

# 노동조합 전임자의 법적 지위

강성태



## 목 차

I. 서론	1
1. 연구의 목적	1
2. 연구의 범위	4
II. 우리나라 전임자 문제의 원인과 전임자제도의 실태	6
1. 전임자 문제의 원인	6
2. 전임자제도의 실태	10
III. 전임자의 집단적 노사관계법에서의 지위	16
1. 노조전임자제도의 근거	16
2. 전임자가 될 수 있는 자	20
3. 전임자제도의 단체교섭·쟁의행위·쟁의조정 대상성	22
4. 전임자 조항의 법적 성격	29
5. 전임자제도와 부당노동행위	31
6. 올바른 해석론	41
IV. 전임자의 개별적 근로관계법에서의 지위	47
1. 전임자의 근로계약상의 지위	47
2. 전임자의 노무제공의무와 출근의무	48
3. 전임자의 급여청구권	52
4. 전임자의 대우 등	59
5. 전임자와 해고	60
6. 올바른 이해	61

V. 전임자와 사회보장법의 적용 .....	69
1. 문제의 소재 .....	69
2. 전임자와 산재보험법 .....	69
3. 전임자와 고용보험법 .....	73
4. 올바른 해석론 등 .....	76
VI. 결론 : 요약과 정리 .....	81
1. 개관 .....	81
2. 전임자의 집단적 노사관계법상의 지위 .....	82
3. 전임자의 개별적 근로관계법상의 이해 .....	84
4. 전임자의 사회보장법에서의 지위 .....	86

## 표 목 차

<표 II- 1> 1993년 노동부 조사의 전임자 현황(1993년 말 현재) .....	11
<표 II- 2> 사업장의 노동조합 전임자수 .....	12
<표 II- 3> 유급 노조전임자 1인당 조합원수 및 근로자수 .....	12
<표 II- 4> 노동조합 전임자 구성 및 임금 .....	13
<표 II- 5> 총연합단체별 소속노조(기업규모별)의 실제 전임자수 .....	14

## 그림목차

[그림 III-1] 전임관계의 3면 구조 .....	44
[그림 IV-1] 전임관계의 3면 구조 .....	65
[그림 VI-1] 전임관계의 3면 구조 .....	82

## I. 서론

### 1. 연구의 목적

(1) 현행 노동조합및노동관계조정법(이하 ‘노조법’이라 한다)상 노동조합 전임자제도라 함은 근로자로 하여금 ‘근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에만 종사할 수’ 있게 하는 제도(제24조 제1항 참조)를 말한다. 이렇게 근로의무를 면제받고 노동조합의 업무에만 종사하는 자를 노동조합 전임자라 한다(제24조 제2항 참조). 우선 노조법은 ‘근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고’라는 표현을 사용함으로써 여러 종류의 전임자 중에서 ‘근로계약과 근로의무의 존재’를 전제로 하는 이른바 ‘재적전임자’를 염두에 두고 있다.<sup>1)</sup> 또한 ‘노동조합의 업무에 종사’가 아니라 ‘노동조합의 업무에만 종사’라는 표현을 사용함으로써 상시 전임을 원칙으로 전제한 듯한 인상을 주고 있다. 현행 노조법이 이렇게 재적 및 상시 전임을 염두에 두고 규정한 것은 그러한 형태의 전임제가 우리나라에서 가장 흔하기 때문일 것이다. 그러므로 이 연구에서도 노조전임자란 특별히 다른 언급이 없는 한, 바로 현행 노조법이 염두에 두고 있는 재적전임자 특히 상시적인 재적전임자를 대상으로 한다.

(2) 노조전임자와 관련하여 현행 노조법은 두 가지를 분명히 하고 있다. 하나는 노조전임자의 법적 근거가 ‘단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우’라고 하여 노동관계당사자간의 합의(이른바 ‘협정설’)에 있음

---

1) 우리나라에서는 드문 경우이기는 하지만, 본래 노조전임자라고 할 때는 종업원 신분을 가지지 않은 전임자(즉, 비재적전임자)도 있을 수 있다. 비재적전임자와 관련해서는 해당 전임자와 사용자간에 근로관계가 없기 때문에 재적전임자와 같은 다양한 법적 문제는 발생하지 않는다. 다만 비재적전임자에 대한 경비원조의 부당노동행위 여부나 사업장내 조합활동의 범위 등이 노동법적으로 문제될 수 있을 것이다.

## 2 노동조합 전임자의 법적 지위

을 명문화하고 있다.<sup>2)</sup> 다른 하나는 노조전임자의 급여를 사용자가 지급할 수 없다는 것이다. 즉 전임자는 “그 전임기간 동안 사용자로부터 어떠한 급여도 지급받아서서는 아니”(제24조 제2항)되고, 사용자가 전임자에게 “급여를 지원”하는 것은 부당노동행위가 된다(제81조 제4호 참조).<sup>3)</sup> 즉 전임자에 대한 사용자의 급여는 주는 것과 받는 것 모두 금지된다.<sup>4)</sup>

(3) 이와 같이 전임자와 관련된 현행 노조법의 핵심적인 규율 내용은 ‘사용자의 급여지급 금지’이다. 그러나 현행 노조법의 가장 큰 특징은 위에서 언급한 ‘사용자의 급여지급 금지’를 제외한 여타의 전임자 문제에 대해서는 일체 침묵하고 있다는 점이다. 입법론적으로는 사용자의 급여지급 문제가 1980년대 말부터 우리 노사간에 가장 큰 논란이 되어 왔던 것이 사실이지만, 해석론적으로는 여타의 많은 문제들이 법원이나 노동위원회에서 계속해서 그리고 크게 논란이 되어 왔던 점과 함께 어지간한 분쟁에도 입법적 개입을 주저하지 않았던 우리나라의 상황을 고려하면, 전임자

- 
- 2) 현행 노조법 제24조 제1항이 제정되기 이전에는 재직전임의 법적 근거에 대해 이른바 ‘단결권설’과 ‘협정설’의 대립이 있었다. 단결권설은 헌법 제33조 제1항의 단결권 보장으로부터 사용자의 전임승인의무를 이끌어낸다는 점에 그 특징이 있다. 그에 비해 다수의 학설은 현행법과 같은 협정설을 지지하였다. 판례 역시 “노조전임제는 노동조합에 대한 편의제공의 한 형태로서 사용자가 단체협약 등을 통하여 승인하는 경우에 인정되는 것일 뿐이다”(대법원 1996. 2. 23 선고 94누9177 판결)라고 하여 협정설을 취하였다. 그러나 현행법 이후에도 이에 관한 견해의 대립은 완전히 종식되지는 못했다. 이에 관해서는 후술한다.
  - 3) 현행 노조법 제24조 제2항과 제81조 제4호(전임자에 대한 급여지급 부분)가 제정되기 전에는 전임자의 급여지급을 부당노동행위의 하나인 운영비 원조로 볼 수 있는가에 대해 이른바 ‘실질설’과 ‘형식설’의 대립이 있었다. 판례는 “노조전임자나 노조간부가 사용자로부터 급여를 지급받는 것이 형식적으로 보면 부당노동행위의 하나인 … 것 같지만, … 부당노동행위의 성립 여부는 형식적으로만 볼 것은 아니고 그 급여지급으로 인하여 조합의 자주성을 잃을 위험성이 현저하게 없는 한 부당노동행위가 성립되지 않는다고 봄이 상당하고, 특히 그 급여지급이 조합의 적극적인 요구 내지는 투쟁 결과로 얻어진 것이라면 그 급여지급으로 인하여 조합의 자주성이 저해될 위험은 거의 없다고 보아야 할 것이므로 … 부당노동행위에 해당하지 않는다”(대법원 1991. 5. 28. 선고 90누6392 판결)고 하여 실질설을 취하였다.
  - 4) 다만 노조법 부칙 제6조 제1항에 의해 같은 법 제24조 제2항 및 제81조 제4호의 규정 중 전임자에 대한 급여지급에 관한 규정은 2006년 12월 31일까지 적용하지 아니한다.



문제에 대한 ‘법의 침묵’ 또는 ‘노사자치에의 방임’은 놀라지 않을 수 없는 점이다. 어쨌든 이러한 ‘법의 침묵’은 전임자와 관련된 여러 분야에서 다양한 판례 및 해석론의 개화를 가져왔다. 실제로 전임자 관련분쟁은 집단적 노사관계법 분야에서는 물론이고 개별적 근로관계법 나아가 사회보장법 분야에서도 자주 제기되었고, 판례와 학설은 이러한 문제에 대해 나름대로의 해결책을 제시하고 있다. 그러나 기존의 판례와 학설에서 주장된 내용들 중에는 전임자제도의 의의와 구조 및 특징을 제대로 인식하지 못한 면이 적지 않게 발견된다.

(4) 이 연구는 바로 이러한 문제의식을 기초로 한다. 현행 노조법이 침묵하고 있지만 현실에서 자주 발생하고 있는 전임자 분쟁을 구체적으로 살펴보는 것, 그리고 그것을 통해 단순히 사용자의 급여지급뿐만 아니라, 보다 광범위한 범위에서 전임자의 법적 지위를 명확하게 하는데 연구의 주된 목적이 있다. 사실 전임자와 관련해서는 그동안 많은 연구가 있었다. 연구의 양으로만 본다면, 노동법의 개별 주제 중에서 전임자 문제만큼 자주 다루어진 예도 드물 것이다. 그러나 연구의 내용에서 보면, 노사간의 입법적 쟁점이 되어온 사용자의 급여지급 문제에 거의 모든 연구가 초점을 맞추으로써<sup>5)</sup> 전임자 관련분쟁의 다양한 측면이 다루어지지 못했다. 전

5) 입법론을 중심으로 한 연구로서 대표적인 것들을 보면, 강기탁, 「노동조합 전임자 문제의 쟁점과 대책」, 민주사회를 위한 변호사모임, 『노동판례비평』, 1999; 강희원, 「재적 노조전임제」, 『노동관계법 연구』, 한국경총, 1997; 김상호, 「노조전임자의 법적 보호에 관한 연구」, 한국노총 중앙연구원, 1998; 김철운, 「노조전임자 임금지급 금지 대응방향」, 『노동사회』 제18호, 한국노동사회연구소, 1998; 박우성, 「전임자제도 개선방안 마련을 위한 외국 사례연구」, 노사정위원회, 1999; 박종희, 「개정법하의 노동조합 전임자제도에 관한 법적 고찰」, 『한림법학포럼』 제6호, 1997. 11; 오문완, 「노조전임자제도의 입법론적 검토」, 『노동법학』 제9호, 한국노동법학회, 1999; 위성중, 「노조전임자의 법적 지위」, 『노동법 논총』 제2호, 1999; 윤성천, 「노조전임자 급여지급 문제에 대한 입법론적 검토」, 『노동법학』 제11호, 한국노동법학회, 2000; 이광택, 「노조전임자수와 급여문제」, 『노동법학』 제6호, 한국노동법학회, 1996; 이광택, 「노조전임자 급여지급 금지규정의 타당성 여부」, 『현대노사』 제193호, 한국노동문제연구원, 1999; 이상윤, 「노조전임의 노동법상 지위」, 『연세행정논집』 제24집, 1999; 이승길, 「전임자 급여지급 관련규정 삭제에 대한 소고」, 『노동교육』 제23호, 한국노동교육원, 1998; 이정식, 「노동조합 전임자 문제의 쟁점과

#### 4 노동조합 전임자의 법적 지위

임자제도와 관련된 입법론에서도 지나치게 사용자의 급여지급의 부정적 측면만 부각되면서 그 문제에만 초점을 맞추으로써 전임자의 보호의 측면, 예를 들어 전임자나 노조임원의 조합활동을 위한 유급근로면제시간(paid time-off)의 최저한도라든가 해고 기타 불이익취급으로부터의 특별보호 등의 문제는 별로 관심을 받지 못했다.<sup>6)</sup> 그리고 이러한 부정적 인식은 전임자제도와 관련된 다른 문제를 바라보는 데에도 영향을 미치고 있는 듯하다. 어쨌든 이렇게 편중된 연구방향과 전임자에 대한 부정적 인식은 전임자제도에 대한 종합적이고 체계적인 이해를 방해하였다. 이 연구는 이러한 문제점을 보완해 보려는 시도이다.

### 2. 연구의 범위

이 연구의 주된 부분은 그동안 우리나라에서 자주 문제가 되어온 전임자 관련 분쟁 및 그에 대한 판례와 학설의 내용을 체계적으로 정리한 후, 그에 대한 올바른 해석론을 정립하는 것이다. 즉 노동법과 사회보장법의 전체적 관점에서 전임자의 법적 지위에 관한 올바른 해석론을 탐구하는 것이다. 이를 위해 이 연구는 크게 세 가지 영역으로 나뉜다.

첫째, 집단적 노사관계법 영역에 관한 것으로 전임자의 법적 근거를 비롯하여 전임자가 될 수 있는 자의 범위, 전임자 문제의 단체교섭·쟁의행위·쟁의조정 대상성, 단체협약상 전임자 조항의 법적 성질, 전임활동과 부당노동행위의 관계 등이 다루어지게 된다.

---

대책], 『노동교육』 제8호, 한국노동교육원, 1996 등이 있다.

6) 이렇게 된 데에는 정부의 인식이 큰 역할을 한 것으로 생각된다. 정부는 우리나라 전임자 문제의 핵심을 전임자에 대한 ‘사용자의 급여지급’이라는 ‘잘못된 관행’에 있다고 보고 있다. 예를 들어 현행법의 입법배경에서는 “노조전임자의 급여는 노동조합이 스스로 부담하는 것이 노사관계의 기본원칙이다. 그런데 우리의 노사현실은 노조전임자의 급여를 사용자가 지급하는 것을 당연시하는 잘못된 관행이 있었고, 이에 따라 많은 사업장에서 단체교섭 때마다 다른 쟁점사항과 연계하여 유급전임자의 확대를 요구하고 사용자도 교섭의 조기타결을 위해 노조의 요구를 수용해 왔다”고 지적하고 있다(노동부, 『알기 쉬운 새 노동법 해설』, 1997, 45~46쪽). 이러한 문제인식은 노조전임자나 노조임원에 대한 유급근로면제의 하한을 정하거나 기타의 특별보호에 관심을 갖는 선진국의 입법에 비교하면 극히 이례적이다.

둘째, 개별적 근로관계법 영역에 관한 것으로 전임자의 근로관계를 어떻게 이해할 것인가를 비롯하여 전임자의 출근의무나 노무제공의무, 전임자가 받는 급여의 성질 및 파업기간 중의 급여, 전임기간 중 전임자의 대우, 전임자와 해고 등이 다루어지게 된다.

셋째, 사회보장법 영역에 관한 것으로 특히 산업재해보상보험법과 고용보험법에서의 전임자의 지위가 중요한 이슈이다. 구체적으로는 전임자의 전임활동이 산업재해보상보험법상 '업무'에 해당하는가, 전임기간이 고용보험법상 피보험기간에 속하는가 등이 주요하게 다루어지게 된다.

한편, 이러한 연구가 올바른 방향으로 나아가 타당한 결론에 도달하기 위해서는 우리나라 전임자 문제의 원인 및 실태에 대한 이해가 필수적이다. 따라서 본 연구에서는 주된 연구에 앞서 예비적으로 그에 대해 살펴보고자 하겠다. 다만, 실태는 별도로 조사를 하지 않고 그동안 외부에 공개된 실태조사를 참조하여 이 연구와 관련하여 중요하다고 생각되는 점들을 요약·정리하였다.

논의의 순서는 다음과 같다.

먼저, 예비적 고찰로서 우리나라 전임자 문제의 원인 및 실태에 대해 살펴본다(제II장). 이 부분에서는 사건을 최대한 자제하고 그동안의 연구성과를 있는 그대로 정리하는데 주안을 두었다.

다음으로 전임자의 법적 지위의 명확화를 위한 해석론의 정립을 위해 전임자의 법적 지위를 집단적 노사관계법상의 지위(제III장), 개별적 근로관계법상의 지위(제IV장), 사회보장법상의 지위(제V장)로 각각 나누어 살펴본다.

마지막으로 이상의 고찰을 정리하고, 필자가 생각하는 올바른 해석을 제시한다(제VI장).

## II. 우리나라 전임자 문제의 원인과 전임자제도의 실태

### 1. 전임자 문제의 원인

우리나라에서 일반적으로 전임자제도에 문제가 있다고 보는 사람들은 전임자 문제의 소재를 사용자의 전임자 급여지급에서 찾는다.<sup>7)</sup> 정부 역시 같은 입장인데, 예를 들면 정부의 현행법의 입법배경 설명을 보면, “노조 전임자의 급여는 노동조합이 스스로 부담하는 것이 노사관계의 기본원칙이다. 그런데 우리의 노사현실은 노조전임자의 급여를 사용자가 지급하는 것을 당연시하는 잘못된 관행이 있었고, 이에 따라 많은 사업장에서 단체 교섭 때마다 다른 쟁점사항과 연계하여 유급전임자의 확대를 요구하고 사용자도 교섭의 조기타결을 위해 노조의 요구를 수용해 왔다”<sup>8)</sup>고 하고 있다. 그렇다면 이러한 전임자 문제가 왜 유독 우리나라에서 크게 논란이 되는가? 사실 전임자(또는 전임자 유사한 자)는 노동조합이 존재하는 곳에서는 흔히 볼 수 있다. 그러나 우리만큼 전임자 문제가 입법과 사법, 나아가 전사회적으로 자주 그리고 뜨겁게 논란의 대상이 된 나라는 흔하지 않은 것 같다. 그렇다면 어디에서 그 원인을 찾을 수 있을까?

---

7) ‘무엇을 문제로 보는가’는 전임자 문제 전체의 이해에 관건이 되는 사항이다. 문제의 소재를 어떻게 파악하는가는 원인과 처방의 방향을 전혀 다르게 할 수 있기 때문이다. 지금과 달리 전임자 문제를 노조측에서 제기하였다면 문제의 소재는 전혀 달라졌을 수 있을 것이다. 예를 들어 소규모의 노조에서는 전임자가 전혀 인정되지 않거나 또는 인정되는 경우에도 그의 활동에 사용자의 개입이나 간섭이 많은 점 등이 문제로 지적되었을 것이다. 그 경우라면 원인에 있어 노조의 조직력과 교섭력의 허약성 또는 부당노동행위제도의 규제력의 약화 등에서 찾았을 것이고 대처방식(처방)도 지금 논의되고 있는 것과는 많이 달랐을 것이다. 그러나 이 문제는 이 연구의 범위를 불필요하게 확대시킬 수 있기 때문에 생략하기로 한다.

8) 노동부, 『알기 쉬운 새 노동법 해설』, 1997, 45~46쪽.

손창희교수는 일찍이 우리나라의 특유한 역사적·제도적 상황에서 그 원인을 찾은 바 있다. 손교수는 오늘날 우리나라 대부분의 노동조합이 단체협약 또는 관행에 의거하여 노조전임자를 두게 된 배경으로 다음 두 가지 사실을 지적하였다. “그 하나는 1987년 이후의 노동운동 고양기의 노동공세이다. 노조 측으로서는 노조간부가 회사 일은 하지 않고 노조업무에만 종사하면서 보수는 보수대로 사용자가 지급하도록 할수만 있다면 더 이상 좋을 수 없다고 생각해서 노조전임자 인정을 사용자 측에 강력하고 집요하게 요구하고 나서자 그 ‘시대적 조류’에 밀린 사용자 측이 이를 받아들인 결과이다. 그러나 이보다도 더 큰 배경 내지 연유는 우리나라 노동조합의 거의 전부가 기업별노조로 조직되어 있다는 데 있다. 즉 1980년법이 기업별노조를 강요했던 일 말고도 기업별노조의 임원과 평조합원을 모두 당해 기업의 종업원으로 한정하고(노조법 제3조 제4호, 제23조), 종업원이 아닌 자는 단체교섭·쟁의행위 기타 노조활동에 개입할 수 없도록 규제하고 있기 때문에(노조법 제12조의 2, 노쟁법 제13조의 2) 부득불 노동조합=종업원 노조, 노조임원=종업원이라는 속성이 고착화되었다. 또 법이 노조대표자를 종업원 대표로도 기능시키고 있다(노협법 제6조 제2항). 결국 우리나라의 노조임원은 조합원의 대표인 동시에 종업원의 대표라는 두 측면을 가지고 있다는 점에서 서구의 노동조합과는 사정이 크게 다르다. 거기다가 우리나라의 노사관계 당사자들의 의식 또한 구미 여러 나라와 달리 노와 사의 만남은 기업을 연결고리로 한 일종의 ‘정서적’ 결합관계라고 여기는 측면이 돋보인다. 그래서 노조를 만들 때나 관리운영함에 있어서도 우선 기업 안에서 하고, 사용자 측도 이왕 노조가 생기는 경우에는 자기 종업원들만으로 만들고 운영되는 쪽을 덜 불안해 한다. 사정이 이러하니 노조조직이 탄탄하지 못하고 특히 재정기반이 취약한 상황 속에서 종업원의 지위를 보존하면서 노조활동에 전념할 수 있는 길을 찾는 것은 극히 자연스러운 현상이라 하겠다. 이른바 재적노조전임자제도가 탄생하는 계기이다.”<sup>9)</sup> 특히 손교수는 “재적노조전임자의 인정여부, 전임자의 선출, 전임자의 수 및 처우를 둘러싼 노사분쟁은 기업별노조를 노동조합 조

9) 손창희, 「노조전임자 문제에 대한 대법 판결」, 『노동법학』 제6호, 1996, 한국노동법학회, 48~49쪽.

직의 대종으로 하고 있는 우리나라와 일본에 특유한 것”<sup>10)</sup>이라고 하여 우리나라의 역사적 배경 외에 기업별노조의 특수성에서 그 주된 원인을 찾고 있다.

그에 비해 오문완교수는 전임자 문제의 원인을 기업별노조라는 조직형태상의 특수성에서 찾는 것에 반대한다. 오교수는 “노조전임자 문제는 기업별 노동조합이라는 조직형태를 취하는 곳에서 두드러지게 나타나는 문제이기는 하나 산업별 노동조합 체제를 가지고 있다고 해서 생기지 말라는 법은 없는 듯하다. 노조활동의 무대가 기업내외에 걸쳐 있기 때문이다. 따라서 이 문제는 조직형태 여하를 떠난 보편적인 문제로 이해하는게 합당하다고 여겨진다. 바꾸어 말하면 기업별 노동조합이라는 특수성을 근거로 노조전임자 문제에 접근하는 것은 적절치 않다”고 주장한다.<sup>11)</sup>

생각건대, ‘전임자’의 필요성과 전임자 ‘문제’의 발생원인은 다르게 보아야 한다. 산별노조에서도 확실히 우리의 전임자와 유사한 자가 존재할 필요성이 있고 그래서 현실적으로 존재하는 것도 사실이지만, 그렇다고 우리와 같은 노사대립의 중심적 문제가 되지는 않는다. 우리나라에서 전임자제도가 문제가 된 큰 이유는 그것이 ‘상시적인’ ‘채적전임’의 형태를 취하기 때문이고, 이러한 상시적 채적전임은 기업별노조라는 노동조합의 조직형태와 밀접한 연관이 있는 것으로 보인다. 그러나 그렇다고 기업별노조라는 조직형태만으로 전임자 문제를 완전히 설명할 수는 없다. 그것은 우리나라와 같은 상시적 채적전임이 일반적일 뿐만 아니라, 노사관계 및 노동법체계에서 유사성이 많은 일본<sup>12)</sup>에서도 우리와 같이 전임자 문제로

10) 손창희, 49쪽.

11) 오문완, 248쪽.

12) 일본 역시 우리나라와 같은 채적전임제도가 일반적이다. 그 이유를 오문완교수는 다음과 같이 설명한다(오문완, 「노조전임자제도의 입법론적 검토」, 『노동법학』 제9호, 한국노동법학회, 1999, 248~249쪽). “먼저 노동조합측의 사정을 보면, ① 제2차 세계대전 후 연합군 최고사령부가 실시한 노동운동의 조성정책으로 급속하게 기업별 노동조합이 조직되어 노동조합의 업무를 회사업무의 일부분으로 보는 의식도 있어 사용자가 급여를 부담하는 전임제도가 보급되었다는 점, ② 기업내 노동조합의 성격은 노동조합의 운영을 근로자가 아닌 제3자에게 위임하기가 어렵다는 기업내 의식과 함께 기업의 특수한 사정에 즉각 대응하여 노동조합 활동을 하기 위해서는 노동조합 간부를

나라 전체가 시끄러웠던 적은 없기 때문이다. 유독 우리나라에서 전임자 문제가 격렬한 대립과 논쟁의 중심에 선 이유는 ‘노사관계(또는 노동조합)’의 존재나 ‘기업별노조의 특수성’뿐만 아니라 다른 것에도 원인이 있다고 보아야 한다. 이 점에서 손창희교수가 지적한 역사적 배경은 음미해 볼 만하다. 즉 유급제적전임제가 노사관계의 관행으로 자리 잡게 된 현실적 배경과 과거 법의 ‘중업원노조의 강제’는 전임자 문제의 원인을 파악하는데 중요한 역사적 사실이라고 생각한다. 특히 전자와 관련하여, 애초의 사용자측의 필요와 양보가 이후 사용자측의 교섭력 부재 또는 허약과 결합과 연결됨으로써 정부가 생각하는 ‘나쁜’ 관행이 뿌리내리게 된 것이 아닌가 생각된다. 그리고 간과할 수 없는 또 다른 하나의 중요한 사실은 전임자문제가 지금까지 복수노조금지문제와 연계되어 논의되어 왔던 점이다. 정인섭교수가 적절히 설명한 바와 같이 성격이 전혀 다른 두 가지 문제가 교묘하게 입법 논의과정에서 결합됨으로써 전임자문제는 실제의 모습 이상으로 중요성을 가지게 되었고, 그 문제점도 필요 이상으로 과장되었을 가능성이 높다.<sup>13)</sup> 요컨대, 우리나라에서 전임자제도가 문제화된 것은 기업별노조의 특수성과 과거 법에 의한 기업별노조의 강제(비중업원의 배제), 노사이해의 합치, 사용자측의 교섭력 부재 또는 허약 및 복수노조문제와의 연계 등에서 그 원인을 찾을 수 있을 것이다.

---

근로자 출신 중에서 뽑을 필요성이 높았다는 점, ③ 노동조합의 재정기반이 약하여 외부 직업운동가의 채용이 어려웠고 그들의 수도 적었기 때문에 노동조합이 재정능력이 있어도 직업운동가를 구할 수가 없었다는 점, ④ 기업별 노동조합은 노동조합만 아니라 기업위원회·중업원평의회 기능을 겸하여 그 업무량이 아주 많았기 때문에 근로시간 중에도 노동조합 활동을 할 필요성이 컸다는 점, ⑤ 근로자가 아닌 제3자 가운데서 전임자를 구하는 것이 어렵고 또한 근로자가 전임자로 되는 순간 해고되어 근로자의 지위를 상실하게 된다면 조합원에게 전임자가 될 것을 기대하기 어렵다는 점 등이 있다. 그 다음으로 사용자측에서는 ① 기업별 노동조합의 기능에는 사용자가 해야 할 노무관리를 대행하는 면이 있다는 점, ② 근로자가 아닌 제3자를 배제하는 것이 노동조합에 대한 대책으로도 경영질서 유지 면에서 유익하다고 판단하였고 그 밖에도 ③ 제2차 세계대전 전의 노사관계를 기업내 노사관계로 형성해 오는 역사적 요인 등도 있었다는 것이다.” 오교수는 “우리나라의 사정도 크게 다르지 않다”고 본다(같은 곳, 249쪽).

13) 자세한 내용은 정인섭, 「노조전임자의 입법론적 과제」, 한국노동법학회 2005학년도 하계학회 발표원고 참조.

## 2. 전임자제도의 실태

(1) 우리나라에서 노조전임자제도에 관한 실태조사는 몇 차례 있었다. 최초의 조사로 보이는 것이 1990년에 이루어진 윤성천교수 등의 ‘단체협약 분석’<sup>14)</sup>이다. 이 분석에 따르면, 전체 산업에서 노조전임자 조항을 두고 있는 단체협약이 90.3%로 대다수 단체협약에서 노조전임자를 인정하였다. 전임의 형태는 상시 전임이 88.4%, 시간제 전임이 5.4%, 필요시 전임이 6.2%로 상시 전임이 압도적이었다. 전체 단체협약에서 전임자 급여에 대한 규정을 두고 있는 경우가 82.0%, 두고 있지 않은 경우가 17.9%이었는데, 두고 있는 경우에는 회사가 지급하는 경우가 96.0%(노조가 지급하는 경우는 0.6%, 기타 3.4%)에 이르렀다.

(2) 보다 광범위한 조사는 1993년 말 노동부가 행한 조사이다. 노동부는 당시 전국의 노동조합 5,923개소를 대상으로 전임 실태를 조사하였다.<sup>15)</sup> 그에 의하면, 전임자를 두는 노조는 조사대상 노조의 77%인 4,577개소이며, 전임자수는 상시 전임자 8,005명, 반전임자 2,781명을 포함하여 총 10,786명으로 나타나 사업장당 평균 전임자수는 1.7명(반전임자 포함시 2.5명)으로서 조합원 183명당 1명꼴로 상시 전임자(반전임자 포함시 136명당 1명)를 두고 있는 것으로 조사되었다. 또한 사용자가 전임자 급여를 지급하는 노조는 전임자가 있는 노조의 80.9%인 3,705개소이며 전임자 7,592명에 대한 연간 지급총액은 1,062억원으로 전임자 1인당 월평균 지급액은 117만원으로 조사되었다.

(3) 현재까지 공간된 노조전임자의 실태로서 가장 신뢰할 만한 것은 이철수·조준모, 한국의 노사관계 발전방안 연구 - 노조전임자 문제, 한국노동연구원, 2002로 보인다.<sup>16)</sup> 이 실태분석에 나타난 주요 내용은 다음과 같다.<sup>17)</sup>

14) 윤성천 외, 『단체협약 분석』, 한국노동연구원, 1990. 57~59쪽.

15) 노동부 조사의 내용은 이철수·조준모, 『노사정 전임자 자료집』, 85쪽에서 재인용.

16) 1998년의 경총 조사에 따르면 1998년 12월 말 현재 5,560개 노조를 대상으로 조사한 결과, 전임자를 두고 있는 노조의 수는 3,526개이고 전임자 총수는 8,191



〈표 II-1〉 1993년 노동부 조사의 전임자 현황(1993년 말 현재)

조사 대상 노조	전임자 있는 노조	전임자 급여 지급노조	전임자수			사업장당 평균전임자수	
			전체	상시 전임자	반전임자	상시 전임자	반전임자 포함
5,923	4,577	3,705	10,786	8,005	2,781	1.7	2.5

(가) 노동조합 전임자 구성방법: 단체협약에서 전임자 조항을 두고 있는 경우가 70%, 노사합의 또는 협의만으로 전임자를 두고 있는 경우가 19%, 기타가 11%로 드러났다. 10개 중 9개 정도의 사업장에서 단체협약이나 사용자의 동의에 의해 전임자를 두고 있는 것을 알 수 있다. 이렇게 단체협약이 아닌 방식으로 전임자가 인정되고 있는 사업장이 많은 이유로, 이철수·조준모 교수는 “단체협약 사항으로 노조전임자의 수를 명기하

명(반전임자 1,593명 포함)으로서 전임자 1인당 평균 조합원수는 212명(반전임자 포함시 171명)으로 나타났다(이철수·조준모, 85쪽).

〈경총 조사의 전임자 현황(1998년 말 현재)〉

조사대상 노조	전임자 있는 노조	전임자수			사업장당 평균전임자수	
		전체	상시 전임자	반전임자	상시 전임자	반전임자 포함
5,560	3,526	8,191	6,598	1,593	1.2	1.5

17) 이 실태분석은 한국노동연구원에서 2002년 9월부터 실시한 노조전임자 조사 자료를 이용하여 우리나라 전임자의 실태를 실증적으로 규명해 본 것이다. 한국노동연구원의 노조전임자 실태조사에서는 인사노무담당자용과 노동조합용의 두 가지 유형으로 되어 있었다. 이 실태분석에서는 인사노무담당자의 표본이 이용되어 분석된 경우에는 ‘인사노무’라고 명기하고 노동조합의 표본이 이용되어 분석된 경우에는 ‘노동조합’이라 명기하였으며, 같은 사업장에서 인사노무담당자와 노동조합 관계자가 답변을 한 경우에는 표본을 따로 추출하여 ‘인사-노무’로 명기하였는 바, 필자의 정리에서는 마지막의 ‘인사-노무’ 답변을 중심으로 정리하고(별도 표시 안함) 그것이 없는 경우에만 노동조합이나 인사노무담당자의 답변을 이용한다(별도 표시). 이하의 내용은 이철수·조준모, 『노사정 전임자 자료집』, 133쪽 이하를 참조하여 정리한 것으로 별도 페이지 표시를 하지 않는다.

12 노동조합 전임자의 법적 지위

지 않는 관행을 가진 사업장도 있지만 단체협약에 명기된 노조전임자를 초과하여 전임자를 사용한 사업장도 적지 않은 비중을 차지하고 있다. 이는 우리나라 노사관계 관행상 협약에 명기하지 않은 채 노조전임자를 사용할 수 있고, 단체교섭에 임하는 노조대표가 스스로 교섭의 결과물인 전임자가 되는 독특한 교섭구조를 잘 반영한다”고 지적한다.

(나) 전임자수: 완전전임을 전제로 할 때 전임자수는 단체협약상의 전임자는 평균 2.11명임에 비해 실제로는 더 높은 2.43명이고, 이 중 유급이 거의 100%에 가깝다. 사용자에 의한 급여지급 비율은 부분전임의 경우에도 차이가 없다.

〈표 II-2〉 사업장의 노동조합 전임자수

(단위 : %)

	완전전임			부분(시간)전임		
	기업평균	유급비율	무급비율	기업평균	유급비율	무급비율
단체협약상 전임자	2.11	99.6	0.4	2.08	100.0	0.0
실제 전임자	2.43	99.3	0.7	2.05	92.0	8.0

(다) 유급 노조전임자 1인당 조합원수 및 근로자수: 우리나라 전임자 1인당 조합원수는 101~149명인 것으로 나타났으며, 유급 완전전임의 경우 1인당 조합원수는 125~179명인 것으로 예상된다.

〈표 II-3〉 유급 노조전임자 1인당 조합원수 및 근로자수

(단위 : 명)

		유급 완전전임		유급 부분(시간)전임		전 체	
		단체협약	실제	단체협약	실제	단체협약	실제
		조합원/전임자	인사	145	133	642	465
	노조	139	125	771	524	118	101
근로자/전임자	인사	236	217	1,044	756	192	169
	노조	250	223	1,380	938	211	180

주 : 전체는 완전 전임자와 부분 전임자를 합한 전체 전임자당 조합원 및 근로자수를 의미함.

(라) 전임자의 구성(활동분야) 및 보수: 노조전임자 가운데 사업장 전임자가 절대적 다수인 87.8%~88.3%이고, 2.9~3.2%의 전임자만이 상급단체에 파견되는 것으로 나타났다. 전임자 1인당 월평균 임금 163~178만원을 사용자가 부담하는 것으로 나타났다. 노조 채용직원의 경우 사용자가 임금의 40~47.1%의 임금을 부담하는 것으로 나타났으며, 그 외 사업장 전임, 상급단체 파견전임, 회사 파견전임의 경우 40~100%의 임금을 부담하는 것으로 나타났다. 마지막으로 노조전임자는 전임배정 이전과 비교하여 임금이 추가적으로 상승하는 증거는 발견할 수 없었다.<sup>18)</sup>

〈표 II-4〉 노동조합 전임자 구성 및 임금

(단위 : %, 만원)

	전임자				회사임금 지급률		1인당 월평균 임금			
	완전		부분		인사	노조	인사	노조		
	인사	노조	인사	노조						
기업평균 실제 전임자수	2.0	2.0	1.7	1.8	96.4	97.8	178	163		
상급단체 파견전임자	1.9	0.9	0.0	8.0	100.0	100.0	268	198		
회사파견 사무보조직원	4.7	2.7	0.0	0.0	100.0	100.0	124	83		
노조 채용직원	5.6	4.6	3.3	0.0	47.1	40.0	79	104		
사업장내 전임자	87.9	91.8	96.7	92.0	96.4	97.8	182	166		
교섭시	임금교섭		3.6	1.3	5.0	1.7	100.0	100.0	177	168
추가전임자수 (기업평균)	단협교섭		4.0	6.0	2.0	1.7	100.0	100.0	150	204
	동시교섭		4.0	7.5	2.0	3.7	100.0	100.0	125	154

(마) 노조기금의 설치여부: 노조전임기금 설치사업장이 5~7%에 불과하여 아직은 극히 낮은 비율의 사업장만이 전임기금을 설치하고 있고 대

18) 이 실태조사에서는 향간의 의혹, 즉 전임자의 임금이 동료근로자 임금의 몇 배에 이른다는 의혹을 일축하고 있다. 노조전임자의 평균근속년수가 14년임을 감안한다면 전임자가 근속할 경우와 비교하여 전임에 의해 임금이 추가적으로 상승한다는 증거는 없다. 근속년수가 10~15년인 근로자의 평균임금이 249만원인데 반해, 전임자는 그보다 낮은 수준이다.

14 노동조합 전임자의 법적 지위

부분의 사업장(93~95%)이 별도의 기금을 설치하지 않고 있다. 기금각출 주체에 대해서도 노조와 인사노무담당자는 상이한 평가를 내리고 있다. 노조 응답의 경우 64%의 노조가 기금을 전액 부담하는 것으로 보고하고 있으나 인사노무관리자는 5%의 노조만이 전액 부담하는 것으로 보고하고 있다.

(바) 전임자 문제로 인한 쟁의발생 유무: 거의 대부분의 사업장(93~96%)에서 전임자 문제로 인한 쟁의발생은 없었으며, 단지 4~7%의 사업장만이 노조전임자 문제로 쟁의가 발생한 경험이 있다고 보고하고 있다. 이는 그동안 일각에서 주장되어 오던 전임자 문제가 단체교섭 타결의 걸림돌이 되고 있다는 주장은 사실과 다름을 알 수 있다.

(사) 총연합단체별 소속 노조의 실제 전임자수: 근로자수가 100~500명 정도의 사업장에서는 민주노총의 전임자수가 한국노총의 전임자수에 비하여 많은 것으로 나타난다. 그러나 500인 이상 사업장에서는 역으로 한국노총의 전임자수가 민주노총의 전임자수에 비하여 많게 나타났다. 전체 사업장의 평균 전임자수를 비교해 보면, 한국노총 가입사업장의 경우 2.4명, 민주노총이 2.3명으로 나타나 한국노총의 전임자수가 민주노총에 비하여 다소 많다.

〈표 II-5〉 총연합단체별 소속노조(기업규모별)의 실제 전임자수

(단위: 명)

	100인 미만	100~300인	300~500인	500~1,000인	1,000인 이상	평균
한국노총	1.4	1.4	2.0	3.1	8.7	2.4
민주노총	1.3	1.5	2.2	2.8	6.1	2.3

(아) 요약: 이상의 조사를 요약하면 우리의 전임자제도의 특징은 다음과 같다. 우선 기본적 배경으로 기업별노조가 주종인 상황에서 노조의 재정자립도가 극도로 취약하고 기업규모에 따라 그 격차가 심하다는 점이다. 노조전임기금을 마련하고 있는 사업장은 5%내외 밖에 되지 않는 실정이다.

둘째, 전임자제도는 주로 단체협약을 통해 자치적으로 형성되어 왔고 전임자로 인한 쟁의행위 발생률은 매우 낮다.

셋째, 부분전임제보다는 완전전임제가 압도적 다수를 점하고 있다.

넷째, 기업별노조의 특성상 사업장내 노조전임자가 대다수를 차지하고 있다.

다섯째, 전임자의 급여는 대부분 사용자가 부담한다는 점이다. 부분전임제의 경우에도 90%의 급여가 보장되고 있으며 상급단체 파견전임자에게도 해당 사업주가 급여를 지급하고 있다. 노조 채용직원에 대해서도 사용자가 일정부분 급여를 부담하고 있다.

여섯째, 노조전임자의 수가 외국의 예에 비해 많다는 점이다. 아울러 단체협약상의 전임자수와 실제 전임자수에 있어 일정한 차이를 보이고 있다는 점도 발견된다.

### Ⅲ. 전임자의 집단적 노사관계법에서의 지위

#### 1. 노조전임자제도의 근거

##### 가. 개관

노조전임자의 집단법상 지위에 관한 논의는 애초 ‘노조전임자제도의 근거’로부터 출발하였다. 즉 노조전임자가 종업원의 지위를 유지하면서도 노조업무에 전념할 수 있는(노무제공의무가 면제되는) 근거가 헌법상 보장된 단결권에 있는가(‘단결권설’) 아니면 사용자의 승인 내지는 노사협정에 있는가(‘협정설’)에 관한 대립이 그것이었다. 그런데 현행 노조법은 제24조 제1항을 신설하여 “근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우에는 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에만 종사할 수 있다”고 규정함으로써 노조전임자제도의 법적 근거에 관해 협정설을 취한 것으로 이해되고 있다. 그러나 학계의 일부에서는 여전히 단결권설이 주장되고 있고 협정설에서도 노조전임자제도의 구체적 내용에서는 단결권설의 주장을 어느 정도 수용하고 있다.

##### 나. 단결권설

단결권설을 취한 대표적인 글은 1992년 최홍엽교수의 논문<sup>19)</sup>이다. 이 글에서 최교수는 단결권은 ‘역사적 산물임과 아울러 사회적 산물’이므로 단결권의 구체적 내용은 각국의 상황에 따라 다를 수 있음을 전제로, ① 우리나라나 일본의 경우 노조임원들은 기업별 노동조합을 대표함으로써 조합 대표로서의 성격과 아울러 당해 기업 종업원 대표로서의 성격을 갖

19) 최홍엽, 「노동조합전임제도에 관한 연구」, 『노동법연구』 제2호, 서울대노동법연구회, 1992.

는 점, ② 이 점은 당해 기업에 노사협의회가 있다고 하여 달라지지 않는다는 점, ③ 기업별노조에서는 종업원이 노조업무 수행에 적임자라는 점, ④ 종래 노동조합의 각종 활동에 종업원 이외의 자(즉 제3자)의 개입이 법적으로 엄격히 금지되어온 점 등과,<sup>20)</sup> 기업별노조가 갖는 약점들을 고려한다면 “단결권 보장은 노동조합 전임자가 종업원의 지위를 갖는다는 것을 허용할 뿐만 아니라 종업원 지위의 유지를 보장한다는 것을 함축하고 있다”<sup>21)</sup>고 하여 이른바 ‘단결권설’을 주장하였다.

최교수는 현행 노조법 제24조 제1항 역시 단결권설의 입장에서 파악하고 있다. 구체적으로 보면 이 규정을 “단체협약이나 사용자의 동의가 있는 경우에는 재적전임을 인정할 수 있다는 확인규정으로 이해”하면서 “이러한 동의가 없는 경우에도 노동조합은 재적전임의 내용을 자치적으로 결정할 수 있음이 원칙”<sup>22)</sup>이라고 한다. 이 견해에 의하면 “재적전임의 구체적인 내용, 즉 재적전임자의 수, 선임 및 해임절차, 전임기간은 원칙적으로 조합이 자치적으로 정할 수” 있지만, “다만, 사용자에게 객관적이고 합리적인 이유가 있는 경우에 한하여, 이러한 결정에 대한 개별적인 협의가 진행될 수 있다”<sup>23)</sup>고 한다.

#### 다. 협정설

학계의 다수는 현행 노조법 제24조 제1항이 신설되기 이전부터 노조전임자가 인정되기 위해서는 단체협약이나 사용자의 동의가 필요하다는 이른바 ‘협정설’을 취하였다. 예를 들어 김유성교수는 노조전임자제도를 편의제공의 일종으로 파악하면서 노사간의 합의나 관행에 의해 인정되는 것이며<sup>24)</sup>, 따라서 “재적전임제의 구체적인 내용, 예를 들어 전임자의 선임

20) 최홍엽(1992), 134~136쪽 참조.

21) 최홍엽(1992), 136쪽.

22) 최홍엽, 「개정 노동법상 노조전임자의 지위」, 『노동법연구』 제7호, 서울대노동법연구회, 1998, 236쪽.

23) 최홍엽(1998), 236쪽.

24) 김유성, 『노동법 II』, 법문사, 1996, 101쪽. 다만 노조전임자제도는 단결권을 실질화하는데 중요한 의미가 있어 편의제공 여부에 관한 실태는 조합활동의

및 해임절차·전임기간·전임자수·전임자에 대한 대우 등에 대해서도 사용자의 동의나 협정에 의해 결정된다고 보는 것이 타당하다”<sup>25)</sup>고 하였다. 김형배교수<sup>26)</sup>나 이병태교수<sup>27)</sup> 역시 기본적으로는 협정설을 지지하였다.

특히 협정설을 주장해 온 학계의 다수는 현행 노조법 제24조 제1항을 협정설의 명문화로 이해한다. 가령 이철수교수와 조준모교수는 “결정적으로 개정 노조법이 제24조 제1항에서 ‘근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우에는 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에만 종사할 수 있다’고 규정함으로써 협정설은 입법적 근거를 갖게 되었다”고 평가한다.<sup>28)</sup>

대법원 판결 역시 “일반적으로 사용자에게 대하여 근로계약에 따른 근로 제공의무를 면제받고 오직 노동조합의 업무만을 담당하는 노조전임제는 노동조합에 대한 편의제공의 한 형태로서 사용자가 단체협약 등을 통하여 승인하는 경우에 인정되는 것일 뿐”<sup>29)</sup>이라고 하여 협정설을 취하고 있다.

#### 라. 구체적 대립점

논의가 진행되면서 단결권설과 협정설은 각각 서로의 논의에 일정한 영향을 준 듯하다. 우선 단결권설에서도 재적전임 자체는 단결권 보장에서 근거를 찾아야 하겠지만 “노조전임자에 대한 대우나 급여지급을 사용자와의 협정에 근거지우는 것은 가능하다”고 보고 있다.<sup>30)</sup> 다른 한편 협정설 역시 전임자제도의 극히 세부적인 사항까지 사용자의 동의가 필요한 것은 아니라고 본다. 예를 들어 오문완교수는 “현행 노조법에서 노조전임자 제

---

정당성 판단에서 중요한 요소로서 취급되어야 할 것이라고 한다(같은 책, 101쪽).

25) 김유성, 앞의 책, 101쪽.

26) 김형배, 『노동법』, 박영사, 1997, 498쪽 참조. 특히 김형배교수는 노동조합의 자주성 요청에 비추어 볼 때 사용자의 지원에 의한 노조전임제를 단결권 보장에서 도출된다고 보는 것은 모순이라고 주장하고 있다.

27) 이병태, 『최신노동법』, 현암사, 1997, 183쪽 참조.

28) 이철수·조준모(2003), 96쪽

29) 대법원 1996.2.23. 선고 94누9177 판결 외 다수.

30) 최홍엽(1998), 234쪽 참조.



도는 편의제공의 한 모습으로 노사간의 합의를 통하여 인정되는 것이다. 따라서 노조전임자의 구체적인 내용, 예컨대 전임자의 선임 및 해임절차·전임기간·전임자수·전임자에 대한 대우 등에 대해서도 사용자의 동의나 협정에 의해 결정된다고 보는게 합리적인 해석<sup>31)</sup>이라고 하면서도, “협정설이라는 것도 노조전임자제도의 기초에 관하여 노사의 합의가 필요하다는 것을 의미할 뿐 제도의 운영에 관한 극히 세부적인 사항까지 모두 사용자의 동의를 받아야 하는 것으로 해석할 수는 없다<sup>32)</sup>”고 한다.<sup>33)</sup>

이렇듯 단결권설과 협정설이 근접하자, 학계의 일부에서는 양설의 차이가 별로 없다가 혹은 견해대립의 실익이 없다는 평가를 내리기도 한다.<sup>34)</sup> 그러나 이러한 평가는 성급한 것 같다. 왜냐하면 양설은 분명한 차이가 있고, 또한 그 차이에는 실익도 있기 때문이다.

가장 큰 차이는 출발점에서 발생한다. 단결권설에서는 전임자의 존재 그 자체가 헌법상의 단결권 보장에 근거한 것이므로 단체협약이나 기타 사용자의 동의가 없더라도 전임자를 둘 수 있다고 보는 반면, 협정설에서는 오직 단체협약 등 사용자의 동의가 있는 경우에만 전임자를 둘 수 있다고 본다. 즉 단결권설에 의하면 사용자로서는 자신의 동의가 없는 경우에도 전임자에 대해 승인할 의무를 진다고 보겠지만, 협정설에서는 자신의 동의가 없는 한 사용자로서는 그러한 의무를 부담하지 않는다고 본다.

이러한 출발점에서의 차이는 전임자의 기본적인 사항을 누가 정할 수 있는가에 대해 전혀 다른 결론을 낳게 된다. 단결권설에 의하면 ‘재적전임자의 수, 선임 및 해임절차, 전임기간’ 등 전임자제도의 기본 틀은 원칙적

31) 오문완, 250쪽.

32) 오문완, 250~251쪽.

33) 이철수교수와 조준모교수 역시 같은 입장이다. “협정설의 입장도 노조전임자제도의 기초에 관하여 노사의 합의가 필요하다는 것일 뿐 제도의 운영에 관한 세부적인 사항들까지 모두 사용자의 동의를 받아야 한다는 것은 아니므로 그 실익은 거의 없을 것이다. 예컨대, 단체협약에서 전임자의 수와 같은 노조전임자제도의 기본틀만 정한 채 세부적인 사항에 관하여 별도의 규정을 두지 않은 경우, 또는 규정은 있지만 그 의미가 애매한 경우 문제는 당사자의 의사를 어떻게 해석할 것인지로 귀결될 것이고, 그러한 해석의 한 틀로 단결권의 보장이라는 취지가 고려되어야 할 것이다”(이철수·조준모, 96쪽).

34) 예를 들어, 이철수·조준모, 96쪽; 오문완, 251쪽 등 참조.

으로 노동조합이 자치적으로 정할 수 있는 사항이라고 보는 반면, 협정설에 의하면 바로 그러한 사항이 사용자와 노동조합의 합의에 의해 정해질 사항, 즉 사용자의 동의가 필요한 사항인 것이다. 그리고 이러한 차이는 현실에서 종종 발생하는 구체적인 문제에도 상당한 영향을 미칠 수 있다. 예를 들어 전임예정자가 전임발령 이전에 장래의 업무준비(전임준비)를 위해 근로계약상의 근로를 제공하지 않은 경우 등에 대한 평가를 다르게 할 수 있는 것이다.

## 2. 전임자가 될 수 있는 자

전임자가 될 수 있는 자의 범위에 대해서는 학설에서 별도로 논하고 있는 경우는 찾지 못하였다. 판례에서는 조합원만이 전임자가 될 수 있다는 듯한 대법원 판결이 존재한다. 즉 대법원 2003.02.28. 선고, 2001두8681 판결의 내용은 다음과 같다.

“원고는 피고보조참가인(‘참가인 회사’)에서 원고 노동조합(‘원고 조합’)의 조합원이 될 수 없는 300MW IGCC 기본설계기술 및 설계체제 개발용역 사업 배관분야 책임급 직위자로 근무하면서 1999.1.28.부터 2000.1.27.까지를 휴직기간으로 하는 휴직을 하였다가 1999.2.26. 복직을 신청하였는데, 참가인 회사는 원고에 대한 인사명령을 지연하다가 원고 조합이 1999.3.29. 원고를 원고 조합의 노사협력국장으로 임명하였으니 노조전임자로 발령하여 달라고 요청하였음에도 1999.4.1. 원고를 같은 해 2.26.자로 소급하여 복직을 명하고 직종(기술직) 변경 없이 기획조정처 소속 연봉제 추진반 책임급 팀장대우로 전보하는 이 사건 전보명령을 한 사실을 인정한 다음, 원고들이 주장하는 사정, 즉 원고가 제출한 복직원에 대한 플랜트사업본부장의 결재가 1999.3.5. 이루어졌고, 참가인 회사가 원고의 근무현황표에 1999.2.25.까지 업무활동번호(JOBNO)를 휴직자에 해당하는 ‘CH270-110’을 부여하였다가 같은 달 26일부터는 인력활용교육(기술분야)에 해당하는 ‘TZ901-E10’을 부여하였다는 등의 사정만으로는 원고가 원고 조합의 조합원 자격이 있는 책임급 직위자보다 하위의 직급으로 복직되었다고 할 수

없으므로, 참가인 회사가 조합원 자격도 없는 원고를 노조전임자로 발령하여 달라는 원고 조합의 요청을 받아들이지 않고 이 사건 전보명령을 하였다고 하더라도 이는 단체협약에 위반되는 것으로 볼 수 없다.”(판결의 일부는 변경함. 밑줄은 필자)

한편, 대법원 1993.05.14. 선고, 92누18306 판결은 특별법에 의해 근로자가 된 자(‘특례보충역’으로 근로하게 된 자)도 전임자가 될 수 있다고 보고 있다. 판결의 내용은 다음과 같다.<sup>35)</sup>

“병역의무의특례규제에관한법률 제15조 제1항은 특례보충역으로서 특례업체에 종사하는 근로자가 의무종사기간 중 ‘특례업체에서 해고되거나 퇴직한 자’(제1호), ‘해당 전문분야에 종사하지 아니한 자’(제2호), ‘해당 전문분야의 기술자격 또는 면허가 취소되거나 정지된 자’(제3호), ‘특례업체가 폐업하거나 특례업체의 선정이 취소되어 특례보충역 편입사유가 해소된 자’(제4호) 등에 해당하는 경우 이를 특례보충역 편입취소사유로 하고, 같은 조 제2항은 위와 같은 사유로 특례보충역의 편입이 취소된 자는 현역병으로 입영하게 하거나 방위소집하도록 규정하고 있으며, 한편 같은 법 제15조 제3항 제2호, 제3호는 특례보충역으로서 의무종사기간 중 특례업체의 휴업, 영업정지 또는 직장폐쇄로 종사할 수 없게 된 자나 기타 휴직, 정직 등 대통령령으로 정한 사유가 발생한 자에 대하여는 이를 특례보충역

35) 사실관계는 다음과 같다. “원고는 방위산업체로 지정된 소외 한국화약주식회사의 창원공장에서 선반공으로 근무하던 중 1987.2.4. 피고에 의하여 특례보충역에 편입되어 해당 전문분야인 선반공으로 계속 종사하여 오다가 1991.12.3. 소외회사 노동조합 창원지부의 지부장으로 선출되어 단체협약에 따라 1992.1.6.부터 선반작업을 하지 아니하고 노동조합 전임자(專任者)로 근무하고 있었는데, 소외회사는 원고가 선반작업을 하지 아니하고 노동조합 전임자로 근무하는 것은 병역의무의특례규제에관한법률 제14조 제1항 제2호 소정의 특례보충역이 해당 전문분야에 종사하지 아니한 때의 사유가 발생한 것으로 보아 피고에게 신상이동통보를 하였고, 피고는 이 통보를 받고 원고가 같은 법 제15조 제1항 제2호가 정하는 해당 전문분야에 종사하지 아니하는 자에 해당하는 것으로 보아 원고에 대하여 1992.1.20. 특례보충역 편입처분을 취소하고 이어서 같은 달 22. 병역법 제16조에 의하여 같은 해 2.24.까지 현역병으로 입영할 것을 통지하였다.”

편입취소사유로 삼지 아니하고 다만 그 종사하지 아니한 기간을 연장하여 종사하게 한다는 취지로 규정하고, 노동쟁의조정법 제12조 제2항, 방위산업에관한특별조치법 제18조 등에 의하면, 방위산업체에 종사하는 근로자에 대하여는 쟁의행위가 제한될 뿐으로서 단결권은 제한되지 아니하여 노조의 활동이 보장되도록 되어 있으므로 이들 규정 등을 아울러 고려하면, 특례보충역으로서 의무종사기간 중 단체협약에 따라 노동조합 전임자로 근무하게 된 자는 병역의무의특례규제에관한법률 제15조 제1항 제2호 소정의 ‘해당 전문분야에 종사하지 아니한 자’에 해당하지 아니한다고 할 것이고, 이렇게 볼 경우 병역의무이행의 형평을 기하고 군소요인원의 충원에 지장이 없는 범위 안에서 국가발전에 필요한 인력을 지원하기 위하여 현역병 입영대상자 또는 방위소집대상자 중 일정한 자격이 있는 기술인력을 방위산업체 등 특례업체에서 해당 전문분야에 일정기간 의무적으로 종사하게 하고 그 기간을 마친 때에는 방위소집복무를 마친 것으로 보는 특례보충역제도의 목적과 입법취지에 어긋난다고 볼 수 없다.”

### 3. 전임자제도의 단체교섭 · 쟁의행위 · 쟁의조정 대상성

#### 가. 학설의 현황

전임자제도는 단체교섭이나 쟁의행위 또는 쟁의조정의 대상이 될 수 있는가? 학설에서 전임자제도가 의무적 교섭사항이고, 따라서 쟁의행위와 쟁의조정의 대상이 된다고 보는데 별다른 이견이 없어 보인다. 예를 들어 임종률교수는 전임자제도는 집단적 노동관계에 관한 사항이라는 점을 전제한 후, “집단적 노사관계에 관한 사항도 강행법이나 공서양속에 위반되지 않는 이상, 의무적 교섭사항에 포함된다”고 한다.<sup>36)</sup>

#### 나. 대법원 1996.2.23 선고, 94누9177 판결

대법원 1996.2.23. 선고, 94누9177 판결은 ‘전임자제도가 단체교섭의 대

36) 임종률, 113쪽. 같은 입장으로 김유성, 138쪽 등 다수.

상에 포함될 수는 있지만, 이른바 임의적 교섭사항에 불과하여 쟁의행위나 쟁의조정 대상은 될 수 없다'고 하였다.<sup>37)</sup> 판결 내용은 다음과 같다.

“중재절차는 원칙적으로 노동쟁의가 발생한 경우에 노동쟁의의 대상이 된 사항에 대하여 행하여지는 것이고, 노동쟁의조정법 제2조에서는 노동쟁의를 임금, 근로시간, 후생, 해고 기타 대우 등 근로조건에 관한 노동관계 당사자간의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태라고 규정하고 있으며, 근로조건은 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말하고, 구체적으로는 근로기준법에 정하여진 임금, 근로시간, 후생, 해고뿐만 아니고 같은 법 제94조 제1호 내지 제11호, 같은 법 시행령 제7조 제1호, 제3호 소정의 사항이 포함될 것인 바, 따라서 이러한 근로조건 이외의 사항에 관한 노동관계 당사자 사이의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태는 근로조건에 관한 분쟁이 아니어서 현행법상의 노동쟁의라고 할 수 없고, 특별한 사정이 없는 한 이러한 사항은 중재재정의 대

37) 사실관계는 다음과 같다(이철수·조준모, 104쪽에서 인용).

“대전직할시의 52개 택시회사 대표와 노조대표들은 1992.6.20.부터 1993.7.12.까지 단체교섭을 진행하였으나 합의를 도출해내지 못함에 따라 회사측이 1993.7.12. 충남지방노동위원회에 노동쟁의 발생신고를 하였다. 위원회의 조정에도 합의가 이루어지지 않자 충남지노위는 대전직할시장의 요청으로 ‘한시적으로 1994.7.31.까지 노사합의로 전임을 인정한 것으로 본다’는 내용의 직권중재를 행하였다. 그러자 회사는 위원회가 냉각기간을 무시하고 신고 이틀 만에 조정과정을 대폭 생략한 채 한 중재재정은 위법이고, 특히 노조전임 문제 등 중재의 내용들이 ‘조합원의 근로조건과 직접 관련이 없는 사항이므로 중재재정의 대상이 될 수 없다’는 이유로 중노위에 재심을 신청하였다. 중노위에서는 당시 객관적으로 조정이 성립될 가능성이 희박하였다는 점을 지적하는 한편, 특히 근무시간 중 노조활동·노조전임과 관련하여서 ‘단체교섭 중 당사자간 교섭이 결렬되어 분쟁상태에 이르렀다면 단체교섭권을 노동기본권의 하나로 보장하고 있는 취지에 비추어보아 그 대상은 노동조합법의 목적과 관련하여 널리 유기적으로 해석함이 타당할 것이므로 그것이 근로자 전체의 이해관계와 관련된 집단성을 띠고 있다는 점을 고려할 때 단체교섭의 대상이 된다고 보아진다’고 판단하였다. 이에 회사는 행정소송을 제기하였는데 서울고등법원은 중노위의 중재재심결정을 지지하여 ‘노조전임자 관련사항은 단체교섭의 쟁점사항에 포함되어 중재대상이 된다. 따라서 노조전임을 인정한다는 노동위원회의 중재는 위법·월권이라고 할 수 없다.’(서울고법 1996.6.9. 선고 93구30145 판결)고 판시하며 원고인 회사측의 청구를 기각하였다. 회사는 이에 불복하고 다시 대법원에 상고하였다.”

상으로 할 수 없다... 일반적으로 사용자에게 대하여 근로계약에 따른 근로제공의무를 면제받고 오직 노동조합의 업무만을 담당하는 노조전임제는 노동조합에 대한 편의제공의 한 형태로서 사용자가 단체협약 등을 통하여 승인하는 경우에 인정되는 것일 뿐 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 근로조건이라고 할 수 없는 것이고, 단순히 임의적으로 교섭사항에 불과하여 이에 관한 분쟁 역시 노동쟁의라 할 수 없으므로 특별한 사정이 없는 한 이것 또한 중재재정의 대상으로 할 수 없다.”

대법원 1996.2.23. 선고, 94누9177 판결의 내용을 요약하면, 노조전임제는 노동조합에 대한 편의제공의 한 형태로서 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 근로조건이라고 할 수 없는 것이고, 단순히 임의적으로 교섭사항에 불과하여 이에 관한 분쟁 역시 노동쟁의라 할 수 없어 특별한 사정이 없는 한 쟁의행위나 쟁의조정의 대상이 될 수 없다는 것이다.

#### 다. 대법원 판결에 대한 비판

학계에서는 대법원 1996.2.23. 선고, 94누9177 판결에 대해 한결같이 비판적이다. 예를 들어, 이철수·조준모의 글에서는 “임의적 교섭사항인지, 의무적 교섭사항인지의 구별은 법률상의 구분방법은 아니며, 미국에서 형성된 논의를 우리의 학설과 판례가 수용하고 있는 것이다. 그런데 미국의 논의에서도 판례와 같은 주장은 찾아볼 수 없는데다가 우리나라의 학설에서도 노조전임제와 같이 집단적 노사관계를 규율하는 사항이 임의적 교섭사항이라는 견해는 찾아보기 어렵다. 즉, 집단적 노사관계의 운영에 관한 사항으로서 사용자가 처분가능한 사항은 의무적 교섭사항이라고 보는 것이 타당하다는 것이다. 노조전임자에 관한 사항을 근로조건에 포함시키지 않는다 하더라도 채무적 부분의 관점에서 보면 노조전임제는 노동조합의 존립과 활동보장의 일부분이기 때문에 핵심적인 협약사항으로 평가하여야 할 것이고 이러한 핵심적 노조의 존립보장부분은 의무적 교섭사항으로

보아야”한다고 비판하면서, “노조전임제가 의무적 교섭사항으로 인정될 수 있는 이상, 이것은 노동쟁의 및 중재재정의 대상이 될 수 있다 할 것이다. 이는 노사간의 자율적 합의를 최대한 존중하여 효율적으로 분쟁을 해결하는 것인 한편 헌법상의 권리인 단체교섭권을 최대한 보장한다는 의의를 가진다”고 한다.<sup>38)</sup>

그러나 이 판결에 대한 가장 대표적인 비판은 손창희교수에 의해 가해졌다. 손교수의 주장은 이 판결에 대한 비판의 측면 외에도 집단적 노사관계법 전반에 걸쳐 경청할 만한 부분이 많아 그대로 인용해 본다.<sup>39)</sup>

“판례의 논지는 노조전임제가 노쟁법 제2조에서 말하는 ‘근로조건’에 포함되지 않는다는 데서부터 출발한다. 그러나 그 낱말을 그에 선행하는 ‘임금·근로시간·후생·해고 기타 대우 등’에 국한하는 한정적 개념으로 이해하는 견해는 헌법 제33조 제1항을 정점으로 한 우리나라 노동법 질서가 사용자 대 종업원의 개별적 근로관계 외에 노동3권의 보장의 기초 위에서 집단적(단체적) 노사관계의 전개를 예정하고 있다는 규범구조를 부정하는 결과로 이어지기 쉽다. 그래서 동조는 근로조건에 관한 노사분쟁이 노동쟁의의 대상이 된다는 것을 예시한 것에 불과하고 근로조건 이외의 단체교섭 대상사항에 관한 분쟁도 노동쟁의의 대상이 된다고 해석하는 것이 학계의 통설이다.

1980년대 중반 이후 노사분쟁의 추이를 보면 근로조건 이외의 집단적 노사관계의 운영에 관한 사항이 분쟁의 불씨가 되는 경향이 뚜렷하다. 그런데 판례와 같이 집단적 노사관계에서 발생하는 분쟁인 노조전임이나 근무시간 중의 노조활동에 관한 다툼 등은 노동쟁이라고 볼 수 없으니 중재재정의 대상으로 삼을 수 없다고 한다면 그것은 노사관계에 대한 ‘법의 철수’ 이외의 아무 것도 아니다. 노동쟁의조정법은 ‘노동관계의 공정한 조정’과 ‘노동쟁의의 예방과 해결’을 도모하는 ‘서비스 법’이지 노동쟁의·쟁의행위에 대한 ‘통제법’이 아니다. 서비스 제공의 문은 널리 열려 있는 것이 바람직하다. ‘분쟁 있는 곳에 조정 있다’라는 시각이 절실히 요망된다.

38) 이철수·조준모, 105쪽.

39) 이하 손창희, 51~53쪽 참조.

판례는 노조전임제와 근로시간 중의 노조활동 등은 ‘사용자와 근로자 사이의 근로계약관계’에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 근로조건이라 할 수 없으므로 그에 관한 노사분쟁은 노동쟁의라 볼 수 없다고 세번이나 강조하고 있다. 그러나 노쟁법 제2조의 해석론상 사용자와 근로자 사이의 개별적 근로계약관계와 연계되어 있어야 노동쟁의라 할 수 있다는 판례의 태도는 집단적 노사관계를 개별적 근로관계에 수렴시키는 ‘집단적 노사관계의 분해’와 크게 다를 바 없다고 생각한다.

결국 이 문제는 노조전임제나 근무시간 중의 노조활동에 관한 사항이 단체교섭의 대상사항이 될 수 있는가의 여부를 먼저 판단해 보는 쪽에서 접근해 보는 것이 현명하다. 교섭대상이 된다면 쟁의대상도 될 것이고 교섭사항이 아니라면 쟁의대상도 안된다고 일단 정리할 수 있기 때문이다. 판례는 이 점에 관해서 ‘단순히 임의적 교섭사항에 불과하다’라고 잘라 말할 뿐이다. 노쟁법 제2조의 평면적이고 피상적인 물리해석을 통해서 노조 전임 문제를 노동쟁의의 장으로부터 배제하는 것으로 족하다고 생각한 탓 이리라. 그러나 헌법 본문의 기본권 규정 가운데 노동기본권으로서 단결권과 단체행동권 외에 단체교섭권을 명시적으로 보장하고 있는 나라는 우리나라와 일본뿐이라는 점, 그리고 대법원도 수긍하고 있듯이 단체교섭권이 노동3권의 중핵적인 권리라는 점을 아울러 고려에 넣고 생각해 볼 때 헌법 제33조 제1항이 근로자의 단체교섭권을 보장한 것은 단결권과 단체행동권 만으로는 근로자의 생활을 지킬 수가 없어서가 아니라, 노사관계에서 발생하는 문제들은 단체교섭을 통해서 해결하도록 하라는 노사관계 질서의 확립을 사회적·경제적 약자인 근로자 편에 서서 천명한 것이라고 해석된다. 그렇다면 노조법에 무엇을 교섭할 것인지에 관하여 아무런 규정도 없지만 헌법 제33조 제1항과 노조법이 단체교섭권을 보장한 입법취지로 미루어 볼 때 ‘조합원의 임금·근로시간 기타 대우 및 이와 밀접한 관련을 가지는 사항과 집단적 노사관계의 운영에 관한 사항으로서 사용자가 처분가능한 사항’은 의무적 교섭사항이라고 보는 것이 타당하다. 따라서 노조전임·근무시간 중의 노조활동·유니언 쉘·단체교섭 노사협의 쟁의행위의 절차와 규칙 등 노동조합과 사용자 사이의 관계를 운영하는 데 필요한 사항도 의무적 교섭사항이라고 할 것이다.”



한편, 2001년의 서울고법 판결(서울고등법원 2001.05.11. 선고 2000누13251 판결)은 학계의 입장을 수용한 듯한 입장을 보이고 있어 관심을 끈다. 판결의 주요 내용은 다음과 같다.<sup>40)</sup>

“중재절차는 원칙적으로 노동쟁의가 발생한 경우에 노동쟁의의 대상이 된 사항에 대하여 행하여지는 것이고, 법 제2조 제5호에서는 노동쟁의를 노동조합과 사용자 또는 사용자단체(이하 노동관계 당사자라 한다) 간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 근로조건에 관한 주장의 불일치로 인한 분쟁상태라고 규정하고 있으며, 근로조건은 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에서 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말하고, 구체적으로는 근로기준법에 정하여진 임금·근로시간·복지·해고뿐만 아니라 같은 법 제96조 제1호 내지 제11호, 같은 법 시행령 제7조 제1호, 제3호가 정한 사항이 포함될 것인데(대법원 1996. 2. 23. 선고 94누9177 판결, 대법원 1997. 10. 10. 선고 97누4951 판결 등 참조), 단체교섭의 대상사항에는 이와 같이 좁은 의미의 노동쟁의에 포함되는 근로조건에 관한 사항뿐 아니라 노동조합 전임자·유니언 슝·조합비 공제제도·노동조합 사무실과

40) 사실관계는 다음과 같다. “원고는 1988.7.1. 부산교통공단법에 따라 부산교통권역 내에 도시철도 등 대중교통시설의 건설을 촉진하고 운영의 합리화를 기함으로써 시민생활의 편익과 복지의 증진에 이바지함을 목적으로 설립된 공공법인이다. 원고는 과장급 이하 직원들을 대상으로 조직된 피고보조참가인 노동조합(참가인조합)과 1999.6.1.부터 1999.12.7.까지 사이에 1999.1.1.부터 적용할 임금협약과 1999.7.15.부터 적용할 단체협약에 관하여 단체교섭을 진행하였으나 합의에 이르지 못하였다. 참가인조합은 1999.12.9. 노동조합및노동관계조정법 제53조에 따라 부산지방노동위원회에 노동쟁의의 조정을 신청하였고 부산지방노동위원회는 법 제72조에 따라 특별조정위원회를 구성하였다. 특별조정위원회는 당사자 사이에 조정이 성립될 가망이 없다고 인정하여 법 제74조에 따라 결정으로 부산지방노동위원회 위원장에게 중재회부를 권고하였고, 부산지방노동위원회 위원장은 1999.12.23. 법 제75조에 따라 중재회부의 결정을 하였다. 부산지방노동위원회는 2000.1.10. 별지 쟁점조항을 포함하는 중재제정을 하였다. 원고는 위 중재제정에 불복하여 2000.1.19. 피고에게 이에 대한 재심을 신청하였고, 피고는 2000.5.17. 부산지방노동위원회의 중재제정 중 주문 1. 임금협약관련 다항 일부와 주문 2. 단체협약관련 조항에서 인용된 단체협약 제57조, 제78조 제1항에 관한 부분만을 일부 변경하고, 나머지 부분에 관한 원고의 재심신청을 모두 기각하는 이 사건 중재재심결정(2000중재재심1)을 하였다.”

게시판 제공·취업시간 중 근로활동 등 노동조합 활동을 위한 편의제공에 관한 사항, 단체교섭 절차에 관한 사항, 쟁의행위 개시절차에 관한 사항, 조정·중재에 관한 사항 등 집단적 노사관계의 운영에 관한 사항이 널리 포함되므로, 만일 강제중재의 대상을 좁은 의미의 노동쟁의에 포함되는 근로조건에 관한 사항만으로 제한한다면, 단체교섭을 통하여 단체협약을 성사시킬 수 있는 사항 전부에 관한 것이 아니라 그 일부사항에 관하여만 대상 조치를 마련한 채 헌법이 보장한 단체행동권을 제한함으로써 헌법에 위반하는 것이 아닌가 하는 의심이 든다. 강제중재의 대상을 근로조건에 관한 사항으로 제한하더라도, 단체협약에서 이미 정한 사항이 아닌 다른 사항에 관하여는 이른바 평화의무가 인정되지 아니한다고 해석함으로써, 강제중재의 대상에 포함되지 아니한 집단적 노사관계의 운영에 관한 사항을 내용으로 하는 단체협약의 체결을 위하여 쟁의행위가 가능하다고 해석하면 헌법위반이 아니라고 볼 수 있으나, 쟁의행위를 억제하려는 목적으로 만들어진 강제중재제도의 취지에 비추어 볼 때 좁은 의미의 노동쟁의에 포함되지 아니 하는 사항에 관한 쟁의행위가 허용된다고 볼 수 있을지는 의문이다.

그러나 강제중재의 대상을 좁은 의미의 노동쟁의에 포함되는 근로조건에 관한 사항뿐 아니라 널리 집단적 노사관계의 운영에 관한 사항을 포함하는 것으로 해석하면, 단체교섭을 통하여 단체협약을 성사시킬 수 있는 사항 전부에 관하여 대상조치를 마련한 후 단체행동권을 제한한 것이 되므로, 강제중재제도를 합헌적인 방향으로 운영할 수 있게 된다. 그리고 이와 같이 강제중재의 대상을 넓게 해석하는 것은 조정과 중재가 분쟁해결의 새로운 수단 내지 미래적 수단으로 자리잡아 가고 있는 세계적 추세에 합치된다.

어떤 법률조항의 개념이 다의적이고 그 어의(語義)의 테두리 안에서 여러 가지 해석이 가능할 때, 헌법을 그 최고법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여 헌법에 합치되는 해석, 즉 합헌적인 해석을 택하여야 하며, 이에 의하여 위헌적인 결과가 될 해석을 배제하면서 합헌적이고 긍정적인 면은 살려야 한다는 것이 헌법의 일반법리이다(헌법재판소 1990. 4. 2.자 89헌가113 결정 참조). 따라서 헌법합치적 법률해석에 따라 강제중재제도의 대상사항은 좁은 의미의 노동쟁의에 포함되는 근로조건에 관한 사항뿐

아니라 집단적 노사관계의 운영에 관한 사항을 포함하는 것으로 넓게 해석하여야 하고, 더군다나 강제중재제도에 따라 단체행동권의 제한을 받는 참가인조합이 이 사건에서 스스로 집단적 노사관계의 운영에 관한 사항에 대한 강제중재를 받아들이고 있는 사정을 고려하면 이들 사항들을 굳이 제외할 필요도 없으므로, 이 사건 중재재심결정 중 단체협약 제15조(근무시간 중 조합활동), 제16조(조합전임자), 제18조(시설편의제공) 제2항, 제22조(출장취급)에 관한 부분이 좁은 의미의 노동쟁의에 포함되는 근로조건에 관한 사항에 속하지 아니한다는 이유로 위법하다고 볼 수는 없다.”

#### 4. 전임자 조항의 법적 성격

##### 가. 학설

학설에서는 단체협약에서 전임자 조항을 둔 경우, 이 조항은 단체협약의 채무적 부분에 속하는 것으로 보고 있다. 예를 들어, 김유성교수는 노조전임제 등 조합활동에 관한 단체협약상의 조항을 조합활동 조항이라고 하면서, 조합활동 조항은 “협약당사자의 이해조정을 목적으로 하는 채권채무관계를 설정한 것이기 때문에 원칙적으로 단체협약의 채무적 부분에 속한다”<sup>41)</sup>고 한다. 그리고 이러한 조합활동 조항은 다른 채무적 사항과 마찬가지로 “협약의 종료와 함께 효력을 상실하게 된다”<sup>42)</sup>고 한다.

##### 나. 판례

판례 역시 전임자 조항은 채무적 부분으로 파악하고 있다. 예를 들어 대법원 1997.4.25. 선고, 97다6926 판결 등은 “노조전임제는 노동조합에 대한 편의제공의 한 형태이고, 사용자가 단체협약 등을 통하여 승인하는 경우에 인정되는 것으로서 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근

41) 김유성, 181쪽. 김유성교수는 노조전임자제도나 조합비 공제, 조합사무소 제공 등 노동조합의 준립과 활동을 위하여 사용자가 제공하는 계속적 보장조치에 관한 협약상의 조항을 조합활동 조항 중 특히 편의제공 조항이라고 한다.

42) 김유성, 202쪽.

로자의 대우에 관하여 정한 근로조건이라고 할 수 없으므로”라고 하여, 전임자 조항은 규범적 사항이 아닌 채무적 사항으로 보고 있다. 서울지방법원 동부지원 1994.04.07. 선고, 93가합9130 판결은 이러한 판례의 입장을 보다 분명히 보여주는 것인데, 그 내용은 다음과 같다.

“조합전임자 규정은 노동조합법 제36조 소정의 이른바 ‘규범적 부분(근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준을 규정한 부분)’이 아닌 채무적 부분이라 할 것이고, 단체협약 제4조(협약기준)는, ‘단체협약 효력기간이 경과된 경우에도 갱신협약이 체결될 때까지 근로조건에의 규범적 효력은 지속된다’고 규정하고 있고, 단체협약 부칙 제1조에 의하면 협약 유효기간은 협약체결일인 1989.5.13.부터 1991.5.12.까지 2년간으로 되어 있지만 단체협약 부칙 제2조의 자동연장 규정에 의하여 단체협약 갱신체결을 위한 교섭이 진행중일 때에는 여전히 유효한 것으로 되어 있는데, 단체협약 제4조의 규정과 관련하여 볼 때 위와 같은 부칙의 자동연장 규정은 노사쌍방이 종전 단체협약을 폐기하지 아니한 상태에서 단체협약을 가지고자 하는 의사로 단체협약 갱신체결을 위한 정상적인 교섭이 진행중일 때에 무협약상태의 출현을 방지하기 위한 것으로, 단체협약 중 규범적 부분이 아닌 위 조합전임자 규정과 같은 채무적 부분은 당사자의 일방이 더 이상 종전의 단체협약에 구속되지 않을 의사를 분명히 하고 단체협약의 갱신체결을 위한 단체교섭이 결렬된 때에는 위와 같은 자동연장 규정이 있다고 하더라도 그 효력을 상실한다고 보아야 할 것인바, 위에서 인정한 바와 같이 단체협약 유효기간 만료일인 1991.5.12. 이후 1년 3개월에 걸쳐 노사간에 임금인상과 단체협약 갱신체결을 위한 수차에 걸친 교섭을 가졌음에도 불구하고 타결되지 아니하여 노동조합이 1992.8.29. 쟁의발생신고를 함에 따라 이미 노사간의 단체협약 갱신체결을 위한 교섭이 결렬되어 분쟁상태에 들어갔다고 할 것이므로 1992.8.28. 이후에는 단체협약 중 채무적 부분인 위 조합전임자 규정은 피고 회사의 동의를 얻지 아니하는 이상 그 효력을 상실하였다고 할 것이므로, 피고회사가 1992.11.16. 노동조합장 직무대리의 위임을 받은 원고를 조합전임자로서 인정하지 아니하고 그의 조리사의 근무를 수행할 것을 촉구한 것 역시 정당하다.”

## 5. 전임자제도와 부당노동행위

전임자제도를 둘러싼 노사간의 분쟁은 부당노동행위의 문제로서도 제기된다. 현행법 이전에는 전임자에 대한 급여지급이 부당노동행위가 되는 지가 큰 이슈였지만,<sup>43)</sup> 현행법 이후에는 그러한 사건은 발견되지 않는다. 사용자의 급여지급 이외에 자주 문제가 된 사건들은 주로 전임예정자나 전임자였던 자에 대한 해고 기타의 징계가 부당노동행위가 되는가 하는 것이었지만, 사용자가 전임발령 자체를 거부한 것 등 다양한 문제들이 부당노동행위로서 다루어졌다. 이하에서는 전임자와 관련하여 부당노동행위 성립 여부가 다루어졌던 여러 사례를 주로 판례를 통해 살펴본다. 다만 급여지급과 부당노동행위의 관계는 현행법 이후 판례로 다루어진 사례는 없기 때문에 관련 학설만 소개한다.

### 가. 급여지급

현행법은 전임자의 급여지급에 대해 노조법 제81조 제4호에서 명시적으로 부당노동행위로 인정하고 있다.<sup>44)</sup> 그래서 전임자의 급여지급 그 자

43) 전임자에 대한 급여지급이 구노동조합법 제39조 제4호에 위반되는가에 대해 학설에서는 이른바 실질설과 형식설의 대립이 있었지만, 판례는 실질설의 입장을 취하였다. 대법원 1991.5.28. 선고, 90누6392 판결은 이 입장에 선 것으로 유명한 판결이다. “노동조합법 제39조 제4호 본문에서 사용자가 노동조합의 운영비를 원조하는 행위를 부당노동행위의 하나로 보고 이를 금지하고 있는바, 따라서 노조전임자나 노조간부가 사용자로부터 급여를 지급받는 것이 형식적으로 보면 위 법조에 해당하는 것 같지만, 그러나 운영비 원조금지의 입법목적이 조합의 자주성을 확보하는 데에 있다 할 것이므로, 위 법조 소정의 부당노동행위 성립 여부는 형식적으로만 볼 것은 아니고 그 급여지급으로 인하여 조합의 자주성을 잃을 위험성이 현저하게 없는 한 부당노동행위가 성립되지 않는다고 봄이 상당하고, 특히 그 급여지급이 조합이 적극적인 요구 내지는 투쟁의 결과로 얻어진 것이라면 그 급여지급으로 인하여 조합의 자주성이 저해될 위험성은 거의 없다고 보아야 할 것이므로 이는 법 소정의 부당노동행위에 해당되지 않는다고 보아야 할 것이다.”

44) 명시적인 금지규정을 둔 이유는 다음과 같다(노동부, 45~46쪽). “전임자의 급여는 노조 스스로 부담하는 것이 노사관계의 기본원칙이다. 그러나 우리의

체가 부당노동행위가 되는가는 전혀 문제될 수 없었고, 오직 금지의 범위라든가 전임자의 확대 등이 문제가 되었다.

금지의 범위와 관련하여 완전전임자에 대한 급여지급이 금지됨은 당연하다. 문제는 반전임자나 필요시 전임자, 시간제 전임자 등에 대한 급여지급도 금지되는가 하는 점이다. 이는 앞서 본 바와 같이 노조전임자에 대한 정의를 하고 있는 노조법 제24조 제1항과 제2항에서 ‘노동조합의 업무에만’ 종사하는 자라고 하여 완전전임만을 대상으로 한 듯한 표현을 사용하고 있기 때문이다. 김상호교수는 금지규정의 성격상 금지의 범위는 문리적으로 좁게 보아야 하고 따라서 부당노동행위로서 금지되는 것은 완전전임자에 대한 급여지급뿐이라고 한다. 김교수의 주장을 구체적으로 보면 다음과 같다.<sup>45)</sup>

“동 규정(노조법 제24조 제1항과 제81조 제4호)들은 범문상 그리고 노사관행상 노조전임자를 규제하는 것이기 때문에 반전임자는 이에 해당되지 않는 것이다. 또한 그 규정이 금지규정의 성격을 갖고 있기 때문에 확장해석할 수 없는 점에서도 그 문구에서 나오지 않는 내용으로 확장해석해서는 아니되기 때문이다. 결국 종래에 1명의 전임자가 2명의 반전임 형태로 전환되더라도 이를 규제할 수는 없다고 본다. 또한 제24조 제2항은 노동조합을 규제하는 것이 아니라 전임자를 규제하고 있기 때문에 그 노조실무가 노조전임에 해당되지 않는다면 동 규정의 적용을 받을 수 없다고 보아

---

노사현실은 오히려 노조전임자의 급여를 사용자가 지급하는 것을 당연시하는 잘못된 관행이 있어왔다. 이에 따라 많은 사업장에서 매년 단체협약들을 갱신하기 위한 교섭 때마다 노조에서는 다른 쟁점사항과 연계하여 유급전임자의 확대를 요구하고 사용자도 교섭의 조기타결을 위해 노조의 요구를 수용해 왔던 것이다. 노사관계의 정상화를 위해서는 이러한 잘못된 관행의 개선이 필수적이거나 이를 노사자율로 개선한다는 것을 노조의 자주성을 침해하는 부당노동행위의 하나로 명시하여 합리적인 관행이 정착할 수 있도록 한 것이다. 다만 노조전임자 급여지원을 일시에 제한할 경우 노조활동의 어려움이 예상되므로 현재 사용자가 급여를 지원하고 있는 사업장의 경우에 한하여 2001년까지 법적용을 유예하여 노조가 사전 준비할 수 있는 기간을 부여하고 이 기간 중 노사가 재정자립에 사용하도록 하였다.”

45) 김상호, 『노조전임자의 법적 보호에 관한 연구』, 한국노동중앙연구원, 1998, 106쪽.

야 한다. 또한 제81조 제4호에서도 노조의 전임자에게 급여를 지원하는 행위를 금지하고 있기 때문에 전임을 하지 않는 근로자에 대한 부분적 급여 지원도 이에 해당된다고 확장해석할 수 없는 것이다.”

반면에 오문완교수는 전임자 급여지급 금지의 취지를 고려하여 모든 형태의 노조전임자에 대하여 급여지급이 금지된다고 한다.<sup>46)</sup> 다만 전임자의 활동이 주로 협의·교섭과 관련된 것일 때는 이는 노조법 제81조 제4호의 취지를 고려하여 판단해야 할 것이라고 한다. 오교수는 김상호교수의 주장에 대해서는 “그렇게 해석하는 것은 무리이다. 노조법 제24조 제1항은 분명히 ‘소정의’ 근로를 제공하지 않고 노조업무를 볼 수 있다는 취지이므로 노사가 정하는 바에 따라(즉 풀타임인지 파트타임인지 노사가 정하기 나름이다) 그 시간만큼은 노조의 업무를 볼 수 있다는 취지이다. 따라서 급여가 금지되는 것은 모든 형태의 노조전임자인데 급여지급 금지의 범위는 물론 회사의 업무를 보지 않고 노조의 업무를 본 시간에 한정된다”<sup>47)</sup>고 한다. 다만 “전임자에 대하여 지급이 금지되는 것은 ‘급여’에 한정된다. 여기서 급여란 ‘임금’, 즉 ‘사용자가 근로의 대상으로 근로자에게 지급하는 일체의 금품’을 의미한다. 따라서 임금의 성격이 없는 것, 즉 사용자가 임의적·은혜적으로 지급하는 것(예: 사택의 이용)이나, 구체적 근로제공과는 무관하여 종업원 일반에게 지급하는 것(예: 체력단련비와 같은 복리후생비), 그리고 노동조합 사무비의 보조(예: 노조사무실 용도의 전화비 보조) 등은 금지의 대상이 아니”<sup>48)</sup>라고 한다.

한편, 노조법은 부칙 제6조에서 전임자에 대한 사용자의 급여지급 금지(노조법 제24조 제2항과 제81조 제4호 중 전임자 급여부분)의 적용을 2006년 12월 31일까지 유보하면서(제1항), “노동조합과 사용자는 전임자에 대한 급여지원 규모를 노사협약에 의하여 점진적으로 축소하도록 노력하되 이 경우 그 재원을 노동조합의 재정자립에 사용하도록” 정하고 있다(제2항). 이 부칙의 의미에 대해서도 학설에는 대립이 있다. 이 부칙은 단

46) 오문완, 251~252쪽 참조.

47) 오문완, 252쪽.

48) 오문완, 253쪽.

순히 권고적인 것이어서 노동조합이 유급전임자를 늘린다고 해서 부당노동행위가 되는 것은 아니라는 입장<sup>49)</sup>과 경과조치의 취지로 보아 부당노동행위가 될 수 있다는 입장<sup>50)</sup>이 있다.

나. 전임발령의 거부 후 복귀명령위반을 이유로 한 해고

사용자가 노조의 전임발령 요청을 받고도 이를 거부하면 어떻게 되는가? 나아가 전임예정자들에 대해 업무복귀명령을 내리고 이에 응하지 않자 이를 무단결근으로 보아 징계를 하였다면 이는 부당노동행위가 되는가? 서울행법 2004.07.06. 선고, 2003구합39429 판결은 바로 이러한 문제에 대해 부당노동행위의 성립을 부정하였다. 판결의 주요 내용은 다음과 같다.<sup>51)</sup>

49) 김유성, 110~111쪽 참조.

50) 오문환, 254쪽.

51) 사실관계와 중노위의 결정은 각각 다음과 같다.

“원고 산하 철도청에서 근무하는 직원 및 철도관련산업과 그 부대업체에 근무하는 직원들로 구성된 노동조합인 피고보조참가인(이하 ‘참가인 조합’이라 한다)은 철도청장에게, 2002.4.경 순천지방본부 위원장 직무대리로 새로 임명된 소외 진○○ 및 진○○에 의하여 임명된 소외 정○○, 김○○, 조○○ 등 집행부 구성원에 대하여 2002.4.22.부터 같은 해 6.4.까지 사이에 3회에 걸쳐 노동조합 전임자 변경 승인신청을 하였고, 2002.9.13.경에도 보궐선거를 실시하여 당선된 소외 이○○에 대하여 노동조합 전임자 승인신청을 하였다(이하에서는 진○○, 정○○, 김○○, 조○○, 이○○을 ‘소외인들’이라 하고, 위 노동조합 전임자 변경 승인신청과 노조조합 전임자 승인신청을 모아 ‘이 사건 각 노조전임 승인신청’이라 한다). 그러나 철도청장은 참가인 조합의 이 사건 각 노조전임 승인신청에 대한 응답을 유보 또는 거절하는 한편, 소외인들이 참가인 조합의 지시에 의하여 전임활동을 시작하자 그때부터 이들이 현업에 복귀할 때까지 해당기간(소외 이○○에 대한 연가승인 기간은 제외)을 모두 무단결근으로 처리한 후 이를 이유로 징계위원회를 열어 2002.11.2.자로 진○○에 대하여는 파면, 정○○, 김○○, 조○○에 대하여는 각 해임하는 징계를 하고, 2002.11.22.자로 이○○에 대하여는 감봉 2월의 징계를 하였다. 그 후 소외인들의 신청에 의하여 열린 소청심사위원회는 2003.2.5. 심사결과 진○○에 대한 징계는 정직 3월, 정○○, 김○○, 조○○에 대한 징계는 각 정직 1월로 각 감경하였으나, 이○○의 소청은 받아들이지 아니하였다(이하에서는 이○○에 대한 감봉 2월의 징계 및 나머지 소외인들에 대한 위 감경된 징계를 ‘이 사건 징계처분’이라 한다). 그러자 참가인 조합은 2003.1.9. 전남지방노



“(가) 참가인 조합이 철도청장에 대하여 이 사건 각 노조전임 승인신청을 하는 것만으로 철도청장의 노조전임 발령 없이 소외인들의 근로제공의무가 면제되는 것으로 철도청과 참가인 조합 사이의 단체협약에 명백히 규정되어 있다거나 그러한 관행이 확립되었다고 볼만한 특별한 사정은 보이지 않는 반면(노조전임 인정에 관하여 단체협약 제61조 제1항에, ‘철도청은 참가인 조합의 임원이 조합업무에 전임할 것을 인정한다’고 규정하고 있을 뿐이고, 기왕에 철도청이 참가인 조합의 노조전임 승인신청을 거절하거나 승인을 유보한 적이 없다는 사정만으로는 위와 같은 특별한 사정으로서의 확립된 관행이 있다고 보기에는 부족하다), 오히려 위 인정사실에 의하면, 철도청은 참가인 조합의 노조전임 승인신청에 대하여 일정한 조건을 붙여 철도청장의 명의로 이를 허가, 통지하는 방법으로 노조전임발령을 하여온 점, 그런데 소외인들은 철도청으로부터의 위와 같은 노조전임 발령을 하여온 점, 그런데 소외인들은 철도청으로부터의 위와 같은 노조전임 발령을 받지 아니한 상태에서 노조전임기간 동안 임의로 근로를 제공하지 아니한 채 복귀명령에 불응한 점을 알 수 있는 바, 소외인들이 근로제공의무가 면제되었다고 볼만한 특별한 사정이 없는 상태에서 철도청장의 직장 복귀 지시에 불응한 채 종래의 근무부서에 출근하지 아니한 것은 결국 무단결근에 해당한다고 봄이 상당하다(철도청장이 노조전임 발령을 하지 않

---

동위원회에 철도청장의 위 각 노조전임 승인신청에 대한 유보 또는 거절행위 및 소외인들에 대한 이 사건 징계처분이 부당노동행위라고 주장하며 구제명령신청을 하였으나 전남지방노동위원회는 2003.5.9. 철도청장의 이 사건 징계처분이 부당노동행위에 해당하지 않는다며 이 부분 청구를 기각하고, 이 사건 각 노조전임 승인신청에 대한 거절행위 등 부분에 대한 청구는 제척기간인 3월을 초과하였다는 이유로 각하하였다.”

이에 중앙노동위원회는 “철도청장은 참가인 조합의 자주적인 노조전임자 선정행위를 존중하여야 하고, 김○○ 등이 징계의 효력을 다투는 가처분신청을 하였다 하더라도 법원의 판단이 나오기 전까지는 참가인 조합의 징계의 효력은 상실되지 아니하므로 참가인 조합의 노조전임 승인신청을 거절하거나 유보시킬 권한은 없다. 더구나 이 사건 이전에는 참가인 조합의 노조전임 승인신청을 거절하거나 유보한 전례가 없었음에도 철도청장이 이 사건 노조전임 승인신청을 거절하거나 유보한 후 소외인들의 노조전임 기간을 무단결근으로 처리하고, 무단결근을 이유로 징계를 한 것은 소외인들이 정당한 노동조합업무를 이유로 불이익하게 취급한 것이고, 노동조합의 운영에 지배·개입한 것으로 이는 부당노동행위에 해당한다.”고 판단하였다.

거나 거부하는 경우 참가인 조합이나 해당 전임발령신청 대상자가 이를 사용자의 노무지휘권의 범위를 벗어난 위법, 부당한 행위라는 이유로 쟁송 대상으로 삼아 그 쟁송결과에 따르는 것은 별개의 문제이다).

(나) 사용자가 근로자를 징계함에 있어서 표면적으로 내세우는 징계사유와는 달리 실질적으로 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 징계한 것으로 인정되는 경우에 있어서는 그 징계는 부당노동행위라고 보아야 할 것이지만, 정당한 징계사유가 있어 근로자를 징계한 경우에 있어서는 비록 사용자가 근로자의 노동조합 활동을 못마땅하게 여긴 흔적이 있다거나 사용자에게 반노동조합의사가 추정된다고 하더라도 당해 해고사유가 단순히 표면상의 구실에 불과하다고 할 수는 없을 것이므로, 부당노동행위에 해당한다고 할 수 없다(대법원 2000.6.23 선고, 98다54960 판결 등 취지). 이 사건에서 보건대, 소외인들의 철도청장의 복귀지시에 따르지 아니한 채 무단결근하여 근로제공의무를 이행하지 아니한 것은 국가공무원법에서 소외인들에게 지우고 있는 성실의무, 복종의무 및 직장이탈금지 의무 등을 위반한 것으로 이는 국가공무원법 제78조 제1항 제1호, 제2호의 징계사유에 해당한다고 할 것이고, 피고 및 참가인 조합이 주장하고 있는 김○○ 등에 대하여는 무단결근으로 처리하지 아니하였거나 징계가 없었던 점을 감안하더라도 철도청의 업무의 목적과 성격, 소외인들이 무단결근에 이르게 된 경위, 실제 무단결근기간 및 징계대상이 된 무단결근기간, 무단결근으로 철도청이 입은 업무방해의 정도 및 소외인들에 대한 징계의 정도 등 제반 사정에 비추어 보면 소외인들에 대한 징계양정도 과다한 것으로 보이지 아니하며, 그 밖에 이 사건에 제출된 여러 자료들을 종합하여 고려할 때 철도청장이 소외인들에 대하여 이 사건 징계를 함에 있어 표면적으로 내세우는 징계사유가 구실에 불과할 뿐이고 실질적으로는 소외인들의 노동조합 업무를 위한 정당한 행위를 사유로 삼아 해고한 것이라고 인정할 수도 없으므로, 소외인들에 대한 이 사건 징계가 부당노동행위에 해당한다고 볼 수 없다.”

#### 다. 전임발령전의 노무부제공을 이유로 한 해고

전임예정자가 사용자의 전임발령 이전에 전임 준비를 위해 근로를 제공

하지 못한 경우 이를 무단결근으로 보아 해고를 하였다면, 부당노동행위가 되는가? 대법원 1997.04.25 선고 97다6926 판결은 부당노동행위의 성립을 부정하였다. 판결의 주요 내용은 다음과 같다.<sup>52)</sup>

“노조전임제는 노동조합에 대한 편의제공의 한 형태이고 사용자가 단체협

52) 원심이 인정한 사실관계와 원심의 판단은 다음과 같다. “피고의 곡성공장 제조부 제조4과 사원인 원고는 1993.8.27. 실시된 피고의 노동조합 곡성지부 지부장 선거에서 지부장으로 당선되자 그 다음 날부터 지부장 업무 인수인계를 이유로 노동조합 사무실로 출근하면서 종래의 근무부서인 위 제조4과에 출근하지 아니한 사실, 피고는 원고의 노동조합 곡성지부장 임기가 1993.10.1. 개시된다는 이유로 수회에 걸쳐 임기개시 전에는 종래의 근무부서에 출근할 것을 명하였으나 원고는 1993.9.8. 피고에게 ‘조합의 업무 인수인계 등을 위한 기간이 필요하므로 같은 달 1.부터 28.까지 결근하겠다.’는 취지의 결근계만 제출한 채 이를 따르지 아니하였고, 이에 피고는 사원이 계속하여 5일 이상 또는 월간 누계 7일 이상 무단결근한 경우를 해고사유로 규정한 취업규칙 제 63조 제1호 및 정당한 이유 없이 상위 직급자의 업무상의 명령에 항거 또는 불복하는 경우 징계사유로 규정한 취업규칙 제72조 제9호의 규정 등을 적용하여 1993.9.28. 상벌위원회를 거쳐 원고를 징계해고한 사실, 피고와 그 노동조합 사이의 단체협약 제36조는 인사권이라는 제목 아래 회사는 조합원에 대하여 공정한 인사를 행하여야 하며 조합원임을 이유로 차별대우를 하지 않는다(제1호), 회사는 대의원 이상 조합간부에 대한 전보, 또는 부서 및 직무 변경시는 노동조합과 합의에 의한다(제2호), 조합원이 관련되는 승진 발령시는 사전에 노동조합과 협의한다(제3호)고 규정하고 있으나, 단체협약 제38조는 징계라는 제목 아래 회사는 조합원이 사규를 위배하는 등으로 징계사유가 발생하였을 때에는 그 사실을 조합에 사전 통고한다고 규정하고, 단체협약 제12조는 조합전임이라는 제목 아래 회사는 조합대표자와 송정 6명, 곡성 3명을 조합업무에 전임케 한다(제1호)고 규정하고 있는 사실을 인정한 다음, 원고의 다음과 같은 주장, 즉 피고가 원고를 징계해고함에 있어서 노동조합과의 합의를 치지 아니하였으므로 무효라는 주장에 대하여 위 단체협약의 규정상 피고가 원고를 징계해고함에 있어서는 노동조합과의 합의를 요하지 않는다는 등의 이유로, 원고가 1993.8.27. 곡성지부장에 당선되었고 피고는 종래 관행상 곡성지부장 당선자에 대하여 당선 즉시 노조전임을 인정하여 왔으므로 원고가 곡성지부장 당선 후 종전의 근무부서에 출근하지 아니하였다고 하더라도 노조 사무실에 출근한 이상 이를 무단결근이라고 할 수 없다는 주장에 대하여는 노조 지부장에 당선되었다고 하더라도 단체협약에 특별한 규정이나 관행이 존재하지 아니하는 이 사건에 있어서 노조전임 발령 이전에는 종전의 부서에 출근할 의무가 있다는 이유로, 이를 각 배척하면서 원고에 대한 이 사건 징계해고가 정당하다고 판단하였다.”

약 등을 통하여 승인하는 경우에 인정되는 것으로서 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 근로조건이라고 할 수 없으므로(대법원 1996.2.23. 선고 94누9177 판결 참조), 단체협약에 노조전임 규정을 두었다고 하더라도 그 내용상 노동조합 대표자 등의 특정 근로자에 대하여 그 시기(始期)를 특정하여 사용자의 노조전임 발령 없이도 근로제공의무가 면제됨이 명백하거나 그러한 관행이 확립되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 근로자의 근로계약관계를 직접 규율할 수 없어서 노조전임 발령 전에는 근로제공의무가 면제될 수 없다고 할 것이다.

이 사건에서 보건대, …… 피고는 노동조합에 대하여 위 단체협약상의 노조전임 규정에 따라 노조 대표자 및 송정 6명, 곡성 3명을 노조에 전임케 할 의무를 부담할 따름이고, 기록을 살펴보아도 피고 회사에 곡성지부장 당선자가 당선된 때로부터 근로제공의무가 면제되는 관행이 있었다고 보이지 아니하므로(기록에 의하면 원고의 전임자인 소외 유시호, 박기현, 윤재홍 등은 곡성지부가 처음 설립되면서 지부장으로 당선되었거나 지부장 사퇴로 인하여 보궐선거에서 지부장으로 당선됨으로써 당선 후 곧바로 피고로부터 노조전임 발령을 받아 노동조합 업무에 전임하였을 따름이다.), 곡성지부장으로서의 임기가 개시되지도 아니하여 피고로부터 노조전임 발령을 받지 아니한 원고로서는 지부장에 당선된 때로부터 피고에 대한 근로제공의무가 면제된다고 할 수 없다고 할 것이다.

그리고 근로자가 근로계약에 의하여 사용자에게 부담하는 근로제공의무를 이행하지 못하게 된 경우 이를 정당화하기 위하여는 사용자의 사전 또는 사후의 승인을 요하고, 근로자의 일방적인 통지에 의하여 근로제공의무의 불이행이 정당화될 수는 없으므로(대법원 1992.4.24. 선고 91다17931 판결 참조), 원고가 종래의 근무부서에 출근하지 아니하면서 결근계를 제출하였다고 하더라도 피고의 승낙이 없는 이상 무단결근에 해당한다 할 것이다.

따라서 원심이 피고가 곡성지부장에 당선된 이후 종래의 근무부서에 출근하지 아니한 것을 무단결근으로 인정한 것은 옳고, 거기에 상고이유가 지적하는 바와 같은 노조전임제 또는 무단결근에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.”

#### 라. 노조내 분쟁시의 전임해제

노동조합의 내부에 분쟁이 발생하여 노동조합에서 사용자에게 기존 전임자에 대한 전임발령의 해제를 요구한 경우, 만약 사용자가 이에 응하여 기존 전임자에 대한 전임발령을 해제하였다면 부당노동행위가 되는가? 대법원 1987.03.10. 선고 84누218 판결은 부당노동행위의 성립을 부정하였다. 판결의 주요 내용은 다음과 같다.<sup>53)</sup>

“(원심은) 원고 등은 1980.3.8. 이 사건 노조 정기총회에서 각 3년의 임기로 노조위원장 및 사무장으로 각 피선되어 그 직무를 집행하여온 사실, 1982.1.27. 당시 위 노조의 조합원은 모두 38명이었던 바, 소외 오\*\* 외 70명의 소외 회사 월급사원들이 근로자로서의 권익을 보장받기 위하여 모두 함께 노조가입 신청서를 제출함과 동시에 노조집행부에 대하여 임시총회 개최를 요구하였으나 위 노조집행부는 위 71명의 노조가입은 그 동기나 목적이 노조의 정상적인 운영을 방해하거나 파괴하려는 것이라는 이유를 들어 계속 그 가입을 승인하지 아니하고 또한 임시총회의 소집을 고의로 기피 또는 해태하자 위 71명은 같은 해 4.3. 노동조합법 제26조 제3항에 따라 서울지방노동위원회의 승인을 얻은 서울특별시로부터 임시총회 소집권자로서, 노조가입 신청서를 노조에 제출한 소외 이\*\*를 지명받고, 위 소외인의 소집에 따라 개최된 임시노조총회에 일급사원 조합원 16명, 노조가입 신청서를 제출함으로써 적법하게 조합원의 자격을 취득한 월급사원 등 75명 도합 91명이 참석하여 원고 등과 당시의 노조임원을 불신임결의하고 소외 오\*\*를 위원장으로 선출하는 등 결의를 하여, 새로 노조위원장으로

53) 원심에서 인정한 사실관계를 요약하면 이렇다. 소외 회사의 근로자들로 조직 결성된 노동조합에서 원고 등은 위 노조위원장 및 사무장으로 피선되어 노조 업무에 전임하던 중 소외 이\*\* 등이 소집한 1982.4.29.자 노조임시총회의 재신임투표에서 각 불신임되었고, 그날 후임 노조위원장으로 선출된 소외 오\*\*로부터 노조임원 개선 및 전임변경통보를 받은 소외 회사는 원고 등에 대한 노조전임직에서의 해임 및 원직복귀명령을 발하였고, 원고 등은 위 원직복귀명령을 받은 후 원직에 연속 3일간 무계결근하였다는 이유로 소외 회사로부터 해고당하였다.

선출된 위 오\*\*는 같은 날 소외 회사에게 노조임원 개선사실을 통보하는 한편, 전임변경을 요청하여, 이에 따라 소외 회사가 원고 등을 원직인 생산부 생산 1과로 전직발령한 사실을 각 인정하고 나서 위 인정사실에 의하면 이 사건 노조전임에서의 해임 및 전직명령은 모두 정당한 절차를 거쳐 적법하게 이루어진 것이고 달리 위 해임 및 전직명령이 소외 회사가 월급사원들을 사주하여 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하기 위한 것이라고 볼 증거가 없는 이상 이를 가리켜 부당노동행위라고 할 수 없을 뿐 아니라 이 사건 원심변론 종결당시 원고 등의 위 노조 위원장 또는 사무장으로서의 임기가 이미 종료된 것이 명백한 이상 위 노조전임 해임과 전직명령의 효력이 정지되어 있지 아니한 이 사건에 있어서는 부당노동행위로서의 그 구제명령을 구할 소송상의 실익 역시 없다”고 하였는바, 이러한 판단은 정당하다(판결의 내용 중 원고 등의 성명 등에 대해서는 변경).

#### 마. 전임기간 만료후 복귀명령 위반을 이유로 한 해고

전임기간이 만료된 후 전임자에게 업무복귀명령을 하였지만 전임자가 이를 거부하자 업무복귀명령 위반을 이유로 해고를 하였다면 부당노동행위가 되는가? 대법원 1997.06.13. 선고 96누17738 판결은 부당노동행위의 성립을 부정하였다. 판결의 주요 내용은 다음과 같다.

“원심은, 원고는 1993.5.13. 피고 보조참가인(이하 참가인이라 한다)의 생산직 근로자들 35명으로 조직결성된 노동조합에서 위원장으로 선출된 후 같은 해 7.6. 참가인과 체결한 단체협약에 따라 노동조합의 업무만을 전담하였는데 참가인이 제시한 단체교섭 재개시점인 1994.6.30. 이후 조합원의 수가 11명 내지 12명으로 줄어드는 등 노동조합 활동이 위축되자 참가인에게 별다른 단체교섭을 요구하지 않아 위 단체협약은 1994.7.5.로서 약정 유효기간의 만료로 종료된 사실, 이에 참가인은 위 단체협약상의 노조대표의 전임규정도 효력을 상실한 것으로 보아 같은 해 10. 중순경부터 구두로 원고에게 원직에 복귀하도록 요구하였으나 원고가 이를 거절한 사실, 그 후 참가인은 1995.1.18. 원고에게 정식으로 원직복귀명령을 하자 원고는 같은

달 20.에 이르러 비로소 참가인에게 단체교섭을 요구하면서 노조전임 문제는 단체교섭에서 다루어질 사항이라 위 복귀명령에 불응한 사실, 참가인은 원고의 위 복귀명령 불응행위는 참가인의 취업규칙 제20조 제1항 제5호의 ‘회사의 정당한 인사명령에 불응하거나, 직무상의 지시명령에 부당하게 반항하여 회사의 인적 질서유지를 문란하게 한 때’의 해고사유에 해당한다고 하여 같은 해 2.7. 원고를 해고한 사실 등을 인정한 다음, 위 단체협약은 1994.7.5. 그 유효기간이 만료되어 그로부터 3개월이 지나서는 그 효력이 상실되었고, 노조대표의 전임규정은 새로운 단체협약 체결시까지 효력을 지속시키기로 약정한 규범적 부분도 아니어서 원고는 같은 해 10. 중순경 부터는 참가인의 원직복귀명령에 응하여야 할 것이므로 원고의 위와 같은 복귀명령 불응행위는 취업규칙 소정의 해고사유에 해당하고, 따라서 참가인이 위 복귀명령에 불응한 원고를 해고한 것은 정당한 인사권의 행사로서 그 해고사유가 표면적인 구실에 불과하여 징계권 남용에 의한 부당노동행위에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 이러한 판단은 정당하다.”

## 6. 올바른 해석론

### 가. 노조전임자제도의 근거

전임자의 법적 근거에 대한 견해의 대립은 전임자제도의 상반된 두 가지 측면을 고려한다면, 어쩌면 자연스러운 일일지도 모른다. 전임자제도는 한편으로는 근로자가 ‘노동조합의 업무에만 종사한다’는 측면(노조전념)과 함께 전임기간 중에도 ‘여전히 근로계약관계를 유지하면서 근로계약상 노무제공의무가 면제된다’(근로면제)는 측면을 동시에 가지고 있다. 우리나라의 전임자제도가 이른바 ‘재적전임제’라고 불리는 이유도 여기에 있다. 어쨌든 ‘노조전념’을 강조하게 되면 ‘근로면제’는 사용자의 재량적인 것이기보다는 의무적인 것으로 보기 쉽고, ‘근로면제’에 보다 중점을 두게 되면 ‘노조전념’은 노조의 본래적 권리라기보다는 사용자로부터 얻은 추가적 편의로 볼 수 있다. 또한 노조전념의 측면에서는 사용자의 개입은 가능한 한 배제되어야 하겠지만, 근로면제의 측면은 사용자의 권리정지(전임기간 중

노무지휘권의 전부 또는 일부의 정지)라고 하는 협조는 필수적이 된다. 이렇게 전임자제도가 노조전념과 근로면제라는 두 가지 측면을 동시에 가진 것이라면, 그것의 법적 근거 역시 양 측면을 동시에 고려하여 이해되어야 하는 것은 당연하다.

우선, 전임자제도는 단결권 강화를 위해 일정한 사용자의 협조를 필요로 하는 제도이다. 그렇다면 전임자제도의 법적 근거는 단결권 보장과 사용자의 관계로부터 해명될 필요가 있다. 사용자도 단결권을 존중할 의무를 진다. 그러나 사용자가 지는 단결권 존중의무는 기본적으로는 소극적인 부작위의무이다. 즉 노조의 결성과 가입을 비롯하여 노조업무의 수행을 위한 각종 조합활동에 개입하지 않을 의무에 그친다. 여기서 한 걸음 나아가 단결권을 강화하기 위하여 적극적으로 협조할 사용자의 의무를 단결권 보장의 당연한 효과로서 보기는 어렵다. 결국 전임자제도는 일정기간 노무지휘권의 전부 또는 일부를 정지하는 사용자의 적극적 행위를 필요로 하기 때문에 이를 단결권 보장에서 바로 도출하기는 어렵다. 전임자제도는 기본적으로 편의제공의 하나이며, 편의제공은 김유성교수가 적절히 지적한 바와 같이 사용자의 동의를 필요로 한다. “근로삼권은 대사용자 관계에서 볼 때 근로자에게 실질적 교섭력을 부여함으로써 ‘공정한 교섭의 기회’를 보장하는 권리이지, 교섭의 결과에 대하여 직접적으로 ‘구체적 권리’를 보장하는 것은 아니다. 그러므로 단결권을 근거로 편의제공에 대한 사용자의 적극적 작위의무를 도출하는 것은 무리이다. 즉 편의제공을 헌법상 단결권 보장에서 당연히 파생되는 것이라고 보기는 어렵다. 따라서 그에 관한 노조법상 특별규정이 없는 현실에서 편의제공 여부는 원칙적으로 노동조합과 사용자간의 동의나 협정에 의하여 결정된다고 보는 협정설이 타당하다고 생각된다.”<sup>54)</sup>

그러나 다른 한편, 전임자제도는 기본 목적은 단결권의 유지·강화에 있다. 이러한 기본 목적에 기여하기 위해서는 전임자제도에 대한 사용자의 개입은 일정한 한계를 가질 수밖에 없다. 다시 말해 전임자제도가 비록 사용자의 동의가 있어야만 인정될 수 있다고 하더라도, 전임자제도가 본래

---

54) 김유성, 100~101쪽.



의 목적인 단결권의 유지·강화를 달성하기 위해서는 상당부분의 내용이 노조의 자치에 의해 정해져야 한다. 전임자의 선정·해임절차나 전임자의 활동범위 등은 원칙적으로 노조자치에 속해야 할 것이다. 이 점은 전임자 제도가 편의제공의 성격을 가진다고 해서 달라지지 않는다. 본래 편의 제공에도 일정한 한계가 있기 마련이다. 즉 편의제공에 특정한 조건을 추가할 수는 있겠지만 강행법규에 위반하는 조건은 허용되지 않는다. 가장 중요한 제한은 부당노동행위 규정에 의한 제한일 것이다. 즉 노조의 자주성을 침해하는 조건은 부당노동행위가 된다. 노조사무실을 제공할지 여부는 사용자의 재량에 맡겨져 있다고 하더라도, 제공되는 노조사무실에 사용자가 파견한 직원이 상주할 것을 조건으로 하는 것은 노조활동에 대한 지배 또는 개입으로서 허용될 수 없는 것과 마찬가지로의 논리이다.

#### 나. 전임자가 될 수 있는 자

전임자가 될 수 있는 자에 대해 법에서는 특별한 제한 규정이 없다. 노조법 제24조 제1항은 단순히 ‘근로자’라고 하고 있을 뿐이다. 따라서 단체협약 기타 노사의 합의에서 특별한 제한이 없는 한, 근로자에 해당하면 전임자가 될 수 있다고 보는 것이 타당하다. 반드시 당해 노동조합의 조합원이 아니라도 상관없다고 보아야 할 것이다. 한편, 노조법 제24조 제1항에서는 ‘근로계약에서 정한 근로’라는 표현을 사용함으로써 적어도 관련 사용자와의 근로계약관계에 있는 자일 것을 요구하는 듯이 보이지만, 이는 사용자의 급여지급이 금지되는 전임자를 명확히 한 것으로 당해 사용자의 근로자가 아니라도 무방할 것이다. 특례보충역과 같이 특별법에 의해 근로자의 신분을 가진 자라고 해서 달리 볼 것은 아니라고 할 것이다.

#### 다. 전임자제도의 단체교섭·쟁의행위·쟁의조정 대상성

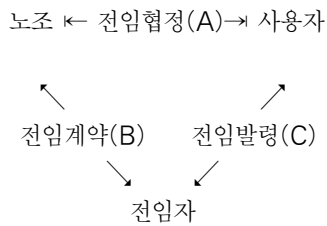
노조전임자제도는 집단적 노사관계에 관한 사항으로 의무적 교섭사항으로 보아야 한다. 따라서 당연히 쟁의행위의 대상도 되고 쟁의조정의 대상인 ‘노동쟁의’에 속하는 사항으로 이해하여야 한다. 강행법규나 공서양

속에 반하지 않는 집단적 노사관계에 관한 사항을 교섭대상이나 쟁의대상에서 배제하는 것은 단체교섭권과 단체행동권을 침해하는 해석이다. 손창희교수가 적절히 지적한 바와 같이 “헌법 제33조 제1항과 노조법이 단체교섭권을 보장한 입법취지로 미루어 볼 때 ‘조합원의 임금·근로시간 기타 대우 및 이와 밀접한 관련을 가지는 사항과 집단적 노사관계의 운영에 관한 사항으로서 사용자가 처분가능한 사항’은 의무적 교섭사항”이고, “노조 전임·근무시간 중의 노조활동·유니언 쉼·단체교섭·노사협의·쟁의행위의 절차와 규칙 등 노동조합과 사용자 사이의 관계를 운영하는데 필요한 사항도 의무적 교섭사항”이며 따라서 쟁의행위와 쟁의조정 대상에도 속한다.

라. 전임자조항의 법적 성격

노조전임자 조항을 채무적 부분으로 파악하는 학설과 판례의 입장에는 수긍하기 어려운 점이 있다. 그것은 전임자 조항에 근거하여 발생하는 법률관계 중에서 노동조합과 사용자간의 관계만을 보고 나머지 측면, 즉 노조와 전임자의 관계 및 사용자와 전임자의 관계를 간과하고 있기 때문이다. [그림 III-1]에서 보는 바와 같이 전임관계는 본질적으로 삼면적 관계이다. 즉 노조와 사용자, 노조와 전임자, 사용자와 전임자라는 삼면적 계약관계이다. 따라서 전임자 조항을 볼 때도 노조와 사용자의 관계뿐만 아니라, 사용자와 전임자의 관계도 함께 살펴야 한다.

[그림 III-1] 전임관계의 3면 구조



이렇게 볼 경우 전임자 조항에는 노조와 사용자 사이의 관계에 관한 것도 있지만, 동시에 사용자와 전임자 사이에 전임자라는 근로자의 근로조건 기타 대우에 관한 사항도 존재한다. 결국 전임자 조항은 단순히 채무적 부분 외에 규범적 부분을 함께 포함하고 있는 것이다. 좀더 풀어쓰면, 전임자 조항 중 전임자의 수와 활동 등과 같이 전임 자체에 관한 부분은 노조와 사용자간의 편의제공으로서 채무적 부분으로 보아야 하지만, 전임자의 대우에 관한 부분은 ‘근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준’으로서 규범적 부분으로 보아야 한다. 따라서 후자의 부분, 즉 전임자의 급여 기타 대우에 관한 사항에 대해서는 규범적 효력이 인정된다고 생각한다.

#### 마. 전임자제도와 부당노동행위

부당노동행위로서 금지되는 사용자의 급여지급은 제81조의 ‘금지규정’으로서의 성격에 비추어 엄격하게 해석해야 할 것이다. 따라서 완전전임이 아닌 필요시 전임이나 시간제 전임의 경우에는 급여지급이 금지되지 않는 것으로 보아야 할 것이다. 또한 필요시 전임 등의 경우에 이들에 대한 급여지급을 노조법 제81조 제4호에서 부당노동행위에서 제외되는 행위로 명시한 교섭이나 협의를 위한 시간의 허용과 구별하는 것도 사실상 어렵다. 부칙 제6조 역시 확장 해석하는 것은 타당하지 않다. 사업장과 조합원의 상황 등에 따라 증원하는 것도 허용된다고 보아야 할 것이다.

여타의 부당노동행위 판단에 있어 우리 판례는 전임자제도의 구조와 특성을 제대로 반영하지 못하고 있는 듯한 인상이다. 예를 들어, ‘전임발령의 거부 후 복귀명령 위반을 이유로 한 해고’(서울행법 2004.07.06 선고, 2003구합39429 판결)사건에서는 사용자가 과연 노조의 전임발령 요청을 거부할 수 있는가? 있다면 어떤 경우에 가능한가 등에 대한 해명 없이 막연히 사용자의 전임발령이 있기 전에는 전임자도 사용자의 업무명령에 복종해야 한다는 형식론을 기초로 사건을 해결하고 있다. ‘전임발령전의 노무부제공을 이유로 한 해고’(대법원 1997.04.25 선고 97다6926 판결)사건에서도 전임발령전의 노무부제공을 일반적인 노무부제공(무단결근)과 동일한 선상에서 파악한다. 물론 원칙적으로는 전임발령 이후에 전임자의

노무제공의무가 면제되는 것이기는 하지만, 그것을 일반적인 노무부제공과 같이 볼 수는 없다. 오히려 전임(예정)자가 전임활동의 준비를 위해 필요한 시간을 사용자가 보장해 주는 것은 전임제도의 취지에 비추어 타당한 측면도 있기 때문이다. ‘노조내 분쟁시의 전임해제’ 사건(대법원 1987.03.10. 선고 84누218 판결)에서도 사용자의 노조내 분쟁에 대한 불개입의무가 과연 준수되었는가 등은 전혀 고려되지 않았다.

## IV. 전임자의 개별적 근로관계법에서의 지위

### 1. 전임자의 근로계약상의 지위

대법원 1995.11.10. 선고, 94다54566 판결에서 전임자의 근로계약상 지위를 ‘휴직과 유사한 관계’로 파악한 이래 판례는 이러한 입장을 현재까지 유지하고 있다. 대법원 1995.11.10. 선고, 94다54566 판결의 관련 내용은 다음과 같다.

“노조전임자는 기업의 근로자의 신분은 그대로 유지하지만 근로계약상의 근로를 하지 않을 수 있는 지위에 있으므로 휴직상태에 있는 근로자와 유사한 지위를 가진다고 보아야 하고, …… 노동조합 전임자는 사용자와의 사이에 기본적 노사관계는 유지되고 기업의 근로자로서의 신분도 그대로 가지는 것이지만 휴직상태에 있는 근로자와 유사하여 근로계약상의 근로를 하지 않을 수 있는 지위에 있다.”

이후에도 대법원 1998.4.24. 선고 97다 54727 판결은 “노동조합 전임자는 사용자와의 사이에 기본적 노사관계는 유지되고 기업의 근로자로서의 신분도 그대로 가지는 것이지만, 노동조합 전임자의 근로제공의무가 면제되고 원칙적으로 사용자의 임금지급의무도 면제된다는 점에서 휴직상태에 있는 근로자와 유사하고”라고 하였고, 이후의 많은 판결들도 같은 입장을 취하고 있다. 한편, 중앙노동위원회도 같은 입장을 취하고 있다. 가령 중앙노동위원회 1990.03.02. 89부노260 결정에서는 “노조전임자인 근로자는 근로계약상의 노무급부가 없고, 노동조합 활동만을 전담하는 것이므로, 사용자의 휴직조치와 관계없이 휴직상태에 있는 것이다”라고 하고 있다.

학설 역시 판례의 입장에 찬성하고 있다.<sup>55)</sup> 김형배교수는 “노조전임자

55) 김형배, 노동법(12판), 박영사(2000), 553쪽; 이병태, 최신노동법(제5전정판),

는 기업내 근로자의 신분을 그대로 유지하면서 근로계약상의 근로를 제공하지 않고 노조활동에만 전념하는 자이므로 휴직상태에 있는 근로자로 보는 것이 타당하다. 따라서 전임기간 동안에는 근로자의 노무급부의무가 정지되고, 이에 따라 사용자는 전임자에 대한 임금지급의무를 부담하지 않<sup>56)</sup>는다고 한다. 이철수·조준모교수 역시 이러한 입장에서 “전임자는 사용자와의 근로관계가 존속하고 있다는 것에 기하여 그 부수적 의무인 충실의무, 즉 경업피지의무, 고지의무 등을 계속해서 부담한다고 보아야 함이 타당하다”고 하고 있다.<sup>57)</sup>

요컨대, 판례와 학설은 일치하여 전임자의 근로계약상의 지위는 ‘휴직 유사한 관계’에 있다고 본다. 즉 ‘휴직 유사한 관계’는 노동법상 확고한 정설로서 자리잡고 있다.

## 2. 전임자의 노무제공의무와 출근의무

### 가. 노무제공의무

전임자의 근로계약상 지위에 관해 ‘휴직 유사한 관계’로 보는 판례의 입장에서는 그 당연한 결론으로 전임자에게 노무제공의무가 없다고 본다. 특히 대법원 1996.12.6. 선고, 96다26671 판결에서는 “상고이유에서 들고 있는 판례는 근로계약상의 근로제공의무를 부담하는 근로자의 경우에 관한 무노동무임금의 원칙을 선언한 것이므로, 이는 근로제공의무가 없는 노동조합 전임자인 원고에 관한 이 사건에 직접 인용할 선례라고 할 수 없다”고 하여 이 점을 분명히 하였다. 최근에는 하급심 판결에서도 이를 확인한 판결이 나왔다. 서울행법 2004.06.08. 선고, 2003구합35328 판결은 “노조 전임자는 휴직상태에 있는 근로자와 유사하여 근로제공의무가 면제된다고 보아야 할 것이다. 분회의 분회장으로서 노조전임자인 참가인에 대한 승무명령 위반을 해고의 사유로 삼은 것은 참가인에게 근로제공의무

---

중앙경제(2003), 193쪽 등.

56) 김형배, 553쪽.

57) 이철수·조준모, 99쪽.

가 존재함을 전제로 한 것으로서 참가인이 근로제공의무가 면제된 노조전임자인 이상 원고의 승무원명령에 따라야 할 하등의 이유가 없으므로 이 부분은 정계사유에 해당하지 않는다”고 하였다.

학설에서도 일치하여 전임자는 근로계약상 노무제공의무가 면제된다고 보고 있다. 사실 노조법 제24조 제1항에서 이미 ‘근로계약에서 정한 근로를 제공하지 아니하고’라고 하고 있어, 전임자에게 노무제공의무가 없다는 것은 입법적으로도 분명하다.

한편, 노무제공의무가 면제되는 시기는 사용자의 전임발령에서 특정된 일자부터 시작된다는 것이 대법원 1995.07.14. 선고 95다1767 판결의 입장이다.

“노조전임제는 노동조합에 대한 편의제공의 한 형태이고 사용자가 단체협약 등을 통하여 승인하는 경우에 인정되는 것으로서 사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 근로조건이라고 할 수 없으므로(대법원 1996.2.23. 선고 94누9177 판결 참조), 단체협약에 노조전임 규정을 두었다고 하더라도 그 내용상 노동조합 대표자 등의 특정 근로자에 대하여 그 시기(始期)를 특정하여 사용자의 노조전임 발령 없이도 근로제공의무가 면제됨이 명백하거나 그러한 관행이 확립되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 근로자의 근로계약관계를 직접 규율할 수 없어서 노조전임 발령 전에는 근로제공의무가 면제될 수 없다고 할 것이다. 이 사건에서 보건대, …… 피고는 노동조합에 대하여 위 단체협약상의 노조전임 규정에 따라 노조 대표자 및 송정 6명, 곡성 3명을 노조에 전임케 할 의무를 부담할 따름이고, …… 피고 회사에 곡성지부장 당선자가 당선된 때로부터 근로제공의무가 면제되는 관행이 있었다고 보이지 아니하므로, 곡성지부장으로서는 임기가 개시되지도 아니하여 피고로부터 노조전임 발령을 받지 아니한 원고로서는 지부장에 당선된 때로부터 피고에 대한 근로제공의무가 면제된다고 할 수 없다고 할 것이다.

그리고 근로자가 근로계약에 의하여 사용자에게 부담하는 근로제공의무를 이행하지 못하게 된 경우 이를 정당화하기 위하여는 사용자의 사전 또는 사후의 승인을 요하고, 근로자의 일방적인 통지에 의하여 근로제공의무의 불이행이 정당화될 수는 없으므로(대법원 1992.4.24. 선고 91다17931 판

결 참조), 원고가 종래의 근무부서에 출근하지 아니하면서 결근계를 제출하였다고 하더라도 피고의 승낙이 없는 이상 무단결근에 해당한다 할 것이다. 따라서 원심이 피고가 곡성지부장에 당선된 이후 종래의 근무부서에 출근하지 아니한 것을 무단결근으로 인정한 것은 옳고, 거기에 상고이유가 지적하는 바와 같은 노조전임제 또는 무단결근에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.”

#### 나. 출근의무

판례는 전임자의 노무제공의무는 인정하지 않으면서도, 전임자의 출근의무는 긍정하고 있다. 이러한 입장을 보인 최초의 판례는 대법원 1993.08.24. 선고 92다34926 판결이다. 그 주요한 내용은 다음과 같다.

“노동조합의 전임자라 할지라도 사용자와의 사이에 기본적 노사관계는 유지되는 것으로서 취업규칙이나 사규의 적용이 전면적으로 배제되는 것은 아니므로, 단체협약에 조합전임자에 관하여 특별한 규정을 두거나 특별한 관행이 존재하지 아니하는 한 출퇴근에 대한 사규의 적용을 받게 된다고 할 것이다. ……

피고회사의 단체협약 제12조 제1항은 ‘회사는 조합간부 및 조합원이 조합 과 관련된 각종 회의, 교육행사 및 기타 사항에 대하여 참가하고자 할 때에는 이를 인정한다. 단 조합은 사전에 이를 회사와 협의한다’고 규정하고 있고, 이에 터잡아서 노조전임자인 원고 등도 외부에 출장하려고 할 경우에는 미리 회사에 대하여 협조공문을 보내고 출장하여 왔고, 피고회사는 매일 재직인원 근태보고에 의하여 전체 종업원의 출결사항에 관한 통계를 보고받았음을 알 수 있는바, 사정이 위와 같다면 원고가 노동조합의 업무 아닌 사적인 용무로 장기출타하는 경우에는 사용자의 허가를 받아야 하고 이러한 조치없이 무단히 장기출타하는 경우에는 상벌규정 제13조 제5호 소정의 면직사유인 ‘무단결근’에 해당한다고 보아야 할 것이다. 따라서 원고가 노동조합 업무와는 관계없이 사전 구속영장의 집행을 면하기 위하여 도피하면서 53일 동안 피고회사에 대한 사전 통보나 피고회사로 부터 승인이나 허가를 받음이 없이 결근한 것은 상벌규정 제13조 제5호 소정의



‘종업원이 7일 이상 계속 무단결근한 경우’에 해당한다.<sup>58)</sup>

그리고 대법원 1995.04.11. 선고, 94다58087 판결은 출근의무의 근거를 보다 강화하는 한편, 출근의 의미를 분명히 하였다.

“노조전임자라 할지라도 사용자와의 사이에 기본적 근로관계는 유지되는 것으로서 취업규칙이나 사규의 적용이 전면적으로 배제되는 것이 아니므로 단체협약에 조합전임자에 관하여 특별한 규정을 두거나 특별한 관행이 존재하지 아니하는 한 출·퇴근에 대한 사규의 적용을 받게 되고(당원 1993.8.24. 선고 92다34926 판결 참조), 일반적으로 근로자의 출근이 사용자가 지정한 근로장소에서 근로계약 소정의 근로를 제공하는 것을 전제로 하는 것이기는 하나, 노동조합의 업무가 사용자의 노무관리업무와 전혀 무관한 것이 아니고 안정된 노사관계의 형성이라는 면에서 볼 때는 오히려 밀접하게 관련되어 있으므로(당원 1994.2.22. 선고 92누14502 판결 참조), 근로계약 소정의 본래 업무를 면하고 노동조합의 업무를 전임하는 노조전임자의 경우에 있어서 출근은 통상적인 조합업무가 수행되는 노조사무실에서 조합업무에 착수할 수 있는 상태에 임하는 것이라 할 것이다. 그러므로 만약 노조전임자가 사용자에게 대한 취업규칙 등 소정의 절차를 취하지 아니한 채 위와 같은 상태에 임하지 아니하는 것은 무단결근에 해당한다 할 것이다.”<sup>58)</sup>

현재까지 이어지고 있는 판례의 출근의무 인정에 대해 학계는 매우 비판적이다. 예를 들어 김형배교수는 “판례가 노조의 업무를 근로계약상의 본래의 업무수행으로 보면서 사규에 의하여 전임자의 출퇴근을 규제하는

58) 같은 입장은 대법원 1997.3.11. 선고, 95다46715 판결에서도 반복되었다. 최근의 하급심 판결 역시 이러한 입장을 보여 주었다. 서울행법 2004.06.08. 선고, 2003구합35328 판결은 “무릇 노조전임자는 사용자와 사이에 기본적 노사관계는 유지되어 취업규칙이나 사규의 적용이 전면적으로 배제되는 것이 아니므로 노조전임자에 관하여 단체협약상의 특별한 규정이나 특별한 관행이 없는 한 출·퇴근에 관한 취업규칙이나 사규의 적용을 받아 적어도 통상적인 조합업무가 수행되는 노조사무실에서 조합업무에 착수할 수 있는 상태에 임하는 정도의 출근의무가 존재한다”고 하였다.

것은 정당하다고 볼 수 없다. 왜냐하면 노조에 의하여 선임된 임원이 노조 업무를 게을리하는 경우에는 원칙적으로 근로자들의 자주적인 단결체인 노동조합 자체의 규약에 의하여 규율되는 것이 마땅하기 때문이다<sup>59)</sup> 라고 주장하였다. 최홍엽교수 역시 “전임자에게 근로제공의무가 없다면, 근로제공의무에 수반되는 출근의무도 존재할 수 없다. 취업규칙이나 사규도 전임자에게는 전면 적용될 수 없으며, 근로제공의무가 면제되는 범위에서는 그 적용이 배제된다고 보아야 한다. …… 통상 ‘휴직’이라 하면, 종업원으로서의 지위는 계속 유지하면서 근로계약의 본체부분이라 할 수 있는 노무의 제공과 임금의 지급관계가 일정기간 정지되는 것을 의미한다. 전임자가 휴직관계에 유사하여 근로제공의무가 정지된다는 것과 통상의 근로자와 동일하게 출근의무를 부담하는 것은 서로 조화되기 어렵다”고 지적한다.<sup>60)</sup> 이외에도 전임자의 출퇴근은 노조가 통제할 수 있는 사항이지 사용자가 간섭할 문제가 아니라는 비판이나 판례와 같이 보게 되면 전임자에 대한 사용자의 지휘감독권을 지나치게 넓게 인정함으로써 전임자의 활동범위를 과도하게 제한하게 된다는 비판 등 다양한 비판이 있다.<sup>61)</sup>

### 3. 전임자의 급여청구권

#### 가. 급여청구권 일반

전임기간 중에는 전임자의 근로제공의무가 정지되는 반면, 사용자의 임금지급의무도 정지된다. 따라서 전임자가 당연히 사용자에게 임금 또는 급여를 청구할 권리는 없다. 그러나 만약 단체협약 등에서 급여지급의무를 정하고 있는 경우에는 전임자는 급여청구권이 있다. 대법원 1995.11.10. 선고, 94다54566 판결은 이 점을 분명히 하였다.

“노조전임자는 기업의 근로자의 신분은 그대로 유지하지만 근로계약상의

59) 김형배, 554쪽.

60) 최홍엽(1998), 248쪽.

61) 자세한 것은 이철수·조준모, 101쪽 참조.

근로를 하지 않을 수 있는 지위에 있으므로 휴직상태에 있는 근로자와 유사한 지위를 가진다고 보아야 하고, …… 따라서 사업주가 급여를 부담한다고 하여 노조전임자의 상여금 지급을 요구하거나 연·월차휴가수당 등을 당연히 사업주에게 청구할 권리가 있는 것은 아니나, 단체협약에 그러한 급여를 부담할 의무가 명시된 경우에는 그 단체협약을 근거로 이를 청구할 수는 있을 것이다. …… (그리고) 쟁의행위기간 중의 임금청구권에 관한 대법원 1995.12.21. 선고 94다26721 전원합의체 판결 등은 근로계약상의 근로제공의무를 부담하는 근로자의 경우에 관한 무노동무임금의 원칙을 선언한 것이므로, 이는 근로제공의무가 없는 노동조합 전임자에 관한 사건에 직접 적용할 선례라고 할 수 없다.”

위의 대법원 1995.11.10. 선고, 94다54566 판결에서는 다음의 몇 가지 점을 분명히 하였다. 첫째, 단체협약 등에 전임자의 급여청구에 대해 규정을 두고 있는 경우에 전임자는 단체협약 등을 근거로 급여를 청구할 수 있다. 둘째, 사업주가 급여를 부담한다고 해도 전임자가 상여금이나 연·월차휴가수당 등을 당연히 사업주에게 청구할 권리가 있는 것은 아니다. 셋째, 쟁의행위기간 중의 무노동무임금 원칙은 근로제공의무가 없는 노동조합 전임자에게는 적용되지 않는다.

한편, 사용자가 단체협약 등에 따라 노동조합 전임자에게 일정한 금원을 지급한다고 하더라도 이를 근로의 대가인 임금이라고 할 수는 없다.<sup>62)</sup>

#### 나. 퇴직금

전임자였던 근로자가 퇴직하는 경우에는 무엇을 기준으로 해야 할까? 대법원 1998.4.24. 선고 97다 54727 판결은 전임기간 중에 받은 급여가 아니라 전임자와 동일직급 및 호봉의 근로자들의 평균임금을 기준으로 퇴직금을 산정하여야 한다고 하였다.

62) 대법원 1995.11.10. 선고, 94다54566 판결, 1998.4.24. 선고, 97다54727 판결 참조.

“노동조합 전임자는 사용자와의 사이에 기본적 노사관계는 유지되고 기업의 근로자로서의 신분도 그대로 가지는 것이지만, 노동조합 전임자의 근로 제공의무가 면제되고 원칙적으로 사용자의 임금지급의무도 면제된다는 점에서 휴직상태에 있는 근로자와 유사하고, 따라서 사용자가 단체협약 등에 따라 노동조합 전임자에게 일정한 금원을 지급한다고 하더라도 이를 근로의 대가인 임금이라고는 할 수 없으므로, 노동조합 전임자의 퇴직금을 산정함에 있어서는 노동조합 전임자로서 실제로 지급받아온 급여를 기준으로 할 수는 없고, 근로자의 통상의 생활을 종전과 같이 보장하려는 퇴직금 제도의 취지에 비추어 볼 때, 그들과 동일직급 및 호봉의 근로자들의 평균 임금을 기준으로 하여 퇴직금을 산정함이 상당하다.”

#### 다. 파업기간 중의 급여청구권

노조법 제44조 제1항은 “사용자는 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 아니한 근로자에 대하여는 그 기간중의 임금을 지급할 의무가 없다”고 규정하고 있다. 따라서 파업에 참가한 근로자는 파업기간 중의 임금청구권은 별도의 정함이 없는 한 존재하지 않는다. 그렇다면 전임자의 급여청구권은 어떻게 되는가? 앞서 보았던 대법원 1995.11.10. 선고, 94다54566 판결은 “쟁의행위기간 중의 임금청구권에 관한 대법원 1995.12.21. 선고 94다26721 전원합의체 판결 등은 근로계약상의 근로제공의무를 부담하는 근로자의 경우에 관한 무노동무임금의 원칙을 선언한 것이므로, 이는 근로제공의무가 없는 노동조합 전임자에 관한 사건에 직접 적용할 선례라고 할 수 없다”고 하여 전임자는 급여를 청구할 수 있다는 입장을 보였다.

그러나 대법원 2003.9.2. 선고 2003다4815·4822·4839 판결에서는 이와 약간 다른 접근을 보이고 있다.<sup>63)</sup>

63) 사실관계의 대강은 다음과 같다. “(1) 원고들이 속한 피고회사 노동조합은 2000.6.16.부터 약 9개월간 비정규직의 임금협약 등의 문제로 파업을 하다가 2001.3.7. 피고회사와 노사합의를 거쳐 파업을 종료하였다. 원고들은 파업 당시 이 사건 노조의 위원장, 사무국장 및 교육홍보실장으로서 노동조합 전임자였다. 이 사건 노조와 피고회사(실제로는 피고회사가 속한 그룹의 전체 계열회사)와의 2001.3.7.자 노사합의에서는 파업기간 중의 조합원의 임금에 대

“노동조합 전임자는 사용자와의 사이에 기본적 노사관계는 유지되고 근로자로서의 신분도 그대로 가지는 것이지만 근로제공의무가 면제되고 사용

해서는 합의를 하였지만, 원고들(노조전임자)의 급여에 대해서는 합의를 하지 못했다. (2) 파업기간 중 조합원의 임금에 대해서는, 이 사건 노조가 피고 회사의 주장(파업기간 동안의 무노동무임금 원칙)을 수용하되 그 대신 피고 회사는 조합원들에게 생계비 지원금으로 100만 원씩을 지급하기로 약정하고, 그 합의내용을 이 사건 노사합의에 포함시켰다. 피고회사는 이에 기해 2001. 3.24. 원고들을 포함한 노조원들 대부분에게 약정한 생계비 지원금 100만 원 중 소득세를 제외한 78만 원씩을 지급하였다. (3) 반면에 파업기간 중 노조전임자의 급여에 대해서는 노사양측의 주장이 첨예하게 대립하였다. 즉 노조에서는 전임자에 대한 급여는 조합원들의 임금과는 그 성격이 달라 무노동무임금의 원칙이 적용될 수 없다고 주장하면서 피고회사에 대하여 위 합의문에 파업기간 동안의 노동조합 전임자에 대한 급여지급을 명시해 줄 것을 요구하였으나, 피고회사는 노동조합 전임자에 대한 급여에도 무노동무임금의 원칙이 적용되어야 한다는 이유로 이를 강력하게 거부하여 위 문제가 협상의 마지막 걸림돌이 되었다. 그러자 피고회사의 교섭실무위원 한 명이 ‘노동조합 전임자의 급여문제는 단체교섭의 대상이 아니고 법리적으로 해결할 문제이니 이를 위 노사합의문에 포함시키지 말고 별도로 처리하자’고 제안하였고 노조측에서도 이를 수용하여 이 사건 노사합의에 포함시키지 않았다. (4) 이 사건 노조와 피고회사 사이에 1997.8.20. 체결된 단체협약(‘이 사건 단체협약’이라 한다) 제13조(전임간부에 대한 처우) 제1호는 ‘회사는 전임을 이유로 일체의 불이익처우를 하지 않는다.’고 규정하고 있었고, 제2호는 ‘노조전임간부의 전임기간은 계속 근무로 간주하며 전임기간 중의 급여, 기타 후생복지에 관한 제 대우는 일반조합원에 준한다.’고 규정하고 있었다.”

원심판결의 요지는 다음과 같다. “(1) 이 사건 노사합의 당시 원고들을 포함한 노동조합 전임자들에게 파업기간 중의 급여를 지급할 것인지에 여부에 관한 합의가 없었고, 피고회사가 노조원들에게 지급하기로 약정한 생계비를 원고들이 지급받은 점만으로 노동조합 전임자인 원고들이 일반조합원들과 함께 무노동무임금의 원칙을 받아들이기로 약정하였다거나 파업기간 중의 급여를 스스로 포기한 것이라고 볼 수 없다. (2) 이 사건 단체협약 제13조 제2호가 ‘노조전임 간부의 전임기간은 계속 근무로 간주하며 전임기간 중의 급여, 기타 후생복지에 관한 여러 대우는 일반조합원에 준한다.’고 규정하고 있는 것은, 원고들과 같은 노동조합 전임자들이 근무하는 기간 동안 그들과 동일한 직급 및 호봉에 해당하는 일반조합원들에게 지급하는 임금수준에 준하여 급여를 지급하고 후생복지 역시 그와 같은 대우를 한다는 취지의 규정일 뿐이지 일반조합원들에게 무노동무임금의 원칙이 적용되는 경우에는 원고들과 같은 노동조합 전임자들에게도 무노동무임금의 원칙을 동일하게 적용하여 쟁의기간 중의 급여를 지급하지 않기로 하는 내용의 규정이라고는 볼 수 없으므로, 피고는 노동조합 전임자인 원고들에게 파업기간 중의 급여를 지급할 의무가 있다.”

자의 임금지급의무도 면제된다는 점에서 휴직상태에 있는 근로자와 유사하고, 사용자가 단체협약 등에 따라 노동조합 전임자에게 일정한 금원을 지급한다고 하더라도 이를 근로의 대가인 임금이라고 할 수는 없다(대법원 1995.11.10. 선고 94다54566 판결, 1998.4.24. 선고 97다54727 판결 참조).

이 사건 단체협약이 체결될 당시, 노동조합및노동관계조정법(1997.3.13. 법률 제5310호: 이하 ‘노조법’이라 한다) 제24조 제2항은 노동조합 전임자는 그 전임기간 동안 사용자로부터 어떠한 급여도 지급받아서서는 아니된다고 규정하였고, 같은 법 제81조 제4호 본문 후단은 사용자가 노동조합 전임자에게 급여를 지원하는 행위를 부당노동행위의 하나로 규정하였으며, 같은 법 제90조는 이를 위반하는 자에 대하여 형사처벌을 하도록 규정하였다. 다만 종래의 관행을 고려하여 부칙 제6조 제1항에서 위 법 시행 당시(1997.3.13.) 사용자가 노동조합 전임자의 급여를 지원하고 있는 사업 또는 사업장의 경우에는 2001.12.31.까지 위 노동조합의 전임자에 대한 급여 지원 금지 규정의 적용을 유예하였을 뿐이다. 이러한 사정 아래에서 이 사건 단체협약 제13조 제1항, 제2항과 같은 규정을 둔 것은, 만약 원고들과 같은 노동조합 전임자가 사용자인 피고회사로부터 노동조합의 업무에 전임하도록 승낙받고도 근로계약상 본래 담당하는 근로제공의무를 면하고 있다는 이유로 아무런 대가도 지급받지 못한다면 그로 인해 노동조합 전임자에게 초래될 생활상의 불이익 등 부당한 결과를 피하기 위하여 근로계약상 본래의 업무에 종사하고 있는 일반조합원에 준하는 급여를 제공하는 것이 적절하다는 노사합의에 기초한 것이라고 할 것이다.

그렇다면 이 사건 단체협약 제13조 제1항, 제2항은 노동조합 전임자를 근로계약상 본래의 근로제공업무에 종사하는 일반조합원보다 불리한 처우를 받지 않도록 하는 범위 안에서 노동조합 전임자에게 일정한 급여를 지급하기로 한 것이므로, 노동조합 전임자를 일반조합원보다 더욱 유리하게 처우하는 것은 위와 같은 단체협약의 규정을 둔 목적이나 취지에 비추어 볼 때 노사 쌍방이 당초 의도한 바와 합치하지 아니한다. 또 파업으로 인하여 일반조합원들이 무노동무임금 원칙에 따라 임금을 지급받지 못하게 된 마당에 그 조합원들로 구성된 노동조합의 간부라고 할 수 있는 노동조합 전임자들이 자신들의 급여만은 지급받겠다고 하는 것은 일반조합원들에 대한 관계에 있어서도 결코 정당성이 인정될 수 없다.

따라서 이 사건 단체협약 제13조 제1항, 제2항의 규정은 일반조합원들이 무노동무임금의 원칙에 따라 사용자로부터 파업기간 중의 임금을 지급받지 못하는 경우에는 노동조합 전임자도 일반조합원과 마찬가지로 사용자에게 급여를 청구할 수 없다는 내용으로 해석함이 상당하다고 할 것인바, 이와 달리 판단한 원심판결에는 단체협약의 해석에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.”

요컨대 대법원 2003.9.2. 선고 2003다 4815·4822·4839 판결은 크게 세 가지 점을 들어 이 사건 단체협약을 합리적으로 해석하면 사용자의 급여지급의무는 부정된다고 보았다. 첫째, 노조법이 사용자의 노조전임자에 대한 급여지급을 부정적으로 보고 있는 상황에서 이 사건 단체협약 제13조 제1항, 제2항이 생겼다는 점은, 전임자가 사용자로부터 노동조합의 업무에 전임하도록 승낙받고도 근로계약상 본래 담당하는 근로제공의무를 면하고 있다는 이유로 아무런 대가도 지급받지 못한다면 그로 인하여 전임자에게 초래될 생활상의 불이익 등 부당한 결과를 피하기 위하여 근로계약상 본래의 업무에 종사하고 있는 일반조합원에 준하는 급여를 제공하는 것이 적절하다는 노사합의에 기초한 것이라고 보아야 한다는 점이다. 둘째, 이 사건 단체협약 제13조 제1항, 제2항은 노동조합 전임자를 근로계약상 본래의 근로제공업무에 종사하는 일반조합원보다 불리한 처우를 받지 않도록 하는 범위 안에서 전임자에게 일정한 급여를 지급하기로 한 것으로, 전임자를 일반조합원보다 더욱 유리하게 처우하는 것은 위와 같은 단체협약의 규정을 둔 목적이나 취지에 비추어 볼 때 노사 쌍방이 당초 의도한 바와 합치하지 아니한다는 점이다. 마지막으로 파업으로 인하여 일반조합원들이 무노동무임금 원칙에 따라 임금을 지급받지 못하게 된 마당에 그 조합원들로 구성된 노동조합의 간부라고 할 수 있는 노동조합 전임자들이 자신들의 급여만은 지급받겠다고 하는 것은 일반조합원들에 대한 관계에 있어서도 결코 정당성이 인정될 수 없다는 점이다.

그러나 위의 논거에 대해서는 다음과 같은 비판이 가능하겠다. 우선 첫 번째와 두 번째 주장은 결론에서는 같은 이야기, 즉 ‘전임자를 일반조합원에 비해 우대할 수 없다’는 주장을 한 것이라 생각된다(다만 그 논거는 약

간 달랐다).

첫번째 주장에서는 현행 노조법이 사용자의 전임자에 대한 급여지급을 부정적으로 보고 있다는 점(정확하게는 이 사건 단체협약은 이런 현행법 하에서 체결된 것이라는 점)을 강조한다. 확실히 현행 노조법은 사용자의 급여지급을 부정적으로 보고 있다. 그러나 노조법 제24조와 제81조 제4호(전임자에 대한 급여지급 부분)가 세계적으로 유례를 찾아보기 어려운 이상한 조문이라는 점과 과연 우리나라의 현실에서 전임자에 대한 사용자의 급여지급을 법논리적 측면에서 부정적으로 볼 수 있는가 하는 점이다. 전자는 ILO가 여러 차례 우리나라에 대해 관련 조문의 폐지를 권고했다는 점만 보더라도 국제적 기준에 부합하지 않는다는 사실을 쉽게 알 수 있다. 후자와 관련해서는 전임자에 대한 급여지급이 노동법적으로 문제가 되는 것은 그로 인해 노조의 자주성이 침해되거나 그럴 우려가 있다는 점이다. 그러나 종래 대법원 판결이 스스로 밝힌 바와 같이 우리나라에서 전임자의 급여는 노조가 단체교섭 등을 통해 자주적으로 획득한 것으로서 자주성 침해의 우려가 거의 없다고 할 수 있다.

다음으로 대상판결의 두번째 주장은 이 사건 단체협약 관련규정에서 말하는 ‘불리하지 않게 처우한다’와 ‘준한다’라는 의미를 모든 측면에서 동일하게 해석하지 않았나 하는 의문이 든다. 전임자의 근로조건 기타 대우에 관해서는 일반조합원과 동일하게 취급해야 하는 것이 있는 반면, 일반조합원에 비해 보다 유리하게 취급하는 것이 ‘불리하지 않게 처우한다’(또는 ‘준한다’)는 의미나 전임관계의 성질에 부합하는 해석이 되는 경우도 있다. 회사 복지시설의 이용이나 근속년수의 산정 또는 인사고과 등이 전자에 속하는 예가 된다면, 전임기간 종료직후의 전임자에 대한 징계나 해고에 대해 일반조합원의 그것에 비해 부당노동행위성을 강하게 추정하는 것이 라든지 조합원 상호간의 교통권에 있어 전임자의 그것을 보다 넓게 인정하는 것 등이 후자의 예가 될 것이다. 이 사건에서 문제된 전임자의 급여에 관해서 말한다면 급여수준은 전자에 속하는 사항이겠지만, 급여 부지급 사유는 후자에 속하는 사항으로 보아야 할 것이다.

마지막으로 세번째 주장은 앞의 두 주장의 연장선상에 있는 것이지만, 법논리적이기보다는 다분히 감정적인 측면이 강한 주장이다. 대상판결의



이야기를 좀 거칠게 이야기하면, ‘파업에 그냥 동참한 일반조합원들도 임금 받지 못하는 상황에서 파업을 주도한 노조간부들이 자신들만은 급여를 받았다고 하는 것이 말이 되는가’ 하는 것이다. 그러나 이 논거는 전임관계의 성질 및 파업이 전임자와 일반조합원에 대해 가지는 의미를 구별하지 않는 점에서 설득력이 떨어진다. 전임관계의 핵심은 앞서 말한 바와 같이 전임기간 동안 사용자의 노무지휘권을 노조에 이양하는데 있다. 이는 전임자의 업무가 사용자에게 대항하는 것인가 아닌가에 따라 달라질 수 있는 것이 아니다. 단체교섭이나 그것을 유리하게 관철하기 위한 쟁의행위는 노조의 업무 중에서도 가장 중요한 것이다. 어찌면 바로 그러한 상황에서 가장 열심히 일하도록 전임자를 두었다고 보는 것이 노사관계의 현실에 부합할 것이다. 따라서 같이 파업에 참여했다고 하더라도 그것의 법적 의미는 적어도 사용자와의 관계에서는 일반조합원과 전임자가 완전히 다르다. 파업이란 일반조합원의 경우에는 사용자와의 관계에서 근로계약 소정의 근로제공의무를 중단한 것인 반면, 전임자의 경우에는 전임협정과 전임계약의 취지에 부합하는 전임업무에 종사한 것이다. 즉 전자는 임금 청구권에 상응하는 근로계약상의 의무를 이행하지 않은 행위를 한 것이지만, 후자는 급여청구권에 상응하는 전임협정·계약상의 의무를 이행한 행위를 한 것이다. 요컨대 외형상 같은 행위라고 하여 같은 법적 의미를 가지는 것은 아니며, 따라서 그에 대한 법적 평가도 달라야 할 것이다. 위의 대법원 판결은 지나치게 결과적 평등을 강조한 나머지 이 점을 간과하지 않았나 생각된다.

#### 4. 전임자의 대우 등

이상의 사항 이외에 전임자의 근로조건 기타 대우에 관해서는 단체협약 등에서 특별히 정하지 않는 이상 적어도 일반조합원에 비해 불리하게 처우하여서는 아니될 것이다. 만약 전임자라는 이유로 근로조건 기타의 대우에서 불리하게 처우한다면 이는 부당노동행위가 될 것이다(노조법 제81조 제1호). 불리하게 처우하여서는 안 된다는 의미는 두 가지이다. 하나는 회사 복지시설의 이용이나 근속년수의 산정 또는 인사고과 등은 평등해야

한다는 것이고, 다른 하나는 보다 강화된 보호로서 전임기간 종료직후의 전임자에 대한 징계나 해고에 대해 일반조합원의 그것에 비해 부당노동행위성을 강하게 추정하는 것이라든지 조합원 상호간의 교통권에 있어 전임자의 그것을 보다 넓게 인정하는 것 등을 말한다.

전임기간은 당연히 근속기간에 포함시켜야 한다. 그리고 그 기간 중의 가산금제도 등에서도 불이익한 처우를 받아서는 안될 것이다. 창원지법 진주지원 1999.10.7. 선고, 98가단19659 판결은 이 점을 분명히 하였다.

“노조전임자 역시 사용자와 사이에 기본적인 노사관계가 유지되고 기업의 근로자로서의 신분도 그대로 가지는 것이며, 단지 근로제공의무가 면제되는데 불과하므로 근로자로서의 통상의 생활을 종전과 같이 보장하려는 퇴직금제도의 취지에 비추어 노조전임자로서 근무한 기간에 대하여도 퇴직금을 지급함이 옳다. 한편, 노조전임자로 근무하면서 회사와 사이에 근로계약을 유지하는 중에 정년에 이르렀으나 노조전임자로서의 특수신분으로 인하여 회사가 퇴직금 지급 등 당연퇴직에 따른 조치를 취하지 아니하고 계속 급여 등을 지급하면서 사실상 근로자로 대우하여 온 경우, 회사와 사이에 묵시적으로 노조전임자로서 근무하는 동안 정년이 연장되었다고 봄이 상당하다.”

## 5. 전임자와 해고

판례는 전임자라고 해도 노조임원이나 조합원에 비해 해고에서 특별한 보호를 받는 것은 아니라는 입장을 보이고 있다. 관련 판례는 앞에서(제Ⅲ장 중 전임자와 부당노동행위 부분 참조) 이미 살펴보았으므로, 간략하게 정리하면 다음과 같다.

판례는 전임발령의 거부 후 복귀명령 위반을 이유로 한 해고(사용자가 노조의 전임발령 요청을 받고도 이를 거부하면서 전임예정자들에 대해 업무복귀명령을 내리고 이에 응하지 않자 이를 무단결근으로 보아 징계를 한 사건, 서울행법 2004.07.06. 선고, 2003구합39429 판결), 전임발령 전의 노무부제공을 이유로 한 해고(전임예정자가 사용자의 전임발령 이전에 전

임 준비를 위해 근로를 제공하지 못한 경우 이를 무단결근으로 보아 해고를 한 사건, 대법원 1997.04.25. 선고 97다6926 판결), 노조내 분쟁시의 전임해제 후의 해고(노동조합의 내부에 분쟁이 발생하여 노동조합에서 사용자에게 기존 전임자에 대한 전임발령의 해제를 요구하자, 사용자가 전임자에 대한 전임발령을 해제한 후 업무에 복귀하지 않자 해고한 사건, 대법원 1987.03.10. 선고 84누218 판결), 전임기간 만료후 복귀명령 위반을 이유로 한 해고(전임기간이 만료된 후 전임자에게 업무복귀명령을 하였지만 전임자가 이를 거부하자 업무복귀명령 위반을 이유로 해고한 사건, 대법원 1997.06.13. 선고 96누17738 판결) 등에서 한결같이 해고를 정당하다고 보았다.

## 6. 올바른 이해

### 가. 전임자의 근로관계에 대한 이해

판례와 학설은 일관되게 전임자와 사용자간의 근로관계를 휴직과 유사한 관계로 보고 있다. 그런데 이러한 이해는 정당한가. 사실 전임관계를 ‘휴직’과 유사한 관계로 이론 구성하게 되면 전임제도 그 자체를 비롯해 전임자에 대한 급여지급 등은 일종의 ‘시혜적’인 것으로 보게 될 가능성이 높다. 그리고 이러한 이해는 전임자의 급여가 임금이 아니라는 주장과 함께 전임자 급여지급의 금지를 주장하는 논리적 전제로 작용하고 있는 것도 사실이다. 그러면 과연 전임관계는 휴직과 유사한 관계인가?

결론부터 말하면 전임관계는 휴직과 유사한 관계가 아니라, 비사업적 근로자 파견과 유사한 관계이다. 사용자와의 관계에서 노무제공의무가 면제된다는 측면만을 강조하면 휴직과 유사하지만, 실제 전임은 ‘노무제공의 면제’라기보다 ‘노무제공 상대방의 변경’으로 보아야 하고 그 점에서는 휴직과는 전혀 다른 법률관계이다. 전임관계가 휴직보다는 파견과 더욱 유사하다는 것은 특히 다음의 점들에서 드러난다.

첫째, 본질적으로 전임관계는 삼면적 관계이다. 즉 전임관계는 노조와 사용자, 노조와 전임자, 사용자와 전임자라는 삼면적 계약관계이다. 이 점

은 사용자와 근로자라는 이면적 관계에서 인사발령으로 이루어지는 휴직과는 완전히 법률구조를 달리한다.

둘째, 전임관계의 기본적 내용은 전임자가 아닌 노조와 사용자간의 협정에 의해 정해진다. 즉 전임자의 수, 대우 기타 전임관계의 주요한 내용은 실제 노조에 업무에 전임하는 노조전임자가 정하는 것이 아니라, 노조와 사용자가 정한다. 이는 회사간의 근로자파견계약에 의해 파견근로의 주요 내용이 결정되는 것과 매우 흡사하고, 사용자가 일방적으로 또는 근로자와의 합의에 의해 그 주요 내용이 정해지는 휴직과는 전혀 다르다.

셋째, 전임자의 입장에서 볼 때 노조전임은 ‘노무제공의 면제’가 아니라 노무제공의 상대방이 바뀌는 것이다. 이는 전임업무를 일종의 노무관리업무로 파악하는 판례의 종전 논리에도 부합한다. 예를 들어 대법원 1995. 4.11. 선고 94다58087 판결은 “일반적으로 근로자의 출근이 사용자가 지정한 근로장소에서 근로계약 소정의 근로를 제공하는 것을 전제로 하는 것이기는 하나, 노동조합의 업무가 사용자의 노무관리업무와 전혀 무관한 것이 아니고 안정된 노사관계의 형성이라는 면에서 볼 때는 오히려 밀접하게 관련되어 있으므로, 근로계약 소정의 본래 업무를 면하고 노동조합의 업무를 전임하는 노조전임자의 경우에 있어서 출근은 통상적인 조합업무가 수행되는 노조사무실에서 조합업무에 착수할 수 있는 상태에 임하는 것”<sup>64)</sup>이라고 하였는바, 이에 의하면 전임은 노무제공 상대방의 변경이지 노무제공의 면제로 보기 어렵다. 이 점에서 보면 노무제공의무가 완전히 면제되는 휴직과 다르다.

64) 그러나 이 판례는 전임관계에서의 노무지휘권이 노조로 이양되었음을 간과한 잘못된 것이다. 전임자는 전임계약에 따라 노조 사무실 등에 출근하여 노조 업무에 종사할 의무가 있지만, 그 위반은 사용자의 노무지휘권을 침해한 것은 아니며 전임협정에 의해 사용자로부터 노무지휘권을 이양받은 노조의 권한을 침해한 것으로 노조 내부의 통제문제를 발생시킴에 그친다고 보아야 할 것이다. 사용자는 전임자의 업무불충실 등이 중대하여 노조가 전임계약을 해지한 경우나 전임자의 행위가 전임협정을 해지할 정도에 이른 경우 등에만 전임자에 대해 (징계가 아니라) ‘원직복귀명령’을 내릴 수 있을 것이다. 다만 전임자의 행위가 전임기간에도 여전히 유지되는 종업원 신분에서 부수하는 의무를 동시에 위반한 경우에는 당해 전임자에 대해 징계도 할 수 있을 것이다.

그러나 그렇다고 전임관계가 파견관계와 그 구조가 전적으로 같은 것은 아니다. 가령 전임관계는 전임근로자가 종업원과 조합원이라는 이중의 지위에 기해 사용자 및 노조와 각각 합의함으로써 성립한다는 점에서는 파견과는 다르다. 또한 전임관계의 구체적 내용의 결정에서는 노조가 주도성을 가진다는 것도 파견과 다른 점이다. 결국 전임관계는 파견과 유사하지만, 집단적 노사관계법상의 제도라는 특수성에서 함께 가지는 계약관계이다. 즉 전임관계는 파견과 유사한 집단법적 계약관계이다.

#### 나. 전임관계의 구체적 모습

전임관계 성립의 출발점은 노조와 사용자간의 전임협정의 체결이다. 전임협정은 단체협약의 일부로서 체결되는 것이 일반적이지만, 단체협약과 상관없이 노사간의 별도의 합의로도 가능하다. 전임협정은 전임관계의 기본계약으로서 후술하는 전임계약(노조와 조합원간의 계약)이나 전임발령(사용자와 종업원간의 합의에 기한 인사명령)을 구속하게 된다. 전임협정의 핵심은 사용자가 전임자(정확하게는 전임자가 될 근로자)에 대한 노무지휘권을 노동조합에 이양하는 것이다. 물론 전임협정에서 이양되는 노무지휘권에 일정한 제약을 부과할 수는 있겠지만, 그렇다고 하여 노무지휘권의 (전부 또는 일부의) 이양이라는 전임협정의 성격이 바뀌는 것은 아니다. 한편, 전임협정은 전술한 바와 같이 근로자파견계약과 유사하지만 집단법상 계약으로서 근로자파견계약과는 다른 특징도 가진다.

전임관계 성립의 두번째는 노조와 조합원간의 전임계약의 체결이다. 전임의 여부는 조합원의 당연한 의무라고 보기는 어렵기 때문에 노조가 일방적으로 전임을 명할 수는 없고, 조합원의 동의가 있어야 한다. 노조와 조합원간에 체결되는 전임계약은 전임협정에 기해 이양된 노무지휘권의 행사 등을 구체화하는 계약으로서 전형계약 중에서는 ‘고용계약’에 가장 유사한 형태의 무명계약이라고 할 수 있다. 일반적으로 전임협정에서 특정하지 않는 전임업무의 구체적인 내용 등이 정해진다. 전임계약은 전임협정의 범위 내에서 전임협정에서 정하지 않은 전임의 시간, 장소, 활동내용 기타 전임자의 권한과 의무 등에 관한 사항을 정할 수 있다. 전임제도

가 노조의 활동에 대한 편의제공이라는 기본적 특성을 가진 이상, 전임협정에서 구체적으로 정하지 않은 사항은, 그에 관한 노사의 관행이 없는 한 노동조합이 정할 수 있다고 보는 것이 전임제도의 취지에 부합한다. 이 경우 노동조합은 전임활동의 구체적 사항을 규약에서 정한 후 이를 전임자가 될 자에게 제시하여 동의를 얻을 수도 있을 것이다.

“전임관계 성립의 마지막은 사용자와 종업원간의 전임발령이다. 전임협정과 그것을 구체화한 전임계약이 체결되면 노조는 이 사실을 사용자에게 통지하고 사용자는 전임계약이 전임협정을 위반한 경우와 같이 특별한 사정이 없는 한 해당 종업원에게 전임발령을 내려야 한다.<sup>65)</sup> 종업원은 전임계약의 체결에서 전임발령에 따르겠다는 의사표시를 하였다고 보는 것이 합리적이기 때문에 사용자가 전임협정이나 전임계약 외의 조건을 추가하거나 그 범위를 넘는 등의 특별한 사정이 없는 한, 전임발령에 따라야 한다. 전임자에 대한 사용자의 복귀명령은 전임협정이 기간만료로 종료(일반적으로는 전임협정을 포함하고 있는 단체협약이 기간만료로 종료될 것이다)되는 등 실효된 경우나 노동조합이 전임자와의 전임계약을 해지하고 그 사실을 사용자에게 통지한 경우 등에 원칙적으로 허용될 것이다.<sup>66)</sup>”

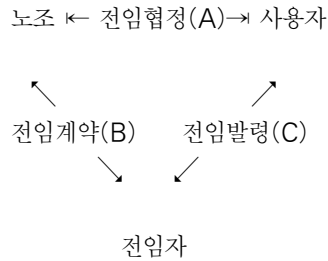
#### 다. 전임자의 노무제공의무·출근의무

전임자의 근로관계는 전임협정과 전임발령에 따라 정해진다. 전임자는 사용자에 대해서는 노무제공의무를 면하는 대신, 전임발령에 따라 노조의

65) 임종률교수는 “사용자가 일정수의 노동조합 전임자를 두는데 동의한 이상, 사용자는 노동조합이 자주적으로 지명·요구한 자를 전임자로 인사조치하여야 하고, 사용자가 정당한 이유 없이 그 교체를 주장하며 인사조치를 지연하는 것은 지배·개입의 부당노동행위가 될 것”이라고 한다(임종률, 74쪽).

66) 같은 입장으로 임종률, 74~75쪽이 있다. 임종률교수는 “전임자의 전임기간 중에는 노동조합의 요구 없이 사용자가 일방적으로 전임자의 원직복귀를 명하는 인사조치를 할 수 없다. 그러나 노동조합은 전임자가 예컨대 임원으로 서의 임기가 종료하는 등 전임자로 선정된 사유가 소멸한 때에는 지체 없이 사용자에게 전임자 해임을 요구하여야 할 신의칙상의 의무가 있으므로 노동조합이 이에 위반하는 경우에는 사용자가 일방적으로 전임자의 원직복귀를 명할 수 있다”고 한다. 이것은 타당한 지적이라고 생각한다.

(그림 IV-1) 전임관계의 3면 구조



전임업무에 종사할 의무를 진다. 노무제공의무가 면제되기 때문에 출근의무와 같이 노무제공의무에 수반되는 의무나 그에 준하는 의무<sup>67)</sup>도 당연히 면제된다. 그리고 사용자의 노무지휘권은 전임협정에 의해 노동조합에 이양되며 따라서 사용자의 노무지휘권과 관련된 인사·징계권은 전임기간 중 정지하는 것으로 보는 것이 타당할 것이다. 전임활동에 대한 지휘와 평가는 전임협정에서 별도의 정함이 없는 한 노조가 행하는 것이 전임관계의 취지에 맞다.

그러나 전임관계로 인해 사용자와 전임자간의 근로관계상의 모든 권리·의무가 정지되는 것은 아니다. 즉 노무제공의무에 수반된 권리·의무가 정지되는 것은 전임관계의 본질상 당연한 것이지만, 그렇다고 사용자와 전임자간의 기본적 관계(사용자와 근로자간의 신분관계)는 여전히 존속하는 것이고 따라서 그에 수반한 권리·의무는 계속 존속한다.

라. 전임자의 급여청구권

판례는 전임자의 급여가 임금이 아니라고 보고 있다. 과연 그런가. 전임

67) 예를 들어 대법원 1999.11.23. 선고 99다45246 판결은 “사용자가 근로시간을 대체하여 근로자에 대하여 실시하는 교육·연수·훈련 등은 거기에 참가하는 것이 근로자의 의무로서 강제되는 한 근로제공과 다를 바 없으므로 단체협약 등에 다른 정함이 없다면 근로제공의무가 면제된 노동조합 전임자가 그러한 교육 등에 참가하지 않았다 하여 바로 잘못이라고 보기는 어렵다”고 보았다. 올바른 판단이라고 생각한다.

자의 급여와 관련된 몇 가지 점들을 우선 짚어보자.

일반적으로 전임자의 급여 기타 대우에 관한 사항은 전임협정에서 정해진다. 전임협정이 단체협약인 경우에는 그 사항은 어떠한 효력을 가지는가? 종래 학설과 하급심 판결은 전임협정을 단체협약의 채무적 부분(노사 관계 사항)으로 이해하여 채무적 효력만 인정하였지만, 이미 살펴본 바와 같이 전임협정은 채무적 부분 외에 규범적 부분을 함께 가진다고 본다. 전임자수 및 활동 등과 같이 전임 자체에 관한 부분은 노조와 사용자간의 편의제공으로서 채무적 부분으로 보아야 하지만, 전임자의 대우에 관한 부분은 ‘근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준’으로서 규범적 부분으로 보아야 한다. 따라서 전임자의 급여 기타 대우에 관한 사항에 대해서는 규범적 효력이 인정된다고 생각한다.

전임자에 대한 급여의 지급의무자와 액수는 전임협정으로 정한다. 사용자가 부담할 수도 있고, 노조가 부담할 수도 있다. 전임관계를 파견과 유사한 관계로 보게 되면 전임자의 급여는 사용자가 부담하든 노조가 부담하든 임금으로 볼 수도 있을 것이다. 그러나 사용자가 지급하는 경우에도 판례는 전임자의 급여는 ‘근로제공의 대가’가 아니어서 임금이 아니라고 한다. 그러나 항상 ‘사용자에 직접 향해진 근로제공의 대가’만이 임금이라고 보는 것은 현실에 맞지 않는다. 예를 들어 다른 회사로의 연수나 업무상 파견의 경우에도 원래 사용자가 해당 근로자에게 임금을 계속 지급하는 사례는 실무에서 드물지 않다. 업무상 파견과 전임관계는 다른 것이라는 주장이 가능하겠지만, 그것은 사용자가 노조에 대해 주장할 수 있는 것으로 전임자에 대한 관계에서는 설득력이 약하다. 요컨대 사용자에게 대한 직접적인 노무제공의무가 면제된다고 하여 바로 전임자의 급여가 임금이라고는 할 수 없다.

그러면 전임자에 대한 급여를 노조가 지급하는 경우에는 어떻게 보아야 하는가? 이 경우에도 전임자의 보수는 임금의 성격을 띤 것이라고 생각한다. 전임자의 업무는 전임계약에 의해 행해지게 된다. 전임자는 비록 자신이 상당한 재량권을 가지는 경우에도 전임자에 대한 노무지휘권은 전임협정에 기해 여전히 노조가 포괄적으로 가지는 것이어서 그 관계는 ‘고용계약과 유사하고 따라서 그 보수 역시 임금으로 볼 수 있을 것이다. 이 경우



노조의 전임자에 대한 급여지급은 노무지휘권 이양에 수반하여 급여지급 의무를 직접 수익자인 노조가 지도록 한 것이라고 보는 것이 타당할 것이다.

한편, 파업이 발생한 경우에 노조전임자의 급여는 어떻게 보아야 하는가. 앞서 본대로 전임관계의 핵심은 전임기간 동안 사용자의 노무지휘권을 노조에 이양하는데 있다. 이는 전임자의 업무가 사용자에게 대항하는 것인가 아닌가에 따라 달라질 수 있는 것이 아니다. 단체교섭이나 그것을 유리하게 관철하기 위한 쟁의행위는 노조의 업무 중에서도 가장 중요한 것이다. 어찌면 바로 그러한 상황에서 가장 열심히 일하도록 전임자를 두었다고 보는 것이 노사관계의 현실에 부합할 것이다. 따라서 같이 파업에 참여했다고 하더라도 그것의 법적 의미는 적어도 사용자와의 관계에서는 일반조합원과 전임자가 완전히 다르다. 파업이란 일반조합원의 경우에는 사용자와의 관계에서 근로계약 소정의 근로제공의무를 중단한 것인 반면, 전임자의 경우에는 전임협정과 전임계약의 취지에 부합하는 전임업무에 종사한 것이다. 즉 전자는 임금청구권에 상응하는 근로계약상의 의무를 이행하지 않은 행위를 한 것이지만, 후자는 급여청구권에 상응하는 전임협정·계약상의 의무를 이행한 행위를 한 것이다. 요컨대 외형상 같은 행위라고 하여 같은 법적 의미를 가지는 것은 아니며, 따라서 그에 대한 법적 평가도 달라야 할 것이다.

#### 마. 전임자의 대우

전임자의 대우는 전임협정에서 정하되, 노조법 제81조 제1호의 취지에 따라 다른 근로자보다 불이익하게 취급하는 것은 금지된다고 보아야 한다.<sup>68)</sup> 여기서 불이익 취급의 금지란 노조전임자라는 이유로 불리한 처우

68) 같은 입장에 선 판결로 서울고법 1992.5.1. 선고 91구11447판결이 있다. “노조 전임관계로 해당 인사고과를 받지 못하고 입사후 인사고과를 받지 못한 자에 해당하는 것으로 보아 인사고과표상의 최하위 점수를 부여함으로써 승진시험에 당연히 합격하여야 할 근로자를 승진에서 탈락시킨 회사의 행위는 결국 단체협약의 규정에 따라 노조전임자로서 정당한 조합활동 때문에 간호사로서는 실근무를 하지 아니하였다는 이유로 최하위의 인사고과 점수를 부여하여 승진탈락이라는 불이익 조치를 한 셈이다.”

를 하는 것을 금지하는 것으로 단순히 평등하게 대우하는 것뿐만 아니라 일정한 경우에는 유리하게 대우하는 것도 배제하지 않는다.

한편, 전임활동에 대한 평가권은 원칙적으로 노조에 있다. 따라서 노조가 전임계약의 해지 기타 통제권을 행사하고 이를 사용자에게 통지하는 경우나 노조가 그렇게 해야 할 사정이 있는데도 전임계약을 해지하지 않고 있는 등 특별한 사정이 없는 한 사용자가 임의적으로 전임발령을 취소하거나 전임자에 대한 대우를 변경할 수는 없다.

## V. 전임자와 사회보장법의 적용

### 1. 문제의 소재

전임기간 중에도 노조전임자와 사용자 사이에 근로관계는 존속하기 때문에 전임자는 원칙적으로 일반근로자와 동일하게 사회보장법의 적용을 받을 수 있다. 그러나 전임기간 중의 근로관계는 상당히 특수한 관계이기 때문에 몇 가지 문제가 발생할 수 있다. 우선, 전임자는 전임기간 중 노조를 위해 활동하게 되는데 이를 과연 산재해보상보험법(‘산재보험법’)상 ‘업무’로 볼 수 있는가 하는 문제가 있다. ‘업무’로 보면 전임활동 중의 재해도 업무상 재해로서 보호가 되겠지만, ‘업무’로 보지 않게 되면 전임활동 중의 재해는 업무상 재해가 아니어서 산재보험법의 보호를 받지 못하게 될 것이다. 다음으로 고용보험법과 관련된 문제로서, 판례에 의하면 전임기간은 휴직기간이기 때문에 이를 고용보험법상 피보험기간으로 볼 수 있는가 하는 것이 문제된다. 마지막으로 산재보험법과 고용보험법 모두에서 발생하는 문제로서 보험료는 어떻게 산정하여야 하는가 하는 점이다. 이하에서는 판례와 학설에서 이 문제를 어떻게 보고 있는지 산재보험법과 고용보험법을 나누어 살펴보기로 하자.

### 2. 전임자와 산재보험법

(1) 산재보험법상의 업무상 재해란 업무상의 사유에 의한 근로자의 부상, 질병, 신체장해 또는 사망을 말한다. 업무상 재해가 되기 위해서는 재해와 ‘업무’ 사이에 상당인과관계가 존재해야 한다. 그런데 전임자는 전임기간 중 노조를 위해 활동하게 되는데 이를 과연 산재보험법상 ‘업무’로 볼 수 있는가가 문제가 될 수 있다. 대법원 1994.2.22. 선고 92누14502 판결은 이 문제에 대한 판례의 원칙적 입장을 밝혔다.

“노동조합업무 전임자가 근로계약상 본래 담당할 업무를 면하고 노동조합의 업무를 전임하게 된 것이 사용자인 회사의 승낙에 의한 것이며, 재해 발생 당시 근로자의 지위를 보유하고 있었고 그 질병이 노동조합업무 수행 중 육체적·정신적 과로로 인하여 발병된 것이라면, 특별한 사정이 없는 한 이는 근로기준법상 재해보상이 되는 업무상 재해로 보아야 할 것이고, 다만 그 업무의 성질상 사용자의 사업과는 무관한 상부 또는 연합관계에 있는 노동단체와 관련된 활동이거나 불법적인 노동조합 활동 또는 사용자와 대립관계로 되는 쟁의단계에 들어간 이후의 노동조합 활동 중에 생긴 재해 등은 이를 업무상 재해로 볼 수 없다고 할 것이다”

위 판결에 의하면, 전임자의 경우에는 전임활동(노동조합의 업무) 중 재해는 원칙적으로 업무상 재해에 해당하지만, ‘업무의 성질상 사용자의 사업과는 무관한 상부 또는 연합관계에 있는 노동단체와 관련된 활동이거나 불법적인 노동조합 활동 또는 사용자와 대립관계로 되는 쟁의단계에 들어간 이후의 노동조합 활동 중에 생긴 재해 등’은 업무상 재해가 아니라는 것이다. 이러한 입장은 판례에서 현재까지 유지되고 있는데, 특히 대법원 1998.12.08. 선고 98두14006 판결은 전임활동 중의 재해가 업무상 재해가 되는 이유를 다음과 같이 설시하고 있다.

“노동조합업무 전임자가 근로계약상 본래 담당할 업무를 면하고 노동조합의 업무를 전임하게 된 것이 사용자인 회사의 승낙에 의한 것이라면, 이러한 전임자가 담당하는 노동조합업무는, 그 업무의 성질상 사용자의 사업과는 무관한 상부 또는 연합관계에 있는 노동단체와 관련된 활동이나 불법적인 노동조합 활동 또는 사용자와 대립관계로 되는 쟁의단계에 들어간 이후의 활동 등이 아닌 이상, 원래 회사의 노무관리업무와 밀접한 관련을 가지는 것으로서 사용자가 본래의 업무 대신에 이를 담당하도록 하는 것이어서 그 자체를 바로 회사의 업무로 볼 수 있고, 따라서 그 전임자가 노동조합업무를 수행하거나 이에 수반하는 통상적인 활동을 하는 과정에서 그 업무에 기인하여 발생한 재해는 산업재해보상보험법 제4조 제1호 소정의 업무상 재해에 해당한다.”

(2) 이러한 입장에 기해 판례는 매우 많은 사례에서 전임자의 재해를 업무상 재해로 인정하고 있다. 예를 들어 대법원 1996.06.28. 선고, 96다12733 판결에서는 “피고조합은 근로기준법이 적용되는 사업장이고 소위 망인은 단체협약에 기한 피고조합의 파견근무 명령에 따라 충남지역의료보험조합 노동조합의 업무만을 전임하게 되었으며, 피고조합으로부터 종전과 같은 대우를 받고 있었고 위 망인이 노조전임자로서의 과중한 업무수행 등으로 인한 정신적·육체적 과로가 위 망인의 사망의 원인이 된 질병의 주된 발생원인에 겹쳐서 이를 유발 또는 악화시켰다는 것이므로, 위 망인의 사망은 근로기준법 제82조, 제83조 소정의 업무상 사망에 해당한다”고 하였고, 대법원 1991.04.09. 선고, 90누10483 판결에서는 “노동조합의 간부인 근로자가 회사의 차량운행 승인을 공식적으로 받고 조합장을 동승시킨 채 회사소속 승용차를 운전하여 2일 후 거행될 동료조합원의 결혼식에 참석하여 단체협약에 정하여진 회사의 결혼축의금을 전달하기 위하여 가다가 차량충돌 사고로 사망하였는데, 차량운행 승인을 받은 것이 단체협약에 의하여 사무출장과 동일하게 취급할 수 있는 경우에 해당된다면, 위 사고가 결혼식 2일 전에 결혼장소로 가는 직근도로가 아닌 곳에서 발생한 것이더라도 위 망인은 회사의 업무수행 중 그 업무에 기인하여 사망한 것이라고 할 수밖에 없다”고 하였다.

반면에 판례는 앞서 살펴본 대로 전임자의 활동이 사용자와의 대립관계로 전환되는 쟁의행위 중의 재해에 대해서는 업무상 재해로 인정하지 않는다. 대표적인 판례로서 대법원 1997.06.10 선고 96누13866 판결을 보자.

“원심은 거시 증거에 의하여, 원고가 1994.6.24.~8.25. 회사의 노동조합이 노동쟁의의 일환으로 실시한 부분파업에 참여하여 매일 08:00~17:00까지 근무하고 퇴근 후에는 노동조합에서 설치한 텐트에서 하루도 빠짐없이 철야농성을 하였으며, 같은 달 25.~31. 하계휴가를 다녀온 다음 같은 해 9.1.부터 정상조업을 시작한 당일 이 사건 급성심근경색증 등이 발병한 사실... 이 사건 질병은 부분파업기간 중의 철야농성 등으로 인한 과로로 인하여 유발되었다고 추인함은 별론으로 하고, 업무상의 과로나 그 밖의 업무상 원인으로 인하여 발생하였다고 볼 수 없다고 판단하였는데, 기록에 의하여

관계 증거를 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 또한 사용자와 대립관계로 되는 쟁의단계에 들어간 이후의 노동조합 활동 중에 생긴 재해는 업무상 재해로 볼 수 없으므로, 원심판결에 소론과 같은 채증법칙 위배, 심리미진, 이유모순이나 업무상 재해에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.”

(3) 이상과 같은 판례의 입장, 즉 ‘전임자의 전임활동 중의 재해도 원칙적으로는 업무상 재해에 해당’하지만, ‘업무의 성질상 사용자의 사업과는 무관한 상부 또는 연합관계에 있는 노동단체와 관련된 활동이거나 불법적인 노동조합 활동 또는 사용자와 대립관계로 되는 쟁의단계에 들어간 이후의 노동조합 활동 중에 생긴 재해 등’은 업무상 재해가 아니라는 입장에 대해 최홍엽교수는 다음과 같이 비판하고 있다.<sup>69)</sup>

“우선 노동조합의 상부단체 또는 연합단체의 업무가 사용자의 업무와 무관하다고 하기 어렵다. 상부단체와 연합단체의 업무는 개별 노동조합 활동을 지원하고 조정하는 활동을 하고 있으므로, 개별 노동조합 활동의 연장선 위에 있다고 볼 수 있다.

쟁의행위는 사용자와 대립관계가 되는 것이므로 업무상 재해가 아니라는 것도 문제이다. 쟁의행위로 돌입하더라도 노조전임자도 여전히 근로자(종업원)의 신분을 유지하고 있다는 사실과, 산재보상보험의 취지가 근로관계로부터 발생하는 위험으로부터 근로자를 보호하는 것에 있다는 사실 등을 본다면, 쟁의행위기간 중의 재해도 업무상 재해로 보아야 할 것이다. 쟁의행위는 헌법상 단체행동권이 보장되고 있다는 점에서 알 수 있듯이 정상적인 노동조합 활동의 일환이며, 쟁의행위를 떼어놓고 노동조합의 업무를 생각하기 어렵다.

마지막으로 불법적인 노동조합 활동기간 중의 재해는 업무상 재해가 아니라는 것도 쉽게 단정할 수 없다. …… 합법적으로 활동하는 시간과 불법적으로 활동한 시간을 구별할 방법이 없으며, 가령 구별할 수 있는 경우에도 불법행위를 준비한 기간은 어떻게 처리할 것인지도 문제이다. 그리고

---

69) 최홍엽(1998), 253쪽.

불법행위가 있다면 그에 대한 손해배상청구라는 수단이 별도로 있기 때문에 불법행위로 인해 전임자와의 관계가 모두 단절된다고 보기는 어렵다.”

(4) 한편, 전임자와 관련된 산재보험료는 어떻게 산정해야 하고, 전임자의 휴업급여의 산정기준인 평균임금은 어떻게 산정해야 할까? 이 점에 대해 명시적으로 언급한 판례는 없다. 행정해석에서는 전임자에게 지급되는 금품은 일반적으로 임금으로 보지 않기 때문에 산재보험료의 산정임금에서 제외된다고 한다.<sup>70)</sup> 전임자의 평균임금은 전임기간 중 전임자가 지급 받는 급여가 아니라 동일지급·호봉의 동료근로자의 평균임금을 기준으로 하는 것이 합리적일 것이다.

### 3. 전임자와 고용보험법

(1) 고용보험법상 전임자의 지위와 관련하여 가장 크게 문제가 되는 점은 전임자 또는 전임자이었던 자의 고용관계가 종료된 경우, 그 자는 고용보험법상 실업급여를 수급할 수 있는가 하는 것이다. 현행 고용보험법은 전임자라고 해서 별도로 정하고 있지 않기 때문에 이 문제는 고용보험법의 해석 문제로 취급되고 있다. 그러므로 현행 고용보험법이 실업급여의 수급요건을 어떻게 정하고 있는가를 살펴볼 필요가 있다.

고용보험법상 실업급여는 구직급여와 취업촉진수당으로 구성되고, 후자는 다시 조기재취업수당, 직업능력개발수당, 광역구직활동비, 이주비로 나누어진다(제28조). 이 중 가장 중요한 것은 구직급여이며, 구직급여의 수급요건을 갖춘 경우에만 다른 실업급여, 즉 각종 취업촉진수당도 수급할 수 있다. 여기서 구직급여란 피보험자가 이직한 경우 ‘실업하고 있는

70) 노동부 2002.6.17. “임금이라 함은 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 지급하는 금품을 말하는 것인 바, 노동조합 간부가 사업장에 근로를 제공하지 않고 노동조합 업무만을 수행하는 경우, 원칙적으로 사용자가 노동조합 전임자에게 근로기준법상의 임금을 지급할 의무는 없는 것이며, 비록 사용자가 노동조합 전임자에게 금품을 지급하였다 하더라도 이를 근로의 대가로 지급된 근로기준법상의 임금으로 볼 수 없으므로 산재보험료 산정임금에서 제외된다.”

날'에 대하여 피보험기간과 연령을 감안하여 지급하는 소정급여일수 상당분의 급여를 말한다. 구직급여의 수급요건은 고용보험법 제31조에서 정하고 있다. 일용직 근로자가 아닌 일반근로자의 경우 수급요건은 다음 네 가지이다(제31조 제1항).

- 이직일 이전 18월간("기준기간") 피보험단위기간이 통산하여 180일이 상일 것
- 근로의 의사와 능력이 있음에도 불구하고 취업(영리사업을 영위하는 경우 포함)하지 못한 상태에 있을 것
- 이직사유가 제45조의 규정에 의한 수급자격의 제한사유에 해당하지 아니할 것<sup>71)</sup>
- 재취업을 위한 노력을 적극적으로 할 것

(2) 이 중 전임자와 관련하여 문제가 되는 것은 기준기간과 피보험단위기간이다. 기준기간은 피보험단위기간의 전제가 되는 것으로, 현행법은 기준기간을 이직일 이전 18개월로 하고 있다. 다만, 이직일 이전 18월간에 질병·부상 기타 대통령령이 정하는 사유로 인하여 계속하여 30일 이상 임금의 지급을 받을 수 없었던 피보험자의 경우에는 18월에 당해 사유에 의하여 임금의 지급을 받을 수 없었던 일수를 가산한 기간을 기준기간(3년을 초과할 때에는 3년)으로 한다(제31조 제2항). 그리고 피보험단위기간이란 기준기간 중 실제로 보험에 가입하여 보험료를 납부한 기간을 말한다. 실제의 계산은 피보험기간 중 임금지급의 기초가 된 날을 합하여 계산한다. 이러한 기준기간과 피보험단위기간이 문제가 되는 이유는 전임기간을 일종의 휴직기간으로 취급하기 때문이다.

(3) 1997.9.10.의 노동부고시가 나오기 이전에 노동부는 이 문제에 대해 형식적으로 접근했다. 즉 전임자는 전임기간 중에는 휴직상태에 있고, 단체협약 등에 의해 사용자로부터 급여를 지급받았던 경우라도 그것은 임금

71) 제45조가 정한 수급자격의 제한사유란 피보험자가 자기의 중대한 귀책사유로 해고되거나 정당한 사유 없는 자기사정으로 이직한 경우로서, 이 판단은 직업안정기관의 장이 한다.



이 아니기 때문에 구직급여의 수급요건을 결한 것으로 보았다. 실제로 “경방기계 노조위원장이 1997.2.28. 권고사직을 당한 후 노동부에 실업급여를 신청했으나, 노조전임자는 실업급여의 수급요건을 갖추고 있지 못하다는 이유로 거절된 적이 있다. 당시 노동부는 고용보험법상 고용보험급여(‘구직급여’가 정확한 표현임: 필자)의 수급자격은 ‘이직일 이전 18개월간(기준기간)에 피보험단위기간을 통산하여 12월 이상인 경우’에 지급한다는 조항(법 제31조 제1항) 등을 근거로 수급대상이 될 수 없다고 하였다.”<sup>72)</sup> 이러한 노동부의 입장의 핵심적 근거는 노조전임자가 받는 급여는 임금이 아니라서 전임기간은 피보험단위기간에 산입할 수 없다는 것이었다. 다만 노동부는 노조전임자의 경우에는 기준기간을 연장하는 조치를 취했지만,<sup>73)</sup> 모법(고용보험법)에서 정하고 있는 기준기간의 상한(3년)의 제한은 여전히 전임자의 구직급여 수급요건의 인정을 어렵게 하였다.

(4) 이러한 문제점을 해결하기 위해 1997년 8월의 개정 고용보험법에서는 ‘노동부장관이 고용보험료 등의 산정범위에 속하는 금품’을 정할 수 있도록 하였고, 이에 따라 1997년 9월 10일에는 노동부고시 제1997-25호를 제정하여 “노동조합및노동관계조정법 제24조의 규정에 의한 노동조합의 전임자가 그 전임기간 중 사업주 또는 노동조합으로부터 급여의 명목으로 지급받는 금품”을 고용보험법상 임금으로 본다”는 규정하였다. 이러한 입법조치에 대해 최홍엽교수는 비록 입법이론상으로는 문제가 없는 것은 아니지만,<sup>74)</sup> “지금까지 사회보장관계법에서도 대체로 근로기준법의 임금규정이 그대로 원용되어온 것에 비추어 보면 이례적인 것”이라고 평가했다.

(5) 한편, 최홍엽교수는 전임자에 대해 급여지급 금지의 유예가 종료되

72) 이상의 사례는 최홍엽(1998), 250쪽에서 인용.

73) 노동부고시 제1966-19호.

74) 최교수는 “임금의 범위에 추가될 급여의 종류를 노동부장관이 정하도록 하여 단지 노동부의 고시로서 범위를 정한 것은 입법이론상 문제가 있다고 생각한다. 고용보험료 산정기준이 되는 임금의 범위는 국민의 권리의무에 밀접한 사항인 만큼 법규명령으로 정해야지 행정명령인 고시로서 이를 정한 것은 부적절하다”고 지적한다(최홍엽(1998), 255쪽).

는 때에는 전임자의 실업급여와 관련하여 보험료 부담주체를 누구로 해야 하는가라는 문제가 발생할 수 있다고 하면서 “근로자 부담분은 전임근로자가 부담하겠으나 사업주가 부담해야 할 보험료는 원사업주가 부담해야 하는지, 아니면 노동조합이 부담해야 하는지에 대하여 논란이 있을 수 있”지만, “산업별 노조라면 전임자와 원사업주가 아무런 관계가 없으므로 산업별노조가 부담하겠으나 기업별노조가 계속 유지된다면 사업주가 부담해야 한다”<sup>75)</sup>고 주장한다.

#### 4. 올바른 해석론 등

##### 가. 출발점에서의 문제점

판례는 이미 살펴본 바와 같이 전임자의 사회보장법상 지위를 논함에서도 전임관계를 ‘휴직 유사한 관계’로 파악한다. 전임활동이 과연 산재보험법상 ‘업무’가 될 수 있는가라는 의문이나 전임기간이 고용보험법상 기준기간 또는 피보험단위기간에 포함될 수 있는가가 문제되고 있다. 전임자의 사회보장법상의 지위를 살펴볼 때 사회보장법상의 보장성과 같은 사회법적 고려를 해야 한다는 학설에서도 전임관계를 ‘휴직관계’로 보는 판례의 기본 출발점에서의 문제점은 극복하지 못하고 있다. 전임관계를 휴직관계로 보면, 그 기간 중 전임자가 받는 급여는 당연히 임금이 아니게 된다. 이 점은 전임자와 관련된 사회보장법 분쟁에 대한 판례와 행정해석의 입장에 일관되게 관철되고 있다.

이미 앞에서 살펴본 바와 같이 전임관계를 휴직과 유사한 관계로 파악하는 것은 잘못된 것이다. 전임관계의 핵심은 사용자에 의한 ‘노무제공의 면제’에 있는 것이 아니라 노조와 사용자 사이의 합의에 기초한 ‘노무제공 상대방의 변경’에 있다. 이 점은 전임관계 형성의 다음과 같은 구조를 보면 이해하기 쉽다.

전임관계의 기본적 내용은 전임자와 사용자가 아니라 노조와 사용자간

---

75) 최홍엽(1998), 255쪽.

의 협정에 의해 정해진다. 전임협정의 핵심은 사용자가 전임자(정확하게는 전임자가 될 근로자)에 대한 노무지휘권을 노동조합에 이양하는 것이다. 물론 전임협정에서 이양되는 노무지휘권에 일정한 제약을 부과할 수는 있겠지만, 그렇다고 노무지휘권의 (전부 또는 일부의) 이양이라는 전임협정의 성격이 바뀌는 것은 아니다.

전임자가 특정되는 두번째 단계는 노조와 전임예정자간의 전임계약의 체결이다. 전임자가 될 것인가는 조합원인 경우에도 당연한 의무로 보기는 어렵다. 더구나 비조합원도 전임자가 될 수 있다는 입장에서는 전임자의 특징은 계약이다. 전임계약은 노조와 사용자간에 체결된 전임협정에 기해 이양된 노무지휘권의 행사 등을 구체화하는 계약으로서 전형계약 중에서는 ‘고용계약’에 가장 유사한 형태의 무명계약이라고 할 수 있다. 따라서 전임자의 입장에서 볼 때, 전임이란 자신이 종전에 맡고 있던 직무와 전혀 성격이 다른 업무를 그것도 변경된 상대방에게 제공해야 하는 것으로 절대로 특혜적인 것으로 이해할 수 없다.

전임관계가 형성되는 마지막 단계는 사용자와 종업원(물론 전임예정자가 종업원이 아닌 경우에는 이 단계는 필요하지 않다)간의 전임발령이다. 전임협정과 그것을 구체화한 전임계약이 체결되면 노조는 이 사실을 사용자에게 통지하고 사용자는 전임계약이 전임협정을 위반한 경우와 같이 특별한 사정이 없는 한 해당 종업원에게 전임발령을 내려야 한다. 종업원은 전임계약의 체결에서 전임발령에 따르겠다는 의사표시를 하였다고 보는 것이 합리적이기 때문에 사용자가 전임협정이나 전임계약 외의 조건을 추가하거나 그 범위를 넘는 등의 특별한 사정이 없는 한, 전임발령에 따라야 한다.

이와 같이 전임관계는 휴직과 유사한 관계가 아니라 비사업적 파견과 유사한 관계가 되는 것이고 따라서 전임기간 중에 전임자는 원래의 사용자에게 대해서는 노무제공의무를 면하는 대신, 전임발령에 따라 노조의 전임업무에 종사할 의무를 진다. 사용자의 노무지휘권은 전임협정에 의해 노동조합에 이양되며 따라서 사용자의 노무지휘권과 관련된 인사·징계권은 전임기간 중 정지한다. 반면에 노무제공의무에 수반되지 않는 권리·의무는 전임기간 중에도 여전히 사용자와 전임자 사이에 존속한다.

전임관계를 이렇게 이해한다면, 전임자가 전임기간 중 사회보장법의 적용을 받는가를 따질 때에는 ‘사용자’와의 관련성보다는 전임자의 전임활동으로서 적정한 범위에 속하는가(전임협정 등에서 전임자를 둔 취지에 맞는 활동인가)라고 하는 ‘전임활동성’의 측면에서 살펴야 할 것이다.

#### 나. 전임자 급여의 성격에 대한 이해

전임자에 대한 사회보장법 적용에서 또 하나의 걸림돌은 전임자 급여는 임금인 아니라는 판례와 행정해석의 논리이다. 그러나 이 또한 문제가 있는 이해이다. 전임자에게 급여를 지급하기로 단체협약에서 정한 경우, 그것은 단체협약의 규범적 부분을 구성하고 따라서 규범적 효력이 있다는 점은 앞서 말한 바와 같다. 실제로 전임자에 대한 급여의 지급의무자와 액수는 노조와 사용자간의 단체협약 등 전임협정으로 정해진다. 사용자가 부담할 수도 있고, 노조가 부담할 수도 있지만, 우리나라에서는 사용자가 부담하는 경우가 거의 대부분이다. 전임관계를 파견과 유사한 관계로 보게 되면 전임자의 급여는 사용자가 부담하든 노조가 부담하든 임금으로 볼 수도 있다. 왜냐하면 항상 ‘원래의 사용자에게 직접 향해진 근로제공의 대가’만이 임금인 것은 아니다. 예를 들어 다른 회사로의 연수나 업무상 파견의 경우에도 원래 사용자가 해당 근로자에게 임금을 계속 지급하는 사례는 실무에서 드물지 않기 때문이다. 업무상 파견과 전임관계는 다른 것이라는 주장이 가능하겠지만, 그것은 사용자가 노조에 대해 주장할 수 있는 것으로 전임자에 대한 관계에서는 설득력이 약하다. 요컨대 사용자에게 대한 직접적인 노무제공의무가 면제된다고 하여 곧바로 전임자의 급여가 임금이 아니게 되는 것은 아니다. 다음으로 전임자에 대한 급여를 노조가 부담하는 경우에도 이는 임금의 성격을 가지는 것으로 보아야 한다. 전임자의 업무는 전임계약에 의해 행해지게 된다. 전임자는 비록 자신이 상당한 재량권을 가지는 경우에도 전임자에 대한 노무지휘권은 전임협정에 기해 여전히 노조가 포괄적으로 가지는 것이어서 그 관계는 ‘고용계약’과 유사하고 따라서 그 보수 역시 임금으로 볼 수 있을 것이다.

#### 다. 산재보험법상의 ‘업무성’의 이해

산재보험법상의 업무상 재해란 업무상의 사유에 의한 근로자의 부상, 질병, 신체장해 또는 사망을 말한다. 업무상 재해가 되기 위해서는 재해와 ‘업무’ 사이에 상당인과관계가 존재해야 한다. 그런데 전임자는 전임기간 중 노조를 위해 활동하게 되는데 이를 과연 산재보험법상 ‘업무’로 볼 수 있는가가 문제가 되었다. 이에 대해 판례는 일관되게 ‘전임자의 전임활동 중의 재해도 원칙적으로는 업무상 재해에 해당’하지만, ‘업무의 성질상 사용자의 사업과는 무관한 상부 또는 연합관계에 있는 노동단체와 관련된 활동이거나 불법적인 노동조합 활동 또는 사용자와 대립관계로 되는 쟁의 단계에 들어간 이후의 노동조합 활동 중에 생긴 재해 등’은 업무상 재해가 아니라고 한다. 이러한 견해에 대해 최홍엽교수는 전임자의 노동조합의 상부단체 또는 연합단체에서의 업무도 사용자의 업무와 무관하지 않고, 쟁의행위에 돌입한 이후의 노조활동도 전임자의 본래 전임업무에 속하며, 불법적인 노동조합 활동기간 중의 재해 역시 불법행위에 대한 손해배상책임은 별론으로 하더라도 이를 당연히 업무상 재해에서 제외하는 것은 곤란하다는 입장을 보이고 있다.

판례의 입장은 전임자의 전임활동을 ‘사용자의 노무관리행위의 하나’로 보는 데서 출발한다. 따라서 사용자의 노무관리와 무관하거나 노무관리에 저해를 가져온다고 보이는 쟁의행위나 불법적인 노조활동은 산재보험법상 ‘업무’에서 제외한다. 그러나 이러한 이해는 전임관계가 노사의 합의에 의해 형성되었고, 이에 따라 전임기간 중 전임자가 제공하는 노무가 노조의 업무를 향하고 있다는 점을 간과하고 있다. 전임자의 재해가 업무에 기인한 것인가는 ‘사용자의 노무관리’에 기여하는가에 의해 판단되어서는 아니되며, 전임활동으로서 적정한 활동범위에 속했는가, 즉 ‘전임활동성’ 여부 따라 판단되어야 할 것이다. 전임활동성은 전임협정의 규정과 취지 등에 따라 결정될 수 있을 것이다. 그러므로 상급단체에서의 활동이나 쟁의행위에 돌입한 이후의 활동 등을 당연히 산재보험법상 ‘업무’에서 제외하는 것은 타당하지 않으며, 전임활동성의 범위에 속하는가에 따라 결정해야 할 것이다.

또한 산재보험법상 ‘업무’를 지나치게 사용자의 사업과의 관련성에서만 찾는 것도 문제이다. 산재보험법은 사용자책임을 명확히 하는 노동법과 달리 전체 국민경제적 또는 산업적 관점에서 접근할 필요가 있다. 이렇게 보면 전임자제도는 건전한 노사관계의 유지·발전을 위해 필요한 제도로 볼 수 있고, 산재보험법상 업무성의 범위에 전임활동도 자연스럽게 포함될 수 있을 것이라고 생각한다.

#### 라. 전임자에 대한 고용보험법의 적용

고용보험법상 전임자의 지위와 관련하여 가장 크게 문제가 되는 점은 전임자 또는 전임자이었던 자의 고용관계가 종료된 경우, 그 자는 고용보험법상 실업급여를 수급할 수 있는가 하는 것이다. 이에 대해 현행 고용보험법령은 노동부고시 제1997-25호를 통해 “노동조합및노동관계조정법 제24조의 규정에 의한 노동조합의 전임자가 그 전임기간 중 사업주 또는 노동조합으로부터 급여의 명목으로 지급받는 금품”을 고용보험법상 임금으로 본다”고 함으로써 이 문제를 해결하고 있다. 100%에 가까운 전임자가 사용자로부터 급여를 받고 있는 현재의 상태만을 보면, 이 규정에 의해 전임자의 고용보험법 적용상의 장애는 사라진 듯하다. 그러나 전임자에 대한 급여지급이 완전히 금지되는 2007년부터는 문제가 될 수 있다. 동일한 문제가 현재 노조가 전임자의 급여를 지급하는 경우에도 발생할 수 있다. 그런데 전임자의 급여에 대한 이해에서 이미 언급한 바와 같이 전임자가 사용자로부터 급여를 받든 노조로부터 급여를 받든 그것은 임금의 성격을 가지는 것으로 보는 것이 타당한 해결책이라고 생각한다. 다만, 보험료 산정 및 급여수준의 결정 단위를 어떻게 할 것인가가 문제될 수 있는데, 해석론으로서 동일직급·호봉인 동료근로자의 평균임금을 기준으로 하는 것이 타당할 것이다. 그러나 이 문제는 입법에서 분명하게 정할 필요가 있는 사항이다.

## VI. 결론 : 요약과 정리

### 1. 개관

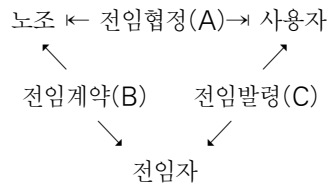
전임자제도와 관련된 관례의 입장은 집단적 노사관계법, 개별적 근로관계법 및 사회보장법에서 각각 전임제도의 한 측면만을 강조하고 있는 듯한 인상이다. 집단적 노사관계법에서는 노조와 사용자간의 관계(전임협정 또는 전임자조항 관계)만을, 개별적 근로관계법에서는 전임자와 사용자간의 관계(전임발령 관계)만을 그리고 사회보장법(산재보험법)에서는 전임자 활동의 '노무관리'적 측면만을 강조하고 있다.

이러한 입장은 전임자제도의 전체적인 조망과 이해를 어렵게 한다. 전임자제도는 전임관계의 삼면적 성격을 이해하는 데에서 출발해야 한다. 전임관계는 본래 노조, 사용자 및 전임자간의 삼면적 관계이다. 이를 간략하게 정리하면 다음과 같다. 전임관계의 시작은 노조와 사용자간의 전임협정의 체결이다. 여기서의 핵심은 사용자가 전임자에 대한 노무지휘권을 노동조합에 이양하는 것이다. 그리고 전임협정에서 전임자제도의 기본 틀(선임·해임절차나 활동범위 등은 제외)이 정해진다. 두번째 단계는 노조와 전임예정자간의 전임계약의 체결이다. 전임자가 될 것인가는 조합원인 경우에도 당연한 의무로 보기는 어렵다. 더구나 비조합원도 전임자가 될 수 있다는 입장에서는 전임자의 특징을 위해서는 노조와 전임예정자간의 전임계약이 체결되어야 한다. 전임계약은 노조와 사용자간에 체결된 전임협정에 기해 이양된 노무지휘권의 행사 등을 구체화하는 계약이다. 마지막 단계는 사용자와 전임(예정)자간의 전임발령이다. 전임협정과 그것을 구체화한 전임계약이 체결되면 노조는 이 사실을 사용자에게 통지하고 사용자는 전임계약이 전임협정을 위반한 경우와 같이 특별한 사정이 없는 한 해당 종업원에게 전임발령을 내려야 한다. 종업원은 전임계약의 체결에서 전임발령에 따르겠다는 의사표시를 하였다고 보는 것이 합리적이기 때문

에 사용자가 전임협정이나 전임계약 외의 조건을 추가하거나 그 범위를 넘는 등의 특별한 사정이 없는 한, 전임발령에 따라야 한다.

이렇듯 전임관계는 비사업적 파견과 유사한 삼면적 관계이다. 그러나 그렇다고 전임관계가 파견관계와 그 구조가 전적으로 같은 것은 아니다. 가령 전임관계는 전임근로자가 종업원과 조합원이라는 이중의 지위에 기해 사용자 및 노조와 각각 합의함으로써 성립한다는 점에서는 파견과는 다르다. 또한 전임관계의 구체적 내용의 결정에서는 노조가 주도성을 가진다는 것도 파견과 다른 점이다. 결국 전임관계는 파견과 유사하지만, 집단적 노사관계법상의 제도라는 특수성에서 함께 가지는 계약관계이다. 즉 전임관계는 파견과 유사한 집단법적 계약관계이다. 전임자제도에 대한 올바른 접근은 이러한 기본적 특성에 대한 이해에 바탕해야만 가능할 것이다.

(그림 VI-1) 전임관계의 3면 구조



## 2. 전임자의 집단적 노사관계법상의 지위

(1) 우선, 전임자제도의 법적 근거는 판례와 다수 학설에서 주장되는 바와 같이 협정설로 보는 것이 타당하다. 사용자가 지는 단결권 존중의무에 노조의 단결권 강화를 위해 적극적으로 협조할 의무를 포함한다고 보기 어렵기 때문이다. 즉 전임자제도의 기본적으로 편의제공의 하나이며, 편의제공은 원칙적으로 사용자의 동의를 필요로 한다. 그러나 다른 한편, 전임자제도의 기본 목적은 단결권의 유지·강화에 있다. 이러한 기본 목적에 기여하기 위해서는 전임자제도에 대한 사용자의 개입은 일정한 한계를 가질 수밖에 없다. 다시 말해 전임자제도가 비록 사용자의 동의가 있어야만



인정될 수 있다고 하더라도, 전임자제도가 본래의 목적인 단결권의 유지·강화를 달성하기 위해서는 상당부분의 내용이 노조의 자치에 의해 정해져야 한다. 전임자의 선정·해임절차나 전임자의 활동범위 등은 원칙적으로 노조자치에 속해야 할 것이다. 이 점은 전임자제도가 편의제공의 성격을 가진다고 해서 달라지지는 않는다. 본래 편의제공에도 일정한 한계가 있기 마련이다. 즉 편의제공에 특정한 조건을 추가할 수는 있겠지만 강행법규에 위반하는 조건은 허용되지 않는다. 가장 중요한 제한은 부당노동행위 규정에 의한 제한일 것이다.

(2) 다음으로 전임자가 될 수 있는 자에 대해 법에서는 특별한 제한 규정이 없기 때문에 단체협약 기타 노사의 합의에서 특별한 제한이 없는 한, 근로자에 해당하면 전임자가 될 수 있다고 보는 것이 타당하다. 반드시 당해 노동조합의 조합원이 아니어도 무방하며, 심지어 관련 사용자와 직접 근로계약관계에 있는 자가 아니라도 무방할 것이다.

(3) 판례는 전임자제도를 임의적 교섭사항으로 보아 단체교섭에 포함시킬 수는 있지만 쟁의행위나 쟁의조정 대상은 아니라고 한다. 그에 비해 학설은 전임자제도는 집단적 노사관계에 관한 사항으로 의무적 교섭사항이고, 따라서 당연히 쟁의행위의 대상도 되고 쟁의조정 대상인 ‘노동쟁의’에 속하는 사항으로 이해한다. 학설의 입장이 타당하다.

(4) 학설과 판례는 전임자 조항의 법적 성격을 채무적 사항으로 이해한다. 그러나 이러한 견해는 전임자 조항에 근거하여 발생하는 법률관계 중에서 노동조합과 사용자간의 관계만을 보고 나머지 측면, 즉 노조와 전임자의 관계 및 사용자와 전임자의 관계를 간과하고 있다. 전임자 조항에는 노조와 사용자 사이의 관계에 관한 것도 있지만, 동시에 사용자와 전임자 사이에 전임자라는 근로자의 근로조건 기타 대우에 관한 사항도 존재한다. 그러므로 전임자 조항 중 전임자수 및 활동 등과 같이 전임 자체에 관한 부분은 노조와 사용자간의 편의제공으로서 채무적 부분으로 보아야 하지만, 전임자의 대우에 관한 부분은 ‘근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준’으로서 규범적 부분으로 보아야 한다. 따라서 후자의 부분, 즉 전임

자의 급여 기타 대우에 관한 사항에 대해서는 규범적 효력이 인정된다.

(5) 전임자와 부당노동행위의 관계에 대해서는 다음과 같이 보는 것이 타당하다.

우선, 부당노동행위로서 금지되는 사용자의 급여지급은 제81조의 ‘금지 규정’으로서의 성격에 비추어 엄격하게 해석해야 할 것이다. 따라서 완전 전임이 아닌 필요시 전임이나 시간제 전임의 경우에는 급여지급이 금지되지 않는 것으로 보아야 할 것이다. 또한 필요시 전임 등의 경우에 이들에 대한 급여지급을 노조법 제81조 제4호에서 부당노동행위에서 제외되는 행위로 명시한 교섭이나 협의를 위한 시간의 허용과 구별하는 것도 사실상 어렵다. 부칙 제6조 역시 확장해석하는 것은 타당하지 않다. 사업장과 조합원의 상황 등에 따라 증원하는 것도 허용된다고 보아야 할 것이다.

다음으로 우리 판례는 전임자와 관련된 부당노동행위 사건에서 전임자제도의 구조와 특성을 제대로 반영하지 못하고 있다. 이 분야에서는 전임자제도의 특성과 함께 우리나라 전임자제도의 실태 및 전임제도의 목적 등을 고려한 접근이 필요하다. 특히 전임발령이나 전임해제발령 전후의 해고에 대해서는 조합활동 보호의 차원에서 일반근로자에 비해 두터운 보호가 전임자에게 주어지도록 해야 할 것이다.

### 3. 전임자의 개별적 근로관계법상의 이해

(1) 우리 판례와 학설은 일관되게 전임자와 사용자간의 근로관계를 휴직과 유사한 관계로 보고 있다. 그러나 이러한 이해는 전임관계의 실질과 부합하지 않는다. 전임관계는 휴직과 유사한 관계가 아니라, 비사업적 근로자 파견과 유사한 관계이다. 사용자와의 관계에서 노무제공의무가 면제된다는 측면만을 강조하면 휴직과 유사하지만, 실제 전임은 ‘노무제공의 면제’라기보다 ‘노무제공 상대방의 변경’으로 보아야 한다.

#### (2) 전임자의 노무제공의무·출근의무

전임자는 전임기간 중 사용자에 대한 노무제공의무가 정지된다고 보는데 판례·학설은 일치하고 있다. 그런데 판례는 출근의무는 인정하고, 학설

은 출근의무를 인정하는 판례에 대해 비판적이다. 이에 대해 학설의 태도가 타당하다고 생각된다. 즉 전임자의 근로관계는 전임협정과 전임발령에 따라 정해지는데, 이에 따라 전임자는 사용자에게 대해서는 노무제공의무를 면하는 대신, 전임발령에 따라 노조의 전임업무에 종사할 의무를 진다. 노무제공의무가 면제되기 때문에 출근의무와 같이 노무제공의무에 수반되는 의무나 그에 준하는 의무도 당연히 면제된다.

(3) 판례는 전임자의 급여가 임금이라고 보고 있다. 그러나 이러한 이해는 타당하지 않다. 전임자에 대한 급여의 지급의무자와 액수는 전임협정으로 정한다. 사용자가 부담할 수도 있고, 노조가 부담할 수도 있다. 전임관계를 파견과 유사한 관계로 보게 되면 전임자의 급여는 사용자가 부담하든 노조가 부담하든 임금으로 볼 수도 있을 것이다. 그러나 사용자가 지급하는 경우에도 판례는 전임자의 급여는 ‘근로제공의 대가’가 아니어서 임금이 아니라고 한다. 그러나 항상 ‘사용자에 직접 향해진 근로제공의 대가’만이 임금이라고 보는 것은 현실에 맞지 않는다. 한편, 파업이 발생한 경우의 노조전임자의 급여에 대해 판례의 입장은 갈린다. 그러나 전임자의 파업참가는 일반근로자의 그것과는 다르게 보아야 한다. 파업이란 일반근로자의 경우에는 사용자와의 관계에서 근로계약 소정의 근로제공의무를 중단한 것인 반면, 전임자의 경우에는 전임협정과 전임계약의 취지에 부합하는 전임업무에 종사한 것이다. 즉 전자는 임금청구권에 상응하는 근로계약상의 의무를 이행하지 않은 행위를 한 것이지만, 후자는 급여청구권에 상응하는 전임협정·계약상의 의무를 이행한 행위를 한 것이다.

(4) 전임자의 대우는 전임협정에서 정하되, 노조법 제81조 제1호의 취지에 따라 다른 근로자보다 불이익하게 취급하는 것은 금지된다고 보아야 한다. 여기서 불이익 취급의 금지란 노조전임자라는 이유로 불리한 처우를 하는 것을 금지하는 것으로 단순히 평등하게 대우하는 것뿐만 아니라 일정한 경우에는 유리하게 대우하는 것도 배제하지 않는다.

한편, 전임활동에 대한 평가권은 원칙적으로 노조에 있다. 따라서 노조가 전임계약의 해지 기타 통제권을 행사하고 이를 사용자에게 통지하는

경우나 노조가 그렇게 해야 할 사정이 있는데도 전임계약을 해지하지 않고 있는 등 특별한 사정이 없는 한, 사용자가 임의적으로 전임발령을 취소하거나 전임자에 대한 대우를 변경할 수는 없다.

#### 4. 전임자의 사회보장법에서의 지위

(1) 판례는 전임자의 사회보장법상 지위를 논함에서도 전임관계를 ‘휴직 유사한 관계’로 파악하는 데에서 출발한다. 그에 따라 전임활동이 과연 산재보험법상 ‘업무’가 될 수 있는가라는 의문이나 전임기간이 고용보험법상 기준기간 또는 피보험단위기간에 포함될 수 있는가가 문제되고 있다. 전임자의 사회보장법상의 지위를 살펴볼 때 사회보장법상의 보장성과 같은 사회법적 고려를 해야 한다는 학설에서도 전임관계를 ‘휴직관계’로 보는 판례의 기본 출발점에서의 문제점은 극복하지 못하고 있다. 전임관계를 휴직관계로 보면, 그 기간 중 전임자가 받는 급여는 당연히 임금이지 아니게 된다. 이 점은 전임자와 관련된 사회보장법 분쟁에 대한 판례와 행정해석의 입장에 일관되게 관철되고 있다. 그러나 이미 앞서 살펴본 대로 전임관계를 휴직과 유사한 관계로 파악하는 것은 잘못된 것이다. 다시 말하지만 전임관계의 핵심은 사용자에게 의한 ‘노무제공의 면제’에 있는 것이 아니라 노조와 사용자 사이의 합의에 기초한 ‘노무제공 상대방의 변경’에 있다. 전임관계를 이렇게 이해한다면, 전임자가 전임기간 중 사회보장법의 적용을 받는가를 따질 때에는 ‘사용자’와의 관련성보다는 전임자의 전임활동으로서 적정한 범위에 속하는가(전임협정 등에서 전임자를 둔 취지에 맞는 활동인가)라고 하는 ‘전임활동성’의 측면에서 살펴야 할 것이다.

(2) 전임자 급여는 임금이 아니라는 판례와 행정해석의 입장은 전임자의 사회보장법상 지위를 어렵게 한다. 그런데 전임관계를 파견과 유사한 관계로 보게 되면 전임자의 급여는 사용자가 부담하든 노조가 부담하든 임금으로 볼 수도 있다.

(3) 전임활동 중의 재해를 산재보험법상 업무상 재해로 볼 수 있는가에 대해 판례는 ‘전임자의 전임활동 중의 재해도 원칙적으로는 업무상 재해

에 해당'하지만, '업무의 성질상 사용자의 사업과는 무관한 상부 또는 연합 관계에 있는 노동단체와 관련된 활동이거나 불법적인 노동조합 활동 또는 사용자와 대립관계로 되는 쟁의단계에 들어간 이후의 노동조합 활동 중에 생긴 재해 등'은 업무상 재해가 아니라고 한다. 그런데 판례의 입장은 전임자의 전임활동을 '사용자의 노무관리행위의 하나'로 보는 데서 출발한다. 따라서 사용자의 노무관리와 무관하거나 노무관리에 저해를 가져온다고 보이는 쟁의행위나 불법적인 노조활동은 산재보험법상 '업무'에서 제외한다. 그러나 이러한 이해는 전임관계가 노사의 합의에 의해 형성되었고, 이에 따라 전임기간 중 전임자가 제공하는 노무가 노조의 업무를 향하고 있다는 점을 간과하고 있다. 전임자의 재해가 업무에 기인한 것인가는 '사용자의 노무관리'에 기여하는가에 의해 판단되어서는 아니되며, 전임활동으로서 적정한 활동범위에 속했는가, 즉 '전임활동성' 여부에 따라 판단되어야 할 것이다. 전임활동성은 전임협정의 규정과 취지 등에 따라 결정될 수 있을 것이다. 그러므로 상급단체에서의 활동이나 쟁의행위에 돌입한 이후의 활동 등을 당연히 산재보험법상 '업무'에서 제외하는 것은 타당하지 않으며, 전임활동성의 범위에 속하는가에 따라 결정해야 할 것이다.

(4) 고용보험법상 전임자의 지위와 관련하여 가장 크게 문제가 되는 점은 전임자 또는 전임자이었던 자의 고용관계가 종료된 경우, 그 자는 고용보험법상 실업급여를 지급할 수 있는가 하는 것이다. 이에 대해 현행 고용보험법령은 노동부고시 제1997-25호를 통해 "노동조합및노동관계조정법 제24조의 규정에 의한 노동조합의 전임자가 그 전임기간 중 사업주 또는 노동조합으로부터 급여의 명목으로 지급받는 금품"을 고용보험법상 임금으로 본다"고 함으로써 이 문제를 해결하고 있다. 100%에 가까운 전임자가 사용자로부터 급여를 받고 있는 현재의 상태만을 보면, 이 규정에 의해 전임자의 고용보험법 적용상의 장애는 사라진 듯하다. 그러나 전임자에 대한 급여지급이 완전히 금지되는 2007년부터는 문제가 될 수 있다. 동일한 문제가 현재 노조가 전임자의 급여를 지급하는 경우에도 발생할 수 있다. 그런데 전임자의 급여에 대한 이해에서 이미 언급한 바와 같이 전임자가 사용자로부터 급여를 받든 노조로부터 급여를 받든 그것은 임금의 성격을

가지는 것으로 보는 것이 타당한 해결책이라고 생각한다. 다만, 보험료 산정 및 급여수준의 결정단위를 어떻게 할 것인가가 문제될 수 있는데, 해석론으로서는 동일직급·호봉인 동료근로자의 평균임금을 기준으로 하는 것이 타당할 것이다. 그러나 이 문제는 입법에서 분명하게 정할 필요가 있는 사항이다.