

노동정책연구
2007. 제7권 제3호 pp.145~168
© 한국노동연구원

연구논문

필수공익사업의 정의행위에 대한 새로운 규율 : 필수유지업무와 대체근로

박제성*

직권중재 제도를 대신하여 필수공익사업의 정의행위를 규율하기 위하여 필수유지업무 제도와 대체근로 허용 제도가 새로 도입되었다. 이 두 제도는 많은 법해석적 논점들을 내포하고 있다. 이 논문에서는 그러한 논점들이 검토될 것이다. 그 중의 하나에 대해서는 보다 주의 깊은 검토가 필요하다. 이 두 제도가 모두 형벌을 부과하면서 구성요건의 객관적 확정을 법률이 아닌 제3자의 의사에 위임하고 있기 때문이다. 이 논문에서는 이것이 죄형법정주의를 위반한 것이 아닌가 검토하는 한편, 죄형법정주의가 요청하는 법해석의 한계를 규명하고자 한다.

핵심용어 : 필수유지업무, 대체근로, 죄형법정주의

I. 서론

근로자의 정의행위를 ‘권리’로 보장하고 있는 나라에서 필수공익사업의 정의행위에 대한 규율은 뜨거운 감자이다. 정의행위권을 강조하다 보면 필수공익사업이 담보해야 하는 ‘공익’이 침해될 수 있으며, 반대로 공익을 강조하다 보면

논문접수일 : 2007년 8월 14일, 심사의뢰일 : 8월 20일, 심사완료일 : 9월 3일

* 한국노동연구원 연구위원(jeseongpark@kli.re.kr)

쟁의행위권이 훼손될 수 있기 때문이다. 그러나 그 감자를 먹고 소화시키는 방법은 각 나라마다 다르다. 사회적 대화 수준이 높은 나라에서는 특별히 법령으로 규제하지 않더라도 공익과 파업권의 조화 만족도가 그렇지 않은 나라보다 더 높다. 반면에, 정치적 격변과 맞물려 전통적으로 노사 갈등이 심하다고 여겨져 온 나라들에서는 이러저러한 입법적 장치들을 동원하고 있지만 그다지 만족할 만한 결과는 나오지 않고 있다.¹⁾ 우리나라는 지금까지 이 문제에 대해서 크게 두 가지 방식으로 — 적어도 실정 노동법의 영역에서는 — 대응하여 왔다. 이른바 ‘직권중재’ 제도와 긴급조정 제도가 그것이다. 그러나 이러한 제도적 안전판은 그다지 만족스러운 결과를 가져오지는 못한 것 같다. 나아가 직권중재 제도는 쟁의행위권을 사전적으로 과도하게 침해한다고 해서 안팎으로 비판을 받아 왔다. 직권중재 제도를 대체하여 필수공익사업의 쟁의행위를 규율하기 위한 새로운 규칙을 만드는 작업은 더 이상 미루기 힘든 것으로 여겨졌고, 이에 2006년 12월 30일 개정된 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 “노조법”이라 한다)은 이 문제와 관련하여 중요한 두 가지 입법적 조치를 취하였다. 직권중재 제도를 폐지하고 ‘필수유지업무’ 제도를 도입한 것이 그 하나이고 필수공익사업에 대체근로를 허용한 것이 다른 하나이다. 그런데 이 두 제도는 워낙 새로운 제도라는 점 때문인지는 몰라도 그 구체적 내용을 이해하기가 쉽지도 않을 뿐더러, 제도의 설계 자체도 굉장히 많은 논란의 여지를 안고 있다. 가장 많은 논란을 불러일으키는 것은 아마도 필수유지업무의 범위를 정하는 문제일 것이다. 어떤 업무가 필수유지업무에 들어가는가 아닌가에 따라 해당 사업장의 노사관계 지형이 바뀔 수 있기 때문이다.²⁾ 그 밖에도 이 두 제도는 다양한 측면에서 노동법적 관심, 특히 법해석적 관심을 끌기에 충분한 논점들을 내포하고 있다. 예를 들면, 필수유지업무 제도를 구성하는 가장 중요한 축이라고 할 수 있는 ‘필수유지업무협정’의 법적 성격과 효력이라든지, 노동위원회 결정의 효력이라든지, 필수유지업무 제도와 대체근로 허용 제도의 관계라든지, 이런 문제들이 우선

1) 이에 대해서는 문무기 외, 「공익사업 실태 및 필수유지업무의 범위에 관한 연구」, 노동부 보고서, 2006. 11, p.38 이하, “최소업무유지제도와 관련한 외국 법제” 참조.

2) 그러나 이 문제에 관해서는 기존의 검토된 논의가 있기 때문에 여기서는 자세한 설명을 피하고자 한다. 문무기, “파업시 유지되는 필수유지업무의 범위와 관련조항의 법리적 해석”, 『노동쟁의의 해결과 공익보호』, 한국노동법학회 2007년도 하계학술대회 자료집, pp.25~43 참조.

부각되는 논점들이라고 할 수 있다. 그러나 다른 또 하나의 중요한 논점을 놓쳐서는 안 된다. 그것은 이 두 제도의 규정 형식 — 제도 시행에 필요한 중요 사항들을 대통령령에 위임하는 것 — 이 공통적으로 제기하는바, 죄형법정주의(특히 ‘법률주의’) 위반의 의심에 관한 것이다. 이하에서는 이러한 논점들을 검토하되, 각 제도별로 나누어서 검토할 것이다. 그렇게 하는 것이 각 제도의 고유한 내용을 이해하는 데 필요할 뿐만 아니라, 두 제도의 상호 관계를 보다 체계적으로 이해하는 데에도 도움이 될 것으로 판단하기 때문이다.

II. 필수유지업무 제도

1. 필수유지업무의 개념

“필수유지업무”란 “필수공익사업의 업무 중 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무”를 말한다(노조법 제42조의 2 제1항). 국제노동기구(ILO) 결사의 자유 위원회는 “그 중단이 국민 전체 또는 국민 일부의 생명, 안전 또는 개인의 건강을 위협에 빠뜨릴 수 있는 서비스만이 필수적인 것으로 고려될 수 있다”³⁾라고 평가하고 있다. 그리고 이러한 필수서비스에 대해서는 파업권의 제한이나 금지까지도 가능할 수 있다고 인정하면서, 거기에는 정당한 보상 조치가 수반되어야 한다는 점을 지적하고 있다.⁴⁾ 그러나 결사의 자유 위원회는 필수서비스를 규정할 때에는 각 나라의 특수한 사정이 고려되어야 한다는 점을 아울러 강조하고 있다.⁵⁾ 왜냐하면 어떤 나라에서는 파업을 해도 기껏해야 경제적 손실만을 가져올 뿐인 서비스가 다른 나라에서는 국민의 건강이나 안전 또는 일상생활 자체에 심각한 위협을 가져올 수도 있기 때문이다. 위원회는 나아가 엄격한 의미에서의 필수서비스가 아닌 경우에도 국

3) ILO, *Etude d'ensemble : Liberté syndicale et négociation collective*, Rapport III, Partie 4B, 81ème Session de la Conférence, 1994, p.159.

4) ILO, 앞의 책, p.162.

5) ILO, 앞의 책, p.160.

민의 건강, 안전 또는 일상생활이 위협을 받을 정도로 파업 기간이 길어지거나 규모가 확대될 때에는 필수서비스로 될 수 있음을 인정한다(예컨대 쓰레기수거). 그리고 이러한 서비스에서는 파업을 완전히 금지하는 것보다는 최소서비스 제도를 설정하는 것이 바람직할 것이라는 입장을 표명하고 있다. 한편, 위원회는 필수적인 것으로 간주되는 서비스에서도 각 나라의 특수한 조건에 보다 잘 부합한다고 판단되는 경우에는 최소서비스 제도를 마련할 수 있다고 보고 있다.⁶⁾

이와 관련하여 용어상의 문제를 잠시 짚고 넘어갈 필요가 있다. 우리 노조법은 “필수공익사업”과 “필수유지업무”라는 표현을 사용하고 있고, 결사의 자유 위원회는 “필수서비스(*services essentiels*)”와 “최소서비스(*service minimum*)”라는 표현을 사용하고 있는데, 이 용어들이 반드시 전자끼리 후자끼리 대응하는 것은 아닌 것 같다. 결사의 자유 위원회 보고서에서 “*services essentiels*”는 늘 복수로 쓰이고 있는 데 비하여, “*service minimum*”은 언제나 단수로 쓰이고 있다는 점을 생각할 때, 필수서비스는 ‘유형적 표현’이고 최소서비스는 ‘개념적 표현’이라고 할 수 있다. 즉, 필수서비스는 이러저러한 서비스들을 아우를 때 사용하는 표현이고, 최소서비스는 어떠한 제도적 틀을 지칭할 때 사용하는 표현인 것이다. 그렇다면 우리 법이 사용하는 “필수유지업무”는 오히려 위원회가 사용하는 필수서비스에 보다 가까운 개념이라고 할 수 있다. 그리고 우리 법에서 노사의 협정 또는 노동위원회의 결정에 따라 유지될 업무가 위원회가 사용하는 최소서비스 개념과 가깝다고 할 수 있다. 보다 정확히 말하면, 우리 법이 사용하는 “필수유지업무”라는 개념은 결사의 자유 위원회가 말하는 필수서비스와 엄격한 의미의 필수서비스는 아니지만 최소서비스 개념으로 접근할 필요가 있는 서비스들을 모두 포함하고 있는 것이라고 할 수 있다. 즉, 우리 법은 결사의 자유 위원회가 인정하는바, 쟁의행위의 금지가 가능한 필수서비스에 대해서도 쟁의행위의 금지보다는 최소서비스 제도를 통한 쟁의행위의 부분적 허용 방식을 취하고 있는 것이다.(아니, 좀더 정확히 근로자의 입장에서 보면, 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 위하여 근무하여야 하는 근로자는 쟁의행위권이 금지되는 것이고, 그 외의 근로자는 쟁의행위권이 전면 허용되는 것

6) ILO, 앞의 책, p.160.

이라고 말할 수 있다.)

결사의 자유 위원회가 사용하는 용례에 따르면, 예컨대 병원사업은 일단 필수서비스에 해당한다고 말할 수 있을 것이다. 그러나 병원사업의 모든 업무가 필수서비스에 포함되는 것은 아니라는 점을 유의할 필요가 있다. 결사의 자유 위원회는 그 중단이 국민의 생명과 안전 또는 개인의 건강을 위협에 빠뜨릴 수 있는 서비스만을 필수서비스로 보고 있으며, 이러한 서비스를 제공하는 기관의 비의료 업무를 포함한 사업 전체를 필수서비스로 보고 있는 것은 아니기 때문이다. 모든 사업과 마찬가지로 병원 사업에서도 기본적 사무에 관련된 행정 및 관리 업무가 포함되어 있는데, 이 행정 및 관리 업무는 그것이 중단되더라도 국민의 생명과 안전을 직접 위협에 빠뜨리는 것은 아니기 때문에 필수서비스가 아닌 것이다.⁷⁾

2. 죄형법정주의 위반 문제

노조법 제42조의 2 제2항에서는 “필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다”라고 규정하면서, 위반에 대해서는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 형벌을 적용하고 있다(제89조). 이러한 규정 형식은 두 단계에서 죄형법정주의에 반하지 않는가의 의문이 든다.

첫째, 구성요건의 한 요소인 필수유지업무의 내용이 법률로 정해지는 것이 아니라 대통령령으로 정해지는데(노조법 제42조의 2 제1항 참조), 이것이 죄형법정주의의 한 내용인 ‘법률주의’⁸⁾에 반하는 것이 아닌가 의심된다. 왜냐하면 대통령령에서 정하는 필수유지업무의 범위에 따라서 쟁의행위가 금지되는 범위가 달라질 수 있기 때문이다. 즉 법률의 단계에서 구성요건이 명확하게 정해

7) 프랑스의 사례에서 이런 식의 이해 방식을 엿볼 수 있다. 자세한 것은 박제성, 「공공서비스 파업과 최소업무의 유지에 관한 프랑스의 법제」, 『노동법연구』, 제16호, 2004년 상반기, p.117 이하 참조.

8) 법률주의란 “무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 반드시 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 성문의 법률로써 정하여야 한다는 원칙”이고, “여기서 말하는 ‘법률’이란 입법부에서 제정한 형식적 의미의 법률을 의미하는 것”이다(헌재 1998. 3. 26. 96헌가20 (구)노동조합법 제46조의 3 위헌 결정).

지지 않는 것이다. 물론 법률에서 “필수공익사업의 업무 중 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무”라는 요건을 명시하면서 대통령령으로 위임하고 있기 때문에 법률주의를 위반한 것은 아니라는 반론이 가능할 수 있다. 그러나 그렇다 하더라도 “공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무”라는 요건은 명확성의 원칙에 반할 소지가 많다는 점을 우선 지적하지 않을 수 없다. “현저히”라는 요건은 ‘정도’에 관한 표현이고, 객관적 기준으로 기능하기에는 부족하다고 할 수밖에 없기 때문이다. 한편, 헌법재판소의 표현을 빌리자면, “처벌법규의 일반적이고 포괄적인 위임은 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름이 없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되므로, 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 한다.”⁹⁾ 그런데 필수유지업무를 대통령령으로 정해야 할 긴급한 필요가 있다거나 법률로 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있다고 보기는 힘들다. 각 사업에 특수한 필수유지업무를 정해야 하는 ‘기술적 어려움’이 부득이한 사정이 될 수 있을까? 정부의 법안이 사실상 가장 중요한 입법 절차를 점하고 있는 상황에서 대통령령으로는 정할 수 있는 것을 법률로 정하지는 못한다는 사정을 어떻게 받아들여야 할지 알 수 없다. 또한 그러한 기술적 어려움이 있다 손치더라도 그것이 헌법에서 선언한 죄형법정주의 원칙보다 앞설 수 있는 것인지도 모르겠다.

둘째, 형벌 적용의 대상이 되는 것은 ‘필수유지업무 그 자체’에 대한 쟁의행위가 아니라 필수유지업무를 “정당한 유지·운영”에 대한 정지 등이라는 점을 분명히 할 필요가 있다. 여기서 먼저 지적하고 싶은 것은 “정당한”이라는 요건의 모호함이다. ‘정당하다’라는 말은 “이치에 맞아 올바르고 마땅하다”(표준국어대사전)라는 뜻인데, 필수유지업무를 어떤 식으로 유지·운영하는 것이 올바르고 마땅한 것인지 누가 어떻게 판단하는가? 우리 노조법에 따르면 그것은 노사가 필수유지업무협정을 체결하여 정하도록 하고 있다(노조법 제42조의 3). 다시 헌법재판소의 표현을 빌리자면, 노조법 제89조와 그 구성요건의 알맹이를 정한 제42조의 2 제2항은 “범죄구성요건의 외피만 설정하였을 뿐이고 구성요

9) 위 헌재 1998. 3. 26. 96헌가20.

건의 실질적 내용에 관하여는 스스로 아무런 규정을 하고 있지 아니한 채 단체 협약[여기서는 필수유지업무협정]의 내용에 모두 내맡기고 있는바, 결국 처벌 법규의 내용을 형성할 권한을 노사에 넘겨준 것이나 다름없다.”¹⁰⁾ 그리고 협정이 체결되지 못하면 노동위원회가 결정하도록 하고 있다(노조법 제42조의 4). 요컨대, 노조법은 필수유지업무의 정당한 유지·운영의 정지 등을 처벌하면서, 처벌의 기준이 되는 정당한 유지·운영의 내용을 노사의 협정 또는 노동위원회의 결정에 맡기고 있는 것이다. 이 또한 법률주의에 반한다고 볼 수밖에 없을 것이다. 국제노동기구에서도 최소서비스의 정함에 노사의 참여가 중요하다는 점을 강조하고 있다는 점에서 엄격한 법률주의의 적용은 부적절하다는 비판이 없지 않지만,¹¹⁾ 국제노동기구가 노사의 참여를 강조할 때에는 형벌의 적용을 염두에 두지 않은 것이라는 점을 인식해야 한다. 적어도 형벌이 적용되는 한, 법률주의의 엄격한 적용은 피할 수 없다.

정리하자면, 노조법은 “필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위”를 처벌하면서, 일차적으로 “필수유지업무”의 내용을 대통령령으로 정하도록 하고 있으며, 이차적으로 “정당한 유지·운영”의 내용을 노사의 협정 또는 노동위원회의 결정으로 정하도록 맡기고 있다는 점에서, 이중으로 죄형법정주의를 위반한 혐의가 있다고 할 수 있다. 죄형법정주의 위반의 혐의는 필수유지업무의 범위에 속해 있는 근로자가 파업에 참가하였을 때 이 파업의 적법성 여부 또는 이 근로자의 형사책임 문제와 관련하여 신중하게 접근할 것을 요구한다(아래 “4. 지명된 근로자의 쟁의행위 참가”에서 다시 설명한다).

3. 필수유지업무협정의 법적 성격

쟁의행위 기간 동안 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 위하여 노동관계 당사자는 “필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준, 대상직무 및 필요 인원 등을 정한 협정”, 즉 “필수유지업무협정”을 서면으로 체결하여야 한다(노

10) 현재 1998. 3. 26. 96헌가20.

11) 김홍영, “파업시 유지되는 필수유지업무의 범위와 관련조항의 법리적 해석 토론문”, 『노동쟁의의 해결과 공익보호』, 한국노동법학회 2007년도 하계학술대회 자료집, p.48 참조.

조법 제42조의 3). 그런데 이 필수유지업무협정의 법적 성격은 무엇인가? 달리 말하면, 이것은 노조법 소정의 단체협약인가, 아닌가? 필수유지업무협정의 효력과 관련된 문제들은 이 질문에 어떻게 대답하는가와 밀접하게 얽혀 있다.

우선, 필수유지업무의 체결 주체와 체결 방식만을 놓고 보면 단체협약이 아니라고 부정하기는 힘들어 보인다. 왜냐하면 우리 노조법에서 말하는 단체협약이란 어떤 사안에 관하여 노동조합과 사용자 또는 사용자단체가 합의한 내용을 서면으로 작성하여 쌍방이 서명 또는 날인한 문서를 말하기 때문이다(노조법 제31조 제1항 참조). 나아가 그 합의는 반드시 정식의 단체교섭 절차를 거쳐서 이루어져야만 하는 것은 아니다. 예컨대, 노동조합과 사용자 사이에 근로조건 기타 노사관계에 관한 합의가 노사협의회의 협의를 거쳐서 성립되었다도 당사자 쌍방이 이를 단체협약으로 할 의사로 문서로써 작성하여 당사자 쌍방의 대표자가 각 노동조합과 사용자를 대표하여 서명 날인하는 등 단체협약의 실질적, 형식적 요건을 갖추었다면 이는 단체협약으로 보아야 한다.¹²⁾ 당사자 쌍방이 어떤 합의를 “단체협약으로 할 의사”가 있었는지 여부는 당사자가 그 합의를 문서로 작성하여 서명 날인한 사실에서 유추된다. 따라서 필수유지업무협정도 노사가 합의한 내용을 서면으로 작성하여 서명 또는 날인한 것이라면 단체협약이라고 부를 수밖에 없다. ‘협정’이라는 용어를 사용하고 있다는 점은 단체협약으로서의 성격을 부인할 수 있는 근거가 될 수는 없다. 왜냐하면 판례는 “단체협약은 노동조합이 사용자 또는 사용자단체와 근로조건 기타 노사관계에서 발생하는 사항에 관하여 체결하는 협정”이라고 하여, 단체협약과 협정을 다른 개념으로 보고 있는 것은 아니기 때문이다.¹³⁾

그런데 필수유지업무협정을 단체협약이라고 하기 위해서는 중요한 논점 하나를 해결해야만 할 것으로 보인다. 필수유지업무협정은 노사에게 체결의 의무가 부과되고 있다는 점에서(노조법 제42조의 3 참조), 체결의 자유가 인정되는 일반 단체협약법의 원리와 충돌할 수 있으며, 나아가 필수유지업무협정이 노사의 임의로 체결되지 아니한 때에는 노동위원회가 필수유지업무협정을 갈음하는 결정을 하도록 되어 있다는 점에서도 일반 단체협약법의 원리와는 어울리지

12) 대법원 2005. 3. 11. 2003다27429.

13) 대법원 2002. 11. 26. 2001다36504.

않는 측면이 있다는 반론이 제기될 수 있기 때문이다.¹⁴⁾ 그러나 이러한 사정이 필수유지업무협정의 단체협약성을 반드시 내치는 것만은 아닐 수도 있다. 두 가지 정도의 근거가 제시될 수 있을 것이다.

첫째, 어떤 제도의 향유 요건으로 단체협약의 체결을 의무화하는 입법도 그 예를 찾아볼 수 없는 것만은 아니다. 예컨대, 프랑스의 이른바 ‘오브리 법’이 주 35시간 근로제를 도입하면서 사용자의 사회보장분담금을 경감해 주는 요건으로 단체협약을 체결할 것을 요구한 것이 한 예가 될 수 있을 것이다. 물론 단체협약을 체결하지 않았다 해서 별도의 제재가 가해지는 것은 아니지만, 단체협약을 체결하지 아니하면 법에서 부여하는 혜택을 향유하지 못하는 것이다. 마찬가지로 우리 법에서도 필수유지업무협정을 체결하지 않더라도 별도의 제재가 가해지는 것은 아니다. 단지 필수유지업무 제도를 ‘향유’할 수 없게 될 뿐이다. 보다 정확히 말하면, 노사의 자율적 판단에 따라 필수유지업무 제도를 활용하는 길이 막힐 뿐이다(이 말이 협정을 체결하지 않으면 정의행위를 할 수 없다는 말은 아니다. 뒷부분 참조). 즉, 필수유지업무협정의 체결 의무란 것은 법에서 규정한 필수유지업무 제도를 노사의 자율로 ‘향유’하기 위해서는 그러한 협정(협약)을 체결하라는 법의 주문인 것이다. 그러므로 노조법상의 필수유지업무협정의 체결 의무와 일반 단체협약법상의 단체협약 체결의 자유가 반드시 양립 불가능한 것은 아니라고 할 수 있다. 오히려 이 문제를 단체협약의 기능이 다양화되는 현대 노동법의 한 경향 속에서 파악할 필요도 있을 것이다. 오늘날 단체협약의 기능은 전통적인 근로조건의 유지·개선 기능에 머물지 않고, 나아가 국가의 정책 또는 입법 기능의 한 구성 부분으로 참여하는 데에까지 확대되고 있다.¹⁵⁾ 필수유지업무협정이 전통적인 단체협약법과 잘 어울리지 않기 때문에 단체협약이 아니라고 말할 것이 아니라, 반대로 필수유지업무협정이란 단체협약을 계기로 현대적 단체협약법에 대한 새로운 고민이 시작되어야 한다고 말해야 하지 않을까 생각한다.

14) 김홍영, 앞의 글, p.49 참조.

15) 이런 점에서 보면 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 위한 사항을 협정으로 체결하도록 하고 있는 것이 반드시 죄형법정주의 중 법률주의 위반은 아닐 수 있지 않을까 생각할 수 있지만, 적어도 형벌이 적용되는 한 법률주의 위반이라고 해야 한다. 단체협약의 기능 확대는 형벌이 적용되지 않는 선에서만 논의될 수 있는 것이다.

둘째, 노동위원회의 개입도 필수유지업무협정의 단체협약성을 반드시 부인하게 만드는 것은 아니다. 왜냐하면 노동위원회의 개입은 당사자의 신청이 있을 때만 가능한데, 당사자는 — 비록 신청의무가 부여되고 있기는 하지만 — 신청 자체를 안 할 수도 있으며, 또 노동위원회의 결정 절차가 진행되더라도, 심지어 노동위원회의 결정이 나오더라도 당사자는 언제든지 협정을 체결함으로써 노동위원회의 개입을 즉시 차단시킬 수 있기 때문이다. 즉, 노사의 협약 체결의 자유는 사라지지 않고 여전히 노사의 수중에 머물러 있는 것이다.¹⁶⁾ 그러므로 노동위원회의 개입은 필수공익사업의 쟁의에서 공익의 보호를 위한 마지막 안전판으로 예정되어 있는 특별한 행정적 절차일 뿐이지, 필수유지업무협정은 단체협약이 아니라고 말할 수 있는 근거는 되지 못한다.

필수유지업무협정이 단체협약이라면, 노조법에서 규정하고 있는 여러 조항들이 적용된다. 우선, 단체협약의 당사자는 협약의 체결일로부터 15일 이내에 이를 행정관청에 신고해야 하고(노조법 제31조 제2항), 행정관청은 단체협약 중 위법한 내용이 있는 경우에는 노동위원회의 의결을 얻어 그 시정을 명할 수 있다(동조 제3항). 필수유지업무협정을 단체협약으로 보면 이와 같이 신고의무 및 행정관청의 시정명령권이 행사될 수 있기 때문에 노사관계에 행정관청의 과도한 개입을 용인하는 꼴이 되어 문제가 있다는 점이 지적되기도 한다.¹⁷⁾ 하지만 일반 단체협약에 대해서도 신고의무가 부여되고 시정명령권이 행사될 수 있기 때문에 신고의무와 시정명령권 자체를 문제 삼아야 하는 것이지, 필수유지업무협정의 단체협약성을 부인하는 근거로 삼을 수는 없다. 다음으로, 필수유지업무협정이 단체협약이라면 단체협약의 유효기간 및 효력에 관한 규정들이 모두 적용된다. 그러므로 필수유지업무협정은 2년을 초과하는 유효기간을 정할 수 없고, 유효기간을 정하지 아니한 경우 또는 2년을 초과하는 유효기간을 정

16) 노동위원회의 결정 절차는 정식의 중재 절차와는 다른 것이다. 비록 필수유지업무협정이 단체협약이라고 하더라도 노동위원회의 결정이 중재제정인 것은 아니다. 이는 노조법 제42조의 4 제5항이 노동위원회 결정의 불복 절차 및 효력과 관련하여 중재 절차와 중재 제정의 효력 규정을 준용하면서도 제70조 제1항 “중재제정의 내용은 단체협약과 동일한 효력을 가진다.”라는 규정은 제외하고 있는 점에서도 드러난다. 그리고 노조법 어느 조항에서도 노동위원회의 결정이 필수유지업무협정과 동일한 효력을 갖는다고 규정하고 있지 않다는 점에서도 역시 그러한 사정을 읽을 수 있다.

17) 김홍영, 앞의 글, p.51 참조.

한 경우에는 유효기간이 2년으로 되며, 일정한 요건하에서는 유효기간 만료 후에도 일정 기간 동안 계속해서 효력을 유지한다(노조법 제32조). 필수유지업무협정을 체결하는 노사는 사업의 특성에 따라서 단기의 유효기간을 정할 수 있을 뿐만 아니라, 때 쟁의행위의 기간에 대응하는 유효기간을 정할 수도 있기 때문에, 2년이라는 법정 유효기간이 쟁의 국면에 있어서 노사의 능동적 대응을 가로막는 것은 아니다. 그 밖에 단체협약의 효력에 관한 규정(제33조)이나 일반적 구속력 등에 관한 규정(제35조 및 제36조)도 적용된다. 그런데 단체협약의 효력을 규정한 노조법 제33조의 규정에서 단체협약의 규범적 효력을 도출하는 전통적인 해석에 따르면, 필수유지업무협정에 따라 쟁의행위에 참가하지 못하는 근로자가 지명되는 것이 규범적 효력에서 나온 것인지 채무적 효력에서 나온 것인지를 입론하기가 쉽지 않다는 지적이 나올 수 있다.¹⁸⁾ 그러나 노조법 제33조는 단체협약과 취업규칙 또는 근로계약의 관계를 정한 규정이므로, 필수유지업무협정에 위반하는 내용을 정한 취업규칙이나 근로계약이 무효로 될 뿐이지, 필수유지업무협정에 따라 쟁의행위에 참가하지 못하는 근로자가 지명되는 것은 제33조와는 상관이 없는 문제이다. 그리고 지명된 근로자가 근로를 제공할 의무를 부담하는 것도 노조법 제33조와는 상관이 없는 문제이다.

4. 지명된 근로자의 쟁의행위 참가

만약, 지명된 근로자가 근로 제공을 하지 않고 쟁의행위에 참가하면 어떻게 되는가? 이에 대해서는 “필수유지업무협정을 위반하여 근로 제공을 하지 않은 근로자는 단체협약(채무적 부분) 위반으로서의 책임을 지는 것이 아니라, 동 협정에 근거한 사용자의 업무명령권(노무지휘권)에 따르지 않은 책임을 지게 될 것이다”¹⁹⁾라는 답변이 제시되고 있다. 그러나 필수유지업무협정에서 곧바로 사용자의 업무명령권, 근로의 의무를 창설하는 권한으로서의 업무명령권이 나오는 것은 아니다. 필수유지업무협정이 체결되면 노동조합은 사용자에게 필수유지업무에 근무하는 조합원 중 쟁의행위 기간 동안 근무하여야 할 조합원을 통

18) 김홍영, 앞의 글, p.49 참조.

19) 문무기, 앞의 글, p.36.

보할 의무를 지는데, 사용자는 이에 따라 해당 근로자를 지명할 수 있을 뿐이다(노조법 제42조의 6 본문). 즉, 사용자의 업무명령권이 발생하는 것이 아니라 노동조합이 통보한 조합원에게 근로 의무가 있음을 통지하는 것일 뿐이다.²⁰⁾ 지명된 근로자의 근로 의무는 사용자의 업무명령권에서 나오는 것이 아니라 노동조합의 내부적 결정에서 나오는 것이다. 이는 노동조합의 내부 통제권 이론으로도 설명이 가능할 것이다.²¹⁾ 따라서 지명된 근로자가 근로를 제공하지 아니한 경우, 해당 근로자는 단체협약 위반 책임이나 사용자의 업무명령권 위반 책임이 아니라, 전통적인 쟁의법 이론에 따르면, 노동조합의 통제권 위반 책임이 발생할 수 있을 뿐이다. 그리고 노동조합은 협정에서 약정한 대로 근로를 제공할 근로자를 확보하지 못한 채무불이행 책임을 지게 될 것이다.²²⁾ 다만, 노동조합이 근무할 조합원을 통보하지 아니한 경우에는 사용자가 필수유지업무에 근무할 근로자를 지명할 수 있다(노조법 제42조의 6 단서). 이는 공익의 보호를 위하여 최후의 보루로서 법이 특별히 그러한 권한을 승인한 것이라고 할 수 있다. 이 경우, 지명된 근로자가 근로를 제공하지 아니 하고 쟁의행위에 참가하면 사용자의 업무명령권 위반에 따른 책임을 지게 될 것이다.

-
- 20) 사용자의 업무명령권을 말할 수 있는 경우란 노동조합이 필요 인원의 2배수 또는 3배수 등으로 조합원을 통보하고 그 중에서 사용자가 선택하여 지명하는 경우일 텐데, 노동조합이 그런 식으로 통보를 할 것이라는 생각은 굉장히 비현실적인 상상이라 하지 않을 수 없을 것이다.
- 21) 하급심 판결 중에는 위법한 쟁의행위 참가 지시를 거부한 조합원에 대한 노동조합의 징계는 노동조합에 인정되는 통제권의 한계를 벗어난 것으로서 무효라고 결정한 것이 있다(순천지법 2003. 1. 10. 2002카합402). 반대로 해석하면, 정당한 쟁의행위 참가 지시를 거부한 조합원에 대해서는 노동조합의 통제권이 행사될 수 있다는 것이 된다. 학설 중에도 노동조합의 방침이나 결의에 반대하여 일부 조합원들이 독자적인 활동을 감행하거나 파업참가 지시와 같이 노동조합의 행동 통일에 관한 지시에 대하여 조합의 전략을 저해하는 독자적인 행동을 취한 경우에도 노동조합의 통제권이 행사될 수 있다는 입장을 취하는 것이 있다(김형배, 『노동법』, 신판 제3판, 박영사, 2007, p.704 참조). 이러한 입장을 좀더 확장시키면, 필수유지업무의 유지를 포함한 노동조합의 쟁의행위 기획에 따른 지시를 위반한 조합원에 대해서는 노동조합의 통제권이 행사될 수 있다는 결론에 이를 것이다. 이러한 결론에 대해서는 헌법이 단체행동권의 주체를 ‘근로자’로 규정하고 있는 한, 개별 근로자는 파업에 참가할 자유뿐만 아니라 파업에 참가하지 아니할 자유도 인정되어야 한다는 반론이 가능하다. 하지만 이 문제는 쟁의법 전반의 체계를 재구성해야 할 정도로 광범위한 주제이기 때문에 여기서 상세한 논의를 전개하는 것은 적절하지 않다.
- 22) 이 경우에 또 한편으로는 근로자 또는 노동조합에 대해서 단체협약의 내용 중 “쟁의행위에 관한 사항”을 위반한 자에 대해서 벌칙을 규정하고 있는 노조법 제92조 제1호 바목의 적용 문제가 발생할 수 있다. 아래에서 다시 설명한다.

한편, 노동조합의 통보에 따라 또는 그러한 통보가 없는 경우 사용자의 판단에 따라 지명된 근로자가 근로를 제공하지 아니하고 정의행위에 참가한 경우, 곧바로 노조법 제42조의 2 제2항 위반으로 벌칙(제89조)이 적용되는가, 아니면 정의행위에 참가함으로써 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 실제로 정지·폐지 또는 방해한 결과가 발생한 경우에만 벌칙이 적용되는가? 노조법 제89조의 적용과 관련하여, 지명된 근로자의 정의행위 참가만으로 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해한 것이 될 수 있는가? 그렇지 않다고 보아야 한다. 노조법은 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 위해서 필요한 사항들을 협정으로 정하도록 하고 있는데, 노사의 합의가 반드시 과학적 객관성을 담보한다고 말할 수는 없다. 또 노동위원회의 결정도 마찬가지이다. 노사의 합의나 노동위원회의 결정에 ‘실수’가 있어서, 협정이나 결정에 따라 정의행위를 하였음에도 불구하고 필요한 만큼의 업무 유지가 담보되지 못하여 결과적으로 바람직하지 못한 사태가 발생하였다면, 과연 누가 책임을 져야 하는가? 노조법 제42조의 5에서 노동위원회의 결정에 따라 정의행위를 한 때에는 필수유지업무를 정당하게 유지·운영하면서 정의행위를 한 것으로 본다고 규정하고 있는데, 이는 노조법 제42조의 2 제2항과 쉽게 양립하기는 어려운 규정이라고 생각된다. 후자의 조항은 형벌 규정인 제89조의 구성요건을 이루고 있는 규정이므로 죄형법정주의의 요청상 그 내용은 객관적으로 확정되어야 하는데, 제42조의 5에 의한 노동위원회의 결정이 구성요건을 객관적으로 확정하는 것이라고 보기는 힘들기 때문이다(위의 “2. 죄형법정주의 위반 문제” 참조). 결국 협정이나 결정이 있더라도 노사는 바람직하지 못한 사태가 발생하지 않도록 정의행위의 매 순간마다 능동적 대응을 취해야 한다고 말할 수밖에 없다.(이런 점에서 노조법이 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 위한 사용자의 책임을 전혀 언급하지 아니한 것은 중대한 흠결이라고 하지 않을 수 없다.) 이러한 해석은 반대로, 지명된 근로자가 정의행위에 참가한 경우에도 필수유지업무는 정당하게 유지·운영될 수 있는 가능성이 있다는 해석으로 이어진다. 요컨대, 협정이나 결정에 따라서 정의행위를 하였다고 해서 반드시 필수유지업무의 정당한 유지·운영이 담보되는 것은 아니며, 반대로 협정이나 결정과 다르게 정의행위를 하였다고 해서 반드시 필수유지업무의 정당한 유지·운영이 담보되지 못하

는 것도 아니라는 것이다.

다소 이상하게 보일 수도 있는 이러한 해석은 그러나 죄형법정주의가 요구하는바 구성요건을 명확히 해야 할 필요가 있기 때문에 어쩔 수 없는 결론이다. 노조법 제42조의 2 제2항에서 말하는 “필수유지업무의 정당한 유지·운영”이라는 구성요건은 객관적으로 확정되어야 하는 것이고, 노사의 합의나 노동위원회 결정에만 맡기는 것은 죄형법정주의 위반의 의심에서 벗어나기 힘들다. 협정이 체결되지 아니하거나 노동위원회의 결정도 없으면 근로자는 쟁의행위를 일절 할 수 없다고 한다면, 이 또한 헌법에 의하여 근로자에게 보장되는 단체행동권을 본질적으로 침해하는 것이 될 것이다. 그러므로 그러한 경우에도 근로자의 쟁의행위는 가능하다고 보아야 하고, 이때 쟁의행위가 가능한 범위를 확인하기 위해서는 관행이나 사업의 특성 및 사회적 상당성 등에 의하여 해당 사업에서 필수유지업무의 정당한 유지·운영의 구체적인 내용을 확정해야 할 것이다. 그러므로 지명된 근로자가 쟁의행위에 참가함으로써 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 실제로 정지·폐지 또는 방해한 결과가 발생하지 않았음에도 불구하고 단지 쟁의행위에 참가한 것만을 이유로 벌칙을 적용하여서는 안 될 것이고, 그러한 결과가 발생한 경우에만 벌칙이 적용되어야 할 것이다.

그런데 노조법 제92조의 벌칙 규정 적용과 관련한 문제가 남아 있다. 지명된 근로자가 쟁의행위에 참가한 것 자체가 노조법 제92조 제1호 바목에서 규정하고 있는 바의 “쟁의행위에 관한 사항”을 위반한 것에 해당되어 벌칙이 적용되는가? 제89조는 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정폐하거나 방해하는 등의 결과가 발생한 경우에만 적용되는 것과 달리, 제92조는 단체협약의 내용 중 쟁의행위에 관한 사항을 위반한 것만을 이유로 벌칙을 부과하는 방식으로 규정되어 있다. 이 문제는 두 가지 측면에서 접근해 볼 수 있다. 첫째, 필수유지업무협정을 단체협약이 아니라고 보면, 제92조는 적용될 여지가 없다. 왜냐하면 제92조는 노조법 “제31조제1항의 규정에 의하여 체결된 단체협약”으로 규정하고 있기 때문이다. 단체협약 위반에 대해서는 제92조가 적용되고 있음에도 불구하고 다시 제89조의 벌칙 규정을 두고 있는 것에서 필수유지업무협정을 단체협약과는 다른 것으로 보려는 입법 의도를 추측할 수도 있다. 둘째, 필수유지업무협정을 단체협약이라고 보고 제89조와 제92조를 법조 경합의 차원에서 설명하는

방식도 가능하다.²³⁾ 우리는 이미 앞에서 필수유지업무협정은 단체협약으로 보아야 하며 제89조는 죄형법정주의를 위반한 혐의가 짙다고 주장하였다. 그 연장선 위에서 보자면 지명된 근로자가 정의행위에 참가하는 경우에는 제92조만이 적용되는 것이라고 할 수 있다. 그러나 제92조 제1호 바목이 규정하고 있는 “정의행위에 관한 사항”은 지나치게 포괄적인 규정이다. 원래 (구)노동조합법 제46조의3은 “단체협약에 위반한 자”를 처벌하고 있었는데, 이에 대해서 헌법재판소는 죄형법정주의 위반으로 위헌 결정을 내렸다.²⁴⁾ 이에 따라 “단체협약의 내용 중 그 위반에 대한 처벌을 가하고자 하는 사항을 최소한이나마 특정하여 이를 명확히 규정”하기 위하여 2001년 3월 28일 개정된 것이 현재의 규정이다. 그러나 과연 현재의 규정이 헌법재판소가 요구하는 정도의 명확성과 예측가능성을 갖추고 있는지는 의문이다. 또한 “잠정적으로 국가가 형벌로써 개입한다 할지라도 단체협약 위반행위 중 진정 형사처벌이 불가피한 중요한 사항을 특정, 정형화하여 구성요건상 명확히 규정함으로써 죄형법정주의의 요청을 만족시키는 방법이 바람직하다”라고 헌법재판소는 말하고 있는데, 정의행위에 관한 사항에 대한 위반이 진정 형사처벌이 불가피한 것인지도 의문이다. 위법한 정의행위에 대해서는 별도의 민형사적 제재 규정들이 이미 충분히 마련되어 있기 때문에 더욱 그러하다. 만약 단체협약상 정의행위에 관한 규정(예컨대, 평화조항)을 위반한 정의행위를 위법이라고 한다면, 정의행위에 참가한 근로자는 단체협약 위반으로 처벌받게 될 뿐만 아니라, 나아가 위법한 정의행위를 이유로 민법상 손해배상 책임을 지거나 또는 형법상 ‘업무방해죄’ 등의 처벌을 받게 될 것이다.²⁵⁾ 이중처벌의 문제가 발생하는 것이다. 요컨대 제92조 제1호 바목은 그 자체로도 죄형법정주의 위반의 혐의를 벗어나기 힘들겠지만, 이 규정이

23) 예컨대, 문무기, 앞의 글, p.35.

24) 헌재 1998. 3. 26. 96헌가20 (구)노동조합법 제46조의3 위헌 결정.

25) 판례는 이른바 ‘평화의무’(협약의 유효 기간 중에는 정의행위를 하지 말아야 할 의무)를 위반한 정의행위의 정당성을 부정한 사례(대법원 1994. 9. 30. 94다4042)는 있지만, ‘평화조항’(정의행위 개시 요건에 관한 협약상 규정) 등의 협약상 ‘정의조항’을 위반한 정의행위의 정당성에 관하여 직접 언급한 사례는 보이지 않는다. 학설은 단체협약상 정의행위에 관한 조항 위반의 정의행위에 대해서 그 정당성을 긍정하는 입장(김유성, 『노동법 II』, 법문사, 1997, p.236; 임종률, 『노동법』, 제6판, 박영사, 2007, p.158)과 정당성을 부정하는 입장(김형배, 앞의 책, pp.775~776 및 p.827)으로 나뉜다. 다만, 후자의 견해는 ‘평화의무’와 ‘평화조항’을 혼동하고 있는 것으로 보인다.

필수유지업무의 정당한 유지·운영에 관한 사항을 포함하는 것으로 해석되는 순간, 앞에서 제89조의 죄형법정주의 위반성에 대해서 논한 바가 그대로 적용될 수 있다. 즉, 구성요건의 확정이 법률에 의해서 이루어지는 것이 아니라 노사의 합의 또는 노동위원회의 결정에 의해서 이루어지고 있다는 점에서 법률주의 위반에 해당할 수 있다.

무엇보다도 제89조와 제92조는 정의행위를 형벌로 다스리겠다는 전근대적 발상을 깔고 있다는 점에서 심각한 문제를 안고 있다. 우리와 유사하게 ‘최소업무’ 제도를 시행하고 있는 이탈리아에서 최소업무에 관한 규칙을 위반한 경우, 근로자에게는 징계의 형태로, 노동조합에 대해서는 지원금 중단 또는 단체교섭 배제의 형태로, 사용자에 대해서는 과태료 또는 영업 정지의 형태로 제재를 가하고 있을 뿐, 형벌은 적용하지 않는 입법 태도를 눈여겨 볼 필요가 있다.²⁶⁾

Ⅲ. 대체근로 허용 제도

1. 원칙과 필수공익사업의 예외

일반 사용자는 정의행위 기간 중 그 정의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없으며, 정의행위로 중단된 업무를 도급 또는 하도급 줄 수도 없다(노조법 제43조 제1항 및 제2항). 그러나 필수공익사업에서는 사용자가 정의행위 기간 중에 한하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하거나 그 업무를 도급 또는 하도급 줄 수 있다(노조법 제43조 제3항). 다만, “정의행위 기간 중에 한하여” 대체근로가 가능할 뿐이기 때문에, 대체근로를 위하여 채용되는 근로자는 기간제근로자일 수밖에 없으며, 무기계약 근로자를 채용하여 대체근로를 시키는 것은 허용되지 않는다.²⁷⁾

26) 문무기 외, 앞의 보고서, p.49 참조.

27) 이 점은 기간제근로자에 의한 대체근로는 금지하고 무기계약 근로자에 의한 대체근로는 허용하고 있는 프랑스 법과 구별되는 점이다(노동법전 L. 122-3조). 다만, 최고행정법원인 ‘콩세유데타’(Conseil d’Etat)는 1980년 1월 18일의 판결에서, 공익사업에서는 예외적인 경우에 최소한의 업무 유지를 위하여 기간제근로자를 채용할 수 있다고 판결한 적이

그런데 파견근로자를 사용하여 대체근로시키는 것은 어떠한가? 우리 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」 제16조는 “파견사업주는 쟁의행위 중인 사업장에 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 근로자를 파견하여서는 아니된다”라고 규정하고, 그 위반에 대해서는 벌칙을 적용하고 있다(제44조 제3호). 그런데 처벌의 대상은 파견사업주로만 한정되어 있고, 파견근로자를 사용하여 대체근로를 시킨 사용사업주는 처벌 대상에서 제외되어 있다. 그러므로 필수공익사업에서 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 근로자를 ‘파견’하는 것은 금지되지만, 파견된 근로자를 ‘사용’하는 것은 금지되지 않는다고 할 수밖에 없을 것이다. 다소 이상한 결론이지만, 명문의 규정이 없는 이상 파견된 근로자를 사용한 사용사업주를 처벌할 수는 없는 것이다.

2. 쟁의행위권에 대한 이중 제한 문제

원칙적으로 금지되는 대체근로를 필수공익사업에 대해서만 예외적으로 허용하는 이유는 공익을 보호하기 위하여 필요하다고 입법자가 생각하기 때문일 것이다(쟁의행위권과 공익의 조화). 그런데 필수공익사업에서 공익의 보호를 위하여 쟁의행위권을 제한하는 제도로는 이미 필수유지업무 제도가 있다. 필수유지업무 제도란 무엇인가? 그것은 공익의 보호를 위하여 필요 최소한의 업무만 유지한다면 나머지 부분에 대해서는 쟁의행위를 할 수 있도록 허용하는 것이다. 그러므로 필수유지업무가 정당하게 유지·운영되고 있는데, 다시 쟁의행위 참가자의 대체근로를 허용하는 것은 필수유지업무 제도의 취지를 무색케 하는 것으로 허용되지 않는다고 할 수 있을 것이다. 그러나 노조법 제43조 제3항은 필수공익사업의 쟁의행위 때 필수유지업무 제도가 작동한다는 점을 전혀 고려하지 않은 채 규정되어 있다. 그 결과, 필수유지업무를 충족하고 남은 인력이 쟁의행위에 참가하는 경우에도 다시 그 파업참가자의 100분의 50을 대체할 수

있는데, 민사 최고법원인 ‘파기원(Cour de cassation)’은 1998년 5월 19일의 판결에서 공익사업이라도 기간제근로자를 채용한 대체근로는 허용되지 않는다고 판결하였다. 무기계약 근로자를 채용한 경우 파업이 끝나고 파업 근로자가 복귀하면 무기계약 근로자는 해고될 수 있으며, 이 때 파업 근로자의 복귀는 해고의 정당한 사유를 구성할 것이다(Jean Pélissier et al., *Droit du travail*, 22e Edition, Paris, Dalloz, 2004, p.1291 참조).

있다는 해석이 가능할 수 있다.

이러한 해석에 의하면, 대체근로의 허용은 필수유지업무가 아닌 영역에서 과업에 참가한 근로자들은 물론이고, 필수유지업무에 속하는 영역에서도 필수유지업무의 정당한 유지·운영에 필요한 인원을 뺀 나머지 과업참가자들을 다시 공익의 보호를 위하여 대체할 수 있도록 하는 것이기 때문에, 쟁의행위권에 대한 이중의 제한이라는 문제가 발생할 수 있다. 물론, 개별 근로자의 입장에서 본다면, 쟁의행위권의 전면 금지나 전면 허용이냐는 두 가지 상황만 발생하는 것이고, 대체근로는 쟁의행위권이 전면 허용된 근로자들만을 대상으로 하기 때문에 이중의 제한이라는 문제는 발생하지 않는다고 할 수 있을지도 모른다. 그러나 판례처럼 쟁의행위권이 ‘노동조합’의 권리라고 한다면,²⁸⁾ 노동조합의 입장에서는 쟁의행위권의 이중 제한 문제가 발생할 수밖에 없다. 그렇다면 기본권 최소 제한의 원칙과 비례성의 원칙에 비추어 볼 때 쟁의행위권에 대한 과도한 제한으로서 위헌의 의심이 있다고 말하지 않을 수 없을 것이다. 위헌의 의심에서 벗어나려면 쟁의행위권의 주체를 개별 근로자로 재구성해야 할 것인데, 위에서 이미 언급한 판례의 확고한 입장을 상기한다면 그것은 난감한 일일 수밖에 없고 위헌의 의심에서 벗어날 길은 그만큼 더 험해질 수밖에 없다.

위헌의 의심에서 벗어날 수 있는 또 다른 길이 있을지도 모른다. 즉, 노조법 제43조 제3항을 처음부터 필수유지업무에서 벗어나 있는 영역에서만 대체근로가 허용된다고 해석하는 것이다. 동 조항의 문언을 자세히 들여다보면 그러한 해석이 반드시 불가능한 것만은 아니라는 점을 알 수 있다. 왜냐하면 첫째, 동 조항은 “필수공익사업의 사용자”가 대체근로를 하는 경우에는 대체근로를 금지하고 있는 제1항과 제2항을 적용하지 아니한다는 형식을 취하고 있기 때문이다. 즉, 일반 사용자에게는 금지되는 대체근로가 필수공익사업의 사용자에게는

28) 판례는 “쟁의행위의 정당성은 첫째 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자에 의하여 행해진 것이어야 한다.”라는 입장을 줄곧 견지하고 있다(대법원 1990. 5. 15. 90도357 등). 헌법이 단체교섭권을 근로자의 권리로 보장하고 있는 점에 근거하여 “단체교섭의 주체로 될 수 있는 자”를 근로자로 이해하면 쟁의행위의 주체도 근로자가 될 것이다. 그러나 판례는 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자를 엄격한 의미의 ‘노동조합’으로 이해하고 있기 때문에, 결국 쟁의행위의 주체도 노동조합일 수밖에 없다는 결론에 다다른다. “근로자의 쟁의행위가 정당성을 갖추기 위해서는 그 주체가 단체교섭이나 단체협약 체결능력이 있는 자, 즉 노동조합이어야 한다.”(대법원 1992. 7. 14. 91다43800).

허용된다는 것만을 말하고 있을 뿐, 어떤 범위에서 대체근로가 허용되는가는 명시하지 않고 있는 것이다. 그리고 둘째, 첫째 이유와 관련되어 있는데, 대체근로가 허용되는 범위를 “쟁의행위로 중단된 업무”(제1항 참조)로 보더라도 필수유지업무 제도가 작동하고 있는 한, 그 범위에서는 쟁의행위로 중단된 업무가 없다고 볼 수 있기 때문이다. 오히려 필수유지업무 제도가 작동하고 있다는 것은 “필수유지업무의 정당한 유지·운영”이 확보되고 있다는 것을 의미하는 것이기 때문에, 즉 필요한 업무가 정당하게 유지·운영되고 있다는 것이기 때문에, 다시 대체근로를 할 만한 “쟁의행위로 중단된 업무”는 없는 것이다.

3. 죄형법정주의 적용에 따른 문제

노조법 제43조 제4항은 “파업참가자”의 100분의 50에 대해서 대체근로가 허용된다고 규정하면서, 파업참가자 수의 산정 방법 등은 대통령령으로 정하도록 하고 있다. 그리고 이 규정 위반에 대해서는 벌칙이 적용된다(제91조). 이 규정과 관련하여 두 가지 문제를 짚어보고자 한다.

첫째, 이 조항이 명시적으로 “파업참가자”라는 표현을 사용하면서 100분의 50 이내로 대체근로하도록 제한하고 있는바, 파업이 아닌 다른 유형의 쟁의행위 참가자, 예컨대 태업참가자의 경우에는 대체근로가 금지되는지, 아니면 전면 허용되는지 의문이 들 수 있다. 이 조항 위반에 대해서는 벌칙이 적용되기 때문에 죄형법정주의가 적용되고, 따라서 엄격한 해석이 요구되며 유추해석은 금지된다. 이때, 이 규정의 위반을 이유로 형벌이 적용되는 대상은 ‘사용자’라는 점을 기억해야 한다. 즉, 사용자의 입장에서 죄형법정주의를 적용해야 한다는 것이다. 파업참가자에 대해서만 100분의 50이라는 제한이 있다고 믿은 사용자가 태업근로자 전원을 대체하였을 때, “파업참가자”에는 태업참가자도 포함된다고 해석하여 벌칙을 적용하는 것은 바로 유추해석에 해당할 수 있다. 그러므로 100분의 50 이내로 대체근로가 제한되는 것은 파업참가자에 대해서만 그러한 것이고, 그 외 다른 유형의 쟁의행위 참가자에 대해서는 100분의 50이라는 제한이 적용되지 않는다, 100분의 100으로도 대체할 수 있다고 해석해야 한다. 목적론적 해석 방법에 의하여 태업참가자도 포함된다고 해석할 수 있지 않

는가 생각할 수도 있지만, “언어의 가능한 의미를 넘는 해석은 국민[여기서는 사용자]의 법률에 대한 예측가능성을 보장할 수 없을 뿐만 아니라 해석에 의하여는 결코 허용될 수 없는 자유로운 법창조이며 유추라고 하지 않을 수 없다.”²⁹⁾ 특히 노조법 제43조 제3항이 필수공익사업에서는 대체근로를 허용하면서 제4항에서 일정한 제한을 가하고 있는 것을 고려하면, 제한의 대상으로 규정하지 아니한 태업참가자에 대해서는 아무런 제한 없이 사용자가 자유롭게 대체근로를 결정할 수 있다고 하지 않을 수 없다. “법률 없으면 범죄 없고 형벌 없다”라는 것이 죄형법정주의이기 때문이다.

사실, 필수공익사업의 쟁의행위로는 업무의 완전한 중단이라는 파업보다는 업무의 부분적 이행이라는 태업이 보다 적절할 수 있다는 점에서 이러한 결론은 상당히 유감스러운 것이 아닐 수 없다. 예컨대, 지하철이나 철도에서 검표 업무를 게을리 하는 형태의 태업은 시민에게 아무런 불편도 초래하지 않으며 어떠한 공익의 침해도 일으키지 않는다. 단지 사용자의 영업 이익을 감소시킬 뿐이다. 그러나 필수공익사업의 쟁의행위에 대한 규제가 사용자의 영업 이익을 보장하기 위한 것은 아니지 않는가? 그러므로 공익과 쟁의행위권의 조화라는 측면에서 볼 때, 태업에 대한 인식을 새롭게 할 필요가 있다. 하지만 우리 대법원이 지하철 근로자의 무임승차 투쟁을 위법한 쟁의행위라고 한 바 있기 때문에,³⁰⁾ 공익의 보호를 위한 태업의 길은 차단되고 공익과 힘겨운 줄다리기를 할 수밖에 없는 파업만이 남게 된다. 또한 태업에 대해서는 100퍼센트 대체근로가 가능하고 파업의 경우에는 50퍼센트만 대체근로가 가능하다는 해석이 불가피하다면, 이 역시 근로자와 노동조합으로 하여금 태업이라는 ‘부드러운’ 쟁의 수단 대신 파업이라는 보다 ‘강한’ 쟁의 수단을 택하도록 내모는 것일 수밖에 없다. 우리나라의 노동쟁의가 격렬한 양상을 띠는 데에는 다 그럴 만한 이유가 있는 것이다.

둘째, 100분의 50을 초과하여 대체근로를 사용하면 벌칙(제91조)이 부과되는 데, 파업참가자 수의 산정 방법을 어떻게 정하는지에 따라 100분의 50이라는 범위가 달라질 수 있다는 점을 생각할 때, 그 범죄 구성요건이 불명확하다고

29) 이재상, 『형법총론』, 진정관, 박영사, 1990, p.27.

30) 대법원 1990. 5. 15. 90도357.

하지 않을 수 없다. 따라서 죄형법정주의의 한 내용인 ‘명확성의 원칙’에 반한다는 의심을 살 수 있다. 또한 그 산정 방법을 대통령령으로 위임하는 것은 죄형법정주의의 또 다른 한 내용인 ‘법률주의’를 위반한 것이라는 의심도 불러일으킨다. 앞에서 이미 언급한 바 있는 헌법재판소의 표현을 다시 빌리자면, “처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 한다.”³¹⁾ 하지만 파업참가자 수의 산정 방법을 대통령령으로 정해야 할 긴급한 필요가 있다고는 보기 힘들다. 그렇다면 이를 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 인정되어야 할 것인데, 파업 전 기간을 대상으로 계산할 것인지 아니면 일부의 기간을 단위로 계산할 것인지를 정하는 데 따를 ‘기술적 어려움’ 정도가 부득이한 사정 정도로 고려될 수 있을 것이다. 이것 말고 달리 고려될 수 있는 부득이한 사정에 어떤 것이 있을지 모르겠다. 그런데 노동부가 입법예고한 시행령 개정안을 보면 “법 제43조 제4항 후단의 규정에 의한 ‘파업참가자 수’를 산정함에 있어 ‘파업참가자’란 노동조합이 주도한 파업에 참가한 자로서 근로 의무가 있는 근로 시간 중 일부 또는 전부의 근로를 제공하지 않은 자를 말하며, 그 수는 1일 단위로 산정한다”라고 되어 있다. 이 정도의 내용을 규정하는 데 법률이 아니라 대통령령으로 규정해야 할 만큼 부득이한 사정이 있다고 보아야 하는 것인지 이해하기 어렵다. 국회에서 규정하기 힘들 정도의 기술적 어려움을 정부에서는 어떻게 그토록 쉽게 극복할 수 있는 것인지도 알 수 없지만, 정부 차원에서는 가능한 규정이 왜 국회에서는 가능하지 않은지도 알 수 없다. 앞서 필수유지업무 제도와 관련해서도 지적한 바 있지만, 기술적 어려움이 있다 손치더라도 그것이 헌법상 원칙인 죄형법정주의를 준수하지 않아도 좋을 면죄부를 부여하는 것은 아니다. 기술적 어려움을 ‘절차적 편리함’으로 대체하는 것은 입법자의 입장에서 보면 다분히 매력적인 수단일 수 있지만, 적어도 형벌 규정과 연계시킨 다음에는 그에 합당한 수고를 해야 마땅할 것이다.

31) 헌재 1998. 3. 26. 96헌가20.

IV. 결 론

필수공익사업의 쟁의행위를 규율하기 위해 새로 도입된 두 제도는 이래저래 위헌의 냄새가 짙은 제도라고 할 수 있다. 형벌을 부과해서는 안 될 사안에 대해서 형벌을 부과하거나 또 형벌을 부과하면서도 법률로 명확하게 규정하기보다는 대통령령이나 다른 제3의 주체에게 상당한 책임을 전가하고 있기 때문에 발생하는 상황이다. 새로운 제도를 시행하면서 초기부터 위헌의 딱지를 붙이기 보다는 합헌적 운영 방안을 모색하는 것이 바람직하지 않을까 생각할 수도 있다. 그러기 위해서는 본문에서도 지적했듯이 몇 가지 전제가 필요하다.

우선, 필수유지업무협정이 체결되지 않거나 노동위원회의 결정이 없더라도 쟁의행위가 가능하다고 해야 한다. 쟁의행위가 불가능하다고 하는 순간, 구성요건의 정함이 노사의 합의 또는 노동위원회의 결정에 맡겨져 버리게 되어 법률주의 위반을 피하기가 어렵기 때문이다. 다음으로, 협정이나 결정 또는 사용자의 지명에 의하여 근무하도록 되어 있는 근로자가 쟁의행위에 참가하더라도 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해한 실질적인 결과가 발생한 경우에만 벌칙이 적용된다고 해야 한다. 쟁의행위 참가 자체로 벌칙이 적용된다고 하는 순간, 구성요건 명확성 원칙과 법률주의 위반 혐의를 벗어나기가 어렵기 때문이다. 셋째, 대체근로는 필수유지업무에서 제외된 영역에서만 가능하다고 해야 한다. 필수유지업무에서도 대체근로가 가능하다고 하는 순간, 쟁의행위권에 대한 이중 제한의 문제가 발생하는 것을 막기가 어렵기 때문이다. 마지막으로, 100분의 50 이내로만 대체근로가 제한되는 대상은 파업참가자뿐이고 기타 다른 유형의 쟁의행위 참가자에 대해서는 그러한 제한이 적용되지 않는다고 해야 한다. 그렇지 않으면 유추해석 금지 원칙 위반의 문제가 제기될 수밖에 없기 때문이다. 그렇다고 하더라도 파업참가자 수 산정 방법을 대통령령으로 위임한 것은 달리 법률주의 위반의 의심을 벗어날 길이, 적어도 필자의 눈에는 잘 보이지 않는다.

중요한 것은 근로자들의 작은 움직임에도 사회가 민감하게 반응할 줄 아는

것이다. 그래야만 노동조합으로서도 바람직하지 못한 사태를 초래하지 않는 ‘부드러운’ 쟁의 전술을 구사할 수 있는 여유가 생기는 것이다. 아무도 귀기울여 들어주지 않을 때, 목소리를 높이거나 몸으로 보여주는 것 말고 달리 할 수 있는 것이 무엇이겠는가?

Le nouveau droit de la grève dans les services publics

Je-seong Park

Le législateur a récemment adopté deux dispositions qui régleront désormais la grève dans les services publics au lieu de l'arbitrage obligatoire : service minimum et reconnaissance du remplacement partiel des grévistes. Elles donnent des questions juridiques que nous avons examinées dans cet article. Une de celles-ci doit être regardée plus attentivement. Il s'agit de celle de l'inconstitutionnalité pour violation du principe de « pas de peine sans loi ». Car chaque nouvelle loi prévoit une pénalité sans en définir préalablement les conditions, qui se trouvera l'objet d'un tiers tel que le décret, l'accord des partenaires sociaux ou la décision du conseil de travail. A côté de cette question, nous avons essayé de dresser les limites, demandées par ledit principe, de l'interprétation de ces nouvelles dispositions.

Keywords : service minimum, remplacement des grévistes, principe de « pas de peine sans loi ».