

쟁의행위 정당성의 국제비교

2000. 4.

한국노동연구원

책머리에

쟁의행위가 현대 산업사회에서 필연적으로 발생할 수밖에 없는 현상이 라면 쟁의행위에 대한 법적 규율은 쟁의행위의 法化(Verrechtlichung)를 촉진하는 방향에서 이루어져야 한다. 쟁의행위에 관한 규율이 쟁의행위를 일률적으로 금지 또는 제한하는 방법에 의해 이루어지거나 노사당사자간의 사실적인 힘과 힘의 충돌을 방지하는 방법으로 이루어진다면 당사자에 대해서만이 아니라 사회 전체적으로 볼 때에도 결코 바람직하지 않다. 헌법상 쟁의행위가 보장되어 있는 우리의 현실에서는 쟁의행위에 대한 규율은 쟁의행위의 정당성에 대한 룰을 사전에 합리적으로 설정하고 당사자들이 여기에 따를 것을 기대함으로써 효과적으로 기능할 수 있을 것이다. 결국 쟁의행위를 법제도 내에 실질적으로 포섭하여 쟁의행위의 법적 규율에 대한 예측가능성을 높임으로써 불필요한 분쟁을 방지하는 방법이 가장 바람직한 법적 규율이라고 할 수 있다.

우리 나라에서 쟁의행위의 정당성에 대한 규율은 대법원 판례를 통하여 이루어져 왔고 오늘날 상당한 정도의 상세한 법리가 형성되어 있다고 평가할 수 있다. 그러나 1997년 노동조합및노동관계조정법이 성립함으로써 쟁의행위에 관한 규율에 있어서 구 노동쟁의조정법과는 미묘한 차이를 보여주고 있다는 점, 갈수록 다양해지는 쟁의행위의 목적 내지 태양을 둘러싸고 여러 가지 새로운 문제가 제기되고 있는 점 등을 고려할 때 쟁의행위의 정당성에 대해서는 보다 체계적이고 정밀한 법적 검토가 요구되는 시점에 와 있다.

이에 본 연구는 비교법적인 접근을 시도함으로써 쟁의행위의 정당성에 대한 논의를 위한 자료를 풍부하게 제공하고 있다는 점에서 의의를 찾을 수 있을 것으로 보인다. 우리 나라의 노동법 시스템에 대한 국제사회의 평

가가 단결권, 특히 쟁의행위에 관한 사항에 집중되고 있는 상황에서 쟁의행위의 정당성을 둘러싼 ILO의 입장을 소개하여 국제노동기준과의 정합성을 검토할 수 있도록 한 점, 종래 특별한 소개가 이루어지지 않고 있었던 독일, 프랑스, 미국 등 구미에서의 쟁의행위의 정당성에 대한 판단기준을 우리 나라의 그것에 따라 제시함으로써 쟁의행위의 정당성에 관한 법적 규율에 있어서 우리의 위치를 점검할 수 있는 기회를 제공하고 있는 점은 본 연구의 적극적인 의미라고 할 수 있을 것이다. 쟁의행위의 정당성에 대한 판단이 각국의 사회경제적 배경이나 법체계의 차이에도 불구하고 일정하게 수렴하는 경향이 있다는 것은 향후 우리 나라의 쟁의행위에 대한 법적 규율의 방향을 암시하는 것이라고 할 수 있다.

본 연구의 한계로서는, 각국의 노동조합조직체계나 단체교섭시스템, 법체계에 대한 논의가 결여되어 있다는 점을 지적할 수 있다. 이러한 점들은 쟁의행위의 정당성 판단에 직결되는 불가결한 전제적 사실로서 간과되어서는 안되는 요소이지만, 본 연구에서는 지면관계상 생략하고 쟁의행위의 정당성 그 자체에 대한 논의에 국한할 수밖에 없었기 때문에 본 연구를 이해함에 있어서 주의를 요한다. 기회가 허락하면 이러한 점을 포함한 종합적인 연구를 약속하고자 한다.

본 연구를 수행함에 있어서 애정어린 비판을 해준 익명의 논평자와, 박찬영 전문위원을 비롯한 출판관계자와 박점숙·황선주 연구조원에게 감사드린다.

끝으로 본 연구에 수록된 내용은 저자들의 개인적인 견해이며, 오류나 실수 역시 저자들의 책임임을 밝혀 둔다.

2000년 4월

한국노동연구원

원장 박 환 구

목 차

제 1 장 서 론	(이승욱) ... 3
제 2 장 ILO에서의 쟁의행위의 정당성	(이승욱) ... 8
제1절 서설	8
제2절 주체면에서의 정당성	10
1. 공무원	10
2. 공익사업	13
제3절 목적면에서의 정당성	16
1. 정치파업	17
2. 동정파업	19
제4절 절차면에서의 정당성	20
1. 일반원칙	20
2. 내부절차	21
3. 알선, 조정, 임의중재	22
4. 강제중재	23
제5절 기타 쟁의행위의 정당성	26
1. 단체교섭·단체협약과의 관련	26
2. 파업권의 남용	27
3. 쟁의행위의 수단	29
제6절 쟁의행위에 대한 제한조치의 정당성	31
1. 근로자의 동원	31
2. 파업시 대체고용의 정당성	32
3. 정부에 의한 사업장 폐쇄와 경찰의 투입	33
4. 파업기간중의 임금삭감	34

제7절 결어	34
제3장 독일에서의 쟁의행위의 정당성	(이승욱) 37
제1절 서설	37
1. 노동쟁의의 법원	38
2. 개념	42
제2절 쟁의행위의 정당성에 대한 일반적 기준	46
1. 개관	46
2. 쟁의행위에 대한 집단적 파악	49
3. 비례성 원칙	50
제3절 목적면에서의 정당성	54
1. 협약상 규율가능한 목적	54
2. 상대방의 처분가능성	60
3. 사업장조직법상의 문제	64
제4절 주체면에서의 정당성	65
1. 단체	65
2. 개별적인 참가자	67
3. 공무원 등의 쟁의행위 금지	69
제5절 태양면에서의 정당성	70
1. 수단에서의 정당성	70
2. 긴급근로	71
제6절 절차면에서의 정당성	73
1. 평화의무 위반	73
2. 노조 내부절차	73
제7절 직장폐쇄의 정당성	74
1. 직장폐쇄의 의의와 종류	74
2. 방어적 직장폐쇄	75
3. 공격적 직장폐쇄	82

제8절	결어	83
제 4 장	프랑스에서의 쟁의행위의 정당성	(조용만) 86
제1절	서설	86
제2절	파업권의 의의	87
1.	파업권 승인의 연혁	87
2.	파업권의 규율에 관한 법규정	89
제3절	쟁의행위의 일반적 정당성 기준	95
제4절	주체면에서의 정당성	98
제5절	목적면에서의 정당성	103
1.	직업적 요구	103
2.	직업적 요구의 한계	106
제6절	절차면에서의 정당성	116
1.	집단적인 파업의사의 존재	116
2.	사용자와의 사전교섭 또는 사용자의 요구수락 거부 여부 등	117
3.	법령상의 절차제한	120
4.	단체협약상의 절차제한	123
제7절	형태면에서의 정당성	124
1.	노무제공의 완전한 정지	125
2.	예고없는 파업 또는 기습파업	126
3.	단기간 반복파업 및 파상파업	128
4.	혈전(血栓)파업 또는 병목파업	129
5.	필수업무 또는 안전업무를 침해하는 파업	131
6.	파업에 수반되는 기타 쟁의행위의 정당성	134
제8절	결어	140
제 5 장	미국에서의 쟁의행위의 정당성	(강현주) 144
제1절	서설	144

1. 법규의 개관	144
2. 쟁의행위의 범주	145
3. 논의의 틀	152
제2절 주체면에서의 정당성	153
1. 근로자 개인의 행위	154
2. 비조직근로자의 행위	155
제3절 목적면에서의 정당성	155
1. 단체교섭을 위한 쟁의행위	156
2. 기타 상호부조 내지 상호보호를 위한 쟁의행위	164
제4절 태양면에서의 정당성	166
1. 직접 사용자에게 대한 쟁의행위	166
2. 직접 사용자 이외의 자에 대해 행하는 쟁의행위	170
제5절 요건이나 절차면에서의 정당성	179
1. 단체협약상의 평화의무조항 및 중재·고충절차 위반의 경우 ..	179
2. 배타적 교섭대표제도와와의 저촉	181
3. 제8조(d)의 협약종료·개정절차를 따르지 않은 경우	182
4. 국가긴급사태(National Emergencies)의 경우	183
제6절 결어	183
제 6 장 결론	(이승욱) 186

제1장 서론

(1) 주지하는 바와 같이 쟁의행위는 형식적인 계약자유의 원칙을 시정하여 근로조건 등에 관한 노사간의 계약을 실질적으로 대등하게 형성하기 위한 필요불가결한 수단으로 등장하였다. 따라서 교섭에 있어서 노사간의 실질적 평등을 도모하기 위한 수단으로서의 쟁의행위에 대한 보호는 그 형식에 있어서 차이가 있을 뿐 입법례를 불문하고 이루어지고 있다고 할 수 있다.

쟁의행위에 대한 보호는 크게 우리 나라와 같이 헌법 차원에서 이를 보호하는 입법례와 법률 차원에서 이를 보호하는 입법례(미국)로 나눌 수 있고, 헌법 차원에서 보호하는 경우에도 독자적으로 쟁의행위에 대한 권리를 헌법상 명시적으로 인정하는 입법례(한국, 일본, 프랑스)와 단결권 보장을 통해 쟁의행위에 대한 보장을 인정하는 입법례(독일, 국제노동기구(ILO))로 나눌 수 있다.

이러한 쟁의행위의 보호형식에 관한 입법례의 차이는 쟁의행위의 정당성 판단과 직접적인 관계가 있는 것은 아니다. 뒤에서 알 수 있는 바와 같이, 입법례에 따른 정당성 판단 기준의 차이보다는 각국의 사회경제적 배경과 단체교섭 및 단체협약 시스템에 따른 특수성으로 인한 차이가 더 크다고 할 수 있기 때문이다. 국제노동기구가 인정하는 바와 같이 쟁의행위는 국민 경제적인 관점에서 볼 때 생산의 중단으로 인한 손해를 야기할 수 밖에 없다는 점, 따라서 단체교섭 등 노사간의 대화에 의한 합의절차보다는 비용이 많이 드는 수단이라는 점을 고려하면, 쟁의행위에 대한 정당성 평가는 결국 각국이 수인(受忍)할 수 있는 부담의 범위 내에서 이루어질 수

4 쟁의행위 정당성의 국제비교

밖에 없다. 요컨대, 쟁의행위의 정당성에 대한 법적 평가는 선형적·규범적인 방법에 의하여 판단될 수 없고, 사회경제적 배경과 법체계적인 맥락도 고려되어야 한다.

따라서 쟁의행위의 정당성과 관련한 각국의 처리방법은 사회경제적 맥락을 전제로 할 때에만 정확하게 이해될 수 있으나, 본고에서는 지면관계상 그것을 배제한 규범적 평가만을 대상으로 하고 있다는 점에 주의할 필요가 있다.

이하에서는 쟁의행위의 정당성과 관련한 국제노동기구의 입장을 우선 살펴본 후, 쟁의행위가 헌법상 단결권을 통하여 보장되고 있는 독일, 파업권이 헌법상 보장되고 있는 프랑스, 쟁의행위가 법률에 의해 규율되고 있는 미국에서 쟁의행위의 정당성에 대해 형성된 판례법리를 중심으로 살펴보기로 한다.¹⁾

(2) 한편 우리 헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 규정하고, 구체적인 단체행동권의 행사와 관련하여서는 노동조합및노동관계조정법(이하 ‘노동법’이라 한다) 제2조 제5호에서 “‘노동쟁의’라 함은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체(이하 ‘노동관계 당사자’라 한다)간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 노동조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분규상태를 말한다. 이 경우 주장의 불일치라 함은 당사자간에 합의를 위한 노력을 계속하여도 더 이상 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없는 경우를 말한다”고 규정하고 있고, 제6호에서는 “‘쟁의행위’라

1) 여기에서는 일본에서의 정당성 판단법리에 대한 고찰은 제외한다. 일본은 우리나라와 규범적 구조가 비슷할 뿐만 아니라 기업별 교섭이라는 주된 교섭형태가 유사하기 때문에 쟁의행위의 정당성 판단과 관련하여 우리나라에서의 법리의 운용과 형성에 상당히 유용한 측면이 있다. 물론 엄밀하게 따질 경우 법체계나 교섭 및 쟁의행위 실태는 우리나라와 상당한 차이가 있으나, 여기에서 다루고 있는 다른 국가에 비하여는 경우에 따라서는 직접적인 법리의 원용이 가능한 예도 있다. 이런 이유로 일본의 쟁의행위 법리는 한편에서는 판례를 통하여 다른 한편에서는 학설을 통하여, 우리나라의 쟁의행위 법리에 직·간접적으로 영향을 미쳐 왔다는 점을 부정하기 어렵다. 바꾸어 말하면 일본의 쟁의행위 법리는 우리 법리의 형성과 운용에 상당부분 포섭되어 있다고 하여도 과언이 아니기 때문에 특별히 비교법적 연구의 대상으로 할 실익을 발견하기 어렵다. 일본의 쟁의행위의 정당성 법리에 대한 고찰은 여기에서는 생략하고, 본격적인 고찰은 다음 기회로 미루기로 한다.

함은 파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 말한다”고 정의하고 있다.

쟁의행위에 대하여는 민사면책(노조법 제3조)과 형사면책(제4조)이 인정되고 있는데, 일반적으로 이러한 민형사면책은 헌법상 단체행동권이 보장된 결과를 확인한 것에 지나지 않는다고 해석되고 있다. 그런데, 이러한 쟁의행위의 민형사상 면책이 인정되기 위해서는 우선 노동관계 당사자의 행위가 쟁의행위에 해당하여야 하며, 다음으로 그 쟁의행위가 정당한 쟁의 행위여야 한다. 전자와 관련하여서는 최근 쟁의행위의 개념에 대한 재검토론이 유력하게 부각되고 있는 상황에 있다.²⁾

쟁의행위의 정당성에 대한 판단권한은 헌법재판소에 의하면 사법부의 판단에 일임되어 있다. 헌법재판소는 위헌 여부가 문제된 노동관계법의 폐지를 목적으로 한 쟁의행위의 정당성 여부가 문제된 사건에서 스스로 그 정당성에 대한 판단을 하는 대신에 법원이 판단할 문제라고 하여 쟁의행위의 정당성 판단이 헌법재판소의 권한외의 사항임을 분명히 하였다.³⁾ 따라서 현행법상 쟁의행위의 정당성 판단은 오로지 법원만이 이를 행하게 된다.

대법원의 일관된 판례에 의하면 쟁의행위가 정당하기 위해서는, 첫째로, 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자에 의하여 행해진 것이어야 하고 둘째로, 노사의 자치적 교섭을 조성하기 위하여 하는 것이어야 하며 셋째로, 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적 요구에 대하여 단체교섭을 거부하거나 단체교섭의 자리에서 그러한 요구를 거부하는 회답을 했을 때

2) 예컨대 정인섭, 「쟁의행위의 개념」, 서울대 법학박사 논문, 1997 참조.

3) 현재 1997. 9. 25, 97헌가45를 통해 “피신청인들의 쟁의행위가 근로기본권인 단체행동권에 해당되는지 여부, 이와 관련된 사실인정 및 평가, 관계법률의 해석과 개별 사례에서의 적용에 관한 문제는 일반적인 권한을 갖고 있는 법원의 임무에 속하는 것이며, 피신청인들이 쟁의행위를 할 당시 개정법률의 국회통과 절차가 다른 합법적인 구제수단으로는 목적을 달성할 수 없는 국가권력에 의한 헌법의 기본원리에 대한 중대한 침해였고, 이 침해행위에 대한 구제수단으로 실력에 의한 쟁의행위를 선택한 것이 권리 자유를 지키기 위한 불가피한 유일한 수단으로 인정할 수 있는지 그밖에 제정법원이 주장하는 저항권의 행사로 정당화할 수 있는 다른 사정이 존재하는지 여부 또한 법원이 판단할 문제이다”라고 보고 있다.

6 쟁의행위 정당성의 국제비교

에 개시하되, 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 사전 신고를 거쳐서 행하여야 하고(구노동쟁의조정법 제16조) 넷째로, 쟁의권의 행사방법은 노무의 제공을 전면적 또는 부분적으로 정지하는 것이어야 함은 물론 공정성의 원칙에 따라야 할 것임은 노사관계의 신의칙상 당연하며 사용자의 기업시설에 대한 소유권 기타의 재산권과도 조화를 기해야 하고, 폭력의 행사는 신체의 자유 및 안전이라는 법질서의 기본원칙에 반하는 것이므로 허용될 수 없다(구노쟁법 제13조)고 하고 있다.⁴⁾

이러한 쟁의행위의 정당성에 대한 판례의 입장은 현행법하에서도 기본적으로 유지될 것으로 예상되지만, 법개정으로 인해 다음과 같은 점은 새로운 판례의 형성을 기다려야 할 것으로 보인다.

첫째, 쟁의행위의 대상이 되는 ‘노동쟁의’의 개념과 관련한 것이다. 구 노동쟁의조정법은 노동쟁의에 대해 “이 법에서 노동쟁의라 함은 임금·근로시간·후생·해고 기타 대우 등 근로조건에 관한 노동관계 당사자간의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태를 말한다”고 규정하고 있었다(법 제2조). 여기에서 근로조건에 관한 이튼바 이익분쟁 이외에 이튼바 권리분쟁이 노동쟁의에 해당하는지 여부, 집단적 노사관계에 관한 사항이 노동쟁의에 해당하는지 여부 등 노동쟁의의 대상과 관련하여 다투어졌다.⁵⁾ 또한 ‘주장의 불일치’라는 상태는 노사간의 견해가 사실상 차이가 있으면 인정되는지 그렇지 않으면 단체교섭을 하였음에도 불구하고 주장의 차이가 존재하는 상태를 의미하는지에 대해서도 다툼이 있었다. 현행 노조법은 ‘근로조건에 관한 결정’과 관련한 분쟁이 노동쟁의에 해당된다는 점, ‘주장의 불일치’에 대한 개념정의규정을 둔 점에서 구법과 형식적으로 차이가 있으나, 그것이 쟁의행위의 정당성 판단에 있어서 실질적 차이로 이어질지는 법원의 판례를 기다릴 필요가 있다.

둘째, 쟁의행위의 절차와 관련하여 구법에서는 이튼바 냉각기간(구법 제14조), 쟁의발생신고제도(구법 제16조) 등의 제한법규를 두고 있었고, 임의적인 알선과 조정절차를 두고 있었으나, 현행법은 의무적 조정절차와 조

4) 대판 1990. 5. 15, 90도357; 대판 1990. 10. 12, 90도1431; 대판 1991. 5. 14, 90누4006; 1991. 5. 14, 91도324; 대판 1991. 5. 24, 91도324; 대판 1992. 7. 14, 91다43800 등.

5) 대판 1990. 5. 15, 90도357; 대판 1996. 2. 23, 94누9177.

정기간을 두고 있는 점에서 차이가 있다. 구법하에서는 냉각기간 등 쟁의행위의 절차에 관한 제한법규는 벌칙의 적용은 별론으로 하고 쟁의행위의 정당성에 직접적인 영향을 미치지 않는다고 해석하는 예도 있었으나,⁶⁾ 구법에 비하여 쟁의행위에 대한 조정의 중요성이 상대적으로 높은 현행법하에서도 그러한 입장이 관철될 수 있는지가 문제될 수 있다.

이와 관련하여, 하급심 판결이기는 하지만, 현행법에 의한 조정은 노동쟁의를 예방하고 신속·공정하게 해결하기 위한 행정서비스이기 때문에, 조정을 거치지 않고 쟁의행위를 하면 벌칙적용의 대상이 되는 것은 별론으로 하고, 절차위반을 이유로 곧바로 쟁의행위의 정당성이 상실되는 것은 아니고 그 위반행위로 말미암아 국민생활이 안정이나 사용자의 사업운영에 예기치 않은 혼란이나 손해를 끼치는 등 부당한 결과를 초래하는지 여부의 구체적인 사정을 따져서 그 정당성 유무를 판단하여야 한다고 판단한 예가 있는데,⁷⁾ 이에 대해서도 대법원의 판단이 있어야 할 것으로 보인다.

6) 대판 1991. 5. 14, 90누4006; 대판 1992. 12. 8, 92누1094 등

7) 춘천지법 1999. 10. 7, 98노1147.

제 2 장

ILO에서의 쟁의행위의 정당성

제1절 서 설

쟁의행위, 특히 파업의 정당성을 일반적·직접적으로 규정하고 있는 국제노동기구(이하 ILO라고 한다)의 협약이나 권고는 존재하지 않는다.¹⁾ 쟁의행위의 정당성에 대한 국제노동기준은 주로 1948년 결사의 자유 및 단결권의 보호에 관한 제87호 협약을 대상으로 한 「결사의 자유위원회」(the Committee on Freedom of Association)와 「협약 및 권고의 적용에 관한 전문가위원회」(the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations)의 결정을 통하여 형성되어 왔다. 제87호 협약은 “자신의 계획을 구체화하고 자율적인 운영과 활동을 조직하는”(제3조) 근로자와 사용자의 단결권을 규정하고, 그 단결체의 목적은 “근로자와 사용자의 이익을 향상시키고 보호”하는 데 있다고 규정하고 있다(제10조). 이러한 목적을 위하여 쟁의행위는 필요불가결한 수단이라고 할 수 있기 때문에²⁾ 이 조항을 구체적으로 적용함에 있어서 1952년에 조직된 결사의

1) 쟁의행위는 개별 협약이나 권고에서 부수적으로 규정되고 있을 뿐이다. 예컨대 1957년 강제근로의 폐지에 관한 제105호 협약은 “파업참가를 이유로 한 징벌로서의” 모든 강제근로를 금지하고 있고(제1조 제(d)항), 1951년 임의적 조정과 중재에 관한 권고에서는 제4문단과 제6문단에서 제일 먼저 파업참가자에 대해서 언급하고 있으며, 제7문단에서 “본 권고의 어떠한 조항도 어떠한 방식으로든 파업권을 제한하는 것으로 해석되어서는 아니된다”고 규정하고 있다.

2) 1952년 결사의 자유위원회는 제2차 회의에서, 파업은 단순한 행위가 아니라 노동조합의 핵심적인 권리라고 선언했으며, 단결권하의 기타의 권리들은 모두 어느 정도는 파

자유위원회와 1959년에 조직된 협약 및 권고의 적용에 관한 전문가위원회는 파업권을 전제로 하고 법리를 형성하여 왔다.

양 기구는 ILO의 산하기관으로서 그 구성, 권한, 절차에 있어서 상호 독립적인 기관이다. 결사의 자유위원회는 노·사·정 3자구성에 따라 조직된 ILO 이사회 산하의 기구로서, 노동조합의 권리에 대한 침해와 관련하여 제기된 고충을 심사하는 권한을 가진다. 반면에 전문가위원회는 독립적인(개인 자격으로 활동하여 노사정의 감독을 받지 않는다는 의미에서) 법률전문가로 구성되어 있고, 비준된 협약의 준수 여부를 포함하여 ILO의 협약과 권고에 대한 통상적인 감시활동을 한다. 전문가위원회는 정부가 제출한 보고서와 근로자단체 및 사용자단체의 의견서를 근거로 하여 연차보고서를 제출하고, 이사회의 결정에 따라 단일한 또는 복수의 협약이 적용되는 문제에 대하여 각국의 국내법 및 국내 관행에 대한 일반보고서를 제출한다. 전문가위원회는 결사의 자유와 관련된 문제를 포함하여 주로 국제노동기준이 국내법 차원에서 어떻게 준수되고 있는가에 관한 의견을 제출한다. 따라서 근로자단체나 사용자단체가 제기한 고충에 대해 노동조합의 권리가 현실적으로 침해되고 있다는 주장에 대한 의견을 제시하는 결사의 자유위원회와는 다른 권한을 가지고 있다.

양자의 이러한 독자성에도 불구하고 양기구가 전개하는 쟁의행위의 정당성과 관련된 의견은 수렴되고 있다. 그것은 양기구가 인적 구성의 면에서 중복하기도 하지만,³⁾ 의견을 제시할 때에는 각각의 기존의 입장을 충분히 검토한 뒤 조율을 통하여 의견을 제시하기 때문이다. 예컨대 전문가위원회가 의견을 제시할 때에는 결사의 자유위원회의 보고서에서 언급된 특정 국가에서의 실제 상황을 고려하며, 결사의 자유위원회는 사안의 법률적 측면에 대해 전문가위원회에 자문을 구하거나 전문가위원회가 설정한

업권에 그 근거를 두고 있으며 파업권이야말로 근로자와 그 단체가 자신들의 경제적·사회적 이해관계를 합법적으로 증진시킬 수 있는 원칙적인 수단인 하나라는 파업권의 기본원칙을 승인하였다(ILO, *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, 1996, paras. 473~475).

3) 예컨대 1961년부터 1995년까지 결사의 자유위원회의 의장이었던 Roberto Ago교수는 1979년부터 1995년까지 전문가위원회의 위원이기도 하였다.

10 쟁의행위 정당성의 국제비교

원칙을 고려하여 의견을 제시한다. 따라서 쟁의행위에 대한 명시적인 국제노동기준은 결여되어 있지만 그 정당성에 대한 국제노동기준의 구체적인 설정에 있어서는 양 위원회가 제시하는 의견이 사실상 법원(法源)으로서 작용하여 현실적인 영향력을 행사하고 있다. 전문가위원회는 중단기적으로 파업권과 관련된 각국의 국내법을 발전시키는 방법에 의해, 그리고 결사의 자유위원회는 단기적으로 파업과 관련된 구체적인 사안에 대한 각국의 처리를 지도하는 방식을 취하여 적극적인 영향력을 행사하고 있는 것이다. 이하에서는 양 위원회의 결정을 중심으로 쟁의행위, 특히 파업의 정당성에 대한 국제노동기준을 살펴보기로 한다.

제2절 주체면에서의 정당성

일반적으로 파업의 주체라는 관점에서 파업의 정당성이 문제되는 경우에는 노동조합에 의해 주도되지 않은 파업이 정당한지 여부가 주로 다투어지나, 이러한 비노동조합파업(소위 wildcat strike)의 정당성에 대해서는 국제노동기준이 형성되어 있지 않다. 그것은, 결사의 자유위원회에 고충을 제기할 수 있는 근로자단체가 주로 노동조합이라는 사실에 기인한다고 할 수 있을 것이다. 따라서 쟁의행위의 주체와 관련한 쟁의행위의 정당성에 대해 ILO가 정립하여 온 기준은 주로 공무원이 쟁의행위의 주체가 될 수 있는가 하는 문제와 이와 관련하여 쟁의행위가 제한될 수 있는 업무의 범위와 내용과 관련하여 전개되었다.

1. 공무원

공무원이 쟁의행위를 할 수 있는가 라는 문제는 공무원이 노동조합을 결성할 수 있는가 라는 문제와는 별개의 것이다. 결사의 자유와 단결권의 보호에 관한 제87호 협약의 제정 과정에서 이미 공무원의 단결권에 대한

승인이 곧바로 공무원의 파업권을 인정하는 것을 의미하는 것은 아니라는 점이 인식되고 있었고, 결사의 자유위원회와 전문가위원회도 이러한 사실을 전제로 하고 있다. 그리고 1978년에 채택된 공공부문의 노사관계에 관한 제151호 협약과 제159호 권고에서도 공무원의 파업권에 대한 명문의 규정을 두지 않았다.⁴⁾

공무원의 쟁의행위 주체성에 대해서는 우선 공무원이라는 개념부터 확정이 되어야 할 필요가 있다. 국내법상 정의되는 공무원의 개념이 매우 다양하기 때문이다. 예컨대 civil servant, fonctionnaire and funcionario라는 용어는 그 적용범위를 달리하며, 나아가 동일한 언어로 사용된 동일한 용어가 나라마다 동일한 대상을 의미하지 않는 경우도 있다. 이와 관련하여 전문가위원회는 “공무원 개념을 지나치게 넓게 잡으면 이러한 근로자들의 파업권을 아주 넓게 제한하거나 심지어 금지하는 결과가 된다”고 하고 있다.⁵⁾

결사의 자유위원회와 전문가위원회는, 각 국가의 법적·사회적 전통이나 그 특성을 간과할 수는 없다고 하더라도 국내법이 제87호 협약 규정과 양립할 수 있는지 여부를 결정하기 위해서는 공정하고 통일적인 기준이 필요하다는 관점에서, 쟁의권이 배제될 수 있는 여지가 있는 범주의 공무원은 ‘국가의 이름으로 공권을 행사하는 자’(public servants who exercise authority in the name of the State)로서 일단 파악하고 있다.⁶⁾ 즉 파업을 할 수 없는 공무원의 범주를 국내법에 의해서 결정하여서는 안되고, 문제되는 범주의 근로자가 행하는 기능에 따라 결정되어야 한다는 입장을 취한다. 따라서 행정기관 및 사법부와 같은 기타 정부기관에 고용된 공무원

4) 이 협약과 권고를 채택할 때 ILO총회 공공부문위원회는 “제안된 협약 안에서는 파업권에 대한 문제를 어떠한 방법으로도 다루지 않는다”고 결론내렸다(ILO, *Record of Proceedings*, International Labour Conference, 64th Session, Geneva, 1978, p. 25/9, para. 62).

5) ILO, *Freedom of association and collective bargaining*, General Survey of the Reports on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87), and the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98). Report III (Part 4B), International Labour Conference, 81st Session, 1994, Geneva, para. 158.

6) ILO, *Freedom of association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 1996, para. 534.

에 대해서는 파업권이 제한되거나 금지될 수 있으나,⁷⁾ 국가가 영위하는 기업에 종사하는 자에 대해서는 파업권이 인정되어야 한다. 이러한 관점에서 일정한 범주의 공무원에 대해서 결사의 자유위원회는 국가의 이름으로 공권을 행사하는 자가 아니기 때문에 파업의 제한대상이 되지 않는다고 한다. 이러한 범주에 속하는 자에는 석유업, 은행업, 운송업, 교육분야에 종사하는 자가 해당된다.⁸⁾

그러나 동시에 전문가위원회는 파업권을 향유할 수 있는 공무원과, 국가의 이름으로 공권을 행사하기 때문에 파업권이 부정되는 공무원을 일반적으로 구별하는 범주화는 무의미하다고 보았다. 파업권이 있는지 여부가 문제되는 사례는 특정한 범주에 들어가는 것이 명백한 경우가 아니라 대부분 정도의 문제이기 때문이다. 따라서 한계영역이 문제된 사례에서, 전문가위원회가 제시한 대안은 “파업을 전면적으로 금지하기보다는 전면적·장기적인 조업중단이 공중에게 심각한 결과를 초래하는 경우에 최소한의 서비스 제공이라는 제한적인 범주를 협의에 의해 설정”하는 것이다.⁹⁾ 결국 국가의 이름으로 공권을 행사하는 공무원의 범주 중에서 엄격한 의미에서 필수 역무를 제공하는 사람들은 파업권의 보장에서 제외될 수 있다. 물론 파업권이 보장되지 않은 공무원에 대해서는 그들의 이해관계를 충분히 보장하기 위하여 모든 절차에 당사자들의 참여가 보장되고, 당사자에게 구속력을 가지는, 적절하고 공정하며 즉각적인 조정 및 중재절차를 마련하여야 한다.¹⁰⁾ 이러한 분쟁처리절차에 대해서는 1978년에 채택된 공공부문의 노

7) ILO, *ibid*, paras. 537~538.

8) ILO, “Reports of the Committee on Freedom of Association”, in *Official Bulletin* (Geneva), Vol. LXVII, Series B, No. 1, 233rd Report, 1984, para. 668; ILO, *Freedom of association and collective bargaining: General survey by the Committee of Experts on the application of the Conventions on freedom of association, the right to organise and collective bargaining and the Convention and Recommendation concerning rural workers’ organisations, Report of the Committee of Experts on the Application Of Conventions and Recommendations*. Report III (Part 4B), International Labour Conference, 226th Session, 1983, Geneva, para.343; ILO, *Freedom of association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 1996, para.492의 각주.

9) ILO, *Freedom of association and collective bargaining*, Report III (Part 4B), 226th Session, 1983, para. 158.

사관계에 관한 제151호 협약과 제159호 권고에서 규정하고 있다.

2. 공익사업

결사의 자유위원회와 전문가위원회는 공익사업에 있어서 파업을 행할 수 있는지 여부에 대해 공익사업의 범주를 세 가지로 분류하고 범주에 따라 파업의 가능성을 달리하였다. 즉 파업이 금지되거나 제한될 수 있는 범주인 ‘엄격한 의미에서의 필수사업’(essential services in the strict sense of the term), 파업을 할 수 있는 범주인 ‘비 필수사업’(nonessential services), 양자의 중간 영역에 해당하는 최소서비스(minimum services)가 그것이다.

근로자들의 파업을 제한 내지 금지하는 국내법의 정당성이 인정되는 공익사업은 ‘엄격한 의미에서의 필수사업’으로, 전문가위원회는 “그 중단이 생명, 개인적 안전, 대중의 전체 또는 일부의 보건에 위해를 초래하는 사업”이라고 정의하였고,¹¹⁾ 결사의 자유위원회도 같은 입장을 취하고 있다.¹²⁾ 결사의 자유위원회는 의료, 전기공급, 수도공급, 전화서비스, 항공관제 등이 여기에 속한다고 결정하고 있다.¹³⁾ 그러나 이러한 사업에 필수사업이 한정되는 것은 아니다. 결사의 자유위원회는 고충이 제기된 경우에 그 고충에 대해서 결정을 내리는데, 필수사업부문에서의 파업금지과 관련하여서는 고충이 거의 제기되지 않기 때문이다.¹⁴⁾ 따라서 결사의 자유위원회가 필수사업의 종류를 확대시키는 것도 충분히 가능하다고 할 것이다.

이에 대하여 쟁의행위를 할 수 있는 범주인 비 필수사업, 즉 파업의 금지가 가능한 엄격한 의미의 필수사업이 아닌 사업으로서, 결사의 자유위원

10) Gemingon/Odero/Guido, “ILO principles concerning the right to strike”, *International Labour Review*, p.448.

11) ILO, *Freedom of association and collective bargaining*, 226th Session, 1983, para. 214.

12) Gemingon/Odero/Guido, “ILO principles concerning the right to strike”, *International Labour Review*, p.450.

13) ILO, *Freedom of association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 1996, para. 544.

14) Gemingon/Odero/Guido, “ILO principles concerning the right to strike”, *International Labour Review*, p.451.

회는 다음과 같은 사업을 예시하고 있다. 라디오 및 방송, 건설, 석유부문, 자동차제조, 하역(상차 및 하차), 항공기정비, 은행, 농업부문, 조세의 징수를 위한 컴퓨터작업, 식료품의 공급과 배포, 백화점, 조폐, 놀이시설, 국영 인쇄사업, 금속부문, 광업부문, 술, 소금, 담배의 판매, 일반운송, 교육부문, 냉동창고시설, 도시교통, 호텔부문, 우편서비스 등은 비 필수사업에 속하고,¹⁵⁾ 따라서 쟁의행위의 금지가 이루어져서는 안 되는 부분이다.

양자의 중간 영역에 해당하는 최소서비스는, 파업이 금지되어서는 안되지만 최소한의 서비스를 제공하는 방안이 당해 사업이나 제도의 조업 확보를 위하여 부과될 수 있는 영역이다. 이러한 영역을 설정한 이유는 필수적 사업개념은 각 국가의 경제적·사회적 상황에 따라 달라질 수 있는 개념이기 때문이다. 예컨대 비 필수적인 사업이라고 결사의 자유위원회가 판단한 하역작업의 경우 대륙국가에서는 그 중단으로 인한 장애가 그다지 크지 않으나, 도서국가의 경우에는 공중에 기본적 물품의 공급이 항만운송부문에 의존할 수밖에 없기 때문에 항만운송사업의 중단은 공중에 대해 심각한 혼란을 초래할 수 있는 것이다. 또한 예컨대 쓰레기수거사업과 같이 비필수적 사업에서의 파업도 공중의 보건, 개인의 안전 또는 건강에 영향을 미칠 수 있을 정도로 장기간 계속된다면 필수사업이 될 수도 있을 것이다. 따라서 특정부문에서의 집단적 분쟁이 소비자와 같은 제3자만이 아니라 분쟁 당사자에 대해서도 불가역적인 손해를 야기하는 경우에는 그 부문에 대하여 파업에 대한 완전한 금지조치를 취하는 대신에 공중이 이용할 수 있는 최소한의 서비스체제를 확립할 수 있다고 결정하고 있다.¹⁶⁾ 요컨대 최소서비스는, 그 중단이 대중 전체 또는 일부의 보건, 개인적 안전, 생명에 중대한 위협을 초래하는 사업이 아니기 때문에 쟁의행위에 대한 전면적인 금지나 제한은 가능하지 않다고 하여도, 서비스 이용자의 기본적 요구를 충족하여야 하는 성질의 것이라고 할 수 있다. 이러한 유형은 주로 공공의 이익을 위한 서비스에서 활용될 수 있다.¹⁷⁾

15) ILO, *Freedom of association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 1996, para. 545.

16) ILO, *Freedom of association and collective bargaining*, Report III (Part 4B), 81th Session, 1994, paras. 159~160.

결사의 자유위원회에 따르면, 이와 같은 최소서비스에는 ‘최소안전서비스’(minimum safety services)와 ‘최소유지서비스’(minimum operational services)가 있다. 최소안전서비스는 생명의 보호, 사고의 방지 및 기계설비의 안전을 위해 모든 파업에 대해 인정될 수 있다.¹⁸⁾ 반면에 최소유지서비스는 다음의 경우에 인정된다. ① 그 중단이 생명, 개인적 안전, 대중의 전체 또는 일부의 보건에 위해를 초래할 우려가 있는 서비스, ② 용어의 엄격한 의미에서의 필수서비스에는 해당하지 않지만, 파업의 강도나 기간에 비추어 그 결과가 대중의 정상적인 생활여건에 위협을 주는 국가간급 사태를 초래할 정도에 이르는 경우, ③ 기본적 중요성이 인정되는 공공서비스가 그것이다.¹⁹⁾ 이러한 관점에서 결사의 자유위원회는 도서지역에서의 운송서비스, 국가를 대표하는 항만시설을 관리하는 기업이 제공하는 하역서비스, 지하철서비스, 여객 및 상품의 운송서비스, 철도서비스, 우편서비스, 은행, 정유부문 및 국영광산 등에 대해 최소유지서비스제도를 설정하는 것이 인정된다고 하고 있다.²⁰⁾

결사의 자유위원회는 최소유지서비스에서 근로를 제공하여야 하는 인원의 범위를 설정함에 있어서는 정부당국이 일방적으로 결정할 것이 아니라 관련된 노사단체가 관여하여야 한다고 보고 있다. 이러한 관여는 첫째, 주어진 여건하에서 최소서비스가 필요한 범위에 대해 노사간에 심도 깊은 의견교환을 가능하게 하고, 둘째, 최소서비스의 범위가 파업을 현실적으로 무의미하게 만드는 효과를 방지하고, 셋째 최소서비스가 광범위하고 일방적으로 결정되는 경우에 최소서비스로 인해 파업을 무의미하게 된다는 노동조합의 인식을 불식시켜 주는 긍정적인 작용을 할 것이라고 결사의 자유위원회는 보고 있다.²¹⁾ 결사의 자유위원회는, 유지되어야 할 최소서비스에 관한 규정은 명백하게 규정되어야 하고 엄격하게 적용되어야 하며, 관

17) ILO, *ibid.*, para. 179.

18) ILO, *Freedom of association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 1996, paras. 554~555.

19) ILO, *ibid.*, para. 556.

20) ILO, *ibid.*, paras. 563 to 568.

21) ILO, *ibid.*, para. 560.

런당사자들에게 적절한 시기에 고지되어야 한다는 점이 중요하다고 지적한다.²²⁾

여기에서 최소서비스에 종사하는 인원과 의무의 범위에 대하여 당사자간의 견해가 일치하지 않는 경우 결사의 자유위원회는, “노동부 장관이나 관련된 공기업의 대표가 아니라 독립적인 기구에 의해서 그러한 의견불일치가 해결되어야 한다는 취지의 입법이 마련되어야 한다”는 입장이다.²³⁾ 그리고 최소서비스의 범위에 대하여 다툼이 있는 경우에 결사의 자유위원회는, “관련된 기업과 설비의 구조 및 기능, 그리고 파업행위의 실질적인 영향 등을 사실관계에 대한 충분한 검토를 통해서 사법당국이 판단하여야 한다”고 하고 있다.²⁴⁾

이상에서 결사의 자유위원회는, 최소유지서비스가 인정되기 위해서는, 첫째, 대중의 기본적인 요구를 충족할 수 있는 최소한의 서비스여야 한다는 점, 둘째, 최소유지서비스는 근로자들의 경제적·사회적 이익을 옹호하는 데 필수적인 압력수단을 금지하는 것이기 때문에 최소유지서비스의 범위를 결정함에 있어서는 노사정이 함께 결정하여야 하며, 최소유지서비스의 설정과 적용을 둘러싼 문제에 대해서는 노사합동기구 또는 독립된 기구에서 결정하여야 한다는 것을 요건으로 하고 있다고 할 수 있다.²⁵⁾

제3절 목적면에서의 정당성

결사의 자유위원회와 전문가위원회는 쟁의행위의 목적면에서의 정당성에 대해서 근로자의 단결체의 목적을 정한 제87호 협약 제10조에 비추어 판단하여 왔다. 제10조는 본 협약의 목적에 따른 근로자의 단결체라 함은

22) ILO, *ibid.*, para. 559.

23) ILO, *ibid.*, para. 561.

24) ILO, *ibid.*, para. 562.

25) ILO, *Freedom of association and collective bargaining*, 81st Session, Report III (Part 4B), 1994, para. 161.

“근로자의 이해관계의 보호와 증진을 목적으로 하는” 모든 단결체를 의미한다고 규정하고 있다. 이 조항은 다른 유형의 단결체와의 차별성을 보여주는 가이드라인을 제시하고 있을 뿐 아니라, 근로자 단결체의 목적을 “근로자의 이해관계의 보호와 증진”을 위한 것으로 특정하고 있기 때문에, 이러한 목적을 위한 행위만이 제87호 협약에 의해 규정된 권리와 보장이 미치지 된다. 따라서 이 조항은 쟁의행위가 그러한 목적을 추구하는 한도에서만 보호되는 한계를 설정하고 있다고 할 수 있다.

파업을 통하여 달성하려고 하는 목적은 크게 세 가지 영역으로 나눌 수 있다. 첫째, 근로자의 근로조건 내지 생활조건의 개선이나 보장을 요구하는 직업적 성질을 가지는 것, 둘째, 노동조합과 조합임원의 권리증진이나 보장을 목적으로 단결관련적 성질을 가지는 것, 셋째, 정치적 성질을 가지는 것이 그것이다. 결사의 자유위원회는 직업적 목적을 추구하는 쟁의행위나 단결관련적 목적을 추구하는 쟁의행위에 대해서는 그 목적이 정당하다고 명백하게 밝히고 있다.²⁶⁾ 이러한 목적의 쟁의행위는 쟁의행위를 행하는 근로자에 대해 직접적이고 즉각적으로 영향을 미치기 때문이다. 반면에 근로자에 대해 직접적이고 즉각적인 영향을 미치지 않는 목적으로 이루어진 쟁의행위의 정당성에 대해서는 문제가 될 수 있는데, 정치파업과 동정파업이 여기에 해당한다. 결사의 자유위원회와 전문가위원회는 모두 이러한 문제에 대해, 파업권은 단체협약의 체결을 통해서 해결될 가능성이 있는 경제적 쟁의에 한정되어야 한다는 입장을 거부하여 왔다.

1. 정치파업

정치파업의 정당성에 대한 ILO의 입장은 이른바 정치파업이분설에 입각하고 있다고 평가할 수 있다. 순수한 정치적 목적을 가진 파업에 대해서 결사의 자유위원회는, 제87호 협약 제10조에 규정된 ‘근로자의 단결체’의 정의조항을 근거로, “노동조합이 자신의 행위에 어떠한 간섭도 있어서는 안된다고 정당하게 주장할 수 있는 것은 노동조합이 자신들의 직업적 요

26) Gemning/Oderro/Guido, “ILO principles concerning the right to strike”, *International Labour Review*, p.445.

구가 순수하게 정치적인 성격으로 여겨지는 것을 허용하지 않는 한도에서 가능하다”고 하여 “순수한 정치적 성격의 파업은 결사의 자유 원칙의 적용범위에서 벗어난다”고 한다.²⁷⁾

동시에 결사의 자유위원회는 정치적 목적의 쟁의행위와 직업적 목적의 쟁의행위를 명백하게 구분하는 것은 곤란하며 양개념은 중첩될 수 있다는 점도 아울러 언급하고 있다.²⁸⁾ 따라서 파업에 의해 추구하는 목적에 직업적 목적과 단결관련적 목적 그리고 정치적 목적이 복합적으로 존재하는 경우에 대해서, 결사의 자유위원회는 노동조합이 내세운 직업적 또는 단결관련적 목적이 근로자들의 이해관계의 증진과 무관한 전적으로 정치적인 목적을 위장하기 위한 단순한 구실에 불과하다고 여겨지지 않는 경우에는 그 정당성이 인정되어야 한다고 보고 있다.²⁹⁾

따라서 결사의 자유위원회는 순수한 정치적 목적을 가진 쟁의행위가 아니라 쟁의행위의 목적이 근로조건이나 집단적 노사관계의 개선에 관한 주장과 함께 경제적·사회적 정책문제를 해결하는 데 있는 경우에는 정당하며,³⁰⁾ 근로자와 근로자의 단결체는 문제의 해결이 단체협약의 체결을 통해서 해결할 가능성이 있는 경제적 쟁의의 범위 이상으로 확대된 여건에서 근로자의 이해관계에 영향을 미치는 경제적·사회적 문제에 관한 불만을 표현할 수 있어야 한다고 보고 있다.³¹⁾ 결사의 자유위원회는 “정부의 경제정책이 사회와 노동에 미치는 영향에 항의하는 총파업을 불법으로 규정하고 파업을 금지하는 것은 표현의 자유에 대한 심각한 침해에 해당된다”고 하였다.³²⁾ 따라서 결사의 자유위원회는 전국 차원의 총파업이 이루어지는 경우에도 그것이 경제적·사회적 목적을 가진 것으로서, 전적으로 정치적인 목적이 아닌 한 정당하다는 입장을 취하고 있다.³³⁾ 총파업과 관

27) ILO, *Freedom of association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 1996, para. 481.

28) ILO, *ibid.*, para. 457.

29) Gemington/Oderro/Guido, “ILO principles concerning the right to strike”, *International Labour Review*, p.446.

30) ILO, *Freedom of association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 1996, para. 479.

31) ILO, *ibid.*, para. 484.

32) ILO, *ibid.*, para. 493.

런하여, 결사의 자유위원회는 “최저임금의 인상, 단체협약의 인정 및 경제 정책의 변화(물가억제, 실업해소)를 요구하는 24시간 총파업은 정당하며 노동조합 단결체의 통상적인 활동범위에 속한다”고 하였으며,³⁴⁾ “지난 몇 년간 노동조합 지도자 수백명에 대한 사형을 중단할 것을 요구하는 항의 총파업은 정당한 조합활동이며 따라서 그에 대한 금지는 결사의 자유에 대한 중대한 침해가 된다”는 결정을 내린 바 있다.³⁵⁾

전문가위원회도 그 성격상 전적으로 정치적인 파업은 결사의 자유의 범위에 속하지 않는다고 하고 있으나, 정부가 채택한 정책이 근로자나 사용자에게 즉각적인 영향을 주는 경우가 많이 있기 때문에 파업의 정치적인 측면과 직업적인 측면을 현실적으로 구분하는 것이 불가능한 경우에는 “위원회의 입장에서 근로자의 사회·경제적 및 직업적 이해관계를 보호해야 할 책임을 지고 있는 단결체는 원칙적으로 중요한 사회적·경제적 정책 경향에 의해서 야기된 해결책을 찾는 데 있어서 자신들의 입지를 확보하기 위해서 파업행위에 호소할 수 있어야 한다. 이러한 사회적·경제적 정책 경향은 특히 고용, 사회보장이나 생활수준과 같은 문제들에 있어서 근로자와 조합원들에게 직접적인 영향을 미치기 때문이다”고³⁶⁾ 하여 경제적 정치파업에 대해서는 정당성을 인정하고 있다.

2. 동정파업

동정파업은 근로자들이 자신들에게 직접적이고 즉각적인 방법으로 영향을 주지 않는 직업적, 단결관련적, 또는 사회적·경제적 동기를 위해서 파업을 행할 수 있는가 라는 점에서 문제된다. 전문가위원회는 동정파업이란 근로자들이 다른 파업을 지원하기 위해서 파업하는 경우라고 정의하고, 동정파업에 대한 일반적인 금지는 남용의 우려가 있으며 만일 근로자들이

33) ILO, *ibid.*, para. 492.

34) ILO, *ibid.*, para. 494.

35) ILO, *ibid.*, para. 495.

36) ILO, *Freedom of association and collective bargaining*, 81st Session, Report III (Part 4B), 1994, para. 165.

지원하는 제1차 파업이 그 자체로 적법하다면 근로자들이 동정파업을 행할 수 있다고 하였다.³⁷⁾

결사의 자유위원회는 1987년에 동정파업을 일반적으로 금지하는 대신 동정파업을 행하기 위한 전제행위에 대해 제한규정을 둔 사건에서, 동정파업에 대한 장소·대상의 제한, 기간 및 빈도의 제한은 동정파업을 하는데 심각한 장애가 된다고 결정하였다.³⁸⁾ 결사의 자유위원회도 제1차 파업이 정당하다면 동정파업을 행할 수 있다는 입장이라고 할 수 있다.

제4절 절차면에서의 정당성

1. 일반원칙

쟁의행위에 대한 절차상 요건을 부과하는 국내법의 정당성에 대해 결사의 자유위원회는 그 요건이 합리적인 한 정당하다고 인정하지만, 노동조합의 쟁의행위수단에 실질적인 제한을 초래하는 것에 대해서는 정당성을 부정하고 있다.³⁹⁾ 결사의 자유위원회가 다룬 사안의 약 15%가 파업권의 절차와 관련되어 있다고 한다.⁴⁰⁾ 파업권의 행사절차와 관련하여 결사의 자유위원회가 형성하여 온 원칙을 요약하면, 다음과 같은 경우에는 국내법상의 요건이 정당하다고 본다.

① 사전예고의무⁴¹⁾

37) ILO, *ibid.*, para. 168.

38) ILO, "Reports of the Committee on Freedom of Association", in *Official Bulletin* (Geneva). Vol. LXX, Series B, No. 1, 248th Report, Case No. 1381, 1987, paras. 417~418.

39) ILO, *Freedom of association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 1996, para. 498.

40) Gemington/Oderro/Guido, "ILO principles concerning the right to strike", *International Labour Review*, p.454.

41) ILO, *Freedom of association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 1996, paras. 502~

- ② 파업을 결정하기 위한 전제조건으로 경제적인 분쟁인 경우 알선, 조정 또는 (임의적) 중재절차를 밟아야 할 의무. 다만, 그 절차는 적절하고 공정하며 신속해야 하고 관련 당사자들이 모든 단계에서 참가할 수 있는 것이어야 한다.⁴²⁾
- ③ 일정한 의결정족수와 특별정족수의 찬성을 얻어야 할 의무⁴³⁾
- ④ 파업결의를 위해 비밀투표를 해야 할 의무⁴⁴⁾
- ⑤ 안전요청에 부합하고 사고를 방지할 수 있는 조치를 취해야 할 의무⁴⁵⁾
- ⑥ 특정한 경우에는 최소한도의 서비스를 제공해야 할 의무⁴⁶⁾
- ⑦ 파업불참자의 자유를 보장해야 할 의무⁴⁷⁾

2. 내부절차

쟁의행위를 개시하기 전에 노동조합 내부에서 일정한 정족수의 찬성을 요하는 절차를 법정한 경우의 정당성에 대해 전문가위원회는 다음과 같은 일반원칙을 실시하고 있다.⁴⁸⁾

많은 국가에서 법률은 파업권의 실행에 있어서 일정비율의 근로자의 사 전승인을 받도록 하고 있다. 이러한 요건은 원칙적으로는 협약과의 정합성 문제를 야기시키는 것은 아니지만, 투표라는 수단, 의사정족수 그리고 다수결의 요건은 파업권의 실행이 아주 어렵거나 실질적으로 불가능해지는 정도의 것이어서는 아니된다. 많은 나라의 입법에 규정되어 있는 조건은 서로 큰 차이가 있으며 제87호 협약과의 정합성도 노동조합 조직의 고립 내지 분산의 정도 또는 단체교섭의 구조(기업별 또는 산업별)와 같은 사실 요소에 따라 달리 판단될 수 있다. 이들은 모두 사안별로 달리 보아야 한

504.

42) ILO, *ibid.*, paras. 506~513.

43) ILO, *ibid.*, paras. 506~513.

44) ILO, *ibid.*, paras. 503~510.

45) ILO, *ibid.*, paras. 554~555.

46) ILO, *ibid.*, paras. 556~558.

47) ILO, *ibid.*, para. 586.

48) ILO, *Freedom of association and collective bargaining*, 81st Session, Report III (Part 4B), 1994, para. 170.

다. 파업이 실시되기에 앞서 근로자들의 투표를 요건으로 하는 법률규정이 적정하기 위해서는 의사정족수나 의결정족수는 합리적인 수준으로 정해져 있어야 한다.

결사의 자유위원회는 이러한 관점에서 구체적인 사건에 대해 찬반투표의 절차에 대해 그 정당성을 판단하고 있는데, 파업을 행하기 이전에 전체 조합원 2/3의 출석을 요하도록 규정하고 있는 경우,⁴⁹⁾ 파업시 전체 조합원 2/3의 찬성을 요하도록 규정한 경우⁵⁰⁾에는 제87호 협약 제3조에 위반한다고 보고 있다. 또한 파업찬반투표에서 출석근로자의 과반수 찬성을 요하도록 하는 것이 아니라 파업과 관련되는 모든 근로자의 과반수 찬성을 요하도록 하는 경우에는 대기업 또는 대규모 노동조합에서는 파업권을 심각하게 제한할 우려가 있다고 결정하고 있다.⁵¹⁾ 반면에 노동조합의 지방지부가 파업을 결의할 때 지방지부의 대의원회의 특별정족수로 파업결의를 갈음하거나 총연합단체에서 집행위원회의 과반수 찬성으로 대체하는 것은 결사의 자유 원칙과 양립할 수 있다고 하였다.⁵²⁾

3. 알선, 조정, 임의중재

1951년 임의조정 및 중재에 관한 제92호 권고에서는, 최종적인 분쟁 해결을 위해서 관련 양당사자 전체의 합의에 의해서 노동쟁의가 조정 또는 중재절차에 회부된 경우 조정이나 중재절차가 진행되는 동안에는 양당사자는 파업이나 직장폐쇄를 자제하도록, 그리고 중재의 경우에는 중재재정을 받아들여야 한다고 규정하고 있다. ILO는 쟁의행위를 평화적이고 신속하게 해결하기 위한 수단으로서의 조정, 알선, 임의중재의 실효성을 이미 전제로 하고 있는 것이다.

이러한 관점에서 결사의 자유위원회는, 경제적 분쟁의 경우에는 절차가

49) ILO, *Freedom of association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 1996, para. 511.

50) ILO, *ibid.*, para 506.

51) ILO, *ibid.*, paras 507~508.

52) ILO, *ibid.*, para 513.

적절하고 공정하며 신속하고 모든 단계에서 관련 당사자의 참여가 보장되는 알선, 조정 및 임의중재에의 회부라는 조건을 부가하는 것은 허용된다고 보고 있다.⁵³⁾

전문가위원회도 다음과 같이 결정하여 쟁의행위에 알선, 알선, 조정, 임의중재를 허용하고 있다.⁵⁴⁾

대부분의 국가에서 파업으로 나아가기에 앞서 알선 및 조정의 절차를 거치도록 요구하고 있다. 이러한 규정의 정신은 제98호 협약 제4조와 양립할 수 있다. 동 조항은 단체협약을 위한 자발적인 교섭을 위한 조정제도의 충분한 발전과 활용을 권장하고 있기 때문이다. 그러나 이러한 조정제도는 단체교섭을 촉진한다는 목적만을 갖고 있다. 조정제도는 합법적인 파업이 실제로 불가능하거나 그 실효성이 상실될 정도로 복잡하거나 시간지연을 초래하는 것이어서는 아니된다.

4. 강제중재

강제중재는 두 가지 의미가 있을 수 있다. 하나는 중재의 효과가 당사자에게 종국적이고 구속적이라는 의미에서의 강제중재가 있고, 다른 하나는 중재로의 회부가 당사자의 의사와 관계없이 이루어진다는 의미에서의 강제중재가 있다. 전자의 의미에서의 강제중재에 대해서는 전문가위원회가 그 정당성을 인정하고 있다. “왜냐하면 당사자들은 자신들의 선택한 중재인 또는 중재위원회의 결정에 구속력을 인정하리라고 통상적으로는 예상되기 때문이다.”⁵⁵⁾ 그러나 후자의 경우, 즉 당사자 일방의 신청에 의하여 또는 당국의 직권에 의하여 이루어지는 중재에 대해서는 결사의 자유위원회나 전문가위원회 모두 극히 제한적으로 인정하고 있다.

결사의 자유위원회는 이러한 의미의 강제중재제도는 파업권을 본질적으로 제한하는 것이기 때문에 엄격한 의미에서의 필수서비스, 국가긴급사

53) ILO, *ibid.*, paras. 506~513.

54) ILO, *Freedom of association and collective bargaining*, 81st Session, Report III (Part 4B), 1994, para. 171.

55) ILO, *ibid.*, para. 256.

태, 공무원의 파업에 국한하여 허용된다고 하고 있다. 따라서 결사의 자유 위원회는 노동쟁의를 해결하는 수단으로 파업권을 입법에 의한 정부의 직권 또는 당사자 일방의 신청에 의한 구속적인 중재로 대체하는 것을 금하고 있다고 할 수 있다. 강제중재가 허용된다면 “근로자단체가 자신들의 활동을 조직하고 프로그램을 짤 수 있는 근로자의 권리와 충돌하며, 이는 제 87호 협약 제3조에 명시되어 있는 바이다”⁵⁶⁾ 따라서 “집단적인 노동쟁의와 파업을 종결시키는 강제중재는 당해 노동쟁의의 관련 양당사자들이 모두 요청하거나, 당해 파업이 제한되거나 금지될 수 있는 경우(즉 국가의 이름으로 공권을 수행하는 공무원 또는 그 중단이 생명, 개인적 안전 또는 대중의 전체 또는 일부의 보건에 위협을 초래하는 엄격한 의미에서의 필수서비스에서의 노동쟁의의 경우)에만 인정될 수 있다”⁵⁷⁾

다시 말해, 결사의 자유위원회는 입법은 파업행위의 대체수단으로 강제적인 구속적 중재를 부과할 수 없으며, 강제중재는 쟁의행위의 개시시점이든 도중이든 불문하고 금지된다. 다만, 예외적으로 엄밀한 의미에서의 필수서비스인 경우, 비필수서비스의 중단이 생명, 개인적 안전 또는 대중의 전체 또는 일부의 보건에 위해를 끼치는 경우(이런 상황에서는 비필수서비스가 필수서비스로 변한다), 또는 교섭이 장기간 별성과없이 계속되어 교착상태에 빠진 이후 정부측이 주도하지 아니하고서는 교섭의 교착상태가 해결되지 않을 것이 명백한 경우에⁵⁸⁾ 국한된다.

전문가위원회도 다음과 같이 실시하여 강제중재는 당사자의 교섭의 자유를 침해하는 것으로 허용되지 않으나, 당사자가 최초의 단체협약에서 합의한 경우, 교섭결렬이 장기간 지속되어 당국의 조력이 없이는 해결되기

56) ILO, “Reports of the Committee on Freedom of Association”, in *Official Bulletin* (Geneva), Vol. LXVII, Series B, No. 3, 236th Report, Case No. 1140, 1984, para. 144.

57) ILO, *Freedom of association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 1996, para. 515.

58) 최근의 사례에서(ILO, “299th Report of the Committee on Freedom of Association”, in *Official Bulletin* (Geneva), Vol. LXXVIII, Series B, No. 2, Case No. 1768, 1995, para. 109), 결사의 자유위원회는 이러한 입장을 취했는데, 이는 뒤에서 보는 바와 같이 전문가위원회의 입장과 동일한 것이다(ILO, *Freedom of association and collective bargaining*, 1994, para. 258).

어려운 경우에 한하여 이를 인정하고 있다. 그러나 이 경우에도 당사자가 교섭을 재개할 때에는 중재절차가 중지된다고 하고 있다.⁵⁹⁾

정부당국의 직권 또는 일방당사자의 신청에 의한 중재회부와 관련하여, (전문가)위원회는 그것이 일반적으로는 단체교섭의 자발적인 교섭이라는 제98호 협약의 원칙에 반하며 따라서 교섭당사자의 자치를 저해한다고 본다. 그러나 유일한 예외는 예를 들어 근로자단체가 최초의(first) 단체협약의 규정에 따라 스스로 중재회부를 한 경우에 허용된다. 경험칙상 최초의 단체협약이라는 것은 평화적인 교섭관계를 확립하는 데 있어서 가장 어려운 단계인 경우가 많으며, 단체교섭을 용이하게 하는 교섭기제 및 교섭절차라는 관점에서 이러한 종류의 조항을 설정한다.

정부당국의 직권중재회부에 대해서, 위원회는 그러한 개입이 제98호 협약 제4조에 규정된 교섭의 자율성 원칙과 양립하기 어렵다고 간주한다. 그러나 장기간 성과없는 교섭이 계속된 이후 당사자들의 신청이 없으면 교섭결렬이 해소되지 않으리라는 것이 명백한 경우에 한하여 정부당국이 조치를 취하는 것이 정당화될 수 있는 그러한 교섭시기가 도래할 수 있다는 점을 인정하지 않을 수 없다. 무엇이 노사관계의 가장 어려운 문제의 하나에 해당되는지를 밝히기 위해 여러 회원국들에서 확립된 (각국의 판례법과 관행을 통해서 구체화되는) 제도적인 틀이 아주 다양하다는 견지에서 보면, 결사의 자유위원회는 이러한 측면에서 일반적인 가이드라인을 제시하여 제98호 협약 제4조에서 신중하게 밝히고 있는 “각국의 상황에서 채택될 수 있는 수단”을 통해서 보충될 여지가 있는 몇 가지의 법칙을 제시할 수 있을 따름이다.

위원회의 입장으로는 당사자에게 충분한 시간을 두고, 독립적인 지위에 있는 원조자(조정인, 중재인 등)의 도움을 받으면서 단체교섭을 할 수 있는 기회가 언제든 인정되어야 하며 단체교섭을 용이하게 한다는 것을 가장 우선적인 목적으로 하는 제도와 절차가 보장되어야 한다는 것이 가장 권고할 만하다. 단체교섭의 결과 도달된 합의가 아무리 불만족스럽더라도 외부적으로 강요된 대안보다는 낫다는 전제하에서, 양당사자는 교섭석상

59) ILO, *Freedom of association and collective bargaining*, 81st Session, Report III (Part 4B), 1994, paras. 257~259.

으로 임의로 되돌아갈 수 있는 선택가능성을 유보할 수 있어야 하며, 쟁의 조정제도가 채택되어 있는 경우라고 하여도, 당사자들이 재교섭하고자 하는 경우에는 강제중재절차를 중단시킬 수 있어야 한다

제5절 기타 쟁의행위의 정당성

1. 단체교섭·단체협약과의 관련

결사의 자유위원회는 쟁의행위가 단체교섭과 관련성을 가지고 이루어지는 경우에 정당성이 있는 것으로 판단하고 있다. 예컨대 단체교섭이 진행되기 훨씬 이전에 쟁의행위가 계획된 경우, 즉 단체교섭과 무관하게 쟁의행위가 이루어진 경우에는 정당성이 없다고 한다.⁶⁰⁾ 또한 단체교섭을 위한 교섭단체의 승인을 둘러싼 파업을 금지하는 것도 결사의 자유 위반이라고 하고 있다.⁶¹⁾ 그리고 복수의 사용자에게 적용되는 단체협약의 체결을 위한 파업을 금지하고 있는 것 역시 결사의 자유에 반한다고 결정하고 있다.⁶²⁾

결사의 자유위원회는, 협약해석을 둘러싼 견해의 불일치는 법원에 의해 종국적으로 해결되는 성질을 가진 것이기 때문에 협약해석을 둘러싼 견해의 불일치로 인하여 발생한 파업을 금지하는 것은 결사의 자유에 반하는 것은 아니라고 하고 있다.⁶³⁾ 반면에, 앞에서 보았듯이, 파업은 근로조건에 관한 분쟁에 국한되는 것은 아니며 단체협약의 체결을 목적으로 하지 않아도 무방하다.⁶⁴⁾ 또 분쟁의 성질이 집단적 성질을 갖지 않는 경우, 즉 개별적 분쟁에 대해서 파업을 금지하는 것은 결사의 자유 원칙에 반한다고

60) ILO, *Freedom of association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 1996, para. 481.

61) ILO, *ibid.*, para. 488.

62) ILO, *ibid.*, paras. 490~491.

63) ILO, *ibid.*, para. 485.

64) ILO, *ibid.*, para. 484.

하고 있다.⁶⁵⁾

평화외무 위반의 파업에 대해 결사의 자유위원회는 평화외무 위반의 파업을 일시적으로 금지하는 것은 결사의 자유에 반하는 것은 아니라고 하고 있다.⁶⁶⁾ 그러나 평화외무 위반의 파업을 금지하기 위해서는, 그 대상조치로서 중재절차가 보장되어야 한다는 것이 전문가위원회의 입장이다. 즉 “법률이 단체협약 유효기간중에는 파업을 금지하고 있다면, 근로자의 단결체의 기본적 권리에 대한 이와 같은 중대한 제한은 공정하고 신속한 중재제도가 그 대상(代償)으로서 설정되어 있어야 한다. 이 중재절차는 단체협약의 적용이나 해석을 둘러싼 집단적 또는 개별적인 고충을 모두 처리할 수 있어야 한다. 이 절차는 단체협약의 유효기간 동안 해결되어야 하는 해석 및 적용의 불가피한 곤란을 해결할 수 있도록 할 뿐만 아니라 단체협약의 유효기간 동안 발생된 문제를 확인함으로써 후속되는 교섭석상에서의 근거를 명확히 한다는 이점도 가지고 있다.”⁶⁷⁾

2. 파업권의 남용

다른 기본권과 마찬가지로 파업권 역시 다른 시민적·사회적 권리와 양립할 수 있는 방법으로 행사되어야 한다. 예컨대 항공관제사가 파업한 사건에서 결사의 자유위원회는 파업기간중 레이더시스템의 비밀번호를 변경하여 사람들의 안전에 위협을 초래하였다면 파업근로자에 대한 해고는 정당하다고 하였다.⁶⁸⁾

그런데 파업권이 남용되었을 경우의 제재에 대하여는 비례원칙이 적용되어야 한다. 결사의 자유위원회는 다음과 같이 실시하여, 비례성 원칙을

65) ILO, *ibid.*, para. 489.

66) ILO, “Reports of the Governing Body Committee on Freedom of Association”, in *Official Bulletin* (Geneva), Vol. LVIII, Series B, Nos. 1-2, 147th Report, Case No. 756, 1975, para. 167.

67) ILO, *Freedom of association and collective bargaining*, 81st Session, Report III (Part 4B), 1994, paras. 166~167.

68) ILO, “309th Report of the Committee on Freedom of Association”, in *Official Bulletin* (Geneva), Vol. LXXXI, Series B, No. 1, Case No. 1913, 1998, para 305.

선언하고 평화적 파업을 조직하거나 참가한 행위에 대해 자유형을 과한 것은 결사의 자유에 반한다고 결정하였다.

결사의 자유 원칙은 파업권을 행사하는 과정에서 형사상의 범죄행위를 포함하는 남용까지 보호하는 것은 아니다.

형사상의 제재는 결사의 자유 원칙에 반하지 않는 파업금지에 대한 위반이 있는 파업에 대해서만 부과되어야 한다. 파업과 관련된 불법적인 행위에 관한 모든 제재는 행해진 위반행위나 잘못과 비례를 이루어야 한다.

정부당국은 평화적인 파업을 조직하거나 참가했다는 사실만으로 자유형을 부과해서는 안된다. 결사의 자유위원회는 필수서비스에서의 파업에 대해서 정부당국이 취한 조치(노동조합 활동의 금지, 노동조합 비공제의 중지 등)는 제87호 협약 제3조에 규정된 보장에 반한다고 판단한다.

결사의 자유위원회는 정부당국에게 필수서비스의 수행을 확보하기 위해 정부당국이 취한 조치는 그 목적과 균형이 있어야 하며 과도한 정도에 이르러서는 안된다는 점을 상기할 것을 요구했다.⁶⁹⁾

이런 관점에서 결사의 자유위원회는 평화적인 파업이 이루어질 경우에는 “정부당국은 평화적인 파업의 조직 또는 참가와 관련하여 구속이나 투옥과 같은 조치를 취해서는 안되며, 그러한 조치는 심각한 남용의 우려가 있고 결사의 자유에 대한 심각한 위협이 된다”고 하면서,⁷⁰⁾ “누구라도 평화적인 파업을 조직하거나 참가했다는 사실만을 이유로 하여 형사상의 제재를 받거나 결사의 자유가 박탈되어서는 안된다”고 하였다.⁷¹⁾

전문가위원회도, 아래에서 보는 바와 같이, 첫째, 파업에 대한 제재는 파업금지가 정당한 경우에만 허용된다는 점, 둘째, 불법파업에 대한 제재는 비례성 원칙을 준수하여야 한다는 점에서 결사의 자유위원회와 같은 입장에 있다.⁷²⁾

파업행위에 대한 제재는 당해 금지조치가 결사의 자유와 합치되는 경우

69) ILO, *Freedom of association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 1996, paras. 598~600.

70) ILO, *ibid.*, para. 601.

71) ILO, *ibid.*, para. 602.

72) ILO, *ibid.*, paras. 177~178.

에만 가능하다. 그러한 경우에도 노사관계의 문제를 과도하게 법원에서 처리하려고 하거나 파업행위에 대해서 무거운 제재조치를 가하는 것은 모두 그것을 통해서 해결하고자 하는 것보다 더 큰 문제를 야기한다. 균형을 상실한 형사상의 제재는 조화롭고 안정적인 노사관계의 발전에 도움이 되지 않는다. 투옥조치가 취해진다고 하여도 행위의 심각성에 따라 그것은 정당화될 수도 있다. 그러나 어떠한 경우에도 항소할 수 있는 권리가 인정되어야 한다.

입법례에 따라서는 결사의 자유 원칙에 반하지 않는 파업권에 대한 금지 또는 제한방법으로는 이러한 규정을 위반한 파업참가자와 노동조합에 대한 민사책임이나 형사책임을 인정하는 경우도 있다. 이러한 제재는 위반행위의 심각성의 정도와 비례성을 상실해서는 안된다는 것이 전문가위원회의 입장이다.

3. 쟁의행위의 수단

ILO의 감독기관은 쟁의행위의 정의를 명시적으로 행하지 않았다. 그것은 쟁의행위에 대해 개념정의를 하게 되면, 필연적으로 쟁의행위의 수행방법에 대한 제한을 초래하기 때문이다.⁷³⁾ 따라서 감독기관은 쟁의행위의 방법의 정당성에 대해 개별적으로 판단하고 있다.

결사의 자유위원회는 직장점거, 태업, 준법투쟁은 전형적인 파업, 즉 단순한 노무제공 거부는 아니지만 그것이 평화적인 방법으로 행해지는 경우라면 정당하다고 판단하고 있다.⁷⁴⁾ 따라서 “피케팅의 금지는 평화적인 성격이 상실되었을 경우에 한하여 정당화될 수 있기” 때문에,⁷⁵⁾ “공공질서를 교란시키고 취로하고자 하는 근로자를 위협하는” 피케팅을 금지하는 법률 규정을 정당하다고 보았다. 결사의 자유위원회에 따르면,⁷⁶⁾ 단호하지만

73) Gernigon/Oderro/Guido, “ILO principles concerning the right to strike”, *International Labour Review*, p.444.

74) ILO, *Freedom of association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 1996, para. 496.

75) ILO, *ibid.*, paras. 583~584.

76) ILO, *ibid.*, paras. 586~587.

평화적으로 실시되는, 다른 근로자들에게 노무중단을 호소하는 피케팅에 참가하는 것은 불법으로 간주되어서는 안된다. 그렇지만 피케팅이 파업불참가자들이 노무제공할 자유를 간섭할 의도에서 그들에 대한 폭력이나 강요가 수반되는 경우에는 상황은 다르며, 이러한 경우에는 많은 나라에서 형사상의 범죄에 해당된다고 규정하고 있다. 피케팅은 사업장이 인접한 곳에서만 실시되어야 한다는 요건은 결사의 자유 원칙에 반하는 것은 아니다.

전문가위원회도 다음과 같이 실시하여 결사의 자유위원회와 유사한 입장을 취하고 있다.⁷⁷⁾

국내법에 의해서 파업권이 보장될 경우 근로자들의 행위가 국내법상의 파업에 해당되는지 여부가 문제되는 경우가 많이 있다. 아무리 단시간이고 제한적이라고 해도, 어떠한 형태이든 조업중단은 일반적으로 파업으로 해석된다. 작업속도를 늦추기만 하는 것으로서 노무제공의 일부 거부밖에 인정되지 않는 경우(태업) 또는 작업규칙을 문자 그대로 준수하는 경우(준법투쟁)에는 문제가 더 복잡해진다. 이러한 유형의 파업행위는 전면적인 조업중단과 마찬가지로 조업을 마비시킨다. 이 점에 관해서 국내법과 관행이 각국간에 편차가 크다는 점을 지적하면서, 전문가위원회는 파업행위의 유형에 대한 제한은 그 행위가 평화적인 범위를 벗어나는 경우에만 정당화될 수 있다는 입장을 가지고 있다.

전문가위원회는 피케팅이나 직장점거에 대한 제한은 파업행위가 평화적 범위를 벗어나는 경우에 국한되어야 한다는 입장이다.

특히 전문가위원회는 다음과 같이 실시하여 피케팅이란 사람들로 하여금 가능한 한 노무제공을 중단하도록 설득함으로써 파업의 성공을 확보하는 데 그 목적이 있기 때문에 평화적인 범위를 넘어서는 피케팅에 대한 국내법상의 제한은 가능하다고 보았다.⁷⁸⁾

일반법원이나 특별법원은 일반적으로 이러한 측면에서 발생하는 문제를 해결해야 할 책임을 지고 있다. 이 문제에 관한 한 각국의 관행이 다른

77) ILO, *Freedom of association and collective bargaining*, 81st Session, Report III (Part 4B), 1994, paras. 173~174.

78) ILO, *ibid.*, para. 174.

문제에 관한 경우보다도 아마도 더 중요할 것이다. 피케팅이 단순히 정보를 제공하는 수단으로 파악하고 파업불참가자들이 사업장에 들어가려는 것을 저지할 가능성을 배제하고 있는 국가가 있는가 하면, 그러한 행위가 파업권의 형태로 인정되는 국가도 있고, 실제로는 거의 문제되지 않는 측면이지만 그 자연스러운 연장행위로서의 직장점거도 인정되는 국가도 있다. 그러나 어떠한 경우이든 사람에 대한 폭력이나 재산의 손괴와 같은 극단적인 것은 제외된다. 전문가위원회는 이러한 측면에서 피케팅이나 직장점거에 대한 제한은 평화적인 범위를 벗어나는 경우에만 국한되어야 한다고 본다.

제6절 쟁의행위에 대한 제한조치의 정당성

1. 근로자의 동원

결사의 자유위원회는 파업이 실시되고 있는 사업에서의 근로자의 직장 복귀명령 내지 동원령에 대해 다음과 같은 원칙을 개진하고 있다.⁷⁹⁾

결사의 자유위원회는 경제의 핵심적 부문에서의 전면적이고 장기적인 파업이 대중의 생명, 보건 또는 개인적인 안전이 위협받는 상황을 야기하는 경우에는, 이러한 상황을 초래하는 범주에 속하는 근로자에 대한 직장 복귀명령은 합법적일 수 있다는 점을 전제로 한다. 그러나 근로조건의 유지·향상과 같은 직업적인 요구에서 발생한 파업을 종결시키기 위해 군대나 동원명령을 활용하는 것은 원칙적으로 결사의 자유에 대한 심각한 침해가 된다고 한다. 다만, 그러한 조치가 아주 중차대한 상황에서 필수서비스를 유지할 것을 목적으로 한 경우에는 그러하지 않다. 예컨대 운송회사나 철도회사와 같은 서비스나 사업장에서 파업으로 인해 조업이 중단된

79) ILO, *Freedom of association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 1996, paras. 572~573, 575~577.

경우, 이러한 파업은 공동체의 통상적인 생활을 교란시킬 수 있다고 인정되기는 하지만, 직장복귀명령은 그러한 서비스의 중단이 국가긴급사태를 야기하는 경우에 한하여 인정될 수 있다. 따라서 결사의 자유위원회는 파업시 철도근로자를 동원하는 것, 피케팅을 하는 근로자에 대해서 해고의 위협을 하는 것, 임금수준이 낮은 근로자로 충원하는 것, 그리고 엄격한 의미에서 필수서비스가 아닌 부문에서 합법적이고 평화적인 파업을 종결시킬 목적으로 노동조합에 가입하는 것을 금지하는 것은 결사의 자유에 반한다고 하고 있다.

반면에 전신서비스와 같은 필수적인 공공서비스가 불법파업으로 중단된 경우에는, 결사의 자유위원회는 정부당국이 공동체의 이익을 위해서 그 기능을 확보할 책임을 지며 이를 위해서 중단된 서비스를 제공하기 위해 군인 기타 인원을 소환하여 그러한 의무를 이행할 수 있는 시설에 그러한 자를 배치하여 필요한 조치를 취하는 것은 가능하다고 한다.

전문가위원회도 아주 중차대한 상황이나 엄격한 의미에서의 필수서비스의 운용을 확보하기 위한 동원을 승인한다. 그러나 이러한 경우에 해당하지 않는 때에는 동원이라는 수단은 노동쟁의를 해결하는 수단으로 남용될 여지가 있기 때문에 회피해야 한다는 입장이다.⁸⁰⁾

2. 파업시 대체고용의 정당성

결사의 자유위원회는 파업시 대체고용을 하는 것은 원칙적으로는 정당하지 않고 예외적으로 다음과 같은 요건을 갖춘 경우에만 정당하다고 보고 있다. 즉 ① 파업이 법률에 의해서 금지된 필수서비스 부문에서 이루어지는 경우 ② 국가긴급사태가 발생한 경우가 그것이다.⁸¹⁾

전문가위원회도 다음과 같이 실시하여 파업시 대체고용에 대해서는 그

80) ILO, *Freedom of association and collective bargaining*, 81st Session, Report III (Part 4B), 1994, para. 163.

81) ILO, *Freedom of association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 1996, paras. 570~574.

것이 일시적인 대체고용이든 영구적인 대체고용이든 반대의 입장을 취하고 있다.⁸²⁾

법률이나 관행에 의해 기업에게 합법적으로 파업을 하고 있는 근로자를 대체하기 위하여 근로자를 고용하는 것을 허용하는 경우에는 특별한 문제가 야기된다. 법률 또는 관례에 의해서 파업참가자가 분쟁이 종결한 이후 일자리로 복귀할 권리를 부정하는 경우에는 이 문제의 심각성은 더 크다. 전문가위원회는 이러한 유형의 법률조항이나 관행이 파업권을 심각하게 손상시키며 노동조합권리의 자유로운 행사에 영향을 미친다는 입장이다.

3. 정부에 의한 사업장 폐쇄와 경찰의 투입

결사의 자유위원회는 파업이 발생한 사업장에 대해 정부가 법률에 근거하여 사업장을 폐쇄하는 것은 파업불참가자의 근로할 권리와 함께 사업시설을 유지하고 재해를 방지하며 기업시설에 대한 출입권 및 활동권을 침해하는 것으로서 허용되지 않는다고 하고 있다.⁸³⁾ 즉 결사의 자유위원회는 파업기간 동안 사용자와 관리자가 기업설비에 출입하여 자신의 활동을 수행할 수 있는 권리를 전제로 하고 있다고 할 수 있다. 따라서 결사의 자유위원회는 사업장이 파업참가자들로 점거되어 있는 경우 사업장에 접근하기 위해서 경영자가 접근할 수 있도록 경찰의 원조를 요청하는 것은 결사의 자유 원칙에 대한 침해가 아니라고 하고 있다.

그러나 파업사업장에 대한 경찰의 투입에 대해서 결사의 자유위원회는 일반적으로는 신중한 입장을 취하고 있다. 결사의 자유위원회는 파업사업장에 대한 경찰투입은 공공질서의 유지와 법과 질서에 대한 심각한 위협이 존재하는 경우에 한하여 인정된다는 입장에 있다.⁸⁴⁾ 그러나 이 경우에도

82) ILO, *Freedom of association and collective bargaining*, 81st Session, Report III (Part 4B), 1994, para. 175.

83) ILO, *310th Report of the Committee on Freedom of Association*. Document GB. 272/5, Governing Body, 272nd Session (June), Case No. 1931, 1998, para. 497.

84) ILO, *Freedom of association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 1996, paras. 581~580.

“경찰의 개입은 공공질서에 대한 위협의 정도와 비례적이어야 하며, 정부는 권한있는 기관이 공공질서를 저해할 수 있는 시위를 통제함에 있어서 과도한 폭력을 행사하지 않도록 적절히 감독하여야 한다”고 하고 있다.⁸⁵⁾

4. 파업기간중의 임금삭감

파업기간중 임금삭감에 대해 결사의 자유위원회는 이러한 관행은 결사의 자유라는 관점에서 부정되는 것은 아니라고 하고 있다.⁸⁶⁾ 또한 당사자간의 합의에 의하여 파업근로자에 대해 임금을 지급하는 것은 “금지되는 것도 아니고 요구되는 것도 아니다”고 하고 있다.⁸⁷⁾ 다만, 파업기간에 상응하는 삭감액보다 실제 임금삭감액이 더 많은 경우에 대해서는, 결사의 자유위원회는 파업에 대한 제재금의 부과에 해당한다고 보고, 이는 조화로운 노사관계에 도움이 되지 않는다고 권고하고 있다.⁸⁸⁾

전문가위원회도 파업시 임금삭감을 규정하고 있는 입법에 대한 비판을 직접적으로 행하지는 않고, 다만 “일반적으로 당사자는 교섭사항의 범위를 자유롭게 결정할 수 있다”고 하고 있을 뿐이다.⁸⁹⁾

제7절 결 어

쟁의행위에 관한 명문의 국제노동기준이 없음에도 불구하고 ILO는 결

85) ILO, *ibid.*, para. 582.

86) ILO, *ibid.*, para. 588.

87) ILO, “307th Report of the Committee on Freedom of Association”, in *Official Bulletin* (Geneva), Vol. LXXX, Series B, No. 2, Case No. 1865, 1997, para. 223.

88) ILO, *Freedom of association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 1996, para. 589.

89) ILO, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. General report and observations concerning particular countries*. Report III (Part 4A), International Labour Conference, 86th Session, 1998, Geneva. p.224.

사의 자유에 관한 제87호 협약의 해석을 통하여 쟁의행위에 대하여 폭넓게 인정하는 법리를 형성하여 왔다. 협약의 준수와 관련되는 감독기구인 결사의 자유위원회와 전문가위원회는 각각 독립적인 기관임에도 불구하고 양자의 결정은 상호 수렴하는 경향을 보이면서 쟁의행위에 대한 국제노동기준을 설정하고 있는데, 쟁의행위 개념을 설정하여 쟁의행위를 범주화시키는 대신에 쟁의행위의 방법이나 수단의 정당성을 판단하고 있는 점이 특징적이다.

ILO의 감독기구가 형성한 쟁의행위에 관한 기준을 요약하면 다음과 같다.

쟁의행위의 주체와 관련하여 공무원이 쟁의행위를 행할 수 있는지 여부에 대해 감독기구는 각국의 용례와 실제 운용이 상이하기 때문에 일반적인 범주를 설정하기보다는 구체적·개별적인 사안에 대하여 견해를 제시하여 왔다. 다만, 국가의 이름으로 공권을 행사하는 자를 모두 일괄하여 쟁의행위를 금지하는 것은 타당하지 않고, 그러한 자 중 엄격한 의미에서 필수서비스를 제공하는 자에 국한하여 쟁의행위를 금지할 수 있다고 하고 있다. 이런 측면에서 공익사업에서 쟁의행위가 제한되는 자의 범위와 수렴하고 있다고 할 수 있다. 엄격한 의미에서의 필수서비스라 함은 그 중단이 공중의 전체 또는 일부에 대하여 보건, 생명, 안전에 위협을 초래하는 사업을 말한다. 이러한 의미의 필수서비스에 해당하지 않는다고 하더라도 각국의 경제적·사회적 상황에 따라서 그 중단이 공중에 대하여 심각한 혼란을 초래할 수 있는 경우에는 쟁의행위를 금지하는 대신 제한하도록 하는 이른바 최소서비스의 영역을 설정함으로써, 감독위원회는 구체적 타당성을 기하고 있다.

쟁의행위의 목적에 대해서는 ILO는 상당히 광범위하게 정당성을 부여하고 있다. 근로조건에 관한 사항은 물론이고, 정치적 성격의 목적을 가진 쟁의행위에 대해서도 그 쟁의행위가 전적으로 정치적인 목적을 위하여 이루어진 것이 아니라 경제적·사회적 목적을 가지고 있다면 허용된다는 입장에 있다. 따라서 ILO는 단체협약의 체결이 가능한 사항에 대해서만 쟁의행위가 가능하다는 엄격한 입장을 취하지 않고, 근로자의 고용, 사회보장이나 생활수준에 영향을 미칠 수 있는 경제·사회정책에 반대하는 쟁의행위에 대하여 폭넓게 정당성을 인정하고 있는 점이 주목된다. 동정파업에

대해서는 주된 파업이 정당하다면 정당성이 인정된다고 하고 있다.

쟁의행위의 절차는 그것이 합리적이라고 할 수 있는 한 국내법상 일정한 제한을 부가할 수 있다고 한다. 쟁의행위에 전치하는 알선, 조정, 임의중재 절차를 설정하고 있다든지 쟁의행위 결정에 조합원의 찬반투표를 하도록 하는 절차 또는 사전예고의무의 부과 등은 허용된다. 다만, 쟁의행위의 행사를 실질적으로 제약하는 수단으로서 절차를 설정한 것에 대해서는 정당성을 인정하지 않는데, 예컨대 파업시 조합원의 2/3의 의결정족수를 요구하는 것은 쟁의행위에 대한 부당한 제약이라고 하고 있다. 강제중재는 엄격한 의미의 필수서비스 등 극히 예외적인 경우에 한하여 인정하고 있다.

그밖에 이른바 최후수단성의 원칙, 평화의무 위반의 쟁의행위금지를 규정하는 국내법은 국제노동기준에서 벗어나는 것은 아니라고 하여 쟁의행위와 단체교섭이나 단체협약과의 관련성도 고려하고 있다. 대체고용은 극히 제한된 범위에서만 인정하고 있어 원칙적으로 이를 부정하는 입장에 있으며 쟁의행위 기간중 임금지급 문제는 당사자가 자유롭게 정할 수 있는 것이 원칙이라고 하고 있다.

제 3 장 독일에서의 쟁의행위의 정당성

제1절 서 설

독일에서 쟁의행위는 일반적으로 근로자측 또는 사용자측이 그 상대방에 대해 노동관계의 저해를 통하여 특정한 목적을 달성하는 모든 집단적 조치를 의미하는 것으로 이해되고,¹⁾ 그 목적은 장래를 향하여 집단적 근로조건을 관철하는 것이라고 해석되고 있다.²⁾ 주지하는 바와 같이 독일에서는 강력한 산업별 노동조합에 의해 사용자단체와 산업별 교섭이 이루어진다. 양자가 합의하면 산업별 단체협약이 체결되지만, 결렬될 경우에는 광범위한 범위에 걸쳐서 쟁의행위가 발생하게 되기 때문에 쟁의행위의 파급력은 기업별 노조의 그것에 비해 비교하기가 곤란하다. 이러한 상황에도 불구하고 독일에서는 쟁의행위를 규율하는 명문의 법률이 존재하지 않고 판례법에 의해 규율되고 있다.

독일에서 쟁의행위의 수단은 근로자측의 파업과 사용자측의 직장폐쇄가 대표적이라고 할 수 있다. 우리 나라에서와 마찬가지로 파업은 개별법상의 합의에 따라 제공되는 근로이행에 대하여 다수의 근로자가 공동으로 계획적인 거부를 함으로써 사용자에게 압력행사를 하는 것이며,³⁾ 직장폐쇄는 특정 또는 다수의 사용자가 근로자의 근로제공과 근로자에 대한 임

1) Schaub, *Arbeitsrechtshandbuch*, 7.Aufl., 1992, §192 I 1.; Brox/Rüthers-Brox, *Arbeitskampfrecht*, 2.Aufl., 1982, Rn.16, 17;

2) Schaub, *Arbeitsrechtshandbuch*, §192 IV 1.

3) BAG, EzA Nr.74 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

금지급을 계획적으로 거부함으로써 근로자에 대해 압력행사를 하는 것이다.⁴⁾ 그밖의 집단법상의 노동쟁의수단으로는 보이콧이 행해지기도 하나 일반적인 쟁의행위는 아니다. 그밖에 변경해지나 유치권과 같은 개별법상의 수단이 쟁의행위의 수단으로 사용되는 경우도 있다.⁵⁾

쟁의행위는 본질적으로 근로관계를 저해하는 것이기 때문에 여러 가지 차원에서 그 효과가 문제된다. 개별법적 영역에서 쟁의행위는 근로계약상 주된 의무에 대한 장애를 초래하기 때문에, 예컨대 파업으로 인한 근로제공의 거부를 이유로 근로자에게 해고를 통지할 수 있는지 여부, 직장폐쇄에 의한 사용자의 근로수령의 거부가 수령지체를 초래하여 근로자에게 보수지급청구권이 인정되는지 여부가 문제된다. 나아가 파업에 의하여 생산손실이 발생하여 사용자가 목표로 한 수익을 거두지 못한 경우 사용자에게 발생한 경제적 손해에 대하여 손해배상청구권이 존재하는지 여부, 파업에 대한 부작위청구가 인정되는지 여부도 문제된다. 또한, 사업장조직법(Betriebsverfassungsgesetz)상의 당사자와 노동쟁의의 관계, 사용자와 종업원협의회(Betriebsrat)의 관계도 문제된다. 사업장조직법상 종업원협의회는 노동쟁의에서도 인정되는지가 특히 문제된다. 마지막으로 노동쟁의에 의한 효과로 인하여 제3의 관여자가 관련되는 경우도 있다. 예컨대 사용자가 파업으로 인해 제3자에 대한 채무를 이행하지 못한 경우 채무지체 내지 수령지체의 문제가 발생하는가 라는 문제가 제기된다.

우리 나라에서와 마찬가지로 독일에서도 이러한 문제의 해결은 노동쟁의가 정당한지 여부에 달려 있다. 이하에서는 노동쟁의의 정당성에 대한 독일의 판례를 중심으로 살펴보기로 한다.

1. 노동쟁의의 법원

가. 개별적인 법률

독일에서는 노동쟁의를 규율하는 단행법률이 없다. 그러나 개별적인 노

4) Schaub, *Arbeitsrechtshandbuch*, §192 III. 1.

5) Däubler, in: Däubler Hrsg, *Arbeitskampfrecht*, 2.Aufl., 1987, Rn.1380f.

동관계법에서는 노동쟁의(Arbeitskampf)라는 개념을 사용하고 있는데, 예컨대 노동재판소법(ArbGG), 사업장조직법(BetrVG), 직원조직법(BPerVG), 고용촉진법(AFG), 파견근로자법(AÜG), 해고제한법(KSchG), 중장애인보호법(Schwbg) 등이 그것이다. 연방노동재판소 대법정은 1971년 판결에서 이러한 개별적인 법률들은 쟁의행위라는 개념을 사용하여 그 법적 존재를 확인할 수 있을 뿐, 이를 규율하는 것은 아니라고 하여 ‘중립적인 법규범’에 불과하다고 판시하였다.⁶⁾ 따라서 이러한 규정을 근거로 쟁의행위의 정당성을 판단할 수는 없다. 다만, 후술하는 바와 같이 사업장조직법 제74조 제2항, 직원조직법 제66조 제2항은 쟁의행위의 정당성 판단에 제한적으로 영향을 미치기도 한다.

나. 국제적 노동기준

따라서 노동쟁의에 관한 규율의 법적 근거를 국제적 노동기준에서 찾는 입장도 있다.⁷⁾ 이와 관련된 국제규범은 유럽사회헌장 제6조 제4항, 유럽인권선언 제11조, ILO 제87호 협약 등이 있다.

그러나 연방노동재판소는 유럽인권선언과 ILO 제87호 협약은 기본법 제9조 제3항에 의해 보장되는 원칙을 넘어서는 내용을 규율하는 것은 아니고 쟁의행위의 정당성에 대한 직접적인 근거는 되지 않는다고 판단하고 있다.⁸⁾ 유럽인권선언 제11조 제1항은 인권의 내용으로서 단결의 자유만을 규정하고 있고 이는 기본법에 의해 포섭되는 범위를 넘지 않는다는 것이다. 그런데 유럽사회헌장 제6조는 단체교섭권의 효율적인 행사를 보장하기 위해 회원국가에 대해 “노동분쟁의 해결을 위한 적절한 알선 및 중재절차”(제3항)를 촉진시킬 의무를 부과하고 있으며, 특히 제4항에서는 “유효한 집단적 근로계약상의 의무에 반하지 않는 한 이익충돌의 경우에 파업권을 포함한 집단적 행동을 할 권리”를 인정하여 명시적으로 파업권을 인

6) BAG AP Nr.64 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

7) Däubler, in: Däubler Hrsg, Arbeitskampfrecht, Rn.101ff; Brox, in: Brox/Rüthers, *Arbeitskampfrecht*, Rn.123ff.

8) BAG AP Nr.65 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

정하고 있다. 유럽사회헌장 제6조에 대해서 연방노동재판소는 사회헌장이 국내법상으로도 직접적인 효력을 가지는지, 국내법상의 변용을 통해서 적용되는지⁹⁾에 대해 명시적인 입장을 밝히지 않았다.¹⁰⁾ 그러나 연방노동재판소는 사회헌장은 법을 제정할 때에는 입법자를 구속하지만 어떠한 방법으로 사회헌장을 구체화하는지는 입법자의 재량에 맡겨져 있다고 한다. 결국 연방노동재판소는 사회헌장도 노동쟁의에 대한 직접적인 법적 근거는 되지 않는 것으로 보고 있다고 할 수 있다.

따라서 노동쟁의에 대한 직접적인 법적 근거를 기본법 제9조 제3항에서 찾는 것이 일반적이다.

다. 기본법 제9조 제3항

기본법 제9조 제3항은 “근로조건 및 경제조건의 유지·향상을 위하여 단결체를 결성할 권리는 모든 사람, 모든 직업에 대하여 보장된다. 이러한 권리를 제한하거나 저해하는 모든 합의는 무효이고, 이를 도모하기 위한 조치는 위법이다”고 규정하고 이어서 기본법에 근거하여 이루어지는 비상사태하의 긴급조치는 “제1문에서 의미하는 단결체가 근로조건 및 경제조건의 유지·향상을 위하여 행한 쟁의행위에 적용되어서는 안된다”고 규정하고 있다.

후자의 규정은 1968년 비상사태입법 제정시에 삽입된 규정으로서, 이 규정에 의해 처음으로 기본법에 쟁의행위라는 단어가 사용되게 되었다. 이 규정에 대하여는 이는 소위 ‘제한의 제한’(Schranken-Schranke)¹¹⁾이기 때문에 비상사태에서의 쟁의행위에 대하여만 규율하는 것이고, 따라서 평상시의 쟁의행위에 대해서는 종래의 법상태에 아무런 변경도 발생하지 않는다고 보는 입장과, 비상사에서 쟁의행위가 보장된다고 규정하고 있기 때문에 평상시에 쟁의행위도 기본법에 의해 보장된다고 보는 견해가 다투어지고 있으나, 기본법 제9조 제3항 제3문이 쟁의행위법에 대해 새로운 권리

9) 이러한 입장을 취하는 견해로는 Däubler, in: Däubler, *Arbeitskampfrecht*, Rn.102ff.

10) BAG AP Nr.81 zu Art.9 GG *Arbeitskampf*.

11) Scholz, *Koalitionsfreiheit als Verfassungsrecht*, 1971, S.38.

또는 법적 효과를 발생케 하는 권리창설적 내용을 규정하는 것은 아니며 따라서 이 기본법 조항의 신설에 의해 쟁의행위에 대한 헌법적 보장을 강화시킨 것은 아니라는 견해가 일반적이다.¹²⁾ 따라서 쟁의행위에 관한 규율은 기본법 제9조 제3항 제1문에 의해 이루어진다.

기본법 제9조 제3항 제1문은 모든 자에 대하여 노동·경제조건의 유지와 향상을 위하여 단결체를 결성할 권리를 보장하기 때문에 개별적인 단결권과 함께 집단적 단결권이 보장된다. 연방헌법재판소에 의하면 집단적 단결권의 물적 보호범위에는 단결 그 자체를 그 설립과 그 존속(존속보장), 그 조직적 전개(조직자치; Organisationsautonomie) 그리고 기본법 제9조 제3항의 특수한 목적을 위한 활동(활동보장; Betätigungsgarantie)의 보장이 포함된다.¹³⁾ 인적 보호범위에는 근로자와 사용자¹⁴⁾ 그리고 단결체의 단결체(Koalition von Koalition)¹⁵⁾가 포함된다. 특히 집단적 단결권의 활동에 대한 헌법적 보장이 노동쟁의와 관련성을 가진다.

연방헌법재판소에 따르면 단체협약의 체결은 기본법에 의해 보장된 단결합치적 활동에 속하고,¹⁶⁾ 이러한 목적을 위하여 특정한 행위를 하는 경우에는 이것 역시 기본권으로서 보호된다고 하고 있다.¹⁷⁾ 즉, 연방헌법재판소는 기본법 제9조 제3항의 단결권 보장에는 “기본법 제9조 제3항 소정의 목적을 특히 단결에 합치한 활동에 의해 추구할 권리”의 보장도 포함된다는 입장에서, 단결활동의 중심인 단체협약의 체결에 대한 제도적 보장을 전제로 하여, 단체협약의 체결을 위하여 필수적인 압력수단이라고 할 수 있는 쟁의행위에 대하여도 제도적 보장을 하고 있다고 할 수 있다. 따라서 단결활동의 제도적 보장에 의해 노동쟁의의 자유도 보장되는데, 노동쟁의의 자유에는 쟁의개시의 자유, 쟁의실시의 자유, 쟁의수단 선택의 자유 그

12) Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter, *Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte*(김형배 역, 『집단적 노사분쟁의 규율에 관한 법률』, 박영사, 1990, 28~29쪽).

13) BVerfG, EzA Nr.97 zu Art.9 GG Arbeitskampf; BVerfG, BVerfGE 50, 290, 367.

14) BVerfG, EzA Nr.97 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

15) BVerfG, EzA Nr.97 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

16) BVerfG, BVerfGE 44, 322, 340f; BVerfG BVerfGE 50, 290, 367.

17) BVerfG, EzA Nr.97 Art.9 GG Arbeitskampf.

리고 쟁의종료의 자유가 포함되고 있다. 단결체가 목적의 달성을 위하여 투입하는 쟁의수단의 선택은 기본법 제9조 제3항이 단결체 그 자체에 대해 위임하고 있다고 한다.¹⁸⁾ 이렇게 하여 연방헌법재판소에 의해 파업에 대한 헌법상의 보장이 이루어지게 되었다.

연방노동재판소도 같은 입장에 있다고 할 수 있다. 연방노동재판소는 “근로조건·경제조건을 위하여 노동조합에 의해 이루어진 파업은 하나의 법률제도(Rechtsinstitut), 즉 현대 노동법의 합법적인 수단”이라고 보고 있다.¹⁹⁾ 그 이유로는 “노동조합은 생산성 향상이나 물가상승에 단체협약을 적합시킬 필요에 의해 단체협약의 체결·개정에 많은 관심을 가지고 있으나, 사용자측은 통상 단체협약의 체결에는 거의 관심이 없다. 여기에서 파업의 권리(das Recht zum Streik)가 없으면 협약교섭은 ‘집단적인 애원’(kollektives Betteln)으로 되어 버릴 것이다. 따라서 파업권은 그 핵심적 영역(Kernbereich)에서 기본법 제9조 제3항에 의해 보장되고 있다고 해석하여야 한다”고 하고 있다.²⁰⁾

2. 개념

쟁의행위의 정당성을 판단하기 위해서는 우선 문제되는 행위가 쟁의행위에 해당하여야 한다. 쟁의행위에 해당하지 않는다면 쟁의행위로서의 정당성을 판단할 필요가 없이 일반 시민법에 의해 계약불이행책임이나 불법행위책임을 물으면 족하기 때문이다.

가. 법률상의 정의

앞에서 살펴본 바와 같이 개별 법률에서는 쟁의행위를 언급하고 있기는 하나 쟁의행위의 정의를 규정하고 있지는 않다.

기본법 제9조 제3항 제3문은 비상조치하의 각종 조치는 “제1문의 의미

18) BVerfG, EzA Nr.97 Art.9 GG Arbeitskampf.

19) BAG v.19.6.1973, AP Nr.47 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

20) BAG v.10.6.1980, AP Nr.64, 65 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

에서의 단결체에 의한 노동·경제조건의 유지와 향상을 위하여 실시된” 노동쟁의에 대하여 이루어져서는 안된다고 규정하고 있다. 사업장조직법 제 74조 제2항은 종업원협의회와 사용자에게 부과된 평화의무에서 “협약능력 있는 당사자의 노동쟁의”를 명시적으로 제외하고 있고 직원조직법(BPerVG; Bundespersonalvertretungsgesetz) 제66조 제2항도 마찬가지이다. 고용촉진법(AFG; Arbeitsförderungsgesetz)도 노동쟁의에 관한 규정을 포함하고 있는데, 법 제17조 제1항은 사용자에게 ‘노동쟁의’의 발생과 종료를 신고하도록 의무화하고 있고, 그 기간중 ‘노동쟁의와 직접적으로 관련되는 사업으로의’ 직업소개는 ‘구직자와 사용자가 노동쟁의에 관한 행정관청의 고지에도 불구하고 직업소개를 요구하는 경우’에 한하여 이루어진다고 규정한다. 법 제116조는 ‘노동쟁의’에 있어서 실업수당(Arbeitslosengeld)의 보장을 규정하고 있다. 근로자과견법(AÜG) 제11조 제5항에 따르면 파견근로자는 “사용사업주가 노동쟁의에 직접적으로 관련되는 한” 사용사업주에게 근로를 제공할 의무가 없다고 규정하고 있으며, 노동재판소법(ArbGG) 제2조 제1항 제2호는 노동재판소에 대해 “노동쟁의를 위한 조치가 …… 문제되는 한, 협약능력이 있는 당사자간 또는 이러한 자와 제3자간의 불법행위로 인한 시민법상 분쟁”에 대한 전속적 관할권을 규정하고 있다.

이상의 각종 규정은 쟁의행위의 개념에 대한 정의규정을 두고 있지 않고 오로지 ‘노동쟁의’와 관련되는 특정한 사실상의 사건만을 전제로 하여 규율하고 있다. 따라서 개념정의는 판례와 학설에 맡겨져 있다.

나. 판례

연방노동재판소의 판결이나 결정에서도 노동쟁의의 개념에 대하여 직접적인 정의를 하는 예는 찾을 수 없다. 뒤에서 살펴볼 것이지만 1955년의 노동쟁의에 대한 첫 번째 연방노동재판소의 판결에서도 파업의 목적이 사용자에게 대해 행해진 근로조건의 협약상 규율에 있다고 할 뿐 의식적으로 개념정의는 하고 있지 않고,²¹⁾ 1971년 대법정의 두 번째 판결에서도 노

21) BAG AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

동·경제조건에 대한 이익충돌을 해결하기 위하여 노동쟁의는 필요불가결하다고 할 뿐이다.²²⁾

쟁의행위의 개념이 간접적으로 다루어진 사건은 정치파업과 관련한 신문파업에 대한 관할권을 판시한 민사최고법원 판결²³⁾과 평화의무 위반에 대한 연방노동재판소의 판결²⁴⁾ 등이 있으나, 쟁의행위의 개념을 직접적으로 행한 판결로는 취급되고 있지 않다. 따라서 판례는 문제된 사건에 대해 그 정당성만을 판단할 뿐 개념정의를 적극적으로 하고 있지는 않다고 평가할 수 있다.²⁵⁾

다. 학 설

쟁의행위의 개념에 대해 학설은 크게 두 가지 입장으로 나눌 수 있다. 협의의 쟁의행위개념으로서 쟁의행위를 쟁의행위의 목적과 관련하여 이해하는 입장과, 광의의 쟁의행위개념으로서 쟁의행위를 쟁의행위의 수단과 관련하여 이해하는 입장이 그것이다.

목적관련설에서는 노동쟁의를 “근로자측 또는 사용자측의 쟁의결정에 기하여 이루어진 행위로서, 집단적 쟁의행위로 인한 압력에 의하여 자유로운 의사에 기하지 않은 집단계약상 규율을 달성하기 위하여(공격적 노동쟁의) 또는 저지하기 위한(방어적 노동쟁의) 집단적 쟁의행위에 의하여 이루어진 노동생활(Arbeitsleben)의 저해(Störung)”라고 하고 있다.²⁶⁾ 따라서 이 설에 의하면 집단계약(Kollektivvertrag)을 목적으로 하지 않으면 그것은 노동쟁의가 아니라 다른 유형의 근로거부 내지 불취로가 인정될 뿐이라고 한다. 또 노동쟁의는 그 상대방이 요구의 처분권자라고 하여야

22) BAG AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

23) BGHZ 14, 347, 354.

24) BAG AP Nr.2 zu §1 TVG Friedenspflicht.

25) 파업에 대한 직접적인 개념정의를 하고 있는 것은 라이히노동재판소(Reichsarbeitsgericht)에서 파업에 대하여, “특정한 목적을 달성하기 위하여 근로관계의 해지와 함께 또는 근로관계의 해지없이 이루어진 다수 근로자의 공동의 노무제공 거부”라고 한 것이 유일하다고 한다(RAG ARS 13, 591, 593).

26) Hueck/Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Bd. II/2, 7.Aufl., 1970, §47 A II (S.870).

하기 때문에 쟁의목적의 처분권자가 사용자가 아니라 예컨대 국가가 상대방으로 되는 파업 내지 직장폐쇄만이 쟁의행위의 개념에서 제외된다고 하고 있다.

수단관련설에서는 노동관계의 저해라는 상태를 중시하고 그 목적은 고려하지 않는다.²⁷⁾ 따라서 ‘노동평화의 저해’(Störung des Arbeitsfriedens)는 노동의 정상적 진행이 쟁의와 관련되는 사업에서 방해받는 경우에 인정되기 때문에²⁸⁾ 예컨대 근로자에 의한 근로관계의 집단적 해지 또는 집단적으로 행사된 유치권도 노동쟁의 개념에 포함된다고 한다.²⁹⁾

협의를 노동쟁의개념설에 대해서는 단체협약 체결이라는 목적에 노동쟁의의 개념을 국한시키기 때문에, 예컨대 후술하는 바와 같이 국가가 근로조건을 직접적으로 형성하는 경우라고 하더라도 처음부터 쟁의행위개념에서 배제되는 불합리한 결과가 초래되며, 연대파업도 그 정당성을 차치하고 쟁의행위개념에서 배제되기 때문에 문제가 있다고 한다.³⁰⁾ 광의의 노동쟁의개념설은 협의의 노동쟁의개념설이 가지는 난점은 발생하지 않으나, 노동평화의 저해를 초래하는 행위는 모두 노동쟁의개념에 포섭된다고 함으로써 지나치게 개념이 확장된다는 점에서 비판되고 있다. 예컨대 수공업사업에서 유일한 숙련공을 해고하는 경우에도 노동평화를 저해할 수 있는데, 그 경우까지 노동쟁의의 개념에 포함될 수는 없다. 그러나 광의의 노동쟁의개념설에 의하면 그러한 경우와 진정한 의미의 노동쟁의를 구별하는 기준이 결여되어 있다고 비판되고 있다.

이러한 학설 대립은 예컨대 변경해지나 유치권과 같이 개별적으로 정당한 권리를 집단적으로 행사하는 경우를 노동쟁의의 개념에 포함하여 쟁의행위로서 그 정당성을 평가할 것인가 그렇지 않으면 쟁의행위의 개념에서 제외하고 일반적인 시민법에 따라서 판단할 것인가의 문제라고 할 수 있을 것이다. 이러한 행위를 쟁의행위로 포섭하는 입장은 광의의 노동쟁의개념설이 취하는 입장으로서, 이에 따르면 집단적 변경해지는 쟁의행위의 일

27) Nikisch, *Arbeitsrecht*, Bd.II, 2.Aufl., 1959 §62 I (S.78.ff.)

28) Nikisch, *Arbeitsrecht*, §62 I 1b.

29) Brox, in: Brox/Rüthers, *Arbeitskampfrecht*, Rn.548, 594.

30) Däubler, *Arbeitsrecht* 1, 15.Aufl., 1998, S.125f.

중이고 쟁의행위로서의 정당성 기준에 따라서 판단되게 될 것이나, 협의의 노동쟁의개념설에 따르면 그것은 단체협약의 체결을 목적으로 하지 않는 한 정당한 개별계약상 권리의 행사라고 보게 될 것이다.

이와 같은 학설 대립에 대해, 한편에서는 개별적으로 정당한 권리를 집단적으로 행사하는 것을 금지함으로써 개별적인 권리가 내용적으로 침해될 수는 없다는 일반 시민법의 논리를 전제로 하면서도, 다른 한편에서는 후술하는 바와 같이 연방노동재판소는 쟁의행위에 대해 집단적 파업을 전제로 하고 있다는 점을 의식하여 개별계약상 권리의 집단적 행사의 측면과 개별적 권리의 집단적 행사가 노동쟁의와 현상적으로 유사한 결과를 초래하고 있다는 점을 고려하여 절충적인 입장에 서는 견해도 있다. 이 견해에서는 노동쟁의를 근로자집단 또는 사용자가 일반적인 계약법리에 따라 존재하는 가능성을 넘어서 특정한 목적을 달성하기 위하여 근로계약상의 의무를 거부함으로써 압력을 가하는 것이라고 정의한다.³¹⁾

제2절 쟁의행위의 정당성에 대한 일반적 기준

1. 개 관

앞에서 살펴본 바와 같이, 독일에서는 명문의 쟁의행위법이 없기 때문에 판례법에 의해 쟁의행위의 정당성에 대한 규율이 이루어진다. 따라서 쟁의행위의 범위와 한계는 법률이 아니라 법의 일반원칙에 따라 판례에 의해 정해진다. 쟁의행위에 대한 최초의 연방노동재판소 판례에서도 “쟁의행위(파업과 직장폐쇄)는 일정한 한계 내에서 허용되는데, 그 한계는 독일의 자유로운 사회적 기본질서이다. 그 한계 내에 있는 쟁의행위에 의한 사업상 활동의 중단은 사회적으로 상당하다(sozial adäquat).……독일의

31) 이상의 학설 대립에 대해서는 Däubler, in Däubler Hrsg, *Arbeitskampfrecht*, S.62ff. 참조.

자유적 법질서는 그러한 쟁의행위를 최후수단으로서 승인하여 왔기 때문이다”고 판시하여 이 점을 분명히 하고 있다.³²⁾ 나아가 1980년 6월 10일 판결에서는³³⁾ “오늘날 파업권은 평화적인 쟁의질서와 조정질서(Kampf- und Ausgleichsordnung)의 필수적인 구성부분이고, 이는 기본법 제9조 제3항에서 핵심적인 부분에서 보장된다”하여 기본법에 의해 파업권이 보장된다고 하였다. 연방헌법재판소도 1991년 6월 26일 결정³⁴⁾에서 기본법 제9조 제3항은 단결목적의 ‘단체협약의 체결’을 보장하고 있고, 이러한 목적을 달성하기 위하여 적합한 수단은 기본법 제9조 제3항에 의해 단결체 자신이 원칙적으로 선택할 수 있고, 나아가 “단결목적의 추구가 특정한 수단의 투입에 의하여 이루어지는 경우 그러한 수단은 기본권에 의한 보호를 받는다. 단체협약의 체결을 위한 쟁의행위도, 협약자치를 보장하기 위하여 일반적으로 필요한 것이라고 인정되는 경우에는 단결권에 의해 보장된다”고 하여 헌법상 파업권이 보장된다고 판시하였다.

1955년의 쟁의행위에 대한 최초의 판결 이후 연방노동재판소는 다양한 판례법리를 통하여 쟁의행위법을 형성하여 왔다. 판례법리가 형성한 쟁의행위법리에 의하면 쟁의행위가 정당하기 위한 요건을 요약하면 다음과 같다.

(1) 파업은 협약상 규율가능한 목적을 위하여 이루어져야 한다.³⁵⁾ 따라서 단체협약의 규율대상이 될 수 없는 사항은 쟁의행위의 대상도 될 수 없다. 협약자치의 한계는 쟁의행위의 한계를 형성한다.

(2) 노무제공 거부는 협약상 평화의무에 반하여서는 아니된다.³⁶⁾ 따라서 단체협약의 유효기간 동안의 모든 파업은 정당성이 없다.

(3) 파업은 노동조합에 의해 조직되고 실시되어야 하고,³⁷⁾ 최소한 사후에 노동조합에 의한 승인이 있어야 정당성이 인정된다.³⁸⁾ 노동조합은 쟁

32) BAG AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

33) BAG DB 1980, 1266.

34) BVerfGE 84, 212 = AuR 1992, 29.

35) BAG AP Nr.1, 43, 44, 85 zu Art.9 GG Arbeitskampf

36) BAG AP Nr.2 zu §1 TVG Friedenspflicht; BAG AP Nr.81 zu Art.9 GG Arbeitskampf

37) BAG AP Nr.32, 41, 43 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

38) BAG AP Nr.3 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

의목적에 대한 권한이 규약에 명시되어 있어야 하고,³⁹⁾ 사용자에게 대해 파업이 개시되었다는 사실을 알 수 있도록 하여야 한다.⁴⁰⁾

(4) 파업은 국가 또는 기타의 공권적 주체에 대하여 공권적 행위를 하도록 강요할 것을 목적으로 하여 행해져서는 안된다. 따라서 법정공동결정사항에 관한 적용범위의 확대를 요구할 목적으로 이루어진 파업은 정당성이 없다.⁴¹⁾

(5) 파업은 비례성 원칙(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)에 위반하여서는 안된다.⁴²⁾ 비례성 원칙은 다음과 같은 것을 내용으로 한다. 첫째, 쟁의행위는 정당한 쟁의목적과 쟁의종료후의 노동평화의 회복을 위하여 적절하고 실질적으로 필요불가결한 범위 내에서만 계획되고 실시되어야 한다. 둘째, 쟁의행위는 모든 이해가능성의 노력을 다한 후에 이루어져야 한다. 즉, 쟁의행위는 최후수단(소위 ultima ratio)이어야 한다. 이러한 상태는 압력없는 교섭이 더 이상 가능하지 않은 경우에 인정된다.⁴³⁾ 셋째, 쟁의행위의 수단은 목적달성에 필요한 범위를 초과하여 행사되어서는 안된다. 넷째, 쟁의행위가 종료한 후에 양당사자는 가능한 한 조속히 그리고 모든 범위에서 노동평화를 회복할 수 있도록 협력하여야 한다. 다섯째, 쟁의행위는 공공의 복지(Gemeinwohl)를 명백하게 침해하여서는 안된다.

(6) 파업은 공정하게 이루어져야 한다. 특히 파업은 상대방의 파멸을 목적으로 하여서는 안되고 저해된 노동평화를 회복하도록 하여야 한다.⁴⁴⁾

(7) 파업기간 동안에 보안시설과 안전보호시설에 대한 근로는 이루어져야 한다.⁴⁵⁾

(8) 파업은 선량한 풍속에 반하여서는 안된다.⁴⁶⁾

(9) 파업은 공무원 등 쟁의행위가 금지되는 부문에서는 이루어질 수 없

39) BAG NZA 1984, 34.

40) BAG DB 1996, 578.

41) BAG AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf; LAG München NJW 1980, 957.

42) BAG AP Nr.43, 81 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

43) BAG DB 1988, 1952ff; BAG 1991, 2295.

44) BAG AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf; BAG DB 1993, 1725; BGH NJW 1978, 816.

45) BAG AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf; BAG AuR 1983, 251.

46) BAG AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf; BGH NJW 1978, 817.

으며⁴⁷⁾ 사업내 근로시간의 변경과 같은 사업장조직법상의 문제를 대상으로 하여서는 아니된다.⁴⁸⁾

(10) 파업은 권리구제절차에 의해 해결할 수 있는 목적을 위하여 이루어져서는 안된다. 따라서 해고의 부당성을 다투는 파업은 정당성이 없다.⁴⁹⁾

(11) 연대파업은 원칙적으로 부당하다.

이하에서는 이러한 쟁의행위의 정당성에 대한 판례법리를 중심으로 살펴본다.

2. 쟁의행위에 대한 집단적 파악

쟁의행위에 대한 최초의 판결은 1955년 연방노동재판소 대법정 판결이다. 이 판결은 다음과 같은 원칙을 실시함으로써 쟁의행위의 정당성 판단에 대한 출발점을 이루고 있다.

첫째로, 이 판결은 파업에 대해 개별 계약적인 접근을 집단적 접근으로 방향전환을 함으로써 쟁의행위의 고유한 성격을 전제로 하고 있다. 이 판결이 나오기 이전의 통설에 의하면 정당화될 수 있는 파업이 발생하는 경우에도 사전에 근로계약을 해지하지 않았던 근로자는 근로계약상 계약위반의 책임을 부담하게 된다. 반면에, 파업이 위법이라고 하여도 개별 근로자가 사전에 근로계약에 대한 해지를 하면 근로자 개인이 파업으로 인한 책임을 면하게 되는 결과가 발생한다. 연방노동재판소는 이와 같은 개인법적 평가와 집단법적 평가가 상이할 수 있다는 점은 일반적인 상식에 반할 뿐 아니라 당시 근로자의 해지기간이 사무직과 생산직에 따라 상이하였기 때문에 파업과 해지를 결부시키는 것은 파업을 부정하는 것과 마찬가지로 비판하였다.

둘째로, 파업은 '사회학적 집단현상'(soziologische Massenerscheinungen)으로서의 본질에 따라서 판단하여야 한다고 하고 있다. 파업은 일정한

47) BAGE 4, 351ff; BAGE 12, 184, 194.

48) BAG BB 1977, 544.

49) BAG DB 1978, 1403.

쟁의목표를 향하여 다수 근로자가 공동으로 행하는 계획적인 노무정지이다. 따라서 파업에 있어서 개별 근로자의 근로제공의 거부는 그 자체로 독립된 의미를 가지지 않고, 중요한 것은 '의식적으로 지향된 행위의 연대적 공동성'(die bewußt gewollte, solidarische Gemeinsamkeit des Handelns)이다. 즉, 파업의 주체는 개별 근로자가 아니라 '집단으로서의 파업 참가자'이고, 파업에 대한 법적 평가는 이와 같은 현실에 합치하도록 이루어져야 한다. 따라서 개별 근로자의 행위는 개별적인 행위로서가 아니라 집단적 행동으로서 평가되어야 한다는 것이다.

셋째, 따라서 파업에 대한 법적 평가는 통일적으로 이루어져야 한다. 종래의 통설과 같이 파업에 대한 집단적 평가와 개인적 평가를 다르게 둘 수는 없다. 양 평가를 결부시키는 것은 불가능하기 때문에 특정한 평가가 우선하여야 하나, 앞에서 본 파업의 집단적 본질에서 보면 집단적 평가가 우선되어야 한다. 따라서 파업이 집단적 관점에서 보아 정당하다고 보여지는 경우에는 개별 근로자의 파업참가는 사전에 해지가 이루어지는지 여부에 관계없이 근로계약 위반으로 되지 않는다.

넷째로, 여기에서 집단적으로 정당하게 되는 파업이란 근로조건의 협약상 규율을 위하여 사용자에게 대하여 행해지는 것이기 때문에 파업은 채무불이행으로 될 수 없고 민법 제823조 제1항이나 제826조에 기한 불법행위를 구성하는 것은 아니다. 파업이 이러한 요건을 갖추는 경우에만 파업참가자의 계약책임은 면제된다.

끝으로 이 판결은 이른바 해소적 직장폐쇄(lösende Aussperrung)를 인정하고 있다. 근로자가 해지기간을 준수하여 해지를 하지 않고 파업에 돌입한 경우, 사용자는 그 파업이 정당한지 여부에 관계없이 집단적·방어적 직장폐쇄의 형태로 노동관계를 즉시 해소할 권한을 가진다고 하고 있다. 후술하는 바와 같이 이 점에 대해서 연방노동재판소는 해소적 직장폐쇄를 인정하지 않고 정지적 직장폐쇄만을 인정함으로써 입장을 변경하였다.

3. 비례성 원칙

쟁의행위의 정당성에 대한 일반적 기준으로서 1958년 연방노동재판소

대법정 판결에서는 ‘사회적 상당성’(Sozialadäquanz)이라는 기준에 따라서 판단하였으나, 1971년 대법정 판결에 의해 ‘비례성’(Verhältnismäßigkeit)이라는 새로운 판단기준이 제시되었다.⁵⁰⁾ 이 판결에서는 그 근거로서, “우리 나라와 같이 다양하고 상호 의존적인 사회에서는 파업과 직장폐쇄는 쟁의행위의 직접적 당사자만이 아니라 파업불참가자, 기타의 제3자나 공공 등에 대하여도 다면적이고 지속적인 영향을 미친다”는 것을 들고 있다. 따라서 연방노동재판소가 정립한 이 새로운 판단기준은 이전의 ‘사회적 상당성’ 기준에 비교하여 쟁의행위가 상대방에게 미치는 영향보다는, ‘공공의 복지’ 혹은 ‘공공에 대한 협약당사자의 책임’이라는 관점에 중점을 옮기고 있는 점에 특징이 있다.⁵¹⁾ 그리고 1958년 판결이 파업과 직장폐쇄간의 무기평등(Waffengleichheit)이라는 형식적 대등성을 중시한 반면, 1971년 판결은 ‘가능한 한 대등한 교섭의 기회’라는 측면을 중시한 실질적 대등성을 강조하고 있다는 점도 특징이라고 할 수 있다.⁵²⁾

1971년의 원칙판결에 따르면 쟁의행위는 정당한 쟁의목적의 달성을 위하여 그리고 쟁의행위 이후의 노동평화의 달성을 위하여 적절하고 실질적으로 필요불가결한 경우에만 개시되고 실시되어야 한다. 또한 쟁의행위는 모든 이해가능성을 소진한 이후에만 행해져야 하며 쟁의행위의 수단에 대해서도 목적의 관철을 위하여 필요불가결한 정도를 넘어서서는 안되고 쟁의행위는 공정한 원칙에 따라 이루어져야 한다고 실시하고 있다. 비례성 원칙을 분석하면 다음과 같다.

가. 최후수단성의 원칙

쟁의행위는 모든 이해가능성을 모색한 이후에만 행해질 수 있는 최후의 수단(ultima-ratio)이어야 한다는 것이다. 이와 관련하여서는 단기간의 경

50) BAG v.21.4.1971, AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf. 이 결정은, 후술하는 바와 같이 근로관계를 해소하는 직장폐쇄(lösende Aussperrung)를 원칙적으로 승인하였던 1955년 대법정 결정을 변경하여 해소적 직장폐쇄를 파업이 위법한 경우에만 인정하는 것이었다.

51) Däubler, *Arbeitsrecht* 1, S.285.

52) Däubler, in: Däubler Hrsg, *Arbeitskampfrecht*, S.53.

고파업에 대해서 최후수단성의 원칙이 적용되는지 여부가 주로 문제된다.

경고파업은 협약상 규율가능 목적을 달성하기 위하여 사용자측에 대해 지속적인 쟁의행위를 할 것이라는 노동조합의 결의를 보여주기 위하여 이루어지는 기한부 파업이다.⁵³⁾ 경고파업은 단시간에 걸쳐서 이루어진다는 시간적 한계를 가지고 있다는 점, 단체교섭과 함께 이루어지는 경우가 많다는 점에서 특징을 가진다.

연방노동재판소는 초기에는 최후수단성의 원칙은 단시간에 걸쳐 시간적으로 한정된 파업에 대해서는 적용되지 않는다고 하였다. 1971년의 비례성 원칙에 대한 원칙판결⁵⁴⁾에서의 최후수단성의 원칙은 장기간에 걸친 시간적으로 한정되지 않은 쟁의행위라는 정상적인 경우를 전제로 한 것이기 때문에 단기간의 경고파업에 대해서는 그 원칙이 적용되지 않는다는 것이다.⁵⁵⁾ 그러나 그 이후 1988년 6월 21일 판결은 단기간의 경고파업과 장기간의 파업은 법적으로는 차이점을 구별할 수 없기 때문에 단기간의 경고파업에 대해서도 최후수단성의 원칙이 적용될 여지를 인정함으로써⁵⁶⁾ 변화의 조짐을 보이고 있으나 결론에서는 같은 판단을 내리고 있다.

그런데 최후수단성의 원칙에서 연방노동재판소가 제시하는 기준인 ‘모든 이해가능성의 소진 이후’(Nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten)라는 판단기준에 대해서는 주의가 필요하다. 연방노동재판소에 따르면 실제로 모든 교섭가능성을 당사자가 모색하였는지 여부, 쟁의행위시에도 아직 교섭의 여지가 더 남아 있는지 여부와 같은 실제적인 사항에 대한 판단은 법원의 판단대상이 되지 않는다. 이러한 사항을 법원이 심사하게 되면 법원에 의한 부당한 협약검열(Tarifzensur)을 초래하게 되기 때문이다.⁵⁷⁾ 따라서 모든 교섭가능성의 소진시점은 당사자가 교섭이 결렬되었다고 판단한 시점에 인정되고 그 결정은 사후적으로 심사될 수 없다. 교섭당사자가 교섭이 결렬되었다고 판단한 시점은, 교섭당사자는 교

53) Schaub, *Arbeitsrechtshandbuch*, §193 II 5e.

54) BAG v. 17.12.1976, AP Nr.51 zu Art.9 GG Arbeitskampf; AP Nr.81 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

55) BAG v.21.4.1971, AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

56) BAG, EzA Nr.75 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

57) BAG, EzA Nr.98 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

섭가능성을 다하였다고 판단하기 때문에 쟁의행위를 행하지 않고서는 합의에 도달할 가능성이 없다는 것을 표현하는 것으로 족하고 교섭결렬에 대한 공식적인 선언을 할 필요는 없다.⁵⁸⁾ 또한 연방노동재판소의 판례에 따르면 상대방이 처음부터 교섭을 거부하면 바로 쟁의행위로 들어가더라도 최후수단성의 원칙에 반하는 것은 아니다.⁵⁹⁾

나. 균형성 원칙

좁은 의미의 비례성 원칙으로서의 균형성 원칙은 쟁의목적과 이를 달성하기 위하여 사용된 수단이 균형성을 상실하여서는 안된다는 것을 의미한다. 즉 쟁의행위의 쟁의수단과 구체적인 쟁의행위에 있어서 그 이용의 강도(Intensität)가 적절하고 필요불가결하며 균형적이어야 한다는 것이다.⁶⁰⁾ 이 원칙은 주로 직장폐쇄와 관련하여 형성되었다.

1971년 연방노동재판소 판결은 균형성 원칙을 근거로 하여 이른바 해소적 직장폐쇄의 금지라는 결론을 도출하였다. 연방노동재판소에 따르면 공격적 직장폐쇄는 물론이고 방어적 직장폐쇄에 있어서도 사용자측의 목적을 달성하기 위해서는 통상적으로는 정지적 직장폐쇄로 충분하고, 파업이 위법하거나 또는 특별한 강도로 이루어진 경우에 한하여 해소적 직장폐쇄가 허용된다고 하여, 방어적 직장폐쇄에 있어서 원칙적으로 해소적 직장폐쇄가 허용된다고 한 1955년 대법정 판결을 변경하였다. 후술하는 바와 같이 1980년 6월 10일 판결은 이와 같은 내용의 비례성 원칙에 기하여 정지적 직장폐쇄에 대한 수량적 기준을 제시하였다.

파업에 대하여 균형성 원칙이 명시적으로 적용된 예는 없으나 쟁의행위의 과잉성을 판단할 때에는 고려되는데, 예컨대 상대방의 부정을 목적으로 한 파멸을 가져오는 쟁의행위는 금지되며 쟁의행위는 공정하게(fair) 이루어져야 한다.⁶¹⁾ 반면에 파업이 단순히 장기화되었다는 것만으로 파업이

58) BAG v.21.6.1988, AP Nr.108 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

59) BAG v.14.2.1989, AP Nr.52 zu Art.9 GG.

60) BAG v.21.4.1971 AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf in Teil III A 2a, 2b.

61) BAG GS, AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

바로 균형성을 상실하는 것은 아니다.⁶²⁾

다. 적절성

쟁의행위는 적절한 경우에만 허용된다는 적절성의 원칙에 대해 연방노동재판소는 원칙으로서 요구할 뿐 이에 대한 구체적인 판단기준을 제시하지는 않고 있다. 따라서 실제 쟁의행위의 정당성 판단에 비례성 원칙의 하나로서 적절성의 요구가 판례에서 언급되는 경우는 아직 없다.

제3절 목적면에서의 정당성

연방노동재판소의 일관된 판례에 따르면 파업은 단체협약에 의해 규율 가능한 목적의 달성을 위하여 이루어져야 한다고 하고 있다.⁶³⁾ 연방헌법 재판소도 헌법상 보장되는 쟁의행위는 협약관련성을 가져야 할 것을 요구하고 있다.⁶⁴⁾ 따라서 쟁의행위, 특히 파업이 정당하기 위해서는 단체협약의 내용으로 될 수 있는 것을 규율할 것을 목적으로 하여 이루어져야 하며, 협약상 규율가능한 범위는 단체협약법 제1조에 따라서 정해진다고 하는 것이 통설적인 입장이라고 할 수 있다.

1. 협약상 규율가능한 목적

협약상 규율가능한 목적이 무엇인가에 대해 연방노동재판소는 이중적 추정을 하고 있다. 첫째는 노동조합에 의해 근로조건·경제조건을 위하여 파업이 이루어지면 쟁의행위의 정당성에 대한 추정이 이루어진다고 하고

62) BAG v.26.10.1971, AP Nr.44 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

63) BAG v.21.4.1971, AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf; BAG v.23.10.1984, AP Nr.82 zu Art.9 GG Arbeitskampf; BAG AP Nr.117 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

64) BVerfG v.26.6.1991 BVerfGE 82, 212, 225.

있다.⁶⁵⁾ 즉 근로조건·경제조건은 협약상 규율가능하고, 이러한 목적을 위하여 노동조합이 파업을 하는 경우 파업의 정당성은 일응 추정된다는 것이다. 나아가 노동조합에 의해 이루어지는 파업은 근로조건·경제조건에 대한 규율을 대상으로 한다는 추정이 이루어진다. 따라서 연방노동재판소의 판례에 따르면 협약상 규율가능하지 않은 사항을 목적으로 하는 쟁의행위에 대해서 정당성이 부정되게 될 것이다.

이러한 판례 입장에 대해서는 두 가지 상반된 견해가 제기되고 있다.

하나는 협약상 규율가능하면 모든 경우에 쟁의행위의 정당성이 인정된다고 볼 수 없다는 입장이다.⁶⁶⁾ 이 견해에 의하면 협약상 규율가능하고 쟁의가능한 협약내용, 협약상 규율가능하지 않고 쟁의행위도 불가능한 내용, 협약상 규율가능하지만 쟁의행위는 할 수 없는 내용으로 구별하여 협약상 규율대상성과 쟁의행위의 대상성을 구별하려는 입장이다. 이 견해에서는 협약상 규율대상이 될 수 없는 것으로는 단체협약상 규범설정 권한이 노동조합에 대해 인정되지 않는 경우, 부당한 내용의 협약의 체결을 목적으로 하는 경우, 노동조합의 규약에 반하는 내용의 협약을 목적으로 하는 경우 등이 포함되며 이러한 목적을 위한 쟁의행위는 정당성이 인정되지 않는다고 하고 있다. 예컨대 합리화 조치와 노동시장정책에 관한 공동결정권의 확대를 내용으로 하는 협약조항,⁶⁷⁾ 배치전환에 관한 규율,⁶⁸⁾ 인원평가시스템에 관한 사항,⁶⁹⁾ 단체협약의 차별조항,⁷⁰⁾ 조합원의 기득의 권리를 포기하는 내용 등이 여기에 속한다. 협약상 규율가능하지만 쟁의행위를 할 수 없는 사항은, 예컨대 절대적 평화의무의 합의, 방송사업에 있어서 기한부 근로계약의 체결, 합리화조치협정, 위법한 쟁의행위로 인한 손해배상청구권의 기업별 협약에서의 포기 등이 여기에 해당한다고 하고 있다.⁷¹⁾

65) BAG v.19.6.1973, AP Nr.47 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

66) Otto, Richardi/Wlotzke Hrsg, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd.3, 1993, §278 Rn.2ff. (S.478). 이하 MünchArbR/Otto로 인용.

67) BAG v.10.2.1988 AP Nr.53 zu §99 BetrVG 1972; BAG v.1.8.1989 AP Nr.68 zu §99 BetrVG 1972.

68) BAG v.26.4.1990, AP Nr.57 zu Art.9 GG.

69) BAG v.3.4.1990 AP Nr.56 zu Art.9 GG.

70) BAG v.21.3.1978 AP Nr.62 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

71) MünchArbR/Otto, §278 Rn.14f (S.480).

이러한 입장에 대해 기본법상의 근로조건·경제조건의 의미를 광의로 해석하고 기본법 제9조 제3항 소정의 파업권은 근로조건·경제조건의 영역에 대한 기본법 제1조 소정의 ‘자기결정의 원칙’을 구체화하는 것이기 때문에, 근로자 내지 노동조합은 객관적으로 주어지는 불균형을 파업에 의해 조정하고 근로조건·경제조건에 대해 자기결정에 기하여 영향을 미칠 수 있어야 한다. 따라서 기본법 제9조 제3항 소정의 파업권을 협약상 규율로써 한정할 수는 없고, 자기결정의 원칙이 요구하는 한, 원칙적으로 근로조건·경제조건의 영역에 있는 모든 사항을 포섭하여야 한다고 주장한다.⁷²⁾

가. 기업조직

기업조직(Unternehmensverfassung)과 관련한 사항에 대해서는 파업의 대상이 되지 않는다고 보는 것이 통설의 입장이다.⁷³⁾ 즉 기업주의 영역을 대상으로 하는 협약상 규율과 이를 목적으로 한 쟁의행위는 그것이 기업조직의 집단계약에 의한 변경을 목적으로 하는 경우에는 정당성이 부정된다고 한다. 단체협약법 제1조에 의해 단체협약의 규범적 규율의 대상이 되는 것은 사업장조직(Betriebsverfassung)과 관련되는 문제에 국한되는 것이고 이를 뛰어넘어 회사법 내지 기업법이 관여하는 사항인 기업조직에 대하여는 협약상 규율의 관할권이 인정되지 않기 때문이라고 한다.⁷⁴⁾ 따라서 사업장 차원이 아닌 기업 차원의 공동결정에 대한 협약상 규율을 목적으로 하는 쟁의행위는 부정되며, 나아가 단체협약에 기업사항에 대한 규정을 둔다고 하더라도 규범적 효력은 인정되지 않는다.⁷⁵⁾

이에 대하여, 기업조직의 규율은 회사법상의 한계 내에서만 가능하다는 것을 인정하면서도 근로조건·경제조건의 총체성과 관련이 되는 기업조직상의 문제, 즉 ‘기업법적 협약상 합의’(unternehmensrechtliche Tarifabreden)

72) Schumann, in: Däubler, Hrsg, *Arbeitskampfrecht*, Rn.150ff. (pp.149~150).

73) Wiedemann/Stumpf, *Tarifvertragsgesetz*, 5.Aufl., 1977 §1 Rn.251; Hueck/ Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Bd.II/2, S.1490 등.

74) Beuthin, *Unternehmerische Mitbestimmung kraft Tarif-oder Betriebsautonomie?* ZfA 1983, S.150f.

75) Fitting/Wlotzke/Wißmann, *Mitbestimmungsgesetz*, Vorbem. Rn.9.

는 원칙적으로 허용되며, 쟁의행위가 가능하다고 보는 견해도 있다. 이 견해에서도 기업법상 문제에 대한 협약규정에 대하여 규범적 효력은 인정되지 않는다고 하고 있으나, 채무적 효력으로서 인정하는 것은 가능하다고 하고 있다.⁷⁶⁾ 예컨대, 주식회사의 정관변경에 대해 협약상 채무적 효력을 가진 의무부담은 가능하다고 한다.

나. 기업정책상 결정

기업 내에서 근로관계에 대하여 직접적인 또는 최소한 간접적인 영향을 미치는 기업정책적인 개별적 결정도 단체협약에 의해 규율가능하지 여부 그리고 규율가능하다면 쟁의행위가 가능한지 여부에 대해서는 학설상 다 투여지고 있다. 협약상 규율가능하기는 하지만 쟁의행위는 불가능하다는 견해도 있으나,⁷⁷⁾ 일반적으로는 기업주의 결정의 자유(*unternehmerische Entscheidungsfreiheit*)는 협약자치의 일반적 한계로서 이해하는 경향에 있다고 할 수 있기 때문에 협약상 규율도 가능하지 않다고 하고 있다.⁷⁸⁾ 이에 의하면 사업폐쇄, 사업정지, 사업이전, 합리화 조치, 투자 등에 대한 기업주의 결정은 노동조합의 동의와 관계없이 이루어질 수 있다고 한다. 시장경제 질서하에서 기업주의 자치가 인정되기 때문에 노동조합의 그러한 직접적인 개입은 경제헌법의 기본 질서에 반하는 것이라고 한다.

이러한 입장에 대해서는 기업주의 결정이 개별 근로자에 대하여 구체적인 영향을 미치는 경우, 특히 직장의 보장과 관련하여 직접적인 영향을 미치는 경우에는 채무적 합의는 가능하고 쟁의행위의 대상도 될 수 있다는 비판이 제기되고 있다.⁷⁹⁾ 이 견해에서의 통설은 사용자로서의 지위와 기업주로서의 지위가 현실적으로 구별될 수 없고 사용자로서의 결정이 기업

76) Schumann, in: Däubler Hrsg, Rn.162 (S.155).

77) MünchArb/Otto, §278 Rn.14 (S.480).

78) Wiedemann/Stumpf, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn.188; Beuthien, JurA 1970, S.132ff; Biedenkopf, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd.1 (Gutachten), Berlin, 1966, S.97ff.

79) Schumann, in: Däubler Hrsg, *Arbeitskampfrecht*, Rn.164f(S.157~158).

주로서의 지위에 영향을 미치며 그 역도 성립한다고 한다. 따라서 기업주의 결정이 사업정지나 사업이전과 같이 직장을 위태롭게 하거나 소멸시킬 수 있는 경우에는 근로관계에 대한 직접적인 관련성을 가진다고 하며, 이 경우에는 기본법 제9조 제3항이 적용되기 때문에 쟁의행위도 가능하다고 한다.

독일에서 경영사항에 대한 쟁의행위의 정당성을 좁게 해석하는 이유는 독일의 경영참가제도와와의 관련성 속에서 이해되어야 한다. 사업장조직법에 의하면 경영사항으로 볼 수 있는 사항 중 많은 부분에 대해서는 사용자가 일방적으로 결정할 수는 없고 종업원협의회의 공동결정사항으로 되어 있고 그 결과는 사업장협정(Betriebsvereinbarung)으로 성립하게 된다.⁸⁰⁾ 이와 같이 근로자의 경영참가가 제도적으로 보장되어 있기 때문에 독일에서는 경영사항에 대한 쟁의행위로의 유인(誘引)은 상대적으로 미약하다는 점을 고려할 필요가 있다.

다. 채무적 부분

채무적 부분에 대해서 쟁의행위가 가능한지 여부는 학설상 다투어지고 있다. 채무적 부분에 대해서는 일반적으로 쟁의행위를 할 수 없다는 부정설⁸¹⁾도 주장되고 있으나, 소수설에 불과하고 대부분의 견해는 채무적 부분의 구체적인 내용에 따라서 쟁의행위가 가능한지 여부를 구체적·개별적으로 판단하고 있다. 예컨대, Löwisch는 규범적 부분에 대해 간접적인 관련성을 가지는 채무적 부분만을 협약내용으로 규정할 수 있다고 하고, 이에 해당하면 쟁의행위도 가능하다고 하고 있다.⁸²⁾ 이에 대하여 쟁의행위시에 쟁의목적이 규범적 부분에 해당하는지 채무적 부분에 해당하는지를 실제로 확인하기가 어렵다는 점, 징계금지나 재고용조항과 같이 일정한 사항은 채무적으로만 합의가 가능하다는 점, 기본법 제9조 제3항의 근로조건·

80) 자세한 것은 김훈·이승욱, 『노사협의회의 쟁점과 과제』, 한국노동연구원, 2000년 1월, 부록 참조.

81) Reuter, Anm. zu BAG 3.4.1990 EzA Nr.49 zu Art.9 GG Arbeitskampf unter 2.

82) MünchArbR/Löwisch, §246 Rn.44.

경제조건에 해당되는 한 규범적 부분이든 채무적 부분이든 관계없이 협약상 규율가능하다는 점 등을 근거로 협약당사자는 단체협약법 제1조에 따른 채무적 합의에 대해서도 제한없이 쟁의가능성을 인정하는 견해도 있다.⁸³⁾

이와 관련하여 연방노동재판소는 정리해고의 취소가 단체협약에서 채무적으로 합의될 수 있는지 여부에 대해서는 직접적으로 판단하고 있지는 않으나, 어쨌든 이러한 목적의 쟁의행위는 불가능하다고 하고 있다.⁸⁴⁾

라. 권리분쟁

권리분쟁을 목적으로 하는 쟁의행위는 정당성이 없다는 견해가 일반적이다. 연방노동재판소에 따르면 “법질서가 예외적으로 허용하지 않는 한, 당사자는 현실적 또는 상상적 권리의 사력(私力)에 의한 실현을 할 수 없다는 것은 법치국가의 기본적 원칙에 속한다”고 함으로써⁸⁵⁾ 헌법적으로 근거가 부여된 국가의 판결독점(Rechtsprechungsmonopol)은 쟁의행위에 의해 강요되거나 무력화되어서는 안된다고 하여 권리분쟁이 쟁의행위의 대상에서 제외된다는 것을 분명히 하고 있다. 그러나 소수설에서는, 쟁의행위는 사력(私力)에 의한 금지된 힘의 행사가 아니라 기본법상 보장된 노동력의 중단에 불과하다는 점, 단체협약 위반에 대해서는 법적인 권리구제절차가 실효성이 없는 경우가 많은데 쟁의행위에 대해 권리구제절차를 우선하지 않으면 안된다고 하는 것은 쟁의행위에 대한 이중적 제약이 된다는 점 등을 고려하여 권리분쟁에 대해서도 쟁의행위가 가능하다고 한다.⁸⁶⁾

권리분쟁은 구체적으로 세 가지 범주로 구별된다.⁸⁷⁾

첫째, 권리상태를 확인하는 분쟁으로서 순수한 법률문제를 둘러싼 분쟁이 여기에 해당한다. 예컨대, 해고권이나 임금청구권의 존부(存否)와 같이 개별법상의 법적 지위에 대하여 견해차이가 발생할 수 있는데, 이러한 순

83) Schumann, in: Däubler Hrsg., *Arbeitskampfrecht*, Rn 154f.

84) BAG v.14.2.1978 AP Nr.58 zu Art.9 GG Arbeitskampf unter 6b.

85) BAG AP Nr.58 zu Art.9 GG Arbeitskampf unter 6b der Gründe.

86) Schumann, in: Däubler Hrsg., *Arbeitskampfrecht*, Rn168ff.

87) MünchArbR/Otto, Rn.25ff

수한 법률문제는 노동재판소의 전속적인 판단사항이기 때문에 쟁의행위가 일반적으로 금지된다. 협약당사자간의 단체협약의 내용을 둘러싼 다툼의 경우에도 마찬가지다.

둘째, 확인된 법적 지위를 관철할 목적으로 이루어지는 분쟁이 있을 수 있다. 사용자에 의해 승인되거나 법원에 의해 확인된 법적 지위를 상대방이 이행하지 않는 경우, 이를 이유로 한 쟁의행위가 정당한가의 문제이다. 이에 대해서도 쟁의행위는 가능하지 않다.

셋째, 법적 상태의 교정을 목적으로 한 분쟁이 있다. 예컨대 정리해고를 철회하라든지, 해고근로자를 복직시키라는 요구가 여기에 해당한다. 이러한 요구는 해고가 법적으로 무효하다는 것을 근거로 주장된 것이 아니라, 즉 두 번째 경우에 해당하는 것이 아니라, 법적인 보호를 넘어선 사용자측의 양보를 요구한다는 측면에서 권리분쟁이 아니라 이익분쟁에 해당한다. 집단적 합의는 개별적 규범도 포함할 수 있기 때문에 개별 근로자에 대한 쟁의행위도 가능하다는 점에서 이러한 사항은 협약상 규율가능하고 쟁의행위가 가능하다는 견해가 있다.⁸⁸⁾

2. 상대방의 처분가능성

가. 정치파업

정치파업은 크게 두 가지로 나눈다. 국가기관에 대하여 특정한 행위를 할 것을 요구하는 정치파업과 정치적인 목적으로 이루어지는 시위파업이 그것이다.

전자의 정치파업은 입법자가 특정한 행위를 할 것을 요구하는 것을 목적으로 한 노무제공 거부로서 단체협약을 목적으로 한 것이 아니라 특정한 법률규정을 목적으로 하는 것이기 때문에 협약관련성이 인정되지 않고 따라서 정당하지 않다.⁸⁹⁾ 국가기관을 대상으로 한 정치파업은 기본법 제

88) Schumann, in: Däubler Hrsg. *Arbeitskampfrecht*, Rn.172.

89) 정치파업의 정당성에 대해 직접적으로 다룬 소송은 아니지만, BAG v.27. 6. 1989, EzA Nr.94 zu Art.9 GG *Arbeitskampf*에서는 방론에서 정치파업의 쟁의유형은 위법하다고

20조 제4항에 의한 저항권에 기하여만 인정되고 이는 국가기관이 합헌적 질서를 침해한 경우에만 발생한다.⁹⁰⁾ 개별적인 법률이 헌법에 위반되는지 여부에 대한 쟁의행위도 가능하지 않다. 그 판단은 헌법재판소의 권한에 속하기 때문이다.⁹¹⁾

후자의 정치적 목적의 시위파업에 대해서도 그 정당성을 부정하는 견해가 일반적이라고 할 수 있다.⁹²⁾ 일반적인 정치적 목적을 이유로 하는 정치적 시위파업은 기본법 제9조 제3항의 규율대상에서 제외되고 일반적인 표현의 자유 내지 집회의 자유(기본법 제5조 제1항 및 제9조)에 따라 판단될 뿐이다. 요컨대 이러한 목적의 파업은 헌법의 관점에서는 허용되지만 노동법상으로는 위법이라는 것이다.⁹³⁾ 따라서 정치적 목적의 시위적 의사표시는 근로시간 외에 이루어져야 한다.⁹⁴⁾

그런데 국가의 조치가 직접적으로 기본법 제9조 제3항의 의미에서의 근로조건·경제조건과 관련이 되어 있는 경우, 예컨대 고용촉진법 제116조의 개정이나 간병휴일제의 도입, 협약에 미달하는 근로조건에 대한 법률상 개방조항 등의 입법을 둘러싸고 쟁의행위를 할 수 있는지에 대해서는 견해가 나뉘고 있다. 일반적으로는 이러한 경우에 대해서도 노동법의 영역에 대한 입법은 민주주의 국가에서는 국민에 의해 선출된 기관의 임무에 속하고 기본법 제9조 제3항은 정당성의 근거가 되지 않는다고 하고 있다.⁹⁵⁾ 하급심 판결이기는 하지만 고용촉진법 제116조의 개정을 둘러싸고 근로시간중에 시위에 참가한 행위에 대하여 정당성을 부정한 예가 있다.⁹⁶⁾

판시하고 있고, 하급심에서는 이른바 신문파업소송에서 정치파업을 위법하다고 판시한 예가 있다(LAG Rheinland-Pfalz, LAGE Nr.26 zu Art.9 GG Arbeitskampf).

90) LAG München v.19.12.1979 EzA Nr.35 Art.9 GG Arbeitskampf unter C II 8.

91) MünchArbR/Otto, §278 Rn.37.

92) MünchArbR/Otto, §278, S.487 Anm. 10 참조.

93) Schaub, *Arbeitsrechtshandbuch*, §192 II. 1. S.1453~1454.

94) LAG Rheinland-Pfalz, v.5.3.1986 NZA 1986, 264 = LAGE Nr.26 zu Art.9 GG.

95) v. Maydell, Arbeitskampf oder politischer Streik?, JZ 1980, 431, 434; Löwisch, Der Rundfunkpolitische Streik, RdA 1982, 73, 81f. 등. 쟁의행위가 가능하다는 입장으로는 Schuman, in: Däubler, *Arbeitskampfrecht*, Rn.190ff.; Mückenberger, Der Demonstrationsstreik, KritJ 1980, 258, 268ff.

96) LAG Rheinland-Pfalz, v.5.3.1986. NZA 1986, 264ff = LAGE Nr.26. zu Art.9 GG Arbeitskampf.

특히 문제가 되는 것은 입법자가 국가가 사용자인 근로자의 근로조건을 직접적으로 규율하는 법률을 제정한 경우에 이에 반대하는 쟁의행위가 정당한지 여부이다. 이 경우 국가는 한편에서는 사용자로서 등장하고 다른 한편에서는 국가기관으로 등장하기 때문에 사용자로서의 국가에 대해서는 쟁의행위가 가능한지가 문제되는 것이다. 그러나 이에 대해서도 그 법률이 기본법 제9조 제3항의 한계를 일탈하지 않고 입법자가 형성재량을 일탈하지 않는 한, 다시 말해 입법자가 헌법의 한계 내에서 입법한 경우에는 쟁의행위의 정당성이 인정되지 않고 법률의 합헌성은 헌법재판소에 의해서 판단될 수 있을 뿐이라고 한다. 근로자의 권리와 의무가 단체협약이 아니라 법률에 의해서 규율되는 공무원 파업⁹⁷⁾, 항공관제사 파업⁹⁸⁾ 등에 대해서 법원은 정당성을 부정하였다.

나. 동정파업

동정파업은 주된 파업(Hauptstreik)을 지원하기 위하여 다른 사용자에 대하여 이루어지는 파업을 말한다.⁹⁹⁾ 동정파업은 파업의 상대방이 협약상 규율이 가능하지 않은 사용자에 대해서 이루어진다는 점에서 특징이 있다. 노동조합의 요구에 대한 양보를 얻어내기 위하여 다른 협약당사자인 사용자에 대하여 간접적인 압력을 가하는 것이다.

학설에서는 주된 파업이 정당하면 동정파업도 정당하다는 견해도 있으나,¹⁰⁰⁾ 연방노동재판소는 원칙적으로 동정파업은 부당하다고 보고 있다.¹⁰¹⁾ 그 이유는 쟁의행위는 협약자치에 대한 보조수단으로서만 보장되

97) BVerfG v.11.6.1958; v.30.3.1977 BVerfGE 8, 1, 17; BVerfGE 44, 249, 264.

98) BGH v.31.1.1978 BGHZ 70, 277, 279 = AP Nr.61 zu Art.9 GG Arbeitskampf; BVerwG v.3.12.1980 BVerwGE 73, 97, 102.

99) BAG AP Nr.85 zu Art.9 GG Arbeitskampf; EzA Nr.73 Art. 9 GG Arbeitskampf.

100) Rüthers, Zur Rechtmäßigkeit von Sympathie-Arbeitskämpfen, BB 1964, S.312f.; Das Recht der Gewerkschaften auf Information und Mitgliederwerbung im Betrieb, AuR 1968, S.161f.; Konzen/Scholz, Die begrenzte Aussperrung, DB 1980, S.1593f.

101) BAG AP Nr.85 zu Art.9 GG Arbeitskampf; EzA Nr.73 zu Art.9 GG Arbeitskampf; EzA Nr.98 zu Art 9 GG Arbeitskampf.

고 허용되기 때문에 협약상 규율의 관철을 위한 수단으로서만 이루어져야 한다. 그러나 동정파업은 직접적으로 이러한 목적에 기여하는 것이 아니다. 동정파업에 관련되는 기업주에 대해서는 아무런 구체적인 요구가 제기되지 않기 때문에 당해 사용자는 양보에 의해 쟁의행위를 회피할 수 없거나 또는 쟁의행위와 양보를 택일할 수 없다. 쟁의와 양보를 선택할 수 없다는 것이다.

다만, 예외적으로 동정파업에 관련되는 사용자가 주된 파업에서 파업중인 사업장에서의 생산을 인수하여 주된 노동쟁의에서 그 중립성을 침해하는 경우, 또는 관련되는 사용자가 법적으로는 독립하기는 하나 경제적으로 주된 쟁의와 관련되는 기업과 긴밀한 경제적 관련성을 가지기 때문에 그 사업이 이러한 기업의 일부라고 할 수 있고 이 점에서 그 사용자가 외부에 존재하는 제3자로서 볼 수 없는 경우에는 동정파업도 가능하다고 하고 있다.¹⁰²⁾

동정파업은 산업별 단체협약을 체결하는 부문에서 사용자단체에 속하지 않은 동일 산업분야의 사용자에 대한 파업과는 구별되어야 한다. 산업별 단체협약을 둘러싸고 파업이 이루어지게 되면 통상적으로 파업은 동일 산업분야의 사용자단체에 속하지 않은 사용자(외부자인 사용자; Arbeitgeber-Außenseiter)에 대하여도 확대되는 경우가 많다.

이러한 사용자는 기업별 단체협약을 체결하거나 사용자단체와 노동조합간의 단체교섭에 의한 결과와 관련되어 있다는 의사표시를 함으로써 노동조합의 요구를 충족할 수 있고 따라서 협약관련성과 처분가능성이라는 요건을 충족시킬 수 있기 때문에 이러한 자에 대한 파업의 확대가 바로 정당성을 상실하게 되는 것은 아니다. 당해 파업이 비례성의 원칙을 준수하고, 외부자인 사용자에 대해서도 협약내용에 대한 노동조합의 요구가 제기되고 이러한 요구에 대해 단체교섭이 이루어지는 한 연방노동재판소도 이러한 파업의 정당성을 인정하고 있다.¹⁰³⁾

102) BAG AP Nr.85 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

103) BAG, EzA Nr.98 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

3. 사업장조직법상의 문제

사업장조직법 제74조 제2항은 사업장조직법상의 규율을 둘러싼 노동쟁의의 금지를 규정하고 있다. 이 법에 의하면, 사업장조직법상의 상대방에 대하여 특정한 사업장조직법상의 행위를 하도록 하거나 또는 사업장협정(Betriebsvereinbarung)의 체결을 강요하는 쟁의행위는 금지된다.¹⁰⁴⁾ 사업장조직과 관련되는 입장의 차이는 사업장조직법에서 규정된 방법과 절차, 즉 중재위원회(Einigungsstelle)나 노동재판소의 결정절차에 의해 평화적으로 조정되어야 한다고 보는 것이 판례의 입장이다.¹⁰⁵⁾ 따라서 종업원협의회의 근로자위원회에 대한 해고를 둘러싸고 사용자와 종업원협의회의 견해가 일치하지 않아 사용자가 노동재판소에 종업원협의회의 동의에 갈음하는 결정을 신청한 경우 이를 철회할 것을 요구하며 이루어진 파업은 정당성을 상실하게 된다.¹⁰⁶⁾

사업장조직법은 이와 같은 사업장조직법상의 쟁의행위를 하지 못하는 자로서 종업원협의회와 사용자만을 대상으로 하고 있다. 그러나 연방노동재판소는 금지의 대상을 확대시켜 간접적으로 개별 근로자에 대하여도 쟁의행위의 금지가 요청된다고 판시하고 있다.¹⁰⁷⁾ 따라서 연방노동재판소의 입장에 따르면 사업장조직의 영역에 대한 노동쟁의는 누가 조직하는지 여부와 관계없이 부당하게 되기 때문에 사업장조직에서 법제도로서의 노동쟁의는 금지되어 있다.

다만, 위에서 말한 사업장조직법 위반의 쟁의행위 문제와, 노동쟁의의 목적이 예컨대, 채용시의 공동결정의무와 같이 사업장조직법상 규정된 종업원협의회 참여권을 단체협약에 의해 확장할 수 있는지 여부의 문제는 구별된다. 전자는 사업장조직법상의 특별한 합의 메커니즘의 부준수로 인한 이익충돌을 쟁의행위에 의해 조정하는 것을 금지하는 것이지만, 후자는

104) BAG AP Nr.52 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

105) BAG, EzA Nr.80 zu Art.9 GG Arbeitskampf; BAG, EzA Nr.20 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

106) BAG, EzA Nr.80 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

107) BAG AP Nr.52 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

사업장조직법상 참여권의 확대가 단체협약의 방법으로 합의될 수 있는지 여부 또는 사업장조직법의 참여규율이 양면적 강행성을 가지는지 여부, 즉 쟁의행위의 목적이 문제되는 것이기 때문이다. 연방노동재판소는 후자에 대해서는 원칙적으로 정당성을 긍정하고 있다.¹⁰⁸⁾

제4절 주체면에서의 정당성

‘협약관련성’(Tarifbezug)은 쟁의행위의 당사자와 참가자에 대해서도 필요하다. 쟁의행위는 협약능력이 있고 협약권한이 있는 단체로서의 당사자에 의하여 그리고 그러한 당사자에 대하여 이루어져야 한다.¹⁰⁹⁾ 사용자측의 경우에는 개별 사용자도 쟁의행위의 당사자가 될 수 있는데, 기업별 협약을 체결할 권한을 가지고 있기 때문이다.¹¹⁰⁾

1. 단 체

협약능력이 있는 단결체는 쟁의행위를 할 수 있는 권한을 가지고 있다(단체협약법 제2조 제1항).

가. 노동조합

일반적인 산업별 노동조합이 쟁의행위의 주체가 될 수 있다는 것은 말할 나위도 없다. 문제가 되는 것은 단체협약법상의 노동조합으로 인정될 수 있는 그러한 단결체만이 쟁의행위의 주체가 될 수 있는가 하는 것이다. 이와 관련하여서는 일시적 단결체(ad-hoc-Koalition)가 쟁의행위능력이 있는지 여부가 문제되고, 형성중인 노동조합이 쟁의행위의 주체가 될 수

108) BAG, EzA Nr.34 zu §1 TVG.

109) LAG Hamm v.31.1.1991 DB 1991, 1126f = LAGE Nr.41 zu Art 9 GG Arbeitskampf.

110) LAG Hamm v.8.8.1985 NZA 1985, 743f = DB 1985, 2155f.

있는가도 문제된다.

전자의 문제는 이른바 비노조파업(nichtgewerblich Streik)의 문제이다.

연방노동재판소의 일관된 판례에 따르면 파업이 정당하기 위해서는 노동조합에 의해 파업이 조직되어야 한다.¹¹¹⁾ 따라서 노동조합이 조직하지 않은 이른바 와일드캣 스트라이크(wildcat Streik)는 정당성이 없다는 것이 통설의 입장이다.¹¹²⁾ 앞에서 살펴보았듯이 연방노동재판소의 판례에 따르면 모든 쟁의행위는 협약자치에 대한 보조적 기능을 하고 협약상 규율을 목적으로 한 쟁의행위는 협약능력이 있는 단결체에 의해 이루어져야 한다.¹¹³⁾ 또한 쟁의행위는 일정한 통제 메커니즘을 전제로 하는데 파업에 참가하는 근로자를 통제할 수 있는 지위는 노동조합에 대해서만 인정되기 때문이다.¹¹⁴⁾ 노동조합에 의해 이루어지지 않은 파업의 정당성은 유럽사회헌장 제6조 제1호 및 제4호에 의해서도 도출되지 않는다는 것이 연방노동재판소의 입장이다.¹¹⁵⁾

그러나 노동조합에 의해 조직되지 않은 비노조파업이 사후에 노동조합에 의해 인수된 경우에는 소급적으로 노동조합에 의해 실시된 파업으로 본다.¹¹⁶⁾

후자의 문제, 즉 관철력(Durchsetzungskraft)을 가지지 않은 형성중의 단체에 대해서도 쟁의행위의 당사자 능력을 인정할 수 있을 것인가도 문제가 된다.

연방노동재판소의 판례에 따르면 근로자단체의 협약능력은 관철력을 전제로 하고,¹¹⁷⁾ 연방헌법재판소도 이러한 연방노동재판소의 판례를 승인

111) BAG AP Nr.32 zu Art.9 GG Arbeitskampf; EzA Nr.11 zu Art.9 GG Arbeitskampf; AP Nr.58 zu Art.9 GG Arbeitskampf; EzA Nr.80 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

112) Brox/Rüthers-Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn.132; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, §40 VI 1; Schaub, Arbeitshandbuch, §193 II 10.

113) BAG v.7.6.1988 EzA Nr.80 zu Art.9 GG Arbeitskampf; v.14.2.1978 AP Nr.58 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

114) BAG AP Nr.32 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

115) BAG v.7.6.1988 EzA Nr.80 zu Art.9 GG Arbeitskampf. 반대의 견해로는 Däubler Hrsg/Däubler, Arbeitskampfrecht, Rn.112.

116) BAG, EzA Nr.2 zu Art.9 GG Arbeitskampf; AP Nr.32, 33 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

117) BAG v.9.7.1968 AP Nr.25 zu §2 TVG; BAG v.16.1.1990 AP Nr.38 zu §2 TVG.

하여 같은 입장에 있다.¹¹⁸⁾ 이러한 입장을 고수하게 되면 형성중인 단체는 관철력을 가질 수 없고 따라서 단체협약을 체결할 수 없고 그 결과 쟁의행위도 할 수 없게 될 것이다. 그러나 형성중인 단체가 쟁의행위를 성공적으로 수행함으로써 관철력을 행사하는 데 성공하면 그 단체는 협약능력을 획득하고 유효한 단체협약도 체결할 수 있을 것이다. 이러한 점을 고려하여 형성단계에 있고 그 관철력이 아직 입증될 수 없는 그러한 근로자단체에 대하여도 쟁의행위의 주체로서 인정하는 견해가 있다.¹¹⁹⁾

나. 사용자단체

연방노동재판소는 사용자단체에 대해서는 협약능력을 갖기 위하여 관철력이 있을 필요가 없다고 판단하고 있다.¹²⁰⁾ 쟁의행위능력이 사용자단체에 대해서도 요구되는지 여부에 대한 판례는 아직 없으나, 쟁의행위능력이 인정되기 위해서는 협약능력이 있어야 한다는 것은 사용자단체에서도 요구된다.¹²¹⁾

2. 개별적인 참가자

독일은 산업별 노동조합이 주된 조직형태가 되기 때문에 산업별 노동조합에서 파업이 발생하게 되면 산업별 노동조합 또는 사용자단체의 쟁의행위 참가요구에 따라서 개별 근로자 또는 개별 사용자가 쟁의행위에 참가하게 된다. 이와 관련하여 비조직근로자 또는 다른 노동조합의 조합원이 쟁의행위에 참가한 경우 또는 직업훈련중에 있는 자가 참가할 수 있는지가 문제된다.

근로자측의 경우 쟁의중인 노동조합의 구성원만이 아니라 사업내의 다른 근로자도 쟁의행위에 참가할 수 있다고 일반적으로 인정된다.¹²²⁾ 그 이

118) BVerfG v.20.10.1981 BVerfGE 58, 233ff.

119) MünchArbR/Otto, §278 Rn.53.

120) BAG v.20.11.1990 AP Nr.40 zu §2 TVG.

121) MünchArbR/Otto, §278 Rn.54.

유로는 노동쟁의의 결과가 통상적으로 이들에 대해서도 미치게 되고 이러한 근로자는 자신의 근로조건을 위하여 쟁의를 한다고 볼 수 있기 때문이다. 이러한 측면은 역시 산업별 단체협약이 체결되고 있다는 점에서 이해하여야 할 것이다.

마찬가지로 사용자도 다른 조직의 근로자 또는 비조직근로자에 대하여 원칙적으로 직장폐쇄를 할 수 있다.¹²³⁾ 그 이유는 비조직근로자도 쟁의결과로 인하여 이루어진 근로조건에 의해 동등하게 취급받게 되며, 쟁의행위가 이루어지면 비조직근로자도 계속 취로시킬 수 없는 상황이 초래되는 경우가 많기 때문이다. 나아가 연방노동재판소는 직장폐쇄가 쟁의중인 노동조합의 조합원으로 한정하여 이루어지면 정당성이 없다고 보고 있다.¹²⁴⁾ 그 근거로 쟁의중인 조합원에 대해서만 제한적으로 이루어지는 직장폐쇄의 정당성을 인정하게 되면 조합원이라는 것을 이유로 한 불이익취급에 해당하고 이는 기본법 제9조 제3항에 의해 보장된 적극적 단결권을 침해하는 결과가 되기 때문이라고 한다.

동일한 협약적용범위 내에 있으나 쟁의행위에 의해 자신의 근로조건에 아무런 효과가 초래되지 않는 근로자도 쟁의행위에 참가할 수 있는가도 문제된다. 예컨대, 생산직 근로자에게만 관련되는 단체협약을 위해 노동조합이 쟁의행위를 실시하는 경우에 사무직 근로자가 참가할 수 있는가가 문제된다. 이러한 근로자도 쟁의행위에 참가할 수 있다고 보는 견해가 일반적이다.¹²⁵⁾

직업훈련중에 있는 자가 쟁의행위에 참가할 수 있는지 여부에 대해서는, 연방노동재판소는 직업훈련조건을 교섭하는 한 단기간의 경고파업에 직업훈련중인 자가 참가할 수 있다고 판시한 바 있으나,¹²⁶⁾ 일반적인 상황을

122) Brox in: Brox/Rüthers, *Arbeitskampfrecht*, Rn.289; Däubler in: Däubler Hrsg, *Arbeitskampfrecht*, Rn.108, Rn.130; Löwisch/Rieble, *Zur Frage der Zulässigkeit von Warnstreiks und Betriebsblockaden*, JZ 1989, S.91f; Konzen *Der Sympathiestreik bei inkongruenter Tarifzuständigkeit der Tarifparteien*, Beil 6 zu DB 1990, S.6, S.11.

123) BAG GS v.21.4.1971 AP Nr.43 zu Art.9 GG *Arbeitskampf*.

124) BAG v.10.6.1980 AP Nr.66 zu Art.9 GG *Arbeitskampf*.

125) MünchArbR/Otto, §278 Rn.61.

126) BAG v.12.9.1984 AP Nr.81 zu Art.9 GG *Arbeitskampf unter B III 2*.

전제로 한 것은 아니었다. 학설은 견해가 나뉘고 있으나,¹²⁷⁾ 직업훈련중인 자에게 비연대적 행위를 기대할 수는 없다는 이유로¹²⁸⁾ 파업에 참가할 수 있다고 보는 견해가 일반적이다.¹²⁹⁾

개별 사용자는 당연히 쟁의행위의 당사자가 될 수 있다. 개별 사용자도 협약능력이 있기 때문이다(단체협약법 제2조 제1항). 이와 관련하여서는 산별 협약의 유효기간이 만료된 이후에 사용자단체에 소속된 개별 사용자에게 대하여만 쟁의행위를 할 수 있는가가 문제된다. 연방노동재판소는 이를 긍정하고 있다.¹³⁰⁾ 학설상으로는 기본적으로 이러한 입장에 찬성하면서, 예외적으로 교섭타결의 가능성이 있음에도 불구하고 사용자단체의 약화를 목적으로 이러한 형태의 쟁의행위가 이루어지는 경우나 협약규율의 선풍을 만들기 위하여 자의적으로 개별 사용자를 공격대상으로 선정하여 이루어진 쟁의행위는 정당성이 없다고 하고 있다.¹³¹⁾

사용자단체에 속하지 않는 사용자가 직장폐쇄에 참가할 수 있는지 여부에 대해 연방헌법재판소는 이를 인정하고 있다.¹³²⁾

3. 공무원 등의 쟁의행위 금지

연방헌법재판소와 연방행정재판소의 판례에 따르면,¹³³⁾ 공무원의 쟁의행위는 직업공무원 원칙에 따라 인정되지 않는다. 군인과 법관에 대해서도 쟁의행위는 금지된다. 그러나 공공부문의 근로자에 대해서는 쟁의행위가 금지되지 않는다. 또한 교회의 직위자(kirchliche Amtsträger)와 교회에서의 근로자에 대해서도 기본법 제140조를 근거로 쟁의행위가 금지된다.¹³⁴⁾

127) 긍정설로는 Brox in: Brox/Rüthers, *Arbeitskampfrecht*, Rn.674 Anm.88; Gamillscheg, *Arbeitsrecht* Bd.II Nr.325; Däubler in: *Arbeitskampfrecht*, Däubler Rn.138 등이 있고, 부정설로는 LAG Hamm AP Nr.81 zu Art.9 GG Arbeitskampf이 있다.

128) Gamillscheg, *Arbeitsrecht*, Bd.2 Nr.325.

129) Schaub, *Arbeitsrechtshandbuch*, §193 II. 3.

130) BAG v.4.5.1955 AP Nr.2 zu Art.9 GG Arbeitskampf; LAG Hamm v.8.8.1985 NZA 1985, 743 = LAGE Nr.18 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

131) MünchArbR/Otto, §278 Rn.66.

132) BVerfG v.26.6.1991 unter C I 1b; BVerfGE 84, 212, 224f.

133) BVerwGE 73, S.102; BVerfGE 44, S.264.

제5절 태양면에서의 정당성

1. 수단에서의 정당성

쟁의행위의 수단면에서의 정당성은 앞에서 살펴본 바와 같이 쟁의행위의 목적달성을 위하여 사용된 쟁의행위의 수단이 균형성을 유지하고 있는가 하는 점에서 판단되게 되며 주로 직장폐쇄와 관련하여 논의된다. 이에 대해서는 후술한다.

형법상의 가벌적 대상이 되는 쟁의행위에 대해서는 노동쟁의의 영역에서 발생하는 형벌의 적용대상이 되는 행위와 형법에 위반하는 노동쟁의가 구별되어야 한다.¹³⁵⁾

쟁의행위는 일반적으로 위해를 수반한 위협에 의해 쟁의상대방에게 특정한 행위를 할 것을 목적으로 하기 때문에 쟁의행위가 형법상 협박에 해당하기 위하여는 위협의 고지가 추구되는 목적에 비추어 비난가능한 것이라는 형법상의 구성요건(독일 형법 제240조)을 갖추어야 한다. 따라서 쟁의행위의 동기가 복수(復讐)에 있다든지 하는 극히 예외적인 경우에만 이러한 구성요건을 갖추게 된다. 정치파업은 형벌의 대상이 되는 의회협박죄(Parlamentsnötigung)의 구성요건을 충족할 수 있다(독일형법 제105조).

이와 같은 형법에 위반되는 파업과 노동쟁의를 계기로 한 개별적인 가벌적인 행위(소위 파업과잉 Streikexzeß)는 구별되어야 한다.

파업이 정당하게 이루어지는 경우에도 사용자에 대한 압력행사로 이루어지는 모든 행위가 정당화되는 것은 아니다. 연방노동재판소에 따르면¹³⁶⁾ 파업권은 원칙적으로 근로계약상 채무를 부담하는 노무제공을 거부

134) Rieble, Anm. zu BVerfG v.26.6.1991, EzA Nr.97 zu Art.9 GG Arbeitskampf, S.22.

135) Schaub, *Arbeitsrechtshandbuch*, §193 II. 4.

136) BAG, EzA Nr.75, 76 zu Art.9 GG Arbeitskampf; EzA Nr.91 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

할 권리만을 내용으로 한다. 파업중인 사업의 근로자 또는 파업중인 사업에 지금까지 소속하지 않은 근로자에 대해 평화적 설득(gütlich Zureden)과 연대성을 호소함으로써 근로하지 않을 것을 권유하는 행위도 정당한 쟁의행위에 속한다. 그러나 이를 넘어서 사용자나 제3자의 형법에 의해 보호되는 이익을 침해하는 행위는 파업권에 의해 정당화되지 않는다. 따라서 후술하는 바와 같이 상품과 고객의 출입방해와 파업중인 사업에 근로의욕이 있는 근로자에 대해 파업에 참가하라는 단순한 설득을 넘는 조치에 의해 방해하는 것은 위법이 된다. 연방노동재판소는 새로운 기술적 발전에 의해 파업이라는 쟁의행위수단이 무의미하게 되는 경우 노동조합이 행한 직장봉쇄(Betriebsblockade)가 허용되는지 여부에 대해서는 명시적인 판단을 유보하였다.¹³⁷⁾

파업을 실시하는 노동조합이 조합원에 대해 허용되지 않는 쟁의행위를 요구하면서 이루어진 파업은 그 자체로 정당성을 상실하게 된다. 그러나 파업을 계기로 하여 개별적인 파업참가자의 행위만이 문제되는 경우(소위 파업과잉 Streikexzeß)에는 파업 그 자체가 위법하게 되는 것은 아니다.¹³⁸⁾ 그러나 이 경우 파업과잉을 한 근로자의 손해배상의무는 발생하고, 경우에 따라서는 그러한 노동조합도 위법한 행위를 한다는 것을 알았음에도 불구하고 임원이 파업중인 근로자가 위법한 행위를 하지 않도록 하지 않았을 때에는 손해배상책임을 진다.¹³⁹⁾

2. 긴급근로

통설에 의하면 파업기간중 긴급근로(Notdienst)는 확보되어야 한다. 따라서 필요불가결한 긴급근로를 허용하지 않는 노동쟁의는 위법이다. 확보되어야 할 긴급근로(Notdienst)에 해당하는 것으로는 보안근로(Erhaltungsarbeiten)와 비상근로(Notstandsarbeiten)가 있다.

보안근로는 노동쟁의 기간중 시설과 사업수단을 유지하여 쟁의의 종료

137) BAG v.8.11.1988, EzA Nr.91 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

138) BAG EzA Nr.91 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

139) BAG, EzA Nr.91 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

이후 근로를 재개할 수 있도록 하기 위하여 필요한 근로이다. 그러나 근로의사가 있는 근로자를 계속고용할 수 있기 위하여 확보되어야 하는 근로는 유지근로에 해당하지 않는다.¹⁴⁰⁾ 어떠한 근로가 필요불가결한지는 일반적인 산업상의 사정과 당해 사업의 특수한 사정, 노동쟁의의 종료, 범위 및 기간을 고려하여 개별적으로 판단되어야 한다.¹⁴¹⁾ 보안근로의 범위와 대상을 누가 결정하는가에 대해 연방노동재판소는 명시적인 입장을 밝히고 있지 않으나,¹⁴²⁾ 학설은 사용자가 결정하여야 한다는 입장,¹⁴³⁾ 노동조합이 결정한다는 입장,¹⁴⁴⁾ 절충적으로 사용자와 노동조합이 공동으로 결정하여야 한다는 입장¹⁴⁵⁾이 대립하고 있다.

비상근로(Notstandsarbeiten)에 대해서도 쟁의행위가 제한된다. 이는 파업의 효과에 대하여 우선적인 법익을 가지는 제3자를 보호하기 위하여 필수적인 근로이다. 따라서 병원의 진료행위와 같이 생존에 필수적인 재화와 서비스를 국민에게 공급하는 것은 필요불가결하다. 신문발행이 여기에 해당하는지 여부가 다투어진다. 판례는 기본법 제5조 제1항의 표현·언론의 자유의 관점에서 신문기업에서의 파업에 있어서도 긴급신문(Notzeitung)의 발행이 확보되어야 한다고 하고 있으나,¹⁴⁶⁾ 학설에서는 전체 또는 대부분의 미디어가 동시에 파업하는 경우와 같이 정보에 대한 필수적인 최소한 범위를 다른 방법에 의해서는 국민이 얻을 수 없는 경우에 비로소 비상근로가 가능하다는 입장이 있다.¹⁴⁷⁾

140) BAG AP Nr.74 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

141) BAG AP Nr.74 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

142) BAG AP Nr.74 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

143) Schell, Notdiensarbeiten im Streik, BB 1969, S.1180.

144) Schumann, in: Däubler Hrsg. *Arbeitskampfrecht*, Rn.226.

145) LAG Niedersachsen, DB 1980, 2041; Brox, in: Brox/Rüthers, *Arbeitskampfrecht*, Rn.293; Zöllner-Loritz, *Arbeitsrecht*, §40 VII.

146) BGH, EzA Nr.21 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

147) Schumann, in: Däubler Hrsg. *Arbeitskampfrecht*, Rn.225a.

제6절 절차면에서의 정당성

1. 평화의무 위반

단체협약상 평화의무에 위반한 쟁의행위도 금지된다고 일반적으로 해석된다. 평화의무에는 상대적 평화의무와 절대적 평화의무가 있다.

상대적 평화의무는 기존의 단체협약에 의해 규율되고 있는 대상을 협약 유효기간중에 변경하거나 인상하기 위하여 쟁의행위를 하지 않을 협약당사자간의 의무를 말한다. 따라서 이에 위반하는 쟁의행위는 부당하게 된다.¹⁴⁸⁾ 단체협약이 일부 사항만을 규율하고 그밖의 사항은 해석에 의해서 보충되는 경우에도 평화의무가 이러한 사항에도 미친다고 해석되면 쟁의행위가 금지된다.¹⁴⁹⁾ 협약당사자가 단체협약의 유효기간을 넘어 유효기간중에 유효한 평화의무를 계약상으로 연장하는 것은 가능하고, 이 경우 연장기간 만료 전에 이루어진 쟁의행위는 정당성이 없다.¹⁵⁰⁾

절대적 평화의무는 단체협약의 유효기간중 협약상 규율대상이든 아니든 간에 모든 노동쟁의가 금지되는데, 이에 대해서는 특별한 명시적인 합의가 필요로 한다.¹⁵¹⁾

2. 노조 내부절차

1955년 1월 28일 연방노동재판소의 대법정 결정에 따르면 파업결정에 대한 조합원의 추인행위와 쟁의명령의 고지는 쟁의행위에 해당한다.¹⁵²⁾

148) BAG, EzA Nr.94 zu Art.9 GG Arbeitskampf; EzA Nr.1 zu §1 TVG Friedenspflicht.

149) Schaub, *Arbeitsrechtshandbuch*, §193 II. 5 b).

150) BAG AP Nr.81 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

151) Wiedemann/Stumpf, *Tarifvertragsgesetz*, §1 TVG Rn.355.

152) BAG AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

따라서 쟁의행위의 개시시점은 조합원의 쟁의행위 결정에 대한 추인이 있거나 조합원에 대해 쟁의명령이 고지된 때에 인정되었다. 그러나 연방노동재판소는 쟁의행위의 개시시점을 앞당겼는데, 이에 따르면 단체교섭 당사자가 상대방에게 의식적으로 그리고 의도적으로 노동쟁의의 직접적인 압력하에서 실정하고 이에 의해 상대방의 결정의 자유에 영향을 미치는 모든 조치를 쟁의조치로 본다.¹⁵³⁾ 파업찬반투표의 실시도 여기에 해당한다. 이러한 관례에 대해 학설은 비판적이다. 관례는 쟁의행위의 준비행위를 쟁의행위개념에 포함시킴으로써 단체의 내적인 의사형성의 자유를 침해하고 관례의 입장을 관철하게 되면 노동조합은 사실상 공개적인 투쟁준비를 강요받게 되어 쟁의대등성의 원칙이 침해된다고 비판하고 있다.¹⁵⁴⁾

노동조합의 규약에서 쟁의행위를 개시하기 전에 파업찬반투표를 거쳐야 한다고 규정하고 있음에도 불구하고, 이러한 절차를 거치지 않고 행한 쟁의행위의 정당성에 대해 이러한 절차는 단체 내부적 효과만을 가질 뿐 외부적 효과는 없기 때문에 쟁의행위의 정당성에는 영향을 미치지 않는다.¹⁵⁵⁾ 그런데 이러한 절차적 요건은 단체 내부적 효과는 가지기 때문에 조합원은 파업에 따를 의무를 부담하지 않고 제명이나 계약별과 같은 제재조치를 받지 않는다.¹⁵⁶⁾ 파업이 규약에 따라 적법하게 구성되지 않은 기관에 의해 결정된 경우에도 마찬가지이다.¹⁵⁷⁾

제7절 직장폐쇄의 정당성

1. 직장폐쇄의 의의와 종류

직장폐쇄는 특정한 목적을 달성하기 위하여 특정 또는 다수의 사용자에게

153) BAG AP Nr.2 zu § 1 TVG Friedenspflicht.

154) Söllner, *Arbeitsrecht*, §12 II 3b; Schaub, *Arbeitsrechtshandbuch*, §193 II. 5 f).

155) BAG AP Nr.51 zu Art.9 GG Arbeitskampf 참고.

156) Schumann, in : Däubler, *Arbeitskampfrecht*, Rn.222 ; MünchArbR/Otto, §278, Rn.112.

157) BGH v.19.1.1978, EzA Nr.21 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

의해 계획적으로 이루어진 다수근로자에 대한 임금지급 없는 근로에서의 배제조치를 말한다.¹⁵⁸⁾

직장폐쇄는 목적에 따라 공격적 직장폐쇄(Angriffsaussperrung)와 방어적 직장폐쇄(Abwehrsaussperrung)로 나뉜다. 연방노동재판소에 따르면 공격적 직장폐쇄는 사용자가 협약적용범위에서 먼저 노동쟁의를 개시하고 이를 통하여 자신의 협약상 규율목적을 달성하려고 하는 경우에 인정된다.¹⁵⁹⁾ 공격적 직장폐쇄는 독일 노동쟁의 관행에서는 거의 이루어지지 않는다. 방어적 직장폐쇄는 근로자측의 파업에 대한 사용자의 반작용으로서 사용자의 고유한 협약상 목적을 추구하는 것은 아니다. 또한 주체에 따라 단체적 직장폐쇄와 개별적 직장폐쇄로 나눌 수 있는데, 개별 사용자도 단체 협약법 제2조 제1항에 따라 협약당사자가 될 수 있기 때문에 개별 사용자에 의한 직장폐쇄도 가능하다. 직장폐쇄를 효과에 따라 구별하면 해소적 직장폐쇄(lösende Aussperrung)와 정지적 직장폐쇄(suspendierende Aussperrung)로 구별할 수 있다. 정지적 직장폐쇄는 근로계약상 주된 의무가 정지되는 효과만을 가지는 반면,¹⁶⁰⁾ 해소적 직장폐쇄가 이루어지면 근로관계가 종료하게 되고 경우에 따라서 쟁의행위 이후의 근로자의 재고용청구가 발생할 뿐이다.¹⁶¹⁾

2. 방어적 직장폐쇄

가. 직장폐쇄의 법적 근거

연방노동재판소에 따르면 방어적 직장폐쇄는 원칙적으로 허용된다고 한다.¹⁶²⁾ 연방노동재판소는 그 근거로서 사용자의 직장폐쇄 권한은 기본

158) Schaub, *Arbeitsrechtshandbuch*, §192 III. 1.

159) BAG AP Nr.64 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

160) Schaub, *Arbeitsrechtshandbuch*, §194 II. 3. a).

161) Schaub, *Arbeitsrechtshandbuch*, §194 II. 2.

162) BAG GS AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf; AP Nr.64 zu Art.9 GG Arbeitskampf; AP Nr.84 zu Art.9 GG Arbeitskampf; EzA Nr.74 zu Art.9 GG Arbeitskampf; EzA Nr.79 zu Art.9 GG Arbeitskampf;

법 제9조 제3항에 의해 그 핵심에서 보장되고 단체협약법 제1조 제1항 및 제2조 제1항에 의해 구체화되어 있는 협약자치에 기한 교섭의 대등성의 원칙과 협약자치의 기능능력을 보장하는 쟁의대등성의 원칙에서 도출된다고 보고 있다.¹⁶³⁾ 구체적으로 다음과 같은 논리에 입각하고 있다.

기본법 제9조 제3항은 그 핵심영역(Kernbereich)에서 협약자치를 보장한다. 협약자치는 실제적 근로조건(materielle Arbeitsbedingungen)을 자신의 책임으로 처분할 단결체의 권한과 본질적으로 집단적 차원에 대한 국가의 개입 없이 처리할 단결체의 권한을 인정함으로써 보장된다. 협약자치는 단체협약법에 의해 구체화되어 있다. 단결체는 연방법에 의해 법기술적(rechtstechnisch) 의미에서 규범을 창출할 권한과, 따라서 특히 근로계약의 내용을 직접적이고 강행적으로 형성할 권한을 연방법에 의해 부여받음으로써, 단체협약의 규율내용은 통상적인 경우에 균형이 있다는 의미에서 실제적인 공정성을 보장받게 된다. 그 결과 양당사자의 이익은 적정하게 조화되고 어떠한 측에 대해서도 기대불가능한 우위를 인정하지 않는다. 이러한 기능은 협약당사자간에 일반적인 교섭의 균형이 존재하고 일방이 타방에 대해 처음부터 그 의사를 강제하지 않고 단체협약의 내용을 일방적으로 지시할 수 없다는 것을 협약시스템에서 확보하는 경우에만 이루어질 수 있다. 따라서 근로자측의 교섭우위가 우려되는 경우에 한하여 균형 있는 교섭을 가능하게 하는 투쟁대등성(Kampfparität)의 요청에서 방어적 직장폐쇄에 대한 권한이 도출되는 것이다.

이와 같이 연방노동재판소는 직장폐쇄 권한이 기본법 제9조 제3항에 의해 그 핵심영역에서 기본법적으로 보장되고 있는 쟁의행위권의 일환으로서 인정하고 있는 것이 아니라 협약자치에서 도출되는 교섭의 대등성과 쟁의의 대등성을 기초로 하여 그 근거를 도출하고 있다는 점이 특징이라고 할 수 있다.

연방노동재판소는 직장폐쇄에 관한 사용자의 권한이 기본법 제9조 제3항에 의해 그 핵심에서 기본법적으로 보장되는 쟁의행위의 필요불가결한 구성요소로서 보장되는지에 대해서는 명시적 판단을 하지 않았다.¹⁶⁴⁾ 연

163) BAG AP Nr.79 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

164) BAG, EzA Nr.74 zu Art.9 GG Arbeitskampf; AP Nr.84 zu Art.9 GG Arbeitska-

방헌법재판소도 부분파업 또는 중점파업(Schwerpunktstreik)에 대한 방어 조치로서 교섭대등성을 회복하기 위한 정지적 효력을 가지는 방어적 직장 폐쇄에 대해서는 헌법상 보호를 인정하면서도 직장폐쇄라는 노동쟁의수단이 일반적으로 헌법상 보장되는지 여부, 어느 범위에서 보장되는지 여부에 대해서는 판단을 유보하고 있다.¹⁶⁵⁾

그러나 직장폐쇄가 위헌이라는 주장에 대해서¹⁶⁶⁾ 단결권은 기본법 제9조 제3항 제1문에 의해 모든 자와 모든 직업에 대해서 보장되는 것이기 때문에 근로자만의 기본권은 아니라는 이유로 연방노동재판소에 의해 거부되었고,¹⁶⁷⁾ 연방헌법재판소도 이를 확인하였다.¹⁶⁸⁾

이러한 관점에서 직장폐쇄를 위법이라고 규정하고 있는 Hessen주 헌법에 대해 연방노동재판소는 Hessen주 헌법 제29조 제5항은 유효한 연방법인 단체협약법에 의해 직장폐쇄가 허용됨에도 불구하고 이러한 유효한 연방법에 위반한 주헌법은 무효라고 판시하고 있다.¹⁶⁹⁾

나. 방어적 직장폐쇄의 정당성

이상과 같이 방어적 직장폐쇄의 근거를 실질적인 교섭의 대등성과 노동쟁의에서의 최소한의 대등성에서 찾는 연방노동재판소의 판례에서는 그 정당성도 이러한 관점에 비추어 파악된다. 즉 방어적 직장폐쇄는 실질적인 교섭의 대등성을 확보하고 노동쟁의에서 파업중인 노동조합의 교섭의 우위를 배제하기 위한 수단으로서 사용되어야 한다는 것이다. 따라서 방어적 직장폐쇄가 교섭의 대등성을 회복하기 위해서 이루어지는 것이 아니라 이를 위태롭게 하거나 배제하기 위한 목적으로서 이루어지는 경우에는 과잉침해(Übermaßverbot)에 해당하여 필요불가결하지도 않고, 균형적이지도 않게 된다.¹⁷⁰⁾ 예컨대 30분간의 파업에 대하여 2일간의 직장폐쇄로 대처하

mpf; AP Nr.64 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

165) BVerfG EzA Nr.97 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

166) Wolter, in: Däubler Hrsg, *Arbeitskampfrecht*, Rn.917.

167) BAG AP Nr.64 und 84 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

168) BVerfG EzA Nr.97 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

169) BAG AP Nr.64 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

는 것은 균형성이 인정되지 않는다.¹⁷¹⁾ 비례성 원칙에 따라 적절하고, 필요불가결하며 그리고 균형적인 직장폐쇄만이 교섭의 대등성을 회복할 수 있다.¹⁷²⁾ 이하에서는 구체적인 경우 방어적 직장폐쇄에 있어서 비례성 원칙이 어떻게 전개되고 있는지를 살펴본다.

1) 협약영역으로의 직장폐쇄의 제한

직장폐쇄가 비례적이 되기 위해서는 그 범위가 협약영역(Tarifgebiet)로 제한되어야 한다. 비례성 원칙에 따라 사용자는 노동쟁의를 행하는 노동조합과 동일한 단체협약의 장소적·직업적 적용범위 내에서만 직장폐쇄를 할 수 있다. 따라서 협약영역은 쟁의영역과 일치하는 것이 원칙이다.¹⁷³⁾ 그 결과, 이른바 동정직장폐쇄(Sympathieaussperrung)는 협약영역이 상이한 노동조합이나 근로자에 대해 이루어지기 때문에 위법하게 된다.¹⁷⁴⁾

2) 직장폐쇄권에 대한 수적인 제한

연방노동재판소와 같이 교섭의 대등성과 쟁의의 대등성을 고려하여 비례성 원칙에 따라 직장폐쇄의 정당성을 판단한다면, 구체적인 경우에 그러한 대등성이 존재하는지 여부 또는 어떠한 기준에 따라 사용자측의 직장폐쇄에 의해 그러한 대등성을 회복할 수 있는지가 문제된다.

직장폐쇄에 관한 최초의 판례인 1955년 연방노동재판소 판결¹⁷⁵⁾에서는 파업과 직장폐쇄를 등치시킴으로써 양자는 동일한 종류의 투쟁무기로 파악하고 양자에 대해 동일한 원칙이 적용되어야 한다는 형식적인 대등성을 중시하였다. 따라서 이 판결에 의하면 쟁의당사자간의 실제적인 역관계는 고려되지 않았다. 그러나 비례성 원칙을 제시한 1971년의 판결에서는¹⁷⁶⁾

170) BAG AP Nr.84 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

171) BAG, EzA Nr.105 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

172) BAG, EzA Nr.105 zu Art.9 Arbeitskampf.

173) BAG AP Nr.64 und 65 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

174) BAG AP Nr.76 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = BB 83, 124 = ArbuR 83, 88.

175) BAG AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

1955년 판결에서 취하였던 형식적 판단방법 대신에 실질적 판단방법을 채용함으로써 방향을 바꾸었다. 즉, 이 판결에서는 구체적인 상황을 고려하여 실제적인 상황하에서 협약당사자가 타방당사자로부터 가능한 한 대등한 교섭의 기회를 확보하기 위하여 특정한 조치를 취하는 것이 필수적인가에 따라서 판단하여야 한다고 판시하였다.

그러나 1971년 판결에서도 어떠한 경우에 실제 상황에서 대등한 교섭의 기회가 확보되는 것으로 볼 수 있는가에 대해서는 기준을 제시하지 않았기 때문에 이를 둘러싸고 학설이 대립하였다. 힘의 균형에 대한 사실상의 추정이 인정되기 때문에 원칙적으로 직장폐쇄가 가능하다는 견해,¹⁷⁷⁾ 일반적으로는 사용자측이 교섭의 우위상태에 있기 때문에 직장폐쇄를 하기 위하여는 사용자가 대등성을 회복하기 위하여 직장폐쇄가 필요하다는 점을 입증하여야 한다는 견해,¹⁷⁸⁾ 쟁의와 관련되는 모든 요소를 고려하여 전체적 대등성(Gesamtparität)의 관점에서 파악하면 직장폐쇄는 그 자체로 과잉침해에 해당한다는 견해¹⁷⁹⁾ 등이 대립하고 있었다.

이에 대해 연방노동재판소는 쟁의당사자의 교섭력과 투쟁력에 영향을 미치는 정치적·경제적 및 사회적인 모든 요소를 고려하여 대등성을 판단하는 소위 전체적 대등성방법(Gesamtparitätsbetrachtung)은 현실적으로 불가능하다고 지적하고,¹⁸⁰⁾ 노동쟁의의 영역에서는 협약관련적인 대등성(Tarifbezogene Parität)만이 문제된다고 전제한 후,¹⁸¹⁾ 대등성이 있는지 여부는 유형적·추상적·실체적인 고찰방법에 의해 결정하여야 한다고 판단하였다.¹⁸²⁾

이러한 논리에 근거하여 대등성의 구체적인 판단 기준으로서 연방노동재판소는 1980년 6월 10일 판결에서¹⁸³⁾ 근로관계를 정지하는 효력을 가지

176) BAG AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

177) Löwisch, Besteht ein Grund, die Rechtsprechung des BAG zur Aussperrung zu ändern?, RdA 1980, 8ff.; Rütters, Rechtsprobleme der Aussperrung, 1980, S.79.

178) Föhr, Widerspricht die Aussperrung dem Grundsatz der Parität?, DB 1979, S.1699.

179) Däubler, Die unverhältnismäßige Aussperrung, JuS 1972, S.645.

180) BAG AP. Nr.64 und 65 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

181) BAG AP Nr.84 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

182) BAG, EzA Nr.105 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

는 방어적 직장폐쇄에 대하여 수적인 기준을 제시하였다. 이에 따르면, 협약적용범위의 근로자 중 25% 이하가 파업에 들어간 경우 사용자간의 연대가 혼란될 위험성이 높기 때문에 협약적용 근로자의 25%까지 직장폐쇄를 확대할 수 있고, 협약적용 근로자의 25% 이상이 파업에 들어간 경우에는 그만큼 사용자측에 대한 영향도 감소하기 때문에 최고 50%까지 직장폐쇄를 확대할 수 있다는 원칙을 정립하였다. 이러한 한도 내의 직장폐쇄는 노사대등의 원칙에서 보아 허용된다고 한 것이다.

이러한 판례의 입장에 대해서는 학설상 여러 가지 비판이 제기되었으나,¹⁸⁴⁾ 이러한 비판에도 불구하고 연방노동재판소는 이러한 입장을 고수하였으며,¹⁸⁵⁾ 연방헌법재판소도 합헌성을 인정하였다.¹⁸⁶⁾ 한편 연방노동재판소의 판례에 따르면 직장폐쇄에 비례성이 있는지 여부, 즉 대등성을 위하여 이루어졌는지 여부는 사용자가 실제로 이 결정에 따랐는지 여부나 실제 직장폐쇄된 근로자의 수를 기준으로 판단하는 것이 아니라 직장폐쇄 결정 그 자체를 대상으로 하여 정당성이 판단된다.¹⁸⁷⁾

다. 직장폐쇄의 구체적 행사

사용자는 파업중에 있는 조합원에 대하여 직장폐쇄를 할 수 있을 뿐만 아니라 비조직근로자나 근로할 의사가 있는 근로자에 대해서도 직장폐쇄를 할 수 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 연방노동재판소의 판례에 따르면 노동조합에 의해 이루어진 파업에 비조직근로자도 참가할 수 있기 때문이다.¹⁸⁸⁾ 직장폐쇄가 파업중인 노동조합의 조합원만을 대상으로 하여 이루어지면 그러한 조치는 적극적 단결권을 침해하는 것으로서 위법이다.¹⁸⁹⁾

183) BAG v.10.6.1980 AP Nr.64 und 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

184) 자세한 것은 MünchArbR/Otto, §278, Rn.172f.

185) BAG v.7.6.1988 AP Nr.84 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

186) BVerfG v.26.6.1991, NJW 91, 2549.

187) BAG AP Nr.64 zu Art.9 GG Arbeitskampf; BAG AP Nr.84 zu Art.9 GG Arbeitskampf; BAG, EzA Nr.79 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

188) BAG GS AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

189) BAG v.10.6.1980 AP Nr.66 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

연방노동재판소는 노동능력이 없는 상병중인 근로자에 대한 직장폐쇄를 함으로써 임금계속지급을 중지할 수 있다고 한다.¹⁹⁰⁾ 독일에서는 상병중인 근로자에 대해서는 임금계속지불법(LohnFG) 제9조에 의해 임금을 계속 지급하여야 하는데, 그 취지는 근로자의 상병에 의한 임금상실상태로 인한 생활상 위험을 구제하고 근로자로 하여금 질병이 없었다면 존재하였을 임금지급을 보장하는 데 있다. 따라서 당해 근로자는 상병 중에 있지 않았다면 직장폐쇄로 인하여 임금을 상실하였을 것이기 때문에 상병중인 근로자에 대하여 직장폐쇄를 함으로써 임금지불의무는 사용자가 면하는 것은 임금계속지불법 제9조에 위반된다고 할 수 없다는 것이다.

마찬가지의 논리로 중장애인보호법(Schwbg)상의 중장애인에 대해서도 직장폐쇄를 할 수 있으며,¹⁹¹⁾ 종업원협의회의 근로자위원회에 대해서도 직장폐쇄할 수 있다.¹⁹²⁾ 종업원협의회의 근로자위원회가 직장폐쇄 기간중 직무활동을 하는 경우에도 사용자는 임금지급의무를 면한다.¹⁹³⁾

라. 정지적 직장폐쇄와 해소적 직장폐쇄

정지적 직장폐쇄는 근로계약상 주된 의무가 정지되는 효과만을 가지고 직장폐쇄가 종료하면 원래의 근로계약이 회복된다. 해소적 직장폐쇄는 직장폐쇄로 인해 근로관계가 해소, 즉 종료하게 된다.

1955년 대법정 결정에서 연방노동재판소는 해소적 직장폐쇄가 일반적으로 인정된다고 보았으나,¹⁹⁴⁾ 1971년 대법정 결정은 이러한 입장을 부정하고, 비례성 원칙에 따라 모든 직장폐쇄는 정지적 효과를 가지며 예외적인 경우에만 해소적 직장폐쇄가 인정된다고 판시하였다.¹⁹⁵⁾ 그리고 해소적 직장폐쇄가 허용되는 예외적인 경우에도 종업원협의회나 직장협의회의

190) BAG, EzA Nr.79 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

191) BAG, EzA Nr.79 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

192) BAG GS AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf; BAG, EzA Nr.89 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

193) BAG, EzA Nr.89 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

194) BAG AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

195) BAG AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

근로자위원, 중장애인, 임신중의 여자근로자에 대해서는 정치적 효력의 직장폐쇄만이 가능하다고 하였다.

연방노동재판소에 따르면 정당한 파업에 대한 대항조치로서 직장폐쇄가 이루어진 경우에는 정치적 효력만을 가지게 되나, 쟁의행위의 진행과정에서 특별한 상황이 발생하거나 쟁의의 발생단계에서 그러한 상황이 발생하는 경우에 한하여 비례성 원칙에 따라 극히 예외적으로 해소적 직장폐쇄도 가능하다고 하고 있다. 그러한 상황으로서는 지나치게 쟁의행위가 오랫동안 지속되는 경우, 직장이 중국적으로 소멸할 가능성이 있는 경우, 명백하게 위법한 파업이 상당기간 행해지는 경우 등을 들고 있다.

3. 공격적 직장폐쇄

공격적 직장폐쇄는 사용자가 자신의 목적을 달성하기 위하여 선제적으로 행하는 직장폐쇄이다. 공격적 직장폐쇄가 가능한지 여부에 대해서는 학설상 다투어지고 있으나 판례는 분명한 입장을 유보하고 있다.

1955년 대법정 판결은¹⁹⁶⁾ 무기평등의 원칙(Grundsatz der Waffengleichheit)에 따라 양당사자의 쟁의수단은 동등하게 취급되어야 하기 때문에 직장폐쇄가 원칙적으로 허용된다고 하였다. 따라서 이 판결에서는 방어적 직장폐쇄와 공격적 직장폐쇄를 구별하지 않고 모두 인정하였다. 1971년 대법정의 결정도¹⁹⁷⁾ 마찬가지로 비례성 원칙을 적용함에 있어서 원칙적으로 공격적 직장폐쇄가 가능하다고 인정하였다. 그러나 그 후의 연방노동재판소 제1소법정 판결은 직장폐쇄가 기본법 제9조 제3항에 의해 핵심적으로 보장되는 쟁의질서의 필요불가결한 구성부분인지 여부에 대한 판단도 유보하면서 공격적 직장폐쇄의 허용 여부에 대해 명시적인 판단도 유보하였다.¹⁹⁸⁾

학설에서는 사용자가 특정한 목적을 달성하기 위해서는 변경해지와 같

196) BAG AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

197) BAG AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

198) BAG AP Nr.64 zu Art.9 GG Arbeitskampf; BAG, EzA Nr.74 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

은 개별법상의 조치로 충분하기 때문에 공격적 쟁의수단을 인정할 필요가 없다는 부정설¹⁹⁹⁾과, 경제 전체의 극심한 불황이나 당해 산업부문의 불황이 발생하면 기업과 직장의 존속을 유지하기 위하여 협약상 임금을 삭감하는 쟁의법상의 주도권을 인정하여야 한다는 긍정설²⁰⁰⁾이 대립하고 있다.

제8절 결 어

독일에서는, 쟁의행위는 기본적으로 국가경제에 손해를 끼치는 것이기 때문에 자제되는 것이 바람직하다는 입장이 판례의 기본적인 입장이라고 할 수 있다.²⁰¹⁾ 이런 관점에서 쟁의행위와 관련하여 전후 최초의 판결인 1955년 연방노동재판소 판결에서는 ‘사회적 상당성’이라는 개념으로 쟁의행위의 범위를 제한하려고 하였으며, 1971년 판결에서는 이에 대신하여 비례성 원칙에 의해 파업의 정당성을 판단하였는데 이러한 판례에 내재되어 있는 기본적인 관점은 쟁의행위가 ‘공공의 복지’에 반하여서는 안된다는 것이라고 할 수 있을 것이다.

그러나 다른 한편에서 판례는 꾸준하게 쟁의행위의 보호영역을 확대하여 왔다고 할 수 있다. 기본법에 쟁의행위에 관한 명문의 규정이 없음에도 불구하고 단결권으로부터 협약자치를 매개로 하여 이를 실효화하는 수단으로서의 쟁의행위의 필요성에 주목하여 결국 쟁의행위에 대한 헌법상의 보장을 이끌어내는 법리의 발전은 이를 단적으로 보여주는 것이라고 생각된다. 그렇지만 그 필연적 귀결로서 쟁의행위의 정당성은 협약자치와 병행하여 판단될 수밖에 없는 점은 독일 쟁의법의 한계를 형성하고 있다. 쟁의행위는 협약자치를 실효화하는 수단이기 때문에 단체협약에서 규율할

199) Wolter, in: Däubler Hrsg, *Arbeitskampfrecht*, Rn.889.

200) Brox, in: Brox/Rüthers, *Arbeitskampfrecht*, Rn.186f; Löwisch, Besteht ein Grund, die Rechtsprechung des BAG zur Aussperrung zu ändern?, RdA 1980, S.4.

201) BAG GS v.28.1.1955 AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf; BAV v.20.12.1963, AP Nr.32 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

수 없는 사항을 목적으로 쟁의행위를 하면 정당성이 부정될 수밖에 없으며, 협약능력을 가지지 못하는 자는 쟁의행위도 할 수 없다고 판례가 판단하는 것은 그 논리적 귀결일 것이다.

독일 쟁의행위법리에서 주목되는 것 중의 하나는 쟁의행위의 목적, 특히 경영상 사항에 대하여 매우 엄격한 한계가 설정되고 있다는 것이다. 노동조합의 조직력이나 조직률이 다른 구미국가에 비하여 강력함에도 불구하고, 다른 국가에 비하여 쟁의행위의 목적은 상당히 제한적으로 허용되고 있다. 이는 두 가지 측면에서 이해될 수 있다고 본다. 우선, 독일의 노동조합은 산업별 체제로 형성되어 있다는 점이다. 동일 산업에서 경쟁적 관계에 있는 기업의 종업원을 조합원으로 조직하고 있기 때문에 경영사항에 대하여 단체협약에 구체적으로 규율하기가 곤란한 측면이 있다는 점이 고려되어야 한다. 그러나 이러한 점은 본질적인 해명은 되지 않는다. 다른 서구국가의 노동조합도 강력한 산업별 체제를 갖추고 있는 예가 있기 때문이다. 따라서 경영상 사항에 대한 쟁의행위 목적을 엄격하게 제한하고 있음에도 불구하고 경영상 사항에 대한 판례법리가 거의 형성되고 있지 않고 실제로 쟁의행위도 이루어지지 않은 이유는 오히려 독일의 노동법 시스템에서 찾아야 할 것으로 보인다. 사업장조직법을 비롯하여 잘 정비된 독일의 경영참가시스템으로 인하여 노동조합이 개별 기업 차원의 경영상 결정에 대해 쟁의행위로서 관철하도록 하는 유인(誘因)이 상당부분 제거되고 있을 뿐만 아니라, 종업원협의회가 사실상 노동조합의 지배하에 있기 때문에 종업원협의회를 통한 의사의 관철이 용이하게 이루어질 수 있으므로 노동조합으로서의 희생과 비용을 감수하고 쟁의행위를 감행할 필요성이 그만큼 적다고 할 수 있다.

독일 쟁의법에서 도외시킬 수 없는 또 다른 측면은 직장폐쇄에 관한 법리의 발전이다. 독일에서는 기본법상 단결권이 근로자만이 아니라 사용자에게도 보장되어 있고, 그 결과 쟁의행위도 헌법 차원에서 근로자만이 아니라 사용자에 대해서도 동등하게 보장되고 있다. 그럼에도 불구하고 직장폐쇄에 관한 연방노동재판소의 판례는 끊임없이 축소되어 왔다고 평가할 수 있다. 초기의 연방노동재판소의 판례가 근로관계를 해소할 수 있는 해소적 직장폐쇄까지 이른바 무기평등의 원칙에 근거하여 인정된다고 하던

지극히 형식적인 입장에서 실질적인 교섭의 대등성과 쟁의의 대등성이라는 관점을 고려하여 정지적 직장폐쇄만이 가능하다는 입장으로 선회한 점, 직장폐쇄의 정당성 판단에서 쿼터제를 도입하여 어떤 경우에도 전체 근로자의 최대 50%까지만 직장폐쇄가 가능하다고 판단하고 있는 점에서 잘 나타나고 있다. 이와 같이 직장폐쇄권에 대하여 지속적으로 제한하려는 판례의 움직임은 강력한 산업별 노동조합 체제에 의해 근로자의 세력과 사용자의 세력이 거의 대등한 역관계를 형성하고 있다고 외관상 보여지지만, 그럼에도 불구하고 실제에 있어서는 사용자의 세력이 노동조합의 세력보다 우월하다는 현실을 일정하게 반영한 것이라고 할 수 있을 것이다.

제 4 장

프랑스에서의 쟁의행위의 정당성

제1절 서 설

프랑스도 우리 나라와 마찬가지로 헌법에 의해 근로자의 파업권(droit de grève)이 보장되고 있다. 헌법 자체가 ‘파업권’이라고 명시적으로 표현하고 있고, 실정법이 직장폐쇄에 관해 규정하고 있지 않을 뿐만 아니라, 판례는 불가항력적인 매우 예외적인 경우를 제외하고는 직장폐쇄를 인정하지 않고 있다. 따라서 쟁의행위의 정당성에 관한 법리도 ‘파업권행사의 정당성’ 또는 ‘파업권의 남용 여부’라는 관점에서 논의되고 있다.¹⁾ 즉 파업을 비롯한 기타의 쟁의행위가 헌법이 인정하는 파업권의 정당한 행사 범주에 해당하는가 여부를 판단하는 것이다. 그런데 파업권에 관한 실정법의 규율이나 법리는 우리와는 대조적인 특징들을 갖고 있다. 공공부문의 경우를 제외하고 파업권에 관한 실정법상의 규율은 거의 전무하다고 보아도 과언이 아니고 최후수단성의 원칙도 인정하지 않는다. 이러한 특징들은 기본적

1) 우리의 경우 실정법상 쟁의행위의 개념에는 근로자측 쟁의행위뿐만 아니라 이에 대항하는 사용자의 행위가 포함되어 있고, 쟁의행위의 적법 여부를 판단하는 문제에 대하여서도 이를 흔히 ‘쟁의행위의 정당성’이라고 칭하고 있다. 그렇지만 법률에 의해 인정되는 사용자의 쟁의행위인 직장폐쇄와 헌법이 보장하는 근로자측 쟁의행위를 구별할 필요가 있고, 또한 근로자측 쟁의행위가 갖는 권리성의 측면을 보다 강조할 필요가 있다는 점에서 근로자측 쟁의행위의 적법 여부에 관한 판단문제를 ‘쟁의행위의 정당성’이라고 부르기보다는 ‘쟁의권행사의 정당성’ 또는 ‘쟁의권의 남용 여부’라고 칭하는 것이 보다 바람직하다고 생각한다. 다만, 이 글에서는 생소한 용어를 사용함으로써 초래될 수 있는 불필요한 개념상의 혼란을 피한다는 점에서 일반적 용례에 따라 쟁의행위의 정당성이라는 표현을 사용하고 있다.

으로 파업권의 주체를 노동조합이 아니라 근로자 개인으로 보는 데서 기인하는 것이라고 생각한다.

이하에서는 파업권 승인의 연혁과 관련 법규정을 먼저 살펴보고 이어서 쟁의행위의 정당성에 관한 법리를 검토하고자 한다. 다만, 위에서 언급하였듯이 직장폐쇄는 매우 예외적으로 허용되고 있고, 또한 이러한 허용이 노사간의 무기대등원칙에 대한 승인을 의미하는 것도 아니기 때문에 이 글에서는 직장폐쇄에 관한 문제는 논의의 범위에서 제외하였다.

제2절 파업권의 의의

프랑스에서 파업권은 헌법상의 권리로 인정되고 있다. 헌법 자체는 법률에 의한 파업권의 규율을 예정하였음에도 파업권을 규율하는 입법규정들은 대부분 공공부문에서의 파업과 관련된 것이다. 특히 민간부문의 경우에는 파업권을 일반적으로 제한하는 법규정은 현재까지 존재하고 있지 않다.

1. 파업권 승인의 연혁

파업은 국가형벌권에 의한 금지·탄압 및 소극적 방임의 단계를 거쳐 20세기 중반에 들어서서야 비로소 적극적 권리로 승인되기에 이르렀다. 우선, 1791년 르샤플리에법(*la loi Le Chapelier*)은 집단적인 노무제공의 거부를 목적으로 하는 결사를 금지하였을 뿐만 아니라, 1810년부터는 형법전에서 파업을 단결공모죄(*le délit de coalition*)에 해당하는 범죄로 보아 징역형으로 형사처벌하였다.²⁾ 동일한 직업에 종사하는 근로자들이 파업을 준비하기 위해 회합하는 것 자체가 단결공모(*coalition*)에 해당하는 범죄로 간주되었기 때문에 일체의 파업이 법적으로는 불가능하였다. 이처럼 파업을 형사처벌의 대상으로 삼았던 법적 태도는 1864년에 단결공모죄가 폐지

2) Hélène Sinay, *La grève*, Dalloz, 1966, pp.93~94 참조.

될 때까지 계속 유지되었다. 그 결과 1825~64년의 기간 동안 약 1만 명의 근로자가 파업을 이유로 징역형을 선고받아야 했다.³⁾

1864년에 단결공모죄가 폐지됨으로써 파업에 대한 형사면책이 이루어지게 되었다. 그러나 파업과정에서 폭행, 협박, 위력 또는 위계의 방법으로 타인의 취로를 방해하는 행위 등에 대해서는 ‘노동의 자유에 대한 방해죄’(délit d’entrave à la liberté du travail)로 처벌하였다.⁴⁾ 파업 자체는 형사처벌의 영역으로부터 자유롭게 되었지만 파업과정에서 타인의 노동의 자유를 침해하는 행위는 금지되었다. 노동의 자유라고 하는 기준이 파업과정에서 법적으로 허용되는 행위와 금지되는 행위를 구별하는 기준으로 기능하였다.⁵⁾ 그러나 파업에 대한 민사면책까지 보장되지는 않았다. 민·형사사건을 관할하는 최고법원인 파기원(la Cour de cassation)⁶⁾은 파업을 근로계약의 종료사유로 보았다. 근로자들의 파업참여는 근로계약 종료의 의사를 표현하는 것으로 간주되었기 때문에 파업이 종료하는 경우에도 사용자에 의해 재고용되지 않는 한 파업참가자들은 일자리로 복귀할 수 없었다.⁷⁾ 행정사건을 관할하는 최고법원인 콩세유데타(Conseil d’Etat)⁸⁾도

3) Hélène Sinay, op. cit., p.94.

4) Gérard Couturier, *Droit du travail 2 : Les relations collectives de travail*, PUF, 1993, p.363 참조.

5) Gérard Lyon-Caen, Jean Pélissier et Alain Supiot, *Droit du travail*, 19^e éd., Dalloz, 1998, p.1070.

6) 프랑스의 법원체계는 민·형사사건을 관할하는 사법법원과 행정사건을 관할하는 행정법원이 상호 독립된 이원적인 법원구조를 갖고 있을 뿐만 아니라 사법법원이나 행정법원 어느 쪽에도 속하지 않는 특별법원(예컨대 법률의 합헌성을 심사하는 헌법원(Conseil constitutionnel), 사법법원과 행정법원간의 관할분쟁을 해결하는 관할분쟁법원(Tribunal des conflits) 등)도 존재한다. 파기원은 민·형사사건을 관할하는 최고법원으로서 통상재판부로 5개의 민사부(순수민사사건을 관할하는 3개의 민사부, 노동 및 사회보장사건을 관할하는 사회부, 상사사건을 관할하는 상사부)와 1개의 형사부로 구성되며, 법규범 해석의 통일을 그 임무로 한다. 파기원은 순수한 법률문제만을 심리의 대상으로 삼고 사실문제에 대해서는 심리하지 않는다.(Jaques Boré, *La cassation en matière civile*, Sirey, 1988, pp.50~52 참조).

7) Gérard Couturier, op. cit., p.364.

8) 민·형사사건을 관할하는 최상급법원과 별도로 행정사건을 관할하는 최상급법원을 두고 있는 이원적 법원구조는 사법권으로부터 행정권의 독립을 도모한다는 권력분립 원리에 입각하여 행정주체의 행위에 대한 사법법관의 재판을 배제하려는 데서 기인한 것이다.(권형준, 「프랑스에 있어서의 기본권보장에 관한 연구: 헌법원(Conseil cons-

공무원의 파업을 직권면직의 사유로 보았다.⁹⁾ 국가 존속에 필수적인 공공 서비스는 그 계속성이 보장되어야 하는 것이 원칙이고, 파업은 이러한 원칙과 부합되지 않기 때문에 공무원의 파업은 금지된다는 논리였다.¹⁰⁾

이러한 상황에서 1946년 헌법은 그 전문에서 “파업권은 법률이 규율하는 범위 내에서 행사된다”¹¹⁾고 규정하게 된다. 파업권이 헌법 전문에 규정되었기 때문에 헌법 전문의 법적 효력과 관련하여 파업권을 헌법상의 권리로 볼 수 있는가에 관한 논란이 한동안 있었지만 법률위헌 여부에 대한 사전심판권한을 갖고 있는 헌법원(Conseil constitutionnel)은 1979년에 파업권이 헌법상의 권리임을 명시적으로 인정하였고 오늘날 파업권은 헌법이 인정하는 권리로 확립되어 있다.¹²⁾

2. 파업권의 규율에 관한 법규정

1946년 헌법은 법률에 의한 파업권의 규율 내지 제한 가능성을 이미 예정하고 있었다. 그러나 민간부문의 경우 파업의 법적 효과에 관한 일반원칙만이 규정되어 있을 뿐이고, 파업권을 일반적으로 제한하는 법규정은 존재하지 않는다. 반면에 공공부문의 경우에는 파업의 절차와 형태를 제한하고 있고, 특히 일부 공무원들에 대해서는 파업권을 전면적으로 부인하고 있다.

titutionnel)을 중심으로], 서울대학교 법학박사 학위논문, 1990, 126쪽 참조).

9) Hélène Sinay, op. cit., p.95 참조.

10) Bernard Teyssié, *Droit du travail 2 : Relations collectives de travail*, 2^e éd., Litec, 1993, p.525 참조. 공공부문에서의 파업금지를 정당화하는 판례는 1909년 8월 7일 콩세유데타의 판결로부터 기인한다. 동 판결에 의하면 “공무원의 신분은 수락한 자는 공공서비스의 필요성 그 자체로부터 도출되는 모든 의무에 복종하여야 하고 국가 존속에 필수적인 공공서비스의 계속성(원칙)과 부합할 수 없는 모든 일체의 권한을 포기한 것이다”고 판시하였다.

11) ‘Le droit de grève s’exerce dans le cadre des lois qui le réglementent.’ : Préambule de la constitution du 27 octobre 1946. Pierre Pactet, *Textes de droit constitutionnel*, 4^e éd., LGDJ, 1995, p.9.

12) Gérard Couturier, op. cit., p.364 참조.

가. 민간부문

노동법전(Code du travail) 제5권(노동분쟁) 제2편(집단분쟁) 제1장(파업)은 파업의 원칙에 관해 규정하고 있는 제1절(총칙)과 공공부문에서의 파업에 대하여 규정하고 있는 제2절(공공부문에서의 파업)로 구성되어 있다. 따라서 민간부문에서의 파업에 대해서는 제1절(총칙)에 규정된 내용이 적용된다. 그런데 제1절에는 하나의 조문, 즉 L.521-1조¹³⁾만이 존재한다. L.521-1조는 1946년 헌법에 의해 파업권이 승인된 이후 입법에 의해 순차적으로 확립된 파업의 법적 효과에 관한 사항을 3개의 항으로 구분하여 정하고 있을 뿐, 파업에 대하여 제한하는 내용을 담고 있지 않다.

우선, 노동법전 L.521-1조 제1항은 “근로자에게 특히 중대한 귀책사유가 없는 한 파업은 근로계약을 종료시키지 않는다”¹⁴⁾고 규정하고 있다. 이 규정은 1950년에 성립되었는데 파업에 의해 근로계약이 종료된다고 보았던 기존의 판례 입장을 정면으로 부인하였다는 점에서 의의를 갖는다. 그보다 더욱 중요한 의의는 파업과정에서 이루어진 개별 근로자의 행위가 ‘특히 중대한 귀책사유’(faute lourde)에 해당하지 않는 한 근로계약의 종료사유(즉, 해고사유)가 될 수 없다고 명시한 점이다. 프랑스 노동법에서는 징계해고의 정당사유를 ‘일반적 귀책사유’(faute),¹⁵⁾ ‘중대한 귀책사유’(faute grave),¹⁶⁾ ‘특히 중대한 귀책사유’(faute lourde)¹⁷⁾등 세 가지로 구분하고 있다. 어떤

13) 프랑스의 노동법전은 제정 및 개정된 일련의 노동관계 법률 및 시행령을 그 내용에 따라 권(livre), 편(titre), 장(chapitre), 절(section) 등으로 분류하여 법전화하고 있다. 조문번호 앞에 표기되는 ‘L’은 법률(Loi)을 뜻하고, ‘R’ 또는 ‘D’는 시행령에 해당한다. 따라서 L.521-1조는 법률(L)에 의해 성립된 규정으로 노동법전의 제5권(노동분쟁), 제2편(집단분쟁), 제1장(파업), 제1절(총칙)에 편입되었음을 의미한다.

14) Art. L.521-1, alinéa 1 : ‘La grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié.’

15) 해고사유의 정당성이 인정되기 위해서는 사용자가 주장하는 근로자의 ‘일반적 귀책사유’가 객관적이고도 진실한 것이어야 하고 근로관계의 계속적 유지를 불가능하게 할 정도의 것이어야 한다.

16) 판례에 의하면 ‘중대한 귀책사유’는 해고예고기간 동안조차도 근로자를 기업에 존속시키는 것이 불가능할 정도로 중대한 것으로서 근로자의 즉각적 해고를 가능케 하는 사유를 의미한다(LEGI SOCIAL : *Le licenciement pour faute*, D-294, Revue Fiduciaire, 1999, p.29 참조).

17) ‘특히 중대한 귀책사유’는 중대한 귀책사유와는 달리 행위의 의도에 의해 구별된다.

귀책사유에 해당하는가에 따라 해고근로자에게 미치는 영향이 달라지는데 ‘일반적 귀책사유’의 경우에는 해고수당(indemnité de licenciement), 해고예고(délai-congé), 연차휴가보상수당(indemnité compensatrice de congés payés) 등이 모두 보장되지만 ‘중대한 귀책사유’에 해당하는 경우에는 해고수당 및 해고예고가 박탈되고, ‘특히 중대한 귀책사유’에 해당하는 경우에는 연차휴가보상수당까지 박탈된다. 1950년에 신설된 노동법전 L.521-1조 제1항은 파업참여 근로자에 대한 해고의 정당사유를 위의 세 가지 귀책사유 중에서 ‘특히 중대한 귀책사유’로 제한하였던 것이다. 따라서 파업과 관련한 근로자의 행위가 ‘특히 중대한 귀책사유’에 해당할 정도로 비난가능성이 크지 않는 한 해고의 정당성이 인정되지 않게 된다. 다만, 근로자의 어떤 행위가 ‘특히 중대한 귀책사유’에 해당하는가 하는 문제는 후술하는 바와 같이 파업의 정당성에 관한 판례법리에 의해 해결되고 있다.

다음으로 1978년에 성립된 노동법전 L.521-1조 제2항은 파업권의 행사를 이유로 하는 임금 및 부가급여에서의 사용자의 차별적 조치를 금지하고 있다.¹⁸⁾ 그리고 1979년 및 1982년에는 파업에 의해 중단된 업무를 수행하기 위하여 파업근로자들을 임시직 근로자(기간의 정함이 있는 근로계약의 체결 근로자) 또는 파견근로자로 대체하는 사용자의 행위를 금지하였다. 다만, 이러한 대체행위의 금지는 노동법전 중에서 근로계약에 관한 규율부분(노동법전 제1권 제2편)에 규정되어 있다(노동법전 L.122-3조 및 L.124-2-3조).

마지막으로, 1985년에는 노동법전 L.521-1조 제3항을 신설하여 파업참여 근로자에게 ‘특히 중대한 귀책사유’가 없음에도 불구하고 해고된 경우에는 해고가 무효라고 규정하였을 뿐만 아니라 사용자의 차별적 징계조치를 금지하고 있는 노동법전 L.122-45조를 개정하여 파업권의 정당한 행사를 이유로 하는 징계 내지 해고의 무효를 규정하였다(노동법전 L.122-45조 제

사용자 또는 기업에 대한 해악(害惡)의 의도를 가지고 이루어진 행위가 ‘특히 중대한 귀책사유’에 해당한다(Antoine Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, 1998, p.328).

18) Jean Pellissier et autres, *Le code du travail annoté*, 17^e éd., Fiduciaire, 1997, p.1266.

2,3항).¹⁹⁾ 이러한 해고무효에 관한 법규정은 매우 중요한 의미를 갖는다. 프랑스에서 부당해고에 대한 구제는 일반적으로 금전배상을 원칙²⁰⁾으로 하기 때문에 부당해고라고 하여서 반드시 해고무효 및 근로자의 복직으로 귀결되지 않기 때문이다. 해고무효는 법이 이를 명시적으로 규정²¹⁾하고 있거나 판례가 기본권 침해의 이유로 이를 승인하는 경우에만 예외적으로 인정된다. 따라서 1985년에 정당한 파업권의 행사를 이유로 하는 해고를 법이 명시적으로 무효라고 규정함으로써 부당하게 해고된 파업근로자에게 원직복귀(réintégration) 및 소급임금의 지급을 보장하게 된 것이다.

나. 공공부문

민간부문과는 달리 공공부문의 경우에는 1946년 헌법이 예정하였던 파업권에 대한 입법적 제한이 현실화되었다. 공공부문은 우리의 행정법에서 공역무라고 불리는 공공서비스(service public)를 담당하는 부문을 의미한다. 법률용어사전에 의하면, 공공서비스는 일반이익상의 필요를 충족시킬 목적으로 행정에 의해 보장되거나 감독되어야 할 일체의 활동을 지칭한다.²²⁾ 이처럼 공공부문은 일반공중의 이익과 직접적으로 관련되는 영역이기 때문에 파업을 통해 근로자들이 옹호하고자 하는 직업이익과 파업에 의해 침해될 수 있는 일반이익 양자를 조정할 필요성이 크다. 이러한 점에서 헌법원은 공공서비스의 계속적 제공·유지를 목적으로 하는 파업권에 대한 입법적 제한은 헌법에 반하지 않는다고 보았다.²³⁾ 즉 ‘공공서비스의

19) Ibid.

20) 노동법전 L.122-14-4조 제1항에 의하면 법원은 근로자의 복직을 제안할 수 있으나 소송당사자 중 어느 일방이 이를 거부하는 경우에는 금전배상을 선고하게 된다. 따라서 근로자의 복직은 법원에 의한 제안 및 노사 양당사자의 동의가 있어야 인정되고 법원은 사용자와 근로자의 의사에 반하여 복직을 명할 수 없다.

21) 임신부(노동법전 L.122-25-2조) 및 업무상 부상이나 질병에 의해 요양중인 근로자(노동법전 L.122-32-2조)의 해고, 출신·성·가족상황·민족·국적·인종·정치적 견해·조합활동·종교적 신념·신체적 장애 등을 이유로 한 해고(노동법전 L.122-45조), 남녀의 차별적 대우에 대한 소제기를 이유로 한 해고(노동법전 L.123-5조) 등의 경우에 해고가 무효라고 법에서 명시적으로 규정하고 있다.

22) *Lexique Termes juridiques*, 11^e éd., Dalloz, 1998, p.489.

23) Conseil constitutionnel, Décision n°79-105, 29 juillet 1979, Louis Favoreu et Loic

계속성 보장'이라는 원칙에 의해 파업권은 제한될 수 있다고 본 것이다. 따라서 공공부문의 경우에는 민간부문과 달리 입법에 의해 파업권에 대한 제한이 가해지고 있다.

첫째, 1963년에 제정된 후 수차례의 개정을 거쳐 현재에 이르고 있는 노동법전 L.521-2조 이하(노동법전 제5권 제2편 제1장 제2절)의 규정들은 공공부문에서의 파업에 관한 일반법으로서 파업절차와 방식에 대하여 일정한 제한을 부과하고 있다. 즉 파업개시 5일 이전에 '대표적 노동조합'은 파업의 이유, 파업의 일시와 장소 및 기간을 해당 기관의 장이나 사용자에게 알려야 하고, 이러한 파업예고기간중에 이해관계 당사자들은 교섭할 의무를 갖는다.²⁴⁾ 그리고 부서나 사업장 또는 직종 등에 따라 파업의 개시 및 종료시각을 달리하여 연쇄적으로 이루어지는 파상파업(*grève torunante*)이 금지된다.²⁵⁾ 후술하는 바와 같이 민간부문의 경우에는 파업과 관련하여 노동조합에게 특별한 법적 권한이나 지위가 인정되지 않기 때문에 노동조합이 개입되지 않는 비노조파업의 정당성이 인정된다. 그리고 예고없이 갑작스럽게 행하는 파업(*grève surprise*)이나 파상파업의 경우에도 기업의 존속 자체를 저해할 수 있는 파업권의 남용에 해당하지 않는 한 그 정당성이 부인되지 않는다.

그런데 공공부문의 경우에는 '대표적 노동조합'²⁶⁾에 의한 파업예고제도를 설정함으로써 예고없는 파업 및 비노조파업을 허용하지 않을 뿐만 아니라 파업의 형태에 대한 제한으로서 파상파업을 금지하고 있다. 그리고 이러한 법적 제한은 국가 및 지방(인구 1만명을 초과하는 지방에 국한됨)의 공무원 및 고용원과 공공서비스를 담당하는 공적 또는 사적 기업·조직·단체의 근로자들에게 적용된다.²⁷⁾ 비록 사적인 기업이나 조직 내지

Philip, *Les grands décisions du conseil constitutionnel*, 5^e éd., Sirey, 1989, p.381 참조.

24) 노동법전 L.521-3조.

25) 노동법전 L.521-4조 참조.

26) '대표적 노동조합'이라 함은 전국적 차원에서 정부에 의해 그 대표성이 인정된 5개의 총연합단체들 중 어느 하나에 가입한 노동조합 또는 이러한 총연합단체에 가입하지 않더라도 해당 사업 또는 사업장에서 자신의 근로자 대표성을 현실적으로 입증한 노동조합을 의미한다.

27) 노동법전 L.521-2조.

단체라고 할지라도 공공서비스를 담당하고 있는 경우에는 법의 적용대상이 되고, 해당 조직체가 공공서비스를 담당하고 있는가 여부는 법원에 의해 결정된다.²⁸⁾

둘째, 특정 공공서비스 분야의 경우에는 그 업무의 계속적 유지를 보장할 목적으로 파업권의 행사 자체를 전면적 또는 부분적으로 금지하고 있다. 우선, 1950년대를 전후로 하여 주로 제정된 공무원관계법령은 일정 범주에 해당하는 공무원들의 파업권을 전면적으로 박탈하고 있다. 기동경찰(1947년) 및 경찰(1948년), 교도관(1958년), 법관(1958년), 군인(1972년)의 경우가 그 예이다.²⁹⁾ 그리고 1980년대에 제정된 방송사업 및 항공사업관련 법령에서는 파업에 의해 정지되어서는 안될 필수업무(service minimum)를 설정함으로써 파업권행사를 부분적으로 제한하고 있다.³⁰⁾

따라서 입법에 의해 파업권이 부인되지 않는 공무원이나 필수업무 유지의무가 부과되지 않는 공공서비스 분야의 경우에는 원칙적으로 공공부문에서의 파업에 관한 일반법이라고 할 수 있는 노동법전 L.521-2조 이하의 규정들, 즉 파업의 절차와 방식을 제한하는 규정들만이 적용되어야 한다. 그런데 행정관례는 행정에 의한 파업권의 추가적 제한이 가능하다고 보고 있다. 즉 파업권과 일반이익의 충돌을 조정할 수 있는 입법이 부재하는 경우 공공서비스의 정상적 기능을 책임지고 있는 자(정부 또는 행정기관의 장 등)는 공공질서에 반하는 파업권의 남용적 행사를 방지하기 위한 제한 조치 내지 파업에 의해 중단될 수 없는 필수업무(신체와 생명의 안전, 시설 및 재산의 보호, 계속적으로 유지되어야 할 핵심적 행정기능에 관련된 업무)에 관한 사항을 규칙으로 정할 수 있고, 이러한 규칙의 적법성 여부는 행정법원의 심사대상이 된다고 본다.³¹⁾ 행정에 의한 파업권의 제한을 인정

28) 예컨대, 판례에 의하면 사법에 의해 규율되는 원자력에너지위원회(Commissariat à l'Énergie Atomique), 국가에 의한 경제적·재정적 감독의 대상이 되는 에어인터(Air Inter)사, 국가와의 협정체결을 통해 건축 및 토목분야의 직업훈련을 담당하는 민간직업훈련원 등의 경우 공공서비스를 담당하는 조직체로 판단되었다(Lamy social, Editions Lamy, 1999, p.1267 참조).

29) Gérard Lyon-Caen, Jean Pélissier et Alain Supiot, op. cit., p.1075 참조.

30) Bernard Teyssié, op. cit., p.541 참조.

31) Gérard Couturier, op. cit., pp.391~392 참조.

하는 이러한 판례의 입장은 원래 공공부문에서의 파업에 관한 일반법(1963년에 제정된 노동법전 L.521-2조 이하의 규정들)이 성립되지 않았던 시기에 채택되었던 것이었는데도 현재까지 일관되게 유지되고 있다.³²⁾ 즉, 행정판례는 공공부문에서의 파업에 관한 노동법전상의 규율은 파업에 의해 침해될 수 있는 일반이익을 보장하기에 불충분한 것이기 때문에 파업권과 일반이익의 충돌을 조정할 수 있는 입법적 부재상황은 여전히 계속되고 있고, 이러한 상황에서 행정은 일반이익을 보호하기 위하여 필요불가결하게 요청되는 파업권에 대한 제한을 가할 수 있다는 점을 인정하고 있다.

결국 이러한 판례의 입장에 의하면 공공부문의 경우에는 파업권에 대한 입법적 제한과 행정적 제한이 동시에 존재하게 된다. 그러나 헌법은 법률에 의한 파업권의 제한 가능성을 예정하고 있고, 헌법원도 입법부만이 파업권을 제한할 수 있다고 보고 있음에 불구하고 행정에 의한 파업권의 제한방식을 인정하는 행정판례의 입장은 헌법과 합치되기 어려운 문제점을 안고 있다.³³⁾

제3절 쟁의행위의 일반적 정당성 기준

근로자의 파업권은 헌법에 의해 보장된다. 그러나 이러한 헌법상의 권

32) Ibid., 공무원의 파업을 직권면직사유로 보아 파업권을 부인하였던 과거 행정판례의 입장은 1946년 헌법에 의해 파업권이 인정됨에 따라 더 이상 유지될 수 없게 되었다. 그렇지만 파업권을 제한하는 입법의 공백상태에서 발생한 내무부 소속 공무원들의 파업 및 그에 따른 정부의 징계조치사건(Dehaene사건)에서 콩세유데타는 1950년 7월 7일 판결을 통해, 공무원의 경우에도 파업권은 인정되지만 파업권을 규율하는 입법의 부재상황에서 정부는 일반이익의 보호를 위해 파업권을 제한할 수 있다고 보았던 것이다. 이 판결에서 콩세유데타는 “파업이라는 수단을 통해 옹호하고자 하는 직업이익과 파업에 침해될 수 있는 일반이익간에는 필연적인 조정이 있어야 하고, 이러한 조정을 가능케 하는 법률이 부재하는 경우에는 공공서비스의 정상적인 기능에 대한 책임을 지고 있는 정부가 파업권의 남용적 행사 또는 공공질서에 반하는 파업권의 행사를 회피하기 위한 필수적인 조치들을 취할 수 있다”고 보았다.

33) Gérard Lyon-Caen, Jean Pélissier et Alain Supiot, op. cit., p.1101 ; Gérard Couturier, op. cit., p.392 참조.

리도 무제한의 권리는 아니기 때문에 정당하게 행사된 경우에만 민·형사상의 면책이 인정된다. 노동법전에서도 파업권의 ‘정당한 행사’(l'exercice normal du droit de grève)를 이유로 하는 징계 내지 해고는 무효라고 규정하고 있다.³⁴⁾ 결국 쟁의행위의 정당성 여부는 헌법이 보장하는 파업권의 행사 범주에 해당하는가 여부를 평가하는 문제이다.

이미 앞에서 언급한 바 있듯이 헌법은 파업권에 대한 입법적 제한 가능성을 예정하고 있지만 공공부문의 경우를 제외하고는 파업권에 대한 입법적 제한이 현실적으로 이뤄지지 않았다. 따라서 파업권의 행사에 대한 이론적 제한, 즉 파업권의 정당한 행사 여부에 관한 판단기준이 판례에 의해 형성될 수밖에 없었다. 파업은 헌법상의 권리이기 때문에 이러한 권리행사 자체가 불법인 것은 아니지만 그 정당성이 인정되기 위해서는 파업권의 행사라고 볼 수 있는 행위가 존재하여야 하며, 아울러 파업권의 남용 내지 한계이탈에 해당하지 않아야 한다.

첫째, 파업권의 행사로 인정되기 위해서는 무엇보다도 먼저 판례에 의해 형성된 파업의 개념 및 요건에 해당하는 행위가 존재하여야 한다. 판례의 정의에 따르면, 파업은 근로자들이 ‘직업적 요구를 뒷받침하기 위하여 단결하여 집단적으로 노무제공을 완전히 정지 내지 거부하는 행위’(une cessation totale, collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles)이다.³⁵⁾ 이러한 정의에 따르면 파업은 그 주체(근로자들), 목적(직업적 요구의 관철), 형태(단결된 집단적인 노무제공의 완전한 정지)상의 요건을 충족하여야 한다. 이러한 요건이 충족되는 경우에 비로소 헌법이 보장하는 파업권이라는 권리가 행사된 것으로 보며, 그에 따른 근로계약 정지의 법적 효과가 인정된다.

반면에 판례상의 요건이 충족되지 않는 행위는 정당한 징계조치의 대상이 되는 근로계약상의 채무불이행 또는 직무의 방기 내지 불복종행위로 간주된다.³⁶⁾ 그리고 이러한 행위가 민법상의 불법행위에 해당하는 경우 그에 따른 손해배상책임도 인정되지만 소극적인 노무제공의 정지 내지 거

34) 노동법전 L.122-45조 제2~3항.

35) Jean Pélissier et autres, op. cit., p.1266.

36) Gérard Couturier, op. cit., p.371 참조.

부 그 자체가 형법상의 범죄행위에 해당하지는 않는다. 한편, 노무의 제공을 전제로 하는 태업(*grève perlée*)의 경우에는 ‘노무제공의 완전한 정지’라는 판례상의 요건을 충족하지 않기 때문에 판례는 이를 징계대상이 되는 고의적인 채무의 불이행 내지 불완전이행으로 본다.³⁷⁾ 이러한 판례의 입장에 따르면, 근로계약의 정지 및 그에 따른 임금의 완전한 상실을 전제로 하지 않는 쟁의수단인 태업은 헌법이 인정하는 쟁의권(즉, 파업권)의 행사 범주에 해당하지 않게 된다. 따라서 쟁의행위의 정당성에 관한 프랑스의 법리를 고찰함에 있어서는 태업을 독립적인 쟁의행위의 유형으로 구분하여 그 정당성 여부를 논할 실익이 없게 된다.

둘째, 공공부문의 경우 실정법이 파업권의 부당한 행사에 의해 일반이익이 침해되는 것을 방지하기 위하여 비노조파업, 예고없는 파업 및 과상파업을 금지하고 있듯이 비록 판례가 설정하는 파업의 범주에 해당하는 경우에도 파업권의 남용이라고 평가되는 경우에는 파업 자체의 정당성이 부인된다. 즉 파업권의 남용 또는 파업권의 한계 이탈이 있는 경우에는 권리행사에 따르는 면책의 효과가 인정되지 않는 것이다.

특히 판례는 파업의 형태와 관련하여 파업권의 남용적 행사 여부를 평가하기 위한 일반적 기준으로 민간부문의 경우 ‘기업존속의 저해’(la désorganisation de l’entreprise), 공공부문의 경우 ‘필수업무의 저해’를 들고 있다. 파업은 그 성질상 당연히 업무의 저해를 초래하지만 통상적인 업무(생산)의 저해(la désorganisation de la production)를 넘어서서 사업 내지 기업의 운영 및 기능을 마비시키거나 해당 기업에 과도한 침해를 가하는 경우에는 기업의 존속 자체를 위태롭게 할 수 있기 때문에 파업권의 남용으로 보는 것이다.³⁸⁾ 그리고 공공부문의 경우에도 필수적인 공공서비스의 계속적 제공 및 유지를 통해 일반이익을 보호할 목적으로 법률이나 행정이 필수업무의 유지의무를 부과하고 있는데 이러한 필수업무를 침해하는 행위는 파업권의 남용에 해당하게 된다.

37) Cass. soc., 22 avril 1964, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, IV, n°320, p.263 ; Cass. soc., 16 mai 1989, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, V, n°360, p.217 참조. 이하에서는 위의 파기원 판례월보를 Bull. civ.로 인용함.

38) Cass. soc., 30 mai 1989, *Bull. civ.*, V, n°404, p.244 참조.

셋째, 파업권의 남용 여부를 평가함에 있어서는 파업 그 자체의 정당성 문제와 파업과정에서 발생하는 기타 쟁의행위의 정당성 문제를 구분한다. 즉 파업의 보조수단으로 활용되는 직장점거·피케팅이나 파업과정에서 이루어지는 기타의 개별적·집단적 행위는 파업 자체의 정당성에 영향을 미치지 않는다.³⁹⁾ 파업과정에서 불법행위가 발생하는 경우 이러한 행위에 직접 참여한 개별 근로자의 징계책임이나 민사책임 또는 형사책임이 인정되지만 이러한 불법행위로 인해 파업 그 자체의 정당성이 당연히 상실되는 않는다는 것이 판례의 입장이다.⁴⁰⁾

이상에서 살펴본 정당성 판단의 일반적 기준을 고려하여 이하에서는 쟁의행위의 범주를 전형적인 쟁의수단인 파업과 이에 수반되는 기타의 쟁의행위로 양분하여 그 정당성 여부에 관한 법리를 고찰할 것이다.

제4절 주체면에서의 정당성

판례에 의해 확립된 파업의 개념에 해당하는 행위, 즉 ‘직업적 요구를 뒷받침하기 위한 근로자들의 단결된 집단적인 노무제공의 정지 내지 거부’ 행위가 존재하고, 이러한 행위가 권리남용에 해당하지 않는 경우에 비로소 파업의 정당성이 인정되게 된다. 다만, 민간부문인가 공공부문인가에 따라 정당성 판단의 구체적인 기준들이 조금은 다를 수 있다. 민간부문의 경우에는 파업에 대한 실정법상의 제한이 전무한 반면에 공공부문에서는 파업의 개시·절차 및 파업형태 등에 대하여 일정한 법적 제한을 가하고 있기 때문이다. 이하에서는 파업의 주체, 목적, 절차, 형태의 측면에서 정당성 판단의 일반적 법리를 검토하면서 아울러 공공부문에서의 특수성을 언급하고자 한다.

파업은 노동조합의 권리가 아니라 근로자의 개별적 권리이다. 그러나

39) Gérard Lyon-Caen, Jean Pélissier et Alain Supiot, op. cit., p.1102 참조.

40) Cass. soc., 18 janvier 1995, *Droit social*, 1995, p.186 참조.

파업권은 복수의 근로자들에 의해 집단적으로 행사되어야 한다. 근로자 혼자서 행하는 파업은 예외적인 경우가 아닌 한 그 정당성이 인정되지 않는다. 그리고 공공부문의 경우에는 ‘대표적 노동조합’의 파업 지시 내지 결정이 있어야만 개별 근로자들은 파업권을 행사할 수 있다. 결국 프랑스의 파업권은 권리주체라는 측면에서는 근로자 개인의 권리이지만, 권리행사라는 측면에서는 집단성을 띠어야 하고 특히 공공부문의 경우 ‘대표적 노동조합’을 전제로 하여야 하는 독특한 권리이다.

첫째, 공공부문의 경우를 제외하고 노동조합에게 파업과 관련한 특권적 지위가 인정되지 않는다. 노동조합은 기업 내에서의 조합활동을 통해 근로자들의 요구사항을 수렴하고 단체교섭을 통해 단체협약을 체결할 수 있을 뿐만 아니라⁴¹⁾ 현실적으로 파업을 주도하기도 한다. 그러나 파업권 자체는 노동조합과 무관한 근로자 개인의 권리이기 때문에 비조합원에게도 파업권이 인정되고, 조합원이라고 하여서 노동조합이 주도하는 파업에 참여할 의무를 지는 것도 아니다.⁴²⁾ 그리고 민간부문의 경우 반드시 노동조합의 지시 내지 결정에 의해서 파업이 이루어져야 하는 것은 아니기 때문에⁴³⁾ 노동조합이 개입되지 않는 비노조파업 또는 비공인파업의 정당성이 부인되지 않는다. 근로자들은 노동조합과 무관하게 파업을 행할 수 있고, 현실적으로도 노동조합에 의해 지도되지 않는 파업이 적지 않게 발생하고 있다. 다만, 공공부문의 경우에는 ‘대표적 노동조합’에 의한 파업예고제도가 법률에 의해 강제되고 있기 때문에 파업 여부에 관한 결정 권한이 ‘대표적 노동조합’에게 주어지고 있고, 이러한 노동조합에 의한 파업의 결정

41) 원래 프랑스의 노동조합은 기업 외부의 조직이고 자유로운 조합활동도 기업 외부에서 허용되었다. 이러한 상황은 1968년까지 계속되었다. 그런데 1968년 12월 27일 법률에 의해 기업내 조합지부의 구성 및 조합대표자의 지명이 인정됨으로써 기업내에서의 조합활동을 가능케 하는 법적 토대가 마련되었다. 그러나 조합지부의 설립이나 조합대표자의 지명은 모든 노동조합에게 인정되는 것이 아니라 ‘대표적 노동조합’에게만 인정된다. 그리고 단체교섭권도 모든 노동조합에게 인정되는 것이 아니라 ‘대표적 노동조합’에게만 인정된다. 대표적 노동조합의 개념에 관해서는 주 48)을 참고하기 바란다.

42) Jean Savatier, “La distinction de la grève et de l’action syndicale”, *Droit social*, 1994, p.54.

43) Cass. soc., 19 février 1981, *Bull. civ.*, V, n°143, p.106 참조.

또는 지시가 있어야 파업의 정당성이 인정될 수 있다.⁴⁴⁾

둘째, 판례에 의하면 파업은 ‘집단적인 노무제공의 정지 내지 거부’(cessation collective du travail)라는 요건이 충족되어야 하는 행위이기 때문에 근로자 개인의 권리인 파업권도 그 행사의 국면에서는 집단성을 띠어야 한다. 즉, 파업은 복수의 근로자들에 의해 집단적으로 이루어져야 한다. 근로자 혼자서 행하는 노무제공의 정지 내지 거부는 파업이 아니라 정당한 징계 내지 해고사유가 되는 개별적 행동으로 간주된다.⁴⁵⁾ 파업은 집단분쟁을 전제로 하고 근로자들의 집단이익을 관철하기 위한 수단이기 때문에 파업권의 행사에 있어서는 집단성이 요구되는 것이다.

그러나 이러한 파업권행사의 집단성 원칙에 대한 예외를 판례는 인정하고 있다. 우선, 근로자 개인이 전국적 차원에서 이루어지는 총파업에 개별적으로 참여하는 경우이다. 총파업에 근로자가 개별적으로 참여한 경우에는 비록 해당 기업에서 여타의 모든 근로자들이 이러한 총파업에 참여하지 않았다고 하더라도 정당한 파업권의 행사로 인정될 뿐만 아니라 총파업에 참여한다는 사실을 특별히 사용자에게 알릴 필요도 없다.⁴⁶⁾ 이처럼 파업권행사의 집단성 여부는 반드시 개별 기업 내지 사업장단위에 국한하여 평가되지 않는다.

또한, 사용자가 단 한 명의 근로자만을 고용하고 있는 경우에는 파업권행사의 집단성을 요구하지 않는다. 사용자가 돼지사육을 위해 1명의 근로자를 고용하고 있었는데 해당 근로자가 전국적인 총파업에 참여한 것이 아니라 사용자를 상대로 임금인상을 목적으로 하는 노무제공을 거부한 사안에서 헌법상 보장되는 파업권의 행사로 인정되었다.⁴⁷⁾ 1명의 근로자만이 고용되어 있다는 사실에 의해 헌법상의 권리가 부인될 수는 없기 때문

44) Gérard Couturier, op. cit., p.388.

45) Cass. soc., 19 avril 1958, *Bull. civ.*, IV, n°528, p.393 ; Cass. soc., 29 mars 1995, *Bull. civ.*, V, n°111, p.80 참조.

46) Cass. soc., 29 mai 1979, *Bull. civ.*, V, n°464, p.339.

47) Cass. soc., 13 novembre 1996, *Bull. civ.*, V, n°379, p.272. ; *Droit social*, 1997, p.1108. ; 이 판결에 대한 평석으로 Jean Savatier, “Un salarié isolé peut-il user du droit de grève à l’appui d’une revendication individuelle?”, *Revue de jurisprudence sociale*, 1/1997, p.8 이하.

에 파업권행사의 집단성 원칙에 대한 예외를 판례가 승인한 것이다.

셋째, 위에서 언급한 예외적인 경우가 아닌 한 파업권의 행사는 집단성을 띠어야 하지만 집단성이라는 의미는 해당 사업 또는 사업장 근로자의 절대다수 또는 과반수를 뜻하지 않는다. 일부 근로자들에 의한 소수파업이라고 하더라도 공통의 요구사항을 목적으로 하는 집단적 행위로서의 성질을 갖는다면 그 정당성이 부인되지 않는다. 파업 여부에 관한 근로자들의 집단의사를 확인하기 위한 특별한 절차가 법률에 의해 강제되고 있지 않는 점, 그리고 파업 반대자 또는 불참자의 수나 의사에 의해 헌법이 보장하는 권리행사의 정당성 여부가 좌우될 수 없는 점을 고려할 때 최소 2명 이상의 근로자들에 의해 파업권이 행사되면 파업의 주체라는 측면에서 요구되는 집단성 요건은 충족되게 된다.

공공부문 파업의 경우에는 ‘대표적 노동조합’의 개입(즉, 파업의 결정 및 지시)이 법률에 의해 강제되기 때문에 파업권행사의 집단성은 이미 전제되어 있다고 볼 수 있다. 그리고 ‘대표적 노동조합’이 어떠한 절차와 방식에 의거하여 파업 여부를 결정하여야 하는가 하는 문제에 대하여 법이 규정하고 있는 바도 전혀 없다. 결국 ‘대표적 노동조합’의 파업 지시에 응하여 개별 근로자가 파업에 참여하는 것 자체가 바로 파업권의 집단적 행사이다.

다른 한편, 소수파업의 정당성은 파업개시의 국면에 한정되지 않고 파업의 전과정에 걸쳐서 당연히 인정되는가 하는 문제가 제기될 수 있다. 즉, 파업을 종료하는 협정이 노사대표간에 체결되거나⁴⁸⁾ 대다수의 파업참가자들이 파업을 종료하고 취로를 재개하였음에도 불구하고 소수 근로자들이 계속적으로 파업을 고집하는 경우에도 이를 정당하다고 볼 수 있겠는가 하는 문제이다.

이에 관한 판례를 살펴보면 중업원대표선거의 실시⁴⁹⁾를 요구하는 파업이 발생하였으나 노사간에 선거일자 및 선거방식을 정한 협정이 체결되어

48) 프랑스에서는 파업의 주체를 노동조합이라고 보지 않기 때문에 파업종료협정 또는 분쟁종료협정의 근로자측 당사자가 반드시 노동조합에 국한되지 않는다. 파업근로자들을 대표하는 자와 사용자간에 협정이 체결될 수도 있고, 이런 경우 협정은 단체협약으로서의 성질을 갖지 않는다.

49) 후술하는 바와 같이 중업원대표의 선출을 위한 선거는 사용자가 주관하여 실시하도록 법에 의해 규정되어 있다.

대다수의 파업근로자들이 취로를 재개하였지만 3명의 근로자들이 계속적으로 파업을 고집하였던 사안에서 이러한 파업의 정당성이 인정되지 않았다.⁵⁰⁾ 파업이 발생하였지만 이와 관련한 사용자의 입장과 약속이 종업원 대표를 통해 근로자들에게 전달되자 다수의 파업참여자들이 이에 만족하여 취로를 재개하였음에도 소수의 근로자들이 요구사항이 제대로 관철되지 않았다는 이유로 계속적으로 파업을 고집하였던 사안에서는 새로운 요구사항의 관철을 목적으로 하는 것이 아니었고 종업원대표 기관인 기업위원회에 의한 비난대상이 되었다는 점에서 소수 근로자들에 의한 계속적인 파업의 정당성이 부인되었다.⁵¹⁾

위의 사안들에 비추어 보면 판례는 분쟁대상의 소멸 여부, 새로운 요구사항의 제기 여부, 파업 종료자들의 입장과 태도 등을 종합적으로 고려하여 소수와 근로자들에 의한 계속적 파업의 정당성 여부를 판단하고 있는 것으로 보인다. 따라서 다수의 파업자들이 취로를 재개하였다는 사실만으로 소수자에 의한 파업계속의 정당성이 곧바로 부인되지는 않는다. 파업근로자들은 요구사항의 완전한 또는 부분적인 관철에 만족하여 취로를 재개할 수도 있지만 파업에 따른 임금상실의 경제적 부담을 감당할 수 없어서 파업으로부터 이탈할 수 있고, 특히 후자의 경우 파업이탈 근로자들은 심정적으로 파업자에 다름 아니고 분쟁대상이 소멸되었다고 볼 수도 없으며 계속적인 파업참여자들은 임금상실을 개인적으로 감수하고 있기 때문에 소수파에 의한 계속적 파업의 정당성이 당연히 부인되는 것은 아니다.⁵²⁾

50) Cass. soc., 19 juin 1987, *Bulletin social Francis Lefebvre*, 8~9/1987, informations du mois n°874, p.361 참조.

51) Cass. soc., 6 novembre 1985, *Bull. civ.*, V, n°503, p.366 참조.

52) Annette Ganzer, *La licéité de la grève dans les entreprises du secteur privé et dans les services publics*, Thèse de l'université de Nancy II, 1993, pp.255~256 참조.

제5절 목적면에서의 정당성

파업은 근로자들의 요구 내지 주장을 관철하기 위한 쟁의수단이다. 판례에 의해 확립된 파업의 정의에 따르면, 파업은 ‘직업적 요구’(revendications professionnelles)를 뒷받침하기 위한 것이어야 한다. 따라서 직업적 요구라고 하는 판례상의 개념은 파업의 정당성 여부를 그 목적 내지 이유의 측면에서 판단하기 위한 핵심적 요건으로 기능하고 있다. 이하에서는 직업적 요구의 내용과 그 한계가 무엇인지에 대하여 검토하겠다.

1. 직업적 요구

직업적 요구에 해당하지 않는 사항을 목적으로 하는 파업은 정당하지 않기 때문에 어떤 사항이 직업적 요구의 범주에 포함되는가 하는 문제가 무엇보다도 중요하지 않을 수 없다. 판례에 의하면, 직업적 요구는 전형적인 근로조건의 유지·개선뿐만 아니라 집단적인 직업이익의 옹호에 관한 사항을 포괄하는 광범위한 개념이다.

가. 전형적인 근로조건의 유지·개선

근로조건의 유지·개선에 관한 사항은 당연히 직업적 요구에 해당한다. 예컨대 임금인상의 요구,⁵³⁾ 멀리 떨어져 있는 작업장에 배치된 근로자들에 의한 교통수단의 제공 내지 통근수당의 지급 요구,⁵⁴⁾ 대형매장의 열악한 난방상태의 개선 요구,⁵⁵⁾ 인원축소에 따른 열악한 근로조건을 타개하

53) Cass. soc., 18 avril 1989, *Bull. civ.*, V, n°278, p.165.

54) Cass. soc., 18 juin 1966, *Bull. civ.*, V, n°243, p.171.

55) Cass. soc., 4 avril 1990, *Revue de jurisprudence sociale*, 5/1990, n°419, pp.299~300.

기 위한 신규채용·임금인상·근로시간 단축의 요구⁵⁶⁾ 등이 그 예이다.

나. 집단적 직업이익의 옹호

직업적 요구는 협의의 근로조건 유지·개선에 한정되지 않는다. 고용안정, 사용자의 의무불이행으로 침해된 권리의 옹호, 종업원대표제도와 관련한 집단적 권리의 옹호 등도 직업적 요구에 해당한다. 그리고 사용자의 결정 또는 조치에 대한 근로자들의 불만이나 반대의사를 표출하기 위한 항의파업의 경우에도 직업적 요구를 뒷받침하기 위한 파업의 범주에 포함시키고 있다. 따라서 판례가 제시하고 있는 직업적 요구라고 하는 개념은 집단적 직업이익의 옹호를 포괄하는 광의의 개념으로 파악할 수 있다.

1) 고용안정

고용유지 내지 고용안정은 직업적 요구에 해당한다. 특히 근로자의 고용을 위협할 수 있는 경영상의 계획 내지 결정에 대한 반대 내지 항의로서 이루어지는 파업은 고용상실에 대한 근로자들의 불안 내지 우려를 표출하는 것이자 해당 사업 또는 사업장 근로자 전체의 이익과 직접적으로 관련되는 고용유지 내지 고용안정을 위한 것으로서 그 목적의 정당성이 인정되는 것이다.

예컨대, 정리해고에 반대하는 파업,⁵⁷⁾ 기업조직 개편계획을 반대하는 파업⁵⁸⁾ 또는 기업조직 개편계획에 따른 보장책을 요구하는 파업⁵⁹⁾의 경우가 그 예이다. 그리고 정리해고에 의한 기존 매장의 시설이 낙후되어 있는 상황에서 사용자가 다른 지역에 대형매장을 개설하려는 결정을 취하자 자신들의 고용안정에 대한 불안을 느낀 근로자들이 행한 파업에 대하여 원

56) Cass. soc., 12 avril 1995, *Bull. civ.*, V, n°129, p.94.

57) Cass. soc., 22 novembre 1995, *Droit social*, 1996, p.204.

58) Cass. soc., 20 mai 1992, *Bull. civ.*, V, n°319, p.199.

59) Cass. soc., 26 février 1992, Philippe Waquet, "La grève, les mouvements illicites et l'abus du droit de grève", *Revue de jurisprudence sociale*, 3/1995, p.141.

심은 그 정당성을 부인하였지만 파기원은 고용안정에 대한 근로자들의 불안(les craintes pour la stabilité de l'emploi)도 파업의 정당한 이유에 해당한다고 보아 원심을 파기하였다.⁶⁰⁾ 위의 사례들에서 알 수 있듯이, 파업은 사용자로부터 특정의 이익을 적극적으로 획득하기 위한 수단으로서만 인정되는 것이 아니라 근로자의 고용에 영향을 미치는 경영결정 내지 조치에 대한 반대 내지 항의 또는 불만을 표출하는 수단, 나아가 사용자 하여금 자신의 결정을 재검토하게끔 하는 간접적인 압력수단으로서도 인정되고 있는 점이 특징이다.

2) 사용자의 의무불이행으로 침해된 권리의 옹호

사용자가 자신의 법적 의무 또는 계약상의 채무를 불이행함으로써 근로자의 권리가 침해되는 경우에 사용자로 하여금 이러한 권리를 준수하도록 하기 위한 파업의 정당성이 인정된다. 특히 사용자가 자신의 중요한 의무를 고의적이고도 중대하게 불이행함으로써 근로자들로 하여금 파업을 하지 않을 수 없게 하였던 경우에는 예외적으로 파업기간중의 임금을 지급할 책임이 사용자에게 있다고 보는 것이 판례의 입장이다.

예컨대, 사용자가 운영하는 한 사업장에서 1개월분의 임금이 지급되지 않아 파업이 발생하였고 노사간에 협정이 체결됨으로써 파업이 종료되었지만 그 후에도 사용자가 자신의 채무를 이행하지 않았을 뿐만 아니라 사업장의 정상적인 운영을 가능케 하는 설비들을 반출하자 근로자들이 다시 파업을 행한 경우가 그 예이다.⁶¹⁾ 그러나 기업경생을 위한 법정관리의 대상이 된 기업에서 재정적 어려움으로 인해 임금 및 수당의 지급이 지연된 경우에는 사용자에게 의한 채무의 고의적이고 중대한 불이행에 해당하지 않기 때문에 파업기간중의 임금지급에 대한 사용자의 책임이 인정되지 않았다.⁶²⁾ 또한 사용자가 법정절차를 준수하지 않고 근로자를 부당하게 해고

60) Cass. soc., 4 avril 1990, *Revue de jurisprudence sociale*, 5/1990, n°419, pp.299~300.

61) Cass. soc., 26 février 1992, *Bull. civ.*, V, n°124, p.76.

62) Cass. soc., 28 octobre 1997, *Dictionnaire permanent social*, "Grève", Feuilletts 193

한 행위에 항의하기 위한 파업의 정당성은 인정되었지만 이러한 법정해고 절차의 미준수는 근로자들로 하여금 파업을 하지 않을 수 없게 하는 고의적이고 중대한 사용자의 의무불이행에 해당하지 않는다는 이유로 파업기간중의 임금지급청구는 받아들여지지 않았다.⁶³⁾

3) 종업원대표제도와 관련된 집단적 권리의 옹호

종업원대표선거와 관련된 근로자들의 집단적 권리를 옹호하기 위한 목적의 파업도 그 정당성이 인정된다. 법이 정한 요건에 해당하는 사용자는 2년마다 법이 정하고 있는 방식에 따라 종업원대표(종업원대표위원 또는 기업위원회 근로자대표)를 선출하기 위한 선거를 주관하여 실시할 의무가 있고,⁶⁴⁾ 종업원대표가 존재하지 않는 사업 또는 사업장의 경우에도 근로자 또는 노동조합으로부터 선거요구가 제기되면 이러한 요구가 있었던 날로부터 1개월 내에 사용자는 법이 정하고 있는 방식에 따라 선거를 주관하여 실시할 의무를 갖는다.⁶⁵⁾

따라서 종업원대표를 선출하기 위해 정해진 선거일을 사용자가 지연시킨 행위에 대한 항의파업,⁶⁶⁾ 또는 종업원대표위원 선거를 요구하며 후보자로 나선 두 명의 근로자를 사용자가 해고한 것에 대한 항의로 이루어진 파업⁶⁷⁾ 등은 근로자들의 집단적 권리를 옹호하기 위한 것으로서 그 정당성이 인정되었다.

2. 직업적 요구의 한계

파업이 정당하기 위해서는 무엇보다도 먼저 직업적 요구가 존재하여야 한다. 그렇지만 직업적 요구에 해당하는 모든 사항이 당연히 정당하다고

(5 octobre 1998), p.2682.

63) Cass. soc., 20 février 1991, Jean Péliissier et autres, op. cit., p.1277 참조.

64) 노동법전 L.423-18조 제1항 및 L.433-13조 제1항.

65) 노동법전 L.423-18조 제4항 및 L.433-13조 제4항.

66) Cass. ass. plén., 27 octobre 1972, *Bull. civ.*, n°5, p.5.

67) Cass. soc., 18 janvier 1995, *Bull. civ.*, V, n°27, p.19.

볼 수는 없다. 직업적 요구에는 일정한 한계가 존재할 수 있기 때문이다. 특히 직업적 요구 자체가 불법적인 경우, 불법적이지는 않지만 해당 기업의 상황에 비추어 사용자가 수락하기에 부당한 경우, 사용자의 경영·인사권에 반하는 경우, 사용자의 의사에 관계없이 요구사항을 자동적·일방적으로 관철하기 위한 경우, 다른 기업 근로자들의 직업이익을 옹호하기 위한 경우, 직업적 요구와 더불어 정치적 성격을 띠는 요구사항이 제기되는 경우에는 직업적 요구의 한계라는 측면에서 파업의 정당성 여부를 검토할 필요성이 있게 된다.

가. 직업적 요구가 존재하지 않거나 불법적인 경우

파업은 직업적 요구가 존재할 것을 전제로 한다. 따라서 직업적 요구가 존재하지 않는 경우에는 당연히 파업의 정당성이 인정되지 않는다. 예컨대 사용자의 일방적인 단체협약 파기를 둘러싸고 노동조합과 사용자간에 소송이 열리는 법정에 근로자들이 참석할 목적으로 이루어진 파업은 직업상의 요구를 관철하기 위한 것이 아니므로 파업의 정당성이 부인되었고 해당 근로자들에 대한 징계처분의 정당성이 인정되었다.⁶⁸⁾

직업적 요구에 해당하는 사항이라 해도 불법적인 경우에는 파업의 정당성이 부인된다. 예컨대, 노동법전이 규정하고 있는 근로자의 위험작업거부권 및 건축토목분야에서의 악천후휴업보상제도와 관련하여 직업적 요구의 불법성 여부가 문제되었다. 노동법전 L.231-8조는 근로자의 생명 또는 건강에 중대하고도 긴박한 위험을 미칠 수 있는 작업상황에서 작업을 거부할 수 있는 권리를 근로자에게 보장하고 있고, 노동법전 L.731-1조 이하에서는 건축토목분야의 경우 근로자의 생명·안전 또는 작업의 성격 등에 비추어 작업수행을 불가능하게 하거나 위험케 하는 악천후 발생시에 그에 따른 휴업 및 보상제도를 마련하고 있다.

이와 관련된 사례로서 건설현장 근로자들이 악천후를 이유로 주차장건설을 위한 작업지시를 거부하면서 악천후에 따른 휴업 및 휴업수당의 지

68) Cass. soc., 7 juin 1995, *Bull. civ.*, V, n°179, p.132.

급을 요구하였지만 사용자가 이를 거부하자 파업을 행하였던 사안에서 파업목적의 정당성이 인정되었지만,⁶⁹⁾ 취업일에 건설공사장에 출근하지 않았던 근로자들이 사후에 악천후휴업수당의 지급을 요구하며 파업하였던 사안에서는 악천후휴업보상제도의 적용대상이 되지 않는 결론 근로자들의 요구 자체가 불법적이기 때문에 파업의 정당성이 인정되지 않았다.⁷⁰⁾

나. 직업적 요구의 타당성 내지 합리성 여부

근로자들의 요구가 해당 기업의 경제적·재정적 상태 또는 기술적·조직적 상황 등에 비추어 사용자가 받아들이기 어렵거나 비합리적인 경우에는 파업의 정당성이 인정될 수 없는가 하는 문제가 1980년대 중반 항공분야에서의 파업예고사건을 계기로 큰 논란거리가 되었다.

항공사들이 교통부의 승인을 얻어 특정 기종 항공기의 비행담당요원을 3명(조종사 2명 및 기술요원 1명)에서 2명(기술요원을 제외한 조종사 2명)으로 감축하는 조치를 취하자 이에 반발한 노동조합들이 파업을 예고하였고 항공사들은 법원에 파업예고취소 가처분신청을 제기하였던 사안들에서 파기원은 정부가 항공사의 조치를 승인한 점, 항공기술의 발전 및 항공사의 재정적 어려움에 비추어 근로자들의 주장은 사용자에게 의해 충족될 수 없는 부당하고 비합리적인 요구라는 점에 근거하여 법원의 파업예고취소 가처분결정은 정당하다고 판단하였다.⁷¹⁾

이 판결을 통해 파기원은 근로자들이 제기하는 요구의 합리성 여부를 평가할 권한이 법관에게 있으며, 이러한 요구가 부당하거나 과도한 경우에는 법원이 파업중지의 가처분결정을 내릴 수 있다고 보았다. 그 이면에는 '기업이익'의 존중이라는 고려가 작용하였다. 즉 노동조합 또는 파업근로자들이 사용자가 도저히 수락할 수 없는 부당하고 비합리적인 요구를 제기함으로써 기업의 장래를 위태롭게 하는 것은 허용될 수 없다는 것이다.⁷²⁾ 그러나 법원의 임무는 파업권행사의 적법성 여부를 확인하는 데 있

69) Cass. soc., 26 septembre 1990, *Bull. civ.*, V, n°387, p.233.

70) Cass. soc., 9 février 1961, *Bull. civ.*, V, n°188, p.149 참조.

71) Assemblée plénière, 4 juillet 1986, *Bull.* n°11, p.19 참조.

는 것이지 노동분쟁을 중재하거나 해결하는 것이 아님에도 불구하고 법원이 노사간의 집단분쟁에 사전개입하여 요구사항의 타당성 내지 합리성 여부에 따라 파업의 가부를 결정하는 것은 부당하다는 비판이 설득력을 얻게 되었다.⁷³⁾

결국 파기원은 1992년 6월 2일 판결을 통해, 법원은 근로자들의 요구가 직업적 성질을 갖는 것인지 여부에 대하여 평가할 권한을 갖지만 근로자들을 대신하여 이러한 요구의 정당성(légitimité) 내지 타당성(bien-fondé)을 평가하는 것은 헌법이 인정하고 있는 파업권의 자유로운 행사에 대한 침해가 된다는 점을 승인하게 된다.⁷⁴⁾

따라서 근로자들의 요구가 부당한 것으로 여겨질 수 있는 경우라 할지라도 이로 인해 파업의 정당성이 상실되지는 않게 되었다. 예컨대, 사용자와의 기업별 연차교섭을 담당하게 될 근로자측 교섭대표단⁷⁵⁾에 직접 근로계약 관계가 없는 제3자(기업 외부의 노동조합 관계자)를 구성원으로 참여시키기 위한 목적의 파업도 그 정당성이 인정되었다.⁷⁶⁾ 이 사안에서 원심은 해당 기업의 종업원들로 교섭대표단을 구성하는 것이 법의 기본 취지에 부합하기 때문에⁷⁷⁾ 근로자들의 요구는 사용자가 받아들일 수 없는 공서에 반

72) Marc Vericel, "L'exercice normal du droit de grève", *Droit social*, 1988, p.680.

73) Gérard Lyon-Caen, Jean Pélissier et Alain Supiot, op. cit., p.1086 참조.

74) Cass. soc., 2 juin 1992, *Revue de jurisprudence sociale*, 7/1992, n°906. ; *Droit social*, 1992, p.696.

75) 자유교섭원칙에 대한 예외로 1982년 법률은 기업규모에 관계없이 조합원들이 존재하는 기업의 사용자에게 임금 및 근로시간에 대한 기업별 연차교섭의무를 부과하면서 동시에 교섭절차에 대한 규제를 가하고 있다. 그리고 기업별 단체교섭의 당사자는 '대표적 노동조합들'이고, 교섭대표단은 이러한 대표적 노동조합을 대신하여 기업별 교섭을 담당하게 된다. 예컨대, 해당 기업에 대표적 노조가 3개 있는 경우 이들 3개 노조를 각각 대표하는 3개의 교섭대표단이 교섭담당자로서 사용자와 교섭하게 되는 것이다.

76) Cass. soc., 19 octobre 1994, *Revue de jurisprudence sociale*, n°1413, p.852. 조합관계자의 교섭대표단에의 참여 여부를 둘러싼 찬반론에 관해서는 Philippe Waquet, "Un syndicaliste non salarié peut-il faire partie de la délégation syndicale à la négociation annuelle obligatoire dans l'entreprise?", *Droit social*, 1994, pp.958~963.

77) 법규정에 의하면, 교섭대표단에는 노동조합(교섭당사자인 대표적 노동조합을 의미함)을 대표하는 자(종업원 신분을 갖는 자임)가 반드시 포함되어야 하고, 기타 일반 종업원의 참여 여부는 노동조합의 재량사항으로 되어 있다(노동법전 L.132-20조 참조). 다만, 해당 기업이 파견근로자들을 사용하고 있는 경우에는 종업원 신분을 갖

하는 주장이라고 보았지만, 파기원은 사용자의 동의 내지 관행이 있는 경우 직접 근로계약 관계가 없는 제3자라도 교섭대표단의 구성원으로 참여할 수 있는 것이고 이를 법이 금지하고 있는 것도 아니기 때문에 근로자들의 요구가 부당하다는 이유로 파업의 정당성이 부인될 수는 없다고 보았다.

다. 사용자의 인사·경영권에 반하는 요구가 제기되는 경우

판례가 파업의 목적요건으로 제시하고 있는 ‘직업적 요구’의 의미와 내용에 관해 검토할 때 이미 언급하였듯이 감원, 기업구조개편, 사업장이전 등 사용자의 경영결정에 속하는 사항이라고 하더라도 고용안정을 목적으로 하는 파업의 대상이 될 수 있기 때문에 이러한 경영결정에 반대하거나 이를 제고케 하기 위한 파업의 정당성이 부인되지 않는다. 이러한 파업은 해당 사업 또는 사업장 전체 근로자들과 직접적으로 관련되는 집단적인 직업이익을 옹호하기 위한 것이기 때문이다.

그런데 사용자가 특정 근로자 또는 일부 근로자들에 대하여 전직, 징계 또는 해고 등의 인사조치를 취한 경우 해당 근로자를 옹호하기 위하여 다른 동료 근로자들이 사용자의 인사조치에 항의·반대하거나 그 철회 내지 제고를 요구하는 파업을 행하였을 때 그 정당성이 인정될 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 기업내부 근로자의 연대 차원에서 발생하는 이러한 파업을 ‘내부연대파업’(la grève de solidarité interne)이라고 부른다.

판례에 의하면 집단적인 직업이익을 옹호하기 위한 일환으로 내부연대파업이 이루어진 경우에 정당성이 인정된다. 즉 인사조치의 대상이 된 다른 근로자를 옹호하는 것이 곧 파업근로자들 자신과 관련된 집단적 직업이익을 옹호하기 위한 것으로 볼 수 있는 경우에는 사용자의 인사권행사가 정당한 것인지 여부를 불문하고 내부연대파업의 정당성이 인정되는 것이다.⁷⁸⁾

고 있지 않는 자(즉, 파견기업의 노동조합 대표자)가 사용기업의 연차교섭에 참여하는 것을 명문으로 보장하고 있다(노동법전 L.132-21조).

78) Philippe Waquer, “L’arrêt de travail collectif pour soutenir un autre salarié constitue-t-il une grève?”, *Droit social*, 1994, p.36 참조 ; Gérard Lyon-Caen, Jean Pélissier et Alain Supiot, op. cit., p.1084 참조.

예컨대, 사용자가 지시한 휴가의 분할사용에 대하여 근로자들이 그 폐지를 주장하고 있었는데 일부 근로자들이 임의로 허용된 기간보다 긴 휴가를 썼다는 이유로 해고되자 이에 항의하기 위한 파업,⁷⁹⁾ 또는 작업수첩을 항시 지참하여 작업사항을 일일이 기록하라는 사용자의 새로운 조치를 거부한 2명의 근로자가 해고에 처하게 되자 이들을 지지하기 위한 파업의 경우⁸⁰⁾가 그 예이다. 이처럼 정당한 직업적 요구를 제기하기 위하여 일부 근로자가 전체 근로자의 대변자 역할을 수행하다가 징계·해고된 경우 또는 특정 근로자들에 대한 징계 내지 해고의 사유가 전체 근로자의 집단적 직업이익과 관련된 경우 사용자의 인사조치에 항의·반대하는 파업의 정당성이 인정된다.⁸¹⁾ 그리고 법정해고절차를 위반한 해고⁸²⁾ 등과 같이 사용자가 위법하게 징계·해고권을 행사한 경우에도 내부연대파업의 정당성은 인정된다.

그러나 내부연대파업이 근로조건의 유지·개선 등 집단적 직업이익을 옹호하기 위한 일환으로 이루어진 것이 아니라 개인적 귀책사유에 상응하여 정당하게 징계 내지 해고된 자의 개별적 이익을 옹호하기 위해 행해진 경우에는 그 정당성이 인정되지 않는다. 즉 파업근로자들 자신과 직접 관련되는 직업적 요구가 존재하지 않는 경우에는 동료 근로자를 옹호하기 위한 파업을 허용하지 않는다. 예컨대, 고객들을 모욕한 웨이터의 해고에 반대하는 파업,⁸³⁾ 현장감독에게 분무기를 뿌려서 후에 출근정지의 징계를 당한 근로자를 옹호하기 위한 파업,⁸⁴⁾ 자신의 업무가 아니라는 이유로 작업장을 청소하라는 사용자의 지시를 거부하여 해고된 근로자의 복직을 요구하며 다른 동료 근로자 3명이 노무제공을 거부하였던 경우⁸⁵⁾ 등이 그 예이다.

이처럼 판례는 집단적 직업이익의 옹호와 아무런 관련이 없고 단지 특정 근로자의 개별적 이익옹호를 목적으로 하는 내부연대파업을 허용하

79) Cass. soc., 27 novembre 1985, *Bull. civ.*, V, n°559, p.405.

80) Cass. soc., 30 novembre 1977, *Bull. civ.*, V, n°655, p.527.

81) Gérard Couturier, op. cit., pp.375~376 참조.

82) Cass. soc., 20 février 1991, Jean Pélissier et autres, op. cit., p.1277 참조.

83) Cass. soc., 18 mars 1982, *Bull. civ.*, V, n°182, p.134.

84) Cass. soc., 30 mai 1989, *Bull. civ.*, V, n°405, p.244.

85) Cass. soc., 16 novembre 1993, *Droit social*, 1994, p.38.

지 않고 있는데, 이는 사용자에게 의해 정당하게 행사된 인사권(징계 내지 해고조치)을 무력화하기 위한 무기로서 파업이 활용되는 것을 허용하지 않으려는 입장이라고 볼 수 있다.⁸⁶⁾

라. 요구사항의 자동적·일방적 실현을 목적으로 하는 경우

주 5일 근무 및 토요일 휴무를 관철하기 위하여 토요일 근무만을 거부하거나 시간외근로의 폐지를 목적으로 시간외근로만을 거부하는 파업형태는 노무제공의 거부(즉 파업) 그 자체에 의해 근로자들의 요구가 사용자의 의사에 관계없이 자동적·일방적으로 실현된다는 점에서 흔히 ‘자동충족 파업’(grève d’autosatisfaction)이라고 부른다. 과거 토요일휴무제의 관철을 위한 파업이 토요일마다 발생하였던 사회적 상황에 착안하여 이를 ‘토요일 파업’(grève des samedis)이라고 칭하기도 한다.

이처럼 근로자들의 요구사항(토요일 휴무 또는 시간외근로의 폐지)과 이를 관철하기 위해 노무제공을 거부하는 시간(토요일 근로 또는 시간외근로의 불이행)이 완전히 일치하는 파업형태에 대하여 판례는 이를 징계 대상이 되는 근로계약의 불완전한 이행으로 간주하며 파업권의 행사로 보지 않는다.⁸⁷⁾ 즉, 판례가 설정하고 있는 법적 개념으로서의 파업에 해당하지 않는다고 본다. 예컨대, 토요일 휴무에 관한 사용자와의 협상이 결렬된 후 근로자들이 토요일에는 일하지 않기로 결정하고 계속해서 3주간 토요일마다 결근하였던 경우,⁸⁸⁾ 관행적으로 이루어져 왔던 시간외근로의 폐지를 목적으로 사용자가 생산지연에 대처하기 위해 적법하게 결정한 시간외근로의 이행을 집단적으로 거부한 경우,⁸⁹⁾ 취로의무가 있는 시간에 개최되는 조합회의에의 참석을 사용자가 승인하지 않자 회의에 참석하기 위해

86) Gérard Couturier, op. cit., p.376 참조.

87) Gérard Lyon-Caen, Jean Pélissier et Alain Supiot, op. cit., p.1088 참조.

88) Cass. soc., 23 novembre 1978, *Bull. civ.*, V, n°790, p.596.

89) Cass. soc., 21 juin 1989, *Bull. civ.*, V, n°457, p.278 등 참조. 우리와 달리 프랑스에서 시간외근로(heures supplémentaires)는 법령 및 단체협약이 정한 범위 내에서 사용자가 일방적으로 결정할 수 있는 권한에 속하는 사항이기 때문에 반대의 약정이 없는 한 근로자는 시간외근로를 거부할 수 없다.

노무제공을 거부한 경우⁹⁰⁾ 등이 그 예이다.

그러나 근로자들의 요구사항과 이를 관철하기 위한 노무제공 거부의 시간이 완전히 일치하지 않는 경우, 예컨대, 토요일 휴무 관철을 위해 금요일부터 토요일까지 파업하는 경우 또는 토요일에 일정시간 근로를 제공하고 그 나머지 시간에 파업하는 경우에는 판례가 그 정당성을 인정한다.⁹¹⁾

판례의 입장에 따르면, 파업은 사용자로 하여금 요구사항을 수락케 하기 위한 압력수단이지 근로계약사항 또는 사용자의 권한에 속하는 사항을 근로자들이 일방적으로 변경시키기 위한 수단이 아니다. 즉, 파업권은 근로자들이 자신들의 요구사항을 일방적으로 충족시키기 위한 수단으로 활용될 수 없다는 것이다. 따라서 자동충족파업은 근로계약이 예정하는 것과는 다른 방식으로 근로를 제공하는 행위(즉 근로계약의 불완전이행)⁹²⁾ 또는 사용자의 정당한 권한을 침해하는 행위일 뿐이고 파업권의 행사에 해당하지 않게 된다.

그러나 이러한 판례의 입장에 대한 비판이 제기되어 왔다. 우선, 자동충족파업에 의해 근로자들의 요구사항이 사용자의 의사에 관계없이 자동적 또는 일방적으로 실현되는 것은 아니라는 비판이 있다. 즉 근로자들의 요구를 사용자가 확정적으로 수락하지 않는 한 파업종료 후에 근로자들은 이전과 동일한 근로조건 상황에 처하게 되기 때문에 자동충족파업에 의해 근로조건이 자동적·일방적·확정적으로 변경되는 것은 아니라는 것이다.⁹³⁾ 다음으로 근로자들의 요구사항(예컨대, 토요일 휴무 또는 시간외근로의 폐지 등 일하지 않기를 원하는 시간 내지 요일)과 이를 관철하기 위

90) Cass. soc., 26 mars 1980, *Bull. civ.*, V, n°297, p.228 등 참조. 노동조합지부는 월 1회 기업내 취업 외의 장소에서 회합을 가질 수 있다(노동법전 L.412-10조 제1항). 그러나 이러한 회합은 그 참석자들의 근로의무가 없는 시간에 이루어져야 한다(노동법전 L.412-10조 제4항). 따라서 사용자의 승인이 없는 한 근로자는 자신의 취로 시간에 조합회의에 참석할 수 없다.

91) Marie-Claire Bonnetête et Marie-Françoise Clavel-Fauquenot, *La grève / Lock-out*, numéro spécial de Liaisons sociales, 18 février 1993, p.14 참조. 임금인상과 같이 취업시간과 관련되지 않는 다른 요구사항을 동시에 제기하였던 경우에도 마찬가지로 그 정당성이 인정된다.

92) Cass. soc., 21 juin 1989, *Bull. civ.*, V, n°457, p.278 참조.

93) Marc Vericel, *op. cit.*, p.679 참조.

해 노무제공을 거부한 시간(파업시간 내지 파업기간)이 완전히 일치하면 징계대상이 되는 행위(즉 채무의 불완전한 이행)이고, 그렇지 않으면 권리 행사(즉 정당한 파업권의 행사)라고 보는 판례이론은 지나치게 인위적이라는 점이다.⁹⁴⁾ 마지막으로 자동충족파업을 위법한 것으로 보는 판례의 입장은 결국 파업에 의해 침해될 수 없는 사용자의 경영권한을 특별히 보호하기 위하여 파업권행사의 자유를 제약하는 것이라는 비판이 있다.⁹⁵⁾

마. 연대파업

앞에서 이미 살펴본 바와 같이 동일한 기업 내에서 동료 근로자를 옹호·지지하기 위한 파업을 ‘내부연대파업’이라고 부르는 반면에 다른 기업에 소속된 근로자들의 요구를 옹호·지지하기 위한 파업을 ‘외부연대파업’(grève de solidarité externe)이라고 한다.⁹⁶⁾

외부연대파업의 적법성 여부는 직업적 요구의 공통성 여부를 기준으로 하여 판단한다. 원칙적으로 파업근로자들 자신과는 아무런 관계가 없는 다른 기업 근로자들의 직업적 요구를 지지하기 위한 외부연대파업은 불법이다.⁹⁷⁾ 그러나 원파업과 연대파업 근로자들간에 공통의 직업적 요구가 존재하는 경우에는 원파업의 결과가 연대파업 근로자들의 지위에 직접적인 영향을 미칠 수 있다. 따라서 공통의 직업적 요구를 옹호하기 위한 외부연대파업은 그 정당성이 인정된다.⁹⁸⁾ 다만, 이러한 파업은 공통의 직업이익을 옹호한다는 점에서 연대파업의 성격과 동시파업의 성격을 겸비하고 있다. 특히 지역단위 또는 전국단위에서 다수 근로자들과 관련되는 일반적인 고도 공통적인 요구를 달성하기 위한 총파업의 경우가 그렇다.

예컨대, 정부의 임금동결정책 반대, 고용보장, 근로시간단축을 목적으로 하는 전국적 총파업에 근로자가 참여한 경우 그 정당성이 인정되었다.⁹⁹⁾

94) Annette Ganzer, op. cit., p.352 참조.

95) Marc Vericel, op. cit., p.679 참조.

96) Gérard Couturier, op. cit., p.375.

97) Cass. soc., 4 mai 1966, *Bull. civ.*, IV, n°411, p.347.

98) Cass. crim., 12 janvier 1971, *Droit social*, 1971, p.547 참조.

99) Cass. soc., 29 mai 1979, *Bull. civ.*, V, n°464, p.339.

그리고 총연합단체인 프랑스노동총동맹(CGT)이 주도하는 전국적 총파업 예정일에 사용자가 직장폐쇄를 행한 사안에서는 이러한 직장폐쇄로 인해 총파업에 참여하기를 원하였던 해당 기업 근로자들의 파업권이 박탈되었다는 점이 인정되었을 뿐만 아니라 사업장 폐쇄일에 해당하는 임금을 사용자가 지급할 책임까지 인정되었다.¹⁰⁰⁾ 위의 첫 사례에서 보듯이 총파업은 연대파업 및 동시파업의 성격뿐만 아니라 때로는 정치파업적 성격을 띠기도 하는데 이 문제에 관해서는 후술한다.

바. 정치파업

직업이익을 옹호하기 위한 것이 아니라 정부기관 또는 헌법기관의 행위를 간섭하기 위한 정치파업은 특히 1950~60년대에 많이 발생했는데 판례는 이러한 순수정치파업을 불법이라고 보았다. 특히 국내외 정치문제와 관련하여 정부가 취한 결정이나 조치에 반대·항의하기 위해 이루어진 파업들 예컨대, 총연합단체인 프랑스노동총동맹(CGT) 임원 체포에 대한 항의 및 유럽군 창설관련 정부정책에의 반대를 목적으로 하였던 파업,¹⁰¹⁾ 알제리전쟁에 반대하는 파업¹⁰²⁾ 등이 그 대표적인 예이다.¹⁰³⁾

그러나 근로자들의 직업이익에 직접적인 영향을 미치는 정부의 경제·사회정책에 반대하기 위한 파업 또는 근로자들의 경제·사회적인 삶의 질 개선을 목적으로 정부의 결정 내지 조치를 촉구하기 위한 파업까지 그 정당성이 부인되지는 않았다. 예컨대, 정부의 임금동결정책에 반대하는 총파업¹⁰⁴⁾, 최저임금 및 가족수당(사회보장제도)의 인상과 근로시간의 단축 등을 요구하는 총파업¹⁰⁵⁾ 등이 그 예이다. 다만, 정치적 성격과 직업적 성격

100) Cass. soc., 27 juin 1989, *Bull. civ.*, V, n°470, pp.285~286.

101) Cass. soc., 8 janvier 1959, *Bull. civ.*, IV, n°40, p.36.

102) Cass. soc., 12 octobre 1960, *Bull. civ.*, IV, n°852, p.655.

103) 다만, 예외적으로 1961년에 노동조합에 의해 주도된 알제리저항운동에 반대하는 파업은 프랑스 대통령이 국민들에게 모든 수단을 통해 알제리저항운동에 반대할 것을 호소하였다는 점에 근거하여 그 합법성이 인정되었다(Cass. soc., 19 juin 1963, *Bull. civ.*, IV, n°518, p.426.).

104) Cass. soc., 29 mai 1979, *Bull. civ.*, V, n°464, p.339.

105) Cass. soc., 21 mars 1973, *Droit ouvrier*, 1974, p.471.

을 동시에 띠고 있는 경우가 대부분이기 때문에 이런 경우에는 파업의 직접적이고 주된 원인이 무엇인가에 따라 정당성 여부를 판단한다.¹⁰⁶⁾ 직업적 요구가 단지 구실에 불과한 경우에는 파업이 불법이지만,¹⁰⁷⁾ 직업적 요구가 직접적이고 주된 원인인 경우에는 비록 정치적인 요소 내지 사항이 포함되어 있어도 파업의 정당성이 인정된다.¹⁰⁸⁾

제6절 절차면에서의 정당성

공공부문의 경우에는 파업의 개시 및 절차에 관한 법적 제한이 가해지고 있다. 그러나 민간부문의 경우에는 특별한 법규정이 존재하지 않기 때문에 사용자와의 사전교섭 여부, 단체협약상의 절차제한 가능 여부 등 파업절차와 관련한 여러 가지 문제가 발생하게 된다.

1. 집단적인 파업의사의 존재

민간부문의 경우에는 파업의 개시 및 절차에 관한 특별한 법규정이 존재하지 않고 있다. 판례에 의해 확립된 파업의 개념에 의하면, 파업은 근로자들이 ‘단결하여 집단적으로 노무제공을 정지 내지 거부하는 행위’(une cessation collective et concertée du travail)이다. 파업은 근로자들의 단결된 행위여야 하기 때문에 근로자들간에는 ‘노무제공의 정지 내지 거부’에 대한 집단적인 의사의 합치가 있어야 한다. 그러나 이러한 집단적인 의사의 합치는 노동조합이나 쟁의단과 같은 특정 단결체의 존재 내지 개입, 근로자들에 의한 조직적인 사전파업계획과 준비, 또는 파업개시 여부에 관한 특별한 절차이행 등을 필요로 하지 않는다. 파업에 대한 공통의 의사, 즉

106) Cass. soc., 14 février 1957, *Bull. civ.*, IV, n°171, p.117.

107) Cass. soc., 23 mars 1953, *Bull. civ.*, IV, n°253, p.188.

108) Cass. soc., 4 juin 1959, *Bull. civ.*, IV, n°660, p.530 ; Cass. soc., 29 mai 1979, *Bull. civ.*, V, n°464, p.339.

동일한 목적을 달성하기 위하여 파업하고자 하는 근로자들의 개별적 의도가 단순히 합치되면 충분하기 때문에 파업은 순간적으로 개시될 수도 있다.¹⁰⁹⁾ 노동조합에 의한 파업의 지시나 결정,¹¹⁰⁾ 투표방식에 의한 파업의사의 확인¹¹¹⁾ 등의 절차는 요구되지 않는다. 특히 총파업에의 참여는 개별 근로자의 의사결정으로 족하고 개별 기업 소속 근로자들간에 집단적 의사의 합치가 있어야 하는 것은 아니다.¹¹²⁾

공공부문의 경우에는 '대표적 노동조합'에 의한 파업예고제도가 법에 의해 강제되고 있기 때문에 파업의 개시 및 절차에 대한 법적 제한이 이루어지고 있다. 이에 관한 내용은 후술하는 '법령상의 절차제한'이라는 항목에서 검토할 것이다.

2. 사용자와의 사전교섭 또는 사용자의 요구수락 거부 여부 등

직업적 요구는 어느 시점에서 근로자들에 의해 제기되어야 하는가, 직업적 요구를 대상으로 하는 사용자와의 교섭이 사전에 있어야 하는가, 사용자가 근로자들의 요구를 거부하거나 또는 법정조정절차를 거친 후에만 파업이 개시될 수 있는가 하는 문제가 발생한다. 공공부문의 경우에는 후술하는 바와 같이 이에 관한 법규정이 존재하지만 민간부문에서는 판례에 의해 해결되고 있다.

민간부문의 경우에는 파업예고제도뿐만 아니라 직업적 요구의 제기방식에 관한 특별한 법적 절차나 규율이 존재하지 않는다. 판례에 의하면, 파업은 예고없이 이루어질 수 있지만 파업개시의 시점에서 사용자가 근로자들의 직업적 요구를 알고 있어야만 파업의 정당성이 인정될 수 있다.¹¹³⁾ 즉, 사용자가 전혀 모르는 상황에서 파업과 동시에 직업적 요구를 제기하는 것

109) Jean-Emmanuel Ray, *Droit du travail*, 7^e éd., Editions Liaisons, 1998, pp.421~422 참조.

110) Cass. soc., 19 février 1981, *Bull. civ.*, V, n°143, p.106 참조.

111) Cass. soc., 20 janvier 1956, *Droit social*, 1956, p.287.

112) Cass. soc., 29 mai 1979, *Bull. civ.*, V, n°464, p.339 참조.

113) Cass. soc., 27 juin 1990, *Bull. civ.*, V, n°316, p.188 ; Cass. soc., 19 novembre 1996, *Bull. civ.*, V, n°391, p.280.

은 허용되지 않고, 적어도 파업개시 이전의 시점에서 사용자가 알 수 있도록 직업적 요구가 표출되어야 한다고 보는 것이 판례의 입장이다. 다만, 근로자가 개별적으로 총파업에 참가하는 경우에는 총파업 자체가 특정의 사용자에게만 관련된 것이 아니기 때문에 총파업 참가근로자들은 해당 기업에 고유한 직업적 요구사항이나 총파업에의 참여 사실을 사전에 사용자에게 알릴 필요가 없다고 판례는 본다.¹¹⁴⁾ 총파업에 참여하는 경우를 제외하고 판례가 직업적 요구의 사전제기를 요구하는 것은 파업의 정당성 판단에 있어서 새로운 요건을 부가하는 것으로서 부당하고, 파업예고제도가 원칙적으로 존재하지 않는 민간부문에 파업예고를 사실상 강제하여 결과적으로 파업의 효과를 감소시키는 것이라는 비판적 지적이 있다.¹¹⁵⁾

다음으로 직업적 요구를 대상으로 하는 노사간의 사전교섭 내지 직업적 요구에 대한 사용자의 수락거부 후에 이루어진 파업만이 정당한가 하는 문제이다. 판례의 기본적 입장은 노사간의 사전교섭이나 사용자의 수락거부를 요구하지 않으며 파업을 최후의 수단으로 보지 않는 것이었다. 사용자가 이미 직업적 요구사항들을 알고 있었기 때문에 근로자들이 이러한 요구사항들을 제기하자마자 파업을 개시하여 사용자에게 교섭할 여지를 주지 않았던 경우에도 그 정당성이 인정되었다.¹¹⁶⁾ 그런데 일시적인 현상이기는 하였지만 한동안 판례는 사용자에게 의해 요구사항이 거부된 후에 파업을 하여야 정당성이 인정된다고 보았다.¹¹⁷⁾ 이러한 입장은 노사간의 교섭 및 분쟁의 평화적 해결을 촉진케 하는 측면과 파업개시의 시점을 지연시킴으로써 근로자들이 원하는 파업의 효과를 반감시키는 측면을 동시에 갖고 있다. 특히 후자의 측면과 관련된 판례비판으로서, 파업을 최후의 수단으로 보지 않았던 기존 판례의 입장에 반한다는 점, 사용자가 근로자들의 요구사항에 대한 자신의 대답을 지연시키면서 파업에 따른 손실을 완화하기 위한 대비책을 마련할 수 있게 하는 것이라는 점이 제기되었다.¹¹⁸⁾ 결국 판례는 다시 원래의 입장으로 되돌아가 직업적 요구는 파업

114) Cass. soc., 29 mai 1979, *Bull. civ.*, V, n°464, p.339~340 참조.

115) Hélène Sinay et Jean-Claude Javillier, *La grève*, Dalloz, 1984, p.168 참조.

116) Cass. soc., 26 février 1981, *Bull. civ.*, V, n°161, p.119.

117) Cass. soc., 16 octobre 1985, *Bull. civ.*, V, n°460, p.333.

이전에 표출되어야 하지만 이에 대한 사용자의 거부가 있어야 파업이 가능한 것은 아니라고 보게 된다.¹¹⁹⁾ 따라서 직업적 요구에 대한 사용자와의 사전교섭 또는 사용자의 사전거부는 파업의 정당성 요건에 해당하지 않기 때문에 파업은 최후수단이 아니라는 판례의 기본적 입장이 현재에도 계속 관철되고 있다.

마지막으로 법이 규정하고 있는 분쟁조정절차를 거친 이후에만 파업이 개시될 수 있는가 하는 문제이다. 법(노동법전 L.522-1조 이하)이 알선·조정·중재의 분쟁조정절차를 규정하고 있지만 이러한 절차는 파업개시 이전에 이루어져야 하는 사전적 성질을 갖지 않는다.¹²⁰⁾ 즉, 법은 조정전치주의를 채택하고 있지 않다. 따라서 법정분쟁조정절차가 개시되기 이전이라도 파업이 가능하며, 설령 법정분쟁조정절차가 개시되었다고 하더라도 이러한 절차가 종료될 때까지 파업이 금지되는 것도 아니다.¹²¹⁾

118) Marc Vericel, op. cit., p.675.

119) Cass. soc., 11 juillet 1989, *Bull. civ.*, n°509, p.308 ; Cass. soc., 20 mai 1992, *Bull. civ.*, V, n°319, p.199 등

120) 법정분쟁조정절차에 관한 최초의 입법이라 할 수 있는 1936년 12월 31일 법률(한시법의 성격을 갖고 있었음)은 의무적인 알선 및 중재절차를 도입하였었다. 단체협약에 반드시 알선 및 중재절차에 관한 규정을 두도록 하였으며(현재는 노동법전 L.133-5조에 의하면 전국적 단위에서 체결되는 산별단체협약의 효력이 확장 적용되기 위해서는 알선절차에 관한 규정이 산별협약에 반드시 포함되어 있어야 함), 알선절차가 실패한 경우에는 노사 어느 일방 당사자가 중재관을 지명토록 하였고 중재결정(노사 당사자를 구속)에 대해서는 중재법원(Cour supérieure d'arbitrage)에 불복의 소제기가 가능토록 하였다. 이러한 의무적인 알선·중재제도의 도입이 입법적으로 가능하였던 당시의 특수한 사회정치적 상황이 존재하였었다. 이러한 제도 도입이 당시 가장 강력한 영향력을 발휘하고 있었던 총연합단체인 프랑스노동총동맹(CGT)에 의해 주도되었고, 또한 당시 좌파 정부의 존재는 근로자들로 하여금 이러한 제도의 실효성에 대한 신뢰를 갖게 하였다. 그렇지만 제2차 세계대전의 발발로 의무적인 알선·중재제도는 막을 내리게 되었다. 그후 1950년에 법에 의해 의무적인 알선제도가 재도입되었지만 중재제도는 임의적인 것으로 그 성격이 변화하였고, 1952년에는 알선 및 중재 이외에 조정제도가 도입되었다. 최종적으로 1982년 알선제도도 임의적인 것으로 그 성격이 변하게 되었다. 결국 오늘날 알선·조정·중재를 규정하고 있는 법정분쟁조정제도는 현실적 실효성이 없는 명목상의 제도로 전락하고 말았다(Gérard Lyon-Caen, Jean Pélissier et Alain Supiot, op. cit., pp.1129~1230 및 Hélène Sinay, op. cit., pp.435~438 참조).

121) Annette Ganzer, op. cit., p.381 참조.

3. 법령상의 절차제한

공공부문의 경우에는 파업절차에 대한 일정한 제한이 법에 의해 가해지고 있다. ‘대표적 노동조합’에 의한 파업예고제도가 그것이다. 파업개시 5일 이전에 ‘대표적 노동조합’은 파업의 일시와 장소, 파업기간뿐만 아니라 파업의 이유를 해당 기관의 장이나 사용자에게 알려야 한다.¹²²⁾ 공공부문에 파업예고제도를 도입한 기본 취지는 예고없이 갑작스럽게 발생하는 파업을 금지함으로써 공공서비스 이용자의 이익을 보호하는 데 있다.

우선, 파업예고는 ‘대표적 노동조합’에 의해 이루어져야 하기 때문에 ‘대표적 노동조합’의 지시 내지 결정이 있어야만 파업이 가능하다. 민간부문에서는 노동조합에 의해 주도되지 않는 파업의 정당성이 인정된다. 공공부문의 경우에도 파업권의 주체는 근로자이지만 법이 정한 요건을 충족하고 있는 노동조합(즉 대표적 노동조합)들만이 파업결정·개시권한을 갖기 때문에 노동조합의 개입없이 근로자들에 의해 자발적으로 이루어지는 파업은 그 정당성이 인정되지 않는다.

‘대표적 노동조합’이 무엇을 의미하는가에 관해서는 약간의 부연설명을 필요로 한다. 프랑스에서는 노동조합의 진정성 및 병존 조합들간에 발생하는 현실적 영향력의 차이를 법적으로 인정하여 진정으로 근로자들의 직업이익을 대변할 수 있는 노동조합들에게만 일정한 특권을 부여하고 있는데 이러한 특권을 향유할 수 있는 권능을 ‘노동조합의 대표성’이라고 하고, 이러한 대표성이 인정되는 노동조합을 ‘대표적 노동조합’이라고 말한다.

물론 근로자를 대표하는 노동조합의 설립 자체는 자유롭게 이루어질 수 있기 때문에 노조설립의 영역에서는 완전한 의미의 복수노조주의가 관철된다. 그러나 노동조합이 기업단위에서 조합지부를 결성하고 조합대표자를 지명하여 실질적인 조합활동과 단체교섭을 하려면 ‘대표적 노동조합’이어야 하고, 공공부문의 경우에도 ‘대표적 노동조합’이 파업결정·개시권한을 갖게 된다. ‘대표적 노동조합’인가 여부를 평가하는 기준으로 법은 조합

122) 노동법전 L.521-3조 제3~4항.

원수, 자주성, 조합 재정, 노조로서의 경험과 역사, (독일)점령하에서의 애국적 태도 등 다섯 가지를 규정하고 있다.¹²³⁾

이러한 기준은 원래 협약효력 확장대상이 될 수 있는 단체협약을 체결할 수 있는 교섭 당사자를 결정하기 위해 1950년에 채택된 것이었지만 이후 판례가 법정기준을 변용 내지 보충 해석함으로써 조합의 영향력 및 조합활동의 진정성을 확인하기 위한 일반조항으로 기능하게 되었다.¹²⁴⁾ 따라서 위의 다섯 가지 기준들이 모두 충족되어야 하는 것은 아니고, 어느 하나가 결정적 기준으로 기능하는 것은 아니라는 의미에서 상호보완적 관계에 있다.¹²⁵⁾ 특히 판례는 종업원대표선거에서 나타나는 해당 노동조합에 대한 현실적 지지도를 대표성 평가를 위한 또하나의 기준으로 삼고 있고,¹²⁶⁾ ‘점령하에서의 애국적 태도’라는 법정 기준은 더 이상 대표성 평가 기준으로 고려하지 않고 있다.¹²⁷⁾ 또한 구체적 사안들에서 대표성 평가 기준들은 복수노조 원칙을 존중하는 방향으로 유연성 있게 적용되고 있다.¹²⁸⁾

이러한 법정 기준에 의거하여 프랑스노동총동맹(CGT)을 포함한 5개의 총연합단체들은 1966년 이후부터 현재에 이르기까지 전국적 단위의 ‘대표적 노동조합’으로 인정되고 있다. 또한 이러한 5개의 총연합단체들 중 어느 하나에 가입한 단위노동조합들도 ‘대표적 노동조합’으로 간주된다.¹²⁹⁾ 5개의 총연합단체 어디에도 가입하지 않은 독립노조들은 해당 사업장, 기업, 산업 또는 직종단위 등에서 법정기준에 의거하여 자신의 대표성을 현실적으로 입증한 경우에 ‘대표적 노동조합’으로 인정된다.¹³⁰⁾ 따라서 ‘대표

123) 노동법전 L.133-2조.

124) Gérard Couturier, *Droit du travail 2 : Les relations collectives de travail*, 2^e éd., PUF, 1994, p.323 참조.

125) Gérard Couturier(1994), op. cit., p.325.

126) 기업내 종업원들에 의해 직접 선출되는 종업원대표의 후보자 지명권은 대표적 노조에게만 인정되기 때문에 그 선거결과는 해당 조합에 대한 종업원의 현실적 지지도를 반영하게 된다.

127) Jean-Emmanuel Ray, op. cit., p.288 참조.

128) Jean-Maurice Verdier, *Droit du travail : syndicats et droit syndical*, Vol. 1, Dalloz, 1987, p.521 참조.

129) 노동법전 L.132-2조 참조.

130) Ibid.

적 노동조합'이라는 개념에 의해 복수노조 원칙이 침해되고 있지는 않다. 공공부문의 경우 5개의 총연합단체와 이러한 총연합단체에 가입해 있는 단위노동조합들 또는 해당 단위수준(공공기관이나 단체, 공공사업장 또는 공기업, 공공산업 내지 직종 등)에서 '대표적 노동조합'임을 현실적으로 입증한 노동조합들이 파업개시에 관한 결정권한을 갖게 되는 것이다.

다음으로 파업개시 5일 전에 파업일시 및 파업기간이 예고되어야 한다. 5일 이전에 파업예고의무가 부과되는 데 불과한 것이기 때문에 파업예정일시는 원칙적으로 '대표적 노동조합'이 자유롭게 선택할 수 있는 사항이다. 다만, 파업예정 일시(즉 파업개시의 시점)가 공공서비스 이용객들에게 중대한 불편을 초래할 수 있는 경우에 법원은 파업예고 취소의 가치분 결정을 내릴 수 있다.¹³¹⁾ 한편, 파업종료의 시점을 정확하게 알 수 없도록 연쇄적으로 파업을 예고(연쇄적 파업예고)하거나 파업개시 및 종료의 정확한 시점을 알 수 없도록 각기 다른 파업예정일을 동시에 예고(동시적 복수파업예고)하는 경우에 그 적법성 여부가 문제된다.¹³²⁾ 파업예고제도의 기본취지는 갑작스럽게 발생하는 파업을 금지하는 데 있기 때문에 이러한 법의 취지에 반하는 것이 아닌 한 연쇄적 파업예고 내지 동시적 복수파업예고도 적법한 것이다.¹³³⁾

마지막으로 파업예고의 내용에는 파업의 이유가 포함되어야 하기 때문에 근로자들의 직업적 요구는 파업개시 5일 이전에 반드시 제시되어야 한다. 그리고 법은 파업예고 기간 동안 이해관계 당사자들에게 교섭의무를 부과하고 있기 때문에¹³⁴⁾ 직업적 요구를 대상으로 하는 노사간의 교섭이 있어야 한다. 그렇지만 파업은 해당 기관의 장이나 사용자의 교섭거부 또는 요구사항에 대한 수락거부를 전제로 하지 않는다. 파업예고 기간의 경과로 파업이 개시될 수 있기 때문이다. 그러나 '대표적 노동조합'이 파업예고의무를 준수하지 않은 경우에는 그에 따른 민사책임이 인정되고, 일반근로자들에 의한 의도적인 파업예고 기간의 미준수는 '특히 중대한 귀책사

131) Marc Vericel, op. cit., p.676 참조.

132) *Lamy social*, op. cit., pp.1267~1268 참조.

133) Ibid.

134) 노동법전 L.521-3조 제5항.

유'에 해당하는 해고사유가 된다.¹³⁵⁾

4. 단체협약상의 절차제한

파업권의 주체는 개별 근로자이기 때문에 단체협약의 당사자인 노동조합과 사용자는 근로자들의 파업권행사를 단체협약으로 금할 수 없다. 따라서 독일과 달리 프랑스에서는 평화의무(단체협약기간중에 협약사항의 변경 내지 폐지를 목적으로 하는 파업의 금지)를 일반적으로 인정하지 않을 뿐만 아니라 단체협약상의 평화조항도 근로자들에 대한 구속력을 갖지 않는다고 본다.¹³⁶⁾ 그렇지만 협약상의 파업예고조항 또는 사전분쟁조정절차조항에 대해서는 판례가 예외적으로 그 적법성을 인정하여 왔다. 단, 이러한 협약조항은 그 내용이 분명하고 한정적이어야 하며 근로자들의 파업권행사를 사실상 금지하는 효과를 가져서는 안된다.¹³⁷⁾ 파업예고 또는 사전분쟁조정절차가 규정된 단체협약에 서명한 노동조합이 협약에 위반하여 파업을 주도한 경우에는 그에 따른 민사책임이 인정되었다.¹³⁸⁾ 협약위반의 파업을 선동하거나 협약위반의 파업임을 잘 알면서 이에 참여한 근로자들은 해고 내지 징계조치의 대상이 된다는 것이 과거 판례의 기본적 입장이었다.¹³⁹⁾ 그런데 근로자의 협약위반 책임과 관련하여 중요한 판례의 변화가 1995년에 있었다.

파기원은 1995년 6월 7일 판결(협약상의 파업예고조항을 위반한 파업관련 사안)¹⁴⁰⁾에서 “단체협약은 헌법이 인정하는 근로자들의 파업권행사를

135) Jean Pélissier et autres, op. cit., p.1283 참조.

136) Gérard Couturier, op. cit., p.393 참조.

137) Cass. soc., 5 mai 1960, *Bull. civ.*, V, n°464, p.362 ; Cass. soc., 27 février 1974, *Bull. civ.*, V, n°140, p.130.

138) Marie-Claire Bonnetête et Marie-Françoise Clavel-Fauquenot, op. cit., p.19 참조. 다만, 파업예고 등을 규정하는 단체협약에 서명하지 않았던 노동조합은 이러한 협약규정을 준수할 의무가 없기 때문에 협약위반의 파업에 대한 민사책임도 인정되지 않는다.

139) Cass. soc., 5 mai 1960, *Bull. civ.*, V, n°453, p.353 ; Cass. soc., 27 juin 1979, *Bull. civ.*, V, n°583, p.426.

140) Cass. soc., 7 juin 1995, *Droit social*, 1996, p.42.

제한하거나 규율할 수 없다. 오직 법률만이 근로자들을 구속하는 파업예고 기간을 창설할 수 있다”고 판시하였다. 이 판결을 통해 파기원은 헌법이 인정하는 근로자의 파업권에 대하여 법률이 제한하지 않는 사항을 단체협약으로 제한하는 것은 허용되지 않는다는 점, 그리고 근로자들은 파업권행사를 제한하는 단체협약규정을 준수할 의무가 없다는 점을 승인하고 있다.¹⁴¹⁾ 따라서 근로자들의 파업권행사를 제한하는 협약상의 파업예고조항이나 사전분쟁조정절차조항 등은 더 이상 근로자들에 대한 구속력을 가질 수 없게 되었고, 근로자들이 협약위반의 파업을 행한 경우에도 사용자는 협약위반에 대한 책임(민사책임 또는 징계책임)을 물을 수 없게 되었다.¹⁴²⁾ 다만, 파업예고 내지 사전분쟁조정절차를 정한 협약규정도 협약 당사자인 노동조합을 구속하는 채무적 효력을 갖기 때문에 근로자들에게 적용되지 않는다고 하여서 이러한 협약규정 자체가 완전히 무효인 것은 아니다.¹⁴³⁾

제7절 형태면에서의 정당성

파업은 집단적으로 노무제공을 정지 내지 거부하는 행위이다. 그러나 집단적인 노무제공의 정지 내지 거부해당하는 모든 행위가 정당한 파업으로 인정되는 것은 아니다. 판례에 의하면 파업은 ‘노무제공의 완전한 정지’(une cessation totale du travail)이어야 한다. 또한 파업의 형태에 관한 법령 또는 판례상의 제한이 가해지고 있다. 공공부문의 경우 법은 일반 이익의 보호를 목적으로 특정 형태의 파업(즉 ‘예고없는 파업’ 및 파상파업)을 금지하고 있다. 그 외에도 법률이나 행정규정이 필수업무(업무계속성이 보장되어야 할 핵심적 공공서비스)의 유지의무를 부과하고 있는 경우에는 파업에 의해 이러한 필수업무가 침해될 수 없다.

141) Christophe Radé, “Exercice du droit de grève et négociation collective”, *Droit social*, 1996, pp.39~40 참조.

142) Ibid.

143) Ibid.

실정법상의 제한이 없는 민간부문의 경우에도 판례는 파업형태와 관련하여 파업권의 남용이라는 관점에서 일정한 한계를 설정하고 있다. 즉, 파업은 그 성질상 당연히 업무의 저해를 초래하지만 통상적으로 수인될 수 있는 업무(또는 생산)의 저해를 넘어서서 기업의 운영이나 기능을 마비시키거나 기업에 과도한 침해를 가하는 경우에는 기업의 존속 자체를 위태롭게 할 수 있기 때문에 파업권의 남용으로 본다.¹⁴⁴⁾ 비례성 원칙에 반하는 파업권의 행사는 권리남용이 되는 것이다. 그리고 신체의 안전 및 물적 시설의 보호와 같은 안전업무는 파업에 의해 침해될 수 없다.

1. 노무제공의 완전한 정지

판례의 일관된 입장에 의하면, 파업은 노무제공의 완전한 정지 내지 거부로 전제로 하기 때문에 이러한 전제가 충족되지 않은 행위는 헌법이 보장하는 파업권행사의 범주에 해당하지 않게 된다. 따라서 의도적으로 작업속도를 떨어뜨리거나 일부 업무의 수행을 거부하는 행위 등은 노무제공의 완전한 정지 내지 거부해 해당하지 않기 때문에 정당한 쟁의행위가 될 수 없다.¹⁴⁵⁾ 이러한 행위는 근로계약이나 직업관행 등에 의해 통상적으로 예정되는 것과는 다른 방식으로 근로를 제공하는 행위 또는 계약상의 채무를 불완전하게 이행하는 행위로 간주되고, 따라서 정당한 징계 내지 해고사유에 해당하게 된다.¹⁴⁶⁾ 그 대표적인 예가 바로 태업(*grève perlée*)이다.

태업은 근로자들이 임금상실의 위험부담을 감수하지 않으면서 사용자에게 손실을 가하는 배신적이고 비열한 행위이기 때문에 판례는 이를 정당한 쟁의수단으로 보지 않는다.¹⁴⁷⁾ 태업의 경우에도 부분적인 임금삭감이 가능하고 사용자에 대한 집단적인 압력수단의 행사에 해당하기 때문에 정당한 쟁의수단으로 승인되어야 한다는 비판¹⁴⁸⁾이 제기되어 왔지만 판례

144) Cass. soc., 30 mai 1989, *Bull. civ.*, V, n°404, p.244 참조.

145) *Lamy social*, op. cit., p.1243 참조.

146) Cass. soc., 22 avril 1964, *Bull. civ.*, IV, n°320, p.263 등 참조.

147) Marc Vericel, op. cit., p.673 참조. 비록 약정된 작업량을 달성하였다고 하더라도 근로자가 통상적인 작업속도 내지 작업능률을 의도적으로 저하시킨 경우에는 징계 대상이 되는 행위로 보는 것이 판례의 입장이다.

는 이러한 비판을 수용하지 않고 있다. 압력수단의 행사라는 주관적 측면 보다는 근로정지의 완전성 여부라는 객관적 측면을 더욱 우선시하고 있는 것이다. 또한 판례는 태업에 따른 채무의 불완전한 이행을 이유로 하는 임금삭감은 법이 금지하고 있는 금전적 제재¹⁴⁹⁾에 해당하기 때문에 허용되지 않는다고 본다.¹⁵⁰⁾ 따라서 사용자는 태업에 대하여 금전적 제재 이외의 징계조치로 대응할 수밖에 없다. 결국 판례는 전적인 임금상실을 초래하는 노무제공의 완전한 정지 내지 거부만이 사용자에 대한 정당한 압력수단이 될 수 있다는 일관된 입장을 계속적으로 유지하고 있는 것이다.

한편, 작업·안전수칙을 평소보다 엄격하게 준수함으로써 결과적으로 작업속도나 작업능률이 저하되거나 업무의 저해를 초래할 수 있는 이른바 준범투쟁(*grève du zèle*)의 적법성 여부에 관한 판례는 아직까지 없다. 그렇지만 태업과 달리 원칙적으로 근로계약의 불완전한 이행에 해당하지 않는다는 것이 일반적 견해이다.¹⁵¹⁾ 다만, 준범투쟁이라는 명목하에 의도적으로 작업속도 내지 능률을 저하시키거나 근로계약이나 직업관행 등에 비추어 통상적으로 예정된 것과는 다른 방식으로 노무를 제공하는 경우에는 징계대상이 되는 채무의 불완전한 이행으로 간주될 수 있을 것이다.

2. 예고없는 파업 또는 기습파업

이미 앞에서 언급한 바 있듯이 민간부문의 경우 파업예고제도가 존재하지 않을 뿐만 아니라 근로자들의 파업권행사를 제한하는 단체협약상의 파업예고 내지 사전분쟁조정절차조항 등도 근로자들에 대한 구속력을 갖지 않는다. 사용자와의 사전교섭절차를 반드시 거쳐야 할 필요도 없다. 법정 분쟁조정절차가 개시되기 이전이라도 파업이 가능하다. 사용자가 근로자

148) Hélène Sinay et Jean-Claude Javillier, op. cit., p.172 ; Marc Vericel, op. cit., p.674 참조.

149) 노동법전 L.122-42조는 감봉 내지 여타의 금전적 징계를 금지하고 있다.

150) Cass. soc., 20 février 1991, *Bull. civ.*, V, n°83, p.51 등. 다만, 근로자의 보수가 성과급으로 지급되는 경우에는 예외이다(Cass. soc., 12 avril 1995, *Bull. civ.*, V, n°133 ; *Droit social*, 1995, p.599).

151) Bernard Teyssié, op. cit., p.417 ; *Lamy social*, op. cit., p.1243 참조.

들의 직업적 요구를 알고 있는 한 파업은 어느 시점에서든 개시될 수 있기 때문에 '예고없는 파업' 내지 '기습파업'(grève surprise)도 그 정당성이 인정된다. 사용자에게 타격을 줄 수 있는 가장 효과적인 파업의 시점을 선택하였다고 하여 근로자들을 비난할 수는 없기 때문이다.¹⁵²⁾ 예컨대 3천명에 이르는 고객들이 물려든 분주한 시간에 대형할인매장의 계산대 근로자들이 예고없는 파업을 행함으로써 결과적으로 고객들에 의한 많은 상품절도가 발생하였던 사안에서 파업의 정당성이 인정되었다.¹⁵³⁾

따라서 근로자들은 파업권을 행사함에 있어서 원칙적으로 파업개시의 시점을 자유롭게 선택할 권리를 갖게 되는 것이다. 그렇지만 이러한 권리는 남용적으로 행사되어서는 안된다. 통상적인 업무의 저해 정도를 넘어서서 기업존속 자체를 위협할 수 있는 경우 또는 업무의 특성상 예외적으로 부과되는 제약과 부합할 수 없는 방식으로 파업이 개시되는 경우 등이 파업권의 남용에 해당하게 된다.

또한 파업권의 남용으로는 아동에 대한 치료와 상당·교육을 담당하는 기관에 종사하는 근로자들이 위탁된 아동들의 정신적·신체적 상태에 부합될 수 없는 상황에서 예고없이 파업이 발생하여 잠정적으로 해당 기관의 업무기능이 마비되고 결과적으로는 위탁아동들의 귀가 및 행정기관에 의한 일정기간 사업정지 처분을 초래하였던 경우¹⁵⁴⁾, 공공서비스의 관리를 담당하지 않은 민간항공사에는 법정파업예고제도(노동법전 L.521-2조 이하)가 적용되지 않지만 민간항공규칙에 의해 항공운행의 계속성을 보장할 의무가 부과되고 있음에도 불구하고 비행과정에서 승무원들이 파업을 행한 경우¹⁵⁵⁾ 등이 있다.

민간부문과 달리 공공부문의 경우에는 실정법이 파업예고제도를 설정하여 예고없는 파업 내지 기습파업을 법적으로 금지하고 있다. 그 내용에 관해서는 이미 '법령상의 절차제한'이라는 항목에서 검토하였다.

152) Bernard Teyssié, op. cit., p.433.

153) Cass. soc., 13 mars 1980, Jean Péliissier et autres, op. cit., p.1270.

154) *Lamy social*, op. cit., p.1247 ; Bernard Teyssié, op. cit., p.433. 이 사안은 하급심 판결(Trib. inst., Pau, 22 février, 1972)이다.

155) Cass. soc., 25 octobre 1979, *Bull. civ.*, V, n°786, p.582.

3. 단기간 반복파업 및 파상파업

파업에 참여하는 개별 근로자들이 부담하여야 할 임금상실의 위험을 최소화하면서도 그 효과를 극대화하기 위한 형태로 파업이 이루어지기도 한다. 사전계획에 따라 동일한 근로자들이 단기간에 단속적으로 반복하여 짧게 행하는 파업(단기간 반복파업 : grèves répépées de courte durée) 또는 사업장·부서·직종별로 상이한 근로자들이 사전계획에 따라 연쇄적으로 행하는 파업(파상파업 : grève tournante)의 경우가 그 전형적인 예이다.¹⁵⁶⁾

‘단기간 반복파업’은 원칙적으로 합법적이다.¹⁵⁷⁾ 파업기간에 대한 특별한 제한이 있는 것은 아니기 때문에 노무정지 내지 거부가 짧게 반복하여 단기간에 이루어졌다는 이유만으로 그 정당성이 부인되지는 않는다. 그러나 기업의 정상적인 운영을 저해하는 정도를 넘어서서 기업의 기능을 마비시키거나 기업에 과도한 침해를 가하는 경우에는 기업의 존속 자체를 위태롭게 할 수 있기 때문에 권리남용에 해당하게 된다.¹⁵⁸⁾ 예컨대, 짧게는 15분에서 길게는 1시간 정도 반복하여 이루어진 파업의 총횟수가 두 달 동안에 무려 101회에 달하였던 경우¹⁵⁹⁾처럼 사용자가 예측할 수 없는 다양한 시점에서 지나치게 반복된 파업은 해당 기업에 상당한 손해를 가할 뿐만 아니라 기업의 기능 자체를 마비시키게 된다. 다만, 근로자들이 미리 반복 파업의 일시를 예고하여 사용자가 그에 따른 필수적인 조치들을 취할 가능성을 갖고 있었던 경우 또는 기업의 기능 내지 존속에 대한 침해의 의도가 있었다고 볼 수 없는 경우에는 파업권의 남용에 해당하지 않게 된다.¹⁶⁰⁾

사업장, 부서 또는 직종 등에 따라 근로자들이 파업의 개시 및 종료시간을 달리하여 연쇄적으로 행하는 파상파업의 경우 전형적인 파업과 달리 근로자들은 상호간에 임금상실의 위험을 최대도 분산화할 수 있는 연속적

156) Gérard Couturier, op. cit., p.381.

157) Cass. soc., 11 mars 1965, *Bull. civ.*, IV, n°194, p.234 등.

158) Cass. soc., 10 juillet 1991, *Bull. civ.*, V, n°349, p.216.

159) Cass. soc., 26 février 1975, *Droit social*, 1975, p.449.

160) Marc Vericel, op. cit., p.674 참조 ; Gérard Couturier, op. cit., p.381~382 참조.

인 일부 파업의 형태를 취하면서도 사용자에게는 치명적일 수 있는 업무(생산)의 완전한 정지 효과(즉 근로자 전체 파업의 효과)를 거둘 수 있다. 특히 사업장, 부서 또는 직종간에 작업(생산)연관성이 클수록 파상파업의 효과도 그만큼 커지게 된다. 공공부문에서는 법(노동법전 L.521-4조)에 의해 파상파업이 금지되지만 민간부문에서는 원칙적으로 합법적이다.¹⁶¹⁾ 다만, ‘단기간 반복파업’의 경우와 마찬가지로 통상적인 업무의 저해에 그치지 않고 기업의 존속 자체를 위태롭게 할 수 있는 경우에는 파업권의 남용에 해당하게 된다.

위에서 살펴본 바와 같이, ‘단기간 반복파업’ 및 ‘파상파업’은 그 원칙적 합법성이 인정되지만 파업권의 남용에 해당되어서는 안된다는 제한이 가해지고 있다. 즉, 판례는 근로자들이 감수하여야 하는 위험부담(임금상실)은 지극히 적음에도 불구하고 해당 기업에 지극히 심각한 상황을 초래할 수 있는 파업전술을 위법한 것으로 평가하고 있다. 파업국면에서도 노사간에 일종의 페어플레이, 힘의 균형, 무기평등 내지 비례성 원칙(근로자의 완전한 임금상실 대(對) 기업의 정상적 업무저해)이라고 부를 수 있는 관계가 유지되어야 한다고 보는 것이 바로 판례의 입장이다.¹⁶²⁾

4. 혈전(血栓)파업 또는 병목파업

하나의 작업장 또는 부서에 소속된 근로자들만이 행하는 노무정지에 의해 기업의 기능이 전체적 또는 부분적으로 마비될 수 있는 파업의 형태를 흔히 혈전파업(*grève-thrombose*) 또는 병목파업(*grève-bouchon*)이라고 한다.¹⁶³⁾ 혈전파업은 기업의 한 부문에 소속된 근로자들만이 행하는 파업

161) Cass. soc., 14 janvier 1960, *Bull. civ.*, IV, n°43, p.35 등.

162) Marc Vericel, *op. cit.*, p.674 참조.

163) Lamy social, *op. cit.*, p.1247 참조. *grève-thrombose*는 혈액의 정상적 흐름이 어떤 요인에 의해 저해됨으로써 신체 전체가 원활하게 기능할 수 없게 되는 것과 유사한 효과를 갖는 파업형태를 가리키는 용어이므로 이를 혈전파업으로 번역하였다. 그리고 병목파업(*grève-bouchon*)은 마치 도로상에 장애물을 설치하여 교통체증이 유발되는 것과 같은 효과를 갖는 파업형태를 의미하는데 흔히 병목지점에서 교통체증이 발생한다는 점을 고려하여 ‘병목파업’이라는 용어로 번역하였다.

이라는 점에서 파상파업과는 다르다. 그러나 은행 전산팀과 같이 핵심적 부문에서 발생하는 파업은 기업 전체 업무를 마비시킬 수 있으므로 혈전(또는 병목)파업은 근로자들이 최소의 비용으로 최대의 효과를 이룰 수 있는 파업전술이라는 점에서 파상파업과 유사한 측면을 갖는다. 기업의 핵심 부문이 아니더라도 자동차산업과 같이 노동분화 및 노동의 상호의존도가 극대화된 일관생산라인 시스템을 갖춘 사업분야의 경우 한 부문에서의 파업은 전체 생산라인의 정상적 기능을 현저히 저해할 수 있으므로 이러한 사업분야의 경우 특히 혈전(또는 병목)파업에 대한 취약성을 갖는다

혈전(또는 병목)파업의 경우에도 원칙적으로 그 적법성이 인정된다.¹⁶⁴⁾ 특정부문에 소속된 근로자 집단이 해당 기업에서 핵심적 직책 내지 직무를 담당한다는 이유로 또는 특정부문 근로자들의 파업이 기업 전체에 직접적인 악영향을 미칠 수 있다는 이유로 해당 근로자들의 파업권이 박탈될 수는 없기 때문이다.¹⁶⁵⁾ 이러한 근로자들의 경우에도 자신들에게 고유한 직업적 요구가 존재할 수 있고 이러한 요구를 관철하기 위해 헌법이 인정하는 파업권을 당연히 행사할 수 있어야 한다. 그러나 전체 생산라인의 기능을 마비시키려는 의도로 핵심부문에 한정된 계획적인 파업을 시도한 경우 또는 소수 근로자들의 파업으로 기업의 기능이 전적으로 마비되어 어떠한 생산활동도 불가능하게 되는 불가항력적인 상황이 발생하는 경우에는 기업의 존속을 저해하는 파업권의 남용에 해당하게 된다.¹⁶⁶⁾ 근로자들의 담당직무 내지 위치(즉 기업 핵심부문 여부) 또는 해당 사업의 특수성(예컨대, 일관생산라인시스템)을 이유로 혈전(또는 병목)파업의 정당성이 당연히 부인된다면 이는 곧 파업권의 박탈을 의미하는 것이기 때문에 용인될 수 없지만, 파업에 따른 임금상실의 위험부담을 최소화하면서 기업의 기능을 완전히 마비시킬 수 있는 파업형태(즉 혈전파업 또는 병목파업)를 전술적인 차원에서 의도적으로 채택하는 경우에는 파업권의 남용에 해당하게 되는 것이다. 결국 ‘단기간 반복파업’ 및 파상파업과 마찬가지로 혈전(또는 병목)파업의 경우에도 노사간의 힘의 균형 내지 비례성 원칙에 반

164) Cass. soc., 5 juin 1973, *Bull. civ.*, V, n°360, p.325.

165) Gérard Couturier, op. cit., p.382 참조.

166) Gérard Lyon-Caen, Jean Pélissier et Alain Supiot, op. cit., p.1082 참조.

하는 권리남용은 허용되지 않고 있다.

5. 필수업무 또는 안전업무를 침해하는 파업

이미 앞에서 언급하였듯이 공공부문에서는 실정법에 의한 파업형태(예 고없는 파업 및 파상파업)의 제한 이외에도 법률 또는 행정의 필수업무의 유지의무를 부과하고 있는 경우에는 파업에 의해 이러한 필수업무가 침해될 수 없다. 필수업무의 유지의무를 직접적으로 부과하는 법률이 극히 드물기 때문에 행정관례는 행정의 필수업무의 설정을 인정하고 있다. 즉, 행정기관은 파업권의 남용을 방지하고 일반이익을 보호하기 위해 신체와 생명의 안전, 시설 및 재산의 보호 등 파업에 의해 그 업무의 계속성이 침해될 수 없는 핵심적 공공서비스 업무를 필수업무로 정할 수 있다. 따라서 이러한 필수업무를 침해하는 행위는 파업권의 남용에 해당하게 된다. 보다 자세한 내용은 앞에서 검토한 바 있다.

민간부문의 경우에는 관례가 필요최소한의 안전업무(*le service minimum de sécurité*)는 파업에 의해 침해될 수 없다는 원칙을 인정하고 있다. 필요최소한의 안전업무는 취업규칙 또는 단체협약에 의해 설정될 수 있다.¹⁶⁷⁾ 특히 노동법전 L.122-34조는 해당 사업 또는 사업장에서의 안전에

167) 파업에 의해 업무의 완전한 정지가 초래될 수 있지만 의료사업 또는 교육부문처럼 그 사업 내지 업무의 성질상 근로자 전체가 동시에 노무제공을 중단하는 것이 허용될 수 없는 경우가 존재한다. 환자 또는 학생들이 보호 내지 감독없이 방치될 수 없기 때문이다. 이러한 사업부문의 경우 사용자는 특정의 근로자들에게 파업에 참여하지 않도록 함으로써 필요최소한의 안전업무 내지 사업 성질상 중단될 수 없는 필수적 업무를 수행케 할 수 있다. 특히 민간의료기관과 관련하여 행정기관은 다음과 같은 지침을 마련하고 있다. ① 특히 이용자의 안전에 대한 특별한 주의가 요구되는 의료관련 사업장에서 파업권의 행사는 직업이익의 옹호와 일반이익의 보호양자를 조화시켜야 한다. ② 신체의 안전 및 치료의 계속성을 보장하기 위한 차원에서 요구되는 필요최소한의 업무(안전업무)는 가능한 한 사용자와 노조들간의 교섭(협상)을 통해 수행되어야 한다. ③ 안전업무의 불이행은 사용자의 민·형사책임을 발생시킬 수 있다. 그리고 노사간의 교섭이 실패하는 경우 사용자는 필수적인 조치들만을 취하여야 하고 이렇게 사용자에 의해 일방적으로 취해진 조치들의 정당성 여부에 관해서는 법원에 소송을 제기할 수 있다. ④ 사고가 발생한 경우 안전업무의 담당자로 지명되었던 근로자의 업무수행 거부는 해고대상이 되는 '특히 중대한 귀책사유'에 해당한다. 한편, 감시·보호 또는 경호 등을 영업으로 하는 기업

관한 사항과 근로자들의 안전·생명을 보호하기 위한 작업에 근로자들이 참여하도록 사용자가 요구할 수 있는 요건사항을 취업규칙의 내용으로 정하도록 하고 있다.¹⁶⁸⁾ 그렇지만 안전업무의 범위가 과도하게 설정되는 경우에는 파업권의 침해를 초래할 수 있기 때문에 그 필요성이 인정되는 최소한의 범위로 한정되어야 한다.¹⁶⁹⁾ 그리고 필요최소한의 안전업무에는 인적(人的) 안전뿐만 아니라 물적 설비·시설의 보호 및 환경침해의 방지가 포함된다.¹⁷⁰⁾ 파업에 의해 생산물이나 원료에 대한 손상이 초래되어서는 안되기 때문에 원료·제품의 부패방지도 필요최소한의 안전업무에 해당하게 된다. 이러한 안전업무를 침해하는 행위는 ‘특히 중대한 귀책사유’(faute lourde)에 해당한다.¹⁷¹⁾

근로자가 안전업무의 방기를 선동하였던 경우 해고의 정당성이 인정되었고, 단체협약에 의해 제품 부패방지의무가 부과되고 있음에도 불구하고 조합 대표자가 부패되기 쉬운 상품의 보존업무를 담당하는 근로자들에게 파업에 참여하도록 지시한 경우에는 그에 따른 민사책임이 인정되었다.¹⁷²⁾ 한편, 파업기간중이라도 사용자는 안전에 대한 책임을 지고 있기 때문에 안전유지를 위한 필요조치들을 취할 수 있다. 위에서 언급하였듯이 취업규칙에서 정한 바에 따라 사용자는 안전·생명보호를 위한 작업에의 근로자 참여를 요구할 수 있다. 따라서 파업에 의해 안전업무가 침해되는 경우 사용자는 필요한 다른 인원(본래 안전업무를 담당하지 않은 근로자)을 선발하여 이들로 하여금 안전업무를 담당하도록 지시할 수 있다. 그러나 사용자로부터 안전업무의 수행을 지시받은 파업참가 근로자가 이러한

이 노동분쟁 또는 그와 관련된 사항에 관여하거나 개입하는 것은 법으로 일체 금지되고 있다(*Dictionnaire permanent social*, ‘Grève’, Feuilletts 193 (5 octobre 1998)에서 재인용하였음).

168) 노동법전 L.122-34조는 취업규칙의 내용을 근로자의 위생 및 안전에 관한 사항과 징계에 관한 사항으로 한정하고 있기 때문에 근로계약사항 및 단체교섭사항을 취업규칙으로 정하는 것은 금지된다(Antoine Mazeaud, *op. cit.*, pp.60~61). 그리고 근로자의 동의를 필요로 하지 않는 근로조건에 관련된 사항(예컨대, 시·종업시각 등)은 사용자의 일방적 권한(노무지휘권)에 속하는 것으로 보고 있다.

169) Cass. soc., 1^{er} juillet 1985, *Bull. civ.*, V, n°376, p.271 참조.

170) Gérard Couturier, *op. cit.*, p.393 참조.

171) Cass. soc., 1^{er} mars 1989, *Bull. civ.*, V, n°157, p.95.

172) Marie-Claire Bonnetête et Marie-Françoise Clavel-Fauquenot, *op. cit.*, p.21 참조.

지시를 이행하지 않은 경우에도 이로 인해 안전업무가 현실적으로 침해된 경우가 아닌 한 해당 근로자의 지시불이행 그 자체는 정당한 해고사유가 되지 않는다는 것이 판례의 입장이다.¹⁷³⁾ 원래 안전업무 유지의무를 갖는 근로자가 이러한 의무를 위반하여 파업에 참가한 경우에는 안전업무를 침해하는 것이기 때문에 정당한 해고사유로 인정될 수 있지만, 이러한 안전업무 유지의무가 없는 근로자들의 경우에는 파업참여로 근로계약이 정지되고 사용자의 지휘명령권한에 복종할 의무도 없기 때문이다.¹⁷⁴⁾ 따라서 파업으로 인해 인적·물적 안전이 충분히 보장될 수 없는 상황이 초래되는 경우 사용자는 직장폐쇄를 행할 수 있다.¹⁷⁵⁾

173) Cass. soc., 15 février 1961, *Bull. civ.*, IV, n°203 참조.

174) 파업기간에 근로계약은 정지되지만 파업기간중이라도 파업 이전에 발생한 귀책사유를 이유로 하는 해고 또는 경영상의 이유로 인한 해고는 가능하다. 그러나 파업 참가 근로자가 파업과정에서 행한 행위(작위 내지 부작위)가 '특히 중대한 귀책사유'에 해당하지 않는 한 이러한 작위 내지 부작위를 이유로 하는 해고는 무효이다(노동법전 L.521-1조 참조). 다만, 파업권의 행사와 직접적으로 관련된 행위가 '특히 중대한 귀책사유'(faute lourde)에 해당하지 않는 한 이러한 행위를 이유로 하는 해고가 금지되는 것이지 파업과 직접적 관련성을 갖지 않는 행위를 이유로 하는 해고는 가능하다. 한편, 파업권의 행사와 직접적으로 관련된 행위가 '특히 중대한 귀책사유' 보다는 그 비난가능성이 덜한 '중대한 귀책사유'(faute grave) 또는 '일반적 귀책사유'(faute)에 해당하는 경우 해고는 불가능하지만 해고보다는 경미한 여타의 징계조치를 사용자가 취할 수 있는가 하는 문제에 대한 논쟁이 있었지만 판례는 여타의 징계조치도 허용되지 않는다는 폭넓은 입장을 취하고 있다(Gérard Couturier, *op. cit.*, pp.398~399 참조).

175) Cass. soc., 21 mars 1990, *Bull. civ.*, V, n°131, p.77 등. 독일과 같은 경우에는 무기평등원칙에 입각하여 사용자에게 직장폐쇄의 권한을 인정하고 있지만, 프랑스에서는 이러한 의미의 직장폐쇄권한은 사용자에게 인정되지 않는다. 프랑스의 근로계약법리에 의하면 사용자는 계약상의 채로보장채무(obligation de fournir du travail)를 부담하기 때문에 직장폐쇄는 원칙적으로 파업불참 근로자들과의 관계에서 사용자의 채무불이행에 해당하는 행위가 된다. 다만, 사용자가 이러한 자신의 채무를 이행할 수 없는 불가항력적인 상황, 즉 잠정적인 채무면책이 불가피하게 요구되는 계약적 상황이 발생하는 경우에 예외적으로 직장폐쇄를 인정하고 있다. 인적·물적 안전을 보장하기 위하여 기업의 전부 내지 일부를 폐쇄하지 않을 수 없는 계약적 상황이 발생하는 경우가 바로 예외적으로 직장폐쇄가 허용되는 전형적인 케이스 중의 하나이다(Gérard Couturier, *op. cit.*, pp.406~410 참조).

6. 파업에 수반되는 기타 쟁의행위의 정당성

파업 자체의 정당성 여부와 파업에 수반하여 발생하는 기타 쟁의행위의 정당성 문제는 구별된다. 직장점거, 피케팅 또는 기타의 파업 근로자들의 개별적·집단적 행위는 파업 자체의 정당성에는 직접적 영향을 미치지 않는다.¹⁷⁶⁾ 파업과정에서 민·형사상 불법행위에 해당하는 행위가 발생한 경우에는 이러한 행위에 직접 참여한 근로자의 책임(민·형사책임 및 징계책임)이 인정되지만 이러한 불법행위로 인해 파업 그 자체의 정당성이 당연히 상실되지는 않는다.¹⁷⁷⁾ 그리고 파업과정에서 발생한 근로자들의 개별적 또는 집단적 행위가 ‘특히 중대한 귀책사유’에 해당하지 않는 한 사용자는 해당 근로자를 해고하거나 징계할 수 없다.

가. 직장점거

직장점거는 예외적인 경우에만 그 정당성이 인정된다. 그리고 위법한 직장점거의 경우 사용자는 점거 근로자들의 강제퇴거를 구하는 가처분신청을 법원에 제기할 수 있다.

1) 직장점거의 적법성 여부

직장점거(occupation des locaux de travail)는 파업근로자들이 분쟁기간 동안 기업 구내에 체류하는 행위를 가리킨다.¹⁷⁸⁾ 다수의 학설은 직장점거도 파업권행사의 한 가지 방식이기 때문에 원칙적으로 적법한 행위라는 점(즉 직장점거의 원칙적 적법성)을 강조한다.¹⁷⁹⁾ 이러한 견해에 동조하는

176) Gérard Lyon-Caen, Jean Pélissier et Alain Supiot, op. cit., p.1102 참조.

177) Cass. soc., 18 janvier 1995, *Droit social*, 1995, p.186 참조.

178) 프랑스에서 직장점거 현상은 1936년에 최초로 나타났고, 1968년에 재등장한 이후 오늘날까지 계속되고 있는데 특히 경제적 위기에 처한 기업에서 고용보장과 관련된 분쟁에서 발생하는 경우가 대다수를 차지하고 있다(Gérard Couturier, op. cit., p.383).

소수의 하급심 판결도 있지만 대부분의 경우 판례는 직장점거의 원인과 그 범위 및 기간 등 구체적인 사정에 비추어 예외적으로 직장점거의 적법성을 인정하고 있다.¹⁸⁰⁾ 파기원의 원칙적 입장도 “파업권에는 기업시설을 자의적으로 이용할 권한이 포함되어 있지 않다”는 것이다.¹⁸¹⁾ 직장점거는 기본적으로 사용자의 영업의 자유 및 지속적인 취로를 원하는 파업불참자의 노동의 자유를 침해하거나 적어도 그에 대한 장애가 될 수 있기 때문에 판례는 예외적으로 직장점거의 적법성을 인정하고 있다.¹⁸²⁾ 물론 직장점거에 의해 사용자의 소유권 내지 이로부터 파생되는 일정한 권능(예컨대 시설관리권)이 침해 내지 제한될 수 있다. 하지만 기업이라는 장소는 근로자들이 노무를 제공할 뿐만 아니라 일정한 권리를 행사하는 곳이기도 하기 때문에 사용자의 본질적 권한이 침해되는 경우가 아닌 한 직장점거 자체(즉 파업근로자들이 기업 구내에 체류한다는 사실 자체)가 곧 사용자의 소유권 내지 이에 따른 권능을 침해하는 행위로 간주되기는 어렵다.¹⁸³⁾ 따라서 오늘날 직장점거의 위법성 논거를 사용자의 소유권 내지 시설관리권에 대한 침해로 보는 관점은 후퇴하고 있다.¹⁸⁴⁾ 판례·학설은 사용자의 영업의 자유에 대한 침해, 특히 파업불참 근로자의 노동의 자유에 대한 침해를 직장점거 위법성의 주된 논거로 제시하고 있다.

우선, 직장점거의 적법성이 인정되었던 사례를 살펴보면 공동휴게실의 점거,¹⁸⁵⁾ 사용자를 찾아가는 근로자대표자들을 호위하기 위해 사용자 집 무실로 통하는 복도 및 취업과 관계없는 일부 장소에 한정된 일시적 점거,¹⁸⁶⁾ 파업불참자들이 자유롭게 취로에 임할 수 있었고 단지 항의를 위한

179) M. Choisez, “La grève avec occupation des lieux de travail”, *Droit social*, 1975, p.367 이하 ; M. Bonnechère, “Protection de l’emploi et sauvegarde de la propriété capitaliste”, *Droit ouvrier*, 1975, p.191 이하 ; H. Sinay, “La neutralisation du droit de grève?”, *Droit social*, 1980, p.250 이하.

180) Bernard Teyssié, op. cit., pp.442~443 참조.

181) Cass. soc., 21 juin 1984, *Bull. civ.*, V, n°263, p.198.

182) Gérard Couturier, op. cit., pp.383~384 참조.

183) Marc Vericel, op. cit., p.676 참조.

184) Marie-Claire Bonnetête et Marie-Françoise Clavel-Fauquenot, op. cit., p.26 참조.

185) Cass. soc., 19 décembre 1990, *Bull. civ.*, V, n°698.

186) Cass. soc., 11 février 1960, *Lamy social*, op. cit., p.1248.

상징적·형식적인 점거¹⁸⁷⁾ 등 파업불참자의 노동의 자유에 대한 어떠한 침해도 발생하지 않았던 부분적·형식적 또는 일시적인 점거의 경우이다. 그리고 파업근로자들을 대체하기 위한 파견계약의 체결은 법에 의해 금지되고 있기 때문에¹⁸⁸⁾ 파견근로자들에 의한 파업자 대체를 막기 위한 직장 점거의 경우에도 파업권의 침해를 방지하는 것으로서 그 적법성이 인정되었다.¹⁸⁹⁾

반면에 노동의 자유 또는 영업의 자유를 침해하는 직장점거는 정당성이 부인된다. 특히 형법전(제414조)에서는 폭행, 협박, 위력 또는 위계의 방법으로 타인의 노동을 방해하는 행위를 ‘노동의 자유에 대한 방해죄’(*délit d’entrave à la liberté du travail*)로 형사처벌하고 있기 때문에 이러한 범죄행위에 해당하는 경우 직장점거는 당연히 위법한 것으로 된다.¹⁹⁰⁾ 그런데 판례의 일반적 경향을 보면 ‘노동의 자유에 대한 방해죄’의 구성요건에 해당하지 않더라도 파업불참자의 취로에 장애가 되는 일체의 행위를 허용하지 않고 있다.¹⁹¹⁾ 이러한 판례의 경향에 대하여 파업권은 집단적 성격을 갖는 권리이기 때문에 근로자 개인의 개별적 자유(노동의 자유)에 우선되어야 한다는 비판이 있다.¹⁹²⁾ 그리고 직장폐쇄조치에 대항하기 위한 직장 점거의 경우와 같이 타인의 노동의 자유에 대한 중대한 침해에 해당하지 않고 어떠한 폭력행위도 수반되지 않는 직장점거는 파업권의 정당한 행사로 보아야 한다. 이러한 직장점거를 금지하는 것은 곧 파업의 실질적 효과성을 부인함으로써 파업권의 행사를 무력화하는 것에 다름 아니라는 비판적 견해도 제기되고 있다.¹⁹³⁾ 한편, 사용자의 영업의 자유를 침해하는 직

187) Cass. soc., 26 février 1992, Jean Pélissier et autres, op. cit., p.1272.

188) 어떠한 경우에도 집단적 노동분쟁에 의해 근로계약이 정지된 근로자를 대체하기 위해 파견근로계약이 체결될 수는 없다(노동법전 L.124-2-3조). 다만, 파업 이전에 파견계약의 체결을 통해 이미 활용하고 있던 파견근로자를 파업에 의해 공석이 된 일자리에 배치하는 것은 가능하다. 그렇지만 이 경우에도 이러한 일자리가 파견근로자의 직업범주에 상응하고 파견계약의 목적이 되었던 파견대상 직무의 범주에 해당하여야 한다.

189) TGI, Grenoble, 28 novembre 1979, *Droit ouvrier*, 1980, p.32.

190) Gérard Couturier, op. cit., p.384.

191) Ibid.

192) Marie-Claire Bonnetête et Marie-Françoise Clavel-Fauquenot, op. cit., p.26 참조.

193) Marc Vericel, op. cit., p.676.

장점거도 허용되지 않는다. 이 경우로는 주차장 및 기업 구내의 공터를 점거하여 차량의 주차를 막는 경우, 통상적인 취업시각을 넘어서서 직장점거가 계속되는 경우, 고객 및 상품·원료의 자유로운 출입을 제한하는 경우 등이 있다.¹⁹⁴⁾

2) 직장점거와 가처분

위법한 직장점거의 경우 사용자가 기업 구내로부터 점거 근로자들을 현실적으로 퇴거시킬 수 있는 가장 효과적인 수단은 법원에 가처분신청을 내는 것이다. 신민사소송법전(Nouveau Code de procédure civile) 제809조에 의하면, 법원은 “긴박한 손해를 예방하거나 명백히 위법한 침해를 제거하기 위한 경우”에 한하여 가처분결정으로 보전조치 또는 원상회복조치를 명할 수 있다. 직장점거가 명백히 위법한 침해에 해당하여 이러한 침해를 제거하기 위한 조치로서 강제퇴거가 불가피하다고 판단되는 경우에 법원은 퇴거명령을 내리게 된다.¹⁹⁵⁾ 실무경향을 보면 대부분의 경우 법원은 결정을 내리기 이전에 전문가를 지명하여 분쟁의 원인과 현장상황 등 구체적 정보를 파악하고 당사자들 및 근로감독관의 의견을 청취하게 된다.¹⁹⁶⁾ 법원의 퇴거결정에도 불구하고 계속적으로 점거하는 행위는 해고사유가 되는 ‘특히 중대한 귀책사유’에 해당할 뿐만 아니라¹⁹⁷⁾ 사용자는 행정기관(시장 또는 도지사)에 강제집행을 위한 공권력의 개입을 요구할 수 있다. 그러나 이러한 강제적인 집행이 현실적으로 제한될 수도 있다. 행정기관은 가처분결정의 집행조건을 평가할 의무를 가지며 질서 및 안전에 대한 위험이 있다고 평가하는 경우 법원의 결정을 집행하기 위한 공권력(즉 경찰력)의 협조·개입을 거부할 수 있다고 보는 것이 행정판례의 입장이기 때문이다.¹⁹⁸⁾

194) Marie-Claire Bonnetête et Marie-Françoise Clavel-Fauquenot, op. cit., p.27 ; Gérard Lyon-Caen, Jean Pélissier et Alain Supiot, op. cit., p.1103 참조.

195) Gérard Couturier, op. cit., p.385.

196) Bernard Teyssié, op. cit., p.446.

197) Cass. soc., 30 avril 1987, *Bull. civ.*, V, n°238, p.152.

198) Lyon-Caen, Jean Pélissier et Alain Supiot, op. cit., p.1104 참조. 행정기관이 공권

나. 피케팅

피케팅(piquet de grève)은 통상적으로 사업 또는 사업장의 출입구 앞에서 파업자들이 그룹을 형성하여 파업불참 근로자들에게 파업참여를 촉구하는 행위이다.¹⁹⁹⁾ 피케팅이 기업 구내에서 이루어지는 경우에는 직장점거의 성격을 동시에 갖는 것으로 취급된다.²⁰⁰⁾ 반면에 통상적인 경우처럼 기업 외부 특히 출입구 앞에서 이루어지는 경우에는 취업장소에의 자유로운 접근가능성 여부에 의해 그 적법 여부가 결정되게 된다.

사업장 출입문을 봉쇄하여 다른 근로자, 고객, 차량 등의 출입을 막는 행위는 위법이다.²⁰¹⁾ 특히 폭력이나 협박으로 자유로운 출입을 불가능케 하는 경우에는 형법상의 ‘노동의 자유에 대한 방해죄’에 해당한다. 반면에 사업장에서의 출입을 전면적으로 저지하지 않고 파업불참 근로자들의 취로 제공을 막지 않은 경우에는 위법한 것으로 평가되지 않는다.²⁰²⁾ 예컨대, 운송회사의 근로자들이 파업일에 기업 소유의 트럭들을 사업장 출구 앞에 주차시켜 그 옆에 평온하게 체류하였던 사안에서 해당 차량들에 대한 손상이 전혀 없었고 파업자들이 차량 열쇠들을 사용자에게 반환하였던 점에 근거하여 그 위법성이 부인되었다.²⁰³⁾

다. 그 외의 개별적·집단적 행위

파업과정에서 발생하는 근로자들의 기타 개별적 또는 집단적 행위가 민사상의 불법행위나 형사상의 범죄행위에 해당하는 경우에는 이러한 행위에 직접 참여한 개별 근로자는 그에 따른 민사책임 또는 형사책임을 부담해야 한다. 그러나 이러한 불법행위 또는 범죄행위에 의해 파업 자체의 정

력의 개입을 거부하는 경우 사용자는 이로 인해 입은 손해에 대하여 국가를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다. 공권력의 개입이 지연된 경우도 마찬가지이다.

199) *Lamy social*, op. cit., p.1248.

200) Bernard Teyssié, op. cit., p.450.

201) *Lamy social*, op. cit., p.1248.

202) Cass. soc., 3 décembre 1986, *Droit ouvrier*, 1987, p.17 참조.

203) Cass. soc., 7 juin 1995, Jean Pélissier et autres, op. cit., p.1272 참조.

당성이 당연히 부인되지는 않는다는 것이 판례의 입장이다.²⁰⁴⁾ 파업에 따른 불법행위들이 증대함에 따라 계속적인 파업은 곧 기업의 존속을 저해하는 행위로 평가할 수 있는 경우에 파업 그 자체의 정당성이 부인되게 된다.²⁰⁵⁾ 그리고 파업 자체가 정당한 경우에는 비록 파업과정에서 개별 근로자가 귀책적인 행위를 범하였다고 하더라도 이러한 행위가 ‘특히 중대한 귀책사유’(faute lourde)에 해당하지 않는 한 사용자는 해당 근로자를 해고 내지 징계할 수 없다.²⁰⁶⁾ 물론 이것은 헌법에 의해 인정되는 근로자의 파업권을 실질적으로 보장하기 위한 것이지 파업과는 아무런 관련이 없는 행위에 대한 근로자의 책임을 면책케 하기 위한 것은 아니다.

판례에 의하면 타인의 취로를 방해하는 행위, 사람이나 재산 등에 대한 침해행위(폭행·협박·감금·파괴행위 등), 안전업무의 정지를 초래케 하는 행위, 법원의 퇴거명령에도 불구하고 계속된 직장점거행위 등이 ‘특히 중대한 귀책사유’로 인정되었다.²⁰⁷⁾ 그러나 적법한 직장점거 또는 피케팅에 참여하는 행위,²⁰⁸⁾ 파업과정에서 노사간 분쟁사항을 담고 있는 유인물을 작성하여 일반대중에게 배포하는 행위²⁰⁹⁾는 ‘특히 중대한 귀책사유’로 인정되지 않았다. 특히 후자의 사안(일반대중에 대한 유인물 배포행위)에서 파기원은 “파업과정에서 근로자들은 자유롭게 자신들의 근로조건에 관한 주장과 요구를 표현할 수 있다”는 점을 인정하였다. 그 구체적인 내용을 살펴보면 다음과 같다. 현금수송을 전문으로 하는 회사에서 파업이 발생하였는데 일부 근로자들이 무선 및 안전장치에 결합이 있는 차량을 사용자가 운행케 하고 있고 수송담당자들에 대한 훈련·교육이 불충분하게 이루어지고

204) Cass. soc., 18 janvier 1995, *Droit social*, 1995, p.186 참조.

205) Philippe Waquet, “Abus de droit de grève et responsabilité”, *Droit social*, 1995, p.185.

206) 노동법전 L.521-1조 참조. 이 규정은 파업과 관련된 근로자의 귀책적 행위가 ‘특히 중대한 귀책사유’에 해당하는 경우에만 해고사유로 인정될 수 있다는 점을 뜻하는데 해고 이외의 보다 경미한 징계조치가 가능한가 여부에 관해서는 침묵하고 있다. 그런데 판례는 ‘특히 중대한 귀책사유’가 존재하지 않는 경우에만 여타의 징계조치도 가능하다는 입장을 취하고 있다.

207) Jean Pélissier et autres, op. cit., p.1272 참조.

208) Ibid.

209) Cass. soc., 20 mai 1992, *Revue de jurisprudence sociale*, 7/1992, n°905, pp.500~501.

있다는 내용이 담긴 유인물을 작성하여 일반대중에게 배포하였다. 이에 대하여 사용자는 기업의 신용을 훼손하였다는 이유로 해고하였는데 원심은 파업과정에서 발생한 일반대중을 상대로 한 유인물 제작·배포행위는 ‘특히 중대한 귀책사유’에 해당한다고 보았지만, 파기원은 파업과정에서 근로자들은 자유롭게 근로조건에 관한 주장과 요구를 표현할 수 있다는 점에 근거하여 ‘특히 중대한 귀책사유’에 해당하지 않는다고 보았다.²¹⁰⁾

결국 이러한 파기원의 입장에 의하면 파업은 새로운 이익을 획득하기 위한 사용자에 대한 경제적 압력수단일 뿐만 아니라 부당하게 여겨지는 상황에 대한 대중적 관심을 불러일으키기 위해 근로자들의 주장을 대중적으로 알리는 의사표현의 수단으로서도 인정될 수 있다는 점을 확인할 수 있다.

제8절 결 어

지금까지 프랑스의 파업권 승인의 연혁과 관련 법규정 그리고 쟁의행위의 정당성에 관한 일반법리를 검토하였다. 특히 프랑스에 있어서 쟁의행위의 정당성법리는 파업 및 이에 수반하는 기타의 쟁의행위가 헌법이 인정하는 파업권의 정당한 행사 범주에 해당하는가 여부, 즉 파업권행사의 정당성 여부 또는 그 남용 여부에 관한 판단법리라는 점을 알 수 있다. 따라서 이하에서는 헌법에 의해 인정되는 파업권을 중심으로 하여 입법상의 규율, 권리의 주체, 권리의 형태, 권리의 목적, 권리의 행사라는 측면에서 도출되는 특징들을 언급하고자 한다.

첫째, 헌법은 파업권에 대한 제한가능성을 예정하고 있음에도 공공부문을 제외하고는 파업권을 입법적으로 제한하고 있지 않다. 공공부문의 경우 공공이익을 보호하기 위한 입법적 제한, 즉 파업권에 대한 전면적(특수직 공무원) 또는 부분적 박탈(필수업무 유지의무) 및 파업권행사에 대한 일정

210) Ibid.

한 제한이 가해지고 있지만, 민간부문의 경우에는 파업권에 대한 제한이 전적으로 법원(즉 관례)에 의해 이루어지고 있을 뿐이다. 다만, 노동분쟁의 평화적 해결을 위한 법정절차(알선, 조정, 중재)를 확립하기 위한 입법적 개입은 있었지만 이러한 법정분쟁조정절차는 조정전치주의에 입각한 사전적 분쟁조정을 원칙으로 하는 것이 아니기 때문에 파업권에 대한 입법적 제한의 성질을 갖지 않는다. 프랑스에서 특히 민간부문의 경우 파업권에 대한 입법적 제한이 현실화되고 있지 않는 이면에는 파업권에 대한 제한이 전적으로 법원의 임무에 속하는 법적인 문제라고 하는 인식이 자리잡고 있는 것으로 생각된다. 파업권에 대한 입법적 제한은 입법부가 사전에 이러한 권리행사의 정당성과 한계에 대해 검토한다는 것을 전제로 하는데 이는 여러 가지 정치적·경제적·사회적 고려가 개입되지 않을 수 없고, 결과적으로 권리를 제한함에 있어 이러한 여러 가지 사항들에 대한 고려가 법적인 고려보다 우선적으로 작용할 수도 있기 때문이다.

둘째, 파업권은 원칙적으로 노동조합과 무관한 근로자 개인의 권리로 인정하고 있으면서도 이러한 권리행사가 정당하려면 예외적인 경우(예컨대, 총파업참가 등)가 아닌 한 집단적으로 행사되어야 한다는 일견 모순된 논리를 취하고 있다. 다시 말해 파업은 근로자들의 집단적 행위(집단적 현상)이어야 한다는 점을 인정하면서도 이를 집단법의 영역으로 취급하지 않고 개인적 권리 또는 자유의 영역으로 다루고 있다. 그렇기 때문에 비노조파업의 정당성이 인정될 뿐만 아니라 현실적으로 노동조합에 의해 주도되는 파업이라고 하더라도 파업권과 단체교섭권 양자간에는 아무런 법적인 상호관련성이 없게 된다. 그 결과 파업은 노사간의 사전단체교섭을 전제로 하지 않는다고 보며 최후수단의 원칙도 부인하고 있는 것이다. 그리고 기업단위를 초월하는 총파업에의 참여 여부도 전적으로 근로자 개인의 결정사항으로 보는 것이다. 한편 파업을 개인적 권리의 영역으로 취급한다는 것은 근로자들이 노동조합을 전제로 하지 않고 근로조건 유지·개선 및 사회·경제적 지위의 향상(즉 사용종속관계의 완화 내지 극복)을 추구할 수 있는 수단을 인정한다는 것을 의미한다. 역사적으로 볼 때에도 파업은 노동조합이 출현하기 이전부터 발생하였던 현상이라는 점을 고려하면 노동조합 또는 단체교섭권을 전제로 하지 않는 파업권이라는 논리가 의외

라고만 볼 수는 없을 것이다. 다만, 공공부문의 경우에는 법에 의해 노동조합(대표적 노동조합을 의미함)이 파업결정·개시권한을 갖기 때문에 근로자들에 의한 파업권의 행사는 노동조합을 전제로 하지 않을 수 없고, 따라서 공공부문에서의 파업은 집단법의 영역으로 포섭되고 있다.

셋째, 파업권은 전형적인 쟁의행위 형태인 파업을 전제로 하는 권리라고 보기 때문에 노무제공의 ‘완전한’ 정지 내지 거부에 해당하지 않는 쟁의수단(즉 태업)은 허용되지 않고 있다. 즉 근로자들이 전적인 임금상실의 위험을 감수하지 않으면서 사용자에게 경제적 손실을 가하는 행위는 정당한 쟁의수단이 될 수 없다고 보는 것이다. 그리고 파업에 수반하여 이루어지는 직장점거 또는 피케팅의 정당성 여부를 판단하는 논리도 전형적인 쟁의형태인 파업의 경우와는 다른 방식을 취하고 있다. 파업의 경우에는 판례에 의해 형성된 법적 개념(즉 직업적 요구를 뒷받침하기 위하여 근로자들이 단결하여 집단적으로 노무제공을 완전히 정지하는 행위)에 해당하는 한 원칙적으로 적법한 행위로 보고 그 남용이 있는 경우에 한하여 정당성을 부인하는 논리방식을 취한다. 그런데 직장점거 또는 피케팅의 경우 판례는 원칙적으로 사용자의 영업의 자유 및 계속적 취로를 원하는 파업불참 근로자의 노동의 자유를 침해하거나 적어도 그에 대한 장애가 될 수 있는 행위라는 관점에서 예외적으로 그 정당성을 인정하는 방식을 취하고 있다.

넷째, 파업권의 주체를 노동조합으로 보지 않기 때문에 파업권행사의 목적도 노사간의 자치적 교섭을 조성 내지 촉진하기 위한 것으로 되지 않으며 쟁의대상이 될 수 있는 사항도 단체교섭사항에 국한되지 않게 된다. 전형적인 근로조건의 유지·개선뿐만 아니라 고용보장 등 근로자들의 집단적 직업이익의 옹호를 위한 것이라면 사용자의 인사경영권에 속하는 사항이라도 쟁의대상이 될 수 있다. 또한 사용자로부터 특정의 이익을 적극적으로 획득하기 위한 것이 아니더라도 집단적 직업이익의 옹호를 목적으로 사용자의 결정 내지 조치에 대한 반대, 항의 또는 불만을 표출하는 파업도 허용된다. 따라서 감원, 기업구조 개편, 사업장 이전 등 사용자의 경영결정에 속하는 사항이라고 하더라도 고용안정을 목적으로 하는 파업이 허용되기 때문에 이러한 경영결정에 반대하거나 이를 제고케 하기 위한

파업의 정당성이 부인되지 않는다. 그리고 특정 근로자에 대한 전직, 징계 또는 해고와 같은 사용자의 인사조치에 반대하는 파업이라도 파업근로자들 자신과 직접적으로 관련된 집단적 직업이익을 옹호하기 위한 것이라면 사용자의 인사권행사가 정당한 것인지 여부를 불문하고 파업의 정당성이 인정된다. 다만, 집단적 직업이익의 옹호와는 아무런 관련이 없고 특정 근로자 본인의 귀책사유 때문에 정당한 인사조치의 대상이 되었음에도 해당 근로자의 개별적 이익을 옹호할 목적으로 사용자의 인사결정에 대항하는 파업은 정당하게 행사된 인사권을 침해하고 무력화하는 것이기 때문에 허용되지 않는다.

다섯째, 파업권의 행사라는 측면에서 민간부문과 공공부문간에는 큰 차이가 존재한다. 민간부문의 경우에는 파업권의 행사를 제한하는 법규정이 존재하지 않는 반면에, 공공부문의 경우에는 파업의 개시절차 및 형태에 대한 입법적 제한이 가해지고 있기 때문이다. 우선, 민간부문의 경우 파업하고자 하는 근로자들의 공통의사가 존재하여야 하고 사용자는 근로자들의 요구사항을 알고 있어야 한다는 점 이외에 파업의 개시·절차와 관련된 어떠한 제한도 없다. 법률이 제한하지 않는 사항을 단체협약이 제한할 수는 없기 때문에 근로자들의 파업권행사를 제한하는 단체협약상의 규정(예컨대, 파업예고 또는 사전분쟁조정절차조항)도 근로자들에 대한 구속력을 갖지 않는다. 다만, 파업형태의 측면에서 파업권의 남용에 해당하는 경우, 즉 파업의 성질상 통상적으로 수인될 수 있는 업무(또는 생산)의 저해를 넘어서서 기업의 운영이나 기능을 마비시키거나 기업에 과도한 침해를 가하는 경우에는 기업의 존속 자체를 저해하는 것으로 보아 그 정당성을 부인한다. 다음으로 공공부문의 경우에는 공공이익의 보호를 목적으로 법에 의해 파업예고의무 및 예고기간 동안의 사전교섭의무가 부과되고 있으며 특정 형태의 파업(즉 파상파업)이 금지되고 있다.

제 5 장

미국에서의 쟁의행위의 정당성

제1절 서 설

1. 법규의 개관

미국은 노동3권이 법률에 의해 보장되는 대표적 국가로 1935년 소위 와그너(Wagner)법으로 불리는 전국노사관계법(NLRA : National Labor Relation Act)을 제정하여 동법 제7조에서 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 근로자에게 보장하였다. 동시에 이를 저해하는 사용자의 행위는 제8조에서 부당노동행위(unfair labor practice)로서 금지하였다.

NLRA는 1947년 이른바 태프트하틀리(Taft-Hartley)법인 노사관계법(Labor Management Relations Act)으로 개정된다. 위 제7조의 노동 3권은 그대로 유지되었다. 다만, 제7조에서 단결활동 등에의 참가를 거부할 수 있는 근로자의 '소극적 권리'가 부가되었다. 그리고 위 제8조에서 (b)를 신설¹⁾, 노동조합(labor organization)의 일정한 행위가 부당노동행위로서 금지되었다.

동법은 1959년 이른바 랜드럼그린핀(Landrum-griffin)법으로 또 한차례 개정되면서 제8조(e)에서 이른바 핫카고(Hot-Cargo) 협정의 체결 등을 사용자 및 노동조합 공통의 부당노동행위로서 추가하였다. 그리고 이러한 협정의 체결을 목적으로 한 파업도 노동조합의 부당노동행위로서 제8조

1) 이것에 의해 기존 사용자의 부당노동행위는 제8조(a)로 되었다.

(b)(4)(A) 후단을 신설, 금지하였다.

2. 쟁의행위의 범주

NLRA의 규정내용을 둘러싼 전국노사관계위원회(NLRB: National Labor Relations Board) 및 미국 법원의 입장에 의하면 쟁의행위 등 단체 행동은 다음과 같은 세 가지 범주로 구별된다.²⁾

가. '보호되는'(protected) 행위로서 '적법'한 쟁의행위

(1) NLRA 제7조에 의해 보장되는 단체행동권은 '근로자'가 '단체교섭 또는 기타 상호부조 내지 상호보호(mutual aid or protection)를 위해 협동 행위(concerted activities)를 할 권리'이다. 이러한 단체행동의 개념에 포함되는 행위는 통상 '보호되는'(protected) 단체행동으로서 '적법'하게 된다. 그 주체가 근로자 개인으로 되어 있고 '상호부조 내지 상호보호'라는 광범위한 목적이 인정되는바, 이 두 가지 측면에서는 '보호되는' 단체행동으로서 적법성을 인정받을 여지가 크다. 다만, 후술하듯이 단체교섭을 위한 쟁의행위라는 목적과 관련하여 이른바 경영상 결정 등과 접목되는 지점에서 적법성이 부인될 수 있으며, NLRA가 명백히 금지하고 있는 목적이나 태

2) 한편 사용자측이 행하는 직장폐쇄에 대해 NLRA는 예컨대 조직화의 방해, 노동조합의 파괴, 단체교섭의 회피 등 위법한 목적을 위한 직장폐쇄는 사용자의 부당노동행위로서 제8조(a)(3), 제8조(a)(5), 제8조(a)(1) 위반이라고 본다. 그리고 제8조(d)의 협약종료·개정절차를 따르지 않는 직장폐쇄나 이른바 평화의무조항과 직장폐쇄 금지가 함께 규정되어 있는 상태에서 이를 위반한 직장폐쇄 실시에 대해서는 각각 단체교섭 의무위반과 협약위반이라고 본다. 문제는 이러한 위법목적이나 위법한 절차로 행해지지 않는 직장폐쇄인바, 당초 NLRB는 이른바 방어적 직장폐쇄에 한해 적법하다는 입장을 취하고 있었다. 그러나 협약교섭이 파국에 달한 시점에서 파업의 발생을 염려한 사용자가 기선을 제압하려고 행한 직장폐쇄의 적법성에 관련된 1965년의 *America Ship Building* 사건에서 그 자체가 대항수단으로서의 성격도 있었지만, 단체교섭 과정의 일부로서 방임되어야 한다는 중요한 입장을 보여준 이래 다소 완화된 판단이 내려지고 있는 상황이다. 방어적 직장폐쇄에 한해 정당성을 인정하는 우리 입법례에 시사하는 바가 적어 본고에서 사용자의 권리행사로서의 직장폐쇄는 생략하기로 한다.

양, 절차위반 등의 경우는 적극적으로 '위법'의 판단이 내려진다. 한편 단체행동의 방식과 관련하여 NLRA는 '협동행위'로만 규정하고 있어 그것이 정의행위인가 노동조합활동인가의 엄밀한 구분은 행하지 않는다. 파업이나 피케팅 등은 물론 노동조합의 집회, 전단배포 등 다양한 활동을 포함하는 개념이다.

(2) '보호되는' 단체행동이라는 의미는 NLRA 제8조에서 규정하고 있는 부당노동행위금지규정에 의해 보호된다는 것이다. 사용자가 근로자의 단체행동 자체에 대해 '간섭·방해·위압'을 행하는 경우에는 제8조(a)(1) 위반이 성립한다. 사용자의 부당노동행위는 궁극적으로 근로자의 제7조의 권리를 침해하는 효과를 가지기 때문에 제8조(a)(1)은 독립적인 부당노동행위 유형이자 사용자의 부당노동행위에 관한 총괄규정으로서의 기능을 가진다. 이러한 의미에서 사용자가 근로자의 단체행동을 이유로 해고와 징계처분 등을 행하면, 제8조(a)(1) 위반임과 동시에 '채용이나 고용조건에 관한 차별에 의하여 노동조합의 조합원일 것을 억제 또는 장려하는 것'에 해당하여 제8조(a)(3) 위반의 차별도 성립할 수 있다.

이 경우 당해 근로자 또는 노동조합은 NLRB에 구제신청 및 재심신청을 행할 수 있다. 재심의 결과 구제대상으로 인정되면 NLRB는 소급임금(back pay) 지급 및 복직을 내용으로 하는 최종적인 명령(final order)³⁾을 내린다. 이러한 최종명령에 대해서 연방항소법원에 취소를 구하는 소송을 제기할 수 있는 길이 열려 있다(NLRA 제10조(f)). 한편 이러한 최종명령은 스스로 집행력을 갖지 않기 때문에 연방항소법원에 집행력 부여의 신청을 하여 법원의 사법심사를 통해 강제력을 인정받을 수 있다. 이것이 인정되면 이를 위반한 자는 법원모독죄로 처벌받는다.

한편 태프트하틀리법에서부터는 최종명령이 내려지기 전이라도 신속한 사건처리가 특별히 필요한 사건에서는 NLRB가 구제절차의 진행중에 연방지방법원에 임시적인 금지를 명하는 것을 구하는 잠정적 금지명령(injunction)이 내려질 수 있다(NLRA 제10조(l) 및 (j)).⁴⁾

3) 구제기각의 최종명령도 가능하다.

4) 자세한 내용에 대해서는 김재훈·김홍영, 『노동위원회 구제명령의 실효성 확보방안』, 한국노동연구원, 1999, 참조.

(3) ‘보호되는’ 단체행동은 ‘적법’하기 때문에 당해 근로자 또는 노동조합은 형사상 면책을 받는다. 이른바 보통법(common law)상의 공모죄 성립과 관련하여 1842년 Commonwealth v. Hunt 사건⁵⁾에서 “단결의 목적이 정당하고 수단도 적법하다면 공모죄가 성립되지 않는다”는 이른바 ‘수단과 목적의 평가(Means-Ends Test)’ 법리를 제시한 이래, 목적과 수단 중 어느 하나의 불법성이 인정되는 ‘위법’한 정의행위에 대해서만 형사상 공모죄가 성립한다고 보고 있다. 즉, 이 판결은 단체행동에 대해서 형사상 공모를 인정하기 위해서는 최소한 불법적인 목적이나 불법적인 수단 중 어느 하나가 입증되어야 한다고 하면서 “경제적 여건을 개선하려는 근로자 단체가 정당한 수단을 통하여 적법한 목표를 추구하는 한 그것을 불법적인 것으로 볼 수는 없다”고 판시하였다.⁶⁾

위 판결을 기점으로 정의행위와 관련한 노동조합의 책임은 민사책임의 문제로 전환된다.⁷⁾ 당시 주(州) 법원은 중지명령과 손해배상에 관한 민사사건에서도 ‘수단과 목적의 평가’ 법리를 채용하였는데, 이것은 의도적으로 경제적 손해를 야기하는 것은 합법적인 목적에 의해 정당화되지 않는 불법행위가 성립된다는 이른바 일응추정(prima facie)의 원칙으로 구체화된다. 다만, 이러한 판단은 어디까지나 목적적인(teleological) 평가이었기 때문에 손해배상책임을 긍정하는 견해와 그렇지 않은 견해가 일관성 없이 제출되었다.

이 시기(와그너법 이전) 연방법원은 셔먼법(Sherman Antitrust Act)의 ‘거래제한’ 금지조항을 적용하여 노동조합 등의 손해배상책임을 인정하기도 하였다.⁸⁾ 1914년 크레이튼법(Clayton Act)의 제정으로 노동조합의 반트러스트 책임을 면제하는 근거조항이 마련되나, 그때까지 연방대법원은 노조 활동을 보호하는 크레이튼법의 조항을 좁게 해석하였다. 이를 둘러싼 여론의 비판이 비등해지자 1932년 의회는 노리스라가디아법(Norris-LaGuadia

5) Commonwealth v. Hunt, 45 Mass.(4 Met.) 111, (1842).

6) Juris G. Getman & Bertrand B. Pogrebin, *Labor Relations : The Basic Processes Law and Practice*, The Foundation Press, 1988, p.222 참조.

7) Douglas L. Leslie, *Labor law in a Nutshell*, 1992, p.1.

8) 이것은 후술하듯이 주로 2차적 보이콧 등 분쟁과 무관한 제3자를 끌어들이는데 대한 위법판단이었다.

Act)을 제정, 비폭력적인 노동분쟁에 대한 일시적 또는 영구적 금지명령을 내리는 법원의 권한을 폐지하였다. 요컨대 단순한 피케팅과 노무제공 거부와 같은 행위에 대해서는 법원의 금지명령이 배제된 것이다. 그리고 이러한 태양에 대해서는 민사면책도 함께 인정된다.

미국에 있어서는 이른바 가몬(Garmon)법리로 대표되는 선점(preemption) 법리가 확립되어 있다. 1950년의 Garmon 사건⁹⁾은 조직화되지 않은 회사 노동조합이 유니온 쉐 협정의 체결을 요구하며 평온한 피케팅을 진행하였던 사례이다. 이에 대해 회사측이 주 법원에 소송을 제기하였고 주 법원은 NLRA의 보호대상에 포함되지 않고 제8조(b)(2)의 노동조합의 부당노동행위에 해당한다고 보아 주법상의 노동법규 위반 및 불법행위의 성립을 인정하여 금지명령과 손해배상을 명하였던 사례이다.

이에 대해 연방대법원은 “노동조합의 활동이 연방법의 적용을 받는 경우에는 연방노동위원회에 우선적·배타적 관할권이 인정된다”는 선점법리를 제시하며, NLRB가 대상으로 하는 행위에 대해서는 주법의 개입은 어떠한 형식으로도 배제된다고 보았다. 구체적으로는 NLRA 제7조에 의해 분명히 보호되는 행위나 제8조에 의해 분명히 금지되는 행위는 물론, 이상에 의해 보호되는지 아니면 금지되는지 불분명한(arguably) 행위에 대해서도 NLRB의 1차적 판단권한이 존중되어야 하기 때문에 이에 대한 주법원의 관할권은 부정된다고 하였다. 본 건의 행위는 바로 후자의 경우에 해당하는바 주법원의 금지명령이나 손해배상명령은 인정되지 않는다는 것이다. 이로써 민사면책이 확실히 인정되게 되는 것이다.

다만, 동 판결은 이러한 선점법리에 대해 두 가지의 예외를 인정하고 있다. 첫째는 당해 사항이 노동조합 내부문제와 같이 NLRA에 있어서 주변적인 관심대상(peripheral concern)에 불과한 경우,¹⁰⁾ 또는 지역적인 감정 및 책임(local feeling and responsibility)에 깊이 뿌리박고 있거나 명예훼손이나 고의에 의한 정신적 고통을 야기하여 악질적인 사례¹¹⁾로 보이는

9) San Diego Bldg. Trades Council v. Garmon, 359 U.S. 236(1959).

10) International Association of Machinists v. Gonzales, 356 U.S. 617(1958) ; Amalgamated Ass'n of Street, Elec. Ry. & Motor Coach Employees v. Lockridge, 403 U.S. 274(1971).

경우가 그것이다. 선점을 면하게 되면 손해배상책임을 부담하게 될 수 있다. 후자의 경우는 대체로 NLRA에 의해서도 위법의 평가를 받게 되지만, 전자의 경우는 NLRA의 보호를 받는 경우에도 손해배상책임을 부담할 수 있다는 점에서 적잖은 논란거리가 되고 있다.

나. ‘보호되는’ 행위는 아니지만 ‘적법’한 쟁의행위

(1) 한편 NLRA 제7조에서 보장되는 근로자의 단체행동이 아니라고 해서, 즉 제7조의 보호 밖에 있다고 해서 반드시 ‘위법’한 것은 아니다. 이것은 대개 쟁의행위의 태양과 관련되는바 대표적인 예가 태업과 같은 ‘부분 파업’(partial strike)의 경우이다. Insurance Agents 사건¹²⁾에서 “노동조합이 행한 태업적 전술은 그 자체가 성실교섭의무에 위반된다”는 주장에 대해 법원은 이를 받아들이지 않았다. 연방대법원은 노사 상호간의 경제적 압력수단이 자유로운 단체교섭의 본질적 요소인 것을 강조하여, NLRA에 의해 명시적으로 금지되지 않는 한, 양당사자는 본래 자유롭게 전술을 구사할 수 있다는(NLRB가 개개의 전술의 당부에 대해 개입해서는 안된다) 판단을 보여주었다.

즉 ‘부분파업’ 등은 NLRA 제7조에서 말하는 단체행동의 범위에 포함되지 않지만 위법하지는 않다. 노사 양자에게 경제적 압력행위의 응수로서 허용되는 단체교섭 과정의 일부로서 소극적인 의미에서의 권리로 방임되고 있는 것이다.

(2) 그러나 이것은 NLRA 제7조에서 말하는 ‘보호되는’ 단체행동이 아니기 때문에 NLRA 제8조에서 규정하고 있는 부당노동행위 규정이 적용되지 않는다. 이러한 행위에 대해 사용자가 해고나 징계처분을 행하더라도 부당노동행위 구체절차를 통한 보호를 받을 수는 없다.¹³⁾

11) Linn v. Plant Guard Workers Local 114, 383 U.S. 53(1966) ; Farmer v. United Bhd. of Carpenters & Joiners Local 25, 430 U.S. 290(1977).

12) NLRB v. Insurance Agents' International Union, 361 U.S. 477(1960), 199쪽 참조.

13) Eld Lumber Co., 91 N.L.R.B. 333(1950) NLRB v. Blades Mfg. Corp., 344F. 2d 998(8th Cir., 1965).

(3) 다만, ‘적법’한 행위로서 민·형사면책 등의 효과는 가진다. 민사면책과 관련하여 예외가 있을 수 있다는 점은 앞서 지적한 바와 같다.

다. ‘보호되는’ 행위가 아닐 뿐 아니라 ‘위법’한 쟁의행위

(1) 앞서의 논의에서도 분명하듯이 쟁의행위의 ‘태양’ 그 자체가 폭력·위협 등의 불법적 실행행사를 통해 이루어지는 경우나, 쟁의행위의 ‘요건·절차’ 등에 있어서 이를 정한 단체협약이나 NLRA의 관련규정을 위반한 경우에는 ‘위법’한 쟁의행위가 된다.

(2) 특히 NLRA가 명백히 위법한 것으로 금지하고 있는 것은 테프트하틀리법과 랜드런그린핀법으로 개정된 이래 인정되고 있는 노동조합의 부당노동행위이다. 노동조합(또는 그 대리인)에 의해 이루어지는 단체행동이 제8조(b)에서 부당노동행위로 정하는 목적과 태양인 경우에는 NLRA 제7조의 ‘보호되는’ 행위가 아닐 뿐 아니라 ‘위법’하다.

① 노동조합 및 그 대리인이 직접 사용자(1차적 사용자)와 그에 고용되어 있는 근로자 개인에 대해서, 또는 2차적 사용자 및 그에 고용된 근로자에 대해서 행하는 행위로서 ‘위법’하게 되는 부당노동행위는 다음과 같다.

- 제8조(b)(1) : (A) 노동조합의 결성·운영·단체교섭·단체행동 등의 권리(제7조)의 행사에 관해 근로자에게 간섭·방해 또는 억압하는 행위, (B) 사용자의 교섭대표의 선출에 관해 방해·억압하는 행위
- 제8조(b)(2) : 사용자에게 제8조(a)(3)의 차별대우를 유발하거나 시도하는 행위
- 제8조(b)(3) : 사용자와의 단체교섭을 거부하는 행위
- 제8조(b)(4) : 파업·피케팅 등의 압력행위가 (A) (사용자단체에로의 참가강제 및)¹⁴⁾ 제8조(e)가 금지하는 핫카고(Hot-Cargo)협정의 체결, (B) 2차적 보이콧, (C) 인

14) 이것은 사용자의 행위와 관련된 것인바, 본고와는 직접적인 관련이 없다.

증된 다른 교섭대표가 있음에도 불구하고 교섭요구, (D) 작업 차별배정 등을 목적으로 (i) (물건의 취급 거부와 노무의 제공거부를 행하는 것, 혹은) 주(州)간의 통상에 종사하는 자에게 고용된 자에게 이러한 행위를 행하도록 권장하는 것과, (ii) 주(州)간의 통상에 종사하는 자에게 협박·위압·방해를 행하는 것.

- 제8조(b)(5) : 유니온 슝 협정 아래 과중하거나 차별적인 회비의 요구
- 제8조(b)(6) : 이행되지 않은 노무에 대한 금원지급의 강요(feather-bedding) 행위¹⁵⁾
- 제8조(b)(7) : 단체교섭 대표가 아닌 노동조합의 승인요구 피케팅 행위

② 그리고 사용자 및 노동조합 공통의 부당노동행위 사유로 다음이 규정되어 있다.

- 제8조(e) : 이른바 핫카고(Hot-Cargo) 협정의 체결¹⁶⁾

15) 이것은 근로자 각자의 직장을 지키기 위해 실제 필요인원보다도 많은 자를 고용하게 하고 역으로 각자의 업무의 양과 능률을 제한하는 등의 행위의 총칭이다. NLRA 제8조(b)(5)는 이러한 행위 가운데 ‘이행되지 않은 노무’(services which are not performed or not to be performed)에 대하여 사용자에게 임금 등의 대가를 지불시키거나 또는 지불하게 하려고 하는 것을 금지하고 있다.

1953년의 American Newspaper 사건(American Newspaper Publishers v. NLRB, 345 U.S. 100(1953))은 신문광고의 판형을 각사가 공동으로 이용하고 있었으나 당해 사업장 식자공의 직장을 지키기 위해 단체협약으로 각사별로 활자를 뽑아 판형을 제작할 것을 결정하였던 사례이다. 연방대법원은 제8조(b)(5)가 금지하는 것은 ‘이행되지 않은 노무’에의 대가지불인데 본 건은 노무가 이행되고 있는 것이어서 이에 해당하지 않는다(그것이 대가에 상당하는 업무인가 여부는 노사간 교섭에서 결정되어야 할 문제로 NLRA는 관여하지 않는다)고 판단하였다.

Gamble Enterprises 사건(NLRB v. Gamble Enterprises, Inc., 345 U.S. 117 (1953))은 음악연주자 노동조합이 극장에 대해 다른 곳의 연주자가 공연을 하는 경우 그 전후 및 중간 휴식시간에 본 노동조합 소속의 연주자를 사용할 것을 요구하였다. 이에 대해 연방대법원은 ‘이행하지 않은 노무’에의 대가를 구하는 것이 아니라 는 이유로 제8조(b)(5) 위반의 성립을 부정하였다.

16) 제8조(b)(4)(A) 후단이 협정의 체결을 목적으로 파업, 피케팅 등을 행하는 것을 금지하는 것이라면, 이것은 그러한 협정의 체결 자체를 부당노동행위로서 금지하는 것이다.

③ 이 중 노동조합이 행하는 쟁의행위와 관련된 것으로, 부당노동행위로서 '위법'하게 되는 것은 제8조(b)(1)(A), 제8조(b)(4), 제8조(b)(7)의 경우이다. 이것은 모두 목적과 태양측면에서 '위법'의 평가를 받는 것이다.

(3) 이러한 노동조합의 부당노동행위를 당한 1차적 사용자 및 2차적 사용자와 그에 고용되어 있는 근로자는 부당노동행위 구제절차에 의한 보호를 받을 수 있다. 특히 제8조(b)(4)에서 규정하고 있는 이른 바 2차적 압력행위에 대해서는 부당노동행위 구제절차가 진행되는 중이라도 지방지국이 연방지방법원에 임시적인 금지를 명하는 것을 구하는 잠정적 금지명령절차를 진행할 수 있다(NLRA 제10조 (1)).¹⁷⁾

4) 한편 이러한 행위는 '위법'하기 때문에 민·형사상의 면책을 받을 수 없음이 원칙이다. 특히 테프트하틀리법은 잠정적 금지명령절차를 진행할 수 있는 2차적 압력행위에 대해서는 이로 인하여 손해를 받은 자가 손해배상을 구하여 연방지방법원에 소를 제기하는 것을 인정하고 있다(테프트하틀리법 제303조). 제8조(b)(7) 위반에 대해서는 이러한 연방법상의 손해배상책임이 명시적으로 인정되지는 않지만, 앞서 논의에 의할 때 NLRB에 의해 손해배상책임이 인정되는 것이 일반적일 것이다. 그리고 테프트하틀리법은 노동조합이 평화의무조항에 위반한 경우 등 협약위반에 대하여도 당해 사용자가 손해배상을 청구하는 것이 가능하다고 규정하고 있다(테프트하틀리법 제301조).

3. 논의의 틀

미국에 있어 쟁의행위에 대해 차별적 취급이 이루어지는 것은 그것이 '적법한' 쟁의행위인가 여부에 달려 있다. 우리 나라에서는 '정당한' 쟁의행위인가 여부에 따른다. '정당한' 쟁의행위로 인정되면 민·형사면책이 인정된다는 점에서 보면 미국에 있어 '적법한' 쟁의행위는 곧 우리 나라의 '정당한' 쟁의행위라고 보아도 무방하다.

17) 자세한 내용은 김재훈·김홍영, 앞의 책.

다만, 미국에서 있어서는 ‘적법한’ 쟁의행위 중 ‘보호되는’ 행위만이 NLRA 제8조에 의한 부당노동행위구제 절차의 보호를 받는 점이 우리나라와 다른 점이다. 우리나라에 있어서는 ‘정당한’ 쟁의행위에 참가한 것 등을 이유로 불이익을 주는 사용자의 행위는 곧 부당노동행위에 해당하기 때문이다(노동조합및노동관계조정법 제81조 이하).

따라서 이하 논의에 있어서는 우리나라의 비교 편의 및 일관성 유지를 위해 쟁의행위의 ‘정당성’ 여부의 문제로 치환해 접근한다. 다만 구체적 내용의 서술에 있어서는 미묘한 차이를 고려하여 미국 고유의 분류틀을 따르는 것으로 한다.

또 한 가지 주의해야 할 점은 우리나라와 달리 미국에 있어서는 무엇이 쟁의행위인지 여부의 논의는 불필요하며 전혀 행해지지 않는다는 점이다. 따라서 불가피하게 우리나라에 있어 쟁의행위로서 정당성 논란의 대상이 되는 사항들을 먼저 추출하고 그에 관한 미국의 NLRB 및 법원의 입장을 살펴보고 있다는 점을 밝혀 둔다.

제2절 주체면에서의 정당성

NLRA 제7조는 ‘보호되는’ 쟁의행위를 ‘단체교섭 기타 상호부조 내지 상호보호를 위해 근로자가 행하는 협동행위’라고 규정하고 있다. 따라서 집단으로서의 근로자를 염두에 두고 있기는 하나, 그렇다고 하여 그것이 행위 자체를 집단적으로 행해야만 하기 때문은 아니다. 법문상의 표현도 ‘협동행위’라고 광범위하게 규정하고 있을 뿐이다. 같은 이유에서 반드시 노동조합의 존재가 전제되지도 않는다. 엄밀한 의미에서 쟁의행위의 주체는 ‘근로자 개인’으로 규정되어 있다.

1. 근로자 개인의 행위

NLRA 제7조는 ‘단체교섭 기타 상호부조 내지 상호보호’를 위해 ‘근로자’가 행하는 ‘협동행위’를 널리 단체행동으로 규정하고 있는바, 어떤 근로자가 단독으로 행하는 행위도 다른 근로자를 대표하여 사용자에게 항의하는 경우와 같이 근로자집단의 의사에 근거하는 것이면 단체행동에 포함된다. 또한 다른 근로자의 집단적 행동을 촉구하기 위해 단독으로 출선하여 행동하는 경우도 단체행동으로 인정된다. 즉 단체행동으로서의 성격, 다른 근로자와의 ‘관련성’이 인정되면 근로자 개인의 행위도 정의행위로 인정된다.

NLRB는 단체협약이 체결되어 있는 사업장에서 개별 근로자가 사용자에게 단체협약을 준수시킬 목적으로 행하는 행위는 그 협약해석이 옳은 것인가 아닌가는 별론으로 하고 제7조의 보호범위 내로 보려는 입장이다. 협약상 권리는 단체교섭의 계속으로의 성격을 가지고 다른 근로자에게도 영향을 주는 것이기 때문이다.

대표적인 사건으로 City Disposal 사건¹⁸⁾이 있다. 동 사건은 트럭운전사가 브레이크 고장으로 인한 사고의 위험이 있다는 이유로 운전을 거부하여 사용자에게 의해 해고되었던 사례이다. NLRB는 단체협약에 “운전사는 안전에 문제가 있는 차량의 운전을 강제받지 않는다는 규정”이 있는바 ‘보호되는’ 단체행동이라고 판단하고 제8조(a)(1) 위반의 성립을 인정하였다. 항소법원은 이것을 다른 근로자와 무관한 개인적 행위에 불과하다고 하여 단체행동성을 부정하였지만 연방대법원은 이를 파기하고 NLRB의 주장을 지지하였다.

나아가 NLRB는 사용자의 안전위생법령 위반을 추급하는 행위에 대해서는 다른 근로자의 묵시적 동의가 있는 것으로 보아 ‘단체행동’으로 보아야 한다는 견해¹⁹⁾를 보였으나, 현재는 인정되지 않고 있다.²⁰⁾

18) NLRB c. City Disposal Systems, Inc., 465 U.S. 822(1984).

19) Alleluia Cushion Co., 221 N.L.R.B. 999(1975).

20) Meyers Industries, 268 N.L.R.B. 493 (1984) ; Meyers Industries, 281 N.L.R.B. 882

2. 비조직근로자의 행위

쟁의행위는 ‘근로자’가 ‘상호부조 내지 상호보호’를 위해 행하는 협동행위를 널리 포함하는 것인바 노동조합의 존재 역시 전제되지 않는다.

1962년 Washington Aluminum 사건²¹⁾은 노동조합이 존재하지 않는 공장의 근로자들이 동절기에 난방장치가 제대로 작동하지 않아 추위에 불만을 가지고 있던 중 극도의 한파가 닥치고 난방장치마저 고장나자 집단적으로 직장을 이탈하였고 사용자가 이를 이유로 해고하였던 사건이다. NLRB는 이 사건을 제7조의 보호를 받는 단체행동으로 보아 제8조(a)(1) 위반의 성립을 인정하였고, 연방대법원도 이를 지지하였다.

판지에 의하면 본건 근로자들은 노동조합을 조직하고 있지는 않았지만 미해결상태로 남아있던 근로조건에 관한 개별적 불만이 집단적인 행동으로 전환된 것이어서, 제7조의 ‘단체행동’으로 인정된다는 것이다. 사전에 사용자에게 대하여 명확한 요구를 제시하지 않았더라도 무방하며, 사용자측의 무허가 직장이탈은 취업규칙위반이라는 주장 역시 보호되는 단체행동인 이상 근로자에 대한 해고는 허용되지 않는다는 입장에서 채택하지 않았다. 그리고 연방대법원은 행동의 목적과 태양에 있어서도 제7조의 보호를 부정해야 할 사정이 없고 오히려 현대사회에서는 허용되지 않는 열악한 조건을 시정하기 위한 행위인 것으로 적법하다고 판단하였다.

제3절 목적면에서의 정당성

앞에서 보았듯이 NLRA 제7조는 근로자 개인이나 비조직근로자들에 의해 이루어지는 행위라 하더라도 그것이 다른 근로자와 ‘관련성’이 인정되

(1986).

21) NLRB c. Washington Aluminum Co., 370 U.S. 9(1962).

면 보호되는 단체행동으로 보고 있다. 여기서 다른 근로자와의 ‘관련성’은 결국 그 행위의 목적이 ‘단체교섭 기타 상호부조 내지 상호보호’를 위해 행해졌는가의 판단인바, 행위의 ‘목적’은 단체행동성의 판단에 있어 중요한 기준이 된다.

1. 단체교섭을 위한 쟁의행위

법문상 분명하듯이 쟁의행위가 ‘단체교섭’을 목적으로 행해지는 경우에는 보호되는 단체행동으로서 적법하다. 그리고 ‘단체교섭’(bargain collectively)의 의미에 대해서는 NLRA 제8조(d)가 “임금, 근로시간 및 기타 고용 제조건(wages, hours and other conditions of employment), 또는 협약의 교섭 내지 그 과정에서 발생하는 모든 문제에 관하여, 합리적 시기에 만나서 협의한다(to meet and confer)고 하는 … 상호 의무의 이행, 그리고 일방 당사자가 요구하는 경우에는 도달된 합의를 구체화한 서면 협약의 작성”으로 정의하고 있다.

그런데 여기서 구체적인 교섭대상으로 정하고 있는 ‘임금, 근로시간 및 기타 고용 제조건’의 의미 내지 그 범위가 분명하지 않다. 이를 둘러싸고 그 범위를 좁게 잡는 입장과 넓게 해석하는 입장이 대립된다. 단체교섭의 대상사항이 좁게 해석된다면 이를 둘러싼 단체교섭의 거부가 부당노동행위가 되고 그것을 이유로 한 쟁의행위가 적법하다고 판단할 수 있는 범위 역시 좁아질 수밖에 없다.

한편 위 단체교섭의 대상사항으로 인정된다 하더라도 그것을 이유로 한 쟁의행위가 언제나 적법한 것은 아니다. 미국의 경우 특징적인 태도라도 할 수 있는 이른바 단체교섭의 대상사항에 관한 삼분체계, 그리고 쟁의행위의 중국성 등에 대한 이해가 필요하다.

가. 단체교섭 대상에 관한 삼분체계와 쟁의행위의 적법성 여부

미국은 1958년 Borg-Warner 사건²²⁾ 이래 단체교섭의 대상사항에 대해 미연방대법원이 채택한 ‘의무교섭대상’(mandatory bargaining subject), ‘임

의교섭대상’(permissive bargaining subject), ‘금지(위법)교섭대상’(prohibitive or illegal subject)의 삼분체계를 주된 골격으로 하고 있다.

Borg-Warner 사건은 사용자가 협약체결의 조건으로서 ① 노동조합이 파업을 행할 경우 사전에 단위 내 모든 근로자에 의한 투표를 의무적으로 거쳐야 한다는 조항, ② 근로자의 교섭대표로서 인증을 받은 전국노동조합이 아닌 지부노동조합을 승인하는 조항을 끝까지 고집했던 사례이다. 이에 대해 연방대법원은 두 가지 조항 중 어느 조항도 근로자측이 의무적으로 교섭해야 하는 조항이 아니라고 판단하면서, 당사자간에 임의로 교섭하고 합의를 도출하는 것은 자유이지만 상대방이 반대하여 교섭하지 않더라도 무방하며 따라서 이를 끝까지 고집하는 것 자체가 오히려 단체교섭의 의무 위반이라는 견해를 보였다. 즉 동 사건은 교섭대상에는 의무교섭대상뿐만 아니라 임의교섭대상이 존재한다는 판단을 보여주었다. 또한 이러한 분류체계하에서는 단체교섭 거부의 부당노동행위 여부나 쟁의행위의 적법성 판단이 차별적임을 보여주었다.

‘의무교섭대상’은 NLRA 제8조(a)가 규정하는 ‘임금, 근로시간, 기타 고용 제조건’ 그 자체를 의미하는 것으로, ① 일방이 교섭제의를 하는 경우 타방은 의무적으로 교섭에 응하여야 하고 이를 거부할 수 없으며(거부한 경우에는 NLRA 제8조(b)(3)의 부당노동행위가 성립), ② 일단 교섭이 타결된 후에는 단체협약에 명시되기 전이라도²³⁾ 사용자의 일방적인 변경은 금지되고,²⁴⁾ ③ 다만, 이러한 대상에 대한 교섭이 파국(impasse)에 도달한

22) NLRB v. Wooster Division of the Borg-Warner Co., 356 U. S. 342(1958).

23) Jacobs Mfg. Co., 92 N. L. R. B. 1214(1951).

24) 여기서 ‘변경’은 기존 근로조건을 불이익하게 변경하는 것은 물론 유리하게 변경하는 것도 포함한다(NLRB v. Crompton-Highland Mills. Inc., 337 U.S. 217(1949) ; H. J. Heinz Co. v. NLRB, 311 U.S. 514(1941) 참조). 기본적으로 미국에서는 해고자유의 원칙이 인정되기 때문에 사용자는 근로자의 근로조건을 일방적으로 변경할 수 있는 권한을 가지고 있다. 그러나 NLRA에 의해 교섭대표가 선출되고 교섭단계에 들어간 다음에는 이에 성실히 임하여야 할 의무가 있기 때문에 이러한 권한은 제약된다. 그러나 교섭이 파국에 이른 경우에는 단체교섭을 성실히 다한 것으로 보고 위 제약은 해제되어 사용자의 변경권한이 인정되게 되는 것이다.

일방적 변경의 금지는 협약기간중에도 적용된다. 협약중에 포함되지 않는 고용조건에 대하여, 사용자가 단체교섭을 모두 일방적으로 변경을 행하면, 8조(a)(5) 위반이 성립한다.

경우에는 이러한 상태가 해소되는 등의 상황변화가 없는 한 단체교섭 거부나 쟁의행위 등을 적법하게 행사할 수 있는 사항을 말한다.

‘임의교섭대상’은 ① 일방이 교섭제의를 할 수는 있으나 타방이 이를 거부하더라도 적법한 사항으로, ② 일단 이것이 단체협약에 명시되면 사용자가 이를 일방적으로 변경할 수 없으나 단체협약에 규정되지 않은 상태에서는 교섭타결 이후라도 이를 일방적으로 변경할 수 있고, ③ 동 대상에 대해 전혀 양보하지 않은 채 계속 자신의 주장을 고집하거나 쟁의행위를 하는 것은 위법하게 되는 사항을 말한다.

‘금지(위법)교섭대상’은 ① 이러한 사항에 대해 교섭제이나 교섭행위, 단체협약 체결행위 모두가 위법한 것으로 금지되며, ② 따라서 그 대상을 규정한 단체협약규정 역시 무효이고, ③ 이를 대상으로 하는 쟁의행위 역시 위법한 사항을 말한다.

요컨대 미국은 단체교섭의 대상으로 요구하는 사항 중 ‘의무교섭대상’으로 일컬어지는 사항에 한해 쟁의행위까지 나아갈 수 있으며, 그것도 당해 단체교섭이 파국에 달한 경우에 한한다는 입장을 취하고 있다.²⁵⁾ 다만, 태업과 같은 부분파업의 형태는 파국에 이르기 전 교섭과정에서도 가능하다고 보인다. 1960년의 Insurance Agents 사건²⁶⁾은 교섭과정에서 노동조합측이 태업적 쟁의전술을 구사한 사례였다. 이에 대해 NLRB는 성실교섭의무 위반의 부당노동행위라고 판단하였다. 그러나 연방대법원은 경제적 압력수단의 행사는 자유로운 단체교섭의 본질적 요소로서 성실교섭의무와 모순되지 않고, NLRB가 쟁의전술의 당부에 관해 규제를 가하는 것은 결과적으로 협약의 실제적 내용을 좌우하는 것으로 부당하다는 입장에서 이를 인정하지 않았다.

25) 이러한 삼분체계에 대해서는 그동안 교섭과정을 경직화시켰다는 등의 비판과 이를 지지하는 찬성 의견이 대립되어 왔지만 여전히 유효하다. 대략적 비교와 관련문헌을 참고하고자 하는 경우에는 이상윤(1993), 「단체교섭대상의 정립방안: 미국의 단체교섭대상의 분석을 중심으로」, 『노동법연구』, 제3호, 252~254쪽 참조.

26) NLRB v. Insurance Agents' International Union, 361 U.S. 477(1960).

나. 적법한 쟁의행위가 가능한 의무교섭대상의 범위

그렇다면 쟁의행위로 나아갈 수 있는 ‘의무교섭대상’은 무엇인가. 이에 대해 NLRA 제8조(d)가 단체교섭의 대상으로 정하고 있는 “임금, 근로시간 및 기타 고용 제조건”이 의무교섭대상이라는 점에 대해서는 이론이 없다. 대부분의 주들도 ‘임금, 근로시간 및 근로조건’ 등으로 규정하여 NLRA와 동일 또는 유사하게 규정하고 있다.

그러나 ‘임금, 근로시간 및 임금관련 후생’ 등으로 규정하여 NLRA보다 좁게 규정하는 주 입법²⁷⁾나 ‘고용관계’(employment relation) 등으로 규정하여 NLRA보다 상당히 포괄적인 용어로 규정하는 주 입법²⁸⁾도 발견된다. 또한 그 표현방식에 있어서도 단순히 “...에 관한 교섭을 할 수 있다”, “교섭대상은 ... 와 같다”, “관리권한에는 ...이 포함된다” 등으로 불분명하게 규정하는 예가 일반적이어서 과연 여기서 규정하는 사항이 ‘의무교섭대상’인지 여부가 불명확하다.

대체로 판례는 임금, 근로시간 외에 ‘기타 고용 제조건’으로서 기본적인 근로조건 외에 안전위생, 작업환경은 물론이고, 휴가와 보너스, 기업연금, 의료보험, 일시해고(lay-off), 고충·중재절차²⁹⁾, 선임권, 스톱(stop)제, 노동조합비 공제(check-off)협정, 평화의무(no-strike)조항, 단체교섭의 절차³⁰⁾ 등을 의무교섭대상으로 인정하고 있다.

27) Ind. Code Ann. Sec. 20-7, 5-1-4(Burns 1992).

28) Or. Rev. Stat. Sec. 243. 650(4)(1991).

29) NLRB 제8조(d)는 노동협약의 성립후에도 양당사자가 ‘협약하에서 발생하는 모든 문제’에 대해서 단체교섭의무를 부담하는 것을 정하고 있다. 따라서 협약의 해석적용을 둘러싼 분쟁이 발생한 경우에는 단체교섭의 대상이 된다. 그러나 오늘날 대부분의 협약에 ‘고충·중재절차’(grievance and arbitration procedure)가 만들어졌고, 협약의 해석적용을 둘러싼 문제는 모두 그 안에서 처리한다는 취지가 합의되어 있다. 따라서 실제 이와 관련하여 단체교섭이 문제가 되는 경우는 거의 없다. 한편, 노동조합의 고충절차를 추진할 것인가 여부를 판단함에 필요한 정보를 사용자가 제공하지 않는 경우는 단체교섭 의무위반이 성립할 수 있다(NLRB v. Acme Industrial Co., 385 U. S. 432 (1967)).

30) 공장 내의 카페테리아에서 외부의 업자가 공급하고 있는 식품 가격에 대하여, 사용자의 단체교섭의무를 긍정한 판례로는 Ford Moter Co. v. NLRB, 441 U.S. 488 (1979)이 있다.

이에 반해 위 Borg-Warner사건에서 문제가 된 2개의 조항, 협약위반에 대비한 보증의 제공, 부당노동행위 사건의 화해, 감독자와 퇴직자 등 근로자가 아닌 자에 대한 문제, 교섭단위의 확정 등은 ‘임의교섭대상’으로 보는 것이 일반적이다. 그리고 교섭을 요구하는 것 자체가 위법하게 되는 ‘금지(위법)교섭대상’에는 클로즈드숍(closed-shop)조항과 핫카고(hot-cargo)조항과 같은 것이 거론된다.

의무교섭대상인가 아닌가를 둘러싸고 가장 논란이 많은 것은 이른바 사용자가 행하는 경영상의 결정과 관련된 것이다. 이에 대해서는 항을 달리 하여 논하기로 한다.

다. 경영상 결정, 관리권한 또는 정책사항 등

사용자가 경영주체로서 일반적 권한을 가지고 있는 경영상 결정, 관리권한 또는 정책사항 ‘자체’가 ‘의무교섭대상’인지 여부에 대해서 미국 법원의 입장은 대체로 소극적이었다.

비교적 초기단계의 판례들을 중심으로 NLRA 및 각주의 법에 규정된 사항만이 ‘의무교섭대상’이고 경영상 결정, 관리권한 또는 정책사항에 속하는 것은 ‘임의교섭대상’ 또는 ‘금지교섭대상’에 해당한다고 보았다.³¹⁾ 극단적인 예로 뉴저지에서는 의무교섭대상과 금지교섭대상의 중간 영역이라고 할 수 있는 임의교섭대상 자체를 허용하지 않는다.³²⁾ 고용 제조조건(tages, hours and other conditions of employment)으로서 법에 규정된 사항은 ‘의무교섭대상’이고 정부정책(government policy) 등은 ‘금지교섭대상’일 뿐 그 중간 영역의 ‘임의교섭대상’은 존재하지 않는다고 보았다. 나아가 State College Education Association 사건³³⁾에서 펜실베이니아 주법원은 ‘관리권한’을

31) Bettendorf Community School District and Dubuque Community School District(Bettendorf Dubuque)(PERB 1976) Case Nos. 598 & 602.

32) Teaneck Bd. of Educ. v. Teaneck Teachers Ass'n, 94 N. J. 9, 462 A. 2d 137(1983) ; NJSFT-AFT/AFL-CIO v. State Bd. of Higher Educ., 91 N. J. 18, 449 A. 2d 1244(1982) ; Board of Ed. of Woodtown-Pilesgrove Regional School Dist. v. Woodtown-Pilesgrove Regional Ed. Ass'n, 81 N. J. 582, 410 A. 2d 1131(1980).

33) State College Education Association v. Pennsylvania Labor Relations Board, Pa.

“내재적 관리정책사항(matters of inherent managerial policy)”³⁴⁾으로 규정하고 있는 주법을 확대 해석하여 ‘관리권한’에 포함되는 21개 사항을 ‘금지교섭대상’으로 판시하였다. ‘의무교섭대상’으로서의 ‘근로조건’은 보통법(common law)상 또는 정책상 내재적으로(inherent) ‘관리권한’을 배제한다는 것이다.³⁵⁾

그러나 이러한 시각에도 불구하고 그것이 근로자의 ‘임금, 근로시간 및 기타 고용 제조건’과 연관되어 이에 영향을 미치는 경우에는 입장이 다르다. 극단적인 예로 San Mateo City School District v. PERB 사건³⁶⁾에서 캘리포니아주 연방법원은 캘리포니아 주법이 “단체교섭대상으로 열거되지 않은 사항은 단체교섭대상이 될 수 없다”고 명문으로 규정하고 있음에도 불구하고, 주법에 열거되지 않은 사항도 단체교섭의 대상이 될 수 있다고 판단하였다. 한편 법률에 열거되지 않은 사항도 열거된 사항과 유사한 성격인 경우에는 ‘의무교섭대상’이 될 수 있다는 등의 판단이 내려진 사례도 있다.³⁷⁾

이러한 판단의 배경에는 주로 ‘연관성 기준(Relation Test)’, ‘영향성 기준(Effect Test)’, ‘균형성 기준(Balancing Test)’ 등이 작용하였다.

‘연관성 기준’은 특정사항이 ‘임금, 근로시간 및 기타 고용 제조건’과 ‘경영상 결정, 관리권한 또는 정책사항’ 중 어느 것과 더욱 밀접하게 연관되어 있는가를 판단하여 전자에 밀접하게 연관되어 있는 경우에는 ‘의무교섭대상’에 해당하나³⁸⁾, 후자에 밀접하게 연관되어 있는 경우에는 ‘의무교섭대상’에 해당하지 않는다³⁹⁾는 것이다.

Commw. Ct. 229, 306 A. 2d 404(1973).

34) Pa. State. Ann. Tit. Sec. 1101. 702(Purdon 1991).

35) “Report of the Committee on State and Local Government Bargaining, State and Local Government Bargaining”, *The Labor Lawyer*, 434(1989) ; School Dist. of Seward Educ. Ass’n v. School Dist., 188 Neb. 772, 199 N.W. 2d 752, 759(1972).

36) 33 Cal. 3d 850, 663 P. 2d 523(1983).

37) Southfield Police Officers Ass’n v. City of Southfield, 445 N.W. 2d 98, 433 Mich. 168(1989).

38) Los Angeles County Dept. of Public Service and Dept. of Personnel. 33 cal. App. 3d 1, 108 Cal. Rptr. 625(1973).

39) School Dist. of Drummond v. Wisconsin ERC, Case No. 17251-B, Bayfield Country Court, June 23, 1983, 1981-83, PBC 37, 829(21 GERR 1921).

‘영향성 기준’은 ‘경영상 결정, 관리권한 또는 정책사항’에 관한 결정이 근로자의 ‘임금, 근로시간 및 기타 고용 제조건’에 영향을 미친 경우 결정 자체는 ‘의무교섭대상’에 해당하지 않으나 ‘영향’ 부분은 ‘의무교섭대상’에 해당한다는 기준이다. 나아가 최근에는 이러한 ‘영향’뿐만 아니라 결정 자체와 분리될 수 있는 결정의 보완사항(implementation)도 ‘의무교섭대상’에 포함시키고 있기도 하다.⁴⁰⁾

‘균형성 기준’은 특정대상의 단체교섭이 근로자 및 사용자에게 제공하는 이익(또는 부담)을 비교형량하여 근로자의 이익이 더 큰 경우에는 ‘의무교섭대상’에 포함시키고, 사용자의 이익이 더 큰 경우에는 ‘의무교섭대상’에 포함시키지 않는 기준을 말한다.

이 중 현재 미국에서 가장 보편적으로 사용되고 있는 것은 ‘균형성 기준’이다. 또 일부 법원에서는 이 ‘균형성 기준’을 변형한 ‘2단계 균형성 기준’ 또는 ‘3단계 균형성 기준’을 적용한다. 예컨대, ‘2단계 균형성 기준’은 첫단계에서는 ‘연관성 기준’, ‘영향성 기준’ 등을 적용하고, 동 기준이 충족되는 경우에 둘째 단계로서 ‘균형성 기준’을 적용하는 것이다.

널리 알려진 1964년의 Fireboard 사건⁴¹⁾은 사용자가 경비절감을 위해 공장의 보수업무의 외주화를 교섭대표와 협의하지 않고(단체교섭 거부) 일방적으로 결정·실시하고 근로자들을 해고하였던 사례이다. 이에 대해 NLRB 및 연방대법원은 외주화의 결정 자체가 ‘고용 제조건’에 해당한다는 입장에서 이는 ‘의무교섭대상’에 해당하고, 따라서 이에 대한 교섭 거부는 NLRA 제8조(a)(5)에서 정한 단체교섭 거부의 부당노동행위에 해당한다는 판단을 보여주었다. 이러한 판단에는 기본적으로 동 사항이 사용자에게 주는 부담은 경비부담이지만 보수업무가 필요하다는 것 자체에는 변함이 없고 외주화로 인해 근로자에게 주는 손실이 더 크다는 ‘균형성 기준’이 전제되었다.

한편 1981년의 First National Maintenance 사건⁴²⁾은 건물의 청소·관

40) Law Enforcement Labor Servs., Inc. v. Country of Hennepin, 449 N.W. 2d. 725(Monn. 1990).

41) Fireboard Paper Products Corp. v. NLRB., 379 U.S. 203(1964).

42) First National Maintenance Corp. v. NLRB., 452 U.S. 666(1981).

리업무의 하청회사가 요금을 둘러싼 대립 때문에 고객과의 계약을 해약하고 이에 관한 노동조합의 교섭요구를 부정했던 사례이다. 이에 대해 연방대법원은 고객과의 계약을 해약하는 것 자체는 경영상 결정에 속하는 것으로 '의무교섭대상'이 아니지만 해약의 결과로서 발생하는 근로자의 해고 등의 문제는 '의무교섭대상'이라고 보았다.⁴³⁾ 이러한 판단에는 외형상 '영향성 기준'이 적용되었지만, 그 이면에는 Fireboard 사건과 달리 고객과의 요금문제는 근로자에게 주는 손실보다는 기업 자체에 주는 손실이 더 크다는 '균형성 기준'도 작용하였다. 이러한 판단은 "경영자는 수익을 올리는 사업의 경영에 불가결한 경우에 한하여 단체교섭 과정에 의한 구속으로부터 자유롭지 않으면 안된다"는 표현에 잘 나타나 있다.

요컨대 경영상 결정, 관리권한, 정책사항 등은 그것이 '임금, 근로시간 및 기타 고용 제조건' 등과 연관되거나 그것에 영향을 미치는 경우, 또한 사용자에게 주는 부담보다 근로자의 이익에 더 큰 영향을 미치는 경우 그 범위 내의 것은 '의무교섭대상'이 된다고 할 수 있다. 특히 '균형성 기준'이 전제된 사례에서는 단순한 영향 부분만이 아니라 경영상 결정, 관리권한, 정책사항 자체가 '의무교섭대상'으로 판단되기도 하였다.

한 가지 주의할 것은 이러한 경영상 결정 등과 관련하여 단체협약 내용 속에 노동조합이 단체교섭권을 포기하고 사용자에게 일방적 변경권한을 부여하는 이른바 지퍼조항(zipper clause)을 체결하는 것이 가능하다는 점이다. 이에 대해 NLRB는 매우 엄격한 태도를 취하고 있어 경영권조항에서 포기의 취지가 '명확하여 오해의 여지가 없을 것'(clear and unmistakable)을 요구하고 있다. 이러한 경우에 한해 위 지퍼조항은 효력을 가지며 그에 따라 사용자도 단체교섭의무를 면한다는 것이다.⁴⁴⁾

43) City of Boddeford Teachers Associations 사건에서도 학교의 각 학급당 교실정원의 결정이 학교 교사의 근무조건에 명백하고 중대하게 영향을 미쳤을지라도 교실정원 결정 자체는 교육정책사항(educational policy)에 해당되는 것으로서 '의무교섭대상'이 아니며 다만, 그 결정이 근무조건에 미친 영향은 '의무교섭대상'에 속한다고 판시하였다.

44) Hughes Tool Co. 사건에서 NLRB는 노조가 하청계약에 관하여 단체협약기간 동안에 일체의 교섭권한을 포기하는 조항을 협정한 상태에서 하청계약에 관한 정보제공을 요구한 경우에 대해 노조가 하청계약에 관하여 사용자에게 판단의 재량을 부여하였으므로 사용자가 그 제공을 거부하였더라도 위법은 아니라고 판정하였다(100

2. 기타 상호부조 내지 상호보호를 위한 쟁의행위

기타 협동행위로서의 성격상 ‘상호부조 내지 상호보호를 위한 행위’도 적법성이 인정된다. 이러한 목적이 인정되는 한 근로자 개인이나 비조직 근로자에 의해 이루어지는 행위도 적법하다는 점은 앞서 지적하였다.

이러한 기준에서 예컨대 노동조합에 대해 비판적인 근로자의 해고를 요구하는 쟁의행위는 그것이 노동조합의 부당노동행위에 해당할 가능성이 있을 뿐만 아니라 목적면에서 제7조의 보호대상이 되지 못한다. 쟁점이 되는 몇 가지 사항을 살펴본다.

가. 직접 사용자의 처분권한을 넘는 사항

쟁의행위의 목적은 널리 근로자의 이익을 위한 행동이면 ‘상호부조 내지 상호보호’로서 NLRA 제7조의 범위에 포함된다. 따라서 그 범위는 직접 사용자와의 관계에서의 단체교섭과 고충처리에 한정되지 않는다.

1978년의 Eastex 사건⁴⁵⁾은 사용자가 노동조합의 뉴스레터 배포를 허가하지 않은 것이 제8조(a)(1) 위반인지 여부가 문제된 사례이다. 배포는 근로자인 노동조합원이 근로시간 외에, 근로장소 밖에서 이루어졌기 때문에 태양면에서 문제가 없었고, 또 노동조합은 생산부문 근로자의 교섭대표이었다. 사용자는 뉴스레터의 내용이 ① 유니언 쉐업 협정의 금지를 명기한 주 헌법개정안에 대한 반대운동의 호소와, ② 대통령이 최저임금인상법안에 거부권을 행사하였던 것에 대한 비판과 노동측에 이해(利害)가 있는 후보

N.L.R.B. 208(1952)). 반면 Worcester Polytechnic Institute 사건에서 NLRB는 단체협약상의 “노조는 일거리의 부족 내지 다른 적법한 이유에 의하여 일시해고하는 권한, 정당한 이유에 의하여 승진, 강등, 정직, 징계, 해고처분하는 권한 ... 등에 한정하지 않고 협회가 협회를 경영하는 권한을 인정한다”라는 규정에 대해 이것이 노조가 일시해고에 대하여 고충을 제기하여 다투는 권한을 ‘명백하고 오해의 여지없이’ 포기한 것으로 볼 수 없다고 한 뒤, 따라서 사용자는 일거리 감축으로 인한 일시해고라는 자신의 주장을 입증할 재정상의 기록을 노조에게 제공할 의무를 부담한다고 판정하였다(214 N.L.R.B. 306(1974)).

45) Eastex, Inc. v. NLRB, 437 U.S. 556(1978).

자를 의회에 보내기 위한 유권자 등록의 권고라는 정치적 사항을 포함하는 것이어서, 제7조의 보호대상이 되지 못한다고 주장하였지만, 연방대법원은 이것을 받아들이지 않았다.

판지에 의하면 제7조 내에 속하는 ‘상호부조 내지 상호보호’는 타기업 근로자의 지원을 위한 행동과 입법·행정·사법의 채널을 통한 근로자 전체의 근로조건 및 지위 개선을 위한 행동도 포함한다. 그것이 직접 사용자가 처리할 수 없는 사항이라도 적법성이 부정될 수 있는 이유는 없다. 경우에 따라서는 당해 행위와 근로자의 이익과의 관계가 매우 희박해서 ‘상호부조 내지 상호보호’의 범위 내로 인정할 수 없는 경우도 있겠으나, 본건의 경우는 제7조의 보호를 받는다.

이와 같이 쟁의행위의 ‘목적’은 직접 사용자를 넘는 확대를 인정한다. 다만, 그것이 ‘보호되는’가의 여부는 행위의 목적과 태양에 따라 실질적으로 이루어진다. Eastex 사건은 어디까지나 태양면에서 전혀 문제가 없는 문서배포의 사례였기 때문에 이러한 판단이 가능하였다.

나. 동정파업 : 피켓라인의 존중

노동쟁의에서 피케팅이 행해지는 경우 쟁의의 당사자가 아닌 근로자가 이것을 존중하여 피켓라인을 넘어 근로하는 것을 거부하는 것도 상호부조 내지 상호보호를 위한 단체행동에 해당한다. 이른바 ‘동정파업’(sympathy strike)의 문제이다.

동정파업의 적법성은 당초 존중된 피케팅의 적법성에 따른다. 피케팅이 동일한 회사의 근로자에 의해 행해지고 그것이 적법하면 피케팅을 존중한 근로자도 제7조에 의해 보호되는 적법한 단체행동을 행한 것이 된다. 사용자는 통상의 파업과 마찬가지로 이 근로자를 대체하는(replace) 것도 가능하지만 그것을 이유로 해고 내지 징계처분을 할 수는 없다.

그러나 후술할 2차적 보이콧과 같이 위법한 피케팅의 경우에는 피케팅의 존중으로 행해지는 동정파업 역시 제7조의 보호를 받을 수 없다. 한편 다른 회사에서 행해지고 있는 피케팅의 경우에도 NLRB는 그 피케팅이 적법한 이상 이것을 존중하는 행위도 보호하려는 경향에 있지만⁴⁶⁾ 일반적인

라고는 말할 수 없다.

다. NLRA 제8조(b)(4) 및 제8조(b)(7) 위반의 쟁의행위

이것은 쟁의행위의 태양과도 관련되는바 후술하기로 한다.

제4절 태양면에서의 정당성

당해 쟁의행위가 주체나 목적면에서 NLRA 제7조의 보호 내의 행위로서 적법성이 인정된다 하더라도 그 태양으로 보아 동조의 보호는 물론 적법성도 부인되는 경우가 있을 수 있다.

먼저 직접 사용자와 관련하여서는, 앞서 본 주체와 목적면에서는 NLRA 제7조의 보호범위 내에 있는 적법한 쟁의행위로 인정받을 여지가 많다. 그러나 그 태양이 폭력 등의 실력행사 등에 의해 이루어지는 경우에는 NLRA 제8조(b)(1)(A) 위반으로 '위법'하게 되며, '부분파업' 등의 경우는 위법하지는 않지만 NLRA 제7조의 보호대상이 되지 못한다.

한편 NLRA 제8조(b)(4)와 제8조(b)(7)에서 명시적으로 금지하는 노동조합의 쟁의행위는 적극적으로 '위법'의 평가를 받게 된다. 후자는 직접 사용자에게 대한 관계에서 금지되며 전자는 2차적 사용자 및 그에 고용된 자에 대한 관계에서(2차적 쟁의행위) 금지되는 것이다.

이하에서는 크게 직접 사용자에게 대한 쟁의행위와 2차적 쟁의행위로 나누어 살펴본다.

1. 직접 사용자에게 대한 쟁의행위

가. 통상적인 (전면) 파업과 피케팅에 있어 위법한 태양

46) Western Stress, Inc., 290 N.L.R.B. 678(1988).

직접 사용자와의 사이에서 발생한 분쟁을 해결하기 위해 파업과 피케팅을 행하는 것은 NLRA 제8조(b)(4)(B) 단서에 의해 원칙적으로 적법하다. 그러나 파업의 태양이 직장을 점거하는 연좌파업⁴⁷⁾으로 행해지거나, 피케팅을 행함에 있어 폭력이나 시설의 안전을 위협하는 행위가 수반되는 경우에는 그 자체가 위법한 태양으로 NLRA 제8조(b)(1)(A) 위반이 된다. NLRA의 보호도 적법성도 인정되지 않는 것이다.

한편 그 과정에서 사용자의 신용을 저해하는 경우도 위법하다고 평가된다. 1953년의 Jefferson Standard Broadcasting 사건⁴⁸⁾은 지역방송국(WBT) 기사(技師)노동조합이 협약교섭이 제대로 이루어지지 않았다는 이유로 플랭카드와 문서 배포에 의한 평화적 피케팅을 행하던 중 전단(bill)을 배포한 일부 기사들이 해고된 사례이다. 전단의 내용은 WBT는 설비가 열악하여 텔레비전 프로그램을 자체 제작할 수 없고 단순히 프로그램만 내보내고 있을 뿐이라는 비판이었다. 명의인은 'WBT 기사'였고 노동조합이나 쟁의와 관련성을 유추할 수 있는 것은 없었다.

NLRB는 본건 전단 배포에 대해 제7조의 보호를 부정하고, 연방대법원도 이것을 지지하였다. 결정적 동기가 되었던 것은 이 전단이 노동쟁의와 무관한 것으로 근로자의 이익과 관계없이 단순히 WBT의 프로그램을 비난하는 것이었다는 점이다. 연방대법원은 비록 쟁의와 관련하여 노동조합 지지를 대중에게 호소하기 위한 수단이라는 점이 명확하더라도 그 태양이 악질이어서(적극적 사보타지에 가까운), 제7조의 보호를 받을 수 없는 행위(그리고 '위법')라고 판단하였다. 실제로 기업비밀의 폭로와 허위의 사실에 의한 비방중상이 이루어졌던 경우 등에 대해 '배신적'이라는 표현으로 NLRA 제7조의 보호는 물론 적법성을 부인하는 경우가 많다.

47) NLRB v. Fansteel Metallurgical Corp., 306 U.S. 240(1939).

48) NLRB v. Local 1229, IBEW(Jefferson Standard Broadcasting Co.), 346 U.S. 464(1953).

나. 제8조(b)(7)에 의해 금지되는 조직화·승인요구 피케팅

노동조합이 교섭대표가 되기 위해서는 조직화 활동을 통해 착실하게 노동조합 지지자를 모으고 NLRB의 선거에서 승리함으로써 인증을 받는 것이 정도(正道)이다. 외부의 노동조합이 갑자기 피케팅을 행하여 근로자에게 지지를 강요한다든지, 사용자에게 자신의 노동조합을 승인하고 단체교섭을 행할 것을 강요한다든지 하는, 이른바 공갈 피케팅(blackmail picketing)의 폐해를 방지하기 위해 NLRA는 일정한 ‘조직화 피케팅’(organizational picketing)과 ‘승인요구 피케팅’(recognitional picketing)을 금지하고 있다.

제8조(b)(4)(C)도 이에 대한 금지규정이지만, 그것은 당해 사업에 이미 승인된 다른 교섭대표 노동조합이 존재하는 경우에, 그것도 직접 사용자가 아닌 다른 2차적 사용자와 그에 고용된 근로자에게 압력을 가하는 행위에 대한 제한이다. 여기서 문제가 되는 것은 인증된 교섭대표 노동조합이 없는 상태에서, 직접 사용자에게 압력을 가함으로써 자신을 교섭대표 노동조합으로 승인할 것을 요구하는 것인바, 이에 대해서는 NLRA 제8조(b)(7)이 금지하고 있다.

제8조(b)(7)은 당해 사업에 인증된 교섭대표 노동조합이 존재하지 않더라도 (A) 사용자가 다른 노동조합을 승인하여 제9조(c)에 의한 대표문제를 제기할 수 없거나, (B) 과거 12개월 이내에 위 규정에 의한 유효한 선거가 이미 실시된 경우, 또는 (C) 위 선거신청이 이루어지지 않았지만 피케팅 개시일로부터 30일을 초과하지 않는 합리적 기간 내인 경우에는 ‘피케팅을 행하거나 또는 (다른 자에게) 행하게 한 것’, 또는 그러한 피케팅의 ‘위협을 끼치는 것’을 통해 자신의 노동조합을 승인할 것을 요구할 수 없다고 하고 있다.⁴⁹⁾ 즉 (A)는 승인후의 합리적 기간 내, 또는 협약장벽의 기간 중, (B)는 선거에서 노동조합이 패배한 후 12개월간, (C)는 아직 선거신청이 이루어지지 않았지만 곧 이것이 이루어질 것으로 보이는 합리적 기간내에는 조직화·승인요구 피케팅이 금지된다는 것이다.

49) 다만, 여기서 문제되는 선거신청은 피케팅을 행하고 있는 노동조합에 한하지 않고 사용자나 다른 노동조합에 의해 이루어져도 무방하다.

따라서 동조에 의하더라도 이러한 기간을 제외하면 조직화·승인요구 피케팅은 일반적으로 허용된다. 그리고 (C) 단서에 의해, 공중(소비자를 포함)에 대하여 사용자가 노동조합원을 사용하지 않는다거나 또는 노동조합과 협약을 체결하지 않는 취지를 진실에 근거하여 고지할 목적에서 피케팅 또는 기타 선전행위를 행하는 것은 허용된다(단, 고용된 자에 대한 노무거부와 보이콧의 권장은 포함되지는 않는다).

한편 이상의 규제를 받는 것은 어디까지나 그 목적이 조직화 또는 승인요구를 목적으로 하는 피케팅인바, 사용자의 부당노동행위나 직(職)의 폐지에 대한 항의 등, 조직화·승인요구 이외의 목적을 위해 피케팅을 행하는 경우도 허용된다.

대표적인 예로 건설업과 소매업 등 많은 소기업이 경쟁하고 있는 산업 부문의 노동조합이 조직되지 않은 회사에서, '지역수준임금 피케팅'(area-standards picketing)으로 불리는 피케팅을 행하는 경우이다. 이것은 그 회사가 당해 지역 내에서 노동조합이 있는 회사가 일반적으로 지불하고 있는 임금·제급부(지역수준임금)보다도 낮은 임금·제급부를 지급받고 있음을 일반대중과 근로자에게 호소하는 것이다. 이러한 피케팅의 목적은 저임금 회사의 존재에 의해 조직화된 회사가 경쟁력을 잃는 것을 방지하는 것에 있다. 따라서 그것이 구실에 불과하고 실제로는 조직화가 목적이라고 볼 수 있는 사정이 없는 한 적법하다.

다만, 적법한 피케팅이라고 하여도 외부 노동조합이 사용자의 시설 내에서 행하는 것이 가능한가는 전혀 별개의 문제이다. 일반적으로는 시설관리권이 우선하여, 사용자는 시설 외에서 행하도록 요구할 수 있다. 단, 쇼핑몰과 같이 외부자에게 개방된 시설에 대하여 NLRB는 한 때 비교형량에 의해 시설관리권을 제한하는 접근을 채용하였다. 그러나 1992년의 *Lechmere* 사건⁵⁰⁾에서 연방대법원이 이를 부정한 이래, 현재는 사용자가 몰(mall) 내에서의 지역수준임금 피케팅을 금지하여도 제7조의 권리의 침해에는 해당하지 않는 것으로 보고 있다.⁵¹⁾

50) *Lechmere, Inc. v. NLRB*, 502 U.S. 527(1992).

51) *Makro, Inc.*, 316 N.L.R.B. No. 24 (1995) ; *Leslie Homes, Inc.*, 316 N.L.R.B. No. 29 (1995).

다. 부분파업

부분파업(partial strike)은 통상의 파업형태가 직무를 완전히 거부하는 데 반해 부분적으로 노무를 제공함으로써 사용자에게 압력을 가하는 전술이며, 특정업무의 이행 거부, 시간외근로 거부, 태업(slowdown) 등이 포함된다. 또 단시간의 파업을 반복하는 간헐적인 파업(intermittent strike)도 여기에 해당한다. 이러한 부분파업에 대해서는 NLRA 제7조의 보호가 부정된다. 그러나 위법은 아닌, 방임된 형태로서 허용된다.

1976년의 Machinists 사건⁵²⁾은 오랫동안 단체교섭을 행하다가 사용자가 일방적으로 주근로시간을 37.5시간에서 40시간으로 연장하자 노동조합이 연장된 시간분에 대하여 ‘시간외근로’ 거부투쟁을 전개하였던 사건이다. 사용자는 이것이 노동조합에 의한 근로조건의 일방적 변경으로 제8조 (b)(3)에 위반하는 부당노동행위에 해당한다고 주장하였지만 NLRB는 이를 받아들이지 않았다. 이에 불복한 사용자가 주 노사관계위원회에 구제신청을 하였고, 동 위원회는 이러한 노동조합의 전술은 주법상의 부당노동행위에 해당한다고 판단, 금지명령을 발하였다.

그러나 연방대법원은 이러한 주법의 개입을 부정하고, 본 건에서 노동조합의 쟁의전술은 NLRA에서 특별히 보호도 금지도 하지 않고 있지만 경제적 압력수단의 자유로운 행사의 장을 열어둔다는 NLRA의 취지에 포함되어 있다고 보았다. 이러한 취지에서 이에 반하는 주법의 규제는 연방법에 대한 침해가 되어 선점법리에 따라 배제된다고 하였다.

2. 직접 사용자 이외의 자에 대해 행하는 쟁의행위

노동조합이 노사분쟁의 직접 당사자인 1차적 사용자 이외의 자에 대하여 행하는 파업, 피케팅, 보이콧 등은 ‘2차적 압력행위’(secondary pressure)로 불린다. 그러한 행위는 분쟁과 무관한 제3자를 끌어들이는 것으로서 앞서 본 바와 같이 전통적으로 보통법(common law)상 위법시 되었

52) Machinists Lodge 76 v. Wisconsin Employment Relations Commission. 427 U.S. 132(1976).

다. 또한 연방법상으로도 셔먼법(Sherman Anti-trust Act) 위반으로서 민·형사책임을 추급받았다. 그러나 노리스라가디아(Norris-LaGuadia)법이 이를 합법화하였다는 해석이 제기되던 중 태프트하틀리법과 랜드럼그리핀법 등으로 전통적으로 위법시되었던 행위 중 일부가 명문으로 금지된다.

현재 노동조합의 부당노동행위로 NLRA 제8조(b)(4)가 금지하는 것은, 파업·피케팅 등의 압력행위가 (A) (후단의) 제8조(e)가 금지하는 핫카고(Hot-Cargo) 협정의 체결, (B) 2차적 보이콧, (C) 인증된 다른 교섭대표가 있음에도 불구하고 교섭요구, (D) 작업 차별배정 등을 목적으로, (i) 주(州)간의 통상에 종사하는 자에게 고용된 자에게 물건의 취급 거부와 노무 제공의 거부를 행하도록 권장하는 것과, (ii) 주(州)간의 통상에 종사하는 자에게 협박·위압·방해를 행하는 것이다. 2차적 보이콧을 목적으로 하는 경우부터 살펴본다.

가. 2차적 보이콧을 목적으로 한 2차적 압력행위

제8조(b)(4)(B)는 1차적 사용자를 보이콧시키기 위해 ① 주(州)간의 통상에 종사하는 자(2차적 사용자)에게 고용된 자에게 물건의 취급 거부와 노무 제공의 거부를 행하도록 권장하는 것과, ② 주(州)간의 통상에 종사하는 자에게 협박·위압·방해를 행하는 것을 금지하고 있다.

다만, 이러한 목적의 정의행위가 직접 사용자에게 대해 행해지는 경우는 제8조(b)(4)(B)에 의해 적법하다. 또한 제8조(b) 전체의 단서에 의해 다른 회사 근로자의 교섭대표 노동조합이 파업을 행하고 있는 경우에 그 시설에의 출입을 거부하는 행위(즉 피켓라인의 존중), 그 제품이 노동조합과의 사이에 1차적인 노사분쟁을 야기한 사용자에게 의해 생산되고, 다른 사용자에게 의해 유통된 것임을 공중(소비자를 포함)에 대하여 선전하는 행위(피케팅은 제외)도 적법하다.

1) 2차적 사용자에게 고용된 자에 대한 압력행위

(1) 위 ①의 경우는 구체적인 태양이 “물건의 취급 거부와 노무 제공의 거부를 행하도록 권장”한다는 규정에 해당하면, 그것이 평화롭게 진행되는 피케팅이든, 피케팅에 이르지 않는 전단의 배포이든, 모두 위법하다. 예를 들면 1951년의 Denver Building 사건⁵³⁾은 건설작업을 행하는 원청회사가 전기공사 부분을 다른 회사에 하청을 주었던 사례이다. 그 회사는 비노조원을 사용하여 전기공사를 행하는 회사였다. 원청회사의 노동조합은 압력행위를 통해 하청회사의 노동조합으로 하여금 피케팅을 행하고 그 근로자가 근로를 거부하도록 하였던바 결국 원청회사는 그 회사와의 계약을 해제하였다. 이 피케팅에 대해 연방대법원은 제8조(b)(4)(B) 위반의 과업지령이라고 보았다.

노동조합은 원청회사와의 사이의 1차적 쟁의(하청을 준 것에 대한 분쟁)라고 주장하였다. 그러나 판지는 비노조원을 사용하여 전기공사를 행하는 것은 당초 하청을 주었던 다른 회사인 이상, 원청회사는 분쟁당사자라고 말할 수 없고, 2차적 사용자인 원청회사에게 타사와의 하청계약을 파기시키려 하였던 위법한 목적이 인정된다(또한 그러한 목적이 일부라도 포함되어 있다면 제8조(b)(4)(B) 위반이 성립한다)고 보았다.

(2) 한편 동조 위반이 성립하기 위해서는 그것이 2차적 사용자에게 향해져 있다는 것만으로는 부족하고 행위 자체가 1차적 분쟁의 장소를 넘은 곳에서 이루어져야 한다. 예컨대, 제품을 반출한 트럭을 좇아 거래처의 사업장까지 가서 그곳의 근로자에게 제품의 취급 거부를 호소하는 피케팅을 행한 경우와 같이 1차적 분쟁의 ‘장소’를 넘은 때에 비로소 동조 위반이 성립한다.

이것은 이하에서 살펴볼 승인요구 피케팅과 관련된 International Rice Milling 사건⁵⁴⁾을 통해 정착되었다. 판지는 피케팅이 2차적 사용자의 근로자에게 승인을 요구하는 것이었지만 1차적 사용자의 공장 부근에서 행해졌던 바 이는 허용되는 행위라는 것이었다. 동 사건을 통해 이른바 2차적

53) NLRB v. Denver Bldg. & Constr. Trades Council, 341 U. S. 675(1951).

54) NLRB v. International Rice Milling Co., 341 U. S. 665(1951).

압력행위에 있어 분쟁의 '장소'가 위법성 판단의 중요한 기준이 되었다.

한편 복수의 사용자가 동일한 장소에서 조업하고 있는 경우에 대해서는 NLRB가 1950년 Moore Dry Dock 사건⁵⁵⁾에서 '공통 장소'(common situs)의 법리를 채택하였다. 이 사건은 개장(改裝)을 위해 트럭에 들어간 선박에서 승무원이 출항준비와 훈련을 하고 있었던 바, 그들의 임금에 관하여 노동조합과 선주간에 분쟁이 발생하였다. 노동조합은 트럭 입구에서 플래카드를 게시하여 피케팅을 행하고, 트럭의 근로자는 선박의 개장작업을 거부하였다.

NLRB는 선박이 1차적 노사분쟁의 '장소'에 있지만 그것이 트럭회사의 시설 내인 경우에는 다른 사용자의 이익과의 조정을 위해 당해 피케팅은 다음 네 가지 요건을 갖춘 경우 정당하다고 보았다. 즉 ① '분쟁'의 장소가 존속하고 있는 기간에 한정될 것, ② 그 장소에서 1차적 사용자가 통상업무를 행하고 있는 때에 행해질 것, ③ 분쟁장소에 합리적으로 접근한 지점에서 행해질 것, ④ 분쟁의 상대방이 1차적 사용자임을 명시할 것이 그것이다. 본 건은 이 모든 것이 갖추어지지 않았다는 이유로 제8조(b)(4)(B) 위반의 성립이 부정되었다.

'공통 장소'의 법리는 이처럼 선박과 같은 이동적(ambulatory) 성질의 분쟁장소를 상정하고 전개된 것이었으나, 복수의 사용자가 같은 장소에서 조업하는 경우 일반에도 적용된다. 예컨대, 동일 건물 내에 복수의 상점이 있고 그 중 한 상점과의 분쟁을 이유로 노동조합이 건물 자체의 입구에서 피케팅을 행하는 경우에는 위 네 가지 요건의 구비가 요구된다.

'공통의 장소' 법리의 적용에 있어서 특히 중요한 것은 '③ 피케팅의 지점'이다. Moore Dry Dock 사건에서는 당초 노동조합도 트럭 내의 선박 앞에서 피케팅을 행하고자 하였으나 그 신청이 거부되었기 때문에 부득이 트럭 입구에서 실시되었던 것이고, NLRB는 이것을 합리적 선택으로 인정하였다.

이러한 입장에서 보면 예컨대, 쇼핑센터 내의 한 상점에서 쟁의가 발생한 경우 그 상점 앞에서 피케팅을 행하는 것이 가능하다면 쇼핑센터 입구

55) Sailors' Union of the Pacific (Moore Dry Dock Co.), 92 N.L.R.B. 547(1950).

에서 피케팅을 행하는 것은 이와 무관한 다른 사용자에게 영향을 주지 않도록 배려하지 않은 것이어서 제8조(b)(4)(B) 위반이 된다.

복수의 사용자가 같은 장소에서 조업하는 경우라 하더라도 입구가 각각 분리되어 있다면 분쟁 당사자인 사용자의 입구에서만 피케팅이 가능하고, 다른 사용자에게는 영향을 주지 않는 것이 원칙이라고 할 수 있다. 물론 그 분리가 형식적이어서 다른 입구도 공통으로 이용되고 있다면 그곳에서의 피케팅도 인정된다. 1961년의 General Electric 사건⁵⁶⁾에서는 GE사 공장이 자사의 근로자용 입구와는 별도로 하청업자 전용 입구를 마련하고 있었는데(하청업자의 노사분쟁에 자사 종업원이 휘말리는 것을 방지하기 위한 조치), 이 공장의 생산·보수부문의 근로자가 파업을 행하면서 근로자용 입구만이 아니라 하청업자용 입구에서도 피케팅을 행하였다. NLRB는 입구가 분리되어 있는 이상 ‘공통 장소’의 법리를 만족하지 않고 2차적 사용자인 하청업자의 근로자를 끼어들게 한 것인바 제8조(b)(4)(B) 위반으로 판단하였다. 그러나 연방대법원은 이를 인정하지 않았다. 문제의 입구를 이용하였던 하청업자의 업무는 건물건설과 배관공사에서 기계·설비를 고치거나 보수를 행하는 등 다양한데, 이것은 GE사의 ‘통상의 업무운영’(normal operation)에 있어서 필요한 업무인바 이 경우 입구의 분리는 불완전한 것으로 하청업자용 입구에서도 피케팅을 행할 수 있다는 것이었다. 즉 ‘통상의 업무운영’과의 관계가 실질적으로 고려된다.

‘장소’와 관련한 이상의 법리는 다른 형태의 2차적 압력행위에도 동일하다.

(3) 한편 제8조(b)(4)(B)는 2차적 압력을 받는 ‘다른’ 사용자의 존재를 전제로 한다. 어떤 공장의 생산직 근로자가 파업에 들어가 동일한 공장 내 다른 교섭단위에 속하는 사무직 근로자에 대하여 피케팅을 행하더라도 제8조(b)(4)(B) 위반의 문제는 생기지 않는다. 마찬가지로, 어떤 공장에서 파업을 행하고 있는 노동조합이 동일한 회사의 다른 공장 근로자에게 피케팅을 행하여도 여전히 제8조(b)(4)(B) 위반은 아니다. 이러한 경우는 1차적 분쟁의 ‘장소’를 고려하기 이전에 애당초 ‘2차적 사용자’가 존재하지 않는 것이다.

56) Local 761, International Union of Electrical Workers v. NLRB(General Electric Co.). 366 U.S. 667(1961).

또한 사용자 상호간의 특수한 관계로 인하여 타회사가 ‘무관계’ 내지 ‘중립’의 위치에 있다고 볼 수 있는 경우에도 애당초 2차적 사용자로 볼 수 없다. 이 경우 타회사는 1차적 사용자의 ‘동맹자’(ally)로 보아야 하는바 타회사에서의 피케팅은 적법하게 허용된다.

이 ‘동맹자’ 법리의 기원으로 유명한 1948년의 Ebasco 사건⁵⁷⁾은 하청회사가 원청회사에서 파업이 발생한 이후 파업을 위해 불가능하게 된 업무를 대량으로 수주받고 있었다. 원청회사의 노동조합이 하청회사를 비난하는 플랭카드를 게시하여 하청회사에서 피케팅을 행하였던 바, 연방법원은 하청회사는 원청회사의 ‘동맹자’이고 ‘본건은 2차적 보이콧의 사안이 아니다’라고 하여, 제8조(b)(4)(B) 위반의 성립을 부정하였다. 이와 같이 1차적 사용자의 파업업무(struck work)를 입수한 사용자는 말하자면 간접적인 파업과괴에 해당하여 동맹자로 보게 된다. 다만, 파업에 의한 자연적인 수주 증가의 경우는 이에 해당하지 않는다.

‘동맹자’ 법리가 적용되는 가장 단적인 유형은 사용자가 법인격이 서로 다르지만 실질적으로는 동일한 경우이다. 일반적으로 공통의 소유자, 공통의 지배·관리, 업무의 제휴성(straight-line operation)이 평가기준이 되지만 실제 적용은 그리 쉽지 않다. 한편 건설현장에서는 원청회사를 하청을 포함한 전근로자 공통의 사용자로 보는 의견도 주장되었지만, 앞서 본 Denver Building 사건은 이것을 받아들이지 않았던 대표적 사례이다.

이상의 해석기준 역시 다른 2차적 압력행위에 대해서도 동일하게 적용된다.

2) 2차적 사용자에 대한 압력행위

(1) 두 번째로 금지되고 있는 유형인 ‘주(州)간의 통상에 종사하는 자에게 협박·위압·방해를 행하는 것’에 있어서 2차적 사용자는 점장(店長) 등과 같이 일정한 감독·결정권자가 포함되며,⁵⁸⁾ 일반소비자도 이에 포함된다. 다만, 이 경우에는 반드시 ‘협박·위압·방해’라는 압력적 요소가 있

57) Douds v. Metropolitan Federation of Architects, 75 F. Supp. 672 (S.D.N.Y. 1948).

58) NLRB v. Wervette, Inc., 377 U.S. 46(1964).

어야 한다.

1964년의 Tree Fruits 사건⁵⁹⁾은 과일 도매업자와의 분쟁에서 파업에 들어간 노동조합이 그 업자의 사과를 판매하고 있는 점포 앞에서 고객에 대해 피케팅을 행한 사례이다. 각 점포마다 2~3인이 플랭카드를 게시하여 전단 배포를 행하는 평온한 태양으로 진행되었고 소비자에게 문제의 사과 불매를 호소했을 뿐, 점포 자체의 보이콧의 호소는 전혀 하지 않았으며 점원과 반입·반출을 행하는 근로자에 대한 호소도 자제하였다. 그렇지만 NLRB는 2차적 입장에 있는 소매점에서의 대소비자 피케팅, 전단 배포 등은 모두 제8조(b)(4)(B) 위반이라고 보았다.

이러한 판단은 연방대법원에 의해 부정된다. 판지에 의하면 ① 소매점이 취급하는 상품 전체의 보이콧을 호소하는 대소비자 전단 배포는 소매점 자체에의 ‘협박·위압·방해’에 해당하여 위법하지만, ② 본건과 같이 보이콧의 대상을 명확하게 1차적 사용자의 제품에 한정된 대소비자 전단 배포는 제8조(b)(4)(ii)(B)가 의도한 금지행위에 포함되지 않는바, 이로 인하여 소매점이 경제적 손실을 입었더라도 적법하다고 판단하였다.

이와 같이 대소비자 전단 배포에 대하여는 보이콧의 대상이 2차적 소매점의 전상품인가 아니면 1차적 사용자의 제품만인가 여부에 따라 구별취급하는 것이 판례의 기본 입장이다. 그러나 이러한 구분은 1차적 사용자의 제품을 대여하는 것을 업으로 하는 소매점 등의 경우에는 무의미하다. 1980년의 Safeco 사건⁶⁰⁾에서 연방대법원은 그러한 경우에는 1차적 사용자의 제품에 한정된 전단 배포라 하더라도 소매점에 대한 2차적 분쟁이 되는 바 위법하다고 보았다.

(2) 한편 소비자에 대한 보이콧의 호소라도 그것이 피케팅이 아닌 선전행위(publicity)를 통해 이루어지는 경우에는 위법하지 않다는 취지가 제8조(b)(4)단서에 마련되어 있다. 표현의 자유에 대한 고려 때문이다.

피케팅은 피켓사인(플랭카드 등)을 게시하여 감시(순찰)를 행하는 것이

59) NLRB v. Fruit & Vegetable Packers Local 760 (Tree Fruits Labor Relations Comm.), 377 U.S. 58(1964).

60) NLRB v. Retail Store Employees Union, Local 1001 (Safeco Title Ins. Co.), 447 U.S. 607(1980).

다. 이러한 행위에는 단순한 사상과 정보의 전달을 넘어서서 상대방에게 일정한 행동을 하지 못하게 하는 요소가 있다. 이러한 요소가 없는 행위가 바로 선전행위이다. 점포 앞에서 고객에게 전단을 배포하였을 뿐 일부러 대결적인 자세를 나타내지 않는 한 피케팅이 아니라 선전행위에 해당한다. 사실 앞서의 Tree Fruits 사건에서 연방대법원이 보여준 ①, ②의 구별은 평화적 피케팅에 있어서 표현의 자유의 측면과 헌법 제1수정조항과의 관계를 고려한 한정해석이었다.

(3) 나아가 제8조(b)(4)는 두 번째 단서로서 노동조합이 소비자에 대하여 “그 제품이 노동조합과의 사이에 1차적 분쟁이 야기된 사용자에게 의해 생산되고 다른 사용자에게 의해 유통된 것이라는 것”임을 진실에 입각하여 선전하는 행위도 적법하다고 한다. 다만, 한계는 있다.

1983년의 DeBartolo 사건⁶¹⁾은 쇼핑센터 내 점포 건설공사를 하청받은 회사와 건설근로자 노동조합과의 사이에 분쟁이 발생하자 노동조합이 센터 입구에서 고객에게 전단을 배포하여 센터 내 전점포의 보이콧을 호소하였던 사례이다. 연방대법원은 가령 공사 발주를 한 점포가 1차적 사용자인 건설회사에 의해 ‘생산된’ 제품을 유통시키는 것이라 하여도 본 건 보이콧은 그 이외의 건설회사와 전혀 관계가 없는 점포도 대상으로 하고 있는 바 그러한 선전행위는 제8조(b)(4) 두 번째 단서의 보호범위에서 벗어난다고 보았다.

그런데 판지에 의하면 동 단서는 그 이외의 대소비자 선전활동을 모두 위법으로 보는 취지는 아니다. 본건과 같은 폭력, 피케팅, 감시 기타 일체의 위압적 요소를 포함하지 않는 대소비자 전단 배포는 애당초 ‘협박·위압·방해’에 해당되지 않는 것이어서 제8조(b)(4)(ii)(B) 위반 여부가 문제될 수 없다는 취지였다.

요컨대, 대소비자 선전행위에 있어서는 그것이 위압적 요소를 포함하지 않고, 또한 1차적 사용자의 제품이 아닌 한 관계가 없는 소매점의 상품 전체의 보이콧을 호소할 수 있다는 점에 유의하여야 한다.

61) Edward J. DeBartolo Corp. v. NLRB, 463 U.S. 147(1983).

나. 핫카고(Hot-Cargo) 협정의 체결을 목적으로 한 2차적 압력행위

핫카고 협정은 단체협약 가운데 다른 사용자측에서 노사분쟁이 발생한 경우에는 근로자가 그 제품을 보이콧하는 것을 인정하는 것 또는 사용자 자신이 그것의 거래를 중지하는 것을 정한 조항을 말한다. 즉 노사간에 앞서 살펴본 2차적 보이콧을 미리 승인·약속하는 협정으로 말할 수 있다.

테프트하틀리법 시대에 연방대법원은 1958년의 Sand Door 사건⁶²⁾에서 단체협약에 핫카고 조항이 있더라도 노동조합의 2차적 보이콧의 호소는 합법화되지 않으며, 다만, 사용자가 ‘자발적으로’ 그것을 이행하는 것은 방해하지 않는 것으로 판단하였다. 이 판결에 대한 비판에서 NLRA 제8조(e)를 추가하여, 이러한 협정의 체결 자체를 부당노동행위로 금지함과 동시에 이러한 협정의 체결을 구할 목적에서 압력행동(상기의 (1)) 또는 (3)의 행위)을 행하는 것이 금지되었다.

다. 인증된 교섭대표가 있음에도 불구하고 행해지는 2차적 승인요구 피케팅

이것은 앞에서 본 조직화·승인요구 피케팅에서 살펴본 바와 같다. 다만, 그것이 1차적 사용자에의 승인요구를 위해 2차적 사용자와 그 근로자에게 압력이 가해진다는 점만 다를 뿐이다.

라. 작업차별 배정을 목적으로 한 2차적 압력행위

어떤 업무가 두 가지 직종의 근로자간(또는 각각을 대표하는 노동조합간)에 배분됨에 따라 이를 차별 배정하기 위한 ‘관할분쟁’(jurisdictional dispute)이 생기는 경우가 있다. 사용자가 그 임무를 일방에게 할당하거나 또는 이를 둘러싸고 타방이 파업을 행하는 경우가 적지않게 되자 이러

62) Carpenters Local 1976 v. NLRB(Sand Door & Plywood Co.), 357 U.S. 93(1958).

한 목적에서 이루어지는 압력행동을 금지하고 있다.

이 경우 NLRA 제10조(k)에 의해 부당노동행위의 신청을 받은 NLRB는 문제의 업무의 귀속에 대하여 당사자간에 자주적으로 해결을 꾀할 수 있도록 10일간의 유예를 준다. 그동안에 해결이 이루어지지 않는 경우에는 NLRB가 직권으로⁶³⁾ 업무의 귀속에 관해 결정을 내린다. 노동조합이 이러한 자주적 해결 또는 NLRB의 결정에 따르게 되면 그 시점에서 신청이 각하되고 절차는 끝나게 된다.

제5절 요건이나 절차면에서의 정당성

쟁의행위가 단체협약상의 평화의무(no-strike)조항에 위반한 경우나, 교섭대표 노동조합을 무시하고 행해진 경우, 기타 제8조(d)에서 정한 협약종료·개정절차에 따르지 않은 경우에는 제7조의 보호를 받을 수 없을 뿐만 아니라 위법하다.

1. 단체협약상의 평화의무조항 및 중재·고충절차 위반의 경우

NLRA 제8조(d)는 단체협약의 성립후에도 양당사자가 ‘협약하에서 발생하는 모든 문제’에 대해서 단체교섭의무를 부담함을 정하고 있다. 따라서 협약의 해석적용을 둘러싼 분쟁이 발생한 경우에는 당연히 단체교섭의 대상이 되고 그것이 파국에 달한 경우에는 쟁의행위도 행할 수 있다.

그러나 대부분의 미국의 단체협약에는 ‘고충·중재절차’(grievance and arbitration procedure)를 두고 협약의 해석적용을 둘러싼 문제는 모두 그 안에서 해결한다는 취지가 함의되어 있다. 이와 함께 단체협약이 유효기간 중에는 특정 단체협약사항의 개폐를 목적으로 하는 일체의 쟁의행위를 금

63) NLRB v. Radio & Television Broadcast Engineers Local 1212, 364 U.S. 573 (1961).

지하는 이른바 ‘평화의무조항’(no strike clause)이 넓게 보급되어 있다.

따라서 이러한 평화의무조항에 위반하여 특정 협약사항의 ‘개폐’를 목적으로 행해지는 쟁의행위는 위법하다는 것이 미국 연방대법원의 입장이다. 다만, 앞서 City Disposal 사건에서 본 바와 같이 체결되어 있는 단체협약상의 ‘규정 준수’를 위해 제기하는 쟁의행위는 이상의 평화의무조항과는 무관한 것으로서 그 목적상 보호되는 행위임에 유의하여야 한다.

또한 아무런 합의가 성립하고 있지 않은 근로조건에 대해서는 협약기간 중에도 단체교섭의무가 존재하므로⁶⁴⁾ 이와 관련한 쟁의는 가능하다. 물론 앞서 본 바와 같이 협약체결시 협약기간중에는 협약에 규정되지 않은 것도 포함하여 일체의 사항에 대한 교섭을 거부할 수 있는 취지를 정한 소위 ‘지퍼조항’(zipper clause)을 체결하는 것이 가능한 바, 앞서 본 바와 같이 그것이 ‘명백하고 오해의 여지가 없는’ 경우에 한해 쟁의행위가 금지될 뿐이다.

한편 노동조합이 평화의무조항에 위반한 경우 사용자는 협약위반소송을 제기하여 손해배상을 요구하는 것이 가능하다(태프트하틀리법 제301조). 그러나 연방법원은 사용자가 고충을 제기하고 중재를 요구하는 것이 가능한 경우는 이러한 소송을 직접 제기하지 못하도록 하고 있다. 예컨대, 단체협약 중에 중재조항이 있는 경우에는 그 대상인 고충에 관해서 이에 의하는 것이 가능하므로 명시적인 평화의무조항이 없어도 그것이 추정된다는 것이다. 따라서 중재에 의한 해결이 가능한 경우에는 이를 따르지 않는 쟁의행위 역시 위법하게 된다.

1970년의 Boys Markets 사건⁶⁵⁾에서 연방대법원은 파업의 원인이 된 고충을 중재에 위임하는 것을 조건으로, 중재재정이 나오기까지의 사이 파업 금지명령을 발하는 것이 가능하다는 견해를 보였고 이것은 현재까지 유지되고 있다. 다만, 이러한 판단은 분쟁원인, 고충대상의 중재가능성이 전제되어야 하는 것이다. 1976년의 Buffalo Forge 사건⁶⁶⁾에서 연방대법원은 노

64) 협약에 규정되어 있지 않지만 실질적으로는 교섭이 되어 합의가 성립한 사항에 대해서는 단체교섭의무는 부정된다(Jacobs Mfg. Co., 92 N.L.R.B. 1214(1951)).

65) Boys Markets, Inc. v. Retail Clerks Local 770. 398 U.S. 235(1970).

66) Buffalo Forge Co. v. United Steelworkers, 428 U.S. 397(1976).

동조합이 같은 회사의 다른 노동조합의 쟁의지원을 위해 동정파업을 행한 것에 대하여, 단체협약 내에 중재조항과 평화의무조항이 존재하였음에도 불구하고 당해 노사간에서 중재해야 할 분쟁이 존재하지 않는다는 이유로 금지명령을 부정하였다.

2. 배타적 교섭대표제도와외의 저촉

1975년의 Emporium Capwell 사건⁶⁷⁾은 배타적 교섭대표제도의 취지에서 제7조의 보호가 부정된 사례이다. 이 사건은 백화점을 운영하는 회사의 단체협약 가운데 고용상 차별을 금지하는 규정이 마련되어 있었는데, 회사가 인종차별을 행하고 있다는 고충이 제출되자 노동조합이 정식으로 회사에 고충신청을 행하여 노사합동위원회가 열리게 되었다. 그런데 이와 같은 절차에 불만을 가진 근로자들이 합동위원회의 심사를 거부하고 사장에게 직접 교섭을 요구하였고 회사측이 그것을 거부하자 백화점 입구에서 피켓팅을 벌이고 전단을 배포하며 보이콧을 호소하였다.

이러한 근로자에 대한 해고에 대하여, NLRB는 부당노동행위의 성립을 부정하고 연방대법원도 이것을 지지하였다. 판지는 NLRA에 있어 단체교섭이 다수결에 의한 배타적 교섭대표제도를 취하고 있는 점을 지적하여, 그것을 무시하고 개별 근로자가 자신의 이익을 위해 직접적으로 교섭요구를 하는 것은 사용자의 대응을 곤란하게 함과 동시에 배타적 교섭대표인 노동조합의 힘과 권위를 해쳐 질서있는 단체교섭을 불가능하게 하는 것으로 제7조의 보호를 받지 못한다고 밝히고 있다.

이와 같이 교섭대표인 노동조합이 존재하는 경우에는 근로조건에 관하여 그 노동조합만을 사용자와의 사이에 채널로 하는 것이 NLRA의 기본원리이다. 개별 근로자의 단체행동권도 그러한 교섭대표 노동조합의 지위·기능을 저해하는 한에서는 제약을 받는다.

67) Employment Capwell Co. v. Western Addition Community Organization, 420 U.S. 50(1975).

3. 제8조(d)의 협약종료·개정절차를 따르지 않은 경우

단체협약 유효기간의 만료가 가까워지면 새로운 단체협약의 체결에 대하여 교섭을 행할 필요가 발생한다. 기간의 정함이 없는 협약의 경우는, 협약 통고에 의해 종료하게 되지만 그 경우에도 신협약의 체결을 둘러싸고 교섭이 이루어진다.

NLRA 제8조(d)는 이러한 교섭에 관하여 특별한 절차를 정하고 있다. 협약의 종료(termination) 또는 개정(modification)을 바라는 당사자는, 다음 네 가지 절차를 충족해야 한다. ① 종료 또는 개정의 제안을 서면에 의하여 협약기간 만료일 60일 전에(기간의 정함이 없는 협약의 경우에는, 희망하는 종료·개정일의 60일 전에) 상대방에게 통고할 것, ② 신협약 내지 개정협약을 위한 교섭을 상대방에게 신청할 것, ③ ①의 통고일로부터 30일 이내에(그때까지 합의가 성립한 경우는 제외하고), 연방조정국(FMCS) 및 주(州) 조정기관에 대하여 분쟁의 존재를 통지할 것, ④ ①의 통고일로부터 60일간 또는 협약기간 만료일까지의 기간(어느 쪽이든 늦는 쪽으로) 동안 파업 또는 직장폐쇄를 행하지 않고 현행 협약의 모든 규정에 대하여 완전한 효력을 인정하고 따를 것이 그것이다.

즉 일단 성립한 협약의 종료·개정에 있어서 쟁의금지를 수반하는 60일간의 냉각기간(cooling-off period)이 설정되고,⁶⁸⁾ 그 중 30일 이상은 조정기관이 관여한다. 이러한 교섭절차를 거치지 않는 한 양당사자는 설사 유효기간 만료일을 경과하더라도 종전의 협약에 구속된다. 관계되는 절차를 준수하지 않는 경우에는 단체교섭 의무위반이 성립한다.

게다가 제8조(d)는 위 ④에 의하여 동 기간중 파업 등을 행하게 되면 파업에 참가한 근로자는 NLRA 제8조·제9조·제10조의 보호를 받는 ‘근로자’로서의 지위를 상실하게 되어 부당노동행위제도로부터 보호를 받을 수 없고, 대표선거절차에도 참가할 수 없다고 정하고 있다. 다만, 이것은 어디까지나 일정기간중의 파업금지를 규정한 것이므로 그 기간을 제외하면 자

68) 병원 등의 보건시설에 관해서는 제8조(d)에 부가된 특별규정에 의해 90일간으로 연장되고, 처음의 협약교섭에 있어서도 노동조합은 조정기간을 통지하여야 한다.

유롭게 파업 등을 행할 수 있다. 또한 그 과정에서 발생할 수 있는 사용자의 단체교섭 거부와 같은 부당노동행위에 대항하기 위한 파업은 허용된다⁶⁹⁾.

4. 국가긴급사태(National Emergencies)의 경우

단체교섭과 그것을 통한 협약성립과정에서 태프트하틀리법은 연방조정국(Federal mediation and Conciliation Service)에 의한 알선·조정절차를 이용할 수 있음을 정하고 있다(제201조 이하). 그러나 이것은 단체교섭이 파국에 이를 경우를 대비하여 쟁의행위로 나아가지 않고 문제의 해결을 도모하도록 권고하는 것에 지나지 않는다(제203조c).

반면 국민의 건강 또는 안전이 위협받는다고 인정되는 ‘국가긴급사태’에 대해서는 연방법원에 의한 최장 80일의 쟁의금지를 포함한 특별 조정절차가 동법에 마련되어 있다. 이것은 ① 대통령에 의한 조정위원회의 설치, ② 법무부 장관에 의한 법원에의 쟁의금지 신청, ③ 조사위원회에 의한 60일 간의 조정과 최종제안을 포함한 보고서의 작성, ④ 조사위원회 최종제안의 낙부에 관한 근로자 투표(조사위원회의 보고후 15일 이내에 NLRB가 실시하고 그 결과를 5일 이내에 법무부 장관에 대해 인증), ⑤ 법원에 법무부 장관에 의한 금지해제 신청(해결의 성부에 관계없이), ⑥ 대통령에 의한 의회에 대한 보고라는 형태로 진행된다(제206조~제210조). 따라서 국가긴급사태에 해당하는 경우에는 80일간 쟁의행위가 금지되고 이에 위반하는 경우에는 위법하게 된다.

제6절 결 어

이상 미국의 경우 쟁의행위의 적법성 판단기준 및 그에 따른 적법한 쟁의행위의 범위를 구체적 사례를 통해 확인하였다.

69) Mastro Plastics Corp. v. NLRB, 350 U.S. 270(1956).

미국의 쟁의행위에는 세 가지 범주로 구별되는바, 그 중 NLRA 제7조의 범위 내에 속하여 NLRA 제8조의 부당노동행위 구제신청의 대상이 되는 ‘보호되는’ 쟁의행위 외에, ‘보호되는’ 행위는 아니지만 적법 쟁의행위가 있을 수 있다는 점에 특색이 있다. 양자는 적법 쟁의행위로서 민·형사상 면책의 효과를 가진다는 점에서는 동일하나, NLRA 제8조의 보호대상이 되는지 여부에 차이가 있다.

구체적으로 NLRA 제7조는 단체행동을 ‘근로자’가 “단체교섭 또는 기타 상호부조 내지 상호보호를 위해 협동행위를 할 권리”라고 하여 포괄적으로 규정하고 있다. 따라서 쟁의행위의 ‘주체’나 ‘목적’면에서는 NLRA 제8조의 보호는 물론 적법성을 인정받을 여지가 상당히 넓다.

예컨대, ‘근로자 개인의 행위’나 ‘비조직근로자’에 의해 행해지는 행위라도 그것이 다른 근로자와 관련되는 사항을 이유로 행해지는 것이라면 ‘상호부조 내지 상호보호’를 목적으로 하는 ‘협동행위’로 인정된다. 그것이 직접 사용자의 처분권한을 넘는 사항이든, 적법한 피켓라인을 존중하는 동정 파업의 경우이든 ‘상호부조 내지 상호보호’라는 목적 내에 있는 것으로 인정된다.

다만, ‘단체교섭’을 목적으로 행해지는 쟁의행위는 그것이 이른바 ‘의무교섭대상’에 대해 행해지는 것으로, 당해 교섭이 파국에 도달한 이후 행해지는 경우에 한하여 이러한 효과가 인정된다. 의무교섭대상 여부에 있어 가장 논란이 되는 것은 경영상 결정, 관리권한 또는 정책사항 등이다. 이에 대해 미국은 그것이 ‘임금, 근로시간 및 기타 고용의 제조건’ 등과 연관되거나 그것에 영향을 미치는 경우, 또는 사용자에게 주는 부담보다 근로자의 이익에 더 큰 영향을 미치는 한 ‘의무교섭대상’으로 인정하고 있다. 이상의 결정에 대해 일체의 단체교섭권을 포기하는 이른바 지파조항의 체결 가능성도 인정되지만 해석상 그 포기의 취지가 ‘명확하고 오해의 여지가 없는’ 경우에 한해 효력이 인정된다.

쟁의행위의 태양과 관련하여 부분적으로 노무의 제공을 거부하는 이른바 ‘부분파업’은 NLRA 제8조의 보호대상이 되지는 않지만 적법성이 인정되는 대표적 예이다. 이것은 단체교섭의 당연한 과정으로 이해되기 때문이며, 같은 이유에서 그것이 의무교섭대상에 대해 행해지는 한 통상적인 전

면파업과 달리 단체교섭이 파국에 이르기 전이라도 적법하게 행사될 수 있다.

미국의 경우 NLRA 제8조의 보호를 받지 못함은 물론 명백히 '위법'한 쟁의행위로 판단되는 마지막 범주에 속하는 것은 주로 쟁의행위의 '태양'과 '요건 및 절차' 측면에서의 제한이다.

직접 사용자와의 관계에서 행해지는 통상적인 전면파업에 있어서 그것이 폭력, 위협 등 불법적 실행행사를 통해 이루어지거나 사용자의 신용을 저해하는 경우에는 당연히 위법하다. 그리고 미국의 특징적 제도인 배타적 교섭대표제도와 관련하여 당해 사업장에 인증된 교섭대표 노동조합이 없는 상태라도 교섭대표 문제를 제기할 수 없는 합리적 기간중에 근로자에게 자신을 지지해 줄 것을 강요한다든지 사용자에게 승인을 요구한다든지 하는 조직화·승인요구 피케팅은 NLRA 제8조(b)(7)에 의해 위법한 것으로 금지되어 있다. 한편 직접 사용자 이외의 사용자 및 그 근로자, 소비자 등에 대해 핫카고 협정의 체결, 2차적 보이콧, 인증된 다른 교섭대표가 있음에도 불구하고 교섭을 요구, 작업차별 배정 등을 목적으로 파업, 피케팅, 보이콧 등을 행하는 2차적 압력행위도 NLRA 제8조(b)(4)에 의해 금지된다.

한편 쟁의행위가 단체협약상의 평화의무조항이나 중재·고충절차를 위반한 경우, 교섭대표 노동조합을 무시하고 행해진 경우, NLRA 제8조(d)에서 정한 협약종료·개정절차를 따르지 않는 경우, 기타 국가긴급사태에 해당하여 쟁의가 금지되는 특별조정절차 진행중에 행해진 쟁의행위 역시 위법하다.

제 6 장

결 론

(1) 근로조건의 결정에 관한 교섭에서 개별 근로자가 사용자에 비하여 교섭력의 관점에서 열등한 지위에 있을 수밖에 없기 때문에 자신의 권익을 효과적으로 보호하기 위하여 집단적 교섭을 모색할 수밖에 없고, 효과적인 집단적 교섭은 사용자에 대한 압력수단을 통해서만 가능하다는 것이 각국 쟁의행위법리의 출발점을 이루고 있다. 개별 근로계약상의 의무인 근로제공의무를 전면적 또는 부분적으로 정지함으로써 이를 이행하지 않는 행위가 전체 법질서에서 허용되기 위해서는 근로계약을 뛰어넘는 상위개념으로서의 쟁의행위법리는 필연적으로 범규범이 된다. 단순한 사회적 사실로서의 쟁의행위가 규범적인 계약상 의무를 면제시킬 수는 없기 때문이다. 이와 같이 계약상 의무위반을 규범적으로 정당화시켜 주는 쟁의행위법의 핵심은 쟁의행위의 정당성에 존재한다. 쟁의행위의 정당성은 각국의 법체계나 사회경제적 배경에 따라서 달라질 수밖에 없으나, 일정하게 수렴하는 양상을 확인할 수 있다.

(2) ILO에서 쟁의행위의 정당성에 관한 법리는 단결권에 관한 결사의 자유위원회와 전문가위원회의 결정을 통하여 형성되어 왔다. 쟁의행위의 정당성에 대한 ILO의 입장은 각국의 특수한 사정이 고려되기도 하지만 기본적으로는 쟁의행위에 대한 국내법상의 제한법규의 정당성은 예외적인 경우에만 이를 인정하고 있다고 할 수 있다. 쟁의행위의 주체와 관련하여 쟁의행위가 제한되거나 금지될 수 있는 자는 엄격한 의미의 필수서비스를 제공하는 자로 한정하여 해석하고 있다. 목적과 관련하여서는 순수한 정치

적 목적의 쟁의행위를 제외하고는 그 정당성을 폭넓게 인정하는 경향에 있고, 그 기본적인 관점은 쟁의행위의 목적이 근로자들의 직업적 이익과 관련되는지 여부이다. 동정파업에 대해서도 주된 파업이 정당하다면 종된 파업도 정당하다고 보고 있다. 절차적인 측면에서는 쟁의행위에 대한 국내 법상의 절차가 쟁의행위에 대한 실질적인 제한을 초래하는 경우에는 절차의 정당성을 부정하고 있다. 그러나 국내법에 의해 평화의무위반의 쟁의행위를 제한하는 것이나 쟁의행위를 최후수단으로서 지위를 부여하는 것은 결사의 자유를 위반한 것이 아니라고 하고 있다. 파업기간중 임금지급 여부는 당사자의 자치에 맡겨야 할 사항으로 판단하고 있다.

(3) 독일에서는 쟁의행위에 대한 단행법률 없이 판례법에 의해 그 정당성이 규율되고 있다. 쟁의행위는 협약자치에 대한 수단으로서 자리매김하고 있기 때문에 쟁의행위의 정당성 평가는 기본적으로 단체협약제도와 관련하여 이루어진다. 우선 쟁의행위의 목적은 단체협약상 규율가능한 목적을 위하여 이루어져야 한다. 따라서 단체협약의 규율대상이 될 수 없는 사항은 쟁의행위의 대상도 될 수 없고, 협약자치의 한계는 쟁의행위의 한계를 형성한다. 경영사항을 목적으로 한 쟁의행위의 정당성은 원칙적으로 부인되지만, 사업장조직법에 의해 사업장 차원의 경영참가가 제도적으로 보장되어 있기 때문에 사용자의 경영상 결정이 일방적으로 이루어질 수 있는 것은 아니다. 파업은 노동조합에 의해 실시되거나, 최소한 사후에 노동조합에 의한 승인이 있어야 정당성이 인정된다. 정치파업과 동정파업은 원칙적으로 금지된다. 권리분쟁과 관련한 쟁의행위와 평화의무위반의 쟁의행위는 금지된다. 쟁의행위의 정당성 평가는 비례성 원칙에 따라서 이루어진다. 쟁의행위는 최후수단으로서만 가능하고, 쟁의행위의 수단은 목적달성에 필요한 범위를 초과하여서는 안되며, 쟁의행위가 종료한 후에 양당사자는 가능한 한 조속히 그리고 모든 범위에서 노동평화를 회복할 수 있도록 협력하여야 한다.

(4) 프랑스에서는 쟁의권이 헌법상 보장되어 있다. 개별 근로자에게도 쟁의권이 보장되어 있는 것으로 해석되고 있는 결과, 동정파업이나 비공인 파업에 대해서도 정당성을 폭넓게 인정하고 있고 쟁의행위의 최후수단성의 원칙도 부정된다. 따라서 쟁의행위에 우선하는 단체교섭을 전제로 하지

않기 때문에 쟁의대상이 될 수 있는 사항은 단체교섭사항에 국한되지 않게 된다. 전형적인 근로조건의 유지·개선뿐만 아니라 고용보장 등 근로자들의 집단적 직업이익의 옹호를 위한 것이라면 사용자의 인사경영권에 속하는 사항이라도 쟁의대상이 될 수 있다. 또한 집단적 직업이익을 옹호하기 위한 것이라면 권리분쟁도 쟁의행위의 대상으로 되는 경우가 있고, 정치과업 역시 직업이익의 옹호라는 관점에서 정당성이 인정되는 경우도 있다.

(5) 미국에서 쟁의행위에 대한 규율은 전국노사관계법에 의해 이루어지는데, 부당노동행위금지법규에 의해 '보호'되는 쟁의행위와 부당노동행위에 의해 '보호'되지 않는 민·형사상 면책을 향유하는 쟁의행위가 정당한 쟁의행위의 범주 속에 포함된다. 쟁의행위의 주체와 관련하여서 쟁의행위는 원칙적으로 개인에 의해 이루어진다는 것이 전제로 되어 있기 때문에, 단체행동으로서의 성격, 다른 근로자와의 '관련성'이 인정되면 근로자 개인의 행위도 쟁의행위로 인정된다. 마찬가지로 비조직근로자에 의한 쟁의행위도 넓게 인정되고 있다. 쟁의행위의 목적과 관련하여서는 미국 노동관계법의 체계상 단체교섭 시스템과 유기적으로 관련하여 발전되어 왔는데, 의무적 교섭사항을 목적으로 한 쟁의행위는 정당하다고 평가되고 있다. 의무적 교섭사항으로는 임금이나 근로시간과 같은 좁은 의미의 근로조건만이 아니라 정리해고, 고충·중재절차, 단체교섭절차, 조합비 공제, 단결강제 등 집단적 노사관계에 대한 사항도 해당한다. 주로 쟁점이 되는 것은 경영사항이 의무적 교섭사항이 되는지 여부인데, 이와 관련하여서는 이른바 균형성 기준에 따라 특정 대상의 단체교섭이 근로자 및 사용자에게 제공하는 이익(또는 부담)을 비교형량하여 근로자의 이익이 더 큰 경우에는 '의무교섭대상'에 포함시키고, 사용자의 이익이 더 큰 경우에는 '의무교섭대상'에 포함시키지 않는 입장이 일반적이라고 할 수 있다. 미국에서는 쟁의행위절차와 관련한 엄격한 법적 제한이 존재하고 이를 위반한 쟁의행위는 위법이 된다.

(6) 이상의 논의에서 확인할 수 있는 점은 다음과 같다.

첫째, 보장수준에 관계없이 쟁의행위의 정당성은 판례법에 의해 규율되고 있다는 점이다. 쟁의행위에 관한 법률의 제정은 사회적 컨센서스를 얻기 어려우며 관련 당사자에게 모두 만족할 수 있는 결과를 주는 것은 사실

상 불가능하다는 점, 모든 정의행위에 타당한 일반적인 법률을 제정하기가 사실상 불가능하다는 점, 성문법률에 비하여 판례법이 사회적 갈등을 완화시킬 수 있다는 점, 각국의 역사적 경험에 비추어 볼 때 정의행위에 대한 입법상 규율보다는 판례법상 규율이 더 효과적이었다는 점 등이 고려된 결과라고 할 수 있을 것이다. 그리고 판례법의 성격상 구체적 타당성이 특히 중시되고 있다는 점도 확인할 수 있다. 정의행위의 정당성에 대한 판단 구도가 정의행위에 대한 사전적인 개념정의를 전제로 하여 이에 해당하는 경우에 정의행위의 정당성을 판단하는 방법을 취하지 않고, 구체적인 행위에 대하여 정당성 평가를 하는 것이 일반적(ILO, 프랑스, 미국)이라는 점에서도 정의행위의 정당성 판단에 대한 구체적 타당성을 중시하는 각국 법원의 입장을 알 수 있다.

둘째, 주체의 측면에서 볼 때 정당한 정의행위는 원칙적으로 노동조합에 의해 이루어져야 한다는 점을 확인할 수 있다. 정의행위가 근로자의 개별적 행위의 단순한 집합이 아니라 공동의 목적을 가진 공동행위라는 점에서 이를 지도하고 통제할 수 있는 권한있는 단체에 의해 이루어져야 할 필요가 있다는 것을 의미한다. 그러나 이른바 비공인파업의 정당성에 대해서는 국가에 따라 상당한 차이가 있다. 교섭구조가 중앙집중화된 국가(독일)에서는 비공인파업에 대하여 엄격하게 해석하며, 교섭구조가 분산화된 국가(미국)나 정의권이 헌법상 보장된 국가(프랑스)에서는 비공인파업의 정당성을 상대적으로 넓게 인정한다.

셋째, 목적의 정당성과 관련하여, 정치파업에 대해서는 이를 전면적으로 부정하는 국가(독일)도 있으나, 근로자의 사회·경제적 정책에 관한 정의행위에 대해서는 정당성을 인정하는 경향에 있다. 사용자의 경영사항에 대한 정의행위에 의한 관여에 대하여는 경영참가가 사업장 차원에서 실효적으로 보장되고 있는 독일에서는 정의행위에 의한 기업경영상의 결정에 대한 참가를 엄격하게 제한하고 있으나, 그밖의 다른 국가에서는 상대적으로 정의행위의 가능성을 폭넓게 인정하고 있다. 여기에는 교섭구조도 상당한 영향을 미치는 것으로 보인다. 기업별 교섭구조체제하에서는 사용자의 경영상 의사결정과 근로자의 정의행위가 충돌될 수밖에 없고, 이러한 교섭체제하에 있는 국가들에서는 양자의 조정이 다양한 방법으로 시도되고 있다.

이 점에 관한 ILO의 입장은 확인되지 않으나, 정치과업에 대한 ILO의 입장이나 쟁의행위의 목적과 관련된 ILO의 기본적 태도를 고려할 때 당연히 쟁의행위의 대상이 되고 있는 것을 전제로 하고 있는 것으로 보인다. 그리고 독일을 제외하고는 개별적 근로자와 관련되는 쟁의행위라고 하더라도 그것이 집단적 성격을 띠고 있는 한 쟁의행위의 정당성이 인정되고 있음을 발견할 수 있다. 이른바 권리분쟁에 대해서도 협약해석을 둘러싼 분쟁이나 재판상 평가가 필요한 법적 분쟁을 쟁의행위의 대상으로 할 수 있는지 여부는 각국의 법 시스템에 따라 상당한 편차가 있으나, 권리분쟁에 대해 쟁의행위 이외의 제도적 해결방안이 상대적으로 잘 정비된 독일을 제외하고는 쟁의행위의 대상으로 될 수 있다는 입장을 취하는 예가 많은 것으로 보인다.

넷째, 절차와 관련하여서는 각국에 따라 다양한 절차적 규율을 발전시키고 있으나, 예외적인 경우를 제외하고는 절차위반이 바로 실체적 정당성 평가로 이어지는 않는다. 평화의무위반의 쟁의행위에 대해서는 정당성을 부정하는 것이 일반적인 경향이며, 최후수단으로서의 쟁의행위를 전제로 하여야 하는지는 단체교섭 시스템에 따라서 국가별로 차이가 있다.