

이유에서 애초부터 기각되는 것은 의문이라고 생각했다. 왜냐하면, 노동조합들은 그들의 관점에서 노동조합의 권리들의 행사를 제한하는, 산업관계를 다루는 조치들의 시행에 따르는 중요한 사용자로서의 정부와 분쟁 중에 있었기 때문이다(483문단).

파업권은 단지 단체협약에 조인하는 것을 통하여 해결될 수 있는 산업분쟁에 한 정된 것으로 하여서는 안된다. 노동자들과 그들의 단체들은 보다 넓은 맥락에서, 필요하다면 그들의 구성원의 이해에 영향을 미치는 사회적, 경제적인 문제에 관한 불만을 표현할 수 있다(484 문단).

법적 문서의 해석에 있어서의 차이로 인해 야기된 법적 분쟁에 대한 해결은 관할 법원에 맡겨져야 한다. 그러한 상황에서 파업을 금지하는 것은 결사의 자유에 대한 위반을 구성하지 않는다(485문단).

동정파업에 대한 전면적인 금지는 남용으로 이어질 수 있다. 노동자들은 그들이 지지하고자 하는 파업이 적법한 것이라면 그와 같은 조치를 취할 수 있어야 한다(486문단).

파업이 조합의 승인이 요구된다는 사실은 노동자와 그들의 단체들에 의해 보호될 수 있는 적법한 것이다(487문단).

승인분쟁(recognition dispute)(단체교섭을 위한)에 관하여 파업을 금지하는 것은 결사의 자유원칙에 부합하지 않는다(488문단).

피용자 또는 조합이 일방 당사자인 단체 분쟁에 연관되지 않는 단체행동에 대한 금지는 결사의 자유에 반한다(489문단).

(3) 파업의 범위

단체고용계약이 하나 이상의 고용자를 구속할 것인가의 문제에 관한 파업을 금지하는 규정

들은 파업에 관한 결사의 자유원칙에 반한다; 노동자와 그들의 단체는 다 고용자 계약을 지지하기 위하여 단체행동을 할 수 있어야 한다(490문단).

노동자들과 그들의 단체들은 다 고용자 계약(단체협약)을 지지하기 위하여 파업에 의존할 수 있다(491문단).

위원회는 많은 사건에서 전국적인 수준의 파업은 그것이 순수하게 정치적인 것이 아닌 경제적, 사회적 목적인 경우에는 적법하다고 진술해 왔다; 파업의 금지는 국가의 이름으로 권한을 행사하는 공무원 또는 그 중단이 생명, 개인적인 안전, 대중의 전체 또는 일부의 보전에 위해를 가할 수 있는 엄격한 의미에서의 필수사업의 근로자들의 경우에 있어서만 받아들여질 수 있다(492문단).

정부의 경제정책의 사회적, 노동상의 결과에 대항하는 국가적인 파업의 불법성을 선언하거나 파업을 금지하는 것은 결사의 자유에 대한 심각한 위반을 구성한다(493문단).

총파업에 관하여, 위원회는 단체행동권은 노동자의 단체들이 취할 수 있는 수단 중의 하나라고 고려해왔다. 최저임금의 인상, 유효한 단체협약의 준수와 경제정책의 변화(가격을 내리고 실업을 줄이는 것)를 구하면서 하는 24시간 총파업은 적법하고 노동조합 단체들의 정상적인 활동영역 내에 있다(494 문단).

지난 수년 동안 수백의 노조지도자를 죽음으로 몰고 간 목적을 요구하면서 취한 총파업은 적법한 노동조합 활동이고 그것의 금지는 따라서 결사의 자유원칙에 대한 심각한 위반을 구성한다(495문단).

(4) 여러 가지 형태의 파업

노동자들에게 거부되는 다양한 형태의 파업(조업중단, 태업, 준법투쟁과 연좌농성)에 관하여, 위원회는 이러한 제한들은 단지 그 파업이 평화롭게 진행되지 않을 경우에만 정당화될 수 있다(496문단).

입법이 비공식파업, 태업, 준법투쟁과 같이 비정규적 형태의 행위를 보호하지 않는다는 주장을 검토하면서 위원회는 그러한 제약들은 그 파업이 평화롭게 진행되지 않을 경우에만 정당화될 수 있다(497문단).

(5) 필요조건

파업이 적법성을 획득하기 위해 법에 의해 이행되어야 할 조건들은 합리적이어서야 하고 어떤 경우에도 노동조합 단체들에게 열려있는 행위의 수단들에 대한 실질적인 제한을 두는 것이어서는 안된다(498문단).

파업을 선언하기 위한 법적 절차는 적법한 파업을 선언하는 것이 실질적으로 불가능

할 정도로 복잡해서는 안된다(499문단).

산업분쟁에서 파업 전에 자발적인 조정과 중재에 호소할 수 있도록 하는 입법은 조정에 가는 것이 의무적이지 않고 실질적으로 파업에 호소하는 것을 막는 것이 아니라면 결사의 자유를 침해하는 것으로 볼 수 없다(500문단).

위원회는 비록 파업이 교섭과 조정, 중재에 대한 모든 절차가 종료될 때까지 법에 의해 제한을 받는다고 하더라도 그와 같은 제한은 적절하고 불편부당한 그리고 신속한 조정, 중재 절차를 수반하여 관련 당사자들이 모든 단계에서 참여할 수 있도록 해야 한다고 강조했다(501문단).

파업에 호소하기 전에 사용자에게 사전통지를 할 의무는 받아들일 수 있는 것으로 간주된다(502문단).

비밀투표에 의해 파업을 결정하고 통지할 의무는 받아들일 수 있다(503단락).

사회적 또는 공공의 이해관계를 갖는 서비스에 있어서 20일 기간의 통지를 요구하는 것은 결사의 자유원칙을 침해하지 않는다(504문단).

파업 전에 40일간의 냉각기간을 요구하는 것은 그것이 그 기간동안 당사자들에게 숙고할 수 있는 기간을 부여하고자 하는 한에서 결사의 자유원칙에 반하지 않는다. 이와 같이 행동에 들어가는 것을 지연시키는 조항들은 양 당사자가 다시 협상태이블로 가서 파업에 의존하지 않고 합의에 이르게 할 수 있다(505문단).

파업을 실행하기 위하여 어떤 법에 의해 다수의 찬성을 요구되는데 (노동조합이나 관계된 지회의 구성원의 3분의 2와 같은) 이를 어겼을 때 정부당국이 노동조합의 해체를 포함하여 형벌을 가하는 것에 대하여, 위원회는 그와 같은 법률규정들은 그 성격상 노동자 단체들의 권리를 제한하여 조약의 3조에 반하는 것으로 공권력에 의한 개입을 구성한다는 조약권고적용위원회의 결정을 환기시켰다(506문단).

파업을 선언하기 위하여 관련된 전체 근로자의 과반수의 찬성을 요구하는 것은 특히 대기업에 있어서는 파업을 할 수 있는 가능성을 과도하게 제한할 수 있다(507문단).

파업에 호소하기 위하여 절대다수의 근로자의 찬성을 요구하는 것은 특히 다수의 근로자로 구성되는 노동조합의 경우에는 어려움이 있다. 따라서, 절대다수의 찬성을 요구

하는 조항은 파업권을 심각하게 제한할 수 있다(508문단).

위원회는 정부에 특히 대기업의 경우 파업에 돌입하기 위하여 근로자들의 과반수의 찬성을 요구하는 법적 요건을 개정하도록 요청했다(509문단).

일정 정족수의 준수와 비밀투표에 의해 파업의 결정을 요구하는 것은 받아들일 수 있는 것으로 간주되었다(510문단).

구성원의 3분의 2의 정족수의 준수를 요구하는 것은 특히 넓은 지역을 아우르고 다수의 구성원이 있는 노동조합의 경우에는 지키기 어렵다(511문단).

파업에 호소하기 위하여 연맹이나 총 연맹 구성원의 다수의 합의를 요구하거나 관련된 근로자들의 절대다수의 승인을 요구하는 규정은 노동조합 단체의 활동에 대한 심각한 제한을 구성할 수 있다(512문단).

위원회는 노동조합의 지회가 파업의 이유가 지역적인 성격을 띠는 경우 파업을 선언하는 데 있어서 지회의 총회에서 결정하고 상급단체에서 그 결정이 집행위원회에서 절대다수에 의해 취해진 경우에는 결사의 자유원칙에 부합하는 것으로 간주했다(513문단).

처음 투표가 행해진 이후 3개월 내에 파업에 돌입하지 않은 경우 두 번째 파업찬반투표를 요구하는 것은 결사의 자유에 반하지 않는다(514문단).

(6) 강제조정예의 회부

집단적인 노사분쟁과 파업을 종결하기 위한 강제조정은 그것이 양 당사자의 요청에 의한 것이거나 문제되는 파업이 국가의 이름으로 권한을 행사하는 공무원 또는 그 중단이 생명, 개인적인 안전, 대중의 전체 또는 일부의 보건에 위해를 가할 수 있는 엄격한 의미에서의 필수사업의 근로자들의 경우와 같이 문제되는 파업이 제한되는 경우에는 받아들여 질 수 있다(515문단).

파업권은 (파업을 종결하기 위해 강제조정에 회부하는 것과 같이) 그 중단이 생명, 개인적인 안전, 대중의 전체 또는 일부의 보건에 위해를 가할 수 있는 엄격한 의미에서의 필수사업의 근로자들의 경우에만 제한되거나 금지될 수 있다(516문단).

위원회는 강제조정에 회부하는 것은 엄격한 의미에서의 필수사업의 근로자들의 경우나 극심한 국가적 위기의 경우에만 받아들여질 수 있다는 점을 강조했다(517문단).

당사자들 사이에서 합의에 이르지 못할 경우 문제가 되는 쟁점들을 노동당국에 의한 조정으로 해결하도록 하는 조항들은 자주적인 교섭원칙을 포함하고 있는 제98호 조약의 제4조에 부합하지 않는다. 강제조정이 파업을 막는 경우 그것은 노동조합이 자유롭게 그들의 활동을 조직할 수 있는 권리에 반하고 그것은 공공서비스 또는 엄격한 의미에서의 필수사업에서만 정당화 될 수 있는 것이다(518문단).

어떤 당사자가 일방적으로 노동당국이 분쟁을 해결하도록 개입할 것을 요청하는 것을 허락하는 규정은 노동자들이 파업에 호소할 수 있는 노동자들의 권리를 효과적으로 침식하는 것이고 자주적인 단체교섭을 촉진하지 않는다(519문단).

단체교섭 중 합의에 이르는데 실패하여 발생하는 분쟁이 모든 경우에 고용자로 하여금 강제조정에 회부할 수 있도록 하는 법률규정에 의해 파업권은 영향을 받게 될 것이고 그것에 의해 파업에 호소할 수 있는 권리는 방해된다(520문).

위원회는 어떤 분쟁이 다른 수단에 의해 해결되지 않는 경우 노동당국을 통한 강제조정제도는 그들의 활동을 조직할 수 있는 노동자들의 단체들의 권리에 대한 상당한 제한이 되고 심지어 파업이 절대적인 금지와 관련될 수 있고 결사의 자유원칙에 배치된다고 간주한다(521문단).

(7) 파업을 불법이라고 선언하는데 대한 책임

파업이 불법이라고 선언하는 책임은 정부에 있어서는 안되고 관련 당사자들의 신임을 얻고 있는 독립된 기관에 의해야 한다(522문단).

파업의 불법성에 대한 최종적인 결정은 특히 정부가 분쟁당사자일 경우 정부에 의해 결정되어서는 안된다(523문단).

공공 서비스에 있어서 파업이 불법이라고 선언할 수 있는 권한이 공공 기관의 장에게 있는 것은 그가 분쟁의 당사자이고 판단자라는 점에서 결사의 자유에 반한다(524문단).

공적 영역에 있어서 공공부분의 어떠한 파업이 불법성에 대하여 위원회는 그와 같

은 문제가 행정당국의 권한 내에 있는 것이 아니라고 간주했다(525문단).

(8) 파업이 제한되거나 심지어 금지되는 경우와 보상

파업권은 제한되거나 금지될 수 있다: (1) 공공서비스에서 국가의 이름으로 권한을 행사하는 공무원 또는 (2) 그 중단이 생명, 개인적인 안전, 대중의 전체 또는 일부의 보건에 위해를 가할 수 있는 엄격한 의미에서의 필수사업의 근로자들의 경우(526문단).

a. 심각한 국가적 위기

파업에 대한 일반적인 금지는 심각한 국가적 위기의 경우 제한된 기간동안에 있어서만 정당화될 수 있다(527문단).

무장한 군대를 고용하거나 노사분쟁으로 인해 중지된 업무의 수행을 위해 대체인력을 고용하는 것은-그 파업이 적법하다면-그것의 중지가 심각한 위기로 이끌 수 있는 산업 또는 서비스의 수행을 보장하기 위한 필요에 의한 경우에만 정당화될 수 있다(528문단).

헌법에 의해 국가위기상황을 야기하는 적법 정부에 대한 쿠데타가 시도된 배경에서 부과된 표현의 자유와 파업권에 대한 제한은 결사의 자유에 반하지 않는다. 왜냐하면 그와 같은 제한은 심각한 국가의 위기에서 정당화되기 때문이다(529문단).

비록 운송회사, 철도, 통신 또는 전기와 같은 서비스의 중단이 공동체의 정상적인 생활을 방해할 수 있다는 것은 인정하지만, 그것이 심각한 국가적 위기 상태를 야기한다고 받아들일 수는 없다. 위원회는 따라서 그와 같은 서비스에 있어서 분쟁의 시기에 노동자들을 동원하기 위하여 조치를 취하는 것은 그 분야의 노동자들이 자신들의 직업적, 경제적 이해를 지키기 위한 수단으로서의 파업권을 제한하는 것으로 간주해왔다(530문단).

b. 공공 서비스

공무원의 경우 결사의 자유의 원칙을 승인하는 것이 필연적으로 파업권을 내포하는 것은 아니다(531문단).

국가가 소유하고 있는 상업적 또는 사업적 기업들에 있어서의 공무원들은 단체교섭

을 할 권리와 반 노조 차별행위로부터 적절한 보호를 향유할 수 있어야 한다. 그리고 그 서비스의 중단이 생명, 개인적인 안전, 대중의 전체 또는 일부의 보건에 위해를 가하지 않는 한 파업권을 향유할 수 있어야 한다(532문단).

위원회는 공공 서비스 또는 필수 사업에 있어서 파업이 국가 공동체에 심각한 고통을 가져오는 경우 그 제한에 어떠한 보상이 수반된다면 파업권이 제한되거나 심지어 금지될 수 있다는 점을 인정했다(533문단).

파업권은 국가의 이름으로 권한을 행사하는 공무원에 대해서만 제한되거나 금지될 수 있다(534문단).

공무원의 개념을 과도하게 넓게 정의하는 것은 그와 같은 근로자들의 파업권에 대한 폭넓은 제한 또는 심지어 금지를 초래할 수 있다. 파업권이 제한은 국가의 이름으로 권한을 행사하는 공무원에 한정되어야 한다(535문단).

파업권은 공공서비스에 있어서는 -국가의 이름으로 권한을 행사하는 공무원- 또는 그 중단이 생명, 개인적인 안전, 대중의 전체 또는 일부의 보건에 위해를 가할 수 있는 엄격한 의미에서의 필수사업의 근로자들의 경우에만 제한되거나 금지될 수 있다(536문단).

법무부에서 근무하는 공무원은 국가의 이름으로 권한을 행사하는 공무원이고 따라서 파업권은 제한되거나 심지어 금지될 수 있다(537문단).

법원의 직원들은 국가의 이름으로 권한을 행사하는 공무원으로 간주되고 그 결과 당국은 그 직원들의 파업권이 행사를 중지시킬 수 있다(538문단).

공공 영역에서 파업을 일시적으로 종결시키기 위한 법원의 금지명령을 얻기 위해 정부 의해 취해진 조치는 노동조합이 권리를 침해한 것이 아니다(539문단).

c. 필수 사업

파업을 금지할 수 있는 상황을 확정하기 위해서, 확립되어야 할 기준은 생명, 개인적인 안전, 대중의 전체 또는 일부의 보건에 명확하고 급박한 위협의 존재이다(540문단).

엄밀한 의미에서 필수사업이 의미하는 것은 어떤 나라에 만연하고 있는 특수한 상황

에 크게 의지한다. 게다가, 이 개념은 절대적인 것은 아니고, 그러한 의미에서 비필수사업도 그 사업에서의 파업이 어떤 기간을 경과하여 지속되거나 어떤 범위를 초과하여 진행되어 생명, 개인적인 안전, 대중의 전체 또는 일부의 보건에 위해를 가하는 경우에는 필수사업이 된다(541문단).

만약 파업이 엄격한 의미에서 필수사업 즉, 그 중단이 생명, 개인적인 안전, 대중의 전체 또는 일부의 보건에 위해를 가하는 사업이 아닌 곳에서 불법으로 선언된다면 필수사업에서의 파업금지에 관한 원칙은 그 의미를 잃게 될 것이다(542문단).

관련된 입법에서 진실로 필수적인 사업과 그렇지 않는 것 사이에 구별함 없이 파업권의 제한이라는 관점에서 같은 이유로 모든 국가 소유의 사업에 대하여 동일하게 취급되는 것은 적절한 것으로 보이지 않는다(543문단).

이하는 필수사업으로 간주될 것이다(544문단).

- 의료부문[1985년 요약 409문단 참조];
- 전기사업[1307호 사건, 238번째 보고서, 325문단 참조];
- 수도공급사업[1985년 요약 410문단 참조];
- 전화사업 [1985년 요약 427문단 참조];
- 항공관제 [1985년 요약 412문단 참조]

이하는 엄격한 의미에서 필수사업을 구성하지 않는다(545문단).

- 라디오와 텔레비전[988호 사건과 1033호 사건, 230번째 보고서, 370문단 참조];
- 석유와 항만(하역)[1417호 사건, 254번째 보고서, 502문단 참조]
- 은행[988호 사건과 1033호 사건, 230번째 보고서 370문단 참조]
- 물품세와 세금의 징수를 위한 컴퓨터 업무[1443호 사건, 259번째 보고서, 192문단 참조]
- 백화점과 놀이공원[1431호 사건, 259번째 보고서, 706문단 참조]
- 금속과 광산부문[1985년 요약, 406문단 참조]
- 일반 운송[1985년 요약, 407문단 참조]
- 냉동기업[1656호 사건, 284번째 보고서, 1063문단 참조]
- 호텔사업[1620호 사건, 286번째 보고서, 380문단 참조]
- 건설[1693호 사건, 291번째 보고서, 513문단 참조]
- 자동차제조[1629호 사건, 294번째 보고서, 261문단 참조]
- 항공기 수리, 농업활동, 농산물의 공급 분배[1985년 요약, 402문단 참조]
- 조폐, 정부 인쇄 서비스, 국가의 주류, 소금, 담배 독점 사업[1985년 요약, 403문단 참조]
- 교육부문[1985년 요약, 404문단 참조]

- 대도시 여객운송[1985년 요약, 408문단 참조]
- 우정사업[1451호 사건, 268번째 보고서, 98문단 참조]

d. 공공부문 또는 필수사업에서의 파업금지에 대한 보상

공공부문이나 필수사업에서 파업이 제한되거나 금지되는 경우, 그와 같은 사업에 영향을 미치는 분쟁에 관하여 그들의 결사의 자유에 놓여진 제한에 대한 보상하기 위해 적절한 보호가 있어야 한다(546문단).

공공부문이나 필수사업에서 파업권에 부과된 제한이 있는 경우 적절한 보상이 성격에 있어서 파업권에 대한 제한은 적절한, 불편부당한, 신속한 조정과 중재 절차가 수반되어야 하고 그 절차에서 관련 당사자들이 모든 단계에서 참여할 수 있고 그 보상에 대하여 한번 성립된 경우 완전히 신속하게 이행되어야 한다(547문단).

입법부에 예산권을 유보하는 것이 강제 조정, 중재에 의해 확정된 보상의 조건에 따르는 것을 막는 결과를 가져와서는 안된다. 이러한 관행으로부터의 이탈은 필수 사업에 있어서 노동자들에 의한 파업이 금지되거나 제한되는 경우에 그와 같은 금지가 조정절차의 존재와 불편부당한 중재조직이 수반되어야 하며, 그 보상이 양 당사자를 구속해야 한다는 원칙의 유효한 적용을 손상하게 될 것이다(548문단).

중재와 조정절차에서 그와 같은 기능을 보유하면서 위탁을 받은 기관들의 모든 구성원들은 엄격히 공정해야 할 뿐 아니라 강제조정과 성공적인 결과를 얻기 위해 실제로 판관이 되는 양 당사자의 신뢰를 얻고 유지될 수 있기 위해 관련된 노사 양측에 공정하게 보여야만 한다(549문단).

장관에 의해 필수사업중재위원회의 5명의 위원 전원이 임명되는 것은 그와 같은 시스템 하에서 관련 당사자들의 신뢰뿐만 아니라 그 위원회의 공정성에 대해서도 의문이 제기된다. 노사의 대표단체들이 그들을 대표할 수 있는 필수사업중재위원회의 위원을 선택할 수 있어야 한다(550문단).

그들이 필수사업을 수행하기 때문에 파업권을 박탈당한 피용자들은 그들의 이해를 보호할 수 있는 적절한 보장이 있어야 한다; 이에 상응하는 직장폐쇄권의 부인, 공동조정절차규정, 오로지 조정이 실패할 경우 공동중재조직의 규정(551문단).

파업권에 대한 제한 권고를 언급하는 것은 그것이 조정과 중재절차가 수반될 경우에

는 받아들일 수 있다. 위원회는 이 권고가 파업권에 대한 절대적 금지를 언급하는 것이 아니라 노동자들의 이해를 보호하기 위한 적절한 보장과 관련하여 공공 영역 또는 필수사업에 있어서 파업권의 제한을 언급하는 것이다(552문단).

집단노동분쟁과 파업을 종결하기 위한 강제중재는 그것이 분쟁에 관련된 양 당사자들의 요청에 의하거나 문제된 파업이 국가의 이름으로 권한을 행사하는 공무원 또는 그 중단이 생명, 개인적인 안전, 대중의 전체 또는 일부의 보건에 위해를 가할 수 있는 엄격한 의미에서의 필수사업의 근로자들의 경우에서의 분쟁이어서 제한되거나 심지어 금지될 수 있는 경우에 받아들여질 수 있다(553문단).

(9) 사람과 장비의 안전을 보장하기 위하여 최소한의 서비스가 요구되는 상황(최소한 안전 서비스)

법에 의해 규정된 안전의무에 부합하는데 필요한 범위에서 어떤 부분의 파업권을 제한하는 것은 정상적인 제한이다(554문단).

한 사건에서, 입법이 모든 활동부분에서 직업상 단체들이 조직과 장비의 안전을 위해서 그리고, 사고의 방지를 위해 필요한 직원들이 계속해서 업무에 종사하게 하고 있고, 필요한 직원의 정의에 대한 부동의는 행정중재위원회에 의해 해결되도록 하고 있었다. 이러한 파업에 대한 제한들은 받아들일 수 있는 것으로 고려되었다(555문단).

(10) 최소한의 업무가 요구될 수 있는 조건과 상황

파업의 경우에 최소한의 업무를 보장하는 것은 이하와 같은 경우에 가능하다(556문단):

1. 그 중단이 생명, 개인적인 안전, 대중의 전체 또는 일부의 보건에 위해를 가할 수 있는 엄격한 의미에서의 필수사업의 근로자들의 경우 [1403호 사건, 254번째 보고서, 444문단 참조]

2. 엄격한 의미에서 필수사업은 아니지만 파업의 지속과 파업의 범위가 일반 대중의 정상적인 생활조건을 위협하는 심각한 국가적 위기를 초래하는 사업들[1985년 요약, 415문단 참조]

3. 기본적인 중요성을 갖는 공공 서비스[1679호 사건, 292번째 보고서 92, 98문단 참조]

그 지속과 범위가 심각한 국가적 위기를 초래하는 사업들에 있어서의 파업의 경우 어떤 정도의 최소한의 서비스가 요구될 수 있다. 그러나, 그 경우 노동조합 단체들은 사용자들과 정부당국과 함께 그 최소한의 서비스를 정의하는데 참여할 수 있어야 한다(557문단).

파업의 지속과 파업의 범위가 일반 대중의 정상적인 생활조건을 위협하는 심각한 국가적 위기를 초래하는 사업들에 있어서의 파업의 경우 최소한의 서비스가 배치될 수 있다. 그와 같은 최소한의 서비스는 생명, 개인적인 안전, 대중의 전체 또는 일부의 보건에 위해를 피하기 위해 엄격히 필요한 활동에 한정되어야 한다. 더하여, 노동자 단체들은 그와 같은 서비스를 정의하는데 있어서 고용자들과 정부당국과 같은 방식으로 참여할 수 있어야 한다(558문단).

위원회는 필수사업에서의 파업의 경우 유지되어야 할 최소한의 서비스에 대한 규정은 명료하게 확립되어야 있어야 하고 엄격하게 적용되어야 하며 적절한 시기에 관계자들에게 알려져야 한다는 점을 지적하였다(559문단).

최소한의 서비스에 대한 결정과 그 서비스를 행할 최소한의 노동자들의 숫자를 확정 하는 데는 정부 당국뿐만 아니라 관련 사용자, 노동자 단체들도 포함해야 한다. 이것은 주어진 상황에서 무엇이 최소한의 서비스로 간주될 것인지에 대한 관점에 관하여 주의 깊은 의견교환을 가능하게 할 뿐 아니라 최소한의 서비스로 인해 제한된 영향력 때문에 실제로 효과가 없는 파업이 되지 않도록 최소한의 서비스의 영역을 보장하고, 너무 불리하고 일방적으로 고정된 최소한의 서비스로 인해 파업이 무의하게 되었다는 노동조합단체가 가질 수 있는 의구심을 풀어버리는데 기여한다(560문단).

필수 공공 사업에 있어서 파업의 경우 최소한의 서비스는 유지되어야만 한다는 것과 관계된 노동자들의 의무와 숫자에 대한 의견의 불일치는 노동 당국에 의해 확정되어야 한다는 법적 요구에 대하여, 위원회는 그와 같은 불일치는 노동부나 내각 또는 관계된 공기업에 의해서가 아니라 독립된 기관에 의해 확정될 수 있도록 입법을 해야 한다는 의견이다(561문단).

최소한의 서비스의 수준이 필요불가결한 것인지 아닌지에 대한 결정적인 판단은 -사실들에 대한 충분한 지식으로 만들어진다면- 특히, 관련된 시설과 기업의 구조와 기능, 파업행위의 실제적인 영향에 대한 온전한 지식에 근거를 둔 경우 단지 사법당국에 의해서만 공표될 수 있다(562문단).

(11) 최소한의 서비스가 필요한 조건을 만족시킨 것으로 위원회가 간주한 예들

여객선 서비스는 필수적인 사업이 아니다. 그러나, 여객운송 서비스의 이어지는 중단에 따르는 해변과 섬들에 사는 일반 대중의 불편과 어려움의 관점에서 파업의 경우 최소한의 서비스가 유지되어야 하는 것으로 합의가 이루어질 수 있다(563문단).

국립 항만 기업에 의해 공급되는 서비스들은 그것이 비록 중요한 공공 서비스로 파업의 경우 최소한의 서비스가 요구된다고 하더라도 필수사업을 구성하지 않는다.

지하 운송 기업에 있어서 노동자들이 취한 파업행위와 관련하여 당사자들 사이에 합의없이 최소한의 서비스를 확정하는 것은 독립적인 기관에 의해 이루어져야 한다(565문단).

여객과 화물운송은 엄격한 의미에서 필수사업은 아니다. 그러나, 이것은 파업의 경우 최소한의 서비스를 요구하는 것이 정당화될 수 있는 기본적인 중요성을 갖는 공공 서비스이다(566문단).

철도운송 부문에서의 파업의 경우 최소한의 서비스가 유지되어야 한다는 것은 적법하다(567문단).

우정업무에 있어서 최소한의 서비스의 유지는 예견될 수 있다(568문단).

(12) 최소한의 서비스에 따르지 않음

노동조합의 법적 지위를 무효로 하거나 중지시키는 최종적인 결정이 독립된 사법기관에 의해 내려진 경우라도 그와 같은 조치들은 최소한의 서비스에 부응하지 않은 경우에는 채택되어서는 안된다(569문단).

(13) 작업복귀명령, 파업기관 중의 노동자의 고용, 징발명령

파업이 금지될 수 있는 엄격한 의미에서 필수부분으로 간주될 수 없는 부문에서 파업을 깨기 위해 노동자를 고용하는 것은 심각한 결사의 자유 침해를 구성한다(570문단).

어떤 파업이 적법하다면 파업노동자들을 대체하기 위해 부정기간동안 그 사업 바깥

의 노동력을 이용하는데 의존하는 것은 파업권을 손상시킬 우려가 있고 노동조합의 권리들의 자유로운 행사에 영향을 미칠 수 있다(571문단).

경제의 필수적인 부문에서 전체적인 그리고 연장된 파업이 생명, 개인적인 안전, 대중의 전체 또는 일부의 보건에 위해를 줄 수 있는 상황을 야기하는 때마다 파업의 범위와 지속이 그와 같은 상황을 야기할 수 있는 파업에 있어서 특수분야의 직원들에게 적용된다면 작업복귀명령은 적법할 수 있다. 그러나, 그와 같은 사건 외에서 작업복귀요청은 결사의 자유원칙에 반한다(572문단).

직업적 요구에 대하여 파업을 깨기 위해 징발명령을 하거나 군사력을 이용하는 것은 극도로 중대한 상황에서 필수사업을 유지하기 위한 목적이 아니라면 이러한 행위들은 결사의 자유에 대한 심각한 위반을 구성한다(573문단).

노동분쟁의 결과 중지된 업무들을 수행하기 위하여 다른 그룹의 사람들을 고용하거나 무장된 군대를 이용하는 것은 만약 그 파업이 적법하다면 그 사업 또는 산업의 중지가 극심한 위기를 야기할 수 있는 것이므로 이의 운영을 보장할 필요에 의한 경우에만 정당화될 수 있다. 파업노동자들을 대체하기 위해 정부에 의해 그 사업 외부로부터 동원된 인력을 이용하는 것은 파업권을 손상시킬 우려가 있고 노동조합의 권리들의 자유로운 행사에 영향을 미칠 수 있다(574문단).

비록 운송회사나 철도같은 사업의 중단이 공동체의 정상적인 생활을 방해할 수 있으나 그와 같은 사업의 중단이 심각한 국가적 긴급상태를 야기한다고 볼 수 없다. 위원회는 그래서, 이와 같은 종류의 사업에 있어서 노사분쟁의 시기에 노동자들을 동원하기 위한 조치를 취하는 것은 자신의 직업적, 경제적 이해관계를 지키기 위한 수단으로서 노동자들의 파업의 권리를 제한하는 것으로 간주한다(575문단).

파업의 경우 철도노동자들을 징발하는 것, 피켓팅의 해산을 위협하는 것, 저임금 노동자들을 고용하는 것과 엄격한 의미에서 필수사업이 아닌 사업에서 적법하고 평화로운 파업을 깨기 위해 노동조합에 합류하는 것을 금지하는 것은 결사의 자유와 부합하지 않는다(576문단).

필수 공공 사업이, 전화서비스와 같이, 불법파업에 의해 방해받고 있는 경우 정부는 공동체의 이익을 위해 그것의 기능을 보장할 책임이 있고 이 목적을 위해 군대를 동원하거나 다른 사람들로 하여금 중단된 업무를 수행하도록 하고 그것을 위해 그와 같은 사람들이 그 업무를 수행하던 시설에 배치되도록 하기 위해 적절한 조치를 취하

는 것은 적절하다고 간주될 것이다(577문단).

(14) 파업과정 중 당국에 의한 방해

정부가 노동자들에게 그들이 파업을 지속할 것을 원하는지 아니면 중단할 것을 원하는지 확정하기 위해 문의한 경우와 노동자들이 비밀투표라는 보호수단을 향유하면서 선거조직이 독립적인 상설 조직에 위탁된 경우 위원회는 실질적으로 파업권의 행사에 영향을 미칠 수 있는 정부당국에 의한 압력이나 영향으로부터 자유를 보장하고자 하는 관점에서 대표단체에 문의하는 것의 바람직함을 강조했다(578문단).

(15) 파업과정 중 경찰의 개입

위원회는 사실들이 경찰의 개입이 적법한 파업권의 행사를 제한하는 것이 아니라 공공의 질서를 유지하는데 한정된 것일 때는 경찰에 의한 개입이 있었다는 주장을 기각할 것을 권고한다. 동시에, 위원회는 파업을 꺾기 목적으로 경찰력을 이용하는 것은 노동조합의 권리를 침해하는 것으로 간주한다(579문단).

파업활동의 경우 정부당국은 법과 질서가 심각하게 위협받고 있는 경우에만 무력의 사용에 의존할 수 있다(580문단).

비록 노동자들과 그들의 단체들이 법을 준수할 의무가 있으나, 경찰력에 의한 개입은 엄밀하게 공공질서의 유지에 한정되어야 한다(581문단).

정부당국은 진정한 공공질서에 대한 위협이 있는 경우에만 파업상황에서 경찰력에 호소할 수 있다. 경찰의 개입은 공공질서에 대한 위협과 비교하여 적절해야하고, 정부는 관계당국이 공공의 질서를 해하는 데모를 관리하려고 노력하는데서 과도한 폭력의 위협을 피하기 위해 적절한 지시를 받을 수 있도록 조치를 취하여야 한다(582문단).

(16) 피켓팅

법률에 따라 조직된 피켓팅은 당국의 방해를 받아서는 안된다(583문단).

피켓을 이용한 파업의 금지는 그 파업이 평화롭게 진행되지 않은 경우에만 정당화된다(584문단).

위원회는 조업에 임하고 있는 근로자들을 위협하거나 공공질서를 방해하는 피켓팅을 금지하는 법규는 적법하다고 간주했다(585문단).

피켓팅에 참여하여 확고하게 그러나 평화롭게 다른 근로자들로 하여금 작업장에서 벗어나도록 촉구하는 것은 불법일 수가 없다. 그러나, 일할 자유를 방해할 의도로 비파업 노동자를 강압하거나 피켓팅에 폭력이 수반되는 경우는 다르다. 그와 같은 행위들은 다수의 국가에서 범죄를 구성한다(586문단).

회사 근처에서만 피켓을 이용한 파업을 할 수 있도록 하는 것은 결사의 자유를 침해하지 않는다(587문단).

(17) 임금삭감

파업기간 동안 임금을 삭감하는 것은 결사의 자유원칙의 견지에서 어떠한 반대를 야기하지 않는다(588문단).

임금삭감이 파업기간에 상응하는 액수보다 높은 경우에 위원회는 파업행위에 대한 제재의 부과는 조화로운 노사관계에 도움이 되지 않는다는 점을 환기시켰다(589문단).

(18) 제재

a. 적법한 파업의 경우

어떤 사람도 적법한 파업을 시도하거나 수행한 것을 이유로 처벌될 수 없다(590문단).

적법한 노동조합활동의 일환인 적법한 파업을 이유로 노동자를 해고하는 것은 고용에 있어서 심각한 차별을 구성하고 제98호 조약에 반한다(591문단).

파업권을 행사했기 때문에 노동조합의 지도자나 노조원을 해고한 때에, 위원회는 그들의 노조활동 때문에 처벌된 것이고 이로 인해 차별을 받은 것으로 결정내렸다(592문단).

결사의 자유원칙을 준수하는 것은 노동자들이 그들이 파업이나 기타 산업행위에 가담했다는 이유로 그들을 해고하거나 재고용을 거부해서는 안된다는 점이 요청된다. 이

와 같은 취지에서 파업 중이나 후에 발생하는 해고는 적절하지 않다. 논리적으로, 해고의 목적이 파업권의 행사를 처벌하거나 방해하기 위한 것이라면 파업 전에 발생하는 해고 또한 적절하지 않다(593문단).

위원회는 이하와 같은 법규들을 태연하게 보고 있을 수 없다. (1) 산업행위에 참여한 사람에게 실질적으로 모든 산업행위를 계약파기로 간주하는 것으로 보이는 것; (2) 그들의 행위의 결과 사용자에게 발생한 모든 책임에 대하여 노동조합이나 그 간부들이 그와 같은 계약의 파기를 조장했으므로 책임을 지게 하는 것; (3) 그와 같은 행위에 직면한 사용자로 하여금 불법적인 행위의 시작(또는 지속)을 막는 금지명령을 얻을 수 있도록 하는 것. 그와 같은 규정들의 집적된 효과는 노동자들로 하여금 그들의 경제적, 사회적 이해관계를 보호하고 증진하기 위해 적법하게 파업을 할 수 있는 능력을 박탈할 수 있다(594문단).

임금삭감이 파업기간에 상응하는 액수보다 높은 경우에 위원회는 파업행위에 대한 제재의 부과는 조화로운 노사관계에 도움이 되지 않는다는 점을 환기시켰다(595문단).

정부가 노동자들이 파업을 보상하기 위하여 그 시간 이상 일해야 한다고 공표하는 것은 그 자체가 부정하게 파업의 과정에 영향을 미치는 것이다(596문단).

노동자들을 파업참가를 이유로 해고하거나 재고용을 거부하는 것과 같은 극단적인 조치를 이용하는 것은 심각한 권리남용의 우려가 있고 결사의 자유의 위반을 구성한다(597문단).

b. 파업권을 행사하는 동안 권리남용 사건

결사의 자유의 원칙은 파업권 행사 중 범죄를 구성하는 권리남용행위를 보호하는 것은 아니다(598문단).

파업과 관련하여 그 자체가 결사의 자유원칙에 부합하는 파업의 금지에 반하는 경우에만 형사적 제재가 가해질 수 있다. 파업에 관련된 불법행위들에 대한 모든 처벌들은 위반행위와 과실과 비교하여 적절한 것이어야 하고 정부당국은 평화로운 파업을 조직하거나 참여하였다는 사실만으로 수감조치를 취하여서는 안된다(599문단).

위원회는 필수사업에 있어서 파업의 결과 (노동조합의 활동금지, 노동조합에 대한 세금 감면의 중단 등)당국에 의해 취해진 임시적인 조치들 중 몇몇은 제87호 조약 제3

조에서 규정하고 있는 보장에 반한다고 간주했다. 위원회는 필수사업의 이행을 보장하기 위해 당국에 의해 취해진 조치들은 추구하는 목적과 비례하여 이를 초과하거나 과도하게 되어서는 안된다는 사실에 대하여 정부가 적절한 주의를 기울이도록 했다(600문단).

c. 평화적인 파업의 경우

정부당국은 평화로운 파업의 조직과 참여와 관련하여 체포 또는 투옥하여서는 안된다; 그와 같은 조치는 권리남용이 될 심각한 우려가 있고 결사의 자유에 대한 심대한 위협이다(601문단).

누구도 평화로운 파업을 조직하고 참여하였다는 사실만으로 형사 제재를 받거나 그들의 자유를 박탈당해서는 안된다(602문단).

노동자에 의한 평화로운 노동조합권리의 행사(파업과 시위)를 이유로 추방하거나 체포해서는 안된다(603문단).

d. 대규모 제재

대규모로 파업참여 노동자를 해고하거나 체포하는 것은 심각한 권리남용의 가능성과 결사의 자유를 심각한 재난상태에 있게 하는 것이다. 관할 당국은 그와 같은 체포와 해고가 내포하고 있는 결사의 자유에 대한 위협을 피하기 위해 적절한 지침이 주어져야 한다(604문단).

(19) 파업에 참여하지 않는 노동자들에 우호적인 행위를 통한 차별

파업에 참여하지 않는 교사에 대하여 이를 보상하기 위해 교육부장관이 임금의 인상 조치에 대하여, 위원회는 그와 같은 차별적인 관행은 그들의 행동을 조직할 수 있는 권리와 노동조합원의 권리에 주요한 걸림이 된다(605문단).

4. 결사의 자유위원회의 한국 사건에 관한 구체적인 결정례

다음은 ILO의 결정문은 원문 그대로 번역한 것입니다.

결사의 자유위원회의 보고

대한민국(사건번호 1865)

민주노총(KCTU), 한국자동차노조연맹(KAWF), 국제자유노조연맹(ICFTU),
전국금속산업노동조합연맹(KMWF) - 1995년 12월 14일

노조지도자와 노조원들에 대한 체포와 감금; 정부의 새로 설립된 단체의 등록 거부; 결사의 자유에 반하는 노동법 개정 채택

보고서 327번 (vol.LXXXV, 2002, 시리즈 B, 1번)

중간보고

결 정

E. 위원회의 결정

483. 사건에 대한 위원회의 사전 조사 동안에, 위원회는 모든 당사자들에게 성실히 행할 것을 반복해서 요청했으며, 위원회에 의해 제기된 모든 이슈에 대해서 노사정 세 당사자의 대화가 계속되어야 한다는 확고한 희망을 표현했다.

입법적인 이슈

484. 공무원의 조직을 구성할 권리에 관한 이슈에 대해서, 위원회는 공무원직장협의회(POWAs)의 활동에 새로운 활력을 주기 위해 정부가 채택한 방법 덕분에, 공무원노동자 연합이 작년 같은 기간의 41,000명에서 증가하여 2001년 12월에는 78,000명의 노조원을 갖게되었다는 것을 주목한다. 이러한 정보에 주목하는 동안에, 위원회는 공무원직장협의회(POWAs)가 2400개의 자격을 갖춘 직장 가운데 단지 333개의 직장에만 설립되었다는 것을 관찰하게 된다. 위원회는 또한 이 주제에 대한 이전 논평 [320번째 보고서, 509문단; 324번째 보고서, 402문단 참조] 즉 단지 930,000명 중에서 단지 338,000명의 공무원만이 이 연합에 참여할 자격이 있다는 논평에 대해 언급한다. 관리직 수준의 공무원은 감독 기능 때문에 공무원직장협의회(POWAs)에 참여하는 것이 배제된다는 정부의 주장에 관하여, 위원회는 상위관리직 또는 정책입안책임을 수행하는 공무원이 다른 공무원들을 대표하는 조직에 참여하는 것이 금지되어야 하지만 반면에, 그러한 제한이 이 범주의 공무원에게 엄격하게 한정되어야 하며, 그들이 자신들의 조직을 설립하도록 권리를 주어야한다는 점에서 의견이 일치한다. [1996요약집, 230문단 참

조] 그러나 위원회는 그들 자신의 조직을 설립하는 것이 금지된 관리책임을 수행하는 공무원뿐 아니라 넓은 범위의 공무원들도 공무원직장협의회(POWAs)에 참여하는 것이 배제된다는 것을 상기한다. 결과적으로 위원회는 1~5급 공무원에 대하여, 인사, 기밀에 속하는 일, 예산과 회계, 상품을 받고 분배하는 것, 일반서비스직원을 감독하는 것, 비서의 일, 안전시설을 보호하고 승용차나 구급차를 운전하는 일과 관련된 공무원들이 공무원직장협의회(POWAs)에 참여하는 것이 배제되었다는 것에 관심을 갖고 주목했다. 넓은 범위의 공무원들에 대한 결사의 권리의 제한에 관하여, 위원회는 군대와 경찰의 유일한 예외와 함께, 모든 공무원은 그들 구성원들의 이익을 향상시키고 수호하기 위해 스스로 선택한 조직을 설립할 수 있어야만 한다 [전계서 206문단 참조]는 근본적인 원칙에 대한 정부의 주의를 환기시켰다. 그러므로 위원회는 결사의 자유 원칙에 따라 이 권리를 향유해야만 하는 모든 범주의 공무원들에게 결사의 권리를 계속해서 확대시키기를 정부에 요청한다.

485. 게다가 위원회는 공무원의 조직할 권리가 2001년 당해 동안 토론을 위한 노사정 위원회에서의 주제 중 하나였다는 정부의 언급에 주목한다. 따라서, 2001년 6월 17일에 공무원노조(POU)에 관한 입법형태와 내용뿐 아니라 공무원노조(POU)의 도입시기를 토론하기 위해 공무원의 기본 노동권에 대한 소위원회가 설립되었다. 위원회는 게다가 공무원의 조직할 권리가 기본노동권처럼 보장되어야만 한다고 정부가 확고하게 믿는 반면에, 이 권리를 인정하는 시기와 방식에 관해 반대하는 견해가 존재한다는 것을 주목한다. 그러므로, 정부는 여론뿐만 아니라 위에서 언급한 소위원회에서의 토론결과를 고려하여 신중히 결정해야 할 것이다. 이러한 측면에서, 위원회는 공공부문에서의 노동자들에게, 민간부문의 노동자들이 누리는 이러한 권리를 부정하는 것은, 그들의 "연합"이 "산업노조"와 같은 권리와 이익을 누리지 못하게 한 결과로, 민간부문 노동자와 그 조직과 비교되는 정부고용노동자와 조직에 대한 차별과 관련된다는 것을 상기할 것이다. 그러한 상황은 "그것이 무엇이든지 간에 차별없이" 노동자가 사전인가 없이 그들 스스로 선택한 조직을 설립하고 참여하는 권리를 가져야 한다는 결사의 자유원칙과 이러한 차별의 양립가능성의 문제를 야기한다. [전계서, 216문단 참조] 위원회는 게다가 조직할 권리가 반드시, 정부의 이름으로 권위를 수행하거나, 엄격한 의미에서의 필수사업 즉, 서비스의 중단이 일반 대중의 전체나 일부의 보건, 개인적 안전, 생명에 위해를 가하는 일에 종사하는 노동자 또는 정부의 이름으로 권한을 행사하는 공공부문의 공무원에 대해 금지할 수 있는 파업할 권리를 함축하지는 않는다는 것을 상기한다. 따라서, 위원회는 정부가 결사의 자유원칙에 따라 가능한 한 빨리, 이 권리를 누려야만 하는 모든 공무원에 대해 노조조직을 설립하고 참여할 권리를 인정하는 조치를 계속해서 취하기를 요구한다.

486. 단위사업장에서의 복수노조합법화에 대한 주제에 관해서, 위원회는 정부가 2007년까지 추가된 5년 동안 복수노조의 인정을 연기한 것을, 사전의 사건조사 동안 깊이 유감스러워했다. [324번째 보고서, 403문단 참조] 위원회는 적절한 단체교섭체계의 도입에 대한 합의의 부재로, 원래 계획된 2002년에, 국가의 노동자와 사용자 모두 직장에서의 복수노동조합을 가질 준비가 충분하게 되지 않았다는 점에서, 이 결정이 취해졌다는 정부의 언급을 주목한다. 여기에 관해서, 정부는 5년의 기간 동안, 복수노조에 대한 다른 나라의 관행에 대한 지식을 증대시키려 노력하고, 국제적으로 수용된 기준과 국내의 규제에 적합한 선에서 교섭체계를 개발하는 것을 의도한다는 것을 정부는 지적한다. 만약 3자간의 합의가 새로운 단체교섭체계에 이르게 되면, 복수노동조합이 2007년 이전에 도입될 수 있다. 여기에 관해서, 위원회는 정부가, 단위사업장의 복수노동조합과 같은 산업관계에 있어서의 제도적인 개정에 관하여 실질적인 대안을 제시하기 위해 ILO와 함께 합동연구프로젝트를 수행할 것을 계획한다는 것에 주목한다. 위원회는 정부가 안정적인 단체교섭체계의 이행을 촉진하는 측면에서, 단위사업장에서의 복수노조를 합법화하는 과정을 신속히 진행하기를 요구한다.

487. 사용자에게 의한 노조전임자에 대한 임금지불금지에 관하여, 위원회는 단위사업장에서의 복수노조합법화의 이슈와 밀접하게 관련되며, 2002년 1월 1일 현재, 처음으로 실행하기로 계획되었던 이 금지 또한 5년 동안 연기되었다는 정부의 언급을 주목한다. 이 5년이 끝나면, 노동조합이 원칙적으로 그들의 전임자에게 임금을 지불할 것이다. 사용자에게 의한 노조전임자에 대한 임금지불이 합법적인 간섭에 종속되지 않아야 한다는 것을 상기하면서, 위원회는 이 문제가 결사자유의 원칙에 적합하게 해결된다는 점을 확실히 하기를 정부에 요구한다.

488. 파업할 권리가 금지될 수 있는, 노조법 71(2)조에 현재 기재되어있는 필수적인 공공서비스의 범위에 관해서, 위원회는 내부도시서비스서비스와 은행서비스가 2001년 1월 1일 현재로, 이 목록에서 제거되었다는 것에 관심을 가지고 주목한다. 결과적으로, 파업할 권리가 금지될 수 있는 남아있는 공공서비스는 철도서비스(도시내부철도를 포함하여), 물, 전기, 가스공급, 석유정유와 공급서비스, 병원서비스와 통신서비스를 포함한다. 위원회는 이 목록에 남아있는 철도서비스, 지하철과 석유부문이 용어의 엄격한 의미에서, 서비스의 중단이 일반 대중의 전체나 일부의 보건, 개인적 안전, 생명에 위해를 가하는 일에 종사하는 서비스를 구성하지 않는다고 간주한다. 그것들은 이 사건의 상황에서 이 서비스의 이용자의 기본적인 수요가 충족된다는 것을 확실히 하기 위해 노조, 사용자와 정부 당국간에 협상된 최소한의 서비스 파업의 경우 유지될 수 있는 공공서비스를 구성한다. 결사자유에 관한 ILO 원칙에 맞추어 필수 공공서비스의 범위를 수정하는 노사정위원회에서 토론이 계속될 것이라는 정부 언급을 주목하면서, 위원회는 단지,

용어의 엄격한 의미에서의 필수 사업의 경우에만, 파업할 권리가 금지되도록 하기 위해서, 노조법 71조에 포함된 필수 공공서비스의 목록을 정부가 더 수정하기를 요구한다.

489. 단체교섭과 산업분쟁에의 제3자 개입금지에 대하여, 위원회는 노조법 40조 제 1, 3항 하의 노동부에 제3자의 신원 통지의 목적이, 조합이나 사용자를 도와주는 사람들을 정부가 확인하도록 단순히 도와주는 효과를 위한 것이라는, 정부에 의해 제공된 정보를 주목한다. 이 조항은 노조측에 의해서건, 사용자 측에 의해서건 개입이 요구되지 않는 제3자를 배제함으로써, 논쟁의 자율적인 해결을 확실히 하도록 고안되었다. 게다가, 노조법 제89조 1항이 통지되지 않은 사람들을 형사제재에 처하도록 하고 있는 반면에, 이 규정은 실질적으로 적용되지 않았다. 이러한 측면에서, 위원회는 이전에 노조법 40조 제 1, 3항에 포함되어있던 통지의무가 노조에게 부담이 된다는 것과, 특히 노조법 제 40조 2항에 포함되어있는 통지하지 않은 사람이 단체교섭에 개입하거나 산업분쟁에 관하여 어떠한 조언도 할 수 없도록 하는 금지의 관점에서 부당하다고 간주했던 것을 상기한다. 게다가 위원회에 있어서 이러한 통지 의무는 통지하지 않고 단체교섭에 개입했던 사람에 대해 최대 3년의 징역형과 3천만원의 벌금을 부과하는 것을 볼 때, 순수하게 형식적인 것이 아니었다고 생각하게 되었다. 위원회는 그러한 조항이 심각한 오용의 위험을 안고 있으며 결사의 자유에 큰 위협이 되었다고 간주해왔다. 위원회는 이 문제에 있어서 위원회의 권고에 효력을 미치기 위한 어떠한 방법도 취해지지 않았다는 것을 유감스럽게 생각한다. 이러한 측면에서, 위원회는 이 주제가 확실히 ILO의 권고의 관점에서 논의되고, 노사정위원회에 의제로 상정될 것이라는 정부의 언급을 주목한다. 정부가 토의의 결과에 근거하여 관련 법조항을 재검토할 것이라는 것을 주목하면서, 위원회는 노조법 40조에 포함된 통지요구뿐만 아니라 노동부에 통지하지 않은 사람의 단체교섭이나 산업분쟁에의 개입 금지조항 위반에 대한 노조법 89조 2항의 형벌을 철회하기를 정부에 다시 한번 요구한다.

490. 해고자와 실업자가 노조원의 신분을 유지하는 것과 비노조원이 노조를 대표할 자격이 없는 데 대해, 위원회는 노조원이나 노조의 자격에 대한 조건의 결정은 조합내규의 결정권에 남겨져 있어야만 하는 문제이며, 정부당국은 노조기구에 의한 이러한 권리의 실행에 손상을 입힐 수 있는 어떠한 개입도 삼가야만 한다고 간주한다. 조합원 자격을 유지하는 해고노동자 문제에 관한 입법절차가 지연되는 것을 주목하면서, 위원회는 해고노동자와 실업자에 대해 조합원자격이 거절되는 되는 것과 비노조원이 노조를 대표할 자격이 없는 것에 관한 조항을 정부가 철회하기를 요구한다.

491. 형법 제 314조 하의 업무방해라는 단어에 대해, 위원회는 이 단어의 법적인 정의가 너무나 포괄적이어서, 실제로 모든 파업과 관련된 행위를 다 포함한다는 것에 주

목했다. 일단 노동조건을 유지하고 향상시키기 위해 노동자와 사용자측 사이에 자발적인 교섭을 시행하는 측면에서, 노동법에 제시된 목적, 절차, 방법, 수단에 따라 파업이 합법적이고 평화롭게 수행된다면, 파업은 업무방해의 정의에 속하지 않는다는 정부의 언급을 위원회는 주목한다. 이러한 측면에서, 위원회는 민주노총(KCTU)은 단지 임금, 근로시간 등과 같은 근로조건에 관련된 이슈들에서만 발생하는 것으로 규정하고 있는, 한국법 하에서는 거의 모든 산업행위들이 불법으로 판정된다고 주장하고 있다는 점을 주목한다. 따라서, 어떤 노동조합이 위와 같은 이슈들과 밀접하게 관련된 문제들에 관하여 파업을 선언하는 경우에도, 이러한 행위는 필연적으로 불법적인 것이 되고, 그래서 업무방해의 책임을 지게된다. 이런 측면에서 위원회는, 비록 격렬한 행위들이 범하여지지 않은 경우에도, 형법 제314조를 위반하고 국가경제에 미치는 부정적인 영향과 관련 사업장의 규모에 대해 적절히 고려하여, 정부가 불법파업을 주도한 혐의로 어떤 노동자들을 체포하였다는 점을 인정하고 있다는 사실에 주목한다.

492. 이런 관점에서 위원회는, 노동자들이 파업권의 행사를 통해 옹호하고자 하는 직업적, 경제적 이해관계가 근로조건 향상이나 직업적 성격을 갖는 집단적 요구뿐만 아니라 노동자들에게 직접적인 관련이 있는, 시행에 직면한 경제적, 사회적 정책문제들에 대한 해결을 추구하는 것 또한 포함된다는 것을 환기해야만 한다. 노동자의 사회경제적 그리고 직업적 이해관계를 옹호할 책임이 있는 단체들은, 특별히 고용, 사회보장, 그리고 생활수준에 관하여 일반적으로 노동자들과 그들의 구성원에게 직접적인 영향을 미치는 사회경제 정책의 주요한 경향에 의해 제기된 문제들에 대한 해결을 찾는 과정에서, 그들의 지위를 유지하기 위해 파업권을 이용할 수 있어야만 한다. 그러므로 파업권은 단지 단체협약의 조인을 통해 해결될 수 있는 산업적 분쟁에만 제한되어서는 안된다. 노동자들과 그들의 단체들은 보다 넓은 맥락에서 필요하다면 그들의 구성원의 이해관계에 영향을 미치는 사회경제적 문제에 관한 그들의 불만을 표현할 수 있어야 한다. 업무 방해의 책임이 극단적으로 무거운 형벌(최대징역 5년 그리고/또는 1500만원의 벌금)을 초래하는 것을 환기하면서, 위원회는 그와 같은 상황이 안정적이고 조화로운 산업 관계 체제에 도움이 되지 않는다는 점을 강조하고 다시 정부에 형법 제 314조를 결사의 자유 원칙에 부합하도록 할 것을 요구한다.

493. 노사정 위원회에서의 전개에 관하여 위원회는 다양한 주제들 또는 노사정위원회에서 일어난 여러 논의들과 그것의 이전의 해석의 대상이었던 몇몇 이슈들을 2001년 의사일정에서 토의의 대상으로 노동관계에 관한 소위원회에서 선택했다는 것에 주목한다. 그러나 위원

회는 이들 이슈 중 하나에 있어서, 다시 말해 필수 공공 서비스의 범위에 대한 개정에 있어서 몇몇 진보가 있었다는 것에 주목한다. 위원회는 노사정 위원회가 거의 작업

을 신속히 진행하고 이모든 현황에 대하여 결사의 자유에 부합하도록 구체적인 제안들을 신속히 접근하기를 희망한다. 다시 한번 정부에게 노사정 위원회 안에서의 검토의 결과를 알려줄 것을 요청한다.

494. 즉시 진행되어야 할 점과 관련하여 그리고 일찍이 1996년 6월에 위원회가 정부에 대하여 노동관련법에 대하여 제한된 개정을 더 이상 미루지 않는다는 것을 보장할 것을 요청했던 것을 환기하면서, 위원회는 다시 한번 정부에 대하여 위에서 언급된 모든 규정들을 결사의 자유의 원칙에 부합하도록 입법 절차를 신속히 진행할 것을 요청한다. 위원회는 이러한 관점에서 공무원의 기술적인 협조를 이용할 수 있다는 사실을 정부에게 환기시킨다. 위원회는 정부에게 이사건의 입법적 측면 대한 위원회의 권고의 효력을 발생시키기 위해 취한 모든 조치에 대하여 정보를 제공할 것을 요구한다.

사실에 입각한 문제들

495. 위원회는 정부가 민주노총 전 위원장인 권영길에 대한 집행유해를 취소할 수 없다고 진술하는 것을 유감스럽게 생각한다. 이 사건에 대한 이전에 검토의 기간 중에 [324번째 보고서 409문단 참조], 위원회는 정부가 산업분쟁에 있어서 제3자 개입금지의 위반을 이유로 서울 지방법원에 의해 기소된 권영길에 대하여 계속해서 책임을 추궁하고 있다는 사실과 징역10월에 집행유해 2년을 선고받았던 사실을 유감스럽게 생각했다. 산업분쟁에 있어서 제3자 개입금지는 결사의 자유원칙과 양립할 수 없다는 점을 상기하면서, 위원회는 다시 한번 정부에 그의 노동조합 활동의 결과로 1997년 1월 이전에 일어났던 사건에 관하여 권영길에 대해 추궁된 모든 책임에 대한 포기를 보장할 것을 정부에 요청한다. 위원회는 정부에게 서울 지방법원에 의해 내려진 판결에 대한 권영길의 항소심의 결과를 알려줄 것을 요구한다.

496. 삼미특수강에서 부당하게 해고된 것으로 주장되는 182명에 관하여 위원회는 2001년 7월 27일 대법원은 창원특수강의 삼미특수강의 창원공장을 인수한 것은 M&A를 구성하지 않았다. 따라서 창원특수강의 편에서는 고용승계의무를 지지 않는다는 판결을 내렸다. 위원회는 이 정보를 인식하고 있다

497. 동해회사에서 부당하게 해고된 것으로 주장되는 6명의 근로자에 관하여 위원회는 관할법원이 동해회사의 옴론(OMRON)자동차 전자 한국지부에 의한 인수는 옴론 회사의 측면에서 고용승계를 촉발하는 M&A를 구성했다고 판결했다는 사실을 주목한다. 이 사건은 회사가 상고를 한 후 대법원에 계류 중에 있다. 위원회는 나아가 이 맥락에서 노사간에 사회적 대화를 유지하고자 하는 시도를 통하여 정부가 취한 결정들을 주

목하고 있고 이러한 방향으로 정부가 지속적으로 노력할 것을 지지한다. 위원회는 정부에 옴론회사에 대해 대법원에 제출된 상고의 결과를 통지하여 줄 것을 요청한다.

민주노총의 새로운 주장들

498. 위원회는 노조지도자들의 체포 및 구금뿐만 아니라 정부에 고용된 사람들의 단결권에 대한 지속적인 부인과 공공부문 근로자들의 단체 교섭권에 대한 침해 관련한 새로운 주장을 주목하고 있다.

499. 공공부문 근로자들의 단체교섭권에 침해에 대한 주장에 관하여 민주노총은 예를 들어, 정부소유시설 정부투자기관 정부투자사업과 같은 다수의 공공부문 실체에 있어서 정부는 예산의 배당과 보충권은 활용가능한 기금의 송금을 단체교섭과정에서 단체교섭을 통해 통상적으로 규정되는 근로조건의 후퇴를 받아들이도록 당사자들을 압박하는데 이용해 왔다. 민주노총에 따르면 정부의 방해는 모든 정부통제 및 정부투자 기관들에게 예산의 명확화를 위해

지침을 부과하는 기획예산처 장관의 지시의 형태를 취한다. 민주노총은 이 기관들의 경영이

노동조합에 대하여 어떠한 자문도 구하지 않은 채 근로 조건에 직접적인 영향을 미치는 그러한 요소들을 포함하고 있는 그것의 예산을 편성한다. 이것은 그 기관들과 기관의 경영자들이 기획예산처 장관의 예산편성에 따른 지침에 따르지 않을 경우 동 장관에 의해 처벌받는다라는 사실에 기인한다. 민주노총은 기획예산처 장관의 지침에 따르지 못하는 기관들에 대하여 예산의 배정을 유보하는 정부에 행위는, 그것은 임금의 체불을 야기하는데, 단체교섭권에 대한 심각한 침해라고 주장한다.

500. 위원회는 정부가 이러한 지침들은 순수하게 노사간의 협상에서 기준으로 사용할 의도였다는 점과 사용자로 하여금 경영을 개선하도록 옹원하고 근로조건에 대하여 직접적으로 결정하지 않도록 하기 위한 것이었다는 점을 지적하면서 민주노총의 주장을 반박하고 있다는 것을 주목하고 있다. 사실상 임금인상 복지체제의 변화와 같이 근로조건의 문제들은 노사간의 단체협약에 의해 결정되어 왔다. 이러한 관습 하에서 정부투자 기관들은 노사간의 자문을 통하여 그들의 제도를 개정해 왔는데 이는 단체교섭권과 단체협약체결권이 제한되거나 부인되지 않았다는 것의 명백한 증거이다. 게다가 기획예산처 장관에 의해 제한된 예산이 정부투자기관의 노사간에 체결된 단체협약과 부합되지 않는 경우 그 단체협약은 예산안에 우선한다. 이 원칙을 위반하는 사용자들은 형벌의 제재를 받는데 이는 단체협약의 유효성을 보장하기 위한 조치이다. 종국적으로 정부는 예산지출에 관한 장관의 지침의 적법성은 헌법재판소의 판결에 의해 유지되었다고 진

술하고 있다. 장관이 예산편성에서 공평한 지침에 대한 헌법소원에서 헌법재판소는 공표된 지침은 단순히 감독적 기능이 있는 것이고 직접적으로 단체교섭에 개입할 의도를 갖는 것은 아니다 라고 판결했다.

501. 위원회는 한국에서 공공부문 단체 교섭에 대한 정부와 민주노총 진술사이에 명백한 모순이 있다는 것에 주목한다. 이러한 불일치 관점에서 위원회는 이하의 원칙을 환기시킨다.

위원회는 국가행정에 종사하는 사람을 제외한 모든 공공 부문 근로자들은 단체교섭권을 향유하고 공공부문에서 고용조건결정과 관련하여 야기되는 분쟁을 해결하는 수단으로 단체교섭에 우선권이 주어져야 한다는 것을 다시 부각시킨다. 그러나 위원회는 공공부문에서의 단체교섭은 다양한 공공기관에서 사용가능한 자원들의 증명을 요구하고 그러한 자원들은 국가의 예산에 의존한다는 것과 공공부문에서의 단체협약의 유효기간이 국가예산법의 유효기관과 항상 일치하는 것은 아닌데 이러한 상황이 어려움을 야기할 수 있다는 점을 알고 있다.

제정당국에 의해 표명된 어떠한 의견과 관계없이 교섭당사자들은 그들 스스로가 선택한 합의에 자유롭게 이를 수 있어야 한다 만약 이것이 불가능하다면 단체협약의 자유로운 교섭의 저해하는 제정문제에 있어서 그들의 권한을 정부당국이 행사하는 것은 단체교섭의 자유원칙과 양립할 수 없는 것이다. 위와 같은 견지에서 규정을 통해 정부소유기업 등에 있어서의 단체교섭과정과 관련하여 노동조합 조직들과 사용자들 모두 적절하게 자문의 받고 정부소유기업들에 대한 임금정책에 책임이 있는 제정당국에 대해 그들의 의견을 표현할 수 있어야 한다는 점을 보장하는 제도를 만들어야 한다.[전게서 893 898문단 참조]

502. 정부가 정부에 고용된 근로자들에 대해 그들의 단결권을 지속적으로 부인하고 있다는 것과 정부가 정부고용근로자 위원회 한국연합(KAGEWC)의 출범식을 방해하고 있다는 주장에 대하여 위원회는 정부가 이러한 주장을 부인하지 않는다는 사실을 주목하고 있다 오히려 정부는 2001년 3월 24에 예정되었던 이 출범식의 금지가 불가피한 것 이였고 적법하다고 주장하고 있다. 정부는 출범식의 개최가 국가공무원법을 위반하였으므로 불법적인 조직활동이라는 점을 지적하고 있다 위원회는 위원회가 정부에 대하여 1629호 사건 그리고 1865호 사건등 몇몇 사건에서 환기 시켰기 때문에 이러한 전개에 관하여 단결권을 부인하는, 공무원을 규율하는 현행 입법이 결사의 자유원칙에 반한다는 우려를 표명할 수밖에 없다. 행정자치부장관에 의해 공표된 두개의 지침뿐만 아니라 나아가 상기 사건으로부터, 강령에 나타나 있는 그것의 목적 중 하나가 노동조합화라는 이유로 정부고용근로자 위원회 한국연합(KAGEWC)이 정부에 의해 불법적인 것으로 판단되고 있다는 것이 위원회에 명확하게 인식되고 있다. 공무원의 단결권의 성

인에 대한 이 심각한 후퇴를 유감스럽게 생각하면서 위원회는 정부에 대하여 미래에는 정부고용근로자 위원회 한국연합(KAGEWC)의 활동이 더 이상 방해받지 않도록 할 것을 요청한다. 나아가 위원회는 2001년 3월 30일에 행정 자치부가 모든 정부 공무원에게 그것의 형태를 조직하고 기획하는데 적극적으로 참여한 정부고용근로자 위원회 한국연합(KAGEWC)의 대표자들에 대하여 보복할 것이라는 지침을 보냈다 라는 주장에 주목하고 있다 (정부는 이에 대하여 아무런 대답도 하지 않고 있다). 위원회는 정부에 대하여 정부고용근로자 위원회 한국연합(KAGEWC)의 지도자들이나 구성원들이 해고되었는지 혹은 주장된 바와 같이 그것의 결성에 근거하여 제재를 받았는지, 그렇다면 그들의

즉각적인 복직을 보장하기 위하여 필요한 조치를 취했는지를 지적할 것을 요청한다. 위원회는 이러한 관점에서 이루어진 진보에 대하여 알려줄 것을 정부에게 요청한다.

503. 노동조합원의 체포와 구금에 관하여, 위원회는 2001년 5월까지 89명의 노조원이 체포되거나 투옥되었고 2001년 5월 29일 현재 감옥에 있는 노조원의 수가 50명이라는 사실에 주목하고 있다(별지 3참조). 위원회는 비록 정부가 이 50명의 노조원을 체포 구금한 것을 부인하지 않지만, 그것은 2001년 9월 현재 총 190명의 근로자가 체포되거나 구금되어 있다는 것을 나타낸다는 사실에 주목한다. 위원회는 2001년 6월 8일자 민주노총의 새로운 주장의 제출이래, (그것에 따른 89명의 노조원이 체포되었는데) 2001년 9월 현재 101명의 노조원들이 추가로 체포되거나 구금되었다는 사실에 심각한 우려를 표명한다. 위원회는 정부에 2001년에 체포되거나 구금된 노조원의 총수와 그들에게 부과된 죄책을 표시하여 줄 것을 요구한다.

504. 위원회는 또한 각각 민주노총과 정부가 2001년 5월 29일 현재 50명의 노조원의 체포 구금에 대한 이유로 제출한 것이 크게 다르다는 사실에 주목한다(별지 3참조). 민주노총에 따르면, 결국 수감으로 이어지는 노조원에 대한 체포는 정부, 사용자, 노동자 사이에 구조조정의 이슈에 대한 의견의 불일치라는 맥락에서 시도된 것들이었다. 그러나 정부는 190명의 노조원들의 대부분은 공무 집행 중인 경찰에 대한 물리적인 공격 또는 교통을 방해하는 불법 시위 또는 직장 점거에 의한 불법적인 파업에 참여하는 것을 이유로 체포되거나 구금되었다고 주장한다. 정부에 따르면 업무 방해는 그들의 죄책의 일부에 불과하다는 것이다.

505. 이에 관하여 위원회는 한국에서 과거의 다양한 사건에 노동자들의 대규모 체포 구금을 야기하는 집단적 노동분쟁과 관련된 활동에 경찰이 개입-국가 경제뿐만 아니라 국법질서 보호라는 이유로-하는 현상을 관찰해왔다는 사실을 심각한 우려를 가지고 주목할 수밖에 없다. 비록 노동분쟁에서 경찰의 개입에 의존하는 것이 정부가 국가의 안

전과 안정에 중대한 강조를 둔 결과이기는 하지만, 위원회는 그와 같은 행위는 산업분쟁을 심화시키는 데 기여한다는 의견이다. 이러한 관점은 이전 해들과 비교할 때 2001년에 체포 구금된 노조원의 숫자가 극적으로 증대되었다는 원고의 주장에 의해 도출된 것으로 보인다. 정부는 위 원고의 주장에 대하여 반박하지 않았다. 위원회는 노조원들이 체포와 구금의 대상이 되는 한 이 나라에서 안정적인 산업 관계 제도가 조화롭게 기능하는 것은 불가능할 것이라고 확신한다. 이 나라에 만연한 악화된 사회 분위기의 측면에서, 위원회는 신뢰의 분위기에 기초한 산업관계 제도의 건설을 허용하는 조치들을 정부 당국이 추구하는 것은 매우 적합한 것이라고 믿는다. 따라서 위원회는 노조원 중 그들의 노조활동의 결과로 구금되어 있거나 재판을 받고 있는 사람들을 방면하거나, 그들에 대한 죄책이 취소될 수 있는 적절한 조치를 정부가 취하도록 요청한다. 폭력이나 공격을 이유로 책임을 추궁당하고 있는 사람들의 경우, 위원회는 가능한 한 빨리 그 책임을 물을 수 있기를 정부에 요망한다. 위원회는 정부가 이 모든 논점들에 대해 취한 조치에 관하여 정보를 제공하여 줄 것을 요청한다.

권 고

위원회의 권고

506. 상기 중간 결정의 관점에서, 위원회는 정부 기관에 이하의 권고를 승인할 것을 요청한다.

(a)이 사건의 입법적 측면에 관하여 위원회는 정부에 요청한다;

(i)결사의 자유 원칙에 따라 단결권을 향유해야 하는 모든 영역의 공무원에게 단결권을 지속적으로 확대하는 것.

(ii)가능한 한 빨리 결사의 자유 원칙에 따라 단결권을 향유해야 하는 모든 영역의 공무원에게 노동조합을 결성하고 노동조합 단체에 참여할 수 있는 권리를 인정하는 조치를 지속적으로 취할 것.

(iii)단위사업장에서 안정적인 단체 교섭 제도의 실행을 촉진하는 관점에서 복수노조의 합법화 절차를 신속히 진행할 것.

(iv)노조 전임자에 대한 사용자의 임금 지급이 입법에 의해 방해받지 않도록 보장할 것.

(v)단지 엄격한 의미에서 필수 사업 부문에서만 파업이 금지될 수 있도록 노조법 75조에 규정되어 있는 필수 공공 서비스의 목록을 개정할 것.

(vi)노동부 장관에게 통지하지 않은 사람이 단체 교섭 또는 산업분쟁에 개입하는 것의 금지에 대한 위반을 이유로 노조법 89조 1항에 규정된 형벌뿐만 아니라 산업 분쟁과 단체교섭에 있어서 제 3자의 정체를 노동부 장관에게 고지하게 하는 노조법 40조에 담긴 요구들을 폐지할 것.

(vii)해고자와 실업자가 노조원 지위를 유지할 권리를 부인하는 것에 관한 규정과 비노조원이 노조의 사무를 대표할 수 있는 권한을 부인하는 규정들을 폐지할 것(노조법 2조 4항 4호, 노조법 23조 제 1항)

(viii)형법 314조를 결사의 자유에 부합하도록 할 것.

(ix)상기 모든 이슈에 관하여 위원회는 그것들이 결사의 자유 원칙에 부합하여 신속히 검토되고 해결되기를 희망하는 바, 노사정 위원회는 그 일을 신속히 진행하고 위원회에 노사정 위원회의 숙고의 결과를 계속해서 통지하여 줄 것.

(x)위에서 언급한 모든 규정들을 결사의 자유 원칙에 부합하도록 개정하는 관점에서 입법절차를 신속히 수행할 것. 위원회는 정부에게 이에 관하여 공무원의 기술적인 도움을 이용할 수 있다는 사실을 상기시킨다. 위원회는 정부에 상기 권고들을 유효하게 하기 위해 취한 조치들에 대하여 정보를 제공하여 줄 것과 위원회로 하여금 그것에 관하여 인식할 수 있도록 할 것을 요청한다.

(b)본 사건의 사실적 측면에 관하여

(i)위원회는 다시 한 번 정부에 대하여, 그의 적법한 노동조합 활동과 관련하여 전 민주노총 위원장 권영길의 죄책을 말소하여 줄 것을 요청하고, 서울 지방법원에 의해 내려진 판결에 대한 권영길의 항소의 결과를 알려 줄 것을 요청한다.

(ii)위원회는 정부에 동해 회사에서 6명의 노동자들을 해고한 것에 관하여, 한국음론 자동차전자 회사가 대법원에 제기한 상고의 결과를 알려줄 것을 요청하고, 정부가 이 문제에 관하여 노사간에 사회적 대화를 지속하도록 노력하는 것을 후원하는 바이다.

(c)2001년 6월 8일자 통지문에 포함된 민주노총의 새로운 주장에 관하여

(i) 위원회는 정부가 미래에는 정부고용근로자 위원회 한국연합(KAGEWC)의 활동이 더 이상 방해받지 않도록 보장할 것을 요청한다. 위원회는 정부에 대하여 정부고용근로자 위원회 한국연합(KAGEWC)의 지도자들이나 구성원들이 해고되었는지 혹은 주장된 바와 같이 그것의 결성에 근거하여 제재를 받았는지, 그렇다면 그들의 즉각적인 복직을 보장하기 위하여 필요한 조치를 취했는지를 지적할 것을 요청한다. 위원회는 이러한 관점에서 이루어진 진보에 대하여 알려줄 것을 정부에게 요청한다.

(ii) 위원회는 정부에 2001년에 체포되거나 구금된 노조원의 총수와 그들에게 부과된 죄책을 표시하여 줄 것을 요구한다. 위원회는 그들의 노조활동의 결과 재판에 있거나 구금된 사람들이 방면될 수 있거나 그들의 죄책이 도말 될 수 있도록 적절한 조치를 정부가 취할 것을 요청한다. 폭력이나 공격을 이유로 책임을 추궁당하고 있는 사람들의 경우, 위원회는 가능한 한 빨리 그 책임을 물을 수 있기를 정부에 요망한다. 위원회는 정부가 이 모든 논점들에 대해 취한 조치에 관하여 정보를 제공하여 줄 것을 요청한다.

(d) 위원회는 다시 한번 모든 당사자들에게 성실히 행동할 것을 반복하여 요구하고, 본 사건에서 제기된 모든 이슈에 대하여 3자간의 대화를 지속할 것을 강력히 희망한다. 위원회는 집단 노동분쟁과 관련된 행위에서 절제할 것을 요청한다.

III. 결론

본고에서 위와 같은 내용을 검토하고자 했던 의도는 그동안 우리나라의 노동법이 근로자의 단체행동권, 특히 파업권에 대하여 지나치게 그 행사를 어렵게 하고 있어 노조 지도자들이 형사책임을 피할 수 없는 현실에 대한 비판과 국제노동기준에서 파업권에 대하여 어떤 기준을 설정하고 있고 이에 따르지 않는 국가에 대하여 어떤 제재수단을 가할 수 있는지를 밝혀 우리의 현실을 국제기준에 부합하도록 하는데 있다. 조약·권고 전문가위원회에서도 위법한 파업에 대하여 형사처벌을 하는 것이 조약을 위반한 것이라고는 할 수 없지만 지나치게 많은 벌금과 장기간의 징역을 가하는 것은 노사간의 문제해결의 적절한 수단이 될 수 없을 뿐 아니라 노사관계의 발전에도 악영향을 준다고 보고 있다. 우리의 경우 업무방해죄는 지나치게 포괄적이어서 이런 악영향을 주고 있다는 것은 부인할 수 없을 것이다. 위 결정례에서 이 점에 대한 결사의 자유위원회의 지적이 있음은 고무적이다. 노사관계가 과거와는 달리 점점 더 법정투쟁에 의지하는 부분이 많아지는 현실에서 국내 노동법을 국제 노동법 기준에 부합하도록 하는 것은 이런 면에서 큰 의미가 있다고 할 것이다.

"쟁의행위와 업무방해죄(1)"

— 파업에 대한 기본관념 —

정인섭

(수원대학교 법학과 교수)

I. 문제의 제기

(1) 쟁의행위의 법률문제와 관련하여 중요한 논점 중의 하나는 그 형사책임의 인정 여부이다. 그런데 쟁의행위에 대해서 형사책임을 논함에 있어서 견지해야 할 중요한 원칙이 있다. 쟁의행위는 기본권인 근로자의 단체행동권 행사이다. 그렇다면 타인의 권리 행사에서 비롯되는 자신의 피해에 대해서 피해 당사자는 물론이고 전체 사회가 어느 정도의 관용의 자세를 갖고 있는가 하는 문제를 피해 갈 수 없다는 것이 바로 쟁의행위의 형사책임론의 처음부터 끝까지 관철하는 중요한 원칙이고 판단기준이라고 볼 수 있다.

요컨대 쟁의행위가 형사법상 어떠한 지위를 갖는가는 단순히 쟁의행위법, 나아가서는 노동법 내지는 형사법의 차원에서만 문제되는 것이 아니며, 더 나아가서는 어떤 한 사회의 법률문화를 평가하는 중요한 척도가 되지 않을 수 없다. 민주주의라는 제도적 가치는 상대방의 존재·입장 및 견해에 대한 관용이라는 정서적·정신적 인프라를 토대로 한다. 쟁의행위는 개념필연적으로 타인의 피해를 초래한다. 어떤 한 사회는 어떠한 이유로도 그러한 타인의 피해가 허용되어서는 안된다는 법률문화를 가질 수도 있고, 쟁의행위라는 법률현상에 대해서 관용의 법률문화를 가질 수도 있다.

그러므로 한 사회가 쟁의행위라는 법률현상에 대해 어떠한 철학과 지배적인 정서를 갖고 있는가는 그 사회의 전반적인 법률문화를 평가하는 중요한 척도가 되지 않을 수 없다. 어떠한 이유로도 관용이라는 법률문화의 구체화로서의 민주주의가 포기할 수 없는 중요한 제도적 가치라고 보는데 동의한다면, 그리고 쟁의행위라는 법률현상이 근로자의 단체행동권 행사로서의 성격을 갖는다는 점 자체를 부정하지 않는다면, 쟁의행위의 형사책임 문제에 접근함에 있어서 법률논리의 체계성에 집착하기 보다는 한 사회의 법률문화의 성숙 내지는 규범의식을 통한 사회의 발전이라는 관점이 견지되어야 한다.

(2) 그렇다면 우리나라의 현실은 어떠한가?

우리나라의 경우에는 쟁의행위의 형사책임에 관한 쟁의행위법·노동법의 기본적인 체계 자체는 다른 나라에 비하여 본질적인 차이가 있다고는 볼 수 없다. <쟁의행위가 정당한 경우에는 그에 대해 형사책임을 물을 수 없다>라는 형사면책에 의한 근로자의 단체행동권의 법적 승인이 노조법에 의해서 명시적으로 승인되어 있다. 적어도 불가결한 기본전제가 규범체계 자체에서 결여되어 있다고는 할 수 없다.

하지만 그러한 규범을 해석하고 적용하는 현실은 이와는 너무 동떨어져 있다. 형법 제314조는 허위의 사실을 유포하거나 기타 위계 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해하는 행위를 '업무방해죄'라는 범죄구성요건으로 정하고 있는데, 검찰은 쟁의행위를 업무방해죄로 기소하고 법원은 이에 대해서 형사책임을 쉽사리 인정하고 있다. 그리고 이러한 현실은 특정한 범죄구성요건의 해석 여부의 타당성 여부를 떠나서 형사사법의 정당성까지도 의문이 제기되는 상황을 초래하고 있다. 이러한 현실이 바로 현재 우리나라가 처한 법률문화이기 때문이다.

(3) 이러한 현실은 왜, 어디에서부터 발생한 것으로 볼 것인가를 해명하고 그에 대한 동의가 성립되지 않는다면, 쟁의행위의 형사책임론은 서로 입장을 달리하는 사람들이 각자의 입장을 반복하는 비생산적인 논쟁이 될 것이다. 그래서 필자는 이 글에서 쟁의행위의 본질에 대해 우선 몇가지 기본관념을 제시하고 그에 대한 의견을 구하고자 한다. 그에 대한 합의가 전제되어야만 쟁의행위의 형사책임론을 둘러싸고 벌어지는 평행선같은 입장의 대립이 해소될 수 있다고 보기 때문이다.

일러두기 : 이 토론회의 주제가 <쟁의행위와 형사책임>이므로 '쟁의행위'라는 용어를 쓰기는 했지만 필자가 염두에 두는 쟁의행위의 본질에 관한 기본관념에 대한 합의를 도출하기 위한 논의를 위해서는 '파업'이라는 용어가 더 적절하다고 본다. 따라서 이제부터는 '쟁의행위'라는 용어를 어색하게 계속하기 보다는 '파업'이라는 용어를 사용하고자 한다.

II. 파업의 본질에 관한 몇가지 기본관념

(1) 파업은 근로관계를 전제로 한다.

파업은 일정한 관계를 맺고 있는 대립하는 당사자들이 그 관계에서 자신의 입장과 이해관계를 관철하기 위해서 행사하는 행위 유형이다. 파업이란 당사자들이 이미 맺고 있는 관계(그것은 법률관계일 수도 있고 아닐 수도 있다)를 전제로 하면서 그 관계에서 발생하는 이해관계의 충돌과정에서 발생하는 현상이다. 일정한 직업을 갖는 사람들

이 그 직업에 대한 정부의 정책에 항의하면서 자신의 이해관계를 대외적으로 알리고 관철하기 위해서 파업을 하기도 한다. 그것은 정부가 그 직업에 대해 정책을 수행(수행하지 않는 경우도 포함)하고 그 직업을 갖는 사람들이 그러한 정책의 대상이 된다는 '관계'를 전제로 한다. 애당초 아무런 관계가 없는 사람들끼리는 파업을 통해서 이해관계를 주장하는 일은 있을 수 없다.

노사관계에서 근로자의 파업은 그 전형적인 예이다. 근로자의 파업이 근로관계를 전제로 한다는 것은 파업이 아무리 규범적으로 근로자의 단체행동권으로 보장된다고 하더라도 근로관계가 전제로 되지 않는 파업까지 쟁의행위법이 규율하지는 않는다는 의미이다. 따라서 파업 자체가 파업권 보장의 목적이 될 수는 없다. 파업은 근로관계에서 근로자가 자신의 요구주장을 관철하기 위해서 행사하는 수단행위이다. 대개는 평화적인 단체교섭을 통한 근로조건 결정이 달성되지 않았기 때문에 그 국면을 유리하게 전환시키고자 하는 것이 근로자의 파업이다.

(2) 파업은 사용자에게 손해를 초래한다.

앞서 근로관계에서의 파업이 아닌 보다 일반적인 차원에서의 파업에 대해서 설명하면서 지적했듯이, 파업이라는 요구주장의 관철행위는 반드시 그 전제가 되는 당사자끼리의 관계가 전제되어야 한다. 아무런 관계도 없는 노사관계의 당사자끼리는 파업이 있을 수 없다. 물론 동정파업·연대파업의 정당성 문제는 이러한 파업의 본질론과는 차원을 달리하는 문제이다.

노동법 이론에서는 아무런 관계도 없는 사용자를 대상으로 하는 이른바 '진정연대파업'과 일정한 관계가 있는 사용자를 대상으로 하는 이른바 '부진정연대파업'을 나눠 그 정당성에 대해 설명하는 것이 일반적인데, 실은 불필요한 말장난이다. '진정연대파업'은 이미 파업이 아니라고 보는 것이 개념적으로 맞다.

요컨대, 파업행위를 통해서 파업을 하는 당사자가 추구하는 가장 직접적인 목적은 상대방에게 손해를 주는데 있다. 바로 <내가 없으면 어떻게 되나 어디 한번 혼나 봐라>는 심산이 바로 파업의 본질이다. 손해가 발생하지 않도록 하면서 파업권을 보장한다는 것은 논리적으로는 오류이다.

개념적으로 사용자도 자신의 요구주장을 관철하기 위해서 파업을 할 수 있다. 우리나라의 노조법에서 말하는 직장폐쇄가 바로 사용자의 파업이다. 다만 대개는 근로자의 파업만을 파업이라고 하는 것이 일반적인 용례일 뿐이다.

사용자는 직장폐쇄라는 파업을 통해서 근로자에게 손해를 줌으로써 자신의 요구주장

을 관철하고자 하는 것이다. 사용자의 직장폐쇄에 의해서 근로자에게 손해가 발생하는 일이 없고 근로자의 업무가 방해받지 않는다고 보아야 할 어떤 논리필연적인 근거가 있는가? 그럼에도 불구하고, 왜 검찰이 사용자의 불법적인 직장폐쇄를 업무방해로 기소하는 일이 없는지 의문이다.

(3) 파업은 최종적인 수단이다.

사실관계건 법률관계건 일정한 관계를 맺고 있어야 파업이 있을 수 있으므로, 파업 행위를 통해서 상대방에게 손해를 주면 파업을 한 당사자도 손해를 보게 된다. 그래서 파업이 자신의 요구주장을 관철하는 아주 효과적인 수단이기도 하지만 사람들이 쉽게 파업을하기로 결정하지는 않는다. 왜냐하면 자신에게도 손해가 발생하기 때문이다. 피를 봐야 문제가 해결되는 상황이라고 판단한 결과 파업행위를 하지만 흘리는 피에는 자신의 것도 반드시 있게 마련이다.

그런데 막상 근로자가 파업행위를 결정하는데에는 특별한 문제가 있다. 근로자에게 근로관계는 자신의 생계수단을 획득하는 루트이기 때문이다. 그래서 근로자의 파업은 최종적으로 행사되는 경우가 많다. 따라서 근로자의 파업은 '최종적으로 행사되어야 한다'가 아니라 '최종적으로 행사되는 경우가 많다' 내지는 '최종적으로 행사하지 않을 수 없다'가 맞다.

물론 파업이 최종적인 수단이 되어야 한다는 이른바 '최후성의 원칙'이 파업의 법리에서 이처럼 쉽사리 도외시해 버릴 수 있는 원리는 아니다. 파업에 관한 문헌이 흔히 다루고 있는 바, 공공부문에서의 파업은 다른 제3자인 일반대중에게도 손해를 야기하기 때문에 가능하면 자제하는 것이 바람직하고 근로자가 자제하지 않고 파업행위를 한다면 공공부문에서의 서비스의 중단이라는 사태가 초래되고 그것은 전사회적인 견지에서 바람직하지 않기 때문에 일부러라도 공공부문의 파업에 대한 제한을 두고자 하는 것이 바로 파업의 최후성의 원칙이다.

사실 파업으로 근로관계의 당사자가 아닌 제3자가 피해를 보는 일이 어디 공공부문에 국한되는 일이라고 볼 수는 없다. 자동차를 만드는 회사에서 파업이 생기면 파업한 근로자와 자동차회사만 손해를 보는 것은 아니다. 더군다나 요즘 같이 여러가지 이런 저런 관계들이 얽혀 있다면 <파업=전사회의 손해>임은 분명하다. 다만 법적인 차원에서 최후성의 원칙을 논함에 있어서는 그러한 모든 손해 중에서 법률적으로 보호할 만한 가치가 있고 보호해야 하는 이익이 침해되지 않아야 한다는 것이다. 그래서 이 문제는 필자가 앞 꼭지에서 말한 파업에 대한 전사회적인 관용이라는 법률문화에 대한 고려가 전제되어야 한다는 주장과도 밀접하게 연관되어 있다.

하지만 이러한 최후성의 원칙을 구체적으로 제도화하기 위해서는 공공부문 근로자의 단체행동권의 본질적인 제한이 없어야 한다는 점, 본질적인 제한이 없도록 그를 대신할 수 있는 다른 방도가 마련되어야 한다는 점, 공공부문 근로자가 파업을 통해서 얻는 이익과 일반대중이 공공서비스를 누릴 수 있는 이익이 정당하게 형량이 되어야 한다는 점 등 실무적으로 해결해야 할 과제가 산적해 있는 아주 논란의 여지를 남겨두고 있다. 다만 여기에서는 파업의 본질에 대한 이해에 도움이 되는 한도에서 <근로자에게 파업은 최후수단이다>는 점을 지적해 두고자 한 것이다.

(4) 파업은 법률이 알가알부하기 이전에 존재하는 현상이다.

지금 이 토론회를 갖게 된 배경이 되었듯이, 우리나라처럼 근로자의 파업에 대해서 법률상 당연히 업무방해죄의 성립을 일단 인정하고 다만 예외적으로 정당화된다는 식의 독특한 풍토가 존재하기도 한다. 또 법률에 의해서 파업을 금지하거나 제한하는 일은 어느 나라에나 있다. 오히려 금지나 제한이 전혀 없는 상황을 가정하기 힘들 정도이다. 하지만 이처럼 파업의 법적인 책임 여하를 해석·적용하거나 파업을 제한·금지하는 법률이나 제도를 설정·운영하고자 하는 법집행자들이 간과해서는 안되는 점은 파업이라는 현상을 근본적으로 없애는 것은 불가능하다는 점을 인식해야 한다. 그렇게 해야 하는 이유는 두가지를 들 수 있다.

첫째, 파업은 법률의 보장이나 제한보다 앞서는 현실이기 때문이다. 사회적 실체로서의 노사관계 내지는 법률관계로서의 근로관계에서 자신의 요구주장을 상대방에게 관철하기 위해서 근로자가 파업을 하는 것은 흔히 있을 수 있는 일이며, 실제 세계각국의 노동사가 이를 보여주고 있다. 파업행위는 헌법이 근로자에게 단체행동권을 보장한다거나 노조법이 근로자의 정의행위에 대해 형사면책을 인정한다고 선언하기 이전에 이미 존재하는 현실이다. 그러므로 파업의 제한·금지를 통해서 파업을 없애고자 하는 정책은 이론적으로도 타당하지 않다.

둘째, 오늘날 일본의 노사관계에 어느 정도의 흔적을 남긴 것인지는 불분명하지만, 일본에서는 공공부문의 구조조정을 겪는 과정에서 이른바 '파업권 파업 투쟁'의 시대를 겪었다. 파업이 제한·금지된 공공부문의 근로자가 파업권 보장을 요구하는 파업을 한 것이다. 물론 많은 판례를 통해서 그 행위의 정당성은 부정되었다. 파업의 제한·금지가 목적했던 바 무파업상태가 바로 파업의 제한·금지 때문에 깨진 사례이다. 공공부문에서 파업이 제한·금지되어야 한다는 주장도 파업을 위법시하기는 했지만 파업 자체를 막지는 못했고 오히려 파업을 불러일으킨 원인이 된 셈이다. 그러므로 파업의 제한·금지를 통해서 파업을 없애고자 하는 정책은 현실적으로도 유용하지 못하다.

III. 파업과 업무방해죄

앞서 네가지로 요약한 파업에 대한 기본관념이 무엇인지를 '이해'한다면, —물론 동의까지라면 좋겠지만 동의를 구할 의도는 아니다— 그 다음은 우리나라에서 파업의 형사책임이 문제되는 상황을 요약·정리하는 것이 합리적인 논의의 순서일 것이다. 우리나라에서 근로자의 파업이 업무방해로 기소되고 처벌받는 현실적인 수치나 통계가 어떠한지 업무방해로 기소하고 처벌하는 법적인 근거로 판례의 법리를 소개해야 할 것이다. 그렇지만 이 토론회는 쟁의행위의 형사책임에 관한 논의를 여러 발표자들이 분담하고 있을 뿐만 아니라 굳이 이 기회를 빌어 필자가 다시 언급하지 않더라도, <파업의 정당성이 인정되지 않는 경우에는 업무방해죄의 구성요건에 해당한다>는 법리가 우리나라의 현실에서 지배적이라는 점은 이미 <본 토론회에 현저한 사실>이라고 단정해도 무리가 아닐 듯하므로, 생략하고 곧바로 앞서 제시한 기본관념에 비추어 이러한 지배적인 관념의 문제점을 지적해 보고자 한다.

(1) 파업에 대한 지배적인 관념은, 근로관계에서 근로자가 자신의 노무제공을 중단하는 것이 업무방해라고 한다. 하지만 이는 파업의 본질에 대한 무지에서 비롯된 것이다. 몇가지 경우를 가정해 보자.

만일 근로자 1명이 결근을 했다면, 근로자가 자신의 노무제공을 중단한 것이고 그 근로자가 담당하던 업무가 방해받았을 것이다. 하지만 결근이 업무방해에 해당한다는 판례를 필자는 아직 보지 못했다. 1명의 결근이므로 파업의 본질인 집단적 성격이 없으므로 파업이 아니라고 답할 것인가? 그렇다면 10명이 집단적으로 결근하고 함께 여행을 가버린 경우는 어떠한가? 집단의 위력에 의해 사용자의 업무를 방해한 것 아닌가? 하지만 역시 이러한 집단적인 직장이탈이 업무방해에 해당한다는 판례도 역시 필자는 아직 보지 못했다.

파업은 물론 노무제공의 중단이다. 그러나 모든 노무제공의 중단을 파업이라고 하지는 않는다. 앞서 필자가 파업에 대한 기본관념에서 제시했듯이 파업은 근로관계를 전제로 하여 근로관계에서 발생하는 요구주장의 대립과정에서 발생하는 것이다. 근로자 1명의 결근이나 10명의 집단결근이 업무방해에 해당한다는 판례가 없는 이유는 그러한 결근으로 인한 노무제공의 중단이 파업이 아니기 때문이라는 것이 필자의 견해이다. 만일 근로자 1명이 자신의 근로조건에 대한 요구주장 때문에 결근을 했다고 가정하면 이는 파업이다. 지배적인 관념에 따르면, 이러한 행위는 업무방해에 해당한다는 결론이 내려질 가능성이 있다. 파업이기 때문이다. 좀더 직접적으로 말한다면 껌씹기 때문이다. 껌씹는 행위에 대한 처벌을 인정하는 형법의 해석이 법리적으로 타당하지 않음은 물론이다. 그러므로 파업에 대한 지배적인 관념은 논리적으로 오류이다.

파업에 대한 지배적인 관념은, 형법 조문의 규정을 쫓아 근로자의 파업이 노무제공

의 중단에 의해 사용자의 업무를 방해한 것에 해당된다는 어설픈 법해석을 중단해야 한다. 그러한 법해석을 중단하지 않으려면 차라리 파업이니까 업무방해라고 솔직하게 자신의 주장을 밝히는 것이 타당하다. 그렇다면 업무방해죄의 형법조항은 파업죄라는 형법조항으로 개정되어야 하지 않는가?

(2) 파업에 대한 지배적인 관념은, 사용자에게 업무방해가 발생하면(물론 판례는 추상적 위험범으로 보기 때문에 그럴 가능성만 있으면) 업무방해죄라고 한다. 따라서 근로자가 사용자의 업무를 방해하면 업무방해죄에 해당한다고 보는 것이다. 그것은 제3자가 어떤 회사의 업무를 방해하더라도 마찬가지일 것이다. 제3자가 업무를 방해하는 행위와 근로자가 업무를 방해하는 행위의 차이점은 어디에 있는가? 근로자는 사용자와 근로관계를 맺고 있고 제3자는 근로관계를 맺고 있지 않다.

제3자가 업무를 방해하는 경우로 사용자에게 납품을 하는 사람을 가정해 보면, 납품을 하는 사람은 납품에 따른 조건에 불만이 있으면 사용자와 교섭을 통해 거래조건을 유리하게 만들어야 한다. 그런데 사용자가 응하지 않으면 어떤 방법이 있겠는가? 가장 직접적인 방법은 사용자가 매달리게끔 납품하는 물건의 품질을 개선하는 것이지만 그게 안되면 납품을 거절하는 수밖에 없다. 납품관계를 전제로 한 납품업자의 '파업'이다. 하지만 납품업자가 자신의 일손을 놓아버려서 사용자가 손해를 입어도 그것이 업무방해죄 다루어진 사례를 보지 못했다.

그렇다면 근로자의 경우에는 근로관계에서 요구주장을 위해서 파업을 하면 그 파업이 정당성의 엄격한 심사과정을 통해서 합격점을 받지 못하는 한 업무방해죄가 된다고 보는 파업에 대한 지배적인 관념은, 납품업자의 파업도 업무방해에 해당한다고 보아야 논리적으로 일관성을 갖게 된다고 본다. 만일 이러한 결론이 깔리면 형법 조문을 파업죄로 바꾸는 정도가 아니라 근로자의 파업죄라는 신분법적인 구성요건으로 개정해야 맞지 않은가?

(3) 파업에 대한 지배적인 관념은, 절차를 다 밟지 않고서 파업을 했으니까 정당한 파업이 아니고 업무방해라고 한다. 파업에는 물론 요구되는 절차가 있다. 그리고 이는 파업의 절차적 정당성의 문제이다. 이 문제는 필자가 이 발표를 통해서 논하는 범위와는 다른 문제이다.

(4) 파업에 대한 지배적인 관념은, 파업을 하면 산업평화가 저해되고 국가적으로도 손실이니까 파업해서는 안된다는 의식이 깔려 있다. 물론 그것이 판례의 실시 등을 통해서 명시적으로 드러나지는 않고 간접적으로만 드러날 뿐이다. 파업이 업무방해죄로 다루어진 사례에서 '업무가 중단되어 큰 손해가 발생하였다는 점...' 등 이른바 범죄행위에 전후한 제반사정을 고려하는 중에 드러나거나, '전세계적인 글로벌 경쟁시대에...'라

는 투의 파업자제 호소에서 그런 의식을 알 수 있다.

하지만 앞서 필자가 파업에 대한 기본관념에서 밝혔듯이, 파업은 법률로 금지·제한하거나 형벌로 처벌한다고 해서 없어지지 않는 엄연한 사회현상이라는 점을 다시 반복해서 지적해 두고자 한다. 파업이 업무방해에 해당된다고 해석하고 파업을 처벌한 결과 파연 의도했던 바 산업평화가 달성되었는가? 오히려 전세계적인 글로벌 경쟁시대에 파업이 업무방해에 해당되는지 아닌지 하는 노사관계의 후진국으로 국제기구들로부터 지적당한 일밖에 없지 않은가? 이러한 필자의 의문에 대해서 혹시 형사정책의 일반론으로 반론을 할지도 모른다. 즉 '살인죄를 처벌한다고 해서 살인행위가 없어지는 것은 아니지만 그래도 살인죄는 처벌해야 한다'는 논법이 반론의 근거로 제시되지 않을까 짐작하지만, 협약 및 권고의 적용에 관한 ILO 전문가위원회의 다음과 같은 설명이 재반론의 근거가 될 수 있다고 본다.

노사관계문제를 법원에 가져가는 과도한 조치를 취하거나 파업행위를 이유로 하는 과도한 제재가 존재한다면, 그로 인해서 해결되는 문제보다도 더 큰 문제가 야기될 수 밖에 없다. 왜냐하면 불균형적인 형사제재의 적용은 조화롭고 안정적인 노사관계에 도움이 되지 않기 때문이다.

ILO, *Freedom of association and collective bargaining*, Report III Part 4B, 1994, para.177.

IV. 글을 맺으며

이상 필자가 다소 유치하게 파업에 대한 지배적인 관념에 대해 비판을 시도해 봤으나, 유치함만큼이나 논리적 치밀성과 근거의 제시가 부족한 것도 사실이다. 다만 필자가 억울한 점은 파업이 업무방해죄에 해당한다는 지배적인 관념도 필자만큼이나 유치하다는데 있다.

노동법을 전공하는 사람으로서 해서는 안될 말이기도 하지만, 선진국은 파업이 업무방해에 해당되느니 마느니 하는 소모적인 논쟁을 하고 있다거나 한 경험이 있었다는 말은 적어도 아직까지는 읽어보지 못했다. 유일한 예외가 일본의 형법과 우리나라의 형법의 입법연혁의 비교를 통해 업무방해죄의 형법 규정이 예상하고 있는 행위유형에 대한 김순태 교수님의 연구를 통해서 일본도 비슷한 경험이 있었다는 점을 알게 된 정도 뿐이다.

파업이 업무방해인가 아닌가의 문제는 법리의 문제가 아니라 파업이 근로자의 권리행사로 인정하고 그로 인해서 초래될 수 있는 피해당사자의 관용의 정신이라는 법률문화 내지는 규범의식의 문제라는 점을 다시금 지적해 두고자 한다.

쟁의행위와 노동조합및노동관계조정법상 형사책임

전 형 배

(변호사, 금속산업연맹)

I. 들어가는 말

쟁의행위가 발생하면 사용자는 통상 경찰력을 포함한 공권력의 지원을 요청하기 일쑤이고, 그렇게 되면 쟁의행위는 더 이상 노사간의 대립상태가 아닌 노정간의 갈등으로 치달게 된다. 이렇게 개입한 공권력에 노동조합이 대항을 하면, 그 행위는 사용자에게 업무방해죄 등을 포함하여 특수공무집행방해죄 등에 포섭된다. 결국, 쟁의행위는 형사처벌을 통하여 정당하지 아니한 것으로 규정되고 노동조합과 조합의 집행부 뿐 아니라 평조합원에 이르기까지 민사책임을 추궁 당하게 된다. 이것이 바로 대한민국 노동현장에서 쟁의행위와 관련하여 이루어지고 있는 기계적 처리방법이다.

노동조합및노동관계조정법(이하 '노조법' 이라고 함)은 헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건을 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다고 한다(제1조). 그런데 노조법의 쟁의행위 관련 개별 조항을 살펴보면 쟁의행위를 통해 근로조건 등의 향상을 꾀하려는 노동조합을 보호한다는 목적보다는 노동쟁의의 예방, 더 정확히 표현하자면 노동쟁의를 억압하려는 여러 가지 장치를 두고 있음을 알 수 있다. 게다가 각 억압장치는 자유형을 부과하는 형벌 규정에 의하여 노동조합 및 개별 근로자들에게 더욱 위협적인 존재로 기능하고 있다.

이 글에서는 노조법에 규정되어 있는 각종 억압장치들과 이를 효과적으로 지원하는 형사처벌규정들 및 이를 적용하고 있는 대법원의 태도를 간단하게 살펴보고 그 문제점과 해결방법을 제시하여 보고자 한다. 논의의 편의를 위해 통상 쟁의행위의 실질적 정당성 요건으로 분류되는 쟁의행위의 주체, 수단, 방법, 그리고 쟁의행위의 절차적 정당성 요건으로 나누어 살펴보겠다.¹⁾

1) 쟁의행위의 목적과 관련하여 노조법이 특별히 형사처벌 조항을 규정하고 있지 않기 때문에 목적과 관련한 논의는 생략한다.

11. 쟁의행위의 주체와 관련한 형사처벌 조항

1. 노조법상 노동조합이 아닌 근로자 단체에 의하여 주도된 쟁의행위(노조법 제37조 제2항)

노조법 제37조 제2항은 조합원은 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위를 하여서는 아니된다고 규정하고 이를 위반한 경우 3년이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처하고(제89조 제1호), 행위자가 속한 법인·단체 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과하도록 규정하고 있다(제94조)²⁾ 노조법 제2조 제4호는 노동조합을 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체라고 규정하고 있다.

위 조항과 관련하여 노조법상 노동조합이 아닌 근로자의 단결체가 쟁의행위를 하는 경우 쟁의행위의 정당성을 인정할 수 있는가의 논의가 있다. 판례는 쟁의행위 주체는 단체교섭 혹은 단체협약체결능력이 있는 자만이 가능하고 이는 결국 노조법상 노동조합만이 쟁의행위의 주체가 될 수 있다는 취지로 해석된다.³⁾ 반면, 김유성 교수는 헌법상 단결체도 근로자의 단체로서 근로조건 유지·개선 등을 목적으로 하며 조직성을 갖추고 있는 한, 헌법상 보장된 근로삼권의 보호에 적합한 단결체이고 헌법상 단결체가 체결한 협정은 채무적 효력을 인정할 수 있으므로 쟁의행위의 정당한 주체가 된다고 본다. 더 나아가 일시적 쟁의단의 경우에도 사안의 성격상 쟁의단이 주체가 될 수밖에 없다고 인정되는 경우에는 쟁의행위의 정당성을 긍정하여야 한다고 한다.⁴⁾ 한편 김형배 교수는 조합으로서의 결격사유가 없는 실질적 조합이면서 사단으로서의 조직성을 갖춘 것이라면 족하다고 해석하고 있는바⁵⁾, 이 경우 일시적 쟁의단은 쟁의행위의 주체가 되지 못하여 형사처벌을 만하기 어렵다. 그러나 일시적 쟁의단이라고 하더라도 일괄적으로 쟁의행위의 주체가 될 수 없다고 볼 수는 없다. 예를 들어 노동조합이 결정되어 있지 아니한 사업장에서 쟁의행위가 발생하였을 경우 쟁의행위의 발생경위, 쟁의행위의 목적 등을 구체적으로 살펴서 일정한 경우에는 쟁의행위의 정당한 주체로 인정할 수 있을 것이다.

2) 노조법 제94조의 양벌규정은 쟁의행위와 관련하여 행위자들을 처벌할 경우, 노동조합 자체에 대해서도 벌금형의 처벌을 가능하게 하는 규정으로 이하 논의에서는 편의를 위해 생략하겠다.

3) 대법원 1992. 7. 14. 선고 91다43800 판결의 다수.

4) 김유성, 노동법II, 법문사, 2001, 224-226쪽.

5) 김형배, 노동법, 제12판, 박영사, 2001. 664-665쪽.

2. 제3자개입금지(노조법 제38조 제1항)

노조법 제40조 제1항은 노동조합과 사용자는 단체교섭 또는 쟁의행위와 관련하여 당해 노동조합이 가입한 산업별 연합단체 또는 총연합단체, 당해 사용자가 가입한 사용자 단체, 당해 노동조합 또는 당해 사용자가 지원을 받기 위하여 행정관청에게 신고한 자, 기타 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자로부터 지원을 받을 수 있다고 규정하고 제2항에는 제1항에 규정된 자 이외에는 단체교섭 또는 쟁의행위에 간여하거나 이를 조종·선동하여서는 아니 된다고 규정하고 있다. 이를 위반할 경우 3년이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제89조 제1호).

위 조항과 관련해서는 이른바 제3자개입금지조항이 크게 문제된바 있다. 구 노동조합법 제12조의2에 의하면 직접 근로관계를 맺고 있는 근로자나 당해 노동조합 또는 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자를 제외하고는 누구든지 노동조합의 설립과 해산, 노동조합에의 가입과 탈퇴 및 사용자와의 단체교섭에 관하여 당사자를 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 하여서는 아니 되었고, 같은 법 제45조의2는 이를 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있었다. 또 구 노동쟁의조정법 제13조의2에 의하면 쟁의행위에 관하여 관계당사자를 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 하여서는 아니 된다고 하고 이를 위반할 경우 5년이하의 징역 또는 1000만원 이하의 벌금을 처하도록 하였다. 다만, 총연합단체인 노동조합 또는 당해 조합이 가입한 산업별 연합단체인 노동조합의 경우에는 제3자 개입으로 보지 아니한다고 규정하고 있었다(구 노동조합법 제12조의2, 구 노동쟁의 조정법 제13조의2).

제3자개입금지조항은 1970년대 말 이른바 YH사건으로 대표되는 노동운동가, 종교인, 사회단체의 연대활동을 탄압하기 위해 1980년 국가보위입법회의에서 처음으로 노동조합법 등에 삽입한 것이다.⁶⁾ 위 조항에 대해서는 근로3권, 양심의 자유, 죄형법정주의, 평등권 등을 침해한 것으로 위헌이라는 주장이 끊임 없이 제기되어 왔다. 그러던 중 헌법재판소는 위에서 문제로 제기된 4부분 모두에 대해 합헌이라는 결정을 하였다.⁷⁾ 이 결정을 할 당시 변정수 재판관은 4가지 점 모두에 대해 위헌이라는 소수의견을 개진한 바 있다. 헌법재판소는 그 이전에 제기된 구 노동쟁의조정법에 대한 위헌심판에서도 비슷한 취지의 판단을 한 바 있다.⁸⁾

비록 제3자개입금지 조항이 합헌결정을 받기는 하였으나 그 적용면에서는 많은 문제점을 나타내었다. 즉 현충련의 의장직무대행자로서 현충련의 의사에 따라 현대그룹 계열회사 노동조합을 지원한 행위⁹⁾, 노조원들에게 격려금을 전달하고 함께 노래를 부르

6) 사법연수원, 노동특수이론 및 업무상재해관련소송, 2000, 59쪽.

7) 헌법재판소 1993. 3. 11. 선고 92헌바33 결정.

8) 헌법재판소 1990. 1. 15. 선고 89헌가103 결정.

9) 대법원 1994. 10. 21. 선고 94도1767 판결.

거나 "승리할 때까지 열심히 싸우라"고 격려하는 행위¹⁰⁾, 쟁의행위 중인 노동조합원들을 상대로 '근로자는 소의 계층이다. 앉아서 당하기 보다 단결하여 투쟁함으로써 요구사항을 관철해야 된다'는 취지의 연설을 하고 구호와 노동가를 제창한 경우¹¹⁾ 등을 모두 제3자개입행위로 보아 처벌하였다. 그러나 위 행위들은 대부분 쟁의행위 의식을 고취하기 위해 용인되는 행위로 보아야지 이를 두고 조종·선동에 준하는 것으로 평가할 수는 없다고 생각한다. 게다가 검찰은 냉각기간 중 제3자가 농성장에 들어가려다가 경비원등과 몸싸움을 한 경우¹²⁾, 자기 회사 노보에 기사를 실기 위해 타회사 조합 사무실에 찾아가 열심히 투쟁하여 승리하기 바란다는 요지의 발언을 한 것¹³⁾까지도 제3자개입행위로 보아 기소하는 등 위 규정의 적용상 폐해가 많았다. 이렇게 말 많고 탈 많았던 규정이 1998. 2. 20. 드디어 현재와 같이 개정되었다. 그 이후로는 위 규정을 적용하여 형사처벌한 예는 아직까지 없는 듯하다. 너무 늦은 감이 있지만 다행스런 일이다.

3. 주요방위산업체에 종사하는 근로자들의 쟁의행위 금지(노조법 제41조 제2항)

노조법 제41조 제2항은 방위산업에관한특별조치법에 의하여 지정된 주요방위산업체에 종사하는 근로자중 전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자는 쟁의행위를 할 수 없으며 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자의 범위는 대통령령으로 정한다고 규정하고 이를 위반한 경우 5년 이하의 징역 또는 5천만원이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제88조). 여기서 '주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자'라 함은 방산물자의 완성에 필요한 제조·가공·조립·정비·재생·개량·성능검사·열처리·도장·가스취급 등의 업무에 종사하는 자를 말한다(시행령 제20조). 구 노동쟁의조정법 제12조 제2항에서는 '방위산업에관한특별조치법에 의하여 지정된 주요방위산업체에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다'라고 사업체 단위로 규정하여 한 사업체에서 방산물자를 생산하지 아니하는 근로자들도 포괄적으로 쟁의행위를 할 수 없도록 규정하고 있으나 현재는 이를 업무단위로 규정하여 단체행동권 보장의 취지를 어느 정도 살리고 있다. 그러나 현재의 규정도 방위산업체의 방위물자 생산과정을 무시한 입법이다. 예를 들어 한 사업장에서 방산물자가 차지하는 비중이 전체 생산량의 5%에 불과한 경우에도 방산물자를 민수물자와 동일 라인에서 제작하는 경우에는 결국 쟁의행위를 할 수 없다는 결론이 나온다.¹⁴⁾ 그러므로 단순히 방산물자의 완성에 필요한 제조 등의 업무에 '주로' 종사하는 자로 규정하여 더욱 쟁의행위제한 대상을 축소할 필

요가 있다. 또 자유형의 징기를 5년으로 규정하고 있는바, 방산물자의 효율적인 조달이라는 측면을 도외시할 수 없다고 하더라도 집행유예가 불가능한 형을 형의 상한으로 정한 것은 지나치게 가혹하다.

III. 쟁의행위의 수단·방법과 관련한 형사처벌 조항

1. 폭행·협박·파괴행위의 금지(노조법 제38조 제1항 및 제42조 제1항 전단)

노조법 제38조 제1항은 쟁의행위는 그 쟁의행위와 관계없는 자 또는 근로를 제공하고자 하는 자의 출입·조업 기타 정상적인 업무를 방해하는 방법으로 행하여져서는 아니 되며 쟁의행위의 참가를 호소하거나 설득하는 행위로서 폭행·협박을 사용하여서는 아니 된다고 규정하고 이를 위반할 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(제89조 제1호). 또 노조법 제42조 제1항도 쟁의행위의 수단으로 폭력이나 파괴행위를 금지하고 위반행위에 대해서는 위와 같은 형을 규정하고 있다. 이와 관련하여 문제가 되는 것은 형법상 '폭행·협박'의 개념을 쟁의행위의 경우에도 그대로 적용할 수 있는지 일반 형사법 규정을 적용할 경우 노조법상 형사처벌규정과 적용관계는 어떻게 되는지가 문제이다.

형법상 폭행죄의 폭행이라 함은 사람의 신체에 대한 직접·간접의 유형력의 행사라고 정의되고 있다.¹⁵⁾ 여기서 유형력이란 광의 물리력이라고 하며 보통은 육체적 고통을 수반하는 신체에 대한 일체의 불법한 공격과 같은 역학적 작용을 의미하지만, 정신적 고통을 가하여 신체의 안전을 현저히 해하는 일체의 불법한 행태와 같은 화학적·생리적 에네르기작용도 넓은 의미에서 유형력의 행사라고 한다.¹⁶⁾ 이러한 폭행이 야간 혹은 2인 이상이 공동하여 행하여진 경우에는 폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제2항에 해당하여 3년6월 이하의 징역, 또는 750만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처해진다. 더 나아가 단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 다중의 위력을 가장하여 위력을 보이거나 흉기 기타 위협한 물건을 휴대하여 폭행을 한 때에는 같은법 제3조 제1항에 해당하여 3년 이상의 유기징역에 처하게 된다. 이 경우 형의 징기가 15년이 되어 형사소송법 제95조의 필요적 보석을 청구할 수 없게 됨을 물론 때에 따라서는 집행유예도 선고를 어렵게 할 수도 있다.

그런데 노조법에는 쟁의행위를 "파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그

10) 대법원 1994. 4. 12. 선고 92도2178 판결.

11) 대법원 1991. 1. 15. 선고 90도2278 판결.

12) 대법원 1993. 9. 14. 선고 93도1084.

13) 대법원 1992. 6. 9. 선고 91도2221 판결.

14) 각종 방산물자의 부품제작 사업장의 경우 이러한 예가 많다.

15) 이재상, 형법각론, 선정판, 박영사, 1998, 56쪽.

16) 김일수, 한국형법III, 개정판, 박영사, 1997, 176-177쪽.

주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위"라고 규정하고 있다(제2조 제4호). 위 정의규정에도 알 수 있듯이 쟁의행위는 필연적으로 집단적 위력을 사용하여 사용자에 대항하는 성격을 띠게 된다. 쟁의행위에 동참하지 아니하는 조합원들과 쟁의행위의 필요성에 대하여 논란을 벌이다 보면 거친 말이 오갈 수도 있다. 쟁의행위를 통제하려는 사용자측이 대체인력을 암암리에 투입하고 노동조합측에서 이를 일일이 저지하다 보면 서로 욕을 할 수도 있고 사업장의 출입통제와 관련하여 몸싸움이 오고 갈 수도 있다. 더 나아가 사용자들이 구사대나 인력용역업체의 직원들을 동원하여 쟁의행위를 방해할 경우 두 집단 간에 불가피한 몸싸움 등 세력 과시가 필요한 경우도 있다. 긴박하게 돌아가는 쟁의행위 현장에서 사람의 신체에 대하여 아무런 유형력도 행사하지 말라는 것은 사용자에게 아무런 요구도 하지 말고 가만히 앉아 있으라는 것과 다를 바 없다. 이처럼, 형법에서 논의되는 폭행·협박의 개념을 쟁의행위의 경우에도 그대로 적용한다면 결국 헌법상 보장된 단체행동권은 무의미하게 된다. 그러므로 쟁의행위와 관련하여 불가피하게 발생하는 집단적 위력의 과시, 거친 말다툼 등을 획일적으로 폭행·협박으로 포섭하여 처벌하여서는 아니 된다. 각 행동이 일어나게 경위, 쟁의행위에 있어서 사용자의 태도 등을 충분히 고려하여 그것이 집단적 노사관계를 규율하는데 있어서 수인할 수 있는 정도의 것이라면 당연히 형사책임의 영역에서 제외시켜야 한다.

다음으로 만일 쟁의행위과정에서 발생하는 폭행·협박·파괴행위 등이 위에서 언급한 수인한도를 넘어선 경우 어떻게 처벌을 할 것인가를 살펴본다. 이 경우 해당 행위는 위 노조법위반죄에 포함되고 더불어 폭력행위등처벌에관한법률위반죄에 포섭될 가능성이 높다. 그런데 두 죄의 형량은 앞에서 살펴보았듯이 대단히 큰 차이를 보이고 있다. 그러므로 만일 두 죄에 관하여 상상적 경합범관계를 인정하면 폭력행위등처벌에관한법률위반죄로 규율이 되고, 실제적 경합범관계로 인정하면 폭력행위등처벌에관한법률위반죄로 규율되지만 형의 상한은 두 형을 합산한 범위를 넘지 못하게 될 것이다. 이렇게 되면 결국 노조법상의 형사처벌규정은 양형을 결정함에 있어 별다른 역할을 수행하지 않는다는 것을 의미한다. 노조법의 형사처벌규정은 유명무실하게 되었다.

그러다면 일반 형사법으로 규율할 수 있는 내용을 굳이 노조법에 별도의 규정을 두고 그 형량도 많이 낮춘 취지를 살린 해석론이 필요하다고 생각한다. 일단 쟁의행위 과정에서 이루어진 하나의 행위가 두 형법조항에 동시에 포섭되고 있는 상태에서 노조법의 형사처벌규정을 적용하기 위해서는 현재의 죄수론 체계상 일반형사법 처벌규정의 적용을 배제하는 이론 구성이 필요하다. 그러기 위해서는 노조법위반죄와 일반형사법위반죄의 법조경합을 인정하고 이들 양자가 특별관계에 있기 때문에 일반형사법규의 적용은 배제된다는 논리를 구사하여야 한다. 그런데 현재 논의되고 있는 특별관계란 어느 구성요건이 다른 구성요건의 모든 요소를 포함하고 이 외에 다른 특별한 표지까지 포함하는 경우를 의미한다.¹⁷⁾ 그리고 예로써 보통살인죄에 대한 존속살인죄, 강도죄와 절

도죄의 관계, 상해죄와 상해치사죄 등이 언급된다. 이러한 기준에 의하면 노조법위반죄와 일반형사법위반죄는 법조경합관계가 될 수 없다. 결국, 쟁의행위시 발생한 폭력행위 등에 대해 노조법만을 적용하기 위해서는 새로운 형태의 법조경합관계를 인정해야 하고 그렇다면 기존의 법조경합관계의 개념정의는 수정될 밖에 없다. 단순히 현실적 필요성에만 의존하여 기존의 죄수론 체계를 수정하여야 한다는 주장이 다소 부담스럽기는 하다. 좀 더 연구가 필요한 부분이라는 말로 일단락을 짓는다.

2. 주요생산시설의 점거 금지(노조법 제42조 제1항 후단)

노조법 제42조 제1항 후단은 쟁의행위는 생산 기타 주요업무에 관련되는 시설과 이에 준하는 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 점거하는 형태로 이를 행할 수 없도록 하고 이를 위반한 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만원이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(제89조 제1호). 대통령령이 정하는 시설에는 '전기·전산 또는 통신시설, 철도(도시철도를 포함한다.)의 차량 또는 선로, 건조·수리 또는 정박중인 선박(다만, 선원법에 의한 선원이 당해 선박에 승선하는 경우를 제외), 항공기·항행안전시설 또는 항공기의 이·착륙이나 여객·화물의 운송을 위한 시설, 화약·폭약 등 폭발위험이 있는 물질 또는 유해화학물질관리법에 의한 유독물을 보관·저장하는 장소, 기타 점거될 경우 생산 기타 주요업무의 정지 또는 폐지를 가져오거나 공익상 중대한 위해를 초래할 우려가 있는 시설로서 노동부장관이 관계중앙행정기관의 장과 협의하여 정하는 시설'을 의미한다(시행령 제21조).

위 조항과 관련하여 직장점거의 정당성이 문제된다. 우리나라의 경우 기업별 노조가 주류를 이루고 있기 때문에 쟁의행위가 시작되면 직장점거가 이루어지는 경우가 많다. 이러한 경우 최근 사용자측에서는 업무방해금지 가처분 등을 통해 쟁의행위의 실효성을 높이기 위해 직장 내 설치한 천막 등의 철거를 요구하기 일췌이다. 직장점거는 파업에 참가한 근로자들의 단결을 유지하고 파업의 실효성을 높이기 위해 수반되는 부수적 쟁의행위로 많이 이용되었는데 1980년대 우리나라에서는 직장점거형태의 쟁의행위가 자주 발생하였는데 그 원인으로 위에서 지적한 것 이외에도 노동쟁의조정법상 사업장 내 쟁의행위 강제 및 일찍부터 직장점거가 이루어져 온 선례 등이 제시되고 있다.¹⁸⁾

판례는 1997년 현행 노조법이 신설되기 이전에 직장점거를 부분적·병존적 직장점거와 전면적·배타적 직장점거로 구분하여 후자에 대해서는 정당성을 부정하고 이에 대한 업무방해죄, 퇴거불응죄 등의 형사책임을 인정하는 입장을 취하였다.¹⁹⁾ 이에 관하여 김유성 교수는 기존 대법원 판례는 조업에 대한 실질적 침해성 여부라는 동적·기능적

17) 김일수, 한국형법II, 개정판, 박영사, 1997, 532쪽.

18) 조규태, 노동형법의 특수성에 관한 연구, 숭실대학교 박사학위 논문, 1998, 67쪽.

19) 대법원1991. 8. 13. 선고 91도1324 판결 등.

관점에서 정당성 기준을 파악한 것으로 타당하다고 보면서 현행법은 시설의 설치목적이라는 사전적·정태적 기준에 따라 시설을 구분하여 주요업무와 관련된 시설에 대한 직장점거를 일률적으로 금지함으로써 점거의 구체적 상황에 따라서는 생산시설에 대해서도 부분적·병존적 점거가 성립할 수 있을 가능성을 배제하고 있다는 비판을 하고 있다.²⁰⁾

현행법 체제 하에서도 위와 같은 판례의 태도는 계속 유지되어야 한다고 본다. 즉 단순히 점거한 장소가 주요생산시설이라는 이유만으로 쟁의행위의 정당성을 부정하고 형사처벌을 가하는 것은 부당하다. 쟁의행위란 원래 사용자의 생산업무에 타격을 가하는 형태로 시작되었을 뿐만 아니라 사용자측의 조업 자체를 방해한 사실이 없음에도 단순히 추상적 위험만을 근거로 쟁의행위를 제한하는 것은 헌법이 근로3권을 보장하는 취지에도 어긋난다. 위 조항의 점유란 전면적·배타적 점유로 해석함이 타당하다.

3. 안전보호시설에 대한 쟁의행위 금지(노조법 제42조 제2항)

노조법 제42조 제2항은 사업장의 안전보호시설에 대하여 정상적인 유지·운동을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없도록 하고 이를 위반할 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(제91조 제1항). 한편 같은 조 제3항에서는 행정관청은 쟁의행위가 위 제2항의 행위에 해당한다고 인정하는 경우에는 노동위원회의 의결을 얻어 그 행위의 중지를 명하여야 한다. 다만, 사태가 급박하여 노동위원회의 의결을 얻을 시간적 여유가 없을 때에는 그 의결을 얻지 아니하고 즉시 그 행위의 중지를 명할 수 있고 있도록 하고 이 명령에 위반할 경우 1년이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처할 수 있도록 하고 있다(제91조 제2호). 또 제3항 단서의 경우 행정관청은 지체 없이 노동위원회의 사후승인을 얻도록 하고 그 승인을 얻지 못할 때에는 그 명령은 그때부터 효력을 상실하도록 하고 규정하고 있다. 안전보호시설과 관련하여서는 '작업시설의 손상이나 원료·제품의 변질 또는 부패를 방지하기 위한 작업은 쟁의행위 기간 중에도 정상적으로 수행되어야 한다는 노조법 제32조 제2항이 1997년 신설되었다.

구 노동쟁의조정법 제13조 제2항을 해석함에 있어 쟁의행위 기간 중에도 근로자에게 기업의 물적 시설에 대해서도 안전유지의무가 있다고 볼 수 있는지에 관하여 의견이 대립되고 있었다. 그런데 1997년 물적시설의 안전유지의무를 규정한 제38조 제2항이 신설되었으므로 제42조 제2항의 안전보호의무는 인적 범위에 한정되는 것으로 보아야 할 것이고 행정관청이 중지명령을 발할 수 있는 범위도 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 시설에만 국한되는 것으로 보아야 한다.²¹⁾

20) 김유성, 248면.

21) 김유성, 260쪽. 김형배, 681쪽.

행정관청의 중지명령이 노동위원회의 의결을 얻지 아니하고 이루어진 후 사후승인도 받지 못한 경우도 기존의 중지명령은 그 때부터 효력을 상실하도록 하여 소급효를 부정하고 있다. 그렇다면 기존에 중지명령을 위반한 행위에 대해서도 처벌을 할 수 없다고 보아야 한다. 위법한 행정명령을 위반한 행위를 위법하다고 평가할 수는 없다.

IV. 쟁의행위 절차와 관련한 형사처벌 조항²²⁾

1. 쟁의행위발생통보 및 사전신고(노조법 제45조 제1항과 시행령 제16조)

노조법 제45조 제1항은 노동관계 당사자는 노동쟁의가 발생한 때에는 어느 일방이 이를 상대방에게 서면으로 통보하도록 규정하고 있고, 시행령 제17조에는 노동조합은 쟁의행위를 하고자 할 경우에는 노동부령이 정하는 바에 따라 행정관청과 관할노동위원회에 쟁의행위의 일시·장소·참가인원 및 그 방법을 미리 서면으로 신고하여야 한다고 규정하고 있다. 위 조항들에 대해서는 처벌규정은 없으나 만일 위 조항 위반을 이유로 쟁의행위의 정당성을 부정하면 결국 쟁의행위에 가담한 조합원들에 대한 형사처벌이 따를 수밖에 없다. 그러므로 여기에 대하여 잠시 살펴보고자 한다.

노동쟁의발생통보는 조정절차 신청의 개시점을 명확히 하려는 행정목적에 위한 규정 이므로 통보의무위반을 이유로 쟁의행위의 정당성을 부인할 수는 없다.²³⁾ 반면 김형배 교수는 쟁의행위의 최후수단성 원칙을 강조하면서 이 원칙에 반하지 않더라도 상대방에게 예고 없이 쟁의행위를 함으로써 사업운영에 불공정한 혼란과 마비를 초래할 우려가 발생할 수 있고 이러한 경우에는 노사 사이의 신의칙에 반하는 것으로 쟁의행위가 정당성을 가질 수 없다고 판단하고 있다.²⁴⁾ 그러나 쟁의행위에 돌입하기 위해서는 상대방에 대한 서면 통보 이외에도 노조법이 규정한 각종의 절차를 거쳐야 하기 때문에 사용자측이 예측 불가능한 쟁의행위는 사실상 존재하기 어렵다고 보아야 한다.²⁵⁾

또 노동쟁의사전신고제도의 취지도 쟁의행위에 대해 행정관청의 적절한 대처방안을 강구할 수 있는 기회를 부여하는 행정상 편의를 위한 것으로 쟁의행위를 제한하는 규정으로 볼 수 없다. 그러므로 이를 위반하였다고 하여 쟁의행위의 정당성이 부인되지는

22) 쟁의행위의 절차적 정당성과 관련하여 단체교섭의 미진한 경우, 다른 구제수단의 존재, 조합 규약상 절차의 준수 문제, 단체협약상 평화의무조항 및 쟁의조항위반의 문제도 다루어지는데 여기서는 노조법이 규정한 절차조항만을 거론하기로 한다.

23) 김유성, 243쪽.

24) 김형배, 669쪽.

25) 김선수, 쟁의행위의 절차적 정당성, 노동법연구 제12호, 서울대노동법연구회, 250쪽.

않는다. 오히려 쟁의행위란 노사간의 관계를 규율하는 자치적인 수단임을 고려할 때 사전신고제도는 폐지함이 마땅하다. 게다가 위 규정은 노조법의 위임조항이 없이 시행령에 규정되어 있는 것으로 위임입법의 한계를 벗어났다는 지적이 있다.²⁶⁾ 삭제함이 마땅한 조항이다.

2. 조정전치주의(노조법 제45조 제2항)

가. 조정전치주의의 연역과 취지

현행 노조법상 조정전치주의는 구 노동쟁의조정법의 노동쟁의 발생신고와 냉각기간에 그 근원을 두고 있다. 위 법 제14조는 쟁위발생신고가 노동위원회에 접수되니 날로부터 10일 혹은 15일의 냉각기간을 두어 쟁의행위를 금지하였었다. 이러한 냉각기간의 본래 취지는 노사간 차분하게 대화를 통해 다른 해결책을 모색하는데 있었으나 사실상 쟁의행위를 억압하는 도구로 남용되기 일췌였다.²⁷⁾ 그리하여 현행 노조법 제45조 제2항 본문은 쟁의행위는 조정절차를 거치지 아니하면 이를 행할 수 없도록 하고 이를 위반할 경우 1년이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처할 수 있도록 하고(제91조 제1호), 제54조 제1항은 조정기간을 조정의 신청이 있는 날부터 일반사업에 있어서는 10일, 공익사업에 있어서는 15일 이내에 종료하도록 하고 있다. 조정전치주의 취지도 노사당사자가 직접 실행행사에 들어가기에 앞서 일정기간 동안 평화적인 방법으로 쟁의를 해결하도록 촉구함으로써 경제적 손실을 최소화할 수 있는 기회를 마련하고, 그 기간 동안 조정절차가 효과적으로 진행되도록 하려는 것이다.²⁸⁾

나. 조정절차를 거치지 아니한 경우

대법원은 구 노동쟁의조정법상 냉각기간을 위반한 쟁의행위에 관하여 “쟁의행위의 시기와 절차에 관한 노동쟁의조정법 제14조, 제16조에 위반함으로써 같은 법 제47조, 제48조의 벌칙적용 대상이 된다고 하여 이것만으로 바로 쟁의행위로서의 정당성이 상실되는 것은 아니고, 그 위반행위로 말미암아 국민생활의 안정이나 사용자의 사업운영에 예기치 않는 혼란이나 손해를 끼치는 것과 같은 부당한 결과를 초래하는지의 여부 등 구체적 사정을 살펴서 그 정당성 유무를 가려야 한다.”라고 판단한바 있다.²⁹⁾ 이러한 유연한 태도는 일단 긍정적인 것으로 평가될 수 있다. 그러나 정당성을 인정할 수

있는 구체적 사정을 대단히 협소하게 파악할 뿐 아니라 일관성도 없어 결국 조정절차를 거치지 아니한 쟁의행위는 대부분 정당성이 없는 것으로 판단하였다. 정당성을 인정한 예를 살펴보면, 교섭위원들만 단식농성을 하다가 6일만에 교섭을 재개한 경우,³⁰⁾ 출근시간 전 회사 앞 노상과 사내운동장에서 10분 내지 20분간 항의집회를 한 경우,³¹⁾ 업무개시전과 점심시간을 이용하여 병원 현관 로비에서 구호를 외치거나 노래를 부른 경우³²⁾가 있고 현행법 시행이후에는 파업 10일 전 기자회견 등을 통해 파업을 예고한 경우³³⁾ 등이 있다. 반면, 준법투쟁과 전면파업에 관련하여서는 그 정당성을 모두 부인하고 있는 것으로 보인다.³⁴⁾ 최근 대법원은 고용안정과 체불임금 청산을 위해 6회 걸친 부분파업의 경우에도 정당성을 부인한 사례가 있다.³⁵⁾

대법원 판례는 이렇듯 보수적인 입장을 견지하고 있지만, 조정제도는 노사 당사자에게 문제해결을 위한 여러 가지 조언 정도를 해주는 행정서비스 절차이다. 국가가 주는 행정서비스를 받을 것인가 말 것인가는 노동조합이 자주적으로 결정한 일이다. 행정급부를 거부한다고 하여 이를 형사처벌하는 것은 조정제도와 개념적으로 모순이다. 이것은 생일날, 자장면을 안 먹고 짬뽕을 먹겠다는 아이에게 자장면을 강요하면서 체벌을 가하는 부모의 모습에 견주어 볼 수 있다. 형사처벌 조항은 마땅히 삭제되어야 한다.

다. 노동위원회 행정지도의 문제점

노조법 시행령 제24조 제2항은 조정신청을 받은 노동위원회는 그 신청내용이 법 제5장 제2절 또는 제3절의 규정에 의한 조정 또는 중재의 대상이 아니라고 인정할 경우에는 그 사유와 다른 해결방법을 알려주어야 한다고 규정하고 있다. 이와 관련하여 노동위원회는 ‘본 조정신청사건은 노조법상 노동쟁이라고 보기 어려워 조정안을 제시하지 아니하고 당사자간 자주적 교섭을 충분히 가질 것을 권고한다.’라는 내용의 행정지도를 하는 경우가 많다. 이러한 경우 노동조합에서는 조정절차를 거쳤다고 주장하게 되고 사용자는 그 반대의 주장을 하기 일췌이다. 그런데 어떤 사항이 쟁의행위의 대상이 되는가는 판례와 학설 및 행정해석이 다양하게 전개되고 있고 특히 노동위원회를 중심으로 한 행정해석은 대단히 보수적인 태도로 일관하고 있기 때문에 쟁의행위 대상 여부나 교섭의 진행 정도에 관한 판단을 단순히 행정기관의 자의적인 판단에 맡기고 그에 따

30) 대법원 1991. 5. 14. 선고 90누4006 판결.

31) 대법원 1992. 9. 22. 선고 92도1855 판결.

32) 대법원 1992. 12. 8. 선고 92도1645 판결.

33) 대법원 2000. 10. 13. 선고 99도4812 판결.

34) 대법원 1991. 12. 10. 선고 91누636 판결; 1992. 12. 8. 선고 92누1094 판결 외 다수.

35) 대법원 2001. 11. 27. 선고 99도4779 판결. 그러나 이 판결의 하급심인 춘천지방법원 1999.

10. 7. 선고 98노1147 판결은 쟁의행위에 이르게 된 경위 및 목적과 쟁의행위의 결정방법, 시간, 장소, 수단 등 제반 사정을 종합하여 볼 때 조정을 거치지 않았다고 하여 곧 쟁의행위의 정당성이 상실되는 것은 아니라고 판단하였다.

26) 김선수, 251쪽.

27) 김선수, 252쪽.

28) 김유성, 244쪽.

29) 대법원 1991. 5. 14. 선고 90누4006 판결.

라 조정절차를 거쳤는가 판단하는 것은 매우 불합리할 뿐만 아니라 쟁의권을 부당히 침해할 가능성도 높다. 게다가 사용자들의 경우 단체교섭을 회피하면서 교섭미진의 행정지도를 유도하고 이를 바탕으로 형사고소를 통해 쟁의행위를 불법으로 몰고 간다.³⁶⁾

이러한 행정지도에 대해 위 시행령은 노조법에 근거규정이 없어 위임입법의 한계를 벗어나 그 효력을 인정하기 어려울 뿐 아니라 특히 교섭미진을 이유로 한 행정지도는 위 시행령이 예정하고 있는 '다른 해결 방법을 알려주는' 경우에 해당하기도 어렵다는 비판이 있다.³⁷⁾ 이렇게 문제가 많던 행정지도에 관해 의미있는 대법원 판결이 선고되었다. 2001. 6. 26. 대법원은 "노동조합이 노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 하여 조정절차가 마쳐지거나 조정이 종료되지 아니한 채 조정기간이 끝나면 노동조합은 쟁의행위를 할 수 있는 것으로 노동위원회가 반드시 조정결정을 한 뒤에 쟁의행위를 하여야지 그 절차가 정당한 것은 아니다"라고 하여 조정신청 후 노조법상 조정기간이 경과하면 그 쟁의행위는 조정절차를 거친 것이라는 판단을 하였다.³⁸⁾

위 대법원 판결은 그 동안 조정전치주의와 관련하여 사용자·노동부·검찰의 부당한 주장을 일소하고 그 동안 학계에서 꾸준히 주장하여 왔던 내용이 받아들인 것으로 의미가 크다. 또한 실천적으로는 너무나 쉽게 불법쟁의로 매도되었던 사례를 줄일 수 있는 계기가 될 것으로 보인다. 그러나 조정절차를 거치지 않는 것만으로 쟁의행위의 정당성을 부인할 수 없는 마당에 일단 조정을 거쳐 일응의 결론이 나왔다면 곧바로 쟁의행위를 개시할 수 있다고 보아야 한다. 조정제도가 단순한 행정서비스인 점을 감안하면 차제에 이를 임의적 전치주의로 개정할 필요가 있겠다.³⁹⁾

3. 쟁의행위 찬반투표(노조법 제41조)

노조법 제41조는 노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 조합원 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다고 규정하고 이를 위반한 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 하고 있다(제91조 제1호).

쟁의행위 돌입 여부는 노동조합이 자주적으로 결정할 사항이고 법이 관여할 사항이 아니지만 그럼에도 불구하고 이를 노조법에 규정한 이유는 노동조합이 대내적 관계에

서 민주적으로 운영을 보장하기 위해서이다.⁴⁰⁾ 쟁의행위찬반투표와 관련하여서는 찬반투표를 거치지 아니한 경우와 투표의 시기가 주로 논의가 되고 있다.

가. 쟁의행위찬반투표를 거치지 아니한 경우

쟁의행위찬반투표와 관련하여 대법원의 판례의 기본적인 입장은 "노조법이 정하는 절차를 따를 수 없는 납득할 만한 객관적인 사정이 인정되지 않는다면 그 정당성을 인정받을 수 없다"는 것으로 보인다.⁴¹⁾ 그런데 최근 이에 관하여 대법원 판결이 잇달린 경우가 있었다. 즉 만도기계노동조합 간부의 업무방해죄 등이 문제된 두 사안에서 대법원 2000. 3. 10. 선고 99도4838 판결은 1998. 5. 6.부터 같은 달 12.까지의 파업은 조합원 투표에 의한 과반수 찬성의 절차적 요건을 갖추지 않았으며, 파업에 나아가기 직전인 1998. 4. 30.에 앞으로의 쟁의행위를 위한 조합원찬반투표를 같은 해 5. 13. 실시한다는 집회공고를 하여 5. 13. 에야 실제 찬반투표를 실시한 사실을 알 수 있어 다른 특별한 사정이 없는 이 사건에서 같은 달 6.부터 파업을 단행하는 데에 절차를 따를 수 없는 객관적인 사정이 있다고 할 수는 없다는 이유로 무죄를 선고한 원심을 파기하였다. 반면, 대법원 2000. 5. 26. 선고 99도4836판결은 조합원의 민주적 의사결정이 실질적으로 확보된 경우에는 위와 같은 투표절차를 거치지 않았다는 사정만으로 쟁의행위의 절차가 위법하여 정당성을 상실한다고 할 수는 없다는 이유로 피고인에게 일부 무죄를 선고한 원심판결을 유지하였다.

위 두 판결은 쟁의행위찬반투표의 취지를 다소 다르게 표현하였다. 전자의 판례는 찬반투표의 의의를 노동조합의 민주적 운영을 확보함과 아울러 쟁의행위 참가 근로자들이 사후에 불이익을 당하지 않도록 그 쟁의행위의 개시에 관한 조합의사의 결정에 보다 신중을 기하기 위한 것으로 파악한다. 이러한 두 가지 표현에 대하여 대하여 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 전원합의체 판결은 후자의 입장을 채택하면서 결국 쟁의행위 돌입 전 찬반투표를 거치지 아니한 경우에는 쟁의행위의 정당성을 상실하는 것으로 판단하였다.

그러나 쟁의행위는 노동조합이라는 집단에 의해 이루어지는 단체행동이고 이러한 단체행동은 파업 등으로 인한 임금삭감 등의 불이익을 수반하기 마련이다. 그러므로 비록 쟁의행위를 개시하기 전에 찬반투표를 거치지 아니하였다더라도 대다수의 근로자가 쟁의행위에 참가한 경우에는 노동조합 내부의 민주적 의사결정은 확보된 것으로 보아야 한다. 전원합의체 판결이 제시하고 있는 개별 조합원의 불이익은 사실상 노동조합의 민주성 담보의 한 내용에 불과하다. 찬반투표 없이 쟁의행위를 개시한 경우에도 과반수 이상의 조합원이 쟁의행위에 참석하였다면 이는 쟁의행위를 통해 있을 수 있는 불이익을

36) 실제 예를 들면, 다국적 기업인 사용자가 교섭장소를 시내 유명 호텔로 고집하면서 시간을 끌다가 노동조합이 마지못해 이를 수락하면, 교섭석상에 외국인 변호사와 통역사를 대동하고 나와 변호사로 하여금 노동조합의 교섭안의 자구 하나 하나의 의미를 문제삼으면서 교섭을 지연시킨바 있다. 이에 노동조합이 쟁의행위에 돌입하자 단체교섭이 미진하다는 노동위원회의 행정지도를 근거로 손해배상을 청구한 사례가 있다.

37) 김선수, 261쪽.

38) 대법원 2001. 6. 26. 선고 2000도2871 판결.

39) 김기덕, 행정지도와 쟁의행위, 노동법률, (주)중앙경제, 2001. 8., 46쪽.

40) 김유성, 242쪽, 김형배, 679쪽.

41) 대법원 1992. 9. 22. 선고 91다4317 판결.

수인하겠다는 의사를 표시한 것이다. 더군다나 전원합의체 판결의 대상 사건에서는 조합원들이 대부분이 쟁의행위에 참석하였고, 찬반투표 공고도 쟁의행위 개시 전인 4. 30. 경 되었으며 찬반투표가 5. 13. 실시되어 찬성의결까지 얻은 상태였다. 전원합의체 판결이 제시하고 있는 논거는 쟁의행위의 정당성을 부정하고 형사처벌을 가하는 정책을 지향하고자 사용된 서투른 전략적 용어구사에 불과하다.

현재의 대법원 판례는 결국 쟁의행위가 이루어진 전체적인 상황에 비추어 보아 조합원들의 쟁의의사가 민주적으로 확보되었다고 하더라도 형식적으로 사전에 찬반투표를 거치지 아니한 경우에는 쟁의행위의 정당성은 부정되고 참가 근로자들은 형사처벌을 면할 수 없다는 것이다. 이는 쟁위행위찬반투표제도의 취지에 정면으로 대치되는 것으로 변경되어야 마땅하고 형사처벌조항도 삭제되어야 옳다.

나. 쟁위행위찬반투표의 시기

이처럼 쟁의행위찬반투표는 조합원들의 쟁의의사를 민주적으로 확보하는 조합 내부적 장치에 불과하다. 그러므로 그 실시 시기도 원칙적으로 쟁의행위 돌입전이라면 쟁의행위의 어느 시기에 할 것인가는 노동조합에 일임을 하여야 할 사항이다. 그럼에도 대법원은 2001. 9. 14. 선고 2001도53판결에서 노동위원회의 조정절차가 종료한 후 쟁의행위에 돌입하기 직전에 실시하여야 하는 것이 원칙이라는 태도를 취하였다. 대법원은 그 근거로 조정안을 수용할지 여부에 관한 조합원의 의사가 반영되어야 한다는 점을 들고 있다. 그러나 노동위원회의 조정안이 만족할 만한 수준으로 결정되었다면 굳이 쟁의행위에 돌입할 이유가 없다. 오히려 조합원들의 의사에 반하여 무리하게 쟁의행위에 돌입하게 되면 이탈조합원이 늘어나고 결국 쟁의행위는 명분없는 싸움으로 전락하여 노동조합은 더 큰 타격을 입게 된다. 그러므로 조합원들이 조정안 수용여부와 찬반투표의 시기를 연계하여 이해하는 것은 쟁의행위 현실을 무시한 지극히 이론적인 발상에 불과하다. 또한 찬반투표 실시 시기는 노동조합이 제반 상황을 종합적으로 고려하여 그 효과를 극대화시킬 수 있도록 전술적으로 결정할 사항이다.⁴²⁾ 대법원이 도무지 납득하지 어려운 판결을 하였다.

4. 중재회부결정 후 쟁의행위 금지 및 긴급조정공표 후 쟁의행위의 중지

노조법 제63조는 노동쟁의가 중재에 회부된 때에는 그 날부터 15일간은 쟁의행위를 할 수 없도록 하고 이를 위반한 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만원이하의 벌금에 처할 수 있게 하였다(제91조 제1호). 또 노조법 제63조는 관계당사자는 긴급조정의 결정

42) 김선수, 283쪽.

이 공표된 때에는 즉시 쟁의행위를 중지하여야 하며 공표일부 30일이 경과하지 아니하면 쟁의행위를 재개할 수 없도록 하고 이를 위반하였을 경우 2년 이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처할 수 있도록 하였다(제90조).

이러한 쟁의행위에 대한 시기적 제한도 조정제도를 둔 취지와 같은 것으로 평가되고 있다.⁴³⁾ 이에 따라 위 절차위반이 있더라도 쟁의행위가 곧바로 정당성을 상실하지는 않는 것으로 보고 있다.⁴⁴⁾ 그런데 대법원 판례는 구 노동쟁의조정법상 강제중재제도의 합헌성을 인정하면서 이를 위반한 쟁의행위의 정당성을 부정하고 업무방해죄 등을 인정한 바 있다.⁴⁵⁾ 그러나 강제중재제도는 때에 따라서는 필수공익사업의 근로자들의 단체행동권을 본질적인 내용을 침해할 가능성이 매우 농후한 제도이다. 이에 대해서는 현재 위헌법률심판제청이 되어 있다.⁴⁶⁾ 긴급조정결정의 경우에도 강제중재가 가능하기 때문에(제79조) 이 또한 위헌의 소지가 높다고 하겠다. 강제중재제도를 폐지하고 긴급조정의 경우에도 강제중재부분을 삭제함이 옳다. 그에 따라 형사처벌규정 중 적어도 강제중재와 관련이 있는 처벌규정도 삭제하여야 한다.

V. 노조법상 차별적 형사처벌규정의 부당성

쟁의행위와 관련하여 노조법상 처벌규정 중 근로자에 대한 처벌규정은 장기 징역1년부터 5년까지의 자유형이 가능하도록 되어 있는 반면 사용자를 처벌하는 규정은 징역1년 정도로 규정되어 있다(제43조, 제46조). 그 내용을 살펴보면, 근로자와 사용자를 부당하게 차별하여 취급하고 있음이 더 확실하게 나타난다. 주요방위산업체 근로자들의 파업의 경우 장기5년의 자유형을 가할 수 있도록 하여 대단히 무거운 처벌조항을 규정하고 있는 반면(제88조, 제41조 제2항), 근로자들의 단체행동권을 완전히 무력화시킬 수 있는 대체근로 투입의 경우 장기 징역1년으로 규정하고(제91조 제1호, 제43조) 쟁의행위의 실효성에 커다란 타격을 가할 수 있는 부당한 직장폐쇄의 경우도 장기 징역1년으로 규정하고 있다. 이러한 차별적 입법은 입법자의 쟁의행위에 대한 태도를 반영하는 것이다. 노조법 상에 형사처벌 규정을 두고 있는 것 자체가 문제가 되고 있는 마당에 그 처벌 수준까지도 이처럼 노사간의 균형을 상실하고 있다. 노조법상 형사처벌 조항의 전면적이니 재검토가 필요하다.

43) 김유성, 244면.

44) 김유성, 244쪽, 김형배, 683쪽.

45) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357 판결. 위 판결은 강제중재회부결정이 행하여진 이후 냉각기간을 준수하지 아니한 점이 한 논점이 되었다.

46) 서울행정법원 2001. 11. 16. 2001구23542결정.

IV. 결론

노사문제는 원칙적으로 당사자들의 대등한 관계 속에서 자치적으로 해결되어야 한다. 국가는 노사관계의 대등성을 유지하기 위해 조력을 해야 할 뿐 함부로 간섭하여서는 아니 된다. 그럼에도 불구하고 현행 노조법은 곳곳에 형사처벌규정을 두어 쟁의행위에 관하여 국가가 일일이 간섭할 수 있도록 하고 있다. 휴전선 부근 지뢰밭처럼 노조법 여기 저기에 널려있는 형사처벌규정은 노사관계를 왜곡시켜 노정간 대립만 격화시킬 뿐이다. 노조법상 형사처벌의 많은 부분은 과태료화하여야 하며 위헌적인 규정들은 과감하게 삭제하여야 한다. 대법원 판결의 보수적인 태도도 이제 그만 지양하여야 한다. 형식적이고 기교적인 법적용을 통해 쟁의행위를 부당한 것으로 만드는 대법원의 판례로 말미암아 얼마나 많은 근로자들이 피해를 보고 있는지 다시 한번 심사숙고하기 바란다. 쟁의행위를 불온시하는 이 후진적인 정신적 유산을 하루속히 청산하기를 기대한다.

파업에 대한 업무방해죄 적용의 헌법재판소 합헌 결정의 문제점 - [판례평석]

김 성 진
(변호사, 금속산업연맹)

* 대상 판결

- 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바23 결정
- 당해 사건 : 서울지방법원 남부지원 96고단3082 업무방해

1. 사건의 개요

문화방송 노동조합의 간부인 최◇◇의 수인은 방송문화진흥회이사회에서 사장 강◇◇의 연임을 결정하자, 방송사의 불공정 보도행위와 회사경영악화의 책임이 위 강사장에게 있음을 주장하고, 노동조합 비상대책위원회에서 사장의 연임을 지지하기로 의결하였다. 이에 따라 1996. 3. 13. 조합원 비상총회를 개최하여 다음날부터 무기한 파업에 돌입하기로 결정하고, 같은 해 3. 14.부터 같은 해 4. 5. 까지 사이에 모두 19차례에 걸쳐 방송제작 등의 업무를 거부하거나 집회를 하는 등 파업을 하였다. 그 결과 검찰은 노조원들 사이에 같은 기간 동안 함께 모의하여 노무제공을 거부하는 등 위력으로써 위 회사의 방송제작업무를 방해하였다는 이유로 피고인들을 기소하였다.

서울지방법원 남부지원은 검사의 공소사실을 거의 그대로 인정하여 피고인들에게 각 징역 8월에 집행유예 2년, 징역 6월에 집행유예 1년을 선고¹⁾하였고, 항소심에서는 벌금 100만원이 선고²⁾되었고, 상고심에서는 본 건 헌법재판소의 결정이 난 후 상고를 기각³⁾하였다. 피고인들은 재판이 진행되던 도중 위력업무방해죄에 관한 구형법 제314조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자, 그 후 헌법소원심판을 청구하였다. 헌법소원심판의 대상은 구형법 제314조 가운데 '또는 위력'부분이 헌법에 위반되는지 여부에 관한 문제였다.

1) 서울지법 남부지원 1997. 2. 20. 선고 96고단3082판결
2) 서울지법 제5형사부 1997. 10. 29. 선고 97노2082판결
3) 대법원 1999. 3. 26. 선고 97도3139판결

II. 헌법재판소 결정의 요지

헌법재판소는 아래와 같은 근거로 구형법 제314조의 “또는 위력”부분이 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다.

1. 쟁의행위 면책의 근거와 한계

가. 헌법이 노동3권을 보장하는 취지는 원칙적으로 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하는 시장경제의 원리를 경제의 기본질서로 채택하면서 노동관계 당사자가 상반된 이해관계로 말미암아 계급적 대립, 적대의 관계로 나아가지 않고 활동과정에서 서로 기능을 나누어 가진 대등한 교섭주체의 관계로 발전하게 하여 그들로 하여금 때로는 대립항쟁하고 때로는 교섭타협의 조종과정을 거쳐 분쟁을 평화적으로 해결하게 함으로써 결국에 있어서 근로자의 이익과 지위의 향상을 도모하는 사회복지국가 건설의 과제를 달성하고자 함에 있다(헌재 1993. 3. 11. 선고 92헌바33).

나. 쟁의행위는 업무의 저해라는 속성상 그 자체 시민형법상의 여러 가지 범죄의 구성요건에 해당될 수 있음에도 불구하고 그것이 정당성을 가지는 경우에는 형사책임이 면제되며, 민사상 손해배상 책임도 발생하지 않는다. 이는 헌법 제33조에 당연히 포함된 내용이라 할 것이며, 현행 노동조합및노동관계조정법(이하 ‘노조법’이라 함)에서는 이를 명문으로 확인하고 있다.

다. 그러나 모든 쟁의행위가 면책되는 것은 아니며, 헌법에서 단체행동권을 보장한 취지에 적합한 쟁의행위만이 면책된다는 내재적인 한계가 있다. 이것이 바로 쟁의행위의 정당성의 문제이다. 헌법재판소도 “노동관계 당사자가 쟁의행위를 함에 있어서는 그 목적, 방법 및 절차상의 한계를 존중하지 않으면 아니 되며 그 한계를 벗어나지 아니한 범위 안에서 관계자들의 민사상 및 형사상 책임이 면제되는 것이다”(헌재 1990. 1. 15. 선고 89헌가103)라고 판시하여 쟁의행위에 내재적 한계가 있음을 밝혔으며, 노조법에서도 이에 대한 확인규정을 두고 있다.

2. 집단적 노무제공의 거부와 업무방해

가. 쟁의행위로서 정당성이 인정되지 않는 집단적 노무제공의 거부행위의 경우 민사책임을 물을 수 있다는 점은 당연하나, 나아가 형사책임까지 지울 수 있는지 의문이 있

을 수 있다. 물론 단순한 노무제공을 거부함에 그치지 아니하고 폭행, 협박 등 별도의 위법행위가 수반된 때에는 해당 범죄의 구성요건이 충족되는 한도에서 형사책임을 면할 수 없음은 명백하다. 그리고 위력이란 사람의 자유의사를 제압 혼란케 할 일체의 세력으로서, 유형적이든 무형적이든 묻지 아니하고 폭행, 협박은 물론 그에 이르지 못하는 사회적, 경제적, 정치적 지위와 권세에 의한 압박 등을 포함한다고 해석하는 한, 폭행, 협박에 이르지 않는 실력행사, 예를 들어 정당한 쟁의행위의 한계를 벗어난 피케팅이나 직장점거와 같은 경우도 위력업무방해죄로 처벌하는 데에 지장이 없다 할 것이다.

그러나 그러한 위법한 실력행사를 수반하지 않는 순수한 집단적 노무제공의 거부행위를 형사처벌 할 수 있느냐 하는 점은 쟁의행위가 본질적, 필연적으로 위력에 의한 업무방해라는 요소를 포함하고 있기 때문에 위력업무방해죄와의 관계에서 어려운 문제를 내포하고 있다. 즉, 쟁의행위는 그 개념상 집단적 행동이며, 노사간의 평화상태를 깨뜨리고 가장 날카로운 갈등의 충돌상황에서 발휘되는 것으로서 특히 동맹파업은 집단적으로 노무제공을 중단함으로써 사용자에게 압력을 가하여 소기의 목적을 관철하고자 하는 근로자의 실력행사이다. 따라서 쟁의행위는 집단적 행동이라는 면에서 위력의 개념요소인 ‘위세와 인원수’ 요건을 이미 충족하고 있으며, 압력을 가하는 실력행사라는 점에서 자유의사를 제압하는 성질을 띤다. 이처럼 쟁의행위는 대부분의 경우 위력을 내포하고 있으므로 외형상 위력업무방해죄의 구성요건을 충족하고 있는 것으로 보인다.

나. 대법원은, 쟁의행위는 근로자들이 단결하여 사용자에게 압박을 가하는 것이므로 본질적으로 위력에 의한 업무방해의 요소를 포함하고 있다는 전제 아래 집단적 노무제공의 거부행위를 위력업무방해죄로 처벌하여 왔다(대법원 1991.1.29. 선고, 90도2852 판결 등). 즉 파업 등의 쟁의행위는 본질적, 필연적으로 위력에 의한 업무방해의 요소를 포함하고 있으므로 정당성이 인정되어 위법성이 조각되는 등의 특단의 사정이 없는 한 위력업무방해죄로 처벌할 수 있다는 것이다. 다시 말하자면 정당하지 않은 쟁의행위는 폭행, 협박 또는 다른 근로자들에 대한 실력행사 등을 수반하지 아니하여도 그 자체만으로 위력에 해당하여 형사처벌 할 수 있다는 것이며, 여기서 정당성의 한계를 지켰는가 하는 문제는 바로 형법 제20조의 정당행위가 되느냐의 문제로 귀착된다는 것이다. 이러한 대법원 판례는 헌법이 보장하는 근로3권의 내재적 한계를 넘어선 행위(헌법의 보호영역 밖에 있는 행위)를 규제하는 것일 뿐 정당한 권리행사까지 처벌하는 것이 아님을 분명히 하고 있다.

다. 또한, 집단적 노무제공의 거부를 부작위범으로 처벌하는 것도 아니다. 대법원 판례는, 사용자의 자유의사를 제압하기에 족한 다수의 근로자가 상호 의사 연락 하에 집단적으로 노무제공을 거부하는 것을 작위의 일종인 위력으로 파악하여 이것이 별도의

독자적인 구성요건에 해당한다고 보는 것이고, 이는 다수 근로자의 상호 의사 연락 하에 이루어진 노무제공의 거부는 근로자 개개인의 그것과는 본질적으로 그 성격을 달리 한다는 점을 전제로 하는 것이다. 근로자 개개인의 행동과 근로자 다수가 공동으로 세력을 형성하여 하는 행위는 그 세력의 정도나 위험성의 면에서 서로 같다고 할 수는 없기 때문이다.

라. 집단적 노무제공의 거부로 인하여 방해된 업무가 있느냐 하는 점에 관하여 의문이 들 수 있다. 그러나 이는 근본적으로 사실인정의 문제이다. 생산, 판매, 관리 등의 사용자의 업무는 생산수단과 근로자의 노동력의 결합에 의하여 수행되는 것으로서 근로자의 노동력 제공은 그 업무의 한 요소일 뿐 업무의 전부다 아니다. 따라서 노동력의 제공을 중단함과 동시에 방해받는 사용자의 업무는 존재하지 않으므로 집단적 노무제공의 거부를 업무방해죄로 처벌할 수 없다는 주장은 결국 노동력의 제공을 업무의 전부로 보는 것으로서 노동력 제공을 단지 업무의 하나의 요소로 파악하는 한 수긍할 수 없다.

마. 한편 정당성을 결여한 쟁의행위에 대하여는 민사책임의 추궁만으로 충분하다는 주장은 실정법과 노동현실을 도외시한 탁상공론에 불과하다. 위법한 쟁의행위를 주도한 노동조합이나 조합원이 그로 인하여 사용자가 입은 손해를 배상할 만한 충분한 자력을 가지고 있지 않은 예를 많이 보아 왔다. 오히려 사용자가 노동조합이나 조합원을 상대로 위법한 쟁의행위로 인한 손해배상을 청구하는 민사소송을 제기한 경우 근로자들이 그 소송의 취하를 요구하며 새로운 쟁의행위를 하는 예도 적지 않다. 위법한 쟁의행위에 대하여 민사책임만 물으면 충분하다는 주장은 현실적으로 아무런 책임을 추궁할 수 없다는 주장에 다름이 아니라고 말할 수도 있는 것이다.

바. 대법원 판례는 헌법이 보장하는 근로3권의 내재적 한계를 넘어선 행위를 규제하는 것일 뿐 정당한 권리행사를 처벌함으로써 강제노동을 강요하는 것은 아니라고 판단되므로, 대법원의 해석방법이 헌법상의 강제노역금지원칙에 위반되고 근로3권, 평등권 등을 침해한다는 청구인들의 주장은 이유 없다.

한편, 헌법재판소는 방론으로 “연장근로의 거부, 정시출근, 집단적 휴가의 경우와 같이 일면 근로자들의 권리행사로서의 성격을 갖는 쟁의행위에 관하여도 정당성이 인정되지 않는다고 하여 바로 형사처벌 할 수 있다는 대법원 판례(대법원 1991.11.8. 선고, 91도326 ; 1996.2.27. 선고, 95도2970 ; 1996.5.10. 선고, 96도419 판결 등)의 태도는 지나치게 형사처벌의 범위를 확대하여 근로자들의 단체행동권의 행사를 사실상 위축시키는 결과를 초래하여 헌법이 단체행동권을 보장하는 취지에 부합하지 않고 근로자들로 하

여금 형사처벌의 위협 하에 노동에 임하게 하는 측면이 있음을 지적하여 두고자 한다.

왜냐하면 쟁의행위의 정당성의 판단기준이 반드시 명백한 것이 아닌데다가 특히 쟁의행위의 당사자로서 법률의 문외한이라 할 수 있는 근로자의 입장에서 보면 그 정당성을 판단하기가 더욱 어려울 것인데, 연장근로의 거부 등과 같은 경우에도 위법성이 조각되지 않는다 하여 업무방해죄의 성립을 긍정한다면 이는 결국 근로자로 하여금 혹은 있을지 모를 형사처벌을 감수하고라도 쟁의행위에 나아가도록 하는 것을 주저하게 만들 것이고 따라서 단체행동권의 행사는 사실상 제약을 받게 될 것이기 때문이다.”라고 하여 일면 권리행사로서의 성격을 갖는 쟁의행위에 대해서도 위력업무방해죄로 처벌하는 것은 헌법상의 노동3권을 침해하여 적용상 위헌의 문제가 있을 수도 있다고 한다.

3. 죄형법정주의 위반 여부

이 사건 심판대상 규정이 사용하는 ‘위력’ ‘업무’ ‘방해’ 등의 용어들이 다소 광범위한 해석의 여지를 두고 있는 것은 사실이나 이 사건 심판대상 규정의 보호법익, 같이 규정된 다른 행위태양인 ‘허위사실의 유포’나 ‘위계’ 그리고 이 사건 심판대상 규정과 함께 같은 장에 규정되어 있는 신용훼손죄나 경매방해죄의 해석, 그 외 형사법상의 폭력, 폭행, 협박 등의 개념과 관련지어 볼 때 일반적으로 ‘위력’이라 함은 사람의 의사의 자유를 제압, 혼란케 할 만한 일체의 세력을 뜻하고, ‘업무’란 사람이 그 사회적 지위에 있어서 계속적으로 종사하는 사무 또는 사업을 뜻하며, ‘방해’란 업무에 어떤 지장을 주거나 지장을 줄 위험을 발생하게 하는 것을 뜻하는 것으로 해석할 수 있고, 이러한 해석은 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 일반인으로서도 능히 인식할 수 있는 것으로서 어떠한 행위가 이에 해당하는지 의심을 가질 정도로 불명확한 개념이라고는 볼 수 없다. 따라서 이 사건 심판대상 규정이 죄형법정주의의 한 내용인 형벌법규의 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

4. 과잉금지원칙 위반 여부

어떤 행위를 범죄로 규정하고, 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 죄질과 이에 대한 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃게 되고 이로 인하여 다른 범죄자와의 관계에 있어서 헌법상 평등의 원리에 반하게 된다면, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법 제37조 제2항으로부터 파생되는 비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙

에 반하는 것으로 평가되는 등 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한, 법정형의 높고 낮음은 입법정책의 당부의 문제이지 헌법위반의 문제는 아니다. 법정형 상한의 단순한 평면비교만으로는 그 과중 여부를 단정할 수 없다.

5. 국제법규와의 관계

강제노동의 폐지에 관한 국제노동기구(ILO)의 제105호 조약은 우리나라가 비준한 바가 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만한 근거도 없으므로 이 사건 심판대상 규정의 위헌성 심사의 척도가 될 수 없다. 시민적및정치적권리에관한국제규약(1990.6.13. 조약 1007호, 이른바 B규약) 제8조 제3항은 우리 헌법 제12조 제1항 후문과 같은 취지라고 할 수 있어 위력업무방해죄 규정이나 법원의 해석이 위헌이 아닌 한 문제되지 않는다.

III. 평 석

1. 사안의 쟁점

현재까지도 우리나라 노동자들의 노동조합 활동에 대해서 노동자들을 형사처벌 할 경우 가장 많이 적용하는 형법상 구성요건이 위력에 의한 업무방해죄(형법 제314조)이다. 업무방해죄가 일제시대 때 노동운동을 탄압하기 위해 규정된 목적에 걸맞게 운용되고 있는 것 같아 씁쓸하다. 하지만 이 구성요건은 유일하게 우리나라에서만 활개치면서 노동운동을 탄압하는 도구로 남아있는 바 오래 전에 없어져야 할 규정이다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 이 사건 결정에서 그 동안의 대법원의 업무방해죄 적용의 태도에 대해서 합헌이라고 결정함으로써 시대착오적인 태도를 보였다. 이에 대해서는 많은 학자들이 평석을 통해서 비판을 가한 바 있다. 필자는 결정이 난 후 어느 정도 시간이 지난 시점에서 헌법재판소 결정에 대한 비판의 논리를 재정리하고 현재의 구체적인 노동관계 현실을 근거로 들으로써 헌법재판소 결정의 모순을 지적하겠다.

헌법은 제33조 제1항에서 노동3권을 보장하여 노동권을 헌법상의 기본권으로 하고 있는데, 이 중에서 가장 중요한 것이 단체행동권의 행사이다. 쟁의행위의 본질은 노무제공의 거부를 통한 사용자에 대한 실력행사이다. 그런데 검찰과 대법원은 노동자들의 단순한 노무제공의 거부에 대해서 까지 '위력에 의한 업무방해죄'를 적용하고 있어 많은 비판이 가해지고 있다. 이는 헌법상 강제노역의 금지와 노동권의 침해, 과잉금지의 원칙, 죄형법정주의에 반하고 쟁의행위의 본질상 형법상의 업무방해죄의 구성요건해당

성도 없다는 점이 그것이다. 신청인들은 이와 같은 이유로 헌법소원 신청을 하였고, 헌법재판소는 이에 대해 합헌이라고 결정하였지만, 아래의 비판의 논거와 계속 변화되고 있는 노동관계현실을 볼 때 다시 동일한 사건이 문제될 경우도 이 사건과 같은 결정을 내릴 것인지 자못 궁금하다.

2. 업무방해죄 적용에 대한 대법원의 입장

대법원 판례는 종래 파업 등 쟁의행위는 본질적·필연적으로 위력에 의한 업무방해의 요소를 포함하고 있어 폭행·협박 또는 다른 근로자들에 대한 실력행사 등을 수반하지 아니하여도 그 자체만으로 위력에 해당하므로, 정당성이 인정되어 위법성이 조각되지 않는 한 업무방해죄로 형사처벌 할 수 있다(대법원 1991. 1. 29. 선고 90도2852 판결 등)고 판시하고 있다. 즉 대법원은 쟁의행위에 대해서 업무방해죄를 적용할 때, 쟁의행위의 정당성 유무를 따져 정당한 쟁의행위인 경우에는 업무방해죄의 구성요건은 있으나 위법성이 조각되며, 정당한 쟁의행위가 아닌 경우에는 업무방해죄를 인정하고 있는 태도를 보이고 있다.

한편, 쟁의행위의 정당성의 기준에 관해서는 "형사상 책임이 면제되는 정당성의 요건은 첫째, 주체가 단체협약체결능력이 있는 노동조합에 의해서 행해진 것이어야 하며, 둘째, 쟁의행위가 단체교섭과 관련하여 근로조건의 유지, 개선 등을 목적으로 하는 것이어서 그 목적이 정당하여야 하고, 셋째, 쟁의행위의 시기와 절차가 법령의 규정에 따른 것으로서 정당하여야 하며, 넷째, 쟁의행위의 방법과 태도가 폭력 또는 파괴 행위를 수반하거나 기타 고도의 반사회성을 띤 행위가 아닌 정당한 범위 내의 것이어야 한다."(대법원 1996. 2. 27. 선고 95도2970 판결 등)고 하여 주체·목적·절차·수단 등으로 나누어 일정한 요건을 제시하고 있다. 그러나 대부분의 문제되는 형사사건에서의 구체적 판단과정을 보면 검사가 작성한 공소사실에 대해서 세세한 검토 없이 대부분 그대로 사실인정을 하는 경향이 있으며, 피고인이나 변호인이 쟁의행위의 정당성에 관한 주장을 하더라도 이에 대한 이유 설시 없이 적용법조와 형량을 결정하는 경우가 많다. 또한 어떤 경우에는 업무방해죄의 구성요건에 해당하면 정당성이 없다고 하는 경우도 있다(대법원 1990. 7. 10. 선고 90도755).

3. 업무방해죄 적용의 위헌성

가. 단결권 등의 헌법적 보장과 한계

(1) 헌법 제33조 제1항은 「근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다」고 하여 노동자들에게 헌법상의 기본권으로

서 단결권 등을 보장하고 있다. 이렇듯 헌법이 노동자들에게 단결권 등을 보장하고 있는 취지는 이 사건 헌법재판소 결정에서도 적시한 바와 같이 원칙적으로 시장경제의 원리 하에서 노동관계 당사자가 상반된 이해관계의 조정과정에서 대등한 교섭주체의 지위에서 분쟁을 평화적으로 해결하게 함으로써 결국에 있어서 근로자의 이익과 지위의 향상을 도모하는 사회복지국가 건설의 과제를 달성하고자 함에 있다⁴⁾.

또한, 단결권 등의 실질적인 보장을 위하여 노조법 제3조는 「사용자는 이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위로 인하여 손해를 입은 경우에는 노동조합 또는 근로자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다」고 규정하고, 같은 법 제4조에서는 「형법 제20조의 규정은 노동조합이 단체교섭·쟁의행위 기타의 행위로서 제1조의 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용된다」고 규정하여 쟁의행위에 대한 민·형사상 면책 규정을 두고 있다.

한편, 헌법상의 노동기본권 보장의 취지는 노조법에 의해 조직된 노동조합 이외의 노동자들의 단결체의 기본권도 보장하는 취지로 이해되어야 하므로 이들 단체의 단체행동에 대해서도 민·형사 면책의 효과를 부여하여야 할 것이다.⁵⁾

(2) 단결권 등이 헌법상의 기본권이라고 하더라도 절대적인 것은 아니며 일정한 제한이 있다. 우리 헌법에서는 제37조 제2항에서 「국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다」고 하여 일반적인 법률유보 규정을 통하여 그 제한 가능성을 열어두고 있다. 헌법재판소도 이 사건 결정에서 쟁의행위에 대해서 '위력에 의한 업무방해죄'로 처벌하는 것에 대해 헌법이 보장하는 단결권 등의 내재적 한계를 넘어선 행위를 규제하는 것이라고 하여 노동3권에 헌법 내재적 한계가 있다고 한다. 이와 같이 헌법상의 기본권에 대한 제한이 가능하다고 하더라도 기본권의 본질적 내용을 침해할 수는 없으며, 과잉금지원칙에 반하지 않아야 한다. 헌법재판소는 과잉금지의 원칙과 관련하여 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소화, 법익의 균형성을 요소로 들고 있다.

나. 쟁의행위에 대한 '위력에 의한 업무방해죄' 적용의 문제점

(1) 노조법은 「쟁의행위란 파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주

4) 헌재 1993. 3. 11. 선고 92헌바33결정

5) 노조법 제7조 제2항은 노동자단체가 노조법노조가 아니라 헌법상 단결체인 경우에, 비록 이 단체가 쟁의조정 및 부당노동행위 구제를 신청할 수 없다고 하여 노조법 제81조 제1호·제2호·제5호 부당노동행위규정에 의한 노동자의 보호를 부인하는 취지로 해석되어서는 안된다고 규정하고 있다.

장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 말한다」고 규정하고 있다(노조법 제2조 제6호). 쟁의행위 중에 대표적인 파업은 근로자가 '집단적'으로 노무제공을 정지함으로써 사용자에게 압력을 가하는 실행행위이다. 한편 이 사건에서 문제가 된 구형법 제314조의 위력에 의한 업무방해죄는 '위력으로써 사람의 업무를 방해'하는 경우에 성립하는 범죄이다.

이와 같이 파업은 본질적으로 노동자들이 집단적으로 노무제공 거부라는 압력을 가해 사용자의 업무를 저해, 방해하는 것이고, 파업에 대한 업무방해죄의 적용은 노동자들의 노무제공 거부에 대한 처벌인 것이다. 헌법이 노동자들에게 집단적으로 노무제공을 거부할 권리를 부여하였으면서 그에 대하여 직접적으로 형법상 처벌할 수 있다는 것은 전체 법체계상 대단히 모순된 것이다. 그런데 아래에서와 같이 자세히 검토해보면 형법상의 범죄체계론과도 맞지 않는다.

(2) 쟁의행위의 유형에 따른 검토

대법원은 어떠한 형태의 파업이든 업무방해죄가 성립한다고 하지는 않고 있다. 대법원은 통상적으로 쟁의행위의 정당성 유무에 따라 정당성이 인정되면 위법성이 조각되어 업무방해죄가 성립하지 않고, 정당성이 부정되면 업무방해죄가 성립한다고 한다. 즉 노동법상 위법하면 형법상 위법하다는 것이다. 그러나 노동법상 혹은 민법상 위법하다고 해서 곧바로 형법상 위법한 것은 아니다. 형법은 모든 규범 중에서 가장 강력한 제재수단으로서 노동법이나 민법상의 경우보다 더 엄격히 위법성 판단을 거친 이후에 최후수단으로 발동을 하여야 하는 규범이다. 따라서 쟁의행위가 노동법상 정당성이 부정되는 경우라도 재차 헌법 및 노동법 규범과 형법규범을 종합한 전체법질서 차원에서 형법상 위법한 것인지 구체적·개별적으로 검토해 보아야 한다. 보다 엄격히 형법규정을 적용하기 위해서는 쟁의행위의 여러 가지 유형에 따른 상세한 판단이 필요하다.

첫째, 쟁의행위시에 노조법상의 관련 쟁의행위절차를 거친 절차적, 실체적 정당성이 있는 쟁의행위이다. 대법원의 논리대로 하면 이 경우도 업무방해죄의 구성요건에 해당한다고 할 수 있지만, 어차피 처벌하지 않으므로 문제되지 않는다.

둘째, 노동자들이 쟁의행위를 하면서 집단적인 노무제공 거부 외에 폭행, 협박, 기물파괴 등 형법 각론의 범죄유형에 포섭될 수 있는 실행행사를 한 경우이다. 이 경우는 형법 각론의 범죄구성요건에 포섭되는 것은 당연하고 처벌가능하나 그 경우에도 형법상 위법성 조각 및 책임조각사유를 판단함에 있어서 노동 기본권 보장의 헌법상 취지와 파업 자체가 집단적인 세력의 충돌임을 전제로 하고 있으므로 파업과정에 있어서의 구체적 정황 등을 참작하여야 할 것이다. 또한 각 행위가 범죄로 성립된다고 할 경우에는 각각의 행위자만이 자기의 행위에 따라 처벌을 받는 것이지 필연적으로 파업참가자

모두 특히 파업지도부에 업무방해죄가 적용되는 것은 아니다.

셋째, 판례가 요구하는 쟁의행위의 정당성 요건 중 노조법 상의 절차규정 혹은 주체나 목적의 요건이 충족되지 않아 쟁의행위의 정당성이 인정되지 않으나, 적극적인 실력 행사에 나아가지 아니하고 단순히 노무제공을 거부한 경우이다. 이 경우는 대상판결의 경우인데, 대법원과 헌법재판소는 이에 대해 업무방해죄로 처벌하고 있다. 그러나 이는 단순히 '일하지 않는 것'에 대한 처벌이라는 점에서 개념논리상의 모순과 형법상 구성요건 적용의 문제에서 있어서 부당하다.

넷째, 위 셋째 유형처럼 쟁의행위의 정당성이 인정되지 않으면서 노무제공의 거부와 함께 어느 정도의 실력행사를 하였으나, 그 정도가 구호나 노동가요 제창, 연좌농성, 평화적인 피케팅, 부분적·병존적 직장점거 등 쟁의행위로서 허용되는 수단인 경우이다. 이 경우는 적극적인 작위의 요소가 있어 업무방해의 구성요건을 충족시킬 수는 있으나, 헌법상 단체행동권 보장의 취지와 노조법 제4조의 노동조합이 단체교섭 또는 쟁의행위 기타의 행위로서 제1조의 목적을 달성하기 위하여 한 '정당한 행위'에 해당되어 위법성이 조각된다고 할 것이다.⁶⁾

한편, 헌법재판소는 연장근로의 거부, 정시출근, 집단적 휴가의 경우와 같이 권리행사로서의 성격이 있는 쟁의행위에 관하여 정당성이 인정되지 않는다고 하여 바로 형사처벌 하는 것은 지나치게 형사처벌의 범위를 확대하여 노동자들의 단체행동권의 행사를 사실상 위축시키는 결과를 초래하여 헌법이 단체행동권을 보장하는 취지에 부합하지 않고 노동자들로 하여금 형사처벌의 위협 하에 노동에 임하게 하는 측면이 있다고 한다. 대법원의 태도에 비해 전향적이기는 하지만, 쟁의행위 자체도 헌법상의 기본권 행사이고, 다른 유형의 쟁의행위의 경우에도 과도한 형벌제재의 위협 때문에 단체행동권의 행사가 위축되는 것은 마찬가지인데 이 경우와 달리 불 합리적인 이유는 없다고 할 것이다.

(3) 단순한 노무제공거부의 업무방해죄 구성요건 불해당성

(가) 대법원과 헌법재판소에 따르면 "쟁의행위는 그 개념상 집단적 행동이며... 집단적 행동이라는 면에서 위력의 개념요소인 '위세와 인원수' 요건을 이미 충족하고 있으며, 압력을 가하는 실력행사라는 점에서 자유의사를 제압하는 성질을 띤다. 이처럼 쟁의행위는 대부분의 경우 위력을 내포하고 있으므로 외형상 위력업무방해죄의 구성요건을 충족하고 있는 것으로 보인다."고 한다.

그러나 이는 쟁의행위의 '집단성'에 집착하여 집단성을 '위력'의 필수적 요소로 보고

6) 한편, 박홍규 교수는 쟁의행위에 수반된 행위가 피케팅이나 직장점거 등 경미한 경우에는 아예 형법상 문제가 되지 않는다고 한다. 「노동법률」, 1999년 11월호, 29쪽 참조

있어 문제이다. 위력은 혼자서도 얼마든지 행사할 수 있는 것이다. 집단성은 위력을 행사하였는지의 여부를 파악하는 하나의 '판단요소'에 불과하다. 따라서 쟁의행위시 위력을 행사하였는지의 여부는 그 '집단성'의 관점에서가 아니라 '행위의 구체적 모습의 적극성'을 기준으로 판단하는 것이 옳다.⁷⁾ 예컨대, 파업시 파업 비참가자들에 대하여 파업에 참가하도록 적극적으로 설득하거나 회사의 출입을 저지하는 행위 말이다.

이처럼 '집단성'을 바로 범죄의 구성요건인 '위력'에 해당한다고 보는 논리는 전혀 논리적이지 않다. 예컨대, 헌법상 기본권 행사인 집회나 시위가 집단성을 갖는다고 하여 어떤 범죄의 구성요건에 해당한다고 볼 수 없는 것과 마찬가지로이다.

(나) 그런데 헌법재판소와 대법원은 노동자들이 위력을 행사하면서 어떠한 행위를 하였는지에 관하여 단순한 노무제공의 거부에 대해서도 부작위가 아니라고 한다. 즉, 헌법재판소는 "대법원 판례는, 사용자의 자유의사를 제압하기에 족한 다수의 근로자가 상호 의사연락 하에 집단적으로 노무제공을 거부하는 것을 작위의 일종인 위력으로 파악하여 이것이 별도의 독자적인 구성요건에 해당한다고 보는 것이고, 이는 다수 근로자의 상호 의사연락 하에 이루어진 노무제공의 거부는 근로자 개개인의 그것과는 본질적으로 그 성격을 달리한다는 점을 전제로 하는 것이다"라고 한다. 다수의 노동자가 공동으로 세력을 형성하여 하는 행위는 그 세력의 정도나 위협성이 크기 때문에 다수 노동자가 상호간의 의사연락을 통하여 집단적으로 노무제공을 거부하는 것은 작위라는 것이다.

그러나 집단적인 노무제공 거부는 어떤 일을 하는 것이 아니라 단지 편히 쉬는 것, 어떤 일을 하지 않는 상태일 뿐이고 그것은 작위가 아니라 본질적으로 부작위이다. 그런데 판례는 집단적인 노무제공 거부 자체만을 가지고는 작위라고 하기가 곤란하였던지 '다수 노동자들의 상호간의 의사연락'을 통한 노무제공거부를 작위라고 한다. 그러나 상호간의 의사연락이라는 것은 어떤 행위 즉 작위 또는 부작위를 하기 위한 하나의 준비단계에 불과하다. 업무방해죄는 예비행위를 처벌하는 범죄도 아니다. 그리고 노무제공 거부는 본질적으로 부작위이다. 따라서 판례의 논리대로 설명을 한다고 하더라도 상호간의 의사연락을 통한 집단적인 노무제공의 거부는 어떤 준비행위를 통한 부작위일 뿐이다.

(다) 그런데 노동자들의 집단적인 노무제공의 거부는 형법상 부작위에도 해당되지 않는다. 즉 쟁의행위가 업무방해죄의 구성요건에 해당된다고 보면 일을 하지 않은 부작위로써 업무방해죄를 성립시킨 이른바 부진정부작위범이 성립한다는 것이다. 그런데 부진정부작위범이 성립되기 위해서는 부작위가 작위와 같이 평가될 것이 요구된다(부작위의 동가치성).

7) 김형배 판례평석, 「노동법률」 1998년 9월호, 17쪽 참조

부진정부작위범은 보증인지위에 있는 자 즉 작위의무를 갖는 자만이 그 주체가 될 수 있다. 혹은 근로계약에 기한 근로의무를 작위의무라고 주장할 수 있을지 모르나 근로의무는 부작위범에서 말하는 작위의무와는 차원이 다른 문제다. '일할 의무'가 있다고 하더라도 한편 누구나 '강제로 일하지 않을 권리'는 헌법상 보장되고 있기 때문이다. 예컨대, 간호사는 환자간호의무라는 계약에 의한 작위의무를 지고 있다. 이 때 만일 간호사가 환자를 간호하지 않음으로써 환자가 사망의 결과에 이르렀다면 간호사는 그 사망의 결과에 대하여 책임을 질 수는 있을 뿐 일하지 않은 것에 대해서는 처벌받지 않는다.

또한, 형법상의 작위의무는 간호사의 환자간호의무와 같이 법익보호의무이다. 그러나 파업의 경우 노동자는 사용자의 법익을 보호할 의무가 없다. 파업은 노동자와 사용자의 대립상황이며, 파업은 오히려 노동자 스스로를 보호하기 위한 행동이다. 이러한 점에서도 근로계약상의 일할 의무를 작위의무라고 평가할 수는 없는 것이다⁸⁾.

다. 위력에 의한 업무방해죄 적용의 위헌성

(1) 단결권 등의 침해

(가) 대법원과 헌법재판소의 입장은 파업 등 쟁의행위는 집단적 노무제공의 거부라는 '집단성' 때문에 그 자체가 '위력'에 해당하여 비록 노무제공에 그치고 실행행사에 나아가지 않더라도 위력에 의한 업무방해죄의 구성요건에 해당하고 예외적으로 쟁의행위의 정당성이 인정되는 경우에는 위법성이 조각되어 업무방해죄가 성립되지 않는다는 것이다. 그러나 대부분의 쟁의행위인 '단순한 노무제공의 거부'는 헌법상 단체행동권은 물론 노동법상의 쟁의행위의 본질적인 요소로서 당연히 업무방해죄의 구성요건에도 해당되지 않는다고 하여야 한다. 노동자 개인이 노무제공을 거부하면 민사상 채무불이행 책임을 지는 데 반하여 단지 다수의 노동자가 그와 같이 하였다하여 형사상 범죄에 해당한다고 하는 것은 단결권 등의 침해이며 헌법 제12조 제1항의 강제노역 금지에 위반된다.

(나) 헌법재판소는 "정당성을 결여한 쟁의행위에 대하여는 민사책임의 추궁만으로 충분하다는 주장은 실정법과 노동현실을 도외시한 탁상공론에 불과하므로 형사책임까지 부담시켜야 한다"고 하나, 이는 각 법규범이 가지는 기능을 무시하여 전체 법질서의 혼란을 초래하고 헌법이 노동권을 보장한 취지를 몰각하는 것이다.

노동쟁의는 근본적으로 임금 등 근로조건의 결정에 관한 분쟁을 해결하기 위한 사용

8) 김순태, 「파업에 대한 업무방해죄적용불가론 및 동조의 위헌성」, 민주법학 제12호, 1997년 상반기, 96쪽

자와 노동자들 사이의 민사상 분쟁이고, 파업은 그 과정에서 노동자들이 행사하는 수단이다. 따라서 쟁의행위의 행사방법이 폭행, 협박, 기물손괴 등 특히 형법상의 구성요건에 해당하지 않는 경우에 그칠 때에는 노조법상의 책임과 민사상의 책임을 묻는 것이 원칙이다. 민사분쟁에 있어서 단순히 어떤 목적이나 절차를 위반했다고 해서 처벌하는 형벌규정은 없기 때문이다. 따라서 노사의 교섭방법인 쟁의행위가 적법하지 않은 경우에는 민사책임을 묻는 것이 원칙이다. 대법원과 헌법재판소의 이러한 태도는 민사책임과 형사책임을 이원화를 외면하고 민사소송의 형사 소송화를 정당화하려는 태도이다.

헌법과 노동법이 예정하고 있는 노사관계의 질서는 시민법질서 하에서 사용자에게 종속되어 있는 노동자들에게 노동3권을 부여함으로써 사용자와 대등한 관계 속에서 노동조건의 결정이 사용자의 자본과 노동자들의 단결력 의 상호 대립·경쟁관계 속에서 결정될 수 있도록 조장해 주는 것이다. 국가는 이 과정에서 '중립적 위치를 지키고 당사자가 관련 법규정을 위반하는 경우에만 그에 타당한 규제를 하면 그만이다. 그런데 본질적으로 민사분쟁으로서 헌법이 조장하고 있는 노사관계 질서에 포함되는 쟁의행위에 형사처벌을 가하는 것을 정당화하는 대법원과 헌법재판소의 태도는 이러한 무기대등의 원칙을 파괴하고 힘의 균형추를 사용자에게 기울게 하는 데 문제가 있다.

노동자는 헌법과 노동법상 정당화되는 모든 수단을 가지고 사용자에 대한 압력을 행사할 수 있다. 그 과정에서 노조법상의 관련 절차규정을 지키지 않았거나 쟁의행위의 정당성이 인정되지 않은 경우 그에 따른 노조법상의 책임과 민사상의 손해배상 책임을 부담하면 그만이다. 그 과정에서 폭행 등 형법상 구성요건에 해당하는 행위를 하는 자가 있으면 그 행위자가 형법상의 책임을 지면 그만이다. 또한 노동자는 당연히 쟁의행위의 효과로서 쟁의행위 기간에 임금소득을 얻을 수 없는 부담이 따른다. 사용자는 자본을 가지고 효과적으로 노동자들을 압박할 수 있다. 단체교섭의 타결을 지연시키거나 직장폐쇄를 통해 노동자들에 대한 경제적 압력을 가하고, 노동자들이 정당성이 없는 쟁의행위를 하고 있다고 판단되는 경우 임금이나 조합원의 개인재산 및 노동조합 재산에 대한 가압류, 민사상의 손해배상 소송의 제기 등을 통해 압박할 수 있다. 그 과정에서 사용자는 위법한 직장폐쇄에 따른 책임, 부당노동행위에 따른 노조법상의 책임, 정당하지 않은 임금이 있는 금원의 미지급에 대한 근로기준법이나 민사상의 지연이자 부담의 책임 등을 진다.

그런데 노동법 상으로 정당화되는 수단을 통한 쟁의행위에 대해서 일반적 구성요건에 가까운 위력에 의한 업무방해죄를 적용함으로써 쟁의행위에 대한 일상적 처벌의 가능성을 열어 둔다면 너무나도 형평에 반한다. 앞서 사용자가 사용하는 대부분의 경제적 압력수단도 업무방해죄의 구성요건에 해당한다. 헌법재판소는 위력의 개념을 경제적

인 압박 등을 포함하여 넓게 보고 있기 때문에, 경제적인 압박을 통해 노동자들에게 과업에 동참하는 것을 꺼리게 하여 노동자들의 자유의사를 제압하고 있으며, 특히 노동조합 재산에 대한 가압류는 직접적으로 노동조합의 업무를 방해하는 것이다.⁹⁾ 그러나 사용자의 이러한 실력행사에 대해서는 한번도 위력에 의한 업무방해죄를 적용한 일이 없으니 어찌된 일인가.

(다) 헌법재판소는 또한 “위법한 쟁의행위를 주도한 노동조합이나 조합원이 그로 인하여 사용자가 입은 손해를 배상할 만한 충분한 자력을 가지고 있지 않은 예를 많이 보아 왔다. 오히려 사용자가 노동조합이나 조합원을 상대로 위법한 쟁의행위로 인한 손해배상을 청구하는 민사소송을 제기한 경우 근로자들이 그 소송의 취하를 요구하며 새로운 쟁의행위를 하는 예도 적지 않다.”고 한다.

노동자들의 자력이 충분하지 못하여 사용자에게 대한 손해배상을 충분히 해주지 못하니 사법부가 나서서 민사상 피해자인 사용자를 구제해주겠다는 것이다. 하지만 자력에 대한 인식은 노동자와 사용자 사이에는 상대적인 개념이다. 자본의 위력은 사용자와 노동자 사이에는 천지차이다. 사용자의 손해는 기업이윤의 일시적인 손실에 불과하지만 손해를 배상할 수 없을 정도로 자력이 없는 상태의 노동자들에게는 이미 극한 생존의 문제이다. 사용자의 손해인 이윤도 어차피 노동자들의 노동력 제공에 의해서 이루어지는 것인데, 그 손해(이윤)를 보전하지 못하니 인신을 처벌하겠다는 것은 너무나도 원시적이다.

사용자가 제기한 손해배상 소송의 취하를 요구하며 다시 새로운 쟁의행위를 한다는 점에 대해서는 그와 같은 경우는 과거 쟁의행위의 관행이 안정화되기 이전의 과도기적 현상에 불과하며, 설령 그와 같은 일이 생겨도 어차피 노동자들은 그 새로운 쟁의행위에 따른 경제적인 압박과 위법에 따른 책임을 피할 수 없기 때문에 이를 쟁의행위에 업무방해죄 적용을 용인하는 근거로 삼는 것은 부당하다.

(라) 노동3권은 헌법상의 기본권으로서 절대적인 권리는 아니기 때문에 헌법 제37조 제2항에 의해서 제한을 받고 있으며, 따라서 노동3권을 제한하려 한다면 이 규정

9) 2001년 당시 노동부가 김문수 의원에게 제출한 국정감사 자료에 따르면, 사용자의 노조에 대한 손해배상 청구액은 98년 43억6700만원, 99년 196억4900만원, 2000년 286억3700만원이었으며, 2001년은 8월까지 242억7800만원이었다. 이에 대한 법원의 인정액은 98년 6억2500만원, 99년 42억1600만원, 2000년 45억8700만원이었으며 2001년 8월까지 70억원이었다. 회사측의 손해배상 청구는 노조의 쟁의행위와 관련해 업무방해, 명예·신용훼손, 폭력행위 등을 통한 영업이익 손실 때문이었으며 대부분 조합원들의 임금 및 상여금, 노동조합비에 대해 가압류 신청, 체불임금과 퇴직금 등 임금채권 등에 대한 가압류가 주를 이뤘다. 이에서 알 수 있듯이 1999년 이후 사용자 측의 손해배상 청구는 급격히 늘고 있으며, 이는 사용자측이 민사소송을 통해 노조를 압박하고 있다는 증거이다. 2002. 4. 30.자 노동일보 참조.

에 따라야 할 것이다. 그런데, 쟁의행위의 수단 중에 폭행, 협박, 기물 손괴, 기타 노동법 상 허용되지 않는 실력행사 등을 수반하지 않는 쟁의행위의 경우 그것이 질서유지나 공공복리를 위협하는 불법적인 기본권 행사일까? 과거 군사독재정권에 의한 반공맹신의 사고주입에 따른 반이성적 사회분위기가 노동운동에 대한 일부 사회주의자들의 참여에 기겁하여 은연중에 쟁의행위를 사회질서를 어지럽히는 행위로 인식하게 된 것은 아닐까?

(2) 과잉금지의 원칙 위배

헌법재판소는 단순히 업무방해죄의 법정형이 높다는 이유로는 헌법상의 비례의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 반하지 않는다고 한다. 그러나 폭행이나 협박 등 형법상 구성요건에 포섭될 수 있는 행위가 수반되지 않는 쟁의행위에 대해서까지 형벌로써 제재를 가하는 것은 과잉금지의 원칙을 위배하는 것이다.

헌법재판소는 과잉금지의 원칙과 관련하여 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 요소로 들고 있다. 이와 관련 구체적인 검토를 해보면, 먼저, 쟁의행위의 집단성에 착안하여 위력에 의한 업무방해죄로 처벌하는 것은 쟁의행위를 사회질서를 해치는 것으로 보는 시각에 근거한 것으로 목적이 정당하지 못하다. 또한 쟁의행위는 본질적으로 민사상의 문제이기 때문에 우선적으로 노동법상, 민법상 책임이 문제되고 최후수단으로 형벌이 발동되어야 하나 노동법상 정당성 판단 후에 곧바로 형벌이 적용되기 때문에 수단이 적절하지 못하다. 그리고 쟁의행위에 대한 업무방해죄의 과도한 적용으로 인해 노동자들의 헌법상 기본권인 단체행동권의 보장에 중대한 타격을 받고 있으며, 이로 인해 사용자의 법익보호와 비교해서 공정하지 못하다.

IV. 결 론

헌법재판소와 대법원의 태도에 대한 주된 비판의 요점은, 첫째, 단순한 집단적 노무제공의 거부는 도저히 작위로 볼 수 없고, 부작위에 해당하지만 형법상 부작위범의 요건에도 해당하지 않기 때문에 ‘위력에 의한 업무방해죄’의 구성요건을 충족시키지 못한다는 것이다. 둘째, 헌법이 노동자들에게 파업권을 보장하고 있음에도 단지 ‘집단적’으로 노무제공을 거부하였다고 하여 형사처벌을 한다면 헌법 제12조 제1항에 반하는 강제노역을 시키는 것이다. 셋째, 본질적으로 민사상 분쟁인 쟁의행위에 대해서 노동법이나 민법상 책임을 물으면 될 것임에도 오직 노동자들에게만 형사책임을 지우는 것은 무기대동성의 원칙을 침해하는 것으로 이로 인해 노동자들의 단결권 등 헌법상 노동기본권이 침해되고 있다는 것이다. 넷째, 형사권이 발동되지 않을 곳에서 형사권을 발동

함으로서 과도하게 기본권을 침해하여 헌법상 기본권 침해의 제한원리인 과잉금지의 원칙에 반한다는 점이다.

헌법재판소의 결정 이후로 현재까지 노동운동 진영은 여전히 힘겨운 싸움을 벌이고 있다. 쟁의행위 시에는 항상 위력에 의한 업무방해죄 등 형사상 처벌의 위험성을 감수해야 하며, 동시에 사용자에 의한 가압류, 손해배상 소송 등 경제적인 압박에 시달려야 한다. 또한, 사용자 측의 경제적인 압력이 가중되고 있는 한편으로 일부 법원은 집행유예의 판결대신에 과중한 벌금형을 선고함으로써 노동자들에 대한 경제적인 압력에 일조하고 있는 흐름도 엿보이고 있다.

위력에 의한 업무방해죄는 노동운동에 대한 탄압을 위해서 만든 것으로 헌법에서 노동기본권을 보장하고 있는 나라에서 이와 같은 규정을 존속시키고 있다는 것은 수치다. 쟁의행위나 업무방해의 개념본질상, 형법상 구성요건상, 전체 법질서체계상, 이 죄의 적용현실 상 이미 존재근거는 사라졌으므로 하루빨리 없어져야 한다. 그 안에라도 이 규정의 적용을 배제하는 적극적인 해석을 해 줄 것을 헌법재판소와 대법원, 검찰에 요구한다.