

# 필수유지업무의 범위와 법리적 해석

문 무 기\*

## I. 서론

2003년 노사관계제도선진화연구위원회의 『노사관계법·제도 선진화 방안』에 기초한 노사정간의 합의결과에 따라 직권중재제도를 폐지하고 필수공익사업에 “필수업무 유지 의무”를 부과하는 방향으로 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노조법’이라 한다)이 지난해 말 개정된 바 있다. 이에 따라 정부(노동부)에서는 파업시에도 공공의 이익을 보호하기 위해 유지되어야 하는 필수유지업무의 구체적인 내용을 2008년 초부터 적용될 시행령을 통해 제시하는 작업을 진행하고 있으며, 그 대강의 모습이 미완으로 끝나버린 최근의 한 공청회<sup>1)</sup>의 자료를 통해 소개된 바 있다.

그러나 시행령상 관련 규정의 마련 및 개정 노조법의 시행과 무관하게 노사관계 당사자는 금년 단체협약의 체결과정을 통해 필수유지업무의 도입을 위해 필요한 사항, 즉 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 위한 필요최소한의 유지·운영 수준, 대상직무 및 필요인원 등을 정한 ‘필수유지업무 협정’의 체결 및 이를 위한 단체교섭을 진행할 수 있다(노조법 부칙 제2조 제1호, 제42조의 3). 노동위원회 역시 노사관계 당사자의 신청에 따라 사업 또는 사업장별 필수유지업무의 특성 및 내용 등을 고려하여 필수유지업무의 필요최소한의 유지·운영 수준, 대상직무 및 필요인원 등을 결정할 수 있다(노조법 부칙 제2조 제2호, 제42조의 4 제2항).

따라서 노동위원회 특별조정위원회의 합리적인 결정은 물론 노사관계 당사자들의 자

\* 한국노동연구원 연구위원(mgmoon@kli.re.kr).

1) 지난 5월 3일(목), 여의도 63빌딩에서 노동부 주최, 한국노동연구원 주관으로 개최된 『필수유지업무 제도화를 위한 공개토론회』를 말한다.

율적인 필수유지업무 협정 체결에 참조할 수 있도록 하기 위해서는 현행 노조법상 관련 조항에 대한 제대로 된 법리해석과 함께 현실적인 판단준거를 조속히 마련할 필요성이 크다. 특히 시행령에서 정해지는 필수유지업무의 내용이 노사관계 당사자의 자율적 결정 영역을 최대한 보장해 준다는 취지에서 최소한의 구체적 판단기준만을 제시하거나 오히려 반대로 대단히 포괄적·추상적인 준거를 제시할 경우, 노동위원회 및 노사관계 당사자가 실질적으로 참조할 수 있도록 하기 위해서는 보다 구체적이고 실질적인 판단준거를 마련해야 할 것이다.

본 연구는 이러한 문제의식에 기초하여 최근의 공청회를 통해 소개된 필수유지업무의 범위(안)을 종합적으로 분석하고 그 타당성 여부를 점검하고자 한다. 또한 노조법상 관련 조항에 대한 법리적 분석, 특히 대체근로 부분을 포함하여 필수유지업무 관련 신설조항들에 대한 법해석론적 접근을 시도하고자 한다.

## II. 필수유지업무의 범위

지난 5월 초 소개된 필수유지업무 범위설정을 위한 공개토론회 자료에서는 금년 2월 초부터 노동부가 의욕적으로 조직·운영해 온 5개 TF분과별 논의결과가 소개되고 있다. 즉, 이른바 「필수유지업무 TFT」에서는 ① 철도·도시철도 및 항공운수사업, ② 수도 및 전기사업, ③ 가스 및 석유정제·공급사업, ④ 병원 및 혈액공급사업, ⑤ 한국은행 및 통신·우정사업 등 5개의 TF분과를 구성하였고, 각각 공익적 전문가집단(노동법학 및 관련 학과의 전문가들로 구성)과 관련 사업별 노사 대표 및 노동부 관계자(간사 포함) 사이의 심도 있는 논의를 진행하고 그 결과를 정리·제시한 바 있다. 물론 TFT의 구성원을 선발·위촉하는 과정에서 이들이 이해당사자들로부터 완전한 대표성을 가지고 왔는지, 또 그 동안의 논의과정이 과연 충분한 것이었는지에 대해서는 다소간 논란의 소지가 있는 것도 사실이다. 특히 이러한 논의결과가 그대로 시행령(안)에 반영된다고 볼 수도 없겠다. 그렇지만 노조법 개정 이후 후속작업의 일환으로 노동부가 의욕적으로 추진해 온 중간결과를 공개하고 그 토론의 장을 마련하였다는 측면에서 보면 의미가 사뭇 주목할 만하다고 하겠다.

### 1. 필수유지업무 범위에 관한 공익전문가 의견

위의 5개 TF분과를 주관한 5명의 노동법학자들 사이에 완전히 의견이 통일된 것은 아

니지만, 나름대로 일정한 공감대를 형성하면서 제시한 것 중의 하나가 필수유지업무의 범위설정을 위한 기본 원칙 내지 법리라고 할 수 있다. 즉, ILO의 기본입장에 충실하면서 동시에 노사간 자율결정의 원리를 가급적 존중할 수 있는 제도적 장치를 마련한다는 것이었다. 보다 구체적으로 정리하면 다음과 같다.

먼저 ILO에서 제시하고 있는 최소서비스(minimum service)는 파업의 경우에도 공익보호를 위해 유지되어야 하는 서비스로서, 그 설정요건을 ① 당해 업무의 정폐가 생명, 개인적 안전, 공중 전체 또는 일부의 보건에 위해를 초래할 수 있는 ‘엄격한 의미의 필수서비스(essential services in the strict sense of the term)’ 이거나, ② 엄격한 의미인 필수서비스에는 해당되지 않지만 ‘파업의 강도·기간에 비추어 그 결과가 공중의 정상적인 생활여건에 위해를 주는 국가 긴급사태를 초래할 정도’에 이르는 경우, ③ ‘기본적 중요성이 인정되는 공공서비스’ 등으로 정리할 수 있다. 특히 ① 당해 서비스를 국민의 절대 기본적인 필요를 충족시키는데 필요한 최소한의 가동으로서 최소서비스를 제한하여 “파업이 무력해지지 않도록 할 것을 요구”하고, ② 관련 “사용자단체”도 사용자, 공공기관과 함께 최소서비스를 적용해야 하는 분야가 무엇인지 결정하는 데 “참여”할 수 있어야 한다는 것이다.

둘째, 종전 노조법에서는 필수공익사업의 개념을 설정하고 이를 노동위원회 위원장의 중재회부 결정제도(이른바, 직권중재제도)와 연계시키고 있었지만, 직권중재제도를 폐지한 이번 노조법 개정을 통해 새롭게 정의된 “필수유지업무”의 개념은 필수공익사업의 업무 중에서 공공의 이익과 노동기본권(파업권)의 조화를 모색하기 위하여 파업시에도 반드시 유지되어야 하는 핵심적 “업무”<sup>2)</sup>를 설정하기 위한 “도구개념”으로 이해할 수 있을 것이다. 아울러 개정 노조법 제42조의 2 제1항에서 규정하고 있는 필수유지업무의 개념요소는 노조법 제71조 제2항의 필수공익사업의 업무 중에서 당해 업무의 정·폐가 ① ‘공중의 생명·건강 또는 신체의 안전’이나 ② ‘공중의 일상생활’을 ③ ‘현저히 위태롭게 하는 업무’라고 할 수 있다. 반면, 구법에서부터 규정하고 있던, 직권중재제도의 대상이 되었던 필수공익사업의 개념요소 가운데 하나인 “국민경제에 대한 저해성”은 제외되고 있다. 따라서 해당 필수공익사업의 경제적 측면, 즉 효율성이나 수익성 등은 원칙적으로 고려하지 않는 것이 바람직하다는 것이다.

셋째, “노사간의 자율적 결정원리”를 가급적 “존중”한다는 측면, 즉 노사간에 자율적으로 협상·결정할 수 있는 영역을 최대한 넓히기 위해서 시행령을 통해 직접적·명시적으로 규율하는 사항은 필요한 범위 이내로 한정함으로써 이를 최소화한다는 것이다. 아울러 관련 법령 등을 통해 보다 구체적이고 명확하게 표현될 수 있는 것만을 제도화

2) 통상적인 이해에서 상정할 수 있는 “사업”의 개념보다는 좁고, “직무”의 개념보다는 넓은 범위를 의미한다고 하겠다.

하고, 그렇지 않은 추상적·포괄적 표현은 당해 사업의 특성상 필요·불가결한 경우에 국한한다는 것이다.

이상과 같은 기본원리 속에서 각 TF분과 내지 분과별 주관자가 제시하는 필수유지업무의 구체적 내용을 정리하면 다음과 같다.

필수공익사업	필수유지업무의 내용
철도·도시철도	-제1안: 여객의 운송과 안전에 직접 관련된 최소 업무 -제2안: 운전, 승객의 안전관리, 관제·신호·정보통신, 차량의 정비(중정비는 제외) 기타 여객의 운송과 안전을 위하여 직접 관련된 최소 업무 -제3안: 여객의 운송과 안전에 직접 관련된 최소 업무로서 평시 승객운송의 00% 이상(00%에서 00%까지)을 유지함에 필요한 업무 -제4안: 운전, 승객의 안전관리, 관제·신호·정보통신, 차량의 정비(중정비는 제외) 기타 여객의 운송과 안전을 위하여 직접 관련된 최소 업무로서 평시 승객운송의 00% 이상(00%에서 00%까지)을 유지함에 필요한 업무(단, 도시철도의 경우에는 00시부터 00시까지에는 00% 이상을 유지함에 필요한 업무로 한다)
항공운수	-제1안: 항공법 제2조 제27호에 따른 정기항공운송사업(과 같은 법 제2조 제30조에 따른 항공기취급업)의 업무로서 여객(·화물)의 운송과 안전에 직접 관련된 최소 업무 -제2안: 운항, 정비(중정비 제외), 운항관리·통제, 객실서비스, (항공기 급유) 등 항공법 제2조 제27호에 따른 정기항공운송사업(과 같은 법 제2조 제30조에 따른 항공기취급업)을 위한 업무로서 여객의 운송과 안전에 직접 관련된 최소 업무 -제3안: 항공법 제2조 제27호에 따른 정기항공운송사업(과 같은 법 제2조 제30조에 따른 항공기취급업)의 업무로서 여객의 운송과 안전에 직접 관련된 최소 업무 중 평시 승객운송의 00% 이상(00%에서 00%까지)을 유지함에 필요한 업무(단, 국제선과 제주선의 경우에는 00% 이상을 유지함에 필요한 업무로 한다) -제4안: 운항, 정비(중정비 제외), 운항관리·통제, 객실서비스, (항공기 급유) 등 항공법 제2조 제27호에 따른 정기항공운송사업(과 같은 법 제2조 제30조에 따른 항공기취급업)을 위한 업무로서 여객의 운송과 안전에 직접 관련된 최소 업무 중 평시 승객운송의 00% 이상(00%에서 00%까지)을 유지함에 필요한 업무(단, 국제선과 제주선의 경우에는 00% 이상을 유지함에 필요한 업무로 한다)
수도	-제1안: 정상적인 수도물 공급을 위하여 필요한 최소한의 취수·정수·배수시설의 운영 업무 -제2안: ① 취수시설의 운영 업무, ② 정수시설 및 소규모 자동화정수설비의 운영 업무, ③ 배수시설의 운영 업무, ④ 관로시설 운영, ⑤ 수도시설 통합시스템의 운영 업무, ⑥ 계측·제어 설비운영, ⑦ 수도물 공급에 필요한 법정규제의 준수를 위한 업무, ⑧ 비상상황에 대처하기 위한 업무 -제3안: 제2안에 도수 및 송수 관로시설의 가압시설 운영 추가
전기	-제1안: 정상적인 전기의 공급을 위하여 필요한 최소한의 송·변전 및 배전 업무, 전력거래를 위한 중앙급전, 지역급전, 급전운영 및 IT기획운영 업무 및 발전소의 운전, 정비 및 기술지원 업무 -제2안: ① 송변전을 위한 지역급전, 급전분소 및 유인변전소 운영 업무, ② 배전운영실 및 배전사령실 운영 업무, ③ 전력통신망 운영 업무, ④ 전력수급 업무, ⑤ 중대사고(전기사업법 시행규칙 【별표 19】에 명시된 사고)의 처리에 필요한 업무, ⑥ 중앙급전업무, 지역급전업무, 급전운영업무 및 정보기술업무, ⑦ 화력발전소 운전, 정비 및 기술지원 업무, ⑧ 수력발전소 운전, 정비 및 기술지원 업무, ⑨ 원자력 발전 업무 -제3안: 제2안에 ① 송·변전 계통보호를 위한 보호계전기 시험 및 정정 업무 추가,

	② 배전운영실 중 계통관리 업무에 특화, ③ 통신망 중 통신센터(SCADA 설비운영 포함) 운영 업무에 국한, ④ 전력공급 중 비상시 부하관리 업무에 한정, ⑤ 전력거래소의 정보기술업무 중 전산실(교대근무자 포함) 운영 및 출입보안관리 업무에 국한, ⑥ 원자력 발전 업무 중 본부 및 경영에 관한 행정업무 제외
가스	-제1안: 도시가스용 천연가스를 인수·생산·공급하기 위한 업무 -제2안: 가정용 천연가스를 생산·공급하기 위한 업무
석유정제·공급	-석유 및 석유대체연료 사업법 제2조가 정의하는 석유제품 중 석유가스, 휘발유, 등유, 경유 등을 생산·저장·수송·판매하기 위한 업무. 단, 석유화학공정을 제외한다
병원	-「응급의료에 관한 법률」제2조에서 규정하는 바에 따른 응급의료기관이 하는 응급의료 업무 및 위법 소정의 응급의료기관이 아닌 의료기관이 하는 업무 중 위법 소정의 응급의료 업무에 준하는 업무(로서 응급실, 중환자실, 수술실, 마취실, 검사실, 분만실, 회복실, 신생아실, 인공신장실, 응급약제서비스 등과 관련된 업무)
혈액공급	-수혈용 혈액의 필요최소한의 공급을 위한 채혈·검사·제제·공급 업무
한국은행	-한국은행법 제6조, 제28조 및 제29조에 따른 통화신용정책과 한국은행 운영에 관한 업무, 동법 제4장에 따라 한국은행이 수행하는 한국은행권 발행, 금융기관의 예금과 예금지급준비, 금융기관에 대한 대출, 지급결제 등의 업무 -위의 업무수행을 지원하기 위한 각종 전산시스템의 운영, 통신, 시설보호 및 이에 준하는 업무 -한국은행법 외의 다른 법령에 따라 한국은행에 위임 또는 위탁된 업무
통신	-제1안: ① 통신망(기간망·가입자망·내부전산망)의 정상적인 운영에 불가결한 업무, ② 전기통신사업법상의 전기통신사업자로부터 유선전화 서비스를 제공받는 자가 제기하는 서비스 장애 민원을 해결하기 위한 업무 -제2안: ① 전기통신사업법 시행규칙 제3조가 규정하는 기간통신업무와 관련한 망의 정상적인 유지 및 관리에 관한 업무, ② 전기통신사업법상의 전기통신사업자로부터 유선전화 서비스를 제공받는 자가 제기하는 서비스 장애 민원을 해결하기 위한 업무 -제3안: ① 전기통신사업법 제3조의 2에 근거하여 동법 시행령 제2조의 2가 규정하는 보편적 의무 중 유선전화 서비스와 긴급통신용 전화 서비스의 제공에 관한 업무, ② 전기통신기본법 제44조의 3에 근거한 통신재난의 예방 및 신속한 수급·복구에 관한 업무
우정	- ① 우편법 제14조가 규정하는 기본우편업무, ② 우편법 시행규칙 제25조 제1항이 규정하는 부가우편업무 중 내용증명(4호 가목)과 특별송달(6호)에 관한 업무

## 2. 검토 및 평가

부분적으로 복수의 안이 상정된 경우에는 다소 추상적·포괄적 내용이 포함된 경우도 없지 않으나, 전체적으로 볼 때 다음과 같은 측면을 지향하고 있다는 점에서 위의 공익전문가 의견은 나름대로 상당한 타당성을 갖추고 있다고 하겠다.

먼저, 필수유지업무의 구체적 내용을 시행령에 규정함에 있어서 직권중재제도의 폐지 취지를 반영해야 한다는 점이다. 즉, 업무 중심으로 세분화하여 쟁의권 행사를 부분적으로 제한하는 개정법의 취지, 다시 말해서 전체적으로는 파업이 가능하되 공익의 보호를 위한 최소한의 업무범위 내에서는 이를 제한하는 개정법의 취지를 살려 지나치게 추상

적·포괄적인 규정으로 파업권이 근본적으로 침해되는 것은 물론 노사간 자율적인 결정 영역이 심각하게 훼손되지 않도록 하고 있다고 하겠다.

둘째, 개정법의 취지는 필수공익사업에서도 쟁의행위가 원칙적으로 허용된다는 것이다. 따라서 업무의 “정상적인 운영”의 저해를 전제로 하고 있는 쟁의행위의 기본 개념에 비추어 볼 때, 업무의 정상적인 운영을 “보장하는 수준”에서 필수유지업무를 규정한다면 이는 곧 파업권의 본질적 침해가 될 수밖에 없다. 따라서 필수유지업무의 범위는 공익 내지 공중의 생명·건강·신체의 안전 및 그 일상생활을 “현저히 위태롭게 하지는 않는 수준,” 즉 “필요·최소한”의 범위를 넘어서는 아니된다는 점을 인식하고 있다.

셋째, 필수유지업무는 그 업무 내지 서비스의 대체가 용이하지 않은 업무영역이어야 한다는 점이다. 사용자 주도의 대체근로자나 공적인 대체노동력 또는 대체서비스의 투입에 의해 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 그 일상생활을 현저히 위태롭게 하지 않은 수준으로 유지시킬 수 있는 “대체성 있는 관련업무 내지 서비스”를 비교적 용이하게 확보할 수 있다면<sup>3)</sup> 필수유지업무로 설정할 필요가 없다는 것이다.

넷째, 필수유지업무를 선정함에 있어서 긴급조정제도 등 다른 법제도의 기능과 역할을 고려하고 있다. 예를 들어 “공중의 일상생활을 위태롭게 할 위험이 현존하는 때”에는 필수유지업무제도가 없더라도 노조법 제76조 제1항에 의한 긴급조정을 통하여 쟁의행위를 중지시킬 수 있다. 따라서 필수유지업무는 공익보호를 위하여 쟁의행위를 제한할 필요가 있는 “모든 경우”가 아니라, “긴급조정제도에 의하여도 보호할 수 없는 경우”로 한정하는 것이 바람직하다는 것이다.

### Ⅲ. 필수유지업무 관련 조항의 법리적 해석

필수유지업무제도의 도입과 관련하여 개정 노조법에서는 먼저, 필수공익사업의 범위에서 시내버스운송사업(특별시·광역시)을 제외하는 대신 항공운수사업과 혈액공급사업을 포함시키고 있다(노조법 제71조 제2항). 또한 제42조의 2를 신설하여 도구개념으로서의 “필수유지업무”를 설정하고(제1항), 그 “정당한” 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 쟁의행위를 금지하는 한편(제2항), 이를 위반하는 경우에는 폭력·파괴행위 등과 마찬가지로 3년 이하 징역, 3천만원 이하 벌금에 처하도록 하고 있다(동법 제89조 제

3) 예를 들어, 일정한 예고기간만 확보한다면 파업으로 공급이 중단되는 화력발전용 천연가스를 대신하여 중유가 제공될 수 있는 경우 등을 상정해 볼 수 있을 것이다.

1호). 아울러 노사 당사자가 쟁의행위기간 동안 계속되어야 하는 필수유지업무 유지·운영수준에 대한 필수유지업무 협정을 노사간 서면으로 체결, 서명·날인하도록 규정하고 있다(동법 제42조의 3). 그러나 당사자의 대화로서 필수유지업무 협정이 체결되지 않는 경우에는 노동위원회에 그 결정을 신청할 수 있도록 하고, 그 신청을 받은 노동위원회는 특별조정위원회를 통하여 그 결정 및 이에 대한 해석·이행방법을 제시할 수 있도록 하고 있다(동법 제42조의 4). 그리고 노동위원회의 위 결정에 따른 쟁의행위는 필수유지업무를 “정당하게” 유지·운영하는 쟁의행위로 인정된다(동법 제42조의 5). 한편 필수유지업무에 관한 협정 또는 결정에 근거하여 노동조합은 쟁의행위기간 중 근무할 조합원을 통보하도록 하고, 이에 기초하여 사용자는 구체적인 근무자를 지명, 노조 및 본인에게 통보토록 하되 쟁의행위 개시전에 노조의 통보가 없는 경우 사용자가 임의로 결정·통보할 수 있도록 하고 있다(동법 제42조의 6).

이와 함께 필수유지업무와 관련된 대체근로에 대하여 노조법 제43조 제1, 2항의 대체근로금지 규정은 “필수공익사업의 사용자가 쟁의행위기간 중에 한하여 …… 적용하지 아니한다”고 하였다(동법 제43조 제3항). 또 이 경우 사용자는 “당해 사업 또는 사업장 파업참가자의 100분의 50을 초과하지 않는 범위 안”에서 채용·대체·도급·하도급을 줄 수 있도록 하되, 파업참가자의 수를 산정하는 방법 등은 시행령에 위임하였다(동조 제4항). 한편 제91조에서는 위 제4항 위반에 대해 제1, 2항 위반과 마찬가지로 1년 이하 징역, 1천만 원 이하 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

따라서 각 조항에 대한 심층적인 법해석론적 접근이 요청되고 있지만,4) 이하에서는 관련 조항에 근거한 필수유지업무제도를 운용함에 있어서 당장 실무적으로 맞닥뜨릴 가능성이 높은 몇 가지 쟁점사항을 중심으로 살펴보고자 한다.

## 1. 필수유지업무 협정의 법적 성격

단체협약의 내용에는 쟁의행위에 관한 사항도 포함될 수 있다는 점에서 필수유지업무 협정을 단체협약으로 볼 수 있는지 검토가 필요하다. 또 이와 연계하여 필수유지업무협정이 단체협약의 일부로 포함될 경우에도 쟁의행위에 관한 사항으로 보아 단협으로의 효력을 부여할 수 있는지도 검토할 필요가 있겠다.

이상과 같은 문제가 제기되는 것은 필수유지업무 협정을 단체협약으로 볼 경우, 노조법상 당연히 행정관청에 대한 신고 및 위법사항에 대한 시정명령의 대상이 되며(제31

4) 당장 제기될 수 있는 쟁점으로는 법문에 대한 문리해석으로 제42조의 2 제1항에서 규정하는 “현저히 위태롭게 하는”의 의미 및 제2항에서 규정한 “정당한”의 개념을 어떻게 이해할 것인가의 문제와 함께 제89조의 벌칙규정이 최형법정주의에 위반되는 것은 아닌지의 문제 등을 상정할 수 있을 것이다.

조), 유효기간(제32조) 및 단협 위반에 대한 벌칙(제92조 제1호)의 적용대상이 되므로 이것이 타당한 것인가라는 의문이 제기되기 때문이다. 또한 단협 체결과정상 노사간 의견 불일치시 노동위원회의 조정대상이 됨에도 불구하고, 노조법 제42조의 4가 특별히 노동위원회의 “결정사항”으로 규정하고 있기 때문이기도 하다. 특히 필수유지업무 협정은 그 체결 목적이 노사간 근로조건 결정 등 노사관계 당사자의 이해관계보다는 공익보호 등 제3자적 관점에서 접근하는 측면이 강한 특징 역시 고려하지 않을 수 없다.

그러나 노사관계 당사자의 자율적 협상(negotiation)의 결과물로서 도출된다는 주체·방법적 측면을 고려하고, 그 법적 성격을 달리 볼 명시적인 실정법 근거도 찾기 어렵다는 점에서 이를 일용 단체협약으로 이해하는 것이 타당할 것으로 보인다. 그러므로 필수유지업무 협정을 위반하여 근로제공을 하지 않은 근로자는 단체협약(채무적 부분) 위반으로서의 책임을 지는 것이 아니라,<sup>5)</sup> 동 협정에 근거한 사용자의 업무명령권(노무지휘권)에 따르지 않은 책임을 지게 될 것이다. 다만, 단체협약의 일부분으로 체결되는 경우를 포함하여 그 법적 성격을 단체협약(보다 구체적으로는 쟁의관련 사항을 규정한 ‘평화조항’)으로 보되, “공익성을 적극 고려하여야 하는 특성이 존재하는 노사자치의 영역”으로 이해하는 것이 타당할 것이다.

## 2. 필수유지업무 협정의 체결여부 및 협정의 효력범위

개정 노조법은 필수유지업무 협정이 체결되지 않을 경우에 대한 제재규정 등을 두고 있지 않다. 따라서 필수유지업무 협정체결 여부를 노사간 자율적으로 선택하도록 하는 것이 타당한지, 또 처음부터 노동위원회로 가져와서 그 결정을 요청하는 경우는 가능할 것인가를 점검해 볼 수 있다. 노조법 제42조의 3 및 제42조의 4 제1항의 법문상 “강행규정적” 표현을 취하고 있어서 동 협정의 체결 내지 결정의 신청이 강제된다고 이해하는 실정법적 근거가 될 수 있기 때문이다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 이를 단협으로 보는 이상, 그리고 단체교섭은 강제할 수 있어도 타결 및 단체협약의 체결 자체를 강제할 수 없는 것이 당위론적 요청인 이상 자율적 선택사항으로 볼 수밖에 없을 것이다.<sup>6)</sup> 따라서 동 협정을 체결하지 않는 경우는 물론 처음부터 자율적인 협정 체결을 스스로 포기하고 노동위원회에 그 결정을 신청하는 것 역시 가능하다고 보아야 할 것이다. 물론 후자의 경우는 노사 쌍방이 함께 신청하는 때에만 해당되며, 당사자 일방에 의한 신청은 “성실히 교섭한 후”가 아니면 이를 받아들이기 힘들 것이다.

5) 다시 말해서 필수유지업무 협정 자체가 근로자에게 근로제공의무를 부여하는 것이 아니라는 것이다.

6) 만약 이를 “강행규정”으로 고집한다면 그 순간 개정 노조법은 구법에서 규정한 직권중재제도를 폐지한 그 의미를 몰각하게 될 것이다. 다만, 쟁의행위의 정당성은 별개의 문제이다.



아울러 위의 문제와 연계하여 필수유지업무 협정에서 정한 필수유지업무의 내용 내지 그 범위가 사회적 상당성을 가지지 못하는 경우<sup>7)</sup>라면 이 협정의 효력을 인정할 수 있을 것인가를 검토해야 할 것이다. 그러나 앞에서 동 협정을 단체협약으로 이해하는 동시에 “공익성”을 적극 고려해야 한다는 측면을 제기한 바 있다. 따라서 다소 “특별한 고려,” 예를 들어 행정관청의 “위법성” 판단에 있어서 공중의 생명·건강 및 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하지 않는지를 적극 고려하여 이에 위반되는 경우에는 일정한 시정조치가 가능한 것으로 보아야 할 것이다.

한편 필수유지업무 협정의 해석 및 이행방법에 대한 당사자간 분쟁을 해결하기 위해서는 어떠한 과정을 거쳐야 하는지, 예를 들어 노조법 제34조의 규정을 유추하여 노동위원회를 통하여 이를 해결할 수 있을 것인지도 검토될 필요가 있다. 이에 대해서도 현행법상 특별한 명시적 규정이 없는 이상, 단체협약에 대한 일반적 해석기능을 규정하고 있는 노조법 제34조의 규정의 적용이 가능할 것으로 보인다. 동 협정을 단체협약으로 볼 수 있을 뿐 아니라, 제42조의 4 제4항과의 균형을 고려할 필요가 있기 때문이다.

### 3. 필수유지업무 협정의 유효기간

개정 노조법은 필수유지업무 협정의 유효기간에 관한 규정을 두고 있지 않고 있다. 필수유지업무 협정의 성격이 단체협약이라면 단협 유효기간에 관한 규정(제32조)이 적용되어 2년으로 제한되지만, 필수유지업무협정의 유효기간을 노사간 자율적 합의로 정하는 것이 오히려 바람직하지 않은지 여부를 검토해야 할 것이다. 단체협약의 성격 내지 노사자율적 영역에 대한 존중의 취지를 살린다면 그 유효기간을 2년을 넘어 보다 장기간 유효하게 하는 것은 물론이고, 쟁의행위 시기마다 매번 탄력적으로 정할 수 있는 여지를 허용하는 것도 바람직할 것이기 때문이다.<sup>8)</sup> 그러나 협약의 유효기간은 편면적으로만 강제할 뿐 2년보다 짧은 기간으로 노사가 합의하는 것은 문제가 없다. 특히 2년을 넘는 경우도 자동갱신 내지 자동연장 규정을 통해 그 효력을 지속하는 것도 가능하다.

이와 함께 현행법상 아무런 규정이 없는 노동위원회에서의 결정기간을 어떻게 이해해야 할 것인가, 즉 ‘당사자의 신청에 따라 노동위원회가 각 필수공익사업 또는 사업장별 필수유지업무의 특성 및 내용 등을 고려하여 그 필요최소한의 유지·운영 수준, 대

7) 예를 들어, 전기사업에서 노사간 합의한 전기공급서비스의 내용이 공중의 생명·건강 및 신체적 안전은 물론 그 일상생활을 상당수준 위태롭게 하는 정도를 상정해 볼 수 있을 것이다.

8) 이와 정반대로 쟁의행위의 예측 가능성 및 노사간 파업에 대한 준비 정도를 제고한다는 측면에서 필수유지업무 협정의 유효기간을 가급적 장기로 하거나 아예 기간의 정함이 없는 것으로 할 필요성이 있다는 주장이 가능하다. 그러나 이는 노동기본권인 파업권의 본질적 내용을 침해할 우려가 크기 때문에 받아들이기 힘들다.

상직무 및 필요인원 등을 결정하는 기간'을 얼마로 보아야 할 것인지를 살펴볼 필요가 있다. 노조법상 조정기간은 명시되어 있지만 중재기간은 법으로 명시한 바가 없을 뿐 아니라, 노조법 제45조 제2항의 규정을 유추 적용해서 중재 중 파업이 금지되는 15일만에 준하여 이를 해석할 근거도 마땅치 않기 때문이다. 다만, 필수유지업무 협정을 단체협약으로 볼 수 있고 노동위원회의 동 결정이 상대적으로 중재기능과 비슷한 측면이 있음을 고려한다면 다소간 참작할 수 있는 기준이 될 수도 있을 것이다.

#### 4. 필수유지업무 협정의 대상이 되는 업무의 범위

필수공익사업장에서도 도급·파견·용역 등 외주화 내지 간접고용을 통한 생산 내지 업무수행방식이 적지 않게 활용되고 있다. 따라서 이러한 외주업무가 필수유지업무 협정의 체결·해석에 있어 그 대상에 포함될 수 있는지를 검토할 필요가 있다. 마찬가지로 노조법상 작업시설의 손상·원료의 변질 방지, 안전보호시설 유지 등의 업무는 쟁의행위가 금지되고 있으므로(노조법 제38조 제2항, 제42조 제2항), 이러한 개별규정에 의하여 쟁의행위가 제한되는 업무도 필수유지업무로 포함될 것인지도 문제이다. 한편 필수유지업무의 유지수준에 비조합원의 노무부분이 포함되는가의 문제, 즉 필수유지업무의 유지수준 및 필요인원을 산출하는데 있어 비조합원의 노무영역을 포함할지도 검토할 필요가 있다.

앞에서 언급한 바와 같이, 개정 노조법상 필수유지업무의 개념은 공익보호를 위해 파업시에도 유지되어야 하는 “핵심업무”를 설정하기 위한 도구개념으로 이해할 수 있다. 따라서 그 업무의 수행방식이 어떻든, 노조법을 포함한 관련 법령에 어떻게 규정되어 있는 ‘공익보호를 위해 그리고 여타 법·제도적 수단을 통해서는 대체가 용이하지 않은 최소한의 핵심업무’라면 이에 포함될 수 있다. 다만, 이를 필수유지업무 협정의 대상으로 삼을 것인가 여부는 전적으로 노사 당사자의 판단에 달려 있게 된다.<sup>9)</sup> 마찬가지로 차원에서 볼 때, 필수유지업무 협정의 대상이 되는 업무의 범위는 물론 그 유지수준도 지극히 노사 당사자의 판단과 그 관리 여하에 따라 결정될 수밖에 없다. 그러나 필수유지업무의 유지수준 및 필요인원을 결정함에 있어 비조합원의 노무부분을 포함할 경우, 노동조합의 통제범위 밖에 있는 영역을 노사가 결정하는 상황(예를 들어, 당해 사업 내

9) 물론 현실적으로 외주화 내지 간접고용을 통해 특정 업무가 수행되고 있다면 당해 업무는 상대적으로 그 사업에서의 핵심업무에 포함될 가능성이 작아진다고 하겠다. 또한 작업시설의 손상·원료의 변질 방지, 안전보호시설 유지 등의 업무는 이미 노조법상 쟁의행위가 금지되고 있으므로 그 성격상 필수유지업무와 별개의 것임은 물론 이를 필수유지업무에 포함시킬 가능성도 상대적으로 적다고 하겠다.

지 사업장의 “총량적 측면”에서 필수유지업무의 유지수준을 결정한 경우)이 될 수도 있다. 따라서 이러한 경우에는 “공익보호를 위해 공동 노력해야 할 노사 모두”에게 공평한 상황이라고 할 수 없다.<sup>10)</sup>

## 5. 필수유지업무 협상의 결렬로 인한 쟁의행위

개정 노조법은 필수유지업무의 유지수준 등을 협정으로 체결하도록 규정하고 있지만 협정체결이 안될 경우 정당한 쟁의행위가 가능한지 검토할 필요가 있다. 종래 노조법은 근로조건의 결정에 관한 노사간 주장의 불일치로 노동쟁의가 발생할 경우에만, 노사관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 파업·태업·직장폐쇄 등 쟁의행위를 할 수 있도록 규정하고 있기 때문이다(동법 제2조 제5, 6호).

그러나 필수유지업무 협정은 파업권의 정당한 행사에 대한 중대한 제약, 즉 공익보호를 위해 개별근로자의 파업권이 침해될 수 있는 업무영역을 결정하는 단체협약이며, 이것은 해당 업무를 담당하는 근로자의 입장에서는 매우 중대한 근로조건의 결정상황이 될 수 있다. 다만, 개정 노조법에서 직권중재제도를 폐지한 근본취지가 파업권의 본질적 침해를 막는 동시에 공익보호를 위한 대체수단으로서 제시된 것이 필수유지업무제도라면 필수유지업무 협정의 “결렬만을 이유”로 쟁의행위에 돌입하는 것은 다소 무리가 있을 것으로 보인다.<sup>11)</sup>

한편 이와 관련하여 종전의 단협(예를 들어, 협정근로자 규정 등)에서 정한 파업시 유지업무의 범위 내지 파업불참 근로자의 범위 등이 필수유지업무 협정의 체결시까지 쟁의행위의 정당성을 판단하는 일정한 준거가 될 수 있을 것이다. 그러나 이를 위반하여 파업의 정도가 커졌거나 종전의 파업경험에서 상정할 수 있는 범위보다는 파업참가의 범위·정도가 확대되었지만, 통상적인 기준에서 설정할 수 있는 필수유지업무의 범위를 넘어서지는 않은 경우 등과 같이 구체적·개별적인 상황에 맞추어 쟁의행위의 정당성을 종합적으로 판단할 필요가 있을 것이다.

10) 왜냐하면 노동조합의 입장에서는 그 실현을 위해 최선의 노력을 다해야 할 의무를 지게 되는 반면, 사용자 입장에서는 그 책임을 전적으로 노동조합측에 전가할 위험성이 없지 않게 된다. 사용자 입장에서는 노조측의 이행노력을 최대한 끌어내야 할 것이므로 필수유지업무 유지수준에 이르기 이전까지는 자신의 노력보다는 노조측의 협력만을 전적으로 촉구할 가능성이 매우 높기 때문이다. 특히 당해 노조의 조직률이 낮은 경우, 근로자들은 파업권의 본질을 침해받을 가능성이 높아진다.

11) 마찬가지로 앞에서 언급한 바와 같이 노조법 제42조의 4 제1항을 “강행규정”으로 보고 이에 근거하여 필수유지업무 협정의 결렬에 근거한 파업은 어떠한 경우에도 쟁의행위의 정당성을 갖기 힘들다고 고집한다면, 이 역시 개정법에서 직권중재제도를 폐지한 취지를 몰각시키는 일이다.

## 6. 필수유지업무에 대한 대체근로

개정 노조법은 필수공익사업의 경우 쟁의행위기간 중 파업참가자의 100분의 50 범위 내에서 외부인력에 의한 대체근로가 가능하도록 허용하고 있다. 따라서 필수유지업무 협정에 의하여 일정하게 유지되는 필수유지업무에 대해서만큼은 대체근로를 명시적으로 금지하는 실정법적 근거규정이 없는 이상, 이에 대해서도 대체근로가 허용되는 것으로 볼 수밖에 없다. 다만, 필수유지업무제도의 기본취지상 파업권의 본질적 침해가 발생하여서는 안되므로 필수유지업무 등 핵심업무에 대체근로가 집중됨으로써 파업권 행사가 유명무실화되어서는 곤란하다. 따라서 필수공익사업에서 파업참가 근로자의 100분의 50을 판단하는 기준은 제43조 제4항의 범문에 따라 전체 “사업 또는 사업장 단위로 판단”할 수밖에 없겠지만, 사실상 업무별로 구분하여 판단할 필요가 있을 것이다.<sup>12)</sup>

한편 노조법 제43조 제4항에 근거한 사용자의 대체근로자 규모 판단의 근거, 즉 파업참가자수의 산정방법 등을 시행령을 통해 정하도록 하고 있는 바, 구체적으로 특정 사업 또는 사업장에서의 파업마다 실제로 파업에 참가한 근로자의 수를 실측할 수 있는 방법, 예를 들어 “파업 당일 각 시업시각을 기준으로 하여 파업참가를 이유로 노무제공에 참여하지 않은 근로자의 수”를 기준으로 삼아야 할 것이다. 특히 노조법 제91조의 벌칙규정의 적용에 있어서도 동일한 산정방식을 적용해야 할 것이다. 만약 벌칙규정의 적용을 위한 명확성·객관성에 근거하여 파업참가자수를 “파업에 참가한 전체 근로자의 수” 등으로 이해할 때에는 사용자에게만 유리한 상황을 조성할 우려가 있다. 예를 들어, 파업초기에 필수유지업무를 중심으로 대체인력을 집중하는 등 강력하게 대응함으로써 노동분쟁에서의 주도권을 사용자가 장악할 여지가 크기 때문이다.

## IV. 결론 및 정책적 시사점

2003년 『노사관계법·제도 선진화 방안』을 통해 대한민국은 국제사회에 대하여 몇 가지 약속을 한 바 있다. 직권중재제도를 폐지하고 노동기본권, 특히 파업권의 부당한 제약을 가져오지 않는 합리적인 방향으로 공익과의 조화를 도모하겠다는 것도 그 중의

12) 그러나 현실적으로 필수유지업무에 집중하여 대체근로가 행해짐으로써 필수공익사업에서의 파업권이 본질적으로 침해되는 결과가 초래될 가능성이 높으므로, 이를 입법적으로 보완하는 방안을 적극 고려해야 할 것이다.

하나로 포함된다. 필수유지업무제도는 바로 이러한 고민과 노력의 결과물이라고 할 수 있다. 즉, 노사 그 누구도 상대를 제압하기 위해 만족할 만한 압력수단을 갖지 못하고 국민 일반도 그 지루한 다툼 사이에서 일정한 고통을 감수할 수밖에 없지만, 파업권과 공익이 나름대로 하나의 조화를 이루는 가운데 우리 사회도 성숙·발전해 나갈 수 있다고 믿는 것이다.

필수유지업무의 구체적 내용을 시행령으로 제시함에 있어서 반드시 기억해야 할 사항도 바로 이러한 개정 노조법의 기본 취지이다. 노동관계 법규범이 추구해야 할 목표는 “공익과 노동기본권의 조화”이지 “공익의 담보”는 아니다. 그러한 의미에서 시행령에 담길 필수유지업무의 규정내용은 극도로 자제되어야 한다고 하겠다. 예를 들어, 노사관계 당사자에게 필수유지업무의 필요최소한의 “유지·운영 수준, 대상직무 및 필요한 인력” 등을 정한 협정을 서면으로 체결토록 한 노조법 제42조의 3의 규정상 일정한 유지율을 시행령 등 법령으로 명시하는 것은 법률 위반으로서 무효일 가능성이 있다. 지나치게 자세한 내용을 열거하여 노사 당사자의 자율결정의 여지를 부당하게 침해하거나, 너무 광범위한 업무가 포함되는 결과가 초래될 수 있도록 추상적·포괄적 규정을 제시함으로써 파업시 유지되는 업무로 인하여 당해 파업 자체가 무의미해질 경우<sup>13)</sup>에 대해서도 마찬가지로 평가가 가능할 것이다.

대체근로 규정을 포함하여 개정법을 통해 신설된 필수유지업무관련 조항에 대한 해석에 있어서도 마찬가지로 기본방향이 적용되어야 할 것이다. 가급적이면 노사간 자율결정의 여지를 많이 확보함으로써 필수유지업무제도가 노사의 “자율과 책임”에 기초하여 운영될 수 있도록 해야 할 것이다. 만약 그와 반대의 결과를 초래한다면 해당 조문들은 언제나 위헌의 시비에서 자유로울 수 없는 운명을 지니게 될 것이다. **KLI**

### <참고문헌>

조용만·문무기·이승욱·김홍영(2002), 『국제기준과 한국의 노사관계』, 한국노동연구원.

한국노동연구원(2003), 『파업기간중 공익보호를 위해 필요한 최소서비스 유지방안 - 파업시 최소업무 유지의 필요성과 그 범위에 관한 연구』, 노동부 정책연구용역보고서.

13) 물론 ‘파업의 의미’는 반드시 사용자의 정상적 업무운영이 저해되는 결과가 초래됨으로써만이 실효성을 갖는 것은 아니다. 사용자에게 노조측의 요구 내지 의지가 분명하게 전달되고, 이로 인하여 노조측의 요구를 사용자측이 받아들일 수 있는 가능성이 제고될 수 있다면 이때에도 파업은 나름대로의 의미를 갖는 것이라고 하겠다.

\_\_\_\_\_ (2005), 『파업시 공익보호를 위한 최소업무 유지의무 도입방안』, 노동부 정책연구  
용역보고서.

\_\_\_\_\_ (2006), 『공익사업 실태 및 필수유지업무의 범위에 관한 연구』, 노동부 정책연구  
용역보고서.

노동부·한국노동연구원(2007), 「필수유지업무 제도화를 위한 공개토론회」, 토론회자료  
집.

ILO(1994), “Freedom of Association and Collective Bargaining,” Report III (Part 4B), 81th  
Session, Geneva.

\_\_\_\_\_ (1996), “Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom  
of Association Committee of the Governing Body of the ILO,” Fourth(reversed)  
edition. Geneva.