



공익서비스 파업에서 최소업무의 유지 : 독일

박귀천 (독일 요한볼프강괴테대학교 노동법 박사과정)

■ 공익사업 종사근로자의 파업권

독일법상 집단적 노사관계에 관하여 규율하고 있는 유일한 법률은 단체협약법(Tarifvertragsgesetz)이고, 쟁의행위의 개념, 내용 등 쟁의행위에 관한 사항을 규정하고 있는 법률은 존재하지 않는다. 다만 근로자의 단결권에 대하여 규정하고 있는 기본법(Grundgesetz) 제9조 제3항¹⁾을 법적 근거로 하여 근로자의 파업권은 헌법상 보장되는 권리라는 점이 일반적으로 인정되고 있고²⁾ 연방노동법원의 판례³⁾와 학설 및 실무 등에 의해 쟁의행위의 개념, 정당성 여부, 제한 등에 관한 중요한 기준 및 원칙들을 정하는 ‘노동쟁의법(Arbeitskampfrecht)’이 사실상 형성되어 왔다.⁴⁾

1) 기본법 제9조 제3항은 “근로조건 및 경제조건 유지 및 지원을 위하여 단체를 결성할 권리는 누구에게나 그리고 모든 직업에 대하여 보장된다. 이러한 권리를 제한하거나 방해하려는 약정은 무효이고 이를 목적으로 하는 조치는 위법이다. 제12조a(병역의무 관련 규정), 제35조 제2항 및 제3항(법률상 부조 및 공무원 협조, 재난구조 관련 규정), 제87조a 제4항(병력 관련 규정), 제91조(연방 또는 주의 존속 위협의 방지 관련 규정)에 따른 조치들은 근로조건 및 경제조건 유지 및 지원을 위하여 위 1문에서의 단체에 의해 주도된 노동쟁의에 반하는 것을 목적으로 하여 행해져서는 안된다”라고 규정하고 있다.

2) BVerfG v. 1991.6.26.

3) BAG GS 1955.1.28., EzA Art.9 GG Arbeitskampf Nr.37, Nr.97 등.

4) Hanau · Adomeit(2005), Arbeitsrecht 13.Auflage, S.83.

노사 자율에 의한 협약자치에 대한 보장을 중시하는 독일의 집단적 노사관계법상의 기본 정신은 노동쟁의에 관한 규율에서도 그대로 반영되고 있다고 할 수 있다. 따라서 일반대중의 생활에 필수불가결한 이른바 공익사업 분야에서 발생하는 파업에 대해서도 법률에 의해 파업을 금지하거나 제한, 혹은 파업에 개입하는 것이 아니라 원칙적으로 파업권을 인정하면서 노동조합의 규약이나 노동쟁의 지침(Arbeitskampfrichtlinie) 등을 통해 사업장 유지에 필요불가결한 보안작업 내지 일반대중의 생활에 필수적인 긴급작업이 유지되도록 자율적인 보장을 도모하고 있고 사후에 구체적인 소송에서의 사법통제를 통한 규제가 이루어지게 된다. 공익사업 파업에 대한 강제적 중재 등 정부가 개입하여 파업을 제한하는 특별한 법적 장치는 존재하지 않는다. 또한 파업중인 공공부문 사업장에 공무원을 대체 투입하여 근로하도록 하는 것은 위법이다.⁵⁾

그러나 공무원(Beamte), 법관, 군인 등의 공무원 신분(Beamtentum)을 가진 자에 대해서는 일반적으로 파업이 금지되는 것으로 인정되고 있다. 독일법상 공무원은 넓은 의미의 공공부문 종사자(Die öffentlichen Bediensteten)에 속한다. 즉, 공공부문 종사자는 두 개의 그룹으로 나뉘는데 그 중 하나는 “노무원(Arbeiter) 및 사무직원(Angestellte)”으로서 일반적인 노동법 및 단체협약 등의 규율을 받는 노동법상의 근로자에 해당되는 집단이고, 다른 하나는 “공무원”으로서 법적으로 특별한 규율을 받는 근로자와 구별되는 집단이다. 공공부문 종사자 중 약 40%가 공무원에 해당된다. 공무원은 연방공무원법(Bundesbeamten-gesetz), 각주의 공무원법(Landesbeamten-gesetz) 등의 공무원 관련 법률, 헌법 33조와 관련된 헌법재판소 판례 등에 의해 정해지는 특별한 지위(Sonderstatus)하에 놓인다.⁶⁾ 공무원의 파업을 직접적으로 금지하고 있는 법률규정은 없지만 이들에 대해서는 단체협약이 아닌 법률에 의해 근무조건이 결정된다는 점, 헌법 제33조 제4항에서 규정하고 있는 공무원의 충실관계(Treueverhältnis)로부터 파업은 인정될 수 없다는 점 등을 그 주된 근거로 하여 파업이 금지되는 것으로 해석된다.⁷⁾ 그러나 공공부문에서 근무하는 자라도 공무원이 아닌 사무직원과 노무원의 파업권은 인정된다.

한편, 파업은 독일에서 비교적 보기 드문 현상으로 인식되고 있는데 현재까지 국제적으로 비교해

5) BVerfG 1993.3.2, (Der Betrieb 1993, S.837.)

6) Daubler(2004), Arbeitsrecht, 5.Auflage, S.346.

7) Schaub(2002), Arbeitsrechtshandbuch 10.Auflage, S.2002; Preis(2003), Arbeitsrecht, S.294 등.

보았을 때에도 독일에서의 파업발생 건수는 일반사업, 공익사업 모두에서 극히 적은 수준인 것으로 나타나고 있다.⁸⁾

■ 이른바 “생존에 대한 배려(Daseinsvorsorge)” 의 영역

파업으로 인한 업무의 중단이 단지 당해 사업주 및 사업에만 영향을 주는 것이 아니라 일반 공중에 계도 영향을 미치게 되는 이른바 공익사업에서의 파업의 경우 국민에게 그들로부터 “생존에 대한 배려”를 박탈하는 충격을 준다는 점에서 보다 엄격한 기준, 특히 내용적으로는 정의행위의 최후 수단의 원칙하에 놓이게 된다고 보는 것이 일반적인 해석론이다.⁹⁾

국민의 “생존에 대한 배려”를 제공하는 공익사업의 경우에는 파업 발생시 특히 최소한의 긴급작업이 반드시 유지되어야 한다는 이론이 정립되어 있다. 이와 같은 이른바 생존에 대한 배려 영역에서 파업이 발생하는 경우 반드시 유지되어야 하는 긴급작업의 구체화는 공익 보호, 비례성의 원칙, 관계 당사자의 기본권 보장 등을 고려하여 결정되어야 한다.

학설, 판례 등에 의해 일반적으로 의료, 식품, 건강, 전기, 수도, 난방, 가스, 교통 및 항공, 우편, 통신, 방송, 소방, 장의, 오물수거, 국방, 치안 등이 생활에 필수적인 영역 내지는 “생존에 대한 배려(Daseinsvorsorge)” 영역으로 거론되고 있다.¹⁰⁾

오늘날 수도, 난방, 전기 공급 등은 현대사회를 살아가는 인간에게 생존을 위하여 반드시 필수적인 요소로서 당연히 인정되는 사업 부문이고 이러한 사업 부문에서 필수적인 긴급작업의 범위를 구체화하는 것은 개별 사업의 기술적인 특성에 따른 합법성을 통해 검토되어야 한다고 보고 있다.

오물수거 작업의 경우에는 국민 보건과 환경보호를 위해 중요한 가치를 가진다는 점에서 생존에 대한 배려 영역으로 분류된다.

의료내지 병원부문의 경우에는 특히 의사들의 파업이 어느 정도 허용될 수 있는지가 문제된다. 의

8) 파업 관련 통계에 대해서는 Daubler(2004), S.63.

9) Hanau · Adomeit(2005), S.99.

10) Kissel(2002), Arbeitskampfrecht, S. 648 이하, Von Rosentiel(2003), Arbeitskampfrecht – eine verfassungsrechtliche Pflichtverletzung des Gesetzgebers durch Unterlassen, S.16 이하 참조.



사라 하더라도 공무원이 아닌 한 전면적으로 파업이 금지되는 것은 아니다. 다만 환자보호업무, 특히 환자 생명의 위험을 방지해야 할 의무와 의사의 파업권이 어떻게 양립될 수 있는지는 판단하기 어려운 문제이다. 그러나 병원 파업의 경우에도 긴급작업을 통한 최소한의 업무 유지 원칙이 적용된다. 예컨대 1992년도에 있었던 마부르크 의사연합 파업 당시 의사들은 소위 ‘연필파업(Bleistiftstreik)’을 단행하였는 바, 이는 환자 보호 업무에 직접적으로 중요하지 않은 행정업무에서만 파업을 행한 것이다. 그러나 환자 보호 업무와 관련하여서도 응급치료나 응급수술 등 급박한 업무 이외의 다른 업무는 연기하고 간호업무도 최소한의 범위로 축소하는 등의 조치가 노사 합의에 의해 실제 이루어지고 있다.

항공사업의 경우, 항공교통을 이용하고자 하는 자는 항공교통 이외에는 실제적으로 다른 교통 수단에 의해서는 목적을 달성하는 것이 불가능하거나 어렵다는 점이 고려된다. 2001년에는 통합서비스노조(Ver.di)¹¹⁾에 의해 항공조종사 파업이 단행된 바 있는데 당시 매니저급의 조종사들이 비상항공편을 편성하는 방식으로 대처하였다. 이로 인해 조종사파업의 정당성 여부가 사회적으로 논란이 되었으나 소송화되지는 않았다.

■ 파업 발생시 보안작업(Erhaltungsarbeiten) 및 긴급작업(Notstandsarbeiten)의 설정을 통한 최소업무의 유지

파업 발생시 당해 사업장에서 유지되어야 하는 “보안작업” 및 “긴급작업” 설정에 의해 최소한의 업무이행이 지속될 수 있다. 파업은 근로조건을 개선하여 이후 다시 근로를 재개, 계속하는 것을 목적으로 하기 때문에 파업기간 동안 소위 보안작업이나 긴급작업이 유지되어야 한다는 점에 대해서는 이견이 없다.¹²⁾

연방노동법원 판례에 의하면 “보안작업”이라 함은 쟁의기간 동안 사업장시설이 손상되는 것을 보

11) 2001년 출범한 Ver.di는 공공부문, 교통, 통신, 의료, 금융, 상업, 교육, 복지, 언론 등 전체 13개 부문을 총망라하는 초산업적 통합노조로서 약 240만명의 조합원이 소속되어 있는 단일조직 규모로서는 세계 최대 규모의 노조이다. 예컨대 DGB 소속의 단일노조로서 금속노조(IG Metall) 다음으로 두번째로 큰 규모의 노조로서 강력한 영향력을 행사했던 ‘공공부문, 운송 및 교통노조(Gewerkschaft öffentliche Dienste, Transport und Verkehr: OTV)’도 2001년에 베르디에 흡수되었다.

12) Schaub(2002), S.2026.

호하거나 손상없이 영업 또는 가동이 중지될 수 있도록 하기 위해 필요한 작업이고 “긴급작업”이라는 쟁의기간 동안 국민의 “생활에 필수불가결한(lebensnotwendig)” 서비스와 재화에 대한 급부를 보장하여야 하는 작업을 의미한다.¹³⁾ 즉, 사업장의 유지, 존속을 위한 보안작업이 쟁의당사자인 사용자와 노동자 간의 관계에 직접적으로 관련되는 문제인 반면, 국민 생활에 필수불가결한 서비스와 재화를 제공해야 하는 긴급작업은 쟁의당사자 이외의 제3자에게 관련되는 문제라고 할 수 있다.¹⁴⁾ 따라서 독일에서의 공익사업 파업시 최소업무 유지의 문제는 결국 “긴급작업”의 유지가 어떻게 이루어지게 되는가의 문제라고 할 수 있다. 그러나 생활의 다양성, 복잡성으로 인해 긴급작업에 의해 커버되어야 하는 “생활에 필수불가결한” 서비스와 재화를 미리 확정해 두는 것은 사실상 불가능하다고 할 수밖에 없고, 원칙적으로 그 범위의 획정은 구체적 상황에 따른 노사의 자율적 합의에 맡겨지게 된다.

공익을 명백하게 침해하는 파업, 긴급작업 유지의무를 위반하여 단행된 파업은 불법파업에 해당된다.¹⁵⁾ 파업의 제3자, 예컨대 공익사업에서 단행된 파업의 경우, 국민의 본질적, 필수불가결한 이익에 반하여 행해진 불법파업에 대해서는 이론적으로 파업중지청구 내지 사후의 손해배상청구가 고려될 수 있다.¹⁶⁾

한편 1988년, 5인의 저명한 노동법 교수들(비르크(Birk) · 콘첸(Konzen) · 뢰비쉬(Löwisch) · 라이저(Raiser) · 자이터(Seiter)교수)이 “집단적 노사분쟁의 규율에 관한 법률안”(이른바 “교수 법안”)을 작성하여 노동쟁의에 대해 법률에 의한 규율을 시도한 바 있는데 동 법안에서는 파업중 유지되어야 하는 긴급작업에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.¹⁷⁾

제11조 (긴급작업) ① 양 쟁의당사자는 쟁의행위를 할지라도 공동으로 인적 · 사회적 · 국가적으로

13) BAG 1982.3.30,

14) Kissel(2002), S.646.

15) Kissel(2002), S.647.

16) Kissel(2002), S.654.

17) Birk · Konzen · Löwisch · Raiser · Seiter(1988), Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte—Entwurf und Begründung, S.54.



기본적인 요구를 충족하는 데 필요한 최소한의 생존급부가 유지될 수 있도록 배려하여야 한다. 이에 관하여는 전조 제1항 후문의 규정을 준용한다(제10조에서는 보안작업에 대해 규정하고 있는데 동조 제1항 후문은 “보안작업에 필요한 근로자를 각종 투쟁 조치에서 제외시켜야 한다”라고 규정하고 있다).

② 최소한의 생존급부는 특히 다음의 각호에 해당하는 사업 분야에서 확보되어야 한다.

1. 식료품과 공중위생 및 의료
2. 에너지 및 수도
3. 공중운수
4. 우편·통신·방송
5. 소방·장의·오물수거
6. 국방 및 치안

③ 제2항에 예시된 사업 분야에서 파업을 단행하고자 하는 노동조합은 관련 쟁의 당사자에게 최소한 3일 전에 이를 통지하여야 한다. 또한 이와 같은 파업계획은 공중에 대하여도 적절한 방법으로 공시되어야 한다.

위 교수들은 입법 이유에서 위와 같은 범위의 사업 분야는 국민의 최소한의 생존에 대한 배려와 국가의 기능 유지를 위해 필요한 최소한의 급부를 위해 포기될 수 없는 분야들로서 오랫동안 인정되어 온 분야라고 하면서 그럼에도 불구하고 파업을 금지하는 것이 아니라 기본적으로 파업권은 인정하면서 최소한의 생존의 배려를 위해 개별적 사안마다 필요한 활동만 제한하는 방식으로 규정했다고 설명하고 있다. 그러나 파업중 사업이 어떻게 수행, 유지되어야 하는가는 결국 파업 당사자들이 공동으로 배려하여 상호 합의해야 할 사항이라고 하고 있다.¹⁸⁾

18) Birk · Konzen · Lowisch · Raiser · Seiter(1988), SS. 57-58.

■ 노사 합의에 의한 긴급작업 협정(Notdienstvereinbarung)의 체결

이미 언급한 바와 같이 파업시 보안작업 및 긴급작업의 종류와 범위는 파업 실시에 즈음하여 노사 합의에 의한 “긴급작업협정”의 체결을 통해 결정된다. 연방노동법원 판례에 의하면 파업중의 긴급작업의 종류, 내용, 범위 등에 관한 사항은 노사 어느 한쪽에 의해 일방적으로 결정되어서는 안되고 파업을 행하는 노동조합과 사용자 간에 공동으로 합의되어야 한다. 예컨대 사업장협의회는 긴급작업에 관해 사용자와 합의할 권한이 없다.¹⁹⁾ 이는 보안작업 또는 긴급작업 수행 등을 빙자, 오용하여 파업 방해 인력이 숨어 들어 파업을 파괴하는 것을 사전에 방지하고자 하는 취지이다. 노동조합 또는 사용자단체 등에서는 대개 긴급작업 협정 양식을 구비해 놓고 파업발생시 해당 사업장 사정에 따라 구체적인 내용에 대해 합의문을 작성한다.

독일노동조합총연맹(DGB)의 1974년 5월 5일자 노동쟁의지침 제8조에서는 긴급작업 및 보안작업 설정에 대한 기본적 원칙에 대하여 정하고 있다. 일반적으로 노조 규약 또는 규약에 근거하여 자체적으로 제정되는 노동쟁의지침은 실제 파업시 조합원들에게 가이드라인으로서 중요한 역할을 하게 된다. 지침 제8조는 다음과 같다.

- ① 노동쟁의를 행하는 노동조합은 일자리 유지를 위해 필요한 긴급작업을 수행해야 하는지 여부 및 어떠한 방식으로 수행해야 하는지에 대한 규칙을 정해야 한다.
- ② 노동조합의 규약 또는 노동쟁의지침에 의해 노동조합이 동의한 긴급작업을 수행하도록 의무화한다.
- ③ 노동조합의 규약 또는 노동쟁의지침은 사용자에 의한 직장폐쇄시의 긴급작업은 보장하지 않는다는 규정을 포함해야 한다. 다만 이는 일반공중에 대한 중대하고 다시 회복될 수 없는 손해를 방지해야 하는 경우에는 적용되지 않는다.
- ④ 국민생활에 필수적인 재화의 급부가 이루어지는 영역에서 파업이 발생하는 경우에는 긴급급부(Notversorgung)가 유지되도록 배려해야 한다.

한편, 통합서비스노조(Ver.di)의 노르트라인베스트팔렌지부 노동쟁의에 관한 내부설명서²⁰⁾에서는

19) BAG 1982.3.30 - 1 AZR 265/80. BAG 1995.1.31 - 1 AZR 142/94



공공부문(Öffentlicher Dienst) 사업장에서의 파업의 경우에도 일반 사업장과 마찬가지로 효과적인 파업 수행의 보장과 파업 방해의 방지를 위해 보안 및 긴급작업에 대한 엄격한 기준이 필요하다고 하면서 작업을 결정하는 기준에 대해 설명하고 있는데 예컨대, ① 인간 및 동물의 생명과 건강, 환경상의 위험 방지, ② 생활에 필수불가결한 서비스 및 재화에 대한 (긴급한) 급부, ③ 노동쟁의를 개시할 때 정리해야 할 업무(예컨대 부패하기 쉬운 물건을 안전하게 보관하는 일) 등을 들고 있다. 또한 보안 및 긴급작업의 범위는 일반적으로 인력과 조직상의 대비책을 목적으로 하게 되는데 이는 통상적인 근무시간뿐만 아니라 근무시간 종료 이후 혹은 야간, 주말, 휴일업무 등에 있어서 필요한 대비책을 의미한다고 한다.

위와 같은 지침은 긴급작업을 정함에 있어서 기본 원칙이 되지만 현실적으로는 결국 공공부문이나 공익사업 분야라 하더라도 수많은 사업장마다의 특성과 다양한 업무로 인해 해당 사업장의 노사가 개별적인 판단하에 공동으로 결정할 수밖에 없게 된다. 그러나 노동조합의 주도에 의한 자율적인 자기통제는 공익사업 분야에서 전체 국민에게 중요한 의미를 지니는 법적 이해관계의 충돌이 발생하는 경우 진정한 해결책이 될 수 없다는 문제점이 제기될 수 있다.²¹⁾

■ 긴급작업협정 체결 사례 : 니더작센(Niedersachsen) 주 병원파업 사례

2005년 연초부터 베르디의 주도하에 각 주 소속 공공부문 조합원들은 근로시간 연장, 성과에 따른 임금지급제도 도입, 휴가수당 및 성탄절수당 폐지 등에 반대하기 위해 전국적으로 간헐적인 파업을 실시하였다. 특히 2월 21일부터 5일간 니더작센 주에서 집중적으로 파업이 실시되었는데 이는 니더작센 주의 하르트무트 링(Hartmut Möllring) 주재무장관이 전체 주 교섭단체 의장을 맡고 있고 특히 그가 근로시간 연장에 대한 결정적인 책임자라는 배경에 기인하였다. 당시 니더작센 주에서는 대학 병원, 주립병원 등에서도 파업이 실시되어 2월 21일부터 25일까지 약 1,000여 명의 조합원들이 참가하였다.

20) Berg(2005), Stichworte zum Arbeitskampfrecht, Ver.di-Landesbezirksleitung NRW

21) Scherer(2000), Grenzen des Streikrechts in den Arbeitsbereichen der Daseinsvorsorge, S.16.

니더작센 주 소속 도시인 괴팅엔(Göttingen) 대학병원 및 주립병원 당국과 베르디 니더작센-브레멘 지부 간에 체결된 긴급작업협정의 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다(두 협정의 기본적인 내용은 대부분 유사하고 다만 구체적인 긴급작업의 수행부문, 인원의 성명, 수 등이 각 병원별로 다르게 정해져 있다. 따라서 이하에서는 두 협정의 주요 내용을 종합하여 소개하면서 각 협정 중 특이사항은 구별하여 소개하기로 한다.)²²⁾

긴급작업의 목적

긴급작업은 국민에게 필요한 의료서비스의 보장, 공공을 위협하게 하는 종류의 손해에 대한 방지 및 사업장시설에 대한 손상방지를 위해 필수적인 조치의 보장을 목적으로 한다. 긴급작업이라 함은 특히 국민의 생활에 필수적인 서비스와 재화에 대한 급부를 위한 작업, 보호되지 않는 경우 위험이 초래될 수 있는 시설의 보호 등과 같은 공중의 이익을 위한 작업, 공공안전과 질서유지 및 대중의 건강 유지를 위한 작업, 공법적 규정에 따라 사용자에게 맡겨진 업무의 수행을 위한 작업, 시설 및 재화의 안전과 유지를 위한 작업, 파업 종료 이후 지체없는 근로의 재개를 보장하기 위한 작업 등이다.

긴급작업협정 체결의 기본 사항

국민에게 필수불가결한 의료급부 보장, 환자에 대한 최소한의 급부 보장을 협정 체결의 기본으로 한다.

긴급작업의 범위

간호업무의 경우, 일반적으로 환자보호의 상황이 축소된 경우의 근무일정에서 예상되는 보호수준을 기준으로 하여 작업범위를 정한다(“환자보호 상황의 축소”는 별도의 의료전문적 기준에 근거함). 수술시설의 경우에는, 연기할 수 없는 수술을 위해 요구되는 최소한의 인원 조식을 기준으로 하여 범위를 정한다. 응급상황이 문제되지 않는 한 매일의 임상 업무 목록에 따른 수술은 연기할 수 있는 수술에 해당된다. 기타 다른 업무영역에 대해서는 일반적으로 휴일의 근무일정에서 예상되는 최소한

22) 각 협정의 원문은 Ver.di 홈페이지 참조

(http://www.verdi.de/0x0ac80f2b_0x01f030a4, http://www.verdi.de/0x0ac80f2b_0x01f02877).



의 인원조직을 기준으로 한다.

긴급작업 업무의 종류 및 인원의 구체적 내용

긴급작업협정에서는 긴급작업에 투입되는 인원수, 해당직원의 성명, 업무내용 등이 구체적으로 명시되어 있다.

대학병원의 긴급작업협정에서는 수술관련 상담의사, 간호업무 관련 담당자, 음식·회계관리·세탁 업무 관련 담당자, 운전 및 수위업무 대표 담당자, 기술담당자, 전화연결 및 콜센터 담당자, 살균소독담당자, 약국 담당자, 실험실 담당자, 문서보관·증명 및 외부병원으로부터의 환자 수용 담당자 각 1명, 간호업무의 경우 필수적인 결정을 담당하는 직원 7명, 음식·회계관리·세탁업무의 경우 필수적인 결정을 담당하는 직원 9명 등을 각각 해당 직원의 성명을 명시하여 정하고 있다. 또한 간호업무에서의 긴급작업의 정도는 통상적인 휴일근무 수준에서 결정되고 파업참가를 원치 않는 직원이 파업참가 직원을 대신하여 투입될 수 있음을 명시하고 있다.

주립병원 긴급작업협정의 경우, 의사 및 진료팀(의사보조업무 담당자 및 사회복지사 포함), 간호업무팀(오전, 오후, 야간근무무로 나누어 각 인원수 지정), 행정 및 경제업무팀(식당, 수송, 전화연결, 기술업무, 회계, 인사업무 등으로 나누어 각 인원수 지정)으로 나누어 인원수를 정하고 있다. **KL**