creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학석사 학위논문

공정대표의무의 적용범위에 관한 연구

2021년 8월

서울대학교 대학원

법학과 사회법 전공

임 청 아

공정대표의무의
적용범위에 관한 연구

지도교수 이 철 수

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2021년 5월

서울대학교 대학원
법학과 사회법 전공
임 청 아

임청아의 석사 학위논문을 인준함
2021년 7월

위 원 장 _____

부위원장 _____

위 원 _____

국문초록

공정대표의무의 적용범위에 관한 연구

서울대학교 대학원

법학과

임 청 아

하나의 사업 또는 사업장에 복수노조가 병존하여 교섭창구단일화절차를 거칠 경우 교섭대표노동조합과 사용자는 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합 및 그 조합원에 대하여 합리적 이유 없이 차별을 하지 않아야 할 공정대표의무를 부담하게 된다. 이러한 공정대표의무는 헌법이 보장하는 단체교섭권의 본질적 내용이 침해되지 않도록 하기 위한 제도적 장치로 기능하고, 교섭대표노동조합과 사용자가 체결한 단체협약의 효력이 교섭창구단일화절차에 참여한 다른 노동조합에게도 미치는 것을 정당화하는 근거가 된다.

공정대표의무는 교섭창구단일화제도와 함께 2011년 7월 1일부터 시행되어 올해 10년을 맞이하였다. 그간 현실에서 제도가 얼마나 잘 작동하였는지와 관련하여 비판적으로 바라보는 시각이 상당수 있다. 특히, 교섭대표가 되지 못한 노동조합의 단체교섭권을 사전적으로 보호하지 못하고 사후적으로 구제하는 데 머물러 있다는 지적은 공정대표의무가 제 기능을 잘 하지 못한다는 의미로 받아들여질 수 있다.

공정대표의무와 관련한 대법원 판례가 축적되어 왔음에도 이러한 비

판적 평가를 받게 된 원인은 공정대표의무 법 문언 구조 자체에서 찾아 볼 수 있다. 법 문언에는 공정대표의무의 주체·상대방·내용·위반시 시정 신청에 대하여만 규정하고 있을 뿐, 공정대표의무가 언제부터 발생하고 언제까지 부담해야 하는 의무인지, 공정대표의무의 대상은 무엇인지 전혀 규정된 바가 없다. 이에 대한 법해석 역시 충분하지 않기에 법적 분쟁을 통해 확인받지 않는 한 현실 속 혼란과 제도에 대한 비판은 지속될 것이다. 따라서, 제도의 입법목적·취지 등을 고려하여 법 문언상 명확하지 않은 영역에 대한 법 해석 논의가 필요하며, 법해석을 통해 제도가 복수노조 노사관계 현실에서 제대로 작동할 수 있도록 할 필요가 있다.

본 논문에서는 “공정대표의무의 적용범위”에 대한 법 해석 논의를 하고자 한다. 우선 공정대표의무의 적용범위를 시간적 범위 및 대상적 범위로 구분하여 획정한다. 적용범위를 획정하는 기준은 교섭대표노동조합과의 관계를 기반으로 한다. 적용범위를 획정한 후에는 획정된 적용범위를 확장해야할 필요성과 그 가능성에 대해 논의하고자 한다.

구체적으로 살펴보자면, 공정대표의무의 시간적 범위는 교섭대표노동조합이 교섭창구단일화절차를 통해 그 지위를 취득하고, 유지하고, 상실 또는 만료되는 시간적 흐름과 연결지어 그 획정 기준을 모색한다. 교섭대표노동조합이 지위를 유지기간 기간 즉, 교섭대표노동조합이 존재하는 시기를 기반으로 공정대표의무의 발생·존속·소멸을 살펴보며, 공정대표의무의 시간적 범위는 교섭대표노동조합이 존재하는 시기에 미치는 것으로 그 범위를 획정한다. 그리고 교섭대표노동조합이 존재하는 시기를 1회의 교섭창구단일화절차에 그치지 않고 더 확장하여 살펴보고자 한다. 교섭대표노동조합이 존재하지 않아 공정대표의무의 시간적 범위가 미치지 않는 영역 중 적용범위의 확장이 필요한 영역을 논의하고자 한다. 이를 통해 교섭창구단일화절차가 진행 중일때에도 공정대표의무의 시간적 적용범위가 미치게 해야 한다는 주장을 하고 있다. 교섭대표노동조합이 존재하지 않더라도 사용자에 의하여 조합간 차별이 발생할 수 있다는 점과 그러한 차별은 교섭대표노동조합을 결정하는데 영향을 끼칠 수 있다는 점을 적용범위 확장의 필요성으로 설명하고 있다.

공정대표의무의 대상적 범위는 교섭대표노동조합이 노동조합 및 노동관계조정법에 따라 부여 받은 대표권을 기반으로 그 획정 기준을 모색한다. 최근 교섭대표노동조합의 대표권의 범위에 대해 최초로 밝힌 대법원의 판결을 살펴보며, 공정대표의무의 대상적 범위는 교섭대표노동조합의 대표권 범위 내의 영역에 미치는 것으로 그 범위를 획정한다. 그리고 교섭대표노동조합의 대표권 범위 외의 영역에 해당하여 공정대표의무의 대상적 범위가 미치는 않는 영역 중 적용범위의 확장이 필요한 영역을 논의하고자 한다. 이를 통해 단체교섭(보충교섭) 과정 또는 협약의 이행과정에 해당하지 않지만 사용자의 요청에 의한 모든 협의과정에도 공정대표의무의 대상적 적용범위가 미치게 해야 한다는 주장을 하고 있다. 교섭대표노동조합의 대표권이 노사관계 전반에 미치는 것이 아님에도 사용자와의 모든 협의과정에서 교섭대표가 되지 못한 노동조합이 배제되고 있는 현실을 지적하며 적용범위 확장의 필요성으로 설명하고 있다.

이러한 적용범위의 획정 및 확장을 논의하기에 앞서 제 2 장에서는 교섭창구단일화제도 및 교섭대표노동조합에 대하여 살펴본다. 교섭창구단일화제도는 공정대표의무와 서로 분리될 수 없는 일체적 관계에 있는 만큼 교섭창구단일화제도에 대한 이해가 선행되어야 한다. 교섭창구단일화제도의 도입 배경, 우리나라 제도 도입시 참고하였던 외국의 교섭제도, 교섭창구단일화의 세부적 절차를 구체적으로 살펴보고, 교섭창구단일화 절차에 따라 결정된 교섭대표노동조합을 유형별로 구분하여 본다. 이후 교섭대표노동조합의 유형별로 확정시점을 검토하는데, 이는 이후 공정대표의무의 발생시점과 연결된다. 그리고 교섭대표노동조합의 지위 및 권한을 검토하는데, 이는 이후 교섭대표노조의 대표권의 범위와 연결된다.

제 3 장에서는 공정대표의무제도를 개관하여 살펴본다. 의의 및 기능, 주체 및 상대방, 내용 및 적용범위, 위반의 효과, 위반에 대한 구제에 대하여 전반적으로 살펴본다. 공정대표의무제도를 개관할 때 노동위원회 및 법원에서 실제 법적 분쟁화되었던 사례들을 살펴보면서, 공정대표의무의 적용범위 확장을 논할 때 현실에서 문제될 수 있는 경우인지를 검토한다.

공정대표의무의 적용범위는 현재까지 교섭대표노동조합의 배타적 단체교섭권 행사와 관련하여 주로 논의되어 왔다. 대법원도 공정대표의무의 적용범위가 교섭과정·단체협약의 내용·협약의 이행과정까지 미친다고 판시하였는데, 이 역시 교섭대표노동조합의 배타적 단체교섭권 행사를 중심으로 논의되었다고 볼 수 있다. 본 논문에서는 교섭 결렬 후 조정 및 쟁의행위로 나아가거나 단체교섭이 아닌 일상적인 노사 협의를 하는 등의 과정에서도 공정대표의무가 미치는지 논의하고 있는데, 이는 실제 법적 분쟁이 발생하지 않은 영역이기도 하고 선행연구가 많지 않은 영역이기도 하다. 다만, 향후 법적 분쟁 가능성이 충분히 예상되는 영역이라는 점에서 논의의 시도 자체를 본 논문의 의의로 밝히고자 한다. 또한, 본 논문은 논의의 시도 뿐만 아니라 교섭대표노동조합과의 관계에서 공정대표의무의 적용범위를 구분하는 기준을 모색하고 제시했다는 점에서도 의의를 갖는다. 향후 법적 분쟁이 현실화되었을 때 본 논문에서 제시한 공정대표의무의 적용범위 기준에 따라 논의가 진행될 수 있는지 검증하는 작업이 향후 과제라 할 것이다.

주요어 : 공정대표의무, 교섭창구단일화, 복수노조, 교섭대표노동조합

학 번 : 2018-29128

목 차

제 1 장 서론 ····· 1

제 1 절 문제제기 ····· 1

제 2 절 연구의 범위와 방법 ····· 3

제 2 장 교섭창구단일화제도 및 교섭대표노동조합 5

제 1 절 도입경위 및 헌법적 정당성 문제 ····· 5

Ⅰ. 도입경위 ····· 5

Ⅱ. 교섭창구단일화제도의 헌법적 정당성 문제 ····· 8

제 2 절 외국의 교섭제도 및 공정대표의무 ····· 11

Ⅰ. 미국의 배타적교섭제도와 공정대표의무 ····· 11

1. 배타적교섭제도의 의의 및 특징 ····· 11

2. 공정대표의무 의의 및 내용 ····· 13

3. 공정대표의무 위반의 효과 ····· 14

Ⅱ. 일본의 자율교섭제도와 중립유지의무 ····· 15

1. 일본의 노동조합 및 자율교섭제도 ····· 15

2. 사용자의 중립유지의무 ····· 16

Ⅲ. 시사점 ····· 18

제 3 절 교섭창구 단일화 제도 ····· 20

Ⅰ. 제도의 취지 및 법적성격 ····· 21

Ⅱ. 교섭창구 단일화 절차 ····· 21

1. 개요 ····· 21

2. 교섭요구노동조합 확정 절차 ····· 22

3. 교섭대표노동조합 결정 절차 ····· 23

Ⅲ. 예외적 개별교섭 ····· 25

제 4 절 교섭대표 노동조합 ····· 27

Ⅰ. 교섭대표노동조합의 유형 ····· 27
1. 자율적 교섭대표노동조합 ····· 27
2. 과반수 교섭대표노동조합 ····· 27
3. 자율적 공동교섭대표단 ····· 28
4. 노동위원회 결정에 의한 공동교섭대표단 ····· 29
Ⅱ. 교섭대표노동조합 확정시점 ····· 30
Ⅲ. 교섭대표노동조합의 지위 및 권한 ····· 32

제 3 장 공정대표의무 개관 ····· 37
제 1 절 의의 및 기능 ····· 37
Ⅰ. 의의 ····· 37
Ⅱ. 취지 및 기능 ····· 38
제 2 절 주체 및 상대방 ····· 39
Ⅰ. 주체 ····· 39
Ⅱ. 상대방 ····· 41
제 3 절 내용 및 적용범위 ····· 42
Ⅰ. 교섭 과정 ····· 42
Ⅱ. 단체협약의 내용 및 협약의 이행과정 ····· 45
1. 규범적 부분 ····· 45
2. 채무적 부분 ····· 48
Ⅲ. 기타 ····· 51
제 4 절 위반의 효과 ····· 52
Ⅰ. 단체협약의 효력에 미치는 영향 ····· 52
Ⅱ. 교섭대표노조 지위에 미치는 영향 ····· 53
제 5 절 위반에 대한 구제(노동위원회 시정신청) ····· 54
Ⅰ. 신청인 및 피신청인 ····· 54
Ⅱ. 신청절차 및 입증책임 ····· 55
Ⅲ. 시정명령 및 불복절차 ····· 56

제 4 장 공정대표의무의 적용범위 ····· 57
제 1 절 문제제기 ····· 57
제 2 절 시간적 적용범위 ····· 59
Ⅰ. 교대노조 존재와 시간적 범위와의 관계 ····· 59
Ⅱ. 교대노조가 존재하는 시기 ····· 61
1. 교대노조 지위의 취득과 공정대표의무의 발생 ····· 61
2. 교대노조 지위의 유지와 공정대표의무의 존속 ····· 62
3. 교대노조 지위의 상실과 공정대표의무의 소멸 ····· 64
Ⅲ. 교대노조가 존재하지 않는 시기 ····· 65
1. 교대노조의 존재·미존재 시기 구분 ····· 65
2. 교섭창구단일화절차 진행 중 ····· 68
3. 개별교섭 ····· 69
Ⅳ. 소결 ····· 70
제 3 절 대상적 적용범위 ····· 71
Ⅰ. 대표권 범위 관련 대법원 판결(2017두37772판결) ····· 71
1. 사실관계 및 판결요지 ····· 71
2. 판례 의문점 ····· 73
3. 소결 ····· 74
Ⅱ. 교대노조 대표권과 대상적 범위와의 관계 ····· 75
Ⅲ. 대표권 범위 내의 영역 ····· 77
1. 노조법 제29조 제2항의 교섭권 및 협약체결권 ····· 77
2. 노조법 제29조의5의 권한 ····· 78
3. 기타 ····· 80
Ⅳ. 대표권 범위 외의 영역 ····· 80
Ⅴ. 소결 ····· 81

제 5 장 결론 ····· 83

참고문헌 ····· 85
Abstract ····· 90

표 목 차

<표1> 교섭대표노동조합 확정시점 ····· 32
<표2> 노조법 제29조의5에 따른 교섭대표노조의 지위 및 권한 33
<표3> 교대노조 존재와 시간적 범위와의 관계 ····· 65
<표4> 교대노조가 존재·미존재하는 시기 구분 ····· 67
<표5> 교대노조 대표권과 대상적 범위와의 관계 ····· 77

제 1 장 서론

제 1 절 문제제기

노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노동조합법' 또는 '노조법'이라 한다) 제29조의4(공정대표의무 등)의 입법목적은 복수노조 사업장에서 교섭창구단일화 절차를 거쳐 교섭대표노동조합(이하 '교섭대표노조' 또는 '교대노조'라 한다)이 결정될 경우, 교섭대표노동조합이 아닌 노동조합과 조합원에 대한 불합리한 차별을 방지하고자 하는 것이다.[1] 대법원도 독자적으로 단체교섭권을 행사할 수 없는 '교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합'을 보호하기 위해 합리적 이유 없는 차별을 금지하는 것이라고 그 취지를 밝히고 있다.[2]

즉, 공정대표의무는 교섭창구단일화제도 하에서 노동조합 또는 그 조합원 간 '불합리한 차별'을 방지하기 위한 제도이자, 단체교섭권 행사의 제한을 받는 '노동조합을 보호'하기 위한 제도인 것이다. 동시에 공정대표의무는 헌법이 보장하는 단체교섭권의 본질적 내용이 침해되지 않도록 하기 위한 제도적 장치로서 기능한다는 점에서 교섭창구단일화제도의 합헌성을 담보하는 제도이다. 그만큼 교섭창구단일화제도의 성패를 좌우할 수 있는 핵심적인 기능을 담당하는 제도로서의 의미도 지니고 있다.

공정대표의무제도는 2011년 7월 1일부터 시행되어 올해 10년을 맞이하였다. 그간 현실에서 제도가 얼마나 잘 작동하였는지와 관련하여 대체로 비판적 평가가 주를 이루는 듯하다. 노동조합 사이의 이해충돌을 합리적이고 효과적으로 해결하는 데에는 한계가 있으며, '사후적' 구제에 머물러 교섭대표가 되지 못한 노동조합의 교섭권을 '사전적'으로 보호하는 데에는 한계가 있다는 공정대표의무제도에 대한 직접적인 평가가 있다.[3] 또한, 민주노총은 교섭창구단일화제도의 폐지를 주장하면서 그 이

---

1) 환경노동위원장 발의, "노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안(대안)", 1807336, (2020. 1. 1.)[수정가결], 4면

2) 대법원 2018. 8. 30. 선고 2017다218642 판결

유 중 하나로 교섭대표권이 없는 노조는 조합원을 대변하는 활동에서 전면 배제되고 있는 점을 지적하고 있는데,[4] 이는 공정대표의무제도가 제 기능을 잘 하지 못하여 단체교섭권의 본질적 내용이 침해되고 있다는 주장으로 이해된다.

이러한 공정대표의무제도에 대한 비판은 교섭창구단일화제도의 폐지만으로 해결할 수 있는 문제일까?

공정대표의무는 법 문언상 공정대표의무 부담 주체(교섭대표노동조합·사용자), 상대방(교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 조합원), 내용(합리적 이유 없이 차별금지) 및 위반에 대한 구제(노동위원회 시정신청)에 대하여 규정하고 있을 뿐, 적용범위 · 위반 판단의 기준 · 위반의 효과 등에 대하여는 구체적으로 규정하고 있지 않다. 공정대표의무제도에 대한 비판적 평가가 위반에 대한 구제 및 효과 측면에 집중되어 있다는 점은 아직까지 제도 폐지를 논하기에 시기상조일 수도 있다는 생각이 들게 한다. 즉, 명시적 규정이 부재하기 때문에 해석론으로 정립해나갈 수 있는 영역이 존재하며, 그에 따라 제도의 한계점으로 지적된 사항들을 해결할 수 있는 방안을 도모해볼 수 있다는 것이다. 제도 폐지를 논하기에는 아직 제도와 관련한 충분한 논의가 이루어지지 않았다는 의미이다.

해석론으로 정립해나가야 할 영역이 다수 존재하지만 본 논문에서는 '공정대표의무의 적용범위'에 대하여 다뤄보고자 한다. 적용범위에 대한 문제는 공정대표의무제도가 기능하는 영역에 대한 논의이자, 공정대표의무제도를 통해 규율이 가능한 영역에 대한 논의이다. 공정대표의무의 적용범위를 획정하는 작업이 이루어진다면 공정대표의무제도를 통해 규율이 가능한 영역과 불가능한 영역에 대한 구분이 가능해진다. 이 때, 이미 법적 분쟁이 발생한 영역과 아직까지 법적 분쟁이 발생하지 않은 영역을 총 망라하여 공정대표의무의 적용범위를 파악할 필요성이 있다. 적용범

---

3) 이승욱·박은정·권오성·이소라, "복수노조 체계에서의 소수노조 보호 강화방안", 고용노동부, 2020. 12., 1면

4) 전국민주노동조합총연맹 보도자료, "10년간 노조파괴 도구로 활용된 교섭창구단일화, 폐기가 답이다", 2021. 7. 1., 3면

위를 획정한 후에는 보다 확장된 적용범위를 구성할 수 있을지 논의의 가능성을 검토해보고자 한다. 주로 획정된 적용범위에 포함되지는 않지만 규율의 필요성이 있는 영역에 대한 논의를 해보고자 한다.

제 2 절 연구의 범위와 방법

공정대표의무의 적용범위에 대하여 논의하기에 앞서 제 2 장에서는 교섭창구단일화제도 및 교섭대표노동조합에 대하여 살펴보고자 한다. 교섭창구단일화제도는 공정대표의무와 서로 분리될 수 없는 일체적 관계에 있는 만큼 교섭창구단일화제도에 대한 이해가 선행되어야 한다. 교섭창구단일화제도의 도입 배경, 우리나라 제도 도입시 참고하였던 외국의 교섭제도, 교섭창구단일화의 세부적 절차를 구체적으로 살펴보고, 교섭창구단일화절차에 따라 결정된 교섭대표노동조합을 유형별로 구분하여 본다. 이후 교섭대표노동조합의 유형별로 확정시점을 검토하는데, 이는 이후 공정대표의무의 발생시점과 연결된다. 그리고 교섭대표노동조합의 지위 및 권한을 검토하는데, 이는 이후 교섭대표노조의 대표권의 범위와 연결된다.

제 3 장에서는 공정대표의무제도를 개관하여 살펴보고자 한다. 의의 및 기능, 주체 및 상대방, 내용 및 적용범위, 위반의 효과, 위반에 대한 구제에 대하여 전반적으로 살펴보려고 한다. 공정대표의무제도를 개관할 때 노동위원회 및 법원에서 실제 법적 분쟁화되었던 사례들을 살펴보면서, 공정대표의무의 적용범위 확장을 논할 때 현실에서 문제될 수 있는 경우인지를 검토하고자 한다.

이후 제 4 장에서는 공정대표의무의 적용범위에 대하여 심도있게 다뤄보고자 한다. 공정대표의무의 적용범위를 시간적 범위와 대상적 범위로 구분하여 획정하고, 적용범위에 대한 확장 가능성을 논의하는데 목적을 두고 있다. 시간적 범위와 대상적 범위를 논의할 때 교섭대표노동조합과의 관계에서 그 기준을 찾고 있다.

공정대표의무의 시간적 범위를 공정대표의무의 발생·존속·소멸로 구분

하고 이를 교섭대표노동조합의 존재시기와 연결지어 살펴보고자 한다. 즉, 교섭대표노동조합이 그 지위를 취득하고, 유지하고, 상실 또는 만료되는 시간적 흐름에서 공정대표의무의 시간적 범위를 구분하고 획정하고자 한다.

공정대표의무의 대상적 범위는 교섭대표노동조합의 대표권과 연결지어 살펴보고자 한다. 최근 교섭대표노동조합의 대표권의 범위에 대해 최초로 밝힌 대법원의 판결을 살펴보면서, 대표권의 범위와 공정대표의무의 대상적 적용범위와의 관계를 밝히려고 한다. 결론적으로 교섭대표노조의 대표권 범위 내의 영역에 대해서 공정대표의무의 대상적 적용범위가 미친다 할 것이다. 따라서, 교섭대표노조의 대표권 범위를 밝혀주는 작업이 선행되어야 공정대표의무의 대상적 적용범위도 밝힐 수 있다 할 것이다. 이를 위해, 노조법에 명시된 교섭대표노조의 권한 규정을 근거로 교섭대표노조의 대표권 범위 내의 영역과 외의 영역을 구분하여 살펴보고자 한다.

제 5 장 결론에서는 논의를 종합하며 연구의 의의와 한계를 밝히고자 한다.

제 2 장
교섭창구단일화제도 및 교섭대표노동조합

교섭창구단일화제도와 공정대표의무는 서로 분리될 수 없는 일체적 관계에 있다. 노조법에 공정대표의무 관련 명시적인 규정이 있다 하더라도, 공정대표의무의 법적 근거는 교섭대표노동조합에게 인정되는 배타적 교섭권에서 찾을 수 있다. 공정대표의무의 적용범위 역시 교섭대표노동조합의 법적 지위 및 대표권에서 파악할 수 있다. 공정대표의무를 살펴보기 전 교섭창구단일화제도 및 교섭대표노동조합에 대한 이해가 반드시 선행되어야 할 이유이다.

또한, 우리나라 교섭창구단일화제도는 미국의 배타적 교섭대표제도와 일본의 자율적 교섭제도의 모습을 모두 가지고 있다. 두 나라에서의 제도 운용 경험을 살펴보고 우리나라 교섭창구단일화제도만의 특징을 찾아 그 고유한 의미를 탐색해보고자 한다.

제1절에서는 우리나라 교섭창구단일화제도의 도입 배경에 대하여 살펴보고, 제2절에서는 외국의 교섭제도 체계를 살펴보고자 한다. 제3절에서는 우리나라 교섭창구단일화제도에 대하여, 제4절에서는 교섭대표노동조합에 대하여 살펴볼 것이다.

제3절과 제4절의 논의는 이후 제 4 장에서 공정대표의무의 적용범위를 파악하는 데 중요한 역할을 담당한다. 교섭대표노동조합의 존재는 공정대표의무의 시간적 범위를 파악하는 기준이 되며, 교섭대표노동조합의 대표권은 공정대표의무의 대상적 범위를 파악하는 기준이 된다.

제 1 절 도입경위 및 헌법적 정당성 문제

Ⅰ. 도입경위

현행 노조법 제29조의4(공정대표의무 등)[5]는 2010. 1. 1. 노조법[6]을 일부 개정하면서 처음으로 법제화되었다. 교섭대표노동조합이 아닌 노동조합과 조합원에 대한 불합리한 차별을 방지하기 위하여 교섭대표노동조합과 사용자에게 공정대표의무를 부과하고, 이를 위반할 경우 노동위원회를 통하여 구제를 받을 수 있도록 하는 것을 주요 내용[7]으로 담고 있다. 이러한 공정대표의무 제도의 도입은 노조법 제29조의2에서 규정하고 있는 교섭창구 단일화 제도의 도입과 함께 이루어졌다.

두 제도를 도입하게 된 배경은 1997년 노동조합 및 노동관계조정법 제정(법률 제5310호, 1997. 3. 13. 제정)으로 거슬러 올라간다. 구 노동조합법[8](법률 제3966호, 1987. 11. 28. 일부개정)에서는 기존 노동조합과 조직대상을 같이 하는 노동조합의 설립을 소극적 요건으로 규정하여 복수노조의 설립을 금지하고 있었다. 이러한 복수노조금지 조항은 헌법상 보

---

5) 노동조합 및 노동관계조정법 제29조의4 (공정대표의무 등)

① 교섭대표노동조합과 사용자는 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원 간에 합리적 이유 없이 차별을 하여서는 아니 된다.

② 노동조합은 교섭대표노동조합과 사용자가 제1항을 위반하여 차별한 경우에는 그 행위가 있은 날(단체협약의 내용의 일부 또는 전부가 제1항에 위반되는 경우에는 단체협약 체결일을 말한다)부터 3개월 이내에 대통령령으로 정하는 방법과 절차에 따라 노동위원회에 그 시정을 요청할 수 있다.

③ 노동위원회는 제2항에 따른 신청에 대하여 합리적 이유 없이 차별하였다고 인정한 때에는 그 시정에 필요한 명령을 하여야 한다.

④ 제3항에 따른 노동위원회의 명령 또는 결정에 대한 불복절차 등에 관하여는 제85조 및 제86조를 준용한다.

6) 노동조합 및 노동관계조정법 [법률 제9930호, 2010. 1. 1. 일부개정]

7) 환경노동위원장 발의, “노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안(대안)”, 1807336, (2020. 1. 1.)[수정가결], 9면

8) 구 노동조합법 제3조 (노동조합의 정의) [법률 제3966호, 1987. 11. 28. 일부개정](1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지)

이 법에서 “노동조합”이라 함은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지개선과 근로자의 복지증진 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다. 그러나, 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

5. 조직이 기존 노동조합과 조직대상을 같이 하거나 그 노동조합의 정상적 운영을 방해하는 것을 목적으로 하는 경우

장된 단결권을 제한한다는 비판을 받았으며,[9] 국제노동기준에도 부합하지 않아,[10] 국제노동기구(ILO)로부터 권고를 받기도 하였다.[11] 결국 1997년 제정 노조법에서 구 노동조합법 제3조 단서 5호 부분을 삭제하여 원칙적으로 복수노조를 허용하되, 시행시기를 2001. 12. 31.까지로 유예하는 경과조치를 부칙[12]으로 두었다.

그러나, 사회적 공감대 부족과 실질적인 논의가 부족하여 2001. 12. 31.까지 교섭창구 단일화와 관련한 규정이 마련되지 못했다. 이로 인해 그 유예기간이 2006. 12. 31.까지로 1차 연장되었고 2009. 12. 31.까지 2차 연장되었으며 13년간의 논의 끝에 2010. 1. 1. 노조법 개정에 따라 교섭창구 단일화와 관련한 규정이 마련되었다. 이로써 2011. 7. 1.부터 사업 또는 사업장 단위에서 복수노조 설립이 가능해졌으며, 복수노조가 교섭을 요구할 때는 노조법에 따라 교섭창구를 단일화하는 절차를 거쳐야 했다.

교섭창구 단일화 절차에 의해 결정된 교섭대표노동조합은 교섭요구

---

9) 김유성, “복수노조금지 로조법3조 단서5호 <상>”, 법률신문 (제2075호, 1991. 11. 11.), 14면; 김유성, “복수노조금지 로조법3조 단서5호 <하>”, 법률신문 (제2076호, 1991. 11. 14..), 10면

10) ILO는 일관적으로 법률에 의해 복수노조의 설립을 금지하는 것은 근로자의 자유로운 조직선택권을 침해하여 결사의 자유 원칙에 반한다는 입장을 취하고 있다. (Freedom of association, “Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO”, Geneva, 1996, paras.271-299)

11) 유영준, “ILO,한국에 복수 노조 허용 권고”, 네이버뉴스(연합뉴스), 1997. 03. 27., http://news.naver.com/main/read.naver?mode=LSD&mid=sec&sid1=001&oid=001&aid=0004236233 (2021. 7. 1. 최종확인)

12) 노동조합및노동관계조정법 부칙 제5조 (노동조합 설립에 관한 경과조치) [법률 제5310호, 1997. 3. 13. 제정]

① 하나의 사업 또는 사업장에 노동조합이 조직되어 있는 경우에는 제5조의 규정에 불구하고 2001년 12월 31일까지는 그 노동조합과 조직대상을 같이 하는 새로운 노동조합을 설립할 수 없다.

② 노동부장관은 설립하고자 하는 노동조합이 제1항의 규정에 위반한 경우에는 그설립신고서를 반려하여야 한다.

③ 노동부장관은 2001년 12월 31일까지 제1항의 기한이 경과된 후에 적용될 교섭창구 단일화를 위한 단체교섭의 방법·절차 기타 필요한 사항을 강구하여야 한다.

노동조합으로 확정된 모든 노동조합 및 조합원을 위하여 사용자와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한(노조법 제29조 제2항)을 배타적으로 가지기 때문에 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합과 그 조합원을 합리적 이유 없이 차별을 하지 않을 의무인 '공정대표의무'를 부담하게 되었으며,[13] 사안에 따라 사용자도 공정대표의무를 위반할 수 있기 때문에 노조법에서 사용자도 공정대표의무를 부담하도록 규정하게 되었다.[14]

이처럼 노조법상 교섭대표노조와 사용자의 '공정대표의무'는 복수노조 허용 및 교섭창구 단일화 제도의 도입과 그 궤를 같이 하며, 교섭창구 단일화 제도와 공정대표의무는 서로 분리될 수 없는 일체적 관계에 있다고 볼 수 있다.[15]

Ⅱ. 교섭창구단일화제도의 헌법적 정당성 문제

교섭창구단일화제도 도입 당시 교섭창구를 단일화하여 특정 노동조합에게만 교섭권을 부여하는 것[16]에 대해 헌법에 보장된 단체교섭권에 대한 제한으로서 본질적 침해 내지 과잉금지원칙에 위배되어 위헌인지 여부를 두고 논란이 있었다.[17] 이러한 논란은 제도 도입 전 논의 단계부터 지적되던 문제였으며,[18] 헌법재판소에 의해 합헌 결정[19]이 나면서 위헌

13) 이철수, "교섭창구단일화와 관련한 법률적 쟁점", 노동법연구 제18호, 서울대학교노동법연구회, 2005, 8~11면 (이 논문에서는 교섭창구단일화 관련 노사관계개혁위원회, 노사정위원회, 노사관계제도선진화연구위원회의 논의 과정을 소개하는데, 공정대표의무는 교섭대표권을 갖는 노동조합·교섭대표기구·교섭대표권자가 부담하는 의무로 기재되어 있을 뿐, 사용자도 부담하는 의무인지에 대한 별도의 기재는 없다.)

14) 고용노동부, "사업(사업장) 단위 복수노조 업무매뉴얼", 2010. 12., 46면

15) 박지순, "공정대표의무의 의의와 내용", 월간 노동리뷰 6월호, 한국노동연구원, 2011, 13면

16) 유성재, "2010년 개정 노동법에 대한 입법론적 평가", 노동법학 34호, 한국노동법학회, 2010.6., 14면

17) 노동법실무연구회, "노동조합 및 노동관계조정법 주해Ⅰ", 2015, 643면

18) 노사정위원회, 노사관계제도선진화연구위원회 등에 공익위원으로 참석하였던 이철수 교수는 "창구단일화 의무를 노동조합에 부담시키고자 하는 방안은 위헌성의 시비로부터 완전히 자유로울 수 없을 것이다"(이철수, 앞의 글(주13), 24면), "창구단일화 제도는 한국노사관계의 특성상 위헌성과 '불편한 동거'를 해야 하는 딜레마에 처해있다

논란은 잠시 일단락되었다고 볼 수 있다. 그러나, 2020.2. 민주노총 소속 노동조합들이 교섭창구 단일화 제도에 대해 헌법재판소에 다시 헌법소원을 제기하여[20] 다시금 교섭창구 단일화 제도의 위헌성이 문제제기 되고 있는 상황이다.

학설은 교섭창구단일화 제도에 대해 위헌론과 합헌론의 견해 대립이 있다.

위헌론의 입장에서는 다음과 같은 논거를 제시하고 있다. 복수노조를 인정하면서 교섭창구단일화를 강제하는 것은 자주적인 단결권의 내용인 노동조합의 자유로운 활동권을 침해하는 것이다.[21] 노동3권은 모든 노동조합이 향유하여야 함에도 교섭창구를 단일화하는 것은 소수 노동조합의 단체교섭권을 본질적으로 침해하는 것이다.[22] 교섭창구 단일화 제도는 기본권 제한에 관한 목적적합성 원칙, 방법적정성 원칙, 법익균형성 원칙에 반하여 노동3권이라는 기본권의 본질적 내용을 침해하여 위헌·무효이자, 배타적 교섭대표 제도와 단순다수대표 제도는 소수노동조합의 단체교섭권 보유 자체를 전면적으로 배제하고, 비례적 교섭대표 제도 또한 단체교섭권을 유명무실하게 할 뿐만 아니라 단체교섭권 보장의 목적인 협약자치에도 반한다.[23] 또한, 종래 사업장 단위의 복수노동조합 설립을 금지하던 시기에도 초기업별 노조나 조직대상이 중복되지 않는 노조의 설립과 단체교섭은 인정되었는데, 사업장 단위의 교섭창구단일화 강제로 초기업별 노동조합이나 조직대상이 중복되지 않았던 노동조합의 단체교

고 할 수 있다"(이철수, "복수노조·노조 전임제의 법리와 입법론적 과제", 한국의 노동, 근원적 해법 모색을 위한 대토론회 「복수노조·전임자 문제 어떻게 풀 것인가」, 2009. 9. 18. 발표, 7면)며 향후에도 위헌성에 대한 논의가 지속될 것을 지적하였다.

19) 헌법재판소 2012. 4. 24. 선고 2011헌마338 전원재판부 결정

20) 민주노총은 2020. 2. 14. 교섭창구 단일화 제도에 대한 위헌소송(노조법 제29조 제2항 등 위헌확인_2020헌마237)을 제기하여 현재 헌법재판소에서 심리중이다. (https://www.ccourt.go.kr/ 헌법재판소 홈페이지 사건검색, 2021. 6. 24. 최종확인)

21) 노동법실무연구회, 앞의 책(주17), 645면에서 재인용(김선수, "복수노조와 교섭창구단일화 지정토론문", 「법과 노동의 소통Ⅲ-복수노조와 교섭창구단일화」, 서울대학교 노동법연구회 2009년 가을학술발표회 토론문, 49면)

22) 유성재, 앞의 글(주16), 16면

23) 권창영, "복수노동조합 병존시의 법률관계", 사법논집 30집, 법원도서관, 1999, 668~671면

섭권도 부인하는 결과를 야기한다는 점에서 필요최소한 제한 법리에도 반한다.[24]

합헌론의 입장에서는 다음과 같은 논거를 제시하고 있다. 노동조합에 대하여 헌법상 단체교섭권을 보장하는 규범적 구조 하에서도 단체교섭권 등의 규범적 보장이 반드시 단체교섭권 행사의 독립성 보장을 당연히 의미하는 것은 아니다.[25] 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 국민의 권리를 법률로써 제한할 수 있다는 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항에 따르면, 교섭창구단일화 방안은 공공복리를 위한 합리적 제한으로 과잉금지원칙을 위반하여 단체교섭권을 본질적으로 침해한다고 볼 수 없다.[26]

과거 헌법재판소의 전원재판부 결정을 통한 합헌 결정에도 불구하고, 현재까지 지속적으로 교섭창구 단일화 제도의 위헌성에 대한 논의와 입법론을 포함하여 교섭창구 단일화 제도의 운영방안 논의가 제기되고 있다.[27] 특히, 합헌론의 전제가 되었던 공정대표의무제도가 교섭창구 단일화의 합헌성을 담보하는 제도적 장치로서 기능을 제대로 하고 있는지에 대한 비판이 끊임없이 제기되면서[28] 교섭창구 단일화 제도의 위헌성 논의는 현재까지 지속되고 있는 듯 하다.[29]

헌법상 단체교섭권을 보장하는 것은 반드시 단체교섭권 행사의 독립

---

24) 조상균, “개정노조법상 교섭창구 단일화 방안을 둘러싼 문제”, 노동법논총 제18집, 한국비교노동법학회, 2010, 167면

25) 이승욱, “기업별 복수노동조합과 교섭창구 단일화”, 노동법학 제21호, 한국노동법학회, 2005, 32면

26) 이승길, “노조전임자와 복수노동조합과 관련한 노조법개정과 그 패러다임 전환”, 강원법학 30권, 강원대학교 비교법학연구소, 2010, 298면

27) 입법론을 포함하여 교섭창구 단일화 제도의 운영방안에 대한 4가지 안을 제시하고 있는 논의로는 임상민, “교섭창구 단일화에 관한 연구 -공정대표의무와 교섭단위 분리에 관한 대법원 판례 분석을 중심으로-”, 석사학위 논문, 고려대학교, 2020, 17~19면

28) 이승욱·박은정·권오성·이소라, 앞의 글(주3), 1면; 전국민주노동조합총연맹, 앞의 보도자료(주4), 3면

29) 민주노총은 2020. 2. 14. 교섭창구 단일화 제도에 대한 위헌소송(노조법 제29조 제2항 등 위헌확인_2020헌마237)을 제기하여 현재 헌법재판소에서 심리중이다. (https://www.ccourt.go.kr/ 헌법재판소 홈페이지 사건검색, 2021. 6. 24. 최종확인)

성을 보장하여야 한다는 의미는 아니라는 점과 교섭대표노동조합과 사용자에게 공정대표의무를 부과하여 교섭대표가 되지 못한 노동조합도 단체교섭권을 실현할 수 있도록 보장하고 있다는 점을 고려하면, 교섭창구단일화제도가 헌법상 단체교섭권을 본질적으로 침해하고 있다고 볼 수 없다는 헌법재판소의 합헌 결정과 합헌론의 입장이 더 타당하다고 생각된다. 다만, 교섭창구단일화제도의 합헌성을 담보하는 기능을 맡고 있는 공정대표의무제도에 대해서는 현실적인 한계점을 파악하여 제도적 정비를 모색하여야 할 것이다.

그 전에 외국 교섭제도의 운용 경험을 살펴보고자 한다. 배타적 교섭대표제도를 취하고 있는 미국과 자율적 교섭제도를 취하고 있는 일본은 우리나라와 무엇이 다른지 살펴보고, 우리나라 제도 운용에 있어 주는 시사점을 파악해보고자 한다.

제 2 절 외국의 교섭제도 및 공정대표의무

Ⅰ. 미국의 배타적교섭제도와 공정대표의무

1. 배타적교섭제도의 의의 및 특징

미국의 배타적 교섭대표제도는 일정 교섭단위 내 근로자 다수에 의하여 지지되고 있는 노동조합이 그 단위 내의 모든 근로자를 배타적으로 유일하게 대표하는 제도이며, 조합원과 비조합원을 구분하지 않고 대표하는 제도이다.[30] 우리나라 제도가 하나의 사업 또는 사업장을 교섭창구단일화의 단위로 삼고 있고, 교섭대표노조는 교섭창구단일화절차에 참여한 조합원만을 대표한다는 점에서 미국과의 차이점이라고 할 수 있다.

연방노동관계법(National Labor Relations Act. 이하 “NLRA”) 제9조

30) 이철수, “미국의 배타적 교섭대표제와 한국적 함의”, 노동정책연구 5(3), 한국노동연구원, 2005, 70면

(a)에서 “단체교섭을 위하여 적정한 단위 내 근로자의 과반수에 의하여 단체교섭의 목적을 위하여 지정되거나 선출된 대표는 임금, 근로시간 기타 근로조건에 관하여 단체교섭의 목적을 위하여 그러한 단위 내 모든 근로자의 배타적 교섭대표이어야 한다”고 규정하고 있으며, 단체교섭을 하는 노동조합은 배타적 교섭대표와 과반수 대표로서의 지위를 가져야 한다는 점을 분명히 하고 있다.[31] 미국은 1935년 와그너법(Wagner Act)으로 불리는 연방노동관계법(National Labor Relations Act. 이하 “NLRA”)을 제정하면서 복수노조 상황에서 배타적 교섭대표노동조합을 결정하는 제도를 명문으로 규정하여 운용하여 왔다.

배타적(exclusive) 교섭대표제에서 교섭대표 노동조합은 교섭단위 내 모든 근로자를 유일하게 대표한다.[32] 배타적(exclusive)이라 함은 두 가지 측면의 의미를 담고 있다.

첫째, 사용자는 배타적 교섭대표에 대하여만 교섭할 의무를 부담하며, 배타적 교섭대표 이외의 자와 교섭을 하게될 경우 부당노동행위가 성립하여 위법이 된다.[33] 따라서 해당 교섭단위 내의 어느 근로자가 교섭대표 이외의 노동조합에게 자신들을 대표하여 줄 것을 요청하여도, 교섭대표 이외의 노동조합은 이들을 대표할 권한이 없고 사용자와 교섭할 수 없다.

둘째, 개별 근로자는 자신이 직접 사용자와 교섭할 권한이 없다. 배타적 교섭대표를 통하지 않고 직접 근로자와 개별 교섭을 하는 것은 사용자의 부당노동행위를 구성하게 되므로 허용되지 않는다.[34] 사용자와 교섭할 수 있는 권한은 오로지 배타적 교섭대표에게만 부여되어 있다. 또한, 배타적 교섭대표와 사용자가 교섭한 결과는 해당 교섭단위 내 모든 근로자에게 적용된다.

우리나라 역시 사용자는 교섭대표노조에 대하여만 교섭할 의무를 부담한다. 교섭대표가 되지 못한 노조 또는 개별 근로자의 교섭 요구에 대

---

31) 이승욱, “미국 교섭대표노동조합 결정의 법리와 실제”, 이화여자대학교출판부, 2014, 18면
32) 이승욱, “공정대표의무에 관한 연구”, 중앙노동위원회, 2010, 5면
33) 이승욱, 앞의 책(주32), 17면
34) 이승욱, “복수노조 병존의 쟁점과 과제”, 한국노동연구원, 2001, 136면

하여 사용자가 응하였을 경우 부당노동행위가 문제될 수 있다. 직접적인 사례는 없지만 교섭창구단일화절차의 강행성과 교섭대표노조의 배타적 교섭권을 고려하였을 때 부당노동행위가 성립할 여지가 높다고 생각된다.

2. 공정대표의무 의의 및 내용

미국의 공정대표의무는 법령상 명시적인 명문의 규정은 없지만, 연방노동관계법(NLRA) 제9조 (a) 또는 제7조의 해석과 철도노동법(Railway Labor Act) 제2조 제4호에 규정된 배타적 교섭대표라는 법적 지위에 수반되는 필수적인 의무로서 주로 판례와 연방노동관계위원회(National Labor Relations Board, NLRB)에 의하여 그 법리가 발전되어 왔다.[35]

우리나라의 공정대표의무는 미국과 달리 노조법에 명시적인 명문의 규정이 있다. 다만, 공정대표의무는 교섭대표노동조합이 가지는 '배타적 교섭대표권'에 수반하여 부과되는 의무이기 때문에 명문의 규정이 있는지 여부와 관계없이 논리적으로 당연도출되는 개념이며, 노조법상 명문의 규정은 창설적인 성격을 지니는 것은 아니라는 견해가 있다.[36]

미국에서 공정대표의무 관련한 최초의 사건은 1944년 Steele 사건[37]이다. 노동조합이 흑인을 차별하는 단체협약을 체결하는 것이 연방제정법에 위반되는지 여부가 다투어진 사안인데, 연방대법원은 인종만을 근거로 하는 차별은 단체협약의 정당한 목적과 무관하고 부당하며(irrelevant and invidious), 노동조합은 단체교섭과 협약체결에 있어 직종 내의 비조합원이나 소수 조합원을 적대적인 차별 없이 공정하고(impartially) 성실하게(in good faith) 대표하여야 한다고 판시하였다.

이후 공정대표의무의 일반적 기준을 제시한 1967년 Vaca사건[38]에 따

35) 유성재·김희선, "미국의 공정대표의무와 시사점", 노동법논총 제23집, 한국비교노동법학회, 2011, 43~44면; 이승욱, 앞의 책(주32), 160면; 이철수, 앞의 글(주30), 82면
36) 장우찬, "단체교섭에서의 성실교섭의무에 관한 연구 -한국과 미국의 비교를 중심으로-", 박사학위 논문, 서울대학교, 2012, 150면
37) Steele v. Louisville & Nashville Railroad, 323 U.S. 192 (1944)

르면 교섭단위 내의 근로자에 대한 교섭대표조합의 행위가 '자의적·차별적 또는 불성실(arbitrary, discriminatory or in bad faith)'한 경우에 공정대표의무 위반이 성립되며, 이러한 법리는 교섭단계 뿐만 아니라 협약의 운영단계, 즉 고충·중재절차에서도 적용된다는 점에 대해 확실히 정립하였다.[39]

한편, 사용자의 공정대표의무와 관련하여 연방노동위원회는 1962년 Miranda사건[40]에서 배타적교섭대표의 공정대표의무 위반행위가 노동조합의 부당노동행위가 될 수 있을 뿐만 아니라 사용자가 동조한 경우 사용자의 부당노동행위가 될 수 있다고 보았다. 그러나 사용자에게 부당노동행위를 하지 않을 의무에 추가되는 별도의 의무(사용자의 공정대표의무)를 인정하고 있지는 않다. 공정대표의무의 근거를 배타적 교섭대표노동조합이라는 법적 지위에서 도출하고 있어, 교섭창구 단일화와 관계없는 사용자에게 별도의 공정대표의무를 부여하지 않는 것으로 보인다.[41]

3. 공정대표의무 위반의 효과

공정대표의무 위반시 효과는 법원에서의 효과와 연방노동관계위원회(NLRB)에서의 효과로 구분된다.

법원을 통해 공정대표의무 위반을 인정받을 경우 근로자는 노동조합과의 관계에서 공정대표의무 위반행위의 금지를 명하는 가처분(injunction order) 및 손해배상을 명하는 판결을 구할 수 있다. 노동조합의 공정대표의무 위반과 사용자의 협약 위반으로 인하여 임금 손해를 입은 근로자에 대하여 소급 임금, 장래의 손해, 보상적 손해배상 및 변호사비용의 지급 등의 재판상 구제가 이루어지고 있으며, 정신적 손해배상을 인정하는 경우도 있다. 다만, 징벌적 손해배상은 인정되지 않는다. 또한,

---

38) Vaca v. Sipes, 386 U.S. 190 (1967)
39) 이철수, 앞의 글(주30), 81~85면
40) Miranda Fuel Co., 140 NLRB 181 (1962), enforcement denied, 326 F.2d 172 (2d Cir, 1963).
41) 유성재·김희선, 앞의 글(주35), 49~58면

노동조합이 공정대표의무를 위반하여 행한 고충처리는 근로자를 구속하지 않는다.

NLRB를 통해 공정대표의무 위반이 부당노동행위에 해당한다고 인정받을 경우 부당한 행위의 중지와 금지명령 및 원상회복을 위한 적극적 구제조치 명령을 받을 수 있다. 또한, 당해 조합에 대해 NLRB가 배타적 교섭대표 인증을 취소한 사례도 있으며, 공정대표의무에 위반하여 체결한 단체협약은 대표선거 신청에 대한 장벽으로서의 효력(contract bar)이 부정될 수도 있다.[42]

Ⅱ. 일본의 자율교섭제도와 중립유지의무

1. 일본의 노동조합 및 자율교섭제도

일본의 집단적 노사관계는 주로 1949년 6월에 개정된 노동조합법과 1946년에 제정된 노동관계조정법에 의해 규제되고 있다. 1949년 개정법은 노동조합을 역사상 최초로 법적으로 승인한 1945년 12월의 구 노동조합법을 전면 개정한 것으로 1949년 노동조합법 개정에 의해 일본의 집단적 노사관계는 체계화되었다고 볼 수 있다.[43]

일본의 1949년 노동조합법에서는 노조의 설립과 운영에 관해 자유설립주의와 단체자치의 존중이라는 두 가지 원칙에 의해 노동조합 설립시 그 조직형태, 단위, 인원 수 등에 대해서 아무런 법적 규제를 두고 있지 않다. 행정관청의 허가나 신고서 제출 의무 또한 없다. 다만, 노동조합은 노조법이 규정하는 절차에 참가하거나 그 구제를 받기 위해서 사건이 발생할 때마다 노동위원회에 증거를 제출하여 자주성과 민주성의 요건을 충족하고 있는지 입증하면 된다. 자주성의 요건에 대해서는 법상 노조의

42) 이승욱, 앞의 책(주32), 185~196면; 이철수, 앞의 글(주30), 89~90면
43) 전명숙·윤문희·김삼수·정병기·Roland Zullo, “복수노조 환경하의 노사관계 연구”, 한국노동연구원, 2006, 34면

결격사항으로 규정하고 있는 조항에 따르며,[44] 민주성의 요건에 대해서는 특별한 법적 규정은 없고 최소한의 기재사항을 갖춘 규약을 제출하면 된다.[45]

일본은 복수노조 설립을 금지하고 있지 않다. 1949년에 노동조합법을 제정했을 때부터 같은 기업 내의 복수노조의 병존을 인정해오고 있으며, 각 노동조합은 헌법이 보장하는 노동3권의 주체로서 소규모의 노동조합이라 할지라도 독자적인 단체교섭권을 향유하게 된다.[46]

우리나라에서는 사업장 내에 복수노조가 병존할 경우 교섭창구단일화 절차가 강제되고, 사용자가 개별교섭에 동의하여야 각 노동조합이 독자적인 단체교섭권을 행사하게 된다.

2. 사용자의 중립유지의무

일본에서 동일 기업 내에 복수노조가 병존하는 경우 사용자는 각 조합에 대하여 독자적인 단결권을 승인하고 존중하여야 할 의무를 부담하고, 조합원들 간의 대우나 취급에 있어 중립적인 태도를 유지하여야 하는 평등취급의무(平等取級義務) 또는 중립유지의무(中立維持義務)를 부담한다.[47] 사용자는 병존하는 복수노조와 경합적인 교섭이 의무화되어 있기 때문에 사용자에 의한 복수노조의 교섭상의 취급을 둘러싸고 노사분쟁이나 노노분쟁(勞勞紛爭)이 발생하기 쉬운 측면이 있다.[48]

사용자의 중립유지의무에 대한 일반론을 제시한 잔업차별 사건[49]에서

---

44) 일본의 노동조합법 제2조에서는 노동조합의 결격사항으로 사용자의 이익대표자가 참가하는 경우, 사용자의 경리상 원조(조합전임자에 대한 임금지급, 특별한 조합활동비 지급)를 받는 경우, 복리사업만으로 목적으로 하는 경우, 정치운동이나 사회운동만을 목적으로 하는 경우를 규정하고 있다.

45) 전명숙·윤문희·김삼수·정병기·Roland Zullo, 앞의 책(주43), 36~37면

46) 이정, “일본의 복수노조 병존하의 노사관계·노무관리의 경험과 시사점”, 외법논집 제33권 제2호, 2009, 243면

47) 이승욱, 앞의 책(주34), 34면

48) 전명숙·윤문희·김삼수·정병기·Roland Zullo, 앞의 책(주43), 41면

49) 最高裁 1985. 4. 23. 民集 39권 3호 730면

일본 최고재판소는 “복수조합 병존하에서는 각 조합은 각각 독자적으로 존재의의가 인정되고, 고유의 단체교섭권 및 단체협약 체결권을 보장받기 때문에, 그 당연한 귀결로서 사용자는 어떠한 조합과의 관계에서도 성실히 단체교섭을 하여야 할 의무가 있고, 이는 단순히 단체교섭의 상황에 한정되는 것이 아니라 모든 국면에서 사용자는 각 조합에 대해서 중립적태도를 유지하고 그 단결권을 평등하게 승인·존중하여야 하며, 각 조합의 성격, 경향 및 종래의 운동노선의 여하에 따라 차별적인 취급을 하는 것은 허용되지 않는 것이라고 하지 않으면 안 된다.”고 판시하여 복수노조에 대한 사용자의 중립유지의무를 명확하게 선언하고 있다.[50]

다만, 사용자의 중립유지의무가 항상 병존하는 조합간의 절대적인 평등취급을 의미하는 것은 아니며, 각 조합의 조직력 및 교섭력에 따라 합리적·합목적적인 대응을 하는 것이 중립유지의무에 반한다고 단정할 수는 없다.

예컨대 병존하는 조합의 조직규모에 큰 차이가 있는 경우에는 사용자가 각 조합과의 단체교섭에서 그 교섭상대가 가지는 현실적인 교섭력에 따라 그 태도를 결정한 것이 바로 사용자의 중립유지의무 위반이라고 단정할 수는 없다. 또한, 사용자가 소수조합에 대하여 다수조합과 먼저 체결한 한도 이상의 양보를 하지 않고 노사 쌍방이 끝까지 자기의 조건을 고집하여 단체협약을 체결하지 않아 일시적 또는 일정기간 소수조합의 조합원에게 경제적 불이익이 있다 하더라도, 사용자가 소수조합에 대해 양보를 하지 않는 것이 해당 소수 조합의 약체화의 계산 내지 기도에 기한 것이라고 단정하기는 어렵다.[51]

사용자의 중립유지의무가 각 조합간 절대적 평등을 의미하는 것이 아니며 합리적·합목적적 범위 내에서 사용자의 교섭의 자유가 인정된다 할지라도, 단체교섭의 국면에서 사용자의 태도가 소수 조합에 대한 단결권의 부인 내지 동 조합에 대한 혐오의 의도가 결정적 동기로 되어 행해졌고, 당해 단체교섭이 그러한 기성사실(旣成事實)을 유지하기 위해 형식적

50) 이승욱, 앞의 책(주34), 34~35면
51) 이승욱, 앞의 책(주34), 35~36면

으로 이루어지고 있는 등 특단의 사정이 있는 경우에는 다수 조합과의 합의사항에 고집하는 사용자의 행위는 중립유지의무 위반이 될 수 있다.

사용자가 중립유지의무를 위반한 때는 지배개입의 부당노동행위 내지는 불이익취급의 부당노동행위가 성립하게 된다.[52]

Ⅲ. 시사점

외국의 제도와 우리나라 제도 사이에 존재하는 차이점을 통해 우리나라 제도를 운용하는데 시사하는 바를 얻고자 한다.

우선, 미국 제도와의 차이점을 살펴보고자 한다. 미국은 일정 교섭단위 내에서 선출된 배타적 교섭대표가 그 단위 내의 모든 근로자를 배타적으로 유일하게 대표하며, 조합원인지 비조합원인지 구분하지 않고 대표한다. 이러한 배타적 교섭대표라는 법적 지위에 근거하여 교섭대표는 교섭단위 내의 모든 근로자에게 자의적·차별적 또는 불성실하지 않을 공정대표의무를 부담한다.

반면에, 우리나라는 교섭대표노조가 교섭창구단일화절차에 참여한 조합원만을 배타적으로 대표한다. 미국과 달리 비조합원 또는 교섭창구단일화절차에 참여하지 않은 다른 노조의 조합원에 대하여는 대표하지 않는다. 공정대표의무를 배타적 교섭대표라는 법적 지위에 수반되는 의무로 파악한다는 점에서 배타적으로 대표하는 범위에 따라 공정대표의무를 부담하는 범위가 달라질 수 있음을 시사한다.

즉, 미국은 교섭단위 내의 모든 근로자를 배타적으로 대표하기 때문에 해당 모든 근로자에 대하여 공정대표의무를 부담하지만, 우리나라는 교섭창구단일화절차에 참여한 노동조합의 조합원에 대하여만 배타적으로 대표하기 때문에 해당 노동조합과 그 조합원에 대하여만 공정대표의무를 부담한다고 볼 수 있다.

다만, 교섭대표노조가 배타적으로 대표하지는 않았지만 우리나라 노조

52) 이승욱, 앞의 책(주34), 37면

법상 단체협약 효력 확장 조항[53]에 따라 교섭대표노조가 체결한 단체협약을 적용받는 근로자들에 대하여 어떻게 해석해야 할지 문제된다. 협약의 효력 확장 문제는 법상 요건을 갖추면 강제되고 있기 때문에 배타적 대표권 범위에 포함된다고 해석해야 할지 아니면 교섭창구단일화 절차에 참여하지 않았고 비조합원일수도 있기 때문에 배타적 대표권 범위에 포함되지 않는다고 해석해야 할지 문제된다. 배타적 대표권 범위에 속하는지 여부에 따라 공정대표의무의 범위에 대한 해석도 달라질 것이다.

다음으로, 일본 제도와의 차이점을 살펴보고자 한다. 일본은 노동조합법을 제정했을 때부터 같은 기업 내의 복수노조의 병존을 인정해오고 있다. 사용자에게는 병존하는 복수노조와의 경합적인 교섭이 의무화되어 있으며, 복수노조에 대한 교섭상의 취급을 둘러싸고 노사분쟁이나 노노분쟁(勞勞紛爭)이 발생하기 쉬운 측면이 있다. 이에 따라 사용자는 조합원들 간의 대우나 취급에 있어 중립적인 태도를 유지하여야 하는 중립유지의무를 부담하며, 이는 판례에 의해 형성되어 온 법리이다.

반면에, 우리나라는 복수노조가 병존할 경우 원칙적으로 교섭창구단일화절차를 거쳐야 하며, 사용자가 개별교섭에 동의한 경우에 예외적으로 각 노동조합이 단체교섭권을 독자적으로 행사하게 된다. 우리나라 공정대표의무는 교섭창구단일화절차를 전제하고 있기 때문에, 일본에서 판례법리로 인정되는 중립유지의무와는 성격이 다르다. 우리나라에서도 개별교섭시 사용자의 중립유지의무 위반에 대해 부당노동행위로 규율된 사례가 있다.[54]

이처럼 개별교섭의 경우 부담하는 중립유지의무와 교섭창구단일화의 경우 부담하는 공정대표의무는 별개의 개념이라 할 것이다. 다만, 중립유지의무와 공정대표의무 모두 사용자가 부담하는 의무라는 점에서 일본에 축적되어 있는 사용자에 의한 조합간 차별 사례는 우리나라에서 사용자에 의한 공정대표의무 위반을 판단하는데 참고자료로 활용될 수 있을 것이다.

---

53) 노동조합 및 노동관계조정법 [법률 제17864호, 2021. 1. 5. 일부개정] 제35조(일반적 구속력) 및 제36조(지역적 구속력)

54) 대법원 2019. 4. 25. 선고 2017두33510 판결

최근 노조법이 개정되어, 개별교섭에 동의한 사용자에게 교섭을 요구한 모든 노동조합과 성실히 교섭하고 차별적으로 대우하지 않을 의무를 부과하고 있다.[55] 현재는 해당 조항이 선언적인 규정에 불과하여 부당노동행위제도를 통해 간접적으로 위반 여부를 다툴 수밖에 없다. 하지만, 향후에 해당 차별금지의무 위반에 대해 노동위원회를 통한 구제가 가능해진다면, 일본의 제도 운용 경험을 통해 '차별'에 대한 개념 및 '합리적 이유'에 대한 판단기준 등 다양한 시사점을 얻을 수 있을 것이다.

이하에서는 우리나라 교섭창구단일화제도(제3절)와 교섭대표노동조합(제4절)에 대하여 본격적으로 살펴보고자 한다. 교섭대표노동조합 결정단계에 따라 교섭대표노조의 유형을 구분하여 살펴보고, 교섭대표노조 지위를 취득하게 되는 시점을 유형별로 구분하여 살펴보고자 한다. 교섭대표노조가 지위를 취득하는 그 시점(확정시점)은 공정대표의무의 발생시점과 연결된다. 또한, 교섭대표노조는 지위 취득 후 법령에서 정한 일정한 권한을 부여받게 되는데, 그 권한은 배타적으로 인정된다는 점에서 교섭대표가 되지 못한 노조와 그 조합원을 차별하지 않고 공정하게 대표해야 하며, 공정대표의무의 대상과 연결된다. 즉, 교섭대표노조의 존재는 공정대표의무의 시간적 범위를 파악하는 기준이 되며, 교섭대표노동조합의 대표권은 공정대표의무의 대상적 범위를 파악하는 기준이 된다. 제3절(교섭창구단일화제도)과 제4절(교섭대표노동조합)의 논의는 제 4 장에서 공정대표의무의 적용범위를 구분하는 기준으로 작용한다는 점에서 중요하다.

제 3 절 교섭창구 단일화 제도

55) 노동조합 및 노동관계조정법 [법률 제17864호, 2021. 1. 5. 일부개정][시행 2021. 7. 6.] 제29조의2(교섭창구 단일화 절차) ② 제1항 단서에 해당하는 경우 사용자는 교섭을 요구한 모든 노동조합과 성실히 교섭하여야 하고, 차별적으로 대우해서는 아니 된다.

Ⅰ. 제도의 취지 및 법적성격

노조법은 자율적결정제도, 배타적교섭대표제도, 비례적교섭대표제도 및 개별교섭제도를 혼합하여 우리나라 특유의 교섭창구단일화제도를 설계하고 있다.[56] 교섭창구단일화제도의 취지는 복수노조가 독자적으로 단체교섭권을 행사함에 따라 발생할 수 있는 노조간 또는 노조와 사용자간의 반목과 갈등, 단체교섭의 효율성증가와 비용증가 등의 문제를 효과적으로 해결함으로써 효율적이고 안정적인 교섭체계를 구축하는데 있다.[57] 동 제도의 법적성격에 대해서는 견해의 대립이 있는데, 고용노동부는 복수노조 업무매뉴얼에서 "교섭창구단일화에 관한 규정은 강행규정으로 노동조합과 사용자는 반드시 이에 따라야 하고, 개별교섭 동의는 1사1교섭원칙의 교섭창구단일화원칙에 대한 예외로 인정되는 것이므로 개별교섭 동의기한은 강행규정에 해당한다."고 밝히고 있다.[58] 교섭창구단일화제도의 취지가 근로조건의 통일성과 안정적 교섭체계를 구축하는데 있는 만큼 당사자 의사에 따라 제도를 회피할 수 있다면 제도의 목적을 달성할 수 없다는 점에서 강행규정의 성격을 갖는다고 보아야 할 것이다.[59]

Ⅱ. 교섭창구 단일화 절차

1. 개요

56) 하갑래, "집단적 노동관계법 제6판", 중앙경제, 2020, 291면
57) 헌법재판소 2012. 4. 24. 선고 2011헌마338 전원재판부 결정; 대법원 2017. 10. 31. 선고 2016두36956 판결,
58) 고용노동부, 앞의 책(주14), 8면 및 19면
59) 개별교섭 동의조항이 임의규정이라는 견해로는 강선희, "노동기본권과 소수 노동조합의 협약능력 및 단체협약의 효력에 관한 연구", 노동법학 제38호, 한국노동법학회, 2011, 98면; 조상균, "교섭창구단일화제도의 쟁점과 문제점", 노동법학 제43호, 한국노동법학회, 2012, 43~45면

하나의 사업 또는 사업장에서 조직형태에 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우 노동조합은 교섭대표노동조합(2개 이상의 노동조합 조합원을 구성원으로 하는 교섭대표기구를 포함한다.)을 정하여 교섭을 요구[60]하여야 하는데, 교섭대표노동조합을 정하기 위한 교섭창구 단일화 절차는 크게 (ⅰ) 교섭요구 노동조합의 확정 절차와 (ⅱ) 교섭대표노동조합의 결정 절차로 구분[61]된다.

2. 교섭요구노동조합 확정 절차[62]

교섭창구 단일화 절차는 해당 사업 또는 사업장의 노동조합 중 어느 한 노동조합이 사용자에게 교섭요구를 하면서부터 시작된다.

교섭요구는 가능한 시기에 대해 법에서 정하고 있는데, 해당 사업장에 단체협약이 있는 경우에는 단체협약 만료일 이전 3개월이 되는 날부터(노조법 시행령 제14조의2 제1항) 교섭요구 할 수 있으며, 단체협약이 없는 경우에는 언제든지 교섭 요구를 할 수 있다.

교섭 요구 방법은 고용노동부령(동법 시행규칙 제10조의2)으로 정하는 사항[63]을 적은 서면으로 하여야 한다(노조법 시행령 제14조의2 제2항).

---

60) 노동조합 및 노동관계조정법 제29조의2 제1항

61) 교섭창구 단일화 절차의 구분은 고용노동부, 앞의 책(주14), 7면 참고; 임종률 교수는 교섭요구 노동조합 확정 절차를 단일화의 예비적 절차로 구분하고 교섭대표노동조합 결정 절차를 교섭창구 단일화 절차로 구분하였는데, 이는 노조법 제29조의2 제3항에서 교섭대표노동조합 결정 절차를 이하 '교섭창구 단일화 절차'라 한다고 표시하고 있기도 하고, 복수노조 여부에 대한 확정 시점이 교섭요구 노동조합 확정 시점이라는 점에서 교섭요구 노동조합 확정 절차를 단일화의 예비적 절차로 구분한 것으로 이해된다.(임종률, "노동법 (제16판)", 박영사, 2018, 123면)

62) 노동조합 및 노동관계조정법 시행령 제14조의2 내지 제14조의5

63) 노동조합 및 노동관계조정법 시행규칙 제10조의2(교섭의 요구) 영 제14조의2제2항에서 "노동조합의 명칭, 그 교섭을 요구한 날 현재의 조합원 수 등 고용노동부령으로 정하는 사항"이란 다음 각 호의 사항을 말한다.

1. 노동조합의 명칭과 대표자의 성명
2. 사무소가 있는 경우에는 주된 사무소의 소재지
3. 교섭을 요구한 날 현재의 조합원(법 제29조의2에 따른 교섭대표노동조합 결정 절차

교섭 요구를 받은 사용자는 교섭 요구를 받은 날로부터 7일간 교섭 요구 사실에 대해 다른 노동조합과 근로자가 알 수 있도록 공고하여야 한다(동법 시행령 제14조의3 제1항). 최초 교섭 요구를 한 노동조합 이외에 사용자와 교섭하려는 다른 노동조합은 해당 교섭 요구 사실에 대한 공고기간 내에 사용자에게 교섭을 요구하여야 하며(동법 시행령 제14조의4), 교섭 요구 방법은 마찬가지로 고용노동부령(동법 시행규칙 제10조의2)으로 정하는 사항을 적은 서면으로 하여야 한다.

사용자는 교섭 요구 사실에 대한 공고기간 내에 교섭 요구를 한 노동조합을 포함하여 교섭요구 노동조합을 확정하고 이를 해당 노동조합에 통지 및 5일간 공고하여야 한다(동법 시행령 제14조의5 제1항).

사용자의 교섭요구 노동조합 확정공고에 대해서는 공고의 내용이 사실과 다를 경우 이의신청을 할 수 있으며(동법 시행령 제14조의5 제2항, 제4항), 이의가 없을 경우 사용자의 공고대로 교섭요구 노동조합이 확정된다. 확정된 교섭요구 노동조합이 2개 이상인 경우 다음 단계인 교섭대표 노동조합 결정 절차를 밟아야 하며, 교섭대표 노동조합 결정 절차는 교섭요구 노동조합으로 확정된 노동조합만이 참여할 수 있다.

3. 교섭대표노동조합 결정 절차[64)]

교섭대표노동조합 결정 절차는 (ⅰ) 자율적 교섭대표노동조합의 결정 단계 (ⅱ) 과반수 노동조합인 교섭대표노동조합 확정 단계 (ⅲ) 자율적 공동교섭대표단 구성 단계 (ⅳ) 노동위원회 결정에 의한 공동교섭대표단 구성 단계로 크게 4단계로 구분된다. 교섭대표노동조합이 4단계 중 어느 단계에서 결정되느냐에 따라 교대노조의 유형 및 교대노조 확정시점이 달라진다. 유형 및 확정시점에 대한 구체적인 내용은 제4절에서 살펴보고자 한다.

에 참여한 노동조합에 소속된 조합원을 말한다)의 수

64) 노동조합 및 노동관계조정법 시행령 제14조의6 내지 제14조의9

(ⅰ) 자율적 교섭대표노동조합의 결정 단계에서는 교섭요구 노동조합이 확정 또는 결정된 날[65]부터 14일 되는 날을 기한으로 하여 교섭요구 노동조합 확정 절차에 참여한 모든 노동조합이 자율적으로 교섭대표노동조합을 정하여 사용자에게 통지하여야 한다(동법 제29조의2 제3항, 시행령 제14조의6 제1항). 사용자에게 통지할 때 교섭요구 노동조합으로 확정된 모든 노동조합은 교섭대표노동조합의 대표자, 교섭위원 등에 대해 연명으로 서명 또는 날인하여 통지하여야 하며, 사용자에게 통지함으로써 교섭대표노동조합으로 확정된다.[66]

자율적 교섭대표노동조합 결정 단계에서 교섭요구 노동조합의 개별교섭 요구에 대해 사용자가 동의하여 교섭창구 단일화 절차를 거치지 아니하기로 한 경우(동법 제29조의2 제1항 단서)에는 교섭대표노동조합을 결정하지 않고 교섭요구 노동조합으로 확정된 모든 노동조합이 사용자와 각각 개별교섭을 하게 된다.

(ⅱ) 자율적 교섭대표노동조합의 결정 단계에서 교섭대표노동조합을 정하지 못하고 사용자의 개별교섭 동의를 얻지 못한 경우에는 과반수 노동조합의 교섭대표노동조합 확정 단계를 밟아야 한다. 교섭요구 노동조합 확정 절차에 참여한 모든 노동조합의 전체 조합원 과반수로 조직된 노동조합이 이 법에서 말하는 과반수 노동조합이 되며, 단일한 과반수 노동조합이 없더라도 2개 이상의 노동조합이 위임 또는 연합 등의 방법으로 전체 조합원의 과반수가 되는 경우에도 이 법에서 말하는 과반수 노동조합이 된다(동법 제29조의2 제4항).

과반수 노동조합은 자율적 교섭대표노동조합의 결정 기한이 만료되는 날부터 5일 이내에 사용자에게 과반수 노동조합이라는 사실 등을 통지하여야 하며(동법 시행령 제14조의7 제1항), 사용자는 그 통지를 받은 날부

---

65) 교섭대표 자율결정기간의 기산일이 되는 '시행령 제14조의5에 따라 확정된 날'은 시행령 제14조의5 제1항에 따른 사용자의 공고에 대하여 노동조합이 이의를 신청하지 아니한 경우에는 공고기간이 만료된 날을, 노동조합이 이의를 신청하여 사용자가 수정공고를 한 경우에는 수정공고기간이 만료된 날을 의미한다.(대법원 2016. 2. 18. 선고 2014다11550 판결)

66) 고용노동부, 앞의 글(주14), 21면

터 5일간 그 내용을 공고하여 다른 노동조합과 근로자가 알 수 있도록 하여야 한다(동법 시행령 제14조의7 제2항). 교섭요구 노동조합으로 확정된 노동조합은 해당 공고기간 내에 과반수 여부에 대해 이의 제기를 할 수 있으며, 이의 신청이 없는 경우에는 그 과반수 노동조합이 교섭대표노동조합으로 확정된다(동법 시행령 제14조의7 제3항).

(ⅲ) 과반수 노동조합이 없어서 교섭대표노동조합을 결정하지 못한 경우에는 교섭요구 노동조합으로 확정된 모든 노동조합이 공동으로 구성한 교섭대표단(공동교섭대표단)이 교섭대표노동조합이 된다. 이 때 공동교섭대표단에 참여할 수 있는 노동조합은 교섭요구 노동조합의 전체 조합원 100분의 10 이상인 노동조합만 참여할 수 있으며(동법 제29조의2 제5항), 자율적 교섭대표노동조합의 결정 기한이 만료되는 날부터 10일 이내에 공동교섭대표단의 대표자, 교섭위원 등을 구성하여 연명으로 서명 또는 날인하여 사용자에게 통지하여야 한다(동법 시행령 제14조의8 제1항).

(ⅳ) 자율적 공동교섭대표단 구성에 합의하지 못한 경우에는 공동교섭대표단 구성에 참여할 수 있는 노동조합의 일부 또는 전부의 신청에 의해(동법 제29조의2 제6항, 시행령 제14조의9 제1항) 노동위원회가 노동조합의 신청을 받은 날로부터 10일 이내에 총 10명 이내에서 각 노동조합의 조합원 수에 따른 비율을 고려하여 노동조합별 공동교섭대표단에 참여하는 인원 수를 결정한다(동법 시행령 제14조의9 제2항). 공동교섭대표단 구성에 참여하는 노동조합은 노동위원회가 결정한 인원 수에 해당하는 교섭위원을 각각 선정하여 사용자에게 통지하여야 하며(동법 시행령 제14조의9 제4항), 공동교섭대표단의 대표자는 노동조합이 합의하여 정하되 합의가 되지 않을 경우 조합원 수가 가장 많은 노동조합의 대표자로 한다(동법 시행령 제14조의9 제5항).

Ⅲ. 예외적 개별교섭

노조법 제29조의2 제1항 단서에 따라 사용자는 교섭창구단일화절차를

거치지 아니하기로 동의할 수 있다. 사용자의 개별교섭에 대한 동의는 개별교섭을 요구한 어느 한 노동조합에게만 하여도, 그 효과가 교섭요구 노동조합으로 확정된 모든 노동조합에게 미친다고 보아야 할 것이다. 따라서 사용자가 교섭창구 단일화 절차를 거치지 않고 개별교섭을 진행하기로 동의하였다면, 사용자는 교섭요구 노동조합으로 확정된 모든 노동조합에 대하여 개별교섭 의무를 부담한다고 보아야 할 것이다.[67] 이는 사용자가 개별교섭을 원하는 노동조합을 차별적으로 선택하여 개별교섭과 창구단일화 절차를 분리하여 교섭을 진행하는 것을 막기 위한 취지라고 할 수 있다.[68]

사용자가 개별교섭에 동의한 경우 교섭대표노조와 사용자는 공정대표의무를 부담하지 않는다. 공정대표의무는 교섭대표노동조합의 존재를 전제로 발생하는 의무인데, 사용자의 개별교섭 동의로 공정대표의무의 부담 주체인 교대노조는 존재하지 않게 된다. 사용자도 노조법상 공정대표의무는 부담하지 않고, 교섭을 요구한 각 노동조합에게 성실교섭의무 및 차별금지의무와[69] 각 노동조합 사이의 중립유지의무만을 부담한다.

다만 사용자가 부담하는 성실교섭의무·차별금지의무·중립유지의무는 그 위반에 대한 명시적인 구제절차가 마련되어 있지 않다. 부당노동행위 제도를 통해 그 위반 여부를 다툴 수밖에 없는데, 사용자의 부당노동행위 의사에 대한 입증이 어렵고, 노동조합이 입증책임을 부담하기 때문에 불합리한 조합간 차별을 시의적절하게 규율하는데 어려움이 따를 것으로 예상된다. 공정대표의무를 부담하지 않는 영역에 대한 '차별' 문제도 직접적으로 규율할 수 있는 방안이 향후 모색되어야 할 것이다.

---

67) 반대로 노사자치주의에 의해 일부 개별교섭, 일부 교섭창구 단일화가 가능하다는 견해로는 강선희, 앞의 글(주59), 98면

68) 손향미, "교섭창구단일화제도 시행에 따른 법적·실무적 쟁점", 노동법학 제39호, 한국노동법학회, 2011, 20면

69) 노동조합 및 노동관계조정법 [법률 제17864호, 2021. 1. 5., 일부개정][시행 2021. 7. 6.] 제29조의2(교섭창구 단일화 절차) ② 제1항 단서에 해당하는 경우 사용자는 교섭을 요구한 모든 노동조합과 성실히 교섭하여야 하고, 차별적으로 대우해서는 아니 된다.

제 4 절 교섭대표 노동조합

Ⅰ. 교섭대표노동조합의 유형
(교섭대표노조 및 교섭대표 아닌 노조의 구분)

1. 자율적 교섭대표노동조합

자율적 교섭대표노동조합의 결정 단계에서 교섭대표노동조합이 확정된 경우, 교섭대표노동조합은 교섭요구 노동조합으로 확정된 모든 노동조합의 합의로 결정된다. 교섭요구 노동조합으로 확정된 노동조합 중 하나의 노동조합이라도 자율적 교섭대표노동조합의 통지(동법 시행령 제14조의6 1항)에 연명으로 서명 또는 날인하지 않는 한 자율적 교섭대표노동조합의 결정 단계에서는 교섭대표노동조합의 확정이 불가능하다. 따라서, 자율적 교섭대표노동조합의 결정 단계에서는 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합은 없다고 볼 수 있다.

다만, 노동조합 간 자율적 합의에 의하여 교섭대표노동조합이 결정되는 만큼 그 합의의 '자율성'이 담보되어야 할 것이다. 사용자의 개입 또는 간섭은 배제되어야 하며, 각 노동조합의 자유로운 의사에 기초한 합의여야 할 것이다.

만일 노동조합 간 자율적인 합의에 의하여 일부 노동조합에 교섭위원을 배정하지 않는다 하더라도 이를 이유로 해당 노동조합을 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합으로 보기는 어려울 것이다. 교섭위원이 배정되지 않았다 하더라도 그 노동조합은 여전히 교섭대표노동조합이기 때문에 교섭위원을 배정한 다른 노동조합에게 공정대표의무를 부담지울 수 없다.

2. 과반수 교섭대표노동조합

과반수 교섭대표노동조합의 결정 단계에서 교섭대표노동조합이 확정된 경우, 교섭대표노동조합은 과반수 구성 방법에 따라 3가지 유형으로 세분화된다.

(ⅰ) 첫 번째는 교섭요구 노동조합 확정 절차에 참여한 모든 노동조합의 전체 조합원 과반수로 조직된 단일한 노동조합이 교섭대표노동조합이 되는 유형이며, (ⅱ) 두 번째는 2개 이상의 노동조합이 위임의 방법으로 교섭요구 노동조합 확정 절차에 참여한 모든 노동조합의 전체 조합원 과반수가 되어 교섭대표노동조합이 되는 유형이며, (ⅲ) 세 번째는 2개 이상의 노동조합이 연합의 방법으로 교섭요구 노동조합 확정 절차에 참여한 모든 노동조합의 전체 조합원 과반수가 되어 교섭대표노동조합이 되는 유형이다.

3가지 유형 모두 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합은 교섭요구 노동조합으로 확정되었지만 과반수 노동조합의 구성에서 제외된 노동조합이라고 보아야 할 것이다.

단일조직의 과반수 교섭대표노조가 아니라 위임·연합에 의한 과반수 교섭대표노조일 경우 위임·연합한 노동조합은 모두 교섭대표노조이기 때문에 공정대표의무의 주체에 해당한다. 만일, 위임·연합한 노동조합 중 어느 노동조합이 교섭위원을 다수 배정하고 있고 교섭을 주도하고 있다 하더라도, 위임·연합에 참여한 노조는 공정대표의무의 상대방이 되지 않는다.

3. 자율적 공동교섭대표단

자율적 공동교섭대표단의 구성 단계에서 교섭대표노동조합이 확정된 경우, 교섭대표노동조합은 교섭요구 노동조합으로 확정된 노동조합 중 공동교섭대표단에 참여한 모든 노동조합이 된다. 공동교섭대표단에 참여할 수 있는 노동조합은 그 조합원 수가 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원 100분의 10이상인 노동조합으로 한정(동법 제29

조의2 4항)하고 있기 때문에 조합원 수가 확정된 교섭요구 노동조합 전체 조합원의 100분의 10미만인 노동조합은 공동교섭대표단에 참여할 수 없고, 결과적으로 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합에 해당한다고 볼 수 있다.

전체 조합원 100분의 10이상인 노동조합이 공동교섭대표단에 참여하지 않았을 경우 그 노동조합의 법적 지위가 문제된다. 교섭요구 노동조합으로는 확정되었기 때문에 공정대표의무의 상대방인 교섭대표가 되지 못한 노조라고 해석해야할지, 아니면 공동교섭대표단에 참여할 수 있는 요건은 갖추었지만 스스로 교섭위원 배정을 포기하였기 때문에 공정대표의무의 주체인 교섭대표노조라고 해석해야할지 문제된다. 자율적으로 공동교섭대표단을 구성하는 단계인 만큼 요건을 갖추었음에도 교섭위원 배정을 자발적으로 포기하였다고 해석하는 것이 더 타당하다고 판단되며, 교섭대표노조의 지위를 가진다고 보아야 할 것이다.

4. 노동위원회 결정에 의한 공동교섭대표단

노동위원회의 결정에 의한 공동교섭대표단 구성 단계에서 교섭대표노동조합이 확정된 경우, 교섭대표노동조합은 자율적으로 공동교섭대표단을 구성한 경우와 마찬가지로 노동조합의 조합원 수가 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합의 전체 조합원 100분의 10이상에 해당하여 공동교섭대표단에 참여할 수 있는 모든 노동조합이라고 보아야 할 것이다.

노동위원회가 공동교섭대표단 구성에 참여할 각 노동조합의 교섭위원 수를 결정하는데, 현실적으로 발생 가능성은 적지만 노동위원회 결정에 의해 교섭위원을 1명도 배정받지 못해도 공동교섭대표단에 참여할 수 있는 요건은 충족하였기 때문에[70] 교섭대표노동조합의 지위를 가진다고

70) 다만, 공동교섭대표단에 참여할 수 있는 노동조합이(조합원 수가 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 전체 조합원 수의 100분 10이상) 노동위원회 결정에 의해 교섭위원을 1명도 배정받지 못해도 교섭대표노동조합의 지위를 가진다고 해석할 경우, 교섭위원이 없어 교섭권 행사에 제약을 받는 것은 공동교섭대표단에 참여할 수 없는 노동조합과 마찬가지인데, 교섭대표노동조합의 지위를 가지는 공동교섭대표단에

해석하여야 할 것이다. 자율적 공동교섭대표단 구성 단계와 마찬가지로 조합원 수가 확정된 교섭요구 노동조합 전체 조합원의 100분의 10미만인 노동조합이라 공동교섭대표단에 참여할 수 없는 노동조합은 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합에 해당한다고 볼 수 있다.

Ⅱ. 교섭대표노동조합 확정시점

(ⅰ) 자율적 교섭대표노동조합의 결정 단계에서 교섭대표노동조합이 확정된 경우, 교섭대표노동조합으로 확정된 시점은 자율적 교섭대표노동조합의 결정 기한이 만료되는 날이 아니라 교섭요구 노동조합으로 확정된 모든 노동조합이 사용자에게 교섭대표노동조합 결정 사실 등을 통지하여, 해당 통지가 사용자에게 송달된 날[71]로 해석하여야 할 것이다.

(ⅱ) 과반수 노동조합인 교섭대표노동조합 확정 단계에서 교섭대표노동조합이 확정된 경우, 교섭대표노동조합으로 확정된 시점은 사용자의 과반수 노동조합에 대한 공고 기간이 만료된 날로 해석해야 할 것이다. 과반수 노동조합이 교섭대표노동조합으로 확정된 경우 그 확정 시점에 대해 법에 명시되어 있지는 않지만, 동법 시행령 제14조의7 제3항에서는 사용자의 과반수 노동조합 공고에 대해 공고 기간 내에 이의신청이 없는 경우 과반수 노동조합이 교섭대표노동조합으로 확정된다고 명시하고 있다. 이의신청이 없는지 여부는 이의신청 기간인 사용자의 과반수 노동조합 공고 기간이 종료되어야 확정적으로 알 수 있기 때문에, 교섭대표노

참여할 수 있는 노동조합은 공정대표의무의 주체가 된다는 불합리한 상황이 발생한다.

71) 교섭대표노동조합으로 확정된 시점부터 배타적 교섭당사자의 지위에서 교섭요구를 할 수 있다는 점에서 자율적 교섭대표노동조합 결정 기간 중이라도 확정된 교섭요구 노동조합 간에 합의된 자율적 교섭대표노동조합 결정에 대한 통지가 사용자에게 송달된 날로 해석하는 것이 타당하며, 자율적 교섭대표노동조합 결정 후 일부 노동조합이 그 이후 절차에 참여하지 않더라도 교섭대표노동조합의 지위가 유지된다는 점(동법 시행령 제14조의6 2항)에서 자율적 교섭대표노동조합에 대한 결정이 상대방에게 도달한 때로 해석하는 것이 타당하다고 판단된다.

동조합 확정 시점은 사용자의 과반수 노동조합 공고 기간이 만료된 날로 해석하는 것이 타당하다고 판단된다.

(ⅲ) 자율적 공동교섭대표단 구성 단계에서 교섭대표노동조합이 확정된 경우, 교섭대표노동조합으로 확정된 시점은 자율적 공동교섭대표단 구성 및 통지 기한이 만료되는 날이 아니라 공동교섭대표단에 참여할 수 있는 모든 노동조합이 사용자에게 공동교섭대표단 구성 사실을 통지하여, 해당 통지가 사용자에게 송달된 날[72]로 해석하여야 할 것이다.

(ⅳ) 노동위원회 결정에 의한 공동교섭대표단 구성 단계에서 교섭대표노동조합이 확정된 경우, 교섭대표노동조합으로 확정된 시점은 노동위원회의 결정 통지가 노동조합과 사용자에게 송달된 날로 해석하여야 할 것이다. 노동위원회는 공동교섭대표단 구성에 참여하는 노동조합의 교섭위원 수에 대해 결정하고, 교섭위원의 선정은 노동조합이 각각 사용자에게 통지하게 되는데 교섭위원의 선정으로 교섭대표노동조합이 확정된다고 해석할 경우 노동조합이 사용자에게 교섭위원을 통지하는 시점이 각각 다르다면 그 시점을 특정하기 어렵기 때문에 노동위원회의 결정이 일률적으로 노동조합 및 사용자에게 송달된 날로 해석하는 것이 타당하다고 판단된다.

이를 표로 정리하면 다음과 같다.

---

72) 교섭대표노동조합으로 확정된 시점부터 배타적 교섭당사자의 지위에서 교섭요구를 할 수 있다는 점에서 자율적 공동교섭대표단 구성 및 통지 기간 중이라도 공동교섭대표단에 참여할 수 있는 노동조합 간에 합의된 공동교섭대표단 구성에 대한 통지가 사용자에게 송달된 날로 해석하는 것이 타당하며, 공동교섭대표단의 통지가 있은 이후 일부 노동조합이 그 이후 절차에 참여하지 않더라도 교섭대표노동조합의 지위가 유지된다는 점(동법 시행령 제14조의8 2항)에서 자율적 공동교섭대표단 구성에 대한 통지가 상대방에게 도달한 때로 해석하는 것이 타당하다고 판단된다.

유형	교섭대표노동조합 확정시점
자율적 교섭대표노동조합	사용자에게 교섭대표노동조합 결정 사실 등을 통지하여, 해당 통지가 사용자에게 송달된 날
과반수 노동조합의 교섭대표노동조합	사용자의 과반수 노동조합 공고 기간이 만료된 날
자율적 공동교섭대표단	사용자에게 공동교섭대표단 구성 사실을 통지하여, 해당 통지가 사용자에게 송달된 날
노동위원회 결정에 의한 공동교섭대표단	노동위원회의 결정이 일률적으로 노동조합 및 사용자에게 송달된 날

<표 1> 교섭대표노동조합 확정시점

교섭대표노조의 확정시점은 공정대표의무를 부담해야할 수규자의 존재가 결정되는 시점이다. 교섭대표노조는 그 존재가 확정된 시점부터 공정대표의무를 부담하게 된다. 즉, 교섭대표노조의 확정시점은 교섭대표노조가 부담하는 공정대표의무의 시간적 범위의 시작점을 의미한다. 사용자 역시 교섭대표노조가 존재하면서부터 공정대표의무를 부담하게 되며 사용자가 부담하는 공정대표의무의 시간적 범위의 시작점을 의미하기도 한다.

Ⅲ. 교섭대표노동조합의 지위 및 권한

노조법 제29조 제2항은 "제29조의2에 따라 결정된 교섭대표노동조합의 대표자는 교섭을 요구한 모든 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다"고 규정함으로써 교섭대표노동조합에게 사용자와 단체교섭을 하고 단체협약을 체결할 법적 지위를 부여하고 있다.[73] 이러한 법적 지위는 별도의 법적 실체를 가지고 독립적인 교섭당사자의 지위를 부여받은 것으로 해석된다.[74] 따라서, 복수

73) 노동법실무연구회, 앞의 책(주17), 683면
74) 교섭담당자의 지위만 부여하자는 견해로는 김선수, "복수노조·전임자 관련 개정 법

노조 사업장에서 교섭창구 단일화 절차를 거친 경우에는 창구단일화 절차에 참여한 모든 노동조합에게 교섭당사자의 지위가 부여되는 것이 아니라, 교섭대표노동조합에게만 배타적 교섭당사자의 지위가 부여된다. 이에 따라 사용자는 교섭대표노동조합 이외의 노동조합에 대하여는 단체교섭을 거부할 수 있다.[75]

교섭대표노동조합은 배타적 교섭당사자의 지위 외에도 노조법 제29조의5에 의거 일정 범위 내에서 노동관계 당사자의 지위를 부여받아 권한을 행사한다. 노조법 제29조의5[76]에서는 '교섭대표노동조합이 있는 경우에 제2조제5호, 제29조제3항・제4항, 제30조, 제37조제2항, 제38조제3항, 제42조의6제1항, 제44조제2항, 제46조제1항, 제55조제3항, 제72조제3항 및 제81조제1항제3호 중 "노동조합"은 "교섭대표노동조합"으로 본다' 고 규정하고 있다.

이를 표로 정리하면 다음과 같다.

노조법	교섭대표노동조합의 지위 및 권한 (노조법 제29조의5)
제2조 제5호 (노동관계 당사자의 정의)	5. "노동쟁의"라 함은 (교섭대표)노동조합과 사용자 또는 사용자단체(이하 "勞動關係 當事者"라 한다)간에 임금・근로시간・복지・해고 기타 대우등 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 말한다. 이 경우 주장의 불일치라 함은 당사자간에 합의를 위한 노력을 계속하여도 더이상 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없는 경우를 말한다.
제29조 제3항,	③ (교섭대표)노동조합과 사용자 또는 사용자단체로부터

안, 쟁점과 평가", 노동사회 제150호, 한국노동사회연구소, 2010, 30면

75) 임종률, 앞의 책(주61), 126면에서는 '거부할 수 있다'로 표현되어 있는데, 임의적으로 거부할지 말지 결정할 수 있다는 의미는 아니다. 교섭창구단일화절차의 강행성 및 교섭대표권의 배타성을 고려하면 사용자는 교섭대표 이외의 노조에게는 교섭을 거부하여야 한다.

76) 노조법 제29조의5는 2021. 1. 5. 개정되어, 본문의 내용 중 제81조제3호가 제81조제1항제3호로 수정되었다.(법률 제17864호, 2021. 1. 5. 일부개정, 2021. 7. 6. 시행)

제4항(교섭권 위임 관련)	교섭 또는 단체협약의 체결에 관한 권한을 위임받은 자는 그 (교섭대표)노동조합과 사용자 또는 사용자단체를 위하여 위임받은 범위안에서 그 권한을 행사할 수 있다. ④ (교섭대표)노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 제3항에 따라 교섭 또는 단체협약의 체결에 관한 권한을 위임한 때에는 그 사실을 상대방에게 통보하여야 한다.
제30조 (교섭 등의 원칙)	① (교섭대표)노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 신의에 따라 성실히 교섭하고 단체협약을 체결하여야 하며 그 권한을 남용하여서는 아니된다. ② (교섭대표)노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 정당한 이유없이 교섭 또는 단체협약의 체결을 거부하거나 해태하여서는 아니된다.
제37조 제2항 (노조의 쟁의행위 주도)	② 조합원은 (교섭대표)노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위를 하여서는 아니된다.
제38조 제3항 (노조의 쟁의행위 적법수행 지도의무)	③ (교섭대표)노동조합은 쟁의행위가 적법하게 수행될 수 있도록 지도・관리・통제할 책임이 있다.
제42조의6 제1항 (필수유지업무 근무 근로자 통보 주체)	① (교섭대표)노동조합은 필수유지업무협정이 체결되거나 제42조의4제2항의 규정에 따른 노동위원회의 결정이 있는 경우 사용자에게 필수유지업무에 근무하는 조합원 중 쟁의행위기간 동안 근무하여야 할 조합원을 통보하여야 하며, 사용자는 이에 따라 근로자를 지명하고 이를 노동조합과 그 근로자에게 통보하여야 한다. 다만, 노동조합이 쟁의행위 개시 전까지 이를 통보하지 아니한 경우에는 사용자가 필수유지업무에 근무하여야 할 근로자를 지명하고 이를 노동조합과 그 근로자에게 통보하여야 한다.
제44조 제2항 (쟁의행위 기간 중 임금지급 목적의	② (교섭대표)노동조합은 쟁의행위 기간에 대한 임금의 지급을 요구하여 이를 관철할 목적으로 쟁의행위를 하여서는 아니된다.

쟁의행위 금지)	
제46조 제1항 (노조의 쟁의행위 개시 이후 직장폐쇄 가능)	① 사용자는 (교섭대표)노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에만 직장폐쇄를 할 수 있다.
제55조 제3항 (조정위원회 구성시 사용자위원에 대한 노조 추천권)	③ 제2항의 규정에 의한 조정위원은 당해 노동위원회의 위원중에서 사용자를 대표하는 자, 근로자를 대표하는 자 및 공익을 대표하는 자 각 1인을 그 노동위원회의 위원장이 지명하되, 근로자를 대표하는 조정위원은 사용자가, 사용자를 대표하는 조정위원은 (교섭대표)노동조합이 각각 추천하는 노동위원회의 위원중에서 지명하여야 한다. 다만, 조정위원회의 회의 3일전까지 관계 당사자가 추천하는 위원의 명단제출이 없을 때에는 당해 위원을 위원장이 따로 지명할 수 있다.
제72조 제3항 (특별조정위원회 구성시 노조 참여권)	③ 제2항의 규정에 의한 특별조정위원은 그 노동위원회의 공익을 대표하는 위원중에서 (교섭대표)노동조합과 사용자가 순차적으로 배제하고 남은 4인 내지 6인중에서 노동위원회의 위원장이 지명한다. 다만, 관계 당사자가 합의로 당해 노동위원회의 위원이 아닌 자를 추천하는 경우에는 그 추천된 자를 지명한다.
제81조 제1항 제3호 (정당한 이유 없는 교섭거부 관련 부당노동행위 구제신청권)	① 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 “不當勞動行爲”라 한다)를 할 수 없다. 3. (교섭대표)노동조합의 대표자 또는 (교섭대표)노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위

<표 2> 노조법 제29조의5에 따른 교섭대표노동조합의 지위 및 권한

최근 대법원[77]은 “교섭대표노조가 가지는 대표권은 법령에서 특별히 권한으로 규정하지 아니한 이상 단체교섭 및 단체협약 체결(보충교섭이나 보충협약 체결을 포함한다)과 체결된 단체협약의 구체적인 이행 과정

77) 대법원 2019. 10. 31. 선고 2017두37772 판결

에만 미치는 것이고, 이와 무관하게 노사관계 전반에까지 당연히 미친다고 볼 수는 없다"고 판시하여 교섭대표노조의 대표권의 범위를 최초로 밝혔다.

대법원의 입장에 따르면 교섭대표노조의 대표권은 노사관계 전반에 미치는 권한이 아니라 일정 범위로 제한되는 권한이라고 해석된다. 그 제한되는 범위는 노조법 제29조 제2항 및 노조법 제29조의5에 따라 결정된다. 즉, 동법 제29조 제2항에서 부여된 배타적 교섭당사자의 지위에서 행하는 교섭 및 협약체결권의 행사와 동법 제29조의5에서 부여된 일정된 권한의 행사가 교섭대표노조의 대표권 범위에 속하는 영역이라고 볼 수 있다.

교섭대표노조의 대표권 범위에 속하는 영역에서는 배타적인 권한 행사가 인정되기 때문에 교섭대표가 되지 못한 노조는 그 권한을 행사하지 못하게 된다. 그에 따라 교섭대표노조는 교섭대표가 되지 못한 노조와 그 조합원을 합리적 이유 없이 차별하지 않고 공정하게 대표할 의무를 부담하게 된다. 교섭대표노조의 대표권의 범위는 공정대표의무를 부담하는 대상에 대한 문제로 연결된다.

이하에서는 공정대표의무의 적용범위를 논의하기에 앞서 공정대표의무제도를 개관하고자 한다. 의의 및 기능, 주체 및 상대방, 내용 및 적용범위, 위반의 효과, 위반에 대한 구제에 대하여 전반적으로 살펴본다. 공정대표의무제도를 개관할 때 노동위원회 및 법원에서 실제 법적 분쟁화되었던 사례들을 살펴보면서, 공정대표의무의 적용범위 확장을 논할 때 현실에서 문제될 수 있는 경우인지를 검토한다.

제 3 장 공정대표의무 개관

제 1 절 의의 및 기능

Ⅰ. 의의

노조법 제29조의4 제1항은 「교섭대표노동조합과 사용자는 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원 간에 합리적 이유 없이 차별을 하여서는 아니 된다」고 규정하고 있다. 조항을 분설하여 살펴보면 ① 「교섭대표노동조합과 사용자는」는 공정대표의무의 부담 주체에 대해 규정하고 있는 것이며, ② 「교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원」은 공정대표의무의 상대방에 대해 규정하고 있는 것이며, ③ 「합리적 이유 없이 차별을 하여서는 아니 된다」는 공정대표의무의 내용에 대해 규정하고 있다고 볼 수 있다.

입법 당시 검토보고서에 따르면, 노조법 제29조의4에 대하여 '교섭대표노동조합과 사용자가 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원 간에 부당한 차별을 하지 못하도록 부과한 의무' 및 '교섭대표노동조합의 단점을 보완한 제도로서 교섭대표노동조합으로 선정된 노동조합은 소속 조합원뿐만 아니라 교섭대표노동조합이 아닌 다른 노동조합 및 그 조합원을 대표하여 사용자와 교섭할 의무'로 설명한다.[78]

공정대표의무는 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합과 그 조합원에 대해 "합리적인 이유 없이 차별하지 않고", "공정하게 대표"하여야 할 의무이다.[79]

공정하게 대표한다는 것이 소극적으로 차별하지 않을 의무를 넘어 불합리한 차별을 제거하기 위해 노력해야 하는 적극적인 의무까지 의미하

78) 국회 환경노동위원회 전문위원, "노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안 검토보고서(안상수 의원 대표발의)", 2009. 12.

79) 고용노동부, 앞의 글(주14), 46면; 노동법실무연구회, 앞의 책(주17), 677면; 이승욱, 앞의 글(주32), 110면

는지 문제될 수 있다. 하급심 판결들은 교섭대표노조[80]와 사용자[81]의 적극적 공정대표의무를 인정하고 있다. 공정대표의무가 교섭창구단일화제도의 합헌성을 담보하는 기능을 하고 교섭대표가 되지 못한 노조의 단체교섭권을 실현할 수 있도록 기능한다는 점을 고려하였을 때 적극적 공정대표의무를 인정한 하급심의 입장에 수긍할만하다.

Ⅱ. 취지 및 기능

대법원은 공정대표의무의 취지를 독자적으로 단체교섭권을 행사할 수 없는 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합의 보호에서 찾고 있으며, 교섭창구 단일화 제도를 합헌이 되게 하는 제도적 장치로서 단체교섭의 규범적 효력이 교섭창구 단일화에 참여한 모든 노조에게 미치는 근거로 파악하고 있다.[82][83]

---

80) 서울고법 2017. 3. 30. 선고 2016누70088 판결(상고제기기간 도과로 확정)에서는 “공정대표의무의 기능에 비추어 볼 때 공정대표의무는 단체교섭 과정이나 그 결과물인 단체협약의 내용뿐만 아니라 교섭을 전후하여 노동조합 간 그리고 조합원 간의 이해를 조정하는 전과정에서 준수되어야 하고, 나아가 위와 같은 공정대표의무의 취지에 비추어 교섭대표노동조합의 공정대표의무는 교섭대표행위를 함에 있어 불합리한 차별을 하여서는 안 된다는 소극적 의미에 그치는 것이 아니라 경우에 따라서는 소수노동조합이 받는 불합리한 차별을 제거하기 위해 노력해야 하는 적극적 의무까지 포함하는 것으로 볼 수 있다는 제1심의 판단은 정당하다”고 판시하여 교섭대표노조의 적극적 공정대표의무를 인정하였다.

81) 서울고법 2018. 6. 20. 선고 2017누86233 판결(상고취하로 확정)에서는 “사용자는 교섭대표노동조합과 동일한 내용의 공정대표의무를 독립적으로 부담하고, 사용자라고 하여 교섭대표노동조합과 달리 교섭대표노동조합과 소수 노동조합 사이의 중립을 지켜야 할 소극적인 의무만을 부담한다고 볼 수 없다”고 판시하여 사용자의 적극적 공정대표의무를 간접 인정하였다.

82) 대법원 2019. 8. 30. 선고 2017다218642 판결 (교섭창구 단일화 제도하에서 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합은 독자적으로 단체교섭권을 행사할 수 없으므로, 노조법은 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합을 보호하기 위해 사용자와 교섭대표노동조합에게 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원을 합리적 이유 없이 차별하지 못하도록 공정대표의무를 부과하고 있다(제29조의4 제1항). 공정대표의무는 헌법이 보장하는 단체교섭권의 본질적 내용이 침해되지 않도록 하기 위한

다시 말해, 공정대표의무는 헌법이 보장하는 단체교섭권의 본질적 내용이 침해되지 않도록 하기 위한 제도적 장치로 기능하는데, 여기서 단체교섭권의 본질적 내용이란 근로조건의 유지 및 개선을 목적으로 하는 단체교섭권의 행사를 의미하며,[84] 공정대표의무가 그러한 "본질적 내용이 침해되지 않도록 제도적 장치로서 기능을 한다는 것"은 모든 노동조합이 독립하여 단체교섭권을 행사하지 않고 교섭대표노동조합을 통해 단체교섭권을 행사하더라도 근로조건의 유지 및 개선이라는 단체교섭권의 본질적 내용을 달성할 수 있도록 보완적 기능을 수행한다는 것을 의미한다.

또한, "교섭대표노동조합과 사용자가 체결한 단체협약의 효력이 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에게도 미치는 것을 정당화하는 근거가 된다"는 의미는 교섭대표노동조합이 자신과 자신의 조합원의 이익을 위하여 단체협약을 체결하는 것 외에도 공정대표의무에 근거하여 '교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합'과 '그 조합원'의 이익까지 반영하여 단체협약을 체결하고, 규범적 부분에 대하여는 '그 조합원'도 향유주체가 되며, 채무적 부분에 대하여는 '교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합'도 그 향유 주체가 된다는 것을 뜻한다.

제 2 절 주체 및 상대방

Ⅰ. 주체

노조법 제29조의4 제1항에서는 교섭대표노동조합과 사용자를 공정대표의무의 부담 주체로 규정하고 있다. 공정대표의무는 교섭창구 단일화

제도적 장치로 기능하고, 교섭대표노동조합과 사용자가 체결한 단체협약의 효력이 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에게도 미치는 것을 정당화하는 근거가 된다.)

83) 임상민, "공정대표의무의 의의와 내용", 노동법실무연구 제2권, 사법발전재단, 2020, 492면

84) 김형배, "노동법 제26판", 박영사, 2018, 145면

절차를 전제로 발생하고, 부담하는 의무이기 때문에 공정대표의무의 부담 주체인 교섭대표노동조합과 사용자를 파악할 때도 교섭창구 단일화 절차를 전제로 파악하여야 한다.

교섭대표노동조합은 제 2 장 제3절 및 제4절에서 살펴본 바와 같이, 교섭창구 단일화 절차에 의해 결정되며, 교섭대표노동조합 결정 단계에 따라 4가지 유형으로 구분된다. 즉, (ⅰ) 자율적 교섭대표노동조합 (ⅱ) 과반수 노동조합인 교섭대표노동조합 (ⅲ) 자율적 공동교섭대표단 (ⅳ) 노동위원회 결정에 의한 공동교섭대표단은 공정대표의무를 부담하는 주체가 된다.

공정대표의무를 부담하는 사용자 역시 교섭창구 단일화 절차와의 관계에서 파악하여야 하며, 현행법상 공정대표의무를 부담하는 사용자는 노조법 제29조의2 제1항 단서에 따라 개별교섭에 동의하지 않고, 교섭대표노동조합의 배타적 단체교섭권 행사에 의해 교섭 요구를 받은 사용자라고 해석된다.

이와 더불어 법문에는 사용자만을 규정하고 있는데 사용자 이외 사용자단체도 공정대표의무의 주체로 포함되는지가 문제된다. 최근 대법원 2019. 4. 23. 선고 2016두42654 판결에서는 사용자로부터 단체협약의 이행과 관련해 사무처리를 위임받은 사용자단체도 공정대표의무 위반 시정명령의 상대방이 될 수 있다고 밝히고 있는데,[85] 이에 대해 단체협약의 특정 조항의 이행주체도 공정대표의무자가 된다고 하여 사용자단체를 특정 부분에서는 공정대표의무의 주체로 이해하자는 견해가 있다.[86]

만일 사용자단체가 교섭당사자에 해당한다면 이견없이 공정대표의무를 부담하는 주체에 해당할 것이다. 하지만 이 사건처럼 사용자단체가 교섭당사자는 아니지만 사용자로부터 특정 조항에 대한 사무처리를 위임

85) 노동위원회 시정신청시(서울지방노동위원회 2013. 11. 12. 자 2013공정9) 사용자를 피신청인으로 하여 제기하였기에 사용자단체도 시정명령의 상대방이 될 수 있다 라는 의미가 피신청인 적격도 인정된다는 의미인지는 불분명하다.

86) 박종희, “사용자단체가 체결한 단체협약에서 공정대표의무 위반에 대한 시정명령 상대방 - 대법원 2019. 4. 23. 선고 2016두42654 판결을 대상으로-”, 노동법학 제75호, 한국노동법학회, 2020, 192면

받은 경우, 사용자단체를 공정대표의무의 주체로 직결하기보다 시정명령의 실효성 확보 차원에서 그 시정명령의 상대방의 범위에 포함하여 판단하는 것이 일응 타당하다고 생각된다.

공정대표의무의 주체인 교섭대표노동조합과 사용자가 공정대표의무를 위반할 경우, 교섭대표가 되지 못한 노동조합은 노조법 제29조의4 제2항에 따라 노동위원회에 시정을 요청할 수 있다. 이 경우 공정대표의무의 주체의 문제는 노동위원회 시정신청의 피신청인 적격의 문제와 연결된다.

다만, 앞서 살펴본 바와 같이 교섭대표노동조합과 사용자는 단체교섭 및 협약 체결의 당사자이자 공정대표의무의 주체인데, 노동위원회 시정명령의 상대방은 그 시정명령을 이행할 수 있는 상대방으로 확대가 될 수 있다는 점에서 공정대표의무의 주체의 범위보다 노동위원회 시정명령의 상대방의 범위가 보다 넓은 영역이라고 볼 수 있겠다.

Ⅱ. 상대방

노조법 제29조의4 제1항에서는 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원을 공정대표의무의 상대방으로 규정하고 있다. 이는 공정대표의무를 부담하는 상대방을 '교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원'으로 한정하는 취지로 해석된다.[87]

공정대표의무 제도 도입의 목적은 교섭창구 단일화 절차에 의해 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합이 단체교섭권을 독자적으로 행사하지 못함으로써 이를 보완하고자 하는 기능을 담당하는데 있기 때문에, 공정대표의무제도를 통해 보호하고자 하는 상대방은 교섭창구 단일화 절차와의 관계에서 단체교섭권을 제한 받은 노동조합이라고 해석해야 할 것이다.

따라서, 교섭창구 단일화 절차에 참여하지 않은 노동조합과 그 조합원

87) 이승욱, 앞의 글(주32), 102면

에 대해서는 교섭대표노조가 교섭대표권을 가지는 것도 아니고 교섭대표노조가 체결한 단체협약의 적용을 받는 것도 아니기 때문에 이들에 대해 교섭대표노조가 공정대표의무를 부담할 여지가 없으며, 교섭창구단일화절차 이후에 설립된 노동조합 또는 교섭창구단일화절차 이전에 설립되었으나 노조법 시행령 제14조의5에 따라 "교섭을 요구한 노동조합"이 아닌 노동조합은 공정대표의무의 상대방이 될 수 없다고 해석해야 할 것이다.[88]

공정대표의무의 상대방인 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원에 대하여 교섭대표노동조합과 사용자가 공정대표의무를 위반할 경우, 교섭대표가 되지 못한 노동조합은 노조법 제29조의4 제2항에 따라 노동위원회에 시정을 요청할 수 있는데, 이 경우 공정대표의무의 상대방의 문제는 노동위원회 시정신청의 신청인 적격의 문제와 연결된다.

다만, 제1항에서 공정대표의무 상대방을 "교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원"으로 규정하고 있는 것과 달리, 제2항에서는 "노동조합"이 노동위원회에 공정대표의무 위반에 대한 시정을 요청할 수 있다고 규정하여 공정대표의무의 상대방인 "그 조합원"은 독자적으로 노동위원회에 시정신청을 할 수 없다고 해석된다.[89]

제 3 절 내용 및 적용범위

Ⅰ. 교섭 과정

대법원은 2018. 8. 30. 선고 2017다218642 판결에서 "공정대표의무는 단체교섭의 결과물인 단체협약의 내용뿐만 아니라 단체교섭의 과정에서도 준수되어야 한다"고 판시하여, 교섭 과정에서도 공정대표의무를 부담

88) 이승욱, 앞의 글(주32), 103면
89) 박지순, 앞의 글(주15), 16면; 송강직, "교섭대표노동조합의 공정대표의무", 노동법연구 제34호, 서울대학교노동법연구회, 2013, 264면

한다는 점을 명확히 밝혔다.

교섭 과정을 세분화하였을 경우 주로 (ⅰ) 교섭 전후 의견수렴 및 정보제공 관련 (ⅱ) 교섭요구안 결정 관련 (ⅲ) 잠정합의안 인준투표 관련하여 공정대표의무가 문제되고 있다.

최근 대법원은 2020. 10. 29. 선고 2017다263192 판결을 통해 교섭대표노조는 교섭 과정에서 절차적 공정대표의무를 부담하며, 적정한 이행을 위해 단체교섭 및 단체협약 체결에 관한 정보를 교섭대표가 되지 못한 노동조합에게 적절히 제공하며 그 의견을 수렴하여야 한다고 판시하여 교섭 과정에서 부담하는 공정대표의무의 기본적인 내용이 "정보제공의무 및 의견수렴의무"임을 밝히고 있다.

또한, 교섭대표노조에게는 교섭요구안에 대한 의견을 수렴하고 이를 확정하는 과정에서 교섭창구단일화절차에 참여한 노동조합에 대해 의견제출 기회를 충분히 부여하고 협의해야할 뿐만 아니라 교섭요구안 결정 이유 등에 대하여 설명할 의무가 있다. 이를 위해 교섭대표노조는 단체교섭에 지장이 없는 범위 내에서 그 일정을 교섭대표가 되지 못한 노조에게 알려야 한다. 그러나 아예 단체교섭사실을 알려주지 않거나 합리적 이유 없이 기회제공·설명·협의를 하지 않으면 공정대표의무에 위반될 수 있다.[90]

한편, 교섭대표노조가 사용자와 단체교섭 과정에서 마련한 단체협약잠정합의안에 대하여 자신의 조합원 총회 또는 총회에 갈음할 대의원회의 찬반투표 절차를 진행하는 경우, 교섭대표가 되지 못한 노조의 조합원들에게도 동등하게 그 절차에 참여할 기회를 부여해야 하는지 문제된다.

대법원은 2020. 10. 29. 선고 2017다263192 판결에서 노조법 규정에 잠정합의안에 대한 조합원 찬반투표에 관해 정함이 없고, 그러한 절차는

---

90) 서울중앙지방법원 2016. 7. 21. 선고 2014가합60526 판결 (구체적 의제나 개별적 협상절차에까지 무조건적으로 소수노조의 의견을 수렴해야 하거나 참여를 보장할 의무까지 존재하는 것은 아니고, 절차적보장이 형식적인 것에 그치거나 특별히 소수노조에게 핵심적인 의제임에도 불구하고 의견수렴절차를 충분히 거치지 않는 등 신의성실원칙에 비춰 교섭대표노조의 재량권범위를 일탈하는 경우에는 절차적 공정대표의무를 위배한 것이다.)

교섭대표노조의 내부적 절차에 불과하며, 교섭대표노조의 대표자는 원칙적으로 교섭대표가 되지 못한 노조와 그 조합원의 의사에 기속되지 않으므로, 잠정합의안에 대한 가결 여부를 정하는 과정에서 투표 참여 기회를 부여하지 않거나 그들의 의사를 고려 또는 채택하지 않더라도 그것만으로는 절차적 공정대표의무를 위반하였다고 단정할 수 없다고 하였다.

이에 대하여 절차적 공정대표의무는 교섭대표가 되지 못한 노조와 그 조합원의 의사에 반드시 기속되어야 한다는 것을 의미하는 것이 아니라, 그들의 의사를 반영할 수 있는 절차적 의무를 다하라는 것이므로 교섭대표노조의 의무이행을 부정할 근거가 될 수 없다는 비판적 견해가 있다.[91] 교섭대표노조의 규약상 정해진 잠정합의안 투표 절차에 교섭대표가 되지 못한 노조의 조합원 참여를 강제할 법적 근거는 없다 하더라도, 교섭대표노조는 이에 준하는 절차를 거쳐 교섭대표가 되지 못한 노조 및 그 조합원에게 교섭 결과에 대한 정보제공의무 및 의견수렴의무를 다하여야 할 것이다.

한편, 노동위원회에서는 교섭과정에서 공정대표의무의 위반이 있었다고 인정하더라도, 체결된 단체협약의 내용에 불합리한 차별이 없다면 구제 이익이 없다는 이유로 시정신청을 각하 판정하고 있다. 일례로, 중앙노동위원회는 소수노조의 임·단협 교섭관련 3개 노동조합 연석회의 개최 요청에 교섭대표노조가 응한 사실이 없고, 소수노조의 의견을 별도로 수렴하거나 교섭 과정 등의 정보를 공유한 사실이 없었다는 점에서 교섭과정 상 공정대표의무 위반이 있으나, 교섭대표노조와 사용자 간에 체결된 단체협약의 내용에 결과적으로 차별이 존재하지 않아 교섭과정에서 의견 미수렴을 이유로 한 공정대표의무 위반 시정신청의 이익이 없다고 각하하였다.[92]

이는 절차적 공정대표의무를 위반하여도 이후 차별 없는 단체협약만 체결하면 무관하다는 뜻으로 이해된다. 단체협약에 불합리한 차별적 내용이 없어 각하 판정을 내리는 것보다 절차적 공정대표의무 위반에 대해

91) 장영석, “절차적 공정대표의무 위반의 판단기준”, 노동리뷰 2020년 12월호(통권 제189호), 한국노동연구원, 2020. 12., 91면
92) 중앙노동위원회 2012.12.14. 선고 중앙2012공정10

원상회복을 할 수 있는 차원에서 구제명령의 다양성을 고려하는 것이 보다 동 제도의 실효성을 확보하는 길이라고 생각된다.

Ⅱ. 단체협약의 내용 및 협약의 이행과정

공정대표의무는 단체협약의 내용뿐만 아니라 그 협약의 이행과정에도 미친다. 단체협약의 내용은 크게 임금 등 근로조건과 관련된 규범적 부분과 노동조합 활동과 관련된 채무적 부분으로 구분할 수 있다.

규범적 부분에서 공정대표의무가 주로 문제되는 영역은 (ⅰ) 근로조건에 관한 사항 (ⅱ) 인사권에 관한 사항 (ⅲ) 정년에 관한 사항이다.

채무적 부분에서 공정대표의무가 주로 문제되는 영역은 (ⅰ) 근로시간면제에 관한 사항 (ⅱ) 노조 사무실에 관한 사항 (ⅲ) 조합활동에 관한 사항 (ⅳ) Union shop에 관한 사항이다. 이하에서는 단체협약의 내용상 차별 및 그 협약의 이행과정상 차별을 구체적인 사례를 통해 살펴보고자 한다.

1. 규범적 부분

(ⅰ) 우선 근로조건에 관한 사항과 관련하여 노동위원회에서 문제되었던 사례를 살펴보고자 한다. “단체협약의 내용”상 차별적인 근로조건을 규정하여 문제되었던 사례들이다. 노동위원회는 겨울 잠바 구입명목으로 조합원 1인당 30,000원을 교섭대표노조에게 현금으로 지급한다고 단체협약에 규정한 것은 소수노조를 차별한 것이라고 판단하였으며,[93] 단체협약에서 직종 간 특성을 고려하여 직종별로 근로조건을 달리 정할 수 있으나 사용자와 교섭대표노조가 단체협약을 체결하면서 특정 직종에 대하여만 노동절상품권, 자녀학자금을 지급하는 등 차별적으로 근로조건을

93) 중앙노동위원회 2016. 1. 29. 판정 중앙2015공정51

규율한 경우 그 차별에 합리적 이유가 없다고 판단하였다.[94]

"협약의 이행과정"상 근로조건을 차별하여 문제되었던 사례도 있다. 교섭대표노조와 사용자는 단체협약 제29조 제3항 "회사의 명예를 실추시키거나 인사위원회 시말서 이상의 징계를 받은 근로자는 격려금이나 성과급에서 제외한다."는 단서조항이 소수노조뿐만 아니라 교섭대표노조 조합원에게도 동일하게 적용되는 것으로 차별이 존재하지 않는다고 주장했으나, 중앙노동위원회는 소수노동조합의 조합원 징계자 중 11명 중 8명은 단체협약의 체결 전에 징계가 이루어졌는데 성과급을 지급하지 않을 수 있는 근거규정도 징계가 이루어진 후에 단체협약에 신설한 점을 종합하여 볼 때, 위 단서조항이 모든 조합원에게 적용된다하더라도 결과적으로 교섭대표노조 조합원과 비교해 소수노조의 조합원들에게만 대다수 적용되어 성과급을 지급받지 못하였으므로 합리적 이유 없는 차별이라 판단하였다.[95]

근로조건에 관한 사항은 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노조의 조합원에게 직접 적용되는 내용으로 '차별'이라는 결과가 가시적으로 드러나기 때문에 그 차별에 '합리적 이유가 있는지'를 주로 판단하게 된다.

(ii) 다음으로 인사권에 관한 사항과 관련하여 노동위원회에서 문제되었던 사례를 살펴보고자 한다. "단체협약의 내용"상 의견개진의 기회를 차별적으로 부여하여 문제되었던 사례이다. 중앙노동위원회는 회사의 인사권 행사시 교섭대표노조 분회장에게만 의견을 듣도록 하는 조항에 대해 의견 청취에 불과한 것이라고 한다면 모든 노동조합에게 의견개진의 기회를 부여하는 것이 사용자의 공정한 인사에 더 효율적이라는 점을 들어 차별에 합리적인 이유가 없다고 판단하였다.[96]

"협약의 이행과정"에서 교섭대표노조의 대표자가 소속 조합원이 아닌 징계대상자에 대해서 징계위원회 위원으로 참석하는 것이 공정대표의무 위반이 아닌지 문제되었던 사례도 있다. 중앙노동위원회는 징계위원회에 노동조합의 대표자가 위원으로 참석하도록 규정한 단체협약의 취지는 노

94) 중앙노동위원회 2016. 11. 10. 판정 중앙2016공정21
95) 중앙노동위원회 2015. 6. 17. 판정 중앙2015공정12, 16, 20
96) 중앙노동위원회 2016. 1. 5. 판정 중앙2015공정45~50

동조합의 대표자가 참석하여 징계의 공정성을 확보하기 위한 것이지만, 반드시 징계 대상자가 소속된 노동조합의 대표자가 참석해야 하는 것으로 해석되지 않는다는 점에서 교섭대표노조 대표자가 징계위원회에 참석하였다는 사정만으로 교섭창구 단일화에 참여한 노동조합 및 조합원 대한 합리적 이유는 없는 차별에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.[97]

단체협약의 체결 당사자가 교섭대표노조이기 때문에 단체협약상 노동조합은 모두 교섭대표노조를 의미하는 것인지, 소속 조합원이 아니라 하더라도 모두 교섭대표노조가 대표해야 하는 것인지 문제될 수 있다. 경우에 따라서는 소속 조합원에 관한 사항은 해당 노동조합이 직접 의견개진을 할 수 있게 하는 것이 공정대표의무에 반하지 않는 것이어야 공정대표의무의 실효성을 담보할 수 있을 것이다.

(ⅲ) 규범적 부분 중 마지막으로 정년에 관한 사항과 관련하여 노동위원회에서 문제되었던 사례를 살펴보고자 한다. “단체협약의 내용”상 정년 조항을 차별적으로 규정하여 문제되었던 사례이다. 단체협약 제27조 제1항은 “직원의 정년은 만 60세로 한다. 다만, 상근직의 정년은 만 55세로 한다.”고 규정하였는데 이는 정규직 직원과 상근직 직원이 업무 범위 및 내용, 노동 강도 등에 특별한 차이가 없음에도 정년을 5년 다르게 규정한 것으로 합리적 이유가 없는 차별이라고 판단하였다.[98]

“협약의 이행과정”에서 정년 후 조합원들에 대한 재고용심사에서의 차별이 문제되었던 사례도 있다. 중앙노동위원회는 사업장 내 전체 노동조합 조합원을 대상으로 정년 후 재고용심사를 통해 재고용 여부를 결정한 것은 공정대표의무위반이 아니라고 판정하였다. 교섭대표노조 소속 근로자뿐만 아니라 소수노조 근로자에 대해서도 적격심사를 통해 동일하게 채용거절을 한 점(단지 채용거절 인원은 소수 노동조합 소속 조합원이 더 많았음), 정년 후 재고용계약 거절의 결정은 재고용 여부에 관한 적격심사의 절차를 정해둔 단체협약의 취지에 반하지 않는 점, 재고용적격 심사표의 작성에 있어서 근로자 간 차별적 취급을 인정할 만한 여지가 발견되지 않는 점을 공정대표의무 위반이 아닌 이유로 열거하였다.[99]

---

97) 중앙노동위원회 2016. 6. 7. 판정 중앙2016공정8
98) 중앙노동위원회 2017. 1. 5. 판정 중앙2016공정27~29

단체협약에 조합 간 차별에 대한 명시적인 내용이 없을 경우, 협약의 이행과정에서의 차별은 차별의 존부부터 문제될 수 있다. 동일한 단체협약을 적용하였는데, 조합간 차별적인 결과가 발생하였을 경우 차별이 존재하는 것인지부터 문제된다는 의미이다. 따라서, 협약의 이행과정에서 결과적인 차별이 발생하였을 경우 차별의 존부를 어떻게 판단할지에 대한 논의가 향후 필요할 것으로 생각된다.

2. 채무적 부분

(ⅰ) 우선 근로시간면제에 관한 사항과 관련하여 노동위원회에서 문제되었던 사례를 살펴보고자 한다. "단체협약의 내용"상 근로시간면제 조항을 차별적으로 규정하여 문제되었던 사례이다. 단체협약에 근로면제시간 제공 기준을 '조합원수 150명 이상'으로 정한 사례[100], 전체 조합원수 10% 미만을 이유로 면제한도에서 제외한 사례[101], 전체조합원수 24%이상 노동조합에게만 근로면제시간을 배분한다는 내용으로 단체협약을 체결한 사례 모두 노동위원회는 공정대표의무 위반으로 판단하였다.[102]

"협약의 이행과정"에서 교섭대표가 되지 못한 노조에게 근로시간면제를 전혀 배분하지 않아 문제되었던 사례도 있다. 노동위원회는 소수노조가 근로시간면제 배분을 요구한 적이 없고 조합원이 현저히 적은 숫자라고 하더라도 조합원수와 업무내용 등을 고려하여 합리적인 선에서 적정하게 근로시간면제를 배분하여야 하고, 자율적 합의에 의한 근로면제시간 배분 없이 교섭대표노조 단독으로 근로면제시간을 사용한 것은 공정대표의무 위반이라고 판단하였다.[103]

노조법은 근로시간면제한도는 면제시간과 사용인원 상한을 규정하고 있을 뿐, 정하는 방법에 대해서는 별도로 규정하고 있지 않아 복수노조

99) 중앙노동위원회 2015. 9. 21. 판정 중앙2015공정38
100) 중앙노동위원회 2013. 9. 2. 판정 2013공정16
101) 경북지방노동위원회 2013. 11. 22. 판정 경북2013공정23
102) 부산지방노동위원회 2014. 9. 26. 판정 부산2014공정13~19
103) 인천지방노동위원회 2014. 9. 15. 판정 인천2014공정12

간 근로시간면제의 합리적 배분에 대해 문제되고 있다.

통상적으로 조합원 수에 비례하여 근로면제시간을 배분하면 합리적이라고 볼 가능성이 높으나, 반드시 조합원 수에 비례한 배분만이 합리적이라고 단정할 수는 없다.[104] 배타적 교섭권을 가지는 교섭대표노조는 사용자와의 단체교섭에 많은 시간을 사용할 수밖에 없으며, 이 때문에 교섭대표가 되지 못한 노조에 비해 상대적으로 많은 근로시간면제한도를 부여하였다고 하여 곧바로 공정대표의무에 위반하는 것은 아니다. 다만, 교섭대표가 되지 못한 노조도 조합활동 등을 해야 하기 때문에 근로시간면제한도 배분에서 전면 배제하는 것은 공정대표의무에 반한다 할 것이다. 구체적인 배분 수준은 복수노조의 수, 교섭대표노조의 유형 등 사업장 상황을 고려하여 개별적으로 판단할 수밖에 없다.[105]

(ii) 다음으로 노조 사무실에 관한 사항과 관련하여 노동위원회에서 문제되었던 사례를 살펴보고자 한다. 일정규모 이상의 노동조합에게만 사무실을 제공하도록 단체협약에 규정한 사례에 있어서 중앙노동위원회는 노동조합 활동의 보장과 관련하여 조합원 점유율 24%이상의 노동조합에게만 허용하는 것은 소수노조의 기본적인 노동조합활동을 제한하게 되므로 합리적 이유 없는 차별에 해당하며, 이러한 측면에서 노동조합사무실도 교섭대표노조와 마찬가지로 소수노조에게도 필요한 사항이므로 교섭대표노조에게만 노조사무실을 제공한 것은 공정대표의무 위반에 해당한다고 하였다.[106]

대법원은 노동조합 사무실 제공과 관련한 공정대표의무 위반 사건에서 "노동조합의 존립과 발전에 필요한 일상적인 업무가 이루어지는 공간으로서 노동조합 사무실이 가지는 중요성을 고려하면, 사용자가 단체협약 등에 따라 교섭대표노동조합에게 상시적으로 사용할 수 있는 노동조합 사무실을 제공한 이상, 특별한 사정이 없는 한 교섭창구 단일화 절차에 참여한 다른 노동조합에게도 반드시 일률적이거나 비례적이지는 않더

104) 조용만, "복수노조 간 근로시간 면제 관련 교섭대표노동조합의 공정대표의무", 노동리뷰 2013년 8월호(통권 제101호), 한국노동연구원, 2013. 8., 77면
105) 이승욱, 앞의 글(주32), 136면.
106) 중앙노동위원회 2015. 2. 27. 판정 중앙2014공정18

라도 상시적으로 사용할 수 있는 일정한 공간을 노동조합 사무실로 제공하여야 한다고 봄이 타당하다"고 판시하여,[107] 노동조합 사무실 제공에 대한 공정대표의무 위반 판단기준을 제시하고 있다. 이에 따르면, 노동조합 사무실 제공은 노동조합의 존속, 유지, 활동에 관한 기본적인 필수요소로서 교섭대표노조와의 차별적 제공에 있어서 엄격하게 판단하는 경향이 있다.

(ⅲ) 조합활동에 관한 사항과 관련하여, 법원에서 문제되었던 사례를 살펴보고자 한다. "협약의 이행과정"상 신입사원 교육시간을 각 노동조합에게 차별적으로 배분하여 문제되었던 사례이다. 단체협약상 신입사원의 교육시간에 노동조합 설명회 시간을 1시간 부여하는 것으로 정하였는데, 사용자가 교섭대표가 되지 못한 노조에게 10분을 할당하였던 사건이었다. 법원은 노동조합제도 및 관련 법령의 이해와 노동조합에 대한 홍보, 가입안내 등을 위한 것인데, 이러한 설명에 관한 시간이 소속 노동조합원의 수에 따라 크게 달라질 것이라고 보이지는 않고, 오히려 소수 노동조합으로서는 다수의 근로자에 대한 접촉 및 홍보가 어려울 것이기 때문에 조합의 규모 확대를 위하여 신입사원이 집결해 있는 교육과정에서 자신들을 홍보할 필요성이 더욱 높아 보이는데, 회사가 할당한 10분은 노동조합의 홍보 및 가입안내를 하기에 지나치게 짧아 정상적인 노동조합 활동을 할 수 있는 시간으로 보기 어렵고 신입사원 교육시간 배분에 있어서 소수 노동조합을 차별한 조치는 합리적 이유가 있다고 보기 어렵다고 판단하였다.[108]

조합활동에 관한 부분은 조합원 수에 비례하여 배분하여야할 성질의 것이 아니며, 교섭대표가 되지 못한 노동조합의 단결권까지 제한할 수 있는 부분이므로 차별의 합리적 이유를 판단할 때 엄격하게 보아야 할 것이다.

(ⅳ) Union shop에 관한 사항과 관련하여, 교섭창구단일화제도가 시행되면서 교섭대표노조와 사용자가 단체협약으로 Union Shop 조항을 합의한 경우 교섭대표노조와 교섭대표가 되지 못한 노조 사이에서 신규입사

107) 대법원 2018. 8. 30. 선고 2017다218642 판결
108) 서울행법 2014. 4. 4. 선고 2013구합4590 판결

자에 대한 노조가입을 두고 공정대표의무 위반 문제가 발생할 수 있다.

노동위원회는 '입사와 동시에 조합원이 된다.'는 규정이 공정대표의무 위반인지 여부가 쟁점이 된 사건에서 위 조항의 해석상 신규입사자가 입사와 동시에 어느 하나의 노동조합에 가입하도록 강제하고 있을 뿐 반드시 교섭대표노조에 가입하도록 강제하고 있지 않아 차별이 아니라고 판단하였다.[109] 법원도 노동위원회와 같은 입장을 취하였다. 법원은 위 단체협약 제5조 제1항의 '조합원'은 교섭대표가되지 못한 노조 또는 교섭대표노조 조합원을 의미하는 것으로 해석함이 타당하다고 판결하였다.[110]

유니온숍 조항을 통해 조직강제 되는 조합이 교섭대표노조로만 한정되지 않는다면 신규 입사자는 교섭대표가 되지 못한 노동조합에도 선택하여 가입할 수 있으며 이에 대해 차별이 존재한다고 보기 어렵다.

Ⅲ. 기타

노사협의회란 근로자참여 및 협력 증진에 관한 법률(이하 '근참법'이라 한다)에 따라 근로자와 사용자가 참여와 협력을 통하여 근로자의 복지증진과 기업의 건전한 발전을 도모하기 위하여 구성하는 협의기구를 말한다. 근참법 제6조 제2항에서는"근로자를 대표하는 근로자위원은 근로자가 선출하되, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 노동조합의 대표자와 그 노동조합이 위촉하는 자로 한다"라고 규정하고 있다. 이에 따라 교섭대표노조가 그 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합일 경우 노사협의회에 근로자위원을 위촉할 수 있는 권한을 가지고 교섭대표노조의 조합원만을 노사협의회 근로자위원으로 위촉할 경우 공정대표의무 위반인지가 문제된다.

노동위원회는 교섭대표노조가 근로자의 과반수이상으로 조직된 노동조합인 경우 교섭대표노조에서 위촉한 근로자위원만으로 노사협의회를

109) 충남지방노동위원회, 2013.2.19. 판정 충남2012공정2.
110) 서울행정법원, 2013.11.19. 선고 2013구합16609판결; 서울고등법원 2014.4.24. 선고 2013누53105판결.

구성한 것이 공정대표의무 위반이라고 볼 수 없다고 판단하였다.[111]

또한, 2020년 단체협약 체결 이후 2020. 4/4분기 노사협의회 구성 및 참여에 있어 교섭대표노동조합에게만 자격을 인정한 것이 공정대표의무 위반에 해당하는지 여부와 관련하여, 이 사건 사용자와 교섭대표노동조합이 체결한 2020년 단체협약에 의하면 이 사건 회사의 2020. 4/4분기 노사협의회는 근참법에 따른 노사협의회로 보이고, 교섭대표노동조합이 이 사건 회사의 과반수 노동조합이 아님에도 교섭대표노동조합이 추천한 위원들로만 2020. 4/4분기 노사협의회를 개최한 것은 공정대표의무 위반에 해당한다고 판단하였다.[112]

근로자 과반수로 조직된 노동조합이 교섭대표노동조합이 되는 경우 관계 법령에 따라 근로자 과반수로 조직된 노동조합에 부여된 권한이 교섭대표노조의 권한인지 문제된다. 우연한 사정에 의하여 과반수 노동조합이 교섭대표노조가 된다 하더라도 관계 법령에서 부여하고 있는 과반수 노동조합의 권한은 교섭대표노조의 권한은 아니라고 할 것이고, 별개로 판단해야 할 것이다.

제 4 절 위반의 효과

Ⅰ. 단체협약의 효력에 미치는 영향

단체협약의 내용 일부 또는 전부가 공정대표의무를 위반하였을 경우 그 단체협약이 무효인지 문제된다.

단체협약 내용에 있어서 공정대표의무를 위반한 단체협약은 강행법규를 위반한 것으로 사법상 무효라는 견해와,[113] 차별적 내용을 담고 있는 단체협약 규정을 공정대표의무 위반으로 무효화시킨다면 우대받는 자들에 대한 지급 근거 자체도 사라지며, 차별해소를 위한 기준이 없어지게

111) 서울지방노동위원회 2015.12.21. 판정 서울2015공정23.
112) 중앙노동위원회 2021.06.11. 판정 중앙2021공정14
113) 이승욱, 앞의 글(주32), 62면

되므로, 비록 강행규정인 공정대표의무를 위반하더라도 원칙적으로 무효의 효과가 발생하지 않는다는 견해의 대립이 있다.[114]

대법원은 1996. 4. 23. 선고 95다53102 판결에서 노동위원회의 구제명령은 이에 복종하여야 할 공법상의 의무를 부담시킬 뿐, 직접 노사간의 사법상의 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아니라고 판시하고 있다. 따라서 노동위원회의 시정명령이 있다고 해서 그것이 직접 관련 단체협약의 내용을 무효로 만드는 것은 아니라는 의미로 이해 할 수 있다.[115]

다만, 공정대표의무 위반 그 자체가 단체협약의 효력에 영향을 미치는지는 아직 정립되지 않은 영역이다. 노동위원회에서는 공정대표의무를 위반한 조항에 대해 재교섭명령을 내려 단체협약의 무효라는 효과를 간접적으로 발생시키고 있다. 이미 확보된 근로조건에 대해 저하되는 일이 없도록 하면서도 공정대표의무 위반에 대한 책임에 무게를 느낄 수 있는 측면으로 검토가 필요하다.

Ⅱ. 교섭대표노조 지위에 미치는 영향

노조법은 공정대표의무를 위반한 교섭대표노조의 지위에 대해서 아무런 규정을 두고 있지 않다. 다만, 교섭대표노조의 지위유지기간과 상실에 대하여 정하고 있는데 해당 조항은 강행규정이기 때문에 당사자간 합의에 의해서도 그리고 노동위원회 시정명령에 의해서도 그 지위유지기간은 지켜져야 할 것이다. 실제 노동위원회에서도 공정대표의무를 위반하였다고 해서 교섭대표노조의 지위를 변동시키는 시정명령을 내린 사례는 없다.

물론 공정대표의무를 위반한 교섭대표노조에 대해서는 원칙적으로 그

114) 박종희, 교섭대표노조의 법적 지위와 공정대표의무의 내용 및 위반의 효과 -서울중앙지법 2016. 7. 21. 선고 2014가합60526 판결을 대상으로-, 안암법학 제52권, 안암법학회, 2017, 158-159면.

115) 박지순, 앞의 글(주15), 19면

지위를 박탈하거나 교섭대표기간동안 교섭대표권을 제한하는 불이익을 부과하는 것이 공정대표의무 위반에 대한 무게감을 느끼게 할 것이다. 하지만 교섭대표노조의 지위를 박탈하고 다시 교섭창구단일화 절차를 거친다 해도 동일 노동조합이 교섭대표노조가 될 확률이 높다. 이 때문에 공정대표의무 위반 시 일정기간 동안 교섭대표노조가 될 수 없도록 제한하지 않는 한 실효성이 없다고 볼 수 있다. 이런 이유에서 노조법은 공정대표의무 위반행위에 대하여 사안별로 노동위원회를 통한 신속한 사후적 구제만을 규정하고 있는 듯하다.[116]

제 5 절 위반에 대한 구제 (노동위원회 시정신청)

Ⅰ. 신청인 및 피신청인

노조법 제29조의4 제2항에 따라, 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합은 교섭대표노조와 사용자가 공정대표의무를 위반하여 합리적 이유 없이 차별한 경우에는 그 행위가 있은 날부터 3개월 이내에 노동위원회에 그 시정을 요청할 수 있다.

노동조합법은 공정대표의무의 상대방을 노동조합 및 조합원으로 하면서도 시정명령 신청에 의한 구제신청의 주체는 노동조합으로 한정하여 규정하고 있다. 따라서 개별 조합원은 노동위원회에 시정신청을 직접 제기할 수 없으며, 소속 노동조합을 통하여 제기할 수 있다고 해석된다.

그리고 시정명령의 신청은 교섭창구 단일화 절차에 참여하였으나 교섭대표노조의 지위를 갖지 못한 노동조합이 신청할 수 있다. 앞서 제 2장 제4절에서 교섭대표노조의 유형을 구분하면서 유형별 교섭대표노조와 교섭대표가 되지 못한 노조를 살펴보았다. 해당 논의에서 교섭대표가 되지 못한 노동조합만이 노동위원회 시정명령 신청이 가능하다 할 것이다.

한편 시정명령의 상대방은 교섭대표노조와 사용자이다. 사용자단체가

116) 박지순, 앞의 글(주15), 20면

단체협약을 체결하였고 의무주체가 사용자단체로 단체협약에 기재되어 있는데 그 단체협약의 내용이 공정대표의무를 위반한 것으로 인정되는 경우에 시정명령의 상대방이 누구인지가 문제 될 수 있다. 대법원은 2019. 4. 23. 선고 2016두42654 판결에서 사용자로부터 단체협약의 이행과 관련해 사무처리를 위임받은 사용자단체도 공정대표의무 위반 시정명령의 상대방이 될 수 있다고 밝히고 있는데,[117] 이에 대해 대법원은 사용자 또는 사용자단체 모두를 상대로 시정명령을 신청할 수 있다는 입장으로 파악하는 견해가 있다.[118] 시정명령의 상대방은 이행의 확보 차원에서 그 범위를 넓게 해석하는 것이 일응 타당하다고 판단된다.

Ⅱ. 신청절차 및 입증책임

노조법 제29조의4 제2항에서는 그 행위가 있은 날(단체협약의 내용의 일부 또는 전부가 제1항에 위반되는 경우에는 단체협약 체결일을 말한다)부터 3개월 이내에 시정요청을 할 수 있다고 규정하고 있다. 제척기간의 기산점 산정과 관련하여, 단체협약의 내용상 차별이라면 단체협약의 체결일이 기산점이 되고, 단체협약의 내용상 차별이 아니라면 차별행위가 있은 날이 기산점이 될 것이다.

공정대표의무 위반을 판단하기 위해서는 차별의 존재 및 합리적 이유의 존재가 입증되어야 한다. 그 입증은 일반적인 입증책임분배의 원칙에 따라 차별의 존재여부는 이를 주장하는 노동조합이, 합리적 이유의 존재는 이를 주장하는 교섭대표노조와 사용자가 부담한다고 해석된다. 대법원도 2018. 8. 30. 선고된 2017다218642 판결에서 차별에 합리적인 이유가 있다는 점은 교섭대표노동조합이나 사용자에게 그 주장·증명책임이 있다고 판시하였다.

---

117) 노동위원회 시정신청시(서울지방노동위원회 2013. 11. 12. 자 2013공정9) 사용자를 피신청인으로 하여 제기하였기에 사용자단체도 시정명령의 상대방이 될 수 있다 라는 의미가 피신청인 적격도 인정된다는 의미인지는 불분명하다.

118) 임상민, 공정대표의무의 의의와 내용, 대법원판례해설 제117호, 법원도서관, 2018, 609면

Ⅲ. 시정명령 및 불복절차

노동조합법은 노동위원회의 시정명령의 구체적 내용에 관하여 특별히 정하고 있지 않다. 이는 부당노동행위에 대한 구제명령과 같이 노동위원회의 탄력적 결정에 일임하고 있다는 의미로도 볼 수 있다.[119] 따라서, 공정대표의무 위반이 인정된 단체협약의 내용 부분에 대해서는 재교섭을 하도록 명령하거나, 경우에 따라서는 구체적 대상을 특정하여 그 효력을 부인하는 내용으로 명령을 내릴 수 있다. 조합원 간에 임금 등 근로조건의 차별이 있는 경우 그와 같은 차별을 금지할 것으로 명령으로 할 수 있으며, 경우에 따라서는 사용자를 상대로 차별이 없었더라면 받을 수 있었던 임금차액 등의 지급을 명령하는 것도 가능할 것이다.[120]

노동위원회의 시정명령 또는 기각 결정에 불복하는 경우에는 부당노동행위 구제명령에 대한 불복절차가 준용되며(노조법 제29조의4 제4항), 그 불복절차 기간 중에 재심신청이나 행정소송을 제기하지 아니하면 그 명령이나 결정은 확정된다(노조법 제85조). 교섭대표노조와 사용자가 확정된 시정명령에 따르지 아니하는 경우에는 벌칙이 적용되어(노조법 제89조 제2호), 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하게 된다.

119) 송강직, 앞의 글(주89), 268면
120) 박지순, 앞의 글(주15), 18면

제 4 장 공정대표의무의 적용범위

제 1 절 문제제기

공정대표의무의 적용범위를 파악하기 위해 우선 실정법의 내용을 검토한다. 노조법 제29조의4 제1항에서는 "교섭대표노동조합과 사용자는 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원 간에 합리적 이유 없이 차별을 하여서는 아니 된다"고 규정하고 있는데, 이는 공정대표의무 부담 주체(교섭대표노동조합·사용자), 상대방(교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 조합원), 내용(합리적 이유 없이 차별금지)에 대하여 규정하고 있을 뿐, 공정대표의무의 적용 범위에 대하여는 별다른 정함이 없다는 것을 확인할 수 있다.[121]

다만, 동조 제2항에서 공정대표의무 위반에 대한 시정신청의 제척기간을 산정할 때 "단체협약의 내용의 일부 또는 전부가 제1항에 위반되는 경우에는 단체협약 체결일"을 기산점으로 정하고 있는데, 해당 법조문을 통해 "단체협약의 내용"이 공정대표의무에 위반되는 경우가 발생할 수 있으며 이는 곧, 단체협약의 내용이 공정대표의무의 대상이 된다는 것을 전제하고 있다고 볼 수 있다.

또, 노동조합법 제29조 제2항은 교섭대표노조 대표자에게 교섭권 및 단체협약체결권을 부여하고 있는데, 그 권한의 배타성을 고려하면 단체교섭 및 단체협약체결도 공정대표의무의 범위로 볼 수 있고, 단체교섭 과정 내지 단체협약 체결과정까지도 공정대표의무의 범위에 포함될 수 있음을 내포한다고 볼 수 있다. 나아가 노동조합법 시행령 제14조의10 제2항은 교섭대표노조의 대표권이 단체협약의 이행에도 미침을 전제로 규정하고 있으므로 단체협약의 이행 과정에 공정대표의무가 미치는 법적 근거를 제공하고 있다고 볼 수 있다.[122]

---

121) 이승욱, 앞의 글(주32), 112면

이를 정리하면, 실정법을 통해 파악할 수 있는 공정대표의무의 범위는 단체교섭 과정 내지 단체협약 체결과정, 단체협약 내용, 단체협약의 이행까지라고 볼 수 있다.

법 문언을 통해 공정대표의무의 적용범위에 대하여 파악해보았지만 다음과 같은 질문들은 여전히 해결되지 않은 채로 남아있다. ①공정대표의무는 언제 발생하고 언제 소멸되는가? 라는 시간적 범위에 대한 질문 ②공정대표의무의 대상은 무엇인가? 라는 대상적 범위에 대한 질문 ③적용범위를 파악할 때 어떠한 문제의식과 시각으로 접근해야 하는가? 라는 근본적인 질문 등이 아직 해결되지 않은 과제이다. 그 답을 찾기 위해 앞서 제 2 장에서는 교섭창구단일화절차 및 교섭대표노동조합에 대하여 살펴보았고, 제 3 장에서는 공정대표의무제도에 대하여 개관하여 살펴보았다.

우선, 제 2 장에서 교섭대표노조에 대하여 살펴본 것을 바탕으로 교섭대표노동조합과의 관계에서 공정대표의무의 적용범위의 기준을 분류해보고자 한다. 첫 번째, 교섭대표노조의 존재와의 관계에서 공정대표의무의 시간적 범위를 분류해 볼 것이며 두 번째, 교섭대표노조의 대표권과의 관계에서 공정대표의무의 대상적 범위를 분류해 볼 것이다. 각 적용범위를 분류하여 획정한 후에는 적용범위에 포함되지 않는 영역 중 공정대표의무제도로 규율할 필요성이 있는 영역에 대해 적용범위 확장 가능성을 논의하고자 한다.

공정대표의무의 부담 주체는 교섭대표노조와 사용자인데, 본래적 주체는 교섭대표노조라는 측면에서 교섭대표노조의 지위의 취득은 공정대표의무 발생의 시간적 시점과 같다. 다만, 사용자 역시 공정대표의무의 부담 주체인데 교섭창구단일화절차를 전후하여 별도의 지위를 취득하는 것은 아니라는 점에서 사용자가 부담하는 공정대표의무의 발생은 교섭대표노조의 존재여부에 종속되어야 하는지도 문제된다. 이와 같은 문제의식 하에서 교섭대표노조의 존재와의 관계에서 공정대표의무의 시간적 적용범위를 살펴볼 것이다.

---

122) 임상민, 앞의 글(주118), 601면

또한, 교섭대표노조의 지위를 취득하게 되면 법령에서 정한 일정한 지위 및 권한을 부여받고 있는데 그러한 권한은 '배타적'인 특징을 지니고 있다는 점에서 교섭대표가 되지 못한 노동조합에게는 제한되는 권한으로 연결되며 이는 필연적으로 교섭대표노조가 공정대표의무를 부담해야할 대상적 범위와 직결된다고 볼 수 있다. 이와 같은 문제의식 하에서 교섭대표노조의 대표권과의 관계에서 공정대표의무의 대상적 적용범위를 살펴볼 것이다.

각 적용범위를 획정하고 난 후 교섭대표노조가 존재하지 않는 시기 중 공정대표의무의 시간적 범위가 확장되어야 할 필요성이 있는 영역과 교섭대표노조의 대표권이 미치지 않는 영역 중 공정대표의무의 대상적 범위가 확장되어야 할 필요성이 있는 영역을 검토해보고자 한다.

제 2 절 시간적 적용범위

Ⅰ. 교대노조 존재와 시간적 범위와의 관계

공정대표의무는 교섭대표노조와 사용자가 그 부담 주체이다. 그 중 교섭대표노조가 부담하는 공정대표의무는 '교섭대표노조'라는 수규자가 존재해야 그 의무도 부담할 수 있다는 점에서 교섭대표노조의 존재와 그 궤를 같이 한다. 즉, 교섭대표노조의 지위를 취득해야 공정대표의무를 부담하게 되며, 교대노조의 지위에서 한 차별행위여야 공정대표의무를 통해 규율하겠다는 의미인 것이다.

이는 노동위원회 판정례를 통해서도 확인할 수 있다. 교섭창구 단일화 절차가 개시되기 전 교섭대표노동조합의 지위로서가 아니라 개별 노동조합의 지위에서 체결한 단체협약에 근거하여 사용자와 당해 노동조합은 근로시간 면제 합의서를 단체협약 유효기간 도중에 작성하였고, 그 적용기간은 단체협약 유효기간 만료 이후까지 일정 기간 적용되는 내용이었다. 이후 교섭창구단일화절차를 진행하여 교섭대표노조가 결정되었는데,

교섭대표노조는 개별 노동조합의 지위에서 작성한 근로시간 면제 합의서에 근거하여 근로시간 면제를 사용하였고, 이를 교섭대표 아닌 노조에게 배분하지 아니하여 교섭대표 아닌 노조가 공정대표의무 위반 시정신청을 제기한 사건이었다.

서울지방노동위원회는 이 사건은 교섭창구 단일화 절차가 개시되기 전이므로 교섭대표노동조합의 지위로서가 아닌 개별 노동조합으로서 단체협약을 체결한 것이므로 교섭대표노동조합과 신청 노동조합 사이에 차별이 존재할 여지는 없다고 판단하였으며[123], 신청인이 불복하여 제기한 재심에서 중앙노동위원회는 교섭창구단일화절차가 개시되기 이전에 합의된 근로시간 면제제도 내용은 공정대표의무 대상이 아니라고 볼 수 있다고 판단하였다.[124]

이러한 판단은 최근 판정례까지 유지되고 있는 것으로 보인다.[125] 각하 사유는 대상적격 없음, 당사자적격 없음 등으로 다양하지만, 한 가지 공통된 것은 교섭창구단일화절차에 의해 결정된 교섭대표노조의 존재를 전제로 하고 있다는 점이다.[126] 정리하여 보면, 교섭대표노조가 부담하는 공정대표의무는 교대노조의 존재를 전제로 하며, 교대노조가 존재하는 시기의 구분을 통해 공정대표의무 발생부터 소멸까지의 시기를 파악할 수 있다.

다음으로, 사용자가 부담하는 공정대표의무의 시간적 범위는 어떠할까? 노동위원회에서는 사용자를 피신청인으로 제기한 공정대표의무 위반 사건에서도 동일하게 교섭창구단일화절차의 개시와 그에 따른 교섭대표노조의 존재를 전제로 당사자적격 또는 대상적격 문제를 판단하고 있다. 공정대표의무의 상대방이 “교섭창구단일화 절차에 참여한 노동조합”이라는 측면에서 살펴볼 때, 사용자의 공정대표의무도 교섭창구단일화절차의 개시와 그에 따른 교섭대표노조의 존재를 전제로 한다는 것이 당연한 논

123) 서울지방노동위원회 2012.10.24. 판정 2012공정3
124) 중앙노동위원회 2013.1.21. 판정 2012공정15
125) 서울지방노동위원회 2021.04.20. 판정 2021공정4 사건에서는 교섭창구단일화절차 개시 전 체결한 기존 단체협약에 대해서는 신청 노동조합(기존 단체협약 체결 이후 설립)의 당사자적격이 없음을 이유로 각하 판정하였다.
126) 이승욱, 앞의 글(주32), 112면

리적 귀결일 수도 있다.

다만, 현재까지의 논의가 1회의 교섭창구단일화절차와 그에 따른 공정대표의무의 발생에 초점을 맞췄다면 그 시간적 범위를 조금 더 확장하여 살펴보고자 한다. 교섭대표노조의 지위는 법령에 그 지위유지기간이 정해져있기 때문에 시간의 흐름에 따라 그 지위의 변동이 수반될 수 있다. 가령, 복수노조 사업장에서 교섭창구단일화절차를 진행하였다가 이후에는 개별교섭을 진행할 수도 있고, 그 반대로 개별교섭을 진행하다가 교섭창구를 단일화하여 진행할 수도 있으며, 교섭창구단일화절차가 최초로 진행되는 사업장도 있는가 하면 재차 진행되는 사업장도 있기 마련이다. 이 과정에서 교섭대표노조가 존재하는 시기가 있고 존재하지 않는 시기가 있을텐데, 사용자는 교섭대표노조의 존재 여부와 상관없이 그 지위의 변동이 발생하지 않는다. 앞서 살펴본 것처럼 사용자의 공정대표의무의 발생도 교섭대표노조의 존재를 전제로 판단할 경우 교섭대표노조가 존재하지 않아 공정대표의무를 부담하지 않는 시기 중 사용자의 차별행위에 대하여 보호의 사각지대가 발생할 수 있다. 이러한 문제의식을 가지고 교섭대표노조가 존재하지 않는 시기를 구분하여 보고 그 중에 보호의 필요성이 있는 영역에 대해 논의해보고자 한다.

Ⅱ. 교대노조가 존재하는 시기

1. 교대노조 지위의 취득과 공정대표의무의 발생

교섭대표노동조합의 지위를 취득하였다는 것은 교섭창구 단일화 절차에 의해 교섭대표노동조합으로 확정되었다는 것을 의미한다. 제2장에서 살펴본 바와 같이 교섭대표노동조합의 유형은 교섭창구 단일화 절차 단계별로 크게 4가지 유형으로 구분되는데, 각 유형별로 교섭대표노동조합으로 확정되는 시점 즉, 교섭대표노동조합의 지위 취득 시점이 다르다.

(ⅰ) 자율적 교섭대표노동조합의 결정 단계에서 교섭대표노동조합이

확정된 경우, 해당 교섭대표노동조합이 그 지위를 취득한 시점은 교섭요구 노동조합으로 확정된 모든 노동조합이 사용자에게 교섭대표노동조합 결정 사실 등을 통지하여 해당 통지가 사용자에게 송달된 날이며,

(ii) 과반수 노동조합의 교섭대표노동조합 확정 단계에서 교섭대표노동조합이 확정된 경우, 해당 교섭대표노동조합이 그 지위를 취득한 시점은 사용자의 과반수 노동조합에 대한 공고 기간이 만료된 날이며,

(iii) 자율적 공동교섭대표단 구성 단계에서 교섭대표노동조합이 확정된 경우, 해당 교섭대표노동조합이 그 지위를 취득한 시점은 공동교섭대표단에 참여할 수 있는 모든 노동조합이 사용자에게 공동교섭대표단 구성 사실을 통지하여 해당 통지가 사용자에게 송달된 날이며,

(iv) 노동위원회 결정에 의한 공동교섭대표단 구성 단계에서 교섭대표노동조합이 확정된 경우, 해당 교섭대표노동조합이 그 지위를 취득한 시점은 노동위원회의 결정 통지가 노동조합과 사용자에게 송달된 날이다.

교섭대표노동조합은 그 지위를 취득한 시점부터 배타적 교섭당사자의 지위에서 사용자와 교섭할 수 있으며, 그 지위를 취득하지 못한 교섭대표 아닌 노동조합 및 그 조합원에 대하여 공정대표의무를 부담하게 된다. 사용자 역시 교섭대표노조가 지위를 취득한 시점부터 교섭대표가 되지 못한 노동조합에 대하여 공정대표의무를 부담하게 된다.

2. 교대노조 지위의 유지와 공정대표의무의 존속

교섭대표노조의 지위를 취득하여 교섭대표노조의 존재가 확정되는 시점부터 공정대표의무가 발생하는데, 교섭대표노조의 존재는 공정대표의무의 발생요건에 해당할 뿐만 아니라 존속요건에도 해당한다. 즉, 교섭대표노조가 지위를 유지하는 기간 중에는 교섭대표노조와 사용자가 부담해야 할 공정대표의무도 존속한다고 보아야 할 것이다.

교섭대표노동조합의 지위는 교섭대표노동조합으로 결정된 후 사용자와 체결한 첫 번째 단체협약의 효력이 발생한 날을 기준으로 2년이 되는 날까지 유지하되, 새로운 교섭대표노동조합이 결정된 경우에는 그 결정

된 때까지 교섭대표노동조합의 지위를 유지한다.[127][128] 교섭대표노동조합의 지위는 단체협약 유효기간에 관계없이 2년을 기준으로 그 지위를 유지하도록 규정[129]하고 있지만, 교섭대표노동조합으로 결정된 후 사용자와 체결한 첫 번째 단체협약의 체결 시점과 해당 협약의 유효기간을 소급하는지 여부 등에 따라 교섭대표노동조합의 절대적 지위유지기간이 2년보다 짧거나 길어지기도 한다.[130]

교섭대표노동조합이 그 지위를 취득한 후 지위를 취득한 사유에 사정변경이 생겼다 하더라도 교섭대표노동조합의 지위를 그대로 유지하는 경우가 있는데, 이 경우에도 공정대표의무가 존속하고 있다고 보아야 할 것이며 구체적인 경우는 다음과 같다.

(ⅰ) 자율적 교섭대표노동조합으로 결정된 이후 교섭을 시작하기 전 또는 진행 중 일부 노동조합이 탈퇴 또는 불참하여 그 이후 절차에 참여하지 않더라도 이는 노동조합간 합의를 위반하는 것이므로 교섭대표노동조합 지위유지기간 동안에는 그 지위는 그대로 유지되며,[131]

(ⅱ) 과반수 노동조합으로 인정되어 교섭대표노동조합으로 확정된 이후 조합원 수가 감소하여 과반수가 되지 않더라도 교섭대표노동조합의 지위 유지기간 동안에는 그 지위를 유지하며,[132] 위임·연합을 통해 과반수 노동조합으로 인정되어 교섭대표노동조합이 된 이후에 일부 노동조합이 위임·연합의 의사를 철회하더라도 교섭대표노동조합 지위유지기간 동안에는 그 지위가 유지되며,[133]

(ⅲ) 자율적 공동교섭대표단 통지 후 교섭을 시작하기 전 또는 진행 중에 일부 노동조합이 탈퇴하거나 참여하지 않더라도 교섭대표노동조합

---

127) 노조법 시행령 제14조의10 1항 <개정 2021.6.29.>

128) 이철수 교수는 교섭대표노조의 지위유지기간과 관련하여 '현행법에서 단체협약의 최장 유효기간을 2년으로 하고 있기 때문에 이에 맞추어 2년으로 대표기간을 법정화하는 것이 바람직할 것으로 보인다'고 주장하였으나 명문으로 도입되지는 않았다가, 이후 노조법 시행령에 의하여 도입되었다. (이철수, 앞의 글(주30), 133면)

129) 고용노동부, 앞의 글(주14), 39면

130) 지위유지기간 예시는 고용노동부, 앞의 글(주14), 41-42면 참고.

131) 노조법 시행령 제14조의6 2항; 고용노동부, 앞의 글(주14), 21면

132) 고용노동부, 앞의 글(주14), 23면

133) 고용노동부, 앞의 글(주14), 22면

지위유지기간 동안에는 그 지위는 그대로 유지되며,[134]

(ⅳ) 노동위원회의 공동교섭대표단 결정 이후 일부 노동조합이 그 이후 절차에 참여하지 않더라도 교섭대표노동조합 지위유지기간 동안에는 그 지위가 유지된다.

3. 교대노조 지위의 상실과 공정대표의무의 소멸

교섭대표노조가 존재하는 것을 전제로 공정대표의무가 발생한다면 교섭대표노조가 존재하지 않을 경우 공정대표의무는 자연히 소멸된다고 볼 수 있다. 원칙적으로 교섭대표노조는 그 지위유지기간동안 존재하며, 지위유지기간이 만료되거나 지위가 상실되면 교섭대표노조는 존재하지 않는다고 보아야 할 것이다.

노조법 시행령 제14조의10 제3항에서는 교섭대표노동조합으로 결정된 날부터 1년 동안 단체협약을 체결하지 못한 경우에는 교섭대표노동조합의 지위를 상실하게 되고, 어느 노동조합이든지 사용자에게 교섭을 요구할 수 있게 된다고 규정하고 있는 바, 이 경우 새로운 교섭대표노동조합을 정하기 위한 교섭창구 단일화 절차가 재차 개시되고, 새로운 교섭대표노동조합이 결정되기 전까지는 교섭대표노조가 존재하지 않는 상황이기 때문에 기존의 교섭대표노조는 그 지위도 상실하고 부담해야할 공정대표의무도 소멸된다고 보아야 할 것이다.

교섭대표노동조합의 지위는 지위유지기간이 만료될 때까지만 유지되는 것이 원칙이나, 동법 시행령 제14조의10 제2항에 따라 교섭대표노동조합의 지위유지기간이 만료되었음에도 불구하고 새로운 교섭대표노동조합이 결정되지 못할 경우 기존 교섭대표노동조합은 새로운 교섭대표노동조합이 결정될 때까지 기존 단체협약의 이행과 관련해서는 교섭대표노동조합의 지위를 유지하게 된다. 교섭대표노조의 지위유지기간이 만료되더라도 기존 단체협약의 이행과 관련하여 교섭대표노조의 지위를 잠정적으

134) 노조법 시행령 제14조의8 2항; 고용노동부, 앞의 글(주14), 27면

로 유지하기 때문에 그 단체협약의 이행과 관련하여서는 공정대표의무의 소멸이 잠정적으로 중단된다고 볼 수 있다.

Ⅲ. 교대노조가 존재하지 않는 시기

1. 교대노조의 존재·미존재 시기 구분

이상의 검토를 통해 교대노조가 존재하는 시기와 공정대표의무의 시간적 범위가 어떠한 관계에 있는지 살펴보았다. 교대노조가 지위를 취득하는 시점부터 지위를 상실하는 시점까지 공정대표의무의 시간적 범위가 미친다고 할 것이다. 즉, 교대노조가 존재하는 시기에는 공정대표의무의 시간적 범위가 미친다.

이를 이하의 표에서 살펴보면 ①의 영역이라고 볼 수 있다.

<table>
<tr><th rowspan="3">시간적 범위</th><th colspan="2">교대노조 존재</th><th colspan="2">교대노조 미존재</th></tr>
<tr><td>교대 노조</td><td rowspan="2">포함 ①</td><td>교대 노조</td><td>미포함 ②</td></tr>
<tr><td>사용자</td><td>사용자</td><td>미포함 ③
(논의 要)</td></tr>
</table>

<표 3> 교대노조 존재와 시간적 범위와의 관계

반대로, 교대노조가 존재하지 않는 시기에는 공정대표의무의 시간적 범위가 미치지 않는다 할 것이다. 다만, 교대노조가 일상적으로 존재하지 않는 것이 아니라, 교대노조가 바뀌는 과정에서 일시적으로 존재하지 않을 수 있다. 그 경우에도 교대노조가 존재하지 않으니 공정대표의무가 미치지 않는다고 보아야할 지 검토해보고자 한다. 검토하고자 하는 부분은 이상의 표에서 ③의 영역이다.

4가지의 상황을 가정해보고자 한다.

(ⅰ) 최초로 교섭창구단일화 절차를 거친 경우(단수노조→교섭창구단일화) (ⅱ) 기존의 교섭대표노조가 존재하는 상황에서 새로운 교섭창구단일화 절차를 거친 경우(교섭창구단일화→교섭창구단일화) (ⅲ) 개별교섭을 하다가 새로운 교섭창구단일화 절차를 거친 경우(개별교섭→교섭창구단일화) (ⅳ) 기존의 교섭대표노조가 존재하는 상황에서 새로운 교섭창구단일화 절차를 통해 사용자가 개별교섭에 동의한 경우(교섭창구단일화→개별교섭)이다.

4가지의 상황에 따라 교섭대표노조의 존재·미존재 시기를 구분하면 다음과 같다.

(ⅰ) 최초로 교섭창구단일화 절차를 거친 경우 교섭대표노조는 교섭대표노동조합 확정 절차를 통해 비로소 결정 및 존재하게 되며, 단수노조 상황 및 교섭창구단일화 절차 진행 중에는 교섭대표노조가 존재하지 않게 된다.

(ⅱ) 기존의 교섭대표노조가 존재하는 상황에서 새로운 교섭창구단일화 절차를 거친 경우 새로운 교섭대표노조는 앞의 경우와 마찬가지로 교섭대표노동조합 확정 절차를 통해 비로소 결정 및 존재하게 된다. 새로운 교섭대표노조로 결정된 노동조합이 기존 교섭대표노조와 동일하던 동일하지 않던 확정시점은 동일하다 할 것이다. 다만, 교섭창구단일화 절 진행 중에는 기존 교섭대표노조가 노조법 시행령 제14조의10 제2항에 따라 기존 단체협약의 이행과 관련해서 교섭대표노조의 지위를 유지하게 된다.

(ⅲ) 개별교섭을 하다가 새로운 교섭창구단일화 절차를 거친 경우 (ⅰ)의 경우와 마찬가지로 개별교섭 상황 및 교섭창구단일화 절차 진행 중에는 교섭대표노조가 존재하지 않으며, 교섭대표노동조합 확정 절차를 통해 비로소 교섭대표노조가 결정 및 존재하게 된다.

(ⅳ) 기존의 교섭대표노조가 존재하는 상황에서 새로운 교섭창구단일

화 절차를 통해 사용자가 개별교섭에 동의한 경우 사용자가 개별교섭에 동의한 시점부터는 교섭대표노조는 존재하지 않게 된다. 기존 교섭대표노조는 개별교섭 동의시점까지 노조법 시행령에 따라 기존 단체협약의 이행과 관련해서 교섭대표노조의 지위를 유지하게 된다.

이를 표로 정리하면 다음과 같다.

구분(전→후)	전	절차 진행 중	후
(ⅰ) 단수노조 →교섭창구단일화	교섭대표노조 미존재 (①)	교섭대표노조 미존재 (②)	교섭대표노조 존재 (③)
(ⅱ) 교섭창구단일화 →교섭창구단일화	기존 교섭대표노조 존재 (④)	기존 교섭대표노조 존재(기존 단체협약 이행 관련 지위 유지) (⑤)	새로운 교섭대표노조 존재 (⑥)
(ⅲ) 개별교섭 →교섭창구단일화	교섭대표노조 미존재 (⑦)	교섭대표노조 미존재 (⑧)	교섭대표노조 존재 (⑨)
(ⅳ) 교섭창구단일화 →개별교섭	기존 교섭대표노조 존재 (⑩)	개별교섭 동의시점까지 기존 교섭대표 노조 존재(기존 단체협약 이행 관련 지위 유지) (⑪)	교섭대표노조 미존재 (⑫)

<표 4> 교대노조가 존재·미존재하는 시기 구분

이상의 구분에 따라 교섭대표노조가 존재하지 않는 경우는 단수노조 상황인 ①의 경우와 교섭창구단일화절차가 진행 중인 ②,⑧의 경우와 개별교섭 상황인 ⑦,⑫의 경우이며, 교섭대표노조는 존재하지만 기존 단체협약의 이행과 관련하여 지위를 유지하는 ⑤,⑪의 경우가 있다.

이하에서는 교섭대표노조가 존재하지 않더라도 공정대표의무의 시간적 범위에 포함시킬 필요성이 있는가에 대해서 논의해보고자 한다. 교섭창구단일화절차가 진행 중인 ②,⑧의 경우와 개별교섭 상황인 ⑦,⑫의 경우를 검토하고자 한다. 그 외, 단수노조 상황인 ①의 경우는 차별인지 비

교할 대상이 없어 공정대표의무가 발생할 여지가 없으므로 검토에서 제외하며, ⑤의 경우는 교섭창구단일화절차가 진행 중인 ②,⑧의 경우와 논의가 중복되므로 검토에서 제외하며, ⑪의 경우는 개별교섭 상황인 ⑦,⑫의 경우와 논의가 중복되므로 검토에서 제외한다.

2. 교섭창구단일화절차 진행 중

교섭창구단일화절차가 진행 중인 ②,⑧의 경우는 복수노조는 존재하지만 그 중에 교섭대표노조의 지위를 취득한 노동조합이 결정되지 않은 경우이며 다만, 교섭창구단일화절차에 참여한 노동조합이 어느 노동조합인지는 결정이 된 경우이다. 아직은 교섭대표노조가 결정되지 않았고 교섭대표노조에 의한 배타적 교섭권이 행사되지 않았기 때문에 공정대표의무를 부담해야할 시간적 영역으로서의 논의가 필요하지 않다고 여겨질 수 있다.

그러나, 교섭창구단일화절차가 진행 중인 ②,⑧의 경우는 배타적 교섭권을 확보하게 될 교섭대표노조를 결정하는 시점과 시간적으로 굉장히 밀접해있다는 점에서 중요한 시기이자 규율이 필요한 차별행위가 발생할 여지가 있는 영역이다. 가령, 사용자가 특정 노조가 교섭대표노조가 되기를 희망할 경우 조합원 수에 대한 정보를 어느 노동조합에게 제공하여 교섭 요구 시점에 대한 전략적 선택을 가능하게 하는 등 사용자에 의한 차별행위가 발생할 여지가 있다. 또한, 교섭창구단일화절차 진행 중에 교섭창구단일화절차에 참여한 노동조합을 다르게 처우할 가능성도 존재한다.

이러한 사용자의 차별행위를 부당노동행위로 규율할 가능성도 존재하지만 공정대표의무 위반 판단의 요건과 부당노동행위 성립의 요건은 다를뿐만 아니라 입증책임의 부담주체도 다르며, 설령 부당노동행위가 성립한다 하더라도 이미 확보된 교섭대표노조의 지위에 영향을 미치기는 어렵다고 생각된다. 부당노동행위 제도를 통해 이러한 차별행위를 노동3권 침해행위로서 사후적으로 규율하는 것보다, 교섭대표노조가 결정되기

전이라도 공정대표의무 제도를 통해 규율한다면 공정대표의무제도가 사후적 구제에 머물러 있다는 비판에 대해 보완할 수 있을 뿐만 아니라, 공정대표의무 위반의 효과로 교섭대표노조의 지위에 영향을 끼치지 못하는 현 상황에서 교섭대표노조가 되기 전 교섭대표노조의 지위를 취득할 노동조합에 대하여 간접적인 효과를 발생시킬 수 있는 가능성이 존재한다는 측면에서 공정대표의무제도로 규율할 필요성이 존재하며 향후에도 논의가 필요한 영역이라고 생각된다.

3. 개별교섭

개별교섭 상황인 ⑦,⑫의 경우는 사업장 내에 존재하는 모든 노동조합이 고유의 단체교섭권 및 단체협약체결권을 가지고 사용자와 독자적으로 단체교섭을 진행하는 경우이다. 이 경우 사용자는 노동조합 사이에서 차별을 하지 않아야 할 중립의무를 부담하게 된다.[135] 만일, 사용자가 어느 노동조합에게는 우대하는 행위를 하고 반대로 어느 노동조합에게는 불이익한 행위를 하는 등 중립의무를 위반하는 교섭태도를 보일 경우 원칙적으로 성실교섭의무를 위반한 것으로 평가된다.[136] 뿐만 아니라 중립의무 위반행위가 특정 노동조합을 약체화시킬 의도 하에 이루어졌다면 지배·개입 또는 불이익취급 부당노동행위가 문제될 수 있다. 최근 대법원에서도 개별교섭 과정에서의 복수노조 간 차별행위에 대해 지배·개입의 부당노동행위를 인정한 바 있다.[137]

이처럼 개별교섭 과정에서의 노동조합간 차별 문제는 사용자의 중립

135) 김홍영, 개별교섭에서의 중립의무와 지배개입의 부당노동행위, 노동법학 제71호, 한국노동법학회, 2019.09., 346면

136) 박지순·추장철, 복수노조 병존과 부당노동행위 - 단체교섭에 따른 차별적 처우와 사용자의 중립의무를 중심으로 -, 노동법논총 제50호, 한국비교노동법학회, 2020., 153면

137) 대법원 2019.4.25. 선고 2017두33510 판결에서 대법원은 “사용자가 A노동조합의 조합원들에게만 격려금을 지급한 행위는 B노동조합의 단체교섭을 방해하기 위한 의도로 행하여진 것으로 노동조합법 제81조 제4호에서 정한 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다”고 판단하였다.

의무에 근거하여 부당노동행위제도로 규율되고 있는데, 이를 공정대표의무제도로도 규율할 필요성이 존재하는지 문제된다.

부당노동행위 제도에서 노동조합은 사용자의 부당노동행위 의사에 대하여 입증책임을 부담한다. 현실적으로 노동조합이 사용자의 부당노동행위 의사를 입증하기란 어려운 일이기 때문에 실제 노동위원회에서 부당노동행위가 인정되는 사례는 많지 않다.[138] 반면에 공정대표의무 제도는 차별행위에 합리적 이유가 있는지 여부에 대하여 교섭대표노조와 사용자에게 입증책임의 부담을 지우고 있다. 만일 개별교섭시 사용자의 노동조합간 차별행위에 대하여 공정대표의무 제도로도 규율하게 한다면, 각 노동조합은 입증책임의 부담 없이 사용자의 차별행위로부터 보호받을 수 있을 것이다.

다만, 중립의무 위반에 따른 부당노동행위는 사용자의 차별행위를 규율하기 위함인데 반하며, 공정대표의무는 사용자 뿐만 아니라 교섭대표노조의 차별행위를 규율하기 위함이다. 또한, 부당노동행위의 목적은 사용자의 노동3권 침해행위를 규율하기 위함인데 반하며, 공정대표의무의 목적은 배타적 교섭권을 확보하지 못한 노동조합과 그 조합원을 보호하기 위함이다. 따라서, 사업장 내 모든 노동조합이 독자적인 교섭권과 협약체결권을 가지고 있는 개별교섭 상황에서는 공정대표의무 제도 도입의 목적과 보호 대상의 측면에서 규율의 필요성이 존재하지 않고, 부당노동행위 제도의 보완을 통하여 규율하면 족할 것으로 생각된다.

Ⅳ. 소결

공정대표의무의 시간적 적용범위를 교섭대표노조의 존재와의 관계 측면에서 살펴보았다. 교섭대표노조 및 사용자가 부담하는 공정대표의무는 교섭대표노조가 그 지위를 취득하면서부터 부담하게 된다. 교섭대표노조

138) 2017년 노동위원회에 부당노동행위 구제 사건으로 1,090건이 접수되어 928건이 처리되었는데, 그 중 판정건수 545건에는 인정 103건, 기각 408건, 각하 34건으로 기각이 많은 비중을 차지하고 있다. 2013~2016년 통계자료에 대하여는 중앙노동위원회, '한국의 노동위원회', 2018.07., 177면 참조.

가 지위를 취득하고 유지하고 상실하는 시간적 흐름에 따라 공정대표의무도 발생하고 존속하고 소멸하게 된다. 즉, 공정대표의무의 시간적 적용범위는 교섭대표노조가 존재하는 시기와 그 궤를 같이한다. 반대로 말하면 교섭대표노조가 존재하지 않는 시기에는 공정대표의무의 시간적 적용범위가 미치지 않는다 할 것이다.

다만, 교대노조가 일상적으로 존재하지 않는 것이 아니라, 교대노조가 바뀌는 과정에서 일시적으로 존재하지 않을 수 있다. 교대노조가 존재하지 않는 시기 중 "교섭창구단일화 진행 중"의 경우에는 사용자에 의해 노동조합간 차별이 발생할 수 있다는 측면을 고려하였을 때 사용자의 시간적 적용범위가 확장될 필요성에 대하여 논의하였다. 즉, 교섭창구단일화 진행 중에 일어난 행위에 대해서도 공정대표의무제도로 규율할 필요성이 있어 보인다.

제 3 절 대상적 적용범위

Ⅰ. 대표권 범위 관련 대법원 판결 (대법원 2019. 10. 31 선고 2017두37772 판결)

1. 사실관계 및 판결요지

대상 판결은 교섭대표노조와 사용자가 체결한 단체협약에서 각종 심의결정 및 노사협의, 노사합의의 주체가 되는 노동조합을 교섭대표 노동조합으로 한정하여 규정한 부분[139]을 두고 공정대표의무 위반인지 여부

139) 충남지방노동위원회(충남2014공정18) 단계에서는 단체협약 제103조를 통해 단체협약 제26조(고용안정 및 위원회 구성), 제29조(법인체 분리), 제30조(용역 또는 하도급), 제44조(취업규칙 개정)에서 심의결정 및 노사협의, 노사합의의 주체가 되는 노동조합은 교섭대표 노동조합을 말한다고 규정한 부분이 공정대표의무를 위반한 것이라고 판단하였고, 중앙노동위원회(중앙2015공정36,37 병합) 단계에서는 제18조(휴직), 제

가 문제되었던 사건이다.[140]

대법원은 교섭창구 단일화 절차에서 교섭대표노동조합이 가지는 대표권의 범위와 관련하여, “법령에서 특별히 권한으로 규정하지 아니한 이상 단체교섭 및 단체협약 체결(보충교섭이나 보충협약 체결을 포함한다)과 체결된 단체협약의 구체적인 이행 과정에만 미치는 것이고, 이와 무관하게 노사관계 전반에까지 당연히 미친다고 볼 수는 없다.”고 판시하여 교섭대표노조가 가지는 대표권의 범위를 제한적으로 해석하였다.

그리고 이 사건의 대상인 합의·협의 또는 심의결정의 주체를 교대노조로 정한 단체협약 조항은 교섭대표노동조합의 대표권 범위에 속한다고 볼 수 없고, 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합을 위 합의·협의 또는 심의결정에서 배제하도록 하는 것은 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합이나 그 조합원을 합리적 이유 없이 차별하는 것으로서 공정대표의무에 반한다고 판단하였다.[141]

75조(건강진단의 사후조치), 제79조(재해발생시의 대책), 제83조(근골격계 질환 예방대책 마련)에서의 협의,합의 주체를 교섭대표노동조합을 말한다고 규정한 부분까지 공정대표의무를 위반한 것이라고 판단하였다.

140) 해당 사건에서는 교섭대표노동조합의 창립기념일만을 유급휴일로 지정한 단체협약 내용도 공정대표의무 위반인지 문제되었는데, 본 논문과 직접 관련 없는 내용이기에 논외로 하고자 한다. 대법원은 공정대표의무에 반한다는 판단을 하였다.

141) 해당 부분의 판결요지는 다음과 같다. “사용자가 교섭대표노동조합과 체결한 단체협약에서 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합 소속 조합원들을 포함한 사업장 내 근로자의 근로조건에 관하여 단체협약 자체에서는 아무런 정함이 없이 추후 교섭대표노동조합과 사용자가 합의·협의하거나 심의하여 결정하도록 정한 경우, 그 문언적 의미와 단체협약에 대한 법령 규정의 내용, 취지 등에 비추어 위 합의·협의 또는 심의결정이 단체협약의 구체적인 이행에 해당한다고 볼 수 없고 보충협약에 해당한다고 볼 수도 없는 때에는, 이는 단체협약 규정에 의하여 단체협약이 아닌 다른 형식으로 근로조건을 결정할 수 있도록 포괄적으로 위임된 것이라고 봄이 타당하다. 따라서 위 합의·협의 또는 심의결정은 교섭대표노동조합의 대표권 범위에 속한다고 볼 수 없다. 그럼에도 사용자와 교섭대표노동조합이 단체협약 규정에 의하여, 교섭대표노동조합만이 사용자와 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합 소속 조합원들의 근로조건과 관련이 있는 사항에 관하여 위와 같이 합의·협의 또는 심의결정할 수 있도록 규정하고, 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합을 위 합의·협의 또는 심의결정에서 배제하도록 하는 것은, 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합이나 그 조합원을 합리적 이유 없이 차별하는 것으로서 공정대표의무에 반한다”

대법원이 설시한 판결요지를 사실관계와 연결지어 살펴보면, “단체협약 자체에서는 아무런 정함이 없이 추후 교섭대표노동조합이 합의・협의 또는 심의결정 권한을 가진다고 단체협약에 규정한 경우”는 “교섭대표노조의 대표권 범위에 속하지 않는 영역”이며, “위 합의・협의 또는 심의결정에서 교섭대표 아닌 노조를 배제하는 것”은 “합리적 이유 없는 차별로 공정대표의무에 반한다”라는 것이다.

2. 판례 의문점

대법원은 대상 판결을 통해 교섭대표노조가 가지는 대표권의 범위가 어디까지인지를 최초로 밝히면서, 이 사건 대상이 대표권의 범위에 속하는지 여부를 판단하였다.

다만, 판결요지를 통해 대법원의 입장을 명확히 알 수 없는 부분이 있어 논의해보고자 한다.

첫 번째, “위 합의·협의 또는 심의결정은 교섭대표노동조합의 대표권 범위에 속한다고 볼 수 없다.”고 판시한 부분이다. 우선 교섭대표노조의 대표권 범위에 속하지 않는다고 판단한 “위 합의·협의 또는 심의결정”이 “합의·협의 또는 심의결정 그 자체”인지 아니면 “합의·협의 또는 심의결정을 규정한 단체협약의 내용”인지 분명하지 않다. 다만, 이 사건의 대상이 된 목적물은 “단체협약의 내용”이었다는 점에서 후자로 파악하는 것이 더 타당하다고 생각된다.

“위 합의·협의 또는 심의결정을 규정한 단체협약의 내용”이 교섭대표노조의 대표권 범위에 속하지 않는다는 대법원의 판단에 의문점이 있다. 단체협약의 내용은 교섭대표노조가 노조법 제29조 제2항을 통해 부여받은 배타적 교섭권 및 협약체결권의 결과물이다. 단체협약의 내용이 무엇인지 상관없이 단체협약 체결 자체는 교섭대표노조의 배타적 권한 범위 내에 있기 때문에 단체협약 체결의 결과물인 단체협약의 내용 역시 교섭대표노조의 대표권 범위 내에 있다고 생각된다. 따라서, 이 사건의 대상인 “위 합의·협의 또는 심의결정을 규정한 단체협약의 내용”은 교섭대표

노조의 대표권 범위 내에 속하지만, 교섭대표노조가 대표권을 남용하여 위 합의·협의 또는 심의결정에서 교섭대표 아닌 노조를 합리적 이유 없이 배제하였기 때문에 공정대표의무에 반하는 것이라고 생각된다.

대법원은 "위 합의·협의 또는 심의결정을 규정한 단체협약의 내용"에 대하여 교섭대표노조의 대표권의 유무에 대한 문제로 접근한 듯 보이지만, 이는 대표권의 유무의 문제가 아니라 대표권 범위 내의 영역에서 대표권 남용의 문제라고 생각된다. 정리하면, 이 사건의 대상은 "위 합의·협의 또는 심의결정을 규정한 단체협약의 내용"이며, 그 단체협약의 내용은 교섭대표노조의 대표권 범위에 속하는 영역이며, 대표권을 남용하여 교섭대표 아닌 노조를 합리적 이유 없이 차별하였기 때문에 공정대표의무에 반한다고 생각된다.

두 번째, 이 사건 대상인 "합의·협의 또는 심의결정"이 교섭대표노조의 대표권 범위에 속하지 않는다고 판시하면서 공정대표의무 위반 여부를 판단한 점이다. 공정대표의무의 대상적 범위는 교섭대표노조의 대표권 범위를 전제로 정해진다고 볼 수 있다.[142] 대표권 범위에 속하지 않는다면 공정대표의무의 대상적 범위에도 포함되지 않는데, 대법원은 각하 결정을 하지 않았다. 첫 번째 의문점에서 제시했던 것처럼 이 사건 대상은 "위 합의·협의 또는 심의결정을 규정한 단체협약의 내용"이기에 교대노조의 대표권 범위에 속하는 영역이라고 판단하고, 그 후 공정대표의무 위반 여부를 판단하는 것이 논리적으로 합당하다 할 것이다.

3. 소결

대상판결은 교섭대표노조의 대표권의 범위를 최초로 밝힌 대법원 판결로서 의의를 지닌다. 기존에 공정대표의무의 대상적 범위와 관련하여 학설은 일반적으로 공정대표의무가 단체교섭 과정 등 체결과정, 단체협약의 내용, 단체협약의 이행과정 등에 광범위하게 적용된다고 보고 있으며,[143] 고용노동부도 교섭 및 단체협약 등을 불편부당하게 체결하지 않

142) 임상민, 앞의 글(주118), 602면

아야 할 의무이자 그 외 고충처리, 단체협약의 적용, 조합활동 등에 있어서도 합리적 이유없이 차별해서는 안된다고 하여,[144] 고충처리 및 조합활동의 영역까지 공정대표의무가 미친다고 보고 있었다.

공정대표의무는 교섭대표노조가 가지는 배타적인 교섭권에 근거하여 당연 도출되는 의무인데, 대상판결을 통해 교섭대표노조의 대표권이 노사관계 전반에 미치지 않고 제한적인 권한이라고 해석되는 것이 명확해진 만큼 교섭대표노조의 대표권의 범위와 공정대표의무의 적용범위와의 관계를 보다 분명히 밝혀줄 필요가 있다.

Ⅱ. 교대노조 대표권과 대상적 범위와의 관계

교섭창구단일화절차를 거쳐 결정된 교섭대표노조는 그 지위를 취득한 시점부터 법령에서 정한 일정한 권한을 가지게 되며 이를 교섭대표노조의 대표권이라 한다. 법령에서 정한 일정한 권한은 크게 노조법 제29조 제2항의 교섭 및 협약체결권과 노조법 제29조의5의 권한으로 구분된다. 교섭대표노조가 가지는 일정한 권한의 가장 큰 특징은 배타적이라는 점에서 교섭대표 아닌 노동조합에게는 교섭대표노조가 가지는 배타적 권한의 영역만큼 그 권한 행사가 제한되는 영역으로 직결된다고 볼 수 있다. 또한, 공정대표의무가 교섭대표노동조합의 배타적 교섭권과 표리에 있는 만큼 공정대표의무의 대상적 범위도 교섭대표노조의 교섭권한의 범위와 직결된다고 볼 수 있다.[145]

대법원은 2018. 8. 30. 선고된 2017다218642 판결을 통하여 공정대표의무가 적용되는 대상 내지 범위가 어디까지인지를 최초로 밝혔다.[146] 본

143) 박종희, 앞의 글(주114), 152면; 송강직, 앞의 글(주89), 261면; 임상민, 앞의 글(주118), 601-602면; 조상균, 복수노조하의 조합간 차별과 공정대표의무, 노동법학 제52권, 한국노동법학회, 2014, 300-301면; 이승욱, 앞의 글(주32), 112면

144) 고용노동부, 앞의 글(주14), 46면

145) 장우찬, 앞의 글(주36), 141면

146) 해당 대법원 판결이 선고되기 전 공정대표의무의 대상적 범위와 관련한 하급심 판결로는 서울행정법원 2014. 4. 4. 선고 2013구합4590 판결, 서울행정법원 2016. 9. 29.

장의 제1절 문제제기에서 살펴본 바와 같이 실정법의 내용을 통해 파악할 수 있는 것은 최소한 “단체협약의 내용”이 공정대표의무의 대상적 적용범위에 포함된다는 것이었다. 대법원은 “공정대표의무의 취지와 기능 등에 비추어 보면, 공정대표의무는 단체교섭의 과정이나 그 결과물인 단체협약의 내용뿐만 아니라 단체협약의 이행과정에서도 준수되어야 한다고 봄이 타당하다.”고 판시하여, 공정대표의무가 단체협약의 내용이나 단체협약의 이행과정뿐만 아니라 단체교섭의 과정에서도 준수되어야 한다는 점을 분명히 하였다는 점에서 의미를 가진다고 평가받고 있다.[147]

또한, 대법원은 2019. 10. 31. 선고 2017두37772 판결을 통하여 교섭대표노동조합이 가지는 대표권의 범위가 어디까지인지를 최초로 밝혔다. “교섭창구 단일화 및 공정대표의무에 관련된 법령 규정의 문언, 교섭창구 단일화제도의 취지와 목적, 교섭대표노동조합이 아닌 노동조합 및 그 조합원의 노동3권 보장 필요성 등을 고려하면, 교섭창구 단일화 절차에서 교섭대표노동조합이 가지는 대표권은 법령에서 특별히 권한으로 규정하지 아니한 이상 단체교섭 및 단체협약 체결(보충교섭이나 보충협약 체결을 포함한다)과 체결된 단체협약의 구체적인 이행 과정에만 미치는 것이고, 이와 무관하게 노사관계 전반에까지 당연히 미친다고 볼 수는 없다.”고 판시하였는데, 이를 통해 대법원이 공정대표의무의 범위에 대한 새롭고 명확한 입장을 제시하였다고 보는 견해가 있다.[148]

다만, 교섭대표노조의 대표권은 법령에 정하여져 있다 하더라도 그 권한의 범위를 어디까지로 볼 것인가와 관련하여 여전히 해석의 문제가 남아있다. 가령, 노조법 제29조의 제2항에서는 교섭대표노조가 가지는 권한을 교섭권과 협약체결권으로 규정하고 있지만, 대법원은 배타적 교섭권 및 협약체결권을 통해 공정대표의무를 부담해야 하는 대상적 범위에 대

선고 2015구합70089 판결, 서울고등법원 2017. 3. 30. 선고 2016누70088 판결 등이 있다.

147) 김기선, “공정대표의무는 단체교섭 과정뿐만 아니라 단체협약에도 적용된다”, 노동리뷰 2018년 10월호(통권 제163호), 한국노동연구원, 2018. 10.

148) 양성필, “공정대표의무제도의 해석상 쟁점 및 입법적 개선방안 - 대법원 2019. 10. 31. 선고 2017두37772 판결 등 판례 분석을 중심으로-”, 법학논총 제44권, 단국대학교 법학연구소, 2020, 455면

해 교섭과정, 단체협약의 내용, 단체협약의 이행과정이라고 해석하고 있다. 마찬가지로 노조법 제29조의5에서 부여하고 있는 일정한 권한에 대하여 그 권한의 범위를 어디까지로 볼 것인가는 해석의 영역에 해당하며, 대표권의 범위를 명확하게 밝혀줄 때 공정대표의무의 대상적 적용범위도 명확해진다 할 것이다.

이하에서는 노조법상 법령에 근거하여 교섭대표노조의 대표권의 범위를 밝혀주고자 한다. 대표권 범위 내의 영역(Ⅲ)은 공정대표의무의 대상적 범위가 미치는 영역으로 이하의 표에서 ①의 영역이라고 볼 수 있다. 대표권 범위 외의 영역(Ⅳ)은 원칙적으로 공정대표의무의 대상적 범위가 미치지 않는 영역이지만, 대상적 범위로 확장시켜야 할 필요성이 있는 부분에 대해 논의하고자 하며 이하의 표에서 ②의 영역이라고 볼 수 있다.

<table>
<tr><td rowspan="3">대상적 범위</td><td colspan="4">교대노조 존재</td><td colspan="2">교대노조 미존재</td></tr>
<tr><td colspan="2">대표권 有</td><td colspan="2">대표권 無</td><td colspan="2">대표권 無</td></tr>
<tr><td>교대 노조</td><td rowspan="2">포함 ①</td><td>교대 노조</td><td rowspan="2">논의 要 ②</td><td>교대 노조</td><td>미포함 ③</td></tr>
<tr><td>사용자</td><td>사용자</td><td>사용자</td><td>미포함 ④ (논의 要)</td></tr>
</table>

<표 5> 교대노조 대표권과 대상적 범위와의 관계

Ⅲ. 대표권 범위 내의 영역

1. 노조법 제29조 제2항의 교섭권 및 협약체결권

노조법 제29조 제2항에 근거하여 교섭대표노조는 단체교섭 및 단체협약 체결(보충교섭이나 보충협약 체결을 포함한다)과 체결된 단체협약의 구체적인 이행 과정에서 대표권을 가진다. 그에 따라 단체교섭 과정, 단

체협약의 내용, 단체협약의 이행과정에서 공정대표의무를 부담하게 된다. 단체교섭을 개시하여 단체협약을 체결하기까지 일련의 과정에서 교섭대표노조의 대표권이 미친다고 할 것이다.

다만, 판례는 보충교섭이나 보충협약 체결까지 교섭대표노조의 대표권 범위에 속하는 영역이라고 판시하고 있는데, 보충교섭과 보충협약은 법상 정의 규정이 있는 용어가 아니기 때문에 그 해석상 문제될 소지가 있다. 가령, 단체협약에서는 아무런 정함이 없이 단체협약 체결 후 새로운 내용에 대하여 보충교섭하는 경우이다. 교섭의 결과가 협의로 끝나는지 합의로 끝나는지에 따라 '보충교섭'의 범위에 포함된다고 해석해야할지 판단이 달라질 수 있다.

양 당사자가 서면으로 쌍방 날인하여 '합의'하는 경우에는 해당 서면이 노조법상 단체협약에 해당하기 때문에, 교섭대표노조의 대표권 범위에 속한다고 보아야 할 것이다. 그러나 '협의'에 그치는 경우 사안에 따라 교섭대표노조의 대표권 범위에 속하는 영역이어서 교섭대표노조하고만 협의해야 하는지 아니면 교섭대표가 되지 못한 노조와도 협의해야 하는지가 문제될 수 있다.

단체협약에 개략적으로 정한 내용을 보충교섭 하는 경우나 단체협약에 보충교섭 절차 및 내용에 대하여 명시적으로 규정하여 그에 따르는 경우는 '보충교섭'의 범위에 포함된다고 해석해도 무방할 것으로 보인다.

2. 노조법 제29조의5의 권한

판례는 법령에서 특별히 권한으로 규정한 부분까지 교섭대표노조의 대표권 범위에 속한다고 판시하고 있으며, 노조법 제29조의5에 명시된 권한이 교섭대표노조의 배타적 권한이라고 볼 수 있다. 법령에 따라 교섭대표노조의 대표권 범위를 살펴보면 다음과 같다.

노조법 제2조 제5호에 따라 사용자와의 교섭 결렬을 선언하고 노동쟁의 상태를 결정하는 것은 교섭대표노조의 대표권 범위에 속하는 영역이다. 동시에 교섭대표가 되지 못한 노조에게 공정대표의무를 부담하는 영

역이기도 하다. 교섭 결렬을 선언하게 된 배경과 당사자간 주장이 불일치 하는 부분에 대한 정보 제공 등의 의무가 문제될 수 있다.

노조법 제29조 제3항 및 제4항에 따라 교섭 및 협약체결권에 대한 위임을 결정하는 것은 교섭대표노조의 대표권 범위에 속하는 영역이다. 위임에 대한 결정은 교섭대표노조가 하지만, 위임받은 자가 교섭대표가 되지 못한 노조와 그 조합원에 대한 권한도 행사하는 만큼 사전에 의견수렴을 하였는지 문제될 수 있다.

노조법 제37조 제2항 및 제3항, 제38조 제3항에 따라 쟁의행위 주도 및 지도에 관한 사항은 교섭대표노조의 대표권 범위에 속하는 영역이다. 쟁의행위 개시, 유지 및 종료에 이르기까지 그 목적·방법 및 절차에 있어서, 쟁의행위가 법령 기타 사회질서에 위반되어서는 안 되도록 주체적으로 조합원을 지도·관리·통제할 수 있는 권한을 말한다고 할 것이다.[149] 쟁의행위시 공정대표의무가 문제되었던 실제 사례는 없지만, 쟁의행위 찬반투표 회부 결정에 있어서 의견수렴을 거치지 않은 경우, 교대노조 조합원의 인원 수가 많아서 교섭대표 아닌 노조 조합원을 찬반투표에서 배제하는 경우, 쟁의행위 방법 등에 있어서의 의견수렴을 거치지 않은 경우, 쟁의행위 중단에 있어서의 의견수렴을 거치지 않은 경우 모두 공정대표의무가 문제될 수 있다. 또한, 적법한 쟁의행위 수행에 대한 정보를 조합원 간 차별적으로 제공하거나, 불법 쟁의행위에 대한 지도를 차별적으로 하는 경우에도 공정대표의무가 문제될 수 있다.

노조법 제42조의6 제1항에 따라 쟁의행위시 필수유지업무 근무 근로자의 지명에 관한 사항은 교섭대표노조의 대표권 범위에 속하는 영역이다. 근로자 지명시 의견수렴 절차는 거쳤는지, 각 노동조합의 해당 필수유지업무에 종사하는 조합원 비율에 있어 차별이 존재하는지 문제될 수 있다. 노동조합이 통보하지 않아 사용자가 지명하였을 경우에도 노동조합 간 차별이 존재한다면 사용자의 공정대표의무가 문제될 수 있다.

노조법 제46조 제1항에 따라 교섭대표노조가 쟁의행위를 개시하면 사

149) 장영석, “단체교섭권 보장과 교섭창구단일화 제도”, 박사학위 논문, 한양대학교, 2019, 111면

용자가 직장폐쇄를 할 수 있다. 사용자의 직장폐쇄의 방법 및 범위에 조합간 차별이 존재한다면 사용자의 공정대표의무가 문제될 수 있다.

3. 기타

교섭대표노조는 사용자와 성실한 교섭 등 합의를 위한 노력을 계속하였음에도 불구하고 더 이상 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없는 경우 노동위원회에 조정신청을 할 수 있다. 노조법 제53조 제1항에서는 관계 당사자의 일방이 노동위원회에 조정 신청을 한 경우 조정이 개시된다고 규정하고 있다. 여기서 '관계 당사자'가 배타적 교섭당사자의 지위를 부여받은 교섭대표노조로 한정되는지 교섭창구 단일화 절차에 참여한 개별 노동조합도 조정 신청을 할 수 있는지 문제될 수 있는데, 노조법 제29조의5에서 교섭대표노조의 권한으로 노조법 제53조를 포함하고 있지 않다 하더라도, 교섭진행·중단·결렬 선언 등 교섭단계의 모든 과정에 교섭대표노조의 대표권이 미친다고 보아야 하므로 조정 신청이 가능한 '관계 당사자' 중 근로자측의 당사자는 교섭대표노조로 한정 해석된다고 생각된다.[150] 또한, 조정위원회 참석·조정안의 작성 등도 단체교섭의 연장선으로 교섭대표노조의 대표권이 미치는 영역으로 보아야 할 것이다.

Ⅳ. 대표권 범위 외의 영역

앞서 살펴보았듯이 교섭대표노조의 대표권의 범위는 법령에 따라 부여되는 권한으로 한정 해석된다. 교섭대표노조의 대표권 범위 외의 영역

150) 같은 견해로 장영석, 앞의 글(주149), 111~112면 (쟁의행위는 노동쟁의 조정절차를 거쳐야 가능하다는 것이 원칙이므로 노동관계 당사자인 교섭대표노동조합에게 노동쟁의 조정신청을 할 수 있는 신청인적격이 인정된다. 따라서 노동쟁의 조정절차도 교섭대표노동조합이 주도하여야 한다.); 하갑래, 앞의 책(주56), 326면 각주5 (개별노동조합은 자신의 명의로 교섭창구단일화절차 참여여부와 관계없이 노동위원회에 조정신청을 할 수 없다.)

에 대해서는 모든 복수노조가 권한 행사 또는 조합활동을 할 수 있다고 보아야 할 것이다. 그러나 현실에서는 교섭대표노조의 대표권이 미치지 않는 영역이라 하더라도, 교섭대표노조가 존재하는 시기라면 교섭대표가 되지 못한 노조에 대해 사실상의 제한이 가해지는 경우가 많다.

단체협약에 아무런 정함이 없는 사항에 대하여 사용자가 노동조합과 임의로 협의하고자 하는 경우가 그 대표적인 예가 될 것이다. 인사노무 제도의 개선, 고용 관련 의견 청취, 경영 관련한 협의체 구성 등 단체협약에 아무런 정함이 없어 협약의 이행이라고 볼 수 없는 사항에 대하여 사용자가 노동조합과 임의로 협의하고자 할 경우, 이러한 협의 과정은 단체교섭도 아니고 보충교섭도 아니기 때문에 교섭대표노조의 배타적 대표권이 미치는 영역이 아니라고 해석된다.

그럼에도 사용자는 교섭대표노조하고만 협의를 진행하는 경우가 많다. 이처럼, 사용자가 교섭대표가 되지 못한 노조를 협의 과정에서 배제하여 차별하게 될 경우 교섭대표노조의 대표권이 미치지 않는 영역이고 사용자에게 직접 협의 절차 이행을 요구할 수 있다는 점에서 이론적으로는 공정대표의무 위반으로 다툴 수 없다.

하지만 사용자에게 그러한 협의 절차를 요구한다 하더라도 사용자가 이를 거부하였을 경우에 교섭대표가 되지 못한 노조는 노사관계에서 전면 배제당할 수 있다. 교섭대표노조의 대표권 범위 외의 영역에서 사용자의 차별이 있을 경우, 그 차별을 보호할 수 있는 제도적 장치가 미비하다는 점에서 교섭절차가 아닌 노사간 협의 과정에서의 공정대표의무의 대상적 범위를 확장할 필요성이 있다고 생각된다.

Ⅴ. 소결

공정대표의무의 대상적 범위를 교섭대표노조의 대표권의 범위와의 관계에서 살펴보았다. 교섭대표노조 및 사용자가 부담하는 공정대표의무의 대상적 범위는 교섭대표노조의 대표권이 미치는 영역과 표리의 관계를 이루고 있다고 할 것이다. 따라서 교섭대표노조의 대표권 범위 내에 해

당하는 단체교섭 단계에서의 교섭 과정, 협약의 내용, 협약의 적용 및 이행에 공정대표의무의 대상적 범위가 미치며, 조정 신청 및 조정안의 수락의 과정 그리고 쟁의행위의 개시 및 주도 과정에서도 공정대표의무의 대상적 범위가 미친다 할 것이다.

다만, 현실적으로 교섭대표노조의 대표권이 미치지 않는 영역에서도 교섭대표가 되지 못한 노조에 대한 차별이 발생할 수 있다. 특히, 단체협약 체결 이후 보충교섭도 아니고 협약의 이행에도 해당하지 않는 "협의과정"에 대하여 사용자에 의한 차별이 발생할 수 있다는 측면을 고려하여, 대상적 적용범위를 확장할 필요성에 대하여 논의하였다. 즉, 노사관계 전반에서의 협의 과정에 대하여 그 과정 중 조합간 차별이 발생했다면 그 행위에 대해서도 공정대표의무제도로 규율할 필요성이 있어 보인다.

제 5 장 결 론

하나의 사업 또는 사업장에 2개 이상의 노동조합이 존재할 경우, 노동조합은 교섭창구를 단일화 하여 사용자에게 교섭 요구를 하여야 하고, 교섭창구 단일화 과정에서 결정된 교섭대표노동조합은 배타적 교섭당사자의 지위에서 교섭 및 협약체결권을 행사하기 때문에 교섭대표노동조합이 되지 못한 노동조합 및 그 조합원에 대하여 합리적 이유 없이 차별을 해서는 안된다는 공정대표의무를 부담하게 된다. 이러한, 공정대표의무는 교섭대표노동조합 뿐만 아니라 사용자도 함께 부담하게 된다.

교섭대표노동조합은 교섭창구 단일화 절차의 단계에 따라 자율적 교섭대표노동조합, 과반수 교섭대표노동조합, 자율적 공동교섭대표단, 노동위원회 결정에 의한 공동교섭대표단으로 구분되며, 교섭대표노동조합은 배타적 교섭당사자로서의 지위를 가지고 배타적 교섭권 및 협약체결권과 노조법 제29조의5에 의한 권한을 행사하게 된다.

공정대표의무는 교섭창구 단일화 절차에 의해 결정된 교섭대표노조의 존재하면서부터 발생하게 된다. 따라서 원칙적으로 공정대표의무는 교섭대표노조의 지위를 취득한 시점부터 지위유지기간 만료 또는 지위 상실 시까지 그 시간적 범위가 미친다 할 것이다. 사용자가 부담하는 공정대표의무의 시간적 범위도 교섭대표노조의 존재와 관계되어 미친다 할 것이다. 다만, 교섭대표노조가 존재하지 않는 시기 중에 공정대표의무의 상대방인 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원을 보호하는 관점에서 살펴보았을 때 “교섭창구 단일화 절차 진행 중”에 발생한 사용자의 차별행위에 대해서는 비록 교섭대표노조가 존재하지 않는 상황이라 할지라도 공정대표의무의 시간적 범위로 포섭할 필요성이 있다고 생각된다.

공정대표의무의 대상적 범위는 교섭대표노조의 대표권의 범위와 표리의 관계에 있는 만큼 교섭대표노조의 배타적 권한이 인정되는 영역에 미

친다 할 것이다. 따라서, 단체교섭 단계에서의 교섭 과정, 협약의 내용, 협약의 적용 및 이행에 공정대표의무의 대상적 범위가 미치며, 조정 신청 및 조정안의 수락의 과정 그리고 쟁의행위의 개시 및 주도 과정에서도 미친다 할 것이다. 반면, 교섭대표노조의 대표권이 미치지 않는 영역에서는 원칙적으로 교섭대표노조의 배타적 권한 행사가 인정되지 않기 때문에 공정대표의무를 부담할 이유가 없다고 볼 수 있겠지만, 교섭대표노조의 대표권이 미치지 않는 영역에서도 차별행위는 발생할 수 있으며, 특히 노사관계 전반에서의 "협의 과정"에서 발생하는 차별에 대해 규율의 필요성이 있다고 생각되며 공정대표의무의 대상적 범위로 포함시킬 필요성이 있다고 생각된다.

참 고 문 헌

1. 단행본

김형배, “노동법 제26판”, 박영사, 2018.

노동법실무연구회, “노동조합 및 노동관계조정법 주해Ⅰ”, 2015.

노동법실무연구회, 노동법실무연구 제2권, 사법발전재단, 2020.

이승욱, “복수노조 병존의 쟁점과 과제”, 한국노동연구원, 2001.

이승욱, “미국 교섭대표노동조합 결정의 법리와 실제”, 이화여자대학교출판부, 2014.

임종률, “노동법 (제16판)”, 박영사, 2018.

전명숙·윤문희·김삼수·정병기·Roland Zullo, “복수노조 환경하의 노사관계 연구”, 한국노동연구원, 2006.

하갑래, “집단적 노동관계법 제6판”, 중앙경제, 2020.

2. 논문

강선희, “노동기본권과 소수 노동조합의 협약능력 및 단체협약의 효력에 관한 연구”, 노동법학 제38호, 한국노동법학회, 2011.

권창영, “복수노동조합 병존시의 법률관계”, 사법논집 30집, 법원도서관, 1999.

김기선, “공정대표의무는 단체교섭 과정뿐만 아니라 단체협약에도 적용된다”, 노동리뷰 2018년 10월호(통권 제163호), 한국노동연구원, 2018. 10.

김선수, “복수노조·전임자 관련 개정 법안, 쟁점과 평가”, 노동사회 제150호, 한국노동사회연구소, 2010.

김홍영, 개별교섭에서의 중립의무와 지배개입의 부당노동행위, 노동법학 제71호, 한국노동법학회, 2019.09.

박종희, 교섭대표노조의 법적 지위와 공정대표의무의 내용 및 위반의 효과 -서울중앙지법 2016. 7. 21. 선고 2014가합60526 판결을 대상으로-, 안암법학 제52권, 안암법학회, 2017.

박종희, “사용자단체가 체결한 단체협약에서 공정대표의무 위반에 대한 시정명령 상대방 -대법원 2019. 4. 23. 선고 2016두42654 판결을 대상으로-”, 노동법학 제75호, 한국노동법학회, 2020.

박지순, “공정대표의무의 의의와 내용”, 월간 노동리뷰 6월호, 한국노동연구원, 2011.

박지순·추장철, 복수노조 병존과 부당노동행위 - 단체교섭에 따른 차별적 처우와 사용자의 중립의무를 중심으로 -, 노동법논총 제50호, 한국비교노동법학회, 2020.

손향미, “교섭창구단일화제도 시행에 따른 법적·실무적 쟁점”, 노동법학 제39호, 한국노동법학회, 2011.

송강직, “교섭대표노동조합의 공정대표의무”, 노동법연구 제34호, 서울대학교노동법연구회, 2013.

양성필, “공정대표의무제도의 해석상 쟁점 및 입법적 개선방안 -대법원 2019. 10. 31. 선고 2017두37772 판결 등 판례 분석을 중심으로-”, 법학논총 제44권, 단국대학교 법학연구소, 2020.

유성재, “2010년 개정 노동법에 대한 입법론적 평가”, 노동법학 34호, 한국노동법학회, 2010.6..

유성재·김희선, “미국의 공정대표의무와 시사점”, 노동법논총 제23집, 한

국비교노동법학회, 2011.
이승길, “노조전임자와 복수노동조합과 관련한 노조법개정과 그 패러다임 전환”, 강원법학 30권, 강원대학교 비교법학연구소, 2010.
이승욱, “기업별 복수노동조합과 교섭창구 단일화”, 노동법학 제21호, 한국노동법학회, 2005.
이정, “일본의 복수노조 병존하의 노사관계·노무관리의 경험과 시사점”, 외법논집 제33권 제2호, 2009.
이철수, “교섭창구단일화와 관련한 법률적 쟁점”, 노동법연구 제18호, 서울대학교노동법연구회, 2005.
이철수, “미국의 배타적 교섭대표제와 한국적 함의”, 노동정책연구 5(3), 한국노동연구원, 2005.
임상민, 공정대표의무의 의의와 내용, 대법원판례해설 제117호, 법원도서관, 2018.
임상민, “공정대표의무의 의의와 내용”, 노동법실무연구 제2권, 사법발전재단, 2020.
장영석, “절차적 공정대표의무 위반의 판단기준”, 노동리뷰 2020년 12월호(통권 제189호), 한국노동연구원, 2020. 12.
조상균, “개정노조법상 교섭창구 단일화 방안을 둘러싼 문제”, 노동법논총 제18집, 한국비교노동법학회, 2010.
조상균, “교섭창구단일화제도의 쟁점과 문제점”, 노동법학 제43호, 한국노동법학회, 2012.
조상균, 복수노조하의 조합간 차별과 공정대표의무, 노동법학 제52권, 한국노동법학회, 2014.
조용만, “복수노조 간 근로시간 면제 관련 교섭대표노동조합의 공정대표의무”, 노동리뷰 2013년 8월호(통권 제101호), 한국노동연구원,

2013. 8.

3. 학위논문

임상민, “교섭창구 단일화에 관한 연구 - 공정대표의무와 교섭단위 분리에 관한 대법원 판례 분석을 중심으로-”, 석사학위 논문, 고려대학교, 2020.

장영석, “단체교섭권 보장과 교섭창구단일화 제도”, 박사학위 논문, 한양대학교, 2019.

장우찬, “단체교섭에서의 성실교섭의무에 관한 연구 - 한국과 미국의 비교를 중심으로-”, 박사학위 논문, 서울대학교, 2012.

4. 보고서 및 기타자료

고용노동부, “사업(사업장) 단위 복수노조 업무매뉴얼”, 2010. 12.

이승욱·박은정·권오성·이소라, “복수노조 체계에서의 소수노조 보호 강화 방안”, 고용노동부, 2020. 12.

국회 환경노동위원회 전문위원, “노동조합 및 노동관계조정법 일부개정 법률안 검토보고서(안상수 의원 대표발의)”, 2009. 12.

이승욱, “공정대표의무에 관한 연구”, 중앙노동위원회, 2010.

이철수, “복수노조·노조 전임제의 법리와 입법론적 과제”, 한국의 노동, 근원적 해법 모색을 위한 대토론회 「복수노조·전임자 문제 어떻게 풀 것인가」, 2009. 9. 18. 발표

중앙노동위원회, ‘한국의 노동위원회’, 2018. 07.

www.ccourt.go.kr (헌법재판소)

http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do (국회 의안정보시스템)

www.moel.go.kr (고용노동부)

www.nlrc.go.kr (중앙노동위원회)

next.westlaw.com (웨스트로, 미국 법령문헌 정보)

Abstract

A study on the scope of Fair representation duty

Lim, Cheong A

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

If two or more labor unions exist in a business or place of business, the union shall unify the bargaining window and request the employer for bargaining. Because of the exercise of the exclusive right to bargain and conclude a collective agreement of the Representative bargaining trade union, the duty of fair representation is imposed that no discrimination against a trade union that has not become a representative bargaining trade union and its members without a reasonable reason. This duty of fair representation is borne not only by the representative bargaining trade union, but also by the employer.

The duty of fair representation arises from the existence of representative bargaining trade union determined by the process of simplification of bargaining windows. Therefore, in principle, the duty of fair representation will have a range of time from the time it acquires the position of the representative bargaining trade union until

the expiration of the period of status or the loss of status. However, discrimination may occur in the case of absence of a representative union other than when a representative union exists, so it was reviewed whether "multi-union exists in a business or workplace, but before and after the opening of the bargaining window" or "no representative bargaining trade union because the employer agrees to individual bargaining." Under the current legal system, it is unlikely to be interpreted to expand the scope of time because it bears the duty of fair representation in the presence of the representative bargaining trade union through the process of unifying the bargaining window.

In relation to the scope of object of fair representation duty, according to the exclusive authority of the representative bargaining trade union stipulated in laws and the position of the Supreme Court, it is divided into a collective bargaining stage, a mediation stage, and an industrial action stage and reviewed the possibilities of violation of fair representation duty. Provided, referring to the recent ruling, the question was raised as to whether it could be regulated by the fair representation duty doctrine even in areas where the representative power of the representative bargaining trade union does not extend.

keywords : Duty of fair representation, Simplification of Bargaining Windows, Multiple labor unions, Representative bargaining trade union

Student Number : 2018-29128