

# 근로자대표론 : 단체협약의 규범력 확대를 위하여

박 제 성\*

## I. 근로조건 대등결정의 원칙

대한민국 헌법 제33조 제1항은 단결권과 단체교섭권 그리고 단체행동권을 보장함으로써 근로자가 개별적 관계에서 나타나는 형식적 대등관계를 극복하고 집단적 관계에서 사용자와 실질적 대등관계를 확보하여 근로조건을 집단적으로 결정할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 다시 말하면 근로조건의 집단적 결정은 대등한 위치에 있는 노사간의 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>이라고 한 것도 같은 취지이다. 이를 ‘근로조건 대등결정의 원칙’이라고 할 수 있다.

근로기준법 제4조는 “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다.”라고 하여 이 원칙을 확인하고 있다. 이 규정은 우선 계약의 두 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 타당하다. 그것은 근로기준법 제5조

\* 한국노동연구원 연구위원(jeseongpark@kli.re.kr).

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

만 보더라도 분명하다. “근로자와 사용자는 각자가 단체협약, 취업규칙과 근로계약을 지키고 성실하게 이행할 의무가 있다.”

‘신분에서 계약으로’ 전환을 이루어 낸 근대의 법질서에서는, 공적 신분 관계를 제외하고 적어도 사적인 관계에서는 계약을 통해서가 아니면, 즉 계약상의 의무 이행이라는 명목이 아니면 타인에게 노동의 의무를 부과할 수가 없다. 그러나 인간의 노동은 인격 그 자체로서 계약의 목적이 될 수가 없는 것이다. 아파트나 자동차와 달리 노동은 노동하는 자로부터 분리할 수 없는 것이어서 노동을 구매(임대)한 자는 결국 노동하는 자의 인격을 지배하지 않고서는 그 노동을 자신의 뜻대로 처분할 수가 없다. 계약으로 할 수가 없는 것이지만 계약으로 하지 않으면 안 되는 것, 그것이 자본주의 사회에서 인간의 노동이 갖는 모순이다.

자본주의 노동시장은 바로 이 근로계약의 모순성이 없으면 존재할 수 없다. 근로자는 사용자와 대등한 법적 주체이면서 동시에 사용자에게 종속된 자이다. 근로자가 자유롭고 평등한 인격이 아니면 근로계약이라는 계약 자체가 성립할 수 없게 된다. 그러나 다른 한편으로 근로자가 사용자에게 종속되지 않으면 계약의 목적을 실현할 수 없게 된다. 근로계약은 인간의 노동을 시장에서 거래할 수 있는 하나의 상품으로 간주할 수 있도록 함으로써 자본주의 경제가 작동하기 위해서는 불가피한 제도적 기반을 마련한다.

그러나 근로계약의 모순성과 그 속에 내재되어 있는 종속성은 자유와 평등이라는 근대법 원칙에 반하는 것으로서 근대법 자체의 기초를 허문다. 노동법은 이 자유와 평등의 원칙을 집단적 관계에서 회복시켜 줌으로써 근대법을 구한다. 그것이 헌법 제33조의 의미이며, 근로기준법 제4조는 집단적 관계로 지평을 열어 읽을 때 비로소 그 온전한 의미를 이해할 수 있다. 근로조건 대등결정의 원칙은 헌법상의 가치이며 동시에 노동법 전체를 관통하여 적용되는 원칙이라고 할 수 있다.

## II. 대표와 피대표의 이타성(異他性)

근로조건 대등결정 원칙이 노동법에서 가장 중요한 원칙들 중의 하나라고 할 때, 그 실현을 가능하게 하는 원리가 바로 ‘대표’이다. 근로자대표론이란 바로 이 대표에 관한

2) 대표(代表)라는 말의 어원적 의미는 “이것의 모습을 저것의 모습으로 바꾸다”이다. 이 말의 불어 표현인 *représentation*이나 영어 표현인 *representation*은 “지금 여기에 있게 한다”라는 뜻을 가진 라틴어 *repraesentare*에서 비롯되었다. 이 말은 한국어에서는 맥락에 따라 대표(代表), 대의(代議), 대변(代辯), 대리(代理), 재현(再現), 표상(表象) 등으로 구별되어 쓰이지만, 모두 하나의 생각을 나타낸다. 그것

제도와 이론의 총체이다. 즉, 근로자들이 그 집단적 권리와 이익을 옹호할 수 있도록 해 주는 법이론과 법제도의 총체를 말한다.

대표는 기업, 업종, 지역 등 각 영역에서 근로자들의 집단을 법주체로 전환시킨다. 대표 되기 이전의 근로자 집단은 사실상의 존재 곧 사회학적 존재에 그친다. 그 상태로서는 근로조건의 결정이라는 법률행위를 할 수 있는 주체가 아니다. 근로자 집단이 법주체로 되기 위해서는, 그리하여 스스로를 구속하는 협약을 교섭하고 체결할 수 있기 위해서는 행위능력을 갖추어야 하고, 그런 점에서 대표는 행위능력을 확보하는 법원리라고 할 수 있다. 이처럼 대표는 법의 무대 아래 머물러 있는 근로자들을 무대 위에 주연으로 올리는 과정이다.

영국의 극작가 피터 브룩의 말을 빌리면, “[재현이란] 과거에 속하는 어떤 것, 과거에 존재한 것이지만 지금 존재해야 하는 어떤 것을 보여주는 것이다.”<sup>3)</sup> 즉, 과거의 존재를 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>4)</sup> 다시 말하면, 대표하는 것(대표)은 대표되는 것(피대표)을 진짜로 대표한다고 어떻게 보장할 수 있는가? 대표와 피대표 사이의 근원적인 ‘서로다름’, 즉 ‘이타성(異他性)’에 관한 문제가 제기되는 것이다.

법적 표상, 즉 사법상 대리나 공법상 대표도 다르지 않다. 또한 노동법상 근로자대표론도 이 문제에서 벗어나지 못한다. 법이론적인 차원에서 노동조합은 근로자를 대표한다고 어떻게 보장할 수 있는가?

### Ⅲ. 피대리의 선재성(先在性)

사법상 대리는 법주체의 의사자치 개념에 닿아 있다. 이에 의하면 개인은 자신이 의욕한 경우에만 구속된다. “만약 누군가가 어떤 법률행위, 특히 계약에 의하여 구속된다면

---

은 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.

3) 피터 브룩(Peter Brook), 『빈 공간 : 연극에 관한 글들(L'espace vide : Ecrits sur le théâtre)』, Paris, Seuil, 1977, p.181.

4) 스테판 리알(Stéphane Rials), “표상의 표상(Représentation de la représentation)”, *Droits*, n° 6, Paris, 1987, p.3.

그것은 그가 그것을 원하기 때문이다.”<sup>5)</sup> 대리인이 체결한 계약에 피대리인이 구속된다면, 그것은 피대리인이 그렇게 하기로 의욕했기 때문이다. 만약 미성년자가, 비록 법적으로 유효한 어떠한 의사도 표시할 수 없음에도 불구하고, 법정대리인의 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. 이러한 법이론적 장치를 통해 대리인과 피대리의 이타성을 극복하고자 한다. 하지만 부모가 아이를 위한다는 명목으로 입시학원에 보낼 때, 가족이 피성년후견인을 위한다는 명목으로 시설 수용을 결정할 때, 대리인과 피대리의 이타성은 극복되지 않는다. “대리인이 자신의 주도권을 행사할 때, 피대리인의 의사는 대리인의 이타성을 전혀 축소시킬 수 없으며, 따라서 대리론에 실질이나 정당성을 제공할 수 없다.”<sup>6)</sup>

사법상 대리론에서 나타나는 대리인과 피대리의 이타성은 사법상 대리론의 또 하나의 핵심적인 특징이라고 할 수 있는 피대리의 ‘선재성’과 관련되어 있다. 이 선재성은 피대리가 대리보다 언제나 법적으로 먼저 존재한다는 것을 말한다. 미성년자의 경우든, 피성년후견인의 경우든 대리가 가능하기 위해서는 이 모든 법인격들은 대리인이 오기 전에 우선 먼저 존재하고 있어야 한다. 대리인과 피대리의 이타성은 피대리의 선재성에서 비롯된다.

#### IV. 대표에 의한 피대표의 물질화

반면에 공법상 대표론에서 나타나는 대표와 피대표의 이타성은 피대표의 물질화 과정에서 비롯된다. 국민의 대표, 법인의 대표 등의 용례에서 알 수 있듯이, 대표라는 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, 법인의 대표에서 법인도 그러하다. 몸이 없기 때문에 그것들은 자신들의 의사를 실행할 자연인 대표가 없이는 아무런 행위도 할 수 없다. 그러므로 여기서 대표라는 말은 우선 눈에 보이지 않는 개념상의 존재를 대

5) 장 카르보니에(Jean Carbonnier), 『민법(Droit civil)』, t. 4, 『채권법(Les obligations)』, 21e édition, Paris, PUF, p.50.

6) 엠마뉴엘 도케스(Emmanuel Dockès), 『대리 범리의 미신(Le mythe de la représentation juridique)』, 『신체와 그 표상들(Le corps et ses représentations)』, vol.1, Paris, Litec, p.171.

신하여 눈에 보이는 실체적 존재로 나타내기로 이해된다.

나아가 국가, 국민 또는 법인은 대표를 통하여 법적 존재로 다시 태어난다. 대표 원리는 이들이 법이라는 무대에서 활약할 수 있게 하는 유일한 통로이다. 가령 민법 제57조는 “법인은 이사를 두어야 한다.”라고 규정하고 있으며, 이는 강행규정이다. 다시 말하면, 대표 없이 법인 없다. 그러므로 법인에 있어서 대표는 이미 존재하는 법주체로서의 법인을 대리하는 것이 아니라, 법인과 함께 존재하고 나아가 법인을 존재케 하는 본질적 원리이다. 법인의 본질과 관련하여서는 이른바 법인실체설이 다수설이지만, 실재하는 것은 先법적인 혹은 超법적인 사람의 집합 혹은 돈의 집합이다. 그것은 대표론 속에서만 그리고 대표론에 의해서만 비로소 법적으로 실재하는 법인이 된다.

그러나 추상적 존재에 불과한 피대표는 스스로 물질적 단단함을 갖춘 행위를 할 수 있는 존재가 아니기 때문에 자연인 대표를 통해서만 피대표의 의사와 이익이 법적인 물질성을 획득한다. 공법상 대표란 추상적이고 비가시적 존재인 피대표에게 가시적인 물질성, 즉 신체를 부여하는 과정이다. 그리고 바로 이 과정에서 대표와 피대표의 이타성이 제기된다. 국가의 이름으로 행위하는 대통령, 국민의 이름으로 행위하는 국회의원, 기업의 이름으로 행위하는 대표이사. 이 모든 경우에 자연인 대표의 행위가 피대표의 이익과 일치한다는 것을 어떻게 보증할 수 있는가?

## V. 근로자대표론의 이중성

노동법상 근로자대표론에서도 피대표자의 위치에 있는 근로자 집단은 법적 선재성을 갖지 않는다. 노동법에서 근로자 집단의 법적 인격은 대표론과 함께 존재하고 대표론과 함께 사라진다. 근로자 집단은, 기업이든 업종이든 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 법주체들 곧 사용자나 공권력과 법적 관계를 맺을 수 있게 된다. 이것은 근로자 집단을 ‘제도화’하는 것이며, 그것은 곧 기존의 권력에 대한 일종의 반권력의 성립을 촉진한다.<sup>7)</sup> 몽테스키외의 말을 빌리면, “권력이 남용되지 않도록 하기 위해서는 사물들의 배치를 통하여 권력이 권력을 멈추게 해야 한다.”

7) 조르주 보렌프로인트(Georges Borenfreund), 『근로자 대표와 대표 개념(La représentation des salariés et l'idée de représentation)』, 『사회법(Droit social)』, 1991, p.687.

근로자 집단이 대표론을 통해서 법적 주체가 된다는 말의 또 다른 의미는 근로자 집단의 법적 주체화가 대표 그 자체로 완결된다는 점에 있다. 가령 노동조합은 그 자체로 완전한 법주체이다. 노동조합 설립신고제도는 행정상의 목적에서만 인정될 뿐이지 노동조합의 법주체성을 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 법률행위를 할 수 있다.

이는 민법상의 ‘법인격 없는 사단’ 이론과는 다른 것이다. 민법이 법인격 없는 사단을 법인인 사단에 준해 법주체성을 부여하고 있는 것은 법인격 없는 사단이 다수 존재하고 또 그 존재를 무시할 수 없는 한국의 법현실을 고려한 것이지만, 노동조합이 법인격과 무관하게 법률행위를 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.

그런데 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 대표가 노동조합이라는 대표를 대표하는 이중의 대표 원리가 나타난다. 민법상 법인대표론과 노동법상 근로자대표론의 차이는 법문에서도 표현되고 있다. 노동조합의 대표는 “그 노동조합 또는 조합원을 위하여”(노조법 제29조) 사용자와 단체교섭을 하고 단체협약을 체결한다. 즉, 노동조합의 대표는 법인만을 대표하는 이사와 달리, 노동조합뿐만 아니라 조합원들도 대표하는 존재인 것이다.

그러므로 민법상의 사단 법리에 기대어, 조합원 인준투표 조항에 위반하여 노동조합의 대표가 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>8)</sup>라고 주장하지만, 노동법상 대표론의 법리에 비추어 보면 그렇게 당연한 것은 아니다.

이처럼 대표가 자신이 대표하는 집단의 이익을 위하여 행위할 때, 그 집단의 구성원들이 대표가 내린 결정들에 어느 정도 종속되는 결과를 초래하게 된다. 이런 점에서 대표는

8) 대법원 1993. 4. 27., 『판례공보』 1993, p.1579.

일종의 권력을 행사한다고 말할 수 있다. 그러므로 근로자대표론에서는 대표가 사용자나 공권력과 형성하는 대표 외적인 관계만이 아니라 대표가 피대표 근로자들과 맺는 대표 내적인 관계도 고찰해야 할 필요가 있다.

## Ⅵ. 근로자대표론의 보편성

공법상 대표는 다양한 이해관계들을 하나의 이해관계로 전환시키는 기능을 한다. “대통령은 외국에 대하여 국가를 대표한다.”(헌법 제66조 제1항)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 대표는 자본의 집단 이익에 맞서 노동의 집단 이익을 구현한다고 간주된다는 점에서 그러하다.

사실, 근로자대표론은 사법적 관점보다는 공법적 관점에 더 친근하다고 할 수 있다. 근로자 대표에 관한 제도를 구상할 때 사람들은 익숙한 것에서 아이디어를 빌려오기 마련이다. 선거에서 이긴 정당이 모든 정치적 재원을 독점하는 미국에서 배타적 교섭대표제가 제안된 것, 복수의 정당들 간의 합종연횡이 일반적인 정치적 풍경으로 자리 잡은 프랑스에서 노동조합들 간의 합종연횡이 나타나는 것, 모두 당연한 일이 아닐까? 정당의 대표성이 당원의 숫자가 아니라 선거에서 획득한 득표율에서 나오듯이, 노동조합의 대표성도 조합원이 많을수록 그 대표성이 강해지는 것은 물론이지만, 반드시 조합원의 숫자만으로 환산할 필요성은 없는 것이다.

또한, 다수당이 의회에서 통과시킨 법률이 그 당의 당원에게만 적용되는 것이 아니라 국민 전체에 적용되는 것처럼, 다수 노조가 체결한 단체협약이 반드시 그 노조의 조합원에게만 적용되어야 할 필연성은 없는 것이다. 노동조합에는 가입하지 않았지만 노동조합을 지지하는 근로자들의 이해관계도 반영되어야 비로소 우리 사회에서 노동조합이 갖는 영향력을 좀 더 제대로 파악할 수 있다.<sup>9)</sup> 이러한 생각은 근로자들의 이해관계가 표현될 수 있는 공적인 통로를 마련함으로써 자발적 의지에 기초하고 있는 단결권을 보충하는 것이 적절하고도 필요하다는 정책적 구상으로 이어질 수 있을 것이다.

물론 노동법상 근로자대표론을 공법상 대표론과 지나치게 동일화할 수는 없다. 근로자 대표론은 적어도 세 가지 점에서 공법상 대표론과 구별된다.<sup>10)</sup> 첫째, 공법상 대표론은,

9) 은수미, 『사회적 대화의 전제조건 분석』, 한국노동연구원, 2006 참조.

그 가장 전형적 표현태인 대의제에서 나타나듯이, 일인일표(一人一票)로 요약되는 개별적이고 수량적인 기초를 가지고 있음에 비해, 근로자대표론은 집단적이고 질적인 기초, 즉 하나의 집단이 하나의 표를 행사하는 일단일표(一團一票)의 원리를 갖는다. 그러므로 근로자대표론의 성패 여부는 이 집단을 규범적으로 어떻게 정의하는가에 달려 있다. 이는 기업, 업종, 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.<sup>11)</sup>

둘째, 공법상 대표론은 시민들의 평등을 하나의 소여(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.<sup>12)</sup> 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.

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 노사관계의 희구는 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 것인가. 하지만 사정은 정반대이다. 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 이유의 하나도 갈등을 표출시키고 조정하여 새로운 규범 형성의 동력

10) 알랭 쉬피오(Alain Supiot), 『라르셰 법 또는 대의민주주의의 변형들(La Loi Larcher ou les avatars de la démocratie représentative)』, 『사회법(Droit social)』, n° 5, 2010 참조.

11) 이 점은 복수노조 교섭창구단일화 제도에 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

12) 노동삼권의 실질적 보장이 중요한 이유이다.

으로 전환하는 대표 제도가 부실한 데 있다고 할 것이다.

여기에는 기본적으로 한국의 근로자대표론이 사법(私法)의 논리에 갇혀 있다는 점도 하나의 중요한 이유로 작용하고 있다고 생각한다. 그것은 근로자의 의사에 따른 대표, 즉 ‘의사주의적 대표론’이라고 할 수 있는 것이다. 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 비판도 이러한 생각과 궤를 같이한다.

하지만 우리는 근로자의 존재에 따른 대표, 즉 ‘존재론적 대표론’이 필요하다고 생각한다. 기업에 근로자들이 있다면 그 곳에 근로자들의 대표가 있어야 하고, 기업집단에 근로자들이 있다면 그 곳에 근로자들의 대표가 있어야 하며, 업종에 혹은 지역에 근로자들이 있다면 그 곳에 근로자들의 대표가 있어야 한다. 나아가 국가에 근로자들이 있다면 국가 차원에도 근로자들의 대표가 있어야 한다. 요컨대, 근로자대표론의 보편성이다.

이는 국제노동기구(ILO)의 정신과 부합하는 것이기도 하다. ILO의 디센트 워크 어젠다(Decent work agenda)는 노동권의 보장(Guaranteeing rights at work)이라는 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).”

## VII. 단체협약의 보편적용성

근로자대표론의 보편성은 무엇보다도 단체협약의 보편적용성으로 구체화될 수 있다. 이를 위해서는 단체협약을 ‘계약’이 아니라 ‘규범’으로 바라보는 관점이 정립되어야 할 것이다. 여기서 규범이란 ‘인간의 행위에 한계를 설정하는 외부적 조건’을 말한다. 단체협약에 대한 계약적 관점은 노동조합을 조합원들만의 결사로 보아 협약도 조합원들에게만 적용되어야 한다고 생각하는 것이다. 반면에 규범적 관점은 노동조합을 노동관계에 관한 법을 생산하는 입법자로 보아 협약은 모든 근로자와 사용자에게 적용되어야 한다고 생각하는 것이다.

단체협약의 조합원 적용성이 노조 가입이라는 기여에 대해서 협약의 적용이라는 보호를 제공하는 이른바 ‘기여원리’ 혹은 ‘메리토크라시’에 근거하고 있다면, 그러므로 공리

주의(功利主義)에 근거하고 있다면, 단체협약의 보편적용성은 노동의 상품화를 통해서 근로자에게 가해지는 지배의 물적 조건을 약화시킴으로써 탈상품화의 가능성 곧 자유의 가능성을 제고한다는 공화주의적 사상에 근거하고 있다고 할 수 있다.

하나의 사업을 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 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.

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 임금과 근로조건을 집단적으로 규율하는 하나의 규범을 설정하는 데 있다고 할 것이다. 하나의 기업 또는 하나의 업종에는 하나의 규범이 적용되어야 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 대표에게 투표를 한 근로자들만이 아니라, 그 기업의 모든 근로자들에게 적용되도록 하는 배타적 교섭대표제를 갖고 있다. 프랑스는 대표성이 인정되는 노동조합이 체결한 단체협약이 조합원과 비조합원을 포함해서 모든 근로자에게 적용되도록 하는 제도, 이른바 단체협약의 ‘만인효’ 제도를 갖고 있다.

이탈리아는 아예 이 만인효를 헌법에서 규정하고 있다. “노동조합은 단체협약이 관련된 직업적 범주의 모든 근로자와 사용자에게 구속력을 갖는 단체협약을 체결할 수 있다”(이탈리아 헌법 제39조). 독일 같은 나라는 기본적으로 단체협약은 조합원에게만 적용되지만 노동조합의 힘을 통해서 사실상 모든 근로자에게 적용되도록 하는 제도, 한국에서는 그 의미가 다분히 축소되어 소개되고 있는, ‘협약자치’와 기업의 모든 근로자를 적용범위로 하는 사업장협정 제도, 즉 공동결정제도를 갖고 있다. 각각의 제도적 형태는 다르지만 그 모두에는 핵심적인 공통점이 있다. 바로 단체협약의 보편적용성이다.

한국은 어떤가? 현행 노조법에는 단체협약의 적용 범위에 관한 기본 규정이 없다. 하지만 일부 학설은 단체협약은 원칙적으로 협약을 체결한 노동조합의 조합원에게만 적용되는 것으로 해석한다. 근거는 조금씩 다르다. 가령 임종률은 노조법 제29조 제1항에 근거

하여 “노동조합은 그 조합원을 위하여 단체협약을 체결할 수 있지만, 해당 조합원이 아닌 자를 위하여 단체협약을 체결할 수 없다. (...) 단체협약으로 정한 바에 따라 단체협약 내용의 전부 또는 일부에 대하여 그 적용범위를 전체 조합원이 아니라 일부 조합원으로 축소할 수는 있다. 그러나 본래적 적용범위를 넘어 단체협약을 적용할 수는 없다.”<sup>13)</sup>라고 한다. 반면에 김형배는 “단체협약의 효력을 협약체결당사자의 구성원에게 한정하는 것은 협약의 본래적 성격”이라고 하면서 이에 관한 명문의 규정은 없지만 노조법 제35조와 제36조의 반대 해석에 의하면 조합원 적용성을 전제하고 있는 것이라고 해석한다.<sup>14)</sup>

그런데 이렇게 단체협약이 조합원에게만 적용된다고 해석하면, 기업 내 하나의 집단적 노동 규범을 설정한다는 단체협약의 일차적 기능은 훼손되고 말 것이다. 조합원과 비조합원이 출퇴근 시간이 다르고, 기본급이 다르고, 잔업시간이 다르고, 수당이 다르다면 그 기업이 온전히 굴러가기는 힘들 것이다. 물론 실제로 그렇게 하는 기업은 없을 것이다. 그리고 노조법 제35조의 일반적 구속력 제도도 그러한 상황을 예방하는 목적을 갖고 있다. 그러나 일반적 구속력 제도는 법원의 협소한 해석에 막혀 실효성을 상실하고 있으며, 사용자의 자의적 권능에 맡겨 놓는 것은 근로조건의 대등결정 원칙이라는 헌법적 가치와 노동법의 기본 원칙에 반한다.

또한 단체협약의 조합원 적용론은 교섭창구단일화 제도를 규범적으로 정당화하기 어렵다. 단체협약의 조합원 적용성, 다시 말하면 노동조합의 조합원 대표성에 의하면 모든 노동조합은 자기의 조합원에 대해서 배타적인 대표권을 행사하기 때문에, 즉 각각의 노동조합은 자신의 조합원만을 대표하는 데 그치기 때문에, 왜 다른 노동조합과 같이 교섭을 해야 하는지를 설명하기 어렵다. 단체협약의 조합원 적용성을 전제로 한다면, 독일이나 일본의 예에서 알 수 있듯이, 복수의 노동조합이 있다고 해서 반드시 교섭창구를 단일화할 이유는 없다. 노동조합의 조합원 대표성에 상응하는 교섭제도는 자율교섭제도라고 할 수밖에 없다.

반면에 교섭창구단일화 제도를 채택하고자 한다면, 미국이나 프랑스와 같이, 노동조합의 대표성을 조합원 대표성이 아니라 근로자 대표성으로 확장할 필요가 있다. 즉, 단체협약의 적용 범위를 조합원이 아니라 근로자 전체로 확대할 필요가 있다. 단체협약이 계약적 성질과 규범적 성질을 동시에 가지고 있다고 할 때에는 조합원들로 구성된 노동조합이 체결한 협약이(계약적 국면) 비조합원에 대해서도 하나의 법규처럼 적용된다는(규범적 국면) 원리를 의미하는 것이다.

이 문제와 관련해서 잘 알려지지 않았지만 중요한 의의를 갖는 하급심 판결 하나를 주목할 필요가 있다. 2008년 금융산업 단체협약 제2조는 “이 협약은 사용자와 조합 및 조합

13) 임종률, 『노동법』, 제13판, 박영사, 2015, p.167.

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

원에게 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.” 이 규정에 근거하여 조합원이 아닌 기간제 근로자들이 연장근로수당을 청구하였는데, 사용자는 포괄임금 약정을 체결하였다는 이유로 거부하였다.

서울중앙지법은 사용자의 주장을 받아들이지 않았고, 나아가 포괄임금약정이 체결되었다고 하더라도 단체협약에서 정한 기준보다 근로자에게 불리하므로 무효라고 하였다. 법원에 의하면 “위 단체협약은 조합원의 범위와 관계없이 피고 은행의 전체 직원에게 적용된다.”<sup>15)</sup> 이는 위에서 언급한 학설의 입장과는 다른 것으로서 비록 개별적인 사례에 불과하지만, 단체협약이 비조합원에게도 적용될 수 있다는 인식이 가능하다는 점을 보여 주고 있다. 이러한 인식을 제도적으로 확장할 필요성이 있다는 것이 우리의 결론이다.

## Ⅷ. 토론 : 취업규칙에 대한 비판

단체협약의 보편적용성을 논하기 위해서는 취업규칙 제도를 검토할 필요성이 있다. 왜냐하면 사실상 한국의 기업에서는 취업규칙이 단체협약의 보편적용성을 대체하는 제도로 기능한다고 생각하기 때문이다. 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 밖에 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 편견(?)과 겹쳐, 단체협약이 아니라 취업규칙이 근로조건을 집단적 규율이라는 과제를 수행하는 것이다. 취업규칙의 법적 성질을 놓고 법규범이나 계약이나 다투는 것은 그러므로 다분히 한국적 논쟁이거나 우리와 같은 취업규칙 제도를 갖고 있는 나라, 예를 들어 일본 같은 나라만의 고유한 상황이라고 할 것이다.

왜 한국의 입법자는, 근로조건을 집단적 규율이 필요했다면, 단체협약의 보편적용성

15) 서울중앙지법, 2008. 8. 14. 2006가합106601, 2007가합36006.

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 추정을 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 근로조건을 집단적 규율을 가능하게 하기 위해서 취업규칙 제도를 도입했다고 추정하는 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 공동결정체제로 바뀌었고, 1952년에 그 대상 사항과 적용범위를 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 노사간의 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>16)</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 무엇인지 해명될 필요가 있을 것이다. 왜냐하면 단체협약과 달리 취업규칙에는 근본적인 문제점이 있기 때문이다. 바로 사용자의 일방 결정성이다. 근로기준법이 취업규칙의 사용자 일방 결정성을 근로자들의 의견 청취 또는 동의를 통해서 완화하는 규정을 두고 있긴 하지만, 대법원이 사용자의 결정권을 계속 확대하는 방향으로 판례를 형성함으로써 법률의 정신이 훼손되고 있는 사정이다. 그런 점에서 볼 때, 현행법상의 취업규칙 제도는 헌법 제33조 및 근로기준법 제4조에서 확인하고 있는 원칙, 즉 근로조건 대등결정의 원칙과 부합하기 힘들지 않은가 생각한다. **KL**

16) 동경대학노동법연구회(東京大学労働法研究会), 『주석노동기준법(注釈労働基準法)』 下巻, 東京, 有斐閣, 2003, p.959 참조.