

노동정책연구

2009. 제9권 제2호 pp.211~237

© 한국노동연구원

연구 논문

## 노조법상 필수유지업무제도에 대한 소론(少論)

박은정\*

본고는, 노조법상 대체근로허용에 관한 법규정을 포함하여, 현재 우리나라의 필수유지업무 관련 법규정을 이해하면서 분석하고자 하는 글이다. 그래서 먼저 필수유지업무제도의 이해를 위하여 필수공익사업 및 필수유지업무 자체의 개념과 규정체계를 분석하였다. 이것은 필수유지업무제도 관련 법규정의 타당성을 확인해 보고자 하는 목적을 지닌 것이기도 하다. 그리고 나서 필수유지업무협정의 성격을 규명해 보고자 하였다. 그리고 이와 함께 필수유지업무협정이 체결되지 않을 경우 진행되는 노동위원회의 결정절차의 성격을 이해해 보고자 하였다. 그리고 세 번째로, 필수유지업무제도의 기초가 된 ILO의 필수서비스와 최소서비스 개념을 살펴봄으로써 현행 필수유지업무제도가 국제노동기준을 충족할 수 있는지 여부를 살펴보았다. 그리고 마지막으로 필수유지업무와 형사책임의 문제 및 필수유지업무 관련 법규정에 대한 죄형법정주의 위반의 문제를 검토하였다. 이러한 문제들은 모두 현행 노조법 규정을 살펴보는 과정에서 제기되는 문제들이다. 물론 본고에서 다룬 주된 네 가지의 논점 이외에도 여러 가지 복합적인 절차적 문제들을 추가해 분석할 수 있을 것이다. 다만 본고는 논의의 범위를 제한하여, 절차적 문제보다는 그 이외의 것들에 대하여 초점을 맞췄다.

핵심용어 : 필수서비스, 최소서비스, 필수유지업무, 필수유지업무협정, 대체근로

논문접수일: 2009년 3월 2일, 심사의뢰일: 2009년 4월 29일, 심사완료일: 2009년 5월 13일

\* 인제대 법학과 교수(ejpark91@inje.ac.kr)

## I. 들어가며

「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 편의상 ‘노조법’이라고 약칭한다)상 필수유지업무제도가 지난 2008년 1월 1일부터 시행이 되고 있다. 이 제도가 법의 틀 안으로 들어온 것은 2006년 12월 30일 개정된 노조법을 통해서이다. 잘 알려진 바와 같이 이 제도는 필수공익사업에 대하여 열려져 있던 직권중재제도에 대한 위헌론으로부터 출발하여, 직권중재제도를 대체하면서 필수공익사업 분야에서의 과업을 적절하게 규율함으로써 과업이 “공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게”(노조법 제42조의 2)하는 위험을 배제할 것을 도모하기 위한 목적으로 만들어진 제도이다. 이 제도를 설계할 때 ILO의 필수서비스 및 최소서비스에 관한 개념과 외국의 관련 제도가 비교·검토되기는 하였겠지만, 현재 우리나라의 필수유지업무제도는 ILO 및 외국의 필수서비스 및 최소서비스와 관련된 개념 혹은 제도적 틀과는 많은 차이가 있고, 또한 이미 몇몇 연구자의 연구<sup>1)</sup>는 현행 필수유지업무제도에 대한 많은 문제점을 지적하고 있다. 비교법적 연구를 통해 이 차이를 밝혀내면서 우리나라의 필수유지업무제도 관련 법체계를 분석하고 평가하는 연구도 매우 필요하다고 생각하지만, 이 연구는 다음 기회로 미루면서 본고에서는 현재 우리나라의 필수유지업무제도 관련 법체계를 분석하고 이에 대한 쟁점들을 찾아 해결해 나가는 것이 목전의 과제가 아닌가 싶다.

한편 노조법은 필수공익사업에서의 쟁의행위 발생시 대체근로를 허용하고 있는바, 이미 전제된 필수공익사업에서의 필수유지업무제도를 통한 쟁의행위

1) 김기우·권혁, 『필수유지업무 범위에 관한 연구』, 한국노총 중앙연구원, 2007; 문무기, 「과업시 유지되는 필수유지업무의 범위와 관련 조항의 법리적 해석」, 『노동법학』 제25호, 한국노동법학회, 2007; 박제성, 「필수공익사업의 쟁의행위에 대한 새로운 규율: 필수유지업무와 대체근로」, 『노동정책연구』 7(3), 한국노동연구원, 2007; 이준희, 「필수유지업무제도에 대한 법리 검토」, 『노동정책연구』 8(2), 한국노동연구원, 2008; 김선수, 「필수유지업무제도의 문제점과 정책과제」, 『필수공익사업장 노동기본권 확보의 쟁점과 과제 국회대토론회』 자료집(민주사회를 위한 변호사 모임 및 전국보건의료산업노동조합 주최), 2008 등.

권 제한의 가능성에도 불구하고 대체근로를 허용하는 것이 타당한가에 대한 논란과 함께, 그 타당성 여부를 불문하고 대체근로허용 조항을 해석하는 데 이견이 발생하고 있기도 하다.

그래서 본고에서는 대체근로허용에 관한 법규정을 포함하여 현재 우리나라의 필수유지업무 관련 법규정을 이해하면서 분석해 나가보고자 한다. 논의를 전개하는 순서는 우선, 필수유지업무제도의 전제적 개념이 되고 있는 필수공익사업 및 필수유지업무 자체의 개념과 규정체계를 살펴보고자 한다. 이는 필수유지업무제도 관련 법규정의 타당성을 확인해 보기 위함이다. 그리고 이 과정에서 관련된 필수공익사업에 대한 대체근로허용 조항에 대해서도 이해를 도모해 보고자 할 것이다. 두 번째 순서로는, 필수유지업무협정의 성격을 규명해 보는 한편, 필수유지업무협정이 체결되지 않을 경우 진행되는 노동위원회의 결정 절차에 대하여 이해하기 위해 노력해 볼 것이다. 세 번째 순서로는 필수유지업무제도의 기초가 된 ILO의 필수서비스와 최소서비스 개념을 살펴보고자 한다. 이는 현행 필수유지업무제도가 국제노동기준을 충족할 수 있는지 여부를 파악해 보기 위한 것이다. 그리고 마지막 네 번째 순서로 필수유지업무와 형사책임의 문제 및 필수유지업무 관련 법규정에 대한 죄형법정주의 위반의 문제를 검토하여 보고자 한다. 이러한 문제들은 모두 현행 노조법 규정을 살펴보는 과정에서 제기되는 문제들이다. 물론 이외에도 여러 가지 절차적 문제들을 추가해 분석할 수 있을 것이다. 다만 본고에서는 우선 논의의 범위를 절차적 문제보다는 그 이외의 것들에 대하여 초점을 맞추고 싶다.

## Ⅱ. 필수공익사업 개념과 필수유지업무제도

### 1. 전제 개념으로서의 필수공익사업과 필수유지업무

#### 가. 필수공익사업의 개념과 규정체계

필수공익사업이라는 용어가 법에 등장한 것은 1997년 노조법 제정 이후이다.

그러나 그 이전부터 긴급조정 및 직권중재의 대상으로서 “그 사업의 정지 또는 폐지가 국민경제를 위태롭게 하거나 또는 국민의 일상생활을 위협하는 사업”으로 유형화되어 왔다. 현행법과의 차이라면 현행법에서는 “업무의 대체가 용이하지 아니”할 것이 추가적으로 요구된다는 점일 것이다. 그리고 1997년 노조법 제정 당시에는 필수공익사업의 범위를 ① 철도(도시철도를 포함한다) 및 시내버스(특별시·광역시에 한한다) 운송사업, ② 수도·전기·가스·석유정제 및 석유공급사업, ③ 병원사업, ④ 은행사업, ⑤ 통신사업으로 규정하였지만 시내버스와 은행사업(한국은행 제외)을 한시적으로 규정하는 한편, 2006년 12월 30일의 법 개정으로 항공운수사업 및 혈액공급사업이 추가됨으로써 아래의 현행법과 같은 형태가 되었다.

현행 법에서의 필수공익사업이란, 공중의 일상생활과 밀접한 관련이 있거나 국민경제에 미치는 영향이 큰 공익사업 가운데 “그 업무의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하거나/ 국민경제를 현저히 저해하고/ 그 업무의 대체가 용이하지 아니한 사업”으로서, ① 철도사업, 도시철도사업 및 항공운수사업, ② 수도사업, 전기사업, 가스사업, 석유정제사업 및 석유공급사업, ③ 병원사업 및 혈액공급사업, ④ 한국은행사업, ⑤ 통신사업을 의미한다(노조법 제71조). ① 내지 ⑤가 사업의 종류를 나타내는 형식적 요건이라고 한다면, “그 업무의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하거나 국민경제를 현저히 저해하고 그 업무의 대체가 용이하지 아니”하다는 것은 실질적 요건이라고 할 수 있다. 형식적 요건을 충족하는지 여부에 대해서는 한국표준산업분류(통계청고시 제2000-1호)에 따른 산업의 정의 및 분류와 각 사업 시행의 근거법률을 기초로 특정 사업이 노조법상 필수공익사업의 유형에 해당하는지 여부를 판단한다고 노동부의 한 설명자료는 말하고 있다.<sup>2)</sup>

우리 법체계상 공익사업 또는 필수공익사업이라는 용어가 지니는 의미는, 적어도 필자가 생각하기에는, 노동분쟁의 조속한 해결이 특별히 요청되는 사업 분야이다. 법이 규정하고 있는 바와 같이, 해당 사업 분야의 서비스가 제공되지 않으면 공중의 일상생활 및 국민경제에 미치게 되지만 그 서비스를 대체할 대체재가 없기 때문에 서비스의 정·폐를 가져올 수 있는 노동분쟁이 정의행위로

2) 노동부, 『필수유지업무제도 운영안내』, 2007, p.12.

발전하는 것을 예방하고자 함에 있어서 그 예방의 대상이 될 수 있는 사업 분야를 규정하고, 그 목적을 달성하기 위해 노사의 자주적 분쟁해결을 보완하는 수단으로서 특별한 분쟁해결절차가 요구되는 것이다. 개정 전 노조법은 이 요구를 받아들임에 있어서 공익사업에 대한 긴급조정제도와 함께 필수공익사업에 대한 직권중재제도라는 분쟁해결절차를 통해 수용하고 있었다. 이때의 직권중재제도에 대한 논란의 중심에는 직권중재제도가 노사의 자율교섭을 방해하는 한편, 헌법상 보장된 근로자의 단체행동권을 원천적으로 박탈하는 결과를 초래한다는 문제가 있었음은 주지의 사실이다.

현행 법은 국내외적 요구에 밀려 노동위원회에 의한 필수공익사업 직권중재제도를 폐지하고, 노동부 장관에 의한 긴급조정제도만을 남겨두었다. 공익사업 가운데에서도 필수공익사업을 특화시킨 것은 직권중재회부 대상이 되는 사업 분야를 획정하기 위한 것이었기 때문에, 직권중재제도가 폐지된 현재 필수공익사업의 범위를 규정하는 노조법 제72조 제2항은 법체계상 필요가 없는 조문이다. 그럼에도 불구하고 이 조문이 직권중재제도의 폐지와 함께 삭제되지 않은 이유는, 직권중재제도에 대한 제도적 보완책으로서 도입된 필수유지업무무제도에서 이를 원용하고 있기 때문이다.

#### 나. 필수유지업무의 개념과 규정체계

필수유지업무란 위와 같은 필수공익사업의 개념을 전제하면서, 필수공익사업의 업무 중 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무를 의미하는 것으로 노조법은 규정하고 있다(노조법 제42조의 2 제1항). 그리고 그 구체적인 업무의 범위는 노조법 시행령이 정하고 있다.<sup>3)</sup> 필수유지업무의 개념에는 필수공익사업을 정의하는 데 필요한 개념 요건 가운데 ‘국민경제의 저해성’과 함께 ‘업무대체의 비용이성’이라는 요건이 탈락한 것처럼 보이기 는 하지만, 업무의 정·폐시 공중의 안전 및 일상생활을 위태롭게 할 수 있다는 것 자체가 해당 업무를 대체할 적절한 대체재가 없음을 의미하는 것이므로, ‘업무 대체의 비용

3) 노조법 시행령 제22조의 2 별표 1: 필수공익사업별 필수유지업무(제22조의 2 관련). 해당 조문의 구체적인 내용은 생략한다.

이성'은 필수유지업무의 개념을 파악하는 데에도 필요한 요소임은 말할 것도 없다.

이러한 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없고(노조법 제42조의 2 제2항), 이를 위반하여 쟁의행위를 하게 되면 3년 이하의 징역 또는 3천 만원 이하의 벌금에 처해지게 된다(노조법 제89조). 그러므로 노동관계 당사자는 쟁의행위 기간 동안 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 위하여 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준, 대상직무 및 필요인원 등을 정한 협정(이하 '필수유지업무협정'이라 한다)을 서면으로 체결하여야 한다. 이 경우 필수유지업무협정에는 노동관계 당사자 쌍방이 서명 또는 날인하여야 한다(노조법 제42조의 3). 이 필수유지업무협정이 체결되지 않은 경우 노동관계 당사자는 노동위원회에 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준, 대상직무 및 필요인원 등의 결정을 신청해야 하고(노조법 제42조의 4 제1항, 위반시 벌칙규정은 없다), 신청을 받은 노동위원회는 사업 또는 사업장별 필수유지업무의 특성 및 내용 등을 고려하여 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준, 대상직무 및 필요인원 등을 결정할 수 있다(노조법 제42조의 4 제2항). 이와 같은 필수유지업무의 결정이 있게 되면, 노동조합이 사용자에게 필수유지업무에 근무하는 조합원 중 쟁의행위기간 동안 근무하여야 할 조합원을 통보하여야 하며, 사용자는 이에 따라 근로자를 지명하고 이를 노동조합과 그 근로자에게 통보하여야 한다. 다만, 노동조합이 쟁의행위 개시 전까지 이를 통보하지 아니한 경우에는 사용자가 필수유지업무에 근무하여야 할 근로자를 지명하고 이를 노동조합과 그 근로자에게 통보하여야 한다(노조법 제42조의 6).

#### 다. 필수공익사업과 필수유지업무의 교차

위와 같은 직권중재제도나 필수유지업무제도는 모두 '공익'과 '쟁의행위권'<sup>4)</sup>이 충돌하는 지점에서 그 의의를 찾을 수 있다. 그러나 양 제도는 시작하는 출

4) 엄밀하게 말하면 '쟁의행위권'보다는 '단체행동권'이라고 해야 하지만, 우리 법체계상 근로자의 단체행동권은 사실상 노동조합의 쟁의행위권으로 협애화(狹隘化)되고 있다고 생각하기 때문에, '단체행동권'이 아닌 '쟁의행위권'이라는 용어를 사용했다.

발점이 다르다. 직권중재 등 강제적인 노동분쟁해결제도는 쟁의행위를 사전적으로 예방하고자 하는 목적을 갖고 있다. 일반적으로 (모든 노동분쟁해결제도가 다 그러하기는 하겠지만) 강제적 노동분쟁해결에 대한 요청이 시작되는 출발점은, 근로자의 단체행동권 또는 노동조합의 쟁의행위권을 사전적으로 금지하고자 하는 데 있는 것이 아니라, 노동관계 당사자 이외의 제3자의 조력을 통해 노동분쟁을 신속하게 해결하도록 함으로써 그것이 쟁의행위로 발전하는 것을 예방하고자 하는 데 있는 것이다. 그러므로 엄밀하게 말해 강제적인 분쟁해결제도의 대상으로서 우리나라의 법이 설정했던 ‘필수공익사업’이라는 범위는 쟁의행위가 제한되어야 할 사업 분야가 아니다. 노동분쟁이 신속하게 해결됨으로써 쟁의행위를 예방하는 것이 바람직한 사업 분야이다. 그렇기 때문에 엄격하게 일정한 목적의 달성(그 대표적인 예가 ‘공익’일 것이다)을 위하여 쟁의행위를 금지해야 하는 업무 내지 사업의 분야보다 훨씬 더 포괄적일 수 있었다는 점을 간과해서는 안 된다. 다만 이러한 강제적인 노동분쟁해결제도가 우리나라에서는 노동위원회의 일방적인 결정에 의한 직권중재제도의 모습을 갖추게 된 한편, 필수공익사업의 분야를 지나치게 포괄적으로 설정하면서 직권중재권이 남용됨으로써 사실상 단체행동권 내지 쟁의행위권을 무의미하게 한 데 문제가 있었던 것이다.

예를 들어, 노조법 제41조 제2항은 국가안전보장을 위해 군수품조달 등에 관한 사항을 규정하고 있는 “‘방위사업법’에 의하여 지정된 주요 방위산업체에 종사하는 근로자 중 전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자는 쟁의행위를 할 수 없”다고 규정하고 있다. 이 규정은 국가의 안전과 관련된 사업 분야에 종사하는 근로자들의 쟁의행위를 제한하는 것이다. 쟁의행위를 제한한다는 것은, 근로자들이 당연히 갖고 있어야 할 헌법상 단체행동권이 제한된다는 것이다. 그러므로 기본권 제한에 관한 헌법 제37조 제2항의 법정주의에 기초하여 “‘방위사업법’에 의하여 지정된 주요 방위산업체에 종사하는 근로자 중 전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자”로 명시하고 있다. 그러나 필수공익사업에 관한 규정은 노조법 제41조 제2항과 같이 구체적이지 못하다. 분쟁해결제도로서의 이 규정의 목적 자체가 제한의 대상이 아닌 예방의 대상이었기 때문이라고 생각한다.

현행 법은 “필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다” 고 규정한다. 이는 일정한 업무에서의 쟁의행위를 제한하고자 한 것이다.<sup>5)</sup> 그리고 여기에서 필수유지업무라는 개념이 필수공익사업의 범위로부터 출발을 하도록 하고 있다. 쟁의행위권 제한의 법리가, 특정한 노동분쟁해결절차의 대상으로부터 출발을 하고 있고, 그래서 필수공익사업에 관한 규정이 필수유지업무제도에 원용되기에는 지나치게 포괄적이고 추상적이지 않을 수 없게 된 것이다. 또한 필수유지업무제도가 도입되는 과정에서 필수공익사업의 범위가 한층 더 확대되었는데, 필수공익사업이라는 개념이 반드시 필요했던 것은 아니고 필수유지업무제도가 도입되는 과정에서 양 개념의 혼란 내지 차이의 무시가 있었던 것은 아닌가 생각된다.

물론 현행법이 필수공익사업의 모든 업무에 대한 유지·운영을 요청하고 있는 것이 아니라 “필수공익사업의 업무 중 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무”에 국한하고 있기는 하다. 그렇지만 이 경우에는 더더욱 필수공익사업이라는 개념이 전제될 필요가 없이, 비록 현실적으로는 큰 차이가 없게 될지도 모르겠지만, “업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무”와 관련된 일정한 사업에서 필수적인 업무를 규정할 수 있지 않을까? 직권중재제도를 폐지하고 필수유지업무제도를 도입하자는 법개정안이 처음 도출되었던 2003년 ‘노사관계법·제도 선진화 방안’에서도 필수공익사업의 개념을 직권중재제도와 함께 삭제할 것을 제안하기도 했다.

또한 이러한 논의의 연장선상에서 현행 노조법 제43조 제3항이 예외적으로 규정하고 있는 필수공익사업의 쟁의행위기간 중 대체근로허용 조항도 재검토되어야 할 것으로 생각한다.

5) 필수유지업무제도를 규정한 노조법의 기본 취지가 쟁의행위를 제한하고자 한 것이 아니라 공익과 쟁의행위권의 조화로운 보장이라고 말할 수도 있겠지만(예를 들어, 이준희, p.111), 그럼에도 불구하고 공익을 위하여 쟁의행위권을 제한하고자 하는 것이 필수유지업무제도라는 사실은 부정할 수 없다.

## 2. 필수공익사업과 필수유지업무와 대체근로

### 가. 필수공익사업과 대체근로

현행 노조법은 원칙적으로 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자의 채용 또는 대체를 금지하고 있다(제43조 제1항). 쟁의행위가 업무의 정상적인 운영을 저해함으로써 노동관계 당사자의 주장을 관철하기 위한 목적으로 이루어진다는 것을 고려한다면, 업무의 정상적인 운영을 도모하기 위한 대체근로는 당연히 허용되지 않는 것이다. 그런데 현행 법은 이 대체근로금지의 원칙이 필수공익사업에서의 쟁의행위의 경우에는 관철되지 않음을, 그리고 이 경우 사용자는 당해 사업 또는 사업장 파업 참가자의 100분의 50을 초과하지 않는 범위 안에서 대체근로자를 사용할 수 있음을 규정하고 있다(제43조 제3항 및 제4항). 이 대체근로허용 조항에서 사용되고 있는 필수공익사업이라는 용어에 대해서는 위 1)에서 서술한 바와 같은 문제를 제기할 수 있다. 직권중재제도가 폐지되면서 필수유지업무제도와 대체근로허용 조항이 새롭게 탄생하기는 하였으나, 형식적인 측면에서나 실질적인 측면에서나 그 그늘을 벗어나지는 못하고 있는 듯하다.

### 나. 대체근로와 필수유지업무제도

한편 노조법은 필수유지업무제도와는 별도로, 필수공익사업장에서의 쟁의행위 발생시 대체근로를 허용하였다. 즉 필수공익사업의 사용자는 “당해 사업 또는 사업장 파업참가자의 100분의 50을 초과하지 않는 범위 안에서” “쟁의행위 기간 중에 한하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하거나 그 업무를 도급 또는 하도급” 줄 수 있다(노조법 제43조 제3항, 제4항). 이때 파업참가자의 수는 “근로의무가 있는 근로시간 중 파업 참가를 이유로 근로의 일부 또는 전부를 제공하지 아니한 자의 수를 1일 단위로 산정한다”(노조법 시행령 제22조의 4).

그런데, 법 규정 체계상 필수공익사업에 대한 대체근로허용 조항은 앞선 필수유지업무제도와는 별개이다. 필수공익사업의 필수유지업무제도에 대해서는

제42조의 2부터 제42조의 6까지 군락을 이루게 했고 필수공익사업의 대체근로 허용 조항은 제43조이기 때문에, 형식적 체계상 그러하다는 의미이다. 그렇다면 실질적 의미에 있어서도 대체근로 조항은 필수유지업무제도와는 별개의 법제로 해석할 수 있을지에 대한 의문이 발생한다. 즉 필수공익사업으로서 필수유지업무협정을 체결한 사업장에서는 이미 필수유지업무협정에 기초하여 일정한 수준으로 쟁의행위권을 제한받는 필수업무가 유지되어야 하는데, 여기에 더하여 사용자는 제43조에 기초해 대체근로자를 채용할 수 있다고 보아야 하는지 아니면 그러하지 않다고 보아야 하는지의 문제이다.

이에 대하여 기존의 연구로부터 찾아볼 수 있는 견해로서, 제43조 제3항이 “필수유지업무협정에 의하여 일정하기 유지되는 필수유지업무에 대해서만큼은 대체근로를 명시적으로 금지하는 실정법적 근거규정이 없는 이상, 이에 대해서도 대체근로가 허용되는 것으로 볼 수밖에 없다”<sup>6)</sup>고 보는 견해와, 필수유지업무제도가 작동됨으로써 대체근로를 할 만한 쟁의행위로 중단된 업무는 없기 때문에 “필수유지업무에서 벗어나 있는 영역에서만 대체근로가 허용된다”<sup>7)</sup>고 보는 견해가 있다. 양 견해 모두 나름대로의 논리적 근거를 갖추고 있지만, 필수유지업무에 대한 대체근로를 허용하는 견해를 취한다고 할지라도 대체근로 허용 조항이 쟁의행위권을 유명무실하게 하는 결과가 되어서는 안 될 것임이 강조되고 있다.

법률체계의 형식상 필수유지업무제도와 대체근로허용 규정은 분리된 것이기 때문에 필수공익사업에서 쟁의행위 기간 중 대체근로가 허용된다는 것은 필수공익사업의 필수유지업무에 대해서도 적용된다고 볼 수 있다. 그러나 필수유지업무제도와 대체근로허용 조항이 직권중재제도에 대한 제도적 대안으로서 규정되었다는 점을 고려한다면, 이것이 쟁의행위권을 실질적으로 제약하는 결과를 초래해서는 안 된다는 사실을 고려해야 한다. 필수유지업무제도를 통해 이미 필수공익사업의 업무가 충분히 정당하게 유지·운영될 것이 예상된다. 이는

6) 문무기, p.33; 이준희, p.89도 같은 취지로 적고 있다.

7) 박제성, pp.162~163; 김선수, p.65 이하에서도 같은 취지로 적고 있다. 권영국, 「토론문: 필수유지업무제도 및 대체근로 규정 도입의 문제점」, 『필수공익사업장 노동기본권 확보의 쟁점과 과제 국회대토론회』 자료집(민주사회를 위한 변호사 모임 및 전국보건의료산업노동조합 주최), 2008, p.94 이하에서는 대체근로허용 자체에 대하여 비판하고 있다.

공익을 고려한 쟁의행위권의 사전적 제한이다. 반면 대체근로허용 규정은 쟁의행위의 발생을 전제로 하는 사후적 제한이다. 긴급조정제도라는 사후적 제한장치가 또한 이미 존재한다. “필수공익사업의 업무 중 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는” 필수유지업무가 유지되면서 쟁의행위가 이루어지고 있고 긴급조정제도가 유지되고 있음에도 대체근로를 인정해야 할 논리적 타당성은 쉽게 발견할 수 없을 듯하다.

#### 다. 대체근로의 허용 범위와 쟁의행위

대체근로허용 규정과 관련하여 또 한 가지 이해하기 어려운 것은, 제43조 제3항은 “..... 쟁의행위 기간 중에 한하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하거나 .....”라고 하여 파업 등 쟁의행위 기간 중 대체근로가 허용된다고 규정하고 있지만, 제43조 제4항은 “..... 사용자는 당해 사업 또는 사업장 파업 참가자의 100분의 50을 초과하지 않는 범위 안에서 채용 또는 대체하거나 도급 또는 하도급 줄 수 있다”고 하고 있다. 제3항의 쟁의행위가 곧 제4항의 파업을 의미하는 것인지 아니면 제3항의 쟁의행위 가운데 특히 제4항의 파업에서는 대체근로의 비율이 제한된다는 것인지 알 수 없다. 제43조 제4항 위반에 대해서는 노조법 제91조가 벌칙을 규정하고 있기 때문에, 100분의 50 이내로 대체근로가 제한되는 것은 파업참가자에 대해서만 그러한 것이고, 그 외 다른 유형의 쟁의행위 참가자에 대해서는 100분의 50이라는 제한이 적용되지 않는다고 해석하는 것이 법정합적 해석일 것이라고는 생각된다(즉 제3항의 쟁의행위 가운데 특히 제4항의 파업에는 대체근로의 비율이 제한된다).<sup>8)</sup> 그런데 이렇게 해석하게 되면, 한 연구자의 논문에서 들고 있는 예를 빌리자면<sup>9)</sup>, 지하철이나 철도에서 검표 업무를 게을리하는 형태의 태업은 시민에게 아무런 불편도 초래하지 않으며 어떠한 공익도 침해하지 않고 단지 사용자의 영업이익을 감소시킬 뿐이다. 법문대로라면 이런 경우에도 필수공익사업장이라는 이유로 대체근로가 전면적으로 허용되게 되는데, 이때 대체근로는 공익을 보호하기 위한 수단이 아

8) 박제성, pp.163~164도 같은 취지로 적고 있다.

9) 박제성, p.164 이하에서 인용하였다.

나라 사용자의 영업이익을 보호하기 위한 수단이 될 뿐이다. 이러한 결과를 피하기 위해서는 제3항의 쟁의행위가 곧 제4항의 파업을 의미한다는 것으로 해석을 할 수도 있겠지만, 이는 현행 법의 규정체계상 부정확한 해석이다. 어떤 방향으로 해석을 하게 될 것인지는 법해석권자의 판단을 기다려야 하겠지만, 보다 근본적으로는 입법적 해결이 필요할 것으로 생각된다.

### Ⅲ. 필수유지업무협정의 성격과 노동위원회

#### 1. 필수유지업무협정의 성격

현행 노조법은 필수유지업무 분야에서의 필수유지업무협정 체결의무를 부과함으로써 이를 통해 쟁의행위권을 제한하는 조치를 취하고 있음에도 불구하고 필수유지업무협정이 어떠한 성격을 갖는 것이기에 특정 조합원의 쟁의행위권을 제한할 수 있도록 한 것인가에 대해서는 분명하게 밝히고 있지 않다. 연구자에 따라서 이를 단체협약으로 보기도 하고<sup>10)</sup> 단체협약 이외의 별도의 협정으로 보기도 한다.<sup>11)</sup>

그런데 왜 필수유지업무협정의 성격을 밝혀야 하는지에 대한 의의를 밝혀볼 필요가 있다. 성격을 규명할 실익이 없다면 굳이 논의할 필요가 없을 것이고, 그래서 필수유지업무협정을 단체협약으로 보는 입장과 단체협약 이외의 별도의 협정으로 보는 입장의 차이를 살펴보면 다음과 같다.

우선, 필수유지업무협정을 단체협약으로 보는 입장(단체협약 긍정설)에서 말하는 논리의 주된 근거는 ① 필수유지업무의 체결 주체와 체결 방식만을 놓고 보면 단체협약이 아니라고 부정하기 힘들다는 점, 체결의무가 부과된다는 점에서 체결의 자유가 인정되는 일반 단체협약 법원리와 충돌할 가능성이 있지만 ② 어떤 제도의 향유 요건으로 단체협약의 체결을 의무화하는 입법례(예, 프랑

10) 박제성, p.151 이하; 유성재, p.388 이하; 문무기, p.27.

11) 이준희, p.94 이하; 김선수, p.56 이하. 제7판에서는 별다른 견해를 제시하지 않았던 임종률 교수도 2009년 개정판(제9판)에서 필수유지업무협정이 단체협약이 아니라고 보고 있다(임종률, 『노동법』(제8판), 2009, p.210).

스의 오브리법)가 있고, ③ 노동위원회의 개입이 (비록 신청의무가 부여되고 있기는 하지만) 당사자의 신청이 있을 때만 가능하고 그래서 신청 자체를 하지 않거나 노동위원회의 결정 절차가 진행되더라도(심지어 노동위원회의 결정이 나오더라도) 당사자는 언제든지 협정을 체결함으로써 노동위원회의 개입을 즉시 차단시킬 수 있기 때문에 노사의 협약 체결의 자유는 여전히 노사의 수중에 머물러 있다는 것이다.<sup>12)</sup> 이러한 논리에 기초하여 필수유지업무협정이 단체협약이라고 해석하게 되면 노조법상 단체협약법리가 필수유지업무협정에도 적용이 된다고 보게 되기 때문에 노조법상 단체협약의 유효기간, 신고의무, 행정관청의 시정명령의 대상이 된다고 보게 된다.

반면, 필수유지업무협정이 단체협약이 아닌 별도의 협정이라고 이해하는 입장(단체협약 부정설)의 논리적 근거는, ① 필수유지업무협정을 단체협약으로 보아야 할 실정법적, 현실적 근거나 필요가 없다는 점,<sup>13)</sup> ② 작성 방식과 효력 요건 등에 대하여 단체협약에 관한 규정을 준용하고 있지 않다는 점, ③ 단체협약은 노사자치에 의하여 체결의 자유가 인정되지만 필수유지업무협정은 노사에게 체결의무가 부과되어 있고 노사가 자치적으로 체결하지 못하면 쌍방 또는 일방으로 하여금 노동위원회에 신청하여 결정하도록 하고 있다는 점, ④ 단체협약은 사업의 성질에 불문하고 적용되나 필수유지업무협정은 필수공익사업 중 필수유지업무 해당 사업 또는 사업장에만 적용된다는 점 등이다.<sup>14)</sup> 이러한 논리에 기초하여 단체협약에 관한 노조법의 법리는 필수유지업무협정에 적용되지 않고, 유효기간 또한 당사자가 정한 기간이 원칙적으로 유효하게 된다.

결국 양 견해는 노조법의 단체협약에 관한 법리가 적용되는가 아닌가에 대한 차이가 있는데, 이 차이가 곧 왜 필수유지업무협정을 단체협약으로 인정해야 하는가 혹은 그러하지 아니한가에 대한 직접적인 답은 아니다. 오히려 그 차이는, 위 양 견해에서 분명하게 밝히고 있지는 않지만, 필수유지업무협정 체결의 결과 필수유지업무 분야에서 쟁의행위기간 중 근로의무를 부담하는 조합원에 대한 근로제공 의무의 근거와, 해당 조합원이 근로제공 의무를 이행하지 않고 쟁의행위에 참여했을 때 그에 대한 법적 책임의 문제에 있다고 생각한다.

12) 박제성, pp.153~154.

13) 김선수, p.56.

14) 김선수, pp.56~57; 이준희, pp.94~95 참조.

필수유지업무협정을 단체협약으로 이해하는 경우, 필수유지업무를 수행해야 할 조합원의 근로제공 의무는 노조법 제42조의 2가 아니라 노동조합이 체결한 필수유지업무협정으로부터 도출된다. 바꿔 말하면, 필수유지업무를 수행해야 할 조합원의 쟁의행위에 참여할 권리가 제한되는 근거가 단체협약으로서 필수유지업무협정이 되는 것이다. 해당 조합원이 노동조합의 필수유지업무 수행지시를 받고도 쟁의행위에 참여함으로써 필수유지업무협정을 위반하게 되면 노조법 제92조 제1호 바목(쟁의행위에 관한 단체협약을 위반한 자)에 근거하여 형사처벌이 될 수 있고, 이와는 별도로 노동조합의 내부통제권이 행사될 수도 있으며, 조합원의 근로제공 의무위반으로부터 필수유지업무를 정당한 유지·운영이 저해되게 되면 제89조 제1호의 벌칙도 적용받게 된다. 그 결과 이중처벌의 문제가 발생한다. 그러나 필수유지업무협정을 단체협약으로 이해하지 않으면 이러한 결과는 발생하지 않는다. 조합원의 근로제공 의무는 필수유지업무협정 자체로부터 도출될 수 있고, 이를 위반한 조합원의 쟁의행위는 그것이 노조법 제42조의 2에서 정하는 “필수유지업무를 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위”인지 여부에 따라 제89조 제1호의 벌칙이 적용된다.

한편, 단체협약 긍정설의 입장에 기초하게 되면 노조법 제42조의 4에 따른 노동위원회의 필수유지업무 결정권을 설명하기가 상당히 어려워진다. 단체협약을 노동관계 당사자가 아닌 제3자가 대신 체결해 주는 결과가 되기 때문이다. 이에 대하여 단체협약 긍정설은 “노조법상의 필수유지업무협정 체결 의무란 것은 법에서 규정한 필수유지업무제도를 노사의 자율로 ‘향유’하기 위해서는 그러한 협정을 체결하라는 법의 주문”이기 때문에 “노조법상의 필수유지업무협정의 체결 의무와 일반 단체협약법상의 단체협약 체결의 자유가 반드시 양립 불가능한 것은 아니”라고 말하면서 새로운 단체협약 법리에 대한 고민을 요청한다.<sup>15)</sup> 단체협약 부정설에서는 이러한 문제가 발생하지 않는다.

위와 같은 결과를 검토해 보았을 때, 필수유지업무협정의 법적 성격을 단체협약이라고 파악하는 견해의 진정한 의도를 쉽게 이해하기 힘들다. 단체협약 긍정설은 현행 법체계상 잇따른 쟁점들을 다시 양산해 낸다. 그래서 단체협약 긍정설은 단체협약 부정설에 비하여 현행 법체계상 상당히 불합리하게도 보이는

15) 박제성, p.153.

데, 위와 같은 논리적 구성의 어려움에도 불구하고 “왜 필수유지업무협정의 법적 성격을 단체협약이라고 이해해야 하는가”라는 질문을 다시 던져보게 된다.

필자는 일단 필수유지업무협정이 단체협약으로서의 법적 성질을 갖고 있다고 생각한다. 그 이유는, 필수유지업무제도가 비록 특정한 사업의 업무에 대한 쟁의행위를 제한하기 위하여 만들어진 것이기는 하지만 원칙적으로 그 제한의 1차적 주체를 노동조합과 사용자로 정하고 있기 때문이다. 그리고 이것의 기본적인 취지는, 직권중재제도에 대한 비판적 반성으로부터 출발하여, 집단적 노동관계법제를 관통하는 노사의 집단적 자치원리에 기초하여 필수유지업무 분야에 대한 쟁의행위권 제한의 법리를 협약자치의 원리로부터 다져나가야 할 것이고, 이 취지를 침해함이 없이 필수유지업무협정을 이해하기 위한 최선의 해석방향은 단체협약 긍정설이라고 생각한다. 노동위원회가 필수유지업무의 결정에 관한 권한을 갖는 것은 협약자치의 원리를 보완하기 위한 것이지, 이를 대체하기 위한 것은 아니고, 따라서 노동위원회의 필수유지업무 결정권은 필수유지업무협정 체결에 대한 협약자치원리가 실현될 가능성이 없는 경우로만 국한되는 것이다. 하지만 이와 같이 필수유지업무협정을 단체협약으로 해석했을 때, 위에서 언급한 바와 같이 현행 법체계에서의 문제가 발생한다. 그런데 이 문제가 곧 필수유지업무협정을 단체협약이 아니라고 보게 할 이유가 되지는 않는다고 생각한다. 본래적 성격을 부인함으로써 해결해 나가야 하는 문제가 아니라, 입법적으로 해결해 나가야 할 문제인 것이다.

## 2. 필수유지업무협정과 노동위원회

### 가. 노동위원회에 대한 결정의 신청권자

현행 노조법상 필수유지업무제도는, 앞서 말했던 것처럼, 직권중재제도에 대한 제도적 보완책으로서 도입된 것이고, 그래서 직권중재제도가 지녔던 문제점(주로 노사자율교섭의 침해 및 쟁의행위권의 원천적 박탈)을 극복하였다는 전제를 충족시켜 줄 것이 기대되었다. 실제 필수유지업무제도에서는 노동관계 당사자가 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 도모하기 위한 필수유지업무협정

을 자율적으로 체결할 수 있도록 하였다. 이 협정은 서면으로 체결되어야 하고, 노동관계 당사자의 서명 또는 날인이 요구된다(제42조의 3). 그런데 여기에서 만약 노동관계 당사자의 자율적 교섭에 의하여 위 협정이 체결되지 못하면 노동관계 당사자의 일방 또는 쌍방은 노동위원회에 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준, 대상직무 및 필요인원 등 필수유지업무의 구체적 내용에 대한 결정을 신청해야 할 의무를 부담한다(제42조의 4 제1항). 필수유지업무에서의 쟁의행위가 법에 의하여 제한되고 있는 상황하에서(제42조의 2 제2항), 이 쟁의행위권 제한에 대한 대상조치로서 마련된 것이 노동관계 당사자의 자율적 교섭에 의한 필수유지업무협정 체결권이라고 생각한다. 그렇다면 노동위원회가 여기에 개입할 가능성(을 인정할 수 있다면 이것)을 갖는 것은 자율적 교섭이 교착상태에 이룸으로써 교섭의 전개 가능성이 없는 상황으로 국한되어야 할 것인데, 노동관계 당사자의 일방이 노동위원회에 그 결정을 신청할 수 있도록 한 것이 타당한가에 대한 논의가 필요할 것으로 생각된다.

최근의 결정례에서는, 노동조합이 필수유지업무협정 체결을 위한 성실한 교섭을 하지 않았음을 이유로 사용자 측에서 노동위원회에 일방적으로 결정을 신청한 경우가 있다. 이에 대하여 노동위원회가 노동관계 당사자 간 성실한 교섭을 다하지 못한 경우로 보이지 않음을 이유로 결정을 하지 않은 채 사건을 종결하기는 하였지만<sup>16)</sup>, 이는 법체계상 노동위원회에 대한 결정신청권을 노동관계 당사자 일방에게도 허용하는 것이 적절하지 않을 수 있음을 보여주는 예라고 생각한다.

#### 나. 필수유지업무 부(不)결정과 쟁의행위

현행 법은 필수유지업무에 대한 쟁의행위를 제한하고자 하는 목적을 갖고 필수유지업무제도를 도입했지만, 법에 정해진 모든 노력과 조치를 취하였음에도 불구하고 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준, 대상직무 및 필요인원이 정해지지 못하게 되었을 상황에 대한 방어적 규정은 두고 있지 않다. 예를 들어 필수유지업무협정을 노동관계 당사자 사이에서 체결하지도 못했고 노동

16) 부산지노위 2008. 3. 25. 2008필수1 결정.

위원회에서 이에 대한 결정을 할 수 없는 상황이 발생한다면(법에서는 노동위원회가 신청을 받아 결정을 ‘해야 한다’가 아니라 ‘할 수 있다’로 규정하고 있기 때문에) 해당 필수유지업무를 수행하는 조합원들 전체에 대한 쟁의행위권이 제한된다고 해야 할 것인지의 문제가 발생한다. 그리고 이 문제는 필수유지업무분야에서 발생한 쟁의행위의 적법성을 다투는 결과를 초래하게 될 것이다.

만약 위와 같은 상황에서 필수유지업무 분야에서의 쟁의행위가 발생하게 된다면, 이 쟁의행위에 대해서는 “필수유지업무를 정당한 유지·운명을 정지·폐지 또는 방해”했는가를 기준으로 쟁의행위의 (정당성이 아닌) 적법성이 판단되어야 할 것이다. 필수유지업무제도가 목적하는 것은 필수유지업무 전체에 대한 쟁의행위의 제한이 아니라, “필수유지업무를 정당한 유지·운명을 정지·폐지 또는 방해”하는 쟁의행위의 제한이기 때문이다.

한편, 현행 노조법에서는 노동관계 당사자에 의한 필수유지업무협정 체결이 실패하게 되는 경우 이를 노동위원회에서 결정하도록 신청할 의무를 부과하고 있기는 하지만, 이 의무를 따르지 않았을 경우에 대한 법적 효과에 대해서는 규정하고 있지 않다. 노동위원회에 신청을 하지 않은 것 자체를 규제할 수는 없을 것이고, 위에서 필수유지업무협정이 체결되지 못한 상황에 준하여 필수유지업무 분야에서 발생한 쟁의행위의 적법성을 판단해야 할 것이다.

## IV. 필수유지업무와 필수서비스/최소서비스

### 1. 필수서비스 및 최소서비스의 개념

현행 필수유지업무제도의 기초 개념이 되었다고 볼 수 있는 ILO 결사의 자유위원회 보고서로부터의 ‘필수서비스(essential services)’의 개념은 필수유지업무와는 조금 다르다. 이것은 일정한 업무의 중단이 국민 전체 또는 일부의 생명·신체적 안전이나 건강을 위태롭게 할 수 있는 것으로서, 이러한 필수서비스에 대해서는 적절한 대상조치를 수반한다는 전제하에서<sup>17)</sup> 파업권의 제한

17) Freedom of Association, Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association

이나 금지가 가능하다. 하지만 어떤 경우에 파업이 금지될 수 있는지와 관련하여 그 기준은 시민 전체 또는 일부의 생명, 안전 또는 건강에 대한 명백하고도 급박한 위협이 존재하는지 여부에 기초하여 판단하여야 한다고 말하고 있다.<sup>18)</sup> 그리고 이와 함께 필수서비스가 무엇인지를 결정하는 것은 각 국가마다의 특수한 상황에 따라 달라질 수 있어, 필수서비스라는 개념이 절대적이지 않다고 말하고 있다.<sup>19)</sup> 다만 ILO 결사의 자유위원회는 의료, 전력공급, 수도공급, 통신, 경찰 및 군대, 소방서비스, 공영 또는 민영 교도소, 학교 청소 및 취학 아동에 대한 급식 서비스, 항공관제 서비스 등이 필수서비스에 포함된다고 결정한 바 있다.<sup>20)</sup>

한편, 결사의 자유위원회 보고서에는 위 ‘필수서비스’ 이외에 ‘최소서비스(minimum (operational) service)’라는 용어가 사용되고 있다. 최소서비스란, 파업의 경우에도 유지되어야 하는 최소한의 서비스로서, 위 필수서비스에는 해당하지 않지만 파업으로 공중의 정상적인 생활이 위태롭게 된다면 공중의 일상 생활에 필수적인 공공서비스라는 등의 이유로 파업기간 중 제공하도록 할 수 있는 업무를 의미한다.<sup>21)</sup> 즉 결사의 자유위원회는 ① 그 중단이 시민 전체 또는 일부의 생명, 안전 및 건강을 위협하는 서비스(엄격한 의미에서의 필수서비스), ② 엄격한 의미에서의 필수서비스는 아니지만, 파업의 정도 및 기간에 따라 시민의 정상적인 생활 조건을 위협하는 긴급한 국가적 위기를 야기할 수 있는 서비스, 그리고 ③ 기본적 중요성을 가진 공공서비스 등<sup>22)</sup>을 그 예로 제시하면서, 이러한 최소서비스는 파업에 대한 실질적인 제한 또는 전면적인 금지가 적절하지 않은 경우에, 대다수 근로자들의 파업권에 대한 문제를 제기하지 않으면서 최소서비스를 이용하는 사람들의 기본적인 요구를 충족시킨다거나 설비가 안전하게 또는 중단 없이 적용하는 것을 보장하는 것으로 간주해야 하는 상황에

---

Committee of the Governing Body of the ILO, 2006, p.595.(이하 편의상 이 문헌을 인용하는 경우 ‘Digest of Decisions and Principles of FA’이라고 쓴다)

18) Digest of Decisions and Principles of FA, p.581.

19) Digest of Decisions and Principles of FA, p.582.

20) Digest of Decisions and Principles of FA, p.585.

21) 노동부, 『공익사업실태 및 필수유지업무의 범위에 관한 연구』, 2006년 노동부 학술연구 용역보고서(연구수행기관: 한국노동연구원, 연구책임자: 문무기), p.17.

22) Digest of Decisions and Principles of FA, p.606.

서 이용가능한 대체수단으로 간주할 수 있다<sup>23)</sup>고 설명하고 있다. 그렇기 때문에 최소서비스에 관한 조치는 공중의 건강과 안전에 대한 위험을 회피하기 위하여 필요한 범위 내에서만 취해질 수 있다<sup>24)</sup>.

## 2. 필수유지업무와 필수서비스/최소서비스

이상과 같은 필수서비스와 최소서비스의 개념을 살펴보았을 때, 필수서비스는 파업권에 대한 전면적 금지가 가능한 경우를 의미하고, 최소서비스는 파업권에 대한 전면적 금지는 불가능하지만 일정한 업무의 지속적 이행을 담보할 수 있는 수단이 되는 것을 의미하는 듯하다. 그래서 한 연구자는 필수서비스와 최소서비스의 개념을 구분하면서 필수서비스는 ‘유형적 표현’이고 최소서비스는 ‘개념적 표현’으로서, 필수서비스는 이러저러한 서비스들을 아우를 때 사용하는 표현이고, 최소서비스는 어떠한 제도적 틀을 지칭할 때 사용하는 표현이라고 분석하고, 우리나라의 필수유지업무는 필수서비스에 해당하는 반면 필수유지업무협정은 최소서비스의 개념과 가깝지만, 최소서비스 개념을 접근할 필요가 있는 서비스들이 필수유지업무에 포함되고 있다고 말한다.<sup>25)</sup> 하지만 다른 연구자는 필수서비스와 최소서비스가 수행되는 각 업무의 본질적 성격에 따라 구분되는 것이라고 이해하며, 우리나라의 필수유지업무제도는 결사의 자유위원회가 말하는 필수서비스와 최소서비스가 혼재된 것으로서 어느 것에도 속하지 않는 제3자의 제도라고 평가하기도 한다.<sup>26)</sup>

이 논의의 실익은, 단지 언어의 개념을 파악하는 데 있는 것이 아니라, 필수유지업무의 범위의 적정성을 판단하는 데 있다고 생각한다. 위 첫 번째 견해는 결사의 자유위원회가 받아들인 파업권 제한의 틀 안에 우리나라의 필수유지업무제도가 포섭될 수 있는지, 그럼으로써 직권중재제도와 같은 국제노동기준 위반의 문제라든가 노동조합의 정의행위권이 실질적으로 무력화될 수 있는 위험으로부터 우리나라의 필수유지업무제도가 벗어나 있는지 여부를 판단하고자

23) Digest of Decisions and Principles of FA, p.607.

24) Digest of Decisions and Principles of FA, p.608.

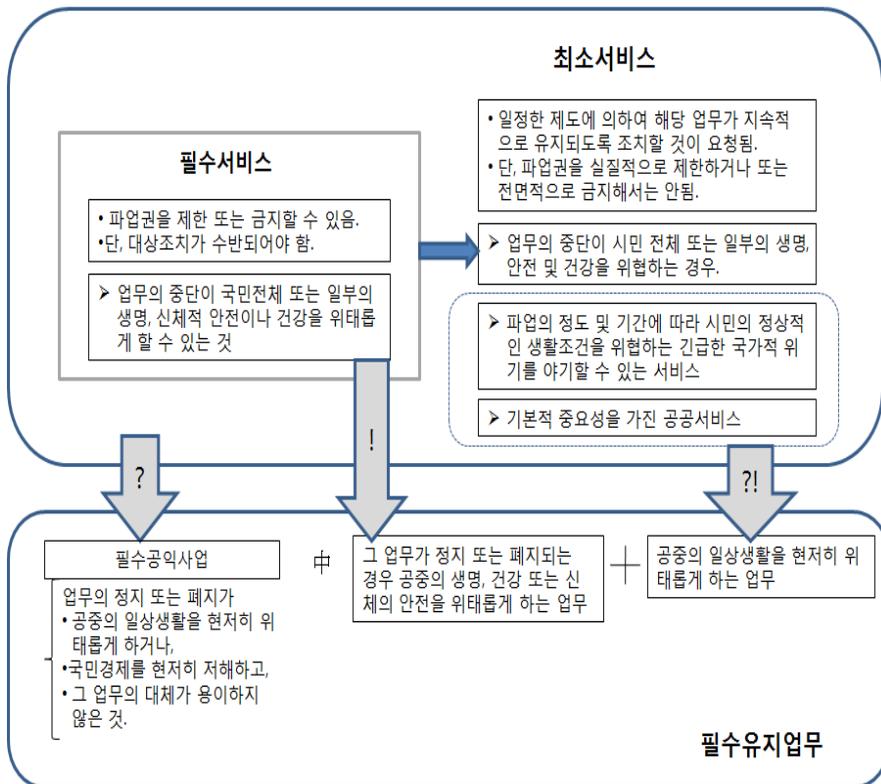
25) 박제성, p.148.

26) 이준희, pp.87~88.

한 것으로 보인다. 그러나 두 번째 견해는 용례에 초점을 맞추고 우리나라의 필수유지업무제도의 개념을 필수서비스나 최소서비스와 비교하여 풀이해 낼 수 있는지 여부를 판단한 것으로 보인다. 즉 두 견해의 차이는 결국 그 논의의 목적의 차이로부터 발생한 것이 아닐까 생각해 본다.

위에서 말한 바와 같이 이 논의의 실익은 파업권 제한이 가능한 필수유지업무의 범위가 국제노동기준에 비추어 적절한지 여부이다. 이를 이해하기 위해 아래와 같은 그림을 그려보았다. 필수서비스나 최소서비스의 개념은 확정적인 것이 아니기 때문에 구체적인 업무로 판단하는 것은 조금 어렵고, 그래서 기본적인 개념의 틀로만 이해를 해 본 것이다.

그림에서 알 수 있는 바와 같이 현행 노조법상 필수유지업무 개념에는 필수서비스와 최소서비스의 양 개념이 모두 들어와 있는 듯하다. 그렇다면 필수서비스와 최소서비스의 개념 기준에 비추어 필수서비스 부분에 대한 파업권 제



한의 정당성은 인정될 수 있을지언정, 최소서비스 부분에 대한 파업권 제한은 과잉침해로서 논란의 여지를 남긴다.<sup>27)</sup>

아울러 필수서비스와 최소서비스에서 제한의 가능성이 열려 있는 권리의 내용은 파업권이다. 결사의 자유위원회가 이 파업권을 일반적인 쟁의행위를 대표하는 용어로 사용한 것인지 아니면 쟁의행위의 유형 가운데 특히 파업권에 대해서만 제한의 가능성을 열어둔 것인지는 분명하지 않지만, 쟁의행위의 유형 가운데 가장 강력한 수단인 파업에 대하여서도 엄격한 기준을 요구하고 있는 것을 감안한다면 파업 이외의 쟁의행위 유형에 대한 제한의 가능성은 원천적으로 고려하지 않은 것이 아닐까 생각된다. 그러나 현행 노조법에서는 파업권이 아닌 쟁의행위권을 제한하고 있어 논란의 여지를 남기고 있다.

## V. 필수유지업무와 형사책임

### 1. 문제의 제기

노조법에서는 “필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는” 쟁의행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금형에 처해진다고 규정한다. 쟁의행위가 필수유지업무에서 발생하기만 하면 이러한 벌

27) 참고적으로 노동부의 필수유지업무 설명자료에 기초하여 시행령의 필수유지업무를 필수서비스 및 최소서비스와 최소한의 형식적 범위를 기준으로 하여 교차대조해 보면 다음과 같다(노동부, 『필수유지업무제도 운영안내』, 2007, p.23 이하).

업무의 종류	필수서비스	최소서비스
1. 철도·도시철도	×	○
2. 항공운수사업	관제·보안	항공운송
3. 수도사업	○	○
4. 전기사업	○	○
5. 가스사업	×	○
6. 석유정제·공급사업	×	○
7. 병원사업	○	○
8. 혈액공급사업	예시된 범위	안에 없음
9. 한국은행사업	×	○
10. 통신사업	전화	○

칙규정의 적용대상이 되는 것이 아니라, 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해했을 때 형사처벌의 대상이 된다고 해석을 해야 한다. 다만, 연구자의 시각에 따라 위 형사처벌규정 자체가 필수유지업무 담당 근로자의 단체행동권을 사전적으로 금지하는 것으로서 헌법상 기본권인 단체행동권을 본질적으로 침해하여 위헌이라고 보기도 한다.<sup>28)</sup> 그러나 노동관계 당사자간 필수유지업무협정 체결을 통해 구체적인 제한의 대상이 정해지게 된다는 점, 그리고 해당 업무에 종사하기만 하면 쟁의행위권이 박탈되는 것이 아니라 쟁의행위가 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하게 되었을 때 작동이 되는 제한의 법리임을 전제한다면, 단체행동권을 본질적으로 침해하였다는 위헌의 논란은 어느 정도 피해나갈 수 있지 않을까 생각된다. 물론 그럼에도 불구하고 형사처벌의 적정성과 처벌 수위의 과중함의 문제까지 피해나갈 수 있는 것은 아니다. 여기에서 필수유지업무 근무 근로자로 지명된 근로자가 근로를 제공하지 않고 쟁의행위에 참가한 경우에는 결과 발생을 기다릴 것 없이 노조법 제42조의 2 제2항 위반의 죄가 성립한다고 보는 것이 타당하다고 해석하는 견해도 있지만,<sup>29)</sup> 타당하지 않다.<sup>30)</sup> 이와 같이 해석하게 되면 헌법상 단체행동권을 본질적으로 침해한다.

그렇다면 여기에서 다시 논란이 될 수 있는 것은, ① 쟁의행위권 제한을 정당화하는 필수유지업무의 ‘정당한’ 유지·운영이라는 것이 무엇인가라는 것과, ② 법에서 형사처벌의 대상이 되는 업무의 범위를 시행령에 위임하고 있는 것이 죄형법정주의에 반하는 것이 아닌가하는 점이다.

## 2. 필수유지업무의 정당한 유지·운영과 쟁의행위

위 ①의 논점과 관련하여 “정당한”이라는 요건이 모호하여 “처벌법규의 내용을 형성할 권한을 노사에 넘겨준 것이나 다름없다”<sup>31)</sup>는 비판이 제기된다. 그리

28) 김선수, p.48.

29) 이준희, pp.109~110. 다만 이 견해도 필수유지업무제도의 도입 취지에 비추어볼 때 이 조항 위반을 이유로 한 국가의 형벌권 발동은 최대한 신중하게 결정되어야 한다고 말하고 있다(각주 71).

30) 같은 견해로 김선수, p.62; 박제성, p.150.

31) 박제성, p.151(헌재 1998. 3. 26. 96헌가20 결정을 인용하였다).

고 나아가 노동관계 당사자간 필수유지업무협정이 체결되지 못하면 노동위원회가 결정하도록 하고 있는데, 필수유지업무의 정당한 유지·운영의 정지 등을 처벌하면서 처벌의 기준이 되는 정당한 유지·운영의 내용을 노사의 협정 또는 노동위원회의 결정에 맡기고 있는 것이어서 적절하지 못하다고도 지적한다.<sup>32)</sup>

그런데, 첫 번째의 문제 제기와 관련하여, 일정한 법적 책임이 뒤따르는 일정한 행위를 규정하는 법조문에서 ‘정당한’이라는 용어를 사용할 수 없는 것은 아니라고 생각한다. 실제 근로기준법이나 노조법에서 ‘정당한’이라는 용어는 사용이 되고 있다(예를 들어, 근로기준법 제23조 제1항의 정당하지 않은 해고제한규정, 노조법 제81조 제3호의 정당한 이유 없는 단체교섭 거부의 부당노동행위 규정 등). 개념이 모호하지 않다는 것은 아니고, 이러한 입법 태도가 옳다는 의미도 아니지만, 일정한 행위를 확일적으로 판단하는 것이 어렵거나 불가능할 때 상대적 가치개념으로서의 ‘정당성’이 필요할 수 있다는 의미이다.

다만 노조법 제42조의 2 제2항에서 규정하는 ‘정당한’이라는 개념에는 문제가 있다. 노조법 제42조의 5에서는 필수유지업무협정이 체결되지 않아 노동위원회가 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준, 대상직무 및 필요인원 등에 대하여 결정을 하고, 그 결정에 따라 쟁의행위를 하면 “필수유지업무를 정당하게 유지·운영하면서 쟁의행위를 한 것으로 본다”고 규정하여 쟁의행위 정당성의 기준을 노동위원회의 결정에 전적으로 의지하고 있다. 그러므로 이 경우 노동위원회의 결정에 따르지 않고 쟁의행위를 하게 되면, 실제 그리고 제42조의 3에서는 “필수유지업무의 정당한 유지·운영”을 위해 필수유지업무협정 체결의무를 부과하고 있는바, 여기에서 또한 필수유지업무협정의 내용이 쟁의행위 정당성의 기준이 될 수 있는 구조를 갖고 있다. 그리고 필수유지업무협정을 위반한 쟁의행위가 형사처벌의 대상이 되는바, “처벌법규의 내용을 형성할 권한을 노사에 넘겨준 것이나 다름없다”는 비판이 설득력을 갖는 것이다.

### 3. 필수유지업무와 죄형법정주의

②의 논점은, 필수유지업무제도에서 가장 중요한 의미를 갖는 필수유지업무

32) 박제성, p.150.

를 법률이 아닌 시행령으로 정함으로써 형사처벌의 근거를 시행령 규정으로부터 발견하는 것이 죄형법정주의에 위반된 것이 아니냐는 것이다. 그리고 이를 판단하고자 하는 경우, 헌법재판소에서 말한 바와 같이 처벌법규를 시행령에 위임할 “특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우”<sup>33)</sup>에 필수유지업무가 해당되는가 하는 것이다.

이에 대해서도 찬반 양론이 있다. 그래서 각 사업에 특수한 필수유지업무를 정해야 하는 기술적 어려움이 부득이한 사정이 된다고 보기는 힘들다는 점(실사 있다 하더라도 그것이 죄형법정주의 원칙에 앞선 사정일 수는 없다고 한다), 그리고 시행령으로 정할 수 있는 필수유지업무의 범위가 법률로 정해지기 힘들다고 볼 수는 없다는 점을 근거로 해당 시행령 조항이 죄형법정주의를 위반하고 있다고 보는 찬성론이 있다.<sup>34)</sup> 그리고 노조법이 필수유지업무의 내용을 시행령으로 정하도록 한 것은 그것을 법률로 자세히 정할 수 없는 ‘부득이한 사정’이 있는 경우로서 모범인 노조법이 처벌의 대상이 되는 행위, 형벌의 종류와 상한·하한의 폭 등을 명확하게 규정한 뒤에 시행령에 세부 내용의 규정을 위임한 것이므로 죄형법정주의 위반이 아니라고 보는 반대론이 있다.<sup>35)</sup> 다만 ‘부득이한 사정’이 무엇인지는 분명하지 않다.

필자 또한 시행령에 규정될 수 있는 필수유지업무의 내용이 왜 노조법에 포함되지 않음으로써 죄형법정주의 위반의 논란을 불러오고 있는 것인지 쉽게 이해할 수 없다. 아마도 죄형법정주의 위반의 논란을 무릅쓰고서라도 필수유지업무제도 도입 초기 단계에서 필수유지업무 범위에 대한 논란이 거센 가운데 차차 수정해 나가기 쉬운 방법을 선택한 것이 아닐까 싶기도 하다. 이러한 편의주의적 사정도 ‘부득이한 사정’에 해당된다면 모르겠지만, 그렇지 않다면 현행 시행령에서 정하는 필수유지업무의 내용은, 그러한 규정이 반드시 필요하다면, 법률로 규정이 되어야 할 것이다.

33) 헌재 1998. 3. 26. 96헌가20 결정.

34) 김선수, p.49; 박제성, p.150.

35) 이준희, p.109.

## VI. 나오며

필수유지업무제도에 대해서는 본문에서 논한 규정상의 문제점 이외에도, 노동위원회에서의 결정 절차상 문제 및 이의제기 절차의 문제, 노동위원회 결정의 성격에 관한 문제 등, 보다 다양한 문제점들을 내포하고 있다. 그러므로 본 연구는 매우 제한적이다. 다만, 적지 않은 문제점에도 불구하고 현재 필수유지업무제도에 대한 국내 논의는 매우 미미하고, 실무상 논의되고 있는 많은 부분들은 필수유지업무제도 자체에 대한 논의라기보다는 필수유지업무협정의 체결에 있어서 필수유지업무의 범위나 체결방식과 같이 현행 필수유지업무제도의 정당성을 전제한 논의가 이루어지고 있다. 그래서 본 연구는 제한적인 범위에서나마 필수유지업무에 관한 법규정 자체를 이해하고 해석하면서 발견되는 몇 가지 문제를 중심으로 선행 연구와 함께 논의를 진행하여 보았다. 그리고 그 결과, 현행 법상 필수유지업무제도는 많은 부분에서 모호하고 정확하지 않은 법 체계를 갖추고 있다는 것을 확인하였다. 여기에 본고에서 다루지 못한 절차적 문제들을 추가한다면, 현행 필수유지업무제도는 법적으로 기존의 직권중재제도보다 훨씬 더 문제적인 제도가 될 가능성을 충분히 갖추고 있다. 이러한 결과가 초래된 근본적인 이유는, 생각컨대, 우리나라 노동법 학계에서 아직까지 공익과 쟁의행위권의 관계 및 그 조화에 대한 심도 깊은 논의가 이루어지지 못했기 때문이 아닐까 생각된다. 향후의 연구 과제이다.

## 참고문헌

- 김기우·권 혁. 『필수유지업무 범위에 관한 연구』. 한국노총 중앙연구원, 2007.  
 김선수. 「필수유지업무제도의 문제점과 정책과제」. 『필수공익사업장 노동기본권 확보의 쟁점과 과제 국회대토론회 자료집』(민주사회를 위한 변호

- 사 모임 및 전국보건의료산업노동조합 주최), 2008.
- 노동부. 『공익사업실태 및 필수유지업무의 범위에 관한 연구』. 2006년 노동부 학술연구용역보고서(연구수행기관: 한국노동연구원, 연구책임자: 문무기).  
\_\_\_\_\_. 『필수유지업무제도 운영안내』. 2007.
- 문무기. 「과업시 유지되는 필수유지업무의 범위와 관련 조항의 법리적 해석」.  
『노동법학』 제25호, 한국노동법학회, 2007.
- 박제성. 「필수공익사업의 정의행위에 대한 새로운 규율 : 필수유지업무와 대  
체근로」. 『노동정책연구』 7(3) (2007): 145~168.
- 이준희. 「필수유지업무제도에 대한 법리 검토」. 『노동정책연구』 8(2) (2008): 83  
~113.
- 임종률, 『노동법』(제8판). 2009.

ILO, Freedom of Association, *Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. 2006.

abstract

---

## Study on the Minimum Services to be Maintained of TULRAA

Eunjeong Park

This paper tries to understand and analyze the existing laws of Korea concerning the minimum services to be maintained, including the provisions permitting replacement in the Trade Union and Labor Relations Adjustment Act. First of all, it analyzes the concepts and systems of provisions of the essential public works and minimum services to be maintained themselves to understand the minimum-services-to-be-maintained system as well as to verify adequacy of the laws concerning the minimum-services-to-be-maintained system. Secondly, this paper tries to understand the nature of the decision procedure of labor relations committees which kicks in when agreements on minimum services to be maintained is not concluded. Thirdly, this paper examines the concepts of essential service and the minimum service of ILO forming the basis of the minimum-services-to-be-maintained system, and thereby checks whether the current minimum-services-to-be-maintained system satisfies international labor standards. Finally, it studies the problems of essential service and criminal liability and the laws concerning minimum services to be maintained violating the principle of *nulla poena sine lege*. All of these problems are to be raised when checking the existing provisions of the Trade Union and Labor Relations Adjustment Act. Of course, it is possible to analyze various complex procedural problems apart from four of the main issues pursued in this paper. This paper, however, sets limits on the range of discussion to focus on the problems other than the procedural ones.

Keywords : essential services, minimum services, the minimum services to be maintained, agreements on minimum services to be maintained, replacement