

독일에서의 쟁의행위를 둘러싼 법률문제: 쟁의행위의 정당성과 불법쟁의행위의 책임을 중심으로

김기선 (한국노동연구원 부연구위원)

■ 머리말

노동계의 집계에 따르면 2014년 2월 말 기준으로 우리나라에서 기업이 노동조합, 노동조합 간부, 조합원을 상대로 하여 파업을 이유로 손해배상을 제기한 금액은 총 1,691억 원에 달한다.¹⁾ 최근 몇 년 사이에 적게는 수천만 원에서 많게는 수백억 원까지 노동조합 등을 상대로 거액의 손해배상청구가 이루어지고 있다. 파업에 따른 노동조합의 손해배상청구가 빈번히 이루어지는 까닭은 무엇인가.

이와 관련해서는 우선 우리나라의 경우 노동조합의 파업이 정당하기 위해서는 주체·목적·절차·수단의 정당성이 인정되어야 하는데, 이 관문을 통과하기가 어렵다는 점을 지적하는 견해가 있다. 다른 한편으로는 손해배상청구에 있어 노동관계의 특수성에 대한 고려 없이 노동조합의 파업에 대해 민사법상의 불법행위법리가 그대로 적용되고 있어, 노동조합의 파업이 정당성을 갖추지 못한 경우 기업이 주장하는 손해가 그대로 인정되는 경우가 적지 않다는 점이 지적되고 있다. 이에 현행 쟁의행위의 정당성 판단 및 불법파업에 따른 손해배상법리의 문제점을 지적하는 입장에서는 민사면책이 되는 정당한 쟁의행위의 인정범위를 넓게 인정하거나, 파업으로 인한 손해배상청구를 금지하거나, 손해를 배상할 대상자 또는 범위를 제한하자

1) 김기덕, 「손해배상 판결이 많이 나오는 이유」, 『매일노동뉴스』 2014년 3월 18일자, p.16.

는 입법방안이 제시되고 있다.²⁾

그렇다면 이와 같은 문제는 우리나라에서만 벌어지고 있는가, 아니면 다른 나라의 사정도 이와 유사한가. 이 글은 이와 관련한 독일의 문제를 살펴보는 데 목적이 있다. 이에 이하에서는 독일에서 쟁의권을 보장하는 법적 근거는 무엇인지, 쟁의행위의 정당성 문제는 어떻게 판단되고 있는지, 정당성을 갖추지 못한 쟁의행위에 대한 손해배상 문제는 어떠한지를 살펴보고자 한다.

■ 쟁의권의 헌법적 보장

독일 기본법(Grundgesetz) 제9조 제3항은 “근로·경제조건의 유지·향상을 목적으로 하는 단체를 설립할 권리는 모든 자와 모든 직업에 대해 보장된다”고 규정함으로써 단결의 자유(Koalitionsfreiheit)를 보장한다.

이에 따라 각 개인에게는 적극적 단결의 자유와 소극적 단결의 자유가 보장된다. 즉 단체를 결성하고, 이에 가입하거나 이에 가입하지 않을 개별 근로자와 사용자의 자유가 보장된다. 이에 따라 클로즈드숍과 같은 단체에 가입 또는 가입하지 않도록 하는 일체의 모든 압력은 위법한 것이 된다.³⁾

한편 독일 연방헌법재판소(BVerfG)는 기본법 제9조 제3항으로부터 각 개인의 기본권뿐만 아니라 집단적 단결체에 대한 보호를 도출한다.⁴⁾ 기본법 제9조 제3항은 개개인의 단결의 자유뿐만 아니라 노동조합의 존속 및 그 활동을 보장하는 집단적 단결의 자유로서의 성격도 가진다는 것이다.

이에 따라 노동조합⁵⁾은 존속을 침해하는 제3자의 합의나 조치, 예컨대 노동조합으로부터

2) 이에 대해서는 전혜원, 「노동자를 위한 노동법은 없다」, 『시사인』 제339호, 2014년 3월 15일, pp.47~48.

3) Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2004, §1 Rn. 226.

4) BVerfG v. 1. 3. 1979 – 1 BvR 533/77 – BVerfGE 50, 290. 연방헌법재판소와 다수설에 따르면, 기본법 제9조 제3항의 단결의 자유는 이중적 기본권(Doppelgrundrecht)으로 이해된다.

5) 독일에서의 노동조합의 개념 내지 정의에 관해서는 박제성 외(2011), 『노동조합 정의 규정 재검토 연구』, 한국노동연구원 참조.

의 탈퇴를 취업 조건으로 하는 사용자의 행위는 위법한 것으로 허용될 수 없다.⁶⁾ 노동조합은 부작위 내지 손해배상의 청구소송 등의 방법을 통해 사용자의 이러한 행위에 대응할 수 있다.⁷⁾

또한 기본법 제9조 제3항에 따른 단결의 자유는 파업 등을 통해 단체교섭 국면에서 벌어지는 갈등을 효과적으로 극복할 수 있도록 쟁의권을 보장한다. 쟁의행위가 인정되지 않는다면 협약자치(Tarifautonomie)는 그야말로 '집단적 구걸(kollektives Betteln)'⁸⁾에 지나지 않을 수밖에 없다는 것이다. 이러한 점에서 쟁의행위는 협약자치의 일부로서 헌법상 포괄적인 보호를 받는다.⁹⁾

■ 쟁의행위의 정당성에 대한 일반적 기준

독일의 경우 개별 법률에서 쟁의행위를 언급하고 있기는 하지만 쟁의행위를 법률상 정의하는 규정은 존재하지 않는다. 일반적으로 독일에서 쟁의행위는, 일정한 목적을 달성하기 위해 노동관계를 저해하는 근로자 측 또는 사용자 측의 집단적 조치로 이해된다.¹⁰⁾

쟁의행위의 대표적인 형태는 노동조합이 행하는 파업(Streik)과 이에 대항하여 이루어지는 사용자의 직장폐쇄(Aussperrung)이다. 그렇지만 사용자에 의한 직장폐쇄는 실제 독일에서 거의 이루어지지 않는다. 직장폐쇄는 상당히 제한적으로 인정될 뿐만 아니라,¹¹⁾ 사용자단체에 속

6) Löwisch/Rieble, in: Richardi/Wißmann/Wlotzke/Oetker, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 2, §157 Rn. 12.

7) BAG v. 17. 2. 1998 AP Nr. 87 zu Art. 9 GG.

8) BAG v. 10. 6. 1980 AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

9) BVerfG v. 26. 6. 1991 AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

10) Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 16. Auflage 2004, Rn. 764.

11) 연방노동법원은 1980년 6월 10일 판결(BAG v. 10. 6. 1980, AP Nr. 64, 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf)에서 근로관계의 정지적 효과를 갖는 방어적 직장폐쇄에 관해 그 양적 기준을 제시한 바 있다. 이에 따르면, 협약적용범위 내에 있는 근로자의 25% 이하가 파업에 들어간 경우 사용자 간의 연대가 저해될 우려가 있기 때문에 사용자 측은 최대 25%까지 직장폐쇄를 할 수 있고, 협약적용범위 내에서 근로자는 자의 25% 이상 50% 미만이 파업에 들어간 경우 사용자 측은 최대 50%까지 직장폐쇄를 확대할 수

해 있는 사용자들 간에는 연대가 잘 이루어지지 않기 때문이다.¹²⁾ 한편 독일은 다른 유럽국가와 비교할 때 파업이 적은 국가에 속하며, 쟁의행위에 따른 파업일수는 감소하고 있다. 파업에 따른 근로손실일수는 근로자 1명당 1년에 대략 4일 정도인 것으로 추산된다.¹³⁾ 물론 이와 같은 추산방식에 대하여는 논란이 있다. 지속적인 손해를 발생시키는 초단기적인 파업, 특히 경고파업(Warnstreik)은 손실일수 계산에 포함되지 않기 때문이다.

독일의 경우 쟁의행위를 규율하는 법률규정은 존재하지 않으며, 쟁의행위의 정당성 문제에 대한 판단은 판례에 의해 이루어지고 있다. 독일 연방노동법원은 두 개의 대합의부 판결¹⁴⁾과 그 밖의 100여 개가 넘는 판결을 통해 쟁의행위는 원칙적이고 포괄적으로 허용된다는 원칙에 입각하여 판례법을 형성해왔다.¹⁵⁾ 쟁의행위의 정당성에 대한 연방노동법원의 일반적 기준에 따르면, 노동조합의 쟁의행위인 파업이 정당하기 위해서는 일반적으로 다음과 같은 요건이 갖추어져야 한다.¹⁶⁾

- ① 파업은 협약상 규율 가능한 목적을 위해 이루어져야 한다. 따라서 다수설에 의하면, 단체협약의 대상이 될 수 없는 사항, 예컨대 투자 또는 가격에 관한 기업의 정책결정은 쟁의행위의 대상이 될 수 없다. 특히 독일에서는 생산기지의 폐쇄 또는 해외이전 결정 자체를 단체교섭의 대상으로 할 수 있는지, 이를 목적으로 한 쟁의행위가 정당한지가 다투어지고 있다. 이에 대해 연방노동법원은 일반적으로 이를 경영상의 결정으로 단체협약의 대상이 되지 않는다는 입장을 취하고 있다. 이에 대해 학설에서는, 생산기지 폐쇄는 고용가능성에 직접적인 영향을 미치기 때문에, 생산기지유지협정은 기본법 제9조 제2항의 근로·경

있다는 것이다. 그리고 연방노동법원은 1992년 8월 11일 판결(BAG v. 11. 8. 1992, NZA 1993, 39)에서 단시간적 파업에 대한 대응으로 행해진 직장폐쇄에 대하여 추가적으로 기간적 한계를 제시하고 있다. 이에 따르면 30분 파업에 대해 2일간 직장폐쇄를 단행하는 것은 과도한 것이라고 한다.

12) Rieble, "Deutsches Tarifrecht", in: Tarifrecht in Europa, 2012, S. 72.

13) Rieble, "Deutsches Tarifrecht", in: Tarifrecht in Europa, 2012, S. 73.

14) BAG v. 28. 1. 1955 AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 21. 4. 1971 AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

15) Rieble, "Deutsches Tarifrecht", in: Tarifrecht in Europa, 2012, S. 73.

16) Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16. Auflage 2006, Rn. 476. 보다 자세한 내용은 이승욱 외(2000), 『쟁의행위 정당성의 국제비교』, 한국노동연구원 참조.

제조조건에 해당하고 따라서 단체협약의 정당한 대상으로 평가될 수 있다는 견해가 있다.¹⁷⁾ 이 견해에 의하면, 사용자가 사업을 완전히 그만두고자 하는 경우 생산기지 폐쇄에 대한 쟁의행위는 위법한 것이 된다. 그리고 생산기지 이전의 경우에는 다음과 같이 구분할 필요가 있다고 한다. 장소적 변경에 의해 새로운 시장이 개척될 수 있는 경우 또는 기존의 생산기지가 명백히 이용할 수 없게 된 경우, 이에 대한 쟁의행위는 위법하지만, 기업이 이동하여 생산기지의 이전이 단지 ‘비싼’ 근로자를 ‘싼’ 근로자로 대체하여 경영성과의 향상에 일조하는 경우 이에 대한 쟁의행위는 정당하다고 한다.

- ② 노무제공의 거부는 협약상의 평화의무에 반하여서는 안 된다. 따라서 협약으로 이미 규율되어 있는 사항인 한, 단체협약 유효기간 동안의 파업은 인정될 수 없다.
- ③ 파업은 노동조합에 의해 조직되고 실시되어야 하고, 적어도 사후에 노동조합에 의한 승인이 있어야 한다. 또한 규약에 의해 문제된 사업이 노동조합의 협약관할에 해당하여야 하며, 노동조합은 사용자가 파업결의가 있었음을 알 수 있도록 하여야 한다.
- ④ 파업은 국가 또는 기타 공권적 주체에 대하여 공권적 행위를 하도록 할 것을 목적으로 행해져서는 안 된다. 따라서 연방노동법원에 따르면, 법률에 규정된 공동결정권의 확대를 목적으로 하는 노무제공 거부와 같은 정치파업은 허용되지 않는다. 정치파업의 정당성에 대해 직접적으로 다룬 것은 아니지만, 연방노동법원은 방론에서 정치파업의 쟁의유형은 위법하다고 한 바 있다.¹⁸⁾ 이에 대해 학설에서는 정치파업의 정당성은 달성하고자 하는 목적이 근로·경제조건 범위의 내에 있는지(예컨대 근로자대표제도의 개선을 위한 파업) 또는 그 밖의 정치문제(예컨대 수상에 대한 불신임투표를 위한 파업)인지에 따라 나누어져야 하고, 전자의 경우에는 기본법 제9조 제3항에 따라 허용될 수 있다는 견해가 있다.
- ⑤ 파업은 비례성 원칙(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)에 반하여서는 안 된다. 비례성 원칙은 다음과 같은 점을 내용으로 한다. 첫째, 쟁의행위는 정당한 쟁의목적 및 그 이후의 노동평화의 달성을 위하여 적절하고 실질적으로 필요불가결한 범위 내에서만 개시되고 실시되어야 한다. 둘째, 쟁의행위는 모든 이해가능성의 노력이 다 이루어진 후에만 취해져야 한다. 즉 쟁의행위는 최후의 수단(Ultima Ratio)이어야 한다. 셋째, 쟁의행위의 수단은 목적

17) Krause, Standortsicherung und Arbeitsrecht, 2007.

18) BAG v.27.6.1989, EzA Nr.94 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

달성을 위해 필요한 범위를 초과하여 행사되어서는 안 된다. 넷째, 쟁의행위 종료 후 양 당사자는 가능한 한 조속히 그리고 모든 범위 내에서 노동평화가 회복될 수 있도록 기여하여야 한다. 다섯째, 쟁의행위에 의해 공공의 복지가 명백히 침해되어서는 안 된다.

- ⑥ 파업은 공정한 쟁의행위의 틀에 위반되어서는 안 된다. 특히 파업은 상대방을 파괴시킬 목적으로 하는 것이어서는 안 되고, ‘저해된 산업평화’를 회복하여야 한다.
- ⑦ 파업기간 중에도 생산시설의 파괴를 막기 위해 필요한 유지업무(Erhaltungsarbeiten)는 확보되어야 한다. 긴급업무(Notstandarbeiten)가 실시되지 않아 이로 인해 제3자가 심각한 영향을 받게 되는 경우 이러한 긴급업무가 실시되어야 한다.
- ⑧ 파업은 기타의 사유에 의해 선량한 풍속에 반하여서는 안 된다.
- ⑨ 파업은 공무원에 대해 적용되는 것과 같이 특별한 금지규정에 반하여서는 안 되며, 사업 내 근로시간의 일시적 변경과 같이 사업조직법상의 문제를 그 대상으로 하여서는 안 된다.
- ⑩ 파업은 권리구제 절차에 의해 해결될 수 있는 목적을 추구하여서는 안 된다. 따라서 파업에 의해 부당한 해고를 철회시키고자 할 수 없다.
- ⑪ 노동조합의 파업결의는 어떠한 근로자가 어느 시점에 파업에 임하는 것인지를 정하여야 한다. 뿐만 아니라 이는 상대방이 대비할 수 있도록 알려져야 한다.

■ 쟁의행위의 법률효과

과거 독일 판례와 학설은, 쟁의행위가 근로계약관계의 파기 이후에만 허용되는 것으로 해석하였다. 따라서 근로자가 근로관계 해지의 의사표시 없이 파업에 참가하는 것은 위법한 것이었다. 근로자에 의한 근로관계의 해지에 대해서도 일정한 해지기간이 적용되기 때문에, 쟁의행위에 근로관계 해지의 의사표시를 요구하는 것은 파업을 어렵게 하는 것일 뿐만 아니라 근로자가 동시에 업무를 중단하기 쉽지 않은 일이었다. 그렇지만 연방노동법원은 1955년 대법정 판결¹⁹⁾ 이후로는 근로자가 근로관계 해지의 의사표시 없이도 파업에 참가할 수 있는 것으로 견

19) BAG GS v. 28. 1. 1955, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

해를 변경하였다. 이에 따라 현재의 판례와 다수설에 따르면, 적법한 쟁의행위는 근로계약 당사자의 주된 의무를 정지시키는 효과를 갖는다.²⁰⁾ 따라서 쟁의행위 기간 중에도 근로관계는 계속된다. 쟁의행위 기간 동안만 근로계약상의 의무가 정지될 뿐이기 때문에, 쟁의행위의 종료에 의해 근로계약상의 의무는 다시금 부활된다. 쟁의행위 기간 동안 근로계약은 정지되기 때문에, 근로자는 근로를 제공할 의무가 없게 되고, 사용자는 취로의무 및 임금지급의무를 부담하지 않게 된다. 따라서 쟁의행위, 특히 파업 참가를 이유로 근로를 제공하지 않은 근로자는 그 기간 동안 임금청구권을 갖지 않는다.²¹⁾

한편 일반적인 추측과 달리, 독일에서 적법한 쟁의행위는 예외이고 적법하지 않은 파업이 일반적인 시기가 있었다. 그렇기 때문에 정당하지 않은 쟁의행위의 법률효과 문제는 근로자와 노동조합에 특히 중요한 의미를 지닌다. 1955년 독일 연방노동법원 대법정 판결에 따르면 위법한 파업에 대해서는 적법한 파업과는 전혀 다른 효과가 발생한다. 특히 위법한 쟁의행위에 관련해서는, 노동조합 또는 파업에 참여한 근로자에 대하여 파업에 의해 발생한 경제적 손해에 대한 손해배상청구가 가능한지가 문제된다.

20) BAG v. 10. 6. 1980, AP Nr. 64, 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band 2, 3. Auflage 2004, § 14 Rn. 94.

21) Kania, in: Küttner, Personalbuch 2010, 17. Auflage 2010, Arbeitskampf(Vergütung) Rn. 16. 한편 독일 내 대부분의 노동조합 규약에서는 쟁의행위 시 조합원에 대한 재정적 지원을 정하고 있다. 노동조합은 조합원인 근로자가 파업 또는 직장폐쇄 등 쟁의행위기간 중 근로를 제공하지 않음으로써 발생하는 소득소실을 보전하기 위해 조합기금으로 일정 금액의 재정적 지원을 한다(쟁의행위지원, Arbeitskampfunterstützung)(Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band 2, 3. Auflage 2004, § 14 Rn. 93; Kania, in: Küttner, Personalbuch 2010, 17. Auflage 2010, Arbeitskampf(Vergütung) Rn. 22). 쟁의행위지원을 받을 수 있는 요건은 각 노동조합이 정한 규약에 따른다. 일반적으로 3개월 이상의 조합원 자격을 유지하고 있을 것이 쟁의행위지원을 받기 위한 요건이 된다. 대부분의 경우 노동조합은 최대 3일 까지의 단기적 파업 시에는 쟁의행위지원을 하지 않는다. 쟁의행위지원은 원칙적으로 근로자가 노동조합이 정한 파업지침을 준수하는 경우에만 제공된다. 일부 노동조합에서는 파업 종료 이전에 근로를 제공하는 조합원 근로자에 대하여 소급적으로 쟁의행위지원에 대한 청구권을 박탈하거나 이미 지급된 금액을 반환하도록 정하는 경우도 있다. 쟁의행위지원금의 액수는 일반적으로 소득금액, 조합원 자격유지기간, 가족관계 등에 따라 정해진다. 일반적으로 쟁의행위지원금은 세공제전 수입의 3분의 2 수준(Kania, in: Küttner, Personalbuch 2010, 17. Auflage 2010, Arbeitskampf(Vergütung) Rn. 22) 또는 대략 세공제전 금액의 50% 수준(Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band 2, 3. Auflage 2004, § 14 Rn. 93)으로 알려지고 있다.

노동조합이 정당하지 않은 파업을 행한 경우, 판례와 다수설에 따르면 사용자는 일반적으로 영업권에 대한 침해임을 이유로 불법행위에 의한 손해배상을 청구할 수 있는 것으로 해석된다.²²⁾ 이에 따라 예컨대 노동조합이 단체협약상의 평화의무를 준수하지 않는 경우, 노동조합은 이에 대해 책임을 진다. 연방노동법원에 따르면, 파업 개시 당시에 파업이 정당하지 못했던 경우, 노동조합은 이후 정당한 쟁의행위로서의 모든 요건이 갖추어진 경우에도 노동조합은 손해를 배상할 책임을 진다. 연방노동법원에 의하면 파업의 실시 여부를 결정할 찬반투표는 쟁의행위에 해당한다. 따라서 쟁의행위 찬반투표가 협약상의 평화의무가 소멸되지 않은 시점에 행해진 경우, 노동조합은 평화의무가 만료된 이후의 시점에 대한 손해에 대해서도 배상해야 한다. 이에 따라 독일 연방노동법원은 1956~1957년에 걸쳐 이루어졌던 슐레비히-홀슈타인 금속근로자파업사건에서 금속노조(IG Metall)가 총 114일간의 쟁의행위에 대한 손해를 배상할 의무가 있는 것으로 본 바 있다.²³⁾

파업에 대한 손해배상은 노동조합이 판례에 의해 정립된 쟁의행위 정당성의 한계를 지키도록 강요하는 가장 강력한 수단이 되고 있다. 노동조합의 입장에서 본다면, 판례가 제시하는 정당한 쟁의행위의 기준에 어긋나게 된다면 이는 파업기금 등 노동조합의 존립 자체를 위협할 수 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 노사자치 차원에서 파업에 대한 노동조합의 손해배상책임을 제한하는 합의는 극히 일부의 경우에만 활용되고 있다. 예컨대 금속사용자단체(Gesamtmetall)와 금속노조(IG Metall) 간에 합의된 조정협정에서는 손해배상책임을 100만 마르크로 제한하는 규정이 체결된 바 있다.²⁴⁾ 그 이외에 파업으로 인한 손해배상책임을 면책하기로 하는 합의는 거의 이루어지고 있지 않다.

노동조합의 손해배상책임을 인정하는 경우 손해배상액의 산정문제는 어려운 문제이지만, 연방노동법원은 손해배상액의 산정에 있어 생산손실 그 자체를 손해로 보지는 않는다.²⁵⁾ 일반적으로 노동조합이 배상해야 할 손해배상액은 사업을 계속 운영했을 경우에 얻었을 수입에서 생산손실로 인해 지출되지 않는 비용(임금, 수리비용, 전력비용, 청소비용 등) 간의 차액이 된

22) Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, S. 294 ff.

23) BAG AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenpflicht.

24) Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 2006, Rn. 629.

25) BAG v. 5. 3. 1985 AP Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

다. 물론 파업으로 인한 생산차질에도 불구하고 제품이 시장에서 판매될 수 있는 경우에는 제품생산의 재개에 의해 노동조합이 배상해야 할 최종적인 금액은 감소될 수 있다.

근로자가 적법하지 않은 파업에 참여한 경우, 근로자의 근로제공의무는 정지되지 않는다. 사용자는 정당하지 않은 파업에 참여한 근로자에 대해 영업권 침해를 이유로 손해배상을 청구할 수 있다. 연방노동법원의 판례에 의하면, 위법한 쟁의행위에 참여한 조합원은 발생한 손해에 대해 연대책임을 진다. 이에 대해 일부 학설에서는 각 조합원은 발생한 손해를 파업에 참여한 전체 근로자로 나눈 금액에 대해서만 책임을 진다는 견해가 있다. 그렇지만 노동조합의 손해배상책임 문제와 달리 조합원의 손해배상 문제는 법 이론적 논의에 그치고 있다. 뉘른베르크 신발공장에서 1961년 12월부터 1962년 2월까지 있었던 파업에 대해 노동조합과 더불어 454명의 근로자에 손해배상책임이 인정되었던 사례 이외에 확정판결로 손해배상책임이 인정된 사례는 거의 알려진 바가 없기 때문이다.²⁶⁾

한편 쟁의행위의 정당성 요건을 갖추지 못한 노동조합의 파업에 대해 민사법적 원리에 입각하여 손해배상을 인정하는 독일 판례의 태도에 대해서는 여러 가지 비판이 이루어지고 있다. 우선 독일 연방노동법원은 파업에 따른 노동조합의 손해배상책임의 법적 근거로 사용자의 영업에 대한 권리가 침해된다는 점을 들고 있으나 파업 실시는 헌법상 보장된 기본권의 행사라는 점이 간과되고 있다는 지적이다. 또한 사적 자치의 영역에서 시민 간의 거래에 적용되어야 할 불법행위책임의 법리를 집단적 성격이 있는 쟁의행위에 적용하는 것이 타당한가의 문제가 지적된다. 뿐만 아니라 독일 연방노동법원이 정당한 파업에 대해 설정한 기준이 명확하지 않기 때문에 법적 불안정성이 있는데, 이를 근거로 노동조합 등이 감당할 수 없는 수준의 책임을 부담토록 하는 것은 타당하지 않다는 점이 지적된다.²⁷⁾

26) Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 2006, Rn. 634.

27) 이상의 내용은 Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 2006, Rn. 632.

■ 맺음말

이상에서는 독일에서 쟁의행위의 법률적 문제, 특히 쟁의행위의 정당성에 대한 기준, 그리고 정당성을 갖추지 못한 쟁의행위에 대한 손해배상의 문제를 살펴보았다.

독일의 경우 쟁의권은 기본권 제9조 제3항의 단결의 자유에 의해 헌법상 포괄적으로 보장되고 있으나, 쟁의권을 보장하는 개별 법률은 제정되어 있지 않고 쟁의행위의 정당성 문제는 법원이 구축한 판례 법리에 의해 판단되고 있다. 그리고 독일 판례는 판례에 따른 정당성 기준을 갖추지 못한 파업에 대해서는 계약 또는 불법행위에 따른 손해배상책임 등 민사법적 원리를 적용하여 노동조합 및 노동조합원에 손해배상책임을 판단하는 태도를 취하고 있다.

이와 같은 판례의 입장에 대해서는 앞서 소개한 바와 같이 법리적 측면에서의 비판이 있다. 한편 독일 판례의 입장은 법리적 측면 이전에 “노동조합의 파업은 대중에게 바람직하지 않은 것이다”라는 경제·정치적 관점이 깊이 투영된 탓으로 보인다. 독일 연방노동법원은 이미 1955년 대법정 판결에서 “쟁의행위는 국민경제적 손해를 발생시키고 전체 이익을 위한 사회적 평화를 침해한다”라고 한 바 있다. 이를 달리 말하면 파업은 생산차질을 빚게 하며, 이는 경제적 손실로 이어진다는 것이다. 이와 같은 관점을 확장하면 입법부의 법률 또는 사법부의 재판을 통해 가능한 한 파업을 제한적으로 허용하고 이에 대해 막대한 손해배상을 물리는 것이 파업이 일어나지 않도록 하는 가장 좋은 방법이 된다.

그러나 이에 대하여는 두 가지의 근본적인 의문이 제기된다. 우선 파업을 금지하거나 가능한 한 제한하는 것이 사회적 평화 또는 경제적 관점에서 과연 효율적인가 하는 점이다. 노동조합의 파업이야말로 협약 당사자 간의 갈등 및 대화단절을 극복하기 위한 가장 효과적인 수단이다. 파업을 제한적으로 허용함으로써 가능한 한 파업이 일어나지 않도록 하는 것은 문제해결을 이전보다 투쟁적인 방식으로 하거나 아니면 이와는 정반대로 보이지 않는 수동적인 형태의 저항을 불러올 뿐이다. 이는 노동조합에 의한 파업권을 보다 널리 인정하는 것보다 기업의 생산성, 나아가 국민경제에 더 치명적일 수 있다.

다음으로 파업이 과연 기업 또는 전체 국민경제에 실제 경제적 손실을 끼치는가 하는 점이다. 파업으로 인한 경제적 영향은 상황에 따라 매우 다를 수 있지만, 특정 시점에 생산 또는 제공되지 않으면 안 되는 재화나 서비스의 경우를 제외하면 상당수의 경우 파업으로 인한 경제

적 손실은 없거나 있더라도 크지 않다고 할 수 있다. 왜냐하면 파업으로 인한 손실은 파업 종료 이후의 초과근로 등을 통해 전부 또는 거의 회복될 수 있는 경우가 일반적일 것이기 때문이다.²⁸⁾ 그렇다고 한다면 이와 같은 경우 파업으로 인해 기업에 발생하는 추가적 손해란 기껏해야 초과근로로 인해 지급되는 수당 등이 있을 뿐이다.

이러한 점에서 파업권은 헌법상 보장된 기본권의 행사라는 점에서 두터운 보장이 필요하다는 법리적 측면뿐만 아니라, 경제·정치적 측면에서 보더라도 가능한 한 파업을 제약하면서 이에 대해 막대한 손해배상을 청구하는 것이 사회적 평화 및 경제적 손실을 막는 데 효과적인지 다시 한번 진지하게 고민할 필요가 있다. **KLI**

28) Rieble 교수는 이를 두고 기업별 수준에서 벌어지는 상당수의 파업은 연극이라 한 바 있다. 왜냐하면 상당수의 기업에서 파업 개시 전에 이미 파업 이후 추가적인 근로를 하기로 합의되어 있는 경우가 많기 때문이다(Rieble, "Deutsches Tarifrecht", in: Tarifrecht in Europa, 2012, S. 73).