

정책연구

2008-02

# 무노조 사업장에서의 집단적 근로조건 결정법리

박 제 성

# 목 차

요 약 .....	i
서 문 .....	1
제1장 현행 집단적 근로조건 결정법리의 한계 .....	8
제1절 노사협의회 의결의 모호한 효력 .....	8
1. 노사협의회 의결의 효력 .....	9
2. 노사협의회 의결의 효력 .....	12
3. 소결 .....	18
제2절 취업규칙의 사용자 일방 결정성 .....	21
1. 불리한 변경이 아닌 경우 : 근로자 의견의 수용 여부 .....	22
2. 불리한 변경이 아닌 경우 : 의견을 듣지 아니한 변경의 효력 .....	22
3. 동의를 얻지 아니한 불이익 변경 : 변경 이후 입사한 신규 근로자의 경우 .....	24
4. 동의를 얻지 아니한 불이익 변경 : ‘사회통념상 합리성’ 기준 .....	27
5. 소결 .....	30
제3절 근로기준법상 근로자대표의 불안정한 지위 .....	31
1. 서면합의의 주체 .....	32
2. 서면합의의 효력 .....	34
3. 근로자대표의 지위 .....	36
4. 소결 .....	36

제2장 프랑스의 입법례 검토 ..... 38

제1절 중소기업에서의 단체교섭 : 문제의 소재 ..... 38

1. 노조대표의 부재 ..... 38

2. 노조대표를 대신할 기업별 교섭 제도의 모색 ..... 40

3. 2004년 5월 4일 법에 의한 무노조 기업에서의 단체교섭 제도 .. 45

4. 2004년 5월 4일 법 이후의 입법 ..... 55

제2절 무노조 기업의 단체교섭 활성화를 위한 개선 방안 ..... 56

1. 현실적합성 제고를 위한 방안 ..... 58

2. 제도 자체를 변화시키는 방안 ..... 61

제3절 소결 : 프랑스 제도에 대한 평가 ..... 65

제3장 새로운 집단적 근로조건 결정법리를 위하여 ..... 68

제1절 노사협의회 근로자위원에 의한 단체교섭 및 단체협약 체결 .. 68

1. 단체교섭 ..... 70

2. 단체협약의 성립 ..... 70

3. 단체협약의 적용 범위 문제 ..... 74

4. 근로자위원이 체결한 단체협약의 유효기간 ..... 77

5. 나중에 노동조합이 조직된 경우 ..... 77

6. 쟁의행위 ..... 78

제2절 수임근로자에 의한 단체교섭 및 단체협약의 체결 ..... 79

1. 노조법 제29조 제2항 ..... 79

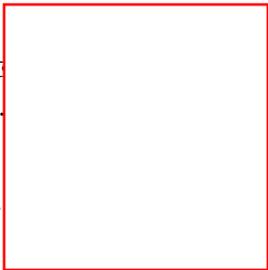
2. 단체협약의 성립 ..... 81

3. 수임근로자의 보 ..... 82

4. 쟁의행위 ..... 83

결 론 ..... 84

참고문헌 ..... 92



## 요약

우리 헌법 제33조 제1항은 근로3권을 보장함으로써 근로자가 개별적 관계에서 나타나는 형식적 대등, 그러나 실질적 종속 관계를 극복하고 집단적 관계에서 사용자와 실질적 대등 관계를 확보하여 근로조건을 집단적으로 결정할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 다시 말하면 근로조건을 집단적으로 결정할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 다시 말하면 근로조건을 집단적으로 결정할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 다시 말하면 근로조건을 집단적으로 결정할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 이를 ‘근로조건 대등 결정의 원칙’이라고 할 수 있다.

근로조건 대등 결정 원칙이 우리 노동법에서 가장 중요한 원칙들 중의 하나라고 할 때, 그 가장 대표적인 형식은 노동조합에 의한 단체교섭과 단체협약의 체결일 것이다. 그것은 노동조합이 근로자대표제도의 본원적이고 자연적인 형식으로 발전해 왔으며, 집단적 근로조건 결정에 관한 법제도들이 실상 노동조합의 존재를 전제하여 발전해 왔기 때문이다. 그렇긴 하지만 노동조합이 없다고 해서 이 원칙이 지켜지지 않아도 좋은 것은 아니다. 그러나 현실에서는 노동조합이 없는 사업장에서는 이 원칙이 형해화하고 있다. 여기에는 단체교섭권의 주체를 근로자가 아니라 노동조합으로 오해하는 판례와 학설, 노사협의회 의결의 모호한 효력, 취업규칙의 사용자 일방 결정성, 근로기준법상 근로자대표의 불안정한 지위 등 몇 가지 요인들이 작용하고 있다.

포스트포디즘으로의 변화가 underway에 있지만 아직도 포디즘에 기반한 산업 구조는 온존하고 있다. 그러한 구조에서는 작업을 집단적으로 조직하는 것이 필수적인데, 따라서 근로자 집단의 근로조건을 집단적으로 규율할 필요성이 제기된다. 그러한 필요성과 근로조건 대등 결정의 원칙을 조화시키는 방법을 찾아야 한다.

노동조합이 가장 역사적이고 가장 중요하고 가장 대표적인 단체교

섭 담당자라는 점은 맞지만, 그렇다고 노동조합만이 단체교섭의 담당자가 되어야 한다는 논리는 성립하지 않는다. 설령 단체교섭의 개념상 개별 근로자는 그 주체가 될 수 없고 근로자의 단체만이 주체가 될 수 있다는 주장을 받아들인다 하더라도, 그 주체가 반드시 노동조합이어야 할 논리 필연성은 없다. 근로자의 집단은 대표를 통하여 단체가 되어 단체교섭에 임하게 되는데, 노동조합이라는 대표 형식은 역사 속에서 등장한 한 형식일 뿐이지 (근로자 집단은 반드시 노동조합이라는 형식으로 대표되어야 하며 언제나 그렇게 될 수밖에 없다는 식으로) 사물의 본성에 속하는 형식은 아니기 때문에, 노동조합이 없는 경우에는 다른 대표 형식을 마련하여 근로자의 집단이 단체교섭의 주체로 나설 수 있는 경로를 확보해 줄 필요가 있다. 다시 말하면 노동조합을 결성할 수 있는 권리와 단체교섭권을 제도적으로 보장하는 문제는 구별해야 하며, 그럼으로써 무노조 사업장에서 단체교섭이 가능하게끔 제도적 개선을 할 필요가 있다.

선진국 가운데 이 문제와 관련한 가장 적절한 사례를 제공해 주는 나라는 프랑스인 것으로 보인다. 프랑스는 노동조합 조직률이 저조한 상황에서 단체교섭이라는 노사간의 교섭과 합의를 통하여 근로조건을 결정하는 시스템을 개별 사업장 수준까지 구축하기 위하여 지난 10여년 동안 입법적 개혁을 추진해 왔다. 무노조 사업장에서의 단체교섭과 관련한 프랑스 모델은 크게 두 축으로 구성되어 있다. 하나는 선출직 종업원대표(기업위원회 근로자위원 또는 종업원대표)에 의한 단체교섭과 단체협약 체결이고, 다른 하나는 산업별 노동조합의 위임을 받은 근로자에 의한 단체교섭과 단체협약 체결이다. 그리고 이 두 가지 교섭 방식에 다수대표성 원칙이 결합된다. 그런데 이 새로운 단체교섭 시스템은 아직 현실에 뿌리내리지는 못하고 있는 것으로 보이고, 이에 제도의 개선을 위한 방안을 모색 중이다. 그 방안으로는 크게 두 가지가 제안되고 있는데, 하나는 현재의 제도를 손대지 않고 몇 가지 기술적 장애물만을 제거하는 방안이고(산업별 협약의 선행 요건 폐지 또는 수임근로자에 의한 단체교섭 가능성 확대),

다른 하나는 제도 자체를 다시 설계하는 방안(현재의 종업원대표, 기업위원회, 노조대표를 통합하여 단일한 종업원대표 기구로서 종업원 위원회를 설치하는 방안)이다.

위와 같은 문제의식과 프랑스의 입법례를 참조하여 우리는 노동조합이 없는 사업장에서 근로조건 대등 결정의 원칙을 실현하기 위한 방안으로 다음과 같은 것들을 제안하였다.

첫째, 노사협의회가 설치된 사업장에서는 노사협의회 근로자위원들에게 단체교섭을 하고 단체협약을 체결할 수 있는 권한을 부여한다. 이 때, 종업원 다수의 의견이 반영되는 경로를 마련하는 것이 중요하다. 이를 위해서는 근로자위원 과반수의 찬성이 있는 경우에는 별도의 종업원 인준투표를 거칠 필요 없이 직접 단체협약이 성립하는 것으로 하고, 소수의 근로자위원만이 동의한 경우에는 종업원 인준투표에서 과반수의 찬성을 얻는 경우에 단체협약이 성립하는 것으로 한다.

둘째, 노사협의회도 설치되어 있지 아니한 사업장에서는 산업별 노동조합이나 지역별 노동조합의 위임을 받은 근로자가 단체교섭을 하고 단체협약을 체결할 수 있도록 한다. 수임근로자가 체결한 단체협약은 (수임근로자가 복수인 경우에도) 종업원 인준투표를 거쳐 과반수의 승인을 얻는 조건으로 해당 사업장 전체 종업원에게 적용되는 것으로 한다.

그런데 확장 적용되는 산업별 협약의 존재를 전제하고 있는 프랑스와 달리 그러한 기초가 마련되어 있지 못한 우리나라에서는 이러한 제안이 다소 엉뚱한 결과를 초래할 수 있다. 우리의 경우, 산업별 협약도 해당 협약을 체결한 노동조합의 조합원에게만 적용되기 때문에, 무노조 사업장에서 (새로운 단체교섭 제도에 의하여) 체결될 협약은 산업별 협약과는 아무런 관계를 맺지 못하게 될 것이다. 그 결과 몇 명의 조합원이 있는 사업장에서는 대다수의 근로자들이 (산업별) 협약의 적용에서 제외되는 반면, 조합원이 전혀 없는 사업장에서는 근로자 모두가 (사업장별) 협약의 적용을 받게 되는 불균형의 문

제가 발생할 수 있다. 이러한 결과는 자칫 노동조합의 조직력을 훼손하는 뜻밖의 효과를 가져올 수 있다. 이에 대해서 우리는 비교법적 검토와 일정한 교섭단위 내에서의 집단적 근로조건 결정 규범으로서의 단체협약에 대한 재인식 그리고 취업규칙 제도의 손질 필요성에 터잡아 단체협약의 인적 적용 기준을 ‘조합원 적용성’에서 ‘근로자 적용성’으로 바꾸어야 한다는 점을 주장하였다. 그리고 이를 위하여 노조법 제29조 제1항을 다음과 같이 수정해야 한다고 주장하였다. “노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 근로자를 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다.”

다만, 한두 명인 조합원의 존재로 특정 사업장의 근로자 전체를 그 의사에 반하여 협약에 구속시킬 수 있는 문제를 조정하기 위하여, 소수 노동조합이 체결한 단체협약을 종업원 인준투표에 부쳐 종업원 과반수가 찬성한다면 그 협약을 비조합원 근로자들까지 포함하여 종업원 전체로 확대 적용하는 것을 생각해 볼 수 있다.(인준투표에서 부결되면 조합원에게만 적용되는 것으로 그친다.) 이렇게 할 경우, 산업별 협약은 그 당사자인 노동조합의 조합원이 있는(과반수는 아닌) 사업장에 종업원 인준투표를 매개로 전체 종업원에게 적용될 수 있게 되고, 사업장 수준에서의 보충협약도 종업원 인준투표를 매개로 전체 종업원에게 적용될 수 있게 되며, 무노조 사업장에서 근로자 위원이나 수입근로자에 의하여 체결된 단체협약도 역시 종업원 인준투표를 매개로 전체 종업원에게 적용될 수 있게 됨으로써 처음에 제기되었던 불균형의 문제를 해소할 수 있게 될 것이다.

무노조 사업장의 새로운 단체교섭 시스템 구축을 위하여 우리가 이상에서 제안한 내용은 산업별 노사관계의 전개와도 무관하지 않을 것이다. 우리나라 노사관계가 산업별 노사관계로 나아가고 있긴 하지만 사업장 수준에서 노동조합이 조직되어 있지 않은 경우가 많아 산업과 개별 사업장의 연결 고리가 매우 취약하다. 무노조 사업장에서 노동조합이 아닌 제3의 근로자대표 메커니즘을 모색함으로써 산업별 노사관계의 기반을 확보하고 이를 통해 건강한 산업별 노사관

계가 발전하기를 기대할 수 있다.

건강하고 안정적인 노사관계의 형성을 위해서는 어느 당사자의 일방적 주도나 외부의 간섭이 아니라 노사의 자치가 기본이라는 점에 대해서는 누구도 부인하지 않겠지만, 대화 상대방이 없으면 실질적인 노사 자치가 이루어지지 않고 갈등을 유발하게 된다는 점에 대해서는 문제의식이 약한 것 같다. ‘노사관계’는 말 그대로 노와 사가 만들어 내는 관계이다. 노가 없거나 사가 없이는 관계 자체가 만들어지지 않는다. 그러나 관계를 만들기 위해서는 따로따로 떨어져 포개져 있기만 해서는 안 된다. 서로서로 맞물려야 한다. 이는 전국 차원이든 산업 차원이든 나아가 개별 사업장 차원이든 마찬가지이다. 문제 해결과 갈등 해소의 기본 원칙으로서 노사의 교섭 또는 대화를 상징하고 이에 필요한 대화 상대방을 ‘제도화’하는 것은 각 수준에서의 노사 파트너십을 고양하는 데 불가결한 조건이다.

## 서 문

우리 헌법 제33조 제1항은 근로3권을 보장함으로써 근로자가 개별적 관계에서 나타나는 형식적 대등 관계를 극복하고 집단적 관계에서 사용자와 실질적 대등 관계를 확보하여 근로조건을 집단적으로 결정할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 다시 말하면 근로조건을 집단적으로 결정할 수 있는 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>라고 한 것도 같은 취지이다. 이를 ‘근로조건 대등 결정의 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 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 단견일 터이다. 오히려 노동법의 발전은 개별적 관계에서의 근로자와 사용자의 대등성이 허구에 불과하다는 반성 위에서 이루어졌다는 점을 인식하는 것이 중요하다. 그 허구는 경제적 허구일 뿐만 아니라 법적 허구이기도 하다. 근로계약은 인

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

간의 노동을 시장에서 거래할 수 있는 하나의 상품으로 간주할 수 있도록 해줌으로써 자본주의 경제가 작동하기 위해서는 불가피한 제도적 기반을 마련한다.<sup>2)</sup> 그런데 노동은 아파트나 자동차와 달리 노동하는 자로부터 분리할 수 없는 것이어서 노동을 구매(임대)한 자는 그 노동을 자신의 뜻대로 처분할 수가 없다. 결국 노동하는 자를 지배하지 않고서는 계약의 목적을 달성할 수 없는 것이다.<sup>3)</sup> 그러나 그 지배는 노예의 지배와는 다른 것이어야 한다. 여기에서 고안된 개념적 도구가 바로 종속, 곧 “노동의 점유불가능성에 대한 보상”<sup>4)</sup>으로서의 종속이다. 요컨대 종속은 근로계약에 내재해 있는 개념인바, 근로계약의 양 당사자 사이에 대등함이란 법적으로도 성립할 수 없는 것이다. 그러나 이러한 결론은 개인의 자유와 평등이라는 근대법 최고의 원칙에 반하는 것으로서 근대법 자체의 기초를 허무는 셈이 된다. 노동법은 이 자유와 평등의 원칙을 집단적 관계에서 회복할 수 있도록 함으로써 근대법을 함정에서 구해준다. 그것이 헌법 제33조의 의미이며, 근로기준법 제4조는 집단적 관계로 지평을 열어 읽을 때 비로소 그 온전한 의미를 이해할 수 있다. 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 가장 대표적인 형식은 노동조합에 의한 단체교섭과 단체협약의 체결일 것이다. 그것은 노동조합이 근로자대표 제도의 본원적이고 자연적인 형식으로 발전해 왔으며, 집단적 근로조건의 결정에 관한 법제도들이 실상 노동조합의 존재를 전제하여 발전해 왔기 때문이다. 그렇긴 하지만 노동조합이 없다고 해서 이 원칙이 지켜지지 않아도 좋은 것은 아니다. 그러나 현실에서는 노동조합이 없는 사업장에서는 이 원칙

2) A. Supiot(2004: 33).

3) 다음과 같은 라드브루흐의 언명을 상기할 것 : “가진 자의 소유의 자유는 물건에 대한 처분의 자유를 벗어나 인간에 대한 처분의 자유로 되고 있다. 노동수단을 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”(G. Radbruch(1981: 56).

4) M. Fabre-Magnan(1998: 119).

이 형해화하고 있다.<sup>5)</sup> 여기에는 몇 가지 요인들이 작용하고 있다.

그 요인들을 살펴보기에 앞서 우리가 논의 대상으로 삼는 “무노조 사업장,” 곧 “노동조합이 없는 사업장”의 의미를 좀 더 분명히 하고 넘어갈 필요가 있다. 여기서 말하는 무노조 사업장이란 사업장 단위에서 조직된 노동조합(기업별 노동조합이라고 해도 좋고 사업장별 노동조합이라고 해도 좋다)이 없는 경우뿐만 아니라 산업별 노동조합이나 지역별 노동조합과 같이 초사업장별 노동조합에 가입하고 있는 조합원도 없는 경우를 모두 가리키는 것이다. 산업별 노동조합에 가입하고 있는 조합원이 있는 경우에는 그 산업별 노동조합이 직접 해당 사업장의 사용자를 상대로 단체교섭을 하고 단체협약을 체결할 수 있기 때문에 우리가 이 책에서 논의하고자 하는 바와는 상관이 없다.

다시 앞의 논의로 돌아가서, 무노조 사업장에서는 근로조건 대등 결정의 원칙이 형해화되고 있는데, 그 요인들은 다음과 같은 것들이다.

첫째, 현실적으로 노동조합이 없는 사업장이 많은데, 무노조 사업장에서는 단체교섭을 통한 근로조건 결정 방식이 봉쇄당하고 있다. 우리 헌법 제33조 제1항은 “근로자는 단체교섭권을 가진다”라고 하여 단체교섭권을 근로자에게 보장하고 있지만 판례<sup>6)</sup>와 학설<sup>7)</sup>은 이를 노동조합에 한정시킴으로써 노동조합이 없는 사업장에서는 근로자의 단체교섭권이 보장받지 못하는 결과를 초래하고 있기 때문이다.<sup>8)</sup>

둘째, 무노조 사업장에서는 따라서 집단적 근로조건이 노사협의회 또는 취업규칙에 의하여 결정되는 예가 많은데, 노사협의회와 관련해서는

5) 2005년 한국노동연구원 노동패널 부가조사에 따르면 조사 대상 임금근로자 가운데 노동조합이 없는 사업장에 근무하는 근로자의 비율은 76.4퍼센트로 나타났다(배규식(2007: 30) 참조).

6) 대법원 1992. 7. 14. 91다43800 : “근로자의 쟁의행위가 정당성을 갖추기 위해서는 그 주체가 단체교섭이나 단체협약 체결능력이 있는 자, 즉 노동조합이어야 한다.”

7) 대표적으로 김형배(2007: 165) 교수는 “개인 근로자가 그 주체가 되어 있는 적극적 단결권의 경우에 있어서와는 달리 단체교섭의 주체는 원칙적으로 노동조합이다.”

8) 이른바 ‘단체교섭권중심설’은 동등한 가치를 지니고 있는 근로3권 중의 다른 두 권리(단결권과 단체행동권)를 단체교섭권에 종속시키고 있다는 점에서 비판을 받고 있는데, 아마도 이 학설이 안고 있는 보다 결정적인 문제점은 단체교섭권을 노동조합 그 자체의 권리로 구성하고 있다는 데에서 찾아야 할 것이다.

다음과 같은 문제가 있다. 현행법상 노사협의회가 근로조건을 결정할 권한이 있는지가 분명하지 않으며 또 결정할 수 있다고 하더라도 그 결정의 효력이 어디까지 미치는지도 명확하지 않다.<sup>9)</sup>

셋째, 보다 큰 문제는 현실적으로 노동조합이 없는 경우에는(있는 경우에도 그렇긴 하지만) 근로조건을 집단적 결정이 취업규칙을 통하여 이루어지는 경우가 많은데, 이 취업규칙이라는 것이 결국은 사용자가 일방적으로 작성하는 문서이기 때문에 근로조건 대등 결정 원칙은 결정적으로 무너진다는 점이다. 비록 노동조합이 없는 경우에는 근로자 과반수의 의견을 듣거나 동의를 얻도록 근로기준법(제94조)에 규정되어 있지만 이를 지키지 아니한 취업규칙의 작성 및 변경도 그 효력이 완전히 부인되는 것은 아니다. 판례는 취업규칙의 불이익 변경에 있어서 근로자 과반수의 동의를 얻지 않더라도 “사회통념상 합리성”이 인정되면 유효한 것으로 보고 있다.<sup>10)</sup> 결국 근로조건을 사용자가 일방적으로 결정할 수 있다는 데에는 아무런 변동이 없으며 이것은 근로조건 대등 결정 원칙에 반하는 것이다.

넷째, 근로기준법에서는 “근로자대표”를 통한 근로조건 결정 규정을 두고 있는데, 현재의 근로자대표 제도는 근로기준법에서 정하고 있는 몇 가지 특수한 근로조건 결정에만 관련되어 있고, 그 선출 방식이나 권한의 범위 등 근로자대표의 지위가 명확하지 않으며, 근로자대표가 합의한 “서면합의”의 효력도 분명하지 않는 등의 문제를 안고 있다.<sup>11)</sup> 서면합의로 정해지는 근로조건이 모두 법상의 원칙을 근로자에게 불리한 방향으로 수정한 것임에도 불구하고, 결정 과정에서 사용자에게 맞서는 근로자대표의 대등성이 확보될 수 있는 그 어떤 절차도 마련되어 있지 않다는 점은 이 제도가 근로조건 대등 결정의 원칙을 구체화하는 제도로 기능하기에는 한계가 많다는 점을 일러준다.

포스트포디즘으로의 변화가 underway 이긴 하지만 아직도 포디즘에 기반한 산업 구조는 온존하고 있다. 그러한 구조에서는 작업을 집단적으로

9) 이 문제에 관해서는 이승욱(1999), 265쪽 이하 참조.

10) 예컨대, 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다21494.

11) 이 문제에 관해서는 이승욱(1998), 97쪽 이하; 김인재(1999), 238쪽 이하 참조.

조직하는 것이 필수적인데, 따라서 근로자 집단의 근로조건을 집단적으로 규율할 필요성이 제기된다. 사실 우리나라에서 취업규칙이 노동법 전체의 법원(法源)론에 비추어 볼 때 이질적인 제도라는 점을 알면서도 사업장 내 집단적 근로조건 결정의 규범으로 기능할 수 있도록 한 데에는 근로조건을 집단적 규율 필요성과 낮은 노동조합 조직률이라는 사정이 맞물린 부분이 있다고 생각한다. 그러나 그러한 필요성과 근로조건 대등결정의 원칙을 조화시키는 방법이 없는 것은 아니다.

노동조합이 가장 역사적이고 가장 중요하고 가장 대표적인 단체교섭 담당자라는 점은 맞지만, 그렇다고 노동조합만이 단체교섭의 담당자가 되어야 한다는 논리는 성립하지 않는다. 설령 단체교섭의 개념상 개별 근로자는 그 주체가 될 수 없고 근로자의 단체만이 주체가 될 수 있다는 주장을 받아들인다 하더라도, 그 주체가 반드시 노동조합이어야 할 논리 필연성은 없다. 근로자의 집단은 대표를 통하여 단체가 되어 단체교섭에 임하게 되는데,<sup>12)</sup> 노동조합이라는 대표 형식은 역사 속에서 등장한 한 형식일 뿐이지 (근로자 집단은 반드시 노동조합이라는 형식으로 대표되어야 하며 언제나 그렇게 될 수밖에 없다는 식으로) 사물의 본성에 속하는 형식은 아니기 때문에, 노동조합이 없는 경우에는 다른 대표 형식을 마련하여 근로자의 집단이 단체교섭의 주체로 나설 수 있는 경로를 확보해 줄 필요가 있다. 다시 말하면 노동조합을 결성할 수 있는 권리와 단체교섭권을 제도적으로 보장하는 문제는 구별해야 하며, 그럼으로써 무노조 사업장에서 단체교섭이 가능하게끔 제도적 개선을 할 필요가 있다. 단체교섭을 하고 싶으면 노동조합을 결성하면 되지 않느냐고 반문할 수도 있지만, 그것은 아니꼬우면 출세하라는 말과 마찬가지로 헌법의 정신을 구체화해야 할 임무를 부여받고 있는 입법자나 정책담당자가 할 말은 아닐 것이다. 다음과 같은 헌법재판소의 판결이 의미하는 바를 유념해야 한다.

12) ‘단체’라는 말과 ‘집단’이라는 말을 구별한다면, 그리고 전자는 후자 이상의 어떤 것이라고 한다면, 그것은 ‘대표’일 것이다. 곧 ‘대표된 근로자 집단’을 단체라고 할 수 있다(집단 + 대표 = 단체). 왜냐하면 집단은 그 자체로는 사회학적 존재에 불과할 뿐이어서 대표됨으로써만 비로소 법적 주체로 나설 수 있게 되는데, 단체라고 할 때에는 이미 하나의 법주체로서 인정된다는 의미가 내포되어 있기 때문이다.

“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 노사간의 세력균형이 이루어지고 근로자의 근로3권이 실질적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 필요한 법적 제도와 범규범을 마련하여야 할 의무가 있다는 것을 의미한다.”<sup>13)</sup>

따라서 무노조 사업장에서는 새로운 방식을 통하여 근로조건의 대등 결정 원칙이 실현될 수 있는 제도를 모색할 필요가 있다. 이에선 두 가지 방식을 생각할 수 있다. 첫째, 노사협의회가 있는 무노조 사업장의 경우, 노사협의회 근로자위원에게 단체교섭권과 단체협약 체결권을 명시적으로 부여하는 방안을 생각해 볼 수 있다. 둘째, 노사협의회조차 없는 무노조 사업장의 경우, 산업별 노동조합이나 지역별 노동조합이 해당 사업장의 근로자에게 단체교섭권과 단체협약 체결권을 위임하는 방안을 생각해 볼 수 있다.

근로기준법상의 “근로자대표” 제도를 활용하는 방안도 생각해 볼 수 없는 것은 아니다. 여기서 다시 두 가지 방식을 고민할 수 있는데, 하나는 근로자대표 제도를 폐지하고 노사협의회 근로자위원이나 수입근로자에 의한 단체교섭 제도로 대체하는 것이고, 다른 하나는 근로자대표의 기능을 단체교섭으로 확장하는 것이다. 전자는 사실상 독립된 방안이라기보다는 앞의 두 방안으로 흡수되는 것이기 때문에 따로 논할 실익이 없다. 후자는 앞의 두 방안과 대립할 수 있는 방안으로서 사실상 서로 배척관계에 있다. 만약 근로자대표의 선출 절차, 권한의 범위, 기타 신분상의 보호 등이 명확하게 규정된다면 근로자대표를 단체교섭의 담당자로 상정할 수 있을 것인데, 그 경우 노사협의회 근로자위원에 의한 단체교섭이나 수입근로자에 의한 단체교섭은 도입되지 말아야 할 것이다. 그렇지 않으면 서로 다른 단체교섭

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

담당자가 나서서 혼란이 생기기 때문이다. 요컨대 우리는 이 책에서 전자의 방식 - 근로자대표 제도를 폐지하고 노사협의회 근로자위원이나 수입 근로자에 의한 단체교섭으로 대체 - 을 선택한 것이다. 후자의 방식에 대해서는 별도의 논의가 필요할 것이고, 그 때 가서는 선택의 문제가 본격화할 수 있을 것이다. 이 책에서는 전자의 논의로 국한시킨다.

선진국 가운데 이 문제와 관련한 가장 적절한 사례를 제공해 주는 나라는 프랑스인 것으로 보인다. 프랑스는 산업별 교섭을 중심으로 하면서도 기업별 교섭을 점점 강화하는 입법적 변화를 보여주고 있는데, 무노조 사업장이 많은 관계로 기업별 교섭이 이루어지지 못하는 사업장이 많았다. 이에 1990년대 중반부터 입법적 변화를 거쳐 선출직 종업원대표(기업 위원회 근로자위원 또는 종업원대표위원) 또는 수입근로자에게 단체교섭권과 단체협약 체결권을 부여하는 법을 제정하기에 이르렀다. 이러한 입법적 개선은 “모든 근로자는 그 대표를 통하여 근로조건을 집단적 결정과 사업의 경영에 참여한다”라고 규정함으로써 근로조건 대등 결정의 원칙을 밝히고 있는 프랑스 헌법의 정신을 구체화하는 것이기도 하다. 우리는 프랑스의 입법 사례에 대한 분석을 통해서 무노조 사업장에서의 근로조건 결정 시스템이 어떤 방식으로 구축될 수 있는지와 그것이 내포하는 법적 문제점에 대한 시사점을 얻을 수 있으리라고 기대한다.<sup>14)</sup>

이러한 문제의식에 기초하여 우리는 제1장에서 현행법상 무노조 사업장에서의 집단적 근로조건 결정법리의 문제점과 한계를 지적하고, 제2장에서는 그 대안의 모색과 관련하여 시사점을 도출하기 위하여 프랑스의 법제를 검토한다. 그리고 제3장에서는 새로운 근로조건 결정법리의 구축을 위한 제도적 개선 방안을 전개할 것이다.

14) 프랑스 헌법과 우리 헌법의 규정 형식에 있어서의 차이가 규범 평가에 있어서의 차이까지 가져오는 것은 아니다. 앞에서도 설명한 바와 같이 우리 헌법상의 단체교섭권이라는 것도 근로자의 집단이 대표를 통하여(곧 단체가 되어) 교섭을 할 수 있는 권리라는 점에서 프랑스 헌법이 보장하고 있는 것과 대동소이한 성격의 권리이기 때문이다.

## 제1장

### 현행 집단적 근로조건 결정법리의 한계

현행법상 노동조합이 없는 사업장에서 집단적 근로조건을 결정할 수 있는 형식으로는 노사협의회 의결을 통하는 것과 취업규칙을 통하는 것, 그리고 근로기준법상의 “근로자대표”를 통하는 것 등 세 가지를 상정할 수 있다. 그러나 이 세 가지 가운데 어느 것도 근로조건 대등 결정의 원칙을 충족시켜 주지 못한다. 우리는 이 장에서 그 이유를 차례대로 살펴볼 것이다.

#### 제1절 노사협의회 의결의 모호한 효력

『근로자참여 및 협력증진에 관한 법률』(이하 “근로자참여법”이라 한다)에서는 상시 30인 이상의 근로자를 사용하는 사업장에서는 노사협의회를 의무적으로 설치하도록 하고 있다(제4조). 통계에 따르면 노동조합이 없는 상시 30인 이상의 사업장들 중에서 노사협의회가 존재하는 사업장의 비율은 약 72.6퍼센트 정도이다.<sup>15)</sup> 그런데 이렇게 노동조합이 없는 사업장에서 노사협의회를 통하여 집단적 근로조건을 결정한다고 할 때

---

15) 배규식(2007: 41).

크게 두 가지의 문제가 제기된다. 첫째, 과연 우리 실정법상 노사협의회가 근로조건을 결정할 수 있는가?<sup>16)</sup> 둘째, 노사협의회가 근로조건을 결정할 수 있다고 하더라도 그 의결의 효력은 어디까지 미치는가?

## 1. 노사협의회외의 근로조건 결정 권한

노사협의회가 근로조건을 결정할 수 있는가? 이 질문에 대한 답은 우선 노사협의회와 단체교섭의 관계를 어떻게 바라보는가에 따라 달라질 수 있다. 일반적으로 노사협의회와 단체교섭은 목적에서부터 다른 제도로 설명된다. 단체교섭은 노사의 대립적 이해관계를 전제로 근로조건을 유지와 개선 및 근로자의 사회적, 경제적 지위의 향상을 목적으로 하는 제도인 반면, 노사협의회는 노사 공통의 이해관계를 전제로 기업의 건전한 발전 및 근로자의 기업내 복지 증진을 목적으로 하는 제도라는 것이다. 이러한 목적의 차이는 두 제도의 관할 범위를 정하는 문제와 이어진다. 곧 단체교섭은 노사의 이해대립사항을 다루는 반면, 노사협의회는 노사의 이해공통사항을 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. 다시 말하자면, 이해대립사항과 이해공통사항이라는 것은 상대적인 구별에 불과한 것이어서 구분이 어려울 뿐만 아니라 실제로도 노동조합이 있는 사업장의 경우 단체교섭 사항이라고 생각되는 것 중 상당수가 예비적 의견 교환과 절충을 위해 노사협의회에서 다루어지고 있다는 것이다. 이런 점들을 고려한다면 노사협의회와 단체교섭이 대립적으로 구분되는 것은 아니라는 것이다. 이러한 주장에 따르면 노사협의회외의 협의사항에 근로조건이 포함된다고 말할 수 있을 것이다.<sup>17)</sup>

16) 무노조 사업장에서 노사협의회가 노동조합을 대체할 정도의 실질적인 결정권을 행사하고 있는 경우는 10 내지 15퍼센트에 달하는 것으로 조사되고 있다(배규식(2007: 43) 참조).

17) 김유성(1999: 442).

한편, 헌법상의 근로3권을 형해화하지 않는 조건에서 노사협의회가 근로조건을 협의하여도 무방하다는 견해도 있다.<sup>18)</sup> 먼저 노동조합이 있는 사업장의 경우, 노사협의회가 의결한 사항은 단체협약과 동일하다는 규정을 단체협약에 두거나, 노사가 단체교섭 대신 노사협의회로 같음할 것을 합의한 경우 헌법상의 근로3권을 해할 가능성은 없기에 노사협의회는 근로조건을 협의하여 의결할 수 있다. 이러한 사정이 아니더라도 단체교섭사항과 노사협의사항을 명확하게 구분하는 것은 곤란하며 노사협력이 필연적인 기업질서에서 노사협의제의 기능을 인정한다면 “단체교섭에 해당하는 사항에 대해서도, 즉 근로조건과 관련이 있는 사항에 대해서도 노사협의를 가능하다고 할 것이다”<sup>19)</sup>라고 한다. 이 주장은 나아가 노동조합이 없는 경우에도 노사협의회가 근로조건을 다룰 수 있다고 인정한다. 곧 이러한 경우에는 헌법상의 근로3권을 노사협의회가 침범할 위험도 없을뿐더러 사용자의 일방적인 의사에 따라 근로조건을 설정하는 것보다 노사협의회에서 대화와 타협을 거쳐 합의하는 것이 바람직하기 때문이다. 따라서 근로조건에 관한 사항을 노사협의회에서 다루어도 무방하다는 것이다.

판례의 입장은 분명하지 않다. 먼저 대법원은 정리해고에 관한 사항이 노사협의회 협의사항이 될 수 있다고 판시한 바 있다.

“근로자와 사용자 쌍방이 이해와 협조를 통하여 노사 공동의 이익을 증진함으로써 산업평화를 도모하고 국민경제 발전에 기여한다는 노사협의회 제도의 목적이나 노사협의회 협의사항에 관한 구노사협의회법 제20조의 규정에 비추어 볼 때, 정리해고에 관한 사항이 노사협의회 협의사항이 될 수 없다고 할 수도 없다.”<sup>20)</sup>

이 판결을 보면 가장 중요한 근로조건이라고 할 수 있는 해고에 관한 사항이 노사협의회 협의사항이 될 수 있다고 했기 때문에 그 외의 근로

18) 이승욱(1999), 275쪽 이하.

19) 이승욱(1999: 276).

20) 대법원 1997. 9. 5. 96누8031.

조건에 대해서도 노사협의회의 협의사항이 될 수 있다고 보는 것으로 추정하는 것도 가능할 것이다.

그러나 취업규칙의 불이익 변경에 관한 동의 주체에 관련하여 대법원은 구체적으로 취업규칙의 변경에 관한 사항을 위임한 경우를 제외하고는 노사협의회 근로자위원이 동의권을 행사할 수 없다고 하였다.

“노사협의회는 근로자와 사용자 쌍방이 이해와 협조를 통하여 노사 공동의 이익을 증진함으로써 산업평화를 도모할 것을 목적으로 하는 제도로서 노동조합과 그 제도의 취지가 다르므로 비록 회사가 근로조건에 관한 사항을 그 협의사항으로 규정하고 있다 하더라도 근로자들이 노사협의회를 구성하는 근로자위원들을 선출함에 있어 그들에게 근로조건을 불이익하게 변경함에 있어서 근로자들을 대신하여 동의를 할 권한까지 포괄적으로 위임한 것이라고 볼 수 없으며, 그 근로자위원들이 퇴직금 규정의 개정에 동의를 함에 있어서 사전에 그들이 대표하는 각 부서별로 근로자들의 의견을 집약 및 취합하여 그들의 의사표시를 대리하여 동의권을 행사하였다고 볼 만한 자료도 없다면, 근로자위원들의 동의를 얻은 것을 근로자들과 과반수의 동의를 얻은 것과 동일시할 수 없다.”<sup>21)</sup>

요약하자면, 노사협의회 근로자위원은 그 직무상의 권한으로서는 취업규칙의 불이익 변경에 대하여 동의할 수 없다는 것이다. 우리나라의 현실에서 근로조건의 결정이 취업규칙의 변경을 통해서 이루어지는 경우가 적지 않다는 점을 고려할 때, 노사협의회 근로자위원의 동의권이 없다는 것은 사실상 근로조건의 결정권이 없다는 의미와 마찬가지로 해야 할 것이다.

그런데 위 대법원 판례에서는 근로조건의 불이익한 변경이 아니라 반대로 유리한 변경인 경우에도 노사협의회의 결정권이 부인되는가는 분명하지 않다. 다만 하급심 판결 중에는 불이익한 변경이 아닌 경우에는 노사협의회의 결정권이 인정된다고 판시한 것이 있다.

21) 대법원 1994. 6. 24. 92다28556.

“노사협회는 노사간에 상호 협조할 수 있는 사항을 대상으로 하는 것이므로 노사간에 이해가 대립되는 임금 기타 근로조건의 내용, 즉 단체교섭 사항을 그 협의 대상으로 삼을 수는 없고, 따라서 단체협약에서 정하여진 임금 기타 근로조건의 내용을 노사협의로써 임의로 변경하는 것은 허용되어질 수 없지만, 노사협의회시 단체협약사항을 협의대상으로 할 수 없다는 것은 단체협약에서 정하여진 근로조건의 내용을 노사협의로써 불이익하게 변경하는 것이 금지된다는 의미이고, 그와 달리 단체협약에서 정한 근로조건을 보다 유리하게 변경하거나 또는 단체협약이 정한 사항의 시행에 관한 구체적인 기준을 정하는 등의 노사협의회까지 금지되는 것은 아니다.”<sup>22)</sup>

이상의 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 명쾌하게 해결되지 못하고 있다고 할 수 있다. 더군다나 긍정의 대답을 내놓는 경우에도 그 의결의 효력이 어디까지 미치는지의 문제에 대한 답도 그렇게 쉽지가 않다.

## 2. 노사협의회 의결의 효력

현재 우리 판례의 입장에서 볼 때 노사협의회가 근로조건을 결정할 수 있는지는 분명하지 않다. 나아가 노사협의회가 근로조건을 결정할 수 있다고 하더라도, 그렇다면 그 결정의 효력은 어디까지 미치는지도 분명하지 않다. 특히 단체협약이나 취업규칙과의 관계 속에서 이 문제는 보다 복잡한 양상을 띠게 된다. 이하에서는 노사협의회가 근로조건을 결정할 수 있다는 전제 위에서 그 결정의 효력 문제를 검토하고자 한다.

노사협의회가 근로조건을 결정한다고 할 때 그 구체적인 모습은 노사협회의 의결로 나타난다. 근로자참여법 제20조는 의결사항을 다섯 가지로만 규정하고 있다. 근로자의 교육훈련 및 능력개발 기본계획의 수립,

22) 서울민사지법 1994. 9. 16. 94가합40258.

복지시설의 설치와 관리, 사내근로복지기금의 설치, 고충처리위원회에서 의결되지 아니한 사항 및 각종 노사공동위원회의 설치 등이 그것이다. 이러한 것들은 좁은 의미의 근로조건과는 다소 무관한 것들이다. 그러나 근로자참여법 제19조 제2항은 협의사항에 대해서도 의결할 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 협의사항에는 근로조건과 무관하지 않은 사항들도 적지 않다. 그러므로 근로조건과 관련된 노사협의회 의결의 효력을 밝히는 것이 과제이다.

우리의 관심은 노동조합이 없는 경우이지만, 논의의 맥락을 잡기 위해서는 노동조합이 있는 경우도 함께 살펴보는 것이 좋을 것 같다. 먼저 과반수 노동조합이 있는 경우이다. 이 때에는 노사협의회 근로자위원이 노동조합의 대표자와 그 노동조합이 위촉하는 자로 구성되기 때문에(근로자참여법 제6조 제2항), 단체교섭의 근로자 측 담당자와 노사협의의 근로자 측 담당자가 동일하다. 사용자측도 동일하다. 다시 말하면, 단체협약을 체결하는 자와 노사협의회 의결을 하는 자가 동일한 것이다. 이러한 상황에서는 노사협의회의 의결을 단체협약으로 볼 수 있는 경우를 생각할 수 있다. 두 가지 경우를 상정할 수 있는데, 노사협의회의 의결이 단체협약과 동일하다고 단체협약에서 규정한 경우<sup>23)</sup>와 노사협의회의 의결이 단체협약의 실질적·형식적 요건을 갖춘 경우가 있다. 이 양자의 경우 노사협의회의 의결과 단체협약은 사실상 동일한 문서가 되기 때문에, 조합원과 의 관계에서는 의결을 단체협약으로 취급하여도 무방할 것이다.<sup>24)</sup> 대법원도 이와 같은 입장에 서 있다.

“단체협약은 노동조합이 사용자 또는 사용자단체와 근로조건 기타 노사관계에서 발생하는 사항에 관한 협정(합의)을 문서로 작성하여 당사자 쌍방이 서명날인함으로써 성립하는 것이고, 그 협정(합의)이 반드시 정식적 단체교섭절차를 거쳐서 이루어져야만 하는 것은 아니라고 할 것이므로 노동조합과 사용자 사이에 근로조건 기타 노사관계에 관한 합의가 노사협의

23) 대법원 1997. 7. 25. 96다22174.

24) 이승욱(1999: 278).

회의 협의를 거쳐서 성립되었다라든가, 당사자 쌍방이 이를 단체협약으로 할 의사로 문서로 작성하여 당사자 쌍방의 대표자가 각 노동조합과 사용자를 대표하여 서명날인하는 등으로 단체협약의 실질적·형식적 요건을 갖추었다면 이는 단체협약이라고 보아야 할 것이다.”<sup>25)</sup>

그러나 비조합원이나 다른 노동조합의 조합원과의 관계에서도 당연히 그런 것은 아니라는 점에 유의하여야 한다. 원칙적으로 단체협약을 체결한 노동조합의 조합원이 아닌 자에 대해서는 해당 단체협약의 규범적 효력이 미치지 않기 때문이다.<sup>26)</sup> 물론 노사협의회회의의 근로자위원이 과반수 노동조합의 대표와 그가 위촉한 자이므로 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 “노조법”이라 한다) 제35조의 일반적 구속력에 따라 비조합원과 소수 노동조합의 조합원에게도 그 의결이 적용될 가능성이 높다. 그러나 노조법 제35조의 일반적 구속력이 미치기 위해서는 동종의 근로자여야 하는데, 우리 판례<sup>27)</sup>는 동종의 근로자의 범위를 “당해 단체협약의 규정에 의하여 그 협약의 적용이 예상되는 자”라고 좁게 해석한다. 따라서 노사협의회회의의 의결이 단체협약으로서의 성질을 가진다고 하더라도 그 범위에는 한계가 있다. 또한 소수 노동조합의 조합원들에게도 노조법 제35조의 일반적 구속력이 미치는데 대해서도 (소수 조합원들의 단결권 및 근로조건의 자기결정권 보호와 관련하여) 학설은 엇갈리고 있고<sup>28)</sup> 판례의 입장은 아직 불분명하다.<sup>29)</sup> 요컨대 과반수 노동조합이 있는 경우라 하더라

25) 대법원 2005. 3. 11. 2003다27429.

26) 대법원 2007. 6. 28. 2007도1539.

27) 대법원 1997. 10. 28. 96다13415, 1995. 4. 25. 95다4056 등등.

28) 소수 조합원의 단결권과 단체교섭권을 보호해야 한다는 취지에서 소수 노동조합이 별도의 단체협약을 체결하고 있지 않더라도 일반적 구속력은 적용되지 않는다는 입장, 소수 노동조합이 별도의 단체협약을 체결하고 있는 경우에는 일반적 구속력이 적용되지 않는다는 입장, 과반수 노동조합이 체결한 단체협약이 소수 노동조합이 체결한 단체협약보다 유리한 경우에만 일반적 구속력이 적용된다는 입장, 단체협약 내용의 유불리를 불문하고 과반수 노동조합의 단체협약이 소수 조합원에게도 확장 적용된다는 입장 등이 있다(이승욱(1999: 278~279) 참조).

29) 일반적 구속력과 직접 관련된 판례는 아직 없으며, 지역적 구속력(노조법 제36조)과 관련하여서는 다음과 같이 판시한 바 있다. “교섭권한을 위임하거나 협약체결에

도 노사협의회의 의결이 사업장의 근로자 전부에게 적용될 것인지는 확실하지 않다.

다음으로 과반수가 아닌 소수 노동조합만이 있는 경우이다. 이 때에는 노사협의회 근로자위원이 모두 (원칙적으로) 투표로 선출된다. 소수 노동조합이 있는 경우에는 이 노동조합이 체결한 단체협약과 노사협의회가 의결한 내용의 효력 관계가 문제된다. 양자의 내용이 다를 경우 어느 규범이 우선하는가의 문제이다.

이에 대해서는 노사협의회의 전체 종업원대표성이 노동조합의 조합원 대표성보다 우월하기 때문에 노사협의회 의결이 우선한다는 주장이 있다.

“(근로조건의 결정이) 당해 사업에 종사하는 전체 근로자의 이익과 관련성을 지니고 있는 경우에는 노사협의회가 협의 내지 의결대상으로 삼을 수도 있다. 이럴 경우 [노사협의회 의결사항과 단체협약사항이] 중첩하는 경우가 발생하게 되는데, 이는 정당성의 기초에 따라 판단해야 할 것이다. 예컨대 노사협의회가 경영상 또는 기술상의 사정으로 인한 인력의 고용조정을 임의적으로 합의하고 그 합의가 효력을 지니고 있음에도 불구하고 노동조합이 재차 단체협약의 체결을 요구하는 경우, 사용자는 노사협의회에서 합의한 것을 이유로 단체교섭을 거부할 수 있는 것으로 보아야 한다. 왜냐하면 정리해고는 전체 근로자에게 그 영향을 미치는 사항이기 때문에 전체 근로자로부터 대표성을 부여받은 노사협의회의 합의는 노동조합이 체결하는 단체협약의 정당성보다 우선하는 것으로 보아야 하기 때문이다. 반대로 정리해고와 관련하여 노동조합이 이미 단체협약을 체결하고 있음에도 불구하고 노사협의회에서 이와 관련된 새로운 합의를 하고자 하는

---

관여하지 아니한 협약 외의 노동조합이 독자적으로 단체교섭권을 행사하여 이미 별도의 단체협약을 체결한 경우에는 그 협약이 유효하게 존속하고 있는 한 지역적 구속력 결정의 효력은 그 노동조합이나 그 구성원인 근로자에게는 미치지 않는다고 해석하여야 할 것이고, 또 협약 외의 노동조합이 위와 같이 별도로 체결하여 적용받고 있는 단체협약의 갱신체결이나 보다 나은 근로조건을 얻기 위한 단체교섭이나 단체행동을 하는 것 자체를 금지하거나 제한할 수는 없다고 보아야 할 것이다”(대법원 1993. 12. 21. 92도2247). 이러한 입장을 유추한다면, 일반적 구속력과 관련해서도 소수 노동조합이 별도의 단체협약을 체결하고 있는 경우에는 일반적 구속력은 적용되지 않는다는 입장을 취할 것으로 예상할 수는 있을 것이다.

경우에는 그 노동조합이 사업장 전체 근로자를 대표할 수 있는 지위에 있지 아니하는 한 가능한 것으로 보아야 한다. 이때 새로이 합의된 ‘노사협정’은 기존의 단체협약의 내용을 갱신하는 효력을 지니는 것으로 보아야 한다. 이런 한도에서 노사협의회에서 의결된 사항은 단체협약과 동위에 놓여지는 것으로 볼 수 있다.”<sup>30)</sup>

그러나 위 주장에 대해서는 다음과 같은 이유로 현행 법에서는 해석론으로 받아들이기 힘들다는 비판이 제기된다.

“조합원들의 자발적인 가입의사에 의해 근로조건 규율권한에 대한 논리적 정당성이 부여되고 그 권한이 노조법 제33조에 의해 법적으로 정당화되고 있는 노동조합과는 달리 노사협의회는 자발적인 가입과 탈퇴가 불가능하다는 점, 노사협의회는 근로자위원과 종업원과의 관계는 대표-피대표의 관계에 불과할 뿐 사법상 권리를 형성하는 권한까지 근로자위원에게 부여되었다고 볼 수 있는 법적 근거가 없다는 점, 근참법의 취지는 근로자의 참여와 협력을 증진시키는 것으로서 노사협의회는 결과적으로는 근로자의 이익을 도모하거나 보호하는 제도라고 할 수 있다고 하여도 직접적으로 근로조건 유지·향상을 위한 제도라고 하기는 어렵다는 점 등을 고려하면 근로계약당사자의 사적 자치에 우선하는 근로조건형성권한을 노사협의회에 부여하였다고 보기는 곤란하다.”<sup>31)</sup>

마지막으로 아무런 노동조합이 없는 무노조 사업장에서는 노사협의회 의결의 효력 문제는 곧 노사협의회 의결이 개별 근로자를 구속할 수 있는가의 문제이다. 만약 노사협의회 의결에 명시적으로 반대 의사를 표명

30) 박종희(1998: 54). 그런데 전체 종업원을 대표하는 노사협의회가 의결한 사항이 조합원만을 대표하는 노동조합이 체결한 단체협약보다 앞선다는 주장을 하기 위해서 정리해고를 예로 든 것은 부적절해 보인다. 왜냐하면 정리해고와 관련해서는 노동조합도 (과반수 대표성을 유보로) 전체 종업원을 대표할 수 있는 지위에 있음을 법 스스로 인정하고 있기 때문이다(근로기준법 제24조 참조).

31) 이승욱(1999: 281). 근로자참여법 제23조는 “근로자와 사용자는 협의회에서 의결된 사항을 성실하게 이행하여야 한다”라고 규정하고 있고, 제30조는 이 규정을 위반한 자에 대해서 벌칙을 부과하고 있다.

한 개별 근로자에게도 의결의 구속력을 인정한다면 근로계약에 우선하는 효력을 노사협의회 의결에 인정하는 것이 되는데, 이는 노동법 법원(法源)의 전체 질서와도 관련이 있다. 현행법상 근로계약에 우선하는 법원으로는 단체협약과 취업규칙이 있는데, 무노조 사업장의 경우 노사협의회 의결을 단체협약으로 보기는 곤란하다. 그렇다고 실정법의 근거가 없는 이상 취업규칙과 같은 효력을 부여하기도 마땅하지 않다. 그렇다면 무슨 근거로 노사협의회 의결이 근로계약에 우선하는 효력을 가지는 것으로 해석할 수 있는지를 규명해야 할 것이다.

이에 대해서는 우선 노사협의회 근로자위원에 대해 공법상 대표 범리를 유추적용하여 의결 사항이 당해 사업에 종사하는 전체 근로자의 이익과 관련성이 있는 경우 효력을 인정하여야 한다는 박종희 교수의 주장이 있다.<sup>32)</sup> 이러한 입론은 노동조합의 존재를 전제로 하고 단체협약과 노사협의회 의결의 효력 관계를 논한 것이지만, 노사협의회 전체 근로자대표성에 기초하여 단체협약보다 우위의 효력을 인정할 수 있다는 논리는 노동조합이 없는 사업장의 경우에도 노사협의회 합의가 개별 근로자를 구속할 수 있다는 결론으로 이어질 수 있다. 그러나 이러한 주장을 펴는 박종희 교수도 “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 단체협약제도를 사실상 형해화시키는 것이기 때문”이다.<sup>33)</sup> 결국 이 주장은 경영상 해고와 관련해서만 노사협의회 의결이 단체협약보다 상위의 효력을 가질 뿐, 그 외의 근로조건에 대해서는 노사협의회가 결정할 수 없다는 주장에 다름아니라고 할 수 있다.

한편, “현행법상으로는 노사협의회 의결의 실효성은 사용자나 근로자가 이행하지 않을 경우에는 벌칙의 적용에 의하여 간접적으로 강제되고 있을 뿐이다”<sup>34)</sup>라는 입장을 취하고 있는 이승욱 교수도 노사협의회에서

32) 박종희(1998: 53~55).

33) 박종희(1998: 55).

34) 이승욱(1999: 281).

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<sup>35)</sup> 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>36)</sup>

### 3. 소 결

이상의 논의를 종합하면 다음과 같이 말할 수 있다. 현행법상으로는 노동조합이 없는 사업장에서 노사협의회가 근로조건을 규율할 수 있는지도 의문스러운 뿐만 아니라, 규율할 수 있다고 하더라도 그 의결의 효력과 관련하여 개별 근로자를 구속할 수 있는지도 분명하지 않다.

이 문제에 관하여 필자 개인의 의견을 피력하기 위해서는 근로자참여법의 두 조문의 상호 관계를 먼저 해명할 필요가 있다. 우선 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 노사협회의 의결은 법적인 효력과 관련해서는 온전한 의미에서의 노사합의가 되기 힘들다. 그것은 사실상 ‘이러저러한 근로조건에 관해서는 이러저러하게 하겠다’라는 사용자의 단독적인 약속에 다름아닐 수도 있다.

35) 노사협의회가 노사 동수로 구성되어 있고 의결 정족수가 위원의 과반수 출석에 2/3 이상의 찬성으로 되어 있기 때문에 사실상 노사의 의견이 일치하지 않으면 노사협의회에서 의결을 하는 것은 불가능하다는 점과 사용자의 일방적 근로조건 결정에 비하면 노사협회의 의결에 의한 결정이 산업민주주의에 부합된다는 점을 주된 이유로 꼽는다.

36) 이승욱(1999: 282).

그런데 근로자참여법 제19조에서는 근로조건과 밀접한 관련성을 갖는 사항들을 협의사항으로 규정해 놓고 그 사항에 관하여 의결할 수 있다고 규정하고 있다. 의결할 수 있다고 규정해 놓은 마당에 그 의결은 사실상 사용자의 단독적인 약속에 불과하다고 말하는 것은 앞뒤가 맞지 않는다. 그러므로 의결은 의결로 대접할 필요가 있다. 의결된 사항을 정당한 사유 없이 이행하지 아니한 자에게 벌칙을 부과하고 있는 근로자참여법 제30조의 취지도 그러한 것으로 이해할 수 있다.

결국 현행법상 노사협의회 의결은 단체협약과 일방적 약속 그 사이 어디쯤엔가 서 있는 셈이다. 그리고 거기에 기존 근로조건에 불이익 변경과 개별 근로자의 동의라는 요소가 개입하게 되면 노사협의회 의결의 효력은 더욱 모호해진다.

그런데 제30조 제2호의 규정 형식을 엄밀히 들여다보면 재미있는 사실을 발견할 수 있다. 이 조문에서 벌칙의 부과 대상이 되고 있는 자는 “제23조의 규정에 위반하여 협의회에서 의결된 사항을 정당한 사유 없이 이행하지 아니한 자”이고, 제23조에서는 “근로자”와 사용자에게 협의회에서 의결된 사항을 성실하게 이행하여야 한다고 규정하고 있다. 즉, 근로자측 이행 의무자와 벌칙 부과 대상자가 의결을 한 근로자위원이 아니라 일반 근로자인 것이다. 근로자로서 의결된 사항을 이행하지 아니하면 벌칙이 부과되는 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. 이러한 추론은 노동조합이 없는 사업장에서도 마찬가지로 가능하다.

요컨대, 노사협의회에서는 근로조건에 관한 사항을 의결할 수 있으며, 또 의결된 사항은 개별 근로자의 동의를 매개하지 않고 직접 효력을 발생시킨다고 해야 한다. 이러한 취지로 읽을 수 있는 대법원 판결도 없는 것은 아니다. 대법원 2003. 6. 27. 2003다10421 판결<sup>37)</sup>은 노사협의회에서 가

37) “원심판결 이유에 의하면 원심은, “1993. 노사협의회에서 가족수당을 평균임금에 포함하지 않기로 하는 명시적 또는 묵시적 합의가 있었다.”는 피고의 주장에 대하여, 1993. 9. 14. 개최된 노사협의회에서 1993.부터 지급되기 시작한 교통보조비를 평균임금에 포함시키기로 결의하고, 서울특별시노동조합이 1993. 10. 22. 조합

족수당을 평균임금에 포함하지 않기로 하는 합의가 있었다는 주장에 대하여, 그러한 합의는 노사협의회 권한이 아니라거나 개별 근로자를 구속할 수 없다는 취지로 판시한 것이 아니라, 다만 그러한 사실을 인정할 수 없다는 취지로 판시한 것인데, 반대로 해석하면 만약 그러한 사실이 인정되는 경우에는 그러한 합의가 유효하며 개별 근로자를 구속할 수 있음을 전제한 것이라고 볼 수 있을 것이다.

그러므로 우리가 이 책의 후반부에서 주장하고자 하는 바-노사협의회 근로자위원회에 의한 단체교섭 및 단체협약 체결의 제도화-는 전혀 엉뚱하거나 새로운 것이 아니라, 일부 판결에서 언뜻 비치는 맹아적 요소를 발전시켜 입법 및 판례의 모호함과 학설의 대립을 분명한 방식으로 해소하고자 하는 주장에 다름아닌 셈이 될 것이다.

---

원들에게 위 노사협의회에서 교통보조비를 평균임금에 포함시키기로 결의하였음을 보고하면서 그 보고서에 ‘평균임금 대상제외(2종)-가족수당, 자녀학비보조수당’이라고 기재한 사실은 인정되나, 이는 당시 노사협의회에서 교통보조비를 평균임금의 산정의 기초가 되는 임금의 범위에 포함하기로 하면서 당시까지 피고가 퇴직금을 계산함에 있어 가족수당을 평균임금에 포함시켜 오지 않은 관행을 확인한 것에 불과한 것이지 이를 묵시적으로 가족수당을 평균임금 산정의 기초가 되는 임금의 범위에서 제외하기로 합의하였다고 보기는 어렵고, 달리 피고 주장을 인정할 만한 아무런 증거가 없을 뿐만 아니라, 오히려 그 판시 증거에 의하면 위 노사협의회에서는 교통보조비를 평균임금에 포함시킬 것인지 여부가 문제되었을 뿐 가족수당을 평균임금에서 제외할 것인지 여부에 대하여는 아무런 논의도 하지 아니하였던 사실을 인정할 수 있다고 판단하여, 피고의 위 주장을 배척하였다. 기록에 비추어 관계 증거들을 살펴보면, 원심의 위와 같은 인정 및 판단은 수긍이 되고, 거기에 채증법칙을 위배하여 사실을 오인한 위법이 있다 할 수 없다.”

## 제2절 취업규칙의 사용자 일방 결정성

취업규칙이란 “사용자가 근로자의 복무규율과 임금 등 당해 사업의 근로자 전체에 적용될 근로조건에 관한 준칙을 규정한 것”<sup>38)</sup>을 말하며, 그 명칭에 구애받을 것은 아니다.<sup>39)</sup> 그 정의에서부터 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>40)</sup>

그리고 그 문서에는 근로시간, 임금, 퇴직금 등 거의 모든 중요한 근로조건이 포함된다(근로기준법 제93조).

그런데 이렇게 근로조건을 결정하는 사용자의 일방적 의사에 유보하는 것은 “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다”라고 규정한 근로기준법 제4조에 정면으로 어긋난다.<sup>41)</sup> 이에 우리 근로기준법 제94조는 취업규칙을 작성하거나 변경하는 경우에 과반수 노동조합 또는 근로자 과반수의 의견을 듣도록 하고 있으며, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받도록 하고 있다. 취업규칙의 사용자 일방 결정성을 완화하고 있는 것이다. 그러나

38) 대법원 1994. 5. 10. 93다30181.

39) 심지어 대법원은 “취업규칙이란 복무규율과 임금 등 근로조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있으면 그 명칭을 불문하는 것이므로 개별 근로계약에서 위와 같은 근로조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있으면 이 또한 취업규칙에 해당한다”(대법원 1998. 11. 27. 97누14132)라고 하는데, 대규모 기업에서의 근로계약이 대개 정형화된 형식을 띠고 있다는 점을 생각할 때 대법원의 이와 같은 입장은 사실상 근로계약이라는 개념 자체를 무의미하게 만들어 버릴 위험이 있다.

40) 대법원 1992. 12. 22. 91다45165 전원합의체.

41) 이 글의 전체적인 취지에서 보자면, 그리고 각주 37)의 대법원 입장이 불가피한 논리적 귀결이라면, 취업규칙으로 근로조건을 정하도록 강제하고 있는 법규정(근로기준법 제93조)은 위헌의 의심이 짙다.

그러한 법의 취지는 법원의 ‘유연한’ 판례에 의하여 상당한 정도로 훼손되고 있다.

## 1. 불리한 변경이 아닌 경우 : 근로자 의견의 수용 여부

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.

“의견청취는 협의나 합의와 달리 근로자측의 의견을 들어 참고하면 충분하다. (...) 이 규정이 사용자의 취업규칙의 작성·변경권을 절차적으로 제한하는 것은 아니다. 따라서 근로자측의 의견이 사용자의 생각과 다른 경우에 사용자가 근로자측 의견을 취업규칙에 반영할 것인가는 전적으로 사용자의 자유에 속한다. 의견을 들은 경우라면 사용자가 이를 취업규칙에 반영하지 않더라도 의견청취의무의 위반이 되지는 않는다. 이 점에서 근로자측의 동의를 반드시 받아야 하는 취업규칙의 불이익 변경과는 차이가 있다.”<sup>42)</sup>

## 2. 불리한 변경이 아닌 경우 : 의견을 듣지 아니한 변경의 효력

사용자가 근로자 측의 의견을 전혀 듣지 않은 채 취업규칙을 변경하면 별척이 적용된다(근로기준법 제114조). 그렇다면 그 변경된 취업규칙의 사법적 효력은 어떻게 되는가? 이 문제는 근로기준법 제94조 제1항의 규정을 이해하는 방식과 관련되어 있다. 이에 대해서는 이른바 효력규정설과 단속규정설이 대립하고 있다.

효력규정설<sup>43)</sup>은 의견청취의무를 정한 근로기준법 제94조 제1항 본문

42) 김유성(2005: 204), 임종률(2007: 344)도 같은 취지.

43) 이병태(2005: 1032).

을 효력규정으로 본다. 따라서 그것을 위반한 취업규칙의 변경은 무효로 본다. 그 이유는 의견청취는 근로자 보호를 위한 강행적 절차라는 점과 같은 조문의 본문과 단서에 있는 규정의 효력을 달리 보는 것은 모순이라는 점을 든다. 즉 제94조 제1항의 단서 규정인 “다만, 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 그 동의를 얻어야 한다”라는 부분을 위반한 취업규칙의 변경은 무효라고 보는 데 학설과 판례가 의견을 같이 하고 있는데, 만약 본문 규정인 “사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 [근로자 측의] 의견을 들어야 한다”라는 부분을 위반한 취업규칙의 변경을 유효하다고 보게 되면 하나의 규정 속에서 효력규정과 단속규정이 공존하게 되는 모순이 발생한다는 것이다.

그에 비해 단속규정설<sup>44)</sup>은 의견청취의무규정을 단속적인 것으로 보아 의견청취의무에 위반하였더라도 취업규칙의 효력에는 영향이 없다는 견해이다. 이 입장에서는 같은 조문 속의 규정이라고 해도 다른 성질을 가질 수 있다는 점이나, 의견청취는 의견반영의 기회를 부여함으로써 근로자를 보호하려는 것일 뿐이라는 점이나, 의견청취를 하지 않았더라도 근로자에게 불리하지 않게 변경된 취업규칙마저 무효로 보는 것은 불합리하다는 점이나, 근로자 측이 제시한 의견에 전혀 내용적으로 구속되지 않는 것이 의견청취의무의 내용이기 때문에 그러한 절차를 거치지 않은 것만으로 취업규칙의 효력을 부정하는 것은 타당하지 않다는 점 등을 강조한다.

판례는 “의견청취절차규정 자체는 훈시규정에 불과하고 효력규정이 아니므로 이를 거치지 않았다고 하여 그 취업규칙이 무효로 되지는 않으나”<sup>45)</sup>라고 하거나, “애초에 취업규칙을 작성함에 있어 근로자 과반수의 의견을 듣지 아니하거나 그 동의를 얻지 아니하였다 하더라도 그 취업규칙의 내용이 근로기준법에 위반되지 않는 한 그 취업규칙이 전부 무효가 되는 것은 아니다”<sup>46)</sup>라고 하는 등, 단속규정설의 입장을 줄곧 취하고 있

44) 김유성(2005: 205); 임종률(2007: 345).

45) 대법원 1989. 5. 9. 88다카4277.

46) 대법원 1991. 4. 9. 90다16245.

다. 나아가 단체협약으로 의견청취의무를 정한 경우에도 마찬가지라고 하고 있다.

“취업규칙의 작성·변경에 관한 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 사용자는 그 의사에 따라 취업규칙을 작성·변경할 수 있다 할 것이고 (당원 1992. 12. 22. 선고 91다45165 전원합의체 판결) 단체협약에서 취업규칙의 작성·변경에 관하여 노동조합의 동의를 얻거나 노동조합과의 협의를 거치거나 그 의견을 듣도록 규정하고 있다 하더라도 원칙적으로 취업규칙상의 근로조건을 종전보다 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우가 아닌 한 그러한 동의나 협의 또는 의견청취절차를 거치지 아니하고 취업규칙을 작성·변경하였다고 하여 그 취업규칙의 효력이 부정된다고 할 수 없다. 왜냐하면 만약 위와 같은 절차를 위반하여 작성·변경된 취업규칙의 효력을 부정하는 것은 결과적으로 취업규칙의 작성이나 변경에 있어서 단체협약의 체결을 강제하는 것과 다를 바 없는 것이 되어 부당하기 때문이다.”<sup>47)</sup>

### 3. 동의를 얻지 아니한 불이익 변경 : 변경 이후 입사한 신규 근로자의 경우

사용자는 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 동의를 얻어야 한다(근로기준법 제94조 제1항 단서).<sup>48)</sup>

47) 대법원 1994. 12. 23. 94누3001.

48) 근로자 측의 동의를 요건으로 하고 있기는 하지만, 취업규칙에 의하여 기존의 근로조건을 불리하게 변경하는 것이 과연 우리 근로기준법 체계에서 허용될 수 있는지는 의문이 남는다. 왜냐하면 근로기준법 제3조는 “이 법에서 정하는 근로조건은 최저기준이므로 근로 관계 당사자는 이 기준을 이유로 근로조건을 낮출 수 없다”라고 규정하고 있기 때문이다. 예컨대, 취업규칙상의 누진제 퇴직금 제도를 근로자에게 불리한 방향으로(단수제로) 변경하는 것은, 비록 단수제가 근로기준법에서 정하고 있던 최저기준을 밑도는 것은 아니지만, 근로기준법 제3조를 위반한 것으로서 무효라고 해야 하지 않을까? 그러나 판례는 그러한 취업규칙의 불이

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>49)</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.

“사용자가 취업규칙에서 정한 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경함에 있어서 근로자의 동의를 얻지 않은 경우에 그 변경으로 기득이익이 침해되는 기존의 근로자에 대한 관계에서는 변경의 효력이 미치지 않게 되어 종전 취업규칙의 효력이 그대로 유지되지만, 변경 후에 변경된 취업규칙에 따른 근로조건을 수용하고 근로관계를 갖게 된 근로자에 대한 관계에서는 당연히 변경된 취업규칙이 적용되어야 하고, 기득이익의 침해라는 효력배제사유가 없는 변경 후의 취업근로자에 대해서까지 변경의 효력을 부인하여 종전 취업규칙이 적용되어야 한다고 볼 근거가 없다.”<sup>50)</sup>

---

익 변경도 법상의 퇴직금 기준을 밑돌지 않는 이상 노동조합의 동의가 있으면 유효하다는 입장을 줄곧 유지하고 있다(대법원 1992. 7. 24. 91다34073, 2002. 6. 28. 2001다77970 등). 한편으로 이러한 판례의 입장은 “근로조건의 향상을 위하여” 근로자에게 단결권과 단체교섭권을 보장하고 있는 헌법 제33조 제1항의 규정에도 어긋나지 않을까 의심스러운 점이 있다.

49) 대법원 1977. 7. 26. 77다355.

50) 대법원 1992. 12. 22. 91다45165 전원합의체. 사실관계는 다음과 같다. 피고회사의 취업규칙은 당초 제정된 후 1964년 3월 1일과 1973년 1월 1일 그리고 1974년 8월

이에 대해서는 다음과 같은 반대의견이 제시되었다.

“취업규칙의 변경이 근로자에게 불이익한 것이고 이에 관하여 근로자집단의 동의를 받지 못하였다면 취업규칙의 변경은 효력이 없고, 따라서 종전의 취업규칙이 계속 유효하다고 볼 것이지 그 변경으로 기득이익이 침해되는 기존의 근로자들에 대한 관계에서만 종전 취업규칙의 효력이 유지되고 변경 후에 근로관계를 갖게 된 근로자에 대한 관계에서는 당연히 변경된 취업규칙이 적용되어야 한다고 할 수 없다.”

이 전원합의체 판결에 대한 학설의 평가는 엇갈린다. 임종률 교수는 상대적으로 무효설에 찬성하는 입장을 취하고 있다.

“취업규칙 불이익변경에 대하여 근로자 집단의 동의가 있어야 효력을 발생한다는 것은 어디까지나 그 적용을 받던 종전 근로자에게 그러하다고 보아야 하며, 취업규칙이 근로자의 입사시기에 따라 근로조건을 달리 결정한다고 하여 취업규칙의 근로조건 획일화 기능이 상실되는 것은 아니며 더구나 취업규칙의 변경에 근로자가 동의하지 않아 변경 후 입사자에게만 종전 근로자보다 불리한 근로조건이 적용되는 경우에는 문제될 것이 없다.”<sup>51)</sup>

이병태 교수는 이 판결이 취업규칙의 법적 기능과 성질을 오해하고 근로기준법 제94조 제1항 단서의 규정을 곡해한 것으로 본다.

---

1일의 3차례에 걸쳐 변경되었으나 그때마다 위 취업규칙상의 퇴직금 규정은 근로자 측의 동의 없이 그들에게 불리한 방향으로 개정되었다. 이 사건 소에서 원고는 1978년 9월 1일 피고회사에 입사하여 피고회사 목산광업소에서 직원으로 근무하다가 1988년 1월 31일 퇴직하였다. 원고의 퇴직금을 산정함에 있어서, 원고는 그 입사 전의 3차례에 걸친 위 취업규칙의 변경은 모두 무효임을 전제로 각각 변경이 있기 전의 최초의 취업규칙상의 퇴직금규정이 적용되어야 한다고 주장하였다. 피고는 위 각 변경을 거쳐 원고의 입사이래 퇴직시까지 시행되던 1974년 8월 1일자 변경된 취업규칙상의 퇴직금 규정이 적용되어야 한다고 주장하였다.

51) 임종률(2007: 350).

“첫째, 취업규칙의 작성·변경에서 일정한 절차를 요구한 근기법의 모든 규정은 사용자에게 의한 취업규칙의 남용과 오용을 방지하기 위한 강행 규정으로, 그 절차를 조건으로 규범성을 인정하였다고 보면 그 절차에 위반한 취업규칙의 변경은 입사 전후와 관계없이 모든 근로자에게 당연히 효력이 없다. 둘째, 변경절차 위반에 따라 취업규칙 변경의 효력이 없다고 보면 신입사원이 동의하여야 할 변경된 취업규칙이 없으므로 신입사원의 동의는 애당초 성립할 여지가 없다. 셋째, 신입사원의 동의는 개별적 동의에 지나지 않으므로 근로자집단의 동의가 없는 취업규칙의 불이익변경을 인정할 경우 근로조건을 통일적·확일적으로 처리하려는 취업규칙의 법적 기능을 저해할 우려가 있다.”<sup>52)</sup>

김형배 교수는 상대적 무효설에 대하여 찬반의 입장을 표명하는 대신 대법원의 논리 일관성을 비판하고 있다.

“근로자들의 동의 없는 취업규칙의 불이익변경이 기존근로자들에게는 효력이 없고 새로 입사한 신규근로자에게는 효력이 있다고 한 것은 하나의 사업장에 두 개의 취업규칙, 즉 두 개의 법규범이 병존하게 되는 결과를 낳는다. 이는 취업규칙이 법령과 마찬가지로 법적 구속력을 가지고 해당 사업장 내의 모든 근로자들을 구속한다는 법규범설의 기본적 태도와 모순된다. (...) 대법원이 종전의 법규범설을 고수하면서 하나의 사업장에서 신규로 채용된 근로자에게 변경된 취업규칙의 유효한 성립을 인정하는 것은 논리의 일관성을 유지할 수 없을 것이다. 따라서 이와 같은 판결은 결과적으로 계약설을 수용하는 태도라고 할 수밖에 없다.”<sup>53)</sup>

#### 4. 동의를 얻지 아니한 불이익 변경 : ‘사회통념상 합리성’ 기준

외견상 근로자에게 불이익한 취업규칙의 변경이지만, 그 변경에 사회통념상 합리성이 인정되는 경우에는 어떻게 되는가? 판례는 취업규칙의

52) 이병태(2007: 1047).

53) 김형배(2007: 250~251).

변경이 사회통념상 합리성이 있으면 불이익 변경이 아니거나 또는 불이익 변경에 해당하더라도 근로자 측의 동의를 거치지 않아도 된다는 입장이다. 대법원은 일찍이 1988년 5월 10일의 판결에서 그러한 입장을 피력한 바 있다.

“취업규칙의 변경이 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 한 근로자에게 불이익한 것이라고 속단할 수 없는 것이므로 그 변경에 즈음하여 근로기준법이 정하는 절차를 밟지 아니하였다 하여 그 변경된 인사규정의 효력을 부인할 수 없다.”<sup>54)</sup>

이러한 입장은 최근의 판례에서도 계속 유지되고 있으며, 판례는 나아가 사회통념상 합리성의 유무를 판단하는 기준을 제시하고 있다.

“사용자가 일방적으로 새로운 취업규칙의 작성·변경을 통하여 근로자가 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하여 불이익한 근로조건을 부과하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니한다고 할 것이나, 당해 취업규칙의 작성 또는 변경이 그 필요성 및 내용의 양면에서 보아 그에 의하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도를 고려하더라도 여전히 당해 조항의 법적 규범성을 시인할 수 있을 정도로 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 종전 근로조건 또는 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 없다는 이유만으로 그 적용을 부정할 수는 없다고 할 것이고, 한편 여기에서 말하는 사회통념상 합리성의 유무는 취업규칙의 변경에 의하여 근로자가 입게 되는 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙 내용의 상당성, 대상조치 등을 포함한 다른 근로조건의 개선상황, 노동조합 등과의 교섭 경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”<sup>55)</sup>

54) 대법원 1988. 5. 10. 87다카2853.

55) 대법원 2001. 1. 5. 99다70846. 같은 취지로 대법원 2004. 7. 22. 2002다57362; 대법원 2005. 11. 10. 2005다21494 등.

이에 대해 김형배 교수는 사회통념상 합리성 기준의 적용은 근로기준법의 강행규정을 위반한 것이라 비판한다.

“근로기준법 [제94조] 1항 단서가 신설된 이후의 취업규칙의 불이익변경의 문제는 오직 근로자들의 집단적 동의를 유무에 따라 판단되어야 한다. 왜냐하면 이 조항은 강행규정이기 때문이다.”<sup>56)</sup>

그러나 임종률 교수는 김형배 교수와는 다른 방식으로 판례를 읽는다. 임종률 교수에 의하면, 판례는 사회통념상 합리성이 인정되는 경우에는 애초부터 불이익 변경에 해당하지 않는 것으로 보고 있다고 한다.

“판례는 일관되게 변경의 내용이 사회통념상 합리성이 인정되는 경우에는 집단적 동의를 얻지 않았더라도 유효하다고 보는데, 이것은 법률이 불이익변경의 요건으로 규정한 집단적 동의를 해석에 의하여 배제한 것이 아니라, 불이익변경의 의미 내지 판단에 관한 해석상의 문제로서 변경의 내용이 사회통념상 합리적인 경우에는 불이익변경에 해당되지 않는다고 해석한 것으로 보아야 할 것이다.”<sup>57)</sup>

한편, 김유성 교수는 사회통념상 합리성 기준의 적용 자체를 반대하지는 않지만 그 적용은 엄격하게 제한되어야 한다는 입장을 취하고 있다.

“취업규칙의 불이익변경에 근로자측의 동의를 반도록 한 근기법의 취지를 고려한다면 사회통념상 합리성 기준에 의해 근로자측의 동의를 배제할 수 있는 상황은 극히 제한적으로 해석되어야 한다. 즉 사회통념상 합리성은 취업규칙의 변경이 내용적인 면에서 필요하고 상당하여야 할 뿐만 아니라 절차적인 면에서도 사용자가 근로자측의 동의를 얻기 위해 최선의 노력을 다한 경우에만 인정되어야 한다.”<sup>58)</sup>

56) 김형배(2007: 252).

57) 임종률(2007), 349쪽 각주 1).

58) 김유성(2005: 207~208).

## 5. 소 결

이상의 논의를 종합할 때 우리는 다음과 같이 말할 수 있다. 근로기준법이 취업규칙의 사용자 일방 결정성을 근로자들의 의견 반영 또는 동의를 통해서 완화하는 규정을 두고 있긴 하지만 여전히 다음과 같은 문제점이 남아 있다. 첫째, 불리한 변경이 아닌 경우에는 단순히 의견을 듣도록만 하고 있기 때문에 근로자의 의견이 전혀 반영되지 않을 수 있다. 둘째, 사용자가 처음부터 의견 청취를 하지 아니하고 변경한 취업규칙의 효력이 무조건 부정되는 것은 아니다. 셋째, 동의를 얻지 아니하고 불리하게 변경한 취업규칙이라도 변경 이후 신규 입사한 근로자에 대해서는 효력이 인정된다. 넷째, 동의를 얻지 아니하고 불리하게 변경한 취업규칙이라도 사회통념상 합리성이 인정되는 경우에는 효력이 인정된다. 이 모든 경우에서 취업규칙의 사용자 일방 결정성은 여전히 관철된다는 문제가 있다.

현행의 취업규칙 제도는 후진적인 제도이다. 사용자가 자신이 고용한 근로자들의 처우를 알아서 ‘잘’ 해주면 된다는 전근대적 사고의 유산이다; 근로자를 “노동예속자”가 아니라 자율과 책임을 담지한 “노동시민”으로 재인식하는 현대 노동법의 원리에 어긋난다<sup>59)</sup>; “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다”라고 규정한 근로기준법 제4조를 스스로 거스르는 제도이다<sup>60)</sup>; 근로계약을 질식시키고 단체협약을 예속시켜 근로자들이 자신들의 근로조건을 스스로 결정하지 못하게 만들어 법적 안정성을 해치며 갈등의 근원지가 된지 오래다; 근로자의 단체교섭권을 사실상 무력화시키는 위헌적 요소를 안고 있다.

59) 독일의 위대한 법철학자 라트브루흐는 법의 사회적 발전을 다음과 같이 열정적인 목소리로 옹호하고 있다. “혼란시킬 수 없으며 저항할 수 없는 이 발전의 진행은 저 멀리 이미 보이는 자기들의 목적, 즉 더 이상 노동지배자 및 노동예속자가 아니라 노동시민(Arbeitsbürger)만을 인지하게 될 보다 정당한 사회계약이라는 목적을 뜨거운 가슴으로 열망하고 있는 사람들에게 깊은 만족을 줄 것임에 틀림 없다.”(G. Radbruch(1981: 68)).

60) 법률의 조문 순서에 우선순위를 부여할 수 있다면, 근로기준법 제93조 이하에 규정되어 있는 취업규칙 제도는 총칙 규정에 해당하는 제4조 위반으로서 그 효력의 해석에 있어서는 대단히 엄격한 심사 기준을 적용해야 할 것이다.

차제에 취업규칙 제도는 근본적인 손질이 필요하다. 손질의 기본 방향은 다음과 같다. 취업규칙은 근로기준법 제93조 가운데 제9호(안전과 보건에 관한 사항), 제10호(업무상과 업무 외의 재해부조에 관한 사항), 제11호(표창과 제재에 관한 사항)만을 다루고 그 외의 사항은 근로계약과 단체협약의 관할로 완전히 넘겨야 한다. 우리가 이 책에서 주장하고자 하는 바- 무노조 사업장에서 노사협의회 근로자위원 또는 수입근로자에 의한 단체교섭 및 단체협약 체결의 제도화-는 취업규칙 제도에 대한 이와 같은 비판적 인식(무노조 사업장뿐만 아니라 유노조 사업장의 경우에도 해당된다) 위에 서있다는 점을 분명히 해두고자 한다.

### 제3절 근로기준법상 근로자대표의 불안정한 지위

우리 노동법은 법률행위의 주체에 따라 계약과 협약을 구분한다. 계약은 개별적 주체들 간의 법률행위이다. 그러므로 근로계약은 사용자와 근로자 사이에서 맺어진다. 반면, 협약은 집단적 주체들 간의 법률행위이다. 그러므로 단체협약은 근로자 단체와 사용자 또는 사용자 단체 사이에서 맺어진다. “서면합의”라는 개념은 다소 낯선 것이라고 할 수 있다. 이 개념은 사용자와 “근로자대표” 사이에 이루어지는 법률행위를 지칭하기 위하여 새로이 도입된 것이다. 이 새로운 법률행위는 해당 사업의 종업원 전체에 대해서 적용되어야 한다는 보편적 성질과 법정 최저기준을 위반하는 특례적 성질을 동시에 지녔는데, 이러한 보편적 성질과 특례적 성질은 단체협약에 의해서는 충족될 수 없는 것이다. 왜냐하면 단체협약은 원칙적으로 조합원에게만 적용되는 것이며,<sup>61)</sup> (근로자에게 불리한 방향으로) 법을 위반할 수 없기 때문이다.<sup>62)</sup>

61) 대법원 2007. 6. 28. 2007도1539.

62) “근로기준법 소정의 기준에 미달하는 근로조건이 소론과 같이 단체협약에 의한 것이라거나 근로자들의 승인을 받은 것이라고 하여 유효로 볼 수도 없는 것”(대법원 1990. 12. 21. 90다카24496).

단체교섭과 단체협약이 특정한 근로자 집단의 근로조건을 집단적으로 규율하는 대표적 메커니즘으로 자리잡고 있다면, 서면합의 제도에서 예외하고 있는 특례들은 단체교섭과 단체협약을 통해서도 달성될 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 굳이 서면합의 제도를 새롭게 도입한 데에서 우리는 입법자가 단체협약에 대한 고전적 인식 - 조합원의 근로조건 향상을 위한 장치 - 을 고집하고 있음을 확인할 수 있다.

근로자대표에 의한 서면합의 제도가 (근로자에게 불리하게 적용될 근로조건을 사용자가 일방적으로 정하도록 하지 못하게 한다는 점에서) 근로조건 대등 결정 원칙에 어느 정도 복무할 수 있는 것은 사실이지만, 제도의 정상적인 운영을 기대하기에는 입법적 흠결이 적지 않다.

## 1. 서면합의의 주체

그렇다면 서면합의를 체결할 수 있는 주체로서 “근로자대표”란 과연 누구인가? 더 정확히 말하면, 이른바 과반수 노동조합이 서면합의의 체결 주체가 될 수 있는가? 근로기준법에서 서면합의의 대상을 규정하고 있는 조문들(제51조, 제52조, 제57조, 제58조, 제59조, 제62조)에서는 “근로자대표”라는 주체만 등장할 뿐, 과반수 노동조합이라는 주체는 등장하지 않는다. 그러므로 우리는 근로자대표라는 개념이 최초로 등장하는 근로기준법 제24조에 주목한다. 1997년 3월 13일 새로이 제정된 근로기준법에서는 경영상 해고의 경우 사용자의 협의 파트너로서 “당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자(이하 “근로자대표”라 한다)”로 규정하였는데, 1998년 2월 20일에 개정된 법이자 현행법에서는 “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)”으로 규정하고 있다. 바뀐 것은 여는 괄호의 위치뿐이다. 그러나 이 사소한 변화가 가져오는 결과는 무시

할 수 없다. 우리는 두 텍스트의 의미가 동일하다고 주장할 수는 없을 것이다.

어쩌면 그것은 단순한 입법자의 실수일 수도 있다. 인접한 법률들의 조문으로 시선을 옮기면 그러한 의문은 보다 정당화될 것처럼 보인다. 「과건근로자 보호 등에 관한 법률」 제5조 제4항은 사용자업주가 과건근로자를 사용하고자 할 때 성실하게 협의해야 할 파트너로서 “당해 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자”(약어 없음)를 규정하고 있고, 「산업안전보건법」 제2조는 “근로자대표”라 함은 “근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합을, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자”로 규정하고 있다. 즉 과반수 노동조합과 근로자의 과반수를 대표하는 자를 동일선상에서 취급하고 있음을 알 수 있다. 그리고 대부분의 학설도 근로자대표에는 과반수 노동조합도 포함된다고 해석하고 있다. 학설에 따르면, 사업장에 근로자의 과반수를 조직하는 노동조합이 있는 경우에는, 서면합의는 이 노동조합에 의하여 체결되어야 한다고 한다.<sup>63)</sup>

그러나 우선, 개별 법령에서 별도의 정의 규정을 마련하고 있는 경우에는 그 개별 법령마다의 정의에 따라야 한다는 점에서 「과건근로자 보호 등에 관한 법률」이나 「산업안전보건법」 등의 정의를 근로기준법에 그대로 적용할 수는 없다. 다음으로, 여기서 입법자는 맥살을 잡기도 하고 명패를 던지기도 하는 구체적 존재로서가 아니라, 국민이라는 개념화된 존재의 총체적 의사를 대표하는바, 실수를 저지를 수 있는 가능성이 상정되지 않는 추상적인 개념적 존재라는 점에서, 어떻게 입법자의 실수를 받아들일 수 있을지 알 수 없다. 물론 헌법재판소에 의한 위헌법률심사를 떠올리면 입법자의 실수가능성이 상정되어 있지 않느냐고 반문할 수 있을 것이다. 그러나 헌법재판소는 그 자체가 또한 헌법이라는 주권자의 의사에 의하여 창설된 제도라는 점에서, 위헌법률심사는 일종의 주권자의 ‘자

63) 이승욱(1998: 104); 김인재(1999), 239쪽 이하.

기교정' 과정이라고 할 수 있다. 그러므로 비록 적절한 해석론을 탐구하기 위해서라고 할지라도, 입법자의 실수를 지적하는 것은 적절하다고 보이지 않는다. 그러므로 근로기준법상 근로자대표에는 과반수 노동조합은 포함되지 아니하며, 따라서 과반수 노동조합은 서면합의를 체결할 수 없다고 해야 할 것이다.<sup>64)</sup>

## 2. 서면합의의 효력

서면합의의 체결 주체로서 과반수 노동조합을 제외하고 근로자의 과반수를 대표하는 자만을 상정할 때, 서면합의의 적용 범위와 단체협약의 적용 범위가 중복되는 경우가 발생할 수 있다. 이 경우 어느 것이 적용되어야 하는가? 몇 가지 경우를 나누어서 차례대로 살펴보자.

첫째, 사업장에 어떤 노동조합도 존재하지 않는 경우에는, 서면합의는 근로자에게 직접 적용된다. 이승욱 교수는 그러나 현행 노동법의 법원(法源) 전체의 체계상 서면합의가 근로자에게 직접 적용될 수는 없다고 반대한다.

“서면합의가 체결된 경우에도 개별 근로자에 대한 직접적인 사법상 효력을 가지기 위해서는 취업규칙이나 단체협약에 별도의 정함을 둘 필요가 있다고 이해하는 것은 현행 법체계상 불가피한 것으로 보인다.”<sup>65)</sup>

이에 따르면, 서면합의는 사용자가 취업규칙에 법령상의 규정을 위반하는 내용을 담을 수 있는 면별적 효력을 부여하는 데 그친다. 그러나 이러한 해석은 법이 서면합의로 정할 내용을 취업규칙이나 단체협약으로 정할 수 있다고 직접 규정하지 않고 구태여 예들려 서면합의를 새로이 도입한 이유를 설명하지 못한다. 서면합의는 근로자의 개별적 동의나 취업규칙, 단체협약의 힘을 빌리지 않고 직접 적용된다.

64) 이상의 논의는 박제성(2003), 264쪽 이하 참조.

65) 이승욱(1998: 106).

둘째, 사업장에 과반수 노동조합이 아닌 노동조합이 존재하는 경우에는, 최소한 조합원의 입장에서 단체협약과 근로자대표가 체결한 서면합의 사이에 규범충돌이 발생하게 된다. 만약 조합원에 대해서도 서면합의가 적용된다고 한다면, 단결권에 대한 침해가 발생하게 될 것이다. 단결권의 헌법적 가치, 근로자대표의 약한 대표성 및 서면합의의 효력기간과 관련한 강한 불확실성<sup>66)</sup> 등을 고려할 때, 적어도 조합원에 대해서는 서면합의에 앞서 단체협약이 적용된다고 해석해야 할 것이다. 헌법의 정신과 헌법으로부터 내려오는 법원의 체계상, 근로자대표가 체결한 서면합의는 단체협약보다 열등한 지위에 놓인다고 보아야 할 것이다.

셋째, 만약 노동조합이 근로자의 과반수를 조직하고 있는 경우에는, 그 노동조합이 체결한 단체협약은 당해 사업장의 동종 근로자 전체에 대해서 적용된다(노조법 제35조). 그러므로 적어도 단체협약의 일반적 구속력의 적용을 받는 근로자에 대해서는 서면합의가 적용될 여지가 없다. 오히려 노동조합이 사용자와(예컨대) 탄력적 근로시간에 관하여 합의한 사항을 서면으로 작성한 경우에는 그것은 단체협약으로서의 형식적·실질적 요건을 갖추게 된다. 즉, 과반수 노동조합이 ‘서면합의’라는 이름으로 체결하더라도 그것은 법적으로는 단체협약으로 평가될 수밖에 없는 것이다.

요컨대, 서면합의는 사업 내에 노동조합이 존재하지 않는 경우에만 온전히 유의미하며, 소수 노조가 존재하는 경우에는 부분적으로 유의미하고, 과반수 노조가 존재하는 경우에는 무의미하다.

66) 1월 단위의 탄력적 근로시간제와 관련한 서면합의만이 유효기간을 정하도록 법에 의해 강제되고 있을 뿐이다(근로기준법 제51조 및 시행령 제23조). 그렇다면 기타의 경우에 당사자들이 서면합의의 유효기간을 정하지 않았을 때, 사용자는 어느 시점까지 서면합의의 효력을 주장할 수 있는가? 근로자대표는 서면합의의 효력을 소멸시키기 위한 교섭을 사용자에게 요구할 수 있는가? 만약 그렇다고 한다면, 누가 그러한 주장을 할 수 있는가? 서면합의를 체결한 자인가, 아니면 새로이 선출된 근로자대표인가?

### 3. 근로자대표의 지위

노동조합은 서면합의의 체결 주체인 근로자대표가 될 수 없고, 근로자의 과반수를 대표하는 근로자만이 근로자대표가 될 수 있다면, 우선 근로자대표를 선출하는 과정이 중요한 문제로 떠오른다. 더군다나 서면합의라는 것이 탄력적 근로시간제 등 근로기준법상의 원칙에 대한 특례를 담는 것이라는 점에서도 근로자대표의 대표성을 담보할 수 있는 선출 방식은 중요할 수밖에 없다. 그러나 우리 근로기준법은 이에 관해서는 그 어떤 규정도 마련하지 않고 있다. 일반적인 선거 방식을 활용하면 될 것이라고 쉽게 생각할 수 있지만, 방대한 양의 선거법으로도 선거 과정에서 발생하는 수많은 분쟁과 다툼을 해소하지 못한다는 점을 우리 현실은 잘 보여주고 있다. 하물며 아무런 근거 규정이 없는 상태에서는 결국은 사용자의 자의가 작용할 여지만 커질 뿐이다. 그런 방식으로 선출된 근로자대표는 근로자들을 대표할 적격의 대표성을 확보하지 못할 것이다.

뿐만 아니라 근로자대표를 선출한 근로자 집단이 근로자대표의 권한을 통제할 수 있는 방법(예컨대 근로자대표 소환), 근로자 집단의 의견이 반영될 수 있는 방법(예컨대 서면합의 찬반투표), 사용자에 대한 근로자대표의 자주성 확보 방안(예컨대 해고로부터의 보호), 근로자대표의 활동을 위한 보장(예컨대 전임시간의 확보) 등에 관해서도 아무런 규정이 없다.

이러한 흠결은 근로자대표에 의한 서면합의가 근로조건 대등 결정 원칙을 실질화할 수 있는 제도로 기능하기에는 불충분하다는 사실을 입증한다.

### 4. 소 결

이상의 논의를 종합하면 다음과 같이 결론내릴 수 있다. 근로자대표에 의한 서면합의 제도는 부분적으로는 근로조건 대등 결정의 원칙에 복무할 수 있는 가능성이 있기는 하지만, 현행법에서는 근로자대표의 대표성과 자주성을 확보할 수 있는 선출 방식의 결여, 서면합의가 체결될 수 있는 대상 범위의 협소함(근로시간 및 휴가에 대한 특례로 한정) 등으로

인하여 근로조건 대등 결정 원칙을 온전히 실현하는 제도로서는 불충분하다.

\* \* \*

지금까지 우리는 노사협의회나 취업규칙 또는 서면합의, 그 어느 것도 노동조합이 없는 사업장에서 근로조건 대등 결정의 원칙을 실질화시키기에 불충분하거나 적절하지 않다는 점을 검토하였다. 그 대안을 모색하기에 앞서 우리와 유사한 문제를 입법적으로 해결해 나가고 있는 프랑스의 사례를 검토하고자 한다.

## 제2장

## 프랑스의 입법례 검토

## 제1절 중소기업에서의 단체교섭 : 문제의 소재

## 1. 노조대표의 부재

프랑스에서 기업별 교섭에 대한 권한은 원칙적으로 노조대표(délégué syndical)가 갖는다. 그리고 기업별 교섭의 결과인 기업별 협약은 노조대표가 체결하는 것이 원칙이다. 노조대표는 상시 근로자 50인 이상의 기업에 노조지부(section syndicale)<sup>67)</sup>를 설치한 대표적 노동조합만이 임명할 수 있다. 노조대표는 해당 기업 내에서 사용자에 대하여 자신을 임명한 노동조합을 대표하는 기능을 담당한다. 상시 근로자 50인 미만의 기업에서는 종업원대표(délégué du personnel)로 하여금 노조대표의 직을 겸하도록 할 수 있다. 종업원대표는 상시 근로자 11인 이상인 기업에서 선거를 통하여 선출되는 종업원대표 기관이다. 그러므로 상시 근로자 50인 이상의 기업 중에서 노조대표가 없는 기업이나, 상시 근로자 11인 이상 50

67) 여기서 말하는 노조지부는 우리의 그것과는 다르다. 프랑스 노동법에서 노조지부는 법인격을 갖지 않으며(이 말은 독립된 법적 주체로서 행위하지 못한다는 의미이다), 단체교섭에 관한 어떠한 권한도 행사하지 않는다. 그러나 노조지부는 조합비를 거두고 유인물을 배포하는 등 기업 내 조합활동의 근거지로서 역할한다.

인 미만의 기업 중에서 노조대표의 기능을 겸하는 종업원대표가 없는 기업, 그리고 상시 근로자 11인 미만의 기업에서는 기업별 교섭 및 기업별 협약의 체결이 불가능해질 수 있다.

최근의 통계조사 자료를 보면, 소규모 기업일수록 노조대표(이하에서는 노조대표의 기능을 겸하는 종업원대표를 포함하는 의미로 쓴다)의 부재가 두드러진다는 것을 알 수 있다.<sup>68)</sup> 기업 규모별로 노조대표가 있는 기업의 비율은 다음과 같다.

- 10인 이상 20인 미만 : 5.6%
- 20인 이상 50인 미만 : 18%
- 50인 이상 100인 미만 : 55.1%
- 100인 이상 250인 미만 : 74%
- 250인 이상 500인 미만 : 89.1%
- 500인 이상 : 95.5%

10인 이상 20인 미만의 기업 가운데 종업원대표가 존재하는 기업의 비율이 15%이고, 20인 이상 50인 미만의 기업 가운데 종업원대표가 존재하는 기업의 비율이 84%라는 점을 고려하면, 50인 미만의 기업 중에서 노조대표의 기능을 겸하는 종업원대표가 있는 기업의 비율은 그다지 높지 않다는 점을 알 수 있다.

이를 다시 50인 미만의 기업과 50인 이상의 기업으로 대별하면 다음과 같다.

- 10인 이상 50인 미만 : 10.5%
- 50인 이상 : 67%

모든 규모의 기업을 통틀어 노조대표가 있는 기업의 비율은 20.2%이다.

이러한 현상의 원인으로는 크게 두 가지가 거론된다. 첫째는 노조대표

---

68) DARES(2001).

의 역할을 맡으려고 하는 근로자가 적다는 점이고, 둘째는 기업의 규모가 작을수록 노동조합의 존재에 대해서 사용자가 적대적 태도를 취한다는 점이다.<sup>69)</sup>

## 2. 노조대표를 대신할 기업별 교섭 제도의 모색

노조대표가 없을 경우 근로자뿐만 아니라 사용자도 단체교섭을 할 수 없어 단체협약을 ‘향유’ - 근로조건을 개선하는 협약은 근로자가 향유하는 것이지만, 반대로 근로조건을 불이익 변경하는 협약은 사용자가 향유하는 것이다 - 할 수 없다. 그 결과, 해당 사업장에 적용되는 규범은 상위의 협약(특히 산업별 협약)이거나 근로계약이거나 사용자의 일방적 약속이다. 기업별 교섭과 기업별 협약의 중요성이 - 특히 단체협약을 통한 근로조건 불이익 변경의 승인과 더불어 - 점점 더 커지는 상황에서, 노조대표가 없는 기업에서 기업별 교섭을 가능하게 하는 새로운 단체교섭 방식에 대한 고민이 제기된다. 이러한 고민은 1990년대 중반에 처음으로 판례에 의하여 구체화되었으며, 그 후 노사의 단체협약과 입법자의 개입 등 여러 단계를 거쳐 현재에 이른다.

### 가. 1995년 1월 25일 파기원 판결<sup>70)</sup>

프랑스 대법원인 파기원은 위 판결을 통하여 “노조대표가 합법적으로 임명될 수 있는 기업에서는 노조대표만이 기업별 협약을 교섭하고 체결할 수 있는 것이라면, 노조대표를 임명하기 위한 법적 요건을 충족하지 못하는 기업에서는 대표적 노동조합에 의하여 위임을 받은 근로자가 기업별 협약을 유효하게 교섭하고 체결할 수 있다”라고 하였다.

69) R. Hadas-Lebel(2006: 51).

70) Cour de cassation, 25 janvier 1995, n° 90 - 45796, Bulletin 1995 V n° 40, p.29.

### 나. 1995년 10월 31일 전국협약

1995년 10월 31일 프랑스의 노사는 전국에 걸쳐 모든 산업에 적용되는 전국협약으로 단체교섭 및 단체협약에 관한 사항을 규정하였다. 그 중요한 내용들 중의 하나는 “산업별 협약은 기업별 협약이 체결되지 아니하는 기업에 적용될 규정을 정하며, 기업별 협약이 체결되는 기업에 대해서는 산업별 협약의 규정이 적용되지 아니한다”라는 것이었다. 이는 그 자체로도 논란이 많은 규정이지만,<sup>71)</sup> 기업별 협약에 산업별 협약보다 우선하는 효력을 부여하는 이상 기업별 협약이 실제로 체결될 수 있는 조건을 마련하는 것이 필요하게 되었다. 이에 이 전국협약은 노조대표가 없는 경우 선출직 종업원대표(종업원대표 또는 기업위원회 근로자위원) 또는 대표적 노동조합으로부터 위임을 받은 근로자가 기업별 교섭을 진행하고 기업별 협약을 체결할 수 있다고 규정하였다.

### 다. 1996년 11월 12일 법

위의 판례와 협약에 의하여 제기된 방안을 입법적으로 승인한 것이 1996년 11월 12일 법이다. 이 법은 노조대표가 없는 기업에서 종업원의 선출직 대표(종업원대표와 기업위원회 근로자위원) 및 노동조합으로부터

71) 이제 산업별 협약은 기업별 협약이 존재하지 않는 경우에만 보충적으로 적용되는 규범으로 전락하게 된 것이다. 이 규정은 미묘한 문제를 야기하였다. 그것은 기업별 협약이 산업별 협약보다 근로자에게 더 불리한 내용을 정하는 것을 노사가 임의로 허용할 수 있는지에 관한 것이다. 학설은 이 문제는 협약자치의 영역이기 때문에 허용된다는 입장과 그것은 강행규정을 위반한 것이기 때문에 허용되지 않는다는 입장으로 대립하였다. 그러다가 2001년에 보험산업의 노사가 협약을 체결하면서 산업별 협약의 규정은 그와 다른 내용을 정한 기업별 협약이 없는 경우에만 적용된다고 정하였다. 이 협약 규정은 법원으로 가서 그 효력을 다투게 되었는데, 파리지방법원은 이 규정이 산업별 협약과 기업별 협약의 위계를 정한 노동법전 L. 132-23조와 협약의 규범적 효력을 정한 노동법전 L. 135-2조 위반으로 무효라고 판단하였다(TGI de Paris, 14 mai 2002, Semaine sociale Lamy, suppl., n° 1084, 15 juillet 2002). 사용자는 항소하였지만, 파리항소법원은 1심 판결을 지지하였다(CA de Paris, 24 septembre 2003, RJS, 12/03, n° 1419). 2004년 5월 4일 법은 이 문제를 입법적으로 해결하였다.

위임받은 근로자에 의한 단체교섭의 가능성을 승인하였다. 이 법의 합헌성을 인정한 ‘헌법위원회’(Conseil constitutionnel)에 따르면, “단체교섭은 노동조합의 본래적 기능에 속하는 것이긴 하지만, 노동조합만이 단체교섭에 있어서 근로자의 독점적 대표로서의 지위를 누려야만 하는 것은 아니다.”<sup>72)</sup>

이러한 새로운 교섭 담당자들에 의하여 체결된 기업별 협약은 산별노사공동위원회의 인준을 받아야만 하였다. 이 인준은 선출직 대표 또는 위임된 근로자가 체결한 협약에 진정한 단체협약으로서의 효력을 부여하는 것이었으며, 특히 법이 이른바 기업별 불이익변경협약의 체결로 실시할 수 있도록 한 노동유연화의 가능성을 실현시킬 수 있도록 허용하는 것이었다. 하지만 다소 복잡한 방식으로 설계된 이 새로운 제도는 그다지 큰 성공을 거두지 못하였던 것으로 평가된다.<sup>73)</sup> (이 법은 한시적으로만 적용되는 것이었고, 1998년 10월 31일에 효력이 만료되었다.)

#### 라. 2000년 1월 19일 법

2000년 1월 19일의 이른바 오브리 법은 노조대표가 없는 기업에서의 단체교섭 담당자로 우선 노동조합에 의하여 위임 받은 근로자를 택하였다. 왜냐하면 그것이 선출직 종업원대표에 의한 것보다 간단한 방식이었기 때문이다. 위임 받은 근로자에 의한 단체교섭에서는 산업별 협약의 사전적 개입은 필요 없었지만, 그에 의하여 체결된 기업별 협약은 해당 기업 종업원 전체의 인준투표에서 과반수의 찬성을 획득해야만 비로소 유효한 것이 될 수 있었다.

한편, 위임 받은 근로자가 없는 경우에는 근로자 50인 미만의 기업에서는 종업원대표가 단체교섭을 하도록 하고, 근로자 11인 미만의 기업에서는 종업원 총투표를 실시하도록 하였다. 1996년 법이 “종업원의 선출직 대표”(les représentants élus du personnel)라는 표현으로 종업원대표와

72) CC, 6 novembre 1996, *Droit social*, 1997, p.25.

73) R. Hadas-Lebel(2006: 52).

기업위원회 근로자위원(우리의 노사협의회 근로자위원에 해당)을 구분하지 않았던 데 반하여, 2000년 법은 기업위원회 근로자위원에 의한 단체교섭의 가능성을 인정하지 않았다. 2000년 법의 입법자는 50인 이상의 기업에서는 전국 단위의 노동조합이 적극적으로 근로자를 위임하는 쪽을 기대하는 것이라고 생각할 수 있다. 그 결과 이 시스템은 하나의 약점을 안게 되었다. 노조대표가 없는 50인 이상의 기업에서 어떤 근로자도 위임되지 못한 경우, 법의 틀 속으로 들어갈 수 있는 단체교섭은 교섭할 대표가 없기 때문에 불가능해지고 만다는 약점이다.

#### 마. 2001년 7월 16일의 공동입장

2001년 7월 16일, 프랑스노동총동맹(CGT)을 제외한 모든 대표적 노동조합과 사용자단체들은 하나의 문서에 합의하였다. ‘단체교섭 강화의 방식과 수단에 관한 공동입장’<sup>74)</sup>이 그것이다. 이 공동입장은 노조대표가 없는 기업에서의 단체교섭을 활성화시키기 위한 방안으로 다음을 제안한다.

첫째, 노조대표가 없는 기업에서는 선출직 종업원대표(기업위원회 근로자위원 또는 기업위원회가 없는 경우에는 종업원대표)가 기업별 협약을 교섭하고 체결할 수 있도록 한다. 이렇게 하여 체결된 기업별 협약은 산별노사공동위원회의 승인을 얻은 후에만 적용되도록 한다.

둘째, 종업원대표 기구의 구성을 위한 선거가 조직되지 못한 기업에서는 대표적 노동조합에 의하여 위임을 받은 근로자가 기업별 협약을 교섭하고 체결할 수 있도록 한다. 이러한 방식의 기업별 교섭은 특정된 일회적 교섭을 위해서만 허용되는 것으로 한다. (첫 번째의 방식에서는 선출직 대표가 그 임기 동안 횡수에 상관없이 기업별 교섭을 수행할 수 있지만, 두 번째 방식에서는 매번의 교섭을 위해서 새롭게 근로자를 위임하여야 한다.) 그리고 이 조건에서 체결된 협약은 해당 기업의 종업원 전체가 참여하는 인준투표에서 과반수의 승인을 얻은 경우에만 적용되는 것으로 한다.

74) “Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l’approfondissement de la négociation collective”, *Droit social*, janvier 2003, pp.92~95.

이 공동입장은 엄격한 의미에서의 단체협약은 아니지만 이후 2004년 5월 4일 법의 제정에 결정적인 영향을 미치게 된다.

#### 바. 2004년 5월 4일 법

2004년 5월 4일의 이른바 피용 법은 2001년의 공동입장에서 제안한 내용을 받아들여, 노조대표가 없는 기업에서 선출직 종업원대표 또는 위임 받은 근로자에 의한 단체교섭을 일반적이고 항시적인 제도로 자리매김하면서 개혁을 일단 마무리지었다. 2004년 법이 이전의 1996년 법이나 2000년 법과 구별되는 점은 다음과 같다.

첫째, 노조대표가 없는 경우에 교섭 담당자로 나서는 자들의 우선 순위를 명확하게 하였다. 1996년 법은 선출직 종업원대표들 사이의 우선 순위를 규정하지 않았으며, 2000년 법은 위임 받은 근로자를 1순위로 정했다. 반면에 2004년 법은 기업위원회 근로자위원을 1순위로 하고, 기업위원회가 없는 경우에는 종업원대표를 2순위로 하며, 종업원대표도 없는 경우에 마지막으로 위임 받은 근로자가 나서도록 하였다.

둘째, 새로운 교섭 담당자에 의하여 체결된 기업별 협약의 유효 요건에 관한 것이다. 1996년 법은 선출직 종업원대표가 체결한 협약이든 위임 받은 근로자가 체결한 협약이든 모두 산별노사공동위원회의 승인을 얻도록 하였으며, 2000년 법은 산별노사공동위원회의 승인 대신 종업원 인준투표를 통한 승인을 얻도록 하였다. 2004년 법은 선출직 종업원대표가 체결한 협약의 경우에는 산업별 협약으로 정한 다수대표제에 의하여 승인되도록 하였고, 위임 받은 근로자가 체결한 협약은 종업원 인준투표를 통하여 과반수의 승인을 얻도록 하였다.

2004년 법의 규정이 현행 법이다. 이하에서 항을 달리하여 그 내용을 자세히 살펴본다.

### 3. 2004년 5월 4일 법에 의한 무노조 기업에서의 단체교섭 제도

선출직 종업원대표에 의한 기업별 교섭이나 수입근로자에 의한 기업별 교섭은 모두 ‘확장 적용되는 산업별 협약’(convention de branche ou accord professionnel étendu. 이하에서 “산업별 협약”이라 하면 모두 확장 적용되는 산업별 협약을 의미한다)<sup>75)</sup>의 존재를 상정하고 있다. 산업별 협약은 새로운 담당자에 의한 기업별 교섭에서 다룰 수 있는 주제를 미리 정해야 하며, 특히 수입근로자에 의한 단체교섭에서는 수입근로자의 권한 행사에 관한 절차와 요건들을 미리 정해야 한다(노동법전 L. 132 - 26 조). 산업별 협약의 개입은 교섭 과정에 대해서 뿐만 아니라 그 결과 체결된 협약의 유효 요건에 대해서도 이루어지고 있다.

이러한 산업별 협약의 선행 요건은 산업별 교섭이 활발하지 않은 산업이나 그렇지 않은 산업이라도 노사가 그러한 내용의 합의에 이르지 못한 경우 등에는 새로운 기업별 교섭 시스템의 정착을 방해할 수 있는 요건으로 작용할 수 있다. 그리고 뒤에서 다시 보겠지만 그러한 우려는 현실화하고 있으며 그에 대한 대안의 하나로서 산업별 협약의 선행 요건을 삭제 하자는 방안이 제시되고 있기도 하다. 그럼에도 불구하고 프랑스의 입법자가 그러한 요건을 부과한 데에는 프랑스의 노사관계 전통에서 산업별 교섭이 차지하고 있는 위치와 단체교섭은 노동조합의 본래적 기능에 속하는 것이라는 헌법위원회의 판단<sup>76)</sup>을 고려한 때문으로 여겨진다.

#### 가. 선출직 종업원대표에 의한 단체교섭

노조대표가 없는 기업의 경우, 기업위원회의 근로자위원<sup>77)</sup>(기업위원회

75) 이러한 규정은 산업별 협약의 적용을 받지 않는 무노조 사업장의 가설이 들어설 여지를 없애는 의미가 있다. 왜냐하면 프랑스 노동법 체계에서 산업별 협약의 적용을 받지 않는 무노조 사업장은 해당 사업장의 사용자가 산업별 협약의 체결 당사자인 사용자단체에 가입하지 않고, 또 그 산업별 협약이 확장 적용되지도 않는 경우에만 가능하기 때문이다.(산업별 협약의 확장 제도는 사용자단체에 가입하지 아니한 사업장에 대해서도 산업별 협약을 적용하는 것이다)

76) CC, 6 novembre 1996, *Droit social*, 1997, p.25.

가 없는 경우에는 종업원대표)이 기업별 협약에 대해서 교섭하고 체결할 수 있다.<sup>78)</sup> 이 때, 이들 선출직 종업원대표가 교섭할 수 있는 사항은 해당 산업의 기본협약에 의하여 미리 정해진다. 또한 선출직 종업원대표가 체결하는 협약에 적용될 다수대표제에 대해서도 해당 산업의 기본협약으로 정한다.

이하에서 설명하는 내용을 이해하기 위해서는 2004년 5월 4일 법에 의하여 도입된 다수대표제의 내용을 먼저 이해해야 한다.

2004년 법은 단체협약의 체결과 관련하여 이전의 방식(다수노조든 소수노조든 대표성만 인정되면 단체협약을 체결할 수 있었음)을 버리고, 다수대표제를 채택하였다. 다수대표제에는 다수가 자신의 동의 의사를 명시적으로 표시하는 방식과 소수의 결정에 다수가 거부의 의사를 표시하지 않음으로써 묵시적으로 동의하는 방식이 있다. 전자를 ‘적극적 다수’(majorité d’engagement)라고 부른다면, 후자는 ‘소극적 다수’(majorité d’opposition)라고 부를 수 있다. 단체교섭의 층위에 따라서 다수대표제는 적극적 다수로 나타나기도 하고 소극적 다수로 나타나기도 한다.

한 가지 지적할 것은, 위 내용은 단체교섭의 결과 체결되는 협약의 유효요건에 관한 것이라는 점이다. 단체교섭 자체는 전과 마찬가지로 대표성이 인정되는 모든 노동조합들이 동등한 자격으로 참여한다.<sup>79)</sup> 단체교섭 과정에는 소수노조와 다수노조의 구별이 없다. 그러므로 대개의 경우에는 다섯 개의 노동조합이 교섭에 참여하며, 교섭의 결과 사용자가 제출한 협약안에 대해서 어떤 노동조합은 서명을 하고 어떤 노동조합은 서명을 거부하는 것으로 귀결하게 된다. 전에는 하나의 노동조합만이 서명하더라도 그대로 유효한 단체협약으로 성립되었는데, 이를 다수대표제를 도입하여 변경한 것이 2004년 법의 핵심이다.

또 하나 지적할 것은, 일단 유효하게 성립된 단체협약의 인적 적용 범위는 달라진 것이 없다는 점이다. 즉, 이전과 마찬가지로, 단체협약은 협약을 서명한 노동조합의 조합원뿐만 아니라 서명을 거부한 노동조합의 조합원

77) 기업위원회는 상시 근로자 50인 이상의 기업에 설치되며, 근로자위원회는 근로자들의 직접선거에 의하여 선출된다.

78) 노동법전 L. 132-26-II조.

79) 이에 대해서는 조용만(1999), 120쪽 이하를 볼 것.

을 비롯하여 어떤 노동조합에도 가입하지 아니한 근로자에게도 모두 적용된다. 그것은 단체협약의 인적 적용 범위를 결정하는 기준이 조합원 여부가 아니라 사용자 여부이기 때문이다. 다시 말하면, 단체협약은 단체협약을 체결한 사용자단체의 구성원인 사용자와 근로계약을 체결한 모든 근로자에게 적용되기 때문이다. 프랑스 법에서 고유한 이러한 단체협약의 효력을 ‘만인효’(erga omnes)라고 부른다.<sup>80)</sup>

### A. 전국협약의 체결

전국협약이란 전국 단위에서 체결되는 협약으로서 모든 산업에 공통적으로 적용되는 협약을 말한다. 직업간 협약이라고 부르기도 한다. 전국협약은 협약의 적용범위 내에서 대표적 노동조합들 중의 다수의 명시적 반대가 없는 경우에만 유효하다(소극적 다수).<sup>81)</sup> 이 때, 반대의 표시는 서면으로 해야 하며, 그 이유와 대상을 명시하고, 협약서명자들에게 통지되어야 한다. 이를 흔히 ‘협약거부권’(droit d’opposition)이라고 부른다. 거부당한 협약은 처음부터 존재하지 않았던 것으로 간주된다. 즉, 이 협약에 대해서 사용자의 일방적 약속으로서의 효력을 부여할 여지가 없다.<sup>82)</sup> 반대로,

80) 단체협약에 관한 최초의 법인 1919년 3월 25일 법은 협약의 서명 당사자인 근로자와 사용자에게만 협약이 적용되는 것을 원칙으로 하고, 다만 근로자와 사용자 중 어느 한쪽만이 협약의 서명 당사자인 경우에는 반대의 약정이 없는 한 협약은 해당 근로계약에 대해서도 적용된다고 하여, 단체협약의 조합원 적용 원칙을 규정하고 있었다. 그러다가 1950년 2월 11일 법에 와서 사용자가 단체협약 조항의 적용을 받는 경우에는 이 협약 조항은 사용자가 체결한 근로계약에 대해서 적용된다고 하여 현재와 같은 단체협약의 만인효를 규정하였다. 그런데 이러한 입법의 변화에 대해서는 뚜렷한 이유를 찾기 힘들며, 당시의 입법자는 별 생각 없이 그렇게 했던 것 같다는 평가도 있다. 한편, 넓은 의미의 만인효는 정부의 협약 확장결정에 의하여 협약의 구속을 받지 않는 사용자에 대해서도 협약을 확장 적용시킴으로써 그야말로 협약이 한 산업의 모든 근로자와 사용자에게 적용된다는 것을 의미한다.

81) 노동법전 L. 132-2-2-I조.

82) 사용자가 기업위원회 종업원위원들과 어떤 사항에 대해서 합의를 한 경우에, 판례(예컨대 Cass. soc., 14 juin 1984, *Droit social*, 1985, p.188)는 이 합의를 사용자의 일방적 약속으로 평가하면서 그 위반은 근로자들의 집단적 이익에 침해를 가져올 수 있다고 하였다. 이 때, 종업원위원들의 합의는 사용자의 일방적 약속이 존재한다는 것을 입증하는 수단인 하나로 기능하게 된다.

이는 거부된 협약은 무효이며 처음부터 존재하지 않았던 것으로 간주되어야 한다는 것을 의미한다.

여기서 말하는 ‘대표적 노동조합들 중의 다수’란 예컨대 다섯 개의 노동조합이 있으면 그 중의 셋, 여섯 개의 노동조합이 있으면 그 중의 넷이라는 의미이다. 각 노동조합의 조합원 수나 종업원대표 선거에서 획득한 지지율에 따라 판단하는 다수가 아니라는 점을 유의하여야 한다. 그러므로 여기서의 다수란 산술적 다수 혹은 기계적 다수를 말한다.<sup>83)</sup> 이러한 다수대표 개념은 현재 프랑스의 노동조합 조직 양상을 고려할 때 다소 엉뚱한 결과를 낳을 수 있다. 현재 직업간교섭에서 대표성을 인정받고 있는 노동조합은 CGT, CFDT, CFTC, FO, CGC 등 다섯 개 단체이다. 이 중 조합원 수로 보면 CFDT와 CGT가 전체 조합원의 85퍼센트를 차지하며,<sup>84)</sup> 2002년 노동법원(conseil de prud’hommes) 선거에서 나타나는 근로자들의 지지율로 보면 CGT와 CFDT가 57퍼센트 이상을 차지하고 있다.<sup>85)</sup> 그러나 이 두 노동조합도 전체 다섯 개 노동조합 중에서는 소수자의 지위로 전략하고 만다. 그러므로 나머지 세 개의 소수노조들이 뜻을 같이하면, 두 거대한 노조의 반대에도 불구하고 자기들의 원하는 내용을 관철할 수 있게 되는 것이다.

## B. 산업별 협약의 체결

산업별 협약의 체결 방식은 다음 두 가지 중의 하나이다.<sup>86)</sup>

첫째, 노사는 산업별 협약의 체결 방식을 정하는 별도의 산업별 협약, 이른바 ‘기본협약’(accord de méthode)으로 산업별 협약이 해당 산업의 근로자의 다수를 대표하는 노동조합(들)에 의하여 체결되어야 하도록 정할 수 있다(적극적 다수). 이 때, 이 기본협약의 체결 방식은 전국협약과 같으

83) J.-E. Ray(2004: 593).

84) DARES(2004). 2003년에 1,845,000명의 근로자들이 노동조합에 가입한 것으로 조사되고 있으며, 이 중 CFDT는 조합원이 873,877명, CGT는 700,000명이라고 주장하였다.

85) CGT : 32.14%, CFDT : 25.22%, CGT-FO : 18.29%, CFTC : 9.64%, CFE-CGC : 7.02%.

86) 노동법전 L. 132-2-2-II조.

며(소극적 다수), 정부의 협약 확장 결정에 의하여 산업 전체에 확장 적용 되는 것이어야 한다. 이 때, 노사는 다수대표성을 판단하기 위한 기준으로, 정기적으로 실시되는 근로자들의 인정 투표 방식(그 구체적인 방식과 시기에 대해서는 기본협약으로 정한다)과 기업위원회 선거 또는 종업원대표 선거 결과(이 경우 기본협약으로 선거 결과의 구체적인 반영 방식을 정한다)를 반영하는 방식 중 하나를 택하여야 한다. 첫 번째 방식은 2004년에 나온 비르빌르 보고서에서도 제안된 바 있다. 이 보고서는 “이 방식은 실제 여러 장점이 있다. 노조가 있는 기업에서는 근로자의 참여를 보장할 수 있으며, 노조가 있는 기업이든 없는 기업이든 간에 최대한 동일한 인정 조건을 확립할 수 있으며, 규모가 작은 기업의 사정을 고려할 수 있다.”<sup>87)</sup>라고 하고 있다. 역시 비르빌르 보고서에 의하면, “두 번째 방식은 각 기업에서 선거를 조직하는 데에 따르는 불확실함을 고려할 때 실제로 채택하기는 어려워 보인다. 이 방식은 또한 노조가 있는 기업과 그렇지 않은 기업의 근로자들 사이에 근본적인 차별을 야기한다. 노조가 있는 기업에서는 실질적인 인정이 가능한 데 반해, 노조가 없는 기업에서는 인정은 불가피하게 추상적 성격을 띠게 될 것이다.”<sup>88)</sup> 요컨대 두 번째 방식은 선출직 종업원대표가 없는 기업의 근로자들로부터 노동조합의 대표성 측정에 참여할 기회를 박탈하는 결과를 낳게 될 것이라는 점이 약점이다.

둘째, 산업별 협약의 체결 방식을 특별히 정하는 기본협약이 해당 산업에 존재하지 않는 경우에는, 전국협약의 체결에 적용되는 방식과 같은 방식이 적용된다. 즉, 이 경우 산업별 협약은 해당 산업의 대표적인 노동조합들 중의 다수의 반대가 없는 경우에만 유효하게 체결된다(소극적 다수).

### C. 기업별 협약의 체결

2004년 법은 기업별 협약의 체결에 대하여 두 가지 방식을 제시하면서 노사가 산업별 협약으로 그 둘 중의 하나의 방식을 채택할 수 있도록 허용하고 있다.<sup>89)</sup> 법이 제시하고 있는 두 가지 방식은 다음과 같다.

87) M. de Virville(2004: 71), proposition No.45.

88) M. de Virville(2004: 71).

89) 노동법전 L. 132-2-2-III조.

첫째, 기업위원회 선거 또는 종업원대표 선거 1차 투표에서 유효표의 절반 이상을 획득한 노동조합(다수노조)만이 기업별 협약을 체결할 수 있도록 할 수 있다(적극적 다수). 이 경우, 하나의 다수노조가 있어 협약에 서명한 경우에는 그것만으로 협약은 유효하게 성립한다. 어떤 노조도 단독으로 다수노조가 되지 못하는 경우에는 둘 이상의 노조가 연합하여 다수노조가 될 수 있다. 그러나 만약 다수노조는 서명을 거부하고 소수노조만이 협약에 서명한 경우에는, 소수노조는 해당 협약을 기업의 근로자 모두가 참여하는 인준투표에 회부할 수 있으며, 여기서 근로자 과반수의 승인을 얻음으로써 협약은 유효하게 체결된 것으로 될 수 있다. 이 때, 근로자 과반수의 인준을 얻지 못하면 해당 협약은 처음부터 존재하지 않았던 것으로 간주된다.

둘째, 기업위원회 선거 또는 종업원대표 선거 1차 투표에서 유효표의 절반 이상을 획득한 노동조합(들)의 명시적인 반대가 없으면 기업별 협약은 유효하게 체결될 수 있도록 할 수 있다(소극적 다수). 이 경우 다수노조의 거부는 협약이 체결된 때로부터 8일 이내에 표명되어야 하며, 다수노조(들)가 거부한 경우에는 협약은 처음부터 존재하지 않았던 것으로 간주된다. 첫 번째 경우와는 달리 두 번째 경우에는 다수노조에 의하여 거부된 협약을 근로자 인준투표에 회부하여 과반수의 승인을 얻는 방식으로 되살리는 길은 없다.

한편, 사업 또는 사업장에 노조대표는 존재하지만 기업위원회 선거 또는 종업원대표 선거가 치러지지 못한 경우, 이 노조대표가 체결한 기업별 협약은 기업의 근로자 모두가 참여하는 인준투표에서 근로자 과반수의 승인을 얻어야만 유효하게 성립할 수 있다. 노동조합의 다수대표성을 측정할 수가 없기 때문이다. 근로자 과반수의 인준을 얻지 못한 협약은 처음부터 존재하지 않았던 것으로 간주된다.

기업별 협약의 체결 요건을 정한 산업별 협약이 존재하지 않는 경우에는, 기업별 협약의 체결은 위 두 번째 방식에 따른다. 즉, 다수노조의 명시적 반대가 없어야 한다.

## D. 그룹별 협약의 체결

2004년 법은 그 동안 판례<sup>90)</sup>에 의해서만 인정되어 오던 그룹별 협약을 처음으로 법인하였다.<sup>91)</sup> 그룹별 협약은 그룹을 구성하는 기업들의 전체 또는 일부로 구성된 적용 범위를 정할 수 있다. 이 그룹별 협약은 한편으로 지배적 기업의 사용자 또는 해당 기업들의 사용자들로부터 위임받은 대표자와 다른 한편으로 그룹 또는 해당 기업들 전체에서 대표성이 인정되는 노동조합에 의하여 교섭되고 체결된다. 이 때, 대표적 노동조합은 그룹의 노조대표 중에서 교섭조정자를 지명하여 이 교섭조정자가 그룹별 협약에 대하여 교섭하고 서명하도록 할 수 있다.

그룹별 협약은 기업별 협약과 동일한 효력을 가지며, 그 체결에 대해서도 기업별 협약에 적용되는 내용이 그대로 적용된다. 즉, 그룹이 속해 있는 산업의 산업별 협약으로 적극적 다수 방식과 소극적 다수 방식 둘 중에서 하나의 방식을 선택할 수 있다. 다만 하나의 그룹이 여러 개의 산업에 속해 있고, 각 산업별로 기업별 협약의 유효요건이 다르게 정해져 있는 경우에는, 그룹별 협약의 유효요건은 소극적 다수 방식에 따른다. 즉, 기업위원회 선거 또는 종업원대표 선거 1차 투표에서 유효표의 절반 이상을 획득한 노동조합(들)의 명시적인 반대가 없으면 그룹별 협약은 유효하게 성립한다.

그러나 법에서는 어떠한 방식의 다수대표제를 도입해야 하는지에 대해서는 예시하고 있지 않으므로, 산별 노사가 자유롭게 그 방식을 정할 수 있을 것이다. 법의 전체 체계를 고려할 때, 종업원대표들 중의 다수가 명시적으로 서명할 때 협약이 유효하게 되는 방식(적극적 다수) 또는 종업원대표들 중의 다수가 명시적으로 반대하지 아니할 때 협약이 유효하게 되는 방식(소극적 다수) 가운데 하나의 방식으로 정하는 것을 생각해 볼 수 있다. 다만, 전자의 방식으로 할 때, 소수의 종업원대표가 서명한 협약을 종업원 전체의 인준투표에 회부하도록 정할 수 있는지 여부를 놓고 다

90) Cass. soc., 30 avril 2003, n 01-10027.

91) 노동법전 L. 132-19-1조.

틈이 있을 수 있다. 왜냐하면 기업별 협약의 유효요건으로 적극적 다수 방식을 선택한 경우에 소수 노동조합이 체결한 협약을 종업원 인준투표에 부칠 수 있도록 하고 있는 다른 법규정과의 정합성을 고려할 때 이를 인정해야 한다는 입장과 종업원대표라는 자가 원래 종업원의 투표로 선출된 자라는 점을 고려한다면 소수의 종업원대표가 서명한 협약을 다시 종업원 인준투표에 부치는 것은 중복일 뿐이라는 입장이 대립할 수 있기 때문이다. 그러나 다수대표제의 결정에 있어서 산업별 협약에 일임하고 있는 법의 정신에 비추어 볼 때, 적극적 다수 방식과 종업원 인준투표를 결합하는 것을 부정할 이유는 없어 보인다.

한편, 선출직 종업원대표가 체결한 협약은 해당 산업의 노사로 구성된 ‘산업별전국노사공동위원회’(그 운영에 대해서는 기본협약으로 정한다)의 승인을 얻은 후에야만 노동법전에서 정의하는 단체협약으로 인정된다. 위원회의 승인을 얻지 못한 경우에는, 협약은 처음부터 존재하지 않았던 것으로 간주된다. 한편, 선출직 종업원대표가 체결한 협약은 행정관청에 산업별전국노사공동위원회의 승인보고서를 첨부하여 협약의 내용을 제출한 후에야 비로소 적용된다. 협약의 서명당사자인 사용자와 종업원대표는 처음에 협약을 체결할 때와 같은 방식으로 협약을 갱신하거나 해지할 수 있다.

#### 나. 수입근로자에 의한 단체교섭

노조대표도 존재하지 않고 선출직 종업원대표도 존재하지 않는 기업의 경우에는, 전국적 차원에서 대표성이 인정되는 노동조합으로부터 명시적으로 위임받은 근로자, 즉 ‘수입근로자’(saliarié mandaté)가 기업별 협약을 교섭하고 체결할 수 있다.<sup>92)</sup> 수입근로자에 의한 기업별 교섭은 산업별 협약에서 미리 정한 주제에 대해서만 가능하다. 또한 수입근로자의 권한 행사에 관한 절차와 요건들도 산업별 협약에 의하여 미리 정해져야 한다.

이 경우 하나의 대표적 노동조합은 한 명의 근로자만을 위임할 수 있

92) 노동법전 L. 132-26-III조.

다. 수임근로자는 특정한 단체교섭을 위해서만 그 교섭권한과 체결권한을 행사할 수 있으며, 그 교섭이 협약의 체결로 종료되거나(교섭의 결렬시) 결렬보고서의 작성으로 종료된 후에는 더 이상 그러한 권한을 행사할 수 없다.

다만, 선출직 종업원대표가 체결한 협약은 산업별 협약에서 정한 다수대표제에 따라 체결되어야 하고 산업별전국노사공동위원회의 승인을 얻은 후에야 유효하게 성립할 수 있도록 한 것과 달리, 수임근로자가 체결한 협약은 해당 기업의 근로자 모두가 참여하는 인준투표에서 다수의 승인을 얻어야 유효하게 성립한 것으로 규정한 점이 특징이다.(승인을 얻지 못한 경우에는, 협약은 처음부터 존재하지 않았던 것으로 간주된다.) 이러한 차이를 둔 이유는 선출직 종업원대표에 의한 교섭에서는 노동조합(또는 산업별 노사)과의 매개고리가 늘 보장되는 것은 아니기 때문에 인위적으로 그러한 매개고리를 만들 필요가 있지만, 수임근로자에 의한 교섭에서는 그 위임 과정에 이미 노동조합(또는 산업별 노사)의 개입이 보장되기 때문일 것이다. 역시 단체교섭은 노동조합의 본래적 기능에 속하는 것이라는 헌법위원회의 판단과 산업별 교섭의 우월적 지위를 고려한 흔적이 엿보인다.

한편, 수임근로자가 체결한 협약은 행정관청에 협약의 내용을 제출한 후에야 비로소 적용된다. 수임근로자는 사용자가 그 수임사실을 안 때부터 노조대표에게 적용되는 보호규정의 적용을 받는다. 그러므로 수임근로자를 해고하기 위해서는 사용자는 행정관청의 사전승인을 얻어야 한다. 수임근로자의 보호는 해당 근로자의 위임이 만료된 때로부터 12개월 동안 지속된다. 이 때, 위임 만료의 기산점은 교섭이 성공하여 협약이 체결된 경우에는 그 협약체결일이 되며, 교섭이 실패한 경우에는 교섭결렬보고서를 작성한 날이 된다.

협약의 서명당사자인 사용자와 협약의 갱신 및 해지를 위하여 위임된 근로자는 처음에 협약을 체결할 때와 같은 방식으로 협약을 갱신하거나 해지할 수 있다.

#### 다. 나중에 노조대표가 임명된 경우

그런데 노조대표가 없었던 기업에서 선출직 종업원대표나 수입근로자가 교섭을 진행하고 있거나 기업별 협약을 체결한 후에 노조대표가 임명된 경우에 진행 중인 교섭이나 이미 체결된 협약에는 어떤 영향이 미칠까? 협약을 갱신할 수 있는 자는 원칙적으로 협약을 체결한 자, 즉 선출직 종업원대표 또는 수입근로자이다. 그런데 기업별 교섭에 대한 권한을 갖고 있는 자는 원칙적으로 노조대표이다. 그러므로 양자 사이에 충돌이 발생할 수 있다. 2004년 법은 이에 대해서는 명확하게 규정하고 있지 않으며, ‘2004년 9월 22일 노동부 제(09호 회람)’<sup>93)</sup>만이 이에 대해서 설명하고 있다.

노동부 회람에 따르면, 선출직 종업원대표나 수입근로자에 의한 단체교섭이 진행 중일 때 노조대표가 임명되면, 그 단체교섭은 그 즉시 종료되고 위임은 만료된다. 그리고 노조대표에 의한 새로운 단체교섭이 속개되어야 한다. 한편, 선출직 종업원대표나 수입근로자에 의하여 체결된 단체협약은 사용자에 의하여 해지되거나 노조대표가 새로운 협약을 체결할 때까지 효력을 유지한다. 이 때, 협약이 수입근로자에 의하여 체결되고, 노조대표가 수입근로자를 위임한 노동조합에 소속되어 있는 경우에는, 노조대표는 언제라도 해당 협약을 갱신하거나 해지할 수 있다. 그러나 노조대표가 협약을 체결한 수입근로자를 위임한 노동조합과 다른 노동조합에 소속되어 있는 경우 또는 선출직 종업원대표가 협약을 체결한 경우에는, 해당 협약은 사용자가 해지하거나 노조대표가 새로운 대체협약을 체결할 때까지 효력을 유지한다.

#### 4. 2004년 5월 4일 법 이후의 입법

기업내 근로시간 조직에 관한 2005년 3월 31일 법은 초과근로시간의

93) Circulaire DRT no. 09 relative au titre II de la loi 2004-391 du 4 mai 2004, *Journal officiel*, no. 255, 31 octobre 2004, p.18472.

확대와 근로시간계정의 적용 범위를 확대하는 방식으로 주 35시간 근로제를 완화하면서 상시 근로자 20인 이하의 기업에 대한 특칙을 마련하였다.<sup>94)</sup> 그리고 이 기업들 중에서 노조대표가 없는 경우에 기업별 협약을 체결할 수 있도록 하기 위하여 2004년 법이 승인한 두 가지 가능성을 그대로 따르는 대신 위임의 방식을 통한 기업별 교섭만을 예정하였다. 이 규정은 2008년 12월 31일까지 한시적으로 적용되는 것이다. 요약하자면, 상시 근로자 20인 이하의 무노조 기업에서 2005년 법이 예정하고 있는 근로시간 규제 완화 조치를 도입하려는 경우에는 선출직 종업원대표에 의한 교섭이 아니라 위임 받은 근로자에 의한 교섭과 협약의 체결만이 인정되는 것이다.

해당 조치에 관한 기업별 교섭을 진행하고자 하는 사용자는 대표적 노동조합에 이를 사전에 통지하여야 한다. 그러면 노동조합은 교섭을 진행하고 협약을 체결할 근로자를 선정하여 위임을 하게 되는데, 이 때 사업주를 위하여 행위하는 자는 위임을 받을 수 없다.

위임을 할 때에는 다음의 사항들을 정해야 한다.

- 교섭에서 다룰 내용
- 수임근로자가 보고해야 할 의무에 관한 사항
- 교섭이 종료된 후 작성된 협약안을 위임한 노동조합에 제출하는 절차
- 위임한 노동조합이 어느 때고 위임을 철회할 수 있는 요건
- 수임근로자가 협약이 체결된 후 12개월 동안 필요한 경우 협약의 사후 처리에 관여할 수 있는 요건

수임근로자가 체결한 협약은 해당 기업의 근로자 인준투표에서 과반수의 승인을 얻어야 한다. 인준투표의 실시에 관한 사항은 사업주와 수임근로자가 합의로 정한다. 이 합의는 선거의 일반 원칙을 준수해야 한다. 확정된 협약은 해당 지역의 노동관청에 통지하여야 한다.

수임근로자가 교섭을 위하여 사용한 시간과 협약의 사후 처리를 위하여 사용한 시간은 근로시간으로 간주된다.

94) 자세한 내용은 박계성(2005), 53쪽 이하 참조.

수임근로자는 해당 기업의 근로자들 중 한 명의 조력을 받을 수 있으며, 이 때 조력한 근로자가 단체교섭 테이블에 참가한 시간도 근로시간으로 간주된다.

수임근로자는 그 수임 사실을 사용자가 안 때로부터 기업 내 종업원대표에게 보장되는 보호 조치를 향유한다. 이는 특히 해고와 관련된 것으로서 수임근로자를 해고하고자 하는 경우에는 근로감독관의 사전 승인을 얻어야 한다. 그리고 위임 기간이 만료된 시점으로부터 12개월 동안에도 동일한 보호를 향유한다.

\* \* \*

이러한 입법적 정비에도 불구하고 노조대표가 없는 기업에서의 단체교섭을 현실화시키기 위한 규정들을 포함하는 산업별 협약의 체결은 그다지 활발하지 않은 것으로 분석된다. 2006년 1월 31일의 시점에서 7개의 산업별 협약만이 관련 규정을 담고 있으며, 그 중에 3개만이 효력 확장 대상이 된 것으로 보고되고 있다. 그러나 이후 금속 산업에서 관련된 교섭이 진행되고 있는바, 만약 그 교섭이 타결되어 협약으로 구체화된다면 다른 산업으로의 파급력을 가질 수 있을 것으로 분석되고 있다.<sup>95)</sup>

## 제2절 무노조 기업의 단체교섭 활성화를 위한 개선 방안

2006년에 나온 정부 보고서 『효과적이고 정당한 사회적 대화를 위하여 : 노동조합의 대표성과 제정』<sup>96)</sup>은 다음과 같은 점들을 고려할 때, 무노조 기업의 단체교섭 활성화를 위해서는 현재의 제도를 일정 부분 수정해야

95) R. Hadas-Lebel(2006: 53).

96) R. Hadas-Lebel(2006), p.102 이하.

한다고 지적하고 있다.

- 중소기업 내 노동조합의 조직률을 끌어올리는 것은 노동조합과 사용자 사이에 합의를 이룰 수 있는 주제가 아닐 수 있지만, 모든 기업에서 모든 근로자들이 단체교섭에 참가할 수 있도록 해야 한다는 주장은 공통의 목적을 구성할 수 있다.
- 단체교섭을 할 수 없는 기업의 경우, 규칙을 정하고 법에서 규정하는 제반 조치들을 향유하기 위해서는 산업별 협약의 역할이 결정적이다. 그러나 단체교섭과 관련하여 썩 잘 조직되어 있지 못하거나 그다지 활발하게 움직이지 않는 산업에 속하는 중소기업의 경우에는 산업별 협약의 역할을 기대하기 어렵다.
- 무노조 기업에서의 단체교섭과 단체협약 유효 요건은 최근에 2004년 5월 4일 법에 의하여 재규정되었다. 따라서 현재의 제도를 서둘러 내치기보다는 이 새로운 시스템이 스스로 발전하고 그 효과를 가져올 때까지 어느 정도는 시간을 두고 기다리는 것이 좋다. 그럼에도 불구하고 앞에서 언급한 여러 사정들로 볼 때, 현재의 제도가 무노조 기업에서 단체교섭의 활성화를 가져오기에는 상당히 제약이 많고 활용하기가 쉽지 않은 점도 사실이다.
- 모든 제도의 개선은 균형적이어야 한다. 첫째, 상위의 협약에 반하는 협약의 가능성이 증가하고 있는 맥락에서 볼 때, 기업별 협약의 체결 요건에 관한 특별한 주의가 필요하다. 둘째, 헌법위원회가 노조대표가 없는 경우에 체결된 협약의 유효성과 노동조합의 역할-근로자의 이익을 대변하는 것은 노동조합의 본래적 사명이라는-보존에 주의를 기울이고 있다는 점을 고려할 필요가 있다. 노동조합들은 이 역할에 깊은 애착을 가지고 있으면서, 예외적 조치들에 관하여 서로 다른 입장을 가지고 있는 것으로 보인다. 어떤 노동조합(특히 FO)은 선출직 종업원대표 또는 수입근로자가 기업별 협약을 체결할 수 있도록 하는 것에 대해서 대단히 주저하고 있으며, 다른 노동조합들(CFDT와 CGT)은 이를 부득이한 조치로 보면서도 이것이 기업내 노동조합의 조직률을 제고하는 데 도움이 되는 방향으로 구성되어야 한다고

생각한다.

이러한 점들을 고려하면서 동 보고서는 두 가지 방향의 개선 방안을 제시한다. 하나는 현재의 규정들의 현실적합성을 제고하는 방향이고, 다른 하나는 제도 자체를 변화시키는 방향이다. 이 양자는 모두 노동조합의 대표성과 협약의 정당성을 보다 잘 결합시키기 위한 것이라는 목적을 갖는다.

## 1. 현실적합성 제고를 위한 방안

이는 2004년 5월 4일 법이 선출직 종업원대표 또는 수임근로자가 협약을 체결하기 위한 요건으로 설치한 여러 장애물들을 완화시키는 것이다.

### 가. 산업별 협약의 선행 요건을 폐지하기

현재 무노조 기업에서의 단체교섭은 산업별 협약이 미리 규정하는 바에 구속되도록 하고 있다. 그러나 이러한 요건은 다음의 점들을 고려할 때 반드시 필요한 것이라고는 보이지 않는다.

- 첫째, 선출직 종업원대표 또는 수임근로자의 협약 체결에 관하여 중요한 사항들은 이미 법률에 의하여 자세하게 규정되고 있다.
- 둘째, 산업별 협약의 사전 개입은 대표적 노동조합의 역할에 관한 실질적인 보장을 구성하는 것으로 보이지 않는다. 노동조합의 개입이 진정한 의미를 갖는 것은 사후적 개입의 경우이다. 사후적 개입은 교섭 담당자가 뭘 잘 모르거나 그릇된 입장을 가지고 있어서 근로자에게 불리한 협약을 체결하는 것을 방지할 수 있기 때문이다. 그러나 사전적 개입은 절차적 측면을 고려하는 데 그칠 뿐 협약의 내용에 영향을 미칠 수는 없다. 선출직 종업원대표 또는 수임근로자에 의한 보충적 단체교섭 원칙은 노사 스스로에 의해서도 인정된 바 있고<sup>97)</sup>

97) 1995년 10월 31일 전국협약 및 2001년 공동입장.

법률에 의해서도 인정되고 있기 때문에 산업별 협약에 의하여 다시 제한되어야 할 필연적인 이유는 없다고 할 수 있다.

산업별 협약의 선행 요건을 폐지하는 것은 법으로 보충적 규칙들 - 예컨대 협약 체결에 있어서 다수대표성 요건이나 교섭 대상의 개방에 관하여 - 을 정하도록 하고 산업별 협약으로 이를 좀 더 명확히 하거나 수정할 수 있도록 하는 것을 의미한다. 그러므로 산업별 협약의 선행 요건을 폐지하는 것은 각 산업의 노사가 자신들의 선택이나 선호를 우선할 수 있도록 하는 것을 금지하는 것은 아니다.

선출직 종업원대표 또는 수입근로자에 의하여 수행될 수 있는 단체교섭의 대상 사항과 관련하여, 법과 산업별 협약의 관계를 두 가지로 생각해 볼 수 있다. 먼저, 법률이 개방된 형식으로 교섭 대상 사항을 정하고 나중에 산업별 협약이 이를 보충할 수 있도록 하는 것이다. 다음으로는, 논리를 역전시켜, 교섭 대상 사항을 미리 정한 산업별 협약이 존재하지 않는 경우에는 모든 사항에 관하여 이러한 형식의 단체교섭이 가능하도록 하는 것이다.

산업별 협약의 선행 요건을 폐지하는 것은 노동조합들이 한 자리에 모일 수 있도록 하기 위하여 예정된 보장 조치들, 특히 교섭의 개시에 관한 통지 의무나 수입근로자의 보호에 관한 내용들에 영향을 미치지 않는 것이다.

#### 나. 선출직 종업원대표가 체결한 협약의 유효 요건을 수정하기

선출직 종업원대표가 체결한 협약의 유효 요건에 관한 문제는 이것이 협약 내용의 질을 감시하는 것과 관련되어 있다는 점에서 보다 미묘한 문제이다. 여기서 수입근로자가 체결한 협약의 경우와 마찬가지로 선출직 종업원대표가 체결한 협약도 해당 기업의 근로자 전체가 참여하는 인준 투표를 통하여 승인되도록 하는 것은 바람직해 보이지 않는다. 왜냐하면 그렇게 할 경우 노동조합의 개입을 일절 배제하는 효과를 가져올 수 있으며, 그 결과 헌법위원회가 설정한 한계를 이탈할 수 있기 때문이다. 따라

서 다음의 다른 두 가지 방안을 생각해 볼 수 있다.

- 첫째, 현행 제도에 의하여 규정되어 있는 산별노사공동위원회에 의한 사후 승인을 유지하는 방안이다. 이는 해당 산업의 대표적 노사 모두가 한 자리에 모일 수 있도록 할 것이며, 기업별 협약의 평가에 있어서 공통적이고 일관된 가이드라인을 정할 수 있도록 할 것이다. 이 방안이 산업별 협약의 선행 요건 폐지 방안과 결합된다면, 산별노사공동위원회의 구성과 운영에 관한 사항은 이 산업별 협약에 의하여 정해지도록 되어 있기 때문에, 이 위원회의 역할에 대해서는 법률로 정할 수 있을 것이다. CGT 등의 노동조합은 이 경우 산별노사공동위원회의 의결은 다수대표제의 원칙하에서 산업별 협약으로 정한 다수대표성 방식으로 노동조합들만의 투표에 의하도록 하는 방식을 제안하기도 한다.
- 둘째, 산별노사공동위원회의 승인을 필수적인 요건으로 설정하는 경우 소규모의 산업 또는 활발하지 않은 산업에서는 어려운 점이 발생할 수 있다. 이처럼 산별노사공동위원회가 구성되지 못한 산업의 경우, 선출직 종업원대표가 체결한 협약은 해당 산업의 대표적 노동조합에 의하여 승인을 받도록 하는 방식을 생각해 볼 수 있을 것이다. 이 때, 승인의 방식으로는 해당 산업의 노동조합들 중 다수가 명시적으로 협약에 서명하는 방식 또는 해당 산업의 노동조합들 다수의 명시적인 반대가 없는 경우 유효하게 성립된 것으로 하는 방식 등 두 가지를 생각해 볼 수 있다.

#### 다. 위임의 가능성을 확장하기

위임에 의한 단체교섭이 가장 많이 활용된 영역은 근로시간의 단축과 관련한 영역이다. 2000년에 체결된 기업별 협약의 3분의 2가 이에 관한 것이다. 이러한 성공은 분명 협약의 체결과 사회보장 부담금의 감면을 결합시킨 데 있을 것이다. 그러나 다른 한편 이러한 성공은 위임에 의한 단체교섭이 노사관계 시스템 속에서 한 자리를 차지할 수 있을 가능성을 보

여주기도 한다. 그러나 교섭을 수행한 수입근로자의 6퍼센트만이 노조대표가 되었다는 사정에서 알 수 있듯이, 위임에 의한 단체교섭은 지속적이지 못하였고, 노동조합의 조직률 제고로 이어진 것도 매우 제한적이었다.

2004년 5월 4일 법은 선출직 종업원대표가 없는 경우에만 수입근로자에 의한 단체교섭을 가능하도록 하는 방식으로, 위임에 의한 단체교섭을 부차적인 것으로 설계하였다. 그러나 그 이후 기업 내 근로시간의 조직에 관한 2005년 3월 31일 법은 위임에 의한 단체교섭에 새로운 지위를 부여하였다.

2004년 5월 4일 법이 마련한 규칙을 뒤집지 않으면서도 위임에 의한 단체교섭의 가능성을 확장시킬 수 있는 여지는 있을 것이다. 선출직 종업원대표가 있어 교섭 담당자로서의 역할을 수행하기를 원하는 경우에는 선출직 종업원대표가 단체교섭을 수행하도록 하면 된다. 그러나 그러기를 원하지 않는 경우에는 선출직 종업원대표가 있더라도 - 현재의 제도는 선출직 종업원대표가 존재하지 않는 경우에만 위임에 의한 단체교섭이 가능하도록 되어 있다 - 노사의 판단에 따라 위임에 의한 단체교섭을 진행할 수 있도록 하는 것이 필요하다. 이는 근로자 수 10인 미만의 기업에서도 단체교섭을 가능하게 해줄 것이다. 이 기업들도 경우에 따라서는 기업별 협약의 체결에 흥미를 가질 수 있는 것이다.

## 2. 제도 자체를 변화시키는 방안

### 가. 중소기업의 종업원대표 기구를 종업원위원회로 단일화하기

현재 기업 내 존재하는 다양한 종업원대표 기구들(노조대표, 종업원대표, 기업위원회)을 종업원위원회(conseil d'entreprise)<sup>98)</sup>로 단일화하고 이에 협약을 체결하는 권한을 부여하는 생각은 1980년대 말 이후 공공연

98) 여기서 새로운 제도의 이름을 “conseil d'entreprise”라고 한 것은 기존의 기업위원회가 “comité d'entreprise”라는 이름을 갖고 있기 때문에 이와 구별하기 위한 것이다. 그래서 그 번역도 기존의 기업위원회와 구별하기 위하여 “종업원위원회”로 하였다.

히 논의되어 왔다.

중소기업의 종업원대표 제도를 개선하기 위한 1990년 노동부 보고서인 Gilles Bélier 보고서는 단일한 종업원대표 기구를 제안하기는 했지만 협약체결권까지 부여하는 수준까지는 나아가지 않았다. 현재 200인 이하 기업에서 종업원대표와 기업위원회 근로자위원을 겸하는 단일종업원대표 제도를 두고 있는 것은 부분적으로 이러한 제안에 화답하는 것이다.

2004년의 Virville 보고서는 근로자 수 50인 이상 250인 이하의 기업의 경우 종업원대표, 기업위원회, 노조대표의 기능을 합한 종업원위원회를 설치할 수 있도록 할 것을 제안하였다.<sup>99)</sup>

중소기업의 종업원대표 기구를 종업원위원회로 단일화하자는 제안은 앞에서 언급한 제안들(산업별 협약의 선행 요건을 폐지하기, 선출직 종업원대표가 체결한 협약의 유효 요건을 수정하기, 위임의 가능성을 확장하기)보다 한 발 더 나아간 것임에 틀림없다. 그리고 이 제안이 겨냥하는 기업들이 모두 동일한 상황에 놓여 있는 기업들이 아니라는 점도 분명하다. 여기서 주로 고려 대상으로 삼는 기업은 근로자 수 50인 이상 200인 이하 또는 250인 이하의 기업들이다. 따라서 이 제안은 노동조합들의 반발을 초래할 수 있다. 노동조합들은 이 제안 속에서 노조대표가 있는 기업에서의 단체교섭에 관한 노동조합의 독점권을 형해화시킬 수 있다는 위험을 보기 때문이다.

협약체결권을 보유하는 단일한 종업원대표 기구의 설치라는 원칙적 문제 외에도, 이러한 제안이 성공을 거두기 위해서는 종업원위원회의 구성 방식과 의사 결정 방식에 많은 열쇠가 달려 있다. 2004년의 Virville 보고서는 근로자 수 50인 이상 250인 이하의 기업의 경우 종업원대표, 기업위원회, 노조대표의 기능을 합한 종업원위원회를 설치할 것을 제안하였다. 이 때, 종업원위원회의 설치 여부는 기업별 협약으로 정하도록 하였으며, 다수노조는 그러한 협약을 거부할 수 있도록 하였다. 그리고 이 종업원위원회의 근로자위원은 모두 선거로 선출되도록 하였다. 일단 종업원위원회가 설치된 다음의 기업별 협약은 사용자와 각각의 대표적 노동조합이

99) 이 보고서의 자세한 내용에 대해서는 박제성(2004: 27~34) 참조.

근로자위원 중에서 선택한 자에 의하여 체결되도록 하였다. 이 때, 대표적 노동조합은 협약을 체결할 것인지 여부에 대한 결정권을 유보할 수 있도록 하였다. 이러한 방식을 채택할 수도 있을 것이다. 아니면 종업원위원회 근로자위원의 다수로 협약을 체결하도록 할 수도 있을 것이다.

이러한 제안은 다음의 사항들을 고려해야 한다.

- 현재의 기업위원회에는 선출직 근로자위원들뿐만 아니라 각 대표적 노동조합이 임명하는 노조위원도 포함된다. 이 노조위원들은 의결권은 없다. 근로자 수 300인 이하의 기업에서는 이 노조위원들은 노조 대표이다. 따라서 이러한 기업에서는 이미 선출직 종업원대표와 노동조합에 의하여 임명되는 노조대표를 모두 포함하는 종업원대표 기구를 가지고 있는 셈이다. 그러나 현재의 기업위원회는 단체교섭을 위한 기구가 아니다.
- 현재 도입되어 있는 단일종업원대표 제도는, 비록 기능의 통일보다는 대화 상대방의 통일이라는 점에 근거하고 있기는 하지만, 종업원위원회 제도의 도입을 위한 단단한 기초를 제공할 수 있다.
- 제한된 경우이기는 하지만, 기업의 이윤 분배와 참가에 관한 협약은 이미 기업위원회 내에서 근로자위원의 과반수의 찬성으로 체결되고 있다(노동법전 L. 441-1조).

이러한 점들에 기초하여 종업원위원회를 도입하는 구체적 방식으로 다음의 두 가지를 생각해 볼 수 있다. 이 두 가지 경우 모두에 대하여 실험적 방식으로 일정기간 동안 종업원위원회 제도를 실시해 보는 것도 생각해 볼 수 있다.

### 1) 주체의 통합과 기능의 분리

이 방식은 종업원대표, 기업위원회, 노조대표를 모두 아우르는 종업원위원회를 설치하되 기업별 협약의 체결에 관해서는 노조대표의 권한을 유보하는 방식이다. 이럴 경우, 종업원위원회는 기업별 교섭이 진행되는

공간이 될 것이다. 그러나 기업별 협약의 체결은 현재의 제도처럼 노조대표가 하도록 하고, 노조대표가 없는 경우에는 선출된 종업원대표가 체결하도록 한다.

이 경우 다음의 두 가지 방식을 생각해 볼 수 있다.

- 첫 번째 방식은 노조대표는 현재와 같이 노동조합에 의하여 임명되도록 하되 종업원위원회의 당연직 근로자위원이 되도록 하고 다른 선출직 근로자위원과 동일한 권한을 갖도록 하는 것이다. 단체교섭은 종업원위원회의 틀 안에서 진행하되 협약의 체결은 노조대표만이 하도록 한다.
- 두 번째 방식은 종업원위원회의 선출직 근로자위원들 중에서 노조대표를 선임하는 것이다. 이 방식은 노동조합에 의하여 단순히 지명된 노조대표는 정당성이 없다는 비판과 노동조합에 근거하고 그럼으로써 보다 중요한 권한을 대변할 수 있는 대표자를 기업 내에 보유하고자 하는 노동조합의 정당한 바람에 동시에 대응할 수 있을 것이다. 이 경우 노조대표는 이중으로 강화된 정당성을 부여받게 될 뿐만 아니라, 선거 방식에 보다 중요한 지위를 부여하고자 하는 시나리오와도 부합할 수 있을 것이다. 노동조합 또한 이 방식에서 자신들의 이해관계를 찾을 수 있을 것이다.

## 2) 주체와 기능의 통합

이 방식은 종업원위원회의 근로자위원을 모두 선거로 선출하는 방식이다. 이는 기업 내에서 선출직 종업원대표의 역할과 정당성을 확인하는 것이며 외국의 제도와 흡사한 방식이다. 이렇게 구성된 종업원위원회는 기업별 교섭과 기업별 협약의 체결을 위한 유일한 기관이 될 것이다. 협약의 체결은 근로자위원의 과반수의 찬성으로 마무리될 것이다. 노동조합은 이 방식에 대해서 이해할 만한 유보를 표명할 것이지만, 이 방식이 반드시 노동조합에 의하여 지명되는 노조대표 제도를 폐지하는 것으로 귀결될 필요는 없다. 노조대표는 여전히 현행 법에 의하여 보장되는 전임시

간의 범위 안에서 사용자에게 대하여 노동조합과 근로자들을 대변하고, 노조지부를 운영하며, 근로자들에게 노동조합의 정책과 방향을 전달하는 등의 기능을 수행할 것이다. 그러나 노조대표가 단체교섭과 기업별 협약의 체결에 참가하기 위해서는 종업원위원회 근로자위원으로 선출되어야 한다.

이 방식은 근로자들과 근로자들을 대표하는 자들 사이의 관계를 강화시킬 것이고, 단체교섭에 관한 독점권을 행사하는 노조대표와 협의권만을 행사하는 선출직 대표 사이의 현재와 같은 이분법을 극복할 수 있도록 해줄 것이다.

### 제3절 소결 : 프랑스 제도에 대한 평가

이상에서 우리는 노동조합이 없는 사업장에서 단체교섭을 가능케 하기 위하여 프랑스가 고안하고 보완하려는 입법과 정책의 내용을 살펴보았다. 프랑스의 새로운 기업별 교섭 제도는 확실히 산업별 협약의 경직성을 완화하고 개별 기업의 특수성을 반영할 수 있는 장치를 보장해 주기 위한 것이라는 성격을 띠고 있다.<sup>100)</sup> 그러나 그것은 이 새로운 제도의 일면에 불과하다. 그것을 이유로 이 새로운 제도가 무노조 사업장의 근로자들에게 단체교섭권의 실질적 보장을 가져다 줄 수 있다는 적극적 의미를 무시할 수는 없다. 이것이 무노조 사업장 근로자들의 근로조건을 향상시키는 계기로 작용할 것인지, 사용자의 경영합리화 또는 유연성 확보의 수단으로 작용할 것인지는 속단할 수 없다. 그것은 제도만의 몫은 아닐 것이다. 노동법을 ‘인정’하고 있는 국가가 그렇지 못한 국가에 대해서 갖는 미덕

100) 이는 ‘불이익변경협약(accord dérogatoire)’과 관련하여, 기업별 협약으로 산업별 협약에서 정한 내용보다 근로자에게 더 불리한 내용을 규정할 수 없도록 한, 이른바 ‘유리의 원칙’을 완화하여, 산업별 협약으로 금지하지 않는 한(침묵은 허용), 기업별 협약으로 산업별 협약과 다른 내용을 정할 수 있도록 한 법개정(노동법전 L. 132-23조)과 맥을 같이하고 있다.

은 근로자들의 근로조건과 사회경제적 지위를 제3자(국가)가 일방적으로 (그것이 비록 근로자에게 나쁘지 않다 하더라도) 정해 주는 데 있는 것이 아니라, 근로자들이 자신들의 운명을 개척하기 위하여 스스로 조직하고 (단결권), 교섭하고(단체교섭권), 싸울 수 있는 권리(단체행동권)를 보장하는 데 있을 것이다.

우리가 프랑스의 제도에서 시사점을 얻고자 하는 부분은 기술적인 부분이 아니라 차라리 이념적인 부분이다.<sup>101)</sup> 즉, 무노조 사업장의 근로자들에게 단체교섭권을 보장함으로써, 그 근로자들의 운명이 사용자의 자의에 내맡겨지는 위험을 방지해야 한다는 민주주의적 요청을 재확인하는 계기를 제공한다는 점에서, 프랑스 제도를 검토하는 의의를 찾을 수 있다. 노동관계에서 발생하는 문제는 누군가의 자의가 아니라 당사자의 합의로 풀어 나가야 한다는 주장의 정당성은 프랑스와 우리가 다르지 않을 것이다. 오히려 프랑스에서는 무노조 사업장이라 하더라도 산업별 협약의 적용에 의하여 - 노동조합은 근로자 전체의 이익을 대표한다 - 자기결정의 원칙이 간접적으로 실현될 수 있는 반면, 우리나라에서 무노조 사업장의 근로자들은 그 정도도 보장되지 않기 때문에 - 노동조합은 조합원의 이익만을 대변한다 - 타인결정의 위험을 경계할 필요성은 더 크다고 할 수 있다.

프랑스 제도의 평가와 관련하여 한 가지 더 언급할 점은 그것이 노동조합의 조직력 확대를 위한 것은 아니라는 점이다. 이는 본문에서도 언급되었지만, 중소기업 내 노동조합의 조직률을 끌어올리는 것은 노동조합과 사용자 사이에 합의를 이룰 수 있는 주제가 아니라고 지적한 Hadas-Lebel 보고서에서도 확인할 수 있는 바이다. 우리의 제안도 노동조합의 조직력 확대를 위한 것은 아니라는 점을 분명히 해 두고자 한다. 오히려 위 보고서에서 곧바로 지적한 것처럼, 모든 기업에서 모든 근로자들이 단체교섭에 참가할 수 있도록 해야 한다는 주장은 노사 공동의 목적을 구성할 수 있다는 점에 주목하고자 한다.

다만, 확장 적용되는 산업별 협약의 존재를 전제하고 있는 프랑스의 제

101) 물론 기술적 부분과 관련하여 시사받을 수 있는 부분이 전혀 없는 것은 아니다. 그러한 내용은 이하 제3장의 관련 부분에서 언급하고자 한다.

도는 그러한 기초가 마련되어 있지 못한 우리나라에서는 다소 엉뚱한 결과를 초래할 수 있다는 점에 대해서는 언급할 필요가 있을 것 같다. 프랑스에서 확장 적용되는 산업별 협약이 있는 경우에는 새로운 담당자에 의하여 체결된 기업별 협약은 산업별 협약을 보충하거나 특화시키는 내용을 담게 될 것이다. 그리고 단체협약의 인적 적용 범위와 관련해서는 변함없이 모든 근로자에게 적용되기 때문에, 전통적으로 노조대표에 의하여 협약이 체결되는 사업장과 새로운 담당자에 의하여 협약이 체결되는 사업장 사이에 불균형의 문제는 발생하지 않을 것이다. 그러나 우리의 경우, 산업별 협약도 해당 협약을 체결한 노동조합의 조합원에게만 적용되기 때문에, 무노조 사업장에서 (새로운 단체교섭 제도에 의하여) 체결될 협약은 산업별 협약과는 아무런 관계를 맺지 못하게 될 것이다. 그 결과 몇 명의 조합원이 있는 사업장에서는 대다수의 근로자들이 (산업별) 협약의 적용에서 제외되는 반면, 조합원이 전혀 없는 사업장에서는 근로자 모두가 (사업장별) 협약의 적용을 받게 되는 불균형의 문제가 발생할 수 있다. 이러한 결과는 자칫 노동조합의 조직력을 훼손하는 뜻밖의 효과를 가져올 수 있다. 그러므로 프랑스 제도의 시사는 이 문제를 해소할 수 있는 방안과 함께 논의되어야 의미가 있을 것이다. 이에 대해서는 뒤에서 다시 논의하기로 하고, 여기서는 그러한 문제가 있음을 지적해 두고 넘어간다.

## 제3장

### 새로운 집단적 근로조건 결정법리를 위하여

우리는 지금까지 현행법상 무노조 사업장에서의 집단적 근로조건 결정법리는 근로조건 대등 결정의 원칙을 실현하는 데 불충분하다는 점을 살펴보고, 새로운 근로조건 결정법리를 모색하기 위한 시사점을 얻기 위하여 프랑스의 입법례를 검토하였다. 이에 기초하여 이하에서는 두 가지 방안을 제시하고자 한다. 첫째는 노사협의회가 설치되어 있는 사업장의 경우 노사협의회 근로자위원회에 단체교섭 권한과 단체협약 체결권을 승인하는 것이다. 둘째는 노사협의회가 설치되어 있지 아니한 사업장의 경우 산업별 노동조합 또는 지역별 노동조합에 의하여 명시적으로 위임을 받은 근로자(수임근로자)에게 단체교섭 권한과 단체협약 체결권을 승인하는 것이다.

#### 제1절 노사협의회 근로자위원회에 의한 단체교섭 및 단체협약 체결

노동조합이 없는 사업장에서는 노사협의회 근로자위원들은 원칙적으로 전원 종업원의 직접 투표에 의하여 선출된다.<sup>102)</sup> 선출된 근로자위원들도 근로자를 “대표”하는 자임에는 틀림없다(근로자참여법 제6조). 그러나

그 대표성의 근거는 노동조합과 다르다. 노동조합이 근로자의 자유로운 가입에 의하여 그 대표성을 획득하는 반면에, 노사협의회는 법에 의하여 강제되는 제도이기 때문이다. 노동조합의 대표성은 근로자가 노동조합에서 자유롭게 탈퇴할 수 있다는 점에 의해서도 뒷받침된다.<sup>102)</sup> 근로자는 자신이 행사할 수 있는 탈퇴의 자유를 행사하지 아니하고 노동조합에 가입하고 있다는 점으로 노동조합이 자신을 대표할 수 있는 자격을 간접적으로 승인하고 있다고 할 수 있다. 자유로운 가입과 탈퇴에 의해서 노동조합의 대표성은 빛나는 것이다. 자유로운 가입과 탈퇴는 노동조합의 대표성을 떠받치는 가장 중요한 두 기둥이라고 할 수 있다. 노동조합의 내부통제권은 자유로운 가입과 탈퇴에서만 그 근거를 찾을 수 있는 것이다.

그러나 노사협의회는 법에 의해서 강제되는 제도이기 때문에 개별 근로자는 자신이 원하는 경우에만 가입한다거나 원한다고 해서 노사협의회에서 탈퇴할 수 있는 것이 아니다. 그러므로 노사협의회회의 대표성, 보다 정확히 말하면 근로자위원의 대표성은 근로자들이 직접 자신의 손으로 그들을 선출했다는 점에서만 찾을 수 있다. 이것은 일반의 공적 선거에서 선출된 자들이 국민 또는 주민과의 관계에서 대표성을 획득하는 것과 마찬가지로이다.

그런데 현실에서는 근로자위원이 회사가 추천하는 자 중에서 선출되거나 아예 회사가 지명하는 경우가 없지 않다. 이런 경우에는 노사협의회가 사용자의 일방적 결정을 기계적으로 추인하는 형식적 기구에 머물게 될 가능성이 높다. 적격의 대표성이 확보되지 아니한 노사협의회는 근로조

102) 그러나 현실적으로는 직접선거로 선출되는 경우가 47.10%에 지나지 않고, 간접선거로 선출되는 경우도 22.80%에 달한다. 물론 간접선거도 특별한 경우에는 법(근로자참여법 시행령 제3조)이 인정하고 있는 방식이기 때문에 문제가 되지 않을 수도 있다. 그러나 회사가 추천하는 자 중에서 선거를 하거나(19.44%) 아예 회사가 지명하는 경우(9.53%)는 중대한 절차적 흠결이라고 하지 않을 수 없다(배규식(2007: 56) 참조).

103) 유니언 쉘 협정이 체결되어 있는 경우에는 탈퇴의 자유가 일부 제한을 받을 수 있다. 노동조합의 대표성이 근로자의 자유로운 가입뿐만 아니라 자유로운 탈퇴에 의해서도 양면으로, 그러나 분리될 수 없는 양면으로 지지될 수 있다는 점에서 유니언 쉘 협정과 그러한 협정을 가능하게 하는 노조법 규정의 정당성에 의문을 품을 수 있다.

건 대등 결정 원칙의 실현에 복무할 수 없는 것이다.

따라서 근로자위원회에 의한 단체교섭 및 단체협약 체결을 승인한다고 할 때에는 근로자위원회가 근로자들에 의하여 정상적으로 선출되는 것을 전제로 한다. 만약 노사협의회는 설치되어 있지만 그 근로자위원들이 정상적인 절차를 통하여 선출되지 아니한 경우에는 법상의 노사협의회가 설치되었다고 보기 힘들며, 따라서 노사협의회가 없는 사업장에 준하여 수입근로자에 의한 단체교섭이 인정되어야 할 것이다.

## 1. 단체교섭

노동조합이 없는 사업장에서 노사협의회 근로자위원회는 원칙적으로 근로자의 직접선거에 의하여 선출된다. 그리고 근로자위원으로 입후보하고자 하는 자는 당해 사업장의 근로자 10인 이상의 추천을 받아야 한다(근로자참여법 시행령 제3조 제2항). 그 결과 선출된 각 근로자위원은 어떤 조직적 통일성이나 이념적 통일성이 결여되어 있을 가능성이 많다. 공법상 대표 원리를 원용하면, 근로자위원은 각자 종업원 전체를 대표하는 지위에 있다고 할 수 있다. 그러므로 근로자위원회는 각자 독립된 지위로 단체교섭에 참여하는 것이다.

구체적인 교섭의 방식은 마치 복수의 노동조합이 존재하는 경우와 유사할 것이다. 입법론으로는 근로자 쪽이나 사용자 쪽에서 교섭의 요구가 있으면 이를 전체 근로자위원회에 공지하여 확정된 교섭 일시와 교섭 장소에 모든 근로자위원이 참여할 수 있도록 하는 것이 적절할 것이다. 이때 근로자위원 전체가 하나의 교섭단을 구성하게 된다. 물론 일부의 근로자위원이 다른 근로자위원에게 교섭권과 협약체결권을 위임하는 것은 가능할 것이다.

## 2. 단체협약의 성립

근로자위원들 사이에 교섭의 결과 또는 협약안에 대한 합의가 이루어지지 않는 경우에는 어떤 경로를 거쳐 협약이 성립될 수 있는 것일까? 이

는 복수의 노동조합이 존재하는 경우의 교섭창구단일화 문제와 유사한 것이기도 하다. 다음과 같은 방안들을 생각할 수 있다.

첫째, 근로자위원들이 모두 동의하는 경우에만 단체협약이 유효하게 성립하는 것으로 하는 방식이다. 이 방식은 협약의 대표성과 실효성을 모두 높일 수 있다는 장점이 있다. 그러나 이 방식은 사실상 단체협약의 성립을 불가능하게 만들 우려가 크다. 근로자위원들이 서로 다른 이해관계를 대변하는 경우가 많을 것이기 때문이다.

둘째, 한 명의 근로자위원도 단독으로 단체협약을 유효하게 체결할 수 있도록 하는 방식을 생각할 수 있다.(이러한 방식은 과거 프랑스에서 노동조합의 단체협약 체결 시스템이 취하고 있던 방식이다. 즉, 대표성을 갖고 있는 노동조합들 중에서 어느 하나의 노동조합이라도 협약에 서명하면 그것만으로 협약은 유효하게 체결된 것으로 인정하는 것이다. 이 방식은 협약이 체결될 가능성을 높일 수 있는 장점이 있다. 그러나 이 방식은 협약의 서명에 반대하는 노동조합의 조합원들에게도 협약을 적용시킬 수 있는 근거를 찾기가 어렵다는 문제가 있을 뿐만 아니라, 과거와 달리 단체협약이 근로조건을 불이익 변경을 담는 경우가 많은 현대에서는 충분한 대표성을 획득하지 못한 노동조합에 의하여 전체 근로자의 근로조건이 불리하게 변경된다는, 쉽게 받아들이기 힘든 결과를 초래할 수 있다는 문제가 있다.) 마찬가지로 노사협의회 근로자위원들 중의 한 명이 협약에 서명한 것만으로 단체협약의 성립을 인정하는 것은 그 근로자위원에게 투표하지 아니한 근로자들에게 협약을 적용시킬 수 있는 이론적 근거를 찾기가 힘들며, 기존 근로조건을 불리하게 변경하는 내용을 담고 있는 협약인 경우에는 사용자가 근로자위원 한 명만을 설득하는 데 성공하기만 하면 쉽게 협약을 체결할 수 있게 된다는 문제가 있기 때문에 채택하기 힘든 방식이다. 이러한 문제점을 보완하기 위해서 종업원 인준투표와 결합하는 것을 생각해 볼 수 있다. 즉, 한 명 또는 소수의 근로자위원이 합의한 협약에 대해서는 종업원 전체의 찬반 투표를 거쳐 과반수의 승인을 획득한 경우에만 효력이 발생하도록 하는 방식이다.(이는 사실상 다음 세 번째 방안으로 귀결된다.)

셋째, 근로자위원 과반수의 동의로 단체협약이 유효하게 체결될 수 있

도록 하는 방식을 구상할 수 있다. 이 방식은 다수의 승인이라는 익숙한 방식이라는 점에서 현실성이 높다. 그리고 앞의 두 방식(한 명 또는 전부)에 비추어 협약 성립의 가능성과 협약 적용의 실효성을 절충할 수 있다는 점에서도 의미가 있는 방식이라고 할 수 있다. 그런데 이렇게 근로자위원의 다수로 체결한 단체협약에 대해서 종업원 전체의 찬반 의사를 묻는 절차를 거쳐야 하는 것일까? 집단적 근로조건을 결정할 때에는 적어도 근로자 과반수의 동의라는 요건을 설정하는 것이 정당성 면에서 필요하다는 점에 합의할 수 있다면, 근로자위원이 체결한 단체협약에 대해서 종업원 인준투표를 통하여 근로자들의 최종적이고 직접적인 의사를 확인하는 절차를 마련하는 것은 그 자체로서는 반대할 이유가 없다. 하지만 종업원 인준투표를 한다고 할 때, 결국은 종업원 과반수의 찬성을 요건으로 하게 될 것인데, 이는 단체협약의 성립 요건을 근로자위원 과반수의 동의로 설정한 경우에는 동일한 의사 표현의 중복에 불과하게 된다. 그러므로 근로자위원 과반수의 동의로 체결된 단체협약은 별도의 종업원 인준투표를 거치지 아니하고 곧바로 효력을 발생한다고 해도 무방할 것이다. 하지만 협약안이 근로자위원 과반수의 동의를 얻지 못하는 경우에도 곧바로 협약의 성립을 부정할 것이 아니라 종업원 인준투표를 통해 과반수의 승인을 얻는 경우에는 협약이 유효하게 성립하는 것으로 할 수 있다. 중요한 것은 종업원 다수의 의사 표시가 확보될 수 있도록 하는 것이다. 집단적 근로조건 설정이 필요하다면, 그리고 어느 한 근로자의 반대로 그러한 필요가 실현되지 못하는 상황을 방지할 수 없다면, 결국은 어떤 기준을 마련할 수밖에 없을 것이다. 그리고 그 기준으로는 ‘종업원 다수의 동의’라는 기준이 가장 적절하다고 생각한다.

입법론으로서 이 세 번째 방식이 적절할 것이다. 즉, 근로자위원 과반수의 동의로 단체협약이 유효하게 성립되는 것을 원칙으로 하되, 소수의 근로자위원만이 합의한 협약에 대해서는 종업원 전체의 인준투표를 거쳐 과반수의 승인을 획득한 경우 효력이 발생하도록 하는 방식을 보완하는 것이 타당해 보인다.

그런데 이를 현재 노사협의회회의 구성과 운영에 관한 규정과의 관계 속에서 살펴볼 필요가 있다. 근로자참여법 제14조는 노사협의회 회의는 “근

로자위원과 사용자위원 각 과반수의 출석으로 개최하고 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 의결한다”라고 규정하고 있다. 출석위원의 절반은 사용자위원이므로 이를 제하고 나면(사용자위원들 중에서 이탈표가 나오는 경우는 상정하지 않는다), 출석위원 3분의 2 이상의 찬성이라는 기준은 결국 근로자위원 중 최소 1명(근로자위원과 사용자위원이 각 3명일 때)에서 최대 4명(각 10명일 때)이 사용자위원과 뜻을 같이하는 경우에만 달성될 수 있다.<sup>104)</sup> 문제는 그 어떤 경우에도 근로자위원들의 과반수 동의는 나타나지 않을 수 있다는 것이다. 이는 기본적으로 우리 근로자참여법에서 규정하고 있는 의결 정족수가 근로자의 집단적 의사가 제대로 표현될 수 있는 방식으로 되어 있지 않기 때문에 생기는 문제이다. 전체적으로는 3분의 2 이상이라는 요건을 규정함으로써 굉장히 의사 반영률이 높은 것처럼 보이지만, 사용자 쪽은 사실상 단일한 의사로 표현되는 반면 근로자 쪽 의사는 (과반수 노동조합이 없는 한) 복수의 의사로 나뉘어질 수 있기 때문에, 실제로는 사용자 쪽 의견과 근로자 쪽 소수 의견의 합치로 의결 정족수를 충족시킬 수 있게 된다. 이른바 ‘표의 비등가성’ 문제가 있는 것이다. 그러므로 근로자위원 과반수의 동의가 실제로 반영될 수 있도록 하기 위해서는 단체협약의 성립과 관련해서는 근로자참여법상의 의결 정족수 규정을 적용하는 것이 아니라 별도로 ‘근로자위원 과반수의 동의’라는 요건을 (입법적으로) 설정하는 것이 타당할 것이다.

이렇게 해서 성립된 협약은 해당 사업장의 종업원 모두에게 적용될 것인데, 여기서 기존의 법리에 따른 경우 노동조합이 체결한 협약은 조합원에게만 적용되면서 근로자위원이 체결한 협약은 종업원 모두에게 적용된다는 불균형의 문제가 발생할 수 있다. 이미 앞에서 프랑스의 입법례를 검토하면서 제기되었던 문제이다. 항을 달리하여 이 문제를 자세하게 검토할 때가 되었다.

104) 보다 자세하게 나누면 다음과 같다. 근로자위원이 3명인 경우에는 1명, 4명에서 6명인 경우에는 2명, 7명에서 9명인 경우에는 3명, 그리고 근로자위원이 10명인 경우에는 4명의 동의가 필요하다.

### 3. 단체협약의 적용 범위 문제

프랑스와 달리 우리의 경우, 산업별 협약도 해당 협약을 체결한 노동조합의 조합원에게만 적용되기 때문에, 무노조 사업장에서 근로자위원 또는 수입근로자에 의하여 체결될 협약은 산업별 협약과는 아무런 관계를 맺지 못하게 될 것이다. 그 결과 몇 명의 조합원이 있는 사업장에서는 대다수의 비조합원 근로자들이 (산업별) 협약의 적용에서 제외되는 반면, 조합원이 전혀 없는 사업장에서는 근로자 모두가 (사업장별) 협약의 적용을 받게 되는 불균형의 문제가 발생할 수 있다.(이러한 문제는 근로자위원에 의한 단체교섭뿐만 아니라 뒤에서 설명하는 것처럼 수입근로자에 의한 단체교섭에서도 마찬가지로 나타나는 문제이다. 그러므로 여기서 논의되는 내용은 후자의 경우에도 역시 적용될 수 있는 것이다. 중복을 피하기 위하여 여기서만 논의하기로 한다.)

이 문제를 해소하기 위해서는 단체협약에 관한 기존의 시각을 바꿀 필요가 있다. 외국의 예를 볼 때, 단체교섭 방식과 무관하게 단체협약의 인적 적용 범위는 사실상 해당 협약의 장소적 적용 범위에 들어와 있는 모든 근로자로 확대되고 있음을 알 수 있다. 미국의 경우, 배타적 교섭대표로 선출된 자는 자신을 대표로 선택한 근로자들만 대표하는 것이 아니라 교섭단위에 속해 있는 모든 근로자들을 대표한다. 그 당연한 결과로서 배타적 교섭대표가 체결한 단체협약은 조합원과 비조합원을 불문하고 교섭단위의 모든 근로자들에게 적용된다. 여기서 이른바 미국식의 ‘공정대표의무’가 나오는 것이다.<sup>105)</sup> 프랑스의 경우, 단체협약은 해당 협약을 체결한 사용자단체에 가입한 사용자(산업별 협약의 경우) 또는 개별 사용자(기업별 협약의 경우)가 근로계약을 맺은 모든 근로자(협약 당사자인 노동조합의 조합원뿐만 아니라 다른 노동조합의 조합원과 어떤 노동조합에도 가입하지 아니한 근로자를 모두 포함)에게 적용된다. 독일의 경우, 단체협약법 제3조 제1항에서 단체협약 당사자의 구성원인 사용자와 근로자가 단체협약의 구속을 받는다고 규정하고 있어서 해당 단체협약의 당사

105) 미국의 배타적 교섭대표제에 관해서는 이철수(1992), 79쪽 이하 참조.

자인 노동조합의 조합원인 근로자에게만 협약이 적용되는 것이 원칙이다. 그러나 실제로는 사용자들이 조합원과 비조합원을 구별하지 않고 (단체협약의 규정을 준용한다는 조항을 근로계약 속에 둠으로써) 협약 규정을 사업장의 모든 근로자에게 적용하고 있었기 때문에 협약 적용률은 과거 80퍼센트를 상회하였다.<sup>106)</sup> 영국의 경우, 비록 단체협약은 (당사자들이 별도로 명시하지 않는 한) 법적 구속력이 없는 일종의 ‘신사협정’에 불과하지만, 이른바 ‘화체’(incorporation)에 의하여 근로계약의 내용으로 편입됨으로써 법적 구속력을 가지게 된다. 화체는 근로자와 사용자가 근로계약에 명시하는 경우뿐만 아니라 그렇지 아니한 경우에도 법원에 의하여 ‘거래의 관행’으로 인정될 수 있다(묵시적 화체). 그리고 여기에서 조합원인지 여부는 문제되지 않는다.<sup>107)</sup> 무엇보다도 단체협약에 관한 국제노동기구(ILO)의 제91호 권고(1951) 제4조는 “단체협약의 규정들은 협약에서 반대의 규정을 명시하지 않는 한 협약이 적용되는 사업장에 고용된 모든 근로자들에게 적용되어야 한다”라고 규정하고 있다. 이러한 제도들과 관행들은 서로 다른 입법 목적 또는 경영 목적에 의한 것일 수 있지만, 한 사업장 내의 근로조건을 집단적으로 규율할 필요성에 복무하고 있다는 점을 인식할 필요가 있다.

단체협약의 본래적 기능 중의 하나가 일정한 교섭단위의 근로조건을 집단적으로 규율하는 것이라는 점에 비추어 보면, 우리나라처럼 조합원에게만 협약을 적용하는 것으로 하고 마침표를 찍어 버리는 것은 다소 부적절하다. 물론 과반수 노동조합이 있는 경우에는 “일반적 구속력” 제도라는 것이 있어서 한 사업(장)의 근로조건을 집단적으로 설정할 수 있는 길이 열려 있긴 하지만, 그것조차도 “동종의 근로자”를 좁게 해석하려는 판례에 의하여 별로 실효성을 갖지 못하는 실정이다. 나아가 소수 노동조

106) P. Rémy(2005: 122). 2005년 시점에서 DGB는 740만 명의 근로자를 조직하고 있을 뿐이며(여기에 공무원노조에 가입하고 있는 100만 명과 기독교노조에 가입하고 있는 3천 명을 더해야 하지만 이들은 단체교섭에서 특별한 역할을 하지는 않는다), 이는 전체 근로자의 22퍼센트에 불과하다.

107) H. Collins et al.(2005: 103~104). 칸-프로인트는 이를 “투명해진 관습”(crystallized custom)이라고 불렀다(O. Kahn-Freund(1977: 133)).

합만이 있는 경우에는 그 노동조합이 체결한 단체협약은 전체 종업원 중 일부의 조합원에게만 적용될 뿐 전혀 그 사업장의 근로조건을 집단적으로 규율하는 데 기능하지 못한다. 물론 사용자가 그 협약의 내용을 다른 비조합원인 근로자에게도 적용함으로써 근로조건의 집단적 규율이라는 필요를 충족시킬 수 있다. 그러나 그것을 사용자의 자의에만 맡겨둘 것은 아니고, 무엇인가 제도적 틀을 갖추는 것이 필요하다.

비교법적 검토와 일정한 교섭단위 내에서의 집단적 근로조건 결정 규범으로서의 단체협약에 대한 재인식 그리고 앞서 언급한 바와 같이 취업 규칙 제도의 손질 필요성에 터잡아 우리는 단체협약의 인적 적용 기준을 ‘조합원 적용성’에서 ‘근로자 적용성’으로 바꾸어야 한다는 점을 주장하고자 한다. 이러한 주장은 그리 엉뚱한 것만은 아니다. 우리 노조법 제1조는 법의 목적 가운데 하나를 “근로자”(조합원이 아니라!)의 경제적·사회적 지위 향상 도모로 밝히고 있다. 또 제2조 제4호에서도 노동조합을 “근로자”(조합원이 아니라!)의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직된 단체로 정의하고 있다. 그러나 이러한 법의 정신은 노동조합의 대표자는 “조합원을 위하여” 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다고 규정한 제29조 제1항에 의하여 훼손되고 있다. 그러므로 이 규정은 다음과 같이 수정되어야 한다. “노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 근로자를 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다.”

다만, 한두 명인 조합원의 존재로 특정 사업장의 근로자 전체를 그 의사에 반하여 협약에 구속시킬 수 있는 문제를 조정하기 위하여, 소수 노동조합이 체결한 단체협약을 종업원 인준투표에 부쳐 종업원 과반수가 찬성한다면 그 협약을 비조합원 근로자들까지 포함하여 종업원 전체로 확대 적용하는 것을 생각해 볼 수 있다.(인준투표에서 부결되면 조합원에게만 적용되는 것으로 그친다.) 이렇게 할 경우, 산업별 협약은 그 당사자인 노동조합의 조합원이 있는(과반수는 아닌) 사업장에 종업원 인준투표를 매개로 전체 종업원에게 적용될 수 있게 되고, 사업장 수준에서의 보충협약도 종업원 인준투표를 매개로 전체 종업원에게 적용될 수 있게 되며, 무노조 사업장에서 근로자위원회나 수입근로자에 의하여 체결된 단

체협약도 역시 종업원 인준투표를 매개로 전체 종업원에게 적용될 수 있게 됨으로써 처음에 제기되었던 불균형의 문제를 해소할 수 있게 될 것이다.

#### 4. 근로자위원이 체결한 단체협약의 유효기간

근로자위원이 체결한 단체협약도 단체협약일진대, 노조법에서 규정하고 있는 유효기간이 그대로 적용되어야 한다. 그러므로 최대 2년의 유효기간이 적용된다. 그런데 근로자참여법에서 규정하고 있는 근로자위원의 임기는 3년이다. 그 결과 양자 사이에 시기의 불일치가 발생한다. 협약의 유효기간 중에 근로자위원이 교체되면 그 협약은 만료하는가? 아니다. 협약의 유효기간 중에는 계속해서 효력을 갖는다고 보아야 한다. 그리고 협약의 유효기간이 만료하면 새로운 협약의 체결권자는 기존 협약의 체결권자(교체되어 나간 근로자위원)가 아니라 새롭게 선출된 근로자위원이라고 보아야 한다.

그런데 협약의 유효기간 중에 근로자위원이 교체되었을 때, 이 새로운 근로자위원이 새로운 협약의 체결을 사용자에게 요구할 수 있는가? 단체협약상 평화의무 위반이 되는가? 우리 판례가 인정하는 평화의무는 절대적 평화의무가 아니라 상대적 평화의무이다. 절대적 평화의무란 협약의 유효기간 중에는 어떠한 교섭 요구도 인정되지 않는다는 것이다. 상대적 평화의무란 기존 협약에서 정하지 아니한 사항에 대해서는 교섭 요구를 할 수 있다는 것이다. 그러므로 새롭게 선출된 근로자위원이 기존 협약의 전면 폐기를 요구하면서 완전히 새로운 협약의 체결을 요구하는 것은 허용되지 않는다고 해야 하겠지만, 기존 협약에서 정하지 아니한 사항에 대해서 협약의 체결을 요구하는 것은 허용된다고 해야 할 것이다.

#### 5. 나중에 노동조합이 조직된 경우

근로자위원의 단체교섭이 노동조합이 없는 경우에만 인정된다는 것은 근로자위원의 단체교섭은 보충적 지위에 있음을 의미하는 것이다. 그러므로 나중에 노동조합이 조직되면 단체교섭권은 이 노동조합이 가져간다

고 해야 할 것이다. 그렇다면 기존에 체결되어 있는 협약의 운명도 끝나는가? 아니다. 기존의 협약은 유효기간 만료 시점까지는 그대로 존속하고, 다만 유효기간이 만료하여 새로운 협약을 체결할 때에는 근로자위원이 아니라 노동조합이 체결권자로 나선다는 것이다.

그런데 노동조합은 기존 협약의 유효기간 중에 협약에서 다루지 아니한 사항에 관하여 새로운 협약의 체결을 요구할 수 있는가? 상대적 평화의무만을 인정하는 판례에 따라 이러한 요구는 인정된다고 해야 할 것이다.

## 6. 쟁의행위

근로자위원들이 단체교섭을 진행하다가 교섭이 결렬되면, 마치 노동조합이 단체교섭을 하다가 교섭이 결렬되는 상황과 마찬가지로 된다. 이 때, 전통적인 견해에 따라서 노동쟁의의 주체는 노동조합이고 쟁의행위를 적법하게 할 수 있는 자도 노동조합이라고 하면, 근로자위원에 의하여 수행되는 단체교섭이 결렬되는 경우에는 쟁의행위를 할 수 없다는 결론이 나올 수 있을 것이다.

그러나 전통적 견해 그 자체에 따르더라도 근로자위원에 의한 교섭이 결렬되었을 때에도 쟁의행위가 가능할 수 있다. 왜냐하면 대법원은 쟁의행위의 정당성 판단과 관련하여 쟁의행위는 단체교섭의 주체가 될 수 있는 자, 즉 단체협약을 체결할 수 있는 자에 의하여 주도되어야 한다고 한다.<sup>108)</sup> 그렇다면 이미 근로자위원에게 단체교섭을 하고 단체협약을 체결할 수 있는 권한을 인정한다면, 근로자위원이 주도하는 쟁의행위도 그 정당성을 부정할 수 없을 것이다. 노조법이 예정하고 있는 쟁의행위의 절차를 노동조합 대신 근로자위원이 진행시키면 족한 것이다. 나아가 헌법상 단체행동권은 노동조합이 아니라 근로자에게 주어진 권리인바, 근로자는 노동조합이라는 틀을 통해서만 쟁의행위를 할 수 있는 것은 아니다. 그러므로 단지 근로자의 이해관계를 대변하는 자가 노동조합이 아니라 근로자위원이라는 사정만으로 쟁의행위를 금하는 것은 단체행동권을 침해할 수 있다.

108) 대법원 1990. 5. 15. 90도357 등.

## 제2절 수입근로자에 의한 단체교섭 및 단체협약의 체결

### 1. 노조법 제29조 제2항

노조법 제29조 제2항은 “노동조합과 사용자 또는 사용자 단체로부터 교섭 또는 단체협약의 체결에 관한 권한을 위임받은 자는 그 노동조합과 사용자 또는 사용자 단체를 위하여 위임받은 범위 안에서 그 권한을 행사할 수 있다”라고 규정하고 있다. 종래에는 같은 노동조합 조직 내에서만 위임이 이루어지고 있었다. 이른바 ‘대각선교섭’이 그것이다. 대각선 교섭이란, 적어도 우리나라에서는, 기업별 노동조합이 상급 연합단체에 교섭권과 협약체결권을 위임함으로써 연맹 차원의 통일적인 근로조건을 확보하기 위한 전술을 말한다. 이러한 교섭 전술이 금지되는 것이 아님은 물론이다.<sup>109)</sup> 그러나 노조법 제29조 제2항의 적용 범위가 대각선 교섭으로 한정되는 것도 아니다. 그러므로 노동조합이 없는 사업장의 경우, 노사협의회도 없으면 (법적으로는 상시 사용 근로자 30인 미만 사업장) 사업장 외부에 조직되어 있는 노동조합(예컨대, 산업별 노동조합 또는 지역별 노동조합)이 사업장의 근로자 중 한 명에게 교섭권을 위임하여 교섭하게 하고 협약을 체결하도록 할 수 있다.

그런데 해당 사업장에 조합원이 전혀 없는 경우에도 위임을 통한 교섭이 가능한가? 만약 이것이 가능하다면 노동조합으로서는 해당 사업장에 조합원을 확보함으로써 기반을 확대하려고 하기보다는 위임을 통하여 손쉽게 협약을 체결하는 쪽을 선택하려고 할 수도 있을 것이며, 그 결과 의식적으로 자발적으로 노동조합에 가입하고 있는 근로자와의 관계에서 부

109) 판례는 그러한 경우에는 교섭권을 위임한 노동조합이 여전히 자신의 고유한 교섭권을 계속 유지한다고 하면서, 연합단체가 협약을 체결한 경우에도 기업별 노동조합은 새로운 협약-연합단체의 협약보다 근로자에게 더 불리한 내용일지라도-을 체결할 수 있다고 한다. 이것이 협약충돌에 관한 기준을 제시하는 것인지는 불분명하다.

당하게 특별한 대접을 하는 것이 아닌가 의문이 들 수 있다. 그러나 노조법 제29조 제2항에서 말하는 “권한을 위임받은 자”란 반드시 노동조합의 조합원에 한정되는 것은 아니다. 그것은 사용자단체를 위하여 교섭권한을 위임받을 수 있는 자의 범위에 해당 근로자와 아무런 근로계약 관계도 맺고 있지 아니한 자도 포함될 수 있다는 점을 생각하면<sup>110)</sup> 당연한 결론이다.

나아가 우리의 문제의식은 다른 데 있다. 즉 작금의 우리나라 현실을 볼 때, 노동조합의 조직률이 괄목성장하여 수많은 미조직 근로자를 포섭할 수 있으리라고는 별로 기대할 수 없는데, 그렇다고 그 근로자들을(이들은 보호필요성이 보다 더 큰 자들이라고 할 수 있다) 무협약 상태에 방치하는 것은 근로조건 대등 결정 원칙에 위배되는 것이기 때문에, 노동조합이 능력부족으로 대변하지 못하는 근로자들의 이해관계가 대변될 수 있는 제도적 틀을 만들고자 하는 것이다. 그리고 노동조합으로서는 그 기회를 통하여 새롭게 조직을 확대할 수 있는 기틀을 마련할 수도 있는 것이다.<sup>111)</sup>

입법적으로는 다음과 같은 방식으로 구상할 수 있을 것이다. 수입근로자는 해당 단체교섭을 위해서만 위임된다. 따라서 새로운 단체교섭이 개시될 때마다 새로운 위임이 있어야 한다. 노동조합은 위임 사실을 사용자에게 서면으로 통지해야 한다; 위임은 단체협약이 체결되는 시점에 종료

110) 근래 산별교섭이 이루어지면서 과도기적 현상으로, 사용자들로부터 연명으로 위임을 받은 자가 사용자측 교섭담당자로 나서는 경우를 볼 수 있다. 예컨대 병원 산업의 예가 그것이다. 노동조합에서는 이 자의 자격을 문제삼아(사용자가 아니라는 이유로) 교섭이 난항에 빠지는 경우들이 생기는데, 교섭 전략상의 문제를 제외하고 법적인 측면에서만 본다면, 노동조합의 반대는 근거가 불충분하다고 하지 않을 수 없다. 우리 노조법이 제3자개입금지 조항을 삭제한 데에는 그러한 ‘전문가’의 개입을 허용하고자 하는 취지가 깔려 있기 때문이다.

111) 노동조합의 조직확대가 바람직한 것인가에 관해서는 의견대립이 만만치 않을 것이다. 그러나 최소한 작금의 우리나라의 가장 큰 문제 중 하나가 ‘사회적 양극화’이고 이 극복을 위해서는 ‘사회적 대화’가 필요하다는 진단에 동의한다면, 보다 많은 근로자의 이해관계를 대변할 수 있는 노동조합은 사회적으로도 그 필요성이 충분히 긍정될 수 있을 것이다. ‘노동조합은 갈등의 근원이다’라는 인식은 전혀 다른 차원의 문제이다.

된다.

그런데 일반적으로 위임에서는 수임자는 위임자를 위하여 위임된 일을 처리하는데,<sup>112)</sup> 이 새로운 단체교섭 시스템에서는 수임근로자가 해당 사업장의 종업원 전체를 위하여 교섭하고 협약을 체결하는 셈이기 때문에 일반적 위임의 법리와 상충되는 면이 있을 수 있다. 이러한 충돌에는 노동조합이 ‘조합원’을 위하여 교섭하고 협약을 체결한다는 기존 법리가 전제되고 있다. 하지만 우리는 앞에서 단체협약의 인적 적용 범위 문제와 관련하여 ‘조합원 적용성’ 대신 ‘근로자 적용성’을 기준으로 삼아야 하며, 이를 위하여 노조법 제29조 제1항을 “노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 근로자를 위하여 (...) 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다”라고 수정해야 함을 주장한 바 있다. 이러한 주장의 연장선 위에서는 수임근로자가 위임한 노동조합을 위하여 권한을 행사하는 것과 전체 종업원을 위하여 교섭하고 협약을 체결하는 것이 더 이상 상충되지 않고 논리적으로 연결될 수 있을 것이다.

## 2. 단체협약의 성립

수임근로자가 체결한 단체협약은 종업원 인준투표를 거쳐 과반수의 승인을 얻는 조건으로 해당 사업장 전체 종업원에게 적용되는 것으로 해야 한다. 이렇게 함으로써 앞에서 설명한 것처럼 단체협약의 적용 범위를 근로자 적용성으로 삼아야 한다는 주장의 일관성을 확보할 수 있다. 그리고 위임 과정에서 종업원의 의사가 반영될 수 있는 경로를 밟지 않은 수임근로자가 체결한 협약을 해당 사업장의 전체 종업원에게 적용할 수 있는 근거를 획득할 수 있다.

그런데 복수의 수임근로자가 있는 경우에는 어떻게 해야 하는가? 노조법 제29조 제2항은 “그 노동조합을 위하여” 위임받은 범위 안에서 그 권한을 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 만약 복수의 노동조합이 각각 위

112) 노조법 제29조 제2항에서 “위임받은 자는 그 노동조합을 위하여”라고 규정하고 있는 것도 같은 뜻으로 해석할 수 있다.

임을 한 경우에는 각각의 위임받은 근로자가 자신을 위임한 노동조합을 위하여 교섭을 하고 협약을 체결해야 할 것이다. 이 경우에는 복수의 노동조합이 존재하는 경우의 교섭창구단일화 문제와 유사한 문제가 발생한다. 복수의 수입근로자가 교섭을 하고 협약을 체결할 때, 과연 어떤 식으로 체결해야 유효하게 성립한 것으로 할 것인가?

노사협의회 근로자위원에 의하여 체결된 단체협약은 근로자위원의 선출 과정에서 이미 종업원의 의사가 반영되기 때문에 근로자위원의 과반수 동의로 협약이 성립하는 것으로 할 수 있는 근거가 있지만, 수입근로자에 의하여 체결된 단체협약은 그러한 의사 반영 과정이 결여되어 있기 때문에 단순히 과반수의 수입근로자가 동의했다는 사정만으로 그대로 협약의 성립을 인정하기는 곤란할 것이다. 그러므로 복수의 수입근로자가 있는 경우에도 종업원 인준투표를 거쳐 과반수의 승인을 얻는 조건으로 협약이 성립하는 것으로 해야 할 것이다.

### 3. 수입근로자의 보호

사용자가 서면으로 위임 사실을 통지받은 때로부터 단체협약이 성립되는 시점까지 이 기간 동안 수입근로자에 대한 특별한 보호가 필요하다. 사용자의 지배개입이나 불이익취급으로부터 자유롭지 않고서는 대등한 교섭을 위한 자주성의 확보가 힘들기 때문이다.

그러므로 입법적으로 수입근로자에 대한 일정한 보호 조치를 마련할 필요가 있으며, 그 보호는 단체협약이 성립되는 시점에서 끝나는 것이 아니라 협약이 성립하고 난 후 일정 기간이 경과할 때까지 유지될 필요가 있다(예컨대 프랑스는 12개월). 그리고 수입근로자에 의한 단체교섭이 정상적으로 이루어지기 위해서는 교섭의 준비와 실제 교섭에 소요되는 시간을 보전할 필요가 있다. 입법론으로는 그러한 시간을 근로시간으로 간주하여 임금을 지급하는 방안이 적절할 것이다.

#### 4. 쟁의행위

수임근로자에 의한 단체교섭이 결렬된 경우에도 근로자들은 쟁의행위를 할 수 있는가? 이 질문은 앞서 노사협의회 근로자위원회에 의한 단체교섭이 결렬된 경우와 마찬가지로 질문이며, 그 대답도 역시 마찬가지이다. 즉, 그런 경우 근로자들은 쟁의행위를 할 수 있다. 근로조건 대등 결정의 원칙이 실현되기 위해서는 단체행동권이 보장되어야 한다는 점은 헌법의 요청이기도 하다. 현재의 판례와 학설은 단체교섭권을 노동조합의 권리로 축소시키고 이에 따라 단체행동권도 노동조합의 권리로 축소시키고 있다. 그 결과 노동조합이 없는 사업장의 근로자들은 단체행동을 할 수 없게 되어 있다. 우리는 그러한 사업장에서도 단체교섭이 가능하도록 법제도를 정비해야 한다는 점을 주장하였는데, 위임받은 근로자가 단체교섭을 할 수 있게 된다면 그에 의하여 대표되는 근로자 집단이 쟁의행위를 할 수 있음은 (쟁의행위는 단체협약을 체결할 수 있는 자에 의하여 주도되어야 한다는 현재 판례법리에 의할 때) 당연한 논리적 귀결이다.

## 결론

우리는 ‘근로조건 대등 결정의 원칙’은 헌법의 요청으로서 우리 노동법 체계 전반을 관통하는 원칙이라는 점을 확인하고 현재의 법제도가 이 원칙을 실현하는 데 불충분하다는 점을 노사협의회와 취업규칙 그리고 서면합의 제도에 대한 비판적 검토를 통하여 지적하였다. 그 검토의 내용은 다음과 같다.

첫째, 노사협의회와 관련해서 현행법상으로는 노동조합이 없는 사업장에서 노사협의회가 근로조건을 규율할 수 있는지도 의문스러울 뿐만 아니라, 규율할 수 있다고 하더라도 그 의결의 효력과 관련하여 개별 근로자를 구속할 수 있는지도 분명하지 않다. 이 문제를 해결하기 위해서는 근로자참여법의 두 조문의 상호 관계를 먼저 해명할 필요가 있다. 우선 근로자참여법 제5조는 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 노사협의회 의결은 법적인 효력과 관련해서는 온전한 의미에서의 노사합의가 되기 힘들다. 그것은 사실상 ‘이러저러한 근로조건에 관해서는 이러저러하게 하겠다’라는 사용자의 단독적인 약속에 다름아닐 수도 있다. 그런데 근로자참여법 제19조에서는 근로조건과 밀접한 관련성을 갖는 사항들을 협의사항으로 규정해 놓고 그 사항에 관하여 의결할 수 있다고 규정하고 있다. 의결할 수 있다고 규정해 놓은 마당에 그 의결은 사실상 사용자의 단독적인 약속에 불과하다고 말하는 것은 앞뒤가 맞지 않는다. 그러므로 의결은 의

결로 대접할 필요가 있다. 의결된 사항을 정당한 사유 없이 이행하지 아니한 자에게 벌칙을 부과하고 있는 근로자참여법 제30조 제2호의 취지도 그러한 것으로 이해할 수 있다. 결국 현행법상 노사협의회 의결은 단체협약과 일방적 약속 그 사이 어디 썸엔가 서 있는 셈이다. 그리고 거기에 기존 근로조건의 불이익 변경과 개별 근로자의 동의라는 요소가 개입하게 되면 노사협의회 의결의 효력은 더욱 모호해진다. 그런데 제30조 제2호의 규정 형식을 엄밀히 들여다보면 재미있는 사실을 발견할 수 있다. 이 조문에서 노사협의회 의결을 이행하지 않아 벌칙의 부과 대상이 되고 있는 자는 의결을 한 근로자위원이 아니라 일반 근로자이다. 이는 물론 의결의 사법상 효력에 관하여 규정한 것은 아니지만, 결국 노사협의회 의결이 개별 근로자에게도 직접 효력을 발생시킨다는 것을 상정하고 있는 것이라고 해석할 수 있다. 이러한 추론은 노동조합이 없는 사업장에서도 마찬가지로 가능하다. 요컨대, 노사협의회에서는 근로조건에 관한 사항을 의결할 수 있으며, 또 의결된 사항은 개별 근로자의 동의를 매개하지 않고 직접 효력을 발생시킨다고 해야 한다. 그러므로 우리가 이 책에서 주장한 바-노사협의회 근로자위원에 의한 단체교섭 및 단체협약 체결의 제도화-는 전혀 엉뚱하거나 새로운 것이 아니라, 일부 판결에서 언뜻 비치는 맹아적 요소를 발전시켜 입법 및 판례의 모호함과 학설의 대립을 분명한 방식으로 해소하고자 하는 주장에 다름아닌 셈이 될 것이다.

둘째, 취업규칙과 관련해서는 근로기준법이 취업규칙의 사용자 일방 결정성을 근로자들의 의견 반영 또는 동의를 통해서 완화하는 규정을 두고 있지만, 불리한 변경이 아닌 경우에는 단순히 의견을 들도록만 하고 있기 때문에 근로자의 의견이 전혀 반영되지 않을 수 있다는 점, 사용자가 처음부터 의견 청취를 하지 아니하고 변경한 취업규칙의 효력이 무조건 부정되는 것은 아니라는 점, 동의를 얻지 아니하고 불리하게 변경한 취업규칙이라도 변경 이후 신규 입사한 근로자에 대해서는 효력이 인정된다는 점, 동의를 얻지 아니하고 불리하게 변경한 취업규칙이라도 사회통념상 합리성이 인정되는 경우에는 효력이 인정된다는 점 등에 비추어 볼 때, 취업규칙의 사용자 일방 결정성은 여전히 관찰된다는 문제가 있다. 현행의 취업규칙 제도는 후진적인 제도이다. 사용자가 자신이 고용한 근

로자들의 처우를 알아서 ‘잘’ 해주면 된다는 전근대적 사고의 유산이다; 근로자를 “노동예속자”가 아니라 자율과 책임을 담지한 “노동시민”으로 재인식하는 현대 노동법의 원리에 어긋난다; “근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다”라고 규정한 근로기준법 제4조를 스스로 거스르는 제도이다; 근로계약을 질식시키고 단체협약을 예속시켜 근로자들이 자신들의 근로조건을 스스로 결정하지 못하게 만들어 법적 안정성을 해치며 갈등의 근원지가 된지 오래다; 근로자의 단체교섭권을 사실상 무력화시키는 위헌적 요소를 안고 있다. 차제에 취업규칙 제도는 근본적인 손질이 필요하다. 손질의 기본 방향은 다음과 같다. 취업규칙은 근로기준법 제93조 가운데 제9호(안전과 보건에 관한 사항), 제10호(업무상과 업무 외의 재해부조에 관한 사항), 제11호(표창과 제재에 관한 사항)만을 다루고 그 외의 사항은 근로계약과 단체협약의 관할로 완전히 넘겨야 한다. 우리가 이 책에서 주장한 바- 무노조 사업장에서 노사협의회 근로자위원 또는 수입근로자에 의한 단체교섭 및 단체협약 체결의 제도화-는 취업규칙 제도에 대한 이와 같은 비판적 인식(무노조 사업장뿐만 아니라 유노조 사업장의 경우에도 해당된다) 위에서 있다.

셋째, 서면합의와 관련해서 근로자대표에 의한 서면합의 제도는 부분적으로는 근로조건 대등 결정의 원칙에 복무할 수 있는 가능성이 있기는 하지만, 현행법에서는 근로자대표의 대표성과 자주성을 확보할 수 있는 선출 방식의 결여, 서면합의가 체결될 수 있는 대상 범위의 협소함(근로시간 및 휴가에 대한 특례로 한정) 등으로 인하여 근로조건 대등 결정 원칙을 온전히 실현하는 제도로서는 불충분하다.

이러한 한계를 극복하고 새로운 근로조건 결정 시스템을 구축하기 위한 비교법적 연구로서 프랑스의 입법례를 검토하였다. 프랑스는 노동조합 조직률이 저조한 상황에서 단체교섭이라는 노사간의 교섭과 합의를 통하여 근로조건을 결정하는 시스템을 개별 사업장 수준까지 구축하기 위하여 지난 10여 년 동안 입법적 개혁을 추진해 온 나라라는 점에서 이 문제에 관한 한 다른 어느 나라보다 우리의 관심을 끌기에 충분하기 때문이다. 프랑스 모델은 크게 두 축으로 구성되어 있다. 하나는 선출직 종업

원대표(기업위원회 근로자위원 또는 종업원대표)에 의한 단체교섭과 단체협약 체결이고, 다른 하나는 산업별 노동조합의 위임을 받은 근로자에 의한 단체교섭과 단체협약 체결이다. 요컨대 현재 프랑스에서 기업별 교섭의 근로자측 담당자는 다음과 같은 단계를 거쳐 정해진다. 노동조합 → 선출직 종업원대표 → 수임근로자. 그리고 이 두 가지 교섭 방식에 다수 대표성 원칙이 결합된다. 곧 선출직 종업원대표가 체결한 협약의 경우에는 산업별 협약으로 정한 다수대표제에 의하여 승인을 얻도록 하였고, 수임근로자가 체결한 협약은 종업원 인준 투표를 통하여 과반수의 승인을 얻도록 하였다. 그런데 이 새로운 단체교섭 시스템은 아직 현실에 뿌리내리지는 못하고 있는 것으로 보이고, 이에 제도의 개선을 위한 방안을 모색 중이다. 그 방안으로는 크게 두 가지가 제안되고 있는데, 하나는 현재의 제도를 손대지 않고 몇 가지 기술적 장애물만을 제거하는 방안이고(산업별 협약의 선행 요건 폐지 또는 수임근로자에 의한 단체교섭 가능성 확대), 다른 하나는 제도 자체를 다시 설계하는 방안(현재의 종업원대표, 기업위원회, 노조대표를 통합하여 단일한 종업원대표 기구로서 종업원위원회를 설치하는 방안)이다.

이상과 같은 프랑스의 새로운 기업별 교섭 제도는 확실히 노동조합의 조직력 확대를 위한 것은 아니다. 이는 본문에서도 언급되었지만, 중소기업 내 노동조합의 조직력을 끌어올리는 것은 노동조합과 사용자 사이에 합의를 이룰 수 있는 주체가 아니라고 지적한 Hadas-Lebel 보고서에서도 확인할 수 있는 바이다. 우리의 제안도 노동조합의 조직력 확대를 위한 것은 아니다. 오히려 위 보고서에서 곧바로 지적한 것처럼, 모든 기업에서 모든 근로자들이 단체교섭에 참가할 수 있도록 해야 한다는 주장은 노사 공동의 목적을 구성할 수 있다는 점에 주목하고자 한다. 프랑스 제도가 산업별 협약의 경직성을 완화하고 개별 기업의 특수성을 반영할 수 있는 장치를 보장해 주기 위한 것이라는 성격을 띠고 있다는 점은 부정할 수 없다. 그러나 그것은 이 새로운 제도의 일면에 불과하다. 그것을 이유로 이 새로운 제도가 무노조 사업장의 근로자들에게 단체교섭권의 실질적 보장을 가져다 줄 수 있다는 적극적 의미를 무시할 수는 없다. 이것이 무노조 사업장 근로자들의 근로조건을 향상시키는 계기로 작용할 것인지,

사용자의 경영합리화 또는 유연성 확보의 수단으로 작용할 것인지는 수단할 수 없다. 그것은 제도만의 몫은 아닐 것이다. 노동법을 ‘인정’하고 있는 국가가 그렇지 못한 국가에 대해서 갖는 미덕은 근로자들의 근로조건과 사회경제적 지위를 제3자(국가)가 일방적으로 (그것이 비록 근로자에게 나쁘지 않다 하더라도) 정해 주는 데 있는 것이 아니라, 근로자들이 자신들의 운명을 개척하기 위하여 스스로 조직하고(단결권), 교섭하고(단체교섭권), 싸울 수 있는 권리(단체행동권)를 보장하는 데 있을 것이다. 우리가 프랑스의 제도에서 시사점을 얻고자 하는 부분은 기술적인 부분이 아니라 차라리 이념적인 부분이다. 즉, 무노조 사업장의 근로자들에게 단체교섭권을 보장함으로써, 그 근로자들의 운명이 사용자의 자의에 내맡겨지는 위험을 방지해야 한다는 민주주의적 요청을 재확인하는 계기를 제공한다는 점에서, 프랑스 제도를 검토하는 의의를 찾을 수 있다. 노동관계에서 발생하는 문제는 누군가의 자의가 아니라 당사자의 합의로 풀어나가야 한다는 주장의 정당성은 프랑스와 우리가 다르지 않을 것이다. 오히려 프랑스에서는 무노조 사업장이라 하더라도 산업별 협약의 적용에 의하여 - 노동조합은 근로자 전체의 이익을 대표한다 - 자기결정의 원칙이 간접적으로 실현될 수 있는 반면, 우리나라에서 무노조 사업장의 근로자들은 그 정도도 보장되지 않기 때문에 - 노동조합은 조합원의 이익만을 대변한다 - 타인결정의 위험을 경계할 필요성은 더 크다고 할 수 있다.

프랑스의 입법례와 개선 방안이 시사하여 주는 것과 같이 우리는 노동조합이 없는 사업장에서 근로조건 대등 결정의 원칙을 실현하기 위한 방안으로 다음과 같은 것들을 제안하였다.

첫째, 노사협의회가 설치된 사업장에서는 노사협의회 근로자위원들에게 단체교섭을 하고 단체협약을 체결할 수 있는 권한을 부여한다. 이 때, 종업원 다수의 의견이 반영되는 경로를 마련하는 것이 중요하다. 이를 위해서는 우선 근로자위원 과반수의 찬성이 있는 경우에는 별도의 종업원 인준투표를 거칠 필요 없이 직접 단체협약이 성립하는 것으로 한다. 근로자위원의 선출 과정에 이미 종업원의 의사가 반영되고 있다는 점을 근거로 삼을 수 있다. 만약 소수의 근로자위원만이 동의한 경우에는 종업원 인준투표에서 과반수의 찬성을 얻는 경우에 단체협약이 성립하는 것으로

한다.

둘째, 노사협의회도 설치되어 있지 아니한 사업장에서는 산업별 노동조합이나 지역별 노동조합에서 해당 사업장의 근로자들 가운데 한 명에게 단체협약 체결권을 위임할 수 있도록 한다. 위임받은 근로자의 단체협약 체결권은 위임한 노동조합이 설정한 범위 안에서만 행사될 것이다. 수임근로자가 체결한 단체협약은 (수임근로자가 복수인 경우에도) 종업원 인준투표를 거쳐 과반수의 승인을 얻는 조건으로 해당 사업장 전체 종업원에게 적용되는 것으로 해야 한다. 노사협의회 근로자위원에 의하여 체결된 단체협약은 근로자위원의 선출 과정에서 이미 종업원의 의사가 반영되기 때문에 근로자위원의 과반수 동의로 협약이 성립하는 것으로 할 수 있는 근거가 있지만, 수임근로자에 의하여 체결된 단체협약은 그러한 의사 반영 과정이 결여되어 있기 때문에 단순히 과반수의 수임근로자가 동의했다는 사정만으로 그대로 협약의 성립을 인정하기는 곤란할 것이다. 이렇게 함으로써 위임 과정에서 종업원의 의사가 반영될 수 있는 경로를 밟지 않은 수임근로자가 체결한 협약을 해당 사업장의 전체 종업원에게 적용할 수 있는 근거를 획득할 수 있다.

그런데 확장 적용되는 산업별 협약의 존재를 전제하고 있는 프랑스와 달리 그러한 기초가 마련되어 있지 못한 우리나라에서는 이러한 제안이 다소 엉뚱한 결과를 초래할 수 있다. 프랑스에서 확장 적용되는 산업별 협약이 있는 경우에는 새로운 담당자에 의하여 체결된 기업별 협약은 산업별 협약을 보충하거나 특화시키는 내용을 담게 될 것이다. 그리고 단체협약의 인적 적용 범위와 관련해서는 변함없이 모든 근로자에게 적용되기 때문에, 전통적으로 노조대표에 의하여 협약이 체결되는 사업장과 새로운 담당자에 의하여 협약이 체결되는 사업장 사이에 불균형의 문제는 발생하지 않을 것이다. 그러나 우리의 경우, 산업별 협약도 해당 협약을 체결한 노동조합의 조합원에게만 적용되기 때문에, 무노조 사업장에서 (새로운 단체교섭 제도에 의하여) 체결될 협약은 산업별 협약과는 아무런 관계를 맺지 못하게 될 것이다. 그 결과 몇 명의 조합원이 있는 사업장에서는 대다수의 근로자들이 (산업별) 협약의 적용에서 제외되는 반면, 조합원이 전혀 없는 사업장에서는 근로자 모두가 (사업장별) 협약의 적용을

받게 되는 불균형의 문제가 발생할 수 있다. 이러한 결과는 자칫 노동조합의 조직력을 훼손하는 뜻밖의 효과를 가져올 수 있다. 그러므로 프랑스 제도의 시사는 이 문제를 해소할 수 있는 방안과 함께 논의되어야 의미가 있을 것이다. 이에 대해서 우리는 비교법적 검토와 일정한 교섭단위 내에서의 집단적 근로조건 결정 규범으로서의 단체협약에 대한 재인식 그리고 앞서 언급한 바와 같이 취업규칙 제도의 손질 필요성에 터잡아 단체협약의 인적 적용 기준을 ‘조합원 적용성’에서 ‘근로자 적용성’으로 바꾸어야 한다는 점을 주장하였다. 그리고 이를 위하여 노조법 제29조 제1항을 다음과 같이 수정해야 한다고 주장하였다: “노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 근로자를 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다.” 다만, 한두 명인 조합원의 존재로 특정 사업장의 근로자 전체를 그 의사에 반하여 협약에 구속시킬 수 있는 문제를 조정하기 위하여, 소수 노동조합이 체결한 단체협약을 종업원 인준투표에 부쳐 종업원 과반수가 찬성한다면 그 협약을 비조합원 근로자들까지 포함하여 종업원 전체로 확대 적용하는 것을 생각해 볼 수 있다(인준투표에서 부결되면 조합원에게만 적용되는 것으로 그친다). 이렇게 할 경우, 산업별 협약은 그 당사자인 노동조합의 조합원이 있는 (과반수는 아닌) 사업장에 종업원 인준투표를 매개로 전체 종업원에게 적용될 수 있게 되고, 사업장 수준에서의 보충협약도 종업원 인준투표를 매개로 전체 종업원에게 적용될 수 있게 되며, 무노조 사업장에서 근로자위원이나 수입근로자에 의하여 체결된 단체협약도 역시 종업원 인준투표를 매개로 전체 종업원에게 적용될 수 있게 됨으로써 처음에 제기되었던 불균형의 문제를 해소할 수 있게 될 것이다.

무노조 사업장의 새로운 단체교섭 시스템 구축을 위하여 우리가 이상에서 제안한 내용은 산업별 노사관계의 전개와도 무관하지 않을 것이다. 우리나라 노사관계가 산업별 노사관계로 나아가고 있긴 하지만 사업장 수준에서 노동조합이 조직되어 있지 않은 경우가 많아 산업과 개별 사업장의 연결 고리가 매우 취약하다. 무노조 사업장에서 노동조합이 아닌 제3의 근로자대표 메커니즘을 모색함으로써 산업별 노사관계의 기반을 확보하고 이를 통해 건강한 산업별 노사관계가 발전하기를 기대할 수 있다.

건강하고 안정적인 노사관계의 형성을 위해서는 어느 당사자의 일방적 주도나 외부의 간섭이 아니라 노사의 자치가 기본이라는 점에 대해서는 누구도 부인하지 않겠지만, 대화 상대방이 없으면 실질적인 노사 자치가 이루어지지 않고 갈등을 유발하게 된다는 점에 대해서는 문제의식이 약한 것 같다. 노사관계는 아이들이 종이로 접는 ‘딱지’와 같은 것이다. 종이를 포개 놓기만 해서 딱지가 되지 않는다. 밑에 깔린 종이를 먼저 접어 올려야만 비로소 다음 종이를 접어 올릴 수 있고 결국 딱지가 만들어진 것이다. 딱지가 다 만들어지고 난 다음에는 맨 처음에 접어 올린 종리와 나중에 그리고 맨 나중에 접어 올린 종리들 사이에는 상하나 전후 또는 우열이 없다. 서로서로 맞물려 있을 뿐이다. 그리고 풀로 일부러 붙이지 않더라도 그렇게 맞물려 있음으로써 단단한 딱지가 된다. ‘노사관계’는 말 그대로 노와 사가 만들어 내는 관계이다. 노가 없거나 사가 없이는 관계 자체가 만들어지지 않는다. 그러나 관계를 만들기 위해서는 따로따로 떨어져 포개져 있기만 해서는 안 된다. 서로서로 맞물려야 한다. 이는 전국 차원이든 산업 차원이든 나아가 개별 사업장 차원이든 마찬가지이다. 문제 해결과 갈등 해소의 기본 원칙으로서 노사의 교섭 또는 대화를 상정하고 이에 필요한 대화 상대방을 ‘제도화’하는 것은 각 수준에서의 노사 파트너십을 고양하는 데 불가결한 조건이다.

## 참고문헌

- 김유성(2005), 『노동법 I』, 법문사.  
\_\_\_\_\_(1999), 『노동법 II』, 법문사.  
김형배(2007), 『노동법』, 박영사.  
박종희(1998), 『현행 노동관계법상 근로자대표의 중첩성과 이에 대한  
기능조정을 위한 방안』, 한국노동연구원.  
배규식(2007), 『무노조 기업의 고용관계』, 한국노동연구원.  
이병태(2005), 『최신노동법』, 현암사.  
이철수(1992), 『단체교섭의 근로자측 주체에 관한 비교법적 연구』, 서울대학  
교 박사학위 논문.  
임종률(2007), 『노동법』, 제6판, 박영사.  
김인재(1999), 『근로기준법상 근로자대표의 법적 지위』, 『노동법연구』 8.  
박제성(2003), 『텍스트 다시 읽기』, 『노동법연구』 15.  
\_\_\_\_\_(2004), 『프랑스 비르빌르 보고서: 보다 효율적인 노동법전을 위  
하여』, 『국제노동브리프』 1/2월호.  
\_\_\_\_\_(2005), 『근로시간 개혁에 관한 2005년 3월 31일 법』, 『국제노동  
브리프』 4월호.  
이승욱(1998), 『근로기준법상 서면합의의 효력』, 『노동법연구』 7.  
\_\_\_\_\_(1999), 『노사협의회 의결사항의 효력』, 『노동법학』 9.  
조용만(1999), 『복수노조하의 단체교섭: 프랑스의 기업별 단체교섭제도  
와 노동조합의 대표성 개념을 중심으로』, 『노동법연구』 8.
- A. Supiot(2004), *Droit du travail, 1re édition*, PUF.  
DARES(2001), “Les institutions représentatives du personnel en 1999”,  
*Première informations, première synthèses*, novembre 2001, n°  
48-1.

- DARES(2004), “Mythes et réalités de la syndicalisation en France”, *Premières informations et premières synthèses*, no. 44-2, octobre 2004.
- G. Radbruch(1981), *Der Mensch im Recht*, 손지열·황우려 역, 『법에 있어서의 인간』, 육법사.
- H. Collins et al.(2005), *Labour Law. Text and Materials*, second edition, Hart Publishing.
- J.-E. Ray(2004), “Les curieux accords dits majoritaires de la loi du 4 mai 2004”, *Droit social*.
- M. de Virville(2004), *Pour un Code du travail plus efficace*, Rapport au ministre du Travail, 15 janvier 2004.
- M. Fabre-Magnan(1998), “Le contrat de travail défini par son objet”, *Le travail en perspectives*, LGDJ.
- P. Rémy(2005), “Une redistribution des compétences entre syndicats et conseils d'établissement en Allemagne”, in *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, sous la direction de S. Laulom, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne.
- R. Hadas-Lebel(2006), *Pour un dialogue social efficace et légitime : Représentativité et financement des organisations professionnelles et syndicales*, Rapport au Premier ministre, mai 2006.



◆ 著者 略歷

- 박제성
  - 프랑스 낭트대학교 법학 박사
  - 現 한국노동연구원 연구위원

무노조 사업장에서의 집단적 근로조건 결정법리

- |           |  |
|-----------|--|
| ▪ 발행연월일   | 2008년 4월 15일 인쇄<br>2008년 4월 18일 발행   |
| ▪ 발 행 인   | 최 영 기  |
| ▪ 발 행 처   | <b>한국노동연구원</b><br>☎ 1510-7440 서울특별시 영등포구<br>은행길 35<br>☎ 대표 (02) 782-0141 Fax (02) 786-1862 |
| ▪ 조판·인쇄   | 경희정보인쇄 (02) 2263-7534  |
| ▪ 등 록 일 자 | 1988년 9월 13일   |
| ▪ 등 록 번 호 | 제13-155호   |

© 한국노동연구원      정가 5,000원

ISBN 978-89-7356-680-8