

# 단체협약의 만인효를 위한 규범적 논의\*

박 제 성\*\*

단체협약은 공서(公序)의 한계 안에서 동일가치노동 동일임금의 원칙을 구현함으로써 공정한 경쟁 질서를 확립하고 정직한 사용자를 보호한다. 단체협약이 이 공적 기능을 충실하게 수행하기 위해서는 만인효(erga omnes)를 발휘해야 한다. 만인효 개념은 단체협약을 비즈니스 거래관계가 아니라 보편적 직업규범으로 이해하는 것이다. 무임승차론은 지속 가능한 공동체를 정초하는 법질서의 원리가 될 수 없다.

## 1. 사용자단체의 역할 : 정직한 사용자 보호하기

원래 사용자들은 시장에서 경쟁하는 존재들이지, 노동자들에게 맞서 단결하는 것을 사명으로 하는 존재들이 아니다. 그런 점에서 사용자들이 사용자단체를 결성하여 단체협약의 교섭에 나서는 것은 개별 사용자의 이해관계를 추구하기 위해서가 아니라, 오히려 그 개별적 이해관계를 자유롭게 추구할 수 있는 제도적 조건을 형성하기 위한 것이라고 할 수 있다. 즉 공정한 경쟁 질서를 확립하기 위한 것이다. 이를 단체협약, 특히 업종별·지역별 협약의 공적 기능이라고 부르는 것이다.

단체협약의 공적 기능을 건축학적으로 가장 아름답게 구현한 곳 가운데 하나가 바로 벨기에 브뤼셀의 시청 앞 광장이다.<sup>1)</sup> 이곳은 원래 중세 시대 때 시장이었다. 이 시장은 직사각형 모양을 하고 있다. 한 면은 거대한 시청 건물이 차지하고 있다. 나머지 세 개의 면을 둘러싸고 있는 건물들은 중세 시대 동업조합(길드)들이 본부로 사용하던 곳이다. 즉 시장은 공적 권위의 관할

\* 이 글은 이정희 외(2020), 『사용자단체 의의와 역할』 중 제2장의 내용 일부를 수정·보완한 것이다.

\*\* 한국노동연구원 선임연구위원(pjs@kli.re.kr)

1) 알랭 쉬피오(2019), 『필라델피아 정신』, 매일노동뉴스, p.104.

아래 노동관계 당사자들이 자율적으로 설정한 제도적 틀에 의하여 구성된다는 원리를 건축학적으로 재현하고 있다. 동업조합은 같은 업종의 사용자와 노동자들이 하나의 단체로 조직되어 해당 업종의 노동조건과 상품가격을 규제하는 기능을 수행했다. 시청과 동업조합을 상징하는 건물들은 또한 시장이라는 공간의 경계선을 구성한다. 이 경계선 밖에는 법원과 왕궁이 있다. 법원과 왕궁 영역에서는 시장에서 통용되는 규칙과는 다른 규칙이 적용된다. 만약 이곳에도 시장의 규칙이 적용된다면, 판결과 법령도 다른 상품들과 마찬가지로 사고팔 수 있는 상품이 될 것이다. 그렇게 되면 도시는 부패하고 정직한 상인들은 설 자리가 없을 것이다.

근대적 자본주의가 시작되면서 동업조합은 해체되었고, 각각 사용자들의 조직과 노동자들의 조직(노동조합)으로 분화되었다. 그러나 사용자단체와 노동조합은 단체협약을 체결했다. 그런 점에서 자본주의 시장은 중세 시장에서 동업조합이 수행하던 기능의 일부를 단체협약 형태로 계승했다고 볼 수 있다. 공적 권위가 제3자 보증인으로서 이 단체협약의 효력을 보증하고 있음은 변함이 없다. 다시 말하면, 자본주의 시장은 중세 시장의 건축학적 상징을 계승하지는 않았지만, 중세 시장이 재현하는 제도적 조건과 동일한 제도적 조건에 여전히 구속되고 있다는 것이다.

단체협약은 자본주의적 시장이 약육강식의 정글이 아니라 정직한 상인이 자유롭게 장사를 할 수 있는 시장다운 시장이 되기 위해 (공적 권위와 함께) 반드시 요구되는 필수적 구성물이라고 할 수 있다.

## II. 단체협약 개념의 상대성

알랭 쉬피오는 이렇게 말했다. “사법과 공법의 구분을 벗어나는 혼합적 법률행위인 단체협약은 그 역사적 발전에 비추어서만 관련 법제를 이해할 수 있는 대단히 독특한 법적 장치이다.”<sup>2)</sup> 단체협약의 “본래적” 성질이란 것은 따로 존재하지 않는다. 그것은 관련 법제가 어떻게 구성되어 있는가에 따라 달라진다. 단체협약에 순수한 채권적 효력만 부여하고 있는 법제와 단체협약에 대해 고도의 법규범적 효력을 인정하고 있는 법제에서, 과연 단체협약의 “본래적” 성질은 어떻게 확인될 수 있을까? 그런 것은 없다. 그리고 한 나라 안에서도 시간이 지남에 따라 법제는 달라질 수 있다. 단체협약론의 요체는 노동관계에서 개인과 집단, 노사와 국가 간의 규범적 균형을 어떻게 설명하고, 어떻게 확보할 것인가에 있다. 각 나라의 단체협약 개념은 각자의 법적

2) 알랭 쉬피오(2011), 『프랑스 노동법』, 오래, p.95.

전통과 문화에 기반하여 이 질문에 나름대로 대답한 것이다. 가장 뚜렷하게 서로 다른 단체협약 개념을 보여 주는 영국과 독일, 프랑스의 사례를 살펴보자.<sup>3)</sup>

첫째, 영국은 “사회적 방임 모델”이라고 할 수 있다. 영국은 일찍부터 입법자가 노동관계에 개입하는 것을 배제했다. 그러나 그렇다고 해서 노동관계를 개인주의적 결정론에 내맡긴 것은 아니다. 영국의 “방임주의(collective laissez-faire)”<sup>4)</sup>는 영국 특유의 “단체교섭(collective bargaining)” 및 “단체협약(collective agreement)” 개념을 탄생시켰다. 영국 노동조합의 목적은 대륙의 노동조합과 달리 단체협약의 법적 구속력을 확보하는 데 있었다기보다는 노동조합이 사용자들에게 힘으로 관철시키려 하는 단체협약의 법적 지위를 법원에서 박탈할 수 없도록 막는 데 있었다. 이를 위해 영국의 노동조합은 의회에 있는 우호 정당을 활용하여 노동조합의 활동에 법적 면책을 부여함으로써 법원이 개입하는 길을 차단하고자 하였다.<sup>5)</sup> 그러한 제도적 틀 내에서 단체교섭은 실정법의 외곽에서 노사의 임의에 맡겨진 영역, 즉 지역하자면 “산업관계(industrial relations)”가 되었다. 영국의 노동조합이 체결하는 협약은 대륙법에서 말하는 “단체협약(convention collective)”과는 다른 것이다. 영국의 단체협약은 보통법의 관점에서 볼 때 법적 구속력과 규범적 효력이 없다. 그러므로 영국의 단체협약은 그 자체로서는 법원의 관할에 속하지 않는다. 영국의 단체협약은 그 적용 과정에서 비롯되는 개별적 쟁송을 경유해서만 비로소 법원의 시야에 들어온다. 영국의 법원은 단체협약 적용을 둘러싼 개별적 쟁송의 경우에 노동계약의 양 당사자가 개별적 차원에서, 즉 노동조합을 통하지 않고 노동자와 사용자의 개인 차원에서 단체협약을 적용하기로 합의한 것으로 간주한다. 다시 말하면, 단체협약의 규정이 그 자체로서 구속력을 발휘하는 것이 아니라, 노동계약 안으로 “체화(incorporation)”되어 노동계약의 이름으로 구속력을 발휘한다고 해석하는 것이다.<sup>6)</sup> 영국은 바로 이러한 방식으로 노동관계에서 집단적 차원과 개별적 차원을 접목하는 데 성공한다.

둘째, 독일은 “사회적 자치 모델”이라고 할 수 있다. 독일의 사회 모델은 게르만법의 전통 위에 구축되었다. 게르만법은 사회를 공동체(Gemeinschaft)의 연합이라고 생각한다. 그리고 국가는 이 공동체들을 조율한다. 이러한 모델은 신성로마제국의 유산이다. 서로 다른 왕국과 공국들로 구성된 신성로마제국처럼 독일의 국가는 “란트(Land)”라고 부르는 지역별 정치공동체들의 연방 형태를 취하였다. 이러한 전통에 단체법 이론을 통해 법이론적 기반을 제공한 법학자가 바로

3) 이하의 영국, 독일, 프랑스 세 나라 비교는 Alain Supiot(2019), *La force d'une idée, suivi de L'idée de justice sociale d'Alfred Fouillée*, Les Liens qui libèrent, pp.36-44를 요약·보충한 것이다.

4) 칸프로인트는 이렇게 말했다. “아마도 주요 나라들 중에서 집단적 노동관계를 형성하는 데 영국만큼 법이 큰 역할을 하지 않는 나라는 없을 것이다”(Otto Kahn-Freund(1959), *Labour and the Law*; Simon Deakin & Gillian S. Morris(2005), *Labour Law*, fourth edition, Hart Publishing, p.13에서 재인용).

5) 예를 들어 1906년의 노동쟁의법(Trade Dispute Act)이 그렇다(전형배(2017), 『영국노동법』, 오래, p.6 참조).

6) 추가적인 설명은 전형배, 위의 책, p.328 이하 참조.

오토 폰 기르케(Otto von Gierke)이다. 그리고 후고 진츠하이머는 이 단체법 이론을 노동법에 적용하였다. 진츠하이머의 생각은 1919년 바이마르 헌법에 영향을 미쳤다. 바이마르 헌법은 기업·사업, 산업 및 국가 등 다양한 차원의 직업공동체에서 노동자와 사용자가 동등한 자격으로 서로 협력할 것을 정하였다. 바로 이러한 전통적 기반 위에서 독일은 제2차 세계대전 후인 1952년에 공동결정(Mitbestimmung)에 관한 법을 제정하게 된 것이다. 이것은 전쟁 후에 대기업을 국유화했던 프랑스와 다르다. 공동결정제도는 기업·사업을 일종의 직업공동체로 바라보는 독일 사회 모델의 핵심적인 구성요소 가운데 하나이다. 이는 기업·사업의 경영에서 주주의 권한을 제한하는, 이른바 이해관계자 자본주의를 형성하는 데 기여했다. 이와 함께 독일의 사회 모델을 구성하는 나머지 두 개의 핵심 요소는 기업·사업 내 종업원대표제 그리고 산업별 단체교섭이다. 이처럼 독일에서 개인은 다양한 차원의 직업공동체에 소속됨으로써 집단적 차원과 접목된다.

셋째, 프랑스는 “사회적 공서(公序) 모델”이라고 할 수 있다. 프랑스는 제2차 세계대전 후에 전국레지스탕스위원회의 프로그램에 따라 사회보장제도를 구축했는데, 이를 위하여 영국 모델에 많은 관심을 보였다. 하지만 프랑스 특유의 협동조합 또는 공제조합 전통이 강하게 남아 있었기 때문에 결국 프랑스의 사회보장제도는 영국처럼 국가가 관리하는 방식이 아니라 노사가 공동으로 관리하는 방식, 즉 프랑스에서 말하는 “사회적 민주주의(démocratie sociale)” 방식으로 구상되었다. 이렇게 해서 프랑스의 사회보장제도는 기본적으로 사법의 영역에 속하면서도 동시에 비영리적 목적의 공익적 임무를 수행하는 혼종의 제도로서, 제3의 영역에 자리 잡게 된다. 이러한 프랑스 사회 모델의 특징을 가리키는 개념 가운데 하나가 바로 “사회적 공서(ordre public social)”라는 개념이다.<sup>7)</sup> 이것은 공익의 보장을 위하여 국가가 설정하는 테두리(타율성의 영역) 안에서 민간의 개인과 집단에게 폭넓은 자치를 허용하는(자율성의 영역) 것이다. 프랑스에서 법령과 단체협약 사이의 위계관계는 이러한 관점을 잘 보여 준다. 프랑스 노동법전 L.2251-1 조에 따르면, “단체협약은 법령의 규정보다 노동자에게 더 유리한 규정을 포함할 수 있다. 단체협약은 공서(ordre public)의 성격을 갖는 규정에는 반할 수 없다.”<sup>8)</sup> 이것을 흔히 “유리의 원칙”이라고 부른다. 즉 두 개의 서로 다른 규범이 하나의 동일한 노동계약관계에 적용될 수 있는 경우에는 노동자에게 더 유리한 규범을 적용해야 한다는 원칙이다. 유리의 원칙은 프랑스 헌법 제34조에서 말하는 “기본 원칙”으로 간주된다.<sup>9)</sup> 프랑스 헌법 제34조는 법률의 관할을 정하고 있는 규정이다. 그 가운데 “법률은 노동법과 노동조합법 및 사회보장법의 기본 원칙을 정한다.”

7) 공서(ordre public)의 개념에 대해서는 아래 III. 참조.

8) 독일의 단체협약법에 이와 같은 규정이 없다는 사실에 주목할 필요가 있다.

9) 한국의 노동법제에서도 유리의 원칙은 노동법상 일반 원칙으로 인정될 수 있다. 이에 대해서는 박제성(2020), 「노동법상 일반원칙으로서의 유리의 원칙」, 『노동리뷰』 1월호, pp.157~160 참조.

라는 규정이 있다. 유리의 원칙은 바로 노동법의 기본 원칙에 해당한다는 것이 프랑스 헌법재판소의 견해이다.<sup>10)</sup> 이것은 법치국가의 기본 원리 가운데 하나로 여겨지는 규범 간의 위계질서, 즉 하위의 규범은 상위의 규범에 반할 수 없다는 원리에 대한 중요한 예외를 구성한다. 그러나 이 사회적(social) 예외는 어디까지나 국가가 설정한 공적 질서(ordre public)의 한계 내에서만 허용되는 것이다.<sup>11)</sup> 이렇게 해서 프랑스 특유의 “사회적 공서(ordre public social)” 개념이 구성된다.

영국, 독일, 프랑스를 비교했을 때, 2018년 3월 26일 대통령이 발의한 대한민국 헌법 개정안의 입장은 공적 질서(노동조건 법정주의) 안에서 노사의 자치(노사대등결정의 원칙)를 보장하려고 하였다라는 점에서 프랑스 모델과 유사해 보인다. 이 헌법 개정안 제33조 제4항은 다음과 같다. “노동조건은 노동자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하되, 그 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.” 헌법 개정안 제안 이유에서는 이것을 “노사대등결정의 원칙”이라고 불렀다. 노사대등결정의 원칙은 노동관계 당사자와 국가의 관계, 즉 단체협약이라는 이름의 자율성과 강행법규라는 타율성의 관계를 어떻게 정립할 것인가에 관한 문제를 제기한다. 비록 무산되기는 했지만, 헌법 개정안 제33조 제4항은 이 문제에 관한 하나의 헌법적 관점을 보여 주었다는 점에서 여전히 학술적으로 검토할 의의가 존재한다. 이 규정의 앞부분, “노동조건은 노동자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하되”라는 부분은 노동관계 당사자들의 자율성을 보장한다는 의미이다. 대표적인 방법 가운데 하나가 바로 단체교섭이다. 그 뒷부분, “그 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다”라는 부분은 국가의 관할에 속하는 타율성의 영역을 가리킨다. “법률은 노동법과 노동조합법 및 사회보장법의 기본 원칙을 정한다.”라고 규정한 프랑스 헌법 제34조와 유사하다. 이 타율성의 영역은 현행 헌법 제32조 제3항에 있는 규정과 같은 내용으로서 “노동조건 법정주의”라고 부르는 것이다. 다시 말하면 헌법 개정안은 단체교섭(자율성)은 법률로 정하는 노동조건(타율성) 안에서 보장된다는 원칙을 제시한 것이라고 할 수 있다.<sup>12)</sup> 이것은 타율성의 한계 내에서 자율성이 보장되는 모델이라는 점에서 “사회적 공서 모델”이라고 할 수 있다. 이것은 타율성과 자율성이 배타적 영역을 형성하는 “사회적 방입 모델”(영국)이나, 타율성이 자율성 앞에서 뒤로 물러나는 “사회적 자치 모델”(독일)과 구별된다.

10) Conseil constitutionnel, 12 juillet 1967, No.6746.

11) 프랑스에서 가장 유명한 노동법 교과서의 공동 저자이면서 파리10대학 노동법 교수인 에마누엘 도케스는 심지어 이렇게 말한다. “(프랑스) 노동법에서 ‘집단지치’는 신화에 불과하며, 계약법에서의 ‘의사자치’보다도 허구적이다”(Emmanuel Dockès, 2015, “Préface” à Josépha Durringer, *Les sources de la représentation collective des salariés*, LGDJ, p.vi).

12) 박제성(2018), 「집단적 근로 조건 대등 결정의 원칙과 근로자 대표론의 의의」, 『노동법연구』 제45호, p.136 이하.

### III. 공서(公序)로서의 동일가치노동 동일임금 원칙과 단체협약

공서(公序)는 “공서양속(公序良俗)”이라고 말할 때의 그 공서를 의미한다. 이 개념은 1804년 프랑스 민법전, 일명 나폴레옹 민법전에 이미 등장한 개념으로서, 지금까지도 프랑스 민법의 기본 개념으로 존속하고 있을 뿐만 아니라 나폴레옹 민법전을 계수한 대부분의 나라에서 가장 기본적인 법률 개념으로 자리 잡고 있다. 현행 프랑스 민법전 제6조에 의하면, “공서와 양속에 관한 법률에 반하는 합의는 허용되지 않는다(On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs).” 여기에서 “ordre public”을 번역한 말이 “공서”이고 “bonnes mœurs”를 번역한 말이 “양속”이다. 일본 민법 제90조는 “공서양속 위반의 법률행위”라는 제목하에 “공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하는 사항을 목적으로 하는 법률행위는 무효로 한다.”라고 규정하고 있다. 그리고 우리 민법 제103조는 “반사회질서의 법률행위”라는 제목으로 “선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.”라고 규정하고 있다. 프랑스 민법전의 “ordre public”이 일본 민법에서는 “공의 질서”로 번역되었고, 우리 민법에서는 “사회질서”로 번역되었다. 그러나 그 내용은 다르지 않다. 우리 민법의 “사회질서”는 곧 “공서”인 것이다.

공서를 위반한 법률행위를 무효로 하는 이유는 무엇일까? 관윤직에 의하면, “민법은 법률행위 자유의 원칙을 인정하고 있으며, 법률행위가 행하여진 경우에는 그 목적이 이루어지도록 힘을 써서 도와주려고 한다. 그러나 그것은, 법률이 가지는 이상의 범위 안에서 그러한 것이다. 따라서 법률행위는 자유라고 하여도, 그것이 사회의 일반적 질서에 위반하는 것일 때에 그 효력을 부정하는 것은, 어느 시대의 법률에 있어서나 극히 당연한 일이다. 특히 성문법주의를 취하는 국가에서는 그렇게 할 필요성이 크다. 법률행위의 내용이 법질서 전체의 목적에 비추어 타당하냐 아니냐를 개별적·구체적으로 모두 빠짐없이 미리 규정해 둔다는 것은, 도저히 불가능하기 때문이다. 여기서 법률은, 개별적인 강행규정 외에 일반적·포괄적인 법의 근본이념을 선언하여 밝히는 규정을 두어 각개의 법률행위 내용 내지 목적이 적법하고 타당하냐 아니냐를 판단케 하는 기준으로 하고 있는 것이다.”<sup>13)</sup>

그렇다면 “동일가치노동 동일임금”<sup>14)</sup> 원칙은 우리 법질서에서 하나의 “공서(公序)”를 구성한

13) 관윤직(2002), 『민법총칙』, 제7판, 박영사, pp.214~215.

14) 동일가치노동은 사실적으로 동일한 노동은 아니지만 동일한 가치를 갖는 노동을 포섭하여, 동일임금 원칙의 적용 범위를 확대하기 위하여 채택된 용어법이다(예를 들어, 벽돌공의 노동과 변호사의 노동은 사실적으로 같은 노동은 아니지만 동일한 가치를 갖는 노동으로 인정될 수는 있다). 그런데 인간의 노동은 그 어떤 노동도 사실적으로

다고 말할 수 있을까? 그렇다고 생각한다. 이유는 다음과 같다.

첫째, 헌법 제11조 제1항 따르면 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.” 동일가치노동 동일임금은 헌법상 평등의 원칙을 노동관계에서 실질적으로 실현하기 위한 것으로 해석된다.

둘째, 근로기준법 제6조에 의하면, “사용자는 근로자에 대하여 남녀의 성을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 근로조건에 대한 차별적 대우를 하지 못한다.” 이 규정은 동일가치노동 동일임금 원칙을 포괄하는 것으로 해석된다. 또 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하, 남녀고용평등법) 제8조 제1항은 명시적으로 “사업주는 동일한 사업 내의 동일한 가치 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 법률의 명칭에도 불구하고, 이 규정은 반드시 남녀 사이의 동일가치노동 동일임금만을 규정한 것은 아니다. 대법원에 의하면, “근로기준법 제6조에서 정하고 있는 균등대우원칙이나 남녀고용평등법 제8조에서 정하고 있는 동일가치노동 동일임금 원칙 등은 어느 것이나 헌법 제11조 제1항의 평등원칙을 근로관계에서 실질적으로 실현하기 위한 것이다.”<sup>15)</sup>

다만, 근로기준법과 남녀고용평등법은 모두 차별 금지 의무를 사용자 또는 사업주의 의무로만 규정하고 있다는 점에 유의해야 한다. 즉 다른 정당한 사유 없이 사용자의 단독행위에 의해서 노동자를 차별하는 경우만 금지하고 있는 것이다. 그러므로 만약 노동조합과의 사이에서 동일가치노동 동일임금 원칙을 위반하는 단체협약이 체결된 경우에는 적어도 위 두 법 위반은 아니라고 해석될 여지가 있다.

하지만 국제노동기구(ILO) 협약은 다르다. 우선, 고용 및 직업상의 차별에 관한 ILO 협약 제111호(1958)<sup>16)</sup>는 “인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 견해, 출신국 또는 사회적 신분에 근거한 모든 구별·배제 또는 우대로서, 고용 또는 직업상의 기회 또는 대우의 균등을 부정하거나 저해하는 효과를 가지는 것”<sup>17)</sup>을 차별로 정의하면서, 다만 “특정 직종의 고유한 요구 사항에 근거한 모든 구별·배제 또는 우대는 차별로 간주되지 아니한다.”라고 규정한다.<sup>18)</sup> 두 가지 사실에 주목할 필요가 있다. 첫째, 차별은 객관적 방식으로 정의되어 있다. 차별 금지는 사용자의 주관적 의무가 아니라 객관적 정책 목적으로 정의되어 있는 것이다. 그러므로 차별을 제거할

동일한 노동은 없다. 노동자 갑과 노동자 을 사이에 사실적으로 동일한 노동은 없다. 만약 있다면 그것은 오로지 상품화된 노동으로서의 양적인 차원에서만 동일할 뿐이다. 노동의 질적 측면까지 고려한다면, 사실상 차원에서의 동일노동은 존재할 수 없다. 그러므로 동일노동은 언제나 그 가치가 동일한 노동을 의미할 뿐이다.

15) 대법원, 2019. 3. 14, 2015두46321.

16) 다자조약, 제1499호, 1999. 12. 20.

17) 위 조약 제1조 제1항.

18) 위 조약 제1조 제2항.

의무는 노사정 모두의 의무가 되고 있다. 둘째, 차별이 아닌 구별을 “직종(emploi/job)”과 연관시키고 있다는 점이다. 직종별로는 다를 수 있지만, 적어도 같은 직종에서 일하는 모든 노동자는 같은 대우를 받아야 한다는 것은 거의 공리적(axiomatic) 수준에서 전제되어 있다고 보아야 할 것이다.

그리고 동일가치노동에 대한 남녀 노동자의 동일보수에 관한 ILO 협약 제100호(1951)<sup>19)</sup>에 의하면, “회원국은 남성 노동자와 여성 노동자 사이의 동일가치노동 동일임금 원칙을 촉진하고, 이를 모든 노동자에게 적용해야 한다.”<sup>20)</sup> 즉 동일가치노동 동일임금은 사용자의 주관적 의무가 아니라 객관적 원칙으로 규정되어 있다. ILO 협약이 이 원칙을 실현하는 방법으로 법령과 함께 단체협약도 언급하고<sup>21)</sup> 있는 것은, 이것이 단순히 사용자에게만 부과되는 의무가 아니라 노사정이 함께 참여해서 실현해야 하는 객관적 가치질서, 즉 하나의 공서에 해당한다는 점이 전제되어 있기 때문이다.

ILO 협약 제111호(다자조약 제1499호)와 제100호(다자조약 제1465호)는 헌법에 의하여 체결되고 공포된 조약이다. 그러므로 헌법 제6조에 의하여 국내법과 같은 효력을 갖는다. 요컨대 한국의 법질서에서 동일가치노동 동일임금은 단순히 사용자에게만 부과되는 주관적 의무가 아니라, 노사정이 함께 협력해서 실현해야 하는 원칙, 객관적 사회질서로서의 공서에 해당한다.<sup>22)</sup> 그리고 그 원칙은 남녀 노동자 사이에서만 적용되는 것이 아니라, 모든 노동자에게 공통적으로 적용되는 원칙이다. 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(유엔사회권규약) 제7조에 의하면, 공정한 임금과 어떠한 종류의 차별도 없는 동등한 가치의 노동에 대한 동등한 보수를 모든 노동자에게 보장하는 노동조건을 향유할 권리는 기본적 인권으로 인정된다.

그렇다면 노동조합과 사용자(단체)가 체결하는 단체협약의 내용이 동일가치노동 동일임금 원칙을 위반한다면(예를 들어 내국인과 외국인 사이에, 정규직과 비정규직 사이에 또는 조합원과 비조합원 사이에), 그 단체협약 규정은 민법 제103조에 따라 사회질서(공서)를 위반하는 법률행위로서 무효라고 해석해야 하지 않을까? 노사가 단체협약을 통해 자주적으로 노동조건을 규율하는 것이 인정될 뿐만 아니라, 바람직하다고 생각하는 이른바 “협약자치” 또는 “노사자치”의

19) 다자조약, 제1465호, 1998. 12. 4.

20) 위 조약 제2조 제1항.

21) 위 조약 제2조 제2항 참조.

22) 2018년 3월에 대통령이 발의한 헌법 개정안에서도 동일가치노동 동일임금은 하나의 원칙으로서 자리매김되어 있다. 대통령 개헌안 제33조 제3항에 의하면, “국가는 동일한 가치의 노동에 대해서는 동일한 수준의 임금이 지급되도록 노력해야 한다.” 다만, ILO 협약에서 보듯듯이, 이 원칙이 국가의 의무로 한정될 이유는 없다. 그런 점에서 2018년 2월에 나온 개헌특위자문위원회의 개헌안이 좀 더 낫다. 자문위 개헌안 제35조 제3항에 의하면 이렇다. “동일한 가치의 노동에 대하여는 동일한 임금이 지급되어야 한다.” 이에 관해서는 강성태(2019), 『노동법에서 포용성의 확대: 노동의 연대와 활력을 촉진하기 위한 법제도』, 장지연 외, 『노동시장 이중구조 해소를 위한 통합적 노동시장정책 패러다임』, 한국노동연구원, p.105 이하 참조.

개념이 널리 통용되고 있기는 하지만, 어떤 경우에도 공서를 위반하는 자치는 허용되지 않는다.

그런데 단체협약에 의한 조합원과 비조합원의 차등 문제로 가면 사태가 조금 더 복잡해진다. 단체협약은 “본래” 조합원에게만 적용되는 것이므로, 비조합원에게 적용하지 않는다고 해서 차별이라고 볼 수는 없다고 생각하는 것이 보통이기 때문이다. 그러나 단체협약이 협약 당사자인 노동조합과 사용자단체를 넘어 별개의 법인격을 갖고 있는 개별 노동자와 개별 사용자에게까지 적용되는 이유는, 단체협약이 계약적 성질을 넘어 객관적 법규범으로서의 효력을 발휘하기 때문이다. 요컨대 단체협약은 계약의 형식으로 체결되지만, 법규범으로 적용되는 것을 본래적 목적으로 삼는다.

#### IV. 만인효(erga omnes)와 무임승차론

단체협약의 의의, 즉 공정한 경쟁 질서를 확립함으로써 정직한 사용자를 보호한다는 의의가 제대로 실현되기 위해서는 해당 업종·지역의 모든 사용자와 모든 노동자가 단체협약의 구속력 범위 안에 포괄될 필요가 있다. 이것은 곧 노동조합의 조합원 자격 여부를 구별하지 않고 똑같이 단체협약을 적용한다는 말이다. 이것을 단체협약의 “만인효(erga omnes)”라고 부른다. 만인효와 효력확장제도는 구분해야 한다. 만인효는 단체협약 자체의 규범적 효력이 적용 범위(업종·지역, 기업) 내의 모든 사용자와 노동자에게 적용된다는 의미이다. 효력확장제도는 단체협약의 적용 범위 밖에 있는 사용자와 노동자에게 단체협약의 구속력을 확장하는 것을 말한다.

OECD Employment Outlook 2017년판을 보면, 보고서 대상 39개 나라 가운데 만인효 제도가 존재하는 나라는 모두 29개국이다.<sup>23)</sup> 이 중에서 업종과 기업 차원에서 모두 만인효가 존재하는 나라는 22개국이며,<sup>24)</sup> 기업 차원에서만 만인효가 존재하는 나라는 7개국이다.<sup>25)</sup> 그리고 업종이든 기업이든 만인효가 존재하지 않고, 노동조합 조합원에게만 단체협약이 적용되는 나라는 10

23) Table 4. 1. Use of erga omnes clauses, 2015, p.141.

24) 오스트리아, 벨기에, 캐나다(앨버타), 체코, 덴마크, 에스토니아, 핀란드, 프랑스, 헝가리, 아이슬란드, 아일랜드, 이스라엘, 이탈리아, 라트비아, 리투아니아, 룩셈부르크, 멕시코, 네덜란드, 노르웨이, 슬로바키아, 슬로베니아, 스페인.

25) 호주, 캐나다(브리티시컬럼비아, 온타리오, 퀘벡), 코스타리카, 폴란드, 영국, 미국, 그리스. 그리스는 좀 독특하다. 업종별 협약의 적용은 이종의 멤버십이 적용된다. 즉 사용자단체의 구성원인 사용자에게 고용되어 있는 노동자 중에서 노동조합의 조합원에게만 적용된다. 반면에 기업별 협약은 노동조합 가입 여부와 상관없이 모든 노동자에게 적용된다. 그리스의 단체교섭법제에 대해서는 Costas Papadimitriou(2019), “Les modifications récentes du droit de la négociation collective en Grèce”, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, pp.218–221 참조.

개국<sup>26)</sup>에 불과하다. 이 10개국에 독일과 일본, 한국이 포함된다. 즉 우리가 독일과 일본의 영향을 받아 “본래적”일 것이라고 믿고 있는 단체협약법제는 오히려 소수에 속한다는 점을 알 수 있다. OECD 보고서는 만인효의 장단점을 이렇게 소개한다. 장점은 △모든 노동자에게 동일한 조건이 적용되므로 제도를 단순하게 만들 수 있다는 점 △과도한 경쟁을 제한하고 사회적 평화를 촉진할 수 있다는 점 △거래비용을 감소시킨다는 점 등이다.

단점은 무임승차 문제를 야기할 수 있다는 점이라고 한다. 단체협약의 적용을 받고 싶으면 노동조합에 가입하면 될 일인데, 노동조합 가입은 하지 않으면서 단체협약의 보호만 받겠다고 하는 것은 무임승차에 해당하는 것이므로 허용될 수 없고, 무임승차를 허용하는 것은 오히려 노동조합의 단결권을 침해한다는 것이다. 한국에서도 무임승차를 강하게 비판하는 임종률은 이렇게 주장한다. “사업장 단위 일반적 구속력은 비조합원이 조합비 등의 부담은 지지 않으면서 단체협약의 혜택만 누리는 이른바 ‘무임승차’를 허용함으로써 노동조합 가입의 유인을 저해하고 노동조합의 이익에 반하는 경우가 많다.”<sup>27)</sup> 이러한 입장은 학계만이 아니라 노동계에서도 상당히 폭넓게 공유되고 있는 것으로 보인다. 그러므로 업종별 협약의 의의를 제대로 이해하기 위해서는 무임승차 문제를 검토할 필요성이 있다.

미국의 경제학자 멘슈어 올슨은 1965년에 『집단행동의 논리』라는 책에서 무임승차 문제를 처음으로 모델링하였는데, 그 분석 대상이 바로 노동조합이었다.<sup>28)</sup> 올슨의 주장에 의하면, 만약 노동조합이 획득한 혜택을 조합원과 비조합원을 가리지 않고 모든 노동자가 나누어 가질 수 있다면, 자기 자신의 이익을 합리적으로 추구하는 존재로 상정되는 개별 노동자로서는 노동조합에 가입하지 않는 것이 합리적인 행동이 될 것이다. 그러므로 “한 집단 내의 구성원의 숫자가 매우 적거나 또는 개개인으로 하여금 공동이익을 추구하게 하는 강제 장치나 어떤 다른 특수 장치가 있는 예외적인 경우가 아니고서는 합리적이고 이기적인 개개인들은 그들의 공동이익이나 집단이익을 추구하기 위해 행동하지는 않을 것이다.”<sup>29)</sup>

올슨은 미국의 노동조합이 클로즈드 쇼프나 유니온 쇼프 등의 단결강제를 활용하는 이유가 여기에 있다고 분석한다. 올슨은 대규모 이익집단이 공동의 목적으로 삼는 것은 집합재 또는 공공재인 경우가 많은데, 공공재는 기본적으로 조직 구성원이 아닌 자에게도 똑같이 혜택을 제공하기 때문에 무임승차 문제를 피할 수 없다고 본다. 그런데 공공재 중에서 가장 대표적인 것은 법률일 것이다. 법률은 여당의 구성원에게만 혜택을 주는 것이 아니라, 야당의 구성원을 포함하여 모든 국민에게 혜택을 부여하기 때문이다. 그러므로 올슨의 주장에 따르면, 여기에서도 무임

26) 콜롬비아, 뉴질랜드, 독일, 한국, 일본, 칠레, 포르투갈, 스웨덴, 스위스, 터키.

27) 임종률(2020), 『노동법』, 제18판, 박영사, p.180.

28) 멘슈어 올슨(2013), 『집단행동의 논리: 공공재와 집단이론』, 한국문화사, p.105 이하.

29) 멘슈어 올슨, 위의 책, p.2.

승차의 문제가 발생하고, 따라서 강제 장치 등이 있는 예외적인 경우가 아니면 정당은 결성될 수 없을 것이다. 실제로 올슨은 미국의 정당에 대해 그런 식으로 분석하고 있다.<sup>30)</sup> 올슨의 주장을 밀고 나간다면, 정당 의무 가입제를 도입하거나 아니면 정당 무용론에 빠지게 될 것이다.

그러나 올슨의 견해는 이른바 “비즈니스 노동조합”을 추구했던 미국 노동조합운동의 역사에 영향을 받은 것으로서, 19세기 말과 20세기 초 미국 노동운동의 특수한 현실을 반영한 것에 불과하다. 나아가 그 당시의 조건을 고려한다고 하더라도 매우 편협한 관점이라고 하지 않을 수 없다. 합리적이고 이기적인 개인의 표상을 사회관계의 준거로 삼고, 그것을 다시 노동자와 노동조합으로 확장시켜 노동관계를 설명하는 관점은, 각자의 이기심이 자동적으로 사회적 정의를 만들어 낼 것이라고 간주하는 공리주의(功利主義)의 고유한 편견에 불과하다.

여기에서 우리는 프랑스 철학자 시몬 베유의 통찰에 귀를 기울일 필요가 있다. 베유는 이익을 중심으로 뭉친 “이익단체(organization of interest)”와 이념을 중심으로 뭉친 “이념단체(organization of idea)”를 구별했다.<sup>31)</sup> 이념은 정신이 세계를 표상하는 방식, 즉 세계관이다. 이념은 이데올로기와 다르다. 이데올로기는 이념이 고체화되어 딱딱해진 것이라고 할 수 있다. 반면에 이념은 이데올로기로 경직화되기 이전의 상태, 아직은 유동적이고, 다양한 해석에 열려 있으며, 반박을 허용하는 액체성 상태라고 할 수 있다. 이익단체는 이익 쟁취를 위하여 엄격한 위계와 규율 혹은 단결강제까지도 허용될 수 있다. 그러나 이념단체는 그렇지 않다. 이념은 위계와 규율 또는 상명하복으로 만들어지거나 공유될 수 있는 것이 아니기 때문이다. 거기에는 자발성이 전제되어야 한다. 이념단체는 같은 이념, 사상, 생각, 관점을 공유하는 사람들의 개방적이고 유동적인 집단이다. 이념단체의 조직 원리는 개인과 집단, 특수성과 보편성을 연결하는 매개, 다소 유동적인 매개에 가깝다고 할 수 있다.

노동자는 결코 “본성상” 이기적인 존재인 것이 아니며, 노동조합은 “원리상” 이익단체인 것이 아니다. 노동조합 앞에는 이익단체가 되는 길 것과 이념단체가 되는 길의 양 갈래가 있다. 이익을 쟁취하기 위하여 힘으로 싸우는 것이 노동조합의 존재 법칙이라면, 노동조합은 결코 정의를 말할 수 없을 것이다. 힘과 정의는 양립할 수 없는 개념이기 때문이다. 사람들은 흔히 부당한 힘에 맞서 더 강력한 힘으로 부당한 힘을 제압하는 것을 정의 실현이라고 생각한다. 그러나 힘이 준거가 되는 세상에서는 강자가 약자를 지배하는 것이 전혀 부당한 일이 아니다. 물론 정의로운 일도 아니다. 그것은 단지 존재 법칙이 적용된 결과에 불과하다. 태양이 태양계의 행성을 지배한다고 해서 그것을 부당하다고 말할 수 없는 것과 같다. 우리가 정의를 말한다면, 그것은 이 세상에 물리적 힘 외에도 다른 원리가 작용한다고 믿기 때문이다. **KL**

30) 맨슈어 올슨, 앞의 책, p.254 이하.

31) 시몬 베유(2013), 『뿌리내림: 인간에 대한 의무 선언의 서곡』, 이제이북스, p.38 이하.