

2007 노동법의 쟁점(I)

- 2007 상반기 노동법·법경제 포럼 논문집 -

문 무 기 編

서 문

한국노동연구원이 노동법·제도를 둘러싼 학제적 토론과 연찬의 장을 마련하기 위해 조직·운영하고 있는 「노동법·법경제 포럼」이 올해로 3년째가 되었다. 노동법·법경제 포럼이 노동법제와 관련된 현안 쟁점들을 심층 논의함으로써 구체적 정책방안을 제시함은 물론, 향후 우리나라 노사관계의 주요 논점으로 떠오를 가능성이 큰 이슈를 개발하고 노동법제의 중·장기적 발전방향을 모색함을 그 취지로 삼고, 이를 구체화해 왔음은 더 이상 새로울 것이 없는 주지의 사실이다. 그 동안 본 포럼에서는 노동법학자들을 중심으로 법경제학, 노동경제학, 노사관계학 및 산업사회학 등 관련 학문 분야 중견학자들의 활발한 발제·토론을 통하여 노동 현안에 대한 학제적 접근이 시도되었다. 이는 노사관계, 노동시장 및 산업현장의 현실과 그 변화를 적극적으로 고려함으로써 노동법·제도의 실효성을 제고하고자 노력했던 결과이다.

2007년은 지금까지 키워 온 노동법·법경제 포럼의 잠재력을 십분 발휘하는 한 해가 되고 있다. 변화된 노동법제의 실효성 내지 현실정합성(現實整合性)을 가늠해 보는 장이 되고 있기 때문이다. 즉 많은 입법적 변화와 새로운 제도 개선의 구체화가 활발했던 2006년 노동법·법경제 포럼의 방향타가 새로운 방향성에 대한 근원적 담론의 시도에 맞추어졌다면, 2007년의 포럼은 2006년에 마련된 법·제도적 장치에 대한 실증적 법리분석과 평가에 집중하였다. 특히 2003년 참여정부의 출범과 함께 노사관계의 핵심 개혁과제로 제기되어 지난해 말 국회를 통과한 「노사관계법·제도 선진화 방안」의 일부가 보편화된 국제노동기준(Global Standards)에 부합하면서 우리 노사관계의 현실에 맞는 새로운 노사관계의 틀을 구축하고 근로자 보호와 노동시장의 유연성 제고를 동시에 도모하겠다는 선진화 입법의 당초 목표에 과연 얼마만큼 접근되었는지에 대한 점검·평가는 그 시행 시기에 즈음하여 반드시 짚고 넘어가야 할 숙제이기 때문이다.

ii 2006 노동법의 쟁점

이를 위해 2007년 본 포럼의 연구 주제로 선정된 사항들 가운데 상반기에 발제·토론의 과정을 거쳤던 현안들, 즉 ‘경영상 이유에 의한 해고와 우선 재고용 의무’, ‘부당해고의 구제’ 등과 같은 개별적 근로관계상의 문제와 ‘필수유지업무’ 및 ‘대체근로’ 등과 같은 집단적 노사관계 영역에서의 핵심 주제 그리고 개정 노동관계법제의 개괄적 고찰 부분을 하나의 책으로 엮어 먼저 펴내게 되었다. 이처럼 절반의 논문집을 먼저 내놓게 된 것은 어쩌면 다소 성급하다는 평가가 내려질지도 모르지만, 노동관계법 개정 이후 그 해석·적용에 대한 방향성과 평가를 조속히 제시해 달라는 산업현장의 목소리를 고려하는 동시에, 하나의 완성된 논문집으로 엮기 위해 굳이 1년이라는 시간의 틀 속에 그 작업성과를 묵혀 두기에는 너무나 아깝다고 판단했기 때문이다.

2007년 하반기에도 노동법·법경제 포럼은 계속되고 있다. 여기에서는 ‘근로계약의 서면명시 및 해고사유의 서면 통지’, ‘유니언 쉘 협정’, ‘쟁의행위의 절차’, ‘노사협의회제도’, ‘노동위원회의 기능’ 등과 같은 주제가 포함되어 있다. 하반기에도 전반기 못지않은 튼실한 연구 성과가 많이 도출될 것을 기대하면서, 그 결과물을 이와 같이 펴낼 것을 산업현장의 실무진과 관련 분야의 전문가들에게 약속드리는 바이다.

목 차

서 문	i
① 개정(改定) 노동법의 개괄적 고찰과 노동조합 설립신고에 관한 몇 가지 문제	(박제성) 1
I. ‘선진화법’ 개괄적 고찰	1
II. 노동조합 설립신고 관할 행정관청의 변경 연혁	7
III. 조문 분석	12
1. “걸치다”	12
2. “단위노동조합”	15
3. “연합단체인 노동조합”	17
4. “시/군/자치구”	18
VI. 기타 문제	20
1. 설립신고증을 받은 노동조합의 자격 부인	20
2. 변경신고의 반려	25
② 정리해고에 따른 우선재고용 의무제도	(조용만) 27
I. 서 론	27
II. ILO 국제노동기준 및 외국의 제도·이론	29
1. ILO 국제노동기준	29
2. 프랑스 노동법전 상의 우선재고용제도	31
3. 미국 단체협약상의 연공서열에 의한 재고용제도	40
4. 일본의 재고용 관련 이론	44

III. 시사점 : 우선재고용 근로자의 선정기준을 중심으로	46
③ 노사관계 선진화법상의 부당해고구제제도	(유성재) 51
I. 들어가는 말	51
II. 금전보상제도	53
1. 개정법의 주요 내용	53
2. 비교법적 고찰	54
3. 문제 제기	60
4. 검토	63
III. 이행강제금제도	71
1. 개정법의 주요 내용	71
2. 비교법적 검토	72
3. 문제 제기	76
4. 검토	77
IV. 맺음말	80
④ 필수유지업무의 범위와 관련 법조항의 법리적	
해석	(문무기) 82
I. 들어가며	82
II. 직권중재제도 폐지 및 필수유지업무제도 도입의 의미	83
1. 직권중재제도에 대한 사법부 및 노동위원회의 입장	84
2. 직권중재제도 폐지의 근거	86
3. 필수유지업무제도 도입의 의의	87
III. 필수유지업무의 범위에 대한 검토	92
1. 필수유지업무 범위에 관한 공익전문가 의견	92
2. 검토 및 평가	94
IV. 필수유지업무 관련조항의 법리적 해석	95

1. 필수공익사업의 범위	96
2. 필수유지업무의 범위 설정	97
3. 필수유지업무의 실제 및 그 이행책임	98
4. 필수유지업무 협정의 법적 성격	101
5. 필수유지업무 협정의 체결 여부 및 협정의 효력 범위	102
6. 필수유지업무 협정의 유효기간 및 노동위원회의 결정기간	104
7. 필수유지업무 협정의 대상이 되는 업무의 범위	105
8. 필수유지업무 협상의 결렬과 쟁의행위	106
V. 맺음말	107
5] 대체근로 (송강직)	116
I. 논의 배경	116
II. 공익사업과 노동쟁의조정제도 및 쟁의행위 제한	117
1. 현행법	117
2. 2008년 시행 개정법	119
III. 대체근로와 기타 쟁의행위제한에 대한 입법 내용	120
1. 현행법	121
2. 2008년 시행 개정법	122
IV. 미국·일본·한국의 대체근로제도	124
1. 미 국	124
2. 일 본	134
3. 한 국	155
V. 대체근로 등의 해석론	157
1. 입법 특징	157
2. 입법상의 규정과 의문점	158
3. 구체적 의문 제기	159
VI. 결 론	163

① 개정(改定) 노동법의 개괄적 고찰과
노동조합 설립신고에 관한 몇 가지 문제¹⁾

박제성(한국노동연구원 연구위원)

I. ‘선진화법’ 개괄적 고찰

○ 법령을 한자에서 한글로 바꾼 것이 법개정인가?

법률 제7566호(2005. 5. 31) 勤勞基準法 일부 개정법률
勤勞基準法 일부를 다음과 같이 개정한다.

제명 “勤勞基準法”을 “근로기준법”으로 한다

법률 제8158호(2006. 12. 30) 勞動組合및勞動關係調整法 일부 개정법률
勞動組合및勞動關係調整法 일부를 다음과 같이 개정한다.

제명 “勞動組合및勞動關係調整法”을 “노동조합 및 노동관계조정법”으
로 한다.

법률 제8075호(2006. 12. 21) 勞動委員會法 중 개정법률
勞動委員會法 일부를 다음과 같이 개정한다.

제명 “勞動委員會法”을 “노동위원회법”으로 한다.

법률 제8295호(2007.1.26) 勤勞者參與및協力增進에관한法律 일부 개정
법률

勤勞者參與및協力增進에관한法律 일부를 다음과 같이 개정한다.

제명 “勤勞者參與및協力增進에관한法律”을 “근로자참여 및 협력증진
에 관한 법률”로 한다.

1) 2007년 3월 16일 발표 논문이다.

2 2007 노동법의 쟁점

- 그렇다면 종래 논문 등에서 ‘勤勞基準法’이라 쓰지 않고 ‘근로기준법’이라 한 것은 모두 틀린 것인가?

○ 법령 요지 등의 게시

- 단체협약의 게시 및 주지 의무

○ 근로조건의 서면명시 및 교부

- 서면으로 명시한다는 말은 취업규칙상의 동 내용을 서면으로 보여 주면 된다는 의미인가, 아니면 위 사항들에 대해서는 서면으로 근로계약을 체결해야 한다는 의미인가? 서면으로 계약을 체결한다면 당연히 계약서를 한 부씩 나눠 가질 것이므로 근로자가 요구하는 경우에만 교부한다는 것은 말이 안 된다. 취업규칙상의 내용을 서면으로 보여주면 된다는 의미라면 위 사항들에 대한 근로계약의 체결은 구두로 해도 된다는 뜻인가? 동조 위반에 대해서는 별칙이 적용되는 점을 고려
- 근로조건 서면명시 의무는 4인 이하 사업장에도 적용되는가? 근로기준법시행령 제1조의2에 의하면 법 제24조는 적용. 그런데 근로기준법 제24조의 문언에 따르면 서면명시의 대상이 되는 것은 “제20조의 규정에 따른 소정근로시간”, “제54조의 규정에 따른 휴일” 및 “제59조의 규정에 따른 연차유급휴가”이다. 그 중 제20조와 제59조는 4인 이하 사업장 적용제외 규정이다. 그렇다면 4인 이하 사업장에서 서면명시 대상에서도 제외되는가?
- 기간제근로법의 차별금지와 관련, 근로조건의 서면명시로 인해 객관적인 비교가 가능해진다. 기간제근로법 제9조에서 말하는 “차별적 처우가 있는 날”이란 이 경우 근로조건의 서면명시일이라고 할 수 있는가? 기간제 근로자보다 나중에 채용된 정규직 근로자의 근로조건이 기간제 근로자의 입장에서 볼 때 차별적인 경우 이 정규직 근로자의 근로계약 체결일이 “차별적 처우가 있는 날”이라고 볼 수 있는가? 그렇다면 정규직 근로자가 계속해서 채용되는 경우 “차별적 처우가 있는 날”도 계속해서 뒤로 이동하는가?

○ 해고사유 및 해고시기의 서면통지

- 서면으로 통지한 해고사유 외의 사유를 사용자가 소송에서 주장하거나 법원이 판단의 근거로 삼을 수 있는가?
- 해고의 정당한 이유는 있음에도 불구하고 서면으로 통지하지 않았을 때 해고의 효력 문제→절차상 흠결로 해고가 무효라고 보아야 다시 서면통지를 하여 해고할 수 있을 것.
- 근로기준법 제32조의 해고예고와 관련하여, 서면통지가 해고예고를 대신할 수 있는가? 대신할 수 있다면 30일 전에 하여야 하고 30일 분 이상의 통상임금을 지급하는 대신 30일 전 예고를 안 할 수도 있는가? 반대로 대신할 수 없다면, 두 제도는 별개의 제도로써 각각 이행되어야 할 것이다. 그러므로 사용자는 30일 전에 해고예고를 하고 다시 서면통지를 하여야 한다. 이때 서면통지는 해고일 며칠 전까지 해야 하는가? 상당한 기간? 어느 정도?

○ 재고용의무

- 채용하려는 근로자수에 비해 재고용 희망자수가 많은 경우 어떻게 재고용 우선자를 선발할 것인가? 미국처럼 연공서열로? 가장 후순위 해고자를 가장 선순위 재고용 대상자로 삼을 수 있는가? 사용자의 재량권이 인정되는가? 사용자는 재고용의무자이지 재고용권한자가 아닌데.....
- “동일한 업무”의 판단
- 재고용을 희망하는 근로자를 채용할 수 있었음에도 불구하고 다른 근로자를 신규 채용한 경우 사용자의 책임은?

○ 금전보상

- 보상금의 성격? 부당해고에 대한 제재인가? 그렇다면 근로자가 해고기간 동안 받지 못한 미지급 임금도 보상금과 별도로 다시 청구할 수 있는가? 그렇지 않고 미지급 임금을 포함한 것이라면 임금상당액 “이상”이라고 했기 때문에 미지급 임금만큼만 정해질 수도 있는데, 이 경우 부당해고에 대한 법적 제재는 어떻게 실현되는가?

4 2007 노동법의 쟁점

- 보상금의 상한선이 정해지지 않았는데, 노동위원회의 재량은 어디까지 가능한가? 금액이 적은 것을 이유로 재심청구할 수 있는가?
- 부당해고에 대해서만 금전보상이 규정되어 있다. 부당한 전직으로 인하여 사실상 계속적인 취업이 불가능한 경우도 부당해고와 마찬가지로 아닌가? 특히 구조조정의 일환으로 이루어진 부당전직의 경우 원직복직의 가능성은 거의 없다고 보아야 하지 않은가?

○ 필수유지업무

- 노조법 제42조의2: 필수유지업무의 “정당한” 유지·운영이란? ‘정상적이고 상당한’이란 뜻?, “필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해”→“필수유지업무의 정지·폐지와 그 정당한 유지·운영의 방해”
- 필수유지업무협정의 법적 성격? 노동위원회의 결정이 단체협약과 동일한 효력을 갖는다는 점을 고려하면 필수유지업무 협정도 단체협약이라고 해야 한다. 그렇다면 그 효력은 채무적 효력? 협정을 위반하여 파업에 참가한 근로자의 책임은? 파업 참가만으로 책임을 지는가, 파업 참가로 인하여 실제적인 침해가 발생하였을 때에만 책임을 지는가?
- “필수유지업무 협정이 체결되지 아니하는 때”: 어느 때가 그러한 때인가? 일방은 타결의 여지가 있다고 판단하는데 타방은 그러한 여지가 없다고 판단하여 곧장 노동위원회에 결정을 신청해 버리면? 노동위원회는 신청을 반려(?)할 수 있는가?
- 노동위원회는 신청을 받은 때로부터 얼마의 기간 안에 결정을 하여야 하는가? 결정이 나기 전에는 근로자들이 파업을 할 수 없는 것으로 되어 있는데, 그렇다면 최대한 신속하게 결정이 나와야 한다.
- 공익사업의 조정기간 15일이 적용되는가? 그렇다면 필수유지업무협정의 체결 또는 노동위원회의 결정은 이 기간 안에 종료되어야 할 것.
- 한 번 체결된 필수유지업무 협정의 효력 기간은? 일반 단체협약의 유효기간(2년)과 동일하게 처리할 수 있는가? 아니면 파업 때마다 파업의 규모에 따라 매번 정해야 하는가?

㉠ 개정(改定) 노동법의 개괄적 고찰과 노동조합 설립신고에 관한 몇 가지 문제 5

- 파업의 규모(기간과 인원)에 따라 최소한으로 유지되어야 할 업무의 범위는 달라질 수 있다. 1일 파업과 1주일 이상 계속되는 파업의 경우를 비교. 그런데 우리 현행 법제상 파업의 규모를 사전에 확정하는 것이 강제되어 있지 않은데, 그렇다면 처음에 1일 파업을 계획하였다가 상황에 따라 며칠씩 계속 끌고 갈 수도 있는가? 있다면 필수유지업무 협정을 파업의 진행 상황에 따라 유동적으로 대응할 수 있도록 체결하는 것이 가능한가?

○ 대체근로

- 노조법 제43조 제4항: “파업참가자”→태업의 경우는 대체근로 금지?
- 파업참가 근로자 100분의 50을 어떻게 계산하는가? 노조법 제11조 규약 기재사항 중 “쟁의행위와 관련된 찬반투표 결과의 공개, 투표자 명부 및 투표용지 등의 보존, 열람에 관한 사항”을 이용하여 계산할 수 있을까? 즉 찬반투표에서 찬성표의 절반을 “파업참가 근로자 100분의 50”으로 볼 수 있는가?
- 필수유지업무에 투입된 근로자를 제외한 파업참가자의 대체가 가능한가? 필수공익사업의 파업 때 대체근로를 허용한 것은 최소한의 업무가 유지될 수 있도록 하기 위한 것인데 이미 필수유지업무 제도에 의하여 필수공익사업의 파업 때 최소한의 업무가 유지되고 있다면 다시 파업참가자의 대체를 허용하는 것은 필수유지업무 제도의 취지를 무색케 하는 것으로서 허용되지 않는다고 해야 할 것이다. 그런데 노조법 제43조 제3항은 필수공익사업의 파업 때 필수유지업무 제도가 기능한다는 점을 전혀 고려하지 않은 채 규정되어 있다. 이에 따라 필수유지업무를 충족하고 남은 인력이 파업에 참가하는 경우에 다시 그 파업참가자의 100분의 50을 대체할 수 있다는 해석이 가능하다.

○ 유니언숍

- 유니언숍 협정은 기업별 단위노동조합만 체결할 수 있는가?

6 2007 노동법의 쟁점

- 유니언숍 노조를 탈퇴한 근로자에 대한 해고는 “신분상” 불이익한 행위인가, “계약상” 불이익한 행위인가?
- 프라이버시를 최초로 법적 보호 대상으로 규정한 미국 연방대법원 판사 루이스 브랜다이스는 프라이버시를 “권력이나 타인으로부터 자유로울 수 있는 이른바 홀로 남겨질 권리”로 개념화. 근로자의 단결하지 아니할 자유는 달리 말하면 ‘홀로 남겨질 자유’. 이를 인정하지 아니하고 단결을 강제하는 것은 프라이버시 침해는 아닌지.

○ 노사협의회 사전 자료 제공

- 기업의 경영상, 영업상 비밀에 해당하는 경우에는 사전 자료 제공 의무에서 제외시키면 껍데기만 남지 않는가? 제16조에서 협의회 위원의 비밀유지의무를 규정하고 있는 취지와 상반. 사전에 제공할 수 없는 자료를 협의회 회의 석상에서는 제공할 수 있겠는가?

○ 노동위원회 위원 선정 절차

- 사용자위원은 사용자단체가 추천하는데, 누가 사용자단체인가? 법에서는 누가 사용자단체인지를 정하고 있지 않은데..... 경총이 “사실상” 추천한다고 해서 경총을 사용자단체라고 볼 수 있는가? 노동위원회법상의 사용자단체와 노조법상의 사용자단체는 다른 개념인가, 같은 개념인가?
- 법 제6조 제3항의 공익위원 순차배제 규정은 공익위원이 실은 공익위원의 탈을 쓴 근로자위원 또는 사용자위원임을 인정하는 것 아닌가? 실질적으로 공익을 대표하는 위원이라면 노사의 순차배제 규정은 어울리지 않는다.

II. 노동조합 설립신고 관할 행정관청의 변경 연혁

1953. 3. 8. 제정 노동조합법 제11조 및 시행령 제11조: 당해 노동조합의 주사무소 소재지를 관할하는 특별시장 또는 도지사
- * 규약의 취소, 변경을 명할 수 있는 행정관청(제13조): 특별시장 또는 도지사를 말한다. 단, 연합체인 노동조합과 2 이상의 특별시와 도에 걸쳐서 조직된 노동조합인 경우와 당해 지역이 2 이상의 특별시와 도에 걸친 경우에는 사회부장관으로 한다(시행령 제13조).
1963. 4. 17. 개정 노동조합법 제13조 및 시행령 제7조: 당해 노동조합의 주된 사무소의 소재지를 관할하는 서울특별시장, 부산시장 또는 도지사
1963. 12. 7. 개정 노동조합법 제13조: 전국적인 규모를 가진 노동단체는 노동청장, 지역별 또는 기업별 노동단체는 서울특별시장, 부산시장 또는 도지사
1973. 3. 13. 개정 노동조합법 제13조: 연합단체인 노동조합과 2개 도(서울특별시·부산시 포함) 이상에 걸치는 노동조합은 노동청장, 그 외의 노동조합은 서울특별시장, 부산시장 또는 도지사
1980. 12. 31. 개정 노동조합법 제13조 제3항: 연합단체인 노동조합과 2개 도(서울특별시, 부산시 포함) 이상에 걸치는 단위노동조합은 노동청장, 그 외의 노동조합은 서울특별시장, 부산시장 또는 도지사
1981. 4. 8. 개정 노동조합법 제13조 제3항: 연합단체인 노동조합과 2개 도(서울특별시, 부산시 포함) 이상에 걸치는 단위노동조합은 노동부장관, 그 외의 노동조합은 서울특별시장, 부산시장 또는 도지사
1987. 11. 28. 개정 노동조합법 제13조 제1항: 연합단체인 노동조합과 2개 도(서울특별시·직할시 포함) 이상에 걸치는 단위노동조합은 노동부장관, 그 이외의 노동조합은 서울특별시장, 직할시장, 도지사
1996. 12. 31. 제정 노동조합및노동관계조정법 제10조 제1항: 노동부장관

8 2007 노동법의 쟁점

1997. 3. 13. 제정 노동조합및노동관계조정법 제10조 제1항: 노동부장관
1998. 2. 20. 개정 노동조합및노동관계조정법 제10조 제1항: 연합단체인
노동조합과 2 이상의 특별시, 광역시, 도에 걸치는 단위노동조합은
노동부장관, 그 외의 노동조합은 특별시장, 광역시장, 도지사

현행 노동조합및노동관계조정법(2006. 12. 30. 법률 제8158호 이하 노조
법이라 한다) 제10조 제1항

“노동조합을 설립하고자 하는 자는 다음 각호의 사항을 기재한 신고서
에 제11조의 규정에 의한 규약을 첨부하여 연합단체인 노동조합과 2 이
상의 특별시, 광역시, 도, 특별자치도에 걸치는 단위노동조합은 노동부장
관에게, 2 이상의 시, 군, 구(자치구를 말한다)에 걸치는 단위노동조합은
특별시장, 광역시장, 도지사에게, 그 외의 노동조합은 특별자치도지사, 시
장, 군수, 구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 제12조 제1항에서 같
다)에게 제출하여야 한다.”

[개정법의 취지]

‘노사관계 선진화 입법 설명자료’(노동부 노사정책국 2007. 1.)가 밝히
고 있는 개정법의 취지는 다음과 같다(7면 참조).

기존 법에서 연합단체인 노동조합과 2 이상의 특별시, 광역시, 도에 걸
치는 노동조합 관련 업무는 노동부장관이 처리하도록 하고 나머지는 특
별시장, 광역시장, 도지사가 처리하도록 하고 있었으나 특별시, 광역시,
도는 조례에 의해 이를 시, 군, 구에 위임하여 처리하도록 하고 있었다.

2005년 5월 지방이양추진위원회에서 지방분권 강화를 위해 노동조합
설립 등 18개 업무를 특별시, 광역시, 도에서 시, 군, 구로 권한을 이양하
기로 결정하였다.

지방이양추진위원회의 의결 내용에 따라 18개 업무를 시, 군, 구로 이
양하여 지방자치단체의 자치권을 강화한 것이 개정법의 취지이다.

한편, ‘제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법’(2006.
2. 21. 법률 제7849호. 이하 ‘제주특별자치법’이라 한다)에 따라 제주특별

자치도가 신설됨에 따라 개정법에서 특별자치도를 일반도와 구별하여 별도로 명시하고 제주특별자치도의 경우 산하에 시나 자치구가 없으므로 해당 지역 단위노동조합은 특별자치도에 노동조합 설립신고서를 제출하도록 하였다.

노동부의 설명과 무관하게 개정법의 필요성을 이해할 수 있는 사례들

◆ 사례 1

○ 사실관계

전국자동차노동조합연맹 충남택시 노동조합의 설립신고서를 대전시장이 자기의 이름으로 반려했던 사건에서 노동조합은 대전시장의 반려처분은 권한 없이 이루어진 무효의 처분이라고 주장하면서 노동조합설립신고서 반려처분취소소송을 제기.

○ 원심(서울고법 1987. 3. 4. 선고 86구1074 판결)

노동조합법 제13조 제3항에 의하면 노동조합의 설립신고는 노동부장관이나 도지사에게 하도록 규정되어 있고 충청남도 사무의 시·군 위임조례 제2조 별표 420에 의하면 노동조합의 설립, 변경 또는 해산신고에 관한 권한이 충청남도지사로부터 그 산하 시장, 군수에게 내부위임되어 있을 뿐이므로 권한의 내부위임을 받은 피고로서는 충청남도지사의 이름으로 노동조합 설립신고에 관한 사무를 사실상 대행처리할 수 있을 뿐인데도 피고(대전시장)가 자기의 이름으로 이 사건 신고서를 반려했던 것은 권한 없이 이루어진 무효의 처분이라고 판시.

○ 대법원 1988. 1. 19. 선고 87누412 판결

지방자치에 관한 임시조치법 제5조의2는 지방자치단체가 조례로 지방자치단체의 장에게 속한 권한의 일부를 위 법조 소정의 기관이나 단체에 위임할 수 있도록 하는 권한위임에 관한 일반적인 근거 규정이라고 풀이되므로 도지사의 권한에 속하는 노동조합의 설립신고에 관한 사무가 도사무의 시·군 위임조례에 의하여 그 산하 시장·군수에게 위임되어 있다면 그 권한위임을 받은 시장·군수는 자기의 이름으로 그에 관한 사무를 처리할 수 있다고 하여 원심 파기.

- * 지방자치에 관한 임시조치법(1981. 4. 4. 법률 제3412호로 개정된 법률) 제5조의2 : “지방자치단체의 장은 조례가 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관 또는 소속 행정기관에 위임하거나 다른 지방자치단체 기타 공공단체 또는 그 기관이나 법인 또는 단체에 위임 또는 위탁할 수 있다. 이 경우, 법인 또는 단체에 위임, 위탁할 수 있는 사무는 주민의 권리, 의무와 직접 관계되지 아니하는 사무에 한한다.”(1988. 4. 6. 법률 제4004호에 의하여 본 법이 폐지됨)
- * cf. 지방자치법(1949. 7. 4. 법률 제32호로 제정된 법률) 제106조: “지방자치단체의 장은 그 권한에 속하는 사무의 일부를 소속 직원에게 위임하거나 그 관할구역 내에 있는 행정청 또는 자치단체의 장에게 위임할 수 있다.”→내부위임에 관한 규정이 아니고 권한위임에 관한 규정(대법원 1977. 4. 12. 선고 77누4 판결): 1988년 대법원 판결이 참조하고 있는 판결.
- * 권한위임과 내부위임의 구별(대법원 1986. 12. 9. 선고 86누569 판결)

행정권한의 위임(권한위임)은 위임관청이 법률에 따라 특정한 권한을 수임관청에 이전하는 권한에 대한 법적 귀속의 변경. 따라서 법률이 그 위임을 허용하고 있는 경우에 한하여 인정된다→수임자가 자기의 이름으로 그 권한을 행사할 수 있다.

내부위임은 행정관청의 내부적인 사무처리의 편의를 도모하기 위하여 그 보조기관 또는 하급행정관청으로 하여금 그 권한을 사실상 행하게 하는 데 그치는 것→수임자는 위임관청의 이름으로 이를 할 수 있을 뿐이지 자기의 이름으로는 할 수 없다.

☞ 이에 따르면 노조법 제87조 및 시행령 제33조에서 규정하고 있는 노동부장관의 권한의 위임은 ‘권한위임’에 해당한다. 따라서 각 지방노동관서의 장은 자기의 이름으로 권한을 행사한다.

◆ 사례 2

○ 사실관계

주한프랑스대사관 노동조합은 서대문구청장에게 노동조합 설립신고서

를 제출하였으나 서대문구청장은 위 노동조합의 대표자가 해고되어 임원의 자격을 가질 수 없어 노동조합의 결격 사유에 해당한다고 하여 신고서를 반려. 이에 노동조합은 서울특별시장을 상대로 노동조합설립신고서반려처분취소소송을 제기.

○ 원심을 인용한 대법원 1989. 11. 14. 선고 89누4765 판결

행정처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 행정소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분을 행한 행정청을 피고로 하여야 하며, 행정처분을 행할 적법한 권한 있는 상급 행정청으로부터 내부위임을 받은 데 불과한 하급 행정청이 권한 없이 행정처분을 한 경우에도 실제로 그 처분을 행한 하급 행정청을 피고로 할 것이지 그 상급 행정청을 피고로 할 것은 아니다. 따라서 노동조합 설립신고서의 수리 및 반려는 피고(서울특별시)의 권한에 속한다 할 것이어서 피고로부터 내부위임을 받은 데 지나지 아니하는 서대문구청장이 그 명의로 설립신고서 반려의 결정을 한 이 사건 행정처분은 위법하다고 할 것이나 그렇다 하더라도 그 처분의 취소 또는 무효확인을 구하는 소송은 반려처분을 한 서대문구청장을 상대로 할 것이지 그 처분을 하지 아니한 피고를 상대로 할 것은 아니다.

* 행정소송법(1984. 12. 15. 법률 제3754호로 전문개정된 법률)

제13조 (피고적격)

① 취소소송은 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 그 처분 등을 행한 행정청을 피고로 한다. 다만, 처분 등이 있는 뒤에 그 처분 등에 관계되는 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 이를 승계한 행정청을 피고로 한다.

② 제1항의 규정에 의한 행정청이 없게 된 때에는 그 처분 등에 관한 사무가 귀속되는 국가 또는 공공단체를 피고로 한다.

* 서울특별시 행정권한 위임 조례(1989. 11. 16. 조례 제2523호로 개정된 조례)는 근로자 1,000명 미만 사업장의 노동 업무(2개 구 이상에 걸치는 사업장 제외) 중 다음의 사항을 구청장에게 위임하고 있다.

- 노동조합의 설립, 변경 및 해산 신고
- 규약의 변경, 보완명령 및 결의처분의 시정명령

- 임시총회 또는 대의원회 소집권자 지명
- 자료조사
- 해산사유의 존재 결정
- 단체협약 신고 수리 및 변경, 취소명령
- 노동쟁의에 관한 폭력행위 등 중지명령
- 노동쟁의 발생신고
- 직장폐쇄 신고
- 중재 요구

(위 사건 당시에는 서대문구청장에게 노동조합 관련 사무를 위임하는 조례가 없었음)

Ⅲ. 조문 분석

1. “걸치다”

둘 이상의 시/도(넓은 의미)에 걸치는 노동조합이라고 할 때, “걸치다”라는 말의 의미는 무엇인가?

○ “걸치다”라는 말의 모호함이 빚은 사례들

◆ 사례 1

2000. 9. 19. 영등포구청이 전국건설운송노동조합(레미콘운송차주) 설립신고증을 교부하자 레미콘협회 등에서 동 노조는 전국단위 노조이므로 노동부 관할이며, 따라서 영등포구청의 신고증 교부처분은 권한 없는 관청의 행정처분이라는 이의 제기.

◆ 사례 2

2001. 2. 1. 서울 강서구청이 기존 홍익회노조와 조직대상이 중복된다며

홍익매점노조 설립신고서를 반려하였으나 울산 동구청에 재차 제출, 설립신고증 교부.

◆ 사례 3

2001. 4. 21. 삼성상용차 희망퇴직자들이 삼성그룹노조를 설립, 서울 관악구청에 3차례 설립신고하였으나 희망퇴직자는 근로자가 아니라는 이유로 모두 반려, 이에 대구 남구청에 재차 설립신고서를 제출하여 설립신고증 교부.

○ 표준국어대사전에 따르면

① 지는 해나 달이 산이나 고개 따위에 얹히다 ② 일정한 횟수나 시간, 공간을 거쳐 이어지다 ③ 가로질러 걸리다 ④ 어떤 물체를 다른 물체에 얹어 놓다 ⑤ 옷이나 착용구 또는 이불 따위를 아무렇게나 입거나 덮다 ⑥ 음식을 아무렇게나 대충 먹다.

그렇다면 예컨대, 서울에서 부산에 걸친 노동조합→걸치다의 사전적 의미를 살린다면 그것은 서울과 부산을 ‘이으면서’ 조직하는 노동조합이라는 의미가 된다. 따라서 서울과 부산만 조직하는 노동조합은 제외된다.

○ 세 가지 정도의 경우의 수를 상정할 수 있다.

- ① 조합원이 2 이상의 행정 단위에 거주하고 있다는 의미
- ② 노동조합의 조직이 2 이상의 행정 단위에 설치되어 있다는 의미
- ③ 규약상 조직 범위가 2 이상의 행정 단위를 포함하고 있다는 의미

○ 노동부 지침(노조 68101-1279, 2001. 11. 26.)

구법에서 “2 이상의 특별시, 광역시, 도에 걸치는 단위노동조합”의 의미를 노동조합의 조직(지부나 분회)을 기준으로 판단하던 지침을 노동조합의 규약상 조직 범위를 기준으로 판단하는 것으로 변경(다만, 기업별 노동조합의 경우는 규약상 조직 범위와 실제 조합원의 분포 범위에 따라 판단).

이에 따르면 규약상 전국 또는 2 이상의 시/도 규모의 산업별/직종별/그룹별/기업별 단위노동조합의 사무가 노동부 관할이 된다.

그리고 규약상 하나의 시/도만을 조직 범위로 하는 지역별 단위노동조합 및 조합원이 특정 지역의 사업장에만 분포되어 있는 기업별 노동조합만이 자치단체의 관할이 된다.

※ 변경 이유

1. 신고증이 교부되지 말았어야 할 사안에서 “노사관계 전문성이 상대적으로 부족한 자치단체에서 신중한 검토 없이 설립신고증을 교부, 악성 노사분규로 비화되는 사례가 발생”하고 있다.
2. 노동조합의 조직 확대에 따른 관할 관청의 잦은 변경으로 노동조합 업무의 효율적 수행이 곤란하다.

위에서 예로 든 세 가지 사안은 사실상 전국적으로 분포하고 있는 근로자들을 조직하고 있는 단위노동조합이지만 지부나 분회를 두지 않아 종전의 노동부 지침에 따를 경우 2 이상의 시/도에 걸치는 노동조합이 아니게 되어 자치단체가 관할관청이 된 사건들이다.

☞ 법에서 규정한 관할권의 소재가 노동부의 지침에 따라 변경될 수 있는가?

☞ 동일한 지역에서 하나의 기업에 조직 대상을 달리하는 2 이상의 단위노동조합이 조직되어 있고 이 노동조합들이 하나의 기업별 연합단체를 구성한 경우

- 노동부 지침: 규약상 조직 범위 및 조합원 분포 기준→기업 소재지 자치단체
- 법문: 연합단체는 노동부장관 관할(infra. 3. “연합단체인 노동조합” 참조)

개정법은 위 노동부 지침으로도 해결할 수 없는 새로운 문제를 야기. 노동조합의 조직 범위가 행정 단위 전체가 아니라 그 중 일부만을 대상으로 하고 있는 경우의 관할권 문제 발생.

예) 울산광역시와 경상북도를 조직하는 단위노동조합이라면 노동부장관의 관할이 되겠지만, 울산광역시와 경상북도 포항시를 조직 범위로 하는 단위노동조합의 관할권은 누구에게 있는가?

* 법 개정 이전 노동부 지침에 따르면 이 경우는 규약상 2 이상의 시/도에 걸치는 노동조합이 되어 노동부장관의 관할이 된다.

그러나 법개정으로 인해 노동부장관의 관할인지 자치단체장의 관할인지 모호하게 되었다.

→ 노동부장관의 관할이라고 할 경우에는 권한의 위임에 의하여 노동조합의 주된 사무소의 소재지를 관할하는 지방노동관서의 장이 관할권을 갖는다.

* 이 경우 “2 이상의 특별시, 광역시, 도, 특별자치도에 걸치는 단위노동조합”의 의미는 ‘조직 범위가 2 이상의 행정 단위를 대상으로 하면서 특별시/광역시/도/특별자치도 중의 어느 하나라도 포함되는 경우’라는 의미.

그렇지 않고 만약 ‘특별시의 일부, 광역시의 일부, 도의 일부라도 특별시/광역시/도로 본다’는 의미라고 하면 “2 이상의 시/군/자치구에 걸치는 단위노동조합”을 특별시장/광역시장/도지사의 관할로 한 규정과 배치.

→ 자치단체장의 관할이라고 할 경우, 노동조합의 주된 사무소의 소재지에 따라 관할권을 달리할 근거가 없는바, 관할 행정관청은 울산광역시장인가 경북도지사인가?

* 이 경우 “2 이상의 특별시, 광역시, 도, 특별자치도에 걸치는 단위노동조합”의 의미는 ‘해당 행정 단위 전체를 조직 범위로 하는 노동조합’이라는 의미로 해석된다.

☞ 그렇다면 “걸치다”라는 의미는 조합원의 거주가 될 수 없다. 왜냐하면 하나의 특별시 산하의 모든 시, 군, 구마다 조합원이 거주하고 있어야 한다는 것이 되기 때문에 불합리하다. 또한 노동조합의 조직도 될 수 없다. 왜냐하면 조합원도 없는데 모든 시, 군, 구마다 노동조합 조직을 설치해야 한다는 것은 불합리하기 때문이다. 결국 “걸치다”라는 의미는 규약상 조직 범위를 의미한다고 해석해야 한다.

2. “단위노동조합”

① 개인 근로자가 구성원이 되는 노동조합 (김유성)

② 근로자가 직접 개인 자격으로 노조에 가입하고 독자적인 단체로서

의 규약과 기관을 가지고 활동하는 노동조합 (김형배)

③ 구성원이 근로자 개인인 노동조합 (임종률)

위 세 학설의 공통점은 연합단체인 노동조합은 노동조합을 구성원으로 하는 노동조합을 의미한다고 본다. 그리고 ① 설과 ③ 설은 노동조합과 근로자 개인을 모두 구성원으로 하는 노동조합은 ‘혼합노조’라 부르고 있다.

그러나 우리 법은 “연합단체인 노동조합”과 “단위노동조합”만을 알 뿐, 혼합노조라는 개념을 알지 못한다. 그렇다면 노동조합과 근로자 개인 모두가 구성원이 되는 노동조합은 우리 법상 금지되는가?

→ 금지된다면: 노동조합자유설립주의(노조조직형태결정의 자유)에 반한다.

→ 금지되지 않는다면: 그것은 ‘단위노동조합’인가, ‘연합단체인 노동조합’인가?

☞ 2 이상의 시/군/구에 걸치는 혼합노조의 관할권은 누구에게 있는가?

* 혼합노조를 “그 외의 노동조합”으로 볼 수 있는가?

긍정한다면: 모든 혼합노조는 조직 범위에 상관 없이 특별자치도지사/시장/군수/자치구청장의 관할이 된다.

④ 연합단체가 아닌 노동조합(법조문의 규정 형식으로 볼 때): 이 경우 혼합노조는 단위노조가 된다.

* 우리 노동법의 역사에서 “단위노동조합”의 개념을 정의한 것은 1953년 제정 노동조합법시행령 제1조가 유일하다: “노동조합법에서 단위노동조합이라 함은 동일한 사업장에서 근무하는 근로자를 조합원으로 하여 조직된 것을 말한다.”

→ 단위노동조합=기업별 노동조합

우리 법에서 단위노동조합과 연합단체를 구분하고 있는 규정은 설립 신고, 총회 의결사항 및 임시총회 소집 관련 규정들 뿐이다. 그 외 노동조합의 실질적 권한과 관련한 규정들은 모두 단위노동조합과 연합단체의 구분을 하지 않고 있다.

이 중에서 단위노동조합과 연합단체의 구분이 실질적인 의미를 갖는

것은 설립신고와 관련된 경우뿐이다.

- ☞ 노동조합 관련 업무를 노동부로 일원화하여 노동조합의 조직 형태가 단위노동조합이든 연합단체이든 상관없이 주된 사무소의 소재지 관할 지방노동관서가 업무를 관할하게 하면, 단위노동조합과 연합단체의 구분은 필요 없게 된다. 다만, 이 경우에도 시행령 제33조 제1항의 단서 “연합단체인 노동조합과 전국규모의 산업별 단위노동조합에 대한 권한은 이를 제외한다” 부분을 삭제할 필요가 있다.

3. “연합단체인 노동조합”

노조법 제10조 제2항에서는 “연합단체인 노동조합”을 “동종 산업의 단위노동조합을 구성원으로 하는 산업별 연합단체”와 “산업별 연합단체 또는 전국 규모의 산업별 단위노동조합을 구성원으로 하는 총연합단체”로 규정하고 있다.

이 조문은 모든 조직 유형의 연합단체를 포괄하지 못하고 있다. 예를 들면, 동일한 지역의 단위노동조합과 연합단체를 구성원으로 하는 지역별 연합단체 또는 상이한 산업의 단위노동조합을 구성원으로 하는 연합단체가 빠져 있다.

학설은 이 조문이 연합단체인 노동조합의 일반적 정의 규정이 아니라 설립신고와 관련하여 연합단체의 유형을 예시한 규정으로 해석한다(김유성, pp.79~80; 김형배, pp.682~683; 임종률, p.52).

→ 모든 형태의 연합단체는 “연합단체인 노동조합”으로서 노동부장관에게 설립신고서를 제출하여야 할 것.

※ 대법원 1993. 5. 25. 선고 92누14007 판결

이질적 업종이 포함되고 다른 산업별 연합단체에 속하지 아니하는 업종을 대상으로 하는 단위노동조합으로 구성된 전국연합노동조합연맹은 노조법 제10조 제2항 소정의 산업별 연합단체나 총연합단체는 아니다. (……) 제2조 소정의 연합단체의 정의에는 합치되므로 동조 소정의 연합단체인 노동조합이라고는 할 수 있다. (……) 위 연맹은 제10조 제2항 소

정의 산업별 연합단체가 아닌 비정형적인 연합단체에 불과하고 산업별 연합단체인 전국병원노동조합연맹과는 조직 형태가 동일하지 아니하여 “조직이 기존의 노동조합과 조직대상을 같이하는 경우”에 해당하지 아니한다.

4. “시/군/자치구”

전에 특별시장, 광역시장 및 도지사의 관할 중에서 2 이상의 시, 군, 구에 걸치는 단위노동조합 관련 사무만 남고 그 외의 노동조합(즉, 하나의 시, 군, 구에 걸치는 단위노동조합과 하나의 특별자치도에서만 조직된 단위노동조합) 관련 사무는 시장, 군수, 구청장 및 특별자치도지사의 관할로 넘어갔다.

제주특별자치도에는 그 관할 구역 안에 지방자치단체인 시와 군을 두지 아니하기 때문에(제15조 제1항. 그러나 지방자치단체가 아닌 시(행정시)는 존재한다. 제2항 참조) 그 지역의 단위노동조합은 특별자치도지사에게 노동조합 설립신고서를 제출하도록 한 것이다.

▶ 제주특별자치도의 두 행정시(제주시와 서귀포시)에 걸치는 단위노동조합은 어디에 설립신고서를 제출하는가?

- 법문에서는 구에 대해서만 자치구를 말한다고 명시할 뿐, 시와 군에 대해서는 그것이 지방자치단체인 시와 군인지 여부를 명시하지 않고 있다. 따라서 법문상으로는 일반 행정시와 행정군도 포함되는 것으로 해석된다. 그렇다면 제주시와 서귀포시에 걸친 단위노동조합 관련 사무의 관할은 제주특별자치도지사에게 있는 것이 아니라 특별시장, 광역시장 또는 도지사에게 있는 것인가?

* 개정법에서 일반도와 특별자치도를 구분하고 일반 도지사과 특별자치도지사를 구분하고 있기 때문에 2 이상의 시, 군, 구에 걸치는 단위노동조합 관련 사무를 관할하는 도지사에게 특별자치도지사는 포함되지 않는다고 해석해야 할 것이기 때문이다.

- 다만, 제주특별자치법 제1조 제3항에서 “다른 법령에서 지방자치

단체의 장, 도지사 또는 시장, 군수를 인용하고 있는 경우에는 각각 제주특별자치도지사를 포함한 것으로 보아 당해 법령을 적용한다”라고 규정하고 있기 때문에 노조법 제10조 제1항에서 말하는 “도지사”에 제주특별자치도지사도 포함된다고 해석하여 제주시와 서귀포시라는 2 이상의 시에 걸치는 단위노동조합의 설립신고서는 제주특별자치도지사에게 제출하여야 한다고 해석하는 방법은 있다.

▶ 2 이상의 시, 군, 구(자치구)에 걸치는 노동조합은 특별시장, 광역시장, 도지사에게 설립신고서를 제출하여야 한다고만 규정하였기 때문에 해당 시, 군, 구가 속해 있는 특별시의 장, 광역시의 장, 도의 지사를 말하는 것인지, 아니면 다른 특별시의 장, 광역시의 장, 도의 지사도 포함되는 것인지 불분명하다.

* 노동부장관의 관할인 경우 권한의 위임에 따라 노동조합의 주된 사무소의 소재지를 관할하는 지방노동관서가 관할 행정관청이 되기 때문에 문제가 없지만 자치단체가 관할 행정관청이 되는 경우에는 이러한 규정이 없기 때문에 문제 발생.

* 노조법 제10조 제1항의 신고사항 중에 “주된 사무소의 소재지”라는 사항이 있고, 시행령 제10조에서 주된 사무소의 소재지 변경을 신고하는 경우로서 그 주된 사무소의 소재지를 다른 행정관청의 관할 구역으로 이전하는 경우에는 새로운 소재지를 관할하는 행정관청에게 변경신고를 하여야 한다고 규정하고 있는데, 이로부터 자치단체가 관할 행정관청이 되는 경우에도 노동조합의 주된 사무소의 소재지를 관할하는 행정관청이 노동조합 설립신고의 관할 행정관청이 된다고 유추 해석하는 길은 있다.

현재와 같이 노동조합의 조직 범위에 따라 노동부장관→특별시장 등→시장 등에게 설립신고서를 제출하도록 하고 있는 것은 지나치게 위계적이다.

총 6개의 지방노동청과 40개의 지청이 전국을 관할하고 있다. 서울지방노동청(12개의 지청), 경인지방노동청(7개의 지청), 대전지방노동청(4개

의 지청), 광주지방노동청(5개의 지청), 대구지방노동청(5개의 지청), 부산지방노동청(7개의 지청).

따라서 노동조합의 사무소(사무소가 둘 이상인 경우에는 주된 사무소)의 소재지를 관할하는 지방노동관서의 장에게 설립신고서를 제출하도록 하는 것이 간명하다.

* 노조법 시행령 제33조는 노동부장관의 관할에 속하는 권한의 위임을 위와 같은 방식으로 규정하고 있다.

1997년 제정 노동조합및노동관계조정법은 노동조합 설립신고 관련 업무를 노동부장관으로 일원화하였다. 1997년 제정법의 이유를 보면 “노동조합 관련 업무의 전문적·효율적인 수행을 위하여 노동조합의 설립신고 등에 관한 업무를 노동부장관이 담당하게 함”이라고 되어 있다.

1998년 개정법에서 이를 다시 노동부장관과 지방자치단체로 이원화하였다. 개정 이유를 보면 “노동부장관이 담당하고 있는 노동조합 관련업무 중 일부를 시·도지사에게 이관함으로써 지역경제발전을 도모하고(……)”라고 되어 있는데, 노동조합 설립신고 관련 업무를 관할하는 것이 지역경제발전의 도모에 어떻게 연관되는지 이해할 수 없다.

VI. 기타 문제

1. 설립신고증을 받은 노동조합의 자격 부인

◆ 서울행법 2002. 4. 30. 선고 2001구47029 판결

○ 사실관계

레미콘운송차주들이 2000년 9월에 전국건설운송노동조합을 설립하고 같은 달 19일 영등포구청에 노동조합 설립신고를 하고 같은 달 22일 영등포구청장으로부터 신고증을 교부받은 후 제일콘크리트공업(주)에 단체교섭을 요구하였으나 회사는 레미콘운송차주들이 근로자가 아니므로 노동

조합을 인정할 수 없다는 등의 이유로 단체교섭에 응하지 않았다. 이에 노동조합은 서울지방노동위원회에 부당노동행위구제신청을 하였다. 서울지노위는 2001. 7. 9. 참가인 등이 노조법상의 근로자에 해당하므로 건설운송노조는 합법적인 노동조합으로 봄이 타당하고, 회사가 노조의 존재 자체를 부정하며 교섭을 거부한 행위는 부당노동행위에 해당한다고 판정하였다. 회사가 이에 불복하여 중앙노동위원회에 재심신청하였으나, 중노위 역시 2001. 10. 30. 서울지노위의 판정과 같은 취지로 재심신청을 기각하는 판정을 하였다. 이에 회사가 중노위 재심 판정의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다.

○ 법원의 판단

레미콘운송차주들은 회사에 대하여 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 노조법 소정의 근로자로 볼 수 없다. 그렇다면 그들을 구성원으로 하는 건설운송노조나 제일분회 또한 노조법상의 적법한 노동조합이라고 할 수 없으므로, 회사가 단체교섭 요구를 거부하였다 하더라도 부당노동행위가 성립하지 않는다.

○ 쟁점

노동위원회나 법원은 공히 레미콘운송차주들이 노조법 소정의 근로자에 해당하는지 여부를 따지고, 그에 따라 이들이 결성한 노동조합이 노조법 소정의 노동조합인지를 따진 후 사용자의 부당노동행위가 성립하는지를 따지고 있다. 즉 노동위원회와 법원은 레미콘운송차주들이 노조법 소정의 근로자인지 여부에 대해서만 의견을 달리하고 있다. 그렇다면 건설운송노조가 교부받은 신고증의 효력은 어떻게 되는가?

노동조합 설립신고에 대한 행정관청의 심사 범위는 형식적인 심사에 그친다고 보아야 한다. 그렇지 않고 실질적 심사 권한을 인정하게 되면 설립신고 제도가 설립허가 제도로 변질되는 길을 피할 수 없기 때문이다. 따라서 비록 노동조합의 자격 요건에 흠결이 있는 경우라 하더라도 신고서가 온전히 작성되어 있다면 행정관청으로서 신고증을 교부해야 할 것이다. 그러나 행정관청이 신고증을 교부하였다고 하여 실질적 요건을 갖추지 못한 단체가 노동조합이 되는 것은 아니며, 신고증 교부에 의하여

그 흠결이 치유되는 것도 아니다. 따라서 구체적인 사건에서 법원은 신고증 교부 여부와 상관없이 해당 단체가 노조법 제2조 제4호 소정의 요건을 갖추고 있는지 여부를 살펴야 한다: 같은 취지로 정인섭, 「지부 단위의 조직변경 결의」, 『노동법연구』 18, 2005 상반기, pp.331~335.

그런데 행정행위의 공정성(公定性)에 의할 때 설립신고증 교부 처분은 비록 하자가 있어도 그것이 중대, 명백하여 무효로 인정되는 경우 외에는 잠정적인 통용력이 인정되어 권한 있는 기관이 취소하기 전까지는 그 상대방은 물론이고 행정청과 제3자를 구속하는 힘을 가진다. 또한 확정성(불가쟁력 및 불가변력)에 따를 때 행정행위는 비록 위법한 것이라도 그 하자가 중대, 명백하여 무효가 되는 경우를 제외하고는 일정한 기간이 지나면 그 효력을 더 이상 다툴 수 없게 된다. 또한 행정행위는 당해 행위의 성질 또는 법적 안정성 등의 견지에서 처분청 자신도 취소, 변경, 철회할 수 없는 경우가 있다.

* 행정심판법 제18조는 심판 청구기간을 규정하고 있지만, 사용자는 하자 있는 노동조합 설립신고증 교부 처분의 취소를 구할 수 있는 자격이 인정되지 않는다: 대법원 1997. 10. 14. 선고 96누9829 판결.

* 행정소송법.

제20조 (제소기간)

① 취소소송은 처분 등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조 제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다.

② 취소소송은 처분 등이 있는 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 재결이 있는 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

③ 제1항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.

요컨대, 행정소송법상의 제소기간이 경과하여 행정행위의 불가쟁력이 발생함에 따라 하자 있는 설립신고증 교부 처분의 효력이 확정된 경우에도, 법원은 사후에 해당 노동조합의 자격을 부인할 수 있는가?

현행법은 허위신고에 대해서는 아무런 벌칙이나 과태료 규정을 두지 않고 변경신고 위반에 대해서만 과태료를 부과하고 있다. 그것은 허위신고에 대해서는 ‘실질적 심사’를 통해서 신고서를 반려할 것을 예정하고 있기 때문이라고 생각된다. 실질적 심사를 전제하는 한 그것은 부당하다. 따라서 완전한 형식적 심사를 전제로, 나중에 법원에 의하여 판명되는 경우, 허위의 신고에 대해서도 과태료를 부과하는 방안이 타당하다.

형식적 심사라고 할 때, 노조법 부칙 제5310호 제3조는 “이 법 시행 당시 종전의 규정에 의하여 설립신고증을 교부받은 노동조합은 이 법에 의하여 설립된 노동조합으로 본다”라고 규정하고 있는바, 1997년 3월 13일 이전에 신고증을 교부받았지만 노동조합으로서의 실질적 요건을 갖추지 못한 단체가 앞으로 법원에서 노동조합성을 다투게 될 때, 부칙 제3조에 의하여 흠결이 치유되었다고 볼 수 있는가? “이 법에 의하여 설립된 노동조합”이란 표현은 노동조합으로서의 실질적 요건을 갖춘 노동조합이라는 의미도 포함하고 있는가?

※ 설립신고서 반려 사유에 관한 규정의 변천

노동조합법은 1996년에 폐지되기 전까지 단 한 번도 설립신고서의 반려에 대하여 규정한 바가 없다.

다만, 시행세칙에서는 규정된 바가 있다.

1953. 4. 20. 노동조합법시행세칙 제5조

특별시장 또는 도지사가 노동조합의 설립신고에 관한 서류를 접수하였을 때에는 직접 법 제3조에 규정한 결격조건의 유무를 심사하여야 한다.

전항에 의하여 심사한 결과 해당 사항이 있을 경우에는 의견을 첨부하여 관계 노동위원회에 부의하며 동시에 그 요지를 사회부장관에게 보고하여야 한다.

* 그러나 법 제11조 제3항에서는 “노동조합은 신고를 하였을 때 성립한다”라고 규정하였기 때문에 시행세칙 제5조가 노동조합의 성립을 부정할 수 있는 근거는 되지 못한다. 또한 반려는 규정한 바 없다.

이후 시행령에서 규정하기 시작.

1963. 8. 26. 개정 시행령 제8조

다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 신고증을 교부하지 아니하고, 그

설립신고서를 반려한다.

1. 설립신고서에 규약이 첨부되어 있지 아니하거나 그 신고서 또는 규약의 기재사항 중 누락된 것이 있을 때.
2. 그 설립하고자 하는 노동조합이 법 제3조 단서 각호의 1에 해당하는 것으로 인정될 때.

* 모법에 근거규정이 없는바 위법 무효의 의심. 다만, 법 제15조 제1항은 “행정관청은 제13조 제1항의 규정에 의한 설립신고서를 접수한 때에는 각령이 정하는 바에 의하여 신고증을 교부하여야 한다”라고 규정. “각령”의 의미가 궁급.

이후 시행령에 같은 내용이 존속

* 1973. 3. 13. 개정 노동조합법 제15조 제1항은 “행정관청은 제13조 제1항의 규정에 의한 설립신고서를 접수한 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 신고증을 교부하여야 한다”라고 규정. “각령”을 “대통령령”으로 변경하여 궁급증 해소.

1981. 1. 29. 개정 시행령 제8조

다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 신고증을 교부하지 아니하고, 그 설립신고서를 반려한다.

1. 설립신고서에 설립총회 회의록과 규약 및 임원의 이력서가 첨부되어 있지 아니하거나 그 신고서 또는 규약의 기재사항 중 누락된 것이 있을 때.
2. 그 설립하고자 하는 노동조합이 법 제3조 단서 각호의 1에 해당하는 것으로 인정될 때.

1988. 4. 15. 개정 시행령 제8조

설립신고가 다음 각호 중 제1호에 해당되는 경우에는 설립신고서를 반려하여야 하며, 제2호 또는 제3호에 해당되는 경우에는 20일간의 기간을 정하여 보완을 요구하고 그 기간 내에 이를 이행하지 아니한 때에는 설립 신고서를 반려하여야 한다.

1. 그 설립하고자 하는 노동조합이 법 제3조 단서 각호의 1에 해당되는 경우.

2. 설립신고서에 규약이 첨부되어 있지 아니하거나 설립신고서 또는 규약의 기재사항 중 누락 또는 허위사실이 있는 경우.
3. 임원의 선거 또는 규약의 제정절차가 법 제19조제2항·제3항 또는 법 제23조의 규정에 위반되는 경우.

최초로 규정된 법은 1996년 제정 노동조합및노동관계조정법 제12조

- ③ 노동부장관은 설립하고자 하는 노동조합이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 설립신고서를 반려하여야 한다.
 1. 제2조제3호 각목의 1에 해당하는 경우.
 2. 제2항의 규정에 의하여 보완을 요구하였음에도 불구하고 그 기간 내에 보완을 하지 아니하는 경우.

1997년 제정 노동조합및노동관계조정법 제12조

- ③ 노동부장관은 설립하고자 하는 노동조합이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 설립신고서를 반려하여야 한다.
 1. 제2조제4호 각목의 1에 해당하는 경우.
 2. 제2항의 규정에 의하여 보완을 요구하였음에도 불구하고 그 기간 내에 보완을 하지 아니하는 경우

이후 “노동부장관”이 “행정관청”으로 변경되었을 뿐 내용은 그대로 존속.

2. 변경신고의 반려

노조법은 설립신고서에 대한 반려는 규정하면서(제12조 제3항) 변경신고서에 대한 반려는 규정하는 바 없다. 그리고 변경신고를 하지 아니한 경우에 과태료를 부과하고 있지만, 변경신고를 허위로 한 경우에 대해서는 아무런 제재 규정이 없다.

- ☞ 제96조 제2항에서 말하는 “제13조의 규정에 의한 신고”라는 표현에 신고 그 자체뿐만 아니라 진실한 내용의 신고까지 포함되어 있다고 해석할 수 있을지……

◆ 대법원 1988. 11. 22. 선고 87누727 판결

○ 사실관계

근로자 갑은 대구 일신교통버스노동조합 위원장으로 선출되어 대구시 수성구청장에게 변경신고서를 제출하였으나 구청장은 갑을 조합장 결격자로 보아 변경신고서를 반려하였다. 갑은 그 처분의 취소를 구하는 소송을 제기하였다.

○ 원심판단

원심은 갑이 수성구청장의 처분에 대하여 사실상이며 간접적인 이해관계를 가지는 데 지나지 않아 반려처분으로 인하여 권리나 법률상의 이익을 직접 침해받은 자라고 할 수 없다는 이유로 소를 각하.

○ 대법원

구청장이 변경신고를 반려하지 아니하였다면 갑은 노동조합의 조합장으로 취임할 수 있었을 터인데 구청장이 그 변경신고를 수리하지 아니하고 반려하는 바람에 조합장에 취임할 수 없게 된 것이므로 갑을 가리켜 구청장의 위 처분에 대하여 사실상이며 간접적인 이해관계를 가지는 데 불과하다고 할 수 없고 그 처분으로 인하여 직접 권리를 침해받았다고 보아야 한다.

○ 쟁점

행정관청이 변경신고서에 대하여 실질적 심사를 하여 그것을 반려할 수 있는가?

* 시행령 제10조 제3항은 “행정관청은 제1항의 규정에 의하여 변경신고서를 받은 때에는 3일 이내에 변경신고증을 교부하여야 한다”라고만 규정할 뿐 변경신고서의 반려에 대해서는 아무런 규정이 없다.

설립신고에 대한 형식적 심사와 마찬가지로 변경신고에 대해서도 형식적 심사만이 가능하다고 보아야 한다. 변경신고의 불이행 또는 허위변경신고에 대해서는 과태료가 부과될 뿐, 변경신고 불이행 그 자체로 인하여 노동조합의 자격이 부인되는 것은 아니다. 설립신고의 경우와 마찬가지로 문제가 되는 구체적 사안에서 해당 단체가 노조법 소정의 요건을 갖추고 있는지를 판단해야 한다.

② 정리해고에 따른 우선재고용 의무제도²⁾

- ILO 국제노동기준 및 외국제도 · 이론과 그 시사점을 중심으로 -

조용만(건국대학교 법과대학 교수)

I. 서론

2007년 초에 개정된 근로기준법은 해고 제도에 많은 변화를 가져왔다. 해고 사유·시기의 서면통지, 원직복직을 대신하는 노동위원회의 금전보상 명령, 부당해고구제명령 불이행에 대한 이행강제금 부과, 부당해고에 대한 벌칙조항의 삭제, 경영상 이유에 의한 해고(이하 ‘정리해고’라고 함)에서 사전 통보·협의기간의 단축(60일→50일), 정리해고된 근로자의 우선재고용 의무부과 등이 그것이다. 이러한 법 개정의 특징은 해고된 근로자의 방어권 보장을 위한 해고절차의 강화, 부당해고에 대한 형사처벌의 지양 및 행정적 구제의 실효성 제고, 정리해고 절차의 단축 및 해고된 근로자의 재고용 우선권 보장으로 요약할 수 있다.³⁾

법 개정 내용 중에서 우선재고용과 관련하여 근로기준법(2007. 4. 11. 전부 개정법률 제8372호) 제25조 제1항은 “제24조에 따라 근로자를 해고한 사용자는 근로자를 해고한 날부터 3년 이내에 해고된 근로자가 해고 당시 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 할 경우 제24조에 따라 해고된 근로자가 원하면 그 근로자를 우선적으로 고용하여야 한다”고 규정하고 있다. 정리해고를 시행한 날로부터 3년 내에 사용자가 해고 당시와 동일 업무에서 새롭게 근로자를 채용하려고 하는 경우 재고용을 희망하는 해고된 근로자를 우선적으로 고용하도록 요구하고 있다.

2) 2007년 5월 18일 발표 논문이다.

3) 해고법제의 변화와 관련하여 이철수, 「개정 해고법제의 주요 내용과 그 평가」, 『노동법연구』 22, 서울대학교 노동법연구회, 2007. 6, pp.1~48 참고바란다.

법 개정 이전에도 구(舊) 근로기준법 제31조의2 제1항은 “제31조의 규정에 의하여 근로자를 해고한 사용자는 근로자를 해고한 날부터 2년 이내에 근로자를 채용하고자 할 때에는 제31조의 규정에 의하여 해고된 근로자가 원하는 경우 해고 전의 직책 등을 감안하여 그 근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다”고 규정하고 있었다. 개정법이 구법과 구별되는 가장 큰 차이점은 우선재고용이 선언적 차원의 노력규정에서 법적 의무를 부과하는 강행규정으로 바뀌었다는 것이고, 우선재고용의 요건에서도 일부 차이가 있다는 점이다.

이 글은 위와 같은 해고법제의 변화 가운데에서 우선재고용 의무제도와 관련하여 ILO 국제노동기준과 외국의 제도를 살펴보고, 그 시사점(특히 우선재고용 근로자의 선정기준과 관련하여)을 제시하는 데 목적이 있다. 과거에도 근로기준법에 우선재고용 근거규정이 있었으나, 법적 의무가 아닌 노력규정에 불과하였기 때문에 실무상 동 규정이 전혀 활용되지 않았고 관련 판례도 전무하였다. 그러나 법 개정으로 인해 우선재고용이 사용자의 법적 의무로 전환됨에 따라 향후 동 제도의 운영 및 해석과 관련하여 다양한 쟁점들이 발생할 것으로 예상된다.⁴⁾ 이와 관련하여 ILO 국제노동기준과 주요 외국의 제도를 고찰하는 작업은 앞으로 우리 제도의 운영과 해석에 많은 시사점을 줄 것으로 생각한다. 다만, 이 글에서는 우선재고용 근로자의 선정기준과 관련한 시사점을 중점적으로 언급할 것이다. 기타 사항에 대한 쟁점과 해석론에 관해서는 필자의 다른 논문을 참고하여 주시기 바란다.⁵⁾ 이 글은 비교 연구대상 국가로 프랑스, 미국, 일본 3개국을 택하였다. 그 중에서도 프랑스는 이미 1989년에 해당 법제도를 도입한 국가이기 때문에 비교법 차원에서 우리에게 매우 유용하다. 더구나 우선재고용을 사용자의 법적 의무로 부과하고 있는 입법례는 세계적으로 매우 드물기 때문에 프랑스의 법제도와 판례는 우리에게 시사하는 바가 상당하다고 본다. 한편, 미국의 경우 관련 법제도는 존재하지 않지

4) 우선재고용 의무제도의 해석론상의 쟁점에 관한 보다 자세한 내용은 조용만, 「개정 근로기준법상 우선재고용제의 법적 평가 및 쟁점 검토」, 『노동법연구』 22, 서울대학교 노동법연구회, 2007. 6, pp.127~149 참고바란다.

5) 조용만, 앞의 논문, p.137 이하.

만 연공서열(seniority)에 기초하여 해고된 근로자를 재고용하는 관행(주로 단체협약에 근거규정 마련)이 있기 때문에 단체협약 등에 의한 우선재고용제의 보완·시행이라는 차원에서 우리가 주목할 필요가 있다고 생각한다. 일본의 경우 역시 우선재고용 관련 법제도가 마련되어 있지는 않지만 우리나라가 일본 판례법상의 정리해고 법리를 모델로 삼아 정리해고 법제를 도입하였기 때문에 우선재고용에 관한 일본에서의 이론적 논의를 참고할 필요가 있다고 보아 간략히 언급할 것이다.

II. ILO 국제노동기준 및 외국의 제도·이론

1. ILO 국제노동기준

가. 제166호 권고

ILO의 국제노동기준 가운데 우선재고용에 관한 내용을 담고 있는 것은 1982년 고용종료에 관한 권고(Recommendation concerning termination of employment at the initiative of the employer)이다. 이 권고 제24조가 3개 항에 걸쳐 규정하고 있는 내용은 다음과 같다.

- (1) 경제적·기술적·구조적 또는 유사한 성격의 이유로 고용이 종료된 근로자들이 고용종료의 시점으로부터 정해진 기간 안에 재고용 희망의 의사를 표시하였고, 사용자가 동등한 직업자격(comparable qualifications)을 가진 근로자들을 다시 채용하려고 하는 경우 해당 근로자들에게는 재고용우선권이 주어져야 한다.
- (2) 재고용우선권은 특정 기간 내로 제한될 수 있다.
- (3) 우선재고용의 기준, 재고용을 하는 경우 특히 연공서열권(seniority rights) 등 제 권리의 보유문제, 재고용 근로자의 임금을 규율하는 조건은 이 권고 제1항이 언급한 방법(즉, 국내 법령, 단체협약, 취업

규칙, 중재재정이나 법원 결정 또는 국내 사정에 적합한 기타의 방법)에 의해 결정되어야 한다.

제166호 권고는 경영상의 이유로 근로관계가 종료된 근로자들에게 법령, 단체협약 등을 통해 일정한 요건하에서 재고용우선권을 보장하는 제도와 절차를 마련하도록 요청하고 있다.

나. 제119호 권고

앞에서 언급한 제166호 권고는 ILO가 1963년에 채택한 제119호 권고를 대체하는 것이다. 따라서 제119호 권고는 현재 ILO 국제노동기준으로서의 효력을 갖지 않는다. 그럼에도 불구하고 제119호 권고와 제166호 권고의 차이점을 비교하는 차원에서 그 내용을 검토할 필요가 있다. 제119호 권고 제16조의 내용은 다음과 같다.

- (1) 노동력 감원으로 인해 고용이 종료된 근로자들에게는, 사용자가 다시 근로자들을 고용하고자 하는 때에, 가능한 한 재고용우선권이 부여되어야 한다.
- (2) 재고용우선권은 특정 기간 내로 제한될 수 있다. 적절한 경우, 연공서열권 보유의 문제는 국내 법령, 단체협약 또는 기타 적합한 국내 관행에 따라 결정되어야 한다.
- (3) 재고용은 제15조가 규정하는 원칙에 따라 이루어져야 한다.
- (4) 재고용된 근로자들의 임금률은 고용 중단 때문에 불리한 영향을 받아서는 아니 되며, 이전의 업무와 재고용된 업무의 차이, 해당 사업장 내지 사업에서 발생한 임금구조의 변화를 고려하여야 한다.

제119호 권고와 제166호 권고의 차이점을 비교하면 다음과 같다.

첫째, 제119호 권고는 제166호 권고에 비해 우선재고용 대상 근로자의 범위를 넓게 설정하고 있지만(감원에 의해 고용종료된 모든 근로자 대 경영상 이유로 고용종료된 동등한 직업자격을 가진 근로자), 재고용우선권 보장의 정도가 약하다. 제166호는 요건을 충족하는 근로자들에게 재고용우선권이 주어져야 한다고 규정하고 있는 반면에, 제119호 권고에서는

“가능한 한” 부여하도록 규정하고 있기 때문이다.

※ 제119호 권고 제15조

- (1) 노동력 감원의 대상이 되는 근로자의 선정은 명확한 기준에 따라 이루어져야 하고, 그 기준은 가능한 한 사전에 확립되는 것이 바람직하며, 그 기준은 해당 사업장 또는 사업의 이익과 해당 근로자들의 이익 양자를 충분히 고려한 것이어야 한다.
- (2) 그 기준에는 다음의 사항들이 포함될 수 있다.
 - (a) 해당 사업장 또는 사업의 효율적 운영의 필요성
 - (b) 개별 근로자의 능력, 경험, 기술 및 직업자격
 - (c) 근속기간
 - (d) 연령
 - (e) 가족상황
 - (f) 국내 상황에서 적절한 기타의 기준

위에서 언급한 기준의 순위와 상대적 가치는 국내의 관습과 관행에 따른다.

둘째, 제119호 권고는 우선재고용의 기준을 감원 대상 근로자의 선정기준과 일치시키고 있는 반면에, 제166호 권고에서는 이 원칙을 포기하고 법령, 단체협약 등 국내 사정에 적합한 방법으로 결정하도록 하고 있다.

셋째, 재고용되는 근로자의 대우와 관련하여 제119호 권고는 고용 중단에 따른 임금에서의 불이익 방지를 원칙으로 제시하고 있지만 제166호 권고에서는 법령, 단체협약 등 국내 사정에 적합한 방법으로 임금에 관한 규율을 정하도록 하고 있다.

2. 프랑스 노동법전 상의 우선재고용제도

프랑스의 경우에는 노동법전(Code du travail)에서 정리해고된 근로자의 재고용우선권(priorité de réembauchage)을 보장하고 있다. 노동법전 L.321-14조에 의하면, “경제적 이유로 해고된 근로자는 근로계약 종료일로부터 1년 동안 재고용우선권을 가지며, 해당 기간 내에 그 권리행사의 의사를 표시하여야 한다. 이 경우 사용자는 해당 근로자의 직업자격에 상응하는 모든 공석의 일자리(직)를 해당 근로자에게 알려야 한다. 그 외에도 사용자는 종업원대표들에게 공석의 직을 알려야 하고, 해당 직의 리스

트를 게시하여야 한다. 새로운 직업자격을 획득한 근로자가 이를 사용자에게 알린 경우 해당 근로자는 그 직업자격에 상응하는 재고용우선권을 가진다.”

가. 재고용우선권의 의의

재고용우선권은 해고된 근로자가 원하는 경우 일정한 요건하에서 재고용될 수 있는 권리를 일정기간 보장하다. 이러한 권리는 1969년 2월 10일 고용보장에 관한 전국단체협약에 의해 최초로 창설되었고, 1989년 8월 2일 법률에 의해 법적 권리로 일반화되었다.⁶⁾

재고용우선권은 재고용을 희망하는 근로자의 직업자격에 상응하는 공석의 일자리(직)로 다시 복귀할 수 있는 기회를 보장하고 있다. 그 취지는 사용자가 정리해고를 빌미로 하여 기존 근로자들을 신규채용 근로자들로 대체하는 것을 방지하고, 나아가 기업의 상황이 개선되는 경우 해고된 근로자에게 재고용의 기회를 부여하기 위한 것이다.⁷⁾ 따라서 근로자의 재고용우선권에 상응하여 사용자의 채용의 자유는 제한된다.

그렇지만 재고용우선권은 법이 규정하는 우선재고용의 요건을 충족하는 모든 근로자에게 재고용을 완전히 보장하는 절대적 권리는 아니다. 재고용우선권을 보유한 근로자들의 수가 신규채용을 요하는 공석의 일자리 수보다 많은 경우 재고용을 원하는 모든 근로자가 뜻한 바대로 재고용될 수는 없기 때문이다. 이런 점에서 프랑스의 우선재고용제도는 고용관계의 회복에 관한 근로자의 권리와 사용자의 채용권 양쪽 모두를 한편으로는 승인하면서 다른 한편으로는 제한하는 절충적 관점에서 제도화된 것으로 평가할 수 있다.

6) Myriam Ipcar, *Le nouveau droit du licenciement pou motif économique*, Thèse pour la doctorat de l'université de Montpellier I, 1992, pp.284~285 참조.

7) Danielle Corrigan-Carsin, "Priorité de réembauchage et licenciement économique," *Revue de Jurisprudence Sociale*, 10/1994, p.643.

나. 해고통지서상의 재고용우선권 명시

노동법전 L.122-14-2조에 의하면 사용자는 해고통지서에 해고사유(즉, 경영상의 이유)뿐만 아니라 재고용우선권 및 그 시행조건을 명시하여야 한다. 또한 동조에 의하면 근로자의 요구가 있는 경우 사용자는 해고기준 역시 서면으로 해당 근로자에게 알려주어야 한다. 판례는 해고통지서상의 재고용우선권 명시를 매우 중요한 절차로 해석하고 있다. 사용자가 재고용우선권을 명시하지 않고 해고통지서를 발송한 후 뒤늦게 이러한 권리가 있음을 해당 근로자에게 별도 서면으로 통지하였다고 하더라도 법 위반으로 본다.⁸⁾ 해고사유가 명시된 해고통지서를 통해 근로자가 자신의 권리인 재고용우선권을 행사할 수 있는 정확한 방법을 아는 것이 중요하기 때문이다.

다. 재고용우선권을 향유하는 근로자

법 규정에 의하면 재고용우선권은 “경제적 이유(이하 ‘경영상의 이유’라고 함)로 해고된 근로자들”이 법 소정의 요건을 충족하는 경우에 인정된다. 해고규모, 기업규모, 근속기간을 기준으로 하는 권리의 제한은 없다. 그러나 해고사유가 경영상의 이유가 아닌 경우에는 재고용우선권이 인정되지 않는다. 판례에 의하면, 비록 사용자가 해고통지서에 해고사유로 경영상의 이유를 명시하였다고 하더라도 그것이 진정한 해고사유가 아니었던 경우에는 재고용우선권이 부인된다.⁹⁾

판례상 쟁점이 되었던 사항은 근로계약 종료의 원인이 경영상의 이유에 의한 해고가 아니라 정리해고 과정에서의 자발적 퇴직인 경우에도 재고용우선권이 인정될 수 있는가 하는 점이었다. 1994년 하급심 판결례는 금전보상이 수반되는 희망퇴직을 선택한 근로자에게 재고용우선권을 인정하지 않았다.¹⁰⁾ 그러나 1999년 파기원(민형사사건을 관할하는 대법원)

8) 파기원(사회부) 1993. 3. 30. 판결, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 5/1993, n°502, p.299.

9) 파기원(사회부) 1996. 5. 14. 판결, *Droit. social.*, N°7·8, 1996, p.743.

은 “해고된 근로자”라는 명시적인 법 문언(노동법전 L.321-14조, 이하 ‘노동법전’ 명칭 생략)에도 불구하고 다른 법 조항에 근거하여 정리해고 과정에서 자발적 퇴직을 선택한 근로자도 해고된 근로자와 마찬가지로 재고용우선권을 갖는다는 입장을 취하였다.¹¹⁾ 파기원이 근거로 든 법 조항은 노동법전 L.321-1조 제2항이다. 동항에서는 정리해고에 관해 규율하고 있는 노동법전의 모든 규정(L.321-1조에서 L.321-17조까지)은 경영상의 이유에 기인하는 모든 근로계약의 종료에 적용될 수 있다고 규정하고 있다.¹²⁾

라. 근로자의 우선재고용 신청

해고된 근로자가 우선재고용의 권리를 향유하기 해서는 근로계약의 종료일로부터 1년 이내에 그 권리행사의 의사를 사용자에게 표시하여야 한다. 과거에는 근로계약 종료일로부터 4개월 이내에 우선재고용을 신청하도록 하였으나 최근 법 개정으로 1년 이내에 하도록 그 기간이 연장되었다. 재고용우선권 행사의 방법, 즉 우선재고용을 희망하는 근로자의 신청 방법(예컨대, 구두 또는 서면)에 관해 법에서 특별히 규정하고 있는 바는 없다. 판례에 의하면, 퇴직 시에 근로자들이 우선재고용을 희망하는 의사를 사용자에게 분명히 전하였다면 그것으로 족하고, 그 신청이 있었던 명확한 날짜가 제시되어야 하는 것은 아니다.¹³⁾ 그러나 실무상으로는 의사 표시의 명확성을 기하고 차후의 분쟁을 예방하는 차원에서 등기우편에 의한 서면신청이 바람직하다고 한다.¹⁴⁾

10) 파리지방법원 1994. 9. 27. 판결, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 1/1995, n°12, pp.23~24.

11) 파기원(사회부) 1999. 5. 10. 판결, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 6/99, n°806.

12) J. Pélissier, A. Supiot et A. Jammaud, *Droit du travail*, 22e éd., Dalloz, 2004, p.596 참조.

13) 파기원(사회부) 1993. 3. 30. 판결, André Philbert, “Le droit prétoire du licenciement économique: Jurisprudence de la Cour de cassation,” *Cahiers sociaux barreau de Paris*, supplément au N°98, Gazette du Palais, 1997, p.72.

14) Jean Pélissier et autres, *Droit de l'emploi*, Dalloz, 1998, p.128 참조.

마. 사용자의 우선재고용 제안

근로자의 재고용을 위해 사용자가 새로운 일자리를 창출해야 할 의무가 있는 것은 아니다. 그러나 우선재고용을 신청한 근로자의 ‘직업자격을 상응하는 공석의 일자리(직)’가 생긴 경우 사용자는 그 일자리를 해당 근로자에게 제안하여야 한다. 노동법전 L.321-14조는 “..... 사용자는 해당 근로자의 직업자격을 상응하는 모든 공석의 일자리(직)를 해당 근로자에게 알려야 한다”고 규정하고 있기 때문이다.

판례에 따르면 해당 근로자가 다른 기업에 재취업하고 있더라도 사용자의 제안의무는 면제되지 않는다.¹⁵⁾ 재고용우선권을 보유한 근로자는 재취업한 기업에서 계속 일할 것인지 아니면 이전의 기업으로 복귀할 것인지를 결정할 권한을 갖기 때문이다.¹⁶⁾ 또한 근로자의 직업자격을 상응하는 공석의 일자리가 생겼음에도 사용자가 재고용우선권을 갖는 해당 근로자에게 그 일자리를 제안하지 않고 동일 기업그룹에 속하는 다른 계열사에서 임시 파견된 근로자에게 그 일자리를 담당케 한 사건에서 판례는 사용자의 우선재고용의무 위반을 인정하였다.¹⁷⁾ 이 사건은 재고용우선권을 법제도로 도입한 1989년 법률이 성립되기 이전의 사안으로, 파기원은 판결의 근거로 우선재고용을 인정하는 고용보장에 관한 1969년 전국단체협약 제25조를 들었다. 원심은 해당 일자리가 동일 기업그룹 내에서 임시 파견된 근로자에게 부여된 것이고 제3장의 신규채용에 해당하지 않는다는 사용자의 주장을 받아들여 근로자의 손해배상청구를 기각하였지만 파기원은 원심을 파기하였다.

다른 한편, 법 규정에 의하면 공석의 일자리가 생긴 경우 사용자는 이를 중업원대표들에게 알려야 하고, 모든 근로자들이 알 수 있도록 해당

15) 파기원(사회부) 1994. 1. 26. 판결, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 3/1994, n°238, p.176. 재취업 근로자에게도 재고용우선권이 적용된다는 입장을 취한 다른 판결례로 파기원(사회부) 1995. 5. 3. 판결, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 6/1995, n°637, p.421.

16) Danielle Corrignan-Carsin, 앞의 논문, p.644 참조.

17) 파기원(사회부) 1992. 2. 12. 판결, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 3/1992, n°269, p.166.

직의 리스트를 작업장에 게시하여야 한다(L.321-14조 참조). 또한 우선재고용을 신청한 근로자가 과거와는 다른 새로운 직업자격을 취득하여 이를 사용자에게 통지하면 해당 근로자는 새로운 직업자격에 상응하는 재고용우선권을 보유하기 때문에 사용자는 새로운 직업자격에 상응하는 공식의 일자리가 생긴 경우 해당 근로자에게 이를 제안하여야 한다(L.321-14조 참조).

바. 우선재고용 대상 일자리

우선재고용 대상 일자리는 “근로자의 직업자격에 상응하는 공식의 일자리”이다. ‘공식의 일자리’, ‘직업자격에 상응하는 일자리’로 구분하여 그 의미를 고찰한다.

공식의 일자리는 근로자의 사직에 의해 결원이 생긴 일자리 또는 새롭게 창출된 일자리를 의미한다. 연차유급휴가로 부재중인 근로자의 직,¹⁸⁾ 질병으로 인해 일정 기간 동안 부재중인 근로자의 직,¹⁹⁾ 산전·산후휴가 중인 근로자의 직²⁰⁾ 등 근로계약의 정지에 의해 발생한 일시적 공석은 우선재고용의 대상이 되는 일자리에 해당하지 않는다. 다른 한편, 우선재고용 대상 일자리는 기간의 정함이 없는 근로계약의 체결을 전제로 하는 정규직 일자리에 한정되지 않으며, 기간의 정함이 있는 임시직 일자리도 우선재고용 대상 일자리에 해당한다.²¹⁾ 다만, 정리해고가 시행된 때로부터 6개월 내에는 일시적인 사업 활동의 증가나 통상적인 사업 활동에 속하지 않는 예외적 작업수행을 위해 정리해고와 관련된 직에 기간제근로자를 채용할 수 없다(L.122-2-1조 제1, 2항). 그러나 계약기간(갱신불가)이 3개월 이내인 경우 또는 예상 밖의 수출주문 쇠퇴에 따른 특별상황인

18) 파기원(사회부) 1992. 6. 17. 판결, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 8·9/1992, n°984, 1^e espèce, pp.549~550.

19) 파기원(사회부) 1992. 12. 17. 판결, 파기원(사회부) 1995. 12. 12. 판결, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 3/1993, n°263, p.163; André Philbert, 앞의 논문, p.72.

20) 파기원(사회부) 1997. 11. 26. 판결, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2/1998, n°193, p.124.

21) 파기원(사회부) 1994. 1. 26. 판결, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 3/1994, n°238, p.176.

경우에는 종업원대표기구와의 사전협의를 전제로 위와 같은 기간제근로자 채용금지의 예외가 허용된다(L.122-2-1조 제3, 4항).

다음으로, 우선재고용 대상 일자리는 근로자의 ‘직업자격에 상응하는 일자리’이다. 직업자격에 상응하는 일자리는 근로자가 해고 시에 담당했던 것과 동일한 일자리만을 의미하지는 않는다. 근로자가 과거에 수행하였던 직무에 상응하는 일자리뿐만 아니라 동일한 직업적 능력이 요구되는 유사·상당직도 우선재고용 대상이 되는 직업자격에 상응하는 일자리이다.²²⁾ 또한 해당 근로자의 직업자격보다 낮은 레벨에 속하는 일자리(소위 ‘하위직’)도 우선재고용 대상 일자리에 해당한다.²³⁾ 예컨대, 판례에 따르면 해고된 간부직 근로자에게 공식의 현금출납회계직은 우선재고용 대상이 되는 일자리이다.²⁴⁾ 그러나 해당 근로자의 직업자격보다 높은 레벨에 속하는 일자리는 우선재고용의 대상이 아니지만, 근로자가 직업훈련 등을 통해 그 일자리에 상응하는 새로운 직업자격을 획득하고 이러한 사실을 사용자에게 통지한 경우 재고용우선권을 행사할 수 있다(L.321-14조 참조).

사. 우선재고용 보장의 범위

근로자의 재고용우선권은 근로계약의 종료일로부터 1년간 보장된다(L.321-14조). 1년의 기간은 해고예고기간이 종료되는 날부터 계산한다.²⁵⁾ 물론 사용자가 해고된 근로자를 재고용하기 위해 새로운 일자리를 창설할 의무까지 부담하는 것은 아니다.²⁶⁾ 또한 공식이 생겼다고 해서 사용자가 재고용우선권을 갖는 근로자를 반드시 채용해야 하는 것도 아니다. 재고용우선권은 사용자의 계약체결의 자유에 대해 일정한 법적 제한을 가하지만, 사용자의 경영의 자유까지 제한하는 것은 아니기 때문에 우선재

22) Danielle Corrignan-Carsin, 앞의 논문, p.648.

23) 파기원(사회부) 1994. 4. 6. 판결, André Philbert, 앞의 논문, p.73.

24) 파기원(사회부) 2000. 7. 18. 판결, *Bull. civ.* V, n°301.

25) 파기원(사회부) 1993. 7. 21. 판결, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 8·9/1993, n°858, p.511.

26) 파기원(사회부) 1981. 6. 3. 판결, *Bull. civ.* V, n°496.

고용권이 행사될 수 있는 법정기간 동안에 다른 근로자를 신규로 채용하지 않은 이상 사용자의 의무위반은 발생할 여지가 없다.²⁷⁾ 그러나 공석의 일자리가 발생하여 신규 채용의 필요가 있었음에도 사용자가 우선재고용 의무를 회피할 목적으로 우선재고용 기간이 종료되기를 기다렸다가 구직 광고를 낸 경우에는 의무위반에 해당한다는 것이 판례의 입장이다.²⁸⁾

공석의 일자리가 발생하여 사용자가 채용하고자 하는 근로자의 수보다 재고용을 희망하는 근로자의 수가 더 많은 경우 어떤 기준에 따라 사용자가 우선재고용을 결정해야 하는지에 관해 노동법전에 규정하고 있는 내용은 없다. 판례는 사용자의 합리적 재량권을 인정한다. 즉, 신규 채용직의 수에 비해 다수의 근로자들이 재고용을 원하는 경우 사용자는 기업 이익(intérêt de l'entreprise)의 관점에서 적격자를 선택할 수 있고, 소송상 다툼이 있는 경우 사용자는 자신의 결정을 뒷받침하는 객관적 사실을 제시하면 된다는 것이 판례의 입장이다.²⁹⁾

재고용우선권은 기업 단위에서 보장된다.³⁰⁾ 따라서 재고용우선권을 갖는 근로자가 근무하였던 사업장이 아닌 다른 사업장에서 공석의 일자리가 발생했다고 하더라도 사용자는 이를 해당 근로자에게 제안할 의무가 있다. 그러나 기업 단위를 넘어서는 기업그룹의 다른 계열사에까지 재고용우선권이 확대·적용되지는 않는다.

한편, 영업의 동일성이 인정되는 한 우선재고용 의무는 영업의 양수인에게 이전·승계된다는 것이 판례의 입장이다.³¹⁾ 노동법전에 의하면, 영업양도와 같이 사용자의 법적 지위가 변경되는 경우 양수인에게 이전되는 근로관계는 그 변경 시에 유효한 근로계약관계만이다(L.122-12조 제2항). 그런데 근로계약관계가 이미 종료된 근로자와의 관계에서 양도인이 부담하는 우선재고용 의무가 양수인에게 이전·승계되는 이유는 우선재

27) Jean-François Paulin, "Priorité de réembauchage", *Sem. soc. Lamy*, N°869, 1998. 1. 12, p.5.

28) 파기원(사회부) 1994. 4. 6. 판결, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 5/1994, n°535, p.337.

29) 파기원(사회부) 1998. 12. 2. 판결, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 1/99, n°88.

30) 파기원(사회부) 1994. 4. 6. 판결, *Droit social.*, N°7·8, 1994, p.710.

31) 파기원(사회부) 1992. 2. 26. 판결, *Droit social*, N°4, 1992, pp.378~379.

고용 의무가 계약상의 채무가 아니라 실정법에 의해 부과되는 법적 의무이고 재고용우선권은 자연인(自然人)인 사용자 개인과 연관된 권리가 아니라 기업과 연관된 권리이기 때문이다.³²⁾

아. 우선재고용 의무위반에 따른 사용자의 책임

노동법전 L.321-14조에 규정된 재고용우선권이 준수하지 않는 경우 법원은 2개월분 이상의 임금 상당액을 배상금으로 해당 근로자에게 지급할 것을 명하여야 한다(L.122-14-4조 제3항 제2문). 2개월분 이상의 임금 상당액 배상금은 법이 정한 최저기준에 불과하기 때문에 사용자의 의무위반에 의해 근로자가 특별 손해를 입었던 경우 배상금액이 증액될 수 있다.³³⁾ 다만, 10인 이하의 근로자들을 사용하는 기업에서의 해고, 근속기간 2년 미만인 근로자의 해고에는 재고용우선권 미준수에 따른 법정 배상이 적용되지 않는다(L.122-14-5조 제1항). 한편, 사용자가 재고용우선권을 준수하지 않았을 뿐만 아니라 해고사유 자체의 정당성도 부정되는 경우에는 우선재고용 의무위반에 따른 책임(2개월분 이상의 임금 상당액 배상금)과 실체법적 해고제한 위반에 따른 책임(6개월분 이상의 임금 상당액 배상금)이 병합된다는 것이 판례의 입장이다.³⁴⁾

사용자가 재고용우선권(L.321-14조)을 준수하지 않은 경우에 인정되는 2개월분 이상의 임금 상당액 배상금은 사용자가 해고통지서에 재고용우선권을 명시할 의무(L.122-14-2조 제3항)를 위반한 경우에도 적용되는가 하는 문제가 발생한다. 왜냐하면 재고용우선권 명시 의무를 해고절차상의 의무로 보면 해고절차 위반에 따른 법정 책임, 즉 최고 1개월분 임금 상당액의 배상금이 인정되기 때문이다. 판례는 원칙적으로 재고용우선권 미준수의 문제가 아니라 해고절차 위반의 문제로 본다.³⁵⁾ 다만, 사용자의

32) Danielle Corrignan-Carsin, 앞의 논문, p.646.

33) Jean Pélissier et autres, 앞의 책, p.131 참조.

34) 파기원(사회부) 1995. 10. 5. 판결, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 3/1996, n°265, pp.156~157. 동일한 취지의 판결례로 파기원(사회부) 1997. 5. 13. 판결, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 8·9/1997, n°965, p.606; 파기원(사회부) 1998. 2. 3. 판결, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 3/1998, n°299, p.185.

재고용우선권 명시 의무위반에 의해 근로자가 사실상 우선재고용의 기회를 상실하였음이 입증된 경우 판례는 재고용우선권 미준수에 따른 2개월 분 이상의 임금 상당액 배상금을 인정한다.³⁶⁾

3. 미국 단체협약상의 연공서열에 의한 재고용제도³⁷⁾

미국의 경우 법률에서 우선재고용을 제도화하고 있지는 않다. 그러나 1930년대 초부터 단체협약상의 제도로 ‘단기근속자 우선해고 원칙(the last hired, first fired rule)’과 같은 연공서열에 기초한 일시해고(layoff)와 해고된 자의 연공서열 순서에 따른 재고용(recall)이 일반화되었다. 이러한 연공서열제도는 사용자의 행위를 제한하고 근로자의 충성심을 고양하는 가장 좋은 예로 언급되고 있다.

가. 연공서열제도의 의의

연공서열제도(seniority system)는 근속기간을 기준으로 하여 경제적 이익 및 기회를 배분하는 룰을 의미한다.³⁸⁾ 이 제도는 근로자의 승진, 배치전환, 일시해고 및 재고용 등 사용자의 인사 결정에 있어서 근로자들을 비교하는 가장 보편적인 단체협약상의 제도이다. 그리고 연공서열제도는 의무적 교섭사항에 해당한다. 1995년 연방통계국의 조사 발표에 따르면 400개 이상의 단체협약 중에서 91%가 연공서열제도를 규정하고 있다.³⁹⁾ 노동조합이 조직되어 있지 않은 사업장의 사용자도 이러한 연공서열제도

35) 파기원(사회부) 1994. 6. 1. 판결, *Droit social*, N°9·10, 1994, p.808.

36) 파기원(사회부) 1997. 12. 16. 판결, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 1/1998, n°80, 1^e espèce, pp.60~61.

37) 이하의 내용은 Michael R. Carrell and Christina Heavrin, *Labor Relations and Collective Bargaining*, 6th edition, Prentice-Hall, 2001, pp.332~344 상의 주요 사항을 필자가 발췌하여 언급하였음을 밝힌다.

38) Maryellen Kelly, “Discrimination in Seniority System: A Case Study,” *Industrial and Labor Relations Review* 36, no. 1, 1982, pp.40~41.

39) Bureau of National Affairs, *Basic Patterns in Union Contracts*, 14th ed., BNA Books, 1995, p.85.

를 활용하고 있다.

연공서열은 근로자들에게 있어서 가장 중요한 고용안정(job security) 장치에 해당하고, 그 정함이나 계산이 매우 용이하다. 노동조합들의 주장에 따르면, 연공서열제도가 없으면 사용자는 근속기간과 같은 객관적 기준에 근거하기보다는 단기적 비용절감이나 개인적인 주관에 근거하여 승진, 일시해고 내지 기타 결정을 할 것이라고 한다. 반면에 사용자들은 근속기간뿐만 아니라 근로자의 성과, 특히 상급자에 의한 고과평가도 고려되어야 한다고 주장한다. 그러나 아무리 훌륭한 고과평가제도라고 할지라도 이는 상급자의 주관이나 개별 근로자의 성과를 솔직하고 완벽하게 평가할 수 있는 능력에 좌우되기 때문에 승진이나 해고 등 사용자의 결정과 관련하여 근로자들이 기대하는 객관성과 일관성을 보장하지 않는다.

대다수의 단체협약은 기업이 연공서열 리스트를 작성하도록 요구한다. 리스트 작성의 구체적인 방법은 통상적으로 단체교섭에 의해 정해진다. 많은 단체협약이 규정한 바에 의하면, 연공서열 리스트는 매월 갱신 작성되고, 여기에는 근로자의 성명, 직종이나 부서, 근무개시일, 근속기간 등이 포함된다. 연공서열 리스트가 작성·적용되는 가장 보편적인 단위는 공장 레벨이다(plantwide seniority). 이 경우 연공서열은 해당 공장 레벨에서의 근속기간에 의해 결정된다. 그 외에도 부서 단위, 직종 단위 또는 기업 단위에서 혹은 둘 이상의 단위를 결합하여 연공서열 리스트를 작성·적용하기도 한다. 예를 들어, 부서 단위 연공서열제도(departmental seniority system)의 경우 해당 부서 내에서 근속한 시간에 따라 연공서열의 증가가 이루어지고, 이렇게 인정되는 연공서열은 해당 부서 내에서만 유효하다. 따라서 X부서의 근속연수 11년인 근로자가 Y부서의 근속연수 7년인 근로자에 비해 연공서열이 높다고 말할 수 없다. 한편, 기업 단위 연공서열제도는 공장 단위 연공서열제와 부서 단위 연공서열제 양자를 결합하는 경우가 흔하다. 이 경우 일시해고, 휴가 및 기타 특별급부의 결정을 위해 공장 단위 연공서열제를 활용하고, 승진이나 배치전환의 결정을 위해 부서 단위 연공서열제를 자주 사용한다.

나. 연공서열에 따른 일시해고 및 재고용

사용자들은 일시해고 및 재고용의 유일한 기준으로 연공서열을 활용하는 것에 대해 의문을 제기한다. 사용자들의 주장에 따르면, 일시해고 및 재고용에 있어서 가장 중요한 요소는 근로자의 능력이라는 것이다. 그러나 일시해고 및 재고용 상황은 통상적으로 한시적이기 때문에 연공서열의 활용에 대한 사용자의 반대 주장은 상당히 취약하다. 또한 일시해고 발생 이전까지 근로자는 자신의 업무를 제대로 수행하여 왔기 때문에 일시해고 및 재고용 상황에서 근로자의 능력은 문제되지 않는다. 따라서 승진의 경우에 비해 일시해고 및 재고용에서 연공서열이 덜 중요하다는 사용자의 주장은 설득력이 떨어진다.

대부분의 단체협약에 따르면, 시용(試用) 근로자들이 가장 먼저 일시해고되고, 그 다음으로는 공장 단위 연공서열제에 따라 연공서열 리스트의 최하 순위에 있는 근로자부터 해고가 이루어진다. 숙련직의 경우에는 대개 직종 단위 연공서열제에 의거하여 해당 직종 내에서 연공서열 리스트에 따라 일시해고가 이루어진다. 한편, 대다수의 단체협약 규정에 의하면 일시해고된 근로자들은 공장 단위 연공서열 리스트상의 최고 순위에 따라 관련 적정직에 재고용된다.

단체협약상의 일시해고 및 재고용은 3가지 일반적 유형으로 구분해 볼 수 있다. 전적으로 연공서열에 근거하여 행하는 유형, 업무수행 능력이 있는 것으로 판단되는 근로자들을 대상으로 연공서열에 근거하여 행하는 유형, 능력 및 기타 요소가 동일한 근로자들만을 대상으로 연공서열에 근거하여 행하는 유형이 그것이다. 둘째 또는 셋째 유형이 활용되는 경우에는 근로자의 업무수행능력 평가의 주관성 때문에 불만고충이 제기될 가능성이 크다.⁴⁰⁾ 일시해고 및 재고용 결정에 있어서 ‘연공서열’과 ‘동일한 능력’을 기준으로 한다고 단체협약에서 규정하고 있는 경우 ‘동일한 능력’의 의미는 정확하게 똑같은 능력이 아니라 상대적으로 대등한 능력으로 해석될 수 있다. 그리고 일시해고 및 재고용에 있어서 능력이 결정의 일부 요소로 규정되어 있는 경우에는 다음과 같은 해석 지침을 고려할 것을

40) Bureau of National Affairs, Grievance Guide, 9th ed., 1995, p.201.

권하고 있다.⁴¹⁾ 첫째, 업무수행 능력이 상대적으로 대등하다면 연공서열이 지배적 기준으로 고려되어야 한다.⁴²⁾ 둘째, 업무수행에 있어 선임근로자(senior employee)가 후임근로자(junior employee)에 비해 훨씬 많은 지휘감독을 요한다면 후임근로자에게 우선권이 주어질 수 있다.⁴³⁾ 셋째, 후임근로자가 담당하는 업무에 대한 자격을 갖추고 있는지를 평가하는 테스트를 거치게 함으로써 선임근로자에게 그 업무를 수행할 능력이 있음을 입증하도록 요구할 수 있다.⁴⁴⁾

<일시해고 및 재고용 관련 단체협약 조항의 사례> 45)

제10조 감원

- a. 감원의 경우 공장단위 연공서열제를 적용하여 본 협약의 적용대상이 되는 근로자는 업무수행 능력을 보유하고 있음을 전제로 하여 연공서열의 역순으로(역주: 연공서열의 후순위부터) 해고된다. 해당 근로자에게는 업무수행 능력을 입증할 수 있는 합리적 시간을 보장한다.
- b. 화재, 홍수, 폭풍이나 큰 고장과 같은 긴급사태가 발생하는 경우, 노동의 손실을 피하기 위한 모든 노력을 다하며 연공서열을 기초로 하여 근로자들을 재배치한다. 그러나 하루를 초과하지 않는 일시해고의 경우 패널티 페이(penalty pay)의 지불을 피하기 위해 불가피한 경우 연공서열 원칙의 적용예외를 인정한다.
- c. 감원이 불가피한 경우 회사는 감원 최소 3일 전(토요일, 일요일 및 기타 휴일 제외)에 일시해고되는 근로자들의 성명을 통지한다. 다만, 주문 취소, 고객요구의 변경, 고장이나 사고, 기타 긴급사태로 인해 그러한 통지가 불가능한 경우에는 그러하지 않으며, 이 경우 노동조합에게 그 사실을 즉각 알린다. 회사가 다시 근로자를 증원하는 경우 일시해고된 근로자들은 연공서열의 순서에 따라 재고용된다. 재고용 또는 복귀의 통지는 해당 근로자의 최종 주소지에 등기우편으로 행하고, 우편발송 전에 통지서 사본을 노동조합의 담당 임원에게 제출한다. 정확한 주소와 관련하여 회사가 이를 알 수 있도록 하는 것은 근로자의 책임이다.

41) Ibid.

42) Bethlehem Steel Co., 1924 LA 820(1955).

43) Copeo Steel & Engineering Co., 12 LA 6(1979).

44) Metallab, Inc., 65 LA 1191(1975).

45) Agreement between Anaconda Aluminum Co. and Aluminum Workers Local No.130 and the Aluminum Workers International Union, AFL-CIO, 1980~1983, pp.14~16.

일시해고 및 재고용에서 전적 내지 부분적 결정기준으로 연공서열을 사용하는 것에 대한 유일한 예외는 시용 근로자들을 우선적으로 해고하는 경우와 조합 임원을 최후로 해고하는 경우이다. 또한 몇 시간 혹은 하루 이틀 정도의 잠정적 내지 긴급적 일시해고의 경우에는 통상적인 일시해고에 비해 대상 근로자를 선발함에 있어서 사용자에게 보다 많은 유연성이 인정되는 경우가 흔하다. 자연재해나 급박한 사태로 인한 일시해고의 경우 불가피하다면 연공서열 원칙이 무시될 수 있다고 해석하지만, 연공서열 원칙의 적용에 의해 곤경이 초래되지 않는다면 단체협약이 정하고 있는 일시해고 절차를 준수하여야 한다고 본다.⁴⁶⁾ 일시해고 및 재고용 관련 기준과 절차에 관한 단체협약의 규정 예를 소개하면 다음과 같다.

4. 일본의 재고용 관련 이론

우리나라의 근로기준법에 상응하는 일본의 노동기준법에는 해고를 제한하는 일반조항이 있지만⁴⁷⁾ 정리해고나 재고용에 관한 특별규정은 없다. 이하에서는 일본 헌법이 보장하는 근로권에 기초한 해석론으로 재고용의무(새로운 근로계약의 체결을 신청할 사용자의 의무)를 도출하는 견해를 소개하고자 한다.⁴⁸⁾ 이 견해는 프랑스 재고용제도 및 법리에 상당한 영향을 받은 것으로 생각된다.

가. 재고용의무의 유무

정리해고가 행해진 후 경영사정이 변화하고 해고된 자가 종사할 수 있는 고용이 일정 기간 내에 부활 또는 창출된 경우 그러한 해고 후의 사정 변화는 해당 해고의 정당성 판단에 있어서 어느 정도로 고려되는가 하는

46) Bureau of National Affairs, 앞의 책, pp.207~208.

47) 노동기준법 제18조의2에 의하면 “해고는 객관적으로 합리적 이유를 결하고 사회 통념상 적정하다고 인정되지 않는 경우에는 그 권리를 남용한 것으로서 무효로 한다.”

48) 이하는 日本労働法學會 編集, 『労働契約』, 講座 21世紀労働法 第4巻, 有斐閣, 2000, pp.240~242의 내용을 수록하였음을 밝힌다.

논점과 함께 해당 해고가 유효한 경우 사용자는 해고된 근로자를 재고용할 의무가 있는가 하는 논점이 제기될 수 있다.

첫 번째 논점은 해고의 정당성 판단에서 경영상의 필요성 유무를 어느 시점에서 판단하여야 하는가 하는 문제이고, 이것은 해고를 예고한 시점의 상황에 의해 판단할 수밖에 없다. 따라서 해고를 예고한 시점에서 사용자가 예견하기 곤란한 상황 변화만을 이유로 해당 해고의 필요성 및 합리성을 부정할 수는 없을 것이다.

그렇지만 두 번째 논점과 관련하여, 사용자는 해고된 근로자가 재고용을 희망하는 경우 재고용할 의무가 있다고 생각할 수 있다. 왜냐하면, 해고가 정당하다고 판단되더라도 해고된 근로자에게 잘못이 없는 경영상 이유에 의한 해고이고, 해고된 자가 종사할 수 있는 고용이 그 후의 사정 변화에 의해 부활 또는 창출된 경우 사용자는 그 특별한 관계에 기초한 배려의무로서 해고된 자와의 고용관계를 재개하는 것이 근로권 존중의 구체적 의무로서 요청된다고 생각할 수 있기 때문이다. 또한 해고예고 시에 예견하기 곤란한 상황 변화라고 하는 사태와 관련하여, 해당 해고를 위법(사용자는 해고 시부터의 임금지급의무 또는 손해배상 의무를 부담) 또는 적법(근로자는 법률상 해고예고 또는 해고수당만으로 고용을 상실)으로 판단하는 양자택일은 사용자 또는 근로자에게 타당성을 결한 가혹한 결과를 초래하게 되지만, 사용자의 재고용의무를 긍정하면 해고를 적법으로 하여 사용자에게 대한 민사 제재를 부정하면서도 근로자의 고용보장을 행한다는 점에서 타당한 결론을 제시할 수 있게 된다.

나. 재고용의무의 내용

재고용의무의 내용은 경영상 이유에 의한 해고가 행해진 후 경영사정이 변화하고 해고된 근로자가 종사할 수 있는 고용이 일정 기간 내에 부활 또는 창출된 경우 사용자가 해당 근로자에게 재고용=새로운 근로계약의 체결 신청을 행할 의무이다. 물론 이를 승낙할 것인지 아니면 거부할 것인지는 근로자의 자유이고, 근로자가 이미 새로운 고용을 갖고 있는 등의 이유로 거부하면 사용자는 재고용의무를 이행한 것이 될 것이다.

구체적인 재고용의무의 범위는 해고회피의무의 한 가지 내용인 재배치 의무와 동일하다고 보는 것이 이론상 정합적일 것이다. 즉, 사용자는 해당 기업 또는 종업원의 이동이 가능한 기업그룹 내에서 해고된 자가 종사 가능한 모든 공석(종래의 직뿐만 아니라 하위의 직을 포함)을 해당 근로자에게 제시할 의무가 있다고 생각할 수 있다.

다. 재고용의무의 법적 효과

재고용의무의 법적 효과와 관련해서는 사용자가 재고용의 신청을 행하여야 함에도 불구하고 이를 행하지 않은 경우 해고된 근로자는 이전의 사용자에게 대해 재고용을 청구할 수 있을 것인가 하는 문제가 제기된다. 해석론상 해당 근로자는 사용자에게 대해 배려의무 위반에 근거한 손해배상을 청구할 수는 있겠지만 계약의 체결을 강제하는 것은 가능하지 않을 것이다. 한편, 입법론으로는 일정 기간(예컨대, 1년) 내에 사정 변화가 있는 경우 재고용에 대한 근로자의 권리를 인정하는 특별규정의 창설도 고려되어야 한다.

Ⅲ. 시사점 : 우선재고용 근로자의 선정기준을 중심으로

지금까지 우선재고용과 관련하여 ILO 국제노동기준, 프랑스의 법제, 미국의 단체협약제도, 일본의 이론을 고찰하였다. 이하에서는 우선 우리나라 제도에 대한 총괄적 평가와 더불어 국제노동기준과 외국(프랑스) 법제가 우리에게 주는 주요 교훈을 개괄적으로 언급하고자 한다. 이어서 우선재고용 근로자의 선정기준에 관한 시사점을 언급할 것이다. 우선재고용 관련 그 외의 논점 사항들(예컨대, 우선재고용 대상 근로자, 우선재고용의 절차, 우선재고용 대상 업무, 우선재고용 의무 위반의 효과)도 있지만 이에 관해서는 필자의 다른 논문⁴⁹⁾을 참고하기 바란다.

우선재고용제도를 법제화하고 있지 않은 미국이나 일본에 비해 우리나라의 근로기준법은 사용자의 우선재고용의무를 제도화하였다는 점에서 선진적이라고 평가할 수 있다. 우선재고용 적용대상 근로자, 우선재고용 적용기간, 적용대상 업무(직) 등의 측면에서 ILO 제166호 권고가 규정하고 있는 국제노동기준에도 대체로 부합하고 있다고 볼 수 있다. 다만, 제166호 권고가 밝히고 있듯이 우선재고용의 기준이나 재고용 시의 대우 등에 관해서는 단체협약이나 취업규칙 등 우리 실정에 맞는 적절한 방법으로 보완될 필요가 있다.

한편, 프랑스의 우선재고용 법제는 우리의 법제와 비교할 때 다음과 같은 점에서 우리에게 유용한 시사점을 제공하고 있다고 본다. 첫째, 우선재고용의 시행절차를 정하고 있는 점이다. 즉, 프랑스 법제는 해고통지서에 재고용우선권과 우선재고용의 시행조건을 명시하도록 요구하고 있고, 우선재고용의 필요성이 생긴 경우(즉, 근로자의 직업자격에 상응하는 공석의 일자리가 발생한 경우) 재고용우선권을 갖는 근로자에게 재고용을 제안하고 종업원대표기구와 전체 종업원들에게 관련 정보를 제공하도록 하고 있다. 둘째, 사용자가 재고용우선권을 준수하지 않는 경우 그에 따른 법적 책임을 명문화하고 있는 점이다. 즉, 사용자는 2개월 이상의 임금상당액을 배상하도록 규정하고 있다. 사용자의 우선재고용 의무위반에 따른 근로자의 손해를 입증하거나 재고용을 강제하기 곤란한 여러 사정을 감안할 때 사용자의 민사책임에 관한 최저기준을 정한 프랑스 법제는 우리에게 시사하는 바가 크다고 생각한다.

근로기준법은 사용자가 해고된 근로자를 우선적으로 고용하여야 할 의무를 부담하는 요건의 하나로 “해고된 근로자가 해고 당시 담당하였던 업무와 같은 업무를 할 근로자를 채용하려고 할 경우”라고 규정하고 있다. 그러나 재고용을 희망하는 근로자의 수가 사용자가 채용하려는 근로자의 수보다 많은 경우(같은 업무임을 전제로 함)에 어떤 기준으로 재고용 근로자를 선정하여야 할 것인지에 관해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 이와 관련하여 국제노동기준, 프랑스의 법제, 미국의 단체협약상 재고용 관련 연공서열제도가 우리에게 주는 시사점을 제시하고자 한다. 일

49) 조용만, 앞의 논문, p.137 이하.

본의 경우 우선재고용 근로자의 선정기준에 관한 이론적 논의가 불충분하기 때문에 시사점을 별도로 언급하지는 않을 것이다.

ILO 제166호 권고(1982년)는 우선재고용의 기준을 명시적으로 제시하고 있지 않으며 법령, 단체협약, 취업규칙 등 회원국의 국내 사정에 적합한 방법으로 결정하도록 하고 있다. 그런데 제166호 권고가 성립하기 이전까지 유효하였던 제119호 권고(1963년)에서는 정리해고의 기준과 재고용의 기준을 동일하게 설정하였고, 그 기준은 해당 사업(장)의 이익과 근로자들의 이익 양자를 충분히 고려한 것(해당 사업장 또는 사업의 효율적 운영의 필요성, 개별 근로자의 능력, 경험, 기술 및 직업자격, 근속기간, 연령, 가족상황 등)이어야 한다고 규정하고 있었다. 제119호 권고를 대체하면서 채택된 제166호 권고에서는 해고기준에 관한 기본원칙(즉, 노사 이익 양자의 충분한 고려)은 그대로 유지되었지만 구체적으로 예시된 기준요소들(해당 사업장 또는 사업의 효율적 운영의 필요성 등)은 삭제되어 국내 사정에 적합한 방법으로 정하도록 위임되었고, 정리해고 및 우선재고용의 동일기준 원칙 역시 삭제됨과 동시에 우선재고용의 기준은 국내 사정에 적합한 방법으로 정하도록 위임되었다. 우선재고용의 기준과 관련한 이러한 국제노동기준의 변화는 회원국의 재량을 존중하고 국내 사정에 맞게 운용할 수 있도록 유연성을 부여했다는 점에서 의미가 있다. 그렇지만 제119호 권고가 규정하였던 정리해고 및 우선재고용의 동일기준 원칙은 우리 법제도의 운영과 해석론상 매우 유용한 법적 시사점을 제공한다고 생각한다. 즉, 우선재고용 대상 근로자를 선정함에 있어서 사용자의 이익뿐만 아니라 근로자의 이익이 충분히 고려되고 보호되어야 하며, 해고기준과 우선재고용의 기준은 일관성이 있어야 한다는 점이다.

미국에서 일시해고 및 재고용 관련 단체협약상의 연공서열제도는 해고 기준과 재고용기준의 동일 원칙을 가장 잘 보여주는 대표적인 예라고 평가할 수 있고, 단체협약에 의한 재고용 기준의 설정과 운영이라는 측면에서 우리 법제의 미비점을 보완할 수 있는 모범적 선례라고 생각한다. 미국의 경우 사업(장)에서 연공서열이 정해지는 단위는 단체협약이 정하는 바에 따라 기업, 공장, 부서, 직종 등 다양할 수 있지만, 특히 해고 및 재고용과 관련해서는 공장 단위의 연공서열제를 일반적으로 채택하고 있다.

미국의 연공서열제도하에서는 일시해고 및 재고용 등의 경우 근속기간이 절대적 내지 결정적인 기준으로 작용한다. 결정적 기준이라는 의미는 특히 근속기간 외의 다른 기준 요소(예, 업무수행 능력)가 가미되는 경우에 비교 대상 근로자들이 상대적으로 대등한 업무수행 능력을 갖고 있다면 해고 내지 재고용 등과 관련된 사용자의 결정에 있어서 근속기간이 결정을 좌우하는 지배적인 요소가 된다는 것을 뜻한다. 미국의 연공서열제도에 의하면 해고는 연공서열의 역순(후임근로자의 우선적 해고)으로 이루어지는 반면에 재고용은 연공서열의 순(선임근로자의 우선적 재고용)으로 이루어진다. 따라서 일시해고 또는 재고용과 관련하여 사용자의 주관이나 재량이 개입할 여지가 상대적으로 적고, 사용자 결정의 객관성과 예측가능성을 담보할 수 있게 한다. 이러한 미국의 단체협약에 의한 연공서열제도는 근속기간 등과 같은 객관적 기준 요소에 입각하여 정리해고 대상 근로자와 재고용 대상 근로자를 선정하는 것이 근로자의 고용보장을 도모할 수 있는 효과적인 방법일 수 있음을 우리에게 시사한다. 또한 연공서열 원칙의 적용에서 그 예외로 인정될 수 있는 자로서 일반적으로 시용 근로자와 조합임원을 협약으로 정하고 있는 점 역시 우리에게 유용한 시사점을 준다. 시용 근로자는 일반근로자에 비해 정식적인 고용관계에 진입하기 이전 단계의 근로자라는 점에서, 그리고 조합임원은 정상적인 조합의 운영과 활동을 보장할 수 있다는 점에서 연공서열 원칙의 적용 예외로서 설득력이 있다.

다른 한편, 프랑스의 우선재고용 법제는 매우 선진적인 입법례로 평가할 수 있지만, 우선재고용 근로자의 선정기준에 관해서는 특별히 규정하지 않고 있다는 점에서 한계가 있다. 물론 프랑스의 경우에도 단체협약으로 우선재고용 근로자 선정기준을 정하는 것이 불가능하지는 않다. 그러나 그러한 기준이 없는 경우 판례는 사용자의 합리적 재량권을 인정하고 있다. 여기서 우리가 주목해야 할 사항은 ‘합리적’ 재량권이라는 점이다. 우선재고용에 있어서 사용자는 기업 이익이라는 관점에서 적격자를 선택할 수 있는 재량권을 갖지만, 이러한 재량권은 자유재량이 아니기 때문에 다툼이 있는 경우 사용자는 자신의 결정을 뒷받침하는 객관적 사실을 제시할 수 있어야만 적법하게 된다. 객관적 사실에 근거한 결정의 합리성이

입증되지 않으면 사용자의 우선재고용 의무위반이 성립될 수 있다. 프랑스 판례상 확립된 위와 같은 합리적 재량론 역시 우리에게 일정한 시사점을 제공한다. 즉, 단체협약이나 취업규칙 등에서 우선재고용 근로자의 선정기준을 특별히 정하고 있지 않는 경우라고 할지라도 사용자에 의한 우선재고용 대상 근로자의 선정은 합리적인 결정이어야 하고, 그 합리성 여부는 객관적 사실을 기초로 하여 판단하여야 한다는 점이다.

③ 노사관계 선진화법상의 부당해고구제제도⁵⁰⁾

유성재(중앙대학교 법과대학 교수)

I. 들어가는 말

2006년 말과 2007년 초에 노동관계법제에 큰 변화가 있었다. 하나는 2006년 12월 21일 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률이 제정되고, 파견근로자보호 등에 관한 법률이 개정된 소위 ‘비정규직법’에 관한 것이고, 다른 하나는 소위 ‘노사관계 선진화법’으로 불리는 2006년 12월 30일의 노동조합및노동관계조정법(이하 ‘노조법’이라 한다) 개정과 2007년 1월 26일의 근로기준법(이하 ‘근기법’이라 한다) 개정 및 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률 개정이다.

노사관계 선진화법의 입법에 관한 논의는 참여정부의 시작과 함께 구성된 「노사관계선진화연구위원회」의 활동에서부터 시작된다. 2003년 5월 10일 발족한 「노사관계제도선진화연구위원회」는 “변화하는 제반 환경에 대응하고 보편적 노동기준(Global Standard)에도 부합하는 합리적 규범으로서의 노사관계법·제도의 마련”을 위하여 같은 해 11월 44개의 주제에 대한 노사관계법·제도 선진화 방안을 제시하였다.⁵¹⁾ 노사관계법·제도 선진화 방안이 발표되자 찬반 양론이 제시되면서 활발한 토론이 전개되었다.⁵²⁾ 그러나 노사정간 합의가 이루어지지 않은 채 노사정위원회

50) 2007년 6월 15일 발표 논문이다.

51) 노사관계제도선진화연구위원회, 「노사관계법·제도 선진화 방안」, 2003.

52) 국회환경노동위원회 열린우리당 국회의원, 「노사관계 법·제도 선진화 입법 관련 토론회」, 2006. 9. 15; 김선수, 「노사관계 법·제도 선진화 방안에 대한 의견」, 『노동법률』 149, 2003. 10, p.88 이하; 김영문, 「노사관계 법·제도 선진화 방안에 대한 비판적 고찰」, 한국경영자총협회 부설 노동경제연구원, 2004; 민주노총,

의 논의 기간이 종료됨에 따라 이에 대한 논의도 잠시 주춤하게 되었다. 노사관계 선진화법의 입법을 위한 노력들이 다시 활기를 찾게 된 것은 2006년 3월 15일 노사정대표자회의를 재개하고, 2006년 9월 11일 민주노총을 제외한 노사정대표자들이 선진화 방안의 입법화에 합의하면서부터이다. 정부는 합의 내용을 토대로 2006년 9월 14일 노사관계 선진화법에 대한 입법예고를 하였고, 같은 해 11월 7일에는 법안을 국회에 제출하였다. 2006년 12월 8일 국회 환경노동위원회는 정부안을 일부 수정하여 처리하였고, 수정된 법안은 12월 21일 법제사법위원회의 의결을 거쳐 12월 22일 본회의에서 통과되었다. 2006년 12월 30일에는 개정 노조법이, 그리고 2007년 1월 26일에는 개정 근기법과 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률이 공포되었다. 노사관계 선진화와 관련하여 개정된 근기법과 노조법은 대부분 2007년 7월 1일 시행된다. 그러나 직권중재 폐지와 필수유지업무에 관한 규정들은 2008년 1월 1일, 유니언숍과 관련된 노조법 제81조 제2호 단서는 2010년 1월 1일 시행되게 된다.

2006년 12월 30일에 개정된 노조법은 쟁의행위에 대한 찬반투표의 공정성 및 투명성을 제고하기 위한 규정(제11조 제12호)을 신설하고, 제3차 지원신고제도(제40조)를 폐지하였으며, 필수공익사업에 대한 직권중재제도(제62조 제3호)를 폐지하고 필수유지업무 개념(제42조의2 내지 제42조의6)을 도입하고 대체근로를 허용하는 규정(제43조 제3항 및 제4항)을 신설하고, 복수노조 허용 및 노동조합 전임자의 급여지원 금지규정 시행시기를 2009년 12월 31일까지 유예(부칙 제5조 제1항)하고, 복수노조가 허용될 경우 유니언숍이 체결된 사업장에 대하여도 단결선택권을 인정하는 내용(제81조 제2호 단서)을 추가하였다. 한편 2007년 1월 26일 개정된 근기법은 근로조건을 서면으로 명시하도록 하는 규정(제17조)을 신설하고,⁵³⁾

「노사관계 로드맵과 민주적 노사관계 구축의 방향」, 2006. 7. 8; 이승길, 「노사관계 법·제도 선진화 방안에 대한 검토: 개별근로관계 사항 중심으로」, 『노사포럼』 22, 2003. 12, 총노동경제연구원, p.117 이하; 최영기, 「참여정부의 노사관계 선진화방안에 대한 비판과 대안」, 『한국사회정책』 10, 2003. 12, p.161 이하; 한국노동연구원, 「노사관계 선진화방안 주요쟁점 분석 및 입법대안 모색(I)」, 2005. 9. 6; 한국노동연구원, 「노사관계 선진화방안 주요쟁점 분석 및 입법대안 모색(II)」, 2005. 9. 13; 한국노사관계학회·한국노동법학회·한국노동경제학회, 「노사관계 법과 제도의 선진화」, 2006. 4.

경영상 해고에서의 사전통보기간을 60일에서 50일로 단축하였으며(제24조 제3항), 경영상 이유로 해고된 근로자를 우선재고용하도록 하는 규정(제25조 제1항)을 신설하고, 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지하도록 하는 규정(제27조)을 신설하고, 정당한 이유 없는 해고에 대한 금전보상제도(제30조 제3항)를 신설하고, 정당한 이유 없는 해고 등에 대한 처벌 규정(제107조)을 삭제하는 대신 구제명령의 불이행에 대하여 이행강제금(제33조)과 벌칙(제111조)을 부과할 수 있도록 하였다. 나아가 2007년 1월 26일 개정된 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률에서는 노사협의회 위원에 대한 편의제공을 확대(제9조 제3항)하고, 근로자위원이 회의와 관련된 자료를 요청할 수 있도록 하는 규정(제13조의 2)을 신설하고, 사업장내 근로자 감시시설의 설치를 노사협의회 협의사항에 추가(제19조 제1항)하였다. 아래에서는 ‘노사관계 선진화법’ 가운데 부당해고의 구제와 관련된 ‘금전보상제’ 및 ‘이행강제금’에 대해서만 살펴보기로 한다.

II. 금전보상제도

1. 개정법의 주요 내용

종전의 근기법은 부당해고의 경우 원직복직과 임금지급이라는 일률적인 구제제도만을 인정하고 있었다. 따라서 노동위원회가 해고분쟁의 내용과 성격, 당사자의 의사 등을 고려한 다양한 구제명령을 내릴 수가 없었다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 개정 근기법은 정당한 이유없이 해고된 근로자가 원직복직을 원하지 아니하는 경우에는 노동위원회가 구제명령으로 원직복직을 명하는 대신, 근로자가 해고기간 동안 지급받을

53) 근기법은 “법문장의 표기를 한글화하고 어려운 용어를 우리말로 풀어쓰며 복잡한 문장은 체계를 정리하여 쉽고 가결하게 다듬”기 위하여 2007년 4월 11일 전면 개정되었다. 이 논문에서는 2007년 1월 26일 개정 당시의 법조문이 아니라 2007년 4월 11일 개정된 근기법에 따른 법조문을 인용하였다.

수 있었던 임금 상당액 이상의 금품지급을 명할 수 있도록 하는 규정(제 30조 제3항)을 신설하였다. 금전보상제는 정당한 이유 없는 해고에 대한 구제방식을 다양화함으로써 권리구제의 실효성을 제고하고, 근로관계의 단절 상태의 장기화를 방지하여 근로관계를 조속히 안정시키기 위한 취지로 도입되었다.⁵⁴⁾ 입법례에 따라서는 사용자의 신청에 의한 금전보상 제도를 인정하고 있으나, 우리나라는 남용의 위험이 우려된다는 이유에서 신청권자를 근로자로 제한하였다. 근기법은 보상금의 산정방법에 대한 구체적인 기준을 제시하고 있지 않다.

2. 비교법적 고찰

가. 독일

1) 금전보상을 통한 근로관계의 종료 가능성

독일은 해고제한법(Kündigungsschutzgesetz)에 의하여 해고에 관한 사항을 규율하고 있다. 동법에 의하면 해고는 ‘사회적 정당성(soziale Rechtfertigung)’이 있어야 유효하고, ‘사회적 정당성’이 없는 해고는 무효(제1조 제1항)로서 원칙적으로 사용자는 근로자를 원직에 복직시켜야 하고, 해고소송기간에 대한 임금을 지급하여야 한다. 즉, 독일은 해고제한제도의 일차적 목적을 ‘근로관계의 지속(Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses)’에 두고 있다. 그러나 해고가 부당하여 무효인 경우에도 근로자 또는 사용자의 신청이 있고 법원이 근로관계의 지속을 기대할 수 없다고 판단한 경우에는, 법원이 보상금(Abfindung)의 지급을 조건으로 근로관계를 종료시키는 판결을 할 수 있다(제9조). 이와 구별하여야 할 것으로는 2003년 12월 24일 노동시장 개혁에 관한 법률(Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt)⁵⁵⁾에 의하여 해고제한법 제1a조로 신설된 합의금청구권(Abfindungsanspruch)⁵⁶⁾이 있다. 합의금청구권은 긴박한 경영상의 필요

54) 노동부, 「노사관계 선진화 입법 설명자료」, 2007, p.83.

55) BGBI I, S.3002.

56) 2003년 개정된 독일 해고제한법의 내용에 대해서는 조성혜, 「해고제한법 개정과

에 의하여 해고된 근로자가 해고무효소송을 제기하지 않을 것을 조건으로 사용자를 상대로 행사할 수 있는 권리이다. 단, 이러한 청구권은 사용자가 해고가 긴박한 경영상의 필요에 의한 것이고, 3주의 제소기간이 경과하면 합의금청구권을 가진다는 사실을 명시한 경우에 한하여 인정된다(제1a조 제1항). 합의금은 매 근로연수에 대하여 1/2개월분의 임금으로 하고 있다(해고제한법 제1a조 제2항).⁵⁷⁾

2) 보상액의 산정

법원의 판결이 있으면 근로자는 보상금에 대한 청구권을 가지며, 그 금액은 12개월분 임금을 초과할 수 없다(제10조 제1항). 그러나 근로자가 50세에 달하고 5년 이상 근속한 경우에는 15개월분의 임금까지, 55세에 달하고 20년 이상 근속한 경우에는 18개월분의 임금까지 보상금으로 지급할 수 있다(제10조 제2항). 상한액의 범위 안에서 사용자가 지불해야 할 구체적인 금액에 대한 결정권은 법원이 가지고 있다. 실제로 법원이 결정할 보상금액은 독일 내에서도 지역과 심급에 따라 차이가 있다. 그러나 많은 법원이 1년의 근속기간에 대하여 1/2개월분의 임금을 보상금으로 지급하도록 하고 있다. 그러나 어떠한 법적 근거에 의하여 이러한 기준이 도출되었는지에 대해서는 아무도 근거를 제시하지 못하고 있다.⁵⁸⁾ 이러한 일반원칙에 벗어나는 경우에는 근로자의 연령, 부양의무, 예상되는 실업기간, 새로운 일자리의 취득 여부,⁵⁹⁾ 사용자의 경제적 상황,⁶⁰⁾ 해고의 위법성, 근로관계의 존속이 불가능하게 된 원인⁶¹⁾ 등을 근거로 하고 있다.

해고합의금청구권, 『노동법학』 19, 2004, p.189 이하 참조.

57) 독일의 금전보상제도에 대하여는 이승길, 『해고법제의 국제비교 연구』, 2006, p.183 이하 참조.

58) 이에 대하여는 Hümmerich, “Die arbeitsgerichtliche Abfindung - Ein Beitrag zur Abfindungspraxis und zur gesetzliche Neuregelung”, NZA 1999, S.342ff. 참조.

59) BAG 10. 12. 1996 NZA 1997, S. 787.

60) BAG 18. 10. 1984 AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 19.

61) BAG 29. 3. 1960 AP KSchG § 7 Nr. 7.

나. 프랑스

1) 금전보상을 통한 근로관계의 종료 가능성

프랑스는 노동법전에서 해고에 대한 사항을 규율하고 있다. 노동법전은 모든 해고에 대하여 ‘진실하고 심각한 사유(cause réelle et sérieuse)’를 요구하고 있다(L. 122-14-3).⁶²⁾ 그러나 ‘진실하고 중대한 사유’가 없는 해고라고 하여 모두 무효가 되는 것은 아니고, 근로자가 소(訴)를 제기할 수 있을 뿐이다. 근로자가 소송에서 승소할 경우에는 ‘부당해고보상금(Indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse)’을 받게 된다.⁶³⁾ 부당해고보상금은 사업장에 11인 이상의 근로자가 사용되고 근로자의 근속기간이 2년을 넘는 근로자에 한하여 인정된다. 즉, 해고가 ‘진실하고 중대한 사유’가 없다고 판단된 경우에도 근로자는 물론 사용자도 부당해고보상금을 지급하고 근로관계를 종료시킬 수 있다. 그러나 특별보호규정⁶⁴⁾을 위반한 해고 또는 공서(公序)에 반하거나 기본권을 침해하는 해고에 대해서는 사법상(私法上)의 효력을 부인하고 있다. 이러한 무효인 해고에 대해서는 원칙적으로 복직과 임금지급이 강제된다. 그러나 ‘무효인 해고’의 경우에도 복직을 강제하기 곤란한 경우에 대해서는 금전배상을 통한 근로관계의 종료를 인정하고 있다.⁶⁵⁾ 한편, 프랑스 노동법의 특징 가운데 하나는 정당한 해고에 대하여도 사용자에게 해고보상금(indemnité de licenciement)을 지급하도록 하고 있다는 점이다(L. 122-9).⁶⁶⁾ 그러나 해고가 근로자의 ‘중대한 과실(faute grave)’에 기인한 경우에는 그러하지

62) Ahrendt, Der Kündigungsschutz bei Arbeitsverhältnissen in Frankreich, 1995.

63) 이에 대하여는 박제성, 「프랑스의 근로계약법제 변화 - 신규채용계약(CNE)과 최초채용계약(CPE)」, 『노동정책연구』 6(2), 2006, p.182 이하.

64) 프랑스 노동법전은 임신부(제122-25-2조) 및 요양중인 근로자(제122-32-2조)에 대한 해고와 징의권 행사를 이유로 한 해고(제122-45조)와 성차별적 해고(제122-46조 및 제123-5조)를 무효로 하고 있다. 이에 대하여는 김소영·조용만·강현주, 『부당해고 구제의 실효성 확보방안』, 한국노동연구원, 2003, p.92 이하 참조.

65) 김소영·조용만·강현주, 앞의 책, p.92 이하.

66) 이탈리아와 오스트리아도 정당한 해고에 대하여 해고보상금을 지급하도록 하고 있다. Rebhahn, “Abfindung statt Kündigungsschutz? - Rechtsvergleich und Regelungsmodelle”, RdA 2002, S.272ff. 참조.

아니하다.

2) 보상액의 산정

부당해고보상금의 액수는 보통의 경우 해고 전 6개월 동안의 총임금 이상이며, 경영상 해고의 경우 해고 전 12개월 동안의 총임금 이상이다. 이 부당해고보상금은 아래에 설명한 해고보상금에 더하여 지급될 수도 있다. 11인 미만의 사업에서 일하는 근로자나 근속연수 2년 미만의 근로자에 대해서는 침해된 이익에 비례하여 계산된 보상금이 지급된다(L. 122-14-5조).⁶⁷⁾

해고보상금의 규모는 해고사유가 경영상 이유에 의한 것인지, 개인적 사유에 의한 것인지에 따라 다르고, 또 근속연수에 따라서도 달라진다(L. 122-9조). 노동법전 R. 122-2조는 각 경우에 따라 구체적으로 해고보상금의 계산 방식을 정하고 있다. 첫째, 경영상 해고의 경우 근속연수 10년까지는 1년당 월임금의 10분의 2 이상, 근속연수 10년 이후에는 1년당 월임금의 15분의 2 이상으로 한다. 둘째, 개인적 사유에 의한 해고의 경우 근속연수 10년까지는 1년당 월임금의 10분의 1 이상, 근속연수 10년 이후에는 1년당 월임금의 15분의 1 이상으로 한다. 셋째, 해고보상금의 계산을 위하여 기준이 되는 임금은 해고 전 12개월 동안의 총임금의 12분의 1 또는 근로자에게 보다 유리한 때에는 해고 전 3개월 동안의 총임금의 3분의 1로 한다. 후자의 경우 연 단위로 지급되거나 예외적 성격을 갖는 일체의 상여금 및 특별수당은 기간에 비례하여 계산된 금액만을 기준으로 한다.⁶⁸⁾

다. 영 국

1) 금전보상을 통한 근로관계의 종료 가능성

영국의 경우 1996년 제정된 고용권리법(Employment Right Act)에 따라 정당한 이유 없는 해고를 금지하고 있다(제98조 제2항).⁶⁹⁾ 부당해고

67) 박제성, 앞의 논문, p.183 참조.

68) 이에 대하여는 박제성, 앞의 논문, p.182 이하.

(unfair dismissal)의 경우 법원은 원칙적으로 복직 또는 재고용 명령을 내린다. 그러나 법원이 복직 또는 재고용이 불가능하다고 판단한 경우에는 처음부터 금전보상 명령을 내릴 수 있다(고용권리법 제112조). 그리고 법원의 복직 또는 재고용 명령에도 불구하고 사용자가 이를 이행하지 않는 경우에는 법원이 금전보상명령을 내린다. 따라서 근로자가 승소한 경우에도 실제 사업장에 복직 또는 재고용되는 비율은 1%를 넘지 않는다고 한다.⁷⁰⁾ 영국은 또한 성차별금지법(The Sex Discrimination Act), 인종관계법(The Race Relation Act) 및 고용권리법 제99조 이하에서 인종, 국적, 성별, 결혼, 임신·출산, 노동조합 활동 등을 이유로 한 해고를 금지하는 특별규정을 두고 있다.

2) 보상액의 산정

앞에서 설명한 바와 같이 금전보상에는 복직 또는 재고용이 불가능한 경우에 내려지는 금전보상과 사용자가 법원의 복직 또는 재고용 명령에도 불구하고 이를 이행하지 않은 경우에 내려지는 금전보상이 있다. 복직 또는 재고용이 불가능한 부당해고(unfair dismissal)에 대한 금전보상은 기초적 금전보상(basic award)과 보상적 금전보상(compensatory award)을 합산한 액으로 하고 있다. 기초적 금전보상으로는 계속근로연수 1년에 대하여 1주일의 임금 이 지급된다. 단, 만 22세 이전의 근무기간에 대해서는 계속근로연수 1년에 대하여 1/2주의 임금 그리고 만 41세 이후의 근무기간에 대해서는 계속근로연수 1년에 대하여 1 $\frac{1}{2}$ 의 임금을 기초적 금전보상으로 지급한다(고용권리법 제119조). 보상적 금전보상금은 5만 2,600파운드 내에서 실제 손해를 기준으로 산정하게 된다(제123조 제1항). 그러나 현실적으로는 주로 1,000파운드 이내에서 정해지고 있다.⁷¹⁾ 실제 손해의 산정에서 해고 후 다른 사업장에서의 수입(중간 수입)은 공제 대상이 된다(제123조 제4항).⁷²⁾ 사용자가 복직 또는 재고용을 이행하지 않

69) 영국의 부당해고구제 수단에 대하여는 강현주·조용만·강현주, 앞의 책, p66 이하 참조.

70) Rebhahn, "Abfindung statt Kündigungsschutz? - Rechtsvergleich und Regelungsmodelle," RdA 2002, S.280.

71) Rebhahn, a. a. O., S.280.

은 경우에 내려지는 금전보상명령의 보상액은 기초적 금전보상액과 보상적 금전보상액을 합산한 것에 부가적 금전보상액(additional award of compensation)을 추가한 액으로 한다(제117조 제3항). 일반적인 해고규정을 위반한 경우에는 13주 내지 26주의 주급을 부가적 금전보상금으로 하지만, 부당해고의 원인이 차별적 처우에 근거한 경우에는 26주 내지 52주의 주급을 부가적 금전보상금으로 하고 있다(제117조 제5항).⁷³⁾ 한편 영국도 프랑스와 같이 정당한 해고에 대해서도 감원수당법(Redundancy Payment Act)에 의하여 금전적 보상을 실시하고 있다(제135조). 감원수당(redundancy payment)은 계속근로연수가 2년 이상이고 감원을 이유로 근로관계를 종료한 근로자에게만 지급된다(제155조). 감원수당은 부당해고에서의 기초적 금전보상과 같은 방법으로 산정된다(제162조).⁷⁴⁾ 그러나 감원수당은 30주의 임금을 초과할 수 없으며, 주당 평균임금은 250파운드를 초과할 수 없도록 하고 있다(제227조).

라. 미국

미국은 해고를 제한하는 일반원칙을 가지고 있지 않다. 다만, 연방 차원에서 성(性), 인종, 피부색, 연령에 의한 차별을 금지하고 있다. 따라서 이를 이유로 한 차별의 경우에만 법적 제재를 받고, 기타의 해고에 대하여는 아무런 법적 제재가 가해지고 있지 않다. 그러나 계약상의 의무를 위반하여 근로자를 해고한 경우에는 사용자는 손해배상책임을 지게 된다. 그러나 계약의무를 위반한 것을 이유로 한 손해배상청구권은 실제의 손해를 기준으로 배상하기 때문에 일반적으로 그 액수가 크지 않다. 그러나 미국에서는 징벌적 손해배상(punitive damages)⁷⁵⁾이 인정되고 있어 경우

72) 김소영·조용만·강현주, 앞의 책, p.83.

73) 김소영·조용만·강현주, 앞의 책, p.83.

74) Rebhahn, a. a. O., S.280.

75) 이에 대하여는 김용식, 「징벌적 손해배상에 관한 미국의 최근 동향」, 『재산법연구』 23(1), 2006, p.247 이하; 김재국, 「영미법상 징벌적 손해배상의 도입에 관한 소고」, 『비교사법』 2(1), 1995, p.507 이하; 윤정환, 「징벌적 손해배상에 관한 연구」, 『민사법학』 17, 1999, p.58 이하; 장재욱, 「징벌적 손해배상과 법치국가의 원리」, 『법학논문집』 20, 중앙대학교 법학연구소, 1995, p.215 이하.

에 따라 사용자에게 매우 높은 손해배상액이 부과될 가능성도 없지 않다. 이러한 이유에서 미국에서는 금전보상에 대한 법·제도적 장치가 없음에도 불구하고 사용자와 근로자가 합의에 의하여 금전보상을 조건으로 근로관계를 종료시키고 있다. 특히, 이러한 현상은 사용자의 해고가 차별금지규정에 위반될 가능성이 있는 경우에 빈번하게 나타나게 된다.⁷⁶⁾

마. 일본

일본 노동기준법 제18조의2에 의하면 “객관적으로 합리적인 이유를 결여하고, 사회 통념상 상당하다고 인정되지 않는” 해고를 무효라고 하고 있다. 금전보상을 통해 근로관계를 소멸시킬 수 있는 제도는 존재하지 않는다. 일본의 경우 부당한 해고에 대해서는 원직복직과 임금지급이라는 일률적인 구제제도만이 인정된다.

3. 문제 제기

가. 보상액의 산정

근기법 제30조 제3항은 금전보상액의 산정과 관련하여 “임금 상당액 이상”이라는 기준 이외에는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 즉, 금전보상액을 산정함에 있어 고려되어야 할 요소나, 금전보상액의 상한선 또는 하한선에 대하여 아무런 규정도 두고 있지 않다. 근기법 제30조 제3항의 적용과 관련하여 제기되는 의문은 먼저 ‘임금 상당액’을 결정하기 위한 ‘해고기간’을 어떻게 볼 것인지에 관한 것이다. 이와 관련하여 두 가지 의문이 제기되는데, 하나는 ‘해고기간’이 불복절차가 진행되어 재심판정 또는 행정소송 판결이 내려지면 해고기간의 산정이 변경되는지에 관한 것이고, 다른 하나는 ‘해고기간’의 종료 시점을 ‘구제명령 신청 시점’, ‘심문종료 시점’, ‘노동위원회 구제명령 시점’ 또는 ‘구제명령이 확정된 시점’ 가운데 어

76) Rebhahn, a. a. O., S.280.

는 것으로 할 것인지에 관한 것이다. 다음으로 금전보상액의 산정과 관련하여 해고기간 중의 중간수입을 금전보상액에서 공제할 것인지에 대한 의문이 제기된다. 왜냐하면 판례⁷⁷⁾는 해고기간에 대한 임금지급과 관련하여 중간수입의 공제를 원칙적으로 인정하고 있기 때문이다. 나아가 임금이 추가되는 보상액을 어떻게 산정하여야 할 것인지, 그리고 근기법 제30조 제3항에 의한 금전보상을 받았음에도 불구하고, 추가적으로 법원에 손해배상을 청구할 수 있다고 보아야 할 것인지에 대한 의문도 제기된다. 그리고 청구가 가능하다면 이때 손해배상액의 산정방법이 어떠해야 할 것인지도 의문이다. 다음으로 근기법 제30조 제3항의 금전보상제와 관련하여 동 규정을 법원이 해고의 정당성을 다투는 소송에서 원용할 수 있는가 하는 의문도 제기된다. 나아가 노동위원회의 금전보상명령을 이행하지 않는 사용자에 대하여 이행강제금(제33조)을 부과할 수 있는지와 금전보상명령에 불복하는 당사자가 중앙노동위원회의 재심 또는 행정소송을 제기(제31조)할 수 있는지에 대한 의문이 제기되나 일반적으로 양자를 모두 인정⁷⁸⁾하고 있는 것으로 보여지고 필자도 이에 동의하기 때문에 아래에서는 이에 대한 논의를 생략하기로 한다.

나. 사회보험 및 세법과의 관계

다음으로 금전보상이 사회보험법 또는 세법상 어떻게 취급되어야 할 것인지에 대한 의문도 제기된다. 먼저 근기법 제30조 제3항에 의한 금전

77) 판례는 “사용자의 귀책사유로 인하여 해고된 근로자가 그 기간 중에 노무를 제공하지 못하였더라도 민법 제538조 제1항 본문의 규정에 의하여 사용자에게 그 기간 동안의 임금을 청구할 수 있고, 이 경우에 근로자가 자기의 채무를 면함으로써 얻은 이익이 있을 때에는 법 제538조 제2항의 규정에 의하여 이를 상환할 의무가 있다고 할 것인데, 근로자가 해고기간 중에 다른 직장에 종사하여 얻은 수입은 근로제공의 의무를 면함으로써 얻은 이익이라고 할 것이므로 사용자는 근로자에게 해고기간 중의 임금을 지급함에 있어서 위의 이익(이른바 중간수입)을 공제할 수 있다”고 하고 있다. 다만, 근로자가 받을 수 있는 해고기간 중의 임금액 중 휴업수당의 한도에서는 중간수입 공제의 대상으로 삼을 수 없고, 휴업수당을 초과하는 금액 범위에서만 공제하도록 하고 있다(대판 1991. 12. 13. 90다18999).

78) 同旨: 김형배, 『노동법』, 2007, p.605 이하; 김홍영, 「부당해고에 대한 금전보상제의 도입에 따른 쟁점사항」, 『조정과 심판』 28, 2006, p.22 이하.

보상을 임금으로 보아 사회보험 보험료를 납부하여야 하는지에 대한 의문이 제기된다. 다음으로 금전보상금을 받은 근로자가 고용법상의 실업급여를 받을 수 있는지도 의문이다. 왜냐하면, 고용보험법 제58조는 구직급여에 대한 수급자격의 제한에 대하여 정하고 있고, 동조 제2호 다목에서는 자기의 사정으로 이직한 피보험자로서 “노동부령으로 정하는 정당한 사유에 해당하지 아니하는 사유로 이직한 경우”에 대하여 실업급여의 수급자격을 제한하고, 고용보험법 시행규칙 제57조의2 제2항 제3호는 법 제58조 제1항에서 “정당한 사유 없는 자기 사정”에 대하여 열거하고, 동항 제3호에서 “기타 노동부장관이 정하여 고시하는 사유로 이직한 경우”라고 하고 있기 때문이다. 그리고 2003년 12월 31일 제정된 ‘구직급여수급자격제한기준’에는 근기법 제30조 제3항에 의한 이직에 대한 규정이 없고, 동 기준 제2호 제20항에서 “기타 이에 준하는 사유로서 피보험자 및 사업장 등의 사정에 비추어 그러한 여건에서는 통상의 다른 근로자도 이직했을 것이라고 객관적으로 인정되는 경우”를 실업급여에 수급자격의 자격에 대한 예외로 인정하고 있다. 필자는 근기법 제30조 제3항에 의하여 근로자의 신청과 노동위원회의 결정으로 금전보상명령이 내려졌다고 하여 반드시 ‘구직급여수급자격제한기준’ 제2호 제20항에 해당하는 것은 아니라는 점에서 금전보상을 받고 이직한 근로자가 실업급여를 받을 수 있는지에 대한 의문이 제기된다.⁷⁹⁾

79) 근기법 제30조 제3항에 근거한 금전보상이 소득세법 제4조 제2호의 ‘퇴직소득’에 포함된다면 근로자는 동법에 의하여 세금을 납부하여야 한다. 그러나 소득세법 제22조는 퇴직소득에 속하는 소득을 열거하고 있으며, 동조 제1호 바목에 근거한 소득세법 시행령 제42조의2 제3항의 ‘과세대상 일시금’에도 포함되지 않아 근로자의 납세의무는 발생하지 않는다.

4. 검토

가. 보상액의 산정

1) '임금 상당액'의 산정

가) 해고기간의 확정

일부에서는 근기법 제30조 제3항의 '해고기간'이 '심문종료 시점'에 종료하는 것으로 의제하고, 불복절차가 진행된 경우에도 '해고기간'은 변경되지 않는다고 해석하고 있다.⁸⁰⁾ 그러나 필자는 '해고기간'은 해고의 정당성을 다투는 기간으로 이해하여 노동위원회의 구제명령이 내려지는 시점에 '해고기간'이 종료하고, 불복절차가 진행된 경우에는 구제명령이 확정된 시점에 '해고기간'이 종료한다고 본다. 그리고 노동위원회의 구제명령은 판정문의 작성 일자인 판정 일자에 내려진 것으로 본다. '해고기간'을 이와 같이 해석할 경우 금전보상금이 해고기간의 '임금 상당액 이상'으로 정하고 있는 점을 악용하여 '해고기간'의 연장을 통한 보상금 증액을 위한 수단으로 불복절차를 진행할 가능성도 없지 않다. 그러나 이러한 악용을 방지하기 위하여 선의(善意)의 불복신청자의 권리를 제한할 수는 없다고 본다. '해고기간'을 불복절차의 진행에도 불구하고, 초심의 '심문종료 시점'으로 할 경우⁸¹⁾ 불복절차가 진행된다고 하여 구제명령의 효력이 중지되지 않고(제32조), 이행강제금(제33조)을 부과할 수 있다고 하지만 이행강제금은 국가에 귀속되기 때문에 근로자에게 실질적인 혜택이 돌아가지 않는 문제점이 있다. 나아가 '해고기간'을 초심의 '심문종료 시점'으로 할 경우에는 사업장의 규모와 근로자의 임금에 따라서는 불복절차를 진행하고 이행강제금을 지불하는 것이 사용자에게 경제적으로 유리한 경우⁸²⁾도 발생할 수 있다는 점에서 '해고기간'은 '구제명령이 확정된 시점'으로 보아야 할 것이다.

80) 김홍영, 앞의 논문, p.10 및 p.23 이하.

81) 김홍영, 앞의 논문, p.10 및 p.23 이하.

82) 예를 들어 5인 이상 10인 미만의 사업장에 부과되는 이행강제금은 월 약 50만 원 이상 200만 원 미만, 10인 이상 50인 미만 사업장의 경우 월 약 58만 원 이상 230만원 미만에 불과하다.

그러나 결과적으로는 노동위원회(지방노동위원회 또는 중앙노동위원회)에서 확정된 경우에는 노동위원회의 결정이 있는 날까지가 ‘해고기간’이 되지만, 지방노동위원회 또는 중앙노동위원회의 결정에 대하여 행정법원에 취소소송을 제기하였으나 법원에서 그 명령이 취소되지 않은 경우에는 판결이 확정된 시점이 아니라 노동위원회의 결정이 있었던 날까지가 ‘해고기간’이 된다.⁸³⁾ 왜냐하면, 지방노동위원회 또는 중앙노동위원회가 금전보상명령을 내리고, 사용자 또는 근로자가 노동위원회 명령의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였으나, 법원(행정법원, 고등법원 또는 대법원)이 청구를 받아들이지 않은 경우 노동위원회의 해고의 부당성과 금전보상에 대한 결정 모두에 대한 효력이 그대로 인정되기 때문이다. 반면, 노동위원회의 금전보상명령이 법원에서 취소된 경우⁸⁴⁾에는 법원은 근기법 제30조 제3항에 의하여 보상액을 정하게 되고, 이때의 ‘해고기간’은 법원의 판결 때까지로 보아야 할 것이다.⁸⁵⁾

나) 중간수입의 공제 여부

먼저 금전보상액 가운데 ‘임금상당액’을 계산함에 있어 근로자가 해고기간 중에 다른 직장에 종사하여 얻은 수입(중간수입)이 있는 경우에 이를 공제하는 것에 반대한다.⁸⁶⁾ 왜냐하면 필자는 부당해고 근로자에 대한 중간수입 공제를 인정하고 있는 판례의 견해가 옳지 않다고 보기 때문이다. 판례는 해고기간 중에 근로자가 다른 사업장에서 얻은 수입을 노무제공의 면제와 상당인과관계가 있는 이익으로 보고 민법 제538조 제2항을 적용하고 있지만, 민법 제538조의 “채무를 면함으로써 이익을 얻은 때”는 채무의 면제와 상당인과관계가 있는 이익을 말하는 것이고, 채무의 면제와 상당인과관계가 있는 이익이란 교통비와 같이 채무의 면제로 인하여

83) 노동위원회법 및 근로기준법은 반드시 중앙노동위원회의 재심을 거쳐야 행정소송을 제기할 수 있다는 제한규정을 두고 있지 않기 때문에 행정소송법 제18조 제1항에 따라 지방노동위원회의 결정의 취소를 구하는 소송을 직접 행정법원에 제기할 수 있다.

84) 행정소송법 제27조는 “행정청의 재량에 속하는 처분이라도 재량권의 한계를 넘거나 그 남용이 있는 때에는 법원은 이를 취소할 수 있다”고 하고 있다.

85) 아래 II. 4. 나. 참조.

86) 同旨: 김홍영, 앞의 논문, p.11.

직접적으로 발생한 이익을 말하는 것으로 해고기간 중에 사용자가 노무수령을 거부하여 발생한 “기회”를 활용하여 취득한 이익은 이에 해당하지 않는 것으로 보아야 할 것이다. 나아가 근기법 제30조 제3항을 적용하여 법원이 금전보상명령을 내릴 수 없을 뿐만 아니라, 노동위원회는 금전보상액을 산정함에 있어 민법상의 손해액 산정에 관한 원칙 또는 이와 관련된 판례의 입장에 따라야 하는 것도 아니라고 본다. 왜냐하면 금전보상 제도는 입법자가 특별규정(근기법 제30조 제3항)을 통하여 노동위원회에 부여한 권한에 근거한 것으로, 입법자가 노동위원회에 보상액의 산정에 재량권을 부여하고 이에 대한 아무런 제한규정을 두고 있지 않기 때문이다.

2) 추가 보상액의 산정

다음으로 ‘임금상당액’에 ‘추가되는 보상액’은 ‘부당한 해고로 인하여 발생한 손해에 대한 배상’과 ‘복직을 포기한 것에 대한 보상’을 합산한 것으로 보아야 할 것이다. ‘부당해고로 인하여 발생한 손해에 대한 배상’은 과거의 사실을 기준으로 산정되어야 할 것이다. 예를 들어 근로자가 복직을 원하지 않게 된 원인이 사용자측의 귀책사유에 의한 경우에는 징벌적 성격의 금전보상 또는 판례⁸⁷⁾가 인정하고 있는 부당해고로 인한 정신적 손해에 대한 위자료가 보상액에 포함되어야 할 것이다. 한편 ‘복직을 포기한 것에 대한 보상’은 해고된 근로자가 현재 취업 중인지, 실업상태에 있는지 등과 같은 현재와 관련된 요소와 복직 거부에 의하여 발생한 미래의 기대이익 등을 고려하여 산정하여야 할 것이다. 또한 필자는 추가되는 보상액의 산정은 제반 사정을 고려하여 노동위원회가 재량으로 결정할 사항으로 그 산정방법을 규격화하는 것에 반대한다. 왜냐하면 금전보상 제도가 구제방법을 다양화하기 위하여 도입되었다는 점에서 구체적 타당

87) 판례는 해고가 “건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없음이 분명한 경우”에는 그 해고가 근기법 제23조에서 말하는 “정당성을 갖지 못하여 효력이 부정되는 데 그치는 것이 아니라, 위법하게 상대방에게 정신적 고통을 가하는 것이 되어 근로자에 대한 관계에서 불법행위를 구성할 수 있다”고 하고 있다(대판 1993. 10. 12. 92다43586). 그러나 해고가 무효로 되었다는 사유만으로 곧바로 그 해고가 불법행위를 구성하게 되는 것은 아니다.

성을 확보하는 것이 이 제도를 운영하는 데 있어 중요한 요소라고 보기 때문이다. 입법론적으로는 보상액 산정에 고려되어야 할 요소들을 예시적으로 열거하고, 최고액 또는 최저액에 대한 규정을 두는 것이 바람직하다고 본다.

3) 추가적 손해배상청구권의 인정 여부

다음으로 근기법 제30조 제3항에 의하여 금전보상을 받은 근로자가 다시 법원에 사용자를 상대로 손해배상을 구하는 소(訴)를 제기할 수 있는지가 문제된다. 필자는 근로자가 근기법에 의하여 금전보상을 받았다고 하여도, 근로자의 손해배상청구권의 행사에는 아무런 장애가 되지 않는다고 본다. 왜냐하면, 근기법에 의한 금전보상은 노동위원회의 구체명령에 따른 것으로 법원의 판결이 아니어서 기판력이 미치지 않기 때문이다. 다만, 손해배상액의 산정에서 금전보상을 통하여 취득한 이익이 고려되어야 할 것이다. 즉, 손해배상에 있어서 손해가 발생한 것과 동시에 이익도 발생한 경우에는 그 손해에서 이익을 공제하는 손액상계가 인정되기 때문에 민사소송을 통한 손해배상의 청구는 금전보상에 의하여 얻은 이익을 공제하고 남은 실제의 손해에 대해서만 청구가 가능할 것이다. 왜냐하면 근기법 제30조 제3항에 의한 금전보상은 해고와 상당인과관계에 있는 이익이라고 보여지기 때문이다. 이러한 접근방법은 민법에는 규정이 없지만 실손해의 배상이라는 점에서 당연한 것으로 인정된다.⁸⁸⁾ 따라서 노동위원회가 금전보상에 대한 명령을 함에 있어 금전보상액 가운데 얼마가 과거의 손해에 대한 보상적 성격으로 지급된 것이고, 얼마가 장래의 이익을 포기한 것에 대한 대가로 지급된 것인지를 명확히 해 준다면, 근로자가 추가로 손해배상을 청구할 수 있는지와 청구할 경우 상계되어야 할 이익이 얼마인지 예측하는 데 도움이 될 것이다.⁸⁹⁾

88) 손익상계에 대하여는 임견민, 「손익상계」, 『경남법학』 18, 경남대학교 법학연구소, 2003, p.157 이하.

89) 비교법적으로 보면 프랑스와 영국의 경우 금전보상에 대한 결정이 법원에 의하여 이루어지고 있음에도 불구하고 금전보상에 추가하여 손해배상청구권의 행사를 허용하고 있다. 이에 대하여는 Rebhahn, a. a. O., S.285 참조.

나. 법원의 원용 가능성

근기법 제30조 제3항의 금전보상제와 관련하여 동 규정을 법원이 해고의 정당성을 다투는 소송에서 원용할 수 있는지에 대하여 학설은 동 규정은 노동위원회가 부당해고에 대한 구제명령을 하는 경우에만 사용할 수 있는 것으로 보고 있다.⁹⁰⁾ 필자는 법원(法院)의 종류에 따라 결론을 달리하여야 한다고 본다. 즉, 민사법원이 근기법 제30조 제3항을 원용하여 금전보상에 관한 판결을 하는 것은 허용되지 않지만, 노동위원회의 금전보상명령에 대하여 행정소송이 제기된 경우에 법원이 노동위원회의 결정을 취소하면서 근기법 제30조 제3항을 원용하여 금전보상액을 변경하는 판결을 할 수는 있다고 본다. 왜냐하면 근기법 제30조 제3항은 금전보상명령을 할 수 있는 자를 “노동위원회”로 제한하고 있기 때문에 법원(法院)이 동 규정을 근거로 금전보상명령을 내리는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다고 해석되기 때문이다. 그러나 사용자와 근로자는 노동위원회의 금전보상명령에 대하여 형식적 당사자소송⁹¹⁾의 형태로 행정소송을 제기할 수 있고, 이 경우 행정법원이 근기법 제30조 제3항에 근거하여 금전보상액을 변경하는 것은 예외적으로 허용된다고 보여진다. 그러나 이러한 결론을 도출하기 위해서는 먼저 두 가지 선결 문제가 해결되어야 한다. 하나는 금전보상액에 관한 분쟁을 민사소송의 대상으로 보아야 할 것인지, 행정소송의 대상으로 보아야 할 것인지에 관한 것이고, 다른 하나는 노동위원회가 결정한 금전보상액에 대하여 형식적 당사자소송의 제기를 허용하는 실정법상의 규정이 없음에도 불구하고 이를 허용할 수 있을 것인지에 관한 것이다. 행정소송, 특히 당사자소송과 민사소송의 대상과 관

90) 김형배, 『노동법』, 2007, p.605; 김홍영, 「부당해고에 대한 금전보상제의 도입에 따른 쟁점사항」, 앞의 논문, p.6; 이철수, 『개정 해고법제의 주요 내용과 그 평가』, 서울대학교 노동법연구회 2007년 춘계공개학술대회 자료집, 2007. 4, p.7 이하.

91) 형식적 당사자소송이란 실질적으로 항고소송과 마찬가지로 처분·재결 등의 효력을 다투는 것이지만, 단지 소송경제 등의 필요에 의하여 그 법률관계의 일방을 피고로 함으로써 당사자소송의 형태를 취하는 것을 말한다. 이에 대하여는 정준현, 「형식적 당사자소송의 고찰」, 『법제』 1월호, 1992, p.26 이하; 박윤훈, 「형식적 당사자소송」, 『감정평가』 5·6월호, 1997, p.17 이하 참조.

런해서는 “소송물”을 기준으로 구별하는 학설⁹²⁾과 “그 전제가 되는 법률관계”를 기준으로 구별하는 학설⁹³⁾이 대립하고 있다. 판례⁹⁴⁾는 전자의 입장을 따르고 있다. 필자는 후자의 입장이 타당하다고 본다. 즉, 노동위원회가 결정한 금전보상액에 대한 분쟁은 민사소송이 아닌 행정소송의 대상이다. 다음으로는 형식적 당사자소송을 인정하는 특별규정⁹⁵⁾이 없음에도 불구하고, 행정소송법상의 규정만을 근거로 형식적 당사자소송을 제기할 수 있는지와 관련해서는 긍정설과 부정설이 대립하고 있다. 부정설⁹⁶⁾은 개별법의 규정이 없는 경우에는 형식적 당사자소송의 원고·피고 적격성, 제소기간 등 소송 요건이 불분명하여 현실적으로 소송을 진행하기 어렵다는 점을 이유로 개별법에 명시적 규정이 없음에도 불구하고 행정소송법상의 규정에 기하여 형식적 당사자소송을 일반적으로 허용할 수는 없다고 한다. 이에 대하여 긍정설⁹⁷⁾은 행정소송법 제3조 제2호가 당사자소송을 “행정청의 처분 등을 원인으로 하는 법률관계에 관한 소송 그 밖에 공법상의 법률관계에 관한 소송으로서 그 법률관계의 한쪽 당사자를 피고로 하는 소송”이라고 정의하고 있기 때문에 “형식적 당사자소송”도 “당사자소송”에 포함될 수 있다고 한다. 또한 긍정설은 일본의 경우에는 형식적 당사자소송을 명문의 규정이 있는 경우로 제한하는 법규정이 있는 데 반하여, 행정소송법은 이에 대하여 아무런 제한 규정을 두고 있지 않으므로, 특별규정이 있는 경우에만 형식적 당사자소송이 인정되는 일본의 경우와 달리 별도의 허용규정 없이도 형식적 당사자소송을 제기할 수 있다고 한다. 필자는 긍정설이 타당하다고 본다. 따라서 노동위원

92) 홍준형, 『행정구제법』, 2001, p.732.

93) 한건우, 「행정주체와 행정객체의 법률관계에 나타난 분쟁의 해결방법」, 『공법연구』 20, 1992, p.113.

94) 대판 1970. 3. 24. 69다1561; 대판 1970. 3. 10. 69다1886; 대판 1980. 7. 8. 80다790; 대판 1997. 5. 30. 95다28960.

95) 특별규정에 의하여 형식적 당사자소송을 허용한 규정은 다음과 같다. 특허법 제187조 및 191조, 의장법 제75조, 실용신안법 제35조, 상표법 제86조, 전기통신기본법 제40조의2 제5항·제6항, 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제85조 제2항.

96) 김동희, 『행정법 I』, 2004, p.733; 김남진, 『행정법 I』, 2001, p.741; 홍정선, 『행정법원론(상)』, 2004, p.872; 홍준형, 앞의 책, p.737 등.

97) 이상규, 『신행정법론(상)』, 1997, p.804 이하.

회의 금전보상 결정에 불복하여 형식적 당사자소송의 형태로 제기된 행정소송에서는 행정법원이 근기법 제30조 제3항을 근거로 노동위원회의 금전보상액을 변경하는 판결을 할 수 있다고 본다. 그리고 이러한 형태의 판결은 이미 행정소송에서 형식적 당사자소송의 형태로 활용되고 있다.⁹⁸⁾

다. 사회보험과의 관계

1) 사회보험 보험료 납부대상 여부

먼저 근기법 제30조 제3항에 의한 금전보상에 대하여 국민연금법상의 보험료를 지급하여야 하는지에 대하여 살펴보기로 한다. 국민연금법은 소득을 기준으로 보험료를 산정하고 있으며(제75조), 동법 시행령은 보험료 산정에 포함되는 소득을 “소득세법 제20조의 규정에 의한 근로소득에서 동법 제12조 제4호의 규정에 의한 비과세소득을 차감한 소득”으로 하고 있다(제3조 제1항 제2호).⁹⁹⁾ 그러나 소득세법에 의하면 근기법 제30조 제3항에 의한 금전보상은 “계약의 위약 또는 해약으로 인하여 받는 위약금과 배상금”으로 보아 소득세법 제21조 제1항 제10호의 ‘기타소득’으로 보아야 할 것이다. 따라서 근로자와 사용자는 금전보상금에 대하여 국민연금법상의 보험료를 납부할 의무는 없다고 보여진다. 건강보험법은 보수를 기준으로 보험료를 산정하고 있으며(제63조 제3항), 동법 시행령에서는 보수를 “근로의 제공으로 인하여 받은 금품”으로 정의하고 있다. 금전보상금은 ‘근로관계’를 근거로 취득한 금품이지만, ‘근로제공’의 대가로 볼 수는 없다는 점에서 건강보험법상의 보험료 산정의 대상에 포함되지 않는다고 보여진다. 고용보험법과 산업재해보상보험법은 ‘임금’을 기준으

98) 예를 들어 부산고법 2004. 2. 6. 2003누1134은 토지 수용에서 중앙토지수용위원회가 결정한 수용액에 대하여 이의를 제기한 사건에서 행정법원이 중앙토지수용위원회의 결정을 취소하면서 법원이 정당한 보상액을 직접 제시하고 있다. 이에 대하여는 홍준형, 「공법상 당사자 소송의 대상 - 대법원 1992. 12. 24. 선고 92누3335」, 『사법행정』 2월, 1993, p.46 이하 참조.

99) 해고보상금은 부당해고를 전제로 하고 있다는 점에서 해고의 효력을 다투는 자는 지역가입자가 아니라 사업장가입자로 보아야 할 것이다.

로 보험료를 산정하고 있으며(고용보험 및 산업재해보상보험법의 보험료 징수 등에 관한 법률 제13조), 동법상의 임금은 근로기준법상의 임금으로 하고 있다. 그리고 근로기준법은 임금을 사용자가 ‘근로의 대가’로 근로자에게 지급하는 금품이라고 하고 있다(제2조 제5호). 앞에서 언급한 바와 같이 금전보상금은 ‘근로관계’로 인하여 취득한 금품이기는 하지만, ‘근로의 대가’로 취득한 금품으로 보기 어렵다. 따라서 금전보상금은 고용보험법과 산업재해보상보험법상의 보험료 부과 대상이 아니다.

2) 실업급여와의 관계

근기법 제30조 제3항에 의한 금전보상에 대하여 어떠한 고용보험법상의 효과를 부여할 것인지를 결정하기 위해서는 먼저 금전보상의 법적 성질을 분명히 하여야 할 것이다. 금전보상의 성질을 결정함에 있어서 참조하여야 할 것으로는 금전보상이 부당한 해고에 대해서만 인정되고 있는지, 아니면 부당한 해고와 정당한 해고 모두에 대하여 인정되고 있는지를 살펴보아야 할 것이다. 전자의 경우에는 부당한 해고에 대한 제재적 성격이 강한 반면, 후자의 경우에는 소멸된 근로관계에 대한 보상의 성격이 강하다고 보아야 할 것이다. 현행 근기법은 부당한 해고에 대해서만 금전배상을 인정하고 있다는 점에서 금전배상은 제재적 성격의 보상이지, 일자리의 상실 그 자체에 대한 보상이라고 보여지지 않는다.¹⁰⁰⁾ 이러한 점에서 금전보상을 받은 근로자도 고용보험법상 어떠한 불이익을 받지 말아야 할 것이다. 즉, 실업급여 수급권의 제한 여부는 “기타 이에 준하는 사유로서 피보험자 및 사업장 등의 사정에 비추어 그러한 여건에서는 통상의 다른 근로자도 이직했을 것이라고 객관적으로 인정되는 경우”에 해당하느냐에 따라 금전보상의 수령 여부와 관계없이 독립적으로 판단되어야 할 것이다(고용보험법 제58조, 고용보험법 시행규칙 제57조의2 및 구 직급여수급자격제한기준).

100) 금전보상을 일자리의 상실에 대한 보상이라고 본다면, 금전보상을 받은 근로자에 대한 실업급여의 삭감 또는 지급의 중지가 정당화될 수 있을 것이다.

라. 세법과의 관계

소득세법은 모든 소득에 대하여 과세를 하는 것을 원칙으로 하고 있다. 그러나 소득세법은 ‘소득’에 대한 정의규정을 두고 있지 않다. 하지만 근기법 제30조 제3항에 의한 금전보상금이 ‘소득’에 포함된다는 것에 대해서는 이견이 없는 것으로 보여진다.¹⁰¹⁾ 한편 소득세법은 제12조에 열거된 소득에 대해서만 예외적으로 세금을 면제하고 있다. 그러나 근기법 제30조 제3항에 의한 금전보상은 소득세법 제12조에 열거되어 있다. 따라서 금전보상금에 대하여 근로자는 세금을 납부하여야 할 것이다. 근기법 제30조 제3항에 의한 금전보상은 “계약의 위약 또는 해약으로 인하여 받는 위약금과 배상금”으로 보아 소득세법 제21조 제1항 제10호의 ‘기타소득’으로 보아야 할 것이다.

Ⅲ. 이행강제금제도

1. 개정법의 주요 내용

2007년 1월 26일 개정되기 전까지 근기법은 정당성 없는 해고에 대하여 형사상 처벌이 가능하도록 하고 있었다. 이러한 종래의 규정은 민사상의 법률 분쟁을 형사적으로 해결하는 것으로 당사자 자치를 근간으로 하는 현대적 노사관계에 적합하지 않다는 비판이 제기되어 왔었다.¹⁰²⁾ 다른

101) 소득의 개념에 대해서는 박종수, 「소득개념과 소득유형」, 『법제연구』 22, 2002, p.271 이하 참조.

102) 헌법재판소는 2005년 3월 31일 2003헌바12 결정에서 “해고는 사용자가 근로자와의 고용계약을 일방적으로 종료시키는 법률행위로서 정당하지 못한 해고가 무효이고 손해배상책임의 대상이 될 수는 있으나 이를 형사처벌까지 하는 것은 계약자유의 원칙을 본질적으로 침해하는 것이거나 과잉금지의 원칙에 위배되는 것”이라는 청구인의 주장에 대하여 “우리나라와 같이 실업에 대비한 직업소개 제도나 실업보험제도 등의 사회안전망이 제대로 완비되지 못한 사회에서는 근로자의 생존권을 보장하기 위하여 부당해고를 사전에 방지할 수 있는 예방적 기

한편으로 부당해고에 대한 노동위원회의 구제명령의 실효성에 대한 문제점도 계속 지적되어 왔다.¹⁰³⁾ 이러한 문제점을 시정하기 위하여 개정법은 이행 기한까지 노동위원회의 구제명령을 이행하지 아니한 사용자에 대하여 이행강제금을 부과할 수 있도록 하였다(제33조 제1항). 즉, 이번 개정을 통하여 민사상의 법률 분쟁에 대한 형사처벌은 자제하되 악의적이고 반복적인 부당해고를 방지하기 위하여 확정된 구제명령을 이행하지 않은 사용자에 대해서는 계속 형사처벌이 가능하도록 하였다(제111조). 근기법은 이행강제금을 부과하는 위반행위의 종류와 위반 정도에 따른 금액 등에 대하여 대통령령으로 정하도록 하고 있으며(제33조 제4항), 2007년 4월에 입법 예고된 근로기준법 시행령(안)에 의하면 위반행위의 종류에 따라 부과금액을 정하고, 사업체의 상시근로자수에 따라 차등화된 적용비율을 부과금액에 적용하도록 하고 있다.¹⁰⁴⁾

2. 비교법적 검토

가. 독일

독일의 경우 1953년 제정된 해고제한법(Kündigungsschutzgesetz)에 유

능의 제도화가 절실히 요구된다. 부당해고에 대하여 처벌규정을 두는 것은 이와 같은 예방적 기능의 실현에 특히 그 효과가 크다고 할 것이다. 또 비록 해고제한의 법제가 마련되어 있으나, 아직 노사간의 신뢰가 정착되지 못하여 상호 극한적 대립이 빈번하고 분쟁시 노사관계의 물을 정한 법규정들이 원만히 준수되지 못하며 특히 부당해고의 여부를 둘러싼 분쟁이 빈발하고 있을 뿐만 아니라 노동시장의 유연성이 부족하여 일단 해고된 근로자는 재취업이 제대로 이루어지지 아니하는 우리나라의 노동 현실을 고려할 때, 아직은 부당해고의 제한이 단지 계약자유의 원칙에 대한 예외로서의 의미를 가진다는 법이론적 측면에만 치중할 것이 아니라, 근로자의 생존권을 위협하는 사회적 해악으로서 처벌의 대상으로 하는 것이 요구되고 있는 현실적 상황을 고려하여야 한다”고 하여 부당해고에 대한 처벌규정이 헌법에 위반되지 않는다고 보았다.

103) 김소영·조용만·강현주, 앞의 책, p.38 이하.

104) 동시행령 제13조 및 【별표 3】에 의하면 해고에 대한 부과금액은 500만 원 이상 2,000만 원 이하이고, 적용비율은 5인 이상 10인 미만 사업장의 사업장에 대하여는 60%, 10인 이상 50인 미만의 사업장에 대하여는 70%, 50인 이상 100인 미만의 사업장에 대하여는 80%, 100인 이상 300인 미만의 사업장에 대하여는 90%, 300인 이상의 사업장에 대하여는 100%이다.

효한 해고의 요건에 대한 규정을 두고 있다. 동법에 의하면 해고는 ‘사회적 정당성(soziale Rechtfertigung)’이 있는 경우에 한하여 유효하다(제1조 제1항). 나아가 이와는 별도로 특별한 이유에 의한 해고를 제한하는 규정도 두고 있다. 예를 들어 모성보호법(Mutterschutzgesetz) 제9조 제1항은 임신 중의 여성 또는 출산 후 4월이 경과하지 아니한 여성근로자에 대한 해고를 금지하고 있으며, 중증장애인법(Schwerbehindertengesetz) 제85조도 중증장애인에 대한 해고를 금지하고 있으며, 종업원평의회법 제103조는 종업원평의회(Betriebsrat)의 위원을 즉시해고(außerordentliche Kündigung)하고자 할 때에는 종업원평의회 동의를 얻도록 하고 있다. 독일은 해고제한법을 위반한 해고와 특별법에 의하여 금지된 해고에 대하여 사법상(私法上)의 효력을 부정하고 있을 뿐 형사처벌에 관한 규정을 두고 있지 않다.

나. 프랑스

프랑스는 일반근로자에 대한 해고사유의 정당성 요건으로 ‘진실하고 중대한 사유’를 요구하고 있다.¹⁰⁵⁾ 또한 근로자의 국적, 인종, 노동조합활동 등을 이유로 해고할 수 없도록 하고 있다(프랑스 노동법전 제122-45조). 일반근로자에 대한 부당한 해고에 대하여는 해고 자체의 효력은 인정하면서 부당한 해고에 대하여 금전배상을 하도록 하는 방법, 해고를 무효로 하여 복직과 임금지급을 강제하는 방법, 해고의 효력이 부정되지만 복직을 강제하기 곤란한 경우에는 금전배상을 하도록 하는 등, 노동심판소가 다양한 구제수단을 활용할 수 있게 되어 있다.¹⁰⁶⁾ 그리고 특별해고 금지규정을 위반한 경우에 대하여는 형벌을 부과할 수 있도록 하고 있다(프랑스 형법 제225-1조 및 제225-2조).

105) 이에 대하여는 김소영·조용만·강현주, 앞의 책, p.92 이하 참조.

106) 프랑스에서의 해고제한규정 위반에 따른 법적 효과에 대하여는 이정, 「부당해고에 대한 사법구제 및 법적효력」, 『노동법학』 13, 2001, p.56 이하 참조.

다. 영국

영국의 경우 1996년 제정된 고용권리법(Employment Right Act)에 따라 정당한 이유 없는 해고를 금지하고 있다(제98조 제2항).¹⁰⁷⁾ 부당해고(unfair dismissal)의 경우 법원은 원칙적으로 복직 또는 재고용 명령을 내린다. 그리고 법원의 복직 또는 재고용 명령에도 불구하고 사용자가 이를 이행하지 않는 경우에도 법원은 금전보상명령을 내리고, 형사처벌을 하지 않는다. 나아가 영국은 또한 성차별금지법(The Sex Discrimination Act), 인종관계법(The Race Relation Act) 및 고용권리법에서 인종, 국적, 성별, 결혼, 임신·출산, 노동조합활동 등을 이유로 한 해고를 금지하는 특별규정을 두고 있다.¹⁰⁸⁾ 그러나 이러한 규정을 위반한 것을 이유로 형사처벌을 하는 조항은 찾아볼 수 없다.

라. 미국

앞에서 언급한 바와 같이 미국은 해고를 제한하는 일반원칙을 가지고 있지 않다. 다만, 연방 차원에서 성(性), 인종, 피부색, 연령에 의한 차별을 금지하고 있다. 그러나 고용관계에 있어서 차별적 해고가 있다고 하여 형사적 제재가 가해지는 것은 아니다.¹⁰⁹⁾ 1991년 민권법(Civil Right Act)은 1964년의 민권법¹¹⁰⁾에서 인정되던 임금지급(back pay)과 경제적 손해에 대한 구제에 부과하여 정신적 고통을 포함한 비금전적 손실에 대한 배상과 징벌적 손해배상을 인정하고 있다.¹¹¹⁾ 또한 공정근로기준법(Fair Labor

107) 영국의 부당해고구제수단에 대하여는 김소영·조용만·강현주, 앞의 책, p.66 이하 참조.

108) 조용만, 『고용차별금지법제의 국제비교 - 영미법계의 연령·장애 차별금지법제를 중심으로』, 한국노동연구원, 2004, p.132 이하.

109) 공무원이 인종 등을 이유로 차별적 처우를 할 경우에는 민권법(42 U.S.C. § 1983)에 의하여 형사처벌될 수도 있다. 그러나 고용관계에 대하여 적용되는 민권법(42 U.S.C. § 1981a)에서는 형사처벌규정은 없다.

110) 42 U.S.C. § 2000e.

111) 이에 대하여는 정진경, 「미국의 부당해고구제제도 - 사법적 구제를 중심으로」, 서울대학교대학원 석사학위논문, 1998, p.97 이하; 안주엽·이인재·조용만·清

Standards Act 1988)도 소송을 제기하거나 그러한 절차에서 증언하였다는 것을 이유로 근로자를 해고할 수 없도록 하고 있으며, 이를 위반할 경우 형사처벌을 하고 있다.¹¹²⁾ 그리고 연방노동관계법(National Labor Relations Act : NLRA)에서는 부당노동행위와 관련된 연방노동관계위원회(National Labor Relations Board : NLRB)가 내린 명령을 위반한 자에 대하여 법원모독죄(contempt of court)로 처벌하고 있다.¹¹³⁾

마. 일본

일본은 2003년 해고의 일반원칙에 관한 규정(제18조의 2)을 신설하였는데, 동 규정에 의하면 “해고는 객관적으로 합리적인 이유를 결여하고, 사회통념상 상당하다고 인정되지 않는 경우는 그 권리를 남용한 것으로 무효”라고 하고 있다. 일본 노동기준법은 해고의 일반원칙(제18조의 2)을 위반한 해고에 대하여 해고의 효력을 부정할 뿐 별도의 처벌규정은 두고 있지 않다. 단지, 해고가 위법한 경우에 손해배상의무가 발생할 수 있지만, 모든 위법한 해고에 대하여 손해배상의무를 인정하지는 않고 있다. 한편 2003년 이전부터 개별적으로 특정한 이유로 한 해고를 금지하는 규정은 존재하였다.¹¹⁴⁾ 예를 들면 부당노동행위로서의 해고(노동조합법 제7조 제1호), 근로자의 국적, 신조, 사회적 신분 등을 이유로 한 해고(노동기준법 제3조), 업무상의 상병자 및 산전·후의 여자에 대한 일정기간 동안의 해고(노동기준법 제19조), 근로자가 여성이라는 이유 및 임신, 출산, 산후 휴가의 취득 등을 이유로 하는 해고(고용기회균등법 제11조)를 금지하고 있었다. 반면, 근로자의 국적, 신조, 사회적 신분을 이유로 한 해고 등과 같이 특정한 이유로 인한 해고에 대하여는 형사처벌 규정을 두고 있다(노동기준법 제119조).

家篤·윤문희, 『노동과 차별(I) : 선진국의 반차별법·제도』, 한국노동연구원, 2007, p.59 이하.

112) 29 U.S.C. § 215 (a) (3) (1994).

113) 이에 대하여는 이철수, 「노동위원회 구제명령의 실효성 확보」, 『조정과 심판』 4, 2000, p.28 이하 참조.

114) 일본의 해고제한법제에 대하여는 이정, 『일본노동법』, 2007, p.432 이하 참조.

3. 문제 제기

개정 근기법에 이행강제금제도의 도입을 논의 과정에서부터 노동위원회의 구제명령의 불이행에 대하여 이행강제금의 부과와 형사처벌을 모두 가능하게 하는 것이 이중처벌금지의 원칙(헌법 제13조 제1항)에 위반된다는 문제가 제기되었다. 일부에서는 “이행강제금을 납부한 후에도 확정된 구제명령을 계속 이행치 않는 사용자에게 대하여 처벌하도록 하는 것”은 이중처벌로 보기 어렵다고 본 반면,¹¹⁵⁾ 일부에서는 근기법 제33조에 의한 이행강제금과 동법 제111조에 의한 형사처벌은 불법건축행위에 대하여 건축법 제78조에 의하여 형사처벌을 하고, 그에 대한 시정명령의 불이행에 대하여 동법 제83조 제1항에 의하여 이행강제금의 부과하는 경우¹¹⁶⁾와 달리 확정된 구제명령을 이행하지 아니한 사용자의 행위라는 ‘동일한 행위’를 제재의 대상으로 삼고 있다는 점에서 이중처벌에 해당하는 것으로 보고 있다.¹¹⁷⁾ 나아가 확정되지 아니한 노동위원회의 구제명령에 대하여 실효성 확보를 명분으로 이행강제금을 부과하는 것은 행정편의적 발상으로 위헌적 요소가 있다는 비판도 제기되었다.¹¹⁸⁾ 이 견해에 의하면 부당해고에 관한 분쟁은 사법관계(私法關係)인 근로계약관계에서 발생한 분쟁으로 원칙적으로 일반법원이 관할권을 갖는 권리분쟁이어서 행정적 처분이 될 수 없는 것이 원칙임에도 불구하고 예외적으로 노동위원회에 그 권한이 부여된 것으로서 이러한 노동위원회의 결정에 대하여 행정적 강제수단까지 인정하는 것은 사안의 본질상 허용하기 어렵다고 한다.

115) 노동부, 「노사관계 선진화 입법 설명자료」, 2007, p.96. 또한 노동부는 “구제명령을 이행하지 않는 자에게는 우선적으로 이행강제금을 부과하고 부과 이후에도 이행하지 않는 경우 벌칙을 부과할 예정”이라고 하고 있다.

116) 헌법재판소는 2004년 2월 26일 2001헌바80 결정에서 “건축법 제78조에 의한 무허가 건축행위에 대한 형사처벌과 건축법 제83조 제1항(현행 제69조의2: 필자주)에 의한 시정명령 위반에 대한 이행강제금의 부과는 그 처벌 내지 제재 대상이 되는 기본적 사실관계로서의 행위를 달리하며, 또한 그 보호법익과 목적에서도 차이가 있으므로 헌법 제13조 제1항이 금지하는 이중처벌에 해당한다고 할 수 없다”고 하였다.

117) 이철수, 「개정 해고법제의 주요 내용과 그 평가」, 서울대학교노동법연구회 2007 춘계학술대회 자료집, p.16 이하.

118) 김형배, 『노동법』, 2007, p.609 이하.

4. 검토

가. 이중처벌금지의 위반 여부

필자는 이행강제금에 관한 근기법 제33조와 행정형벌에 관한 동법 제111조에서는 이중처벌의 문제가 발생하지 않는다고 본다. 왜냐하면, 헌법 제13조 제1항에서 말하는 ‘처벌’은 원칙으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 ‘처벌’에 포함시킬 수는 없기 때문이다.¹¹⁹⁾ 예를 들어 부가가치세법 제16조를 위반하여 세금계산서를 교부하지 아니한 자에 대해서는 동법 제22조 제2항에 의하여 가산세를 부과할 수 있을 뿐만 아니라, 조세범처벌법 제11조의2 제1항 제1호에 의한 형사처벌도 가능하다. 나아가 이행강제금은 장래의 의무이행을 담보하기 위한 목적을 가지고 있는 데 반하여, 형사처벌은 과거의 불법에 대한 제재라는 점에서 양자는 서로 다른 목적과 성질을 가진 제재로 이중처벌에 해당되지 않는다.

그러나 사용자의 동일한 구제명령 불이행에 대하여 이행강제금과 형사처벌을 병과한다면 기본권 제한에 있어서 준수되어야 할 과잉금지의 원칙, 특히 침해의 최소성에 위배되어 헌법에 위배되는 것으로 보여진다.¹²⁰⁾ 이행강제금을 부과하였음에도 불구하고 구제명령을 이행하지 않는 사용자에 대해서는 민사소송을 통한 구제가 여전히 가능하다는 점에서 더욱 그러하다. 따라서 한편으로 보면 합헌으로, 다른 한편으로 보면 위헌으로 될 수 있는 다의적인 해석 가능성이 있을 경우에는 한정축소 해석을 통하여 합헌적으로 그 의미 내용을 확정하여야 할 것이다.¹²¹⁾ 따라

119) 헌재 1994. 6. 30. 92헌바38.

120) 같은 취지에서 건강기능식품에 관한 법률 제48조는 “제47조의 과태료에 관한 규정을 적용함에 있어서 제37조의 규정에 의한 과징금을 부과한 행위에 대하여는 과태료를 부과할 수 없다”고 하고 있다. 여객자동차운수사업법 제86조, 식품위생법 제80조 및 공중위생법 제43조의2 등도 “과징금을 부과받은 자에 대하여는 당해 위반행위에 대하여 과태료를 부과할 수 없다”고 규정하고 있다. 또한 부동산등기특별조치법 제11조 제1항에서도 본문에서 과태료의 부과에 대하여 규정하고, 단서에서 “다만, 부동산 실권리자 명의 등기에 관한 법률 제10조 제1항의 규정에 의하여 과징금을 부과한 경우에는 그러하지 아니하다”고 하고 있다.

서 근기법 제33조(이행강제금에 관한 규정)는 확정되지 아니한 구제명령에 대해서만 적용되고, 동법 제111조(행정형벌에 관한 규정)는 확정된 구제명령에 대해서만 적용된다고 해석하여야 할 것이다. 즉, 노동위원회의 구제명령이 있게 되면, 사용자 또는 근로자는 10일 이내에 중앙노동위원회에 재심신청을 할 수 있고, 재심신청을 하게 되면 구제명령은 확정되지 않지만(근기법 제31조) 그 효력은 정지되지 아니한다(근기법 제32조). 따라서 이러한 확정되지 아니한 구제명령을 이행하지 않은 사용자에게 대하여는 동법 제33조에 따라 이행강제금을 부과할 수 있게 된다. 그러나 이 경우에는 확정된 구제명령에 대하여 적용되는 근기법 제111조를 적용할 수는 없다고 보아야 할 것이다. 반면, 사용자 또는 근로자가 재심을 청구하지 않으면 구제명령이 확정되고, 확정된 구제명령에 대해서는 근기법 제111조만이 적용될 수 있고 근기법 제33조는 적용될 수 없다고 보아야 할 것이다. 즉, 근기법 제33조에서의 ‘구제명령’은 확정되지 아니한 구제명령으로 축소 해석하여야 할 것이다. 이러한 해석방법은 재심결정에 대한 행정소송의 제기에도 동일하게 적용되어야 할 것이다. 이와 같이 해석할 경우 민사상의 법률 분쟁을 형사적으로 해결하는 것을 자제하려는 입법 취지에 반하지 않는가라는 의문이 제기될 수 있으나, 노동위원회의 이행명령을 이행하지 않는 것은 더 이상 민사상 법률 분쟁이 아니며, 사용자의 악의적 부당해고에 대해서는 형사적 제재가 필요하다는 ‘노사관계법·제도 선진화 방안’의 취지¹²²⁾에도 반하지 않는다고 본다.¹²³⁾

121) 헌법재판소는 “다의적인 해석 가능성이 있는 조문에 대하여 한정축소 해석을 통하여 얻어진 일정한 합헌적 의미를 천명”한 바 있으며(예: 헌재결 1991. 4. 1. 89헌마160), 또 다른 결정에서는 “한편으로 보면 합헌으로, 다른 한편으로 보면 위헌으로 판단될 수 있는 등 다의적인 해석 가능성이 있을 때 일반적인 해석작용이 용인되는 범위 내에서 종국적으로 어느 쪽이 가장 헌법에 합치하는가를 가려, 한정축소 해석을 통하여 합헌적인 일정한 범위에서 의미 내용을 확정하여 이것이 그 법률의 본래적인 의미이며 그 의미 범위 내에 있어서는 합헌이라고 결정할 수 있다”고 하고 있다(헌재결 1997. 12. 24. 96헌마172 등).

122) 노사관계법제도선진화연구위원회, 「노사관계법·제도 선진화 방안」, 2003, p.140.

123) 위와 같이 해석할 경우 노동위원회는 ‘재심 신청기간 및 행정소송 제소기간’을 고려하여 이행기한을 정할 필요가 있다.

나. 확정되지 아니한 구제명령에 대한 이행강제금 부과에 대한 위헌성

필자는 확정되지 아니한 노동위원회의 구제명령에 대한 이행강제금 부과가 위헌이라는 주장에 대하여서는 찬성하지 않는다. 왜냐하면 근기법 제32조가 사법관계(私法關係)인 근로계약에서 발생한 분쟁임에도 불구하고, 노동위원회의 명령이 재심신청이나 행정소송의 제기에 의하여 효력이 정지되지 않도록 하고 있는 것¹²⁴⁾은 해고제한제도의 본래의 목적을 고려한 것으로 보여지기 때문이다. 즉, 근기법 제32조와 같이 확정되지 아니한 구제명령의 효력에 대하여 그 효력을 유지시키지 않을 경우,¹²⁵⁾ 해고의 효력을 다투는 자는 구제절차가 진행되는 동안 사업장으로부터 격리되게 되고, 근로자의 사업장으로부터의 격리는 추후에 확정판결에서 해고가 무효로 결정된 경우에도 근로자가 사업장에 복귀하지 않을 가능성이 낮아지게 된다. 이러한 현상은 결국 해고제한제도의 본래의 목적인 ‘근로관계의 존속보호’가 충실히 실현되지 못하게 하는 결과를 초래하고 있다. 필자는 근기법 제32조와 이에 근거한 동법 제33조는 해고제한제도가 ‘근로관계의 존속보호’라는 본래의 목적을 충분히 실현하지 못하고 있는 현실¹²⁶⁾을 고려한 입법으로 헌법적으로도 문제가 없다고 본다.

124) 공법 관계에 관한 행정행위에 대해서는 실체법상의 적법·위법 또는 당·부당을 가릴 것 없이, 즉 법정 요건을 갖추지 못하여 흠이 있더라도 절대 무효인 경우를 제외하고는 행정기관의 판단을 우선시켜 권한 있는 기관에 의하여 취소되기까지는 상대방이나 제3자에 대하여 구속력(공정력)을 인정하고 있다.

125) 해고가 최종적으로 유효하다고 결정된 경우에는 이행강제금은 반환되며, 그 절차에 대하여는 대통령령으로 정하도록 하고 있다(근기법 제33조 제4항).

126) 해고관련규정의 목적이 ‘근로관계의 존속보호’에 있음에도 불구하고, 현실적으로는 적정한 합의금을 보장받기 위한 제도로 변질되어 가고 있다. 이러한 문제점에 대하여는 拙稿, 「해고의 효력을 다투는 자의 계속근로청구권」, 『법학논문집』 22, 중앙대학교 법학연구소, 1997, p.411 이하 참조.

IV. 맺음말

노사관계 선진화법을 종합적으로 평가해 본다면 이번 법개정은 ‘보편적 노동기준에 부합하는 합리적 규범으로서의 노사관계법·제도의 마련’이었다는 점에서 긍정적으로 평가될 수 있지만, 개정법의 구체적인 내용이나 입법기술적인 측면에서는 ‘선진화’라는 명칭이 어울리지 않는 입법이었다고 본다. 예를 들어 법·제도의 실행을 위하여 필요한 너무나 많은 중요한 요소들을 해석론이나 시행령에 위임하고 있다. 노동법은 근로자와 사용자라는 사인(私人)들 사이에 체결된 근로계약을 그 출발점으로 하고 있기 때문에 관련법의 내용은 사법적(私法的) 효력을 중심으로 규정되어야 함에도 불구하고 노사관계 선진화법에 의하여 개정된 법 규정들은 그 권리의 실현에 필요한 필수적 요소에 대한 규정을 너무나 많이 결여하고 있다. 이러한 현상들은 노사관계 선진화법에 의하여 새로이 도입된 부당해고구제제도에서도 역시 그러하다. 새로 도입된 금전보상제도와 관련하여 보상액의 산정에 고려되어야 할 요소나 보상액의 최고한도 또는 최저한도에 대한 규정을 전혀 가지고 있지 않다. 그리고 이행강제금제도와 관련해서는 형벌조항과의 관계를 분명히 하지 않아 헌법적 문제가 제기되고 있다. 이에 대한 입법론적 보완이 시급하다고 보여진다.

금전보상제도와 이행강제금제도에 관한 필자의 해석론적 입장을 요약하면 다음과 같다. 노동위원회의 금전보상명령은 구체명령의 하나이기 때문에, 불이행에 대해서는 이행강제금의 부과가 가능할 뿐만 아니라, 구체명령에 대한 재심신청 및 행정소송의 제기도 가능하다. ‘임금 상당액’을 산정하기 위한 ‘해고기간’은 구체명령이 확정된 시점에 종료하는 것으로 본다. ‘임금 상당액’을 계산함에 있어 근로자가 해고기간 중에 다른 직장에 종사하여 얻은 수입(중간수입)이 있는 경우에 이를 공제하지 않는다. ‘추가되는 보상액’은 ‘부당한 해고로 인하여 발생한 손해에 대한 배상’과 ‘복직을 포기한 것에 대한 보상’을 합산한 것으로 한다. ‘추가되는 보상액’의 산정은 제반 사정을 고려하여 노동위원회가 재량으로 결정할 사항으

로 그 산정방법을 규격화하는 것에 반대한다. 금전보상을 받은 근로자도 추가로 법원에 손해배상을 구하는 소를 제기할 수 있다. 이행강제금에 관한 근기법 제33조와 행정형벌에 관한 동법 제111조에서는 이중처벌의 문제가 발생하지 않는다. 그러나 과잉금지의 원칙, 특히 침해의 최소성에 위배되어 헌법에 위배되는 것으로 보여진다. 위헌적 요소를 제거하기 위해서는 이행강제금에 관한 규정은 확정되지 아니한 구제명령에 대해서만 적용되고, 행정형벌에 관한 규정은 확정된 구제명령에 대해서만 적용된다고 해석하여야 할 것이다.

4 필수유지업무의 범위와 관련 법조항의 법리적 해석¹²⁷⁾

문무기(경북대학교 법과대학 교수)

I. 들어가며

2003년 노사관계제도선진화연구위원회의 ‘노사관계법·제도 선진화 방안’에 기초한 노사정간의 합의 결과에 따라, 직권중재제도를 폐지하고 필수공익사업에 ‘필수업무 유지의무’를 부과하는 방향으로 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노조법’이라 함)이 지난 해 말 개정된 바 있다. 이에 따라 노동부에서는 파업시에도 공익(公益) 보호를 위해 유지되어야 하는 필수유지업무의 구체적인 내용을 2008년 초부터 적용될 시행령을 통해 제시하는 작업을 진행하여, 그 대강의 모습이 관련공청회¹²⁸⁾의 자료 및 국내 노동관련 소식지를 통해 소개된 바 있다. 그러나 노동계는 일찌감치부터 비판적인 견해를 계속 피력한 바 있으며, 결국 지난 7월 11일에 입법 예고된 노조법 시행령 개정(안)에 대해서도 필수유지업무의 범위가 지나치게 넓어 파업권의 제약을 가져오고 있다며 전면적인 철회운동을 전개하고 있다. 반면, 경영계에서는 기업의 경영사정을 무시한 채 필수유지업무를 지나치게 좁게 설정하였다는 불만을 토로하고 있다.

그러나 시행령상 관련 규정의 마련 및 개정 노조법의 시행과 무관하게 노사관계 당사자는 금년 단체협약의 체결과정¹²⁹⁾을 통해 필수유지업무의

127) 2007년 7월 20일 발표 논문이다.

128) 지난 5월 3일(목), 여의도 63빌딩에서 노동부 주최, 한국노동연구원 주관으로 개최된 「필수유지업무 제도화를 위한 공개토론회」를 말한다.

129) 알려진 바에 의하면, 특히 금년은 전체적으로 임금교섭보다는 단협교섭의 비중이 높다고 한다. 따라서 비정규직 문제, 필수유지업무제도 등 최근 법제도 변화에 따른 노사간 분쟁이 다소 많아질 것으로 예상된다.

도입을 위해 필요한 사항, 즉 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 위한 필요최소한의 유지·운영 수준, 대상 직무 및 필요인원 등을 정한 ‘필수유지업무 협정’의 체결 및 이를 위한 단체교섭을 진행할 수 있다(노조법 부칙 제2조 제1호, 제42조의3). 노동위원회 역시 노사관계 당사자의 신청에 따라, 사업 또는 사업장별 필수유지업무의 특성 및 내용 등을 고려하여 필수유지업무의 필요최소한의 유지·운영 수준, 대상 직무 및 필요인원 등을 결정할 수 있다(노조법 부칙 제2조 제2호, 제42조의4 제2항).

따라서 노동위원회 특별조정위원회의 합리적인 결정은 물론 노사관계 당사자들의 자율적인 필수유지업무협정 체결에 참조할 수 있도록 하기 위해서는 현행 노조법상 관련 조항에 대한 법리해석과 함께 현실적 판단 근거를 조속히 마련할 필요성이 크다. 특히, 노사 양측으로부터 불만의 대상이 되고 있는 시행령 개정(안)에서 제시된 필수유지업무의 범위가 과연 적절한 것이며, 신설된 노조법의 관련 조항들이 당초 입법 취지나 제도 도입의 목표에 부합하게 기능할 수 있을 것인지, 실제로 제도를 운영함에 있어서 불합리한 사태나 불필요한 노사갈등을 초래할 여지가 없는지 등을 미리 점검해 볼 필요가 있다.

이 글에서는 이러한 문제의식에 기초하여 먼저, 직권중재제도가 폐지되면서 필수유지업무제도를 도입하게 된 의미를 살펴본 후, 관련 공청회 및 노동부의 시행령 개정(안)을 통해 제시된 필수유지업무의 범위(안)을 종합적으로 분석한다. 또 이와 관련된 신설 조항에 대한 법해석론적 접근도 시도해 보고자 한다.

Ⅱ. 직권중재제도 폐지 및 필수유지업무제도 도입의 의미

종전 노조법에 따르면 노사간의 노동쟁의에 대해 조정전치주의에 따라 조정신청을 하면, 15일간의 조정기간(공익사업의 경우) 동안 쟁의행위가

금지된다. 조정이 성립하지 않으면 필수공익사업에서는 직권으로 중재가 개시되어 다시 15일간 쟁의행위가 금지된다. 중재재정이 내려지면 노사 당사자는 이를 받아들여야 하며, 그 내용이 불만스럽다 하더라도 쟁의행위를 할 수 없다. 결국 필수공익사업(장)에서는 직권중재제도를 통해 노조가 파업할 수 있는 기회를 막고 노동쟁의를 해결함으로써, 파업과 무관하게 그 업무를 계속 유지할 수 있는 결과가 초래된다.

한편 직권중재의 대상은 필수공익사업¹³⁰⁾에 한정되었다.¹³¹⁾ 종전 필수공익사업의 범위는 철도(도시철도 포함) 운송사업, 수도·전기·가스·석유정제 및 석유공급사업, 병원사업, 한국은행, 통신사업 등이었는데,¹³²⁾ 이번 노조법 개정을 통해 (특별시·광역시) 시내버스운송사업이 제외되면서 항공운수사업 및 혈액공급사업이 포함되었다.

1. 직권중재제도에 대한 사법부 및 노동위원회의 입장

파업권을 사전적으로 전면적으로 제한하면서 그러한 제한이 상시적으로 이루어는 직권중재제도는 파업권에 대한 과도한 제약이라는 비판, 즉 ‘직권중재제도가 파업권에 대한 과도한 제약을 초래하여 위헌’이라는 문제가 발생한다. 직권중재제도를 필수공익사업의 노동쟁의에 대해 ‘당연히’ 직권중재에 회부하는 방식으로 이해하면 이는 ‘과잉침해 금지에 위반’되며, 직권중재제도를 노동쟁의에 대해 ‘일정 기준에 따라 노동위원회가 선별하여’ 직권중재에 회부하는 방식으로 이해하면 그 행정적 판단에 대

130) 노조법은 공익사업(공중의 일상생활과 밀접한 관련이 있거나 국민경제에 미치는 영향이 큰 일정 사업으로서 노조법이 정한 일정한 사업, 제71조 제1항) 중에서 “그 업무의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하거나 국민경제를 현저히 저해하고 그 업무의 대체가 용이하지 아니한 사업”으로서 일정한 사업을 ‘필수공익사업’으로 다시 분류하여 규정하고 있다(동조 제2항).

131) 1997년에 노동관계법이 전면 개정되기 이전에 직권중재는 노동쟁의조정법에 의해 규율되었다. 당시에는 모든 공익사업에서 직권중재의 회부가 가능하였으나 1997년 구노조법으로 제정하면서 필수공익사업만으로 제한하였다.

132) 시내버스운송사업(특별시·광역시 제외)과 일반은행사업은 1997년 구노조법 제정시 필수공익사업에 포함되었다가 2001년 1월 1일부터 제외되었다(노조법 부칙 제2조 참조).

한 사법적 통제가 어렵다는 점에서 ‘법률의 상당성과 죄형법정주의의 원칙에 위반’될 수 있기 때문이다.

종래 헌법재판소는 직권중재제도가 헌법이 보장한 단체행동권(파업권)을 박탈하므로 위헌인지 여부를 두 번 판단하였다. 그 첫 번째가 1996년에 합헌 결정¹³³⁾이었고, 재차 합헌으로 결론내린 2003년의 결정¹³⁴⁾이 두 번째였다.

헌법재판소의 합헌 의견은 직권중재제도가 공익과 국민경제를 유지하기 위해 필요하고, 쟁의행위에 이르기 이전에 노동쟁의를 합리적 방향으로 신속하고 원만하게 타결하도록 하는 효과적인 수단이라고 판단한다. 필수공익사업에서 쟁의행위가 발생하게 되면 비록 그것이 일시적이라 하더라도 그 공급 중단으로 커다란 사회적 혼란을 야기함은 물론 국민의 일상생활, 심지어는 생명과 신체에까지 심각한 해악을 초래하게 되고 국민경제를 현저히 위태롭게 하므로, 쟁의행위 이전에 노사분쟁을 직권중재로 해결하는 것은 최소한의 필요한 조치로서 과잉금지의 원칙에 위배되지 않고 공익과 근로자의 권익간의 균형을 이룬다고 보았다.

이에 비해 위헌 의견은 직권중재시 당해 사업의 모든 근로자에게 쟁의행위가 금지되므로 쟁의행위권의 과도한 제약이 될 우려가 있다는 것이다. 즉, 공익적 업무를 제공하는 사업에서 파업 등 쟁의행위로 인해 공익이 침해될 우려가 있어 파업권을 제약하려는 취지이더라도, 공익보호를 존중하면서도 파업권의 실질적인 보장이 가능하도록 하여 공익과 파업권의 조화로운 보장을 도모하여야 하므로, 공익사업에서의 파업권 제약은

133) 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 90헌바19, 92헌바41, 94헌바49(병합; 노동쟁의조정법 제4조, 제30조 제3호, 제31조, 제47조에 대한 헌법소원). 당시 합헌 결정은 현재 재판관 중에서 위헌 의견이 5인이고 합헌 의견이 4인으로 위헌 의견이 다수였지만, 위헌 결정의 정족수에 1인이 모자라 결국 합헌 결정을 선고하게 되었다.

134) 헌법재판소 2003. 5. 15. 선고 2001헌가31(노동조합및노동관계조정법 제62조 제3호 등 위헌제청). 1996년에 헌법재판소로부터 합헌 결정이 내려지기는 했지만 위헌 의견이 오히려 다수였다는 점에서 합헌성 문제가 여전히 논의되어 오던 중 서울행정법원이 2001년 위헌 심판을 제청하기에 이르렀다(서울행정법원 2001. 11. 16. 자 위헌제청결정 2001구23542 사건). 그 결과 2003년에 다시 합헌 결정이 내려졌는데, 이번에는 현재 재판관 중에서 합헌 의견이 5인이었고, 위헌의견이 4인이었다.

공익보호를 위한 목적에서 필요 적절한 최소한의 제약이어야 한다는 것이다.

한편 2003년 5월 중앙노동위원회는 쟁의행위로 인해 공익침해가 다소 발생하더라도 그 피해가 파업권 제한이 필요할 정도로 크지 않는 상황에서는 직권중재회부를 지양하여, 최대한 노동기본권 보장과 공공복리 확보를 조화시킬 수 있도록 운영해 나갈 것이라고 밝혔다. 필수공익사업의 노동쟁의에 대해 일정한 기준에 따라 직권중재 회부 여부를 결정한다는 것이다. 이는 헌법재판소의 위헌 의견이 우려한 과잉침해의 가능성을 노동위원회의 실무를 통해 완화시키려는 노력이라고 하겠다.

2. 직권중재제도 폐지의 근거

첫째는 국제노동기준에의 부합성이라고 할 수 있다. 즉, 우리나라는 ILO 결사의자유위원회(the Committee on Freedom of Association : CFA)로부터 최근 수년간 직권중재제도와 관련하여 필수공익사업의 범위에서 철도, 도시철도 및 석유사업을 제외하도록 조정하라는 시정 권고를 받아 왔다.¹³⁵⁾ 따라서 국제노동기준에의 부합성 문제가 중요한 현안이 되지만, 원칙적으로 볼 때 종전 직권중재제도 자체가 ILO 기준에 위반되는 것은 아니었다. 필수공익사업의 범위를 ILO가 말하고 있는 ‘엄격한 의미에서의 필수서비스’를 제공하는 사업, 즉 생명 또는 신체의 안전을 위하여 필수적인 업무를 제공하는 사업(이른바 ‘생존필수업무를 제공하는 사업’)으로 국한하는 방향으로 축소하여 조정한다면 ILO 기준에도 부합할 수 있었기 때문이다.

135) 직권중재제도 및 필수공익사업의 범위에 관한 ILO 결사의자유위원회(CFA)의 2002년 보고서에 따르면, i) 필수공익사업의 항목에 남아 있는 철도, 도시철도 및 석유사업은 엄격한 의미에서의 필수서비스(essential services in the strict sense of the term)에 해당되지 않으며, ii) 이들 사업은 공중의 기본적인 수요를 충족시키기 위해 파업의 경우에도 유지되어야 하는 최소한의 서비스(minimum service)로서 노동조합과 사용자 및 정부가 협의하여 정하는 것에 해당된다는 것이다. 또한 iii) 파업권이 엄격한 의미에서의 필수서비스에서만 금지되도록 노조법의 필수공익사업의 항목을 개정할 것을 권고하였다(Document Vol.LXXXV, 2002, Series B, No.1, Report No.327, Case(s) No(s). 1865, p.488, p.506).

둘째는 필수공익사업 범위 조정을 입법적으로 실현하기 어려웠다는 점이다. ILO 국제노동기준에 부합하여야 한다는 현실적인 필요성에도 불구하고, 필수공익사업의 범위를 정하는 입법론은 노사간의 이견이 너무 커 입법 개정이 실현되기 어려운 현실적 한계가 존재했다. 이는 종전 직권중재제도 아래서는 공익사업이 직권중재의 대상이 되는지 여부에 따라 사실상 파업의 기회를 ‘원천적’으로 봉쇄하여 파업권을 과도하게 제약받거나 또는 사실상 파업권이 무제한적으로 행사될 수 있는 전혀 상반된 이원적(二元的) 결과를 초래했기 때문이다.

셋째는 법 이론적인 모순이 있을 뿐 아니라 이로 인해 노정간의 대립이 심화되었다. 제외국의 일반적인 경우, 예를 들어 미국의 공무원제도나 독일 경영협회의 경우에는 원래 쟁의행위가 금지되므로, 직권중재는 그 금지에 대한 새로운 ‘대상조치’가 될 수 있다. 그러나 공무원이나 주요 방위산업체가 아닌 공익사업체에 대해 헌법상 보장된 단체행동권을 부인하는 것이므로 위헌의 소지가 있어 입법론으로서 채택할 수 없다. 그러나 직권중재제도는 쟁의행위권을 인정하면서도 직권중재를 인정하는 모순 관계에 기초하고 있었다.¹³⁶⁾ 즉 직권중재 회부에 의해 비로소 쟁의행위권이 제약되는 구조이어서, 노동조합이 직권중재 회부 여부를 결정하는 노동위원회의 권위를 부정하고 위법 파업을 행하는 경우가 발생했다. 이로써 노사간의 대립이 노정간의 대립으로 전환되고 정부의 노사관계 관여 내지 규제가 강화됨으로써 자율과 책임을 기초로 한 집단적 노사관계에서의 안정을 기대할 수 없었다.

넷째는 쟁의행위권에 대한 과도한 제약이라는 본질적 문제이다. 이에 대해서는 위에서 이미 검토하였으므로 생략한다.

3. 필수유지업무제도 도입의 의의

필수공익사업에 적용되는 직권중재제도에 대한 비판론을 고려하여 직

136) 이에 따르면 종전 직권중재제도가 쟁의행위권을 제약하는 대상조치라는 이른바 ‘대상조치론’은 규범논리적으로 설명될 수 없다고 한다(자세한 것은 이철수, 「직권중재제도의 위헌성 여부」, 『조정과 심판』 15, 2003. 10, p.43 참조).

권중재제도를 폐지하는 경우 공익사업 전반에 관해 원칙적으로 쟁의행위권의 제약이 없게 된다. 그러나 공익사업 중에서는 쟁의행위로 서비스 제공이 전면적으로 중단되는 경우 공중의 이익에 심각한 위협이 될 수 있는 경우가 있다. 공익사업의 쟁의행위를 인정하면서도 공중의 생명·신체의 안전 및 일상생활이 보호되어야 한다는 공익 보호의 관점에서 직권중재제도를 대체하는 다른 적절한 방안을 모색할 필요가 있는 것이다. 이러한 관점에서 노사관계제도선진화연구위원회의 『노사관계법·제도 선진화 방안』(2003)에서는 공익사업의 경우 공익보호를 위한 최소한의 제한으로서 최소업무 유지의무를 부과하도록 제안하였다. 즉, 쟁의행위권에 대한 사전적인 제약으로서 중요한 한계를 직접 설정하면서도, 그러한 제약은 최소한의 제약이 되도록 제시하고 있다.

- 필수공익사업의 개념 및 직권중재제도를 폐지하되, 공익사업 분야에 파업시 공익보호를 위해 최소업무 유지를 의무화함.
 - 공익사업에서 직권중재제도 폐지로 파업에 따른 공익침해 가능성을 최소화하기 위한 보완장치: ▲ 신속한 간이조정으로 분쟁을 사전예방, ▲ 당사자 신청 없이도 노동위원회가 직권으로 특별조정 개시, ▲ 사실조사 및 조정과정 공표(여론을 통한 합리적 조정 유도), ▲ 파업 개시 7일 전 파업예고의무 부과, ▲ 파업시 공익보호를 위한 최소업무 유지의무를 부과, ▲ 파업시 대체근로 허용, ▲ 파업 후 긴급조정 요건에 해당할 때 이를 적극 활용
- 가. 공익보호를 위한 최소업무의 유지의무의 대상사업
- 공익사업에 대하여 적용하되, 공익사업의 대상은 확대·조정함.
 - 분쟁조정에서 특별조정절차의 대상이 되는 공익사업 등의 범위는 ① 공익사업과 ② 국민경제에 영향이 큰 기업(노동부장관 특별조정 신청)인 바, 공익사업만이 최소업무 유지의 대상사업에 해당
 - ※ 국민경제에 영향이 큰 기업은, 첫째, ‘국민경제의 보호’의 필요성은 최소업무 유지의 취지에 비추어 부적절(후술), 둘째, 구체적인 노사분쟁에 대해 노동부장관이 특별조정을 신청함으로써 대상사업이 되므로, 미리 사전에 지정되는 것이 아님. 따라서 최소업무 유지의무의 대상사업에 해당되지 않음.
 - 공익사업의 범위는 현행 공익사업 이외에 확대·조정됨(법령으로 정함).
 - ※ 현행 공익사업: 정기노선여객운수사업, 수도·전기·가스·석유정제 및 석유공급사업, 공중위생 및 의료사업, 은행 및 조폐사업, 방송 및 통신사업
 - ※ 수도·전기·가스·석유 외에 열(난방) 또는 증기의 공급사업을 추가
 - ※ 사회보험업무 등 공공서비스 추가

- 공익사업 중 최소업무 유지가 필요한 사업을 법령에서 구체적으로 명시
 - 모든 공익사업이 아니라, 공익보호를 위한 최소유지 업무가 반드시 필요한 사업에 국한

나. 공익보호를 위해 유지하여야 할 최소업무의 범위

- 공익사업에서 유지가 필요한 최소업무를 법령에서 구체적으로 명시
 - 노사 협정에 의해 최소업무의 범위를 구체화할 수 있도록 기준 제시
- 최소업무의 판단 기준
 - 공익사업에서 공중의 생명·안전·보건과 공중의 일상생활을 위하여 필요한 업무일 것
 - ※ ‘국민경제의 보호’의 필요성은 다소 추상적이며, 최소업무 유지가 파업권의 사전적인 제약을 설정하는 것인 점에 비추어 파업권의 과잉침해가 될 우려가 있어 부적절
 - 그 업무의 완전한 정지 또는 폐지가 공중의 생명·안전·보건과 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하므로 최소한의 업무 유지가 필요한 업무일 것
 - ※ 최소업무 유지의무의 취지는 그 최소업무의 유지를 통해 파업 중에도 공중에게 파업이 없는 것처럼 정상적인 서비스의 공급을 목적으로 하는 것이 아님.
 - 그 업무의 대체가 용이하지 않은 업무일 것
 - ※ 사용자 주도의 대체근로나 공적인 대체노동력 투입에 의해 공중의 생명·안전·보건과 공중의 일상생활의 최소한도를 비교적 용이하게 확보할 수 있다면 노사 당사자의 최소업무 유지의무는 감경됨.
- 최소업무는 ILO 국제노동기준인 ‘엄격한 의미에서의 필수서비스’에 국한되지 않고 ‘최소서비스’도 포함되는 개념임.
- 최소업무 유지와 긴급조정과의 관계
 - 최소업무가 유지된다면 파업이 계속 진행될 수 있다는 점을 전제로 하는 것임.
 - 최소업무가 아닌 일반업무는 파업이 태양에 따라 긴급조정이 결정될 수 있으므로, 공익적 업무 모두가 최소업무로 유지되어야 하는 것은 아님.
 - 한편 ▲ 최소업무가 유지되더라도 장기간 계속되는 파업 ▲ 최소업무가 유지되지 않는 파업인 경우 긴급조정의 필요성이 높아짐.
- 최소업무 유지와 대체노동 허용과의 관계
 - 본 제도개선안에서는 공익사업에서 대체노동 제한을 완화하여 이를 허용하도록 제한하고 있는바, 대체노동이 허용되는 것과 별도로 최소업무 유지의무의 설정이 필요한지 의문이 제기될 수 있음.
 - 그러나 대체노동이 허용된다 하더라도 ▲ 공익보호를 위해 유지할 의무가 부과되는 최소업무는 주로 전문적인 서비스로서 대체가 용이하지 않은 업무이며, ▲ 노사관계의 불안정 요인을 제거하고 공중에게 최소한의 서비스를 안정적으로 제공하기 위해서는 이를 별도의 법상의 의무로서 설정할 필요가 여전히 인정됨.

○ 최소업무의 예시

- 병원의 수술·응급치료 업무 및 이를 위해 필요한 불가결한 업무, 수술에 필요한 혈액의 공급
- 운송사업의 관제 등 운송망의 안전에 관련된 업무, 도서관 여객 및 생필품의 운송, 출퇴근·통학 시간대의 정기노선 여객운송
- 통신의 긴급전화 교환업무
- 전기·가스·수도 등의 중앙통제 및 소비자의 공급에 필요한 불가결한 업무
- 은행의 주전산실 등 전산망의 정상적 운영에 불가결한 업무
- 긴급뉴스 방송업무, 공영방송의 정오 및 저녁 주요 뉴스 방송업무
- 기타 이에 준하는 업무를 법령으로 정함.
 - ※ 최소업무의 범위를 어떻게 설정하는가에 관해 세부적인 연구·검토를 하며, 그 결과를 토대로 범위를 구성하도록 함.

다. 사업장 내 최소업무 유지를 위한 노사 협정

- 사업장 내 최소업무에 대해 유지하여야 할 범위·방법·인원 및 기타 필요한 사항을 노사간의 협정(서면합의)으로 정하도록 의무화
- 노사간에 이에 대한 다툼이 있어 협정을 체결하지 못하는 경우 노사 당사자 쌍방 또는 일방의 신청으로 노동위원회에 중재를 요청,
 - 최소업무 관련 노사 분쟁은 조정·중재의 대상이 되는 일반적인 노동쟁의와 별도로 사전에 해결되어야 하므로, 노조법 제34조의 단체협약 해석 절차와 유사하게 노동위원회가 노사협정으로 정하여야 할 사항을 결정하는 절차를 마련
 - ※ 노동위원회의 결정은 노사협정(또는 중재재정)과 동일한 효력

라. 최소업무 유지의무 위반에 대한 강제

- 법률에서 정하는 최소업무 유지의무의 위반에 대해 벌칙 규정을 둬.
 - 최소업무 유지의무의 주체는 노사 당사자이므로, 벌칙의 주체도 노동조합 또는 사용자가 해당될 것임.
 - 노사 협정에 불충분하게 규정하거나 아예 규정을 두지 않는 경우 최소업무 유지의무를 위반하여 쟁의행위를 한 노사 당사자는 벌칙을 적용받게 됨.
- 긴급복귀명령 등 공적 감독 절차 설정의 필요성에 대한 검토
 - 중간보고서에는 “최소업무 수행자의 파업참여시 긴급복귀명령”을 내리도록 잠정결론을 내렸음.
 - 이에 대해 최종결론으로 (1) 다수의견은 긴급복귀명령을 설정하지 않을 것, (2) 소수의견은 긴급복귀명령을 설정할 것으로 의견이 나뉨.

<다수의견>

- 최소업무 수행자의 파업참여시 긴급복귀명령 같은 행정적 명령제도의 신설은 다음의 점에서 적절하지 못함.

- 본 제도개선안에서는 ‘안전보호시설 정폐행위의 중지명령제도’를 삭제토록 검토하고 있는바, 최소업무 유지와 관련하여 행정적 명령제도를 신설함은 제도개선의 방향으로 일관되지 못함.
- 단순한 부작위인 파업행위에 대해 행정적 명령에 의해 업무에 강제적으로 복귀시키는 것은 강제근로의 문제가 발생할 우려가 있음.
- 최소업무 수행자의 파업참여시 최소업무의 이행방법은 사법적인 해결, 공적 노동력 투입 등 다른 방식을 도모하여야 함.

<소수의견>

- 최소업무 수행자의 파업참여시 최소업무의 이행방법으로 긴급복귀명령제도를 설정할 필요가 있음.
 - 최소업무는 필수적인 것이므로 그 이행 확보가 필요함.
 - 긴급복귀명령은 최소업무의 중단이 초래되는 파업 발생 이후의 규제임.
 - 긴급복귀명령의 불이행에 대해 계약해지, 타 근로자의 고용·투입 등이 가능해야 함.

직권중재제도를 폐지함에 그치지 않고 나아가 필수유지업무제도를 도입하려는 취지 내지 의의를 정리하면 먼저, 파업권과 공익의 조화로운 보장을 실현하고자 하였다. 즉, 원칙적으로는 파업권 보장을 인정하고, 그 예외로서 남용에 대한 최소한의 사전적 규제를 공익보호를 위해 마련한다는 것이다. 둘째는 파업시 사회적으로 용인되는 상황을 유지함으로써 노사관계의 안정과 자주성을 확보하고자 하였다. 긴급조정의 발동이 노사간에 노동쟁의를 자주적으로 해결하지 못한 노사관계의 공멸(lose-lose)의 결과라면, 노동분쟁을 자주적으로 해결함으로써 노사관계의 안정과 win-win을 이루는 기회로서 기능토록 한다는 것이다. 셋째는 노사간의 최소한의 공익보호를 고려하면서 노동분쟁을 자주적으로 해결하는 합리적인 관행의 형성을 유도하려는 데 그 목적이 있었다. 즉, 노사 자율적으로 최소한의 공익보호를 위한 사회적 책임을 이행하는 틀(노사협정)을 이끌어 내고, 이를 스스로 이행하는 합리적인 노사관행을 형성코자 하였다.

Ⅲ. 필수유지업무의 범위에 대한 검토

1. 필수유지업무 범위에 관한 공익전문가 의견

지난 5월 초 소개된 필수유지업무 범위 설정을 위한 공개토론회 자료에서는 금년 2월 초부터 노동부가 의욕적으로 조직·운영해 온 5개 TF 분과별 논의 결과가 소개되고 있다. 즉, 이른바 필수유지업무 TFT에서는 ①철도·도시철도 및 항공운수사업, ②수도 및 전기사업, ③가스 및 석유정제·공급사업, ④병원 및 혈액공급사업, ⑤한국은행 및 통신·우정사업 등 5개의 TF분과를 구성하였고, 각각 공익적 전문가 집단(노동법학 및 관련 학과의 전문가들로 구성)과 관련 사업별 노사 대표 및 노동부 관계자(간사 포함) 사이의 심도 있는 논의를 진행하고 그 결과를 정리·제시한 바 있다. 물론 TFT의 구성원을 선발, 위촉하는 과정에서 이들이 이해 당사자들로부터 완전한 대표성을 가지고 왔는지, 또 그동안의 논의 과정이 과연 충분한 것이었는지에 대해서는 다소간 논란의 소지가 있는 것도 사실이다. 특히, 이러한 논의 결과가 그대로 시행령(안)에 반영된다고 볼 수도 없겠다. 그렇지만, 노조법 개정 이후 후속 작업의 일환으로 노동부가 의욕적으로 추진해 온 중간 결과를 공개하고 그 토론의 장을 마련하였다는 측면에서 보면, 의미가 작지 않다고 하겠다.

특히 5개 TF분과를 주관한 5명의 노동법학자들 사이에 완전히 의견이 통일된 것은 아니지만, 나름대로 일정한 공감대를 형성하면서 제시한 것 중의 하나가 필수유지업무의 범위 설정을 위한 기본 원칙 내지 법리라고 할 수 있다. 즉 ILO의 기본 입장에 충실하면서 동시에 노사간 자율결정의 원리를 가급적 존중할 수 있는 제도적 장치를 마련한다는 것이었다. 이를 구체적으로 정리하면 다음과 같다.

먼저 ILO에서 제시하고 있는 최소서비스(minimum service)는 파업의 경우에도 공익보호를 위해 유지되어야 하는 서비스로서, 그 설정 요건을 ① 당해 업무의 정체가 생명, 개인적 안전, 공중 전체 또는 일부의 보건에

위해를 초래할 수 있는 ‘엄격한 의미의 필수서비스(essential services in the strict sense of the term)’이거나, ② 엄격한 의미인 필수서비스에는 해당 되지 않지만 ‘파업의 강도·기간에 비추어 그 결과가 공중의 정상적인 생활여건에 위해를 주는 국가 긴급사태를 초래할 정도’에 이르는 경우, ③ ‘기본적 중요성이 인정되는 공공서비스’ 등으로 정리할 수 있다. 특히, ① 당해 서비스를 국민의 절대 기본적인 필요를 충족시키는 데 필요한 최소한의 가동으로서 최소서비스를 제한하여 ‘파업이 무력해지지 않도록 할 것을 요구’하고, ② 관련 ‘사용자단체’도 사용자, 공공기관과 함께 최소서비스를 적용해야 하는 분야가 무엇인지 결정하는 데 ‘참여’할 수 있어야 한다는 것이다.

둘째, ‘노사간의 자율적 결정원리’를 가급적 ‘존중’한다는 측면, 즉 노사간에 자율적으로 협상·결정할 수 있는 영역을 최대한 넓히기 위해서, 시행령을 통해 직접적·명시적으로 규율하는 사항은 필요한 범위 이내로 한정함으로써 이를 최소화한다는 것이다. 아울러 관련 법령 등을 통해 보다 구체적이고 명확하게 표현될 수 있는 것만을 제도화하고, 그렇지 않은 추상적·포괄적 표현은 당해 사업의 특성상 필요·불가결한 경우에 국한한다는 것이다.

한편 최근 입법예고된 노동부의 시행령 개정(안)을 보면, 이와 다소간의 차이점을 발견할 수 있다. 즉, 각 필수공익사업별로 구체적 또는 포괄적인 업무 내용을 명시하는 동시에 필수공익사업(장)의 주요 업무가 상당부분 필수유지업무의 범위에 포함될 수 있는 가능성이 열리게 되었다. 항공운수사업에서는 ‘물품운송’의 비중이 높아졌으며, 병원사업에서는 수술 및 관련업무 전반이 포함된다. 수도·전기의 ‘정상적 공급’과 함께 수혈용 혈액의 공급 및 통신망의 유지·관리 수준도 ‘정상적’이어야 한다. 특히 가스사업 및 석유정제·공급사업의 경우에는 이러한 현상이 매우 두드러지고 있다. 다만, 중간에 국내 노동관련 소식을 통해 소개된 바 있는, ‘이에 준하는 업무’를 포함할 수 있도록 규정한 부분은 삭제되었다. 이에 따라 민주노총 등 노동계는 ILO의 권고 사항조차 무시한 것으로 보고 이를 강력하게 비판하고 있다. 양자의 구체적인 비교는 첨부한 별첨 <비교표>를 참조하기 바란다.

2. 검토 및 평가

부분적으로 복수의 안이 상정된 경우에는 다소 추상적·포괄적 내용이 포함된 경우도 없지 않으나, 전체적으로 볼 때 다음과 같은 측면을 지향하고 있다는 점에서 위의 공익전문가 의견은 나름대로 타당성을 갖추고 있다고 하겠다. 따라서 아래의 분석은 노동부가 입법예고한 시행령 개정(안)에 대한 평가가 될 수도 있을 것이다.

먼저, 필수유지업무의 구체적 내용을 시행령에 규정함에 있어서 직권 중재제도 폐지의 취지를 반영해야 한다는 점이다. 즉, 업무 중심으로 세분화하여 쟁의권 행사를 부분적으로 제한하는 개정법의 취지, 다시 말해서 전체적으로는 파업이 가능하되 공익의 보호를 위한 최소한의 업무 범위 내에서만 이를 제한하는 개정법의 취지를 살려, 지나치게 추상적·포괄적인 규정으로 파업권이 근본적으로 침해되는 것은 물론 노사간 자율적인 결정 영역이 심각하게 훼손되지 않도록 해야 하겠다.

둘째, 개정법의 취지는 필수공익사업에서도 쟁의행위가 원칙적으로 허용된다는 것이다. 즉, ‘업무의 정상적인 운영의 저해’를 전제로 하고 있는 쟁의행위의 기본 개념에 비추어 볼 때, 업무의 정상적인 운영을 ‘보장하는 수준’에서 필수유지업무를 규정한다면 이는 곧 파업권의 본질적 침해가 될 수밖에 없다. 따라서 필수유지업무의 범위는 공익 내지 공중의 생명·건강·신체의 안전 및 그 일상생활을 ‘현저히 위태롭게 하지는 않는 수준’, 즉 ‘필요최소한’의 범위를 넘어서는 아니 된다는 점을 인식할 필요가 있다.

셋째, 필수공익사업의 본질상 그 업무 내지 서비스의 대체가 용이하지 않은 업무 영역에 한정된다는 점이다. 사용자 주도의 대체근로자나 공적인 대체노동력 또는 대체서비스의 투입에 의해, 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 그 일상생활을 현저히 위태롭게 하지 않은 수준으로 유지시킬 수 있는 ‘대체성 있는 관련업무 내지 서비스’를 비교적 용이하게 확보할 수 있다면,¹³⁷⁾ 필수유지업무로 설정할 필요가 없다고 하겠다.

137) 예를 들어, 일정한 예고기간만 확보한다면 파업으로 공급이 중단되는 화력발전용 천연가스를 대신하여 중유가 제공될 수 있는 경우 등을 상정해 볼 수 있을

넷째, 필수유지업무를 선정함에 있어서 긴급조정제도 등 다른 법제도의 기능과 역할을 고려할 필요가 있다. 예를 들어 ‘공중의 일상생활을 위태롭게 할 위험이 현존하는 때’에는 필수유지업무제도가 없더라도 노조법 제76조 제1항에 의한 긴급조정을 통하여 쟁의행위를 중지시킬 수 있다. 따라서 필수유지업무는 공익보호를 위하여 쟁의행위를 제한할 필요가 있는 ‘모든 경우’가 아니라, ‘긴급조정제도에 의하여도 보호할 수 없는 경우’로 한정하는 것이 바람직하다.

마지막으로, 노사간 자율결정의 원리가 제대로 준수되지 못한다면 차라리 책임 있는 사회공동체 구성원 모두가 공개적으로 참여·결정하는 것이 바람직하다는 것이다. 필수유지업무의 기능, 즉 최소서비스를 결정·이행토록 함으로써 근로자의 파업권을 실현하는 동시에 공익을 보호함에 있어서는 그 이해관계 당사자 모두의 참여가 필요하다. 노동기본권의 주요 당사자인 근로자, 노동조합 및 사용자뿐 아니라 공공의 이익을 향유하는 일반시민은 물론 관련 사업·산업의 주요 관계당사자인 사용자 단체 및 공공기관도 이와 무관하지 않기 때문이다.

IV. 필수유지업무 관련조항의 법리적 해석

필수유지업무제도의 도입과 관련하여 개정 노조법에서는 먼저, 필수공익사업의 범위에서 시내버스운송사업(특별시·광역시)을 제외하는 대신 항공운수사업과 혈액공급사업을 포함시키고 있다(노조법 제71조 제2항). 또한 제42조의2를 신설하여 도구 개념으로서의 ‘필수유지업무’를 설정하고(제1항), 그 ‘정당한’ 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 쟁의행위를 금지하는 한편(제2항), 이를 위반하는 경우에는 폭력·과괴행위 등과 마찬가지로 3년 이하 징역, 3천만 원 이하 벌금에 처하도록 하고 있다(동법 제89조 제1호). 아울러 노동관계 당사자¹³⁸⁾가 쟁의행위 기간 동안 계

것이다.

138) 노조법 제2조 제5호에 따르면, 노동조합과 사용자 또는 사용자단체를 말한다.

속되어야 하는 필수유지업무 유지·운영 수준에 대한 필수유지업무 협정을 노사간 서면으로 체결, 서명·날인하도록 규정하고 있다(동법 제42조의3). 그러나 당사자의 대화로써 필수유지업무 협정이 체결되지 않는 경우에는 노동위원회에 그 결정을 신청하도록 (강제)하고, 그 신청을 받은 노동위원회는 특별조정위원회를 통하여 그 결정 및 이에 대한 해석·이행방법을 제시할 수 있도록 하고 있다(동법 제42조의4). 그리고 노동위원회의 위 결정에 따른 쟁의행위는 필수유지업무를 ‘정당하게’ 유지·운영하는 쟁의행위로 인정된다(동법 제42조의5). 한편, 필수유지업무에 관한 협정 또는 결정에 근거하여 노동조합은 쟁의행위기간 중 근무할 조합원을 통보하도록 하고, 이에 기초하여 사용자는 구체적인 근무자를 지명, 노조 및 본인에게 통보토록 하되, 쟁의행위 개시 전에 노조의 통보가 없는 경우 사용자가 임의로 결정·통보할 수 있도록 하고 있다(동법 제42조의6).

따라서 각 조항에 대한 심층적인 법해석론적 접근이 요청되고 있지만, 이하에서는 관련 조항에 근거한 필수유지업무제도를 운용함에 있어서 당사 실무적으로 맞닥뜨릴 가능성이 높은 몇 가지 쟁점사항을 중심으로 살펴보고자 한다.

1. 필수공익사업의 범위

필수유지업무제도의 도입과 관련하여 개정 노조법에서는 먼저, 공익사업 및 필수공익사업의 법적 개념 자체에 대해 아무런 변화를 모색하지 못하였다. 그러나 공익사업 및 필수공익사업의 구체적 범위에서 시내버스 운송사업(특별시·광역시)을 제외시키는 대신 항공운수사업과 혈액공급 사업을 포함시키고 있다(노조법 제71조 제2항).

필수공익사업의 개념은 직권중재제도가 존재하던 종전 노조법에서는 파업권의 ‘사전적·전면적·강제적 규제’를 결정 짓는 ‘직접적’인 매개체로서의 역할을 수행했기 때문에 매우 중요한 의미를 지니고 있었다. 즉, 필수공익사업에서 수행하는 모든 업무가 파업권 사전규제의 대상으로 곧바로 인정되는 결과가 초래되었다. 그러나 개정법에서는 직권중재제도가

폐지되었기 때문에 상대적으로 그 중요성은 반감되었다. 다만, 필수유지 업무를 설정하여야 할 사업의 범위를 확정하는, 즉 파업권의 ‘사전적·부분적·자율적 규제’의 ‘간접적’인 매개체로서의 역할을 수행한다는 측면에서의 의미는 그대로 가지고 있다고 하겠다. 즉 비록 필수공익사업에서 수행하는 업무 중에서 ‘필수유지업무’에 해당하는 ‘핵심업무’만이 파업권의 자율적 규제 대상에 포함되는 구조이기는 하지만, 이 역시 핵심적인 노동기본권의 사전적 규제에 해당하기 때문이다.

한편 필수공익사업의 범위와 관련하여 개정 노조법이 취한 입법자의 판단이 합리적인 것이었는가에 대한 부분과 관련해서는 여러 가지 입장이 있을 수 있다고 생각된다. 다만, 몇 가지 언급하고 싶은 것으로 첫째, 당해 사업에서 제공하는 서비스가 비록 공중의 일상생활 및 국민경제에 큰 영향력을 가진 경우라 하더라도, 그 사업의 장기적 발전 내지 경쟁력 제고방안을 고려한 접근방법상의 근본적인 재검토가 필요하다는 점이다. 이 부분은 특히 이번에 새롭게 포함된 항공운수사업의 경우가 이에 해당된다고 하겠다. 또한 이번 노조법 개정에도 불구하고 필수공익사업의 범위가 아직도 매우 추상적인 수준에 머무르고 있다는 점이다. 노조법에서 규정하고 있는 ‘사업’의 범위가 구체적인 산업 현장에서 존재하는 수많은 사업을 모두 포괄할 수 있다는 측면에서 보다 구체적인 ‘보완’이 필요할 것으로 생각된다.

2. 필수유지업무의 범위 설정

먼저, 구노조법에서는 필수공익사업의 개념을 설정하고 이를 노동위원회 위원장의 중재회부결정제도(직권중재제도)와 연계시키고 있었다. 그러나 직권중재제도를 폐지한 개정 노조법에서 새롭게 정의된 ‘필수유지업무’의 개념¹³⁹⁾은, 필수공익사업의 업무 중에서 공공의 이익과 노동기본권

139) 노조법 제42조의2 제1항은 “제71조 제2항의 규정에 따른 필수공익사업의 업무 중 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무로서 대통령이 정하는 업무”로 규정하고 있다.

(파업권)의 조화를 모색하기 위하여 파업시에도 유지되어야 하는 ‘핵심적 업무¹⁴⁰⁾’를 설정하기 위한 ‘도구 개념’으로 이해할 수 있다. 즉, 파업시에도 ‘공공의 이익’을 위해 반드시 계속되어야 할 ‘최소서비스(minimum service)’를 결정하는 도구 개념을 도입하였다고 하겠다.

한편 개정 노조법 제42조의2 제1항에서 규정하고 있는 필수유지업무의 개념 요소는, 노조법 제71조 제2항의 필수공익사업의 업무 중에서 당해 업무의 정·폐가 ① ‘공중의 생명·건강 또는 신체의 안전’이나 ② ‘공중의 일상생활’을 ‘현저히 위태롭게 하는 업무’라고 할 수 있다. 반면, 구법에서부터 규정하고 있던, 직권중재제도의 대상이 되었던, 필수공익사업의 개념 요소 가운데 하나인 ‘국민경제에 대한 저해성’은 제외되고 있다. 따라서 해당 필수공익사업(장)의 경제적 측면, 즉 ‘효율성’이나 ‘수익성’ 등은 고려하지 않는 것이 마땅하다.

또한 노동관계 당사자에게 필수유지업무의 필요 최소한의 ‘유지·운영 수준, 대상 직무 및 필요인원’ 등을 정한 ‘협정을 서면으로 체결’하도록 한 노조법 제42조의3의 규정상, 일정한 유지율을 시행령 등 법령으로 명시하는 것은 법률 위반으로서 무효일 가능성이 있다. 아울러 지나치게 자세한 내용을 열거하여 노사 당사자의 자율 결정의 여지를 부당하게 침해하거나, 너무 광범위한 업무가 포함되는 결과가 초래될 수 있도록 추상적·포괄적 규정을 제시함으로써 파업시 유지되는 업무로 인하여 당해 파업 자체가 무의미해질 경우¹⁴¹⁾에 대해서도 마찬가지로 평가가 가능할 것이다.

3. 필수유지업무의 실제 및 그 이행책임

개정 노조법상 필수유지업무는 쟁의행위의 대상이 되지 않으며, 이에

140) 통상적인 이해에서 상정할 수 있는 ‘사업’의 개념보다는 좁고, ‘직무’의 개념보다는 넓은 범위를 의미한다고 하겠다.

141) 물론 ‘파업의 의미’는 반드시 사용자의 정상적 업무 운영이 저해되는 결과가 초래됨으로써만이 실효성을 갖는 것은 아니다. 사용자에게 노조측의 요구 내지 의지가 분명하게 전달되고, 이로 인하여 노조측의 요구를 사용자측이 받아들일 수 있는 가능성이 제고될 수 있다면 이때에도 파업은 나름대로의 의미를 갖는 것이라고 하겠다.

대해 파업 등이 발생한 경우에는 국가 형벌권이 발동된다. 그러나 필수유지업무의 실제적 내용 내지 그 유지·수준은 어디까지나 노사 당사자가 정하도록 되어 있고, 더 더욱 파업에 돌입하는 실질적 범주는 당해 노동조합의 전술적 선택에 따라 완전히 달라질 수 있다. 따라서 제89조의 벌칙규정이 죄형법정주의에 위반되는 것은 아닌지의 문제가 상정될 수 있을 것이다. 그리고 이를 위해 당장 제기될 수 있는 쟁점으로는 법문에 대한 문리해석으로, 제42조의 2 제1항에서 규정하는 ‘공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무’의 의미¹⁴²⁾ 및 동조 제2항에서 규정한 ‘정당한’¹⁴³⁾의 개념을 어떻게 이해할 것인가의 문제가 제기된다.

먼저 법조문상 문제되는 표현들의 사전적 의미¹⁴⁴⁾를 살펴보면, ‘공중의 일상생활’이라 함은 “일반 사람들, 즉 사회 대부분 사람들의 평상시의 생활”을 의미한다. 또 ‘현저히’라 함은 “뚜렷이 드러나게”라고 바꾸어 볼 수 있고, ‘위태롭게’라 함은 “형세가 마음을 놓을 수 없을 만큼 위험한 듯하게”를 말한다. 따라서 ‘공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무’라 함은 “사회 대부분 사람들의 평상시의 생활에 대해 마음을 놓을 수 없을 만큼 위험한 듯하게 (방치)함이 뚜렷이 드러날 정도에 이르는 업무”라고 풀어 놓을 수 있다. 따라서 그 의미상 다소 불명확한 측면이 없지 않다.

또한 ‘정당한(하게)’의 내용은 “이치에 맞아 올바르고 마땅한(하게)”로 보아야 한다. 따라서 ‘필수유지업무의 정당한 유지·운영’이라 함은 “필수유지업무의 이치, 즉 각 필수공익사업별 특성에 맞아 올바르고 마땅하게 유지·운영”함을 의미한다고 하겠다. 결국 각 필수공익사업의 특징 내지 상황에 따라 ‘정당성’ 여부가 상당한 정도로 달라질 수 있다는 점에서 보면, 이 역시 다소 상대적이고 불명확한 측면이 없지 않다.

아울러 제89조의 벌칙조항을 보면, 그 범죄 구성요건은 ‘필수유지업무

142) 필수유지업무의 개념 중 “제71조 제2항의 규정에 따른 필수공익사업의 업무 중 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나”까지는 나름대로 쉽게 이해될 수 있을 것으로 판단되기 때문이다.

143) 이에 더하여 제42조의 3에서 “필수유지업무의 정당한 유지·운영을 위하여...”라고 하고 있고, 제42조의 5는 “필수유지업무를 정당하게 유지·운영하면서...”라고 규정하였다.

144) 이를 위해 필자는 우리나라 어문정책의 총괄업무를 수행하는 국립국어원에서 발행하는 『표준국어대사전』을 참조하였다.

의 정당한 유지·운동을 정지·폐지 또는 방해하는 쟁의행위'라고 할 수 있으며, 이에 대해 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 형량을 정하고 있다. 문제는 범죄 구성요건의 내용을 국회에서 만들어진 법률로써 정하도록 하고 있는 죄형법정주의 원칙에 비추어 볼 때 위의 범죄, 즉 필수유지업무에 대한 쟁의행위 구성요건의 실제적 내용은 사실상 당해 특정 필수공익사업의 상황¹⁴⁵⁾ 내지 파업에 임하는 노동조합의 전술적 선택에 의해 좌우될 수밖에 없는 현실이 존재한다. 또 위에서 언급한 바와 같이 필수유지업무의 개념상 불명확성 및 정당성 판단의 상대성·불명확성도 함께 고려되어야 할 것이다. 따라서 제89조의 벌칙 내용은 명백하게 죄형법정주의에 반한다고까지 단언하기는 힘들겠지만,¹⁴⁶⁾ 죄형법정주의에 결코 저촉되지 않는다고 완전히 부정하기도 힘든 한계를 인정하지 않을 수 없다.

한편, 하나의 구성요건을 취하고 있는 필수유지업무에 대한 파업이 제89조 제1호에 의할 경우에는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처해지지만, 제92조 제1호 바목, 즉 단체협약 내용 중 쟁의행위에 관한 사항을 위반하는 때에 해당될 경우에는 그보다 훨씬 가벼운 1천만 원 이하의 벌금에 처해지게 된다. 따라서 양 벌칙규정 간에 법조 경합이 발생하는 결과가 초래된다.¹⁴⁷⁾ 그러므로 양 벌칙규정 사이에는 특별·일반관계가 형성되어, 형량이 상대적으로 가볍고 일반적인 단협 위반사항에 대

145) 특히 여기에는 당해 필수공익사업을 운영하는 사용자측의 노력 여하 내지 노동조합의 파업에 효과적으로 대응하기 위한 자구노력(파업에 대비한 비상계획 등)의 정도가 중요하게 작용할 것이다.

146) 구노조법상 단협 위반에 대한 벌칙규정을 위헌으로 결정한 헌법재판소 1998. 3. 26. 선고, 96헌가20 결정에서 제시된 요건, 즉 '법률주의'와 '명확성의 원칙'에 비추어 보고, 이에 따라 신설된 현행 노조법 제92조 제1호의 규정과 비교해 본다 하더라도 위 두 가지 요건을 완전히 위배하였다고 보기는 힘들다. 다만, 단체협약의 법적 성격을 기본적으로 '계약'으로 이해하는 입장에서 본다면, 채무적 부분이라 할 수 있는 '쟁의행위'에 대한 벌칙규정을 위헌으로 볼 가능성이 높아진다(김형배, 『노동법(신판 제2판)』, 박영사, 2006, p.807 참조).

147) 이는 무엇보다 아래에서 검토하는 바와 같이, 필수유지업무 협정을 단체협약으로 볼 것인가의 문제와 연계하여 이를 부정할 경우에는 전혀 별개의 범죄행위에 대한 벌칙조항으로 볼 수도 있다. 그러나 필수유지업무 협정을 단체협약으로 볼 때에는 반드시 해결해야 할 문제점이다.

해서 적용되는 제92조가 배척되고 형량이 무거운 특별규정이라 할 수 있는 제89조가 우선적으로 적용되는 것으로 이해된다.

4. 필수유지업무 협정의 법적 성격

단체협약의 내용에는 쟁의행위에 관한 사항도 포함될 수 있다는 점에서 필수유지업무 협정을 단체협약으로 볼 수 있는지 검토가 필요하다. 또 이와 연계하여 필수유지업무 협정이 단체협약의 일부로 포함될 경우에도 쟁의행위에 관한 사항으로 보아 단협으로의 효력을 부여할 수 있는지도 검토할 필요가 있겠다.

이상과 같은 문제가 제기되는 것은 필수유지업무 협정을 단체협약으로 볼 경우, 노조법상 당연히 행정관청에 대한 신고 및 위법사항에 대한 시정명령의 대상이 되며(제31조), 유효기간(제32조) 및 단협 위반에 대한 벌칙(제92조 제1호)의 적용 대상이 되므로 이것이 타당한 것인가라는 의문이 제기되기 때문이다. 또한 단협 체결 과정상 노사간 의견 불일치시 노동위원회의 조정 대상이 됨에도 불구하고, 노조법 제42조의4가 특별히 노동위원회의 ‘결정사항’으로 규정하고 있기 때문이기도 하다. 특히 필수유지업무 협정은 그 체결 목적이 노사간 근로조건 결정 등 노사관계 당사자의 이해관계보다는 공익보호 등 제3자적 관점에서 접근하는 측면이 강한 특징 역시 고려하지 않을 수 없다.

그러나 노사관계 당사자의 자율적 협상(negotiation)의 결과물로서 도출된다는 주체·방법(형식)적 측면을 고려하고, 그 법적 성격을 달리 불명시적인 실정법 근거도 강하지 않거나 최소한 타당하지 않다는 점에서 이를 일용 단체협약으로 이해하는 것이 타당할 것으로 보인다. 비록 법문상 ‘협정’이라고 표현되고 있지만, 표현 형식에 앞서서 구체적인 ‘실체’에 근거하여 판단할 필요가 있기 때문이다. 아울러 노사에게 협정체결 및 교섭 결렬시 노동위원회로 그 결정을 신청토록 ‘강제’하는 것도 필수유지업무의 공익보호 필요성에 근거한 것이지, 그 법적 성격을 별도로 설정하려는 취지로 볼 필요도 없다. 그러므로 필수유지업무 협정을 위반하여 근로제공을 하지 않은 근로자는 단체협약(채무적 부분) 위반으로서의 책임을

지는 것이 아니라,¹⁴⁸⁾ 동 협정에 근거한 사용자의 업무명령권(노무지휘권)에 따르지 않은 책임을 지게 될 것이다. 다만, 단체협약의 일부분으로 체결되는 경우를 포함하여 그 법적 성격을 단체협약(보다 구체적으로는 쟁의관련 사항을 규정한 ‘평화조항’의 하나)으로 보되, “공익성을 적극 고려하여야 하는 특성이 존재하는 노사자치의 영역”으로 이해하는 것이 타당할 것이다.

5. 필수유지업무 협정의 체결 여부 및 협정의 효력 범위

개정 노조법은 필수유지업무 협정이 체결되지 않을 경우에 대한 제재 규정 등을 두고 있지 않다. 따라서 필수유지업무 협정 체결 여부를 노사간 자율적으로 선택하도록 하는 것이 타당한지, 또 처음부터 노동위원회로 가져와서 그 결정을 요청하는 경우는 가능할 것인지를 점검해 볼 수 있다. 노조법 제42조의3 및 제42조의4 제1항의 법문상 ‘강행규정적’ 표현을 취하고 있어서, 동 협정의 체결 내지 결정의 신청이 강제된다고 이해하는 실정법적 근거가 될 수 있기 때문이다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 이를 단협으로 보는 이상, 그리고 단체교섭은 강제할 수 있어도 타결 및 단체협약의 체결 자체를 강제할 수 없는 것¹⁴⁹⁾이 당위론적 요청인 이상, 자율적 선택사항으로 볼 수밖에 없을 것이다.¹⁵⁰⁾ 따라서 동 협정을 체결하지 않는 경우는 물론, 처음부터 자율적인 협정 체결을 스스로 포기하고 노동위원회에 그 결정을 신청하는 것 역시 가능하다고 보아야 할 것이다. 물론 후자의 경우는 노사 쌍방이 함께 신청하는 때에만 해당되며, 당사자 일방에 의한 신청은 ‘성실히 교섭한 후’가 아니면 이를 받아들일

148) 다시 말해서 필수유지업무 협정 자체가 근로자에게 근로제공 의무를 부여하는 것이 아니라는 것이다.

149) 물론, 단체교섭(협상)의 결과 타결된 내용이 있는 경우에는 단체협약을 체결해야 하는 것이 성실교섭 의무의 내용이라 할 것이지만, 상대방의 요구에 응락한 다든지 타결, 즉 상대방과 합의할 의무를 당연시할 수는 없다.

150) 만약 이를 ‘강행규정’으로 고집한다면 그 순간 개정 노조법은 구법에서 규정한 직권중재제도를 폐지한 그 의미를 몰각하게 될 것이다. 다만, 당해 쟁의행위의 정당성이 인정될 것인지는 전혀 별개의 문제이다.

기 힘들 것이다.

아울러 위의 문제와 연계하여 필수유지업무 협정에서 정한 필수유지업무의 내용 내지 그 범위가 사회적 상당성을 가지지 못하는 경우¹⁵¹⁾라면 이 협정의 효력을 인정할 수 있을 것인지를 검토해야 할 것이다. 필수유지업무의 유지·운영의 수준은 그 대상 업무 또는 총량적 측면에서 예를 들어, 0%에서 100%에 이르기까지 다양하게 결정할 수 있는 여지가 있기 때문이다. 그러나 앞에서 동 협정을 단체협약으로 이해하는 동시에 ‘공익성’을 적극 고려해야 한다는 측면을 제기한 바 있다. 따라서 다소 ‘특별한 고려’ 예를 들어, 행정관청의 ‘위법성’ 판단에 있어서 공중의 생명·건강 및 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하지 않는지를 적극 고려하여 이에 위반되는 경우에는 일정한 시정 조치가 가능한 것으로 보아야 할 것이다. 따라서 필수유지업무의 유지·운영의 수준은 각 필수공익사업의 특성 내지 우리 산업사회에서 처한 상황을 고려하여 판단해야겠지만, 극단적으로 0% 또는 이에 가까운 수준으로 정하는 것은 공익적 측면을 사실상 고려하지 않은 결과로 평가될 가능성이 높을 것이고, 반대로 100%에 육박하는 수준으로 정한 경우에는 필수유지업무의 본질상 그 ‘필요최소한’을 정한 것인가와 관련하여 재검토가 필요할 것이다.

한편 필수유지업무 협정의 해석 및 이행방법에 대한 당사자간 분쟁을 해결하기 위해서는 어떠한 과정을 거쳐야 하는지, 예를 들어 노조법 제34조의 규정을 유추하여 노동위원회를 통하여 이를 해결할 수 있을 것인지도 검토될 필요가 있다. 이에 대해서도 현행법상 특별한 명시적 규정이 없는 이상, 단체협약에 대한 일반적 해석기능을 규정하고 있는 노조법 제34조의 규정이 적용이 가능할 것으로 보인다. 동 협정을 단체협약으로 볼 수 있을 뿐 아니라, 노동위원회의 결정사항의 해석에 대한 제42조의4 제4항과의 균형을 고려할 필요가 있기 때문이다.

151) 예를 들어, 전기사업에서 노사간 합의한 전기공급서비스의 내용이 공중의 생명·건강 및 신체적 안전은 물론 그 일상생활을 상당 수준 위태롭게 하는 정도를 상정해 볼 수 있을 것이다.

6. 필수유지업무 협정의 유효기간 및 노동위원회의 결정기간

개정 노조법은 필수유지업무 협정의 유효기간에 관한 규정을 두고 있지 않고 있다. 필수유지업무 협정의 성격이 단체협약이라면 단협 유효기간에 관한 규정(제32조)이 적용되어 2년으로 제한되지만, 필수유지업무 협정의 유효기간을 노사간 자율적 합의로 정하는 것이 오히려 바람직하지 않은지 여부를 검토해야 할 것이다. 단체협약의 성격 내지 노사자율적 영역에 대한 존중의 취지를 살린다면 그 유효기간을 2년을 넘어 보다 장기간 유효하게 하는 것은 물론이고, 쟁의행위 시기마다 매번 탄력적으로 정할 수 있는 여지를 허용하는 것도 바람직할 것이기 때문이다.¹⁵²⁾ 그러나 협약의 유효기간은 편면적으로만 강제할 뿐 2년보다 짧은 기간으로 노사가 합의하는 것은 문제가 없다. 특히 2년을 넘는 경우도 자동갱신 내지 자동연장규정을 통해 그 효력을 지속하는 것도 가능하다.

이와 함께 현행법상 아무런 규정이 없는 노동위원회에서의 결정기간을 어떻게 이해해야 할 것인가, 즉 “당사자의 신청에 따라 노동위원회가 각 필수공익사업 또는 사업장별 필수유지업무의 특성 및 내용 등을 고려하여 그 필요최소한의 유지·운영 수준, 대상 직무 및 필요인원 등을 결정하는 기간”을 얼마로 보아야 할 것인지를 살펴볼 필요가 있다. 파업의 정당성과도 연계될 수밖에 없는 필수유지업무의 범위 설정이 마냥 지체된다면 노조의 입장에서는 정당한 파업을 포기하라는 이야기로밖에는 받아들여지지 않을 것이다. 노조법상 조정기간은 명시되어 있지만 중재기간은 법으로 명시한 바가 없을 뿐 아니라, 노조법 제45조 제2항의 규정을 유추 적용해서 중재 중 파업이 금지되는 15일간에 준하여 이를 해석할 근거도 마땅치 않기 때문이다. 다만, 필수유지업무 협정을 단체협약으로 볼 수 있고 노동위원회의 동 결정이 상대적으로 중재기능과 비슷한 측면이 있음을 고려한다면, 다소간 참작할 수 있는 기준이 될 수도 있을 것이다.

152) 이와 정반대로 쟁의행위의 예측 가능성 및 노사간 파업에 대한 준비 정도를 제고한다는 측면에서 필수유지업무 협정의 유효기간을 가급적 장기로 하거나 아예 기간의 정함이 없는 것으로 할 필요성이 있다는 주장이 가능하다. 그러나 이는 노동기본권인 파업권의 본질적 내용을 침해할 우려가 크기 때문에 받아들이기 힘들다.

7. 필수유지업무 협정의 대상이 되는 업무의 범위

필수공익사업장에서도 도급, 파견, 용역 등 외주화 내지 간접고용을 통한 생산 내지 업무수행방식이 적지 않게 활용되고 있다. 따라서 이러한 외주업무가 필수유지업무 협정의 체결·해석에 있어 그 대상에 포함될 수 있는지를 검토할 필요가 있다. 마찬가지로 노조법상 작업시설의 손상·원료의 변질 방지, 안전보호시설 유지 등의 업무는 쟁의행위가 금지되고 있으므로(노조법 제38조 제2항, 제42조 제2항), 이러한 개별 규정에 의하여 쟁의행위가 제한되는 업무도 필수유지업무로 포함될 것이지도 문제이다. 한편 필수유지업무의 유지수준에 비조합원의 노무 부분이 포함되는가의 문제, 즉 필수유지업무의 유지수준 및 필요인원을 산출하는 데 있어 비조합원의 노무 영역을 포함할지도 검토할 필요가 있다.

앞에서 언급한 바와 같이, 개정 노조법상 필수유지업무의 개념은 공익보호를 위해 파업시에도 유지되어야 하는 ‘핵심업무’를 설정하기 위한 도구 개념으로 이해할 수 있다. 따라서 그 업무의 수행방식이 어떻든, 노조법을 포함한 관련 법령에 어떻게 규정이 되어 있는 ‘공익보호를 위해 그리고 여타 법·제도적 수단을 통해서는 대체가 용이하지 않은 최소한의 핵심업무’라면 이에 포함될 수 있다. 다만, 이를 필수유지업무 협정의 대상으로 삼을 것인지 여부는 전적으로 노사 당사자의 판단에 달려 있게 된다.¹⁵³⁾ 마찬가지로 차원에서 볼 때, 필수유지업무 협정의 대상이 되는 업무의 범위는 물론 그 유지수준도 지극히 노사 당사자의 판단과 그 관리 여하에 따라 결정될 수밖에 없다. 그러나 필수유지업무의 유지수준 및 필요인원을 결정함에 있어 비조합원의 노무 부분을 포함할 경우, 노동조합의 통제 범위 밖에 있는 영역을 노사가 결정하는 상황(예를 들어, 당해 사업 내지 사업장의 ‘총량적 측면’에서 필수유지업무의 유지수준을 결정한 경

153) 물론 현실적으로 외주화 내지 간접고용을 통해 특정 업무가 수행되고 있다면 당해 업무는 상대적으로 그 사업에서의 핵심업무에 포함될 가능성이 작아진다고 하겠다. 또한 작업시설의 손상·원료의 변질 방지, 안전보호시설 유지 등의 업무는 이미 노조법상 쟁의행위가 금지되고 있으므로, 그 성격상 필수유지업무와 별개의 것임은 물론, 이를 필수유지업무에 포함시킬 가능성도 상대적으로 적다고 하겠다.

우)이 될 수도 있다. 따라서 이러한 경우에는 “공익보호를 위해 공동 노력해야 할 노사 모두”에게 공평한 상황이라고 할 수 없다.¹⁵⁴⁾

8. 필수유지업무 협상의 결렬과 쟁의행위

개정 노조법은 필수유지업무의 유지수준 등을 협정으로 체결하도록 규정하고 있지만, 협정 체결이 안될 경우 정당한 쟁의행위가 가능한지 검토할 필요가 있다. 종래 노조법은 근로조건의 결정에 관한 노사간 주장의 불일치로 노동쟁의가 발생할 경우에만, 노사관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 파업, 태업, 직장폐쇄 등 쟁의행위를 할 수 있도록 규정하고 있기 때문이다(동법 제2조 제5, 6호).

그러나 필수유지업무 협정은 파업권의 정당한 행사에 대한 중대한 제약, 즉 공익보호를 위해 개별근로자의 파업권이 침해될 수 있는 업무 영역을 결정하는 단체협약이며, 이것은 해당 업무를 담당하는 근로자의 입장에서 매우 중대한 근로조건의 결정상황이 될 수 있다. 다만, 개정 노조법에서 직권중재제도를 폐지한 근본 취지가 파업권의 본질적 침해를 막는 동시에 공익보호를 위한 대체수단으로써 제시된 것이 필수유지업무 제도라면, 필수유지업무 협정의 ‘결렬만을 이유’로 쟁의행위에 돌입하는 것은 다소 무리가 있을 것으로 보인다.¹⁵⁵⁾

한편 이와 관련하여 종전의 단협(예를 들어, 협정근로자규정 등)에서 정한 파업시 유지업무의 범위 내지 파업 불참 근로자의 범위 등이 필수유

154) 왜냐하면 노동조합의 입장에서는 그 실현을 위해 최선의 노력을 다해야 할 의무를 지게 되는 반면, 사용자 입장에서는 그 책임을 전적으로 노동조합측에 전가할 위험성이 없지 않게 된다. 사용자 입장에서는 노조측의 이행노력을 최대한 끌어내야 할 것이므로, 필수유지업무 유지수준에 이르기 이전까지는 자신의 노력보다는 노조측의 협력만을 전적으로 추구할 가능성이 매우 높기 때문이다. 특히 당해 노조의 조직률이 낮은 경우, 근로자들은 파업권의 본질을 침해받을 가능성이 높아진다.

155) 마찬가지로, 앞에서 언급한 바와 같이 노조법 제42조의4 제1항을 ‘강행규정’으로 보고 이에 근거하여 필수유지업무 협정의 결렬에 근거한 파업은 어떠한 경우에도 쟁의행위의 정당성을 갖기 힘들다고 고집한다면, 이 역시 개정법에서 직권중재제도를 폐지한 취지를 몰각시키는 일이다.

지업무 협정의 체결시까지 쟁의행위의 정당성을 판단하는 일정한 준거가 될 수 있을 것이다. 그러나 이를 위반하여 파업의 정도가 커졌거나 종전의 파업경험에서 상정할 수 있는 범위보다는 파업 참가의 범위·정도가 확대되었지만, 통상적인 기준에서 설정할 수 있는 필수유지업무의 범위를 넘어서지는 않은 경우 등과 같이 구체적·개별적인 상황에 맞추어 쟁의행위의 정당성을 종합적으로 판단할 필요가 있을 것이다.

V. 맺음말

2003년 「노사관계법·제도 선진화 방안」을 통해 대한민국은 국제사회에 대하여 몇 가지 약속을 한 바 있다. 직권중재제도를 폐지하고 노동기본권 특히 파업권의 부당한 제약을 가져오지 않는 합리적인 방향으로 공익과의 조화를 도모하겠다는 것도 그 중의 하나로 포함된다. 필수유지업무제도는 바로 이러한 고민과 노력의 결과물이라고 할 수 있다. 즉 노사 그 누구도 상대를 제압하기 위해 만족할 만한 압력수단을 갖지 못하고 국민 일반도 그 지루한 다툼 사이에서 일정한 고통을 감내할 수밖에 없지만, 파업권과 공익이 나름대로 하나의 조화를 이루는 가운데 우리 사회도 성숙·발전해 나갈 수 있다고 믿는 것이다.

필수유지업무의 구체적 내용을 시행령으로 제시함에 있어서 반드시 기억해야 할 것은 바로 이러한 개정 노조법의 기본 취지이다. 노동관계 법규범이 추구해야 할 목표는 ‘공익과 노동기본권의 조화’이지 ‘공익의 담보’는 아니다. 그러한 의미에서 시행령에 담길 필수유지업무의 규정 내용은 극도로 자제되어야 하겠다. 아울러 개정법을 통해 신설 또는 개정된 필수유지업무 관련 조항에 대한 해석에 있어서도 역시 이러한 기본 방향이 반영되어야 할 것이다. 가급적이면 노사간 자율결정의 여지를 많이 확보함으로써, 필수유지업무제도가 노사의 ‘자율과 책임’에 기초하여 운영될 수 있도록 해야 할 것이다. 만약, 그와 반대의 결과를 초래한다면 해당 조문들은 언제나 위헌의 시비에서 자유로울 수 없는 운명을 지니게 될 것이다.

덧붙여 필수유지업무와 관련된 개정법 조문에서 특별히 아쉬운 부분이 있음을 지적하지 않을 수 없다. 즉, 필수유지업무를 ‘정당하게’ 유지·운영하기 위한 사용자측의 노력의무 촉구가 그 어디에도 발견되지 않는다는 점이다. 필수공익사업의 공익성, 즉 공중의 일상생활 및 생존필수적 수요를 충족하고자 한다면 노동조합의 성실이행의무뿐 아니라 그 사업의 경영에 실질적 책임과 능력을 가진 사용자측의 성실노력의무도 함께 촉구해야 최소한의 균형을 맞출 수 있을 것이기 때문이다. 더구나 자칫 필수유지업무의 범위 설정이 근로자들을 핵심업무 직군과 비핵심업무 직군으로 양분하고, 특정 업무 영역에 노조로부터 상대적으로 자유로울 수 있는 비정규직 내지 간접고용 근로자들을 양산하는 결과를 초래할 우려도 없지 않은 점을 감안한다면, 사용자측의 ‘정당한’ 노력의무는 더욱 생각할 바가 많다고 하겠다.

신설·개정된 관련조항을 총체적으로 조망해 볼 때, 공익적 요청에 기초한 ‘강제성’이 상대적으로 강하게 부각되는 반면, 노사자율적 요소는 충분하지 못하다. 더구나 사용자측의 법적 책임을 묻는 장치도 그다지 존재하지 않는다. 그렇다면 이번 노조법 개정을 통해서 과연 무엇이 그리고 얼마나 개선 내지 선진화된 것인지 자문하지 않을 수 없다. 신설 제도의 안착(soft landing)을 위한 해석론적 보완을 특별히 강조하게 되는 이유이다.

별첨 : 비교표

필수공익사업	필수유지업무 TFT(안)	노동부 시행령 개정(안)	비 고
철도·도시철도	<ul style="list-style-type: none"> - 제1안: 여객의 운송과 안전에 직접 관련된 최소 업무 - 제2안: 운전, 승객의 안전관리, 관제·신호·정보통신, 차량의 정비(중정비는 제외) 기타 여객의 운송과 안전을 위하여 직접 관련된 최소 업무 - 제3안: 여객의 운송과 안전에 직접 관련된 최소 업무로서 평시 승객운송의 00% 이상(00%~00%까지)을 유지함에 필요한 업무 - 제4안: 운전, 승객의 안전관리, 관제·신호·정보통신, 차량의 정비(중정비는 제외) 기타 여객의 운송과 안전을 위하여 직접 관련된 최소 업무로서 평시 승객운송의 00% 이상(00%~00%까지)을 유지함에 필요한 업무(단, 도시철도의 경우에는 00시~00시까지에는 00% 이상을 유지함에 필요한 업무로 한다) 	<ul style="list-style-type: none"> 정기노선여객의 운송과 안전을 위한 최소한의 업무로서 - 운전·관제·전기·신호·차량의 정비(중정비 제외) 업무 - 선로점검·보수 업무 	<ul style="list-style-type: none"> - 사람·상품의 이동관련 기초서비스 제공 - 당초 개정(안)에 있던 “기타 이에 준하는 업무”는 제외됨(이하 모두 동일)
항공운수	<ul style="list-style-type: none"> - 제1안: 항공법 제2조 제27호에 따른 정기항공운송사업(과 같은 법 제2조 제30호에 따른 항공기취급업)의 운송과 안전에 직접 관련된 최소 업무 - 제2안: 운항, 정비(중정비 제외), 운항관리·통제, 객실 서비스(항공기 급유) 등 항공법 제2조 제27호에 따른 정기항공운송사업(과 같은 법 제2조 제30호에 따른 항공기취급업)을 위한 업무로서 여객의 운송과 안전에 직접 관련된 최소 업무 		

필수공익사업	필수유지업무 TFT(안)	노동부 시행령 개정(안)	비 고
항공운수	<ul style="list-style-type: none"> - 제3안: 항공법 제2조 제27호에 따른 정기항공운송사업(과 같은 법 제2조 제30호에 따른 항공기취급업)의 업무로서 여객의 운송과 안전에 직접 관련된 최소 업무 중 평시 승객운송의 00% 이상(00%~00%까지)을 유지함에 필요한 업무(단, 국제선과 제주선의 경우에는 00% 이상을 유지함에 필요한 업무로 한다) - 제4안: 운항, 정비(중정비 제외), 운항관리·통제, 객실서비스(항공기 급유) 등 항공법 제2조 제27호에 따른 정기항공운송사업(과 같은 법 제2조 제30호에 따른 항공기취급업)을 위한 업무로서 여객의 운송과 안전에 직접 관련된 최소 업무 중 평시 승객운송의 00% 이상(00%~00%까지)을 유지함에 필요한 업무(단, 국제선과 제주선의 경우에는 00% 이상을 유지함에 필요한 업무로 한다) 	<p>항공운송과 안전을 위한 최소한의 업무로서</p> <ul style="list-style-type: none"> - 탑승수속·보안검색·조종·객실승무·운항통제 업무, 시스템·통신의 유지보수 업무 - 항공기의 정비(창정비 제외)·안전보안관리·유도·견인·급유·지상전원 공급·제설·제빙·탑승교 운전 업무, 수하물·긴급물품의 탑재·하역 업무 - 항공법 제2조 제16호의 규정에 의한 항행안전시설*과 항공기 이·착륙 시설의 유지·운영(관제 포함)을 위한 업무 <p>* 유선통신·무선통신·불빛·색채 또는 형상에 의하여 항공기의 비행을 돕기 위한 시설</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 사람·상품의 이동관련 고급서비스 제공 - 여객운송 외에 '물품운송'의 비중이 크게 증가
수도	<ul style="list-style-type: none"> - 제1안: 정상적인 수도물 공급을 위하여 필요한 최소한의 취수·정수·배수시설의 운영 업무 - 제2안: ① 취수시설의 운영 업무, ② 정수시설 및 소규모 자동화정수설비의 운영 업무, ③ 배수시설의 운영 업무, ④ 관로시설 운영, ⑤ 수도시설 통합시스템의 운영 업무, ⑥ 계측·제어 설비운영, ⑦ 수도물 공급에 필요한 법정규제의 준수를 위한 업무, ⑧ 비상상황에 대처하기 위한 업무 - 제3안: 제2안에 도수 및 송수 관로시설의 가압시설 운영 추가 	<p>수도물의 정상적 공급을 위한 최소한의 업무로서</p> <ul style="list-style-type: none"> - 취수·정수(소규모 자동화정수설비 포함)·가압·배수시설의 운영 업무 - 수도시설 통합시스템과 계측·제어설비의 운영 업무 - 수도시설 긴급복구와 수도물 공급을 위한 법정규제의 준수를 위한 업무 	<ul style="list-style-type: none"> - 사람의 생명·생활 관련 기초서비스 제공 - '정상적 공급'을 목표로 설정

필수공 익사업	필수유지업무 TFT(안)	노동부 시행령 개정(안)	비 고
전기	<ul style="list-style-type: none"> - 제1안: 정상적인 전기의 공급을 위하여 필요한 최소한의 송·변전 및 배전 업무, 전력거래를 위한 중앙급전, 지역급전, 급전운영 및 IT 기획운영 업무 및 발전소의 운전, 정비 및 기술지원 업무 - 제2안: ① 송변전을 위한 지역급전, 급전분소 및 유인 변전소 운영 업무, ② 배전 운영실 및 배전사령실 운영 업무, ③ 전력통신망 운영 업무, ④ 전력수급 업무, ⑤ 중대사고(전기사업법 시행규칙 【별표 19】에 명시된 사고)의 처리에 필요한 업무, ⑥ 중앙급전업무, 지역급전업무, 급전운영업무 및 정보기술업무, ⑦ 화력발전소 운전, 정비 및 기술지원 업무, ⑧ 수력발전소 운전, 정비 및 기술지원 업무, ⑨ 원자력발전 업무 - 제3안: 제2안에 ① 송·변전 계통보호를 위한 보호계전기 시험 및 정정 업무 추가, ② 배전운영실중 계통관리 업무에 특화, ③ 통신망중 통신센터(SCADA 설비운영 포함) 운영 업무에 국한, ④ 전력공급중 비상시 부하관리 업무에 한정, ⑤ 전력거래소의 정보기술업무중 전산실(교대근무자 포함) 운영 및 출입보안관리 업무에 국한, ⑥ 원자력 발전 업무 중 본부 및 경영에 관한 행정 업무 제외 	<p>전기의 정상적 공급을 위한 최소한의 업무로서</p> <ul style="list-style-type: none"> - 발전업무 중 발전설비의 운전(운전을 위한 기술지원 포함)·정비(정비를 위한 기술·행정지원 제외)·안전관리 업무 - 송·변전 및 배전 업무 중 지역급전소·급전분소·유인변전소 운영업무, 계통* 보호를 위한 보호계전기 시험 및 정정·배전운영실 계통관리·배전계통센터 운영·통신센터(SCADA** 설비 포함) 운영·통신보안 관제센터 운영·전력공급 비상시 부하관리·설비의 긴급복구 업무 - 전력거래 업무 중 중앙급전·지역급전·급전운영·전산실 운영(출입 보안관리 포함) 업무 <p>* 원활한 전기의 흐름과 품질유지를 위한 전기의 흐름을 통제·관리하는 체제</p> <p>** SCADA: supervisory control and data acquisition</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 사람의 생명·생활 및 산업관련 기초 에너지 제공 - '정상적 공급'을 목표로 설정

필수공익사업	필수유지업무 TFT(안)	노동부 시행령 개정(안)	비 고
가스	<ul style="list-style-type: none"> - 제1안: 도시가스용 천연가스를 인수·생산·공급하기 위한 업무 - 제2안: 가정용 천연가스를 생산·공급하기 위한 업무 	천연가스의 공급을 위한 최소한의 업무로서 - 인수·제조·저장·공급·긴급정비·안전관리 업무	<ul style="list-style-type: none"> - 사람의 생명·생활 및 산업관련 에너지 제공 - 전체업무
석유정제·공급	- 석유 및 석유대체연료 사업법 제2조가 정의하는 석유제품 중 석유가스, 휘발유, 등유, 경유 등을 생산·저장·수송·판매하기 위한 업무. 단, 석유화학 공정을 제외한다	석유제품(액화석유가스 포함)의 정제·공급을 위한 최소한의 업무로서 - 인수·제조·저장·공급·긴급정비·안전관리 업무	<ul style="list-style-type: none"> - 사람의 생명·생활 및 산업관련 에너지 제공 - 전체업무
병원	- 「응급의료에 관한 법률」 제2조에서 규정하는 바에 따른 응급의료기관이 하는 응급의료 업무 및 위법 소정의 응급의료기관이 아닌 의료기관이 하는 업무 중 위법 소정의 응급의료 업무에 준하는 업무(로서 응급실, 중환자실, 수술실, 마취실, 검사실, 분만실, 회복실, 신생아실, 인공신장실, 응급약제서비스 등과 관련된 업무)	환자의 생명과 건강유지를 위한 최소한의 업무로서 - 「응급의료에 관한 법률」 제2조 제2호의 규정에 의한 응급의료 업무* - 중환자 치료·분만·수술·혈액투석 업무 - 위의 각 목의 업무수행을 지원하기 위한 마취·진단 검사·응급약제·처방용 환자급식·산소공급·비상발전·냉난방 업무 * 응급환자를 위한 상담·구조·이송·응급처치 및 진료 등	<ul style="list-style-type: none"> - 사람의 생명 관련 기초서비스 제공 - 수술 및 수술 관련 업무 전반이 포함
혈액공급	- 수혈용 혈액의 필요최소한의 공급을 위한 채혈·검사·제제·공급 업무	수혈용 혈액의 정상적 공급을 위한 최소한의 업무로서 - 채혈·검사·제제*·수송 업무 * 제제(製劑): 각종 혈액제제(적혈구, 혈장성분, 혈소판, 백혈구 등)의 제조 및 표지 부착	<ul style="list-style-type: none"> - 사람의 생명 관련 기초서비스 제공 - 수혈용 혈액의 '정상적 공급'을 목표로 설정

필수공익사업	필수유지업무 TFT(안)	노동부 시행령 개정(안)	비고
한국은행	<ul style="list-style-type: none"> - 한국은행법 제6조, 제28조 및 제29조에 따른 통화신용정책과 한국은행 운영에 관한 업무, 동법 제4장에 따라 한국은행이 수행하는 한국은행권 발행, 금융기관의 예금과 예금지급준비, 금융기관에 대한 대출, 지급결제 등의 업무 - 위의 업무수행을 지원하기 위한 각종 전산시스템의 운영·통신·시설보호 및 이에 준하는 업무 - 한국은행법 외의 다른 법령에 따라 한국은행에 위임 또는 위탁된 업무 	<p>중앙은행의 기능유지를 위한 최소한의 업무로서</p> <ul style="list-style-type: none"> - 한국은행법 제6조, 제28조와 제29조의 규정에 의한 통화신용정책과 한국은행 운영에 관한 업무, 같은 법 제47조 내지 제86조까지의 규정에 의한 한국은행이 수행하는 한국은행권 발행·금융기관의 예금과 예금지급준비·금융기관에 대한 대출·지급결제 등의 업무 - 위의 업무수행을 지원하기 위한 각종 전산시스템 운영·통신·시설보호 업무 - 다른 법령에 따라 한국은행에 위임 또는 위탁된 업무 	<ul style="list-style-type: none"> - 국민·국가의 경제활동관련 기초서비스 제공
통신	<ul style="list-style-type: none"> - 제1안: ① 통신망(기간망·가입자망·내부전산망)의 정상적인 운영에 불가결한 업무, ② 전기통신사업법상의 전기통신사업자로부터 유선전화 서비스를 제공받는 자가 제기하는 서비스 장애 민원을 해결하기 위한 업무 - 제2안: ① 전기통신사업법 시행규칙 제3조가 규정하는 기간통신역무와 관련한 망의 정상적인 유지 및 관리에 관한 업무, ② 전기통신사업법상의 전기통신사업자로부터 유선전화 서비스를 제공받는 자가 제기하는 서비스 장애 민원을 해결하기 위한 업무 - 제3안: ① 전기통신사업법 제3조의2에 근거하여 동법 시행령 제2조의2가 규정하는 보편적 역무 중 유선전화 서비스와 긴급통신용 전화 서비스의 제공에 관한 업무, ② 전기통신기본법 제44조의3에 근거한 통신재난의 예방 및 신속한 수급·복구에 관한 업무 	<p>통신망의 정상적 유지·관리를 위한 최소한의 업무로서</p> <ul style="list-style-type: none"> - 기간망과 가입자망의 운영·관리 업무 - 가입자의 고장신고 접수·수리 업무 	<ul style="list-style-type: none"> - 사람의 생활 및 산업관련 고급서비스 제공 - 통신망의 '정상적 유지·관리'를 목표로 설정

필수공익사업	필수유지업무TFT(안)	노동부 시행령 개정(안)	비고
우정	- ① 우편법 제14조가 규정하는 기본우편역무, ② 우편법 시행규칙 제25조 제1항이 규정하는 부가우편역무 중 내용증명(4호 가목)과 특별송달(6호)에 관한 역무	우편서비스의 제공을 위한 최소한의 업무로서 - 우편법 제14조의 규정에 의한 기본 우편역무* - 우편법 제15조의 규정에 의한 부가 우편역무 중 내용증명**과 특별송달*** 업무 * 통상우편물 및 소포우편물 ** 발송인이 수취인에게 언제 어떤 내용의 문서가 발송되었는지 증명하는 우편역무 *** 등기취급을 전제로 민사소송법 제176조의 규정에 의한 방법으로 송달하는 우편물	- 사람의 생활 및 산업관련 기초서비스 제공

참고문헌

- 김홍영(2007), 「파업권과 공공의 이익」, 『2006 노동법의 쟁점』, 한국노동연구원.
- 문무기(2007), “파업시 유지되는 필수유지업무의 범위와 관련조항의 법리적 해석”, 「노동쟁의의 해결과 공익보호」, 한국노동법학회 2007년도 하계학술대회자료집.
- 조용만·문무기·이승욱·김홍영(2002), 『국제기준과 한국의 노사관계』, 한국노동연구원.
- 한국노동연구원(2003), 『파업기간 중 공익보호를 위해 필요한 최소서비스 유지방안 - 파업시 최소업무 유지의 필요성과 그 범위에 관한 연구』, 노동부 정책연구용역보고서.
- _____ (2005), 『파업시 공익보호를 위한 최소업무 유지의무 도입방안』, 노동부 정책연구용역보고서.
- _____ (2006), 『공익사업 실태 및 필수유지업무의 범위에 관한 연구』, 노동부 정책연구용역보고서.
- 노동부·한국노동연구원(2007), 『필수유지업무 제도화를 위한 공개토론회』, 토론회자료집.
- ILO(1994), “Freedom of Association and Collective Bargaining,” Report III (Part 4B), 81th Session, Geneva.
- _____ (1996), “Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO,” Fourth(reversed) edition. Geneva.

5 대체근로¹⁵⁶⁾

송강직(동아대학교 법과대학 교수)

I. 논의 배경

노동조합원 등이 쟁의행위를 하는 경우에, 사용자는 비조합원, 쟁의행위 탈락자 등으로 하여금 쟁의행위로 중단된 업무를 수행하는 것은 원칙적으로 자유라고 할 것이고, 사용자의 입장에서 보면 이들을 이용한 조업의 계속이 재산권에서 파생되는 경영권 등에 의거하여 보장받을 수 있는 내용이라고 볼 수 있다.

쟁의행위와 사용자의 조업권이 종래 피케팅 이론을 중심으로 논하여져 왔던 이유도 이러한 관계에서 연유하는 것이다. 파업 중에 조업을 위하여 회사로 들어가는 자들에게 조업을 단념하게 하는 수단으로서 어느 정도의 수단이 허용될 수 있을 것인가 하는 논의이다. 적어도 판례법리상 지금까지 확립된 이론은 그 수단으로써 평화적 설득은 허용되지만 물리력을 행사하는 것은 엄격하게 이를 제한하는 것이 일반적인 흐름이라고 할 수 있다.

이에 반하여 학설에서는 위 수단에 대하여 당해 피케팅의 상대방에 따라 그 정당성의 폭을 구별하려고 하는 입장에 있다. 예컨대 쟁의행위 중에 조업에 참가하려고 하는 자가 조합원인지, 일반 근로자인지, 회사 간 부인지 등에 따라 허용되는 수단이 다를 수 있다는 것이다. 조합원에 대하여는 어느 정도의 물리력도 허용될 수 있다고 보는 것이 그것이다.

근로자들은 쟁의행위의 목적을 달성하기 위하여 자신들의 쟁의행위 기

156) 2007년 4월 20일 발표 논문이다.

간 중에 조업이 정상적으로 이루어지는 것에 대하여 적대적일 수밖에 없다. 여기서 근로자들은 쟁의행위와 병행하여 통상 직장점거라는 수단을 사용하여 쟁의행위의 목적을 달성하고자 한다. 그런가 하면 사용자의 입장에서는 쟁의행위로 인하여 발생할 수 있는 손해에 대하여 민감할 수밖에 없으며 여기서 쟁의행위로 인하여 중단되거나 제한되는 조업을 정상적으로 운영하고자 한다. 위 중단되거나 운영이 제한되는 업무의 내용이 특히 공중의 편의 등과 관련이 있는 것인 경우에는 일반 여론은 쟁의행위를 행하는 데 아주 불리한 형태로 형성될 수 있는 것이다.

근로자의 쟁의권과 사용자의 재산권, 경영권이 충돌하는 경우에 어느 한쪽이 완승할 수 있다고 생각할 수는 없다. 따라서 근로자들은 쟁의행위 기간 중에 임금의 상실을 각오하면서 근로의 제공을 집단적으로 거부하는 것이라고 하더라도, 위 쟁의행위 기간 중에 사용자의 재산권, 경영권을 전면적으로 부정할 수 없는 것이다.

여기서 근로자측의 쟁의행위와 이에 대한 사용자측의 대체근로 범리를, 미국과 일본의 법리를 포함하면서 한국에서 2008년부터 시행되는 필수공익사업에서의 대체근로의 일부 허용에 관한 해석론을 보고자 한다.

II. 공익사업과 노동쟁의조정제도 및 쟁의행위 제한

대체근로 문제는 필수공익사업에서 발생하는 것이므로, 먼저 공익사업에 대한 노동쟁의조정제도에 관한 법 내용을 보면 다음과 같다.

1. 현행법

가. 공익사업과 필수공익사업

공익사업은 공중의 일상생활과 밀접한 관련이 있거나 국민경제에 미치는 영향이 큰 사업으로서(노동관계법 제71조 제1항),

정기노선여객운수사업, 수도·전기·가스·석유정제 및 석유공급사업, 공중위생 및 의료사업, 은행 및 조폐사업, 방송 및 통신사업(동조 제1항 제1호부터 제5호)을 말한다.

필수공익사업이란 공익사업으로서 그 업무의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하거나 국민경제를 현저히 저해하고 그 업무의 대체가 용이하지 아니한 사업으로서(동조 제2항) 철도(도시철도 포함) 및 시내버스(특별시·광역시에 한함) 운송사업, 수도·전기·가스·석유정제 및 석유공급사업, 병원사업, 은행사업, 통신사업(동조 제2항 제1호부터 제5호)을 말한다.

나. 공익사업의 노동쟁의조정

노동위원회가 중재를 개시하는 경우는, 관계당사자 쌍방이 중재를 신청한 때, 관계당사자 일방이 단체협약에 의하여 중재를 신청한 때, 필수공익사업에서 노동위원회 위원장이 특별조정위원회의 권고를 받아 중재회부의 결정을 한 때(제62조)이다.

공익사업의 노동쟁의의 조정(調停)을 위하여 노동위원회에 특별조정위원회를 둔다(제72조 제1항).

특별조정위원회는 필수공익사업에서 노동쟁의의 조정이 성립될 가망이 없다고 인정하는 경우 조정신청 후 15일 이내에(조정기간이 연장된 경우에는 15일 이내로 연장된 기간의 만료 이전에) 그 사건의 중재회부를 당해 노동위원회에 권고할 수 있고, 노동위원회의 위원장은 위 권고가 있는 경우 공익위원의 의견을 들어 그 사건의 중재 회부에 대한 결정을 하여야 한다(이상 제54조, 제74조, 제75조. 위반한 쟁의행위-벌칙-제45조 제2항과 제91조).

다. 긴급조정제도

노동부장관은 쟁의행위가 공익사업에 관한 것이거나 그 규모가 크거나 그 성질이 특별한 것으로서 현저히 국민경제를 해하거나 국민의 일상생

활을 위태롭게 할 위험이 현존하는 때에는, 중앙노동위원회 위원장의 의견을 들어 긴급조정 결정을 할 수 있고, 이 경우에는 그 이유를 붙여 공표함과 동시에 중앙노동위원회와 관계 당사자에게 각각 통고하여야 한다(제76조). 중앙노동위원회는 위 통고를 받은 때에는 지체 없이 조정을 개시하여야 한다(제78조).

긴급조정의 결정이 공표된 때에는 즉시 쟁의행위를 중지하며, 공표일로부터 30일 동안 쟁의행위가 금지된다(제77조. 위반시 벌칙-제90조).

중앙노동위원회 위원장은 조정이 성립될 가망이 없다고 인정하는 경우에 공익위원의 의견을 들어, 긴급조정의 통고를 받은 날로부터 15일 이내에, 그 사건의 중재회부 여부를 결정하여야 한다(제79조).

중앙노동위원회는 관계 당사자 일방 또는 쌍방으로부터 중재신청이 있거나, 위 직권에 의한 중재결정을 한 때에는 지체 없이 중재를 행하여야 한다(제80조)

2. 2008년 시행 개정법

가. 공익사업과 필수공익사업

공익사업은 공중의 일상생활과 밀접한 관련이 있거나 국민경제에 미치는 영향이 큰 사업으로서(노동관계법 제71조 제1항) 정기노선여객운수사업 및 항공운수사업, 수도사업, 전기사업, 가스사업, 석유정제사업 및 석유공급사업, 공중위생사업, 의료사업 및 혈액공급사업, 은행 및 조폐사업, 방송 및 통신사업(동조 제1항 제1호부터 제5호)을 말한다.

필수공익사업이란 공익사업으로서 그 업무의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하거나 국민경제를 현저히 저해하고 그 업무의 대체가 용이하지 아니한 사업으로서(동조 제2항) 철도사업, 도시철도사업 및 항공운송사업, 수도사업, 전기사업, 가스사업, 석유정제사업 및 석유공급사업, 병원사업 및 혈액공급사업, 한국은행사업, 통신사업(동조 제2항 제1호부터 제5호)을 말한다.

	개정 전	개정 후
공익사업	정기노선여객운수사업, 수도·전기·가스·석유정제 및 석유공급사업, 공중위생 및 의료사업, 은행 및 조폐사업, 방송 및 통신사업	정기노선여객운수사업 및 항공운수사업, 수도사업, 전기사업, 가스사업, 석유정제사업 및 석유공급사업, 공중위생사업, 의료사업 및 혈액공급사업, 은행 및 조폐사업, 방송 및 통신사업
필수공익사업	철도(도시철도 포함) 및 시내버스(특별시·광역시에 한함) 운송사업, 수도·전기·가스·석유정제 및 석유공급사업, 병원사업, 은행사업, 통신사업	철도사업, 도시철도사업 및 항공운송사업, 수도사업, 전기사업, 가스사업, 석유정제사업 및 석유공급사업, 병원사업 및 혈액공급사업, 한국은행사업, 통신사업

나. 공익사업의 노동쟁의조정

노동위원회가 중재를 개시하는 경우는, 관계당사자 쌍방이 중재를 신청한 때, 관계당사자 일방이 단체협약에 의하여 중재를 신청한 때(제62조)이다.

공익사업의 노동쟁의의 조정(調停)을 위하여 노동위원회에 특별조정위원회를 둔다(제72조 제1항).

필수공익사업에서의 직권중재 결정은 폐지(제74조, 제75조)되었다.

다. 긴급조정제도

위 개정 이전의 제도와 동일하다.

Ⅲ. 대체근로와 기타 쟁의행위제한에 대한 입법 내용

필수공익사업에서의 대체근로, 도급, 하도급의 허용은 근로자측의 단체

행동권 보장의 입장에서 보면, 쟁의행위 제한의 문제일 수 있다. 현실적인 노사의 힘의 불균형이라는 노사관계에 대한 입법의 접근은 주로 근로자측에게는 권리 및 이에 대한 제한으로, 반면에 사용자측에게는 의무를 중심으로 이루어지고 있다고 할 수 있고, 이러한 입법 경향은 전세계적으로 공통된 것이기도 하다.

쟁의행위에 대한 제한이라고 하는 측면에서 대체근로 문제를 보는 경우, 쟁의행위제한이라고 하는 측면에서 공통된 것으로서, 한국 입법에서는 특유한 쟁의행위 제한규정들도 많이 존재한다. 이들 규정들에 관하여 2008년 시행을 앞둔 입법 내용과 현행 입법 내용을 비교하여 보면 다음과 같다.

1. 현행법

가. 절차 등 제한

- ① 일반적으로 들고양이(wild cat) 쟁의행위가 금지된다(제37조 제2항. 위반시-제89조). 그러나 엄격하게 해석하면 조합원의 경우에 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위를 금지하는 것이므로 조합원이 아닌 자들의 경우에는 그들이 쟁의행위를 하는 것도 가능하다는 해석이 성립될 여지는 있다.
- ② 쟁의행위는 그 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하고자 하는 자의 출입이나 조업 기타 정상적인 업무를 방해하는 방법으로 할 수 없고, 쟁의행위의 참가를 호소하거나 설득하는 행위로서 폭행·협박을 사용할 수 없다(제38조 제1항. 위반시-제89조).
- ③ 작업시설의 손상이나 원료·제품의 변질 또는 부패를 방지하기 위한 작업은 쟁의행위 기간 중에도 정상적으로 수행되어야 한다(제38조 제2항. 위반시-제91조).
- ④ 쟁의행위는 조합원의 비밀·무기명투표에 의한 조합원의 과반수의 찬성으로 결정하여야 한다(제41조 제1항. 위반시-제91조). 방위산업법에 의하여 지정된 주요 방위산업체에 종사하는 근로자 중 전력·

용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자는 쟁의행위가 금지된다(제41조 제2항. 위반시-제88조).

- ⑤ 쟁의행위는 폭력이나 파괴행위 또는 생산 기타 주요 업무에 관련된 시설과 이에 준하는 시설로서 대통령령이 정하는 시설(동법 시행령 제21조)을 점거하는 형태로 할 수 없다(제42조 제1항. 위반시-제89조). 사업장의 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 쟁의행위를 할 수 없으며(동조 제2항. 위반시-제91조), 이 경우 행정관청은 노동위원회의 의결을 얻어 그 행위의 중지를 통보할 수 있다(동조 제3항).
- ⑥ 노동조합은 쟁의행위 기간에 대한 임금의 지급을 요구하고 이를 관철할 목적으로 쟁의행위를 할 수 없다(제44조 제2항. 위반시-제90조).
- ⑦ 쟁의행위는 조정(調停), 중재, 공익사업에서의 조정(調整) 절차를 거치지 않으면 할 수 없다(제45조 제2항. 위반시-제91조).

나. 대체근로금지

사용자는 쟁의행위 기간 중에 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없고(제43조 제1항), 위 업무를 도급 또는 하도급 줄 수 없다(제43조 제2항. 위반시-제91조).

그 외 근로자파견법에 의한 쟁의행위 기간 중의 사업장에 대한 근로자파견 금지에 따른 대체근로 금지를 들 수 있다(제16조 제1항).

2. 2008년 시행 개정법

가. 절차 등 제한

위 ①~⑦까지의 제한은 동일하다. 그 외에 신설된 것을 보면 다음과 같다.

- ㉨ 필수공익사업 업무 중 그 업무가 중지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무(제42조의2 제1항), 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 할 수 없다(동조 제2항. 위반시-제89조).
- ㉩ 노동관계 당사자는 쟁의행위 기간 동안 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 위하여 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영수준, 대상 직무 및 필요인원 등을 정한 협정을 서면으로 체결하여야 하며, 이 경우 노동관계 쌍방이 서명 또는 날인하여야 한다(제42조의3).
- ㊀ 위 ㉩의 필수유지업무 협정이 체결되지 아니하는 때에는 노동위원회에 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영수준, 대상 직무 및 필요인원 등의 결정을 신청하여야 하며, 노동위원회의 특별조정위원회가 이를 결정하게 되며, 결정에 대한 해석 또는 이행방법에 관하여 관계 당사자간에 의견이 일치하지 아니하는 경우 이에 대하여 해석하며. 이 해석은 노동위원회의 결정과 동일한 효력을 가지며, 이에 대한 불복 절차 및 효력은 중재결정의 효력이(제69조, 제70조 제2항) 준용된다(제42조의4). 노동위원회의 결정에 따라 쟁의행위를 한 때에는 필수유지업무를 정당하게 유지·운영하면서 쟁의행위를 한 것으로 본다(제42조의5).

노동조합은, 노동조합의 필수유지업무 협정 또는 노동위원회의 필수유지업무 결정에 의한 필수유지업무에 근무하는 조합원 중 쟁의행위 기간 동안 근무할 조합원을 통보하고, 사용자는 이에 따라 근로자를 지명하고 이를 노동조합과 그 근로자에게 통보하여야 하며, 노동조합이 위 통보를 하지 않은 경우에는 사용자가 필수유지업무에 근무하여야 할 근로자를 지명하고 이를 노동조합과 그 근로자에게 통보하여야 한다.

나. 대체근로금지

사용자는 쟁의행위 기간 중에 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없고(제43조 제1

항. 위반시-제91조), 위 업무를 도급 또는 하도급 줄 수 없다(제43조 제2항. 위반시-제91조). 필수공익사업의 사용자는 쟁의행위 기간 중에 한하여 당해 사업 또는 사업장 파업참가자의 100분의 50을 초과하지 않는 범위 안에서 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하거나 그 업무를 도급 또는 하도급을 줄 수 있다(제43조 제3항 및 제4항. 제4항 위반시-제91조).

그 외 근로자파견법에 의한 대체근로 금지는 개정 전의 것과 같다(제16조 제1항).

IV. 미국 · 일본 · 한국의 대체근로제도

1. 미국

미국의 단체협약에는 평화의무 내지 평화조항과 직장폐쇄 금지가 함께 규정되어 있는 경우가 많다. 위 단체협약 위반에 대한 쟁의행위에 대한 가처분제도는 쟁의행위에 있어서 중요한 의미를 지니고 있다.¹⁵⁷⁾

쟁의행위 절차는 한국과 같은 규정을 두고 있지 않다. 다만, 쟁의행위는 연방노동관계법(NLRA) Sec.7에 의하여 보호되는데, 이러한 보호를 받기 위해서는 NLRA법상의 단체교섭과 관련하여 일정한 요건을 충족하여야 한다. 요건대 목적과 수단 면에서 정당하여야 한다는 것이다. 목적 면에서는, 먼저 큰 틀에서 이차적인 성격의 쟁의행위와 관할분쟁의 쟁의행위가 금지되고, 다음으로, 쟁의행위(일차적이든 이차적인 것이든), 피케팅, 보이콧의 목적이 사용자로 하여금 사용자단체에 가입하게 강요하는 것, 자영업자에게 노동조합에 가입할 것을 강요하는 것, 특정 사용자에게 다른 자와의 거래행위의 중단을 요구하는 것, 어느 노동조합이 NLRA하

157) 송강직, 「미국에서의 쟁의행위와 금지명령」, 『쟁의행위와 가처분』(노동과 법 제8호), 금속법률원, 2007. 6, pp.15~74 참조.

에서 적법하게 단체교섭대표로 승인되어 있는데 그 이후에 노동조합의 승인을 요구하는 것이 부적법한 목적으로 규정되고 있으며(NLRA Sec. 8(b)(7)과 Sec.8(e)), 수단 면에서는 직장점거, 부분파업, 들고양이파업, 폭력 사용이¹⁵⁸⁾ 금지된다.¹⁵⁹⁾

그 외에 단체협약상의 평화조항 및 직장폐쇄 금지 조항 위반과 국가비상사태와 쟁의행위금지 명령에 의한 경우가 있다. 나아가 단체협약의 종료 또는 개정과 관련하여, 이를 희망하는 당사자가 서면으로 협약종료 예정일 60일 전에 상대방에게 통보(유효기간이 없는 경우 희망하는 종료 또는 개정일 60일 전)하고, 신협약 또는 개정 내용에 대한 교섭을 신청하며, 통고일로부터 30일 이내에(합의되면 불필요) FMCS(연방조정국)과 주 또는 독립영토 조정기관에 분쟁발생 사실을 통지하여야 하고, 통고일로부터 60일간, 또는 협약종료일까지(그 중 늦은 경우가 기준) 쟁의행위와 직장폐쇄가 금지된다(NLRA Sec 8(d)(1)(2)(3)(4)). 여기서 60일 기간을 통상 냉각기간(cooling-off period)이라 부른다. 그리고 병원 등의 보호시설(a health care institution)의 경우에는 위 기간이 60일은 90일로, 30일은 60일로 각각 연장되고 조정기관은 즉시 조정을 행하여야 하고 최선의 노력을 경주하여야 하며, 최종의 단체교섭인 경우에는 노동조합은 분쟁 발생에 대한 최소 30일 이상의 기간을 두고 조정기관에 이를 통지하여야 하고(NLRA Sec 8(A)(B)(C)), 쟁의행위를 함에 있어서도 병원 등의 보호시설과 연방조정기관에 쟁의행위 이전 최소 10일 전에 통지하여야 한다(NLRA Sec 8(g)).

그리고 위 규정에 위반한 쟁의행위(부당노동행위에 대한 쟁의행위는 가능)에 참가한 근로자들에 대하여는 NLRA Sec. 8, 9, 10와의 관계에서 근로자로서의 지위를 상실하게 되어, 부당노동행위의 보호를 받지 못하게 되고, 교섭대표선거 절차에도 참여할 수 없게 된다(NLRA Sec. 8(d)).

미국에서의 대체근로는 근로자측의 쟁의행위의 경우 및 사용자측의 직

158) 폭력의 경우에는, 침해적인(aggravating) 경우에 보호를 받지 못하나 비교적 덜 침해적인(less aggravating)인 잘못(misconduct)된 것은 보호를 받는다. 이의 구별에 관하여는 Ohio Power Co. v. NLRB, 539 F. 2d 575(1976).

159) David P. Twomey, *Labor & Employment Law(11th)*, West, Ohio, 2001, p.240.

장폐쇄 경우의 대체근로로 나누어 볼 수 있다. 이하 이를 보기로 한다.

가. 쟁의행위 경우의 대체근로

쟁의행위권은 NLRA Sec. 7에서 보장하고 있다. 따라서 NLRA의 적용을 받는 일반 근로자들은 쟁의권을 행사할 수 있으며, 대체근로자가 문제될 수 있다. 근로자는 정규직이고 실질적으로 유사한 고용이 되어 있는 경우가 아니면 노동분쟁으로 근로제공을 하고 있지 않다고 하더라도 근로자로서의 지위를 유지하게 된다(NLRA Sec. 2(3)).

그러나 여기서 말하는 근로자들(employees)에는 공무원들을 배제하는 명문규정은 없지만, 사용자의 개념에서 연방, 연방소유회사, 연방예비은행, 모든 주 또는 정치적 하부조직, 철도노동법의 적용을 받는 사용자 등이 포함되지 않으므로(Sec. 2(2)), 그 결과 이들 공무원 등은 NLRA의 적용이 배제되는 것으로 되어 있다(단, 우체국 소속 공무원은 NLRA 적용. Postal Reorganization Act(1970)).

FSLMRS(Federal Service Labor-Management Relations Statute. 1978 제정, 1979년 1월 11일 시행) Sec. 7116(b)(7)은 연방공부부문에서 노동조합이 쟁의행위를 하게 하거나 장려하는 것, 태업을 하는 것, 연방기관의 업무에 간섭하는 피케팅(업무운영에 간섭하지 않는 형태의 정보제공적인 피케팅은 명문으로 허용됨)이 금지되고 있어, 쟁의행위와 관련한 대체근로가 문제되지 않는다.¹⁶⁰⁾

다음으로 주(州)의 경우를 보면, 3분의2 이상의 주에서 주공무원에게 단체교섭을 인정하고 있다. 그 입법의 형태 등은 주에 따라 각양각색이다. 예컨대, 법이 시 등의 지자체와 주 모두에 적용하는 경우와, 주에만 적용되는 경우, 시 등의 지자체에만 적용하는 경우 등이 그것이다. 나아가 주에 따라서는 주의 특성에 따라 근로자들을 분류하여 교사, 경찰, 소방관 등의 단체교섭에 적용되는 별도의 법들이 제정되는 경우도 볼 수 있다.

160) 그 이전의 대통령령(Executive Order)들, 단체교섭, 연방기관의 부당노동행위, 노동조합의 부당노동행위, 부당노동행위 구제에 관하여는, David P. Twomey, 앞의 책, p.316 이하.

시 등의 지자체 노동관계법들은 주법들에 의하여 선점되는데, 몇몇 주의 단체교섭법들은 시 등의 지자체에게 그 지방의 노동관계법들을 제정할 수 있도록 하고 있는데, 대부분의 주 고용관계는 시 등의 단위에서 이루어지는 것을 고려하면 이들 법들은 중요하다고 할 수 있다.¹⁶¹⁾

이들 단체교섭에서의 근로자측 당사자는 NLRA하의 연방노동관계국(NLRB)과 같은 PERB(Public Employment Relations Board)를 통하여 배타적인 교섭대표로 인증을 받게 된다.

단체교섭이 더 이상 진행되지 않는 경우에, 민간부문에서와 같이 공무원분야의 대부분의 분쟁 또한 협의나 조정을 통하여 해결된다. 일반적으로 민간부문에서는 찾아볼 수 없으나 공공부문에서 볼 수 있는 분쟁해결 절차로서 다음의 세 가지를 들 수 있다.

먼저 사실심리(fact finding)를 통한 것을 들 수 있다. 즉, 조사관(fact finder)을 구속하지는 않지만, 중립적인 입장에 있는 자 또는 위원회(panel)가 당사자들로부터 입장 및 증거를 통한 청문을 행하고, 당해 분쟁이 해결될 것을 희망하면서 해결안을 권고하는 형태이다.

다음으로 이익중재(interest arbitration)이다. 그 형식은 위 사실심리와 유사한데, 중재안은 당사자들이 법적으로 위 중재안에 따라야 하는 해결조건을 설정하는 최종적이고도 구속적인 것이 된다는 점에서 위의 사실심리와는 큰 차이가 있다. 중재자는 당사자 주장 가운데서 어느 한쪽의 제안에 의한 것이 최종적인 안이 되는 것을 선택하는 제한을 받으며, 당사자들은 이에 구속된다는 점에서 위의 권고와 다르며, 다만 이익중재의 경우에 임의적(voluntary)인 것과 강제적(compulsory)인 것이 있으며, 임의적인 것의 경우에는 이는 하나의 임의적인 단체교섭 사항으로 근로계약의 내용으로 되기 위해서는 그 해결안에 대하여 당사자가 동의하여야 한다.

끝으로 최후통첩(final offer selection)을 들 수 있다. 이는 위 이익중재와 비슷하나, 중재자에게 사안별로 중재안을 만들 때에 여러 주장들 중에서 선정할 수 있도록 하는 절차는 다양하게 허용될 수 있다. 그리고 중재자 또는 중재위원회에 의하여 고려되는 요소들은 주에 따라 매우 다양한데, 일반적으로는 재정적 능력, 공중의 이익, 고용의 위험, 비교가능한 민

161) David P. Twomey, 앞의 책, p.338.

간부문과 공공부문의 근로자들과의 비교와 이들과의 형평, 사실조사관의 결정이나 권고, 소비자물가, 근로자가 받고 있는 임금이나 부가적인 이익 등 전체를 포함한 액, 중재절차 진행시에 장래 예상되는 환경의 변화 등이 여기에 포함될 수 있다.¹⁶²⁾

이상에서 알 수 있는 것과 같이 쟁의행위와 대체근로 문제는 일반 민간부문에서 발생한다는 것이다. 이하에서는 민간부문에서의 쟁의행위와 이와 관련한 대체근로에 관하여 보기로 한다. 쟁의행위에 대하여 사용자는 일시적 대체근로자 또는 영구적 대체근로자를 채용할 수 있는데 주로 문제되는 것은 영구적 대체근로자의 채용이므로 이를 보기로 한다.

1) 경제적 쟁의행위

경제적 쟁의행위의 경우에 사용자가 영구적 대체근로자를 채용한 경우에 이의 참가자들은 쟁의행위 종료 이후에 위 대체근로자들에 대한 복귀의 우선권을 주장할 수 없다.¹⁶³⁾ 그러나 구체적으로는 위 사건에서 사용

162) David P. Twomey, 앞의 책, pp.341~342. 주의 공공부문에서의 단체교섭 입법에서는 주정부나 시정부에 영향을 미치는 재정적 압박, 경영사항(management prerogative)에 대한 제정법상의 유보, 공공부문에서의 단체교섭이 비교적 새로운 것이라는 것을 이유로, 법원이나 여러 종류의 위원회들은, 민간부문에서의 법원이나 NLRB가 보여주는 의무적 단체교섭 사항을 인정하려고 하지 않는 경향에 있으므로, 임의적 단체교섭 사항은 이를 고집할 수 없는 것이므로, 결국 공공부문의 노동조합의 단체교섭 지위를 약화시키는 요소가 되고 있다(David P. Twomey, 앞의 책, p.341).

163) NLRB v. Mackay Radio & Telegraph Co., 304 U. S. 333(1938). 이 판결은 70여년간 그 효력을 유지하고 있는 판결인데, 이에 대한 논란이 없는 것은 아니다. 즉 쟁의행위가 권리인데 이를 행사하고 직위를 상실하게 되는 것, 교섭대표 노동조합은 쟁의행위 이후 영구적 대체근로자, 나아가 심지어 파업불참자 등에 대하여도 공정대표의무를 부담하게 되는데 이러한 의무가 실제로 기대될 수 있는가 하는 것, 쟁의행위 이후에 영구적 대체근로자 및 파업불참자들이 교섭단위 내에서 다수를 차지하게 되면 교섭대표로서의 인증이 취소되거나 역인증이 이루어질 수 있다는 것, 노동조합의 교섭대표선거 내지 조직화 단계에서 사용자가 노동조합의 쟁의행위시 영구적 대체근로자를 고용하겠다는 내용의 언론을 하는 경우가 발생할 수 있다는 것, 쟁의행위가 경제적 파업인가 부당노동행위에 대한 파업인가가 불명확한 경우도 있다는 것 등의 의문이 발생할 수 있다(中窪裕也, 『アメリカ勞働法』, 弘文堂, 1995, pp.147~148).

사용자가 교섭대표선거에서 파업참가자들은 그들의 직위를 잃을 수 있다고 하는 것, 너희들은 영구적인 대체근로자로 대체되면서 직장을 잃을 수 있다고 한

자가 쟁의행위 중에 고용한 5명의 영구적 대체근로자를 남겨두면서 쟁의 행위 참가자 가운데 5명의 직장복귀를 거부하였는데 이들은 모두 노동조합 활동을 열심히 한 자들이었고, 이에 연방대법원은, 파업참가자들을 근로자라고 하면서,¹⁶⁴⁾ 사용자가 파업 중 조업을 계속하기 위하여 대체근로자를 채용하는 것은 금지되지 않으며 대체근로자 채용에 있어서 영구적인 대체근로자를 채용할 수도 있다는 것,¹⁶⁵⁾ 파업 종료 후에는 사용자는 파업참가자의 직을 확보하기 위하여 영구적 대체근로자를 해고할 의무를 부담하지 않으며, 영구적 대체근로자에 의하여 잠식되지 않은 자리의 수만큼 파업참가자들 가운데 복귀를 인정하면 된다는 것, 이 경우 누구를 복귀시킬 것인가를 결정함에 있어서 노동조합 활동을 이유로 차별을 할 수 없다고 하고, 이 사건의 경우 복귀에 탈락한 자들은 노동조합 활동을 열심히 한 자들로서 이들의 복귀를 거부한 것은 적법한 것이 아니라고 하여,¹⁶⁶⁾ NLRB의 부당노동행위 결정을 지지하였다.¹⁶⁷⁾

경우(원직을 복직될 수 있다는 말은 하지 않고) 이는 단체행동권 등에 대한 위협(coerce, NLRA Sec. 8(a)(1))에 해당한다고 한 예가 있다(Baddour, Inc., 303 NLRB No. 36(1991).

고참 비행기 승무원이 파업에 참가한 사이에 주니어 승무원이 피켓라인을 지키지 않고 영구적 대체근로자가 된 경우에, 사용자가 이들 대체근로자들에게 파업 종료 이후에도 직장이 보장된다는 약속을 할 수 있는 권리가 보장된다고 하여 (TWA v. IFFA, 489 U. S. 426(1989) 사용자에게 강력한 새로운 무기(a potent new weapon)를 보장한 예도 있다(David P. Twomey, 앞의 책, p.237).

근로자들의 경제적 파업에 대하여 사용자가 대체근로자를 고용하였는데, 파업이 종료했을 때 사용자는 노동조합이 당해 교섭단위에서 다수의 지위를 점하고 있는지에 대하여 의문이 있다고 하여(노동조합은 29명의 파업참가자, 25명의 대체근로자, 5명의 파업탈락자) 노동조합 승인을 철회하였는데, 이에 대하여 NLRB는 대체근로자들의 노동조합 성향을 짐작할 수 없지만, 이는 사례별로 판단할 문제이며, 노동조합 지지가 부족하다고 하는 추가적인 증거를 요한다고 하면서 위 철회가 부당노동행위에 해당한다고 하였고, 결국 연방대법원도, 그렇게 하지 않으면 사용자의 반노동조합적인 가정은 쟁의행위시 상당한 수의 대체근로자를 채용하는 것만으로 그것도 완전한 자신의 전권 위에서 노동조합을 제거할 수 있다는 것이 된다는 것, 그렇게 하여 쟁의행위 해결과 관련된 성실한 단체교섭의무를 피할 수 있게 된다는 것을 이유로 위 NLRB의 입장(approach)을 지지한 예도 있다(NLRB v. Curtin Matheson Scientific, Inc., 110 S. Ct. 1542(1990).

164) NLRB v. Mackay Radio & Telegraph Co., 304 U. S. 345.

165) Id. 346.

166) Id. 346, 347.

쟁의행위 종료시 영구적인 대체자가 있어 복직이 되지 못한 경우로서 그 후에 대체자가 그만둔 경우에는, 이전의 쟁의행위 참가자에 대한 복직 거부에 대하여 특별한 정당한 이유가 없는 한, 앞의 쟁의행위 참가자를 복직시키지 않으면 안되며,¹⁶⁸⁾ 쟁의행위 중에 당해 직무가 폐지된 경우로서 그 이후에 그 직무가 부활한 경우에도 쟁의행위 참가자로서 아직 복직되지 못한 자를 복직시켜야 한다.¹⁶⁹⁾

불황으로 영구적 대체자가 일시해고(lay off)된 경우에 그 이후에 조업이 회복되어 근로자를 리콜하는 경우 당해 대체자와 이전의 쟁의행위 참가자 가운데 누가 우선하여 복직되는가에 대하여는 견해가 나뉘어지고 있다.¹⁷⁰⁾

영구적인 대체근로자와 쟁의행위 탈락자(crossovers)의 일시해고에 대하여 20년간의 근속에 해당하는 특별선임권을 부여하는 것,¹⁷¹⁾ 일정한 시기까지 쟁의행위를 중지하고 직장에 복귀한 자에게 구단체협약에서 인정되던 휴가수당을 지급하는 것도¹⁷²⁾ 부당노동행위로 금지된다.

밀수감시 비행기(revenue flights) 조종사들이 파업을 종료한 시점에서 227명의 영구적 대체조종사가 있었는데, 이들 대체조종사들은 훈련생들이었다(trainees). 이들은 연방으로부터 당해 비행기를 조종할 수 있는 증명서를 받지 못한 상태에 있었다. 여기서 파업종료 후 파업참가자들의 복직이 문제되었는데, 연방항소법원은 훈련생들을 영구적 대체근로자가 아니라고 한 예도 보인다.¹⁷³⁾

167) 연방항소법원(9th Circuit)은, NLRB가 쟁의행위 종료 이후에 복직이 되지 않은 5명에 대하여, 즉각적이고도 완전한 복직과 복직 거절 이후의 임금지급, 조합활동 침해 등에 대한 사과문 게재 등의 부당노동행위 구제명령을 내린 것에 대하여(1 NLRB 201, 234, 235(1936)), 쟁의행위 참가로 인하여 자발적으로 근로계약을 종료한 자와 사용자가 근로계약을 체결하게 하는 것은 계약의 자유, 재산권 보장 등에 위반하는 것으로 헌법에 위반하는 것이라고 하면서 5명에 대한 복직명령은 NLRB의 권한을 벗어나는 것이며, 이의 강제 또한 허용될 수 없다(must also be denied)고 하였다(87 F. 2d 611, 629).

168) Laidlaw Corp., 171 NLRB 1366(1968).

169) NLRB v. Fleetwood Trailer Corp., 389 U. S. 375(1967).

170) 中窪裕也, 앞의 책, 145면.

171) NLRB v. Erie Resistor Corp., 373 U. S. 221(1963).

172) NLRB v. Great Dane Trailers, Inc., 388 U. S. 26(1967).

2) 부당노동행위에 대한 쟁의행위

부당노동행위¹⁷⁴⁾ 쟁의행위인 경우에 쟁의행위 참가자들은 쟁의행위 종료 후 무조건적인 복귀 신청이 있게 되면 원칙에 복귀할 권리가 보장된다. 사용자가 쟁의행위 기간 중에 영구적인 대체(permanent replacement) 근로자를 고용한 경우라고 하더라도 동일하다.¹⁷⁵⁾

경제적인 쟁의행위 도중에 사용자의 부당노동행위가 있는 경우에는 당해 쟁의행위는 부당노동행위 쟁의행위로 전환(conversion)된다. 따라서 그 시점 이후에 고용된 영구적 대체근로자에 대하여는 쟁의행위 참가자의 복귀에서의 우선권이 보장된다.

3) 기타 관련사항

노동조합과 사용자 사이에 쟁의행위의 종결 조건으로 영구적 대체근로자를 해고하고 쟁의행위 참가자 모두를 복직시키는 것을 합의하는 것은 가능하며 실제로 종종 일어나고 있는 것이 현실이다.¹⁷⁶⁾ 사용자가 항구적인 대체근로자를 고용하면서 쟁의행위 종결시 노동조합과의 합의 여하에 따라 해고될 수 있다는 것을 합의한 경우에는 문제되지 않음은 물론이다.¹⁷⁷⁾

173) Eastern Air Lines Inc. v. Airline Pilots Association International, 920 F. 2d 722(11th Cir. 1990). 연방항소법원은, 사용자가 영구적 대체근로자는 파업참가자들에 의하여 대체될 수 없다고 주장한 것에 대하여, 훈련생들을 보호하게 되면 파업참가자들의 단결권, 단체행동권 행사가 위축된다는 것, 파업 도중이나 그 이후에 근로자들과 사용자와의 관계가 훼손될 수 있다는 것을 이유로 그 주장을 받아들이지 않았다.

174) 미국의 부당노동행위제도에 관하여는, 문무기, 『부당노동행위제도 연구』, 한국노동연구원, 2005, pp.237~325 참조.

175) Brown Shoe Co., 1 NLRB 803(1936). 경제적인 쟁의행위에 참가하고 있는 자는 영구적인 대체근로자가 고용되면 쟁의행위 개시 후 12월 동안만 투표 자격이 인정되지만(NLRA Sec. 9(c)(3)), 위 사건은 부당노동행위 쟁의행위인 경우에 쟁의행위 참가자들은 쟁의행위가 12월을 초과하여 계속되었더라도 투표 자격이 인정된다고 하였다. 부당노동행위에 대한 쟁의행위 참가자들은 쟁의행위가 끝나면 곧 복직되며, 이를 이행하지 않으면 사용자는 복직하지 않은 기간 동안 임금(back pay)을 지불하여야 한다(Mastro Plastic Corp. v. NLRB, 350 U. S. 270 (1956)).

176) 中窪裕也, 앞의 책, p.145.

경제적 쟁의행위에 있어서 쟁의행위 탈락자의 경우에도 쟁의행위 종료 이후에 복귀하는 파업참가자에 대하여 고용에서 우선권을 갖는다.¹⁷⁸⁾ 따라서 쟁의행위 종료 이후에 파업참가자가 복직하는 경우에 파업불참자가 복직대상자보다도 선임권이 후순위인 경우에도 직무를 수행하고 있는 한 그 자리가 보장된다.¹⁷⁹⁾ 파업불참자에게 이러한 권리가 보장되는 근거는 영구적 대체근로자와의 관계에서의 형평의 관점에서 고려되고 있다.¹⁸⁰⁾

경제적 파업참가자의 원직복귀 시점에 관하여, 하나의 예를 가지고 보면 8월에 쟁의행위를 중지하고 원직복귀를 무조건적으로 신청한 경우에, 그 당시에는 영구적인 대체근로자로 채워져 있어 빈 자리가 없었지만, 10월에 빈 자리가 나왔는데도 결국 12월에 원직으로 복귀된 것에 대하여 연방대법원은 빈 자리가 발생하였을 때에 곧 복직시키지 않은 것은 부당노동행위라고 한 예가 있다(NLRA Sec 8(a)(1) 및 (3)).¹⁸¹⁾ 그 이후에 NLRB는, 경제적 파업으로 영구적 대체근로자가 채워진 경우에, 파업참가자가 정규적이고 실질적인 동등의 고용을 갖고 있지 않거나, 완전한 복직에 대한 실패가 적법하고 업무상의 실질적인 이유가 있지 않은 이상 대체자에 변동(departure)이 있는 때에 완전한 복귀를 가질 권리를 갖는다는 룰을 정하였다.¹⁸²⁾

177) *Belknap, Inc. v. Hale*, 463 U. S. 491, 505, 506(1983).

178) *Trans World Airlines v. Independent Federation of Flight Attendants*, 489 U. S. 426(1989).

179) Douglas L. Leslie, *Labor Law*, West, 1992, p.97.

180) 조합원인 경우에 노동조합 탈퇴서를 제출하면 통제처분의 대상이 되지 않게 되고, 따라서 통제처분의 우려도 없이 파업불참자의 길을 택하면서 선임권이 낮은 근로자가 쟁의행위의 틈을 타서 보다 좋은 직무를 갖게 되는 것을 추구하게 되는 경우도 발생할 수 있다(中窪裕也, 앞의 책, p.146).

181) *NLRB v. Fleetwood Trailer Co., Inc.*, 389 U. S. 375(1967).

182) *Laidlaw Corp.*, 171 NLRB 1336(1968). 그 외에 사용자가 노동조합이 무조건적인 복직을 원하면서 파업을 중지한 것에 대하여 복직 우선순위자를 정하여 놓고 몇 명을 복직시켰다. 그러나 일시적인 고용서비스 업자를 통하여 종래 파업참가자가 행하던 일에 일시적 근로자를 투입한 것에 대하여, 연방항소법원은, 파업참가자에 대한 복직을 거부한 적법하고도 합리적인 이유에 대한 입증책임이 사용자에게 있는데 사용자가 이를 입증하지 못하였다고 하면서 이러한 행위는 근로자들의 권리를 본질적으로 파괴하는(inherently destructive) 것으로 부당노동행위(NLRA Sec. 8(b)(3))가 성립한다고 하여 NLRB의 결정을 확인한 것이 있

입법적인 노력은 거의 없는 상태이나, 직업적 구사대 이용을 금지하기 위하여 제정된 오래된 법률로서, 근로자의 쟁의행위권에 대한 억압이나 협박을 위하여 다른 주로부터 대체자를 고용하는 것을 금지하는 법률이 있는 정도이다.¹⁸³⁾ 주법에서 대체근로자의 채용방법을 규제하는 예는 적지 않지만, 그렇게 관심을 갖고 이를 집행하고 있지 않다고 한다. 사례 가운데는 주법들이 연방법의 선점법리에 의하여 그 효력이 부정된 경우도 있는가 하면,¹⁸⁴⁾ 영구적인 대체근로자들과의 약속을 지키지 못하여 해고된 영구적 대체근로자들로부터 주법원에 소송을 제기당한 것에 대하여 연방법은 이에 선점효력을 갖지 못한다고 한 예가 있다.¹⁸⁵⁾

연방의회가 이에 영구적인 대체근로를 금지하는 법안을 1991년 7월에 하원을 통과하였지만, 상원을 통과하지 못한 경험이 있고, 그 이후에 1995년 3월 8일(즉시 시행) 당시 클린턴 대통령이 연방정부와의 계약 체결조건으로 영구적 대체근로자의 사용을 금지하는 대통령령 12954호(Executive Order 12954)를¹⁸⁶⁾ 공포하였다.

나. 직장폐쇄 경우의 대체근로

직장폐쇄 기간 중에 대체근로가 가능한가? 사례로서 노동조합과 교섭단위의 복수의 사용자들로 구성된 사용자단체가 있는 상황에서 근로자들의 톱니바퀴 쟁의행위(whipsaw strike)에¹⁸⁷⁾ 대하여 그 쟁의의 대상이

다(NLRB v. Oregon Steel Mills, Inc., 47 F. 3d 1536(9th Cir. 1995).

183) 18 U. S. C. §1231. 中窪裕也, 앞의 책, p.148.

184) Chamber of Commerce v. State, 89 N.J. 131, 445 A. 2d 353(1982).

185) Belknap, Inc. v. Hale, 463 U. S. 491(1983). Douglas L. Leslie, 앞의 책, p.96.

186) 그 내용은, 쟁의행위 기간 중에 조업의 자유와 근로자들의 파업권과의 균형이 중요하다는 관점에서, 합법적인 쟁의행위 참가자들을 대신하여 영구적 대체근로자를 고용하는 경우 사용자는 파업참가자들의 노하우, 경험, 숙련, 전문성 등을 잃게 될 것이고, 이는 경영과 좋은 상품 제공을 기대하는 연방정부와 같은 조직체에 악영향을 미치게 되므로, 연방정부 계약의 효율성 등을 고양하고자 합법적인 쟁의행위 참가들을 영구적 대체근로자로 교체한 사용자와 계약 체결을 하지 않는다는 것이다(Sec 1). 그 외에 노동부장관이 그러한 사정의 존재 여부에 대하여 조사하는 절차 등을 규정하고 있다.

187) whipsaw strike란, 노동조합이 다른 사용자단체의 사용자에게 대하여는 작업을 계

된 사용자가 대체근로자를 사용하여 조업을 계속하는 상황에서 같은 사용자단체에 속한 사용자로서 직장폐쇄를 하였던 사용자가 일시적 대체근로자를 사용한 경우의 효력이 문제된 사건인데, NLRB는 불법적인 의도에 의한 조업 수행으로서 더 이상의 검토도 필요없이 부당노동행위라고 하여 일시적 대체근로자를 이용한 직장폐쇄에 대하여 이를 부당노동행위라고 하였으나,¹⁸⁸⁾ 연방항소법원은(10th Circuit) NLRB의 구제명령의 이행을 거부하였고,¹⁸⁹⁾ 이에 연방대법원은 NLRB가 부당노동행위의 성립과 관련하여 인용한, 사용자의 행위가 근로자의 권리를 현저하게 파괴하는 것이어서 중요한 영업 목적의 서비스에 의하여 정당화되지 않는 경우에는 부당노동행위의 동기를 물을 필요도 없다는 것에¹⁹⁰⁾ 대하여는 동의하면서, 직장폐쇄를 하면서 일시적 대체근로자를 사용하여 조업하는 것은 복수의 사용자단체의 통합성 확보를 위한 조치이며, 그것과는 별개의 것이라는 입장에서 위 연방항소법원의 판단에 동의하였다.¹⁹¹⁾

2. 일 본¹⁹²⁾

일본의 경우에도 공무원 및 국영기업 내지 지방공영기업에서의 쟁의행위 금지와 함께 사용자의 직장폐쇄가 금지되고 있다.

여기서 일본의 경우 공무원과 공무원이 아닌 근로자들 사이에 노동기

속하면서 사용자단체 가운데 하나 또는 그 이상의 곳에서 파업을 하는 것을 의미한다. 이러한 노동조합의 전략은 조합원에 대한 재정적인 부담을 덜기 위한 것과 파업을 당하는 사용자에게 상대적 불이익을 부여함으로써 당해 사용자의 경제적 힘을 줄이고자 하는 것에서 나온 것이다(Douglas L. Leslie, *Labor Law* (3th ed.), 1992, West, p.111).

188) D.B.A. Brown Food Stores, 137 NLRB 73.

189) NLRB v. Brown D.B.A. Brown Food Stores, 319 F 2d 7.

190) NLRB v. Erie Resistor Corp., 373 U. S. 221.

191) NLRB v. Brown D.B.A. Brown Food Stores, 580 U. S. 728(1965). 연방대법원은 일반적으로 직장폐쇄에서의 일시적 대체근로자 고용은 더 이상 근로자의 권리를 파괴하는 것이 아니라 직장폐쇄 그 자체라는 입장을 나타냈다(Douglas L. Leslie, 앞의 책, p.112 참조).

192) 송강직, 「일본에서의 쟁의행위와 가치분」, 『쟁의행위와 가치분』(노동과 법 제8호), 금속법률원, 2007. 6, pp.93~119 참조.

본권의 보장 내용이 다르다. 먼저 공무원의 단결권, 단체교섭권과 관련하여 보기로 하고, 본문의 내용에서는 일본의 민간 근로자의 단체교섭을 중심으로 보기로 한다.¹⁹³⁾

가. 비현업공무원

1) 국가공무원

직원은 직원단체를 결성할 수 있으나, 이들 직원단체에 가입할 자유와 가입하지 않을 자유를 보장하고 있다(국공법 제108조의2 제3항).

직원단체는 등록을 하는 것을 전제로(국공법 제108조의3), 국가공무원의 경우, 당국은 직원단체가 직원의 급여, 근로시간 기타 근로조건에 관한 것 및 이에 부대하여 사교적 또는 후생적 활동을 포함한 적법한 활동에 관련되는 사항에 관하여 적법한 단체교섭의 신청을 한 경우에 이에 응할 지위에 있다고 하여 단체교섭을 인정하면서(국공법 제108조의5 제1항), 국가사무의 관리 및 운영에 관한 사항을 위 교섭 대상에서 제외하고 있으며(동조 제3항), 교섭은 단체협약의 체결을 포함하지 않는다(동조 제2항). 나아가 근로조건 기타 직원의 복무조건에 관한 필요한 사항은 인사원규칙에서 정할 수 있도록 하고 있다(국공법 제106조).

직원은 신분보장(국공법 제75조), 봉급, 급료 기타 모든 근로조건에 관하여 인사원, 총리 또는 직원이 속하는 소속 기관의 장에게 적정한 행정상의 조치를 취할 것을 요구할 수 있으나(국공법 제86조), 쟁의행위는 금지된다(국공법 제98조).

직원단체는 특별한 사정이 있는 경우에 임원 이외의 자를 지명하여 단체교섭을 행할 수 있다(국공법 제108조의5 제6항).

193) 경찰 해상보안청, 감옥에 근무하는 직원의 단결권 등 노동기본권은 금지되며(동법 제108조의2 제5항), 지방공무원인 경찰, 소방직원(지방공무원법 제52조 제5항), 자위대원(자위대법 제64조 제1항)도 단결권 등이 부정된다(片岡ノボル(저)/송강직(역), 『노동법』, 삼지원, 1995, pp.112~115). 일본의 공무원의 노동기본권, 인사원 및 인사위원회·공평위원회에 관하여는, 김재훈, 「공무원 노사관계와 급여 결정제도 - 일본의 사례를 중심으로」, 『노동법연구』 22, 서울대 노동법연구회, 2007. 6, pp.257~299 참조.

2) 지방공무원

지방공무원의 경우, 직원은 직원단체를 결성할 수 있으나, 이들 직원단체에 가입할 자유와 가입하지 않을 자유를 보장하고 있다(지공법 제52조 제3항).

직원단체는 등록을 하는 것을 전제로(지공법 제53조), 지방공공단체 당국은 직원단체가 직원의 급여, 근로시간 기타 근로조건에 관한 것 및 이에 부대하여 사교적 또는 후생적 활동을 포함한 적법한 활동에 관련되는 사항에 관하여 적법한 단체교섭의 신청을 한 경우에 이에 응할 지위에 있다고 하여 단체교섭을 인정하면서(지공법 제55조 제1항), 지방공공단체의 관리 및 운영에 관한 사항을 위 교섭 대상에서 제외하고 있으며(동조 제3항), 교섭은 단체협약의 체결을 포함하지 않는다(동조 제2항). 나아가 근로시간 기타 근로조건은 조례에 의하여 정하도록 하고 있다(지공법 제24조 제6항). 인사위원회 또는 공평위원회는, 직원들의 인사 및 근로조건 등에 대하여 연구하고 지방공공단체의 장, 지방회의 의장, 임명권자에게 그 연구의 성과를 제출하고 의견을 제시하거나 권고할 수 있고, 독자적으로 할 수 있는 것으로 직원의 경쟁시험 및 신고에 관한 사무 및 직급제에 관한 계획의 입안과 실시 등을 할 수 있다(지공법 제8조).

직원은 신분보장(지공법 제27조 제2항), 급여, 근무시간 기타 근무조건에 관하여 인사위원회 또는 공평위원회에 대하여 지방공공단체의 당국이 적당한 조치를 취할 것을 요구할 수 있으나(지공법 제46조), 쟁의행위는 금지된다(지공법 제37조).

직원단체는 특별한 사정이 있는 경우에 임원 이외의 자를 지명하여 단체교섭을 행할 수 있다(지공법 제55조 제6항). 그 외 지방공무원의 경우 국가공무원과 달리, “법령, 조례, 지방공공단체의 규칙 및 지방공공단체의 기관이 정하는 규정에 저촉하지 않는 한도 내에서 당해 지방공공단체의 당국과 서면에 의한 협정을 체결할 수 있다”고 하고(지공법 제55조 제9항), 이 협정은 당해 지방공공단체의 당국 및 직원단체의 쌍방이 성의를 갖고 이행하도록 하고 있다(동조 제10항).

나. 국영기업체 및 지방공영기업체 직원

1) 국영기업체 등의 근로자

독립행정법인, 국유임야사업을 행하는 국가경영기업, 일본우정(郵政)공사에 근무하는 일반직 국가공무원인 직원들은, 노동조합을 결성할 권리가 보장되며, 이에 가입하지 않을 자유를 갖는다(特定特立行政法人等の労働關係に關する法律 제2조 제3항 및 제4항). 임원 및 사용자의 이익을 대표하는 자들의 범위는 중앙노동위원회가 이를 인정하여 고시하여야 한다(제4조 제2항). 위 국영기업의 관리 및 운영에 관한 사항은 단체교섭대상으로 할 수 없고, 그 외의 임금, 기타 근로조건 등에 대하여는 단체교섭, 단체협약체결권을 보장한다(제8조). 단체교섭 담당자는 오로지 이들 국영기업체를 대표하는 교섭위원과 노동조합을 대표하는 교섭위원으로 구성되는데, 이들 교섭위원은 국영기업 및 노동조합이 지명하고, 지명한 경우에 그 명부를 상대방에게 제시하여야 한다(제10조). 국영기업과 노동조합은 그들을 대표하는 자들로서 동수로 고충처리공동조정회의를 설치하여야 한다(제12조).

단체협약이 국영기업의 예산상, 자금상, 불가능한 자금의 지출을 내용으로 하고 있는 경우에 정부를 구속하지 않으며, 또한 국회에서 소정의 행위가 행하여질 때까지 그와 같은 협정에 의거한 어떠한 자금도 지출할 수 없으며, 이 경우 정부는 10일 이내에 그 사유를 첨부하여 이를 국회에 회부하고 승인을 구하여야 하고, 국회가 폐회 중인 때에는 국회소집 후 5일 내에 회부하여야 하며, 국회의 승인이 있는 때에는 단체협약은 기재된 날로 소급하여 효력이 발생한다(제16조).

위 국영기업의 분쟁에 대비하여 중앙노동위원회가 알선, 조정, 중재(당사자의 쌍방 또는 협약에 기한 일방, 주무장관의 청구, 중노위의 결의에 의함. 제25-35조), 나아가 직원들은 일체의 쟁의행위가 금지된다(제17조).

2) 지방공영기업체 등의 근로자

지방공영기업(철도, 궤도, 자동차운송, 전기·가스·수도, 공업용 수도사업과 지방공영기업법에 의한 조례 규약에 의하여 정하는 사업)과 특정

지방독립행정법인에 근무하는 일반직 지방공무원인 직원은, 노동조합을 결성할 권리가 보장되며, 이에 가입하지 않을 자유를 갖는다(地方公營企業等の労働關係に關する法律 제3조, 제5조). 임원 및 사용자의 이익을 대표하는 자들의 범위는 노동위원회가 이를 인정하여 고시하여야 한다(제5조 제2항).

지방공영기업 등의 관리 및 운영에 관한 사항은 단체교섭 대상으로 할 수 없고, 그 외의 임금, 기타 근로조건 등에 대하여는 단체교섭, 단체협약 체결권을 보장한다(제7조).

단체협약이 조례에 저촉하는 경우, 지방공공단체의 장은 단체협약 체결 후 10일 이내에 위 협정이 조례에 저촉되지 않도록 필요한 조례의 개정 또는 폐지와 관련한 의안을 당해 지방자치단체의 의회에 회부하여 의결을 구하여야 하며, 협약체결일로부터 10일이 경과한 날에 의회가 폐회한 때에는 차기 회의에 신속하게 회부하여야 하고, 독립행정법인의 경우에는 당해 단체협약이 위와 같은 상황에 처한 경우에는 당해 법인의 이사장은, 당해 설립 단체의 장으로 하여금, 의회에 조례의 개정 또는 폐지의 의안을 의회에 회부하고, 그 의결을 구하도록 요청하여야 한다(제8조). 지방공공단체장 기타 지방공공단체의 기관은 단체협약이 이들이 규정한 규칙에 저촉하는 경우에 신속히 그 협정이 규칙 기타 규정에 저촉하지 않도록 필요한 규칙 기타 규정의 개정 또는 폐지를 위한 조치를 취하여야 하고(제9조), 단체협약이 국영기업의 예산상, 자금상, 불가능한 자금의 지출을 내용으로 하고 있는 경우에, 당해 지방공공단체의 의회에 의하여 소정의 행위가 있을 때까지 당해 지방공공단체를 구속하지 않으며, 협정에 의거한 어떠한 자금도 지출할 수 없으며, 이 경우 지방공공단체의 장은 10일 이내에 그 사유를 첨부하여 당해 지방공공단체의 의회에 회부하고 그 승인을 구하여야 하고, 협약체결일로부터 10일이 경과한 날에 의회가 폐회한 때에는 차기 회의에 신속하게 회부하여야 하고, 의회의 승인이 있는 때에는 단체협약은 기재된 날로 소급하여 효력이 발생한다(제10조).

위 지방공공기업 등의 분쟁에 대비하여 고충처리공동조정회의 설치(제13조), 노동위원회에 의한 조정(調停), 중재제도(당사자의 쌍방 또는 협약에 기한 일방의 신청, 후생노동장관 또는 도도부현의 지사의 청구, 중노

위의 결의에 의함. 제25-35조)를 두고 있으며, 나아가 직원들에 의한 일체의 쟁의행위가 금지된다(제11조).

다. 민간부문 근로자¹⁹⁴⁾

1) 노동조합법

동법 제1조 제2항은, 노동조합의 단체교섭 기타 행위로서 정당한 것인 경우에 형법 제35조의 정당행위의 적용을 받아 형사책임이 면책된다고 규정하고 있다. 다만, 그 단서에서, 어떠한(いかなる) 경우에도 폭력의 행사는 노동조합의 정당한 행위로 해석될 수 없다고 하였다.¹⁹⁵⁾

‘폭력의 행사’가 무엇을 의미하는지에 관하여, 행정해석은¹⁹⁶⁾ 업무방해죄(제234조)에서 규정하는 위력은, 폭력보다는 훨씬 넓은 개념이지만 단순한 노동조합 단결 자체는 업무방해죄의 위력에 해당하지 않기 때문에 폭력과 같은 지나친 것이 뒤따르지 아니한 동맹파업에 대하여 업무방해죄 규정은 적용되지 아니한다고 한다. 나아가 노동성차관 통달(通達), 법무청검무국장 통달(通達) 등은 정당한 쟁의행위가 될 수 없는 것으로서 살인, 상해, 폭행, 약취, 강도, 방화, 체포, 구금, 유괴, 건물 또는 기물손괴 등을 포함하는 것으로 해석하고 있고, 최고재판소 또한 이들을 포함하는 것으로 해석하고 있다.¹⁹⁷⁾

따라서 동법상 폭력의 행사로 판단되는 쟁의행위에 대하여 행위자가 당해 위반행위에 대하여 형사책임을 진다고 할 수 있다. 그러나 정당행위

194) 이에 대한 입법 내용은 그동안 수정이 없었기 때문에, 송강직, 「일본에서의 쟁의행위와 형사책임」 『쟁의행위와 형사책임』(노동과 법 제3호), 금속법률원, 2002. 9, pp.66~76에서 인용한 것임을 밝혀둔다.

195) 이 단서조항은, 1945년 12월 제정, 1946년 3월 시행된 노동조합법에서는 없었던 규정이 1949년 6월의 개정에서 부가된 것이다. 폭력의 행사는 규정이 없다고 하더라도 일반 시민법상의 형사책임을 면할 수 없는 것이므로, 이는 주의 규정에 불과한 것이라고 할 수 있으나, 본문에서 보는 바와 같이, ‘폭력의 행사’라는 다소 애매한 용어를 사용함으로써 이에 관한 해석론상의 문제를 제기하고 있다.

196) 1949. 8. 8. 劳発 317号.

197) 이에 관하여는, 労働省劳政局劳働法規課(編), 『労働組合法・労働関係調整法(労働法コンメンター)』, pp.209~213 참조.

의 적용을 받지 못하는 경우라 하더라도 정당방위(제36조), 긴급피난(제37조), 기대가능성¹⁹⁸⁾ 등에 의한 보호를 받을 수 있음은 물론이다.¹⁹⁹⁾

다른 한편, 폭력의 행사가 쟁의행위와 관련하여 문제되는 경우는 위력 업무방해죄 등과 함께, 쟁의행위에 부수한 피케팅의 경우이다. 피케팅에 대하여는, 일본 최고재판소는 평화적 설득,²⁰⁰⁾ 제반의 사정에²⁰¹⁾ 의한 법질서 전체의 관점에 의한 판단²⁰²⁾이라는 기본 원리 위에서 그 정당성의 범위를 좁게 해석하고 있다고 할 수 있는데²⁰³⁾ 이에 관하여는 후술하기로 한다.

2) 쟁의행위 방법 규제 특별법

전기사업 및 석탄광업에 대한 쟁의행위방법에 관한 법률은 1952년의 전기사업 및 석탄사업에서의 쟁의행위에 대한 대처로서 만들어진 정책적인 색채가 두드러진 것이라 할 수 있고, 3년의 시한적인 입법으로 출발하였으나, 그 후 동법 부칙에 따라 국회의 의결을 거쳐 그 존속을 유지하고 있다. 동법은 쟁의행위 자체를 금지한 것은 아니라, 그 방법을 규정한 것임은 동법의 법률명 및 제1조의 규정에서도 명확하다.

내용적으로 보면, 동법은 근로자뿐만 아니라 사업주에게도 동시에 규제하는 것인데, 제1조는 전기 및 석탄사업은 국민의 일상생활에 대한 중요성에 비추어 공공의 복지를 옹호하기 위하여, 이들 사업에서의 쟁의행위의 방법에 관하여 필요한 조치를 규정하는 것으로 하고 있고, 제2조에서는 전기사업에 종사하는 사업주 또는 전기사업에 종사하는 자에게 쟁의행위로서, 전기의 정상적인 공급을 정지하는 행위, 기타 전기의 정상적인 공급에 직접 장애를 발생시키는 행위를 하여서는 아니 된다는 것, 제3조에서는 석탄광업의 사업주 및 이에 종사하는 자는, 쟁의행위로서 광산

198) 三友炭鉞事件, 福岡高裁 1949. 3. 17. 刑事裁判資料 48号, p.225.

199) 中村正, 앞의 논문, p.115. 관례 등에 관하여는, 中山和久(外), 『注釈労働組合法・労働関係調整法』, 有斐閣, 1989, pp.13~15 참조.

200) 羽幌炭鉞事件, 1958. 5. 28. 最高裁判所刑事判例集12卷8号, p.1694.

201) 三友炭鉞事件, 1956. 12. 11. 最高裁判所刑事判例集10卷12号, p.1605.

202) 国鉄労働組合久留米駅事件, 1973. 4. 25. 最高裁判所刑事判例集 27卷3号, p.418.

203) 상세한 것은, 佐藤昭夫, 『ピケット権の研究』, 勁草書房, pp.209~220 참조.

보안법에서 규정하는 보안의 업무에 정상적인 운영을 정폐(停廢)하는 행위로서 광산에서 사람에 대한 위해, 광산자원의 멸실 또는 중대한 손괴(損壞), 광산 주요시설의 황폐 또는 광해(鑛害)를 불러일으키는 것을 할 수 없다고 규정하고 있다.

동법상 위의 위반에 대하여 어떠한 벌칙규정도 없다.

동법에 대하여, 사람에 대한 안전유지시설의 정상적인 유지 또는 운영의 정폐, 방해에 대하여는 후술하는 노동관계조정법 제36조에서 이를 금지하고 있다는 것, 입법 목적이 공공의 복지임에도 불구하고 사용자의 이익의 보호까지 포함하고 있다는 것, 쟁의행위 금지가 위 사업에서는 규모 등에 관계없이 일체의 방법을 금지하고 있는 것, 기본권의 필요최소한의 제한 원칙에도 반하는 것 등의 비판이 있으며, 따라서 동법은 위헌의 소지가 있는 것으로서 폐지되어야 한다는 것이 일반론이다.²⁰⁴⁾

그런데, 동법에 위반한 쟁의행위가 발생한 경우에 그 책임은 어떠한가. 동법에서 벌칙규정을 두지 않은 것은, 행정해석²⁰⁵⁾ 등에 비추어 볼 때에 형사상의 면책 상실, 광산보안법상의 벌칙, 민사책임 면책 상실 등이 있기 때문인 것으로 짐작할 수 있으나,²⁰⁶⁾ 사용자에게 의한 보안처분을 적극적으로 방해한 경우, 또는 사람에 대한 위해 등의 경우를 제외한다면, 일반적으로 책임 발생은 부정된다고 해석되고 있다.²⁰⁷⁾

3) 노동관계조정법상의 쟁의행위 절차규정

쟁의행위가 절차 위반으로서 논의될 수 있는 것으로서, 단체교섭이 전혀 없이 돌입한 쟁의행위, 노동자치규범인 단체협약상의 절차(평화의무 규정 등), 노동조합 규약상의 절차(쟁의행위 돌입을 위한 투표에서의 정족수 요건 등), 노동법상의 절차규정(예고 등) 등을 들 수 있다. 이들 가운

204) 中村正, 「争議行為の法令による制限」, 『労働法大系 3(争議行為)』, 有斐閣, 1963. pp.127~128.

205) 행정해석은, 본법 위반의 쟁의행위는 정당한 행위가 아니므로 형사상·민사상 면책을 상실하며, 광산보안법의 벌칙, 형법의 濫水罪, 기타 일반 형법상의 벌칙의 적용, 해고 등의 불이익 처분의 대상이 된다고 한다(1953. 8. 13. 勞発 27号).

206) 송강직(역), 앞의 책, p.224.

207) 竹下英男, 「スト規制法」, 野村平爾(外編), 『労働組合法(別冊 法學セミナー No.35)』, 日本評論社, 1978, p.323.

데 노동법상의 절차규정을 제외한 것들은 이른바 채무불이행의 문제로서 손해배상, 해고, 나아가 징계처분의 대상이 되던가, 아니면 조합 내부의 문제일 뿐이고, 형사책임이 문제되는 경우는 아니다. 따라서 여기에서는 노동관계조정법상의 명시적 규정 위반의 쟁의행위에 대하여 살펴본다.

쟁의행위의 절차와 관련하여 노동관계조정법에서는, 조정안의 해석 또는 이행에 관한 의견의 불일치가 있는 경우로서 조정위원회의 견해를 신청한 경우의 쟁의행위금지(제26조 제4항), 안전유지시설의 정폐 금지(제36조), 공익사업의 쟁의행위 예고(제37조 제1항), 긴급조정 중의 쟁의행위 금지(제38조) 등을 규정하고 있는바, 이를 순서대로 살펴보기로 한다.

가) 조정안의 해석 및 이행에 관한 의견의 불일치

동법 제26조는 조정안이 관계당사자에 의하여 수락된 후에, 조정안의 해석 또는 이행에 의견이 불일치할 경우에, 관계당사자는 그 조정안을 제시한 조정위원회에 그 해석 또는 이행에 관한 견해를 분명히 할 것을 신청하여야 하고(제2항), 조정위원회는 위 신청을 받은 날로부터 15일 이내에 관계당사자에게 견해를 밝혀야 하며(제3항), 위 조정위원회에 의한 견해가 밝혀질 때까지 위 기간 내에 조정안의 해석 또는 이행에 관하여 쟁의행위를 할 수 없도록 하고 있다(제4항).²⁰⁸⁾

위 규정을 위반한 쟁의행위에 대하여 동법상 벌칙규정은 없다.

그렇다면, 위 규정은 단순한 정책적 훈시규정인가, 아니면 강행규정으로 해석할 것인가. 이에 대하여, 벌칙규정의 적용은 없다고 하지만 일반적으로 노동조합법상의 정당한 쟁의행위가 될 수 없다고 하는 입장이 있다.²⁰⁹⁾ 그러나 이 규정은, 조정안을 수락하였다고 한다면 노사의 당사자 쌍방은 단체협약을 체결한 것이나 다름이 없고, 그 해석 또는 이행을 둘

208) 1946년 9월 제정의 노동관계조정법에서는 조정위원회가 조정안을 작성하여 관계당사자에게 그 수락을 권고함과 더불어, 조정안에 이유를 붙여 공표할 수 있으며, 필요한 경우 신문 또는 라디오에 의한 협력을 청구할 수 있다는 현행 동법 제26조 제1항의 규정만 있었으나, 1949년 6월 개정에서 제2항~제4항이 추가된 것이다. 나아가 위 공표방법에 있어서 텔레비전도 포함되는 것으로 해석된다(勞働省勞政局勞働法規課(編), 앞의 책, p.932).

209) 勞働省勞政局勞働法規課(編), 앞의 책, p.933.

러싼 쟁의에 대하여 일종의 평화의무를 부여한 것이라 할 수 있다.²¹⁰⁾ 따라서 조정위원회에 의한 조정안의 해석 또는 이행의 견해 제시를 구하지 않았거나 견해를 구한 경우에 위 기간 내에 쟁의행위를 하였다고 하더라도 이에 대하여 형사책임을 물을 수 없다고 해석된다.²¹¹⁾ 다만, 현재까지 이와 관련한 쟁위행위가 발생한 예는 없는 것으로 알려지고 있다.

나) 안전유지를 위한 시설 유지 또는 운행의 정폐 금지

동법 제36조는 공장사업장에서 안전유지를 위한 시설의 유지 또는 운행을 정폐하거나, 이를 방해하는 행위를 할 수 없다고 한다.

이에 대하여 동법상 벌칙규정은 없다.

안전유지를 위한 시설의 유지 또는 운행을 정폐하거나 방해하는 것은 쟁의행위로서도 금지된다고 함은 당연한 것인데, 문제는 안전유지를 위한 시설 등의 개념이 명확하지 않는 것에 있다. 안전유지시설에 대하여 행정해석에 따르면, 안전유지시설이란 인명·신체에 대한 위해 예방 또는 위생상 필요한 시설로 해석하고 있고, 광산의 경우에는 가스폭발 방지 시설 및 통풍시설 등이, 공장의 경우에는 유독가스배출시설 및 위험장소 표시물 등이, 병원이나 진료소 등의 경우에는 보다 더 그 영역이 넓다고도 할 수 있다고 한다.²¹²⁾ 최고재판소는 병원에서의 안전유지시설이라 함은 탄광에서의 가스폭발 방지시설 등과 같이 직접 인명에 대한 위해 방지를 위한 것이거나 위생상 불가결한 물적 시설에 한정되는 것으로 해석함이 상당하다고 하면서, 정신병원에서 종업원이 쟁의행위로서 평소 업무를 방기(放棄)하는 것은 위 쟁의행위 금지에 위반하는 것은 아니라고 하였다.²¹³⁾ 그러나 행정해석 가운데는, 단순한 물적 시설에만 한정되지 아니하고 인적인 요소도 포함될 수 있다고 하는 것도 있는데,²¹⁴⁾ 이러한 확대

210) 中山和久(外) 앞의 책, p.616.

211) 中山和久(外) 앞의 책, p.616; 송강직(역), 앞의 책, p.222.

212) 이들 행정해석에 관하여는 勞働省勞政局勞働法規課(編), 앞의 책, pp.968~972 참조.

213) 新潟精神病院事件, 1964. 8. 4, 民集18卷7号, p.1263. 구체적인 사례에서의 판례의 입장에 관하여는 勞働省勞政局勞働法規課(編), 앞의 책, pp.972~977; 中山和久(外) 앞의 책, pp.636~637; 中村正 앞의 논문, p.119.

214) 1962. 5. 18. 勞發71号. 판례 가운데도 광산에서의 배수펌프 담당요원을 쟁의행

해석은 쟁의행위를 제한하는 것으로 직결되므로, 당해 쟁의행위의 정당성을 논함에 있어서 고려 요소로 작용하는 것과는 별도로 하더라도 안전유지시설로 해석하는 것은 신중하여야 할 것이다.²¹⁵⁾ 그런데, 본조에 위반한 쟁의행위의 경우에 책임은 동법상 벌칙규정이 없으므로 이를 부정할 것인가.

일반적으로 이 경우에는 민사책임뿐만 아니라 형사책임을 진다고 해석된다. 따라서 산업안전위생법상의 책임을 지는 경우도 있을 것이고,²¹⁶⁾ 불법행위에 의한 손해배상 책임을 지는 경우도 있을 수 있다. 그러나 본규정의 목적은 인명의 보호 내지 존중의 관점에서 규정된 것이므로 사용자와의 관계에서 문제되는 위력업무방해죄, 안전유지시설의 손해를 이유로 한 손해배상의 문제는 발생하지 않는다고 해석된다.²¹⁷⁾

다) 공익사업에서의 쟁의행위 예고

동법 제37조 제1항은 공익사업에서 쟁의행위를 하기 위하여는, 관계당사자는²¹⁸⁾ 쟁의행위를 하려고 하는 날의 적어도 10일 이전까지 노동위원회 및 노동부장관 또는 도도부현 지사에게 이를 통지하지 않으면 안되고,²¹⁹⁾ 제2항에 의하면, 위 통지는 긴급조정의 결정이 있는 경우에 그 공

위에 참가시키는 것을 안전유지시설 범위에 포함시킨 것이 있다(札幌高裁 1949. 9. 29, 刑事裁判資料 48号, p.367).

215) 송강직(역), 앞의 책, p.218.

216) 산업안전위생법 제26조는 근로자에게 사업주가 근로자의 위험 또는 건강장해를 방지하기 위하여 취하는 조치에 응하여 필요한 사항을 지키지 않으면 안된다고 규정하고 있고, 제120조에서는 위반한 근로자에 대하여 50만 엔 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

217) 中山和久(外), 앞의 책, p.638; 송강직(역), 앞의 책 p.218. 그러나 노동성의 입장은 사용자와의 관계에서도 불법행위에 의한 손해배상 문제가 발생하는 것으로 해석하고 있다(労働省労政局労働法規課(編), 앞의 책, pp.977~978).

218) 따라서 사용자가 직장폐쇄를 하는 경우에도 예고기간은 준수되어야 한다. 다만, 근로자가 쟁의행위에 돌입한 상황하에서는 예고는 필요없다고 해석되며, 선제적 직장폐쇄를 하거나 근로자의 부분 쟁의행위에 대하여 전면적인 직장폐쇄를 하는 경우에는 예고를 필요로 한다고 해석된다(中山和久(外), 앞의 책, p.640).

219) 공익사업의 범위는 전기통신사업을 전신 또는 전화사업이라고 표현 것 외에 1946년 노동관계조정법 제정 당시와 같으나, 예고기간은 동법 제정 당시에는 노동쟁의의 조정신청 또는 공익사업에서 노동위원회가 직권으로 조정 결정을 한

표 후 50일을 경과한 후가 아니면 할 수 없다.

공익사업이란 운수, 우편, 전기통신, 수도, 전기공급, 가스공급, 의료, 공중위생사업을 말하며(동법 제8조 제1항 제1호~제4호),²²⁰⁾ 총리는 국회의 승인을 얻어 업무의 정폐가 국민경제를 현저하게 저해하거나 공중의 일상생활을 현저하게 위협하게 하는 사업을 1년 내의 기간을 정하여, 공익사업으로 지정할 수 있도록 하고 있으나(제8조 제2항), 현재까지 추가 지정된 것은 없다.

위 쟁의행위 예고에 위반한 자에 대하여는 동법 제39조는 그 위반에, 노동위원회의 청구를 전제로,²²¹⁾ 책임 있는 사용자 또는 사용자단체, 근로자단체, 기타의 자 또는 그 단체에게²²²⁾ 10만 엔 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제1항). 이는 단체별인데, 구체적으로는 단체가 법인인 경우 이사, 대표이사 기타 법인 업무를 집행하는 임원에게, 법인이 아닌 단체인 경우에는 대표자 기타 업무를 집행하는 임원에게 적용한다(제2항).²²³⁾ 그리고 1개의 쟁의행위에 대하여 부과하는 벌금의 총액은 10만 엔을 초

날, 공익사업이거나 규모가 큰 사건 등의 경우 행정관청의 신청에 의하여 노동위원회에 조정신청을 한 날부터(제18조 제1항 제1호~제5호), 30일간을 경과하지 않으면 쟁의행위를 할 수 없다고 하는(제37조, 위반한 단체에 대하여 1만엔 이하의 벌금-제39조 제1항) 규정을 개정한 것이다.

220) 이 가운데 우편, 전기·가스·수도는 国営企業労働關係法(우편) 또는 地方公営企業労働關係法(전기·가스·수도)의 적용을 받으므로 직원들은 쟁의행위 금지의(그 위반에 대한 형사처벌 등의 논의는 별론으로 하더라도) 대상이 되고 있다. 그런데, 여기서 말하는 우편, 전기·가스·수도란 국영 또는 지방공영이 아닌 것을 말하며, 예컨대 우편업무의 일부를 위탁받아 그 업무를 수행하는 회사의(日本郵便通送株式会社 등) 직원, 전기의 경우에도 일일고용 근로자(그 외 국제전화의 경우 이를 國際電信電話株式会社が 행하므로, 그 근로자는 전면적으로 공익사업에 해당) 등이 쟁의행위 예고의무의 적용을 받는 것이다. 상세한 것은 労働省労政局労働法規課(編), 앞의 책, pp.860~861 참조.

221) 동법 제42조는 본 규정 위반에 대하여는 노동위원회의 청구를 전제로 하고 있다(제42조).

222) ‘기타의 자 또는 그 단체’는 사용자 또는 그 단체, 근로자단체 이외의 개인 또는 단체로서, 당해 쟁의행위를 기획, 지도, 지령한 개인 또는 정당 등의 단체를 말한다(労働省労政局労働法規課(編), 앞의 책, p.1006).

223) 법인, 법인이 아닌 사용자 또는 근로자의 조합, 쟁의단의 단체가 해산한 경우에는 제1항의 벌칙규정의 적용에 있어서는 그 단체는 존재하는 것으로 본다(제4항).

과할 수 없다(제3항).

그런데 예고 없이 쟁의행위가 행하여진 경우 그 책임이 위 벌칙규정의 적용은 별론으로 하더라도 사용자와의 관계에서 형사상 책임 등을 인정할 수 있는가.

학설은 위 벌칙규정의 적용 외에 사용자와의 관계에서 그 책임을 묻는 것에 대하여 부정적이다.²²⁴⁾

판례도 같은 흐름에 있다고 할 수 있다. 다만, 직접적으로 위 예고위반 쟁의행위에 대하여 동법상의 벌칙규정의 적용이 문제된 사례는 보이지 않으며, 다른 형사처벌이 문제된 것도 없는 것으로 보여진다. 따라서 형사책임과 관련한 사례는 없으며,²²⁵⁾ 예고통지 위반을 이유로 한 사용자가 해고 등의 민사책임을 논한 사례는 있는데 이를 중심으로 보기로 한다. 즉, 全日空事件에서 동경지방법재판소는²²⁶⁾ “공익사업에서 쟁의행위를 하려고 하는 자에게 행정청……에게 사전통지를 하게 한 취지는 공중을 대상으로 하는 공익사업의 운영이 쟁의행위에 의하여 저해되는 것은 공중이 곤란하게 되고 불편을 받아 그 일상생활에 영향을 받는 바가 크기 때문에 이를 방지하기 위하여 미리 쟁의행위를 공표하게 하여 그 생활 활동상 피해회피책을 강구하도록 하는 것을 기대하려고 한 것으로서……(부차적으로는 노동위원회에 통지하게 하여 노동쟁의의 조정기회를 확보하게 하기 위한 것일 것이다-괄호 안은 필자가 의역한 것임), 이 예고제도는 오로지 공익을 보호하기 위한 것으로서 사용자 내지 공익사업 자체의 이익을 보호하려는 것은 아니다. …… 따라서 근로자가 위 규정을 위반하여 쟁의행

224) 中山和久(外), 앞의 책, p.647; 송강직(역), 앞의 책, p.221; 中村正 앞의 논문, p.124. 그 통지 또한 엄격하게 적용할 것은 아니며, 예컨대 근로자측의 경우에 반드시 쟁의행위의 직접당사자인 노동조합이 아닌 당해 노동조합이 소속한 상급단체가 하였다고 하더라도 예고의 요건은 충족된 것으로 볼 수 있는 것이다(順天堂病院事件, 東京地判 1965. 11. 10. 労働関係民事判例集16卷6号, p.958). 학설의 입장과 달리, 노동성의 입장은 예고의무 위반에 따른 쟁의행위의 위법한 책임은 대사용자와의 관계에서도 위법하며, 형사면책도 상실한다고 한다(労働省 労政局労働法規課 (編), 앞의 책, pp.994~995).

225) 달리 표현하면, 사례를 통하여 보는 한 사용자와의 관계에서 형사책임, 그것도 위력업무방해죄와 같은 것은 전혀 문제가 되지 않음을 알 수 있는 것이라고 할 수 있다.

226) 1067. 2. 28. 労働関係民事判例集18卷2号, pp.405~406.

위를 하더라도 대사용자와의 관계에서 당연히 노동조합법상의 민사면책을 상실하는 것은 아니며, 책임 있는 단체 또는 개인이 동법상의 벌금의 제재를 받는 것에 그친다는 것으로 해석함이 상당하다”하였다.²²⁷⁾

예고위반이 징계해고의 사유의 하나가 된 花園病院假處分事件에서 甲府지방법판소는²²⁸⁾ 간단히 “노동조합이 노동관계조정법 제37조에서 규정하는 예고를 하지 않은 것은 위 사실에서 분명하다. 따라서 채권자들의 행위는 위법한 것으로 해석함이 상당하다. 본건에서 채권자들의 행위는 정당하다고 하는 주장에는 찬성할 수 없다”고 하고, 다른 사유를 검토한 후에 결국 징계해고를 유효한 것으로 판단한 사례도 보이나, 위 가처분사건의 본안 소송에서 甲府지방법판소는²²⁹⁾ 예고위반에 대하여, “공익사업 근로자라고 하더라도 쟁의권 자체는 부정되지 않을 뿐 아니라, 노동관계조정법 제37조의 예고의무가 문언상 쌍방의 쟁의행위에 대하여 부과되고 있는 것에서도 알 수 있듯이, 동조는 근로자의 쟁의행위가 사용자 보호를 위한 규정이 아니라, 공익사업이 공중의 일상생활에 불가결한 것이라는 관점에서 미리 쟁의행위가 있음을 공중에게 알려 그 영향을 최소화함과 더불어, 강제조정 등 쟁의해결의 기회를 확보하기 위한 규정으로 해석되기 때문에 위 예고의무 위반의 쟁의행위라고 하여도 사용자와의 관계에서 곧 위법한 것으로 판정할 것은 아니다”고 하고, “예고되지 아니함으로써 공중에게 부당한 손실을 입혀 사용자에게 그 손실전보의 책임이 발생한 경우 등, 특별한 사정이 있는 경우에만 사용자와의 관계에서 위법일 수 있다”고 하면서, 본건에서는 특별한 사정도 없다고 하고, 기타 징계해고 사유를 검토한 후에 이를 무효라고 하였다.

라) 긴급조정

긴급조정은 총리가 사건이 공익사업에 관한 것이거나, 규모가 크거나

227) 또한 新潟精神病院事件(新潟地決 1956. 8. 10, 労働関係民事判例集7卷4号, p.7776)에서도, 新潟地裁는, 예고기간 위반 쟁의행위가 동법상의 벌칙규정의 적용을 받는 의미에서 위법한 것은 두말할 나위가 없지만, 대사용자와의 관계에서 위법한 것인가는 심히 의문이라고 하였다.

228) 1966. 9. 13. 労働関係民事判例集17卷5号, p.1074.

229) 1972. 3. 31. 労働関係民事判例集23卷3号, pp.242~243.

특별한 성질의 사업이어서, 쟁의행위가 국민경제의 운행을 현저하게 저해하거나, 국민 일상생활을 현저하게 위태롭게 할 위험이 있다고 인정되는 사건에 대하여, 그 위험이 현실적으로 존재하는 경우에 긴급조정 결정을 할 수 있으며(제35조의2 제1항), 위 결정을 함에 있어서 중앙노동위원회의 의견을 청취하며(제2항), 이를 결정한 경우에는 이유를 붙여 공표하고, 중노위 및 관계당사자에게 통지하여야 한다(제3항). 중노위가 위 결정의 통지를 받은 경우 조정절차의 조치를 취하여야 하고(제35조의3 제1항~제3항), 다른 모든 사건에 우선하여 처리하여야 하며(제35조의4), 총리의 위 결정에 대하여는 행정불복심사를 청구할 수 없다(제35조의5).

위 긴급조정 결정이 있는 경우에, 관계당사자는 공표일로부터 50일간 쟁의행위를 할 수 없다(제38조). 이에 위반하는 행위에 관하여 책임 있는 단체에게 20만 엔의 벌금에 처해지며, 그 내용은 벌금액을 제외하고는 공익사업에서의 예고의무 위반에 대한 단체벌 규정이 준용된다(제40조 제1항~제2항).

긴급조정 규정에 위반하여 쟁의행위가 행하여진 경우에, 동법상의 벌칙 규정 적용 외에 대사용자와의 관계에서 민사 또는 형사책임은 어떠한가.

판례는 보이지 않으나, 학설은 지금까지 다른 절차규정 위반에서 본 바와 같이, 동법상의 벌칙규정 적용 외에 민사, 형사, 부당노동행위로부터의 보호 등은 상실되지 않는 것으로 해석한다.²³⁰⁾

라. 평화조항 및 평화의무조항²³¹⁾

단체협약에서 단체협약의 유효기간 동안 쟁의행위를 하지 않는다는 조항(no-strike clause)을 두고 있는 상황에서 이 의무를 위반하여 쟁의행위를 한 것에 대한 금지의 가처분신청이 인정될 것인가. 쟁의행위의 정당성과 관련하여 일반적으로는 평화의무 위반의 쟁의행위는 단체협약상의 의

230) 中山和久(外), 앞의 책, p.649; 송강직(역), 앞의 책, p.221; 中村正, 앞의 논문, p.122.

231) 송강직, 앞의 논문 「일본에서의 쟁의행위와 가처분」, pp.96~97에서 재인용하였음을 밝혀둔다.

무불이행으로서의 책임을 지는 것을 별론으로 하더라도 직접적으로 쟁의행위의 정당성에 영향을 미치는 것은 아니라고 해석하고 있다.²³²⁾ 그리고 위법한 쟁의행위라고 하여 그 자체로서 곧 그것에 대한 가처분신청이 인용될 수 없음은 물론이며, 이에 대한 금지 등의 가처분신청은 가처분인정의 고유한 요건에 따라 그 요건의 성립 여부를 검토하여 결정하여야 할 것이 요청됨은 당연하다. 이러한 관점에서 볼 때에 쟁의행위의 정당성과 가처분신청의 필요성과는 직접적으로 관련이 있는 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 쟁의행위가 정당하지 않다고 판단되는 경우라고 하더라도 가처분은 피보전 권리가 존재하고 긴박성 등의 필요성이 갖추어져야 하는 것인만큼, 쟁의행위가 정당하지 않다고 하여 곧 가처분이 인정되어야 한다는 것은 아니기 때문이다.²³³⁾ 다만, 쟁의행위가 정당한 경우에는 이에 대한 금지의 가처분 등의 신청은 처음부터 문제될 수 없다고 할 것이다. 사례 가운데는, 피보전 권리의 존재 여부에 대한 검토도 없이, 단체협약상 위반에 대한 금지의 가처분신청이 당연한 전제라고 하여 이를 인정할 경우가 있는가 하면,²³⁴⁾ 평화의무의 내용을 실현하는 채권법상의 이행 청구권은 법리상 인정하기 곤란하다고 하여 이를 각하한 예도 보인다.²³⁵⁾

232) 송강직(역), 앞의 책, p.260; 西谷敏, 『勞働組合法』, 有斐閣, 1998, pp.359~361. 반대의견으로는, 菅野和夫, 『勞働法』, 弘文堂, 2006, p.556 참조.

233) “쟁의행위 가운데 가령 정당성을 일탈하는 부분이 있다고 하더라도 가처분(필자주)의 필요성의 판단은 신중하게 이를 고려할 필요가 있다”는 것은(新聞印刷事件, 大阪地決 1958. 6. 19. 勞民集9卷3号, p.383; 위 勞働判例大系(20권), p.264), 당연하다고 할 것이다

234) 京都ステーション事件, 京都地決 1960. 4. 11. 勞民集11卷2号, p.354; 위 勞働判例大系(20卷), p.281; パン・アメリカ航空事件, 東京地決 1973. 12. 26. 勞民集24卷6号, p.669; 위 勞働判例大系(20권), p.281.

235) 日本信託銀行事件, 東京地決 1960. 6. 15. 勞民集11卷3号, p.674; 위 勞働判例大系(20卷), p.281. 나아가 법원은 평화의무 위반의 쟁의행위의 법적 효과에 대하여, 민사상·형사상의 면책이나 부당노동행위구제신청이라고 하는 노동법적인 보호를 받을 이익을 상실하는 것으로 해석되는 것과는 무관한 것이고 그 이상의 미를 부여하는 것은 비약이라고 하였다. 또한 단체협약에서 쌍방이 성의 있게 반복하여 교섭을 하였음에도 불구하고 해결되지 않았을 경우에 쌍방 또는 일방의 신청에 의하여 노동위원회에 알선, 조정 또는 중재를 신청할 수 있다고 하는 규정을 두고 있었는데 이러한 규정상의 노력 없이 쟁의행위를 하려고 한 것으로서 이는 쟁의권의 남용에 해당한다고 하여 평화의무이행청구권을 피보전 권리로 하여 이의 금지가처분을 신청한 것에 대하여, 이를 인정하기 위해서는 “단체

마. 대체근로

1) 피케팅²³⁶⁾

쟁의행위에 부수한 피케팅, 즉 출입저지, 조업저지, 출하(出荷)저지 등의 쟁의행위에 대하여 三友炭鑛事件에서, 최고재판소는²³⁷⁾ 제반의 사정을 고려하여 판단하여야 한다고 하면서, 쟁의행위 중 일부 조합원이 회사의 석탄운반 업무에 종사하여 석탄을 적재한 탄차(炭車)를 연결한 가솔린차의 운전을 개시할 때에 노동조합부인부장이 이미 다수의 부인조합원이 선로를 점거하고 있는 것에 참가하면서 지나가려면 조합원들을 죽이고 지나가라는 등의 언행을 하면서 위 가솔린차의 운행을 방해한 것이 위력에 의한 업무방해죄가 성립하는가에 대하여, 위력업무방해의 정도에 이르지 않은 것으로 판단하였다. 같은 제반의 사정을 고려하여 판단한 狹幌炭鑛事件에서, 최고재판소는²³⁸⁾ 회사가 쟁의행위 중 일부 조합원들로 조업을 계속하려고 하자 쟁의행위 참가 조합원들이 3일간에 걸쳐 전차궤도를 점거하고 스커럼을 형성하여 전차 운행을 저지한 것에 대하여 위력업무방해죄의 성립을 인정한 것도 있다. 그후 國鐵勞働組合久留米驛事件에서, 최고재판소는²³⁹⁾ 피케팅의 정당성 판단에 있어서 제반의 사정을 고려하여, 이것이 법질서 전체의 견지에서 허용되는 것인가 하는 것을 판단하여야 한다고 한 이래, 이러한 기준은 오늘에 이르고 있다. 실제의 판단에 있어서 평화적 설득을 그 축으로 하면서 실력에 의한 행사에 대하여 엄격

협약에서 쟁의권 행사의 태양, 절차 기타 억제에 대하여 구체적이고도 합리적인 규정이어야 하고 이와 같은 규제에 대하여 명백한 위반이 있었던 경우에 그 위반을 시정하기 위한 한도 내에서만 쟁의행위금지를 구할 수 있다고 볼 것이다”고 하면서, 위 단체협약상의 문언만으로는 이를 평화조항이라고 이름 붙이는 것은 자유이지만 쟁의의 금지를 상대방에게 구하는 효력을 갖는 평화조항이라고 볼 수는 없다고 하여 이를 각하한 것도 있다(福島交通事件, 福島地決 1974. 4. 2. 勞民集15卷2号, p.221; 위 勞働判例大系(20卷), p.282). 후자의 각하 결정은 평화의무조항이 단체협약에 명확히 규정되어 있는 경우라면 이를 근거로 쟁의행위 금지 가처분신청이 인정될 수도 있다는 의미로 보여진다.

236) 송강직, 앞의 논문 「일본에서의 쟁의행위와 형사책임」, pp.80~83 인용.

237) 1956. 12. 11. 最高裁判所判例集10卷12号, p.1605.

238) 1958. 5. 28. 最高裁判所刑事判例集12卷8号, p.1694.

239) 1973. 4. 25. 最高裁判所刑事判例集27卷3号, p.418.

한 입장을 취하고 있다고 할 수 있다.²⁴⁰⁾ 이러한 사례에서 알 수 있듯이 피케팅의 경우에는 민사책임보다는 형사책임과 관련하여 주로 문제되고 있으며,²⁴¹⁾ 그 정당성의 폭은 평화적 설득에 한정되고 있다고 할 수 있다.

2) 직장점거²⁴²⁾

직장점거가 쟁의행위임은 노동관계법 제1조의 쟁의행위의 정의, 즉 “쟁의행위라 함은 동맹파업, 태업, 직장폐쇄 기타 노동관계의 당사자가 그 주장을 관철할 목적을 행하는 행위 및 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 것을 말한다”에서 분명하다.

직장점거의 정의에 관하여 특별히 규정하고 있지 않으므로 학설에서는, 일반적으로 피케팅이 채권적인 측면에서 문제되는 반면, 직장점거는 사용자의 시설 등 물적인 것과 관련되어 논의된다고 지적하나, 이를 엄격히 구분하여 논한다는 것은 곤란하며, 또한 현실적으로 필요하지도 않다고 할 수 있다. 학설 가운데는 직장점거를 쟁의행위 중 직장에 체류하는 형태, 쟁의행위에 부수하는 형태(이 경우 피케팅과 유사한 것으로 볼 수 있다), 직장점거 그 자체가 중요한 쟁의행위의 수단이 되는 형태 등으로 구분하여, 전 2자의 경우는 정당하거나 정당성을 논할 수 있는 경우라고 보고, 최후의 직장점거 자체가 쟁의행위의 중요한 수단이 되는 경우에는 일반적으로 그 정당성을 긍정하는 것이 곤란한 경우라고 하는 입장도 있다.²⁴³⁾ 어떻든 직장점거는 쟁의행위 상황에 따라 다양한 형태로 이루어지기 때문에 일률적으로 그 정당성을 논할 수 없음은 당연하다. 경우에 따라서는, 예컨대 사용자의 태도에 따라 전면적이고도 배타적인 점거도 인정될 수 있는 것이다.²⁴⁴⁾ 그럼에도 불구하고, 일반론으로 설명한다면 공장점거는 근로자들의 요구가 받아들여지면 곧 작업을 하겠다는 입장에서 공장 내에 머물고 있는 경우이기 때문에, 전혀 관계가 없는 제3자가 공장이라는 건조물에 침입한 경우라든가, 퇴거 요구를 받고 퇴거하지 않는 상

240) 西谷敏 앞의 책, p.422.

241) 앞의 勞働判例大系15卷, pp.165~212 참조.

242) 송강직, 앞의 논문 「일본에서의 쟁의행위와 형사책임」, pp.87~88에서 인용.

243) 西谷敏, 『勞働組合法』, 有斐閣, 1998, pp.424~426.

244) 송강직(역), 앞의 책, p.207.

태와 같이 논할 수 없을 것이며, 동시에 이 경우 공장의 소유권을 빼앗는 것도 아니며, 시설에 손해를 가하는 것도 아닌 경우에는, 피케팅에 의하여 쟁의행위 파괴자를 일시 저지하는 것과 다를 바 없으며, 이것이 허용된다면, 위 직장점거 또한 인정되지 않으면 안될 것이다.²⁴⁵⁾

직장점거는 직장폐쇄의 경우와 관련하여 많이 논의되고 있는데, 직장폐쇄가 먼저 이루어지고 그 후에 직장점거를 하는 경우에는 일반적으로 공장문 등의 열쇠 등을 파괴하고 들어가기 때문에 위법한 것으로 판단될 여지가 많다고 할 수 있다. 그러나 그 정당성의 판단은 구체적 상황에 따라 판단할 수밖에 없다고 할 것이다. 사례에 따라서는 동일한 사건에 대하여 판단이 나뉘는 경우도 있는데, 직장점거가 건물이나 시설의 파괴, 사업의 존속, 안전시설의 위험 등이 인정되지 않는 경우에는 인정될 수 있다고 한 사례가 있는가 하면,²⁴⁶⁾ 직장폐쇄 후 출입금지 표지판을 부수고 출입금지 구역에 들어가 회의실 등을 점거한 경우에 이는 위법한 것으로 인정될 수 없다고 한 것도 있다.²⁴⁷⁾

직장점거와 관련하여서는, 일반적으로 학설²⁴⁸⁾ 및 판례²⁴⁹⁾는, 직장점거가 전면적이고 배타적으로 이루어진 경우와, 그렇지 않은 경우로 나누어, 전자의 경우에는 위법한 것으로 판단하고, 후자의 경우에는 정당한 것으로 판단하고 있다고 할 수 있다.

그런데 문제는 직장점거가 정당성을 결여한 경우에, 사용자로부터 어떠한 형사책임을 지는가. 사례에서 보는 한 직장점거를 이유로 그 책임이 추궁된 것은 대부분이 민사책임(해고, 징계해고 등) 내지 건물명도청구

245) 野村平爾, 『労働法講話』, 日本評論社, 1963, pp.262~263.

246) 目黒製作所事件(宇都宮地決 1961. 4. 28. 労働関係民事判例集12卷2号, p.243).

247) 目黒製作所事件(東京地決 1961. 7. 14. 労働関係民事判例集12卷4号, p.589).

248) 송강직(역), 앞의 책, p.207; 西谷敏, 앞의 책, p.226. 학설 가운데는 전면적이고도 배타적인 직장점거에 대하여 정당성을 인정하는 설도 있으며(外尾健一, 『労働団体法』, 筑摩書房, 1975), 반대로 사용자의 점유를 배제하지도 않고 그 조업도 방해하지 않는 경우에만 정당성을 인정하는 설도 있다(菅野和夫, 『労働法』, 1999, p.594).

249) 학설 및 판례의 흐름에 관하여는 野村平爾(外), 앞의 책, pp.78~80(上条貞夫 執筆); 石井保雄, 「職場占拠」, 別冊ジュリスト No.102, 有斐閣, pp.222~223, 1989; 石井保雄, 「職場占拠」, 蓼沼謙一(外), 『労働法の争点(ジュリスト増刊)』, 有斐閣, 1990, pp.124~125.

등의 경우이다.²⁵⁰⁾ 그렇다면, 민사상 위법한 쟁의행위가 된다고 하여 곧 형사상 위법한 것으로 되는가. 이를 부정하여야 한다. 왜냐하면, 민사상 위법과 형사상 위법은 그 가치판단의 기준이 다르다고 할 것이며, 형사상 위법성의 판단에 있어서는 가별적 위법성 판단이 부가되어야 하기 때문이다.²⁵¹⁾

예외적으로 직장점거가 형사상 책임으로 문제된 것으로서는 東京證券去來所事件 정도가 있는 것에 불과하다. 동 사건은, 불퇴거죄²⁵²⁾의 성립 여부가 문제된 것이다. 東京地方裁判所는²⁵³⁾ 결국 불퇴거죄 성립을 인정하였는데 그 이유로 “쟁의 중 건물관리권에 기초하여 퇴거 요구가 있는 경우, 조합원은 곧 퇴거의무를 지며, 이에 위반하면 곧 불퇴거죄가 성립하는가 하는 것인데, 본 재판소는 곧 그것만으로는 불퇴거죄는 성립하지 않는다고 생각한다. 왜냐하면, 쟁의 중에는 조합원은 단체교섭 등을 할 필요도 있을 것이기 때문에, 조합원이 건물 속에 잔류하는 것 자체를 갖고 곧 불퇴거죄가 성립한다고 한다면, 조합원에게 심히 가혹한 것이 되기 때문이다. 그러나 시설관리권에 기초하여 퇴거 요구가 있는 경우에, 만약 조합측에 정당한 쟁의행위를 일탈하여 사용자측의 업무수행을 방해할 의도를 갖고 그 행위를 한 경우와 같은 사정이 있다면, 이유 없이 퇴거하지 않는 불퇴거죄의 구성요건을 충족하는 것으로 보지 않을 수 없다. 그런데 본건의 경우에, 앞에서 본 바와 같이 조합원들은 적어도 시장관 1층 부분에 관하여는 그 어떤 권한도 없이 정당한 쟁의행위의 한계를 벗어나 이를 점거한 것이기 때문에 불퇴거죄의 책임을 진다고 하지 않을 수 없다”고 하면서, 벌금 1만 엔을 선고하였다.

3) 대체근로에 대한 소결

일본에서는 일반적으로 쟁의행위 참가자는 근로자로서의 지위를 갖는

250) 송강직, 앞의 논문 「일본에서의 쟁의행위와 형사책임」, pp.80~83 참조.

251) 野村平爾(外), 앞의 책, p.80(上条貞夫 執筆).

252) 형법 제130조는, “이유 없이 사람의 주거 또는 사람이 간수하는 저택, 건조물 또는 선박에 침입하거나 요구를 받고서 그 장소로부터 퇴거하지 않은 자는 3년 이하의 징역 또는 50만 엔 이하의 벌금에 처한다”고 한다.

253) 1958. 8. 29. 判例時報168号(労働判例大系15卷, 労働旬報社, 1992, p.226에서 재인용).

것으로 해석한다. 따라서 쟁의행위가 종료되면 원직복귀가 원칙적으로 인정되는 것이다.

반면, 사용자는 파업기간 중에 사용자가 조업을 할 자유를 갖는 것 또한 보장된다. 그러나 파업에 참가하고 있는 근로자들에 대하여 평소와 같이 조업의 유지 및 계속을 요구할 수 있는 권리를 갖는 것은 아니며, 스스로의 힘으로 조업을 계속하는 조치를 취하지 않으면 안된다.²⁵⁴⁾ 한국과 같이 쟁의행위 기간 중의 사용자의 채용 내지 대체근로 제한, 쟁의행위로 중단된 업무의 도급 또는 하도급 금지 등과 같은 법규정은 존재하지 않는다.

여기서 조업을 계속하려고 하는 경우에 이 사용자측과 이를 저지하여 쟁의행위의 실효성을 확보하려고 하는 근로자들 사이에 필연적으로 대립이 발생하게 되는 것이다.

일본의 경우 쟁의행위와 대체근로 문제는 주로 쟁의행위 기간 중에 회사의 종업원 또는 임원들에 의한 조업 강행과 이에 대한 파업참가자들의 제지의 문제로 전환되어 간다. 위에서 본 바와 같이 피케팅이 그 하나의 예인데, 최고재판소는 그 정당성에 대하여 엄격하게 평화적 설득에 의한 경우로 이를 한정하는 입장에 있다. 그러나 학설은 대체근로자가 당해 회사의 간부들인지, 비조합원인지, 조합원으로서 쟁의행위에 불참한 자인지, 제3자인지 등에 따라 피케팅의 정당성의 범위를 달리하여 논하는 것이 통설이다.²⁵⁵⁾

그리고 일본의 경우에 쟁의행위 기간 중에 회사가 조업의 계속을 위하여 회사에 출입시키고자 하는 자들은 회사의 종업원 내지 임원 등의 경우와 같이 직접적으로 회사와 관련하는 자에 한정되어 문제되고 있다. 그런 의미에서 한국에서 쟁의행위 기간 중에 당해 사업과 관계없는 자의 채용 또는 대체를 금지하고 있는 것과 실질적으로는 차이가 없다고 할 수 있다.

직장폐쇄 가운데도 사용자는 조합원만을 공장 밖으로 내보내고 비조합원들에 의한 조업의 계속을 하기 위한 경우가 있다.²⁵⁶⁾

실례로서 쟁의행위 기간 중에 쟁의행위로 인하여 중단된 업무의 계속

254) 浪江源治, 「爭議中の労使関係」, 『新労働法講座4』, 有斐閣, 1973, p.280.

255) 浪江源治, 앞의 논문, p.281; 西谷敏, 앞의 책, pp.423~424 참조.

256) 西谷敏, 위의 책, p.440 참조.

을 위하여 이를 도급하는 경우는 보이지 않는다. 이는 일본의 노사관계의 신뢰의 중시와 무관한 것으로 보여지지 않는다.

3. 한국

가. 쟁의행위 기간 중의 채용 또는 대체근로 제한

1) 채용 또는 대체근로 제한

쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 ‘당해 사업’과 관계없는 자를 채용하거나 대체할 수 없도록 하고 있다(노동관계법 제43조 제1항).

여기서 사업의 정의에 관하여, 사업의 범위를 확대하여 장소와 사업의 내용에 관계없이 기업조직 전반에 대하여 대체근로가 가능하다는 것에는 반대하는 입장과,²⁵⁷⁾ 동일기업에 속하는 다른 사업장도 포함하는 것으로 보는 입장이 있다.²⁵⁸⁾ 2008년 시행 예정의 노동관계법 제43조 제4항은 ‘당해 사업 또는 사업장’이라는 용어를 사용하고 있는 데서, 적어도 개정된 법의 입장에서는 위 사업의 정의 내지 대상은 다소 그 업무 내용 등이 이질적인 것이라고 하더라도 이를 널리 포함하는 의미의 ‘사용자가 일체로서 경영하는 사업체’로 해석하는 것이 타당할 것 같다.

중단된 업무의 수행을 위한 경우가 그 금지의 요건으로 되어 있다. 그렇다면 사용자는 쟁의행위와 관련 없는 업무의 수행을 위한 목적으로 근로자를 채용한 경우, 이는 대체근로와 관련하여 금지되는 채용에 해당하지 않는 것은 명확한데, 그 이후에 위 채용된 근로자가 대체근로 허용 대상으로 분류될 수 있을 것인가 하는 문제가 발생할 수 있다. 그러나 위 규정의 합목적적 해석의 입장에서 위 사례에서는 채용까지는 유효하지만 당해 근로자를 대체근로자로 사용할 수는 없다고 해석하는 것이 타당할 것이다. 나아가 사용자의 위와 같은 행동 및 대체근로 투입행위는 근로자의 단체행동권 침해의 문제가 발생할 수 있음은 물론이다.

257) 김형배, 『노동법』, 박영사, 2007, p.862.

258) 김유성, 『노동법 II』, 법문사, 1997, p.292.

2) 도급 또는 하도급 금지

쟁의행위로 중단된 업무의 도급 또는 하도급이 금지된다(노동관계법 제43조 제2항).

사용자가 쟁의행위 기간이 아닌 평상시에 그의 일방적인 결정으로 영업의 일부 또는 전부에 대하여 도급 또는 하도급을 줄 수 있는지의 정당성 유무는 별론으로 하고, 적어도 쟁의행위 기간 중으로서 그 쟁의행위로 중단된 업무에 대한 도급 또는 하도급은 금지된다는 것이다.

위 조항은 쟁의행위권, 쟁의행위 해결을 위한 성실한 단체교섭권 등에 대한 존중에서 규정된 것으로 볼 수 있는데, 그러한 의미에서 쟁의행위 기간 중 노사합의에 의한 도급 또는 하도급까지 금지하는 것은 아니라고 해석할 수 있을 것이다.

나. 필수공익사업과 대체근로 제한

1) 쟁의행위 기간 중의 채용 또는 대체근로 등의 원칙적 허용

필수공익사업에서의 쟁의행위의 경우, 쟁의행위 기간 중에 한하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하는 것, 그 업무의 도급 또는 하도급은 허용된다(2008년 시행, 노동관계법 제43조 제3항).

2) 쟁의행위 기간 중의 채용 또는 대체근로 등 제한

필수공익사업에서의 쟁의행위 기간 동안 대체근로 등에 대하여 원칙적으로 허용하면서도 일정 부분 이를 제한하고 있다. 즉 당해 사업 또는 사업장의 과업참가자 100분의 50을 초과하지 않는 범위 내에서 채용 또는 대체하거나 도급 또는 하도급을 줄 수 있다고 한다(2008년 시행 노동관계법 제43조 제4항). 과업참가자수의 산정 방법 등은 대통령령으로 정하도록 하고 있다.

V. 대체근로 등의 해석론

한국의 쟁의행위와 대체근로에 관한 입법 및 그 내용은 앞에서 본 미국과 일본에서 뿐만 아니라 전 세계적으로 그 유례를 찾아보기 어렵다. 대체근로에 대하여 상당히 특이한 규정을 두고 있으므로 그 해석 또한 특이하지 않을 수 없다고 하겠다. 이하에서는 종래의 규정과 새로이 부가된 필수공익사업에서의 대체근로 문제에 대하여 의문되는 점 등을 보고자 한다.

1. 입법 특징

종래 쟁의행위 기간 동안 당해 사업과 관계없는 자의 채용 또는 대체가 금지된 결과, 예외적으로 당해 사업 내의 근로자를 통한 대체근로만이 가능하였다. 여기서 채용이란 근로자를 새로이 고용하는 경우를 말하는 것으로 해석되고 있는데, 사업 확장이나 정년 등으로 인한 자연감소분에 대한 충원은 여기서 말하는 채용에 해당되지 않는다. 그러나 임시직 근로자, 단시간 근로자의 채용 등은 금지된다고 해석된다.

쟁의행위 기간 중에 사용자에게 이러한 제한을 하고 있는 외국 입법은 보이지 않는다. 이는 쟁의행위라고 하는 기본권에 대한 보호의 입장에서 이해할 수 있는 부분도 있지만, 사용자의 조업의 자유에 대한 명문적 제한 규정이기 때문에 그 해석에 있어서 다소 곤혹스러운 부분이 없는 것도 아니다.

종래의 대체근로 등에 대한 위 제한에 더하여 2008년 시행 예정인 개정에는 필수공익사업에서 쟁의행위 기간에 한정하여 당해 사업과 관계없는 완전한 제3자를 포함하는 일시적 대체근로자를 고용할 수 있도록 적극적으로 보장하였다. 다만, 미국과 같이 영구적 대체근로자는 인정하지 않은 점에서 그 차이가 있다.

2. 입법상의 규정과 의문점

동시에 필수공익사업의 경우에 쟁의행위 기간 동안 도급이나 하도급을 무제한적으로 허용하고 있는데, 도급의 경우에도 사내도급의 경우에는 쟁의행위를 하고 있는 상황에서 사용자와의 대립이 아니라 근로자로서 쟁의행위로 중단된 업무를 수행하는 자들과의 관계 및 수급인과의 관계에서 이들에 대한 피케팅의 정당성, 직장점거의 정당성 등이 새로운 관점에서 문제될 수 있다. 즉 도급인인 사용자의 소유권, 수급인의 시설 사용권 등이 동시에 문제될 수 있다. 이러한 문제는 기본적으로 사외도급의 경우에도 같다고 할 수 있다.

외부로의 도급인 경우에 쟁의행위가 종료되자 곧장 도급 상황에서 진행된 생산이 즉시 중단되고 근로자들의 복직은 보장될 수 있는가. 근로자측의 임금청구와 관련하여서는 쟁의행위가 종료된 시점에서 기산하면 되지만, 구체적으로 업무로의 복귀가 특히 외부로의 도급의 경우에는, 예컨대 사용자의 기계 및 설비의 일부를 이동한 경우와 같이 즉시 가능하지 않을 수 있다.

도급이 이루어지는 경우에, 사실상 직장폐쇄와 다른 점이 무엇인가. 직장폐쇄의 경우에는 파업불참가자인 근로자에 대한 사용자의 임금지급의무 또는 휴업수당 지급의무 등을 면하게 되는데, 도급의 경우에 이들에 대한 사용자의 임금지급의무는 어떻게 볼 것인가. 도급의 경우에는 사용자는 파업불참자에 대하여, 사용자의 귀책사유에 의한 휴업규정의 적용이 문제되는 것이 아니라 임금전액 지급의무를 부담한다고 할 것이다. 왜냐하면 도급에 의하여 실질적으로 생산이 이루어지고 있다면 이 경우 사용자에게 있어서 휴업이라고 볼 수 없기 때문이다. 그리고 필수공익사업주의 생산의 일부 또는 전부가 근로자들의 파업으로 중단되고 그 부분에 대하여 도급 등의 방법으로 정상적인 생산 활동이 이루어지는 경우 특히 사용자의 파업 해결을 위한 성실한 단체교섭의무의 정도는 더욱 강하게 요구된다고 하겠다. 나아가 도급이 이루어지는 경우에는 상황에 따라서는 파업참가인에 대한 임금지급의무가 당연히 면제된다고 할 수 없는 경우는 없겠는가? 예컨대 필수공익사업주의 부당노동행위 등에서 발단이 된 파업, 뒤이은 파업으로 인하여 중단된 당해 업무의 도급 등의 경우에

파업참가인에 대한 사용자의 임금지급의무가 완전히 부정될 수 있다고 볼 수 없다고 할 것이다.

그리고 문언적으로 보면 필수공익사업에서 대체근로를 투입하는 경우에 그 기간은 쟁의행위 기간 중으로 한정하고 있지만, 대상 업무는 직접적으로 규정하고 있지 않다. 그러나 조문의 전체적 흐름에서 볼 때에 대체되거나 도급 등의 대상이 되는 업무도 쟁의행위로 중단된 업무의 수행에 한정된다고 하겠다. 그런데 도급 또는 하도급의 경우에도 그 허용 범위가 100분의 50을 초과하지 않는 범위 내로 한정되는 것처럼 규정하고 있는데, 그렇다고 한다면 도급 또는 하도급의 경우에 대체근로자 수를 접근하는 것은 그 성격상 적절하지 않다고 할 수 있는데, 이 경우 100분의 50은 일정한 생산량의 100분의 50으로 볼 수 있는 것인지 명확하지 않다. 또한 도급 또는 하도급의 경우에 파업참가자수의 100분의 50이라고 하는 것이 어떠한 의미가 있는 것인지 의문스럽다. 이 경우에도 가령 도급, 하도급에 있어서 그 대상이 파업으로 중단된 업무에 한정되지 않고 당해 사업 또는 사업장 업무 전체가 된다고 하면 파업불참자에 대한 임금지급은 휴업이 아니므로 휴업수당이 아닌 임금 전액이어야 할 것이다.

나아가 파업참가자수의 100분의 50 이하까지 대체근로를 허용하도록 하고 있는데 파업참가자수의 기준이 되는 시점에 대하여는 시행령에 위임하고 있는 상태이므로 확정된 것이 없는 상황이다.

파견법상의 파견금지지는 필수공익사업에 대한 대체근로 허용범위 내에서 그 적용이 없다고 해석할 수 있다. 법률 상호간의 조화로운 해석상 대체근로 허용 규정의 입법적 의미에서 볼 때에 파견근로에서의 대체근로 금지의 범위는 위 대체근로 범위를 초과하는 부분에 대한 것으로 해석하여야 할 것이다.

3. 구체적 의문 제기

가. 단체협약에 의한 입법의 배제

노사가 자치적으로 단체협약에 당해 필수공익사업 등에서의 쟁의행위

시 대체근로, 도급 등을 하지 않는다고 약정하는 경우를 생각해 볼 수 있다. 이 경우 이러한 약정의 효력의 인정 여부도 문제되겠는데 이를 필수 공익사업의 보호라고 하는 관점에서 공공복리를 내세워 무효라고 해석할 수는 없다고 생각된다.

이러한 사건이 인정된다면, 사용자가 위 약정을 어기고 법규정의 내용을 지키는 형태로 대체근로자 등을 고용한 경우 그 자체의 효력을 부정할 수 없다고 할 수 있겠으나, 노동조합은 단체협약 위반에 대하여 사용자에게 채무불이행의 책임을 물을 수는 있다고 할 것이다.

나. 쟁의행위의 정당성 여부

개정법 내용은 쟁의행위라고 표현하고 있는데, 쟁의행위의 형사면책 규정(제4조)에서는 정당한 행위에 한정한다는 것을 분명히 하고 있지만, 그 외 특별히 정당한 쟁의행위라는 표현을 하고 있지 않다. 일반적으로는 정당한 쟁의행위의 경우를 포함한다고 하겠는데, 문제는 정당하지 않은 쟁의행위시에는 미국식으로 표현하면 영구적 대체근로 형태의 신규 채용 뿐만 아니라 대체근로자의 수도 파업참가자의 100% 대체근로가 가능하다고 할 것이다.

그러나 정당하지 않은 쟁의행위라고 하는 경우에 그 의미가 법에서 요구하는 파업 찬반투표 또는 조정기간 위반 등과 같은 절차 위반의 쟁의행위인 경우에는, 판례법상 무리가 있다고 생각되지만 해석론적으로는 적어도 이러한 의미의 위법한 쟁의행위에는 쟁의행위의 목적 및 수단이 정당하지 않은 쟁의행위와 동일하게 취급할 수 없다고 할 것이며, 이 경우에는 대체근로자수는 정당한 쟁의행위에 준하여 파업참가자의 100분의 50 기준이 적용되어야 되는 경우로 볼 수 있지는 않은지 하는 의문이 남는다.

태업인 경우에, 준법투쟁인 경우에는 어떻게 판단할 것인지? 법규정이 파업이라고 하고 있고, 대체근로자 근로자의 단체행동권을 제한하는 성격을 갖는 것이므로 엄격히 해석할 필요가 있다고 할 것이다. 따라서 태업, 준법투쟁 등과 같이 파업이 아닌 쟁의행위에 대한 대체근로는 여전히

금지된다고 할 것이고, 이들 쟁의행위로 중단된 업무에 대하여는 도급, 하도급을 줄 수 없다고 할 것이다.

다. 중단된 업무·대체근로자 선정 과정 및 담당업무 접근

중단된 업무는 어떻게 해석할 것인가? 쟁의행위 불참가자들이 생산현장에 흩어져 남은 경우 이들을 모아서 업무를 재조정하여 대체근로자로 고용된 자들과 함께 일정한 생산라인을 가동하는 곳에 집중하는 것도 허용될 것인가. 해석론적으로는 이러한 제도를 도입하는 이상, 허용되는 수의 근로자들을 갖고 어떠한 업무의 정상가동에 집중할 것인가 하는 것은 사용자의 재량으로 볼 수 있다.

한편 필수공익사업에서 중단된 업무를 수행하는 것은 다소 전문적인 기술을 요하는 경우가 많은데, 어떠한 자격증이 요구되는 업무라고 한다면 당연히 대체근로자도 그 요건을 충족하여야 함은 물론이다. 그러한 경우가 아니라고 하여도 다소 숙련된 기술을 요하는 업무도 있을 것이라고 예상되는데, 여기서 대체근로자를 고용하고 이들로 하여금 특정 업무에 종사시키는 경우에 이를 사용자의 완전한 자유의 영역으로 맡겨도 되는 것인가 하는 우려가 있다.

파업참가자의 수를 정하는 시점과도 밀접하게 관련 있는 문제이지만, 노동조합이 사용자측이 대체근로 고용의 움직임이 있는 시점에서 전략적으로 파업불참자를 내어 사용자가 이미 확정되거나 확정지으려고 한 대체근로자의 수를 줄여야 하는가. 사용자가 일용 확정된 대체근로자를 대신하여 파업불참가자를 우선적으로 근로에 종사하게 할 의무가 있다고 볼 수 있는가. 특히 후자와의 관계에서 보면, 파업참가자의 수를 정하는 시점 이후에 파업불참자가 나오게 된 경우로서 사용자가 이들에 대한 근로제공 거부에 있어서 부당노동행위가 성립될 가능성은 완전히 배제되는 것으로 볼 수 있을 것인가.

미국의 경우 영구적인 대체근로자를 고용하는 사용자는 연방정부와의 계약의 당사자 적격을 상실하거나 그 당사자가 될 수 없는데, 그 이유 가운데는 숙련공 등의 담당하던 업무가 대체근로자들로 메워져 서비스 내

지 용역의 품질이 보장되지 않는다는 우려가 포함되어 있다.

쟁의행위 기간 중이므로 노사협의회 등도 그 정상적인 가동이 어려운 경우가 될 것인데 시행령 등을 통한 제도적 보완이 필요하다고 하겠다.

라. 100분의 50 기준

파업참가자수의 기준 시점은 시행령의 과제로 남아 있다.

파업 찬반투표로의 참가자수를 기준으로 하게 되면, 당해 투표 이후에 파업에 불참한 자들도 있을 것이고, 역으로 찬반투표에 참가하지 않고 파업에 참가한 자들도 있을 수 있다. 사용자의 입장에서는 대체근로를 원한다면 파업 즉시 이들을 고용하고자 할 것이므로 제도적으로 며칠 간의 파업에 대한 평균 수치로 접근할 수도 없다.

어떻든 어느 시점을 기준으로 한다고 하였을 때에 그 다음으로 이러한 산정 기관이 문제될 수 있는데 이는 이해 당사자도 아니면서 독립적인 행정기관인 노동위원회 등이 담당하는 것이 타당할 것이다.

그리고 100분의 50이라고 하는 수치는 관리직, 임원, 파업불참자, 필수유지업무무제 등을 고려하면 평상시 업무의 상당 부분을 가동할 수 있는 수치가 된다는 것에서 근로자측으로서는 쟁의행위의 실효성 확보 면에서 곤란해질 수도 있는 수치일 수 있다.

마. 사용자의 부당노동행위

위에서 본 바와 같이 노동조합이 사용자측이 대체근로 고용의 움직임이 있는 경우에 전략적으로 파업불참자를 내었을 경우이거나 자발적으로 파업도중에 탈락한 경우로서 사용자가 이들을 대체근로자 고용에서 탈락시켰을 경우에 부당노동행위가 성립될 가능성도 배제할 수 없을 것이다.

대체근로자에게 파업 이전의 파업참가자보다도 유리한 근로조건을 부여하는 경우도 부당노동행위와 관련하여 문제될 수 있다.

대체근로자를 채용하면서 차후의 신규 채용에서 우선권을 부여하겠다는 계약 등은 부당노동행위가 성립될 가능성도 있다.

쟁의행위가 종료된 이후에 사용자가 신규 채용에 있어서 대체근로를 채용하려고 하는 경우에 이에 대한 노동조합의 반대가, 나아가 이와 관련한 요구, 파업 등의 경우에 기존의 사용자의 채용에서의 인사권 존중 법리가 그대로 타당하다고 할 수 있을 것인가. 신규 채용자에 대한 노동조합 가입거부가 정당화될 수 있을 것인가.

바. 배타적 교섭대표제도

사업 또는 사업장 단위에서의 복수노동조합 보장과 함께 논의되고 있는 단체교섭창구 단일화가 미국식으로 투표에 의하여 결정되게 되는 경우, 그에 따른 부수적인 규정들이 보완되겠지만, 예컨대 일정 단위 내에서 과반수 이상으로 교섭대표를 선출하게 되는 경우, 이 노동조합이 쟁의행위에 돌입하였을 때에 대체근로의 규모에 따라서는 교섭대표의 대상이 되는 근로자(파업불참자, 비노조원, 대체근로 등 포함) 과반수 이상을 유지하기 어려운 경우도 발생할 수 있다.

그리고 이러한 제도가 도입되면 미국과 같이 공정대표의무가 강하게 발생하게 되는데, 파업불참자, 대체근로자 등에 대하여 공정한 대표의무를 얼마나 기대할 수 있을 것인가.

단체교섭창구 단일화 문제와 관련하여 차후에 논의해 볼 문제라고 생각한다.

VI. 결 론

대체근로제도는 필수공익사업 부문에서 쟁의행위가 발생한 경우로서 파업참가자수의 100분의 50 이내에서 인정되는 제도인데 이러한 유형의 입법은 전 세계적으로 그 유례를 찾기가 어렵다. 다른 한편, 종래 필수공익사업에서의 노동쟁의에 대하여 직권중재제도를 두고 있던 것을 폐지하면서, 원칙적으로 노사간의 자치에 의한 필수업무유지 협정을 통하여 쟁

의행위 중이라고 하더라도 유지되어야 할 업무를 보장하는 것을 제도적으로 도입하였다. 후자의 필수업무유지 협정은 공익적 관점에서 공익보호를 위하여 쟁의행위가 발생한 경우라고 하더라도 반드시 유지되어야 할 업무를 노사간에 자치적으로 정하는 것으로 이해되고 있다. 그러나 대체근로는 공익보호라기보다는 법으로 사업주의 재산권, 경영권을 보장하는 것으로 이해될 수 있는 부분이 있다.

미국에서 대체근로는 상식적으로 지적되고 있듯이 헌법상 노동기본권이라고 하는 규정을 두고 있지 않는 상황에서 논의되고 있는 판례법상의 제도이다. 그러나 미국에서도 근로자의 쟁의행위에 대하여 무조건적으로 대체근로를 보장하는 것이 아니라, 부당노동행위에 대한 항의로서의 쟁의행위 같은 경우에는 임시적인 대체근로만이 가능하고, 그 외의 쟁의행위의 경우에도 영구적 대체근로 이후의 신규 채용 등에 있어서 파업참가자들의 고용이 우선되는 등 일정 부분 근로자들의 근로권이 보장되고 있음을 알 수 있었다. 일본에서는 사건에 의하면 노사 신뢰의 바탕 위에서 쟁의행위와 관계없는 제3자에 의한 쟁의행위 기간 중의 대체근로는 문제되고 있지 않으며, 쟁의행위 중의 조업 계속은 기존의 근로자 가운데 파업불참자 또는 노동조합의 조합원이 될 수 없는 간부직 근로자들에 의한 조업 강행이 문제되어 왔고, 이러한 분쟁에 대한 해결은 피케팅의 법리로서 문제되어 오고 있으며, 적어도 최고재판소의 판례법리는 조업을 강행하려고 하는 사용자측 내지는 파업불참자들에 대한 쟁의행위 참가자들의 권리는 평화적 설득의 범위 내에서만 이를 인정하고 있고 동시에 이는 정착된 법리라고 할 수 있다.

이렇듯 대체근로제도는 그 법규정의 특수성뿐만 아니라, 그 규정의 의미도 대부분 시행령에 위임되어 있거나 해석론에 맡겨져 있다고 할 수 있다는 점에서 큰 문제를 안고 출발할 수밖에 없는 운명을 타고났다고 할 수 있다. 예컨대 앞에서 검토한 도급 또는 하도급의 경우의 기술적인 문제, 100분의 50 이내의 대체근로와 관련한 시점과 파업불참자의 출현 등과 같은 유동적 상황에 대한 해석론, 사용자의 부당노동행위 등이 그것이다.

본고에서 논한 사건이 대체근로제도의 정착에 있어서 참고가 될 수 있다면 다행스럽게 생각한다.

결 문

서문에서 이미 언급한 바와 같이, 2007년의 노동법·법경제 포럼은 2006년에 그 일부가 마무리된 이른바 ‘선진화법’에 대한 실증적 법리분석과 평가 작업, 즉 보편화된 국제노동기준(Global Standards)에 부합하면서 우리 노사관계의 현실에 맞는 새로운 노사관계의 틀을 구축하고 근로자 보호와 노동시장의 유연성 제고를 동시에 도모하겠다는 ‘노사관계법·제도 선진화 방안’의 당초 목표에 과연 얼마만큼 접근되었는지에 대한 점검·평가에 집중하였다.

이를 위해 먼저 “개정(改定) 노동법의 개괄적 고찰과 노동조합 설립 신고에 관한 몇 가지 문제”(박제성)는 선진화법의 개괄적 고찰, 즉 주요 법 개정 사항에 대해 법리적 점검이 필요한 항목들을 짚어보는 작업에서 출발하고 있다. 이 부분은 2007년 본 포럼의 주요 주제별 논점을 조망하여 그려본다는 측면에서 매우 의미 있는 작업이 아닐 수 없지만, 선진화법에 대한 총평에 있어서도 빠뜨릴 수 없는 과정일 것이다. 아울러 이 글에서는 노동조합 설립신고제도와 관련하여 관할 행정관청이 변경되었던 그동안의 입법적 흐름을 살펴보고 관련 조문의 법리적 분석을 시도하는 한편, 기타 문제로서 설립신고증을 받은 노동조합의 자격 부인 및 변경신고의 반려에 대해 관련 판례 및 쟁점사항을 점검하고 있다. 관점의 변화가 가져다주는 참신함이 돋보이는 영역으로, 필자의 주장과 같이 앞으로 적절한 보완조치가 반드시 진행되어야 할 것으로 생각된다.

한편 개별적 근로관계 영역에서 “정리해고에 따른 우선재고용 의무제도”(조용만)는 경영상 이유에 의한 집단적 해고(정리해고) 및 우선재고용에 관한 ILO를 중심으로 한 국제노동기준의 분석작업에서 출발하여 정리해고 및 우선재고용제도에 대한 제외국(프랑스, 미국, 일본)의 법제 분석을 시도하고 있다. 이를 통해 우선재고용 근로자 선정 기준에 대한 시사

점을 도출하는 한편, 국내법제에 대한 총괄적 평가 및 개선방안을 간접적으로 던져주고 있다. 필자는 우리 개정 법제가 우선재고용을 법제화하고 있지 않은 미국·일본에 비해서는 선진적이라고 할 수 있겠지만, ILO 등 국제노동기준에 보다 구체적으로 부합되기 위해서는 프랑스의 선행 법제가 제공하는 유용한 시사점(장점과 한계)은 물론 미국의 재고용 관행 및 일본의 판례법리를 적절히 참조할 것을 적극 제안하고 있다.

또 “노사관계 선진화법상의 부당해고 구제제도”(유성재)에서는 부당해고구제제도와 관련한 최근 근로기준법의 개정 경과를 정리·분석하는 작업에서 출발하여 금전보상제도 및 이행강제금제도에 관한 비교법적(독일, 프랑스, 영국, 미국, 일본) 고찰을 시도하고 있다. 이를 통해 금전보상제도 및 이행강제금제도의 도입에 따른 법리적 문제점을 분석하는 한편 법해석론 및 입법론적 대안 제시를 시도하고 있다. 필자는 새롭게 설계된 부당해고구제제도의 주요 내용인 금전보상제도와 이행강제금제도가 당초 입법 취지에도 불구하고 구체적 내용의 공백 및 입법기술적 허술함으로 인해 상당한 입법론적 보완이 시급한 것으로 평가하고, 이를 메우기 위한 해석론적 입장을 전개하고 있다.

노동시장 영역에서 선진화 입법의 핵심적 지향점은 유연성과 안정성의 조화였다. 위에서 살펴본 두 쟁점은 바로 이러한 상호 모순적일 수 있는 두 지향점이 어떻게 절절한 적점을 찾을 수 있을 것인가를 가늠하는 시금석으로서의 역할을 하고 있다. 이는 당초 입법 목적을 제대로 실현하기가 쉽지 않다는 이야기가 될 수도 있다. 따라서 세부 사항에 대한 제도적 장치 마련을 포함한 법 시행의 꼼꼼한 사전준비 작업이 새로운 입법적 시도의 성공을 위해 무엇보다 중요한 시점이라고 하겠다. 문제는 지금까지의 상황을 기준으로 판단해 볼 때 그것이 그다지 효율적이지도 충분해 보이지도 못하다는 점이며, 이는 앞으로 법·제도의 보완 과정을 위해 반드시 고려되어야 할 사항이 될 것이다.

집단적 노사관계 영역에서 먼저, “필수유지업무의 범위와 관련 범조항의 법리적 해석”(문무기)에서는 선진화법에서 직권중재제도를 폐지하고 필수유지업무제도를 도입하게 된 논의 경과와 그 의미를 되짚어 봄으로써 이 제도의 지향점이 무엇이어야 하는지를 먼저 모색하고 있다. 또 필

수유지업무의 범위에 관한 시행령(안)에 대한 비교 검토 및 이번에 새로 만들어진 필수유지업무 관련 조항의 법리적 해석을 시도하고, 이에 대한 총평 내지 보완방안을 제시하고 있다. 필자는 공공의 이익과 노동기본권이 조화를 이루기 위해서는 노동관계법이 ‘최소한’에 머물러야 하며, 특히 노사관계가 그 당사자의 ‘자율과 책임’에 기초하여 꾸려나갈 수 있도록 보완되어야만 신설 제도의 안착(soft landing)이 가능할 것으로 전망하고 있다.

이어지는 “대체근로”(송강직)에서는 먼저 필수공익사업 부문에서 대체근로제도가 허용되는 배경 및 입법사적 흐름을 분석하고 미국, 일본 및 우리나라의 대체근로제도를 비교 분석하고 있다. 또한 개정 노조법상 관련 조항의 법리적 해석을 시도하는 한편, 신설 제도의 문제점 분석 및 정책론적 고찰을 시도하고 있다. 신설 대체근로제도는 공익보호보다는 사업주의 재산권·경영권을 법으로 보장하기 위한 제도로서 전 세계적으로 그 유례를 찾아보기 힘든 독특한 제도인만큼 충분한 시행 준비가 필요하지만, 미국·일본과 달리 법리적·제도적 완성도가 불충분하여 출발 시점부터 상당한 문제점을 안고 있다고 평가된다는 것이 필자의 생각이다. 따라서 구체적으로 제기되는 법리적·현실적 문제점들을 해소하기 위한 다양한 논의 과정과 대안 마련이 반드시 요청된다.

과거 집단적 노사관계법제의 영역에서 우리 노동관계법은 노사관계상 조정자로서의 역할을 지나치게 앞서서 자임함으로써, 그 당사자 스스로의 자정노력을 약화시킨 화를 자초한 바 있다. 특히 선진화법이 보편화된 국제노동기준(Global Standards)에 부합하면서 우리 노사관계의 현실에 맞는 새로운 노사관계의 틀을 구축하고자 하는 목표를 설정한 이상, 이러한 과거의 경험을 반면교사로 삼아야 함은 이론의 여지가 없다. 다만, 한 가지 덧붙이고 싶은 것은 노동관계법 규범이 추구해야 할 목표는 ‘공익과 노동기본권의 조화’이지, ‘공익을 직접 담보’하는 것은 아니라는 사실이다. 따라서 신설·개정된 관련 법규정의 해석·적용에 있어서도 이러한 기본 방향이 적절히 반영되어야 할 것이다.