

# 산별노조와 노동법적 문제

박 제 성\*

산별노조와 관련된 노동법적 문제는 이미 여러 차례 깊게 논의된 바 있다(문무가이 승욱, 『노조 조직형태의 다양화와 노동법의 과제』, 한국노동연구원, 2004, pp.135~220; 이승욱, 「산별노동조합의 노동법상 쟁점과 과제」, 『노동법연구』 12, 2002, pp.159~240 참조). 다만, 기존의 논의는 복수노조가 금지되고 있는 현행법과 관련되어 있다. 이 글은 일단 복수노조의 병존을 전제로 한다. 그러므로 기업별노조가 이미 존재하는 경우에 산별노조의 기업지부가 복수노조에 해당하는지 또는 반대로 산별노조의 기업지부가 존재하는 경우에 새로운 기업별노조를 조직할 수 있는지 여부는 다루지 않는다. 또한 이 글은 이미 산별노조가 존재하는 상황을 전제로 한다. 그러므로 산별노조의 건설방식(신설 또는 조직변경)에 따라 달리 발생할 수 있는 문제들도 다루지 않는다. 이러한 문제들은 기존의 논의를 일단 참조할 수 있을 것이다. 이상의 전제조건하에서 산별노조와 관련하여 검토되어야 할 노동법적 문제를 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권으로 나누어 살펴 보고자 한다.

## I. 단결권

### 1. 취업자만 가입할 수 있는가?

기업별노조에서는 해고된 근로자 문제를 제외한다면 근로관계에 있지 않은 자의 노조 가입은 현실적으로 없었다. 그러나 산별노조에서는 현재 근로관계에 있지 않은 자(해고자, 실업자 등)의 노조 가입이 현실적 문제가 될 수 있다. 산별노조에는 취업자만 가입

\* 한국노동연구원 연구위원(jeseongpark@kli.re.kr).

할 수 있는가?

학설은 거의 일치하여 노조법상 근로자 개념은 현실적 근로관계를 전제로 하는 근로기준법상 근로자 개념과는 다르다고 파악하고 있다. 그러므로 해고자나 실업자도 노동조합을 조직하고 가입할 수 있다고 한다. 다만, 노조법 제2조 제4호 (라)목에서 말하는 ‘근로자 아닌 자’의 해석과 관련하여 기업별노조에는 종업원만 가입할 수 있는 것으로 해석한다.

판례는 과거에는 노조법상의 근로자 개념과 근로기준법상의 근로자 개념을 사실상 동일한 것으로 파악하였다. 그러다가 2004년 2월 27일의 서울여성노동조합 사건에서 “노조법에서 말하는 근로자에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자뿐만 아니라, 일시적으로 실업상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함된다”라고 하여, 최소한 초기업단위 노동조합에서는 현실적인 취업관계를 전제로 하지 않는 자도 노동조합에 가입할 수 있는 자격이 있다고 선언함으로써 오랜 논란의 종지부를 찍었다.

사실 건설업처럼 산업의 특성에 따라 취업과 실직이 반복되는 경우에는 취업근로자와 실직근로자 사이에 구별의 이익이 현실적으로 없다. 건설산업노조의 조합원 가입자격을 취업근로자로 한정해 버리면 사실상 건설산업노조라는 조직 자체의 존재를 부정해 버리는 결과가 되기 때문이다.

그러므로 판례가 분명히 한 것처럼, “일시적으로 실업상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한” 노동조합을 조직하고 가입할 수 있다고 해야 할 것이다.

## 2. 개별 근로자의 가입

산별노조의 가장 큰 특징 가운데 하나는 개별 근로자가 직접 그 구성원이 될 수 있다는 점에 있다. 이 점에서 단위노동조합만을 구성원으로 하는 산업별 연합단체(노조법 제10조 제2항)와 구별된다.

물론 현행의 산업별 연합단체도 개별 근로자를 구성원으로 할 수 있다는 해석이 가능하다. 노조법 제5조는 근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다고 규정하고 있으며, 노동조합을 정의하고 있는 노조법 제2조 제4호는 연합단체도 엄연히 노동조합임을 명시하고 있기 때문이다. 이렇게 본다면 노조법 제10조 제2항에서 “연합단체인 노동조합은 동종산업의 단위노동조합을 구성원으로 하는 산업별 연합단체와 산업별 연합단체 또는 전국 규모의 산업별 단위노동조합을 구성원으로 하는 총연합단체를 말한다”라고 규정하고 있는 의미는 동 조항의 목적인 노동조합의 설립신고와 관련된

범위에서만 의미를 가지게 된다.

이 점에서 노조법 제10조 제2항(시행령 제8조 제1항도 마찬가지)은 산별노조 시대의 다양한 조직형태를 포괄하지 못하는 약점을 안고 있다. 이 규정을 엄격히 해석하면, 이종산업의 단위노동조합을 구성원으로 하는 지역별 연합단체는 노동조합으로서의 법적 지위를 부여받지 못하게 될 우려가 있고, 이종산업을 조직하는 단위노동조합(예컨대, '일반노조')은 (총)연합단체에 가입할 수 없게 될 우려가 있으며, 전국 규모가 아닌 지역 규모의 산업별 단위노동조합도 (총)연합단체에 가입할 수 없다는 엉뚱한 결론으로 흐를 위험이 있다. 손질이 필요한 조항이다.

그러나 현실의 산업별 연합단체가 단위노조만을 구성원으로 하고 있으며, 개별 근로자가 직접 연합단체에 가입하는 것에 대해서는 해석상의 논란이 있을 수 있는 반면, 산별 단위노조의 결성은 개별 근로자가 직접 그 구성원이 되는데 별다른 장애가 없다는 점에서 특별한 의미를 찾을 수 있다.

그런데 만약 산별노조가 규약으로 지부를 통한 집단 가입만 가능하도록 규정하고 있는 경우에 문제가 생길 수 있다. 조직대상을 어떻게 정할 것인지는 원칙적으로 노동조합이 자율적으로 결정할 문제라는 관점에서 이러한 규약의 적법성을 인정할 수도 있을 것이다. 그러나 기존의 기업별노조에서는 가입 범위만을 정하면 되었고, 이는 노조의 결정권한 사항이라고 해석하는 것이 큰 무리를 일으키지는 않았지만, 산별노조에서는 가입 범위와 아울러 가입의 방식도 문제가 될 수 있다는 점에서 기존의 논의와는 약간 차이를 달리할 필요가 있다.

우리 노조법이 노동조합 가입 방식에 대해서는 아무런 제한을 두지 않는 반면, 근로자의 자유로운 노조 가입에 대해서는 헌법 제33조에서 단결권의 이름으로 이를 보장하고 있고, 또 노조법 제5조에서도 이를 반복하여 확인하고 있는 바, 산별노조의 규약으로 지부를 통한 집단적 가입만을 인정하는 방식으로 규정하는 것은 문제가 될 수 있다. 특히 지부 결성이 곤란한 사업장 근로자의 입장에서 본다면, 이는 노동조합에 의한 단결권 침해에 해당할 수 있다. 나아가 지부를 통한 집단 가입만 인정하는 것은 외견상 기존 산업별 연합단체와 아무런 차별성을 갖지 못하게 되는 결과가 되고, 산별 단위노조의 독자적 의의를 스스로 훼손하는 것이 될 위험이 있다. 그러므로 근로자의 개별적 가입을 인정하는 방향으로 규약이 제정되어야 할 것이다.

### 3. 이종산업의 근로자를 조직하는 산별노조

산별노조는 서로 다른 산업에 종사하는 근로자를 조직대상으로 할 수 있는가? 이와 관련해서는 노조법 시행령 제8조 제3항의 의미를 검토할 필요가 있다. 동 규정은 “2 이

상의 산업에 속하는 사업 또는 사업장에 설립된 단위노동조합이 산업별 연합단체인 노동조합에 가입하는 경우에는 그 사업 또는 사업장의 근로자수가 많은 산업 종류에 따른다”라고 정하고 있다.

그런데 노조법 시행령 제8조 제3항에서 말하고 있는 ‘단위노동조합’은 반드시 기업별 노조만 해당하는가? 이는 다시 ‘산업별 연합단체’는 기업별노조만을 구성원으로 해야 하는가라는 문제와 관련된다. 근로자가 어떤 조직형태를 취할 것인지는 전적으로 자유이다. 그러므로 산별 단위노조와 산별노조가 조직되어 있지 않은 기업의 기업별노조가 하나의 연합단체를 구성하는 것도 언제든지 가능하다. 즉, ‘산업별 연합단체’에는 산별노조도 가입할 수 있으며, 따라서 ‘2 이상의 산업에 속하는 사업 또는 사업장에 설립된 단위노동조합’에는 산별노조도 포함된다. 요컨대, 산별노조는 서로 다른 산업에 종사하는 근로자를 조직대상으로 할 수 있다고 해야 할 것이다.

노조법 제10조 제2항에서 “연합단체인 노동조합은 동종산업의 단위노동조합을 구성원으로 하는 산업별 연합단체와 산업별 연합단체 또는 전국 규모의 산업별 단위노동조합을 구성원으로 하는 총연합단체를 말한다”라고 규정하고 있는데, 이를 제한적으로 해석하면 ‘동종산업의 단위노동조합’만이 산업별 연합단체의 구성원이 될 수 있고, 이종산업의 단위노동조합은 산업별 연합단체에 가입할 수 없다는 결론으로 귀착될 수 있다. 이러한 해석은 적절하지 않으며, 제10조 제2항은 손질이 필요한 조항이라는 점은 이미 앞에서 언급한 바 있다.

프랑스 같은 나라와 달리 우리나라에서는 서로 다른 업종에 종사하는 근로자들을 하나의 노동조합으로 조직하는 데 아무런 법적 장애가 없다. 현실적으로도 전국 각 지역에 조직되어 있는 ‘일반 노동조합’은 기업과 업종에 상관없이 누구나(주로 비정규직) 가입할 수 있도록 되어 있는 엄연한 법상의 노동조합이다.

문제는 한 기업의 근로자들이 서로 다른 산별노조에 소속될 수 있다는 것이고, 이 때 서로 다른 산별협약이 하나의 기업에 적용되고 또 기업단위에서 별도의 기업별협약이 체결될 수 있기 때문에 협약의 충돌이 발생할 수 있다는 데 있다. 예컨대, A기업 근로자의 일부는 금속산업노조에 가입하고 다른 일부는 서비스산업노조에 가입하고 있는데, A기업에서 교섭창구 단일화를 통하여 전체 근로자 또는 전체 조합원을 대상으로 하는 별도의 기업별협약이 체결되는 경우를 상정할 수 있다.

이 경우 어느 협약이 적용되어야 하는지를 결정할 기준이 필요하다. 전통적인 기준으로는 가장 유리한 조항이 적용된다는 이른바 ‘유리의 원칙’이 있지만, 우리 노동법학에서는 유리원칙의 인정을 둘러싸고 논란이 있다(이는 뒤에서 다시 자세히 검토한다).

#### 4. 조직강제의 문제

조직강제(union-shop)의 문제가 생길 수 있는데 이는 다음과 같다. ① 산별협약으로 조직강제를 인정하고 산별노조가 특정기업 근로자의 3분의 2 이상을 조직하고 있는 경우, 신규 입사한 근로자는 산별노조에 의무적으로 가입해야 하는가? 기업별노조가 따로 있어 기업별노조에 가입할 수 있는가? 또한 산별노조에서 탈퇴하여 기업별노조에 가입할 수 있는가? ② 기업별노조가 있어 협약으로 조직강제를 인정하고 종업원의 3분의 2 이상을 조직하고 있는 경우, 신규 입사한 근로자는 이 기업별노조에 의무적으로 가입해야 하는가? 산별노조에 가입할 수 있는가? 또한 기업별노조의 조합원이 탈퇴하여 산별노조에 가입할 수 있는가?

조직강제의 위헌성 문제를 별론으로 하면, 다수설은 조직강제는 다른 노동조합에 가입하는 것까지 금지하는 것은 아니라고 보고 있는 데 반하여, 판례(대법원 2002. 10. 25. 2000다23815)는 다른 노동조합에 가입하는 것은 허용되지 않는다고 보고 있다(다만, 복수노조가 완전히 허용되는 2007년 1월 1일 이후에는 해석을 달리할 수 있는 여지를 인정하고 있다).

#### 5. 지부단위의 탈퇴 결의

우리 노조법은 흥미롭게도 근로자가 노동조합을 조직하고 가입할 수 있는 자유는 명시하고 있으면서(노조법 제5조) 노동조합으로부터 탈퇴할 수 있는 자유에 대해서는 명시하지 않고 있다. 그러나 탈퇴의 자유가 단결권의 핵심 내용 중의 하나임은 이론의 여지가 없다(유니언 슝 조항의 문제는 일단 별론으로 한다). 그러므로 산별노조의 조합원들이 개별적으로 탈퇴하는 것은 아무런 문제가 되지 않으며, 또한 일부 조합원들이 집단적으로 탈퇴하는 것도 아무런 문제가 되지 않는다.

그런데 기업별 지부가 조직되어 있는 경우에 이 지부가 조직적으로 탈퇴할 수 있는가? 이 문제는, 판례의 입장에 따르면, 지부가 하나의 독립된 노동조합으로 인정될 수 있을 만큼의 단체성을 갖고 있는지에 따라 달리 판단되어야 할 것이다.

“노동조합의 하부단체인 분회나 지부가 독자적인 규약 및 집행기관을 가지고 독립된 조직체로서 활동을 하는 경우 당해 조직이나 그 조합원에 고유한 사항에 대하여는 독자적으로 단체교섭하고 단체협약을 체결할 수 있고, 이는 그 분회나 지부가 노조법 시행령 제7조의 규정에 따라 그 설립 신고를 하였는지 여부에 영향받지 아니한다”(대법원 2001. 2. 23. 2000도4299).

우선, 지부가 독립된 노동조합으로 인정될 수 있을 만큼의 단체성을 갖고 있다고 판

단되는 경우에는 지부의 집단적 결의를 통한 조직적 탈퇴가 가능하다고 해야 할 것이다. 이것이 노조법 제16조에서 규정하는 분할에 해당하든지 아니면 조직변경에 해당하는지는 이론의 여지가 있지만, 어떤 경우든지 총회의 의결을 거쳐야 하는데, 이 때 총회는 산별노조의 총회가 아니라 지부의 총회를 의미한다.

다음으로, 지부가 독립된 노동조합으로 인정될 수 있을 만큼의 단체성을 갖지 못하고 있다고 판단되는 경우에는 지부의 집단적 결의를 통한 조직적 탈퇴는 인정되지 않는다고 해야 할 것이다. 이 때 지부는 하나의 단체가 아니라 한 기업에 소속되어 있는 같은 노동조합 조합원들의 사실상의 모임에 불과하기 때문에 조직적 탈퇴라는 개념 자체가 성립하지 않는다. 이 경우, 탈퇴를 희망하는 조합원들이 개별적으로 탈퇴할 수 있을 뿐이다. 탈퇴의 규모가 해당 기업 조합원 전체를 망라할 정도로 크다는 것은 아무런 문제가 되지 않는다.

노동부 행정해석(노조 68107-325, 2001. 3. 19; 노조 68107-585, 2001. 5. 23.)은 산업별 노조의 지부(분회)가 지부 총회를 통하여 기업별노조로의 조직변경을 결의하고 규약 제정 및 임원을 선출하여 행정관청에 설립신고를 한 경우에는 산별노조 본조의 명시적인 해산 결의나 승인 없이도 유효한 조직변경이 이루어진다고 보고 있다. 그러나 이 행정해석은 독립된 노동조합으로 인정될 수 있을 만큼의 단체성을 갖고 있는 지부를 대상으로 하여 나온 것인 만큼 모든 경우에 일률적으로 적용될 수 있는 것은 아니다.

결국 지부의 단체성을 어떻게 판단할 것인가가 문제되는데, 대법원 판례에 따르면 규약 등의 규정과 실제적 진실을 종합적으로 판단할 수밖에 없다. 다만, 지부가 독자적인 규약을 마련하고, 독자적인 집행부를 구성하고 있으며, 독자적으로 기업별교섭을 수행할 수 있는 정도라면 지부의 단체성이 인정될 여지가 많을 것이다. 반대로 그러한 요소들이 인정되지 않는 경우에는 지부의 단체성이 인정되지 않을 것이다. 그런데 만약 지부의 단체성이 인정되지 않는다면 기업별교섭을 어떻게 진행할 것인가가 또 문제된다. 우리 노조법 제29조는 이런 경우를 대비한 규정을 마련하고 있다. 즉, 노동조합으로부터 교섭 또는 단체협약의 체결에 관한 권한을 위임받은 자는 그 노동조합을 위하여 위임받은 범위 안에서 그 권한을 행사할 수 있다. 다시 말하면, 지부가 산별노조의 위임 없이도 독자적으로 기업별교섭을 수행할 수 있는 경우라면 지부의 노동조합성이 인정될 것이고, 산별노조의 위임을 통해서만 기업별교섭을 수행할 수 있는 경우라면 지부의 노동조합성은 인정되지 않을 것이다. 그리고 각각의 경우에 따라 지부의 탈퇴 문제가 처리된다.

노조법 시행령 제7조는 “근로조건의 결정권이 있는 독립된 사업 또는 사업장에 조직된 노동단체는 지부, 분회 등 명칭 여하에 불구하고 법 제10조 제1항의 규정에 의한 노동조합의 설립신고를

할 수 있다”라고 규정하고 있다. 따라서 설립신고된 지부는 독립된 노동조합으로 인정될 수 있을 정도의 단체성이 추정될 것이다.

## 6. 산별노조의 기업내 조합활동

산별노조의 비종업원인 간부가 조합활동을 위하여 기업에 출입할 수 있는가?

“조합활동이 정당하려면 취업규칙이나 단체협약에 별도의 허용규정이 있거나 관행, 사용자의 승낙이 있는 경우 외에는 취업시간 외에 행해져야 하며, 사업장 내의 조합활동에 있어서는 사용자의 시설관리권에 바탕을 둔 합리적인 규율이나 제약에 따라야 하고, 비록 조합활동이 근무시간 외에 사업장 밖에서 이루어졌을 경우에도 근로자의 근로계약상의 성실의무는 거기까지 미친다” (대법원 1990. 5. 15. 90도357).

판례의 입장이 산별노조에 대해서도 유추적용될 수 있다는 가정하에서 이 문제를 살펴보면 다음과 같이 말할 수 있다.

기업에 지부가 조직되고 지부 사무실이 있는 경우, 이 지부 사무실은 조합의 관리하에 있는 시설물이라고 할 수 있으므로 산별노조의 임원이 지부 사무실에 출입하는 것은 원칙적으로 허용되어야 할 것이다.

회사의 관리하에 있는 시설물을 이용하고자 하는 경우에는 사용자의 시설관리권과 조화가 필요하다. 그러나 반드시 별도의 규정이나 사용자의 승낙이 있어야 한다고 일률적으로 말할 수는 없고, 필요성이 인정되는 경우에는 특별한 이유가 없는 한 허용되어야 할 것이다. 예컨대, 식당이나 강당에서 지부 총회를 개최하고 여기에 산별노조의 임원이 참석하고자 하는 경우에는 특별한 이유가 없는 한 허용되어야 할 것이다. 그러나 조합활동과 관련 없이 개인적인 용무로 회사의 시설물을 이용하고자 하는 경우에는 별도의 규정이나 사용자의 승낙이 있어야 할 것이다.

종업원들의 근무시간 중에 산별노조의 임원이 조합원들을 접촉하고자 하는 경우에는 취업규칙, 단체협약, 관행 또는 사용자의 승낙이 있어야 할 것이다.

## 7. 산별노조의 전임자

노조법 제24조 제1항은 근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우에는 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에만 종사할 수 있다고 규정하고 있다. 종래 이 규정을 기업별노조의 전임자와 관련해서만 논의하여 왔으나, 산별노조의 전임자에게도 똑같이 적용될 수 있다고 보아야 할 것이다.

그러므로 노사는 산별협약을 통하여 각 기업의 조합원 중에서 일부를 일정 기간 동안 산별노조의 전임자로 ‘파견’하는 것을 정할 수 있다. 전임자에 대한 급여 지급의 문제는 별론으로 하고, 이 때 산별협약으로 정해야 할 중요한 사항들로는 전임 기간의 명시와 연임의 문제, 전임 기간 동안 해당 근로자가 향유할 수 있는 권리(특히 근속연수), 전임 기간 만료 후 복귀할 때 원래 업무로의 복귀 가능성과 그것이 여의치 않을 때 상응하는 업무로의 복귀 가능성 및 필요한 경우에 직업훈련을 받을 수 있는 권리 등이 있을 것이다.

## II. 단체교섭권

### 1. 부당노동행위의 산별교섭 적용가능성

산별노조의 교섭 요구가 있을 경우, 기존 사용자협회가 있으면 이 사용자협회가 교섭 의무를 부담하는가? 사용자협회가 없을 경우 새로운 산별 사용자단체 또는 적어도 산별 사용자교섭단을 결성하여 교섭에 응할 의무가 인정되는가? 만약 이러한 의무를 위반할 경우 부당노동행위에 해당하는가?

우리의 경우 단체협약은 협약을 체결한 노동조합의 조합원에게만 적용된다는 것이 지배적인 견해이다. 이를 끝까지 관찰시키면, 개별 사용자가 교섭에 참여했는지 여부와 상관없이 그 기업에 산별노조의 조합원이 있는 한 사용자는 협약의 적용을 받아들여야 한다는 결론에 이르게 된다. 물론 이러한 결론이 성립될 수는 없을 것이다. 협약에는 그 본질상 양방 당사자의 존재가 전제되기 때문이다. 결국 사용자가 교섭에 응하지 않는 이상 산별협약이 체결되더라도 해당 사용자의 기업에는 산별협약이 적용될 여지가 없게 될 위험이 있다. 그런데 기업별교섭에서는 사용자의 단체교섭 거부가 부당노동행위에 해당하기 때문에 별도의 구제수단이 마련되어 있는 반면, 산별교섭에서는 사용자가 단체교섭을 거부하더라도 아무런 구제수단이 없는 것인지 검토할 필요가 있다. 기업별 차원에서 부당노동행위제도를 통하여 보호하고자 하는 근로자의 단체교섭권이 산업별 차원에서 무시되어도 좋은 이유는 없다. 여기서 현행의 부당노동행위제도를 산별교섭에 대해서 적용할 수 있는지를 검토해야 할 필요성이 제기된다.

사실 우리 노조법 제81조 제3호는 “노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약 체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하는 행위”를 사용자의 부당노동행위로 금지하고 있으면서, 여기서 말하는 단체교섭이 반드시 기업별교섭이라고 명시하지는 않고 있다. 따라서 산별교섭에 대해서도 사용자의 정



당한 이유 없는 단체교섭 거부나 불성실한 단체교섭은 부당노동행위에 해당한다. 노조법 제30조 제2항에서도 “노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 정당한 이유 없이 교섭 또는 단체협약의 체결을 거부하거나 해태하여서는 아니된다”라고 하여 이를 확인하고 있다. 이러한 원칙을 사용자 쪽의 조건에 따라 몇 가지 경우를 나누어 살펴보자.

첫째, 사용자 쪽에 이미 협회가 존재하고 이 협회가 교섭과 관련된 기업들을 모두 구성원으로 조직하고 있는 경우이다. 이 때 이 사용자협회는 산별교섭에 응할 의무를 부담하는가? 다시 말하면 이 사용자협회는 산별교섭의 의무를 지는 사용자단체에 해당하는가? 노조법 제2조 제3호는 사용자단체를 “노동관계에 관하여 그 구성원인 사용자에게 대하여 조정 또는 규제할 수 있는 권한을 가진 사용자의 단체를 말한다”라고 정의하고 있다. 즉, 사용자협회가 노조법상의 사용자단체에 해당하는지 여부는 그 협회가 갖고 있는 조정 또는 규제 권한의 정도를 고려하여 판단할 수밖에 없다. 다만, 여기서 주의해야 할 것은 사용자단체에 요구되는 규제 권한의 정도는 노동조합 연합단체에 요구되는 그것과는 달리 판단되어야 한다는 점이다. 사실 사용자단체의 구성원인 각 기업들은 이미 경쟁관계에 있는 존재들로서, 통일적 의사형성이 가능한 ‘단체성’이 노동조합에 비해서 약할 수밖에 없다는 점을 고려하지 않으면 안 된다.

대법원 1992. 2. 25., 90누9049 판결: 협동조합은 다수결 원리에 의하여 그 조합원을 통제할 수 있고 임금 기타 근로조건을 표준화를 통하여 조합원 사이의 부당한 경쟁을 방지함으로써 조합원의 이익을 도모할 수 있으므로 협동조합도 일정한 요건하에서는 그 조합원들이 고용하고 있는 근로자들로 구성된 노동조합과 단체교섭 및 단체협약 체결을 할 수 있다고 할 것인데 원래 협동조합은 조합원들의 경제적 지위의 향상을 위하여 설립된 경제단체로서 노동조합에 대응하는 단체가 아니라는 본질에 비추어 보면 그 정관에서 정하고 있는 경우나 조합원들의 위임이 있는 경우 등에 한하여 노동조합과의 단체교섭 및 단체협약 체결을 할 수 있다. 수산업협동조합인 원고조합이 그 정관상 조합사업의 하나로 규정한 “조합원의 경제적 이익을 도모하기 위한 단체협약의 체결”에는 노동조합법상의 단체협약이 포함된다고 보아야 할 것이어서 단체교섭 기타의 단체협약의 체결을 그 목적으로 한다고 할 것이고, 한편 그 구성원에 대하여 다수결 원리를 통한 통제력을 가지고 있는 데다가 정관에 조합원의 제명에 관하여 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면 노동관계에 관하여도 그 조합원을 조정 또는 규제할 권한이 있다고 보여지므로 결국 노동조합법 소정의 사용자단체에 해당된다.

구성원들의 경제적 지위의 향상을 위하여 설립된 경제단체로서 노동조합에 대응하는 단체가 아니라는 본질을 갖고 있는 경우에는 정관에서 정하고 있는 경우나 구성원들의 위임이 있는 경우에 단체교섭의 상대방인 사용자단체가 될 수 있다. 반대로 보면, 그 설립목적 자체가 노동조합에 대응하기 위한 경우라면 정관의 규정이나 구성원들의 위임이 없이도 단체교섭의 상대방인 사용자단체가 될 수 있을 것이다. ‘경총’을 예로 들어 보자. 지금까지는 경총의 ‘사용자단체성’에 대해서 제대로 된 검토가 없었지만, 위 판례에서

제시한 요건을 경총이 과연 충족시키지 않는지에 대해서 엄밀한 검토가 있어야 할 것이다. 경총은 “사용자들에 대한 노동관계의 조정, 지원과 제휴를 통한 노사간의 이해증진 및 협조체제의 확립”(정관 제2조)을 하나의 목적으로 설정하고 있으며, “회원사의 이익 도모를 위한 단체교섭 또는 그 지도 및 지원에 관한 사항”(정관 제4조)을 주된 사업의 하나로 하고 있으며, 나아가 회원에 대한 제재(제8조)와 다수결 원리를 통한 의사결정(제17조)도 규정하고 있는바, 단체교섭의 상대방으로서의 사용자단체에 해당한다고 보아야 할 것이다.

둘째, 사용자협회가 아예 존재하지 않거나 존재하더라도 노조법상의 사용자단체로는 인정될 수 없는 경우, 또는 사용자단체가 존재하지만 일부 기업들이 그 소속에서 빠져 있는 경우이다. 이 경우에는 모든 기업들이 사용자단체를 통하여 대표되는 단체 대 단체의 산별교섭이 곤란해질 수 있다. 그렇다고 해서 ‘사용자단체’를 조직하도록 강제하거나 개별 기업에 대해서 사용자단체 가입을 강제하는 것은 결사의 자유에 반하기 때문에 타당하지 않다. 물론 위임하는 방식을 통하면 가능하지만, 위임을 강제할 수는 없다.

중소기업협동조합이나 전경련 또는 대한상공회의소 등의 조직이 노조법상의 사용자단체에 해당할 수 있는지 여부는 확실하지 않다. 이들 조직의 설립 목적과 주요 사업에는 노동조합을 상대방으로 전제하는 내용이 포함되어 있지 않다. 또한 규제와 조정의 권한도 경총만큼 분명하지 않다. 그러나 이들이 회원사의 위임을 통하여 단체교섭을 할 수 있다는 점에는 이론의 여지가 없다.

그러므로 이 때에는 산별교섭을 위하여 특별히 일시적인 사용자집단을 구성하여 교섭에 응해야 하는지가 문제된다. 이는 결국 집단교섭의 형식이 될 것이다. 사용자집단을 구성하는 방식으로는 예컨대, 관련된 사용자 모두가 교섭석상에 실제로 참석하는 방식이나 대표자 몇 명을 선정하여 교섭에 참가하는 방식이 있을 수 있으며, 나아가 사용자단체가 있는 경우에는 그 사용자단체와 개별 기업들의 집단이 함께 교섭에 참가하는 방식도 있을 수 있다.

노동조합도 마찬가지이지만, 산별교섭의 일방인 사용자가 반드시 하나여야 한다는 법은 없다. 복수의 노동조합과 복수의 사용자단체 또는 사용자집단이 단일한 산별교섭 테이블에 참가하는 가능성을 항상 염두에 두어야 한다. 산별노조가 대기업과 중소기업을 동시에 조직 대상으로 하고 있다는 점에서도 주로 대기업이 구성원으로 있는 사용자단체와 주로 중소기업이 구성원으로 있는 사용자단체가 동시에 교섭에 참가하는 것이 보다 바람직할 수 있다.

위에서 이미 언급한 대로, 우리 노조법은 성실교섭의무를 규정하고 있으며, 기업별교섭에서 부당노동행위로 보호하고자 하는 근로자의 단체교섭권이 산별교섭에서 무시되어도 좋은 이유는 없다. 그러므로 적어도 산별노조의 조합원이 있는 기업의 사용자는

산별노조의 교섭 요구에 응할 의무를 진다고 해석해야 할 것이다. 따라서 만약 사용자 집단이 구성되었는데 일부 사용자가 일체의 교섭을 거부하는 것은 당연히 부당노동행위가 되겠지만, 나아가 지부와의 개별교섭을 주장하면서 집단교섭을 거부하는 것은 해당 사용자의 부당노동행위가 인정된다고 해야 할 것이다.

예컨대 A기업 노동조합이 소속 연합단체에 교섭권을 위임하여 연합단체가 A기업을 상대로 대각선교섭을 요구하였는데 사용자가 A기업 노동조합과의 교섭만을 주장하면서 대각선교섭을 거부하는 것은 부당노동행위로 인정되는 데 큰 무리가 없을 것이다. 특히 유일교섭단체조항이나 제3자 위임금지조항 등을 이유로 교섭을 거부하는 것은 부당노동행위를 구성한다는 데 학설은 거의 일치하고 있다. 그런데 산별노조의 교섭 요구를 거부하면서 지부와 개별교섭을 하겠다고 주장하는 것도 이러한 문제 상황과 크게 다르지 않다.

중노위 2000. 12. 22., 부해530, 부노135: 관행적으로 20여 개의 법인회사가 일률적으로 10여 년 동안 사용자와 단일교섭을 진행하여 왔음에도 불구하고, 이런 관행을 무시하고 사용자가 법인별로 각각 교섭을 주장하며 단체교섭을 거부하는 것은 부당노동행위에 해당한다(김형배, 『노동법』, 2005: 939).

그런데 어떤 사용자가 집단교섭은 거부하지만 산별노조와의 대각선교섭은 하겠다고 하는 경우도 부당노동행위가 되는지 검토할 필요가 있다.

노동부 2000. 6. 13., 노조01254-481 행정해석은 산업별 노동조합이 해당 사업장에 대하여 집단교섭을 요구하였으나 일부 업계 사용자들이 각 회사의 경영상황이 상이하기 때문에 집단교섭에 응할 수 없다고 하여 단체교섭을 거부하는 것이 정당한지 묻는 데 대하여 “노동조합및노동관계조정법이 단체교섭의 방식에 대하여는 별도의 규정을 두고 있지 아니하므로 노동조합과 사용자는 그간의 관행, 근로조건의 통일적 규율의 필요성 유무, 단체교섭의 원활한 진행의 필요성 등을 감안하여 노사의 실정에 적합한 단체교섭의 방식에 대해 자율적으로 결정할 수 있는 것이다. 따라서 산업별 노동조합이 당해 노동조합의 조합원과 근로계약관계를 맺고 있는 복수의 사용자에 대하여 집단교섭을 요구하는 경우 사용자측이 각 회사별 근로조건의 차이 등을 이유로 개별교섭을 주장할 수 있는 것이며, 이를 정당한 이유없는 교섭거부로 보기는 어려울 것이다”라고 회시하고 있다.

이 노동부 행정해석에서 말하는 ‘개별교섭’이 지부와의 개별교섭을 의미하는 것인지, 아니면 산별노조와의 대각선교섭을 의미하는 것인지는 분명하지 않다. 지부와의 개별교섭을 의미하는 것이라면 그것은 위에서 언급한 것처럼 부당노동행위라고 해야 할 것이다. 반대로 집단교섭은 거부하지만 대각선교섭은 하겠다고 하는 의사를 밝힌 경우라면 부당노동행위가 아니라고 할 수 있을 것이다. 강력한 산별노조와의 대각선교섭을 스스로 희망하고 있다는 점과 교섭 자체를 거부하는 것은 아니라는 점 및 단체교섭의 양방 중 근

로자는 대표를 통하여 교섭에 참가하지만 사용자는 반드시 대표를 통할 필요 없이 단독으로 당사자가 될 수 있다는 일반 원칙이 고려될 수 있기 때문이다.

## 2. 산별협약의 효력확장제도

개별 사용자의 산별교섭으로부터의 이탈이라는 문제는 산별교섭에서는 언제나 발생할 수 있는 문제이다. 그것은 산별교섭의 존재 의의를 심각하게 훼손할 수 있다. 산별교섭이 발달한 나라들이 협약확장제도를 두어 이에 대비하는 이유이다. 우리 노조법은 협약의 효력확장과 관련하여 사업장 단위의 효력확장제도(노조법 제35조)와 지역단위의 효력확장제도(노조법 제36조)만을 두고 있다. 어떤 지역에 거대기업이 있어서 지역단위의 효력확장 요건을 충족하는 경우도 있을 수 있지만, 산업단위의 효력확장제도가 정비되지 못한 것은 산별교섭의 발전에는 큰 장애가 될 수 있다. 단체교섭과 단체협약은 그 자체로 모든 사회(기업, 지역, 산업, 국가)가 필요로 하는 바의 경쟁과 협력의 조율수단임을 재인식할 필요가 있을 것이다.

## 3. 산별교섭에서 교섭창구 단일화

노조법 부칙 제5조는 교섭창구 단일화를 복수노조의 허용과 결부시켜 규정하고 있는데, 이것이 기업별교섭의 경우에만 적용되는 것인지, 아니면 산별교섭의 경우에도 적용되는 것인지는 분명하지 않다.

한편으로는 교섭창구 단일화를 규정하고 있는 제3항이 기업 차원의 복수노조금지를 규정하고 있는 제1항과 연계되어 규정되고 있다는 점에서는 교섭창구 단일화가 기업별교섭의 경우에만 적용된다고 해석할 수 있다. 또한 초기업 차원의 복수노조는 이미 현실적으로 존재하고 있고, 또 이와 관련하여 교섭창구 단일화가 특별히 문제되지 않고 있다는 점에서도 교섭창구 단일화는 기업별교섭의 경우에만 적용되는 것이라고 해석할 수 있다.

그러나 다른 한편으로는 제3항이 기업별교섭을 명시적으로 겨냥하고 있지 않다는 점에서는 산업별교섭의 경우에도 교섭창구 단일화가 적용된다고 해석할 수 있다. 또한 교섭창구 단일화는 단체교섭제도의 틀을 새롭게 짜는 것이기 때문에 기업별교섭과 산별교섭을 구분하여 취급하는 것이 어색할 수 있다는 점에서도 교섭창구 단일화가 산별교섭의 경우에도 적용된다고 해석할 수 있다. 특히 산별교섭에서 복수의 교섭이 진행되고, 그 결과 복수의 산별협약이 체결된다면 하나의 산업에 복수의 최저근로조건이 설정되는 것이 되어 매우 이상한 결과를 초래할 수도 있다는 점에서 산별교섭의 경우에도 교섭창

구 단일화가 적용되어야 한다는 주장이 설득력을 가질 수 있다.

요컨대, 원칙적인 차원에서는 산별교섭에서도 교섭창구 단일화가 적용되는 것이 바람직하다 하더라도 법해석상의 난점은 여전히 남는다. 아직 교섭창구 단일화가 제도화되지 않았기 때문에 입법의 방향에 따라 다르게 해석할 여지가 남아 있다.

#### 4. 산별협약과 지부협약의 충돌

판례에 따르면, 산별노조의 기업별 지부도 ‘단체성’이 인정되는 한 노조법상의 노동조합으로 인정된다. 따라서 독자적으로 단체교섭을 진행하고 단체협약(지부협약)을 체결할 수 있다. 그러므로 이 경우에는 산별협약과 지부협약이 충돌하는 문제가 발생할 수 있다. 한편, 지부의 단체성이 인정되지 않는 경우에도 산별노조가 해당 지부에 단체교섭과 단체협약 체결에 관한 권한을 위임하는 방식을 통하여 지부교섭과 지부협약의 체결이 가능하다(노조법 제29조 제2항). 그러므로 이 경우에도 산별협약과 지부협약이 충돌하는 문제가 발생할 수 있다. 과연 어떤 협약을 적용해야 하는가?

과거에 연합단체가 체결한 협약과 연합단체 소속의 기업별노조가 체결한 협약이 충돌하는 문제를 둘러싸고 유사한 논의가 진행되었다. 그런데 이 문제를 협약충돌 문제로 접근한 것이 아니라 노조들 사이의 교섭권의 경합과 조정이라는 관점에서 접근하였다. 그 결론은 유효한 교섭권을 가진 노동조합이 체결한 단체협약이 적용된다는 것이었다. 나머지 문제는 어느 노동조합이 유효한 교섭권을 갖고 있는지를 판단하는 기준에 관한 것이었다. 이러한 접근법을 연장하면, 산별협약과 지부협약이 충돌하는 경우에도 산별노조와 지부 가운데 누가 유효한 교섭권을 갖고 있는지를 보아 문제를 해결하게 된다. 그에 따라 어느 한 쪽의 협약은 효력을 상실하게 된다.

그런데 이러한 접근은 어느 한 쪽 노동조합의 단체교섭권을 제한하는 결과가 되기 때문에 헌법상 보장된 단체교섭권의 침해라는 의심을 피하기 어렵다. 비록 지부와 산별노조에 소속된 근로자가 실체상 동일한 근로자이기는 하지만, 근로자는 문제되는 각각의 영역에서 고유한 단체교섭권을 향유하여야 한다. 산별노조와 지부(단체성이 인정되는 경우)는 서로 독립된 단체교섭권을 향유하는 것이다. 이런 관점에서는 산별협약과 지부협약이 공히 유효한 협약으로 인정된다. 문제는 둘 중에 어떤 협약을 적용할 것인지이다.

위임에 의한 지부교섭의 경우에는 지부협약이 위임의 범위 안에서 이루어졌는지 여부를 판단하여 결정할 수 있다. 만약 위임의 범위를 벗어나 체결된 협약의 내용이라면 무효가 될 것이다. 그러나 지부가 단체성이 인정되어 위임 없이도 독자적으로 단체교섭을 수행하고 지부협약을 체결하는 경우에는 사정이 다르다. 이 경우 협약충돌을 해결하는 기준은 여러 가지가 있을 수 있다.

첫째, 신법 우선의 원칙은 두 협약 가운데 나중에 체결된 협약을 적용하는 것이다. 그런데 이것은 동위의 협약들 사이에서만 타당한 기준이 된다. 이런 기준을 적용하고 있는 독일의 경우에도 동위의 산별협약 사이에서만 적용하고 있다. 그러므로 산별협약과 지부협약 사이에 이 기준을 적용하기는 곤란하다.

둘째, 특별법 우선의 원칙은 산별협약과 지부협약이 충돌하는 경우에 지부협약을 우선하여 적용하는 것이다. 이 때 지부협약이 산별협약의 내용보다 유리한지 불리한지는 문제삼지 않는다.

셋째, 유리한 조건 우선의 원칙은 산별협약과 지부협약 가운데 근로자에게 보다 유리한 내용을 담고 있는 협약을 적용하는 것이다. 보통의 경우, 산별협약은 해당 산업의 공통된 기준, 즉 최저기준을 설정하고 지부협약은 이를 각 기업의 구체적 현실에 적용하여 보다 유리한 내용을 설정하게 되므로, 유리의 원칙과 특별법 우선의 원칙은 같은 내용이 된다. 그러나 지부협약이 산별협약보다 근로자에게 더 불리한 내용을 규정하는 경우에는 유리의 원칙에 따르면 산별협약의 내용이 적용되어야 하고, 특별법 우선의 원칙에 따르면 지부협약이 적용되어야 한다.

넷째, 산별협약 당사자의 의사 우선의 원칙은 산별협약에서 지부협약으로 다르게 정하지 못하도록 명시적으로 금지하는 경우에는 산별협약의 기준이 일률적이고 표준적인 기준이 된다. 그러므로 이에 반하는 내용의 지부협약은 무효가 된다. 반대로 산별협약에서 지부협약으로 다르게 정할 수 있도록 명시적으로 허용하는 경우에는 다른 내용을 정한 지부협약이 우선 적용된다. 그런데 이 방식은 만약 산별협약에서 아무런 규정을 하지 않고 있는 경우에는 또다시 기준의 문제가 발생하게 된다.

산별협약 당사자의 의사를 우선으로 하되, 산별협약에서 아무런 규정을 하지 않고 있는 경우에는 유리의 원칙을 보충적으로 적용하는 것을 생각해 볼 수 있다(이 글에서 자세한 근거를 제시하기는 힘들지만, 필자의 다른 글에서 ‘유리의 원칙’이 우리 현행법상 규범충돌 해결의 기본 원칙으로 작용하고 있다는 점을 논증한 바 있다. 박제성, 「텍스트 다시 읽기」, 『노동법연구』 15, 2003 하반기, p.265 참조).

### III. 단체행동권

#### 1. 개별 근로자의 파업권

근로자가 개별적으로 산별노조에 가입할 수 있다면, 이 개별 가입한 근로자의 파업권

이 인정되어야 할 것이다. 즉, 어떤 사업장에 산별노조의 조합원이 한 명밖에 없는 경우에도 산별노조 전체 차원에서 파업이 기획되고 실행될 때 이 조합원인 근로자의 파업권이 인정되어야 할 것이다.

마찬가지로 사업장에 두 명 이상의 근로자가 지부를 결성하지 않고 개별적으로 산별노조에 가입한 경우, 산별 차원에서 파업을 계획하고 산별 차원의 찬반 투표를 실시하면 개별 가입조합원도 투표에 참여하고 파업에도 참여할 수 있다고 해야 할 것이다.

## 2. 지부의 독자적 파업

그런데 지부가 있는 경우에 산별노조 본조의 결의 없이 지부의 독자적인 결의만으로 지부단위의 파업을 할 수 있는가? 노조법 제37조 제2항은 “조합원은 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 정의행위를 하여서는 아니된다”라고 규정하고 있다. 그러므로 결국은 지부가 독자적인 노동조합으로 인정될 수 있는 정도의 단체성을 갖고 있는지에 따라 달리 판단되어야 할 문제이다.

즉, 지부가 독자적인 노동조합으로 인정될 수 있을 정도의 단체성을 갖고 있는 경우에는 지부의 독자적 결의로 파업을 할 수 있다고 보아야 한다. 그리고 이 때 만약 파업이 위법하다면 그 책임도 지부가 단독으로 질 뿐이며, 산별노조 본조에 대해서는 책임 추급이 인정되지 않는다고 보아야 한다.

반대로, 독자적인 노동조합으로 인정될 수 있을 정도의 단체성을 갖고 있지 못한 지부의 경우에는 산별노조 본조의 결의를 통해서만 파업이 가능하다고 해야 할 것이다. 이 때 지부가 산별노조 본조의 결의 없이 독자적인 파업을 결행한다면, 노조법 제37조 제2항에 위반되는 파업이 될 것이다. 그러나 이런 경우에도 곧바로 산별노조의 책임을 묻는 데는 신중해야 할 것이다. 왜냐하면 노조법 제37조 제2항 위반에 대해서는 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 파업에 참가한 조합원에게만 벌칙이 부과될 뿐이며 노동조합 자체에 대해서는 벌칙이 예정되어 있지 않다는 점을 고려해야 하기 때문이다. 물론 노조법 제38조 제3항은 “노동조합은 정의행위가 적법하게 수행될 수 있도록 지도, 관리, 통제할 책임이 있다”라고 규정하고 있지만, 이는 같은 조 제1항과 제2항의 규정을 보았을 때 이미 노동조합이 주도하여 개시된 파업이 적법하게 전개될 수 있도록 노동조합이 지도할 책임에 대한 것이라고 보아야 할 것이다.

## 3. 중점파업의 문제

한편, 교섭의 범위와 파업의 범위는 반드시 상응해야 하는 것은 아니다. 즉, 해당 기업

들 전체와 산별교섭을 진행하는 경우라도 개별 기업을 타깃으로 하여 파업을 조직하는 것이 가능하다. 반대로, 본격적인 산별교섭을 진행하기에 앞서 대표적인 기업과 패턴교섭을 하는 경우에 해당 기업을 대상으로 파업을 조직하는 것이 가능한 것은 물론이고, 나아가 산별 전체의 파업을 결의하는 것도 가능하다. 그것은 어디까지나 근로자들이 스스로 결정할 문제이다.

그런데 노조법 제41조 제1항은 “노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접, 비밀, 무기명투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다”라고 규정하고 있는데, 개별 사업장을 대상으로 중점파업을 할 경우, 찬반투표의 적용 범위는 해당 사업장인가, 교섭에 참가한 사업장 전체인가, 산업 전체인가? 현재로서는 어느 것이라고 딱 잘라 말하기는 어려워 보인다. 다만, 각각의 경우에 관련되는 효과가 달라질 수 있다는 점은 분명히 할 필요가 있다.

우선, 산업 전체를 대상으로 한다면, 즉 산별노조 소속 조합원 전체를 대상으로 찬반투표를 실시해야 한다고 해석하는 경우에는 중점파업의 타깃이 된 사업장뿐만 아니라 다른 사업장의 근로자도 필요에 따라서는 연대파업을 할 수 있다고 보아야 할 것이다. 사실상 이미 찬반투표가 진행된 다음이기 때문에 다른 사업장에서 파업하는 것을 막을 근거는 별로 없다고 할 수 있다.

다음으로, 교섭에 참가한 전체 사업장의 조합원을 대상으로 찬반투표를 실시해야 한다고 해석하는 경우에는 중점파업의 타깃이 된 사업장뿐만 아니라 교섭과 관련된 다른 사업장의 근로자도 연대파업을 할 수 있다고 보아야 한다. 산업 전체를 대상으로 하는 경우와 그 범위만 조금 달라질 뿐 동일한 논리적 연장이다.

마지막으로, 중점파업의 타깃이 된 사업장의 조합원만을 대상으로 찬반투표를 실시하면 충분하다고 해석하는 경우에는 다른 사업장 근로자는 별도의 찬반투표 없이는 연대파업을 할 수 없다고 해야 할 것이다.

그런데 지부의 독자적 파업과 관련하여 살펴본 것처럼, 지부가 독자적 노동조합으로 인정될 수 있을 만큼의 단체성을 갖고 있는 경우에는 산별노조 전체의 결의가 아니라 지부 자체의 결의만으로 파업을 할 수 있기 때문에 단체성이 인정되는 지부가 조직된 사업장을 중점파업의 타깃으로 삼는 경우에는 해당 사업장 차원의 찬반투표만으로도 충분하게 될 것이다. 다만, 이 경우는 산별노조 전체 차원에서 수립된 전술에 따라 특정 지부가 파업에 돌입하는 것이므로 지부의 파업이 위법한 경우에는 산별노조 본조의 연대책임이 인정될 가능성이 그만큼 커진다고 보아야 할 것이다. **KLI**