

노동법의 네 가지 원리와 그 결합형태

— 집단적 자치주의 노동법원리를 중심으로 —

高 豪 晟*

目 次

- I. 서 론
- II. 노동법의 네 가지 원리
- III. 네 가지 원리의 결합형태
- IV. 결 론

I. 서 론

1987년 여름의 이른바 “노동자대투쟁” 이후, 우리나라 노사관계에는 획기적인 변화가 이루어졌다. 이 변화는 한마디로 우리나라 노동조합운동의 실질적 확립이라고 할 수 있는 것이다. 이 변화 중에는 조합원이나 노동조합의 수와 같은 노동조합운동의 양적 확대현상도 주목되는 것이지만, 더욱 중요한 것은 노동조합운동의 질적 강화라고 할 수 있다. 기존 노동조합체계 외에서 투쟁적인 이른바 「민주노조」가 대두되었을 뿐만 아니라, 기존 노동조합 내부에 있어서도, 조합민주화의 열풍이 거세게 밀려와 노동조합의 자주성과 투쟁성을 높였다. 또 일반 국민의 의식에 있어서도 노동조합운동의 힘과 필요성에 대한 인식이 확산되었다. 정부의 노동정책도 뒤따라 변화하지 않을 수 없게 되었다.

그러나 우리나라 노동법제와 그 운용실태, 노동법이론 등은 변화된 상황에 적절히 대처하지 못하고 있는 것으로 보인다. 과거 경제개발의 논리 아래에서 국가적으로 노동조합운동이 억압되고, 이런 조건 속에서 노동조합이 사실상 정착되지 못하고 있었던 상황을 전제로 한 사고체계가 지속되고 있는 것이다. 그래서 노동법운용의 측면에서는, 매우 부적절하고 어떤 경우에는 불필요하기까지 한 「통제주의적 관행」이 계속되어 노사관계상 마찰을 불러 일으키고 있다. 또 노동법이

* 제주대학교 법정대학 법학과 조교수

1) 1987년 여름의 상황에 대해서는, 노동부, 1987년 여름의 노사분규평가보고서, 노동부 노정국, 1988. 5. 참조할 것.

론의 측면에서는, 변화된 상황을 경시하고 때로는 매우 일방적인 「보호주의적 시각」이 계속되어 그 사회적 설득력이 약화되고 있는 것으로 보인다.

이러한 변화의 시기에는 항상 그러한 것처럼, 원리적 문제로 돌아가 상황을 재검토하는 것이 무엇보다도 필요하다. 돌아가 검토해야 할 원리는, 우리가 계수하고 있는 서구 노동법의 기본정신인 집단적 자치주의원리이다. 통제주의적 노동법운동과 보호주의적 노동법이론 모두가, 그 방향은 상이한 것이지만, 국가적 통제와 국가적 보호라는 국가개입을 지향하고 있다는 점에서, 집단적 자치주의 노동법원리는 이 둘에 대한 비판적 의미를 지니고 있다.

그러나 현재의 단계에서, 집단적 자치주의 노동법원리를 검토함에 있어서는, 근대노동법 성립기의 집단적 자치주의 원리의 관점, 즉, 봉건적, 절대주의적, 자유방임적 노동관계를 극복하고 집단적 자치주의 노사관계를 수립하여야 한다는 관점에 머무를 수는 없다. 서구 노동법의 역사적 경험은, 집단적 자치주의 노동법이 일정한 한계를 지니지 않을 수 없다는 것을 보여주고 있으며, 특히 최근에는 개인적 자치원리와 충돌관계에서 생기는 한계의 문제가 중시되고 있다.²⁾ 그러므로, 현재의 단계에서는 집단적 자치주의 노동법의 원리적 내용만이 아니라, 그 한계까지도 포괄적으로 검토하여야 하는 것이다.

집단적 자치주의원리의 노동법제도상의 반영은, 노동조합의 설립과 운영의 자유, 쟁의행위의 자유 등으로도 나타나고 있다. 그러나 집단적 자치주의 노동법원리의 핵심은, 근로자집단인 노동조합과 사용자 또는 사용자단체가 자율적 합의를 형성하고, 이 합의에 의하여 근로관계 및 노사관계를 운용하는 것을 법적 원칙으로 인정함에 있다. 이른바 「자유교섭」(free bargaining)과 「협약자치」(Tarifautonomie)가 집단적 자치주의 노동법의 요체인 것이다. 뿐만 아니라, 우리 노사관계의 실제에 있어서도, 노동조합의 설립과 운영의 자유, 쟁의행위의 자유 등의 쟁점이 무의미해졌다고 할 수는 없지만, 최근에는 노동조합의 실력적 기반이 어느 정도 갖추어졌기 때문에, 노사간의 자율적 합의의 형성과 그 효력에 관한 쟁점으로 문제의 중심이 옮겨지고 있는 것으로 보인다. 그러므로 노동법상의 집단적 자치주의원리를 이러한 핵심적 부문에서 정확하게 이해하는 것이 우리 노사관계 현실에서도 크게 요청되고 있다고 할 수 있다.

II. 노동법의 네 가지 원리

1. 노동법의 본래적 대상으로서의 근로관계

노동법의 「본래적」 대상은 근로관계이다. 근로관계는, 「근로자가 사용자의 지시·감독 아래에서

2) 이 점과 관련된 국내의 논의로는, 이병태, 단체협약자치의 한계, 법학논총 제7집, 한양대 법학연구소, 1990. 9., pp. 5-18, 김재훈, 단체협약에 의한 기존 근로조건의 불이익변경, 노동법연구 제3호, 서울대학교 노동법연구회, 1993. 12., pp. 175-191 등이 있다.

사용자에게 근로를 제공하고, 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 주된 내용으로 하는 근로자와 사용자 사이의 계속적 법률관계」를 말하는 것으로 보는 견해가 일반적이다.³⁾ 그리고 실제의 근로관계도 그러한 형태가 대부분이라고 할 수 있다. 그러나, 예외적으로, 가령 당사자 사이의 개인적 친분이 있거나 인척관계가 있어서 임금을 받지 않고 근로를 제공하는 경우도 있을 수 있으며, 또 이런 경우에도 가령 산업안전이나 산업재해에 관련된 보호규정의 적용을 부인할 것이 아니라는 점에 비추어 보면, 근로제공의 대가인 임금이 근로관계 개념의 본질적 징표는 아니라고 할 것이다.⁴⁾ 그러므로 근로관계라 함은, 「근로자가 사용자의 지시·감독 아래에서 사용자에게 근로를 제공하는 것을 내용으로 하는 근로자와 사용자 사이의 계속적 법률관계」를 말하는 것으로 보아야 한다.

이상과 같은 근로관계의 개념에서 다음과 같은 몇 가지 점을 유념하여야 한다. 첫째, 근로관계는 근로자의 단결체인 노동조합과 사용자 또는 사용자단체 사이의 관계인 노·사관계와 구분되는 것이다. 둘째, 근로관계는 근로자와 사용자 사이의 모든 관계를 의미하는 것이 아니라, 사용자의 지시·감독 하에서의 근로제공과 관련된 관계만을 의미한다는 것이다. 셋째, 근로관계는 사실상의 관계가 아니라 근로자와 사용자의 규범적인 관계, 즉 권리·의무관계를 말한다는 것이다.

근로관계의 개념에서 가장 핵심적인 요소는, 사용자의 「지시·감독」 아래에서 근로를 제공한다는 것이다. 이른바 「인격적 종속성」이라고 하는 것은 이것을 가리키는 것이다. 이러한 인격적 종속성의 관념은, 인간 노동 일반에서 노동법의 본래적 대상으로서의 노동을 구별짓는 역할을 한다. 그래서 사용자의 지시·감독 없이, 자신의 판단과 책임 하에서 노동하는 이른바 「자주노동」은 노동법의 대상으로 파악되지 않는다. 뿐만 아니라, 전술한 근로관계의 개념에서 사용된 근로자, 사용자의 개념도 이 「인격적 종속성」에 의해서 파악되는 것이다. 즉, 인격적 종속성을 규정짓는 「지시·감독」의 주체를 사용자라 하고, 그 대상을 근로자라고 하는 것이다.⁵⁾

다만, 이 「지시·감독」은 근로자의 노동행위를 사용자가 실제로 지켜보면서 근로자를 통제하고 있는가 하는, 근로자의 개개 노동행위에 대한 통제의 관점에서 파악되는 것이 아니라, 전체 노동과정(Arbeitsablauf)에 대한 통제의 관점에서 파악되는 것이라는 점에도 주의하여야 한다. 그래서 특히, 전체 노동과정의 조직과 그 속에서의 노동의 분할, 분할된 노동임무의 근로자에의 할당 등과 같은 요소가 「지시·감독」 여부판단에 결정적인 것이다.⁶⁾ 이런 점에 비추어 보면, 우리 노동판례가 이른바 「외근근로자」의 근로자성을 부인하는 입장을 자주 보이고 있는 것은, 노동법에 대한 이해의 부족을 나타내는 것으로 생각된다.

그리고 이 「지시·감독」은 법률적 형식이라는 관점에서 파악되는 것이 아니라, 실제적 내용이라는 관점에서 파악되는 것이라는 점에 주의하여야 한다. 그러므로, 가령 근로제공이 도급이나

3) 김형배, 노동법(신정판), 박영사, 1992, p.192 참조.

4) 상계서, p.263 참조.

5) 근로자의 개념에 대해서는, 강성태, 근로자의 개념, 서울대학교 법학박사 학위논문, 1994.2 참조할 것.

6) Vgl. Söllner, Arbeitsrecht, 7. Aufl., W. Kohlhamer, 1981, S.29.

위임이라는 법률적 형식으로 행해지는 경우라도, 그 실제적 내용이 도급인이나 위임인의 지시·감독하에서 노동하는 것이라면, 노동법의 대상인 근로관계로 파악할 수 있다.

그러나 노동법의 「본래적」 대상이 근로관계라고 하는 것을, 노동법의 「현실적」 대상이 근로관계에 한정된다는 뜻으로 오해해서는 아니다. 노동법의 현실적인 대상은, 근로관계 만이 아니라 노·사관계 나아가서는 노·사·정관계까지도 포함하고 있다. 그러나 이 모든 관계들은, 개별 근로자와 사용자 사이의 근로제공과 관련된 법률관계인 근로관계를 지향하고 있다는 점에서, 노동법의 대상으로 파악되는 것이고, 그런 의미에서 노동법의 「본래적」 대상은 근로관계라고 할 수 있는 것이다. 말을 바꾸면, 노동법은 근로관계를 「본래적」 대상으로 하여, 이러한 근로관계를 지향하고 있는 범위내에서의 노·사관계, 나아가서 노·사·정관계까지를 「현실적」 대상으로 하는 법이라고 할 수 있는 것이다. 노동법은 근로관계에 「대한」 법을 넘어서는 근로관계에 「관한」 법이다.

2. 근로관계의 계약론적 구성과 개인적 자치주의원리

근로관계는 개별 근로자와 사용자 사이의 계약, 이른바 근로계약에 의해서 성립되고, 근로관계의 내용과 조건도 그 계약에 근거해서 정해지는 것이 원칙이다. 이것은 근대사법의 기본원칙인 「사적 자치원칙」의 반영이다. 이때의 사적 자치가 개인적 차원의 것임은 물론이다. 다만 오늘날, 이러한 원칙에는 많은 변형이 이루어지고 있기 때문에, 노동법을 파악함에 있어서 이러한 원칙을 경시하는 경향도 있다. 그러나 여전히 이 원칙은 근로관계규율의 중추이다. 그러므로, 어느 누구도 자신의 의사에 의하지 아니하고는 근로의 의무를 지지 아니하며, 근로제공의 내용이나 조건이 어떠한 형식으로도 자신의 의사에 기초하지 아니한 경우에는, 이를 수용할 의무를 지지 아니한다. 그래서 근로관계를 근로계약관계라고 부르기도 한다.

이러한 근로관계의 계약론적 구성의 실천적 의미는, 역시 사용자의 「지시·감독권」의 근거를 사용자와 근로자간의 합의, 특히 근로자의 동의에 둔다는 것이다. 그리고 이러한 관념이, 봉건적 체제에서의 신분 또는 절대주의적 체제에서의 국가명령과 같은, 이른바 「경제외적 강제」(außenökonomische Zwang)에 의하여 사용자의 「지시·감독권」을 근거지우고, 사용자의 「복종의무」를 근거지우는 구체제(ancien régime)에 대한 부정의 의미를 갖는다는 것은 주지의 사실이다. 그러나, 다른 사적 영역에서와는 달리 근로관계에서는, 여러가지 이유에서 계약론적 구성과는 다른 논의가 행해지고 있다.

첫번째로 주목되는 것은, 근로관계의 「소유권론적 구성」이다. 상식적 수준에서 상당히 영향력을 가지고 있는 것으로 보이는, 이러한 견해를 한 마디로 말하면, 사용자의 근로자에 대한 「지시·감독권」은 생산수단에 대한 소유권에 근거한다는 것이다. 노동법이론상 이러한 견해는 Sinzheimer

에게서 나타난다. 그는 Marx에 따라, 노동력에 대한 지시를 소유권의 실현형태로 보았다. 그래서 그는 "종속노동의 기초는 소유권이다. 생산수단에 대한 소유권은 종속성을 낳는 것으로, 소유권은 종속성을 규정짓는 지시권인 것이다"⁷⁾라고 하고 있다. 그러나 그도 사용자가 전적으로 생산수단의 소유자일 필요는 없고, 가령 생산수단의 임차인일 수도 있다는 것을 파악하였다. 그러나 그런 경우에도, 그는 소유권이 지시권의 최종적 원천이라고 주장하였다. 이러한 견해의 문제점은 매우 많다. 첫째, 기업적 체계에서 근로자의 지시·감독은 기업소유자의 권한이 아니라, 기업경영자의 권한인데, 특히 소유와 경영이 분리되어 있을 경우, 경영자의 지시·감독권의 근거를 소유권에서 찾는 것은 무리라고 하지 않을 수 없다. Söllner가 든 예를 보면,⁸⁾ 청소용역회사의 경우, 사용자의 지시·감독권이 근로자들 스스로가 마련했음지도 모르는 청소도구에 대한 소유권에서 유래하는 것으로 볼 수 없다는 것이다. 둘째, 소유권은 소유자가 물건을 원하는 대로 처리하고, 다른 사람을 그 물건의 이용으로부터 배제시킬 수 있는 권한을 내용으로 하는 것인데, 사용자의 지시·감독권은 근로자를 생산수단의 이용으로부터 배제시키려는 것이 아니라, 오히려 근로자를 생산수단과 결합시켜 생산수단에 대한 특정한 행동을 요청하는 것이라는 점을 주목하여야 한다. 그래서 근로자가 사용자의 지시에 따르지 않으면, 소유권침해의 제재가 가해지는 것이 아니라, 계약법상의 제재가 가해지는 것이다. 어쨌든, 사용자의 지시·감독권의 근거를 소유권에서 찾는 견해는, 그것이 경제적 설명으로서는 타당할런지도 모르지만, 법적 설명으로서는 부당한 것이라고 하지 않을 수 없다.

근로관계의 계약론적 구성에 대비되는 것으로 특히 주목되는 것은, 근로관계의 공동체론적 구성이다.⁹⁾ 이러한 반론은, 근로자의 근로제공과 관련된 현실적 상황이 계약론적 구성과는 일치하지 않는 경우가 많다는 점에 발상의 기초를 두고 있다. 특히 문제되는 것은, 취업규칙, 사용자의 인사권(가령, 진급·진직·전출·전직명령권), 징계권, 노무지시권 등과 관련해서 계약론적 구성을 관철시키기 곤란하지 않은가 하는 점이다. 그리고 이러한 문제점들을 총괄해서 보면, 기업 또는 경영체라는 것이 사용자와 근로자로 구성된 단체 또는 공동체로서의 성격을 지니는 것인데도, 계약이라는 개인주의적 논리를 거기에 관철시키려는 것은 무리라는 관점으로 정리할 수 있을 것이다. 그래서 근로관계의 단체법적 구성 또는 공동체론적 구성도 시도되고 있는 것이다.

그러나 근로관계의 단체법적 구성 또는 공동체론적 구성은, 기업 또는 경영체의 실질적 내부구성을 사용자의 지배와 근로자의 종속이라는 형태에서 벗어나게 하지 못하는 한, 일반적으로 사용자권한의 절대화를 결과할 우려가 높다. 독일의 경우에, 지금도 근로관계의 단체법적 구성 또는

7) Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl., Verlag von Gustav Fischer 1927, S. 25ff.

8) Söllner, a. a. O., S. 29.

9) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, Franz Vahlen, 1963, 7. Aufl., S. 129, Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl., J.C.B. Mohr, 1961, S. 32.

공동체론적 구성이 유력하게 주장될 수 있는 것은, 그 전통적 기업경영관의 문제등을 별개로 할 때, 사용자지배와 근로자종속이라는 형태를 완화시킬 수 있는 제도로서 근로자의 경영참가제도가 발전되어 있기 때문이라고 이해할 수 있다. 이러한 점들을 고려할 때, 사용자지배와 근로자종속이라는 근로관계의 실제적 형태를 극복할 수 있는 다른 제도적 보완이 없는 한, 근로관계의 계약론적 구성은 근로관계의 인간화, 민주화의 요청에 부응하는 것이라고 할 수 있다. 또 법리적 인 면에서도 사적인 관계인 근로관계를 공적인 관계인 국가·국민관계와 같이 볼 수 없다는 점에서, 사용자의 지시·명령등을 계약적 기초없이 근거지워서는 안된다는 계약론적 구성의 타당성을 부인할 수는 없을 것이다.

3. 세 가지 형태의 변형

근로관계의 성립과 내용이 개별 근로자와 사용자 사이의 계약 즉 근로계약에 의하여 결정된다는 법원칙에는, 오늘날 중대한 변형이 이루어져 있다. 근로관계의 성립 그 자체가 당사자 사이의 계약에 의해야 한다는 원칙은 확고한 것이기 때문에, 물론 이 변형은 근로관계의 내용과 조건의 결정에 향해져 있다. 이러한 변형은 크게 세 가지 형태로 이루어지고 있다.

a) 노동기준법과 국가적 보호주의원리

변형의 첫번째 형태는, 근로자와 사용자 사이의 근로관계의 실제적 내용 그 자체에 대하여 국가가 법으로 일정한 기준을 설정하는 것이다. 근로관계의 내용에 대한 계약적 결정원칙과 정면에서 충돌하는 이러한 기준설정은, 다양한 국가정책적 목적을 달성하기 위한 것이겠지만, 오늘날에는 근로자보호(Arbeitnehmerschutz)라는 관점에서 이루어지는 것이 일반적이다. 국가법에 의한 임금기준의 설정, 근로시간기준의 설정, 산업안전기준의 설정, 해고 및 징계기준의 설정 등등이 그러한 예에 속한다. 그러므로 이러한 변형의 원리적 기초는 「국가적 보호주의」라고 할 수 있는 것이다.

그러나 이러한 변형은, 사적 자치의 원칙을 기초로 하고 있는 법체계 내에서는 일반성이나 포괄성을 떨 수가 없다. 이러한 변형은 사적 자치원칙의 기본적 정신인 사적인 자율성을 전면적으로 부정하는 것이기 때문이다. 그래서 이러한 변형은, 근로관계의 계약적 결정원칙을 부정하고 근로자보호를 행해야 할 필요성이 큰 부분에 대하여, 예외적이고 한정적으로 이루어질 수 밖에 없는 것이다. 또, 이러한 변형은, 근로관계의 계약적 결정원칙과의 조정을 위하여 근로관계의 내용에 대한 최저기준의 설정이라는 형식으로 이루어지는 경우가 대부분이다. 그러나 가령, 우리 법상 징계기준으로 설정된 정당성기준의 경우처럼 최저기준으로서의 의미가 없는 경우도 있다.

이처럼 국가가 근로관계의 실제적 내용 그 자체에 대한 기준을 직접 설정한 법률, 보통 「노동보호법」¹⁰⁾ 또는 「개별적 근로관계법」¹¹⁾이라고 부르고 있다. 그러나 이러한 법은, 실정법상의 근로기준법과의 혼동가능성까지 참작하여 「노동기준법」이라고 부르는 것이 편리할 것으로 생각된다. 우리나라의 경우 노동기준법으로는, 근로기준법을 중심으로 하여, 남녀고용평등법, 최저임금법, 산업안전보건법, 산업재해보상보험법 등등이 입법되어 있다.

노동기준법은, 원래 개별 근로자와 사용자 간의 근로관계의 존재를 전제로 하여, 그러한 근로관계에서 문제되는 실제적 근로조건에 대한 국가적 기준을 설정하는 것을 주된 내용으로 해 온 것이다. 그러나 고용보장(job security)에 대한 관심과 함께, 일찍부터 해고제한의 법리를 중심으로 하여 근로관계의 종료에 관한 국가적 기준도 노동기준법의 주요 내용으로 파악되어 왔으며, 최근에는 근로관계의 성립 그 자체와 관련된 국가적 규제도 모색되고 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 뿐만 아니라, 오늘날 노동조합운동의 위기라고 불리는 현상등과 관련하여, 노동기준법은 어느 나라에서나 그 중요성이 점점증하고 있다는 점에도 유의할 필요가 있다.

b) 단체협약과 집단적 자치주의원리

변형의 두번째 형태는, 노동조합과 사용자 또는 사용자단체가 단체교섭을 통하여, 단체협약으로 조합원인 근로자와 사용자 사이의 근로관계의 내용에 대한 일정한 기준을 설정하는 것을 법적으로 인정하는 것이다. 이러한 기준설정은, 국가에 의해서 이루어지는 것이 아니라, 근로관계의 내용에 대한 계약적 결정의 경우처럼 자치적으로 이루어지는 것이다. 그러나 그것은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체가 주체가 되어 집단적 수준에서 행하는 것이라는 점에서, 근로관계의 내용에 대한 계약적 결정원칙과는 상이한 것이다. 그러므로 이러한 변형의 원리적 기초는 「집단적 자치주의」라고 할 수 있다.

물론 이러한 변형은, 노동조합의 존재와 그 법적 승인을 기본적 전제로 하는 것이다. 그러므로 이러한 변형은 노동조합이 존재하지 않는다면, 노동조합이 법적으로 승인되지 않는 곳에서는 의미가 없는 것이다. 그러나 노·사간의 단체협약을 통하여 근로관계의 내용에 대한 기준을 설정하는 것은, 국가에 의해서 기준이 설정되는 것과는 달리, 집단적 차원의 것이긴 하지만 여전히 사적인 자율성을 유지시키고 있다는 점이 주목되어야 한다. 바로 이러한 특징이, 단체협약을 통한 근로관계의 기준설정이라는 형태가 사적 자치의 원칙과 친화력을 가질 수 있게 하는 것이다. 그래서 이러한 형태는, 사적 자치의 원칙을 기초로 하고 있는 법체계 내에서 일반성이나 포괄성을 띤 것으로 인정되고 있는 것이다.

10) 독일에서 일반적인 개념이다. Vgl. z. B. Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 4. Aufl., C. H. Beck, 1992.

11) 우리나라에서 일반적인 개념이다. 예를 들어 김형배, 전에서 참조할 것.

노·사간에서 단체협약으로 정해지는 기준이, 근로관계의 계약적 결정원칙과의 관계에서 어떠한 의미를 지니는 것으로 파악되어야 하는가는 논란이 되는 문제이다. 초경영적 또는 초기업적으로 적용되는 산업별 단체협약의 경우에는, 협약상의 기준을 산업별 최저기준으로 파악하는 데 큰 어려움이 없다. 그러나, 단일기업에만 적용되는 기업별 단체협약의 경우에는, 그 기준을 최저기준으로 파악하여야 하는지에 대하여 의문이 제기되고 있다. 기업별 협약을 최저기준으로 파악하는 경우에는, 가령 사용자가 조합원중의 일부에만 협약보다 유리한 조건을 부여하는 등의 방법으로 노동조합의 존립 자체를 위태롭게 할 수도 있기 때문이다. 그러므로 이러한 문제는 결국 노동조합의 존립이라는 집단적 이익을 우선해야 하는지, 개별 근로자의 보호라는 개인적 이익을 우선해야 하는지에 대한 원리적 논란으로 귀결되는 것이라 하겠다.

단체협약에 의한 근로관계의 규율이라는 두번째 형태의 변형과 관련하여, 국가법은 이러한 원리 자체의 법적 인정 이외에, 이러한 원리의 기초가 되는 노동조합의 조직, 운영, 활동 등에 대한 법적 규정을 마련하고 있다. 이러한 법들을 총칭하여, 「노동단체법」¹²⁾ 또는 「집단적 노사관계법」¹³⁾ 이라고 부르고 있다. 그러나 집단적 노사관계법이라는 용어는, 이 법을 노동조합과 사용자의 관계에 대한 법으로 한정하여 생각하도록 하는 선입관을 줄 우려가 높기 때문에, 「단체노동법」이라는 용어가 더 적절한 것으로 보인다. 우리나라의 경우에는, 노동조합법과 노동쟁의조정법이 입법되어 있다.

단체노동법은, 단체협약에 의한 근로관계의 규율을 중심축으로 하여, 그러한 규율의 기초가 되는 노동조합의 조직, 운영, 활동 등에 대하여 국가적 기준을 정한 법이다. 그리고 단체노동법 역시도 궁극적으로는 개별 근로자와 사용자 사이의 근로관계에 대한 규율을 지향하고 있기 때문에 노동법으로 파악되는 것이라는 점은 주목되어야 할 것이다. 그러나, 그렇다고 해서 단체노동법을 노·사관계라는 이당사자주의적 시각에서 파악해야 할 필연성은 없다. 특히 오늘날과 같은 산업관계 속에서는 정부도 여러가지 방식으로 근로관계의 내용에 실질적 영향을 미치고 있고, 또 그렇기 때문에 노동조합의 실제적 활동도 대사용자활동에 한정되고 있는 것이 아니라, 대정부활동에까지 미치고 있는 것이다. 이런 상황에서는 노·정관계도 그것이 근로관계를 지향하는 것인 한에 있어서는 단체노동법의 대상으로 중시되지 않을 수 없다. 그러므로, 단체노동법은, 노·사관계라는 이당사자주의적 관점에서가 아니라, 노·사·정관계라는 삼당사자적 관점에서 파악되어야 하는 것이다.¹⁴⁾

12) 일본에서 일부 사용되는 개념이다. 예를 들어 外尾建一, 勞働團體法, 筑摩書房, 1975.

13) 우리나라에서 일반적인 개념이다. 예를 들어, 김형배, 전계서.

14) 우리나라에서는 단체노동법을 노·사관계라는 이당사자주의적 관점에서 파악하는 것이 일반적이는데, 그 법리상의 근거는 이른바 「단체교섭권중심론」에 있는 것으로 보인다. 이 점에 대한 비판은, 줄고, 근로삼권 상호관계에 관한 소고, 현대법학의 제과제, 송산출판사, 1987, pp.501-519 참조할 것.

c) 경영협정과 협동적 자치주의원리

변형의 세번째 형태는, 비교적 최근에 모색되고 있는 것으로, 매우 근본적인 관점의 변화이다. 지금까지 서술한 근로관계의 내용에 대한 계약적 결정원칙, 국가법적 기준설정, 단체협약적 기준설정 모두는, 근로자와 사용자의 분리·대립을 전제하고 있는 것이다. 변형의 세번째 형태는, 바로 이러한 근로자와 사용자의 분리·대립을 근본적으로 해소하고, 근로자와 사용자의 공동체 내지 협동체로 파악된 기업내에서 자율적으로 근로관계의 내용이 결정되도록 하는 것이다. 그러므로 이러한 변형의 원리적 기초는 「협동적 자치주의」라고 할 수 있다.

근로자와 사용자의 분리·대립은, 원래 기업을 자본단체로 파악하는 근대 기업조직법 또는 회사법의 기본입장에서 유래하는 것이다. 이런 입장에 의하면, 근로자는 기업의 실질적 구성부분일 수는 있지만, 법적 구성부분은 아니라는 것이 된다. 법적으로 보면 근로자는, 그 기업에 대한 원자재공급자나 상품소비자와 마찬가지로 일정한 거래관계에 있는 기업외적 존재에 불과한 것이다. 따라서 기업의 의사결정 또는 경영적 의사결정은 투자자, 또는 그들로부터 권한을 부여받은 경영자에 의하여 이루어지도록 되어 있고, 근로자는 그러한 의사결정과정에서 배제되게 되어 있는 것이다.

자본단체인 기업의 의사결정 또는 경영적 의사결정, 특히 대근로자적 경영의사결정이 사실상 어떤 관점에서 이루어지고 있는가 하는 점에 대해서는 여러 의견이 있을 수 있을 것이다. 그러나 어쨌든 법적으로는 이러한 경영의사결정이 자본수익(이윤)의 극대화 와 같은 자본적 관점에서 이루어지는 것이 보장되어 있고, 또 사실상으로도 그런 관점에서 이루어지는 것이 지배적이라 하지 않을 수 없을 것이다.

그러므로 근로자와 사용자의 분리·대립이 구조지워져 있는 근대 기업조직법 또는 회사법의 내용을 그대로 둔 채, 근로관계를 단체법적 또는 공동체론적으로 구성하는 것은, 근로자와 사용자의 분리·대립이 내용적으로는 사용자지배·근로자종속의 구조로 되어 있다는 점을 고려할 때 사용자측의 이익에 치우쳐진 결과를 낳게 된다. 그래서 이런 기업조직법구조가 그대로 유지되고 있는 곳에서는, 근로관계의 계약론적 구성이 일반적으로 행해지고 있고, 또 그러한 계약론적 구성을 대상으로 하여, 노동기준법이나 단체협약에 의한 변형이 행해지고 있는 것이다.

그러나 근로자와 사용자의 분리·대립의 전제가 되고 있는 기업조직법 내지 회사법을 변형시키게 되면, 근로관계에 대한 전혀 새로운 규율원리가 성립할 수 있게 된다. 이러한 관점에서 최근 여러나라에서 모색되고 있는 것이 바로 근로자의 경영참가제도이다. 근로자의 경영참가제도는 기업의 의사결정과정 또는 경영적 의사결정과정에 근로자의 단체적 참가를 인정하는 것이다. 그리고 그 구체적인 방법으로는 여러가지가 모색되고 있지만, 경영참가제도의 모델을 제시하고 있는 독일의 사례를 참고할 때, 다음과 같은 두 가지 방법이 핵심적인 것이라고 할 수 있다.

그 첫째는 근대 기업조직법 내지 회사법상 투자자들에게만 부여되고 있었던 경영자선출권을 근로자에게도 부여하는 것이다. 이러한 경우, 기업의 의사결정 또는 경영적 의사결정은 여전히 경영자에 의하여 이루어지지만, 근로자들은 자신들에게 책임을 지는 경영자를 통하여 간접적 방식으로 경영에 참가하는 것이 된다. 독일에서는 이러한 방법이 공동결정법(Mitbestimmungsgesetz)에 의하여 채택되고 있다. 그 둘째는 기업의 의사결정 또는 경영적 의사결정을 경영자와 기업내 근로자의 단체적 합의(경영협정)에 의하여 하도록 하는 것이다. 이러한 경영협정에 의한 경영적 의사결정은 첫번째 방법에 비하여 더욱 직접적 방식의 근로자 경영참가제도라고 할 수 있다. 독일에서는 이러한 방법이 경영조직법(Betriebsverfassungsgesetz)에 의하여 채택되고 있다.

이런 방법 중에서 세계 여러나라에서 일반적 관심을 끌고 있는 것은 특히 후자의 방법이다. 그리고 독일에서의 용어사용례와는 달리, 이것을 보통 공동결정제도(co-determination system)라고 부르고 있다.¹⁵⁾ 공동결정제도의 현실적 형태는, 이 제도를 근로관계의 내용에 대한 계약적 결정원리나 단체협약적 결정원리 또는 재산권질서 등과 조정시키기 위하여, 공동결정 내지 경영협정의 대상을 주로 근로자의 인사·복지사항에 한정시키고 있다. 그러나 공동결정 내지 경영협정의 대상을 그러한 것에 한정시켜야 할 원리적 필연성은 없다. 원리적으로 생각할 때에는 공동결정 내지 경영협정의 대상이 기업의사결정의 전범위에 걸칠 수 있는 것이고, 대근로자적 사항 또는 근로관계의 내용도 여기에 포함될 수 있는 것이다. 실제로도 최근에는 공동결정의 대상범위가 그러한 방향으로 확대되고 있는 것으로 알려지고 있다. 그러므로 공동결정제도는 노·사의 대립구조를 해소한 새로운 기업구조 속에서 근로관계의 내용 및 기타의 기업적 사항들을 노·사공동체원리에 따라 경영협정으로 결정하도록 하는 것이라고 정리할 수 있다.

주의해야 하는 점은, 공동결정제도상의 근로자단체는 노동조합이 아니라는 것이다. 물론 현실적으로는 공동결정제도상의 근로자단체에 대한 노동조합의 관여권이 인정되는 경우가 있고, 이러한 현상은 공동결정제도가 노·사합의, 즉 단체협약으로 채택된 경우에 더욱 두드러진다.¹⁶⁾ 그러나 앞에서 보아온 것처럼 공동결정제도는 노동조합제도와 전혀 상이한 원리에 기초한 것이다. 공동결정제도상의 근로자단체는 노동조합과는 달리, 사용자와 공동운명체로 파악된 기업내의 전근로자로 구성되는 것이다. 그러므로 이러한 근로자단체에는 노·사의 대립구조를 전제로 한 파업등의 쟁의 행위에 대한 권리도 인정되지 않는다. 결국 공동결정제도상의 근로자단체는 기업외적 존재가 아니라 기업내적 존재, 즉 기업조직법 또는 회사법적 기관인 것이다. 이런 점에서 공동결정제도는 노동법과 기업조직법 또는 회사법의 중간영역이라고 할 수 있다.

공동결정제도를 중심으로 하는 근로자의 경영참가제도는, 기업을 자본단체로 파악하던 근대

15) cf. ILO, *Workers' Participation in Decisions within Undertakings*, 1981, pp.22-23.

16) 일본 노사관계에서 널리 보여지는 형태이며, 이러한 일본 노사관계의 영향 아래에서 만들어진 우리 노사협의회법은 제6조 제2항에서, 노동조합에 노사협의회의 근로자대표선출권을 부여하고 있다.

기업조직법의 구조를 변형시켜 기업을 자본과 노동의 공동체로 위치지우고, 그런 기초 위에서 결국 노·사의 공동경영(co-management)을 이룩하겠다는 것이다. 그러므로 근로자의 경영참가제도는 근대적인 재산권질서와 그러한 재산권질서에 기초한 기업법체계에 대한 근본적 수정을 필요로 하는 것이다. 그래서 경영참가제도를 채택하는 데에는 법리적인 면에서나 현실적인 면에서 매우 큰 한계가 있다. 이런 한계 때문에, 여러나라의 예로 볼 때 근로자의 경영참가제도는 일반적 제도로 성립하지 못하고 보충적 제도로 되어 있는 경우가 대부분인 것이다.

어쨌든 이상과 같은 관점에서 근로자의 경영참가를 내용으로 하는 법이 성립하여 있을 때, 이러한 법을 보통 「경영참가법」 또는 「협동적 노사관계법」¹⁷⁾이라고 부르고 있다. 그러나 이러한 법제의 원리적 특성을 두드러지게 하고, 공동결정제도와 같은 구체적 제도와 혼동도 피하기 위해서는, 이러한 법을 「공동경영법」이라고 부르는 것이 적합할 것으로 생각된다. 이러한 계열에 속하는 법으로 우리나라에서는 노사협의회법이 입법되어 있다. 그러나 우리나라 노사협의회법은, 노사협의회에 공동결정권이 부여되어 있는 것이 아니라, 단순협의권만이 부여되어 있어서 맹아적(萌芽的) 수준의 공동경영법에 그치고 있다.

Ⅲ. 네 가지 원리의 결합형태

1. 기본적 전제

이상과 같은, 근로관계의 계약론적 구성과 세 가지 형태의 변형을 종합해서 보면, 근로관계를 본래적인 대상으로 하는 노동법의 현대적 형태는 네 가지의 상이한 원리가 혼합되어 이루어져 있다는 것을 알 수 있게 된다. 즉, 현대노동법은 근로관계의 내용을 근로자와 사용자의 계약에 의하여 정하도록 한다는 「개인적 자치주의원리」, 국가가 정하도록 한다는 「국가적 보호주의원리」, 노동조합과 사용자 또는 사용자단체 사이의 단체협약에 의해서 정하도록 한다는 「집단적 자치주의원리」, 근로자의 경영참가를 통하여 성립되는 공동경영체가 정하도록 한다는 「협동적 자치주의원리」가 혼합되어 이루어져 있는 것이다.

노동법의 전체적 모습은 이러한 네 가지 원리의 결합형태에 의해서 파악될 때, 가장 잘 나타날 수 있다. 그리고 나름대로 특수한 모습을 띠고 있는 각국의 노동법은, 이런 관점에서 가장 적절히 비교될 수 있다. 그러나 각국의 노동법을 이런 관점에서 분석하기에 앞서 몇 가지 언급되어야

17) 김형배교수가 사용하는 개념이다. 독일에서는 이 논문에서 말하는 단체노동법과 공동경영법을 합하여, 「집단적 노동법」(kollektives Arbeitsrecht)라고 하는 것이 일반적이다. Vgl. z. B. Zöllner/Loritz, a. a. O.

할 전제가 있다.

그 첫째는, 역사적으로 볼 때, 현대 노동법은 어느나라에서나 시민법시대의 「개인적 자치주의원리」를 「집단적 자치주의원리」로 극복하는 과정에서 성립하였다는 것이다. 시민법시대에는 사용자 의 지시·감독 아래서 이른바 종속노동을 제공하는 근로관계의 성립과 그 내용이 사용자와 근로자의 사이의 계약에 의하여 결정되도록 하여 개인적 자치주의원리에 입각하고 있었다. 그러나 점차 전술한 것과 같은 변형이 이루어졌는데, 그러한 변형은, 근로관계의 법적 근거, 특히 사용자의 지시권의 법적 근거가 되는 근로계약의 당사자인 사용자와 근로자가 현실적 대등성을 갖추지 못하고 있다는 사실에 의해서 근거지워졌다. 이른바 「경제적 종속성」이라고 불리는 계약과정상의 종속성이 근로관계의 계약론적 구성에 대한 변형을 근거지우는 것이다. 달리 말하면, 시민법상 사용자와 근로자는 법적으로 대등한 것으로 취급되어 「경제외적 강제」는 제거되었지만, 근로자와 사용자는 경제적으로는 대등하지 못했기 때문에, 근로계약에 「경제적 강제」가 작용하게 되고, 그래서 근로관계를 근로계약에만 맡기는 것은 부당하다는 것이다.

사용자와 근로자 사이의 이른바 「경제적 종속성」은, 전통적으로 다음과 같은 노동력상품의 특수성에서 발생하는 것으로 파악되어 왔다. 그 첫째는, 노동력은 저장이 불가능하다는 것이다. 저장이 불가능한 상품을 판매하는 경우에, 계약과정상 판매자가 구매자의 의사에 종속된다는 것은 쉽게 이해될 수 있는 일이다. 그 둘째는 노동력은 노동자의 생계수단이라는 점이다. 그러므로 생계 때문에 근로자는 계약과정상 노동력상품 구매자인 사용자의 의사에 종속되는 것이다. 그러나 저장불가능성은, 노동력상품의 경우에 더욱 철저하다는 것일 뿐, 노동력상품에 특유한 것이라고 할 수는 없기 때문에, 이른바 「경제적 종속성」을 근거지우는 노동력상품의 특수성은 후자의 생계 수단성이 본질적인 것이라고 할 수 있다. 그러므로 근로관계의 계약론적 구성은, 노동력상품의 생계수단성에서 유래하는 「경제적 종속성」을 사실적 전제로 하여, 근로자의 생존확보라는 이념에 의해서 변형되었다고 말할 수 있는 것이다.

다만, 오늘날 이른바 중산층의 전반적 발달로 말미암아 근로자의 재산적 상황이 근대 초기에 비하여 현저히 개선되었기 때문에, 노동력상품의 생계수단성을 근거로 한 「경제적 종속성」 관념의 설득력이 어느 정도 떨어졌다고 할 수 있으며,¹⁸⁾ 이런 점이 노동법상 「개인적 자치주의원리」가 다시 부각되는 경향의 한 가지 원인이 되고 있다고 할 수 있다. 물론 노동법상 「개인적 자치주의원리」가 다시 부각되는 경향의 원인은 이런 점에만 있는 것은 아니고, 개인적 권리의식의 고양이나 노동조합운동의 관료화·침체화 등과 같은 현상과 함께, 특히 노동법에 대한 인식이 사용자와 근로자 간의 계약의 공정성과 같은 당사자주의적 관점에서, 전체경제적 타당성과 같은 전체경제적

18) 이런 점과 관련하여, 경제적 종속성을, 노동에 대한 보수가 사회통념상 임금으로 볼 수 있는 정도의 액인 경우에 한하여 인정하여야 한다는 견해도 나타나고 있다. 本多淳亮, 勞動契約·就業規則論, 一粒社, 1981, p.12 참조할 것.

관점으로 변경된 점에도 있다는 것은 주목하여야 할 것이다.

어쨌든 이상과 같은 논리는, 노동법의 기초범주로서의 노동의 종속성에 대한 「인격적 종속성」과 「경제적 종속성」 간의 혼란을 정리해 줄 수 있게 된다. 즉, 인격적 종속성의 관념은 노동법의 기초개념적 범주인 데 비하여, 경제적 종속성의 관념은 노동법상 개인적 자치주의원리의 변형을 위한 근거관념으로서 기능하고 있는 것이다. 그러므로 가령, 노동법의 적용대상으로서의 근로자개념을 파악함에 있어서는, 인격적 종속성을 공통적 기반으로 한 후, 개인적 자치주의원리를 변형시킨 노동기준법, 단체노동법, 공동경영법 등의 적용대상으로서의 근로자개념은 각각 그 법의 입법 목적에 비추어 파악하되 특히 경제적 종속성을 그 지표의 하나로 삼아야 되는 것이다.

경제적 종속성 때문에, 「개인적 자치주의원리」에 입각한 노동법을 변형시키려고 할 때, 변형의 형태는 우선 「국가적 보호주의원리」에 입각한 노동기준법의 제정과, 「집단적 자치주의원리」에 입각한 노동조합과 단체협약의 법인이라는 모습으로 나타났다. 그러나 국가적 보호주의원리는 전술한 것처럼 시장경제의 법적 원리인 사적 자치의 원리와 정면에서 충돌하는 것이기 때문에, 시장경제체제를 유지하려고 하는 한에 있어서는 「집단적 자치주의원리」에 입각한 노동조합과 단체협약의 법인이 그 변형의 중심축이 되었다. 그래서 현대 노동법의 기본흐름은 「개인적 자치주의원리」를 「집단적 자치주의원리」로 극복하려는 것에 있게 된 것이다. 물론 최근에 와서, 집단적 자치주의원리에 내세되어 있는 파업등과 같은 생산저해적 요소 때문에, 「협동적 자치주의원리」가 부각되고 있다는 사실에도 주목할 필요가 있다. 그러나 전술한 것처럼 협동적 자치주의의 법적 표현형태인 경영참가법 내지 공동경영법은, 근대 기업조직법 구조의 혁명적 변화를 요구하는 것이기 때문에, 그러한 전제가 이루어지지 않는 한 일정한 한계를 가질 수 밖에 없는 것이다. 이런 점에서도 역시 현대 노동법의 중심축은 「집단적 자치주의원리」라고 하지 않을 수 없다.

이상과 같은 이유 때문에, 현대 노동법의 네 가지 원리의 결합형태를 파악함에 있어서는, 역시 집단적 자치주의원리를 중심으로 고찰하여야 한다. 즉, 집단적 자치주의원리가 어떠한 형태로 어느 정도 채택되고 있는가, 그리고 이 원리는 개인적 자치주의원리, 국가적 보호주의원리, 협동적 자치주의원리와의 관계에서 어떻게 제한되고 있는가 하는 것을 검토하여야 하는 것이다.

각국 노동법을 노동법의 네 가지 원리의 결합형태라는 관점에서 분석할 때, 특히 전술한 것과 같은 역사적 전개를 고려하여 집단적 자치주의원리를 중심으로 고찰할 때, 반드시 언급되어야 할 또 하나의 전제는, 집단적 자치주의원리를 중심으로 하는 노동법은 이른바 사적 부문(private sector)에 타당한 것이고, 공공 부문(public sector)은 논외로 하는 것이라는 점이다. 공공 부문의 근로관계 내지 복무관계는 우선 그것의 계약론적 구성 자체의 타당성이 의문시된다. 특히 그것이 공법적 관계로서의 성격을 띠고 있는 경우에는, 복무관계의 내용과 조건, 사적 부문의 사용자에게 해당하는 기관의 지시·감독권 등은, 당사자 사이의 계약에 근거하는 것이 아니라, 공법적 법령에

근거하는 것이다. 이런 점에서 공공 부문의 근로관계 내지 복무관계에 대하여, 그것을 계약론적으로 구성하는 개인적 자치주의원리와 그런 전제 위에서 그것을 변형시키는 국가적 보호주의원리, 집단적 자치주의원리, 협동적 자치주의원리의 결합형태로 파악하는 것은 매우 불충분한 논의가 되어버리고 만다.

다만, 공공 부문 근로자라 하여도, 업무의 공공성이라는 관점을 벗어나 근로자의 생존확보 내지 인간다운 생활이라는 관점에서 보면, 사적 부문 근로자와 특별히 다른 점은 없다. 이런 점에서 사적 부문의 근로관계에 적용되는 네 가지 원리를 어느 정도 공공부문의 근로관계 내지 복무관계에 적용시킬 것인지 문제된다. 달리 말하면, 공공부문에서도 개인적 자치주의원리, 국가적 보호주의원리, 집단적 자치주의원리, 협동적 자치주의원리를 전적으로 부정할 것은 아니라는 것이다. 현실적으로 보면, 공공부문에 개인적 자치주의원리와 국가적 보호주의원리를 적용하는 것은 상대적으로 용이하지만, 집단적 자치주의원리와 협동적 자치주의원리를 적용하는 것은 상대적으로 어렵다고 할 수 있을 것이다.

2. 국가별 결합형태

a) 영국의 경우

영국 노동법은 대처정부 이래 상당한 변화가 있었지만, 전통적으로 「임의주의」(voluntarism)라는 아주 특수한 형태를 취해 왔다. 이것은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체 간의 집단적 관계에 국가가 간섭하지 않는다는 것이다. 그래서 영국 노동법은 집단적 자치주의원리의 적극적 내용을 규정하고 있지 않은 것이다. 구체적으로 말하면, 집단적 자치주의 노동법의 핵심영역인 단체교섭에 대한 법규제도 없고, 단체협약에 대한 법규제도 없는 것이다. 이런 의미에서 영국 단체노동법 체계 내에서, 단체협약은 이른바 신사협정(gentlemen's agreement)으로 취급된다고 말하고 있다. 단체협약을 금지하지도 않지만, 단체협약의 효력을 법적으로 인정하지도 않는 것이다.

그러나 단체협약의 법적 효력을 인정하지 않는다는 것에서, 영국 노동법은 집단적 자치주의원리를 경시하고 있다는 결론을 내리는 것은 큰 잘못이다. 오히려 영국 노동법은, 단체협약의 효력문제까지도 노·사의 자치에 맡김으로써, 집단적 자치주의원리를 더욱 순수하게 관철하고 있는 것이다.¹⁹⁾ 그리고 실제로 영국에서 근로관계의 내용은 대부분 단체협약에 의하여 규율되고 있다. 물론 단체협약의 이러한 사실적 규범력은, 노·사의 자발적 준수에 기초하고 있는 것이지만, 단체협약상의 내용을 근로계약으로 편입시키는 법적 논리구성이 그러한 현상을 뒷받침하고 있

19) 이 점과 관련된 논의는, 本田尊正, 労働協約の法的性格, 現代労働法講座, 第6巻, 総合労働研究所, 1981, pp.107-108 참조할 것.

다.²⁰⁾ 구체적으로 보면, 근로계약 자체가 단체협약상의 내용을 명시적으로 편입시키는, 이른바 「명시적 조항에 의한 편입」(incorporation by express agreement)과, 특히 근로계약 자체가 단체협약상의 내용을 명시적으로 편입시키고 있지 않더라도, 관습에 의하여 편입을 인정하는, 이른바 「묵시적 편입」(Implied incorporation)이라는 법적 논리를 통하여, 사실상 대륙법계 국가에서 택하고 있는 단체협약의 규범적 효력과 같은 효과를 발생시키고 있는 것이다.

이상과 같은 영국의 전통적인 교섭·협약법체계는 1971년 「노사관계법」에 의하여, 전면적으로 부인된 적도 있지만, 1974년 「노동조합 및 노사관계법」에 의하여 원상으로 회복되어 오늘에 이르고 있다. 물론 1980년대 대처정부 아래에서, 전통적인 임의주의가 상당 부분 포기되었지만, 그것은 주로 노조운영과 파업에 대한 것이고, 교섭·협약법체계에 본질적 변화는 없다. 그래서 형식상으로는 근로계약을 단체협약에 우선시키는 체제가 유지되고 있는 것이다. 이런 체계에서는 단체협약의 규범적 효력을 전제로 하는 대륙법체계에서 문제되는 유리우선의 원칙과 같은 것은 전혀 의식되지 못한다.

한편 영국 노동법상 협동적 자치주의원리는 법제도적으로 채택되지는 못하고 있으나, 노사합의 등에 의하여 발전을 보고 있다. 자연발생적인 shop steward, 공장위원회, 정부권유에 의한 Whitley 위원회 등과 같은 것이 그러한 것이다. 그리고 최근에는 협동적 자치주의원리에 대한 관심이 더욱 높아지고 있다고 한다.²¹⁾ 영국 노동법상의 국가적 보호주의원리는 다른 나라에 비하여, 상당히 제한된 형태를 취하고 있다. 가령, 영국에는 최저임금법이 없다든지, 「일반적인」 근로시간규제법이 없다든지 하는 것은 그러한 예를 보여주는 것이라고 할 수 있다.²²⁾ 그러나 근로관계의 기준에 대한 국가법은, 「개별적인」 입법의 형식으로 다수 존재하고 있다. 그 중에서 특히 주목되는 것은 해고제한을 중심으로 하는 고용보호법(Employment Protection Act)인데, 1978년에 통합법이 성립한 이래, 1980년, 1982년 개정을 통하여 점차 확대되어 가고 있다.

결론적으로 말하면, 영국 노동법은 최근에 상당한 변화를 겪고 있지만, 법형식적으로는 개인적 자치주의원리와 국가적 보호주의원리를 중심축으로 집단적 자치주의원리를 보충하는 형태를 취하는 모습을 띠고 있고, 실질적으로는 국가개입을 최소화시킨 집단적 자치주의원리를 중심축으로 하여, 개인적 자치주의원리와 국가적 보호주의원리, 협동적 자치주의원리를 결합시키고 있다고 할 수 있을 것이다.

20) cf. Hepple, Labour Law & Industrial Relations in Great Britain, International Encyclopedia for Labour Law & Industrial Relations, Vol.5, W. Kluwer, 1980, pp.56-57.

21) 김형배, 전게서, pp.44-47 참조할 것.

22) cf. Hepple, op. cit., p.87, 90.

b) 미국의 경우

미국 노동법상 집단적 자치주의원리는, 단체협약법제와 단체교섭법제로 나타나고 있다. 그러나 미국 집단적 자치주의 노동법의 핵심은 역시 독특한 단체교섭법제라고 하지 않을 수 없으며, 이것은 미국 노동법의 특징을 이루고 있다. 달리 말하면, 미국 노동법은 집단적 자치주의원리를 단체협약이라는 노·사간의 합의, 즉 결과를 중심으로 제도화하는 것이 아니라, 단체교섭이라는 노·사간의 합의도출과정, 즉 과정을 중심으로 제도화하고 있는 것이다.

미국에서는 원래 영국과 마찬가지로 단체협약의 법적 효력을 부인하고 있었으나, 1947년 Taft-Hartley 법 이래 이른바 채무적 효력을 인정하고 있다.²³⁾ 또 근로계약과의 관계에서는, 전통적으로 관습에 의한 편입설, 대리설, 제삼자를 위한 계약설 등계약론적인 방법으로 단체협약상 기준이 근로계약의 내용으로 되는 것을 인정하고 있지만, 잭슨판사의 법규범설정설²⁴⁾과 콕스교수의 통치설²⁵⁾과 같이 단체협약을 계약외적인 객관적 규범으로 파악하려는 이론도 주장되고 있다. 그러나 어쨌든 이러한 이론체계에서는 단체협약의 이른바 「강행적 효력」을 근거지울 수 없다. 다만, 실제적으로는 미국 단체교섭법상 인정되고 있는 이른바 「배타성원칙」²⁶⁾에 근거하여, 단체협약의 내용과 다른 근로계약의 체결을 금지하고 있기 때문에, 대륙법상의 단체협약의 강행적 효력과의 유사한 체제가 취해지고 있다고 할 수 있다. 이 「배타성원칙」은, 대륙법상의 「유리우선의 원칙」을 배제하는 기능도 한다는 점에 유념하여야 할 것이다. 미국 협약법리의 또 하나의 특징은, 단체협약 위반에 대한 구제와 관련하여 「임의중재 우선의 원칙」²⁷⁾을 채택하고 있다는 것이다. 이런 측면에서 자치적 해결을 중시하는 입장을 취하고 있는 것이다.

미국 단체교섭법제의 내용은 매우 방대하다.²⁸⁾ 그러나 역시 그 요체는, 단체교섭의 권리·의무를 노·사 당사자에게 인정함으로써, 집단적 자치주의원리를 NLRB라는 국가행정기관을 통하여 적극적으로 형성하려는 입장을 취하고 있다는 것이다. 집단적 자치주의원리를 중시하는 미국 노동법의 기본태도가 분명히 나타나는 것이다. 미국 노동법상, 국가적 보호주의원리에 입각한 노동기준법도 상당히 발전되어 있다. 연방법 차원에서의 일반법인 「공정노동기준법」(Fair Labor Standards Act)이 특히 주목된다. 미국법상 협동적 자치주의원리는 거의 채택되어 있지 못하다.

23) 本田尊正, 전계논문, p.104 참조할 것.

24) cf. J.I. Case Company v. NLRB, 321 U.S.322, 1944.

25) cf. Cox, The Legal Nature of Collective Bargaining Agreement, 57 Michi. L. Rev. 1, 1958, pp.25-87.

26) 「배타성원칙」에 대해서는, cf. Getman, Pogrebin, Labor Relations, Westbury, 1988, pp.96-112.

27) 「임의중재 우선의 원칙」, 특히 유명한 Steelworkers Trilogy에 대해서는, cf. Ibid., pp.168-178.

28) 이 중에서, 단체교섭대상사항에 대해서는, 줄고, 단체교섭의 대상사항에 관한 법규제, 제주대학교 논문집, 제32집, 1991. 6., pp.197-231, 성실교섭의무에 대해서는, 줄고, 성실교섭의무의 법리에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 1984.2. 참조할 것.

노·사합의로 경영참가적 제도를 설정하는 것도, NLRA 제8조 1항 및 2항과의 관련에서 불법시 되는 경향이 강하다. 다만 클린턴 정부가 들어선 이후, 노사협의제도에 대한 정부의 관심이 높아지고 있다는 것은 주목할 만하다.²⁹⁾

결국 미국 노동법은, 현재까지는 협동적 자치주의원리를 배제한 채, 국가보호 아래에서의 집단적 자치주의를 중심축으로 하여, 개인적 자치주의원리와 국가적 보호주의원리를 결합시키고 있다고 할 수 있을 것이다.

o) 독일의 경우

독일 노동법상 집단적 자치주의원리는, 정치한 단체협약법제로서 나타나고 있다. 미국과 같은, 단체교섭에 관한 법규제는 없다. 독일 단체협약법제의 출발점은, 단체협약의 이른바 「규범적 효력」의 인정이다.³⁰⁾ 그래서 독일법상, 근로조건을 중심으로 하는 단체협약상의 이른바 「규범적 부분」은, 이에 위반된 근로계약을 무효로 만드는 강행적 효력과 무효로 된 부분을 대체하는 직접적 효력이 인정되고 있다. 단체협약에 근로계약에 우선하는 효력을 인정하고 있는 것이다. 다만, 이러한 규범적 효력은, 이른바 「유리우선의 원칙」이라 하여 근로계약 내용이 단체협약 내용보다 근로자에게 유리한 경우에는 적용되지 않는 것으로 하여, 집단적 자치주의원리와 개인적 자치주의원리를 조정하고 있다.

독일 노동법상에서는 국가적 보호주의원리에 입각한 노동기준법도 잘 발달되어 있다. 다만, 이러한 국가적 보호주의원리와 집단적 자치주의원리간에는, 원칙적으로 국가의 노동기준법이 단체협약에 우선하도록 하여, 일단 법형식상으로는 국가적 보호주의원리를 우선하고 있지만, 이른바 「협약위임적 규정」(tarifdispositives Gesetz)³¹⁾이라 하여, 단체협약이 노동기준법보다 우선하는 것도 인정함으로써, 둘 사이의 관계를 조정하고 있다는 점에 특히 유념하여야 할 것이다.

독일 노동법의 또 하나의 특징은, 협동적 자치주의원리를 법적으로 도입하여 집단적 자치주의원리와 균형을 갖도록 하는 이른바 「이원적 구조」를 취하고 있다는 것이다. 협동적 자치주의원리를 도입한 법률이 전술한 「공동결정법」과 「경영조직법」이다. 독일 노동법의 이러한 이원적 구조는, 독일 노동조합이 산업별로 조직되어, 단체교섭과 단체협약이 초기업적 차원에서 이루어지기 때문에, 그러한 차원에서는 단체협약법제에 의하도록 하고, 기업내적 차원에서는 공동경영법제에 의하도록 하려는 것이다. 다만, 경영조직법 제77조 제3항과 제87조는, 경영협정에 대한 단체협약의 우위를 규정함으로써, 집단적 자치주의를 우선하는 형태로 이 두 가지 원리의 충돌을 조정하려는

29) 이 점에 대한 소개는, 박세일, 신 패러다임과 신 노사관계, 경제정의, 1994년 봄호, pp.72-87 참조할 것.

30) 中嶋士元也, 規範的 効力, 現代労働法講座 第6卷, 1981, pp.129-156 참조할 것.

31) 이 점에 대한, 국내의 소개로는, 이병태, 전개논문, p.3 참조할 것.

태도를 취하고 있다.

독일 노동법은 이상과 같이 단체협약의 효력을 매우 강하게 인정함으로써 집단적 자치주의원리를 우선시하는 태도를 취하고 있지만, 또 그런 전제 위에서 특히 단체협약의 내용적 한계가 이른바 「협약자치한계론」으로서 학설·판례상 확립되어 있다.³²⁾ 다만, 이러한 협약한계를 입법적으로 규정하지는 않음으로써, 이러한 관점이 집단적 자치주의를 경색되게 하지는 않도록 배려하고 있다는 점에도 유념하여야 할 것이다.

결론적으로 독일 노동법은, 집단적 자치주의, 개인적 자치주의, 국가적 보호주의, 협동적 자치주의를 균형있게 보장하고, 이들간의 충돌관계를 조정하는 제도와 법리를 발전시킴으로서, 노사관계에서 나타나는 다양한 이해관계를 세밀하게 조정하고 있다고 할 수 있을 것이다.

IV. 결 론

결론에 갈음하여, 우리 노동법상 전술한 네 가지 원리가 어떤 모습으로 결합되어 있는지 집단적 자치주의원리를 중심으로 살펴보기로 한다. 그러나 우리 노동법을 검토함에 있어서는 우선 일본 노동법을 주목해야 한다. 우리 노동법은 적어도 이 부분에 있어서 일본법의 태도를 받아들여 기본골격으로 삼으면서, 몇 가지 변경을 가하고 있기 때문이다.

일본 노동법은, 집단적 자치주의원리를 미국식 단체교섭법제와 독일식 단체협약법제를 동시에 도입하여 법제화하고 있다. 일본에서 이러한 특수한 노동법제가 성립된 것은, 일본의 현행 노동법이 2차대전후 미군정 아래에서 그 기본구조가 형성되었다는 특수한 사정이 있었기 때문이다. 즉, 전통적으로 독일법의 영향 아래 있던 일본에, 미국제도가 도입되게 되었던 것이다. 구체적으로 보면, 일본 노동법은 독일 단체협약법 체계를 1918년 단체협약령 수준에서 도입하고 있고, 미국 단체교섭법 체계를 1935년 와그너법 수준에서 도입하고 있다는 것이 특히 주목할 만한 사실이다. 그러나 독일에서는 1949년 새로운 단체협약법이 성립하였고, 미국에서도 1947년 태프트·하틀리법이 성립하여, 일본법이 도입한 바이마르 협약법체제와 와그너 교섭법체제를 크든 작든 변화시키고 있다는 것도 유념하여야 한다.

일본 노동법은 단체협약에 규범적 효력을 인정하는 것에서 출발하고 있다. 그러나 근로계약과의 관계에서 유리우선의 원칙을 명문화하고 있지 않기 때문에, 학설은 그것을 부정하는 태도가 지배

32) 독일의 협약자치한계론은, Siebert의 논문 Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis (1955)에서부터 본격적으로 논의되기 시작하였다. Siebert 논문의 개용에 대해서는, 名古道功, 西ドイツ 協約自治の限界論(1), 民商法雜誌, 제89권 제3호, 1983. 12. pp.361-370 참조할 것. 현재의 논의상황에 대해선, Vgl. Zöllner/Loritz, a. a. O., pp.380-391.

적이었다가 최근 협약한계론과의 관계에서 유리우선의 원칙을 인정하는 태도가 유력하게 되었다.³³⁾ 또 국가법과의 관계에서는, 이른바 「협약위임적 법률」을 거의 인정하지 않고 있기 때문에, 국가법우선의 원칙이 관철되고 있다. 미국 교섭법 체계의 도입에 있어서는, 이른바 교섭단위제도를 채택하지 않음으로서 미국법상의 「배타성원칙」을 배제하고 있다. 그러므로 대륙법 체계에서의 단체협약의 규범력인정과 사실상 같은 기능을 하고 있는 「배타성원칙」이 부인됨으로써, 그 충돌이 최소화하고 있다고 말할 수 있다. 그리고 일본 현행 노동법에는 집단적 자치주의원리를 국가가 제한하는 규정을 전혀 두고 있지 않다는 점에 유념하여야 할 것이다.

일본 노동법상 협동적 자치주의원리에 입각한 제도는 도입하고 있지 않다. 그러나 실제상으로는 단체협약을 통하여 경영참가적 노사협의제가 잘 발달되어 있다. 그리고 일본 노동법은, 경영협정과 단체협약의 관계에 관한 규정을 결여하고 있기 때문에, 그 관계를 어떻게 파악할 것인지 크게 논란되고 있다. 결국 일본 노동법은, 집단적 자치주의원리를 중심으로 하여, 개인적 자치주의원리, 국가적 보호주의원리를 결합시키고 있지만, 실제상으로는 협동적 자치주의원리도 중요한 역할을 하고 있다고 말할 수 있다.

우리 노동법은 이상과 같은, 일본 노동법의 태도를 기본골격으로 받아들이고 있다. 다만 몇 가지 주의해야 할 점이 있다. 그 첫째는, 일본 노동법과는 달리 우리 협약법상 집단적 자치주의원리를 국가가 제한하는 규정을 두고 있다는 것이다. 즉, 우리 노조법 제34조 제3항에서 행정관청에 협약 내용의 변경·취소명령권을 주고 있는 것이 대표적인 것이다. 이 조항은, 선진국 노동법에서 그 예를 찾아볼 수 없는 것으로, 자율적 노사관계를 수립하여야 한다는 관점에서 폐지되어야 할 것으로 생각한다. 그 둘째는, 형식상 일본법과 마찬가지로 교섭단위제도를 채택하지 않아서, 이른바 「배타성원칙」을 부인하고 있지만, 우리법은 이른바 「복수노조금지원칙」을 채택하고 있기 때문에, 사실상 미국법상의 「배타성원칙」과 같은 효과가 생기고 있다는 것이다. 그래서 단체교섭법체계와 단체협약법체계 사이의 충돌문제를 일으킬 가능성이 크다고 할 수 있다. 협약의 여후효문제가 그 대표적인 것이라고 할 수 있다.

마지막으로 우리 노동법은, 일본에서 단체협약에 의하여 자율적으로 성립된 경영참가적 노사협의제를 참고하면서, 노사협의제를 입법화하고 있다는 점을 주의하여야 한다. 그러나 이 노사협의제는 자율적 기반을 상실하고 있기 때문에, 오히려 노동조합의 상생조직으로서의 의미가 크게 나타나고 있다고 할 수 있다. 어쨌든, 우리 노동법도, 집단적 자치주의원리, 개인적 자치주의원리, 국가적 보호주의원리, 협동적 자치주의원리를 모두 채택하고 있지만, 사실상 집단적 자치주의원리의 자율적 발전을 제약하여 개인적 자치주의원리를 유지하려는 의도를 곳곳에서 나타내고 있으며, 국가적 보호주의원리와 협동적 자치주의원리를 채택하는 경우에도 집단적 자치주의원리를 대체하려는 의도를 보이고 있다고 결론내릴 수 있다.

33) 中嶋士元也, 전계논문, p.147 참조할 것.