2007 노동법의 쟁점(Ⅱ)

- 2007 하반기 노동법·법경제 포럼 논문집 -

박 제 성 編

서 문

한국노동연구원이 노동법·제도를 둘러싼 학제적 토론과 연찬의 장을 마련하기 위해 조직·운영하고 있는 「노동법·법경제 포럼」이 올해로 3년째가 되었다. 노동법·법경제 포럼이 노동법제와 관련된 현안 쟁점들을 심층 논의함으로써 구체적 정책방안을 제시함은 물론, 향후 우리나라 노사관계의 주요 논점으로 떠오를 가능성이 큰 이슈를 개발하고 노동법제의 중장기적 발전방향을 모색함을 그 취지로 삼고, 이를 구체화해 왔음은 더 이상 새로울 것이 없는 주지의 사실이다. 그 동안 본 포럼에서는 노동법학자들을 중심으로 법경제학, 노동경제학, 노사관계학 및 산업사회학 등 관련 학문 분야 중견 학자들의 활발한 발제·토론을 통하여 노동 현안에 대한 학제적 접근이 시도되었다. 이는 노사관계, 노동시장 및 산업현장의 현실과 그 변화를 적극적으로 고려함으로써 노동법·제도의 실효성을 제고하고자 노력했던 결과이다.

2007년은 지금까지 키워 온 노동법·법경제 포럼의 잠재력을 십분 발휘하는 한 해가 되고 있다. 변화된 노동법제의 실효성 내지 현실정합성(現實整合性)을 가늠해 보는 장이 되고 있기 때문이다. 즉 많은 입법적 변화와 새로운 제도 개선의 구체화가 활발했던 2006년에 노동법·법경제 포럼의 방향타가 새로운 방향성에 대한 근원적 담론의 시도에 맞추어졌다면, 2007년의 포럼은 2006년에 마련된 법·제도적 장치에 대한 실증적 법리 분석과 평가에 집중하였다. 특히 2003년 참여정부의 출범과 함께 노사관계의 핵심 개혁과제로 제기되어 2006년 말 국회를 통과한 「노사관계법·제도 선진화 방안」의 일부가 보편화된 국제노동기준(Global Standards)에 부합하면서 우리 노사관계의 현실에 맞는 새로운 노사관계의 틀을 구축하고 근로자 보호와 노동시장의 유연성 제고를 동시에 도모하겠다는 선진화 입법의 당초 목표에 과연 얼마만큼 접근되었는지에 대한 점검·평가는 그 시행 시기에 즈음하여 반드시 짚고 넘어가야 할 숙제이기 때문

ii 2007 노동법의 쟁점(II)

이다.

이를 위하여 2007년 본 포럼의 연구 주제로 선정된 사항들 가운데 상반기에 발제·토론의 과정을 거쳤던 논문들은 『2007 노동법의 쟁점(I)』으로 이미 엮어 펴낸 바 있다. 이제 2007년 하반기에 발제·토론의 과정을 거쳤던 현안들, 즉 ‘노사협의회 제도’, ‘유니언 슝 협정’, ‘노동위원회의 기능’, ‘쟁의행위의 절차’ 등에 관한 결과물을 모아 『2007 노동법의 쟁점(II)』으로 엮어 펴내게 되었다.

목 차

서 문	i
① 「근로자참여 및 협력 증진에 관한 법률」 개정 내용과 그에 대한 평가 및 향후 입법정책 방향	(박종희) ... 1
I. 서 론	1
II. 개정 근참법 규정에 대한 해석	2
1. 근로자위원회에 대한 활동 활성화 도모	2
2. 사전정보제공의무 도입	4
3. 노사협의회 협의사항 조정	7
4. 기타 법령 정비 차원의 개정 내용	9
III. 노사관계선진화연구위원회의 제안 내용 검토	9
1. 노사관계선진화연구위원회의 제안 내용	9
2. 노사관계선진화연구위원회 제안 내용에 대한 평가	13
IV. 현행 노사협의회제도의 기본 문제점	14
1. 목적의 불명확성	15
2. 주체의 불명확성	17
3. 기능의 불명확성	19
4. 체계상의 불명확성	22
V. 노사협의회제도의 기본 문제점에 기초한 연구위원회 안에 대한 비교 평가	24
1. 노사협의회제도의 목적 및 기능에 대한 불명확성 제거 미흡 ...	24
2. 주체에 대한 불명확성 제거	25
3. 노사협의회제도와 관련된 체계상의 불명확성 불식에 근접 ...	25

VI. 노사협의회의제도에 관한 개정 내용에 대한 비교 평가	26
VII. 향후 노사협의회의제도의 개선방향 모색	28
1. 노사협의회의제도의 목적과 기능 및 법체계상의 지위와 관련한 지향점	28
2. 노사협의회와 노동조합과의 기능 및 역할의 조정	33
3. 노사협의 대상과 갈등해결구조의 구비	35
4. 집단적 자치의 주체로서 노사협의회 조직 및 구성원리의 개선	36
VIII. 맺음말	38
② 쟁의행위 절차 - 쟁의행위 찬반투표에 대한 고찰 - (이승길)	39
I. 문제의 제기	39
II. 쟁의행위 절차의 찬반투표 등과 관련된 ILO 및 외국의 입법례	43
1. 개 괄	43
2. ILO(국제노동기구)	46
3. 외국의 입법례	49
III. 쟁의행위 절차의 찬반투표	66
1. 쟁의행위 찬반투표 조항 연역	66
2. 쟁의행위 찬반투표와 공정성·투명성 제고를 위한 노사관계 법·제도 선진화 방안	67
3. 현행 조문과 입법 취지	70
4. 판례의 동향	71
5. 현행 조문의 해석	76
IV. 나오는 말	82
③ 유니언 슝 협정에 관한 고찰	92
..... (최윤희)	

I. 서론	92
II. 유니언 쉼 협정의 개요	93
1. 개념 및 현행 법규정	93
2. 허용 여부에 대한 논란	94
III. 유니언 쉼 협정 관련 법률 문제들	97
1. 소급효 인정 문제	97
2. 복수노조와 관련한 문제	98
3. 제명의 문제	101
4. 노조의 노조가입 거부 가능성 문제	104
5. 근로권의 문제	106
6. 사용자의 해고의무	107
7. 에이전시 쉼 협정	109
IV. 결론	112

④ 노동위원회의 기능 강화와 노동위원회법의 개정

..... (김홍영)	117
I. 노동위원회의 기능의 강화	117
1. 논의의 배경	117
2. 노동위원회의 인력 증원 등 조직 강화 현황	119
3. 노동위원회 기능 강화의 방향	120
4. 최근의 법제도 개선의 정도	125
5. 장기적인 과제	129
II. 노동위원회법 개정 내용의 검토	130
1. 노동위원회 상근인력의 전문성 강화	130
2. 공익위원 위촉의 개선	135
3. 노동위원회의 사무능력 및 정책기능 강화	138
4. 노동관계 전문가의 양성	140
5. 상임위원 중심의 사건처리 체계 등	142

1 「근로자참여 및 협력 증진에 관한 법률」 개정 내용과 그에 대한 평가 및 향후 입법정책 방향

박중희(고려대 법대 교수)

I. 서론

2006년 12월 22일 국회 본회의에서 근로자참여및협력증진에관한법률(이하 근참법으로 약함) 개정안이 통과되었다. 노사관계선진화연구위원회의 논의 결과를 토대로 사업장 내 참여와 협력 증진 기반을 강화한다는 취지에서 다음과 같은 내용들이 개정되었다. ① 노사협의회 위원 활동의 활성화를 도모하기 위하여 현행 협의회 출석에 소요되는 시간에 대한 근로의무 면제를 협의회 출석 시간뿐만 아니라 이와 직접 관련된 시간으로서 협의회 규정에서 정한 시간으로 확대하였다(제9조 제3항). ② 노사협의회 내실 있는 운영을 도모하기 위하여 현행법이 단지 노사협의회회의 개최 7일 전에 회의 일시·장소·의제 등만을 협의회 위원들에게 통보하도록 한 규정 이외에도 회의 의제와 관련한 자료를 사전에 요청할 수 있도록 하는 규정을 추가하였다. 다만, 이 경우에도 기업 경영·영업상의 비밀 또는 개인 정보에 해당하는 사항에 대해서는 기업경영권 보호 및 개인 사생활보호 차원에서 사전자료 요구대상에서 제외토록 하였다(제13조의 2). ③ 노사협의회 협의사항 중 ‘노동쟁의의 예방’에 관한 항목을 삭제하는 대신 사업장 내 근로자 감시설비 설치와 관련한 노사간의 갈등을 사전에 예방하고 근로자 권익보호를 도모하기 위하여 사전협의사항으로 추가·신설하였다(제19조 제3호, 제14호). ④ 기타 운영상 미비점을 보완하기 위하여 중앙노사협의회 관련규정(제28조)을 삭제하고, 위임입법과 관련한 행정부의 재량 남용의 여지를 줄이기 위하여 설치대상 사업장 규모

2 2007 노동법의 쟁점(II)

를 시행령이 아닌 모법에서 규정토록 하였으며(제4조 제1항, 제25조 단서), 기타 불명료한 규정 및 표현에서의 부적절한 요소들을 정비하는 개정이 이루어졌다(제17조, 제18조 제1항 제4호, 제2항).

이하에서는 이번 개정된 법규정의 주요 내용을 살펴본 뒤 개정 전체를 두고 평가를 하고자 한다. 그러나 개정 내용은 노사관계선진화연구위원회에서 제안했던 내용들 중 일부분만 수용·반영된 것으로 몇 개 되지 않는 개정 내용만으로는 근참법의 입법 방향에 대한 평가를 내리기란 용이하지 않다.¹⁾ 이런 점에서 이번 개정 근참법에 대한 평가를 제대로 하기 위해서는 비록 입법 내용으로 반영되지는 않았으나 노사관계선진화연구위원회의 제안 내용들을 함께 포함하여 검토하는 것이 필요하다. 그런 다음 과연 현재의 시점에서 근참법을 둘러싼 가장 기본적인 문제점은 무엇이며 이 문제를 어떻게 입법정책적으로 풀어나가는 것이 바람직한 것인지에 대해 차례로 살펴보고자 한다.

II. 개정 근참법 규정에 대한 해석

1. 근로자위원회에 대한 활동 활성화 도모

이번 개정 내용에는 노사협의회 근로자위원회에 대한 활동 활성화 방안이 시도되었다. 즉 종전 법에서는 근로자위원의 업무를 위하여 협의회에 출석하는 시간에 대해서만 근로한 것으로 보았다(제9조 제3항).²⁾ 그러나

1) 2003년 5월 10일 노사관계선진화연구위원회가 구성되어 노사관계법령 정비방안을 모색하는 활동을 하였고 동 위원회의 결과물을 기초로 2003년 9월 참여정부는 노사개혁 프로그램으로 ‘노사관계법·제도 선진화 방안’을 마련하였으며, 이때 2006년 말 개정입법의 기초 내용들이 제시되었다.

2) 이 밖에 30인 이상 모든 사업장에 설치하여야 하는 고충처리위원으로 노사협의회가 설치되어 있는 사업장의 경우에는 협의회 위원 중에서 선임하도록 되어 있으며, 이들 고충처리위원들이 협의 및 고충처리에 소요되는 시간에 대해서는 근로한 편의규정을 두고 있다(제25조, 제26조, 시행령 제9조 제3항).

개정법은 근로자위원의 협의회 출석 시간뿐만 아니라 협의회 규정으로 정한 시간에 대해서도 근로시간으로 간주하는 규정을 두어 근로자위원의 활동의 활성화를 도모하고자 하였다. 사실 종전 법규정대로 한다면 근로자위원은 단지 협의회에 출석한 시간만 근로시간으로 간주 받을 뿐, 이와 직접적으로 연계된 제반 시간으로 협의회 안건을 검토하기 위한 시간이나 조사 시간 그리고 전체 종업원들의 의견을 수렴하기 위한 제반활동 시간 등을 근로시간으로 보장받을 수 있는 법적 장치가 없어 근로자위원의 실질적인 활동을 도모할 수 없는 상황이었다. 이런 상황에서 이와 같은 제반활동에 대한 시간은 사용자가 임의적·호의적으로 대우해 주는 것 이외에 위원들의 개인적인 시간을 위원 활동에 투여할 수밖에 없었다. 개정법은 노사협회의 실질적인 활동을 도모하기 위하여 근로자위원들의 필요한 활동 시간을 보장하기 위한 입법적 보완책으로 도입되었다. 다만, 그 방법은 법에서 일일이 규정하기보다는 노사협회의 규정에서 자율적으로 정할 수 있도록 하였다.

노사협의회 규정에 근로시간으로 간주할 노사협의회 위원들의 활동을 규정한다는 것은 노사협의회 위원, 즉 노사위원들 상호간의 합의가 있어야 한다. 이때의 합의의 요건을 어떻게 이해할 것인가가 문제이다. 통상적인 의사결정을 위한 정족수가 필요로 한 것인지, 아니면 특별정족수를 필요로 하는 것이냐가 그것이다. 이와 관련해서는 근참법에 노사협회의 의결정족수에 관한 특별규정을 두고 있다. 즉 근로자위원과 사용자위원 각 과반수 이상의 출석이 있어야 하며 출석위원의 2/3 이상의 찬성이 있어야 한다. 동 규정은 노사협회가 갖는 특별한 취지에 따라 적어도 노사가 합의에 준할 수 있을 정도의 의결 요건을 갖추는 것을 전제하기 위함이며, 그렇기 때문에 이러한 의결정족수의 요건은 노사협회의 운영 전반에 걸쳐 적용되는 것으로 보는 것이 타당하다. 그런데 노사협회의 목적을 위해 설정한 의결정족수에 관한 특별규정은 그 자체가 실제적으로는 노사협회의 운영을 제약하는 전도된 결과를 초래할 수도 있다. 왜냐하면 근참법의 특별의결정족수는 현실적으로 사용자측의 수용 준비가 없을 경우에는 사실상 구비되기 어렵기 때문이다. 다시 말하면 사용자위원이 과반수 이상 출석하지 않거나, 출석하였다 하더라도 이들 위원이 모두

4 2007 노동법의 쟁점(II)

반대의 의사표시를 하는 경우 실제 출석위원 2/3 이상의 찬성을 얻기란 현실적으로 불가능하다는 것이다. 그렇기 때문에 근참법의 특별의결정족수 규정이 가지는 현실적 한계는 근로자위원의 실질적인 활동을 도모하기 위한 위 규정에도 마찬가지로 잠재적인 장애요인으로 작용될 가능성이 크다. 그렇지만 현행법상 명문으로 의사 및 의결정족수 규정을 두고 있는 이상 동 규정의 요건을 갖추어야 하는 것으로 볼 수밖에 없으며 정족수에 관한 동 조항은 근로자의 참가가 실질적으로 보장될 수 있도록 향후 입법정책적으로 재고할 필요가 있는 규정이다. 다만, 근로자위원의 실질적 활동 시간을 근로시간으로 인정할 수 있는 가능성을 법적으로 열어 놓았다는 점에 실질적인 의미를 둘 수는 있을 것이다.

그런데 노사협의회 규정에서 이와 관련한 특별 규정을 두고 있는 경우에는 그에 따르면 되겠지만, 그러한 규정을 두고 있지 않거나 혹은 두고 있더라도 그 범위가 제한적이어서 개정법 취지를 충분히 반영하고 있지 못할 경우, 노사협의회 위원이 자신의 활동이 노사협의회 위원으로서의 직접 관련된 활동이었음을 입증하면서 그 활동 시간을 근로한 것으로 인정해 줄 것을 청구할 수 있을 것인가가 문제이다. 이에 대해서는 법규정의 문언적 의미에 충실할 경우 부정하는 것이 타당할 것이지만, 규정의 취지를 심분 감안한다면 그리고 위에서 언급한 의결정족수 규정이 가지는 제한적인 의미를 감안한다면 긍정하는 것이 타당하다고 본다. 협의회 규정에 명문으로 두고 있느냐의 여부와 관계없이 개정법의 취지는 종래의 출석에 소요되는 시간보다 더 많은 시간을 보장해 주려는 취지이므로 자율적으로 정하지 않은 경우라 하더라도 동 규정의 취지에 부합하는 활동임을 입증할 수 있는 한, 그러한 시간에 대해 근로시간으로 인정해 줄 것을 사용자에게 청구할 수 있다고 봄이 상당하다.

2. 사전정보제공의무 도입

개정 법률은 노사협의회에 내실 있는 운영을 도모하기 위하여 회의의 제와 관련한 자료를 사전에 요청할 수 있도록 하였다. 종전의 법이 노사협의회에 개최 7일 전에 회의 일시·장소·의제 등만을 협의회 위원들에

게 통보할 것만을 규정하였는데, 개정 법률에서는 그 밖에도 회의 의제와 관련한 자료를 사전에 요청할 수 있도록 추가한 것이다. 그러나 이 경우에도 기업 경영·영업상의 비밀 또는 개인정보에 해당하는 사항에 대해서는 기업경영권 보호 및 개인 사생활 보호 차원에서 사전자료 요구 대상에서 제외될 수 있도록 하였다(제13조의 2).

사용자에게 정보를 제공할 성실한 의무를 부여한 취지가 노사협의회가 실질적으로 운영을 도모하기 위함에 있음은 쉽게 알 수 있다. 근로자위원은 협의회에서 논의할 사항(협의·의결사항)에 대해 정확하게 확인할 수 있는 정보가 부족함은 자명하다. 왜냐하면 이러한 사항들의 많은 부분들은 대부분 사용자의 지배 영역에서 회사의 경영과 관련된 사항이거나 의사결정기관에 참여할 수 없는 근로자위원들로서는 어떤 취지, 어떤 상황, 어떤 효과를 전제로 사업 내지 인사노무 계획이 추진되는지 알 수 있는 방법이 없다. 그런 상황 하에서 사용자가 의제로 올린 내용만을 검토 대상으로 한다는 것만으로는 충분한 협의 내지 의결을 행할 수 없을 뿐만 아니라 노사협조를 통한 생산성 향상이란 목적 달성도 하기 어려울 것이다. 이러한 제반 사정을 감안하여 노사협의회 협의기능에 힘을 실어 줄 수 있도록 하기 위해 사용자의 정보제공의무를 도입한 것이다. 다만, 사용자의 정보제공의무 규정에 따라 근로자위원들이 요구한 정보자료가 노사협의회 협의에 매우 중요한 사항이라 하더라도 그것이 기업경영에 중대한 기밀을 담고 있거나 개인의 정보에 해당하는 경우에는 영업의 자유 내지 개인 사생활 보호 차원에서 우선적인 보호가치를 가지므로 사전자료요구 대상에서 제외하도록 하였다. 이러한 제한 규정은 그 타당성이 인정된다. 그런데 문제는 정보제공의무에서 제외되는 경영상의 비밀 내지 보호되어야 할 개인정보를 어디까지 인정할 것인가 하는 것이다. 왜냐하면 예외영역을 넓게 인정할 경우에는 사전정보제공의무의 도입 취지는 아무런 실효성을 거둘 수 없게 될 것이기 때문이다. 그러므로 사용자가 부담하여야 하는 성실한 사전정보제공의무의 정도에 대해서는 다음과 같은 점들을 고려하여 종합적으로 판단함이 상당하다고 본다.

첫째, 사용자의 성실 정보제공의무가 갖는 법익과 경영상의 비밀 내지 개인정보 보호가 갖는 법익의 비교형량을 통한 방식이 고려될 수 있을 것

이다. 노사협회의 원활한 운영이라는 목적 달성을 위해 정보제공이 필요하더라도 이를 통해 침해될 다른 법익의 보호가치가 크다면 사용자의 제공의무는 부인될 수 있을 것이다. 실제 노사협의회 협의사항이나 의결사항들은 한편에서는 근로자의 취업조건과도 불가분의 관련성을 맺고 있지만 다른 한편에서는 사용자의 경영상의 전속적 영역에 해당하여 그 내용의 공개가 영업상의 자유를 심대하게 침해할 우려가 발생할 수도 있다. 그러므로 협의회의 실질적 활동 도모를 위하더라도 사용자가 갖는 영업의 자유라는 기본권 보장 내용이 침해되는 것은 적절하지 않다고 보아야 할 것이다. 비록 근참법 제16조가 위원들의 비밀유지의무를 부여하고는 있지만 위반에 대한 벌칙 적용이 없어 선언적으로만 그칠 우려가 큰 상황에서는 더욱 그러하다.

둘째, 근로관계는 다른 계약관계와는 달리 계약 당사자간의 인적 신뢰 관계가 중요시되는 계속적 채권관계로서의 특징을 지닌다. 그런 가운데 사용자는 근로자의 인적 사항 내지 개인정보를 많이 가질 수 있으며 그것이 경우에 따라서는 개인의 사생활보호와 직결되는 경우도 많다. 그렇기 때문에 사용자에 대한 근로자 개인정보의 보호를 위한 법적 의무 내지 보호장치 설정이 요청되는 시점에서 노사협의회의 실질적 운영을 도모하기 위한 목적에서라도 개인정보가 함부로 유출되는 것은 바람직하지 않다. 이 한도에서 개인의 사생활을 침해하는 정보는 노사협의회 정보제공의무 영역으로부터 배제되는 것이 바람직하다.

셋째, 사용자의 성실한 사전정보제공의무의 내용은 동 규정이 도입된 취지와 사전정보제공의무 대상이 되는 관련 규정의 종합적인 평가와도 함께 고려될 필요가 있다. 노사협의회의 권한으로는 현행 근참법이 협의사항, 의결사항으로 구분하고 있으므로, 성실한 사전정보제공의무도 이들 대상사항과 관련하여 그 범주를 결정하는 것도 상당할 수 있다. 예컨대 의결사항에 관한 경우에는 협의사항과는 달리 제공되어야 할 정보의 정도가 큰 것으로 판단할 수 있을 것이다. 왜냐하면 협의사항은 노사협의회에서의 협의만으로 충분할 뿐 반드시 의결을 거쳐야 하는 것이 아닌 반면에, 의결사항의 경우 노사협의회의 의결을 요건³⁾으로 하고 있음으로 인

3) 의결사항임에도 불구하고 노사협의회의 의결을 거치지 않고 사용자 임의로 시행한

하여 실질적인 의결이 담보되기 위해서라도 충분한 정보가 제공되는 것이 협의의 경우보다 더 많이 요청될 필요성을 인정할 수 있기 때문이다. 이런 점을 감안할 때 협의의 대상과 관련된 부분보다는 의결 대상으로 되어 있는 부분에 대해서는 사용자가 부담하는 성실 사전정보제공의무의 정도가 더 큰 것으로 이해할 수 있을 것이다.

이와 같은 제반 사정을 종합적으로 고려하여 사전정보제공의무의 해당 여부 및 공개의 정도가 개별 사안별로 검토되어야 할 것이다.

3. 노사협의회 협의사항 조정

노사협의회 협의사항 중 ‘노동쟁의의 예방’에 관한 항목을 삭제하는 대신 사업장 내 근로자 감시 설비 설치와 관련한 노사간의 갈등을 사전에 예방하고 근로자 권익보호를 도모하기 위하여 ‘사업장 내 근로자 감시 설비의 설치’를 사전협의사항으로 추가·신설하였다(제19조 제3호, 제14호). 사업장에서의 감시 설비란 사업장 시설을 보호하기 위해서, 사업장 내 사업장 질서 유지·확립을 위해서 혹은 생산능률 향상을 위해서도 설치될 수 있다. 그리고 이러한 감시와 관련해서는 기술이 발달하지 못한 예전에는 주로 인간 활동을 통한 감시가 주를 이루어 감시를 위한 설비가 특별히 문제되거나 이를 둘러싼 갈등의 여지도 적었다. 하지만 최근 기술의 발달로 감독·감시하는 방법이 다양하게 발달함에 따라 사업장 설비만을 감시 대상으로 한다거나 노동 과정만을 감시 대상으로 하는 것처럼 감시

조치의 효력에 관해서는 다음과 같은 두 가지 해석이 가능할 것으로 본다. 그 중 하나는 의결사항으로 규정되어 있음에도 불구하고 의결을 거치지 않았을 경우 사용자의 일방적인 조치가 무효로 됨을 규정하고 있는 명문의 규정도 없으며 의결 절차를 거치지 않은 데에 대한 벌칙부와 규정도 없다는 점에 비추어 사용자의 일방적인 조치가 무효가 되지 않는 것으로 해석할 수도 있을 것이다(근참법에서는 의결된 사항을 사용자가 이행하지 않을 경우에 대해서만 벌칙을 부과할 수 있도록 하고 있을 뿐이다(제30조 제2호)). 다른 하나는 근참법을 제정한 취지가 종래 사용자의 일방적 조치를 지양하고 근로자의 참여를 통해 합리적 운영을 도모하기 위함에 있다는 점, 노사협의회 설치를 강제하고 있다는 점, 그리고 의결사항을 협의사항과 달리 별도로 규정하고 있다는 점 등을 중시한다면 노사협의회 의결을 거치지 않고 행한 사용자의 일방적인 조치를 무효로 다룰 수 있는 것으로 해석하는 입장이 될 것이다.

대상의 뚜렷한 구분이 가능하지도 않을 뿐만 아니라 이러한 감시 설비의 도입이 근로자의 인격권을 침해할 가능성마저 높아지면서 이를 둘러싼 갈등이 증폭되고 있다. 근로자 감시 설비와 관련해서는 종래에는 사용자가 일방적으로 설치할 수 있는 것으로 인식되어 왔으나, 근로자 개인의 기본권 보호를 위해 일정한 제약 및 한계 설정이 반드시 필요하다는 논의가 진행되어 왔고,⁴⁾ 그러한 과정 속에서 이번 개정 근참법에서 노사협의 회 협의사항으로 도입하게 되었다. 그러므로 새로 도입된 감시란 근로자의 노동감시를 주된 목적으로 하는 경우뿐만 아니라, 생산 설비의 보호를 주된 목적으로 하여 설치된 것이라 하더라도 이를 통해 근로자의 노동 과정도 부분적인 감시 대상에 포섭될 수 있는 경우라면 모두 포함하는 것으로 새기는 것이 타당하다. 그리고 ‘설비’라는 의미에서는 이러한 감시의 효과를 발휘할 수 있는 일체의 기계적·장치적 설비 모두를 의미하는 것으로 새길 수 있다. 이렇게 이해할 경우 설치되는 곳(대상)이 반드시 사업장 내에 위치하여야 하는 것은 아니다. 비록 근참법 규정이 ‘사업장 내’라는 한정적인 문구를 적시하고는 있지만 동 규정의 목적을 감안할 경우에는 근로자의 지급되는 휴대장비나 휴대장치에 설치되어 근로자에 대한 감시가 가능한 경우도 이에 해당하는 것으로 새기는 것이 타당하다. 이런 점에서 CCTV 감시나 E-mail 감시, 인터넷 및 컴퓨터 감시, 전화감청, 생체 감시, ERP·전자칩에 의한 감시, 위치추적 감시 등이 모두 이에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

이와 관련한 또 다른 문제는 근참법에서 협의사항으로 규정하고 있음에도 사용자가 노사협의회의 협의를 거치지 않고 일방적으로 결정·시행한 경우이다. 이에 대해서도 절차상의 하자를 주장할 수도 있을 것이지만, 협의절차를 효력발생 요건으로 규정한 것이 아니라 근참법상 목적을 추구하기 위한 방법으로 협의사항을 규정하고 있으며 이를 위반한 경우 대한 제재도 없는 관계로 강행규정으로 보기에 어려운 점이 있다.⁵⁾ 더

4) 하경효, 「새로운 근로감시기술의 도입에 따른 법적 문제」, 『노동법학』, 제18호(2004. 06), 한국노동법학회, p.99 이하; 김인재, 「전자노동감시의 법적 규제」, 『2006 노동법의 쟁점(문무기 편)』, 2007, 한국노동연구회, p.234 이하 참조.

5) 비슷한 취지로 이승욱, 「노사협의회 의결사항의 효력」, 『노동법학』, 제9호(1999. 12), 한국노동법학회, p.269.

군다나 근로자 감시 설비의 설치에 사용자의 법률행위가 아닌 일방적인 사실행위인 관계로 이에 대한 효력을 다투는 것도 별 의미가 없다. 이러한 전반적인 노사협의회 운영과 지위 및 권한에 관해서는 향후 입법정책적으로 개선되는 것이 바람직할 것이며 현재의 법규정 형태만으로 강행규정으로 해석하기에는 무리가 많다.

4. 기타 법령 정비 차원의 개정 내용

기타 운영상 미비점을 보완하기 위하여 정비한 부분과 관련해서는 특별한 해석이나 보충설명이 필요한 부분은 없다. 왜냐하면 위임입법과 관련한 행정부의 재량남용의 여지를 줄이기 위하여 설치대상 사업장 규모를 시행령이 아닌 모법에 규정(제4조 제1항, 제25조 단서)한 부분에 대해서는 종래의 해석을 그대로 적용하면 될 것이고, 새로이 신설한 제17조 제2항은 협의회 규정과 관련하여 대통령령으로 규율할 수 있는 위임입법의 근거를 마련한다는 의미에서이며, 제18조 제1항 제4호는 명확한 표현으로의 수정 그리고 동 조 제2항은 단순히 관련 서류의 보존 기간만을 설정한 규정이기 때문이다. 다만, 중앙노사협의회 관련 규정(제28조)을 삭제한 것은 그동안 실제 활동한 바도 없을 뿐만 아니라 이를 대체할 경제사회노사정위원회가 운영되고 있는 까닭에 중복을 피하기 위한 차원이므로 특별한 해석을 요하는 것은 아니다.

Ⅲ. 노사관계선진화연구위원회의 제안 내용 검토

1. 노사관계선진화연구위원회의 제안 내용

보편적 노동기준에 부합하고 지식정보화·세계화·고용형태의 다양화 등 급격하게 변화하고 있는 노동환경에 적극적으로 대응할 수 있도록 하기 위하여 중립적·공익적 입장에서 노사관계의 자율성과 책임성을 증진

시키고, 고용에 있어서 안정성과 유연성의 균형 등을 이룰 수 있도록 공정한 규칙을 정립하고자 하는 기본 방향하에서 노사관계 법제도의 개선 방향을 마련하기 위하여 노사관계선진화연구위원회(이하 ‘연구위원회’로 약함)가 구성되었다. 동 위원회가 제안한 내용 중 근참법과 관련 내용들을 소개하면 다음과 같다.

① 모든 근로자위원은 직접 선출할 것: 현행 제도는 과반수 노조에 근로자위원 위촉권을 부여하고 있는데, 그 결과 현행법상으로 교섭창구단 일화시 과반수 노조에 배타적 교섭 권한을 부여할 경우에는 모든 집단법적 지위를 과반수 노조가 독점하게 되어 소수집단 근로자의 이익이 무시될 우려가 크다는 점에 그 이유를 두고 있다. 이에 대한 개선방안으로 모든 근로자위원을 근로자가 직접 선출하도록 하며, 노조나 근로자 일정 비율의 추천을 받는 경우에만 후보자 자격을 부여하며, 다른 고용형태나 성을 가진 근로자가 근로자위원으로 선출되지 않을 경우 이들의 대표자에게 노사협의회에 참가하여 의견을 개진할 수 있는 기회를 부여하도록 한다는 것이다.

② 협의사항 조정: 현행 근참법 제19조와 제20조 및 제21조는 노사협의회가 협의할 사항, 의결해야 할 사항, 보고해야 할 사항들을 규정하고 있다. 그러나 현실적으로는 대규모의 사업장의 경우 협의사항이 단체교섭화되어 제도의 취지와 달리 운영되고 있을 뿐만 아니라 협의사항, 보고사항 및 의결사항의 구별도 현실적으로 무의미하게 운영되고 있다는 점이 문제점으로 제시되었다. 이러한 문제점에 대해 여러 방안들이 검토될 수 있으나 현 단계에서는 협의사항 범위를 추가하고 조정하여 자주적 협의기능을 제고하는 방안으로 개선안을 제시하였다. 이에 따라 근로자의 작업 감시를 위한 설비의 이용과 그 방법, 사업의 합병·양도·인수·생산 조직의 변경 등 사업 변경에 관한 사항을 협의사항으로 추가하며 그 반면 현행 협의사항 중 노동쟁의의 예방 조항은 노사협의회 성격과 부합하지 않기 때문에 삭제하는 방안을 제시하였다.

③ 노사협의회 근로자위원의 근로자대표 기능 수행: 근기법상 근로자대표의 선정 절차와 관련하여 규정이 명확하지 않아 분쟁의 여지를 남기고 있는바, 노사협의회 근로자위원을 근로자들이 직접 선출함을 전제로

할 때에는 이들 근로자위원으로 하여금 근로자대표 지위를 갖게 함으로써 노사협의회를 활성화하도록 한다는 것이다. 다만, 구체적인 방안으로는 과반수 노조가 없는 경우에 한하여 노사협의회에 근로자위원을 근기법상 근로자대표로 간주하도록 하는 입장이 제시되었다. 이와 더불어 의결사항의 명칭도 합의사항으로 바꿀 것을 함께 제안하였다.

④ 노사협의회에 합의 또는 의결된 사항의 법적 효력: 현행법상으로는 노사협의회에서 합의한 경우 그의 법적 효력에 관한 규정을 두고 있지 않아 실효성에 논란이 되고 있는 까닭에 노사협의회에 의결사항에 대해서는 취업규칙과 동일한 효력을 부여함으로써 근로계약이나 단체협약과의 관계를 명확히 설정하고 재판상 청구가 가능하도록 하여 실효성을 확보하는 것으로 제안하고 있다. 나아가 노사협의회에 의결사항이 합의되지 않거나 의결사항에 대한 해석·적용에 관한 다툼이 있는 경우 노동위원회를 통한 분쟁해결방안의 강구를 제안하고 있다.

⑤ 근로자위원에 대한 근로시간 면제 범위 확대: 현행법상으로 근로자위원은 단지 출석에 소요되는 시간과 고충처리위원으로 협의 및 고충처리에 소요되는 시간에 한하여 근로의무 면제를 인정하며 장소 사용 등 기본적인 편의제공의무를 규정하고 있을 뿐이다. 그러나 노사협의회가 보다 활성화되기 위해서는 출석시간 이외에도 근로자위원의 활동에 소요되는 제시간에 대한 근로의무 면제 확대가 필요하며, 편의제공도 기존의 경우에다 근로자위원 선출·활동과 관련한 사항에 대해서도 기본적인 편의제공이 이루어지도록 하되, 근로자위원에 대한 비상임, 무보수는 계속 존치하도록 한다.

⑥ 파견·사내하청근로자 등의 의견청취기회 부여: 현행 근참법상 근로자의 정의가 근기법상 근로자 정의를 따르기 때문에 파견근로자 및 사내하청근로자는 사용자와 직접 고용관계를 맺고 있지 않아 사업장에서 이들의 이해관계를 반영할 수 있는 기회는 없다. 그러므로 당해 사업장에서 사용되고 있는 이상 이들의 이익과 관련되는 사항에 대해서는 노사협의회에 이들의 의사가 반영될 수 있도록 함이 타당한 바, 파견근로자 및 하청근로자들의 대표자로 하여금 노사협의회에서 의견을 개진할 수 있는 기회제공을 개선방안으로 제시하였다.

⑦ 사전정보제공 및 비밀유지의무의 강화: 노사협의회회의 협의 및 의결 사항과 관련하여 실질적인 논의가 될 수 있도록 하기 위해서는 협의회 개최 7일 전 회의 일시와 장소 및 의제에 대한 통보만으로는 충분하지 못하다. 따라서 적어도 2주 전 통지와 더불어 의제와 관련한 정보가 제공될 수 있어야 충분한 논의가 가능할 수 있다는 취지에서 근로자위원들에게 사전 자료제출을 요구할 수 있도록 함과 동시에 기업의 영업상의 비밀유지를 도모하기 위해 근로자위원들에 대한 비밀유지의무를 신설할 것을 제안하였다.

⑧ 6개월에 1회 이상 정기적으로 개최: 분기 1회 이상 정기적으로 노사협의회를 개최하도록 하는 것은 자칫 노사협의회를 형식적으로 진행시킬 우려가 크므로 노사협의회회의 규정에 따라 기업별 특수성을 감안하여 6개월마다 1회 이상 개최하도록 하며 미개최에 대해 부과하는 벌칙은 실효성이나 당사자 자치의 측면에서 의미가 없으므로 삭제할 것을 제안하였다.

⑨ 기타 검토사항으로 노사협의회 구성에 있어서 노사위원 동수 구성으로 인한 형식적 운영 및 사용자 의사의 지배 가능성을 지양하기 위하여 노사 동수 구성을 폐지하고 근로자위원과 '사용자'가 합의한 경우 노사협의회회의 의결이나 합의가 이루어진 것으로 개정할 것과 근로자위원의 수를 기업규모별로 달리할 수 있도록 제안하였다. 이와 더불어 근로자위원 상호간에 견해가 대립되는 경우 근로자위원의 과반수 찬성으로 근로자위원의 입장을 통일시킬 수 있도록 할 것을 제안하였다.

노사협의회 회의 개최에 관한 공지는 근로자위원뿐만 아니라 전체 종업원들에게도 공지될 필요가 있으므로 공고문, 사내전자게시판, 전자우편 등의 방법으로 게시할 것을 제안하였다.

노사협의회회의 합의사항에 대해 합의가 성립하지 않는 경우 분쟁의 조기 해결을 위하여 노동위원회 혹은 제3자에게 중재 신청할 수 있도록 하는 방안과 이와 관련하여 노동위원회에 노사협의회 관련 분쟁에 대한 해결 권한을 부여할 것을 함께 검토 제안하였다.

2. 노사관계선진화연구위원회 제안 내용에 대한 평가

이상의 연구위원회의 제안 내용을 종합적으로 검토·평가하자면 다음과 같은 특징을 도출할 수 있다. 먼저 ① 연구위원회의 제안 내용에 의하면 노사협의회제도의 기본 성격과 관련한 중요한 단초들을 엿볼 수 있다는 점이다. 즉 과반수 노동조합과 노사협의회를 분리하는 기본 방안을 취하고 있는바, 이런 점은 과반수 노조의 위촉권을 배제하고 근로자위원을 종업원들이 직접 선출하도록 한 점에서도 드러나며, 협의사항의 개선방안에서도 현재의 노사협의회가 단체교섭화되고 있음을 문제점으로 지적한 데에서도 드러난다. 나아가 연구위원회는 노사협의회가 의결한 사항에 대해 취업규칙과 같은 법적 효력을 인정해 주려는 점에서 노사협의회 기능은 단체협약 체결을 위한 활동은 아니지만 취업규칙에 준하는 집단적 규범을 설정할 수 있는 지위가 부여되는 방향을 설정하고 있는 것이다. 이런 취지에서 연구위원회는 노동조합과는 다른 기능을 가진 노사협의회 구축 강화를 지향하고 있음을 특징으로 하고 있다.

② 다음으로 노사협의회 법제 지위를 보다 분명하게 설정하는 내용들이 개선안에 포함되어 제안되었다는 점이다. 즉 노사협의회를 노동조합처럼 독립한 기업이나 사업 조직과는 독립한 법적 주체로 이해하는 입장이 아니라 사업 혹은 사업장에 부속한 법적 주체의 하나로 보고자 하는 것이다. 사업에 부속한 법적 주체로서의 노사협의회는 사업의 존속을 전제로 유지되는 것이며 사업이 없다면 노사협의회의 존립 기반도 함께 없어지는 관계에 놓여짐을 의미한다. 노사협의회 이러한 점은 연구위원회가 제안한 내용 중에서 근로자위원을 전체 근로자(종업원)의 직접 선거로 선출한다는 점과, 당해 사업의 사업주에 직접 고용되지 않은 과반근로자 및 하청근로자에 대해서도 노사협의회에 대해 일정한 이해관계를 가지는 자로 구성하는 점 등에서 궤를 같이한다.

③ 다음으로는 노사협의회 구성에 대한 새로운 이해와 시각을 투영하고 있다는 점이다. 연구위원회는 노사협의회 구성을 노사동수로 하는 것이 아니라 근로자위원과 사용자로 구성되는 방안까지 고려하고 있다는 점이다. 이는 현행 노사협의회가 동수의 근로자 및 사용자위원들로 구성

되는 협의체임에 반하여, 지향하는 모습은 근로자위원과 사용자로 노사 협의회를 구성하든지 아니면 극단적으로 근로자위원들로만 구성토록 하고 이 근로자위원들에게 부여되는 일정한 권한에 따라 사용자가 상대방으로서의 역할을 수행하게 하던 간에 기존의 노사동수의 협의체가 아닌 근로자위원들에게 독립한 지위를 부여하려는 의도로 구성하는 듯하다. 이런 점은 근로자위원들의 의사가 통일되지 않았을 경우에는 근로자위원의 과반수 찬성으로 입장을 통일할 수 있도록 하려는 의도에서 더욱 그러하다.

④ 마지막으로 노사협의회 지위를 전체 노동관계법 내에서의 체계적인 관점에서 설정하려는 의도를 찾을 수 있다. 연구위원회는 과반수 노동조합이 조직되지 않은 사업장에서는 노사협의회가 근기법상 근로자대표의 지위를 가질 수 있도록 하려고 한다. 이 한도에서 노사협의회 근로자위원과 근기법상 근로자대표는 통합되는데, 이는 향후 노동관계법 전체의 입법 체계를 정비하는 문제와도 직결된다. 근로자위원이 근로자대표의 지위를 가진다면 향후 근기법상 다른 집단적 주체의 지위가 함께 통합되는 것까지 고려할 수 있을 것이다.

IV. 현행 노사협의회제도의 기본 문제점

이상으로 개정 법률의 내용과 선진화연구위원회가 제시한 기본 방향성의 의미에 관하여 살펴보았다. 이러한 개정 논의에 관하여 평가하고 향후의 방향성을 가늠하기 위해서는 종래의 근참법이 어떤 상태에 있었으며 어떠한 문제점들을 안고 있는지에 대해 살펴보는 것이 필요하다. 그런 연후에야 비로소 종전 법률이 지니는 기본 문제점을 토대로 연구위원회가 추구하고자 한 바를 명확하게 비판적으로 비교·검토할 수 있으며 이를 근거로 근참법이 나아가야 할 바를 구체적으로 정립한 후 2006년 12월의 개정 근참법의 내용에 대한 총체적인 평가가 가능할 수 있을 것이다. 이런 취지에서 먼저 종래에 가졌던 근참법상 노사협의회제도가 가졌던 미

완성적인 지위와 그를 둘러싼 제반 문제점에 대해서는 목적과 주체와 기능 그리고 체계상 등의 불명확성에 대해 지적할 수 있을 것이다. 이를 좀 더 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

1. 목적의 불명확성

근참법 제1조는 이 법의 목적을 근로자와 사용자 쌍방이 참여와 협력을 통하여 노사공동의 이익을 증진함으로써 산업평화를 도모하고 국민경제 발전에 이바지함을 목적으로 한다고 규정하고 있다. 이러한 목적성에 비추어 본다면 근참법은 참여와 협력을 기본 이념으로 하며 노사협의회는 바로 이러한 참여와 협력의 이념을 구체적으로 구현하는 주체로서 상정되어 있음을 알 수 있다. 이런 점에서 학계 일부⁶⁾와 판례⁷⁾는 근참법상 노사협의회제도를 노동조합을 중심으로 하는 집단적 노사관계와는 구분하여 협력적 노사관계 시스템으로 이해·구성하고 있다. 그러나 이와 같은 이론적 접근은 노사협의회제도가 향후 지향해야 할 바를 설정하는 의미로는 충분히 받아들일 수 있지만 당시 노사협의회제의 체계적 이해에는 미흡했던 것으로 볼 수 있다. 이러한 점은 노사협의회제도의 연혁을 살펴봄으로써 더욱 명료하게 확인할 수 있다.

우리나라 노동법 체계에서 노사협의회 제도가 처음으로 등장한 것은 1963년 개정 노동조합법에서였다. 당시 개정 노동조합법 제6조는 “사용자와 노동조합은 노사협조를 기하고 산업평화를 유지하기 위하여 노사협의회를 설치하여야 한다”고 규정하였다. 그 후 노동조합법을 개정할 때마다 노사협의회 규정은 확대·보완되었다.⁸⁾ 이 시기에 노사협의회제도는 비

6) 김형배, 『노동법』, 2007, p.995; 김치선, 『노동법강의』, 1990, pp.449~405; 이학준 외 3인 공저, 『노동법(III)』, 2004, p.669; 김희성, 「한국에서의 기업지배구조와 노사협의회제」, 『경영법률』, 제16권 제2호(2006. 04), 한국경영법률학회, p.733.

7) 서울행정판 2002. 12. 13, 2002구합12519; 대판 1994. 6. 24, 92다28566.

8) 1973년 개정 노동조합법 제6조는 ‘① 사용자와 노동조합은 상호 협조로서 생산성 향상을 도모하기 위하여 노사협의회를 설치하여야 한다. ② 노사협의회는 단체협약 또는 취업규칙의 범위 안에서 생산, 교육, 훈련, 작업환경, 불만처리, 협의회의 운영 등에 관하여 필요한 사항을 협의한다’로 확대하였으며, 1974년 노동조합법 개정시에는 노사협의회 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다는 규정

록 노사협조 및 생산성 향상을 강조하였지만 그 설치 주체는 노동조합과 사용자이어서, 근로자 측 주체를 평가하자면 노사협의회는 노동조합의 일개 부서 내지 노동조합의 연장된 팔로 이해할 수 있었다. 그렇기 때문에 당시 노사협의회가 노동조합과 분리될 수 없는 노동조합의 일 부서로 이해되는 만큼 노사협의회가 노동조합과는 별개의 법적 지위를 가지면서 대립과 투쟁이 아닌 참여와 협조의 원리의 지배를 받으면서 새로운 차원을 지향하는 제도로 받아들이기에는 너무나 불충분했다.

이에 반해 1980년에는 종래 노사협의회에 관한 노동조합법 내의 규정을 독립된 노사협의회법으로 통합·발전시켰다. 제정 노사협의회법에 의하면 노사협의회는 종전과는 달리 일정 규모 사업장 단위에서 노동조합이 없는 경우에도 설치하도록 함으로써 비로소 주체적인 측면에서는 노동조합과 분리되는 듯한 모습을 보였다. 그럼에도 불구하고 노동조합과의 완전한 분리가 이루어지지 못했는데, 이는 노사협의회 근로자위원 선출과 관련해서 확인될 수 있는 점이었다. 즉 노사협의회를 설치해야 하는 사업장에 노동조합이 조직되어 있는 경우에는 그 노동조합이 과반수를 조직한 다수 노조인지 아니면 과반수 미만을 조직한 소수 노조인지를 불문하고 근로자위원은 노동조합이 위촉하는 자로 임명토록 되어 있었다는 점에서 그러하다. 결국 독립한 법률인 노사협의회법 하에서도 노사협의회는 노동조합과 부분적으로는 분리되는 듯했지만 완전한 분리를 전제하지 못한 상태로 계속 지속되었던 것으로 평가할 수 있다. 그 후 1997년 현행 근참법이 제정되면서 일견 주체적인 측면에서는 노동조합과 어느 정도 분리되는 듯한 구색을 갖추었다. 즉 노사협의회의 근로자위원은 근로자들이 선출함을 원칙으로 하나 다만 과반수 노조가 설립되어 있는 경우에는 노조가 위촉하는 자로 하도록 하였다. 이에 대해서는 과반수 노조가 조직된 사업장의 경우에는 과반수 노조가 지원하거나 추천한 후보가 될 가능성이 매우 크게 때문에 근로자위원의 선출에 따른 비용과 노력 및 시간을 절약하기 위해 의제된 근로자대표로서의 근로자위원 선출방법을 정한 것으로 볼 수 있다.⁹⁾ 그러나 이는 개선된 제도에 대한 객관적·사후적

을 제3항에 추가하였다.

9) 박종희, 「현행 노동관계법상 근로자대표의 중첩성과 이에 대한 기능조정 방안」,

평가방식에 의한 것으로 볼 수 있다. 실제 근참법 도입의 기초를 이루었던 노사관계개혁위원회에서의 논의 상황을 돌아켜보면 노사협의회제도에 대한 개선의 저변에는 과거 노동조합을 중심으로 하는 대립적인 투쟁 방식에 대한 반성과 경제환경 변화 속에서 기업경쟁력을 강화시킬 수 있는 방안 모색을 위한 방편으로서의 참여와 협력을 강조한 것이며¹⁰⁾ 그 방식으로는 기업경영상의 의사결정 과정에 적극 참여하는 새로운 방식으로서가 아니라 기존의 노사협의회제도의 보완을 통한 점진적인 방식을 택한 것으로 볼 수 있다.¹¹⁾ 그에 따라 기존 노사협의회가 행해 오던 관행이나 역할로부터 완전한 단절을 택한 것이 아니라 어느 정도의 변화와 조정을 가미한 것으로 볼 수 있으며, 기업별 노동조합 체제하에서 과반수 이상을 조직한 노동조합에게 노사협의회에서의 기득권을 유지하는 방법을 택한 것으로 추정할 수 있을 것이다. 이러한 주관적·사전적 평가방식에서 바라본다면 주체에서의 분리도 그리 완벽한 것만은 아니라 할 수 있다. 어찌되었던 이러한 검토와 더불어 후술하는 바와 같이 기능적인 측면에서 바라볼 때에 근참법하에서의 노사협의회도 노동조합을 중심으로 하는 집단적 노사관계와 완전히 구분되는 별개의 체계에 구축되어 있는 것으로는 보기 어렵다. 그렇기 때문에 비록 근참법 노사협의회제도의 목적이 참여와 협조를 통한 윈-윈으로 설정되어 있다 하더라도 제도의 실질적인 모습을 가지고 판단할 경우에는 그러한 목적에 명실상부하게 부합하는 제도로 보기에는 아직 미흡하다.

2. 주체의 불명확성

노사협의회는 근로자위원은 1960년대와 1970년대의 노조법하에서와 1980년대 노사협의회법하에서는 노동조합이 조직된 경우에는 노동조합

한국노동연구원, 1998, pp.26~27 참조.

10) 배무기, 「한국 근로자의 의식과 협력적 노사관계로의 전환」, 『노사관계 개혁을 위한 연구자료집』, 노사관계개혁위원회, 1997. 3, p.5 이하; 이원덕, 「참여·협력적 노사관계 정착방안에 관한 연구」, 『노사관계 개혁을 위한 연구자료집』, 노사관계개혁위원회, 1997. 3, p.81 이하 참조.

11) 노사관계개혁위원회, 「노동관계법·제도 개선 논의 현황」, 1996. 8, p.321 이하 참조.

이 위촉하도록 하였던 것을 현행 근참법하에서는 노동조합과는 분리하여 근로자가 선출하도록 하였으나 과반수 노동조합이 조직되어 있는 경우에는 노동조합 대표자와 그 노조가 위촉하는 자로 하도록 함으로써 노동조합과의 주체의 분리는 어느 정도 추구한 것으로 볼 수 있다(제6조 제2항). 그럼에도 과반수 노동조합이 있는 경우에는 과반수 노조가 없는 경우와 비교할 때 근로자위원 선출 과정에 전체 종업원의 의사가 충분히 반영될 수 있는 제도적 장치가 미흡하게 이루어져 있음을 알 수 있다. 과반수 노조가 설립되어 있지 아니한 경우 근로자위원은 원칙적으로 근로자의 직접·비밀·무기명 투표에 의한 직접선거방식을 통하여 선출하도록 하되, 사업의 특수성으로 인하여 부득이한 경우에는 근로자위원을 선출할 위원 선거인을 선출하고 이들의 직접·비밀·무기명 투표를 통해 근로자위원을 선출할 수 있는 간접선거방식을 통해 할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 과반수 노조의 경우에는 이러한 전체 근로자의 의사를 담는 절차가 생략되어 있으며, 의제적 대표의 지위로 설정하고 있다. 그러나 의제된 대표의 지위를 상정하고 있다면 적어도 과반수 노조가 없는 사업장의 경우와 균형을 맞추기 위해서라면 과반수 노조에 의한 근로자위원 선정이라도 전체 종업원의 의사를 공정하게 대변할 수 있는 절차적 장치나 공정하게 대표하게 하는 신분상의 장치가 마련되는 것이 필요하였다.¹²⁾ 그럼에도 이러한 규정을 두지 않음으로 인하여 과반수 노조가 위촉하는 근로자위원은 그렇지 않은 사업장의 근로자위원과는 지위와 활동에 있어 달리 평가될 수밖에 없는 여지를 만들고 있는 것이다.

이런 점에서 과반수를 조직한 노동조합이 있는 사업장에서의 노사협의회는 사업장 내의 다른 근로자의 이해관계를 충분히 반영할 수 있는 구조적인 창구가 마련되지 못하여 전체 노동조합의 전략에 따라 노사협의회

12) 이와 유사하게 근로기준법상 정리해고시 해고회피노력이나 공정하고 합리적인 해고대상자 선정과 관련하여 근로자대표와의 성실한 협의를 규정하면서도 과반수 노조가 있는 경우 과반수 노조가 이러한 지위를 점하도록 하고 있는바, 조합원의 자격이 없는 근로자들에 대해 이루어지는 정리해고의 경우에는 이들을 의사가 직접 반영되는 별도의 근로자대표를 선출하여 협의하도록 해석하는 판례의 견해도 중국적으로는 의제된 대표성이라는 해석만으로는 실제적인 공정대표가 충족될 수 없음을 전제한 것으로 볼 수 있을 것이다.

가 운영될 수밖에 없는 한계점을 지니고 있다. 특히 조합원 가입자격이 없는 중간관리자의 지위를 갖는 근로자 혹은 비정규근로자들은 노사협의회에 그들의 이해관계를 반영시킬 수 있는 제도적 통로가 확보되어 있지 못하다. 이는 비단 과반수 노조가 있는 경우뿐만 아니다. 과반수 노조가 없는 사업장에서 근로자위원의 선출과 관련해서도 현재의 사업장 규모를 고려함이 없이 일률적으로 정하고 있는 제한된 근로자위원 수라면 대규모 사업장에서 소수에 머무르는 중간관리자나 비정규근로자, 여성근로자, 연소근로자, 장애인근로자, 나아가 파견근로자¹³⁾ 집단의 의견은 반영될 수 없는 구조에 처하게 된다. 이런 점에서 노사협의회 주체, 그 중에서도 근로자위원이 과연 누구를 대표하는지에 대한 주체성에 있어서의 불충분한 점이 문제점으로 지적될 수 있다.

3. 기능의 불명확성

근참법상 노사협의회는 기능은 매우 불명확하고 애매한 상태에 있다고 할 수 있다. 위에서 언급한 바와 같이 근참법 제1조는 노사 쌍방의 참여와 협력을 강조함에 반하여 제19조 내지 제21조의 협의사항 내지 보고사항에 관하여 검토할 경우 명백히 참여와 협력만을 전제하고 있는 것만으로는 볼 수 없다. 먼저 제19조 협의사항을 살펴볼 경우 임금의 지불방법, 체계, 구조 등의 제도개선(제9호)이 그 대상으로 규정되어 있다. 그런데 임금의 지불방법, 체계, 구조란 곧 임금을 결정하는 것으로 볼 수 있으며, 이는 가장 중요한 근로조건의 하나에 해당한다. 이 밖에도 근로자의 채용·배치 및 교육훈련(제2호), 인사·노무관리의 제도개선(제6호), 작업 및 휴게시간의 운용(제8호), 작업수칙의 제정 또는 개정(제11호) 등의 내용 또한 보는 관점에 따라서는 중대한 근로조건의 결정요인으로 이해된

13) 파견근로자가 노사협의회에 포함될 수 있는가에 대해서는 견해가 나뉠 수 있다. 노사협의회가 사업장에 부속하는 법적 주체로 당해 사업에 포함된 자 모두를 모집단으로 하는 조직체로 이해할 경우에는 파견근로자도 당연히 포함되는 것으로 이해하게 될 것이나, 특정 사용자에 고용된 근로자의 지위와 관련하여 권한을 행사하는 지위를 갖는 것으로 생각할 경우에는 사용자와 고용관계가 없는 파견근로자는 배제되는 것으로 이해하게 될 것이다.

다. 이러한 중요 근로조건에 관한 사항은 전형적으로 노동조합이 협약자치의 대상으로 활동하여 온 핵심 대상들이다. 그런데도 노사협회의 주요 협의사항으로 규정하고 있는 것은 양자의 기능이 혼재된 것으로밖에 볼 수 없다. 만약 노사협회의 기능이 단체교섭과 준별된다면 입법적으로도 양자 간의 권한 및 역할 부분에 대한 명백한 구분이 그어졌어야 한다. 근참법 시행 이후에 현장에서는 노사협회의와 단체교섭이 명확하게 구분되어 운영되기보다는 양자가 연계된 형태로 운영되는 비율이 월등히 높게 나타나는 점도 이를 반증하는 것으로 볼 수 있다. 그렇기 때문에 근참법 제5조는 단체교섭과 노사협회의의 권한과 기능이 중복될 수 있음을 뜻하는 의미로도, 혹은 양자의 기능성을 준별하여 노사협회의는 노동조합의 본연의 활동 영역에는 침범할 수 없음을 의미하는 것으로도 해석할 수 있는 이중성을 여전히 지니게 된다.

노사협회의와 단체교섭 기능의 중복성은 특히 노조 조직형태와 밀접한 연관성을 지닌다. 노사협회의의 설치 대상과 노동조합의 조직 대상이 서로 다르고 특히 후자의 조직 영역이 전자를 포섭하는 경우에는 기능 중복성의 문제도 완화되어 전혀 우려할 정도가 아닐 수도 있다. 이런 경우에는 오히려 양자의 기능이 서로 상보적인 관계에 설 수도 있다.¹⁴⁾ 그러나 우리나라 노동조합의 현실은 그렇지 못하다. 초기업별 노동조합이 많이 등장하고는 있지만, 여전히 기업별 노동조합 조직이 주종을 이루며 나아가 초기업별 노동조합의 경우도 외형만 그러할 뿐 실제 조직상으로는 기업별노조에 다름 아닌 것으로 평가할 수 있는 경우가 많다. 이런 조직 실태에 비추어 보면 우리나라 노사협회의는 노동조합과 조직 대상을 같이

14) 실제 독일의 종업원평의회와 노동조합 간의 관계가 대표적인 경우에 해당한다. 독일에서 종업원평의회제도가 처음으로 도입된 것은 1921년 바이마르 공화국 설립 직후인데, 당시 동 제도의 도입에는 노동조합측의 우려가 매우 높았다. 왜냐하면 종업원평의회가 도입되면서 노동조합의 활동과 기능이 위축되지 않을까 하는 이유에서였다. 그러나 도입 이후 나타난 결과는 노동조합은 초기업별 단위에서 근로조건의 결정을 중심으로 그리고 종업원평의회는 사업장 단위에서 결정된 근로건의 실행 혹은 전체 종업원에게 미치는 공통된 사항 등에 대하여 활동함으로써 기능의 중첩성을 방지할 수 있었으며, 그로부터 독일의 대표적인 제도로 자리 잡게 되었다(이에 관한 자세한 내용으로는 박중희, 「독일에 있어서 전일자 제도의 내용과 법적 지위」, 『노동과 법』, 제2호(금속법률원), 2002, p.359 이하 참조).

함으로써 양자 간에는 긴장관계가 형성될 수밖에 없으며 그 결과 기능 충돌을 방지할 수 없다.

노동조합과 노사협의회의 기능의 준별의 불분명성은 노사협의회가 단체협약에 의거해서 설치되는 경우도 있다는 점에서도 찾을 수 있다. 즉 근참법의 제반규정 내용을 포함한 상태에서 단체협약 내에 노사협의 설치 및 권한 등에 관하여 규정을 두고 있는 경우이다. 이와 같은 경우는 대체로 노동조합이 과반수로 조직된 경우이다. 비록 이렇게 설치되었다 하더라도 그것만으로는 근참법 설치규정에 반하는 것으로 판단되지는 않는다. 그러나 이렇게 설치된 노사협의회 활동 측면에서 사실상 노동조합의 하부 기관과 같은 지위에 서게 되는 것이다. 이런 노사협의회가 실제 존치됨으로 말미암아 노동조합과의 기능 준별이 더욱 어렵고 불명료한 상태로 만드는 데에 주요 원인의 하나로 작용한다.

기능의 불명확성은 노사협의회에서 합의된 사항(예컨대 노사협정)의 법적 효력에 대한 불분명성 및 근참법 제19조의 협의사항이 열거주의인지 혹은 예시주의인지의 불명확성에서도 기인되는 바가 크다. 노사협의회에서 합의된 사항의 법적 효력이 단체협약과 마찬가지로 규범적 효력을 가지는지, 규범적 효력을 가진다면 단체협약과 동위의 효력을 갖는 것인지, 취업규칙과 동위의 효력을 갖는 것인지 아니면 취업규칙에 미달하지만 규범적 효력을 갖는 것인지 등이 불분명하다. 소위 노사협정이 규범적 효력을 갖는지의 여부와 어느 계위에 속하는지는 거꾸로 노사협의회 지위를 결정하는 중요한 준거가 될 수 있는 셈이다. 또한 다수설은 근참법 제19조를 예시주의로 이해하고 있다.¹⁵⁾ 즉 동조에 규정되지 아니한 다른 사항에 대해서도 노사가 협의할 수 있으며, 필요한 경우 합의도 할 수 있다고 본다. 이처럼 노사협의회가 권한 범위와 그에 따른 합의의 효

15) 근참법 제19조의 협의사항은 노사가 협조할 수 있는 사항을 협의하는 것이므로 노사 간의 이해가 대립되는 사항은 배제되나, 판례는 이해 대립 사항이라도 기존의 근로조건보다 유리한 근로조건을 노사협의회에서 협의하는 것은 무방하다고 보고 있다(서울민지판 1994. 9. 16, 94가합40258). 또한 노동조합이 없는 사업 또는 사업장에서는 사업장 내 근로자의 동의를 전제로 임금 그 밖의 근로조건을 노사협의를 통해 결정하는 것이 가능하다고 보기도 한다(이병태, 『최신노동법』, 중앙경제, 2005, p.531).

력이 불분명한 점은 노사협의회의 기능과 지위의 불명료성으로 바로 연결되며 그 결과 노동조합과의 기능 혼재를 불식할 수 없게 만드는 주요 요인의 하나이다.

4. 체계상의 불명확성

근참법상 노사협의회제도는 현행 노동관계법 체계 속에서 어떠한 지위를 갖는지에 대한 불명확성도 문제점으로 지적할 수 있다. 노동법의 기본 구조와 체계는 개별적 근로관계 영역과 집단적 노사관계 영역으로 구분된다. 그런데 개별적 근로관계법의 핵심이라 할 수 있는 근로기준법에서는 부분적인 집단적 의사결정방식을 가미하고 있다. 근로자대표를 통한 서면 합의와 취업규칙에 있어서 과반수 동의를 통한 불이익변경이 그것이다. 현행법상 근로자대표의 지위와 근로자 과반수의 지위가 명확하게 지향하는 바가 분명하지는 않지만 그 출발점은 근로자 개인의 힘으로 이룰 수 없는 교섭의 대등성을 확보하기 위한 방편으로 이해된다.¹⁶⁾ 그런데 현행 근로기준법은 근로자대표에 대한 별도의 정의 규정을 두지 않고 경영상 이유에 의한 해고의 제한 규정(제24조)에서 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 그러한 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수를 대표하는 자를 근로자대표로 설정하고 있다.¹⁷⁾ 그리고 판례¹⁸⁾는 이러한 근로자대표의 지위를 노사협의회 근로자위원이

16) 이 점은 취업규칙을 불이익하게 변경하고자 할 경우 근로자 과반수의 동의를 얻도록 한 대법원 판례의 중심 논거에서 확인할 수 있다(대법원 1977. 7. 26., 77다355).

17) 현행 근기법상 근로자대표로 지칭되는 바가 과반수로 조직된 노동조합까지 포함하느냐에 대해서는 다른 해석이 가능할 수 있다. 왜냐하면 제24조 제3항의 문언적 서술에는 과반수 노동조합이 원칙적인 협의당사자의 지위를 가짐과 동시에 그러한 노동조합이 없는 경우를 대비하여 괄호 안에 근로자 과반수를 대표하는 자를 설정하고 이에 대해 근로자대표로 한정하여 지칭한 것으로 해석할 수도 있기 때문이다. 그러나 연혁적인 과정에서 살펴볼 경우 근로자대표를 처음으로 도입했던 1997년 3월의 개정 근기법에서는 과반수 노동조합과 그러한 노동조합이 없는 경우 근로자 과반수를 대표하는 자를 함께 근로자대표로 규정하는 형식을 취하였고 동 규정을 특별한 개정 이유 없이 1998년 2월에 현재와 같이 괄호 안에서 근로자대표를 위치시킨 단순한 문언상의 정리에 불과한 것이므로 양자의 의미를 동일하게 이해하여도 무방할 것이다.

대신할 수 있음을 인정하고 있다. 그러나 다른 한편 노사협의회 근로자위원의 동의로는 근로자 과반수의 동의를 대신할 수 없도록 해석하고 있으며,¹⁹⁾ 비록 하급심 판례 입장²⁰⁾이기는 하지만 조합원 자격이 없는 근로자에 대한 정리해고시 성실한 협의 주체로는 과반수 노동조합이 아닌 이들 근로자들의 대표가 그 주체가 되는 것으로 해석하고 있다. 그러나 근기법상 근로자대표를 통해 운용할 수 있도록 한 바로는 변형 근로시간제의 도입(제51조 제2항, 제52조, 제58조 제2항 및 제3항, 제59조)의 경우와 보상휴가제(제57조), 유급휴가 대체(제62조)의 경우를 예정하고 있는바, 이들은 취업규칙의 필수적 기재사항을 규정하고 있는 제93조 제1호에서 규정한 업무의 시작과 종료 시각, 휴게시간, 휴일, 휴가 및 교대근로에 관한 사항에도 해당하는 것으로 이해할 수 있다. 이러한 해석을 종합하면 과반수 노동조합은—조합원 자격이 없는 근로자에 대해 근로자대표의 지위를 가질 수 없는 경우를 제외하고는—통상 근로자대표의 지위와 근로자 과반수의 지위를 다 함께 가진다. 그러나 노사협의회 근로자위원은 정리해고시 근로자대표의 지위는 가질 수 있지만 근로조건의 결정권한을 사전에 위임받지 않는 한 취업규칙 불이익변경 주체로서의 지위가 인정되지 않으나 근로시간 및 휴일과 관련해서는 변경 주체의 지위를 가지게 되는 상호 모순적인 내용으로 이루어지게 된다. 이러한 해석 결과는 근기법에 집단적 의사결정방식을 도입·인정하는 원론적인 의미와도 완전 일치하지는 않게 된다.

이처럼 노사협의회 지위와 권한에 대한 불명확한 규정은 근기법상 집단적 의사결정방식의 도입 이유 및 운영 결과와 체계적으로 맞지 않게 되는 모순적인 점이 지적될 수 있다.

18) 대판 2002. 7. 9, 2001다29452.

19) 대판 1994. 6. 24, 92다28556.

20) 서울행판 2000. 8. 22, 99구27282.

V. 노사협의회제도의 기본 문제점에 기초한 연구위원회 안에 대한 비교 평가

연구위원회의 노사협의회제도 개선방안의 핵심 내용은 위에서 살펴본 바와 같이, ① 노사협의회 구성 측면에서의 개선(근로자위원 선출에서 과반수 노동조합의 위촉권 배제, 노사동수 구성방식의 개선), ② 노사협의회 의 의결사항에 대한 취업규칙과 동위 효력 부여, ③ 노사협의회는 사업 또는 사업장을 토대로 조직되는 독립한 법적 주체, ④ 과반수 노조가 없는 사업장에서 노사협의회에 근로자대표 지위 부여 명문화 등으로 요약된다.

이러한 연구위원회의 안을 현행 노사협의회제도가 안고 있는 기본적인 문제점에 비교 검토하면 다음과 같은 부족한 점들을 지적할 수 있다.

1. 노사협의회제도의 목적 및 기능에 대한 불명확성 제거 미흡

연구위원회 안에 의할 경우에도 현행 노사협의회제도가 안고 있는 가장 기본적인 문제점이라 할 수 있는 목적성에 대한 뚜렷한 정립은 누락되어 있다. 즉 노사협의회제도를 대립과 투쟁을 기본으로 하는 집단적 자치의 일 유형으로 설정할 것인지, 아니면 참여와 협조의 원리를 기본으로 하는 협력적 노사관계를 명실상부하게 표방하는 새로운 체계로 정립할 것인지, 아니면 양자의 절충적인 지위에서 새로운 제3의 체계로 만들어 나갈 것인지에 대한 뚜렷한 목표 의식이 결여되어 있다는 것이다. 연구위원회의 안은 대체적으로 노사협의회를 노동조합의 기능과 역할과는 분리시키는 방향으로 기본 틀을 잡는 것처럼 보인다. 이는 이하에서 언급할 주체 측면에서 간접적으로 확인할 수 있다. 그러나 보다 분명한 목적 정립을 위해서는 노사협의회와 노동조합의 기능과 역할의 분리 내지 조정이 필요한데, 이 부분에 대해서는 하등의 작업이 수반되지 못했다는 것이

다. 이런 점에서 연구위원회 안은 현재의 노사협의회제도에 체계상의 지위를 보다 분명하게 설정하는 것은 유보하고 기존의 형태를 그대로 유지하되 다른 가능한 부분에 대해 조금씩 보완하려는 의도에 더 잡고 있음을 알 수 있다.

2. 주체에 대한 불명확성 제거

노사협의회제도의 목적에 대한 부분과는 달리 주체적인 측면에 대해서는 상당한 보완을 가함으로써 어느 정도 분명한 선을 제시한 것으로 평가된다. 즉 노사협의회 근로자위원의 선출에서 과반수 노조의 특권을 배제하고 사업(장) 단위의 전체 근로자의 의사에 기초하여 구성되도록 하였다. 이 점에서 이를 찾아볼 수 있다. 이는 노사협의회가 사업 단위를 토대로 구성되는 노동조합과는 별개의 법적 조직이자 지위를 갖는다는 점을 드러냄으로써 노사협의회제도의 기능을 노동조합의 그것과 구분하는 데에 간접적인 의미를 추론할 수는 있으나, 이것만으로는 노사협의회가 노동조합과의 긴장관계에 놓여지는 점에 대해 합리적으로 조정하거나 해결할 수 있는 단초로 작용될 수는 없다. 오히려 노동조합이 사업장 내 다른 다양한 고용형태나 성을 충분히 아우르는 명실상부한 종업원 전체를 대변할 수 있는 지위를 갖지 못할 경우 노사협의회와의 갈등과 긴장관계가 증폭될 가능성도 배제하지 못하며, 나아가 복수노조 시대에 단체교섭 단일화 방안을 통하여 해소되지 않은 긴장관계(혹은 단일화 방안에서 새로이 발생하는 긴장관계)가 노사협의회로 대체·투영되어 분출될 가능성도 배제할 수는 없다. 이런 점에서 노사협의회 근로자위원의 주체에 대한 명확성을 제고했다는 점은 의의가 있지만 이것만으로 노사협의회제도를 둘러싼 전체적인 문제점 개선을 위해 어느 정도 유용성을 가질 수 있을 것인지는 불명확하며 불완전하다.

3. 노사협의회제도와 관련된 체계상의 불명확성 불식에 근접

연구위원회의 제안 내용이 노사협의회제도와 노동조합 간의 기능상의

관계를 분명하게 하는 점에는 미흡하였지만, 다른 체계상의 문제점을 해소하는 데에는 어느 정도 기여할 것으로 평가된다. 즉 노사협의회 근로자 위원으로 하여금 근기법상 근로자대표의 지위를 갖게 한다는 점과 노사협의회에서의 합의에 대해 취업규칙과 동일한 효력을 인정하는 것은 분명 진일보한 것으로 평가될 수는 있다. 그러나 이러한 긍정적인 평가는 노사협의회제도를 노동조합과 분리시키면서 독자적인 의의를 갖는 제도로 발돋움시킨다는 가정하에서 통용될 수 있는 점이기는 하다. 그러나 노사협의회제도의 본질적인 기능을 노동조합과 분리시키지 않고 집단적 노사관계의 체계화에 위치시킨다면 반대의 평가도 가능할 수 있다.

이와 같은 제반평가를 전체적인 관점에서 조합하자면 노사협의회제도에 대한 연구위원회의 안은 미시적 부분적인 개선방안만을 내포하고 있는 불완전하고 불투명한 제도개선 방안으로 볼 수 있다.

VI. 노사협의회제도에 관한 개정 내용에 대한 비교 평가

현행 노사협의회제도가 갖는 본질적이며 근원적인 문제점에 기초한 연구위원회 안의 평가를 감안하면 근참법의 개정 내용은 그러한 평가에도 훨씬 못 미치는 개선으로 평가될 수밖에 없다. 즉 이번 개정이 노사협의회제도가 안고 있는 근본적인 문제점에 대해서는 전혀 도움이 되지 않는 것으로 평가된다는 것이다. 노사협의회 근로자위원들의 활동을 실질적으로 보완한다는 개정 내용은 실질적인 내용의 측면이 아니라 단지 외형적인 치장 부분을 손질한 것에 불과하다. 노사협의회 협의사항 중 노동쟁의 예방에 관한 조항을 삭제하고 대신 근로자 감시설비 설치를 협의대상으로 추가한 것에 그나마 의미를 둘 수 있을 것이지만 이마저도 아무런 실제적인 의미를 갖지 못할 수도 있는 것이다. 왜냐하면 의결사항도 아닌 단지 협의사항에 불과한 것으로 도입되었다는 점, 비록 이에 관한 노사협의회에서의 합의가 있었다 하더라도 그러한 합의에 대한 법적 효력이 어

떻게 되는지 여전히 불투명한 상태에 놓여진다는 점, 감시설비 설치 문제를 노동조합의 교섭대상으로 이해하였을 때²¹⁾ 근로자 입장에서는 훨씬 더 강력한 교섭력을 가질 수 있음²²⁾에 반해 노사협의회 협의사항으로 규정함으로써 사용자에게 이 문제를 교섭대상에서 배제시킬 빌미를 제공할 수 있다는 점 등에서 과연 근로자에게 진일보한 개선으로 볼 수 있을지가 의문스럽기 때문이다.

이 밖에도 개정 근참법의 내용 중에는 중앙노사협의회 구성과 관련된 규정들의 삭제가 포함되어 있었는데, 이는 연구위원회 안에는 포함되어 있지 아니한 사항이다. 동 규정의 삭제 이유는 외환위기를 계기로 설치된 노사정위원회²³⁾가 상설기구로 자리잡고 있기 때문에 그 기능과 구성이 중복되는 중앙노사협의회가 불필요하다는 점에 두고 있다.²⁴⁾ 중앙노사협의회 및 경제사회발전노사정위원회가 노사협의회제도의 성격을 규정짓는 데 어떠한 역할 내지 의미의 단초를 제공할 것인가에 대해서는 큰 의미가 없는 것으로 볼 수 있으며 따라서 개정 내용의 평가 대상에서 제외하더라도 별반 상관없다.

이상의 내용을 종합하면 이번 근참법 개정을 통하여 노사협의회제도에 가한 개정은 모태가 된 연구위원회의 제안에도 미치지 못하는 수준으로 이루어졌을 뿐만 아니라, 그마저도 노사협의회제도의 근원적인 문제점을 개선하기 위한 것으로 평가하기에 너무나 미흡한 내용이라 할 수 있다.

-
- 21) 개인 정보에 대한 자기결정권을 보장하기 위해 개인 정보 수집시 당사자의 동의가 필요하며, 이는 ILO 행동강령, OECD 가이드라인 등에서 확인할 수 있다. 이러한 동의는 실질적 대등성을 전제한 동의로 보아야 하며 이러한 의미에서 노동조합의 교섭대상으로 이해할 수도 있을 것이다. 자세한 것은 김인재, 「전자노동감시의 법적규제」, 『2006 노동법의 쟁점』, 한국노동연구원, 2007, p.275 이하 참조.
- 22) 이 밖에도 근로자의 근로에 대한 정보와 감시를 위한 조치규정을 취업규칙 내에 둘 경우 그것이 불이익변경에 해당하는지의 여부도 논란의 여지가 있을 수 있으며, 나아가 이러한 제반 내용들이 근로자 개인의 동의(왜냐하면 근로자 개인의 인격권 침해라는 기본권 문제가 발생되기 때문임)가 집단적 방식의 동의로 대체 가능한가에 대해서도 논란의 여지가 있을 수 있다(하경호, 「새로운 근로감시기술의 도입에 따른 법적 문제」, 『노동법학』, 제18호, 2004. 6, p.141 이하 참조).
- 23) 현재의 정식 명칭은 ‘경제사회발전노사정위원회’이다.
- 24) 노동부, 「노사관계 선진화 입법 설명」 자료, 2007. 1, p.60. 이러한 개정은 향후 노사정위원회가 폐지될 경우 중앙노사정협의회 관련 규정의 부활 가능성까지도 염두에 두고 이루어졌다(노동부, 같은 책, p.62).

이러한 평가 위에서 향후 우리나라의 노사협의회제도가 개선되어야 할 방향성의 정립에 관하여 항을 바꾸어 살펴보기로 한다.

VII. 향후 노사협의회제도의 개선방향 모색

1. 노사협의회제도의 목적과 기능 및 법체계상의 지위와 관련한 지향점

가. 갈등해결 방식을 통해 본 노사협의회제도의 목적과 기능의 정립 방향

노사협의회제도와 관련한 가장 핵심적인 쟁점은 동 제도의 목적과 기능을 어떻게 정립하느냐에 놓여져 있다. 이에 관하여 예상할 수 있는 논의 방향은 크게 두 가지로, 노사협의회제도를 노동조합과 같이 대립적인 집단적 노사관계의 범주에 포함하여 규율하려는 방향과, 노동조합을 중심으로 하는 집단적 노사관계와는 목적과 기능을 완전히 구분하여 새로운 협력적 노사관계 체계로 편성시키는 방향이 그것이다. 그러나 이러한 분류방식에는 완전하지 못한 결함이 내재해 있다. 그것은 협력적 노사관계 체계를 어떠한 관념으로 이해하느냐의 문제이다. 참여와 협력을 도모한다는 의미에서 대립과 투쟁과의 분리를 전제하고 이를 협력적 관계로 표현하는 듯하다. 그러나 노사관계에서 대립이 배제된 협력관계란 본질적으로 있을 수 없다. 오히려 핵심은 노사의 본질적 대립관계를 어떠한 방식으로 풀어내는가이다.²⁵⁾ 전통적인 노동조합을 중심으로 하는 집단적

25) 이런 점에서 필자는 협력적 노사관계라는 새로운 개념의 사용에 대해서는 찬동하지 않는다. 갈등해결구조의 다양성을 채택하더라도 이 모든 것은 노사간의 대립관계를 기본으로 전제하며 노사간의 합의구조를 취하지 않을 수 없으므로 이 모든 것을 넓은 의미에서의 집단적 노사관계로 포섭하여 구성하는 것이 바람직하다고 본다.

노사관계는 노사 간에 대립하는 갈등을 풀어내기 위한 구조로서 쟁의행위라는 방식을 채택하였다는 점에 특징이 있다. 이에 반해 통상 협력적 노사관계로 지칭하는 근로자의 의사결정 과정에의 참여는—그것이 의사결정기관에 직접 참여하는 방식이 되었든 아니면 다른 기구, 예컨대 종업원대표를 통한 합의방식을 취하든 간에—대립하는 갈등을 쟁의행위의 방식이 아닌 다른 방식으로 풀어낸다는 점에 초점이 주어지는 것으로 볼 수 있는 것이다. 의사결정기관에 구성원으로 참여하는 방식은 의사결정기관에 주어져 있는 의사결정방식—통상 다수결 혹은 가중된 다수결의 방식—으로 해결함을 전제로 하며, 종업원대표와의 합의구조를 택하는 방식에서는 쟁의행위를 대체하는 평화적인 다른 제3의 갈등해결구조를 취하는 방식²⁶⁾이 전제되는 것이다.²⁷⁾ 그러므로 참여와 협력이란 추상성에서 노사 간의 대립구조가 협력관계를 지향하는 구조로 완전히 바뀌어질 수 있고 또 바뀌어져야 하는 것을 의미하는 바는 아니다. 이런 점에 기초한다면 노사협회의 목적과 기능을 참여와 협력에 둔다고 할 때 그것만으로는 대립관계를 뛰어넘는 새로운 지평을 전제하는 것으로는 볼 수 없다.

현행 노사협의회제도는 단지 법정 의결사항에 대해 노사간에 합의에 도달하지 못했을 경우에는 임의중재를 통한 해결방식을 채택하고 있다. 이런 점에서 쟁의행위라는 수단을 통해 갈등관계를 해결하는 집단적 노사관계와는 구분될 여지가 있다. 그러나 협의사항을 위시하여 노사협의회가 임의적으로 협의대상으로 삼은 대상에 대해서는 별도의 갈등구조 해결방식을 전제하고 있지는 못하다. 이런 점에서 현행 노사협의회제도의 불완전성 내지 불투명성이 존재하는 것으로 평가할 수 있는 것이다. 앞으로 노사협의회제도를 어떤 유형으로 정립해 나갈 것인가는 별도의 평화적인 방식의 갈등해결구조를 취할 것인가의 여부와, 그러한 갈등구조 해결의 대상을 어떻게 범주화할 것인지 그리고 그와 같은 집단적 결정 시스템에 의한 합의의 효력을 어떻게 설정할 것인지에 달려 있는 문제라

26) 쟁의행위가 아닌 제3의 중재방식을 통하여 해결하는 것을 일례로 들 수 있다.

27) 물론 이러한 방식을 통해 근로자측에서 관여할 수 있는 대상 영역이 확대된다는 점을 주안점으로 삼아 달리 구성할 수도 있으나, 위의 접근방식에 의한다면 이는 별개의 문제로 다룰 수 있을 것이다.

고 볼 수 있다.

나. 노동조합 조직 유형에 따른 노사협의회와의 관계 설정

노사협의회제도와 노동조합과의 관계를 어떻게 정립할 것인가의 문제는 단순히 이론적인 측면에서만 접근·결정할 문제는 아니다. 이는 노동조합 조직 유형이 어떻게 이루어져 있느냐는 실제적인 요인을 감안하여 입법정책적으로 결정할 결단의 문제라 할 수 있다. 왜냐하면 노동조합과 노사협의회가 상호 분리·독립된 지위를 갖는 것으로 설정할 경우 그 기초에서는 양자가 모집단을 서로 달리한다면 충돌하는 긴장관계는 배제하면서 각각의 모집단에 기초한 독자적인 영역 구축이 가능할 수 있을 것이지만, 기초가 되는 모집단이 같거나 중첩된다면 충돌은 불가피한 것이기 때문이다. 이처럼 노동조합의 조직 유형이 노사협의회제도의 향후 발전 방향에 가장 중요한 요인이라면 1990년대 이후 우리나라 노동조합 조직형태의 변화가 중요한 요인으로 고려되어야 한다. 우리나라 노동조합의 조직형태는 1990년대 초반 이전에는 기업별 조직형태로 이루어져 있었으나, 1990년 중·후반을 기점으로 초기기업별 노조의 출범을 보여주면서 점차 확대하는 경향을 보여주었다. 2000년대에 접어들어 이후 이러한 확대 경향은 계속되었는데, 그러한 결과는 산별노조 수가 증가된 점에서 확인할 수 있다. 그러나 이러한 결과 수치는 형식적인 측면에서의 것일 뿐 실제적으로는 명실상부한 산별노조가 아닌 무늬와 형태만 띤 산별노조로 평가되기도 한다. 그렇기 때문에 노조 조직 유형의 전개방향을 어떻게 예측할 것인가는 어려운 문제이며, 이런 와중에 2010년부터 사업장 단위 복수노조 설립이 완전 허용될 경우 어떠한 양상으로 새롭게 변화할지 예측하기도 어렵다. 그만큼 노사협의회제도를 둘러싼 다른 기초 요인마저도 불투명한 상태에 놓여져 있기 때문에 그만큼 노사협의회제도의 앞날을 설계하는 것은 더욱욱 힘들다고 할 수 있다.

그러나 세계화, 신자유주의 경제사조, 고령사회의 도래, 기술의 발달은 경제환경과 노동환경에 심대한 영향을 미치고, 그 결과 종래와는 다른 다양한 고용형태, 복지제도의 축소에 따른 새로운 노동관계 질서 정립 그리

고 노동관계의 주요한 전통적 관념에 대한 질적인 변화 등을 초래함으로써 전통적 노동운동 관념에 기초한 노동조합 조직 체계가 유지·발전되기가 어려운 점들을 많이 내포하고 있다. 이런 점에서 본다면 향후 노동조합 조직이 현재까지 추진되어 왔던 방향처럼 명실상부한 산별노조로 정립되거란 기대하기 어려울 것으로 추측된다. 비정규근로자의 증대, 제3차 산업에 종사하는 근로자 비중의 증대, 노동 과정의 새로운 변화에 따른 기존 개념들의 변화²⁸⁾ 등을 통하여 전통적인 연대의식에 기초한 노동운동의 동력이 약화되고 그에 따라 노동조합 조직도 거대화되기보다는 파편화될 가능성이 커 보이며, 노동조합 조직을 또한 지속적으로 하락할 가능성이 큰 것으로 예상된다. 이런 흐름 속에서 새로운 환경 변화에 대응하기 위한 노동관계법 전체에 대한 새로운 점검과 더불어 노사협의회 제도의 향후 전개 과정을 모색할 필요가 있다.

다. 집단적 결정시스템과 노사협의회제도

노사협의회제도를 노사 간의 집단적 결정시스템의 하나로 파악하고 우리나라의 현실에 적합한 모형을 추구하기 위해서는 노사관계의 사실적 측면도 고려할 필요가 있다. 현재 노동조합 조직률은 10% 정도에 불과하며, 대규모 사업장에 조직된 노동조합의 규모를 감안한다면 실제 근로조건이 단체협약을 통해 결정되는 협약자치 시스템의 적용 영역은 매우 좁다고 할 수 있다. 이를 반대로 표현하면 많은 사업장에서는 근로조건이 개별 근로계약에 의해 이루어진다기보다는 근로계약을 통해 결정될 수밖에 없는 상황에 처해 있으며 이는 결과적으로 개별 근로계약을 통한 대등한 교섭을 가질 수 없기 때문에 집단적 결정시스템을 도입하는 노동법이 지향하는 바와는 역행하는 결과일 수 있다. 그러나 협약자치는 근로자 개개인의 자유권적 기본권 위에 구축되어 있는 까닭에 현실적으로 단결하지 않을 경우에는 협약자치의 효과를 전혀 기대할 수 없다. 대법원이

28) 예컨대 특수형태근로종사자 범주의 지속적 확대, 인적자원(HR)으로 표방되는 새로운 노동 과정에서 비롯하는 노동에 대한 질적 평가의 전환, 근로시간 및 임금 등의 새로운 관념의 생성 등을 예로 들 수 있을 것이다.

취업규칙 제도에 집단적 결정메커니즘을 가미하여 불이익변경시 근로자 과반수의 동의를 얻도록 법형성을 한 것도 이러한 현상에 대응하기 위한 방편으로 이해할 수도 있을 것이다. 그렇다고 해서 현재와 같은 취업규칙 제도의 비정상적인 기능 확대에 근로조건 결정의 주된 역할을 내맡기는 것도 노사관계의 발전에 있어서 바람직한 모습이라고는 할 수 없다. 노사 협의회제도를 구성함에 있어서는 이와 같은 근로조건 결정메커니즘의 현실적 실태도 심분 고려해야 할 필요가 있다.

이 외에도 근기법상 근로자대표 제도와 관련해서도 노동조합이나 근로자 과반수 그리고 노사협의회 근로자위원과 별도로 새로운 근로자 집단을 대표하는 주체를 설정한 것은 노동관계법상 근로자대표의 중첩성을 통한 기능의 혼재만을 초래할 수 있다. 왜냐하면 근기법상 근로자대표가 수행하는 역할은 위에서도 살펴본 바와 같이 변형근로시간제도와 휴가에 관한 사항이며 이는 노사협의회 협의사항에도 해당하는 것이다. 동일한 대상 혹은 사항을 두고 서로 다른 집단적 주체를 설정하는 것은 집단적 결정시스템을 오히려 혼돈케 하여 법적 안정성이나 명확성을 감퇴시키는 결과를 초래할 수 있을 것이다. 이런 점에서 근기법상 근로자대표제도도 이와 동일한 기능을 담당하는 다른 주체가 있다면 통합하는 것이 바람직하다. 특히 근로자대표가 담당하도록 한 대상 영역에 대해서는 그것이 전체 근로자를 모집단으로 하여야 하는지 아니면 실제 적용대상 근로자 집단만을 모집단으로 해야 하는 것이지를 둘러싼 논란마저 있어 체계의 통일성을 기하는 것이 오히려 바람직한 것으로 평가된다. 이런 제반 사정도 노사협의회제도의 개선방안을 모색할 때 고려해야 할 집단적 결정메커니즘의 하나로 볼 수 있다.

라. 노사협의회 지위 정립의 방향

이런 관점의 토대 위에서 노사협의회제도의 개선방안을 모색한다면 그것은 근기법상 근로자대표와 취업규칙상 부여된 집단적 결정메커니즘을 통합하는 것이 바람직할 것으로 본다.²⁹⁾ 다시 말하면 노동조합과는 별개

29) 취업규칙에 가미된 집단적 결정메커니즘의 주체를 노사협의회 근로자위원과 구

의 집단적 결정메커니즘의 주체로 이원적인 지위를 갖는 것으로 구성하는 것이다.

2. 노사협의회와 노동조합과의 기능 및 역할의 조정

노사협의회를 노동조합과 구분되는 그러나 별개의 집단적 결정메커니즘의 주체로 설정한다면 양자간의 기능조정은 어떻게 이루어지는 것이 바람직할 것인가가 문제이다. 이에 대해서는 현재 우리나라의 단체교섭이 그 대상을 확대하는 과정에 놓여져 있어 불필요한 노사간의 갈등을 야기하는 경우가 많다. 즉 노동조합에서는 경영적 사항에 대해서까지 단체교섭 대상으로 삼아 요구하는 경우가 많으며, 이러한 요구는 사용자측에 의해 수용되지 않고 결과적으로는 불법쟁의행위로 나아가는 경우가 많다. 그렇다고 하여 경영적 사항에 대한 근로자측의 요구는 단지 경영권의 보호만으로 무조건 차단하면서 협상의 여지를 전혀 없게 만드는 것도 적절치 않다. 이러한 점에 대해서도 전통적인 관점에서 단체교섭의 대상으로 삼을 수 없는 부분을 노동조합의 기능에서 분리시켜 이를 노사협의회와의 논의대상으로 삼도록 하며 이때 결정메커니즘은 경영권이라는 사용자측의 기본적인 권리는 보장하되 일정부분 근로자의 의사가 반영될 수 있는 체계를 형성하는 것이 바람직하다고 본다. 사실 기업별 노조 형태하에서는 경영적 사항과 관련해서는 단지 조합원만을 대표하는 노동조합이 대화의 상대자가 되는 것보다 전체종업원의 대표가 대화상대자로 되는 것이 정당성 관점에서 더욱 타당할 수 있다.³⁰⁾ 이로써 노조를 중심으로 하

분하여 후자가 전자를 대체할 수 없는 것으로 판단한 대법원의 입장(대판 1994. 6. 24. 92다28556)은 더 이상 유지될 수 없는 것으로 봄이 타당하다. 물론 동 판례에 대해서는 당시 근거법률이 현행 근참법이 아닌 노사협의회법이었으며 당시 노동조합법에 의해서는 비록 노동조합의 자유설립주의가 형식적으로는 인정되었다 하더라도 복수노조의 금지가 명백하게 규정되어 작용하고 있던 시점이라 그와 같은 판단의 불가피성을 어느 정도 인정할 여지는 있었다.

30) 실제로 근기법 제31조가 성실협의 주체로 근로자대표를 별도로 설정한 것도 정당성 관점에서 이는 경영적 결정사항이므로 단체교섭 대상에 해당하지 않음을 간접적으로 의미함과 동시에 전체 종업원에게 영향력이 미치는 경영적 사항에 대해서는 종업원의 부분만 대표하는 노조가 아니라 전체 종업원의 대표가 협의 주체로

는 단체교섭에는 전통적인 협의의 근로조건으로 한정시켜 단체교섭의 부담을 줄여줌과 동시에 불필요한 갈등의 여지를 줄여 집단적 노사관계의 정상화를 도모하고, 경영적 사항이나 그 외에 새로운 노사 간의 집단적 이슈가 등장하는 경우 이를 흡수하여 협상을 통해 갈등을 자치적으로 해결할 수 있는 구조로 정비하는 것이 우리 노동법이 추구해야 할 장래의 갈등해결 시스템이라고 생각한다. 노사협의회제도를 집단적 결정시스템의 하나로 인정하면서 노동조합의 기능과는 이런 방식으로 구성하는 것은 헌법 제33조 제1항이 단체협약을 통한 집단적 자치를 가장 본질적인 집단적 결정메커니즘으로 승인하였다는 연혁적 고려가 반영되기 때문이다. 즉 헌법 제정권자의 결단에 따라 집단적 자치의 유형은 개방적으로 수용하여 협약자치 이외의 노사협의회를 통한 집단적 자치의 유형도 포섭할 수 있도록 하되 후자는 집단적 자치의 본질을 형성하고 있는 협약자치를 침해하지 않는 한도에서만 인정되는 것으로 봄이 타당하기 때문이다.

이처럼 노동조합을 통한 집단적 자치와 노사협의회를 통한 집단적 자치 양자의 메커니즘을 인정하면서 전자를 후자에 비해 우위에 둬으로써 체계상으로는 다음과 같은 부수적인 결론에 도달하게 한다. 즉 현실적으로 노사협의회를 협약자치의 본질을 훼손하지 않는 한도 내에서 집단적 자치의 다른 한 유형으로 수용하여 역할과 기능성을 인정한다면, 사업 내에 노동조합이 조직되어 있지 않을 경우 노사협의회가 사실상 노동조합으로서의 역할을 대신 수행할 수 있는 여지를 충분히 만들어 줄 수 있다.³¹⁾ 이는 노동조합이 없는 사업장에서 노사협의회가 실질적인 노동조합의 기능을 수행하는 현실의 모습과도 상응하며 나아가 노동조합과의 효력계위를 명확하게 함으로써 양자간의 기능 충돌을 충분히 방지할 수 있게 된다. 이렇게 함으로써 노동조합이 설립되지 아니한 사업장에 근로조건이 집단적으로 결정될 수 있어 실질적으로 집단적 자치를 담보하는 결과를 가질 수 있다.

나서는 것이 타당함을 함께 내포하고 있는 것으로 해석할 수 있다.

31) 노조가 없는 사업장에 집단적 자치를 할 수 있는 여지를 만들어 주는 것은 협약자치를 침해하거나 배제하는 것으로는 볼 수 없을 것이다.

3. 노사협의 대상과 갈등해결구조의 구비

노동조합과 노사협의회의 이원적 주체를 통한 근로조건의 집단적 결정 메커니즘을 유지하고자 한다면 노사협의회에서의 논의 대상도 새롭게 조정될 필요가 있다. 근로조건과 관련해서는 원칙적으로 노동조합에 대해 보충적인 지위를 가지며 전통적인 단체교섭 대상 밖의 사항에 대해서는 노사협의회가 전적으로 담당하는 구성을 취할 수 있도록 하기 위해서는 노사협의회 의결사항 중 단체교섭 대상으로 삼을 수 있는 내용을 제외하고는 의결사항으로 규정하여 전속적 지위를 가짐을 분명하게 명문화하는 것이 필요하며³²⁾, 전형적인 단체교섭사항에 대해서는 노동조합이 조직되어 있지 아니하거나 단체협약에서의 특별한 위임이 있는 경우에는 노사협의회가 사용자와 (협의의) 근로조건을 교섭할 수 있음을 별도로 규정하는 것이다. 그리고 만약 노사협의회가 노동조합을 대신하여 교섭을 행하면서 쌍방간의 합의에 이르지 못할 경우에는 노동조합의 경우와는 달리 쟁의행위가 아닌 제3의 중재기구에서 결정될 수 있도록 하는 조치가 수반되어야 한다. 이와 같은 갈등해결구조를 취함으로써 노사협의회는 노동조합과는 구분되나 양자가 실제적으로는 집단적 결정메커니즘 속에서 상호 보완적 작용을 하게 되는 것으로 볼 수 있다. 그리고 이렇게 노사협의회에서 합의되거나 의결된 사항은 집단적 결정메커니즘을 통해 이루어졌기 때문에 법 규범력을 부여하여 전체 근로자를 구속할 수 있도록 하여야 한다. 만약 집단적 결정방식에 따랐지만 개별 근로자를 구속하지 못한다면 그 메커니즘은 제 기능을 발휘할 수 없게 된다. 그리고 노사협의회 의 의결 혹은 합의사항이 법 규범적 효력을 지니는 것으로 규정하더라도 노동조합의 기능을 보충하는 지위에 서기 때문에 입법정책적으로는 단체협약보다는 하위의 법적 효력을 지니는 것으로 구성함이 타당하다. 나아가 노사협의회 전속적으로 사용자와 합의하여 결정할 권한 범주에는 해당하지 않지만 일정한 기업경영의 의사결정 과정에의 참여를 보장하는 형태를 도입할 필요도 있다. 많은 노사분쟁이 경영적 사항에 속하여 단체

32) 이를 입법기술적으로 풀어내는 방안으로 현행 근참법 제5조를 참조할 수 있을 것이다.

교섭 대상이 아님에도 불구하고 노동조합 측에서 쟁의행위를 통해 자신의 주장을 관철하려는 과정에서 발생하는 경우가 많다. 그렇기 때문에 소위 경영전권에 속하는 경영적 사항³³⁾들에 대해서는 최소한 노사협의회에서 상호 협의대상으로 규정하는 대신 단체교섭 대상에서는 완전히 분리됨을 선언하는 것이 필요하다. 이를 통해 근로자 측에서는 종래 완전히 소외되었던 경영적 사항에 대해 일정 정도 정보를 획득하거나 의견을 개진할 수 있는 기회를 가질 수 있게 됨으로써 계속적으로 주장해 온 근로자의 경영참가도 부분적으로 실현할 수 있는 계기가 될 것이다.

4. 집단적 자치의 주체로서 노사협의회 조직 및 구성원리의 개선

노사협의회제도를 협약자치와 병존하면서 이를 보충하는 지위를 갖는 것으로 인정할 경우 노사협의회 조직과 구성원리에 대해서는 다음과 같은 조치가 필연적으로 수반되어야 한다. 즉 노사협의회 구성원리는 적어도 당해 사업장에 종사하는 모든 근로자를 대표하는 지위를 가질 수 있도록 하여야 한다는 점이다. 이원적인 집단적 결정메커니즘으로 노사협의회제도를 운영할 경우 노사협의회는 노동조합과 달리 임의적 설립이 아닌 법정 강제설립주의를 기초로 하게 된다. 그렇기 때문에 노사협의회 구성원리는 최소한 사업장 전체 근로자를 대표할 수 있어야 설립 강제에도 불구하고 진정한 대표성을 가질 수 있는 것이다. 다만 이 경우에도 소위 '경영담당자' 내지 '항상 사용자의 이익을 위하여 행위하는 자'들에 대해서는 전체 근로자의 범주에서는 제외시키는 것이 상당할 것이나, 후자의 경우 그 범위가 너무 넓게 설정되지 않도록 할 필요가 있을 것이다. 뿐만 아니라 당해 사업장에 종사하는 근로자 중 소수 근로자집단에 대해서는 최소한의 의사가 반영될 수 있는 소수자 배려의 원칙이 지배할 수 있도록 할 필요가 있을 것이다. 여기에는 비정규근로자, 여성근로자, 연소근로자, 고령근로자, 나아가 파견근로자 및 사내하청근로자들이 해당

33) 김형배, 『노동법』, pp.199~200; 대판 1994. 3. 25, 93다30242, 대판 1999. 6. 25, 99다8377 등; 경영권과 단체교섭(권)과의 관계에 대해서는 박중희, 『경영권에 관한 연구』, 2004. 9, 한국경영자총협회, p.30 이하 참조.

하게 될 것이다.

이와 더불어 근로자위원의 수를 경직되게 법정화할 것이 아니라 사업의 규모에 비례하여 그 수의 탄력적 운영이 도모될 필요가 있다. 이렇게 할 경우에만 사업내 모든 근로자 집단의 의사를 총합할 수 있는 대표들의 구성이 가능할 수 있기 때문이다. 나아가 근로자위원들의 대표로서의 활동에는 일정한 편의제공이 확대될 필요가 있다. 종업원대표로서 활동하는 시간에 대한 적절한 보상적인 측면뿐만 아니라 실질적인 활동이 가능할 수 있도록 하기 위한 각종 정보의 제공 등이 보장될 필요가 있다.

집단적 결정메커니즘의 하나로 노사협의회제도를 안착시키기 위해서는 노사협의회를 지금과 같은 노사의 공동 구성으로 유지하기보다는 명실상부하게 종업원대표들로만 구성되도록 하여 이들이 사업주와 노사협의 과정을 운영할 수 있도록 하는 조치가 필요하다.³⁴⁾ 근로자위원들로만 구성될 경우 그 명칭은 노사협의회보다는 다른 명칭으로 변경되는 것이 바람직할 것이며, 이런 구성으로 나갈 경우 위에서도 언급한 바와 같이 현행 근기법상 근로자대표 및 취업규칙 불이익변경시의 동의 주체의 지위를 다 함께 통합하여 가지는 것으로 하는 것이 바람직할 것이다.

34) 비교법적으로 볼 때 사업장 단위에서의 종업원대표를 통한 협의/합의기구를 설정하는 경우에도 조직구성과 관련해서는 노사가 함께 참여하여 위원회를 구성하는 혼합형 구조를 취하는 경우(프랑스, 벨기에, 룩셈부르크)도 있지만 근로자의 대표만으로 구성된 위원회가 사업주와 협의/합의 등을 행하는 방식(독일, 네덜란드, 스페인, 포르투갈, 그리스 등)도 있다. 그리고 전자의 혼합형의 구조도 예컨대 프랑스의 기업위원회(*comité d'entreprise*)와 같은 조직은 사업주(노사회의를 주재)와 종업원으로부터 선출되는 근로자위원 그리고 대표적인 노동조합 조직에서 당해 기업에 종사하는 근로자 중에서 지명하여 협의적 차원에서의 발언권만 갖는 노조위원 3자로 위원회를 구성하게 되지만, 벨기에의 기업위원회(*Conseil d'entreprise*)의 경우는 사업주가 의장이 되면서 사용자위원의 수를 최대 근로자위원의 수와 같이 할 수 있는 혼합형을 취하고 있으며, 룩셈부르크의 기업위원회(*comité mixte*)의 경우 노사 동수로 위원회를 구성하는 형태를 취하는 등 여러 방식들이 존재한다(자세한 내용은 Pichot, In *Europa Arbeitnehmervertreter und ihre Befugnisse im Unternehmen, Arbeitnehmervertreter in Europa und ihre Befugnisse im Unternehmen*(Europäische Kommission Beiheft 3/96), 1995, SS. 9f., 42f., 47f., 86f.).

VIII. 맺음말

이상에서 개정된 근참법의 주요 내용을 살펴보면서 그에 대한 객관적인 평가를 내리기 위하여, 먼저 개정 법률의 기초를 이룬 노사관계선진화 연구회의 연구 내용을 분석·검토하고, 나아가 지금까지 유지되어 왔던 노사협의회제도의 근본적인 문제점들에 대해 정리하면서 향후 입법정책적으로 지향해야 할 방향성을 검토하였다. 이런 과정에서 확인할 수 있는 것은 선진화연구위원회의 안은 현재 우리나라 노사협의회가 안고 있는 근본적인 문제점을 개선하거나 나아가야 할 지향점을 제시하고 있지 못하며, 이번 근참법 개정 내용은 선진화연구위원회가 의도하는 바마저도 충족하지 못하는, 현재의 노사협의회제도가 안고 있는 본질적인 문제점 해소를 위해서도 아무런 의미를 갖지 못한 것으로 평가할 수 있다는 것이다. 향후 근참법상 노사협의회제도에 대해서는 노동관계법의 전체 구조와 체계 속에서 우리나라의 현실을 충분히 반영하면서도 노동법의 이념을 보다 실제적으로 구현할 수 있는 새로운 관점에서 체계성을 지닌 제도로 개선하는 것이 필요함을 확인하고 그에 맞는 대안을 모색해 보았다.

㉔ 쟁의행위 절차

- 쟁의행위 찬반투표에 대한 고찰 -

이승길(이주대학교 법대 교수)

I. 문제의 제기

지난 2006년 말과 2007년 초에 노동관계법제가 크게 변화하였다. 이전에 1987년 이후 노동운동이 성장하고 1997년 노동관계법이 크게 정비되면서 우리나라 노사관계는 여러 측면에서 성장하고 발전한 것이 사실이다. 하지만 아직도 노사관계의 불합리한 관행을 개선하고 국제기준에 맞지 않는 제도를 고쳐야 한다는 요구는 계속되었다. 이러한 상황을 고려해, ‘노사관계 개혁’은 2003년 2월 참여정부가 발표한 개혁과제의 하나로 포함했다.

먼저 노사관계법·제도 선진화의 입법 논의는 참여정부가 출범하면서 구성된 ‘노사관계선진화연구위원회’의 활동으로부터 시작되었다. 이에 노동부는 2003년 5월 한국노동연구원에 노사관계법·제도 선진화 방안 연구를 의뢰하게 되었다. 그리고 한국노동연구원은 2003년 5월 10일 국내의 노사관계 전문가 15인으로 발족한 동 위원회(위원장 임종률 교수)는 “변화하는 제반 환경에 대응하고 보편적 노동기준(global standard)에도 부합하는 합리적 규범으로서의 노사관계법·제도의 마련”을 위하여 같은 해 11월 44개의 주제에 대한 노사관계법·제도 선진화 방안을 제시하였다.¹⁾ 법·제도 선진화 방안 연구를 시작해 2003년 9월 1일 「노사관계법·제도 선진화 방안」에 대한 중간보고서를 제출하고 12월 1일 최종보고서를 제출하였다. 선진화 방안이 발표되자 찬·반 양론이 활발하게 펼쳐졌

1) 노사관계제도선진화연구위원회(연구기관: 한국노동연구원), 「노사관계법제도 선진화 방안」, 노동부 용역과제, 2003. 11.

다.2) 그러나 노사정위원회에서 노사정 간 합의를 못 본 채 그 논의 기간이 끝나서 그 논의도 잠시 주춤하게 되었다.3)

그 후 선진화 방안을 입법화하기 위한 활성화는 2006년 3월 15일 ‘노사정대표자회의’를 재개한 후 같은 해 9월 11일 민주노총을 제외한 노사정 대표자들이 그에 합의한 후였다. 정부는 합의한 내용을 기초 삼아 같은 9월 14일 노사관계 선진화법을 입법예고하였고, 같은 해 11월 7일에는 법안을 국회에 제출하였다. 그 해 12월 8일 국회 환경노동위원회는 정부안을 일부 수정하여 처리하였고, 수정된 법안은 12월 21일 법제사법위원회의 의결을 거쳐 12월 22일 본회의에서 통과되었다. 2006년 12월 30일에는 개정 ‘노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노조법’이라 함; 법률 제8158호)’이,4) 2007년 1월 26일에는 개정 ‘근로기준법(근기법)’과 ‘근로자 참여 및 협력 증진에 관한 법률(근참법)’이 각각 공포되었다. 노사관계 선진화와 관련해 개정된 노조법 및 근기법은 대부분은 노사 준비 등을 고려해 2007년 7월 1일에 시행되었다. 다만, 직권중재 폐지와 필수유지업무, 대체근로

2) 국회 환경노동위원회 열린우리당 국회의원, 「노사관계 법·제도 선진화 입법 관련 토론회」, 2006. 9. 15; 김선수, 「노사관계 법·제도 선진화 방안에 대한 의견」, 『노동법률』, 통권149호(2003. 10), p.88 이하; 김영문, 「노사관계 법·제도 선진화 방안에 대한 비판적 고찰」, 한국경영자총협회 부설 노동경제연구원, 2004; 민주노총, 「노사관계 로드맵과 민주적 노사관계 구축의 방향」, 2006. 7. 8 토론회; 이승길, 「노사관계 법·제도 선진화 방안에 대한 검토: 개별근로관계 사항 중심으로」, 『노사포럼』, 제22호(2003. 12), 경총 노동경제연구원, p.117 이하; 최영기, 「참여정부의 노사관계선진화방안에 대한 비판과 대안」, 『한국사회정책』, 제10집(2003. 12), p.161 이하; 한국노동연구원, 「노사관계 선진화방안 주요쟁점 분석 및 입법대안 모색(I)」, 2005. 9. 6; 한국노동연구원, 「노사관계 선진화방안 주요쟁점 분석 및 입법대안 모색(II)」, 2005. 9. 13; 한국노사관계학회·한국노동법학회·한국노동경제학회, 「노사관계 법과 제도의 선진화」, 2006. 4.

3) 그 후 노사정위원회에서는 논의를 계속했으나, 실질적 논의가 없이 2005년 9월 3일 논의 시한(최장 2년)이 되어 그간 논의 결과를 정부에 이송함에 따라 선진화 입법은 정부가 책임지고 추진해야 할 상황이었다. 다만, 다행히 2004년 12월~2005년 6월 노사정위원회에서는 ‘미래노사관계기초위원회’를 구성해 비공개로 10차례에 걸쳐 노사정 간 심도 있게 논의하였다. 그러나 그 추진에 대해 노사단체는 이해에 따라 논의에 소극적인 태도를 보이거나 입법 추진이 필요 없다는 논리로 반대하기도 하였다. 이에 동의해 노사관계 전문가 중에서도 선진화 입법의 추진을 우려하는 경향도 있었다.

4) 먼저, 2006년 12월 21일 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」이 제정되고, 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」이 개정된 이른바 ‘비정규직법’이 있었다.

허용에 관한 규정들은 2008년 1월 1일, 유니언 쉘과 관련된 노조법 제81조 제2호 단서 규정은 2010년 1월 1일 시행하도록 하였다.

이 가운데 2006년 말에 개정된 ‘노조법’에서는 쟁의행위에 대한 찬반투표의 공정성 및 투명성을 제고하기 위한 규정(제11조 제12호)을 신설하고, 제3자 지원신고제도(제40조)를 폐지하였으며, 필수공익사업에 대한 직권중재제도(제62조 제3호)를 폐지하고 필수유지업무 개념(제42조의 2 내지 제42조의 6)을 도입하고 대체근로를 허용하는 규정(제43조 제3항 및 제4항)을 신설하고, 복수노조 허용 및 노동조합 전임자의 급여지원 금지 규정 시행 시기를 2009년 12월 31일까지 유예(부칙 제5조 제1항)하고, 복수노조가 허용될 경우 유니언 쉘이 체결된 사업장에 대하여도 단결선택권을 인정하는 내용(제81조 제2호 단서)을 추가하였다.

그러나 우리나라의 노동조합은 근로자가 자발적으로 조직하는 사적인 임의단체의 일종이기 때문에 노동조합의 내부 운영은 노동조합 자치, 규약이나 다수결에 의한 자치에 맡기는 것이 바람직하고 현행법도 기본적으로 이를 인정하고 있다. 이로 인하여 노조법이 규약의 필요적 기재사항(제11조)을 규정하고 있고, 여러 가지 사항에 대하여 규약으로 정하는 바에 따르도록 명시하고 있다. 또한 노동조합의 쟁의행위가 정당한 경우에는 형사면책, 민사면책, 불이익취급 금지의 보호를 받는다. 이러한 보호는 헌법상 쟁의권 보장의 당연한 효과이기 때문에 쟁의행위의 ‘정당성’은 헌법상 쟁의권 보장의 한계를 확정하는 통일적 개념이다. 여기서 ‘쟁의행위’는 근로자들이 노동조합 기타 노동단체의 결정·지시에 따라 공동으로 하는 행위, 즉 집단적 행위를 말한다. 그리고 현행법상 쟁의행위를 제한하는 법규는 대체로 벌칙을 수반하고 있다. 따라서 쟁의행위가 이들 제한법규를 위반한 경우에는 소정의 벌칙이 적용된다.

그리고 쟁의행위의 정당성에 대해서는 그 주체, 목적, 개시 시기·절차, 수단·태양의 네 가지 측면에서 검토할 수가 있다. 이에 대하여 우리나라의 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 전원합의체 판결[업무방해]에서는, “근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위하여는 첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사 간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하

며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성 결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 하는바, 특히 그 절차에 관하여 쟁의행위를 함에 있어 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 찬성 결정이라는 절차를 거쳐야 한다”고 일관되게 판시하고 있다.

여기서 ‘쟁의행위의 절차 문제로서 찬반투표에 관한 문제’는 본래 쟁의행위를 개시하기 위해 노동조합이 조합원의 의사결정을 묻는 것은 노동조합의 내부적인 절차일 뿐이며, 이를 법령에 강제 규범화(노조법 제41조 제1호)해 쟁의행위 자체의 절차적 정당성의 판단요소로 삼아서 쟁의행위의 정당성 상실을 초래하고,⁵⁾ 이를 통해 헌법상 보장된 근로자의 노동3권(헌법 제33조 제1항) 중 단체행동권을 제한하는 결과에 대한 우려는 종식되지 않았다. 선진화 방안의 논의에 있어서도 현행 제도의 문제점으로 동 규정 위반의 쟁의행위의 정당성 유무를 둘러싸고 판례 및 학설상 대립이 있었다. 이 문제에 대해서는 해석론에 맡겨서 해결한다고 지적하고, 또한 쟁의행위 찬반투표제의 본지가 흐트러지고 공신력에 문제가 발생하고 있다고 진단하였다.⁶⁾

이와 관련해 위에서 언급한 개정된 ‘노사관계 선진화법’ 중에서 ‘노조법’은 쟁의행위 절차와 관련한 쟁의행위의 찬반투표 조항(제42조 제1항)을 종전대로 유지하고 있을 뿐만 아니라, 나아가 쟁의행위에 대한 찬반투표의 공정성 및 투명성을 제고하기 위한 규정(제11조 제12호)을 신설하고 있다.

5) 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 전원합의체 판결(노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항의 규정은 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합 의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정이므로 위의 절차를 위반한 쟁의행위는 그 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 인정되지 아니하는 한 ‘정당성이 상실’된다고 판시하고 있다).

6) 노사관계제도선진화연구위원회, 「노사관계법·제도 선진화 방안」, 2003. 11. pp. 61~62.

따라서 본고에서는 현행 쟁의행위 찬반투표에 대한 외국의 입법례를 먼저 살펴본다. 쟁의행위 찬반투표 조항의 연역, 판례의 동향, 선진화 방안에서의 쟁의행위 찬반투표와 공정성·투명성의 제고를 위해 신설된 노조 규약상의 조항, 그리고 현행 조문의 취지 및 법해석을 살펴본다. 그리고 선진화 방안에서의 쟁의행위 찬반투표와 공정성·투명성에 대한 논의 부분을 살펴보고자 한다. 이러한 작업을 통하여 현행 쟁의행위 찬반투표의 노조법 해석상의 한계와 향후 실무에 적용하는 데 일조를 하였으면 한다.

II. 쟁의행위 절차의 찬반투표 등과 관련된 ILO 및 외국의 입법례

1. 개괄

위에서 살펴본 노조법상 쟁의행위 찬반투표와 관련한 개괄적으로 국제 기준 및 외국 입법례에 대해서는 살펴보면, 종전에는 ILO(국제노동기구)는 찬반투표의 의무를 부과한 것 자체를 부인하지 않고, 노동조합 자치에 맡기는 것이 보편적이나 ‘ILO 입법지침’에서는 비노조파업(wild-cat strike)의 가능성을 줄이고 중요한 결정에 대해 민주적 통제가 되기 위해 찬반투표제의 실시를 부정하지 않고 있다. 다만, (i) 의결정족수가 파업권의 행사를 현실적으로 매우 어렵거나 불가능하지 않을 것, (ii) 파업 찬반투표의 계산은 출석조합원수로 계산할 것을 권고하고 있다.⁷⁾ 즉 쟁의 찬반투표에 관하여 ILO는 투표방법 및 의결정족수가 파업권의 행사를 매우 어렵게 하거나 실제적으로 불가능하게 하는 정도이어서는 아니 되고, 특히 조합원수가 많은 대규모 노조의 경우 근로자의 재적과반수의 찬성을 요구하는 것은 파업권에 대한 심각한 제한 가능성의 위험이 있다고 보고 있다. 일본과 영국을 제외한 나머지 국가의 경우 쟁의 찬반투표 절차에 대해

7) General Survey, p.170; Digest, p.506, 507, 508, 511.

특별히 법으로 규정하고 있지 않다. 일본의 경우 조합원의 과반수 찬성 외에 대의원의 과반수 찬성으로도 쟁의행위가 가능토록 함으로써 대규모 노조의 쟁의권 행사에 대한 제한 가능성을 최소화하려는 입법적 배려를 하고 있다. 투표절차에 위반한 쟁의행위의 정당성 여부에 관해서는 학설상 의견의 대립이 되고 있다.

단체교섭과 쟁의행위의 관계(이른바 쟁의행위의 최후수단원칙 인정 여부)와 관련하여, 일본의 경우 해석상 노조의 교섭요구 내지 교섭절차를 거치지 않는 쟁의행위의 정당성을 부인하지만 교섭 과정의 어느 단계에서 쟁의행위를 할 것인지는 노조의 판단에 위임하고 있고, 교섭의 불충분이라는 이유만으로 쟁의행위의 정당성을 부인하지는 않는다. 그리고 일본은 '조합원' 또는 조합원의 직접·무기명투표에 의해 선출된 '대의원'의 직접·무기명 투표에 의해 과반수 찬성으로 쟁의행위가 가능하도록 되어 있다. 이로써 대규모 노조의 쟁의권 행사에 대한 제한 가능성을 최소화하려는 입법적 배려를 하고 있다.

영국의 경우, 투표자격, 법정 투표용지 사용, 투표예고, 투표방법(우편 투표제 실시), 의결정족수(과반수의 찬성), 투표감독, 투표결과의 유권자 및 사용자에 대한 통지, 투표 후 쟁의행위 개시시간(4주 이내) 등에 관한 상세한 법 규정을 두고 있고, 이러한 투표 위반의 쟁의행위를 금지하고 있다. 영국의 경우 쟁의행위가 불법행위로부터 면책되기 위해서는 유효한 쟁의투표를 거쳐야 하고 또한 법이 금지하는 쟁의행위에 해당하지 않아야 하는데, 법이 금지하는 쟁의행위에는 교섭절차를 거치지 않는 쟁의행위가 포함되지 않기 때문에 쟁의행위의 최후 수단을 인정하는 것은 아니라고 여겨진다.

아일랜드의 경우, 노동조합은 파업이나 다른 쟁의행위의 찬성 또는 지지를 할 때 모든 구성원들에게 동등한 투표권과 비밀투표 없이는 노조를 결성하고 관여할 수 없다고 규정하고, 또한 비밀투표의 실행 후 곧바로 노동조합은 투표할 자격이 있었던 구성원들에게 알리는 데 적절한 단계를 거쳐야 한다. 즉 (i) 발행한 투표용지의 수, (ii) 투표를 한 투표자의 총수, (iii) 계획에 찬성한 투표자의 수, (iv) 계획에 반대한 투표자의 수, (v) 기권자의 수를 알리도록 하고 있다.

독일의 경우, 해석상 쟁의행위의 목적을 달성하는 데 부적합하거나 불필요한 쟁의행위 그리고 비례성을 벗어나는 쟁의행위를 허용하지 않으며, 특히 비례성 원칙과 관련하여 쟁의행위를 최후의 수단(협약당사자간에 모든 타협의 가능성이 소진된 이후에 쟁의행위의 실시)으로 보고 있다. 프랑스의 경우, 해석상 파업권의 주체를 노조가 아닌 개별 근로자로 보기 때문에 쟁의행위의 최후수단원칙을 인정하지 않는다. 따라서 교섭절차를 거치지 않은 쟁의행위를 할 수 있다(다만, 공공부문의 경우 노동조합과 사용자에게 파업 예고기간 중의 교섭의무를 법으로 부과하고 있다). 그리고 독일은 일반적으로 노조 규약으로 규율(금속노조의 경우 규약 3/4의 요건)하고 있다. 캐나다는 노동위원회가 공익에 관련될 때 찬반투표를 요구하고 있다.⁸⁾

프랑스의 경우, 파업권은 집단적으로 행사되어야 할 근로자의 개별적 권리로 보고 있기 때문에 파업권과 조합원 여부는 아무런 관계가 없다. 다만, 공공부문의 경우 대표적 노동조합에 의한 '파업예고제도'를 채택하고 있기 때문에 공공부문 종사 근로자의 경우 대표적 노조에 의한 파업예고가 있어야 개별적으로 파업권을 행사할 수 있다. 헌법은 법률에 의한 파업권의 규율 내지 제한 가능성을 예정하고 있으나 민간부문의 경우 파업의 법적 효과에 관한 일반 원칙만을 규정하고 있을 뿐이고, 파업권을 일반적으로 제한하는 법규정은 존재하지 않는다. 그리고 파업의 정당성에 관한 법리는 판례에 의해 구축하고 있다. 특히, 판례에 따르면, 투표방식에 의한 파업 의사의 확인 등의 절차는 요구되지 않는다.

미국의 경우, 법규정상 교섭대표노조가 사용자에게 교섭신청이 없이 행한 파업은 위법한 것이 되며, 특히 기존 협약의 변경·종료를 위한 교섭대표노조의 교섭 요구와 관련하여 일정한 교섭기간(냉각기간: 60일, 의료기관의 경우 90일)을 법으로 부여함으로써 해당 기간 중의 쟁의행위를 금지하고 있다. 그 외에 스와질랜드(Swaziland) 및 잠비아의 관련 입법들이 있다.

이하에서는 이러한 내용에 대하여 ILO 및 외국의 비교법적 입법례를

8) 노사관계제도선진화연구위원회(연구기관: 한국노동연구원), 「노사관계법·제도 선진화 방안」, 2003. 11. pp.62~63 참조.

살펴보기로 한다.⁹⁾

2. ILO(국제노동기구)

ILO는 ‘회원국을 위한 ILO 초안 규정(ILO draft provision for a Member)’¹⁰⁾에서는 ‘파업투표’에 있어서 다음과 같이 규정을 두고 있다.

제1항: 파업을 하기 전에 **【정당한 파업의 실행을 위한 조건】** 규정에서 언급했던 절차의 종료 후에 근로자가 그러한 행동을 고려하는 데 투표가 사용되어야 한다.

제2항: 파업의 방법에 의한 단체행동을 고려하는 근로자단체나 노동조합은 파업투표를 할 때 노동위원회에 원조를 신청할 수 있다.

제3항: 파업투표에 대해 노동위원회에 원조를 신청한 경우, 노동위원회는 신청 후 5일 이내에 투표를 위해 준비해야 한다.

제4항: 투표가 성공적으로 수행되기 위해서는 관련된 노동조합의 규칙에 있는 모든 조건을 충족해야 하고, 파업이 계획된 작업장, 기업 또는 교섭단위와 관계된 근로자단체나 노동조합 구성원의 과반수가 출석하여 투표하는 것과 함께 투표 총수의 과반수의 찬성을 획득해야 한다.

제6항: 투표의 결과는 개표 검사인이나 위원회에 의해 보증되어야 하고, 투표의 모든 기록은 위원회와 함께 제출해야 한다.

ILO(국제노동기구) 자료에 의하면,¹¹⁾ 각국의 상황은 다양하지만 결사의 자유 원칙과의 관계에서는 노동조합의 조직형태, 단체교섭 구조의 분산성, 지리적 고립성과 같은 다양한 측면까지 고려해야 한다. 또한 파업 개시의 절차는 합법적 파업을 **‘실제적으로 불가능하게 할 정도로 복잡한 것’**이어서는 안 된다. 하지만, 파업 요건으로 조합원의 **‘사전·비밀투**

9) 이하에서는 전국민주노동조합총연맹, 「노사관계법제도 개선방안에 관한 연구」, 2006. 3. 31. pp.85~97 참조; 전금금속노동조합, 「쟁의행위찬반투표에 관한 법률토론회 자료집」, 2007. 6. 22 참조.

10) 노사관계제도선진화연구위원회, 「노사관계법·제도 선진화 방안」, pp.65~66 참조.

11) 특히, 정인섭, 「쟁의행위 찬반투표」, 『쟁의행위찬반투표에 관한 법률토론회 자료집(전금금속노동조합 주관)』, 2007. 6. 22, pp.92~95; 전국민주노동조합총연맹, 「노사관계법제도 개선방안에 관한 연구」, 2006. 3. 31. pp.85~86 참조.

표'는 합리적이다. 그러나 많은 국가에서 파업에 앞서 '투표(조합원의 일정 비율(수준)의 찬성을 요구하는 것)'와 같은 의사결정을 요구하고 있는데, 이것 자체가 노동3권(결사의 자유)의 침해가 아니다. 하지만, **투표방법, 투표절차, 의결정족수**와 관련해 '파업권의 행사를 매우 어렵게 하거나 실제적으로 불가능하게 할 정도'여서는 안 된다고 한다. 특히, 투표와 관련한 '의결정족수'의 기준은 다수결 요건(전체 조합원의 2/3) 및 모든 근로자의 과반수, 근로자의 절대적 과반수의 승인(찬성) 등 '재적 조합원에 대한 비율'로 판단하기보다는 '투표자에 대한 찬성자의 비율'을 판단해야 한다. 투표방법과 의결정족수는 '**합리적인 수준**'에서 결정되어야 한다 (ILO, General Survey, 2004, p.170; Digest of Decision, 2006, p.547).

- 파업이 합법적이기 위해 국내법 아래에서 충족되어야 할 요건은 합리적이어야 하고, 어떠한 경우에도 노동조합의 행위수단에 대한 '실질적인 제한'이어서는 안 된다(Digest of Decision, 1996, p.498).
- 파업 개시의 절차는 합법적 파업을 '실질적으로 불가능하게 할 정도로 복잡한 것'이 되어서는 아니 된다(Digest, 1996, p.498).
- 많은 국가에서 법률은 파업권의 행사에 있어 일정한 비율의 근로자의 사전 승인을 요구하고 있고, 이러한 요구는 원칙적으로 ILO 협약에 위반한 것은 아니다. 하지만, '투표방법'과 '의결정족수(quorum)', '다수결 요건(majority required)'은 파업권의 행사를 매우 어렵게 하거나 실제적으로 불가능하게 할 정도여서는 아니 된다(General Survey, 1994, p.170).
- 합법적 파업을 위해 법이 요구하는 '**다수결 요건(전체 조합원의 2/3)**과 관련해, 그 위반에 대해 노동조합 해산을 포함하지만 파업에 참가한 조합원에 대한 불이익취급 등의 제재가 수반되는 경우에는 노동조합 활동에 대한 행정관청의 개입 또는 결사의 자유에 대한 침해 문제가 될 수 있다(이러한 법규정은 노동조합의 권리를 제한하는 노동조합 활동에 대한 정부의 개입에 해당하고 ILO 제87호 협약 제3조에 반한다)(Digest, 1996, p.506; Digest, 2006, p.555, 560).¹²⁾

12) 실제 권고한 사례로는 Case No.2216, Report No.332, 2003, p.912; Case No.2251,

- 전체 조합원의 2/3 의결정족수의 준수를 요구하는 것은, 특히 노동조합이 넓은 범위에서 다수의 조합원을 갖고 있다면 충족되기 어려울 수 있다(Digest, 1996, p.511).
- 파업 개시를 위하여 관련된 ‘**모든 근로자의 과반수**’에 의한 결정을 요구하는 것은 지나치다. 특히, 대규모 사업장이나 조합원이 지리적으로 분산되어 있는 경우에 파업권을 사실상 불가능하게 한다(Digest, 1996, p.507, 509; Digest, 2006, p.548, 556, 557).¹³⁾
- 파업을 위해 ‘근로자의 절대적 과반수(an absolute majority of workers)’의 찬성을 요구하는 것은, 특히 많은 조합원이 구성된 노동조합이라면 충족되기 어려울 수 있다. 따라서 이러한 요구는 파업권을 심각하게 제한할 위험이 내포될 수 있다(Digest, 1996, p.508).
- 쟁의행위에 대해서 조합원의 사전·비밀투표를 요건으로 하는 것은 합리적인 요건이라고 볼 수 있다(Digest, 1996, p.503; Digest, 2006, p.559)
- 일정한 정족수를 준수하고 ‘비밀 투표’에 의해 파업을 결정해야 하는 의무는 허용될 수 있다(Digest, 1996, p.510).
- 파업 개시를 위하여 연합단체 및 총연합단체 구성원의 과반수(다수)의 동의 또는 관련 기업에 소속된 ‘근로자의 절대적 과반수의 승인’을 요구하는 법규정은 노동조합 조직의 활동에 심각한 제한이 될 수 있다(Digest, 1996, p.512; Digest, 2006, p.561).
- 노동조합 조직의 지역지부(local branches)에서의 파업 결정이 지역지부의 총회에서 가능한 것은 그 파업의 이유가 지역적 성격을 갖는 것이고, 노동조합 상부단체의 집행위원회에서의 파업 결정이 그 구성원의 절대 과반수로 할 수 있다면 합법적으로 파업이 결정된 것으로 해석되어 ‘결사의 자유원칙’에 맞는다(Digest, 1996, p.513; Digest,

Report No.333, 2004, p.987.

13) 이러한 경우에 해당 국가의 정부에게 법조항의 개정을 권고한 바가 있다(Digest, 2006, p.558). 그리고 재직조합원 과반수의 찬성을 요구하는 법률 규정의 개정을 실제로 권고하거나 개정 법률안의 문제점을 검토한 사례가 있다(Case No.1989, Report No.316, 1999, p.190; Case No.2094, Report No.326, 2001, p.486; Case No.1224, Report No.233, 1984, p.131).

2006, p.562).

- 최초의 파업 결의가 있는 이후(1차 투표)로부터 ‘3개월’ 이내에 파업을 행하지 않는다면 파업을 하기 위해서는 다시 파업 결의(2차 투표의 실시)를 있어야 한다는 요건은 결사의 자유에 반하지 않는 것이다(Digest, 1996, p.514; Digest, 2006, p.563)¹⁴⁾.
- 파업투표에 관한 요건을 위반한 파업참가자에 대한 해고가 범위반을 이유로 한 것이므로 결사의 자유 원칙에 반하지 않는다는 정부의 주장에 대하여, 파업 참가자에 대한 해고는 파업 참가 과정에서 형사상 범죄가 행해진 경우에 국한된다는 것이 ILO 입장이며 파업 참가를 이유로 한 해고가 범위반을 이유로 정당화되기 위해서 그 법 자체가 결사의 자유에 반하지 않는 것이어야 한다(Case No.2145, Report No.327, 2002, p.738; Case No.2252, Report No.332, 2003, p.874, 890).

3. 외국의 입법례

가. 일 본¹⁵⁾

- 일본의 노동조합법상 규약의 ‘필요적 기재사항’의 하나로 “동맹파업은 조합원 또는 조합원의 직접 무기명투표에 의하여 선출된 대의원의 ‘직접 무기명투표’의 과반수에 의한 결정을 거치지 않으면 개시하지 않을 것”을 규정하고 있다(제5조 제2항 제8호).이러한 조합원 찬반투표를 일반적으로 ‘파업권의 확립’이라고 표현하고 있다. 이 조항의 위반에 대한 벌칙 규정은 없다.
- 쟁의행위는 단체교섭에 의한 해결 가능성을 전제로 한 권리이지만, 단체교섭의 어느 단체에서 쟁의행위를 할 것인가는 노동조합의 전략

14) 이와 관련해 6주가 지나면 파업투표를 갱신할 것을 규정한 법률에 대해서 제한 없이 갱신할 수 있는 점을 보면 필요 없는 제한이며 노동조합의 내부 문제에 대한 개입의 여지를 없애도록 권고한 사례도 있다(Case No.1622, Report No.284, 1992, p.701, 705).

15) 송강직, 「일본에서의 쟁의행위찬반투표 법리」, 전국금속노동조합, 『쟁의행위찬반투표에 관한 법률토론회 자료집』, 2007. 6. 22, pp.19~48 참조.

에 관한 것이기 때문에 단체교섭을 충분히 하지 않았다는 이유만으로 쟁의행위의 정당성이 부인되는 것은 아니다. 따라서 일본에서는 쟁의행위가 독일의 전통적 법리와 같이 ‘최후의 수단’으로 이해되어야 하는 것은 아니다. 그러나 노동조합의 단체교섭 요구에 대해 사용자가 어떤 회답을 하기도 이전에 쟁의행위에 돌입한다든지, 아니면 단체교섭에 들어가기 이전에 위협 또는 세력 과시를 위해 하는 쟁의행위는 정당성이 인정되지 않는다.¹⁶⁾

- 단체교섭 과정에서 예고 없이 파업에 들어가는 경우 예고를 하지 않았다는 이유만으로 쟁의행위의 정당성이 부정되지 않고, 예고를 하지 않았기 때문에 사업의 정상적인 운영이 혼란에 빠지거나 마비되었다는 등의 사유를 개별적 사안에 따라 구체적으로 판단해야 한다.¹⁷⁾
- 노동조합 규약에서 정하는 찬반투표를 거치지 않고 쟁의행위에 돌입하는 경우, 절차 위반을 이유로 정당성이 부인되는가에 대해서는 학설 및 판례는 긍정설과 부정설이 대립하고 있다.

긍정설은 노동조합 규약에서 정하는 찬반투표 절차를 무시하는 것은 ‘중대한 절차’상의 하자라고 보아 쟁의행위의 정당성을 부인하고 있다.¹⁸⁾

16) 菅野和夫, 『労働法』(7판), 弘文堂, 2005, p.555.

17) 日本航空 事件(東京地決 1966. 2. 26).

18) 菅野和夫, 『労働法』(7판), 弘文堂, 2005, p.555; 日本通運會社 事件(秋田地決 1950. 9. 5 - 쟁의행위의 찬반투표는 노동조합의 민주화를 도모하려고 하는 것이며, 단체로서 그 의사를 결정하고 단체로서 행동하는 경우에 요구되는 사회적 원칙이라고 하면서, 결국 가치분의 필요성을 인정해 이를 인용하였다. 특히, 쟁의행위 찬반투표에 대해서, “秋田分會가 秋田分會로서 의사를 결정하기 위해서는 秋田分會 소속의 조합원 모두가 직접 표명한 자유로운 의사를 결집한 것이어야 한다. 이 사건에서는 秋田分會는 쟁의행위를 결행한지 여부에 대해서 각 반별로 투표를 행하고, 각 반별로 의사를 결정하여, 이를 합산해서 秋田分會로서의 의사를 결정한 것이라고 하지만, 이와 같은 방법은 조합원 모두가 직접적으로 표명한 의사를 합제한 것으로 보기 어렵다. 왜냐하면, 만약에 이와 같은 방법을 취하면, 秋田分會의 각 반 중 과반수의 찬성투표를 얻은 각 반의 수가 과반수에 이르게 되면, 예컨대 그 나머지 반에서 절대 다수가 반대하여 소속 조합원 개별 의사를 합계한다면 찬성자는 전체 조합원수의 절반에도 미치지 못하는 경우에도 각 반의 의사로서의 의사결정의 합계 결과로는 찬성투표의 방향으로 그 의사를 결정하게 된다. 이와 같은 결과를 허용하게 되면, 개별 조합원의 평등한 취급과 노동조합의 민주적인

부정설은 절차상의 흠결은 ‘단순히 노동조합 내부의 의사형성 과정의 하자’에 지나지 않으므로 쟁의행위의 정당성이 부인되는 것은 아니라고 본다.¹⁹⁾

- 다수의 판례는 절충설의 입장에서 쟁의행위는 어떠한 형태로든 조합원의 다수에 의하여 지지되어야 한다는 것을 밝히고 있지만, 이는 조합원 찬반투표의 실시 여부와 관계없이 실제로 발생한 쟁의행위가 조합원의 과반수의 지지를 받고 있다고 보이는 경우까지 포함하고 있다(“사용자와의 관계에서 볼 때에 분명히 노조 규약에 반하는 하자있는 결정이라고 하더라도 쟁의행위가 통일성을 지니고 단체교섭의 책임 있는 주체와 쟁의행위의 책임 주체임을 분명히 하는 한, 노동조합 내부에서 규약을 위반한 책임 문제가 발생한 것뿐이며, 쟁의행위 그 자체는 위법한 것으로 되지 않는다”).²⁰⁾ 다만, 반대 해석으로 조합원의 과반수의 지지를 받지 못한 쟁의행위의 경우 사용자와의 관계에서 당해 쟁의행위가 위법으로 될 수 있다고 하는 점을 인정하는 것에 그 한계가 있다.
- 헌법 제28조의 근로자단체인 경우에는 쟁의행위의 주체가 될 수 있으므로 이른바 ‘헌법상의 노동조합’이나 ‘쟁의단’도 쟁의행위를 할 수 있다. 다만, 노동조합법상의 노동조합이 아니므로 노동조합법이 창설한 법적 보호는 받을 수 없지만, 헌법이 보장하고 있는 민·형사상의 면책은 향유한다.

비공인 파업은 어떠한 경우에도 정당성이 인정되지 않는다.

운영을 지도한 노동조합법의 정신에 반하게 되고, 秋田分會 자신의 규약에 위반하고 민주적인 단체에서의 다수결 원리라고 하는 근본적인 원칙에도 어긋나는 것이 때문이다”고 하면서, 쟁의행위에 찬성한 조합원수가 秋田分會의 전체 조합원의 반수에도 이르지 못하였다는 것(≡ 秋田分會 소속 조합원 800명 중에서 279명이 찬성한 것에 불과함)에서 쟁의행위가 위법한 것이라고 하였다.

- 19) 西谷 敏, 『労働組合法』, 有斐閣, 1988, p.423(그는 이러한 절차 위반에 따른 쟁의행위에 의하여 노조 내에 혼란이 발생하고, 쟁의행위가 조합원 다수에 의하여 지지되지 못하고 있다는 인정된다면 ‘들고양이 파업’과 같은 문제가 발생한다고 하면서, 사용자와 관계에서 문제될 수 있다는 여지를 남기고 있다).
- 20) 日本通運會社 事件(秋田地決 1951. 6. 11), 興國人捐傭解雇 事件(大分地判 1966. 10. 25).

나. 영국

영국에서 쟁의행위의 절차로서 가장 중요한 것은 ‘쟁의투표’로서 노동조합 및 노사관계(통합)법은 이에 관해 상세하게 규정하고 있다. 투표의 대상은 조합원에 한정되지만 그렇다고 비조합원의 쟁의행위 참가가 금지되는 것은 아니다. 또한 쟁의행위를 단체교섭의 최후수단으로 보지는 않는 듯하다.

여기서 노동조합 및 노사관계(통합)법의 내용²¹⁾을 살펴보면, 쟁의행위에 따른 불법행위 책임으로부터 면책되기 위해서는 노동조합은 투표에 의해 지지되어야 한다(제226조 제1항). 쟁의행위 이전에 행해져야 할 투표의 요건은 다음과 같다. 노동조합이 쟁의행위에 참가시킬 것이라고 믿는 것이 합리적인 모든 조합원에게만 투표권이 주어져야 한다(제227조 제1항). 다만, 이 규정의 위반은 그것이 우연적이고 투표 결과에 영향을 줄 가능성이 없는 경우에는 무시된다(제232 B조). 투표시에 노조가 쟁의행위에 참가시킬 것이라고 믿는 것이 합리적이었던 조합원이 쟁의행위에 참가하지 않은 경우, 그 쟁의행위는 투표에 의해 지지되지 않은 것으로 본다. 노동조합은 조합원이 당해 투표 후에 노동조합에 가입한 경우에는 그 자가 투표하지 않았더라도 쟁의행위에 참가시킬 수 있다.²²⁾ 동시에 노동조합은 투표에 참가하지 않은 비조합원을 쟁의에 참가시킬 수 있다.

투표는 원칙적으로 각 사업장마다 행해야 한다(제228조). 이것은 온전한 사업장과 과격한 사업장의 찬반투표를 합계하여 쟁의행위권을 성립시키는 것을 막으려는 취지이다. 그러나 (i) 당해 쟁의행위가 각 사업장의 1인 이상의 조합원에게 영향을 주고 또한 (ii) 투표권이 다음과 같은 조합원에게만 제한된 경우, 즉 (a) 노조의 합리적인 믿음에 비추어 특정 직종(또는 몇 개의 특정 직종들)에 종사하고, (b) 그 노조와 쟁의관계에 있는 특정 사용자(또는 몇 명의 특정 사용자들)에게 고용되어 있는 당해 노

21) 小宮文人, 『イギリス労働法』, 信山社, 2001, pp.274~277의 내용을 노동조합 및 노사관계(통합)법상의 관련 조문 참조하여 정리. 전국민주노동조합총연맹, 「노사관계법제도 개선방안에 관한 연구」, 2006. 3. 31. 참조.

22) London Underground Ltd. v. National Union of Rail, Maritime and Transport Workers [1995] IRLR 636(CA).

조의 모든 조합원에게만 제한된 경우, 노동조합은 각 사업장에 공통의 투표를 실시할 수 있다(제228조 및 제228 A조). 투표가 각 사업장에서 행해질 필요가 없는 경우 그 복수의 사용자 중 1인이 조합과 쟁의관계에 있는 한 복수 사용자의 근로자를 포함할 수 있다.²³⁾ 여기서 ‘사업장’이란 고용된 자가 하나의 연관 시설들(premises)에서 노동하는 경우에는 그 시설들, 그리고 그렇지 않은 경우에는 그 자의 고용과 가장 관련성이 큰 시설을 말한다(제228조 제4항).

합리적으로 보아 실행할 수 있다면, 투표 용지는 각 유권자의 자택(유권자가 자택 이외의 주소를 지정하는 경우에는 그 주소)에 우편으로 전달되어야 하고, 또한 우편 투표의 기회가 주어져야 한다(제230조 제2항). 다만, 이 규정 위반도 그것이 예측할 수 없어 투표 결과에 영향을 줄 가능성이 없는 경우에는 무시된다(제232 B조).

투표 용지에는 파업 참가 또는 그 계속에 대해 ‘찬성’ 또는 ‘반대’로 답할 것을 요구하는 질문, 또는 파업 이외의 쟁의행위 참가 또는 그 계속에 대해 ‘찬성’ 혹은 ‘반대’로 답할 것을 요구하는 질문을 기재해야 한다(제229조 제2항). 그러므로 파업과 그 밖에 쟁의행위는 별도의 투표 사항으로 된다.²⁴⁾ 투표 용지에는 다음과 같은 문구가 반드시 포함되어야 한다(제229조 제4항). “당신이 공식적이며 기타 합리적인 파업 기타 쟁의행위에 참가한 것을 이유로 해고된 경우, 당신이 그 쟁의행위에 참가한 날로부터 8주 이내에 해고되면 그 해고는 부당하고, 그리고 경우에 따라서는 그 기간이후(8주 이후)에도 그 해고는 부당하게 될 수 있다.”²⁵⁾

투표 방법은 투표인이 투표 용지에 마킹을 하는 것이어야 한다(제229조 제1항). 투표 용지에는 ‘독립 선거감독인(independent scrutineer)’의 성명, 확실하게 특정된 반송 주소와 반송일 및 용지 번호를 기재하여야

23) University of Central England v. NALGO [1993] IRLR 81 (HC).

24) Post Office v. UCW [1990] ICR 258 (CA).

25) If you take part in a strike or other industrial action, you may be in breach of your contract of employment. However, if you are dismissed for taking part in strike or other industrial action which is called officially and otherwise lawful, the dismissal will be unfair if it takes place fewer than eight weeks after you started taking part in the action, and depending on the circumstances may be unfair if it take place later.

한다(제229조 제1A항). 투표 용지에는 또한 쟁의행위에 찬성하는 경우 당해 쟁의행위에 대하여 지령권을 가진 자가 누구인지를 명시해야 한다(제229조 제3항).

유권자의 투표는 노동조합 등(노동조합, 노동조합의 임원이나 조합원 그 밖에 근로자)의 개입 없이 자유로이 이루어져야 하며, 합리적으로 실행할 수 있다면 투표자에게 비용을 들게 해서는 안 된다(제230조 제1항). 유권자는 합리적으로 실행할 수 있다면 자신의 집(또는 그가 지정한 주소)에서 우편으로 우송된 원본(young paper)을 받아야 하고, 우편으로 투표할 수 있는 편만한 기회를 부여받아야 한다(제230조 제2항). 선거는 합리적 실행 가능한 한 비밀투표로 해야 하고, 투표 계산은 공정하고 정확하게 이루어져야 한다(제230조 제4항). 투표 계산의 부정확성은 그것이 우연적이고(accidental) 투표 결과에 영향을 미치지 않는 경우에는 무시된다.

쟁의 투표가 성립하기 위해서는 ‘찬성’투표가 과반수에 이르러야 한다(제226조). 유권자가 50명을 초과하는 경우에는 노동조합은 선거 실시 전 자격 있는 자(선거감독인)를 임명해야 한다. 감독인은 투표 종료 후 4주 이내의 가능한 이른 시기에 그 투표에 관한 보고서를 작성하여야 한다. 유권자 및 사용자는 그 청구에 기해 보고서의 사본을 얻을 수 있다(제226B조, 제226C조 및 제231조).

노동조합은 합리적으로 보아 유권자의 사용자라고 생각되는 모든 자에 대하여 투표 실시의 예고 및 투표 용지의 샘플의 획득이 가능하도록 필요한 조치를 강구하여야 한다. 이 경우 예고는 투표 최소 7일 이전에 부여되어야 하고 투표일의 특정 및 당해 사용자가 준비하는 데 필요한 조합 소유의 정보가 기술되어야 한다. 그리고 샘플은 투표일 3일 전까지는 제공되어야 한다(제226A조). 투표 실시후 가능한 한 빨리 유권자 및 사용자에게 투표수, 찬반 투표수, 무효표수를 통지해야 한다(제231조 및 제231A조). 각 사업장에게 별개의 투표가 실시된 경우, 그 사업장별로 위의 요건에 따라 근로자의 불법행위 책임이 판단된다(제226조 제3항). 노동조합은 쟁의 투표 전에 쟁의 지령을 내릴 수 없다(제233조 제3항). 투표로부터 4주 이내에 쟁의 지령이 내려지고 쟁의가 개시되어야 한다(제233조 및 제234조 제1항). 다만 노동조합은 법원에 최고 12주간 이내에 그 기간 연장

의 허가를 구할 수 있다(제234조 제1항 및 제6항). 노동조합은 쟁의행위에 참가하거나 시키려고 생각하는 근로자의 사용자에 대하여 그 근로자의 종류 및 그 행위의 계속 또는 비계속에 관한 예고를 주기 위하여 필요한 조치를 취해야 한다. 이 예고는 투표 결과의 통지일로부터 시작하고 그 예고에 특정된 최초일의 7일 전까지 종료하는 날까지 하여야 한다(제234A조).

다. 아일랜드²⁶⁾

- 아일랜드 노사관계법(1990) 제14조 제2항: 모든 노동조합의 규칙은 다음의 규정을 포함시켜야 한다.
 - 노동조합은 파업이나 다른 쟁의행위의 찬성 또는 지지를 할 때 모든 구성원들에게 동등한 투표권과 비밀투표 없이는 노조를 결성하고 관여할 수 없다.
 - 노동조합은 모든 구성원들이 가능한 한 노동조합이나 그 구성원들, 임원들이나 근로자들 등에 의하여 강제 또는 방해받지 않으면서 투표하고, 투표 시에 공정한 기회가 주어지도록 하기 위하여 적절한 단계를 거쳐야 한다.
 - 경영위원회나 노동조합의 다른 지배 세력은 비밀투표에서 그 구성원 투표의 과반수의 결정에 반하여 파업 또는 다른 쟁의행위를 찬성 또는 지지할 때, 노동조합을 결성하거나 관여해서는 안된다.
 - 비밀투표의 결과가 노동조합회의에 가입되어 있는 노동조합에 의해 관리되는 경우, 또는 하나 이상의 노동조합에 의한 투표를 할 때, 투표 총수의 과반수가 다른 노동조합에 의해 조직된 파업을 지지하는 데 찬성한 경우에 그러한 지지행동의 결정은 그 행동이 아일랜드 노동조합회의에 의해 인가되지 않았다면 실행될 수 없다.
 - 비밀투표의 실행 후 곧바로 노동조합은 투표할 자격이 있었던 구성원들에게 알리는 데 적절한 단계를 거쳐야 한다.

26) 노사관계제도선진화연구위원회, 「노사관계법·제도 선진화 방안」, pp.63~64 참조.

- 발행한 투표 용지의 수
- 투표를 한 투표자의 총수
- 계획에 찬성한 투표자의 수
- 계획에 반대한 투표자의 수
- 기권자의 수

라. 독일

1) 쟁의행위의 절차 및 규제

쟁의행위(Arbeitkamp)의 개념과 절차나 규제 그리고 정당성 등을 규율하는 법률 또는 법률상의 규정은 없고, 판례와 학설이 정립한 기준에 의하여 판단한다.

2) 학설과 판례의 동향과 쟁의행위의 최후 수단성

- 단체협약과 관계: 쟁의행위의 기능은 협약자치의 보조적 수단이므로, ‘쟁의행위법’은 ‘단체협약법’에 속한다고 설명할 정도로 단체교섭과 단체협약을 중심으로 하여 쟁의행위를 해석하고 판단한다.
- 쟁의행위의 정당성

주체의 정당성 측면(협약을 체결할 수 있는 당사자), 절차의 정당성 측면(협약상의 평화의무에 위반금지), 태양의 정당성 측면(최소유지업무의 이행 등과 같이 공공의 복지를 침해금지), 비례성의 원칙으로 판단하고 있다.

쟁의행위의 단체협약적 한계, 합법적인 쟁의행위의 절차원칙, 특별한 법규상의 금지 등으로 구별하여 쟁의행위의 정당성을 판단하고 있다.

쟁의행위는 단체협약의 체결을 목적으로 단체협약에 규정할 수 있는 사항에 관하여 단체협약 당사자 사이에 행하여야 한다. 단체협약의 종류 또는 효력범위에 따라 당사자가 다르므로 사용자의 경우 쟁의행위의 주체와 대상이 다르다.

새로운 단체협약을 체결할 목적으로 협약당사자 사이에 행해진 쟁의행위라도 ‘쟁의평등(Gebot der Kampfparität)’과 ‘비례성의 원칙(Verhältnismäßigkeitsrundsatz)’을 준수하는 경우만 정당성을 인정하고 있다.

- 쟁의평등(무평등, Waffengleichheit)은 협약당사자 사이에 교섭과 쟁의행위에 있어서 힘의 균형이 보장되어야 함을 의미한다.
- ‘비례성의 원칙’은 쟁의행위는 상대방의 권리뿐만 아니라 제3자 또는 일반인에게도 부담을 발생시키는 것이므로 쟁의행위의 목적을 달성하는 데 부적합 또는 불필요, 그리고 비례성을 벗어나는 쟁의행위는 허용되지 아니함을 의미한다. 특히 비례성 원칙과 관련해 판례는 쟁의행위는 최후의 수단으로 인정되는 것이어야 한다고 하고 있다. 여기서 쟁의행위가 ‘최후의 수단’이어야 한다는 것은 협약 당사자 간에 모든 타협의 가능성이 소진된 이후에 쟁의행위가 실시될 수 있다는 것을 의미한다. 따라서 협약당사자가 체결하고자 하는 단체협약의 내용을 요구하였고, 이에 따라 단체교섭이 있었거나 또는 상대방이 이에 대한 교섭을 거부하는 경우에 협약 당사자가 더 이상의 교섭 가능성이 없기 때문에 교섭이 결렬되었다고 선언하는 것으로 충분하다. 다만, 쟁의행위가 실시되기 위해서는 노동조합이 파업 결의와 그 공표가 요구된다.

쟁의행위시의 수단과 방법은 법률(기본법, 공공근무법(öffentliches Dienstrecht), 사업(장)조직법 등)의 규정에 위반되지 아니해야 한다는 것을 의미한다.

3) 비조합원의 쟁의행위 참가

판례와 학설은 쟁의행위를 수행하는 노동조합의 조합원이 아니라고 하더라도, 쟁의행위가 수행되는 사업(장) 내의 비조합원 또는 다른 노동조합 소속의 조합원은 쟁의행위에 참여할 수 있다고 한다.

마. 프랑스²⁷⁾

- 프랑스에서 파업권은 집단적으로 행사되어야 할 근로자의 개별적

27) 전국민주노동조합총연맹, 「노사관계법제도 개선방안에 관한 연구」, 2006. 3. 31. 참조.

권리로 보고 있기 때문에 파업권과 조합원 여부는 아무런 관계가 없다. 비조합원도 파업권을 행사할 수 있고, 조합원이라고 하여 파업에 참여할 의무가 있는 것도 아니다. 다만, 공공부문의 경우 대표적 노동조합에 의한 ‘파업예고제도’를 채택하고 있기 때문에 공공부문 종사 근로자의 경우 대표적 노조에 의한 파업예고가 있어야 개별적으로 파업권을 행사할 수 있다.

- 헌법은 법률에 의한 파업권의 규율 내지 제한 가능성을 예정하고 있으나 민간부문의 경우 파업의 법적 효과(근로계약의 정지, 보수 등 차별금지, 해고의 무효)에 관한 일반원칙만을 규정하고 있을 뿐(노동법전 L.521-1조)이고, 파업권을 일반적으로 제한하는 법규정은 존재하지 않는다. 그리고 파업의 정당성에 관한 법리는 판례에 의해 구축하고 있다.
 - 헌법(1946년 헌법 前文 제7항): “파업권(droit de grève)은 이를 규율하는 법률의 범위 내에서 행사된다.”
 - 노동법전 L.521-1조: “① 근로자에게 중대한 비행(faute lourde)이 없는 한 파업은 근로계약을 종료시키지 않는다.
 - ② 파업을 이유로 하는 보수 및 사회적 이익(avantages sociaux)에서의 사용자의 차별적 조치는 금지된다.
 - ③ 본조 제1항을 위반하여 이루어진 모든 해고는 무효이다.”
 - 판례에 따르면, 파업은 직업적 요구를 관철하기 위하여 근로자들이 ‘단결하여 집단적으로 근로(노무제공)를 정지하는 행위’(une cessation collective et concertée du travail)를 말한다. 근로자들 사이에 ‘근로의 정지’에 대한 집단적인 의사의 합치가 있어야 하나 노동조합과 같은 단결체의 존재 내지 개입, 조직적인 사전 파업계획과 준비 또는 파업개시 여부에 관한 특별한 절차이행 등을 필요하지 않는다. 파업에 대한 공통의 의사, 즉 동일한 목적을 달성하기 위하여 파업하고자 하는 근로자들의 개별적 의도가 단순히 합치되면 충분하기 때문에 파업은 순간적으로 개시될 수도 있다. 28) 노동조합에 의한 파업의 지시나 결정(과기원 사회부, 1981

28) Jean-Emmanuel Ray, *Droit du travail*, Liaisons, 1998, pp.421~422.

- 년 2월 19일 판결²⁹⁾), 투표방식에 의한 파업 의사의 확인(파기원 사회부, 1956년 1월 20일 판결³⁰⁾) 등의 절차는 요구되지 않는다.
- 파업을 통해 근로자들이 관철하고자 하는 직업상 요구는 파업 개시 이전에 표출되어야 하지만 이에 대한 사용자의 거부가 있어야 파업이 가능한 것은 아니다(파기원 사회부, 1992년 5월 20일 판결³¹⁾). 직업적 요구에 대한 사용자와의 사전교섭 또는 사용자의 사전 거부는 파업의 정당성 요건에 해당하지 않는다(파업의 최후 수단성 부인).
 - 단체협약에 의한 파업권의 제한(예: 파업예고, 사전분쟁조정절차)은 근로자에 대한 구속력이 없다는 것이 판례의 입장(파기원 사회부, 1995년 6월 7일 판결³²⁾)이다. 다만, 이러한 협약 자체가 무효는 아니고 협약체결 당사자인 노조를 구속하는 효력은 인정된다는 것이 학설의 입장이다.³³⁾
 - 법(노동법전 L.522-1조 이하)은 알선·조정·중재의 분쟁조정절차를 규정하고 있지만 이러한 분쟁조정절차가 개시되기 이전이라도 파업이 가능하며, 설령 법정 분쟁조정절차가 개시되었다고 하더라도 이러한 절차가 종료될 때까지 파업이 금지되는 것도 아니다.³⁴⁾
- 공공부문(service public)의 경우 파업의 절차와 형태를 일부 제한하고 있고, 특히 일부 공무원들에 대해서는 파업권을 전면적으로 부인하고 있다.
- 민간기업이라 할지라도 공공서비스를 담당하고 있으면 공공부문 파업 규율이 적용(노동법전 L.521-2조)되고 있다.

29) Bull. civ., V, n°143, p.106.

30) Droit social, 1956, p.287.

31) Bull. civ., V, n°319, p.199.

32) Droit social, 1996, p.12.

33) Christophe Radé, “Exercice du droit de grève et négociation collective,” Droit social, 1996, pp.39~40 참조.

34) Annette Ganzer, La licéité de la grève dans les entreprises du secteur privé et dans les services publics, Thèse de l’université de Nancy II, 1993, p.381.

※ 노동법전 L.521-2조: “본질의 규정은 국가·광역지방(régions)·eh·인구 1만 이상 시의 직원과 공공서비스의 운영을 담당하는 공공 내지 민간의 기업·단체·기관의 종업원에게 적용된다. 그리고 L.134-1조 2항에 의거 시행령이 규정하는 기업의 종업원에게도 적용된다.”

- 대표적 노동조합에 의한 파업개시 5일 이전의 파업예고(파업 이유, 파업의 일시와 장소 및 기간 명시) 및 예고기간 중 노사의 교섭의무를 지우고 있다(노동법전 L.521-3조).

※ 노동법전 L.521-3조: “① L.521-2조상의 직원 및 종업원이 파업권을 행사하는 경우에는 근로의 집단적 정지에 앞서 예고가 있어야 한다. ② 예고는 해당 직업 범주나 기업, 단체 내지 서비스의 범주에 있어서 전국적 차원에서 가장 대표적인 단체 내지 조합에 의해 이루어져야 한다.

③ 예고에는 파업의 이유를 명시한다.

④ 예고는 파업개시 5일 이전에 해당 관청이나 기업, 단체, 기관의 장에게 알려야 하고, 예정된 파업의 장소, 일시, 기간을 정하여야 한다.

⑤ 예고기간 동안 관계 당사자들은 교섭할 의무가 있다.”

- 부서나 사업장 또는 직종 등에 따라 파업의 개시 및 종료 시각을 달리하여 연쇄적으로 이루어지는 파상파업(grève tornante)을 금지하고 있다(노동법전 L.521-4조).

※ 노동법전 L.521-4조: “① L.521-2조가 규정하는 자에 의한 근로의 집단적 정지의 경우, 그 정지의 시간과 근로 재개의 시간은 관련 근로자의 다양한 범주 내지 부분에 따라 달라질 수 없다.

② 하나의 동일한 사업장·부서의 다양한 부분 내지 직업 범주 또는 하나의 동일한 기업·단체의 서로 다른 사업장이나 부서에 영향을 미치는 연속적 분할방식(échelonnement successif)이나 집단적 교대방식(roulement concerté)에 의한 근로의 정지는 금지된다.”

- 공무원관계법령은 일정 범주에 해당하는 공무원들의 파업권을 전면적으로 박탈하고 있다. 예컨대, 경찰 및 기동경찰(1947년, 1948

년), 교도관(1958년), 법관(1958년), 군인(1972년), 내무부 통신(전달)담당 직원(1978년) 등이다.³⁵⁾

바. 미국³⁶⁾

- 와그너법이라고 불리는 1935년 연방노동관계법(NLRA: National Labor Relation Act)은 근로자의 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 보장하였고, 이를 저해하는 사용자의 행위를 부당노동행위(unfair labor practice)로 금지하고 있다. 그 후 1947년에는 법개정(태프트-하틀리법)을 통해 노동조합의 부당노동행위를 규정하고 있다.
 - NLRA는 민간부문에 적용되고 공공부문에는 적용되지 않는 것이 원칙이다. 다만, 민간부문의 경우에도 국가긴급사태 및 보건의료 기관에 대한 특별규정을 두고 있다.
- NLRA 제7조에 의해 보장되는 단체행동은 ‘근로자’가 ‘단체교섭 또는 기타 상호부조 내지 상호보호를 위하여 행하는 협동행위(concerted activities for the purpose of collective bargaining or other aid or protection)’를 말한다.
 - 이러한 단체행동의 개념에 해당하는 행위는 부당노동행위제도에 의해 ‘보호되는’ 행위로서 적법하게 평가된다.
 - NLRA 제7조는 ‘단체교섭 기타 상호부조 내지 상호보호’를 위해 ‘근로자’가 행하는 ‘협동행위’를 널리 단체행동으로 규정하고 있고, 쟁의행위의 주체를 노동조합으로 한정하고 있지 않다.³⁷⁾ 근로자가 단독으로 행하는 행위도 다른 근로자를 대표하여 사용자에게 항의하는 경우와 같이 근로자집단의 의사에 근거하는 것이면 단체행동에 포함하고 있다. 즉, 다른 근로자와의 관련성이 인

35) Jean Pélissier, Alain Supiot et Antoine Jeammaud, Droit du travail, Dalloz, 2004, p.1251.

36) 전국민주노동조합총연맹, 「노사관계법제도 개선방안에 관한 연구」, 2006. 3. 31. 참조; 中窪裕也, 『アメリカ勞働法』, 弘文堂, 1995 ; 한국경영자총협회, 『미국의 노동법』, 2005 참조.

42) NLRB c. Washington Aluminum Co. 370 U.S. 9 (1962).

정되면 근로자 개인의 행위도 쟁의행위로 인정하고 있다.

- 쟁의행위 목적의 측면에서 단체교섭을 위한 쟁의행위는 적법
 - NLRA 제8조 (d)에 의하면 교섭대상은 ‘임금, 근로시간 및 기타 고용 제 조건’으로 규정되고 있고, 판례는 1958년 이래로 이러한 법규정 교섭대상을 의무적 교섭사항으로 파악하면서 이에 대한 쟁의행위를 할 수 있다고 보고 있다. 그 밖의 임의적 교섭사항 및 위법교섭에 대한 쟁의행위는 허용되지 않는다.
 - 경영상의 결정, 관리권한, 정책 사항 등은 그것이 임금, 근로시간 및 기타 고용상의 제 조건³⁸⁾과 연관되거나 영향을 미치는 경우 또는 사용자에게 주는 부담보다 근로자의 이익에 더 큰 영향을 미치는 경우 의무적 교섭사항으로 인정하고 있다.
- NLRA 제8조 (b)는 노동조합의 부당노동행위의 하나로서 위법한 쟁의행위를 규정
 - 핫카고(Hot-Cargo)협정³⁹⁾의 체결, 2차적 보이콧⁴⁰⁾, 인증된 다른 교섭대표가 있음에도 불구하고 교섭요구를 목적으로 2차적 사용자에게 의해 고용된 자에게 물건의 취급 거부와 노무 제공의 거부를 행하도록 권장하는 것과 협박·위압·방해를 행하는 것은 금지되는 쟁의행위를 말한다.
- 의료기관 및 철도·항공산업에서의 파업(stoppages)을 제외하고, 노사 당사자가 단체협약을 갖고 있지 않는 경우 파업개시 이전에 충족되어야 하는 절차를 법으로 규정하고 있지는 않다.⁴¹⁾

38) ‘기타 고용 제 조건’은 기본적인 근로조건 외에 안전위생, 작업환경, 휴가와 보너스, 기업연금, 의료보험, 일시해고(lay-off), 고충·중재절차, 선임권, 숃(shop)제, 노동조합비 공제협정, 평화의무(no-strike)조항, 단체교섭절차 등이 해당한다.

39) 핫카고 협정은 단체협약 가운데 다른 사용자 측에서 노사분쟁이 발생한 경우에 근로자가 그 제품을 보이콧하는 것을 인정하는 것 또는 사용자가 자신이 그것의 거래를 중지하는 것을 정한 조항을 말한다.

40) 노동조합이 노사분쟁의 직접 당사자인 1차적 사용자 이외의 자에 대하여 행하는 파업, 피케팅, 보이콧 등을 2차적 압력행위로 부르고, NLRA는 2차적 보이콧을 목적으로 하는 2차적 압력행위를 금지하고 있다.

41) R. Blanpain(ed.), *Strike and Lock-outs in Industrialized Market Economies*,

○ 연방노동관계법(NLBA)하에서 노사당사자가 이미 협약을 체결한 경우 그 협약에 정한 근로조건을 변경하기 위한 파업은 동법이 정하는 일정한 요건을 충족하지 않는 한 부당노동행위에 해당한다(동법 제8조 (d)).

○ NLRA 제8조(d)는 협약의 종료 또는 개정에 따른 특별절차를 규정 첫째, 협약의 종료 또는 개정의 제안은 서면으로 협약기간 만료일 60일(기간의 정함이 없는 협약의 경우 희망하는 종료·개정일의 60일) 전에 상대방에게 통지하여야 한다(제8조 (d)(1)). 따라서 타당 당사자에게 서면 통지 후 60일이 경과하지 않는 한 협약상 근로조건을 변경을 제안한 당사자에 의해 파업은 위법이고,⁴²⁾ 그리고 협약 그 자체에서 협약만으로 이전에 특정 조항이 재고(reconsideration)될 수 있음을 규정하고 있지 않는 한 기존 협약의 만료 이전에는 파업이 개시될 수 없다.⁴³⁾

둘째, 새로운 협약 체결 또는 협약 개정을 위한 교섭을 상대방에게 신청하여야 한다(제8조 (d)(2)). 따라서 기존의 협약을 변경하거나 종료시키기 위한 파업은 그러한 변화의 제안과 관련한 교섭을 하지 않는 한 부당노동행위에 해당한다.⁴⁴⁾

셋째, 사용자에 대한 교섭제안(협약종료·개정) 통지일로부터 30일 이내에 합의가 성립되지 않는 경우 연방알선조정국(Federal Mediation and Conciliation Service: FMCS) 및 주(州)의 조정기관에 분쟁의 존재를 통지하여야 한다(제8조 (d)(3)).

넷째, 사용자에 대한 교섭제안(협약종료·개정) 통지일로부터 60일간 또는 협약의 만료일까지는 파업과 직장폐쇄가 허용되지 않으며 기존 협약의 모든 규정이 완전하게 그 효력을 발생한다(제8조 (d)(4)). 따라서 협약의 종료·개정에 따른 분쟁에서 쟁의행위가 금지되는 60일간의 단체교섭기간(이를 ‘냉각기간’이라고 부름)이 설정되고 그 중 30일 이상은 조정기관의 관여가 확보되어야 한다. 즉, FMCS 등에 분쟁의 존재를 통지한

Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p.222.

42) R. Blanpain(ed.), *op. cit.*, pp.222~223.

43) R. Blanpain(ed.), *op. cit.*, pp.222.

44) *Ibid.*

후 30일이 경과하여야 파업을 할 수 있다.⁴⁵⁾

- 위와 같은 절차를 준수하지 않은 경우 교섭의무 위반이 성립하며, NLRA 제8조 (d)에서는 동조의 (d)(4)를 위반한 파업(60일의 냉각·교섭기간을 위반한 파업)에 참여한 근로자는 동법 제8조, 제9조, 제10조와의 관계에서 피용자의 지위를 상실하는 것으로 규정하고 있기 때문에 부당노동행위의 보호를 받지 못하며 교섭대표선거절차에 참여할 수 없게 된다.⁴⁶⁾
 - 쟁의가 금지되는 기간을 제외하면 자유롭게 파업을 할 수 있고, 쟁의 금지기간에도 협약 교섭에서 사용자에게 압력수단으로서의 파업이 금지되는 것이지 사용자의 부당노동행위에 대항하기 위한 파업까지 금지되는 것은 아니라는 것이 판례의 입장이다.⁴⁷⁾
 - NLRA상의 교섭신청 및 통지규정(제8조 (d)(2)(3)(4)은 사용자와 교섭대표 노조 간의 분쟁에 적용되는 것이기 때문에 교섭대표가 아닌 노조와 사용자 간의 분쟁(파업)에는 적용되지 않는다(제8조 (d)).
- 의료기관에서의 교섭분쟁의 경우 쟁의금지기간(교섭기간)은 90일로 연장되며, 사용자에 대한 교섭제안(협약의 종료 내지 개정을 위한 교섭제안) 통지일로부터 60일 이내에 합의가 성립되지 않는 경우 조정기관에 분쟁의 존재를 통지해야 한다. 그리고 최초의 협약 체결을 위한 교섭의 경우에도 노동조합은 조정기관에 분쟁의 존재를 통지(최소 30일 이상)해야 한다(이상의 내용은 제8조 (d)(A)(B)).

사. 스와질랜드⁴⁸⁾

- 스와질랜드 노사관계법(1996) 제66조 【파업 또는 직장폐쇄 절차】
 - 제2항: 파업행위를 할 의도를 가진 당사자는 노동위원회에 문서로 통지를 하고, 근로자 조직에 직접 영향을 미치는 사용자 또는

45) R. Blanpain(ed.), *op. cit.*, p.223.

46) 中窪裕也, 『アメリカ労働法』, 弘文堂, 1995, p.126 참조.

47) Ibid.

48) 노사관계제도선진화연구위원회, 「노사관계법·제도 선진화 방안」, pp.64~65 참조.

경영자협의회에 통지 사본을 보내야 한다. 노동위원회는 통지의 수령 후 7일 이내에 당사자들의 출석하에 파업에 참가할 근로자 과반수가 그러한 행동에 찬성하는지를 결정하기 위한 비밀 투표를 감독하고 결정해야 한다.

- 제3항: 노동위원회는 모든 근로자들이 투표할 기회를 가지도록 하기 위하여 모든 '적정한 단계'를 거쳐야 한다.
- 제4항: 제2항의 기간 동안 어떤 사용자는 노동위원회가 관련 근로자들의 이름과 제2항의 투표를 감독하기 위하여 노동위원회가 요청할 수 있는 다른 정보들을 제공할 의무를 진다.
- 제5항: 노동위원회는 투표 후 48시간 이내에 당사자와 법원에 파업투표의 결과를 신고해야 한다. 그러나 노동위원회가 이 규정에 의해 투표를 하는 데 실패한 경우 이 법의 보호하에 다른 방법으로 합법적인 파업을 방해하지는 못한다. 다만, 그러한 실패가 근로자 당사자 중 일부의 비협력적인 행동에 기인하는 것이라면 어떠한 파업 행동은 이 법의 보호를 받지 못하고 불법으로 다룬다.
- 제6항: 투표에서 승인을 충족하는 근로자 과반수가 파업행위의 찬성에 투표한 때, 또는 노동위원회가 각기 제2항과 제5항의 파업투표의 결과를 감독하거나 통지하는 데 실패한 때에 파업은 이 법을 준수한 것으로 간주된다. 다만 최소한 행동을 개시하기 48시간 전에 노동위원회와 당사자들에게 새로운 통지가 있어야 한다.

아. 잠비아⁴⁹⁾

잠비아의 노사 및 노동관계법, 1993(1997년 노사 및 노동관계법에 의해 수정)에 의하면,

○ 조정에 의해 해결하는 데 실패한 경우

- 제78조 제3항: 당사자들이 파업이나 직장폐쇄를 하기로 결정할 때, 출석근로자의 과반수가 파업 또는 직장폐쇄에 찬성하지 않으면 당사자들은 파업 또는 직장폐쇄를 할 수 없다.

49) 노사관계제도선진화연구위원회, 「노사관계법·제도 선진화 방안」, p66 참조.

Ⅲ. 쟁의행위 절차의 찬반투표

1. 쟁의행위 찬반투표 조항 연역

쟁의행위 ‘찬반투표와 관련 조항의 연혁’을 살펴보면, (i) 1953년 3월 8일 제정된 ‘노동쟁의조정법’에서는 ‘노동조합의 명의 사용 제한’이라는 표제어로 “노동조합을 조직한 노동자가 쟁의행위를 할 때는 조합원의 직접 무기명투표에 의하여 과반수로써 결정하지 아니하면 노동조합의 명의 로써 쟁의행위를 할 수 없다”(제8조)고 규정하면서, 그 위반시 6개월 이하의 징역 또는 벌금에 처한다고 규정하였다(제26조), (ii) 1963년 4월 17일 개정된 ‘노동쟁의조정법’에서는 ‘쟁의행위의 제한’이라는 표제어로 “노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접 무기명투표에 의한 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다”고 규정하면서(제12조 제1항), 그 위반시에는 1년 이하의 징역 또는 벌금에 처한다고 규정하였다. 이때는 벌칙이 약간 강화되었다. 이로써 노동조합 일반의 쟁의행위 제한으로 찬반투표가 본격적으로 드러나게 되었고, 현행 노조법까지 그 기본틀을 그대로 유지되고 있는 것이다. (iii) 1987년 11월 28일 개정된 ‘노동조합법’이 규약의 필요적 기재사항으로 ‘쟁의에 관한 사항’을 포함시켰다(제14조 제15호). 이로써 규정의 기재 여부가 노동조합의 설립 여부를 좌우할 수도 있는 결과를 초래했지만, ‘쟁의에 관한 사항’은 구체적으로 쟁의행위에 관한 것 중에서 어떠한 사항인지는 규정을 두지 않았다. (iv) 1986년 12월 31일 개정 노동쟁의조정법은 기존의 ‘직접 무기명 투표’를 ‘직접·비밀·무기명투표’로 개정해 ‘비밀투표’를 추가하였다. 이것은 쟁의행위의 찬반투표에 있어 조합원 총회에서 거수나 구두에 의한 표결을 허용되지 않음을 다시금 명확화하였다. (v) 1997년 3월 13일 제정된 ‘노동조합 및 노동관계조정법’은 “... 조합원의 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면...”이라고 개정함으로써 ‘조합원의 과반수의 찬성’임을 명확화하였다(제41조 제1호). 이것의 의미는 재적조합원 과반수임을 명확하게 하

자는 취지로 변경함으로써 과반수 출석에 과반수 찬성이라는 일반 의결 정족수의 의미로 해석될 소지를 차단하자는 입법이었다.⁵⁰⁾

2. 쟁의행위 찬반투표와 공정성·투명성 제고를 위한 노사관계 법·제도 선진화 방안

쟁의행위의 절차로서 쟁의행위 찬반투표에 대하여, 현재 조합원의 직접·비밀·무기명 투표에 의해 과반수의 찬성을 얻어 쟁의행위를 실시하도록 의무화하고 있다. 경제적 불이익을 가져오는 쟁의행위 결정에 조합원의 의사가 공정하고 투명하게 반영될 필요가 있다. 이에 대해서, 노동계는 과업 찬반투표 규정을 정당성 판단에 영향을 미치며, 별칙으로 처벌하는 것은 쟁의행위를 불온시하는 군사정권의 잔재이고, 노동조합 규약으로 내부적으로 정할 사항으로 이를 법률로 강제할 성질이 아니라는 이유

현행법	노·사 요구	선진화 방안	국제기준·외국 입법례
○ 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정	○ 노: 자율화 ○ 사:요건강화, 우편투표제 도입	○ 재적 과반수 요건 유지 ○ 과업 찬반투표의 공정성과 투명성을 확보하기 위한 합리적 조치 마련 - 투표 시기 또는 투표의 유효기간 설정 - 투표 결과의 공개·보존·열람 및 노동위원회의 행정 지원 - 투표 결과 사용자 및 노동위원회에 통지	○ (외국)일본, 영국은 과반수, 독일은 규약에 의해 규율(금속노조 3/4), 영국은 우편투표

50) 김기덕, 「쟁의행위찬반투표 법리에 관한 검토」, 전국금속노동조합, 『쟁의행위찬반투표에 관한 법률토론회 자료집』, 2007. 6. 22, pp.97~111 참조.

로 ‘삭제(폐지)’하여 자율화하자고 주장⁵¹⁾하고 있고, 반면에 경영계는 2/3 찬성을 얻도록 요건을 강화하고, 우편투표제 도입 등을 주장하고 있다. 그런데, 선진화 방안에서는 파업 찬반투표의 공정성과 투명성을 확보하기 위한 개선방안을 제안하였다.⁵²⁾ 이에 현행 쟁의행위 찬반투표에 대하여 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하는데, 재적 과반수의 요건을 유지하되, 파업 찬반투표의 공정성과 투명성을 확보하기 위한 합리적 조치를 마련하기 위해서는, **투표 시기 또는 투표의 유효기간 설정**⁵³⁾, **투표 결과의 공개·보존·열람** 및 노동위원회의 행정 지원⁵⁴⁾, **투표 결과 사용자 및 노동위원회에 통지**⁵⁵⁾할 것을 제안하였다.⁵⁶⁾⁵⁷⁾

51) 이와 마찬가지로, 노동조합의 자율과 책임을 강조하는 측면에서 보면, 선진화 방안은 노사자치주의를 침해할 수가 있다. 특히, 이에 대한 노동위원회의 행정 지원은 취지는 공감하지만 ‘공정성’이 먼저 담보되어야 한다. 또한 복수노조가 도입되면 각 노동조합이 자체적인 책임 아래에서 파업 여부를 결정하고, 그에 따른 불이익도 받도록 노동조합의 자치와 책임을 강조하는 방향으로 유도해야 한다. 이러한 방향이라면 쟁의행위 찬반투표에 관한 법률 규정 자체의 ‘폐지’가 바람직하며, 그렇지 아니하면 최소한 현행대로 존속함이 타당하다는 견해가 있다(박수근, “쟁의행위, 분쟁조정, 노동위원회 관련”, 노사관계법·제도 선진화 방안 대응 교육워크숍 제2차 발제 자료(2004. 5. 14))

52) 노동부, 「노사관계 법·제도 선진화 방안」, 2005년 12월 참조.

53) 선진화 방안의 투표 시기·투표의 유효기간 설정에 대해서, 사용자로부터 유리한 내용을 얻고자, 노동조합이 파업을 빈번하게 하거나 실행하지 않고 장기간 무기로 삼아 사용자의 압박수단으로 이용하는 점을 폐단으로 판단하고, 이를 방지하기 위해 제시된 것으로 보인다. 그러나 관점을 바꾸어 보면 노동조합의 이러한 태도는 사용자에 대한 교섭력을 높이는 파업의 본질적 성격으로 볼 수 있다(박수근, 앞의 글 참조).

54) 노동위원회에 의한 쟁의행위 찬반투표의 감독(투·개표 참관 등)은 지나친 행정 간섭이다. 다만, 투표방법을 노동조합 규약 등에 의해 노조가 자율적으로 정할 수 있게 하는 경우에는 투표 절차의 공정성을 담보하기 위해서 노조 내부의 요청이 있는 경우 이에 대한 행정서비스를 제공하는 것 자체를 부정할 이유는 없다는 견해도 있다(전국민주노동조합총연맹, 「노사관계법제도 개선방안에 관한 연구」, 2006. 3. 31. p.100 참조).

55) 노동조합이 사용자에게 쟁의행위 찬반투표 결과의 통지는 이해되지만, 노동위원회까지 통지할 필요성은 없다고 파악하는 견해가 있다. 노동위원회의 개별 사업장에 대한 쟁의행위 투표의 상황 파악은 정책적 필요성은 인정될지 모르지만, 노사문제를 지나친 개입이라는 의문을 제기하고 있다(박수근, 앞의 글 참조).

56) 선진화 방안의 최종보고서에서는 “재적 과반수 요건 유지, 파업 찬반투표의 공정

개정한 이유는 다음과 같다. 먼저 조합민주주의의 원칙상 투표의 공정성과 투명성은 보장되어야 한다. 나아가 쟁의행위는 참가 조합원에게도 경제적 불이익 등을 주기 때문에 쟁의행위 실시에 관한 찬반투표는 다른 어느 결정 절차보다도 평조합원의 의사가 공정하고 투명하게 반영되어야 한다. 또한 최후수단의 원칙(ultima ratio)에 반하여 쟁의행위 투표를 남용하는 것을 방지하기 위하여 시기의 설정이 필요하다. 교섭 전 또는 교섭 도중에 사용자에게 압력을 가할 목적으로 찬반투표를 실시할 수 없도록 하고, 성실한 교섭을 거쳐 합의의 가능성을 모색하기 위한 노력을 다하였음에도 교섭이 결렬된 경우에 한하여 찬반투표를 실시하도록 한다. 그리고 단체행동권의 행사에 대한 규제가 되지 않는 범위 내에서 이해당사자의 요청이 있는 경우 투·개표 참관 등의 최소한의 지원을 행한다. 또 선진화 방안의 개정안에서는 ‘조정전치제도’가 없어지게 되고 노동위원회의 간이조정(알선) 등의 조정 기능을 통해 파업을 예방하고자 구상하고 있는바, 이를 위해 노동위원회가 쟁의행위 개시 여부에 관한 정보를 확보할 필요가 있다.⁵⁸⁾

이에 대해서 노동계(한국노총)는 쟁의행위 찬반투표에서 투표 시기 및 그 유효기간 등의 제한 등에 대해서 노동기본권의 제한, 파업에 대한 사용자의 대항권 강화라고 반대를 표시하였다.⁵⁹⁾ 또한 쟁의행위의 투표 결과의 사용자 및 노동위원회에 통지로 마련한 것에 대해서는 교섭 결렬에 따른 노동쟁의 발생을 사용자(제45조 제1항) 또는 노동위원회(조정전치제도를 폐지한 경우)에 통보하도록 요구하면 사용자 또는 노동위원회는

성과 투명성을 확보하기 위한 합리적 조치 마련, (i) 투표 시기 설정 - 교섭 결렬된 이후에 투표 실시, (ii) 투표 결과의 공개·보존·열람, (iii) 노동위원회의 행정 지원 - 예컨대, 이해당사자의 요청이 있는 경우 노동위원회의 투·개표 참관, (iv) 투표 결과의 사용자 및 노동위원회에 통지로 마련하고 있다(노사관계제도선진화연구위원회, 「노사관계법·제도 선진화 방안」, 2003. 11. p.63).

57) 개정된 노동조합 및 노동관계조정법상에서는 “쟁의행위와 관련된 찬반투표 결과의 공개, 투표자 명부 및 투표 용지 등의 보존·열람에 관한 사항”(제11조 제12호)을 신설하고 있다.

58) 노사관계제도선진화연구위원회, 「노사관계법·제도 선진화 방안」, 2003. 11. p.61).

59) 백헌기(한국노총 사무총장), 「노사관계 개편방안에 대한 한국노총의 입장」, 『제2차 노사대토론회(2005. 12. 8) 자료집』 참조.

쟁의행위에 대한 대비 내지 조정서비스를 제공할 수 있기 때문에 이러한 노동쟁의 발생 신고제도로 충분하고, 별도로 쟁의행위 찬반투표의 결과를 사용자와 노동위원회에 통지하도록 법으로 규정할 필요가 없다.⁶⁰⁾

3. 현행 조문과 입법 취지

현행 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노조법’이라 한다)⁶¹⁾ 제41조(쟁의행위의 제한과 금지) 제1항에서는 “노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다”고 규정하고 있다. 이러한 법규정은 다수가 반대하여 조합원의 총의를 수렴하지 못한 쟁의행위는 할 수 없도록 함으로써 집행부만의 쟁의행위의 가능성을 막자는 취지의 조치이다. 노동조합의 규약에 의하여 쟁의행위 개시 전에 조합원에 대한 직접·비밀·무기명투표가 노동조합의 민주적 운영과 관련해 제도적으로 규정되어 운용하고 있는 것이 일반적이다.⁶²⁾

이 규정은 (근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위한 ‘절차적 요건’으로서) 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련해 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 노동조합 의사를 결정하는 데에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 것⁶³⁾이므로, **쟁의행위 찬반투표 없이 행한 쟁의행위는 ‘그 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 없는 이상’** 정당성을 인정받지 못한다.⁶⁴⁾

60) 전국민주노동조합총연맹, 「노사관계법제도 개선방안에 관한 연구」, 2006. 3. 31. p.100.

61) 법률 제7845호 2006. 1. 2 [일부 개정].

62) 김형배, 『노동법』(신판 제4판), 박영사, 2007, pp.829~830 참조.

63) 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도4641 판결.

64) 임종률, 『노동법』(제7판 전면개정), 박영사, 2008, p.226; 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 전원합의체 판결【업무방해】; 김형배 교수는 쟁의행위에 대한 조합원의 찬반투표는 조합 내부의 의사형성에 관한 문제에 한하는 것이므로, 쟁의행위의 대외적 책임의 여부를 판단하는 정당성에 대해서는 영향을 미치지 않는다는 견해이다. 즉 동 규정은 노동조합 내부의 민주적 운영을 확보하기 위한 것이지,

4. 판례의 동향

쟁의행위 찬반투표와 쟁의행위의 정당성과 관련해서 우리나라 대법원 판례의 동향을 살펴보면, ‘만도기계 사건’에서 대법원은 거의 동일한 두 가지 사안에 대하여 상반된 판결을 내림으로써 쟁의행위 투표절차를 따를 수 없는 객관적인 사정을 고려하는 것에 대해서 일정한 입장을 정리하였다.

먼저 이른바 ‘유죄사건’ 또는 ‘조직국장 사건’의 판지는 다음과 같다.

◆ 대법원 2000. 3. 10 선고 99도4838 판결 **【업무방해】** (공보 미공개)

조합원의 찬성 결정이라는 절차를 거쳐야 한다는 노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항은 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합의사의 결정에 보다 신중을 기하도록 한다는 취지에서 마련된 규정이므로, 그 절차 위반의 쟁의행위라 하여 일률적으로 정당성을 결여한 것으로 볼 것은 아니나, 그 조항이 정하는 절차를 따를 수 없는 납득할 만한 객관적인 사정이 인정되지 않는다면 그 정당성을 인정받을 수 없다고 할 것이다.⁶⁵⁾

원심판결 이유를 기록과 대조하여 보니, 노동조합 규약 제43조 제1항이 “쟁의행위는 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의하여 재적조합원 과반수의 찬성으로 결정된다”고 규정하고 있음에도 1998년 5월 6일부터 같은 달 12일까지의 파업에 있어서는 이러한 조합원투표에 의한 과반수 찬성의 절차상의 요건을 갖추지 않았으며, 파업에 나아가기 직전인 1998년 4월 30일에 앞으로의 쟁의행위를 위한 조합원 찬반투표를 같은 해 5월 13일 실시한다는 집회 공고를 하여 그 5월 13일에야 실제 찬반투표를 실시

쟁의행위의 대외적 정당성 근거를 마련하기 위한 것은 아니라고 해석하고 있다 (김형배, 『노동법』(신판, 제4판), pp.829~830).

65) 대법원 1992. 12. 8. 선고 92누1094 판결 참조

한 사실을 알 수 있어, 다른 특별한 사정이 없는 이 사건에서 같은 달 6일부터 파업을 단행하는 데에 법 제41조 제1항, 노동조합 규약 제43조 제1항에서 정한 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 있다고 할 수는 없다.

그런데 이른바 ‘무죄 사건’ 또는 아산지부장 사건의 판지는 위의 대법원 판례의 입장과는 달리 다음과 같다.

◆ 대법원 2000. 5. 26. 선고 99도4836 판결 【업무방해】 (공보 미 게재)

한편 노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항은 노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다고 규정하고 있으나, 위 규정은 노동조합 내부의 민주적 운영을 확보하기 위한 것이므로, 위 규정에서 정하고 있는 절차를 따를 수 없는 정당한 객관적 사정이 있거나 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 경우에는 위와 같은 투표절차를 거치지 않았다는 사정만으로 쟁의행위의 절차가 위법하여 정당성을 상실한다고 할 수는 없다.

그러나 결국 대법원은 위의 두 가지 대법원 판례가 입장이 상이하므로 전원합의체 판결을 통하여 위의 무죄 판결이 타당하지 않다고 입장을 정리하였다. 즉 (그 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 인정되지 않는 한, 그 절차를 따를 수 없는 정당한 객관적 사정이 있거나, 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 경우) 법령상 요구되는 쟁의행위 의사결정 절차에 하자가 있는 경우 그 쟁의행위는 법적으로 효력이 없고, 쟁의행위는 정당성이 없다고 판시고 있다.⁶⁶⁾

66) 이 대법원 전원합의체 판결은 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 때에는 법률이 정한 쟁의행위 찬반투표라는 형식적 절차를 밟지 않아도 정당성이 인정된다는 취지의 판결(대법원 2000. 3. 10 선고 99도4838 판결; 대법원 2000. 5. 26. 선고 99도4836 판결)에 대하여 이는 위임에 의한 대리투표, 공개결의나 사후결의, 사실상의 찬성 간주 등의 방법이 용인되는 결과가 된다고 비판하면서 그 판결을 변경하기 위한 것이었지만, 이로써 이러한 절차를 밟지 않는 것만으로 쟁의행위의 정당성을 부인할 수 없다는 취지의 판결(대법원 1992. 12. 8. 선고 92누1094 판결)도 변경한 셈이라고 평석한 견해도 있다(임종률, 『노동법』(제7판, 전면개정), p.226 각주 2) 재인용).

◆ 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 전원합의체 판결【업무방해】 67)

[다수의견] …… 근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위하여는 …… (넷째, 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 하는바) 특히 그 절차에 관하여 쟁의행위를 함에 있어 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 찬성 결정이라는 절차를 거쳐야 한다는 노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항의 규정은 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합 의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정이므로 위의 절차를 위반한 쟁의행위는 **그 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 인정되지 아니하는 한 정당성이 상실된다.**⁶⁸⁾ 이와 달리 쟁의행위의 개시에 앞서 노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항에 의한 투표절차를 거치지 아니한 경우에도 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 때에는 단지 노동조합 내부의 의사형성 과정에 결함이 있는 정도에 불과하다고 하여 쟁의행위의 정당성이 상실되지 않

한편, 대법원 전원합의체에서 언급하는 “위임에 의한 대리투표, 공개결의나 사후결의, 사실상의 찬성 간주 등의 방법이 용인되는 결과”에 대한 부분을 언급하면서, 법원이 노동조합의 의사결정 과정에 대하여 민주적이지 않다거나, 상대적으로 민주적일 수가 없다는 ‘편견’을 가지고 있다고 지적하는 견해도 있다(정인섭, 「쟁의행위 찬반투표」, 『쟁의행위찬반투표에 관한 법률토론회 자료집』(전금 금속노동조합 주관), 2007. 6. 22, pp.89~90 참조).

67) 판례평석으로는, 이달휴, 「업무방해죄와 노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항을 위반한 쟁의행위」, 『비교형사법연구』 4(1)(2002. 07), 한국비교형사법학회, 2002; 박재필, 「노동조합및노동관계조정법 제41조 제1항에 정하여진 노동조합 조합원의 직접·비밀·무기명투표 절차를 거치지 아니하고 진행된 쟁의행위의 정당성 및 업무방해죄의 성부」, 『21세기사법의 전개 : 송민최종영대법원장재임 기념』(2005. 09), 박영사, 2005; 조영선, 「노동조합원의 찬·반 투표 절차를 거치지 아니한 쟁의행위의 정당성 검토」, 『노동관계 비평: 대법원 노동사건 판례 경향 분석 및 주요 판례 평석』, Vol.2001(2002. 09), 민주사회를 위한 변호사 모임, 2002.

68) 대법원 1992. 3. 13. 선고 91누10473 판결; 대법원 1992. 9. 22. 선고 91다4317 판결; 대법원 1992. 12. 8. 선고 92누1094 판결, 2000. 3. 10. 선고 99도4838 판결 등 참조.

는 것으로 해석한다면 위임에 의한 대리투표, 공개결의나 사후결의, 사실상의 찬성 간주 등의 방법이 용인되는 결과, 그와 같은 견해는 위의 관계 규정과 대법원의 판례취지에 반하는 것이 된다. 따라서 견해를 달리하여 노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항을 위반하여 조합원의 직접·비밀·무기명 투표에 의한 과반수의 찬성 결정을 거치지 아니하고 쟁의행위에 나아간 경우에도 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 경우에는 위와 같은 투표절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 쟁의행위가 정당성을 상실한다고 볼 수 없다는 취지의 대법원 2000. 5. 26. 선고 99도4836 판결⁶⁹⁾은 이와 어긋나는 부분에 한하여 변경하기로 한다.⁷⁰⁾⁷¹⁾

69) 한편 노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항은 노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다고 규정하고 있으나, 위 규정은 노동조합 내부의 민주적 운영을 확보하기 위한 것이므로, 위 규정에서 정하고 있는 절차를 따를 수 없는 정당한 객관적 사정이 있거나 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 경우에는 위와 같은 투표절차를 거치지 않았다는 사정만으로 쟁의행위의 절차가 위법하여 정당성을 상실한다고 할 수는 없다고 판시하고 있다(<판례평석> 김인재, 「동일한 쟁의행위에 대한 정당성 평가가 달라질 수 있는가」, (월간) 『노동법률』 제111호(2000. 08), 중앙경제사, 2000 참조).

70) 이에 대한 다른 판례로서, 대법원 2003. 11. 13. 선고, 2003도687 판결; 대법원 2003. 12. 26. 선고, 2003두8906 판결; 대법원 2004. 9. 24. 선고, 2004도4641 판결; 대법원 2005. 2. 25. 선고, 2004도8530 판결 [미간행], 대법원 2005. 4. 29. 선고, 2004두10852 판결 [미간행]; 대법원 2006. 5. 25. 선고, 2002도5577 판결 [미간행]; 대법원 2007. 5. 11. 선고, 2005도8005 판결 [미간행]; 대법원 2007. 5. 11. 선고, 2006도9478 판결 [미간행]; 서울고등법원 2005. 4. 22. 선고, 2004나61992 판결; 상고 [각공 2005. 6. 10.(22); 939] 등이다.

71) 그런데 동 판례의 소수의견은 쟁의행위의 형사책임과 관련해서, 찬반투표 절차를 거치지 않은 쟁의행위에 참가했다는 단순한 이유만으로 일반조합원들에게 형사상의 업무방해죄를 묻는 것은 정당하지 않다고 한다(대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 전원합의체 판결, 소수의견). 즉 각 조합원의 형사처벌은 쟁의행위에 대한 찬반투표 절차의 구비와는 별개로 당해 근로자의 쟁의행위에의 가담 방식과 그 정도 등을 고려하여 구체적 사안에 따라 각자의 행위의 위법성 여부가 개별적으로 엄격하게 가려져야 한다(같은 견해, 김형배, 『노동법』(신판, 제4판), pp.830 ~ 831). 그리고 노조 지도부의 임의적 또는 일방적 의사결정에 의하여 조합원들의 총의가 날조되거나 왜곡됨으로써 파업 개시에 있어서 내부적 민주성을 결할 뿐만 아니라, 대외적으로 사회적 타당성을 갖추지 못하는 때에는 그 쟁의행위는 절차상 위법하다고 해야 할 것이다. 이 경우에는 파업 결의에 주도적으로 참여한 노조간부는 민사책임 외에 형사책임을 져야 할 것이다(김형배, 『노동법』(신판, 제4판, p.831).

위와 같이 대법원 전원합의체 판결은 종전의 판결을 변경하여 조합원의 찬반투표를 거치지 아니한 쟁의행위는 정당성이 없다고 판시하였다. 노동조합의 이러한 것은 종전의 쟁의행위 투표 절차의 준수 여부가 쟁의행위의 정당성을 부정하게 되는 여러 가지 사유 중의 하나로 기계적으로 열거되는 사정이라든가,⁷²⁾ 쟁의행위 투표가 쟁위의 정당성을 부정하는 것을 명시적으로 언급한 사례⁷³⁾에 대해서 전원합의체 판결로써 일단락이었다고 평가할 수 있을 것이다. 이 판례에 의하여 노동조합 존립의 실질적 요건 중의 하나인 노동조합의 민주성, 즉 민주적 의사결정 절차가 근로자들의 집단적 행위(쟁의행위)의 정당성 요건으로서 ‘승격·강화’되었다고 볼 수 있다.⁷⁴⁾

그 후에도 이러한 판례의 대표는 유지되었다고 보여진다.

◆ 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도464175)

‘초기업별 노동조합의 기업별 지부의 쟁의행위 찬반투표 사건’에서 노

72) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357 판결(피고인들이 사전에 노동쟁의조정법 제12조에 의하여 필요한 절차로서 거치도록 되어 있는 조합원의 찬반투표를 거치지 않았을 뿐만 아니라 같은 법 제14조 소정의 냉각기간 중에 서울시내 각 지하철역의 개찰구를 개방하고 안내방송으로 승객들에게 무임승차를 권유하는 등의 행위로 무임승차토록 하여 지하철공사에 운임 금 1,620,682,940원 상당의 손해를 입혔다면 이와 같은 행위는 위 마항에서 본 쟁의권의 정당성의 일반적 기준 가운데 넷째면 사유(넷째로 쟁의권의 행사방법은 노무의 제공을 전면적 또는 부분적으로 정지하는 것이어야 함은 물론 공정성의 원칙에 따라야 할 것임)에도 합당하지 않을 뿐만 아니라 오히려 쟁의권의 남용에 해당하여 정당성이 없다.

73) 서울지방철도청 사건 - 대법원 1992. 12. 선고 92누1094 판결(파면처분취소, 쟁의행위를 함에 있어 조합원의 찬성 결정이라는 절차를 거쳐야 한다는 노동쟁의조정법 제12조 제1항, 노동쟁의 발생의 신고에 관한 같은 법 제16조와 냉각기간에 관한 같은 법 제14조의 각 규정을 위반하는 쟁의행위라 하여 일률적으로 정당성을 결여한 것으로 볼 것이 아니라 위 조항 소정의 절차를 따를 수 없는 납득할 만한 객관적인 사정이 인정되는지의 여부에 따라 그 정당성의 유무를 가려야 한다).

74) 김형배, 『노동법』(신판, 제4판), p.830.

75) 관련한 평석으로는, 전형배, 「초기업별 노동조합의 기업별 지부의 쟁의행위 찬반투표」, 『노동판례 비평: 대법원 노동사건 판례 경향 분석 및 주요 판례 평석』, Vol.2004(2005. 08), 민주사회를 위한 변호사모임; 진계호, 「형법 제20조의 정당행위에 관한 이론과 판례」, 『비교법학』, 제6집, 전주대학교 사회과학종합연구소 비교법학연구소; 정인섭, 「지부 단위의 조직변경 결의」, 『노동법연구』, 제18호, 서울대학교 노동법연구회.

동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항의 입법취지를 밝히고 있다. 즉 “근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위한 ‘절차적 요건’으로서, 쟁의행위를 함에 있어 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 찬성 결정이라는 절차를 거치도록 한 노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항은 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합 의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정이다”라고 판시하고 있다.

다른 한편, 위의 대법원 판례(2004도4641)는 투표할 조합원은 단체교섭의 결렬로 쟁의행위를 하게 될 노동조합의 조합원들이 그 주체가 된다고 보아야 하는데,⁷⁶⁾ 지역별·산업별·업종별 노동조합이 쟁의행위를 주도하는 경우에도 특정 지부·분회에서의 교섭결렬로 쟁의행위를 하게 될 때에는 해당 지부·분회 소속의 조합원만이 투표에 참가할 수 있고, 그 과반수의 찬성을 얻으면 쟁의행위는 절차적으로 적법하다고 할 것이다.⁷⁷⁾ 마찬가지로 개별기업과 산별노조가 대각선교섭을 진행하는 경우에 쟁의행위 찬반투표는 당해 기업의 조합원들에 한하여 실시하여야 한다는 하급심 판결이 있다.⁷⁸⁾ 이것은 단체협약자치의 원리상 당연한 논리로서, 다른 사용자의 사업장 소속 지부나 분회의 근로자는 찬반투표에 참여할 수 없는 것이다.⁷⁹⁾

5. 현행 조문의 해석

◆ 〈신·구 조문 대비표〉- 쟁의행위 찬반투표와 공정성·투정성

76) 김형배, 『노동법』(신판, 제4판), p.831.

77) 당해 사건에서는 ‘노동조합의 지부가 파업하는 경우 쟁의행위의 결의를 할 조합원의 범위’에 대하여, 지역별·산업별·업종별 노동조합의 경우에는 총파업이 아닌 이상 쟁의행위를 예정하고 있는 당해 지부나 분회소속 조합원의 과반수의 찬성이 있으면 쟁의행위는 절차적으로 적법하다고 보아야 할 것이고, 쟁의행위와 무관한 지부나 분회의 조합원을 포함한 전체 조합원의 과반수 이상의 찬성을 요하는 것은 아니라고 판단하면서, 자동차회사 협력업체 노동조합의 쟁의행위가 목적, 수단 및 방법에 있어서 그 정당성을 인정할 수 있다고 한 사례이다.

78) 서울행정법원 2006. 9. 14. 선고 2005구합35902 판결.

79) 김형배, 『노동법』(신판, 제4판), p.831.

투표에 대한 재적조합원의 과반수 찬성 요건은 쟁의권을 제약하는 측면이 없는 것은 아니지만, 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련해 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합 의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정이라는 측면에서 타당하다고 보여진다.⁸²⁾

이러한 의결정족수의 산정기준인 재적과반수는 회의 초반의 인원점검시를 기준으로 계산할 것이 아니라, 해당 안건인 쟁의행위 찬반에 대한 표결시를 기준으로 계산하여야 한다고 생각한다.⁸³⁾ 같은 회기에 가결된 안건에 대해서는 재표결할 수 있으나 우선 부결된 안건을 재표결할 수 없고(일사부재리의 원칙), 따라서 부결된 안건을 가결하려면 회의를 다시 소집해야만 한다.⁸⁴⁾

그 의결 방법은 노조 규약에 따라서 정할 수 있는 것이 아니라, 투표로써 조합원의 ‘**직접·비밀·무기명투표**’에 의해서 해야만 한다.⁸⁵⁾ 따라서, 기립·거수·박수 등 상황에 따라 정할 수 없고, 또한 다른 사람에게 위임하여 간접적으로 의결권을 행사할 수 있는 **위임에 의한 대리투표, 공개 결의나 사후결의, 사실상의 찬성 간주 등의 방법**은 용인되지 않는다⁸⁶⁾고 생각된다. 그리고 노조 규약으로 정한 의결방법을 변경하더라도 거의 전원이 다른 방법의 채택에 동의하거나 변경을 불가피하게 하는 객관적 사정이 있을 경우에는 그 의결은 유효로 해석할 수 있을 것인가에 대해서 의문이 들 수 있지만, 원칙적으로 조합원의 ‘**직접·비밀·무기명**

출석조합원의 과반수의 득표가 없는 경우로서 규약이 정하는 바에 따라 ‘결선투표’에서 다수 득표자를 임원으로 선출할 수 있다(제16조 제3항)는 것과도 달리 규정하고 있다고 볼 수 있다.

82) 이에 대해서 조합원 과반수 출석 및 출석 과반수 찬성 또는 일본의 입법례처럼 대의원의 과반수 찬성 등 의결정족수를 노동조합 규약으로 정할 수 있도록 법적으로 허용하는 것이 바람직하다는 견해도 있다(전국민주노동조합총연맹, 「노사관계법제도 개선방안에 관한 연구」, 2006. 3. 31. p.98 참조).

83) 임종률, 『노동법』(제7판, 전면개정), p.78.

84) 임종률, 『노동법』(제7판, 전면개정), p.78.

85) 노동조합 규약의 제정·변경, 임원의 선거·해임에 관한 사항도 직접·비밀·무기명투표에 의하여야 한다(노조법 제16조 제3항)고 규정하고 있다.

86) 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 전원합의체 판결 참조.

투표로 하지 않는다면 무효가 된다. 다만, **쟁의행위 찬반투표 없이 행한 쟁의행위**는 ‘그 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 있다면’ 정당성을 인정받는 경우도 있을 수 있을 것이다.⁸⁷⁾

현행 노조법에 의하면, ‘쟁의행위 찬반투표의 시기’에 대해서 교섭이 결렬된 이후에 실시하도록 해야 한다. 쟁의행위의 최후수단의 원칙(ultima ratio)에 반하여 쟁의행위 투표를 남용하는 것을 방지하기 위하여 시기를 설정하는 것이 필요하다. 쟁의행위의 목적은 결국 새로운 단체협약을 체결하는 데 있기 때문에 노무제공의 집단적 거부라는 투쟁적 행위에 의하지 않더라도 평화적인 교섭으로 목적하는 바를 이룰 수 있다면, 노사 간의 자주적 교섭이나 조정을 통하여 협약을 체결할 수 있는데도 경제적 손실을 야기하는 쟁의행위의 행사는 필요성의 한계를 넘은 적절하지 못한 것이라고 볼 수 있다. 따라서 쟁의행위의 최후수단의 원칙은 쟁의행위를 행사하기 전에 교섭의 가능성을 충분히 활용해야 한다. 쟁의행위는 마지막 조치로서 가능한 한 모든 교섭이 어려운 경우에 행사해야 한다. 교섭 전 또는 교섭 도중에 사용자에게 압력을 행사할 목적으로 쟁의행위 찬반투표를 실시할 수 없도록 하고, 성실한 교섭을 거쳐 합의에 도달할 가능성을 모색하기 위한 노력을 다하였음에도 ‘교섭이 결렬된 이후’에 한하여 찬반투표를 실시하도록 하여야 한다.⁸⁸⁾

그리고 노동조합은 규약으로 총회에 갈음할 ‘대의원회’를 둘 수 있다 (제17조 제1항). 그래서 사업(장)이 대규모이거나 여러 사업장이 전국에 소재한 단위노조는 대의원회를 둘 필요성이 있어 대의원회로 갈음하거나, 또한 연합노조의 경우 거의 대의원회로 갈음할 수 있어야 한다고 생각될 수가 있다. 하지만, 쟁의행위 찬반투표시에는 그 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이

87) 임종률, 『노동법』(제7판 전면개정), p.226; 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 전원합의체 판결 【업무방해】.

88) 이에 대해서 쟁의행위의 최후수단 원칙이나 성실교섭 원칙에 의해 정당화될 수 없고, 쟁의행위에 대한 과도한 법적 제약이기 때문에 바람직하지 않고, 교섭 이전 또는 교섭 도중의 쟁의행위 찬반투표가 교섭에 소극적이거나 부정적인 사용자의 태도를 변화시켜서 교섭을 촉진하는 현실적인 기능을 한다는 견해도 있다(전국 민주노동조합총연맹, 「노사관계법제도 개선방안에 관한 연구」, 2006. 3. 31. pp.98~99 참조).

를 행할 수 없다(제41조 제1항)고 규정함으로써 ‘대의원회’가 대신할 수가 없을 것이다.

그 위반시에는 (매우 예외적으로 인정되는 특별한 사정이 없는 이상) 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 해당하는 벌칙까지 규정하고 있다(노조법 제91조). 나아가 형법상 업무방해죄(제314조)⁸⁹⁾로 처벌되는 것을 면할 수 없고, 민사상 손해배상 등 사용자에 대한 민사책임과도 직결된다.⁹⁰⁾

그리고 2006년 말 개정된 노조법에서 노동조합은 그 조직의 자주적·민주적 운영을 보장하기 위하여 여러 가지 사안에 대한 내부 규칙인 당해 노동조합의 규약(規約)에 ‘쟁의에 관한 사항’에서 “쟁의행위와 관련된 찬반투표 결과의 공개, 투표자 명부 및 투표 용지 등의 ‘보존·열람에 관한 사항’을 규정해 두어야 한다고 개정 신설함으로써, 노동조합 규약의 ‘필요적 기재사항’으로 신설하고 있다(제11조 제12호, 2007년 7월 1일 시행). 이러한 신설된 범규정은 노동기본권을 국제규범에 부합하도록 넓히고 불합리한 노사 관행을 개선하는 한 가지로 노조법상의 쟁의행위 찬반투표의 공정성·투명성 제고를 위해 ‘쟁의행위와 관련된 찬반투표 결과의 공개, 투표자의 명부 및 투표 용지 보존·열람에 관한 사항’을 노동조합 규약으로 규정하도록 의무화하였다.⁹¹⁾

이와 같이 노조법을 개정한 배경에는 현행법은 쟁의행위시에 경영상의 손실과 함께 근로자의 임금손실 등 불이익을 고려해, 민주적 의사결정을

89) 형법 제314조 (업무방해) ① 제313조의 방법 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1,500만 원 이하의 벌금에 처한다.<개정 1995. 12. 29>(출처: 형법 제07623호 2005. 7. 29).

90) 이에 대해서 쟁의행위 찬반투표 규정위반의 쟁의행위에 있어 사용자에 책임의 발생이 문제되지 않기 때문에 위법 쟁의행위에 따른 사용자의 손해 발생을 전제로 한 책임귀속의 주체 문제, 책임의 범위 문제는 더 이상 논의의 대상이 되지 못한다는 견해도 있다(김기덕, 「쟁의행위 찬반투표 범리에 관한 검토」, 전국금속노동조합, 『쟁의행위찬반투표에 관한 법률토론회 자료집』, 2007. 6. 22, pp.96~160 참조).

91) 이 부분에 대해 민주노총·민주노동당 개정안은 쟁의행위 찬반투표 제목으로 정부 추진법안에 ‘해당 사항 없음’으로 비교란에 ‘기합의(양보가능)’이라고 밝히고 있다(정부 로드맵 입법안 국회 제출 및 민주적 노사관계 구축을 위한 대체입법안 발의(민주노총, 2006. 11. 8) 참조).

거쳐 쟁의행위를 하도록 과업 찬반투표를 의무화하였다. 이에 **직접·비밀·무기명투표 원칙의 준수 여부 등 투표 과정의 공정성과 투명성과 관련한 논란**이 발생할 수 있어서 ‘쟁의행위와 관련된 찬반투표 결과의 공개, 투표자 명부 및 투표 용지 등의 보존 및 열람에 관한 사항’을 노동조합 규약으로 규정하도록 의무화하였다고 볼 수 있다(노조법 제11조 제12호). 이를 통하여 쟁의행위 찬반투표가 민주적으로 결정되고 신중하게 행사될 수 있는 내부 자율적인 통제기제를 마련하였다고 평가될 수 있다.⁹²⁾ 여기서 쟁의행위 찬반투표 결과의 공개, 투표자 명부 및 투표 용지 등의 보존 및 열람에 관한 사항은 물론 현행 노조법상의 직접·비밀·무기명투표를 전제로 한 것이다.⁹³⁾

이러한 법 개정된 내용과 관련한 노동부의 선진화 입법 설명자료의 질의 응답(Q&A) 부분에 의하면, 노동조합 규약에 쟁의행위 투표 결과의 공개·보존·열람 등을 의무화하는 것은 자율성을 침해하는 것이 아닌가라는 의문이 들었는데, 과업은 노사당사자의 손실은 물론 공중의 일상생활, 국민경제에 중대한 영향을 미친다는 점에서 투명하고 공정한 투표 과정 관리가 중요하지만, 현장 노사관계에 있어 쟁의행위 찬반투표시 ‘직접·비밀·무기명’ 투표 원칙의 준수 여부 등 논란이 있어 왔다. 이에 **노사정 합의를 토대로** 법개정안은 노동조합의 자율성을 최대한 보장하면서 쟁의행위 찬반투표의 공정성 및 투명성을 제고하기 위하여 투표 결과의 공개투표 용지 등의 보존 및 열람에 관한 사항을 노동조합 규약으로 자율적으로 정하도록 한 것으로 지나친 규제라고 답변하고 있다.⁹⁴⁾ 이것이 결국은 입법화된 것이며 충분한 내용의 검토는 필요하지만 일응 타당한 내용이라고 보여진다.

92) 노동부, 「노사관계 선진화 입법 설명자료」, 2007. 1. p.9.

93) 만일, 투표 방법을 노조 규약 등에 정할 수 있다면 투표 결과도 노조자치에 위임하는 것이 바람직하다는 견해도 있다(전국민주노동조합총연맹, 「노사관계법제도 개선방안에 관한 연구」, 2006. 3. 31. p.100 참조).

94) 노동부, 「노사관계 선진화 입법 설명자료」, 2007. 1. p.11.

IV. 나오는 말

이상과 같이 개정된 노사관계 선진화 입법은 보편적 노동기준에 부합하는 합리적 규범으로서의 노사관계법·제도를 마련해 긍정적으로 종합평가할 수 있지만, 노동기본권을 신장하면서 공익 보호에도 만전을 기함으로써 노사의 자율과 책임에 의한 새로운 노사관계의 구축 기반을 마련하였다.⁹⁵⁾ 이러한 측면에서 본고에서 살펴본 쟁의행위 찬반투표의 공정성 제고로 노사의 대등성을 제고한 것을 나름대로 쟁의행위 절차의 측면에 대한 개선이었다고 보인다.

쟁의행위 찬반투표와 관련해서 노조법에 의한 절차적 요청과 노조의 의사결정의 자율의 요청이 형량에 관련되어서는, 현행 노조법 자체가 노동조합의 내부운영에 대하여 행정관청에 의한 노동조합의 운영에 대한 후견적 개입을 규정하고 있고, 노조법 자체가 이미 노동조합의 내부운영에 대한 상세한 지침을 마련해 두고 있는 실정이다. 이러한 법령상의 규정은 ‘강행규정’으로 해석하고 있다.⁹⁶⁾ 이에 대해 노조의 의사결정의 자율 요청에 대한 배려를 유지할 수 있었던 것은 쟁의행위의 투표에 관련된 사안이지만, 쟁의행위의 투표 절차의 준수 여부가 쟁의행위의 정당성을 부정하고 있다.⁹⁷⁾

선진화 방안과 관련해, 현행 노조법상의 쟁의찬반 투표방법에 대해서는 조합원의 직접·비밀·무기명투표라는 입법적 규율이 원칙적으로 ILO 국제노동기준에 반하는 것이 아니다. 또한 의결정족수와 관련해 ILO

95) 이외에도 제3자 지원신고제도, 직권중재제도, 안전보호시설 쟁의행위 중지명령 처벌조항 폐지로 노동기본권을 국제적 수준으로 신장하거나, 필수유지업무 도입, 대체근로 허용, 파업시 공익을 보호하려고 하였다.

96) 대법원 2000. 1. 14. 선고 97다41349 판결; 대법원 1995. 8. 29. 자 95마645 결정(다만, 이 사례는 현행 노조법이 결선투표 방식에 의한 임원의 선거에 있어서 정족수의 특례(현행 노조법 제16조 제3항)를 정하기 이전의 노조법(1987. 11. 28. 최종 개정되고 1996. 12. 31. 폐지되기 이전의 노조법 제19조)에 대한 판결례이다).

97) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357 판결

의 지침에 따르면, ‘재적조합원의 과반수 찬성 결정’에 대해서는 다른 노조법상의 의결정족수와 비교해 볼 때 재론의 여지가 없지 않지만 입법정책적인 해결이었다고 보인다. 그리고 개정된 노조법에서 확인된 쟁의행위 찬반투표 결과의 공개, 투표자 명부 및 투표 용지 등의 보존 및 열람에 관한 사항은 현행 노조법상의 직접·비밀·무기명투표를 전제로 한 것이어서 타당하다고 보인다.

〈참고 판례〉

◆ 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 전원합의체 판결 【업무방해】

〈노동조합원의 찬반투표 절차를 거치지 아니한 쟁의행위의 정당성 유무(소극)에 대하여〉

[다수의견] 근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위하여는 첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건 향상을 위한 노사 간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성 결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 하는바, 특히 그 절차에 관하여 쟁의행위를 함에 있어 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 찬성 결정이라는 절차를 거쳐야 한다는 노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항의 규정은 노동조합의 자주적이고 민주적인 운영을 도모함과 아울러 쟁의행위에 참가한 근로자들이 사후에 그 쟁의행위의 정당성 유무와 관련하여 어떠한 불이익을 당하지 않도록 그 개시에 관한 조합의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위하여 마련된 규정이므로 위의 절차를 위반한 쟁의행위는 그 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 인정되지 아니하는 한 정당성이 상실된다. 이와 달리 쟁의행위의 개시에 앞서 노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항에 의한 투표 절차를 거치지 아니한 경우에도 조합원의 민주적 의사 결정이 실질적으로 확보된 때에는 단지 노동조합 내부의 의사형성 과정에 결함이 있는 정도에 불과하다고 하여 쟁의행위의 정당성이 상실되지 않는 것으로 해석한다면 위임에 의한 대리투표, 공개결의나 사후결의, 사실상의 찬성 간주 등의 방법이

용인되는 결과, 그와 같은 견해는 위의 관계 규정과 대법원의 판례 취지에 반하는 것이 된다. 따라서 견해를 달리하여 노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항을 위반하여 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 과반수의 찬성 결정을 거치지 아니하고 쟁의행위에 나아간 경우에도 조합원의 민주적 의사 결정이 실질적으로 확보된 경우에는 위와 같은 투표 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 쟁의행위가 정당성을 상실한다고 볼 수 없다는 취지의 대법원 2000. 5. 26. 선고 99도4836 판결은 이와 어긋나는 부분에 한하여 변경하기로 한다.

[반대의견] 조합원의 찬반투표에 관한 다수의견의 견해는 노동조합이나 근로자들에게 쟁의행위로 인한 손해배상 책임을 묻거나 쟁의행위에 참가한 근로자들의 징계 책임을 묻는 민사사건이나 행정사건에 있어서의 쟁의행위의 정당성에 관한 법리로는 일반적으로 타당한 견해이지만, 쟁의행위에 참가한 근로자들에게 업무방해죄라는 형사책임을 묻는 형사사건에 있어서는 반드시 그와 같은 법리를 따라야 하는 것이라고는 할 수 없다.

쟁의행위를 포함한 단체행동권은 헌법상으로 보장된 근로자의 기본권으로서 쟁의행위에 대한 제한은 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 하고 같은 취지에서 쟁의행위를 형사처벌로써 제재하는 것은 특히 신중을 기할 필요가 있으므로, 쟁의행위를 업무방해죄 등 형사범죄로 처벌함에 있어서는 민사상 또는 노동법상 쟁의행위를 평가하는 경우에 적용되는 위법성의 기준보다는 일층 강한 정도의 위법성을 요한다고 할 것이고(이른바 위법의 상대성론), 따라서 쟁의행위의 정당성을 논함에 있어서도 형사처벌을 면하기 위한 정당성의 인정과 민사상 또는 노동법상 책임을 면하기 위한 정당성의 인정 사이에는 차이가 있을 수 있다.

쟁의행위를 포함한 근로자의 단체행동권이 헌법상 보장되고 있는 상황에서 적극적인 위력이나 위계와 같은 언동이 없이 소극적으로 근로제공을 거부하였을 뿐인 쟁의행위, 즉 단순파업이나 태업에 대하여 형법상 일반 처벌법규인 업무방해죄로 처벌하는 것은 극히 신중을 기할 필요가 있으므로, 쟁의행위의 주체, 목적, 시기, 수단·방법이 모두 정당하고 단지 일부 절차상의 결함이 있었을 뿐인 경우에, 그 쟁의행위에 가담한 근로자

를 업무방해죄로 처벌함에 있어서는, 아주 제한된 범위에서만 그 위법성을 인정하여야 한다고 본다.

노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항, 제91조 제1호의 문언의 해석이나, 같은 법 제37조 제2항(쟁의행위의 주체), 제38조 제3항(노동조합의 지도와 책임) 등에 비추어 보면, 조합원의 찬반투표를 실시하는 주체는 노동조합(본부와 지부가 있는 경우에는 당연히 본부)의 집행부라 할 것이므로, 조합원의 찬반투표 절차 없이 쟁의행위를 개시하였음을 이유로 노동조합 및 노동관계조정법 제91조 제1호에 따라 처벌하는 대상도 그와 같은 찬반투표 없이 쟁의행위를 하기로 하는 결정을 주도하거나 그 결정에 적극 참여한 자에 한정되는 것이고, 그러한 결정을 주도하거나 적극 관여함이 없이 단순히 노동조합 집행부의 지시에 따라 쟁의행위에 가담한 조합원은 그 처벌대상이 되지 않는 것으로 봄이 상당하다.

찬반투표를 거치지 아니하고 쟁의행위를 할 것인가 여부에 대한 결정에 전혀 관여하지 않은 채 단지 노동조합 집행부의 지시에 따라 그와 같은 쟁의행위에 가담하였을 뿐인 일반조합원들을 형사처벌함에 있어서까지 그 절차 위반의 사유만으로 그들의 쟁의행위 참가 자체를 위법한 것으로 평가하고, 노동조합 내에서의 지위나 가담 정도 등을 불문하고 참가 조합원 전원에 대하여 업무방해죄의 성립을 인정하는 것은, 형사처벌에 있어서 쟁의행위의 위법성을 지나치게 넓게 인정하고 업무방해죄의 성립요건을 지나치게 완화하는 것이라고 하지 않을 수 없다.

동일한 쟁의행위에 가담한 근로자들을 형사처벌함에 있어서 노동조합 내에서의 지위나 쟁의행위에의 가담 정도 등에 따라 위법 여부의 평가를 달리한다고 하여 형법상의 위법성 이론에 반하는 것은 아니다. 쟁의행위와 같이 여러 사업장에서 수많은 근로자들이 다양한 형태의 작위 또는 부작위로 집단행동을 하고 그 가담의 방식과 정도도 근로자 개인에 따라 차이가 있게 되는 경우를 업무방해죄로 처벌함에 있어서는, 그 쟁의행위 전체의 주체, 목적, 성격과 진행 경과 등을 고려함과 더불어 당해 근로자가 속한 사업장에서의 쟁의행위의 수행 형태와 당해 근로자의 쟁의행위에의 가담 방식과 정도, 그 과정에서의 행동 등도 아울러 고찰하여, 그것이 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 위법성이 조각되는 것인지 여부를 개

별적으로 가려야 한다.

결론적으로, 조합원의 찬반투표를 거치지 아니한 쟁의행위는 그 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 인정되지 아니하는 한 정당성이 상실된다고 하는 대법원 중전 판례의 견해와 이를 유지하고자 하는 다수의견의 견해가 일반론으로서 타당한 것임은 이를 인정하고, 조합원의 찬반투표를 실시하지 아니한 것은 단지 노동조합 내부의 의사형성 과정상의 결함에 지나지 아니하고 파업에 참여한 인원 등에 비추어 조합원 대다수가 파업에 찬성한 것으로 보이므로 찬반투표를 실시하지 아니하였다는 사정만으로 파업 절차가 위법하다고 할 수 없다고 한 원심의 견해(같은 취지로 이해되는 범위 내에서 대법원 2000. 5. 26. 선고 99도4836 판결의 견해도 마찬가지임)는 그것이 모든 경우에 적용되는 일반론으로 이해되는 한 노동조합 및 노동관계조정법이 규정한 찬반투표의 성격을 오해한 것으로서 잘못된 것으로 본다. 그러나 쟁의행위를 형사처벌함에 있어서는 위의 일반론과는 달리 구체적인 사안에 따라 찬반투표의 불실시에도 불구하고 그에 단순가담한 근로자의 단순파업행위를 위법하다고 볼 수 없는 경우가 있다고 보고, 노동조합 지부의 간부들로서 그 지부에서의 쟁의행위를 수행하였음에 불과한 이 사건 피고인들의 이 사건 쟁의행위가 바로 그런 경우에 해당한다고 보는 점에서, 다수의견과 견해를 달리한다.

참고문헌

◆ 국내 문헌

- 국회환경노동위원회 열린우리당 국회의원(2006), 「노사관계 법·제도 선진화 입법 관련 토론회」.
- 권창영(2003. 12), 「선원의 쟁의행위」, 『노동법연구』, 제15호, 서울대학교 노동법연구회.
- 김기덕(2007), 「쟁의행위 찬반투표 법리에 관한 검토」, 『쟁의행위 찬반투표에 관한 법률토론회 자료집』, 전국금속노동조합, 6. 22,
- _____ (2005), 「산별노조에 관한 법 해석 및 개선방안의 문제점에 대하여」, 『노동과 법』, 제5호, 전국금속산업노동조합연맹 법률원.
- _____ (2002), 「쟁의행위에 대한 형사면책 보장을 위한 입법방향」, 『노동과 법』, 제2호, 금속법률원, pp.403~418.
- _____ (2002), 「쟁의행위에 대한 형사면책법리의 재구성 과 업무방해죄」, 『노동과 법』, 제2호 금속법률원, pp.195~258.
- 김선수(2003), 「노사관계 법·제도 선진화 방안에 대한 의견」, 『노동법률』, 통권 제149호.
- _____ (2004), 「한국에서의 노동분쟁처리기구로서의 법원의 구조 및 운영실태, 노동법원의 도입방향」, 『노동과 법』, 제4호, 전국금속산업노동조합연맹 법률원.
- 김영문(2004), 「노사관계 법·제도 선진화 방안에 대한 비판적 고찰」, 『노사포럼』, 한국경영자총협회 부설 노동경제연구원.
- 김인재(2008), 「동일한 쟁의행위에 대한 정당성 평가가 달라질 수 있는가」, 『노동법률』 제111호(2000. 8), 중앙경제.
- 김정원(2003), 「국회에서의 증언·감정 등에 관한법률상 증인의 출석의무와 형사책임」, 『형사판례연구』 11, 박영사.
- 김진(2002), 「정리하고 철회를 목적으로 하는 쟁의행위의 정당성」, 『노

- 동판례 비평; 대법원 노동사건 판례 경향 분석 및 주요판례 평석』, 민주사회를 위한 변호사모임.
- 김형배(2006), 『노동법』(신판 제2판), 박영사.
- _____ (2007), 『노동법』(신판 제4판), 박영사.
- 김홍영(2002), 「노동쟁의조정에서의 조정전치주의의 검토」, 『법학연구』 13 (1), 충남대학교 법학연구소, pp.231~250.
- 노동부(2007), 「노사관계 선진화 입법 설명자료」.
- 노사관계제도선진화연구위원회(2003), 「노사관계법·제도 선진화 방안」 (연구기관: 한국노동연구원).
- 민주노총(2006), 「노사관계 로드맵과 민주적 노사관계 구축의 방향」, 2006. 7. 8 토론회.
- 박재필(2005), 「노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항에 정하여진 노동조합 조합원의 직접·비밀·무기명투표 절차를 거치지 아니하고 진행된 쟁의행위의 정당성 및 업무방해죄의 성부」, 『21세기사법의 전개: 송민최종영대법원장재임기념』 (2005. 9), 박영사.
- 박종희(2002), 「조정전치주의의 이론적 기초와 운용방향」, 『노동법학』, 제14호, 한국노동법학회, pp.191~224.
- 백헌기(2005), 「노사관계 개편방안에 대한 한국노총의 입장」, 『제2차 노사대토론회(2005. 12. 8) 자료집』.
- 서울행정법원, 『서울행정법원 행정재판실무편람(IV) -자료집-』.
- 송강직(2007), 「일본에서의 쟁의행위 찬반투표 법리」, 전국금속노동조합, 『쟁의행위 찬반투표에 관한 법률토론회 자료집』, 2007. 6. 22.
- 윤성천(2000), 「조정절차를 거치지 않은 정리해고 철폐 등을 목적으로 한 쟁의행위의 정당성 여부」, 『노동법률』, 1월호.
- 이달휴(2002), 「업무방해죄와 노동조합 및 노동관계조정법 제41조 제1항을 위반한 쟁의행위」, 『비교형사법연구』 4(1), 한국비교형사법학회.
- 이승길(2003), 「노사관계 법·제도 선진화 방안에 대한 검토: 개별근로관계 사항 중심으로」, 『노사포럼』 제22호, 경총 노동경제연구원.
- 이승욱(2002), 「산별노동조합의 노동법상 쟁점과 과제」, 『노동법연구』, 제12호 2002년 상반기, 서울대학교 노동법연구회.

- 이재상(2002), 「2001년의 형사판례 회고」, 『형사판례연구』 10 박영사.
- 이호중(2006), 「노동쟁의와 형법」, 『비교형사법연구』 8(2), 한국비교형사법학회.
- 이홍재(2003), 「대법원의 근로관계 인식에 대한 조명」, 『법학』, 43(3)(제124호), 서울대학교법학연구소.
- 임종률(2006), 『노동법』(제5판, 전면개정), 박영사.
- _____ (2008), 『노동법』(제7판, 전면개정), 박영사.
- 전국금속노동조합총연맹(2007), 『쟁의행위 찬반투표에 관한 법률토론회 자료집』. 2007. 6. 22.
- 전국민주노동조합총연맹(2006), 『노사관계법제도 개선방안에 관한 연구』. 2006. 3. 31
- 전형배(2003), 「쟁의행위와 노동조합 및 노동관계조정법상 형사책임」, 『노동과 법』, 제3호, 금속법률원.
- _____ (2005), 「초기업별 노동조합의 기업별 지부의 쟁의행위 찬반투표」, 『노동판례 비평: 대법원 노동사건 판례 경향 분석 및 주요 판례 평석』 Vol.2004(2005. 08), 민주사회를 위한 변호사 모임.
- 정인섭(2003), 「근로삼권의 규범론과 정책론」, 『노동법률』 17, 한국노동법학회.
- _____ , 「과업찬반투표와 쟁의행위의 정당성」, 『노동법률』 5월호, 중앙경제.
- _____ (2007), 「쟁의행위 찬반투표」, 『쟁의행위 찬반투표에 관한 법률토론회 자료집』(전국금속노동조합 주관), 6. 22
- 정진경(2003), 「쟁의행위의 절차적 정당성과 업무방해죄」, 『저스티스』, 제72호 (2003. 04), 한국법학원.
- 조영선(2002), 「노동조합원의 찬·반 투표 절차를 거치지 아니한 쟁의행위의 정당성 검토」, 『노동판례 비평: 대법원 노동사건 판례 경향 분석 및 주요 판례 평석』, Vol.2001(2002. 9), 민주사회를 위한 변호사 모임, 2002.
- 진계호(2006), 「형법 제20조의 정당행위에 관한 이론과 판례」, 『비교법학』, 제6집, 전주대학교 비교법학연구소, pp.11~49.

최영기(2003), 「참여정부의 노사관계 선진화방안에 대한 비판과 대안」,
『한국사회정책』, 제10집.

한국경영자총협회(2005), 『미국의 노동법』.

한국노동연구원(2005), 「노사관계 선진화방안 주요 쟁점 분석 및 입법대안 모색 (I)」.

_____ (2005), 「노사관계 선진화방안 주요 쟁점 분석 및 입법대안 모색(II)」.

한국노사관계학회 · 한국노동법학회 · 한국노동경제학회(2006), 「노사관계 법과 제도의 선진화」.

◆ 외국 문헌

菅野和夫, 『労働法』 (7판), 弘文堂, 2005.

中窪裕也, 『アメリカ労働法』, 弘文堂, 1995.

西谷 敏, 『労働組合法』, 有斐閣, 1988.

小宮文人, 『イギリス労働法』, 信山社, 2001.

Annette Ganzer, La licéité de la grève dans les entreprises du secteur privé et dans les services publics, Thèse de l'université de Nancy II, 1993.

R. Blanpain(ed.), *Strike and Lock-outs in Industrialized Market Economies*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.

Christophe Radé, “Exercice du droit de grève et négociation collective,” *Droit social*, 1996.

Jean Péliissier, Alain Supiot et Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 2004.

Jean-Emmanuel Ray, *Droit du travail*, Liaisons, 1998.

③ 유니언 쉘 협정에 관한 고찰

최윤희(건국대 법대 교수)

I. 서론

유니언 쉘 협정은 그동안 많은 학자들에 의해 논의되고 연구된 주제이다. 노조의 단결력 강화를 위한 단체협약상의 규정 중에서도 유니언 쉘 협정은 단결강제 협정을 포괄하는 용어로 사용되기도 한다. 노조의 적극적 단결권 보장이라는 측면에서 보면 이보다 더 효율적인 단결강제 수단이 없는 반면, 어쩔 수 없이 개개 근로자의 소극적 단결권과 단결선택권의 침해를 수반하게 된다. 이러한 점으로 인해 그간 유니언 쉘 협정은 그 허용 여부를 두고도 많은 이견들이 있어 왔을 뿐만 아니라, 구체적인 허용 범위와 내용에 있어서도 각국의 입법례에 따라 차이가 있다. 우리의 경우 역시 유니언 쉘 협정과 관련하여 관련 법규정의 개정이 여러 차례 반복되었고, 최근에는 복수노조 허용 시기와 맞춰서 2006년 말 다시 한번 관련 규정의 개정이 있었다. 본고에서는 현재 우리 법상 인정되는 유니언 쉘 협정의 개념, 허용 여부에 대한 논의들, 기존의 비조직 근로자들에 대한 소급효 인정 여부, 복수노조 허용과 관련한 유니언 쉘 효력 문제, 제명·노조가입 거부 문제 및 유니언 쉘 협정에 따른 사용자의 해고의무, 여타 관련 문제로서 근로권의 문제, 에이전시 쉘 등을 살펴보았다. 유니언 쉘 협정과 관련하여 관련 문제별로 주된 쟁점과 고려사항, 법원의 태도 등을 살펴봄에 있어, 우리의 학설과 판례 외에도 외국의 이론과 판례도 일부 참고하였다. 지면을 빌려, 필자보다 앞서 유니언 쉘 협정에 대하여 심도 있는 연구를 함으로써 이 논문에 많은 도움을 주신 여러 선생님들께 깊이 감사드린다.

II. 유니언 쉘 협정의 개요

1. 개념 및 현행 법규정

노동조합의 단결력 강화를 위하여 사용되는 단체협약상의 규정으로서 통상 노조보호협약 규정 중 대표적인 것으로서 유니언 쉘 협정이란 통상 채용의 조건으로서 노동조합 가입을 요구하거나 혹은 채용 후 일정 기간 내에 노동조합에 가입할 것을 조건으로 채용하고¹⁾ 이후 노조원 지위를 계속 유지하는 것을 고용 계속의 조건으로 단체협약에 규정을 두는 것을 말한다. 따라서 유니언 쉘 협정은 채용 당시 반드시 특정 노조의 노조원 자격을 요구하지 않는다는 점에서, 노조원 자격을 가진 자에 한하여 고용이 허락되며 조합에의 가입을 고용의 선행조건으로 함으로써 특정 노조에의 가입을 강제하는 클로즈드 쉘 협정²⁾과는 구별된다. 19세기와 20세기에 서구의 경우 단체협약 불이행시 사용자에 대한 제재수단이 법적으로 완비되지 못하였고, 노조원임을 이유로 부당해고를 당한 근로자의 법적 보호 방법이 충분하지 못한 현실하에서는 클로즈드 쉘 협정이야말로 가장 효율적인 노조 보호수단이었다고 할 수 있다.

현재 노동조합 및 노동관계조정법 제81조는 부당노동행위를 규정함에 있어 제2호에서 근로자가 어느 노동조합에 가입하지 아니할 것 또는 탈퇴할 것을 고용조건으로 하거나 특정한 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 행위를 부당노동행위의 한 유형으로 규정하면서, 다만, 노조조직률 2/3 이상의 사업장에서 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약의 체결은 예외로 한다고 규정함으로써 유니언 쉘 협정의 체결을 일정한 조건하에서 허용하고 있다. 현행 법 조문에서도 명백히 나타나듯이 우리 법의 입장은 클로즈드 쉘 규정은 허용

1) 김형배, 『노동법』, 박영사, 2007, p.156.

2) 클로즈드 쉘과 오픈 쉘의 개념 비교 정의 부분은 The Columbia Electronic Encyclopedia, 6th ed. Copyright © 2006, Columbia University Press에서 인용.

하지 않으면서도 일반적인 오픈 슝 원칙에 대한 예외로서 일정한 요건을 갖춘 조직 강제는 허용한다는 입장³⁾으로 해석된다. 우리 판례의 입장 역시 클로즈드 슝은 불허한다는 입장⁴⁾이어서, 근로자로 하여금 특정 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 행위를 사용자의 부당노동행위의 하나로 규정하여 이를 금지하고 있는바, 그 취지는 원래 노동조합에의 가입 및 탈퇴는 근로자 개개인의 자유의사에 의하여야 하고 특정 노동조합에의 소속을 고용조건으로 하여 근로자를 취업시키거나 그 탈퇴 또는 제명을 이유로 근로자를 해고할 수 있도록 하는 약정은 근로자의 단결선택의 자유를 침해하는 것으로서 허용될 수 없다⁴⁾는 입장이다.

여기서 근로자의 3분의 2 이상이라는 요건을 보면 이때의 전체 근로자 수는 노동조합 및 노동관계조정법 소정의 사용자의 이익을 대표함으로써 노조에 가입할 수 없는 근로자는 제외한 나머지 근로자를 의미한다고 해석⁵⁾된다.

2. 허용 여부에 대한 논란

일반적으로 유니언 슝의 허용 여부에 대하여는 학설이 나뉘는데, 노동조합 내지 노조원의 적극적 단결권 보장을 위한 유니언 슝 규정이 근로자 개개인의 소극적 단결권을 침해한다는 측면에서 이를 허용할 수 없다고 보는 입장⁶⁾과 특정 노동조합에의 가입을 강제하는 클로즈드 슝은 허용될 수 없지만, 일반적인 조직강제 조항인 유니언 슝 규정은 허용될 수 있다는 입장⁷⁾ 내지 노사관계법의 규정, 근로자의 단결권 내지 단결선택권 등을 보장할 수 있는 한도에서 구체적으로 유효 여부를 인정하려는 해석⁸⁾ 등으로 크게 나뉜다. 이외에도 소수의견이지만 유니언 슝 허용 여부

3) 피용호, 「유니언 슝 협정을 허용하는 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제2호 단서의 해석론」, 『법학연구』, 제21권, 한국법학회, 2006, p.323.

4) 대법원 1989. 1. 17. 선고 87다카2646판결.

5) 노동부 행정해석 1988. 3. 22. 노조 01254-4332

6) 독일 헌법과 같이 단결권의 대사인간 효력에 있어 직접적 효력이 인정되는 경우 단결강제조항이 근로자의 단결권을 침해하는 행위로서 당연 무효가 될 수밖에 없다. 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2005, p.508; 임종률, 『노동법』, 박영사, 2007, p.71.

7) 김형배, 『노동법』, 박영사, 2007, pp.157~158.

에 대하여 헌법상의 단결권 규정에 근거하여 소극적 단결권 침해 여부에만 초점을 두지 말고 헌법상의 자유권 규정, 즉 일반적 행동의 자유 내지 집회결사의 자유에서 근거한다고 보는 입장에서 그 허용 여부를 논하여야 한다는 입장⁹⁾도 있다. ILO는 단결강제가 결사의 자유를 침해하는 것은 아니라고 보는 입장이지만, 각국의 입법례는 허용 여부에 대하여 입장이 나뉘어진다.¹⁰⁾

우리의 헌법재판소는 유니언 쉼 협정이 헌법에 합치한다고 판시하였는데¹¹⁾, 문제가 된 사안은 잘 알려진 부산지역 택시노조 사건¹²⁾에서 근로자들이 기존의 부산지역택시노조를 탈퇴함과 동시에 부산민주택시노조에 가입하였으며, 이에 대하여 부산지역택시노조는 단체협약에 따라 사업주에게 근로자들에 대한 해고를 요구하였으며, 이에 근로자들이 해고처분을 당함에 있어 이 해고가 위법 무효임을 주장하여 그 확인을 구하는 소송을 제기함과 소송에 적용될 수 있는 노조 및 노동관계조정법 제81조 제2호 단서의 위헌제청신청을 제기하였으나, 법원은 청구기각과 함께 위헌제청신청을 기각하였고, 이에 대하여 청구인들은 헌법소원심판을 청구한 사안이었다. 이 사안에서 현재는 개별근로자의 단결권 및 단결선택권의 침해라는 측면과 평등권 침해의 두 가지 측면에서 판단하였는데, 유니온 쉼 협정이 개별근로자의 소극적 단결권 및 단결선택권을 제한하는 측면이 있는 것은 사실이지만, 노동조합의 조직강제권도 이른바 자유권을 수정하는 의미의 생존권(사회권)적 성격을 함께 가지는 만큼 근로자 개인의 자유권에 비하여 보다 특별한 가치로 보장되는 점 등을 고려하면, 노동조합의 적극적 단결권은 근로자 개인의 단결하지 않을 자유보다 중시된다고 할 것이어서 노동조합에 적극적 단결권(조직강제권)을 부여한다고 하여 이를 두고 곧바로 근로자의 단결하지 아니할 자유의 본질적인 내

8) 김유성, 『노동법Ⅱ』, 법문사, 1997, p.332, 임종률, 앞의 책, p.72
 9) 조상근, 「유니언쉼 협정의 위헌성 - 헌법재판소 2005. 11. 23. 2002헌바95·96(병합), 2003헌바9(병합)-」, 『민주법학』 제30권, 민주주의법학연구회, 2006, p.321.
 10) 송강직, 「단결강제제도의 법적 쟁점과 과제」, 『노동법연구』, 제16호, 서울대 노동법연구회, 2004, p.42.
 11) 헌법재판소 2005. 11. 24. 선고 2002헌바95·96, 2003헌바9 판결.
 12) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다23815 판결.

용을 침해하는 것으로 단정할 수는 없으며, 근로자의 소극적 단결권 내지 단결선택권 제한에 있어 제한 목적의 정당성, 제한되는 기본권 상호간에 적절한 비례를 유지하였는지 여부 등을 살펴보면 노조 및 조정법 소정의 법률규정은 전체적으로 보아 상충되는 두 기본권 사이에 합리적인 조화를 이루고 있고 제한에 있어서도 적절한 비례관계를 유지하고 있다고 판시하였다. 뿐만 아니라, 헌법상의 평등권 침해 여부에 대하여서도, 헌법이 보장하는 평등의 원칙은 합리적 근거 없는 차별을 금지하는 상대적 평등을 의미하는 만큼, 이 사건 법률조항은 일정한 조건의 지배적 노동조합에 게만 제한적으로 조직강제를 허용하고 있는데다가 지배적 노동조합의 범위를 정함에 있어서도 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하는 단결체로 엄격하게 한정하고 있으므로, 이 사건 법률조항이 일정한 지배적 노동조합 및 그 조합원에 비하여 소수노조 및 그에 가입하였거나 가입하려고 하는 근로자에 대한 차별적 취급은 합리적인 이유가 있다 할 것이므로 평등권을 침해한다고 볼 수 없다고 하였다. 그러나 이 사건 현재의 판결에 있어서 소수의견¹³⁾도 주목하지 않을 수 없는데, 소수의견에 의하면 노동조합 및 노동관계조정법상의 유니언 쉈프 규정은 근로자가 특정 노동조합에 가입하는 것을 고용조건으로 삼아서 특정 노동조합에 가입하지 않는 근로자를 해고할 수 있도록 허용하는 것이기 때문에 근로자의 단결하지 아니할 자유와 근로자의 생존권을 본질적으로 침해한다는 것이다. 즉 노동조합의 단결강화권과 단체교섭권은 근로자 전체의 지위 향상을 위하여 인정되는 것이기 때문에 근로조건의 향상을 위하여 필요한 경우에도 어느 근로자의 생존권을 근본적으로 위협하는 해고를 수단으로 삼는 것은 허용되지 아니하며 특정의 노동조합에 가입하지 않거나 탈퇴하였다는 이유로 근로자를 해고하여 근로자의 지위를 근본적으로 부정하는 것은 근로자의 생존권 보장과 지위 향상을 보장하고자 하는 헌법 제33조 제1항의 취지에 정면으로 반하고 자유민주주의가 지향하는 공존공영의 원칙 및 소수자 보호의 원칙에도 어긋난다는 것이다. 독일 연방노동법원은 격차조항과 관련된 1967년의 판결¹⁴⁾에서 단결선택의 자유가

13) 재판관 권성 및 조대현의 의견이다.

14) BAGE(GS) 20, 175.

보장되지 않는 단체는 더 이상 독일기본법 제9조 제3항의 보호를 받는 자유롭게 결성된 단체로 볼 수 없다고 판시한 바 있고, 독일 연방헌법재판소 역시 1979년의 공동결정법의 위헌 여부에 대한 판결에서 소극적 단결권을 인정하였다.¹⁵⁾ 이와 아울러, 우리의 경우도 비록 노동조합 및 노동관계조정법 입법 이전의 대법원 판결¹⁶⁾이기는 하지만 위 현재 판결에서의 소수의견과 동지의 대법원 판결¹⁶⁾도 있었음을 감안한다면, 유니언 쉵 협정의 허용 여부는 많은 논의를 불러일으키는 문제라고 생각된다.

Ⅲ. 유니언 쉵 협정 관련 법률 문제들

1. 소급효 인정 문제

유니언 쉵 협정의 소급효 인정 여부가 문제될 수 있는데, 즉 유니언 쉵 협정이 체결되기 이전에 이미 당해 직장에서 종업원으로 근무하고 있는 비노조원 근로자에게도 유니언 쉵 협정이 소급하여 효력을 미칠 것인지 여부이다. 이에 대하여는 노조의 보다 강력한 단결권 보장 측면에서 유니언 쉵 협정 체결시 명시적으로 “입사 후 1월 이내에 노동조합에 가입하여야 한다”고 규정한 경우와 같이 어디까지나 조항 체결 이후의 입사자만을 대상으로 한 것이 분명한 경우를 제외하고는 소급효를 인정하여야 한다는 견해¹⁷⁾도 있으나, 직장에 대한 권리와 관련하여 종업원으로서의 기득권적 지위를 존중하여야 하므로 비조합원인 종업원에 대하여 사후에 체결된 협정을 이유로 조합 가입을 강제하는 것은 옳지 않다는 입장에서 소급효를 인정하지 않으려는¹⁸⁾ 것이 보다 합리적인 해석이라고 생각된다.

15) 유성재, 「유니언 쉵(Union Shop) 협정과 소극적 단결권」, 『중앙법학』, 제5집 제1호, 중앙법학회, 2003, pp.18~19. 독일 판결 부분은 이 논문의 관련 부분 참고.

16) 대법원 1989. 1. 17. 선고 87다카2646판결.

17) 임종률, 앞의 책, p.73.

18) 김형배, 앞의 책, p.699.

현재 우리의 노동부 행정해석¹⁹⁾을 보면 유니언 슝 협정은 협정 체결 이후의 신규채용에만 적용된다고 보며, 노조의 대표자는 그 조합원을 위하여 근로조건 기타의 사항에 관하여 사용자와 교섭할 권한이 있고 교섭의 결과 체결된 단체협약은 그 노조원에게만 적용되는데도 노조와 사업주가 단체협약에 기속되지 않는 조합원이 아닌 근로자의 의사에 반하는 근로조건 기타의 사항에 관하여 교섭을 하여 협약을 체결할 수 없는 것이므로 협약 체결 당시 이미 채용되어 있던 기존의 비노조원 근로자들의 경우 노조가입을 강제할 수 없고 어디까지나 본인의 의사에 따라 노조가입 여부가 정하여진다²⁰⁾고 해석한다. 이와 관련하여 기존의 사업장의 비노조원 근로자에 관한 사안은 아니지만, 회사 합병에 있어 합병 회사의 노동조합이 유니언 슝 협정을 체결하고 있다고 하더라도 피합병 회사의 기존의 근로자들에게까지 위 유니언 슝 협정이 자동적으로 적용되는 것이 아니라는 취지의 대법원 판결²¹⁾이 있다.

2. 복수노조와 관련한 문제

노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제2호 단서의 규정은 “노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있을 때에는 ……”이라고 규정함으로써 법조문상 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 노조가 대표하는 경우라는 표현으로 말미암아 마치 기업별 단위노조에서만 이 조항이 유효한 것으로 오인될 가능성이 있으나 사업장의 의미는 노동조합의 조직 범위에 드는 사업 또는 사업장을 의미한다고 보이는²²⁾ 만큼, 당해 조직 대상 근로자의 3분의 2 이상을 대표하는 한 여러 산별 내지 직종별 단위노조 모두 유니언 슝 조항을 적용할 수 있을 것으로 보인다. 그런데 여기서 문제가 될 수 있는 점은 조직 대상이 같은 노조가 둘 이상인 경우, 즉 복수노조가 설립되어 있는 경우 유니언 슝

19) 노동부 행정해석 1989. 3. 21. 노조 01254-4153.

20) 한국경영자총협회, 「노사상담 : 유니온 슝의 요건」, 『월간 경영계』, 제242권, 한국경영자총협회, 1998, p.43.

21) 대법원 2004. 5. 14. 선고 2002다23185,23192판결.

22) 임종률, 앞의 책, p.70.

조항의 효력을 인정할 것인지 여부이다. 복수노조 금지 규정은 개정되었음에도 불구하고 그 시행 시기가 유예되어 있는 만큼 이 문제는 앞으로도 당분간 계속 논란이 될 수 있는데, 우리 판례의 입장은 복수노조 금지 규정하에서도 유니언 쉼 협정의 효력은 계속 유효하다는 입장²³⁾이다. 특히 많이 논의되고 있는 사례로서, 앞서 본고 ‘유니언 쉼 협정의 허용 여부에 대한 논란’부분에서도 살펴본 바 있는 부산지역택시노조 사건²⁴⁾을 들 수 있다. 이 사안에서 법원의 판시 내용을 보면, 유니언 쉼 협정이 체결된 위 노동조합을 탈퇴하여 조직 대상을 같이하면서 독립된 단체교섭권을 가지는 다른 노동조합에 가입하는 것을 허용한다면 사실상 피고 회사 내에는 단체교섭권을 가지는 노동조합이 복수로 존재하게 되어 위 유니언 쉼 협정의 근본이 와해되어 위 유니언 쉼 협정은 유명무실한 것이 되어 버리는 결과가 되므로 쉽사리 허용되어서는 아니 되고, 노조법 제5조 및 부칙 제5조 제3항의 취지는 과거에 금지되어 왔던 복수노조의 설립을 허용하는 한편, 교섭창구의 단일화를 위한 단체교섭의 방법 등 필요한 사항이 마련되는 시점까지는 하나의 사업 또는 사업장에 별도의 단체교섭권을 가지는 복수노조를 허용하지 아니함으로써 하나의 사업체에 교섭창구의 이중화로 인한 노사관계의 혼란을 방지하자는 데에 있다는 점을 들어 하나의 사업체 내에 사실상 복수노조를 허용하여 단체교섭권을 가지는 노동조합이 복수가 되는 결과가 된다면 이러한 결과는 위 부칙 조항의 취지에도 명백히 반한다고 할 것이므로 기존의 노조에 가입되어 있는 회사 내의 3분의 2 이상의 다수 근로자들의 이익을 보호하기 위하여 유니언 쉼 협정은 다른 노조에 가입한 근로자들에 대하여도 그 효력이 미친다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

사실 그간의 법규정상 복수노조 설립이 허용되지 않는 상황하에서 유니언 쉼 협정을 인정한 결과 원래의 취지와는 다르게 유니언 쉼은 결국 클로드드 쉼 협정과 같은 결과를 초래하였음을 부인할 수 없다. 이러한 현실에 착안하여 많은 학자들이 복수노조 허용시 현행 유니언 쉼 협정 관

23) 대법원 1997. 4. 11. 선고 96누3005판결, 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다23815 판결.

24) 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다23815 판결.

런 법규정 및 그 해석의 문제점을 지적한 바 있다. 위 판결의 경우 어디까지나 복수노조 금지 규정하에서 결국 제한적 조직강제조항인 클로즈드숍으로 작용하게 된다는 점에서 복수노조 금지 규정하에서도 위 판례의 입장을 받아들일 수 없다고 비판을 하는 입장²⁵⁾을 비롯하여 복수노조 금지 현실하에서는 유니언 쇼 협정을 법에 의해 인정한다 하더라도 향후 복수노조가 허용될 경우에는 유니언 쇼 협정이 근로자의 단결선택권을 침해하는 행위일 뿐만 아니라 조합간 차별행위까지 된다는 측면에서²⁶⁾ 혹은 근로자의 단결선택권 및 다른 노동조합의 단결권 역시 침해한다는 측면에서²⁷⁾ 우려를 표하는 의견이 많았다. 이외에도 다수 의견과는 다르지만 보다 단결강제의 필요성을 중시하는 입장에 서서, 유니언 쇼 협정의 문언이 특정노조제로의 가입을 강제하는 형식으로 나타날 수밖에 없다는 점을 감안하되, 근로자의 단결선택권이 부정될 수 있으므로 노동조합이 병존 시 특정노조를 탈퇴하여 다른 노조에 가입한 자, 새로이 채용된 근로자 또는 미조직 근로자로 남아 있던 자로서 단결선택권을 행사하는 자에게는 유니언 쇼 협정의 효력을 제한하는 것으로 해석하자는 견해²⁸⁾도 있는데 위 판결의 입장과도 상당히 유사하다고 보인다.

위 판결 역시 그 내용을 살펴보면 “다만, 독립된 단체교섭권을 가지는 복수노조가 전면적으로 허용되는 2002년 1월 1일부터는 달리 해석할 여지도 있을 것이다”라고 판시하고 있어서 복수노조 허용 시점에 있어서는 그 해석론이 달라질 여지를 인정²⁹⁾하고 있었는데, 복수노조 허용시 개별 근로자의 단결선택권 침해 문제와 복수노조 간의 불평등 초래 위험 등을 고려한다면 현행 유니언 쇼 규정의 개정이 필요하다는 점을 고려하여 현행 법규정 제81조 제2호 단서의 끝 부분이 2006년 말에 개정되었다. 개정

25) 김형배, 앞의 책, p.700.

26) 조용만·문무기·이승욱·김홍영(2002), 『국제노동기준과 한국의 노사관계 - 결사의 자유 및 노사자치 확립을 위한 법제도 개선방안-』, 연구보고서 2003-05, 한국노동연구원, p.53.

27) 이승욱, 「노조법상 유니언쇼제도(단결강제제도)의 위헌 여부」, 헌법실무연구회 제37회 발표문, 헌법실무연구회, 2003, p.7.

28) 송강직, 앞의 논문, p.72.

29) 도재형, 「노사관계법·제도 선진화방안에 대한 비판적 검토」, 『노동법학』, 제22호, 한국노동법학회, 2006, pp.229~230.

규정에 의하면, “이 경우 사용자는 근로자가 그 노동조합을 탈퇴하여 새로 노동조합을 조직하거나 다른 노동조합에 가입한 것을 이유로 근로자에게 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다”로 규정하고 있다.³⁰⁾ 개개 근로자의 단결선택권 보장의 필요성³¹⁾과 유니언 쉼 조항의 효력 판단은 어디까지나 복수노조 금지의 취지와는 무관하게 독립적으로 판단하는 것이 타당하다³²⁾는 점 등을 감안하더라도 위와 같은 법 개정은 합당한 조치라고 생각된다. 일본의 경우 역시 다수조합과 회사와의 사이에 체결한 유니언 쉼 협정은 소수조합원에게 효력이 미치지 않는다는 해석을 전제로 회사가 유니언 쉼 협정을 근거로 소수 조합원을 해고 조치하는 것은 부당노동행위에 해당한다는 것이 판례의 주류라고 한다.³³⁾

3. 제명의 문제

유니언 쉼의 가장 큰 특징은 노조원 신분을 유지하는 것이 곧 고용의 계속 조건이 된다는 것이다. 여기서 문제가 될 수 있는 것이 스스로의 의사에 의한 노조 탈퇴가 아닌 제명의 문제이다. 이 부분에 대하여 우리는 입법으로 해결하여 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제2호 단서에서 사용자는 제명을 이유로 근로자에 대한 신분상의 불이익 처우를 하지 못하게 규정하고 있다. 이는 그 입법 연혁에서 단서 조항의 삭제와 삽입을 반복하면서 제명자에 대한 불이익행위 금지를 추가한 점에 비추어 보더라도 유니언 쉼이 원래의 목적인 순수한 단결강제가 아니라 비판적 조합원에 대한 축출 또는 그 위협의 목적으로 남용되는 것에 대한 우려 때문

30) 이 조항은 노사관계 선진화 입법에 있어 복수노조 허용 시기를 유예한 시점인 2010년 1월 1일부터 시행한다.

31) 김재훈, 「판례로 본 인사관리: 지역별·업종별 복수노조와 유니언쉼 협정에 따른 해고의 정당성」, 『월간 경영계』, 제256권, 한국경영자총협회, 1999, p.67.

32) 박중희(2003), 「판례연구: 복수노조 설립금지하에서 유니언 쉼 협정의 효력 - 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다23815판결; 부산고법 2000. 4. 12. 선고 99나7794판결, 부산지법 1999. 7. 7. 선고 98합15852판결-」, 『고려법학』, 제40권, 고려대학교 법학연구원, p.253.

33) 이 부분 판례 분석 및 평석의 자세한 내용은 이승욱, 『복수노조 병존의 쟁점과 과제』, 한국노동연구원, 2001, pp.104~109.

에 제명자에 대하여 그 효력을 제한하는 규정을 둔 것임을 알 수 있다³⁴⁾.

제명의 문제와 관련하여 노조의 통제권이 문제될 수 있다. 유니언 솅 자체의 효력을 부정하는 입장이라면 문제가 되지 않겠지만, 일단 그 효력을 인정하는 입장에 선다면 조합원이 노조의 규율을 어겨 제명되거나 혹은 제명에까지 이를 정도의 규율 위반행위는 아니더라도 노조의 통제권 행사가 정당시되는 상황하에서 유니언 솅 협정의 효력은 인정될 수 없느냐는 점은 문제로 남을 수 있다. 특정 노동조합에의 미가입행위나 탈퇴행위가 해고에 의하여 그 근로자와 가족의 생활의 존립을 사실상 부정할 정도로 비난 가능성이 큰 것이라고 보기는 어렵다거나, 극도의 반조합적 행위를 하여 제명된 자에 대해서는 아무런 조치를 취할 수 없는 반면, 어용조합이 마음에 들지 않아서 또는 단순히 노동조합이 싫어서 가입하지 않거나 탈퇴한 자에 대해서는 해고가 행해질 수 있다는 점³⁵⁾ 등을 감안한다면 과연 제명된 근로자에 대한 해고 처분이 금지되는 것이 합당한 것인지 의문의 여지도 있다.

이와 관련하여 미국 사례를 보면, 조합원의 제재기간 중 조합비 납부의 무 불이행 문제에 관한 길버트 사건³⁶⁾에서 연방대법원은 조합 내에서의 반대 의견 개진 등으로 인하여 조합원 자격 일부 정지라는 노조의 제재를 받은 노조원들이 조합비 납부의무를 반드시 이행하지 않아도 된다고 판결하였다. 원고인 근로자가 제명을 당하거나 조합원으로서 향유할 이익을 박탈당한 것이 아니라는 피고 측의 항변에 대하여, 연방대법원의 판결은 유니언 솅의 취지가 조합원이 되고자 하는 자는 누구든지 동등한 조건으로 차별 없이 받아들여야 한다는 것이고, 일단 조합원이 된 사람은 조합비를 납부하는 한 계속 조합원 자격을 유지하도록 하여야만 한다고 실시하면서, 조합 회의에 참석하고 노조간부 선거에 투표하는 등 조합의 주

34) 김홍영, 「사용자가 유니언 솅 협정에 따른 해고를 거부한 경우 지배개입의 성립 여부 - 대법원 1998. 3. 24. 선고 96누16070판결 -」, 『노동법연구』, 제8호, 서울대학교 노동법연구회, 1999, p.402.

35) 이승욱, 앞의 논문, pp.23~24.

36) James Gilbert v. National Labor Relations Board, and International Brotherhood of Boilermakers, Iron ship Builders, Blacksmiths, Forgers and Helpers, AFL-CIO, 410 U.S. 926(1996).

요정책 결정에 참여하거나 노조의 직책을 맡을 권리가 전부 박탈되었다면 이는 결국 노조원으로서의 주요한 이익을 박탈당한 것이라는 논리하에, 이처럼 노조원으로서의 주요한 이익을 박탈당한 경우 전국노동관계법 제7조³⁷⁾에서 규정하는 조합원으로서의 권리가 심각하게 제한된 만큼 이러한 상황하에서 조합비 납부를 강요하는 것은 동법에서 금하는 노조의 노조원에 대한 부당한 강요행위가 된다는 취지로 판시하였다. 이 판결에서 특기할 사항은 노조의 징계 자체는 정당한 것이라 하더라도 징계로 인해 조합원으로서의 권리가 심각하게 제한된 바에는 이러한 상태에서 조합비 납부의무 불이행을 이유로 유니언 쉐 조항을 근거로 노조원을 해고할 수는 없다는 취지의 판단을 하고 있다는 점이다.

현재, 우리의 법규정은 앞서 본 바와 같이 제명을 유니언 쉐 협정의 적용대상에서 제외시키고 있다. 노동조합 조직운영의 근간이 민주성에 있음을 유의할 때, 유니언 쉐 협정으로 특정 노동조합의 지위를 공고히 하는 것은 비민주적인 운영을 초래할 우려마저 있는³⁸⁾ 것 또한 사실이다. 우리의 판례 역시 제명자의 문제에 관하여 비록 구노동조합법하에서의 사건이지만, 회사의 노동조합 규약 및 취업규칙에 근로자가 노조 상벌위원회로부터 정권이나 제명처분을 당하여 노조로부터 해고 요청이 있을 때에는 회사는 종업원을 해고할 수 있도록 규정하고 있다 하더라도 이는 결국 특정 노조의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 부당노동행위를 용인하는 결과가 되어서 부당하다고 판시³⁹⁾하였다.

37) National Labor Relations Act, Sec. 7. [§ 157.]: Employees shall have the right to self-organization, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection, and shall also have the right to refrain from any or all such activities except to the extent that such right may be affected by an agreement requiring membership in a labor organization as a condition of employment as authorized in section 8(a)(3) [section 158(a)(3) of this title].

38) 박중희, 앞의 논문, p.249.

39) 대법원 1989. 1. 17. 선고 87다카2646판결.

4. 노조의 노조가입 거부 가능성 문제

에이전시 솅에서는 문제가 되지 않지만, 유니언 솅이나 클로즈드 솅에서 문제가 되는 것은 노조가입 자격이다. 과연 모든 근로자는 노조에 가입을 희망하는 의사를 표시하면 특단의 사정이 없는 한 노조가입이 허용되는 것인지, 아니면 노조에게 이들 근로자들 중 노조원이 될 자를 선별한 자격과 능력이 부여되는 것인지 문제가 아닐 수 없다. 만일 조합에게 노조원 선발권한이 부여된다면 유니언 솅 내지 클로즈드 솅 협정하에서 이는 곧 노조에게 신규근로자 채용권한을 부여한 것을 의미할 수밖에 없다. 이것은 단순히 노조의 단결강화 차원을 넘는 사용자의 인사권 내지 개개 근로자의 근로권을 침해하는 문제가 될 수 있다.

우리의 경우 이 문제를 구체적으로 규정한 법규정은 없지만, 개개 근로자의 근로권 내지 노조가입에 있어서의 불합리한 차별금지의 차원에서 접근할 수 있을 것으로 보인다. 미국의 경우 전국노동관계법은 유니언 솅 협정을 체결할 수 있음을 명시적으로 규정하고 있으면서도 단서를 덧붙여, 근로자가 다른 근로자들과 달리 차별적으로 노조가입을 거부당하거나, 노조 회비를 납부하지 아니한 것 외의 다른 사유로 노조가입을 거부당하거나 제명된 경우 이를 이유로 사용자는 근로자에게 고용상의 불이익을 줄 수 없다는 취지의 규정을 두고 있다.⁴⁰⁾ 이러한 법규정의 정신을

40) National Labor Relations Act, §8 (a) (3) as amended 29 U.S.C.A. §158 (a) (3) : "It shall be an unfair labor practice for an employer--(3) by discrimination in regard to hire or tenure of employment or any term or condition of employment to encourage or discourage membership in any labor organization: Provided, That nothing in this Act [subchapter], or in any other statute of the United States, shall preclude an employer from making an agreement with a labor organization (not established, maintained, or assisted by any action defined in section 8(a) of this Act [in this subsection] as an unfair labor practice) to require as a condition of employment membership therein on or after the thirtieth day following the beginning of such employment or the effective date of such agreement, whichever is the later, --- Provided further, That no employer shall justify any discrimination against an employee for non-membership in a labor organization (A) if he has reasonable grounds for believing that such membership was not available to the employee on the same terms and conditions generally applicable to other members, or (B) if he has

따라, 미국 법원의 입장 역시 유니언 슝 협정을 합법화시키는 근거에는 일단 노조원이 되기를 희망하는 근로자는 모두 같은 조건으로 차별 없이 노조가입을 허락하여야 하며, 일단 노조원이 된 근로자가 조합비를 제대로 납부하는 한 이들의 노조원 자격이 허용된다는 것이다. 즉 미국 법원의 입장은 유니언 슝을 하려면 노조가 호혜평등하게 모두에게 가입 허용되거나, 그렇지 않다면 오픈 슝만이 허용된다는⁴¹⁾ 입장으로 보인다.

이 문제와 관련하여 우리의 판례를 보면, 조합이 조합원의 자격을 갖추고 있는 근로자의 조합가입을 합부로 거부하는 것은 허용되지 아니하고, 특히 유니언 슝 협정에 의한 가입강제가 있는 경우 단체협약에 명문규정이 없더라도 노조의 요구가 있으면 사용자는 노조에서 탈퇴한 근로자를 해고할 수 있으므로 조합 측에서 근로자의 노조가입을 거부하면 이는 곧바로 해고로 직결될 수 있는 만큼, 조합은 노조가입 신청인에게 제명에 해당하는 사유가 있다는 등의 특단의 사정이 없는 한 그 가입에 대하여 승인을 거부할 수 없고 따라서 조합가입에 조합원의 사전 동의를 받아야 한다거나 탈퇴 조합원이 재가입하려면 대의원대회와 조합원총회에서 각 3분의 2 이상의 찬성을 얻어야만 된다는 조합가입에 관한 제약은 그 자체가 위법 부당한 것으로서, 특별한 사정이 없는 경우에까지 그와 같은 제약을 가하는 것은 기존 조합원으로서의 권리남용 내지 신의칙 위반에 해당한다는 판결⁴²⁾이 있다. 이외에도, 노조를 탈퇴한 근로자 11명이 노조 탈퇴의사를 철회하고 다시 노조에 가입하기 위한 노력을 하자 노동조합이 그 중 일부에 대하여는 노조 탈퇴의사 철회를 받아들여 노조원의 자격을 유지하게 하고도 나머지 3명에 대하여서만 이를 받아들이지 아니하고 회사에 대하여 해고를 요구하여 회사가 이들을 해고한 사건에서 우리 법원은 노조 탈퇴의사를 철회하고 노조에 다시 가입하려는 근로자에 대해

reasonable grounds for believing that membership was denied or terminated for reasons other than the failure of the employee to tender the periodic dues and the initiation fees uniformly required as a condition of acquiring or retaining membership.”

41) James Gilbert v. National Labor Relations Board, and International Brotherhood of Boilermakers, Iron ship Builders, Blacksmiths, Forgers and Helpers, AFL-CIO, 410 U.S. 926 (1996).

42) 대법원 1996. 10. 29. 선고 96다28899 판결.

여 이를 거부하고 해고되게 한 것은 노조 자체가 단결권의 정신을 저버리고 실질상 제명과 같은 효과를 발생시킨 것으로서 구노동조합법 제39조 제2호 단서에 위반될 뿐만 아니라 유니언 쉘 협정에 기한 해고의 목적 범위를 일탈한 것으로, 또한 11명의 탈퇴자 중 3명에 대하여서만 탈퇴의사 철회를 거부하고 해고되게 한 것은 다른 탈퇴 근로자들과의 형평에도 반하여 무효라고 판시⁴³⁾한 판결이 있는데, 이 판결이 탈퇴자의 노동조합 재가입 거부를 제명에 비하였다는 논리적 결함이 있는 것⁴⁴⁾은 사실이지만, 적어도 노조가 유니언 쉘 협정을 체결한 상태에서 임의로 근로자의 가입 거부를 할 수 없음을 분명히 한 측면은 있다고 본다.

5. 근로권의 문제

유니언 쉘 협정은 노조의 입장에서는 단결강제를 위하여 필요한 협약으로서 개개의 근로자의 소극적 단결권 내지 단결선택권을 다소 침해하는 측면이 있다 하더라도 양쪽의 권리를 비교형량함에 있어 노조의 단결권이 더 우선시되어야 한다는 고려가 가능하다. 그런데 문제는 유니언 쉘 협정을 단순히 단결권의 범주 내에서만 논의하지 아니하고, 개개의 근로자의 근로권 보장의 측면에서 논할 수 있다는 점이다. 즉, 사용자에게 기대어 고용상실의 위협을 통해 다수 근로자의 이익을 유지·향상시킨다는 논리는 개인 근로자의 노동권에 대한 침해로 될 수 있기 때문에 이에 관한 해명이 필요하다는 것이다⁴⁵⁾. 이미 미국에서 상당히 오랜 기간 논의가 되어 온 부분으로서 근로권(right to work) 침해 문제는 아직까지 우리나라에서 논의할 수 있는 상황은 아니지만, 향후 유니언 쉘 협정의 발전 추이에 따라 한 번 정도 논의될 수 있는 주제로 보인다. 미국의 경우를 살펴보면 소위 와그너법으로 불리는 전국노동관계법(National Labor Relations Act : NLRA)에서 클로드 쉘까지 합법화할 수 있는 근거를 마련한 것에 대한 반동으로 1947년의 테프트-하틀리법이 입법되면서 근로권의 개념이

43) 대법원 1995. 2. 28. 선고 94다15363판결.

44) 송강직, 앞의 논문, p.52.

45) 조상균, 앞의 논문 p.325.

도입되었다고 할 수 있다. 테프트-하틀리법에서는 클로즈드 쉘을 위법화 하면서 유니언 쉘은 허용하였는데 동법은 더 나아가 14조 (b)에서 개개의 주별로 유니언 쉘까지도 입법에 의해 위법화할 수 있는 근거를 두고 있었다. 즉, 개개의 근로자의 근로권 보장 측면에서 유니언 쉘 내지 나아가 에이전시 쉘까지도 위법화할 수 있는 근거를 주었는데, 이러한 근로권 개념에 대하여는 무엇보다도 단체협약 체결시 비노조원의 무임승차라는 측면에서 비난 여론도 만만치 않다. 현재 미국은 앨라배마, 애리조나 등 22개 주에서 근로권에 근거한 유니언 쉘 위법화 입법을 하고 있다고 한다⁴⁶⁾. 이러한 미국의 영향을 받아 캐나다에서도 앨버타 주 등에서 근로권 입법 운동이 벌어지고⁴⁷⁾ 근로권 입법 움직임을 두고 많은 논란이 벌어지고 있다.⁴⁸⁾

6. 사용자의 해고의무

유니언 쉘 협정을 체결함에 있어 노조를 탈퇴한 근로자에 대한 사용자의 해고의무를 협약상에 명시적으로 규정하고 있지 않더라도 유니언 쉘 규정을 단체협약에 규정한 것만으로 사용자의 해고의무는 인정된다는 것이 판례⁴⁹⁾의 입장으로 보인다. 이러한 판결에 대하여는 조직장제의 사실적 형태를 유형화한 것으로서의 유니언 쉘 협정은 노사간 협약자치의 결과로서 다양한 변형이 가능함에도 불구하고 이를 모두 유니언 쉘 협정으로 규율하려는 것은 협약자치의 영역을 무시한다는 점 및 유니언 쉘 협정

46) 미 노동부의 통계자료에 의하면, 22개 주 외에 인디애나 주의 경우 학교 근무 근로자들에 한하여 근로권이 인정되는 입법을 하고 있다; Table of State Right-to-Work Laws as of Jan.1, 2006, Division of External Affairs Wage and Hour Division, Employment Standards Administration, U.S. Department of Labor (www.dol.gov).

47) 프레이저 연구소(Fraser Institute) 등을 중심으로, 근로권이 입법되어 있는 미국의 아이다호 주와 근로권 입법이 되지 않은 앨버타 주의 경제 및 고용창출 상황 등을 비교하는 연구가 행해지는 등 근로권 운동의 움직임이 계속되었다.

48) Geoffrey S. Kercsmar, "Protecting the Golden Goose: Canadian Union Security Agreements and Competitiveness in the Age of NAFTA," Dickinson Journal of International Law, Spring 1997, Dickinson School of Law, 1997, pp.611~613.

49) 대법원 1998. 3. 24 선고 96누16070판결.

을 체결하고 있음에도 불구하고 단체협약 자체에서 사용자의 해고의무를 명시적으로 규정하고 있는 단체협약은 전체 유니언 쉼 협정 중 극히 일부에 지나지 않는다는 점 등을 들어 부당하다고 보는 입장⁵⁰⁾도 있으나, 유니언 쉼 협정은 그 자체로서 노조원 지위 유지를 고용계속의 조건으로 하는 것이므로 노조를 탈퇴한 근로자에 대하여 사용자의 해고의무를 인정하는 것은 타당하다고 본다.

다만, 사용자의 해고의무가 인정된다 하더라도 일반적으로 유니언 쉼 협정의 단체협약상의 효력은 규범적 효력이 아니라 채무적 효력이다. 즉, 유니언 쉼 협정 위반만으로는 곧 법규 위반과 같은 규범적 효력이 부여되는 부분이 아닐 뿐만 아니라, 더 나아가 유니언 쉼 협정 자체의 효력은 별론으로 하더라도 엄밀히 말해서 근로자의 임면권은 사용자에게 있는 만큼, 현실적으로 사용자가 유니언 쉼 협정에 따른 해고의무를 이행하지 아니할 경우 이를 강제할 수 있는 방법이 있느냐는 문제가 있다. 강제이행으로서 해고라고 하는 의사표시를 하는 채무를 직접 강제하거나 대집행할 수는 없다⁵¹⁾.

우리 판례는 계속하여 사용자의 해고의무 불이행은 채무 불이행이 될 수는 있지만, 그 자체가 곧바로 노조에 대한 부당노동행위가 된다고 단정할 수는 없고, 그 밖에 사용자에게 근로자가 노조를 조직 운영하는 것을 지배 내지 개입할 의사가 있었다고 볼 만한 사정이 없는 경우에 유니언 쉼 협정에 따른 해고를 거부한 것만으로는 부당노동행위가 성립하지 않는다는 입장을 견지하고 있다⁵²⁾. 물론, 부당노동행위의 성립에 있어 지배 개입 의사를 필요로 하는지 여부 및 필요로 한다고 할 경우 그 주장 입증의 책임 등에 대해서는 법원의 입장과 다른 견해⁵³⁾도 유력하지만, 현재 우리 판례의 입장은 위 판결에서 보는 바와 같이 지배개입 의사를 필요로 한다고 명시하는 만큼, 현재로서는 판례의 입장에 의하면 유니언 쉼 협정에 따른 해고의무 불이행에 대하여 곧바로 부당노동행위 책임을 물을 수

50) 피용호, 앞의 논문, p.337.

51) 김홍영, 앞의 논문, p.405.

52) 대법원 1998. 3. 24 선고 96누16070판결

53) 김홍영, 앞의 논문, pp.415~417.

는 없다고 보인다.

7. 에이전시 쉘 협정

유니언 쉘 협정을 살펴보면 관련 문제로서 에이전시 쉘 협정에 대해 살펴볼지 않을 수 없다. 개별 근로자의 소극적 단결권 내지 단결선택권 침해라는 유니언 쉘이 내포하고 있는 문제점을 최소화하면서 결과적으로 노조의 단결강화 요청을 어느 정도 수용하기 위한 방편으로 고안된 것이 에이전시 쉘이라고 할 수 있다.

에이전시 쉘은 기본적으로 비조합원들로 하여금 단체협약 체결 성과를 무임승차하지 못하도록 하기 위한 목적으로 인정되는 노조보호협약의 하나로서 비노조원이면서도 노조의 단체교섭에 의하여 그 이익이 대표되는 근로자들에게 비용을 부담하게 하는 것으로서, 에이전시 쉘에 대한 기본 원칙은 1946년 캐나다 온타리오 주의 포드자동차 회사 사건에서 캐나다 연방 대법관이었던 란드 판사(Ivan Rand)의 에이전시 쉘 근거 이론인 소위 ‘란드 공식(Rand Formula)’에 의해 그 합법성이 공식화되었다고 할 수 있다. 캐나다는 비교적 조합의 단결강제를 위한 협약을 원칙적으로 많이 인정하는 편으로서, 노조들은 일찍이 단결을 강화하고 조합원수 확보를 하려면, 적어도 급여로부터 조합비 원천징수 업무에 대한 사용자 측의 협력이 필수적임을 인식하여 단체협약 체결에 있어 쉘 협정, 즉 노조보호협정 체결에 주력하였다. 란드 판사는 노조의 단결강제의 필요성과 개인의 단결권 보호라는 상충되는 요청을 합법적으로 조화시키는 방편으로서 노조가입을 원하지 않는 근로자들에게 조합비를 부담하게 함으로써 에이전시 쉘을 인정⁵⁴⁾하였다. 즉, 에이전시 쉘을 통해서 비노조원들은 굳이 노조의 규약을 일일이 따르지 않더라도 노조의 단체협약의 혜택을 누리는 대가로서 금전적 비용을 치르게 한다는 것이었고, 이는 단체협약 체결에 있어서 비노조원의 무임승차를 막으면서도 개인의 단결권을 효율적으로 보호할 수 있다는 점에 착안한 이론이었다. 미국과 마찬가지로 연방국가

54) David Wright, “Unions and Political Action: Labour Law, Union Purposes and Democracy,” *Queen’s Law Journal*, Fall 1998, [FN 39] 요약 인용.

인 캐나다에서는 각 주별로 노조보호협약에 관련한 입법을 하게 되는데, 미국보다 각종 쉘 협정들을 더 강력하게 보호하는 경향이 있다⁵⁵⁾.

에이전시 쉘에 대한 미국 법원의 입장을 살펴보면, 기본적으로 에이전시 쉘은 기본적으로 비조합원들로 하여금 단체협약 체결 성과를 무임승차 하지 못하도록 하기 위한 목적으로 인정되는 노조보호협약의 하나로써 비노조원이면서도 노조의 단체교섭에 의하여 그 이익이 대표되는 근로자들에게 비용을 부담하게 하는 것이므로 전국노동관계법하에서 에이전시 쉘을 체결하는 것은 부당노동행위가 되지 않는다⁵⁶⁾고 본다. 에이전시 쉘에 대한 주요 미국 판례의 하나로는 제너럴 모터스 사건⁵⁷⁾을 들 수 있는데, 전국노동관계법하에서 비조합원에게도 조합원과 같은 회비 납입 의무를 지우게 하는 에이전시 쉘은 동법에서 금하고 있는 고용 내지 근로 조건에 있어서의 위법한 차별에 해당하지 아니하며, 유니온 쉘이 체결된 사업장에 소속된 근로자라 하더라도 조합비를 납부하는 한 조합가입을 원하지 아니하거나 조합 규약 등을 제대로 이행하지 아니함으로써 조합원 자격을 박탈당하였다 하더라도 적어도 동법에서 허용하는 에이전시 쉘의 조건을 충족한다고 보아서 유니온 쉘하에서의 해고사유에 해당하지 않는다. 주법에서 에이전시 쉘을 합법적으로 인정하고 있는 한, 에이전시 쉘하에서는 계속 근로하기 위하여 근로자는 조합원이 되거나 혹은 조합원이 되지 않으려는 근로자는 적어도 조합원과 같이 조합비를 납부하여야 하며 이러한 에이전시 쉘은 부당노동행위가 아니므로 에이전시 쉘이 부당노동행위에 해당할 우려가 있다는 이유로 사용자가 에이전시 쉘 체결을 위한 노조의 교섭요구를 거절할 수 없다고 판시하였다.

미국 법원의 에이전시 쉘에 관한 입장 중 특기할 점은, 에이전시 쉘을 체결하는 목적이 어디까지나 단체교섭에 있어서의 비노조원의 무임승차 방지에 있는 만큼, 노동조합이 에이전시 쉘하에서 비노조원으로부터 징수한 조합비를 원래의 징수 목적인 단체교섭 등에 사용하는 외에 다른 목

55) Geoffrey S. Kercsmar, 앞의 논문, pp.593~596 요약 인용.

56) Gary Davenport, et al., v. Washington Education Association, 127 S. Ct. 2372, (2007).

57) National Labor Relations Board v. General Motors Corporation, 373 U.S. 734 (1963).

적으로 사용하는 것은 허용하지 않는다는 것이다. 에이전시 슝의 조합비 사용 범위에 대한 주요 판례 중 하나로서 조합이 비노조원들로부터 징수한 조합비를 단체교섭, 단체협약 이행 및 협약이행 과정에서의 분쟁해결 등의 목적을 벗어나서 사용하는 것에 대하여 비노조원 근로자가 이의를 제기한 Beck 사건⁵⁸⁾에서 연방대법원은 단체교섭과 무관한 용도를 위하여 비노조원이 납부한 조합비를 노조가 사용할 수 없다고 판시하였으며, 철도노동법⁵⁹⁾하에서 에이전시 슝을 체결한 근로자들의 경우도 노동조합은 징수한 조합비를 당해 근로자들의 의사에 반하여 단체교섭 등의 목적이 아닌 정치적 목적을 위해 사용할 수 없다고 연방대법원은 판시⁶⁰⁾하고 있다.

58) Communications Workers of America and its Locals 2100, 2101, 2108 and 2110 v. Harry E. Beck, Jr. et al., 487 U.S. 735 (1988).

59) Railway Labor Act, §2, subd.11 as amended 45 U.S.C.A. §152, subd 11 : " Notwithstanding any other provisions of this chapter, or of any other statute or law of the United States, or Territory thereof, or of any State, any carrier or carriers as defined in this chapter and a labor organization or labor organizations duly designated and authorized to represent employees in accordance with the requirements of this chapter shall be permitted -

(a) to make agreements, requiring, as a condition of continued employment, that within sixty days following the beginning of such employment, or the effective date of such agreements, whichever is the later, all employees shall become members of the labor organization representing their craft or class: Provided, That no such agreement shall require such condition of employment with respect to employees to whom membership is not available upon the same terms and conditions as are generally applicable to any other member or with respect to employees to whom membership was denied or terminated for any reason other than the failure of the employee to tender the periodic dues, initiation fees, and assessments (not including fines and penalties) uniformly required as a condition of acquiring or retaining membership.---

60) Internation Association of Machinists et al. v. S. B. Street et al., 367 U.S. 740 (1961).

IV. 결 론

앞서 노조의 조직보호를 위한 단결강제협정으로서 유니언 쉘과 관련한 문제점들을 살펴보고 상반된 학설들과 법원의 입장 등을 살펴보았다. 앞서도 언급하였듯이, 노조보호협정들은 노조의 적극적 단결권 보장이라는 이면에 개개 근로자의 단결선택권 내지 소극적 단결권 및 근로권 등의 침해 문제를 수반하게 마련이다. 바로 이러한 상충되는 가치의 조화 문제로 인하여 제명된 근로자의 보호 문제, 유니언 쉘 협정에 따른 사용자의 해고의무 문제, 노조의 단결강제의 필요성과 개인의 단결권 보호라는 상충되는 요청을 합법적으로 조화시키는 방편으로 고안된 에이전시 쉘까지 여러 과생 문제들이 생겨난다. 노조의 단결강제와 개별 근로자의 단결선택권 내지 근로권의 보호라는 가치들은 궁극적으로 모두 근로자의 이익을 위한 것임에도 불구하고 이들 가치를 추구하는 과정에서는 상호 충돌하는 부분이 생기는 것인데, 이로 인하여 각국의 다양한 입법과 법원의 입장도 나온 것이라고 생각한다. 우리의 경우 역시 유니언 쉘 협정 관련 법조문은 많은 개정의 역사를 거쳐 온 만큼, 노동법 중에서도 그때그때 시대 상황에 따른 노동입법정책에 특히 많은 영향을 받는 부분이 단결강제 관련 법규정들인 것 같다. 우리보다 훨씬 앞서 노조의 단결강제보호의 필요성을 인식하여 1842년에 이미 클로즈드 쉘 협정을 체결하기 위한 노조의 파업이 정당하다고 판시⁶¹⁾하였던 미국은 이후 100년이 지나 1,2차 세계대전을 겪으면서 특수기술직 근로자들의 전유물로 인식되던 기술교육의 보급과 전쟁으로 인한 노동력의 부족 등으로 인해 근로권 개념이 대두되면서 급기야는 1947년의 태프트-하틀리 입법으로 클로즈드 쉘 협정을 금지하기에 이르고, 이제는 에이전시 쉘마저도 비노조원으로부터 납부 받은 조합비의 사용 용도를 제한하는 입장에까지 이르렀다. 우리도 금번에 복수노조를 허용하는 시점에 맞춰 유니언 쉘 조항 관련 법규정을 일

61) 매사추세츠 주 대법원 판결; Commonwealth v. John Hunt & others. 4 Metcalf 111, 45 Mass. 111, 1842 WL 4012 (Mass.), 38 Am.Dec. 346.

부 재차 개정하였음은 그만큼 노조의 단결강제 문제가 복잡하고도 다양한 가치들을 고려하여야 하는 어려움을 잘 보여준다. 결국 우리 헌법재판소 판결에서도 명시하였듯이, 유니온 슝 협정이 개별근로자의 소극적 단결권 및 단결선택권을 제한하는 측면이 있는 것은 사실이지만 그럼에도 불구하고 이를 법에 의해 허용하는 것은 그만큼 노조의 단결강화를 통한 근로자 전체의 권익 옹호의 필요성 때문이다. 이러한 관점에서 금번 노동조합 및 노동관계조정법 중 유니온 슝 관련 규정의 개정 역시 노조의 단결강제와 개개 근로자의 단결선택권 보장을 조화시키기 위한 노력의 일환으로 생각되며, 향후 법규정이 근로자의 권익 옹호를 위한 궁극적 목적에 합당하도록 조화롭게 집행되기를 바란다.

참고문헌

- 김유성(1997), 『노동법Ⅱ』, 법문사.
- 김형배(2007), 『노동법』, 박영사.
- 임종률(2007), 『노동법』, 박영사.
- 허영(2005), 『한국헌법론』, 박영사.
- 김재훈(1999), 「판례로 본 인사관리: 지역별·업종별 복수노조와 유니언 샵 협정에 따른 해고의 정당성」, 『월간 경영계』, 제256권, 한국경영자총협회.
- 김홍영(1999), 「사용자가 유니언 샵 협정에 따른 해고를 거부한 경우 지배개입의 성립 여부 - 대법원 1998. 3. 24. 선고, 96누16070판결-」, 『노동법연구』, 제8호, 서울대 노동법연구회.
- 도재형(2006), 「노사관계법·제도 선진화방안에 대한 비판적 검토」, 『노동법학』, 제22호, 한국노동법학회.
- 박종희(2003), 「판례연구: 복수노조 설립금지 하에서 유니온 샵 협정의 효력 - 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다23815판결; 부산고법 2000. 4. 12. 선고 99나7794판결, 부산지법 1999. 7.7. 선고 98합15852판결-」, 『고려법학』, 제40권, 고려대학교 법학연구원.
- 송강직(2004), 「단결강제제도의 법적 쟁점과 과제」, 『노동법연구』, 제16호, 서울대노동법연구회.
- 유성재(2003), 「유니언 샵(Union Shop) 협정과 소극적 단결권」, 『중앙법학』 5(1), 중앙법학회.
- 이승욱(2003), 「노조법상 유니언 샵 제도(단결강제제도)의 위헌여부」, 헌법실무연구회 제37회 발표문, 헌법실무연구회.
- _____ (2001), 『복수노조 병존의 쟁점과 과제』, 한국노동연구원.
- 조상균(2006), 「유니언 샵 협정의 위헌성 - 헌법재판소 2005. 11. 23. 2002헌바95·96(병합), 2003헌바9(병합)-」, 『민주법학』, 제30권, 민주

주의법학연구회.

조용만·문무기·이승욱·김홍영(2002), 「국제노동기준과 한국의 노사관계 - 결사의 자유 및 노사자치 확립을 위한 법제도 개선방안-」, 연구보고서 2003-05, 한국노동연구원.

피용호(2006), 「유니언 슝 협정을 허용하는 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제2호 단서의 해석론」, 『법학연구』, 제21권, 한국법학회.
한국경영자총협회자료(1998), 「노사상담: 유니언 슝의 요건」, 『월간 경영계』, 제242권, 한국경영자총협회.

<참고판례 및 결정례>

대법원 1989. 1. 17. 선고 87다카2646판결

대법원 1997. 4. 11. 선고 96누3005판결

대법원 1998. 3. 24 선고 96누16070판결

대법원 1996. 10. 29. 선고 96다28899판결

대법원 1995. 2. 28. 선고 94다15363판결

대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다23815판결

헌법재판소 2005. 11. 24. 선고 2002헌바95·96, 2003헌바9 판결

노동부 행정해석 1988. 3. 22. 노조 01254-4332

노동부 행정해석 1989. 3. 21. 노조 01254-4153

David Wright(1998), “Unions and Political Action: Labour Law, Union Purposes and Democracy,” *Queen’s Law Journal*, Fall.

Geoffrey S. Kercksmar(1997), “Protecting the Golden Goose: Canadian Union Security Agreements and Competitiveness in the Age of NAFTA,” *Dickinson Journal of International Law*, Spring, Dickinson School of Law.

The Columbia Electronic Encyclopedia, 6th ed. Copyright © 2006, Columbia University Press.

Table of State Right-to-Work Laws as of Jan.1, 2006, Division of External Affairs Wage and Hour Division, Employment Standards Administration, U.S. Department of Labor (www.dol.gov).

BAGE(GS) 20, 175

Commonwealth v. John Hunt & others. 4 Metcalf 111, 45 Mass. 111,
1842 WL 4012 (Mass. 1842), 38 Am.Dec. 346

Communications Workers of America and its Locals 2100, 2101, 2108
and 2110 v. Harry E. Beck, Jr. et al., 487 U.S. 735 (1988)

Gary Davenport, et al., v. Washington Education Association, 127 S.
Ct. 2372, (2007)

Internation Association of Machinists et al. v. S. B. Street et al., 367
U.S. 740 (1961)

James Gilbert v. National Labor Relations Board, and International
Brotherhood of Boilermakers, Iron ship Builders, Blacksmiths,
Forgers and Helpers, AFL-CIO, 410 U.S. 926 (1996)

National Labor Relations Board v. General Motors Corporation, 373
U.S. 734 (1963)

4 노동위원회의 기능의 강화와 노동위원회법의 개정

김홍영(성균관대 법대 교수)

I. 노동위원회의 기능의 강화

1. 논의의 배경

1997년 노동관계법의 개정 이후 10년 가까운 기간 동안 노동위원회의 개편에 대하여 다양한 측면에서 논의가 이루어졌다. 노사정위원회, 노사정 대표자회의 등 노사정 간의 사회적 합의를 이끌어내려는 노력이 있었으며, 거기에 ‘노사관계 선진화 방안’이라는 불리는 입법 제안이 중심 주제로 다루어졌다. 그 속에 노동위원회의 개편 논의도 아울러 진행되어왔다.

그런데 좀 더 자세히 살펴보면 노동위원회의 개편과 관련된 최근의 법제도 변화는 여러 측면에서 복합적으로 진행되었다고 하겠다.

첫째, 2006년 말·2007년 초에 노동위원회법의 개정이 이루어졌다.¹⁾ 그 개정은 노사정위원회에서의 노사정합의(2002년 ‘노동쟁의조정제도와 관행 개선을 위한 합의문’, 2004년 ‘일자리 만들기 사회협약’)를 배경으로 하면서, 아울러 ‘노사관계 선진화 방안’에 대한 논의가 2003년부터 2006년 초반까지의 제대로 진전되지 못하고 있다는 상황을 고려하여 2006년 4월 노사정대표자회의에서 ‘노동위원회 개편방안’에 대해 먼저 합의한 바를 입법화한 것이다. 그 내용은 공익위원 정원 확대, 상임위원 중심 사건처리 체계, 당사자 쌍방의 합의를 통한 분쟁해결의 촉진 등 다양한 내용의 제도 개선이 이루어졌다.

1) ‘노동위원회법’ 일부 개정 2007. 1. 26 법률 제8296호(시행: 2007. 4. 1).

둘째, 2006년 말·2007년 초에 개정된 노조법, 근기법 등 이른바 ‘노사관계 선진화 입법’으로 진행되었다.²⁾ 2003년 ‘노사관계 선진화 방안’에서의 제안에 대한 논의 결과로서 2006년 9월 노사정대표자회의에서의 합의에 기초하여 입법화된 것이다. 이에 따라 종래 노동위원회의 기능이었던 노동쟁의조정, 부당해고 심판 등에 있어 제도의 개선이 이루어졌다. 아울러 2007년부터는 필수유지업무 유지 수준 등의 결정이라는 새로운 업무가 추가되었다.

셋째, 2006년에 이른바 ‘비정규 보호 법률’로서 ‘기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률’이 제정되고, ‘과건근로자 보호 등에 관한 법률’, 노동위원회법 등이 개정되었다.³⁾ 이에 따라 노동위원회가 비정규직 차별시정을 담당하게 되었다.

넷째, 2005년에 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률이 제정되어, 노동위원회가 공무원 노동관계의 조정을 담당하게 되었다.⁴⁾

이와 같은 노동위원회의 개편 방향은 노동위원회의 기능을 강화하는 측면에서 이해될 수 있다. 그러한 기능 강화를 위해 노동위원회 조직을 강화하고, 위상의 제고가 아울러 진행되는 것이다.

이 글에서는 노동위원회의 기능을 강화하려는 최근의 노동위원회 개편 방향에 대해 검토하고자 한다. 먼저 최근의 노동위원회의 인력 증원 등 조직 강화에 대해 살펴보고, 기능 강화의 방향성 및 특히 ‘노사관계 선진화 입법’과 노동위원회법 개정을 중심으로 제도적 개선의 정도와 과제에 대해 고찰하고자 한다.

아울러 노동위원회의 기능 강화와 관련하여 노동위원회법의 구체적인 개정 내용을 검토하고자 한다. ‘노사관계 선진화 입법’으로 진행된 노조법 및 근기법의 개정 내용 중 상당 부분은 2007년도 KLI 노동법·법경제 포

2) ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 일부개정 2006. 12. 30 법률 제8158호(시행: 2007. 7. 1); 근로기준법 일부개정 2007. 1. 26 법률 제8293호(시행: 2007. 7. 1).

3) 기간제 및 단시간 근로자 보호 등에 관한 법률 제정 2006. 12. 21 법률 제8074호(시행: 2007. 7. 1); 과건근로자 보호 등에 관한 법률 일부개정 2006. 12. 21 법률 제8076호(시행: 2007. 7. 1); 노동위원회법 일부개정 2006. 12. 21 법률 제8075호(시행: 2007. 1. 1).

4) 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제정 2005. 1. 27 법률 제7380호(시행: 2006. 1. 27).

럼에서 발표되어 이 책자에 함께 수록되는 다른 논문들에서 자세히 검토하고 있으므로 필자의 논의는 다른 기회로 미루도록 한다.⁵⁾

2. 노동위원회의 인력 증원 등 조직 강화 현황

전술한 바와 같이 최근 법제도의 변화에 따라 확대되거나 심화된 업무를 원활하게 수행하기 위해서 노동위원회는 인력 증원 등 조직 강화가 진행되고 있다. 최근의 통계자료를 통해 이를 확인할 수 있겠다.

〈표 1〉 위원 정원·현원('07.9월 말 현재)

	정 원							현 원						
	전체	노	사	공익위원				전체	노	사	공익위원			
				소계	심판	조정	차별				소계	심판	조정	차별
전체	1,740	515	515	710	335	202	173	1,617	466	495	656	315	183	158
중노위	170	50	50	70	33	20	17	121	30	30	61	32	17	12
지노위	1,570	465	465	640	302	182	156	1,496	436	465	595	283	166	146

주: 위원수는 891명에서 2007. 4. 1부터 1,740명으로 증가
출처: 중앙노동위원회, 「2007년도 주요업무 추진 현황」, 2007년 제269회 정기국회 국정감사 보고자료, 2007. 10. 23, p.2.

〈표 2〉 직원 정원·현원('07. 9월 말 현재)

	전 체	위원장	상임위원	일반직 고위공무원	3·4급	4급	5급 이하	기능직
전 체	374/332	12/11	11/5	1/1	1/2	12/8	294/263	43/42
중노위	105/ 87	1/ 1	4/2	1/1	0/1	6/5	86/ 70	7/ 7
지노위	269/245	11/10	7/3	-	1/1	6/3	208/193	36/35

주: 2007년 113명 증원(4월 6일: 78명, 8월 16일: 35명)
출처: 중앙노동위원회, 「2007년도 주요업무 추진 현황」, 2007년 제269회 정기국회 국정감사 보고자료, 2007. 10. 23, p.2.

5) 이 글은 김홍영·박은정, 『새로운 행정수요에 대응하기 위한 노동위원회의 위상과 역할』, 중앙노동위원회 연구용역보고서, 2006. 10의 주요 내용을 발췌 및 수정하여 다시 작성되었음을 밝힌다. 이 보고서는 2006년·2007년 관련 법률의 개정이 진행되는 단계에서 노동위원회의 기능 강화를 제안하면서 노동위원회제도에 대해 종합적인 제도 개선안을 검토한 보고서이다. 이 글에서 수록하고 있는 노동위원회법의 개정 내용 이외에 근기법, 노조법 등의 개선방안 내지 개정법률의 내용에 대한 이해는 위 보고서의 해당 부분을 참조하는 것도 도움이 될 것이다.

3. 노동위원회 기능 강화의 방향

노동위원회의 기능 강화가 어떠한 방향으로 이루어지고 있는가? 즉 노동위원회의 기능 강화의 중점이 어디에 있는가? 이러한 질문은 노동위원회가 제고하여야 할 위상의 모습과도 관련된다.

노동위원회의 기능은 다음과 같이 크게 네 가지로 나누어 볼 수 있겠다.

- 1) 조정·중재·긴급조정 등 노동쟁의조정
- 2) 부당해고·부당노동행위 등의 심판
- 3) 기간제 근로자 등에 대한 차별시정
- 4) 기타 행정관청의 의결요청 사건 심의 등(노동조합의 결의·처분 시정명령 의결, 노동조합 해산 의결, 단체협약 시정명령 의결 등)

<표 3>에서 보듯이 노동위원회의 업무는 주로 노동쟁의 조정업무와 부당해고·부당노동행위 심판 업무가 중심이며, 기타 심판 업무(기타 행정관청의 의결요청 사건 심의 등)는 적은 편이다. 차별시정 업무는 이제 제도가 시행되었다.

기타 행정관청의 의결요청 사건 심의 등에 관한 심판 업무는 다른 세 가지 업무와는 특성이 다르다. 그러한 심판 업무는 노동관련 일반행정기관(근기법상 노동부 또는 노조법상 행정관청)의 권한의 행사에 대해 절차적인 통제를 한다는 점에서 기능적으로는 오히려 노동행정의 보조적인 업무이며, 노사 당사자 간의 분쟁을 전제하지 않는다는 점에서 노동분쟁 해결 기능의 측면이 약하다.

나머지 세 가지 기능은 노사 당사자 간의 분쟁해결을 대상으로 하고 있다는 점에서 공통된다.

최근의 노동위원회의 기능 강화는 바로 이러한 기능의 강화, 즉 노동분쟁해결의 기능을 강화하려는 것으로 이해된다.

또한 노동분쟁해결의 과정에서 노동위원회는 중추적인 기구가 되려 한다. 즉 일반행정기관이나 법원과의 관계에서 노동위원회의 위상을 제고하는 것이다. 노동부나 행정관청과 같은 일반행정조직의 의존으로부터 벗어나 오히려 중추적 위치로 자리매김하려 하며(예를 들면, 조정전 지원,

사후 조정), 법원의 판단 없이도 완결적인 분쟁해결이 가능할 수 있도록 하려는 것이다(예를 들면, 화해해결의 강화, 이행강제금 부과).

〈표 3〉 연도별 조정(調整)사건 통계

(단위: 건)

		처리 건 수	조 정(調 停)			중 재 재 정	행정지도 (조정· 중재)	취하 (조정· 중재)	기타
			성 립	불성립	성립률 (%)				
1995	전 체	688	36	204	15.0	17	81	350	
	중노위	105		56	0.0	3	22	24	
	지노위	583	36	148	19.6	14	59	326	
1996	전 체	760	41	250	14.1	13	121	335	
	중노위	114		66	0.0		31	17	
	지노위	646	41	184	18.2	13	90	318	
1997	전 체	629	98	306	24.5	4	67	154	
	중노위	83		35	42.6		7	15	
	지노위	546	72	271	21.0	4	60	139	
1998	전 체	943	105	372	22.0	41	214	211	
	중노위	80		17	60.5		22	15	
	지노위	863	79	355	18.6	41	192	196	
1999	전 체	1,067	129	384	25.1	54	179	321	
	중노위	94		30	49.2		26	7	
	지노위	973	99	353	21.9	54	153	314	
2000	전 체	1,090	234	514	31.3	21	158	163	
	중노위	144		36	69	34.2	3	23	13
	지노위	946	198	445	30.8	18	135	150	
2001	전 체	1,119	385	507	43.2	11	133	83	
	중노위	99		26	48	35.1		15	10
	지노위	1,020	359	459	43.9	11	118	73	
2002	전 체	1,076	382	485	44.1	15	92	102	
	중노위	109		41	52	44.1	2	5	9
	지노위	967	341	433	44.1	13	87	93	
2003	전 체	899	396	389	50.4	6	39	69	
	중노위	95		41	43	48.8		7	4
	지노위	804	355	346	50.6	6	32	65	
2004	전 체	873	379	407	48.2	11	29	47	
	중노위	79		27	39	40.9	2	7	4
	지노위	794	352	368	48.9	9	22	43	
2005	전 체	893	433	317	57.7	10	16	51	66
	중노위	80		23	49	31.9	3	2	3
	지노위	813	410	268	60.5	7	14	48	66
2006	전 체	739	340	303	52.9	7	22	69	10
	중노위	72		16	53	23.2	4	2	2
	지노위	667	324	250	56.4	3	20	67	10

주: 기타(근로자위원 일괄사건 관련 회의 미개최).

출처: 중앙노동위원회, 『2006 노동위원회연보』, p.39.

〈표 4〉의 계속

(단위: 건)

기준미달 휴업수당 지급 승인						휴업보상 및 장애보상의 예외						기 타 사 건						사건별			
신청건수		처리건수				이월	신청건수		처리건수				이월	신청건수		처리건수				이월	
전부인정	일부인정	화해	기각	각하	취하		전부인정	일부인정	화해	기각	각하	취하		전부인정	일부인정	화해	기각		각하		취하
0008	0			1	3	004									04			001	1974		
001						001												2002	001	1975	
007						004	2											3003	004	1976	
006						002			2	2	002				004			005005		1977	
003						001			1	1	001				002			1005		1978	
004	02					002					002				004			1003		1979	
005	2					001			1	1	001				002			2005	001	1980	
006	01					005					005				003			3007	004	1981	
012	03	1				007					007			001	5	016		6011	002	1982	
							8	2										18015	002	1983	
							8	3										6021	003	1984	
							4	1										7016	001	1985	
							1			1								7015	004	1986	
							7				1							11042	010	1987	
							6	1										8050	009	1988	
							5				1	1	1	2	2,006	1,237	065	84252	178	1989	
010						007												79225	050	1990	
119	03					115												097167	216	036	1991
064	07	1				050												26169	027	1992	
013	01	1				010												22195	041	1993	
004		1				008												11200	031	1994	
001						001												81167	022	1995	
002						001												81134	027	1996	
058	04					054		1										16080	008	1997	
070	40					027												16078	022	1998	
014	06					008	2	4										24069	017	1999	
011	04					005	1	6	1									16075	023	2000	
005						004												12080	023	2001	
001							1	2										023675	078	012	2002
003						2		6										014009	085	012	2003
5	1					2	2	1										1114	54	13	2004
3	2					1		4										2016	55	24	2005
5						4		2										2315	68	19	2006

주: 1) 기타 사건에는 근로조건 위반 손해배상청구, 노조회의 소집권자 지명의결, 노조규약법령에 위반 여부 의결, 노조결의처분 법령에 위반 여부 의결 등 기타사건 포함.

2) 신청건수에는 전년도 이월건수가 포함되어 있으므로 당해 연도 순수 접수건수는 신청건수에서 전년도 이월건수를 제외한 숫자임.

요약하면 노동위원회는 노동분쟁 해결의 중추적인 기구가 됨으로써 노동위원회의 위상을 강화하려는 개편이 진행되고 있는 것이다. 노동분쟁 해결의 중추적인 기구가 되는 것이 노동위원회의 미래상과 역할에 대한 비전이 될 것이다.

사건으로는 이러한 노동위원회의 개편 내지 기능 강화 방향에 대해 찬동한다. 나아가 노동위원회가 노동분쟁 해결의 중추적인 기구가 되기 위해서는 ‘권위 있고’ ‘전문적인’ 기관으로서 ‘유효한’ 서비스의 제공이 이루어져야 한다는 점을 강조하고 싶다.⁶⁾

1950년대 노동관계법이 처음 제정되어 지금까지 50년여 동안은 노동법 질서를 정착하기 위한 감독행정이 중심이 되어 왔다. 그러나 지금은 노사의 자주성·자율성이 강조됨에 따라 정부의 권력적인 통제력이 약화되고 있으며 노사간의 분쟁이 다양하게 제기되고 있다. 노동분쟁의 해결은 노사 당사자 이익의 보호 측면과 노사관계의 안정을 통한 사회의 발전 측면에서 모두 바람직하다. 노사 당사자가 자율적으로 노동분쟁의 해결을 도모하기 위해 노사 당사자에게 ‘권위 있고’ ‘전문적인’ 기관이 조력하여 ‘유효한’ 서비스를 제공하는 것이 강조되어야 한다. 노동위원회가 바로 그러한 노동분쟁 해결의 중추적 기구로서 자리잡아야 한다.

〈표 5〉 조정업무, 심판업무 현황

<p>◇ 조정사건수는 작년 동기보다 증가하였으나, 조정성립률은 작년보다 대폭 증가</p> <ul style="list-style-type: none"> ▲ 조 정 성 립 률 : 57.7%(2005)→52.9%(2006)→61.8%(2007. 9) ▲ 조정서비스유효율 : 73.8%(2005)→73.9%(2006)→88.3%(2007. 9)
<p>◇ 심판사건은 2004년 이후 지속적으로 증가 추세이나, 올해 들어 평균 사건 처리 기간은 대폭 단축</p> <ul style="list-style-type: none"> ▲ 사건접수 : 8,295건(2005)→8,631건(2006)→7,220건(2007. 9) ▲ 평균 처리기간 : 84일(2006. 9)→63일(2007. 9)

※ 출처: 중앙노동위원회, 「2007년도 주요업무 추진 현황」, 2007년 제269회 정기국회 국정감사 보고자료, 2007.10.23, p.5, 8.

6) 김홍영·박은정, 『새로운 행정수요에 대응하기 위한 노동위원회의 위상과 역할』, 중앙노동위원회 연구용역보고서, 2006. 10, pp.35~37.

4. 최근의 법제도 개선의 정도

노동위원회가 노동분쟁 해결의 중추적인 기구가 되기 위해서는 ‘권위 있고’ ‘전문적인’ 기관으로서 ‘유효한’ 서비스의 제공이 이루어져야 하겠는데, 최근의 법제도 개선은 과연 어디까지 도달했는지에 관해 검토하고자 한다.

특히 선진화 입법과 노위법 개정을 중심으로 기존 기능인 심판기능의 강화, 조정기능의 강화 측면을 중점적으로 검토하고자 한다. 새로이 도입되어 아직 제도의 시행이 본격적이지 못한 공무원노동관계 조정, 비정규직 차별시정에 대한 검토는 추상적일 수밖에 없어 좀 더 분쟁해결 사례가 쌓여야 분석이 가능할 것이다.

이 글에서의 이론적인 검토는 최근 이루어진 법제도 개선에 대한 앞으로의 실증적인 연구 분석 및 제도 개선이 이루어지지 못한 점에 대한 입법론적인 연구 과제의 방향을 제시하는 데 도움이 될 수 있을 것이다.

가. 조정 기능의 강화

조정 기능을 강화하기 위해서는 제도개선의 목표를 ‘상시 제공되는 전문적 서비스인 조정’을 제공함으로써 ‘조정 업무를 강화’함에 두어야 할 것이다. 구체적으로는 ‘조정의 서비스화’, ‘조정의 상시화’, ‘조정의 전문성 강화’가 이루어져야 한다.

〈표 6〉 조정 기능의 강화

구체적인 개선 과제	최근의 법제도 개정	미비점
조정의 대상인 노동분쟁 범위의 확대		- 노동쟁의 개념 정의 개정
조정의 시기 및 기간의 유연한 접근	조정 전 지원, 사후 조정 실시	- 노동위원회 중심으로 조정시스템의 통합 - 충분한 조정기간의 확보 - 조정전치제도의 폐지
중재절차 개시의 임의화	직권중재제도의 폐지	- 중재기구의 일방중재조항 갱신 부인

〈표 6〉의 계속

구체적인 개선 과제	최근의 법제도 개정	미비점
사적조정 활성화와 공적조정간의 기능적 협력	<ul style="list-style-type: none"> - 사적조정인 또는 사적중재인이 수수료, 수당, 여비 등을 받을 수 있는 근거 마련 - 사적조정인 자격은 지노위 공익위원 자격을 요구 	사적조정의 인프라 구축
조정인력의 집단적 노사분쟁 조정 전문성 강화	조정위원회·특별조정위원회 구성 합리화	<ul style="list-style-type: none"> - 조정담당 상임위원 중심 상시적 조정체계 구축 - 조정담당 심사관을 조정 - 실무 전문가로 양성 - 조정인력 풀의 확대
노동조합법과 노동분쟁조정법의 분리		- 노동조합법과 노동분쟁조정법의 분리

나. 심판 기능의 강화

심판 기능을 강화하기 위해서는 그 개선목표를 ‘신속·공정하고 실효성 있는 분쟁 해결’을 이룸으로써 ‘심판 업무를 강화’함에 두어야 할 것이다. 구체적으로는 ‘판정의 공정성 제고’, ‘구제의 실효성 제고’, ‘신속 해결 유지’가 이루어져야 한다.

〈표 7〉 심판 기능의 강화

구체적인 개선 과제	최근의 법제도 개정	미비점
화해절차의 강화	<ul style="list-style-type: none"> - 화해를 권고하거나 화해안을 제시할 수 있는 근거 마련 - 화해시 재판상 화해 효력 부여 	
조사 및 심문의 충실		<ul style="list-style-type: none"> - 적극적인 현지 조사 - 직권 증거조사의 강화
상임위원 중심의 사건처리 체계 구축	<ul style="list-style-type: none"> - 상임위원 중심의 사건처리 체계 구축 - 주심위원제 도입 	
구제명령 내용의 다양화	- 부당해고에 대한 금전보상제 도입	- 부당노동행위 구제명령 내용의 다양화
구제명령의 이행확보 체계 구축	- 부당해고 심판에서 이행강제금 도입	- 부당노동행위 심판에서 구제명령의 이행확보 체계 구축(금급이행명령의 개선 포함)

다. 노동위원회의 역량 강화

노동위원회의 역량을 강화하기 위해서는 그 개선목표를 노동위원회가 ‘전문 독립 기구화’를 이루어 ‘역량을 강화’함에 두어야 할 것이다. 구체적으로는 ‘독립성 강화’, ‘전문성 강화’, ‘인프라 구축’이 이루어져야 한다.

〈표 8〉 노동위원회의 역량 강화

구체적인 개선 과제	최근의 법제도 개정	미비점
노동위원회 상근인력의 전문성 강화	- 조사관 증원 및 전문성 강화 - 중앙노동위원회의 사무능력 강화	- 상임위원·지노위위원장 임명의 개선(중노위위원장에게 제청권 부여)
공익위원 위촉의 개선	- 공익위원의 증원 - 공익위원 자격기준의 조정 - 공익위원 위촉 절차 합리화	
노동위원회의 사무능력 및 정책기능 강화	- 중앙노동위원회의 사무처 신설 - 소관 업무에 조사·연구·교육·홍보 업무 명시	
노동관계 전문가의 양성	- 공인노무사의 사회취약계층 권리구제업무 대리 - 사적조정·중재인의 자격 및 보수 근거 규정 마련	- 노동전문 변호사의 양성 - 공인노무사의 양성 - 사적 조정·중재인 양성

라. 종합적 평가

(1) 최근의 노위법, 노조법, 근기법 등의 개정은 노동위원회 기능 강화를 위한 개편에 중요한 기초가 된다. 조정에 있어 조정 전 지원 및 사후 조정의 근거 명시, 상임위 중심의 심판사건 처리체계 구축, 화해해결 강화, 부당하고 심판에서 금전보상제 도입 및 구제명령의 이행확보 수단으로 이행강제금 도입, 노동위원회 공익위원 위촉의 개선, 직권중재의 폐지 등은 특히 주목할 만한 부분이다. 앞으로 변경 혹은 신설된 제도들을 정착시키기 위한 노력이 시급한 과제가 된다.

(2) 한편 개선과제의 상당 부분이 최근의 노위법, 노조법, 근기법 등의 개정에 포함되어 있지 못하다. 노동분쟁 범위의 확대 및 조정 시기의 유연한 접근을 위한 조정전치제도의 폐지, 노동조합법과 노동분쟁조정법의 분리, 노동위원회 중심으로 조정시스템의 통합, 사적조정의 인프라 구축, 조정인력 풀의 확대, 심판사건의 조사 및 심문의 충실, 부당노동행위 구제명령 내용의 다양화 등이 특히 주요한 내용이다.

첫째, 조정전치제도의 폐지, 노동조합법과 노동분쟁조정법의 분리, 노동위원회 중심으로 조정시스템의 통합 등은 노동위원회의 조정이 서비스로서의 조정에 보다 충실하려는 것이다. 개정법에 따라 조정 전 지원·사후 조정 등이 활성화됨으로써 서비스로서의 조정이 어느 정도 달성될 수 있겠지만, 결국 근본적이 개선을 이루는 데는 한계가 있을 것이다.

둘째, 사적조정의 인프라 구축, 조정인력 풀의 확대, 노동관계 전문가의 양성 등의 그 구체적인 실행방안은 노동관계법상 입법조치 없이 추진 가능한 정책개선 사항이다. 관련 정책의 마련에서부터 노동위원회가 적극적인 관심을 가지고 함께 참여하여야 바람직한 정책을 도출할 수 있을 뿐만 아니라 노동위원회가 그 실행 과정에 적극 협력할 수 있겠다.

셋째, 심판사건의 조사 및 심문의 충실에 관해서는 심사관의 전문성을 강화하고 개정법에 따라 상임위원 중심의 사건처리 체계 구축을 내실화하고 주심위원제로 보완하는 한편, 노동위원회의 규칙 등 운영규정을 정비함으로써 해결될 수 있는 것이다. 판정의 공정성·신뢰성을 제고하기 위해서 조사 및 심문의 충실은 반드시 확보되어야 한다.

넷째, 부당노동행위 구제명령 내용의 다양화, 긴급이행명령의 개선 등의 부당노동행위 관련 개선은 개정법에 반영되어 있지 못하다. 노동조합 부당노동행위 신설 등 경영계의 요구도 있어 부당노동행위제도의 개선에 관해 사회적 합의를 도출하기 어렵다는 면도 있었을 것이다. 현재 부당노동행위 심판이 구체절차로서의 유효한가에 대해 노동계로부터의 불신이 크므로 시급한 개선 사항이었다는 점에서 아쉬움이 크다. 복수노조 전면적 허용 시기가 2010년부터로 3년 더 유예되었는데, 그 후 실제로 복수노조가 설립되는 시기에는 조합간의 차별분쟁이 지배개입사건(특정 조합원에 대한 근로조건 차별, 특정 조합에 대한 편의제공 차별), 단체교섭거부

사건(특정 조합에 대한 교섭거부. 이는 교섭창구 단일화가 도입되지 않는 경우임) 등이 증가하여 부당노동행위 분쟁의 양상이 바뀌리라 예상된다. 이러한 시기를 대비하여야 한다는 측면에서도, 노동위원회가 운영개선을 통해 부당노동행위 구제의 실효성에 대한 신뢰를 얻도록 노력하는 것이 필요하다.

5. 장기적인 과제

노동위원회가 노동분쟁 해결의 중추적 기구로 발전한다면, 노동분쟁과 관련하여 기존의 중요 기관인 노동부, 법원과 어떠한 관계를 모색하여야 하는가?

특히 장기적인 과제로서는 임금지급과 관련된 분쟁을 앞으로 어떻게 분쟁해결체계를 정비하는가의 문제이다.

개별적 분쟁의 경우(노동위원회에 부당해고 구제신청이 가능한 해고분쟁은 제외) 근로자의 권리구제는 피해근로자가 지방노동관서에 신고하여 지도감독 및 사법조치하는 데 의존하고 있다. 그 신고 사건의 대부분이 임금채불사건이다.

그 결과 근로감독행정이 사전적 예방행정의 비중이 커지지 못하고, 사후적 행정에 급급하고 있으며, 노사 당사자들은 자율적인 문제해결 노력을 기울이기보다는 근로감독관에 의존하려는 경향이 강하다.

개별적 권리분쟁과 관련하여 당사자의 자율적 해결 여지를 넓혀주고, 근로감독행정이 본연의 사전 예방적 역할을 다할 수 있도록 다양한 근로자 권리구제 방안을 마련할 필요가 있다.

한편으로는 사법제도 개혁의 측면에서 노동법원의 도입 논의 등 노동분쟁의 사법적 해결 강화도 검토되고 있다.

이러한 상황 속에서 노동위원회가 임금 등 여타의 노동분쟁에 대해 어떠한 역할을 하여야 하는지의 모색이 필요할 것이다.

II. 노동위원회법 개정 내용의 검토

1. 노동위원회 상근인력의 전문성 강화

노동위원회는 노동조합을 대표하는 근로자위원, 사용자를 대표하는 사용자위원, 공익을 대표하는 공익위원으로 3자 구성되는 전문기구이다. 3자 구성의 원리에 충실하여 노·사를 대표하는 자를 노동행정에 참여시키는 점에 큰 의미가 있다.

그런데 노동위원회의 노동행정에 참여하는 방식에 있어 오랫동안 비상임 위원의 형태를 원칙으로 하고 있다. 노동위원회 위원장만 상임위원으로 하고 있고 그 외의 상임위원은 각 노동위원회마다 없거나 1명만을 두고 있을 뿐이다.

비상임 위원 중심 체계는 ① 3자 구성의 원리에 충실할 수 있다는 점 이외에도, ② 다른 현직을 가지고 있는 전문가를 널리 위원으로 위촉할 수 있다는 점, ③ 임기에 따라 교체가 용이하다는 점 때문에 노동위원회의 전문성을 확보할 수 있는 방법이 될 수 있다. 그러나 ① 기관이 다루어야 할 사건 수가 많아지거나 ② 기관의 서비스가 상시서비스로 변화된다면, 종래의 비상임위원 중심 체계는 물리적인 한계에 봉착한다. 각 사건마다 복잡성·중요성 때문에 노동위원회가 분쟁해결을 위해 충분히 조력하기 위해서는 수일 내지 수십일의 노력이 계속 필요한데 비상임위원들로서는 노동위원회의 업무에 전념할 수는 없는 노릇이다. 노동위원회의 분쟁해결 서비스의 강화를 위해 조정사건에서는 ‘조정 상시화’ 아래 예방조정(조정전 지원)이 점차 강조되며, 심판사건에서는 심문회의 이전의 충실한 조사가 요구된다는 점에서, 이러한 상시서비스의 요청을 회의 참석에 그치는 비상임 인력으로는 도저히 감당하기 어렵다. 또한 노동위원회에는 비정규 차별시정 등의 새로운 업무들도 포함되어 업무 범위와 량이 확대될 예정이다.

이러한 점에서 노동위원회의 상근인력의 충분한 지원은 필수적이다.

위원들이 비상임이기 때문에 노동위원회 업무에 전념하지 못하는 부족 부분을 해소시켜 위원들의 전문성을 노동위원회 속에서 십분 발휘할 수 있도록 조사관들은 위원의 지원·보좌뿐만 아니라 조사 단계에서 분쟁의 조기해결을 이루는 업무를 담당하며, 상임위원은 다른 위원에 대한 조력·리드뿐만 아니라 조사관들을 지휘·감독하는 업무를 담당한다. 그러기에 조사관들은 위원들에 준하는 전문성이 필요하며, 상임위원들은 다른 비상임위원보다 더 월등하기까지 이르는 전문성이 요청된다. 또한 노동위원회에 그러한 전문성을 갖춘 상근인력들이 충분히 존재하여야 노동위원회의 존재 목적인 분쟁해결의 서비스 제공이 제대로 가능해질 수 있다.

이러한 점에서 노동위원회 상근인력의 증원이 이루어지고 있다고 이해 되는데, 법제도적으로 개정 노위법과 관련하여 다음과 같은 점들을 살펴보고자 한다.

가. 조사관 제도의 개선

노동위원회의 분쟁해결 업무가 충실히 되기 위해서는 노동위원회의 상근 인력인 조사관(개정 노위법 이전에는 심사관으로 불림)의 전문적 역량이 매우 중요하다. 조사관이 분쟁해결의 핵심 인력으로서의 전문성을 갖추기 위해서는, 아울러 기본적인 자격과 능력이 되는 사람을 선발하여 한다는 점, 근무하는 동안 적절한 교육·훈련 프로그램이 행해져야 한다는 점 등도 중요하지만, 무엇보다도 충분한 실무 경험에 의해서만 전문성을 확보하고 강화할 수 있다는 점이 더욱 강조된다. 그러므로 조사관으로서 장기간 노동위원회에 근무할 수 있는 분위기가 조성되어 노동부 내의 순환보직으로 온 조사관들도 스스로 적어도 5~6년 이상은 근무하는 것이 노동위원회의 전문성 강화에 반드시 필요하다.

이러한 시각에서 개정 노위법상 조사관 제도의 개선 내용에 대해 검토하도록 한다.

1) 노동위원회 인사운영의 자율성 강화

노동위원회 소속 직원의 노동부 진출입을 노동부 장관이 결정하여, 노

동위원회는 인사운영의 자율성이 미흡하며, 조사관이 장기간 근무하지 못하여 전문성 제고에도 어려움이 있다.

개정 노위법은 제14조 제3항으로 “노동부 장관은 노동위원회 사무처 또는 사무국 소속 직원을 노동부와 노동위원회 간에 전보할 경우 중앙노동위원회 위원장의 의견을 들어야 한다”는 규정을 신설하여 노동부 장관이 노동위원회 소속 직원 인사 시 중앙노동위원회 위원장과 사전 협의하는 근거를 마련하고 있다. 이로써 노동위원회의 위상과 인사운영의 자율성이 제고되어, 중노위 위원장이 노동위원회 소속 인력의 전문성 제고를 위한 인사운영을 할 수 있게 되는 개선이 기대된다.

노동위원회는 유능한 조사관들이 계속 노동위원회에서 근무할 수 있도록 노동부에의 복귀를 자제토록 하면서 그에 상응하는 대우(승진 기회 포함)를 할 수 있도록 노력하여야 할 것이다.

2) 조사관 직책의 법적 근거 마련

노동위원회의 원활한 조정 및 판정을 위해 조사관들이 사건조사, 당사자 주장의 파악, 안건의 정리 등의 업무를 지원하고 있으나, 실제 업무를 담당하고 있는 조사관의 지위, 업무 범위 및 권한 등에 대하여 노동위원회법에 구체적인 법적 규정이 없어 논란이 발생하였다.

개정 노위법은 제14조의3 규정을 신설하여 조사관 직책의 법적 근거를 마련하고 있어 바람직한 개정이라 생각된다. 관련 내용은 다음과 같다.

- ① 종래 사용해 온 ‘심사관’이라는 명칭을 ‘조사관’으로 변경하고 있다. 조정사건을 담당하는 경우 ‘심사’라는 단어가 부적절하며, 조사가 심사관 업무의 기본 업무라는 점을 참작한 것이다.
- ② 조사관은 노동위원회 사무처(또는 사무국)에 두어 그 소속을 명확히 하고 있으며(동조 제1항), 중앙노동위원회 위원장이 노동위원회 사무처 또는 사무국 소속 공무원 중에서 임명하도록 하여 임명권자를 명확히 하고 있다(동조 제3항).
- ③ 조사관은 노동위원회 위원장, 부문별위원회의 위원장 또는 주심위원의 지휘를 받아 노동위원회의 소관 사무 수행에 필요한 조사를 하고 부문별위원회에 출석하여 의견을 진술할 수 있다고 규정하여,

조사업무 및 회의 출석 의견진술 업무가 기본적인 업무가 됨을 밝히고 있다(동조 제2항).

이러한 업무는 조사관의 기본 업무를 예시한 것으로 보아야 하며, 노동위원회 규칙 등에 기본 업무와 관련된 업무들을 적절히 추가할 수 있다고 보아야 한다. 특히 종래 조사관이 행해 온 업무인 심판사건에서 화해해결의 노력, 조정사건에서 조정회의 이전의 사전조정 노력, 조정신청 이전의 예방조정(조정전 지원) 등의 업무를 노동위원회 위원장 등의 지휘에 따라 앞으로도 계속 수행할 필요가 있기 때문이다.

④ 조사관의 임명·자격 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 위임입법의 법적 근거를 두고 있다(동조 제3항 후단).

3) 조사관의 임명과 승진에 관한 과제

조사관은 종래 노동부의 근로감독관, 사무관 등 노동부의 전문인력을 순환보직으로 노동위원회에서 근무토록 하여 왔으나, 조사관 인력은 매우 부족하여 업무가 과중하고 승진 기회 등 처우도 적절하지 못한 점 때문에 조사관들이 노동위원회에 오랫동안 근무하려 하지 않고 있다. 최근 조사관의 증원에서는 신규 임용되는 공무원들을 노동위원회 조사관으로 발령하는 경우도 많다. 나아가 종래의 방식 이외에 노동위원회가 변호사·노무사 등 전문자격자 및 지역의 민간전문가 등 노동관계 경력자(주로 조정 담당 조사관으로서 역량을 발휘할 수 있을 것임)들을 특채로 개방임용하는 방식도 적극 고려해 볼 필요가 있다. 노동위원회로서는 전문성 강화에 도움이 될 수 있으며, 사회 전체적으로 노동관련 전문가 인프라 구축에도 크게 도움이 될 수 있을 것이다.

또한 승진 방식의 개선도 필요하다. 노동위원회 조사관들은 5급·사무관으로의 승진과 관련하여 노동부 근무자들에 비해 업무평정에 상대적으로 낮은 점수를 받지 않도록 해야 한다. 노동위원회 ‘전체 단위로 통합’하여 자체적으로 평가시스템을 진행함으로써 노동부 내부의 승진 결정에서도 적어도 동일 규모의 지방노동청의 평균 정도의 승진 기회는 보장되어야 한다. 나아가, 국가발전과 사회통합을 위해 노동위원회의 분쟁해결기

능의 중요성이 점점 더 강조되고 있는 현 상황에서는(예를 들면, 비정규 차별시정 업무의 도입), 노동위원회의 근무가 오히려 승진의 실질적인 기회가 될 수 있도록 정책적인 지원이 필요할 수도 있다.

또한, 노동부 고위공무원에 해당되는 상임위원의 임명에는 전·현직 조사관 경력을 중시하는 발탁이 필요하다. 분쟁해결 실무에 고도의 전문성을 가지고 조사관들을 지휘·감독하고 다른 위원들을 조력하면서 이끌 수 있는 능력이 있어야 하기 때문이다. 전·현직 조사관으로부터 상임위원이 발탁되는 것은 조사관으로서 근무하는 자들의 사기진작에도 큰 도움이 될 수 있다.

한편, 노동위원회의 규모가 증대하게 되는 장기적인 시점에서는 노동위원회가 노동부로부터 독립하여 자체적인 인사 및 승진 시스템을 구축할 수 있을 것으로 기대된다. 노동위원회가 조사관을 별도로 임용하고 능력이 우수한 조사관을 승진시키며 나아가 상임위원으로도 발탁하는 자족적인 승진 시스템이 장기적으로는 필요하다 하겠다.

나. 상임위원·지노위 위원장 임명에 관한 개선과제

상임위원·지노위 위원장의 임명에는 전·현직 위원·조사관 경력을 중시하는 발탁이 필요하다. 분쟁해결 실무에 고도의 전문성을 가지고 심사관들을 지휘·감독하고 다른 위원들을 조력하며 이끌 수 있는 능력이 있어야 하기 때문이다. 노동위원회의 공익위원 경험이 있는 민간전문가도 적극 영입(외부 공모를 통한 선발, 역량을 갖춘 전문가의 영입)하는 것을 지속적으로 추진함이 필요하다.

어떠한 사람이 상임위원·지노위 위원장으로 되는가는 개정 노위법에 따른 그 시행 체계가 성공하는지 여부에 중요한 관건이 된다. 개정 노위법은 심판사건, 비정규차별시정사건에서 상임위원(위원장) 중심의 사건 처리 체계를 구축하려 하기 때문이다.⁷⁾

7) 아울러 개정 노위법은 상임위원 중심의 조정체계를 명문화하고 있지 않지만, 노동위원회의 조정기능 강화를 위해 조정 전담 상임위원이 존재하여야 하며 그가 사전의 조정 전 지원(예방조정)에서부터 조정 업무를 지휘하도록 개선할 필요가 있다.

그런데 현행 노위법에서는 상임위원과 지노위 위원장은 중노위 위원장의 추천과 노동부 장관의 제청으로 대통령이 임명하도록 하고 있다(노위법 제11조 제1항). 노동부 장관은 중노위 위원장의 추천에 엄격히 구속되는 것도 아니며, 대통령도 노동부 장관의 제청에 엄격히 구속되는 것도 아니다. 임명권자인 대통령은 노동부 장관이 제청한 결과인 후보 명단을 놓고 인사권을 행사하게 되므로, 실제로는 임명권자인 대통령에 직접 제청할 수 있는 노동부 장관의 역할이 중앙노동위원회 위원장보다도 더욱 큰 인사구조이다.

그러나 상임위원, 지노위 위원장은 노동행정 전반에 걸친 전문적인 능력이 아니라 분쟁해결 기관인 노동위원회의 기능에 더욱 부합하는 ‘분쟁해결력의 전문성’을 갖출 것이 중요한데, 이는 노동행정 전반을 관장하는 노동부 장관보다 노동위원회만을 관장하는 중노위 위원장이 더욱 잘 판단할 수 있다. 지노위 위원장·상임위원은 3년의 임기를 가지며 연임될 수 있는데, 임기 중 우수한 능력을 보였는지 여부의 판단도 노동부 장관보다는 중앙노동위원회 위원장이 더욱 잘 판단할 수 있다. 따라서 현재 ‘노동부 장관의 제청으로’ 대통령이 임명하는 구조를 ‘중앙노동위원회 위원장의 제청으로’ 대통령이 임명하는 구조로 개선하여야 한다.

다만, 노동위원회가 노동부 장관 소속하에 있다는 점, 노동부 내에 노동위원회 위원·심사관의 경력을 가진 우수한 인력이 있다는 점 등을 고려하면서, 노동분쟁해결 분야의 전문성 위주의 인사관행을 정립하기 위해서는, 지노위 위원장·상임위원 임명시 ‘중노위 위원장이 임명제청’하되 ‘노동부 장관과 협의하여’ 제청하도록 할 필요가 있을 것이다.

2. 공익위원 위촉의 개선

가. 공익위원의 증원

최근 공익위원 수의 부족이 심사 지연의 중요 이유 중의 하나로 되어왔다. 앞으로도 심판 사건 증가와 2007년부터 차별시정 사건 등으로 위원의 업무량이 지속적으로 증가가 예상되고 있다.

그런데 노동위원회법은 공익위원의 수를 근로자위원의 수나 사용자위원의 수와 동일하게 30인의 범위 내로 한정하여 왔는데(개정 전 노위법 제6조 제2항), 이는 노동위원회에 3자 구성 체제의 외양을 갖추려는 입법 태도로 보이나, 원활한 실무 운영에는 장애가 된다. 심판 업무의 경우 심판위원회는 3인의 심판담당 공익위원으로 구성되고(노위법 제15조 제3항), 근로자위원 및 사용자위원은 각 1인씩 심문회의에 참여한다는 점(노위법 제18조 제2항)을 고려한다면, 단순한 수치로도 공익위원의 수는 근로자위원의 수나 사용자위원의 수보다도 3배가 되어야 사건이 원활히 분배될 수 있다.

개정 노위법은 공익위원 정원을 70인 이하로, 상대적으로 증원 수요가 적은 근로자 및 사용자위원은 50인 이하로 정원 확대하고 있는데(제18조 제2항), 심판사건의 신속한 처리, 사건 증가에의 대처, 충실한 심판 등을 위해 바람직한 개정이라 판단된다.

나. 공익위원 자격기준의 조정

개정 전 노동위원회법은 중앙노동위원회와 지방위원회의 공익위원의 자격기준을 정하면서 너무 자격 요건이 엄격하여 실제로 전문성 있는 심판담당 공익위원으로 위촉할 수 있는 인력이 적다는 어려움이 발생하였다. 지방노동위원회의 심판담당 공익위원의 자격기준을 예로 들면, 교수 직군으로서 법학·경영학·경제학 교수이더라도 그 모두가 노동위원회의 심판업무를 담당할 수 있는 전문성, 예를 들면 부당해고나 부당노동행위제도 및 노동사건의 판례법리를 이해하는 등의 전문성을 이미 가지고 있다 할 수 없다. 노동법학 등 노동 문제와 관련된 전공 교수들이 위촉되어야 함에도 불구하고, 조교수 이상으로 5년 이상 재직한 자이어야 하는 기준을 충족하여야 하기 때문에 실제로 위촉되지 못하는 경우도 존재하였다. 또한 대학에서 전임교원의 임용은 전임강사(대체로 2년 기간)에서부터 하는 경우도 아직 많기 때문에 조교수 이상으로 5년 이상 재직한 노동관련 분야의 교수는 더욱 적은 실정이다. 이러한 현실을 감안하여 공익위원의 자격기준을 완화하는 대신, 형식적 자격기준을 통과한 자의 풀 중

에서 공익위원 업무에 적합한 전문성을 갖추었다고 실제로 판단되는 자를 위촉하도록 하여야 할 필요가 있다.

개정 노위법에서는 공익위원의 자격기준을 구체적으로 조정하고 있다.

1) 중앙노동위원회의 경우 ① 교수: 부교수 이상으로 5년 이상 재직→부교수 이상으로 재직, ② 판사 등의 직에 10년 이상 재직→7년 이상 재직, ③ 노동관계 업무에 10년 이상 종사한 고위 공무원→7년 이상 종사, 2) 지방노동위원회의 경우 조정담당 공익위원에 관해 ① 교수: 조교수 이상으로 5년 이상 재직→조교수 이상으로 재직, ② 판사 등의 직에 5년 이상 재직→3년 이상 재직, ③ 노동관계 업무에 5년 이상 종사한 3급 이상 고위공무원→3년 이상 종사, ④ 노동관계 업무에 15년 이상 종사한 4급 이상 공무원→10년 이상 종사 등으로 개정하였다(제8조). 개개의 수칙에 있어 이견이 있을 수도 있겠지만, 대체적으로 합리적인 개정이라 생각된다.

다. 공익위원 위촉 절차 합리화

판정 및 조정을 담당하는 공익위원의 경우 업무수행에 있어 고도의 중립성·공정성 확보가 중요하다.

기존의 노동위원회 공익위원의 선출 과정은 노동위원회 위원장, 해당 지역을 대표하는 노동조합, 사용자단체가 추천한 인사를 근로자위원과 사용자위원이 투표로 선출하도록 되어 있었다(개정 전 노위법 제6조 제4항). 실제로는 노동위원회 위원장과 노사단체가 사전에 대상자들을 조율하고 일괄해서 추천하고 찬반투표로 결정하는 방식으로 선출을 하는 경우가 많았다. 사전 조율을 하다 보니 각 단체간 인원 분배 및 사전 내정을 통한 나눠먹기식 담합행태가 발생하며(예를 들면, 정원 20명인 경우 위원장 몫 7인, 경총 몫 6인, 한국노총 몫 4인, 민주노총 몫 3인), 노사단체 몫으로 배정된 공익위원 선출시 각자 단체에서 장기간 근무하였거나 자신에 우호적인 인사를 추천하여, 이로 인해 공익위원의 중립성을 훼손하고 노동위원회의 판정에 대한 불신을 야기한다. 또한, 노사당사자는 상대측이 추천한 인사가 심판위원회 등에 포함된 경우 기피 또는 사건 연기를 신청하여 사건 적체 및 회의 운영의 비효율을 초래하였다.

또한 추천 인사에 대해 노·사·공익 간 사전 합의가 되지 않는 경우, 노사단체가 자기 주장을 관철할 목적으로 공익위원 위촉 절차에 참여를 거부하여 공익위원 위촉이 장기간 지연되는 사건도 발생되었듯이, 노동위원회 구성 및 운영에 애로가 생겼다.

개정 노위법은 공익위원 위촉 절차를 합리화하고 있다. ① 공익위원은 당해 노동위원회 위원장·노동조합 및 사용자단체가 각각 추천한 자 중에, 근로자위원과 사용자위원이 투표하는 기존 방식에서, 노동조합과 사용자단체가 순차적으로 배제하고 남은 자를 위촉대상 공익위원으로 하는 순차배제방식으로 변경하여(제6조 제4항) 사전 담합을 최소화하고 공익위원의 중립성을 강화한다. ② 노사단체가 공익위원 위촉 절차(순차배제 방식)에 참여를 거부하는 경우, 노동위원회 위원장이 위촉대상 위원을 정할 수 있는 근거를 마련하여(제6조 제5항), 위원회의 안정적 운용을 도모한다.

그런데 순차배제방식은 중립성을 담보하기 위한 방식도 경우에 따라서는 만족스럽지 못한 차선택일 수도 있다. 개정 노위법에 따라 공익위원을 새로이 위촉하는 과정에서 특정 추천자에 대해 노사 단체로부터 중립성에 대한 오해를 받은 결과 전문성을 가진 대상자가 오히려 배제되는 안타까운 경우도 발생하였다. 개정 제도의 시행과 정착에 있어 노사 단체의 진지한 노력이 요청된다 하겠다.

3. 노동위원회의 사무능력 및 정책기능 강화

가. 중앙노동위원회의 사무처 신설

중앙노동위원회는 전국 12개 지방노동위원회를 총괄 조정하고, 재심판정 및 대규모 노사분쟁 조정을 전담하나, 위상과 조직이 이를 뒷받침하지 못하여 효율적 업무처리에 한계가 있었다. 중노위 행정사무는 사무국(3급 국장) 체제로 1국 3과로 운영되고 있어, 정책기획 및 인사관리 등을 하는데 한계가 있었다. 증가하고 있는 사건처리에 급급하고, 조정 및 심판을 위한 각종 정책, 기준, 지침 등의 개발과 교육 등의 기능이 취약하다. 또

한 중노위는 장관급 기구임에도 불구하고 위원장을 보좌하여 행정사무를 총괄할 수 있는 보좌 기관이 없는 실정이었다.

개정 노위법에서는 ① 중앙노동위원회에 사무처를 두고(제14조 제1항, 아울러 지방노동위원회에는 사무국을 둬), ② 사무처장은 상임위원 중에서 임명하며(제14조의 2 제2항), ③ 사무처장은 중앙노동위원회 위원장의 명을 받아 사무처의 사무를 처리하며 소속 직원을 지휘·감독하도록 하고 있다(제14조의 2 제3항). 중노위의 사무국이 새로이 사무처로 확대 개편 됨으로써 중노위의 위상이 제고될 수 있을 것이다.

나. 노동위원회의 정책기능 강화

노동위원회가 분쟁해결력을 높이기 위해서는 이를 뒷받침할 수 있는 정책기능이 아울러 강화되어야 한다.

개정 노위법은 노동위원회의 소관 사무에 관해 “업무수행과 관련된 조사·연구·교육 또는 홍보 등에 관한 업무”를 명시하고 있는데(제4조 제3호), 노동위원회의 정책기능을 강화할 수 있는 법적 근거를 둔다는 점에서 바람직하다.

노동부가 노동 분야 전반에 걸쳐 노동정책을 형성한다면, 노동위원회의 정책기능은 노동분쟁 해결이라는 전문적인 분야에서 실무 집행기관으로서의 실무에 바탕을 둔 정책을 형성해 나간다는 점에서 차별화된다. 즉 노동위원회의 주된 역할이 노동분쟁을 전문적으로 해결함에 있으므로 그 기능을 강화할 수 있는 방안을 모색하는 것이 노동위원회의 정책기능의 핵심일 것이다. 노동위원회가 전문인력 부족 등 여건이 구비되지 못한 이유로 정책기능을 제대로 수행하지 못해 분쟁조정 실효성 및 심판의 공정성 제고 방안 등 다양한 정책개발에 어려움이 있어 왔다.

개정 노위법에서는 중앙노동위원회에 사무처를 두므로, 그 안에 정책을 담당하는 별도 부서를 두어 중노위의 정책기능을 강화하는 것이 바람직하다. 중앙노동위원회에 정책기획국(가칭)을 신설하여 심판업무, 차별심판 관련 법원판례 및 판정기준 분석, 송무제도, 분쟁조정 기능강화 방안 등 관련 정책개발을 하며, 위원·심사관 교육을 체계적으로 추진할 필

요가 있겠다. 또한 지방노동위원회도 자체적인 정책을 개발하여 시행하고 그 성과를 중앙노동위원회에 건의한다면, 중앙노동위원회의 정책기능은 더욱 제고될 수 있어 바람직하다.

4. 노동관계 전문가의 양성

우리 사회가 노동분쟁을 원활히 해결하여 노사관계의 안정을 이루기 위해서는 유능하고 전문적인 노동관계 전문가들이 많도록 인적(人的) 인프라가 구축되어야 한다. 노사 당사자는 이들 노동관계 전문가들로부터 노동분쟁을 예방하거나 조기에 해결할 수 있도록 하는 다양한 조력을 용이하게 받을 수 있어야 한다.

노동관계 전문가로서 활동함이 기대되는 직역으로는 변호사, 공인노무사, 대학 교수, 노동조합 내지 사용자단체에서 노동관련 업무 종사자, 노동위원회 심사관 경력자, 노동부 근로감독관 경력자 등 다양하게 존재한다. 이러한 직역에서부터 노동관계 전문가가 많이 양성되어 배출되어야 할 필요가 있다.

지금까지 노동위원회의 조정, 심판 등 분쟁해결 기능을 수행하는 주요 상근인력(위원장, 상임위원, 심사관 등) 대부분이 노동부 관료 출신이거나 노동부로부터 순환보직에 따라 배치되는 것이 현실이다. 조정, 심판 등 노동분쟁 해결에 관련된 전문성을 갖춘 민간 전문가들이 많지 않으며, 민간 전문가들은 대개 이미 비상임위원들로 활동하고 있어, 노동분쟁 해결의 전문성을 갖추고 노동위원회의 상근인력으로 채용될 수 있는 인재 후보들은 노동부에서 근로감독관 경력 등 노동관계 업무에 종사한 자들로 거의 국한되고 있는 것도 현실이다. 이러한 점들을 고려한다면 노동위원회가 노동부로부터 당장 완전히 분리된다는 것이 오히려 전문성을 갖춘 상근인력을 충분히 확보하고 유지해 나가는 데 장애가 될 수 있다.

앞으로 노동위원회의 상근인력과 위원들이 점차 증원되어 상당한 규모로 확대되면서, 민간 분야에서도 노동분야 분쟁해결의 전문가들이 양성되어 인재 풀이 확대됨으로써 그로부터 노동위원회의 상근인력과 위원들을 충분히 발탁할 수 있는 시점에서는, 노동부로부터도 인적 구성에서 분

리를 자연스럽게 이룰 수 있게 될 것이다. 노동위원회가 민간의 노동관계 전문가의 양성에 적극 관여·후원하고 노동위원회로의 발탁에 관심을 기울이는 것이 필요하다. 인적 인프라 구축은 노동위원회가 이를 활용함으로써 분쟁해결력을 더욱 제고할 수 있게 되며, 사회 전체적으로 노동분쟁의 기회비용을 더욱 감소시켜 바람직하다 하겠다.

노동관계 전문가의 양성은 ① 노동전문 변호사의 양성, ② 공인노무사의 양성, ③ 사적 조정·중재인 양성이라는 세 가지 방향에서 상호 결합·보완되면서 이루어져야 효과적일 수 있다.

그런데 최근의 개정 노위법이나 노동위원회 관련 제도나 정책에서는 노동관계 전문가의 양성과 관련하여 다소 미흡하다 평가된다.

첫째, 2009년부터 도입되는 법학전문대학원(로스쿨)은 다양한 분야마다 특화된 전문적인 법률가를 양성하려 하고 있으므로 노동법 분야에서 노동전문 변호사의 양성이 이루어지도록 노력할 필요가 있다.

둘째, 노동위원회는 노동위원회의 판정·결정·승인·인정 또는 차별시정 등에 관한 사건에 있어서 ‘공인노무사법’에 따라 사회취약계층을 위하여 공인노무사로 하여금 권리구제업무를 대리하게 할 수 있도록 하였다(노위법⁸⁾ 제62의 2). 노동위원회를 통한 분쟁해결에 있어 사회 양극화 해소에 이바지하려는 취지이다. 한편 현재 공인노무사는 노동위원회 심사절차에서 대리권한이 인정되지만, 불복 절차인 취소소송 단계에서는 대리권한이 부인되고 있다. 이는 공인노무사의 전문적 역량을 적극 활용한다는 취지에서나 노동관련 법률서비스 시장의 확대의 측면에서 바람직하지 못하므로 제도개선이 필요하다.

셋째, ‘공인노무사법’ 개정으로 공인노무사의 직무 범위에 사적 조정·중재가 포함됨을 명시하였고(제2조 제1항 제5호),⁹⁾ 개정 노조법에서 사적 조정·중재를 수행하는 자는 노위법상 조정담당 공익위원의 자격을 가진 자로 하면서, 사적 조정·중재를 수행하는 자는 노동관계 당사자로부터 수수료, 수당 및 여비 등을 받을 수 있다는 규정을 신설하였다(제52조 제5항). 이러한 개정 내용은 사적 조정·중재를 활성화하는 데 도움이

8) 노동위원회법 일부개정 2007. 5. 17 법률 제8474호(시행:2008. 1. 1).

9) 공인노무사법 일부개정 2007. 8. 3 법률 제8615호(시행:2007. 8. 3).

될 수 있겠다. 그러나 이러한 규정들만으로는 사적 조정·중재인을 양성하여 인프라를 구축하기에는 제도적으로 미흡하다. 초기에는 노동위원회에서 지역의 노사관계 전문가 풀을 등록하여 관리하고(노동위원회가 사적 조정·중재인으로서의 능력과 자질이 있다고 인정하는 자들을 사적 조정인으로서 명부를 작성하고 노사 당사자가 쉽게 이에 대한 정보를 얻을 수 있도록 하는 방안), 조정신청시 사적 조정·중재제도를 소개하는 등 사적 조정·중재 영역 개척을 지원할 필요가 있다. ① 노동위원회의 조정위원으로 활동하고 있거나 활동한 경험이 있는 자, ② 그러한 경험이 없으나 노동위원회 조정담당 공익위원의 자격을 갖추고 조정 기법 등 노동위원회가 제공(또는 후원)하는 조정 전문교육 프로그램을 이수한 자 등을 등록기준으로 제시한다면 적절할 수 있겠다.

5. 상임위원 중심의 사건처리 체계 등

가. 상임위원 중심 사건처리 체계(심판, 차별시정)

개정 노위법에서는 부문별위원회 중 심판위원회 및 차별시정위원회의 구성시 노동위원회 위원장이나 상임위원 1인이 참여하도록 제도화하고 있다(제15조 제3항 내지 제6항 신설). 심판사건 및 차별시정사건에서 상임위원 중심의 사건처리 체계를 구축하는 것은, 종래 노동위원회의 심판사건 등이 증가함에도 불구하고 상임위원이 부족하여 비상근 공익위원이 상당수의 사건을 담당함에 따라 심도 있는 검토가 어렵고, 사건처리가 지연되는 등의 문제가 지적되어 온 점을 해소하려 한다는 점에서 바람직하다고 판단된다. 또한 판정의 신뢰성을 제고할 수 있도록 한다는 점에서도 바람직하다. 상임위원은 심판사건의 처리에 전문성을 갖추어야 하며, 심판위원회의 심문이 종료한 후 공익위원들이 부당노동행위·부당해고 성립 여부를 결정하는 합의의결 단계에서 판정서 작성의 형식에 따른 체크포인트를 점검하면서 다른 공익위원들과의 합의 의결 과정을 원조하는 역할을 한다. 합의 의결 후 판정서의 초안 작성 실무는 종전대로 담당 심사관이 하더라도 그 작성 과정을 상임위원이 감독하고 최종 문안을 감수

함으로써 판정 결과와 판정 이유가 서로 상응할 수 있도록 한다.

개정 노위법은 노동위원회 위원장 또는 상임위원의 업무가 과도하여 정상적인 업무수행이 곤란하게 되는 등 부득이한 사유가 있는 경우에는 노동위원회 위원장 또는 상임위원을 제외한 심판담당 공익위원 3인과 차별시정담당 공익위원 3인으로 각각 심판위원회와 차별시정위원회를 구성할 수 있도록 예외를 인정한다(제15조 제6항).

그러나 상임위원 중심 사건처리 체계가 실로효를 거두기 위해서는 무엇보다도 심판사건에 전문성을 갖춘 상임위원이 충분히 노동위원회에 배치되어야 한다. 당면 과제로 상임위원 수의 증원이 요청된다. 지노위의 심판사건의 양에 따라 달라지겠지만 적어도 각 지노위마다 심판사건을 전담하는 상임위원으로 지노위 위원장 이외에도 1명 내지 4명(최소 1명, 기본적으로는 2~4명 정도) 이상씩 존재하여야 할 것이다.

나. 주심위원제 도입

개정 노위법은 부문별위원회 구성시 필요한 경우 사건 처리를 주관하는 주심위원을 둘 수 있도록 하여, 위원의 사건 처리의 책임감을 제고하도록 하고 있다(제16조의 2 신설).

주심위원제는 모든 부문별위원회에 적용되는 것이므로 심판사건에서도 적용될 수 있다. 다만 주심위원은 부문별위원회 위원장(심판사건인 경우 심판위원회)이 지명할 수 있으므로 대체로 심판회의가 개최된 이후에야 심판위원회 위원장이 호선되고 그가 주심위원을 지명할 수 있게 된다는 점에 비추어 비상임위원을 주심위원으로 지명하여 사건 처리를 주관하려는 제도로 분석된다.

심판사건, 차별시정사건에서는 상임위원이 이미 조사 단계에서부터 주관하고 있으므로 부문별회의를 개최한 후 회의 위원장이 상임위원이 아닌 다른 비상임위원을 별도로 주심위원으로 지명할 필요가 있는 경우는 일반적이지 않을 것이다. 예외적으로 ① 사건 과다 등의 이유로 상임위원, 노위 위원장 모두 부문별위원회에 포함되지 못한 사건인 경우, 또는 ② 특별히 당해 사건에 비상임위원이 특별한 전문성이 있어 판정서 작성을

주관하는 것이 큰 도움이 되는 경우 등에서 주심위원을 활용하는 것은 유용할 것이다. 주심위원이 판정문 작성 등의 업무에서 상임위원으로서 역할을 대신하도록 한다.

주심위원은 조정사건의 경우 더욱 유용하게 활용될 수 있다. 상임위원은 상시조정 체계에서 조정전 지원(예방조정)에 주력한다면, 신청에 의한 일반 조정사건에서 어느 비상임위원이 당해 사업장, 당해 산업의 노사관계에 특별한 전문성과 신망이 있다면, 조정위원회 개최시 그 위원을 주심위원으로 지명하여 사건을 주관하게 하고 상임위원은 이에 협력하도록 하는 것이 효율적일 것이다.

다. 공익위원 겸직제, 단독심판

개정 노위법은 사건 처리의 효율성을 제고하기 위해 몇 가지 개선사항을 아울러 도입하고 있다. ① 부문별위원회를 구성함에 있어서 특정 부문별위원회에 사건이 과도하게 집중되는 등 부득이한 사유가 있는 경우에는 심판담당 공익위원·차별시정담당 공익위원 또는 조정담당 공익위원의 담당 분야와 관계없이 위원으로 지명할 수 있도록 하는 공익위원 겸직제를 도입하여, 인력운영의 효율성을 제고한다(제15조 제7항 신설), ② 신청기간을 넘기는 등 신청의 요건을 명백하게 갖추지 못한 경우이거나 관계 당사자 쌍방의 신청이 있거나 동의를 얻은 경우 심판담당 공익위원 또는 차별시정담당 공익위원 1인을 지명하여 사건을 처리하게 할 수 있도록 하는 단독심판제를 도입하고 있다(제15조의 2 신설).

공익위원 겸직제가 도입되는 배경은 이해 못할 바는 아니지만, 1997년 노위법 개정에서 공익위원을 굳이 심판담당 공익위원과 조정담당 공익위원으로 구분 위촉하도록 개정된 취지를 고려하여 극히 예외적으로 활용되어야 한다. 준상시적으로 겸직을 하게 된다면 구분 위촉의 장점은 상실할 것이다. 심판담당 공익위원은 집단적 노사분쟁에 대한 조정의 기술이 없을 수 있으며, 판정을 내리는 자의 조정은 권위적 조정이 될 수 있어 조정의 유효성이 낮아질 우려가 발생한다. 마찬가지로 조정담당 공익위원은 심판위원으로 갖추어야 할 기본적인 법리 이해조차 제대로 파악하지

못할 수 있어, 판정에 대한 불신으로 불복 제기가 많아질 수 있다. 위원 수를 충분히 늘리는 것, 조정의 경우 조정 전 지원(예방조정)을 활성화하여 조정 신청사건에 대해 미리 대비하는 것 등이 올바른 대응책이다.

◆ 執筆陣

- 박종희(고려대 법대 교수)
- 이승길(아주대 법대 교수)
- 최윤희(건국대 법대 교수)
- 김홍영(성균관대 법대 교수)

2007 노동법의 쟁점(Ⅱ) : 2007 하반기 노동법·법경제
포럼 논문집

▪ 발행연월일	2008년 11월 17일 인쇄
2008년 11월 20일 발행
▪ 발 행 인	박 기 성
▪ 발 행 처	한국노동연구원
☎ 150-7440 서울특별시 영등포구
은행길 35
☎ 대표 (02) 785-5080 Fax (02) 3775-0697
▪ 조판·인쇄	도서출판 창보 (02) 2272-6997
▪ 등 록 일 자	1988년 9월 13일
▪ 등 록 번 호	제13-155호

© 한국노동연구원 정가 6,000원

ISBN 978-89-7356-728-7