

< 발 제 >

개정 노조법의 문제점과 보완입법 방향

김희성 교수

강원대 법학전문대학원

개정 노조법의 문제점과 보완입법 방향

김희성(강원대학교 법학전문대학원 교수)

[목 차]

I. 총평
1. 노조법 정비(개정)의 당위성과 현실적합성
2. 노조법 개정에 따른 파급효과와 노사관계의 변화예측 부재
II. 개정 노조법의 내용과 문제점
1. 노조 운영 및 활동 관련 개정 내용과 문제점
2. 단체교섭 및 단체협약 관련 개정 내용과 문제점
3. 쟁의행위 관련(직장점거) 개정 내용과 문제점
III. 대등한 노사관계의 구축과 노동의 사법화(司法化) 방지를 위한 보완입법의 방향과 내용
1. 문제의 소재
2. 쟁의행위에서의 대체근로의 금지규정의 개선
3. 부당노동행위제도 개선 - 부당노동행위 처벌규정의 삭제와 구제명령의 실효성 확보 -
IV. 결론에 갈음하여 - 노사 대등성을 위한 집단적 노사관계법제의 개선방향

I. 총평

○ 개정 노조법은, 노동조합의 단결권과 자주성을 침해하여 ILO 핵심협약의 취지에 위반될 수 있다고 지목된 사항들을 제거하면서도 기존 근로시간면제제도의 기본 틀을 유지하려는 목적으로 마련된 것으로 이해됨.

1. 노조법 정비(개정)의 당위성과 현실적합성

○ 핵심협약의 비준 및 이를 위한 노조법 개정을 위해서는 규범적으로 그 필요성 내지 당위성이 충분히 인정될 필요가 있었는데, 이에 대해서는 어느 정도 긍정적이라 할 수 있음.

- 그러나, 핵심협약의 비준 및 이를 위한 노조법 개정을 위해서는 현실에서도 그 타당성이 인정되어야 함. 즉 국내 다른 법·제도와와의 정합성, 사회·경제적 영향, 노조법 개정의 지향점과 개정으로 인해 만들어질 미래 노사관계의 모습 등이 구체적으로 검토되어 결정될 필요가 있었음에도 불구하고 이에 대한 검토 없이 논의가 이루어지고 협약비준을 위한 전제작업으로 노조법이 개정된 것은 문제가 있음.

○ 특히 우리의 노사관계 환경이나 생태계의 특징을 충분히 고려하지 못한 채 ILO 핵심협약 규범의 수용이 이루어질 경우 그 초래되는 부작용은 어떻게 대응해야 하는 것인지 그리고 법개정을 통해 우리 미래가 어떻게 달라질 것인지, 왜 그와 같이 달라져야 하는지, 그 달라지는 것에 우리가 어떻게 대응하고 준비해야 하는지에 대한 밑그림이 제시되지 않았다는 것에 대해 합리적 문제의식을 가지지 않을 수 없음.

2. 노조법 개정에 따른 파급효과와 노사관계의 변화예측 부재

○ 핵심협약의 비준 이룰 위한 노조법 개정은 단순히 협약의 내용만을 비준하는 것이 아니라 산업현장에서 노사관계 및 사회·경제적으로 미칠 영향을 파악하는 등 구체적이고 전문적인 판단이 필요한 의제임에도 이에 대한 연구과 검토가 부재하였음.

○ 핵심협약의 비준 및 이를 위한 노조법 개정으로 인하여 우리나라는 중·장기적으로 국내 노동보호 수준의 향상을 기대할 수 있는 반면, 단기적으로는 그에 따른 상당한 사회적 비용을 부담해야 할 수도 있음.

- 다시 말해 중·장기적으로는 국제노동기준에 부합하는 방향으로 노동관계법·제도가 정비되고 그에 따른 노동관행이 정착될 수 있지만, 그와 같은 국내 노동보호 수준의 향상과정에서 단기적으로 노동비용이 증가하여 일자리 창출 여력이 감소하고, 산업현장 내 노동분쟁이 발생하여 노사관계 및 사회적 불안정을 야기할 수 있는 소지도 있다는 점을 고려해야 함.

- 따라서 협약비준 및 이를 위한 노조법 개정에 따른 사회·경제적 영향도 함께 논의될 필요가 있었음에도 그에 관한 연구 및 분석이 전무하여 논의조차 이루어지지 않았음. 향후 그에 대한 책임문제가 당연히 따를 것임.

○ ILO 핵심협약 비준과 맞물린 현재의 노조법개정과정의 상황을 1930년대 미국 연방노사관계법(NLRA) 제정시의 상황과 비교해 보면, 미국 루즈벨트 대통령과 민주당 상원의원인 Robert Wagner는 미국 노사관계, 나아가 나라 전체의 운명을 좌우할 수 있는 중대한 시도를 하였는데, 이는 “소득 확대를 통한 수요 증대”를 목적으로 하는 New Deal 정책의 연장선상에 있었음.

- 연방노사관계법의 제정을 통한 단결권 및 단체교섭권 강화는 산별노조를 중심으로 노조조직률을 비약적으로 상승시켰으며, 전체적으로 근로자들의 임금이 급상승하는 효과를 거두었지만, 정부의 재정지출이 한계에 이르자 소득 증가를 통한 내수진작 효과는 급격히 힘을 잃었고 1937년 경 ‘루즈벨트 경제공황’이라 부르는 심각한 경기침체가 초래되었음. 제2차 세계대전 발발과 승전이라는 극적인 역전의 기회가 왔음에도 불구하고 미국 기업들의 상황은 좀처럼 개선되지 않아 1947년 개정

(Taft-Hartley Act)을 통해 미국 연방노사관계법에는 노동조합의 부당노동행위가 규정되는 등 노조에 대한 규제를 강화하기에 이룸.

○ 코로나19 경제위기 극복을 위해 우리 정부는 막대한 재정을 투입하고 있고 한국판 뉴딜, K-New Deal을 전면에 내세우고 있는데, 이러한 상황에도 불구하고 정부는 대대적인 노조법 개정을 통해, ILO 핵심협약을 비준할 수 있는 조건을 갖추고 있음.

- 그런데 개정 노조법은 사업장 단위 노사관계, 나아가 노동조합의 조직체계와 역학관계까지도 변화시킬 수 있는 매우 큰 폭발력을 가진 장치들을 여럿 가지고 있음.-
예:기업단위 노동조합의 조합원 자격을 해당 사업장의 근로자가 아닌 자로 확대하고, 노조전임자에 대한 급여지급 금지 규정을 삭제하는 것
- 그렇다면 적어도 그러한 법개정을 통해 우리 미래가 어떻게 달라질 것인지, 왜 그와 같이 달라져야 하는지, 그 달라지는 것에 우리가 어떻게 대응하고 준비해야 하는지에 대한 밑그림이 있어야 하고, 현장의 노사에게 그것에 대해 충분히 설명하고 설득해야 함. 그런데 지금까지 정부의 개정 노조법 설명은 지나치게 미시적인 내용만 담고 있고 개정을 통해 지향하고자 하는 목표가 없음. 이렇게 큰 변화를 초래할 수 있는 범위의 법개정의 목표가 ILO 핵심협약 비준만을 위해서인 것인가에 대해 심각한 고민을 해보아야 함.
- 1935년 대공황 속에서 Wagner의 연방노사관계법이 성공적으로 제정·시행됐고 많은 사람들이 새 법률의 시행으로 새롭게 그려질 노사관계가 대공황을 극복할 열쇠가 될 것이라고 믿었지만, 이후에 미국 사회는 Wagner도 전혀 예상하지 못했던, 사업장 내의 갈등적 노사관계 고착화, 노동조합에 대한 역규제 강화와 기업 경쟁력 약화라는 부작용에 직면해야 했음. 개정 노조법 시행 이후 우리의 노사관계는 어떻게 변화되어 갈 것이고, 우리의 산업은 어떤 모습이 되어갈 것인지 예측할 수 있는가에 대해 회의감이 듦.

II. 개정 노조법의 내용과 문제점

1. 노조 운영 및 활동 관련한 개정 내용과 문제점

(1) 노동조합 임원 자격(개정 노조법 제17조 및 제23조)

제17조(대의원회)

③ 하나의 사업 또는 사업장을 대상으로 조직된 노동조합의 대의원은 그 사업 또는 사업장에 종사하는 조합원 중에서 선출하여야 한다.<신설 2021. 1. 5.>

제23조(임원의 자격 등)노동조합의 임원 자격은 규약으로 정한다. 이 경우 하나의 사업 또는 사업장을 대상으로 조직된 노동조합의 임원은 그 사업 또는 사업장에 종사하는 조합원 중에서 선출하도록 정한다.<개정 2021. 1. 5.>

○ 노조 임원의 자격은 노조 규약으로 정하도록 하되(제23조제1항 본문), 다만 기업별 노조의 경우, 임원 및 대의원 자격을 종사자인 조합원으로 한정(개정 노조법 제23조제1항 단서, 제17조제3항)

- EU전문가패널은 노조법 제23조 제1항에서 노조 임원은 조합원 중에 선출되어야 한다는 요건을 삭제하여 노조가 임원을 자유롭게 선출할 수 있도록 하라고 권고하였음.
- 개정 노조법에 의해 노조 임원 자격은 노조 자체규약으로 자유롭게 정할 수 있게 하여 이 문제를 해결하였다고 볼 수 있고, 다만 기업별 노동조합이 다수를 차지하는 우리나라의 현실에서 기업별 노동조합 임원이 수행하는 역할과 중요성에 비추어 볼 때, 기업별 노동조합에 한하여 노동조합 임원이나 대의원의 자격을 종업원인 조합원으로 한정할 필요가 있는 것은 당연한 것으로 개정 노조법은 이를 반영한 것임.

※ 특수형태근로종사자 노조가입문제

○ EU전문가패널은 노조법상 근로자의 개념을 규정한 법 제2조 제1호와 노동조합의 결격사유를 규정한 법 제2조 제4호 라목을 결사의 자유 원칙에 부합하도록 보완할 것을 권고. 구체적으로 자영업자, 해고자, 실직자 등 모든 근로자가 기업 또는 초기업 단위노조에 가입할 권리를 보장하라는 것 - 개정 노조법으로 해고자, 실업자 등의 노조가입 문제는 해결(이에 대한 비판은 별론으로 하더라도)

○ 전문가패널이 언급한 자영업자의 노조 가입 허용은 특수형태근로종사자에 관한 것임.

- 최근 대법원은 노조법상 근로자에는 근로계약만이 아니라 도급·위임 등의 계약관계 하에서 임금을 준하는 수입을 받아 생활하는 자도 넓게 포함하고 있는 상황임.
- 즉, 최근에 연속적으로 내려지고 있는 대법원 판결(대법원 2018.6.15. 선고 2014두12598·12604 판결; 대법원 2019.2.14. 선고 2016두41361 판결; 대법원 2019.11.15. 선고 2019두33712 등)에서는 노무제공자가 그 사업자의 사업수행에 필수적인 노무를 제공하는지 여부 등 경제적 종속성 요소를 사용종속성 및 보수의 근로대가성보다 더 중시하여 판단함으로써, 근로자 개념을 한층 더 확장해나가고 있음.
- 이러한 경향은 하급심 법원 및 노동위원회에서도 적지 않게 나타나고 있음.
- 이미 배달기사, 보험설계사 등 다양한 특수형태근로종사자 노조가 설립되어 활동하고 있음
- 이러한 법원의 태도와 상황을 보면 다시 노조법 제2조 제1호 자체를 개정할 필요는 없다 할 것이라는 견해가 있음.
- 생각건대 이렇게 노조법상 근로자개념을 확장하는 태도 내지 추이가 과연 올바른 것인가에 대해 깊은 고민이 필요할 것임. 노조법상 근로자 개념과 관련한 국내외 논의 및

실태를 종합적으로 분석·검토하고, 노조법상 근로자 개념의 합리적 해석 및 입법론적 개선에 필요한 방향을 연구해야 할 것임.

(2) 비종사조합원의 사업장 내 조합활동 제한

제5조(노동조합의 조직·가입·활동)

② 사업 또는 사업장에 종사하는 근로자(이하 “종사근로자”라 한다)가 아닌 노동조합의 조합원은 사용자의 효율적인 사업 운영에 지장을 주지 아니하는 범위에서 사업 또는 사업장 내에서 노동조합활동을 할 수 있다.<신설 2021. 1. 5.>

○ 개정 노조법에 의하면 사업 또는 사업장에 종사하는 근로자(이하 “종사근로자”라 한다)가 아닌 노동조합의 조합원은 ‘효율적인 사업 운영에 지장을 주지 않는 범위’에서 사업장 내 조합활동이 가능하도록 규정하고 있음.

- 그런데 우선 ‘종사근로자’라는 개념의 정의가 명시되어 있지 않아 이 개념이 무엇을 의미하는지에 대한 해석상의 문제가 있고, 둘째 효율적인 사업 운영에 지장을 주지 아니하는 범위가 구체적으로 무엇인지 그리고 이에 대한 입증책임의 문제가 있음.

1) 종사근로자의 개념 및 범위에 관한 해석론상의 문제

○ 우선 ‘종사근로자와 관련하여 일부의 견해는 근로관계 연고가 전혀 없는 조합원과 연고를 가지고 노무를 제공하는 조합원과는 개념적으로 구별을 해야 하고, 근로관계 연고가 전혀 없는 조합원은 종사하는 근로자라고는 볼 수 없지만 연고를 가지고 노무를 제공하는 사람은 종사근로자의 범주에 포함시켜야 한다고 봄. 예를 들어 원하청 관계에 있는 하청근로자와 같이 근로계약관계는 없지만 해당 노사관계에서 이해관계의 공동성을 가지고 그 사업장 내에서 노무를 제공하고 있는 자는 연고를 가지고 근로를 제공하는 자라고 보아야 하며 이와 같이 넓은 개념으로 도입된 개념이라고 해석하고 있음.

- 이에 대해 입법자의 의도는 종사하는 근로자는 그 사업 또는 사업장에 종업원 지위를 전제로 한 것으로 추단되므로 사업 또는 사업장에 종사라는 것은 근로계약관계가 아니더라도 어떤 형태든지 그 사업장에 연결되어 있으면(여러 단계를 거쳐서 있는 간접적인 관계도 다 규율되는) 그러한 자들에 대해서도 종사하는 근로자라고 한다면 이것은 과도한 확대해석이라 할 것이라는 반론이 있음.

- 더욱이 이 종사자 근로자 개념은 교섭대표 노조결정 과정이나 조합원수 산정(제29조의 제10항), 쟁의행위 찬반투표의 조합원수 산정(제41조 제1항 2문) 등 여러 부분에서 인용되고 있는데, 이 경우 종사근로자는 사업 또는 사업장에서의 사용자와 직접적 근로계약관계가 있는 근로자를 전제로 하고 있음. 예를 들어 근로자를 한

사업 또는 사업장에 종사근로자 수를 가지고 계산을 하는데 노조가 원청과 사내하청에 각각 있는 경우 전체를 통합해서 계산을 하지 않음. 그렇다면 노조법상의 종사근로자의 개념을 조항별로 분리해서 해석하는 것은 있을 수 없고 통일적으로 해석해야 한다고 봤을 때 제5조 제2항에서의 종사근로자만 넓게 해석하는 것은 잘못된 해석임.

- 결국 입법자의 의도는 종사하는 근로자는 그 사업 또는 사업장에 근로계약관계를 맺고 소속되어 있는 종업원 지위를 전제로 한 것으로 추단되는데, 왜 종사라는 용어를 선택했는지 의문이 들어 그 자체 개념상의 불분명으로 해석상의 혼란을 가져와 향후 노사관계에 적지 않은 혼란이 발생할 것임

[참고] 특히 노사관계에서 이해관계의 공동성이라는 개념은 미국에서 교섭단위의 적정성 여부와 관련된 개념으로 종사근로자개념에 사용되는 적절하지 못하다고 판단됨. 교섭단위 문제에 있어서는 연방노동위원회(NLRB)가 공동사용자 상황을 별개의 교섭단위로 보는 상황이고 단일사용자 상황은 일반적으로 부정됨.¹⁾ 원칙적인 단일사용자 단위라면 그 교섭단위가 적정한지 여부가 문제될 때 연방노동위원회가 적용하는 기준의 하나는 이해관계 공동체 여부임. 이해관계 공동체 기준이란 교섭단위를 구성하는 근로자들이 임금, 근로시간 및 기타 근로조건에서 이해관계를 공유하는지를 평가하는 것임. 임금 및 근로조건에서 이해관계를 공유하는지 판단하기 위해서 평가하는 사실은 급여 및 기타 보상의 체계, 근로시간, 부가급여에서의 차이, 다른 근로자와 상호 대체 또는 직무통합의 정도 등임. 그 외에도 단체교섭의 역사, 운영상의 통합, 지역적 근접성, 공통의 감독체제, 직무기능의 유사성, 근로자 교류의 정도를 고려함.

2) '효율적인 사업 운영에 지장을 주지 않는 범위'와 입증책임의 문제

○ 개정 노조법에 의하면 비종사조합원은 '효율적인 사업 운영에 지장을 주지 않는 범위'에서 사업장 내 조합활동이 가능하도록 규정하고 있으나, 사업장 출입에 관해서는 아무런 규정이 없음.

- 고용노동부는 비종사조합원의 사업장 출입과 관련된 최초 정부 개정 노조법의 규정이 반영되지 않은 이유에 대해 개정 노조법 제5조 제2항에 따른 원칙 조항과 관련 대법원 판례 등에 의해 규율될 수 있고, 사업장 내 활동 절차를 규정한 문구가 다소 복잡해 간소화한 것이라고 설명함(고용노동부 보도자료, 2020. 12. 10).

1) Carpenters Local Union No. 1846 of United Broth. of Carpenters and Joiners of Ameerica, AFL-CIO v. Pratt-Farnsworth, Inc., 690 F.2d 489, 505, 3 Employee Benefits Cas. (BNA) 2273, 111 L.R.R.M. (BNA) 2787, 112 L.R.R.M. (BNA) 2525, 95 Lab. Cas. (CCH) 13877 (5th Cir. 1982). 집단법 상황에서 일부 내용을 소개한 국내 논문으로는, 김미영, "미국 교섭단위제도에서 사업장 내 파견·용역근로자의 단체교섭권 연구," 「노동법학」 제38호, 한국노동법학회, 2011; 김미영, "미국 연방노동법의 공동고용 원리에 관한 연구," 「노동법학」 제33호, 한국노동법학회, 2010; 김희성, "미국노동법에서의 공동사용자이론에 관한 연구," 「노동법학」 제44호, 한국노동법학회, 2012.

- ‘효율적인 사업 운영에 지장을 주지 않는 범위’라는 문구의 추상성으로 해석과 적용에 혼란이 있을 것으로 예상되어 보다 구체적인 기준이 마련되어야 할 것임.
- 구체적으로는 어떻게 판단해야 되는지, 기준에 대부분 판례를 가지고 정리하는 것이 나오고 있는데, 고용노동부 설명자료를 보면 대법원 판례에서 충분히 설명하고 있으므로 그것으로 정리하면 된다는 것은 문제가 있음. 사업운영을 저해한다고 보기 어려운 조합활동이 무엇인가에 대해 향후 판례의 태도(사법적 판단)를 지켜볼 수 밖에 없는데, 이 자체가 해석상의 혼란으로 노사관계에 심대한 혼란을 가져올 것임.
- 특히 개정 노조법 제5조 제2항은 사업 또는 사업장에 종사하는 근로자 아닌 노동조합의 조합원(이하 “비종사조합원”이라 함)이 사업 또는 사업장 내에서 노조활동을 하는 경우에 적용하기 위해 마련된 규정임. 따라서 비종사조합원의 사업 내 노조활동이 효율적인 사업운영에 지장을 주지 않는다는 것을 비종사조합원의 사업 내 노조활동을 하려고 하는 측에서 부담하는 것이 당연함에도 개정 노조법의 문언해석상 사용자가 입증책임을 부담하는 구조로 되어 있어 더욱 더 그러함.

(3) 노조전임자 급여지급금지규정 삭제

○ 개정 노조법은 현행 전임자 급여지급 금지조항(구법 제24조 제2항)과 쟁의금지조항(구법 제24조 제5항)을 삭제하는 것임

○ 삭제와 관련된 근본적 문제점

- 노조전임자 임금지급 문제에 대한 결사의 자유 위원회의 권고 내용은 근로자단체에 대한 재정적 지원은 사용자가 노동조합을 통제 하에 두기 위한 간섭행위로 규정하고 있는 ILO 협약 제98조 제2호의 규정과는 정합성을 가지고 있지 못하다고 할 수 있음.
- 다시 말하면, ILO 협약 제98호 제2조 제1항은 근로자와 사용자단체는 설립, 운영 및 관리에 있어 개입행위에 대해 적절한 보호를 누릴 것을 규정하고 있고,²⁾ 또한 ILO 협약 제98호 제2조는 근로자단체의 활동을 수행하는 데 있어서 사용자로부터의 완전한 자주성(total independence)을 확립하도록 하는 것을 의미한다³⁾고 해석되는데, 노조전임자에 대한 사용자의 임금지급은 사용자로부터의 완전한 자주성을 확립하는 것과는 정합성을 가지지 못하는 행위로 보여지기 때문임.
- 자주적인 노동조합만이 사용자를 상대로 본래의 역할을 충실히 수행할 수 있기 때

2) ILO, “Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association (six edition)”, 2018, para.1187.

3) ILO, “Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association (six edition)”, 2018, para.1188.

문에, 만약 노동조합이 사용자로부터 전임자에 대한 임금을 지급받는다면, 노동조합의 자주성 확보는 어려울 것임은 분명함. 더욱이 전임자에 대한 급여지급금지는 노동조합이 헌법상 보장된 단결권의 핵심영역으로 근로자의 이익대변자로서 ‘근로조건 향상’과 ‘근로자의 사회적·경제적 지위향상’이라는 본연의 목적을 달성할 수 있는 핵심적 영역의 문제임.

- 지속적으로 결사의 자유 위원회에서는 권고라는 형태로 “노조전임자의 임금지급 문제는 입법적 관여의 대상이 아니며, 사용자와 근로자 간의 자유롭고 자발적인 협상의 문제”임을 권고하고 있음.⁴⁾
- 실제로, 노조전임자 문제에 대한 위원회의 입장은 이 문제를 배경으로 한 우리 정부의 답신 내용에 대한 문맥적인 상황과 우리나라 특유의 노사관계에 대한 이해보다는, 근로자 측에서 제기한 주장의 편중된 수용 및 일반적인 노사관계의 원리, 예를 들면 노사정 삼자주의의 원칙으로 이 문제를 해결할 것을 요구하는 등, 이 결사의 자유 위원회의 권고내용에 대한 상위규범인 ILO 협약상의 근거규정을 제시하고 있지 못함을 알 수 있음.
- 또한 이러한 문제에 대해 우리 정부의 기존의 입장은 노조전임자에게 임금을 지급하는 것은 부당노동행위에 해당되는 것임을 이미 여러 차례 지적한 바가 있음에도 불구하고, 현행 노조전임자 임금지급 금지 규정이 법적 구속력을 가지지 못하는 결사의 자유 위원회의 권고에 반한다는 이유로 삭제한 것은 기존의 정부가 취해온 입장과는 궤를 달리하고 있다고 지적할 수 있을 것임.
- 노조전임자에 대한 임금지급의 타당성을 논하기 위해서는 가장 중요한 사항은 노동조합의 자주성의 원칙과 노사관계의 자율성의 유지가 전제가 되어야 함. 상호간 지배 및 개입행위에 대한 적절한 보호를 구가하는 ILO 협약 제98호(제2조)⁵⁾에 대해서는 앞에서 살펴본 국가 중, 미국과 우리나라를 제외하고 영국(1950년 6월 30일), 독일(1956년 6월 8일), 일본(1953년 10월 20일)은 이미 비준하고 있음.
- 노조전임자에 대한 임금지급은 부당노동행위로서 노동조합의 재정적 자주성을 저해하는 것임. 이는 노사의 교섭기능과 노사간의 교섭력 및 역학관계에 불균형을 초래하게 되는 것임. 특히, 우리와 비교적 가장 유사한 노사관계를 가지고 있는 일본의 경우, ILO 협약에 비준하고 있음에도 불구하고, 노조전임자에게 임금을 지급하는

4) 그리고 결사의 자유위원회의 위원의 면면에서 보면 법률전문가가 어느 정도 참가하고 있는지 명확히 알 수 없는 부분이 있어, 법적인 해석 및 판단이 필요한 장면에서 법적인 전문성의 부족을 지적하지 않을 수 없음. 또한 다양한 문화적 사회적 배경을 가진 위원들의 지식은 다양성의 확대 및 수용이라는 면에서는 분명히 유익하지만, 우리나라의 노사 특유의 사회적 맥락과 노동환경, 그리고 이로 인하여 법 제도의 발전에까지 미친 그 영향에 대한 충분한 이해 및 논의가 어느 정도 이루어졌을지에 대한 우려가 남음.

5) ILO 협약 제98호 제2조
 제1항 근로자단체 및 사용자단체는 그 설립, 운영 및 관리에 있어서 상호간 또는 상대의 대리인이나 구성원의 모든 간섭행위로부터 충분한 보호를 받아야 한다.
 제2항 특히 근로자단체를 사용자 또는 사용자단체의 통제하에 둘 목적으로 사용자 또는 사용자단체에 의하여 지배되는 근로자단체의 설립을 촉진하거나 근로자단체를 재정적 또는 다른 방식으로 지원하기 위한 행위는 이 조가 의미하는 간섭행위로 간주된다.

행위는 노동조합의 자주성을 저해하는 행위로서 부당노동행위로 보고 있음.

- 반면, 개정 노조법은 현행 노조전임자 급여지급 금지규정이 ILO의 결사의자유위원회 권고에 반한다는 이유로 삭제를 하였지만, ILO의 결사의자유위원회의 권고 자체가 ILO 제98호 협약 제2조의 규정과 상반되는 내용을 내포하고 있을 뿐만 아니라, 결사의 자유위원회의 권고 역시 ILO 협약의 조문상의 명확한 근거규정을 제시하고 있지 못함.

(4) 근로시간면제제도 개선

제24조(근로시간 면제 등) ①근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우에는 사용자 또는 노동조합으로부터 급여를 지급받으면서 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에 종사할 수 있다. <개정 2021. 1. 5.>

② 제1항에 따라 사용자로부터 급여를 지급받는 근로자(이하 “근로시간면제자”라 한다)는 사업 또는 사업장별로 종사근로자인 조합원 수 등을 고려하여 제24조의2에 따라 결정된 근로시간 면제 한도(이하 “근로시간 면제 한도”라 한다)를 초과하지 아니하는 범위에서 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 업무와 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무를 할 수 있다. <개정 2021. 1. 5.>

③ 사용자는 제1항에 따라 노동조합의 업무에 종사하는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 제한해서는 아니 된다. <신설 2010. 1. 1., 2021. 1. 5.>

④ 제2항을 위반하여 근로시간 면제 한도를 초과하는 내용을 정한 단체협약 또는 사용자의 동의는 그 부분에 한정하여 무효로 한다. <개정 2021. 1. 5.>

⑤ 삭제 <2021. 1. 5.>

제81조(부당노동행위) ① 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 “不當勞動行爲”라 한다)를 할 수 없다. <개정 2006. 12. 30., 2010. 1. 1., 2020. 6. 9., 2021. 1. 5.>

4. 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 근로시간 면제한도를 초과하여 급여를 지급하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위

1) 개정 내용에 대한 평가와 해석

○ 개정 노조법은 현행 노조법상의 “전임자” 개념을 삭제하되, (ㄱ) 사용자로부터 급여를 지급받으면서 노동조합의 업무에만 종사하는 자와 (ㄴ) 노동조합으로부터 급여를 지급받으면서 노동조합의 업무에만 종사하는 자를 나누어 규정하여 과거 근로시간면제자-노조 전임자 체계를 탈피하는 방안을 택하였음.

- 개정 노조법은, 개념의 정의를 명확히 함으로써 현행 조문 구조에서 제기된 바 있는, 전임자만 근로시간면제자가 될 수 있는 것인지에 대한 논쟁의 여지를 제거하고

개념을 통일하는 효과가 있음.

- 특히 개정 노조법 제24조 제4항은 근로시간면제한도를 초과하는 단체협약 조항 또는 노사합의가 무효임을 선언하여, 노동조합의 부당한 요구에 밀린 사용자의 불가항력적인 동의를 사용자가 준수하지 않을 수 있는 길을 명시적으로 열어준 효과가 있음.
- 개정 노조법에서는 근로시간면제한도를 초과하는 단체협약 또는 사용자의 동의를 무효로 함으로써 현행 법률상 노동조합의 부당한 요구에 대해 사용자가 이를 회피할 방법이 없었으며, 이러한 노동조합의 부당한 요구를 처벌할 수 없다는 문제점을 해소하게 되었다는 점임.
- 노동조합이 근로시간면제한도를 초과하여 요구하는 것은 제81조 제4호(사용자의 경비원조)에 해당하여 부당노동행위가 되며(개정 노조법 제81조 제4호), 노동조합이 단체협약으로 정하거나 사용자가 동의할 수 없는 위법한 단체교섭사항을 단체교섭대상(단체협약 사항)으로 요구하거나 동의하도록 사용자를 압박하는 것은 물론, 그러한 사항을 요구하는 쟁의행위를 하는 것은 협약위반이나 사회상규위반 및 강행법규 위반으로 처리될 수 있어 별다른 문제는 없다고 할 것임.

2) 해석론상 문제점

○ 제24조 각 규정상의 문구가 명확하지 않아 해석상의 혼란이 올 수 있음. - 근로시간면제자 개념과 제1항과 제2항과의 관계 문제

- 예를 들어 개정 노조법에서 제24조 제1항의 사용자로부터 급여를 지급받는 노동조합 업무종사자의 노동조합 업무와 제2항에서의 “제1항에 따라 사용자가 급여를 지급하는 경우에 근로자(근로시간면제자)의 근로시간면제 업무와의 관계를 어떻게 해석할 것인가가 문제됨.
- 우선 제24조 제1항의 사용자로부터 급여를 지급받는 노동조합 업무종사자와 제2항에서의 “제1항에 따라 사용자로부터 급여를 지급하는 경우에 근로자 즉 근로시간면제자는 동일한 주체로 해석됨.
- 다음으로 개정 노조법 제24조 제1항에 규정된 노동조합으로부터 급여를 지급받으면서 노동조합의 업무에만 종사하는 자와는 달리 사용자로부터 급여를 지급받는 노동조합 업무종사자, 즉 근로시간면제자의 경우 수행할 수 있는 업무의 범위는 개정 노조법 제24조 제2항에 “사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 업무와 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무”로 특별히 규정되어 있음. 다시 말하면 노동조합으로부터 급여를 지급받으면서 노동조합의 업무에만 종사하는 자의 경우는 통상적인 노조업무를 할 수 있도록 규정되고 있고, 그 밖의 업무범위에 대한 제한규정이 없는 반면에, 사용자

로부터 급여를 지급받는 노동조합 업무종사자, 즉 근로시간면제자의 경우는 제24조 제2항에서 제한적으로 그 업무를 정하고 있는 것임.

- 이에 대해 법문상 사용자로부터 급여를 지급받는 자는 ‘노동조합의 업무’(제1항)와 함께 ‘사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 업무와 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무’(제2항)를 함께 수행함으로써 업무범위가 넓어진 것으로 볼 수 있다는 견해가 있을 수 있음.
- 그러나 이것은 일상적인 노조업무와 유급으로 처리되는 노조업무(근로시간면제업무)를 구별하지 않고 혼동한 결과라고 판단됨. 이렇게 해석하면 제2항이 규정된 의미와 실익이 존재하지 않게 됨. 제1항과 제2항을 체계적이고 유기적으로 해석하면 사용자로부터 급여를 지급받는 근로자는 “노동조합의 업무”에만 종사할 수 있는데, 그 “노동조합의 업무”는 “제2항에 따라 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 업무와 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무”로 제한되는 것임. 이렇게 해석해야 제2항이 규정된 의미와 실익이 있는 것임.
- 따라서 제24조 제2항에 규정된 업무의 범위는 “노동조합으로부터 급여를 지급받으면서 노동조합의 업무에만 종사하는 자”가 수행하는 업무의 범위에 비하여 좁게 해석되는 것은 당연함. 즉 근로시간면제자가 사용자로부터 급여를 지급받는 자와 노동조합으로부터 급여를 지급받는 자로 나누어짐에 따라, 개정 노조법 제24조 제2항에 특별히 수행할 수 있는 업무가 규정된 “사용자로부터 급여를 지급받는 근로시간면제자”의 경우 “사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 업무와 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무”의 의미를 근로시간면제자의 개념이 이원화되기 이전에 확립된 해석보다 더욱 엄격하게 해석할 필요가 있음.

※“건전한 노사관계 발전 의 의미 해석 문제: 부칙 제3조 제2항

제3조(근로시간면제심의위원회 이관에 관한 준비행위) ② 경제사회노동위원회는 이 법 시행 즉시 근로시간면제심의위원회가 조합원 수, 조합원의 지역별 분포, 건전한 노사관계 발전을 위한 연합단체에서의 활동 등 운영실태를 고려하여 근로시간면제한도 심의에 착수한다.
--

○ 해석론상의 문제: “건전한 노사관계 발전을 위한 연합단체에서의 활동 등 운영실태를 고려해”라는 의미는 무엇인가? ‘상급단체 파견 상근자’의 활동을 보장하는 의미로 볼 수 있는가 아니면 단순한 예시에 불과한 것인가? 이에 관해 현장에서 혼란이 발생할 우려가 있음.

2. 단체교섭 및 단체협약 관련 개정 내용과 문제점

(1) 단체협약 유효기간 확대

○ 단체협약의 유효기간을 어떠한 내용으로 법률에서 정할 것인가의 문제는 단체협약의 안정적·평화적 기능과 근로조건 개선 기능을 함께 고려하여 결정할 문제로 사회·경제적 상황의 변화에 큰 영향을 받지 않는 기본적인 노사관계 및 근로조건 등에 관한 사항을 정한 협약이나 최저기준을 설정한 단체협약의 경우에는 장기간에 걸친 적용을 허용하는 것이 단체협약의 안정성과 법규범성 확립에 도움이 될 수 있음

(2) 사업장 내 교섭단위 통합 근거 신설

○ 기존에는 현격한 근로조건 차이 등으로 교섭단위를 분리하는 규정은 있었으나, 이후 사정변경에 의해 분리된 교섭단위를 통합하는 근거는 없었음. 이에 개정 노조법은 분리된 교섭단위를 통합하는 결정이 가능할 수 있도록 정비함.

○ 문제점

교섭단위분리제도에 대해서는 교섭단위 분리의 요건이 규정되어 있는 반면에 교섭단위 통합과 관련해서는 그 기준이 명시되어 있지 않아 해석상의 문제가 됨. 입법불비에 해당하는 부분임.

3. 쟁의행위 관련(직장점거) 개정 내용과 문제점

37조(쟁의행위의 기본원칙)

③ 노동조합은 사용자의 점유를 배제하여 조업을 방해하는 형태로 쟁의행위를 해서는 아니 된다. <신설 2021. 1. 5.>

제42조(폭력행위등의 금지) ①쟁의행위는 폭력이나 파괴행위 또는 생산 기타 주요업무에 관련되는 시설과 이에 준하는 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 점거하는 형태로 이를 행할 수 없다.

(1) 문제의 소재

○ 2020년 7월 14일 고용노동부가 제출한 개정 노조법에 따르면, 쟁의행위 원칙 조항(제37조)에 사용자 점유를 배제하여 조업을 방해하는 쟁의행위를 금지하는 내용을 신설하고, 쟁의행위 방식 조항(제42조)에 사업장 내 생산 기타 주요 업무 시설에 대한 '전부 또는 일부' 점거를 금지하도록 명확화하였음.

○ 그런데 이후 2020년 12월 10일 통과한 노동조합 및 노동관계조정법 개정에서 사업장 내 생산 기타 주요 업무 시설에 대한 '전부 또는 일부' 점거를 금지하도록 하는 쟁의행위 방식 조항(제42조)은 삭제하고(현행 노조법 제42조 1항 유지) 제37조에 제3항은 신설하는 법률안을 통과시킴.

- 제37조에 제3항: 노동조합은 사용자의 점유를 배제하여 조업을 방해하는 형태로 쟁의행위를 해서는 아니 된다.

- 2020. 12. 9.(수) 고용노동부 보도참고자료에 의하면 사용자의 점유를 배제하여 조업을 방해하는 쟁의행위 금지는 단체행동권과 비파업 근로자의 근로권, 사용자의 조업권은 모두 존중받아야 할 기본권이라는 취지를 반영한 것이라고 밝히고 있음.

○ 그러므로 개정 노조법에 따르면 직장점거의 금지와 관련하여 두 개의 조항, 즉 '제37조에 제3항: 노동조합은 사용자의 점유를 배제하여 조업을 방해하는 형태로 쟁의행위를 해서는 아니 된다'와 '第42條(暴力行爲등의 금지) 제1항: 爭議行爲는 暴力이나 破壞行爲 또는 生産 기타 主要業務에 관련되는 施設과 이에 準하는 施設로서 大統領令이 定하는 施設을 占據하는 형태로 이를 행할 수 없다.'이 병존하고 있는 것임.

- 따라서 이 두 조항의 체계적이고 유기적인 해석이 필요함.

○ 기존 노조법에는 제42조 제1항만이 규정되어 있었고, 판례와 행정해석 모두 이 규정을 해석·적용함에 있어 생산·주요 업무시설 등에 대한 점거형태의 쟁의행위는 불가하며, 그 외 시설은 부분적·병존적 점거는 가능하다고 함.

○ 그러나 개정 노조법에서는 기존의 제42조 1항을 그대로 유지하면서 사용자의 점유를 배제하여 조업을 방해하는 행위를 금지하는 제37조 3항을 신설함으로써 기존의 판례와 행정해석의 태도를 그대로 유지할 수 있는가에 대한 근본적인 의문이 제기됨

- 더욱이 노동계는 사용자의 점유를 배제하여 조업을 방해하는 쟁의행위 금지 조항에 불만을 나타냈는데, 노동계가 그동안 대표적 독소조항으로 지적해 온 사업장 내 점거를 전면 금지하는 문구는 개정 노조법에서 삭제했지만 '사용자의 점유를 배제하여 조업을 방해하는 형태의 쟁의행위 금지' 규정이 대신 신설돼 사실상 사업장 내 점거 금지가 그대로 살아 있다는 비판을 함으로써 노조법 제37조 3항의 적용시 직장점거 금지의 범위가 넓혀 질 수 있음을 인식하고 있다고 할 수 있음.

○ 따라서 개정 노조법 제37조 제3항은 쟁의행위의 기본원칙조항이고, 제42조 1항은 쟁의행의 수단 내지 유형과 관련된 조항인데, 이 때 제37조 제3항과 제42조 제1항과의 관계를 규명할 필요가 있음

- 노조법 제37조 제3항의 해석의 테두리 안에서 제42조 1항이 기능해야 한다는 것을 전제로 해야 할 필요임.

(2) '점유를 배제하여 조업을 방해'한다는 의미의 해석

○ 점유는 물건에 대한 사실상의 지배로서 사람의 물건에 대한 공간적 지배관계가 있어야 하는데, 그 중 중요한 것은 제3자의 간섭을 배척할 수 있는 상태에 있어야 하는 타인지배의 배제가능성일 것임.

- 더욱이 어느 정도의 어느 정도의 계속성을 요하는 시간적 지배, 계속관계가 있어야 함.

○ 그러므로 첫째 공간적 지배와 관련하여 사업장시설 일부를 노조가 점거하는 경우 그 일부를 사용자가 사용할 수 있다는 것만으로 점거하고 있는 노조의 간섭을 배제할 수 있는 상태에 있는 것이 아님.

- 예를 들어 노조가 회사건물 1층 로비 일부를 점거하고 농성을 하는 경우 사용자가 로비를 사용할 수 있다 하더라도 노조의 간섭으로부터 배제되어 지배관계를 획득하는 점유상태가 아님.

○ 둘째 노조가 사용자 측의 출입이나 관리지배를 배제하지 않아 노조가 직장에서 공간적으로 사실상 지배관계에 있지 않더라도 시간적으로 일시적이거나 잠정적이지 않고 계속적으로 사업장시설에 머물러(전부든 일부분이든) 실질적으로 사업장을 사실상 지배하게 된다면,

- 그것은 사용자의 사실상의 지배를 배제하거나 침해하는 것으로서 점유에 해당하고 사용자의 점유를 배제하는 것임.
- 이러한 점에서 종전 판례가 “그 점거의 범위가 직장 또는 사업장시설의 일부분이고 사용자 측의 출입이나 관리지배를 배제하지 않는 병존적인 점거에 지나지 않을 때에는 정당한 쟁의행위로 볼 수 있다”고 한 것은 시간적 지배관계를 고려하지 않은 해석이라고 할 것임.

○ 그러므로 이번 신설된 “점유를 배제하여 조업을 방해하는” 문언은 점유란 공간적, 시간적 지배관계를 아우르는 두 개가 기준이 되는 완전한 의미의 사실상 지배라고 파악해야 함.

- 결론적으로 공간적 지배나 시간적 지배 하나의 부분이라도 결여되었을 때에는 점유의 배제 내지 침탈을 의미한다고 해석해야 할 것임.

○ 현행 “점유를 배제하여 조업을 방해하는” 것은 사용자의 공간적 지배나 시간적 지배 하나의 부분이라도 결여되었을 때에는 점유의 배제 내지 침탈로 조업을 방해하는 것을 의미한다고 해석해야 함.

(3) 노조법 제37조 제3항과 제42조 제1항과의 관계

1) 쟁의행위의 본질 및 개정 노조법 제37조 제3항의 입법취지를 살펴보면, 단체행동권과 비파업 근로자의 근로권, 사용자의 조업권은 모두 존중받아야 할 기본권이라는 입법취지에서 단체행동권에서 보장하는 쟁의행위의 본질을 넘어선, 즉 **단순히 근로제공의 거부를 넘어선 조업방해행위는 허용하지 않겠다**는 입법자의 의사가 표현된 것임. 따라서 기존의 직장점거의 금지의 법해석 보다는 금지의 외연(外延)이 확장될 수 있게 됨(규범목적적 해석).

2) 개정 노조법 제37조 3항은 사업장 시설 전반에 걸쳐 즉 시설의 일부이든 기타 주요업무에 관련되는 시설이 아닌든 그 점유를 배제하여 조업을 방해하는 쟁의행위를 일반적으로 금지한다는 것임.

- 종전 노조법에 대한 기존의 해석은 점거대상이 되는 시설의 종류에 따라 직장점거의 허용여부를 달리 규율하고 있으므로, 기타 주요업무에 관련되는 시설이 아닌 곳에 대해서는 직장점거가 허용된다고 해석할 수 있었음.

- 그러나 개정 노조법 제37조 제3항의 신설로 이러한 해석은 유지될 수 없음. 점거대상이 되는 시설의 종류에 따라 직장점거의 허용여부를 달리 규율하고 있는 노조법 제42조 제1항의 흠결 내지 공백상태, 즉 기타 주요업무에 관련되는 시설이 아닌 곳에 대해서는 어떻게 규율해야 하는 것인가에 대해 개정 노조법 제37조 제3항이 이 흠결상태를 메우게 되는 것임.

○ 종전 노조법에서는 기타 주요업무에 관련되는 시설이 아닌 곳에 대해서는 직장점거가 허용된다고 해석·적용될 수 있었으나, 개정 노조법에서는 노동조합은 사용자의 점유를 배제하여 조업을 방해하는 형태로 쟁의행위를 해서는 아니 된다는 쟁의행위의 기본원칙의 신설로 기타 주요업무에 관련되는 시설이 아닌 곳의 경우는 개정 노조법 제37조 3항이 작동하는 것임

- 다시 말하면 기타 주요업무에 관련되는 시설이 아닌 곳에 대해서는 ‘제37조 제3항: 노동조합은 사용자의 점유를 배제하여 조업을 방해하는 형태로 쟁의행위를 해서는 아니 된다’는 규정이 직접적 그리고 보충적으로 적용되는 것임. 따라서 이러한 곳에 대한 점거가 사용자의 공간적 지배나 시간적 지배 하나의 부분이라도 결여되는 것으로 보여지는 경우에는 점유의 배제 내지 침탈로 조업을 방해하는 것을 의미한

다고 해석되어 금지되는 쟁의행위가 됨.

- 이렇게 두 조항을 체계적이고 유기적으로 해석하게 되면 직장점거 금지의 외연(外延)이 확장하게 됨으로써 그나마 유일하게 쟁의행위대항수단으로써 기능할 수 있는 직장점거의 금지를 실효성있게 할 수 있게 됨.

Ⅲ. 대등한 노사관계의 구축과 노동의 사법화(司法化) 방지를 위한 보완입법의 방향과 내용

1. 문제의 소재

○ 최근의 노조법개정과 더불어 노동법영역에서 최근 법원의 판례들과 중앙노동위원회 결정들은 합헌적인 법령과 제도에 의한 질서를 무시한 채 자신만의 정의를 일방적으로 선언하고 이를 따르도록 강제하여 사법 및 준사법의 한계를 훨씬 뛰어넘는 입법권을 행사하기에까지 이르고 있음(최근 전교조 대법원 전원합의체 판결이나 후술하는 CJ대한통운 1심판결 및 중앙노동위원회 결정 등이 대표적인 예).

- 법관 및 이와 유사한 지위를 가지는 자의 법형성은 모순 또는 흠결된 법규정이 있을 때만 작동되어야 함에도 불구하고 그 한계를 넘어선 것임.
- 이러한 일련의 사정들은 노동 시스템 강화 추세로 요약되며, 이로 인하여 노사 간의 대등성이 무너지고 있는 현실임. 하루 빨리 노사 간의 대등성을 규율하는 명확하고 예측가능한 규범(법규)제정을 통하여 노동의 사법화를 막아야 함.
- 따라서 이러한 현실을 고려할 때 집단적 노사관계를 보다 안정적으로 구축하기 위한 방향을 적극적으로 모색할 필요가 있음. 특히 공평성과 효율성이 조화를 이룬 우리나라 노동시장 및 경제사회의 균형적인 발전을 위해서도 노사 자율과 책임에 기반한 노사관계의 안정이 그 어느 때보다도 요구되는 시점임.
- 집단적 노사관계의 중요한 법적 문제점에 대한 객관적이고 세밀한 국내외 입법례 분석과 종합적인 평가를 통하여 집단적 노사관계의 합리적인 개선방향, 특히 헌법이 보장하고 있는 노사의 기본권이 조화될 수 있는 범위 내에서 집단적 노사관계의 개선방향을 모색할 필요가 있음.
- 더욱이 최근 국내 주요 산업에서는 파업에 따른 대체근로의 활용을 둘러싸고 노사 간 법적 분쟁이 계속되고 있으며, 주요 하급심 법원에서는 그러한 대체근로가 위법하다는 판단을 내리고 있어 적지 않은 문제가 되고 있음.
- 예를 들어, CJ대한통운과 위탁계약을 체결한 집배점을 위탁을 받아 택배화물의 집배송을 담당하는 택배기사들이 교섭요구 및 파업을 진행하자, CJ대한통운이 직영기사를 대체인력으로 투입하였고, 이에 택배기사들이 택배화물의 출차를 막는 행위

등을 하자, CJ대한통운이 택배기사들을 업무방해 혐의로 고소한 사안에서, CJ대한통운이 직영기사를 대체인력으로 투입한 것이 노동조합 및 노동관계조정법(이하, '노조법'이라 한다) 제43조 제1항 위반에 해당하는지 여부가 중요한 문제가 되었는데, 주요 하급심 법원(대구지법 김천지원⁶⁾, 부산지법 서부지원⁷⁾ 등)에서는 이 사건 대체인력 투입이 노조법에 위반한다고 보았음.

- 현행 노조법 제43조 제1항에 따르면, “사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위해 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다고”라고 규정하고 있는데, 위 사안에서는 ‘당해 사업’의 범위를 넓게 해석할 경우 택배기사들의 노동3권이 침해될 수 있다는 점 등을 고려해 대체인력으로 투입된 직영기사들이 ‘사업과 관계없는 자’에 해당하며, 이에 따라 대체인력의 투입이 노조법 위반에 해당한다고 보았음.
- 나아가 비교적 최근에 내려진 부산지법 판결에서는 CJ대한통운이 노조법 제43조 제1항상 대체인력을 사용하는 것이 금지되는 ‘사용자’에 해당한다는 직접적인 판단을 내리기도 하였는데, 사용자의 범위를 원청까지 확대한 것을 두고 법해석의 한계를 벗어난 것은 아닌지 논란이 빚어지고 있는 상황임.

○ 현행 노조법상 대체근로는 비교법적으로 살펴볼 때, 상당히 제한적으로만 허용되고 있음에도 불구하고(노조법 제43조, 파견법 제16조), 사법당국이 한발 더 나아가 대체근로의 활용가능성을 사실상 봉쇄해버리는 판단을 내린 부분에 대해서는 심히 우려하지 않을 수 없음.

- 우리나라의 대체근로 금지규정은 1953년 노동관계법의 제정 시에 도입되었는데, 지난 2006년 필수공익사업장에 한하여 대체근로를 50%까지 가능하도록 한 법·제도적 개선 이외에 지금까지 크게 변화하지 않고 있음.

- 대체근로 금지규정은 노동조합의 노동3권(특히 단체행동권)을 실효적으로 보장하기 위한 불가피한 제도적 장치라는 취지로 시행되고 있으나, 우리나라의 경우와 같이 포괄적이고 일반적인 금지규정을 적용한 나라는 찾아보기 어려움.

- 대체근로 금지규정 및 최근 하급심 법원의 판결 등으로 인하여 노동조합의 교섭력이 사실상 크게 높아지면서, 파업을 통해 노동조합의 요구가 큰 무리없이 관철되는 상황에 직면하고, 기업 및 국가의 손실도 커져가는 상황임.

- 산업현장의 불합리한 노사관계를 시급히 바로잡고 기업 및 국가의 경쟁력을 제고한다는 측면에서 현행 대체근로 금지규정을 입법정책적으로 재검토해볼 필요가 있음.

○ 더욱이 중앙노동위원회는 2020년 6월 2일에 전국택배노조가 대한통운을 상대로 제기한 단체교섭 거부의 부당노동행위 구제 재심신청 사건에서 지난해 11월 서울지방

6) 대구지법 김천지원 2020.2.12. 선고 2019고단579 판결

7) 부산지법 서부지원 2020.9.9. 선고 2019고정1106 판결

노동위원회의 사용자가 아니어서 교섭 의무가 없다라는 초심을 취소하고 교섭 거부(정당한 이유 없는 단체교섭의 거부)가 부당노동행위에 해당한다는 결정을 내림. 대한통운은 집배점들과 위수탁계약을 체결했고 집배점들은 택배기사와 집배송업무 위수탁계약을 체결해 운영되고 있는데 중앙노동위원회가 집배점 택배기사와 직접 계약관계가 없는 대한통운을 단체교섭 의무가 있는 사용자라고 결정한 것임.

- 그 논거로는 노동조합법상 사용자가 단체교섭 의무를 부담하는 상대방은 사용자와 명시적·묵시적 근로계약을 맺은 근로자뿐만 아니라 원·하청 등 간접고용 관계에서 원청 사용자가 하청 근로자의 노동조건에 실질적인 권한을 행사하는 일정 부분에 대해서는 원청 사용자의 단체교섭 당사자로서의 지위를 인정할 수 있다는 것과, 대리점 택배기사는 씨제이대한통운이 구축·관리하는 택배서비스 사업 시스템에 편입되어 있고, 특히 씨제이대한통운이 운용하는 서버터미널에서 대리점 택배기사가 배송상품 인수, 집하상품 인도 등의 노무를 제공하고 있는 것과 관련 구조적인 지배력 내지 영향력을 갖고 있다는 것임.
- 그러나 노조법상 사용자 또는 단체교섭상의 사용자를 근로계약관계가 아닌 지배력 또는 영향력이라는 사실적인 요소를 기초로 판단하는 중앙노동위원회의 결정은 그 이론적 토대 및 판단기준이 불명확하거나 지나치게 개방적이어서 법적 안정성을 침해할 가능성이 높음. 강행법률로 구성된 노동관계법은 명확한 법적 근거와 일반적으로 승인된 법률개념을 토대로 적용되어야지 정책적 목표만으로 그 개념을 임의로 확장할 수는 없는 것임. 후자는 어디까지나 입법자의 과제로서 중노위의 결정은 앞에서 언급한 법형성의 한계를 넘은 판단임.
- 또한 단체교섭 당사자로서의 사용자가 누구인지 불분명한 상태에서 단체교섭을 거부한 것이 '정당 이유' 없는 단체교섭의 거부로서 부당노동행위가 성립함은 매우 문제가 있음. 부당노동행위의 성립은 곧 사용자에게 대한 형사처벌을 의미하는 것임.
- “‘단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하는 행위’라는 구성요건은 형사처벌의 구성요건으로서는 매우 애매하고 추상적”이며, “어떠한 경우가 ‘정당한 이유’에 해당되는지 쉽게 예견이 불가능하며, 법집행자의 자의를 초래할 위험성이 있는 것임. 특히 “정당한 이유”는 개념의 외포 및 내연이 불확실한 규범적 개념으로서 그 내용 및 범위에 대하여 가치충전이 필요하므로 법관이나 이와 유사한 판단을 하는 자의 자의가 개입될 여지가 많고 법적 안정성도 담보하기 어렵다는 점에서 명확성의 원칙에 반한다는 비판에서 자유로울 수는 없음.⁸⁾
- 즉 “정당한 이유없이” 부분은 지나치게 추상적이고 불명확하여 죄형법정주의의 내용인 명확성의 원칙에 위반되어 위헌일 가능성이 큰 것임에도 불구하고 단체교섭의 당사자로서의 사용자가 불분명한 상태에서 단체교섭을 거부하는 것을 곧바로 부당노동행위로 직결하는 논리는 근거가 매우 부족하고 위험함.

8) 우희숙, 단체교섭거부행위와 형법 제20조의 관계, 법학논총 제31집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2014. 3, 6-7면.

○ 이제는 헌법이 보장하고 있는 노사의 기본권이 조화될 수 있는 범위 내에서 집단적 노사관계의 개선방향을 모색할 필요가 있음. 여기에서는 집단적 노사관계에 산재해 있는 다양한 쟁점 가운데, 가장 쟁점사항인 쟁의행위관련법제와 부당노동행위제도와 관련하여 입법정책적 개선방안을 모색하고자 함.

2. 쟁의행위에서의 대체근로의 금지규정의 개선

(1) 노조법 개정안에서 대체근로 금지규정 미포함에 대한 경과

○ 지난 2018년 7월 경제사회노동위원회에 의제별 위원회로 설치된 노사관계 제도관행개선위원회에서 오랫동안 논의하였지만 쟁의기간 중 대체~~고용~~근로 금지규정 개선에 대해서는 노사간 입장차이가 커서 합의가 이루어지지 않았고, 공익위원 간에도 대체근로 금지규정을 유지하자는 다수의견과 삭제하자는 소수의견으로 나뉘⁹⁾

- 추측건대 고용노동부 또한 이러한 점을 반영하여 노조법 개정안에 쟁의기간 중 대체근로 금지규정을 포함하지 않은 것으로 보임.

○ 그러나 다음과 같은 점들에서 쟁의기간 중 대체근로 금지규정은 삭제 내지 개선되어야 함.

- 이하에서는 이에 대한 국제적 논의와 기본권과의 관계 등을 중심으로 대체근로 금지의 삭제 내지 개선을 검토.

(2) 현행 규정과 문제점

○ 현행법은 쟁의행위기간 중 노동조합의 쟁의행위에 대항하는 사용자의 행위수단에 일정한 제한을 가하고 있음.

- 노조법 제43조(사용자의 채용제한)에서는 「사용자는 쟁의행위기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다(1항). 사용자는 쟁의행위기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무를 도급 또는 하도급 줄 수 없다(2항)」고 규정하고 있으며(위반할 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금: 제91조), 파견근로자보호 등에 관한 법률 제16조(근로자 파견의 제한)에서 「파견사업주는 쟁의행위 중인 사업장에 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 근로자를 파견하여서는 아니된다」고 규정하고 있음.

○ 쟁의행위기간 중의 대체근로 제한규정의 취지는 사용자의 쟁의대항행위가 제한 없이

9) ILO 기본협약 비준을 위한 노사관계제도 관행 개선 방향에 관한 공익위원 입장 2019.4.15. 참고.

허용됨에 따라 노동조합의 쟁의행위가 아무런 실효성을 거둘 수 없다면 근로자의 쟁의권 행사의 본질적인 내용이 침해받게 될 것이므로 이를 합리적인 범위 안에서 인정하기 위한 것임.

- 그러나 이 규정의 입법취지가 이와 같더라도 그 타당성에 관해 논란이 많았고, 다른 나라에서는 찾아볼 수 없는 독특한 입법레이어서 대체근로 제한규정을 완화하는 방향으로 개선안을 마련하는 것이 바람직하다는 의견이 계속 제기되었음.¹⁰⁾

○ 사실 현행법상 대체근로 금지규정은 1953년 노동관계법 제정 시 도입된 때 오래된 제도임.

- 기업에게 상당한 부담으로 작용될 수도 있는 이 규정은 그간 제대로 작동될 기회를 맞이하지 못하였음. 대부분의 노사갈등이 압축경제성장 기초 유지를 위해 치안적 차원에서 처리되었기 때문에 노동조합에게 불리하였음.

- 대체근로 금지가 사측에게는 교섭력의 불균형으로 작용될 수 있었음에도 실제로는 근로자 측 교섭권에 대한 노동행정 차원의 역제가 가해졌기 때문에 기업에게는 전혀 문제되지 않았던 것임. 그러나 1980년 후반 이후 폭발적인 노동운동이 등장하면서 그간 노동행정에 의해 억제되어 작동되지 않았던 법규정상 권리의무가 효력을 발휘하게 되었음.

- 그간 파업시 정부의 공권력에 의존하였던 기업의 대응수단이 한계를 노정하게 되고, 더욱이 대체근로 금지규정의 작용으로 노동조합의 교섭력이 높아짐에 따라 장기파업 끝에 언제나 노조의 요구가 관철되는 것으로 종결되었음.

- 파업시 대체근로 금지규정이 정상적인 노사관계법 제도가 운용되는 시기에 비로소 기업에게 불공정한 제도로 기능하기 시작한 것임.¹¹⁾

○ ILO 결사의 자유 위원회(CFA) 권고에 의하면 ‘파업권을 본질적으로 침해’하거나 ‘파업을 종식시키기 위한’ 목적의 대체근로는 결사의 자유 침해로 볼 수 있으나, 사용자의 최소한의 경영 유지와 기업생존을 위한 대체근로 허용은 노사간 권리의 균형성을 보장하기 위해 반드시 필요한 사항임.

○ 정부가 제시하고 있는 해외 입법례를 보아도, 파업권 침해의 목적이나 우려가 없는 사용자의 최소한의 경영 유지를 위한 대체근로 활용을 포괄적이고 전면적으로 금지하는 사례는 찾아보기 어려움.

10) 대부분의 국가에서는 쟁의행위 시 사용자의 조업의 자유, 즉 대체근로를 제한 없이 허용하고 있다. 외국의 입법례 및 개정에 관한 문제에 관해서는 김준, 「쟁의행위기간 중의 대체근로: 쟁점 및 외국의 입법례」, 국회도서관 입법조사분석실, 1996.12; 노사관계제도선진화연구위원회, 「노사관계법.제도 선진화 방안」, 2003.11; 한국경영자총협회, 「쟁의행위시 대체근로에 관한 법적 검토」, 2002.2; 선진노사문화연구원, 「선진쟁의질서에 대한 연구」, 2009.11 등 참고.

11) 이상희, 「파업시 대체근로 금지실태와 관련 법제도 정상화 방안」, 2009, 511면.

(3) 대체근로 제한조항의 헌법상 과잉금지원칙 위배 여부

1) 헌법상 과잉금지원칙 적용문제

○ 일각에서는 대체근로 제한조항은 근로자의 근로3권(구체적으로 단체행동권)과 사용자의 기본권(구체적으로 재산권 및 영업의 자유 등)이 충돌하는 문제로 근로3권이 당연히 우선하므로 과잉금지의 원칙 내지 해석방법이 적용되지 않는다고 주장하는데 다음과 같은 점에서 이 주장은 오류를 범하고 있음.

- 대체근로 제한규정으로 인하여 근로자의 근로3권(구체적으로 단체행동권)과 사용자의 기본권의 충돌문제가 발생하게 되는데, 기본권의 충돌에 관한 헌법상의 해결방법이 논의되지 않으면 안 됨. 여기서 기본권 사이의 충돌문제를 해결하기 위한 이른바 실제적 조화(Praktische Konkordanz)론이 원용되어야 함.
- 문제는 조화의 방법을 찾아내는 것인데, 실제적 조화론은 ‘과잉금지의 방법’을 구체적 해석기준으로 제시하고 있음. ‘과잉금지의 방법’이란 충돌하는 기본권 모두에게 일정한 제약을 가함으로써 모든 기본권을 양립시키되 기본권에 대한 제약을 필요한 최소한에 그치도록 하는 방법임.

2) 대체근로 제한조항의 헌법상 과잉금지원칙 위배 여부

○ 대체근로 제한규정이 헌법상의 원리 중 과잉금지의 원칙을 위배하는지 중점적으로 살펴보면,

- 노조의 쟁의권을 보장한다는 입법목적의 실현을 위해서 쟁의권을 실질적으로 보다 유효하게 직접적으로 실현하고 보장하는 방법들이 다양하게 마련되어 있는 것임. 그렇다면 그 입법취지상 사용자에게 노사의 교섭력 균형을 위한 투쟁대등성 내지 무기대등성원칙을 지킬 수 있는 수단과 방법이 마련되어 있어야 함. 그런데 현행 노조법상 사용자의 쟁의대항쟁의행위로서 유일한 직장폐쇄는 그 기능을 상실하고 있어서 현행 노조법체계 하에서 노조의 쟁의권보장을 위한 여러 제도들은 충분히 갖추어져 있음에도 불구하고 사용자에게는 이에 대항하는 쟁의수단에 관해서는 전혀 규정이 없음. 이러한 규정이 결여되어 있어 노사의 교섭력 균형을 위한 투쟁대등성 내지 무기대등성원칙이 침해되고 있는 상황에서 노조의 쟁의행위시 사용자의 대체근로를 포괄적이고 전면적으로 제한하는 대체근로 제한규정마저 규범력을 발휘한다면 노사의 교섭력 균형을 위한 투쟁대등성 내지 무기대등성원칙과 나아가 사용자의 영업의 자유를 중대하게 훼손 내지 침해하게 되어 노동조합의 쟁의권보장이라는 목적의 과도한 실현을 가져오는 것으로 목적달성에 ‘적합한’ 방법이라고 할 수 없음.
- 대체근로 제한조항이 침해의 최소성을 충족하였는지의 판단해 보면, 첫째 헌법이 규정하는 근로자의 쟁의권을 실질적으로 보장하기 위한 법목적의 실현을 위하여

대체근로 제한과 동등하게 적합한 또는 동일하게 효과적인 쟁의권보장의 여러 수단이 있음이 확인됨(동일한 적합성). 오히려 현행 노조법상 병존적 직장점거형 파업을 허용하고 있어,¹²⁾ 실질적으로 쟁의권이 과도하게 보장되어 파업이 남용되는 사례가 빈번하게 발생하게 되는데, 직장점거는 전형적인 쟁의행위인 파업처럼 근로제공의 거부뿐만 아니라 더 강력한 조업방해행위로서 현행법 하에서 노동조합의 사업장 점거는 기업의 소유권 내지 영업의 자유를 침해하고 노사당사자간 대등한 교섭력을 침해하는 과도한 쟁의권 보장수단임.

- 이러한 제도에 대한 충분한 확인 내지 검증 없이, 쟁의권보장의 여러 제도를 넘어서 곧바로 대체근로를 금지하는 것은 동일한 적합성이라는 침해의 최소성 요건을 충족하지 못하는 것임. 따라서 근로3권, 즉 단체행동권 보장이라는 헌법적 가치를 넘어서 과잉금지원칙의 침해의 최소성 원칙에 반한다고 할 것임.
- 개별 수단의 기본권제한 효과를 서로 비교하여 행위자에게 가장 부담이 적은 수단인지(최소침해)를 판단해야 한다는 원칙에 비추어 볼 때도 ‘대체근로 제한규정’은 사용자의 피해, 즉 기본권제한을 ‘최소화’하는 방법이라고 볼 수 없음.
- 당사자의 자유로운 의사 없이 대체근로의 금지를 강제하는 것은 너무나 강력한 수단이며, 사용자 측이 갖는 헌법상의 기본권, 즉 영업(조업)의 자유(헌법 제15조) 그리고 재산권(헌법 제23조)의 본질적 내용을 과도하게 침해하는 것이라고 하지 않을 수 없음
- 근로자의 쟁의권보장이라는 공익 목적을 달성하기 위하여, 노조법상의 쟁의권보장 관련 규정과 수단을 활용해야 하고, 만일 이러한 수단만으로는 입법목적 달성이 어려운 경우에도 헌법상 보장된 기본적인 영업(조업)의 자유를 보다 덜 침해하는 방법으로 기본권의 제한이 이루어져야 할 것임. 특히 앞에서 본 바와 같이 우리나라 노조법은 노사대등성에 맞게 규율되지 않고 노조에게만 쟁의수단을 강하게 보장하고 있고 사용자에게는 이에 대항하는 쟁의수단이 전혀 마련되어 있지 않으므로 노사 간의 실질적 균형이 전혀 이루어지지 못하고 있는데, 여기에 사용자의 조업의 자유를 침해하는 대체근로 제한조항까지 부가되어, 사실상 강제에 의한 조업의 중단 효과, 즉 영업(조업)의 자유와 재산권의 침해가 발생하게 됨. 이는 그 자체로 최소침해성의 원칙에 반하는 것임.
- 대체근로 제한과 관련하여 미국과 일본 및 영국 그리고 독일 등 다른 국가의 관련 법제와 비교해 볼 때에도 포괄적 제한은 이례적으로 강력한 수단에 해당함이 분명하며, 다른 국가들에서는 기본권 제한의 효과가 행위자에게 부담이 덜 한 수단을 택하고 있다는 점에 있어서도 대체근로 제한조항이 침해의 최소성 원칙을 침해한다는 것을 방증한다고 할 것임.
- 결론적으로 대체근로 제한조항은 동일한 적합성이라는 침해의 최소성 요건을 충족

12) 대판 1990.5.15, 90도357 등.

하지 못하고, 더욱이 영업의 자유 및 재산권이라는 관련 기본권을 제한하는 정도가 매우 중대하고 심각하여 침해의 최소성 요건을 충족하지 못하고 있는 것임.

- 그리고 사용자의 대체근로¹³⁾의 제한규정은 현행법상 사용자의 대항수단으로서의 직장 폐쇄가 매우 제한적으로 허용되어 사실상 쟁의대항수단으로서 기능을 발휘하지 못하고 과도한 쟁의수단인 노조의 직장점거도 일정하게 허용되는 상황에서 노사간의 투쟁대등성 내지 무기대등성은 이미 침해되어 사실상 교섭의 대등성에서도 사용자가 매우 불리한 처지에 놓이게 됨. 즉 결과적으로 대체근로의 제한은 단체협약의 체결을 위한 노사 간의 자율적 협상인 단체교섭을 오히려 타율적으로 강요하는 것이 되므로¹³⁾ 헌법 제10조의 일반적 행동자유권¹⁴⁾의 하나인 사적자치의 원칙¹⁵⁾을 제한하는 것으로서 과잉금지원칙의 침해의 최소성 원칙에 반함.

○ 대체근로 제한을 통한 기업의 기본권 침해는 근로 3권 보장이라는 목적과의 법익 교량에 있어서 당사자의 관점에서 그 희생한계를 넘었다고 할 수 있음.

- 대체근로 제한규정은 사용자로부터 고용 내지 인력배치에 관하여 쟁의행위시 스스로 결정할 수 있는 자유를 완전히 박탈함으로써 사용자의 사적자치의 자유 및 기업·영업의 자유를 현저하게 제한하고 있으므로 이로 인해 초래된 기본권제한의 효과는 매우 중대하다고 볼 수 있음. 다시 말해 대체근로 제한규정은 사업주에게 발생하는 계약체결의 자유와 기업의 자유에 대한 기본권 침해의 강도는 지나치게 크다고 할 수 있을 뿐만 아니라, 기본권제한을 통하여 얻는 성과와 기본권제한의 정도가 합리적인 비례관계를 현저하게 이탈하고 있는 것임

○ 노사 간 자율적 힘 대결 내지 교섭력으로 합리적이고 생산적인 노사관계가 영위될 수 있도록 정상적 노사관계 제도로의 정비가 필요하고, 이를 위한 핵심 개선 과제로서 파업시 대체근로 금지규정의 개선이 필요함.

3. 부당노동행위제도 개선 - 부당노동행위 처벌규정의 삭제와 구제명령의 실효성 확보

○ 노조법 제30조는 노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 신의에 따라 성실히 교섭하고 단체협약을 체결하여야 하며 그 권한을 남용해서는 아니 되며(노조법 제30조 1

13) 헌재 2002.12.18. 2002헌바12.

14) 헌법 제10조 전문은 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 지니며, 행복을 추구할 권리를 가진다."고 하여 행복추구권을 보장하고 있는바, 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위해서는 누구나 자유로운 의사를 결정하고 그에 기하여 자율적인 생활을 형성할 수 있어야 하며, 행복추구권은 그의 구체적인 표현으로서 일반적인 행동자유권을 포함하는 것이다(헌재 1991. 6. 3. 선고 89헌마204 결정).

15) 사적자치의 원칙은 헌법상 행복추구권에 함축된 일반적 행동자유권 중 하나인데(헌재 2003. 5. 15. 선고 2001헌바98 결정), 일반적 행동자유권에는 '각 개인이 자유로운 의사결정을 할 수 있는 능력과 의사를 가지고 권리·의무의 변동에 의욕할 수 있으며, 이에 기하여 독립된 자율적 인격을 가진 권리주체로서 타인과의 법적 생활을 영위해 나감에 있어 자유로운 의사에 기해 자신의 법률관계를 형성해 나가는 권리'가 포함된다.

항), 정당한 이유 없이 교섭 또는 단체협약의 체결을 거부하거나 해태해서는 아니된다고 규정하고 있음(동조 2항). 동 규정은 노사 양측에 대하여 성실교섭의무를 부과하고 있다. 원래 구법에서는 사용자에 대해서만 성실교섭의무를 부과하고 이를 위반할 경우에는 부당노동행위로 처벌하였으나(구 노조법 제33조 5항, 제39조 3호), 현행법에서는 사용자뿐만 아니라 노동조합에 대해서도 마찬가지로 성실교섭의무를 부과함으로써 노사가 자율과 책임을 기초로 성실하게 교섭이 이루어지도록 하였음.

- 그런데, 사용자의 성실교섭의무를 위반하는 행위는 부당노동행위로서 처벌되는 데 반하여(노조법 제81조 3호), 노동조합의 성실교섭의무 위반에 대하여는 아무런 벌칙을 두고 있지 않음. 다시 말하면 부당노동행위의 주체는 사용자만으로 규정되어 있어 노동조합이 부당노동행위를 하여도 아무런 구제나 이를 정상화하기 위한 제도는 없는 반면에 사용자는 부당노동행위를 하면 정상화하기 위한 조치만 아니라 처벌까지 받는 법·제도적 현실로 인하여 노사 간의 실질적 대등성은 완전히 상실되어 기울어진 운동장이라는 평가가 가능함. 따라서 노사관계의 공정성 그리고 노사간의 실질적 대등성 확보를 위해서는 다음과 같은 부당노동행위제도 개선이 필요함.
- 특히 우리나라 노동조합들이 부당노동행위제도의 본래 취지와는 무관하게 노조법 제81조 위반에 대한 처벌조항을 사용자를 압박하는 도구로서 활용해 왔다는 점을 외면해서는 안 됨. 노동조합이나 노동조합 집행부에게 이익이 된다고 판단되면, 조합원의 직계비속 우선채용, 노동조합에 대한 금품제공, 근로시간면제한도를 벗어나는 급여지급, 근로시간 면제자가 아닌 노동조합 임원에 대한 유급 전임 인정 등 위법적인 요구를 하는 데에 주저함이 없는 반면, 사용자가 노동조합의 교섭요구사항에 대한 검토나 대응전략 수립을 위하여 교섭기일을 연장하거나 노동조합에 대한 동향을 파악하는 행위 등에 대해서는 부당노동행위라고 구제신청을 하거나 고소권을 행사하는 경우가 비일비재함. 특히 노동조합이 설립된 이후 단체교섭이 개시되기 이전에 사용자를 부당노동행위로 고소하여 기선제압 또는 압박수단으로 부당노동행위에 대한 처벌조항을 활용하는 모습을 쉽게 발견할 수 있음. 이와 같은 문제점은 부당노동행위 금지규정에 대한 처벌조항을 폐지하는 것만으로도 상당부분 완화될 수 있을 것이라고 판단됨.

○ 부당노동행위제도는 헌법상의 근로3권 보장을 전제로 근로3권의 침해에 대한 구제를 통하여 원만한 노사관계질서 내지 공정한 노사관계질서를 확립해나가는데 그 목적이 있다고 할 수 있다. 특히 노조법 제81조는 부당노동행위에 대하여 규정하고 있으며, 제82조 내지 제86조에서는 부당노동행위 구제절차 등에 대해 규정하고 있음. 그러면서도 같은 법 제90조에서는 부당노동행위위반에 대해 형벌을 부과하고 있어 부당노동행위제도의 원상회복적 의미를 훼손하는 과잉범죄화라는 지적이 제기되어 왔음. 이에 부당노동행위를 금지하고 이에 대해 형사처벌하는 규정이 헌법상 과잉금지원칙

에 반하는 것이 아닌지에 대해 구체적으로 살펴보면 다음과 같은 결론을 도출할 수 있음.

- 첫째, 침해의 최소성에 대한 판단은 첫째, 입법목적의 실현을 위하여 동등하게 적합한 또는 동일하게 효과적인 여러 수단에 대한 확인이 있어야 하며(동일한 적합성), 둘째, 개별 수단의 기본권제한 효과를 서로 비교하여 행위자에게 가장 부담이 적은 수단인지(최소침해)를 판단해야 한다. 형사처벌조항이 침해의 최소성을 충족하였는지의 판단해 보면, 부당노동행위에 대한 처벌조항은 각 부당노동행위에 대한 규제와 구제절차 등의 안전장치의 확인 없이 곧바로 형벌의 처벌대상으로 삼고 있으므로 동일한 적합성이라는 침해의 최소성요건을 충족하지 못하고, 징역형의 경우 신체의 자유라는 관련 기본권을 제한하는 정도가 구제제도와 같은 다른 수단들에 비하여 매우 중대하고 심각하여 침해의 최소성 요건을 충족하지 못하고 있는 것임. 다시 말하면 처벌조항이 벌금형뿐만 아니라 징역형까지 규정한 것은 사용자의 신체의 자유를 지나치게 침해하는 것이고 이는 노사 간의 자율적 협상을 오히려 타율적으로 강요하는 것이 되므로 헌법 제10조의 일반적 행동자유권의 하나인 사적자치의 원칙을 제한하는 것으로서 과잉금지원칙의 침해의 최소성 원칙에 반함.
- 둘째, 법익의 균형성은 기본권 제한에 의해 보호하려는 법익과 침해되는 법익을 비교형량하여 양자 간에 합리적인 균형이 유지되어야 함을 말한다. 즉 부당노동행위 제도가 추구하는 목적과 형사제재에 의한 개인의 자유권적 기본권 침해와의 균형 여부를 판단하는 것임. 그러나 법익교량을 위한 합리적이고 구속력 있는 척도가 없기 때문에 법익교량은 구체적인 상황에서 상대적인 중요성에 의해 결정될 수밖에 없음. 한편, 형사입법의 영역에서 균형성 원칙의 본질적인 고려대상은 책임원칙 및 비례원칙이라 할 수 있음. 부당노동행위를 규정한 노조법 제81조의 각 구성요건이 범죄와 형벌 사이의 비례원칙에 위배됨. 이처럼 형벌의 기본원리인 책임주의 및 비례원칙에 위반할 가능성이 매우 높은 부당노동행위에 대한 형벌투입과 그로 인해 발생하는 개인의 기본권 침해가 노사관계질서 확립 및 근로3권 보장이라는 법익과 비교형량하여 결코 그 양과 질이 적다고 할 수는 없음. 즉 형벌의 기본원리를 준수하지 못한 법률에 의해 침해되는 개인의 기본권 보다 더 큰 법익은 존재할 수 없음.

○ 노사관계에 있어 부당노동행위 자체를 범죄화하여 그 행위자를 형사처벌해야 하는지, 과연 이러한 규율방식이 우리 노사관계 질서를 안정적으로 유지하게 하는 방법인지 고민해보아야 함. 부당노동행위제도의 실효성을 확보하는 방법으로서 부당노동행위의 범죄화 및 형사처벌주의가 최적의 선택인가라는 근본적인 문제에 대해서는 깊은 성찰이 필요한 것임.

- 부당노동행위제도가 헌법상 보장된 근로3권 실현을 위하여 이에 위반되는 사용자의 행위를 금지함으로써 노사관계질서의 회복, 즉 궁극적 목적은 침해된 권리나 지위

의 원상회복이라는 점, 동 제도가 기본권 제한의 헌법적 원칙인 과잉금지원칙을 위반하고 있다는 점 등을 고려하면, 부당노동행위에 대해 처벌을 규정하고 있는 노조법 제90조는 폐지되어야 마땅하다고 할 것임.

○ 구제명령의 실효성 확보

- 부당노동행위를 둘러싼 분쟁도 다른 노사분쟁과 마찬가지로 노사의 자주적인 해결 역량이 강화되어야 분쟁의 조기 해결 및 예방과 노사관계의 안정을 도모할 수 있게 됨.
- 그러므로 형사처벌 제도를 폐지하고 노동위원회의 구제절차 등을 정비하여 신속하고 적극적으로 활용하는 것이 노사의 자율성과 책임성을 존중한다는 관점에서 노사관계의 선진화를 위한 올바른 방향이라고 생각하며, 구제명령을 실효적이고 다양하게 모색하는 관점에서 논의가 이루어질 필요가 있음.
- 부당노동행위 구제명령에 있어서는 형사처벌 조항(노조법 제89조 제2호)을 폐지하고, 노동위원회를 통해 반복부과가 가능한 과태료의 부과를 기본으로 전환하되, 장래의 이행을 도모한다는 관점에서 이행강제금의 부과도 함께 검토해볼 수 있음.

IV. 결론에 갈음하여 - 노사 대등성을 위한 집단적 노사관계법제의 개선방향

○ 우리나라 노동시장 및 경제사회의 균형적인 발전을 위해서도 노사 자율과 책임에 기반한 노사관계의 안정이 그 어느 때보다도 요구되는 시점임.

- 특히 노사 간의 대등성은 교섭단계에서 뿐만 아니라 쟁의단계에서도 보장될 때 실질적으로 가능하게 되므로 교섭과 쟁의체계가 전체적으로 원칙적 대등성 하에서 기능할 수 있도록 사용자에게 쟁의수단을 적절하게 부여해야 하는 것이 법질서의 과제인데, 우리 노조법은 노사대등성에 맞게 규율되지 않고 노조에게만 쟁의수단을 강하게 보장하고 있으므로 노사 간의 실질적 균형이 전혀 이루어지지 못하고 있음.
- 따라서 최대한 노사 간의 평화적 분쟁해결이 가능하도록 교섭의 시작부터 마무리까지 노사 간의 교섭력 균형을 위한 전체적인 균형을 제고하되, 노동쟁의 발생으로 쟁의행위가 불가피한 경우 노동조합의 단체행동권은 물론 사용자의 경영권도 조화롭게 보장될 수 있도록 관련 법제도가 개선되어야 할 것임.

○ 다음으로 노사 당사자 모두의 권리남용을 방지하고 노사가 다 같이 자율과 책임을 기초로 한 합리적인 노사관계 구축을 위하여 노력하도록 법,제도적 여건을 조성하기 위해서는 부당노동행위제도의 개선이 필요함.