

노동조합의 근로자 대표성에 관한 단상

강 성 태*

I. 근로자 대표의 약한 대표성

이 글에서 근로자 대표(근로자와 대표 사이를 띄움)와 근로자대표(근로자와 대표 사이를 붙임)는 다른 용어이다. 전자는 노동관계와 관련 영역에서 법적으로 근로자들의 의사 또는 이익을 대변하거나 대표하는 사람, 기구 또는 제도 등을 지칭하는 보통명사로서 쓴 반면, 후자 즉 근로자대표는 근로기준법 등에서 그것도 특정한 제도와 관련하여 근로자를 대표하는 자를 가리키는 고유명사로 사용한다.

근로자 대표의 목적은 근로조건의 향상과 근로자의 의사 참여를 위해 사용자와의 교섭 등에서 실질적 대등성을 확보하고자 하는 것이다.¹⁾ 현행 노동관계법은 이런 목적의 근로자 대표를 많이 가지고 있다. 흔히 거론되는 것만으로도, 노동조합법(「노동조합 및 노동관계조정법」을 말함. 이하 같다)의 노동조합(제2조 제4호 등)과 교섭대표노동조합(제29조의2 등), 근로기준법의 근로자대표(제24조 제3항 등)인 과반수노동조합 또는 근로자과반수대표자,²⁾ 근로자참여법(「근로자참여 및 협력증진에 관한 법률」을 말함. 이하 같다)의 노사협의회(제3조 제1호 등) 또는 그 근로자위원(제6조 제2항) 등이 있다. 아마도 전 세계에서 가장 많은 종류의 근로자 대표를 가진 입법례일 것이다.

이렇게 근로자 대표가 많으면 단지 두 종류의 근로자 대표(노동조합과 종업원대표기구)만을 가진 대다수 유럽 국가들보다 근로자들의 이익이 더 잘 반영될 듯한데, 현실은

* 한양대학교 법학전문대학원 / 법과대학 교수(kangst@hanyang.ac.kr).

- 1) 박제성 박사는 근로자 대표의 법적 근거를 근로조건 대등 결정의 원칙에서 찾는다. 자세한 내용은 박제성(2013), 「근로자대표제도의 재구성을 위한 법이론적 검토」, 한국노동연구원, pp.1~5 참조.
- 2) 이 글에서 ‘과반수노동조합’이라 함은 근로기준법 제24조 제3항에 따른 노동조합, 즉 당해 사업 또는 사업장의 근로자의 과반수로 조직된 노동조합을 말하고, ‘근로자과반수대표자’ 역시 같은 조항에 따른 자, 즉 당해 사업 또는 사업장의 근로자의 과반수를 대표하는 자를 말한다. 한편 ‘근로자과반수’라는 용어는 같은 법 제94조 제1항의 당해 사업 또는 사업장의 근로자의 과반수 그 자체를 말한다.

그렇지 않은 것 같다. 종류의 다양성이 근로자 이익의 중첩적 보호로 연결되고 있다는 연구나 보고를 본 기억이 없다. 근로자 대표들이 상호 보완하기보다는 충돌하고 있는 느낌이다. 기실 우리의 입법자는 1997년 이후 새로운 근로자 대표를 더 많이 만들어 냈고, 그럴수록 학계의 혼란과 논쟁은 커져 갔다. 노동관계법마다 상이하고 다양한 근로자 대표를 두면서도 각 대표의 지위와 역할은 무엇인지, 상호 간의 관계는 어떤지, 그리고 각 대표가 관여하여 형성하는 노사자치규범의 법적 성격과 효력은 무엇인지 등은 공백으로 두었다. 당연히 많은 연구자들은 현행 근로자 대표 제도의 문제점들을 해결하기 위해 여러 가지 해석론과 입법론을 개진하였다.³⁾ 그러나 가장 중요한 질문은 하지 않았다. 왜 우리나라에는 제대로 된 근로자 대표가 하나도 없는가? 우리나라의 근로자 대표성은 왜 이토록 약한가?

이 글의 목적은 이 질문의 답을 구해 보기 위해 노동조합의 대표성 문제를 살펴보는 데 있다. 현행 근로자 대표 제도의 많은 문제점들은 실제로는 노동조합의 대표성 위기, 특히 노동조합의 위축으로부터 나온 것이라고 보기 때문이다. 우리의 노동조합 조직률은 10% 내외로 떨어져 경제협력개발기구(OECD) 국가들 중 최하위를 기록하고 있고, 법령과 함께 근로조건 향상의 가장 효과적이고 유력한 수단인 단체협약의 적용률 역시 OECD 국가는 물론 웬만한 공업국에도 뒤지는 세계 최하위 수준이다.

본격적인 논의에 앞서 우선, 노동조합의 대표성이 중요한 이유부터 살펴보자.

II. 노동조합 대표성의 근거

노동조합의 등장은 노동법보다 앞선다. 전 세계에서 가장 많이 인용되는 노동조합의 정의는 웹 부부(Sidney and Beatrice Webb)의 『노동조합주의의 역사』(The History of Trade Unionism) 첫 페이지 첫 문장에 나오는 것, 즉 「임금생활자들(wage-earners)이 그들의 노동

3) 대표적인 글로는 이달휴(1998), 「근로기준법에서의 근로자대표제」, 『노동법학』 제8호, 한국노동법학회; 이승욱(1998), 「근로기준법상 서면합의의 효력」, 『노동법연구』 제7호, 서울대학교 노동법연구회; 김인재(1999), 「근로기준법상 근로자대표의 법적 지위」, 『노동법연구』 제8호, 서울대학교 노동법연구회; 박종희(1999), 「근로기준법상 근로자대표와 사용자가 체결한 서면합의의 효력」, 『안암법학』 제8호, 안암법학회; 박제성(2002), 「노동조합의 대표성」, 『노동법연구』 2002 하반기 제13호, 서울대학교 노동법연구회; 박제성(2003a), 「근로자 대표론 정립을 위한 시론」, 『노동법연구』 제14호, 서울대학교 노동법연구회; 박제성(2003b), 「텍스트 다시 읽기」, 『노동법연구』 제15호, 서울대학교 노동법연구회; 최영호(2003), 「1개월 단위 탄력적 근로시간제의 해석」, 『노동법연구』 제15호, 서울대학교 노동법연구회; 도재형(2011), 「근로기준법상 근로자대표 및 서면 합의 제도」, 『노동법학』 제37호, 한국노동법학회 등이 있다.

생활상의 조건들을 유지하거나 향상시키기 위하여 결성한 지속적인 단체」라는 정의이다.⁴⁾ 이런 형태의 근로자 단결체는 영국에서 200년 이상 되었다고 같은 책의 초판(1894년)은 밝히고 있고,⁵⁾ 영국에서 단결금지법이 폐지된 것이 1824년이므로, 결국 노동조합의 존재는 노동법의 역사가 가장 앞선다는 영국에서도 얼추 계산해 노동법보다 150년 이상이나 앞선다. 사실 노동조합은 근대 사회와 함께 등장하여 지금까지 400년 가까이 존재해 온, 그리고 현재에는 세계 어느 국가에서나 찾아볼 수 있는 사회적 기구이다. 노동조합에 대한 금압, 방입, 승인, 조장이라는 국가 입법의 부침에도 불구하고, 노동조합은 때론 국가나 사용자와 협조하고 때론 대립하면서 줄곧 근로자의 집단적 이익을 대표하여 왔다.

노동조합의 선재성(先在性) 혹은 선법성(先法性)은 우리나라에서도 다르지 않다. 대한민국의 헌법과 노동법이 제정되기 훨씬 이전인 일제 시기부터 노동조합은 우리나라의 독립과 근로자의 이익 옹호를 위해 활동하여 왔다. 1948년 제정된 헌법과 1953년 제정된 노동4법(노동조합법, 노동쟁의조정법, 노동위원회법, 근로기준법)이 모두 노동조합의 법적 승인과 보호를 당연한 것으로 규정했던 까닭도 이런 노동조합의 역사성에 있다. 요컨대, 노동조합은 가장 오래되고 중요한, 그래서 최고의 근로자 이익 대표체이다. 노동조합은 법 이전의 혹은 법과 무관하게 존재해 온 일차적인 근로자 대표이다. 이 점은 노동조합이 법적으로 승인되었다고 해서 변하지 않는다. 그러므로 현대 노동법은 노동조합에 대한 감독의 권한은 없으며 오직 존중의 의무만 진다.

노동조합은 노동관계의 출발점이다.⁶⁾ 노동조합법이 노동관계 당사자로 노동조합, 사용자 또는 사용자단체를 들고 있듯이, 노동조합은 노동관계의 시작이며 사용자와 사용자단체 사이의 관계와 달리 다른 것으로의 대체를 상정하지 않는 유일한 전제이다. 한 국가 내에서 노동조합은 일차적으로는 조합원의 이익을, 나아가서는 근로자의 이익을, 궁극적으로는 국민 일반의 이익을 옹호한다. 이런 점은 노동조합법을 비롯한 노동관계법에서 전제하고 있는 사실이다. 예를 들어, 노동조합법 제29조 제1항, 즉 「노동조합의 대표자는 ... 조합원을 위하여 ... 단체협약을 체결할 권한을 가진다.」라는 규정은 노동조합이 조합원의 이익을 대표하는 기구라는 사실을 전제한다. 같은 법 제2조 제4항 본문, 즉 노동조합

4) Webb, Sidney and Beatrice Webb(1973), *The History of Trade Unionism*, Augustus M. Kelley · Publishers, p.1. 이 책은 같은 이름의 1920년 개정판을 재인쇄한 것이다. 한편 1894년에 발간한 초판에서는 이 정의에서 결사 형성의 목적을 ‘고용 조건들(conditions of their employment)’의 유지 또는 향상이라고 서술했다. 그러다가 1920년 개정판부터 ‘노동생활상 조건들(conditions of their working lives)’로 바꾸었다. 그 이유에 대해, 웹 부부는 “초판의 고용 조건들이라는 표현은 노동조합이 항상 자본주의 또는 임금시스템의 항구적 존속을 원하는 것처럼 비친다는 비판이 있었다. 우리에게 그런 의도는 전혀 없었다. 노동조합은 과거 수 세기에 걸쳐 정도의 차이는 있었지만 사회적·경제적 관계의 혁명적인 변화에 대한 열망을 종종 보인 바 있었다”고 밝혔다(Webb, Sidney and Beatrice Webb(1973), p.1 각주 1).

5) Webb, Sidney and Beatrice Webb(1973), p.1.

6) Davies, Paul & Mark Freedland(1983), *Kahn-Freund's Labour and the Law*, Stevens & Sons, p.201 참고.

은 「... 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적」으로 한다는 노동조합의 정의 규정은 노동조합의 근로자 대표성을 역설한다. 국민 전체의 이익과 관련된 각종 위원회, 예를 들어 사회보장위원회에 근로자를 대표하는 자(사회보장기본법 제21조 제3항)로서 노동조합이 참여하는 것은 노동조합의 ‘국민’ 대표성의 좋은 예이다.

노동조합의 역사성과 사회적 중요성으로 인해 현대 국가에서 노동조합에 관한 권리는 기본적 인권에 속한다. 근로자들에게 노동조합을 결성하고 관련 활동을 하고 그것을 유지할 자유가 없다면 근로자 대표는커녕 근로자의 어떠한 결사체도 상정하기 어렵다. 그러므로 노동조합과 관련한 자유는 인간의 기본적 권리이고 많은 국가의 헌법에서 가장 중요한 기본권의 하나이며 인류의 소망을 표현한 국제 조약과 선언의 필수품이다.⁷⁾ 우리 헌법 역시 제정 당시부터 현재까지 한 번도 변함없이 노동조합을 단결권과 단체교섭권과 단체행동권의 가장 대표적이고 당연한 주체로서 전제하고 있다. 명시적으로 표현하지는 않았지만, 너무나 당연하여 굳이 표현할 필요가 없었겠지만, 노동조합은 헌법적 임의기구이며, 근로자의 자유 실현을 위한 실질적 조건인 것이다.

Ⅲ. 노동조합 대표성의 현실

이런 이유로 헌법과 노동관계법은 물론 다른 법률에서도 노동조합은 법적 실체로서 존중되고 있다. 그러나 노동조합의 현실적 대표성은 민망한 수준이다.

노동조합 조직률은 <표 1>에서 보는 바와 같이 2012년 10.3%이고 가장 낮았던 2010년에는 9.8%까지 하락했다. 노동조합에 가입한 근로자, 즉 조합원의 수는 2005년 약 150만 명, 2010년 약 164만 명, 2012년 약 178만 명으로 절대적 수치는 증가하였으나 조직대상 근로자의 증가에 미치지 못해 조직률은 하락한 것이다. 노동조합의 수는 산업별 노동조합 운동의 정점에 달했던 2010년에 4,420개로 가장 적었다가 2011년 이후 다시 증가하여 2012년에는 5,177개로 늘었다.⁸⁾

7) Davies, Paul & Mark Freedland(1983), p.200.

8) 2014년도 고용노동부 자료에 따르면 2013년 기준 노동조합 수는 5,305개, 조합원 수는 184만 7천여 명인데, 이 중에서 300인 미만 노동조합이 4,644개(87.5%), 조합원 수 277,366명(15%)이고, 300~1000인 미만 노동조합은 435개(8.2%), 조합원 수 224,697명(12.2%)이며, 1000인 이상 노동조합은 226개(4.3%), 조합원 수 1,345,523명(72.8%)이다. 산업별 노동조합 현황을 보면, 소규모(1,000~10,000명)가 39개, 대규모(10,000명 이상)는 17개이다.

〈표 1〉 전국 노동조합 조직 현황

(단위 : %, 개소, 천 명)

| | 2005 | 2010 | 2011 | 2012 |
|-----------------|-------------|------------|-------------|-------------|
| 노동조합 조직률 | 10.3 | 9.8 | 10.1 | 10.3 |
| 노동조합 수 | 5,971 | 4,420 | 5,120 | 5,177 |
| 조합원 수 | 1,506 | 1,643 | 1,720 | 1,781 |
| 조직대상 근로자 | 14,692 | 16,804 | 17,090 | 17,338 |

자료 : 고용노동부(2013), 『전국노동조합 조직현황』.

우리나라 노동조합의 조직률은 세계적으로도 매우 낮아, <표 2>에서 보듯이 OECD 주요 국가 중 미국과 더불어 최하위에 속한다. 특히 2011년의 조직률은 9.9%로서 평균 50%를 상회하는 스칸디나비아 국가들에 비하면 5분의 1 혹은 6분의 1 수준이고, 이른바 신자유주의 경제정책을 견인했다는 앵글로색슨 국가들에 비해서도 평균 10% 이상 낮았으며 (가령 캐나다 27.1%, 영국 25.6%, 호주 18.5% 등), 흔히 비교하는 일본의 19%는 물론 미국의 11.3%보다도 낮아 조사 대상국가들 중 최하위이다. 노동조합 조직률의 하락은 거의 모든 국가에서 보이는 현상이지만, 우리나라의 하락 속도와 폭은 매우 빠르고 큰 편이다. 1990년부터 2011년까지 우리의 조직률은 50% 가까이 하락했는데, 같은 시기 비슷한 폭의 감소는 호주 정도(39.6%에서 18.5%로 하락)에 불과하다. 그 결과 1990년 우리나라는 조직률 17.2%로 최하위였던 미국(15.5%)보다 1.7% 높았지만, 2011년에는 조직률 9.9%로 미국(11.3%)보다 도리어 1.4% 낮아져 최하위를 기록했다.

〈표 2〉 주요 국가의 노동조합 조직률 현황

(단위 : %)

| | 1990 | 2000 | 2010 | 2011 |
|------------|-------------|-------------|------------|------------|
| 한 국 | 17.2 | 11.4 | 9.7 | 9.9 |
| 미 국 | 15.5 | 12.9 | 11.4 | 11.3 |
| 독 일 | 31.2 | 24.6 | 18.6 | 18.0 |
| 일 본 | 26.1 | 21.5 | 18.4 | 19.0 |
| 호 주 | 39.6 | 25.7 | 18.4 | 18.5 |
| 네덜란드 | 24.6 | 22.9 | 18.6 | 18.2 |
| 그리스 | 34.1 | 26.5 | 25.2 | 25.4 |
| 영 국 | 38.1 | 30.2 | 26.4 | 25.6 |
| 캐나다 | 34.0 | 28.2 | 27.4 | 27.1 |
| 노르웨이 | 58.5 | 54.4 | 54.8 | 54.6 |
| 스웨덴 | 80.0 | 79.1 | 68.2 | 67.5 |
| 핀란드 | 72.5 | 75.0 | 70.0 | 69.0 |

자료 : OECD, <http://stats.oecd.org/> 2014.09; OECD(2014), OECD Employment and Labour Market Statistics. 이 자료에서 한국의 노동조합 조직률은 9.9%로 표시됨(국제기구에서 작성한 나라별 지표는 국제비교를 위해 특정 가정에 따라 조정된 자료로서, 주요·보조지표의 수치, 수록기간, 단위 등이 다를 수 있음).

또한 노동조합의 현실적 영향력을 보여주는 또 다른 지표라고 할 수 있는 단체협약 적용률도 <표 3>에서 보듯이 12%로 주요 국가들(OECD 국가들 포함) 중에서 최하위이다. 이런 결과는 낮은 조직률과 함께, 단체교섭의 주된 수준이 기업이라는 점 그리고 단체협약이 조합원에게만 적용되어 사실상 복수 사용자에게 확장되는 제도가 없다는 점 등에서 나온 것으로 추측된다.

<표 3> 주요 국가의 단체협약 적용률

| | 단체협약 적용률(%) | 주된 교섭 수준 | 복수 사용자에게 확장 |
|-----------|-------------|-----------|---------------|
| 오스트레일리아 | 60 | 기업 | 없음 |
| 오스트리아 | 99 | 산업 | 자동: 요구에 기한 확대 |
| 벨기에 | 96 | 전국 | 요구 |
| 캐나다 | 32 | 기업 | 없음 (퀘벡 제외) |
| 덴마크 | 82 | 산업 / 기업 | 없음 |
| 핀란드 | 90 | 산업(전국적 틀) | 대표 |
| 프랑스 | 95 | 산업 / 기업 | 요구 |
| 독일 | 63 | 산업 | 대표 |
| 그리스 | 85 | 산업 | 대표 |
| 이탈리아 | 80 | 산업 | 없음 (임금만) |
| 일본 | 16 | 기업 | 없음 |
| 한국 | 12 | 기업 | 없음 |
| 네덜란드 | 82 | 산업 | 대표 |
| 노르웨이 | 72 | 전국 / 산업 | 없음 |
| 폴란드 | 35 | 기업 | 장관 |
| 포르투갈 | 62 | 산업 | 장관 확대 |
| 러시아 연방 | 62 | 복수 | 없음 |
| 스페인 | 80 | 전국 / 산업 | 대표 |
| 스웨덴 | 92 | 산업 | 없음 |
| 스위스 | 48 | 산업 / 기업 | 대표 |
| 영국 | 35 | 기업 | 없음 |
| 미국 | 13 | 기업 | 없음 |

주: <용어 설명>

- 자동(Automatic): 자동적 또는 준자동적으로 확장되는 경우(예를 들어, 오스트리아와 슬로베니아에서 사용자단체의 의무가입을 통하여).
- 대표(Representative): 단체협약이 이미 일정한 분야나 지역의 총 고용 중 상당한 비율에 적용되고 있을 때 노동부장관이나 협약당사자들의 요구에 의해 확장이 이루어질 수 있는 경우.
- 요구(Request): 아무 조건 없이 당사자들의 요구에 의해 확장이 이루어질 수 있는 경우.
- 장관(Ministry): 노동부장관에 의해 확장이 이루어질 수 있는 경우(예를 들어, 폴란드에서 공익적 사유에 기한 것).

자료: Venn, Danielle(2009), "Legislation, collective bargaining and enforcement: Updating the OECD employment protection indicators", www.oecd.org/els/working papers, pp.16~18 발췌.

그렇다면 노동조합의 근로자 대표성이 이렇게 바닥을 치고 있는 이유는 무엇일까? 사용자에게 단체교섭 의무를 법적으로 강제하고 있을 뿐더러 교섭창구단일화까지 강제하는 미국과 우리나라가 노동조합의 조직률과 단체협약 적용률에서 모두 세계 최하위인 이유는 무엇인가? 특히 법제도적 이유는 무엇인가?

이런 결과는 노동조합의 근로자 대표성과 관련하여 우리 입법자가 가지는 두 가지 편견과 깊이 관련되어 있다. 하나는 노동조합은 임의기구이므로 대표성은 스스로의 힘만으로 제고해야 한다는 생각이고, 다른 하나는 노동조합은 조합원만을 대표하는 기구여야 한다는 생각이다. 앞의 생각은 노동조합의 임의성과 자주성이 조직과 활동 등 모든 부분에서 100% 관철되어야 한다(순수주의 또는 순결주의)는 집착에 뿌리를 둔다. 뒤의 생각은 노동조합을 순수한 민사법적 기구로 파악하는 태도와 깊이 연결되어 있다.

노동조합은 확실히 임의기구이고 더구나 그 조직과 운영에서 자주성(민주성과 더불어)을 생명으로 하는 조직이므로 대표성 제고 역시 자주적이고 독립적으로 해결하는 것이 가장 바람직하다. 그런데 노동조합의 현실적 대표성은 한 국가의 역사적, 경제적, 사회적 상황에 크게 의존하며 거의 절대적인 영향을 받는다. 그리고 노동조합은 전체 근로자의 근로조건 향상이라는 헌법적 임무의 수행을 위임받고 있는 헌법적 기구이다. 만약 기본적인 인권의 실현을 위해 필수적인 사회적 기구가 제반 상황으로 인해 현실적으로 제대로 헌법적 임무를 수행하지 못한다면 국가와 법은 어떻게 하여야 할까? 노동조합의 대표성을 제고하기 위해서는 국가와 법이 노동조합의 활동에 함부로 개입하지 않는다는 소극적 측면에서의 보장과 함께, 노동조합의 조직률과 영향력을 높이기 위한 입법적, 행정적, 사법적 노력이라는 적극적 보장이 반드시 필요하다.9)

노동조합의 근로자 대표성은 단순히 조합원만이 아니라 조직 대상이나 조직 실태, 그리고 단체교섭의 대상과 단체협약의 적용 등 노동조합 활동의 결과가 미치는 범위 등으로부터도 나온다. 이들은 일반적으로 서로 연결되거나 영향을 미치기도 하지만, 그렇다고 상호 간에 필연적인 내적 연관이 있거나 있어야 하는 것은 아니다. 예를 들어, 기업별 노조가 일반적인 일본의 경우, 조합원은 기업의 종업원이고 단체교섭은 조합원을 위해 기업별로 이루어져 조합원에게만 적용되는 기업별 협약이 체결되는 것이 통례이다. 또 산업별 노조가 일반적인 독일에서는 대부분, 조합원은 해당 산업 내의 근로자이고 단체교섭은 해당 산별교섭 단위의 조합원을 위해 지역별로 이루어져 조합원에게만 적용되는 지

9) 「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 세력균형이 이루어지고 근로자의 근로3권이 실질적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 필요한 법적 제도와 범규범을 마련하여야 할 의무가 있다는 것을 의미한다.」(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13 등)

역별 산업별 협약이 체결된다. 반면에 미국에서는 조직 형태와 단체교섭·협약 사이에는 이런 연관이 없다. 일반적인 노동조합의 조직 형태는 산업별 지역 노동조합(local union)이지만, 단체교섭은 주로 기업 단위의 모든 근로자를 위해서 이루어지고 그 단위 내의 모든 근로자에게 적용되는 기업별 협약이 체결된다. 결국 노동조합의 대표성은 조직물의 체고를 통해서도 높아질 수 있지만, 단체교섭의 인적 대상이나 단체협약의 적용 범위를 넓히는 방식에 의해서도 높아질 수 있다.

IV. 1997년의 선택, 근로자대표

우리나라에서 노동조합의 현실적 대표성이 매우 낮은 데에는 노동법 제정 이후 줄곧 지속되어 온 노동조합의 조직과 활동에 대한 법적 제약이 큰 역할을 했다. 1963년 개정 노동조합법의 복수노조 금지, 1973년 개정 노동조합법의 노사협의회 설치 확대,¹⁰⁾ 1980년 개정 노동조합법의 3급(복수노조·정치활동·제3자개입 금지) 및 기업별노조 강제 등은 그 대표이다. 이런 분위기를 일신할 수 있었던 골든타임이 1997년에 있었다.¹¹⁾

정부가 주창한 세계화에도 부합하고 또 OECD 가입의 조건이기도 했던 국제노동기준에 따른 노동법 개혁에 대한 기대가 높았던 때라 그동안 혼란스럽고 허약했던 근로자 대표 시스템을 혁신할 수 있는 절호의 기회이기도 했다. 당시 근로조건의 집단적 결정 시스템은 노동조합에 의한 단체협약, 노사협의회에 의한 노사협의 그리고 취업규칙에서의 불이익변경 절차가 있었고, 이러한 3중 시스템은 각각의 문제점뿐만 아니라 상호관계 등에서의 문제도 많아 이미 다양한 개선 방안이 제시되고 있었다. 그러나 결과적으로 입법자는 노동조합이나 노사협의회를 강화하는 방식도 아니고 그렇다고 취업규칙 절차를 건드리는 것도 아닌 제3의 길을 택했다. 새로운 근로자 대표 시스템인 근로자대표를 신설한 것이다. 3중 대표시스템만으로도 충분히 혼란스러운 상황에서 새로운 대표 하나를 더 만

10) 1973년 개정 노동조합법 및 그에 따른 개정 시행령(1975.4.17)에서는 “노사협의회는 노동조합이 있는 사업체에 설치되어야 한다.”라고 규정하여 사실상 노사협의회에 의해 노동조합을 무력화하려고 하였다.

11) 엄밀하게는 1996년 말부터 1998년 초에 이르는 시기이다. 노사관계의 일대 혁신을 위한 입법은 1996년 말의 이른바 날치기 파동에 의한 근로기준법 개정(법률 제5245호, 1996.12.31.)에서 시작된다. 그러나 이 개정 법률은 국민적 저항에 부딪혀 시행되지 못하고 1997. 3. 13. 폐지되고, 같은 날 짜로 근로기준법이 제정(법률 제5309호, 1997.3.13.)된다. 같은 법 제정 후 곧바로 맞이한 IMF 체제에서 1998년 초의 근로기준법 개정(법률 제5510호, 1998.2.20.)을 통해 지금과 같은 근로자대표가 규정된다. 이 시기에 관한 자세한 설명은 박제성(2013), pp.18~21. 참고 바란다.

들어낸 1997년 입법자의 선택은 대표시스템 전반에 혼란을 가중시켰다.¹²⁾

근로자대표 및 서면합의 제도는 1996년 개정 근로기준법에서 처음으로 도입되었다. 같은 법 제27조의2는 경영상 해고의 실제적 요건을 정하고 제27조의3은 그 절차를 정하였는데, 근로자대표라는 용어는 바로 제27조의3 제2항에서 「당해 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자(이하 “근로자대표”라 한다)」라는 형태로 등장했다. 1997년 제정 근로기준법은 조문의 위치를 바꾸고 ‘당해 사업장’을 ‘당해 사업 또는 사업장’으로 바꾼 것을 제외하면 종전과 같이 규정했다. 그러다가 1998년 2월 개정 근로기준법은 제31조 제3항에서 「당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합(근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자를 말한다. 이하 “근로자대표”라 한다)」라고 바꾸었고 이것이 현재까지 이어지고 있다.¹³⁾

근로자대표의 정의는 경영상 해고 제한 규정에서 했지만, 주로 사용된 곳은 근로시간 유연화 제도였다. 그래서 근로자대표 제도는 근로시간 유연화 제도의 신속한 도입을 위해 일본 노동기준법의 관련 제도를 수입한 것으로 평가된다.¹⁴⁾ 현실적 필요성에 관해서는 근로자보호를 위한 일종의 견제 장치라든가,¹⁵⁾ 근로시간 규제의 유연화 혹은 노동의

12) 당시 입법자는 적어도 근로자 대표시스템에 관한 한 뚜렷한 방향을 정하지 못하고 상당히 혼란스러웠던 것이 아닌가 추측된다. 전체적으로 보면 근로자대표의 등장이 가장 중요한 사건이었지만, 다른 한편으로는 근로자참여법의 제정을 통해 노사협의회의 기능도 일부 강화하였고 또 새롭게 제정한 노동조합법에서는 조직형태 변경 절차의 신설(제16조 제2항, 즉 노동조합 총회의 특별의결 정족수의 대상에 조직형태 변경을 포함시켰다. 이를 통해 예컨대 기업별 노동조합이 산업별 노동조합의 지부, 분회로 전환하는 절차를 간소화하여 한 번에 마칠 수 있도록 하였다)을 통해 산업별 노동조합 등 초기기업별 노동조합 체제로의 전환에 조력하려고도 하였다.

13) 표현 방식을 바꾸어, 과반수노동조합이 근로자대표와 병렬적인 것인지 아니면 근로자대표에 포함되는 것인지에 대한 불필요한 논쟁을 종식시켰다.

14) 일본의 근로자대표 제도에 관해서는 김재훈(2004), 「일본 개별근로관계법상 근로자대표제의 법적 연구」, 『노사포럼』 제24호, 한국경영자총협회 및 박은정(2010), 「일본 과반수근로자대표제도의 연혁과 법제화 논의」, 『기업 내 근로조건 결정법리』, 한국노동연구원 등 참고 바란다.

15) “근로자대표를 도입한 것은, 근로자에게 불이익하게 될 수 있는 이들 제도의 도입에 근로자들이 자신들이 선출한 근로자대표를 통해서 그 도입여부, 불이익의 완화방안 등을 강구하게 하려는 것으로, 이것은 근로자보호를 위한 일종의 견제장치라고 생각한다.”(심재진(1999), p.2). 비슷한 취지의 주장으로 김기선(2005), 「독일의 근로자이익대표」, 한양대학교 대학원 석사학위논문 같은 글은 “현행 근로자대표제가 일정 근로조건의 규율에 관하여 중요한 역할을 수행하도록 예정되어 있음에도 불구하고 현행 근로자대표제는 근로조건 규율의 주체가 될 기반을 가지고 있다고 할 수 없을 것이다. 다시 말해서 현행 근로자대표제도는 전체 근로자의 의사를 고려하면서 일정한 자유재량을 가지고 권한을 행사할 수 있는 독립적인 주체라고 하기 어렵다. 현행 근로자대표는 사안이 있는 경우에 필요에 따라 선출되어 그 기간 동안만 존재하고, 합의의 주체로서의 조직적 실체 및 제도적 뒷받침도 없기 때문이다. 현행 근로자대표제도에 관해서는 그 선출, 권한, 임무 및 활동보장 등

유연성 제고를 든다.¹⁶⁾ 1989년 근로기준법 개정 직후부터 이른바 노동시장 유연화 주장이 강하게 제기되어 온 점에 비추어 보면 현실적인 이유에 관한 이런 설명은 충분히 수긍이 간다. 그러나 이것만으로 근로자대표라는 ‘새로운 제도’의 신설을 제대로 설명할 수 없다. 근로시간을 비롯한 근로조건을 정하거나 변경하는 방식으로 이미 기존에 노동조합과의 단체협약 체결이나 사용자의 취업규칙 변경이 있었기 때문이다. 이 부분에 대해 이승욱 교수는 이렇게 설명한다.¹⁷⁾ 우선 “서면합의에 의한 규제사항은 원칙적으로 당해 사업장의 모든 근로자에게 적용되므로 조합원에 대한 적용만을 예정하고 있는 단체협약에 맡길 수 없는 성격”을 가지고 있다. 또 “그 규제사항이 근로시간이라는 근로조건 of 핵심적 내용을 담고 있는 것이므로 사용자의 일방적 작성을 내용으로 하는 취업규칙에 맡기기 곤란한 측면”이 있다. 과연 그런가?

이 교수의 첫 번째 주장은 서면합의의 대상인 근로시간 유연화 제도도 원래 단체협약의 대상이라는 점, 또한 역사적으로나 비교법적으로나 근로시간 제도의 설정과 변경은 법률이나 단체협약에 의해 이루어져 온 것이 통례였다는 점, 그리고 서면합의 사항은 아니지만 단체협약의 대상인 근로조건 중에도 그 성격상 전체 근로자에게 적용될 수밖에 없는 사항들(임금지급 기일, 휴게, 휴일 등)이 다수라는 점 등을 적절하게 설명하지 못한다. 두 번째 주장 역시 근로시간 외에도 근로조건 of 핵심적인 사항, 예를 들어 임금의 구성이나 퇴직금 등 임금 제도에 관한 사항들도 모두 취업규칙(또는 취업규칙의 불이익변경 절차)의 규제 대상이라는 점을 충분히 설명하지 못한다.

이 제도가 신설될 당시로 돌아가 질문을 하나 던져 보자. 만약 근로자대표라는 새로운 제도가 도입되지 않은 상태에서 사용자가 탄력적 근로시간제를 도입하려 했다면 어떻게 해야 하였을까? 탄력적 근로시간제는 사업장의 전체 근로자(또는 상당수 근로자)를 대상으로 하여 원래 취업규칙에서 정하고 있었던 일별·주별·월별 근로시간의 길이와 배치를 변경하는 것으로서 근로자 측에는 생활과 근로환경에서의 불편은 물론 연장근로수당의 감소라는 근로조건 of 저하를 가져오게 된다. 즉 취업규칙 of 불이익 변경이 된다. 그러므로 당연히 그에 상응하는 절차, 즉 과반수노조 또는 근로자과반수의 동의를 받아야 한다. 그런데 주지하다시피 1977년 대법원 판례 법리¹⁸⁾ 및 그것을 입법화한 1989년 근로기

근로자대표의 법적 지위 전반이 불분명하다.”라고 비판한다(김기선(2005), p.2).

16) “서면합의는 근로시간의 규제에 대하여 각 개별 사업 내지 사업장의 성격에 따라 유연하게 적용될 수 있다는 이른바 노동의 유연성 제고라는 측면도 고려”한 것이다(이승욱(1998), p.98).

17) 이승욱(1998), p.97.

18) 대법원 1977.07.26. 선고 77다355 판결. 「원칙적으로 취업규칙의 작성변경권은 사용자에게 있다 할 것이나 취업규칙의 변경에 의하여 기존 근로조건 of 내용을 일방적으로 근로자에게 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙 of 적용을 받고 있던 근로자 집단의 집단 의사결정 방법에 의한 동의를 요한다고 할 것이며 그 동의방법은 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 조합의, 그와 같은 조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의가 없는 한 취업규칙

준법 체제에서 취업규칙의 불이익 변경에 요구되는 근로자 측의 동의는 집단적·회의체적 방식의 과반수 동의라는 매우 엄격한 것이었다. 입법자의 고민의 핵심은 바로 여기에 있었다. 단체협약을 체결할 만한 노동조합이 많지 않은 우리 상황에서 근로조건의 변경은 취업규칙에 의해야 하는데, 취업규칙의 불이익 변경 절차가 까다로워 근로시간 유연화 정책을 추진하는 방식으로는 사용하기 부적당하다고 생각한 것이다. 그래서 우리나라와 형식은 비슷하지만 실질은 우리보다 한결 손쉬운 방식인 일본 노동기준법의 근로자대표에 주목했던 것 같다. 이 부분은 취업규칙 관련 규정의 변화 및 일본 노동기준법과의 비교를 통해 약간 부연하여 설명할 필요가 있다.

1953년 제정 근로기준법 제95조 제1항은 「사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 당해사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자의 의견을 들어야 한다.」(밑줄은 필자)라고 규정하였다. 위 규정은 1989년 근로기준법 제95조 제1항에서 『… (제정법과 동일함) … 근로자의 과반수의 의견을 들어야 한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 그 동의를 얻어야 한다.』(밑줄은 필자)고 변경될 때까지 유지되었다. 취업규칙의 변경에서 사용자가 의견을 수렴하거나 동의를 받아야 할 상대방은 1989년 이전까지 적어도 근로기준법상 문구로는 ‘근로자의 과반수’가 아니라 ‘근로자의 과반수를 대표하는 자’였다. 그럼에도 불구하고 판례는 1977년 판결 이후 일관되게 ‘근로자의 과반수를 대표하는 자’가 아닌 근로자과반수의 집단적 동의를 요구했다.¹⁹⁾ ‘근로자의 과반수를 대표하는 자’라는 표현이 1996년 개정 근로기준법에서 신설된 듯이 소개되지만, 실제로는 1953년 제정 근로기준법부터 있었던 것이다. 과반수노동조합의 비율이 극히 낮은 우리나라에서 근로자대표의 대다수는 근로자의 과반수를 대표하는 자라는 점에서 보면, 입법자는 근로자대표라는 표현을 통해 판례와 1989년 개정으로 사라졌던 근로자과반수대표자를 부활시켰던 것이다.

한편 일본 노동기준법에는 ‘근로자대표’라는 용어가 명시적으로는 없다. 노동기준법에서 사용되고 있는 「당해사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자」라는 문구에 연구자들이 붙인 이름이다. 이 문구는 취업규칙의 작성·변경에서 의견청취의 대상(제90조 제1항), 시간외 및 휴일의 근로에서 이른바 삼육협정의 체결 주체(제36조 제1항), 근로시간을 탄력화하는 제도를 도입하기 위한 노사협정(우리의

의 변경으로서의 효력을 가질 수 없고 따라서 그러한 취업규칙변경에 대하여 개인적으로 동의한 근로자에 대하여도 효력이 없는 것」이다.

19) 이 과정에 관한 상세한 설명은 朴孝淑(2013), 「賃金變更問題 合意原則 合理的變更法理」, 東京大學 校 大學院 博士學位論文, pp.53~61 참고 바란다.

서면합의에 해당)의 체결 주체(제38조의2 등)에서 똑같이 사용된다.²⁰⁾ 양국 사이의 관련 규율의 차이는 근로자대표와 서면합의 제도의 취지도 다르게 한다. 일본 노동기준법상 노사협정 제도는 적어도 제도적 측면에서는 종래의 취업규칙 변경 절차보다 요건을 강화함으로써 근로자 보호를 강화하는 것이라고 볼 수 있겠지만, 우리의 서면합의 제도는 요건(서면합의의 대상) 측면에서는 근로자 보호가 강화된 반면 주체 측면에서는 근로자 보호가 완화된 것이어서 근로자 보호를 위한 제도라고만 설명하기는 어렵다.

결국 근로조건 변경의 주체라는 측면에서 보면 근로자대표 신설의 핵심적 이유는 취업규칙 불리변경 절차를 우회하려는 데 있었다.²¹⁾ 대다수 학자들이 지적하는 근로자대표의 자격, 선출, 권한, 보호 등에 대한 입법의 불비 역시 실수가 아니라 누군가의 고의일 가능성이 매우 높다. 술한 지적에도 불구하고 20년 가까이 법 개정이 없는 점만 봐도 이런 의심은 충분히 설득력이 있다. 어쨌든 입법자는 1997년 노동법 체제를 새롭게 하면서 근로자 대표 시스템을 노동조합을 중심으로 하거나 적어도 그 대표성을 제고하는 방향으로 고칠 수 있는 절호의 기회가 있었다. 그러나 한편으로는 노동조합의 대표성이 커지면 산업평화에 위협이 될 수 있을지도 모른다는 두려움으로 인해, 다른 한편으로는 취업규칙의 불이익변경 절차를 완화해야 한다는 집착으로 인해 근로자대표라는 매우 이상한 선택을 했던 것이다.

V. 2010년의 선택, 교섭대표노동조합

2010년에도 근로자 대표 시스템과 노동조합 대표성에 또 한 번의 큰 변화가 있었다. 2010년 노동조합법 개정(2010. 1. 1., 법률 제8839호)에 따라 사업장 단위에서도 복수의 노동조합을 설립할 수 있게 된 반면, 단체교섭에서는 2011년부터 교섭창구단일화 제도가 적용되었다. 자율교섭을 주장하던 노동계로서는 복수노조라는 당연한 자유와 권리의 회복을 위해 새로운 명예를 지게 되었다. 교섭창구단일화 제도에 따라 매우 광범위한 권한(단체교섭권, 단체협약체결권, 쟁의행위권 및 관련 구제 신청권 등)을 가지는 근로자 대표로서 창설된 것이 교섭대표노동조합이다.

교섭창구단일화 제도에 대해서는 많은 비판이 있었는데, 핵심은 소수노동조합의 단체

20) 근로자대표라는 용어가 아니라 그것을 설명하는 긴 문구를 그대로 사용하는 점도 우리와 다르다.

21) 도재형 교수는 근로자대표와 취업규칙의 유사성에 관해서 상당히 접근하고 있다. “근로자대표 제도는 취업규칙 불이익 변경 절차에서의 근로자의 집단적 동의 방식에서 ‘집단성’을 제거한 모습처럼 보이게 된다.”(도재형(2011), p.94).

교섭권 박탈로 향했다. 새로운 제도의 도입에 깊숙이 관여했던 이승욱 교수는 단체교섭권의 박탈이 아니라 조정으로 보아야 한다는 반론을 제기하였으나,²²⁾ 노동조합과 단체교섭 사이에는 ‘하나가 없다면 다른 것도 없는(conditio sine qua non)’ 상호 조건적 관계가 있다고 한 칸-프로인트(Otto Kahn-Freund)의 시각에서 보면,²³⁾ 그리고 교섭대표노동조합에게 단체교섭뿐만 아니라 단체협약의 체결과 관리, 쟁의행위, 부당노동행위 신청 등 단체교섭과 관련된 모든 권한을 독점시킨 점에서 보면, 확실히 이 제도는 문제가 많았다. 그러나 이 제도의 치명적인 단점은 다른 곳에 있었다.

이승욱 교수는 교섭창구단일화제도의 가장 큰 특징으로 “교섭대표노동조합이 ‘조합원’만을 대표한다는 점”을 들었는데,²⁴⁾ 사실 이 제도의 가장 큰 단점은 여기에 있다. 우리 제도가 애초에 참고했던 미국의 경우, 제도의 핵심은 전체 근로자에 대한 배타적 대표성이다. 즉 교섭대표노동조합이 교섭단위 내 모든 근로자를 대표하여 단체교섭을 배타적으로 한다. 이 교수의 표현을 옮기면 “노동조합 소속에 관계없이, 노동조합 가입 여부에 관계없이, 교섭단위 내에서 근로하고 있는 근로자 전체를 대표하여 근로조건 등에 관하여 교섭하도록 함으로써 조합 소속에 따른 차별이나 가입 여부에 따른 차별을 원천적으로 배제하고 같은 일을 하는 근로자에 대해서는 동일한 근로조건을 적용할 수 있도록 하고 있는 것이다.”²⁵⁾ 이것의 장점과 단점 및 그 비교 역시 이 교수가 잘 지적한다. 장점은 “근로자의 입장에서는 교섭력을 극대화하여 교섭에서 유리한 위치를 차지할 수 있는 제도적 장치를 갖출 수 있고, 사용자의 입장에서는 같은 사안에 대하여 동일한 내용의 교섭을 반복하는 무용한 교섭을 하지 않아도 되기 때문에 교섭비용을 줄이고 근로자 사이의 갈등을 최소화할 수 있다”는 것인 반면, 단점은 “이른바 무임승차(free-rider), 즉 노동조합

22) “교섭창구단일화제도는 소수노동조합의 교섭권을 박탈하는 것을 목적으로 하는 제도라기보다는 노동조합이 정당하게 보유하고 있는 단체교섭권의 경합을 조정하는 수단으로서 단체교섭권을 행사하는 방법과 절차를 규율하는 것을 목적”으로 한다. “교섭창구단일화제도는 교섭대표노조가 되지 못한 소수노동조합이라고 하더라도 교섭권 자체를 박탈당하거나 노동조합으로서의 지위가 부정되는 것이 아니다. 교섭대표노조가 되지 못할 경우 교섭대표노조의 지위유지기간 동안 교섭권을 현실적으로 행사할 수 없기는 하지만, 그 기간 동안 소수노조가 조합원을 다수 확보하여 차기 교섭대표결정과정에서 교섭대표노조가 될 수 있는 가능성이 여전히 남아 있다. 또한 교섭대표노조가 공정대표의무를 위반할 경우 소수노조는 공정대표의무 위반 시정신청을 함으로써(노조법 제29조의4 참조) 그 조합원의 이익을 확보하기 위한 활동도 할 수 있다.”(이승욱(2011), 『교섭창구단일화 절차를 둘러싼 노동법상 쟁점』, 『사법』 제15호, 사법발전재단, p.47).

23) Davies, Paul&Mark Freedland(1983), p.201.

24) 이승욱(2011), p.44. 과반수노동조합이 없는 경우 “조합원수 비례의 공동교섭대표단을 구성하도록 함으로써 비례교섭대표적 요소를 가미하고 있는 점”이나 “복수노조간에 교섭창구단일화를 강제하면서도 조합원의 의사를 민주적으로 반영하기 위한 선거절차를 별도로 두고 있지 않은 점”도 다른 나라에 없는 특징이라고 한다. 같은 페이지.

25) 이승욱(2014), 『미국 교섭대표노동조합 결정의 법리와 실제』, 이화여자대학교출판부, p.414.

가입에 따른 조합비 납부 등 의무는 부담하지 않고 혜택만 누리는 비조합원이 발생한다.”는 점이다. 그러나 “교섭단위 내 모든 근로자가 동일한 근로조건을 누릴 수 있는 장점은 그 단점을 넘어서는 것”이라고 한다.²⁶⁾

이런 지적에도 불구하고 2010년 우리 입법자는 굳이 교섭대표노동조합의 대표 범위를 조합원으로 한정했다.²⁷⁾ 그로 인해 미국식 교섭창구단일화 제도의 거의 유일한 장점이라고 할 수 있는 소수 근로자나 취약 근로자의 보호가 사라져 버렸다. 기실 조합원만을 대표할 것이면 굳이 특정 노동조합에게 교섭권을 독점시킬 하등의 규범적 근거가 없다.²⁸⁾ 박계성 박사는, 현행 제도는 “사용자의 지원을 받는 황색노조의 출현과 교섭대표 노조의 지위를 확보하기 위한 노조 간 갈등” 등으로 인해 단체교섭의 비용을 줄인다는 애초의 목적을 달성하지 못했고, “단체협약의 구속력 확대라는 규범적 목적에 접근하지”도 못했다고 지적한다.²⁹⁾ 또한 현행 제도는 교섭대표노동조합의 조합원 대표성을 단체협약의 적용 범위와도 일치시켰다. 이를 통해 현행 제도에서 단체교섭은 명실상부하게 조합원만의 잔치가 되었다. 교섭대표노동조합의 구성과 단체협약 적용 대상을 연결시킨 것은 기존 관념에, 즉 교섭대표노동조합이 조합원의 대표라면 단체협약은 조합원에게만 적용되어야 하고 교섭대표노동조합이 전체 근로자의 의사에 따라 구성된다면 단체협약도 전체 근로자에게 적용되어야 한다는 생각에, 따른 것이다. 그러나 대표기구의 구성 대상이 단체협약의 적용 범위로 곧바로 연결되어야 할 논리적이고 필연적인 이유는 없다. 양자는 입법 정책적으로 달리 정할 수도 있다.

현행 조합원 대표성의 또 다른 문제는 교섭대표노동조합 결정 과정에서도 나타난다. 독일처럼 산별 단일체제에서의 조합원 대표성은 다른 노동조합의 단결권을 침해하는 일이 흔하지 않다. 반면에 현행 노동조합법처럼 교섭대표노동조합의 결정 절차에 참여한 노동조합들만의 조합원 수에 의존하게 되면, 미조직 근로자의 조직화보다는 다른 노동조합의 조합원을 자신의 조합원으로 만드는 것이 2배 이상 효율적이다. 요컨대, 현행 교섭대표노동조합 결정 방식은 단결권 침해적이기도 하다.

한편 현행 제도는 사실상 단체교섭을 그래서 노동조합의 주요 활동을 모두 사업장 단위로 한정했다는 점에서도 비판받을 만하다. 모든 근로자 대표 즉 근로자대표, 노사협의회, 교섭대표노동조합은 모두 사업장 내 근로조건을 집단적 결정을 두고 경쟁하거나 충돌하게 된다. 반대로 사업장을 넘어서는 단위에서의 단체교섭은 교섭창구단일화 제도에

26) 이승욱(2014), p.414.

27) 우호적으로 해석한다면, 소수의 조합원만으로도 사용자와 단체교섭을 시작할 수 있고 또 미국의 관련 선거 절차 등에서 오는 사용자의 간섭이나 비용, 시간 지체 등을 방지하려 했다는 것이다.

28) 현행 교섭창구단일화 제도는 비용의 절감이라는 상인적 명분을 단체교섭권의 촉진이라는 헌법적 대의보다 더 앞에 둔 매우 이례적인 법제도이다.

29) 박계성(2013), p.77.

의해 심각한 타격을 맞고 있다고 한다.³⁰⁾

VI. 판례와 노동조합의 대표성

입법만큼이나 판례도 노동조합의 대표성에 미치는 영향이 크다. 노동조합의 대표성을 강화할 수도 있고 반대로 약화시킬 수도 있다. 현재의 판례는 어떤가? 우리 판례는 단결3권(근로3권) 보장의 목적을 근로조건의 향상을 위한 단체교섭에 집중시키면서,³¹⁾ 단체교섭권의 주체는 원칙적으로 노동조합에 한정한다.³²⁾ 그 결과 단결권은 단체교섭권을 위한

30) 민주노총 관계자의 전언에 따르면, 교섭창구단일화 제도 시행 이전에 산별교섭을 진행하였던 몇몇 산별노조의 사례는 다음과 같다. 우선 금속노조의 경우, “금속산업사용자협의회라는 사용자단체가 있어 산별교섭을 진행하여 왔으나, 창구단일화 이후 1) 사용자 측에서 개입한 기업노조가 생기면 무조건 사용자단체에서 탈퇴 2) 금속노조는 지역에서 지부집단교섭을 하여 정년 등에 관해 지역 통일교섭안을 가지고 교섭을 해 왔는데, 한두 사업장씩 빠져나가면서 통일된 노동조건 설정이 어려워진 상황, 업체끼리 노동조건 하향 경쟁을 벌이고 있는 상황이며, 주변 기업별노조가 교섭권 가지고 저하된 조건을 체결하면 기 체결된 단체협약도 불이행하는 사례가 발생”하고 있다. 다음으로 보건의료노조의 경우, “2010년 병원사용자단체가 해산하여 이후 산별교섭이 이루어지지 못함. 그 이후에도 민간중소병원 부문과 같이 일부부문에서 집단교섭(위임받아서 교섭하는 방식), 복수노조가 있는 경우에는 보건의료노조가 과반수노조인 경우에만 참여”한다. 마지막으로 플랜트노조의 경우, “중전에는 지역별 집단교섭(ex 포항지역, 여수지역 등)이 있었으나, 창구단일화 시행 이후 플랜트노조의 세가 압도적인 지역(예를 들어 포항)에서는 사측이 개별교섭 동의를 해버리고, 민주노총 플랜트하고는 종전과 같이 집단교섭을 함. 플랜트노조의 세가 약한 곳은 사업장에서 기업별노조 만들어 일자리를 매개로 기업노조 가입을 강제함으로써 집단교섭이 불가능함. 플랜트의 특이한 점은 교섭단위 분리제도가 집단교섭을 와해시키고 있는 점”이라고 한다.

31) 대법원 1990.05.15. 선고 90도357 판결. 「근로자에게 열세성을 배제하고 사용자와의 대등성 확보를 위한 법적 수단으로 단체교섭권을 인정하는 것이야말로 근로조건의 향상을 위한 본질적 방편이라고 아니할 수 없으며 따라서 그것을 위하여 단체형성의 수단인 단결권이 있고 또한 교섭이 난항에 빠졌을 때 그것을 타결하기 위한 권리로써의 단체행동권이 있는 것으로 보아야 하기 때문이다. 이로써 본다면 근로자에게 단체교섭권이 정당하게 확보되어 있기만 하다면 그것을 보장하는 권리로써의 단체행동권은 그것이 제한된다 해도 필요한 최소한도내에서, 어쩔 수 없는 것으로서 사회관념상 상당한 대상조치가 마련되어 있다고 보여질 때에는 위에서 본 권리의 본질적인 내용을 침해하는 것으로 볼 수 없다고 하겠다.」

32) 판례는 단체교섭권의 주체를 노동조합법상 노동조합에 한정하지 않는다. 가령 대법원 1997.02.11. 선고 96누2125 판결은 「전기협이 그 실시와 같은 여러 가지 점에서 노동조합으로서의 실질적 요건을 갖추지 못하였으므로 단체교섭권이나 쟁의행위의 정당한 주체로 될 수 있는 노동조합이라고 볼 수 없다는 것이지, 노동조합법상의 노동조합이 아닌 근로자의 단결체는 무조건 단체교섭권 등이 없다는 것은 아니므로」라고 하였고, 현재 2008. 7. 31. 2004헌바9 역시 범외노조도 「어느 정도의 단체교섭이나 협약체결 능력을 보유한다 할 것」이라고 하였다.

노동조합의 조직 및 그 업무를 위한 제반 활동의 권리로 축소되었다. 노동조합 대표성이 위기를 맞은 이유 중 큰 부분은 이러한 단결권의 위축에서 기인한다. 정리해고에 관한 판례 법리는 노동조합이 담당할 수 있는 업무의 범위를 축소함으로써 노동조합의 대표성을 위축시키고 있는 대표적 사례이다.³³⁾

또 다른 사례는 노동조합 내 대표성에서 의존성보다 독립성을 강조하는 방식이다. 대표라는 용어는 본래, 대표되는 사람이나 단체(피대표)와의 관계에서, 의존성과 독립성이라는 두 가지 상반된 의미를 동시에 가진다. 자신의 존재 기반이자 이유인 피대표의 의사 또는 이익을 정확히 반영해야 한다는 것이 의존성이다. 자신이 속하게 되는 곳에서 공동 복리를 위해 피대표의 의사 또는 이익에 구애되지 않을 수 있다는 것이 독립성이다. 우리 법원은 대표의 의존성보다는 독립성을 강조해 왔다. 노동조합 대표자의 단체교섭 권한을 침해한다는 이유를 들어 협약인준투표(단체교섭 합의안에 대한 조합원 전체의 찬반투표)를 위법·무효로 보는 대법원 전원합의체 판결은 극단적으로 근로자 대표의 독립성을 강조한 예이다.³⁴⁾

판례의 개선은 어디에서 출발해야 할까? 무엇보다 단결권의 정신이 동료 간 연대에 있음을 확인하는 데에서 시작해야 할 것 같다. 이 점을 잘 표현하고 있는 것이, 흔히 미국의 노동3권 보장 규정이라 불리는, 미국의 연방노동관계법(NLRA) 제7조이다. “근로자는 단결할 권리, 노동단체를 결성하고 가입하고 지원할 권리, 스스로 선택한 대표자를 통하여 단체교섭을 할 권리, 단체교섭이나 그 밖의 상호 원조나 보호를 위하여 연대 활동의 권리를 가진다.”라는 규정에 포함된 ‘연대 활동(concerted activities)’이라는 표현은 단결의 시원적 모습이 연대에 있음을 보여준다. 미국 노동법에서 ‘연대 활동’이란 근로자가 다른 근로자와 함께 혹은 다른 근로자를 대신하여 공통적인 이익을 합법적으로 추구하는 행위를 말한다.³⁵⁾ 연대 활동을 할 수 있는 자는 조합원이든 비조합원이든 상관없지만, 법의 보호를 받기 위해서는 해당 활동의 대상이 근로조건에 관한 것이고, 목적이 근로자들의 집단

33) 대법원 2002.02.26. 선고 99도5380 판결. 『정리해고나 사업조직의 통폐합 등 기업의 구조조정에 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 불순한 의도로 추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 노동조합이 실질적으로 그 실시 자체를 반대하기 위하여 쟁의행위에 나아간다면, 비록 그 실시로 인하여 근로자들의 지위나 근로조건이 필연적으로 수반된다 하더라도 그 쟁의행위는 목적의 정당성을 인정할 수 없다 할 것이다.』

34) 대법원 1993.04.27. 선고 91누12257 전원합의체 판결. 『노동조합의 대표자 또는 수임자가 단체교섭의 결과에 따라 사용자와 단체협약의 내용을 합의한 후 다시 협약안의 가부에 관하여 조합원총회의 의결을 거쳐야만 한다는 것은 대표자 또는 수임자의 단체협약체결권한을 전면적, 포괄적으로 제한함으로써 사실상 단체협약체결권한을 형해화하여 명목에 불과한 것으로 만드는 것이어서 위법 제33조 제1항의 취지에 위반된다.』

35) Meyer's Industries v. Prill, 268 NLRB 493 (1984) and Meyer's Industries Inc. II, 281 NLRB 118(1986).

적 이익을 증진하는 것이며, 구체적인 구제나 결과를 추구하여야 하는 것으로서 행위 그 자체가 불법적이거나 부당하지 않아야 한다.³⁶⁾ 연방노동위원회(NLRB)는 같은 법 제7조의 보호를 받을 수 있는 연대 활동에는 파업을 비롯하여 i) 근로자가 다른 회사 근로자들의 노동조합 조직을 지원하는 행위, ii) 노동조합이 사용자가 다른 노동조합의 파업에 반대하는 것을 규탄하는 행위, iii) 노동조합이 산재보험법 개정에 대하여 지지하는 행위, iv) 노동조합이 정부의 이민정책에 반대하는 로비를 하는 행위, v) 노동조합이 근로권법(right-to-work law)에 반대하는 로비를 하는 행위 등이 포함된다고 한다. 미국에서 연대의 권리를 가장 잘 보여준 것이 ‘웨인가든 규칙(Weingarten rule)’이다.³⁷⁾ 연방대법원은 근로자는 사용자와의 인터뷰로 인해 징계를 받을 수 있다는 두려움을 느끼는 경우, 그 자리에 노동조합의 (현장) 대표의 동석을 요구할 권리가 있다고 판결했다.³⁸⁾ 연방대법원은 노조 대표 동석권은 노사 사이에 존재하는 힘의 불평등을 시정하려는 연방노동관계법의 목적에 근거를 둔 것이라고 했다.³⁹⁾ 연방노동위원회(NLRB)는 그 후 웨인가든 권리를 무노조 사업장까지 확장할 수 있다고 결정하였다가,⁴⁰⁾ IBM사건에서 이를 반복하여 무노조 사업장의 근로자는 조사 목적의 인터뷰에 동료 근로자의 동석을 사용자에게 요구할 권리가 없다고 결정했다.⁴¹⁾

어쨌든 미국 연방노동관계법 제7조에 나오는 ‘연대활동의 권리’라는 표현, 그리고 그것에 근로자의 동석요구권이 포함된다고 하는 연방대법원의 판결은 단결권의 정신, 나아가 노동조합의 대표성 강화가 어디에서부터 시작되어야 하는지, 그리고 우리 판례가 노동조합의 대표성 강화를 위해 어떠한 해석론을 전개하여야 하는지에 시사하는 바가 많다고 본다.

36) Carrell, Michael R. & Christina Heavrin(2013), *Labor Relations and Collective Bargaining*(10th ed.), Pearson, p.372 참고

37) 이하에서 웨인가든 규칙에 관한 설명은 Carrell, Michael R. & Christina Heavrin(2013), pp.378-379를 참고

38) NLRB v. Weingarten, Inc., 420 U.S. 251 (1975). Weingarten 규칙에 따르면, 노동조합 대표의 동석권이 있기는 하지만, 이 권리는 사용자가 가진 인터뷰를 수행할 권리에 우선하지 않는다고 한다. 노조 대표의 역할은 사용자의 적법한 권리를 침해하지 않는 한도에서 근로자를 보호하는 것에 한정되며 사용자의 조사를 논쟁으로 만들 수는 없다. 반면에 사용자는 노조 대표에게 인터뷰 중 침묵을 요구할 수 없다. 노조 대표는 질문이 모욕적이거나 오해의 소지가 있거나 근로자를 괴롭거나 혼란스럽게 하거나 희롱적이라고 판단하면 근로자에게 답변하지 않아도 된다고 조언할 수 있다.

39) 참고로 팀스터 노동조합(International Brotherhood of Teamsters)은 조합원들에게 다음과 같은 문구가 새겨진 카드를 제공한다고 한다. “이 논의가 어떤 경우에도 나에게 징계 또는 해고의 결과를 초래하거나 근로조건에 영향을 미칠 수 있다면, 저는 노조 대표나 임원이 면담에 동행할 것을 요구합니다. 노조 대표 없이는 어떠한 질문에도 답변하지 않겠습니다.”

40) *Epilepsy Foundation v. NLRB*, 168 LRRM 2673 (CA DC 2001).

41) *IBM Corp.*, 341, NLRB No.148 (2004).

VII. 몇 가지 제언

우리 근로자 대표 제도의 특징을 한마디로 요약하면, 그 종류는 많지만 현실적 대표성은 모두 약하다는 것이다. 그리고 그 원인은 다음과 같은 제도적 문제점에 있는 것 같다. 첫째, 법제도는 대표성 강화를 위한 적극적인 조치를 한 바가 거의 없고, 오히려 종종 약화시켰다. 둘째, 각 대표의 대표 범위, 법적 지위, 권한과 역할, 상호 관계 등이 명확하지 않다. 셋째, 각 대표가 만들거나 참여한 자치규범(단체협약, 노사협의회 의결, 서면합의, 취업규칙)의 서열이 분명하지 않고, 종종 그 자체의 법적 구속력도 의문스럽다. 단체협약과 취업규칙의 법적 구속력을 제외하고는 명확히 정해진 바가 없다. 넷째, 각 대표의 대표성과 활동 및 권한에 관한 규정들은 각 근로자 대표의 대표성을 모두 사업장 단위로 수렴되도록 한다. 다섯째, 각 대표의 대표성은 단편적이다. 국민경제 전반에서 근로자의 대표가 없는 것은 물론, 산업 단위의 대표도 제도적으로 보장된 것이 없으며, 심지어 사업장 내에서도 모든 문제에 대표성을 가진 대표가 없다. 보편적 대표가 없고, 개별 사항에서만 대표성을 가지는 단편적 대표밖에 없다.

그럼 어떻게 풀어야 하는가? 복잡한 문제일수록 해결은 본질적이고 간단할 필요가 있다. 먼저 잡다한 근로자 대표를 노동조합과 종업원대표기구(노사협의회 등)라는 2원적 체제로 단순화해야 한다. 근로기준법상 근로자대표 제도는 폐지하고 현재 그것이 관여하는 근로조건의 그 성격에 따라 노동조합이나 종업원대표기구에게 분산하여 맡긴다. 그리고 취업규칙은 독일의 사업장협정과 같은 노사합의에 기초한 협정으로 전환하도록 한다. 근로자 대표 제도는 노동조합을 중심에 두어야 한다. 주지하다시피 2중 대표시스템이 원활하게 작동하는 국가의 공통점은 노동조합 중심주의가 확고히 자리 잡아서 종업원대표기구 역시 사실상 노동조합을 중심으로 운영된다는 점이다. 이를 위해 제반 입법에서 노동조합의 조직과 영향력 및 대표성이 확대될 수 있도록 직·간접적으로 조력할 필요가 있다. 근로조건을 법정하되 단체협약에 의해서만 그것을 낮출 수 있도록 방안이나 국가입법 자체를 전국적 단체협약에 개방하는 방안이 이르기까지 방법은 여러 가지가 있을 것이다.

노동조합의 근로자 대표성을 제고하려면 제도적 방해물의 제거도 필요하다. 그런데 노동조합에 의한 근로자 대표 시스템은 다른 근로자 대표와 달리 2단계로 이루어진다. 먼저 노동조합이 근로자를 대표하고, 다음으로 노동조합 대표자가 노동조합을 대표한다. 전자에서 노동조합은 정당과 유사한 방식으로 근로자를 대표하는 반면, 후자에서 노동조합 대표자는 사단에서와 유사하게 노동조합을 대표한다. 즉 노동조합은 공법상 대표와 사법

상 대표(사법상 대리의 유추)의 혼합이라는 2단계 방식으로 근로자를 대표한다. 그러므로 노동조합의 대표성을 확대하기 위해서는, 먼저 전자와 관련하여 ‘사업장 단위’에서 ‘조합원만의 대표’ 방식인 교섭창구단일화 제도를 개선하여야 한다. 시급히 산업별 교섭 등 초기업별 교섭이 활성화되고 사업장 내에서도 전체 근로자의 이익과 연대가 향상될 수 있도록 해야 한다. 다음으로 후자와 관련하여 노동조합 대표자의 조합원(피대표) 의존성을 강화하는 입법의 보충 및 해석의 개선이 필요하다.

마지막으로 노동조합의 대표성은 일상적인 단결 활동의 활성화를 통해서만 튼튼하게 뿌리 내릴 수 있다는 당연한 사실을 지적하고자 한다. 확실히 노동조합은 단결권을 실현하는 가장 전통적이고 강력한 방식이다. 또 단체교섭은 근로조건 향상을 위한 가장 일반적이고 효율적인 방식으로 노동조합의 활동 중 핵심임에 틀림없다. 그러나 그럼에도 불구하고 단결권이 노동조합, 특히 단체교섭을 지향하는 노동조합의 조직과 활동의 권리로 축소될 수는 없다. 대의민주주의 제도가 현대 민주정치의 가장 중요한 요소이기는 하지만 그것만으로 민주주의가 충분히 실현될 수 없는 것과 같은 이치이다. 국회에 300명 가까운 직업 정치인(국회의원)들을 두고도 시민들의 시위 같은 일상적이고 직접적인 정치 행위가 현대 사회의 건강성을 위해 필요하듯, 근로조건 유지·개선 및 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 위해서는 단체교섭과 무관한, 심지어는 노동조합을 매개하지 않는 근로자 상호 간의 연대와 단결 활동도 필수적이다. **KL**

<참고문헌>

- 고용노동부(2013), 『전국노동조합 조직현황』.
- 김기선(2005), 『독일의 근로자이익대표』, 한양대학교 대학원 석사학위논문.
- 김인재(1999), 『근로기준법상 근로자대표의 법적 지위』, 『노동법연구』 제8호, 서울대학교 노동법연구회, pp.238~261.
- 김재훈(2004), 『일본 개별근로관계법상 근로자대표제의 법적 연구』, 『노사포럼』 제24호, 한국경영자총협회, pp.106~156.
- 도재형(2011), 『근로기준법상 근로자대표 및 서면 합의 제도』, 『한국노동법학』 37호, 한국노동법학회, pp.87~122.
- 박은정(2010), 『일본 과반수근로자대표제도의 연혁과 법제화 논의』, 『기업 내 근로조건 결정법리』, 한국노동연구원, pp.83~142.
- 박제성(2002), 『노동조합의 대표성』, 『노동법연구』 2002 하반기(제13호), 서울대학교 노동법연구회, pp.301~336.

- _____ (2003a), 「근로자 대표론 정립을 위한 시론」, 『노동법연구』 제14호, 서울대학교 노동법연구회, pp.197~225.
- _____ (2003b), 「텍스트 다시 읽기」, 『노동법연구』 제15호, 서울대학교 노동법연구회, pp.263~283.
- _____ (2013), 『근로자대표제도의 재구성을 위한 법이론적 검토』, 한국노동연구원.
- 박종희(1999), 「근로기준법상 근로자대표와 사용자가 체결한 서면합의의 효력」, 『안암법학』 제8호, 안암법학회, pp.311~330.
- 이달휴(1998), 「근로기준법에서의 근로자대표제」, 『한국노동법학』 제8호, 한국노동법학회, pp.373~402.
- 이승욱(1998), 「근로기준법상 서면합의의 효력」, 『노동법연구』 제7호, 서울대학교 노동법연구회, pp.97~119.
- _____ (2011), 「교섭창구단일화 절차를 둘러싼 노동법상 쟁점」, 『사법』 제15호, 사법발전재단, pp.37~80.
- _____ (2014), 『미국 교섭대표노동조합 결정의 법리와 실제』, 이화여자대학교출판부.
- 최영호(2003), 「1개월 단위 탄력적 근로시간제의 해석」, 『노동법연구』 제15호, 서울대학교 노동법연구회, 235~262.
- 朴孝淑(2013), 「賃金變更問題 合意原則 合理的變更法理」, 東京大學校 大學院 博士學位論文.
- Carrell, Michael R. and Christina Heavrin(2013), *Labor Relations and Collective Bargaining* (10th ed.), Pearson.
- Davies, Paul and Mark Freedland(1983), *Kahn-Freund's Labour and the Law*, Stevens & Sons.
- OECD(2014), OECD Employment and Labour Market Statistics.
- OECD, <http://stats.oecd.org/> (2014.09.)
- Venn, Danielle(2009), “Legislation, collective bargaining and enforcement: Updating the OECD employment protection indicators”, www.oecd.org/els/working_papers.
- Webb, Sidney and Beatrice Webb(1973), *The History of Trade Unionism*, Augustus M. Kelley · Publishers.