본 논문에 수록된 모든 내용은 연구자 개인의 의견으로서 본 연맹의 공식적 견해가 아님.

발 간 사

우리 한국노총은 정책노총으로서의 위상을 강화하고자 지난 4월 중앙연구원을 설립한 바 있습니다. 그런데 벌써 중앙연구원에서 연구논문이 나온다고 하니 사뭇 기쁜 마음입니다.

이번 연구논문의 주제는 "비조합원의 집단적노동관계법상 지위"입니다. 이 문제는 지금까지 거의 다루지 않은 분야로 알고 있는데, 아마 이 보고서가 최초의 논문이라고 생각합니다.

종래에 비조합원들은 회사측의 입장에 선 사람들, 노조에 반대하는 사람들로 생각하여 왔습니다. 그래서 노동조합은 비조합원을 외면하는 태도를 보이거나 무관심하게 대해왔던 것이 사실입니다.

그러나 논문에서는 새로운 시각에서 이 비조합원을 보는 시도를 하는 것 같습니다. 비조합원은 회사측에 가까이 있는 사람이 아니라, 같은 노동자라는 사실을 강조하고, 오히려 동료 노동자들과의 관계나 노동조합에의 연대가능성을 모색하고 있습니다.

사실, 비조합원들은 노동조합의 혜택을 많이 받고 있습니다. 노동조합이 없더라면 단지 사용자와의 개별적 계약에 의해 정해지는 대우만을 받을 터인데, 노동조합이 존재하여 단체협약이 있기에, 보다 좋은 근로조건이 비조합원에게도 적용되는 것입니다. 사용자의 입장에서는 협약상의 근로조건을 조합원에게만 적용하고, 비조합원에게는 적용하지 않는다는 것은 생각할 수도 없기 때문입니다.

그러나 비조합원은 조합원과 달리 하등의 노력도 없이 단체협약의 혜택을 받는 것도 사실입니다. 그리고 그런 무임승차행위는 다른 조합원의 의욕과 열의를 빼앗는 결과를 가져옵니다. 여기서 노동조합은 조합의 단결과 힘을 유지하고 보호할 수 있는 각종 조치를 취할 필요가 있습니다. 유니온 숍 조항 외에, 에이젼시 숍 조항, 협약배제조항, 격차조항 등 여러 조항들에 대해서도 관심을 가질 필요가 있습니다.

한편 비조합원들은 노동조합과 단체협약에 의해 혜택을 받는다는 점을 인식하

고 조합에 가입한 동료 노동자들에게 해가 될 일, 노동조합을 해치는 일은 삼가 하여야 할 것입니다.

더 나아가 선진 외국에서는 비조합원이 파업에 참여하는 일도 얼마든지 있고, 또 비조합원이 파업에 참여하지 않더라도 파업에 참가한 노동자의 근로를 대체 하는 일은 삼가하고 있습니다. 우리 나라에서도 이처럼 공평하고 합리적인 생각 을 가지고 비조합원들이 행동하기를 기대하고 싶습니다.

연구논문중에는 부분적으로 노동조합의 입장에서 흡족하지 않는 사항들도 있을 것입니다. 그러나 전체적으로는 연구자도 노동자의 이익과 노동조합의 이익을 확대하려는 노력을 하고 있다고 봅니다. 그 연구성과가 우리 노동조합의 정책방향설정에 도움이 되기를 빌어마지 않습니다. 그런 면에서 많은 비판과 질타가 있기를 빌고, 이런 과정 속에서 진정하게 우리 노동조합에 유리한 정책이 나오리라 생각됩니다.

아무쪼록 21세기를 맞이하여 우리 한국노동조합총연맹이 새로운 노력과 시도를 통해, 우리 노동자들의 삶이 보다 윤택하고 가치가 높아지도록 이끌고 있음을 지켜봐 주시기 바랍니다.

1995년 12월

한 국 노 동 조 합 총 연 맹 위원장 직무대리 송 수 일

く目 次>

第	1 章 序 論1
	1. 問題의 提起
	2. 問題의 核心2
	3. 論文의 順序 4
第	2 章 非組合員의 槪念
	1. 非組合員의 槪念 5
	2. 非組合員의 範圍7
	3. 關聯問題10
第	3 章 非組合員의 團結權13
714	1. 憲法上 勞動 3權
	2. 團結權의 概念
	3. 非組合員의 消極的 團結權
	가. 소극적 단결권의 인정여부
	나. 소극적 단결권의 헌법적 근거
第	4 章 非組合員과 各種 組合存立保障
	1. 非組合員과 유니온숍 條項 24
	가. 유니온숍 조항
	나. 해석론적 검토
	다. 비교법적 검토
	라. 개선방향
	2. 非組合員과 連帶金支拂(agency shop)條項 ·························48
	가. 연대금지불조항 도입의 정당성
	나. 헌법상 단결권침해여부

다. 단체협약원리상 적법여부	
라. 법률근거의 필요성문제	
마. 단체협약내 도입방안	
바. 소결	
3. 非組合員과 協約排除條項(Tarifausschlußklausel) ····································	33
가. 협약배제조항의 개념	
나. 헌법상의 단결권위반여부	
다. 단체협약원리와의 문제	
라. 노조법 제37조와의 문제	
마. 소결	
第 5 章 非組合員과 團體協約)
1. 協約自治權(Tarifmacht)	
가. 협약자치권의 근거	J
나. 비조합원에 대한 규율	
2. 團體協約拘束力範圍(Tarifgebundenheit)와 非組合員	'6
3. 均等待遇原則과 非組合員 ····································	
4. 非組合員에 대한 協約拘束力의 擴張制度	
가. 제도의 배경	
나. 용어의 사용	
다. 종류	
라. 효력	
마. 사업장단위의 일반적구속력이 갖는 특별한 의미	
바. 지역단위 일반적구속력의 법적 성질	
사. 기타 문제	
第 6 章 非組合員의 團體行動權 86	3
1. 非組合員의 罷業參加權	
가. 파업권의 법적 성질	
나. 파업권의 주체와 파업참가권	
다. 파업에 참가한 비조합원의 임금문제	
2. 非組合員의 代替勤勞 拒否權	2
3. 非組合員과 職場閉鎖	

	가. 사업장내에서의 부분적 직장폐쇄 나. 비조합원을 제외한 직장폐쇄	
	4. 爭議時 非組合員의 賃金問題	101
第 ′	7 章 結 論	104
要为	的文	107
參考	· 文獻:	120

第 1 章

序論

1. 問題의 提起

오늘날 전세계적으로 노동운동은 상황이 어려워지고 있다. 그 이유는 전반적으로 경제가 성장하고 국민들의 경제적, 문화적 수준이 향상되자, 사람들은 생활의 안정 속에서 자기중심적인 생활을 전개하고 자신의 의사를 중요시하는 개인주의적인 삶을 선택하는 데 있다고 본다. 또 경쟁의 치열함 속에서 사용자들이노동운동에 대해 인색한 태도를 보이기 시작하고, 그 명분을 공정성과 합리성에두는데 있다고 본다. 근로자들은 증가해도, 조합원수는 감소하는 경향이 나타나는 점에서 노동조합의 근로자보호기능은 경시되는 것은 아닌가 하는 문제점을 던지기도 한다.

그러나 우리나라는 노동운동이 아직 초기 단계에 있고, 국민들의 전반적인 생활향상과 사회복지제도의 도입도 여전히 과제로서 존재하는 상황에서, 이런 발전을 이끌어가야 할 주된 주체로서 노동조합의 역할은 결코 무시될 수 없다. 근로자들의 근로조건을 향상시키고, 각종 재해와 고용상실의 위험을 해소하며, 사회복지시설과 제도의 설립을 이끄는 노동조합의 기능은 여전히 기대되는 것이다. 다만 전세계적 경향 속에서 그 영향을 받고 있는 우리 노동조합도 개인들의의사와 결정을 존중하고, 공정하고 합리적으로 그 기능을 수행해야 하는 여건속에 처해 있는 것은 틀림이 없다.

이러한 상황과 여건 속에서, 노동조합의 비조합원에 대한 인식도 바뀌어야 한다. 과거에 비조합원은 사용자 측에 선자, 혹은 노동조합과 결별한 사람으로서 적대적인 위치에 있는 것으로 보아왔다. 그래서 노동조합은 비조합원의 존재를일체 인정하지 않는 태도를 보이거나, 반대로 비조합원을 몰아낼 수 없는 상황에서는, 비조합원이 사용자로부터 혜택을 받아도 어쩔 수 없는 것으로 보았고, 특히 노동조합이 단체협약으로 요구한 사항이 비조합원에게도 동일하게 주어지는 것에 대하여 문제로 삼지 않았다.

그러나 개인 의사의 존중과, 공정성 및 합리성이 강조되는 오늘날에는 이런 태도는 바람직하지 않다. 노동조합은 비조합원에 대해서 어떤 감정적인 관계를 형성할 필요가 없으며, 정확하게 비조합원의 위치가 어떻게 되는가를 파악할 필요가 있다. 그런 객관적인 파악 속에서 노동조합의 역할에 유리하게 비조합원과의 관계를 잘 이끌어 가는 것이 바람직하다고 생각한다. 여기서 본 연구자는 "非組合員의 集團的 勞動關係法上 地位"라는 주제로 그 문제를 설정하였다. 그리고 비조합원은 역시 근로자가 아닌가 하는 점, 또 개인적으로 내린 조합불가입의 선택과 노동조합 세력유지의 필요성 사이에 어떤 합일점을 찾을 수 있지 않는가 하는 점, 또 비조합원 스스로 원한 경우에는, 노동조합의 파업에 참가한다든지, 사용자의 대체근로를 거부한다든지 하는 것이 가능하지 않은가 하는 점등을 다루어 보기로 하였다.

2. 問題의 核心

가. 비조합원의 의사결정의 보호와 노동조합 존립보호간의 조화

근로자의 입장에서 생각하면, 근로자는 조합원이 될 수도 있고, 비조합원이 될 수도 있으므로, 勤勞者에게는 조합원여부를 自發的으로 決定할 수 있는 自由가 있는 것이다. 이런 自發的 意思에 기초하여 근로자집단인 勞動組合은 설립되는 것이고, 그 노조는 사용자와의 대등한 교섭력하에서 근로자에게 보다 유리한 임금, 근로시간 등 근로조건을 약속 받을 수 있다. 그 결과, 근로자들은, 자신이 제공하는 근로급부에 대한 보다 좋은 임금, 각종 배려 등 반대급부를 제대로 받을 수 있는 것이다. 이런 勤勞者保護의 體系를 協約自治라고 하는데, 非組合員은 이런 협약자치를 명시적으로 拒否한 자라 할 수 있을 것이다.

한편, 勞動組合은 단순히 근로자들의 집합이 아니고, 독자적인 법적 주체로서 국가와 사용자의 압력으로부터 보호되어야 할 단체이자, 사용자와 대등한 지위를 유지하는 협약자치 상대방이다. 그런데 非組合員의 존재는 勞動組合의 입장에서 자신의 存立을 威脅하는 자로서 인식되어져 왔다. 비조합원이 자신의 노동력을 보다 싸게 파는 점에서 조합원의 지위를 불안하게 할 뿐더러, 비조합원은 조합원으로서의 부담을 지지 않고서도, 사용자로부터 조합원과 같은 대우를 받으므로써, 조합원에게 더 이상 자신의 부담을 지지 않으려는 誘惑을 갖게 하는 것이다. 여기서 노동조합은 强制的으로 非組合員에 대하여 加入을 요구하거나조합의 支持者로 만드려는 노력과 조치를 취하게 되는 것이다.

그런데 이런 노력과 조치는, 근로자가 원치 않는 조합가입을 강제하거나 조합 탈퇴를 금지시키는 점에서 개인의 자유의 보장과 충돌할 가능성이 있지 않는가 생각한다.

여기서 "비조합원의 자유의사결정의 보호"와 "노동조합의 존립보호" 사이에 적정한 합일 점을 찾는 과제가 나온다. 어느 하나만을 살리고 다른 하나를 무시하는 것은 오늘날 설득력을 갖지 못한다.

나. 노동조합의 비조합원에 대한 분담금의 요구

비조합원은 노사관계에서 사용자 편에 있는 사람으로 인식되어질 수 있다. 사용자의 임의에 의한 혜택을 받기도 하고, 사용자의 지시를 전적으로 수용하는 자로서 판단되기도 하는 것이다. 그러나 비조합원은 사용자의 임의적인 혜택을 받는 것이 아니라 勞動組合이 어렵게 努力해서 얻은 成果物을, 法律的 土臺위에서 同等하게 받는 것이 아닌가 하는 관점에서 재고할 필요가 있다. 勞組法 第37條의 규정이 그런 점에서 매우 중요하다. 동 조항은 사업장의 동종 근로자중 반수 이상이 조합원으로서 협약의 적용을 받으면 나머지 근로자도 협약의 적용을 받도록 하기 때문이다. 여기서 勞組는 費用部分에 대해서 非組合員의 分擔을 요구할 수 있지 않는가?

다. 비조합원의 자발적인 연대가능성의 모색

비조합원이 노조의 惠澤도, 負擔도 조합원과 똑같이 받는다면 그 다음은 非組

合員과 勞動組合간에는 어떤 關係性은 없는 것인가 하는 문제가 던져지게 된다. 비조합원이 자신이 원할 경우에는, 노조가 주도한 罷業에 參加할 수도 있지 않는가 하는 문제와 또 비조합원은 파업참가 근로자의 脫落된 勤勞를 당연히 대신해야 할 義務는 없지 않는가 하는 문제를 다룬다. 여기서는 비조합원은 노동조합밖에 나와 있는 자로서 노동조합에 의한 대표를 명시적으로 위임한 바없는 자이만, 비조합원이 예외적으로 勞動組合과의 連帶속에서 存在하고 있는 경우를 모색한다. 이를 토대로 노동조합은 비조합원에 대해서 배타적인 입장을 취하지않고, 적극적으로 포용하는 자세를 취할 수 있을 것이다.

3. 論文의 順序

논문의 체계를 세우기 위해서, 이런 문제에 들어가기에 앞서, 비조합원의 개념을 먼저 살펴보고, 그 비조합원의 집단적 노동관계법상 지위로서 그가 갖는 단결권의 내용을 보기로 한다. 그 다음에 "비조합원의 의사결정의 보호와 조합존립보장간의 조화"문제 및 "노동조합의 비조합원에 대한 분담금의 요구"를 살펴보고, 비조합원의 단체협약법과 노동쟁의법상 지위를 살펴보면서 "비조합원의자발적인 노조에의 연대가능성"을 모색해보기로 한다.

따라서 본 논문의 순서는 ① 비조합원의 개념, ② 비조합원의 단결권, ③ 비조합원과 각종 조합존립보장, ④ 비조합원과 단체협약, ⑤ 비조합원의 단체행동권으로 구성하였다.

第 2 章

非組合員의 概念

1. 非組合員의 概念

비조합원(Außenseiter)은 노동조합에 가입하지 않은 자이다. 그러나 노동조합에 가입하지 않는 모든 자가 아니라, 헌법상 단결권을 가질 수 있는 근로자들 중에서 노동조합에 가입하지 않은 자이다. 따라서 비조합원은 "勞動組合에 加入하지 않은 勤勞者", 달리 말해, "非組織 勤勞者"이다.

한편, 사용자들 가운데에서도 비조직 사용자를 생각할 수 있다. 비조합원이라는 용어로는 적합하지 않지만, 하여튼 사용자단체가 있는 경우, 이 단체에서 이탈하여 독자적으로 노동조합과 노사관계를 맺는 사용자를 생각할 수 있기 때문이다. 산별체제의 노사관계를 가진 나라에서는 비조직 사용자는 비조합원과 함께 자주 언급된다.

비조합원이 되는 이유는 여러 가지가 있을 수 있다. ① 어떤 근로자는 단결할 의사가 있으나 기존의 단결체 가운데서는 그 이념이나 목적 또는 그 밖의 사항을 그가 승인할 수 없기 때문에 가입을 거부하는 경우가 있고, ② 가입의사는 있지만, 그를 가입시켜주는 단결체를 발견할 수 없는 경우도 있다. ③ 또한 단결의 의사가 (아예) 없는 경우로서 예를 들어 무관심, 연대감의 결여 또는 경제적고려 즉 무엇보다도 근로자가 노동조합비를 내지 않고도 노동조합이 성취한 혜

택을 누릴 수 있다고 믿는 경우도 있다.1)

비조합원의 개념상 표지로는, ① 근로자일 것, ② 조합원으로서의 지위를 갖지 않을 것, ③ 원칙적으로 단체협약의 규율을 받지 않는 것이라고 본다.

이에 대하여 좀 더 살펴본다면, 다음과 같다.

① 근로자일 것: 비조합원은 근로자로서 조합원이 아닌 자다. 회사 내에서 조합원이 아닌 자면 모두 비조합원으로 보는 것처럼 피상적으로 비조합원을 파악하면, 심지어 사용자까지도 비조합원으로 볼 수 있게 된다. 그러나 이것은 개념상 혼돈을 가져오므로, 근로자중에서 조합원과 비조합원으로 구분을 하여야 한다. 따라서 회사의 任員(예컨대 이사)을 비조합원으로 보는 것은 잘못된 것이고, 조합원과 비조합원의 구분에 앞서서 근로자와 사용자의 구분에서 사용자 속에 포함시켜야 한다. 비조합원은 근로자중에서 찾아야 하는 것이다.

여기서 근로자란 사용자와의 종속적 근로관계를 가진 근로자를 의미하는 것이 아니라 임금으로서 생활하는 노조법상의 근로자이다. 따라서 실제의 사용종속관계에 있지 않은 근로자로서 실업자도 조합원이 되거나 비조합원이 될 수 있다고할 수 있다. 그러나 우리나라의 노조법은 기업별노조를 전제로 하고 있기 때문에, 실제로 실업자를 조합원 혹은 비조합원으로 구분하는 일은 생기지 않는다.

② 조합원으로서 지위를 갖지 않음: 노동조합의 조합원은 누구나 그 노동조합의 운영과 활동에 참여할 권리와 의무를 가진다(노조법 제22조 1문). 조합원은 권리로서 주로 조합의 운영과 활동에 參加할 權利와 조합규약에서 정하는 여러 利益을 享有할 權利(예: 조합복리공제사업의 이익이나, 투쟁적립금, 희생자구원기금 등으로부터 지급을 받을 권리)를 가지며, 의무로서는 조약을 준수하고 조합의결정과 명령에 따르면서 組合活動을 할 義務와 조합비 기타 조합의 운영, 활동에 필요한 費用의 醵出에 응할 義務를 부담한다.2) 그러나 조합에 가입하지 않은 비조합원은 조합활동에 참가할 권리나 의무도 없고, 각종 규약상의 혜택을 받을 권리도, 조합비를 납부할 의무도 부담하지 않는다.

¹⁾ 독일연방노동법원 1967년 11월 29일 판결, BAGE (GS) 20, 175 214f.

²⁾ 이병태, 최신 노동법, 125면 이하; 片岡 昇, 勞動法(宋剛直 譯), 1995, 141面

③ 원칙적으로 단체협약의 적용을 받지 않음: 노동조합이 사용자 혹은 사용자 단체와의 교섭을 통하여 또는 불가피하게 쟁의행위를 통하여 보다 유리한 근로 조건을 담은 團體協約을 얻어내면, 그 단체협약은 기본적으로 노사 당사자와 조합원만에게 적용되고 비조합원에게는 적용되지 않는다.3) 우리나라에서는 이를 명시적으로 밝힌 법률규정은 없으나, 노조법 제37조 및 제38조가 일정한 요건하에서 단체협약의 구속력을 비적용 근로자에게도 확장적용할 수 있다고 규정한 것을 미루어 보면, 단체협약은 원칙적으로 노동조합에 가입한 근로자만에게 적용된다는 것을 전제로 하고 있음을 알 수 있다.4) 노사자치를 인정하는 법질서에 대해 헌법제정권자가 의도한 것은, 단체협약 당사자들의 법제정권은 오직 그 구성원들에게만 한정되도록 하는 것이다.5) 또한 기본적으로 근로자가 한 노조에 가입하는 행위는, 그 노조에게 단체협약이라는 규범의 설정을 통해서 그 구성원인 자신을 구속할 권한을 부여한 것으로 볼 수 있다.6)

이러한 권한수여를 하지 않은 비조합원은 원칙적으로 단체협약에 의한 구속을 당하지 않는 것이다. 다만 예외적으로 비조합원이 단체협약의 적용을 받는 것은, 일반적 구속력확장(노조법 제37, 38조)이라는 법률규정에 의해서, 혹은 사용자의 임의에 기초한 개별 근로계약에 의해서, 혹은 경영관행에 의해서 가능한 것이다.

2. 非組合員의 範圍

비조합원의 개념을 노조에 가입하지 않은 근로자라고 파악할 경우, 이에 해당 하는 비조합원의 범위는 어디까지인지 구체적으로 알아 볼 필요가 있다.

앞서 언급한 바와 같이 비조합원이 되는 경우는, ① 근로자에게 단결할 의사는 있는데 노조의 이념이나 목적이 본인에게 맞지 않은 경우와, ② 근로자에게

³⁾ Hueck/Nifferdey, Grundriß des Arbeitsrechts, 1970, S.237(독일에서는 입법자가 협약의 구속력을 받는 사람들의 범위를 명시적으로 규정하여, 협약당사자들이 넘을 수 없는 하나의 한계를 정해놓은 것으로 본다).

⁴⁾ 김형배, 노동법, 1994, 498면, 이런 규율을 "단체협약의 구속력범위"라고 한다; 참고로, 독일의 단체협약 법에서는, 단체협약의 구속력범위는 노조와 사용자단체 의 구성원 및 개별적 협약당사자로서 사용자에게 적용된다는 규정(제3조 1항)을 두고 있다; 이병태, 최신 노동법, 1995, 204면.

⁵⁾ Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 4. Aufl., §37 I.

⁶⁾ Zöllner/Loritz, a.a.O., §37 I.

단결할 의사는 있지만, 노조대상이 제한되어서 그 대상에 들어오지 못하기 때문에 배제된 경우가 있고, ③ 아예 근로자에게 단결의 의사가 일체 없는 경우도 있을 것이다. 여기서 근로자에게 단결할 의사가 있지만 이념이나 목적이 개인의 신조에 안 맞는 경우와 아예 근로자에게 단결할 의사가 없는 경우를 구분한다는 것은 현실적으로 어려운 일이고, 그럼에도 불구하고 이를 가려내려고 한다면 인격에 대한 침해가 발생하게 될 위험이 많다.7)

그러나 비조합원 중 ① 조직대상속에 속해 있어서 조합원이 될 수 있는데 조합원이 되지 않은 경우와 ② 조직대상에서 아예 제외되어 있어서 조합원이 되지 못한 경우를 구분하는 것은 실제로 가능하고 그런 구분으로 인격적 침해를 일으키는 일도 없을 것이라고 본다.8)

① 조직에 가입할 수 있음에도 가입하지 않은 비조합원은, 앞서 언급했듯이 노조조직상 주어지는 권리와 의무를 갖지 않고 또 단체협약의 적용도 배제된다는 점에서 공정한 결과가 이뤄진다고 볼 수 있다. 일반적으로 비조합원이라고하면 바로 이런 조직가입이 가능하나 가입하지 않은 경우를 의미한다. 노조는 기본적으로 교섭력을 확보하기 위하여 조직을 확대하려 하고 조직을 확장하여 교섭력을 강화하려고 하기 때문에, 근로자는 그런 가입의 기회를 갖는 경우가 대부분이다. 그럼에도 불구하고 이런 가입을 거절하는 자(처음에 가입하였더라도 중간에 노조자격을 거부한 자를 포함)가 바로 비조합원이다. 이런 비조합원은 소위 소극적 단결권을 행사하는 자로서 이해할 수 있으나, 그의 존재는 조합의 세력유지 혹은 존립보장과 충돌할 것이다. 따라서 본 논문에서도 이런 비조합원을 중심으로 고찰하기로 한다.

② 한편 기존노조가 가입대상을 한정하여 노조에 아예 가입할 수 없는 비조합 원도 있다. 그는 행사할 수 있는 단결권 자체가 제한되어 있다는 점에서 단결에

⁷⁾ 독일연방노동법원 1967년 11월 29일 판결, BAGE (GS) 20, 175 (214f.)

⁸⁾ 이런 구분은, 비조합원이 노조가 쟁취한 결과물을 사실상 향유한다는 이유에서 전부를 통틀어서 기생충적 존재라고 비난하는 주장에 대해서 반대되는 근거를 제시할 수 있는 점에 그 의의가 충분히 있다. 노조의 조직대상에 아예 들어오지 못하여 비조합원이 된 자는, 자신의 의사와는 무관하게 단결의 기회가 제한되어 있는 것이므로, 사실상 단체협약상의 조건이 적용되더라도 불로소득의 의사는 전 혀 없는 것이므로, 기생충적 존재라고 매도될 수 없는 것이다.

의 가입을 거절한 자로 볼 수 없다. 그런 비조합원들은 별도로 자신들의 적극적인 단결권을 행사할 여지가 있는 따름이다. 예컨대 일정한 협약단위에서 생산직근로자들을 대상으로 한 노조가 있을 때, 사무직 근로자들은 기존 노조에서 제외되어 있는 점으로부터 비조합원에 해당되지만, 그들은 단결권을 거부한 것이아니라 자신들의 노동조합의 설립을 위한 적극적 단결권을 아직 행사하지 않고있는 것에 불과한 것으로 파악하여야 할 것이다. 이런 조직대상에서 제외된 자들의 노조설립은, 우리나라법상 복수노조를 금지하는 규정에도 불구하고(노조법제3조 5호), 금지되지 않는 것으로 해석되고 있다.9) 이밖에도 사업장에 노동조합이 설립되지 않은 경우의 미가입 근로자도 있을 수 있는데, 이 근로자도 이와마찬가지로 단결권을 아직 행사하고 있지 않은 경우에 넣어서 이해할 수 있다.이들은 아직 단결권의 행사나 협약자치를 거부한 자가 아니다.

본 논문에서는 이 두 분류의 비조합원중 전자의 비조합원, 즉 노동조합이 있고, 그 조직대상에 포함됨에도 불구하고 그 가입을 거부한 자(및 조합에 가입하였으나 중도에 탈퇴한 자)를 대상으로 국한하여 다루기로 한다. 후자의 비조합원은 노동조합과 대립되는 입장에 선 자가 아니기 때문에, 비조합원의 노조로부터의 보호문제는 심각하게 제기될 수 있는 사항이 아니다.10)

⁹⁾ 김형배, 노동법, 432면; 대법원 제3 재판부는 김모씨가 모회사를 상대로 낸 정 직무효확인소송 상고심에서, 기존 노조와 조직대상을 달리하면 새 노조의 조직을 허용해야 한다는 이유에서 원심을 깨고, 사건을 서울고법으로 환송하였다고한다. 판결문에서는 "근로자는 자기가 속한 사업장내에 이미 노동조합이 설립되어 있는 경우에도 기존 노동조합과 조직대상을 같이하거나 그 노동조합의 정상적 운영을 방해하는 것을 목적으로 하는 것이 아닌 한 자유로이 새로운 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있는 것으로 그와 같은 노동조합을 조직하는 행위가 사업장질서를 문란하게 하는 행위에 해당한다고 볼 수 없음은 물론 이를 제한하는 취업규칙이나 사용자의 명령은 위법한 것으로서 그 효력이 없다"며, "사용자는 근로자가 취업규칙 또는 사용자의 명령에 위반해 새로운 노동조합을 조직하려고 했다거나 조직을 위한 집회를 했다는 이유로 근로자에게 징계 등의 불이익한 처분을 할 수 없다"고 밝혔다(법률신문, 2451호, 1995년 11월 2일).

¹⁰⁾ 이와 같이 노조의 조직대상에서 제외된 근로자 및 미조직 사업장의 근로자에 대한 법적 지위의 연구는 다음 기회에 하기로 한다.

3. 關聯問題

다음으로, 비조합원의 범위와 관련하여 아래와 같은 자들은 노조의 조직대상에서 명시적으로 제외되지 않은 경우에도, 비조합원에 해당된다고 인식되고 있다.

- ① 노무부장이나 인사과장,
- ② 회계나 경리를 담당하는 직원,
- ③ 사용자의 운전사나 비서 혹은 타이피스트 등.

이들 각각에 대하여 과연 비조합원으로 볼 수 있는가를 검토하기로 한다.

① 노무부장이나 인사과장의 경우에는, 개별적으로는 회사의 직원으로서 임금을 받고 생활하는 근로자에 해당한다고 할 수 있지만, "그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사용자를 위하여 행동하는 자"로서 사용자에 포함된다고 봄이 마땅할 것이다.11) 따라서 노무부장이나 인사과장 혹은 총무부장과 같은 직책을

¹¹⁾ 노동조합법 제5조; 한편 노조법 제5조를 노조법 제3조 1호와 연계시켜 본다면, 근로자 개인의 단결권 및 노조의 존립에 어려움 점이 많이 발생할 것이라고 생각된다. 즉 노조법 제5조는 '그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사용자를 위하여 행동하는 자'를 사용자에 포함시키고 있고, 노조법 제3조 1호는 '사용자 또는 그의 이익을 대표하여 행동하는 자가 노동조합에 참가하는 경우 그조합을 노동조합으로 인정하지 않는다'고 규정한다. 따라서 근로자에 관하여 사용자를 위하여 행동하는 자로 보여지는 인사부장이나 인사과장은 노동조합에 참가할 수 없고, 참가하게 되면 노동조합자체가 인정받지 못하게 된다. 그런 만큼 제3조 1호는 절대적인 명령에 속한다.

이런 규정들 속에서 사용자는 핵심 조합원인 근로자를 인사부장으로 승진시키 거나 혹은 인사과에 발령하려는 전략을 세울 수 있다. 그 대상에 속한 자는 그 승진을 거부할 것인가 자신의 단결권을 포기하여야 할 것인가의 문제가 발생 한다.

이 두 규정은 나름대로, 사용자의 범위를 명확하게 하고 노동조합의 요건을 엄격히 해서 노사관계를 적법하게 이끈다는 각각의 필요성이 있지만, 이와 같이 사용자에 의해 악용될 소지가 있다. 따라서 노동조합 측에서는 해당 근로자가 자신의 결정을 자유롭게 내릴 수 있고, 특히 그 발령이나 승진을 거부할 수 있도록 단체협약에 근거규정을 마련할 필요가 있다고 본다. 이런 대비는 개인의

가진 사람은 노사관계에 있어 사용자에 속한 자로서 앞서 말한 회사의 임원에 준하여 보아야 할 것이다. 그런 점에서 이들을 비조합원이라고 보는 것은 잘못된 것이라고 생각된다. 그러나 기타 부서의 부장이나 과장은 근로자로서의 지위를 갖는 자로서 조합원 혹은 비조합원에 해당될 수 있다.12)

②,③) 회계나 경리를 담당하는 직원이나 사용자의 운전사 혹은 비서 타이피스트에 대해서는 일반적으로 당연히 비조합원이라고 생각되고 있다. 그러나 그들은 사용자의 지시권이나 감독권, 혹은 결정권을 전혀 갖지 않은 자들로서 오히려 진정한 근로자에 해당한다고 함이 마땅하다. 따라서 그들에게는 노조에 가입할 수 있는 단결권이 부여되어 있다고 보아야 할 것이다. 13) 다만 이들은 회사의 경영상 비밀이나 사용자의 사적 정보 및 비밀에 접근가능한 자들로서 사측의 정보유출가능성이 있고, 또 노측에서는 사측에로 정보가 제공될 가능성이 있다는 점에서 별도의 조치가 필요하다고 생각될 수 있다. 그러므로, 노조가 스스로 규약으로 이들을 조직대상에서 제외하는 것은 적법하다고 본다. 그런 경우에 이들은 자신들의 조직체를 별도로 설립하지 않는 한, 단결권을 실현할 수 없다고 보겠다. 그러나 노조의 규약에서 이런 제외를 두지 않은 경우에는, 회계나 경리

양심이나 자유로운 선택을 보호하는 점에서도 그 이유가 있지만, 기업별노조체 제에서 사용자가 인사를 통해서 노조의 단결력을 약화시킬 수 있는 단서를 없 앤다는 단결력의 보호차원에서도 필요하다.

근본적으로는, 기업의 사용자가 노동조합의 조직과 운영에 영향을 미칠 수 없 게 노동조합이 초기업적 조직으로 바뀌어야 할 것이다.

¹²⁾ 대판 88누 6924, 89.11.14: 노동조합법 제5조 소정의 "근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자"라 함은 근로자의 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건의 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받은 자를 말한다...위 모씨가 공작과 과장대리로서 근로에 관한 사항을 감독할 수 있다는 이유만으로 그를 사용자라고 단정한 것은 심리미진과 이유불비 아니면 사용자에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 것이므로...

¹³⁾ 片岡 昇, 前掲書, 126面: 회사의 수위, 운전사, 비서, 타이피스트 등은 당연히 여기서 말하는 이익대표자에 포함되지 않는다. 또한 이들이 조합원이라는 것으로, 예컨대 노동쟁의에 있어서 사용자 측이 여러 종류의 불편을 입는다 하더라도 단체협약에 있어서 쟁의불참가자를 협정하면 좋은 것이지, 그것으로 이들이 당연히 비조합원이 되어야 할 이유는 없다.

담당 직원이나 비서들도 자신들의 단결권에 기초하여 기존 노조의 조합원이 될 수 있다고 할 것이다.

한편, 회사의 입장에서는 이런 근로자들에게는 충실의무의 준수를 통해서 업무중에서 지득한 비밀을 노조에 대해서도 공개하지 말 것을 요구할 수 있다고 본다. 이런 방법으로 업무상 비밀의 유출위험을 피할 수 있다고 본다. 더나아가 단체협약으로 조합원의 범위를 정하여 위와 같은 근로자들을 기존 노동조합과 단절시키는 것도 가능하지만,14) 그런 경우에도 그들이 별도의 노조를 구성하여 단체교섭을 청구할 수 있는 단결권이 없다고 보아서는 아니될 것이다.

¹⁴⁾ 노조 조합원의 범위를 노조가 사용자와 단체협약에 의하여 정한다는 것은 바람 직하지 않다. 노조에의 가입문제는 근로자와 노조의 자치에 관한 사항이기 때 문이다(참고, 87.5.13, 근기 01234-7744: 법령에 의하여 노동조합의 가입 등이 금지된 자가 아니라면 단체협약에 불구하고 노조에 가입할 수 있음. 영업, 판 때, 수송차량 운전직 사원 등의 노조가입은 규약에 근거하여 자체에서 결정하 여야 함).

第 3 章

非組合員의 團結權

1. 憲法上 勞動 3權

헌법 제33조 1항은 근로자에게 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 보장한다. 이러한 노동 3권은, 근로자가 조합원이든 비조합원이든 간에 근로자인 이상 그에게 인정되는 헌법상 기본권이다. 이런 노동 3권은 생존권적 자유권으로서 국가의 억압으로부터 보장된 자유이자 국가에게 노동3권의 보호를 위한 대책을 요구할 수 있는 기본권으로 봄이 타당하다. 15) 또한 노동 3권은 대국가적인 기본권일뿐만 아니라 對私人的으로도 효력을 미치는 기본권으로, 사용자가 노동 3권을 침해하는 경우에 그의 행위는 위법, 무효의 행위가 될 수 있고, 불법행위를 구성할 수 있다.

이러한 노동 3권은 근로자들의 근로조건의 향상이라는 목적을 공통적으로 갖는 점에서 유기적인 관계를 맺고 있으나.16) 각각 의미하는 바는 다르다. 단결권

¹⁵⁾ 허영, 헌법이론과 헌법(中), 1985년, 325면; 권영성, 신고 헌법학개론, 421면; 異見 박일경, 노동3권을 자유권으로 본다; 김철수, 헌법학개론, 1982, 448면, 국가가 적극적으로 보호조성해야 할 생존권으로 본다.

¹⁶⁾ 김형배, 노동법, 1994, 146면; 이병태, 최신 노동법 1994, 53면; 대판 1990.11.7, 89도 1579: 헌법 제33조 1항은 근로자로 하여금 사용자와의 관계에서 자주적이면서 대등한 지위를 획득할 수 있도록 하기 위한 것이며 근로자의 근로조건 확보는 주로 사용자와의 단체교섭에 의존한 근로계약을 통하여 이루어지는 것

은 단결체에의 가입 및 단결체의 존립보호, 활동보호에 관한 기본권이고, 단체교 섭권은 사용자에게 근로조건의 유지, 개선을 위하여 집단적으로 교섭하여 단체 협약으로 형성시킬 수 있는 기본권이며, 단체행동권은 노사간의 주장의 불일치 로 인하여 단체협약의 체결에 이르지 못할 때, 근로자들이 자신의 주장을 관철 시키기 위하여 행하는 집단적 행동을 할 수 있는 기본권이다.

본 논문에서는 비조합원의 지위를 파악하려는 목적을 가지고 있으므로, 노동 3권중 무엇보다 이 비조합원의 지위와 직접 관련이 있는 團結權의 概念을 다루기로 한다.

2. 團結權의 槪念

단결권은 크게 勞動組合의 團結權과 근로자 個人의 團結權으로 나눌 수 있다. 17) 그리고 노동조합의 단결권은 다시 노동조합의 존립보장측면과 노동조합의 활동보장측면으로 구분할 수 있다.18) 그리고 근로자 개인의 단결권은 적극적 단결권과 소극적 단결권으로 구분할 수 있다.

① 먼저 노동조합 자체의 단결권의 내용을 소개하면, 노동조합의 존립보장과 활동보장으로 나눠지는데, 다음과 같다. 노동조합의 존립보장은 그 설립, 유지에 있어서 국가로부터 방해를 받아서는 안되고 특히 사전감독이 배제되어야 함을 말한다. 또한 사용자로부터도 방해를 받아서는 안된다.19)

이고 이 단체교섭에 있어서 근로자의 자주적이고 대등한 지위를 뒷받침하기 위하여 단결권이 보장되고 이 단체교섭을 유리하게 이끌기 위한 수단으로 단 체행동권이 인정되는 것이다. 이와 같이 근로3권(노동3권)은 서로 밀접한 관련 이 있는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 이를 일체적으로 파악하여야지 따로 떼어서 생각할 것은 아니다.

¹⁷⁾ 김형배, 노동법, 158면; 이병태, 최신 노동법, 58면.

¹⁸⁾ 김형배, 노동법, 158면; Brox, Grundbegriff des Arbeitsrechts, 1982, Rdnr. 243, 244.

¹⁹⁾ Wolfgang Löwer, Grundgesetzkommentar(Munch/König), 1992, S.618; BAG NJW 1987, 2893, 강제해산이나 강제합병은 금지된다. 자유로운 의사에 기초한 충분한 조직원의 구성은, 노조의 성공적인 활동의 기본요건이므로, 헌법상의 조

구체적으로는.

- 단결체를 법인으로 할 것인지 말 것인지 또 조직형태(산별, 지역별, 기업별) 를 어떻게 취할 것인지의 선택권이 보장되는 것이다.
- 또한 규약에 의하여 자치를 실천하고 노동조합의 의사를 형성할 자유도 포함된다. 뿐만 아니라 조합원을 모집하거나 홍보하는 것도 가능하다.
- 또한 노동조합이 설립된 후 그 존속의 보장도 포괄한다. 예컨대 노조가 복수인 상황에서 한 노동조합이 다른 노동조합의 존속을 위협하는 행위를 할경우나, 다른 노동조합원들로 하여금 특정노조에의 가입을 강제하거나 자신의 조합원들에게만 특혜를 누리도록 하는 경우, 그것의 금지를 요구할 수있는 것이다.
- 또한 노동조합의 존립보장은, 노조의 다원화와 노조간의 경쟁을 보장한다. 따라서 미래의 경쟁노조의 형성을 방해하거나 유일노조를 법으로 정함은 허용될 수 없는 것이 원칙이다.
- 그리고 조합의 존립보장차원에서 노조는 각종 단결강제의 방법을 시도하게 되는데, Union Shop이나 혹은 Agency Shop과 같은 團結强制는 조합의 존 립보장차원에서 정당화되는 것이다. 그러나 이런 것은 근로자의 개별적 단 결권과 충돌할 수 있는 소지가 있다. 이에 대한 구체적인 논의는 뒤에서 다 룬다.

그리고 노동조합의 활동보장은, 주로 노조가 協約自治를 할 수 있음을 뜻한다. 20) 그런 점에서 노조는 단체협약을 통하여 근로조건을 정할 수 있는 가능성을 갖지만, 그 외에도 노조는 근로자의 사회적, 경제적 지위 향상을 위하여 활동할 수 있다.21) 조직원들의 근로조건 및 경제조건의 유지, 개선을 위해서는, 단체협약 체결이상의 활동이 필요한 바, 단체행동을 할 수 있는 활동권한외에, 국가나정당에 대하여 조직된 노동조직들의 이익을 자유롭게 표현할 수 있는 활동권한이 보장되는 것이다. 또한 전임자(Vertraunslaute)를 통해서 사업장내에서 노조업무를 보는 것도 이에 해당된다.22)

합존립보장을 근거로 하여, 특정한 노조로부터의 탈퇴를 채용조건으로 하는 사용자에 대해서는 금지청구권을 법원에 제소할 수 있다.

²⁰⁾ BVerfGE 17, 319, 333.

²¹⁾ Brox, a.a.O., Rdnr. 244; Zöllner/Loritz, a.a.O., S.107.

② 다음으로 근로자 개인의 단결권은, 적극적 단결권과 소극적 단결권으로 구분된다.

적극적 단결권으로는 근로자에게 노조에 가입하는 권리와 노조 내에서 활동하고 노조 행사에 참여할 권리가 있음을 말한다. 예를 들어 노조원의 모집이나 노조가입을 선전하는 일을 할 수 있다. 또한 노조를 설립할 권리도 적극적 단결권에서 나온다. 또한 적극적 단결권의 내용에는 노조에 대한 선택자유가 포함된다. 따라서 적극적 단결권이란 근로자가 스스로 선택한 노조에 가입하여 활동할 수 있는 권리이다. 우리나라 통설은 이런 노조선택의 자유를 적극적 단결권의 내용으로 보고 있다.23)

그리고 소극적 단결권은 기존 노조에서 벗어나 있을 권리(Recht fernzubleiben)를 말한다. 소극적 단결권이란 자유롭게 개인의 확신에 따라 단결체에 가입하지 않을 수 있어야 하며, 또한 단결체로부터 탈퇴할 수 있어야 한다는 것을 말하므로, 비조합원의 단결권내용으로서 나타난다.²⁴⁾ 소극적 단결권은 개인적 자유권으로서 원칙적으로 개인적으로 관철할 수 있는 권리이다.

그런데 우리나라에서는 소극적 단결권의 인정여부와 헌법적 근거에 관하여 의 견이 다양하게 표명되고 있다. 따라서 이에 대해 상세히 알아보기로 한다.

3. 非組合員의 消極的 團結權

이러한 비조합원의 소극적 단결권에 대해서는 먼저 그 인정여부를 살펴보고,

²²⁾ Wolfgang Löwer, a.a.O., S.618.

²³⁾ 단결강제중에서 제한적조직강제조항, 즉 특정 노조에의 가입을 강제하는 조항은 바로 적극적 단결권의 침해가 된다고 본다. 이에 대해서는 뒤에서 자세히다른다. "비조합원과 각종 조합존립보장"을 볼 것.

²⁴⁾ 여기서 근로자가 조합원의 지위를 유지하는 경우, 노동조합에 의한 통제를 받는 것은 소극적 단결권의 문제가 아니다. 참고로, Nikisch, Arbeitsrecht, 2. Bd., 2.Aufl., 1959, S.31에 따르면, 근로자가 자유로운 선택으로 노동조합에 가입하였을 경우 그 조합원의 지위에서 나오는 의무와 구속(Bindung)을 받아들여야 하는 것은 소극적 단결권의 침해가 아니다. 이것은 계약에 있어서 계약당사자가 계약상 의무에 구속되는 것이 계약의 자유와 충돌하지 않는 것과 같다고 한다. 따라서 소극적 단결권의 문제는 비조합원이나 비조합원으로 되려는 근로자와 관련하여 나타나는 문제지, 조합원의 지위와 관련된 문제가 아니다.

그 다음으로 헌법적 근거를 알아본다.

가. 소극적 단결권의 인정여부

(1) 소극적 단결권부인설:

노동법 학자들은 대체로 소극적 단결권을 헌법 제33조 1항의 내용으로 볼 수 없다고 한다. 그 이유는 헌법이 근로자에게 결사의 자유와 구별하여 별도로 단결권을 보장하고 있는 의의와 역사적으로 단결권이 보장된 과정에서는 적극적으로 단결권을 승인 받았던 점에 있다 한다.25) 또는 단결권보장의 이념은 근로자의 생존권구현에 있고, 이러한 생존권의 확보는 적극적으로 단결을 통해서만 이룰 수 있기 때문에, 단결하지 않을 권리는 도리어 생존권 실현을 저해하므로 소극적 단결권은 부정된다는 것이다.26) 다만 이런 견해에서도 적극적 단결권을 행사하는 방법이 위법이거나 당해 근로자에게 불균형한 손해를 주는 경우에는 양속위반으로 무효라고 보아야 한다고 한다.27)

(2) 소극적 단결권긍정설:

이와 다른 입장은, 소극적 단결권은 헌법적으로 보호가 된다고 한다.²⁸⁾ 왜냐하면 소극적 단결권을 인정하지 않을 경우, 개인의 자유의 침해는 말할 것도 없고, 적극적 단결권마저도 제대로 보장될 수 없는 중대한 문제가 발생하기 때문이라고 한다. 더구나 근로자가 기존의 노동조합 가운데에서 그 이념이나 목적 등에따라 마음에 맞는 노동조합에 가입할 가능성이 없는 상태에서 소극적 단결권이인정되지 않는다면 개인의 자유의 침해라는 관점에서 심각한 문제가 발생할 수있을 뿐만 아니라 노동조합의 발전에도 오히려 여러 가지 형태의 장애요인이 될

²⁵⁾ 심태식, 노동법개론, 111면; 片岡 昇, 前掲書, 97面.

²⁶⁾ 이병태, 최신 노동법, 59면; 김치선, 노동법강의, 150면; 박상필, 한국노동법, 98 면.

²⁷⁾ 심태식, 노동법개론, 111면; 김치선, 노동법강의, 152면.

²⁸⁾ 김형배, 노동법, 162면; 계희열, "기본권으로서의 소극적 단결권", 『노동법과 노동정책』, 1985년 35면; 허영, 한국헌법론, 1995, 481, 482면; 권영성, 헌법학원론, 1995, 591면; 독일에서 소극적 단결권을 부인하는 견해는 거의 없다.

수 있다고 한다.29) 또 같은 입장에서 근로자가 자신의 진정한 자유의 실현을 위해 단결한다는 것도 어디까지나 근로자 자신의 주체적 결단을 매개로 해서 이뤄져야 하며, 그 주체적인 판단을 조합가입에 있어서 존중해야 한다는 것은 근로자가 자기의 주체적 판단에 기인하여 노동조합에 가입하지 않는 자유, 즉 소극적 단결자유를 긍정함을 의미한다고 한다. 개인의 자유, 자율을 최고의 가치원리로 하는 헌법체계에서는 단결을 강제 받지 않는 자유도 하나의 중요한 가치를 갖고 있다고 보아야 한다고 한다.30)

생각컨대, 소극적 단결권은 헌법상 아예 부인될 수는 없다고 본다. 노조가 자발적인 참여하에 조직을 구성하고, 단체협약을 통하여 조합원에게 보다 유리한 근로조건을 적용할 수 있는 勞使自治가 헌법에 의해 보장받고 있지만, 동시에이에 참여하지 않는 근로자에 대하여는 그렇게 결정한 그의 자유를 보장하고 있기 때문이다. 또한 노동조합의 입장에서 組織對象을 자유롭게 설정할 수 있는 자유가 있는 것처럼, 근로자의 입장에서는 자신이 들어갈 組織과 들어가지 않으려는 組織에 대한 選擇이 가능하여야 하고,31) 그런 선택권을 보장하는 것은 개인의 소극적 단결자유를 배제할 수 없기 때문이다.

헌법 제33조는, 근로자에게 단결권을 주고 있지, 단결의 의무를 과하고 있지 않다. 단결권이 생존권적 성질의 것이고, 그 헌법적 보장의 취지나 역사적 배경이 적극적인 단결권을 나타내고 있는 것은 틀림없지만, 그 즉시 소극적 단결권을 부인하지는 못한다고 본다. 근로자가 노동조합을 설립하여 자신의 진정한 자유를 확보한다는 것은 그 근로자의 자발적인 의사에 기초하는 것이며, 그 자발적인 의사를 인정하는 한, 곧 조직으로부터 떨어져 있을 자유까지도 불가피하게 인정하여야 하기 때문이다. 이러한 소극적 차원의 자유는 자유로운 민주주의 사회에서 모든 분야, 모든 영역에서 보장되고 있는 것이며, 어떠한 종류의 결사나집단(예컨대 종교집단, 정당)에서도 자유로운 가입과 탈퇴를 인정한다.32)

²⁹⁾ 계희열, 전게논문, 35면.

³⁰⁾ 西谷 敏, 勞動法にあける 個人と集團, 1992, 133面 以下.

³¹⁾ 노조가 하나뿐일 때에도 기존 노조가 들어갈 만한 노조인가 아닌가를 자유롭게 판단할 수 있어야 한다.

³²⁾ Nikisch, a.a.O., S.29 는, 소극적 단결자유를 부인하는 조직강제는 자유 민주적 기본질서와 언제나 일치될 수 없다고 한다.

이런 소극적 단결권을 인정하는 것은 노동조합의 민주적 운영차원에서도 바람 직하다. 자유로운 가입과 탈퇴가 보장되지 않으면, 그 조합의 민주성확보를 위한 기초를 부정하고 최후의 보루를 상실하는 것과 같기 때문이다. 노동조합을 민주적으로 이끌어가기 위하여는 기본적으로 노동조합을 필요로 한다고 결정한 사람들로 노동조합을 구성해야 하지, 노동조합의 필요성이나 활동의욕이 없는 사람들을 강제로 참여시키는 것은 조직을 불만과 분쟁의 도가니로 만들어 발전이 아닌 퇴보의 길로 가게 할 위험이 있다고 본다. 또한 노동조합의 대표가 비민주적이고, 비자주적으로 조합을 운영하는 경우, 그 민주성과 자주성을 회복시키는 차원에서라도 탈퇴의 의사표시가 인정되어야 한다고 본다.33)

나. 소극적 단결권의 헌법적 근거

소극적 단결권의 헌법적 근거에 관하여 학자들의 견해가 갈린다.

(1) 헌법 제33조 1항에서 그 근거를 찾는 견해:

현재, 일부 헌법 학자는 소극적 단결권을 적극적 단결권과 마찬가지로 헌법 제33조 1항에서 찾고 있다.³⁴⁾ 다만 그 보호정도에 있어서 동등한 정도의 보호가

³³⁾ 同旨 西谷 敏, 前揭書, 154面, 그의 다음과 같은 지적을 참조할 만하다고 본다: 『실제로 가입강제로 인하여 노동조합은 이중의 의미에서 질적으로 강화되지 않는다고 생각된다. 우선 첫째로 强制로 加入하는 組合員이 노동조합의 본래의 의의를 인식하고 있지 않으니 당연히 組合活動에 積極的으로 參加하지 않는 傾向이 있다. 그리고 다수의 無關心한 組合員의 존재는 전체로서 조합활동의 수준을 저하시키어 사실상 幹部 혹은 一部 活動家만이 參加하는 形骸化한 勞動組合을 만들어 낸다. 둘째로 강제조직원칙하에서는 노동조합의 運營이 아무리 非民主的이고, 아무리 勞動者利益에 反하는 형태로 이루어져도 加入拒否者 나 脫退者가 생기지 않을 뿐아니라, 제명의 두려움으로 해서 그것에 대한 조합원의 비판적인 활동도 억제된다. 이것은 조합의 비민주적 운영을 온존하며 組合員의 利益에 反하는 組合의 자리를 固定시킬 가능성이 크다. 조합의 운영을 일단 잘못하면 脫退者가 續出한다는 緊張關係의 存在와, 조합원에 의한 批判活動의 最大限의 保障만이 民主的이며 活動的인 勞動組合의 不可缺한 전제조건이기 때문이다. 이와 같이 組織强制는 결코 노동조합을 질적으로 강화한다는 생각을 할 수 없다.』

³⁴⁾ 허영, 한국헌법론, 481면.

주어져야 할 것인지 아닌지에 대해서 의견을 밝히고 있지 않다.

소극적 단결권을 적극적 단결권과 같은 헌법적 근거에서 찾는 독일의 판례와 통설35)에 따르면, 소극적 단결권도 적극적 단결권과 동등하게 보장된다고 한다. 구체적으로 소개하면, 『기본법 제9조 3항(우리나라 헌법 33조 1항)의 '보장요소'는 설립과 가입의 자유, 노조로부터 떨어져 있을 자유, 그리고 단결체 그 자체의보호와 특유한 단결체적 활동을 통하여 기본법 제9조 3항에 명시된 목적을 추구할 권리』라고 보고, 소극적 단결권은 개념상, 논리상 사리상 적극적 단결권과 분리될 수 없는 必然的 相關概念이라고 한다. 만일에 기존의 단결체에 근로자가가입하도록 강제한다면, 새로운 단결체의 결성이 부인되거나 매우 어려워지게되므로 이런 점에서 소극적 단결권침해는 적극적 단결권의 침해로 바뀐다고 한다. 자기가 원하는 단결체에 자유스럽게 가입할 수 있기 위하여는 원하지 않는 단결체에는 가입하지 않을 자유가 보장되어야 하며, 또한 하나의 단결체에서 다른 단결체로 옮길 수 있어야, 즉 탈퇴할 자유가 보장되어야 한다는 것이다.

(2) 헌법 제10조에서 찾는 견해:

이 견해는 『단결권보장의 의의나 역사적 배경을 고려할 때, 다만 소극적 단결권이 적극적 단결권과 같은 정도의 보장을 받는 것이라고 주장하는 일은 무리라고 하며, 따라서 소극적 단결권은 헌법 제33조 1항의 내용이 될 수 없고, 一般的인 行動의 自由를 보장한 헌법 제10조(행복추구권) 및 제37조 1항³⁶⁾에 근거하여보호를 받는다』고 한다.³⁷⁾ 또 한 헌법 학자에 따르면, 헌법 제10조는 행복추구권

³⁵⁾ 연방노동법원의 대심원은 1967년 11월 29일, 소극적 단결권을 인정할 뿐만 아니라 기본법 제9조 3항의 단결권규정에서 이를 이끌어 내는 획기적 판결을 내렸다(BAG AP Nr.13 zu Art.9 GG(계희열, 전게논문 11면에서 참조)). 그리고 연방헌법재판소도 1979년 3월 1일의 판결에서 분명하게 명시적으로 소극적 단결권을 인정하고 그 근거규정으로서 기본법 제9조 3항을 들었다. 그에 따르면, "기본법 제9조 3항의 '보장요소'는 설립과 가입의 자유, 떨어져 있을 자유, 그리고 단결체 그 자체의 보호와 특유한 단결체적 활동을 통하여 기본법 제9조 3항에 명시된 목적을 추구할 권리"라고 판시하고 있다. 이러한 입장의 학자들 로는, Rihardi, ZfA 1970. S.85, 90; Werner Weber, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem(1965) S.11; 기타 Zöllner, Scholz 등이 있다.

³⁶⁾ 국민의 자유와 권리는 헌법에 열되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.

을 보장하고 있는데, 그 내용은 일반적 행동자유권을 포함하는 개념이고, 여기서 근로자의 소극적 단결권도 찾는다.38) 그리고 이러한 일반적 행동의 자유는 인격체만이 아니라 단체에게도 보장되는데, 단체의 형성은 개개인이 조직을 향한 공동결의의 방법으로 하는 자유로운 인격발현의 간접적 활동이기 때문이라고 한다. 따라서 동 조항은 단체의 자유로운 성장을 보호하지만, 이 때에 타인의 권리, 즉 비조합원의 권리를 침해할 수 없으며 헌법적 질서나 도덕률을 위반하지말아야 한다는 것으로 이해할 수 있다.39)

³⁷⁾ 김형배, 노동법, 162면; 계희열, 전게논문, 35면: 『소극적 단결권은 한편으로는 노동조합의 단결과 힘을 약화시키지 않으며, 다른 한편으로는 개인의 자유가 침해되거나 적극적 단결권이 변질되지 않도록 하는 범위 내에서 보호되어야 할 것이며, 소극적 단결권을 적극적 단결권과 동등하게 보호할 수는 없다』고 한다. 독일에서의 유력설도, 소극적 단결권은 헌법 제2조 1항(인격의 자유발현권, 우 리나라의 행복추구권에서 도출된다고 한다(Hueck/Nipperdey, Grundriß des Arbeitsrechts , S.191; Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie S. 93 ff.); 일 본의 학자들도 소극적 단결자유를 적극적 단결권과 동등하게 인정하는 것은 적절하지 않다고 한다. 대표적으로 소극적 단결권을 강조하는 西谷 敏, 前揭書, 137面에 따르면, 『일본에서 종속 근로자에게는 단결하는 것만이 집단적인 공동 결정을 가능하게 하며 나아가 인간다운 생활을 보장받게 된다 라는 헌법적 판 단을 전제로 하는 한, 적극적 단결권은 명백히 소극적 단결자유 보다 가치적으 로 우위에 있다고 보아야 한다고 한다. 또한 일본 헌법 제28조의 단결권 보장 은 단결하지 않을 자유를 전제하고 있지만 그것을 적극적 단결권과 같은 정도 로 보장하고 있는 것은 아니라』고 한다. 그렇기 때문에 그 헌법적 근거도 제28 조가 아닌 제13조 개인의 존엄·행복추구권에서 찾아야 한다고 한다. 개인의 존엄·행복추구권의 규정은, 『인격적 자율의 존재로서 자기를 주장하고, 그와 같은 존재로 존속하는 바탕에서 필요불가결하게 요구되는 권리, 자유를 포섭하 는 주관적 권리』라고 한다. 이 규정은 개별 기본권의 이념적 기초가 되는 동시 에 개별 기본권규정으로 커버되지 않은 협의의 『인격적 자율권』이나 혹은 『일 반적 자유권』의 근거규정으로서의 위치를 부여받고 있다고 한다. 노동조합이나 타결사체에의 가입을 강제 받지 않는 자유는 이와 같이 『인격적 자율권』 내지 『일반적 행동권』의 중요한 내용을 이루는 것이며, 이런 의미에서 헌법 제13조 에 의거 보장되고 있다고 해석하는 것이 타당하다고 한다.

³⁸⁾ 권영성, 헌법학원론, 591면,

³⁹⁾ Nikisch, Arbeitsrecht, 2. Bd., 2 Aufl., 1959 S.30, 31; Biedengkopf, Zum Problem der negative Koalitionsfreiheit, JZ 1961, S.347(그도 이런 주장의 대 표적인 학자로 Nipperdey를 들고 있다); Heuck/Nipperdey, Grundriß des

생각컨대, 소극적 단결권의 근거를 노조법 제33조 1항에서 찾는다는 것은, 결국 소극적 단결권을 적극적 단결권과 동등하게 보호하는 것을 의미한다고 본다. 반대로 헌법 제10조에서 그 근거를 찾는다는 것은, 타인의 기본권을 상호 존중하고 타인의 권리를 해치지 말아야 한다는 차원에서 소극적 단결권을 도출하는 것을 의미한다.

소극적 단결권을 적극적 단결권과 동등하게 보호해야 한다고는 생각하지 않는다. 만일에 동등하게 보호한다면, 상황에 따라서는 조합원의 모집(Werbung)을 위한 적절한 수단이나 근로자에 대한 정신적 압력, 연대감에의 호소, 탈퇴를 좀 곤란하게 하는 것도 일체 헌법 위반의 조치에 해당될 수 있기 때문이다. 따라서 헌법 제33조 1항은 오직 적극적으로 단결체를 구성하여 노사자치적인 규율할 수 있는 자유를 보장한 것이라고 이해해야 한다. 이런 이유로 헌법제정권자는 적극적인 단결권를 더욱 보장하려는 가치평가를 하였다고 하는 견해에 동의한다.40 따라서 소극적 단결권의 근거조항으로는, 헌법 제10조 행복추구권(일반적 행동의자유) 및 헌법 제37조에서 찾는 것이 적합하다고 본다. 따라서 소극적 단결권은, 단순한 個人的 自由權으로서 자신의 意思대로 消極的으로 行動할 수 있는 자유라 할 것이다.

따라서 소극적 단결권과 적극적 단결권이 충돌하는 경우, 적극적 단결권을 우선시하되, 소극적 단결권을 보호해야 하는 것은 사안별로 판단하여야 한다고 본다.41) 노조존립의 강화를 목적으로, 조직에의 가입을 강제로 이끌고, 또 이를 뒷받침하기 위해 비조합원의 고용을 위협하게 하는 행위가 있다면, 이것은 소극적단결권차원에서 헌법 제10조에 반하는 문제가 제기될 수 있을 것이다(개인의 일반적 행동 자유의 보호와 충돌). 그러나 개인의 소극적 단결권을 명목으로 하여,일체 노조의 존립보장을 부정하거나 노조의 단체교섭이나 기타 활동이 저해 받는 일이 있어서는 안될 것이다.42)

Arbeitrechts, S.191 에서, Nipperdey는 이런 자유를 소극적 단결자유라고하지 않고 단순한 소극적 자유(Die bloß negative Freiheit)로서 자신이 원하는 대로 하고, 원하는 대로 방치될 수 있는 자유라고 한다.

⁴⁰⁾ Söllner, Grundriß des Arbeitsrecht, 9. Aufl., §9 IV S.62.

⁴¹⁾ 김형배, 노동법, 162면.

⁴²⁾ 이런 점에서 노조의 존립보장조항으로서 연대금지불조항이나 비조합원에 대한 협약배제조항, 격차조항을 무조건 소극적 단결권 위반이라고 속단할 것은 아니 다. Heuck /Nipperdey, a.a.O., S.192에서도 연대금지불조항은 소극적 단결권 위

第 4 章

非組合員과 各種 組合存立保障

노동조합은 노력과 금전을 다 써가면서 근로자들에게 보다 유리한 근로조 건과 지위를 단체협약에 확보한다. 그런데 그 성과는 조합원들에게만 주는 것이 아니라 비조합원에게도 주게 된다. 사용자는 비조합원에 대하여 조합 원과 동등하게 협약상 근로조건을 부여하지 않는다면 그 비조합원이 조합원 으로 될 수 있다는 두려움을 갖기 때문이다. 그러나 이와 같은 사용자의 비 조합원에 대한 동등대우는 조합원이 더이상 조합원으로서의 부담을 지고자 하는 의욕을 없애는 것이고 새로이 들어오는 근로자도 조합원이 되려는 생 각을 하지 않게 되는 것이다. 만일에 노동조합이 이런 행위에 대하여 자신 을 방어할 노력을 취하지 않는다면, 노동조합은 성장하지 않을 뿐더러 조합 의 운명이 위태로운 결과가 초래될 수 있을 것이다. 여기서 노동조합은 자 신의 존립을 보장하기 위한 각종 조치를 취할 필요성과 정당성이 나온다. 유니온 숍이니 에이젼시 숍이니. 협약배제조항이니 격차조항이니 하는 것들 이 바로 그런 조합존립보장이다. 그러나 이러한 조합존립보장은 비조합원의 소극적 단결자유와 같은 자유로운 의사의 결정에 대한 보호와 충돌하는 문 제가 발생할 수 있다. 또한 단체협약법상의 규칙에 적합하여야 한다는 문제 도 있다. 이런 문제들은 근로자 개인의 자유에 대한 보호와 노동조합의 존 립보호간의 합일 점을 찾는 과제라고 말할 수 있다.

반이 아니라고 한다.

1. 非組合員과 유니온숍 條項

가. 유니온숍 조항

유니온숍이라 함은, 사용자에 의하여 고용된 근로자는 일정기간내에 노조에 가입할 것을 고용의 조건으로 하는 단체협약상의 조항을 말한다. 따라서 유니온 숍조항이 있는 경우에 근로자가 일정기간내에 조합에 가입하지 않거나 또한 가입한 조합으로부터 탈퇴할 때에는 사용자는 그 근로자를 해고해야 할 의무를 지는 것이다.43)

Unionshop을 달리 일컫는 명칭으로서 組織强制條項44)이 있다. 조직강제조항은 다시 制限的組織强制條項과 一般的組織强制條項으로 구분한다. 제한적조직강제조항은 근로자에게 특정 노조의 조합원일 것을 고용조건으로 요구하는 단체협약상의 조항이고, 일반적조직강제조항은 근로자에게 비노조원이아니고 노조의 조합원일 것만을 요구하는 조항이다. 조직강제조항을 제한적인 것과 일반적인 것으로 구분하는 것은 근로자에게 노조선택의 자유를 인정해주느냐 인정해주지 않느냐에 따라 의미가 있다. 제한적조직강제조항은특정 노조에의 가입을 요구하는 것이므로 노조선택의 자유를 제한하는 점이있고, 일반적조직강제조항은 단지 아무 노조에나 가입할 것을 요구하기 때문에 노조선택의 자유는 근로자에게 남아있는 것이다. 勞組選擇의 自由는근로자 개인의 단결권의 본질적 부분인 점을 생각한다면,450 이런 구분의 의

⁴³⁾ 김형배, 노동법, 1994, 163면.

⁴⁴⁾ 조직강제조항(Organisationsklausel)은 Closed Shop을 의미하는 경우도 있다. 따라서 조합원만을 대상으로 해서 고용을 하고 비조합원은 채용하지 않는 것도 조직강제조항으로 볼 수 있다. 특히 독일에서 일반적조직강제조항은 조합원의 지위를 갖고 있는 근로자만을 채용하도록 사용자에게 의무를 발생시키는 조항을 의미하는 경우도 있었다. 그러나 closed shop은 우리 나라에서 익숙하지 않는 제도이고 앞으로도 실시될 가능성이 없다고 보여지므로, 논의의 대상에서 제외하다.

⁴⁵⁾ 김치선, 노동법강의, 153면; 박상필, 한국노동법, 1994, 99면; ILO 제87호 결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 조약 제2조에서는 『노동자와 사용자는 사전허가를 받지 아니하고 자신이 스스로 선택하는 단체를 설립하거나 그 단체의 규약만을

의는 근로자 개인의 단결권의 침해여부를 결정짓는 점에서 충분하다고 할 것이다.

그런데 노조법 제39조 2호의 단서규정은, 『근로자가 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분지 2이상을 대표하는 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약의 체결』이 부당노동행위가 아니라고 한다. 동 규정은 유니온 숍조항을 노사가 단체협약에 넣는 것은 부당노동행위가 아니라는 것이다. 그러나 대체로 학자들은 동 규정이 단순히 부당노동행위의 예외만을 밝힌 것만이 아니라 유니온 숍 조항 자체의 적법성을 밝힌 것으로 본다. 46) 그리고 통설에 따르면, 동 조항규정은 근로자로 하여금 사업장 전체 근로자의 3분지 2이상을 대표하는 노조, 즉 特定한 勞組에의 組合員이 될 것을 고용조건으로 하는 것, 즉 制限的組織强制條項을 인정하고 있다고 해석되고 있다.47)

이러한 제한적조직강제조항에 대하여는 헌법상의 단결권과 관련하여 이론 적으로 문제가 제기되고 있다. 제한적조직강제조항은 근로자의 적극적 단결 권을 침해하지 않느냐는 것이다.

나. 해석론적 검토

(1) 적극적 단결권 침해여부

헌법 제33조 1항에서는 『근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 가진다』고 하여 근로자의 단결권을 보장하

준수할 것을 조건으로 하여 이에 가입할 권리를 어떠한 차별도 없이 가진다』 고 규정한다.

⁴⁶⁾ 異見 김치선, 전게서, 153면 동 규정은 유니온숍협정을 부당노동행위로 보지 않으려는 것뿐이지, 제한적 조직강제조항을 긍정하고 있는 것은 아니라고 한다. 만일에 이를 긍정한다.

⁴⁷⁾ 박상필, 한국노동법, 104면; 심태식, 노동법개론, 112면; ____, 샆조항과 단결권의 보장, 성곡논총 제1집, (1970년), 224면; 김형배, 노동법, 165면(노조가 하나밖에 없는 상황에서 조직강제조항은 사실상 제한적 조직강제조항을 뜻하게됨).

고 있다. 따라서 근로자는 노동조합을 組織할 수 있는 권리와 그가 원하는 노동조합에 加入하고 그 조합에 머물러 있을 積極的인 團結權을 가지고 있다. 또한 복수노조하에서는 기존 노동조합이 비활동적일 때에 기존 노조에서 탈퇴하여 다른 노조에 가입하는 것도 개념상 적극적 단결권에 포함할 수 있을 것이다. 48) 이런 점에서 근로자가 갖는 적극적 단결권은 勞組選擇의 自由를 포함한다.

헌법 제33조 1항은, 동시에 단결체 자체의 단결권을 보장한다. 그리고 통설에 따르면, 단결체 자체의 단결권보장으로 단결체는 내부적 통제력과 외부적 단결강제가 어느 정도 용인된다고 한다.49) 그런데 문제는 이런 단결강제의 하나로서 제한적조직강제조항은 근로자 개인의 적극적 단결권보호와 상충되는가 이다.

통설에 따르면, 特定한 勞組에의 加入 및 조합원자격을 강제하는 制限的組織强制條項은 바로 勤勞者의 積極的 團結權을 침해하고 있는 것이라고 한다. 왜냐하면 근로자가 노조에 가입 및 활동에 있어서 제한적조직강제조항으로 인하여 노조의 선택을 자유롭게 할 수 없기 때문이라고 한다.50)

⁴⁸⁾ 김형배, "단결권의 본질과 그 구체적 보장에 관한 연구", 성곡논총 제4집(1973년), 465면; 동 견해는 복수노조가 아닌 현행 단일제도하에서도 조직대상을 달리하는 신 노조결성을 위한 탈퇴는 적극적 단결권의 내용으로 본다: 김형배, 노동법, 508면에 따르면, 현행 노조법에 의할 때, 동일한 사업장내에서도 직종을 달리하는 근로자를 조직대상으로 하는 제2노조의 결성은 원칙적으로 보장된다(노조법 제3조 단서 5호)고 하고, 따라서 종업원의 3분지 2이상을 조직하고 있는 노동조합이 유니온 숍 조항을 체결하고 있는 경우에 제2노조 결성을위하여 탈퇴한 근로자는 해고의 대상이 될 수 없다고 한다. 왜냐하면, 모든 근로자에게는 조합선택의 자유(적극적 단결권)가 있고, 이러한 자유를 제한하는유니온 숍은 제한적 조직강제가 되어 헌법 제33조 1항에 반하기 때문이라고한다; 구병삭, 신헌법학원론, 1995, 592면 이 견해에 따르면 탈퇴권을 단결권의 내용에 포함시키고, 적극적 단결권은 자유로운 의사와 자기의 원함에 기초하는 단결권이므로, 강제가입은 적극적 단결권의 내용으로 볼 수 없다고 한다.

⁴⁹⁾ 심태식, 노동법개론, 111면; 김치선, 노동법강의, 152면; 박상필, 한국노동법, 98 면; 김형배, 노동법, 162면.

⁵⁰⁾ 김치선, 노동법강의, 153면; 박상필, 한국노동법, 103면; 심태식, 노동법개론, 112

소수설에 따르면, 제한적조직강제조항은, 단결선택의 자유가 단결권의 제한에 의하여 합리적인 한도에서 역시 제한될 가능성이 있다고 보고, 허용될수 있다고 한다. 그 이유는 개별 근로자의 단결권은 노동조합이라는 조직체로 구현됨으로써 비로소 의미를 가지고 노동조합은 또한 근로자 전체의 지위향상을 위한 조직체이기 때문이라고 한다.51) 같은 소수설로, 제한적 조직강제조항은, 우리나라와 같이 사업장에 노조가 하나밖에 없는 현실에서는, 미조직근로자에 대하여 조직강제하는 것이기 때문에 노조선택의 자유는 침해되지 않는 것이고, 따라서 적극적 단결권침해가 결과되지 않는다는 견해도 있다.52) 그러나 복수노조가 허용이 되어 노동조합이 병존하는 경우에는, 제2노조에 대한 선택이 가능하도록 제한적조직강제조항은 그 효력이 제한내지 수정되어야 한다고 한다.

생각컨대, 노조들 중에서 적절한 것을 選擇하는 權利는 근로자의 단결권의 핵심에 속한다. 또한 비교법적으로 1946년 프랑스 헌법의 전문을 보면, 그곳에는 『모든 사람은 자신의 선택에 의한 노조에 가입할 수 있다』고 밝히고 있다. 독일의 학설도 협약당사자인 노조에 소속된 근로자만을 고용할 수 있게 한 제한적조직강제조항은 積極的 團結自由를 침해하는 것으로 보는 데

면; 김형배, 노동법, 508면; 이병태, 최신 노동법, 59면(그러나 특정노조에의 가입강제가 아니면 위헌이 아니다, 같은 책 188면); 참고로 유니온숍조항에 관한부당노동행위규정이 없었던 구 노동조합법을 전제로 해서 내린 대법원판결 87다카 2646., 89.1.17을 보면, 『구노동조합법의 부당노동행위의 규정취지는 원래노동조합에의 가입 및 탈퇴는 근로자 개개인의 자유의사에 의하여야 하고, 특정 노조에의 소속을 고용조건으로 하여 근로자를 취업시키거나 그 탈퇴 또는 제명을 이유로 근로자를 해고할 수 있도록 하는 약정은 勤勞者의 選擇의 自由를 침해하는 것으로서 허용될 수 없다』고 한다. 그러나 이 판결이 전제로 한구노동조합법 제39조 제2호는 단서규정이 추가되어 개정되었다. 여하튼 근로자의 선택의 자유를 중시하고 있음을 보여준다.

⁵¹⁾ 백재봉, "노조설립의 자유", 『노동문제논집』, 제2집 1971년 3월 104, 105면; ——, "샵제도와 단결권론", 『노동법의 제문제』(박영사, 1983) 95-99면 이 견해는 노동조합이 미조직근로자를 포함하는 근로자 전체의 입장을 대표하는 지위에 있다고 보는데, 통설은 노동조합은 원칙적으로 조합원만을 대표한다고 본다.

⁵²⁾ 송강직, 단결권, 삼지원, 1992, 227면.

이견이 없다. 따라서 特定勞組에의 가입을 강제하고 있는 유니온 숍 조항은 근로자의 노조선택자유를 외면한 지나친 단결강제라는 通說이 설득력이 있 다고 생각한다.

이와 반대로, 勞組選擇의 自由 또한 제한할 수 있다고 보는 견해는 우리나라의 특수한 사정을 감안하여 가능한 한 유니온 숍 조항을 살려서 노조의세력을 강화하는데 이바지하는 견해라고 할 수 있지만, 근로자의 개별적 단결권을 지나치게 경시한다는 비판을 면하기 어렵다고 본다. 물론 현재 우리노조의 상황은 기업별노조에 단일노조주의를 취하고 있어서 실제로 노조를선택할 수 있는 자유가 있는가 하는 의문을 가질 수 있고, 노조선택의 자유를 염두에 두는 것은 관념적인 것이 아닌가 하는 의문을 가질 수 있다. 그러나 헌법이 보장하는 단결권은 기본적으로 단일노조주의가 아니라 자유로운노조설립과 복수노조주의를 전제하고 있는 것이고,53) 오히려 우리나라의 노동조합법은 헌법 정신에 반하여 노조설립의 자유를 제한하는점이 있으므로,단일노조상황을 당연하게 긍정하고 유니온 숍을 평가하는 것은 궁극적이지못하다고 생각한다. 특히 복수노조주의가 허용된 상황에서는 이런 제한적조직강제조항은 다른 소수 노조들에 의해 반대될 가능성이 크다고 본다.

또한 복수노조금지하에서 비조직근로자들을 일체 단결을 회피하려는 자들로 속단하는 것은 정확한 판단이 아니라고 본다. 그들 중에는 기존 노조가 아닌 다른 노조를 더더욱 갈망하는 가운데 기존 노조 밖에 있는 사람이 있을 수 있으며, 이런 새로운 노조를 찾는 내심의 결정은, 실제로 제2의 노조가 존재하는 경우와 마찬가지로 보호되어야 한다고 본다.

그런 점에서 노조선택의 자유는 제한적조직강제와 같은 단결강제에 의하여 침해되어서는 안된다고 하는 通說을 따른다.

⁵³⁾ ILO의 결사의 자유에 관한 87호 협약 제2조에서도 이를 전제로 한다. 참고로 김형배, 단결권의 실질과 그 구체적 보장에 관한 연구, 445-446면에서는, "...물론 다원적 단결의 성격이 곧 단결복수주의를 정당화하는 것은 아니지만, 적어도 노동조합의 조직은 다원적이고 개방적이며 일반적인 성격을 띠어야 한다는 것이 요구되고 있다. 따라서 노동조합의 조직이나 기능이 과도하게 집중되어 있는 경우에는 노동조합은 다원적인 역할을 다할 수 없게 되므로 새로운 노동조합의 진출은 정당화되는 것이다. 이러한 의미에서 단결복수주의는 그 존재의 의가 있다고 할 것이다."라고 그 핵심을 잘 설명하고 있다.

(2) 노조법 제39조 2호 단서

다음으로 노조법 제39조 2호 단서규정이 제한적조직강제조항을 긍정함으로써 적극적 단결권을 침해하게 되는 것인지를 검토하여야 하는 문제가 있다. 앞서도 언급했지만, 동 단서규정은, 『근로자가 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분지 2이상을 대표하는 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약의 체결』을 부당노동행위가 아니라고 한다.

통설은 『노조법 제39조 2호 단서는 그 규정의 형식으로 보아 제한적조직 강제조항을 긍정하는 것이므로, 헌법과의 관계에서 볼 때, 위헌·무효의 규정임이 명백하다』고 하기도 하고, 54) 『1987년 개정때 신설된 유니온 숍 규정이 단결선택의 자유를 침해할 우려가 있는 것은 물론이고 특정조합에의 가입, 탈퇴가 당해 근로자의 해고의 위협과 관련된다는 점에서 본다면, 개개인 근로자의 이익을 현저하게 해칠 수 있어 그 위헌성이 문제될 수 있을 것』이라고도 한다.55)

소수설은, 유니온 숍조항의 위헌성론을 비판하는 입장에서 역시 노조법 제39조 2호 단서의 규정도 헌법 위반이 아니라고 한다.56)

생각컨대, 제39조 2호 단서규정은 다수 노조중 특정노조에의 가입을 강제하는 제한적 조직강제조항을 긍정하고 있다는 점에서 단결선택자유의 침해라고 볼 가능성이 있다고 생각된다. 다만 우리 현행법이 단일노조체제를 명하므로써(제3조 단서 5호), 타노조를 선택할 여지 자체를 주고 있지 않은 상황을 감안한다면, 노조선택의 가능성이 없는데 노조선택의 자유를 이유로제39조 2호 단서를 문제삼는다는 것은 타당하지 못하다는 반론이 있을 수

⁵⁴⁾ 박상필, 한국노동법, 104면

⁵⁵⁾ 심태식, 노동법개론 p.112; ____, 샆조항과 단결권의 보장, 224면에서 그는 만일에 노조법 제39조 2호 단서를 단지 부당노동행위에 대한 노동위원회의 특별구제와의 관계로만 파악한다면 유니온 숍이 체결되거나 이에 따른 해고가 행해진 경우라 해도 그 자체에 대해서는 노동위원회에 의한 부당노동행위의 구제가 당연히는 부여될 수 없다는 해석 이외에 달리 해석할 도리가 없다고 한다; 김치선, 노동법강의, 153면: 일단 이런 유니온 숍 조항을 용인하는 입법이라면 위헌이라고 한다.

⁵⁶⁾ 송강직, 단결권, 180면 이하.

있으므로, 뒤의 일반적조직강제조항의 헌법상 문제와 함께 제39조 2호 단서의 위헌여부를 판단하기로 한다.

(3) 일반적조직강제조항에 대한 검토

다음으로 노사간에 일반적조직강제조항을 단체협약에 넣을 경우, 이것은 헌법상 위반이 되지 않는가 하는 문제가 있다. 즉 특정 노조에 가입할 것인 가 아닌가가 아니라 노조원이 될 것만을 요구하고, 이를 거부하는 자에 대 하여 사용자가 해고 등의 불이익을 주도록 약정하는 것은, 해당 근로자의 단결권이나 기타 자유를 침해하는 것이 아닌가 하는 질문이다.

단일한 노조체제하에서 유니온숍조항이 반드시 제한적조직강제조항으로만 해석되는 것은 아니고 일반적조직강제조항으로 해석하는 자도 있을 수 있으므로, 노조선택자유외의 다른 부분에서 헌법상 문제가 없는지 검토하는 것은 필요하다.

일반적 조직강제조항은 근로자들이 그 협약당사자인 特定勞組에 가입하는 것을 요구하지는 않지만, 적어도 비조합원으로 남아서는 안된다는 조항으로서 아무 노조나 가입할 것을 요구하는 조항이다. 그런데 근로자가 전혀 어떤 노조에도 가입할 의사가 없을 때, 이런 의사를 용납하지 않는 일반적조직강제조항이 헌법상 적법한가? 또 현재의 단일노조체제하에서의 유니온 숍을 이와 같이 특정노조의 조합원이 아닌 일반적인 조합원의 지위를 요구하는 것으로 본다면, 그런 유니온 숍조항은 헌법상 적법한가?

이 문제는 일반적조직강제조항의 보장과 근로자 개인의 소극적 단결권의 보호와의 충돌문제이다. 앞서 말한 바와 같이 소극적 단결권이란 노조로부 터 떨어져 있을 자유(die Freiheit fernzubleiben)이다. 통설은 소극적 단결권 을 인정하지는 않지만, 헌법학의 통설이나 노동법학의 유력설은 소극적 단 결권을 인정한다. 앞서 언급했지만, 소극적 단결권을 일체 부인할 수는 없으 므로, 이 후설이 설득력이 있다. 다만 이 견해는 소극적 단결권을 적극적 단 결권과 동등하게 보호하지는 않으며, 그 헌법적 근거도 제33조 1항이 아니 라 헌법 제10조에서 찾는다.57) 즉 소극적 단결권은 인간이면 누구나 갖는 일반적인 행동의 자유로서 근로자가 노동조합에 가입하지 않을 결정을 하는 것도 헌법상 보장되지만, 근로자의 지위향상과 같은 특별한 목적에서 보호한 적극적 단결권과는 동등하지는 않다는 것이다. 그러나 이런 견해는 유니온숍에 의한 강제가입에 대하여는 소극적 단결자유가 양보할 수 없는 것으로 본다. 강제가입은 인격적 자유권 내지 일반적 행동의 자유를 침해한다고보는 것이다.58)

생각컨대, 소극적 단결권 내지 소극적 단결자유를 외면할 수 없다고 생각한다. 개인의 자유나 권리를 집단의 보호를 위해 거침없이 양보시키는 것은 너무 단순한 판단이라고 본다. 오히려 개인의 자발성, 자율성을 기초로 집단이 진정하게 발전할 수 있는 것이고 그렇기 위해서는 그 개인의 자유로운의사결정을 존중하여야 한다. 좀더 이 문제를 구체적으로 다루는 면에서 다음과 같이 질문을 할 수 있다: 일반적조직강제조항을 단체협약에 둔 경우그 조항에 따라 사용자가 근로자에게 조합에의 가입을 요구할 때, 근로자가자신의 일반적 행동의 자유 차원에서 혹은 행복추구 차원에서 단결강제를 거부할 수 있는가? 그리고 사용자는 그런 거부행위에 대하여 그를 적법하게해고할 수 있는가?

만일에 근로자가 소극적 단결자유를 들어서 일반적조직강제조항은 자신의 자유로운 결정을 침해하는 것이라고 주장하거나 양심의 자유를 들어서 조직 에의 가입을 반대한다면 일반적조직강제조항의 예외로서 인정되어야 한다고

⁵⁷⁾ 김형배, 노동법, 1994, 162면; 권영성, 헌법학원론, 1995, 591면; 西谷 敏, 勞動 法における 個人と集團, 138面 소극적 단결권이 일본헌법 제13조(個人의 尊嚴 과 幸福追求權)에 근거한다고 본다.; 異見 허영, 한국헌법론, 1995, 481, 482면 이 견해는 독일의 통설과 같이 소극적 단결권을 적극적 단결권의 이면으로서 파악한다.

⁵⁸⁾ 西谷 敏, 前掲書, 138-139面 參照; 김형배, 노동법, 165면에서는 일반적조직강제 조항은 기업별노조체제 및 제2노조설립이 불가능한 상황에서 사실상 제한적조 직강제조항과 같다고 본다. 이런 점에서 일반적조직강제조항의 단결권침해문제 를 다시 노조선택자유의 침해문제로 이끌고 있다. 또한 유니온숍에 의해 불가 입근로자가 해고된 경우에는 근로자의 직장선택의 자유 및 계약자유를 침해당 한다고 보는데, 이런 입장은 결국 해고에 결부시킨 강제가입제도를 헌법상 위 반이라고 보는 견해라 판단된다; 한편 국내 헌법 학자중에 소극적 단결권을 적 극적 단결권과 동등하게 헌법 제33조 1항에서 찾는 견해(허영, 한국헌법론 1995, 482면)도 근로자상호간의 관계에 있어서 단체에의 탈퇴, 소극적 단결권을 존중하여야 할 헌법적 의무가 있다고 한다.

본다. 미국에서도 종교적인 양심에서 노조의 가입이나 활동을 거부하는 경우에는 유니온 숍조항이 종교적 양심을 해치는 점을 이유로 효력을 양보하여야 한다고 한다. 또한 조합가입절차가 설명되지 않았다든지 다른 근로자에 비해 불평등한 조건하에서 가입이 요구되었다든지 하는 경우에도 거부할수 있다고 생각한다.59)

또 사용자가 조합가입을 거부하는 근로자에 대하여 해고를 하였을 때에는, 다시 근기법 제27조의 정당한 해고사유에 의한 검토를 받게 된다고 본다. 즉 가입거부행위나 탈퇴행위를 한 근로자가 더 이상 사용자와는 근로관계를 존속하기를 기대할 수 없는 경우에 해당되어야 하는 것이다.60)

그렇다면, 근로자가 헌법상 보장되는 자유로운 행위의 결정을 한 것은 쉽게 외면되지 않는다고 할 것이다. 노동조합의 존립보장은 필요하지만 근로자의 개인적인 이익과 조화를 이루어서 근로자의 비난을 받지 않는 것이 되어야 할 것이다.

결국 Union Shop 조항은 제한적인 형태를 갖거나 일반적인 형태를 갖거나 간에 근로자 개인의 자유(적극적 단결선택의 자유, 일반적 행위의 자유등)의 주장으로 반대될 점이 많다.61) 그리고 그런 유니온 숍조항을 정함을

⁵⁹⁾ 참고로, 독일에서 Nipperdey는 조직강제로 인하여 인격의 발현권(행복추구권) 침해가 된 경우에는 민법 제823조 I 항에 근거하여 불법행위에 기한 손해배상 책임을 구성된다고 하였다.

⁶⁰⁾ 참고, 서울민사지법 92가합 64489, 1993.2.4: 노조탈퇴의사 철회를 거부하고 해고되게 한 것은 노조자체가 단결권의 정신을 저버리고 실질상 제명과 같은 효과를 발생시킨 것으로서 노동조합법 제39조 2호 단서의 규정에 위반되고 유니온숍 협정에 기한 해고목적의 범위를 일탈한 해고권의 남용에 해당하여 무효라 할 것이다.

⁶¹⁾ 직장선택의 자유에 의한 Union Shop조항의 제한에 대해서 Biedenkopf, Zum Problem der Koalitonsfreiheit, JZ 1961 S.347; Heußner, RdA 1960, S.296가 공통적으로 설명하고 있다(참고 독일 기본법 제12조 1항: 모든 독일인은 직업, 직장, 직업훈련소를 자유로이 선택할 권리를 갖는다. 직업에의 종사는 법률을 통하여 혹은 법률로 인하여 규율될 수 있다. 한국 헌법 제15조: 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다): 이 문제는 私人간에도 존중되어야 할 직업선택의 자유가 단결강제로 인하여 침해된다는 것이다(대표적 견해자 Nipperdey). 이에반대하는 견해(Galperin)는, 독일 기본법 제12조 1항에서부터 일의 종사에 대한

부당노동행위가 아니라고 규정한 노조법 제39조 2호 단서도 근로자 개인의 자유와 자발성 내지 자율성을 경시하는 측면이 분명히 있다고 본다. Closed shop이 인정되는 영국에서도 노조에의 강제조합주의를 지지하는 사람은 없다고 한다.62) 어느 누구도 가입하고 싶지 않은 노조를 가입하는 것과 얻고 싶거나 계속 있고 싶은 일자리를 얻을 수 없거나 있지 못하는 그런 딜레마에 놓여서는 안될 것이다.63)

그러나 여기서 다시, 보다 조심스런 판단을 내리기 위해 Union Shop이 지녀왔던 역사적 의미를 고찰하여 실질적인 내용을 살펴보기로 한다. 우리 나라 노조법상의 유니온 숍 조항은 미국의 와그너법에 기원을 두고 있는 점 은 주지의 사실이므로 이 부분에 대해 살펴보기로 한다.

청구권 특히 특정한 기업에서 일할 권리(청구권)를 추출할 수 없다고 한다.

⁶²⁾ 영국에서는 클로즈드 숍제는 현재 합법적으로 되어 있지만, 사용자가 '양심 혹 은 기타 마음속 깊이 뿌리내린 개인적인 신념에 입각해서 어떤 노동조합의 조 합원 또는 특정한 노동조합의 조합원으로 되는 것에 진정으로 반대하는 근로 자'를 해고하는 것은 부당한 것으로 된다(출처, R. Blanpain,(우재현 역), 비교 노동법과 노사관계,1982(번역본 1989), 188면 여기서는 다시 위 주장의 근거로 Employment Act 1980, Section 7 (2).를 든다); 한편 일본의 西谷 敏은 영국의 클로즈드 숍제에 대하여 현상황을 잘 설명하고 있다: "1980년 1982년의 고용법 에 의하여, 근로자는 일반적으로 비조합원이라는 이유로 해고 내지 불이익을 받지 않을 권리를 갖는 것이 명확하고, 그에 대한 例外로서, ① 종업원이 자주 적 조합에 소속한다는 조합원자격협정에 따른 관행이 존재하고, ② 해고의 이 유가 종업원이 조합원이 아닐 것, 조합원이 될 것을 거부한 것 등이며, ③ 조 합자격협정이 최근 5년이내에 근로자의 투표로 승인된 것일 것이라는 엄격한 조건을 충족한 경우에만 해고 내지 기타 조치가 정당하다는 추정을 받게 되었 다. 또한 양심 또는 개인의 확신에 따라 조합원이 되는 것을 거부하는 자, 조 합원자격협정체결당시에 이미 고용되어 있고 비조합원이었던 자 등은 가입강 제에서 제외되고 있다. 이와 같은 법률규제는 관행적인 클로즈드숍을 어느 정 도 억제하는 기능을 하고 있는지 반드시 명백하지는 않지만 상태는 더욱 유동 적이고, 전통적으로 숍제를 방임하고 있는 영국에서는 개인적 자유의 옹호 및 근로자의 고용의 보호라는 관점에서 『실질적인 消極的 團結權의 보장에 거의 가까운 법상태』가 현출하고 있는 점은 주목된다 하겠다(前揭書, 116面 以下).

⁶³⁾ Kahn Freund, Labor and the Law, 1976, p.19.

다. 비교법적 검토

우리 노조법 제39조 2항 단서인 Union Shop조항은 미국의 Wagner법 제8조 3항에서 계수한 것인데, 직접적으로는 일본 노동조합법 제7조 1호의 문안형태를 따랐다. 64) 그런데 모법인 Wagner법(공식 명칭은, 전국노동관계법 National Labor Relation's Act)은 1947년 Taft Hartley법(공식 명칭은, 노사관계법 Labor Management Relation's Act)에 의하여 상당히 개정되었다. 이 법률이 개정된 데에는 여러 이유가 있었지만 무엇보다도 개별 근로자들의 권리와 노동조합의 존립보장간의 충돌이었다. 그러면 Wagner법을 배경으로 한 미국 노동법의 union shop의 특징을 보고, Taft Hartley 법에서 어떻게 바뀌었는가를 앎으로써 그런 변경이 우리 노동조합법에 시사하는 바를찾기로 한다.

(1) 미국 Union Shop 제도

(가) 법제정 이전시기

Wagner법 제8조 3호 단서는 조합존립보장(Union Security)에 관한 규정인데, 그 조합존립보장의 역사는 중세 길드조직까지 올라간다. 도제들을 훈련시키고 조합원들에게만 그 기술을 가르치며, 다른 구성원이 함부로 그 기술을 알 수 없게 하여 길드조직원들의 이익을 보장하려 하였다.65)

후대에서는 조합원들이 비조직원을 한 명이라도 고용하는 사업장에서는 일하기를 거부하는 그런 방식으로 자신들의 이익을 유지하려고 하였다.66) 1842년 볼티모어에 있는 植字工 組合은 그 기본규약에서 『도시에 있는 공장 에서 일을 하는 모든 사람은 일을 시작한 지 한 달 이내에 그 노조에 자기 의 가입을 신청할 의무가 있다. 만일 누군가가 이런 조항을 시행하기를 거 부하거나 중단한다면 각 사업장의 조합원은 그런 사람이 고용되어 있는 곳

⁶⁴⁾ 박상필, 한국노동법, 102면.

⁶⁵⁾ Biedenkopf, Unternehmer und Gewerkschaft im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika. 1961. S. 78.

⁶⁶⁾ 뉴욕에 있던 로프(밧줄)노동조합의 1805년 규약의 내용.

의 일을 중단시킬 것이다』라고 규정하였다.

이러한 전통은 현대에 와서도 미국의 노사간 단체협약에서 발견된다. 미국의 철강회사와 철강노조사이 1959년 6월 30일부터 발효된 단체협약 속에서 발견된다: 『1956년 7월 1일 이래로 고용된 모든 근로자들은 그들의 고용을 위한 전제로서, 고용이후 30일 이내에 조합원지위를 확보하고 유지하여야 한다』라고 규정하고 있었다. 여기서 철강회사는 조합원이 되기를 거부하는 근로자들을 해고시켜야 할 의무를 부담하였다.67)

이런 조합존립보장은 사용자가 노동조합원만을 고용하여야 한다는 것을 내용으로 하는데, 주된 목적은 노동조합의 재산상태(Besitzstand)를 안전하게 보호하는 것이었다. 이런 조합존립보장은 위와 같은 유니온숍외에 변형된 유니온숍,68) 클로즈드 숍,69) Maintenance of Membership,70) Agency Shop⁷¹⁾과 같은 것들도 있었다. 조합존립보장방식들은 조합원지위와 근로자의 勤勞에의 從事사이의 固有한 關聯性을 형성하려는 것이고, 조합보장의가장 오래된 방식인 Closed Shop은 그 발생원인이 經濟的인 必要性에 있었지, 노조의 세력확장에 있지 않았다. 다른 조합존립보장들도 역시 그 목적이經濟的인 利益에 있었다. 따라서 經濟的 利益의 保護가 미국 조합존립보장의 특색의 하나라고 한다.72) 조합존립보장은 하나의 이념론이 아닌 (nicht ideologisch), 經濟的인 連帶意識의 表現으로 보아야 하는 것이다.73)

⁶⁷⁾ Biedenkopf, a.a.O., S. 78.

⁶⁸⁾ 유니온숍 협약체결시에 조합원이 아닌 근로자는 조합에 가입할 의무가 없다. 그러 나 나중에 고용된 근로자는 모두 조합에 가입하여야 한다.

⁶⁹⁾ 앞서도 설명한 바 있지만, 사용자는 이미 조합원인 근로자만을 채용하고 고용 시킬 의무를 부담하며, 그 근로자가 노조를 중개로 하든 하지 않든 관련은 없 다고 한다.

⁷⁰⁾ 협약체결시 체결당사자인 노동조합의 조합원이거나 그후에 조합원된 근로자들은, 전원 근로계약기간동안 조합원의 자격을 유지하여야 한다. 조합에서 탈퇴하여도 직장을 상실하지 않을 수 있는 기간은 통상 미리 정하여 놓는다.

⁷¹⁾ 근로자는 조합원의 자격을 갖거나, 조합원이 아닌 경우에는 조합이 조합원에게 요구하는 만큼의 회비를 조합에 지불하여야 한다.

⁷²⁾ Biedenkopf, a.a.O., S. 78, 79

⁷³⁾ Biedenkopf, a.a.O., S. 81

그런데 단체협약이 제도화하고 발전함에 따라 단체협약에 의하여 근로조 건개선이 이뤄지게 되었고, Closed Shop에 의한 경제적 이익의 보호기능은 약화되어졌다. 그리고 단체협약에 의한 규율과 동시에 새 원칙으로서 多數 決의 原則이 조합의 존립보장에 있어서 큰 역할을 했다. 즉 단체교섭과 단 체행동을 통하여 근로조건의 개선을 이루는 협약제도가 확보되자, 노조는 交涉單位(Bargaining Unit/Tarifeinheit)에 속하는 근로자 전체중 다수 사람 들의 위임을 얻어서 전체 근로자를 대표하는 방식이 중요한 룰이 된 것이 다. 이런 노조는 민주적이고 적법한 근로자집단의 대표로 인정받았다.

(나) Wagner법상의 Closed Shop

1935년 7월 5일에 제정된 Wagner법의 조합존립보장(Union Security)에 관한 제8조3호의 규정은 다음과 같다:

『사용자가 고용, 근로의 확보, 근로의 조건에 관하여 차별을 하므로써 어떤 노조의 조합원지위를 장려하거나 방해함은 부당노동행위이다; 다만 사용자가, (본조에서 부당노동행위로 정의되는 행위에 의하여 설립, 유지, 보조되지 않는) 노동조합이 협약체결시에 협약에 의해 지배를 받는 적정한 교섭단위에서 제9조 (a)가 정한 것처럼 근로자들의 대표인 경우에, 그 노동조합과 함께 조합원지위를 고용의 조건으로서 요구하는 협약을 체결하는 것을 이 법, 혹은 전국산업부흥법 또는 그 하위 규정이나 승인된 협약 혹은 연방국가의 어떤 다른 법령도 저지시켜서는 아니된다.74)』

⁷⁴⁾ Sec.8. It shall be an unfair labor practice for an employer—(1),(2) —,

⁽³⁾ By discrimination in regard to hire or tenure of employment or any term or condition of employment to encourage or discourage membership in any labor organization: Provided, That nothing in this Act, or in the National Industrial Recovery Act(U.S.C., Supp. VII, title 15, Secs.701-712), as amended from time to time, or in any code or agreement approved or prescribed thereunder, or in any other statute of the United States, shall preclude an employer from making an agreement with a labor organizathion(not established, maintained, or assisted by any action defined in this Act as an unfair labor practice) to require as a condition of employment membership

이런 Wagner법의 조합존립보장은 교섭단위내의 多數(過半數) 근로자를 확보하는 것을 목적으로 하고 있다는 점을 발견할 수 있다. 노동조합이 조합존립보장을 요구하는 이유는 多數 勤勞者를 대표하여 노조의 지속성을 확보하려는 데 있었다.75) 그리고 노동조합이 다수 근로자의 지지를 토대로 사용자에게 관철시킨 근로조건은 組合員만이 아니라 그 職場의 非組合員에게도 유리하였다. 동시에 그 유리한 이익을 획득하는 데에 드는 비용부담을하지 않고, 법률에 의하여 노조의 이익을 향유하는 자들의 존재는 노조의다수 근로자에 기초한 지위에의 위협이라는 주장이 있었고, 이런 조합존립보장은 조합원과 무임승차자 사이와의 알력을 없애 평화를 보장하는 것이라고 보았다.

그러나 이런 조합존립보장을 반대하는 사용자들은 근로자들의 기본적 자유가 침해된다는 주장을 하였고, 1903년 전국제조인협회에서 특히 Closed Shop을 반대하며 Openshop을 주장한 것도 근로자의 의사결정자유의 보호가 그 이유였다. Wagner법에서 인정된 Closed Shop은 조합의 존립보장에 기여하지 않고 오히려 노조가 조합원자격조건 및 제명조건을 자유로이 결정하여 형식적 절차하에 모든 탐탁치 않은 조합원들을 제명하고 해고시키게 끔할 수 있었던 것이다. 노동조합은 탐탁치 않은 조합원들을 부족한 충성, 노조지도의 거부, 경쟁노조의 지지, 반노조행위, 기타 이와 유사한 불분명한 위반을 이유로 제명시킨 예가 적지 않았다. 그리하여 1947년 의회위원회 보고에서 Taft Hartley 의원이 Wagner법 개정안을 발표하자, 상원에서는 이를 수용하고 Closed Shop이 근로자의 근로에의 종사와 자유로운 고용에 오랫동안 많은 방해를 주었음을 인정하였다.76)

(다) Taft Hartley법상의 Union Shop

조합존립보장으로서 Closed Shop은 근로자의 조합원지위 및 일자리까지

therein, if such labor organization is the representative of the employees as provided in section 9 (a), in the appropriate collective bargaining unit covered by such agreement when made.

⁷⁵⁾ Biedenkopf, a.a.O., S.82.

⁷⁶⁾ Biedenkopf, a.a.O., S.88.

빼앗으려는 노조 지도자의 자의적 행위에 악용되었기 때문에 그를 허용한 Wagner법은 개정되어야 했다. 그러나 조합원지위는 실제로 근로종사를 위한 전제요건으로 인식되었으므로, 조합존립보장 전부를 부인하지는 않고, Closed Shop이 아닌 Union Shop을 존속시킬 여지를 주었다. 말하자면 Closed Shop의 폐해를 제거하면서도, 일방적으로 이득만 얻고 부담을 덜지 않는 무임승차자(free rider)를 허용하지 않으므로써 내적 안정성을 기하는 Union Shop은 협정할 수 있게 하였다. Taft Hartley법에서의 조합존립보장에 있어서 무임승차자의 문제는 제1차적인 것이었고, 사용자도 이 점을 거부하지 않았다. 따라서 사용자와 노동조합은, 근로자가 입사후 늦어도 30일이내에 조합원자격을 얻도록 하고, 그렇지 않으면 근로를 지속할 수 없게하는 협정을 정할 수 있었다.77)

그런데 노동조합은 다음과 같은 조건들을 충족시켜야 그 협정을 체결할수 있었는데, ① 노조는 근로자들의 합법적인 대표자이어야 하고, ② '조합 존립보장'협정을 체결할 수 있는 권리가, 그 협약의 효력발생일 이전 1년내에 교섭단위의 근로자다수에 의하여 철회되지 않았어야 했다.

이런 조건이 충족되어 조합존립보장이 단체협약내에 들어오면, 근로자는 고용전부터 조합원이어야 할 필요는 없지만, 채용후 30일이 지나면 즉시 조합원지위가 고용조건이 되는 점은 Closed shop과 차이를 가져오지 않았다. 더구나 조합존립보장의 남용은, 채용시보다는 근로계약기간중에 특정 근로자에 대한 노조의 敵意로 인하여 발생되었고 해당 근로자는 제명, 해고가되는 것이었다. 그래서 이런 조합존립보장의 악용을 제거하기 위하여는, 『組合員地位의 喪失을 解雇의 正當한 事由로 인정하지 않는 일정한 경우』를 인정하였다. 즉 조합존립보장이 있더라도, (a) 다른 조합원에게 적용되는 동일한 조건에서 자기에게 그런 조합원지위가 확보될 수 없었다고 근로자가 믿는데 대하여 합리적인 근거가 있거나, (b) 근로자가 조합비와 가입비를 납부하는 것을 거부하는 일외의 다른 이유로 조합원지위를 거절당했거나 종료되었다고 믿는데 대해 합리적인 근거를 갖는 경우, 사용자는 비조합원성을이유로 근로자를 해고 등, 차별대우해서는 안되는 것이었다. 그러나 근로자가 조합가입비와 조합비를 납부하기를 거부한 경우나, 근로자가 합리적인

⁷⁷⁾ U.S.C., Title 29, Sec.158 (a) (3) 참조

- (a) Unfair labor practices by Employer
- It shall be an unfair labor practice for an employer--

(1)(2)--.

(3) By discrimination in regard to hire or tenure of employment or any term or condition of employment to encourage or discourage membership in any labor organization: Provided, That nothing in this subchapter, or in any other statute of the United States, shall preclude an employer from making an agreement with a labor organizathion(not established, maintained, or assisted by any action defined in this subsection as an unfair labor practice) to require as a condition of employment membership therein on or after the thirtieth day following the beginning of such employment or the effective date of such agreement, which is the later, if such labor organization is the representative of the employees as provided in section 159 (a) of this title, in the appropriate collective-bargaining unit covered by such agreement when made, and unless following an election held as provided in section 159 (e) of this title within one year preceding the effective date of such agreement, the Board shall have certified that at least a majority of the employees eligible to vote in such election have voted to rescind the authority of such labor organization to make such an agreement: Provided further That, no employer shall justify any discrimination against an employee for non-membership in a labor organization(a) if he has resonable grounds for believing that such membership was not available to the employee on the same terms and conditions generally applicable to other members, or (b) if he has reasonable grounds for believing that membersip was denied or terminated for reasons other than the failure of the employee to tender the periodic dues and the initiation fees uniformly required as a condition of aquiring or retaining membership;

번역:제158조 (a) 사용자에 의한 부당노동행위

(1)(2)호 생략 (3) 사용자가 고용, 근로의 확보, 근로의 조건에 관하여 차별을 함으로써 어떤 노조에의 조합원지위를 장려하거나 방해하는 것은 부당노동행위이다: 다만 사용자가, (본조에서 부당노동행위로 정의되는 행위에 의하여 설립, 유지, 보조되지 않는) 노동조합과 함께 고용의 조건으로서 조합의 조합원지위를 고용개시일이나 협약의 효력발생일로부터 30일이후에 요구하는 단체협약을

^{78) § 158.} Unfair labor practices

이러한 미국의 Union Shop은 오늘날까지 계속되어오고 있는데, 그 유니 온 숍제도는 組合費支拂會員의 原則과 事實上 勞組開放主義, 그리고 多數決 에 의한 代表制에 따르고 있음을 알 수 있다.

① 組合費支拂會員의 원칙: 한 제도의 이익을 누리는 자라면 그 이익이 만들어지기 위한 부담에 참여해야 마땅하다는 것이다. Taft Hartley법은 무임승차자의 행위를 바람직하지 않은 것으로, 그리고 노사간 평화에 유해하다고 보았다. 그러나 동법의 규율 결과는 조합원지위의 강제는 순전히 경제적인 사항(rein wirtschaftliche Angelegenheit)으로 되었다 할 것이다. 왜냐하면 노조로부터의 제명은 법률에서 예외로 인정한 것이 아니면, 전혀 당해근로관계에 영향은 주지 못하기 때문이다. 근로자는 재정적인 의무를 잘 이행하고 조합비를 잘 납부하는 한, 노조에 반대하는 행위를 한다하더라도 노조에 가해적인 것이라고 보지 않는 것이다.79)근로자의 의도적인 반노조행위가 있는 경우 이에 대한 노조의 대응에 상당한 제약을 과한 것이 분명하였

체결하는 것을 다음과 같은 경우에, 본법 혹은 연방주의 어떤 다른 법령도 저지시켜서는 아니된다: 즉, (i) 그 노조가 협약체결시 그 협약이 포괄하는 적정한 단체교섭단위에서 본법 제159조 (a)항에서 정한 바에 따라 근로자들의 대표인 경우, 그리고 (ii) 이런 협약의 효력발생일이전 1년동안제159조 (e)항에서 정한 바에 따라, 적어도 선거투표권이 있는 근로자들의 다수가 이런 협약을 체결한 그 노조의 권한을 철회하는 표결을 하였다고 당국이 결정하지 않았어야한다; 이외에, 어떠한 사용자도 (a) 근로자가 다른 조합원들에게 일반적으로 사용되는 동일한 조건에서 자기에게 그런 조합원의 지위가 확보될 수 없었다고민는 데에 합리적인 근거가 있거나, (b) 근로자가 조합원의 지위 취득과 유지의조건으로 일률적으로 요구되는 조합비와 가입비를 불지불하는 것외에 다른 사유로 조합원지위를 거절당했거나 종료되었다고 믿는 데 대해 합리적인 근거를 갖는 경우에, 노조에의 비조합원성을 이유로 차별함을 정당화해서는 아니된다.

^{*} 제159조 (a) 배타적 대표 및 근로자들의 사용자와의 직접적 고충조정: 단체교섭의 목적상 적절한 교섭단위의 근로자들의 과반수에 의하여 임명되거 나 선출된 대표는 임금율, 임금, 근로시간, 기타 고용에 관하여 단체교섭을 할 수 있는, 교섭단위에 속한 모든 근로자들의 배타적 대표이다.

⁷⁹⁾ 여기서 스위스의 연대금지불조항과 유사점이 있는 것 같다. 노조에의 가입과는 무관하게 (스위스 채무법 제356조의 a ①항), 연대금을 지불하도록 전제조건(동 조 ②항)을 규정한다.

지만, 노조는 마치 한 국가의 행정부와 같이 교섭단위의 모든 근로자를 대표하는 기구로서 자리잡은 것이다.

- ② 事實上 勞組開放(Open Shop)主義: 노조가 조합존립보장을 얻으려면, 그 조합원자격으로부터 발생하는 재정적 부담을 할 준비가 되어 있는 사람에게는 누구에게나 개방되어 있고, 또 그런 재정적 부담을 지는 자에 대해서는 합리적인 이유가 있으면 조직강제의 예외를 인정한다는 것이다. 조합비지불회원의 원칙과 노조개방주의는 미국 노동조합이 갖는 經濟的 制度로서의 의미를 강조한 것이다.80) 노동조합은 공간적으로나 대상에 있어서나한정된 교섭단위의 근로자 다수에 의해 지지를 받고 있지만, 조합존립보장의 협약을 통해서 노조는 나머지 소수자들에게도 이런 대표활동의 비용을분담하도록 이끈 것이다. 그러나 그런 경우에도 근로자들이 고유한 思想과意見을 갖고 表現하는 自由는 제한하지 못하는 것이다.
- ③ 多數決에 의한 代表制: Taft Hartley법81)은 『단체교섭의 목적에서 단위사업장의 근로자 多數(過半數)에 의하여 임명되거나 선출된 대표들은, 임금율·임금·근로시간 기타 고용에 관한 단체교섭을 위해 그 단위사업장의 모든 근로자들의 배타적 대표이어야 한다』고 규정한다. 이 결과 모든 근로자들은 단위 사업장의 노동조합에 연관되어 있고, 배타적 대표권을 가진조합이 체결한 단체협약은 단위사업장의 모든 근로자에게 적용되도록 된다. 이런 교섭제도와 협약제도하에서 다시 위에서 언급한 모든 근로자들에게는조합비와 가입비의 납부가 요구되는 것이다.

생각컨대, 조합비지불회원 원칙과 노조개방주의 원칙, 그리고 다수결 원칙으로 특징지워지는 미국의 조합존립보장하에서, 근로자들은 교섭권을 갖지못한 소수 노조에 가입할 수도 있으며, 기존 노조에서 탈퇴하여 타노조에가담할 수도 있고, 또 아예 비조합원으로 남을 수도 있다. 그런 근로자의 개인적 행동에 대해 조합이나 사용자는 그것을 이유로 근로관계에 영향을 미칠 수 없기 때문이다. 그러나 근로자가 가입비나 조합비를 지불하지 않으면

⁸⁰⁾ Biedenkopf, a.a. O., S.92.

⁸¹⁾ U.S.C., Title 29, Sec. 159 (a).

무임승차자로서 해석되어 사용자로부터 해고를 당하는 위험을 안게 된다. 그 근로자는 노조로부터의 利益에 대한 反對給付로서 經濟的 負擔에의 參與 가 정당하게 요구되는 것이며 이를 반드시 지불하도록 강화한 것이다. 이렇 게 보면 이런 조합존립보장은 근로자 개인의 단결권이나 의사결정의 자유를 침해하지 않는다고 생각된다.

그러나 이런 조합존립보장은, 교섭단위(사업장)에서 전근로자를 대표하는 노동조합이 있는 경우를 전제(배타적 교섭대표제)로 하므로, 전체 근로자의 과반수 지지를 받지 못하는 소수 노동조합은 교섭을 통해서 타조직 근로자나 비조직 근로자에게 혜택을 줄 수도 없고, 또 그에 대해서 조합비지불을 요구도 할 수 없는 점에서 이 제도의 한계가 있다고 생각된다. 우리나라나 독일이나 일본의 법리에 의하면 사업장의 전근로자의 과반수의 지지를 받지 못하는 노동조합도 단체교섭권을 가지는 것이다.

(2) 우리나라 노조법상 Union Shop과의 비교고찰

미국 노동법상 Union Shop의 특성을 ① 조합비지불회원의 원칙 ② 사실상 노조개방주의 ③ 다수결에 의한 대표제라고 본다면, Union shop을 역시규정하고 있는 우리 노동조합법(제39조 2호 단서규정)상의 문제점을 파악하기 위해 비교, 검토할 필요가 있다.

- 전체적으로 우리 노동조합법상 Union Shop제도는 Wagner법시대의 Union Shop(사실상 Closed Shop)제도를 계수한 것이나 이미 미국에서는 그런 유니온 숍제도에 중대한 문제점이 지적되어 중요한 부분에 있어서 많은 변경이 있었고, 현재는 그런 Union Shop을 유지하지 않는다는 점을 감안하여야 한다고 본다. 특히 미국에서 단결강제가 노노간의 갈등속에서 주세력이 비협조적인 주변세력을 직장으로부터 배제하는 수단으로 오용된 점과 전체를 위해서 근로자 개개인들의 의사를 희생하는 점이 문제가 된 것은 우리나라 유니온 숍제에서도 고려해야 할 사항이다.82) 이런 점을 역시 반영하고

⁸²⁾ 이런 점은 일본의 유니온 숍제에서도 지적되는 것으로 보인다. 일본 학자 西谷敏, 前揭書, 151-153面 은 다음과 같은 지적을 하였다: 『우선 첫째로 지적할 수 있는 것은 적어도 재판례에 나타난 사례에서 보는 한, 숍협정은 단결을 강화하

있는 1987년 12월 31일 노동조합법은 노동조합의 제명을 이유로 사용자가 근로자에게 불이익하게 취급하는 행위를 부당노동행위로 규정하여 금지시키 고 있다(노조법 제39조 2호 단서 끝부분).

- 다음으로, 우리는 Taft Hartley법 이후 미국에서는 단결강제의 예외를

기는커녕 오히려 반대의 역할을 하고 있다고 말할 수 있다. 나는 소화 49년 (1974년)에서 53년(1978년)까지 5년간에 나온 숍협정에 관련된 판결과 결정을 검토한 바 있는데, 그 결과 실제의 숍협정은, 단결파괴분자를 기업외로 축출하 므로써 조합의 단결을 강화한다는 본래상의 협정에서 기대되어 있는 기능은 거 의 하지 못하고, 오히려 조합내 대립을 소수파의 추방으로 해결하기 위하여 혹 은 조합비판자를 기업외로 축출하기 위하여 조합간부의 반노동자적 본질을 온 존하는 데 이용되고 있다는 결론에 도달하였다. 그 후의 판례에 나온 사례에서 도 거의 같은 양상의 경향을 보이고 있는 듯하다. 이러한 숍협정의 남용이 이 미 1950년대 이전부터 문제가 되어 온 것은 기술한 바와 같고, 특히 1960년대 이후로 진행하여 온 민간기업노동조합의 노사협조적 성격강화(조합운영의 비민 주성과 표리일체라 할 수 있다)중에서 특히 주목되고 있는 것이다. 일본의 숍 협정이 사용자와 결탁한 조합집행부에 의한 소수파 추방의 수단으로서의 역할 을 하고 있는 것은 이제는 거의 공통의 이해가 되고 있는 것이다...숍제도는 노 동조합의 조직확대·강화라는 조합자신의 과제를 투쟁상대방인 사용자의 손을 빌어서 실현하려는 모순적 성격을 가지고 있으며, 여기에 사용자의 의도가 개 재할 가능성도 적지 않다. 결국 사용자는 피제명자중에서 사용자쪽에서 볼 때 다루기 어려운 자만을 선택적으로 해고함으로써 간접적이나마 조합에 개입할 수도 있다...결국 宮島敎授가 이전에 지적했듯이 숍협정의 이행으로서의 해고가 실제로 행해지는가의 여부는 권리자인 조합의 힘의 강약이 아니고 피제명자, 가입거부자, 탈퇴자의 사용자에 대한 거리와, 사용자와 노동조합간의 거리 사이 의 격차(그것은 상대적으로 결정됨)에 따라 결정되는 것이다. 그리고 노동조합 의 협조노선이 정착되어 감에 따라 조합집행부가 혐오하는 소수파와 사용자가 해고로서 기업외로 배제하고자 하는 노동자는 보기좋게 일치하게 된다. 이와 같이 숍협정이 사용자와 노동조합과의 협동으로 소수파 추방의 기능을 일삼고 있는 것은 단지 일시적 남용이라기 보다는 제도 그 자체가 지닌 기본적 성격에 서 유래하는 것으로, 판례에 나타난 사례의 많은 것이 이런 종류의 문제를 둘 러싸고 있음은 결코 우연이 아니다』.

이밖에도 일본에서 어용인 노동조합이 체결한 유니온 숍 조항을 무효로 보고 그 숍조항에 기하여 내린 탈퇴자에 대한 해고도 무효라고 한 판결이 발견된다 (일본 大阪地法 1963.4.5 판결).

폭넓게 인정한 점도 주의 깊게 살펴보아야 한다고 본다. 우리는 단결강제의 예외에 대해서 일체 규정하고 있지 않지만, 미국의 유니온숍제는 노동조합에의 단결강제에서 제외되어야 할 合理的인 根據가 있는 경우에 그 근로자를 풀어주고 있다. 그런 점에서 보다 미국의 입법이 근로자중심, 개인보호중심에 입각하고 있음을 알 수 있다. 개개 근로자의 의사결정을 존중하는 것은 노조의 민주성을 이끌 뿐만 아니라, 노조조직이 적극적 활동을 결심한조합원들로 구성된다는 점에서 바람직하다고 본다.83)

- 우리나라의 노동조합법은 미국의 Union Shop제에서 기본으로 하는 조합비지불회원원칙에 입각하고 있지 않다. 미국에서는 노동조합이 협약상의 유리한 조건을 전체 (비조합원 포함) 근로자들에게 적용시켜주는 만큼, 노동조합은 모든 근로자에게 대표활동에 대한 비용부담으로 조합비와 가입비를 요구한다. 그런데 조합불가입의 예외는 인정하면서도 조합비불지급의 예외는 인정하지 않은 것은 바로 공정성을 강조한 것이다. 우리도 공정성 차원에서 유니온 숍을 다시 한번 볼 필요가 있다. 즉 노조가 비조합원에게 경제적 이익을 주는 대가로 경제적 부담에의 참여를 요구하는 그런 유니온 숍을 생각할 수 있는 것이다.

- 우리나라의 노동조합법은 노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분지 2이상을 대표하고 있는 경우에 유니온 숍을 단체협약에 두는 것을 허용한다. 그런데 미국노동법은 노동조합이 교섭단위(사업장/기업)에서 근로자들의 과반수(majority) 지지가 있으면 유니온숍을 가질 수 있게 한다. 따라서 우리나라가 그 유니온 숍을 둘 수 있는 요건을 엄격하게 하는 점이 있음을 알 수 있다. 그러나 한 노동조합이 당해 사업장에 종사하는 勤勞者의 過半數만을 대표하는 경우에도, 그 조합활동의 성과를 비조합원에게도 나눠줄수 있는 것이므로, 공정성 차원에서 이 때에도 노조가 組合存立保障을 도입해야 할 필요성이 나오는 것이다. 특히 노조법 제37조에 의하여 노조가 당해 사업장의 동종 근로자의 50%이상만 대표하면 비조합원도 단체협약의 적용을 받을 수 있는 점을 감안하면, 더욱 이러한 필요성은 강화된다. 公正性

⁸³⁾ 同旨 西谷 敏, 前揭書, 154面

의 原則을 따르는 점에서 絶對多數의 요건을 過半數의 要件으로 완화하여야 한다고 본다.

- 우리나라는 헌법상 단체교섭권이 별도로 보장되어 있고(헌법 제33조 1 항), 이 단체교섭권은 노동조합이면 누구나 행사할 수 있다. 그 노동조합의 규모가 크든 작든 관계하지 않고 모두 단체교섭권을 가질 수 있는 것이다. 그리고, 노동조합이 교섭후 체결한 협약은 그 협약의 구속력범위에 들어오 는 근로자, 즉 조합원에게만 적용이 되고 비조합원은 적용되지 않는 것이 원칙이다.84) 그러나 미국의 노동법에서는 교섭단위의 전근로자중 다수의 지 지를 받는 노동조합은 전 근로자들을 대표하여 사용자와의 교섭권을 갖고, 그렇지 못한 소수 노조는 교섭권을 갖지 못한다. 미국에서 교섭권은 기본적 으로 다수결의 원칙에 의해 전근로자의 의사를 대리하는 것으로 보기 때문 에85) 큰 노조의 전근로자에 대한 대표성은 정당화되고, 그렇지 못한 소수 노조가 교섭권을 갖지 못하는 것도 정당화되는 것이다. 이런 점에서 우리나 라와 미국간에는 단체교섭권 및 교섭제도에 근본적인 차이가 있다.86) 그러 므로 미국의 다수결에 의한 대표제를 그대로 우리나라에서 도입하는 것은 헌법상의 단체교섭권 보장 내지 우리 협약제도와의 조화되지 못하는 점에서 문제를 남긴다. 따라서 우리나라의 조합존립보장제도를 개선하는 경우에도 미국의 교섭제도와 우리의 교섭제도가 상이하다는 점은 고려되어야 할 것이 다.87)

⁸⁴⁾ 국가로부터의 수권 내지 노동조합 고유의 권한이라고 본다.

⁸⁵⁾ 이것을 대리설이라고도 한다.

⁸⁶⁾ 이종복, 조합내 의사결정과정과 단체교섭, 『사법관계와 자율』, 475-480면.

⁸⁷⁾ 생각건대, 우리 나라 노조법 제39조 2호 단서 규정에서 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분지 2이상을 대표하는 노동조합이 유니온 숍을 체결할 수 있다고 하는 점으로부터 우리 나라도 대표성원칙을 취하고 있지 않는가 하는 의문을 가질 수 있다고 본다. 즉 절대 다수의 지지를 받는 노동조합은, 조합원만이 아니라 사업장의 모든 근로자들을 대변하는 것을 노조법이 인정하는 것은 아니냐는 의문이다.

또한 노조법 제37조의 일반적 구속력규정에서 하나의 공장, 사업장, 기타 직장에 상시 사용되는 동종의 근로자의 반수 이상의 근로자가 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 나머지 동종의 근로자에 대해서도 협약적용을 명한 것

라. 개선방향

우리나라의 노동조합 중에 약20% 정도가 유니온 숍을 가지고 있다.88) 나머지 약 80%의 노동조합은 오픈 숍을 채택하거나 숍 조항 자체를 갖고 있지 않다. 노동조합은 우리 노사관계에 적합한 숍조항을 많이 개발하여 단체협약에 포함시켜야 한다고 본다. 현재는 조합존립보장중에서 유니온 숍 한가지만이 알려져 있는데, 앞으로는 다양한 형태의 숍조항들을 모색하여 다시금 숍조항의 도입에 노력하여야 할 것이다.

그런 목표 속에서 유니온 숍조항도 개별 근로자들이나 사용자들에게 보다 설득력이 있는 형태를 띠어야 한다고 보는데, 본 연구자의 견해로는 다음과 같은 개선점들이 있다고 생각된다.

그 개선방향은,

- ① 근로자가 노조불가입이나 탈퇴의 합리적인 근거를 제시할 경우에는 그 예외를 인정하여 근로자 개인의 의사를 존중하는 특성을 가미하는 것이고,
- ② 근로자가 노동 조합의 혜택을 받는 한, 조합비에 상응하는 분담금을 부담할 것을 요구하는 것이고,
- ③ 노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 과반수를 대표하는 경우에도, 유니온 숍조항을 둘 수 있게 하는 것이다.

첫번째는 근로자의 적극적, 소극적 선택권이 이미 유럽의 여러 나라에서 단결권 개념으로 인정하고 있는 상황과 보조를 맞추는 것으로서, 개인의 자

도, 노동조합의 전근로자 대표성을 인정한 것은 아닌가 하는 의문이 생긴다. 그러나 학자들은 현재 우리의 노동조합은 조합원들의 대표로 보고 있고, 이런 다수대표제에 입각한 것으로 보지 않는다. 이런 단체교섭제도에 관한 문제는 숍제도외에 협약자치제도 전반에서 고찰되어야 하므로 다음 기회로 미루고자한다.

⁸⁸⁾ 김정한, 노동조합 조직현황 자료집(1992년도), 한국노동연구원, 1993, 10면 : 1992년 12월 31일 기준, 19.6%의 노조가 단체협약에 유니온 숍 규정을 두고 있다.

발적인 의사에 기초해서 조합을 운영하고, 근로자들의 자발성위에 노동조합 의 단결을 강화하는 것이다.

구체적으로는, 유니온 숍에 따라 조합에의 가입을 원칙으로 하되, 예외적으로 근로자가 다음과 같은 不加入의 正當한 理由를 제시하는 경우에는 그 例外를 인정해 주는 것이다. 그 예외로는,

- 새로 입사한 근로자가 노동조합이나 사용자로부터 노동조합에의 가입이 고용의 조건임을 告知 내지 說明받지 못한 경우나,
- 다른 근로자와 同一한 條件에서 組合加入이 保障되지 않은 경우나,
- 조합원이 노동조합의 方向과 자신의 신념이나 사상이 일치할 수 없음을 적극적으로 입증하고 노동조합의 審査를 거친 경우를 들 수 있다.

이런 경우에는 조합에의 불가입을 허용하는 것이 적정하다고 본다. 그 결과, 노동조합은 개개 근로자나 조합원에 대해서 관심과 주의를 더 기울이게 된다고 본다.

두번째는 근로자가 위와 같이 조합불가입의 예외가 된다하더라도, '조합이 체결한 단체협약으로부터 조합원과 동일하게 적용을 받으면, 조합비에 상응하는 분담금을 지급하도록'하는 협정을 두는 것이다. 이런 조합비지불원칙은 좀더 엄격하게 시행할 필요가 있다. 특히 우리 노동조합법에서는 단체협약을 비조합원에게 확장적용하는 규정을 두고 있기 때문에(노조법 제37조, 제38조), 비조합원에게 그런 부담을 요구하는 것은 정당성을 확보할 수있다. 종합하면, 근로자들의 의사보호 차원에서 가입강제의 예외를 허용하더라도, 분담금지불의 예외는 엄격하게 제한하는 것이다.

세번째 과반수 대표의 요구는, 현재 노조가 전 근로자의 3분지 2를 대표할 것을 요건으로 하는 것이 특별한 이론적 근거가 없는 것이고, 오히려 과반수대표의 경우에 숍제도를 두게 하는 미국이나 일본(노동조합법 제7조 1호 단서)과 일치하는 점에서 타당하다 할 것이다. 특히 노조법 제37조에서는 당해 사업장의 근로자의 과반수를 대표하는 노조가 있는 경우, 그 노조의단체협약을 비조합원에게도 자동적으로89) 적용하도록 하고 있으므로, 노조

⁸⁹⁾ 同旨 김치선, 전게서, 404면.

의 성과에 참여하는 비조합원에 대한 반대급부차원의 유니온 숍은, 과반수 대표의 경우에도 설치될 수 있어야 한다. 동시에 노동조합법 제39조의 2호 단서의 '3분지 2'요건을 '과반수'로 개정하는 것도 추진되어야 할 것이다.

이외에 유니온 숍조항은, 근로자의 조합에의 불가입에 대한 제재가 解雇라고 하는 점에서 신중하게 적용되어야 할 것이다. 근로자의 불가입행위에 대해서는 衡平性에 맞는 制裁로서, 일차적으로 경고조치나, 감봉이나 정직과같은 조치를 취하고 最後의 手段으로서 解雇를 하도록 하는, 制裁의 多段階도 고려하는 것이 바람직하다고 본다.

이렇게 하여 유니온 숍조항의 활용도가 더욱 늘어나고, 개별 근로자들과의 마찰은 예방할 수 있다고 본다. 더 나아가 노동조합은 근로자들의 의사에 귀기울이는 풍토, 또 근로자들의 의무와 책임도 기대하는 분위기 속에서, 진정으로 조직을 단결시키고 강화될 수 있다고 본다.

2. 非組合員과 連帶金支拂(agency shop)條項

조합존립보장의 일종으로서 Union Shop외에 連帶金支拂條項 (Solidaritätsbeitragsklausel)이 있다. 이 조항은 근로자에게 노조가입을 강제하는 것이 아니라, 노동조합으로부터 받은 혜택에 대하여 반대급부로서 경제적 부담을 요구하는 것이다. 이 조항은 영미계에서는 Agency Shop이라고도 불린다. 이 연대금지불조항이 갖는 정당성과 그것을 도입할 경우 우리 헌법 및 협약자치원리와 조화될 수 있는 길을 모색하기로 한다.

가. 연대금지불조항 도입의 정당성

노동조합의 과업은, 근로자의 임금, 근로시간, 휴가 기타 근로조건들의 개선을 위하여, 사용자측과 단체교섭을 하고, 불가피한 경우에는 쟁의수단을 행사하므로써 근로자들에게 유리한 단체협약의 체결에 도달하는 것이다. 이런 노동조합의 과업수행은 자연적으로 재정적 지원을 요구하는데 그 지원은 조합원들이 자신의 조합비로서 제공하는 것이고, 그 노동조합의 성과도 조합원들에게 분배되는 것이다.90)

그런데 노동조합에 의해 달성되고 단체협약으로 확정되어진 더욱 유리한 임금 및 근로조건들은 실제로 비조합원에게도 주어진다.91) 그 방법은 사용자가 당해 사업장에서의 근로조건의 일률화의 이익을 위해 자발적으로 비조합원들에게 협약상 근로조건을 제공하거나, 비조합원과의 근로계약을 처음부터 단체협약수준에서 체결하기로 약정하는 형태로 나타난다.

사용자에게 있어서 비조합원을 단체협약에 적용시키지 않고 달리 대우하는 것은 법적으로 허용되지만, 만일에 그처럼 차별을 한다면 비조합원의 노조가입을 촉진시킬 것이 아니겠느냐는 불안감을 갖게 될 것이다.92) 따라서비조합원은 사실상 조합원과 같은 대우를 받게 된다고 판단할 수 있다.

그러나 여기서 조합원들은 근로조건의 개선을 위한 노조의 활동비 기타 재정적 지원을 제공하지만, 비조합원은 그 달성된 이익에 참여만 할 뿐, 그 것을 위해 필수적으로 요구되는 희생에는 동참하지 않는 것이 부당하게 느껴진다. 이런 상황에서 비조합원은 무임승차자(free rider)라고 불리기도 한다. 이런 경우 비조합원도 그 부담에 참여하는 일정한 금전, 즉 連帶金(Solidaritätsbeitrag)을 지불하는 것이 정당성의 요구라는 주장이 나온다.이런 정당성의 요구를 부담조정(Lastenausgleich) 내지 이익보상(Vorteilausgleich)이라고 한다.

이런 견해를 독일에서 주장한 학자⁹³⁾는 단체협약상에 그런 조항이 없어도 실제적 사정으로부터 부담조정이 청구될 수 있고, 신의성실의 원칙에 의하 여 지탱된다고 한다. 그래서 연대금지불청구권은 사물의 본성상(in der Natur der Sache) 근거지워져 있다고 한다. 그러나 생각컨대 사실적으로 이 익을 받는다고 하여 그 이익에 대한 비용보상을 청구한다는 것은 규범적으로 이해가 곤란할 것같다. 이익보상적 사고가 인정되려면, 분명히 법률상으로 인정되는 이익이 먼저 존재하여야 할 것이다.

이 점에서 우리의 경우, 노조법 제37조가 큰 의미를 갖고 있다고 본다.노 조법 제37조는94) 사업장별로 체결되는 단체협약이 지배하는 근로자들이 동

⁹⁰⁾ Alfred Hueck, Die Frage der Tarifrechtlichen Zuläßigkeit von Solidaritätsbeiträgen nach geltenden deutschen Recht", RdA 1961, S. 141.

⁹¹⁾ Alfred Hueck, a.a.O., S.141.

⁹²⁾ Zöllner/Loritz, a.a.O., §38 II 2

⁹³⁾ Dr. Gehard Müller, Gedenken zum Solidäritätsbeitrag (출처, Hueck, RdA, 1961, S.146)

일한 직종에서 반수가 넘으면, 동종의 비조합 근로자들에게도 자동적으로 효력이 미친다는 것이므로, 비조합원은 사용자에게 조합원과 같은 수준의 근로조건을 청구할 수 있다. 특히 그 확장이 지역적 구속력처럼 행정관청의 결정에 의하지 않고, 自動的으로 이뤄지도록 하는 점에서, 사업장의 노동조 합과 비조합원의 관계가 밀접하게 되었다고 할 것이다.

또한 우리나라 노동조합의 조직형태가 기업/사업장내의 조합으로서 기업 별형태를 취하고 있고, 그런 노동조합이 있는 경우에 조직율은 대체로 조합 가입 대상의 80%, 전체 종사 근로자의 60%를 상회하고 있으므로(노총중앙 연구원이 1995년 노조가 있는 200개 사업장을 대상으로 조사한 결과 노조가 입율은 가입대상자대비가 83.042%로 나왔고 전체종업원대비가 61.257%로 나왔음),95) 결국 제37조에 따라 노조가 있는 모든 사업장에서 비조합원들은 조합원과 마찬가지로 혜택을 받는다고 말할 수 있다.96)

따라서 노동조합법 제37조가 적용되는 한, 법률상으로도 비조합원은 조합원과 같은 이익을 확보하게 된다고 할 것이다. 그렇다고 할 때, 노동조합이비조합원에 대하여 부담조정 내지 이익보상적 차원에서 연대금을 요구하는 것에는 정당성이 마련되는 것이다. 오히려 미국이나 뒤에서 보겠지만 스위스 처럼 법률에서 이에 관련된 규정을 두었어야 마땅한 것이며, 公正性의視覺(Billigkeitserwägung)에서 본다면 입법상의 흠결에 해당한다고 생각된다.

⁹⁴⁾ 제37조 하나의 공장사업장 기타 직장에서 상시 근로하는 동종의 근로자의 반수이상의 근로자가 하나의 단체협약을 적용받게 된 때에는, 당해 공장사업장 기타 직장에 사용되는 다른 동종의 근로자에 대해서도 당해 단체협약이 적용되다.

⁹⁵⁾ 정연앙, 여성근로자의 관리실태에 관한 연구(1994, 한국노동연구원), 41면에 따르면, 『노동조합 가입률을 보면 1993년 12월말 기준으로 가입대상자의 81.2%, 전체 종업원의 58.8%가 노동조합원인 것으로 나타났다』고 한다.

⁹⁶⁾ 여기서 비조합원에 대한 특혜가 조합원의 의욕을 상실하게 하지 않는가 하는 이유에서 위 조항은 단결권침해라는 주장이 있을 수 있다. 그러나 통설은 단체 협약효력의 확장은 동일 근로, 동일 임금의 구현을 통하여 임금의 인하를 막고 불경기의 시기에 사용자가 노조원의 고용을 회피하고 비조합원을 선호하여 결국 오직 근로자의 생존과 노조의 존립에 위협을 줄 것을 방지하려는 데에 목적이 있다고 한다(김형배, 노동법, 512면; 김치선, 노동법강의, 362면).

나. 헌법상 단결권 침해여부

대륙법계 국가에서 연대금지불조항이 도입된 대표적인 국가로는 스위스를 들 수 있는데, 그곳에서는 단체협약을 통해 비조합원으로 하여금 연대금을 지불할 의무를 지우는 것이 반드시 근로자의 소극적 단결권을 침해하는 것으로 보지 않는다.97) 노동조합이 비조합 근로자에게 특정 노동조합에의 가입이나 조합원의 지위를 가질 것을 강제적으로 요구하는 것이 아니기 때문에 소극적 단결권에 위반하지 않는 것이다. 또 소극적 단결권을 적극적 단결권과 동등하게 파악하지 않고, 일반적인 행위의 자유를 보장하는 행복추구권의 일종으로 보는 입장에 선다면, 비조합원에 대한 정당한 연대금의 요구는, 사실상 노동조합에의 가입을 유인하는 요소가 있다하더라도 소극적 단결권을 침해하는 정도는 아니라고 할 것이다. 노동조합에의 가입을 원하지 않는 비조합원은, 당연히 지불해야 할 연대금의 지불로 그치고, 노조가입은 회피할 수 있는 것이다.

그런데 여기서 연대금이 어떤 항목의 비용을 위해 쓰여지는가에 따라서 소극적 단결권의 침해의 문제가 제기될 수 있다는 지적이 있다.98) 즉 단체 교섭과 단체협약체결로 해결할 수 없는 어떤 다른 목적을 위해서 연대금이 사용되어서는 안된다는 것이다.99) 스위스 연방법원100)에 따르면, 비조합원의 연대금으로 보상되어야 할 비용은 대체로 단체교섭의 요구와 단체협약의 체결에 드는 것이라고 한다. 구체적으로 교섭비용(Kosten für Verhandlung),

⁹⁷⁾ Frank Fischer, Scheizerische Privatrecht VII. Bd, 1. Halbband, II"Der Arbeitsvertrag", 1994, S.274; 한편 미국에서는 앞서 수차례 언급한 바와 같이 union shop이 사실상 agency shop를 말하고 있다(Douglas L. Leslie, Cases and Materials on Labor Law, 3. Edition, p.177. 저자는 오직 agency shop만 이 미국에서 허용되는 것이라고 말한다). 영국에서도 pre-entry closed shop은 인정하지 않지만 post-entry closed shop은 인정되고 있는데 이 후자는 실제로 agency shop의 형태를 취한다(Kahn-Freund, Labor and the Law, 1976, p.202).

⁹⁸⁾ Wierderman/Stumff, Tarifvertragsrecht(kommentar), 1977, S.83.

⁹⁹⁾ Wierderman/Stumff, a.a.O., S.83

¹⁰⁰⁾ Schweizerischer BGE 74 II S. 168; BGE 75 II S. 315

회합비용(Sitzungsgeld), 비서 및 감독기구(Sekretariat; Kontrollorgane) 의 비용, 노조지부감독방문(Kontrollbesuche)비용, 조정 및 중재의 교섭 (Schlichtung-und Schiedverhandlung)의 비용이라고 한다. 동 연방법원은 덧붙여 노동수첩의 발행 및 관리에 드는 비용(Aufwendung für Ausstellung und Kontrolle der Arbeitskarten)도 포함했다.

생각컨대, 비조합원이 지불하는 연대금은, 그 단체협약의 적용에 대한 반대급부적 성질이 있는 것인 만큼, 단체교섭과 단체협약 체결비용을 조성하는데 사용되어야 마땅하다. 그리고 비조합원이 지급하는 연대금은 단체교섭과 협약체결에서 근로조건이 근로자에게 유리하도록 이끈 노동조합에 제공되어야 마땅하다.101)

다음으로 연대금은 그 정도가 적정하여야 하는데, 만일에 그 액수가 비조합원이 얻은 혜택보다 상회한다면 결국 조합원으로 가입을 강제하는 결과를 가져오므로, 소극적 단결권의 침해문제가 나올 수 있다.102) 그러나 노동조합이 자신의 세력을 통하여 유리한 근로조건들을 교섭하여 비조합 근로자에게준 이익은 양적으로 표현되기 힘들기 때문에 그에 대등한 연대금의 액수를 표현한다는 것은 사실상 어렵다.103) 따라서 스위스 채무법에서도 비조직 근로자에게 "적정한 연대금(angemessener Beitrag)"의 지급을 요구하는 것을 허용하고 있다. 소극적 단결권을 엄격하게 존중하는 독일에서 연대금이 조

¹⁰¹⁾ 스위스법 제356조 b 2항 후단에서는, 연대금이 오직 일방 단체협약당사자에게 만 유리하게 사용되도록 단체협약에서 정하는 것은 무효라고 한다. 그런데 스위스의 노사관계는 산업별 노사관계이고, 그 연대금은 사용자단체불가입 사용 자와 비조합 근로자가 다같이 산별 단체협약의 적용을 받기로 한 경우에 지불하게 되는 연대금이므로, 양 단체협약당사자에게 모두 유리하게 사용되어야한다는 요구가 타당한 것이다. 그러나 한국과 같이 사용자가 언제나 기업별협약의 당사자인 상황에서는, 다른 사용자단체가 만들어 놓은 단체협약에 특정의 근로자와 사용자가 加擔하는 일은 아직 일어나고 있지 않으므로, 위와 같은 제한은 요구되지 않는다. 그리고 한국에서 비조합원이 단체협약의 적용을받는 것은 노동조합이 사업장 전체 근로자의 50%이상을 확보한 경우에 가능한 일이므로, 당연히 그 금전은 노동조합으로 귀속되는 것이 정당하다. 그 단체협약의 유리한 조건도 결국 당해 사업장의 노동조합이 조합활동을 통해 얻은 것인 만큼, 그 보상이 주어져야 할 측은 노동조합 측이라고 보아야 한다.

¹⁰²⁾ Frank Fischer, a.a. O., S.274

¹⁰³⁾ Wierderman/Stumff, Tarifvertragsrecht(kommentar), 1977, S.83.

직근로자의 조합비를 하회하는 경우, 적정한 것으로서 소극적 단결의 자유를 침해하지 않는다고 한다.104)

다. 단체협약원리상 적법여부

단체협약은 기본적으로 단체협약체결능력이 있는 노동조합과 사용자가 체결하여야 하고(협약체결능력/Tariffähigkeit), 그 사항에 있어서 노동조합과 사용자의 협약관할/Tarifzuständigkeit)내에 있는 것에 대하여 체결할 수 있다.105) 이런 협약체결능력이나 협약관할은 단체협약의 효력요건으로 이해할 수 있으므로, 이것을 충족하지 않는 경우에는 단체협약의 효력은 상실된다. 그리고 유효하게 체결된 단체협약의 규범적 부분은 기본적으로 노사의 구성원들인 조합원과 사용자에게만 적용되는 것이다(협약의 구속력범위/Tarifgebundenheit). 이와 같은 협약상 법리에 따라 연대금지불조항을 보면,연대금지불조항은 비조합원을 대상으로 하는 것이기 때문에 먼저협약체결능력의 내용인 규범설정권한(Rechtsetzungsbefugniß)과 협약관할의 범위를 벗어나는 것이 아닌가 하는 문제가 발생한다.

기본적으로 협약당사자들의 규범설정권한은 그 구성원의 근로관계에 대하여만 규율 하는 것으로 제한되어 있으므로, 그 구성원이 아닌 비조합원에 대하여 연대금을 지불하게 하는 것은 문제가 될 수 있다. 그러나 협약당사자들이 직접 비조합원에 대하여 연대금지불의무를 부과하는 것이 아니면 그런 규범설정권한의 남용이 되지 않을 수 있다고 본다. 즉 단체협약당사자인 노동조합과 사용자간의 계약상 의무로서, 사용자가 단체협약의 혜택을 받는 비조합원이 연대금을 지불하지 않을 경우 일정한 불이익처분을 내릴 의무를 부담하는 것이다(이에 대해서는 뒤에서 좀더 상세하게 본다). 직접 노동조합이 비조합원을 규율하지 못하는 한계가 있고, 사용자의 협조를 얻어서 제재를 가하는 방법상의 문제는 있으나 이런 방법이 규범설정권한의 한계를 지나친 것이라고는 보지 않는다.

¹⁰⁴⁾ 스위스 연방법원에 따르면, 조합비의 3분지 2정도면 적정하다고 한다(BGE 75 Ⅱ305ff)

¹⁰⁵⁾ 협약관할에 관해서는 참조, 김형배, 협약관할에 관한 제문제, 『노동법연구』, 1991년, 300면 이하.

다음으로, 협약관할의 위반이 아닌가 하는 의문에 대해서는, 먼저 협약관할의 기능은 기본적으로 다수 협약들의 경합을 막는 데 있다. 106) 그러나 노동조합과 사용자가 비조합원에 대한 연대금지불조항을 단체협약으로 정하는 것은, 당해 사업장에서 그 단체협약의 적용을 받는 비조합원을 대상으로 하는 것이지 다른 노동조합의 조합원을 대상으로 하는 것이 아니라면, 관할상의 경합을 초래하는 것이 아니라고 본다. 107)

생각컨대 비조합원에 대하여 단체협약으로 정하는 것은 무조건 협약관할의 범위를 벗어난 것으로 보아서는 안된다고 생각한다. 108) 그럴 경우에는 단체협약내에 숍조항을 일체 도입할 수 없는 결론이 되고 만다. 그러나 각종 숍조항은 조합의 존립보장수단으로서 단체협약의 적법한 내용이 될 수있는 것이다.

또한 연대금지불조항은, 언제나 비조합원의 단체협약의 적용에 의한 혜택을 받는 것을 전제로 하기 때문에 일방적으로 불이익을 주는 조치가 아니라는 점에서, 노동조합과 사용자에 의한 협약자치의 한계를 벗어난 것이라고보아서는 안된다.

라. 법률근거의 필요성문제

한편 학설에 따라서는 노동조합과 사용자간의 협약자치기능은 일종의 사회적 자치행정과 같은 것이므로, 규제행정에서 국민에게 부담을 부과하기위해서는 법률의 근거가 필요하듯이 여기서도 법률적 근거가 필요하다는 견해가 있다.109)

¹⁰⁶⁾ 만일에 협약관할을 벗어나 자의적으로 협약으로 정하게 되면 노사자치에 혼란이 발생하여 헌법이 보장한 근로3권의 취지는 달성되지 못한다.

¹⁰⁷⁾ 만일에 사업장내에 제2노조가 있고 그것이 조합으로서 인정받는다 하더라도, 그 제2노조가 비조합원에게 혜택을 주지 못하는 한, 제1노조의 비조합원에 대 한 연대금지불조항이 협약관할을 위반한 것이라고 주장할 수 없다고 본다.

¹⁰⁸⁾ 異見 정기남, 단체교섭의 주체와 대상, 노동법학 제3호(1991), 42면: 비조합원은 규범제정권한을 노조에게 부여하지 않았기 때문에 비조합원에 관한 사항으로서 연대금지불조항, 단체협약배제조항, 격차조항은 단체교섭의 대상이 되지 못한다고 한다.

¹⁰⁹⁾ Wiedermann/Stumpf, a.a.O., S. 83

그러나 이에 반대하는 견해에서는 단체협약으로 정하는 것으로 충분할 뿐더러 심지어 이런 단체협약이 없더라도 이익의 보상차원에서 사물의 본성상 근거 지워지며, 그런 연대금지불청구권은 법적으로 당연하다(ipso jure)고 본다.110)

생각컨대 연대금지불조항은, 협약당사자들간의 정함으로써 가능하다고 본다. 그것은 협약의 효력확장에 의하여 정당성이 마련되는 만큼, 그런 협약의확장을 전제로 한 반대급부는 추가적인 부담이 아니기 때문이다. 즉 연대금의 정도가 적정하다면 비조합원에게 부당한 불이익이 되지 않으므로 법률적근거를 필요로 한다고 보지 않는다.

오히려 법률에서 비조합원에게 단체협약의 적용을 받게 하는 제도를 마련하였을 때 함께 이런 연대금지불에 대해 당연히 규정을 두었어야 했다고 본다. 이런 흠결을 협약당사자간의 협정으로 보완하여 사업장내에 공정성을 도모하는 일은 협약자치의 범위를 벗어난 행위라고 생각되지 않는다.

그러나 유니온 숍조항처럼 연대금지불조항에 대해서 법률적 근거가 마련 된다면, 연대금지불제도가 정착하는 데 기여하는 바 클 것이다.

마. 단체협약내 도입방안

단체협약은 일반적으로 세 부분으로 나눠진다. (1) 개별적 근로관계에 대하여 법규범으로 작용하는 규범적 부분과 (2) 노사 협약당사자 상호간의 채무적 관계에서 그들의 권리, 의무를 규율하는 채무법적 부분 (3) 집단적 노사관계를 협조적 차원에서부터 규율하는 제도적 부분이다. 노동조합이 연대금지불조항을 단체협약 내에 설치할 경우에, 그 조합은 이 세 가지 부분중어느 하나로서의 성격을 갖게 되는데, 어느 것으로 보아야 적절한 것인지살펴보기로 한다.

¹¹⁰⁾ Gehard Müller, Gedanken zum Solidaritätsbeitrag (ohne Jahrgang) 같은 입 장 Galperin(1961); Ridder, Gestattet das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland die Erhebung sogennanter Solidäritätsbeiträge (1961).

(1) 규범적 부분으로서의 도입가능성

단체협약의 규범적 부분은 협약에 구속되는 근로자들의 근로계약에 대하여 규범적으로 효력을 미치는 부분을 말한다. 구체적으로 근로계약의 체결과 종료에 관한 협약규범, 근로계약의 내용에 관한 협약규범으로 구분할 수있다. 그리고 단체협약의 규범적 부분은 기본적으로 오직 조직 근로자의 근로관계만을 규율하게 된다. 그런데 연대금지불조항을 규범적 부분으로 도입한다면, 협약당사자들(특히 노동조합)이 직접 비조합원에 대하여 연대금을 지불할 의무를 부과하는 것이 되므로, 협약당사자의 규범설정권한을 넘어선 것이고 그 규범적 효력은 부인될 것이다.

다음으로는 단체협약의 구속력확장(일반적구속력/지역적 구속력)을 통하여 이 연대금지불의무를 비조합 근로자에게 부과하는 방안을 생각할 수 있는데, 먼저 조합근로자에게 연대금과 같은 금전의 지급을 요구할 수 있는 제도가 있어야 하고 그 제도의 확장으로 비조합원을 포섭할 수 있을 것이다. 111) 그러나 조합원들은 규약에 근거해서 조합비를 지급하고 있는 만큼, 또 다른 금전을 단체협약에 기하여 납부한다는 것은 기대하기 힘든 것이다. 따라서 그 제도 역시 실효성이 없을 것이다.

결국 연대금지불조항은 비조합 근로자에게 직접 연대금지불의무를 발생시키는 한, 효력을 인정받지 못하게 될 것이다. 따라서 연대금지불조항은 채무법적으로 가능하지 않은가 모색할 필요가 있다.

(2) 채무법적 부분으로서 도입가능성

단체협약의 채무법적 부분이란, 협약당사자들의 권리, 의무를 발생하게 하는 계약적 성질의 협약부분이다. 단체협약의 채무법적 부분은 민법의 계약법리에 따라 그 내용을 가질 수 있다. 비조합원의 연대금지불을 노사간의 채무적 약정으로서 정할 수 있는가에 대하여 다음과 같이 의견이 나뉘어 진다.

¹¹¹⁾ Alfred Hueck RdA 1961, S.146,

- 긍정설

연대금지불제도를 도입할 때, 단체협약의 일방 당사자인 사용자(사용자단 체포함)에게 단체협약의 적용을 받는 비조합원들이 단체협약의 성립과 이행 을 위한 경비와 노력을 위한 연대금을 지불할 때에만 계속 고용하도록 하는 의무를 지우는 것이다. 그리고 노조와 비조합원간에는 연대금지불계약 혹은 연대계약(Solidaritätsvertrag)을 체결할 수 있다는 것이다. 즉 노조와 사용자 는 연대지불계약을 충실히 이행하는 것을 고용조건으로 하는 단체협약을 체 결하는 것이다. 여기서 사전공제(check off)가 당해 사용자에 의하여 이뤄진 다면 비조합 근로자의 연대금은 임금에서 아예 공제되어 노동조합에게 그 금전이 전달될 수 있을 것이다. 이를 거부하는 근로자에 대해서 사용자는 해고의 의무를 부담하는데, 이처럼 해고하는 것은 양속이나 해고제한에 반 하지 않는다고 한다. 왜냐하면 근로자가 단체협약규정들의 이익에 실로 참 여하면서 이런 획득된 근로조건 및 경제적 조건을 위한 연대금의 요청을 거 절한다면 그 행위는 반사회적인 것이고, 그런 근로자를 해고하는 것은 전혀 사회적으로 불공정하지 않고, 『공정하고 올바른 사고에서 나오는 예의감정 (Anstandsgefühl aller billig und gerecht Dekenden)』과 조화를 못 이루지 않기 때문』이라는 것이다.112)

- 부정설

이 견해에 대하여 반대하는 학자는 협약당사자들이 채무법적 부분으로서 비조직 근로자의 근로관계에 부담을 주는 협정을 둘 수 없다고 한다.113) 단체협약상 협약당사자들은 오직 협약의 구속력에 들어오는 근로자나 사용자들의 협약준수에 영향을 줄뿐이지, 제3자에게 부담을 줄 권한(확장된 협약권한 /erweiterer Tarifmacht)은 갖지 못한다고 한다. 게다가 이런 확장을 위한 단체협약의 채무적 부분은 소극적 단결자유를 침해한다고 한다.

생각컨대, 앞서 말한 바와 같이 소극적 단결자유를 적극적 단결권과 동등 하게 노동3권(헌법 제33조 1항)에서 도출하지 않고 일반적 행위 자유의 일

¹¹²⁾ Heußner, "Die Sicherung der Koalition durch sogenannte Solidaritätsbeiträge der Nichtorganisieten". RdA 1960. S.298 ff.

¹¹³⁾ Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 1983, S.1180

부로 보는 입장이라면 헌법상 문제될 것이 없다. 연대금지불조항은 명백히 비조합원에 대한 조직강제를 의미하지도 않고 강력하게 조합에의 가입을 유인하지도 않기 때문이다. 오히려 연대금지불조항은 오히려 비조합 근로자들의 인격(자존심)을 더 존중하는 규정이 될 수 있다고 생각된다. 비조합원의연대금은 일방적인 부담이 아니고, 이익에 대한 그 대가로서 의미를 갖는 것이므로, 보다 공평하고 정당하다고 본다. 특히 노조법 제37조에 의하여 단체협약의 유리한 조건이 비조직 근로자에게 주어지는 사정에서는, 이에 대한 비용부담을 요구하는 것은 정당한 것이다. 그리고 그 요구방법으로서 사용자를 통한 채무법적인 방법은 협약자율의 한계를 벗어난 것이라고 생각되지 않는다. 노조가 비조합원에게 직접 연대금을 강제하지 않기 위하여 사용자를 통한 우회적인 방법을 사용하는 것뿐이다. 따라서 긍정설의 입장을 좇아 연대금지불조항을 단체협약의 채무법적 부분으로서 도입할 수 있다고 본다.

그런데 채무법적 부분으로 연대금지불조항을 둘 때에는 두 가지 점에서 장애가 존재할 것이다. 하나는 그 비조합원이 이를 거부하는 경우이고, 다른 하나는 사용자가 이를 거부하는 근로자에게 해고처분을 내리지 않는 경우이 다.

첫번째 경우에는 단체협약의 채무법적 부분의 효력에 따라 사용자는 그에게 解雇와 같은 不利益한 取扱을 하여야 한다. 연대금지불을 거절한 비조합원에 대한 해고는 정당한 사유가 있을 수 있다고 본다. 이는 사용자의산업평화의 목적 차원에서도 필요하기 때문이다. 여러번 警告를 하고 그럼에도불구하고 이를 이행하지 않는 경우에는 解雇할 수 있을 것이다.

두번째 경우에서, 사용자가 그 비조합원에 대해서 해고를 하지 않고, 계속고용시키는 때에는, 노동조합은 사용자에 대해서 債務不履行에 기한 損害賠償을 청구할 수 있을 것이다. 다만 여기서 발생된 손해가 어느 정도인지 노동조합이 입증하여야 할 것이다. 그러나 노동조합은 解雇權限이 없으므로직접 그 비조합원을 해고시키지 못한다.

이와 같이 해고문제를 발생시키는 부분은 노동조합이 勤勞者의 職場을 빼 앗는다는 점에서 사실상 설득력이 약화된다고 본다. 연대금지불을 하지 않 는 비조합 근로자에 대해 조합의 존립을 보호하기 위해 제재는 있어야 하나 해고로만 일률화하는 것은 과잉침해의 문제도 발생할 수 있다고 생각된다. 따라서 그 제재의 방법은 그 근로자의 不公正한 行爲의 정도에 상응하게 견 책, 감봉, 전직, 정직, 휴직 등의 多樣한 懲戒를 두고 해고는 최후의 수단, 최고의 징계로서 예정하는 것이 좋을 것이다.

또한 이런 제도를 실시함에 있어서는 근로자가 단체협약상 이익받은 바가 없음을 입증한 경우에는 연대금의 지불을 적법하게 면할 수 있는 절차를 마련하여야 한다고 생각한다. 예컨대 노동조합이 근로조건의 개선을 위한 단체교섭 등 노조활동을 하지 수년간 하지 않는 경우에는 비조합원이 연대금을 지불하도록 강요 되어서는 안될 것이다.114)

(3) 제도적 부분으로서의 도입가능성

단체협약의 제도적 부분 내지 조직적 부분이란 집단적 노사관계를 제도적으로 규율하는 단체협약상의 조항을 말한다. 제도적 부분에 해당하는 것은 근로자의 복지증진을 위한 기금설치규정이나 소비자협동조합, 공제조합, 교육훈련 등의 조항이다. 오늘날 노사간에 협동적 관계가 긴밀해지면서 이 조직적 부분의 중요성은 더욱 강조되고 있다. 115) 연대금지불조항을 제도적 부분으로서 도입을 시도한 예를 보자.

- 독일의 예

독일의 건축노동조합 IG-Bau(Industriegewerkschaft Bau-Steine-Erden) 는 1961년 2월 3일 사용자가 모든 근로자로부터 임금의 1%에 해당하는 금

¹¹⁴⁾ 미국에서는 단체협약에 의한 혜택을 받는 비조직근로자라도 종교적인 이유에서나 반노조적 신념에서 연대금의 지불을 거부하고자 하는 자는 이를 입증하는 한 인격권보호의 차원에서 노조에 직접적으로 이익되지 않는 다른 기금에 기부할 길을 열어줌으로써 공평적 사고와 개인의 인격권 모두를 존중한다(U.S.C., Title 29, Sec.169 참조). 이런 점은 연대금지불제도를 시행하면서도 반영되어야 할 점이라고 본다.

¹¹⁵⁾ 독일 단체협약법에 따르면, 『경영 및 경영조직법상의 문제를 규율하는 권리규 법』이 이 제도적 부분에 포함되며, 노사 공동기구의 규율들도 규범적 부분에 속한다. 그리고 제도적 부분의 효력은 원칙적으로 강행적이고 직접적인 규범 력을 미친다.

액을 공제하고 이익보상기금(Vorteilausgleichkasse)으로 보내도록 하는 방안을 제한한 바 있다. 이익보상기금제도는 독일 단체협약법 제4조 2항에서 말하는 협약당사자간의 공동제도(Gemeinsame Einrichtung)에 해당하는 것으로 노사 양측이 모두 사용할 수 있는 복지기금제도라고 이해하면 된다.116) IG-Bau의 제안에 따르면 먼저 조합 근로자들이 기부금을 내도록 의무지워지고 다음에 비조직 근로자들도 마찬가지로 기부금을 내도록 의무지워지는 것이었다. 다만 이 비조합원에 대한 기부금의 요구는 독일 단체협약법(제4조 2항)에 의해서 근거되는 것이 아니고 협약에 들어온 노사간 공동제도조항이 다시 구속력확장선언이 되어 비로소 비조합원에게 적용되는 것이었다. 독일연방노동법원은 공동제도에 관해 일반적구속력선언은 허용된다고 밝혔다.117)

따라서 연대금지불이 노사공동제도가 되는 경우는 조합원인 근로자가 먼저 부담을 해야 하고, 그것이 비조합 근로자에게도 확장됨에 따라 그 비조합원이 공동제도에 연대금을 지불하는 형태를 말한다. 그러므로 비조합원만의 연대금지불로 노사공동제도를 형성하는 것을 말하는 것이 아니다.

- 스위스의 예

독일의 위 예와 유사하게 스위스에서는 비조합원으로 하여금 노사공동체 (Tarifgemeinschaft)에 연대금을 지불하게 하는 제도를 두고 있다(스위스 채무법 제356조의 b). 스위스에서는 기본적으로 단체협약은 협약당사자인 구성원들에게 적용됨을 원칙으로 하지만(동법 제356조 1항), 비조합원인 근로자나 비조직 사용자가 단체협약의 적용에 가담(Anschluß)할 수 있게 하고있다. 비조합원인 근로자와 비조직 사용자가 단체협약의 적용을 받으려면협약당사자의 동의를 얻도록 하는데(동법 제356의 b 1항), 노동조합과 사용자단체는 적정한 連帶金을 납부할 것을 그 동의의 조건으로서 요구할 수 있어서 그 근로자가 그 조건을 승낙한 경우에만 그 단체협약적용에 동의를 하는 것이다(동조 2항). 일단 비조합원이 단체협약의 적용을 받는 자가 되면

¹¹⁶⁾ 이외에 독일에서 노사공동제도로 일컬어지는 것은, 임금보상기금(Lohnausgleich -kasse), 휴가기금(Urlaubskasse), 추가금수당시행기금(Zusatsverordnungs -kasse) 등이다.

¹¹⁷⁾ BAG AP Nr. 1 Zu §4 TVG

그는 단체협약상의 혜택을 받고, 연대금을 노사공동체에 납부하여야 한다. 만일 그가 연대금을 내려고 하지 않을 경우에는 협약당사자는 공동의 청구 권으로서 그 의무의 이행을 요구할 수 있다(협약준수청구권). 이 연대금 단 체협약의 일방 당사자에게만 이익이 되도록 하는 가담계약 (Anschlußvertrag)은 무효로 하고 있다(동법 제356조 b의 2항 단서). 이렇게 하여 형성된 共同基金은 행정당국의 감독하에 놓인다.

그런데 여기서 비조합 근로자가 단체협약의 적용을 받을 것인가를 자유로이 결정할 수 있다.¹¹⁸⁾ 누구든지 협약상의 이익을 얻으려면 협약당사자의 동의를 얻어야 하나 반대로 누구든지 협약에 강요받지 않는 것이다.

이렇게 연대금을 받는 스위스의 노사공동체(Tarifgemeinschaft)는 독일의 (노사)공동제도와 유사하지만 크게 다른 점은 독일의 경우 조합원이 기본적으로 그 공동제도에 적용을 받고 이를 비조합원에게 확장할 수 있는 것에 비해, 스위스의 경우, 조합원이 아닌 비조합원이 직접 협약당사자의 동의를 얻고 연대금만 지불하면 그 노사공동체에 들어가는 점이다(제356조의 b). 스위스에서는 조합원에게 조합비외에 이런 연대금을 부담시키는 것은 이중의 부담을 주는 것으로서 조합원에게 노조를 바꾸게 하는 압력을 주고 노조선택의 자유를 침해하는 것으로 본다.119)

생각컨대, 연대금지불조항을 복지기금에 비조합원이 참여하게 하는 방법과 같이 단체협약의 制度的 部分으로 도입할 수도 있을 것이다. 이런 부분에 있어서는 비조합원의 노동조합에 대한 심리적 갈등을 보다 잘 해소하는 점에서는 장점이 있다고 본다. 즉 消極的 團結權의 侵害와 같은 異議는 나오지 않을 것이다. 이때에는 조합근로자를 중심으로 형성된 복지기금제도에 구속력확장의 방법을 통해 비조합원도 당연히 참여하게 하는 독일의 유형을 채택할 수도 있을 것이고, 아예 노사간의 공동체를 인정하고 그곳에서 공동기금에 비조합 근로자가 자신의 결정에 따라 참여하게 하는 스위스의 방법

¹¹⁸⁾ 단체협약에 관한 일반적구속력선언법 제2조 7항: 단체협약에 관련되지 아니한 개개 사용자나 근로자에게는 협약당사자인 단체에의 가입여부나 당해 단체협약에의 적용여부가 자유롭게 열려 있어야 한다.

¹¹⁹⁾ Frank Visher, a.a.O., S. 275

도 고려할 수 있을 것이다.

그러나 이런 방법들은, 단체협약의 제도적 부분이 노사의 협동적 성질을 내포하는 점에서, 연대금지불조항의 본질과 일치하지 못하는 중요한 단점이 있다. 즉 연대금지불조항은 노동조합의 사용자에 대한 존립보장책으로서 존재하는 것이므로, 제도적 부분의 형태를 취한다면 그 목적을 다하지 못하는 것이다. 다시 말하면 연대금은 노동조합이 사용자측과 대립적 관계속에서보다 유리한 근로조건을 확보하기 위해 소비한 경비를 보상하기 위해 요구된 금전인데, 연대금지불을 요구하는 방법이 노사협동적 수단에 의한다는 것은 대립적 관계라는 전제와 모순이 되는 것이다. 그 연대금의 귀속에 있어서도 이런 경우에는 노사의 공동귀속이 되는데, 이것은 오히려 노동조합에 귀속되어야 할 것이다.

여기서 노동조합이 주체가 되는 복지기금에 비조합원이 연대금의 지불을 통해 참여하는 절충적 방법을 생각할 수 있을 것이다.

바. 小結

전체적으로 정리하면, 연대금지불조항은 근로자 개인의 조합가입 여부에 대한 자유를 기본적으로 존중하는 가운데, 노동조합의 혜택을 받는 데 대한 반대급부차원에서 연대금지불을 요구하는 조항으로서 협약에 도입될 수 있다.

즉 노동조합이 당해 사업장의 동종 근로자의 반수 이상을 조합원으로 확보하고 있다면,120) '사용자로 하여금 비조합원에 대해서 연대금지불을 고용의 조건으로 하도록 하는' 단체협약을 체결하는 것이다. 이 연대금지불제도를 도입하는 방법은, 사용자를 통한 우회적인 방법으로서 채무법적 부분으로 하는 것이 적절하다. 비조합원을 직접 대상으로 해서 노동조합이 연대금지불을 요구할 수는 없기 때문이다.

그리고 그 금전은 조합비와 같거나 약간 하회하는 정도가 적정하고121),

¹²⁰⁾ 노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분지 2를 대표하지 못하여 유니온 숍을 체결하지 못한 때에도, 노동조합은 당해 사업장에 종사하는 근로자의 2분지 1만 확보하면, 연대금지불조항을 주장할 수 있는 것이다.

¹²¹⁾ 조합비와 동등한 수준이 좋다는 견해(Schweingruber, "Entwicklungstendenzen

그 금전은 노동조합에 귀속되어야 마땅하다. 그런 연대금은 사전공제(check off)를 해서 불지급으로 인한 잡음을 최소화하여야 할 것이다.

불지급한 근로자에 대한 제재는 견책, 감봉, 정직 등 여러 단계의 수단을 사용하고 해고는 최후의 수단으로 하는 것이 적절하다.

연대금지불조항에 관한 입법을 마련할 때에는, 현재의 노조법 제37조에 제2항을 신설하여 비조합원의 연대금지급의무를 부과하거나, 제37조의 비조합원에 대한 협약적용에 대한 조건으로서 연대금지불의무를 부과하는 방안을 제의하고자 한다.

3. 非組合員斗 協約排除條項(Tarifausschlußklausel)

다음으로 노동조합의 존립보장으로서 비조합원에 대한 협약배제조항의 도입을 생각해 본다. 앞서 수차 언급한 대로, 단체협약은 노사 각 당사자들의 구성원에 국한하여 적용되는 것이 원칙이지만, 사실상 비조합 근로자에게도 적용되고 있다. 이런 상황에서 노동조합은 비조합원에 대한 협약적용을 막아 근로자로 하여금 모두 조합에 가입하도록 이끄는 시도를 하게 된다. 노동조합에 가입한 근로자만 단체협약을 적용하고 비조합 근로자에게는 그 협약을 적용하지 않게 하는 이런 조항이 법적으로 가능한지 보기로 한다.

가. 협약배제조항의 개념

먼저 협약배제조항이란 협약상의 근로조건들을 비조직 근로자와 타조직근로자에게 적용하는 것을 사용자에게 금지하는 조항이다. 협약적용을 배제받은 근로자는 개별적인 근로계약에 의하여 자신의 근로조건이 정해지는데, 그런 만큼 유리한 협약상의 혜택이 주어지지 않는다. 이런 협약배제조항은 一般的協約排除條項과 制限的協約排除條項으로 구분된다. 일반적협약배제조항은 비조직 근로자에 대해서만 협약적용을 배제하는 것인데 반해, 제한적협약배제조항은 타조직 근로자에 대해서도 협약적용을 배제하는 것이다. 이

in der Praxis des Gesamtsvertrages(1947), bes., S.41 f.; Gysin, RdA 1950, 6). 조합비의 3분지 2 정도로 하는 것이 좋다는 견해(스위스 연방법원 BGE 75Ⅱ 305 ff.; Heußner, a.a.O., S.298).

러한 협약배제조항은 사용자들의 개별 근로계약을 통한 법률관계형성의 자유 (Gestaltungsfreiheit)와 내용형성의 자유(Inhaltsfreiheit) 를 제한한다.

한편 협약배제조항의 한 형태로서 隔差條項(Differenzierungsklausel)이 있는데, 이것은 노동조합에 소속된 근로자가 비조직 근로자나 타조직 근로자들에게는 제공되지 않는 給付(賃金, 休暇, 特別手當)들을 추가적으로 받아일정한 격차를 유지하게끔 하는 것을 목표로 한다. 이것은 협약배제조항과반대로 적극적인 방향에서 조합 근로자에게는 추가적인 급부를 제공하게 하는 것이다.122) 이밖에 격차조항과 유사한 것으로서 間隔維持條項(Spannenklausel/Abstandsklausel)이 있는데, 사용자는 노동조합에 소속된 근로자들을 위하여 일반적으로 관행이 되어온 금액만큼 증가시켜서 조직 근로자들에게 보수상의 우위를 자동적으로 유지시키는 것이다.

나. 헌법상의 단결권위반여부

制限的協約排除條項은 그 조항을 체결한 당사자인 노동조합에 가입된 근로자에게만 협약을 적용하고 그 외의 모든 근로자는 협약적용을 배제하는 것이기 때문에 대체로 헌법상 단결권에 반한다고 할 수 있다. 무엇보다도 적극적 단결권의 침해가 문제될 수 있는데, 근로자가 적극적으로 노동조합에 가입했음에도 불구하고 단지 특정 노조에 가입하지 않았음을 이유로 사용자의 임의에 의한 협약적용을 막는 것은 조합선택의 자유에 반하기 때문이다.123) 여기서 단결에의 가입을 거부한 비조합원에게 사용자가 단체협약

¹²²⁾ IG Bau(건설연맹)와 섬유 노동조합에서는 1960년대 단체협약상의 격차조항을 도입하여, 그 결과 몇년 동안의 단체협약상의 첨예한 논쟁을 이끈 바 있다. 섬유의류노조는 단체협약에서 60DM 상당의 추가적 휴가금을 포함시키려 했는데, 그것은 노동조합에 조직된 근로자들에게만 배타적으로 제공되어야 하는 것이었다. 단체협약은 다음의 문구로 작성되었다고 한다.

[&]quot;회사에 고용되었지만 섬유의류노조에 조직되지 않은 사업장의 근로자들이 이 협약에서 정해진 청구권을 상회하는 수준의 임금이나 그 밖의 급부를 받는다면, 회사에 고용되고 노조에 가입한 근로자들은 원래 협약에서 정해진 급부외에, 비조직 근로자들에게 추가적으로 주어지는 정도와 동일하게 금전 및기타 보조금을 받아야 한다."(출처, Wiedermann/Stumpf, a.a.O., Einleitung, Rdnr.74)

을 적용하지 않겠다고 약속하는 것은 적극적 단결권의 침해에 해당되지 않는다.

다음으로 一般的協約排除條項은 오직 비조합원에게만 협약상의 혜택부여를 거절하고 타조합 근로자에게는 그 적용을 배제하지 않는 것이기 때문에, 단결권보장에 저촉이 되지 않는다는 견해도 있고 여전히 저촉이 된다는 견해도 있다:

단결권보장에 저촉되지 않는다고 하는 입장은, 단결권의 내용을 적극적 단결권으로만 파악하고 소극적 단결권을 그 내용으로 인정하지 아니하여 비 조합원에 대해서 협약을 적용하지 않는 것은 단결권위반이 아니라는 것이 다.124) 타조합 근로자는 협약적용이 배제되지 않기 때문에 그의 단결선택의 자유나 적극적 단결권은 문제가 되지 않는다. 또 근로자의 소극적 단결권을 인정하되, 그 내용을 인간의 일반적 행위자유로 파악하는 입장은 비조합원 에 대해 사용자로 하여금 협약적용을 배제하게끔 한다 해서 비조합원의 인 격성장을 위한 행위의 자유를 침해하는 정도에는 이르지는 않는다고 본다. 125)

반면에 단결권의 내용을 적극적 단결권과 소극적 단결권을 동등하게 인정하는 입장은 비조합원이 단체협약의 적용배제를 피하기 위해 원하지 않는 조합원의 지위를 갖게 된다는 점에서 협약배제조항은 제한적이든 일반적이든 소극적 단결권의 침해라는 것이다.126)

¹²³⁾ Heußner, a.a.O., S.296; Nikisch, Arbeitsrecht II §59 II, 2, S.37;

¹²⁴⁾ 片岡 昇, 前揭書, 97面; 西谷 敏, 前揭書, 138面: 해고와 결부되지 않는 조직강 제 - 오히려 조직유도라고 말할 수 있는 - 협약적용차별조항이나 협약적용배 제조항 등은 만일에 일본에서 체결되었다고 하면, 적어도 소극적 단결권의 관점에서도 헌법 위반의 평가를 받아야 할 것으로는 생각되지 않는다.

¹²⁵⁾ Heußner, a.a.O., S.297; 이밖에 Biedenkopf, Isele(JZ 1966, S.585, 587), Säcker (BB 1966, S.1032, 1033) Gaperin 등의 입장이라고 한다(출처, Wiedermann/ Stumpf, a.a.O., Einleitung, Rdnr. 74).

¹²⁶⁾ Böttischer, BB 1965, S. 1077, 1079; BAG의 제1부는 1967. 2. 21. 결정으로 대심원에 이 사건을 넘겼다. 대심원은 1967. 11. 29. 결정을 통해 판정하기를, 협약이 체결된 노조에 조직된 근로자와 타조직근로자 또는 비조직된 근로자간에 단체협약상 차별이 있을 수 없다고 하였다. 판결이유에서 다음을 지적하였는 바, 일반적인 격차조항들은 기본법 제9조 3항에 따른 이 소극적 단결자유

차별조항이나 격차유지조항도 위와 같이 제한적인 차별조항이나 격차유지 조항인 경우에는 특정 조합원에 대한 우대를 내용으로 하기 때문에 나머지 조합원들에게는 차별을 당하게 한다는 점에서 적극적 단결권 위반이라고 판 단될 가능성이 많고, 일반적인 차별조항이나 격차유지조항은 소극적 단결권 을 적극적 단결권과 동등시하지 않는 경우에만 비조합원과 조합원간의 적정 한 차별로서 인정될 수 있다고 할 것이다.

생각컨대 협약배제조항이나 차별조항, 격차유지조항은 조합의 존립보장을 위해서 정당한 것으로 인정될 수 있어야 한다고 본다. 다만 그 협약배제의 결과나 차별의 정도가 문제가 될 수 있다고 본다. 예컨대 그 배제의 내용이 근로조건의 일부에 한정되거나 조합비 정도라면, 또 우대의 정도가 조합비보상의 의미를 갖는다면 그것은 허용될 수 있어야 한다고 본다. 이런 경우에 소극적 단결권을 이유로 헌법위반에 해당된다고 할 수 없다. 이것은 노력없이 협약의 혜택을 받는 근로자의 개인적인 자유보다 노동조합의 존립보장이 우선되어야 한다는 점에서 그 근거가 있다. 또한 비조합원이 부담하게되는 불이익이 해고나 이에 상응한 징계가 아니라 근로조건상의 약간의 차이라는 점에서 근로자 개인의 이익을 과잉침해하는 것이 아니라고 본다.127)

를 위법하게 제한하였고, 그외에 그 조항들이 단체들의 협약관할(Tarifmacht) 내에 들어오지 않는다는 것이다. 이 결정에 반대하여 노동조합은 헌법소원을 제기하였는데, 그 소장에서 노동조합은 위 연방노동법원의 판결은 기본법 제9조 3항의 적극적 단결자유를 침해하는 것이라고 비난하였다. 그러나 연방헌법 재판소는 이 헌법소원을 기각하였다. 헌법소원의 요건은 연방노동법원의 해당부서에 의한 최종적 판결이 있은 후에 비로소 성립된다고 한다. 이런 절차에서 당사자들은 절차의 중단에 합의하였다고 밝혔다. BAG의 대심원이 내린 결정은 학자들에게서 여러 측면에서 거부를 당했다. 예: E.H. Ritter, JZ 1969, S.111 (이상의 내용은, Wiedermann/Stumpf, a.a.O., Einleitung, Rdnr.74에서 발췌한 것임).

¹²⁷⁾ 참조, Wiedermann/Stumpf, a.a.O., Einleitung, Rdnr.76: 모든 차별이 그 자체로서 위법한 압력으로서 그리고 소극적 단결자유의 침해로서 표시될 수 없다. 각 사람이 단체가입에 관한 결정에 대하여 눈에 띨 정도로 크지 않은 다양한 차별취급은 독일 기본법 제9조 3항을 위반하지 않는다... 비조직 근로자, 타조직 근로자들에게 주기로 된 우선적 취급이, 개인들의 결정의 자유를 침해하지 않는 정도로서 노동조합비보다 낮은 정도이면, 그것을 헌법위반이 아니라고

다. 단체협약원리와의 문제

헌법상 단결권위반이 아닌 경우에도, 협약배제조항을 단체협약에 도입하는 경우에 협약당사자들의 규율권한(Tarifmacht)내에서 가능한 일인가 하는 문제가 제기될 수 있다.

협약배제조항은 노동조합이 사용자에게 비조합원(타조합원 포함)에 대해서는 협약의 근로조건을 부여하지 말라는 것이므로, 단체협약의 규범적 부분으로 도입되기는 어렵고 채무법적으로만 도입될 수 있을 것이다. 즉 단체협약 내에 동 조항이 설정된 경우, 사용자는 비조합원 근로자에게 협약의적용을 배제해야 할 의무를 부담하는 것이다.

이 협약배제조항에 대한 학설상의 견해는, 비조합원에 대한 협약배제조항이 협약당사자들의 규율권한 밖의 것이라고 하여 협약배제조항(및 격차조항)은 효력이 없다고 한다.128) 이밖에 별다른 견해가 나오지 없는데, 독일에서는 이와 관련하여 많은 논의가 있었다. 독일의 판례와 학설에 따르면, 이런 협약배제조항은 적법하지 않다고 한다.129) 그 이유는 대체로 노사 당사자가

할 것이다. 그러므로, 노동조합원들에게는 자기 조합비에 대한 일부 보상금이나 사례금이 제공될 수 있다. 조직근로자에게 보장되는 이득이 실제로 상당한유혹(Anreiz)으로 나타날 수 있으나, 아직 위법한 압력(Druck)으로는 드러나지 않는다고 하면, 노동단체의 유지와 사회적 자치행정기능상 능력이라는 利益과 소극적 단결자유의 保護利益간에 어느 것을 우선시킬 것이냐 하는 이익형량의 문제가 남을 것이다. 두 법익은 기본법 제9조 3항에 의해서 모두 보호된다.

¹²⁸⁾ 김형배, 협약관할에 관한 제문제, 『노동법연구』, 1991, 303면; 정기남, 단체교섭의 주체와 대상, 노동법학 제3호(1991), 42면.

¹²⁹⁾ 그 이유로는 규범적 부분으로 노사간에 합의할 수 없는 것(비조합원에 대해서 규율할 수 없는 것)은 채무법적으로도 합의될 수 없다고 하거나, 노동조합은 오늘날 오직 조직원들만 대표하는 것이 아니라 직장전체(Berufsstand) 및 이에 포함된 비조합원도 대표하는 직장의 한 기관(Berufsorgane)으로 보아야 하기 때문에 비조합원에 대해서 협약배제를 요구하는 것은 노동조합의 지위와 맞지 않는다고도 하고, 또 이런 배제조항은 특히 사용자에게 조합근로자만 우대하도록 협약을 통해 요구하는 것이므로 사용자들에게 기대될 수 없다고도 한다(이와 같은 독일의 학설의 입장에 대해서는 Wiedermann- Stumpf, a.a.O., Einleitung Rdnr.171 이하 참조).

비조합원을 규율하는 것은 협약권한의 한계를 넘어선다는 것이다.

생각컨대, 노사 당사자가 비조합원에 대해서 일체 협약상 정하지 못한다는 것은 규범적 부분에 한정되는 것이고, 그 밖의 부분에서는 정함이 가능하다고 본다. 특히 채무법적으로 노사는 비조합원에 대해서 정할 수 있다고보아야 한다. Union shop 이나 연대금지불조항이나 또 이 협약배제조항이나모두 불가피하게 비조합원을 대상으로 하게 되기 때문에 협약권한의 한계를지나치게 문제삼으면 어떤 shop조항도 효력을 인정받을 수 없을 것이다. 노동조합의 존립보장의 차원에서 비조합원에 대한 사회적으로 상당한 정도의우대나 차별은 협약자치권내에 들어 올 수 있다고 본다.

입법적으로 적정한 정도의 협약배제조항이나 차별조항이 인정된다면, 더이상 다툼의 여지는 없을 것이다. 그러나 현행 노조법 제37조의 규정은 그반대로 해석될 여지가 크다.

라. 노조법 제37조와의 문제

우리 노조법 제37조는 일정한 조건하에 비조합원에게 단체협약의 적용을 규정하고 있다. 즉 하나의 공장사업장 기타 직장에 상시 사용되는 동종의 근로자의 반수 이상의 근로자가 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 당해 공장·사업장 기타 직장에 사용되는 다른 동종의 근로자에 대하여도 당해 단체협약이 적용된다고 하는 것이다. 따라서 위와 같이 사업장내 일정한 직종의 근로자들중 50%이상이 조합원으로서 단체협약에 적용받고 있다면, 나머지 근로자, 즉 비조합원들은 자동적으로 단체협약을 적용 받도록 되어 있는 것이다. 그런데 이런 경우 노사간에 비조합원에 대한 협약적용배제조항을 둔다면 이것은 유효할 것인가?

우리나라 행정해석에 따르면, 단체협약으로 제37조의 적용을 배제할 수 없다고 한다. 그 이유는 단체협약의 일반적 구속력제도가 근로조건이 다른 비조합원으로 인한 조합활동 방해 등을 방지하기 위한 제도이기 때문이라고한다.130)

^{130) 1982.11.12.} 노조 1454-30795.

생각컨대, 노동부는 제37조는 대단체협약상 강행규정으로서 단체협약에 의해서 달리 정할 수 없다고 보고 있다. 이런 해석은 정당하다고 본다. 따라서 협약배제조항을 두는 것은 바로 노조법 제37조에 의해서 무효가 될 여지가 크다. 또한 차별조항이나 격차유지조항도 제37조에 의해서 효력이 부인될 가능성이 높다고 할 것이다.

그러나 이와 같이 노조법 제37조가 자동적으로 조합원과 비조합원간의 차별을 금하고 있다고 하면, 노조의 조합원이 되려는 자극이 더이상 없게끔 이끄는 것은 분명하다고 생각한다. 이런 점에서 동 조항은 노동조합의 존립보장을 위한 노력을 상당부분 제한하고 있는 규정이라고 할 수 있다.131)

마. 小結

협약배제조항이나 격차조항은 노동조합의 존립보장 차원에서 근로자에게 적절한 정도의 압력이나 자극을 주는 것이다. 그리고 노동조합에 가담하지 않는 자는 그 혜택도 받지 말 것을 요구하는, 공정성에 입각한 조치라고 본다. 또한 이 조항은 노동조합에 불가입한 자에 대해서 해고의 위협을 가하지 않는 점에서 보다 완화된 형태의 단결강제라고 할 수 있다.

그러나 조합원과 비조합원간에 적정한 차별을 하는 것보다는, 조합원, 비조합원 할 것없이 동등한 대우를 받도록 하고, 또 동등한 부담을 하도록 하는 조치가 근로자들간의 연대성을 도모하는 점에서 더 바람직한 면이 있다고 본다.

¹³¹⁾ 동 조항으로 인하여 노동조합은 성장하지 않을 뿐더러 심지어 쇠퇴할 수 있는 위험성도 있다고 본다. 여기서 동 조항을 수정하여 비조합원의 비용부담을 추가하거나 연대금지불조항을 도입해야 할 필요성을 다시 한번 생각하게 된다. Hagemeier/Kempen/Zachert/Zilius, Tarifvertragsgesetz (Kommentar für die Praxis.) § 5, Rdnr.37에서도 일반적구속력선언으로 인하여 노조는 조합원의 감소효과의 두려움을 갖게 된다고 지적한다. 비조합원들은 비용부담없이 혜택을 누리고 조합원자격이 불필요하다는 생각을 갖게 된다는 것이다.

第 5 章

非組合員과 團體協約

비조합원은 노동조합에 가입하지 않은 근로자다. 노동조합이 사용자와 단체교 섭을 하고 단체협약을 체결하는 것은 원칙적으로 조합원을 위한 것이고, 비조합 원을 위한 것이 아니다. 그러나 예외적으로 비조합원은 단체협약에 의하여 규율 될 수 있다고 보아야 할 경우도 있고, 단체협약의 적용을 받게 되는 경우도 있 다. 이런 비조합원과 협약규율간의 문제를 풀기 위해서는, 협약자치권의 법적 근 거와 그리고 협약의 구속력범위와 그 구속력의 비조합원에 대한 확장제도를 보 는 것이 필요하다.

1. 協約自治權(Tarifmacht)과 非組合員

가. 협약자치권의 근거

단체협약은 크게 협약당사자들의 권리, 의무를 정한 채무법적 부분과 그 구성원들의 근로계약을 규율하는 규범적 부분으로 나누어 진다. 채무법적 부분은 개별법적 계약으로 파악하여 계약법리에 따라 해결할 수 있는 부분이다. 그러나 규범적 부분에 있어서는 협약당사자들의 規律權限(협약자치권/Tarifmacht)이 어디에서 오는지 설명하는데 어려움이 많다. 단체협약의 규범적 부분에 대하여 協約當事者에 의해 形成된 自治的 規範으로 보는 데 큰 異見이 없지만, 그 규범성이 노동조합이나 사용자단체의 구성원들의 의사에서 오는가(代理說) 아니면 그

단체의 고유한 성질(團體說)에서 오는가 아니면 국가의 수권에 기인하는가(授權 說) 등으로 견해가 갈린다.

代理說은, 단체협약당사자의 規律權限을 구성원들의 의사로부터 도출하는 견해인데, 협약당사자들은 각 구성원들의 대리인으로서 단체협약을 체결한 것이고, 구성원들이 자신들의 근로계약의 내용을 노동조합이나 사용자단체를 통하여 형성하고자 한 의사에 기초해서 협약당사자들은 구성원들의 계약에 대한 규율권한을 갖게 된다고 한다.[132] 그러나 이 견해는 단체협약이 강행적으로 구성원들의 근로계약에 대하여 효력을 발휘하는 것을 설명하지 못하며, 특히 그 단체협약이 구성원들에게 불리한 것을 정한 경우, 대리관계에서는 본인이 이를 변경시킬 수 있음에도 불구하고, 근로계약의 내용이 되는 것을 설명하기 어렵다.

한편 團體說은, 구성원들의 의사와는 달리 團體에 固有한 權限이 있다고 본다. 단체는 자신의 명의로 활동하며 그 구성원의 이익을 위해 노력하는데, 단체협약의 효력은 오직 그 조직원들에게만 미친다는 것이다. 협약당사자에게는 구성원들의 이익이 위탁되어 있지만, 그 이익을 보호해야 할 협약당사자 자체의 고유한 이익도 있다는 것이다. 이러한 견해는 전통적으로 통설의 위치를 점하여 왔지만, 133) 오늘날 그런 전체적 입장에서 다시 세분되고 있다.

¹³²⁾ 독일에서 1918년의 단체협약령이 시행되기 전에, 대리설은 단체들이 그 구성 원들을 대리하여 단체협약을 체결한다는 한다거나 그 소속원들의 이름으로 동시에 그들의 계약을 체결하는 것이라고 주장하여왔고 지배적인 견해가 되 었다. 그러나 1918년 단체협약령에 의하여 단체협약규범은 구성원들의 계약에 대한 직률적 효력을 부여받자 곧 약화되었다. 그후 Ramm, Die Parteien des Tarifvertrages(1961)은 대리설의 입장에서 새로이 주장하였는데 (Differenzierungstheorie). 그에 따르면, 단체의 구성원이 협약상규정에 구속되 는 것은 그 조직체가 자신의 구성원을 대리하여 단체협약을 체결한다는 것에 의해 적법해진다고 하다. 사용자 측에서는 대리권의 수여에 의하여. 근로자 측에서는 현재 및 장래의 조합원을 위한 사회적 후견(sozial Vormundschaft) 으로 그런 효과가 발생된다고 한다. 여기서 Ramm은 근로자의 부분적인 사회 적 금치산상태를 언급하였다. 그러나 여전히 단체협약의 직률적 효력과 경영 상 및 경영조직법상 규범(독일 단체협약법 제3조 2항/이 규범은 비조합원에게 도 적용됨)의 존재를 설명할 수 없다고 한다(이상 Wiedermann-Stumpf, Tarifvertragsgesetz, §1 Rdnr.67를 참조바람).

¹³³⁾ 독일 단체협약법의 규정이 단체협약의 규범적 효력을 인정하고 있어서 단체설

즉 단체설중에서 授權說(Delegationstheorie)이 있는데, 그것에 따르면, 규범제 정권은 국가의 독점적 권한이므로, 협약당사자들이 그런 規範制定權(Rechts -setzungsbefugniß)을 갖는다는 것은 국가가 자신의 권한을 노동조합과 사용자 단체에게 부여한 것으로 이해할 때에 비로소 인정될 수 있다는 것이다. 134)

여기서 수권설은 다시 법률에 의한 수권(우리나라 노동조합법 제36조/독일 단체협약법 제1조 1항)과 헌법에 의한 수권(우리나라 헌법 제33조/독일 기본법 제9조 3항)으로 나누어지기도 한다.135) 법률에 의한 수권설은 단체협약의 법률에 대한 우위를 인정하지 않지만, 헌법에 의한 수권설은 단체협약을 법률과 동등하게보고, 근로조건 유지 개선과 같은 협약자치의 핵심적 영역에서는 단체협약의 우위를 인정하는 입장이다.136) 여하튼 단체협약을 국가의 수권에 의해 여타 법규범과 같이 高權的 性質이 있는 것으로 본다.137)

또 단체설과 대리설의 절충적 견해도 있다. 단체협약은 社會的 自治規範이라는 입장에서, 조합원들은 자신들의 개별적 근로관계의 내용을 노동조합이 협정한 단체협약에 의하여 형성하고자 의도하고 있는 점과, 노사의 규범제정권은 私的自治 次元에서 노사간의 집단적 관계를 규율하는 團體協約의 本來的(originär) 性質에서 나온다는 점을 든다.138) 이 견해는 노사 협약당사자에게 고권적 성질

의 입장에 있다고 할 수 있고, 이외에도 연방노동법원의 판례(BAG AP Nr.17 zu §1 TVG)나 통설(Hueck-Nipperdey, Nikisch, Nipperdey-Säcker)이 지탱하고 있는 입장이다.

¹³⁴⁾ BVerfGE 4, 96(106 ff.); BAG AP Nr.4,16, 18 zu Art.3 GG; AP Nr.13 zu Art.9 GG.; Biedenkoff, Grenzen der Tarifautonomie, S.102 ff; W.Weber, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, 1965, S.24

¹³⁵⁾ 이종복, 조합내 의사결정과정과 단체교섭, 사법관계와 자율, 485면

¹³⁶⁾ 독일에서 헌법에 의한 직접 수권설은 Biedenkoff, Grenzen der Tarifautonomie, S.102 ff.가 취한 학설이다.

¹³⁷⁾ 同旨. 이병태. 최신노동법. 182면; 박상필. 한국노동법. 438면.

¹³⁸⁾ 김형배, 노동법, 490면; 독일에서는, Zöllner(____, Arbeitsrecht, 4.Aufl., §33, IV 3)가 이런 입장인데, 단체가 법제정권한을 갖기 위해서는 규율의 정당성 (Regelungslegitimation)을 가져야 하며, 그 정당성은 각 구성원들의 단체가입에 의해서 주어지는 것이라고 한다. 이런 구성원들의 가입행위(완전히 사법상의 행위)가 없다면 각 구성원에 대한 규율권한은 있을 수 없다고 한다. 따라서 협약자치는 전적으로 사적자치의 일부로 봐야 하며 단지 법률규정에 의해서 우위의 국면(höheren Ebene)에 있을 따름이고 일체 고권적인 권한을 입법

의 권한을 부여하는 것에 대해 의문을 제기하고, 사적자치차원에서 협약당사자 의 규범제정권한을 찾으려는 견해이다.

생각컨대, 헌법이나 법률의 규정에 의해서 집단적 노사주체에게 입법행위의 권한이 수여된 것으로 보는 견해는 단체협약의 규범적 효력을 설명하는데 뛰어 나다고 본다.따라서 수권설의 입장에서 협약자치권을 이해하는 것이 명쾌하다고 생각한다. 다만 협약당사자들의 규범제정권한은 勞使 團體 自體에서 나오는 權 限으로서,139) 각 구성원들이 각 협약당사자에 가입에서 규율의 정당성을 찾는 견해도 설득력이 있다고 본다.

나. 비조합원에 대한 규율

(1) 이와 같이 협약권한의 근거를 국가의 수권 혹은 구성원들의 단체에의 가입 의사와 단체의 고유한 성질 등에서 찾는 경우에, 노사 당사자들이 비조합원에 대 해서도 규율을 할 수 있는가 하는 문제도 그 원리에 따라 해결될 수 있다.

授權說은 기본적으로는 협약당사자들의 규범제정권한을 단체협약의 적용을 받는 조합가입 근로자들에 국한된다고 본다.140) 그러나 예외적으로 비조합원에 대해서도 규율할 수 있다고 본다(이를 擴張된 自治 erweitere Tarifautonomie라 한다). 즉 일반적 구속력 선언(행정관청의 결정)이 있는 경우 협약당사자가 정한단체협약은 비조합원에게도 적용된다는 것이다.141) 이렇듯 일정한 요건(행정관청의 결정=국가의 협력)이 충족된 경우에는 단체협약당사자에 의한비조합원에 대한 규율도 인정될 수 있다는 것이다.142)

자로부터 부여받을 수 없다고 한다.

이외에 Bötticher도 근로자와 사용자는 단체에의 가입을 통해서 단체의 형성 권에 "복종"하게 된다고 보았다. Rihardi도 Bötticher의 입장에 동조하면서 단 체협약의 효력을 사적자치의 일부로 파악한다(참고, Söllner, Grundriß des Arbeitsrechts, §15 I).

¹³⁹⁾ Zöllner/Loritz, a.a.O., S.336

¹⁴⁰⁾ 이종복, 조합내의사결정과정과 단체교섭, 사법관계와 자율, 484면

¹⁴¹⁾ Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, S. 106

¹⁴²⁾ Biedenkopf, a.a.O., S. 100 특히 일반적 구속력선언으로 인하여 비조합원에게 적용되는 단체협약은 노사가 정한 사항이므로, 결과적으로 노사의 단체협약자

이에 대해서 조합원의 단체가입의사에 기초하여 규범설정권한을 찾는 후자의 견해는, 비조합원은 어느 단체에 대해서도 법설정을 위한 위임을 하지 않았기 때문에 노사의 규율제정권에 의해서 규율될 대상이 아니라고 설명한다.143) 단체 협약은 경우에 따라서 조합원에게 불리한 내용으로도 정할 수 있기 때문에, 더 더욱 비조합원에 대해서는 규율을 정해서는 아니된다는 것이다.

생각컨대 어느 설도 협약당사자들이 비조합원에 대해서 고유한 규율권한이 없다는 원칙은 부정하지 않는다. 이런 점에서 협약당사자들의 고유한 규율권한은 조합원과 사용자단체 구성원에 국한된다는 것은 변함이 없다고 해야 한다.

다만 법률규정에 의한 단체협약의 확장에 대해 원칙의 예외로 보면서도 협약 자치에 의한 비조합원의 규율가능성을 보고 있는 수권설을 무시할 수 없다고 생 각한다.144)

(2) 또한 같은 예외로서 단체협약의 내용에 따라서 비조합원에 대해서도 규율

치와 연관이 있다고 본다.

¹⁴³⁾ Zöllner/Loritz, a.a.O., S. 382, 그는 비조합원에 대한 법설정이 국가의 수권만에 의해서 고려될 수 있다는 것은 허용될 수 없다고 하고, "확장된 협약자치"와 같은 불분명하고, 적절하지 못한 개념으로 이런 명백한 사실이 은폐될 수 없다고 한다; 김형배, 노동조합의 대표성과 제2노조의 문제, 18면: 노동조합은 조합구성원의 근로조건의 유지와 개선을 목적으로 하는 단체이기 때문에 원칙적으로 그 노동조합의 구성원이 아닌 근로자들에 대해서는 어떠한 권한도가지지 않으며 의무도 부담하지 않는다.

¹⁴⁴⁾ 우리나라 노동조합이 기업별체제를 취하고 있고, 사업장 전근로자의 60% 정도를 평균적으로 대표하는 현실에서는, 수권설이 인정하는 예외가 폭넓게 존재함을 부인할 수 없다. 특히 현행 노조법 제37조에서 사업장내 동종 근로자의 50%가 단체협약에 적용을 받는 경우,나머지 동종 근로자(비조합원)도 어떤 행정관청의 결정없이 자동적으로 협약의 적용을 받도록 한 점은, 더더욱 협약당사자들의 규율권한과 비조합원의 관계를 가깝게 하는 결과를 가져왔다고 본다. 동법 제38조의 지역적 구속력에 있어서도 행정관청의 결정(일반적구속력선언)에 따라 단체협약이 확장적용될 수 있게 되어 있지만, 행정관청의그 결정은 적용대상을 확장할 뿐이지, 단체협약의 내용 자체는 변경시키지 않는 점에서도 노사간의 협약은 비조합원에게도 큰 의미를 가져다 주는 것은 부인할 수 없다고 본다.

할 수 있는 경우가 있다고 본다.

- ① 비조합원에게 유리한 내용의 규정은 단체협약에서 정할 수 있다고 본다. 예컨대 휴가기금제도나 연금제도와 같이 비조합원에게도 유리한 내용의 규정들은 비조합원을 대상으로 해서 규율하더라도 가능하다고 본다. 이것은 민법 제539조에 의한 제3자를 위한 계약으로도 이해할 수 있다고 본다.
- ② 또한 사업장의 모든 근로자에게 다 해당되어야 할 복무규정이나 사업장의 질서유지를 위한 규정들은 비조합원에게도 적용될 수 있다고 본다. 예컨대 화장실, 엘리베이터 등 제반 사업장시설의 설치와 사용, 재해방지시설의 수칙과 같은 것들은 비조합원을 대상으로 정하더라도 협약권한의 한계를 넘어선 것이 아니다. 145) 이것은 비조합원이 노동조합에서 떨어져 나와 있다 하더라도 그 사업장에 관한 다수 근로자들의 總意를 무시할 수 없다고 보아야 할 것이다. 146)
- ③ 다음으로, 노동조합의 존립보호 차원에서 각종 shop조항(단결강제조항 /union shop; agency shop; 격차조항 등)을 두고, 여기서 노사가 비조합원에 대해서도 규정을 할 수 있는가 하는 문제를 물을 수 있다. 이것은 비조합원들의 근로조건에 대해 規範的 部分에서 規律하는 것이 아니라 노동조합의 존립보호를 위해서 협약당사자가 비조합원을 포함한 전 근로자에 관하여 合意하는 것(債務的 部分)이다. 따라서 이런 점에 있어서는 노사의 規律權限은 각 構成員에 한정된다는 위의 원칙에 반하지 않는다고 보아야 한다. 다만 shop 조항들중에는 헌법상의 소극적 단결권에 반하는 것이 있을 수 있는데, 그런 조항의 효력문제가

¹⁴⁵⁾ Zöllner, Tarifmacht und Aussenseiter, RdA, 1962, S. 454

¹⁴⁶⁾ 독일 단체협약법 제3조 2항에서 이를 규정하고 있다: "경영상 및 경영조직법 상 문제에 관한 단체협약의 규범은 사용자가 협약의 구속력범위에 들어오는 경우에 그의 모든 사업장에 적용된다." 이런 경영상 경영조직법상 단체협약규범을 경영규범(Betriebsnorm)이라고 하는데, 사용자의 사업장조직권한 (Organisationsgewalt)을 규율하는 모든 권한을 말한다. 단체협약은 근로자를 위하여 기업가의 조직형성에 관한 자유를 제한할 수 있는 것이다. 경영규범에는 전근로자 내지 일부집단의 근로자에게 기여하는 모든 규정, 예를 들면 작업공간의 난방, 환기, 근로자보호시설, 특별한 사회보장기구의 설치 등이 이에속한다. 근로시간의 시작과 종료시각, 임금지급시기에 관한 규정도 사업장의통일적 절차를 보장하는 점에서 경영규범에 속한다. 또한 질서규정 (Ordnungsnorm), 복무규정은 사업장에서의 근로자가 취해야 할 행태에 관한 규정으로서 전형적인 경영규범에 해당한다.

발생할 수 있다. 우리나라에서 소극적 단결권을 적극적 단결권과 동등하게 인정하는 입장에서는 그 조항은 위헌이 되어 효력을 상실하게 될 것이다. 반면에 소극적 단결권을 근로자 개인의 일반적 자유로 보거나 아예 소극적 단결권을 부인하는 학설의 입장에서는, 이런 조항의 도입은 단결권위반이 되지 않는다.147)

2. 團體協約拘束力範圍(Tarifgebundenheit)와 非組合員

단체협약은 본래 노사 협약당사자들의 구성원에게만 적용된다. 이것을 團體協約의 拘束力範圍라고 한다.148) 노조의 경우 단체협약은 조합원에게만 적용되고 사용자측의 경우, 사용자단체가 협약당사자인 때에 단체소속 사용자에게만 적용되는 것을 말한다. 이와 같이 각 협약당사자의 구성원 내지 소속원에게만 적용되는 것은 단체협약당사자들의 法制定權과 그 適用은 오직 그 구성원들에게만 한정되는 것이 憲法의 基本精神에 부합하기 때문이다. 또한 근로자들이 각 해당자가 조직에 가입하므로써 그 조직에게 단체협약이라는 규범을 통해서 자신을 구속할 권한을 부여한 점에 기하더라도 그렇게 보아야 할 것이다.149) 이런 권한수여를 하지 않은 비조합원은 원칙적으로 단체협약에 의한 구속을 받지 않는 것이 타당하다.

그러나 이러한 단체협약의 구속력범위에 대해서 우리나라 노동조합법에서 명

¹⁴⁷⁾ 따라서 소극적 단결권은 근로자 개인의 일반적 자유로 파악하여야 할 것이다 (이에 대하여는, 제3장 3. 나). "소극적 단결권의 헌법적 근거" 참조.

¹⁴⁸⁾ 한편, 단체협약의 구속력범위는 단체협약의 강행적, 직률적 효력이 미치는 대상의 범위이므로, 단체협약의 효력범위(Geltungsbereich)와는 구별된다. 단체협약의 효력범위는 협약당사자들이 임의로 특정조항을 적용할 수 있는 인적범위로서 예컨대, 특정 수당이나 휴가에 있어서 파트타이머를 제외한다든지보조직 근로자를 제외하는 것과 같은 것이다. 독일에서는 단체협약의 구속력범위는 입법자가 법률규정을 통해서 결정한 것이기 때문에 협약당사자들의합의로서 변경할 수 없는 것으로 본다. 우리나라는 이런 명시규정이 없더지만, 단체협약의 구속력은 당연히 단체협약의 효력범위와 구별되어야 한다고본다(김형배, 노동법, 498면). 또한 제37조, 제38조에 의해서 단체협약의 적용을 확장시키는 것도 단체협약의 구속력범위를 대상으로 하는 것이지 단체협약의 효력범위를 대상으로 하는 것이지 단체협약의 효력범위를 대상으로 하는 것이 아니라는 점에서 양자는 구별된다(Zöllner/Loritz, a.a.O., §37 I 4).

¹⁴⁹⁾ Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht(4.Aufl.), §37 I 1

시적으로 규정한 바는 없다. 다만 노동조합법 제37조 제38조의 일반적 구속력, 지역적 구속력 확장 규정의 반대해석을 통해 단체협약은 조합원에게만 적용됨을 전제로 하고 있음을 파악할 수 있고, 이런 점에 학자들의 반대는 없다.150) 참고로 독일의 단체협약법에서는 위와 같은 내용으로 단체협약의 구속력범위에 대한 명문규정을 두고 있다(제3조 1항)151). 그리하여 조합원과 비조합원의 구별은 보다 명확하여 혼선을 빚는 일이 없다.

여하튼, 단체협약의 구속력범위에는 비조합원이 들어가지 않는다. 다만 예외적으로 비조합원은 사용자의 임의에 의해 단체협약의 적용을 사실상 받게 되거나혹은 특별한 법률규정(노조법 제37조 일반적 구속력/노조법 제38조 지역적 구속력)에 의해서 단체협약이 적용될 수 있을 뿐이다. 그런데 우리나라에서는 이런단체협약구속력범위의 예외는 적지 않게 존재하는 것으로 파악된다.152)

3. 均等待遇原則과 非組合員

사용자는 조합원에 관한 한, 단체협약에 기하여 근로조건을 제공해야 하고, 비조합원에 대해서는 단체협약에 따라서 근로조건을 제공하지 않아도 되는데, 이것은 사용자의 均等待遇原則(Gleichbehandlungsprinzip)과 충돌하지 않는가 하는문제가 나올 수 있다. 사용자는 개별적 근로관계차원에서 근로자들을 차별없이균등하게 대우하여야 하는 원칙하에 놓여있다(근기법 제5조 참조). 그러나 그런균등대우원칙이 비조합원에게도 단체협약상의 근로조건을 조합원과 동등하게 대우할 것을 요구하는 것은 아닌가? 만일에 균등대우원칙에 의거하여 조합원과 비조합원에 대해서 차별없이 단체협약의 내용을 적용하여야 한다면, 근로자들의자발적인 활동에 기초한 협약자치제도의 규율원리와 모순이 될 것이고, 근로자들간의 분열과 대립으로 산업평화는 위협을 받을 것이다. 따라서 균등대우원칙에 의해서도 사용자가 비조합원을 조합원과 동등하게 대우해야 하는 것은 아니

¹⁵⁰⁾ 김형배, 노동법, 468면; 박상필, 한국노동법, 465면; 김치선, 노동법강의, 362면; 이병태, 최신 노동법, 204면

¹⁵¹⁾ 단체협약의 구속력범위에 들어오는 자는 각 단체협약당사자의 구성원이고, (회사별 단체협약의 경우) 단체협약의 당사자인 사용자이다.

¹⁵²⁾ 이에 대해서는 아래의 '비조합원과 협약구속력의 확장제도'에서 다시 언급한다.

라고 본다. 또한 역으로 비조합원은 균등대우원칙을 근거로 조합원과 동등한 협약상근로조건을 요구하지 못한다고 보아야 한다. 153) 다만 사용자가 비조합원을 조합원과 같이 대우하는 것은, 사용자가 임의적으로 개개 근로계약을 통해 동등하게 대우하는 것이나 특별한 법률규정에 기하여 명령이 된 경우이다.

4. 非組合員에 대한 協約拘束力의 擴張制度

가. 제도의 배경

단체협약은 원칙적으로 비조합원에게 구속력을 미치지 못하지만, 예외적으로 단체협약은 비조합원에 대해서 구속력을 미칠 수 있다. 154) 노조법 제37조, 제38 조는, 동일한 사업장내에서 동일한 종류의 업무를 하는 근로자중에 50%이상이 단체협약의 구속력범위에 들어오거나, 일정한 지역내에서 동일한 종류의 업무에 종사하는 근로자중에 3분지 2이상이 단체협약의 구속력범위에 들어오는 경우에

¹⁵³⁾ Hagemeier/Kempen/Zachert/Zilius, Tarifvertragsgesetz(Kommentar) § 4, Rdnr.4 : 독일의 통설 ; 異見 Wiedermann/Stumpf, Tarifvertragsgesetz (Kommentar) § 3, Rdnr. 125: 균등대우원칙은 사실상 비조합원들에게 조합원과 마찬가지로 단체협약상의 근로조건이 적용되도록 하지만, 다른 한편 조합원들도 비조합원과 함께 초협약적 수준의 임금을 한 사업장내에서 일률적으로 적용받게끔 한다고 한다.

¹⁵⁴⁾ 한편 단체협약의 일반적 구속력제도를 특정한 요건하에서 비조합원에게 확장되는 예외적인 제도로 보지 아니하고, 단체협약이 협약의 안정화를 위하여 협약에 관여하지 않는 사용자나 비조합원에게도 그 효력을 미치게 하려는 내재적인 경향이 있다는 입장도 있다. 특히 프랑스의 경우 협약의 비조합원에 대한 효력은 단체협약의 내재적 요청에 입각한 것으로서 例外的인 것이 아니라原則的인 것이라고 한다(참고, 片岡 昇, 前揭書, 266面). 또한 미국에서 교섭단위제도를 통하여 단위내에 있어서의 배타적인 단체교섭권이 보장된 노동조합에 의하여 체결된 단체협약이 단위내의 전 근로자에게 효력이 미칠 수 있는점도 언제나 일반적 구속력의 효과를 가져오고 있다고 볼 수 있다. 그러나 독일이나 우리 나라에서는 협약자치 제도가 기본적으로 개개 근로자들의 조합을 통한 근로조건개선의 의사에 기초한다는 점에서 조합에 가입하지 않고 밖에 나와 있는 비조합원에게는 협약을 적용하지 않는 것이 원칙이라고 보고있다.

는, 나머지 근로자들과 사용자들에게도 단체협약이 적용될 수 있게 한다. 이러한 단체협약의 구속력확장의 필요성은, 먼저 근로자들(조합원과 비조합원)간의 근로 조건에 있어서 격차를 극복하여 조합원의 고용을 보호하려는 데에 있다.155)

구속력확장제도는 대표적으로 독일에서 실시된 것인데, 그런 제도가 도입된 배경을 설명하면 다음과 같다: 과거 근로자들의 일자리에 대한 수요가 컸던 시 대에, 협약에서 정한 수준으로만 근로를 제공해야 했던 조합 근로자들은, 비조합 원인 근로자들이 근로를 저급한 조건에서 제공할 경우에는, 이것을 조합원의 일 자리를 위협하는 것으로 판단하였다(이를 독일에서는, '더러운 경쟁' /Schmutzkonkurrenz)라고 표현했다). 그리하여 그들은 조합원, 비조합원 할 것없 이 근로조건이 일률적으로 적용될 수 있는 특별한 수단이 필요하게 되었다. 또 한 사용자들간에서도 일률적인 근로조건을 시행함으로써 공정한 경쟁을 하도록 하는 필요성이 생겨났다. 단체협약의 적용을 받는 사용자는, 이런 협약의 적용에 서 벗어나 있던 사용자들이 보다 저급한 근로조건을 제공하여 비용상 이득을 얻 는 것을 용인하기가 어려웠던 것이다. 이런 양측면에서 競爭上의 不公正한 利得 을 철폐시켜야 한다는 공통된 필요성이 나왔고, 그 방법은 노사 당사자들이 團 體協約의 適用을 非組合員. 使用者團體 非加入使用者에게도 확장하려는 노력으 로 나왔다. 이러한 노력의 구체적인 수단은 國家에 의한 團體協約의 一般的 拘 東力宣言이었다. 그런데 국가의 입장에서는, 위에서 설명한 불공정한 경쟁상황에 서 부담을 느끼고 있는 단체가입 사용자들을 보호하려는 목적보다,156) 오히려 위와 같이 협약의 구속력이 확장되지 않을 경우 근로자들의 근로조건은 사회적 으로 타당한 수준밑으로 함몰되고 말 것이라는 勤勞者의 福利(Wohl)를 念慮한 데에 목적이 있었다고 한다.

이런 목적을 가진 단체협약의 구속력확장제도는 독일157)외에 프랑스158), 일 본159), 스위스160), 벨기에, 이태리, 룩셈부르크, 덴마크, 네델란드, 아일랜드, 스페

¹⁵⁵⁾ Zöllner/Loritz, a.a.O., S. 375

¹⁵⁶⁾ 독일의 경우, 국제적으로 시간당 노동비용이 가장 비싼 임금수준을 고려할 때 이런 저임금의 활용은 국민경제적으로 유익한 점이 있었기 때문이다.

¹⁵⁷⁾ Tarifvertragsgesetz, § 5

¹⁵⁸⁾ Code du Travail, Art. L. 133-1 이하

¹⁵⁹⁾ 노동조합법 제17조, 제18조

¹⁶⁰⁾ 스위스는 단체협약의 일반적구속력선언에 관한 연방법률(Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträge, Vom 28.

인, 포르투갈, 그리이스 등에서도 시행되고 있다.

나. 용어의 사용

단체협약의 구속력확장제도는, 공통적, 보편적으로 "一般的拘束力宣言 (Allgemeinverbindlicherklärung)"이라고 표현된다. 이 제도를 실시하는 대부분의 국가들은 노조가 초기업, 산업별체제이고 단체협약은 광범위하게 적용되기 때문에, 이런 단체협약의 구속력확장제도도 초기업적인 광범한 지역단위에서 국가를 대표하는 노동부가 단체협약의 구속력을 확장하는 선언을 통해서 이뤄졌던 것이다.

그러나 우리나라와 일본은 기업별노조를 기본적인 노조조직형태로 갖고 있는 관계에서事業場 單位의 團體協約 拘束力擴張 제도를 독특하게 만들어 냈고, 지역단위의 구속력확장제도와 병행시키고 있다. 그리고 전자를 "일반적 구속력"(노조법 제37조), 후자를 "지역적 구속력"(제38조)이라고 표현하고 있다. 그러나 일반적 구속력은 서구의 "일반적 구속력선언"과는 基本 單位, 節次 등에서 차이를 나타내고 있고, 오히려 내용상 "地域的 拘束力"이 一般的拘束力宣言과 많이 일치한다. 생각컨대, 노조법 제37조상의 일반적 구속력도, 제38조상의 지역적 구속력도 모두 一般的拘束力宣言의 一種으로 보아야 하므로, 전자는 "事業場單位의一般的拘束力", 후자는 "地域單位의 一般的拘束力"으로 표현하여 설명하기로 한다.161)

다. 종류

앞서 말한 바와 같이 우리나라의 일반적 구속력제도는, 사업장단위의 일반적 구속력과 지역단위의 일반적 구속력으로 나뉜다. 사업장 단위의 일반적 구속력 은 사업장 단위에서 동종 근로자들에 대해 동일한 단체협약을 적용시키려는 것 인 반면에, 지역단위의 일반적 구속력은 사업장차원을 넘어선 지역단위에서 동 종 근로자에게 동일한 단체협약을 적용시키려는 것이다. 전자는 법률상의 요건 만을 충족하면 법률의 규정에 따라 단체협약의 구속력이 비조합원들에게 自動的

Sept. 1956)을 가지고 있다.

¹⁶¹⁾ 강학상으로도 이와 같이 표현되고 있다.

으로 擴張되는데 반해서, 후자는 확장되는 범위가 전자보다 넓은 점에서 더욱 엄격한 요건을 갖추도록 요구하고 자동적으로 확장되는 것이 아니라 行政官廳의 결정에 의하도록 하고 있다.162)

라. 효력

일반적 구속력의 효력은 단체협약의 내용과 일치한다. 사업장단위 일반적 구속력, 지역단위 일반적 구속력 각각에 의하여 단체협약의 규범적 부분은 각 단위내에 구속력하에 있지 않는 근로자와 사용자 모두에게 적용된다(노조법 제37조, 제38조). 이것이 의미하는 바는 단체협약규범의 구속력은 비조합원들에게도 확장된다는 것을 의미한다. 다만 그 협약의 적용에 있어서는 그 적용되어지는 내용을 변경할 수 없다.163)

일반적 구속력의 결과로 단체협약상의 내용은 비조합원에게도 직률적이고, 강행적으로 적용이 되지만, 위에서 말한 단체협약의 구속력범위가 비조합원도 포함하게 된 것이 아니라, 노조법 제37조, 제38조에 기하여 이뤄지는 것으로 보아

¹⁶²⁾ 이하에서는 각 구속력확장의 요건에 대하여 살펴보기로 한다. - 사업장 단위의 일반적 구속력: 하나의 공장, 사업장 기타 직장에 상시 사용되는 동종의 근로자의 반수 이상의 근로자가 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 당해 직장에 사용되는 동종의 다른 근로자에 대해서도 같은 단체협약이 적용되는 것이다(노조법 제37조 참조). 이 일반적 구속력 확장의 관건은 동일한 사업장에서 동일한 직종의 근로자중 50%이상이 하나의 단체협약에 적용받는 가 여부이다.

⁻ 지역단위의 일반적 구속력: 하나의 지역에 있어서 종업하는 동종의 근로자의 3분의 2이 이상이 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 행정관청은 당해 단체협약의 당사자의 쌍방 또는 일방의 신청에 의하여거나 그 직권으로 노동위원회의 의결을 얻어 당해 지역에서 종업하는 동종의 다른 근로자와 그 사용자에 대해서도 당해 단체협약을 적용한다는 결정을 할 수 있다(동법 제38조 참조). 지역적 구속력 확장에서는 동일한 지역에서 동종의 근로자중 3분이 2 이상이 하나의 단체협약을 적용받는 것을 요구하고 있고, 기본적으로 협약당사자의 쌍방 또는 일방의 신청이 있을 것을 요구한다. 그리고 당해 행정관청이 이런 신청에 대해 공평한 재량으로 심사하여 결정을 내리도록 하고 있다.

¹⁶³⁾ Zöllner/Loritz, a.a.O., §37, Ⅲ 2.

야 한다. 따라서 비조합원이 단체협약상의 근로조건에 대해 청구할 수 있는 청 구권의 기초는 바로 사업장단위의 경우 제37조 자체가 되고 지역단위의 경우 제 38조상의 행정관청의 결정이 된다.

한편, 구속력이 확장되어야 할 단체협약이 소멸된 경우에 일반적 구속력의 효과는 어떤 영향을 받는가? 이것은 일반적구속력선언에 있어서 중요한 것이 확장되어지는 단체협약이 중요한 것인가 아니면 확장을 선언하는 행정관청의 결정이중요한 것인가 의 질문과 같다고 할 수 있다. 일반적구속력선언에서는 團體協約이 관건이기 때문에 단체협약이 소멸하면 뒤따라 일반적구속력선언도 효력을 상실한다는 契約說(Vertragstheorie)이 있고, 행정관청의 비조합원에 단체협약을 확장시킨다는 決定이 더 중요하기 때문에, 그처럼 단체협약이 소멸된 경우에도 여전히 일반적구속력선언은 효력을 유지한다는 法規說(Gesetzestheorie)이 있다. 독일이나 일본의 통설은 계약설에 따르고 있는데,164) 역시 이 설에 따라 단체협약의 효력이 상실되면 비조합원에 대한 단체협약의 적용도 중단된다고 보아야 할 것이다.

마. 사업장단위 일반적구속력이 갖는 특별한 의미

일반적 구속력중에서 사업장단위에서 확장되는 일반적구속력은, 노조법 제37 조에서 정한 바와 같이 『상시 사용되는 동종 근로자의 반수 이상의 근로자가 하나의 단체협약에 적용을 받게 된 때에는』나머지 동종의 근로자들에게 단체협약이 자동적으로 적용되는 것을 의미한다. 그런데 여기서, 노조법 제37조가 그 구속력확장의 요건을 "동일한 직종의 상시 근로자중 반수(50%)이상이 (조합원으로서) 단체협약의 적용을 받을 것"으로 한 점은 우리 단체협약제도에 특별한 의미를 준다고 본다.

즉 노조가 통상적으로 어렵지 않게 당해 사업장에서 전 근로자의 50% 이상을 대표한다면, 비조합원으로서 원래 협약적용을 받지 않아야 할 근로자도 당연히 협약의 적용을 받는 것이다. 그런데 주지하다시피 우리나라 노동조합은 조직형 태가 기업별형태이고, 그런 노동조합이 있는 경우에 그 조직율은 대체로 조합가입 대상의 80%, 기업에 종사하는 전체 근로자의 60%를 상회하고 있다. 165) 이런

¹⁶⁴⁾ 독일의 경우에는 단체협약법 제5조 5항 3문에서 이를 명문화하였다.

¹⁶⁵⁾ 노총중앙연구원이 1995년 노조가 있는 200개 사업장을 대상으로 조사한 결과,

사실은 곧바로 노조법 제37조에 따라, 노조가 있는 모든 사업장에서 비조합원들이 조합원과 마찬가지로 혜택을 받는 결과를 가져오는 것이다. 이런 현실은 협약자치제도가 조합활동을 원하는 자를 중심으로 하여 그들의 이익을 보호하려는 목적에서 벗어나는 것이 아닌가 하는 의문을 갖게 한다. 즉 협약자치의 예외로보았던 일반적 구속력제도가 오히려 일반화, 원칙화되는 것은 문제가 아닌가 하는 점이다.

이런 문제에 대해 여러 가지 해결방향이 있을 수 있는데, 대체로 다시 일반적 구속력제도의 요건을 엄격하게 해서 예외로서의 한계를 벗어나지 않게 하는 방 향과,166) 이것을 오히려 적극 수용해서 일정한 사업장단위에서는 노동조합이 조 합원만을 대표하는 것이 아니라 비조합원도 대표하는 것으로 이해하는 방향을 생각할 수 있을 것이다.

생각컨대, 기본적으로 어떤 가입의사도 없는 비조합원에 대해, 노동조합이 법률적인 대표성을 갖는다고 보는 것은 무리이므로, 노동조합은 조합원만을 대표한다는 것은 원칙으로서 지켜가야 한다고 본다. 그러나 그런 원칙을 지키기 위해 일반적구속력의 요건을 엄격하게 해서 그 적용의 여지를 줄이는 것보다는, 단체협약의 적용에 대하여 비조합원이 참여할 수 있게 하되 그 참여에 대한 대가(비용부담)를 치르도록 하는 것이 더 좋은 방법이 아닌가 생각한다.167)

노조가입율은 가입대상자 대비 83.042%로 나왔고, 전체 종업원 대비가 61.257%로 나왔다. 다른 자료에서도 이와 비슷한 결과가 나왔다(정연앙, 여성 근로자의 관리실태에 관한 연구 1994, 한국노동연구원, 41면에 따르면, '노동조합가입율을 보면 1993년 12월말 기준으로 가입대상자의 81.2%, 전체종업원의 58.8%가 노동조합원인 것으로 나타났다'고 한다.

¹⁶⁶⁾ 일본 노동조합법 제17조에서 정하는 일반적 구속력을 보면, 『하나의 공장, 사업장에서 상시 사용되는 동종의 근로자의 4분지 3이상의 근로자가 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는, 당해 공장, 사업장에 사용되는 다른 동종의 근로자에 관하여도 당해 단체협약이 적용되는 것으로 본다』고 규정한다. 우리 나라와 마찬가지로 자동적으로 구속력이 확장되게 되어 있지만, 그 동종 근로자의 4분지 3이상을 요건으로 하여 우리보다 더 엄격한 요건속에서 구속력을 확장시킨다. 우리도 이처럼 2분지 1이 아니라 3분지 2나, 혹은 4분지 3으로 변경할 수 있을 것이다. 또 구속력을 자동확장시키지 않고, 독일이나 프랑스처럼 행정관청의 결정에 의하도록 할 수 있을 것이다.

¹⁶⁷⁾ 본 논문중 "비조합원과 연대금지불조항"을 참조하기 바람.

바. 지역단위 일반적구속력의 법적 성질

다음으로, 지역단위 일반적 구속력에서 있어서, 단체협약의 비조합원에 대한 확장을 선언하는 행정관청의 결정(일반적 구속력선언)은 법적으로 어떻게 파악되는가 하는 문제가 제기된다.

이에 대해서는 계약설은 행정관청의 결정(일반적 구속력선언)은 단지 하나의 行政行為에 불과한 것으로 보았고, 이와 반대로 법규설은 단순한 행정행위로 보 지 않고 法規命令(Verordnung)으로 파악하였다. 계약설은 협약당사자들의 단체 협약이 중요한 부분으로 위치하고, 행정관청은 노사의 협약확장신청에 대해서 단순히 행정행위를 할 뿐이며 어떤 새로운 법규를 창출하지 않는다고 보는 입장 이다. 이에 반해서 법규설은 행정관청 내지는 국가가 비조합원에 대한 민주적 정당성을 갖추는 대리자로서 활약하여 비조합원에게도 단체협약의 강행적인 효 력이 미치게 한 것으로 본다.

요즈음의 지배적 견해는 양자의 견해를 결합한 折衷說로서 고유한 법제정행위 (eigene Rechtsezungsakte)가 있는 것으로 본다. 협약자치의 내재적 한계로서 협약당사자에 의한 자치는 그 구성원에게만 한정되는 원칙은 무시할 수 없기 때문에, 일반적 구속력선언은 노사당사자들의 법제정행위와는 다른, 勞使 協約當事者와 國家가 共同으로 행하는 固有한 法制定行爲로 보는 것이다. 일반적구속력선언에 있어서 協約當事者도 協力者(Mitbeteiligter)이고 國家도 協力者의 위치에 있다고 한다. 이러한 고유한 법제정권한은 비조합원에의 적용을 그 목적으로 하는 것이며168), 이러한 일반적 구속력선언에 의한 법제정행위도 역시 헌법상의근로3권(제33조 1항)에서 도출될 수 있다고 한다. 절충설이 타당하다고 본다.

사. 기타 문제

노동조합법 제37조는 동일한 사업장내에서 상시사용되는 동종의 근로자의 반수 이상이 하나의 단체협약에 적용을 받는 경우, 나머지 동종의 근로자도 단체협약을 적용받도록 하고 있다. 여기서 "상시사용되는 동종의 근로자"에 대한 해석문제가 제기될 수 있다. 특히 촉탁직 사원의 경우 상시사용되는 동종의 근로

¹⁶⁸⁾ Zöllner/Loritz, a.a.O., §37, Ⅲ 5

자에 포함되는가 하는 문제가 있을 수 있는데, 정규직 사원처럼 사실상 계속적으로 사용된 동종의 근로자에 해당된다면 동 제37조에 의하여 단체협약의 적용을 받는다고 할 것이다.169)

한편 사업장 단위로 체결되는 단체협약의 적용범위가 특정되지 않거나 협약조항이 모든 직종에 걸쳐서 공통적으로 적용되는 경우에는 직종의 구분없이 사업장의 모든 근로자가 제37조의 근로자에 해당한다고 보아야 할 것이다.170)

다음으로, 단체협약을 통해 비조합원이 단체협약의 적용을 받지 못하게 배제함으로써 제37조와 달리 정할 수 있는가? 제37조는 강행규정이므로, 단체협약에의해 비조합원에의 협약적용을 배제할 수 없다고 본다.171)

마지막으로, 일반적 구속력선언의 결과 단체협약의 경합문제가 발생할 수 있다. 한 지역에서 소수조합에 가입하고 있는 자는, 자신의 조합이 체결한 단체협약과 구속력이 확장된 단체협약 이렇게 2개의 협약의 적용을 받게 되는 문제가생길 수 있는 것이다. 우리나라 통설의 입장은 일반적 구속력선언으로 인한 협약의 확대는 다른 단체협약의 적용을 배제하지 않는다고 본다. 따라서 소수조합의 근로자는 당해 조합의 단체협약을 적용 받고 일반적 구속력선언의 효과가 미치지 않는다고 할 것이다. 그 이유는 소수 노조의 단체교섭권도 보장되어야 하기 때문이다.172)

¹⁶⁹⁾ 대판 1992.7.31. 91누 13189; 노조 1985.10.17 32002-18948

¹⁷⁰⁾ 대판 1992. 12.22. 92누 13189

¹⁷¹⁾ 노조 1982.11.13. 노조 1454-30795

¹⁷²⁾ 경기지노위 1976.4.9; 경기지노위 1977.11.11; 1988.7.6, 노조 01254-10127; 부산고법 제2특별부 1995.10.21(지역적 구속력 결정처분 취소청구소송) 판결에서 "교섭권한을 위임하지 않거나 협약체결에 관여하지 않은 노조가 독자적으로 맺은 단체협약이 유효하게 존속한다면 현행 노동조합법 규정과는 관계없이 지역적 구속력 결정의 효력은 노조나 구성원인 근로자에게 미치지 않는다"라고 판시하였다(한겨레, 1995.10.23). 같은 입장에서, 독일의 Zöllner/ Loritz, a.a.O., IV 1. b) S. 378는 일반적 구속력선언은 타 노조의 단체협약에 대해서 보충적인 효력을 갖는다고 본다. 즉 당사자의 구체화된 의사가 선행한다고 한다.

第 6 章

非組合員의 團體行動權

단체협약은 그 협약당사자의 구성원들에게만 미치는 것이 단체협약의 원칙이지만, 예외적으로 비조합원에게도 효력을 미침을 밝혔다. 그런데 단체협약의 체결을 이끌기 위한 단체행동에서도 협약당사자와 그들의 구성원들만 관여하는 일은 아니고,비조합원들도 능동적으로든 수동적으로든간에 쟁의사건에 관련한다. 173) 여기서 노동쟁의법의 적용과 해결에 있어서 어려운 일이 생긴다. 노조에 가입하지 않은 근로자가 노조가 주도한 파업에 참가할 수 있는가? 또 직장폐쇄도당할 수 있는가? 또 사용자가 비조합원에게 파업근로의 대체를 명할 때, 이를따라야 하는가? 비조합원의 문제는 노동조합법상 문제이기도 하지만 노동쟁의법 상의 문제이기도 하다.

1. 非組合員의 罷業參加權

비조합원은 노조가 주도하는 파업에 참가할 수 있는가? 언뜻 생각하면, 비조합원은 파업에 참가할 수 없다고 생각할 수 있다. 노조가 주도하는 파업에는 그노조의 구성원인 조합원만이 참가할 수 있는 것으로 생각되기 때문이다. 또한이런 파업을 통해서 쟁취하는 단체협약상의 근로조건은 원칙적으로 노조 조합원에게만 적용되므로, 비조합원은 자신과 무관한 단체협약을 얻기 위한 파업에 참

¹⁷³⁾ Hugo Seiter, "Differenzierung Zwischen Gewerkschaftsmitgliedern und Außenseitern bei der Aussperrung" JZ(1979), S.657

가할 이유가 없다고 생각될 수 있기 때문이다.

그러나 우리나라 헌법 제33조에 따르면, "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다"고 한다. 따라서 비조합 원도 근로자인 이상, 단체행동권의 내용중 파업참가권을 갖는다고 반대의 생각 도 할 수 있다.

노조에 가입하지 않은 비조합원이 파업에 참가할 수 있는가 여부를 보기 위해 서는, 파업권의 법적 성질과 파업권의 주체속에 비조합원이 포함되는가를 확인 하여야 한다고 본다.

가. 파업권의 법적 성질

헌법상 보장된 파업권의 법적 성질은, 우리나라에서는 별로 다뤄지지 않은 것이다. 대체로 근로자에게 인정되는 기본권의 하나로 보는 데에만 그치고 있다. 그런데 헌법학에서 기본권에 대한 법적 성질은 국민에게 부여된 主觀的 公權으로 보기도 하고,174) 국가가 해야 할 制度的 保障으로 보기도 하는데175), 이런 양면을 모두 인정하는 것이 일반적인 학설의 경향이다.176)

독일에서는 파업권의 법적 성질에 대해 논의가 있었는데, 파업권은 근로자의 노사자치를 위해서 국가가 제도적으로 보장한 수단(institutionelle Garantie)일 뿐이라는 입장177)이 있고,근로자에게 귀속되는 主觀的 公權(subjektives öffentliches Recht)이라는 입장도 있다.178) 첫째 입장은 기본적으로 파업권을 여타 기본권과 마찬가지로 국가에 의한 제도적 보장으로 파악하면서 특히 노사자

¹⁷⁴⁾ 기본권은 개인이 자기 자신을 위하여 혹은 타인과 결부됨에 있어서의 개인적 권리 또는 국가에 대하여 작위나 부작위를 요청할 수 있는 개인의 권리이다.

¹⁷⁵⁾ 제도보장이란 객관적 제도를 헌법에 규정함으로써 당해 제도의 본질을 보장하려는 것이다. 예컨대 직업공무원제도, 지방자치제도, 학문과 교육제도의 보장과 같은 것이다.

¹⁷⁶⁾ 권영성, 헌법학원론, 1995, 276면; 허영, 헌법이론과 헌법(中), 1983, 59면 ;김철 수, 헌법학개론, 1983, 210면

¹⁷⁷⁾ Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, a.a.O., S.406

¹⁷⁸⁾ Däubler, Arbeitskmpfrecht, 2. Aufl., 1987, S.136 그에 따르면, 대국가관계에서는 주관적 공권이고, 대사용자관계에서는 主觀的 私權(Subjektives- privates Streikrecht)이라고 한다; 같은 입장 Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 85; Rihardi, JZ 1985, 420

치를 위한 쟁의수단의 보장으로 보는 것이다. 두번째 입장은 파업권은 국가가 보장해야 하는 제도로서만 보는 것이 아니라 근로자에게 근로조건의 향상을 위 해서 인정되는 그의 고유한 이익으로서 主觀的 公權(대사용자관계에서는 主觀的 私權)이라는 것이다.

판단컨대, 우리나라 헌법에서는 단체행동권을 단결권이나 단체교섭권과 동등하게 보호되는 노동 3권의 하나로 보장하고 있으므로, 그 내용이 되는 파업권도 근로자에게 부여된 기본권임에 틀림없다. 그 기본권은 국가에 의한 적극적인 제도보장으로서 성질을 가질 뿐만 아니라, 기본적으로 근로자 개인에게 주어진 主觀的 公權이라고 보아야 할 것이다. 따라서 국가의 부당한 파업제한에 대하여근로자는 주관적 공권으로서의 파업권을 갖는 것이고, 사용자의 부당한 파업제한(쟁의포기조항이나, 파업결의의 장애)에 대해서는 主觀的 私權으로서의 파업권을 갖는 것이다. 따라서 파업권을 근로자의 主觀的 權利로서 이해하는 데에 잘 못이 없다고 본다. 이런 관점에서 조합원이 아닌 비조합원의 파업참가도, 바로 자신의 주관적인 파업권을 파업에의 참가를 통해 행사한 것으로 설명할 수 있는 것이다.179)

나. 파업권의 주체와 파업참가권

파업권의 주체에 있어서 주의할 점은, 파업은 근로자 개인에 의해서 행해지는 행위가 아니라 근로자다수의 집단에 의해서 행해지는 행위라는 점이다. 근로자 개인이 자신의 노무를 제공하고 싶지 않을 때에는 자신의 근로계약을 해지할 수 있을 것이다. 따라서 파업은 다수의 근로자들에 의하여만 행해질 수 있는데, 그중에서도 노동조합에 의해서 파업이 주도되어야 한다. 즉 파업의 결정에 있어서나 파업의 실행에 있어서나 노조에 의하여 주도되어야 한다. 이렇게 파업의 주도를 노동조합에 국한하는 것은 법정책적 사항이라고 보는데, 그 파업의 잠재적인 파괴가능성이 있기 때문에 일정한 절차와 규율안에서 행사되어야 하기 때문이다. 이런 점에서 파업권의 일차적인 주체는 노동조합이다.180)

¹⁷⁹⁾ Däubler, a.a.O., S.137; Seiter, a.a.O., S.92 는 독일 기본법 제9조 3항외에 제2 조 1항에 의존하여 비조합원의 파업참가를 정당화한다.

¹⁸⁰⁾ 대판 1991. 5. 24, 91도 324; 파업이 노조가 아닌 다른 근로자집단에 의하여

한편, 파업은 개개 근로자들의 참여에 의해서 실현된다. 따라서 파업을 실행하는 근로자들에게는 罷業參加權(Recht der Teilnahme am Arbeitskamf)이 있다고보아야 할 것이다.181) 이런 罷業參加權은 파업기간동안 자신의 노무제공의무를정지시킬 수 있는 일종의 形成權으로서, 개개 근로자가 행사하는 主觀的 私權으로 이해할 수 있다.182) 따라서 파업참가권은 근로자가 사용자에 대하여 一方的인 意思表示로써 행사하는 권리이다. 그러나 그런 의사표시는 명시적으로 노무제공의 정지를 표시하는 것까지 요하지 않고, 정지적 효과를 발생시켰다고 추단할 만한 행위(Konkludentes Verhalten)가 있는 것으로 족하다고 본다.183) 즉 파업결정의 공고로 족하지 개개 파업참가자의 별도의 통보는 필요하지 않다고 할 것이다.

여기서, 파업참가권은 조합원이든 비조합원이든 같은 근로자로서 동등하게 인정된다.184) 파업결의에 참여한 근로자가 파업의 실행에는 참여하지 못하는 경우도 있고, 파업의 결정에 참여하지 않은 근로자가 파업실행에 참가하는 경우도 있을 수 있다. 따라서 전체 근로자증일부 근로자들만이 파업에 가담하는 部分罷業도 적법한 쟁의행위이며, 全面罷業이지만 자신의 질병이나 일자리가 불안함을 때문에 파업에 참가하지 못한 근로자가 있을 수 있는 것이다. 이런 것들이 파업의 효력이나 정당성에는 영향을 미치지 않는다. 또 같은 관점에서, 비조합원도 비록 파업의 결의과정에 참석할 수 없었다 하더라도, 노조가 주도해온 적법한 파업의 정당성을 인식하여 파업에 가담할 수 있는 일이다.185) 독일의 판례와 학

주도된 경우에는, 민, 형사상의 책임이 면제되지 못한다. 따라서 가담한 근로 자들도 근로계약의 위반 혹은 협박죄, 업무방해죄 등의 책임을 면할 수 없게 될 수 있다.

¹⁸¹⁾ 참조 Zollner/Loritz, a.a.O., S.408

¹⁸²⁾ Däubler, a,a,O., Rn.558 (Sujektiv-private Streikrecht ist, soweit es ein Recht zur Suspendierung der Arbeitspflicht beinhaltet, als Gestaltungsrecht einzuordnen.)

¹⁸³⁾ Däuber.a.a.O., Rn.559

¹⁸⁴⁾ Däubler, a.a.O., S. 424, Rdnr.559

¹⁸⁵⁾ 비조합원은 단체협약의 구속력범위에 들어오지는 않지만, 특별한 법률의 규정에 의하여 단체협약의 구속력을 받게 된다. 이런 점에서 노조가 주장하는 단체협약안이 관철되는가 하는 여부는 비조합원의 이익과 무관한 것이라고 할수 없다. 한편 같은 이유에서 쟁의위험론에서는 쟁의불참가 비조합원은 임금위험을 부담할 수 있다.

설에 따르면, 비조합원도 조합원과 마찬가지로 파업에 참여할 수 있는 것은 당연하다고 본다. 186) 비조합원이라 해서 노조주도의 파업에 참가하지 못한다는 근거가 없는 것이다. 187) 또 학자에 따라서는 비조합원의 참가없이는 노동쟁의시스템의 기능이 제대로 발휘될 수 없다는 주장도 있다. 188) 따라서 비조합원에게도 파업참가권이 인정된다고 보는 것이 타당하다. 189)

파업의 효과는, 파업참가 근로자들의 근로관계가 정지하는 것이므로, 근로자의 노무제공의무도 정지하고, 사용자의 임금지급의무도 정지한다.190) 파업에 참가한 비조합원의 근로관계도 이와 마찬가지로 정지한다.191) 사용자가 비조합원의 파업참가로 인한 근로의 중단행위를 계약의 불이행으로 취급하는 것은 정당하지 않다. 비조합원을 포함해서 근로자들이 파업에 참가하는 것은 헌법상 보장된 단체행동권의 내용인 파업참가권을 행사하는 것이므로, 그 참가행위가 계약의 위반으로 평가될 수 없다.192) 이런 점에서 비조합원이 파업에 참가로 근로의 중단이 있는 데 대해, 사용자가 해고시킨다면 이것은 정당한 사유가 없는 부당해고에 해당되어야 할 것이다.193)

¹⁸⁶⁾ 참고, BAGE 23, 292(309f.)= AP Nr. 43 zu Art.9 GG. Däubler, a.a.O., Rdnr.108

¹⁸⁷⁾ 우리 나라에는 『제3자 개입금지』라는 근로3권의 행사를 제약하는 규정이 있다. 노동쟁의와 관련해서는 노쟁법 제13조의 2가 있는데, 『직접 근로관계를 맺고 있는 근로자나 당해 노동조합 또는 사용자 기타 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자를 제외하고는 누구든지 쟁의행위에 관하여 관계 당사자를 조정, 선동, 방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 하여서는 안된다. 다만, 총연합단체인 노동조합 또는 당해 노동조합이 가입한 산업별 연합단체인 노동조합의 경우에는 제3자 개입으로 보지 아니한다.』고 규정하고 있다. 비조합원은 여전히 당해 사업장(혹은 기업)에서 직접 근로관계를 맺고 있는 근로자이므로, 제3자에 해당하지 않는 것은 명백하다. 따라서 제3자 개입금지 규정에 의해서도 파업참가의 기회를 제한받지 않는다.

¹⁸⁸⁾ Zöllner/Loritz, a.a.O., S.408

¹⁸⁹⁾ Däubler, a.a.O., Rdnr. 559

¹⁹⁰⁾ 대판 1992. 3. 27, 91 다 36307

¹⁹¹⁾ Däubler, a.a.O., Rdnr.552

¹⁹²⁾ Däubler, a.a.O., Rdnr.556

¹⁹³⁾ 노조법 제39조 5호(부당노동행위의 일종)에서는, 『근로자가 정당한 단체행동에 참가한 것을 이유로....그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는

그러나 보다 파업참가자의 보호를 위하는 목적에서, 노동조합은 파업에 참가한 근로자 - 조합원, 비조합원을 불문하여 - 에 대한 불이익취급금지 (Maßregelungsverbot)를 단체협약에 규정할 것을 사용자측에 요구하는 방법이좋다고 본다.194)

다. 파업에 참가한 비조합원의 임금문제

조합원이 파업에 참가한 경우, 사용자의 임금지급의무는 정지하므로, 조합원은 사용자로부터 임금을 받을 수 없게 되고,195) 노동조합으로부터 파업지원금을 지급받을 수 있다. 이런 파업지원금의 지급은 노동조합의 규약에 따라서 이뤄질 것이다.

그런데 비조합원이 파업에 참가한 경우, 그는 노동조합의 구성원이 아니기 때문에, 그 파업지원금의 혜택을 받기가 어렵다. 그럴 경우 비조합원은 사용자로부터도 임금지급이 중단되고 노동조합으로부터의 파업지원금도 지급대상에서 제외되어 가장 힘든 처지에 놓이게 될 것이다.

그러나 노동조합이 규약에 파업에 참가한 비조합원에 대해서도 파업지원금의 전부나 일부를 지급한다고 규정하는 것은 노조의 자유로운 결정사항이라고 본 다.196) 비조합원의 파업에의 참가로 인하여 노조의 사용자에 대한 압력이 더욱 강화되었기 때문에, 노동조합이 비조합원중 파업참가자에 대하여 동 수당을 지

행위』를 부당노동행위로 본다. 비조합원도 그 근로자에 해당하므로, 비조합원 은 부당노동행위에 따른 구제신청이 가능하다고 생각한다.

¹⁹⁴⁾ 여기에는 파업참가와 관련된 해고금지, 파업기간의 근속기간에의 산입, 그리고 손해배상청구권의 배제 등을 넣는 것이 좋다고 본다.

¹⁹⁵⁾ 임금 이원설의 입장에서는, 임금에는 노무제공에 대응하여 지급되는 교환적 가치와 근로자의 지위에 기하여 받는 생활보장적 부분으로 나눌 수 있기 때문에, 생활보장적 부분은 존속한다고 한다(대판 1992.3.27, 91다 36307). 그러나이에 대해서는 생활보장적 임금부분도 근로의 대가로서의 성격을 갖는다는점에서 사실상의 노무제공이 전혀 전제되지 않는다면이 임금도 지급될 수없다는 견해가 있다(김형배, 노동법, 579; 하경효, "파업참가근로자의 임금지급문제", 『노사관계』(한국노사관계발전연구원) 제1권 제2호 1990, 18면).

¹⁹⁶⁾ Zöllner/Loritz, a.a.O., S. 429: 노조주도의 파업시에 노조는 그 규약에 따라 쟁의지원금을 그 노조원에게만 지급함이 원칙이나 그러나 그 수당은 경우에 따라서(gelegentlich) 비노조원에게도 지급이 될 수 있다.

급하려 하는 것은 오히려 정당하다고할 것이다. 이와 같이 노조와 비조합원의 관계형성은 노동조합의 자주성에 반하는 것도 아니며, 제3자 개입금지규정과 충 돌하는 것도 아니다. 비조합원은 당해 사업장에 소속된 근로자이기 때문에 외부 의 제3자로 볼 수 없기 때문이다.

이런 규약의 규정이 있는 경우, 위의 규약은 제3자를 위한 계약과 같은 성격을 가진다고 생각한다. 따라서 비조합원은 그 규약에 근거해서 노동조합에 직접해당 수당의 금전을 요구할 수 있다고 본다.

파업에 참가한 비조합원의 임금상실문제는 여태껏 생각해 본 적이 없는 문제이지만, 그들에게도 파업참가권이 인정된다고 할 때에는 그 결과에 따른 임금상실과 그 대책도 연구되어야 한다고 본다.

2. 非組合員의 代替勤勞 拒否權

파업이 발생한 경우, 사용자는 파업에 가담하지 않은 근로자들을 통하여 조업을 계속할 수 있다. 파업을 맞은 사용자가 영업을 중단해야 할 의무는 없기 때문이다. 그런데 사용자가 영업을 계속하는 경우에 사용하게 되는 근로자는 바로당해 파업에 가담하지 않은 자이며, 많은 경우는 비조합원일 것이다.197) 파업이 있음에도 불구하고 파업불참가자가 이처럼 근로하는 경우, 이러한 근로를 罷業勤勞(Streikarbeit)라고 한다. 파업근로에는 파업불참가근로자가 자신이 해 오던근로를 그대로 수행하는 間接罷業勤勞(indirekte Streikarbeit)와 파업불참가근로자가 파업근로자가 해오던 근로를 대신해서 수행하는 直接罷業勤勞(direkte Streikarbeit)가 있다. 직접파업근로는 편의상 "代替勤勞"라고 칭할 수도 있을 것이다.

그런데 문제가 되는 것은 直接罷業勤勞(대체근로)이다. 파업불참가근로자들이 파업에 참가한 근로자들의 업무를 대신해서 수행해야 할 의무가 있다면 이는 파 업의 승패에 직접 영향을 미치는 결과가 되기 때문이다.

¹⁹⁷⁾ 외부인을 채용해서 사용하는 것은 노쟁법 제15조에서 금지하기 때문이다.

가. 사용자의 대체근로 사용금지

노동쟁의조정법은 『사용자는 쟁의기간중에 쟁의에 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다』는 규정을 두고 있다(동법 제15조). 본 규정은 사용자측이 영업을 계속하더라도, 爭議에 關係없는 者를 採用 또는 代替하여 노동조합의 사용자에 대한 압력행사를 무의미하게 만드는 것을 막으려는 것이다.198) 여기서 "爭議에 關係없는 자"는, 쟁의당사자인 사용자와 쟁의행위에 가담한 자 이외의 모든 사람을 말한다.199) 그리고 "採用"은 새로이 근로자를 고용하는 것으로서 임시직근로자나 시간제 근로자의 고용도 포함된다.200) 따라서 쟁의에 관계없는 자의채용을 금지한다는 것은 외부의 사람을 새로이 고용하는 것을 금한다는 것이다. 그리고 "代替"는 이미 고용된 근로자로서 쟁의에 참가하지 않은 근로자로 하여금 파업으로 중단된 작업을 대행시키는 것이다. 따라서 쟁의에 관계없는 자를 대체할 수 없다는 것은 사용자가 쟁의에 참가하지 않은 근로자로 하여금 파업근로자의 작업을 대행하게 하는 것을 금지한다는 것이다.201) 이런 금지를 위반한

^{198) 1989.9} 노사 32281-13672

¹⁹⁹⁾ 쟁의행위에 관계되는 조합원 이외의 모든 사람이라고 보는 견해(이병태, 326) 도 있다. 그러나 그 견해는 비조합원은 당연히 쟁의행위에 관계되지 않는다는 인식하에 있다. 이런 인식은 잘못된 것이라고 생각한다. 따라서 쟁의에 관계 없는 자는 그가 조합원이든 비조합원이든 '쟁의에 가담하지 않은 근로자 및 외부인'을 말한다고 함이 마땅하다.

또한, 쟁의에 관계없는 자를 (쟁의의 영향권범위밖에 있는 자로서) '해당 사업장의 사용자와 근로자(조합원 및 비조합원) 이외의 자'를 말한다고 하는 견해(조정 68207-117,1995.4.25)도 있는데, 이 견해에서는 왜 해당 사업장의 쟁의불참가 근로자가 쟁의에 관계없는 자가 되지 못하는지 납득이 되지 않는다. 그 견해에 따르면 이런 쟁의불참가 근로자를 이용하여 대체근로를 시키는 것은 제15조의 위반이 되지 않는다. 그러나 이것은 오히려 종전부터 행정해석이제15조의 위반이 된다고 본 사항이다(노쟁법 제15조가 금하는 대체는 한 사업장내라 하더라도 그 쟁의분야에 직접 관련이 없는 종업원의 대체도 의미한다/1964.11, 4, 노정노 1452.5-4533).

²⁰⁰⁾ 이병태, 최신노동법, 326면

²⁰¹⁾ 그러나 행정해석(1991. 7.24, 노사 32281-10661; 1989.12.18, 노사 32281-20931) 은 동일사업장에서 동일업무를 수행하는 파업불참가자에 의한 대체근로는 금 지되지 않는다고 보고 있다.

사용자에 대해서는 1년 이하의 징역 또는 1백만원 이하의 처벌을 내리도록 한다 (제47조).

나. 비조합원의 대체근로(직접파업근로) 거부권

이와 같은 노쟁법 제15조와 별도로, 사용자가 파업에 참가하지 않은 비조합원에 대하여 파업근로자의 노무를 대신하도록 명하였다면, 비조합원은 이를 거부할 수 있는가, 그런 경우에도 비조합원은 임금을 계속 청구할 수 있는가 의 문제가 제기될 수 있다.²⁰²⁾

이에 대해서, 한 견해는 "근로희망자로 하여금 쟁의행위로 인하여 중단된 업무를 수행하도록 하는 것을 노쟁법 제15조가 금지하는 것은 아니고, 다만 근로희망자가 해야 할 근로가 계약내용과 전혀 다른 경우일 때에는 그 근로를 해야할 의무는 없다"고 한다.203)

한편 다른 견해는 "쟁의에 불참가한 근로자가 할 수 있는 노무제공의 종류는 무제한적인 것이 아니고 그 고유의 노무에 한정된다"고 한다. 이러한 입장에서 사용자는 종업원에게 그의 고유한 노무가 아닌 근로를 명해서는 안된다고 한다. 204)

생각컨대, 파업불참가자가 대체근로(직접파업근로)를 거부할 수 있는 근거는 노사간의 힘의 대등성 원칙에 있다. 사용자가 대체근로를 얼마든지 시킬 수 있고 파업불참가 근로자가 이를 다 수행해야 한다면, 사용자는 파업에도 불구하고 차질없이 계속해서 영업하게 되므로, 파업근로자측이 일방적으로 불리할 수 밖에 없으며, 결국 쟁의시 노사간의 힘의 대등성은 깨지게 된다. 205) 따라서 노사간의 힘의 대등성을 살리기 위해서 사용자의 대체근로는 엄격하게 제한하여야 한

²⁰²⁾ 독일의 통설과 판례는 이런 직접파업근로에 대해 근로자는 거부할 수 있다고 본다: Heuck-Nipperdey, Grunriß des Arbeitsrechts, 1970, S.293: Däubler, a.a.O., 591; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, §194, II 3; Richardi, Arbeitsrecht, 4.Aufl., Heidelberg, 1983, S.33; BAG AP Nr.3 §615 Betriebsrisiko; BAG, Urteil v. 10.9. 85- 1 AZR 262/84.

²⁰³⁾ 김형배, 노동법, 565면 근로자가 그와 같은 작업을 거부하기 위해서는 쟁의행 위에 가담하여야 한다고 한다

²⁰⁴⁾ 이병태, 최신 노동법, 326쪽; 참고 日·宇都宮地判 1971.4.28, 勞民集 12 2)

²⁰⁵⁾ 이종복, "고용관계에 있어서 위험분배의 조정", 『사법관계와 자율』, 111면.

다고 본다.206)

따라서 먼저, 불참가한 비조합원에게 요구된 근로가 계약상 자신의 근로인가 아닌가에 따라 구분을 해야 하고, 계약상 근로가 아니면 거부할 수 있다고 보아야 한다. 여기서는 '근로계약에서 정한 근로의 종류, 근로의 장소, 근로시간, 기타 근로조건 측면에서 동일한 것인가'를 가지고 판단하여야 할 것이다. 그리고 동일한 업무일 경우에도 '종전부터 자신이 통상적으로 해 오던 업무인가' 아닌 가를 가지고 판단해야 할 것이다. 207) 따라서 계약상 업무라 하더라도 통상적으로 하지 않던 근로를 사용자가 파업발생을 이유로 새롭게 지시하는 것은 역시험의 대등성을 해치는 것으로서 결국 직접파업근로와 같다고 보아야 한다.208)

다만, 예외적으로 특별히 긴급을 요하는 작업이나 보안작업에 있어서는, 대체근로가 허용될 수 있을 것이다. 그러나 파업 자체를 긴급한 사태를 보아서 대체근로를 특별히 긴급을 요하는 작업에 포함시켜서는 안된다.209) 이런 점은 이미노쟁법 제15조에서 쟁의가 발생했음에도 불구하고 사용자에게 외부 근로자의 채용금지, 대체금지를 명한 것을 보더라도 확인되는 점이다. 실제로 쟁의전에 쟁의발생신고라든지 파업결의라든지 하는 절차를 통해 사용자에게 충분히 예고되므로, 사용자는 자신의 능력한도에서 이에 대처할 시간을 갖고 있다.

따라서 파업불참가가 자신이 해오던 근로가 아닌, 파업근로자들의 근로에 대해서 요구를 당한 경우에 이를 거절해도 자신의 근로제공의무를 불이행하는 것 (給付不能)이 아니고, 오히려 사용자가 근로급부의 수령에 있어서 제대로 협조를 하지 못하는 것으로 보아야 할 것이다(受領遲滯). 그 결과 사용자는 그 노무를 거절한 비조합원에 대해 계속해서 임금지급의무를 부담한다.210)

그런데, 파업불참가근로자가 종전부터 해오던 자신의 근로와 파업으로 중단된

²⁰⁶⁾ 만일에 비조합원이 자원해서 직접파업근로를 수행하는 것은, 동료근로자를 배신하는 행위로서 비난받을 수도 있지만, 힘의 대등성원칙에 기하여 그 행위를 금지시키지는 못한다고 생각한다.

²⁰⁷⁾ Däubler, a.a.O., Rdnr. 593

²⁰⁸⁾ Däubler, a.a.O., Rdnr. 593

²⁰⁹⁾ Däubler, a.a.O., Rdnr. 593; BAG Urt. v. 25. 7. 1957-1 AZR 194/56-AP Nr.3 zu §615 Betriebsrisiko; 약간 다른 견해 Richardi, Arbeitsrecht, S.32 f: 그는 파업을 긴급한 사태(Notfalls)로 보지만, 근로자간의 연대성이 고려되는 경우에는 그 예외로 보아야 한다고 한다.

²¹⁰⁾ 이종복, 전게논문, 112면

근로가 구별이 되지 않는 경우도 있다. 예컨대 여러 근로자가 공동으로 넓은 곳을 도색하는 경우, 혹은 창구 여러 개가 있는 기차역이나 금전출납기가 여러대 있는 슈퍼마켓의 경우에, 몇몇 근로자가 파업에 참여하거나 몇몇 창구의 직원이 파업하고, 나머지 근로자가 많은 양의 도색을 하거나 많은 양의 업무를 처리하게 된다하더라도 자신의 고유업무에 속하는 작업이라고 보아야 할 것이다. 이런 근로자가 파업근로를 거부하려면 결국 쟁의행위에 가담하여야 할 것이다.211) 이 때에는 자신의 임금청구권은 탈락한다.

기본적으로 쟁의시에 불참가하여 근로를 희망한 비조합원은, 노사간의 대립에 있어서 사용자측을 지지하는 자도 아니고, 그렇다고 노동조합측에 협조적인 입장에 선 자도 아니다.²¹²⁾ 그런 근로희망자는 여전히 근로자일 뿐이지 사용자가 아니며, 또 노동조합이 주도한 파업에 참가하지 않은 만큼 노동조합이나 파업에서 떨어져 있으려는 의사결정을 한 것으로 보아야 한다. 파업에 참가하지 않은 비조합원은 勞使에 中立的인 位置를 택한 것으로 보는 것이 정확하다.

3. 非組合員과 職場閉鎖

가. 사업장내에서의 부분적 직장폐쇄

우리나라에서 사용자의 職場閉鎖는 制限的으로 인정된다. 사용자는 노동조합의 파업에 대항하여 직장폐쇄를 행사할 수 있으나 공격적, 선제적 직장폐쇄는 위법한 것으로 금지되는 것이다. 직장폐쇄는 일정한 기업이나 지역 혹은 산업의모든 근로자에 대하여 선언하는 전면적 직장폐쇄가 통상적 형태이다. 그런데 일정한 사업장내의 일부 근로자에 대하여만 부분적 직장폐쇄를 하고 조업을 계속하는 것은 가능한가?

우리나라의 학설은 이런 부분적인 직장폐쇄와 조업의 계속은 가능한 것으로

²¹¹⁾ Däubler, a.a.O., Rdnr. 597

²¹²⁾ Heuck-Nipperdey, Grundriß des Arbeitsrechts, 1970, S.293에 따르면, 파업불참가자는 노동쟁의에서 벗어나고자 한 사람인 만큼, 그는 자신의 동료의 파업을 지지해서도 안되지만, 그 동료를 배신해서도 안되는 것이다.

본다.²¹³⁾ 노조에서 부분파업을 할 수 있는 만큼 사용자도 부분적 직장폐쇄를 할 수 있다는 관점이다.

그러나 직장폐쇄의 효과가 사용자가 근로자의 임금지급의무를 면하고 그 근로 자를 직장에서 축출시키는 것이라고 할 때, 부분적 직장폐쇄는 일부 근로자들만 이 임금을 받지 못하고 직장으로부터 축출되는 것이 된다. 따라서 전면적 직장 폐쇄의 경우와는 달리 직장폐쇄를 당한 파업근로자에게는 더 가혹한 압력수단이 될 수 있다.

또한 우리나라에서는 노동쟁의가 기업단위, 사업장단위에서 발생하고 있기 때문에 이런 한정된 단위에서 부분적 직장폐쇄를 하게 되면 직장폐쇄를 당한 근로자와 그렇지 않은 근로자간에 갈등은 더욱 증폭될 수 있다.

이외에도 우리나라 노쟁법에서는 쟁의행위를 당해 사업장이외에 다른 장소에서 행할 수 없다고 명하고 있다(제12조 3항). 따라서 사업장에서 파업한 특정 근로자들에 국한해서 사용자가 직장폐쇄를 하면, 그들은 事業場 占據(부분적 병존적 점거는 인정된다. 대범 90. 10. 12, 90 도 1431)를 풀고 회사밖으로 나가야 한다. 그런 경우 제12조 3항에 따라 파업근로자들은 집결할 장소조차 없기 때문에조직력과 단결력을 유지하는 데 큰 위협을 받는다. 214)

이런 상황에서 부분적 직장폐쇄를 허용하고 사용자가 영업을 계속할 수 있다고 하면, 근로자는 자신들의 勢力과 意思를 表示하기 위해 集結할 수 있는 場所조차 찾지 못하는 반면에, 사용자는 계속해서 영업을 할 수 있다는 것이 되어, 노사간의 무기대등성에 반하는 것이 된다고 생각한다.

이런 점에서, 노사간의 힘의 대등성을 유지하기 위해서는, 부분적 직장폐쇄를 적어도 사업장 단위에서는 부인하여야 마땅하다는 생각이 든다. 파업이 발생했 지만, 사용자가 사업장의 영업을 계속하고자 한다면, 근로자들이 사업장내에서

²¹³⁾ 이병태. 최신 노동법. 299면

²¹⁴⁾ 파업을 노무제공의 집단적인 거부라고 한다면, 파업에 참가한 근로자는 그 집 단적인 거부로 파업권을 다 행사한 것이고, 굳이 파업근로자들이 집회를 하거나 농성할 필요없이 집에서 쉬는 방안이 있지 않느냐는 반문도 나올 수 있다. 그러나 파업근로자들이 집회를 통해서 집단적인 의사를 강화하고 피켓팅을 통해서 파업참가자의 수를 유지하는 것 등은 파업의 지속에 있어서 매우 중요한 요소라고 본다. 이런 점에서 장소의 확보, 농성이나 부분적, 병존적 사업장 점거는 정당한 쟁의행위에 들어간다.

파업하고 있는 상황도 막아서는 안될 것이다. 파업에 수반되는 부분적 직장점거는 사용자의 영업을 방해하지 않는 한도에서 허용되는 것이므로, 그런 점거는 적법한 쟁의행위로 인정되고 있고, 영업의 계속도 방해할 수 없는 것이다. 그런 경우에 단지 그들을 내쫓기 위해서 직장폐쇄가 이용될 수는 없다.

오히려 파업근로자의 파업 등 쟁의행위가 더 이상 조업계속을 무의미하게 하는 상황이어서 나머지 근로자들의 임금채무도 면해야 할 때, 직장폐쇄를 사용하게 되는 것이므로, 직장폐쇄는 분규가 일어난 사업장 전부에 대해서 행해져야 정당하다. 한 산업 차원에서 파업이 발생한 몇몇 기업에 대해서만 직장폐쇄를 하는 것이나, 한 기업차원에서 파업이 일어난 몇몇 사업장에 대해서만 직장폐쇄를 행하는 그런 의미의 부분적 직장폐쇄는 인정될 수는 있어도, 한 사업장내에서 파업한 근로자들만 내쫓고 영업을 계속하기 위한 부분적 직장폐쇄는 파업근로자들의 적법한 쟁의수단을 박탈하는 것이지 정당한 직장폐쇄라고 할 수 없다. 이런 경우에는 말 그대로 직장의 문을 닫는 것도 아니다. 215)

한편, 이 부분적 직장폐쇄는 노쟁법 제12조 3항과 연계되어 노동조합의 쟁의행위를 효과적으로 무력화시키는 수단이 될 수 있다. 이런 점에서 노쟁법 제12조 3항이 삭제되어야 할 정당성이 나온다고 본다. 기업차원이 아닌 산별 차원의노사관계를 기본으로 하는 독일에서는 부분적 직장폐쇄가 허용되고 있지만, 우리나라의 노쟁법 제12조 3항, "사업장내에 국한하는 쟁의행위"와 같은 규정은두고 있지를 않다. 따라서 부분적 직장폐쇄가 그렇게 비판의 대상이 되지 않는다. 노쟁법 제12조 3항은 기본적으로 쟁의를 사업장단위로 국한하게 하는 규정으로서 노조의 단체행동권을 지나치게 제한하는 규정이다. 파업은 당연히 해당근로자의 사업장에서 발생하는 것이지만, 이 규정으로 인하여 사업장 밖에서의집회나 농성이나 시위가 모두 위법한 행위로 단정될 수 있기 때문이다. 따라서불필요한 이 규정이 삭제된다면, 파업근로자가 사업장 밖으로 나오더라도 사업

²¹⁵⁾ 그만큼 사용자는 전면적 직장폐쇄를 할 정도로 심각하게 피해를 받는 상황에 있지 않다. 그런 경우에 직장폐쇄를 하는 것은 필요한 경우에만 직장폐쇄를 제한적으로 허용하는 법의 취지와도 맞지 않는다고 본다. 참고로, 프랑스에서 는 사용자가 파업으로 발생되는 문제를 해결하기 위해 취할 수 있는 조치를 다 취해보지 않고 직장폐쇄를 하는 것이나, 실제로 긴요하게 요구되지 않는데 직장폐쇄를 미리 행하는 것을 위법한 것으로 본다(Puprilot/ Fieschi-vivet, Droit du Travail, P.198).

장 앞이나 공원이나 기타 장소에서 요구관철을 위한 집회와 농성이 방해받지 않으므로, 쟁의효과의 급격한 감소는 막을 수 있을 것이라고 본다.

요컨대, 사업장내에서의 부분적 직장폐쇄가 그 목적이 조합의 쟁의장소를 박탈하는 데에 있는 것이면, 이것은 위법한 것이라고 보아야 할 것이고, 노쟁법 제12조 3항은 노동조합 측의 쟁의수단을 무력화시키는 규정으로 오용될 여지가 크므로 삭제되어야 한다고 본다.²¹⁶⁾

나. 비조합원을 제외한 직장폐쇄

그런데 더 큰 문제는 사용자가 이런 부분적 직장폐쇄를 노조 조합원들에 대해 서만 행하고 비조합원들에게는 영업을 계속시키고 임금을 계속 지급하는 것이 다. 이것도 역시 사용자의 적법한 쟁의행위로 인정할 수 있는가?

우리나라에서는 별로 이런 부분에 대해서 논의가 있지를 않았다. 그러나 이문제의보다 큰 심각성은, 이런 직장폐쇄로 인하여 조합원들만이 직장에의 출입이 금지되고 일을 할 수 없으며 회사에서 임금도 받지 못하는 반면에 비조합원은 직장에 출근하여 계속 근무할 뿐 아니라 회사로부터 정상적인 임금을 받는점에서, 조합원과 비조합원간의 갈등이 심해지고 조합원은 파업에서 일탈하거나노동조합 자체로부터도 탈퇴할 가능성이 높아져, 노동조합 자체의 세력도 약화내지 파괴될 가능성이 있다는 점이다.

최근에 하급심(대전 지방법원 1994.2.9 선고, 93가합 566)에서는 조합원만을 대상으로 하는 직장폐쇄의 위법성을 판단한 예가 있다. 이 사안은 노사간에 노동쟁의가 발생하여, 노동조합이 침묵시위, 피켓팅, 시한부파업 등 쟁의를 하자 사측에서는 전면적인 직장폐쇄를 단행하였고, 노조측에서 먼저 정상업무에 복귀하겠다는 의사를 통지하고 단체교섭을 재개할 것을 요청하였으나 사측에서 직장폐쇄를 철회하지 않고, 노조가 준법투쟁을 비롯한 단체행동을 중지할 것을 사측에게 통보함으로써 노조와 사측간에 완전한 합의가 이뤄진 때까지 직장폐쇄를 계

²¹⁶⁾ 부분적 직장폐쇄가 계속 인정되고, 노쟁법 제12조 3항도 효력을 발휘하는 상황에서는 사업장에서 축출된 파업근로자들이 상급연합단체의 협조 하에 산별연맹 사무소에 본부를 정하여 단결을 유지하는 방법을 생각할 수 있다.

속한 사안이다.

판결이유에서 동 법원은 "비록 적법한 직장폐쇄 개시후에 있어서도 주위의 사정으로 보아 직장폐쇄가 대항적, 방어적 성격을 상실하고 근로자에게심한 타격을 주어 이들을 굴복시키고 나아가 근로자의 단결권 자체를 위협하는 성격으로 전환한 경우 그 직장폐쇄는 위법하게 되었다고 할 것인 바,..... 노조가 위 시한부 파업을 종료하고 피고에 대하여 직장복귀의사를 명백히하면서 협상을 요청하였음에도 불구하고 위 파업기간에 비하여 지나치게 오랫동안(28일간) 직장폐쇄를 유지하면서 조합원과 비조합원을 분리, 비조합원들의 근무만을 허용하고 위 직장폐쇄 기간동안 조합원들을 개별적으로 '노조'에서 탈퇴하도록 유도하며, 조합원들에게 인사상 불이익을 주는 등 직장폐쇄 개시 당시의 대항적, 방어적 성격을 상실하고 '노조'파괴를 위한 공격적 행위로 나아가 결국 직장폐쇄의 긴급성과 필요성 및 정도의 상당성을 잃어버림으로써 위법, 부당한 직장폐쇄에 이르게 되었으므로 피고는 원고들에게 지급하지 아니한 위 위법한 직장폐쇄기간동안의 임금 및 상여금을 지급하여야 할 의무가 있다고 판단하였다.

본 판결에서는 직장폐쇄의 위법성을 드는 근거로서, 파업기간에 비하여 지나 치게 오랫동안 직장폐쇄를 유지한 점을 들기도 하였지만, 일면 조합원과 비조합 원을 분리하여 노조탈퇴를 유도하고 조합원들에게 인사상 불이익을 주는 행위를 부당한 직장폐쇄로 이르게 한 것으로 보았다. 특히 근로자의 단결권 자체를 위 협하는 직장폐쇄, 노조의 파괴를 위한 공격적 행위는 사용자의 직장폐쇄로 인정 될 수 없음을 명백히한 것이다.

한편 산별체제의 노사관계를 갖는 독일에서도 이런 직장폐쇄에 관하여 논란이 있었는데, 긍정설과 부정설로 나눠진다.

- 사용자가 조합원에게 직장폐쇄를 한정시킬 수 있다는 견해는²¹⁷⁾ 사용자의 선별적 직장폐쇄는 적법한 쟁의수단에 해당되며, 직장폐쇄는 사용자가 자신

²¹⁷⁾ Hugo Seiter, a.a.O., 657 ff.; 이밖에 Brox-Rüthers(Arbeitskampfrecht, 1965 S.35), Nikisch(Arbeitsrecht Bd. 2, 2. Aufl.,1959, S.94)가 같은 입장이라고 한다.

- 의 임금부담부분을 줄이려는 목적에서 행해지는 것이지 특정 근로자들의 임금지급을 배제하려는 목적에서 행하는 것이 아니므로, 그 대상을 어떻게 정하는가 하는 것은 사용자의 자유에 맡겨져 있다고 한다. 이런 점에서 단 결권을 침해하는 목적이 있는 것이 아니라고 한다.
- 조합원에게만 직장폐쇄를 할 수 없다는 견해는²¹⁸⁾사용자는 노조의 활동에 관한 한, 중립적인 자세를 취하여야 한다고 하며, 물론 개개 사안에 있어서 사용자가 노동조합을 탄압하거나 견제하는 목적에서 비조합원에 혜택을 준 것인지, 아니면 그런 목적이 없는 것인지를 구분하기가 모호한 경우도 있지만, 비조합원에 대해 사용자가 적극적으로 대우하는 것은, 노동조합의 단결 권(존립보장측면)에서 인정될 수 없다고 한다. 사용자에게는 이런 차별적 직장폐쇄를 성공적으로 이끌기 위해 근로자들에게 노조 조합원성에 대해서 회의를 품게 하거나 조합비의 절감을 위해서 노조에의 가입을 외면하게 하는 권한은 없다고 한다.

생각컨대, 파업과 마찬가지로 직장폐쇄에 있어서도 상대방의 존립을 위태롭게 하는 수단의 사용은 허용될 수 없다. 구체적인 사안별로 직장폐쇄의 적법성여부를 판단하여야 하겠지만, 조합원만을 직장폐쇄의 대상으로 삼아 사업장에서 축출하거나 조업재개를 거부하는 것은, 대부분의 경우 노동조합의 약화와 조합원의 조합탈퇴를 유도하는 것으로서 단결권을 위협하는 직장폐쇄라고 보아야 할 것이다. 이것은 헌법 제33조의 노동3권 보장의 취지에 반하는 것이고, 무기대등성의 원칙에도 반하기 때문에 위법하다고 할 것이다.

4. 爭議時 非組合員의 賃金問題

파업이 일어난 경우, 파업에 참가한 비조합원은 다른 조합원과 마찬가지로 자신의 근로관계는 정지하게 되므로, 사용자에 대하여 임금을 청구할 수 없다. 조합원은 노동조합으로부터 파업지원금을 받을 수 있는 반면에 파업참가 비조합원은 그런 파업지원금을 노동조합에게 청구할 수 없어서 가장 어려운 처지에 있다고 볼 수 있다. 다만 앞서 서술한 바와 같이, 노동조합이 규약에서 파업참가 비조합원에 대해서도 파업지원금을 받을 수 있도록 규정한다면, 그것을 근거로 비

²¹⁸⁾ Hanau/Kroll, JZ 1980, 181; Däubler-Hege, Koalitionsfreiheit, 1976, S.97

조합원은 파업지원금을 청구할 수 있을 것이다.

그러나 파업에 참가하지 않은 비조합원은 그의 근로관계는 정지하지 아니하므로, 계속해서 자신의 근로를 제공하여야 하고, 사용자에 대하여 임금을 청구할수 있다. 다만, 여기서 사용자가 자신의 근로가 아닌 파업근로자의 근로를 요구한 경우에는 비조합원은 이를 거부할 수 있으며, 그런 경우에 사용자는 임금을 상실하지 않는다는 것은 앞서 말한 바와 같다.²¹⁹⁾

다음으로, 비조합원이 자신의 근로를 제공하였지만 사용자가 그 근로의 사용을 거절한 경우에, 비조합원은 사용자에 대하여 임금을 청구할 수 있는가?

객관적으로 보아 비조합원의 노무제공으로 영업이 가능하다면, 사용자는 수령 지체의 책임을 면할 수 없다. 즉 비조합원은 사용자에 대해 임금을 청구할 수 있고, 사용자는 임금을 지급해야 한다. 220) 사용자가 이 의무를 면하기 위해서는 직장폐쇄를 선언하여야 한다. 사용자가 직장폐쇄를 선언한 경우에는 파업에 참 가하지 않은 근로자에 대해서도 임금지급의무가 중단이 되므로, 그 대상이 된 비조합원은 사용자에 대한 임금청구권이 탈락되는 것이다.

다른 한편 객관적으로 보아 조업계속이 불가능한 경우에는, 비조합근로자나 사용자나 어느 측에도 귀책사유가 없기 때문에, 그 위험(불이익)을 누가 부담하 는가 하는 문제가 발생한다.

이 문제는 민법 제537조 채무자위험부담주의에 따라서 이런 위험을 비조합근 로자에게 부담시키는 방법도 생각할 수 있다. 그러나 개별적 근로관계가 단순히

²¹⁹⁾ 이종복, 전게서, 112면; Heuck-Nipperdey, Grundriß des Arbeitsrechts, 1970, S.293

²²⁰⁾ 행정해석(근기 68207-1377, '94. 8.30)에서는 쟁의행위에 불참한 근로자를 근로시킬 수 있음에도 불구하고 사용자가 이를 거부한 경우에는 사용자의 귀책 사유에 해당하므로 근기법 제38조에 의한 휴업수당(평균임금의 70%)을 지급해야 된다고 보았다. 그러나 이 경우는 사용자의 책임있는 사유로 이행할 수없게 된 것이므로, 민법 제538조 1항에 의하여 임금 전액을 청구할 수 있음에도 불구하고, 제38조에 의해 이 보다 적은 평균임금의 70%만을 청구할 수 있다고 해석하는 것은 근로자보호에 충실해야 할 노동법이 더 근로자에게 불리하게 기능하게 된다는 점에서 타당하지 못하다(참고, 이종복, 전게서, 117면).

노무와 임금이라는 대가관계만으로 볼 수 없고 근로자가 사용자에 종속되어 근 로를 제공하는 종속적 근로관계라는 점에서, 이런 채무자위험부담주의를 근로관 계에 그대로 적용함은 종속적 근로자에게 위험을 감수하라고 하는 것이 되므로, 가혹할 뿐더러 공정하지도 못하다.

따라서 이런 민법적 해결을 떠나서 노동법적인 해결을 모색하는 시도가 독일에서부터 나왔고, 우리나라의 학설(쟁의위험론)에서도 주장되고 있다.221) 즉 노사간 힘의 대등성(무기대등성)을 원칙으로 하여, 근로자 혹은 사용자 어느 쪽에위험을 부담시키는 것이 노사간의 힘의 대등성 원칙에 적합한가 하는 방법으로해결하는 것이다. 이에 따르면, 파업에 불참가한 근로자가 결과적으로 당해 노조가 추구하는 단체협약의 적용을 받거나 사실상 동 단체협약의 영향을 받는 자일경우에는, 그가 그런 근로자에게 임금을 지급하는 것은 그 협약에 반대하는 사용자가 생산부진으로 오는 손해외에 또 다른 추가적 부담을 안는 것이므로, 그임금부담을 면하게 하는 것이 무기대등성원칙에 합치한다고 본다.222) 그러나 파업에 불참가한 근로자가 단체협약의 적용을 받지 않을 뿐더러 사실상으로도 협약의 영향을 받지 않는다면, 노사간의 무기대등성에 영향을 미치지 않으므로, 사용자는 일반적인 경영위험과 마찬가지로 그 위험을 부담하는 것이 타당하다는 것이다.

이러한 학설이론을 따른다면, 파업에 참가하지 않은 비조합원도 법률에 의하여 단체협약의 적용을 받거나, 사실상 영향을 받고 있으므로, 그 임금의 위험부담은 비조합원에게 부담하게 하는 것이 타당하다는 결론에 이르게 된다. 223)224)

²²¹⁾ 쟁의위험론에 대하여는, 하경효, 고용에 있어서 반대급부 위험의 부담, 민사법학, 9·10 합병호, 1993년 참조할 것; 이종복, 고용관계에 있어서 위험분배의조정, 사법관계와 자율, 73면 이하; 박지순, 경영위험 및 쟁의위험과 임금지급의무(석사학위논문, 1994) 참조.

²²²⁾ 이종복, 전게논문, 111면; 김형배, 노동법, 580면

²²³⁾ 이밖에도 독일에서는 불참가근로자중에서 노조원은 임금을 받지 못하나 비조합 원이나 타 조합원의 경우에는, 임금을 받을 수 있다고 본 견해(Biedenkopf, Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, 1970)도 있다 고 한다. 그러나 그 견해에 대해서는 독일기본법 단결권보장조항(제9조 3항 2 문)에 의하여 저지당하며, 동시에 비조합원이 조합이 투쟁하여 얻은 임금인상 과 같은 결과를 똑같이 향유하고 있다는 사실을 너무나 고려하지 않는 것이라 는 반론이 있다(Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 4. Aufl., S.217). 일본에서도 일부

第 7 章

結 論

지금까지 비조합원의 집단적노사관계법상 지위를 살펴보면서 각 항목마다 공 통적으로 확인하고자 했던 것은, 비조합원은 사용자측에 서 있는 자가 아니라 역시 근로자라는 것이었다.

1. 비조합원의 소극적 단결권에서는, 근로자의 조합가입을 거부하는 그의 의사결정은 헌법적으로 보호되어야 하지만, 노동조합의 단결권이 무의미해지지 않도록 일반적인 행동의 자유권으로서 평가함이 타당하다고 생각하였다. 같은 점에서 그의 개인적 의사를 존중하는 한도에서 유니온 숍제도의 개선이 필요하다고 생각되었다. 반면에 비조합원도 실제로 勞動組合이 사용자에게서 따온 成果로부터 惠澤을 받고 있는 이상, 組合의 負擔도 분담해야 공정하다는 점을 주장하면서, 구체적으로 연대금지불조항(에이젼시 숍)의 도입에 의한 해결가능성을 모색하였다.

파업의 경우, 사용자가 휴업수당을 쟁의불참가 근로자에게 지급하여야 하는데, 노조원은 휴업수당청구권이 없고, 비조합원이나 타 조합원은 휴업수당청구권 을 가질 수 있다는 견해(官野和夫, 勞動法, 1989, 527面)가 있으나 위와 같은 지적을 받을 수 있다고 본다.

²²⁴⁾ 한편, 노동조합과 사용자가, 파업에 참가하지 않았음에도 불구하고 임금이 지급되지 않는 근로자에 대해 단체협약상 지급하기로 정한 경우에는, 임금부담 원칙의 임의성에 기하여 그 효력이 인정된다고 본다.

2. 우리나라 勞動組合法의 제37조는 사업장단위에서 同種 勤勞者중 50%가 조합원으로서 협약의 적용을 받으면 비조합원에게도 단체협약을 확장 적용하도록 명하고 있고, 또 현실적으로 노조가 있는 사업장은 조합가입률이 組織對象의 80%水準인 상황 속에서225), 거의 모든 경우에 비조합원은 조합원과 같은 대우를 받고 있다고 말할 수 있다. 협약자치의 원리는 기본적으로 노동조합에 가입한 근로자에 대해 단체협약에 의한 혜택이 주어지는 것이지만, 이와 같이 예외적인 비조합원에의 단체협약적용이 의외로 광범위하다고 생각하였다.

3. 이처럼 勞動組合과 非組合員간에는 團體協約을 중심으로 緊密한 關係가 있을 뿐만 아니라, 단체협약의 체결을 이끌기 위한 罷業에 있어서도, 비조합원은 당해 사업장의 근로자로서 罷業參加權을 가지고, 노조가 주도한 파업에는 역시참여할 수 있음을 확인하였다. 실제로 독일에서는 비조합원이 파업참가하는 것은 당연한 것으로 인식되어 있다. 또한 비조합원이 파업에 참가하지 않은 경우에는, 同僚의 罷業勤勞에 대한 사용자의 대체요구에 대해서는 拒否할 수 있음을 밝혔다. 이외에도 비조합원과 노동조합과의 親密한 關係性은, 쟁의위험론에 있어서 그 쟁의로 인한 임금탈락의 危險(불이익)을, 비조합원이 단지 문제의 단체협약에 관련된다는 이유에서, 그 비조합원이 부담하여야 하는 점에서도 발견된다고 생각한다.

이와 같이 非組合員은 사용자 측에 속한 자가 아니라 勤勞者이며, 오히려 같은 근로자인 조합원이나 노동조합에 가까이 있다고 보아야 한다. 노동조합은 조합원만을 대표하고, 단체협약은 조합원에게만 적용된다는 기본원칙을 부인할 수는 없지만, 기업별교섭체제하에서 노동조합의 단체협약은 조합원, 비조합원 할 것없이 전 근로자에게 영향을 미치고 있음도 부인될 수 없는 것이다.

노동조합은 이런 관련성을 인식하고, 조합원외에 비조합원에 대해서도 관계를 두터이 하여야 한다고 본다. 비록 노동조합에서 나와 있는 자이지만 같은 근로 자로서 후원과 동참을 할 수 있도록 구체적인 계획도 세워야 한다고 본다. 그런 계획은 노동조합이 일단 조합원들의 의사에 귀기울이는 태도에서 시작하고, 근

²²⁵⁾ 노총중앙연구원이 1995년 노조가 있는 200개 사업장을 대상으로 조사한 결과, 노조가입률은 가입대상자 대비 83.042%로 나왔고, 전체 종업원대비 61.257% 가 나왔다. 이런 수치는 다른 곳에서 조사한 것과도 유사하다.

로자들의 自發性을 존중하는 데에서 출발한다고 본다.

〈要約文〉

1. 非組合員의 概念

여기서 중요한 것은 비조합원은 勤勞者라는 것이다. 독일어로 비조합원은 Außenseiter 혹은 nicht organisierte Arbeitnehmer 라고 하는데, 조합에 가입하지 않은 근로자, 즉 非組織 勤勞者를 말한다. 그렇다고 하면, 사용자나, 근로자에 관하여 사용자를 위하여 일하는 자를 비조합원이라고 보아서는 안될 것이다. 예컨대 회사의 임원으로서 상무나 전무 혹은인사책임을 맡은 총무부장은 비조합원이라고 할 수 없다. 그들은 비조직 근로자이기에 앞서 사용자에 해당한다.

비조합원의 개념을 근로자라는 큰 개념에서 찾아야 한다면, 비조합원을 사용자에 가까이 있는 사람으로 보아서는 안될 것이다. 집단적 노사관계에 있어서 노동조합에의 가입을 하지 않은 자일 뿐 사용자에 속한 사람은 아닌 것이다. 이런 점은 특히 비조합원이 파업시 사용자의 대체근로요구에 대해 정당한 거부를할 수 있다든지, 비조합원도 파업에 참가할 수 있다든지 하는 점에서 다시 확인될 수 있다.

2. 非組合員과 團結權

근로자는 헌법 제33조 1항에 따라 단결권을 가진다. 비조합원은 근로자로서 단결권을 가지고 있음에도 불구하고 적극적으로 행사하지 않은 자라고 할 수 있다. 법리상 단결권의 개념은 근로자 개인의 단결권과 노동조합의 단결권으로 나뉘고, 다시 근로자 개인의 단결권은 적극적 단결권과 소극적 단결권으로 구분 된다. 소극적 단결권이란 근로자가 노동조합으로부터 떨어져 있을 권리라는 것 이다. 바로 消極的 團結權의 主體는 非組合員이 된다.

그런데 여기에서 소극적 단결권을 헌법적으로 인정해야 하는가와 인정해야 할 경우에 헌법 제33조 1항의 단결권보장에서 도출할 것인가 아니면, 헌법 제10 조의 일반적인 행동의 자유를 보장하는 행복추구권에서 찾을 것인가의 문제가 있다.

우리나라 학설은 이 점에서 서로 갈리고 있는데, 노동법학자의 대부분은 소극적 단결권을 인정하지 않고 있으나, 헌법학자들과 노동법학자 일부는 소극적 단결권을 인정한다. 소극적 단결권을 부인하는 입장은 역사적으로 단결권보장은 노조설립, 단체교섭, 쟁의행위에 의한 요구의 관철과 같이 적극적인 측면만이존재한다는 것이고, 소극적 단결권을 인정하는 입장은 강제로 단결체에 가입시키거나 탈퇴하지 못하게 하는 것은 自由民主秩序에서 있을 수 없는 일이며, 불가입의 자유와 탈퇴의 자유가 인정되어야 自發的인 意思에 기초한 단결체의 활동이 가능하다는 것이다.

한편 독일에서는 소극적 단결자유를 인정하는데 學說과 判例에 異見이 없고, 미국이나 영국에서도 단결에의 가입강제를 더이상 고집하지 않고 사실상 소극 적 단결자유를 존중한다. 다만 일본에서 학자들의 통설이 소극적 단결자유를 부 인하는 것인데 유력한 견해(西谷 敏)는 이를 강력히 비판하고 있다.

생각컨대, 소극적 단결권을 전적으로 부인하는 것은 個人의 自由로운 意思를 존중하지 않는 것이며 자유와 민주의 질서를 기본으로 하는 헌법의 정신에 부합하지 못한다고 본다. 또 외국의 공통적인 추세와도 일치하지 않는 것이고, 또 20세기를 마감하고 21세기를 맞이하는 오늘날의 個人意思 中心의 社會傾向을 고려할 때에도 더이상 지지받지 못한다고 본다. 다만 소극적 단결권을 적극적 단결권과 동등하게 인정할 것인가 아닌가가 실제적인 문제가 되어야 한다고 본다.

소극적 단결권을 헌법 제33조 1항에서 도출한다는 것은 적극적 단결권과 소극적 단결권을 동전의 양면처럼 論理的으로 共存하며(즉 相關概念이며), 그 보호정도에 있어서도 동등하다는 것을 말한다(독일의 통설). 이에 반해서 헌법 제10조 일반적인 행동의 자유로서 행복추구권에서 도출한다는 것은, 인간이 자신의 행복을 추구할 권리가 있으며 그런 점에서 어느 단체에 안들어 가는 것도 자유롭게 결정할 수 있다는 것이다(또한 근로자가 단결체를 통하여 자신의 행복을 추구하는 과정에서 타인의 자유로운 의사결정에 해를 입혀서는 안된다는점에서 소극적 단결자유를 찾기도 한다). 우리나라에서 소극적 단결권을 긍정하는 견해와 일본에서 소극적 단결자유를 주장하는 견해(西谷 敏)는 이런 행복추

구권과 같은 정도의 자유권으로 보고 있다. 독일에서도 유력한 견해 (Biedenkopf)는 이런 一般的 行動의 自由(독일기본법 제2조 1항)에서 소극적 단결자유를 찾는다.

생각컨대, 소극적 단결권을 지나치게 앞세우거나 적극적 단결권과 동등하게 보호한다면 적극적 단결권의 보호에 소홀할 수 위험성이 있고, 불필요한 개념상 혼란이 발생할 수 있다고 본다. 그런 점에서 헌법 제33조 1항은 오직 적극적 단 결권만이 보장되고 제10조에서 소극적 단결자유가 나올 수 있다는 견해가 타당 하다고 본다.

3. 非組合員과 各種 組合存立保障

앞서 언급한 바와 같이 비조합원은 근로자로서 사용자편에 서 있는 사람은 아니지만, 그의 비조합원성은 노동조합의 존립을 위태롭게 하는 점이 문제이다. 비조합원이 조합원에 비해서 보다 싸게 자신의 노동력을 판매한다든지 혹은 조합원이 적극적으로 노력하여 얻어 놓은 성과물에 하등의 부담없이 참여한다든지 하는 것은 노동조합에의 참여의욕을 감퇴시키는 것이다. 이런 비조합원의 행태에 대하여 조합은 각종 조합존립을 보장하는 조항을 단체협약에 도입하여왔다. 그런 조항으로는 Union Shop 조항, Agency Shop조항, 협약배제조항, 격차조항 등이 있는데, 각각에 대해 살펴보기로 한다. 이런 조항들은 헌법상 근로자개인의 단결권(적극적 단결권, 소극적 단결권)의 침해가능성 차원에서 점검되어야 하며, 협약자치권의 범위내에 있는가 하는 단체협약법원리와의 조화문제도 있다.

- 유니온 숍 조항 -

유니온 숍 조항은 근로자에 대하여 勞動組合에의 加入을 雇傭의 條件으로 하는 점에서 加入拒否나 組合脫退는 雇傭의 喪失이라는 결과를 가져오는, 매우 강력한 조합존립보장수단이다. 현재 우리 노조법 제39조 2호 단서에서는 노조가 사업장 근로자의 3분지 2를 대표할 경우, 이런 유니온 숍 조항을 두는 것은 부당노동행위로 보지 않는다고 한다. 일부 학설은 유니온 숍의 필요성을 인정하지만(송강직 교수), 대부분의 학자들은 이런 유니온 숍 조항은 근로자의 개별적인

의사(노조선택의 자유)를 지나치게 외면하는 점에서 헌법위반의 소지가 있다고 비판하고 있다(김유성, 김치선, 김형배, 박상필, 심태식 교수 등). 다만 이들 견 해중 일부(김유성, 김치선, 심태식 교수)는 노조선택의 자유를 인정하는 조직강 제조항 즉 특정노조에 대한 가입강제가 아니라 어느 노조에 가입하든 관계없이 단지 조합원이기를 요구하는 일반적조직강제조항이라면 헌법위반을 피할 수 있 다고 한다. 그러나 일반적조직강제조항에 대해서도 가입을 원치 않는 근로자에 게 가입을 강제하는 것은 근로자의 自發性을 부인하고, 가입하지 않는 근로자에 게 해고의 불이익을 가한다는 것은 지나친 징계라고 지적하는 견해도 있다(일 본 西谷 敏).

생각컨대, 유니온 숍 조항은 두가지 점에 문제가 있다고 본다. 하나는 근로 자에게 어떤 단체에의 가입을 강제하는 점에서 단순히 경제적인 부담만이 아니라 근로자 개인의 의사와 행동의 자유를 제한하는 것이 되므로, 지나치게 强力한 組合存立保障이 아닌가 하는 점이다. 비조합원의 존재가 조합원의 지위나 조합의 존립을 위협하는 것에 걸맞게 그 처방도 나와야 하는데 조합에의 가입강제는 그 적정한 정도를 벗어날 수 있기 때문이다. 현실적으로 비조합원은 이미사업장내에 들어와 있기 때문에 조합원의 일자리를 위협하는 일은 일어나지 않는다. 오직 부당한 이득을 취득하는 문제가 있을 뿐인데, 이런 문제에 대한 해결이 조합에의 강제가입이라는 것은 개인의 자유를 지나치게 제한하는 측면이존재함을 부인하기 어렵다.

또 하나는 조합에의 가입거부나 탈퇴가 雇傭의 喪失로 이어지게 되는 점에서 문제가 있다. 근로자에게 있어서 일자리는 거의 절대적으로 중요한 사항이므로, 노조가입을 거부하는 근로자에 대해 노동조합이 사용자에게 해고를 요구하는 경우에는 신중하여야 하기 때문이다. 혹시라도 자의적으로 노조가 근로자의 해고를 사용자에게 요청하는 일은 없어야 한다.한편 사업장중에는 이미 그 제재를 해고로 하지 않고 회사의 처분에 넘기는 방법을 취하여 밑빠진 유니온 숍이된 경우도 많다. 또 유니온 숍에 의해 해고가 있게 되면, 그것에 정당한 사유가 있었는가, 해고남용이 있지 않았는가 하는 검토가 여전히 거치게 된다.

따라서 유니온 숍 제도는 노동조합의 존립보장에 충실하면서도 근로자들의 自發性을 외면하지 않고 또 오해를 불러일으키지 않도록 좀 보완될 필요가 있 다고 생각한다. 즉 노동조합의 존립보장을 위한 유니온 숍제도는 기본적으로 노동조합의 세력확장보다는 노동조합 내지 조합원의 경제적인 이익의 보호에 목적이 있었으므로, 그 목적에 맞게 조정이 될 필요가 있다. 미국에서의 유니온숍제도가 사실상 전종업원의 조합비지불원칙에 기초하고 있는 것처럼 우리의유니온 숍제도도 비조합원의 무임승차적 행태를 근절시키고 공정한 관계로 유도하는 차원으로의 변경이 필요한 것이다.

그런 점에서 유니온 숍에서는 근로자가 정당한 이유를 제시하는 경우에는 그가입의 예외를 인정해 주되, 동시에 그 비조합원이 당해 노동조합의 단체협약에 적용을 받는 한 그 댓가(조합비 상당액)를 부담하도록 하는 보완이 있어야 할 것이다. 또 노조법 제37조(사업장에서 노조가 동종 근로자의 50% 대표시 단체협약을 비조합원에게도 적용하게 하는 규정임)와 균형을 맞추는 차원에서 노조가 당해 사업장에 종사하는 전근로자의 50%를 대표하는 경우에도 유니온 숍을 둘 수 있도록 노동조합법 제39조 2호 단서규정이 개정될 필요가 있다고 본다 (미국, 일본도 사업장에 종사하는 근로자의 50% 대표성을 요구함).

- 에이젼시 숍 조항 -

에이젼시 숍은 비조합원이 노동조합이 어렵게 따 낸 좋은 근로조건을 하등의 노력도 하지 않고 사용자에게서 받는 점을 특히 문제로 삼은 것이다. 사용자의 입장에서는 비조합원을 조합원과 동등하게 대우하지 않으면 그가 조합원이 될 것이라는 우려를 피할 수 없으므로, 결국 노동조합이 얻어낸 성과수준으로 대우 하게 된다. 그러나 비조합원은 그런 혜택에 대한 부담(각종 경제적 부담, 활동 의 부담)을 감수하지 않고 혜택만 누린다. 이런 문제에 대하여 노동조합은 비조 합원에게 노조가입비와 회비를 지불하도록 요구하는 조항이다. 이런 요구를 거 절하게 하는 자에 대해서는 사용자에게 불이익처분을 내리도록 요구한다.

그런데 여기서 사용자가 "임의로" 비조합원에게 그런 대우를 제공하는 것이 아니냐 하는 반론이 나올 수 있다. 즉 사용자는 노동조합의 노력과는 관계없이 자신의 의사에 따라 비조합원에게 혜택을 준 것으로 볼 수 있을 것이다.

그러나 우리 勞組法 第37條에서는, 사업장의 동종 근로자의 반수이상이 조합 원으로서 단체협약의 적용을 받으면, 나머지 동종의 근로자들도 단체협약을 받 도록 명하고 있다. 그리고 우리나라 노동조합의 일반적인 조직형태는 企業單位 의 勞組이므로, 노조가 존재하는 企業이나 事業場에서 組合加入率은 조직대상의 80%, 全勤勞者의 60%를 상회하는 현상이 나타나고 있다.1) 노조가 있는 기업이나 사업장에서는 노조에 가입하지 않은 근로자도 노조법 제37조에 의해서 조합원과 같은 대우를 받고 있다고 말할 수 있다. 여기서 비조합원에 대한 부담조정의 요구는 더욱 정당화할 수 있다. 법제도에 의하여 혜택을 얻게 되는 만큼 제도적으로 그 부담에의 참여를 요구해야 할 필요성은 납득될 수 있는 것이다.

에이션시 숍, 다른 말로는 連帶金支拂條項은 비조합원에게 조합가입비, 조합비 정도의 부담을 요구하는 것이고, 일체 어느 노조에의 가입을 요구하지 않는다.

이러한 연대금지불조항은, 사용자로 하여금 그런 연대금을 지불하지 않는 근로자에 대해서는 일정한 불이익취급을 하도록 하는 형식을 취하게 된다. 그러므로 단체협약의 규범적 부분이 아니라 채무법적 부분에 해당될 것이다. 같은 채무법적 부분으로서 조합비를 임금에서 事前控除하여 조합측에 주는 제도와 함께실시되면, 연대금불지불로 인한 분쟁을 사전에 피할 수 있을 것이다.

좀더 구체적으로 설명하면, 노동조합이 당해 사업장의 동종 근로자의 반수이상을 조합원으로 확보하고 있다면 사용자에게 '사용자로 하여금 비조합원에 대해서 연대금지불을 고용의 조건으로 하는 단체협약'의 체결을 요구하는 것이다. 그 연대금의 정도는은 조합비와 같거나 약간 하회하는 정도가 적정하고, 당연히 그 금전은 노동조합에 귀속되어야 한다. 불지급한 근로자에 대한 제재는 견책, 감봉, 정직 등 여러 단계의 수단을 사용하고 해고는 최후의 수단으로 하는 것이 적절하다.

이런 연대금지불조항은 비조합원이 단체협약의 좋은 근로조건을 적용받을 수 있는 만큼 그에 適定한 程度의 負擔에 동참하게 하는 것으로서 부당한 것이 아니며, 오히려 비조합원의 지위를 올바로 세워주는 의미가 있다고 본다. 동시에 노동조합의 입장에서는 조합원이 종래의 비조합원처럼 무임승차하려는 자극을 받지 않게 되므로 그 존립을 공고히 할 수 있고, 또 교섭과 협약체결을 위한 경

¹⁾ 노총중앙연구원이 1995년 노조가 있는 200개 사업장을 선정하여 조사한 결과, 노조 가입율은 가입대상자대비가 83.042%로 나왔고 전체종업원대비가 61.257%로 나왔음, 이는 정연앙, 여성근로자의 관리실태에 관한 연구(1994, 한국노동연구원), 41면에서 『노동조합 가입률을 보면 1993년 12월말 기준으로 가입대상자의 81.2%, 전체 종업원의 58.8%가 노동조합원인 것으로 나타났다』는 것과 내용을 같이함.

제적 지원을 얻게 되는 점에서 그 효과가 크다고 할 수 있다. 이러한 에이젼시숍 내지 연대금지불조항은 미국, 캐나다, 스위스 등에서 실시되고 있는 것이다.

만일에 이런 에이젼시 숍 조항을 장려하는 의미에서 노동조합법에 이를 도입한다면,현재의 노조법 제37조에 제2항을 신설하여 비조합원의 연대금지급의무를 부과하거나, 제37조의 비조합원에 대한 협약적용에 대한 조건으로서 연대금지불의무를 부과하는 방안이 있을 것이다.

- 협약배제조항, 격차조항 -

협약배제조항은 비조합원이 하등의 부담과 노력없이 단체협약상의 혜택을 받는 것을 중단시키기 위해 사용자에게 비조합원에 대해서는 協約適用을 하지 말 것을 요구하는 조항이다. 그 결과 비조합원은 단체협약의 적용을 받기 위해 협약에 가입하려는 의사를 갖게 될 것이다. 협약배제조항과 같은 효과를 갖는 것으로서 격차조항, 간격유지조항이 있다. 이 조항은 조합원과 비조합원간에 근로자의 대우에 있어서 격차 내지 일정한 간격을 유지하도록 사용자에게 요구하는 것이다. 연대금지불조항이 동등한 협약적용을 전제로 하는 조합존립보장이라면, 협약배제조항이나 격차조항은 그 동등대우의 전제를 없애고 일정한 差別을 유지하는 방식의 조합존립보장인 것이다.

그러나 독일에서는 이런 협약배제조항에 대해서 대부분 학자들은 소극적 단결자유의 침해라고 하여 인정하지 않으려 한다. 여기서는 이런 협약배제 혹은 차별적용으로 인하여 조합에의 가입의사가 유도되는 것을 소극적 단결자유의 침해라고 본 것이다. 그러나 이 정도의 가입의사의 양보는 조합의 존립보장을 위해서 인용될 수 있다고 본다. 어느 경우에도 노동조합으로의 가입강제는 없는 것이므로, 그런 점에서 소극적 단결자유의 본질적 부분은 침해되지 않는다고 본다.

또 그것은 노사간에 구체화되는 과정에서 일정한 급부(예컨대, 휴가나 수당)에서만 특별히 비조합원에게만 제외되거나 조합원에게만 적용되는 형태를 취하므로 그렇게 심한 정도의 차별은 되지 않다고 본다. 또한 이런 정도의 불이익은다른 유니온 숍이나 에이젼시 숍에서 압력수단으로써 취하는 해고나 기타 징계에 비교하면 완화된 존립보장책임이 틀림없다.

이와 같이 큰 무리가 없는 조합존립보장임에도 불구하고, 노조법 제37조와

충돌할 가능성이 있다. 동법 第37條는 非組合員에 대하여도 組合員과 같이 團體 協約이 適用되도록 명하고 있기 때문에, 이런 명령과 달리 차별을 정하는 것은 효력이 부인될 여지가 크다. 이런 점에서 협약배제조항이나 격차조항과 같은 존립보장조항의 도입에는 어려운 점이 있는 것이 사실이다. 다만 노조법 제37조의 적용을 받지 않는 경우, 즉 당해 사업장의 동종 근로자의 반수 미만만이 단체협약의 적용을 받아 일반적 구속력이 발휘되지 못하는 경우에는 이런 격차조항을 통하여 조합존립을 강화할 수 있다고 본다.

4. 非組合員의 團體協約法上 地位

비조합원은 조합에 가입하지 않은 근로자로서 원칙적으로 협약자치도 받지 않고 단체협약의 적용도 받지 않는 것이 일반적인 협약자치의 내용이다. 협약자치는 기본적으로 조합원만을 국한하여 대상으로 한다. 이것은 協約自治의 限界 문제이다. 독일에서 많은 논의가 이뤄졌던 이런 원칙은 우리나라에서도 그대로 존중되고 있다.

協約自治權(Tarifmacht)은 노사가 자치적인 규범을 설정할 수 있는 권한이다. 이 권한은 그 노사 단체에 가입한 구성원들의 의사에서 오는가(代理說) 아니면 그 단체의 고유한 성질인가(團體說) 아니면 국가가 특별히 부여한 권한인가(授權說) 하는 협약자치권의 근거에 관한 논쟁이 있어 왔다. 각각 주장에는 일응 타당한 측면들이 있는데 오늘날에는 대리설을 지지하는 견해는 없고, 단체설중에서 대리설과 절충한 견해 혹은 수권설이 지지를 받고 있다. 협약자치권의 근 거는 授權說에 기초하여 보는 것이 명확하다고본다. 다만 우리 노사관계가 기업별 노사관계이기 때문에, 몇십명의 근로자만을 가진 소규모의 노사 단체에게 과연 법규범을 제정할 권한을 부여된 것으로 볼 수 있는가 하는 의문이 들을 수 있지만, 법리적으로 산별체제를 막고 있는 것도 아니고 단체협약이 규범적 효력을 갖는 점에서 수권설이 가장 설득력이 있다.

그러나 협약자치는 그 협약자치를 원하는 조합원만을 규율하는 것이 원칙이고, 그것을 원하지 않는 비조합원에 대해서는 규율 권한이 없는 것이다. 이런점은 구성원의 가입의사에서 협약자치권의 근거를 찾는 대리설에서도 명확한것이다. 따라서 노사가 비조합원에 대한 근로조건을 직접 규율한다는 것은 협약자치권한을 넘어선 것이라고 할 수 있다.

그렇지만 例外的으로 ①비조합원도 교섭단위의 근로자라는 점에서 그 곳의질서를 유지하기 위한 협약이나 비조합원에게 혜택을 주는 협약은 노사간에 정할 수 있다고 본다. 또한 노조존립보장을 위하여, ②사용자와의 채무법적인 형태로서 정하는 유니온 숍이나 에이젼시 숍이나 협약배제조항 등도 비조합원을 관련시켜 규정할 수 있다고 본다. 또한 ③ 협약이 비조합원에 적용됨에 있어서도, 협약적용을 확대하는 특별규정(제37조, 제38조)을 통하여 국가가 노사자치단체의 자치권이 비조합원에게도 미치게 한 것을 허용한 것으로 볼 수 있을 것이다. 그러나 이런 경우에도 노동조합이 단체협약에 의하여 직접 비조합원을 규율하는 것은 아니고, 이미 조합원만을 대상으로 하여 정한 것을 위 규정이 비조합원에게 擴張하는 것임이 틀림이 없다.

이와 같이 예외가 다양하게 인정되고, 특히 노조법 제37조가 사업장내 동종 근로자중 반수 이상이 조합원이면 나머지 동종의 근로자인 비조합원도 단체협 약을 적용하게 하는 것이므로 대체로 노조가 있는 모든 사업장은 바로 제37조 를 적용받게 되는 점에서 그 예외의 폭은 한층 더 넓어진다고 할 수 있다.

따라서 결과적으로 협약당사자가 비조합원을 규율할 수 있는 여지가 상당히 있음을 부인할 수 없을 것이다.

5. 非組合員과 勞動爭議

비조합원은 원칙적으로는 단체협약의 적용을 받지 못하지만, 예외적으로 노조법 제37조에 의해서 단체협약의 구속력이 확장되어 적용을 받는다든지, 사실적으로 조합원과 같은 대우를 받는다는 점을 앞에서 확인하였다. 따라서 단체협약은 비조합원에게 있어서 무관한 규범이 아니다. 여기서 보다 유리한 단체협약의 체결을 이끌기 위한 파업에 있어서 非組合員은 勞組主導의 罷業에 參加할수 있는가? 그렇게 참가한 경우에 비조합원은 조합원과 달리 해고되는 것은 아닌가? 또한 쟁의에 참가하지 않은 비조합원에게 사용자가 자신의 근로가 아닌 他勤勞者의 勤勞를 요구한 경우에 이를 拒否할 수는 없는가? 그런 경우에 임금이 탈락되는 것은 아닌가? 하는 등의 문제가 발생한다.

비조합원은 언뜻 생각하면 파업에 참가할 수 없다고 생각할 수 있다. 오직 파업에 참가할 수 있는 자는 조합원만이라고 생각할 수 있다. 그러나 노조가 주 도한 파업에 비조합원이 참가하였다고 해서 노사간의 힘의 對等性이 깨지는 것은 아니다. 왜냐하면 그는 근로자로서 사용자에 속하는 자가 아니고, 우리나라 헌법 제33조에 따라 "근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권, 단체행동권"을 가지기 때문이다. 따라서 비조합원도 근로자인 이상, 단체행동권을 행사할 가능성이 보장된 것이다. 단체행동권, 특히 罷業權은 국가가 근로자에게 보장한 主觀的 公權으로 보아야 할 것이다. 다만 파업은 근로자집단인 노동조합이 주도해서 계획하고 실행하는 것만이 원칙적으로 허용되므로, 개개 근로자는 그 罷業에 參加할 權利가 있고2), 비조합원도 노조가 주도한 파업에 참가할 권리가 있다고 보아야 한다. 이런 권리를 罷業參加權이라고 하면, 파업권의 보장에는 파업참가권이 포함된 것이라고 이해할 수 있다. 비조합원은 조합원은 아니지만 조합원과 마찬가지로 당해 기업이나 사업장에서 단체협약의 영향을 받고 있는 자이므로, 적법한 파업에 동참할 수 없다는 것은 정당성판단에서나 실정법규에서나 도출되지 못한다고 생각한다.

다만 비조합원의 경우, 파업에 참가하여 자신의 노무급부제공을 거부하면 그 반대급부인 賃金의 脫落이 결과되는데, 조합원과는 달리 파업지원금을 받지 못하는 어려운 처지에 놓이게 된다. 즉 비조합원은 자신의 임금을 사용자로부터도 노동조합으로부터도 받지 못하는 상황에 있는 것이다. 그러나 노동조합이 그 규약에서 비조합원이 파업에 참가하는 경우 그에게도 조합원과 같은 수준의 罷業支援金을 제공한다고 하는 사항을 두는 것은 가능하다고 본다. 이것은 노동조합이 스스로 그 부담을 안는 것이기 때문에 노사간의 무기대등성이나 힘의 대등성을 해치는 것이 전혀 아니다.3)

다음으로, 비조합원이 파업에 참가하지 않고 근로를 계속 수행하는 경우, 사용자는 파업참가 근로자의 탈락된 근로를 대신 수행하게 하는 일을 요구할 수 있다. 이런 요구가 노쟁법 제15조에 의하여 금지가 되는 것은 별론으로 하고(최근에 노동부의 행정해석에 따르면 제15조가 금지하는 영역은 외부인의 대체사용으로 한정하고 있다. 따라서 내부인을 활용하는 것은 가능하다고 한다), 비조

²⁾ 대사용자관계에서 자신의 근로를 이행하지 아니하고 근로를 중단하는 점에서 主觀 的 私權이라 할 수 있음.

³⁾ 비조합원이 적법한 파업에 참가한 것을 이유로 사용자가 해고 등의 불이익을 주는 것은 바로 노조법 제39조 5호의 부당노동행위에 해당되어야 할 것이다.

합원에게 拒否된다면 그로 인한 불이익은 과연 없는가하는 문제가 발생한다. 이문제에 대해서는 우리나라에서 많이 논의되지 못하였지만, 독일에서는 이런 拒否權을 인정한다. 즉 罷業勤勞(Streikarbeit)중 자신의 본래 업무인 間接罷業勤勞는 거부하지 못해도 타인의 업무인 直接罷業勤勞는 거부할 수 있다고 본다(통설과 판례). 생각컨대 오히려 비조합원은 파업이 발생한 경우에 그 직접파업근로를 거부해야지만 노사간의 힘의 대등성이 유지될 수 있다고 본다. 왜냐하면 그가 직접파업근로를 수행한다면 노동조합이 사용자에 대해 행사한 압력(업무의 정상한 운영을 저해함)의 효과가 제대로 발휘될 수 없기 때문이다. 따라서 비조합원이 직접파업근로를 거부한 것은 노사간의 힘의 대등성에 충실한 것이므로, 자신의 본래 업무수행하는 한, 그의 계약상 의무는 다한 것으로 보아야한다. 따라서 타근로자의 작업을 거부한 비조합원의 임금청구권은 그대로 유지된다. 또한 이것을 이유로 하는 해고는 당연히 不當解雇에 해당한다.

마지막으로, 노동조합이 부분파업을 하였는데 그 파업의 효과는 전사업장에 미쳐서 조업계속이 어려운 경우에는 사용자는 그 파업불참가자들의 임금부담을 면하기 위해 職場閉鎖를 할 수 있다. 그러나 직장폐쇄를 하지 않은 경우에도 소위 "위험부담"론에 의하여 사용자는 임금부담의 위험을 면할 수 있다. 즉 쟁의로 인해 객관적으로 조업의 계속이 불가능할 경우에는 근로희망 비조합원에 대한 임금은 계속 사용자가 부담하지 말아야 한다는 것이다. 즉 사용자가 그 임금부담을 면하는 이유는 비조합원도 사실상 단체협약의 적용을 받고, 또 노조법제37조에 의하여 단체협약의 확장적용을 받게 되는 자이므로, 다툼이 된 團體協約은 非組合員에게도 有利한 것이기 때문이다. 그런 단체협약에 反對하기 위해다투는 使用者에게 비조합원에 대한 임금도 부담시킨다는 것은 힘의 對等性에 맞지 않는 것이다(쟁의위험론).

여하튼 여기서도 다시 확인되는 것은 비조합원은 근로자로서 조합원과 마찬 가지로 단체협약의 영향범위내에 있는 자라는 것이다. 따라서 이런 점에서 비조 합원은 노동조합이나 조합원과 상당히 가까이 있다고 생각된다.

6. 맺음말

지금까지 비조합원의 집단적노사관계법상 지위를 살펴보면서 각 항목마다

공통적으로 확인하고자 했던 것은, 비조합원은 사용자에 속한 자가 아니라 근로 자라는 점이다.

비조합원의 소극적 단결권과 비조합원의 조합존립보장에서는 노조가입을 거부한 근로자로서 그의 個人的 意思決定을 尊重해야 한다는 점을 강조하였고, 그렇지만 그가 비조합원임에도 불구하고 組合의 惠澤을 받는 이상 組合의 負擔을일부 분담해야 공정하다는 관점에서, 유니온숍의 개선방향과 에이젼시 숍(연대금지불조항)의 도입에 대하여 살펴보았다.

단체협약이 원래 조합원에게만 적용되는 것이 원칙이지만, 조합가입률이 50% 이상이면 비조합원에게도 협약을 확대적용하도록 하는 우리나라 법제도(노조법제37조)하에서, 그리고 실제로 조합가입률이 50%를 훨씬 상회하는 80%정도인 상황하에서는, 거의 모든 경우에 비조합원도 조합원과 같은 대우를 받게 된다고 생각한다. 이런 상황에서는 더더욱 비용부분에 대한 분담의 요구는 당연할 것이다.

이처럼 勞動組合과 非組合員간에는 혜택도 받고 부담도 져야 하는 緊密한 關係가 있다 할 때, 우리나라 노동조합은 당해 사업장의 조합원만이 아니라 비조합원도 사실상 대표하고 있다는 생각이 든다. 따라서 엄격하게 노동조합과 단체협약의 기능을 조합원만을 위한 것으로 볼 것은 아니라고 본다.

같은 관점에서 비조합원의 罷業參加權은 법적으로 인정될 수 있고, 실제로도 노동조합은 (당해 사업장에 종사하는) 비조합원의 파업참가를 이끌 시도를 할 수 있다고 본다. 한편 비조합원이 비록 쟁의에 참가하지 못하고 근로를 계속하는 경우에는 중립적인 입장에서 同僚의 罷業勤勞를 대행할 것을 요구하는 사용자의 명령에 대해 拒否할 수 있다고 본다. 이렇듯 비조합원과 조합 내지 조합원과의 緊密한 關係性은, 쟁의위험론에 있어서도 그 쟁의로 인한 임금탈락의 危險負擔을 비조합원이 단지 협약에 관련된다는 이유에서 져야 하는 점에서도 발견된다.

이렇게 공통적으로 발견되는 비조합원과 노동조합의 연관성은 우리가 협약자 치대상의 범위를 굳이 조합원만으로 국한시키는 것이 절대원칙은 아니지 않는 가 하는 근본적인 의문을 갖게 한다. 적어도 企業別 交涉과 企業別 協約이 적용되는 한도에서는 직장근로자 과반수의 지지를 얻고 있는 노동조합은 조합원, 비조합원 할 것없이 모든 勤勞者를 代表하는 것으로 보아야 하지 않는가 하는 생각을 한다.

노동조합은 이런 관점과 전망을 가지고 비조합원들과의 관계성도 더욱 두터이 하고 그들의 실질적인 지원과 연대를 이끌 수 있도록 노력하여야 할 것이다. 그러나 그런 노력은 개개 근로자들에 대한 일방적 강제가 아니라 합리성과 자발성에 기초한 것이어야 할 것이다.

く参考文獻>

계희열, 「기본권으로서의 소극적 단결권」, 『노동법과 노동정책』, 1985,3면 이하 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1995 김정한, 노동조합 조직현황 자료집(1992년도), 한국노동연구원, 1993. 김철수, 헌법학개론, 박영사, 1995 김치선, 노동법강의, 박영사, 1994 김형배, 「단결권의 본질과 그 구체적 보장에 관한 연구」 『성곡논총』 제4집, 433 면이하. , 노동법, 박영사, 1992 김형배, 노동법연구, 박영사, 1991 박상필, 한국노동법, 문왕사, 1995 백재봉, 「노조설립의 자유」 『노동문제논집』 제2집, 1971년, 101면 이하 , 「숍제도와 단결권」, 『노동법의 제문제』, 박영사, 1983, 86면 이하 송강직, 단결권 -유니온 숍을 중심으로-, 삼지원, 1992 신윤근, 단체교섭과 단체협약, 도서출판 우현, 1992 심태식, 「샆조항과 단결권의 보장」, 『성곡논총』 제1집 1970, 210면 , 노동법개론, 법문사, 1989 이병태, 최신 노동법, 현암사, 1995 이종복, 『사법관계와 자율(이종복교수 논문집)』, 「고용관계에 있어서 위험분배의 조정1. 1993. 72면 이하 , 전게서, 「조합내 의사결정과정과 단체교섭」, 1993, 470면 이하 정기남, 「단체교섭의 주체와 대상」, 『노동법학』, (1991년, 3호), 7면 이하 하경효. 「파업참가근로자의 임금지급문제」. 『노사관계』(한국노사관계발전연구원).

(1990년) 제1권 제2호

허 영, 한국헌법론, 박영사, 1995

한국노총출판부, 노동3권에 관한 ILO조약 및 권고편람. 1987

, 헌법이론과 헌법(中), 박영사, 1985

- 일 본 -

片岡 昇, 勞動法(宋剛直 譯), 三知院, 1994 西谷 敏, 勞動法における 個人と集團, 有斐閣, 1992

- 영 미 -

Leslie, Cases and Materials on Labor Law, 3.edition, Little Brown and Company, 1992,

Kahn Freund, Labor and the Law, 1976

R. Blanpain, 비교노동법과 노사관계(우재현 역), 우신출판사, 1990

- 프랑스 -

Dupplot/Fieschi-vivet, Droit du travail, 1985

- 독 일 -

Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, Verlag C.F. Müller, 1964

_____, Unternehmer und Gewerkschaft im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, 1961, S.78

, "Zum Problem der negative Koalitionsfreiheit, JZ 1961 346 ff."

Brox, Grundbegriff des Arbeitsrechts, Verlag W. Kohlhammer GmbH, 1983 Däubler(Hrs.), Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Nomos Verlaggesellschaft, 1987

Hagenmeier/Kempen/Zachert, Tarifvertragsgesetz(Kommentar für die Praxis), Bund Verlag GmbH, 1984

- P. Hanau, "Nochmals: Differenzierung zwischen Gewerkschaftsmitgliedern und Außenseitern bei Aussperrung", JZ(1980), 181 ff.
- H. Heußner, "Die Sicherung der Koalition durch sogenannte Solidaritätsbeiträge der Nichtorganisierten", RdA 1960, 295 ff.
- A. Hueck, "Die Frage tarifrechtlichen Zulassigkeit von Solidaritätsbeiträge nach geltendem deutschen Recht", RdA 1961, 141 ff.

Hueck/Nipperdey, Grundriß des Arbeitsrechts, Verlag Franz Vahlen GmbH,

1970

Wolfgang Löwer, Grundgesetzkommentar(von Munch/König Hrsg.), Verlag C ·H·Beck, 1992

Nikisch, Arbeitsrecht, 2. Bd., 2.Aufl., 1959

Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 5. Aufl., 1983

Seiter, "Differenzierung zwischen Gewerkschaftsmitgliedern und Außenseitern bei Aussperrung", JZ(1979), 657 ff.

Söllner, Gundriß des Arbeitsrechts, 9. Aufl., Verlag Vahlen, 1987,

F. Vischer, Der Arbeitsvertrag(Schweizerisches Privatrecht Band VII/1), Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1994

Werner Weber, Koalitionsfreiheit und tarifautonomie als Verfassungsproblem, Dunker & Humbolt, 1965

Wiedermann/Stumpf, Tarifvertragsgesetz(Kommentar), 5. Aufl., Verlag C·H·Beck, 1977.

Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 4.Aufl., Verlag C·H·Beck, 1992

Zöllner, "Tarifmacht und Außenseiter", RdA, 1962

• 主要略歷

- 고려大 法大 法學科
- 고려大 大學院 法學科 博士科程修了
- 現 韓國勞總中央硏究院 責任硏究員

• 主要著書 및 論文

- 非組合員의 連帶金支拂條項('90)
- 北韓著作物의 權利保護에 관한 硏究('90. 12)
- 南北文化交流와 著作權('92. 12)
- 電子出版과 著作權('94. 12)

非組合員의 集團的勞動關係法上 地位

		18일 인쇄 24일 발행
 발 행	인	宋壽一
 발 행	처	한국노동조합총연맹
주	소	서울시 영등포구 여의도동 35번지
		(代) 02-782 -3884
티	록	81. 8. 21 (13-31호)
인	쇄	(주)우정미디어 (代) 02-324 -9762