

노동정책연구

2002. 제2권 제4호 pp.75~103

© 한국노동연구원

연구논문

# 직권중재제도의 법적 문제점과 개선방향\*

이승욱\*\*

필수공익사업에 대한 직권중재와 관련한 현행 제도는 제도 그 자체에 위험적인 요소가 포함되어 있을 뿐만 아니라 실제 운용의 면에서도 위험적 계기가 있다. 이를 배제하고 합헌적인 제도로써 운용되기 위해서는 우선 직권중재의 허용성 여부는 법익형량의 원칙에 따라 결정되어야 한다. 국민의 생명, 건강, 신체의 안전성 또는 인간으로서의 존엄성과 근로삼권이 충돌하는 경우에는 사전적인 직권중재에 의하여 대처하는 것이 바람직하고, 동일한 가치를 가지거나 우열관계가 명확하지 않은 제3자의 법익과 근로삼권과 관련한 근로자의 이익이 충돌할 때에는 사후적인 직권중재제도에 의해 대처하는 것이 합리적이다. 이러한 관점에서 현행법상의 필수공익사업의 범위는 재조정되어야 한다. 나아가 제도의 운용면에서도 직권중재 회부의 요건과 기준을 명시하고, 직권중재의 중립성·공정성을 담보할 수 있도록 중재위원의 구성, 절차와 방식과 관련하여서 대폭적인 제도적 개선이 필요하다.

핵심용어 : 직권중재, 중재재정, 사전적 직권중재, 사후적 직권중재, 필수공익사업

## I. 논의의 전제

### 1. 직권중재제도의 성격

우리나라의 필수공익사업에 대한 중재제도는 두 가지 성격을 동시에 가지고 있다.

투고일: 2002년 11월 20일, 심사의뢰일: 12월 11일, 심사완료일: 12월 20일.

\* 투고된 원고를 꼼꼼히 정독하고 상세하고 유용한 코멘트를 해주신 익명의 검토위원께 마음으로부터의 감사를 표한다.

\*\* 부산대 법과대학 교수(arbeit@busan.ac.kr)

하나는 ‘직권’ 중재로서의 성격이고, 다른 하나는 ‘구속적’ 중재로서의 성격이다. 중재의 개시가 당사자의 의사에 관계없이 제3자에 의해 일방적으로 개시될 수 있다는 점에서 중재의 ‘직권성’이 있으며, 그 때 내려진 중재가 당사자의 수용 의사 여부와 무관하게 효력을 발생한다는 점에서 ‘구속적’ 중재로서의 성격을 가지고 있다(직권적·구속적 중재제도).

그러나 양자는 반드시 결부되지 않으면 안 되는 성질의 것은 아니다. 중재의 ‘직권성’은 중재 회부의 주체에 관한 것이고, 중재의 ‘구속성’은 중재의 효력과 관련되기 때문에 오히려 중재의 주체와 효력에 따라 다양한 중재제도가 있을 수 있다. 예컨대, 중재의 개시는 양 당사자의 합의가 있는 경우에만 가능하지만 그 효과는 양자에게 구속력을 가지는 경우(임의적·구속적 중재제도)도 있을 수 있고(미국의 매사추세츠주, 델라웨어주, 하와이주 등), 중재의 개시는 제3자에 의해 이루어지지만 그 효력은 당사자에게 구속력이 없는 제도(직권적·비구속적 중재제도)도 있을 수 있으며(아이오와주, 오클라호마주 등), 당사자의 의사에 의해서만 중재 회부가 이루어지고 그 효력도 구속력이 없는 제도(임의적·비구속적 중재제도)도 있을 수 있는(독일 공공부문노조인 ver.di와 공공부문사용자단체연합) 등 다양한 경우의 수가 존재한다. 따라서 중재제도는 반드시 직권에 의하여 이루어져야 한다든지 아니면 구속적 효력을 가져야 한다든지 하는 필연성은 인정되지 않고 어떠한 형태의 중재제도를 채택할 것인지는 역사적 경험과 사회·경제적 배경에 따른 정책적 결정에 속하는 사항이다.

우리나라의 직권적·구속적 중재제도는 당사자의 의사와 전혀 무관하게 중재 개시 여부가 결정되고 효력이 발생한다는 점에서 다른 유형의 중재제도보다 훨씬 강력한 제도임은 틀림이 없다. 그런데, 우리나라에서는 일반적인 중재에서도 일단 재정이 내려지게 되면 그 효력은 당사자의 의사와 무관하게 당사자에게 구속적으로 발생하기 때문에 그 점에서 필수공익사업에서의 중재와 동일하다. 따라서 필수공익사업에서의 중재제도의 특수성은 중재 개시의 직권성에만 있다고 할 수 있다.

직권중재제도는 이미 헌법재판소에 의해 합헌결정을 받은 바 있으나,<sup>1)</sup> 2001년 11월 16일 서울행정법원의 위헌제청을<sup>2)</sup> 계기로 하여 다시 그 위헌성 여부가 문제되고 있다. 이하에서는 현행 직권중재제도의 법적 문제점을 살펴보고 제도적 개선방안을 모색하기로 한다.

1) 헌법재판소 1996.12.26. 90헌바19, 92헌바41, 94헌바49.

2) 서울행정법원 2001.11.16, 2001구23542.A

## 2. 직권중재제도에 의한 쟁의행위의 제한

중재제도를 쟁의권의 행사와 관련하여 보면, 파업을 전면적으로 금지시키는 대신에 중재제도를 허용하는 제도(일본의 현업공무원이나 공영기업체 근로자의 경우)가 있는 반면, 우리나라와 같이 쟁의권을 허용하면서도 중재제도를 설정하는 경우도 있다. 전자의 중재제도는 쟁의권의 전면적 금지에 대한 이른바 대상조치로서의 성격이 명확하게 부각되지만, 우리나라에서는 제도적으로는 쟁의권의 행사 가능성을 허용하고 있기 때문에 중재의 대상조치로서의 성격은 그다지 명확한 것이라고는 할 수 없다. 다만 우리나라에서는 노동쟁의가 중재에 회부된 때에는 그 날로부터 15일간은 쟁의행위를 할 수 없기 때문에(노동조합및노동관계조정법(이하 ‘노조법’) 제63조) 쟁의권에 대하여 시기적으로는 제도적 제한이 있다. 따라서 그 한도에서는 대상조치로서의 성격을 인정할 여지가 없는 것은 아니다. 이러한 점을 중시한다면 직권중재에 대하여 필수공익사업의 쟁의권 ‘제한’에 대한 대상조치로서의 성격을 인정할 수도 있다. 그러나 중재 회부 이후 15일간의 쟁의행위 금지 제도는 중재의 실효성을 높이기 위한 것으로서 필수공익사업에 특유한 제한은 아니고 일반적인 중재에서도 마찬가지로 적용되는 것이다. 따라서 중재 회부 이후 15일간의 쟁의행위 금지는 직권중재의 대상조치로서의 성격과 직접적인 관련성이 없다.

다만, 중재재정이 내려지면 단체협약과 동일한 효력을 가지기 때문에(노조법 제70조 제2항) 단체협약의 이른바 평화의무로 인해 중재재정에서 정한 사항에 대한 쟁의행위가 사실상 불가능하게 된다. 이러한 중재재정의 효과는 일반적인 중재에서도 동일하게 인정되는 것이기 때문에 필수공익사업에 특유한 성질의 것은 아니다. 다만 일반적인 중재와 달리 필수공익사업에서는 당사자의 의사와 무관하게 중재에 회부될 수 있다는 비자발성으로 인해 필수공익사업에서는 사실상 쟁의행위가 불가능하게 되는 경우가 발생할 수 있다. 그렇지만 필수공익사업에서도 쟁의행위가 원천적으로 불가능한 것은 아니다. 필수공익사업에서 직권중재가 내려지지 않을 가능성이 제도적으로 봉쇄되어 있는 것은 아니고 실제로도 그러한 예가 있기 때문이다.<sup>3)</sup>

그렇다면 노조법이 필수공익사업에 대하여 특유하게 쟁의행위 자체를 법적으로 금지하거나 제한하고 있다고 하기는 어렵다. 오로지 사실적인 차원에서 또는 결과적으로 쟁의행위가 금지될 뿐이다. 이러한 상황하에서는 직권중재제도를 쟁의행위 금지 내지

3) 최근 2년간 필수공익사업에서의 직권중재제도 운용 현황

제한에 대하여 설정된 제도로서의 ‘대상조치’라고 하기는 어렵다. ‘사실상’ 제한 내지 박탈당하는 대가로서 ‘제도적’인 대상조치를 마련하는 예가 다른 법질서에서 찾아볼 수 없을 뿐만 아니라 그러한 성질의 제도는 이미 ‘대상(代償)’의 의미와 무관하다. 요컨대, 직권중재제도는 필수공익사업에서의 쟁의행위 제한 내지 금지에 대한 대상조치라고 보기 어렵다. 직권으로 중재에 회부한 날로부터 15일간 및 중재재정 이후의 기간 동안 쟁의행위가 금지되는 것은 어디까지나 ‘사실상’의 제한 내지 기존의 판례법리에 따른 제한에 불과하다.

그러나 더 엄밀하게 말하면 직권중재 회부로 인하여 쟁의행위가 금지된 기간 동안, 그리고 중재재정이 내려진 이후의 기간 동안 이루어진 쟁의행위의 정당성에 관한 명확한 판례법리는 아직 존재하지 않는다. 일반적으로 그 경우에는 정당성이 없다고 추정하고 있지만 일반적인 추정과는 반대로 실제로 이 쟁점이 직접적으로 다투어진 예는 없는 것으로 보이기 때문에 판례법리는 없다고 하는 편이 더 정확하다.<sup>4)</sup> 오히려 최근 직권중재 회부 이후에 이루어진 파업의 정당성과 관련한 하급심 판결에서는 “쟁의행위 금지기간인 냉각기간에 관한 규정의 취지는 분쟁을 사전 조정하여 쟁의 발생을 회피하는 기회를 주려는 데에 있는 것이지 쟁의행위 자체를 금지하려는 데에 있는 것이 아니므로, 쟁의행위가 그 냉각기간의 규정이 정한 시기와 절차에 따르지 아니하였다 하여 무조건 정당성이 결여된 쟁의행위라고 볼 것이 아니라 그 위반행위로 말미암아 사회·경제적 안정이나 사용자의 사업운영에 예기치 않는 혼란이나 손해를 끼치는 등 부당한 결과를 초래할 우려가 있는지의 여부 등 구체적인 사정을 살펴서 그 정당성 유무를 가려 형사상 죄책 유무를 판단하여야 한다”고 하면서 결론적으로 제반 사정에 비추어 보면 중재 회부 후 쟁의행위 금지기간이라는 점만으로 쟁의행위의 정당성이 부정

	조정 신청 건수	조정 결과					중재 회부				중재 비회부
		성립	불성립	행정 지도	취하	진행중	건수	합의 종결	중재 재정	진행중	
2001	63	32	21	8	2	-	16	15	1	-	5
2002 (9.30. 현재)	62	21	31	8	2	-	22	17	5	-	9

자료: 중앙노동위원회

(김홍영, 「필수공익사업에서 공공이익의 확보와 노동권 보장간의 조화방안」, 『국제노동기준과 한국의 노사관계』, ILO·KLI, 2002, 184쪽에서 재인용)

- 4) 大判 1990.5.15. 90도357 판결이나 大判 1990.9.28. 90도602 판결에서 구노동쟁의조정법상의 공익사업에서의 쟁의행위의 정당성이 다투어져 그 정당성이 부정된 것은 그 수단이나 방법에서 정당성이 없었기 때문으로, 이들 사건에서는 절차위반 그 자체에 대한 직접적인 판단은 하지 않았다. 다른 요소에 대한 정당성이 모두 구비된 쟁의행위가 오로지 중재 회부 이후에 행하였던 것만을 이유로 정당성이 다투어진 예는 없는 것으로 보인다.

되지 않는다고 한 예가 있다.<sup>5)</sup> 쟁의금지기간 중의 쟁의행위라고 하여 무조건 정당성을 부정받지는 않는다는 점을 명확히 한 점에서 큰 의미가 있는 판결이다. 아직 대법원의 최종적 판단이 내려진 것은 아니지만, 이러한 판지가 관철된다면 또는 설령 관철되지 않는다고 하더라도 현행 직권중재제도하에서는 이 하급심 판결과 같은 판단이 나올 가능성이 있다는 것만으로도 직권중재가 바로 ‘단체행동권을 사실상 박탈’한 것이라는 것은 성급한 결론이라고 할 수 있다.

또한 중재재정 이후의 기간 동안 쟁의행위가 ‘사실상’ 금지된다는 입장은 중재재정이 단체협약과 동일한 효력을 가지기 때문에(노조법 제70조 제2항) 이른바 평화의무도 인정되고 그렇다면 평화의무 위반의 쟁의행위는 정당성이 없다는 판례법리를 전제로 한 것이다. 그러나 이러한 입장은 평화의무의 법적 성질을 엄격한 의미의 내재설<sup>6)</sup>로 파악하고 동시에 노조법 제70조 제2항에서 규정한 ‘단체협약과 동일한 효력’을 가진 중재재정을 ‘단체협약’ 그 자체와 동일시할 때에만 가능한 논리이다. 즉 평화의무의 법적 성질을 합의설<sup>7)</sup>이나 신의칙설<sup>8)</sup>에 따라 파악할 경우에는 평화의무 위반의 쟁의행위가 바로 정당성을 상실한다고 보기 어렵다. 또한 노조법은 직권중재로 인해 내려진 중재재정에 대하여 “단체협약이 성립된 것으로 본다”고 규정한 것이 아니라 오로지 ‘단체협약과 동일한 효력’을 가진다고 규정한 점을 중시한다면 중재재정에 대하여 평화의무까지 인정하기 어렵다고 해석할 여지도 얼마든지 있다. 즉 노조법상 정한 단체협약의 효력은 오로지 단체협약상 ‘기준의 효력’(노조법 제33조 참조)에 국한되고 평화의무를 포함한 단체협약의 이른바 채무적 효력은 단체협약의 계약으로서의 측면을 고려하여 강화상 인정된 것이다. ‘단체협약과 동일한 효력’을 가지는 중재재정은 노조법에 의하여 창설적으로 인정된 제도이기 때문에 중재재정의 효력은 노조법에 규정된 단체협약의 효력에만 미치고, 이를 넘어 노사자치영역에서 인정되는 단체협약의 계약으로서의 측면, 즉 집단적 노사관계 당사자간의 법률관계를 규율하는 사항에까지 미칠 수는 없다고 해석할 여지도 있는 것이다. 뿐만 아니라 실제로도 중재재정이 노사간의 모든 쟁점에 대하여 내려지는 것은 아니고 중재재정이 내려지더라도 잔여 쟁점에 대해서는 일반적으로 노사간의 합의에 의하여 단체협약이 체결된다는 실태를 고려하면 설령 평화의무를 인정하더라도 중재재정에서 명시한 내용에 대해서만 평화의무가 미치고 중재재정에서 정하지 않은 사항에 대해서는 여전히 단체교섭과 쟁의행위를 할 수 있다고 해

5) 수원지법 성남지원 2002.6.7. 선고 2002고단622 판결.

6) 김형배, 『노동법』, 제13판 박영사, 2002, 635쪽; 이영희, 『노동법』, 법문사, 2001, 253쪽.

7) 김유성, 『노동법』, 진정중보판, 법문사, 1999, 176쪽.

8) 임종률, 『노동법』, 3판, 박영사, 2002, 139쪽.

석할 수도 있다.

이와 같이 중재 회부 이후 15일간의 쟁의금지기간 중 또는 중재재정 이후의 기간 동안 행해진 쟁의행위의 정당성을 판례가 부정하지 않는다면 애당초 직권중재가 쟁의행위의 제한 내지 금지와 관련될 기반을 상실하게 된다.<sup>9)</sup> 그렇다면 직권중재가 ‘단체행동권을 사실상 박탈’한다는 입장은 오로지 쟁의행위의 정당성에 관한 기존의 판례법리(중재재정 이후 쟁의행위에 대하여) 또는 추정되거나 예상되는 판례법리(중재 회부 이후 15일 동안의 쟁의행위에 대하여)를 전제로 할 때에만 성립 가능하다. 즉 단체행동권이 법제도 그 자체에 의하여 박탈되는 것은 아니다. 따라서 쟁의행위의 금지와 관련한 직권중재제도에 관한 논란은 엄밀히 말하면 제도 그 자체의 문제라기보다는 쟁의행위와 관련한 판례와 행정실무의 전체적인 법의 운용에서 기인하는 것이고, 문제의 본질도 제도 자체의 위헌성 여부가 아니라 제도의 위헌적 운용에 우선적으로 존재한다고 할 것이다. 그렇다면 해결방안도 직권중재제도 운용상의 문제점을 개선할 수 있는 데에서 찾아야 할 것으로 보인다.

### 3. 검토의 과제

그 이전에 직권중재제도 그 자체에 위헌적 계기는 없는가를 좀 더 검토할 필요가 있다. 만약 직권중재제도 그 자체에 위헌성이 있다면 운용상의 개선만으로는 문제가 해결될 수 없기 때문이다.

앞에서 살펴본 바와 같이 “직권중재제도는 쟁의행위의 사실상의 금지 내지 제한에 대한 대상조치”가 될 수 없고, 위헌제청을 한 서울행정법원이 적절하게 지적하고 있는 바와 같이 중재 그 자체가 쟁의행위에 대한 대상물이다.<sup>10)</sup> 단체협약을 통한 근로조건의 확보는 쟁의권을 배경으로 한 집단적 힘의 행사에 의하여 달성하도록 하는 것이 현행 법질서의 기본적인 틀이다. 그러나 노동조합은 자신의 주장을 관철하기 위하여 쟁의행위에 호소하는 대신 단체협약과 동일한 효력을 가지는 중재재정을 내릴 수 있는 제도로서 설정되어 있는 중재절차를 선택함으로써 쟁의행위로 인한 비용과 희생을 줄이는 그 나름의 합리적인 선택을 할 수도 있다. 중재절차를 개시한다는 것은 노동조합 으로서는 쟁의권을 스스로 포기 내지 자제하는 대신 제3자의 판단에 근로조건의 형성 권을 부여하는 것이다. 헌법상 기본권을 스스로 포기하는 것은 기본권의 본질과 상충

9) 이 경우 남은 문제는 15일의 쟁의금지기간 동안 쟁의행위를 한 것에 대한 벌칙조항(노조법 제91조)의 정당성뿐이다. 이에 대해서는 뒤에서 살펴본다.

10) 서울행정법원 2001.11.16, 2001구23542.

하지 않는 한 용인된다. 현행 노조법이 중재기간 중 쟁의행위 금지를 규정하고 있는 것은 중재의 실효성을 확보하고자 하는 데에 취지가 있지만, 그 배경에는 자신의 권리를 스스로 포기하고 제3자의 판단에 맡기기로 한 이상 자신의 행동에 반하는 행위를 하여서는 안 된다는 신의칙상 금반언(禁反言)원칙과 상대방 당사자의 신뢰보호를 구체화하고자 하는 목적이 있다고 할 수 있다. 따라서 쟁의권에 갈음하는 제도로서의 중재는 그 본질상 당사자의 명시적·묵시적인 자주적 의사결정을 전제로 하지 않으면 안 된다.

그런데, 직권중재제도는 노사관계 당사자가 분쟁을 중재에 의하기로 하는 합의를 하지 않았음에도 불구하고 노동위원회라는 제3자인 행정기관이 행정처분으로써 중재에 회부할 것을 결정하는 제도이다. 이는 행정기관인 노동위원회가 근로자의 헌법상 단체행동권을 포기시키는 것과 동일한 의미를 가질 뿐 아니라 중재에 회부할 것인가 쟁의행위를 할 것인가라는 노동조합의 기본방침을 제3자가 결정함으로써 단결권을 침해하고 나아가 근로조건의 형성을 노사 당사자가 아니라 제3자가 결정함으로써 단체교섭권까지 침해하는 결과가 된다.<sup>11)</sup> 요컨대, 중재 회부의 ‘직권성’은 헌법상의 근로삼권 전체를 침해하는 결과를 야기한다. 이를 허용하는 법률은 강력한 합헌적 근거를 가지지 않으면 안 된다. 과연 노조법은 필수공익사업에 대한 중재의 직권 회부와 관련하여 충분한 합헌적 근거를 가지고 있는가.

## II. 직권중재제도의 목적에 있어서 정당성

### 1. 근로삼권에 대한 제한으로서의 직권중재제도의 합헌성

대부분의 기본권은 절대적으로 보장되는 것이 아니라 내재적 한계를 가지고 있다. 헌법 제37조에 따라 국가의 안전보장, 질서유지, 공공복리를 위해서는 법률에 의한 제한을 받을 수 있다. 근로삼권과 관련하여 특히 문제되는 것은 공공복리를 위하여 제한을 가할 수 있는지 여부이다. 근로삼권이 헌법상 기본권으로 보장되어 있는 것 자체가 사용자의 재산권 등에 대한 제한을 전제로 한 것으로서 이미 공공복리를 위한 조정이 이루어진 후의 상태이기 때문에 더 이상의 제한은 있을 수 없다는 입장도 있을 수 있

11) 이런 점에서 서울행정법원이 제3자에 의한 중재제도의 회부 결정은 노사자치주의만이 아니라 교섭자치주의를 침해한다고 지적한 것은 정당하다.

지만, 근로삼권 역시 헌법 제37조에 따른 기본권 제한을 받는다는 데에는 일반적으로 견해가 일치한다.

기본권을 제한하는 입법이 헌법 제37조에 근거한 기본권 제한원칙에 위반하지 않기 위해서는 목적의 정당성, 수단의 적합성, 피해의 최소화, 범익의 균형성이 인정되어야 한다.<sup>12)</sup> 근로삼권 전체에 대한 제한으로 이어지는 필수공익사업에 대한 직권중재제도는 이러한 요건을 모두 갖추고 있지 않으면 위헌적인 제도가 될 것이다. 이하에서는 목적의 정당성과 수단의 적합성을 중심으로 살펴보고자 한다.

## 2. 목적의 정당성

### 가. 합헌론의 입장

목적의 정당성과 관련하여 합헌론을 대표하는 헌법재판소의 결정에서는 다음과 같이 말하고 있다.<sup>13)</sup> 먼저 기본적인 관점으로서 필수공익사업은 “우리 국민생활에 바로 직결되어 있어 그 사업의 정지 또는 폐지가 일반인의 일상생활과 국민경제에 큰 타격을 줄 수 있는 이른바 공공역무로서의 성질을 띠고 있는 것이므로,……질서유지나 공공복리를 위하여 노동쟁의가 쟁의행위로 나아가지 아니하고 원만하고 신속히 타결되어야 할 ‘필요성’이 일반사업에 비하여 현저히 높다.”

다음으로 구체적인 판단에 있어서는 다음과 같이 실시하고 있다. “아파트 등 집단주거가 대도시 주거형태의 근간을 이루고 있는 우리나라 주거여건에서는 전기·수도 및 가스 등의 일시적인 공급 중단만으로도 주민의 일상생활에 심각한 고통을 안겨 주고, 모든 산업의 원동력의 공급 중단으로 생산력은 마비될 것이며, 대부분 도시민들의 출퇴근수단인 지하철 등 공중운수사업의 일시적인 중단만으로도 큰 혼란이 야기되고 각종 업무에 지장을 초래하고, 심지어 의료사업의 경우는 일시적인 태업만으로도 적시의 치료를 받지 못함으로써 국민의 생명, 신체, 건강에 돌이킬 수 없는 치명적인 결과를 야기시킬 수도 있다. 또한 방송의 중단은 일상생활의 상당 부분이 정보에 의존하고 있는 현대사회에서 국민에 미치는 영향이 지대하다. 이와 같이 태업, 파업 또는 직장폐쇄 등의 쟁의행위가 공중운수·전기·수도·가스·방송·의료 등 공익사업에서 발생하면 비록 그것이 일시적이라 하더라도 그 공급 중단으로 커다란 사회적 혼란을 야기함은 물론 국민의 일상생활, 심지어는 생명과 신체에까지 심각한 해악을 초래하게 되고

12) 헌법재판소 2001. 6. 28. 2001헌마132 등 헌법재판소의 일관된 입장이다.

13) 헌법재판소 1996.12.26. 90헌바19, 92헌바41, 94헌바49.

국민경제를 현저히 위태롭게 하므로, 위와 같은 공익사업에 있어서는 쟁의행위에 이르기 이전에 노동쟁의를 신속하고 원만하게 타결할 필요성이 특별히 요청된다.” 나아가 “노사관계의 타협과 조정의 역사가 일천한 점, 극한적인 대립 양상을 보이며, 나아가 정치적인 투쟁으로까지 발전하여 사회 불안을 조성하는 경향까지 있었던 우리 노사관계의 경험과 현실, 공익사업에 있어서 쟁의행위는 국민생활의 기본적 수요와 국가경제의 기본이 되는 원자재에 해당하는 재화와 용역의 공급을 불모로 하는 쟁의행위라는 점, 그리고 아직도 선진 외국의 기술과 자본을 도입하는 한편, 그들과 치열한 경쟁을 통하여 경제성장과 발전을 이룩하여야 하는 우리의 경제사정하에서 극한적인 쟁의행위로 생산성과 국제경쟁력을 저하시키고, 나아가 국내 기업의 투자심리를 위축시키는 현상을 초래하게 되는 점”을 고려하여야 한다.

이와 같이 “공익사업으로서 공중의 일상생활에 없어서는 아니되거나 그 업무의 정지 또는 폐지가 국민경제를 현저히 위태롭게 하는 사업의 경우, ……근로자의 이익이나 권리의 확보에 비하여 중재에 의하여 분쟁을 원만하고 신속하게 해결하여 국민의 일상생활을 보호할 필요가 현저히 크다는 이익교량의 원칙에 비추어 보더라도 어느 정도의 쟁의행위의 제한은 감수하여야 할 것”이기 때문에 직권중재에 의한 근로삼권제한의 필요성이 있다고 판단하고 있다.

## 나. 검토

정리하면, 헌법재판소는 쟁의행위가 제한되어야 하는 필수공익사업은 우리 국민생활에 바로 직결되어 있어 그 사업의 정지 또는 폐지가 일반인의 일상생활과 국민경제에 큰 타격을 줄 수 있는 성질의 사업으로 파악하고 있다.

쟁의행위가 제한되어야 할 이유로서 ① 전기·가스·수도사업에 대해서는 ‘일상생활에 심각한 고통’을 주고, ② 지하철 등 공중운수사업에 대해서는 ‘혼란 야기와 업무에 지장’을 초래하며, ③ 의료사업에 대해서는 국민의 ‘생명, 신체, 건강에 치명적인 결과를 야기’하고, ④ 방송사업에 대해서는 정보사회에서 ‘국민에 미치는 영향이 지대’하다는 것을 들고 있다. 그리고 모든 필수공익사업에 공통되는 이유로서, ⑤ 노사관계의 타협과 조정의 역사가 일천한 점, ⑥ 사회 불안을 조성하는 경향까지 있었던 우리 노사관계의 경험과 현실, ⑦ 원자재에 해당하는 재화와 용역의 공급을 불모로 하는 쟁의행위라는 점, ⑧ 생산성과 국제경쟁력을 저하시키고 나아가 국내 기업의 투자심리를 위축시키는 현상을 초래하게 되는 점 등을 제시하고 있다.

직권중재로 인해 제한되는 근로삼권과 보호하여야 할 법익 간의 이익교량에 대해서

는 “근로자의 이익이나 권리의 확보에 비하여 중재에 의하여 분쟁을 원만하고 신속하게 해결하여 국민의 일상생활을 보호할 필요가 현저히 크다”고 하고 있다.

헌법재판소의 입장은 다음과 같은 점에서 찬성하기 어렵다.

첫째, 직권중재에 의해 사실상 근로삼권 전체가 본질적인 침해로 받게 되는 반면, 근로삼권을 침해하면서도 보호하여야 할 반대법익이 명확하게 제시되어 있지 않다. 직권중재로 인하여 침해당하는 법익은 명확한 반면, 이로 인해 보호하려는 반대법익은 매우 추상적으로만 제시되어 있다. 질서유지나 공공복리라는 추상적 기준만으로는 근로삼권의 본질적 침해를 야기할 수도 있는 직권중재에 대하여 그 합헌성을 부여하기에 충분하다고 보기 어렵다. 뿐만 아니라 필수공익사업의 쟁의권 등을 제한하면서 보호하여야 할 법익이 국민의 일상생활, 국민경제, 기업의 투자심리까지 포함된다면 이는 필수공익사업이 아닌 일반적인 사업에 대해서도 마찬가지로 적용될 수 있고 근로삼권 제한이 일반사업에까지 무차별적으로 확대될 수 있는 여지를 제공하고 있다는 점에서 심각한 문제가 있다고 하겠다. 가령 우리나라 수출에 가장 큰 비중을 차지하고 있는 반도체사업에서 쟁의행위를 제한하는 법률을 제정할 경우 헌법재판소의 논리대로라면 얼마든지 합헌으로 판단될 수 있는 여지가 있는 것이다.

둘째, 기본권 제한에 있어서 규범적 근거와 현실적 내지 경제적 필요성을 혼동하고 있다. 기본권을 제한하여야 할 현실적인 필요성이 있을 때에도 기본권 제한의 근거는 현실 그 자체가 아니라 그러한 필요성을 뒷받침하는 규범적 요청에서 찾아야 한다. 경제적 필요성만을 이유로 기본권을 제한할 수는 없다. 그러나 헌법재판소가 직권중재의 구체적인 필요성으로서 제시하고 있는 항목은 모두 사실적인 요소에 불과하다. 특히 헌법재판소는 우리 노사관계의 경험과 현실이 “극한적인 대립양상을 보이며 나아가 정치적인 투쟁으로까지 발전하여 사회불안을 조성하는 경향”이 있다는 나름의 역사적 교훈을 제시하면서 근로삼권을 제한할 필요가 있다는 논리까지 제시하고 있는데, 이는 민주주의를 경험하지 않았기 때문에 민주주의를 향유할 권리가 없다는 논리와 다를 바 없는 사고방식으로서 헌법재판소 재판관의 노동분쟁에 관한 의식의 일단을 단적으로 보여주는 예라고 할 수 있다. 기본권의 헌법적 보장에 있어서 현실적·사실적 측면은 무시할 수 없는 부분이기는 하지만, 그것이 기본권 제한의 근거가 될 때에는 현실의 배후에 있는 규범에 의한 정당화가 필요불가결하다. 근로삼권과 관련된 근로자의 이익은 단순한 사실적 이익에 머무르는 것이 아니라 이미 헌법적으로 보호되는 가치이기 때문이다. 현실적 필요성에서 규범 설정의 필요성을 끌어올 수는 있지만 규범에 대한 제한, 특히 기본권에 대한 제한은 현실적 필요성으로는 부족하고 규범적 정당화가 필요하다. 그러나 헌법재판소의 합헌의견은 여기까지에는 이르지 못하고 있다.

셋째, 첫 번째에서 지적한 내용과도 연결되지만, 헌법재판소는 필수공익사업에서 제한되어야 할 근로삼권에 불구하고 보호하여야 할 반대법익으로서의 국민의 기본권을 특정하여 제시하지도 않기 때문에 이익교량을 하기 위한 기본적 전제를 결여하면서도 근로삼권을 향유하는 데 관련되는 근로자의 이익에 대해 ‘중재에 의하여 분쟁을 원만하고 신속하게 해결하여 국민의 일상생활을 보호할 필요’가 현저하게 크다는 이익교량을 행하고 있다. 즉 헌법재판소는 근로자의 근로삼권 제한이라는 불이익과 ‘국민의 일상생활’을 대치시키고 법익교량을 하고 있으나, 근로자는 직권중재에 의하여 근로삼권이라는 헌법상 기본권을 제한당하고 있는 반면, 반대법익으로서 설정되어 있는 것은 국민의 헌법상 기본권이라는 규범적 가치가 아니라 ‘국민의 일상생활’이라는 단순한 사실적인 이익에 불과하다. 뿐만 아니라 설령 ‘국민의 일상생활’이 헌법적으로 보호를 받아야 할 가치라고 인정하더라도 근로삼권과 관련한 이익과 국민의 일상생활과 관련한 이익은 구체적·개별적으로 형량되어야 할 성질의 것이지 어떤 경우에도 후자의 이익이 전자의 이익에 우선하는 것은 아니다.

결론적으로 헌법재판소의 합헌의견은 기본권 제한의 목적 면에서 합헌성의 근거를 충분히 설득력있게 제시하지 못하고 있다고 생각된다. 그렇다면 직권중재제도는 목적의 면에서 정당성이 없는가. 그 답을 위해서는 우선 직권중재에 의하여 근로자의 근로삼권을 제한하면서도 보호하여야 할 국민의 기본권이 있는지를 살펴볼 필요가 있다. 만약 그러한 기본권이 있다면 상충하는 기본권을 어떻게 조정할 것인가라는 관점에서 그 기준을 제시하고, 그 기준에 비추어볼 때 현행 직권중재제도가 과연 목적에 있어서 정당성이 있는지를 판단하여야 할 것이다.

### 3. 필수공익사업에서의 근로삼권 제한에 대한 기본적 관점

#### 가. 기본권의 충돌에 따른 조정원리

현행 법질서는 원칙적으로 자신의 권리행사를 이유로 타인의 권리를 침해하는 것을 허용하지 않고, 부득이하게 침해할 경우에는 침해한 법익과의 조정을 필요로 한다. 다양하게 관련되어 있고 경제적으로 결합되어 있는 사회구조하에서 모든 쟁의행위는 실제적으로 거의 불가피하게 쟁의행위에 관여하지 않은 자의 법적으로 보호되는 이익에 영향을 미치기 때문에 타인의 권리를 직접적으로든 간접적으로든 침해하지 않고 쟁의행위를 하는 것은 거의 불가능하다. 쟁의행위의 직접적인 상대방인 사용자의 권리 침해에 대해서는 이미 헌법상 조정을 전제로 하여 기본권으로서의 근로삼권을 헌법에 보

장하고 있기 때문에 타인의 권리침해와 관련한 법적 문제는 기본적으로는 발생하지 않는다. 그러나 쟁의행위의 직접적인 상대방이 되는 사용자가 아니라 쟁의행위에 관여하지 않은 제3자의 권리를 쟁의행위에 의해 침해하거나 침해할 가능성이 있을 경우에는 헌법적으로 보장되는 근로삼권의 권리와, 마찬가지로 헌법적으로 보장되는 제3자의 권리 간에 법질서에 따른 조정을 필요로 한다.

직접적으로 관여하지 않은 자의 권리에 대한 존중의무는 모든 권리에 내재한 것으로 볼 수 있기 때문에 현행 법질서하에서 특정인의 권리행사가 관여하지 않은 자의 권리를 침해할 때에는 예외적인 경우에만 정당성이 인정된다. 예컨대, 긴급 피난이나 정당방위의 상황이 그러하다. 이러한 예외적인 성격으로 인해 쟁의행위에 의하여 쟁의행위에 관여하지 않은 제3자의 권리를 침해할 경우에는 그 침해의 성격과 종류에 따라 구별하여 살펴볼 필요가 있다. 쟁의행위는 직접적으로 쟁의행위의 상대방의 법익에 대하여 행사된다. 따라서 쟁의행위에 관련없는 제3자의 권리에 대한 침해는 원칙적으로 쟁의행위의 간접적·부수적인 결과여야 한다. 이 경우에는 관여하지 않은 제3자의 법익에 대한 쟁의행위의 침해행위는 예외적 성격을 인정받을 수 있다. 그러나 만약 쟁의행위가 의도적·직접적으로 쟁의행위에 관여하지 않은 제3자의 권리침해를 목적으로 할 경우에는 이러한 예외적 성격이 원칙적으로 부정되고 그 정당성을 상실할 여지가 있다. 이 경우에는 침해 그 자체가 쟁의행위 전술의 핵심을 이루기 때문이다.

나아가 쟁의행위에 관여하지 않은 제3자의 권리에 대한 침해가 쟁의행위의 간접적·부수적 효과에 지나지 않을 경우에도 법익형량의 원칙이 적용되어야 한다. 우리 법질서하에서는 특정한 권리주체의 권리가 다른 주체의 권리를 항상 침해할 수 있다는 의미에서 초우월적 가치성을 인정받는 권리(Aufopferungsprinzip)는 존재하지 않는다. 따라서 부득이하게 권리행사로 인해 제3자의 권리를 침해할 경우에는 항상 법익형량에 의한 조정이 필요하다. 이 때에는 침해되는 법익의 종류에 따라 형량이 이루어져야 한다.

법익간의 우월이 상대적으로 명확할 경우에는 특정 법익의 우위를 전제로 한 조정이 이루어져야 한다. 하위의 법익영역에서의 이익의 추구는 관여하지 않은 제3자의 상위의 법익을 침해하지 않는 범위 내에서만 허용된다. 나아가 법익간의 우열이 명확할 경우에는 상위의 법익을 하위의 법익에 우선시키는 법익형량의 사전적인 조정도 가능할 수 있다.

다른 한편 동등한 가치를 가지고 있거나 가치의 우월이 명백하지 않을 경우에는 관여하지 않은 제3자의 권리가 가장 적게 침해될 수 있도록 하는 조정이 필요하다. 이 경우에는 법익형량은 구체적·개별적 사정을 고려한 종합적인 비교형량을 필요로 할 것이다. 따라서 이 경우에는 사전적으로 특정한 법익을 다른 법익에 우선시킬 수는 없

고 오로지 사후적·상황적 평가만이 가능하다.<sup>14)</sup>

#### 나. 상위의 법익과 근로삼권의 충돌

근로삼권에 대한 제한과 관련하여 생각해 보면 근로삼권에 대하여 상대적으로 우월한 가치를 가지는 기본권은 신체의 자유, 안전, 건강을 비롯하여 인간의 존엄성과 관련된 기본권이라고 할 수 있다. 근로삼권은 근로조건의 유지·향상을 기본적 목적으로 하는 권리로서 원칙적으로 근로자의 재산적 이익의 확보에 기여하는 기본권이다. 이러한 이익은 생명, 신체의 안전, 건강, 인간의 존엄성, 자유와 같은 정신적 이익에 상대적으로 후순위한다고 볼 수 있다. 쟁의행위가 관련 분쟁에 직접적으로 관여하지 않은 제3자의 이러한 법익을 침해하여서는 안 된다. 환언하면 쟁의행위가 관여하지 않은 제3자의 이러한 법익을 위태화시키는 경우에는 제한을 받을 수 있다.

그렇다면 어떠한 경우에 쟁의행위가 상위의 권리를 위태화시킬 수 있는지를 살펴볼 필요가 있다. 그 기준은 유지 또는 재개의 구체적 활동이 관여하지 않은 제3자에게 기여하고 있는지 여부에 따라 결정될 수 있다. 예컨대, 노무 제공의 목적이 다른 자의 건강의 유지 또는 회복에 기여하는 경우에 그 활동의 중지는 다른 자의 건강을 위태롭게 할 수 있다. 반면에 구체적인 활동이 다른 자의 건강의 유지 또는 회복에 기여하지 않는다면 그 중지는 이러한 법익을 위태롭게 하지 못할 것이다.

이 때 상위 법익을 위태롭게 하는지 여부의 판단 기준은 파업에 의한 유지 또는 재개 활동의 중지가 상위 법익에 대한 구체적인 위협을 초래하였는지 여부에 의하여 판단될 수는 없다. 예컨대, 생명에 대한 구체적인 위협이 개시된 경우에 비로소 파업이 제한될 수 있다고 보기가 어렵기 때문이다. 즉 생명이나 건강 등 상위의 법익에 대한 구체적인 위협이 발생한다면 이미 늦어버릴 수 있어 상위 법익에 대한 효과적인 보호

14) 이하의 관점은 Inge Scherer, *Grenzen des Streikrechts in den Arbeitsbereichen der Daseinsvorsorge - Schutz der Bürger vor gezielter Schädigung durch Streiks*, Duncker & Humblot, 2000에서 제시된 기본권 형량 이론에서 취한 방법론에 기본적으로 따른다. 그러나 Scherer교수의 결론과 필자의 주장은 분석의 틀만 유사할 뿐 결론은 전혀 다르다. Scherer교수의 결론은 공공서비스의 대부분을 조직대상으로 하여 산업별로 조직된 독일의 노동조합 실태에 따른 것이기 때문에 우리나라의 상황과는 전혀 다르다. 독일에서 제3자에게 직접적으로 손해를 야기할 수 있는 공공서비스에 종사하는 근로자는 세계 최대의 노동조합인 ver.di에 의해 사실상 독점적으로 대표되고 있다. 따라서 ver.di가 파업에 의해 노무 제공을 중단한다면, 파업의 대상이 되는 업종에서의 노무 제공은 전면적으로 중지된다. 따라서 이 견해는 산별노동조합이 노동시장을 거의 완전하게 독점하고 있는 독일의 상황에서 제시된 견해로서 일정한 한계를 가지고 있다. 다만 Scherer교수가 제시한 기본권 형량의 관점에 의한 기본권의 조정방법은 기업별 노동조합 조직형태를 근거로 하는 우리나라의 현실과 법질서에서도 변용을 전제로 한 적용 가능성이 있다고 생각된다.

를 할 수 없기 때문이다. 따라서 상위의 법익을 위한 활동의 유지 또는 재개가 파업 등 쟁의행위에 의해 중지되는 것에 의해 초래되는 상위 법익에 대한 위험은 추상적 위험으로 족하다고 해석된다. 특정한 활동이 파업에 의해 중단된 경우 상위 법익에 대한 추상적인 위험이 발생하였는지 여부는 그 활동의 목적에 의하여 판단할 수 있다. 유지 또는 재개 활동이 상위 법익에 기여한다면 그 중지는 필연적으로 이러한 법익에 대한 추상적인 위험을 야기할 것이다.

따라서 파업에 의한 노무 제공의 중지가 파업에 직접적으로 관여하지 않은 제3자의 생명, 건강, 신체적 완전성 내지 자유 또는 인간의 존엄성을 위태롭게 한다면 그러한 파업은 정당하지 않으며 이 때 상위 법익에 대한 위험성은 추상적인 위험으로 족하기 때문에 쟁의행위에 대한 사전적인 제한도 정당화될 수 있는 여지가 있다.

#### 다. 동등한 법익과 근로삼권의 충돌

다음으로, 근로자의 근로삼권 특히 파업권과 관련한 법익과 관여하지 않은 제3자의 법익 간의 우열이 명확하지 않거나 동등한 가치를 가지는 경우 권리조정의 기준을 살펴본다. 이러한 성질을 가진 제3자의 법익으로서는 일반적 행동의 자유에 속하는 법익이나 경제적 자유, 거래의 안전 등을 들 수 있다.

오늘날과 같이 경제적·사회적 관계가 상호 긴밀하게 결합되어 있는 사회에서 쟁의행위는 직접적인 상대방이 되는 사용자만이 아니라 제3자의 권리를 침해할 가능성을 항상 내포하고 있다. 자동차 생산공장에서 파업이 이루어지면 그 곳에 부품을 납품하는 하청회사나 자동차를 주문한 소비자의 이익을 침해할 수밖에 없다. 그러나 이러한 침해는 쟁의행위에 필연적으로 수반하는 부수적·간접적 효과에 불과하고, 이러한 침해가 있다고 하여 항상 쟁의행위가 부당하게 되는 것도 아니다. 재산적 이익과 같이 근로삼권과 관련한 법익과 동등하거나 우열관계가 명확하지 않은 법익을 근로삼권의 행사로 인해 침해하게 될 때에는 구체적·개별적인 형량을 필요로 한다. 따라서 이 경우에는 쟁의행위에 대한 일반적인 사후적 정당성 평가로 족하다.

그런데 쟁의행위에 관여하지 않은 제3자의 이익에 대한 침해가 부수적·간접적인 것에 그치지 않고 제3자의 손해보로 직접적으로 이어지는 경우도 있을 수 있다. 이 경우에는 일반적인 쟁의행위의 정당성 평가에 의한 사후적인 대처로는 적절한 해결방법이 되지 않는다. 왜냐하면 쟁의행위의 직접적인 상대방인 사용자의 경우 직장폐쇄나 대체근로 등 쟁의행위로 인한 손실에 대한 대처방법이 제도적으로 존재하지만, 제3자는 쟁의행위로 인한 침해가 직접적인 경우에도 쟁의행위에 대한 대처방안이 제도적으로 없기

때문이다. 따라서 관여하지 않은 제3자의 이익에 대한 쟁의행위의 침해가 직접적으로 제3자의 손해를 야기하는 경우에는 다른 제도를 설정할 필요성이 제기된다. 그러면 어떠한 경우에 쟁의행위가 직접적으로 제3자의 손해를 야기한다고 인정할 수 있는지, 다른 제도를 설정한다면 어떠한 방법이 적정한지를 검토할 필요가 있다.

방법의 특수성은 뒤에서 살펴보기로 하고 여기에서는 전자의 문제, 즉 판단 기준을 살펴보기로 한다.

일반적인 쟁의행위와 달리 노무 제공이 관여하지 않은 자의 권리영역과 직접적으로 관련되어 이루어지는 경우에는 파업에 의한 활동의 중단은 불가피하게 제3자의 손해로 직결된다. 제3자의 손해가 직접적으로 노무 제공의 중단에 의해 초래되었는지 여부를 결정하기 위해서는 구체적인 기준이 필요한데, 이와 관련하여서는 다음과 같은 기준을 제시하는 견해를 주목할 만하다.<sup>15)</sup> 파업의 대상이 된 노무 제공은 직접적으로 제3자에 대해 제공된 경우에만 쟁의행위가 제3자의 직접적인 손해의 발생을 야기하게 된다. 나아가 그 손해는 제3자에 의해 스스로 회피할 수 있는 경우에는 인정되지 않는다. 자기 조달의 가능성이나 손해의 회피 가능성이 있다면 제3자는 쟁의행위로 인한 직접적인 손해를 입지 않을 수 있기 때문이다. 동시에 쟁의행위에 의해 제공되지 않은 노무는 생활에 필요불가결한 요소를 구성하여야 한다. 그렇지 않으면 노무 제공의 중단에 의해 직접적인 관련성이 있는 손해는 인정되지 않는다. 요컨대, 근로삼권과의 우열관계가 명확하지 않거나 동등한 범익과의 조정은 세 가지 요건을 갖춘 경우에는 특별한 취급을 하여야 할 필요성이 인정되는 것이다. 첫째, 노무 제공이 제3자에 대하여 직접적으로 제공될 것, 둘째, 제3자는 다른 공급자에 의해 회피하거나 스스로 조달할 수 없어야 하며, 셋째, 노무 제공이 생활에 필요불가결한 구성요소여야 한다.

이상과 같은 세 가지 요건을 갖추는 경우에는 그러한 노무 제공의 중단이 직접적으로 제3자의 손해를 야기한다고 볼 수 있기 때문에 노무의 중단과 손해의 발생 간에 인과관계를 인정할 여지가 있고 쟁의행위에 대한 제한이 정당화될 여지가 있다.

그런데, 근로삼권의 실현행위가 상위의 범익을 침해하는 경우와 달리 동등한 순위의 범익을 침해할 경우에는 동등한 가치의 범익에 대하여 구체적인 위협을 초래하여야 한다. 위협이 발생할 가능성만으로 동등한 헌법적 보호를 받는 기본권인 근로삼권을 제한할 수는 없기 때문이다. 만약 제3자의 범익에 대한 추상적 위협만으로 족하다고 한다면 제3자의 범익 침해는 관념적 차원에서만 실현되고 현실적인 차원에서는 이루어지지 않을 수도 있지만 이를 이유로 하는 근로삼권의 제한은 항상 현실적으로 발생하기

15) Scherer, 앞의 책, S.117 이하 참조.

때문에 근로삼권에 대한 제3자 법익의 우위를 전제로 하는 부당한 결과가 된다. 다른 말로 하면 이 국면에서는 근로삼권을 통하여 향유되는 근로자의 이익과 근로삼권의 행사로 침해되는 제3자의 이익에 대한 형량은 사전적으로 이루어질 수 없으며 사후적으로 판단되어야 한다.

#### 4. 기본권 제한의 목적에서의 정당성과 현행 직권중재제도의 합헌성

이상에서 살펴본 바와 같이 근로삼권과 관련한 근로자의 이익은 다른 모든 법익에 대해 포괄적 수인의무를 부담시키는 절대적인 권리일 수 없고, 다른 기본권과 마찬가지로 헌법 제37조에 따른 일반적 제한에 따르게 된다. 그리고 근로삼권이 다른 자의 헌법상 기본권과 충돌될 때에는 역시 일반적인 기본권 충돌에 대한 조정원리에 따라 적용의 우열이 결정된다. 공익사업에서의 쟁의행위의 제한과 관련하여 보면 쟁의행위로 인하여 얻게 되는 근로자의 이익과 쟁의행위로 인하여 피해를 받게 되는 제3자의 이익을 형량하여 제한 가능성을 모색할 필요가 있다. 우리는 위에서 그러한 이익형량은 두 가지 차원에서 이루어질 수 있음을 발견하였다. 첫째는 헌법상 근로삼권보다 우위의 법익과 근로삼권이 충돌하는 경우에는 제3자의 우위의 이익이 근로자의 이익에 우선하여 보호되어야 한다. 생명, 신체, 건강 또는 인간의 존엄성이 우위에 있는 제3자의 이익에 속한다. 이러한 이익에 대하여 쟁의행위로 인해 추상적인 위험이 발생할 때에는 당해 쟁의행위는 제한을 받을 필요가 있다. 이 영역에서는 사전적인 이익조정이 이루어질 수 있는 영역이라고 할 수 있다. 둘째는 헌법상 동등한 가치를 가지거나 우열관계가 명확하지 않은 법익 및 근로삼권과 관련한 근로자의 법익이 충돌하는 경우에는 일정한 요건하에서 쟁의행위의 제한 가능성이 인정될 여지가 있지만, 이 경우에는 사전적인 이익형량은 할 수 없고 사후적인 이익형량만이 가능하다. 근로삼권보다 우위에 있음이 명확한 법익과 달리 동등한 법익이 근로삼권에 의해 침해되었는지 여부는 구체적인 위험이 초래된 후에야 비로소 판단할 수 있기 때문이다.

이러한 관점에서 볼 때 근로삼권보다 우위에 있는 제3자의 법익에 대하여 파업 등에 의해 노무 제공이 정상적으로 이루어지지 않거나 이루어지지 않을 것이 명백한 경우에는 사전에 쟁의행위를 방지하는 제도를 두는 것 자체가 목적에서의 정당성을 결한 것이라고 보기는 어렵다. 쟁의행위의 행사로 인하여 생명, 건강, 신체의 안전, 인간으로서의 존엄성 등 근로삼권보다 우위에 있는 제3자의 법익이 침해될 우려가 있을 때 중립적인 기관의 공정한 판단에 의해 근로삼권, 특히 단체행동권의 행사에 갈음하여 중재에 의해 근로조건을 형성하도록 하는 직권중재제도는 제3자의 우월한 법익을 보호

하기 위해 정당한 규범적 정당성을 가지고 있는 것으로 보인다. 쟁의행위가 현실화되었을 경우 생명 등에 위험이 발생할 가능성이 매우 높다는 것은 부정할 수 없다. 그 위험성에도 불구하고 이 경우에도 근로자의 단체행동권이 우선한다고 보기 위해서는 특단의 예외적인 사정이 존재하지 않으면 안 될 것이지만, 이러한 사정은 거의 인정하기 어렵다. 따라서 이러한 영역에 있어서 직권중재 방법을 통한 법익과의 사전적 조정 내지 예방적 보호는 정당한 것으로 보인다.

현행 노조법상의 필수공익사업은 철도(도시철도를 포함), 수도·전기·가스·석유정제 및 석유공급사업, 병원사업, 한국은행, 통신사업을 대상으로 하고 있다(제71조 제2항 참조). 그러나 이 중 철도(도시철도를 포함), 한국은행, 통신사업은 근로삼권과 관련한 근로자의 이익에 상대적으로 우월할 수 있는 신체의 안전, 생명, 건강이나 인간의 존엄성에 관한 법익과 관련한 사업이라고 보기 어렵다. 이러한 사업은 오히려 근로삼권과 동등하거나 우열관계가 명확하지 않은 제3자의 법익과 관련된다 할 수 있다. 반면에 근로자의 이익보다 우위에 있는 것으로 보여지는 사업이 필수공익사업으로 설정되지 않은 것도 있다. 예컨대, 쓰레기 및 오물 수거, 지역난방사업이 그 대표적인 예이다. 대규모 거주시설에 집중하여 주거하고 있는 현실을 고려할 때 이러한 사업활동은 제3자의 생명, 건강의 유지 또는 회복에 필요불가결하다.

이에 대하여 이동의 자유, 거래의 안전, 재산상 이익 등 근로삼권과 동등하거나 우열관계가 명확하지 않은 제3자의 법익이 충돌할 경우에는 제3자 법익에 대한 추상적 위험으로는 족하지 않고 구체적인 위험이 발생하는 때에 비로소 양자의 이익조정을 할 수 있기 때문에 당사자의 의사를 무시한 채 직권중재에 의한 사전적 조정을 요구할 규범적 근거를 결한다. 따라서 이러한 경우에는 사후적 조정을 하는 것이 합리적이다. 다만 쟁의행위의 행사가 직접적으로 제3자의 손해를 야기하는 경우로서 위에서 지적한 세 가지 요건을 갖춘 경우에는 사후적 조정은 일반적인 쟁의행위의 정당성 판단과 다른 방식으로 이루어져야 한다. 일반적인 쟁의행위에서는 사용자가 쟁의행위에 대한 대항조치를 제도적으로 가지는 반면, 이러한 영역의 쟁의행위에서 직접적으로 손해를 입게 되는 제3자는 특별한 대항수단이 없기 때문이다. 이러한 점을 고려하면 제3자의 피해를 최소화하면서 동시에 근로삼권도 형해화하지 않는 방안을 모색할 필요가 있는데, 현행법과 관련하여 생각하여 보면, 긴급조정제도의 대상이 되는 공익사업에 관한 사후적인 직권중재로 대응하는 방안이 적절하다고 본다. 현행 노조법이 사후적인 직권중재의 대상으로 하고 있는 사업은 정기노선여객운수사업, 수도·전기·가스·석유정제 및 석유공급사업, 공중위생 및 의료사업, 은행 및 조폐사업, 방송 및 통신사업이다(제71조 제1항). 이러한 사업은 앞에서 언급한 바와 같이 쟁의행위가 제3자의 직접적인 손해를

야기하는 종류의 사업이어야 한다. 이를 위해서는 근로가 제3자에게 직접 제공되고 제3자는 쟁의행위로 인한 노무 부제공에 대한 회피 가능성과 자기 조달의 가능성이 없어야 하고, 그러한 근로가 일상생활에 필요불가결하여야 한다. 이와 같은 제3자의 법익과의 조정을 전제로 하여 현행 공익사업의 범위는 재조정될 필요가 있다. 예컨대, 항공운송사업이나 영육아보육사업, 사회보험사업 등은 공익사업의 범주에 포함되는 것이 합리적이다. 그리고 앞에서 지적한 대로 현재 필수공익사업으로 되어 있는 철도(도시철도를 포함), 한국은행, 통신사업은 공익사업으로 설정하는 것으로 족하다.<sup>16)</sup>

정리하면 근로삼권을 향유하는 근로자의 이익에 우선하는 제3자의 헌법상 이익을 쟁의행위에 의한 노무 부제공으로 인해 침해할 가능성이 있는 경우에는 사전적으로 근로자의 근로삼권 중 일부를 제한하더라도 목적에 있어서 정당성을 상실하는 것으로 볼 수는 없다. 따라서 국민의 생명, 신체의 안전, 건강, 인간으로서의 존엄성 등의 유지 또는 회복에 기여하는 근로에 대한 쟁의행위를 직권중재의 대상으로 하는 것은 목적에 있어서 정당성이 있는 것으로 생각된다. 그러나 근로삼권과 동등하거나 우열이 명확하지 않은 법익과 근로삼권을 향유하는 근로자의 이익이 상충하는 경우에는 구체적인 이익형량을 필요로 하기 때문에 사전적인 이익조정 대상이 될 수 없으나 이 경우에도 쟁의행위가 제3자에게 직접적인 손해를 야기할 경우에는 일정한 요건하에서 사후적인 조정, 즉 사후적인 직권중재의 대상으로 하는 것은 목적에 있어서 정당성이 인정된다. 이러한 관점을 전제로 하여 현행 노조법상의 공익사업의 범위, 필수공익사업의 범위는 재조정되어야 한다.

### Ⅲ. 직권중재제도의 수단의 적합성

#### 1. 직권중재제도 자체의 적합성

직권중재제도의 위헌성을 지적하는 서울행정법원의 판결문에서는 “사전적인 강제중

16) 현재 교원노조법에 의해 강제중재의 대상으로 되어 있는(법 제10조 참조) 교사의 단체행동권 역시 학생의 교육을 받을 권리 등과 충돌하지만, 교육을 받을 권리가 항상 근로삼권에 우월하는 법익이라고 볼 수 없는 이상, 양 법익은 사후적인 조정의 대상으로 하는 것이 바람직하다. 즉 교원의 교육활동을 공익사업의 영역에 포함시키고 긴급조정의 대상으로 하여 사후적인 직권중재에 의하여 해결하도록 하는 것이 합리적이다. 다만 이 문제는 공무원의 노동기본권 보장과 현실적으로 관련되어 있기 때문에 장기적인 관점에서 접근할 필요는 있을 것이다.

재제도에서는 쟁의행위의 방법, 파급 효과 등을 실증적·경험적으로 고찰할 수 있는 기회 자체를 가지지 못한 채 추상적으로만 판단하여 아예 쟁의행위를 할 수 있는 기회 자체를 행정기관의 일방적인 결정에 의해 봉쇄하게 되므로, 결과적으로 과잉금지의 원칙에 어긋날 뿐만 아니라, 단체행동권을 사실상 박탈케 함으로써 기본권의 본질적 내용을 침해하게 된다”는 점을 고려하고 있다.<sup>17)</sup> 여기에서는 사전적인 강제중재제도에 대비되는 사후적 강제중재에 대해서는 “사후적인 강제중재제도에서는 일단 쟁의행위가 있고 난 이후 그 쟁의행위의 방법, 파급효과 등을 실증적·경험적으로 고찰하여 일정한 요건에 해당할 경우 쟁의행위를 금지할 수 있는 것”에 그치기 때문에 긴급조정에 의한 사후적 중재제도는 과잉금지의 원칙에 반하지 않을 가능성을 인정하고 있다. 이 견해는 현재의 직권중재제도의 위헌성을 지적하면서도 중재 개시의 시기에 따라서는 합헌으로 될 여지도 인정하고 있는 점에서 주목된다. 다시 말하면 직권중재제도가 그 자체로서 항상 위헌성을 가진 것은 아니라는 것을 인정하고 있는 것이다.

그러나 이 견해와 같이 사전적인 중재제도가 항상 수단에 있어서 상당성이 결여되는 것이라고 보기는 어렵다. 앞에서 지적한 바와 같이 쟁의행위를 행사하는 데 관련되는 근로자의 헌법상 이익이 더 상위의 헌법상 가치를 침해하는 경우에는 사전적인 중재제도도 방법에 있어서 상당성이 인정된다고 보는 것이 타당하다. 이 경우에 사전적인 중재제도를 마련하지 않는다면, 국민의 생명, 건강 등에 구체적인 위협이 발생한 후에야 비로소 그 쟁의행위를 제한할 수 있고, 이 때에는 제3자의 법익을 완전하게 보호하는데 이미 늦어버리기 때문이다. 그러한 법익에 대한 노무 제공의 중단은 어떠한 경우에도 상위의 법익을 침해할 수 있는 소지가 있다는 점을 고려하면 쟁의행위 그 자체에 이미 추상적인 위협을 초래할 수 있는 계기가 포함되어 있다고 보는 것이 합리적이다.

반면에 근로삼권과 관련한 근로자의 이익과 동등하거나 그 우열이 명확하지 않은 제3자의 이익이 단체행동권의 행사로 인해 침해될 때에는 사전적인 이익형량은 가능하지 않다. 단체행동권의 행사로 제3자의 이익이 침해되었는지 여부는 일단 쟁의행위가 있고 난 이후 그 쟁의행위의 방법, 파급효과 등을 개별적·구체적으로 검토한 후에야 비로소 판단될 수 있기 때문이다. 따라서 이러한 영역에 대해서 사전적인 직권중재제도를 적용하는 것은 방법에 있어서 상당성을 인정하기 어렵다. 따라서 직권중재제도를 둔 것 그 자체에 기본권 제한의 방법에 있어서 상당성이 결여되어 있다고 보기는 어렵다.

17) 서울행정법원 2001.11.16, 2001구23542..

## 2. 현행 직권중재제도의 문제점

그럼에도 불구하고 현행 직권중재제도에는 근로자의 단체행동권을 제한하는 방법의 구체적인 수단에 있어서 적합성이 결여되어 있는 측면이 많다.

### 가. 중재 회부 여부의 판단주체와 기준

우선 쟁의행위를 사실상 제한할 수 있는 직권중재의 회부 결정이 행정기관의 처분에 의해 결정된다는 점이다. 직권중재의 회부에 의해 헌법상 기본권이 제한될 수 있는 여지가 있음에도 불구하고 중재에 회부할 것인지 여부를 판단하는 기준이 사전에 제시되어 있지 않기 때문에 회부 여부가 행정기관인 노동위원회의 판단에 일임되어 있다. 그 결과 중재 회부와 관련한 노동위원회의 판단의 적법성 내지 적정성을 통제할 수 있는 방법이 없다. 중재재정에 대한 내용의 적정성에 관하여 사후적인 사법 심사의 대상으로 하는 것은 노동위원회의 전문성을 고려할 때 입법론적으로 바람직하지 않고 현행 노조법도 중재재정에 위법·월권이 있을 때에만 사법 심사의 대상으로 하고 있다(법제69조 참조). 중재재정의 내용의 당부에 관한 사법적 통제가 가능하지 않기 때문에 오히려 중재 회부 여부에 관한 판단은 신중하게 이루어져야 함에도 불구하고, 현행 노조법에는 중재 회부의 여부의 판단에 대한 어떠한 기준도 제시하고 있지 않다.

뿐만 아니라 중재 회부의 개시절차도 현행 노조법에서는 공익위원의 의견을 들어 노동위원회의 위원장이 결정하도록 되어 있으나(법 제75조 참조), 쟁의행위로 인하여 이익이 직접적으로 침해되는 제3자의 견해를 고려할 수 있는 제도적 틀이 마련되어 있지 않다.

### 나. 필수공익사업의 범위

다음으로 직권중재의 대상이 되는 필수공익사업의 범위의 결정방법에 문제가 있다. 앞에서 지적한 바와 같이 현행 필수공익사업은 그 범위가 지나치게 넓은 뿐만 아니라 필수공익사업의 기준이 지나치게 포괄적으로 규정되어 있기 때문에 구체적으로 특정할 사업이 필수공익사업에 해당하는지 여부를 판단하는 것이 사실상 행정관청에 일임되어 있다.

이와 관련하여 살펴볼 필요가 있는 것은 구노동쟁의조정법상 방위산업체에서의 쟁의 행위금지 규정에 관한 해석방법과 이에 따라 개정된 현행법의 내용이다. 구노동쟁의조

정법 제12조 제2항은 “방위산업에관한특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다”고 규정하고, 방위산업에관한특별조치법에서는 방위산업체라 함은 군용으로 제공되는 물자를 생산하는 업체로서 대통령령으로 정하는 시설 기준과 보안요건을 갖추어 정부의 지정을 받은 것을 말한다고 규정하고 있었다(법 제2조, 제4조 참조). 따라서 형식적으로는 방위산업에 종사하는 근로자는 일체 쟁의행위가 부정되는 것처럼 보이지만, 판례는 “방위산업체로서 지정을 받은 업체라고 하더라도 방산물자 생산을 포기하고 그 생산조직과 활동을 폐지하여 방산물자 생산업체로서의 실체가 없어진 경우에는 형식상 방위산업체 지정처분이 미쳐 취소되지 않은 채 남아 있다고 하더라도 노동쟁의조정법 제12조 제2항의 쟁의행위 제한규정을 적용할 방위산업체에 해당하지 않는다”고 판시하여 제한적으로 해석하였다.<sup>18)</sup> 그리고 방위산업체에 종사하는 근로자의 쟁의행위가 지나치게 제한된다는 지적에 따라 현행 노조법은 “방위산업에관한특별조치법에 의하여 지정된 주요 방위산업체에 종사하는 근로자 중 전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자는 쟁의행위를 할 수 없으며 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자의 범위는 대통령령으로 정한다”고 하여(법 제41조 제2항) 업무를 중심으로 하여 실질적으로 판단할 수 있는 제도로 변경하고 있다.

방위산업에 비하여 필수공익사업에 근로하는 근로자의 쟁의행위가 더 제한되어야 할 합리적인 이유를 찾을 수 없음에도 불구하고 방위산업인지 여부는 사전에 대통령령 등에 의해 객관적으로 기준이 제시되어 있으나 필수공익사업인지 여부에 대해서는 추상적인 기준만이 제시되어 있어 사전에 필수공익사업에 해당하는지 여부를 당사자가 알 수 없도록 되어 있고, 그 판단의 주체도 행정관청에 일임되어 있다는 점에서 문제가 있다.

#### 다. 구체적인 운용

구체적인 직권중재의 운용과 관련하여서도 중재재정의 실질적 목적을 실현함에 있어서 기능 부진상태에 있다고 평가할 수 있다.

강제중재제도가 위헌이라는 주장이 강력하게 개진된 이유 중 하나는, 지금까지 그 제도가 운영되어 온 상태에서 볼 때, 강제중재제도가 단체교섭이 교착상태에 빠진 때에 그것을 평화적으로 해결하는 방향으로 기능하였다기보다는 오히려 노사간의 갈등과 대립을 보다 심화시키고 격화시켰던 사례가 많았기 때문이다. 그리고 그 원인의 대부

18) 大判 1991.1.15. 90도2278.

분은, 노동분쟁이 직권으로 중재에 회부되면 노동조합의 요구보다는 사용자측의 주장이 중재재정에 거의 반영되고 있다고 노동조합이 느끼고 있는 점에서 기인하고 있다고 할 수 있다.<sup>19)</sup> 강제중재제도가 이러한 방식으로 운용되는 한, 최소한 헌법상 단체행동권의 주체인 노동조합은 자신의 권리에 대한 제약으로서 중재제도를 받아들이는 것은 오히려 당연할지도 모른다.

이로 인해 노동분쟁의 평화적 해결수단이어야 하는 중재제도가 오히려 노동분쟁을 악화시키는 요인, 나아가 노동분쟁의 원인 자체가 되고 있는 것이다. 또한 강제중재제도로 인해 노동조합은 쟁의행위라는 정형적이고 예측 가능한 행위에 의해서 사용자에게 경제적 압력을 가할 수가 없기 때문에 오히려 비정형적인 수단으로 사용자에게 사실상의 압력을 가하는 방법을 모색하는 경우가 많아 강제중재제도가 노사간의 신뢰 형성을 저해하는 요인으로도 작용한다. 뿐만 아니라 노동조합의 비정형적 방법에 의한 압력행사 또는 현행법상 ‘위법’한 쟁의행위가 이루어지면, 정부는 곧바로 형벌로써 대응하고, 이는 다시 노동분쟁의 원인으로 작용하는 악순환을 거듭하여 왔다. 강제중재제도에 의해 단체행동권이 ‘사실상’ 박탈되고 있다는 견해도 결국 강제중재제도가 기능적으로 원활하게 작용하지 않는 점을 지적한 것이라고 할 수 있다.

사실, 우리나라에서 필수공익사업으로 불리는 사업 부문에 대해서 강제중재제도를 두고 있는 외국의 예는 적지 않게 발견할 수 있다. 미국의 경우 상당수의 주에서 공공 부문에 대하여 파업에 대신하여 강제중재제도를 두고 있다. 미국 50여 개 주 중에서 공공부문 근로자에 대하여 파업권을 전면적 또는 제한적으로 인정하는 주는, 알래스카, 하와이, 일리노이, 미네소타, 몬타나, 오하이오, 오리건, 펜실베이니아, 버몬트, 위스콘신 등 10개에 불과하고,<sup>20)</sup> 나머지 주에서는 대부분 강제중재제도를 두고 있다.<sup>21)</sup> 일본의 경우에는 우리나라보다 오히려 넓은 영역에 대해 강제중재제도가 설정되어 있고<sup>22)</sup>

19) 반면에 사용자측은 오히려 사용자에게 불리하게 중재재정이 내려지고 있다고 주장하고 있다(이승길, 「병원의 직권중재제도와 관련된 문제점과 개선방안」, 『노동법률』 2002년 8월호 참조).

20) Kearny, *Labor Relations in the Public Sector*, Marcel Dekker, Inc., 2001, 236쪽 이하.

21) Kearny, 앞의 책, 259쪽 이하.

22) 일본 노동관계조정법에서는 공중의 일상생활에 중요한 영향을 미치는 사업을 ‘공익사업’으로 지정하고 있는바, 이 법에 의한 공익사업은 ① 운수사업, ② 우편·전기통신사업, ③ 수도·전기 또는 가스공급사업, ④ 의료 또는 공중위생사업이다(법 제8조 제1항). 이러한 공익사업에 대해서는 노동위원회 등에 대한 쟁의행위 예고제도 등 일부 특수한 규율이 따르기는 하지만, 강제중재제도가 설정되어 있지는 않다. 따라서 일본에서는 우리나라와 같은 강제중재제도가 없는 것처럼 보이기 때문에 상당한 오해를 불러일으키기도 한다.

그러나 우리나라의 필수공익사업에 해당하는 사업을 규율하는 것은 노동관계조정법이 아니라 지방공영기업노동관계법에서 대부분 규율하고 있다. 이 법에서는, 지방공영기업이 경영하는 철도사업, 궤도사업, 자동차운송사업, 전기사업, 가스사업, 수도사업, 공업용수도사업, 지방공영기업법에

특히 중재기간 중 15일 동안에만 쟁의행위가 금지되고 있는 우리나라와는 달리 그러한 사업부문에 대해서는 쟁의행위 자체가 전면적·원천적으로 금지되고 있다.

그럼에도 불구하고, 미국이나 일본에서는 강제중재제도가 단체행동권을 제한하는 점에 근거한 위헌논란은 거의 없다고 할 수 있다. 그 이유는 쟁의행위에 대한 대상조치로서의 강제중재가 기능적으로 충실하게 전개되고 있다는 데에 기인한다. 즉 미국이나 일본에서는 강제중재가 쟁의행위에 갈음하여 이루어지고 있다는 점이 중재 과정에서 충실하게 고려되고 있기 때문에 중재재정이 노동조합측의 요구를 대부분 수용하는 방향으로 이루어지는 경향이 있다.

미국의 경우에는 노동조합의 조직률이 저하되고 노동조합의 세력이 약화되고 있기 때문에 쟁의행위를 하였을 때보다 오히려 더 많은 것을 중재재정에 의해 얻어 낼 수 있다는 인식에 근거하여 오히려 노동조합이 중재를 선호하는 경향까지 있다.<sup>23)</sup> 그 결과, 실제로 미국에서 이루어지는 강제중재에 대한 위헌소송은 노동조합이 단체행동권 제한을 이유로 제기한 것이 아니라 대부분 사용자측으로부터 제기된 것이다. 즉 중재재정이 지방자치단체의 재정부담 능력을 초과하는 내용으로 내려지는 경우에 그것이 재정부주주의의 원칙에 반하는 것은 아닌지 여부를 중심으로 위헌소송이 이루어진다.<sup>24)</sup>

일본의 경우에도 상황은 유사하다. 일본에서는 공익사업에 대한 쟁의행위금지 자체에 대해서는 합헌성을 일관적으로 긍정하는 판례와 달리 학설상 위헌의 논란이 제기되고 있기는 하다. 그러나 강제중재제도 그 자체에 대해서는 판례상 위헌이 다투어진 예는 없고 학설상으로도 거의 주장되지 않는다. 왜냐하면 일본에서의 공공부문의 분쟁, 특히 임금결정은 민간 준거의 원칙, 공무원 준거의 원칙에 따라 이미 조정단계에서 당사자간에 양해가 성립되고 있는 경우가 대부분이다. 물론 조정에서 합의가 성립하는 경우는 오히려 드물고 대부분 중재로 회부되어 중재재정이 내려지기는 하나, 그것은 사실상 노사 당사자의 내부 구성원에 대한 여론 형성 내지 설득으로서의 의미만을 가지고 있을 뿐이다.<sup>25)</sup> 이렇게 이루어진 중재재정은 노동조합측의 요구를 상당히 충족하는 수준으로 내려지기 때문에 일본에서 강제중재와 관련하여 법적 쟁점으로 되고 있는 것은 이와 같이 예산 또는 자금지출상의 제약을 초과하는 중재재정이 내려진 경우의

지정된 사업 등에 대해 강제중재제도(법 16조)와 함께, 쟁의행위의 금지가 규정되어 있다(법 11조). 따라서 제도의 형태 면에서 보면, 일본에서는 우리나라보다 오히려 노동조합의 활동의 여지가 좁게 설정되어 있다고 볼 수 있다.

23) Kearny, 앞의 책, 279쪽 이하.

24) State of Wyoming v. City of Laramie, 437 P.2d 295 (Sup. Ct., Wyoming, 1967) 판결 이후 다수.

25) 花見忠, 『紛争處理の枠組とその實態』, 『公共部門の爭議權』, 東京大出版會, 1977, 127쪽 이하.

효력 여하에 주로 한정되고 있다. 따라서 미국이나 일본에서는 중재가 직권에 의해 강제적으로 개시된다는 점에서는 우리나라와 큰 차이가 없음에도 불구하고, 강제중재가 정의행위에 대신하여 설정된 제도라는 것이 중재제정을 내리는 과정에서 충분히 고려되고 있는 것이다. 요컨대, 대상조치로서의 강제중재가 그 기능을 충실하게 발휘하고 있는 것이다.<sup>26)</sup>

- 26) 한편 과거 바이미르시대의 독일에서도 직권중재는 폭넓게 활용되었는데, 이 시기의 독일에서도 동일한 논의가 가능하다. 즉 직권중재는 오히려 노동조합측에서 선호하는 제도로서, 그 위헌성에 관한 논란은 사용자측이 제기하였다.

1923년 10월 30일에 시행된 「노동분쟁조정제도에 관한 명령(Verordnung über das Schlichtungswesen)」에서는 조정위원회(Schlichtungsausschüsse)와 조정관(Schlichter)에게 집단적 분쟁의 중재에 관한 독점적 관할권을 부여하였다. 분쟁의 조정은 당사자의 쌍방 혹은 일방의 신청에 의하거나 또는 직권에 의해 개시되었다(5조 1항). 조정이 결렬된 경우 당사자의 교섭은 중재법정(Schlichtungskammer)에서 행해지게 되는데, 중재법정은 조정위원회 의장 및 의장이 조정위원의 리스트 중에서 선임한 노사 각 2명의 배석위원으로 구성된다(5조 3항). 중재법정에서도 당사자가 합의에 도달하지 못하는 경우에 법정은 당사자에 대하여 집단적 협정의 내용에 관한 하나의 제안, 즉 중재제정(Schiedsspruch)을 내리게 된다. 그런데, 당시 독일에서의 중재제정은 그 자체로서 구속력을 가지는 것은 아니었다. 양 당사자가 중재제정에 동의한 경우나 법률의 규정 내지 당사자의 사전합의에 의해 중재제정의 구속력이 승인되어 있는 경우에 서면에 의한 집단적 협정의 효력을 가지는 데 불과하였다(5조 4항). 따라서 당사자가 거부하면 구속력을 상실하게 된다. 이에 대해 조정령은 “중재제정에 포함된 규정이 양 당사자의 이익을 정당하게 고려하여 공정하다고 인정되고, 그 실시가 경제적·사회적 이유에서 보아 바람직하다고 생각되는 경우”, 중재제정이 구속력을 가진다는 선언을 행할 수 있다(6조 1항)고 규정하여 중재제정의 구속력 선언(Verbindlichkietserklärung)제도를 두고 있다. 구속력 선언은 일방 당사자의 신청에 기하거나 직권에 의하여 이루어지는데, 구속력을 선언하는 주체는 당해 지역을 관할하는 조정관 또는 노동부 장관이다. 구속력 선언이 이루어진 중재제정은 당사자의 합의를 대체한다(6조 3항).

당시 중재제정은 일반적으로 근로자측에 유리하게 나왔다. 사용자단체가 노동조합에 비하여 상대적으로 힘의 우위에 있었기 때문에 자유로운 단체교섭에 맡길 경우 사용자단체의 압력에 노동조합이 굴복할 수밖에 없는 상황에서 중립적인 제3자 내지 친노동적인 연방정부가 관여하는 중재제정은 근로자측에 유리하게 나올 수밖에 없는 상황이었다. 실제로 조정절차나 구속력 선언 제도는 노동조합의 신청에 기하여 개시된 예가 압도적인 다수를 차지하고 있었다. 예컨대 1929년에 조정절차에 들어간 분쟁의 수는 7,109건이고, 이중 5,998건(약 48%)이 노동조합측의 신청에 의한 것이었다. 또 1929년에 나온 중재제정은 3,769건이었는데, 이 중 2,567건은 당사자 일방 혹은 쌍방이 거부하였고, 그 중 1,180건은 노동조합측이 구속력 선언을 신청한 반면, 사용자측은 282건에 불과하였다(Reichsarbeitsblatt 1940 II, S.571ff. 西谷敏, 『ドイツ勞働法思想史論』, 日本評論社, 1987, 376쪽 재인용).

이러한 상황에서 중재제정에 대한 적법성을 사용자가 다투는 것은 오히려 당연하다고 할 수 있다. 1928년 루르지방의 철광산업에서의 노동분쟁에 대해 노동조합의 신청에 기하여 연방노동부 장관이 중재제정의 구속력 선언을 행하자, 사용자단체는 위 중재제정에 기한 협약의 무효화인의 소를 노동재판소에 제기함과 동시에 직장폐쇄를 행하였다. 제1심에서는 사용자측의 주장을 인용하여 무효라고 판단하였으나 제2심에서는 중재제정의 효력을 인정하였다. 연방노동재판소는 절충적인 입장에서 중재제정의 내용이 기본협약에 위반하기 때문에 무효이기는 하지만, 중재절

물론, 미국에서는 헌법상 노동기본권을 명문으로 규정하고 있는 것은 아니고, 단체교섭권과는 달리 단체행동권은 헌법상 보호받는 권리도 아니기 때문에 단체행동권이 헌법 차원에서 직접적으로 보장을 받고 있는 우리나라와의 차이는 존재한다. 일본의 경우에는 공공부문에 종사하는 근로자는 지방공무원의 신분을 가지고 있는 경우가 많기 때문에 이 점에서 역시 우리나라와 차이가 있다. 따라서 이들 국가의 예를 우리나라와 동일한 차원에서 비교할 수는 없다. 그러나 강제중재제도가 쟁의행위에 같은 제도로서 설정되어 있다는 점에서는 우리나라와 본질적인 차이가 없음에도 불구하고 중재제도가 노사 당사자의 이익조정제도로써 그리고 분쟁의 평화적 해결기구로서 원활하게 기능하고 있는 것은 우리나라와 큰 차이를 보이고 있다.

그렇다면, 우리나라에서 쟁의행위에 같은 제도로써의 강제중재제도가 실효성있게 기능하지 못한 이유가 어디에 있는지를 살펴볼 필요가 있다. 이와 관련하여 헌법재판소는 노동위원회의 중립적 성격, 중재위원 구성의 합리성, 중재재정 의결방식의 독립성 및 전문성 등 ‘그 구성이나 운영절차 등에 민주성과 공정성이 확보’되어 있을 뿐 아니라 재심과 행정소송에 의해 ‘중재재정의 적정성과 적법성’을 다룰 수 있는 대상조치가 마련되어 있기 때문에, 강제중재의 목적을 달성하기 위한 방법이 ‘상당성’이 있다고 평가하고 있다.

그러나 헌법재판소의 평가와는 정반대로 그 방법에 ‘상당성’이 결여되어 있기 때문에, 다른 나라와 달리 강제중재제도의 기능이 현실적으로 실효성있게 작용하지 못하고 있다고 보는 것이 오히려 타당한 시각이다. 헌법재판소도 전제로 하듯이 강제중재제도는 교섭이 교착상태에 빠졌을 때 이를 타개하기 위하여 쟁의행위 대신에 마련된 절차이기 때문에 강제중재제도는 파업을 방지하는 데 그 기본적인 목적이 있다. 강제중재제도에 의해서도 노동조합이 사용자와 대등한 입장에서 교섭할 수 있는 구조가 갖추어지지 않으면 그 기본적인 목적을 달성하기는 어렵다. 우리나라에서 강제중재제도가 실효성있게 기능하지 못하는 근본적인 이유는 바로 여기에 있다고 생각된다. 쟁의행위에 같은 강제중재가 합헌적으로 기능하기 위해서는 절차의 개시, 중재위원의 선임과 구성, 중재절차, 방식 등에서 중재의 공정성을 담보할 수 있는 틀을 만들 필요가 있다. 현행 강제중재제도에 대한 근본적인 재평가가 있어야 할 시점이다.

---

차 그 자체에는 하자가 없다고 판단하였다(RAG Urteil vom 22. 1. 1929). 독일의 현행법에는 이러한 직권중재에 관한 법령은 존재하지 않는다. 노동조합의 교섭상의 힘이 당시와는 비교할 수 없을 정도로 강해졌기 때문에 굳이 국가의 조력을 받아 교섭상의 열악한 지위를 보충할 필요성이 없기 때문이라고 할 수 있다.

## 라. 처벌조항의 부적절성

직권중재와 관련한 처벌조항에 문제가 있다. 노조법에 따르면 중재 회부 후 쟁의금 지기간 중 쟁의행위를 한 경우와 중재재정이 내려진 이후에 쟁의행위를 한 경우를 비교하면, 양자 모두 정당성이 없다고 가정할 때 전자에 대해서는 '1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금'에 처해지지만(법 제91조 제1호), 후자에 대해서는 1천만원 이하의 벌금(법 제92조)에 처해질 뿐이다. 가벌성이라는 측면에서 볼 때에는 전자보다는 오히려 후자가 비난 가능성 내지 가벌성이 더 큼에도 불구하고 형은 더 가볍게 되어 있는 불합리한 구조로 되어 있다. 뿐만 아니라 강제중재의 제도적 취지는 사업 그 자체의 보호에 있는 것이 아니라 그러한 사업이 제공하는 업무가 마비되는 경우에 미치는 영향을 방지하는 데에 있다는 점을 고려하면, 비록 현행법이 사업을 대상으로 하여 강제중재 여부를 결정하고 있기는 하지만, 형사처벌의 대상은 그 쟁의행위에 참가한 근로자의 구체적 활동이 보호대상 업무에 속하는지 여부에 따라 구체적으로 결정되도록 하는 것이 합리적이다. 나아가 직권중재와 관련하여 징역형까지 부과하는 것은 지나치게 가혹한 면이 있기 때문에 중재의 실효성을 제고한다는 행정 목적을 달성하기 위한 것이라면 벌금형으로 조정하는 것이 바람직하다.

## 3. 개선방안

이상에서 우리나라의 필수공익사업에 대한 직권중재는 중재재정의 대상을 결정하는 절차, 즉 필수공익사업의 범위의 결정에 관한 절차, 중재 회부 여부의 결정에 관한 기준의 결여, 실제 운용 등에 있어서 근로자의 기본권을 제한하기 위한 방법에 상당성이 결여되어 있음을 알 수 있다. 이러한 문제점을 근거로 하여 쟁의행위로 인하여 기본권에 침해당하는 제3자의 이익을 적절하게 고려하면서도 근로자의 근로삼권을 본질적으로 침해하지 않는 방향에서 개선방안을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 앞에서 논한 대로 필수공익사업의 범위가 재조정되어야 한다.

둘째, 필수공익사업이 재조정된다고 하더라도, 구체적으로 특정한 사업이 필수공익사업에 해당하는지 여부를 판단하는 별도의 기구를 마련할 필요가 있다.

셋째, 직권중재의 회부 결정을 현행법과 같이 공익위원의 의견을 청취하는 것으로 그치지 않고, 쟁의행위가 실제로 발생하였을 경우에 보호받아야 할 이익이 침해될 수 있는 제3자, 즉 시민의 의견이 중재 회부 여부의 결정에 적절하게 반영될 수 있어야

한다. 이탈리아에서 중재와 관련하여 사전에 소비자단체의 의견을 청취할 의무를 부과하고 있는 것(1990년 6월 12일 공공부문 근로에서의 파업규제를 위한 법률 제2조 제2문 참조)은 이러한 관점에서 적절한 것이라고 생각된다.<sup>27)</sup> 우리나라에서도 시민단체의 의견을 반영할 수 있는 제도적 장치를 마련할 필요가 있다.

넷째, 직권중재 회부의 요건을 법정할 필요가 있다.<sup>28)</sup> 이 기준을 마련함에 있어서는 과거 방위산업체에서 종사하는 근로자의 쟁의행위 제한과 관련한 해석 기준과 현행 노조법상 관련규정의 규정방식을 고려할 필요가 있다. 쟁의행위로 인하여 필수공익사업의 본질적 기능이 정지 또는 폐지되어 생존필수적인 업무가 제공되지 않을 때에 한정하여 직권중재에 회부할 수 있도록 하는 것이 기본적인 원칙이 되어야 할 것이다. 따라서 생존필수적인 업무와 무관한 부문에서 쟁의행위가 발생하는 경우에는 필수공익사업이라고 할지라도 직권중재 회부의 대상이 되어서는 아니 된다.

다섯째, 현행 제도는 이른바 대상조치로서의 지위를 충분히 확보하지 못하고 있는 점을 고려하여 중재위원의 선임과 구성, 중재절차, 방식 등에서 중재의 공정성을 담보할 수 있는 틀을 고안할 필요가 있다. 현재 공익위원의 자격은 공익위원이 주로 심판 기능을 담당한다는 점을 고려하여 전문성을 확보할 수 있도록 고안된 것이지만, 필수공익사업에서 중재재정을 담당하는 공익위원은 조정적 기능을 원활하게 수행할 수 있도록 관련 시민단체에 종사하는 자에게도 그 자격을 확대하는 등 구성 및 절차와 방식과 관련하여서도 대폭적인 개선을 하여야 한다.<sup>29)</sup>

여섯째, 필수적인 업무의 유지를 조건으로 필수공익사업에서도 쟁의행위를 허용하여야 한다는 견해가 주장되고 있으나,<sup>30)</sup> 생명, 신체, 건강 등에 직결되는 필수공익사업의 경우에는 앞에서 지적한 대로 최소한의 필수적인 업무를 유지하더라도 쟁의행위로 인하여 범익에 추상적 위험이 발생할 수 있으므로 이러한 업무에 대하여는 완전한 기능이 유지될 수 있도록 확보하는 것이 필요하다. 따라서 필수적인 업무유지를 조건으로 쟁의행위를 허용할 수 있는 영역은 공익사업의 영역에 국한하는 것이 바람직하다고 본다. 바꾸어 말하면 일반적인 공익사업에서는 쟁의행위를 할 때에 필수적인 업무유지가

27) 자세한 것은 Giorgio Ghezzi, *Das italienische Gesetz zur Regelung des Streiks im Bereich der wesentlichen öffentlichen Dienste und die Aufgaben der Garantiekommision*, Klebe/Wedde/Wolmerath Hrs., *Recht und soziale Arbeitswelt*, Festschrift für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag, Bund-Verlag, 1999, S.553ff 참조.

28) 同旨 이상윤, 『필수공익사업의 노사관계』, 법문사, 2002.

29) 이러한 점에서 노동위원회법상 공익위원의 자격을 정비할 필요가 있다.

30) 김상호, 「필수공익사업 직권중재에 관한 입법론적 고찰」, 『노동법학』, 제13호, 2001.12; 김홍영, 「필수공익사업에서 공공이익의 확보와 노동권 보장간의 조화방안」, 『국제노동기준과 한국의 노사관계』, ILO·KLI, 2002.

이루어지지 않으면 안 된다.

일급제, 벌칙규정을 재정비할 필요가 있다.

#### IV. 요약과 정책적 과제

필수공익사업에 대한 직권중재와 관련한 현행 제도는 제도 그 자체에 위험적인 요소가 포함되어 있을 뿐만 아니라 실제 운용 면에서도 위험적 계기가 있음을 살펴보았다. 직권중재제도의 내용과 운용 양면에서의 위험성을 제거하기 위해서는 다음과 같은 방안을 모색할 필요가 있다.

첫째 직권중재의 허용성 여부는 법익형량의 원칙에 따라 결정되어야 한다. 국민의 생명, 건강, 신체의 안전성 또는 인간으로서의 존엄성과 근로삼권이 충돌하는 경우에는 사전적인 직권중재는 목적에 있어서 정당성이 인정된다. 그러나 동일한 가치를 가지거나 우열관계가 명확하지 않은 제3자의 법익과 근로삼권과 관련한 근로자의 이익이 충돌할 때에는 사후적인 직권중재제도에 의해 대처하는 것이 합리적이다.

둘째, 이러한 관점에서 현행 노조법의 필수공익사업의 범위는 재조정되어야 한다. 필수공익사업으로 되어 있는 철도(도시철도를 포함), 한국은행, 통신사업은 공익사업으로 하고, 현재에는 필수공익사업에서 제외되어 있으나 그 정지 또는 폐지가 국민의 건강, 생명에 위험을 초래할 수 있는 쓰레기 및 오물수거, 지역난방사업을 포함시킬 필요가 있다. 또한 사후적인 직권중재의 대상이 되는 공익사업의 범위에는 항공운송사업이나 영육아보육사업, 사회보험사업이 추가되는 것이 바람직하다.

셋째, 공익사업에서의 쟁의행위로 인하여 직접적인 손해를 입을 수 있는 제3자, 즉 시민의 입장을 직권중재 절차에서 반영시킬 수 있는 제도적 틀을 마련할 필요가 있다. 직권중재의 회부 단계 및 중재제정의 작성 단계에서 시민단체의 의견을 반영시키는 장치를 마련하여야 한다.

넷째, 직권중재 회부의 요건과 기준을 명시할 필요가 있다.

다섯째, 직권중재의 중립성·공정성을 담보할 수 있도록 중재위원의 구성, 절차와 방식과 관련하여서 대폭적인 제도적 개선이 필요하다.

여섯째, 벌칙규정에 대한 정비가 필요하다.

## 참 고 문 헌

- 김상호, 「필수공익사업 직권중재에 관한 입법론적 고찰」, 『노동법학』, 제13호, 2001.12.
- 김유성, 『노동법』, 전정증보판, 법문사, 1999.
- 김형배, 『노동법』, 제13판 박영사, 2002.
- 김홍영, 「필수공익사업에서 공공이익의 확보와 노동권 보장간의 조화방안」, 『국제노동기준과 한국의 노사관계』, ILO·KLI, 2002.
- 이상윤, 『필수공익사업의 노사관계』, 법문사, 2002.
- 이승길, 「병원의 직권중재제도와 관련된 문제점과 개선방안」, 『노동법률』, 2002년 8월호.
- 이영희, 『노동법』, 법문사, 2001.
- 임종률, 『노동법』 3판, 박영사, 2002.
- 西谷敏, 『ドイツ勞働法思想史論』, 日本評論社, 1987.
- 花見忠, “紛爭處理の枠組とその實態”, 『公共部門の爭議權』, 東京大出版會, 1977.
- Giorgio Ghezzi, Das italienische Gesetz zur Regelung des Streiks im Bereich der wesentlichen öffentlichen Dienste und die Aufgaben der Garantiekommission, Klebe/Wedde/Wolmerath Hrsg., *Recht und soziale Arbeitswelt*, Festschrift für Wolfgang Däubler zum 60. Geburtstag, Bund-Verlag, 1999.
- Inge Scherer, *Grenzen des Streikrechts in den Arbeitsbereichen der Daseinsvorsorge - Schutz der Bürger vor gezielter Schädigung durch Streiks*, Duncker & Humblot, 2000.
- Kearny, *Labor Relations in the Public Sector*, Marcel Dekker, Inc., 2001.