노 동 정 책 연 구
2008. 제8권 제2호 pp.83~113
ⓒ 한 국 노 동 연 구 원

연구논문

필수유지업무제도에 대한 법리 검토*

이 준 희**

필수유지업무제도가 2008년 1월 1일부터 시행되고 있으나, 기본적인 필수유지업무의 개념에 대한 논쟁으로부터 시작하여 아직까지도 수많은 쟁점들이 명확하게 정리되지 못하고 있다. 이 논문은 필수유지업무제도의 운영을 위해 반드시 해명되어야 할 쟁점들을 발견하고, 그 쟁점들을 현행법의 한계 안에서 가장 합리적으로 인식하고 해결하는 것을 목적으로 하여 작성되었다. 필수유지업무제도에 대한 일관된 해석을 위해서는 필수유지업무의 개념과 필수유지업무협정의 법적 성격의 규명이 무엇보다 중요하다. 따라서 우리나라의 필수유지업무 개념이 국제사회의 보편적인 필수서비스 등의 개념과 어떻게 다른지 비교하고, 필수유지업무협정의 법적 성격이 단체협약과 어떻게 구별되는지에 대하여 논의하는 것으로부터 각 쟁점에 대하여 접근하였다.

핵심용어 : 필수유지업무, 필수유지업무협정, 필수유지업무결정, 대체근로, 필수서비스, 최소서비스, 단체협약, 협정근로

논문접수일 : 2008년 5월 9일, 심사의뢰일 : 2008년 5월 13일, 심사완료일 : 2008년 6월 16일
* 이 논문의 내용은 한국경영자총협회의 공식 입장과는 무관한 개인적 연구임을 밝힌다.
** 한국경영자총협회 법제2팀 책임전문위원(ljunny@hanmail.net).

Ⅰ. 문제 제기

2006년 9월 11일 노사정대표자회의에서 「노사관계 법 · 제도 선진화방안」에 대한 합의가 이루어졌다. 이 합의의 주요 내용은 복수노조 설립 및 노조전임자 급여지급 금지 규정의 적용을 2010년까지 미루는 것이었고, 그에 대한 비판에 여론이 집중되었다. 그러나 이 날의 합의에는 복수노조나 노조전임자 문제 외에 필수공익사업에 대한 직권중재제도를 폐지하고, 필수유지업무제도를 새롭게 도입하는 중요한 내용이 포함되어 있었다. 필수유지업무제도는 2008년도에 들어서 대상 사업장들에서는 핵심적인 쟁점으로 부각되고 있다. 현재 중앙노동위원회 및 각 지방노동위원회에는 다수의 필수유지업무결정 신청이 제기되어 이에 대한 검토가 진행 중이고, 다수의 사업장에서 필수유지업무협정이 체결되었거나 체결 중에 있다.

필수유지업무와 관련해서는 법리적 또는 실무적으로 무수한 문제가 제기될 수 있음에도 불구하고 아직 충분한 논의가 진행되지 못하고 있고, 법원의 판례나 노동위원회 결정례가 충분히 집적되지도 못한 상태이다. 필수유지업무의 개념으로부터 시작해서 시행령에 규정된 필수유지업무 범위의 정당성, 운영절차, 노동위원회 결정 절차 등 모든 쟁점에 대한 법률적 해명이 필요한 상황이다.

아래에서는 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노조법') 시행령상 필수유지업무의 범위에 대한 논의는 생략하고[1], 필수유지업무의 개념 및 필수유지업무협정의 성격, 체결 절차와 이행 절차에서 제기되는 문제점들에 대한 현행법의 해석론과 법리적 설명을 시도하였다. 가능한 최대한의 쟁점을 발견하려고 노력하였으며 그에 관한 일관된 해석론의 전개에 중점을 두었음을 밝힌다.

---

1) 이에 대하여 자세한 것은 김기우 · 권혁, 『필수유지업무 범위에 관한 연구』, 한국노총 중앙연구원, 2007; 문무기 외 4인, 『공익사업 실태 및 필수유지업무의 범위에 관한 연구』, 노동부, 2006 등의 연구를 참조하길 바란다.

Ⅱ. 필수공익사업 및 필수유지업무의 개념

1. 필수공익사업의 개념

노조법은 먼저 제71조 제1항에서 공익사업을 정의하고, 이어서 제2항에서 필수공익사업을 정의하고 있다. 이 규정에 따르면, 필수공익사업이란 "공익사업 중에서 그 업무의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하거나 국민경제를 현저히 저해하고 그 업무의 대체가 용이하지 아니한 사업"으로서, "① 철도사업, 도시철도사업 및 항공운수사업, ② 수도사업, 전기사업, 가스사업, 석유정제사업 및 석유공급사업, ③ 병원사업 및 혈액공급사업, ④ 한국은행사업, ⑤ 통신사업"을 말한다.

2. 필수유지업무의 개념

노조법 제42조의 2에 따르면 필수유지업무란 "필수공익사업에 해당하는 업무 중 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무로서 대통령령으로 정하는 업무[2]"를 말한다. 이와 같이 정의되는 우리나라의 필수유지업무가 ILO가 제시하는 필수서비스(essential services) 또는 최소서비스(minimum service) 중 어느 개념에 해당하는가를 명확하게 설명하기는 어렵다.

가. 필수서비스와 최소서비스의 개념

ILO 결사의 자유위원회(Committee on Freedom of Association)에 따르면, 필수서비스란 "그 중단이 생명, 개인적 안전, 공중(公衆) 전체 또는 일부의 보건에 명백하고 즉각적인 위해를 초래하는 서비스[3]"를 의미하며, 병원 분야·전력

2) 노동조합 및 노동관계조정법 시행령 [별표 1] 필수공익사업별 필수유지업무.
3) Freedom of Association, *Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association*

공급 분야 · 물 공급 분야 · 전화 · 경찰 또는 군대 · 소방 분야 · 감옥 분야 · 학교 급식 또는 청소 분야 · 항공관제 분야 등이 필수서비스에 해당될 수 있다고 한다[4]. 최소서비스란 ① 그 중단이 생명, 개인적 안전, 공중 전체 또는 일부의 보건에 명백하고 즉각적인 위해를 초래하는 서비스(엄격한 의미에서의 필수서비스), ② 엄격한 의미에서의 필수서비스에는 해당하지 않지만 파업의 강도나 기간에 비추어 그 결과가 공중의 정상적인 생활여건에 위해를 주는 국가긴급사태를 초래할 정도에 이르는 경우, ③ 기본적인 중요성이 인정되는 공공서비스[5]를 말한다. 도서지역에서의 운송서비스(ferry service), 국영 항만기업 또는 항만하역업무, 지하철 또는 철도서비스, 여객 또는 상품 운송서비스 등[6]은 본래 의미의 필수서비스에는 해당되지 않으나, 최소서비스에는 해당될 수 있다고 한다.

나. 필수서비스 또는 최소서비스와 필수유지업무의 구별

ILO의 필수서비스 또는 최소서비스와 우리 노조법상의 필수유지업무가 어떠한 관계가 있는가에 대해서는 여러 가지 견해가 제시되고 있다.

우선, 원칙적으로 단체행동이 금지되는 것이 필수서비스이며, 일정 수준 이상의 최소한의 서비스가 제공되도록 한다면 단체행동이 가능한 것이 최소서비스라고 이해하는 시각을 가진다면 우리나라의 필수유지업무는 ILO의 최소서비스에 해당한다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 단순히 해당 업무의 단체행동이 전면 금지되는가 아니면 최소한의 수행을 유보한 상태에서 단체행동이 제한적으로 허용되는 것인가 하는 것으로서 필수서비스와 최소서비스를 나누는 것은 필수서비스와 최소서비스의 개념이 법률이 허용하는 사후적인 효과에 따라 달라질 수 있다는 것으로서 개념을 공허하게 만드는 문제점이 있다. 같은 관점을 가지고 접근하면서도 우리 노조법상의 필수공익사업은 필수서비스, 필수유지업무는 최소서비스와 유사하다고 보는 견해가 있다[7]. 그러나 우리 노조법상 필

Committee of the Governing Body of the ILO(Fifth edition)(이하 'Freedom of Association, Digest of Decisions and Principles'), 2006, p.581.

4) Freedom of Association, *Digest of Decisions and Principles*, 2006, p.585.

5) Freedom of Association, *Digest of Decisions and Principles*, 2006, p.606.

6) Freedom of Association, *Digest of Decisions and Principles*, 2006, pp.615~617, p.619, p.621 등.

수공익사업 개념의 외연이 필수유지업무 개념보다 크다는 점에서 이와 같은 이해는 모순이 있다.

한편 ILO가 필수서비스는 항상 복수로 사용하고(essential services), 최소서비스는 단수로 사용(minimum service)한다는 점에 착안하여 필수서비스는 '유형적 표현'이고 최소서비스는 '개념적 표현'으로서 필수서비스는 이러저러한 서비스들을 아우를 때 사용하는 표현이고 최소서비스는 어떠어떠한 제도적 틀을 지칭할 때 사용하는 표현이라고, 이해하는 견해가 있다[8]. 이 견해에 따를 경우 우리 노조법상 필수유지업무는 필수서비스에 가깝고 필수유지업무협정 또는 노동위원회의 결정에 따라 유지될 업무는 최소서비스에 가깝다고 한다. 이러한 분류는 필수서비스가 유형적 표현일 수 있다는 점을 지적했다는 점에서 매우 경청할 만하다. 그러나 ILO 결사의 자유위원회가 필수서비스와 최소서비스에 포함될 수 있는 서비스의 분야 목록을 각각 별도로 제시하고 있다는 점에서 충분한 설명이라고 보기는 어렵다.

위의 견해들은 필수서비스와 최소서비스를 이해하는 데에 매우 중요한 단서를 제공해주고 있으나 양 개념을 명확히 구별하고 이를 바탕으로 우리의 필수유지업무를 이해하는 데에는 다소 부족한 점이 있다. 필수서비스와 최소서비스는 수행되는 각 업무의 본질적 성격에 따라 나누어지는 것이라고 이해하는 것이 타당하다고 생각한다. 즉 필수서비스는 어떠한 상황에서도 파업이 금지되며 반드시 수행되어야 하는 필수적인 업무의 목록을 제시한 것이고, 최소서비스는 필수유지업무에는 해당하지 않으나 정책적 판단에 의해 단체행동권이 행사되는 와중에도 최소한의 수준 이상 해당 업무를 유지하도록 강제하는 업무를 말하는 것으로 볼 수 있다. 이러한 관점에서 보면 우리나라의 필수유지업무는 ILO의 필수서비스에 해당되는 업무를 근간으로 하면서 최소서비스에 포함될 수 있는 업무를 일부 추가하여 대상 업무를 규정하고, 그 업무들에 대하여 최소한의 업무 수행이 보장된 상태에서 단체행동을 할 수 있도록 허용하는 제도라고 보는 것이 타당하다고 생각한다. 즉 우리나라의 필수유지업무는 ILO의 필수

---

7) 민주노총, "필수유지업무 시행령 개정에 대한 민주노총 입장," 「필수유지업무 제도화를 위한 공개토론회」 토론문, 2007, p.4.

8) 박제성, 「필수공익사업의 쟁의행위에 대한 새로운 규율 : 필수유지업무와 대체근로」, 『노동정책연구』, 제7권 제3호, 2007, p.148.

서비스와 최소서비스가 혼재된 것으로서 어느 것에도 속하지 않는 제3의 제도라고 평가할 수 있을 것이다[9]. ILO 결사의 자유위원회가 각각에 해당할 수 있는 서비스 분야의 목록을 제시하는 것도 이와 같은 태도를 갖고 있기 때문인 것으로 보인다.

3. 필수유지업무에 해당할 경우의 법률 효과

가. 쟁의행위 기간 중 필수유지업무의 유지

노조법 제42조의 2 제2항은 "필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다"고 규정하고 있다. 따라서 노동조합은 그 유지·운영 임무를 수행하는 조합원을 쟁의행위에 참가하게 함으로써 필수유지업무의 유지·운영을 정지·폐지하는 행위를 할 수 없고, 조합원 또는 비조합원이 그러한 임무를 수행하는 것을 방해할 수도 없다[10]. 이에 위반할 경우 벌칙이 적용된다[11].

나. 대체근로 허용

노조법 제43조 제3항과 제4항은 필수공익사업의 경우 쟁의행위 기간 중 파업참가자의 100분의 50 범위 내에서 대체근로를 허용하고 있다. 개념상 필수공익사업에는 필수유지업무가 포함되므로 필수유지업무에 대해서도 대체근로가 허용된다고 보아야 한다.[12] 그러나 필수유지업무의 유지가 강제되는 필수유지업무에 대해서도 대체근로를 허용하는 것은 단체행동권에 대한 지나친 제한이 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다. 이러한 문제로 인해 필수유지업무 해당 사업장에는 대체근로자를 투입할 수 없다는 주장[13]이 있으나, 이러한 주장은

9) 필수유지업무의 영문 명칭에 대해서도 정립된 안을 찾기 어렵다. 일단 우리 노동조합 및 노동관계조정법상 필수유지업무의 개념을 이상과 같이 정리한다는 전제하에 필수유지업무를 'essential minimum services'라고 사용하기로 한다.

10) 임종률, 『노동법』, 박영사, 2008, p.207.

11) 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금(노조법 제89조 제1호).

12) 유성재, 「노사관계 선진화 입법에 대한 법리적 검토」, 『법학논문집』, 제31집 제1호(중앙대 법학연구소), 2007, p.388.

13) 박제성, 앞의 글, p.162; 민주노총, 앞의 글, p.13.

현행법의 해석론으로서는 받아들이기 어렵다.

실제에 있어서 대체근로제도가 적극적으로 활용될 수 있는 가능성은 크지 않다고 보인다. 특수한 기능과 숙련도, 자격증의 소지를 요하는 경우가 대부분인 필수유지업무 해당 사업 종사자의 특성을 고려하여야 하기 때문이다. 사용자가 쟁의행위 기간 동안 대체근로자를 활용하기 위해서는 미리 대체근로 인력을 확보해 놓아야 하는데, 근로제공에 요구되는 자격과 숙련도를 보유한 유휴 인력을 확보하는 것이 쉽지 않고, 확보한다 하더라도 예상 시점에 쟁의행위가 개시되지 않거나 쟁의행위 참가자 수가 당초 예상보다 적은 경우 이미 확보해 놓았던 인력에게는 근로제공을 받지 못한 채 임금 또는 휴업수당을 지급해야 하는 문제가 발생한다. 따라서 노조법상 대체근로가 허용된 것이 실제에 있어서 노동조합의 단체행동권을 심각하게 제한하는 요인이 될 수 있는가는 단정적으로 말하기 어렵다. 다만 실효성 여부를 떠나 법률 규정이 단체행동권 행사를 유명무실하게 할 수 있는 소지를 가지고 있는 것은 바람직하지 못하므로 입법적 개선이 필요하다고 생각한다.[14]

Ⅲ. 필수유지업무협정 및 노동위원회 결정

1. 필수유지업무협정의 의의

노조법 시행령은 필수유지업무의 분야만을 기술할 뿐 개별 사업 또는 사업장의 규모와 특성을 고려한 구체적인 필수유지업무의 내용과 유지 수준을 구체적으로 규정하고 있지는 않다. 따라서 실제로 쟁의행위가 금지되는 구체적인 범위와 규모에 대해서는 노동관계 당사자가 자율적으로 협정을 체결하여 준수하여야 한다.[15] 노조법 제42조의 3은 "필수유지업무협정이란 노동관계 당사자가 쟁의행위 기간 동안 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 위하여 필수유지업

14) 문무기, "파업시 유지되는 필수유지업무의 범위와 관련된 조항의 법리적 해석", 「노동쟁의의 해결과 공익보호」, 한국노동법학회 2007년도 하계학술대회 자료집, 2007, p.40.
15) 김형배, 『노동법』, 박영사, 2007, p.842.

무의 필요 최소한의 유지·운영 수준, 대상 직무 및 필요인원 등을 정하여 당사자 쌍방이 서명 또는 날인하여 서면으로 체결한 협정"을 말한다고 규정하고 있다. 노동관계 당사자란 "노동조합과 사용자 또는 사용자단체"를 말한다.[16]

2. 노동위원회의 필수유지업무결정

노조법 제42조의 4 제1항은 필수유지업무협정이 체결되지 아니하는 때에 노동관계 당사자 쌍방 또는 일방이 노동위원회에 "필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준, 대상 직무 및 필요인원 등"에 대한 결정을 신청하여야 한다고 규정하고 있다[17]. 노동위원회 결정의 성격과 구체적인 신청 요건, 결정의 효력 등이 문제된다.

가. 노동위원회 필수유지업무결정의 성격

노동위원회의 필수유지업무결정이 심판으로서의 성격을 갖는가, 조정으로서의 성격을 갖는가, 아니면 중재로서의 성격을 갖는가가 문제된다. 조정으로서의 성격이 강조되면, 조정중지결정 등이 인정될 수 있고 조정안의 수용 여부의 임의성이 강조될 수 있다.[18] 심판으로서의 성격이 강조된다면 당사자의 결정신청이 있으면 화해 등으로 해결되지 않는 한 노동위원회는 반드시 결정을 내려야 하고, 그 결정의 구속력이 강조되는 결론에 이르게 된다. 또한, 중재로서의 성격을 갖는다고 보면 신청 당사자들에 대한 결정의 구속력이 강조되고, 노조법 제42조의 4 제5항이 필수유지업무결정의 효력에 대하여 중재재정의 효력을 준용하고 있는 것에 대한 설명이 용이해지게 된다.

노동위원회의 필수유지업무결정을 특별조정위원회에서 담당한다는 점[19], 노동관계 당사자의 협의가 선행되어야 한다는 점[20] 등을 보면 기본적으로 노조법

16) 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제5호.
17) 이 글에서는 노동위원회의 필수유지업무의 유지·운영 수준, 대상 직무, 필요인원 등에 대한 결정을 '필수유지업무결정'이라고 부르기로 한다.
18) 노동조합 및 노동관계조정법 제61조 제1항.
19) 노동조합 및 노동관계조정법 제42조의 4 제3항.
20) 노동조합 및 노동관계조정법 제42조의 3, 제42조의 4 등.

의 입법자들은 노동위원회의 필수유지업무결정이 조정으로서의 성격을 갖는다고 판단한 것으로 생각된다. 반면 노동위원회의 결정의 효력에 관하여 노조법 제84조, 제85조 등 부당노동행위 구제명령에 관련된 규정들이 아닌, 제69조와 제70조 제2항 등 중재재정의 규정들이 준용되고 있는 것과, 신청의 당사자가 근로자에 국한되지 않는다는 점 등을 고려하면 입법자들이 필수유지업무결정을 심판으로는 보지 않았다는 것을 알 수 있다. 그러나 조정의 경우와는 달리 특별조정위원회의 필수유지업무결정이 단체협약과 동일한 효력을 갖는 것으로 당사자를 구속한다는 점에서 중재로서의 성격을 갖는다고 볼 수 있는 부분도 분명히 있다.

결국 노동위원회의 필수유지업무결정은 조정으로서의 성격과 중재로서의 성격을 모두 가지고 있으며, 조정으로서의 성격이 조금 더 강하다고 판단하는 것이 적절할 것이라고 생각한다. 최근 부산지방노동위원회가 부산교통공사의 필수유지업무결정 신청에 대하여 필수유지업무의 유지 수준 등을 결정하지 않은 채 당사자 사이의 성실한 추가교섭을 요구하는 결정을 내린 것[21]은 조정으로서의 성격을 강조한 것이라고 보인다.

나. 필수유지업무결정 신청 요건

필수유지업무협정이 노동관계 당사자의 자율적인 협의를 통해 체결되지 않을 경우 당사자 쌍방 또는 일방의 신청으로 노동위원회에 결정을 신청할 수 있다. 여기에서 사전에 당사자 사이의 협의를 거치지 않은 경우에는 노동위원회에 필수유지업무결정을 신청할 수 없는가 하는 의문이 제기된다.

노조법 제42조의 3, 제42조의 4 등 관련 규정의 취지상 당사자 사이의 성실한 협의를 위한 노력을 노동위원회에 대한 결정신청의 전제 요건으로 삼는 것이 타당하다고 생각된다. 부산지방노동위원회의 부산교통공사 필수유지업무결정을 보면 "노사 양 당사자가 필수유지업무협정 체결을 위한 노력을 다하지 아니한 채 노동위원회에 필수유지업무결정의 신청을 하는 것은 노조법 제42조의 3이나 동조의 4 규정의 요건을 충족하지 못하여 부적법한 것으로 판단된다[22]"

21) 부산지노위 2008. 3. 25, 2008필수1.
22) 부산지노위 2008. 3. 25, 2008필수1.

고 하여 당사자의 사전협정 체결 노력을 요건으로 인정하고 있는 듯한 판단을 하고 있다. 당사자 사이의 성실한 사전교섭을 기대하기 어려운 경우로서는 "노사 양 당사자가 필수유지업무협정 체결을 위한 노력을 다하기를 기대하기 어려운 경우", 즉 "노동조합이 곧 쟁의행위에 돌입할 태세를 보이고 있는 한편 필수유지업무협정 체결을 위한 시간적 여유가 충분치 않고 급박한 경우"를 예외적으로 인정할 수 있다고 한다.

일부 견해는 필수유지업무협정을 단체협약이라고 보는 전제에서 "단체교섭은 강제할 수 있어도 타결 및 단체협약의 체결 자체를 강제할 수 없는 것이 당위론적 요청인 이상, … (중략) … 동 협정을 체결하지 않는 경우는 물론, 처음부터 자율적인 협정 체결을 스스로 포기하고 노동위원회에 그 결정을 신청하는 것 역시 가능하다[23]"고 한다. 부산노동위원회의 결정과 앞의 견해의 결론은 일견 비슷해 보이나 중요한 차이가 있다. 즉 부산노동위원회 결정은 "필수유지업무협정 체결을 위한 노력"을 요구한 반면, 앞의 견해는 협정 체결을 스스로 포기하고 결정을 신청하는 것도 가능하다고 하고 있는 것이다. 필수유지업무협정을 노사가 자율적으로 체결하도록 하고 있는 노조법 제42조의 3 이하의 입법취지를 고려할 때, 비록 필수유지업무협정 체결을 위한 협의가 개최되지는 못했다 할지라도, 최소한 노사 당사자가 협정을 체결하기 위한 노력을 기울였어야 한다는 것이 결정신청의 전제로서 요구되어야 한다고 생각한다. 필수유지업무협정 체결을 위한 노력을 하였는가는 여러 가지 자료를 통해 파악이 가능할 것이다. 단체교섭 과정에서 노사가 주고받는 '교섭요구 공문'과 같이 협의를 진행하기 위해 진행된 과정에 대한 자료들을 확보할 수 있을 것이기 때문이다.

다. 필수유지업무결정에 대한 불복

노동위원회의 필수유지업무결정에 위법이 있거나 월권에 해당하여 불복하고자 하는 당사자는 중앙노동위원회 또는 행정법원을 통하여 그 결정에 대하여 다툴 수 있다[24]. 지방노동위원회 결정에 대해서는 결정서를 송달받은 날로부터

---

23) 문무기, 「필수유지업무의 범위와 관련 법조항의 법리 해석」, 『2007 노동법의 쟁점(Ⅰ)』, 한국노동연구원, 2007, p.102.

24) 노동조합 및 노동관계조정법 제42조의 4 제5항, 제69조 제1항, 제2항.

10일 이내에 중앙노동위원회에 재심신청을 할 수 있다. 중앙노동위원회의 결정에 대해서는 결정서를 송달받은 날로부터 15일 이내에 행정소송을 제기할 수 있다.

노동위원회의 필수유지업무결정이나 재심결정은 중앙노동위원회에 대한 재심의 신청이나 법원에 대한 행정소송의 제기로 인하여 그 효력이 정지되지 않는다.[25] 재심신청 등으로 필수유지업무결정의 효력이 정지되지 않도록 한 것은 필수유지업무제도의 취지상 필수유지업무가 중단되지 않고 유지되도록 하여야 하기 때문이다.[26] 불복을 할 수 있는 제척기간 내에 재심(10일)이나 행정소송(15일)을 제기하지 않은 때에는 필수유지업무결정 또는 그 재심결정은 그대로 확정되며, 관계당사자는 확정된 결정을 준수하여야 한다.

라 필수유지업무 근무 근로자 지명

노동조합은 필수유지업무협정이 체결되거나 노동위원회의 결정이 있는 경우 사용자에게 필수유지업무에 근무하는 조합원 중 쟁의행위 기간 동안 근무하여야 할 조합원을 통보하여야 하고, 사용자는 노동조합의 통보에 따라 근로자를 지명하고 이를 노동조합과 그 근로자에게 통보하여야 한다.[27] 노동조합이 쟁의행위 개시 전까지 필수유지업무 근무 근로자를 통보하지 아니한 경우에는 사용자가 필수유지업무에 근무하여야 할 근로자를 지명하고 이를 노동조합과 그 근로자에게 통보하여야 한다.[28] 위의 '통보'의 방법에 관하여 관련 법률에 특별한 규정은 없으나, 분쟁의 소지를 최소화하기 위하여 서면에 의한 통보가 원칙이라고 보아야 할 것이다.

마. 필수유지업무협정 또는 노동위원회 결정에 따른 쟁의행위의 정당성

노조법 제42조의 5는 노동위원회의 결정에 따라 쟁의행위를 한 때에는 필수유지업무를 정당하게 유지·운영하면서 쟁의행위를 한 것으로 본다고 규정하

25) 노동조합 및 노동관계조정법 제70조 제2항.
26) 한국경영자총협회, 『필수유지업무협정 쟁점분석』, 2008, p.17.
27) 노동조합 및 노동관계조정법 제42조의 6 본문.
28) 노동조합 및 노동관계조정법 제42조의 6 단서.

고 있다. 이 규정의 취지를 고려하면, 필수유지업무협정에 따라 쟁의행위를 한 경우에도 필수유지업무를 정당하게 유지·운영하면서 쟁의행위를 한 것으로 보아야 할 것이다.

Ⅳ. 필수유지업무협정의 법적 성격

필수유지업무협정의 법적 성격에 대한 논의는 필수유지업무협정의 체계적 지위를 어디에 둘 수 있을 것인가 하는 것으로서, 단체협약과 동일시할 수 있을 것인가 하는 문제를 중심으로 논의된다. 필수유지업무협정의 법적 성격을 어떻게 보는가에 따라 필수유지업무협정과 관련된 여러 가지 쟁점에 대한 설명이 달라지게 되므로 이 문제는 매우 핵심적인 논의라고 할 수 있다.

1. 필수유지업무협정과 단체협약과의 구별

필수유지업무협정과 단체협약이 개념상 구별되는 것인지 또는 서로 별개의 협정이라고 보아야 하는지에 대해서 견해가 대립한다.

먼저 필수유지업무협정은 체결 주체와 체결 방식에 있어서 단체협약과 동일하다고 보는 견해가 있다[29]. 필수유지업무를 단체협약으로 보는 이 견해를 취하는 입장에서는, 체결 후 15일 이내의 신고의무, 행정관청의 시정명령 2년의 유효기간, 강행적 효력, 일반적 구속력 등 단체협약에 관하여 적용되는 노조법상 규정[30]들이 필수유지업무협정에 대하여 모두 적용되어야 한다고 한다.[31]

이에 대하여 필수유지업무협정은 단체협약과 구별되는 별도 형식의 노사협정이라고 보는 견해가 있다[32]. 노조법 제42조의 3은 필수유지업무협정에 관하

29) 문무기, 앞의 글, p.101; 박제성, 앞의 글, p.152.
30) 노동조합 및 노동관계조정법 제31조에서 제36조.
31) 박제성, 앞의 글, p.152 이하.
32) 김홍영, "파업시 유지되는 필수유지업무의 범위와 관련된 조항의 법리적 해석 토론문", 「노동쟁의의 해결과 공익보호」, 한국노동법학회 2007년도 하계학술대회 자료집, 2007, p.49; 노동부, 「필수유지업무제도 운영안내」, 2007, p.49; 한국경영자총협회, 앞의 책, p.23.

여 별도의 규정을 두고 있으며, 작성 방식과 효력 요건 등에 대하여 단체협약에 관한 규정을 준용하고 있지도 않다는 것, 필수유지업무협정은 필수유지업무 해당 사업 또는 사업장 노동관계 당사자의 '의무'로서 체결이 강제되는 반면, 단체협약을 체결할 것인지 아닌지는 당사자의 자유의 영역이라는 것[33], 단체협약은 사업의 성질에 불문하고 적용되나 필수유지업무협정은 필수공익사업 중 필수유지업무 해당 사업 또는 사업장에만 적용된다는 것[34], 필수유지업무협정 체결을 위한 협상 결렬 시에는 쟁의행위가 아니라 노동위원회 결정 절차라는 별도의 절차가 규정되어 있다는 점[35] 등을 근거로 한다.

위와 같은 설명에 대하여, 필수유지업무협정의 법적 성격이 단체협약과 동일하다고 주장하는 견해에서는, 필수유지업무협정의 체결이 강제되는 것은 "프랑스의 이른바 '오브리 법'이 주 35시간 근로제를 도입하면서 사용자의 사회보장 분담금을 경감해 주는 요건으로 단체협약을 체결할 것을 요구한" 사례가 있으므로, 체결 강제가 단체협약으로서의 성격을 부인하는 결정적인 근거가 될 수 없[36]고, "단체협약의 기능이 다양화되는 현대 노동법의 한 경향 속에서 파악"하면 "필수유지업무협정의 체결 의무와 단체협약 체결의 자유가 반드시 양립 불가능한 것은 아니"며, 노동위원회 결정 절차도 당사자의 자율적인 협정 체결을 방해하지 않기 때문에 단체협약으로서의 성격을 부정할 수 없다고 반론을 제기한다.

그러나 필수유지업무협정과 단체협약의 동일성을 강조하는 견해의 위와 같은 설명은 여전히 현행 노조법상 단체협약의 체결이 강제될 수는 없다는 근본적인 문제에 대한 명쾌한 답이 되지는 못한다. 또한 필수유지업무협정을 단체협약으로 볼 경우 필수유지업무협정을 채무적 부분으로 볼 것인지 규범적 부분으로 볼 것인지도 명확하게 밝히기 어렵다[37]. 노조법 제33조의 규정에서 단체협약의 규범적 효력이 도출된다는 전제에서 채무적 부분에 해당한다고 보는 견해[38]가 있는 반면, 필수유지업무 협정에 따라 쟁의행위에 참가하지 못하는 근

33) 노동조합 및 노동관계조정법 제29조.
34) 한국경영자총협회, 앞의 책, p.24.
35) 김홍영, 앞의 글, p.49.
36) 박제성, 앞의 글, p.153.
37) 김홍영, 앞의 글, p.49.
38) 문무기, "파업시 유지되는 필수유지업무의 범위와 관련된 조항의 법리적 해석", 「노동쟁

로자가 지명되는 것은 노조법 제33조와는 상관이 없는 문제라는 견해[39]도 있어 필수유지업무협정의 성격을 단체협약으로 파악하는 입장을 취하는 학자들 중에서도 견해가 일치하지 않는다.

필수유지업무협정을 단체협약과 동일하게 보는 견해가 가지는 문제점은 형벌규정의 불균형에서도 찾을 수 있다. 필수유지업무 해당 사업장에서 발생한 쟁의행위가 노조법 제42조의 2 제2항 위반으로 제89조 제1호의 적용을 받을 경우에는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처해지지만, 노조법 제92조 제1호 바목의 단체협약 중 '쟁의행위에 관한 사항' 위반이라고 볼 경우에는 1천만 원 이하의 벌금에 처하게 되어 양 벌칙규정 간의 경합이 발생한다. 이 문제에 대하여 일반법·특별법 관계가 적용되어 특별규정인 제89조가 우선 적용된다는 해법을 제시하기도 하나[40] 역시 만족할 만한 해석이라고 하기 어렵다.

필수유지업무협정에 대해 규정한 각 조항의 문리 해석에 부합하고, 아래에 검토될 관련 문제들의 검토에 있어서 비교적 일관된 해법을 제시할 수 있는 견해는 필수유지업무협정과 단체협약을 별개의 것으로 이해하는 견해라고 생각된다. 필수유지업무협정과 단체협약이 별개의 것으로 보면 노동위원회의 필수유지업무결정의 효력에 대하여 노조법 제70조 제1항이 "단체협약과 동일한 효력을 가진다"고 규정한 것을 설명하기 어려워진다는 지적이 있을 수 있다. 그러나 노조법 제70조 제1항이 필수유지업무결정에 대하여 단체협약과 동일한 효력을 가진다고 규정한 것은 필수유지업무협정의 효력에 관한 규정일 뿐 필수유지업무협정의 법적 성격에 관한 규정은 아니기 때문에 위 규정이 필수유지업무협정이 단체협약의 성격을 가진다고 보아야 할 필연적인 이유가 된다고는 할 수 없을 것이다.

필수유지업무협정은 필수유지업무의 수행을 위하여 노조법이 요건과 효과를 규정하여 특별히 창설한 단체협약과는 다른 노사간의 자율적 '협정'이라고 보는 것이 타당하다고 생각된다. 아래에서는 필수유지업무협정은 단체협약과는 다른 별개의 협약 방식이라는 관점을 유지하면서 각 쟁점에 대한 논의를 전개

의의 해결과 공익보호」, 한국노동법학회 2007년도 하계학술대회 자료집, 2007, p.36.

39) 박제성, 앞의 글, p.155.

40) 문무기, 앞의 글, p.35.

하기로 한다.

2. 필수유지업무협정을 형식상 단체협약에 포함시킬 수 있는지 여부

필수유지업무협정을 단체협약에 포함시켜 체결할 수 있는지 여부에 대한 문제이다. 필수유지업무협정 체결 형식의 문제는 원칙적으로 해당 사업장의 노동관계 당사자가 사업장의 상황을 고려하여 개별적으로 자유롭게 결정할 수 있는 것이다. 단체협약으로 할 경우 단체교섭 과정에서 필수유지업무에 대한 협의가 이루어지고, 형식상 단체협약 내에 협정이 포함되어 기재될 것이다. 다만 단체협약 체결을 위한 단체교섭 과정에서 필수유지업무 유지 수준, 업무 내용 등이 동시에 논의되고 단체협약의 한 항목으로서 협정이 포함되어 체결된 경우에도 필수유지업무협정은 단체협약과는 독립된 별개의 협정이라고 보아야 할 것이다.

3. 필수유지업무협정과 단체협약의 효력계위

필수유지업무협정과 단체협약의 효력계위 문제가 발생할 수 있는 것은 단체협약 내에 협정근로 조항이 있는 경우가 될 것이다. 협정근로 조항이란 단체협약에 쟁의행위 시에도 특정 업무를 중단 없이 수행하도록 노사가 자율적으로 정해 놓은 조항을 말한다. 따라서 필수유지업무협정에 규정된 업무와 협정근로 조항에 포함된 업무가 중복되는 경우의 효력이 문제될 수 있다. 필수유지업무 대상 업무와 협정근로의 대상 업무가 반드시 일치하지는 않는다. 그러므로 필수유지업무 협정에는 포함되어 있지 않으나 협정근로에는 해당하는 업무의 경우에는 단체협약에 의해서 수행되면 되고, 필수유지업무협정과 협정근로 조항에 모두 해당되는 업무의 경우에는 필수유지업무협정에 규정된 대로 그 업무가 유지되면 족할 것이다. 단체협약상의 협정근로 조항에 의해 근로제공 의무가 부여되는 업무가 반드시 노조법상 필수유지업무에 포함되는 것은 아니기 때문에 양자의 효력계위를 밝혀 선택적으로 적용하는 것이 언제나 타당하다고 할 수는 없다[41]. 만약 필수유지업무협정에 단체협약상의 협정근로 조항을 폐지한

41) 김선수, "혈액사업에서의 필수유지업무제도의 문제점과 정책과제", 「필수공익사업장 노동기본권 확보의 쟁점과 과제」, 전국보건의료산업노동조합 국회 대토론회 자료집, 2008, p.60.

다는 내용이 있다면 이는 노사가 자율적으로 합의한 사항이므로 합의에 따라 해당 협정근로 조항은 폐지된다고 보아야할 것이다.

4. 필수유지업무협정 체결 결렬시 쟁의행위의 정당성

노조법 제42조의 4의 입법취지는 필수유지업무협정 체결을 위한 협정 결렬시 쟁의행위를 허용하지 않고 정상적인 조업을 계속하면서 노동위원회의 판단을 받도록 하는 것이라고 보아야 할 것이다. 필수유지업무협정 체결을 위한 협의가 결렬될 경우 바로 노동조합이 쟁의행위에 돌입하는 것을 허용할 경우 필수유지업무가 정상적으로 유지될 수 없어 제도의 설정이 무의미해지기 때문이다. 필수유지업무협정의 체결 결렬은 노동위원회에 필수유지업무결정을 신청할 수 있는 권한을 발생시킬 뿐 곧바로 쟁의행위를 할 수 있는 것은 아니다. 노동부도 필수유지업무협정 체결 과정에서 협의의 결렬을 이유로 노동조합이 쟁의행위를 한다면, 이를 정당한 쟁의행위로 볼 수 없다는 입장이다.[42]

필수유지업무협정이 단체협약의 일부로 체결되는 경우에도, 그 부분은 단체협약과는 별개의 협정으로서의 성격을 가지므로, 단체협약 중 필수유지업무협정에 해당하는 부분에 대해서만 의견의 불일치가 있는 경우 이를 이유로 노동조합이 쟁의행위를 할 수는 없다고 보아야 한다.

한편, 필수유지업무협정을 단체협약과 동일하다고 보는 태도를 유지하면서도 "필수유지업무협정의 결렬만을 이유로 쟁의행위에 돌입하는 것은 다소 무리가 있을 것으로 보인다[43]"고 하는 견해가 있는데, 단체협약 체결을 위한 교섭이 결렬되었음에도 불구하고 쟁의행위가 허용되지 않는다고 보는 근거에 대한 추가적인 논리적 해명이 필요할 것으로 보인다.

---

42) 노동부, 앞의 책, p.69.

43) 문무기, 「필수유지업무의 범위와 관련 법조항의 법리 해석」, 『2007 노동법의 쟁점(Ⅰ)』, 한국노동연구원, 2007, p.106.

Ⅴ. 필수유지업무협정 체결 절차에서의 세부 쟁점

필수유지업무협정 체결 단계에서는 주로 필수유지업무협정 체결권의 주체와 체결권 위임 문제, 협정 체결 시기, 협정의 유효기간, 협정 체결 결렬시의 쟁의행위 가능성, 협정 체결을 위한 협의 거부의 부당노동행위 해당성 등이 문제가 된다.

1. 필수유지업무협정 체결권의 주체

필수유지업무협정 체결권의 주체는 노동조합과 사용자 또는 사용자단체이다. 여기에서의 노동조합이란 단위노동조합을 말한다. 기업별노조인 경우에는 당해 기업의 단위노조가 필수유지업무협정 체결의 주체가 된다. 산업별노조 체제에서 지부·지회는 단위노조의 산하 기구로서의 성격을 가지므로, 필수유지업무협정의 체결권한은 본조인 산별노조가 갖는 것이 원칙이다. 산업별노조 지부·지회는 원칙적으로 고유의 체결권한은 없다. 다만, 산업별노조 지부·지회가 ① 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고, ② 독립한 단체로서 활동을 하면서, ③ 당해 조직이나 그 조합원에 고유한 사항에 대하여 독자적인 단체교섭 및 단체협약 체결능력을 가지고 있다고 판단되는 경우에는 법원이 산업별노조 지부·지회가 독자적인 필수유지업무협정 체결권한을 갖는 것으로 판단할 여지도 있을 것이다[44]. 기업별노조의 상급단체인 노동조합 연합단체, 소위 '연맹'은 필수유지업무협정 체결권의 당사자가 되지 못한다. 다만 소속 단위노동조합의 위임이 있는 경우에는 상급단체인 노동조합 연합단체도 주체가 될 수 있다[45].

---

44) 대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도4299; 대법원 2002. 7. 26, 2001두5361; 대법원 2004. 7. 22, 2004다24854 등.

45) 부산지노위 2008. 3. 25, 2008필수1.

2. 필수유지업무협정 체결권한 위임 문제

필수유지업무협정 체결권한의 위임을 금지하는 명시적인 규정이 없으므로, 원칙적으로 위임이 가능하다고 본다.[46] 다만, 필수공익사업 및 필수유지업무의 업무 특성을 고려하면, 사업장별 생산기술 및 생산시설의 독자성이 중요시되어야 하므로 필수유지업무협정의 체결에는 해당 사업장 소속 근로자 또는 사용자가 참여하는 것이 바람직할 것이다.

단체교섭 및 단체협약 체결권을 위임받은 주체가 필수유지업무협정의 체결권한도 위임받은 것으로 간주될 수 있는지에 대하여 논란이 있을 수 있다. 필수유지업무협정 체결권한과 단체협약 체결권한은 구별되는 별도의 개념이므로, 단체교섭권 위임의 취지 안에 필수유지업무협정 체결권한을 위임하는 취지가 당연히 포함되어 있다고 볼 수는 없을 것이다. 따라서 단체교섭권을 위임받은 교섭의 담당자라 하더라도 필수유지업무협정 체결을 위한 권한을 행사하기 위해서는 별도의 명시적 위임이 필요하다고 보아야 할 것이다.

3. 필수유지업무협정의 체결 시기

필수유지업무협정의 체결 시기에 대해서는 노조법에 명시적인 규정이 없다. 다만, 제도의 취지에 비추어 적어도 쟁의행위 개시 당시에는 필수유지업무협정이 유효하게 체결되어 있어야 할 것이다. 쟁의행위 발생 가능성이 희박하거나 단체교섭 시기 이전이라 하더라도 사업장 노사관계의 안정과 필수유지업무의 정상적인 유지를 위해서는 필수유지업무협정이 체결되어 있는 상태를 유지하는 것이 바람직하다. 따라서 노동쟁의 조정신청 시에 필수유지업무협정 체결을 위한 협의가 결렬된 경우 조정신청에 앞서 필수유지업무결정을 신청하는 것이 이상적일 것이다. 그러나 반드시 조정신청에 앞서 필수유지업무결정을 신청해야 하는 것은 아니다.

---

46) 노동부, 앞의 책, p.65; 부산지노위 2008. 3. 25, 2008필수1.

4. 필수유지업무협정 체결 결렬시 결정신청 관할

노동위원회에 대한 필수유지업무 결정신청 대상 기관은 1차적으로 관할 지방노동위원회이며, 사업장이 2 이상의 지방노동위원회의 관할구역에 걸쳐 있는 경우 주된 사업장의 소재지를 관할하는 지방노동위원회이다. 주된 사업장을 정하기 어렵거나 주된 사업장의 소재지를 관할하는 지방노동위원회에서 처리하기 곤란한 사정이 있는 경우에는 중앙노동위원회 위원장이 직권 또는 관계 당사자나 지방노동위원회 위원장의 신청에 따라 지방노동위원회를 지정하여 그 사건을 처리하게 할 수 있다[47].

2008년 4월 10일 남동발전 등 5개 발전회사가 서울지방노동위원회에 필수유지업무결정을 신청하자 중앙노동위원회는 부산지방노동위원회를 포함한 11개 지방노동위원회에서 사건을 관장하도록 하였다[48]. 이는 각 발전회사 소속 30개의 발전소가 전국에 산재해 있기 때문이다. 중앙노동위원회의 이러한 관할 결정은 전국 발전소의 필수유지업무 수준이 11개의 각 지방노동위원회의 판단에 따라 각각 다르게 결정될 수 있으며, 주된 사업장의 소재지를 규명하는 것이 반드시 불가능한 것은 아니라는 점에서 문제가 있다고 판단된다.

5. 필수유지업무협정 체결을 위한 협의 거부의 부당노동행위 해당성

노동조합이 계속해서 필수유지업무협정 체결을 위한 협의를 요구함에도 불구하고 사용자가 고의로 이를 지연시키거나 불응하는 경우 단체교섭 거부의 부당노동행위가 성립하는지가 문제된다. 필수유지업무협정 체결을 위한 협의는 단체교섭과는 다르며, 필수유지업무협정도 단체협약이 아니므로, 노조법 제81조의 부당노동행위가 성립될 여지는 없다고 보인다. 노동관계 당사자 일방은 협의 결렬시 노동위원회에 필수유지업무결정을 신청할 수 있기 때문에 부당노동행위와 유사하게 규율할 필요성이 크지도 않다고 생각된다.

한편, 필수유지업무협정을 먼저 체결할 것을 주장하면서 사용자가 노동조합과의 단체교섭에 응하지 않는다면, 그것은 노조법 제81조 제3호의 단체교섭 거

47) 노동위원회법 제3조.
48) <매일노동뉴스>, 2008. 4. 16, p.6.

부에 해당하여 부당노동행위를 구성한다고 볼 수 있을 것이다. 필수유지업무협정 체결이 단체교섭 개시의 전제조건이 될 수는 없으며, 단지 쟁의행위 개시 이전에 필수유지업무협정이 체결되기만 하면 족하기 때문이다.

6. 필수유지업무협정의 유효기간

필수유지업무협정의 유효기간에 대해서는 노조법에 규정이 없다. 따라서 협정 체결 당사자 간의 합의에 따라 정할 수 있다.[49] 필수유지업무협정의 유효기간을 장기로 하는 것이 바람직한지 비교적 단기로 설정하는 것이 바람지한지에 대해서는 단정적으로 말하기 어렵다.[50] 노동조합과 사용자의 관계, 관련 기술의 발전 속도, 생산시설 및 신기술 도입 계획 등 회사의 경영상황 등에 따라 달라질 수 있을 것이다. 필수유지업무협정의 유효기간이 지나치게 짧을 경우 노사관계의 안정을 해할 수 있으므로 사업장의 사정에 따라 적절한 유효기간을 택하여야 할 것이다. 일반적으로, 생산시설 및 신기술 도입 주기가 비교적 장기인 사업장에서는 장기의 유효기간을 두는 것도 문제가 없을 것이다. 그러나 기술변화의 속도가 빠른 사업이거나 신규 생산시설 도입이 예정되어 있는 사업장의 경우에는 단기의 유효기간을 두거나 또는 유효기간을 두지 않고 개정 요구 조항을 두는 것이 바람직할 것이다.

필수유지업무협정이 단체협약의 일부로서 체결된 경우 필수유지업무협정의 유효기간도 단체협약의 유효기간과 같이 노조법 제32조 제1항의 2년 제한을 받는지가 문제된다. 이러한 경우에도 필수유지업무협정의 유효기간은 단체협약의 유효기간의 제한을 받지는 않으며, 당사자가 단체협약 중 필수유지업무협정 항목의 유효기간을 별도로 정할 수 있다고 하여야 할 것이다. 필수유지업무협정은 단체협약과 구별되는 별도의 노사협정이기 때문이다. 그러나 실제에 있어서는 필수유지업무협정이 단체협약의 일부분으로 체결되는 경우 단체협약 내에 별도의 규정이 없다면 필수유지업무협정의 유효기간도 2년으로 간주될

49) 노동부, 앞의 책, p.68.

50) 문무기, 앞의 글, p.104. 필수유지업무협정을 단체협약과 동일시하는 견해에서도 필수유지업무협정의 유효기간을 2년으로 제한하여야 한다고 주장하지는 않는다는 점은 흥미로운 사실이다.

가능성도 있다고 보인다.

Ⅵ. 필수유지업무협정 이행 과정에서의 세부 쟁점

필수유지업무협정이 체결된 이후 이행 과정에서는 필수유지업무의 유지 수준, 필수유지업무 근무 근로자의 통보와 변경, 필수유지업무협정의 내용에 대한 해석의 불일치 문제, 필수유지업무협정을 준수하지 않은 쟁의행위의 정당성 등이 문제될 수 있다.

1. 필수유지업무 유지수준

필수유지업무협정의 핵심적인 부분은 필수유지업무의 범위와 유지수준을 규정하는 부분이라고 할 수 있다. 필수유지업무 유지수준은 대상 업무별 유지인원수 또는 유지인원 비율로 규정하는 방법이 모두 가능하다. 일정 인원수로 할 것인지 비율로 할 것인지는 해당 사업 또는 사업장의 상황에 따라 선택이 가능할 것이다. 향후 인원의 증가 또는 감소 등 변동이 예상되는 경우에는 필수유지업무협정 개정이 쉽지 않을 것을 고려하여 대상 업무별 유지인원 비율로 규정하는 것이 탄력적 운영에 적합할 것이다[51]. 구체적인 유지인원 비율은 사업별, 사업장별 고유의 특성과 상황을 고려하여 결정되어야 할 것이며, 공통의 결정척도를 제시할 수는 없다. 수자원공사 등의 예에서 발견할 수 있는 바와 마찬가지로 비상시의 업무복귀 규정을 추가하는 것도 당사자의 합의에 따라 가능할 것이다[52].

51) 한국수자원공사 필수유지업무협정(2007. 11. 28); 서울지노위 2008. 1. 30, 2008필수유지1.

52) 한국수자원공사 필수유지업무협정(2007. 11. 28).

2. 필수유지업무 근무 조합원의 통보 시한과 변경

가. 통보 시한

노조법은 노동조합의 필수유지업무 근무 조합원 통보 시한에 대하여 명시적으로 밝히지 않고 제42조의 6 단서에서 '쟁의행위 개시 전까지'라고만 규정하고 있을 뿐이다. 그러나 노동조합이 근무 조합원을 통보한 이후 사용자가 명단을 확인하고 지명된 근로자를 노동조합에 다시 통보할 수 있는 최소한의 시간은 확보되어야 할 것이다.

나. 노동조합의 통보 근로자 변경

노동조합이 필수유지업무 근무 근로자를 통보한 후에 이를 변경할 수 있는가의 문제이다. 원칙적으로는 변경할 수 없다고 보아야 한다. 다만 쟁의행위 기간 중 질병 발생, 가사상의 사유 발생, 인사상의 조치 등으로 인해 필수유지업무 근무 근로자의 변경이 불가피한 경우에는 예외적으로 변경을 허용하여야 할 것이다. 변경과 관련된 사항은 필수유지업무협정에 규정을 두는 것이 바람직할 것이다.

다. 사용자의 통보 근로자 변경 요구

사용자가 노동조합이 통보한 필수유지업무 근무 조합원의 변경을 요구할 수 있는가의 문제이다. 노조법에 명시적인 규정은 없으므로 원칙적으로는 허용되지 않는다고 보는 것이 타당하다. 다만 노동조합이 일방적으로 통보한 근로자가 필수유지업무의 수행에 부적합한 경우 또는 해당 기간에 근로를 제공할 수 없는 특별한 사유가 있는 경우 등에는 변경 요구가 가능하다고 보아야 할 것이다. 이에 대한 명문의 규정이 없는 것은 입법상의 불비로 보이므로 추후 이에 대한 조항의 신설이 필요하다고 생각된다.

노동조합이 통보한 근로자가 해당 업무의 수행에 필요한 기능을 습득하고 있지 못한 경우, 요구되는 자격 또는 경력을 갖추지 못한 경우에는 사용자는 쟁의행위 개시 전은 물론 개시 후에도 통보된 근로자의 변경을 요구할 수 있고, 노

동조합이 쟁의행위 개시 전에 정당한 이유 없이 변경 요구에 응하지 않는 경우 사용자는 변경 근로자의 명단과 새로이 지명된 근로자의 명단을 노동조합에 통보하고 근로하도록 할 수 있다고 하여야 할 것이다. 노동조합의 통보와 이에 따른 지명 절차를 거쳐 필수유지업무에 근무하던 근로자가 개인적인 사정, 휴가, 산재로 인한 부상 등 사전에 예측하기 어려운 사정이 발생하여 근무하지 못하게 된 경우에는 사용자가 필수유지업무에 근무할 새로운 근로자를 통보해 줄 것을 노동조합에 요구할 수 있다고 보아야 할 것이다. 노동조합이 즉시 이에 응하지 않는 경우에는 사용자가 대체 투입될 조합원을 지명하여 이를 노동조합에 통보하고 근로를 명할 수 있다고 하여야 할 것이다[53].

3. 필수유지업무협정의 해석이나 이행방법에 관한 의견 불일치

필수유지업무협정을 체결한 뒤 협정의 내용에 관하여 노동관계 당사자 사이에 해석에 대한 견해가 대립할 경우에 대해서는 노조법에 아무런 규정이 없다. 노동위원회의 필수유지업무결정의 해석이나 이행방법에 대하여 견해가 대립할 경우에 대해서만 노조법 제42조의 4 제4항에 규정이 있을 뿐이다. 이러한 경우 단체협약의 해석에 관한 의견제시 요청을 규정한 노조법 제34조를 유추적용해야 한다는 견해가 있다[54]. 그러나 필수유지업무협정은 단체협약과는 다른 노사협정이므로 필수유지업무결정의 해석에 관한 제42조의 4 제4항을 유추적용하는 것이 타당하다고 생각된다. 필수유지업무협정에 대한 해석도 필수유지업무결정을 담당하는 특별조정위원회에서 담당하도록 하는 것이 바람직하다는 점도 노조법 제42조의 4 제4항을 적용해야 하는 근거가 될 수 있을 것이다. 노동위원회 해석의 효력은 위의 어느 견해를 취하더라도 차이가 없다[55].

필수유지업무협정의 해석 또는 이행방법에 대한 노동위원회의 견해 제시를

53) 노동조합 및 노동관계조정법 제42조의 6 단서 참조.

54) 문무기, "파업시 유지되는 필수유지업무의 범위와 관련된 조항의 법리적 해석", 「노동쟁의의 해결과 공익보호」, 한국노동법학회 2007년도 하계학술대회 자료집, 2007, p.37.

55) 노조법 제34조에 의한 해석의 효력은 중재재정과 동일한 효력이 있다. 제42조의 4 제4항에 의한 특별조정위원회의 해석은 필수유지업무결정과 동일한 효력이 있다고 규정되어 있으나, 특별조정위원회의 필수유지업무결정은 노조법 제69조, 제70조 제2항 등에 의하여 중재재정과 동일한 효력이 인정된다.

요청할 수 있는 신청권자가 누구인가에 대하여도 명문의 규정이 없다. 이 경우 노동위원회의 필수유지업무결정에 대한 해석이나 이행방법에 관하여 노동관계 당사자 사이의 견해가 일치하지 않는 경우 '당사자 쌍방 또는 일방'이 서면으로 관할 노동위원회에 해석을 요청할 수 있다고 규정한 노조법 시행령 제22조의 3 제3항을 유추적용할 수 있을 것이다. 필수유지업무협정에 대한 노동위원회의 해석 또는 이행방법에 관한 견해는 노동위원회의 필수유지업무결정과 동일한 효력이 있다[56].

4. 필수유지업무 근무 조합원의 근로제공의무의 근거

필수유지업무 해당 사업장에서 쟁의행위가 발생한 경우 쟁의행위 기간 동안 필수유지업무에 근로하는 것으로 노동조합이 통보하고 사용자가 지명한 근로자들은 해당 필수유지업무를 수행하여야 한다. 여기에 대해서는 근로자들이 부담하는 근로제공의무의 근거가 무엇인가에 대하여 견해가 대립하고 있다. 노조법 제42조의 6이 직접 근로제공의무를 명시하고 있지 않으며, 제42조의 2 제2항의 금지규정도 근로제공의무의 직접 근거가 된다고 해석하기는 어렵기 때문이다.

필수유지업무협정의 법적 성격을 단체협약으로 보면서 필수유지업무협정이 단체협약의 채무적 부분에 해당한다고 보는 견해[57]에서는 필수유지업무 근무 근로자로 지명된 근로자의 근로제공의무의 근거를 사용자의 업무명령권에서 찾는다. 단체협약의 채무적 부분에서 개별 근로자의 근로제공의무가 도출된다고 이론 구성을 하기 어렵기 때문에 필수유지업무협정에 위반하여 근로제공을 하지 않은 근로자에게 단체협약 위반으로서의 책임을 진다고 볼 수 없게 되는 것이다. 그러나 노조법 제42조의 6이 단순히 '지명'이라고 규정하고 있고, 그 지명이 노동조합이 통보한 명단에 대한 확인과 선택의 의미만을 갖는다는 점을 고려하면, 직접 사용자의 노무지휘권에서 필수유지업무 근무 근로자의 근로제공의무를 도출하는 것은 무리가 있다.

필수유지업무 근무 근로자로 지명된 근로자의 근로제공의무의 근거는 필수

56) 노동조합 및 노동관계조정법 제42조의 4 제4항.
57) 문무기, 앞의 글, p.36.

유지업무협정 자체에서 찾는 것이 타당하다. 그러나 근로제공의무의 근거를 필수유지업무협정 자체에서 찾는 견해 가운데서도, 구체적으로는 필수유지업무협정의 법적 성격을 단체협약과 같다고 보는 견해와 별개의 협정이라고 보는 견해 사이에 미세한 차이가 있다.

우선 필수유지업무협정의 법적 성격을 단체협약으로 보면서 "노조법 제33조는 단체협약과 취업규칙 또는 근로계약의 관계를 정한 규정일 뿐이므로, … (중략) … 필수유지업무협정에 따라 쟁의행위에 참가하지 못하는 근로자가 지명되는 것은 제33조와는 상관없는 문제[58]"라고 설명하는 견해가 있다. 이 견해는 결국 그 근거가 무엇인지에 대해서는 명확하게 밝히지 않는다. 다만 문맥상 필수유지업무협정 자체에서 찾고 있는 것으로 보이는데, 필수유지업무 근무 조합원이 쟁의행위에 참가한 경우의 책임에 관해서는 "지명된 근로자가 근로를 제공하지 아니한 경우, … (중략) … 해당 근로자는 노동조합의 통제권 위반 책임이 발생할 수 있을 뿐[59]"이라고 하여 논리적으로 일관된 설명을 하지 못하고 있다. 이 견해는 노동조합이 지명하지 않아서 노조법 제42조의 6 단서에 따라 사용자에 의하여 지명된 근로자의 경우에는 사용자의 업무명령권으로부터 근로제공의무가 도출된다고 보는데[60] 사용자의 지명권도 협정에 규정된 업무 내용과 유지수준에 근거하여 행사되는 것이며, 노동조합이 지명하지 않을 경우 사용자가 지명권을 행사하는 것도 노조법 및 필수유지업무협정의 본래 취지라는 점에서 사용자가 직접 지명권을 행사한 경우를 다르게 취급할 이유는 없다고 생각된다.

필수유지업무협정의 법적 성격을 단체협약과는 다른 별도의 노사협정 또는 협약이라고 보면 이러한 문제점이 없이 간명한 설명이 가능하다. 즉 필수유지업무 근무 근로자의 근로제공의무는 필수유지업무협정에 의해 부여되는 것이며, 노동조합이 협정에 따라 지명하지 않아서 사용자가 직접 근로자를 지명한 경우에도 필수유지업무협정에서 근로제공의무가 도출된다고 보는 것이다. 필수유지업무 근무 근로자에 대한 사용자의 업무명령권 내지 노무지휘권은 필수유지업무 근무 근로자가 실제로 근로를 제공하는 동안의 구체적인 지휘명령권

58) 박제성, 앞의 글, p.155.
59) 박제성, 앞의 글, p.156.
60) 박제성, 앞의 글, p.156.

의 근거는 될 수 있을지는 모르나, 쟁의행위 중인 조합원에 대하여 직접 근로제공의무를 부과하는 근거가 된다고 보기는 어렵다. 필수유지업무협정의 법적 성격을 단체협약과는 다른 별도의 노사협정이라고 보면서 필수유지업무 근무 근로자의 근로제공의무의 근거를 필수유지업무협정에서 직접 찾는 것이 타당하다고 생각된다.

5. 필수유지업무 근무 조합원의 쟁의행위 참가

쟁의행위 기간 동안 필수유지업무에 근로하는 것으로 노동조합이 통보하고 사용자가 지명한 근로자들이 해당 필수유지업무를 수행하지 않고 쟁의행위에 참가한 경우 어떠한 책임을 부담하게 되는가 하는 것이 문제된다.

가. 조합원 개인의 책임

필수유지업무 근무 근로자로 지명된 조합원의 근로제공의무는 필수유지업무협정에서 그 근거를 찾을 수 있다. 따라서 해당 근로자가 근로를 제공하지 않고 쟁의행위에 참가한 경우 필수유지업무협정 위반이 되며, 필수유지업무협정, 취업규칙, 단체협약 등에 징계규정이 있다면 징계책임을 면하기 어려울 것이다. 또한 노동조합의 통제권[61]을 위반한 책임이 발생할 수 있다[62]. 노동조합 자체의 징계도 가능할 것이다.

한편 필수유지업무 근무 대상 근로자가 정당한 사유 없이 근로를 제공하지 않고 쟁의행위에 참가한 행위는 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 것으로 볼 수 있으므로 노조법 제42조의 2 제2항 위반에 해당한다고 본다.[63]

이에 대하여 지명된 조합원이 근로제공의무를 이행하지 않고 쟁의행위에 참가한 경우 곧바로 노조법 제42조의 2 제2항 위반죄가 성립하는 것이 아니라, 그 근로자가 쟁의행위에 참가함으로써 필수유지업무의 정당한 유지·운영이

61) 노동조합 및 노동관계조정법 제11조 15호.
62) 박제성, 앞의 책, p.156.
63) 노동부, 앞의 책, p.59.

실제로 정지・폐지 또는 방해되는 결과가 발생한 경우에만 벌칙이 적용된다는 견해가 있다[64]. 이 견해는 필수유지업무의 내용이 법률이 아니라 대통령령에 규정되어 있다는 점, 필수유지업무의 '정당한' 유지・운영에서 '정당한'이라는 문언의 개념이 불명확하여 노조법 제42조의 2 제2항이 죄형법정주의에 위반될 수도 있다는 판단[65] 등을 근거로 동 조항에 따라 형사책임을 부과하는 문제는 매우 신중하게 접근할 필요가 있다고 설명한다.[66] 그러나 노조법이 필수유지업무의 내용을 시행령으로 정하도록 하고 구체적인 유지수준과 범위, 필요인원을 필수유지업무협정으로 정하도록 한 것은 "이러한 모든 사항을 법률로서 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우[67]"로서 모법인 노조법이 처벌의 대상이 되는 행위, 형벌의 종류와 상한・하한의 폭 등을 명확하게 규정한 뒤에 시행령에 세부 내용의 규정을 위임한 것[68]이므로 죄형법정주의의 법률주의 위반이라고 보기는 어렵다고 생각한다. '정당한'이라는 문언의 개념도 법률의 규정을 구성함에 있어 가치개념을 포함한 일반적・규범적 개념을 사용하는 것을 금지할 수는 없다[69]는 점에서 명확성의 원칙에 위반된다고 단정하기는 어렵다. 헌법재판소도 "군사상의 기밀을 부당한 방법으로 탐지・수집한 자"라는 구 군사기밀보호법 제6조상의 구성요건에 대하여 '부당한'이라는 구성요건은 이 법이 정하고 있는 절차에 따른 방법 이외의 방법으로 기밀에 접근한 자라는 것을 통상의 판단・분별력을 가진 사람이라면 누구나 충분히 이해할 수 있다[70]"고 하여 합헌으로 판단한 바 있다. 또한 노조법 제42조의 제2항은 "정지・폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다"고 하여 행위 자체를 금지하는 거동범의 구성요건을 규정하고 있을 뿐 결과 발생을 요구하는 결과범적 구성요건이라고 볼 수는 없다. 그러므로 필수유지업무 근무 근로자로 지명된 근로자가 근로를 제공하지 않고 쟁의행위에 참가한 경우에는 결과 발생을 기다릴

64) 박제성, 앞의 글, p.157.
65) 문무기, 앞의 글, p.34; 박제성, 앞의 글, p.150.
66) 박제성, 앞의 글, p.151.
67) 대판 2000. 10. 27, 2000도1007; 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2003, p.15.
68) 헌재결 1991. 7. 8, 91헌가4; 헌재결 1997. 5. 29, 94헌바22; 헌재결 1997. 9. 25, 96헌가16; 헌재결 1998. 3. 26, 96헌가20; 홍성방, 「헌법학」, 현암사, 1999, p.428 등.
69) 이재상, 『형법총론』, 박영사, 2003, p.22.
70) 헌재결 1992. 2. 25. 89헌가104.

것 없이 노조법 제42조의 2 제2항 위반의 죄가 성립한다고 보는 것이 타당하다고 할 것이다[71].

필수유지업무 근무 근로자가 근로를 제공하기는 하였으나 불완전하게 제공한 경우 또는 근로제공 중 지휘명령에 위반한 경우 등에는 취업규칙, 필수유지업무협정, 단체협약 등에 따라 징계의 대상이 될 수 있다.

나. 노동조합의 책임

필수유지업무 근무 대상 근로자가 근로를 제공하지 않은 것은 필수유지업무 근무 근로자를 통보한 노동조합의 정당한 통제권에 대한 위반행위에 해당하므로, 노동조합은 통제권의 행사에 따르지 않은 조합원에 대한 제재조치를 취할 수 있을 것이다. 또한 필수유지업무 근무 근로자의 쟁의행위 참가가 노동조합의 지시에 의한 것인 경우에는 노동조합 스스로가 노조법 제42조의 2 제2항 위반에 대한 책임을 져야 할 것이다. 노동조합의 지시와 무관하게 지명된 근로자가 쟁의행위에 참가한 경우에도 노동조합은 협정에서 약정한 대로 근로를 제공할 근로자를 확보하지 못한 채무불이행 책임을 지게 될 수 있다[72].

Ⅶ. 결 론

필수유지업무의 유지를 위한 필수유지업무 협정 체결과 그것이 여의치 못하여 노동위원회의 결정을 받게 된 경우 발생할 수 있는 여러 가지 문제점, 협정 체결 이후 또는 노동위원회 결정 이후의 이행 과정에서 제기될 수 있는 문제점 등에 대하여 검토하였다. 이러한 쟁점들에 대한 일관된 검토를 위해서는 필수유지업무협정의 법적 성격이 과연 어떻게 자리매김될 수 있는지에 대해 규명하

71) 이러한 결론은 노조법 제42조의 2 제2항이 해석상 위헌은 아니라는 소극적인 의미를 가질 뿐이다. 필수유지업무제도의 도입 취지에 비추어볼 때 위 조항 위반을 이유로 한 국가의 형벌권 발동은 최대한 신중하게 결정되어야 할 것이다.

72) 박제성, 앞의 글, p.156. 이러한 결론은 필수유지업무협정이 단체협약의 채무적 부분에 해당한다고 보지 않아도 충분히 가능한 결론이다.

는 작업이 반드시 선행되어야 한다. 필수유지업무협정을 단체협약으로 볼 것인가 아니면 독자의 영역을 갖는 협정으로 볼 것인가에 따라 논의의 방향과 결론이 매우 달라지기 때문이다.

이 글에서는 필수유지업무협정은 단체협약과는 다른 별개의 협약 또는 노사협정이라는 시각을 가지고 각 쟁점에 대한 분석을 시도하였다. 추후 더욱 심도 있는 검토와 연구가 필요하겠으나, 현 시점에서 현행법의 해석과 적용에 있어 일관성 있는 준거를 제시할 수 있는 견해는 필수유지업무협정이 단체협약과는 다른 별개의 노사협정이라고 보는 것이라고 생각된다.

필수유지업무협정이 단체협약과는 다른 별개의 노사협정이라고 볼 경우, 필수유지업무협정의 유효기간 문제, 협정에 위반한 쟁의행위 또는 협정 없는 쟁의행위의 문제, 부당노동행위 문제, 필수유지업무 근무 근로자의 근로제공의무의 근거 확정 문제, 필수유지업무협정의 해석이나 이행방법에 대하여 노사 당사자 사이의 견해가 대립할 경우의 해결 문제 등에 대하여 일관된 해석과 이해의 기준을 제시할 수 있게 된다.

마지막으로 필수유지업무의 구체적 내용을 규정한 노조법과 시행령의 각 조항을 해석함에 있어서 이 규정들이 공익을 담보하기 위해 쟁의행위를 금지하는 목적을 가진 것이 아님을 잊지 말아야 한다는 점을 부연하고자 한다. 즉 필수유지업무제도를 규정한 노조법의 기본 취지는 단체행동권의 제한이 아니라 공익과 노동3권의 조화로운 보호라는 것이 모든 해석론의 전제가 되어야 한다는 것이다. 또한 공익과 노동3권의 조화를 위해서는 가급적 노사간 자율결정의 여지를 많이 부여함으로써 이 제도가 노사의 '자율과 책임'에 기초하여 운영될 수 있도록 하여야 할 것이다.

참고문헌

김기우 · 권혁. 『필수유지업무 범위에 관한 연구』. 한국노총 중앙연구원, 2007.
김선수. "혈액사업에서의 필수유지업무제도의 문제점과 정책과제." 「필수공익

사업장 노동기본권 확보의 쟁점과 과제」. 전국보건의료산업노동조합 국회 대토론회 자료집, 2008.

김형배. 『노동법』, (신판 제3판) 박영사, 2007.

김홍영. "파업시 유지되는 필수유지업무의 범위와 관련된 조항의 법리적 해석 토론문." 「노동쟁의의 해결과 공익보호」. 한국노동법학회 2007년도 하계학술대회 자료집, 2007.

노동부. 「필수유지업무제도 운영안내」. 2007.

문무기 외 4인. 『공익사업 실태 및 필수유지업무의 범위에 관한 연구』. 노동부, 2006.

문무기. "파업시 유지되는 필수유지업무의 범위와 관련된 조항의 법리적 해석." 「노동쟁의의 해결과 공익보호」. 한국노동법학회 2007년도 하계학술대회 자료집, 2007.

_____. 「필수유지업무의 범위와 관련 법조항의 법리 해석」. 『2007 노동법의 쟁점(Ⅰ)』. 한국노동연구원, 2007, p.102.

민주노총. "필수유지업무 시행령 개정에 대한 민주노총 입장." 「필수유지업무 제도화를 위한 공개토론회」. 토론문, 2007.

박제성. 「필수공익사업의 쟁의행위에 대한 새로운 규율 : 필수유지업무와 대체근로」. 『노동정책연구』 7(3) (2007): 145～168.

유성재. 「노사관계 선진화 입법에 대한 법리적 검토」. 『법학논문집』 31(1), 중앙대 법학연구소, 2007.

이재상. 『형법총론』. 박영사, 2003.

임종률. 『노동법』. 박영사, 2008.

한국경영자총협회. 『필수유지업무협정 쟁점분석』. 2008.

한국수자원공사. 「필수유지업무협정」. 2007. 11. 28.

홍성방. 『헌법학』. 현암사, 1999.

<매일노동뉴스> 2008. 4. 16.자.

Freedom of Association, Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO(Fifth edition), 2006.

abstract

Essential Minimum Services System in Korea

Jun Heui Lee

This dissertation is written to discover the issues of essential minimum services system in Korea, and find measures to utilize the system in a proper way.

To understand the system with a consistent view, it is important to clarify two points. One point is that the definition of the essential minimum services in Korea is different from the essential services or the minimum service of the ILO. And the other point is that the essential minimum services agreemant in the Trade Union and Industrial Relation Act 2006 should not be dealt with the collective bargaining agreement.

Getting a clear picture of those two points mentioned above is the start and the groundwork of this study.

Keywords : essential minimum services, essential minimum services agreement, strike replacement, essential services, minmum service, collective bargining agreement.