


토 론 회

쟁의행위와 형사책임에 관한  
종 합 토 론 회

- ▣ 일시 : 2002년 8월 26일(월) 10:00-18:00
- ▣ 장소 : 국가인권위원회 강당(배움터)
- ▣ 주관 : 전국금속산업노동조합연맹 법률원


 전국금속산업노동조합연맹



## 토 론 회

# 쟁의행위와 형사책임에 관한 총 합 토 론 회

- ▣ 일시 : 2002년 8월 26일(월) 10:00-18:00
- ▣ 장소 : 국가인권위원회 강당(배움터)
- ▣ 주관 : 전국금속산업노동조합연맹 법률원

 전국금속산업노동조합연맹

## 토론회 순서

10:00 - 10:30 인사말

백 순 환 (민주노총 비대위위원장)

10:30 - 12:00 제1부 외국 및 국제규범을 통해서 본 쟁의행위와 형사책임

발제 및 토론 10:00-12:00, 사회 김기덕 금속산업연맹 법률원장

1. 독일에 있어서 쟁의행위에 대한 형사책임(김영문교수, 전북대 법학과)
2. 프랑스에서의 파업과 형사책임(조임영박사, 방송대 강사)
3. 일본에서의 쟁의행위와 형사책임(송강직교수, 대구효성가톨릭대 법학과)
4. ILO 협약 권고와 한국(박현석변호사, 금속산업연맹)

13:00 - 18:00 제2부 한국에 있어서 쟁의행위와 형사책임, 특히 업무방해죄

발제 및 토론 13:00-18:00, 사회 김인재 교수(상지대 법학과)

5. 쟁의행위와 업무방해죄(1)(정인섭교수, 수원대 법학과)
6. 쟁의행위와 업무방해죄(2)(김기덕법률원장, 금속산업연맹)
7. 준법투쟁과 업무방해죄(3)(박훈변호사, 금속산업연맹)
8. 쟁의행위와 상급단체노조간부의 형사책임(도재형변호사, 법무법인 덕수)
9. 쟁의행위와 노조법상 형사책임(전형배변호사, 금속산업연맹)
10. 파업에 대한 업무방해죄 적용의 헌법재판소 합헌 결정의 문제점(김성진변호사, 금속산업연맹)

## 목 차

### 제1부 외국 및 국제규범을 통해서 본 쟁의행위와 형사책임

1. 독일에 있어서 쟁의행위에 대한 형사책임  
/ (김영문교수, 전북대 법학과) ..... 5
2. 프랑스에서의 파업과 형사책임  
/ (조임영박사, 방송대 강사) ..... 27
3. 일본에서의 쟁의행위와 형사책임  
/ (송강직교수, 대구효성가톨릭대 법학과) ..... 35
4. ILO 협약 권고와 한국  
/ (박현석변호사, 금속산업연맹) ..... 59

### 제2부 한국에 있어서 쟁의행위와 형사책임, 특히 업무방해죄

5. 쟁의행위와 업무방해죄(1)  
/ (정인섭교수, 수원대 법학과) ..... 99
6. 쟁의행위와 업무방해죄(2)  
/ (김기덕법률원장, 금속산업연맹) ..... 별도인쇄
7. 준법투쟁과 업무방해죄(3)  
/ (박훈변호사, 금속산업연맹) ..... 별도인쇄
8. 쟁의행위와 상급단체노조간부의 형사책임  
/ (도재형변호사, 법무법인 덕수) ..... 별도인쇄
9. 쟁의행위와 노조법상 형사책임  
/ (전형배변호사, 금속산업연맹) ..... 107
10. 파업에 대한 업무방해죄 적용의 헌법재판소 합헌 결정의 문제점  
/ (김성진변호사, 금속산업연맹) ..... 123



## 독일에 있어서 쟁의행위에 대한 형사책임

김영문  
(전북대 법학과 교수)

### 1. 들어가며

최근 노동조합의 쟁의행위에 대해 형법상의 업무방해죄에 근거한 형사책임과 노동조합과 조합임원에 대한 거액의 민사책임이 제기되면서 쟁의행위와 책임문제라는 고전적 주제가 다시 논란의 대상이 되었다. 쟁의행위의 민·형사책임 문제에는 일면에서 노동쟁의에 대한 책임질서의 확립이라는 규범적 측면과 피해당사자의 권리구제라는 법적인 측면이 있다. 그러나 다른 한편으로는 민·형사책임법에 의해서 노동조합의 과도한 쟁의행위를 규제하려는 사용자의 이해관계와 지나치게 형식적인 법규제를 넘어서 근로자의 실질적인 욕구충족과 집단활동에 대한 형식적 법규제에 의한 조합활동의 위축을 우려하는 노동조합의 이해관계가 서로 상충되어 논란의 여지가 있다.

노동법의 발생사에서 보는 바와 같이 역사적으로 보면 당시의 집단행동에 관한 실정법이나 규제법에도 불구하고 이를 넘어서는 노동자들의 집단행동이 존재해 왔고, 이것이 노동법에 새로운 제도를 도입하거나 기존의 제도를 변경하는 직접적인 계기가 되기도 하였다. 말하자면 최소한 노동법에서는 현실의 법선도기능이 어떤 다른 법분야 보다 두드러지게 관철되고 있다. 그러한 관철수단이 집단행동 내지 파업이라는 점은 재론을 요하지 않는다. 그리고 근로조건 유지와 개선을 위한 협약자율이 관철되지 않는 경우, 따라서 협약이 체결되지 않는 경우 교섭력의 대등성을 상실한 근로자와 그 집단은 파업을 단행할 수밖에 없다. 따라서 단체행동권을 규범적으로 헌법이나 실정법에 의해서 보장하든 관계없이 근로자 측의 집단행동은 법, 제도, 규범에 선행하는 사실적 현상이다. 이렇게 보면 근로자의 집단행동은 일정한 범위에서 실정법의 테두리 내에 완전히 포섭된 것이 아니라, 발생사적으로 실정법과 긴장관계에 있으며, 실정법의 규준에 따라 확일적으로 처리될 수만은 없다는 측면이 있다. 그러나 기본(법)체제의 유지와 법의 실효성 확보, 그리고 파업 상대방의 권리를 강조한다면 집단행동은 문제된 때의 실정법의 규준에 따라 처리될 수밖에 없고, 실정법의 테두리 내에서 판단되어야 한다는 측면이 있다. 즉, 발생사적으로, 그리고 사실적 측면에서 법제도에 앞선 근로자의 집단행동이 정당화된다고 하여도 민주적 법치국가 원리에 의해서 정당화되는 현행법을 초월하는 집단행동은 용인될 수 없다는 측면도 있다. 특히 집단행동이 헌법에 의해서 보



장된 타인의 기본권침해를 가져오는 경우에는 더욱 그렇다.

집단행동의 의미와 성격이 이렇게 혼재된 상황 속에서 어느 기준에 의해서, 어느 범위에서 쟁의행위의 형사책임을 물을 수 있는가 하는 문제는 산업평화를 위한 노사관계의 안정적 정착과 질서의 기능회복을 위해서 시급하게 해결되어야 할 문제이다. 그런데 쟁의행위가 정당한 경우는 노동법적 측면이나 형법적 측면에서, 더 나아가서는 정당한 단체행동권의 행사로서 헌법 제33조에 따라 책임문제는 논란의 여지가 없고, 다만 쟁의행위의 정당성을 어떻게 판단하는가 하는 문제만이 남게 될 것이다. 그러나 노동법적인 의미에서 위법한 쟁의행위에 대해서는 노동법과 민법의 법률효과를 어떻게 부여하는가 하는 문제는 별론으로 하더라도 형법의 법률효과를 어떻게 부여하는가 하는 것이 문제된다. 여기서는 쟁의행위를 보편적 법현상으로 보아 동일한 기준에 따라 노동법과 형법에서 동일하게 반가치판단을 해야 하는가,<sup>1)</sup> 아니면 쟁의행위의 위법성의 노동법적 판단과 형법적 판단은 달리 해야 한다고 보면서 노동법상 위법한 쟁의행위조차도 형사책임을 연결할 때는 개별적으로 문제된 상황에 따라 달리 판단해야 하는가,<sup>2)</sup> 또는 쟁의행위의 범죄성립 여부의 판단과정에 있어서는 일반적인 범죄론 체계에 비하여 특수성을 인정해야 할 것인가,<sup>3)</sup> 그리고 쟁의행위의 위법성 판단에 있어서 형법규정이 어떻게 고려되어야 하는가가 문제될 것이다. 그러나 마지막 문제는 형법의 문제가 아니라, 노동법의 문제이다. 이에 비하여 앞의 3가지 문제는 기본적으로 노동법상의 위법한 쟁의행위를 형법적으로 어떻게 볼 것인가, 형법에서 노동법상 위법한 쟁의행위를 어떻게 평가하느냐 하는, 형법의 문제이다. 말하자면 쟁의행위의 형사책임은 형법의 문제이고, 다만 노동법상의 특수성을 얼마나 형법에서 고려하여 반가치 판단을 해야 하는가가 문제되는 것으로서 형법규정의 해석·적용의 문제이다. 따라서 쟁의행위의 형사책임 문제는 현재 논의 상태에서는 판례와 학설에 의해서 판단되어야 할 문제인 것이다.

그런데 이와 같은 문제를 해결함에 있어서는 비교법적 검토가 우리의 실무를 해결하는데 좋은 참고자료가 될 것이다. 이 글에서는 독일의 경우를 중심으로 논의하고자 한다.

1) 국내에서 이러한 입장을 취하는 것으로서는 조경배, '형사면책법리와 쟁의행위 정당성론의 논의구조', 노동법학 제9호(한국노동법학회지), 1999, 324쪽 참조: "노동법상 위법성 판단기준과 형법상의 위법성 판단기준은 모두가 전체로서의 위법성 판단의 고려요소이지 그것이 별도로 존재한다고 가정하는 것은 위법성 인식의 통일성이라는 측면에서 수긍하기 어렵다".

2) 참고, '쟁의행위의 위력에 의한 업무방해죄 규정의 위헌성', 노동법학 제8호(한국노동법학회지), 1998, 472쪽 참조.

3) 김유성, 노동법 II, 법문사, 1999, 271쪽 참조.

## II. 일반적 개념

독일에 있어서 쟁의행위의 형사책임을 논의하기 위해서는 우선 쟁의행위를 어떻게 보는가, 즉 쟁의행위의 개념을 설명할 필요가 있다. 왜냐하면 '쟁의행위'로 표상되는 현상을 정확하게 공식화하여 이에 의해서 형사책임 논의를 위한 전제조건을 만들 수 있기 때문이다.

그러나 입법자는 독일 기본법 제9조 3항이나 관할권에 관한 노동법원법 제2조 1항 2호 등에서 쟁의행위<sup>4)</sup>라는 말을 사용하고 있지만, 그것이 무엇을 의미하는지는 定義내리지 않고 있다. 또한 쟁의행위의 개념은 항상 동일한 내용을 갖고 있어야 한다고도 보지 않는다. 그리하여 독일 기본법 제9조 3항 3문은 그 문언상 '단결의 자율을 보장한 제9조 3항 1문의 의미상 단결체의 근로조건과 경제조건의 촉진을 위한 쟁의행위로의 제한'이라는 내용을 담고 있다. 그러나 개별법규의 해석에 앞서 집단적 노사분규의 사회적 현상으로서 쟁의행위는 '불이익을 가하거나 그에 대한 방어에 의해서 근로자 측이나 사용자측에 의한, 목적을 지향한 집단적 압력의 행사', 또는 '특정목적 달성을 위한 집단적 조치에 의해서 계획적으로 생산과정과 직장평온을 저해'하는 것이라고 일반적으로 정의된다.

여기서 집단성은 근로자 측에서 하나의 그룹을 의미하며, 쟁의행위는 근로자 단체의 통일적 의사에 근거한 단체 자신의 행위이고 집단의 결정에 의해 다수인이 같은 방향을 향한 공동의 행동으로 성립된다는 점에서 집단적이다. 따라서 근로자 단체가 일시적 쟁의단인가 지속적인 조직체인가는 문제되지 않으므로 비조합원 파업도 쟁의행위에 포함되며, 공동의 목적성이 결여된 1인 근로자나 상호 독립적인 다수의 근로자가 사용자와 다투더라도 쟁의행위라고 할 수는 없지만, 부분파업이나 지명파업처럼 1인 내지 소수의 근로자가 행동하더라도 그것이 근로자단체의 투쟁결의에 의거하는 한 쟁의행위가 된다.

쟁의행위로 추구하고자 하는 목적은 쟁의상대방의 특정행동을 강요하는 것으로서 투쟁목표가 노동생활과 관계가 있는가 투쟁조치의 현실적 受規자가 사회적 상대방인가 제3자인가는 문제되지 않는다. 따라서 이와 같은 정의에 따르면 - 아직 쟁의행위의 정당성을 따질 필요없이 - 누가 쟁의행위를 주도하는가, 쟁의행위로서 어떤 목적을 추구하는가, 어떤 투쟁수단을 사용하는가 하는 것은 이와 같은 정의 단계에서는 문제될 것이 없다. 따라서 정치파업이나 동정파업은 그 정당성은 별론으로 하더라도 쟁의행위의

4) 여기서는 쟁의행위를 우리의 경우 광의의 노동쟁의를 의미하는 Arbeitskampf로 이해하고자 한다.



개념에 포함된다. 물론 쟁의행위 목적의 측면에서 단체협약 기타 집단적 규율을 목적으로 하는 것만을 쟁의행위로 볼 것인지, 사용자가 법률상 또는 사실상 처분할 수 있는 사항만을 쟁의행위로 볼 것인지 논란이 되나, 무엇이든 어떤 목적이 있으면 충분하다는 것이 현재의 다수설이다.

쟁의행위 개념에 있어서는 투쟁목표만이 문제가 되는 것이 아니라, 투쟁수단도 중요하다. 여기서 투쟁수단은 당해 사업장에서 업무의 정상적 운영을 저해하는 것을 말한다. 업무의 저해성이 없는 완장의 착용이나 전단살포 등은 쟁의행위라기 보다는 단순한 조합활동에 지나지 않는다.

쟁의행위의 고전적 형태는 파업, 직장폐쇄, 보이콧이다. 攻滅파업은 쟁의행위의 개념에 해당하지 않는다. 왜냐하면 쟁의행위에 있어서는 존립기초로서 사업장을 파괴하는 것이 목적이 아니라, 근로조건 개선이 이루어져야 하기 때문이다. 그런 한도에서 쟁의행위의 개념결정에 있어서는 투쟁목표도 함께 고려되어야 한다.

### III. 독일 쟁의행위법과 쟁의행위에 대한 형사책임의 역사적 발전

#### 1. 단결 자체의 금지시대

독일 중세시대는 실제적으로는 농노나 노동자의 집단행동이 존재해왔지만, 법적인 측면에서는 단결자체의 금지시대로 특징지워진다.<sup>5)</sup> 따라서 이 시기는 단체행동 자체의 금지시대이며, 단결자체가 형사법적으로 금지되어 단체행동도 형사법적으로 처벌되던 시대이다.

독일 중세시대에는 다양한 조직형태의 종속노동이 존재하였다. 국민들 대다수는 농촌 지역에서 개인의 자유를 제한하는 종속노동과 농노관계, 영주와의 봉종관계 등에 있었다. 그러나 대부분 극도의 빈한함 속에서도 비교적 상당한 정도의 사회적 안전장치들이 군주, 영주 등의 가부장적 조치에 의해서 존속하고 있었다.

도시의 수공업노동은 길드조직의 범위에서 제공되었다. 수공업시대의 초창기에 피교육생(도제와 고용되어 일하는 장인, 도제수련기간을 마친 장인: Geselle)은 기능장(Meister) 등과 하나의 공동체를 이루어 작업장, 주거공간에 공동생활을 하였으며, 도제

5) 고대의 쟁의행위에 관해서는 Trinkner, BB 1990, 2417 f. 참조.

수련기간을 마친 장인들은 마이스터로 신분상승할 수 있는 가능성이 있었다. 이러한 상황에서는 노동법과 가족법이 서로 혼재되어 있었다.

광산분야에서는 동업자조합적인 작업방법이 발전하게 되었고, 1986년에 비로소 최종적으로 삭제된, 광산법상의 동업조합원들을 위한, 오늘날의 노동조합(Gewerkschaft)이라는 표현은 이 시기에서부터 유래하는 것이다. 노동조합의 연원이 되는 Gewerken이라는 표현은 공동으로 작업하는 인간들을 의미하는 것이다.

자유임노동은 무엇보다도 건축, 섬유, 인쇄, 항만 등에서 발전되었고, 통상적으로는 길드조직에 의해서 급부되는 노동도 자유임노동자에 의해서 제공되었다. 그런데 도제수련기간이 끝난 장인들(이하에서는 원어대로 Geselle로 표현함)의 숫자와 기능장인 마이스터 지위와의 관계는 Geselle의 이주와 마이스터의 제한에 의해서 그 비중을 잃게 되었다. 그리하여 Geselle들은 마이스터로의 사회적 신분상승도 어렵게 되었으며, 이 때문에 독자적인 신분을 가진 자들로 변모하게 되었고, 자신들의 이익을 추구하려는 의식도 고양되어 Geselle단체를 결성하여 집단행동으로 나오게 되었다. 그 첫 번째 예가 1329년도의 혁띠제조 장인들의 보이콧에 유사한 파업이었다.<sup>6)</sup> 그러나 이에 대해 마이스터들도 단체를 결성(오늘날의 사용자단체의 원형)하여 보이콧에 유사한 직장폐쇄를 단행하여 파업을 행하는 자는 시 어느 곳에서도 노동을 할 수 없도록 하였다. 시당국도 또한 Geselle들의 집단행동을 경찰법에 의해서 규율하게 되었다. 물론 이러한 집단행동의 금지와 병행하여 국가는 종속노동을 제공하는 자의 복지에 대한 책임의식과 정당한 임금을 찾으려는 의식 속에 임금을 규율하는 것을 국가의 과제로 삼는 한편, 근로관계를 경찰의 지배영역으로 하여 종속노동을 제공하는 자는 전출증(Abkehrschein)을 소지하여야 하였으며, 단결체 형성도 금지되었다.<sup>7)</sup> 그 후 16, 17세기의 각 주의 입법도 공동의 집단행위를 그 자체로서 금지하여, Geselle들이 공동행위로 나오는 경우 이를 모반 또는 공모의 죄로 처벌하였으며,<sup>8)</sup> 일자리를 독단적으로 이탈하는 것을 계약위반으

6) 노무급부거절에 의한 집단적 압력의 행사는 19세기 중엽 산업혁명 이후의 산물로 보는 것이 일반적이나, 이미 고대와 중세시대에도 광산분야에서 경제적 문제와 관련하여 노무급부거절을 통한 집단적 압력의 행사가 있었으며, 15세기 이래로는 수공업자의 도제들이나 도제교육을 마친 장인들이 마이스터에 의한 일방적 임금결정에 대응하기 위하여 형제단체나 도제단체로 조직화되어 있었다. 16세기와 17세기에는 도제교육을 마쳤으나, 아직 마이스터가 되지 못한 장인들(Geselle)에 의한 임금투쟁이 1731년의 제국영업법(제국길드령)에 의해서 Geselle들의 집회와 결사가 금지될 때까지 빈번하게 발생하였다. 동법 제10조는 '여하한 구실로도 저항을 해서는 안 된다'고 규정하고 있었다. 이에 관해서는 MünchHandbuch/Otto, § 282 Rn. 1 참조.

7) 물론 형식적으로는 Geselle와 Meister 쌍방에게 단결체의 결성이 금지되었지만, 사실상은 Geselle들의 단결체결성만이 금지되었다. 이에 관해서는 Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht. Bd. I, 1997, S. 81.

8) 예를 들어 1582년도 쿠어펠츠 주령.



로 보아 형벌을 부과하도록 하였고, 경우에 따라서는 마이스터들에게 이들이 근로관계로 들어오는 것을 보이콧할 수 있도록 하였다. 예를 들면 1518년의 바이에른 주법은 '(고용)계약을 위반하는 자는 우리 주에서 더 이상 노동을 할 수 없다'고 명시적으로 규정하고 있었으며, 1556년의 바이마르 주법은 Geselle와 일급노동자의 임금표를 작성하여 사용자에 높은 임금을 요구하는 Geselle들은 벌금과 일년간의 강제 취업금지를 규정하고 있었다. 1608년의 뷔르템베르크 주법은 경찰에게 계약에 위반한 도제나 일급노동자들을 다시 작업장으로 송환하는 임무를 부여하였고, 1616년의 바이에른 주경찰령은 숙취, 피로 등으로 월요일에 노는 것<sup>9)</sup>을 금지하였다. 물론 이와 같은 규정들은 별다른 효과도 없었으며, Geselle들의 이직을 막는데 주정부도 그렇게 활동적으로 대처하지 않았다.

당시의 경찰국가는 모든 집단행동을 국가질서에 대한 저항으로 보고 있었으며, 경제도 경찰국가적으로 조종해야 한다는 요청에 따라 1731년도의 제국길드령에 의해 위와 같은 문제를 다시 한번 해결하고자 시도하였다. 이와 같은 제국길드령에 의하면 길드는 일정한 의미에서 국가관청의 성격을 가진 것으로서, 길드의 결사는 국가의 인가가 필요하였으며, 고위공무원이 배석한 경우에만 집회개최가 가능하였고, 관청은 정관을 변경할 수 있었다. 그러나 이렇게 사용자적 지위에 있는 길드에 대한 규제는 그대로 Geselle들에게도 적용되었다. 그리하여 Geselle지위의 독자성을 제한하여 인가를 받지 않은 Geselle 상호간의 모든 협정은 무효이며, 투쟁수단의 사용을 금지시켰다. 또한 Geselle들의 권한을 깨트리는 것으로서 일종의 경찰법상의 善行證 제도를 도입하여, 일정한 장소에 체류하고자 하는 Geselle는 길드나 전에 체류했던 도시의 관청에 의해서 발급된 증서로써 그 기간동안 '충실하고, 근면하고, 조용하고 평화롭고, 성실하게' 행동하였음을 증명해야만 했다. 이에 비하여 마이스터는 동업조합의 증서를 받지 못한 자를 고용하지 못하며, 이를 어긴 경우에는 20제국탈의 벌금을 받도록 되어 있었다. 그리고 선행증을 거부하여 길드에 반항하는 Geselle는 무법자이자 선동자로서 전제국에 걸쳐 관헌으로부터 체포되어 감옥으로 이송되도록 되어 있었다.

프로이센 이외의, 당시 오스트리아의 지배를 받았던 독일 지역에서는 오스트리아 여왕 마리아 테레지에 의해 1738년 단결이 전면금지되었고, 이를 위반한 경우 중대한 신체와 생명침해를 이유로 형벌이 과해질 수 있었다.

이상의 것은 주로 길드에 속한 Geselle들의 집단행동에 관한 것이다. 길드 이외의 영역에서도 물론 충돌과 갈등이 있게 마련이다. 그런데 1300년도의 Iglauer 광산법은 광

9) 이를 'blauer Montag'이라고 하는데, Geselle들이 스스로 행하는 휴일로서 이미 주말에 임금을 받은 Geselle들은 이 휴일에 임금을 상실하지 않았다.

산노동자의 단결을 금지했으나, 자유임노동자는 국가가 확정된 임금표에 반대하는 스트라이크를 위하여 결집하였고, 1790년대에는 임금운동이 빈발하였다. 이에 대해 국가는 예를 들어 작센주 형법전에서 보는 바와 같이 심지어 사형에까지 처하는 중벌로써 단결금지를 강화하는 방향으로 대응하였다. 그러나 무엇보다도 단결과 단체행동에 대해서는 프로이센에서 상세한 규율로써 규제하였다. 그리하여 1794년 프로이센 일반주법 2편 8장 제396, 397조, 398조는 Geselle는 어떠한 공동체나 우선적 지위가 있는 결사체도 만들지 못하며, 독자적인 결사를 거행할 권리도 없으며, Geselle연대의 상호결합 - 물론 현실적으로 이를 막을 수는 없었다 - 도 금지되었다. 물론 독자적인 단체로서의 후원금고 형성을 위한 권리는 유지되었지만, 프로이센에서는 국가가 단체결성을 저지하는 질서유지수단으로서 프로이센군대를 활용하기도 하였다.

## 2. 1870년도까지의 시기

이 시기는 집단적 노동법을 포함하여 오늘날의 독일 노동법의 기초가 형성된 시기로 특징지워진다. 그러나 이러한 발전의 이면에는 노동자들의 암울한 현실이 깔려 있어, 이 시기를 자본주의의 맹아로부터 나오는, 독일 사회발전의 가장 어두운 시대로 표현하기도 한다. 말하자면 어두운 사회사로부터 노동자를 위한 제도들이 자생적으로, 그리고 입법에 의해서 발전되어 현재의 독일 노동법의 시작을 이루었다고 할 수 있다. 당시의 시대사적 측면은 세 가지로 특징지워진다. 즉, 첫째, 증기기관의 발명으로 수공업 노동으로부터 기계노동으로의 전환이 시작되었고, 둘째, 특히 1810년 프로이센의 농노해방으로부터 인간노동력이 자유롭게 되었으며, 셋째 자유주의 철학의 지배로부터 야경국가의 방임주의와 계약사상이 지배하게 되었다는 점이다. 이러한 현상들은 곧바로 노동자의 빈곤으로 직결되고, 노동운동을 점화시켰다는 점은 이미 역사적으로 잘 알려진 사실들이다. 독일에서 노동자들의 저항 중 가장 잘 알려진 예는 1844년의 슐레지엔 織工들의 저항이었다. 이들은 산업화로부터 야기된 빈곤과 소외에 저항하여 공장주의 가옥을 무너뜨리고, 자신들에 대한 채무증서를 파괴하였다. 그러나 저항은 신속하게 진압되었고, 주동자와 참가자들은 엄중한 형벌의 처벌을 받게 되었다. 그러나 아무리 형벌의 위하로써 단체행동을 금지하고, 경우에 따라서는 군대에 의해서 진압하였다고 하여도 스트라이크를 막을 수는 없었다. 이러한 상황에 대처하는 방법은 국가입법에 의해서 노동자 보호법을 제정하는 것과 법률에 의해서 노동조합결성을 막던 막지 않던 관계없이 노동자들의 자력구제수단으로서 노동조합을 결성하는 것이었다. 물론 1850년대에는 단결과 단체행동이 여전히 금지되었지만, 그 적용영역은 제한되어 있었으며, 그에 대한 처리도 비교적 온건하였으며, 형사처벌도 드물었다. 특히 프로이센에서는 영업자유<sup>10)</sup>의 도입과 함께 단결금지도 효력이 없게 되었으며, 해지를 통한 스트라이크도 형사처벌을 받지 않았다.<sup>10)</sup> 물론 이와 같은 것이 가능하였던 점은 당시의 자유주의 기본사상으로부터 다



른 경제문제에서처럼 노동자의 협정과 연대도 힘의 자유로운 작용에 맡겨야 한다는 관념이 관철되었기 때문이다. 이러한 사고에 기초하여 급속하게 성장한 영국노동조합을 표본으로 하여 사회개혁을 위하여 독일에서도 노동조합에 대한 연구가 진행되었다.<sup>11)</sup> 그러나 실제적인 발전은 그렇게 광범위하게 이루어지지 못하였다. 특히 1845년의 프로이센 영업령 제181조에서 184조에는 혼란과 폭동을 우려하여 단결금지가 다시 도입되었다. 그리하여 노동쟁의에 의하여 목표를 달성하려는 연합은 금지하되, 경제적으로 평화로운 사용자의 단결체는 허용하고, 노동자의 단결체는 경찰의 허가를 받도록 하였다. 그리고 근로계약을 준수하지 않음으로써 노동을 거부하는 것은 형사처벌의 대상이 되도록 하였다. 투쟁을 원하는 단체의 금지와 계약위반의 형사처벌가능성은 1850년도의 프로이센 단체법에도 그대로 유지되었다. 다만 실제로 처벌되는 것은 상당히 드물었다.<sup>12)</sup>

### 3. 1848년

독일 역사에서 1848년은 민중봉기에 의한 3월혁명이 일어났고, 프랑크푸르트에서 헌법논의가 시작되었던 해이다. 혁명과 함께 계급으로서 노동자의 독자적인 이익의식이 성장하였고, 처음으로 결사의 자유가 기본권으로 인정되었으며, 많은 결사체들이 형성되었다. 그리하여 국민 서적인쇄공단체와 담배생산노동자의 단체가 결성되었으며, 독일의 첫 노동자조직이라고 할 수 있는 노동자중앙위원회가 결성되어 임금과 근로시간의 규정, 결사의 자유, 무상교육, 피교육생 숫자의 규율, 거주이전의 자유, 사회부조 등의 프로그램을 위해서 노력하였다.<sup>13)</sup> 그러나 노동자들의 근로조건을 집단적으로 규율하려는 방향으로의 발전은 오래 지속되지 못하였다. 무엇보다도 부르조아와 연합한 군대의 진압으로 혁명이 실패한 것이 그 원인이었으며, 다시 단결은 금지되었다.<sup>14)</sup>

10) 다만 당시 프랑스 법이 여전히 적용되었던 라인지역에는 프랑스 라인형법전이 적용되어 파업은 형사처벌의 대상이 되었다. 이에 관해서는 Kollmann, a.a.O., 70 ff.

11) 특히 자유당원 Max Hirsch는 영국노동조합을 표본으로 하여 독일에도 노동조합의 활성화를 주장하였다. 이에 관해서는 Lujó Brentano, Die Arbeitergilden der Gegenwart, 2 Bde, 1871/1872 참조.

12) Kollmann, 124 ff.

13) 노동운동사측면에서 당시의 식자공이었던 Stephan Born의 역할에 대해서는 Huber, II 691ff.; Reichhold, 42f. 참조.

14) 물론 당시에 오늘날의 의미에서 근로조건 개선, 유지를 위한 단결은 금지되었지만, 다른 목표를 추구하는 단체들은 노동자를 위해서나 국민들을 위해서나 금지되지 않았다. 노동자를 위한 교육단체, 질병·노후·실업·노동능력 상실에 대비한 지원금고 등은 길드제도의 전통에 따라 이 시기에도 활발하게 발전되었으며, 단결을 금지하고 단결을 감시한다고 하여도 이 단체 등에 함께 모인 노동자들이 공동의 경제적 이해관계에 대해 의견을 교환하고, 파업시에 유보적 태도를 취하는 것을 저지할 수는 없었다. 이로써 이들 지원금고나 단체는 노동조합의 전

### 4. 단결금지의 폐지

1860년대는 단결금지가 폐지된 것으로 특징지워진다. 무엇보다 1861년의 작센주 영업령은 단결금지를 폐지하고, 최고임금과 근로시간 단축 등에 관한 사용자와 노동자 사이의 협정은 법적 강제없이 그대로 존속하며, 오히려 협정을 물리적, 도덕적으로 강제하는 수단은 형사처벌의 대상이 되었다. 프로이센에서 이와 상응하는 규율은 프로이센과 오스트리아와의 전쟁에 의해서 저지되었지만, 1869년 6월 21일의 북독일 연맹 영업령의 내용이 되었고, 그 후 단결금지 폐지규정 등은 1871년도 제국영업령으로 흡수되었다. 특히 앞의 영업령 제152조에 의하여 유리한 근로조건을 쟁취할 목적으로 체결되는 협정이나 결사의 금지와 이들 협정과 결사에 대해서 적용되는 형벌규정은 모두 삭제되었으며, 법문에서는 노무의 정지나 노동자의 해고가 동등하게 표현되고 있었던 바, 이를 수단으로 하는 파업이나 직장폐쇄의 금지나 형법규정도 모두 폐지되었다. 동시에 이로써 계약위반에 대한 형사처벌의 가능성도 배제되었다.<sup>15)</sup> 그러나 북독일 연맹의 영업령 제152조는 국가로 하여금 노동자와 사용자의 단결체의 형성을忍容하고 단결체를 교섭 파트너로서 인정하였을 뿐, 아직 협약체결을 위한 법적 기초나 적법한 쟁의행위를 위한 법적 기초를 마련한 것은 아니었다. 그리고 제152조 2항은 각각의 참가자들에게 협정의 해제권과 단체로부터의 탈퇴권을 부여하였고, 협정으로부터 발생한 의무와 의무위반에 대한 청구권에 대해서는 소구할 수 없도록 하여 자연채무로 만듦으로써 단결체에게는 민법적 보호를 제공하지 않았다. 그런 의미에서 계약법이 상대방의 의무위반에 대한 압력수단으로 기능하지 못했다. 그러나 당시의 북독일 연맹의 영업령은 단결금지를 폐지하면서도 쟁의행위에 대해서는 여전히 제한적이었다. 특히 동 영업령 제153조는 강요죄와 같은 일반형법 규정 외에 3개월 징역형의 형벌 위하로써 쟁의행위에 대한 제동장치를 두게 되었다. 즉, 신체적 강제, 협박, 명예훼손, 비방에 의해서 타인을 제152조에서 들고 있는 협정에 참가하게 하거나, 이들에게 협정의 결과물을 제공하거나 동일한 수단에 의해서 타인이 그와 같은 협정에서 탈퇴하려는 것을 방해하는 자는 형사처벌을 받도록 규정하였다. 당시의 제국법원도 형사처벌할 수 있는 수단을 아주 넓게 해석하여, 파업에 참가하는 자들이 불참자들에 대해서 배신자 또는 파괴자(Streikbrecher)라고 부르거나, '와'하고 소리지르거나 '뿔'하고 소리를 질러도 형사처벌할 수 있다고 보았다.<sup>16)</sup> 행위자들은 모욕죄의 위법성조각사유인 '정당한 이해관계의 실현'요건을 원용할 수도 없었다.<sup>17)</sup> 물론 영업령 제153조는 한편에서는 오늘날의 의미에서 소극적 단결권을 인정한 것이지만, 다른 한편에서는 쟁의행위를 약화시키는, 개개인들의 파업자유

신이 되었던 것이다.

15) 물론 민법규정에 따른 손해배상책임은 여전히 존속하였으나, 노동자의 무자력 때문에 파업을 억제하는 수단으로 기능하지는 못했다.

16) RG I. 11. 1913 JW 1914, 368 (Nr.11).

17) RG I.10.1912 RGSt. 46, 213 ff.



(Streikfreiheit)를 형법의 모욕죄와 같은 수단으로 형사적으로 보장하고자 하는 것이었다. 그러나 1918년 제1차 세계대전의 종료와 함께 발생한 노동자중심의 혁명과 따라서 노동자 단체의 영향력 증대와 요구로 영업령 제153조는 폐지되었으며,<sup>18)</sup> 노동조합의 끊임없는 요구에 상응하여 후일 제국법원도 영업령 제152조 2항이 바이마르 헌법 제159조의 단결자유의 기본권과 일치하지 않는다고 보았다.<sup>19)</sup>

## 5. 1871년부터 1차세계대전 직전의 시기

이 시기는 두 번째의 독일제국이 성립되어 황제가 통치하던 시기이지만, 노동운동사적 측면에서는 노동조합활동의 개화기라고 평가할 수 있다. 前시기의 단결금지의 폐지와 노동조합의 형성과 함께 즉각적으로 10시간의 근로시간을 규정한 1873년의 서적인 쇠 단결협약이 체결되었고, 오늘날의 쟁의문화와 비교할 수 없는 수많은 파업이 일어났다. 특히 임금, 근로시간, 안전장치 미비의 제거, 선임자에 대한 항의 등을 둘러싸고 1872년에는 21,000명의 루르지방 광부들의 파업과 1889년에는 90,000명의 광부파업이 일어나 독일 전역으로 확산되어 그때까지의 독일 역사상 가장 큰 파업이 일어났던 시기이다. 그러나 이 당시에 쟁의행위에 관한 독자적인 법질서는 존재하지 않았으며, 파업은 근로계약을 깨트리는 것으로서 예고없는 해고가 가능하였고, 파업이 성공하면 협약의 재취업조항에 의해 해고가 효력을 상실하였으며, 파업은 민사상 불법행위의 독자적인 구성요건이 아니었다. 그러나 파업에 대해서는 형법규정이 여전히 적용되어 제국법원은 파업을 형법상 일종의 공갈(Erpressung)로 보았고,<sup>20)</sup> 앞서 언급한 영업령 제153조를 광범위하게 해석·적용하였다.<sup>21)</sup> 따라서 노동법상의 파업은 여전히 형법의 울타리 내에서 형사적 판단을 받게 되었다. 그러나 1899년의 입법초안(Zuchthausvorlage)은 각각의 파업동참요구를 감옥행으로써 위하하고자 하였으나 제국의회에서 과반수를 획득하지 못해 법률이 되지 못하였다. 다만 이와 같은 관계에서 흥미로운 것은 사용자에 대한 적극적인 직장폐쇄에 의해 파업에 대응했다는 점이다. 이 직장폐쇄는 일반민법의 적용을 받는 것으로서 내용상의 제한을 받지 않는, 근로관계의 해지를 전제로 하는 것이었으며, 결국 조합원의 해고는 파업하는 노동조합을 억압하게 되었고, 파업사업장 밖에 있는 모든 사람들에게도 위협적인 것이 되었다. 실제로 1873년 제국단체협약을 둘러싸고 라이프치히에서 발생한 인쇄공 파업에 대해 전 제국 차원의 직장폐쇄가 단행되었으며, 1906년 금속산업 파업시 이를 제압하는데는 제국차원에서 근로자 60%에 대해 직장폐쇄를 단행하는 것으로 충분하였다. 이로써 사용자는 쟁의행위에 대해 형사처벌을 원하기보다는 당시의 법적 이해에 있어서는 해고를 수반하는 직장폐쇄를 형벌수단으로

18) 이에 관해서는 Schmidt-Eriksen, Tarifverträgliche Betriebsnormen, 1992, 157f.

19) RG 2.7.1925 RGZ 111, 199 ff.

20) RGSt 21, 114; RG, Das Recht 1914 Nr. 1767; Blanke, AuR 1994, 113 ff.

21) RGSt 14, 387; RGSt. 36, 236.

하여 파업에 대응했다는 점이다. 특히 당시에는 해고를 수반하는 공격적 직장폐쇄도 가능했기 때문에 사후적 구제를 의미하는 파업의 형사책임보다는 오히려 직장폐쇄가 적극적인 파업저지 수단으로 활용되었다.

## 6. 바이마르공화국 시대

1914년부터 1918년까지의 1차세계대전을 거친 뒤 성립한 바이마르 시기에는 그때까지의 노동법을 개선·확장하여 오늘날 독일 노동법의 중추를 이룬 시기이다. 우선 1918년 11월 9일 왕정을 무너뜨리는 혁명이 발생한 후 1918년 11월 12일에 소집된 국민대표회의(Rat der Volksbeauftragten)는 집회법과 단체법상의 모든 제한을 철폐하고, 단결자유의 농업 등의 분야로 확장하였고, 노동과 자본이 자주적으로 중앙노동공동체(Zentralarbeitsgemeinschaft)를 형성하기로 하는 협정을 맺어 노동조합을 근로자들의 직업상 대표로서 인정하였고, 사용자들도 블랙리스트의 작성 등 단결자유에 반하는 모든 조치들을 포기하였다. 다만 이 협정은 쟁의행위에 관한 규정을 담고 있지 않았다. 그러나 무엇보다도 단결자유의 보장에 관한 현행 기본법 제9조 3항의 전신인, 1919년 바이마르 헌법 제159조로 단결자유에 기본권적 지위를 부여하게 되었다. 제159조는 “근로조건과 경제조건의 개선과 향상을 위하여 결사할 자유는 각인과 모든 직업에 보장된다”고 규정하여 단결자유(Vereinigungsfreiheit)를 기본권으로 승화시켜 모든 근로자들에게 단결자유의 보장을 하였다. 그러나 동조는 개개인들의 단결자유만을 보장하였다는 것이 당시 통설·판례의 입장이었다.<sup>22)</sup> 더욱이 헌법적 차원이나 개별법적인 차원에서 제165조 1항 2문에서 보장된 협약자유의 관철수단으로서 쟁의행위에 대한 어떠한 명시적인 법적 보장도 없었다. 당시의 심의위원회에 따르면 단결권(Koalitionsfreiheit)을 사용하게 되면 이 개념에 파업권이 포함될 여지가 있으므로 이를 또 다른 의미의 단결권(Vereinigungsfreiheit: 엄밀한 의미에서 이는 결사의 자유를 의미한다)으로 바꾸었고, 당시의 학설도 파업권은 단결권에 포함되지 않고 일반적 행동의 자유에서 파생된다고 보았다. 이와 같이 당시에는 단결권을 기본권으로 인정하면서도, 단결권에 상응하는 파업권을 명시적으로 보장하지 않았으며, 파업의 금지나 형사처벌은 단순법적으로 당시에도 적용되던 영업령 152조에 의해서 배제하여, 투쟁쟁위는 원칙적으로 사법과 공법의 일반규정에 따라 처리하고 문제되는 형법의 구성요건이 쟁의행위 내에서 실현되었기 때문에 형벌의 법률효과는 단결권 보장에도 불구하고 강화되지도 않았고, 약화되지도 않았다.<sup>23)</sup>

22) RG 11.2.1926, RGZ 113, 33, 36; Anschütz/Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, 1932, 584; MünchHandbuch/Otto, § 282, Rn. 9 등 참조.

23) Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, 18.



## 7. 소결

쟁의행위의 형사책임과 관련하여 이상의 것을 요약하면 다음과 같다. 단결권 보장의 역사에도 불구하고 독일에서 쟁의행위는 시대에 따라 형벌이 강화되고 약화되는 부침이 있었지만, 여전히 일반형법이 질서의 토대를 이루어 왔다. 그러나 쟁의행위에 대한 형사책임의 강화시기에도 여전히 파업은 빈발하였으며, 형법규정이 이러한 노동자의 집단행동을 완전히 제압할 수는 없었고, 형사체제의 강화에도 불구하고 실제로 형사처벌되는 경우는 그리 많지 않았다. 오히려 오늘날에도 그러한 것처럼 민사책임이 훨씬 더 많이 발달되어 온 것으로 보인다. 이러한 쟁의행위의 민사책임론의 발달로 독일에서는 이론적 논의는 꾸준히 제기되면서도 어느 정도 쟁의행위의 비범죄화가 자리잡았다고 보인다. 사회적으로 큰 파장을 불러일으킨, 간헐적으로 발생하는 형사처벌이 있어서 이론적 논의가 진행되었지만, 실무에서 형사처벌이 활성화되지 않은 것은 이를 증명한다고 하겠다. 따라서 역사적 경험으로부터는 일반형법의 원칙적 적용 요청과 형사법제의 강화와 이론적 논의에도 불구하고 쟁의행위의 사회적 의미 때문에 형벌은 실효성을 거두지 못한 채 오늘날에 이른 것으로 보인다.

## IV. 현행법상 쟁의행위의 형사책임

### 1. 쟁의행위의 형사책임에 대한 독일 기본법 제9조 3항의 의미

독일 기본법 제9조 3항은 바이마르 헌법 제159조처럼 단결권을 기본권으로 보장하면서도 쟁의행위를 명시적으로 언급하지 않는다. 물론 동조의 심의과정에서 쟁의권을 헌법적으로 보장하려는 논의가 있었다.<sup>24)</sup> 그러나 쟁의권의 전제조건과 적법한 쟁의행위와 위법한 쟁의행위의 한계획정에 관해 상세한 규정을 헌법에 두어야 할 것이지만, 이는 고도의 추상적 규범인 헌법에 맞지 않는다는 이유로 쟁의권은 헌법에 규율되지 않았다. 따라서 심의과정에서 '파업권은 법률이 보장하는 범위에서 보장한다'는 제안이 있었지만, 이와 같은 일반적 법률유보는 실무에서의 커다란 법적 불안정성을 야기시키며, 정치파업과 비조합적 파업의 허용 여부와 관련하여 더 상세한 규정이 필요할 것인 바, 이는 헌법에 맞지 않는다 하여 삭제되었다. 쟁의권의 헌법적 보장 여부는 사실 판례와 학설에 맡겨져 있다.

그러면 쟁의권을 헌법에 보장하는 것과 보장하지 않는 것은 쟁의행위의 형사책임과

24) 이에 관해서는 Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, 63 f. 참조.

관련하여 어떠한 차이가 있는가? 쟁의권이 헌법에도 보장되어 있지 않고, 민법이나 형법에 쟁의행위의 금지에 관해 아무런 규정도 없다면 파업에 대한 참가는 일반적 행동 자유의 발현으로 본다. 이와 같이 명시적으로 허용되지도 않고, 그렇다고 명시적으로 금지되지도 않는 파업행동은 그 적법성과 관련하여 전체법질서와 따라서 형법에 따라서 판단되어야 한다. 말하자면 누구에게나 파업의 자유(Streikfreiheit)를 인정하되, 쟁의행위의 책임은 전체법질서, 따라서 형사책임은 일반형법에 따라 처리하여야 한다. 누구나 파업의 자유를 갖기 때문에 법적인 판단을 위해서는 그 자체로서 집단의 전체행동과 개개인들의 행동을 구별하지 않으면 안 된다.<sup>25)</sup> 전체행동의 판단에 있어서는 쟁의행위가 금지되어 있는가, 즉 쟁의행위가 금지법규, 계약상의 의무, 또는 일반적 행동 의무에 반하는가 하는 것만이 문제가 된다. 그리고 쟁의행위의 전체행동이 적법하다고 하여 이것이 근로자의 노무제공 거부에 의한 개별근로계약 위반도 정당화하는 것을 의미하지 않는다. 왜냐하면 쟁의행위에 있어서 집단법적 차원과 개별법적 차원은 엄격하게 구별되어야 하며 쟁의행위가 집단법적으로 정당하다고 하여 개별근로계약에도 영향을 미치지 않는기 때문이다.(분리설) 따라서 파업에 참가하는 경우 개개근로자는 법적으로 인정된 업무의 저해사유없이 그의 노동력제공 의무의 이행을 하지 않은 것이 되며, 따라서 한편으로는 임금청구권의 상실을 감수해야 하고 다른 한편으로는 사용자에 의한 즉시해고의 위험을 감수해야만 한다. 위법한 쟁의행위인 경우 사법의 효과로서 파업에 참가한 근로자에 대해서는 사용자의 부작위청구권과 손해배상청구권이 인정된다. 또한 파업참가가 위협스러운 협박을 의미하는 경우 강요죄의 구성요건을 충족하게 되며, 추구의 목적을 위한 수단으로서 파업은 선량한 풍속에 반하여 위법성을 갖게 된다.

그러나 독일은 헌법에 쟁의권을 명시적으로 보장하고 있지는 않지만, 판례·통설에 따르면 기본법 제9조 3항의 단결권으로부터 쟁의권(Streikrecht)이 파생된다고 본다. 즉, 독일에 있어서 쟁의행위는 독일 기본법 제9조 3항의 단결자유에 원칙적으로 포함된 것으로 본다. 무엇보다도 1968년의 헌법개정에서 정당한 쟁의행위에 대해서는 경찰이나 군대의 투입을 금지하는 규정을 제9조 3항에 추가함으로써 파업의 자유보다는 파업권이 헌법적으로 보장되었다고 보는 것이 현재의 지배적인 학설이다. 이 규정이 추가되기 전에는 여전히 앞에서 언급한 바와 같은 파업자유설이 지배적인 학설이었다.<sup>26)</sup> 따라서 판례와 학설에 따라 인정된, 파업권의 헌법적 보장은 파업의 실행이나 파업의 위협은 처음부터 적법한 것으로서 독일 형법 제240조의 의미에서 비난가능한 것이 아니라고 본다. 노동조합에 의해서 주도된 적법한 파업기간 동안은 근로계약으로부터 나오는

25) 오스트리아는 이러한 파업자유 체계를 취한다. 이에 관해서는 Mayer-Maly/Marhold, Arbeitsrecht II 101; Tomandl, Streik, 55, 62 참조.

26) 1949년 3월 23일 발효된 기본법에 따라 제9조 3항에는 파업의 자유가 인정되었지만, 1968년의 헌법개정으로 파업권이 헌법에 보장되었다는 것이 지배적이라는, 당시의 학설상황에 관해서는 상세하게 Kümmel, Streik und Strafrecht, 1979, 1 ff. 6 ff. 참조.



근로자의 노동력제공의무는 정지되며, (정지설) 파업참가는 쟁의행위가 사회적 상당성을 위반하지 않는 한, 계약위반이 아니라고 본다. 또한 분리설과 달리 파업행위를 집단법이나 개별법에서 통일적으로 판단한다. 분리설에서는 쟁의행위가 협약자율의 본질적 구성부분이 아니기 때문에 쟁의행위를 집단법이나 개별법에서 일체적으로 판단할 필요가 없지만, 통일설에서는 쟁의권은 협약자율의 본질적 구성부분이기 때문에 쟁의행위는 집단적 계약능력이 있는 당사자에 의해서 수행되어야 하며, 이들 당사자에 의해서 규율할 수 있는 목표의 범위 내에서 이루어져야 하고, 파업은 평화의무를 위반해서는 안되며, 최후수단으로서 실행되어야 한다.

이와 같은 쟁의권의 헌법적 보장이 의미하는 바는 노동조합에 의해서 주도된 집단적 노동제공거부가 판례와 학설에 의해서 헌법적 차원에서 인정된 쟁의권의 본질적 내용을 이루는 것으로서 근로자들의 근로조건 개선을 위한 실력행사 뿐만 아니라, 그 실력행사의 결과가 민사책임을 야기하든 형사책임을 야기하든 일단 이를 정당하다고 보는 데 있다. 말하자면 쟁의행위는 선형적으로 정당하고 적법하다고 추정하는데 있는 것이다.<sup>27)</sup> 따라서 적법한 쟁의행위는 아예 처음부터 형사처벌의 대상이 되지 않는다는 것이다. 이러한 노동법상의 쟁의행위 형사책임처리 요청에도 불구하고 독일 형법의 통설은 파업은 상대방에 대한 압력을 행사하여 그로부터 어떤 것을 강제하는 말하자면 의사의 굴복을 목적으로 하기 때문에, 거의 모든 파업이 강요죄의 행위형상을 취하고 있다고 본다. 그렇기 때문에 쟁의행위가 노동법상 정당하든 정당하지 않든 관계없이 독일 형법학과 형사판례는 쟁의행위가 이론상 가장 빈번하게 문제되는 독일 형법 제240조의 강요죄의 구성요건에 해당한다는 것으로부터 출발한다.

## 2. 쟁의행위에 대한 형법적 처리

### 1) 서

2차 세계대전 이후 1950년대 초반까지 쟁의행위의 민사책임 발달<sup>28)</sup>로 판례와 학설은 형벌로써 쟁의행위를 위하하는데 그렇게 큰 관심이 없었고, 쟁의행위의 형사책임은 간단교재용의 의미를 갖는데 불과하였다. 물론 1952년에 경영조직법의 제정을 둘러싼 신문총파업이 있었는데, 연방법원에 의해서 발전된, 형법상의 폭력(Gewalt)개념에 파업을 포섭하는 원칙은 이 사건에도 적용되었다. 입법자를 향한 이 정치파업은 국가기관, 특히 헌법기관에 대한 폭력의 행사로서 강요 내지 내란죄로 취급되었다. 그리고 독일 형법 제240조 2항<sup>29)</sup>과 제253조 2항에서 규정한 바와 같이 쟁의행위가 형법상 강요죄나

공갈죄의 위법성을 갖추기 위하여는 쟁의행위로써 행하는 의사강제수단이 비난가능(verwerflich)하여야 하는 바, 이 비난가능성의 불특정성 때문에 독일 형법학계<sup>30)</sup>는 비정치적인, 직접적인 근로조건을 개선하는 목표를 하는 쟁의행위도 형사처벌이 가능한 불법이라고 판단하였다. 그러나 다른 한편으로는 1950년대에 의회(구독일 형법 제105)와 공무원에 대한 강요(구독일 형법 제114조)의 구성요건이 통합되어 강요의 수단과 관련하여 '폭력' 또는 '폭력으로 위협'으로 제한되었으며, 형법 제88조에 규정된 내란죄에는 구법과는 달리 위법행위 형태로서 파업과 직장폐쇄를 예로 든 것을 삭제하였으며, 국가권력에 대한 불복종의 호소를 국가기관에 대한 저항으로서 규정한 형법 제110조를 삭제하였다. 이로써 파업 호소를 형법 제110조 위반이라고 본 학설<sup>31)</sup>도 더 이상 타당하지 않다. 이로써 50년대에 파업의 헌법적 보장에 대해 적대적인 형법이론들이 변하기 시작하였으며, 이러한 현상은 1968년 기본법 제9조 3항의 개정에서 확실하게 된 쟁의권의 헌법적 보장에 의해서 더욱 강화되었다.

### 2) 헌법질서에 대한 형벌행위로서 파업

독일에서 쟁의행위의 형사책임은 주로 헌법질서 파괴와 강요죄 및 공갈죄에서 문제가 된다. 이 가운데 헌법질서에 대한 형벌행위로서 파업의 문제를 간략하게 언급하기로 한다. 여기서는 주로 정치파업이 문제된다. 그런데 1952년도 11월의 공산당에 의해 주도된 아테나워 정부 전복을 호소한 총파업을 연방법원<sup>32)</sup>은 구형법 제81조 1항, 제80조 1항 1호에 따라 내란기도로 보아, 기본법에 의거하는 헌법질서를 폭력과 폭력의 위협으로써 변경시키려 기도하는 자를 10년까지의 징역형에 처하는 판결을 내렸다. 무엇보다도 이 사건에서는 파업이 내란죄를 규정한 구형법 제80 이하의 폭력에 해당하는가, 그리고 그때의 폭력은 무엇을 의미하는가가 문제되었던 바, 이 때의 폭력에는 물리력의 사용도 필요하지 않으며 적합하지도 않다고 한다. 특히 파업은 적극적인 힘의 전개로서 각각의 파업이 신체적인 힘의 전개에 비견할 수 있는 작용을 하는지의 여부는 파업의

29) 독일 형법 제240조 2항: 강요로써 달성하고자 하는 목적을 위하여 폭력을 행사하거나 해악을 고지하는 것은 그것이 비난가능한 경우에 위법하다. 독일 형법 제253조 2항의 규정도 동일한 내용을 갖고 있다.

30) 당시의 학설로는 H. Schröder, BB 1953, 1016(당시의 경영조직법 제49조 2항 2문을 위반하여 경영협의회가 주도한 비노조파업은 형사처벌 가능); Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, 3. Aufl., 1964, 162(비난가능성의 예로는 의도적으로 사용자의 존립을 위협하는 경우, 수확기간 동안의 농장 일군의 파업의 경우, 가스·수도·전기사업의 파업을 들고 있다); Metz, AR-Blattei, Arbeitskampf VI I 1 b; Maurach, Strafrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl., 1964, 117(비난가능성을 사회적 상당성과 같은 의미로 해석).

31) 예컨대 H. Schröder, Schönke-Schröder, Kommentar zum StGB, 15. Aufl., 1970, § 110 Rn. 3.

32) BGHSt 8, 102 ff. =AP Nr. 1 zu § 80 StGB.

27) 이에 관해서는 Däubler, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., 215, 218 참조.

28) BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.



종류와 범위, 그리고 파업이 누구에게 작용하는가에 달려 있다고 한다. 따라서 지역적으로 제한되거나 생활에 중요하지 않은 산업분야로 제한된 파업은 폭력이 아니며, 총파업의 경우에만 내란죄 규정의 의미에서 폭력을 의미한다는 것이다.<sup>33)</sup> 이로써 당해 피고는 자유형의 형벌을 받았다. 판례의 이러한 태도는 Lapple 사건<sup>34)</sup>에서도 확인되고 있다. 따라서 쟁의행위의 형사책임에 있어서 논의는 이제 내란죄의 '폭력', 강요죄와 공갈죄의 '폭력'을 어떻게 이해하는가가 중심테마가 되었다.

### 3) 폭력의 판단기준

독일 형법은 우리 구형법 제314조의 위력에 의한 업무방해죄와 같은 규정이 없다. 그러나 업무방해죄 규정의 위헌성에 관한 헌법재판소의 판례<sup>35)</sup>에서도 문제된 바와 같이 불특정, 추상적 개념으로서 '위력'은 독일에서 말하는 폭력과 다를 것이 없다. 독일의 경우는 쟁의행위의 형사책임과 관련하여 형법 제240조의 강요의 죄는 '폭력'과 '감정적 해악'으로써 위협(Drohung mit empfindlichen Übel)이 구성요건인 바, 우리 구형법 제314조의 '위력'에 의한 업무방해죄의 '위력'도 이 규정의 해석과 관련지어 논의하여도 무방할 것이다.<sup>36)</sup> 따라서 무엇보다도 독일 형법에 있어서의 '폭력'을 어떻게 해석하는가가 우리에게 주는 시사점도 많을 것이다.

무엇보다 판례에 의해서 독일 구형법 제80조의 폭력을 넓게 해석하는 것은 독일 기본법 제103조 II항의 죄형법정주의의 원칙<sup>37)</sup>을 무시한 것으로서 법관은 해석의 한계를 넘어선 것으로 볼 여지도 있다. 그런데 이와 관련하여 연방법원<sup>38)</sup>은 제국법원에 의해서 완화된, 신체적 힘의 전개를 포기하고 폭력의 개념을 더욱 확장적으로 해석하여, 정신적 자극과 신체적 편안함이 감소되는, 심리적 영향을 주는 경우에 대해서도 폭력의 개념을 확장하고 있다. 그리하여 노동사건은 아니지만, 쟁의행위의 강요죄 처벌을 위한 전제조건으로서 적용될 수 있는 폭력을 다음과 같은 경우로까지 확장 적용 하고 있다. 즉, 행위자가 105km의 속도로 주행을 하면서 앞차의 후면 2m까지 접근한 경우에 신체적 힘의 전개가 없어도 심리적 영향이 있어 폭력을 인정하고 있다.<sup>39)</sup> 폭력의 이러한

33) 당시의 학설 상황과 판례비판에 대해서는 Däubler, Strafbarkeit von Arbeitskämpfen?, in: Baumann, Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, 1972, 95. 참조.

34) BGHSt 23, 46 ff.

35) 현재 1998.7.16, 97헌바23. 이에 관한 판례평석으로 줄고, '쟁의행위의 위력에 의한 업무방해죄 규정의 위헌성', 노동법학 제8호(한국노동법학회지), 1998, 463쪽 이하 참조.

36) 이러한 입장으로는 헌법재판소 결정시 참고인(손동권) 진술서 참조.

37) 이와 유사한 논거가 위력에 의한 업무방해죄의 위헌성 여부를 다룬 우리 헌법재판소에서 문제가 된 적이 있다.

38) BGHSt 1, 145.

39) BGH NJW 1970, 61.

확장적 해석이 파업의 폭력해당성 확장으로 이어지는 것은 당연하다.<sup>40)</sup> 그렇기 때문에 학설은 폭력 개념의 확장에 대해 일정한 제한을 가하고자 하며, 고전적 폭력개념으로 돌아가자는 의견도 있다.<sup>41)</sup>

확실히 폭력개념의 확장은 시민들 행동의 형벌가능성에 대한 예견가능성을 어렵게 하여 법적 불안정을 가져오며, 형벌의 인플레이션을 가져올 우려가 있다. 이와 같은 관점에서 최근의 독일연방헌법재판소는 폭력의 개념에 중대한 제한을 가하였다. 과거에는 폭력개념이 물리적, 신체적 해악의 범위를 넘어서 앞에서 본 바와 같이 정신적, 심리적 측면에까지 확장되었었다. 대량파업이나 총파업은 형법 제240조의 폭력의 요건을 충족하며, 파업은 결코 폭력이 없는 수단으로 볼 수 없다고 하였다. 그러나 판례와 학설에 따른 쟁의권의 헌법보장 인정과 함께 1955년 1월 28일의 독일연방노동법원 전원합의체 판결에 의한 사회적 상당성 기준에 의해서 쟁의행위는 어느 정도 정당화될 수 있었다. 그러나 1995년 연좌농성이 독일 형법 제240조의 폭력에 해당하는가에 관해 연방헌법재판소는 법관이 불특정 개념인 폭력을 정신적, 심리적 영역으로까지 확장해석하는 것은 독일 기본법 제103조의 죄형법정주의에 반하는 것으로 판단하고 있다.<sup>42)</sup> 이 판례는 우리 구형법 제314의 업무방해죄의 '위력'을 확장된 기준없이 합헌이라고 본 우리 헌법재판소의 판례와 좋은 대조가 될 것이다. 이와 같은 폭력개념의 제한적 해석에 상응하여 일부 학자<sup>43)</sup>는 파업조치에 있어서 폭력의 판단표지는 충족되지 않는다고 본다. 강요죄가 성립하기 위해서는 폭력 행사에 의하여 강요를 당하는 자가 의사결정을 하지 못할 정도로 영향을 받아야 함에도 불구하고 사용자는 노동조합의 요구에 따를 것인지, 이를 거부할 것인지 선택할 수 있기 때문에 사용자가 강요죄가 보호하고자 하는 의사자유를 가진 경우에는 강요죄는 성립할 수 없다고 본다.

### 4) 비난가능성의 판단표지

독일 형법 제240조 2항(강요죄)과 제253조 2항(공갈죄)은 비난가능한 경우에 강요행위는 비로소 위법한 것으로 본다. 따라서 강요죄의 성립에 있어서 당장에 구성요건해당

40) 예컨대 Knodel, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, 1962, 119 ff.은 힘의 전개나 신체적 작용의 기준을 포기하고 어느 무엇인가의 해악을 가함으로써 강요되는 자의 의사결정에 강한 압력을 행사하여 행위자의 무리한 요구에 대한 저항이 불가능한 경우로 폭력을 범주화해야 한다고 한다. 이와 같은 폭력개념의 확장적 해석에 의하여 강요를 받는 자의 인권보호를 위한 헌법적 위임이 정당화된다고 한다.

41) 예컨대 Busse, Nötigung im Straßenverkehr, 1968, 121.

42) BVerfG 10.1.1995, NJW 1995, 1141. 이에 대해 비판적인 것으로는 Amelung, Sitzblockaden, Gewalt und Kraftentfaltung, NJW 1995, 2584 ff. 참조.

43) Herzberg, GA 1997, 251.



성이나 위법성을 인정하기 보다는 그 비중을 어느 의미에서는 유책성의 요소인 비난가능성에 두고 있다. 독일의 경우 구판례<sup>44)</sup>에서는 우리나라의 현재의 판례처럼 파업은 일반적으로 위력을 포함하는 폭력으로 보고 있었으나, 파업의 형사처벌가능성은 정의권의 헌법적 보장취지의 시각에서 판단해야 한다는 태도변화로부터 연좌농성이 형법 제 240조의 강요죄에 있어서 폭력에 해당하는가에 관해 이제는 폭력의 행사 자체가 당장에 행위의 위법성을 간접증명하는 것이 아니라, 비난가능해야 강요는 위법하다는 입장을 취하고 있다.<sup>45)</sup> 이로써 강요죄에 있어서 중심추는 폭력의 구성요건해당성으로부터 비난가능성의 위법성 요건으로 이동하였다. 따라서 핵심문제는 추구하는 목적을 위한 파업의 위협이 비난가능한 것인가 하는 점이다.

독일의 학설은 뉴앙스의 차이는 있지만 거의 모두 비난가능성은 양속위반과 사회적 불상당성(sozialinadäquat) 이상의 것이라고 보는데 의견이 일치하고 있다.<sup>46)</sup> 말하자면 형법상의 위법으로서 비난가능성은 단순한 양속위반이 아니라, 사회적으로 허용될 수 없는 고도의 양속위반이기 때문에 사회적으로 不相當하여 노동법적으로 위법한 정의행위도 형법상의 위법성은 달리 판단되어야 한다고 본다. 판례는 비난가능성을 국민들의 법감정에서 찾는다.<sup>47)</sup>

그러나 결국 불특정개념으로서 비난가능성을 어떻게 파악하는가에 관해 확정된 개념은 있을 수 없고 그때 그때의 개별적 상황에 따라 판단할 수밖에 없다. 또한 비난가능성의 하한선에 사회적 상당성, 양속위반, 국민의 법감정이 자리잡고 있는 한 비난가능성은 범규범 자체에서는 해결책이 나올 수 없고, 사회규범을 고려하지 않을 수밖에 없다. 다만 사회규범의 폭이 넓고 다양하기 때문에 비난가능성의 판단은 필연적으로 법적 불안정성을 가져 올 수밖에 없을 것이다. 그러나 독일 형법이 이와 같이 고도의 사회적 불상당성을 의미하는 비난가능성을 기준으로 정의행위의 형사책임을 추구하는 한, 정의권의 헌법적 한계를 일탈한 정의행위조차도 당장에 형법상 강요죄 등의 비난가능성의 요건을 충족하였다고 볼 수는 없다. 그러므로 정의행위는 그 수단과 목적을 고려할 때, 처음부터 비난가능하다는 일반적 평가는 도출될 수 없고, 정의권의 헌법적 보장을 고려하여 예외적인 경우에만 형사처벌 할 수 있는 것이다. 그리하여 비난가능성 판단을 위해서도 수단과 목적의 균형을 고려하는 비례성 원칙의 적용도 인정될 수 있는 것이다. 그러나 일관성이 없어서 그 자체로는 개별적인 경우마다 비판의 여지가 있기는 하지만,

44) BGHSt. 6, 336; BGHSt. 8, 102 ff.

45) 이에 관해서는 Däubler/Schumann, a.a.O., 214 f.

46) 다만 양속위반의 정의행위는 필연적으로 형법이 보호하는 법익을 참을 수 없을 정도로 침해하기 때문에 노동법상의 양속위반과 형법상의 비난가능성은 명확히 구별할 수 없다는 견해도 있다. Nikisch, Arbeitsrecht, 2. Bd., 2. Aufl, 1959, 150 참조.

47) BGHSt 1, 84, 86; 4, 254, 256; 17, 329, 331.

판례와 학설에서 비난가능한 경우로 보는 예외적인 경우는 다음과 같은 것이 있다. 범공동체를 위한 참을 수 없는 손해로서 가스, 전기, 수도의 마비를 가져오는 정의행위, 정치파업, 경영조직법상의 평화의무위반의 경우, 최후수단의 원칙에 반하는 정의행위, 조찬휴식의 이전과 같은 아무런 이해관계가 없는 목적을 추구하는 정의행위, 수확기의 농장근로자의 파업, 사용자의 존립무효를 가져올 정도로 높은 임금을 요구하는 파업, 비조직 근로자의 해고를 강요하는 노무급부거절 등이 그것이다.

### 3. 소결

이상에서 언급한 바를 요약하면 독일에서 정의행위에 대한 형사책임은 일반 형법학의 문제로서 일단 형법적 도그마의 틀 속에서 판단되고 있다. 따라서 일차적으로는 정의행위의 형법적 판단을 위해서 법원은 형법상의 구성요건을 모두 끌어와 판단하고 있으며 근로조건 개선을 위한 경제파업과 관련하여 어떠한 제한도 두지 않고 있다. 그러나 우선 독일 형법학과 실무는 형법 자체의 도그마와 강요죄 구성요건의 새로운 파악에 따라 폭력개념을 축소시켰고, 그 반사적 효과로서 정의행위의 형사책임도 그 범위에서 감소할 가능성이 많아졌다. 그러나 형벌구성요건이 충족되었다고 하여 파업참가자들을 형사처벌하여야 하는가 하는 문제는 이러한 도그마적인 문제는 아니다. 오히려 형사처벌을 위해서는 사회적인 그리고 시대적인 요청을 무시할 수는 없다. 형법 도그마와 정의행위의 헌법적 의미를 가교하는 것이 바로 비난가능성의 요건이다. 비난가능성은 강요죄에 있어서 위법성의 요건이지만, 그 판단에 있어서는 사회적 상당성이라는 사회규범적 요소가 내재되어 있다. 따라서 판례와 학설은 모두 일치하는 것은 아니지만, 판례와 학설에 의해서 인정된 정의행위의 헌법적 보장과 정의행위의 사회적 의미를 고려하여 비난가능성의 요건으로부터 고도의 사회적으로 상당하지 않는 경우에만 예외적으로 정의행위를 형사처벌하고자 한다. 물론 형법이론적 측면에서는 여전히 도그마를 중시하고 있지만, 독일에서는 정의행위는 비범죄화의 방향으로 가고 있다고 보여진다. 이와 같은 방향으로 가게 되는 이면에는 정의행위의 민사책임이 활성화되어 있어 상대적으로 형사책임은 실무에서 그렇게 큰 비중을 차지하지 않으며, 형사책임을 추궁당할 만한 정의행위가 돌발적인 극히 예외적인 경우에만 행해진다는 독일 근로자의 규범의식이 자리잡고 있다. 이와 같은 정의행위의 비범죄화 논의에서 한 가지 지적해야 할 것은 노사관계 전체적으로 비범죄화가 필요하다는 점이다. 특히 (규범적)계약을 준수하려는 법문화가 발달된 국가, 예를 들면 미국, 독일, 일본, 영국, 캐나다 등에서는 단체협약의 불이행을 계약법의 이론과 민사소송상의 구제절차에 따라 제재를 하고 있으며, 따라서 단체협약불이행에 대해 非犯罪化(Entpönalisierung)<sup>48)</sup>한지는 오래되었다. 형법은 국가에

48) 위법한 정의행위와 관련하여 근로자의 형사처벌가능성에 관해 이미 Zechlin, Streik, Strafrecht, Polizei, 1986, S. 13 이하 참조.



의해서 그 실현이 확보되는 형벌이라는 가장 강력한 제재수단을 사용하기 때문에 형법 내지 형벌은 국가의 최후수단이 되어야 하며, 따라서 형벌이라는 침해가 정당화되기 위해서는 형법에 앞서 있는 노동법을 포함하는 사회통제의 다른 영역에서의 판단을 존중하고 이러한 다른 사회적·법적 통제수단들이 사회적 분쟁 상황을 완전히 처리하지 못하는 경우에만 형법이 비로소 투입될 수 있다는 점을 무시해서는 안 된다.<sup>49)</sup> 이와 같은 형법의 최후수단성과 보충성의 원칙에서 보면 사용자의 단체협약위반행위나 근로자측의 쟁의행위를 일률적으로 당연히 처음부터 범죄행위로 처벌하는 것은 문제가 아닐 수 없다. 신뢰관계를 바탕으로 하는 노사관계에서, 그리고 자율적으로 갈등을 해결하는 구조를 취하는 노사관계에서 국가형벌권이 자동적으로 개입해야 할 당위성은 나오지 않는다. 따라서 단체협약불이행에 대한 사용자의 형사처벌이나 위법한 쟁의행위에 대한 형사처벌은 처음부터 배제하거나 형법의 최후수단성이나 보충성의 원칙으로부터 극히 예외적인 경우에만 허용되어야 한다고 할 수 있다. 말하자면 노사관계 전체의 비범죄화 요청으로부터 동일한 문제의식 속에서 근로자측 행위의 비범죄화 뿐만 아니라, 사용자측 행위의 비범죄화도 함께 요청된다. 근로자측 행위는 비범죄화하면서 사용자측 행위는 형사처벌되어야 한다는 것은 이미 공평성을 상실한 것이며, 노동자와 사용자의 공존의 관점에서 바람직하지 않다.

## V. 협약에 의한 형사소추의 포기 가능성

마지막으로는 협약당사자들이 협약 내의 규정으로, 또는 별도의 약정으로 위법한 쟁의행위로 인한 형사소추를 포기한다고 합의한 경우가 문제될 수 있다.

이에 관해 독일에서는 형사소추에 대한 유효한 처분은 고소사건이나 私訴, 예를 들면 주거침입, 재물손괴, 단순모욕(비방: Üble Nachrede; Verleumdung: 중상 등과 함께 친고죄임), 단순상해나 과실있는 상해 등의 경우에 있어서만 생각할 수 있고, 이러한 형벌행위에 있어서 형사소추는 공익을 위하여 부분적으로는 고소없이도 수행될 수 있다는 원칙이 있다. 그밖에 두 가지 문제가 논란이 되는데, 첫째는 형사소추 포기에 관한 규정의 효력과 약정에 반하여 수행된 형벌절차에 대한 효력이 그것이다. 독일 판례에 따르면 형사고소(형법 제77조)를 하거나 사소를 제기(형사소송법 제374조 이하)할 수 있는 피해자의 권리에 관한 법률행위적 약정은 민법 제138조

49) 형법의 최후수단성과 보충성에 관해서는 상세하게 배종대, 형법총론, 1993, 63면 이하 참조. 형법의 최후수단성과 보충성의 관점에서 위법한 쟁의행위에 대해 업무방해죄 규정을 적용하는 것에 대해 비판적으로 줄고, '쟁의행위의 위력에 의한 업무방해죄 규정의 위헌성', 노동법학 제8호(노동법학회지) 제8호, 1998, 472면 이하 참조.

(sittenwidrig, 민법 제138조)의 한도 내에서 원칙적으로 정당하다고 본다.<sup>50)</sup> 그러나 Otto에 따르면<sup>51)</sup> 자발적인 행위자-희생자-조정 범주에서 형사소추의 제한은 유효하지만, 형사고발의 부작위에 의해서 사실상 형사소추로부터 벗어날 수 있는, 해당 당사자 자신에 의해서만 제한이 가해질 수 있다. 따라서 산별협약 내에 그에 상응하는 조항에는 규범적, 채권적 효력이 귀속되지 않는다. 협약당사자는 오로지 그의 구성원에 대한 구속력없는 호소를 할 수 있는 의무만이 인정된다.<sup>52)</sup> 앞서 언급한 바에 따라 형사소추 제한에 대한 유효한 약정을 위한 여지가 있는 한, 이 약정은 상이한 방법으로 근로자에 대하여 그럼에도 불구하고 수행된 형벌절차에 대해서 작용하게 된다. 형사고소가 형사소추의 전제조건이 되는 공익소송이 문제가 되는 경우 소의 포기나 철회는 관할기관에 대해서 표시된 경우에만 유효하다. 물론 약정에 반하여 제기된 고소의 철회에 대해서는 소송이 가능하다.(독일 민사소송법 제888조에 따른 강제집행). 사소에서는 유효한 포기는 직접적으로 형벌절차의 중단의 효과가 있다.

50) KG 8.2.1960 NJW 1960, 2207f.; BGH 28.1.1974 NJW 1974, 900(소송상 화해); BGH 22.1.1991 NJW 1991, 1046ff.

51) MünchHandbuch/Otto, § 291, Rn. 42이하.

52) Zöllner, Massregelungsverbote und sonstige tarifliche Nebenfolgenklauseln nach Arbeitskämpfen, 1977, 43ff.; Colneric in: Däubler, Rn. 1376; 다른 의견으로는 Gamillscheg, KollArbR I §26 V 2c(3), S. 1243; Wiedemann, §1 Rn. 495.



## 프랑스에서의 파업과 형사책임

조 임 영  
(법학박사, 방송대강사)

### 1. 서론

프랑스 1946년 헌법 전문에서는 “오늘날 특히 필요한” 정치적, 경제적, 사회적 원칙들을 열거하면서 그 가운데 하나로서 “파업권(droit grève)은 이를 규율하는 법률의 범위 내에서 행사된다”고 규정하고 있다.<sup>1)</sup> 파업권은 개인의 자연적, 절대적 자유라는 관념을 토대로 형성되어 왔고, 이러한 성격은 파업권에 관한 법적 규율의 전체를 관철하는 기본원리로 작용하고 있다. 프랑스에서는 파업권의 주체를 개개의 노동자로 파악하고, 파업권은 ‘집단적으로 행사되는 개인의 권리’로 인정되는데, 이때의 집단이란 노동조합(syndicat)이 아니라 노동자들의 일시적 집단(groupe)으로 이해되고 있다. 따라서 파업은 노동조합을 전제로 하지 않고 단체교섭과의 법적 관련성도 없다.<sup>2)</sup>

파업권의 이러한 성격을 반영하듯 헌법 전문의 규정과는 달리 공공부문을 제외하고는 파업권을 규제하는 법률은 거의 없다.<sup>3)</sup> 판례에서는 파업을 “직업적 요구의 지지를 목적으로 노동을 협의하여 집단적으로 완전히 정지”하는 것으로 정의하고 있다. 이러한 정의에 해당하는 합법적 파업은 통상적으로 행사되는(남용되지 않는) 한 민사책임 및 징계책임이 면제(immunité)된다. 반면에 판례에 의한 파업의 정의에 해당하지 않는 위법파업(grève illicite)<sup>4)</sup>이나 파업권 행사의 남용에 해당하는 경우에는 민사책임 및 징계책임이 문제될 수 있다.

- 1) 현행 헌법인 1958년 헌법 전문은 “프랑스 국민은 1789년의 인권선언에 의해 정해지고 1946년 헌법 전문에서 확인하고 보완한 바와 같은 인권과 국민주권의 원칙에 충실할 것을 엄숙하게 선언한다”고 규정하고 있다. 따라서 1946년 헌법 전문은 현행 헌법의 내용에 포함된다.
- 2) 그 결과 민간부문에서는 비공인파업의 정당성이 인정되고 파업의 최후수단의 원칙이 부인된다. 이에 비해 공공부문에 대해서는 법적 제한이 있다. 프랑스에서의 쟁의행위에 관한 전체적인 내용은, 이승욱·조용만·강현주, 『쟁의행위 정당성의 국제비교』, 한국노동연구원, 2000, 86-143쪽 참조.
- 3) 파업의 규율은 판례에 의해 형성되어 왔는데, 판례는 파업의 법적 정의, 파업권 행사의 남용 등의 방법으로 규율하고 있다(G. Lyon-Caen, J. Pélissier et A. Supiot, *Droit du travail*, 19<sup>e</sup> é d, Dalloz, 1998, pp.1077-1078.).
- 4) 파업이 헌법상 보장된 권리이고 합법이므로 위법파업 대신에 위법행동(mouvement illicite)이라는 용어를 사용하는 경우도 많다(J.-E. Ray, *Droit du travail, Droit vivant, Liaison*, 1997, p.345.).



파업과 형사책임과 관련하여서는 1864년 5월 25일의 법에서 coalition<sup>5)</sup>의 자유를 승인한 이래 (위법파업도 포함하여) 파업 자체에 대한 형사처벌은 없다. 다만, 파업 과정에서 행해지는 불법감금, 상품, 원료, 노동수단의 손상, 폭행, 상해 등과 같은 행위들은 프랑스 형법전의 일반규정들에 의해 처벌될 수 있다. 한편 형법전에서는 파업 중에 행해지는 특정행위와 관련하여 '노동의 자유방해죄'(délit d'entrave à la liberté du travail)라는 특별규정을 두고 있다.

아래에서는 프랑스에서의 파업권 승인의 역사를 개괄하면서 파업권의 성격, 형사책임의 배제 및 노동의 자유방해죄의 성립 과정을 살펴보고, 이어서 노동의 자유방해죄의 구체적인 내용을 검토하도록 한다.

## II. 프랑스 파업권의 성립과 그 특징

프랑스 파업권 승인의 역사는 크게 1864년 이전, 1864 - 1946년, 1946년 이후와 같이 세 시기로 구별할 수 있다. 1864년 이전까지는 coalition죄로 인해 파업은 법적으로 금지되었다. 1864년 coalition죄가 삭제됨으로써 파업의 자유가 승인되었으나 사용자에 대한 민사책임이나 징계책임은 면제되지 않았다. 1946년 헌법 전문에서 파업을 권리로 규정함으로써 민사책임은 면제되게 된다.

### 1. 파업의 금지 : coalition죄

양시앙 레짐하의 산업의 주축은 장인, 직인, 도제로 구성된 동업조합(corporation)이었다. 동업조합은 독점과 각종 특혜의 특권(privilèges)을 누렸다. 당시 직인은 영지에 결부된 농노가 아니라 근로계약을 체결하는 권리의 주체였고, 휴가와 동업조합시스템 내부에서의 일정한 보호를 요구할 수 있었다. 그렇지만 근로계약은 장인이 제정한 규칙의 틀 내에서 작성되었고 퇴직의 허가를 획득하는 것은 어려웠다. 이러한 상황에서 직

5) 프랑스 파업권의 성격을 이해하는데 coalition의 개념은 중요하다. 그 의미는 시대에 따라 변화하여 왔다. 과거에는 사용자들이나 노동자들의 조합단체와 같은 영속적인 집단이나, 파업 또는 집회의 경우와 같은 일시적 집단을 지칭하였다(Gérard Aubin, Jacques Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, puf. 1995, pp.89-90.). 1864년 법에서 승인한 coalition이란 "노동자들 또는 사용자들의, 각각 자신들의 이익을 옹호하기 위한 합의행위"(Gérard Aubin, Jacques Bouveresse, op. cit., p.160.) 또는 "집단적 노동중지를 준비하기 위한 동일직업 사람들의 모임"(G. Lyon-Caen, J. Pélissier et A. Supiot, op. cit., p.1099.)을 의미한다. 곧 집단적 노동중단의 합의를 위한 일시적 집단이라 할 수 있다. 따라서 coalition은 파업의 준비행위이며 파업은 그 통상적인 결과이나 coalition이 파업으로 반드시 연결되는 것은 아니므로 양자의 절대적 동의성은 없다. 관련내용은 후술한다.

인의 노동조건은 열악하였으며 승진의 기회도 좁았다.<sup>6)</sup> 동업조합의 폐해로 인해 직인들의 조직이 만들어지고 노동조건개선 투쟁이 전개되었다.

1789년 프랑스혁명 이후 직인들의 요구와 초기 자본주의발전을 위해 동업조합의 폐지가 제기되었다. 1791년 3월 2-17일의 알라르드(Allarde) 데크레에서는 영업(노동)의 자유보장을 위해 모든 동업조합을 폐지하고 면허세를 조건으로 영업의 자유를 보장하였다. 알라르드법에 의해 동업조합은 금지되었으나 면허세와 관련이 없는, 이 법의 적용대상이 아닌 임의단체들은 여전히 합법이었다.<sup>7)</sup>

1791년 6월 14-17일의 르샤펠리에(Le Chapellier) 법은 알라르드법을 보완하여 노동자와 사용자의 모든 결사를 금지하고, "동일한 직업의 사람들이 자신들의 이익을 논의하기 위해 모여 자신의 산업 또는 노동의 원조를 협력하여 거부하거나 특정가격에 대해서만 동의하거나 하는 모든 시도"를 coalition죄로 처벌하였다. 이로 인해 모든 파업은 불가능하였다. 르샤펠리에법은 국가와 개인 사이의 모든 중간단체들을 폐지하였는데, 이는 국가 내에는 오직 개별이익과 일반이익만이 있다는 프랑스혁명의 개인주의, 자유주의원칙에 기초한 것이었다.<sup>8)</sup>

1810년 프랑스 형법전에서는 한편으로 제414 - 415조에서 coalition죄를 규정하고 다른 한편으로 형법전 제291조 이하에서 위법결사의 죄를 규정하였다. 형법전의 특징은 다음과 같다. 먼저 르샤펠리에법이 coalition과 결사를 포괄적으로 금지하였는데, 형법전에서는 coalition금지와 결사금지를 분리하여 규정하였다. 다음으로 사용자와 노동자의 coalition을 구별하여 처벌하였다. 사용자는 부당하게 임금의 인하를 강제하고자 하는 경우에만 처벌되었다. 이에 반해 노동자는 노동의 중단, 작업장에서 노동금지, 작업장출입방해, 일정한 시간을 전후한 작업장체류방해 등을 금지하고 사용자에 비해 무겁게 처벌하였다.

### 2. 파업의 자유 : coalition의 자유

1860년부터 나폴레옹 3세는 사회정책의 일환으로 파업에 대한 억압을 완화하다가 1864년 5월 25일 법의 제정으로 coalition죄를 철폐하였다. 이로써 coalition의 자유가 인정되었다. 이 당시 coalition자유는 정당화 근거는 독립한 개인이 노동을 중단할 수 있으므로 개인들이 집단을 이루어 같은 행위를 하는 것은 허용되어야 하며, 또한 임금에 관한 자유로운 논의는 노동자들이 협의할 수 있음을 전제로 한다는 것이다.<sup>9)</sup> 1864년 법에서는 한편으로 coalition의 자유를 인정하면서 다른 한편으로는 형법전 제414조

6) Gérard Aubin, Jacques Bouveresse, op. cit., p.80.

7) Gérard Aubin, Jacques Bouveresse, op. cit., p.84.

8) Gérard Aubin, Jacques Bouveresse, op. cit., pp.92-94 참조.

9) G. Lyon-Caen, J. Pélissier et A. Supiot, op. cit., p.1070.



에 노동의 자유방해죄를 새로이 도입하였다.

형법전 제414조는 “임금의 인상 또는 인하를 강제하거나 혹은 산업 또는 노동의 자유로운 행사를 침해할 목적으로, 폭행, 폭력행위, 협박 또는 위계로써 공동의 노동중단을 야기 또는 유지하거나, 야기 또는 유지하고자 한 자는 누구든지”<sup>10)</sup> 처벌하였다. 즉 파업의 자유만큼 파업하지 않을 자유도 보장된다는 것이다.

1864년 법은 특징은 다음과 같다.<sup>11)</sup>

먼저, coalition 자유의 논리구성이다. coalition을 자유로운 개인의사의 병렬(juxtaposition)로 파악하고 있다. 여기에 파업의 조직적 개념은 거세되어 있다.<sup>12)</sup>

다음으로, 1864년 법에 의해 coalition이 합법화되었다고 하더라도 형법전 제291조 이하에서는 여전히 결사의 자유는 금지하고 있었다. 즉 지속적인 단체인 노동조합은 허용되지 않고 coalition, 즉 일시적이고 비조직적인 집단만이 허용되었던 것이다. 노동조합은 1884년에 가서야 합법화되었다.

마지막으로 coalition과 파업은 구별되는데<sup>13)</sup> 1864년 법이 승인한 것은 coalition이다. 곧 파업을 coalition의 결과로 보고 그 행위에 대해서는 사실상 방임하는 것이다. 같은 맥락에서 1864년 법에 의해 파업은 권리로 승인되었는가 아니면 단지 사실에 불과한가라는 논쟁이 있어 왔다.<sup>14)</sup> 탈형법화가 권리를 의미하는 것은 아니라는 것이다. 이러한 의미에서 판례는 파업으로 인해 근로계약은 파기된다고 하여왔다. 즉 민사면책을 인정하지 않았다.

이와 같이 1864년 법은 개인주의, 자유주의 원리에 근거하였으며, 이러한 특징은 프랑스 파업권의 성격과 법리 형성에 크게 영향을 미친 것으로 생각된다.

### 3. 파업의 권리

위에서 본 바와 같이 1946년 헌법 전문에서는 파업권을 보장하고 있다. 1950년 2월 11일의 법률에서는 “파업은 노동자에게 중한 귀책사유가 없는 한 근로계약을 파기시키지 않는다”고 규정하였다. 이로써 프랑스에서의 파업권은 1864년 법에 의해 국가 형벌권으로부터 해방되고 1946년 헌법의 보장 이후 민사면책됨으로써 권리로서의 지위를

10) “quiconque, à l'aide de violences, voies de fait, menaces ou manœuvres frauduleuses, aura amené ou maintenu, tenté d'amener ou de maintenir une cessation concertée de travail, dans le but de forcer la hausse ou la baisse des salaires ou de porter atteinte au libre exercice de l'industrie ou du travail”

11) Pierre-Dominique Ollier, *Le droit du travail*, Armand Colin, 1972. p.380 참조.

12) 이에 대해서는 Alaun Bernard, “La grève, quelle responsabilité?”, *Droit social*, N°7-8, 1986, pp.637-638.

13) 각주5번 참조.

14) Gérard. Couturier, *Droit du travail 2/Les relations collectives de travail*, puf, 1990, pp.363-364.

획득하게 되었다.

파업권은 경제적·사회적 권리이면서도 기본적으로 공적 자유(libertés publiques)에 속한다.<sup>15)</sup> 즉 표현의 자유, 결사의 자유와 같은 이유로 종교의 자유, 파업할 자유는 국가권력이 개입하지 않고 방임할 것을 전제로 한다는 것이다. 또한 공적 자유로서의 파업권은 개인에게 인정된다. 개별 근로자는 민형사책임의 위험없이 자유로이 파업권을(집단적으로) 행사할 수 있다는 것이다.

## III. 노동의 자유방해죄

구형법전 제414조에 따르면 “임금의 인상 또는 인하를 강제하거나 혹은 산업 또는 노동의 자유로운 행사를 침해할 목적으로, 폭행, 폭력행위, 협박 또는 위계로써 공동의 노동중단을 야기 또는 유지하거나, 야기 또는 유지하고자 한 자는 누구든지” 형사처벌된다. 이 규정은 신형법전 제431-1조로 대체되었다. 신형법전 제431-1조<sup>16)</sup>에서는 공동으로 협박이나, 구타, 폭력, 폭행, 파괴 또는 자격박탈 등을 이용하여 표현, 노동, 결사, 집회, 시위 등의 자유의 행사를 방해하는 행위를 형사처벌하고 있다. 협박에 의한 경우에는 1년의 구금 및 15000유로의 벌금에 처하며, 구타, 폭력, 폭행, 파괴 또는 자격박탈에 의한 경우에는 3년의 구금 및 45000유로의 벌금에 처한다. 이하 구형법 제414조를 중심으로 검토한다.

### 1. 보호범의

노동의 자유방해죄는 파업불참노동자들의 파업하지 않을 자유를 보호목적으로 한다. 파기원<sup>17)</sup>은 구형법전 제414조는 “노동 그 자체의 보호를 목적으로 하는 것이 아니라 직업적 요구를 목적으로 하는 공동의 집단적 행동 참가에 관한 노동자들의 개인적 결정권을 방해할 수 있는 행위들로부터 노동자들의 자유를 보호함을 전적인 목적으로 한다”고 해석하고 있다.

15) Hélène Sinay, *La grève*, Dalloz, p.2 참조.

16) 원문은 다음과 같다.

“Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression, du travail, d'association, de reunion ou de manifestation est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de coups, violences, voies de fait, destructions ou dégradations au sens du présent code, l'exercice d'une des libertés visées à l'alinéa précédent est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.”

17) Cass. crim., 15 mai 1987, *Bull. crim.* n° 198, p.157.



노동의 자유방해죄가 사용자의 노동(경영)의 자유를 보호대상으로 하는지에 대해서는 형사법원에서 사용자가 私訴원고인(la partie civile)<sup>18)</sup>의 자격을 가지는지를 두고 다투어 왔다.

노동의 자유방해로 인해 피해를 입은 파업불참근로자는 형사법원에 私訴원고인(la partie civile)으로서 손해배상의 소송을 제기할 수 있다. 반면에 형사법원에 대한 사용자의 私訴(action civile)는 받아들여지지 않는다. 파기원은 그 이유로서 “형사법원에 대한 私訴는 기소된 범죄로 인해 직접적으로 피해를 입은 자, 즉 입법자가 보호하고자 한 자에 의해 제기될 때에만 받아들여지며, 노동의 자유방해죄로 인해 비록 사용자나 기업이 범죄행위의 결과를 간접적으로 부담할지라도 입법자는 사용자나 기업이 아닌 노동자들을 보호하고자 하였다.”<sup>19)</sup>는 점을 들고 있다. 이에 대해서 형법전 제414조를 도입한 1864년 5월 25일 법률의 법률준비문서를 근거로, 이 법률은 ‘coalition의 남용’으로부터 노동자들뿐만 아니라 사용자들도 보호하고자 했다는 주장이 하급심판결에서 제기되었으나 지지받지 못하였다.<sup>20)</sup> 노동자들의 노동의 자유에 대한 방해 금지하는 것은 사용자들의 사업의 자유를 보호하는 것으로 귀결되나 이는 노동의 자유방해죄의 직접적 목적은 아니라는 것이다. 형법전 제414조는 “노동 그 자체의 보호도 노동수단의 보호도 목적으로 하지 않고 단지 노동자들의 자유의 보호만을 목적으로 한다”<sup>21)</sup>는 것이 학설·판례의 일반화된 해석이다.<sup>22)</sup>

파업 중의 특정행위에 대해 형법전의 일반규정들로 규율하는 경우와 특별범죄를 창설하는 경우가 있는데 노동의 자유방해죄는 후자에 속한다. 프랑스에서는 노동의 자유방해죄의 실질적 존재 이유에 의문을 제기하면서 이를 삭제하고 형법전의 일반규정들로 규율해도 충분하다는 주장이 폭넓게 제기되어 왔다. 형법 제414조는 1864년 5월 25일의 법률에서 유래하는 과거의 유물로서 오늘날 더 이상 그 필요성이 없다고 한다.<sup>23)</sup>

18) 범죄로 인해 직접 발생한 손해의 배상에 관한 소를 私訴(action civile)라 하고 사소권을 가지는 자를 형사법원에서 私訴원고인이라 한다. 프랑스 형사소송법에 의하면 私訴權은 손해를 입은 자 모두에게 속하고, 피해자의 선택에 따라 형사법원에서 공소권과 동시에 행사되거나 또는 민사법원에서 공소권과는 별개로 행사되기도 한다. 이는 공소권의 발동을 의무지우는 고소와는 구별된다. 고소는 손해배상을 구하는 권리와는 관계없이, 모든 청구와는 관계없이 공소권발동에 관해 피해자에게 인정된다. 또한 사소권은 민사소권(action de nature civile)과도 구별된다. 민사소권은 범죄가 존재하지 않는 경우에 민사법원에서 손해의 배상을 구하는 것을 목적으로 하는 것이다.

19) Cass. crim., 30 oct. 1984. Jurisp. soc. UIMM, n° 85-461, p.150.

20) Jean Savatier, “La répression d’actes de violence commis au cours d’une grève : l’affaire Citroën”, *Droit social*, N°3 1986, p.229.

21) Cass. crim., 12 déc. 1951, *D.* 1952, p.157.

22) 그렇지만 사용자는 노동의 자유방해로 인해 입은 손해의 배상을 민사법원을 통하여 청구할 수 있다.

23) J. Savatier, “L’irrecevabilité de l’action civile exercée par l’employeur devant les tribunaux répressifs pour entrave à la liberté du travail”, *Droit social*, N° 2, 1981,

사실 프랑스에서는 노동의 자유방해죄로 인한 소추는 예외적이고 드물다. 검찰은 노동의 자유방해죄에 근거한 소추에 적극적이지 않다. 왜냐하면 노동분쟁 과정에서 행해지는 폭행, 폭력행위, 재산피해 등을 처벌할 수 있는 형법의 다른 규정들이 있는데, 노동의 자유방해죄는 경우 파업불참노동자들을 방해한 행위를 처벌하는 것이 아니라 이들을 파업에 참가시키기 위해 위협하는 행위를 처벌하기 때문에 형법의 다른 규정들과 비교하여 적용이 용이하지 않기 때문이다. 또한 노동의 자유방해죄의 직접적 피해자인 파업불참노동자들이 적어도 다른 범죄로 처벌할 수 있을 정도의 신체적 폭행을 당한 경우가 아니라면 자신들의 동료노동자들을 소추하는 것은 기대할 수 없다. 파업불참노동자들이 파업의 목적으로 제시된 직업적 요구나 그 관철 방식에 동의하지 않는 경우가 빈번하고, 이 경우 이들은 노동의 자유방해죄가 보호하고자 하는 파업하지 않을 자유와 밀접한 관련을 가진다. 그러나 파업불참노동자들이 파업노동자들의 파업방식에 반대하더라도, 파업이 노동자집단의 이익옹호를 위한 투쟁이며 파업불참노동자들도 파업노동자들이 획득한 성과를 누릴 것이기 때문에 이들이 자신들의 동료노동자들인 파업노동자들을 처벌하기 위해 형사법원에 소추한다는 것은 기대하기 힘들다는 것이다.<sup>24)</sup>

한편, 파업권은 헌법에서 인정되는 권리인데 비해 노동의 자유는 알라르드 테크레에서 인정된 점, 설령 노동의 자유가 헌법적 권리라고 하더라도 파업권은 사회적 목적의 권리고, 노동의 자유는 개인적 목적의 권리인 점 등을 들어 파업권이 노동의 자유보다도 상위에 있는 권리라는 주장이 있다.<sup>25)</sup>

## 2. 구성요건

노동의 자유방해죄는 불법수단의 이용, 노동의 공동중단의 목적추구, 고의로 구성된다.

(1) 첫 번째 요소는 법률에서 제한적으로 열거하고 있는 불법수단의 이용이 있어야 한다. 여기에는 폭행, 폭력행위, 위계가 해당한다.

(2) 두 번째 요소는 노동의 공동중단이다.

(3) 세 번째 요소는 고의의 존재이다.

pp.147-148.

24) Ibid.

25) Héléne Sinay, “La neutralisation du droit de grève?”, *Droit social*, N°3 1980, p.256.



## IV. 결 어

프랑스에서 파업권의 행사 자체는 국가의 개입, 특히 형벌권의 발동과는 어울릴 수 없는 개인의 공적 자유로서의 성격을 가짐을 확인할 수 있다. 이는 파업에 대한 과도한 법적 제한과 형사처벌규정을 두고 있는 우리나라에 시사하는 바가 크다할 것이다.

한편 파업불참노동자의 파업하지 않을 권리를 보호함을 목적으로 하는 노동의 자유 방해죄는 구성요건이 엄격하고 실제로 이를 근거로 형사소추가 되는 경우는 드물다고 하였다. 결국 프랑스에서는 목적, 절차가 어떠한 단순한 노무제공의 거부를 이유로 형사처벌하는 법규정은 없다.

## 일본에서의 쟁의행위와 형사책임

송 강 직

(대구가톨릭대학교 법학과 교수)

## 1. 쟁의행위와 책임

한국에서는, 근로자측의 쟁의행위가 정당한 것일 경우에는 헌법 제33조에서 보장 내지 확인하고 있는 노동기본권의 보장을 받는다. 구체적으로는 노동조합및노동관계조정법 제4조 및 형법 제20조가 형사책임으로부터의 면책을 규정하고 있고, 노동조합및노동관계조정법 제3조에서는 민사책임을 면하고 있다. 나아가 근로기준법 제30조 제1항은 사용자는 정당한 이유없이 해고, 휴직 등의 처벌을 할 수 없다고 규정하고 있다. 최근 한국에서는 쟁의행위와 관련하여 사용자가 손해배상과 같은 민사책임을 추궁하는 경향이 현저하다. 경우에 따라서는 근로자의 집회와 관련하여 관련 일반시민이 손해배상을 청구하여 판결을 얻은 것도 있다.

일본 또한 헌법 제28조에서 노동기본권을 보장하고 있고, 정당한 쟁의행위에 대하여 노동조합법 제1조 제2항에서 형사면책을, 동법 제8조에서 민사면책을 규정하고 있다. 민사책임 문제는, 일본 사례에서 보면, 쟁의행위와 관련된 것 외에도, 근로자 내지 피해고자들에 의한 업무방해에 의한 손해배상<sup>1)</sup> 일반적으로 문제되는 사용자에게 대한 명예훼손 외에 회사의 노동조합에 대한 명예훼손에 대한 민사책임<sup>2)</sup>, 사용자의 근로자에 대한 성희롱<sup>3)</sup> 노동조합의 피제명제에 대한 모욕<sup>4)</sup> 등과 관련한 것들도 있다.

반면, 쟁의행위와 형사책임과 관련하여, 판례 또한 노동조합및노동관계조정법상의 절차, 예컨대 근로자의 쟁의행위와 관련하여, 근로자투표<sup>5)</sup> 조정기간<sup>6)</sup> 등의 절차위반에

- 1) 피해고자 집단에 의한 것으로서, 極東書店事件, 東京地方裁判所 1997.9.28, 年間労働判例命令要旨集(平成10年版), 労務行政研究所, 414면, 1998.
- 2) 大井交通事件, 東京地裁 1997.12.25, 労務行政研究所 앞의 책, 418면.
- 3) 甲建設会社事件(横浜地裁 1999.11.20); 日本フォークシユルフ事件(横浜地裁 1997.2.28). 이상, 各々 労務行政研究所 앞의 책, 401-403면, 409면.
- 4) 全日本建設運輸連帯労働組合関西地区生コン支部事件, 神戸地裁1997.5.27, 労務行政研究所 앞의 책, 413-414면.
- 5) 노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다(동법 제41조 제1항). 이에 위반한 자에 대하여는, 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(동법 제91조 1호).
- 6) 쟁의행위는 調整節次를 거치지 않으면 이를 행할 수 없으며(동법 제45조 제2항 본문), 이에 위반한 자는, 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다(동법 제91조 1호).



대하여서도, 당해 법률의 벌칙규정 적용 외, 일반 형법 제314조 업무방해 등과 같은 형사처벌 규정을 적용하고 있다. 최근에도 어느 병원(공익사업)에서 계속되고 있는 쟁의행위가 중재기간 동안의 쟁의행위 금지규정에 위반한 것 등을 이유로 검찰조서도 작성되지 않고 기소한 것으로 알려지고 있고, 이러한 기소절차가 노사관계 당사자의 분규에 처음으로 적용되는 것으로 알려지고 있다. 이 경우에 형사책임 외에도, 민사책임 내지 징계에 대하여도 일반적으로 폭넓게 인정하고 있다고 할 수 있다. 그러나 한국과 같이 쟁의행위와 관련한 절차규정을 많이 두고 있지 아니한 일본에서는 근로자의 쟁의행위가 형사책임, 민사책임, 징계 등으로 문제가 야기될 여지가 상대적으로 적다고 할 수 있다.

이하에서는 쟁의행위와 관련한 형사책임, 민사책임(징계 등 포함) 가운데, 일본에서의 형사책임 법리에 한정하여 판례 및 학설을 중심으로 고찰하도록 하되, 형사책임 법리는 쟁의행위 일반의 경우에서 논할 수 있는 것이 아니라 쟁의행위의 태양에 따라 그 실질적 정당성에 대하여 구체적으로 논하지 않을 수 없다. 쟁의행위와 형사책임이 문제되는 경우로서 쟁의행위의 실질적 정당성 판단 외에 노동법상의 절차위반과 관련한 벌칙적용과 일반 형법상의 책임과의 관계 또한 검토되어야 할 것이다. 그러나 쟁의행위와 형사책임 가운데, 재물손괴나 폭행 등과 같이 그 법리의 전개에 있어서 논란의 여지가 적은 것을 제외하며, 또한 주로 노동조합 활동과 관련한 명예훼손 문제도 제외한다.

구체적으로는 일본에서 공무원과 관련한 쟁의행위와 형사책임 논의의 특징을 간단히 보고, 한국에서 문제되고 있는 쟁의행위의 절차 위반, 직장점거 및 준법투쟁,<sup>7)</sup> 간부책임과, 나아가 마지막으로 쟁의행위의 절차위반이 아닌 대해 쟁의행위의 실질적 정당성 판단과 관련한 형사책임에 관하여 보기로 한다.

## 2. 일본 공무원의 쟁의행위와 형사책임

근로자를 실정법의 체계에 비추어 단순히 분류한다면, 민간근로자와 공무원으로 구분할 수 있다. 공무원과 민간을 헌법상 구분하고 있는 한국과는<sup>8)</sup> 달리, 일본은 헌법 제28조에서 일반 근로자와 공무원을 구분하지 아니하고, 근로자의 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 보장하고 있다.

7) 준법투쟁을 쟁의행위에 포함시킬 것인가의 여부도 논란의 여지가 있지만, 현재 대법원의 논리는 이를 쟁의행위로 보고 있는 바, 한국에서의 법원리 전개를 염두해 두면서 일본의 법리를 고찰하고자, 이를 본고의 검토 대상에 포함시켜 보기로 한다.

8) 한국 헌법 제33조 제 1항은, 근로자의 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 보장하면서, 제2항에서, 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권, 단체행동권 및 단체행동권을 보장한다고 하여, 일반 근로자와 공무원인 근로자를 노동기본권 보장에 있어서 그 폭을 달리하는 규정을 두고 있다.

일본에서는 쟁의행위와 형사책임을 논함에 있어서, 민간 근로자의 쟁의행위의 정당성과 형사책임논의 보다는, 국가공무원 및 지방공무원, 특히 국영기업 직원(국가공무원)<sup>9)</sup> 및 지방공영기업 직원(지방공무원)<sup>10)</sup>의 경우를 주로 그 대상으로 하고 있다.<sup>11)</sup> 이는 헌법상 보장된 단체행동권, 특히 쟁의권 보장과의 관계, 또는 역으로 처음부터 근로자들이 근로를 제공하지 아니하는 것은 자유의 영역이며, 따라서 이 경우 근로계약상의 근로제공 의무를 이행하지 않은 것을 이유로 한 손해배상 및 해고 등의 민사책임을 추궁하는 것은 별도로 하더라도, 형사처벌의 대상은 될 수 없다는 해석학적 원리에 근거한 것이다.<sup>12)</sup>

일본 공무원의 노동기본권은, 국영 및 지방공영기업 직원의 경우에는, 단결권, 단체교섭권, 단체협약체결권(단, 관리 예산상의 것 제외)은 인정되나 쟁의권은 전면적으로 금지되며, 쟁의행위를 한 경우에 해임되는 것으로 한다(우편업에 종사하는 공무원의 경우에는 별도의 처벌규정 포함<sup>13)</sup>).<sup>14)</sup> 그 외의 공무원의 경우(경찰, 해상보안청, 감옥 근무

9) 국영기업노동관계법의 적용 대상이 되는 기업으로는, 우편사업, 국유림사업, 일본은행권등을 인쇄하는 사업, 조폐사업이다(동법 제2조).

10) 지방공영기업노동관계법의 적용 대상이 되는 것으로는, 지방공공단체가 경영하는 철도, 궤도, 자동차운송, 전기, 가스, 수도, 공업용수도 등이다(동법 제3조 제1항).

11) 이들 직원의 노동관계를 官公労働關係라고 하고 있는데, 최고재판소의 노동기본권 판례도 이와 밀접하게 관계하면서 확립되어 왔다고 할 수 있다. 이들 노동관계 문제에 관하여 구체적인 것은, 中山和久, 公務員の労働基本権, 労働旬報社, 1971; 竹下英男, 官公労働者の労働基本権, 総合労働研究所, 1979; 下井降史(外), 国営・公営企業の労働關係法, 有斐閣ブックス, 1985; 峯村光郎, 公共企業体等労働關係法・公務員労働關係法, 有斐閣, 1974; 峯村光郎, 公労法・地公労法, 日本評論社, 1971, 慶谷淑夫, 公労法とわたしたち, 官業労働研究所, 1979; 真柄榮吉, 公務の危機と労働基本権, 平原社, 1984; 高田章, 官公労働法, 泉文堂; 野口祐(編), 日本の公共企業体, 労働旬報社, 1971 등을 참고할 수 있을 것이다.

12) 이 외에도, 실정법상, 사실상의 노무에 종사하는 공무원을 제외한 비현업공무원의 노동기본권이, 한국에서는 전면적으로 금지되고 있는 반면에, 일본의 경우에는 단결권 및 단체교섭권이 보장되고, 단체협약 체결권 및 쟁의권이 금지되고 있는 것과는 무관하지 않다고 할 것이다.

13) 우편법 제79조 제1항은, “우편업무에 종사하는 자가 고의로(ことさら) 우편취급을 하지 아니하거나 또는 이를 지연시킨 때에는, 1년 이하의 징역 또는 2만엔 이하의 벌금에 처한다”는 내용이다.

14) 국영기업노동관계법 제2장(노동조합), 제3장(단체교섭), 제4장(쟁의행위). 이 법 적용을 받는 직원이 쟁의행위를 한 경우에는 해고되는 것으로 한다고 규정하고 있다(제18조). 지방공영기업노동관계법 제5조(직원의 단결권), 제7조(단체교섭의 범위)-제10조(예산상 자금상 불가능한 지출을 내용으로 하는 협정), 제11조(쟁의행위 금지), 쟁의행위 금지규정에 위반한 행위를 한 직원에 대하여 해고할 수 있다고 한 제12조 등. 우편업을 제외한 가스, 전기 등의 경우에는 정당한 이유없이 노무를 부제공하는 것만을 개별입법에서 형사처벌의 대상으로 하고 있으므로, 형사처벌과 관련하여서는 정당한 이유있는 파업에 의한 단순노무부제공은 민사책임은 별도로 하더라도 형사처벌로부터 제외된다고 일반적으로 해석하고 있다.



자 제외), 단결권, 단체교섭(사무의 관리 및 운영에 관한 사항 제외)은 인정되며, 단체협약 체결은 부인된다.<sup>15)</sup> 후자의 공무원인 직원은 동맹파업, 태업 기타 쟁의행위를 하거나 정부 또는 지방자치단체의 활동능력을 저하시키는 태업행위를 하여서는 아니되며, 누구도 이러한 위법 행위를 계획(企て)하거나 그 수행을 공모하거나 교사(教唆)하거나 선동할 수 없다고 하고, 이에 위반한 자는 그 행위를 개시함과 동시에 임명 또는 고용상의 권리를 주장할 수 없도록 하고 있다. 나아가 동맹파업 등을 계획, 공모, 교사, 선동한 자에 대하여는 3년 이하의 징역 또는 10만엔 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.<sup>16)</sup>

국영기업노동관계법 제17조 제1항은, 위 공무원의 경우와 같은 규정의 내용으로 쟁의행위를 금지하고, 제2항에서 국영기업의 직장폐쇄를 금지하고 있다. 제18조에서, 직원은 해고하는 것으로 하고, 그 외 별도의 벌칙규정을 두고 있지 않다. 또한 지방공영기업노동관계법 제11조 및 제12조에서도 같은 내용의 규정을 두고 있다.

그런데 국영기업노동관계법의 적용을 받고 있는 직원 가운데, 우편사업에 종사하는 직원의 경우에는 우편법 제79조 제1항이 우편물 불취급에 대하여 1년 이하의 징역 또는 2만엔 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 이는 쟁의행위 그 자체에 대한 형사책임 규정으로 이의 해석을 둘러싸고 논란이 일고 있다. 즉, 다른 국영기업에 종사하는 직원이 쟁의행위 금지 규정을 위반하였을 때에 해고되는 것 이외에, 노동조합법 제1조 제2항의 형사면책 규정이 적용되는가 하는 것이었다. 이에 대하여, 오히려 우편법상의 우편물 불취급 등에 대한 처벌규정은 다른 국영기업 직원들과의 형평의 관점 및 당시 다른 국영기업 직원들의 경우에는 쟁의권이 인정되고 있었던 시기에 제정된 것을 이유로 쟁의행위와 직접 관계없는 것으로 해석하는 자도 있고,<sup>17)</sup> 쟁의행위에 대한 불가벌의 원리에 대하여 쟁의행위를 퇴직의 자유로 보는 견해를 비판하는 입장에서 국영기업 가운데 직원들 간에 쟁의권 보장의 폭이 다른 것은 직무의 정폐(停廢)가 공중의 일상생활을 위협하는 것에 대하여, 나아가 그 정도에 따라 나라마다 다른 것으로 보고, 근로의 부제공에 대한 처벌도 일정한 경우에 있을 수 있으며, 그 근거는 퇴직의 자유가 아닌 공중의 생활과 관련하는 것으로 이해하는 입장도 있다.<sup>18)</sup>

여기서, 해고되는 것과 해고할 수 있다라는 표현의 차이가 해석론 상 다른 것인가 하는 의문이 남는다. 그러나 해고된다고 하여 국영기업체의 합리적인 재량의 여지를 배제하는 것은 아니라고 해석되므로(電電公社千代田丸事件, 最高裁判所1968.12.24, 舊古裁判所民事判例集22卷13号, 3050면), 양자간에 차이는 없다고 할 것이다. 나아가, 쟁의행위 금지에 위반한 자에 대하여 해고 외의 징계처분의 가능성의 문제는, 학설은 일반적으로 징계 등의 민사책임을 물을 수 없다고 해석하는 것이 통설인데 반하여, 실제로는, 퇴직수당이 지급되지 않거나, 강제조합의 장기급부의 일부를 지급하지 않는 것이 행하여 지고 있어 논란의 여지가 남아 있다(상세한 것은, 앞의 책 下井降史(外), 国営・公営企業の労使関係法, 105-109면 참조).

15) 국가공무원법 제108조의 5 제1항-제3항, 지방공무원법 제00조.

16) 국가공무원법 제98조 제2항 및 제10조 제1항 17호.

17) 島田信義, 爭議行為と刑事責任, 労働法の争点(ジュリスト増刊), 有斐閣, 1990, 143면.

그런데, 최고재판소는, 쟁의행위를 직접 행한 자에 대하여 형사책임을 묻는 규정을 두고 있지 아니하면서, 쟁의행위를 계획, 공모, 교사, 선동한 자에 대하여 형사책임을 묻는 것에 대하여, 東京都教組事件에서,<sup>19)</sup> 이른 바 2중의 죄어짜기(絞?) 이론을 펼쳐, 위 규정을 문자그대로 읽으면 위헌의 소지가 있으며, 선동행위에 대한 처벌에 관하여도 위법성이 강한 경우로 한정해석하여야 한다는 입장에서 쟁의행위 선동자에 대하여 무죄를 선고하였으나, 그후 全農林警職法事件,<sup>20)</sup> 쟁의행위 실행자를 처벌하지 아니하고 이를 선동하는 등을 행한 자만을 처벌하는 것은 공무원의 노동기본권을 존중하는 원칙에 서서 국민전체의 공동이익의 유지 증진을 위한 필요한 최소한의 제약으로 해석하여 한정해석을 취하지 아니하고 정면에서 선동자 등에 대한 형사처벌을 인정하여 오늘에 이르고 있다.<sup>21)</sup>

그리고, 다른 공무원의 경우에는 단순노무제공에 대하여 형사처벌하는 규정을 두고 있지 아니하나, 우편법에 종사하는 직원의 경우에만 우편물불취급이라는 단순노무제공에 대하여 형사처벌하는 것에 대하여, 最高裁判所는 東京中郵事件에서,<sup>22)</sup> 쟁의행위로 행하여진 노무부제공은 노동조합법 제1조 제2항의 형사면책의 대상이 된다고 하였으나, 그 후 名古屋中郵事件에서의 最高裁判所는,<sup>23)</sup> 이 경우 노조법상의 형사면책의 적용을 부정하여, 우편법 제79조 제1항의 형사책임 및 일반 형법상의 죄를(幫助罪·건물침입죄) 인정하여<sup>24)</sup> 오늘에 이르고 있다.<sup>25)</sup>

그러나 한국의 경우는 헌법에서 공무원의 노동기본권을 일반 근로자의 노동기본권과 분리하여 보장하고 있고, 일반 공무원(비현업)의 경우에 노동기본권은 전면적으로 금지하고 있으며, 위 금지규정 위반에 대하여는 형사처벌규정을 두고 있다.<sup>26)</sup> 따라서 일본 공무원들의 쟁의행위와 형사책임에 관하여는 더 이상 상세한 검토는 하지 않으며, 이하

18) 中山和久, ストライキ権, 岩波書店, 1977, 146면.

19) 1969.4.2, 最高裁判所刑事判例集22卷5号, 305면.

20) 1973.4.25, 最高裁判所刑事判例集27卷4号, 547면.

21) 앞의 책 中山和久, ストライキ権, 166-168면. 최고재판소의 1973년 4월 25일 판결(全農林警職法事件) 이후의 하급심 판례의 흐름에 관하여는, 初井常喜, ストライキの自由, 労働旬報社, 166-194면 참조, 1974.

22) 1967.10.26, 最高裁判所刑事判例集20卷8号, 901면.

23) 1977.5.4, 最高裁判所刑事判例集31卷3号, 182면. 본 사건은, 조합간부들이 직장대회의 참가를 호소하기 위하여 관리자의 금지에도 불구하고 식당에 들어간 것을 이유로 한 건조물침입죄의 성립 여부가 다투어진 사건이었다. 최고재판소는 위 행위가 금지된 쟁의행위를 선동한 것에도 해당된다고 한 것이다.

24) 앞의 책 中山和久, ストライキ権, 170면.

25) 下井降史(外) 앞의 책, 83-88면.

26) 국가공무원법 제66조 제1항은, 사실상의 노무에 종사하는 공무원을 제외하고는, 노동운동을 포함한 공무원외의 어떠한 집단적 행위도 금지하고 있고, 이에 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제84조). 지방공무원법의 경우도 같다(제58조 제1항 및 제82조).



에서는, 쟁의권과 형사책임을 논함에 있어서는, 오히려 쟁의행위 절차규정 위반의 경우, 직장점거, 준법투쟁의 경우에 있어서의 형사책임, 위법쟁의행위와 간부책임, 쟁의행위의 실질적 정당성 판단과 형사책임을 순으로 일본의 법원리를 보기로 한다.

### 3. 민간 근로자의 쟁의행위와 형사책임

#### 1). 쟁의행위의 절차 규정위반

쟁의행위가 절차위반으로서 논의될 수 있는 것으로서, 단체교섭이 전혀 없이 돌입한 쟁의행위, 노동자치규범인 단체협약상의 절차(평화의무규정 등), 노동조합규약상의 절차(쟁의행위 돌입을 위한 투표에서의 정족수 요건 등), 노동법상의 절차규정(예고 등) 등을 들 수 있다. 이들 가운데 노동법상의 절차규정을 제외한 것들은 이른바 채무불이행의 문제로서 손해배상, 해고, 나아가 징계처분의 대상이 되던가, 아니면 조합내부의 문제일 뿐이며, 형사책임을 문제되는 경우가 아니다. 따라서 여기에서는 노동법상의 명시적 규정 위반의 쟁의행위에 대하여 본다.

#### (1) 전기사업및석탄광업에 대한쟁의행위방법에 관한법률

동법은, 1952년의 전기사업 및 석탄사업에서의 쟁의행위 대한 대처로서 만들어진 정책적인 색채가 두드러진 것이라 할 수 있고, 3년의 시한적인 입법으로 출발하였으나, 그 후 동법 부칙에 따라 국회의 의결을 거쳐 그 존속을 유지하고 있다. 동법은, 쟁의행위 자체를 금지한 것은 아니라, 그 방법을 규정한 것임은 동법의 법률명 및 제1조의 규정에서도 명확하다.

내용적으로 보면, 동법은 근로자뿐만 아니라 사업주에게도 동시에 규제하는 것인데, 제1조는, 전기 및 석탄사업은 국민의 일상생활에 대한 중요성에 비추어 공공의 복지를 옹호하기 위하여, 이들 사업에서의 쟁의행위의 방법에 관하여 필요한 조치를 규정하는 것으로 하고 있고, 제2조에서는, 전기사업에 종사하는 사업주 또는 전기사업에 종사하는 자에게 쟁의행위로서, 전기의 정상적인 공급을 정지하는 행위, 기타 전기의 정상적인 공급에 직접 장애를 발생시키는 행위를 하여서는 아니 된다는 것, 제3조에서는, 석탄광업의 사업주 및 이에 종사하는 자는, 쟁의행위로서 광산보안법에서 규정하는 보안의 업무에 정상적인 운영을 정폐(停廢)하는 행위로서 광산에서 사람에 대한 위해, 광산자원의 멸실 또는 중대한 손괴(損壞), 광산주요시설의 황폐 또는 광해(鑛害)를 불러일으키는 것을 할 수 없다고 규정하고 있다.

동법상, 위의 위반에 대하여 어떠한 벌칙규정도 없다.

동법에 대하여, 사람에 대한 안전유지 시설의 정상적인 유지 또는 운행의 정폐, 방해에 대하여는 후술하는 노동관계조정법 제36조에서 이를 금지하고 있다는 것, 입법 목적이 공공의 복지임에도 불구하고 사용자의 이익의 보호까지 포함하고 있다는 것, 쟁의행위 금지가 위 사업에서는 규모 등에 관계없이 일체의 방법을 금지하고 있는 것, 기본권의 필요최소한의 제한 원칙에도 반하는 것 등의 비판이 있으며, 따라서 동법은 위헌의 소지가 있는 것으로서 폐지되어야 한다는 것이 일반론이다.<sup>27)</sup>

그런데, 동법에 위반한 쟁의행위가 발생한 경우에 그 책임은 어떠한가. 동법에서 벌칙규정을 두지 않은 것은, 행정해석<sup>28)</sup> 등에 비추어 볼 때에, 형사상의 면책 상실, 광산보안법상의 벌칙, 민사책임 면책 상실 등이 있기 때문인 것으로 짐작할 수 있으나,<sup>29)</sup> 사용자에 의한 보안처분을 적극적으로 방해한 경우, 또는 사람에 대한 위해 등의 경우를 제외한다면, 일반적으로 책임 발생은 부정된다고 해석되고 있다.<sup>30)</sup>

#### (2) 노동조합법

동법 제1조 제2항은, 노동조합의 단체교섭, 기타 행위로서 정당한 것인 경우에 형법 제35조의 정당행위의 적용을 받아 형사책임을 면책된다. 다만, 그 단서에서, 어떠한(いかなる) 경우에도 폭력의 행사는 노동조합의 정당한 행위로 해석될 수 없다고 하였다.<sup>31)</sup>

“폭력의 행사”가 무엇을 의미하는가에 관하여, 행정해석은,<sup>32)</sup> 업무방해죄(제234조)에서 규정하는 위력은, 폭력보다는 훨씬 넓은 개념이지만, 단순한 노동조합 단결자체는 업무방해죄의 위력에 해당하지 않기 때문에 폭력과 같은 지나친 것이 뒤따르지 아니한 동맹파업에 대하여 업무방해죄 규정은 적용되지 아니한다고 한다. 나아가 노동성차관 通達, 법무청검무국장 通達 등은, 정당한 쟁의행위가 될 수 없는 것으로서, 살인, 상해, 폭행, 약취, 강도, 방화, 체포, 구금, 유괴, 건물 또는 기물손괴 등을 포함하는 것으로 해

27) 中村正, 争議行為の法令による制限, 労働法大系3(争議行為), 有斐閣, 127-128면, 1963.

28) 행정해석은, 본법 위반의 쟁의행위는 정당한 행위가 아니므로 형사상, 민사상 면책을 상실하며, 광산보안법의 벌칙, 형법의 濫水罪, 기타 일반 형법상의 벌칙의 적용, 해고 등의 불이익처분의 대상이 된다고 한다(1953.8.13劳発27号).

29) 송강직(역)·片岡ノボル(저), 노동법, 삼지원, 224면, 1995.

30) 竹下英男, スト規制法, 野村平爾(外編), 労働組合法(別冊法學セミナーNo.35), 323면, 日本評論社, 1978.

31) 이 단서조항은, 1945년 12월 제정, 1946년 3월 시행된 노동조합법에서는 없었던 규정이 1949년 6월의 개정에서 부가된 것이다. 폭력의 행사는 규정이 없다고 하더라도 일반 시민법상의 형사책임을 면할 수 없는 것이므로, 이는 주의규정에 불과한 것이라고 할 수 있으나, 본문에서 보는 바와 같이, “폭력의 행사”라는 다소 애매한 용어를 사용함으로써 이에 관한 해석론상의 문제를 제기하고 있다.

32) 1949.8.8劳発317号.



석하고 있고, 최고재판소 또한 이들을 포함하는 것으로 해석하고 있다.<sup>33)</sup>

따라서 동법상 폭력의 행사로 판단되는 정의행위에 대하여 행위자가 당해 위반행위에 대하여 형사책임을 진다고 할 수 있다. 그러나 정당행위의 적용을 받지 못하는 경우라 하더라도 정당방위(제36조), 긴급피난(제37조), 기대가능성<sup>34)</sup> 등에 의한 보호를 받을 수 있음은 물론이다.<sup>35)</sup>

다른 한편, 폭력의 행사가 정의행위와 관련하여 문제되는 경우는, 정의행위에 부수한 피켓팅의 경우이다. 피켓팅에 대하여는, 일본 최고재판소는, 평화적 설득,<sup>36)</sup> 제반의 사정<sup>37)</sup>에 의한 판단이라는 기본원리 위에서 그 정당성의 범위를 좁게 해석하고 있다고 할 수 있다.<sup>38)</sup>

### (3) 노동관계조정법상의 절차

정의행위의 절차와 관련하여 노동관계조정법에서는, 조정안의 해석 또는 이행에 관한 의견의 불일치가 있는 경우로서 조정위원회의 견해를 신청한 경우의 정의행위금지(제26조 제4항), 안전유지시설의 정폐 금지(제36조), 공익사업의 정의행위 예고(제37조 제1항), 긴급조정중의 정의행위 금지(제38조) 등을 규정하고 있는 바, 이를 순서대로 보기로 한다.

#### 가. 조정안의 해석 및 이행에 관한 의견의 불일치

동법 제26조는, 조정안이 관계당사자에 의하여 수락된 후에, 조정안의 해석 또는 이행에 의견이 불일치할 경우에, 관계당사자는 그 조정안을 제시한 조정위원회에 그 해석 또는 이행에 관한 견해를 분명히 할 것을 신청하여야 하고(제2항), 조정위원회는 위 신청을 받은 날로부터 15일 이내에 관계당사자에게 견해를 밝혀야 하며(제3항), 위 조정위원회에 의한 견해가 밝혀질 때까지 위 기간 내에 조정안의 해석 또는 이행에 관하여 정의행위를 할 수 없도록 하고 있다(제4항).<sup>39)</sup>

33) 이에 관하여는, 労働省労政局労働法規課 (編), 労働組合法・労働関係調整法 (労働法コンメンター), 209-213면 참조.

34) 三友炭鉱事件, 福岡高裁 1949.3.17, 刑事裁判資料48号, 225면.

35) 中村正 앞의 논문, 115면. 판례 등에 관하여는, 中山和久(外), 注釈労働組合法・労働関係調整法, 有斐閣, 13-15면 참조, 1989.

36) 羽幌炭鉱事件, 1958.5.28, 最高裁判所刑事判例集12卷8号, 1694면.

37) 三友炭鉱事件, 1956.12.11, 最高裁判所刑事判例集10卷12号, 1605면.

38) 상세한 것은, 佐藤昭夫, ピケット権の研究, 勁草書房, 209-220면 참조.

39) 1946년 9월 제정의 노동관계조정법에서는 조정위원회가 조정안을 작성하여 관계당사자에게 그 수락을 권고함과 더불어, 조정안에 이유를 붙여 공표할 수 있으며, 필요한 경우 신문 또는 라디오에 의한 협력을 청구할 수 있다는 현행 동법 제26조 제1항의 규정만 있었으나, 1949년 6월 개정에서 제2항-4항이 추가된 것이다. 나아가 위 공표방법에 있어서 텔레비전도 포함되는 것으로 해석된다(労働省労政局労働法規課 (編), 앞의 책, 932면).

위 규정을 위반한 정의행위에 대하여 동법상 벌칙규정은 없다.

그렇다면, 위 규정은 단순한 정책적 훈시규정인가, 아니면 강행규정으로 해석할 것인가. 이에 대하여, 벌칙규정의 적용은 없다고 하지만 일반적으로 노동조합법상의 정당한 정의행위가 될 수 없다고 하는 입장이 있다.<sup>40)</sup> 그러나 이 규정은, 조정안을 수락하였다고 한다면 노사의 당사자 쌍방은 단체협약을 체결한 것이나 다름이 없고, 그 해석 또는 이행을 둘러싼 정의에 대하여 일종의 평화의무를 부여한 것이라 할 수 있다.<sup>41)</sup> 따라서 조정위원회에 의한 조정안의 해석 또는 이행의 견해제시를 구하지 않았거나 견해를 구한 경우에 위기간 내에 정의행위를 하였다고 하더라도 이에 대하여 형사책임을 물을 수 없다고 해석된다.<sup>42)</sup> 다만, 현재까지 이와 관련한 정의행위가 발생한 예는 없는 것으로 알려지고 있다.

#### 나. 안전유지를 위한 시설 유지 또는 운영의 정폐 금지

동법 제36조는, 공장사업장에서 안전유지를 위한 시설의 유지 또는 운영을 정폐하거나, 이를 방해하는 행위를 할 수 없다고 한다.

이에 대하여 동법상 벌칙 규정은 없다.

안전유지를 위한 시설의 유지 또는 운영을 정폐하거나 방해하는 것은 정의행위로서 금지된다고 함은 당연한 것인데, 문제는 안전유지를 위한 시설 등의 개념이 명확하지 않는 것에 있다. 안전유지시설에 대하여, 행정해석에 따르면, 안전유지시설이란, 인명, 신체에 대한 위해예방 또는 위생상 필요한 시설로 해석하고 있고, 광산의 경우에는 가스폭발 방지시설, 통풍시설 등이, 공장의 경우에는 유독가스배출시설, 위험장소 표시물 등이, 병원이나 진료소 등의 경우에는 보다더 그 영역이 넓다고도 할 수 있다고 한다.<sup>43)</sup> 최고재판소는, 병원에서의 안전유지시설이라 함은, 탄광에서와 같이 가스폭발방지시설 등과 같이 직접인명에 대한 위해 방지를 위한 것이거나 위생상 불가결한 물적 시설에 한정되는 것으로 해석함이 상당하다고 하면서, 정신병원에서 종업원이 정의행위로서 평소업무를 방기(放棄)하는 것은 위 정의행위 금지에 위반하는 것은 아니라고 하였다.<sup>44)</sup> 그러나 행정해석 가운데는, 단순한 물적 시설에만 한정되지 아니하고 인적인 요소도 포함될 수 있다고 하는 것도 있는데,<sup>45)</sup> 이러한 확대해석은 정의행위를 제한하는 것으로 직결되므로, 당해 정의행위의 정당성을 논함에 있어서 고려요소로 작용하는 것

40) 労働省労政局労働法規課 (編), 앞의 책, 933면.

41) 中山和久(外) 앞의 책, 616면.

42) 中山和久(外) 앞의 책, 616면; 송강직(역) 앞의 책, 222면.

43) 이들 행정해석에 관하여는, 労働省労政局労働法規課 (編), 앞의 책, 968-972면 참조.

44) 新潟精神病院事件, 1964.8.4, 民集18卷7号, 1263면. 구체적인 사례에서의 판례의 입장에 관하여는, 労働省労政局労働法規課 (編), 앞의 책, 972-977면; 中山和久(外) 앞의 책, 636-637면; 中村正 앞의 논문, 119면.

45) 1962.5.18劳発71호. 판례 가운데도 광산에서의 배수펌프 담당요원을 정의행위에 참가시키는 것을 안전유지시설 범위에 포함시킨 것이 있다(札幌高裁 1949.9.29, 刑事裁判資料48号, 367면).



과는 별도로 하더라도 안전유지시설로 해석하는 것은 신중하여야 할 것이다.<sup>46)</sup>

그런데, 본조에 위반한 쟁의행위의 경우에 책임은 동법상 벌칙규정이 없으므로 이를 부정할 것인가.

일반적으로 이 경우에는 민사책임뿐만 아니라 형사책임을 진다고 해석된다. 따라서 산업안전위생법상의 책임을 지는 경우도 있을 것이고,<sup>47)</sup> 불법행위에 의한 손해배상 책임을 지는 경우도 있을 수 있다. 그러나 본 규정의 목적은 인명의 보호 내지 존중의 관점에서 규정된 것이므로 사용자와의 관계에서 문제되는 위력업무방해죄, 안전유지시설의 손해를 이유로 한 손해배상의 문제는 발생하지 않는다고 해석된다.<sup>48)</sup>

#### 다. 공익사업에서의 쟁의행위 예고

동법 제37조 제1항은, 공익사업에서 쟁의행위를 하기 위하여는, 관계당사자는<sup>49)</sup> 쟁의행위를 하려고 하는 날의 적어도 10일 이전까지 노동위원회 및 노동부장관 또는 都道府縣知事에게 이를 통지하지 않으면 안되고,<sup>50)</sup> 제2항은, 위 통지는 긴급조정의 결정이 있는 경우에 그 공포 후 50일을 경과한 후가 아니면 할 수 없다.

공익사업이란, 운수, 우편, 전기통신, 수도, 전기공급, 가스공급, 의료, 공중위생 사업을 말하며(동법 제8조 제1항 1호-4호),<sup>51)</sup> 총리는 국회의 승인을 얻어 업무의 정폐가 국

46) 송강직(역) 앞의 책, 218면.

47) 산업안전위생법 제26조는, 근로자에게 사업주가 근로자의 위험 또는 건강장해를 방지하기 위하여 취하는 조치에 응하여 필요한 사항을 지키지 않으면 안된다고 규정하고 있고, 제120조에 서는 위반한 근로자에 대하여 50만엔 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

48) 中山和久(外) 앞의 책, 638면; 송강직(역) 앞의 책 218면. 그러나 노동성의 입장은, 사용자와의 관계에서도 불법행위에 의한 손해배상문제가 발생하는 것으로 해석하고 있다(労働省労政局労働法規課(編), 앞의 책, 977-978면).

49) 따라서 사용자가 직장폐쇄를 하는 경우에도 예고기간은 준수되어야 한다. 다만, 근로자가 쟁의행위에 돌입한 상황하에서는 예고는 필요없다고 해석되며, 선제적 직장폐쇄를 하거나 근로자의 부분쟁의행위에 대하여 전면적인 직장폐쇄를 하는 경우에는 예고를 필요로 한다고 해석된다(中山和久(外) 앞의 책, 640면).

50) 공익사업의 범위는 전기통신사업을 전신 또는 전화사업이라고 표현 것 외에 1946년 노동관계조정법 제정 당시와 같으나, 예고기간은, 동법 제정 당시에는 노동쟁의의 조정신청 또는 공익사업에서 노동위원회가 직권으로 조정 결정을 한 날, 공익사업이거나 규모가 큰 사건 등의 경우 행정관청의 신청에 의하여 노동위원회에 조정신청을 한 날부터(제18조 제1항 1호-5호), 30일간을 경과하지 않으면 쟁의행위를 할 수 없다고 하는(제37조, 위반한 단체에 대하여 1만엔 이하의 벌금-제39조 제1항) 규정을 개정한 것이다.

51) 이 가운데 우편, 전기, 가스, 수도는, 国营企業労働關係法(우편) 또는 地方公營企業労働關係法(전기, 가스, 수도)의 적용을 받으므로 직원들은 쟁의행위금지(그 위반에 대한 형사처벌 등의 논의는 별론으로 하더라도) 대상이 되고 있다. 그런데, 여기서 말하는, 우편, 전기, 가스, 수도란, 국영 또는 지방공영이 아닌 것을 말하며, 예컨대 우편업무의 일부를 위탁받아 그 업무를 수행하는 회사의(日本郵便通送株式会社 등) 직원, 전기의 경우에도 일일고용 근로자(그 국제전화의 경우 이를 国際電信電話株式会社が 행하므로, 그 근로자는 전면적으로 공익사업에

민경제를 현저하게 저해하거나 공중의 일상생활을 현저하게 위협하게 하는 사업을 1년 내의 기간을 정하여, 공익사업으로 지정할 수 있도록 하고 있으나(제8조 제2항), 현재까지 추가 지정된 것은 없다.

위 쟁의행위 예고에 위반한 자에 대하여는 동법 제39조는, 그 위반에, 노동위원회의 청구를 전제로,<sup>52)</sup> 책임있는 사용자 또는 사용자단체, 근로자단체, 기타의 자 또는 그 단체에게<sup>53)</sup> 10만엔 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제1항). 이는 단체별인데 구체적으로는, 단체가 법인인 경우 이사, 대표이사, 기타 법인 업무를 집행하는 임원에게, 법인이 아닌 단체인 경우에는 대표자 기타 업무를 집행하는 임원에게 적용한다(제2항).<sup>54)</sup> 그리고 1개의 쟁의행위에 대하여 부과하는 벌금의 총액은 10만엔을 초과할 수 없다(제3항).

그런데 예고없이 쟁의행위가 행하여진 경우 그 책임이 위 벌칙규정의 적용은 별론으로 하더라도 사용자와의 관계에서 형사상 책임 등을 인정할 수 있는가.

학설은 위 벌칙규정의 적용 외에 사용자와의 관계에서 그 책임을 묻는 것에 대하여 부정적이다.<sup>55)</sup>

판례도 같은 흐름에 있다고 할 수 있다. 다만, 위 예고위반 쟁의행위에 대하여 동법상의 벌칙규정을 적용한 사례도 보이지 않으며(이는 당연한 것이지만), 다른 형사처벌이 문제된 것도 없는 것으로 보여진다. 따라서 형사책임과 관련한 사례는 없으며,<sup>56)</sup> 예고통지 위반을 이유로 한 사용자가 해고 등의 민사책임을 논한 사례는 있는데 이를 중심으로 보기로 한다. 즉, 全日空事件에서 동경지방법판소는,<sup>57)</sup> “공익사업에서 쟁의행위를 하려고 하는 자에게 행정청...에게 사전통지를 하게 한 취지는 공중을 대상으로 하

해당) 등이 쟁의행위 예고의무의 적용을 받는 것이다. 상세한 것은, 労働省労政局労働法規課(編), 앞의 책, 860-861면 참조.

52) 동법 제42조는 본 규정 위반에 대하여는 노동위원회의 청구를 전제로 하고 있다(제42조).

53) “기타의 자 또는 그 단체”는, 사용자 또는 그 단체, 근로자단체 이외의 개인 또는 단체로서, 당해 쟁의행위를 기획, 지도, 지령한 개인 또는 정당 등의 단체를 말한다(労働省労政局労働法規課(編), 앞의 책, 1006면).

54) 법인, 법인이 아닌 사용자 또는 근로자의 조합, 쟁의단의 단체가 해산한 경우에는 제1항의 벌칙규정의 적용에 있어서는 그 단체는 존재하는 것으로 본다(제4항).

55) 中山和久(外) 앞의 책, 647면; 송강직(역) 앞의 책, 221면; 中村正 앞의 논문, 124면. 그 통지 또한 엄격하게 적용할 것은 아니며, 예컨대 근로자측의 경우에 반드시 쟁의행위의 직접당사자인 노동조합이 아닌 당해 노동조합이 소속한 상급단체가 하였다고 하더라도 예고의 요건은 충족된 것으로 볼 수 있는 것이다(順天堂病院事件, 東京地判 1965.11.10, 労働關係民事判例集16卷6号, 958면). 학설의 입장과 달리, 노동성의 입장은, 예고의무 위반에 따른 쟁의행위의 위법한 책임은 대사용자와의 관계에서도 위법하며, 형사면책도 상실한다고 한다(労働省労政局労働法規課(編), 앞의 책, 994-995면).

56) 다르게 표현하면, 사례를 통하여 보는 한 사용자와의 관계에서 형사책임, 그것도 위력업무방해죄와 같은 것은 전혀 문제가 되지 않음을 알 수 있는 것이라고 할 수 있다.

57) 1067.2.28, 労働關係民事判例集18卷2号, 405-406면.



는 공익사업의운영이 정의행위에 의하여 저해되는 것은 공중이 곤란하게 되고 불편을 받아 그 일상생활에 영향을 받는 바가 크기 때문에 이를 방지하기 위하여 미리 정의행위를 공표하게 하여 그 생활활동상, 피해회피책을 강구하도록 하는 것을 기대하려고 한 것으로서 ... (부차적으로는 노동위원회에 통지하게 하여 노동쟁의의 조정기회를 확보하게 하기 위한 것일 것이다-팔호 안은 필자가 의역한 것임), 이 예고제도는 오로지 공익을 보호하기 위한 것으로서 사용자 내지 공익사업자체의 이익을 보호하려는 것은 아니다. ... 따라서 근로자가 위 규정을 위반하여 정의행위를 하더라도 대사용자와의 관계에서 당연히 노동조합법상의 민사면책을 상실하는 것은 아니며, ... 책임있는 단체 또는 개인이 동법상의 벌금의 제재를 받는 것에 그친다는 것으로 해석함이 상당하다” 하였다.<sup>58)</sup>

예고위반이 징계해고의 사유의 하나가 된 花園病院假處分事件에서 甲府지방법판소는,<sup>59)</sup> 간단히 “노동조합이 노동관계조정법 제37조에서 규정하는 예고를 하지 않은 것은 위 사실에서 분명하다. 따라서 채권자들의 행위는 위법한 것으로 해석함이 상당하다. ... 본건에서 채권자들의 행위는 정당하다고 하는 주장에는 찬성할 수 없다” 고 하고, 다른 사유를 검토한 후에 결국 징계해고를 유효한 것으로 판단한 사례도 보이나, 위 가처분사건의 본안 소송에서 甲府지방법판소는,<sup>60)</sup> 예고위반에 대하여, “공익사업 근로자라고 하더라도 정의권 자체는 부정되지 않을 뿐 아니라, 노동관계조정법 제37조의 예고의무가 문언상 쌍방의 정의행위에 대하여 부과되고 있는 것에서도 알 수 있듯이, 동조는 근로자의 정의행위가 사용자 보호를 위한 규정이 아니라, 공익사업이 공중의 일상생활에 불가결한 것이라는 관점에서 미리 정의행위가 있음을 공중에게 알려 그 영향을 최소화함과 더불어, 강제조정 등 정의해결의 기회를 확보하기 위한 규정으로 해석되기 때문에 위 예고의무 위반의 정의행위라고 하여도 사용자와의 관계에서 곧 위법한 것으로 판정할 것은 아니다” 고 하고, “예고되지 아니함으로써 공중에게 부당한 손실을 입혀 사용자에게 그 손실전보의 책임이 발생한 경우 등, 특별한 사정이 있는 경우에만 사용자와의 관계에서 위법일 수 있다” 고 하면서, 본 건에서는 특별한 사정도 없다고 하고, 기타 징계해고 사유를 검토한 후에 이를 무효라고 하였다.

## 라. 긴급조정

긴급조정은, 총리가 사건이 공익사업에 관한 것이거나, 규모가 크거나 특별한 성질의 사업이어서, 정의행위가 국민경제의 운영을 현저하게 저해하거나, 국민 일상생활을 현저하게 위태롭게 할 위험이 있다고 인정되는 사건에 대하여, 그 위험이 현실적으로 존

58) 또한, 新潟精神病院事件(新潟地決 1956.8.10, 労働関係民事判例集7卷4号, 7776면)에서도, 新潟地裁는, 예고기간 위반 정의행위가 동법상의 벌칙규정의 적용을 받는 의미에서 위법한 것은 두말할 나위가 없지만, 대사용자와의 관계에서 위법한 것인가는 심히 의문이라고 하였다.

59) 1966.9.13, 労働関係民事判例集17卷5号, 1074면.

60) 1972.3.31, 労働関係民事判例集23卷3号, 242-243면.

재하는 경우에 긴급조정결정을 할 수 있으며(제35조의 2 제1항), 위 결정을 함에 있어서 중앙노동위원회의 의견을 청취하며(제2항), 이를 결정한 경우에는 이유를 붙여 공표하고, 중노위 및 관계당사자에게 통지하여야 한다(제3항). 중노위가 위 결정의 통지를 받은 경우 조정절차의 조치를 취하여야 하고(제35조의 3 제1항-제3항), 다른 모든 사건에 우선하여 처리하여야 하며(제35조의 4), 총리의 위 결정에 대하여는 행정불복심사를 청구할 수 없다(제35조의 5).

위 긴급조정결정이 있는 경우에, 관계당사자는 공표일로부터 50일간 정의행위를 할 수 없다(제38조). 이에 위반하는 행위에 관하여 책임있는 단체에게 20만엔의 벌금에 처해지며, 그 내용은 벌금액을 제외하고는 공익사업에서의 예고의무 위반에 대한 단체벌 규정이 준용된다(제40조 제1항-제2항).

긴급조정 규정에 위반하여 정의행위가 행하여진 경우에, 동법상의 벌칙규정 적용 외에 대사용자와의 관계에서 민사 또는 형사책임은 어떠한가.

학설은 지금까지 다른 절차규정 위반에서 본 바와 같이, 동법상의 벌칙규정 적용 외에, 민사, 형사, 부당노동행위로부터의 보호 등은 상실되지 않는 것으로 해석한다.<sup>61)</sup>

## 2). 직장점거

직장점거가 정의행위임은, 노동관계법 제1조의 정의행위의 정의, 즉, “정의행위라 함은, 동맹파업, 태업, 직장폐쇄 기타 노동관계의 당사자가, 그 주장을 관철할 것을 목적으로 행하는 행위 및 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 것을 말한다” 에서 분명하다.

직장점거의 정의에 관하여 특별히 규정하고 있지 않으므로, 학설에서는, 일반적으로, 피켓팅이 채권적인 측면에서 문제되는 반면, 직장점거는 사용자의 시설 등 물적인 것과 관련되어 논의된다고 지적하나, 이를 엄격히 구분하여 논한다는 것은 곤란하며, 또한 현실적으로 필요하지도 않다고 할 수 있다. 학설 가운데는, 직장점거를 정의행위 중 직장에 체류하는 형태, 정의행위에 부수하는 형태(이 경우 피켓팅과 유사한 것으로 볼 수 있다), 직장점거 그 자체가 중요한 정의행위의 수단이 되는 형태 등으로 구분하여, 전 2자의 경우는 정당하거나 정당성을 논할 수 있는 경우라고 보고, 최후의 직장점거 자체가 정의행위의 중요한 수단이 되는 경우에는 일반적으로 그 정당성을 긍정하는 것이 곤란한 경우라고 하는 입장도 있다.<sup>62)</sup> 어떠한 직장점거는 정의행위 상황에 따라 다양한 형태로 이루어지기 때문에 일률적으로 그 정당성을 논할 수 없음은 당연하다. 경우에 따라서는, 예컨대 사용자의 태도에 따라 전면적이고도 배타적인 점거도 인정될 수 있는 것이다.<sup>63)</sup> 그럼에도 불구하고, 일반론으로 설명한다면, 공장점거는 근로자들의 요

61) 中山和久(外) 앞의 책, 649면; 송강직(역) 앞의 책, 221면; 中村正 앞의 논문, 122면.

62) 西谷敏, 労働組合法, 有斐閣, 424-426면, 1998.

63) 송강직(역) 앞의 책, 207면.



구가 받아들여지면 곧 작업을 하겠다는 입장에서 공장 내에 머물고 있는 경우이기 때문에, 전혀 관계가 없는 제3자가 공장이라는 건조물에 침입한 경우라든가, 퇴거요구를 받고 퇴거하지 않는 상태와 같이 논할 수 없을 것이며, 동시에 이 경우 공장의 소유권을 빼앗는 것도 아니며 시설에 손해를 가하는 것도 아닌 경우에는, 피켓팅에 의하여 정의행위 파괴자를 일시 저지하는 것과 다를 바 없으며, 이것이 허용된다면, 위 직장점거 또한 인정되지 않으면 안될 것이다.<sup>64)</sup>

직장점거는 직장폐쇄의 경우와 관련하여 많이 논의되고 있는데, 직장폐쇄가 먼저 이루어지고 그 후에 직장점거를 하는 경우에는 일반적으로 공장문 등의 열쇠 등을 파괴하고 들어가기 때문에 위법한 것으로 판단될 여지가 많다고 할 수 있다. 그러나 그 정당성의 판단은 구체적 상황에 따라 판단할 수밖에 없다고 할 것이다. 사례에 따라서는 동일한 사건에 대하여 판단이 나뉘는 경우도 있는데, 직장점거가 건물이나 시설의 파괴, 사업의 존속, 안전시설의 위협 등이 인정되지 않는 경우에는 인정될 수 있다고 한 사례가 있는가 하면,<sup>65)</sup> 직장폐쇄 후 출입금지 표지판을 부수고 출입금지구역에 들어가 회의실 등을 점거한 경우에 이는 위법한 것으로 인정될 수 없다고 한 것도 있다.<sup>66)</sup>

직장점거와 관련하여서는, 일반적으로, 학설<sup>67)</sup> 및 판례<sup>68)</sup>는, 직장점거가 전면적이고 배타적으로 이루어진 경우와, 그렇지 않은 경우로 나누어, 전자의 경우에는 위법한 것으로 판단하고, 후자의 경우에는 정당한 것으로 판단하고 있다고 할 수 있다.

그런데 문제는 직장점거가 정당성을 결여한 경우에, 사용자로부터 어떠한 형사책임을 지는가. 사례에서 보는 한, 직장점거를 이유로 그 책임이 추궁된 것은 거의 민사책임(해고, 징계해고 등) 내지 건물명도청구 등의 경우이다.<sup>69)</sup> 그렇다면, 민사상 위법한 정의행위가 된다고 하여 곧 형사상 위법한 것으로 되는가. 이를 부정하여야 한다. 왜냐하면, 민사상 위법과 형사상 위법은 그 가치판단의 기준이 다르다고 할 것이며, 형사상 위법성의 판단에 있어서는 가벌적 위법성 판단이 부가되어야 하기 때문이다.<sup>70)</sup>

직장점거가 형사상 책임으로 문제된 것으로서 東京證券去來所事件 정도가 있는 것에

64) 野村平爾, 労働法講話, 日本評論社, 262-263면, 1963.

65) 目黒製作所事件(宇都宮地決 1961.4.28, 労働関係民事判例集12卷2号, 243면).

66) 目黒製作所事件(東京地決 1961.7.14, 労働関係民事判例集12卷4号, 589면).

67) 송강직(역) 앞의 책, 207면; 西谷敏 앞의 책, 226. 학설 가운데는, 전면적이고도 배타적인 직장점거에 대하여 정당성을 인정하는 설도 있으며(外尾健一, 労働団体法, 筑摩書房, 1975; 면), 반대로 사용자의 점유를 배제하지도 않고 그 조업도 방해하지 않는 경우에만 정당성을 인정하는 설도 있다(菅野和夫, 労働法, 594면, 1999).

68) 학설 및 판례의 흐름에 관하여는, 野村平爾(外) 앞의 책, 78-80면(上条貞夫 執筆); 石井保雄, 職場占拠, 別冊ジュリスト No. 102, 有斐閣, 222-223면, 1989; 石井保雄, 職場占拠, 藝詔謙一(外), 労働法の争点(ジュリスト増刊), 有斐閣, 124-125면, 1990.

69) 주69) 참조.

70) 野村平爾(外) 앞의 책, 80면(上条貞夫 執筆).

불과하다. 동사건은, 불퇴거죄<sup>71)</sup>의 성립여부가 문제된 것이다. 東京地方裁判所<sup>72)</sup> 결국 불퇴거죄 성립을 인정하였는데 그 이유로, “쟁의 중 건물관리권에 기초하여 퇴거요구가 있는 경우, 조합원은 곧 퇴거의무를 지며, 이에 위반하면 곧 불퇴거죄가 성립하는가 하는 것인데, 본 재판소는 곧 그 것만으로는 불퇴거죄는 성립하지 않는다고 생각한다. 왜냐하면, 쟁의 중에는 조합원은 단체교섭 등을 할 필요도 있을 것이기 때문에, 조합원이 건물속에 잔류하는 것 자체를 갖고 곧 불퇴거죄가 성립한다고 한다면, 조합원에게 심히 가혹한 것이 되기 때문이다. 그러나, 시설관리권에 기초하여 퇴거요구가 있는 경우에, 만약 조합측에 정당한 정의행위를 일탈하여 사용자측의 업무수행을 방해할 의도를 갖고 그 행위를 한 경우와 같은 사정이 있다면, 이유없이 퇴거하지 않는 불퇴거죄의 구성요건을 충족하는 것으로 보지 않을 수 없다. 그런데 본건의 경우에, 앞에서 본 바와 같이 조합원들은 적어도 시장관 1층 부분에 관하여는 그 어떤 권한도 없이 정당한 정의행위의 한계를 벗어나 이를 점거한 것이기 때문에 … 불퇴거죄의 책임을 진다고 하지 않을 수 없다” 고 하면서, 벌금 1만엔을 선고하였다.

### 3). 준법투쟁

준법투쟁(順法・遵法闘争)의 정의에 관하여 노동법에서 특히 정의를 내리고 있지 않다. 준법투쟁은 근로자가 안전법규나 단체협약 등의 규정을 엄격히 지켜서 기업운영의 능률을 저하시키는 쟁의수단이라고 할 수 있는데, 일본에서는 공무원들과 같이 헌법상 쟁의권이 보장되어 있는 근로자들이 법률에 의하여 그것이 박탈되어 있는 경우에 중요한 의미를 지니는 것이라고 할 수 있다.<sup>73)</sup>

준법쟁의행위라고 하지 아니하고 준법투쟁이라고 표현하고 있는 것에서 알 수 있듯이 이를 쟁의행위라고 할 수 있는가, 나아가 쟁의행위에 해당한다고 할 때에 노동관계법 등의 제한적 규정(공익사업의 경우에 예고 등)의 적용을 받는 것으로 해석할 것인가.

준법투쟁이 쟁의행위인가에 관하여, 법규위반의 업무는 정상적인 업무라고 할 수 없으므로 쟁의행위를 부정하는 견해, 법적인 의미가 아니라 사실상 관행적으로 행하여져 온 업무의 틀을 저해하는 것으로서 쟁의행위의 정의 가운데 “업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위”에 해당한다고 하는 견해, 법규 그 자체의 준수를 요구하여 행하여지는

71) 형법 제130조는, “이유없이 사람의 주거 또는 사람이 간수하는 저택, 건조물 또는 선박에 침입하거나, 요구를 받고서 그 장소로부터 퇴거하지 않은 자는 3년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다” 고 한다.

72) 1958.8.29, 判例時報168号(労働判例大系15卷, 労働旬報社, 226면에서 재인용, 1992).

73) 송강직(역) 앞의 책, 190면. 일본에서 준법투쟁이 공론화 된 것은, 쟁의행위가 금지되고 있던 일본국유철도의 노동조합에서 시작한 것으로 알려지고 있는데(香川孝三, 順法闘争の法理論, 季刊労働法 95号, 176면, 1975), 일본에서는 그 나름대로의 연혁적인 전술적 의미가 있는 것이다.



경우는 정의행위가 아니나, 임금인상 등의 요구를 위한 수단으로서 행하여지는 경우에는 정의행위에 해당한다고 하는 견해로<sup>74)</sup> 나뉘어져 있으나, 다수는 이를 정의행위에 해당하지 않는 것으로 해석한다.<sup>75)</sup>

그리고 학설상 및 판례상 준법투쟁으로서 논의되는 것으로, 안전투쟁(국유철도노동조합 등), 잔업거부투쟁(특히 노동기준법 제36조의 서면협정에 의한 연장근로와 관련하여), 정시출퇴근 및 연차유급휴가의 일제사용 등을 들 수 있다. 이들 유형별 준법투쟁의 정당성 기준과 관련한 학설 및 판례를 여기서 검토할 여유는 없는데, 학설에서는 적어도 모든 준법투쟁을 정의행위로 보는 것은 없으며, 소수의 판례가 있을 뿐인데 당해 판례 또한 결과적으로는 정당한 정의행위라고 판단하였다.<sup>76)</sup>

유형별로 판례의 입장을 중심으로 간단히 보면, 안전투쟁의 경우에, 정의행위로 보는 것과 그렇지 않는 것으로 나뉘나, 일반적으로는 철도사업에서의 안전규칙 등이 위법한 것은 아니라고 보고 이에 대한 준법투쟁을 정의행위로 보고 있다.<sup>77)</sup>

잔업거부의 경우에, 시간외 근로에 관한 서면협정 체결 없이 행하여져 온 시간외 근로의 관행에 대하여 이를 거부하는 투쟁은 적법한 것으로 보고,<sup>78)</sup> 서면협정의 갱신을 거절하고 시간외 근로를 거부한 투쟁에 대하여 판례로서는 나타나지 않지만 학설의 다수는 적법한 것으로 보며,<sup>79)</sup> 서면협정 체결 후 잔업을 거부하는 준법투쟁을 하는 경우

74) 이 견해 가운데는 법규에서 객관적으로 요구하는 정도의 준수를 요구하는 경우에는 그것이 법규자체의 요구이든, 다른 요구의 관철을 위한 것이든 관계없이 문책할 수 없으나, 그 정도를 벗어나는 경우에는 태업과 유사한 정의행위로 보는 것도 있다(菅野和夫 앞의 책, 591면).

75) 송강직(역) 앞의 책, 219면. 상세한 것은, 宮本安美, 順法闘争, 別冊ジュリスト No. 45, 228-229, 有斐閣, 1974; 佐藤昭夫, 順法闘争, 労働法の争点(ジュリスト増刊, 有斐閣, 153-154면, 1979; 清正寛, 順法闘争, 別冊ジュリスト No. 101, 230-231, 有斐閣, 1989; 山田省三, 順法闘争, 労働法の争点(ジュリスト増刊, 有斐閣, 126-127면, 1990; 香川孝三 앞의 논문, 177-178면; 野村平爾(外) 앞의 책, 70-71면(上条貞夫 執筆); 外尾健一 앞의 책, 399-407면; 大脇雅子, 順法闘争, 新労働法講座4(労働争議), 有斐閣, 146-149면, 1967; 西谷敏 앞의 책, 390-393면 등 참조.

76) 野村平爾(外) 앞의 책, 70면(上条貞夫 執筆) 참조.

77) 国鉄動力車労働組合事件(高松高判 1972.1.22, 労働関係民事判例集21卷1号, 37면 이하. 高松高等裁判所는, 철도사업에서의 안전운행투쟁에 대하여, “종래의 업무운영이 열차운전에 관한 제규정에 위반한 바가 없으며, … 안전운전 투쟁은 … 위법한 정의행위” 라고 하였다(동 84면). 결국 원고 가운데 준법투쟁을 지시하는 등 주도적 역할을 한 자에 대한 10개월의 징역처분은 유효하다고 하였다.

78) 三越事件, 東京地判 1951.12.28, 労働関係民事判例集2卷6号, 654면; 宝製作所事件, 東京地決 1950.10.10, 労働法律旬報36号, 23면(본 사건은, 野村平爾(外) 앞의 책, 71면(上条貞夫 執筆)에서 재인용.); 東京水道局事件, 東京高判 1968.4.26, 労働関係民事判例集19卷2号, 623면.

79) 학설 가운데, 佐藤昭夫(早稲田大学名誉教授)는, 위 서면협정 체결 또는 갱신을 거부하는 것을 정의행위라고 한다면, 이는 잔업거부는 정의행위로서 제한되거나 금지되게 되는데 그렇다면 노동기준법 위반을 보호하는 것이 된다고 한다(労基法36条協定と争議行為, 労働法大系3, 有斐閣, 154면, 1963).

에는 근로자는 잔업의무를 진다고 보는 것이 일반적이라고 할 수 있다.<sup>80)</sup>

정시출퇴근투쟁 또는 연차유급휴가의 일제사용의 경우에, 먼저 정시출퇴근투쟁은 단체협약이나 취업규칙 등에서 시업(始業), 종업(終業) 시각을 전후로 하여 관행적으로 노동이 행하여져 왔다고 하여도 이를 거부하는 것을 정의행위라고 할 수 없다.<sup>81)</sup> 휴가의 일제사용투쟁의 경우에, 최고재판소는, 東京都教組事件에서,<sup>82)</sup> “일제휴가투쟁은 동맹파업 내지 태업에 해당되며, … 都教組의 집행위원장 기타 간부인 조합원 지위에서 위 지령의 배포 또는 취지 전달 등의 행위를 한 것으로서 이들 행위는, 본건 정의행위의 일환으로서 행하여진 것이기 때문에, 조합원이 하는 정의행위에 통상 수반되는 행위라고 해석할 것이 바, 피고인들에 대하여 징계처분을 하거나 민사상 책임을 추궁하는 것은 별도로 하더라도 … 노동기본권존중의 헌법 정신에 비추어, 나아가 정의행위 자체를 처벌대상으로 하지 않는 지방공무원법 제61조 4호의 취지에 비추어 이들 피고인이 한 행위는 형사벌로서 다소릴 만큼의 위법성을 결여한 것이라고 하지 않을 수 없다” 고 한 것, 白石營林署事件에서,<sup>83)</sup> “연차유급휴가가 근로자가 그 소속사업장에서 그 업무의 정상적인 운영을 저해할 목적으로 전원 일제히 휴가원을 제출하고 직장을 이탈할 수 있는 것으로 해석할 때에는, 그 실질은 연차유급휴가의 이름하에서 동맹파업을 하는 것과 다름없다. 따라서 그 형식의 여하를 불문하고 본래의 연차휴가의 행사로 되지 않는 것이므로 이에 대한 사용자의 시계(時季)변경권의 행사도 있을 수 없고, 일

80) 池貝鉄工所事件, 東京地決 1950.6.15, 労働関係民事判例集1卷5号, 740면; 西日本新聞事件, 福岡高判 1951.12.28, 労働関係民事判例集16卷6号, 819면; 作久間鉄工所事件, 1964.2.19, 労働法律旬報521号, 5면. 그러나 서면협정이 체결되었다고 하더라도 개별 근로자가 시간외근로에 동의한 경우에만 시간외근로 의무가 있다고 하는 판례의 경향이 있다고 한다(明治牛乳事件, 東京地判 1969.5.31, 労働法律旬報724号, 2면; 七十七銀行事件, 仙台地判 1970.5.29, 労働関係民事判例集21卷3号, 689면; 広島西郵便局事件, 広島地判 1970.7.21, 労働判例108号, 35면. 따라서 잔업의무의 유무에 따라 정의행의 성립여부가 결정될 것이다. 이상, 西谷敏 앞의 책, 391면; 野村平爾(外) 앞의 책, 72면(上条貞夫 執筆) 참조.

학설로서 이미 서면협정의 내용에 따라 결정될 사항이나 일반적으로는 서면협정은 사용자가 시간외 근로를 명령하더라도 근로기준법의 처벌로부터 해제된다고 하는 것이며 개개의 근로자가 그 의무를 끝 진다고 할 수 없다고 한 것이 있다(佐藤昭夫 앞의 논문, 労基法36条と争議行為, 155면). 그러나, 최고재판소는 서면협정이 있을 경우에는 그 범위 내에서 사용자는 시간외 근로를 명령할 수 있으며 근로자는 그 의무를 진다고 해석한다(1991.12.28, 最高裁判所民事判例集45卷8号, 1270면. 同旨, 菅野和夫 앞의 책, 270-271면).

81) 三越事件, 東京都労働委員会命令 1952.2.7, 労働法律旬報84號, 16면(野村平爾(外) 앞의 책, 72면(上条貞夫 執筆)에서 재인용).

82) 1969.4.2, 最高裁判所民事判例集23卷5号, 315-316면. 그러나, 공무원의 정의행위 등에 대하여 형사처벌의 대상이 되는 것은 위법성이 강한 것에 한정된다는 위 판례 논리는, 그 후 최고재판소의 全農林警職法事件·名古屋中郵事件에서 부정되었다(각각, 1973.4.25, 最高裁判所刑事判例集27卷4号, 563면·1977.5.4, 最高裁判所刑事判例集31卷3号, 181면 참조).

83) 1973.3.2, 最高裁判所民事判例集27卷2号, 197-198면.



제휴가의 이름하에서 동맹파업에 들어간 근로자 전부에 대하여 임금청구권은 발생하지 않게 된다. 그러나 이는 당해 근로자가 소속한 사업장에서 이른바 일제휴가가 행하여진 경우에만 타당한 것이며, 다른 사업장의 쟁의행위에 휴가중인 근로자가 참가했는지의 여부는 연차휴가의 성립에 영향을 미치지 않는다"고 하여, 일제휴가신청후 직장을 벗어난 근로자들의 임금청구권을 부정한 사례에서 알 수 있듯이, 연차휴가의 일제사용을 쟁의행위로 보고 있다.<sup>84)</sup>

이상에서 준법투쟁에 관하여 보았는데 이는 그 자체로는 손해배상, 징계 등의 민사책임은 별론으로 하더라도, 현재의 최고재판소의 논리를 인정하더라도 공무원을 제외하면, 일반적으로 형사책임과 관련이 없다고 할 수 있다. 그리고, 최고재판소의 논리를 전제로 하더라도 공무원을 제외하고는, 비록 준법투쟁이 쟁의행위로 인정되는 경우라 하더라도 쟁의행위의 예고 등과 같은 쟁의행위 제한 규정의 적용을 받아야 한다는 것으로 직결될 수 없다. 이 경우에는 쟁의행위의 의미도 엄격히 해석하여야 하며, 쟁의행위 예고의 대상이 되는 쟁의행위에는 포함되지 않는다고 해석된다.<sup>85)</sup>

학설의 다수는 앞에서 지적한 바와 같이, 연차휴가의 일제사용투쟁은 쟁의행위에 해당하지 않으며, 이는 사용자의 시계(時季)변경권으로 해소할 문제라고 한다.<sup>86)</sup>

#### 4) 노동조합간부책임

일본에서는 특히 공무원의 경우에 쟁의행위 자체를 금지하지 아니하고 이를 계획, 선동 등을 한 자를 처벌하고 있음은 앞에서 본 바와 같다. 이러한 규정이 헌법의 노동기본권 보장에 위반하지 않는다고 최고재판소는 판단하였다. 그렇다면, 위 규정은 쟁의행위가 위법한 것으로 되었을 때(공무원의 경우에는 쟁의행위 자체가 금지되어 있으나), 쟁의행위를 지도한 간부들은 다른 쟁의행위 참가자와 별도로 특별히 처벌의 대상이 되는가. 법이론적으로는 "쟁의행위가 집단적 행동이지만 그 집단성을 이유로 쟁의행위 참가인 개인의 행위가 상실되는 것은 아니기 때문에 위법한 쟁의행위에 참가한 개인의 책임을 면할 수 없다"고 할 수 있는데,<sup>87)</sup> 실제로는 노동조합간부의 책임이 문제되고 있다.

그 이유는 무엇인가. 이른바 위법한 쟁의행위를 지도한 것에 대한 가중적 책임인가, 아니면 쟁의행위의 주도자(원동력)를 처벌함으로써 차후의 쟁의행위를 방지하기 위한 것인가. 나아가 손해배상, 징계 이외의 형사책임을 물을 수 있는가. 조합간부에게만 책임을 묻는 것은 부당노동행위와의 관계에서 어떠한 평가를 받는가.

84) 하급심에서는 판례가 대립하고 있다(상세한 것은, 労働判例大系15卷, 労働旬報社, 11-12면 참조, 1992).

85) 송강직(역) 앞의 책, 220면.

86) 野村平爾著作集(第4卷), 労働旬報社, 234면, 1978. 同旨, 西谷敏 앞의 책, 393면.

87) 全逋信労働組合事件, 最高裁判所 1978.7.18, 最高裁判所民事判例集32卷5号, 1034면.

간부책임을 인정한 사례 가운데는, "쟁의행위 그 자체의 원동력이 되는 지도적 행위는 단순참가행위에 비하여 그 반사회성, 반규범성이 큰 것으로서",<sup>88)</sup> "조합에 있어서의 지위에 비추어",<sup>89)</sup> "주동적 입장 ... 투쟁의 지도",<sup>90)</sup> "집행위원장인 신청인의 지도하에서 행하여진 사실은 쉽게 알 수 있으며, 나아가 결과로서 피신청인이 위 점포 임대인으로부터 임대차계약의 갱신을 거절당하기에 이른 것에서 신청인이 져야할 책임은 보다 더 중대한 것으로서 이를 면할 수 없으며, ... 징계해고의 이유로 삼은 것은, 당연한 조치로서 시인될 뿐만 아니라",<sup>91)</sup> 그 외 노동조합간부의 위법쟁의 방지의무에 위반한 것을 그 이유로 하는 것도 있다.<sup>92)</sup>

간부책임을 부정하는 것으로서, "조합간부가 기관활동으로서 행한 행위에 대하여, 개인으로서 사용자로부터 징계책임을 져야할 성질의 것이 아니다"<sup>93)</sup>고 한다.

학설 또한 간부책임을 긍정하는 입장과 부정하는 입장으로 대립하고 있는데, 그 근거는 각각 다르지만 부정설이 다수설이라 할 수 있다.<sup>94)</sup>

88) 名古屋中郵事件, 最高裁判所 1977.5.4, 最高裁判所刑事判例集31卷3號, 209면.

89) 全逋信労働組合事件, 最高裁判所 1978.7.18, 最高裁判所民事判例集32卷5号, 1041면.

90) 国鉄動力車労働組合事件, 高松高判 1970.1.22, 労働関係民事判例集21卷1号, 91면.

91) バンク・オブ・インディア事件, 東京地判 1960.12.16, 労働関係民事判例集11卷6号, 1466면. 위 사건에 대한 검토 및 판례의 흐름에 관하여, 石橋主税, 幹部責任, 別冊ジュリスト No. 45, 248-249면, 1974; 大沼邦博, 幹部責任, 別冊ジュリスト No. 73, 202-203면, 1981; 佐藤昭夫, 幹部責任, 別冊ジュリスト No. 101, 250-251면, 1981; 宮本安美, 違法爭議行為と幹部責任, 藤沼謙一(外), 労働法の争点(ジュリスト増刊), 有斐閣, 144-145면, 1990 등 참조.

92) 品川白煉瓦事件, 東京高判 1956.9.29, 労働関係民事判例集7卷5号, 874면; 岩田屋事件, 福岡高判 1964.9.29, 労働関係民事判例集15卷5号, 1036면. 위 品川白煉瓦事件에서 東京高判은, "투쟁위원은 쟁의행위를 함에 있어서 조합원의 조합활동이 허용된 정당한 한도를 벗어나지 않도록 만전의 주의를 기울임과 동시에 위법한 쟁의행위가 있는 것을 안 경우에 이를 방지하지 아니하고 곧 저지하기 위하여 적절한 조치를 취할 것이 요구되며, 투쟁위원이 스스로 위법한 쟁의행위를 기획, 지도, 실행한 경우는 물론이거니와, 위법한 쟁의행위가 행하여지고 있음을 알면서도 이를 방지할 수 있음에도 불구하고, 제지하지 않은 경우에도 그 책임을 져야 한다고 할 것이다"고 한다(890면).

93) ユニヴァーサルタクシー事件, 大阪高判 1972.2.10; 同旨, 東急鯨事件, 名古屋高判 1973.10.29(이상 労働判例大系16卷, 労働旬報社, 124-125면, 1992. 재인용); 同旨, 七十七銀行事件, 仙台地判 1970.5.29, 労働関係民事判例集21卷3号, 712-714면. 나아가 위 七十七銀行事件에서 仙台지방법판소는, 간부로서 책임을 물을 수 없는 사항에 관하여 징계책임을 묻는 것은 그 자체 부당노동행위라고 하였다(714면).

94) 佐藤昭夫 앞의 논문, 幹部責任, 250면; 宮本安美 앞의 논문, 違法爭議行為と幹部責任, 145면; 瀬元美知男, 爭議行為と懲戒・幹部責任, 季刊労働法100号, 174-176면 참조. 부정설에 입장에서, 예외적으로 간부가 책임을 지는 경우로서, "간부가 조합의 민주적 절차를 거치지 아니하고 쟁의행위를 지령하여 강제로 위법행위를 선도한 경우, 쟁의행위 중에 조합원으로부터 받은 권한의 범위를 일탈한 것으로 해석되는 위법행위를 지령하여 행하게 한 경우, 또는 조합간부 스스로 전체의 합의에 위반하여 위법행위를 행한 경우 등의 있어서는, 조합간부의 행위는 이미



그런데, 조합간부가 쟁의행위가 정당하지 않은 것을 이유로 형사책임을 지는 경우가 있을 수 있는가.

사례 가운데, 앞에서 본 바와 같이, 우편사업에 종사하는 공무원으로서 쟁의행위가 금지되고 있음에도 불구하고 쟁의행위를 하면서, 조합간부들이 직원들에게 쟁의행위에 참가를 호소(呼かけ)하기 위하여 출입이 금지된 건물로 들어간 사건에서, 최고재판소는, 우편법 제79조 제1항의 우편물불취급죄의 방조죄(幫助罪) 및 건물침입죄 성립을 인정한 것이 있다.<sup>95)</sup>

#### 4. 쟁의행위와 위력업무방해죄 등

쟁의행위가 정당성을 상실한 경우 쟁의행위를 행한 자에 대한 책임은, 앞에서 본바와 같이 노동조합간부에 한하여, 그것도 해고 기타 징계처분이 행하여진 경우가 대부분이라고 할 수 있으며, 이 경우에도 해고 내지 징계해고가 가혹한 것으로서 무효로 판단된 경우가 많다.<sup>96)</sup>

지금까지 고찰한 것은 법규정상의 절차에 위반한 쟁의행위의 정당성과 그 책임, 직장점거, 순법투쟁, 간부책임 등인데, 이 가운데 본래의 의미의 쟁의행위의 정당성이 문제되는 것은 직장점거 정도이다. 따라서 쟁의행위가 정당성을 상실한 책임, 특히 형사책임의 문제는 본래의 의미의 쟁의행위일 경우, 나아가 그 쟁의행위가 정당성을 상실한 것으로 평가되었을 때에 구체적인 사례에서 어떠한 형사책임 문제가 발생하는가를 보기에 한계가 있다.

그럼에도 불구하고 이를 중심으로 고찰한 이유는, 한국에서의 쟁의행위와 형사책임을 논함에 있어서 자주 문제가 되는 영역이라는 것, 동시에 본래의 의미의 쟁의행위가 그 정당성을 상실한 경우에, 예컨대 쟁의행위 중에 일어난 폭행 등의 경우와 같이, 이론적으로 개별 형사법의 적용을 받는 것은 해석론상 당연한 것이라고 할 수 있기 때문이다.

따라서 여기에서는 본래의 의미의 쟁의행위가 정당성을 상실한 경우 문제가 된 형사책임과 관련된 사례를 보기로 하되 구체적으로 어떠한 것이 형사상 문제가 된 것인가를 보는 정도에서 그치기로 한다.

사례로서 유죄사건과 무죄사건을 보면, 다음과 같은 것들을 들 수 있다.

방송업무를 대체시키는 것을 막기 위하여 생방송 중에 잡음을 넣은 행위가 쟁의행위로서 허용되는 범위를 일탈한 것으로 정당성을 상실하는 것이나, 이는 쟁의행위의 실효

노동조합의 단체책임의 가운데 해소될 수 없으며, 이들 행위가 경영기반에 관계될 정도의 중대한 경우에는, 간부에 대한 징계처분이 유효하게 될 경우도 있을 수 있다”고 하는 입장도 있다(西谷敏 앞의 책, 436면).

95) 최고재판소, 앞의 名古屋中郵事件, 212-213면.

96) 앞의 労働判例大系15卷, 233-264면 참조.

성을 확보하기 위한 일환으로서 행하여진 것이고, 위 행위가 사전에 계획된 것도 아니었으며, 옆 스타디오로부터 카메라 한 대를 옮겨 다른 스타디오에서 방송을 강행하려고 하는 것을 목격하고 돌발적으로 행하여진 것, 위 행위가 노동조합대책으로서 관리직원을 증원시켜 쟁의행위의 실효성을 상실하게 해 온 경위, 그것이 쟁의행위 중에 눈앞에서 바로 일어난 경우 등을 이유로 그 위법성, 책임성이 경미하다고 하면서 민사책임추궁은 별도로 하더라도 형사책임을 물을 수 있는 정도의 것은 아니라고 한 것,<sup>97)</sup> 그러나 위 사건은 최고재판소에서, 쟁의행위의 제반의 사정 및 법질서전체의 조화의 관점에서 형법상 위법성 및 책임성이 결여되는 것이 아니며, 이를 부정하는 것은 정의에 반하는 것이라고 하여 위 원심을 파기하였다.<sup>98)</sup>

회사가 도산하여 전종업원이 해고된 것은 회사와 거래관계에 있던 은행이 용자를 거부하였기 때문이라고 하여, 노동조합 간부가 조합원 및 지원단체 등을 통하여 1엔지원 모금활동을 펼치면서 4개월여에 걸쳐 매월말 소액대체(333건에 492엔), 예금구좌 신규 개설(58건에 492엔), 현금인출(15건에 34엔), 은행에 대한 항의집회를 한 것에 대하여, 은행거래를 명목으로 집단적으로 은행의 정상적인 업무 수행을 저해할 목적으로 행한 것으로서 이는 위력업무방해죄에 성립한다고 인정한 사례가 있다(징역6월에 집행유예2년).<sup>99)</sup>

지점의 조합간부가 임금인상 요구를 목적으로 모회사 본사에서 시위를 하기 위하여 행선지는 밝혔으나, 회사 화물차를 무단으로 갖고 나갔는데, 회사를 통고를 받고 경찰이 조사를 시작하였다는 것을 알고, 이를 다른 지역의 본사에 주차시킨 것에 대하여 이는 사용절도에 해당한다고 한 사례가 있으나, 항소심에서는 위 조합간부의 행위가 회사에 행선지를 밝히고 평소의 노선을 운행한 것 등에서, 회사의 의사에 반하여 화물차 점유권을 침해한 것은 사실이나 이것으로 소유권을 완전히 배제할 의사에 의하여 한 것으로는 인정되지 않으며, 따라서 불법영득의 의사를 결여한 것이기 때문에 절도죄를 구성하지 않는다고 하여, 위 판결을 파기하여 무죄라고 하였다.<sup>100)</sup>

회사의 조업과 제2노조에 의한 작업을 막기 위하여 물품제조에 필요한 원재료 및 기계부품의 일부를 은닉하여 약품류의 일시사용을 불가능하게 한 것은 위력업무방해죄에 해당되지 않는다고 한 것,<sup>101)</sup> 쟁의행위를 하면서 심신장애인 복지시설에 전기를 정지시킨 것은 시설관리권침해 및 인도상 위법이지만 정지상태의 회복조치에 있어서 관리자

97) 毎日放送事件, 大阪地判 1970.4.4; 大阪高判1972.1.31(각각, 最高裁判所刑事判例集30卷4号, 554-571면, 571-591면).

98) 1976.5.6, 最高裁判所刑事判例集30卷4号, 521면.

99) 浜田精機事件, 東京地判1979.3.12, 東京高判 1981.1.22, 最高裁判所 1983.12.13(이상, 앞의 책, 労働判例大系15卷, 241-242면에서 재인용).

100) 静岡運輸大阪支店事件, 大阪地判 1973.8.31, 大阪高判 1975.10.17(이상, 앞의 책 労働判例大系15卷, 247-248면에서 재인용).

101) 北海道酪農協同組合事件, 札幌区裁判 1927.4.24(앞의 책 労働判例大系15卷 244면에서 재인용).



의 의사 자유를 억제할 정도의 것은 아니었으므로 위력업무방해죄의 성립을 부정하였다.<sup>102)</sup>

회사 차량의 열쇠를 억류하여 보관하는 사례에서 평온하게 이루어 졌고 다음날 반환된 것이므로 위력업무방해죄에 해당되지 않는다고 한 것,<sup>103)</sup> 반면, 최고재판소는, 山陽電氣軌道事件에서, 회사에 협력적인 다수의 노조가 있는 상황하에서 다른 소수의 노동조합이 쟁의행위를 함에 있어서, 회사가 거래하는 정비공장 또는 계열회사인 자동차학원에 맡겨진 버스를 반출하려고 간수자의 의사에 반하여 건조물에 침입한 것에 대하여, 사용자는 쟁의행위 기간 중에 조업을 계속할 수 있다는 전제하에서, 제반의 사정을 고려하여 법질서전체의 조화의 관점에서 허용될 수 없다고 하여, 위력업무방해죄 또는 건조물침입죄에 해당한다고 하였다.<sup>104)</sup>

## 5. 결론

이상에서 일본에서의 쟁의행위와 형사책임에 관하여 보았다. 한국과 법체계 및 내용이 비슷한 일본에서의 법이론 고찰에서 알 수 있었던 것 가운데 하나는, 적어도 쟁의행위와 관련하여 형사책임을 지는 경우는 상당히 예외적인 경우라는 것이다.

공무원의 경우에 있어서도 우편사업에 종사하는 공무원을 제외하고는 쟁의행위 그

102) 国立コローのぞみの園事件, 前橋地判 1980.12.1(앞의 책 労働判例大系15卷 243에서 재인용).

103) 北九州市職員労組事件, 福岡地小倉支部判 1962.5.24. 그 외, 노조의 차량열쇠 보관에 대하여 쟁의 중 사용자는 차량을 운행할 의사가 없었음을 인정할 수 있다고 하여 위력업무방해죄의 성립을 부정한 것(大洋運送事件, 松山地判 1968.3.6), 영업소에 차량을 횡으로 놓고 출입을 곤란하게 하고, 일부 차량의 타이어를 빼고 차량검사증, 열쇠를 갖고 나온 것 것에 대하여 쟁의행위자에 대한 평화적 설득으로 행하여 진 등을 이유로 위력업무방해죄의 성립을 부정한 것(加賀交通事件, 金沢地判 1972.5.22), 열쇠를 회사에 반환할 것 및 조합원이 차고 내에 들어가지 말 것 등의 가치분 결정이 내려진 상황하에서(浦和地決 1959.10.24), 계속적으로 쟁의행위를 한 것에 대하여 강제집행방해죄 및 절도죄의 성립을 부정한 것(三越乗合自動車事件, 浦和地判 1963.1.16. 그러나 본 건 항소심에서 東京高等裁判所는, 정당한 쟁의행위의 범위를 일탈한 것으로 보고 유죄를 인정하였다), 열쇠의 보관에 대하여 위력업무방해죄를 부정하면서 타이어를 빼는 것에 대하여 위력업무방해죄를 인정 한 것(都民交通事件, 東京地判 1965.7.15; 반대로 항소심 및 상고심에서는, 열쇠 등을 보관하는 것도 자동차 운행에 필수적인 것을 들고, 차량의 관리 등을 사실상 불가능하게 한 것이라고 하여 위력업무방해죄의 성립을 긍정하였다 - 東京高判 1968.11.28·最高裁判所 1970.12.17), 소속 조합의 자동차가 검사유효기간 종료로 운행할 수 없게 되자, 다른 노조의 관리하에 있던 자동차와 열쇠를 탈취하여 자기의 관리하에 둔 것에 대하여, 택시사업에서의 쟁의행위의 특수성을 고려하더라도, 위력업무방해죄는 성립한다고 한 사례(みつほタクシー事件, 横浜地判 1965.6.1) 등이 있다. (이상, 앞의 책 労働判例大系 15권 248-249면, 250면, 253-254면, 260면 등에서 재인용).

104) 1978.11.15, 最高裁判所刑事判例集32卷8号, 1857-1861면(항소심, 2066-2140면, 1심1978-2066면).

자체로서 곧 형사처벌의 대상이 되는 경우가 없는 것, 나아가 국가공무원법 및 지방공무원법의 적용을 받는 직원의 쟁의행위가 금지되는 경우에도, 쟁의행위 실행자는 처벌하지 않으면서 이를 선동, 교사 등을 한자에게 처벌하는 하는 면에서 입법상 문제는 있다고 하더라도, 그 외의 자의 경우 처벌은 해고에 한정되고 있다. 쟁의행위가 적어도 단순한 근로제공거부에 머무는 한 우편업의 경우를 제외하고는 형사책임의 대상이 되지 않는다. 다만, 최고재판소가 1969년 東京都教組事件에서 확립한 노동기본권 보장에 충실한 판례이론을 확립하여 주목을 받았지만, 그 후 1973년 全農林警職法事件, 나아가 뒤이은 名古屋中郵事件 등에서 노동기본권 보장에 역행하는 태도를 보이고 있는 것은, 나아가 쟁의행위의 정당성 판단에서, 제반의 사정 고려에 의한 법질서전체의 조화라는 하는 관점에서, 결과적으로 그 범위를 좁게 인정하는 등은 문제라고 할 것이지만, 일본 노동법학의 학설은 노동기본권 보장에 충실한 법이론을 견지하여 오고 있다고 할 수 있으며,<sup>105)</sup> 이는 기본권 제한은 최소한도에 그쳐야 한다는 일반 법원리에 비추어 당연한 것이라고 할 것이다.

그리고 한국과 다른 큰 차이는, 법규상 쟁의행위의 절차상의 제한 규정 위반에 대한 평가라고 할 것이다. 일본 노동법에서는 절차상의 제한 규정위반의 쟁의행위에 대하여 벌칙규정이 없거나, 있다고 하여도(공익사업에서의 예고, 긴급조정 등) 벌금(그것도 단체벌)에 불과하다. 그리고 법이론면에서도 노동성의 입장을 제외하고는, 절차위반을 이유로 이를 곧 일반 형법상의 책임을 인정하는 것은 없다.

간부책임에 있어서, 일본은 법으로서 공무원의 경우에 주동자를 처벌하는 규정이 있고, 이에 최고재판소 판례도 현재의 상황에서는 인정하는 것으로 굳어져 있지만, 하급심 및 학설에서는 이와 큰 차이를 보이고 있다.

아무튼 일본에서의 쟁의행위와 형사책임에 관한 법이론이, 한국에서의 입법론을 비롯하여, 학설, 판례이론 등의 전개에 참고가 되어 한국에서의 바람직한 노동기본권 보장이 확립되길 바라며, 이 원고가 그러한 방향에서 도움이 되길 희망한다.

105) 노동기본권 판례에 대한 학계의 비판에 관하여는 많은 문헌이 있지만, 그 가운데 하나로서, 法律時報(臨時増刊), 労働基本権, 日本評論社, 1989.9, 이론적인 면에서, 佐藤昭夫(編), 労働基本権, 三省堂, 1977 등을 들 수 있다.



## 국제노동기구( ILO) 협약 · 권고와 한국

박 현 석

(변호사, 금속산업연맹)

### I. 서론

세계화(Globalization)라는 다소는 상투적인 문구를 떠올리지 않더라도 IMF이후 더욱 국제경제에 민감할 수밖에 없는 우리는 세계경제사회에서 국내 각 분야에서 국제기준에 부합하는 것은 국제경쟁력의 제고라는 측면에서 피할 수 없는 과업이다. 노동분야에 있어서는 우루과이 라운드 이후 무역과 노동기준의 연계문제가 논의되기 시작했고, 우리나라가 OECD와 ILO에 가입하면서 더욱 국제노동기준에 대한 검토와 이에 부응하는 정책의 수립과 시행이 시급한 실정이다.<sup>1)</sup> 본고에서는 국제노동기구의 협약 및 권고의 효력에 대한 일반적인 내용과 쟁의행위를 비롯한 단체행동권에 대한 국제노동기구의 협약·권고 및 결사의 자유위원회의 보고서의 내용 및 국제노동기준의 실시를 감시하는 제도를 살펴보고자 한다. 이를 위하여 우리나라의 노동조합이 제기한 국제노동기구의 제소 사건에서 결사의 자유위원회의 구체적인 결정례를 소개하고자 한다.

### II. 본론

#### 1. 국제노동기구의 협약 및 권고의 효력

##### 가. 국제노동기구와 우리나라

##### (1) 국제노동기구의 설립

16세기의 원산업화(Proto-Industrialization)로부터 시작하여 자유주의의 기치 하에 자

1) OECD(1996.5)의 보고서에서 우리나라는 결사의 자유 및 단체 교섭권에 있어 상당히 제약이 많은 국가로 분류되고 있다. 결사의 자유 및 단체교섭권과 관련하여 우리나라는 대만이나 말레이시아, 필리핀 등과 같이 4개 등급중 3등급(심각하게)에 속하는 것으로 평가되고 있다. 대부분의 남미국가들은 2등급(어느 정도 제한)에 속해 있으며, 4등급(완전제한)으로 판정된 국가들은 중국과 인도네시아 등 극소수에 불과하다.



본주의가 만개한 19세기에 이르기까지의 과정은 일면에서는 노동의 자본에 대한 종속 과정으로 볼 수 있을 것이다. 보이지 않는 손에 대한 신뢰는 노동시장이라고 해서 예외는 아니었다. 칼 맑스가 자본론에서 잘 지적한 바와 같이 최소의 비용으로 최대의 효과를 추구하던 자본주의는 노동시장에서는 보다 저렴한 노동력인 여성과 아동까지도 노동시장에 편입시키게 되었고 이들에 대하여 살인적인 노동강도를 강요하였다. 이에 국제노동기구가 설립되기 이전인 19세기 초에도 로버트 오웬(Robert Owen: 1771-1858), 다니엘 르그랑(Daniel Le grand: 1783-1859)과 같은 선구자들은 이러한 노동현실에 대한 문제인식과 해결을 추구하고자 했고 그러한 사회사상이 활발하게 전개되었다. 한편, 국제무역을 통해 타국의 경제정책에 영향을 받지 않을 수 없는 상황에서 근로조건을 특정국가나 특정산업에서만 독립적으로 향상시키는 것은 특정국의 국제경쟁력에 상대적으로 불리한 영향력을 미친다는 점도 지적되었다. 이러한 인식과 지적을 바탕으로 19세기 말부터 국제노동입법운동이 전개되었고 유럽의 각 국은 국제노동기구의 설립을 모색하기에 이르렀다. 그러나, 국제노동기구가 탄생하게 된 보다 결정적인 계기는 1차 세계대전 중인 1917년에 러시아에서 레닌이 10월 혁명에 성공하여 소위 노동자국가를 건설하게 되면서부터라고 할 수 있을 것이다. 당시 세계대전의 소용돌이에 빠져 있던 유럽 제국들의 경우도 국민의 절대다수는 노동자들이었고 1차 세계대전은 자본주의 국가 간의 식민지 쟁탈전 등 각국의 권익을 확대하는 과정에서 발생한 것으로 노동자들에게는 큰 피해를 주는 것으로 생각되었기 때문에 공산혁명의 암운을 떨쳐버릴 수가 없었기 때문에 노동자들의 권익보호에 대하여 외면할 수 없는 상황이었다. 이러한 상황에 대한 인식에서 1차 대전의 종전과 함께 체결된 파리평화조약에서는 평화 및 독일에 관한 조항 이외에 제13편에서 국제노동기구의 설립에 관한 조항을 두게 되어 평화조약이 조인됨에 따라 국제노동기구가 설립되었다.<sup>2)</sup>

## (2) 우리나라와 국제노동기구

우리나라의 경우 1991년 12월에 국제노동기구에 151번째 국가로 가입했다. 가입 당시 어느 범위의 조약을 비준할 것인가가 관심의 초점이 되었으나 우리나라는 2002년 현재 18개 조약을 비준한데 거치고 있다. 총 184개의 ILO 협약 가운데 한국의 비준대상 협약은 개정·폐기 대상 및 미발효협약 등을 제외한 97개이고 ILO 회원국의 평균 비준협약 수는 39개인 점을 감안할 때 이는 매우 저조한 수준이라는 것을 알 수 있다. 이마저도 결사의 자유에 관한 조약(제87호 조약) 등 노동기본권에 관한 주요 4개 조약을 비준하지 않은 상태이다. 이에 따라 우리가 비준하지 않은 쟁의행위 등 단체행동권에 관한 조약 및 권고의 효력에 관한 검토가 필요하다.

2) 권중동, "ILO와 국제노동기준", (주) 중앙경제, 2000년, 21면-61면 참조

## 나. 국제노동기구의 협약 및 권고

### (1) 조약과 권고의 채택

국제노동기구 총회는 조약과 권고라는 두 종류의 규범을 채택하는 것을 주된 임무로 한다. 국제노동기구의 사무국은 총회의제가 되는 문제를 새로운 국제규범으로 채택할 것인가의 여부와 국제규범으로 채택할 경우 그 형태에 관한 질의를 각 가맹국에게 보내고, 사무국은 가맹국의 회답을 분석하여 조약을 위한 잠정안이나 권고를 위한 잠정안을 포함한 제2차 보고서를 작성하여 가맹국 정부에게 다시 송달하며 총회는 기술위원회를 설치하여 예비보고서와 제2차 보고서에 따라 제1차 토의를 시작한다. 기술위원회는 사무국이 작성한 잠정안을 바탕으로 해서 일반토의를 하고 토의를 종료한 경우 당해 안을 조약의 형식으로 할 것인지 권고의 형식으로 할 것인지를 선택한다. 형식을 결정하고 나면 잠정안의 각 조항을 축조하여 심의하는데 이 과정에서 개정안을 제출할 수도 있다. 조항을 확정하고 나면 다시 그 전체에 대하여 표결을 하여 채택여부를 결정하고 심의과정에 관한 보고서를 작성하여 총회에 제출한다. 총회 본회의에서는 보고자로부터 심의경과보고에 이어 일반 토의를 하고 보고서를 채택한 다음 잠정안의 각 조항에 대하여 표결하고 끝으로 전체에 대하여 표결한다.<sup>3)</sup>

### (2) 조약과 권고의 성격

조약(ILO Convention)은 독립한 주권을 가진 국가로부터 입법권을 위임받은 특별한 기관이 없는 오늘날의 국제사회에서 국가의 의무를 창출하는 기본적인 국제법의 형태이다. 의무발생의 근거는 국가공동체의 의사를 결정할 수 있는 주권국가 스스로 어떤 의무를 부담하겠다는 의사표시로서 조약을 체결했기 때문이다. 따라서, 국제노동기구에 있어서도 조약이 총회에서 위와 같은 과정을 통하여 채택되었다고 해서 곧 구속력이 발생하는 것은 아니고 각 가맹국이 당해 조약을 비준함으로써 조약당사국이 되고 조약 당사국 사이에서 동 조약의 구속력이 인정되는 것이다. 한편, 권고(Recommendation)는 그 주된 취지가 국내 조치의 기준을 규정하는데 있다. 따라서, 권고는 가맹국이 수락한다고 하더라도 국내 조치의 지침이 될 뿐이고 가맹국이 당해 권고를 적용할 의무를 지지 않는다. 총회는 조약을 채택하기에 앞서 권고를 채택하는 경우가 있고 어떤 조약을 채택하고 당해 조약을 보충하기 위해 권고를 채택하는 경우도 있다. 권고는 여건이 허락되면 장래에 조약화 할 수 있는 예비적인 조치를 내용으로 하는 경우가 많다. 요컨대, 조약은 최저노동기준의 국제적 의무를 수락한다는 의도에서 정하는 면이 많고, 권고는 의무보다는 발전과 진보의 방향을 제시하는 의도로 채택하는 경우가 많다고 할

3) 전게서, 97-104면 참조



수 있다.<sup>4)5)</sup>

### (3) 비준하지 않은 조약 또는 권고의 효력

위에서 언급한 바와 같이 국제노동기구의 가맹국은 비준하지 않은 조약을 실시할 의무를 부담하지 않고 권고의 경우 이를 수락하였다고 해도 이를 실시할 법적 의무를 부담하는 것은 아니다. 그러나, 이와 같은 국제법 상의 일반원칙을 그대로 적용한다면 위에서 기술한 바와 같이 국제노동기구 가맹국의 평균 비준 조약 수가 39개이고 노동기본권에 중요한 의미를 지니는 7개의 주요 조약을 비준하지 않는 경우가 있음을 고려할 때 국제노동기구의 설립목적에 부합하는 성과를 거둔다는 것은 요원한 일이 아닐 수 없다.

이와 같이 비준하지 않은 조약 또는 권고가 가맹국에 대하여 어떤 효력을 갖는가에 대하여 결사의 자유위원회는 제1500호 사건(중국)의 보고에서 “어느 나라가 이 기구의 가맹국이 되기를 결정했을 경우, 그 나라는 헌장 및 필라델피아 선언에 포함되어 있는 결사의 자유의 제 원칙을 포함한 기본원칙을 수락하고 있다”고 판단한 바 있고, 제87호 조약을 비준하지 않고 있는 한국에 대한 결사의 자유위원회 제294차 보고, 제1629호 사건 제262항에서 “스트라이크권은 국가의 이름으로 권한을 행사하는 공무원에 대해서만 제한 또는 금지할 수 있다”고 하고 있다고 보고한 바 있다.<sup>6)</sup> 즉, 헌장 및 필라델피아 선언에 있는 결사의 자유원칙을 포함한 기본적 제 원칙을 통해 우회적으로 노동기본권에 중요한 의미를 갖는 조약 및 권고에 법적 효력을 부여하고 있다. 결국, ILO에 가맹하고 있는 국가로서 결사의 자유조약을 비준하고 있는 국가와 그렇지 않는 국가의 경우 법률상으로는 차이가 있다고 할 수 있으나 사실상 거의 차이가 없고 추상적인 규정이었다던 것을 조약의 조항을 이용하여 구체화함으로써 법적 의무를 발생시킬 수 있게 한 것이다. 최근에는 강제노동문제에 대해서도 결사의 자유와 같이 특별절차를 통해 비준의 여부에 관계없이 감시제도를 설치하자는 안이 이사회에서 심의된 바 있는데 이 또한 국제노동기구 헌장 전문에 명시되어 있는 목적과 필라델피아선언의 내용에 법적 효력을 부여할 수 있다는 사실에 근거를 둔 것이다.<sup>7)</sup>

4) 전계서, 98-99면 참조

5) ILO헌장 제19조 제8항에는 “어떠한 경우에도 총회에 의한 조약이나 권고의 채택, 또는 가맹국에 의한 조약의 비준이 조약이나 권고에 규정된 조건보다도 관련 근로자에게 보다 유리한 조건을 보장하고 있는 법률, 중재재정, 관습 또는 협정에 영향을 주는 것으로 인정되어서는 안된다.”고 규정하여 조약과 권고가 최저기준임을 선언하고 있다.

6) ILO “Freedom of Association” Fourth revised edition, 1996, 9면 para 10, 111면 para 534 참조

7) 전계서, 81-83면 참조

## 2. 국제노동기준의 실시를 감시하는 제도

### 가. 가맹국의 통상적인 의무

#### (1) 권한있는 기관에의 제출의무 및 노사단체에의 통보

국제노동기구의 헌장에 따라 가맹국은 ILO총회에서 채택된 조약 및 권고를 “입법 또는 타의조치를 위하여 권한있는 기관에 제출할 의무”가 있다(국제노동기구 헌장 제19조 제5, 6항 참조).<sup>8)</sup> 여기에서 “권한있는 기관”은 통상적으로 입법부를 염두에 둔 표현

#### 8) 헌장 제19조

⑤조약의 경우에는 다음과 같이 한다.

1. 조약은 비준을 위하여 모든 회원국에 통보한다.
2. 회원국은 총회회기 종료 후 늦어도 1년 이내에 또는 예외적인 사정 때문에 1년 이내에 불가능한 경우에는 가능한 빨리, 그러나 어떠한 경우에도 총회회기 종료 18개월 이내에 입법 또는 다른 조치를 위하여 그 사항을 관장하는 권한있는 기관에 조약을 제출한다.
3. 회원국은 조약을 위의 권한있는 기관에 제출하기 위하여 이 조에 따라 취한 조치, 권한이 있는 것으로 인정되는 기관에 관한 상세한 설명 및 그 기관의 조치를 국제노동사무총장에게 통지한다.
4. 회원국이 그 사항을 관장하는 권한 있는 기관의 동의를 얻는 경우 그 회원국은 조약의 공식비준을 사무총장에게 통보하고, 조약규정을 시행하기 위하여 필요한 조치를 취한다.
5. 회원국이 그 사항을 관장하는 권한있는 기관의 동의를 얻지 못하는 경우 그 회원국은 조약이 취급하고 있는 사항에 관하여 자기나라 법률 및 관행의 입장을 이사회가 요구하는 적당한 기간마다 국제노동사무총장에게 보고하는 것 외에는 어떠한 추가의무도 지지 아니한다. 이 보고에는 입법, 행정조치, 단체조약 또는 다른 방법으로 조약의 규정이 시행되어 왔거나 또는 시행될 범위를 적시하고 또한 조약의 비준을 방해하거나 지연시키는 어려운 사정을 기술한다.

⑥ 권고의 경우에는 다음과 같이 한다.

1. 권고는 국내입법 또는 다른 방법으로 시행되도록 심의를 위하여 모든 회원국에 통보된다.
2. 회원국은 총회회기 종료 후 늦어도 1년 이내에 또는 예외적인 사정 때문에 1년 이내에 불가능한 경우에는 가능한 빨리, 그러나 어떠한 경우에도 총회회기 종료 18개월 이내에 입법 또는 다른 조치를 위하여 그 사항을 관장하는 권한있는 기관에 조약을 제출한다.
3. 회원국은 권고를 위하여 위의 권한있는 기관에 제출하기 위하여 이 조에 따라 취한 조치, 권한이 있는 것으로 인정되는 기관에 관한 상세한 설명 및 그 기관의 조치를 국제노동사무총장에게 통지한다.



이나 각 나라의 정치체제와 수준에 차이가 있으므로 ILO 이사회는 각서에서 입법부와 병행적으로 행정부의 최고의사결정기관에 제출하는 것도 가능하다는 입장을 취하고 있다. 그리고, "입법 또는 타의 조치"에는 문언상 비준이 포함되지 않는다. 한편, 비준이 의무적이지는 않지만 가맹국의 정부는 권한있는 기관에 제출할 때에는 비준을 할 것인가, 안할 것인가, 지금은 하지 않더라도 장래에는 비준여부를 검토할 것인지 여부에 대한 정부의 입장을 명확하게 기술해야 한다. 즉, 조약의 비준여부는 가맹국의 자유이지만 그것에 대하여 의회에 정보를 제공하고 비준여부에 대하여 정부가 일정한 고려를 했다는 것을 증명하기 위한 보고서를 ILO에 제출하는 것은 의무가 되는 것이다. 한편, 위의 제19조에 따른 보고서 사본이 ILO의 중요한 구성원인 노사대표가 정부의 기본적인 의무인 권한 있는 기관에 조약·권고를 제출한데 대하여 충분한 정보를 얻을 수 있도록 노사 단체에 전달되도록 현장은 규정하고 있다.<sup>9)10)</sup>

## (2) 미비준조약, 권고에 관한 보고의무

위 현장 제19조 제5항 제5호에 의하여 가맹국은 "이사회가 요청하는 적당한 간격을 두고 조약에서 취급하고 있는 사항에 관한 자국의 법률 및 관행의 현황을 보고할 의무를 진다. 이 보고서에서 "입법, 행정적 조치, 단체협약 또는 기타에 의해 어떤 조약규정이 어느 정도 실시되고 있는지 또는 실시하려고 하는지를 명시해야 하며 나아가 조약 비준에 방해가 되거나 지연되고 있는 장애에 관해 언급하지 않으면 안된다. 그러므로, 합리적인 이유없이 조약을 비준하지 않고 있는 나라는 이 문제에 대하여 해명을 하지 않으면 안되는 부담을 안게 되므로 비준을 위한 압력이 된다. 제87호나 제111호 조약과 같이 중요한 조약에 대해서는 빈번히 보고를 요청하고 있는 것이 최근의 경향인 바, 그때마다 '아직도 비준되지 않고 있다'고 보고한다면 그것은 국제적으로 책임있는 나라로서 수치스러운 일이 될 것이다. 권고의 경우도 같은 조 제6항 제4호에 의해 동일한 부담을 규정하고 있다. 권고의 경우 실시하지 않고 있다라는 보고가 크게 문제되지 않지만 미비준 조약 및 권고에 관한 보고는 조약·권고전문가위원회에 의해 상세히 분석된 후 비교연구할 수 있는 자료가 되고 있다.<sup>11)</sup>

4. 권고를 위의 권한 있는 기관에 제출하는 것을 별도로 하고, 회원국은 권고가 취급하고 있는 사항에 관하여 자기나라 법률 및 관행의 입장을 이사회가 요구하는 적당한 기간마다 국제노동사무총장에게 보고하는 것 외에는 어떠한 추가의무도 지지 아니한다. 이 보고에는 권고의 규정이 시행되어 왔거나 또는 시행될 범위 및 이 규정을 채택하거나 적용함에 있어서 필요하다고 인정된 또는 인정될 수 있는 수정사항을 적시한다.

### 9) 현장 제23조

② 회원국은 제3조의 목적을 위하여 승인된 대표단체에게 제19조 및 제22조에 따라 사무총장에게 통보된 자료와 보고서의 사본을 송부한다.

10) 전계서, 213-216면 참조

11) 전계서 216-217 참조

## (3) 비준후의 의무

당해 조약을 비준한 가맹국은 그 조약을 실시할 의무를 진다. 여기서, 조약의 실시는 조약내용을 국내법을 받아들이는 절차의 이행뿐 아니라 실질적으로 조약의 목적이 달성될 수 있도록 정부의 실행조치를 포함한다. 그리고, 조약 비준 후 가맹국은 현장 제22조에 따라 조약을 실시하기 위해서 취한 조치를 정기적으로 ILO에 보고해야 한다. 현재에는 조약의 수와 가맹국의 수가 늘어나 비준 직후의 모든 조약과 20개 정도의 중요한 조약에 대해서는 격년으로, 그 이외의 조약에 대해서는 5년에 한번 정기보고서를 제출하도록 하고 있다. 이와 같은 보고제도는 조약실시감시제도와 일체가 되어 조약의 실시를 유도하는 큰 역할을 한다.<sup>12)</sup>

## 나. 실시를 위한 감시절차

### (1) 조약·권고적용전문가위원회의 심사

노동법과 국제법에 전문가로 인정받는 인사들로 구성된 조약, 권고적용전문가위원회의 심사를 통해 조약이나 권고를 비준하거나 수락한 국가의 실시를 유도한다. 동 위원회는 이사회나 총회로부터 독립하여 현장 제19조 및 제22조에 따라 ILO에 송부된 정기 보고를 심사하고 국제노동기준과 국내법령 및 실행의 적합성을 확인하는 것을 주된 업무로 한다. 동 위원회는 정부 보고서를 심사하고 이에 대한 질의를 할 수 있으며 정부 보고에 의문이 있을 때에는 노사단체의 견해를 참고하기도 한다. 이러한 개별심의를 끝나면 위원회 전체회의에서 위원회로서의 최종판단을 내린다. 최종판단은 두 가지 형식으로 하는데 "직접 청구(direct request)"와 "의견(observation)"이 그것이다. 직접청구는 조약 적용상 여러 가지 의문점에 대해 질문서를 보내고 받는 것이다. 이는 위원회가 정보가 부족하거나 사실관계를 보다 상세히 파악하고 싶을 때나, 조약이 올바르게 적용되지 않고 있다는 것이 확정적이라고 생각된다하더라도 곧바로 공표하기 보다는 정부로 하여금 시정조치를 취하도록 할 필요가 있다고 기대될 때 취하는 형식이다. 의견은 조약 권고적용전문가위원회보고서로 공개되어 누구든지 볼 수 있도록 하는 것인데 이는 조약불이행을 공표하는 것이 바람직하다고 생각되는 중요한 경우에 하게 된다. 각 국 정부는 문제가 직접청구 수준에 머물러 있는 경우에는 크게 신경을 쓰지 않을 수 있으나 의견으로 위원회보고서에 기재가 되면 국제적으로나 국내적으로 중대한 결과를 초래하기 때문에 이를 피하려고 애쓴다.<sup>13)</sup>

12) 전계서, 218-219면 참조

13) 전계서, 221-228면 참조



## (2) 총회기준적용위원회의 심사

조약·권고적용전문가위원회와 같이 보고서에 대하여 기술적인 법률심사를 하고 나면 총회는 이에 대하여 상세히 검토하게 된다. 총회는 이와 같은 검토를 총회기준위원회를 구성하여 수행한다. 동 위원회에서는 전문가위원회가 취급한 많은 내용 중에서 오랫동안 해결되지 않은 문제와 동 위원회의 판단으로 곧 바로 논의해야 한다고 판단하는 문제를 선택해서 정부대표의 설명을 들은 후 일반토의에 들어가게 된다. 동 위원회는 일반토의가 대화를 통해서 문제를 해결하는 수단이라는 점을 수 차례 표명한 바 있으나 당해 정부로서는 마치 법정의 피고인과 같이 쏟아지는 질문공세에 난처해질 수밖에 없다. 미비준 조약 및 권고에 관한 일반토의에서도 총회기준위원회는 전문가위원회의 보고를 토대로 당해 조약과 권고에 대하여 세계적인 상황이 어떠한지를 분석하고 적용상의 문제점을 지적하는 동시에 비준이 늦어지고 있는 나라에 대해서는 조기비준을 재촉하게 된다.<sup>14)</sup>

## (3) 신청(Representation)과 제소(Complaint)

신청은 어느 가맹국 정부가 그들의 관할범위 내에서 자국이 당사국으로 되어 있는 조약의 실효적인 준수를 어떠한 면에서라도 보장하지 않고 있는 경우에 사용자 또는 노동자 단체가 국제노동기구 사무국에 이에 대한 주장을 제출하는 것을 말한다(헌장 제24조 참조). 신청의 주체는 노사단체가 되고 상대방은 가맹국 정부가 된다. 이 경우 노사단체는 신청대상이 되고 있는 나라의 국내단체 뿐 아니라 다른 나라의 단체, 국제조직도 가능하다. 신청이 ILO 사무국에 도착되면 사무국은 신청단체에 문서가 수령되었다는 사실을 통지하고 당해 정부에 신청이 있었다는 사실을 고지한다. 신청문서는 이사회 임원에게 넘겨져 그 요건의 충족여부를 심사한다. 당해 신청이 수리가능으로 결정되었을 경우 이사회는 3자로 구성된 3인 위원회를 설치하고 실질적인 심사를 하게 된다. 통상은 6월에서 1년 간의 심사를 거친 다음 위원회가 이사회에 심사결과를 보고하며 이사회가 결정할 내용을 권고한다. 이사회는 그 권고를 검토한 후 공표할 것인가의 여부를 결정하고 당해 정부 및 신청단체에 통고함으로써 헌장 제24조에 따른 신청절차가 종결된다.

한편, 제소는 신청과 같이 조약의 위반에 대하여 국제노동사무국에 그 심사를 청구하는 점에서는 동일하지만 제소하는 주체가 가맹국 또는 총회의 대표, 이사회 자체가 되는 점에서 차이가 있다. 따라서, 대상이 되는 조약을 어느 한 쪽 국가라도 비준하지 않

14) 전계서 229-231면 참조

고 있을 때에는 이 절차를 이용하는 것이 불가능하다. 실제에서는 가맹국이 다른 가맹국을 제소하는 것은 외교상 좋지 않은 결과를 가져올 가능성이 있으므로 거의 이용되지 않고 있고 제소가 이루어지는 대부분이 총회대표에 의한 것이다.<sup>15)</sup>

## 다. 결사의 자유에 관한 특별절차

## (1) 결사의 자유에 관한 실정조사조정위원회 (Fact-Finding and Conciliation Commission on Freedom of Association)

결사의 자유의 중요성에 대한 인식을 바탕으로 결사의 자유의 침해를 제재할 수 있는 수단을 강구하게 되었고 이에 1950년에 UN경제사회이사회에 따라 ILO와 UN의 공동이용기관으로 결사의 자유에 관한 실정조사위원회를 설치했다. 동 위원회는 위와 같이 공동이용기관으로 설립되었으므로 ILO가맹국이 아닌 UN의 회원국도 이를 이용할 수 있다. 이 위원회는 상설기관이 아니고 제소가 있을 경우에만 설치된다. 동 위원회는 제소가 있을 경우에 이에 대한 조사를 하고 최종보고서를 제출한다. 다만, 당해 국가가 결사의 자유에 관한 ILO조약을 비준하지 않았을 경우에는 위원회의 심사에 응한다고 하는 당해 정부의 동의가 있어야 동 위원회에 의한 절차가 진행될 수 있다.<sup>16)</sup>

## (2) 결사의 자유위원회

결사의 자유에 관한 실정조사조정위원회에 의한 절차가 대상국 정부의 동의를 필요로 하기 때문에 자주 이용되지 못한 반면 위 실정조사조정위원회의 사전심사를 위해 1951년에 설치된 결사의 자유위원회가 그 역할을 대신하게 되었다. 결사의 자유 위원회는 지금까지 1800건 이상의 사건을 취급하였고 통상 "ILO제소"라고 말할 때는 헌장 제24조와 제26조에 따른 정식절차와 통상감시기구에 대한 의견을 구하는 것을 의미하기 보다는 거의 결사의 자유위원회에 제소하는 것을 의미하는 경우가 많다. 결사의 자유위원회는 이사회의 하부기관으로 노사정 각각 3인의 이사로 구성되는 동시에 독립된 위원장이 선임된다. 위원회는 통상 이사회가 개최되기 직전에 연 3회 개최된다. ILO사무국은 소장을 접수한 경우에는 이를 당해 정부에 송부하고 정부의 답변서의 개요를 제소단체에 송부하는 동시에 다시 이에 대한 회답을 일정기간 내에 접수한다. 더 이상의

15) 전계서 233-236면 참조

16) 전계서 237-239면 참조



정보가 필요 없다고 판단되는 경우에 위원회는 결론을 채택한다. 결론에서는 이사회가 당해 정부에 대하여 문제상황을 지적하고, 개선조치를 취하도록 요청하며, 그 조치에 대하여 추가적인 정보를 제출하도록 요청하는 권고를 할 수 있다. 결사의 자유위원회는 1800건이 넘는 사건을 처리하면서 조약·권고적용전문가위원회가 내놓고 있는 ILO조약 해석과 더불어 일종의 판례법을 형성하고 있다. 결사의 자유위원회가 조약이나 헌장에 대한 유권해석을 할 수 있는 권한을 보유하고 있는 것은 아니지만 장기간에 걸친 판단과 노사정의 합의에서 이루어진 결정은 추상적인 헌장규정의 내용을 구체화하여 직접 집행이 가능하게 했다는 평가를 받고 있다.<sup>17)</sup>

### 3. 단체행동권에 대한 국제노동기구의 조약 및 권고, 결사의 자유위원회의 보고

#### 가. 조약 및 권고

쟁의행위에 관한 권리를 구체적으로 규정하고 있는 조약은 존재하지 않고 있다. 특히, 단체행동권의 핵심이라고 할 수 있는 파업권에 대한 명시적인 규정이 있는 경우는 없다. 다만, 강제노동에 관한 제105호 조약, 임의조정·중재에 관한 제92호 권고가 인용되고 있고 제87호 조약 제3항에서 말하는 “계획의 책정”에는 스트라이크를 할 결정권이 포함된다고 ILO감시기구는 일관되게 판단하고 있다.<sup>18)</sup>

#### 나. 파업권에 관한 결사의 자유위원회의 판례

##### (1) 파업권의 중요성과 파업권을 행사하기 위한 요건

파업권은 그것이 노동자들의 경제적 이해를 보호하기 위한 수단으로 이용되는 한에서는 노동자들과 노동자들의 단체의 기초적인 권리를 구성하는 것으로 간주해왔다(473 문단).

당 위원회는 파업권을 노동자들의 경제적, 사회적 이해를 보호하기 위한 적법한 수단으로 노동자들과 그들의 단체들은 파업을 할 권리가 있음을 인정해왔다(474 문단).

파업권은 노동자들과 노동자들의 단체가 그들의 경제적, 사회적 이해를 옹호하고 증

17) 전계서, 239-243면 참조

18) 전계서, 157-162면 참조

위 조약과 권고의 전문은 본고 별지에 첨부함

진시키기 위한 주요한 수단 중의 하나이다(475문단).

사적인 영역에서 수습기간 중에 있는 근로자에게 파업권을 부인하는 것은 결사의 자유의 원칙과 양립될 수 없다(476문단).

오직 노동조합 조직의 보존을 위해 파업에 호소할 권리를 갖는 것은 87호 조약에 반하는 것으로 보이지는 않는다. 노동자들, 그리고 특히 책임을 맡고 있는 그들의 지도자들은 파업을 이유로 차별하는 것으로부터 보호되어야하고 그들이 반 노조 차별에 노출되지 않고 노동조합을 결성할 수 있어야 한다(477문단).

연맹이나 총 연맹에 의해 파업을 실시하는 것을 금지하는 것은 제87호 조약과 양립될 수 없다(478문단).

##### (2) 파업의 목적(경제적, 사회적 이슈에 대한 파업, 정치적 파업, 연대파업 등)

노동자들이 파업권의 행사를 통해 옹호하고자 하는 직업적, 경제적 이해관계는 보다 나은 근로조건 또는 직업적 성격을 갖는 집단적 요구뿐만 아니라 노동자들에게 직접적으로 관련이 있는 것으로 시행에 직면한 경제적, 사회적 정책 문제 또한 포함한다(479 문단).

노동자들의 사회경제적 그리고 직업적 이해관계를 보호할 책임이 있는 조직들은 고용, 사회보장 그리고 생활수준과 같이 일반적으로 또는 특수한 경우 노동자들과 그들의 구성원에게 직접적인 영향력을 미치는 주요한 사회적 그리고 경제적 정책 경향에 의해 제기되는 문제들에 대한 해결책을 찾는 과정에서 그들의 지위를 유지하기 위해 단체행동권을 행사할 수 있다(480문단).

순수하게 정치적인 성격을 갖는 파업과 단체교섭이 개시되기 오래 전에 기계적으로 결정되어 있는 파업은 결사의 자유의 원칙의 범위에 있지 않다(481문단).

순수한 정치파업이 결사의 자유원칙의 범위에 속하지 않는 한편으로 노동조합은 특별히 정부의 경제적, 사회적 정책들을 비판할 목적으로 파업에 호소하는 것은 가능하다(482문장).

중재와 조정에 관한 명령에 대항한 총파업이 확실히 정부의 정책에 관한 것이었던 한 사건에서, 위원회는 이에 관련된 주장들은 그것이 노사분쟁을 촉진시키지 않는다는