

업종별 교섭의 규범적 의의와 가능성*

박 제 성**

노사관계는 선분이 아니라 삼각형이다. 노사관계는 노와 사만의 관계를 지칭하는 것이 아니다. 여기에는 제3항, 즉 정부(국가)의 존재와 기능이 함축되어 있다. 노사관계에서 이 제3항의 지위를 어떻게 설정하는가에 따라 노사관계의 모델이 달라진다. 헌법 제32조 제3항과 제33조 제1항이 형성하는 규범적 구조 속에서 노사의 자율성은 법률의 타율성 내에서만 보장된다. 그런 점에서 한국의 노사관계는 사회적 공서 모델에 속한다고 할 수 있다. 노동조합법 제30조 제3항에서 규정하고 있는 국가 등의 단체교섭 지원 및 활성화 노력의무는 이러한 규범적 구조 속에서 적극적으로 해석되어야 한다.

I. 서론

“노사관계”라는 용어는 이 용어가 지칭하는 관계가 노와 사의 이항관계인 것처럼 생각하게 만드는 효과가 있다. 그러나 이른바 노사관계는 노와 사만의 관계를 지칭하는 것이 아니다. 여기에는 제3항, 즉 정부(국가)의 존재와 기능이 함축되어 있다. 이때 말하는 “정부”는 정해진 임기 동안 임무를 수행하고 선거를 통해서 매번 교체되는 ‘정권(government)’을 의미하는 것이 아니라, 대한민국이라는 정치공동체의 영속성을 담보하는 대표기관으로서의 대문자 정부(Government)를 의미한다.

노와 사는 정부의 존재를 상정한 채 양자간의 관계를 형성하는 것이다. 때로는 정부를 밀어낸 채 노와 사의 주도권을 확립하려고 하기도 하고, 때로는 정부를 직접 상대로 요구사항을 관

* 이 글은 한국노동연구원 2022년도 「노사관계혁신사업」의 사업내과제인 이정희 외, 『업종별 교섭 연석회의 제도화 방안 연구』의 일환으로 진행된 연구의 일부이며, 2022년 9월 29일 한국노동연구원 개원기념 세미나 『변화하는 사회, 노사관계 재구성』에서 발표하였다.

** 한국노동연구원 선임연구위원(pjs@kli.re.kr).

철시키려고 하기도 하고, 또 때로는 정부를 자기 편으로 끌어들이며 동맹관계를 맺으려고 하기도 한다. 어느 경우이나 이른바 노사관계는 삼각형의 구조이다.

흔히 한국에는 노사관계는 없고 노정관계만 있다는 말을 하곤 한다. 그러나 노동조합이 정부를 상대할 때에는 언제나 사용자의 존재를 염두에 두고 있는 것이다. 그리고 사용자도 정부와 노동조합의 관계를 염두에 두면서 대정부 혹은 대노동조합 관계를 형성해 가는 것이다. 그러므로 노정관계는 노사관계의 한 측면이라고 할 수 있다. 노사관계는 선분이 아니라 삼각형이다.

노사관계에서 이 제3항의 지위를 어떻게 설정하는가에 따라 노사관계의 모델이 달라진다. 노사의 지평에서 정부를 상대적으로 멀리 떨어뜨리고 노사간의 직접적인 관계를 강조하는 경우에는 노사자치주의적 모델이 형성된다(삼각형 그림에서 노와 사의 관계는 실선으로 그려지고, 노와 사가 정부와 맺는 관계는 점선으로 그려진다). 반면에 정부를 노사관계의 직접 행위자로 설정하는 경우에는 전혀 다른 노사관계 모델이 형성된다(삼각형 그림에서 세 변이 모두 실선으로 그려진다).

이른바 시장의 자생적 질서를 신봉하는 학자 중에는 노사관계에 정부가 개입하는 것을 비판하면서 “노사자치”를 강조하는 견해들이 없지 않다. 이런 입장은 철학적으로 자유주의에 속한다고 할 수 있는데, 자유주의는 외부의 간섭이나 개입이 없는 상태를 자유로 정의한다. 따라서 자유시장의 가치를 지키기 위해서는 정부 등의 간섭이나 개입을 시장으로부터 배제해야 한다고 생각한다. 이러한 생각의 연장선 위에서 노사관계에도 정부가 개입하면 안 된다고 주장한다. 노사관계는 노와 사가 각자의 이해타산을 기반으로 거래를 성사시키는 일종의 게임으로 간주된다.

노동법학자 중에도 “노사자치”(논자에 따라서는 “협약자치” 또는 “단체자치”라는 표현을 사용하기도 한다)를 노사관계의 보편적 원칙으로 생각하는 사람들이 있는 것 같다. 예를 들면 이런 식이다. “노사관계의 역사는 노사자치가 정립되어 가는 과정이라고 해도 과언이 아닐 것이다.”¹⁾ 그러나 노사관계는 노사자치의 정립과정이 아니라, 노사정의 삼각관계가 어떤 식으로 정립되어 가는가에 관한 과정이라고 할 것이다.

이는 프랑스 노사관계의 특징을 검토해 보는 것만으로도 충분하다. 왜냐하면 프랑스의 노사관계는 도저히 노사자치라고 부를 수 없는 어떤 고유한 특징을 보여주고 있기 때문이다. 프랑스의 저명한 노동법 교수는 이렇게 단언한다. “프랑스 노동법에서 노사자치는 신화에 불과하다.”²⁾ 칼 포퍼의 “반증가능성” 개념을 적용한다면, 프랑스의 사례는 노사자치를 노사관계나 노

1) 이정, 「집단적 노사관계법의 변천을 통해서 본 노사자치의 특징과 한계」, 『노동법학』, 제47호, 한국노동법학회, 2013, 201면.

2) Emmanuel Dockès, “Préface” à Josépha Dirringer, *Les sources de la représentation collective des salariés*, Paris, LGDJ, 2015, p. vi.

동법의 보편적 원칙으로 이해하는 입장에 대한 강력한 반증으로 작용할 수 있을 것이다.(오해가 있을 것 같아서 첨언하자면, 노사자치가 필요 없다는 말이 아니다. 노사관계는 노사자치질서와 국가법질서가 상호관계를 맺고 이를 조정해 가는 역동적 과정이지, 마치 노사자치가 원칙인 것처럼 전제하면서 국가는 함부로 개입하면 안 된다고 생각하는 것은 타당하지 않다는 점을 지적하고자 할 뿐이다. 사회학의 방법론을 참조한다면, 노사관계의 보편적 개념을 찾으려고 할 것이 아니라, 각각의 나라에서 노사관계가 어떻게 정의되고 있는지를 이해하는 것이 더 적절할 것이다. 각 나라마다 고유한 노사관계 개념은 그 나라의 사회적 상태를 반영한다. 노사관계는 사회적 구성물인 것이다. 그러므로 “노사관계란 무엇인가?”라는 질문이 아니라, “노사관계는 어떻게 정의되고 있는가?”라는 질문이 더 유용할 것이다.)

근로기준법으로 대변되는 강행법규와 노사자치(단체협약)의 관계 혹은 위계를 둘러싼 논쟁은 최근에 통상임금을 둘러싸고 활발하게 진행되었다. 특히, 근로기준법상 통상임금에 해당하는 금원을 통상임금에서 제외하기로 노사가 단체협약으로 정한 경우에, 이 협약의 효력을 둘러싸고 논쟁이 진행되었다.³⁾ 우리 대법원은 일관해서 이를 무효로 판단하고 있다. 근로기준법의 강행규정성에 반하기 때문이라고 본다.

이에 대해서 노사자치주의에 입각해서 판례의 입장을 비판하는 견해들이 있다. 예를 들면, 임금의 결정은 노사자치로 하는 것이 원칙이고, 여기에는 고정급만이 아니라 변동급(가산임금의 범위와 할증률)에 대한 결정도 포함된다는 견해가 그런 것이다.⁴⁾ 한편, 강행법규와 노사자치(단체협약)는 양자 모두 동등한 헌법적 근거를 갖고 있다고 하면서, 강행법규의 효력을 상대화시키고 노사자치의 우선성을 강조하는 입장도 여기에 속한다.⁵⁾

그러나 근로시간과 임금의 결정을 노사자치로 하는 것이 원칙이라는 주장은 별로 근거가 없다. 독일 같은 나라는 가산임금에 대해서 법에서는 따로 정하는 바가 없고 대개 단체협약에서 정하고 있지만,⁶⁾ 프랑스 같은 나라는 법령에서 기준을 정하고 있다.⁷⁾ 프랑스는 법률에서 “법정

3) 이 논쟁의 의미를 조금 더 일반화하면, 결국 근로기준법보다 근로자에게 더 불리한 내용의 단체협약이 유효한가에 관한 문제가 된다. 이 문제를 다루는 관점에는 크게 두 가지가 있다. 하나는 협약자치의 내재적 한계를 벗어난 것인가 여부의 문제로 다루는 것이다. 주로 독일에서 취하는 관점이고, 한국의 많은 노동법학자들도 이런 관점을 취하고 있는 것 같다. 또 하나는 강행법규 또는 공서 위반의 문제로 다루는 것이다. 주로 프랑스에서 취하는 관점이라고 할 수 있으며, 우리 근로기준법이 취하고 있는 관점이기도 하다. 왜냐하면 근로기준법 제3조는 “이 법에서 정하는 근로조건은 최저기준이므로 근로관계 당사자는 이 기준을 이유로 근로조건을 낮출 수 없다.”라고 정하고 있기 때문이다. “근로관계 당사자”에는 개별 근로계약의 당사자인 근로자와 사용자만이 아니라, 개별 근로자와 사용자를 대표하여 근로조건을 정할 수 있는 권한이 있는 근로자단체와 사용자단체도 포함된다고 보아야 할 것이다.

4) 권혁, 「약정통상임금의 효력에 관한 법이론적 재검토」, 『법학연구』, 제54권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2013, 203~228면.

5) 김영문, 「강행적 근로기준법과 노사자치의 관계에 관한 일고찰 — 통상임금 산정기초에 관한 노사합의와 근로기준법을 중심으로」, 『노동법논총』, 제29호, 한국비교노동법학회, 2013, 237~286면.

6) 박귀천, 「탄력적 근로시간 관련 법적 해외사례 분석 : 독일」, 『노동리뷰』, 2019년 3월호, 한국노동연구원, 39~49면.

근로시간(durée légale de travail)은 주 35시간으로 정한다.”⁸⁾라고 하지만, 독일은 그런 법률 규정이 없다. 독일 모델과 프랑스 모델은 서로 다를 뿐, 독일 모델이 원칙이라고 주장할 수 있는 근거는 없다. 그리고 한국의 노사관계 모델이 독일 모델과 동일하거나 유사하다고 주장할 수 있는 근거도 별로 없다.

공서(公序)로서의 근로기준법의 효력을 상대화하고 노사자치의 원칙을 내세우는 주장들은 독일식의 사회적 자치 모델을 한국의 노사관계에 억지로 끼워 맞춘 것에 불과하다는 비판을 피하기 어렵다. 왜냐하면 독일 헌법에는 한국 헌법의 제32조 제3항 같은 규정이 없기 때문이다. 제32조 제3항은 이렇게 정하고 있다. “근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.” 즉 근로조건을 정하는 것은 어디까지나 법률의 관할권에 속한다. 단체협약은 기준을 정할 수 없다. 기준을 정할 수 없으므로 기준을 변경할 수도 없다. 즉 단체협약은 법률이 정한 기준을 임의로 변경할 수 없다. 법률이 허락하는 경우에만 변경할 수 있을 뿐이다. 헌법 제33조 제1항의 의미는 단체협약이 임의로 근로조건을 정하거나 변경할 수 있다는 것을 의미하지 않는다. 이 조항의 의미는 법률이 정하는 기준 위에서 노사의 자치를 보장한다는 것이다.⁹⁾ 즉 노사의 자율성은 법률의 타율성 내에서만 보장된다. 그런 점에서 한국의 노사관계는 사회적 자치 모델이 아니라 사회적 공서 모델에 속한다고 할 수 있다.

II. 사회적 공서 모델의 법적 몽타주

노사관계의 모델은 노사관계를 구성하는 다양한 소여(所與)들 — 법령, 단체협약, 근로계약, 근로자, 노동조합, 사용자, 사용자단체 등 — 을 어떻게 배치하는가, 어떠한 효과를 의도하면서 배치하는가, 그 배치의 결과 어떠한 규범적 효과가 발생하는가에 따라서 달라진다. 사회적 공서 모델을 구성하는 법적 몽타주의 핵심에 헌법 제32조 제3항이 있다.

1. 헌법 제32조 제3항의 해석론

헌법 제32조 제3항에 따르면 “근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한

7) 프랑스 노동법전(Code du travail), art. L. 3121-27 이하.

8) Code du travail, art. L. 3121-27.

9) 같은 취지로 도재형, 「통상임금 소고」, 『노동법연구』, 제35호, 서울대학교노동법연구회, 2013, 81면: “협약 자치는 근로기준법의 기준을 전제하고 허용된다.”

다.” 이 기준은 공서(公序)로 기능한다. 공서의 의미는 민법 제103조에서 규정하고 있는 바의 “사회질서”와 같다. 민법 제103조에 따르면 “선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다.” 비교법 차원에서 보면, 민법 제103조의 “사회질서”는 1804년 프랑스 민법전의 “ordre public”(제6조)을 번역한 것이다. 참고로, 일본 민법은 “ordre public”을 “公の秩序”(제90조)로 번역하고 있다.

지금까지의 전통적인 해석론에 의하면, 헌법 제32조 제3항은 개별법(근로기준법)의 근거규정이요, 헌법 제33조 제1항은 집단법(노동조합법)의 근거규정이란 것이다. 그러나 그런 식의 이분법은 타당하지 않다. 양자를 통합적으로 해석하는 것이 중요하다. 이 두 개의 헌법 규정은 상호 조용하면서 이른바 사회적 공서 모델을 구성하는 데 기여한다.

헌법 교과서에 의하면 헌법 제32조 제3항의 의미는 다음과 같다. “근로조건에 관한 기준을 법률로써 정한다는 것은 경제적 약자인 근로자의 권익을 위하여 당사자간의 자유로운 계약에 의한 근로조건에 관하여 법률이 최저한의 제한을 설정한다는 의미이다. 따라서 이 조항은 계약의 자유의 원칙에 대한 수정을 의미하는 것이다.”¹⁰⁾ 노동법 교과서의 설명도 대동소이하다.¹¹⁾

사실 노동법은 근로자보호법이라고 생각하는 사람들이 많다. 노동법의 탄생과 발전에 관한 역사적인 맥락도 있고, 노동법의 규정형식이 대부분 근로자에게는 권리를 보장하고 사용자에게는 의무를 부과하는 형식을 취하고 있기 때문이기도 하다. 확실히 그런 부분이 있다. 노동법은 근로자보호법이다. 이 점을 부정할 수는 없다.

그러나 그것이 전부 아니다. 노동법은 다른 모든 법과 마찬가지로 법으로서의 기능을 수행한다. 그것은 『학설취찬』에 나오는 다음의 구절, “communis sponsio civitatis, ad cuius praescriptum omnes, qui in ea republica sunt, vitam instituere debent”(D.1.3.2.), 즉 “공동체에 사는 모든 사람들이 그것에 따라서 삶을 제정해야 하는 공통의 준거”로서의 법을 의미한다. 노동법은 이 공통의 준거를 노동관계에 설정하는 법이다. 그것은 근로자의 권리와 사용자의 의무라는 대립적 이항관계를 넘어, 공통의 준거를 보증하는 제3자의 존재를 포함하는 삼각형의 관계를 상정한다. 근로자와 사용자는 이 제3자의 보증 하에서(만) 자유롭게 자신의 삶을 제정하며 관계를 형성한다. 프랑스의 저명한 노동법학자 제라르 리옹-캉은 생전에 이렇게 갈파하였다.

“노동법은 근로자를 보호하는 법도 아니고, 사용자를 괴롭히는 법도 아니며, 단순히 권력관계를 위장하는 법도 아니다. 노동법은 사용자의 요구와 근로자의 요구 사이에 (언제나 불안정한) 균형을 설정하여 경제생활을 주재하는 제관계를 규율한다. 즉 노동법은 시장에 틀을 부여한다.”¹²⁾

10) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 1994, 674면.

11) 예를 들어 김유성, 『노동법 I. 개별적 근로관계법』, 법문사, 2005, 17면.

12) Gérard Lyon-Caen, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Paris, Dalloz, 1995, p.4.

헌법 제32조 제3항의 의미는 여기에 있다. 그것은 공통의 준거를 보증하는 제3자의 권위 하에 근로자와 사용자가 자주적으로 노사관계를 형성한다는 법적 몽타주를 제작하는 데 참여한다(헌법 제33조 제1항과 함께). “근로조건 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”라는 헌법 규정의 해석론적 원천을 근로기준법의 제정으로 환원하면 안 된다. 이것은 근로자와 사용자가 근로조건을 대등하게 결정함에 있어서(개별적 차원과 집단적 차원을 모두 포괄하는 의미로)¹³⁾ 따라야 하는 공통의 준거에 관한 규정이다.

우리 헌법은 그 공통의 준거를 이끄는 기본이념을 “인간의 존엄성”으로 표현했다. 인간의 존엄성은 척도이자 목적이요, 법률은 수단이다. 이것은 우리 헌법이 법의 인류학적 기능, 즉 공동체 구성원의 삶을 제정하는(vitam instituere) 기능에 대한 깊은 신뢰를 표명한 것이다. 법률이 개인의 자유를 억압하는 권력의 도구이기만 하다면 — 노동의 편에 서서 기업과 시장을 규제한다는 의미에서든지, 자본의 편에서 근로자와 노동조합을 억압한다는 의미에서든지 — 어떻게 인간의 존엄성을 보장하는 역할을 법률에 맡길 수 있을까.

한편, 헌법 제32조 제3항이 계약 자유의 원칙을 수정한 것이라는 설명은 계약의 자유가 국가의 개입을 배제한 채 채권자와 채무자의 쌍무적 관계로만 완성된다는 것을 전제하고 있다. 그러나 순전히 쌍무적 관계만으로는 계약의 자유가 완성될 수 없다. 계약을 계약으로 보증하는 제3자(법원을 생각하면 될 것이다), 즉 채권의 실현과 채무의 이행을 보증하는 제3자가 없으면, 계약은 계약으로서의 의미를 상실한다. 공허한 형식으로 전락한 계약의 자리에는 힘의 질서가 등장한다. 채무자보다 힘이 센 채권자는 제3자 보증인이 없어도 힘으로 자신의 채권을 실현할 수 있다. 그러나 채무자보다 힘이 약한 채권자는 제3자 보증인이 없으면 채무자가 자발적으로 채무를 이행하지 않는 한 자신의 채권을 실현할 수 없다. 유일한 방법은 채무자보다 더 강해지는 것이다. 그 결과 약육강식의 정글법칙이 사회를 지배하게 된다. 그리고 자유로운 계약관계는 지배와 예속으로 변질된다.

그러므로 이렇게 말해야 한다. 계약의 효력을 보증하는 제3자의 존재를 상정하는 경우에만 계약의 자유는 완성될 수 있다고. 계약은 채권자와 채무자의 쌍무적 관계가 아니라, 제3자가 참여하는 삼각형의 관계이다. 그것은 근로계약관계에서도 마찬가지이다. 근로계약관계는 사용자와 근로자가 맺는 쌍무적 관계가 아니다. 제3자 보증인이 참여하는 삼면관계이다. 삼각형의 구도를 유지하는 경우에만 근로계약관계는 인적 예속관계가 아니라 근대의 법질서가 수용할 수 있는 계약관계가 된다.

그렇게 본다면 헌법 제32조 제3항은 계약 자유의 원칙에 대한 수정이 아니라, 오히려 반대로

13) 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌마629, 630(병합). 헌법재판소에 따르면, “근로조건 대등결정의 원칙은 개별 근로계약을 체결하거나 변경하는 경우뿐만 아니라 집단적 근로조건을 결정하는 내용의 취업규칙이나 단체협약에 대해서도 적용되어야 한다.”

계약 자유의 원칙을 완성하기 위하여 필연적으로 요청되는 제3자 보증인의 존재에 근거를 부여하는 규정이라고 할 수 있다.

2. 단체협약의 공적 기능

첫째, 단체협약은(근로계약도 마찬가지로) 근로자에게 유리한 방향으로(만) 공서를 위반할 수 있다. 민법 제103조는 사회질서를 위반하는 법률행위의 방향을 따지지 않고 그냥 무효로 한다. 민법의 지평에서는 위반의 방향이 채무자를 향하든 채권자를 향하든 가치의 위계는 없기 때문이다. 하지만 노동법은 근로자를 보호하는 법이므로(노동법이 노동관계에서 공통의 준거를 설정하는 법이라고 해서 근로자보호법으로서의 가치가 완전히 사라지는 것은 아니다), 그 목적이 준수되는 한에서는 공서의 효력은 편면적으로 발휘된다. 즉 근로자에게 유리한 방향으로 공서를 위반하는 것은 유효하다. “근로조건을 향상을 위하여”라고 규정하고 있는 헌법 제33조 제1항 및 “이 법에서 정하는 근로조건은 최저기준”이라고 규정하고 있는 근로기준법 제3조의 의미가 여기에 있다. 그런 의미에서 “사회적” 공서라고 하는 것이다.

둘째, 단체협약은 사적 규범이지만 공적 기능을 수행한다. 단체협약은 사법적 주체로서의 노사간에 체결된 사적 규범이다. 즉 계약이다. 하지만 단체협약의 효력은 순수한 계약적 효력, 즉 협약당사자 간의 채권과 채무를 규율하는 효력에 그치지 않는다. 단체협약은 당사자의 울타리를 넘어 피대표 집단(사업, 지역, 업종, 산업 등) 전체로 그 효력을 미친다. 즉 단체협약은 그 관할권에서는 마치 하나의 법령처럼 작용한다. 왜냐하면 단체협약을 체결하는 노동조합의 대표성은 그 구성원(조합원)만을 향한 대표성(Membership)이 아니라, 대표성이 호출되는 단위에 속해 있는 근로자 전체를 향한 대표성(Representation)이기 때문이다. 대표성이 호출되는 단위를 구성하고 있는 근로자 집단은 마치 하나의 법인(사단)으로 의제되고, 노동조합은 해당 근로자 집단의 기관으로 간주된다고 할 수 있다. 이것은 마치 이사가 법인의 기관으로서 법인을 대표하는 것과 같다. 기관인 이사의 행위가 법인 자신의 행위로 간주되는 것처럼, 기관으로서의 노동조합의 행위는 의제된 법인으로서의 근로자 집단 자신의 행위로 간주되는 것이다.

셋째, 일부 무효의 법리와 소급효 제한의 법리는 사적 규범인 단체협약이 공적 기능을 수행한다는 특징을 잘 드러낸다. 민법에서는 법률행위의 일부가 무효인 경우에는 그 전부를 무효로 하는 것이 원칙이며, 특별한 사정이 있는 예외적인 경우에만 일부를 무효로 한다.¹⁴⁾ 그러나 인격적·계속적 법률관계로서의 개별적·집단지 노동관계를 규율하는 단체협약은 반대로 일부 무효를 원칙으로 한다. 그리고 단체협약의 무효에서는 무효의 효과로서 소급효의 적용도

14) 민법 제137조.

제한된다. 기존의 단체협약에 따라서 형성된 개별적·집단적 노동관계의 다양한 요소들을 소급효에 따라서 원상회복하는 것은 사실상 불가능하기 때문이다. 이러한 내용을 법률에서 명시하고 있는 프랑스 같은 나라도 있지만,¹⁵⁾ 법률의 규정이 없더라도 이는 해석론상 얼마든지 도출할 수 있는 내용이다. 이것은 민법의 법리를 수정한 것이 아니라, 노동법에 고유한 법리라고 할 것이다.

III. 노동조합법 제30조 제3항의 해석론

노동조합법 제30조 제3항에 따르면, “국가 및 지방자치단체는 기업·산업·지역별 교섭 등 다양한 교섭방식을 노동관계 당사자가 자율적으로 선택할 수 있도록 지원하고 이에 따른 단체 교섭이 활성화될 수 있도록 노력하여야 한다.”

이 규정은 2021년 1월 5일 개정법으로 도입되었다. 그런데 이 규정은 노력의무로 규정되어 있을 뿐이고, 구체적 내용이 결여되어 있는 탓에, 노동법학자들의 관심을 많이 받지 못하는 것 같다.¹⁶⁾ 하지만 아무리 노력의무 규정이라도 일단 그것이 법으로 제정된 다음에는 그 규정의 의미는 선언적인 수준으로 그치는 것이 아니다. 법학자의 해석으로 그 내용이 채워질 수 있기 때문이다. 법의 세계에서는 법학자의 해석도 사실상 법원(法源)으로 기능한다. 민법의 그 수많은 추상적·선언적 규정들이 재판에서 어떻게 재판규범으로 작동하는지 보면 알 수 있다.

1. 교섭방식

교섭방식과 관련하여 법문은 “기업·산업·지역별 교섭 등”으로 표현하고 있다. 서양의 문헌에서는 주로 “교섭수준(bargaining levels)”이라고 한다. 각각의 의미를 좀 더 구체적으로 검토해 보자.

첫째, 기업별 교섭이다. 기업의 의미는 생각만큼 간단하지 않다. 우선 이것은 좁은 의미에서의 법인 수준의 교섭만을 의미하는 것은 아니다. 단체교섭의 대상, 즉 근로조건의 유지·개선 및 근로자의 사회적·경제적 지위의 향상에 결정권 또는 영향력을 행사할 수 있는 단위라면,

15) Code du travail, art. L. 2262-15.

16) 예를 들면 박종희, 「개정 노조법의 주요 내용과 쟁점」, 『노동법학』, 제78호, 한국노동법학회, 2021, 131~169면. “이는 노력의무로 규정되어 단순한 선언적 의미만 갖는 것으로 특별한 법적 의미가 부가될 것으로는 보이지 않는다.”(137~138면).

사업장이나 법인간 연합체도 기업이 될 수 있다. 물론 법문에서 이미 “등”이라는 말을 사용하고 있기 때문에, 사업장이나 법인간 연합체 단위에서 이루어지는 교섭을 굳이 기업별 교섭으로 포섭할 필요는 없을지도 모른다. 그렇게 접근하는 것도 가능하겠다. 하지만 그렇게 하면 기업별 교섭은 법인 수준의 교섭을 의미하는 것으로 고착되어 버리고, 사업장 수준의 교섭이나 법인간 연합 단위 수준의 교섭은 “등”이라는 글자에 묻혀 관심 영역 밖으로 사라져 버릴 우려가 있지 않을까. 기업별 교섭이라는 표현에는 이 다양한 교섭방식들을 대표해서 기업별 교섭이라는 표현을 사용할 뿐이라는 점을 지적해 둘 필요가 있다.

오해의 소지를 줄이고자 한다면 “사업별 교섭”이라는 표현을 사용하는 것도 가능하겠다. 물론 이때 “사업”은 동태적으로 해석되는 개념이다.¹⁷⁾ 특히 노동조합법의 다른 조항들에서 노동조합의 조직이나 단체교섭과 관련하여 “하나의 사업 또는 사업장”¹⁸⁾이라는 표현을 사용하고 있다는 사정을 고려한다면, “기업별 교섭”보다는 “사업별 교섭”이 좀 더 체계 정합적이라고 할 수 있을 것이다. 어쨌든 전자의 의미는 후자의 의미로 해석되어야 한다는 점이 중요하다.

둘째, 산업별 교섭이다. 산업의 의미도 간단하지 않다. 예를 들어, 자동차산업이나 조선산업은 널리 금속산업에 속하지만 동시에 각각 독립된 산업이기도 하다. 양자를 구별하기 위해서 자동차산업이나 조선산업을 각각 자동차업종이나 조선업종으로 부를 수도 있다. 이것은 어디까지나 편의적인 것이다. 위의 기업별 교섭의 예와 마찬가지로 여기에서도 “산업별 교섭”은 광범위의 산업별 교섭(이른바 대산별 교섭)과 그것보다 좁은 범위의 업종별 교섭(혹은 소산별 교섭) 또는 직종별 교섭을 대표하는 의미로 사용되고 있을 뿐이다. 적절한 교섭방식은 “노동관계 당사자가 자율적으로 선택”하면 된다.

그런데 이때 단체교섭의 방식을 결정함에 있어서 더욱 중요한 의미를 갖는 것은 노동조합의 조직수준이 아니라 사용자단체의 조직수준이라는 점이다. 그러므로 설령 노동조합이 대산별 수준에서 조직되어 있다고 하더라도(ex. 금속산업노조), 사용자단체가 그 수준에 조직되어 있지 않고 그 산하의 부문별·업종별 수준에서만 조직되어 있는 경우에는(ex. 자동차협회, 조선협회), 단체교섭은 사용자단체의 조직수준에 대응하여 부문별·업종별 교섭으로 진행될 것이다. 왜냐하면 초기업 수준에서 체결되는 단체협약은 사용자가 그 단체협약에 구속되는가 여부에 따라서 그 적용 여부가 결정될 것이기 때문이다.

예를 들어, 노동조합이 조직되어 있는 사업장의 사용자가 사용자단체에 가입하고 있지 않은 경우를 보자. 노동조합과 사용자단체가 산업별 협약을 체결했을 때, 이 협약은 해당 사업장의 사용자를 구속하는가? 협약확장제도 등이 적용되는 경우를 제외하면, 구속하지 않는다고 해야 할 것이다. 만약 협약의 적용기준을 노동조합 쪽에 둔다면, 즉 협약당사자인 노동조합의 조합원

17) 이에 대해서는 박제성, 『동태적 사업 개념 — 노동법상 사업 개념의 재검토』, 한국노동연구원, 2022 참조.

18) 예를 들어 노동조합법 제23조 제1항, 제29조의2 제1항, 제29조의3 제1항 등.

에게는 사용자 쪽의 사정과 무관하게 단체협약을 적용하는 것으로 한다면, 협약당사자인 사용자단체에 가입하고 있지 않은 사용자는 해당 협약관계에서 볼 때 제3자임에도 불구하고 강제로 단체협약에 구속되어야 한다는 결과를 초래하는데, 이것은 인정되기 어려울 것이다. 그러므로 이 경우 사용자는 (조합원을 포함하여) 자신의 근로자들에게 협약을 적용할 의무가 없다고 할 것이다.

반대로 사용자는 사용자단체에 가입하고 있는데, 해당 사업장에 노동조합이 조직되어 있지 않은 경우를 보자. 이 경우에는 사용자단체와 노동조합이 체결한 단체협약에 해당 사용자도 구속된다. 구속된다는 것은 단체협약을 이행할 의무를 진다는 것을 의미한다. 그러므로 사용자는 (조합원 여부를 불문하고) 자신의 근로자들에게 협약을 적용할 의무가 있다.

이 두 가지 사례에서 알 수 있는 점은 이것이다. 산업별 단체협약은 조합원에게 차등적 보호를 부여하는 것이 아니라, 사용자를 구속하는 데 그 본래적 의의가 있다. 사용자가 협약에 구속되지 않으면 협약당사자인 노동조합의 조합원이라고 할지라도 협약은 적용되지 않으며, 반대로 사용자가 협약에 구속되면 조합원 여부와 무관하게 사용자와 고용관계에 있는 모든 근로자에게 협약은 적용되는 것이다.

기업별 협약의 경우에도 이와 같다. 기업별 협약이 체결되었다는 것은 사용자가 그 협약에 구속된다는 것과 같은 말이다. 사용자는 자신과 고용관계를 맺고 있는 근로자에게 모두 동등하게 그 협약을 적용할 의무가 있다. 만약 조합원에게만 협약을 적용하기로 노동조합과 합의한다면, 그것은 노동조합 가입 여부를 이유로 근로조건을 차별적으로 적용하는 것으로서, 부당한 차별에 해당할 것이다.¹⁹⁾

셋째, 지역별 교섭이다. 지역별 교섭은 전국 단위의 교섭내용을 해당 지역의 특수한 사정에 맞게 조정하기 위하여 할 수도 있고, 해당 지역에만 존재하는 특수한 상황을 반영하기 위하여 할 수도 있다. 지역은 광역일 수도 있고, 협역일 수도 있다. 반드시 행정단위와 일치될 필요는 없다.

이와 관련하여 관심을 가질 필요가 있는 부분은 유사한 산업에 종사하는 사용자들이 한군데 모여 있는 경우이다. 공단이 대표적이다. 쇼핑몰도 이에 해당한다. 공단이나 쇼핑몰을 하나의 지역으로 간주할 수 있다. 거기에 소속되어 있는 사용자들을 대표하는 자와 거기에 고용된 근로자들을 대표하는 자 사이에 이루어지는 교섭도 지역별 교섭으로 이해할 필요가 있다.

19) 물론, 단체협약의 목적 자체가 조합원에 대한 차등적 보호에 있고, 따라서 단체협약에 의한 차등은 부당한 차별에 해당하지 않는다는 주장도 가능하다(예를 들어 강선희, 『단체협약 효력의 정당성 기초와 내용』, 고려대학교 박사 학위논문, 2009, 156면). 다만 그것도, 다른 주장과 동일한 선상에서, 논증되어야 하는 주장의 하나에 불과한 것이지, 다른 논증의 진위를 판별하는 데 기준으로 삼아야 하는 공리는 아니라는 사실에 유의해야 할 것이다.

2. 노동관계 당사자

“노동관계 당사자”는 교섭방식(교섭수준)을 자율적으로 선택할 수 있다. 일견 당연한 말을 규정해 놓은 것처럼 보인다. 하지만 당연하지 않을 수도 있다. 가령 프랑스 같은 나라는 임금, 남녀평등, 직업훈련 등 법령에서 정해 놓은 사항에 대해서는 의무적으로 매 4년마다 업종별 교섭에서 다루도록 강제하고 있다. 그리고 직무분류에 대해서는 의무적으로 매 5년마다 업종별 교섭을 해야 한다.²⁰⁾ 이 사항들에 대해서는 노동관계 당사자들이 자율적으로 교섭방식을 선택할 수 있는 것이 아니라, 의무적으로 업종별 교섭을 해야 한다는 것이다. 이와 동시에 의무적 기업별 교섭사항도 정해 놓고 있다.²¹⁾ 즉 프랑스는 교섭사항별로 교섭방식을 할당하는 법제를 갖고 있다. 반면에 한국은 노동관계 당사자들이 교섭사항과 무관하게 자율적으로 교섭방식을 선택할 수 있도록 했다.

그렇다면 “노동관계 당사자”는 누구인가? 노동조합법 제2조 제5호에 따르면 그것은 “노동조합과 사용자 또는 사용자단체”를 말한다. 기업별 교섭에서는 노동조합과 사용자가 누구를 지칭하는지 비교적 명확하다. 하지만 산업별·지역별 교섭에서는 누가 사용자단체에 해당하는지 특정하기가 언제나 분명한 것은 아니다. 어떤 사람들은 단체교섭을 목적으로 조직된 사용자들의 단체가 사용자단체라고 생각한다. 그러나 사용자단체는 단체교섭을 목적으로 하는 단체가 아니라, “노동관계에 관하여 그 구성원인 사용자에 대하여 조정 또는 규제할 수 있는 권한을 가진 사용자의 단체”²²⁾를 말한다. 사용자단체이면 단체교섭도 하는 것이지만, 단체교섭을 하는 단체만 사용자단체인 것은 아니다. 사용자단체는 단체교섭 당사자이기 이전에 노동관계 당사자인 것이다. 그러므로 각각의 산업이나 지역에서 근로자들의 이해와 관점에 맞서 사용자들의 이해와 관점을 대변하는 사업자단체 혹은 사업주단체는 사용자단체에 해당하며, 따라서 노동조합법 제30조 제3항에서 말하는 “노동관계 당사자”에 해당한다.²³⁾

한편, 노동조합법 제2조 제5호에 따르면 “노동관계 당사자”는 “노동조합과 사용자 또는 사용자단체”를 말한다. 여기에 “근로자”는 포함되어 있지 않다. 그리고 제2조 제6호에 따르면 “쟁의행위는 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위”를 말한다. 즉 근로자는 노동관계 당사자가 아니므로 쟁의행위를 할 수 있는 자가 아니다. 그런데 노동조합법 제3조는 이렇게 규정하고 있다. “사용자는 이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위로 인하여 손해를 입은 경우에 노동조합 또는 근로

20) Code du travail, art. L. 2241-1.

21) Code du travail, art. L. 2242-1 이하.

22) 노동조합법 제2조 제3호.

23) 조금 더 자세한 논의는 박제성, 『사용자단체론 — 사용자단체의 개념과 역할』, 무빈다방(sites.google.com/site/mubindabang), 2021 참조.

자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다.” 근로자는 노동조합법에 의한 쟁의행위를 할 수 없는데 근로자에 대하여 면책을 규정하고 있다. 왜 이렇게 규정한 것일까?

구 노동쟁의조정법은 노동쟁의와 쟁의행위의 주체로서의 “노동관계 당사자”를 따로 정의하지 않았다. 그리고 제8조에서 “사용자는 이 법에 의한 쟁의행위로 인하여 손해를 받은 경우에 노동조합 또는 근로자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다.”라고 규정했다. 그러므로 근로자도 노동관계 당사자에 포함된다고 해석하는 것이 가능하였다. 현행법은 “노동관계 당사자”를 “노동조합과 사용자 또는 사용자단체”로 정의하면서, 구 노동쟁의조정법 제8조를 제3조에 그대로 승계했다. 그 결과 두 규정 사이에 충돌이 일어났다.

제3조에서 “근로자”를 삭제하든지, 제2조의 “노동관계 당사자”에 “근로자”를 포함하든지 해야 할 것이다. 헌법 제33조 제1항, “근로자는 근로조건을 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라는 규정의 취지, 즉 “근로자”를 노동3권의 주체로 규정하고 있는 취지를 고려한다면, 노동조합법 제2조의 “노동관계 당사자”에 “근로자”를 포함하는 개정이 조금 더 체계적합적이라고 할 수 있겠다.

3. 국가 등의 의무

국가와 지방자치단체(이하 “국가 등”이라고 한다)는 노동관계 당사자가 다양한 교섭방식을 자율적으로 선택할 수 있도록 지원하고, 그 선택에 따라 단체교섭이 활성화될 수 있도록 노력해야 한다. 이것은 노력의무이다. 즉 교섭이 이루어지지 않았다고 해서 국가 등에 대하여 무슨 법적 제재를 가할 수 있는 것은 아니다. 하지만 노력의무도 엄연히 법적 의무에 해당한다. 즉 구체적인 결과 발생 여부와 무관하게 노력은 해야 하는 것이다. 아무 노력도 하지 않고 있으면 위법한 상황이 벌어지는 셈이다.

특히 이 규정은 국가 등이 단체교섭 활성화를 위하여 적극적인 의지를 갖고 있을 때 노사관계에 개입할 수 있는 유력한 근거가 된다. 또한 노동관계 당사자의 일방 또는 쌍방이 국가 등에 대하여 단체교섭의 활성화를 위하여 적극적인 지원과 개입을 요청하고자 하는 경우에도 유력한 근거가 된다.

단체교섭의 활성화를 위하여 국가 등이 지원할 수 있는 내용에는 어떤 것이 있을까? 기업별 교섭의 경우에는 부당노동행위제도가 작동하기 때문에, 국가 등의 지원과 개입은 이것을 타고 들어가는 방식이 될 것이다. 즉 사용자의 교섭거부나 불성실한 교섭으로 인하여 교섭이 활성화 되지 못하는 상태가 지속될 경우, 국가 등은 그것이 부당노동행위에 해당할 수 있음을 알리고 사용자에게 교섭에 적극적으로 임하도록 촉구하는 것이다.

이와 관련하여, 현행 근로감독관집무규정(2021. 10. 25. 고용노동부훈령 제374호) 제2조 근로

감독관의 직무를 보면, 부당노동행위 감독은 명시되어 있지 않다. 대신 “노동동향의 파악, 노사분규 및 집단체불의 예방과 그 수습지도에 관한 업무”(제2조 제1항 제5호)가 명시되어 있고, 제29조부터 제32조까지 노동동향 파악 및 노사분규 예방을 위한 직무 관련 내용이 구체적으로 규정되어 있다. 그런데 상당수의 내용은 노동조합과 쟁의행위의 동향에 관한 것이다. 부당노동행위에 관한 내용은 제31조(노사분규 예방 및 수습지도) 제2항 제2호에 따른 별표 4에 짧게 언급되어 있다. 이에 따르면, 부당노동행위 위반사태가 확인되면 “즉시 범죄인지(다만 위법의 정도가 경미하거나 시정지시를 통한 원상회복이 가능한 경우 또는 노사가 시정을 통한 해결을 희망하는 경우에는 시정기간 25일 이내 부여 가능)” 조치를 하도록 되어 있다.

요컨대 노사관계와 관련하여 현행 근로감독관직무규정의 초점은 근로자의 노동3권을 보장하는 데 있는 것이 아니라 노사분규를 예방하는 데 있고, 사용자의 부당노동행위는 근로자의 노동3권을 침해하기 때문이 아니라 노사분규를 야기할 우려가 있기 때문에 시정토록 한다는 관점이다. 이런 관점과 직무수행방식은 노동조합법 제30조 제3항에서 규정하고 있는 국가 등의 노력의무와 부합하기 힘들지 않을까? 적어도 제2조 제1항 근로감독관의 직무에 “사용자의 부당노동행위 감독”을 명시할 필요가 있을 것 같다.

그런데 산업별 교섭이나 지역별 교섭의 경우에는 일단 현행법상 부당노동행위제도가 적용되지 않는다고 본다면(사용자의 교섭거부는 부당노동행위에 해당하지만, 사용자단체의 교섭거부는 부당노동행위에 해당한다고 해석하기가 곤란하다는 이유에서), 국가 등의 지원과 개입은 어떤 방식이 가능할까? 업종별 단체교섭 연석회의 아이디어는 바로 이 질문에 대답하기 위하여 고안된 것이다. **KLI**