> 서면합의 제도와 노사협의회 제도 및 노동조합이 있는 경우와 없는 경우 모두를 고려할 때, 수임 근로자보다는 근로자과반수대표자에 의한 단체교섭이 종업원 전체를 대표하는 대표성 면에서 좀 더 낫다고 본다. 다른 논자들이 제시하는 방안에서는 노동조합이 아닌 다른 방식의 근로조건 결정 시스템에서는 파업을 할 수 없는 것처럼 얘기되는데, 헌법상 엄연히 파업권은 노동조합의 권리가 아니라 근로자의 권리이므로 이 경우에도 근로자들은 파업을 할 수 있다고 하는 것이 헌법에 부합한다고 할 것이다.

이 방안은 조합원 대표성과 교섭창구 단일화를 결합하고 있는 현행 제도의 전면적인 개편을 의미한다. 현행 제도는 사용자의 지원을 받는 황색노조의 출현과 교섭대표 노조의 지위를 확보하기 위한 노조 간 갈등에서 보듯이, 단체교섭의 비용을 줄인다는 애초의 목적도 달성하지 못하고 있을 뿐만 아니라, 조합원만을 기준으로 대표성을 판단하고 있는 것에서 보듯이, 단체협약의 구속력 확대라는 규범적 목적에 접근하지도 못하고 있다. 이중으로 실패한 제도라고 할 수밖에 없다. 애초에 단체협약이 조합원에게만 적용되는 것을 전제로 한다면 독일이나 일본의 예에서 알 수 있듯이, 복수의 노동조합이 있다고 해서 반드시 교섭창구를 단일화할 이유는 없다. 각각의 노동조합은 그 조합원을 대표하는 지위에 있기 때문이다. 교섭창구를 단일화하는 것이 허용될 수 있는 근거는 미국이나 프랑스의 예에서 알 수 있듯이, 단체협약의 구속력이 종업원 전체에 미치는 것을 예정하고 있기 때문이다. 조합원 대표성과 자율교섭을 결합하는 방식으로 가든지, 종업원 대표성과 교섭창구 단일화를 결합하는 방식으로 가든지, 어느 경우이나 외국의 입법례에도 있듯이, 입법적 선택이 가능할 것이다. 전자는 각 노동조합의 단체교섭권과 단체협약 체결권을 보장한다는 점에서 장점이 있지만, 노조 간 차별이라는 문제와 비조합원의 소외를 야기하는 단점이 있다. 이 방식은 독일의 예에서 알 수 있듯이, 강력한 거대 노동조합이 존재하는 경우에는 순기능을 할 수 있지만, 일

105) 박제성(2008), 앞의 책, p.1.

본의 예에서 보듯이, 반대의 경우에는 역기능이 더 클 수 있다. 더군다나 조합원 대표성에 근거한 자율교섭 제도는 사용자에게 조합원의 신분을 노출시키게 되어 반조합 차별의 빌미를 제공할 우려가 있다는 점도 간과할 수 없다. 예를 들면, 최근 삼성전자서비스 협력업체들이 전국금속노조의 교섭 요구에 대하여 소속 근로자가 노조에 가입한 사실을 확인할 수 없는 상황에서는 교섭에 응할 수 없기 때문에 조합원 명부를 제출해 줄 것을 요구하며 교섭을 거부한 사실이 있었다.<sup>106)</sup> 비록 노조법 시행령(제14조의2)에서는 교섭 요구 당시의 조합원 수만 밝히면 된다고 규정하고 있고, 현행법 어디에도 사용자가 조합원 명단을 요구할 권한을 부여하고 있지 않지만, 단체협약을 적용하려고 하면 누가 조합원인지를 알아야 하기 때문에 결국은 사용자에게 조합원 명단을 제공할 수밖에 없을 것이다(협약상 조합비 공제 조항은 좋은 수단이다.). 조합원 명단을 밝히라는 사용자의 주장이 마냥 터무니없다고 비난만 할 수는 없는 제도적 한계가 있는 것이다. 입시 제도의 획일화가 학생들에게 더 유리하듯이, 근로조건 의 ‘획일화’가 근로자들에게 더 유리하다고 본다면, 한국의 상황에서는 후자의 방식, 즉 종업원대표성과 교섭창구 단일화를 결합하는 방식이 좀 더 낫다고 생각한다.<sup>107)</sup>

다만, 이 경우 각 노동조합의 교섭권을 어떻게 보장할 것인지가 중요한 쟁점으로 제기된다. 원칙적으로 말하자면 교섭에는 모두가 참여할 수 있도록 하여 단체교섭권을 충실히 보장하되 협약은 하나가 생산되도록 함으로써 규범적 통일성을 피하고자 하는 목적을 달성할 수 있어야 한다는 것이다. 그것은 결국 교섭 과정에서 발생한 이견을 조정해서 하나의 협약안으로 합의하거나, 아니면 복수의 협약안을 놓고 선택하는 절차를 거치는 것이 될 텐데, 후자의 경우에는 현실적으로는 다수결의 원칙이

106) 한겨레 2013. 7. 24.

107) 심지어 획일적 임금을 강제하기 위해서 사용자단체 가입을 의무화해야 한다는 주장도 제기된다. “산별 차원의 단체협상을 강제하기 위한 방법으로 고려해 볼 만한 튼튼한 도구로서 모든 기업들이 단일한 사용자단체에 의무적으로 가입하게 만드는 것을 들 수 있다. 각 부문에서 획일적 임금을 강제하게 되면 노동시장이 노동자들을 착취하는 장이 아니라 기업들끼리 평등하게 경쟁하는 장을 마련하게 되며 이는 공공재에 해당하는 일이다.”(세바스티안 돌리엔 외(2012), 『자본주의 고쳐쓰기』, 한겨레출판, p.259).

채택될 가능성이 높을 것이다. 그 다수결은 종업원위원회 위원 선거에서 각 노동조합의 후보에 대한 투표를 통하여 표출된 종업원들의 노동조합 지지도를 기준으로 삼을 수 있을 것이다.

## 7. 기업의회

이러한 제도적 구상은 박제성·도재형·박은정 안에서 장기적 대안으로 제시한 기업의회 방안과 유사하다고 할 수 있다. 기업의회는 노동조합과 종업원위원회를 결합시킨 것이다. 즉, 취업규칙, 근로자과반수대표제, 단체교섭, 노사협의회 등 현행의 근로조건 결정 시스템을 모두 통합하는 단일한 제도이다. 기업의회는 종업원들의 선거로 선출되는 근로자 의원단과 사용자의원단으로 구성하되, 의결은 근로자의원단 과반수의 의사가 반영되도록 한다. 즉 근로자의원단 과반수와 사용자의 합의로 단체협약이 성립하는 것이다. 근로자의원단 선거에는 노동조합뿐만 아니라 무소속으로도 출마할 수 있도록 한다. 그러므로 근로자의원단 선거는 각 노동조합의 대표성을 확인하는 절차로 기능하게 된다. 이 대표성은 기업의회에서 임금이나 근로조건에 관련된 의안을 처리하는 데 합의가 이루어지지 않아 복수의 협약안을 놓고 의결해야 할 때 의결정족수의 판단 근거로 활용될 것이다. 기업의회는 설치 범위를 어디까지로 할 것인가는 실제로 제도를 도입하겠다는 결정이 있는 다음에 따로 논의해야 하겠지만, 취업규칙 작성 의무가 근로자 10인 이상의 기업이라는 점을 고려한다면 기업의회도 같은 범위에서 설치를 의무화할 수 있을 것이고, 노사협의회 설치 의무가 30인 이상의 기업이라는 점을 고려하면 또 그 범위에서 기업의회를 설치하도록 할 수도 있을 것이다. 그리고 그 미만의 기업에서는 기업의회에 준하는 종업원대표위원을 선출하는 안을 생각해 볼 수 있을 것이다.

기업의회가 법정 제도라는 점과 관련하여, “노동조합의 대표성은 근로자들의 자유로운 단결에서 비롯되는데, 기업의회는 법으로 설치가 강제되는 제도이기 때문에 노동조합에 비해서 그 대표성이 약하다”라는 비판이 제기될 수 있다. 그러나 예를 들어, 대한변호사협회가 민변보다 대표

성이 약하다고 말할 수는 없듯이, 법정 조직이 자발적 조직보다 언제나 대표성이 약한 것은 아니라는 점, 대표성은 대표와 피대표 사이의 등가성의 정도에 달려 있기 때문에 자발적 조직이라도 그 등가성이 낮으면 대표성이 약할 수 있고 법정 조직이라도 그 등가성이 높으면 대표성이 강할 수 있다는 점 등의 반론이 가능하다.

이쯤 되면 다음과 같은 질문이 제기될 수 있다. 그럼 노동조합은 뭔가? 노동조합이 없어도 기업의회를 통해서 규범 형성권을 행사할 수 있기 때문이다. 이러한 질문에는 ‘노동조합’을 하나의 고유명사로 바라보는 관점이 담겨 있는 것으로 보인다. 즉, 노동조합을 일정한 절차와 요건을 갖추어 일정한 권한을 행사하는 특별한 조직으로 보는 것이다. 그러나 노동조합을 이렇게 본다면 노동조합에 대한 행정관청의 과도한 간섭을 정당화하게 된다. 행정관청의 간섭을 배제해야 한다는 주장은 노동조합을 임의단체로 바라볼 때 오히려 타당한 주장이 된다. 우리는 이미 노동조합 정의 규정에 대한 재검토를 통해서 이는 금지 규정이 아니라 정의 규정이며, 정의 규정에 대해서는 적법/위법의 문제가 아니라 적격/결격의 문제만 제기될 뿐이라는 점을 지적한 바 있다.<sup>108)</sup> 즉, 근로자들의 자주적 단결체는 모두 노동조합이다. 그것이 ‘노동조합’이라는 명칭을 쓰든 말든, 노조법상 정의 규정의 소극적 요건에 해당하는 말든, 근로자들의 자주적 단결체면 모두 노동조합인 것이다. 요컨대, 노동조합은 ‘노동조합’이라고 하는 고유명사가 아니라 ‘근로자의 조직’이라고 하는 보통명사이다. 그리고 이것이 헌법의 정신이다. 기업의회 선거에 대응하기 위해서 근로자들이 하나의 조직을 만들면, 그것이 자주적으로 결성된 조직이기만 하면, 그것이 바로 노동조합인 것이다. 대법원은 미신고 집회에 대한 경찰의 해산 명령 불이행의 위법성과 관련하여, 집회를 신고하도록 한 것이 집회의 허가를 구하는 신청으로 변질되어서는 아니 되므로 미신고라는 사유만으로 집회 또는 시위를 해산할 수 있는 것으로 해석한다면 이는 사실상 집회의 사전신고제를 허가제처럼 운용하는 것이나 다름없어 집회의 자유를 침해하게 되므로 부당하다고 판결한 바 있다.<sup>109)</sup> 그렇

108) 박제성 외(2011), 『노동조합 정의 규정 재검토 연구』, 한국노동연구원.

109) 대법원 2012. 4. 26. 2011도6294.

다면 미신고 노동조합에 대해서도 마찬가지 아니겠는가.

기업의회 방안의 장점은 다음과 같다. ① 종업원의 과반수를 조합원으로 두고 있는 노동조합은 그 선거에서도 종업원 과반수의 지지를 획득할 것이기 때문에 결국 근로조건 결정에 있어서 현행과 마찬가지로 자신의 독점적 권한을 유지할 수 있다. ② 복수의 노동조합이 존재하는 경우 소수 노동조합은 자신의 대표성에 상응하는 지지도를 획득하여 기업의회 의 논의 테이블에 참여할 수 있기 때문에 교섭 과정에서 완전히 배제되는 현행의 교섭장구 단일화 제도보다는 교섭권이 보장되는 정도가 높다. ③ 노동조합이 기업의회에서 갖는 발언권의 강도는 종업원들의 선거를 통해서 확보되기 때문에 자주성이 의심되는 황색노조의 폐해를 방지할 수 있다. ④ 기업의회는 종업원 전체의 선거로 구성되기 때문에 기업의회에서 의결된 단체협약이 종업원 전체에 적용되는 데 충분한 정당성을 갖는다. ⑤ 기업의회는 복수의 노동조합이 존재하는 경우에 각 노동조합의 권한을 침해하지 않으면서도 단일한 단체협약을 생산할 수 있다. ⑥ 종업원 선거를 통해 확인된 각 노동조합의 대표성은 산업별 혹은 지역별 노사교섭위원회를 구성할 때 유의미하게 활용될 수 있다. ⑦ 기업의회는 노동조합이 없는 경우에도 근로조건에 대등 결정이라는 헌법상 원칙을 실현하며, 피지배자의 자기 지배를 민주주의의 핵심 원리라고 이해할 때, 이로써 경제의 민주화라고 하는 헌법상 원칙에도 기여한다. ⑧ 민주공화국인 대한민국의 시민인 근로자는 기업 안에서도 시민이어야 한다. 기업의회는 이 요청에 화답한다.

## 제 6 장

### 결 론

우리는 본 연구에서 우선 “근로자는 왜 대표되어야 하는가?”라는 질문에 대한 나름의 답을 모색하였다. 노동법의 규율 대상인 임금노동의 특징은 종속성이다. 이 종속성은 노동하는 자의 인격과 노동의 불가분성에서 비롯되는 노동의 점유 불가능성에 대한 보상이다. 노동을 자유롭게 계약의 목적으로 삼을 수 있다는 사적 자치의 원리와 그 계약의 실현은 일방의 인격을 타방에 대하여 종속적 지위에 놓이게 한다는 사실은 법적 모순을 야기할 수밖에 없다. 이 모순은 개별적 차원의 종속성을 집단적 차원의 대등성으로 끌어올림으로써만 해소될 수 있다. 이것이 바로 우리 헌법이 노동삼권의 보장을 통하여 구현하고자 하는 원칙, 즉 근로조건 대등 결정의 원칙이다. 그리고 이를 가능하게 하는 메커니즘이 바로 ‘대표’이다. 대표는 개별적 종속성으로서 무대 아래 머물러 있는 각각의 근로자들을 하나의 집단으로서 법의 무대에 주연으로 올리는 과정이다. 대표되지 못한 근로자는 사회법의 무대에서 집단적 차원의 주연 배우로 등장하지 못한다. 여전히 개별적 종속성에 갇혀 있는 근로자는 근로조건 대등 결정의 원칙이라는 헌법적 가치를 배반하게 된다. 종속성만이 전면에 등장하고 자치의 원리는 증발한다. 그러므로 근로자는 대표되어야 한다.

우리의 관점에서 볼 때, 근로자가 대표되어야 한다는 것은 私法의 원리보다는 公法의 원리가 좀 더 많이 실현되어야 한다는 것을 의미한다. 전자의 원리가 당사자들의 의사에만 머물러 있다면, 후자의 원리는 그 존재 자체에 주목한다. 그러므로 기업이든 기업집단이든 지역이든 산업

이든 혹은 나아가 나라 전체 차원이든, 근로자들이 존재하는 모든 영역에서는 대표 원리가 실현되어야 한다. 이를 우리는 ‘근로자대표의 보편성’이라는 개념으로 정리하였다. 사법의 원리는 법적으로 노동삼권이 보장되어 있다는 형식적 사실에만 주목하면서 대표되지 못하고 있는 근로자들의 존재를 스스로의 권리 불행사의 문제로 국한시키는 데 반하여, 공법의 원리는 대표 메커니즘의 작동을 방해하는 요소를 제거하고 장려하는 요소를 추가함으로써 권리의 행사를 가능성의 영역이 아니라 현실성의 영역으로 이전시키고자 한다. 전자의 원리는 권리의 향유 근거를 근로자의 기여에서 찾지만, 즉 스스로의 부담으로 노동조합에 가입한 근로자만 노동권을 향유할 자격이 있다고 생각하지만, 후자의 원리는 근로자라는 사회적 지위 자체가 노동권을 향유할 수 있는 근거가 될 수 있다고 생각한다. 이는 단체협약의 적용 범위와 관련하여 결정적인 중요성을 갖는다. 사법적 관점에서는 자기의 부담으로 노동조합에 가입한 근로자만이 단체협약을 향유할 자격이 있다고 생각하지만, 공법적 관점에서는 일정한 직업적 공동체에 소속되어 있다는 사실 자체가 단체협약을 향유할 근거가 될 수 있다고 생각한다. 우리는 또한 이를 ‘단체협약의 보편적 적용성’으로 개념화하였다.<sup>110)</sup>

이러한 관점에 입각하여 우리는 다음으로 “근로자는 어떻게 대표되어야 하는가?”라는 질문에 대한 답을 찾고자 하였다. ‘노동조합’과 ‘단체교섭’은 가장 전통적인 대표 양식이다. 이를 부정할 이유는 없다. 다만, 우리는 여기에서 대표의 각 차원마다 고유한 필요성을 충족시킬 수 있는 보충적인 양식을 결합시키고자 하였다. 국가 차원에서는 ‘입법교섭’의 현실성과 필요성 및 이를 위한 전제 조건으로서 노동조합에 대한 철학적 의미에서의 ‘인정’을 이야기하였다. 산업 및 지역 차원에서는 노사의 자치적 교섭과 합의의 결과로 성립한 단체협약이 해당 산업과 지역 내의

110) 단체협약의 보편성은 동일노동 동일임금 원칙의 측면에서도 생각해 볼 수 있다. 한 사업장 또는 한 산업에서 동일 노동에 종사하는 근로자들에게 동일한 임금 및 동일한 근로조건을 제공해야 한다는 원칙은 해당 단위에서 서로 다른 임금과 근로조건을 규정하는 복수의 단체협약이 적용되는 상황과 양립할 수 없을 것이기 때문이다. 이 부분을 지적해 준 한양대학교 강성태 교수에게 감사를 드린다.

명실상부한 직업적 규범으로서 기능할 수 있도록 하기 위하여 공적 영역과 상호교차하는 제도로서 ‘산업별 노사교섭위원회’를 구상하였다. 기업 차원에서는 ‘기업의회’라는 새로운 개념을 제안하였는데, 이는 노동조합의 부재 상황에서도 근로조건의 대등 결정의 원칙이 존중될 수 있도록 하기 위하여 근로자대표가 존재해야 한다는 헌법적 요청 및 기업 내 복수의 노동조합 병존 시 단체교섭에서 근로자들의 다양한 이해관계가 의사결정 과정에 반영될 수 있어야 한다는 점 그리고 무엇보다도 근로자의 자기결정권을 실질화시켜야 한다는 점 등을 고려한 것이다. 한편, 기업집단 차원에서는 오히려 어떤 구체적인 제도를 구상하는 것보다는 기업집단 자체가 하나의 대표 단위가 되어야 한다는 점을 논증하는 데 주력하였다. 왜냐하면 아직도 한국에서는 개별 기업이라는 하나의 법인 단위로 노동법을 생각하는 풍토가 여전히 심하기 때문이다. 법인이 다르므로 사용자가 아니라는 고리타분하고 단순한 논리가 여전히 주류적 견해로 통용되는 한, 근로자에 대한 직접적 통제가 아니라 법인에 대한 포괄적 지배를 통해서 타인의 노동을 자신의 이윤 추구에 사용하려고 하는 ‘하청노동’의 남용을 규제할 방도는 없다.

본 연구가 제시하고 있는 여러 가지 생각들 중에는 논쟁의 소지가 다분한 것들도 없지 않을 것이다. 그것은 연구자의 현실 인식 부족에서 비롯된 측면도 있을 것이고, 관련자들의 이해관계 충돌에서 비롯되는 측면도 있을 것이다. 그러나 본 연구가 어느 일방의 이해관계를 반영하는 것이 아니라는 점은 본문에서 제시되고 있는 아이디어들이 어떤 법원리 측면에서는 수미일관할지언정 현실의 이해타산 측면에서는 다분히 모순적이라는 점만 보더라도 충분히 알 수 있는 사실이다. 바람직한 근로자대표론을 위한 논쟁이 본격적으로 전개되기를 희망하며 본 연구가 다소나마 도움이 되기를 바랄 뿐이다.

## 참고문헌

- 강성대(2007), 「근로자참가제도의 신동향과 과제」, 『법학총론』 24(3), 한양대학교 법학연구소.
- 강희원(2004), 『노동법 기초이론』, 동림사.
- 김기선(2010), 「독일 내 파견근로의 실태와 최근의 논의」, 『노동법연구』 제29호.
- 김상조(1999), 「재벌개혁의 방향과 노조의 대응전략」, 『노동사회』 1월호
- 김유성(1991), 「창간사」, 『노동법연구』 제1호.
- \_\_\_\_\_(2005), 『노동법 I』, 법문사.
- \_\_\_\_\_(1999), 『노동법 II』, 법문사.
- 김인재(1999), 「근로기준법상 근로자대표의 법적 지위」, 『노동법연구』, 제8호.
- 김재훈(1999), 「근로조건 변경의 법리」, 서울대학교 박사학위 논문.
- 김형배(2009), 『노동법』(제18판), 박영사.
- 김훈·박종희(2011), 「종업원대표제 재구축의 필요성과 기본 방향」, 『산업관계연구』 제21권 제2호, 한국노사관계학회.
- 남경희(1997), 『말의 질서와 국가: 근대 서구 정치철학의 비판과 재해석』, 이화여대 출판부.
- 도재형(2011), 「근로기준법상 근로자대표 및 서면합의 제도」, 『노동법학』 제37호.
- 라드브루흐(1981), 『법에 있어서의 인간』, 육법사.
- 마뉴엘 카스텔(2003), 『네트워크 사회의 도래』, 한울아카데미.
- 박은정(2007), 「전자적 수단에 의한 사업장 감시시스템의 성격에 대한 노동법적 고찰」, 『노동정책연구』 제7권 제4호, 한국노동연구원.
- 박제성(2010), 「프랑스 노동법과 공익」, 『인제법학』, 창간호.
- 박제성 외(2007), 『기업집단과 노동법: 노사협회의 단체교섭 제도를 중

- 심으로』, 한국노동연구원.
- 박제성(2008), 『무노조 사업장에서의 집단적 근로조건 결정법리』, 한국노동연구원.
- 박제성·도재형·박은정(2010), 『기업 내 근로조건 결정법리: 근로자대표와 서면합의를 중심으로』, 한국노동연구원.
- 박제성(2012), 『하청노동에 관한 시론』, 한국노동연구원.
- 박제성 외(2011), 『노동조합 정의 규정 재검토 연구』, 한국노동연구원.
- 박종희(1998a), 『유리한 조건 우선의 원칙에 대한 법이론적 검토와 체계상 재구성 시론』, 『노동법학』 제8호.
- \_\_\_\_\_(1998b), 『현행 노동관계법상 근로자대표의 중첩성과 이에 대한 기능 조정을 위한 방안』, 한국노동연구원.
- 배규식(2007), 『무노조 기업의 고용관계』, 한국노동연구원.
- 비트겐슈타인(2006), 『철학적 탐구』, 책세상.
- 세바스티안 둘리엔 외(2012), 『자본주의 고쳐쓰기』, 한겨레출판.
- 신진욱(2001), 『클라우스 오페: 복지국가와 시민사회의 제도능력과 딜레마』, 김호기 엮음, 『현대 비판사회이론의 흐름』, 한울.
- 유경준·박은정(2012), 『노동조합과 근로자대표시스템에 관한 연구』, 『산업관계연구』 제22권 제1호, 한국노사관계학회.
- 은수미(2006), 『사회적 대화의 전제조건 분석』, 한국노동연구원.
- 이병천(2012), 『한국 경제론의 충돌』, 후마니타스.
- 이병태(2005), 『최신노동법』, 현암사.
- 이승욱(2002), 『산별노동조합의 노동법상 쟁점과 과제』, 『노동법연구』 제12호.
- 이승욱(1999), 『노사협의회 의결사항의 효력』, 『노동법학』 제9호.
- \_\_\_\_\_(1998), 『근로기준법상 서면합의의 효력』, 『노동법연구』 제7호.
- 이철수(2006), 『근로계약법제와 관련한 방법론적 검토』, 『노동법의 존재와 당위』, 박영사.
- \_\_\_\_\_(2011), 『통일적인 중업원대표시스템 정립을 위한 소고』, 『산업관계연구』 제21권 제1호, 한국노사관계학회.
- 이청우(2010), 『피하지 않는 손가락... 자동차 절망 공장 동희오토. 모닝

- 을 만들지만 기아차 노동자는 아니다?』, 『프레스인』 2010. 7. 19.
- 임종률(2013), 『노동법』(제11판), 박영사.
- 조성재 외(2009), 『산별교섭의 이론과 실제』, 한국노동연구원.
- 필립 페티(2012), 『신공화주의: 비지배 자유와 공화주의 정부』, 나남.
- 東京大學勞働法研究會(2003), 『注釋勞働基準法』(下卷), 東京: 有斐閣.
- Alain Supiot(2004), *Droit du travail*, Paris, PUF.
- \_\_\_\_\_(2005), “Lectures étrangères sur le devenir du droit social”, *Droit social*.
- \_\_\_\_\_(2005), “Le droit du travail bradé sur le ‘marché des normes’”, *Droit social*.
- \_\_\_\_\_(2005), *Homo juridicus*, Paris, Seuil.
- \_\_\_\_\_(2010), “La Loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative”, *Droit social*.
- Bruno Trentin(2012), *La cité du travail*, Paris, Fayard.
- Conseil d’Etat(1999), *Réflexions sur l’intérêt général*, Rapport public.
- Emmanuel Dockès(2001), “Le mythe de la représentation juridique”, *Le corps et ses représentations*, vol. 1, Paris, Litec.
- Georges Borenfreund(1991), “La représentation des salariés et l’idée de représentation”, *Droit social*.
- Gilles Deleuze(2003), *Différence et répétition*, 11e édition, Paris, PUF,
- Jean Carbonnier(1998), *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 21e édition, Paris, PUF.
- Jeseong Park(2005), *La représentation collective: étude comparative des droits du travail français et coréen*, Thèse, Université de Nantes.
- Joseph Needham(1956), *Science and civilisation in China*, vol. 2, *History of scientific thought*, Cambridge at the university press.

- Marie-France Mazars(2012), “A la recherche d’une représentation juridique de l’entreprise en droit social : l’entreprise dans tous ses états”, *La crise de l’entreprise et de sa représentation*, Paris, Dalloz.
- Muriel Fabre-Magnan(1998), “Le contrat de travail défini par son objet”, *Le travail en perspectives*, Paris, LGDJ.
- Otto Kahn-Freund(1977), *Labour and the Law*, 2nd ed., London, Stevens & Sons.
- Peter Brook(1977), *L’espace vide : Ecrits sur le théâtre*, Paris, Seuil.
- Pierre Rosanvallon(1998), *La question syndicale*, Paris, Calmann-Lévy, 1988, nouvelle édition, Hachette.
- Pierre-Yves Verkindt(2010), “L’article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale”, *Droit social*.
- R. De Luca Tamajo and A. Perulli(2006), *Labour law (in its individual and collective aspects) and productive decentralization*, General Report for the 18th World Congress of Labour and Social Security Law, Paris.
- Stéphane Rials(1987), “Représentation de la représentation”, *Droits*, n° 6.

◆ 執筆者

- 박제성(한국노동연구원 연구위원)

근로자대표제도의 재구성을 위한 법이론적 검토

- |         |  |
|---------|--|
| ▪ 발행연월일 | 2013년 12월 26일 인쇄<br>2013년 12월 30일 발행   |
| ▪ 발 행 인 | 이 인 재  |
| ▪ 발 행 처 | <b>한국노동연구원</b><br>☎ 150-740 서울특별시 영등포구<br>은행로 30<br>☎ 대표 (02) 3775-5514 Fax (02) 3775-0697 |
| ▪ 조판·인쇄 | 고려씨엔피 (02) 2277-1508,9   |
| ▪ 등록 일자 | 1988년 9월 13일   |
| ▪ 등록 번호 | 제13-155호   |

© 한국노동연구원      정가 5,000원

ISBN 978-89-7356-968-7