

團體協約의 法的 性質

高 豪 晟*

目 次

- I. '團體協約'이라는 法的 概念的 問題
- II. 團體協約의 法的 性質論
 - 1. 團體協約의 本來的인 法的 性質論
 - 2. 團體協約의 이른바 '規範的 效力'과 法的 性質論
- III. 客觀的 社會規範-國家法規範說과 團體交涉權
 - 1. 客觀的 社會規範-法規範說의 內容
 - 2. 團體交涉法理와의 結合

I. '團體協約'이라는 法的 概念的 問題

우리 법이론, 법실무, 법규정에 있어서 단체협약이라는 개념은 매우 혼란스럽게 사용되는 경향이 있다. 단체협약의 법적 성질을 논함에 있어서도, 그 대상이 되는 단체협약의 개념을 분명히 하지 않아, 불필요한 혼란을 초래하는 일이 많은 것으로 보인다. 그래서 우선 단체협약이라는 '법적 개념'을 분명히 해두는 데에서 논의를 출발하는 것이 좋을 것이다.

우리 노사관계 실제상에서는 노동조합과 사용자가 단체교섭을 거쳐 합의한 사항을 문서화하고, 그것을 '단체협약'이라고 부르고 있다. 일부에서는 '임금협약'을 따로 체결하고, '단체협약'은 임금협약 이외의 사항에 대한 노사간의 합의문서를 가리키는 것으로 하기 한다. 하지만, 그것은 편의상의 명칭에 불과한 것으로, 임금협약도 단체협약의 일부라는 데는 아무런 의문이 없다.

그런데 이러한 노사관계 실제상의 단체협약에는 노사간에 이루어진 아주 다양한 합의사항들이 포함되어 있다. 법적인 관점에서 보면, 특히 근로조건 또는 근로자(조합원)의 대우

* 濟州大學校 法政大學 法學科 副教授

에 관한 기준 등, '근로자(조합원)와 사용자 사이의 관계에 관한 합의사항'과, 그 이외의 합의사항, 가령 '노동조합과 사용자 사이의 관계에 관한 합의사항'이 노사관계 실제상의 단체협약에 함께 포함되어 있다는 점이 주목된다.¹⁾

그러나, 전자의 합의사항과 후자의 합의사항은 그 법리적 구성과 법적 효력을 전혀 달리 하는 것이다. 특히 전자의 합의사항은, 노동조합과 사용자 또는 사용자단체가 협약체결 당사자인데도, 협약내용은 근로자(조합원) 개개인과 사용자의 관계에 관한 것이라는 점에서, 그 법리구성이 크게 문제되고 있는 것이다. 우리 법이론에서는 전자의 합의사항을 보통 '규범적 부분'이라고 하고, 후자의 합의사항을 '채무적 부분'이라고 불러, 이 두 가지를 구별하여 왔다.²⁾

이처럼 '단체협약의 규범적 부분과 채무적 부분'이라는 표현을 쓰고 있다는 것은, 단체협약이라는 용어를, 법적으로도 노사관계 실제상의 개념에 따라 규범적 부분과 채무적 부분에 대한 노사합의를 모두 포괄하는 의미로 사용하는 경우가 있다는 것을 의미한다. 그러나, 법적 관점에서는, 단체협약이라는 용어를 이 중 "규범적 부분"³⁾에 대한 합의만을

- 1) 여기에서는, 서술상의 편의를 위하여, 단체협약을 규범적 부분과 채무적 부분으로 구분하는 이론에 따라, '근로자(조합원)와 사용자의 관계에 관한 사항'과 '노동조합과 사용자의 관계에 관한 사항'으로 구분해 두기로 한다. 다만, 이른바 '규범적 부분'의 범위문제에 대해서는, 1949년 독일 단체협약법에서 규범적 부분으로 새로 추가된, '경영상의 문제', '경영조직법상의 문제', '공동설치 기구에 관한 사항'까지 종합적으로 고려하여, 더욱 상세한 논의가 필요하기 때문에, 여기에서 그 문제에 대한 입장까지 확정하는 것은 아니다. 1949년 독일 단체협약법에 새로 포함된 사항의 의미에 대해서는, 고호성, 노동법상의 집단적 자치원리, 서울대 법학박사 학위논문, 1995, 67-68면, 김형배, 노동법, 박영사, 1997, 558면, 569면 등 참조할 것.
- 2) 김유성, 노동법Ⅱ, 법문사, 1996, 157, 165-166면 등 참조. 김형배 교수는, 규범적 부분, 채무적 부분 이외에 조직적(제도적) 부분을 더 들고 있지만, '조직적(제도적) 부분'에 관한 독자적 법리구성은 제시되지 않고 있다. 김형배, 전게서, 549-550면, 568-569면 참조. 이처럼 독자적 법리구성이 제시되지 못하는 상황이라면, 조직적(제도적) 부분을 독립적으로 설정할 이유가 있는 것인지 의심스럽다.
- 3) '규범적 부분'이라는 용어는, 우리 노동조합 및 노동관계조정법 제33조 제1항의 이른바 '강행적 효력'(규준적 효력)과 제33조 제2항의 이른바 '보충적 효력'(직접적 효력)을 합하여, '규범적 효력'이라고 부르는 관례를 전제로 하여, 단체협약의 내용 중 규범적 효력이 인정되는 부분이라는 맥락, 즉 효력의 관점에서 사용되는 것이 일반적이다. 김유성, 전게서, 158-159면, 김형배, 전게서, 557-558 등 참조.

그런데, 단체협약의 법적 성질을 논하려는 목적을 가지고 단체협약의 개념을 확정함에 있어서, 이러한 맥락의 '규범적 부분'이라는 용어를 사용하면, '논점선취의 오류'를 범하는 것이 되기 때문에, 이러한 용어를 피하는 것이 바람직한 것이다. 하지만, 여기에서는 '근로자 개개인과 사용자의 관계에 관한 단체협약상의 합의'라는 표현이 너무 불편하기 때문에, 서술의 편의상 이 용어를 보조적으로 사용하고 있음을 밝혀둔다. 즉, 여기에서 '규범적 부분'이라 함은, 단체협약에 포함되어 있지만, 원래는 근로자와 사용자 개개인의 합의에 의하여 규율될 것이 예정되어 있는, '근로자 개개인과 사용자 사이의 관계에 관한 사항'들이라는 맥락, 즉 내용의 관점에서, '규범적 부분'이라

포함하는 의미에서 사용하는 경우가 많을 뿐만 아니라, 오히려 그러한 경우가 대부분이라고 생각된다.

왜냐하면, 법적 개념은 법적 효과와 관련되어 그러한 법적 효과가 적용되는 범위를 설정하기 위한 것이라는 특수성을 가지는데, 단체협약법리는, 노동조합과 사용자 또는 사용자단체 사이에서 체결된 약정이 근로자(조합원) 개개인과 사용자의 관계에서 가지는 특수한 효력, 이른바 '규범적 효력'을 중심으로 구성되어 왔기 때문이다.

물론, 단체협약법리에서 이른바 '채무적 부분'의 법적 효력의 특수성이 전혀 문제시되지 않는다는 것은 아니다. 오히려 우리나라와 같은 기업별 협약체제에서는 상대적으로 이러한 부분의 비중이 높기 때문에, 이러한 부분의 법적 효력문제가 중시되어야 할 것이다. 그리고 실제로, 이러한 부분에 대한 노사합의의 법적 효력을, 일반 계약법리와는 다른, 어떤 특별한 노동법적 법리에 의하여 파악할 필요성이 크다는 주장은 가끔 제기되어 왔다.⁴⁾ 하지만 어쨌든 지금으로서는 그러한 특수한 노동법적 법리가 완전하게 구성되어 있지는 못한 것으로 보인다. 결국, 지금으로서는, 이른바 채무적 부분에 대해서, 노사관계 실제상의 용어사용과 관계없이, 법적으로는 단체'협약'이라는 특별한 개념을 사용하지 않고, 단체(간)'계약'이라는 개념을 사용해도 무방할 것으로 생각된다.

이상과 같이, 단체협약이라는 용어는, 이른바 규범적 부분과 채무적 부분에 대한 노사합의 전부를 포함하는 '광의의 개념'으로 사용되기도 하고, 이른바 규범적 부분에 대한 노사합의만을 포함하는 '협의의 개념'으로 사용되기도 한다. 그렇다면, 단체협약이라는 용어를 사용할 때, 이 두 가지 개념 중 어느 쪽의 의미로 사용하고 있는지 분명히 해두어야 할 것이다. 특히 실정법상의 단체협약 개념이 어느 쪽으로 사용되고 있는지를 분명히 하지 않으면, 그 적용범위가 혼란스러워질 것이다.

우리 노동조합 및 노동관계조정법은 제29조 내지 제36조, 제92조 제1호(벌칙규정) 등에서 단체협약이라는 용어를 사용하고 있는데, 이 중 문맥상 광의의 의미로 사용되고 있음이 분명한, 동법 제33조를 제외하면, 광의의 개념으로 사용되고 있는지 협의의 개념으로 사용되고 있는지 실제로 매우 불분명하다. 그러므로 이 문제는 각 조문의 취지를 고려한 법해석에 맡겨져 있다고 할 수 있다.

이 중, 제35조(일반적 구속력)와 제36조(지역적 구속력)에서 사용하고 있는 단체협약이라는 용어는, 협의의 개념이라는 견해가 지배적⁵⁾이지만, 나머지 부분에 대해서는 논의

는 용어를 사용하고 있는 것이다.

덧붙여, 강행적 효력과 보충적 효력의 결합이라는 의미로 '규범적 효력'이라는 용어를 사용할 때, 우리 언어감각상 '규범'이라는 용어가 너무 광범위한 의미를 지니고 있어 상당한 혼동을 일으키기 때문에, '(국가)법규범적 효력' 또는 '강행법규적 효력'이라는 용어로 변경할 것을 제안해 둔다.

4) 김유성, 전거서, 166면. 강희원 교수가 노동법과 민법의 관계에 대한 재검토를 주장하는 것도, 더욱 일반화되어 있기는 하지만, 같은 맥락에서 이해할 수 있다. 강희원, "노동법의 법체제적 지위", 한국 노동법학회, 1996년 춘계학술발표회 발표논문자료집, 1-29면.

가 전혀 축적되어 있지 못하다. 우리 법의 실무적 운용을 위해서도 이 점에 대한 논의가 더욱 풍부하게 축적되어야 할 필요가 있는 것은 물론이다. 이 논문에서는 이러한 문제제기 그 자체를 염두에 두면서, 일단, 광의의 개념으로 사용되고 있음이 문맥상 분명한 노동조합 및 노동관계조정법 제33조를 제외한 모든 조항이, 사실은 단체협약의 이른바 규범적 효력을 전제로 하는 조항들이기 때문에, 단체협약이라는 용어를 협의의 개념으로 사용하고 있다고 파악해 두기로 한다.

다만, 우리 노동조합 및 노동관계조정법 제92조 제1호는 단체협약 위반에 대하여 벌칙을 규정하고 있는데, 단체협약에 이러한 특별한 법적 효력을 부여하는 취지를 어떻게 이해할 것인가에 따라, 결론이 전혀 달라질 것이라는 점은 특히 지적해두고 싶다. 즉, 이 조문의 취지가 규범적 부분은 물론, 채무적 부분에 대해서까지도 그 이행을 보장하기 위한 것이라고 보게 된다면, 다른 조문상의 단체협약이라는 용어도 이러한 특별한 형사법적 효력을 전제로 하는 것이라고 이해할 수 있게 될 것이고, 그렇다면 동법 제35조, 제36조 이외의 모든 조항에서 단체협약이라는 용어는 광의의 개념으로 사용되고 있다고 할 수 있을 것이다.

II. 團體協約의 法的 性質論

단체협약법리의 출발점은 단체협약의 법적 성질론이라고 할 수 있다. 물론, 이 때의 단체협약개념은 이른바 “규범적 부분”, 즉 근로자(조합원)와 사용자 사이의 관계에 관한 사항에 대한 노사합의를 지칭하는, 협의의 개념이다.

단체협약의 법적 성질론은, 단체협약의 ‘국가법적 효력’⁶⁾ 여부를 문제삼으면서 제기되는 논의라고 할 수 있다. 노동조합운동의 발전에 따라 서구에서는 19세기말부터 점차 노사간에 단체협약이 체결되기 시작하였는데, 초기에는 어느 나라에서나 단체협약 그 자체의 국가법적 효력을 부인하는 것이 일반적이었다. 다만, 근로계약이 단체협약의 내용을 명시적, 묵시적으로 원용하는 경우에는 단체협약의 내용이 근로계약의 내용으로 편입되어, 단체협약으로서가 아니라 근로계약으로서의 국가법적 효력을 가질 수 있었다. 단체협약의 국가법적 효력을 이런 식으로 인정하는 한, 단체협약의 법적 성질론은 특별히 논의할 실익이 없었다. 이 점은, 아직도 단체협약에 대하여 독자적인 국가법적 효력을 인정하지 않고 있는 영국의 경우에, 단체협약의 법적 성질론이 법이론적으로 문제시되지 않고 있다는 사실

5) 김유성, 전거서, 188면, 김형배, 전거서, 579면 등.

6) ‘국가법’, ‘국가법적 효력’ 등의 용어는, 그 불이행에 대하여 국가적 강제가 행해진다는 것을 의미하는 것이다. 국가적 강제방법의 대표적인 형태가 재판을 통한 강제임은 물론이다. 불이행의 국가적 강제는, 국가가 그러한 법규의 해석·적용의 권한을 갖는다는 것을 전제로 하는 것임에도 유념하여야 할 것이다.

에서도 잘 알 수 있다.

그러나 20세기에 들어와, 특히 독일에서 단체협약 자체에 독자적인 국가법적 효력을 인정하려는 법이론적 노력이 로트마르(Lotmar)와 진츠하이머(Sinzheimer)를 중심으로 전개되었다.⁷⁾ 이러한 법이론적 노력은, 노동조합과 사용자 또는 사용자단체 사이에서 체결된 단체협약에, 개별 근로자와 사용자 사이의 관계를 규율하는 일정한 국가법적 효력을 인정하여야 한다는 전제 아래에서, 어떠한 법적 효력을, 어떠한 법원리적 근거에서 인정할 수 있는가 하는 논의를, 단체협약의 법적 성질론이라는 관점에서 전개하는 형태로 이루어졌다. 그리고 독일의 경우, 단체협약의 국가법적 효력에 대한 이러한 법적 논의가, 민법학과 구분되는 독자적인 노동법학의 출발점으로 인정받고 있다.

이러한 논의의 과정을 거쳐, 독일에서는 1918년 단체협약령에서 이른바 '규범적 효력' 내지 '불가변성'(Unabdingbarkeit)을 인정하는 명문의 규정을 두게 되었다. 독일에서는 그 후, 1949년 단체협약법이 이러한 규정을 계승하여 오늘에 이르고 있다. 우리나라도 1953년 노동관계법 제정 당시부터, 단체협약법리에 관한 한, 독일식 법제를 계수하여 단체협약의 규범적 효력을 인정하는 명문의 규정을 두었으며, 현행 노동조합 및 노동관계조정법 제33조도 그러한 내용을 규정하고 있다.

이처럼, 단체협약의 이른바 "규범적 효력"을 인정하는 명문의 규정을 두어, 단체협약의 국가법적 효력문제를 입법적으로 해결한 체제에서, 단체협약의 법적 성질론은 사실 그 실익이 상당히 축소된 문제라고 할 수도 있을 것이다. 그러나, 이러한 체제에서도 단체협약론의 법적 성질론은, 단체협약법리의 체계적 이해를 위해서 필수적인 문제이다. 뿐만 아니라, 가령 법외조합이 체결한 단체협약의 법적 효력문제라든지, 문서화요건과 같은 형식적 요건을 결여한 단체협약의 법적 효력문제라든지, 유효기간이 만료된 단체협약의 법적 효력문제(이른바 여후효의 문제)라든지 하는, '단체협약의 법적 효력에 대한 한계적 문제'⁸⁾와 관련해서도 중요한 의미를 가지고 있다.

7) 이 점에 대해서는, 이홍재, "휴고 진츠하이머의 생애와 학문", 서울대 노동법연구회편, 노동법연구 제1권 제1호, 1991, 16-17면 참조할 것.

8) '단체협약의 법적 효력에 관한 한계적 문제'라 함은, 우리 노동조합 및 노동관계조정법을 중심으로 살펴볼 때에는, 근로자 개개인과 사용자 사이의 관계에 관한 노동조합과 사용자 사이의 합의 중에서, 동법 제33조에 의한 규범적 효력을 인정받지 못하는 것들의 법적 효력의 문제를 말하는 것이다. 이 문제에 대한 논의는, 거꾸로 동조합에 의한 규범적 효력을 인정받기 위해서는, 어떠한 조건을 충족시켜야 하는가 하는 것이 확정되어야 한다.

이 문제에 대한 상세한 논의는 추후의 기회로 미루고, 본문에서 제시한 몇 가지 예만을 들어두는 것에 그치기로 한다. 다만, 협약 내용상의 한계문제가 이러한 논의의 핵심부분 중의 하나를 차지해야 한다는 점과, 협약성립상 의사표시의 하자 문제는 별개의 문제로 다루어야 할 것이라는 점은 첨언해 두고 싶다. 이 점에 대해서는, 김유성, 전게서, 154면, 163-165면 참조할 것.

1. 團體協約의 本來的인 法的 性質論

우리 노동조합 및 노동관계조정법 제33조와 같이 단체협약의 이른바 '규범적 효력'을 인정하는 명문의 규정을 두고 있는 경우에도, 단체협약의 법적 성질을 논함에 있어서는, 그러한 명문의 규정과 상관없이 단체협약의 본래적인 법적 성질이 어떠한가를 검토하는 것이, 논의의 혼란을 막기 위해서 필요하다. 특히 이러한 형태의 논의는, 명문의 규정에 의해서 이른바 '규범적 효력'을 인정받는 범위를 넘어서는 단체협약의 법적 효력의 문제와 직접적 관련성을 가지는 것이다.

단체협약의 본래적 성질을 논의함에 있어서, 견해는 크게 세 가지로 나누어질 수 있다. 집합적 근로계약설, 단체간 채권계약설, 객관적 사회규범설이 그것이다. 이 중 객관적 사회규범설의 입장은, 원칙적으로 국가만이 국가법적 효력을 가지는 법규범 제정권을 독점하고 있다는 전통적인 법원론⁹⁾에 따르는 한, 단체협약에 독자적인 국가법적 효력을 인정하지 않는 것이다.

그러므로, 단체협약의 법적 성질론이 단체협약 자체의 국가법적 효력을 인정하려는 전제 하에서 전개된 것이라는 사정에 비추어 본다면, 객관적 사회규범설은 논점에서 벗어난 것이 아닌지 의심스러울런지도 모른다. 그리고 실제로 그런 전제 하에서 논의가 전개된 독일에서는, 단체협약의 법적 성질론이 전개되는 과정에서 객관적 사회규범설과 같은 주장이 분명한 모습으로 전개된 적은 없는 것으로 보인다.

그러나, 단체협약의 규범적 효력이 명문의 규정으로 인정된 후에는, 단체협약의 법적 성질론이 전개되어야 하는 실천적 배경이 근본적으로 달라지는 것이고, 그런 의미에서 논의의 구조가 새롭게 정립되어야 하는 것이다. 이런 점에서 단체협약의 규범적 효력이 명문의 규정으로 인정된 체계 아래에서, 단체협약의 본래적 성질을 논함에 있어서는, 단체협약 자체의 국가법적 효력을 부인하는 객관적 사회규범설도 논의에 포함되어야 하는 것이다.

그리고, 필자는 우리나라의 경우, 기업별 교섭·협약체계를 취하고 있음에도 불구하고, 협약체결을 하는 노동조합과 사용자의 의사나 근로자(조합원) 및 일반인들의 인식을 고려할 때, 단체협약의 본래적 성질은 객관적 사회규범이라고 이해하는 것이 타당하다는 입장을 취하고 있음을 미리 밝혀두고 싶다.¹⁰⁾ 일본의 경우, 독일 협약법리와의 대비 속에서, 일본식 기업별 교섭·협약체계를 강조하면서, 기업별 협약의 본래적 성질을 집합적 근로계약으로 보려는 유력한 주장이 전개¹¹⁾되고 있지만, 기업별 교섭·협약체계를 취하고 있다고

9) 법원론에 관한 논의는, 김대휘, 법원론에 관한 연구, 서울대 법학박사 학위논문, 1992 참조할 것.

10) 이 점에 대해서는, 고호성, 전제논문, 207-208면 참조할 것.

11) 이른바 사회적 자주법설과의 대비 속에서 논의를 전개시키고 있기 때문에, 단체협약의 본래적인 법적 성질 문제를 설정하지 않아서, 분명한 개념으로 제시되지 않고 있지만, 久保敬治의 협약이론이 이러한 경향을 강하게 띠고 있다. 이 점에 대해서는, 久保敬治, 勞動協約法の研究, 有

하더라도, 노동조합이 근로자들의 계약을 대신 체결하고 있다는 인식을 가지고 있다고 보기는 힘들기 때문에 타당한 주장으로 생각되지 않는다.

그러므로, 단체협약의 규범적 효력을 인정한 노동조합 및 노동관계조정법 제33조의 범위를 벗어나는 단체협약의 국가법적 효력은, 법률에 다른 특별규정이 없는 한, 원칙적으로 부인되는 것이다. 다만, 뒤에 좀더 자세하게 설명하겠지만, 이러한 주장은, 단체교섭 개념 확장론에 따라 단체협약의 해석·적용문제에 대해서도 단체교섭의무가 부과되어 있고, 어떤 사정으로는 근로자(조합원)와 사용자의 관계에 대한 사항(규범적 부분)을 정한 단체협약이 노동조합 및 노동관계조정법 제33조의 규정에 의한 규범적 효력을 인정받지 못하는 경우에도, 그러한 협약의 해석·적용문제에 대해서 단체교섭의무가 인정된다는 주장을 전제로 하고 있다는 점을 강조해 두고 싶다.¹²⁾

어쩌면 이러한 주장이 번거롭다고 느낄런지도 모르지만, 이러한 논의구조는 집단적 노사'자치'의 개념을 규범의 해석·적용의 차원에까지 확대시키는 의미를 가지는 것으로 전개되고 있다는 점이 충분히 이해되었으면 좋겠다. 즉, 우리 노동법은, 노동조합과 사용자가 단체교섭을 통해서 자치적으로 근로조건 및 근로자의 대우에 관한 기준을 단체협약으로 설정하도록 하고 있을 뿐만 아니라, 그러한 단체협약의 해석·적용, 즉 이행과 관련된 문제도 노·사가 단체교섭을 통해서 자치적으로 해결하도록 하는 것을 기본으로 삼고 있다는 것이다. 이것이 독일과는 달리 단체교섭권을 국가법적 권리로서 인정하는 취지라는 것이다. 이러한 전제에 서면, 단체협약의 국가법적 효력을 인정한 노동조합 및 노동관계조정법 제33조는, 이러한 체계를 보충하는 의미를 갖는 것으로 이해되어진다.

이러한 논의구조 및 자치개념 확대에 대한 주장을 이해하기 위해서는, 소송절차를 당사자주의적으로 이해하고 구성하려는 경향이 강해짐에 따라, 민법상의 사적 자치개념에 대해서도 규범의 해석·적용상의 자치개념까지 포함시키려는 현대적인 움직임이 있다는 점¹³⁾을 참고하는 것이 좋을 것이다.

가) 集合的 勤勞契約說(代理說, 第三者를 위한 契約說)

근로자(조합원)와 사용자의 관계에 관한 사항을 합의한 노동조합과 사용자 간의 단체협약의 독자적인 국가법적 효력을 인정하기 위하여, 독일에서 비교적 일찍 대리설, 제삼자를 위한 계약설 등의 형태로 주장된 것이, 이 집합적 근로계약설이다. 즉, 단체협약을 개별 근로자와 사용자 사이의 근로계약을 집합적으로 체결한 것으로 파악한 것이다. 이러한 입장을 취하는 경우, 근로계약이 명시적, 묵시적으로 단체협약의 내용을 원용했는가와 관계없이, 단체협약이 근로관계를 규율하는 것을 인정할 수 있었다.

다만, 단체협약 체결의 실제 당사자는 개별 근로자와 개별 사용자가 아니라 노동조합과

斐閣, 1995, 287-301면 참조할 것.

12) 이 점에 대해서는, 고호성, 전제논문, 189-193, 210-211면 참조할 것.

13) 이 점에 대해서는, 田中成明, 法理學講義, 有斐閣, 1994, 344-354면 참조할 것.

사용자 또는 사용자단체이기 때문에, 단체협약을 집합적 근로계약으로 파악하기 위해서는 노동조합과 근로자, 사용자단체와 사용자를 매개해 주는 법적 논리가 있어야 한다. 이러한 논리로 제시된 것이 제삼자를 위한 계약이론, 대리이론 등이다.

그러나 독일의 단체협약은, 이른바 단체간 협약(Verbandstarifvertrag)으로 산업별 노동조합과 사용자단체 사이에서 체결되는 것이 일반적이기 때문에, 특히 사용자단체가 그 구성원들에게 불리한 약정을 하는 경우, 제삼자를 위한 계약이론을 적용하기는 곤란하였다. 제삼자를 위한 계약은 제삼자에게 유리한 경우에만 그 효력이 인정되었기 때문이다.¹⁴⁾

그래서 독일의 경우, 이러한 논리구성의 지배적 위치는, 로트마르의 이른바 대리설(Vertretungstheorie)¹⁵⁾이 차지하게 되었다. 대리설은 단체협약을 노동조합이 다수의 근로자들을 대리하여 체결하는 집합적 근로계약으로 파악하고 있다. 물론 사용자단체와 그 구성원간의 관계도 이러한 관점에서 파악한다. 이러한 대리설에 의하면, 단체협약의 규범적 효력 중 이른바 강행적 효력을 설명할 수는 없지만, 적어도 단체협약의 규범적 효력 중 이른바 직접적 효력을 설명할 수는 있게 된다.

근로자가 노동조합에 대리권을 직접적으로 수권한 일은 없지만, 노동조합에의 가입이 근로자의 자발적 의사에 기초하여 이루지는 것을 고려하면, 노동조합에의 가입으로 근로계약체결에 대한 대리권을 수권한 것으로 파악할 수도 있다는 점에서 대리설은 나름대로 상당한 설득력을 가지는 것이었다. 사용자단체와 사용자 사이의 관계에서도 마찬가지이다.

나) 團體間 債權契約說(實行義務說)

이상과 같은 집합적 근로계약론은, 단체협약의 법적 효력을 결국 개별 근로자와 사용자의 의사에 기초하여 인정하려는 것이다. 그러나 이러한 이론구성은 단체협약의 실태에 비추어 너무나 의제적인 것이었다. 그래서 이러한 이론에 대하여, 진츠하이머를 중심으로 단체협약의 법적 효력을 노동조합 또는 사용자단체 자체의 권한 또는 그러한 단체 자체의 의사에 기초하여 인정하려는 이른바 단체설(Verbandstheorie)¹⁶⁾이 대두되었다.

단체설은, 단체협약의 법적 효력의 근거를 근로자 개개인과 사용자의 의사에서 구하지 않기 때문에, 단체협약이 근로자와 사용자 사이의 관계를 직접 규율하는 국가법적 효력을 인정할 수 없었다. 그래서, 그러한 효력은 특별한 입법이 있어야만 인정될 수 있다고 하

14) 기업별 협약을 체결하는 미국에서는, 제삼자를 위한 계약이론이 더욱 적극적으로 평가되고 있다. 이 점에 대해서는, Gregory & Katz, Labor and the Law, 3rd. ed., W. W. Norton & Company, 1979, 481-482면 참조.

15) 로트마르는 1902년 Der Arbeitsvertrag에서 대리설을 주장하였다. 로트마르의 대리설에 대한 국내의 소개로는, 김형배, 전게서, 556면.

16) 진츠하이머는, 1907년 Der korporative Arbeitsnormenvertrag에서 단체설을 주장하였다. 진츠하이머의 단체설에 대한 국내의 소개로는, 김형배, 전게서, 559면.

여, 독일의 단체설은 이른바 수권설로 나아가게 되지만, 그런 입법이 아직 없었던 1918년 이전에도 독일 단체설은, 단체협약을 노동조합과 사용자 또는 사용자단체를 당사자로 하는 채권계약이라고 보아 일정한 국가법적 효력을 인정하려고 하였다.

이상과 같은 견해가 단체간 채권계약설이다. 단체간 채권계약설의 중심문제는 이러한 채권계약에서 노동조합과 사용자 또는 사용자단체가 상대방에 부담하는 채무의 내용이 무엇인가 하는 점이다.

단체간 채권계약설은 채무의 내용을, 단체협약의 내용을 근로계약에 실현시킬 의무 또는 단체협약에 어긋나는 근로계약을 체결하지 않을 의무, 즉 실행의무(Durchführungspflicht)와 단체협약에 정해진 사항에 대한 정의행위를 하지 않을 의무, 즉 평화의무(Friedenspflicht)로 파악하였다. 실행의무는 주로 사용자측에 인정되는 것이고 평화의무는 주로 노동조합측에 인정되는 것임은 물론이다.

실행의무와 평화의무를 좀더 자세하게 보면, 이러한 노동조합과 사용자 또는 사용자단체 사이의 채무는, 스스로 단체협약에 어긋나는 근로계약을 체결하지 않거나 정의행위를 하지 않을 의무, 즉 자기의무(Selbstpflicht)와 그 구성원으로 하여금 단체협약에 어긋나는 근로계약을 체결하지 않거나 정의행위를 하지 않도록 영향을 미칠 의무, 즉 영향의무(Einwirkungspflicht)를 포함하는 것이었다.

이러한 단체협약의 채무적 효력 인정의 실제적 관심은 평화의무의 인정에 있었다고 말해지기도 하지만,¹⁷⁾ 어쨌든 이론적 관심은 실행의무의 인정에 집중되어 있었다. 단체설의 실행의무론은 단체협약이 근로관계를 직접 규율하는 것이 아니라, 단체협약의 내용을 근로관계에 실현시킬 채무를 특히 사용자측이 노동조합에 대하여 부담하고 있는 것으로 파악하는 것이었다. 말하자면, 단체협약이 근로자와 사용자 사이의 근로관계를 규율하는 측면은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체의 채무이행에 따른 간접적·반사적 효과에 불과한 것으로 파악한 것이다.

이러한 이론의 현실적 성패는, 특히 사용자가 실행의무를 이행하지 않을 때, 그 강제방법의 실효성에 있다고 할 수 있다. 그러나 단체협약상의 실행의무는 이행강제도 곤란하고 손해배상청구도 비현실적인 것이었다. 이런 점에서 실행의무론에 따른 경우 실행의무위반에 대한 구제수단은 매우 불완전한 것이었다고 할 수 있다. 이것이 단체간 채권계약론이 지닌 가장 큰 문제점이었다. 그러므로 이러한 상황에서는 채무불이행에 대한 어떤 새로운 강제방법을 마련하거나, 아니면 단체협약의 실효성을 보장하는 새로운 효력이론을 구성할 필요가 있었다.

그래서 비록 입법에 성공하지는 못했지만, 진츠하이머의 실질적 지도 아래 작성되었던 1922년의 독일 단체협약법초안(19조, 20조)이, 단체협약의 내용의 불이행에 대하여 이

17) 本田尊正, “勞動協約의 法的 性質”, 日本勞動法學會編, 現代勞動法講座 6, 總合勞動研究所, 1981, 105-106면 참조.

행의 강제, 협약의 해제, 손해배상청구 등의 대항수단 대신에, 일정액의 배상금(Busse)의 지불의무를 규정하고 있었던 것에서도 알 수 있는 것처럼, 실행의무위반에 대한 특별한 강제방법을 마련하려는 움직임도 나타난 적이 있었다.¹⁸⁾

다) 客觀的 社會規範說(社會的 自治規範說)

단체협약의 법적 성격을 집합적 근로계약이든, 단체간 채권계약이든 계약설적으로 구성하려고 한다면, 협약체결 당사자인 노동조합과 사용자 또는 사용자단체의 의사의 실행을 문제삼아야 할 것이다.

이런 관점에서 볼 때, 협약체결 당사자가 근로자를 대리하여 근로계약을 체결하고 있다는 효과의사, 특히 대리의사나 제삼자를 위한 근로계약을 체결하고 있다는 효과의사(집합적 근로계약설에서 필수적)를 가지고 있다고 보기는 힘들 것이다. 뿐만 아니라, 단체협약을 체결하면서 그것이 근로관계를 직접 규율하는 것이 아니라, 단지 그것을 근로관계에서 실행할 채권·채무를 협약체결 상대방에 대하여 진다는 효과의사(단체간 채권계약설에서 필수적)를 가지고 있다고 보기도 힘들 것이다.

오히려, 그것이 국가법적 효력을 가지게 되든 사실적인 효력만을 가지게 되든, 협약체결 당사자의 의사는 그러한 부분이 근로관계를 객관적으로 규율하게 될 것을 의욕하고 있다고 보는 것이 가장 실행에 가까운 파악이라고 하지 않을 수 없을 것이다.¹⁹⁾

물론, 기업별 노조·교섭·협약을 전제로 하는 경우에는, 산업별 노조·교섭·협약을 전제로 하는 경우와 협약체결 당사자의 의사의 내용이 다를 수도 있을 것이다. 특히 산업별 협약에서는 근로관계규율을 위한 최저기준이 설정되는 것이기 때문에 근로계약을 대리해서 체결한다는 의사를 인정하기 힘들지만, 기업별 협약에서는 실제기준이 설정되는 것이기 때문에 근로계약을 대리해서 체결한다는 의사를 인정할 수 있을 것이 아닌가 하는 주장도 있을 수 있다.

그러나, 기업별 노조·교섭·협약체결에서도 협약체결 당사자인 기업별 노조와 사용자가 근로자들의 근로계약을 대리해서 또는 대신해서 체결한다는 의사를 가진다고 볼 수는 없는 것으로 생각된다. 오히려, 노동조합과 사용자가 독자적 권한으로 기업내 근로관계의 운영을 위한 객관적 규범을 설정한다는 의사를 갖는다고 보는 것이 실행에 맞는 것이라고 하지 않을 수 없다.

그렇다면, 단체협약의 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 부분은, 국가법적 효력을 인정받고 있든 그렇지 못하든, 객관적 사회규범으로서의 법적 성격을 가지는 것으로 보아야 한다. 이 부분을 협약체결 당사자의 의사를 고려하지 않고, 집합적 근로계약 또는 단체간 채권계약으로서의 법적 성격을 가진다고 보는 것은 너무 의체적인 것이라고 할 수 있

18) 이 점에 대해서는, 久保敬治, “勞動協約立法”, 日本勞動法學會編, 現代勞動法講座 6, 總合勞動研究所, 1981, 21면 참조.

19) 이 점에 대해서는, 高호성, 전계논문, 207-209 참조.

는 것이다.

그러나, 이러한 이론에서는, 단체협약이 노동조합과 사용자 또는 사용자단체라는 사적 주체에 의해서 설정되는 것이기 때문에, 자율적인 차원에서 이러한 사적 협약이 근로관계를 객관적으로 규율하고 있다면 별 문제가 없지만, 그러한 객관적 규율기능이 국가법적 효력으로 보장되어 있는 것이라고 한다면 그 근거가 문제될 수 밖에 없다. 만일에 그 근거가 없다면, 단체협약이 자율적인 차원에서 근로관계를 객관적으로 규율하는 기능을 갖든 어떻든, 그것의 국가법적 효력은 부정되어야 하는 것이다.

이러한 논리, 즉, 객관적 사회규범과 국가법적 효력의 관계를 더욱 쉽게 생각하기 위해서는, 객관적 사회규범임이 분명하지만 국가법적 효력은 인정되지 않고 있는 '교회법'의 예를 생각해 보는 것이 편리할 것이다. 누구도 법적인 의미에서 교회법 그 자체를 객관적 사회규범으로 생각하지 계약으로 생각하지는 않겠지만, 그것의 국가법적 효력은, 전통적인 법원론에 따르는 한, 원칙적으로 부인된다는 점을 쉽게 이해할 수 있기 때문이다. 단체협약도 본래적 성질로 보면, 교회법과 마찬가지로, 그 자체로서는 국가법적 효력이 없는 객관적 사회규범이라는 것이 사회적 자치규범설의 내용이다.

2. 團體協約의 이른바 '規範的 效力'과 法的 性質論

단체협약 그 자체에 국가법적 효력을 인정하려고 한 독일 노동법학에 있어서, 단체협약에 국가법적 효력을 인정하기만 하면, 어떠한 내용의 국가법적 효력을 인정하여도 좋다는 것은 아니었다. 단체협약 그 자체의 국가법적 효력을 인정하려는 의도 아래에서, 단체협약의 법적 성질론을 최초로 제기한 로트마르 자신이, 사실은 오늘날 단체협약의 '규범적 효력' 내지 '불가변성'(Unabdingbarkeit)이라고 불리는 국가법적 효력이 단체협약에 인정되어야 한다는 주장을 하였다. 즉, 단체협약이 근로관계에 직접 적용되어야('직접적 효력' 또는 '보충적 효력') 할 뿐 만 아니라, 단체협약보다 불리한 근로계약 등의 효력도 부인하여야('강행적 효력' 또는 '규준적 효력') 한다고 주장하였던 것²⁰⁾이다.

로트마르의 대리설도 원래는, 이러한 단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성을 법해석론적으로 근거지우려는 노력이었다. 그러나, 개인주의적인 이른바 '시민법리'에 속하는 대리설로는 단체협약의 직접적 효력은 근거지울 수 있었지만, 강행적 효력을 근거지우기는 무리일 수 밖에 없었다. 그래서 로트마르는 1911년 스위스채무법 개정과정을 통해서, 단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성을 입법적으로 실현하기에 이른다.

독일에서는 진츠하이머의 주도 아래 이루어진 1918년 단체협약령에서, 단체협약의 이른바 "규범적 효력" 내지 "불가변성"을 인정하는 명문의 규정을 두게 되었고, 1949년 단

20) Lotmar, Der Arbeitsvertrag 1, 1902, 776면 이하, 中嶋士元也, "規範的 效力", 日本勞動法學會編, 現代勞動法講座 6: 勞動協約, 總合勞動研究所, 1981, 153면 참조할 것.

체협약법에 이러한 태도가 계승됨으로써 오늘에 이르고 있다. 전술한 것처럼, 우리 노동법도 기본적으로 독일식의 단체협약의 “규범적 효력” 내지 “불가변성”을 채택하고 있다. 다만, 우리 노동조합 및 노동관계조정법 제92조 제1호는 단체협약위반에 대한 형사처벌규정을 두고 있기 때문에, 단체협약의 국가법적 효력은 독일식의 “규범적 효력” 내지 “불가변성”보다 더욱 확대되어 있다는 점에 특히 주의하여야 할 것으로 생각된다.

이처럼, 단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성을 입법적으로 인정하게 되면, 적어도 이러한 국가법적 효력을 인정받는 범위 내의 단체협약의 법적 성질 그 자체에 대해서는 사실 복잡한 논의가 불필요해진다. 간단히 말하여, 규범적 효력 내지 불가변성을 인정받는 범위 내의 단체협약은 헌법, 법률, 명령, 조례 등과 마찬가지로 ‘객관적 (국가)법규범’인 것이다. 1960년대 이래 독일에서 계약설이 재생된 이후, 논란이 일부 일어나고 있지만, 어쨌든 독일에서의 지배적 입장은 확고하게 이러한 ‘객관적 (국가)법규범설’을 취하고 있다.

사실 독일에서 단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성의 국가법적 인정 문제를 단체협약의 법적 성질론으로 다루려고 했던 것은, 문제설정 자체가 약간 잘못된 것이라고 할 수도 있을 것이다. 오히려 단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성의 국가법적 인정의 근거, 즉 ‘法源論’의 관점에서 문제가 설정되었다면, 입법적 해결 이전 단계에서도 단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성의 국가법적 인정에 더욱 설득력 있는 이론이 전개될 수 있었을 것이다.

그리고 사실은, 단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성의 국가법적 인정 문제를 둘러싼 독일의 논의에서, 단체협약의 법적 성질론과 연계되어 이러한 法源論的 관점의 논의가 전개되었다. 오늘날 독일의 통설로 되어 있는 진츠하이머의 수권설도 사실은 법원론적 관점의 주장일 뿐 아니라, 로트하이머가 대리설에 입각하면서도, 규범적 효력 내지 불가변성의 국가법적 인정의 근거로서, 협약당사자의 의사, 취업규칙에 관한 독일 영업법 제143 C조 제2항 1·2문의 유추 등을 제시한 것²¹⁾도 이러한 법원론적 관점의 주장인 것이다.

그런데, 특이하게도, 단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성의 국가법적 인정 문제를 둘러싼 法源論的 관점의 논의는, 일본에서 활발한 논의를 보았다. 그 주된 이유는, 아마도 매우 특이한 법원론에 입각한 이른바 ‘사회자주법설’이, 일찍이 일본 노동법학의 창시자 중 한 사람이라고 불려지는 末弘嚴太郎에 의하여 제창²²⁾된 이후, 일본에서는 이 사회자주법설에 대한 찬반을 중심으로 단체협약의 법적 성질론이 전개되었기 때문으로 보여진다. 그리고, 우리 노동법학에서 단체협약의 법적 성질에 대한 논의가 혼미를 거듭하는 주된 이유는, 독일에서의 논의와 일본에서의 논의의 미묘한 차이점이 제대로 부각되지 못했기 때문이 아닌가 생각된다.

21) 西谷敏, *ドイツ労働法思想史論*, 日本評論社, 1987, 231면 참조.

22) 末弘嚴太郎, *労働法研究*, 改造社, 大正15年, 295면.

가) 客觀的 (國家)法規範說

이른바 규범적 효력 내지 불가변성을 인정받는 단체협약 자체의 법적 성질에 대해서는, 그러한 단체협약을 객관적 (국가)법규범으로 이해하는 것이, 규범적 효력 중, 특히 단체협약에 위반하는 근로계약 등의 효력을 무효화하는 이른바 강행적 효력을 고려할 때, 타당하다고 하지 않을 수 없다. 특히 우리 노동조합 및 노동관계조정법은, 단체협약 위반에 대한 형사처벌규정을 두고 있기 때문에, 객관적 (국가)법규범설이 더욱 타당하다고 할 수 있을 것이다.

독일의 경우에는, 단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성을 최초로 입법한 1918년의 단체협약령 체제에서도 이러한 효력을 인정받는 단체협약을 객관적 (국가)법규범으로 파악하는 것이 일반적이었을 뿐 아니라, 1949년 단체협약법은, 한 걸음 더 나아가 제1조 제1항에서 “단체협약은 협약당사자의 권리와 의무를 규율하고, 동시에 근로관계의 내용·체결·종료 및 경영상 및 경영조직법상의 제문제를 규율할 법규범(Rechtsnormen)을 포함한다”고 규정하여, 협약규범을 법규범(Rechtsnormen)이라고 명문화하고 있기 때문에, 지금은 1918년 단체협약령 체제에서보다 단체협약의 객관적 (국가)법규범적 성질이 더욱 강조되고 있다.

물론 1960년대 이래 이른바 계약설이 부활하면서부터, 일부 논란이 없는 것도 아니지만, 어쨌든 전체적으로 보면, 독일 노동법학에서는 사용자와 근로자의 관계에 관한 단체협약의 이른바 규범적 부분을 객관적 (국가)법규범으로 보는 것²³⁾이 지배적이라고 할 수 있다. 그리고 그런 전제 하에서, 오히려 노동조합과 사용자단체라는 사적 주체가 객관적 (국가)법규범을 설정할 수 있는 근거가 어디에 있는가라든지, 단체협약이라는 객관적 (국가)법규범을 설정하는 절차는, 일반 입법절차와는 달리, 노동조합과 사용자단체 사이의 의사의 합치라는 계약체결절차와 유사한 점이 많은데, 계약법리를 거기에 어느 정도 적용하는 것이 타당할 것인가라든지 하는 문제들이 협약법리에 관한 논의의 중심쟁점을 이루고 있다.

또한, 이러한 흐름과 관련하여 특히 주목되는 것은, 단체협약의 해석방법을 둘러싼 논의의 변천²⁴⁾이다. 즉, 1918년 단체협약령 체제에서는, 단체협약의 해석은 기본적으로는 계약의 해석과 동일한 방법으로 행해져야 한다는 견해가 지배적이었지만, 현재에는 협약의 규범적 부분은 법률의 해석과 동일한 방법으로, 즉 객관적으로 해석되지 않으면 안된다는 입장이 통설적 지위를 점하기에 이른 것이다. 이러한 객관적 해석론의 근거로서 들어지고 있는 것은, 단체협약법 제1조가 협약에 의하여 창조된 규범을 법규범(Rechtsnormen)으로서 위치지우고 있어, 그것이 실질적 의미에서의 법률(Gesetze), 즉 (국가)법규범으로 되는 것, 협약은 국가법과 마찬가지로 다수의 관계자의 이해에 관련되

23) Nikisch, Arbeitsrecht, Bd.2, 2. Aufl., 1959, 213면; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrecht, Bd.2/1, 7. Aufl., 1967, 231면; BVerfG Urt. v. 18. 11. 1954, BVerfGE 4, 96; BVerfG Beschluss v. 14. 4. 1964, BVerfGE 17, 319.

24) 이 점에 대해서는, 西谷敏, 전거서, 582-583면 참조.

기 때문에, 그 내용은 협약자체에 표현된 문언에 따라 객관적으로 확정되지 않으면 안되고, 제삼자가 알지 못한 당사자의 의사를 기준으로 해석해서는 안된다는 것 등이다.

이처럼 규범적 효력 내지 불가변성을 인정받는 단체협약의 법적 성질을 객관적 (국가)법규범이라고 파악하는 전제 아래에서, 우선 문제삼아야 하는 것은, 전술한 것처럼, 노동조합과 사용자 또는 사용자단체라는 사적 주체가 단체협약이라는 (국가)법규범을 설정하는 현상을 어떻게 이해할 것인가 하는 점이다. 이 점에 대한 가장 간명한 논리는, 독일의 통설을 이루고 있는 이른바 '수권설'이다. 즉, 국가가 노동조합과 사용자 또는 사용자단체에 대해서, 그들간의 합의로 단체협약이라는 (국가)법규범을 설정할 권한을 부여했다고 이해하는 것이다.

국가는 왜 노동조합과 사용자 또는 사용자단체에 대해서, 그들간의 합의로 단체협약이라는 (국가)법규범을 설정할 권한을 부여한 것일까? 이 점은 고도로 법정정책적인 문제이기 때문에, 여기에서 자세히 검토할 여력이 없지만, 다만, '지방자치'의 이념에 입각하여, 지방자치단체에게 '조례·규칙'이라는 객관적 (국가)법규범을 설정할 수 있는 권한을 부여한 것과 마찬가지로, '노사자치'의 이념에 입각하여 노동조합과 사용자 또는 사용자단체에게 '단체협약'이라는 객관적 (국가)법규범을 설정할 수 있는 권한을 부여한 것이라고 대비시킬 수 있다는 점을 언급해두고 싶다. 이러한 대비는, 지방자치와 노사자치, 조례·규칙과 단체협약의 유사성과 차이성을 부각시켜, 단체협약법리의 이해에 큰 도움을 줄 수 있을 것으로 생각된다.

① 授權說

전술한 것처럼, 수권설은, 규범적 효력 내지 불가변성을 인정받는 단체협약의 법적 성질을 객관적 (국가)법규범으로 파악하는 전제 아래에서, 노동조합과 사용자 또는 사용자단체라는 사적 주체가 그러한 국가법규범을 설정할 수 있는 것은, 국가가 그들에게 일정한 입법권을 부여했기 때문이라고 이해하는 이론이다. 국가만이 객관적 (국가)법규범을 설정할 수 있는 입법권을 독점하고 있다는 전통적인 法源論에 기초하고 있는 이 수권설은, 그 논리구성이 가장 간명하면서도 설득력이 있기 때문에, 독일에서도 진츠하이머의 주장 이래 지배적인 견해로 되어 있다.

독일의 경우, 노동조합과 사용자단체라는 사적 주체가 단체협약이라는 국가법규범을 설정할 수 있는 근거에 대해서는, 사실 매우 다채로운 견해가 주장되고 있다. 그러나, 수권설이 워낙 지배적인 견해로 되어 있기 때문에, 수권설을 중심축으로 하여, 그러한 수권설에 대한 이의제기라는 형태로 그러한 논의가 전개되고 있는 것이라는 점에 주의하여야 할 것으로 생각된다.

한편, 앞에서 설명한 단체협약의 본래적인 법적 성질에 관한 이론과의 관련에서 수권설을 검토해 보면 다음과 같다. 즉, 필자가 주장하고 있는 '객관적 사회규범설'의 입장에서 보면, 수권설은 사회적 자치규범인 단체협약에 국가법적 효력을 창설적으로 부여하는 논리로서의 의미를 가진다. 수권의 범위 밖에서는 단체협약이 그 자체로서는 국가법적 효력

을 가지지 못하는 사회적 자치규범으로 남아있게 됨은 물론이다.

또 집합적 근로계약설이나 단체간 채권계약설의 입장에서는, 단체협약은 원래 계약이지만, 수권의 범위 내에서 창설적으로 국가법적 효력을 가지는 객관적 법규범으로 변화되는 것이고, 수권의 범위 밖에서는 여전히 집합적 근로계약이나 단체간 채권계약으로서의 성질을 잃지 않는 것으로 파악하게 된다.

독일의 경우, 수권설 내부에서는 두 가지 주장이 대립되고 있다. 즉, 이른바 협약자치개념에 의하여, 노동조합과 사용자단체에게 단체협약이라는 (국가)법규범을 설정할 수 있는 권한을 부여했다는 전제 아래에서, 기본법 제9조 3항이 직접 협약자치를 보장했다고 이해하는 견해(Biedenkopf)와 기본법 제9조 3항에 의하여 협약제도의 법적 규율이 의무지워진 입법자가 단체협약법에 의하여 협약자치를 보장했다고 보는 견해(Hueck-Nipperdey, Nikkisch)의 대립이 그것이다. 즉, 헌법이 노동조합과 사용자 또는 사용자단체에게 법규범정립의 권한을 부여했다고 보는 이른바 '헌법수권설'과, 단체협약법이라는 법률이 그러한 법규범정립의 권한을 부여했다고 보는 이른바 '법률수권설'이 대립되고 있는 것이다.²⁵⁾

헌법수권설과 법률수권설의 대립은, 사실 단체협약의 규범적 효력의 근거를 어떻게 파악할 것인가에 대한 견해의 차이에 그치는 것이 아니라, 협약자치 전반에 걸친 국가적 보장의 정도를 어떻게 파악할 것인가에 대한 견해의 차이를 나타내는 것이다. 그러나 어쨌든 단체협약의 규범적 효력에 대한 근거에 관해서만 말하자면, 헌법수권설은 헌법 자체가 사적 당사자인 노동조합과 사용자 또는 사용자단체에 법규범설정의 권한을 부여했기 때문에, 국가가 정책적 판단에 의하여 법률로서 이러한 권한을 제약하는 것이 허용되지 않는다고 보는데 대하여, 법률수권설은 핵심적 내용을 침해하지 않는 한, 정책적 판단에 의하여 법률로서 이러한 권한의 내용을 구성할 수 있다고 보는 것이다.

헌법수권설과 법률수권설의 대립과 관련해서는, 단체협약의 이른바 '규범적 효력' 내지 '불가변성'이, 영미법계에서는 단체협약에 이러한 효력을 인정하지 않고 있는 것에서도 알 수 있는 것처럼, 고도로 정책적인 함의를 지니고 있는 것이라는 인식 아래에서 문제를 파악하여야 할 것으로 생각된다. 그러므로 이처럼 고도로 정책적 함의를 지니고 있는 문제에 대하여, 문언상 직접적 언급이 행해지지 않고 있는 헌법규정을 근거로 삼는 것은, 후술할 백지관습법과 마찬가지로 지나치게 편의주의적인 논법이라고 하지 않을 수 없다. 결국 노동조합과 사용자 또는 사용자단체라는 사적 주체에게 객관적 국가법규범을 설정할 권한을 부여하고 있는 것은, 헌법상의 규정이 아니라, 이 점을 직접적으로 언급하고 있는 법률상의 규정이라고 보아야 하는 것이다.

이상과 같이 법률수권설의 입장에 서게 되면, 단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성

25) 헌법수권설과 법률수권설에 대한 국내의 소개로는, 이종복, "협약자율의 우위성", 사법관계와 자율, 이종복교수논문집간행위원회, 1993, 504-509면 참조할 것.

은, 법률에 의하여 노동조합과 사용자 또는 사용자단체에게 특별히 부여된 권한에 근거한 것으로 이해하게 될 것이다. 그렇다면, 우리나라의 노동법이론상, 헌법에서 직접 유래되는 권한은 인정되지만, 법률에 의해서 특별히 부여된 권한은 부인되는 것으로 파악되고 있는, 이른바 '법외조합'이 체결한 단체협약에 대해서는 규범적 효력 내지 불가변성이 인정되지 않는 것으로 보아야 한다. 이 경우, 법외조합이 체결한 단체협약은, 그 자체로서는 국가법적 효력을 인정받지 못하는 객관적 사회규범으로서 남아 있게 된다.

② 授權說에 대한 독일에서의 反論

단체협약이 객관적 (국가)법규범이라는 것을 인정하면서도, 수권설에 반대하는 입장들의 일반적인 형태는, 법원론의 재검토에 입각한 견해들이다. 예를 들면, 협약당사자의 법규범 설정의 권한의 근거를 국가법의 수권이 아니라, 사법적(私法的)인 법제정권한에서 구하려고 하는 리카르디의 견해,²⁶⁾ 협약당사자의 법규범설정의 권한은, 국가법에 의한 수권에 근거하는 것이 아니라, 시원적(originär)인 권한이라고 설명하는 사회자유법설적인 갈페린의 견해²⁷⁾ 등이 그러한 것이다.

그러나 이러한 견해들은, 국가법적 효력을 가지는 법규범 설정 권한은 국가에 독점되어 있다는 전통적인 법원론의 관점이 법이론, 법실무에 뿌리깊이 정착되어 있는 법현실을 고려한다면, 근본적인 이의제기로서는 의미가 있을 수도 있겠지만, 새로운 법원론이 확고하게 정립되기 이전까지는 일반이론으로서 받아들이기 힘들 것으로 생각된다.

다만, 이처럼 법원론의 근본적 재검토를 전제하지 않으면서도, 협약당사자에게 법규범 정립의 권한을 부여한 것이 아니라, 당사자가 설정한 단체협약 그 자체에 대하여 법률이 규범적 효력을 직접 부여했다고 주장하면서, 수권설을 비판하는 솔츠의 견해²⁸⁾는 주목을 요한다. 이러한 주장은, 단체협약을 객관적 국가법규범으로 볼 때, 단체협약이라는 국가법규범의 정립과정, 다른 국가법규범과는 달리, 협약당사자간의 의사 합의라는 계약체결 과정과 유사한 형태로 되어 있기 때문에, 그러한 규범정립과정상, 가령 의사표시의 하자 등이 있을 때, 민법상의 계약법리를 적용하는 것이 타당한가 등과 같은, 해결하기 매우 어려운 문제를 일거에 피해나갈 수 있는 장점이 있는 것으로 보인다.

그러나 어려운 문제를 피해나갈 수 있다는 것 자체가 법이론상의 장점으로 되는 것은 아니다. 중요한 것은 아무리 복잡하더라도 현실적합성이 있는 이론을 구성하는 것이다. 그러므로, 단체협약이라는 국가법규범 정립과정이 계약체결과정과 유사한 만큼, 단체협약이 객관적 국가법규범이라는 사실에서 요청되는 객관성의 요청과, 그 정립과정이 계약체결과정과 유사하다는 사실에서 요청되는 주관성의 요청을 어떻게 조화시킬 것인가 하는 문제

26) Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, 127면 이하.

27) Galperin, "Die Autonome Rechtssetzung im Arbeitsrecht", in : Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag, 1962, 153면 이하.

28) Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, 58면 이하.

는, 단체협약법리 구성에 있어서 피해서는 안되는 쟁점이다. 이런 문제에 관한 한, 독일의 통설로 되어 있는, 이른바 '규범계약설'²⁹⁾도 기본적으로 같은 입장으로 생각된다.

이상과 같은 관점에서 솔츠의 견해를 배척하고, 전통적인 수권설의 입장에 서게 되면, 가령 착오, 사기, 강박에 의한 의사표시 등과 같은, 단체협약성립과정상의 의사표시의 하자과 단체협약의 법적 효력의 관계에 관한, 매우 생산적인 논의가 가능해지게 된다. 그러나 이러한 문제에 대한 논의는 추후의 연구과제로 남겨두기로 한다.

③ 일본에서의 非授權說

규범적 효력 내지 불가변성을 인정하는 명문의 규정을 전제로, 이러한 효력을 인정받는 범위 내의 단체협약을 객관적 (국가)법규범으로 파악하고나서, '수권설'을 중심으로 법원론적 관점의 논의가 전개되어온 독일과는 달리, 일본에서는 규범적 효력 내지 불가변성을 인정하는 명문의 규정과 상관없이, 단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성의 국가법적 인정 문제에 대하여, 일찍이 매우 특이한 법원론적 입장을 내포하고 있는 이른바 '사회자주법설'이라는 단체협약의 법적 성질론이 주창된 이래, 이를 중심으로 논의가 전개되어 왔다.

사회자주법설은, 이른바 부분사회 구성원들이 자주적으로 설정한 객관적 규범도 국가법적 효력을 가질 수 있다는 것을 전제로, 이처럼 국가법적 효력을 가지는 자주적 규범을 '사회자주법'이라 하고, 단체협약이 바로 그러한 사회자주법이기 때문에 국가의 수권을 기다릴 필요없이 단체협약은 국가법규범적 효력을 가진다는 주장이다. 그래서 사회자주법설은, 규범적 효력 내지 불가변성을 인정하는 노동조합법상의 조문을 '확인규정'에 불과하다고 파악한다.

사회자주법설의 최대 문제점은, 그 전제, 즉 이른바 부분사회 구성원들이 자주적으로 설정한 객관적 규범이 국가법적 효력을 가지는 근거를 밝혀야 하는 점에 있다. 末弘嚴太郎은 일본 '법례 2조'의 유추를 근거로 들었고, '법적 감정'이나 '법적 확신' 등을 근거로 드는 학자들도 있지만,³⁰⁾ 국가만이 객관적 (국가)법규범을 설정할 수 있는 입법권을 독점하

29) 이른바 '규범계약설'이, 우리나라에서 단체협약의 법적 성질론을 전개하는데, 상당한 혼란을 초래하는 것으로 보인다. 독일의 통설로 되어 있는, '규범계약설'은, 단체협약의 법규범적 효력의 근거를 계약에서 찾는 이론이 아니라, 단체협약이 객관적 국가법규범이고, 노동조합과 사용자 또는 사용자단체가 그러한 국가법규범을 설정할 수 있는 근거는 국가의 수권에 있다는 것을 전제로, '법률행위'라는 관점에서 보면, 단체협약체결과정이 계약체결과정과 마찬가지로 당사자간의 의사의 합치로 되어 있기 때문에, 단체협약체결행위를 객관적 국가법규범을 설정하는 계약으로 보아야 한다는 주장이다. 이런 입장을 취하는 경우, 협약체결과정에 대하여 의사표시의 하자과 같은 계약이론을 적용할 것인가 하는 문제에 일단 계약이론의 원용을 긍정할 수 있게 되어, 논의의 실익이 있는 것이다.

그러므로, 우리나라에서 단체협약의 법적 성질론을 전개할 때, 규범계약설을 수권설과 대비시켜 논의하고 있는 일부 교과서의 서술방식은 변경되어야 할 것으로 생각된다. 김형배, 전거서, 552-554면 등 참조.

30) 이에 대한 소개는, 久保敬治, 전거서, 287면 참조.

고 있다는 전통적인 법원론이 지배적인 오늘날의 법상황에 비추어 도저히 납득이 가지 않는 논리이다. 사회자주법설에 맹공격을 가하여 일본에서의 수권설을 확립한 久保敬治가 솔직히 시인하고 있는 것³¹⁾처럼, 이러한 논리는 '노동자의 규범의식 혹은 법적 확신'이라는 명제가 횡행하고 있는 일본 노동법학계의 특수한 지적 풍토의 반영이라고 밖에 볼 수 없을 것이다.

단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성의 국가법적 인정 문제를 이처럼 법원론적 관점에 중점을 두고 접근하는 경우, 일본에서 특히 주목되는 주장은, 이른바 白地慣習法說이다. 단체협약 자체가 관습법이 아니라, 단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성이 관습법으로 인정되어 국가법적 효력이 인정된다는 의미에서 백지관습법이라고 이름붙여진 이 주장은, 독일에서는 찾아보기 힘들지만, 일본에서는 石井照久의 이론³²⁾으로 상당한 영향력을 가지고 있다. 그러나 영국 노동법이나 미국 노동법에서는 인정되지 않고 있는 것에서도 알 수 있는 것처럼, 고도로 정책적인 성격을 띠고 있는 문제인 규범적 효력 내지 불가변성의 국가법적 인정을 관습법이론에 의지하는 것은, 너무나 편의주의적이라고 하지 않을 수 없다.

다만, 백지관습법설에 의하는 경우, 우리 노동조합 및 노동관계법 제33조와 같이, 단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성을 인정하는 명문의 조항은, 확인적 규정에 불과하다고 볼 수 있기 때문에, 명문의 규정에 의하여 규범적 효력을 인정받지 못하는 단체협약에 대해서도 규범적 효력 내지 불가변성을 인정할 수 있다는 확설의 특징은 언급해 두기로 한다.

나) 새로운 契約說

독일의 경우, 1918년 단체협약령이 단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성을 명문의 규정으로 인정한 이후, 단체협약의 법적 성질을 객관적 국가법규범으로 파악하고, 노동조합과 사용자 또는 사용자단체라는 사적 주체가 이러한 객관적 국가법규범을 설정할 수 있는 근거는 국가의 수권에 있다는, '국가법규범-수권설'이 노동법이론상 아직까지도 확고한 위치를 차지하고 있다. 그러나 특히 1960년대 이후 부터 이러한 통설적 태도에 대한 반론이 강력하게 제기되기 시작하였다.

1960년대 이후 독일에서 '국가법규범-수권설'에 대하여 이처럼 반론이 제기되기 시작한 가장 큰 이유는, 노동조합운동이 거대화·관료화함에 따라, '국가법규범-수권설'이 지니는 단체주의적 성격이 현실적으로 문제가 되었기 때문이다.³³⁾

근로자와 사용자 사이의 관계는, 그것이 바로 자기 자신들의 이해관계이기 때문에, 근로자와 사용자가 스스로의 의사에 의하여 그 내용을 규정해야 하는 측면도 있는 것은 분명하다. 그러나 '국가법규범-수권설'은, 노동조합과 사용자 또는 사용자단체에게, 근로자

31) 상계서, 366면 참조.

32) 石井照久, 労働法, 1972, 427면 참조할 것.

33) 久保敬治, "労働協約の法的性質", 恒藤武二編, 論争労働法, 1978, 213-214면 참조.

(조합원) 개개인과 사용자 사이의 관계를 규율하는 객관적 규범을 정립할 수 있는 권한을 부여하는 것이기 때문에, 근로자와 사용자 개개인의 의사보다도 단체의 의사를 우월시하는, 매우 단체주의적인 성격의 이론체계이다. 그러므로 이러한 이론체계의 현실적합성 여부는, 노동조합이나 사용자단체가 근로자(조합원)와 사용자 개개인의 의사와 이익을 정당하게 대변하는가 하는 점에 달려 있다고 할 수 있다.

그러나, 독일의 경우, 1960년대부터 노동조합조직의 거대화과 그에 따른 중앙집권화 등의 경향으로 말미암아 노동조합과 조합원 사이의 거리가 확대되면서, 노동조합의 의사와 조합원들의 의사가 괴리되는 현상이 나타나면서, 노동법학계 일부에서 독일 노동법체계의 중심축인 단체협약법제의 기초인 '국가법규범-수권설'을 비판하기 시작한 것이다. 그리고 이러한 비판들은 당연히 단체협약의 국가법적 효력을 근로자(조합원) 개개인의 의사와 매개시키려는 방향으로 전개되게 되었다.

이런 사정 속에서 1960년대부터 독일에서는 단체협약의 법적 성질에 대하여 계약설이 부활하기 시작한 것이다. 말하자면 로트마르의 후예들이 나타나기 시작한 것이다. 그러나 1918년 단체협약령 이래, 이미 단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성을 인정하는 명문의 규정을 두고 있는 상황 아래에서의 계약설은, 단체협약령 이전의 계약설과 같이 단체협약의 국가법적 효력에 대하여 자유로운 입장을 취할 수는 없는 것이다.

그래서 새로운 계약설은, 단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성 그 자체를 계약이론에 의하여 근거지우려는 힘든 노력을 하게 되었다. 단체협약의 규범적 효력을, 근로자측에 대해서는 노동조합의 근로자에 대한 사회적 후견에 의하여, 사용자측에 대해서는 개개인의 사용자단체에의 대리권수여에 의하여 설명하는 람의 이론,³⁴⁾ BGB 제317조(제삼자에 의한 계약내용의 확정)와, 근로자 및 사용자는 단체에의 가입에 의하여 단체의 형성권에 따른다는 뜻을 약정했다고 볼 수 있다는 것을, 단체협약의 규범적 효력의 근거로 제시하는 베티허의 이론³⁵⁾ 등이 대표적인 것이다.³⁶⁾

그러나, 이상과 같은 새로운 계약설의 정책적 함의는 충분히 이해되지만, 단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성을 인정하는 명문의 규정이 있는 이상, 특히 단체협약에 위반되는 근로계약의 효력을 무효로 만드는 강행적 효력을 계약설로 근거지우기에는 역시 무리가 따른다고 하지 않을 수 없다. 그러므로 새로운 계약설도, 기존의 협약법제를 입법적 개척하자는 정책론이라면 모르지만, 해석론으로서의 일반적 지지를 받기가 어렵다고 생각된다.

34) Ramm, Die Parteien des Tarifvertrages, 1961, 84 면 이하.

35) Böttcher, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, 1964, 18면 이하.

36) 우리나라의 경우, 김형배 교수가 '집단적 규범계약설'이라는 표제 아래에서, 사실상 독일의 계약설에 입각한 견해를 주로 전개하고 있는 것이 주목된다. 김형배, 전게서, 552-553면 참조.

Ⅲ. 客觀的 社會規範-國家法規範說과 團體交涉權

단체협약의 법적 성질과 같은 노동법학의 기초적 문제에 대하여 새삼스럽게 논의를 전개하는 것은 너무 한가로운 일이 아닐까. 그러나 위에서 살펴본 것처럼, 우리 단체협약법 제 및 단체협약법이론에 강력한 영향력을 미치고 있는 독일 노동법학상에서, 단체협약의 법적 성질에 대한 논의는 혼란스러울 정도로 다양하게 전개되어 왔고, 또 그런 복잡스러움 때문인지 우리 노동법학에 있어서 단체협약의 법적 성질론은, 표현상의 잘못이나 오해가 너무 많아 체계적 이론 자체가 부재하고 있다는 인상을 지울 수가 없다. 이것이 이와 같은 기초적 문제에 대한 논의를 다시 하는 일차적인 이유이다.

그러나, 이 논문의 의도는 그러한 체계론상의 관심에 한정되는 것이 아니다. 단체협약의 법적 성질론에 대한 새로운 이해를 통해서, 특히 독일식의 단체협약법제와 미국식의 단체교섭법제가 혼합적으로 계수된 우리 노동법 아래에서는, 노사관계의 새로운 지평을 제시할 수도 있다는 것이 필자의 생각이다. 이 점을 분명히 하기 위하여, 여태까지 논의해 온 단체협약의 법적 성질에 대한 필자의 견해를 정리하고, 그것과 단체교섭권 이론과의 관계를 제시함으로써 결론에 대신하고자 한다.

1. 客觀的 社會規範-法規範說의 內容

단체협약의 법적 성질론을 검토함에 있어서는 우선, 단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성이 명문의 규정으로 인정된 것을 전제하지 않은 상태에서 단체협약의 본래적인 법적 성질의 문제와, 단체협약의 규범적 효력 내지 불가변성이 명문의 규정으로 인정된 것을 전제로 하여, 그러한 효력을 인정받는 단체협약의 법적 성질의 문제를 구분하는 것이 중요하다. 이러한 구분에 의하여, 불필요한 논의의 혼란을 막을 수 있을 뿐만 아니라, 가령 법외조합이 체결한 단체협약의 법적 효력문제라든지, 문서화요건과 같은 형식적 요건을 결여한 단체협약의 법적 효력문제라든지, 유효기간이 만료된 단체협약의 법적 효력문제(이른바 여후효의 문제)라든지 하는, 단체협약의 법적 효력에 대한 한계적 문제의 구조를 정확하게 이해할 수 있게 된다.

이런 구분에 입각하여, 단체협약의 법적 성질을 검토하면, 우리나라의 경우 단체협약의 본래적인 법적 성질은, 전통적인 법원론에 따르는 한, 국가법적 효력을 인정받지 못하는 '객관적 사회규범' 내지 '사회적 자치규범'으로 파악하는 것이 타당하다. 그런데 우리 노동조합 및 노동관계조정법 제33조는, 원래 이러한 '객관적 사회규범'인 단체협약을 일정한 조건 아래에서 '객관적 국가법규범'으로 전환시켜서, 이른바 규범적 효력을 인정하고 있다.

그러므로 규범적 효력을 인정받기 위한, 일정한 조건을 충족시키지 못하는 단체협약은, 그 자체로서는 국가법적 효력을 인정받지 못하는 '객관적 사회규범'으로서 남아있게 된다.

그러한 조건의 대표적인 예로서는, 설립신고증을 교부받은, 이른바 '법내조합' 내지 '적격조합'일 것, 단체협약의 유효기간이 경과하지 않은 것일 것 등을 들 수 있을 것이다. 물론, 단체협약이 노동조합 및 노동관계법 제33조에 의한 규범적 효력을 인정받을 수 있는 조건은 이 두 가지에 한정되는 것이 아니다. 필자는 바로 이 조건들을 체계적으로 구성한 것이, 단체협약법제의 기본구조라고 파악하고 있다. 그러나, 이 점에 대한 논술은 다음 기회로 미루기로 한다.

그리고, 우리 노동조합 및 노동관계조정법 제33조가 원래 객관적 사회규범인 단체협약을 객관적 국가법규범으로 전환시키는 내적 구조는, 첫째 '수권설'에 따라, 노동조합과 사용자 또는 사용자단체에게, 그 합의로 일종의 국가법규범을 설정할 수 있는 권한이 부여됐기 때문에 그러한 전환이 가능한 것으로 이해하여야 하고, 둘째 '법률수권설'에 따라 노동조합 및 노동관계법 제33조는, 헌법 제33조(근로삼권)의 확인규정이 아니라, 노동조합 및 사용자 또는 사용자단체에게 일종의 입법권을 창설적으로 부여하는 규정으로 이해하여야 할 것으로 생각된다.

한편 단체협약의 성립과정인, 다른 객관적 국가법규범들과는 달리, 노동조합과 사용자 또는 사용자단체 사이의 의사의 합치로 되어 있기 때문에, 예를 들면 착오, 사기, 강박에 의한 의사표시 등과 같은 민법상의 계약성립이론의 일부가 단체협약 성립에 관한 이론에도 원용되는 것을 '일반적으로' 부인할 수는 없을 것으로 생각된다. 이런 점에서, 단체협약의 성립과정을 설명하는 이론으로서 '규범계약설'이 타당한 것으로 생각된다. 다만, 혹시라도 오해가 생기는 것을 막기 위하여, 단체협약은 계약이 아니라 객관적 법규범이기 때문에 민법상의 계약성립이론이 그대로 단체협약이론에 적용될 수 있다고 생각하는 것은 아니라는 점을 첨언해 두고 싶다.

이처럼 필자는 단체협약의 법적 성질을, 객관적 사회규범설, 객관적 국가법규범설, 법률수권설, 규범계약설의 내용을 체계적으로 종합하여 이해하여야 한다고 생각하고 있다. 그 중에서 단체협약의 법적 성질이라는 논의형식에 초점을 맞추어 요약하면, 단체협약은 객관적 사회규범-객관적 국가법규범으로서의 성질을 갖는다고 할 수 있을 것이다. 그래서 이러한 내용의 단체협약의 법적 성질론을 '객관적 사회규범-국가법규범설'이라고 이름붙이고 싶다.

2. 團體交涉法理와의 結合

단체협약법리는, 노동조합과 사용자 또는 사용자단체 사이의 집단적 합의에 의하여 근로자와 사용자 사이의 근로관계를 규율한다는 '집단적 자치원리'의 독일식 법적 승인형태이다. 그러나 미국에서는 그러한 집단적 자치원리를 단체협약법리라는 형태가 아니라, 단체교섭법리라는 형태로 법적으로 승인하고 있다. 이런 의미에서 단체협약법리와 단체교섭법리는 집단적 자치원리를 법적으로 승인하는 형태의 차이일 뿐, 서로 다른 문제를 취급

하는 것이 아니다.³⁷⁾

그런데, 우리 노동법은 독일식 단체협약법리와 미국식 단체교섭법리를 혼합적으로 계수하는 형태³⁸⁾로, 집단적 자치원리의 법적 승인을 하고 있다. 말하자면, 같은 문제에 대하여 서로 다르게 접근하는 두 가지 형태의 법리를 동시에 받아들인 것이다. 그러므로, 우리나라의 경우, 단체협약의 법적 성질론에 내포되어 있는 정책적 함의를 이해하기 위해서는 단체교섭법리도 함께 고찰하여야 한다.

가) 團體交涉의 概念擴張論

단체교섭법리 자체에도 여러 가지 논쟁점이 있는 것은 물론이지만, 이 논문에서 필요한 범위 내에서만 단체교섭법리를 살피려고 할 때, 가장 먼저 논의되어야 하는 것이 이른바 '단체교섭의 개념확장론'³⁹⁾이다. 분명한 형태로 논의된 적은 없지만, 우리나라 노동법이론과 노동법실무에서는 단체교섭을, 단체협약을 체결하기 위하여 노동조합과 사용자가 교섭하는 과정으로 단순하게 이해하는 것이 일반화되어 있다. 이른바 '협약교섭'만을 단체교섭으로 이해하고 있는 것이다. 그러나 단체교섭은 단체협약을 체결하기 위해서만 행하는 것이 아니라, 가령 단체협약의 해석·적용문제에 노사간의 대립이 생겼을 때도 행해질 수 있는 것이다.

문제는 우리 헌법과 노동조합 및 노동관계조정법 등에 보장된 단체교섭권이 '협약교섭'에 한정되어 있는가 아닌가 하는 것이다. 노동법이론과 실무에서는 우리 법상의 단체교섭이 '협약교섭'에 한정되어 있다고 보는 것이 일반적이지만, 우리 법상 그런 뜻을 규정한 명문의 조항은 전혀 없다. 오히려, 우리 노동조합 및 노동관계조정법 제39조 제3호가 "노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위"를 부당노동행위라고 규정하면서, "단체협약체결 기타의 단체교섭"이라는 개념을 사용하여, 단체교섭의 개념을 협약교섭보다 확장시키고 있는 것이 주목된다.

이 규정은 물론, 단체교섭권을 협약교섭에 한정시키지 않고 있는 미국 단체교섭법의 계수과정 등을 고려한다면, 우리 노동법상의 단체교섭권은, 협약교섭을 넘어서서 이른바 '의무적 교섭사항'에 속하는 문제라면, 가령 협약기준의 해석·적용에 관한 사항에 대해서도 단체교섭을 보장하는 것으로 파악하여야 할 것이다. 이러한 논리가 '단체교섭 개념확장론'이다.

나) 團體協約의 解釋·適用問題에 대한 勞使自治의 解決原則

이상과 같은 단체교섭 개념확장론의 입장에 서서, 단체협약의 법적 성질론에 대하여 이

37) 이 점이 필자의 박사학위논문의 중심주제이다. 이에 대해서는, 고호성, 전제논문 참조할 것.

38) 이 점에 대해서는, 상계논문, 183-187면 참조할 것.

39) 이 점에 대해서는, 상계논문, 189-193면 참조할 것.

논문에서 주장한 '객관적 사회규범-법규범설'의 결론을 종합적으로 정리해 보면 다음과 같을 것이다.

즉, 원래 단체협약은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체가 합의하여, 근로자와 사용자 사이의 근로관계를 규율할 기준을 설정한 객관적 사회규범이기 때문에, 단체협약의 해석·적용문제, 즉 이행문제에 대해서도 노동조합과 사용자 또는 사용자단체가 자율적으로 단체교섭에 의하여 해결하는 것이다. 그런데 우리 법은 이러한 체계를 보장하기 위하여, 우선 단체협약의 설정과 해석·적용 등에 대하여 근로자측에 단체교섭권을 보장하고 있다. 이것이 집단적 자치원리에 의한 근로관계의 규율에 대한 우리 법의 기본태도이다.

결국 우리 노동법상에서도 미국과 마찬가지로, 단체협약의 해석·적용문제에 대하여 단체교섭을 통한 노사자치적인 해결, 나아가서는 사적 중재제도⁴⁰⁾에 의한 해결을 전제하고 있는 것이다. 이 중 단체교섭을 통한 노사자치적 해결은 우리 노동실무상에 있어서도 상당수 존재하는 것으로 생각되지만, 노사자치적 해결의 변형이라고 할 수 있는 사적 중재에 의한 해결은 찾아보기 힘든 것이 사실이다.

'대체적 분쟁해결수단'(Alternate Dispute Resolution)의 중요성이 강조되고 있는 오늘날의 법적 상황을 염두에 둔다면, 정책론적으로는 우리나라의 경우에도 단체협약의 해석·적용문제에 대한 사적 중재제도를 발전시켜야 한다고 생각된다. 현행 노동조합 및 노동관계조정법 제34조가 단체협약의 해석·적용문제에 대하여 노동위원회에 의한 임의중재제도를 신설한 것도 이러한 맥락에서 이해될 수 있다.

단체협약의 해석·적용문제에 대하여, 이처럼 사적 중재제도를 포함하는 노사자치적 해결방안을 중시할 때, 법이론적으로 특히 문제되는 것은, 단체협약의 해석·적용문제에 대한 노사합의나 중재재정의 법적 효력을 어떻게 파악할 것인가 하는 점이다. 이 문제에는 첫째 노사합의나 중재재정의 국가법적 효력 내지 강제가 인정되는가, 된다면 어떤 형태의 강제가 인정되는가 하는 쟁점과, 둘째 노사합의나 중재재정이 단체협약상의 근로자 개개인의 권리 또는 이익을 침해하는 것으로 볼 수 있는 노사합의나 중재재정의 효력이 인정되는가 하는 쟁점이 내포되어 있다. 그리고 이 두 쟁점은 서로 밀접한 관련을 맺고 있는 것이다.

이 문제에 대한 자세한 논의는 뒤로 미루기로 하고, 다만 여기에서는 필자가 현재 생각하고 있는 '기본적'인 방향만을 첨언해 두기로 한다. 우선 둘째 쟁점에 대해서는, 단체협약을 계약으로 보지 않고 사회적 자치규범으로 보기 때문에, 이런 단체협약에 의해서 근로자 개개인이 국가법적 효력을 가지는 어떤 구체적 권리를 가지는 것은 아니라고 생각할 수 있을 것이다. 그러므로 근로자 개개인이 단체협약상의 권리 또는 이익의 침해를 이유

40) 이 때의 중재는, 노동조합과 사용자 사이의 협약해석·적용에 대한 중재를 말한다. 미국의 고충 중재(grievance arbitration)가 그러한 형태를 취하고 있다. 이 점에 대해서는, 김유성, "미국의 노동중재제도", 국제화시대의 노동법의 과제(김치선박사 고회기념논문집), 박영사, 1994 참조할 것.

로 노동조합과 사용자 간의 노사합의나 중재재정에 이의를 제기할 법적 권리는 없는 것이 원칙이다. 다만, 그 침해정도가 지나쳤을 경우와 관련해서는, 미국 노동법상의 '공정대표 의무'의 법리를 참고하여 이러한 원칙에 일정한 수정을 가할 수 있을 것이다.

또 첫째 쟁점 중, 중재재정의 국가법적 효력에 대해서는, 우리 법이론상 중재재정에 대하여, 특별한 법적 근거규정이 있는 경우에만, 중재재정의 법적 효력을 인정하고 있기 때문에, 이런 전제에 서는 한, 단체협약의 해석·적용문제에 대한 중재재정의 국가법적 효력은 보장되지 않는다. 이처럼 중재재정의 국가법적 효력이 보장되지 않는다고 하더라도, 노사의 자율적 준수나, 쟁의행위에 의한 자치적 효력보장이 가능하기 때문에, 사적 중재제도가 무의미한 것은 아니다. 그러나 중재제도의 촉진에 상당한 지장이 올 것은 물론이다. 그러므로 특별한 법적 근거규정이 없는 중재재정에도 국가법적 효력을 인정할 수 있도록 입법론적, 해석론적 재검토가 요구된다고 하겠다. 이런 관점에서, 노동위원회에 의한 중재의 경우, 그 중재재정에 국가법적 효력을 인정하고 있는 노동조합 및 노동관계법 제34조 제3항이 주목된다.

첫째 쟁점 중, 단체협약의 해석·적용문제에 대한 노사합의의 효력은, 노사합의에서 합의당사자인 노동조합과 사용자의 의사가 어떠했는가 하는 관점에서 이루어져야 한다. 그래서 만일 그 합의가 노동조합과 사용자 사이의 단체간 채권·채무를 설정하려는 것이었다면, 일반 계약법상의 요건을 고려하여 그런 대로의 법적 효과를 인정해야 하고, 직접 개별 근로자와 사용자 사이의 채권·채무를 설정하려는 것이었다면, 역시 일반 계약법상의 요건을 고려하여 그런 대로의 법적 효과를 인정해야 하며, 또다른 객관적 사회규범을 설정하려는 것이었다면, 그것의 국가법적 효과가 당연히 인정되는 것은 아니지만, 그 나름대로의 법적 논리에 따라 처리되어야 하는 것이다.

객관적 사회규범설에 입각한, 이상과 같은, 단체협약의 해석·적용문제에 대한 노사자치적 해결체계는, 우리 노동법이 이러한 기본적 체계 위에, 일정한 조건을 충족한 단체협약에 대해서는, 이른바 규범적 효력을 부여함으로써, 다시 말하여, 객관적 국가법규범으로 전환시킴으로써, 집단적 자치원리에 의한 근로관계의 규율을 법적으로 더욱 강력히 보장하고 있기 때문에, 이 범위 내에서 수정을 받고 있다.

즉, 이른바 규범적 효력을 인정받는 단체협약의 해석·적용문제에 대한 단체교섭이나 사적 중재가 금지되는 것은 아니지만, 이 경우의 노사합의나 중재재정의 국가법적 효력은, 근로자 개인의 단체협약상의 권리를 침해하는 것인 한 인정될 수 없는 것이다. 다만, 단체협약에 의해서 근로자 개개인에게 부여된 권리와 이익 그 자체가 집단적 자치주의에 의한 것이기 때문에, 근로관계의 규율에 있어서 노동조합과 사용자 또는 사용자단체 사이의 합의를 중시하는 집단적 자치주의의 관점에서는 이러한 일반적 이해에 대한 수정의 여지도 충분히 있다고 할 수 있을 것이다.