

노동정책연구
2011. 제11권 제4호 pp.107~132
© 한국노동연구원

연구논문

미국 공공부문 근로자의 근로삼권 보장 법리와 대안적 분쟁해결(ADR) 절차

강 현 주*

미국 공공부문 근로자의 근로삼권 보장 법리를 판례법까지 아울러 살피고, 대안적 분쟁해결절차가 근로삼권 보장 수위에 따라 달라져야 할 근거를 제시하는 점에 이 글의 독자적 의의가 있다. 공공부문 근로자의 단결권은 헌법상 권리라는 것이 미 연방대법원의 입장이다. 공공부문 근로자의 요구사항들은 대부분이 단체교섭의 틀로 해결되어야 하기 때문에 단체교섭권의 헌법상 권리성을 인정하여야 한다. 필수서비스 근로자를 제외한 공공부문 근로자의 파업권도 헌법적 보호 가능성이 높다. 조정, 사실조사, 변형된 중재 등의 대안적 분쟁해결절차는 근로삼권의 보장 수위에 따라 활용 종류가 달라져야 한다.

핵심 용어 : 공공부문, 근로삼권, 필수서비스, 단체교섭사항, 대안적 분쟁해결(ADR) 절차

I. 서론

미국 공공부문 근로자(public employee)¹⁾에는 연방정부 근로자와, 각 주

논문접수일: 2011년 9월 30일, 심사의뢰일: 2011년 11월 1일, 심사완료일: 2011년 11월 14일

* 단국대학교 국립경찰대학 강사(khjdy@ymail.com)

1) 우리가 사용하는 용어인 공무원(public official)은 미국에서는 새로운 정부가 꾸러지면 일정 임기로 근무하는 선출직 또는 지명직 근로자를 의미하기 때문에 우리나라의 직업공무

(state) 및 지방(county, municipal) 정부 근로자가 있다. 워싱턴 D.C.와 미 도처에 소재하는 연방에서 근무하는 정부 근로자는 대부분이 ‘공무원개혁법(Civil Service Reform Act : CSRA)’의 적용을 받는다.²⁾ 주 및 지방정부 근로자는 법원, 교육, 운송, 고속도로, 안전, 경찰, 소방, 공중위생을 다루는 자들로서,³⁾ 각 주별로 단체교섭권을 보장한 법률인 공공고용노동관계법률들(public employment labor relations acts : PELRA)이 있는 경우 그에 따라 규율된다. 미국 공공부문 근로자에는 운송, 공중위생과 같이 우리나라 공익사업 근로자에 해당하는 자들도 있다. 우리나라의 필수공익사업의 하나인 철도와 항공은 미국에서는 ‘철도노동법(Railway Labor Act)’의 적용을 받는 자들이기 때문에 결론 부분에서 잠시 다루는 정도로 하고, 공립학교 교원은 공공부문 근로자이지만 참고 판례로 소개되는 경우를 제외하고 본격적으로 다루지는 않는다.⁴⁾

공공부문 근로자의 근로삼권이 보장되어야 하는가, 또한 그것이 어떻게 보장(헌법상 또는 법률상)되어야 하는가라는 문제가 논쟁적일수록, 판례 법리가 형성되어 있는 미국에 대한 정확한 이해가 요구된다. 우리나라 공공부문 근로자는 공무원인 근로자와 공무원인 아닌 자로 구분된다는 전제하에 헌법이 공무원인 근로자는 ‘법률이 정하는 자에 한하여’ 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다고 한다. 미국은 법률 위주로 소개되면서⁵⁾ 미국 공공부문 근로자의 근로삼권이 법률상 권리인 것으로 이해될 소지가 있었다. 미국 연방대법원은 공공부문 근로자의 단결권을 미국 연방헌법 제1수정조항(the First Amendment of the U.S. Constitution)의 결사의 자유 보장이 내포하는 헌법적 권리라 본다. 미국 공공부문 근로자의 단체교섭권도 그들의 요구사항들이 정치적 민주주의과정으로 해결되어야 하는가 아니면 단체교섭의 틀로 해결되어야 하는가 하는 문

원과 비교할 만하지 않다. 이 글을 읽는 데 있어서 미국 공무원은 공공부문 근로자 중 관리직에 해당한다고 보기 바란다. 관리직의 법적 지위에 대해서는 각주 2)를 참조.

2) 다만, 군인 등 제복을 입은 공무원, 외무공무원, 연방 내외의 안보나 정보수집 업무를 담당하는 기관에 고용된 공무원, 감독직 및 관리직, 기밀업무, 인사업무 담당자는 제외된다.

3) U.S. Department of Labor, Bureau of Labor Statistics, Union Members(AFL-CIO 홈페이지 참조).

4) 이에 대해서는 다른 지면을 통해 논의한 바 있다(강현주, 「미국의 교원노사관계」, 『교원노사관계의 합리적 개선방안에 관한 연구』, 한국노동법학회·전국교직원노동조합, 2010).

5) 진명숙, 『미국 공공부문 노동운동과 단체교섭 및 분쟁해결방식에 관한 연구』, 한국노동연구원, 2003 참조.

제를 비판적으로 살펴보면⁶⁾ 단체교섭권의 헌법상 권리성을 인정하여야 한다고 보인다. 미국 공공부문 근로자의 단체행동권은 필수서비스 근로자에 한정하여 제한되는 경향 때문에 정당화된다는 점을 고려하면, 그 밖의 공공부문 근로자의 단체행동권은 헌법적 보호 가능성이 높다고 판단된다.

한편, 조정(mediation), 중재(arbitration) 등과 같은 대안적 분쟁해결(Alternative Dispute Resolution : ADR) 절차⁷⁾는 근로삼권 보장수위와 연계되어야 한다. 대안적 분쟁해결절차라고 불리는 것들은 근로삼권과 관련되지만 근로삼권을 제한하기 위한 것이 아니다. 예컨대, 미국에서 중재는 단결권 및 단체교섭권만을 인정하는 경우 활용된다. 우리나라는 (필수)공익사업 근로자의 권리를 파업권까지 보장(필수유지업무 제외)하였으니 그 다음은 공익을 고려해야 한다는 논리에서 긴급조정이나 이에 따르는 중재절차를 규정하고 있다. 미국은 진정한 의미의 대안적 분쟁해결절차는 파업권을 보장하였다면 중재와 같은 절차는 활용되지 않아야 함을 보여주고 있다.⁸⁾

이 글은 미국 공공부문 근로자의 근로삼권 보장 법리를 판례법까지 아울러 살펴보고 대안적 분쟁해결절차를 근로삼권 보장 수위에 따라 살펴보고 있음에 독자적 의의가 있다. 단순비교법적 논의가 아니라 미국법에 대한 비판적 시각도 견지하고 있는 점을 고려하여, 본문에서 미국의 법리를 먼저 살펴보고 결론에서 쟁점들에 대한 의견을 제시한다.

II. 헌법상의 권리로 인정받는 공공부문 근로자의 단결권

공공부문 근로자의 단결권 규정이 별도로 존재하지 않는 것이 미국 연방헌법

6) 그 밖의 1960년대 이후 미국에서 단체교섭권의 헌법적 권리성 여부가 다투어진 내용에 대해서는 이하 III 2. 참조. 개인적 의견에 대해서는 이하 VI. 결론 참조.

7) 미국의 대안적 분쟁해결절차의 형태 및 구체적 운용에 대해서는 강현주, 『미국의 대안적 노동 및 고용분쟁해결시스템(ADR)』, 한국노동연구원, 2011, 참조.

8) (필수)공익사업에 대한 종래 직권중재는 폐지되어 현재는 일반사업과 마찬가지로 임의중재(노조법 제62조)이고, 노조법 제79조의 중재는 긴급조정절차의 일부분으로 이해될 수 있는 측면도 있지만 중재 자체가 미국에 비추어 본다면 채택되지 않아야 할 형태라는 의미이다.

이고 그에 관한 별도의 연방법조차 마련되어 있지 않은 것이 미국이지만, 미국 연방대법원은 미국 공공부문 근로자의 단결권을 미국 연방헌법 제1수정조항에 의해 헌법적 보호를 받는 권리라고 본다. 결사의 자유가 노동조합을 결성하고 참가할 권리를 내포한다는 것이다.⁹⁾

1960년대 무렵까지 미국 공공부문 노사관계를 규율하던 법원 판결은 공공부문 근로자의 근로삼권을 인정하지 않았다.¹⁰⁾ 조직화에 성공한 공공부문 근로자들이 있었지만 그들의 단체행동은 비공식적 토론에 한정되거나 협약은 정치적 행동을 통해 강제되었을 뿐이다.¹¹⁾

미국 연방대법원은 1960년대 후반 무렵 공공부문 근로자의 단체행동에 대한 긍정적인 태도를 취하고 공공부문 근로자의 권리에 대한 헌법적 보호 가능성을 열기 시작하였다.¹²⁾ 미국 연방대법원은 적어도 일정 환경 하에서 공공부문 근로자들의 단체행동을 목적으로 한 표현의 자유와 단결의 자유(right of free speech and association)가 헌법적 보호를 받는다고 하였다.¹³⁾ 노동조합에의 가입이나 노동조합비 납부를 거부할 권리는, 각 주의 근로권법(right to work law)이 금지하지 않는 한 조합비(agency shop fee)¹⁴⁾를 납부할 의무가 존재하기 때문에, 인정되지 않을 수 있다.¹⁵⁾

9) *Lontine v. VanCleave*, 483 F.2d 966, 967 (10th Cir. 1973); *AFSCME v. Woodward*, 406 F.2d 137, 139 (8th Cir. 1969); *McLaughlin v. Tilendis*, 398 F.2d 287, 288-89 (7th Cir. 1968); *Smith v. Arkansas State Highway Employees, Local 1315*, 441 U.S. 463, 464-65 (1979) (per curiam); *Russell*, 384 U.S. 11, 15-17 (1966).

10) *Frederick v. Owens*, 25 Ohio C.C. (N.S.) 581 (Ct. App. 1915); *City of Jackson v. McLeod*, 199 Miss. 676, 24 So.2d 319 (1946), cert. denied, 328 U.S. 863 (1946); *Seattle High Sch. Teachers Chapter 200 v. Sharples*, Case No. 209483 (Super. Ct. King Cnty. Wa., May 28, 1928); *Perez v. Police Comm'r*, 78 Cal.App.2d 638, 178 P.2d 537 (1947).

11) Joseph E. Slater, *Public Workers*, Cornell University Press, 2004, 71~87.

12) *Keyishian v. Board of Regents*, 385 U.S. 589 (1967).

13) *Pickering v. Board of Educ.*, 391 U.S. 563 (1968); *AFSCME v. Woodward*, 406 F.2d 137 (8th Cir. 1969); *Independence-Nat'l Educ. Ass'n v. Independence Sch. Dist.*, 223 S.W.3d 131 (Mo. 2007), overruling *City of Springfield v. Clouse*, 206 S.W.2d 539 (1947).

14) 배타적 대표로서의 권리와 의무를 가진 노동단체(labor organization)의 서비스를 말한다.

15) *Lehnert v. Ferris Faculty Ass'n*, 111 S. Ct. 1950 (1991); *Chicago Teachers Union, Local No. 1 v. Judson*, 475 U.S. 292 (1986); *Aboud v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977).

여기서 몇몇 공공부문 근로자들은 제한이 따른다. 감독자(supervisors)는 그들의 결사의 자유를 과도하게 침해하지 않는다면 일반 근로자와 같은 노동조합에 속하는 것을 금지할 수 있다. 관리직 근로자(managerial employee)는 노동조합 활동에 참여할 권리가 거부될 수 있다. 경찰을 대표하는 노동조합은 경찰이 아닌 사람을 포함하는 것을 헌법적으로 금지할 수 있다. 공공부문 근로자의 조합 결성 및 참가권은 ‘관리직 소방관’의 경우와 같이 본질적이고(substantial) 합법적인(legitimate) 주의 목적(예, 그 관서의 효율성)을 획득하기 위한 최소한의 극약처방으로서 필요한 경우 제한할 수 있다.¹⁶⁾

Ⅲ. 법률 및 판례법에 의해 일반적으로 긍정되는 단체교섭권

1. 1960년대 이전 - 제한되는 행위

‘전국노동관계법(National Labor Relations Act : NLRA)’은 공공부문 사용자(정부와 그 기관)를 그 적용에서 제외하였기 때문에, 공공부문 사용자는 전국노동관계법에 의한 단체교섭 의무가 없다.¹⁷⁾ 수십 년간 연방 및 주정부들은 단체교섭을 거부하였고,¹⁸⁾ 미국 법원은 미국 공공부문 근로자의 단체교섭을 제한되는 행위로 보았다.¹⁹⁾

16) Local 2263, Int'l Ass'n of Fire Fighters v. City of Tupelo, 439 F. Supp. 1224, 1230 (N.D. Miss. 1977); Elk Grove Firefighters Local No. 2340 v. Wills, 400 F. Supp. 1097, 1100 (N.D. Ill. 1975), aff'd mem., 539, F.2d 714 (7th Cir. 1976).

17) NLRA section 2(2), 29 U.S.C. section 152(2).

18) 예컨대, Railway Mail Ass'n v. Murphy, 180 Misc. 868, 975, 44 N.Y.S.2d 601, 607 (Sup. Ct. 1943), rev'd on other grounds sub nom. Railway Mail Ass'n v. Corsi, 267 A.D. 470, 47 N.Y.S.2d 404 (1944), aff'd, 293 N.Y. 315, 56 N.E.2d 721 (1944), aff'd, 326 U.S. 88 (1945).

19) 예컨대, Frederick v. Owens, 25 Ohio C.C. (N.S.) 581 (Ct. App. 1915); City of Jackson v. McLeod, 199 Miss. 676, 24 So.2d 319 (1946), cert. denied, 328 U.S. 863 (1946); Seattle High Sch. Teachers Chapter 200 v. Sharples, Case No. 209483 (Super. Ct. King Cnty. Wa., May 28, 1928); Perez v. Police Comm'r, 78 Cal.App.2d 638, 178 P.2d 537 (1947).

2. 1960년대 이후 - 단체교섭법률의 입법화와 근거들

1960년대 이후 미국은 공공부문 근로자의 조직화가 많이 이루어져 공공부문 단체교섭을 규율하는 새로운 입법이 탄력을 받았고 또한 공공부문 단체교섭을 규율하는 새로운 입법이 만들어져 더 많은 공공부문 근로자들이 조직화를 피하게 된다. 당시 상황은 미국 민간부문이 전국노동관계법 하에서 안정적이고 생산적인 노동관계를 경험하던 때였다. 사람들은 공공부문에서도 그러한 관계를 연상하기 시작하였는데, 이에선 조정, 사실조사, 중재와 같은 대안적 분쟁해결 방법이 존재한다는 것을 전제로 하기도 하였다. 즉 노사분쟁을 줄이는 수단으로 단체교섭법령을 도입하는 데 대한 신뢰가 있었다.²⁰⁾ 공공부문 사용자는 많은 면에서 민간부문 사용자와 같아서 공공부문 근로자의 단체교섭권을 전적으로 거부하는 것은 정당화되지 않는다는 논리²¹⁾라든지, 모든 근로자는 수평적 평등 관점에서 비슷한 법적 권리를 가져야 한다는 주장²²⁾이 개발되었다.

각 주 및 지역 공공부문 근로자에 대해서 1958년 뉴욕 시가 조례(New York City Executive Order)를 만든 것을 시발로 하여, 1959년 위스콘신 주가 단체교섭권을 인정하는 법을 만들기에 이른다(Wisconsin Act). 곧이어 케네디 대통령이 연방공무원들에 대해 같은 권리를 허가하였고, 당시 캘리포니아 주지사였던 로널드 레이건 역시 캘리포니아 공공부문 근로자에게 단체교섭권을 허락하였다. 판례도 예컨대 1966년 일리노이 대법원이 Illinois Education Association v. Chicago 사례²³⁾에서 학교 구역(school district)과 노동조합은 주법이 명백히 허용하고 있지 않더라도 단체교섭에 참가할 수 있다고 판시하였다. 사용자가 공공부문인지 민간부문인지 식별하는 것이 어렵다는 사실도 공공부문 근로자에

20) Pennsylvania Labor Relations Bd. v. State College Area School Dist., 461 Pa. 494, 502-03, 337 A.2d 262, 266 (1975); 5 U.S.C. section 5101(a) (1982); N.J. STAT. ANN. section 34:13A-2 (West Supp. 1983-1984); REV. STAT. section 243.656 (1981); Abood v. Detroit Bd. of Educ., 431 U.S. 209, 224 (1977).

21) J. WEITZMAN, *THE SCOPE OF BARGAINING IN PUBLIC EMPLOYMENT*, Lexington Books, 1975, p.10.

22) M. LIEBERMAN, *PUBLIC SECTOR BARGAINING: A POLICY REAPPRAISAL*, Lexington Books, 1980, pp.48-49; Weisenfeld, "Public Employees-First or Second Class Citizens?", 16 *LAB. L.J.* 685, 1965, p.685.

23) 76 Ill.2d 456, 222 N.E.2d 243.

게 단체교섭권을 부여하는 보장 논리가 되었다.²⁴⁾

나아가 미국에서 공공부문 사용자가 공공부문 노조와 단체교섭을 할 것이 헌법적으로 요구되는 것인가가 문제되었다. 결론적으로 부정된 상태이지만, 그 이유는 살필 필요가 있다. 우선 선출직 정부 공무원들은 민간부문이 노동시장에서 지불해야 하는 것보다 더 많은 임금과 임의적 수당(benefit)을 지불하도록 정치적 압력을 행사할 수 있다고 한다.²⁵⁾ 많은 공공부문 노조들은 소규모의 지역(local) 선거일수록 결과를 좌지우지할 수 있는 많은 수의 투표자들을 모을 수 있는 능력을 가지고 있다고 보았다.²⁶⁾ 또 다른 이유로 필수서비스(essential services)를 수행하는 근로자들이 파업이나 협동행위(concerted activities)로 나아간다면 공동체를 마비시킬 수 있다는 우려였다. 경찰관, 교도관, 소방관과 같은 필수서비스 근로자들에 대해서 전국노동관계법상의 단체교섭 모델을 그대로 받아들일 수 없다는 논리에는, 공공이익의 대표자로서의 공공부문 사용자의 특별한 역할을 고려해야 한다는 배경이 있었다.²⁷⁾

3. 현재 - 법률상 권리로 일반적으로 허용되는 권리

현재 공공부문 근로자에게 단체교섭권을 부여하는 공공고용노동관계법률이 없더라도 단체교섭은 흔히 받아들여지는 관행이다.²⁸⁾ 현재 각 주 및 지역 공공부문 근로자의 단체교섭권은 <표 1>에서 보는 바와 같이 관례법에 의한 경우

24) NLRB v. Natural Gas Util. Dist., 402 U.S. 600 (1970); Baker Bus Serv. v. Keith, 416 A.2d 727 (Me. 1980).

25) 예컨대, City of Fort Smith v. Council 38, AFSCME, 245 Ark. 409, 413-5, 433 S.W.2d 153, 155-56 (1968); City of Springfield v. Clouse, 356 Mo. 1239, 1250, 1251-52, 206 S.W.2d 539, 544, 545-46 (1947).

26) 이 이유에 대한 비판에 대해서는, Knight v. Minnesota Community College Faculty Ass'n, 571 F. Supp. 1, 3-4 (D. Minn. 1982), rev'd sub nom. Minnesota State Bd. for Community Colleges v. Knight, 104 S. Ct. 1058 (1984).

27) Lullo v. International Ass'n of Fire Fighters, Local 1066, 55 N.J. 409, 440, 262 A.2d 681, 698 (1970).

28) McCann & Smiley, "The National Labor Relations Act and the Regulation of Public Employee Collective Bargaining," 13 HARV. J. ON LEGIS. 479, 1976, pp.499-503; Nolan, "Public Employee Bargaining in North Carolina: From Paternalism to Confusion," 59 N.C.L. REV. 214, 1980, p.288.

를 포함하여 총 41개 주에서 인정되는 일반적 현상이다(그룹 1~5). 대부분의 주가 모델로 삼은 것은 전국노동관계법이다. 따라서 공공부문 사용자는 근로자 대표인 노조와 성실하게 교섭할 의무를 부담하며, 그 노조와 단체협약을 체결하기 위해 노력할 의무를 부담한다. 연방정부 근로자의 경우는 1978년 공무원 개혁법의 제정으로 단체교섭권이 인정된 상태다.

〈표 1〉 각 주별 근로삼권 보장 현황

	단결권	단체교섭권	단체행동권	비고
(그룹 1) 알래스카, 하와이, 일리노이, 미네소타, 오하이오, 오레건, 펜실바니아, 위스컨신	○	○	○ ※ 제한된 파업권 ※ ‘법령’에 의한 허용	※ PELRA에 의한 규율
(그룹 2) 캘리포니아	○	○	○ ※ 제한된 파업권 ※ 판례법에 의한 허용	※ PELRA 및 판례법에 의한 규율
(그룹 3) 콜로라도, 루이지애나, 아이다호(소방관)	○	○ ※ 판례법에 의한 허용	○ ※ 제한된 파업권 ※ 판례법에 의한 허용	※ PELRA의 부재 및 판례법에 의한 규율
(그룹 4) 코네티컷, 델라웨어, 콜롬비아 특별구, 플로리다, 아이오와, 칸사스, 메인, 매릴랜드, 메사추세츠, 미시간, 미주리, 몬타나, 네브라스카, 뉴햄프셔, 뉴저지, 뉴멕시코, 뉴욕, 로드아일랜드, 싸우스다코타, 벌몬트, 워싱턴, 와이오밍	○	○	× ※ ‘법령’에 의한 금지	※ PELRA에 의한 규율

〈표 1〉의 계속

	단결권	단체교섭권	단체행동권	비고
(그룹 5) 조지아, 아이다호 (기타), 인디애나, 켄터키, 네바다, 오 클라호마, 테네스, 텍사스 ※ 교사, 상하수도 직원, 운송근로자, 경찰 또는 소방관	○	○ ※ ‘사용자의 선택’에 따른 단체교섭시 허용(관례법 에 의한 허용)	×	※ PELRA의 부재
(그룹 6) 알라바마, 미시시 피, 버지니아, 노쓰 and 싸우스 캐롤 라이나	○	×	×	※ PELRA의 부재 ※ 별도 단체교 섭법령
(그룹 7) 아리조나, 알칸사스, 유타, 웨스터 버지 니아, 노쓰 다코타	○	×	×	※ PELRA의 부재

4. 단체교섭사항

미국 공공부문 근로자의 단체교섭사항을 보면, 많은 주들이 공공부문 단체교섭 모델로서 전국노동관계법 모델을 채용했음에도 불구하고 공공부문과 민간부문 간의 구별을 완전히 없애지는 못하였다. 대부분의 입법은 사용자가 임금, 근로시간, 기타 근로조건에 대한 교섭할 의무가 있다는 전국노동관계법의 모호한 문구를 그대로 채택했다. 관례는 전국노동관계법을 해석하는 법원의 논리인 세 가지 카테고리, 즉 의무적 교섭사항, 임의적 교섭사항, 금지되는 교섭사항이라는 구분법을 그대로 채용했다.²⁹⁾ 의무적 교섭사항은 전국노동관계법 제8조

29) 의무적 교섭사항과 임의적 교섭사항을 구별한 첫 번째 사례는 NLRB v. Wooster Div.

(d)에 의한 임금, 근로시간, 기타 근로조건으로, 이에 대해서 양 당사자는 성실 교섭의무를 부담한다. 교섭결렬시 파업(일부 주)과 조정 등의 대안적 분쟁해결 절차에 돌입할 때까지 이러한 사항을 계속 주장할 수 있다. 임의적 교섭사항은 양 당사자 어느 누구도 이와 관련한 분쟁을 해결하기 위해 대안적 분쟁해결 절차를 발동할 수 없다.³⁰⁾ 단체협약이 유효한 기간 중에 사용자는 근로자 측의 단체교섭대표와 의논 없이 임의적 교섭사항에 관한 정책들을 채택할 수 있고,³¹⁾ 노조는 임의적 교섭사항에 관한 변화와 관련해 대안적 분쟁해결절차를 개시하거나 파업을 할 수 없다.³²⁾ 금지되는 교섭사항에 대한 교섭은 그 자체가 무효이다.

미국 법원은 사용자에 의한 임의적 수당,³³⁾ 작업량,³⁴⁾ 휴가 또는 병가³⁵⁾ 등 도 의무적 교섭사항이라고 판시해 왔다. 그러나 ‘기타 근로조건’의 해석과 관련하여 법원은 관할에 따라 큰 차이를 보여 왔다. 쟁점은 직무변경, 학급 규모, 승진, 하도급, 흡연금지정책, 약물테스트 등이다.³⁶⁾ 민간부문의 경우라면 의무적 교섭사항인 것이 공공부문에서는 그렇지 않다는 것이다. 법원은 두 가지 논

of Borg-Wagner Corp., 356 U.S. 342, 348-50 (1958)이고 수많은 사례에서 이러한 구별을 채택해 왔다. 공공부문 단체교섭에서 이러한 틀을 채택한 예로는, National Union of Polic Officers Local 502-M v. Board of Comm'rs, 93 Mich. App. 76, 87-90, 286 N.W.2d 242, 247-48 (1979).

30) NLRB v. Wooster Div. of Borg-Wagner Corp., 356 U.S. 342, 349 (1958).

31) Allied Chem. & Alkali Workers Local No. 1 v. Pittsburgh Plate Glass Co., 404 U.S. 157, 187-89 (1971).

32) NLRB v. Wooster Div. of Borg-Wagner Corp., 356 U.S. 342, 349 (1958).

33) NLRB v. Wooster Div. of Borg-Wagner Corp., 356 U.S. 342, 349 (1958).³³⁾ Charles City Community School Dist. v. Public Employment Relations Bd., 275 N.W.2d 766 (1979); Houghton Lake Educ. Ass'n v. Houghton Lake Community Schools, Bd. of Educ., 109 Mich App. 1, 310 N.W.2d 888 (1981) (per curiam).

34) State v. Maine Labor Relations Bd., 413 A.2d 510 (Me. 1980); Byram Township Bd. of Educ. v. Byram Township Educ. Ass'n, 152 N.J. Super. 12, 377 A.2d 745 (App. Div. 1977).

35) South Orange-Maplewood Educ. Ass'n v. Board of Educ., 146 N.J. Super. 457, 370 A.2d 47 (App. Div. 1977); Dugene Educ. Ass'n Eugene School Dist., 46 Or. App. 733, 613 P.2d 79 (1980).

36) Montgomery County Educ. Ass'n v. Board of Educ., 311 Md. 303, 534 A.2d 980; Dunellen Bd. Educ. v. Dunellen Educ. Ass'n, 64 N.J. 17, 311 A.2d (1972); Aberdeen Educ. Ass'n v. Aberdeen Bd. of Educ., 88 S.D. 127, 215 N.W.2d 837 (1974).

리를 개발해 왔다. 하나는 이른바 공공부문 사용자의 ‘경영권’ 주장이며, 또 하나는 공공 이익의 대표로서의 정부의 지위를 강조하여 특정 쟁점은 단체교섭에서 배제시키도록 정치적 과정이 요구한다고 한다. 두 가지 접근법은 상호 모순된 것처럼 보이고, 그 결과 후자가 최근까지 유지되는 입장이다.

예컨대, 미국 역사상 최초의 공공부문 단체교섭법령인 시(市) 근로자관계법(Municipal Employee Relations Act : MERA)을 입법화했던 위스콘신은 시 근로자관계법에서 경제적 이유에 의한 해고(layoff)는 민간부문과 달리 의무적 교섭사항이 아니라고 본다. 그 이유는 이 사항이 민주주의에 의해 결정될 사항이라는 것이다. *City of Brookfield v. Wisconsin Employment Relations Comm'n* 사례³⁷⁾에서 위스콘신 대법원은 “시의회 선출대표를 통해 브룩필드의 거주자들이 시 예산의 감축을 요구하였다. 소방관들이 제공하는 서비스의 수준과 질을 떨어뜨릴 수 없음에도 더 낮은 시 세금을 원하는 것이 공동체에 의한 결정사항이다. 제62장은 명백하게 경제적 이유에 의한 해고를 단체교섭의 임의적 교섭사항으로서 금지하지는 않지만, 교섭테이블에서 이를 토론할 것인가 하는 것은 대표(designated representatives)와 소방서장(department heads)을 통해 표현되는, 유권자에 의한 선택이다. 시 고용관계에 있어서 교섭테이블은 공공정책의 형성 또는 관리를 위한 적절한 형태가 아니다. 결정이 필연적으로 공공정책의 선택과 관련된다면 어떠한 그룹도 배타적 대표로서 행동하지 않아야 한다. 즉 토론은 공개되어야 하고, 공공정책은 정기적인 정치적 과정을 통해 모양이 만들어져야 한다”고 하였다.

한편, 연방부문 근로자의 단체교섭사항은 임금, 휴가, 연금 및 건강급여를 포함한 사항들이 법으로 정해져 있기 때문에 극히 제한되게 된다. 노동조합은 일반적으로 절차적 사항에 대해서 교섭할 수 있다.³⁸⁾

37) 87 Wis.2d 819, 832, 275 N.W.2d 723, 729-30 (1979).

38) 5 U.S.C. section 7106(b).

IV. 단체행동권의 일반적 금지에서 필수서비스 근로자에 한정한 제한으로

1. 일반적으로 금지되는 행위

공공부문 근로자의 단체행동권(파업 기타 협동행위를 할 권리, *strikes and other concerted activities*)은 헌법상의 권리가 아니며,³⁹⁾ <표 1>에서 보듯이 대부분의 주들은 공공부문 근로자의 단체행동을 법률이나 관례법으로 금지한다. 보통법상 연방근로자의 파업은 법률이 명백하게 인정하지 않는 한 불법이며,⁴⁰⁾ 의회는 보통법의 이러한 원칙을 유지하면서 오히려 강화하는 입법을 하여 왔다. 연방은 1971년까지 연방정부에 대항한 파업참가자들을 해고하였고⁴¹⁾ 중죄로 다스렸다.⁴²⁾ 게다가 연방정부에 대한 파업은 부당노동행위라 보고⁴³⁾ 파업에 관여한 노조의 배타적 교섭대표 지위를 박탈하였다.⁴⁴⁾ 모든 연방정부 근로자들은 법률에 의해 파업을 하지 않을 것임을 맹세하도록 요구되었다. 미국의 법원은 공공부문 근로자의 파업을 금지하는 법률이 위헌이라는 주장을 배척하고,⁴⁵⁾ 보통법에 따라 파업을 금지명령(*injunction*)으로 제한하였다. 다만, 파업에 대한 처벌은 형사고소에서부터 처벌로 보기 어려울 정도로 가벼운 것에 이

39) *United Federation of Postal Clerks v. Blount*, 325 F. Supp. 879, *aff'd* 404 U.S. 802 (1971); *City of New York v. De Lury*, 23 N.Y.2d 175 (1968); *City of Manchester v. Manchester Teachers Guild*, 100 N.H. 507, 131 A.2d 59 (1957).

40) *United Fed'n of Postal Clerks v. Blount*, 325 F. Supp. 879, 882 (D.D.C.), *aff'd mem.*, 404 U.S. 802 (1971).

41) 5 U.S.C. section 7311 (1982)

42) 18 U.S.C. section 1918 (1982).

43) *Id.* section 7116(b)(7)(A).

44) *Id.* section 7120(f).

45) *Dorchy v. Kansas*, 272 U.S. 306 (1926) (*due process*); *United States v. Greene*, 697 F.2d 1229, 1233-34 (5th Cir.) (*impermissible vagueness*), *cert. denied*, 103 S. Ct. 3542 (1983); *United Fed'n of Postal Clerks v. Blount*, 325 F. Supp. 879, 883 (D.D.C.) (*equal protection*), *aff'd mem.*, 404 U.S. 802 (1971).

르기까지 매우 다양하다.

2. 반 파업 룰에 대한 헌법적 근거에 기초한 공격들

헌법적 근거에 기초한 다양한 공격이 반 파업 룰에 대항해 만들어져 왔다. 예컨대 이러한 룰은 미국 연방헌법과 각 주의 헌법 양자에 포함되어 있는 비자발적 노예상태 금지를 위반한다고 주장되었다. 적법절차와 법의 평등보호라는 헌법적 보호 장치들을 위배하는 것이라고도 주장되었다. 그러나 이러한 주장들은 그다지 성공적이지 못하였다. 예컨대 비자발적 노예상태에 대한 헌법적 금지 위반이라는 주장은 대개 공공부문 근로자들은 항상 그들의 근로관계를 끝낼 수 있기 때문에 그들 의사에 반해 반 파업 룰을 강요받는다고 할 수 없다는 근거에서 기각되었다.⁴⁶⁾ 적법절차 거부라는 주장은 미국 연방헌법 제14수정조항이나 특정 주의 헌법상의 권리조항 어느 것도 절대적인 파업권을 헌법적으로 부여하는 것이 아니라는 판례법에 의해 기각되었다.⁴⁷⁾ 법의 평등보호에 근거한 주장들은 공공부문과 민간부문 근로자 간의 분명한 구별이 존재(공공부문 근로자는 민간부문 근로자와 달리 파업권이 거부될 수 있다는)한다는 근거를 일반적으로 파기하는 것이다.⁴⁸⁾ 통상 특정 상황 하에서의 피케팅이 헌법상 표현의 자유로서 보호된다고 하더라도, 공공부문 근로자에 의한 파업과 같은 불법적인 피케팅은 제한되며 적절하게 금지될 수 있다고 판시되었다.⁴⁹⁾

46) Pinellas County Classroom Teachers Asso. v. Board of Public Instruction(1968, Fla) 214 So. 2d 34; School Dist. v. Holland Education Asso.(1968) 380 Mich 314, 157 N.W.2d 206.

47) New York v. De Lury(1968) 23 N.Y. 2d 175, 295 N.Y.S.2d 901, 243 NE.2d 128, application den 23 N.Y.2d 766, 296 N.Y.S.2d 958, 244 NE.2d 472, app dismd 394 U.S. 455, 22 L. Ed. 414, 89 S. Ct. 1223, reh den 396 U.S. 872, 24 L. Ed. 126, 90 S. Ct. 37; Adkins v. Myers(1968) 15 Ohio Misc 91, 44 Ohio Ops 2d 266, 239 NE.2d 239, affd Abbott v. Myers, 20 Ohio App 2d 65, 49 Ohio Ops 2d 85, 251 NE2d 869.

48) School Dist. v. Holland Education Asso(1968) 380 Mich 314, 157 N.W.2d 206; New York v. De Lury(1968) 23 N.Y.2d 958, 244 NE.2d 472, app dismd 394 U.S. 455, 22 L. Ed. 414, 89 S. Ct. 1223, reh den 396 U.S. 872, 24 L. Ed. 126, 90 S. Ct. 37.

49) Internation Longshoremen's Asso. v. Georgia Ports Authority(1962) 217 Ga. 712, 124 S.E.2d 733, cert den 370 U.S. 922, 8 L. Ed. 503, 82 S. Ct. 1561; School

반 파업 룰은 또한 ‘정치적’ 능력범위 내에서의 정부 활동과 그러한 활동이 독점적이라는 것을 구별하여 공격되기도 하였다. 공공부문 근로자에 의한 파업은 만약 정부의 활동이 순수하게 본질적으로 정치적이려면 금지될 수 있지만 그러한 파업은 정부가 독점적 역할을 할 때는 허용되어야 되어야 한다고 주장되었다. 이러한 공격 또한 성공하지 못했다. 법원은 정치능력과 독점능력 간의 구별은 중요하지 않고 공공부문 근로자의 파업에 관한 한 정부의 모든 기능과 활동은 적절하게 정치적이라고 간주된다고 선언하였다.⁵⁰⁾

3. 파업금지에서 허용으로

공공부문 근로자에게 파업권을 부여하는 것에 반대하는 의견은 첫째로 경찰관, 소방관, 교도관은 필수서비스를 제공하는 자들이고, 이들에게 파업권을 보장하는 것은 당해 파업이 성공적이지 못한 것이라도 인내할 수 없는 혼란을 가져올 수 있다고 한다. 단순한 혼란 이상의 심각한 위험을 이야기하는 경우도 있다. 즉 공공부문 근로자들이 파업권을 이용해서 정부로부터 금전적으로 무리한 요구를 하는 것으로 나아갈 수 있다고 한다. 또 다른 주장은 ‘주권(right of the sovereign)’이다.⁵¹⁾ 즉 정부는 미국 국민의 조직이며 그 기능을 수행하게 되어 있는 사람들은 그것을 방해할 수 없다고 한다. 나아가 정부서비스에의 요구는 탄력성이 없다는 주장도 있다. 즉 개인들이 그러한 서비스를 소비하지 못하

Dist. v. Holland Education Asso. (1968) 380 Mich 314, 157 N.W.2d 206; Adkins v. Myers (1968)

50) Los Angeles v. Los Angeles Bldg. & Constr. Trades Council (1949) 94 Cal. App. 2d 36, 210 P.2d 305, later app 109 Cal. App. 2d 81, 240 P.2d 16; Cleveland v. Amalgamated Asso. of Street, etc. (1949, CP) 41 Ohio Ops 236, 57 Ohio L. Abs. 173, 90 NE.2d 711; Alcoa v. International Brotherhood of Electrical Workers (1957) 203 Tenn 12, 308 S.W.2d 476; South Atlantic & Gulf Coast Dist. etc. v. Harris County-Houston Ship Channel Navigation Dist. (1962, Tex. Civ. App.) 358 S.W.2d 658, error refnre, cert den 372 U.S. 975, 10 L. Ed. 142, 83 S. Ct. 1111; Port of Seattle v. International Longshoremen's & Warehousemen's Union (1958) 52 Wash. 2d 317, 324 P.2d 1099.

51) 예컨대 Norwalk Teachers' Ass'n of Board of Educ., 138 Conn. 269, 83 A.2d 482 (1951); H. WELLINGTON & WINTER, *THE UNIONS AND THE CITIES*, Brookings Institution, 1971, pp.36-41.

고 정부가 그것을 제공할 수 없게 되면 민간부문은 그 부분을 채워주지 못한다는 것이다. 사람들이 공무원이 파업과 같은 근로중지행위를 끝내라는 압력을 강하게, 그리고 즉각적으로 행사한다는 것이다. 민간부문과 달리 공공부문 사용자는 이윤(이익)을 만들 필요를 느끼지 못하고,⁵²⁾ 그들은 어떠한 증가된 비용도 예산감축으로 내몰릴 수 있다는 것을 안다고 본다. 따라서 공공부문 사용자들은 그러한 노조의 요구가 합리적인지 판단하지 않고 곧바로 노조의 요구에 응할 수 있다고 본다.

이상의 시나리오에 근거한 미국 법원의 논리는 공공부문 근로자의 힘을 너무 과장하였고 곧 비판에 직면하였다.⁵³⁾ 결국 필수서비스 근로자와 관련한 첫 번째 주장을 제외하고 나머지 주장들은 설득력을 잃어갔다. 파업은 예컨대 경찰 공무원처럼 각 정부 근로자들의 서비스가 민간부문 서비스보다 필수적이라고 고려되기 때문에, 또한 공공부문 사용자의 유력한 수입원이 파업과 같은 근로중지행위에 의해 영향 받지 않는 세금이라는 것 때문에 금지된다. 입법으로 공공부문 근로자에게도 파업권을 확대하여야 한다는 주장이 많아진 배경이며, 예외는 필수서비스 근로자와 공중의 건강 또는 안전에 현저한 위협을 야기하는 경우 두 가지로 압축된다.

대표적으로 캘리포니아가 이러한 예를 보여주고 있다. County Sanitation District No. 2 v. Los Angeles County Employees' Ass'n, Local 660 사례⁵⁴⁾에서, 캘리포니아 대법원은 전통적으로 공공부문 근로자의 파업을 금지하는 데 이용되었던 이유들이 불충분하다고 판시하였다. 법원은 그러므로 “공공부문 근로자에 의한 파업은 그것이 명백하게 공공의 건강과 안전에 실질적이고 구체적인 위협을 야기한다고 입증되지 않는 한 또는 입증될 때까지 보통법상 불법은 아니다”라고 결론지었다. 무엇을 입증하여야 파업이 “공공의 건강과 안전에 실질적이고 구

52) Manchester v. Manchester Teachers Guild(1957) 100 NH. 507, 131 A.2d 59; Pawtucket v. Pawtucket Teachers Alliance(1958) 87 RI. 364, 141 A.2d 624; Alcoa v. International Brotherhood of Electrical Workers (1957) 203 Tenn. 12, 308 S.W.2d 476.

53) Teachers board of Pub. Instruction, 69 L.R.R.M. (BNA) 2466, 2469 (Fla. 1968); Board of Educ. v. Shanker, 54 Misc. 2d 941, 943-44, 283 N.Y.S.2d 548, 552-53 (Sup. Ct. 1967).

54) 38 Cal.3d 564, 699 P.2d 835 (1985)

체적 위험을 야기한다”고 보아야 하는가에 대한 의문이 예컨대 교사, 위생, 도시서비스 및 철도 조정사, 사무직 근로자들에 대해서 발생한다. 공공부문 근로자의 파업을 허용하는 주에 있어서도 경찰관, 교도관, 소방관 같은 공공안전 관련 필수서비스 근로자들이 적용 제외되고 있다는 것이다. 미네소타는 필수서비스 근로자들의 파업은 금지하지만 나머지 공공부문 근로자의 파업은 무제한으로 인정한다.

현재 총 12개 주(그룹 1~3)가 법률 또는 판례법에 의해 ‘제한된 파업권’을 인정한다. ‘제한된 파업권’이란 파업 전 사전통지를 하여야 한다든지 냉각기간을 거쳐야 하는 등의 제한이 따른다는 의미이자, 아래에서 살펴볼 대안적 분쟁 해결절차를 따라야 한다는 의미이다. 나아가 미시간의 경우 공공부문 근로자의 파업이 미시간법에 의해 금지됨에도 불구하고 미시간 법원은 불법파업이 “폭력, 회복할 수 없는 손해, 또는 평화의 침해라는 증거가 없는 한” 금지명령을 발하지 않는다.⁵⁵⁾ 따라서 미시간에서 공공부문 근로자들은 사실상의 파업권을 향유하기 때문에 총 13개 주에서 파업권이 인정된다고 보아도 된다.

나아가 공공부문 근로자에 의한 파업은 그 같은 파업이 불법이라고 보는 주에서도 그 사안의 어떤 특별한 상황(certain special circumstances) 때문에 금지될 수 없는 것으로 간주된다. 예컨대 교사를 비롯한 공공부문 근로자의 파업이 금지되는 법률을 가진 주에서, 법원은 교사들의 파업을 금지하지 않고 지적하기를, 문제되는 법률이 모든 사례에서 금지명령을 발할 것을 강제하지 않는다고 하였다. 법원은 항소심 기록이 극단적으로 불충분하고 어떠한 증거도 임시 금지명령의 적용을 위한 심리절차에서 취해진 바 없으며 하급심은 단지 금지명령을 발하지 않으면 계획된 개강 일에 학교 문을 열 수 없을 것이라는 것만을 제시하였다고 보인다면, 파업 교사들에 대해 금지명령을 발할 정당화 요인이 없다고 보았다.⁵⁶⁾ 또는 특정 주의 반 금지명령 법률(anti-injunction statute, *litte Norris-La Guardia Act*)의 적용에서 배제되지 않는다는 이유에서 특정 공공부문 근로자의 파업이 허용된다고 판시하기도 하였다.

55) *School Dist. v. Holland Educ. Ass'n*, 380 Mich. 314, 326, 157 N.W.2d 206, 210 (1968).

56) *School Dist. v. Holland Education Asso.* (1968), 380 Mich 314, 157 N.W.2d 206.

4. 소방관의 경우

모든 주가 파업을 금지하는 자는 교도관·경찰관·소방관인데, 소방관의 경우에는 부분적으로 이를 긍정한 아이다호의 예외적 판결이 있다. 일반적으로 시의 소방관이 시를 상대로 파업에 참여하는 것은 판례법상 금지된다. *Rockford v. International Asso. of Firefighters* 사례⁵⁷⁾에서, 원고 시는 피고인 소방관들의 노조와 그 조합원이 시를 상대로 파업에 참여하는 것을 막기 위한 임시 금지명령을 구하였고 승소하였다. 그리고 이 금지명령은 피고들이 파업이나 어떠한 형태의 근로중지행위에 참여하는 것, 시청 또는 소방관서에서의 피케팅, 그리고 시청 또는 소방관서에서의 출입을 방해하거나 막는 행위를 금지한 것이다. 항소심에서 공공부문 근로자에 의한 파업을 금지한 주된 이유가 정부 기능이 방해되거나 차단되어서는 아니 된다는 것이냐는 일반적 사항에 대해서는 양 당사자가 다투지 않았다. 그러나 피고는 문제된 참가자들이 노동분쟁 상태에 있는 것이고 파업을 한 것이 아니라고 주장하였다. 이러한 주장을 기각하고 금지명령을 내림에 있어서, 법원은 처음으로 파업은 더 나은 근로조건을 획득하기 위한 노력의 일환으로 행해지는 근로자에 의한 근로중지행위라고 정의하였다. 법원은 피고 소방관들이 파업에 참가하였다는 것을 의심하지 않는다고 하였다. 그들의 근로중지행위가 완결되지 않았다는 사실은 중요하지 않으며 피고의 분명한 목적이 그들의 서비스를 중지함으로써 그들의 요구를 깨닫게 하는 것이었다는 사실도 변화시키지 못한다. 게다가 법원은 시가 금지명령을 받기 위해 화재가 발생할 때까지 기다려야 할 필요도 없다고 보았다. 파업에 참가한 것을 이유로 피고 시로부터 부당하게 해고된 시 소방관이 확인판결을 받고자 했던 *Garavalia v. Stillwater* 사례⁵⁸⁾에서, 법원은 원고가 공공부문 근로자에 의한 파업을 명백히 금지하고 있는 법률을 위반하고 시 당국을 상대로 한 불법 파업에 가담했다는 하급심 판결을 그대로 받아들였다. 아이다호 법원은 소방관에 대해서도 구 단체협약의 종료와 새 단체협약의 시작 이전의 기간 동안에는 파업이 금지되지 않는다고 보고 있다.⁵⁹⁾

57) 98 Ill App 2d 36, 240 NE.2d 705 (1968).

58) 283 Minn 335, 168 N.W.2d 336 (1969).

59) Local 1494, Int'l Ass'n of Firefighters v. City of Coeur kalene, 99 Idaho 630, 586

V. 미국의 대안적 분쟁해결절차

상대적으로 많은 수의 공공부문 근로자들이 단체교섭권까지 인정받고도 민간부문 근로자와 달리 파업 기타 협동행위를 할 권리를 인정받지 못하여 교섭결렬시 이를 타개할 효율적이고 자조적인 수단을 가질 수가 없다. 그리하여 많은 주들은 조정(mediation)과 사실조사(fact-finding)를 통해 단체협약 체결가능성을 높이려는 시도를 해왔다. 파업권이 금지된 채 단체교섭만 인정받은 주에서는 조정-중재(med-arb), 선택형 최종제안 중재(final offer)와 같은 변형된 형태의 중재도 조정·사실조사와 함께 활용되어 왔다. 반면 파업권까지 보장하는 주에서는 근로자의 권리가 보다 신장되어 있고 소위 필수서비스 근로자를 제외한 제한적 파업권의 보장이기 때문에 조정이나 사실조사 같은 구속력 없는 절차만을 활용한다.

당초 미국은 중재를 통해 공공부문의 교섭결렬시 이를 타개하려고 하였다. 그러나 이제 중재는 소위 경찰관, 교도관, 소방관과 같은 최소한의 집단에서만 활용되고 있으며, 그 형태도 조정-중재, 선택형 최종제안 중재 등으로 변화했다. 공공부문에서의 문제를 공공부문 사용자가 일방적으로 해결(임금, 근로조건의 일방적 결정)하는 것도 가능했지만, 법원은 공공부문 근로자든 민간부문 근로자든 모두 ‘기본적이고 헌법적으로 보호되는’ 노조 결성 및 가입권과 단체교섭을 위해 대표를 선출할 권리를 가지고 있다고 확인해 왔기 때문에 강제중재는 변화해 온 것이다. 또한 파업금지 논리가 설득력을 잃어감에 따라 강제중재는 더욱더 힘을 잃었다.

조정은 일반적으로 민간부문보다 공공부문에서 더 흔하게 사용된다. 거의 모든 단체교섭법령들이 교섭결렬 시 이를 타개하기 위한 첫 번째 단계로서 조정을 요청하고 있다. 예컨대 뉴욕 주의 경우 평균 30%의 교섭이 교착상태에 빠지고 이 경우 조정을 의무화하고 있다. 다른 주들은 이보다는 낮은 수치의 조정의

준도를 보여주지만 모든 주들이 민간부문보다 높은 수치의 조정의준도를 보고하고 있다.⁶⁰⁾ 한편 공공부문에서 단체교섭 요구가 점점 커지는 반면 일반적으로 이익중재는 선호하지 않기 때문에 대부분의 주들은 파업권과 강제중재 간의 타협의 산물로서 사실조사에 맡기는 쪽을 선택하기도 한다.

경찰관, 교도관, 소방관에게 사용되는 중재도 주의를 요한다. 중재안을 도출할 때 두 가지 방식의 접근법이 이용되는데, 조정-중재 접근법과 사법 결정식(judicial decision-making) 접근법이 그것이다. 조정-중재 접근법은 조정으로 시작하지만 노사 간 합의가 안 될 경우 조정자가 즉시 어떤 결정을 내릴 수 있는 권한을 노사 당사자들이 부여함으로써 대부분 마지막 단계에서 조정자가 노사 양쪽의 무언의 동의를 구한 결정을 내리는 조정과 중재서비스가 혼합된 접근법을 말한다. 반면 사법 결정식 접근법은 중재에서 중재자가 사안의 사실(facts)에 초점을 맞추어야 한다고 보며, 양 당사자의 단체교섭력이나 선호에 전혀 영향을 받지 않게 된다. 사법 결정식 접근법보다는 조정-중재 접근법이 많이 채택되고 있는데, 그 이유는 조정-중재는 중재를 단체교섭 과정의 연장으로 보아 중립자가 당사자들이 받아들일 만한 중재안의 모양을 만들었기 때문인데 이러한 이유가 현재까지 중재 형태를 유지할 수 있게 했던 배경이다.

VI. 결 론

1. 공공부문 근로자 근로삼권의 헌법적 보호 가능성

미국 공공부문 근로자의 단결권은 헌법상 권리이다. 그리고 그리 성공적이지는 못하였지만 미국 법원에서 공공부문 근로자의 단체교섭권 및 단체행동권도 헌법적 보호를 받는다는 주장이 제기되어 왔다. 단결권은 결사의 자유에 내포된 권리로서 공공부문을 민간부문과 구별해서는 안 된다는 것을 보여주고 있

60) Harry C. Katz, Thomas A. Kochan & Alexander J. S. Covin, *An Introduction to Collective Bargaining and Industrial Relations*, McGraw-Hill International Edition, 2008, p.234.

다. 그러나 미국은 단체교섭권 및 단체행동권에 있어서는 공공부문을 민간부문과 구별함으로써 이들 권리가 헌법적 권리로 인정받지 못하고 있다.

국제노동기구(ILO)는 단결권 보장은 그 직무가 일반적으로 정책입안이나 관리기능으로 간주되는 상위직 종사자 또는 고도의 기밀유지를 요하는 직종에 종사하는 공무원에 한해서만 단결권을 법률로 유보할 수 있다고 ‘공공부문의 단결권보호·고용조건에 관한 협약(ILO 제151호 협약)’에서 확인하고 있다. 또한 ‘결사의 자유 및 단결권 보호협약(ILO 제87호 협약)’ 등은 단결권 보장에 있어 공공부문이 민간부문과 구별이 없어야 함을 확인하고 있다.⁶¹⁾ 미국의 예는 국제노동기구 협약을 따르고 있는 것으로 보인다.

우리나라 공공부문 근로자는 공무원인 근로자와 공무원이 아닌 자로 나누어 볼 수 있고, 여기서 특별취급을 받는 공무원인 근로자는 헌법 제33조 제2항이 “법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 함으로써 법률상 창설되는 근로삼권의 일부를 향유한다. 「공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」을 2005년 1월 27일 법률 제7380호로 제정, 6급 이하 일반직 공무원과 이에 준하는 공무원 등 일부 공무원에 한해 단결권 및 단체교섭권을 보장하고 있다. 이러한 입법이 있기까지 우리 법원은 공무원인 근로자는 일반 근로자와는 다르다는 구분법을 취해 왔다.⁶²⁾ 우리가 공무원의 특수성을 인정하는 각종 근거들이 미국에서는 폐기되었다는 점을 확인하게 되었기 때문에, 또 다른 근거가 제시되지 않는 한 공공부문 근로자의 단결권은 민간부문 근로자의 그것과 구분하여 헌법적 권리가 아니라고 볼 근거가 없다고 판단된다.

한편 미국의 논의를 통해 볼 때 공공부문 근로자(우리의 경우 공무원)의 단체교섭권이 헌법적 보호를 받을 수 없다는 주장은 이른바 필수서비스 근로자를 제외하고는 근거가 매우 약하다. 미국에서 우려를 낳았던 또 다른 근거로서, 선출직 정부 공무원의 정치적 압력행사 가능성은 이른바 미국 공무원에 관한 것

61) 경찰과 군대에 한해 각국의 법률에 위임하고 있을 뿐 이들에 대해서도 금지한다는 취지는 아니다.

62) 헌법재판소 1992. 4. 28 선고, 90헌바27 내지 42, 44 내지 46, 92헌바15(병합); 헌법재판소 1993. 3. 11. 선고, 88헌마5 결정; 대법원 1990. 4. 10 선고, 90도332 판결; 대법원 1990. 9. 11. 선고, 90도1356 판결 등.

으로 이들은 결과적으로 관리직으로서 관련법에서 적용 제외되어 있고 우리의 경우는 애당초 공무원의 법적 지위가 다르다.⁶³⁾ 결론적으로 우리의 경우를 보면 단체교섭의 틀이 아닌 정치적 민주주의 과정을 거쳐야 할 근거를 발견하기 어렵다는 이야기이고, 그 밖에 달리 볼 근거를 미국에서 발견하기 어렵기 때문에 우리 공무원의 단체교섭권은 헌법적 권리성을 가지고 있다고 보아야 한다. 필수서비스 근로자들에 대한 예외적 취급만이 합당할 것이다.⁶⁴⁾

마지막으로 단체행동권과 관련하여 미국은 일면 공무원은 물론 우리나라의 공익사업 근로자까지 단체행동권을 제한하는 듯 보이지만, 실은 필수서비스 근로자 및 공중의 건강 또는 안전에 현저한 위험을 야기하는 경우에 한해 제한하는 경향 때문에 논리적으로 정당화되고 있다. 금지명령도 여러 가지 제한이 따른다는 것이 미국 법원이고, 모든 주가 파업을 금지하는 필수서비스 근로자는 경찰관, 교도관, 소방관(소방관에 대해서는 국제노동기구 기준에 의하면 제한이 어렵다는 점과 아이다호 법원의 예외적 판결에 주의)이다.

2. 결사의 자유와 단결권의 관계 정립

국제노동기구의 ‘결사의 자유 및 단결권 보호협약’이라는 표현에서도 알 수 있듯이, 미국을 비롯한 유럽 국가들은 단결의 자유는 결사의 자유에 내포되어 있거나 같은 차원의 권리로 파악하고 있다. 그러나 우리 헌법은 제21조에서 결사의 자유를 보장하지만 단결권 등 근로삼권에 대해서는 헌법 제33조에서 별도로 규정하여, 전자는 자유권으로, 후자는 사회적 보호 기능을 담당하는 자유권 또는 사회권적 성격을 띤 자유권이라고 본다.⁶⁵⁾

노동조합을 결성·가입하거나 단체교섭을 목적으로 한 과반수노조의 선출에 관한 사항이 미국의 공공부문 근로자의 단결권의 내용이다. 우리나라의 공무원 노조의 설립 및 운영에 관한 법률도 같은 내용을 보장하고 있다. 그렇다면 우리 공공부문 근로자의 단결권은 결사의 자유 보장에 의해 이미 헌법적으로 보장되고 있는 것인가(예, 자유권적 성격은 이미 보장되고 있는가), 아니면 헌법 해당

63) 서론 각주 1) 참조

64) 필수서비스 근로자 개념 등에 대해서는 이하 논의 참조

65) 헌재 1998. 2. 27, 94헌바13·26, 95헌바44(병합) 참조

조항에 의해 단결권도 법률상 창설되는 권리인가. 결사의 자유와 단결권의 관계에 대한 본격적 연구가 필요하며, 적어도 단결권은 결사의 자유 보장처럼 헌법적 권리가 되어야 할 것으로 보인다.

3. 단체교섭사항

공공부문 근로자의 단체교섭과 관련하여 기본적으로 미국은 교섭권과 협약 체결권을 분리하지 않는 국가이며 많은 부분 민간부문 단체교섭을 모델로 하였다. 민간부문처럼 임금, 근로시간, 기타 근로조건을 의무적 교섭사항으로 하였으며 사용자에 의한 임의적 수당(benefit), 작업량, 휴가 또는 병가 등도 포함된다고 판시한다. 그에 비해 우리나라는 교섭사항을 그 노동조합에 관한 사항 또는 조합원의 보수, 복지, 그 밖의 근무조건에 관한 사항으로 하여 민간부문과 선을 그었다. 또한 교섭을 하고 단체협약을 체결하였더라도 예컨대 보수에 관한 사항이 법령, 조례, 예산으로 규정되는 내용과 법령, 조례의 위임을 받아 규정되는 내용이면 효력을 갖지 못한다는, 단체협약체결권 부인 규정을 두고 있다. 미국에서 근무조건 법정주의 때문에 단체교섭이 극히 제한되는 지들은 미국 연방부문 근로자에 한정된다.

많은 주들은 직무변경, 학급 규모, 승진, 하도급, 흡연금지정책, 약물테스트, 경제적 이유에 의한 해고 등과 같은 사항이 의무적 교섭사항이 아니라고 본다. 그리고 이들 사항은 민간부문처럼 단체교섭의 의무적 교섭사항인지 여부를 판단할 것이 아니라 정치적 민주주의 과정을 통해 결정되는 것이 옳다고 본다. 그러나 이 사항들은 앞서 언급한 바와 같이 단체교섭의 틀하에서 세 가지 카테고리 중 어느 하나의 문제로 보아야 한다고 생각한다. 이른바 우리의 예산 관련 사항과 관련하여 시사점이 있다.

4. 필수서비스 근로자 개념 및 필수유지업무 개념 재정리

공무원인 근로자 중 이른바 필수서비스 근로자 개념을 추출해내야 한다고 보인다. 미국은 이른바 경찰관, 교도관, 소방관(아이다호의 예외적 판결에 주의)

에 한정해 모든 주가 파업권을 금지하고 중재의 대상이 될 수 있다고 본다. 나머지 공공부문 근로자의 경우에는 파업권 금지의 이유들이 불충분하다고 보고 따라서 파업권을 허용하며 구속력 없는 대안적 분쟁해결절차에 의해 해결을 도모한다. 예컨대 우리나라의 경우는 교정·수사 또는 그밖에 이와 유사한 업무에 종사하는 공무원의 경우 노조가입 자체부터 금지한다(「공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」 제6조 제2항). 그러나 변형된 중재절차의 활용을 통해 단체교섭권까지 허용하는 것이 가능하다고 보인다.

한편, 이 글에서 본격적으로 논의하지는 않았으나 우리나라는 이른바 필수유지업무 개념을 도입하여 필수공익사업 중 일부 업무는 파업권을 부여하지 않는다. 미국을 통해 보면 예컨대 우리나라의 대표적 필수공익사업인 철도에 대해서 필수유지업무 개념은 도입하지 않았다. 모든 철도 근로자의 파업권이 보장된다. 필수공익사업 중 필수유지업무를 각 추출하였는데 모든 필수공익사업에 대해 필수유지업무 개념을 도입하여야 했는지 재검토가 요구된다.

5. 진정한 의미의 대안적 분쟁해결 절차의 정비

미국의 근로삼권 보장 역사를 통해 보면, 그 권리성을 획득하는 데 있어 대안적 분쟁해결절차는 매우 중요한 의미를 가진다. 조정·중재 등이 대안적 분쟁해결절차로 일컬어지는 이유는 근로삼권과 관련되지만 각 권리를 제한하지 않기 때문이다. 미국은 공공부문 근로자의 파업권까지 인정되는 경우에는 조정·사실조사와 같이 파업권을 제한하지 않는 형태의 것만을 이용한다. 단결권 및 단체교섭권을 인정하는 경우에는 조정, 사실조사 외에 중재도 활용되지만 중재에의 거부감 때문에 조정·중재, 선택형 최종제안 중재 등의 변형된 중재형태를 활용한다. 단체교섭권까지 인정하는 연방부문을 예로 들면 조정 양 당사자의 동의를 전제로 한 중재 등이 활용되고 있다.

우리나라는 공무원인 근로자의 경우에는 조정과 중재절차를 규정하고 있다(「공무원의 노조 설립 및 운영에 관한 법률」 제12조 내지 제16조). 비교법적으로 볼 때 우리나라 공무원인 근로자는 단체교섭권까지 인정되므로 교섭결렬 시를 고려하여 중재를 채택하는 것은 무리가 없어 보인다. 하지만 교섭쟁점을 중

재로 넘기는 일은 그리 선호되는 것이 아니라는 이유에서 중재제도를 변형·발전시켜 온 것이 미국이라는 점에서 내용적인 면에 주목할 필요가 있다.

한편 미국 공공부문 가운데 운송, 공중위생 등은 우리나라의 공익사업으로서 긴급조정 및 중재 등이 인정되고 있다(「노동조합 및 노동관계조정법」 제71조 내지 제80조). 이러한 절차들은 이른바 공익을 고려한 절차들이다. 우리나라 공익사업의 경우는 근로삼권이 전면적으로 허용되기 때문에(필수공익사업 중 필수유지업무 제외) 그 권리보장의 수위로 볼 때 중재 제도는 활용되지 않아야 할 것으로 보인다.

참고문헌

강현주. 「미국의 교원노사관계」. 『교원노사관계의 합리적 개선방안에 관한 연구』. 한국노동법학회 · 전국교직원노동조합, 2010.

_____. 『미국의 대안적 노동 및 고용 분쟁 해결시스템(ADR)』. 한국노동연구원, 2011.

전명숙. 『미국 공공부문 노동운동과 단체교섭 및 분쟁해결방식에 관한 연구』, 한국노동연구원, 2003.

Harry, C. Katz, Thomas A. Kochan and J. S. Alexander. Covin. *An Introduction to Collective Bargaining and Industrial Relations*. McGraw-Hill International Edition, 2008.

Joseph, E. Slater. *Public Workers*. Cornell University Press, 2004.

McCann and Smiley. “The National Labor Relations Act and the Regulation of Public Employee Collective Bargaining.” 13 *HARV. J. ON LEGIS.* 479, 1976.

WEITZMAN, J. *THE SCOPE OF BARGAINING IN PUBLIC EMPLOYMENT*. Lexington Books, 1975.

WELLINGTON, H. & R. WINTER. *THE UNIONS AND THE CITIES*. Brookings Institution, 1971.

abstract

Public Employees' Rights (Right to Unionize, Right to Collective Bargaining, Right to Strike and Concerted Activities) and ADR procedures in the United States

Hyun Joo Kang

While the U.S. Constitution does not specify the public employees the right to unionize, public employees' right to unionize is protected under the First Amendment of the U.S. Constitution. Right to unionize is a Constitutional right derived from the freedom of association, and employees in both the public and private sectors need not be treated differently.

In the United States, however, there still exists a fine line between the private and public sector, and public employees continue to experience restrictions in areas of subjects of bargaining, and right to strike and concerted activities. According to statutes and case laws, the right to collective bargaining, for example, may be viewed and affirmed as a Constitutional right, but what is rightfully considered so in the private sector still does not necessarily apply in the public sector. Moreover, not only have numerous states' efforts to protect public employees' concerted activities and their right to strike been unsuccessful, statutes and case law both prohibit such activities.

Upon closer examination, however, 1) the right to collective bargaining should not be fully restricted but embraced and exercised by public employees as done by their counterpart in the private sector, and 2) strike and concerted activities may be restricted to employees in the so-called essential service sectors (e.g., law enforcement officers, fire fighters, policemen) where safety is at high risk.

Further, most jurisdictions that allow public employees the right to collective bargaining, but prohibit them the right to strike, resolve the impasse of the negotiation process through ADR (Alternative Dispute Resolution) procedures.

Jurisdictions that give public employees the right to strike also require ADR procedures.

In jurisdictions that public employees have the right to strike, the ADR procedures mean mediation and fact-finding, which are not binding. Mediation and fact-finding are commonly used in the public sector rather than the private sector. Because of disfavor, interest arbitration is used for essential employees after fact-finding process. In the interest arbitration, the med-arb approach is preferred rather than the judicial decision-making approach, because advocates of med-arb regard interest arbitration as the extension of the collective bargaining process and shape the award to be acceptable to both parties.

Keywords : public sector, public employees' rights (Right to Unionize, Right to collective bargaining, right to strike and concerted activities), essential services, subjects of bargaining, Alternative Dispute Resolution (ADR) procedures