



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

정치파업의 정당성

2018년 8월

서울대학교 대학원

법학과 사회법전공

김도훈

정치파업의 정당성

지도교수 이 철 수

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2018년 4월

서울대학교 대학원
법학과
김 도 훈

김도훈의 석사 학위논문을 인준함
2018년 6월

위 원 장 _____ (인)

_____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

정치파업의 정당성

서울대학교 대학원

법학과

김도훈

자본주의와 노동운동의 발생지인 서구의 경우 노동조합이 노동자들의 정치적 권리의 쟁취를 목적으로 하여 설립·발전하여 왔다고 할 수 있다. 산업혁명과 근대 자본주의가 가장 빨리 시작된 영국에서는 산업사회질서의 모순을 지적하며 전국적인 노동계급운동으로서 차티스트운동을 전개했고, 이로 인해 10시간 노동법, 탄광법, 공장법 등 근로조건 관련법은 물론 선거법 개정을 통한 참정권까지 부여라는 결과로 이어졌다. 이처럼 오늘날 현대 자본주의 국가의 기본적 정치체제인 민주주의는 노동자들의 정치투쟁을 통해 획득된 정치적 성과물이다.

그러나 한국의 경우 정치적으로는 기업별 노조의 일반화 및 미약한 노동조합 조직률, 정책결정에 있어서의 배제, 법적으로는 엄격한 쟁의행의 제한 법리로 인해 단체행동을 통한 정치적 영향력 행사 기회가 상당히 제한받고 있다는 문제를 안고 있다.

특히 민주주의 사회에서 정치파업을 통한 근로조건의 향상 및 정치적 의견 제시가 보장되어야 함에도 법원은 정치파업에 대해

쟁의행위의 목적 범위로 보지 않아, 그 정당성을 부정하고 있다.

이에 본 논문에서는 먼저 정치파업의 의의를 설명하며 정치파업을 경제파업(직업적 파업)과 구분하는 것에 대한 의문을 제기한다. 이어서 파업을 ‘정치파업’으로 규정하여 위법성의 낙인을 찍는 이데올로기에 대한 비판에 대해서도 살펴본다. 또한 정치파업의 정당성에 관한 일반론을 설명하며 대립되는 학설과 판례, 그리고 각 학설에 대한 비판적 검토를 다룬다.

본 논문의 목적은 정치파업의 정당성 인정범위의 확대 가능성을 모색하는 것이므로, 기존의 판례 법리인 정치파업 위법론에 대해 헌법 제33조 제1항의 ‘근로조건향상’의 의미, 헌법상 단체행동권과 노조법상 쟁의행위와의 관계, 노동3권의 성질에 대한 분석을 통해 비판한다. 또한 국제노동기구(ILO)의 기준과 쟁의권과 관련된 ILO 협약 제87호와 관련된 쟁점, 정치파업에 대한 전향적 견해를 헌법상 여러 기본권 조항에 근거하여 고찰한 연구들을 통해 정치파업 또한 쟁의행위의 목적이 될 수 있음을 논증한다.

한국의 정치파업과 관련하여, 1987년 민주헌정 수립 이후 노동조합의 정치적 활동이 본격적으로 개시된 1990년대부터 최근까지의 사례를 소개한다.

이어서 본 논문은 해외의 정치파업 사례와 관련하여, 유럽의 대표적인 국가인 프랑스, 독일, 영국을 비롯하여, 미국, 일본에 대한 비교법적 검토를 통해 각국의 쟁의행위의 보장 범위, 정치파업에 대한 입장, 구체적 판례 등을 분석한다.

이러한 각국의 사례 분석을 통해 한국의 쟁의행위의 정당성, 특히 정치파업의 정당성 인정과 관련된 법리와의 차이점을 도출하고 시사점과 새로운 가능성을 모색하며, 민주주의의 공고화를 위한 관점에서 정치파업의 정당성 인정 범위의 확대를 위한 필요성에 대해 주장한다.

주요어 : 정치파업, 쟁의행위의 정당성, 쟁의행위의 목적 범위, 헌법상
단체행동권, 쟁의권, 근로조건의 향상, 국제노동기구 협약 제87
호, 결사의 자유, 비교법적 검토, 민주주의

학 번 : 2016-21365

목 차

| | |
|-------------------------------------|----|
| 제 1 장 서론 | 1 |
| 제 1 절 연구의 배경과 목적 | 1 |
| 제 2 절 연구의 범위와 방법 | 2 |
| 제 2 장 정치파업의 의의와 정당성 | 6 |
| 제 1 절 정치파업의 의의와 정당성에 관한 일반론 | 6 |
| 1. 정치파업의 의의 | 6 |
| 2. 정치파업의 정당성에 관한 일반론 | 12 |
| 제 2 절 정치파업의 정당성 인정을 위한 검토 | 17 |
| 1. 헌법 제33조 제1항의 ‘근로조건 향상’의 의미 | 18 |
| 2. 헌법상 단체행동권과 노조법상 쟁의행위의 관계 | 21 |
| 3. 노동3권의 성질 | 25 |
| 4. 국제노동기구(ILO)의 기준 | 28 |
| 5. 정치파업에 대한 전향적 견해 | 36 |
| 제 3 절 국내의 정치파업 사례 | 45 |
| 1. 1996년 노동법 개정 반대 파업 | 47 |
| 2. 2007~2008년 한미 FTA 반대 시위 | 53 |
| 3. 2015~2017년 민중총궐기 | 56 |
| 제 4 절 소결 : 정치파업의 쟁의행위 목적 해당 여부 .. | 60 |
| 제 3 장 정치파업에 관한 비교법적 검토 | 63 |
| 제 1 절 프랑스 | 63 |
| 1. 쟁의행위의 보장 범위 | 63 |
| 2. 정치파업에 대한 입장 | 66 |
| 3. 구체적 사례 | 69 |

| | |
|--------------------------------|-----|
| 제 2 절 독일 | 72 |
| 1. 정의행위의 보장 범위 | 72 |
| 2. 정치파업에 대한 입장 | 77 |
| 3. 구체적 사례 | 79 |
| 제 3 절 영국 | 81 |
| 1. 정의행위의 보장 범위 | 81 |
| 2. 정치파업에 대한 입장 | 86 |
| 3. 구체적 사례 | 92 |
| 제 4 절 미국 | 95 |
| 1. 정의행위의 보장 범위 | 95 |
| 2. 정치파업에 대한 입장 | 97 |
| 3. 구체적 사례 | 102 |
| 제 5 절 일본 | 105 |
| 1. 정의행위의 보장 범위 | 105 |
| 2. 정치파업에 대한 입장 | 107 |
| 3. 구체적 사례 | 108 |
| 제 6 절 소결 : 해외 사례를 통한 시사점 | 111 |
| | |
| 제 4 장 결론 | 115 |
| | |
| 참고문헌 | 118 |
| Abstract | 126 |

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 배경과 목적

2017년 9월 20일 ‘세계시민의 상’을 수상한 문재인 대통령은 “이상은 제 개인에게 주는 상이 아니라 촛불혁명으로 민주주의를 지켜낸 한국 국민께 드리는 것”이라고 수상소감을 밝혔다. ‘민중총궐기’라고도 불렸던 촛불집회는 한국의 양대 노총 중의 하나인 전국민주노동조합총연맹(이하 ‘민주노총’)의 주도 하에 사회 각 분야의 53개 단체에서 주최한 집회로서 2015년 11월 14일부터 2017년 2월 25일에 이르기까지 총 7회 동안 계속되었다. 이 시위는 단순히 근로조건 개선과 근로자의 경제적 지위 향상을 위한 쟁의행위의 목적 범위를 벗어난 ‘정치과업’의 대표적인 사례라 할 수 있다.

「대한민국헌법」(이하 “헌법”) 제33조 제1항은 단체행동권의 목적이 ‘근로조건외 향상’에 있음을 명시하고 있고, 판례도 그 목적이 “교섭과정에서 노사대등의 입장에서 근로조건외 향상 등 근로자의 경제적 지위를 향상시키려는 목적에서 나온 것이어야 한다.”고 판시하고 있다.¹⁾ 따라서 지금까지는 정치과업을 경제적 목적과 순수한 정치적 목적으로 구분하여 정당성을 판단해야 한다는 정치과업 이분론과 “사용자에게 처분권한이 없거나 단체협약을 통하여 개선될 수 없는 사항인 노동관계법의 철폐를 목적으로 한 것이어서 쟁의행위로서의 정당성을 갖추지 못하였다.”²⁾는 대법원 판례가 주류적 견해로 받아들여지고 있다.

그러나 정치과업이 쟁의행위의 목적외 정당성을 벗어난 것이라고 일률적으로 판단하는 것이 과연 정당한 것인가에 대한 논의가 필요하다. 특히 사상 유례가 없던 전대미문의 국정농단과 국가기능 마비의 사태를 겪

1) 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003두8906 판결.

2) 대법원 2000. 11. 24. 선고 99두4280 판결.

으며, 사회운동의 중요한 주체인 노동조합의 활동범위를 단순히 사업장 내의 근로조건 개선으로 국한시키는 견해에 대한 의문 제기는 현 시점에서 의미 있는 시도가 될 것이다.

정치가 경제에 미치는 영향력이 커지다 못해 양자의 명확한 구분이 어려워지고, 나아가 정치가 경제에 포섭되었다고까지 평가받는 신자유주의 시대에서 사용자를 교섭대상으로 하는 기업, 사업장 내에서의 근로조건 개선 노력만으로는 노동자의 진정한 근로조건 및 경제적·사회적 지위의 향상은 요원한 일이다. 거대 재벌 대기업이 언론사를 소유하거나 주요 광고주가 되어 여론을 형성하고, 각종 입법로비를 통해 정책 결정에 직·간접적으로 영향력을 행사하는 오늘날, 입법·정책을 통한 근로조건 향상을 위한 쟁의행위는 노동자 편향적 견해가 아닌 최소한의 세력균형을 위한 필수적 수단이다.

따라서 근로계약의 상대방인 사용자를 상대로 하는 것이 아니라도 노동조건 이외의 경제적·사회적 제반 조건들이 정치적 영역에 속한다면 노동3권, 특히 단체행동권의 목적이 되는 것은 무리한 해석이 아니며, 전면적 법 개정이 아닌 현행법에 대한 해석론을 보다 전향적으로 하는 것만으로도 정치적 목적의 쟁의행위의 정당성을 인정할 수 있는 여지가 충분히 있다.

제 2 절 연구의 범위와 방법

본 연구는 제2장에서 정치파업의 의의와 정당성을 다룬다. 정치파업의 정의를 내림에 있어 일반적인 경제파업과의 구분, 또한 같은 정치파업에 대해서도 경제적 정치파업과 순수한 정치파업과의 구분을 논한다. 또한 정치파업의 ‘정치성’에 대해 분석함으로써 쟁의행위의 정당성을 부정하는 정치적 이데올로기에 대해 비판적으로 분석한 이론을 다룬다. 이어서 정치파업의 정당성에 관한 학계의 논의를 국내의 위법론, 이분론, 적법론을 넘어 독일과 일본의 관련 견해까지 소개한다.

본 연구의 목적이기도 한 정치파업의 정당성 인정범위 확대에 관한 모

색을 위해 국내의 판례 범리인 정치파업 위법론을 헌법 제33조 제1항의 ‘근로조건의 향상’의 의미, 헌법상 단체행동권과 노조법상 쟁의행위와의 관계, 노동3권의 성질에 대한 분석을 통해 비판하고, 정치파업 또한 쟁의행위의 목적이 될 수 있음을 해당 주제의 대립되는 학설 검토를 통해 논증한다.

‘근로조건 향상’은 사용자의 처분권한이 있는 단체교섭을 통해서 뿐만 아니라 사용자의 처분권한이 없는 입법·정책을 통한 것도 포함해야 하므로, 노동자로서의 경제적·사회적 지위의 향상이라는 쟁의행위의 목적에 맞게 정치파업의 정당성이 판단되어야 한다. 한편 노조법상 쟁의행위의 개념은 헌법상 단체행동권의 특별한 개념이므로 노조법상 쟁의행위가 아닌 정치파업을 헌법상 기본권으로 보아야 할 여지가 존재하게 된다. 노동3권에 대해서는 자유권설, 생존권설, 혼합권설이 존재하나, 자유권적 기본권으로 포함할 때 구체적 권리성을 인정할 수 있다. 때문에 국가의 의무는 ‘적극적 개입’이 아닌 ‘사회적 자치의 조성’에 있으므로 노동3권, 특히 단체행동권의 정당성은 폭넓게 인정되어야 한다.

이어서 정치파업에 대한 국제노동기구(International Labour Organization, 이하 “ILO”)의 기준을 살펴본다. 먼저 경제적 목적이 철저히 배제된 순수한 정치파업이 아닌 한 정치파업의 정당성을 폭넓게 인정한 ILO의 입장, 쟁의권과 관련된 ILO 핵심협약인 협약 제87조에 대한 결사의 자유 위원회, 협약 및 권고 적용 전문가 위원회의 견해, 당해 협약의 국내 미비준과 관련된 문제를 소개한다.

아울러 정치파업에 대한 전향적 견해를 살펴본다. 정치파업의 정당성에 대해 시민불복종으로서의 쟁의권, 언론의 자유와 단체행동, 경제적 균등과 세력균형의 관점에서 헌법적 근거를 도출해낸 연구를 다룬다.

마지막으로 정치파업과 관련된 국내 사례를 다룬다. 해방과 한국전쟁, 군사독재정권에 이르는 기간 동안 철저히 억압받았던 노동운동이 1987년 민주화와 문민정부 수립 이후로 활성화되면서 정치파업으로 승화되었는데, 1996년 노동법 개정 반대 파업, 2007~2008년 한미 FTA 반대 시위 관련 판례 및 이에 대한 비판적 검토를 중심으로 분석한다. 2015~2017

년 민중총궐기와 관련해서는 ILO에 진정사건으로 제기되었는데, 이에 대한 ILO의 권고안을 중점적으로 살펴본다.

제3장에서는 해외 각국의 사례를 다룬다. 프랑스의 경우, 20세기의 노동법이 총파업과 함께 발전해왔다고 평가받는다. 특히 샤를 드골 행정부를 붕괴시킨 68혁명 당시 프랑스 정부는 노동조합 집행부를 형사처벌하지 않았고, 오히려 68혁명의 결과물이었던 ‘그르넬 협정(Grenelle Agreements)’이 입법화되어 최저임금 인상, 노동조합 대표권 인정 등이 이루어졌다.

독일의 경우, 조합주의적(corporatism) 전통으로 인해 노동조합에게 강력한 권한이 부여되어 있고, 경영조직법 및 노동자이사제 등 노사간의 실질적인 대등성을 부여하는 대신에 쟁의행위의 정당성 인정에 대해서는 비교적 엄격한 판례법리를 갖고 있다. 이에 1950년대에 있었던 ‘신문파업(zeitungstreik)’ 당시에 제기되었던 정치파업에 대한 논쟁을 소개한다.

영국의 경우, 마거릿 대처(Margaret Thatcher) 집권 시기에 정치적 동기로 인한 노동조합 활동을 금지하는 입법이 행해졌는데, 프랑스와는 대조적으로 노동조합의 활동에 대해 포괄적 제약을 가하는 영국의 노동관련 법제와 판례를 소개한다.

한편 미국의 경우, 대통령의 정책 및 냉전 시기에 소련의 아프가니스탄 침공에 반대하는 노동조합의 활동에 대한 법원의 판례 등을 소개한다. 특히 최근 트럼프 행정부에서 빈발하는 반이민자 정책과 관련하여 ‘이민자 없는 날(A Day without an Immigrant)’ 시위가 촉발했던 정치파업 관련 쟁점에 대해 고찰한다.

마지막으로 일본의 경우, 한국이 노동법 체계를 계수한 곳인 만큼 기본적으로 동일한 쟁의행위 정당성 판단 기준을 갖고 있으면서도 그 적용에 있어서 어떠한 인정범위를 갖고 있는지 논의할 것이다. 또한 각종 집회와 시위가 가장 극렬했던 1960년대에 발생한 ‘안보투쟁’ 국면에서 정치파업의 정당성 인정 문제에 대한 판례를 다룬다.

이상의 논의들을 종합하여 정치파업이 근로계약의 상대방인 사용자를

상대로 하는 쟁의행위가 아니라도, 노동조건 이외의 경제적·사회적 제
반 조건들이 정치적 영역에 속한다면 노동3권, 특히 단체행동권의 목적
이 될 수 있다는 결론을 도출할 것이다. 특히 향후 ILO의 핵심협약인 제
87호, 제98호 협약이 국내에서 비준된다면, 정치적 목적의 쟁의행위의
정당성을 인정할 수 있는 여지는 보다 확대될 것이다.

제 2 장 정치파업의 의의와 정당성

제 1 절 정치파업의 의의와 정당성에 관한 일반론

1. 정치파업의 의의

(1) 정치파업의 정의

‘정치파업’이라는 용어는 사실 매우 다양하게 쓰이고 있으나, 법학에서는 파업의 태양을 규정함에 있어 일반적인 파업 유형으로서 사용자를 상대로 임금·근로시간·복리후생 등 직접적 근로조건의 향상을 목적으로 하는 경제파업과 구별되는 용어로 쓰인다. 즉, 근로계약 상대방이 아닌 국가 등을 상대로 입법·정책이나 정치적 주장을 관철하기 위한 파업 유형을 지칭하기 위해 사용된다.

정치파업의 개념요소와 관련하여, ① 요구의 내용을 기준으로 정치파업의 개념을 규정하려는 견해(요구내용설), ② 요구의 상대방을 기준으로 개념을 규정하려는 견해(요구상대방설), ③ 두 개념요소 중 어느 하나만이라도 구비되면 정치파업이 된다는 견해(제3설) 등이 있다. 요구내용설의 경우 프랑스나 이탈리아와 같이 노동자의 직업적 이익을 추구하는 파업인 한 공적기관을 대상으로 하는 파업도 합법인 국가에서 채택된 반면, 요구상대방설의 경우 영국과 같이 노동쟁의의 수행을 위한 쟁의행위에 대해서만 노동조합의 책임을 면제하는 법리를 채택한 국가에서 채택되었다.³⁾ 독일 역시 통설은 요구상대방설로서 국가기관의 행위에 압력을 가할 목적으로 다수의 노동자가 공동으로 계획하여 노동을 중단하는 것

3) 강희원, “정치파업과 단체행동권: 행정법원 1999. 8. 19. 선고 98구19178 판결; 서울고등법원 2000. 5. 18. 선고 99누11686 판결; 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000두4637판결과 관련하여”, 「노동교육」 제34호, 한국노동교육원, 2002, 153면.

을 정치파업으로 본다.⁴⁾

한국의 경우 정치적 요구를 국가 등이 아닌 사용자를 상대로 한다는 것은 실효적인 수단이 되기 어렵고, 직접적인 경제적 목적을 국가 등에 요구하는 경우도 불가능하다는 점을 들어 요구상대방설을 지지하는 경우가 다수인 것으로 보인다.⁵⁾ 그러나 사용자에게 국가의 입법·정책에 대한 의견표명을 촉구하는 파업은 정치파업이라고 할 수 있는 반면, 정부 내지 공공기관 등의 임금결정에 영향력을 행사하는 등 정치적 목적의 파업인 경우 경제파업이라고 할 수 있다는 점에서 문제가 있다. 한편 후자의 경우 요구상대방이라는 개념요소를 갖췄다는 이유만으로 정치파업으로 보게 되는 제3설 역시 수공하기 힘들다. 이처럼 정치파업의 범주는 파업의 목적으로 파악해야 하므로 요구내용설이 타당하다고 판단된다. 다만 현대 자본주의사회에서 정치와 경제가 쉽게 구분되지 않는 긴밀한 관계임을 고려할 때, 정치파업의 개념은 보다 종합적으로 이해되어야 할 것으로 보인다.

한편 파업을 정부가 정책을 변경하도록 압력을 행사하거나 특정 정당 및 정치적 지배세력을 동요하게 하려는 목적으로 활용할 때도 있는데, 이 경우 파업은 시민적 저항의 형태를 띤 사회운동으로 나타나기도 한다. 대표적 사례인 폴란드의 노동운동가 레흐 바웬사(Lech Wałęsa)에 의해 주도된 조선소 총파업은 폴란드의 정치적 변화를 위한 장기간의 시민적 저항으로 이어졌고, 동유럽의 공산주의 독재 종식과 철의 장막 붕괴로 이어졌다. 즉, 이러한 파업 내지 정치파업은 ‘시위’와 유사한 의미로 쓰일 수도 있다. 일본 최고재판소 역시 “ ‘파업(ストライキ 혹은 스트)’이라는 단어는 일상적인 관용어이기 때문에 이를 정치파업(政治スト)이라고 부르는 것은 자유이지만 학생들의 안보조약 반대를 위한 일제 휴학을 파업이라고 부르는 것과 비슷한 용어를 쓰기 때문에, 국가공무원법 제98조에서 말하는 ‘동맹파업’은 이것과 엄격하게 구분해야 한다.”⁶⁾고 하여 사실행위로서 시위의 의미를 갖는 ‘파업’과 법률행위로

4) 정미희, “노동조합의 정치활동연구- 정치파업을 중심으로”, 이화여자대학교 대학원, 1999, 27-28면.

5) 변철환, “정치파업론에 관한 비판적 고찰”, 경희대학교 대학원, 2012, 5면.

서 노동관계법상 쟁의행위의 의미를 갖는 ‘파업’을 구분해야 함을 실시하고 있다.

때문에 요구상대방설을 채택할 경우 ‘국가 내지 공공기관 행위에 압력을 가할 목적으로 노무공급을 중단하는 것’을 정치파업의 개념으로 보게 되는데, 이렇게 된다면 정치파업과 ‘정치적 목적의 시위’의 구분이 모호하게 된다는 문제점이 있다. 그러나 요구내용설을 채택할 경우 ‘국가 또는 사용자에게 근로조건 및 노동자의 경제적·사회적 지위 향상과 관련된(혹은 무관한) 사항을 관철시킬 목적으로 노무공급을 중단하는 것’을 경제적(혹은 순수한) 정치파업의 개념으로 볼 수 있어, 정치적 목적의 시위와 정치파업의 개념상 모호성을 줄이고 정당한 정치파업의 범위에 대한 판단을 할 수 있는 영역이 생기게 된다.

(2) 정치파업과 경제파업의 구분

전술한 것과 같이 정치파업의 개념요소를 파악할 때에는 무엇이 정치적 목적이고, 무엇이 경제적 목적인가라는 문제에 직면하게 되는데, 현실적으로 양자를 완전히 구분하는 것은 불가능하다. 그럼에도 한국 학계의 다수설이 이른바 ‘정치파업 이분론’이므로 현실적으로 이에 대한 검토가 필요하다.

기본적으로 사용자에게 근로조건 개선 및 노동자의 경제적·사회적 지위 향상과 관련된 주장을 관철하려는 파업을 경제파업, 사용자에게 처분권한이 없는 입법·정책적 사항을 국가 또는 정부에 주장하여 관철하려는 파업을 정치파업이라 구분지을 수 있다. 그러나 정치와 경제를 분리하는 방식으로 정치파업의 개념을 이해함에 있어서 주의해야 할 점은 파업의 개념적 구분을 그대로 파업의 정당성을 판단하는 기준과 동일하게 보려는 태도이다.⁶⁾ 정치파업과 경제파업을 구별하는 것은 개념형식적으로 가능할 수는 있어도 현실적으로는 매우 곤란하다. 예를 들어 비정규

6) 最高裁 1969.4.22. 判決, 刑集 第23卷5号685頁.

7) 변철환, 앞의 글, 6면.

직 노동자 또는 편의점 아르바이트생 일부의 임금, 근로시간, 고용안정 등 근로조건 향상 관련 경제파업이라고 해도, 장기적으로 이는 법정 최저임금, 근로시간 단축에 관한 정부 정책의 변화, 기간제 및 파견근로자의 사용기간 단축 등 개별기업의 근로조건 개선을 뛰어넘는 경제적·사회적 문제로 연결된다.

이처럼 노동조합의 활동에 정치적 요소가 포함되어 있다고 하더라도, 이는 궁극적으로 근로조건의 유지 및 개선과 노동자의 사회적·경제적 지위 향상이라는 경제문제의 해결을 위한 것이다. 따라서 정치파업의 본질이 이와 같은 ‘경제적 목적’에 있다면 정당성이 추정되고, 그 정당한 파업은 노조법 제3조·제4조에 따라 민·형사상 면책을 받게 된다. 파업권은 「대한민국헌법」 제33조 제1항이 보장하고 있는 기본적인 단체행동권 안으로 포섭될 수 있고, 하위법인 노조법은 근로조건의 유지 및 개선과 노동자의 사회적·경제적 지위 향상이라는 주장을 관철할 목적으로 쟁위행위를 할 수 있도록 규정한다(제2조 제6호). 그러므로 경제파업과 정치파업의 정당성은 그 개념적 구분 자체로서가 아니라 헌법과 노조법과의 유기적 관계 분석 및 당해 파업의 구체적 내용에 따라 개별적으로 평가되어야 할 것이다.

특히 노동3권의 대국가적 효력, 그 중에서도 국가공권력으로부터 부당한 침해받지 않는다는 자유권적 속성을 고려할 때, 단체행동권의 목적을 규정한 헌법 제33조 제1항의 “근로조건의 향상을 위해서”라는 문구를 협소하게 해석하여 사용자에게 처분권한이 있는 근로조건 관련 사항만을 ‘합법적인 경제파업’의 테두리로 묶고, 그 범주를 벗어난 일체의 파업을 ‘불법적인 정치파업’으로 규정하는 태도는 지양해야 한다.

토니아 노비츠(Novitz, 2017)는 ‘정치파업’이라는 용어가 불법성, 불승인의 의미와 연관되어 사용되어 왔다고 주장한다. 영국 「노동조합 및 노동관계(통합)법(Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992. 이하 “TULRCA”)」 제244조 제1항⁸⁾에 따르면 정치파업은 법령

8) Sec. 244 Meaning of “trade dispute” in Part V.

(1) In this Part a “trade dispute” means a dispute between workers and their employer which relates wholly or mainly to one or more of the following—

의 보호를 받지 못한다. 그럼에도 불구하고 공소원 법관(Lord Justice) 유스타스 로스킬(Eustace Roskill)은 *Sherard v. AUEW* 사건에서 “개인이 주관적으로 동의하지 않는 목적의 파업에 대해 ‘정치파업’으로 규정하는 것은 매우 쉽다.”고 언급하면서, 잠재적으로 애매할 수 있는 예외 조항 및 정부와 사용자에 의해 지속적으로 조작될 수 있는 위험성에 대해 지적하였다.⁹⁾

노비츠는 파업이 ‘정치적’으로 규정되는 경우로 다음의 네 가지 방식이 있다고 지적하였다¹⁰⁾. 첫째, 파업은 사용자에게 전통적으로 확립된 경영권에 대한 도전 및 사용자가 지시하고 노동자가 복종한다는 확립된 질서에 도전한다는 의미에서 정치적 요소를 갖는다. 사용자의 입장에서 보면, 파업은 노동력에 내재된 반란의 가능성이 있기 때문에 사용자들이 반감을 갖는다는 것은 놀라운 일이 아니다. 그러나 노동자가 경제적·사회적 이익을 추구할 권리가 있다는 ILO 감독기구(및 기타 인권기구)의 명확한 언급에 따르면, 사회적 현상 유지에 대한 이러한 도전은 정의행위를 불법으로 만드는 데 충분하지 못하다.

둘째, ‘정치적’이라는 용어는 이데올로기적으로 동기부여된 행동을 묘사하는 데에도 이용될 수 있다. 예를 들어 사용자에게 고용된 노동자의 근로조건과 무관한 사용자의 사업적 측면에 관련된 것이다. 그러나

-
- (a) terms and conditions of employment, or the physical conditions in which any workers are required to work;
 - (b) engagement or non-engagement, or termination or suspension of employment or the duties of employment, of one or more workers;
 - (c) allocation of work or the duties of employment between workers or groups of workers;
 - (d) matters of discipline;
 - (e) a worker’s membership or non-membership of a trade union;
 - (f) facilities for officials of trade unions; and
 - (g) machinery for negotiation or consultation, and other procedures, relating to any of the above matters, including the recognition by employers or employers’ associations of the right of a trade union to represent workers in such negotiation or consultation or in the carrying out of such procedures.

9) Novitz, Tonia, “The Restricted Freedom to Strike Far-Reaching ILO Jurisprudence on the Public Sector and Essential Services”, [*Comparative Labor Law & Policy Journal*] 제38권, 2017, 371면.

10) Novitz, T., 앞의 글, 372-373면.

이러한 정책은 환경적 측면이나 공공서비스(의료 등)의 제공과 관련하여 노동자에게 영향을 줄 수 있다. 이러한 의미에서 노동자가 정책적 문제에 대해 항의할 수 있다는 ILO의 견해는 법률에 의해 부과되거나 법원(유럽인권재판소 등)에 의해 검토되는 지에 관계없이 비례성 원칙의 문제로 따져보더라도 적절하다고 판단된다.

셋째, ‘정치적’이라는 용어는 공공부문에서 파업이 발생하고 공공서비스를 제공하는 정부의 능력에 영향을 준다는 이유만으로 사용될 수도 있다. 이것은 공공부문에 대한 지나치게 단순한 견해로, 사용자로서의 국가와 정치적 행위자로서의 국가를 혼동하는 것으로서 논란의 여지가 있다. 국가가 그 자체로 막대한 예산 및 정치적 목적을 위해 공공부문 근로조건을 결정할 수 있는 매우 강력한 사용자라는 점을 고려할 때, 공공부문 노동자를 정부의 명령에 단순히 종속시킬 것이 아니라 보호해야 할 더 많은 이유가 있을 수 있다. 이러한 의미에서, 정부의 핵심운영부문, 국민의 건강·안전·복지 보장에 따른 공무원과 공공부문 노동자에 대한 예외의 범위를 제한하는 ILO의 법리는 타당한 것으로 보인다.

넷째, 파업은 특정 정당이나 정치세력에 의한 파업(예, 혁명)이 정부를 끌어내리는 것을 목표로 할 수 있다는 것이다. 이것이 민주적인 정부를 목표로 할 때는 반민주적이 될 것이지만, 비민주적인 정권에 항의하는 파업으로 1980년대 폴란드나 1990년대 남아프리카공화국처럼 시민사회의 다른 요소들과 연합할 때 이러한 행위는 지지받을 수 있다.

노비츠는 ‘순수한 정치파업’의 합법적 제한에 대한 범위 규정은 차치하더라도 노동자의 경제적·사회적 이익을 수호하기 위한 권리에 대한 기본적 이해가 우선되어야 한다고 강조하면서, 근로조건에 대해 노동자가 사용자에게 지시받는 것을 넘어 이를 쟁취하기 위해 집단적으로 행위할 수 있다고 언급하였다.

요약하자면 이는 쟁의행위의 목적이 경제적 성격과 정치적 성격이 혼재되어 있을 때 양자를 어떻게 구분할 것인지, 그 목적의 정당성 판단에 있어 어떤 것을 주된 목적으로 볼 것인지 등의 문제로 연결된다. 관련 사항은 후술할 2007~2008년 한미 FTA 반대 시위와 관련된 판례에 대한

검토에서 자세히 다룰 것이다.

2. 정치파업의 정당성에 관한 일반론

(1) 학설

정치파업의 정당성 인정 여부에 대해 다음과 같이 위법론, 이분론, 적법론 등 세 가지의 견해가 있으므로 이에 대해 살펴본다.

1) 정치파업 위법론

정치파업 위법론은 사용자가 직접 법률적, 사실적으로 처리할 수 없는 것을 요구하는 것은 쟁의행위의 정당한 목적의 범위 내에 포함될 수 없으므로 정치파업은 정당하지 않다는 견해이다.¹¹⁾ 이 견해에 따르면 정치파업은 노동자의 요구에 대해 처분이 불가능한 지위에 있는 사용자에게 그 피해를 전적으로 감수시키는 결과를 낳게 되므로 합리적이지 않다고 본다. 또한 노동자에게 단체행동권을 보장하는 목적은 단체교섭을 촉진 내지 실질화 하려는 데에 있으므로 단체교섭을 촉진하는 사항 내지 사용자가 사실상, 법률상 처분 가능한 사항에 대한 요구만이 쟁의행위의 정당한 목적이 될 수 있다.

독일에서 정치파업을 부정하는 견해도 쟁의권은 어디까지나 단체협약에 의한 근로조건을 집단적 결정을 위하여 보장된 것이기 때문에 정치파업은 단체협약의 체결을 목적으로 하지 않는다는 점에서 정당화될 수 없다고 본다. 다만 독일에서는 이 입장에서 국민적 저항권 행사로서의 정치파업에 대하여는 예외적으로 정당성을 인정한다.¹²⁾

11) 김형배, 「새로 쓴 노동법」 제25판, 박영사, 2016, 1120면.

12) 한지혜, “언론사 내부에 있어서의 언론의 자유 침해와 정치파업의 문제 - MBC파업 사태와 징계무효판결과 관련하여”, 「서강법률논총」, 제3권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2014, 101면.

2) 정치파업 이분론

정치파업 이분론은 정치파업 중에서 노동법과 관련된 입법적 요구 또는 사회보장제도의 확충 등 그 구체적인 내용이 근로자의 경제적·사회적 지위와 관련된 이른바 ‘경제적 정치파업’은 쟁의행위의 목적이 될 수 있는 반면, ‘순수한 정치파업’은 쟁의행위의 목적이 될 수 없다는 견해이다(정치파업 이분론).¹³⁾ 단 경제적 정치파업인 경우에도 단시간의 시위형 파업으로 그쳐야 수단의 정당성까지 인정된다.

전술한 것과 같이 이 견해는 정치파업을 경제적 정치파업과 순수한 정치파업으로 구분한다. 근로조건이 사용자와의 관계에서만 결정되지 않고 국가의 정책결정 여하에 크게 의존하도록 되어 있는 오늘날의 경제구조 내지 법질서 하에서는 쟁의권도 단체교섭을 위한 수단으로서만 보장된 것이 아니라 근로조건 내지 근로자의 경제적 지위의 향상을 위한 수단으로서 보장된 것으로 보아야 한다. 따라서 이 견해는 단체교섭에 의하여 해결될 수 없는 요구라 하더라도 근로조건 내지 근로자의 경제적 지위와 향상과 관련된 요구는 쟁의행위의 정당한 목적이 된다고 한다.¹⁴⁾

3) 정치파업 적법론

정치파업 적법론은 단체행동권을 기본권으로 보장한 중요한 이유 중의 하나가 근로자들의 집단적 참여를 통한 사회 전반에 대한 민주주의의 확대에 있기 때문에 정치파업도 헌법상의 단체행동권으로 보장된다는 견해이다. 이 견해에 따르면 정치학적으로 국가에 대한 노동조합의 집단적 행동은 모든 민주주의 국가에서 행해지는 압력정치의 테두리 안에서 행해지고 있다고 한다. 또한 파업은 집단적 협정체결의 목적을 가진 노동법적인 분쟁개념의 특수한 경우라고 한다.

한편 정치파업 적법론의 입장에서 이분론은 정치파업과 비정치파업을

13) 김유성, 「노동법 II」 전정판, 법문사, 2001, 232면; 임종률, 「노동법」 제16판, 박영사, 2018, 241면.

14) 한지혜, 앞의 글, 102면.

구분하는 것이 개념형식적으로는 가능할지 모르지만 현실적으로는 어렵다는 문제를 갖는다. 이는 노동자 일부분의 근로조건 향상에 기여하는 파업이라고 할지라도 정치적 의미를 갖지 않는 경우가 드물기 때문이다.¹⁵⁾

강희원(2010)은 “파업이 역사적으로 가질 수 밖에 없는 목적과 노동3권의 성격과의 관계, 혹은 단체행동권의 역사적 의미라는 점에서 생각해 보면 그것의 보장에는 정치파업이 결코 제외되어서는 아니된다.” 고 하면서, “노동자의 생존적 요구와 그 실현을 위한 파업은 필연적으로 평화와 민주주의의 문제를 포함하는 정치적 목적에도 미칠 수 밖에 없다고 이론적으로 확인될 것일 뿐만 아니라 역사적으로 증명된 바이다.” 라고 근거를 들었다. 그러면서 “노동3권의 성립과정에 비춰볼 때, 자본주의 사회에서 노동자의 필연적 요구로 되고 있는 정치적 목적을 배제하는 것은 노동3권의 역사적 의미에서는 옳지 않다.” 고 결론 내렸다.¹⁶⁾

그는 통상 순수한 정치파업과 경제적 정치파업으로 구분하는 것 자체에 대한 의문을 제기한다. 예컨대 임금인상문제나 휴가의 문제가 산업부문 전반 또는 전국적 차원의 취업자 전반에 관련된 경우, 그러한 문제는 이미 정치적 성질을 가질 수 밖에 없기 때문에 양자의 경계는 매우 유동적이고 모호하기 때문이다. 더 나아가 그는 정치파업과 비정치파업을 구별하는 것이 거의 불가능하다면, 기득의 정치권력에 의해서 금지되었고 또 금지되었으면 하는 일체의 파업이 정치파업으로 되는 것이 아닌가 하는 의문을 제기한다.¹⁷⁾

한편 박제성(2008)도 “정치파업이 노조법 소정의 ‘쟁의행위’에 해당한다면 그것은 그 행위의 적법성이 추정된다는 것을 의미하며, 다만 남용된 경우에만 문제가 될 수 있을 뿐” 이라고 했는데¹⁸⁾, 이 역시 정치파업의 정당성을 보다 폭넓게 인정하는 견해라 하겠다.

15) 한지혜, 앞의 글, 103면.

16) 강희원, “이른바 ” 정치파업 “과 우리 노동헌법”, 「노동법연구」 제28호, 2010, 158면.

17) 강희원, 「노동헌법론」, 법영사, 2011, 511면.

18) 박제성, “정치파업의 개념과 정당성”, 「월간 노동법률」 제208호, 2008, 49면.

(2) 판례

정치파업은 국가 등이 요구를 받아들여 그 목적이 달성될 경우 이에 대한 정당성 논쟁이 사법부까지 이르는 경우는 드물지만, 반대로 그 요구가 받아들여지지 않은 채 중단될 경우 민·형사상 책임과 관련하여 정당성 논쟁이 사법부까지 이르게 된다는 특징을 갖는다. 그러나 이러한 경우도 현실적으로는 정치파업의 본질적 성격상 정치적 타협이 따르는 경우가 많아 정치파업의 정당성이 사법부의 판단에 따라 결정되는 예는 매우 드물다. 후술하겠지만 한국의 경우도 정치파업이 여러 차례 있어 왔으나 사법부가 그 정당성을 직접 다룬 사례는 많지 않다.¹⁹⁾

대법원은 현대자동차지부의 파업으로 인한 휴업지불예외인정재심판정 취소사건에서 “목적이 근로조건향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하기 위한 것이어야 하고, 여기서 그 목적이 근로조건향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하기 위한 것이라 함은 그 쟁의에 의하여 달성하려는 요구사항이 단체교섭사항이 될 수 있는 것을 의미한다.”며, “사용자에게 처분권한이 없거나 단체협약을 통해 개선할 수 없는 사항인 노동관계법 철폐를 목적으로 하는 쟁의행위는 정당성이 없다.”고 판시하여, 정치파업 위법론의 입장을 취하고 있다.²⁰⁾

한편 대법원이 “노동관계법은 근로자 내지 노동조합의 경제적 이익과 밀접하게 관련된 것이어서 순수한 정치적 목적의 쟁의행위와는 구별된다.”고 판시하여,²¹⁾ 정치파업 이분론과 유사한 입장을 취한 적도 있다. 그러나 이는 1996년 한국노총 총파업 투쟁에 대한 불법파업 및 근무지 이탈행위가 징계사유이지만 징계해고한 것은 징계권 남용이라고 본 사례에서, 순수한 정치파업도 아닌데 이를 이유로 해고한 것은 과하다는 취지이지 경제적 정치파업의 정당성을 긍정한 판결은 아니다. 따라서 이 판결을 근거로 판례가 정치파업 이분론을 취하고 있다고 보기는 어렵다.

19) 변철환, 앞의 글, 32면.

20) 대법원 2000. 11. 24. 선고 99두4280 판결.

21) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000두4637 판결.

(3) 검토

첫째, 정치파업 위법론은 노동3권을 단체교섭을 중심으로 볼 때에만 가능한 것으로서, 노동3권의 역사적 성격과 그 의의에 비춰볼 때 단체행동권을 지나치게 제약하는 측면이 있고, 현행 헌법이 ‘근로조건의 향상을 위하여’ 쟁의권을 보장하고 있다는 점을 몰각하고 있다는 비판을 면할 수 없다.²²⁾

둘째, 정치파업 이분론은 근로조건의 향상은 단체교섭 뿐만 아니라 국가의 입법·정책 등 다양한 방법으로 이를 수 있으므로, 근로조건과 밀접한 관련이 있는 경제적 정치파업의 정당성은 인정되어야 한다는 견해로서 현재 다수설이다. 단, 경제적 정치파업의 경우에도 사용자가 그 파업의 목적에 관하여 아무런 권한이 없는 제3자라는 점은 고려되어야 하므로 사용자에게 주는 손해를 최소화하는 방법, 예컨대 정치적 의사를 단시간에 걸쳐 표현하는 시위형 파업의 형태여야 전체적으로 정당성을 갖는다는 입장이다.²³⁾ 그러나 전술한 것과 같이 이 견해에 따르면 근로조건의 향상과 직접적 관련성이 있는 경우 경제파업, 근로자의 경제적·사회적 지위향상과 관련이 있다면 경제적 정치파업, 그 외의 사항인 경우 순수한 정치파업으로 나뉘는데 정치와 경제를 구분짓는 기준이 현대 자본주의사회에서 매우 모호하다는 문제가 있다.

셋째, 정치파업 적법론은 정치파업 이분론의 모호성을 지적하고 있으나 정치적인 해석에 치우친 면이 있고, 그 정치사회적 작용도 사실적인 것일 뿐 규범적이라 할 수 없다는 문제점이 있다.²⁴⁾ 비록 이 견해가 노동3권의 보장 취지에 부합한다고는 하나, 사용자에게 필연적으로 손해를 발생시킬 위험을 내포한다는 점에서 다른 기본권의 행사보다는 보다 현실적인 남용 및 한계의 판단기준이 더욱 면밀히 검토되어야 함에도 불구하고 이에 대한 자세한 언급이 없다.²⁵⁾

22) 변철환, 앞의 글, 39면; 한지혜, 앞의 글, 104면.

23) 김유성, 앞의 책, 35면; 임종률, 앞의 책, 241면.

24) 한지혜, 앞의 글, 105면.

25) 변철환, 앞의 글, 40면.

본 논문은 정치파업의 정당성을 보다 폭넓게 모색하는 취지이므로 정치파업 이분론과 적법론 사이의 어느 지점에서 정치파업의 개념요소로서 노동자의 경제적·사회적 지위향상을 위한 노동조건과의 직·간접적인 관련성을 취하면서도, 정당성 판단에 있어서는 개념적 요소 자체가 아닌 당해 파업의 구체적 내용에 따라 개별적으로 평가가 필요하다는 견해를 취한다. 따라서 현실의 정치파업을 판단하는 규범적 판단기준으로서 보완을 모색하는 것이 시급히 요구된다 하겠다.

기존의 법체계를 통해서도 노동조합의 정치적 활동은 어느 정도 보장되어 있다. 「노동조합 및 노동쟁의조정법」(이하 “노조법”) 제2조 제4호 단서 마목에는 “주로 정치운동을 목적으로 하는 경우에는 노동조합으로 인정하지 않는다.”고 규정하고 있는데, 달리 보면 부수적으로 정치활동을 하는 것은 허용된다는 의미이다. 공직선거법에 의하면 노동조합은 일반 단체와 달리 선거운동이 금지되지 않기에, 노동조합이 특정 정당이나 후보자를 지지·반대하기로 결정하고 노동조합 명의로 선거운동도 할 수 있다. 또한 조합원에게도 노동조합의 결정에 따르도록 권고하거나 설득하는 행위도 정치활동의 일환으로 허용된다.²⁶⁾

따라서 경제적·사회적 요소들이 정치적 영역에 속한다면 이러한 사항이 노동3권, 특히 단체행동권의 목적이 되는 것은 무리한 해석이 아니며, 전면적 법 개정이 아닌 현행법에 대한 해석론을 보다 전향적으로 하는 것만으로도 정치적 목적의 쟁의행위의 정당성을 인정할 수 있는 여지가 충분히 있다.

제 2 절 정치파업의 정당성 인정을 위한 검토

헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 하여 개별 노동자가 노동조합으로 단결하여 사용자와 근로조건 향상을 위하여 집단적으로 교

26) 대법원 2005. 1. 28. 선고 2004도227 판결.

쉽하며 이를 실현하기 위한 단체행동을 할 수 있는 권리, 즉 노동3권을 보장한다.

정치파업이 헌법상 단체행동권 내지 노조법상 쟁의권의 정당한 행사로 평가되기 위해서는 당해 파업이 국가 등을 상대로 하여 사용자에게 처분 권한이 없거나 단체협약을 통해 개선할 수 없는 사항에 대한 주장관철·업무저해를 목적으로 이루어진다는 점에서 그 ‘목적의 정당성’이 인정되어야 한다.

이와 관련하여 헌법 제33조 제1항의 ‘근로조건향상’의 의미를 해석함에 있어, 노동3권의 상호관계를 어떻게 규정할 것인지(즉, 어떤 것이 중핵적 권리이고 어떤 것이 수단적 권리인지, 아니면 각각 독립된 권리인지), 헌법상 단체행동권과 노조법상 쟁의권의 관계에 대한 해석을 통해 단체행동권의 범위를 어떻게 파악할 것인지, 사용자와의 ‘실질적인 대등성’을 확보하고 노사자치주의 실현을 위해 노동3권의 법적 성질을 어떻게 볼 것인지에 따라 정치파업의 정당성의 판단 준거 및 인정 범위가 달라진다고 할 수 있다. 즉, 이와 같은 정치파업의 정당성 판단 구조는 정치파업의 정당성 자체를 부정하는 위법론에 대한 비판으로 연결된다.

1. 헌법 제33조 제1항의 ‘근로조건향상’의 의미

헌법 제33조 제1항은 노동3권을 근로조건향상을 위하여 가진다고 규정하고 있고, 대법원도 그 목적이 교섭과정에서 근로조건향상 등 근로자의 경제적 지위향상에 있다는 입장이다. 이는 노동3권의 상호관계를 어떻게 파악하느냐의 문제와 연결된다. 즉, 단체행동권 내지 쟁의행위의 목적의 범위가 단체교섭 대상으로 한정되는지, 아니면 단체교섭 대상 이외의 사항에 대해서도 인정될 수 있는지, 나아가 상호 독립된 권리이고 그 대상사항도 폭넓게 인정되는지 등 정당성에 대한 판단기준과 범위가 달라져서, 사용자에게 처분권한이 없는 사항도 ‘근로조건향상’을 위한 단체행동권의 목적으로 인정되는지 여부가 좌우될 수 있다.

(1) 학설

‘근로조건 향상’의 의미에 대해 ① 단체교섭권을 중심적 권리, 단결권과 단체행동권을 수단적 권리로 보아 노조법상 노동쟁의의 정의와 같은 협의의 개념으로 해석하여, 대사용자관계에서 사용자가 처분가능한 대상에 한해 단체행동권의 목적범위로 인정하는 견해(단체교섭권중심설),²⁷⁾ ② 단결권을 중심적 권리, 단체교섭권과 단체행동권을 부가적 또는 수단적 권리로 보아 대사용자관계를 전제로 하는 단체교섭·단체협약 이외의 다른 방법에 의한 사항도 단체행동권의 정당한 목적범위로 해석하여, 사용자의 처분권한이 없는 입법·정책적 사항 및 널리 노동자로서의 경제적·사회적 지위의 향상을 위한 전반적인 사항을 포괄하는 의미로 해석해야 한다는 견해(단결권중심설),²⁸⁾ ③ 노동3권의 이념 실현을 위해 가장 강력하고 본질적인 권리인 단체행동권이 전제되어야 하므로 이를 중심적 권리로 이해하는 견해(단체행동권중심설),²⁹⁾ ④ 노동3권은 상호 아무런 관련성이 없다는 견해로서, 단체행동권은 단체교섭의 수행여부와 관계없이 노동자들의 목적달성을 위해서 수시로 행사할 수 있는 권리이고, 단체행동권의 목적의 정당성은 단체교섭 목적범위일 필요가 없다는 견해(독립권리설)³⁰⁾가 있다.

(2) 판례

대법원은 전술한 서울특별시 지하철공사 파업 사건에서 “노동3권은 다 같이 존중, 보호되어야 하고 그 사이에 비중의 차등을 둘 수 없는 권리 들임에는 틀림없지만 근로조건의 향상을 위한다는 생존권의 존재목적에 비추어볼 때 위 노동3권 가운데에서도 단체교섭권이 가장 중핵적 권리”

27) 김형배, 앞의 책, 1119면.

28) 김유성, 앞의 책, 222-223면, 229면; 임종률, 앞의 책, 241면.

29) 허영, 「한국헌법론」, 진정13판, 박영사, 2017, 556면.

30) 강희원, 앞의 책, 461면.

라고 판시하여 단체교섭권중심설의 입장을 취했다.³¹⁾

한편 헌법재판소는 구 노동쟁의조정법의 강제조정제도 등의 위헌성이 문제된 헌법소원에서 “근로자의 단체행동권이 전제되지 않은 단체결성이나 단체교섭이란 무의미하여 단체결성이나 단체교섭권만으로는 노사관계의 실질적 대등성은 확보될 수 없으므로, 단체행동권이야말로 노사관계의 실질적 대등성을 확보하는 필수적인 전제이다. 그러므로 근로3권 가운데 가장 중핵적인 권리는 단체행동권이라고 보아야 한다.” 고 판시하여 단체행동권중심설의 입장을 취했다.³²⁾

(3) 검토

단체행동권의 행사는 ‘사실상의 실행행사’를 규범적으로 용인한 것이므로³³⁾ 정치적·경제적 여건의 실질적 기초, 노동세력의 성장, 각종 사회집단간의 권력자원 동원 능력에 따라 실효성 보장의 범위는 달라질 수 밖에 없다.

헌법 제33조 제1항에 단결권, 단체교섭권, 단체행동권이 병렬적으로 나열되어 있는데, 어느 하나를 목적적 권리로, 어느 하나를 수단적 권리로 해석하기보다는 각각의 권리가 독립된 기능과 역할을 할 수 있는 권리들로서 합체를 이루고 있음에 불과하다.³⁴⁾ 쟁의행위의 목적의 정당성 판단에 있어서 쟁의행위를 단체교섭 및 단체협약의 수단만으로 파악하는 논리는 인권체계로서의 쟁의행위법이 입각해야 할 규범적 요청과는 달리, 쟁의행위를 제한·금지하려는 의도로 직결되는 문제점을 내포하고 있다.³⁵⁾

따라서 헌법상 단체행동권 내지 쟁의권 행사의 정당한 목적은 대사용

31) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357 판결.

32) 헌법재판소 1996. 12. 26., 90헌바19, 92헌바41, 94헌바49(병합) 결정.

33) 이흥재, “단체행동권의 법적 구조 - ‘생활조건’을 위한 ‘독자적’ ‘행동의 자유권’ 향유구조-”, 이흥재 편, 「단체행동권」, 사람생각, 2004, 3면.

34) 변철환, 앞의 글, 56-57면.

35) 정인섭, “쟁의행위의 정당성 판단기준”, 이흥재 편, 「단체행동권」, 사람생각, 2004, 43면.

자관계를 전제로 한 단체교섭의 대상사항으로 한정하여 이해할 것이 아니고, 노동자의 경제적·사회적 지위의 향상과 관련된 전반적인 사항을 널리 포괄하는 것으로 이해하는 것이 타당하다.

특히 노사관계의 실질적 자치와 평등을 보장하기 위한 노동3권의 입법 취지와 헌법적 책무 및 이를 국가권력이 부당히 침해할 수 없다는 자유권적 성격에 기초할 때, 단체행동권은 노동3권의 본질적 권리로서 파악되어야 한다.

한편 오문완(2010)은 노동3권의 상호관계를 정치파업의 정당성 인정 여부에 대한 학설과 연결지으면서, 노동3권간의 관계를 단체교섭권을 중심에 둔 유기체적인 존재로 이해한다면 정치파업 위법론으로, 노동3권을 별개의 권리로 이해하거나 단체교섭권을 중심에 두면서도 느슨하게 연계된 조직체를 상정한다면 정치파업 이분론으로 이어진다고 보았다.³⁶⁾

2. 헌법상 단체행동권과 노조법상 쟁의행위의 관계

현행 법체계 하에서 정치파업의 정당성을 평가하기 위해서는 헌법 제 33조 제1항과 이와 관련하여 노조법 제2조 제6호에 정의한 쟁의행위의 개념³⁷⁾과의 관계를 주목해야 한다. 양자의 관계에 대한 해석론에 따라 헌법상 단체행동권의 행사가 노조법상 쟁의행위 외에 근로조건 등에 관한 주장을 관철하기 위해 행하는 헌법적 보호 대상이 되는 행위(예. 정치파업)를 포함할 수 있는지의 여부가 달라지기 때문이다.

양자의 관계에 대해 ① 노조법이 헌법상 노동3권의 구체화를 목적으로 하고 있다는 점에 주목하여 양자를 서로 같은 개념으로 보려는 견해,³⁸⁾ ② 헌법상 단체행동권의 행사는 노조법상 규율대상이 되는 쟁의행위 외에 노동자가 근로조건 등에 관한 주장을 관철하기 위해 행하는 헌법적

36) 오문완, “정치파업의 정당성 -판례분석을 중심으로-”, 「노동법학」 제35호, 한국노동법학회, 2010, 153면.

37) 쟁의행위라 함은 파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 말한다.

38) 임종률, 앞의 책, 212면.

차원에서 보호의 대상이 되는 행위들을 포함한다고 하며 양자를 구별할 필요가 있다는 견해³⁹⁾가 있다.

판단컨대, 노조법의 입법태도를 보면, 노조법이 헌법상 노동3권을 구체화하는 원리는 헌법 제37조 제2항의 공공복리 등에 의한 일반적 법률유보의 원칙을 온전하게 적용한 것이기 보다는 헌법 제23조에서 보장하고 있는 사용자의 재산권과의 규범조화적 원리에 중점을 둔 것으로 보인다. 즉, 노동관계라는 특별한 영역에서 국가가 노동3권과 재산권에 대해 양자를 조정하는 것에 대한 기준을 정한 것으로, 노조법상 쟁의행위의 개념은 헌법상 노동3권이 온전히 구체화되어 정당성이 인정되는 실정법상 쟁의권에 대한 유일한 개념이 아니라, 헌법상 단체행동권에 대한 특별한 개념이라고 볼 수 있다. 따라서 노조법상 쟁의행위에 해당되지 않더라도 헌법상 단체행동권의 행사로서의 지위가 부정되는 것이 아니고, 단지 노조법상 부여되고 있는 제반 효과가 직접적으로 미치지 않는 것 뿐이라 하겠다.⁴⁰⁾

이는 노조법 제45조 제2항의 조정전치주의를 위반한 쟁의행위의 정당성 문제와 결부지어 판단할 때 더욱 명확해진다. 즉, 노조법 제2조 제5호의 노동쟁의 발생 시에 노동위원회에 조정절차를 신청할 수 있는데, 이러한 조정절차를 거치지 않으면 쟁의행위를 할 수 없다고 하여 조정전치주의를 채택하고 있다. 즉, 이러한 조정전치주의를 위반한 쟁의행위의 정당성이 문제된다.

여기에 대해 대법원은 “조정전치에 관한 규정의 취지는 분쟁을 사전 조정하여 쟁의행위 발생을 회피하는 기회를 주려는 데에 있는 것이지 쟁의행위 자체를 금지하려는 데에 있는 것이 아니므로, 쟁의행위가 조정전치의 규정에 따른 절차를 거치지 아니하였다고 하여 무조건 정당성이 결여된 쟁의행위라고 볼 것은 아니다.” 라고 판시하였다.⁴¹⁾ 즉, 조정전치 규정의 취지는 평화적으로 쟁의행위를 해결하기 위한 정책적 고려에서 만든 노조법상 규정으로서, 상위법인 헌법상 단체행동권의 정당성 판단

39) 김유성, 앞의 책, 211-212면.

40) 변철환, 앞의 책, 51면.

41) 대법원 2000. 10. 13. 선고 99도4812 판결.

과는 애초부터 존재의 평면을 달리 하는 것이다.

이러한 규범의 상·하위법의 관계와 개념상의 포괄관계에도 불구하고, 이흥재(2004)는 단체행동권을 상위의 기본법인 헌법이 아닌 하위법인 노조법의 관점에서 축소해석하는 것이 현재의 주류적 접근방식이라는 것에 대해 비판하며 단체행동권에 대한 헌법해석학적 조명이 선행되어야 한다고 주장하였다.⁴²⁾ 정인섭(1999)은 기존의 판례법리가 정책적 규율대상으로서의 ‘쟁의행위’의 개념과 근로자의 인권보장 차원에서의 ‘단체행동’ 개념을 혼동하고 있다고 비판하였다. 그는 쟁의행위법이 무엇보다도 규범적 개념으로서의 ‘쟁의행위’를 대상으로 하여 단체행동권이라는 근로자의 기본적 인권을 구체화하는 체계이어야 한다고 주장하였다.⁴³⁾

한편 조용만(2000)은 법률에 의해 인정되는 사용자의 쟁의행위인 직장폐쇄와 헌법이 보장하는 노동자의 쟁의행위를 구별할 필요가 있고, 후자의 권리성의 측면을 보다 강조할 필요가 있다는 점에서 이를 ‘쟁의행위의 정당성’이라는 용어가 아닌 ‘쟁의권행사의 정당성’ 또는 ‘쟁의권 남용 여부’라고 칭하는 것이 바람직하다는 의견을 제시하였다.⁴⁴⁾

즉, 헌법상 단체행동권과 노조법상 쟁의행위의 관계를 요약하면, 헌법상 단체행동권은 노조법상 쟁의행위 중 근로자단체 또는 노동조합의 쟁의행위를 포함하는 개념이고, 노조법상 쟁의행위 중 극히 일부분인 사용자의 쟁의행위(직장폐쇄)만이 헌법상 단체행동권 밖에 있는 개념이라 할 수 있다. 때문에 근로자단체 또는 노동조합의 단체행동권은 노조법상 쟁의행위의 범위 안팎 모두에 걸쳐있다 할 수 있다.

따라서 헌법상 단체행동권과 노조법상 쟁의권은 서로 같은 차원의 범주가 아니므로 헌법 제33조 제1항의 ‘근로조건’의 의미를 노조법 제2조 제5호의 ‘노동쟁의’ 규정⁴⁵⁾에 얽매어 해석할 필요는 없다. 또한 헌

42) 이흥재, 앞의 책, 10면.

43) 정인섭, “쟁의행위의 개념”, 「노동법학」 제9호, 한국노동법학회, 1999, 73-74면.

44) 이승욱 등, 「쟁의행위 정당성의 국제비교」, 한국노동연구원, 2000, 86면.

45) “노동쟁의”라 함은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체(이하 “노동關係 當事者”라 한다)간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우등 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 말한다. 이 경우 주장의 불일치라 함은 당사자

법 제32조 제3항에 명시한 ‘근로조건 법정주의’에 비추어 볼 때, 근로조건 향상을 사실행위인 단체교섭에 의한 향상으로 한정하여 해석할 필요도 없다.

한편 상기한 ‘노동쟁의’의 정의 규정과 관련하여, 쟁의행위의 목적이 정리하고 반대 등 ‘경영권의 행사’, 해고 조합원 복직 등 ‘권리분쟁’, 집단적 노사관계에 관한 것인 경우 현행법상 노동쟁의 개념의 협소함으로 인해 쟁의행위의 정당성이 부인되고 있다는 견해가 있다. 강문대(2014)는 쟁의행위에 대한 손해배상·가압류 제한에 관한 입법론 연구에서, 현행법상 ‘노동쟁의’의 정의 조항은 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모한다는 노조법의 목적에 비추어 보더라도 그 범위가 너무 좁고, 헌법상 기본권으로 보장되고 있는 단체행동권을 지나치게 축소하고 있으며, 기존에 권리분쟁까지 포함하던 조항⁴⁶⁾을 충분한 논의를 거치지 않은 채 성급하게 개정하여(1997년) 권리분쟁을 노동분쟁의 개념에서 전면 배제시켰다고 지적한다.⁴⁷⁾

이와 관련하여 제19대 국회에서 발의된 노조법 일부개정법률안(은수미의원 등 34인)에 따르면, 노조법 제2조 제5호를 ‘해고 기타 대우 등 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치’에서 ‘해고(근로기준법 제24조에 따른 해고를 포함한다) 기타 대우 등 근로조건 및 노동관계 당사자 사이의 관계에 관한 주장의 불일치’로 개정하고, 제5호 후단을 삭제하여 노동쟁의의 개념을 보다 포괄적으로 정의하였으나 해당법안은 2016. 5. 29.자로 임기만료 폐기되었다.

간에 합의를 위한 노력을 계속하여도 더이상 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없는 경우를 말한다.

46) 구 노동쟁의조정법 조항은 ‘근로조건에 관한 노동관계 당사자 간의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태’로 규정되어 있었다. 대법원은 그 해석에 관해서도 “‘노동조건에 관한 노동관계 당사자의 주장’이란 개별적 노동관계와 단체적 노동관계의 어느 것에 관한 주장이라도 포함하는 것이고, 그것은 단체협약이나 근로계약상의 권리의 주장(권리분쟁)과 그것에 관한 새로운 합의의 형성을 피하기 위한 주장(이익분쟁)을 모두 포함하는 것”(대법원 1994. 1. 11. 선고 93누11883 판결)이라고 하여 현행법보다 대상 범위가 넓었다.

47) 강문대, “쟁의행위에 대한 손해배상·가압류 제한에 관한 입법론”, 이철수 편, 「전환기의 노동과제」, 오래, 2017, 499-500면.

3. 노동3권의 성질

(1) 학설

노동3권에 대해 ① 국가 또는 타인으로부터 부당한 방해나 간섭을 받지 않고 자유롭게 행사할 수 있는 ‘소극적’ 자유권의 일종으로 파악하는 견해(자유권설),⁴⁸⁾ ② 국가가 이를 적극적으로 보호·조장하여 주도록 청구할 수 있는 생존권(사회권)의 일종으로 이해하는 견해(생존권설),⁴⁹⁾ ③ 근로자가 노동3권을 행사하는 것을 국가 또는 제3자가 방해해서는 안 된다는 자유권적 측면과 국가가 적극적으로 노동3권의 행사를 보장해주도록 청구할 수 있는 사회권적 측면을 동시에 가지고 있다는 견해(혼합권설)⁵⁰⁾가 있다.⁵¹⁾ 학설의 지배적인 견해는 혼합권설이다.

(2) 판례

대법원은 서울특별시 지하철공사(현 서울교통공사) 노동조합의 쟁의행위에 대한 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반, 업무방해, 노동쟁의조정법 위반, 업무상배임 등이 문제되었던 사건에서 노동3권을 “시민법상의 자유주의적 법원칙을 수정하는 신시대적 시책으로서 등장한 생존권적 기본권”이라고 하여 생존권으로 보고 있다.⁵¹⁾

한편 헌법재판소는 헌법 제33조 제1항의 근로3권의 법적 성격과 관련된 구 노동조합법 제33조 제1항 위헌소원 사건에서, “근로3권은 국가공권력에 대하여 근로자의 단결권의 방어를 일차적 목표로 하지만, 보다 큰 헌법적 의미는 근로자단체라는 사회적 반대세력의 창출을 가능하게 함으로써 노사관계의 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근로조건에

48) 박홍규, 「노동단체법」, 삼영사, 2002, 45면.

49) 김철수, 「헌법학신론」, 제21전정신판, 박영사, 2013, 1022면.

50) 김형배, 앞의 책, 119-122면; 임종률, 앞의 책, 22면; 김유성, 앞의 책, 23-25면.

51) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357 판결.

관한 노사간의 실질적인 자치를 보장하려는데 있다.” 고 하면서, “근로자는 노동조합과 같은 근로자단체의 결성을 통하여 집단으로 사용자에게 대항함으로써 사용자와 대등한 세력을 이루어 근로조건의 형성에 영향을 미칠 수 있는 기회를 가지게 되므로 이러한 의미에서 근로3권을 ‘사회적 보호기능을 담당하는 자유권’ 또는 ‘사회권적 성격을 띤 자유권’ 이라고 말할 수 있다.” 고 하여 혼합권설의 입장을 취했다.⁵²⁾

(3) 검토

자유권은 국가권력의 개입이나 간섭이 배제되어야 보호되는 권리이다. 즉, 입법자에 의한 별도의 형성행위 없이 헌법규정만으로도 국가권력의 부당한 침해 배제를 배제하는 구체적 권리성을 가지는 것으로, 입법자의 입법은 자유권의 보호범위를 축소하는 제한적 성격을 가지기에 입법형성권의 재량이 축소된다. 반면 사회적 기본권은 국가의 개입과 간섭을 필요로 한다. 즉 입법에 의하여 제한되는 것이 아니라 비로소 구체적 권리로서 형성되기에 최소한의 물질적 생활 유지에 필요한 것 이상의 급부 요구에 대해서는 국회의 광범위한 입법재량이 인정된다.

노동3권은 근로자의 생존을 확보하기 위하여 시민법상 자유주의적 법원칙을 수정하는 정책으로 등장했다는 점에서 생존권적 성격을 부인할 수 없으나, 연혁적인 측면에서 국가의 형벌권이나 민사책임·제재를 철폐 및 수정하면서 등장했다는 점에서 자유권적 성격을 핵심으로 한다고 볼 수 있다. 또한 노동3권은 다른 사회적 기본권(예. 사회보장급부권)과 달리 생존권 실현을 위한 법률의 제정이라는 국가의 개입을 기다릴 필요 없이 헌법규정만으로 구체적 권리성이 인정되는 것으로, 국가의 의무는 ‘적극적 개입’ 이 아닌 ‘사회적 자치의 조성’ 에 있다 할 것이다.⁵³⁾ 국가의 적극적 개입이라는 성격을 가진 부당노동행위 규정 등이 있지만, 이는 노조법이라는 하위 입법으로 형성된 것일 뿐 헌법상 단체행동권 전

52) 헌법재판소 1998. 2. 27. 94헌바13·26, 95헌바44(병합) 결정.

53) 김유성, 앞의 책, 25면.

체를 생존권으로 볼 수는 없다.

이러한 측면에서 노동3권, 특히 단체행동권의 사회권적 성격을 (특히 이념적으로) 강조하는 혼합권설은 기본권의 보장목적과 그 법적 성격은 별개라는 점을 간과하고 있다고 볼 수 있다. 노동3권은 그 특수성으로 인하여 근로권, 사회보장급부권과 달리 구체적 입법을 기다릴 필요없이 헌법규정만으로 직접 실현될 수 있는 효력을 가진 기본권을 의미하므로, 그에 관한 법률유보는 기본권 제한을 의미한다. 따라서 헌법재판소가 그 사회권적 성격을 강조하는 실질적 이유는 사회권 보장을 위한 국가의 적극적 입법의무를 명분으로 내세워 오히려 노동3권을 제한하려는 법률의 합헌성을 담보하려는 의도라는 평가⁵⁴⁾가 있다. 상기한 결정례에서 헌법재판소가 “근로자의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동(입법)을 필요로 한다.” 며, “입법자가 근로자에게 근로3권을 실질적으로 보장하기 위한 법적 제도와 법규범을 형성함에 있어서 단체협약제도의 기능확보라는 중요한 공공복리를 위하여 노동조합의 활동의 자유를 제한한 것이다.” 는 문구를 볼 때, 사실상 생존권설에 보다 가깝다고 보는 것도 무리가 아닐 것이다.

정인섭(2009)은 제헌헌법 제18조에 “근로자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 ‘자유’ 는 법률의 범위 내에서 보장된다.” 고 명시되었던 점을 지적하면서, 노동3권은 본래 ‘권리’ 가 아니라 ‘자유’ 로 보장되었으나 이후 헌법이 개정되어 그 법적 성격을 생존권 또는 사회적 기본권으로 보게 되면서, 쟁의행위 관련 법령 등 집단적 노동관계법의 해석에 오류를 양산하게 되었다고 지적한다.⁵⁵⁾ 한편 제정 노동쟁의조정법은 쟁의행위를 (개인) 근로자의 권리로 파악하여, ‘단체행동’ 을 자유권으로 보기 위해 ‘단체행동자유권’ 으로 명시하였던 제헌헌법의 의도를 적절히 반영하였다.⁵⁶⁾

그러나 이후 헌법재판소의 결정에 대한 사례(사립학교 교원이 전국교

54) 이홍재, 앞의 책, 13면.

55) 정인섭, “쟁의행위의 질곡: 헌법”, 「노동법연구」 제26호, 서울대학교 노동법연구회, 2009, 6-8면.

56) 강성태, “제정 노동법의 주요내용과 특징”, 「노동법학」 제48호, 한국노동법학회, 2013, 161면.

직원노동조합에 가입하여 노동운동을 하다 면직처분을 받자, 처분 무효 확인청구의 소 제기 및 「구 사립학교법」 제55조에 대한 위헌법률심사 제청을 신청함)에서, 노동3권의 생존권으로서의 측면이 자유권으로서의 성격보다 강하다고 하나 실은 기본권 제한법률이 기본권의 본질적 부분을 침해해서는 안 된다는 요청이 적용되어야 하는 자유권으로서의 성격과 효력을 사실상 부정하였다는 평가가 있다.⁵⁷⁾ 즉, 헌법상 노동3권이 노동법에 의해 구체화되는 것이 아니라 오히려 제한·금지의 형태로 나타나게 된 것이다.

단체행동권이 그 탄생배경은 물론 현실적 양태가 사용자는 물론 국가 권력의 통제로부터 벗어나고자 하는 저항권적 성격을 갖는다는 점, 근로자의 인간적 존엄과 가치 및 행복이라는 실질적 자유를 구현하기 위한 성격을 갖는다는 점을 고려할 때 노동3권 제한입법에 있어서 노동3권의 자유권적 계기를 간과해서는 안 되며, 입법적 개입은 원칙적으로 노동3권의 규제가 아니라 조성을 지향하는 것이어야 한다. 부당노동행위에 대한 규제 등 노동3권에는 사적 자치가 이루어질 수 있도록 법적 조건을 형성해야 할 국가의 의무(입법자의 의무)라는 사회권적 측면도 있으나, 본 논문에서 주로 다루어지는 단체행동권, 그 중에서도 쟁의행위는 국가 공권력에 의한 단결활동의 침해를 방어하고, 노동자가 자주적으로 갖는 의사표현의 자유라는 측면을 보다 본질적으로 가지므로 자유권으로 보는 것이 타당하다.

4. 국제노동기구(ILO)의 기준

(1) 쟁의권의 보장과 그 범위

1) 쟁의권의 보장

57) 정인섭, “노동삼권과 법률”, 「노동법연구」 제36호, 서울대학교 노동법연구회, 2014, 49면.

ILO의 결사의 자유 위원회(Committee on Freedom of Association, 이하 “CFA”)와 협약 및 권고 적용 전문가 위원회(Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 이하 “CEACR”)는 쟁의권(right to strike)이 노동자와 그 조직의 근본적인 권리라고 언급하면서, ‘쟁의권’이라는 용어를 가장 넓은 범위에서 실질적인 판례로 만들기 위해 그 행사의 한계와 파업권과 연결된 원칙에 대해 규정하였다.

ILO의 결사의 자유국(Freedom of Association Department) 국장이었던 베르나르 제르니곤(Gernigon, 1998) 등의 연구⁵⁸⁾에 따르면, CFA는 1952년 제2차 회의에서 “노동자와 그 결사체가 합법적으로 그들의 경제적·사회적 이익을 향상 및 보호하기 위해 쟁의권(쟁의행위)은 권리이다.”라고 선언했고 이에 대한 기본적인 원칙을 규정했다. 이 원칙은 첫째, 쟁의행위는 노동자와 그 조직이 향유할 수 있는 권리임을 분명히 했고, 둘째, 쟁의권에 대한 법적 제재는 물론 쟁의권이 박탈될 수 있는 노동자 범주의 수를 감소시켰으며, 셋째, 쟁의권 행사를 경제적·사회적 이익을 향상 및 보호하기 위한 목적과 연결시켰고(CFA가 동정파업과 관련된 명백한 언급을 하지는 않았으나, 이러한 기준은 ILO에 의해 보호되는 범위에서 순수한 정치파업을 제외함), 넷째, 쟁의권의 합법적 행사에 대해 반조합적 행위로 인한 편파적인 징계를 받지 않도록 했다.

ILO에 따르면 쟁의행위는 세 가지로 구분될 수 있다. 첫째, 노동자의 근로나 생활조건을 보장하거나 향상시키기 위한 직업적(occupational) 파업이다. 둘째, 노동조합과 그 지도부의 권리를 보장하거나 향상시키기 위한 조합 그 자체를 위한 파업이다. 셋째, 정치파업이다. 이중 직업적 파업과 조합 그 자체를 위한 파업은 CFA가 제안한 원칙 중 어떤 것에도 문제가 되지 않는다. 그러나 정치파업은 파업을 요구하는 근로자들에게 직접적·즉각적으로 영향을 미치는지 여부에 따라 구분지어 판단하여야 한다.⁵⁹⁾

58) Gernigon, Bernard, etc., “ILO principles concerning the right to strike”, 『International Labour Review』 제137권 제4호, International Labour Organization, 1998, 11-12면.

한편 CEACR은 그 성격상 순수한 정치파업은 결사의 자유의 범위에 포함되지 않지만, 실제로 파업의 정치적 측면과 직업적 측면을 구별하는 것은 어렵다는 견해를 밝히고 있다. 왜냐하면 정부가 채택한 정책(예. 임금의 동결)이 노동자나 사용자에게 직접적 영향을 주는 경우가 자주 있기 때문이다. 여러 국가의 법제에서 정치파업은 명시적·묵시적으로 불법인 경우도 있고, 일부 국가에서는 파업권에 대한 제한이 아주 광범위하게 해석되어 모든 파업이 정치적인 것으로 해석될 여지가 있는 경우도 있다. 때문에 CEACR은 노동자 단체는 구성원과 일반 노동자에게 직접적 영향을 주는 사회적·경제적 정책의 흐름에 의해 야기되는 문제(예. 고용, 사회적 보호, 생활수준)에 대한 해법을 모색하는데 있어 자신의 지위를 옹호하기 위해 파업행위를 활용할 수 있어야 한다.⁶⁰⁾

그러므로 CFA는 노동자들의 직업적·경제적 이익 보호를 위한 쟁의권 행사 목적에 근로조건 개선이나 직업적 성격의 집단적 요구 이외에도 경제적·사회적 정책 해결을 위한 요구도 포함된다고 결론 내렸다. ILO는 노동조합이 정치활동에 참가하는 것을 일반적으로 금지하는 것은 결사의 자유 원칙에 반하며 실제로도 비현실적이므로, 노동조합은 정부의 경제·사회정책에 관하여 그들의 의견을 공식적으로 표명할 수 있다고 하여 노동조합의 정치활동을 인정하고 있다. 또한 노동자와 그 조직이 단체협약 체결을 통해 해결될 수 있는 노동쟁의를 넘어서서 노동자의 이해관계에 영향을 미치는 경제적·사회적 문제를 포함하는 문제에 대해 불만을 표시할 수 있어야 한다고 언급했다. 단, 그러한 노동자들의 행위는 시위의 형태로 표현되어야 하고, 평화를 해쳐서는 안 된다는 것이 ILO의 입장이다. 이와 관련하여 CFA는 정부의 경제정책에 따른 사회적 영향 및 파업을 금지하는 것에 대한 항의 집회를 불법으로 선언하는 것은 결사의 자유에 대한 심각한 위반이라고 언급했다.⁶¹⁾

59) Gernigon, B., etc., 앞의 글, 13면.

60) ILO, “Freedom of association and collective bargaining”, International Labour Conference 81st Session, [Report of the Committee of Experts], Geneva, International Labor Office, 1994, para 165, 72-73면.

61) ILO, “Freedom of Association- Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO”, [Freedom of

2) 정치파업에 대한 정당성 인정 범위

1983년에 개최된 ILO 제69차 총회에 제출한 CEACR 보고서에 의하면, “파업권은 노동자 및 그 단체가 그들의 경제적·사회적 이익을 증진·보호하기 위한 필수적인 수단 중 하나이다. 이러한 이익에는 보다 나은 근로조건을 달성하거나 직업적 성격을 가진 집단적 요구를 제기하는 것만 포함되는 것이 아니고, 경제정책·사회정책에 관한 문제와 근로자들과 직접 관련이 있는 종류의 문제해결도 포함된다.” 고 하여 국가에 대한 단체행동을 가능한 것으로 보았다.⁶²⁾

CFA는 직업적 파업 또는 조합 그 자체를 위한 파업이 노동자의 이익을 향상 및 보호하는 것과 무관함에도 단지 정치파업의 성격을 은폐하기 위한 것이 아닌 한, 직업적 또는 노동조합 관련 파업과 정치파업의 일부를 포함하는 쟁의행위를 통해 추구되는 목표는 합법적이라고 하였다.⁶³⁾

또한 CFA는 심리결정례 요약문(Digest of Decision)을 통해, 순수한 정치파업이 결사의 자유의 범위에 속하지는 않지만 노동조합은 항의파업의 방법에 호소할 수 있어야 하고, 특히 정부의 경제적·사회적 정책을 비판할 것을 목적으로 하는 경우 그러하다고 명시하였다. 아울러 이들은 총파업이 정부정책에 대한 항의의 성격을 갖고 있는 경우에, 초기단계부터 직업적 이해관계와 관련되어 있는 주장이 기각된 의문이 있다고 평가하였고 파업권이 단체협약의 체결을 통해 해결될 가능성이 있는 노동분쟁에만 국한될 수는 없다는 입장을 밝혔다.⁶⁴⁾

CFA가 “최저임금의 인상, 단체협약의 인정 및 경제정책의 변화를 요구하는 24시간 총파업은 정당하며 노동조합의 통상적인 활동범위에 속한다.” 고 입장을 밝혀왔듯이, ILO는 경제적 정치파업의 정당성을 인정하고 있다. CEACR도 순수한 정치파업은 성격상 표현의 자유 영역 밖의 일

association], Geneva, International Labor Office, 제4(개정)판, 1996, para. 479, para. 484, para 493, 102-194면.

62) 정미희, 앞의 글, 26-27면.

63) Gernigon. B., etc., 앞의 글, 15면.

64) ILO, 앞의 글(1996), paras. 482-484, 102-103면.

이지만 정치파업과 직업적 파업을 실질적으로 구분짓는 것은 어려운 것이라고 언급했다. 임금동결과 같은 정부정책은 노동자나 사용자에게 즉각적 영향을 주기 때문이다.⁶⁵⁾

이처럼 ILO의 기준에 따르면, 기본적으로 정치파업 이분론에 입각하여⁶⁶⁾ 순수한 정치파업의 정당성을 원칙적으로 인정하지 않으면서도 그 판단에 있어 매우 신중한 원칙을 갖고 있다. 한국에서의 헌법 제33조 제1항 ‘근로조건 향상’과 관련된 학설 논의와 연결할 경우 단결권중심설과 맥이 닿아있다. 따라서 경제적 정치파업의 영역을 비교적 폭넓게 파악하여 정치파업의 정당성을 인정하기 위한 폭넓은 판단여지를 남겨두고 있다.

(2) 협약 제87호 관련 사항

1) 협약 제87호의 의의

ILO 협약, 그 중에서도 핵심협약(core convention)은 노동권에 관한 가장 기본적 규율 원칙을 천명한 것으로 모든 ILO 회원국은 비준에 대한 사실상의 의무를 부담한다. 핵심협약은 1998년 기본원칙 선언에서 열거한 결사의 자유(제87호, 제98호), 강제노동금지(제29호, 제105호), 아동노동금지(제138호, 제182호), 차별금지(제100호, 제111호) 등 총 4개 분야 8개 협약으로 구성된다.⁶⁷⁾ 이 중 결사의 자유와 관련된 제87호 결사의 자유 및 단결권 보장 협약(Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention), 제98호 단결권 및 단체교섭권 협약(Right to Organize and Collective Bargaining Convention)이 문제된다.

국제노동조합연합(International Trade Union Confederation, 이하 “ITUC”)은 2000년대에 들어 ILO의 사용자대표단(Employers’ Group)이

65) ILO, 앞의 글(1996), paras. 494-495, 104면.

66) 이승욱 등, 앞의 책, 17면.

67) 김근주, “ILO 핵심협약 비준의 쟁점”, 「월간 노동리뷰」 제152호, 한국노동연구원, 2017, 3면.

ILO CEACR이 개발한 쟁의권은 사실상 무제한이라고 주장하며, 쟁의권을 협약 제87호로부터 도출할 수 없다고 한 견해들에 반박하는 논문을 발표하였다.

1994년에 열린 결사의 자유에 관한 일반조사(General Survey)에서 CEACR은 “파업권은 노동자와 그 단체가 경제적 사회적 이익을 증진하고 보호할 수 있는 필수적 수단 중 하나이다. 이러한 이익은 더 나은 근로조건과 직업적 성격과 관련된 집단적 요구를 추구할 뿐만 아니라, 경제 및 사회 정책 문제 및 노동자에게 직접적 관련이 있는 모든 종류의 노동문제에 대한 해결책을 모색하는 일”이라고 강조했다. 따라서 CEACR의 논리는 노동자와 사용자 단체가 그들 구성원의 이익을 증진 및 보호하기 위한 목적으로 행동을 조직하고 계획을 공식화할 권리에 기반한다⁶⁸⁾(협약 제87호 제3조, 제8조, 제10조).⁶⁹⁾

CEACR은 같은 입장을 수 차례 반복하고 확장했다. 가장 최근에는 ‘공정한 세계화를 위한 사회정의에 관한 ILO 선언에 비추어 본 직장에서의 권리에 관한 기본 협약에 관한 2008년 일반조사(General Survey on the Fundamental Conventions Concerning Rights at Work in Light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalizations, 2008)’에서 이러한 입장을 확인했다. 이는 사용자대표단이 이와 관련된 논의에 있어 최근에 협력을 중단하고 입장을 바꾼 것이 주원인이었다. CEACR은 1994년 일반조사에서 언급했던 종래의 입장을 반복하고 발전시켰다.⁷⁰⁾

68) ITUC, “The Right to Strike and the ILO: The legal Foundations”, 2014, 19면.

69) 제3조

1. 근로자단체 및 사용자단체는 그들의 규약과 규칙을 작성하고, 완전히 자유롭게 대표자를 선출하며, 관리 및 활동을 조직하고, 계획을 수립할 권리를 가진다.
2. 공공기관은 이 권리를 제한하거나 이 권리의 합법적인 행사를 방해하는 어떠한 간섭도 삼가야 한다.

제8조

1. 이 협약에 규정된 권리를 행사하는데 있어서 근로자 및 사용자 그리고 그 단체는 다른 개인이나 조직된 집단과 마찬가지로 국내법을 존중하여야 한다.
2. 국내법은 이 협약에 규정된 보장사항을 저해하거나 저해할 목적으로 적용되어서는 안 된다.

제10조

이 협약에서 ‘단체’라는 용어는 근로자 또는 사용자의 이익을 증진·옹호하는 것을 목적으로 하는 모든 근로자단체 또는 사용자단체를 의미한다.

제87호 협약과 제98호 협약은 명시적으로 쟁의권 보장을 규정하고 있지는 않지만, CFA, CEACR의 의견을 통해 제시된 쟁의권에 관한 ILO의 일관된 해석입장은 쟁의권이 결사의 자유의 ‘내재적 귀결(intrinsic corollary)’ 또는 ‘필수적(essential)’ 이고 ‘정당한(legitimate)’ 수단이 라는 것이다. 쟁의권이 명시적으로 제87호 협약에 의해 보장되고 있지 않다는 비판에 대해서는 제87호 협약 채택 이전에 어떠한 국제노동절차에서도 파업권이 명시적으로 부정된다고 한 사례가 없는 점, 명시적인 규정이 없다고 하여도 협약의 목적과 의도를 고려하여 해석하여야 하기 때문에 강행규정의 부재는 임의적이라는 점(즉, 해당 권리의 부정을 의미하는 것이 아니라는 점), 「조약법에 관한 비엔나 협약(Vienna Convention on the Law of Treaties)」⁷¹⁾ 제31조 및 제32조⁷²⁾를 고려할 때 제87호 협약의 채택 이후 50여 년 동안 이루어진 후속조치를 고려하면 해석의 근거를 찾을 수 있다는 점에서 타당하지 않다.⁷³⁾

CFA는 결사의 자유에 관한 ILO 헌장(ILO Constitution) 조항 해석에 있어 헌장의 목표에 대한 직접적 기준을 제시하였다. ILO 헌장의 검토는 CFA가 어떻게 결사의 자유와 쟁의권 사이의 연결고리를 이끌어 냈는지 설명한다. 헌장에 명시된 ILO의 주요 목표는 다른 경제적 목표보다 우선 시되는 ‘사회정의’이다. ILO 헌장에서 사회정의에 단체교섭이나 삼자간 협의를 통해 근로조건의 개선과 노동생활에 영향을 미치는 결정 과정에 참여하는 노동자의 능력이 포함된다는 것은 명백하다. 헌장에 쟁의권

70) ITUC, 앞의 글, 20면.

71) 국가간의 조약에만 적용되는 국제법상 협약으로, 기존 국제관습법을 성문화하는 성격을 갖는다. 1969년 5월 22일 채택되었고, 1980년 1월 27일에 발효되었다.

72) 제31조 (해석의 일반규칙)

① 조약은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아, 그 조약의 문면에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다.

제32조 (해석의 보충적 수단)

제31조의 적용으로부터 나오는 의미를 확인하기 위하여, 또는 제31조에 따라 해석하면 다음과 같이 되는 경우에 그 의미를 결정하기 위하여, 조약의 교섭 기록 및 그 체결시의 사정을 포함한 해석의 보충적 수단에 의존할 수 있다.

(a) 의미가 모호해지거나 또는 애매하게 되는 경우, 또는

(b) 명백히 불투명하거나 또는 불합리한 결과를 초래하는 경우

73) 이승욱, “국제노동기준의 동요”, 「노동법학」 제62호, 한국노동법학회, 2017, 94면, 101면.

이 명시적으로 언급되지는 않지만 전문(preamble)⁷⁴⁾에서 결사의 자유 원칙을 인정한다.⁷⁵⁾

2) 협약 제87호의 비준

CFA가 1952년, CEACR이 1959년에 협약에 포함 된 쟁의권을 인정한 이후, 협약 제87호를 비준한 대다수의 국가가 쟁의권을 인정해 왔다. 실제로 CFA가 1952년에 최초로 쟁의권에 관한 법리를 확립한 이후에 협약 제87호를 비준한 154개 회원국(2017년 10월 현재) 중 138개국은 쟁의권을 인정했다. 또한 상기된 CEACR의 1959년 결사의 자유에 관한 첫 일반 조사 발표 이후에 154개 회원국 중 116개 국가의 비준이 이루어졌다. 따라서 이들 국가는 쟁의권이 협약 제87호에 내재되어 있음을 인정한 것으로 추정할 수 있다.⁷⁶⁾

한편 ILO는 미비준 회원국에 대해 비준 전망 및 미비준 사유를 매년 보고하도록 하고, 결사의 자유에 대해 비준 유무에 관계없이 CFA를 통하여 해당 회원국 정부에 ‘권고(recommendation)’를 할 수 있다. 이러한 핵심협약 비준은 보편적 노동권의 기본적 보장을 확인하는 것으로 헌법상 노동3권의 실천과도 관계있다.⁷⁷⁾

한국은 핵심협약 4개 분야 중, 결사의 자유, 강제노동금지에 관한 협약을 비준하지 않고 있다. 이는 1991년 ILO에 가입한 이후 27년이 지나도록 이행되지 않고 있는 과제이다. 그동안 ILO CFA는 한국에 결사의 자유 침해로 진정된 15개 사건⁷⁸⁾에 대해 여러 차례의 권고를 해왔다.⁷⁹⁾

74) 세계의 항구적 평화는 사회정의에 기초함으로써만 확립될 수 있으며, …(중략)… 결사의 자유 원칙의 인정, …(중략)… 다른 조치들을 통하여, 시급히 개선되는 것이 요구되며, …(중략)… 계약당사국들은 정의 및 인도주의와 세계의 항구적 평화를 확보하고자 하는 열원에서 이 전문에 규정된 목표를 달성하기 위하여 다음의 국제노동기구헌장에 동의한다.

75) ITUC, 앞의 글, 23면.

76) ITUC, 앞의 글, 27면.

77) 김근주, 앞의 책, 3-4면.

78) 2018년 6월 현재 종결사건(closed) 9개, 후속점검(follow-up) 사건 3개, 심의 중(active)인 사건 3개.

79) 윤애림, “ILO 결사의 자유 기본협약 비준과 당면과제”, 「월간 노동리뷰」 제152

CFA는 쟁의행위의 정당한 목적에 대한 제한적인 해석은 노동자들을 민·형사상 소송의 위협에 노출시킨다는 점에서 파업참가자와 노동조합에 심각한 결과를 야기할 수 있다고 지적해왔다. 따라서 CFA는 정부에 노동자의 이해와 직접적인 관계가 있는 모든 경제적·사회적 문제에 대해 쟁의행위가 가능하도록 목적의 정당성에 대한 현재의 협소한 해석론을 폐기하기 위해 필요한 조치를 취할 것을 지속적으로 요청해왔다.⁸⁰⁾

이와 관련하여 문재인 대통령은 대선 공약으로 ILO 핵심협약 비준을 제시하였고, 이는 국정운영 5개년 계획(100대 국정과제 중 63번 ‘노동존중 사회 실현’ 항목에 ILO 핵심협약 비준이 명시됨)에도 포함되었다. 2017년 9월 4일에는 방한한 가이 라이더(Guy Ryder) 사무총장을 만나 핵심협약 비준 의사를 밝혔고, 김영주 고용노동부 장관 역시 2018년 5월 12일, 핵심협약 비준을 위해 국내법과의 상충여부를 분석하고 협약에 반하는 국내법 제도를 개선하겠다고 발표하였다.

쟁의권에 대한 ILO 협약 제87조(및 제98조)는 노동조합의 활동 대상 및 쟁의행위의 목적이 노동자의 경제·사회적 조건에 영향을 미칠 수 있는 제반 정책에 미칠 수 있음을 ‘사회정의’의 관점에서 국제법적 근거를 제공하고 있다. 때문에 쟁의행위의 목적의 정당성을 보다 폭넓게 인정하기 위해 현 정부의 ILO 핵심협약 비준에 귀추가 주목되고 있다.

5. 정치파업에 대한 전향적 견해

(1) 시민불복종으로서의 쟁의권

자본주의의 등장으로 부를 축적한 신흥 상공업자 계층은 당시까지도 존재하던 절대왕정으로부터 자신들이 축적한 부와 시민혁명으로부터 쟁취한 시민적 권리를 보호할 필요성을 인지하게 되었는데, 그러한 부르주아들의 사적 소유권을 절대화하기 위해 만든 법이 나폴레옹 법전으로 대

호, 한국노동연구원, 2017, 10면.

80) 윤애립, 앞의 글, 22-23면.

표되는 민법이다. 때문에 필연적으로 자본가들의 재산을 보호하기 위해 제정된 근대 시민법은 쟁의행위를 허용하지 않았고, 이후 노동자들의 투쟁 및 사회주의의 등장으로 인해 자본주의 체제를 유지하기 위한 산물인 노동법에 의하여 예외적으로만 정당성을 인정하였다.

김재완(2014)은 21세기 들어 신자유주의 통치술과 정교해진 법 논리에 따라, 형식적인 법치를 통한 기업과 정부의 항구적인 노동자 탄압에 맞서 실질적인 법치를 회복하기 위해서는 노동자의 쟁의권이 보다 차원 높은 인권과 헌법상 기본권에 기초한 합법적인 불복종권이라는 권리임을 재확인해야 한다고 주장한다. 이와 같은 헌법적 권리개념의 재정립을 통해 사법부는 노동자의 쟁의행위의 합법성을 보다 폭넓게 인정해야 한다. 그는 노동자의 쟁의권과 그 행사는 본질적으로 헌법이 인정한 기본권으로서 합법적인 불복종이라고 주장한다.⁸¹⁾

노조법에 의하면 쟁의행위의 정당성이 인정되는 경우 민·형사책임이 면제되고(제3조, 제4조), 쟁의행위에 참가한 노동자에 대한 해고나 불이익행위가 금지된다(제81조 제5호). 쟁의행위가 당초에는 형법이나 민법상 위법행위로 취급되어 왔기 때문에 이러한 시민법원리를 수정하기 위하여 쟁의권이 보장된 것이라는 점에 비추어보면, 쟁의행위의 정당성은 본래는 시민법상의 위법성과 그 효과를 부정하기 위한 개념이다.⁸²⁾

한편 대법원은 쟁의행위의 정당성 기준으로 다음과 같이 네 가지 요건을 제시하고 있다. 첫째, 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자여야 하고, 둘째, 그 목적이 근로조건 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째, 사용자가 노동자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, 넷째, 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 조건을 모두 구비해야 한다.⁸³⁾

81) 김재완, “불복종으로서의 쟁의권과 쟁의행위”. 「민주법학」 제55호, 2014, 53-54면.

82) 임종률, 앞의 책, 22면, 217-218면.

이처럼 기존의 학설과 판례가 갖고 있는 쟁의행위의 정당성 판단은 쟁의권을 노동자의 기본적인 권리로 규정하고 있는 헌법 제33조 제1항에 충실한 해석이라 볼 수 없다. 법원은 노동자의 저항수단인 쟁의행위의 정당성 인정요건을 너무 제한적으로 엄격하게 판단함으로써 합법성이 빈번하게 부정되는 결과를 낳았다.

그러나 노동자의 쟁의권과 그 행사는 본질적으로 헌법이 인정한 기본권으로서 합법적인 불복종이다. 시민불복종(civil disobedience)은 시민들이 정부의 잘못된 정책이나 법률을 절대적인 진리로 받아들이지 않겠다고 선언함으로써 인간의 양심과 이성에 대한 신뢰와 그 가능성을 증명하려는 정치행위이다.⁸⁴⁾ 하승우(2009)는 시민불복종은 입헌주의와 법치주의가 어느 정도 확립된 국가에서나 가능한 권리이기 때문에 한국사회에서는 아직 낯선 개념이라고 지적하면서도, 2008년 정부의 미국산 쇠고기 수입에 대한 반대로 시작된 촛불집회로 대표되는 대중적인 저항은 한국사회에서 시민불복종 운동이 확산된 계기라고 지적하고 있다.⁸⁵⁾

(2) 언론의 자유와 단체행동

한편 노동조합의 활동을 노동기본권의 관점에서 벗어나 인류의 보편적인 권리의 하나인 양심의 자유나 언론의 자유 문제로도 접근할 수 있을 것이다. 쟁의행위에 포함된다고 하더라도, 사용자 외의 자에 대한 항의의 의사표시 성격이 있는 직장점거, 피케팅, 정치파업, 준법투쟁 등은 언론의 자유라고 하는 관점에서 그 정당성을 논할 수 있다.⁸⁶⁾

기존의 관점 혹은 다수설(정치파업 이분론)에서는 노동자들의 근로조건이나 경제적 지위 향상과는 별개인 일반국민의 관심사로서의 성격을 갖는 전쟁 반대나 해외 파병 등을 문제 삼는 행위는 순수한 정치파업으

83) 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 판결.

84) 김재완, 앞의 글, 68면.

85) 하승우, “시민불복종에 관한 정치철학적 고찰: 법치주의와 시민권리를 중심으로”, 「기억과 전망」 제21호, 민주화운동기념사업회 한국민주주의연구소, 2009, 17면.

86) 송강직, “언론의 자유와 단체행동”, 「산업관계연구」 제16권 제2호, 한국고용노동사관계학회, 2006, 58면.

로서, 정당한 쟁의행위의 목적 범위로 보지 않고 있다.

그러나 이러한 다수설의 입장에 서더라도 이들의 결사의 자유 행사에 대한 논의까지 배제하는 것은 아니며, 경제적 정치과업의 합법성은 인정된다. 경제적 정치과업 또한 근로관계만을 중심으로 보면 그 정당성은 사용자의 관계에서 인정받기 곤란하다. 사용자가 근로관계의 당사자인 노동자를 넘어서서 시민이자 국민으로서 역할을 하는 것에 대해 수인의 무가 있기에, 이러한 것이 전제되지 않는다면 근로자들의 경제적 정치과업의 정당성이 논의될 수 없기 때문이다. 송강직(2006)은 경제적 정치과업의 정당성 인정을 노동자의 근로조건 및 경제적 지위 향상과 사용자의 재산권 보장이라는 두 권리의 조화의 결과물로 보는 것은 자연스러운 것이 아니며 그러한 대상이 될 수도 없다고 주장한다.⁸⁷⁾

노동자이면서 동시에 국민으로서 생활의 대부분을 직장에서 보내는 현실을 고려하여 직장에서 정치적 의사를 표현하는 것은 헌법 제21조 제1항의 언론의 자유에서도 찾을 수 있다. 이는 노동자가 직장에서 사용자와 관계없는 요구를 주장하면서 임금의 상실도 함께 감수한다는 점, 이러한 경우는 일상적인 것이 아니라 지극히 예외적인 경우에 발생한다는 점 등과 함께 고려되어야 한다.

(3) 경제적 균등과 세력균형

헌법 전문에는 “정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, …(중략)… 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고…” 라고 명시되어 있으며, 제11조 제1항의 평등권 조항에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.” 고 다시 한 번 확인하고 있다. 또한 이른바 ‘경제민주화’ 조항이라고 하는 제119조 제2항에는 “국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와

87) 송강직, 앞의 글, 64-65면.

경제력이 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.” 고 규정되어 있다.

이처럼 헌법은 자유민주적 경제질서를 원칙으로 하면서도 사회국가 원리와 인간 중심의 헌법국가를 현실의 목표로 삼고 있다. 개인주의·자유주의에 근간을 둔 자본주의 사회에서는 계약자유와 미명 아래 자본의 착취에 의해 경제적 지배 종속 관계가 성립하고 경쟁이 왜곡되어 결국에는 빈부의 격차가 현격해지며 사회계층간의 분화와 대립 갈등이 첨예화되는 사태에 이르게 된다. 그렇기 때문에 이를 대폭 수정하여 실질적인 자유와 공정성을 확인할 필요성이 생기게 된다.⁸⁸⁾ 따라서 정치과업의 정당성을 노동기본권의 측면을 넘어 경제적 균등과 세력균형에서도 살펴볼 수 있을 것이다.

헌법재판소는 「정치자금에 관한 법률」 제12조 제5호가 노동조합에 대하여 정치자금 기부를 금지한 규정을 위헌으로 결정하면서, “다양한 사회세력이 자유경쟁을 통하여 정당한 이익조정에 이르기 위해서는 사회의 중요한 세력과 이익이 정치적 의사형성과정에 자유롭게 참여할 수 있어야 하고 서로 경쟁하는 조직과 이익은 대등한 세력을 가지고 있어야 한다. 정치적 의사형성 과정에 영향력을 행사하는 가능성에 있어서 사회세력에 심각한 불균형이 존재한다면, 비록 사회세력간에 자유경쟁이 이루어진다고 하더라도 정당한 이익조정이 불가능하며, 특정 이익이나 세력이 우세한 위치에서 정치의사형성과정을 지배하는 결과를 가져온다. 따라서 복수적 사회단체의 존재와 그들 사이의 세력균형은 민주적 정치의사형성과정에 있어서 매우 중요하다. 정당한 이익조정에 이르는 정치적 의사형성과정에 있어서의 사회단체의 의미와 사회단체간의 세력균형의 중요성을 가장 대표적으로 표현하는 예가 바로 노동자단체와 사용자 또는 사용자단체간의 관계이다.” 라고 하였다. 그러면서 헌법재판소는 노사관계야말로 세력균형의 중요성을 가장 대표적으로 표현하는 예라고 하였다.⁸⁹⁾ 단, 헌법재판소는 근로자의 노동기본권 보장에 의한 단체행동과 일반 개인이나 사회단체로서의 성격을 지니는 의사표명을 엄연히 구

88) 차병직 등, 「지금 다시, 헌법」, 로고폴리스, 2016, 471면.

89) 헌법재판소 1999. 11. 25. 95헌마154 결정.

분하고 있다.⁹⁰⁾

이에 대해 전광석(2018)은 이러한 정치자금에 관한 법률 개정은 평등권을 하향 실현하는 입법이고, 동시에 노동조합에 보장되어 있는 일반적인 정치적 활동 및 표현의 자유와 조화되기 힘들다고 주장하였다. 그러면서 비교법적으로 보면 노동조합의 목적을 제한하지 않으며, 법적 규율을 하더라도 헌법질서파괴 및 정부전복 등에 한정하는 것이 보다 일반적이라는 독일 학계의 논의를 소개하였다.⁹¹⁾

현대사회에서는 국가가 경제정책, 법과 제도를 통해 노사관계에 지속적으로 개입하고 있고, 자본을 가진 세력은 로비활동을 통해 입법에 영향을 미칠 뿐만 아니라 거대자본과 유착된 언론환경을 조성하여 친자본·친재벌적으로 여론형성을 주도하는 것 또한 주지의 사실이다.

강력한 정부의 개입을 통하여 경제성장을 이룩하여 개발독재의 성공모델이라고 자평하는 한국에서는 국가권력이 경제정책, 노사관계에 개입하는 것이 다른 국가들보다도 강도 높게 이루어지고 있다. 때문에 노동계는 현실적으로 근로조건이 사용자의 관계에서만 결정되는 것이 아님이 명백하고, 오히려 주요하고 본질적인 부분은 모두 국가의 정책이나 법제도에 의해 좌우되므로, 국가를 상대로 한 경제적 정치과업은 노동자들이 가지는 노동3권의 범주에 포함된다고 보는 것이 타당하다고 주장한다.⁹²⁾ 노동분쟁의 당사자는 근로자, 사용자 및 그 단체간에 발생하는 분쟁을 지칭하지만, 사안의 성격에 따라서는 이들 노사당사자와 정부·국가기관간의 분쟁도 노동분쟁에 포함될 수 있을 것이다.⁹³⁾

국가가 실시하는 경제정책과 그 실현을 위한 법과 제도들이 노동자에게는 불리하고 사용자에게 유리하여 이익이 상충되는 경우가 많다. 이러한 상황에서 정부는 노동자 단체를 각종 경제·사회정책에 동참시켜야

90) 송강직, “노동법학에서의 헌법학의 역할”, 「동아법학」 제48호, 동아대학교 법학연구소, 2011, 809면.

91) 전광석, 「한국헌법론」 제13판, 집현재, 2018, 459면.

92) 민주노총 법률원, “2.27. 날치기 비정규 전면 확산법을 저지하기 위한 민주노총 총과업은 법률적으로도 정당하다”, 2006, 3-4면.

93) 정인섭, “노동분쟁의 특수성과 노동법원의 전문성”, 「노동법연구」 제19호, 서울대학교 노동법연구회, 2005, 2면.

할 필요성을 인지하고 주요 노동정책 및 이에 중대한 영향을 미치는 정책, 노사관계 발전을 위한 제도·의식 및 관행 개선, 노사정 협력증진을 위해 타협하는 사회적 합의기구인 노사정위원회⁹⁴⁾를 발족시킨 것이다. 이처럼 노동자 세력의 정치활동은 경제적 균형과 세력 균등을 위해 보다 폭넓은 영향력을 보장받아야 하고, 정치과업의 정당성을 전향적으로 검토하는 것 역시 이러한 노력의 일환이 될 수 있다.

(4) 검토

이와 같은 헌법상 권리, 즉 ‘시민불복종’ 권, 언론의 자유, 경제민주화 조항 등을 근거로 이러한 기본권들의 사인에 대한 효력(대사인적 효력 또는 제3자효)을 인정하여 노동자 또는 노동자단체가 상대방인 사용자에게 직접 시민불복종권 등을 주장할 수 있는지, 사용자 또는 사용자단체에게 직접 효력이 미친다고 볼 수 없는 기본권을 근거로 국가가 정치과업의 정당성을 넓게 인정해야 하는 것인지 등이 문제될 수 있다.

노동3권의 대사인효에 대하여 ① 노동3권은 원래부터 사인간의 행위를 전제로 한 것이고, 사용자나 기타 사인이 노동자의 단결활동을 방해 또는 억압하면 무의미하게 되는 성질의 기본권이므로, 노동3권의 보장은 사인 간의 관계에 대해 직접 효력을 미치며 노조법 조항 같은 매개물은 필요 없다는 견해(직접적용설),⁹⁵⁾ ② 독일의 기본법 제9조 제3항(“단결권을 제약하거나 저해하는 약정이나 조치는 무효 또는 위법이다.”)이 직접 제3자적 효력을 규정한데 비해, 우리의 헌법 제33조 제1항은 그러한 규정이 없으므로 노동3권은 민법 및 노조법 등을 매개물로 하여 사인간의 관계에 적용된다고 보는 견해(간접적용설)⁹⁶⁾가 있다.

판단컨대, 기본권의 효력이란 기본권의 수범자(국가 또는 사인)가 그 기본권을 침해했을 때 이를 위법·무효로 만드는 효력이고, 노동3권은

94) 2018. 4. 23.부로 ‘경제사회노동위원회’로 개편 합의. 관련 법 개정안은 5. 21.에 국회 고용노동소위원회 의결.

95) 김유성, 앞의 책, 26면; 임종률, 앞의 책, 22면.

96) 김형배, 앞의 책, 122-123면.

성질상 사인간의 관계에 적용될 수 있는 기본권인 점, 노조법 제81조(부당노동행위)는 노동3권 침해행위를 방지하기 위한 헌법확인적 규정이라는 점 등을 고려할 때 직접적용설이 타당하다고 본다.

현행 헌법은 기본권의 대사인적 효력에 대해 아무런 규정이 없어, 결국 학설과 판례 등에 따라 판단해야 한다. 이에 대한 국내 학설의 경향은 ‘간접적 효력설’을 원칙으로 하여, 성질상 사인간에 적용될 수 없는 기본권(청구권적 기본권, 사법절차적 기본권, 참정권 등)은 배제되고, 헌법의 명문규정이나 성질상 사인 상호간의 관계에 적용될 수 있는 기본권은 직접 적용되며, 성질상 사인간의 관계에서도 적용될 수 있는 그 밖의 기본권은 간접 적용된다는 것으로 요약될 수 있다. 이러한 해석의 헌법적 근거는 헌법 제10조 제2문⁹⁷⁾에서 찾을 수 있다. ‘국가의 기본권 보장 의무’란 국가와 개인간의 관계에서만 기본권을 보장할 의무를 규정한 것이 아니라, 사인간의 관계에서도 기본권의 부당한 침해가 이루어지지 않도록 할 의무까지 규정한 것으로 볼 수 있기 때문이다.⁹⁸⁾

이러한 다수의 견해⁹⁹⁾에 따르면 노동3권은 본질적으로 사용자와 근로자를 당사자로 하는 근로관계를 전제로 하므로 사인상호간에 직접 적용된다고 보아야 한다. 단결권은 그 성립배경과 법적 성격에 있어서 국가뿐만 아니라 사인인 사용자에게 의해서도 침해될 수 있기 때문이다. 노사관계에는 당사자 사이의 전형적인 세력불균형이 존재하므로 기본권에 의하여 보호되는 노동자의 지위가 사용자에게 의하여 침해될 수 있는 위험성이 상존한다. 따라서 사법규정만으로 사인간의 관계에서 타인의 침해로부터 기본권을 효과적으로 보호할 수 없다고 판단되는 경우에는 직접적인 대사인적 효력이 인정될 수 있다.

그렇다면 여기서 시민불복종, 언론의 자유, 경제적 균등 등의 기본권 행사가 단순히 정치적 의사 표시 정도로 한정되어야 하는지, 정치파업까지 확장될 수 있는지가 문제된다. 정치파업, 특히 순수한 정치파업의 정

97) 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

98) 권영성, 「헌법학원론」 개정판, 법문사, 2010, 332면.

99) 권영성, 앞의 책, 331면; 김철수, 앞의 책, 359면; 성낙인, 「헌법학」 제18판, 법문사, 2018, 968면; 한수웅, 「헌법학」 제7판, 법문사, 2017, 424면.

당성 인정 범위는 일반적인 경제과업보다는 좀 더 제한적으로 해석해야 할 것이다. 기본적으로 이 문제는 헌법 제33조상 노동자 또는 노동자단체의 노동3권과 헌법 제23조상 사용자의 재산권과의 충돌에 대한 규범조화적 해석의 문제인데, 구체적으로 규범조화적 해석의 범위를 어디까지로 정해야 하느냐의 문제가 될 것이다.

예를 들어, 최근 정부의 최저임금 산입범위 개편안과 국회의 「최저임금법」 개정안¹⁰⁰처럼 명목상으로는 입법·정책에 대한 항의이지만, 사용자단체가 최저임금위원회에 참여하거나 최저임금 입법에 영향을 미치는 활동 등을 하였고 실제로도 그 정책으로 인해 혜택을 보는 것이 사용자인 경우, 이러한 입법·정책을 대상으로 하는 경제적 정치과업은 그 대사인적 효력이 사용자에게까지 미칠 수 있다고 보아야 한다. 때문에 순수한 정치과업의 경우 쟁의행위의 목적 범위를 넘어서므로 노동자가 사용자에게 직접 쟁의권을 행사할 수 없겠지만, 경제적 정치과업인 경우 국가는 물론 사용자 역시 당사자로서의 성격을 가지므로 일용의 수인의 무가 인정되어야 한다. 전술한 정치과업의 개념요소와 관련하여 요구상대방이 아닌 요구내용으로 그 개념을 파악해야 하는 이유가 여기에 있는 것이다. 정치과업을 ‘국가를 상대로 하는 것’으로 규정해 버리면, 필연적으로 사인을 상대로 하는 정치적 목적의 쟁의행위의 위법성이 추정될 수 밖에 없다. 그러나 정치과업을 ‘근로자의 경제적·사회적 지위와 관련된 정치적 요소에 대한 것’으로 규정하면, 사용자를 상대로 하는 쟁의행위이더라도 그 목적의 정당성 여부에 따라 경제적 정치과업이라는 적법한 쟁의행위의 영역을 이끌어낼 수 있다.

이러한 정치과업의 성격을 볼 때, 대국가적 효력과 분리하여 대사인적 효력만을 논의하는 것은 적절하지 않다고 생각한다. 따라서 정치과업의 정당성 자체는 국가가 비교적 넓게 정당성을 인정하되, 그 수단에 있어서 일반적 쟁의행위보다 좀 더 엄격한 사용자의 재산권 보호가 고려되어야 할 것이다. 예를 들어 정치사회적 쟁점과 경제적 쟁점이 결부된 경제

100) 기존에 최저임금 산정에 제외되었던 부분인 정기상여금, 현금성 복리후생비에 대해 각각 해당 연도 시간급 최저임금액의 25%, 7%를 초과하는 부분을 최저임금에 산입하는 취지의 「최저임금법」 개정안이 국회 본회의에서 2018. 5. 28.에 통과되었다.

적 정치파업(‘순수한 정치파업’이 아닌 모든 정치파업)에서 상대적으로 전자가 쟁의행위의 중요한 목적이 된다면 사용자의 재산권 보호가 좀 더 강조되어야 할 것이다. 이 경우에는 파업의 대상이 되는 세력이 사용자가 아닌 정부이기 때문에 사용자의 재산권 보호의 측면에서 조합활동의 정당성이 보다 엄격히 판단되어야 할 것이다. 때문에 조합활동의 수단의 정당성과 관련된 근무시간 중의 노무지휘권, 사업장 내의 시설관리권을 쟁의행위의 수단의 정당성과 연결지어 판단해야 한다. 즉, 직장점거, 보이콧, 설비가동 중단 등의 방식이 아닌, 가급적 근무시간 외에 사업장과 직접적 관련성이 없는 곳에서 단시간의 시위형 파업이 되어야 할 것이다. 이른바 2015~2017년에 있었던 민중총궐기, 즉 촛불집회가 근무시간이 아닌 주말에 특정 사업장이 아닌 광화문에서 개최되었던 것이 이러한 예가 될 것이다.

제 3 절 국내의 정치파업 사례

한국 노동자들의 파업은 기득권 세력에 의해 형성된 프레임인 ‘귀족 노조의 떼쓰기’로 매도되기 일쑤이다. 이른바 ‘종북 매카시즘’에 의해, 정치파업의 정당성을 논의하기에 앞서 안보 이데올로기로 치환되는 퇴행적인 움직임도 이미 익숙한 일이다. 그러나 한국의 정치파업은 1920년대 일제 식민지에서부터 시작되어 민족해방 및 사회변혁 운동으로 이어지는 기원을 갖는다.

1920년대 후반기에는 전국적 연합체 건설 등 조직력 강화, 8시간 노동제, 최저임금제, 클로즈드 샵 요구 등이 등장하며 노동운동이 적극적인 경제투쟁과 총파업으로 나아갔고 노조의 조직력 또한 강화되었다. 이처럼 1920년대 말, 성장하는 노동자 계급과 군국주의 일제의 지배는 노동운동의 질적인 변화를 요구하게 되었는데, 이는 1929년 원산 총파업¹⁰¹⁾

101) 일제강점기 최대 규모의 노동쟁의로, 원산 인근의 문평제유공장에서 일본인 감독이 조선인 노동자들을 구타하는 등 부당한 노동처우가 계속되자 원산노동연합회가 주축이 되어 1929년 1월 13일부터 4월 6일까지 2200여명이 참여했던 총파업.

의 배경이 되었다.¹⁰²⁾

이후, 모스크바 3상회의에서 한반도에 대한 신탁통치가 의결되자 1945년 12월 31일부터 3일간 이를 반대한 파업이 일어난다. 1946년 9월의 총파업은 해방 직후 누적된 여러 모순이 식량위기로 불거져 나온 것인데, 이 때 철도총파업에서는 경제적 요구와 함께 ‘북조선과 같은 민주주의 노동법령을 즉시 실시할 것’을 주장하였다.¹⁰³⁾

이처럼 노동운동 및 노동조합의 정치파업은 그 당시의 법령을 기준으로 본다면 불법행위라 할 수 있으나, 식민지 하의 독립운동과 자주적인 민족의 자결권, 노동법령 제정 요구 등 불의에 대한 항거와 사회의 진보를 위한 민중의 요구를 담아낸 운동이었다. 때문에 정치파업을 단순히 법령상의 규정을 벗어난 것에 대한 민·형사상 책임을 지우는 위법행위 차원이 아닌, 사회정의의 관점에서 그 정당성을 보다 전향적으로 파악해야 한다.

한편 한국에서 정치파업에 관한 문제가 본격적으로 수면 위로 떠오른 것은 1987년 민주화 이후의 일로 볼 수 있을 것이다. 해방 이후 여러 차례의 정치파업 시도가 있었지만, 그 당시의 정치적 의사표명은 건국을 준비하는데 있어서 중요한 역할을 담당할 하나의 시민단체의 의미로서 ‘표현의 자유’에 의한 권리행사의 한 방편으로 이해되었던 것으로 보인다.¹⁰⁴⁾

이후 군사독재 시대에는 노동법 분야는 오히려 퇴보하여, 정치파업은 물론이거니와 기본적 단체활동조차도 강력한 제한을 받았던 시기로 정치파업의 정당성을 논할 여건 자체가 조성되지 않았다. 이 시기에는 노동법규 자체가 정치권력의 변동에 따라서 정략적으로 개정되어왔고, 현안 노동문제가 법적으로 해결되기보다는 물리력으로 진압되어 왔으므로 노동법 해석론의 존재의의 자체가 불분명했다는 평가도 있다.¹⁰⁵⁾

102) 유현, “1920년대 노동 운동의 발전과 원산 총파업”, 「사회와역사」 제19권, 한국사회사학회, 1990, 160-161면.

103) 오문완, 앞의 글, 139면.

104) 김용완, “헌법 33조와 정치파업의 정당성 - 일본의 이론을 검토하며 -”, 「해사법연구」 제9권 제1호, 한국해사법학회, 1997, 394면.

105) 정인섭, “노동법학 방법론의 비판적 고찰”, 「노동법연구」 제1호, 서울대학교 노

결국 민주화 달성 및 문민정부 수립이 이루어진 1990년대 이후부터 현대적인 의미의 정치파업 관련 사례가 집적되기 시작한다.

1. 1996년 노동법 개정 반대 파업

(1) 사건의 개요 및 판례

1996년 말, 호남석유화학(주)은 노동법 개악 반대 파업을 주도한 노동조합 위원장을 해고했고, 당해 위원장은 부당해고 구제신청을 제기했다. 12월 26일 오전 6시, 국회는 여당(신한국당) 소속 국회의원 154명이 출석한 가운데, 「노동조합 및 노동관계조정법」, 「근로기준법」, 「노동위원회법」, 「노사협의회법」 중 개정법률 등을 ‘날치기’ 통과시켰다. 이 법률안은 노동단체, 학계, 법조계, 시민단체 등의 반대 속에 국회법이 정한 절차를 거치지 않은 채 가결되었다.¹⁰⁶⁾¹⁰⁷⁾

당시 한국노총은 공무원과 교원의 노동3권 부정, 복수노조의 허용 유예, 제3자 개입금지조항의 존치, 쟁의기간 중 대체근로의 허용, 노조전임자의 임금지급 금지, 변형 근로시간제 및 정리해고제 도입, 노동조합의 정치활동금지 등 근로자들에게 지나치게 불이익하므로 위 법률들이 모두 무효라고 주장하며, 산하 노동조합에 대해 파업실시 여부를 결정한 후 상급단체에 보고하려고 지시했다. 이에 호남석유화학(주) 노동조합은 조합원 찬반투표 실시 결과 96.3%가 파업에 찬성하였고, 1996년 12월 27일에 노동관계법 날치기 반대, 노동악법 철폐 등을 내용으로 한 파업선언

동법연구회, 1991, 27면.

106) 오문완, 앞의 글, 145면.

107) 정부안 가운데 복수노조 허용과 정리해고제 등이 일부 개정되었다. 또한 정리해고제가 도입되었는데, 자의적으로 남발되는 것을 막기 위해서 정리해고의 사유를 계속되는 경영의 악화와 생산성 향상을 위한 구조조정 등 긴박한 경영상의 필요가 있을 때로 한정했다. 한편 대량해고를 조정하기 위해 일정 규모 이상의 인원을 해고하고자 할 때는 노동위원회의 승인을 받도록 했다. 또한 쟁의행위기간 중 외부근로자를 쓸 수 있는 대체근로제가 도입되었고, 파업기간 중 새로운 하도급 생산도 가능하게 되었다. 무엇보다도 쟁의기간 중 임금을 지급하지 않게 할 수 있었다.

문 및 결의문을 낭독하며 파업출정식을 가졌다. 이어 파업참가자들과 회사 경내에서 노동가를 부르고 구호를 외치다가 자진 해산하였다. 이에 대해 사측은 노동조합 위원장을 징계면직하였다.¹⁰⁸⁾¹⁰⁹⁾

본 사안에 대해 1심 전남지방노동위원회는 쟁의행위의 목적의 정당성은 부정하면서도, 양정과다를 이유로 신청인인 노동조합 위원장의 구제신청을 인용하였다.¹¹⁰⁾ 이에 대해 회사가 불복하여 재심을 신청하였고 2심 중앙노동위원회는 “노동관련 법률의 개정에 대한 국회의 의결절차상의 하자 등은 헌법소원¹¹¹⁾ 등 유효한 법적구제수단이 헌법 또는 법률에 존재하는 이상 파업이 저항권의 행사라고 볼 수 없는 점, 신청인(회사)의 만류와 경고에도 불구하고 파업을 강행하여 상당한 정도의 금전적 손실을 초래케 한 점, 단체협약을 위배하여 경영질서를 문란케 하고 신청인의 업무를 방해하여 상당한 정도의 금전적 손해를 입게 한 비위가 인정된다.” 고 하여 해고를 정당한 조치라고 인정하였다.¹¹²⁾

이후 노동조합은 서울행정법원에 소송을 제기하였고, 법원은 파업의 정당성에 대한 종래의 판례법리를 적용하여 쟁의행위의 불법성을 인정했

108) 오문완, 앞의 글, 145-147면.

109) 이외에도 신인사제도에 대한 반대를 위한 문제, 사장이 노동조합에게 했던 폭언을 녹취하여 외부에 공개하고 공문으로 작성한 것이 명예훼손이라고 하여 쟁점이 되었고, 이는 2심에서 주로 다루어졌다.

110) 일반적으로 쟁의행위가 정당성을 갖추려면 주체, 목적, 절차, 수단 등 제반사정을 고려하여야 하는데, 신청인이 주도한 파업은 적에 있어서 노동법개정 반대는 쟁의의 대상이 될 수 없음은 상론할 여지가 없고 ... (중략)... 정당성이 없음에도 상급단체의 파업지시가 있었고 조합원 다수가 원했다 하여 불법파업을 주도한 근로자 귀책사유는 인정되어야 한다(전남지노위 1998. 5. 20. 판정 1998부해44 호남석유화학(주) 부당해고 구제신청 사건).

111) 야3당 새정치국민회의, 자유민주연합, 통합민주당은 즉각 '반독재투쟁공동위원회'를 설립한 후 영수회담 요청과 헌법재판소에 노동법 날치기 무효 헌법소원을 제출한다. 그러나 헌법재판소는 국회의원의 권한을 침해했지만 가결 선포 행위 자체는 무효가 아니라며 이 헌법소원을 기각했다.

112) 근로자가 노동조합장으로서 1996. 12 노동관계법률 개정예 반대하여 파업을 주도하였고, 사용자가 새로운 인사제도(일명 능력주의 인사제도)를 도입·시행하려 하자 위 인사제도가 근로자에게 정신적으로 부담을 준다는 이유로 반대하여 단식농성을 하다가 사용자가 질책하자 이를 은밀히 녹음하여 녹취록을 작성, 대외에 공표하여 사용자는 관련 노동단체로부터 근로자에게 폭언하였다고 공개사과 요구를 받게 하는 등 근로자가 불법파업으로 법률 및 사규를 위배하는 한편 사용자와 근로자 사이에 신뢰관계를 잃게 하여 해고가 정당하다고 본 사례(중노위 1998. 8. 26. 판정 1998부해212 호남석유화학(주) 부당해고구제 재심신청 사건 판정 요지).

으나 징계권 남용으로 해고의 효력은 부인하였다. 법원은 일단 쟁의행위의 정당성과 관련하여, “쟁의행위는 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위이고 그 주장이라 함은 근로조건에 관한 노동관계 당사자간의 주장을 의미한다.”는 기존의 쟁의행위의 대상성 판단기준을 따랐다. 따라서 “근로조건을 유지 또는 향상을 주된 목적으로 하지 않는 쟁의행위, 즉 노동관계법의 무효화 및 재개정 등을 요구한 것으로서 그 상대방이 노사관계의 당사자인 참가인회사가 아닌 국가에 대한 것은 불법 쟁의행위가 분명하다.”고 보아¹¹³⁾, 원칙적으로 정치파업 위법론이라는 입장을 반복하였다.

그러면서도 구체적인 징계양정과 관련하여, “노동관계법은 근로자 내지 노동조합의 경제적 이익과 밀접하게 관련된 것이므로 노동관계법의 폐지 내지 재개정을 요구하는 것은 순수한 정치적 목적의 쟁의행위와는 구별되는 측면이 있는 점, 노동관계법이 국회에서 변칙적인 방법으로 통과됨에 따라 당시 이에 대한 광범위한 사회적 반대 움직임이 있었던 데다가 소속 상급단체인 한국노총에서도 참가인 회사 노동조합을 포함한 각 단위노조의 의견을 수렴하여 연대파업에 돌입하도록 한 결의에 따라 그 일환으로 이 사건 파업에 이르게 되는 등 원고가 이 사건 파업을 주도하게 된 경위를 참작할 만한 사정이 엿보이는 점, 원고는 파업 도중 폭력과 파괴행위를 동원하지 않고 참가인 회사의 생산에 가급적 피해를 주지 않도록 다각적인 방법을 강구하였고 그 결과 이 사건 파업으로 인하여 참가인 회사의 생산이 중단된 바 없는 점, 원고는 파업의 장기화로 인한 손해를 우려하여 한국노총이 당초 지시한 무기한 파업에까지는 이르지 않고 단 하루만에 파업을 종결하였던 점, 참가인회사는 파업참가근로자들에게 파업기간 중의 임금을 전액 지급하였을 뿐만 아니라 파업 이후 이 사건 해고에 이르기까지의 1년 이상의 기간 동안 원고의 파업 주도 행위에 관하여 별달리 문제삼지 않았던 점 등으로 보아 이 사건 해고는 징계재량권을 남용하여 이루어진 것으로서 부당하다.”고 판시하였다. 이후 서울행정법원의 판결법리는 2심¹¹⁴⁾과 3심¹¹⁵⁾에서도 유지되었다.

113) 서울행정법원 1999. 8. 19. 선고 98구19178 판결.

114) 가사 원고가 참가인 회사 사장의 폭언을 녹취하여 이를 외부에 공개하고 위 공문

(2) 사안의 검토

이에 대해 법원이 순수한 정치파업과 경제적 정치파업을 구분하는 이분설을 채택하는 것으로 본다는 견해¹¹⁶⁾도 있으나, 기본적으로 법원이 정치파업을 정당하지 않다고 보는 것에 보다 방점이 찍혀있다고 볼 수 있다.

법원의 판례 자체를 검토하기에 앞서 짚고 넘어가야 할 것은 쟁의행위의 정당성에 대한 판단권한은 사법부의 판단에 일임되어 있다는 점이다. 전술한 노동법 개정 반대 파업 국면에서 심판대상 개정법의 국회통과절차가 위헌이라는 이유로 쟁의행위를 한 것이고, 동 개정법이 위헌일 경우 그 시행을 저지하기 위한 쟁의행위는 헌법질서 수호를 위한 저항권의 행사이므로 정당한 것인가에 대한 문제가 제기되었다. 헌법재판소는 노동관계법의 폐지를 목적으로 한 쟁의행위의 정당성 여부가 문제된 사건에서 스스로 그 정당성에 대한 판단을 하는 대신에 법원이 판단할 문제

작성에 관여함으로써 참가인 회사의 명예를 훼손한 사실이 인정된다고 하더라도, 이는 참가인 회사가 신인사제도 도입에 반대하는 노동조합과의 갈등을 원만히 수습하려는 의지나 노력을 보이지 않고 노동조합의 요구를 일방적으로 묵살하는 듯한 태도를 보인 것이 그 원인이 되었다 할 것이므로, 이러한 점을 감안하면 원고의 위와 같은 행위가 반드시 참가인 회사와의 근로관계를 계속할 수 없을 정도로 중대한 사유가 되는 것으로 보기는 어렵고, 나아가 원고에 대한 나머지 징계사유와 종합하여 보더라도 그러한 징계사유들이 참가인 회사와의 근로관계를 계속할 수 없을 정도의 중대한 사유가 된다고 보기는 어려우므로, 참가인 회사가 원고를 징계면직까지 한 것은 징계재량권의 범위를 일탈 또는 남용한 것으로서 이 사건 해고는 부당하다고 할 것이다(서울고등법원 2000. 5. 18. 선고 99누11686 판결 요지).

- 115) ① 상급단체인 전국석유화학노동조합연합 명의의 공개사과요구 공문이 참가인 회사 노조사무실에서 원고의 관여하에 작성되어 발송된 것으로 보이고, 또 ② 한국노총 여천지부 산하 노동조합 중 일부가 출정식만을 하였지 파업에 들어가지는 않았는데 원고가 이끄는 참가인 회사 노조만이 파업에 이르렀으며, ③ 원고가 교대근무를 위하여 출근하는 오후 근무자들을 회사 정문에서 파업에 동참하게 하는 등 참가인 회사의 생산에 피해가 올 수도 있는 행동을 한 사실 등이 인정되어, 원심의 사실인정에 일부 잘못이 있기는 하지만 이러한 사정 등을 보태어 원심이 인정한 사실관계를 종합하여 보더라도, 원고와 참가인회사 사이의 근로관계를 지속하게 하는 것이 현저히 부당하다고 인정될 정도의 중대한 귀책사유가 원고에게 있다고 보기는 어려우므로 이 사건 징계면직이 부당하다고 한 원심의 판단은 결론에 있어서 정당하다고 본 사례(대법원 2002. 4. 26. 선고 2000두4637 판결 요지).

- 116) 오문완, 앞의 글, 152면.

라고 하여 쟁의행위의 정당성 판단이 헌법재판소의 권한 외의 사항임을 분명히 하였다.¹¹⁷⁾ 따라서 현행법상 쟁의행위의 정당성 판단은 오로지 법원만이 행하게 된다.

그러나 본 논문에서 이미 언급한 내용이지만, 목적을 달성한 정치과업의 정당성은 사법적 판단 이전에 정치적 판단을 내리게 되는 경우가 많다는 점이다. 때문에 본 판례를 분석하기에 앞서, 1995년 당시 여당인 민주자유당이 지방선거에서 참패하여 5공 세력인 민정계의 흔적을 지우고자 신한국당으로 당명을 개정한 점, 그럼에도 불구하고 총선에서 대패하여 여소야대 국면이 조성되었다는 점, 노동법 날치기 통과로 인해 노동계는 물론 국민적인 반대여론에 부딪혔다는 점 등을 짚고 넘어가야 한다. 그러다 보니 기존의 법리 해석론을 토대로 판결을 내리는 방식이 아닌, 정치적으로 해결된 사항에 대해 이미 결론을 내려놓고 법 논리를 끼워 맞추는 판례가 나오게 된다.

법원은 “근로조건의 유지 또는 향상을 주된 목적으로 하지 않는 쟁의행위, 즉 노동관계법의 무효화 및 재개정 등을 요구한 것으로서” 라고 쟁의행위의 목적의 정당성을 부정하면서도, “노동관계법은 근로자 내지 노동조합의 경제적 이익과 밀접하게 관련된 것이므로 노동관계법의 폐지 내지 재개정을 요구하는 것은 순수한 정치적 목적의 쟁의행위와는 구별되는 측면이 있는 점” 이라고 보아 한 판결문에서조차 서로 모순되는 설시를 했으며, 그 이후에 “이에 대한 광범위한 사회적 반대 움직임” 이 있었다는 이유로 징계재량권 남용을 판단하였다. 즉, 법문 어디에서도 없는 ‘사회적 여론’ 을 근거로 쟁의행위 정당성을 판단하면서, 정치과업의 정당성 판단을 개인에 대한 징계권 남용 문제로 전환시킨 것이다.

117) 피신청인들의 쟁의행위가 근로기본권인 단체행동권에 해당되는지 여부, 이와 관련된 사실인정 및 평가, 관계법률의 해석과 개별 사례에서의 적용에 관한 문제는 일 반적인 권한을 갖고 있는 법원의 임무에 속하는 것이며, 피신청인들이 쟁의행위를 할 당시 개정법률의 국회통과 절차가 다른 합법적인 구제수단으로는 목적을 달성할 수 없는 국가권력에 의한 헌법의 기본원리에 대한 중대한 침해였고, 이 침해행위에 대한 구제수단으로 실력에 의한 쟁의행위를 선택한 것이 권리 자유를 지키기 위한 불가피한 유일한 수단으로 인정할 수 있는지 그밖에 제청법원이 주장하는 저항권의 행사로 정당화할 수 있는 다른 사정이 존재하는지 여부 또한 법원이 판단할 문제이다(헌법재판소 1997. 9. 25. 97헌가4 결정).

쟁의행위의 정당성 자체와 개인에 대한 징계의 정당성은 달리 판단되어야 했음에도 불구하고, 양자의 정당성 판단이 혼재되어있기에 논리일관적이지 않다는 문제가 있다.

게다가 본 판례에서는 기존의 쟁의행위 정당성 판단과는 다소 다른 경향을 보인다. 주지의 사실이다시피 한국의 쟁의행위의 정당성 판단 법리는 매우 엄격하다. 부당해고구제사건이나 사용자의 부당노동행위사건 판단의 경우 각 요건을 독립적으로 판단하는 것이 아닌 이른바 ‘종합적’ 판단기준을 적용하는 것과 달리, 쟁의행위의 경우 주체, 목적, 시기·절차, 수단·방법의 정당성 요건을 모두 갖춰야 그 정당성이 인정된다. 그럼에도 불구하고 본 판례에서는 “폭력과 파괴행위가 없었다는 점, 생산에 가급적 피해를 주지 않도록 다각적 방법을 강구한 점, 하루만에 파업을 종결한 점” 등 쟁의행위의 수단·방법적 측면의 정당성을 들고 있는데 정치파업의 정당성은 목적적 측면의 정당성 문제로서, 법원이 정치파업의 정당성에 대한 명확한 판단을 정치적 이해관계를 이유로 다소 회피한 측면이 있는 것은 아닌가 하는 의문이 든다.

한편 이승욱(2007)은 87년 체제 이후 노사관계와 노동관계법제의 변천사를 다룬 연구에서, 한국의 특징적인 요소로 정부 주도로 노동법제가 개정된 대부분의 단계에서 노동보호법은 강화되는 반면, 집단적 노동관계법에서의 노사자치는 후퇴했다는 점을 지적하였다.¹¹⁸⁾ 국가가 개별적인 근로조건을 노동조합을 대신하여 확보하고자 하는 체제로는 노사관계의 안정이 담보될 수 없다는 것을 한국 노동법제의 전개과정이 입증하고 있는 것이다. 노동보호법의 강화와 구체화 및 효율성을 강조하기 위하여 단결권 등을 희생하는 것이 반드시 집단적 노사관계의 안정으로 이어지는 않았으며, 오히려 노동보호법에 대한 별척은 정권의 정당성이 도전받는 시기에 상향조정되는 경향을 보였다. 때문에 수직적 노사관계를 기초로 하는 효율성이 아닌 수평적 노사관계를 전제로 하는 노사간의 형평성은 보통선거제 또는 직선제 도입, 민주적인 정권 교체 등 사회의 민주화와 노사관계가 진전되어야 활성화되고, 집단적 자기결정권은 노동세력

118) 이승욱, “6월 항쟁 이후 20년에 대한 법사회학적 평가 ; 87년 체제 이후 노동관계법·제도의 변화와 전망”, 「법과 사회」 제32권, 2007, 97면.

의 주도적인 노력에 의해 확보될 수 있음을 확인할 수 있다.

2. 2007~2008년 한미 FTA 반대 시위¹¹⁹⁾

(1) 사건의 개요 및 판례

2007년 6월 말, 현대·기아·GM대우·쌍용차의 완성차 4사를 포함해 15만 조합원과 230개 지부·지회로 구성된 최대 산별노조인 전국금속노동조합이 ‘한미FTA 저지’를 내걸고 파업에 돌입했다. 정부는 ‘불법파업’으로 규정짓고 엄정 대처한다는 방침을 내비쳤고, 금속노조는 조합원 찬반투표를 거치지 않고 대의원대회를 통해 파업을 결정했다. 정부는 이를 ‘불법파업’이자 ‘정치파업’으로 보았다. 그러나 금속노조는 규약에 따라 총회에 갈음하는 대의원대회의 결정을 따랐기에 파업은 가능하다고 주장했다.

이어서 2008년 8월 20일 미국산 쇠고기 수입반대 시위 중 전국금속노동조합 위원장이 체포되자 현대자동차지부는 전국금속노동조합의 파업지침에 따라¹²⁰⁾ 위원장 석방 등을 목적으로, 22일 조합 간부들의 파업, 27일 전체 사업장의 2시간 파업 지시, 지부 쟁의대책위원회를 개최하여 28~29일자 파업을 결의하였다.

이에 대해 울산지방법원은 기존의 판례법리와 같이 쟁의행위의 주체, 목적, 시기·절차, 수단·방법의 정당성을 모두 갖추어야 그 정당성이 인

119) 본 시위와 연장선상에 있는 것으로 2008년 7월 미국산 쇠고기 수입 반대를 위한 민주노총 산하 금속노조(현대자동차지부)의 총파업이 있다. 노동조합측은 파업의 주목적은 노동조건과 임금, 그리고 단결권과 관련된 산별 중앙교섭의 확보에 있었다고 주장했으나, 정부와 재계는 산별 중앙교섭의 성사는 명분일 뿐, 미국산 쇠고기 수입 반대를 비롯한 이명박정부의 정책 전반에 대한 반대를 주목적으로 하는 정치파업으로 규정했다. 단, 이 사건에서는 쟁의행위의 목적 이외에도 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란되었다는 사유로 이른바 ‘위력에 의한 업무방해죄’가 중점적으로 다루어졌는데, 이 부분은 본 논문의 범위를 벗어나므로 직접적인 논의는 생략한다. 자세한 사항은 대법원 2011. 10. 27. 선고 2010도7733 판결 참조.

120) 중앙쟁대위 파업지침 2호. “공소외인 위원장 체포시 즉시 파업투쟁에 돌입할 것임을 선언”.

정된다는 전제 하에,¹²¹⁾ 쟁의행위의 목적과 절차의 정당성에 대해 적법한 요건을 갖추지 못했다는 취지의 판결을 하였다.¹²²⁾

첫째, 법원은 쟁의행위의 목적의 정당성과 관련하여, 쟁의행위는 “노동관계 당사자간에 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치가 있을 때 그 주장을 관철하기 위한 목적으로 행하는 것”이라는 원론적 입장을 되풀이 했다. 이어서 “FTA 체결 저지를 위한 근로제공 거부를 하게 한 것은 노동조합이 정치활동의 하나로 국가기관으로 하여금 일정한 행위를 하게 할 것을 목적으로 행한 것으로서 노동관계 당사자인 사용자가 법률적, 사실적으로 처리할 수 있는 사항의 범위를 벗어난 이상, 그 목적의 정당성을 인정할 수 없다.” 고 보았다. 한편 현대자동차지부의 파업의 목적과 관련해서도, “쟁의행위의 목적이 여러 가지일 때 정당성 판단은 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부를 기준으로 판단한다.” 는 전제 하에 위원장의 체포에 항의하는 차원의 부당한 목적이 주된 목적을 이루므로 그 정당성을 부정하였다.

둘째, 법원은 쟁의행위의 절차의 정당성과 관련하여, “파업을 위한 찬반투표 안건이 부결되었고 파업을 앞두고 조합원들의 거센 반발이 있었음에도 파업을 강행한 점을 고려하여 그 절차의 정당성을 인정할 수 없다.” 고 보았다.

(2) 사안의 검토

1996년 노동법 개정 반대 파업과 2007~2008년 파업은 정치적으로 다

121) 근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위하여는 첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐야 하고, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 할 것이다(대법원 1998. 1. 20. 선고 97도588 판결, 대법원 2001. 10. 25. 선고 99도4837 전원합의체 판결 등 참조).

122) 울산지방법원 2009. 4. 17. 선고 2008노404, 975, 976, 977 판결.

른 국면 하에서 전개되었다. 결과적으로 정권교체가 이루어졌을 만큼 지지율이 하락했던 김영삼정부 말기와 달리, 2008년은 이명박정부 초기로서 한미 FTA 체결이 선거나 지지율 급락 등 정권차원의 위기국면으로 이루어질 시기는 아니었다. 이러한 상황에서 정부차원의 ‘불법적인 정치파업으로 낙인찍기’가 상대적으로 수월하게 이루어질 수 있었다. 당시 노동부 이영희 장관은 2008년 6월 30일에 개최된 전국 지방노동청장 회의에서 “정치적 총파업은 이미 대법원 판결에서 확정된 바와 같이 명백한 불법행위”라고 규정했고, 임채진 검찰총장은 검찰청 공안부장 회의에서 “민주노총의 총파업을 정치파업으로 규정하고 불법행위자들을 구속수사하겠다.”고 발표하였다.

이러한 상황에서 법원이 쟁의행위의 정당성 판단 기준에 따라 원칙적으로 판결한다면, 결국 정치파업의 정당성에 대한 논쟁지점은 해당 파업이 경제적 정치파업인지 순수한 정치파업인지 여부를 밝히는데 중점이 있다고 할 수 있다. 본 쟁의행위 역시 오로지 외교통상적 문제인 한미 FTA 그 자체의 저지를 대상으로만 하는 것이 아니라, 자동차산업에 미치는 여파를 고려하여 각종 고용조건에 심대한 영향을 미칠 수 있는 사안이었기에 진행된 것이다.

그렇다면 두 가지가 문제될 수 있다. 첫 번째는 쟁의행위의 목적이 경제나 정치나, 즉 주된 목적이 무엇인가와 관련된 문제이다. 쟁의행위의 목적이 복수인 경우, 실질적 목적에 따라 정당성을 판단하게 된다. 법원은 이에 대하여 “쟁의행위에서 추구되는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의목적의 당부를 판단하여야 할 것이고, 부당한 요구사항을 뺏더라면 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우에는 그 쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다고 보아야 할 것이다.”는 기준을 제시하고 있다.¹²³⁾ 따라서 현행 법리상 노동관계 당사자간에 임금, 근로시간, 복지, 해고 기타 대우 등 근로조건 관련사항 및 노동자의 경제적·사회적 지위 향상과 관련된 사항을 뭉뚱그려 ‘경제적 목적’이라고 본

123) 대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5204 판결.

다면, 이와 관련된 주장관철과 업무저해가 주된 내지 진정한 목적일 때 ‘경제적 정치파업’이 되어 정당성이 추정되고, 이와 전혀 무관할 때 ‘순수한 정치파업’이 되어 정당성이 부인될 것이다.

바로 여기서 두 번째 문제인 경제와 정치의 경계선을 어디로 할 것이냐의 문제가 등장하게 된다. 정치와 경제를 완전히 분리하는 전제가 더 이상 통하지 않고, 노동조합의 활동이 정치적인 경우라 하더라도 궁극적으로는 경제문제의 해결을 위한 것이지 정치활동 그 자체를 목적으로 하는 것이라고 보기 어렵다는 오문완(2010)의 견해처럼,¹²⁴⁾ 현대 자본주의 국가는 사회국가원리를 채택하여 국가가 입법과 정책을 통해 경제와 사회의 제반영역에 관여하고 있기 때문에, 쟁의행위를 일도양단의 방식으로 어느 영역까지는 경제적 정치파업, 어느 영역부터는 순수한 정치파업으로 나누는 것은 더 이상 불가능하다.

ILO CEACR은 순수한 정치파업은 성격상 표현의 자유 영역 밖의 일이지만, 임금동결과 같은 정부정책은 노동자나 사용자에게 즉각적 영향을 주기 때문에 정치파업과 직업적 파업을 실질적으로 구분짓는 것은 어려운 것이라고 언급했다.¹²⁵⁾ ILO는 지속적으로 경제적 정치파업의 영역을 비교적 광범위하게 파악하여 정치파업의 정당성을 인정하기 위한 폭넓은 판단여지를 남겨두는 입장을 취해오고 있다. 이에 따라 ILO CFA는 한국 정부에게 쟁의행위의 목적의 정당성에 대한 현재의 협소한 해석론을 폐기하기 위해 필요한 조치를 취할 것을 지속적으로 요청해 오고 있다. 따라서 향후 ILO 협약 제87조 및 제98조를 비준하여 국내법적 효력이 발생하게 된다면, 관련 사항에 대해 보다 전향적인 법적 판단이 나올 것으로 기대된다.

3. 2015~2017년 민중총궐기

(1) 사건의 개요

124) 오문완, 앞의 글, 152면.

125) ILO, 앞의 글(1996), para. 494, para 495, 104면.

박근혜정부에 들어서서 노동관련 5대 악법 입법 시도, 극심한 사회양극화, 정권의 부정부패에 등에 대해 응축된 대중의 분노가 터져 나왔다. 2015년 11월 14일 1차 집회를 시작으로 12월 5일에 2차 집회, 12월 19일에 3차 집회, 2016년 2월 27일에 4차 집회, 3월 26일에 5차 집회, 2016년 11월 12일에 6차 집회, 2017년 2월 24~25일에 7차 집회가 열렸다. 이렇게 민주노총의 주도 아래 53개 단체에서 주최한 2년간 비정기적으로 열린 일련의 집회를 ‘민중총궐기’ 라고 일컫는다.

1차 집회에서는 노동 관련 쟁점인 쉬운 해고, 평생 비정규직, 노동계약의 중단 및 모든 노동자의 노동기본권 보장, 모든 서민의 사회안전망 강화가 요구사항으로 제시되었다. 그 밖에 재벌의 사내유보금 환수, 쌀 수입 저지, 한국사 교과서 국정화 저지, 차별금지법 제정, 한반도 사드 배치 반대, 청년 일자리 창출 요구, 세월호의 온전한 인양, 신규 원전 건설 저지, 의료·철도·가스·물 관련 민영화 중단, 한·일 위안부 합의 무효화 등이 요구사항으로 제시되었다. 이 집회의 진압과정에서 경찰의 물대포 살수로 인해 가톨릭 농민회 전국 부회장 출신인 백남기 씨가 사망한 사건이 있었다.

한편 법원은 “집회의 자유는 우리 헌법이 보장하는 기본적인 권리가기는 하지만 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가의 안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 그 본질적인 내용을 침해하지 아니하는 범위 내에서 법률로써 제한할 수 있다.” 고 하면서, “집시법 제11조 제1호를 위반하여 국회의사당 인근에서 개최된 옥외집회 또는 시위에 대하여 이를 이유로 집시법 제20조 제1항 제1호에 기하여 해산을 명할 수 있고, 이 해산명령에 불응하는 경우 집시법 제24조 제5호에 의하여 처벌할 수 있다.” 고 하여 지도부인 한상균 민주노총 위원장에게 특수공무집행방해치상·특수공무집행방해·특수공용물건손상·일반교통방해·집회및시위에관한법률위반·업무방해 관련 징역 3년과 벌금 50만원을 선고했다.¹²⁶⁾

126) 대법원 2017. 5. 31 선고 2016도21077.

최종 누적 연인원 1,600만 명이 참가한 7차례의 민중총궐기에 대한 당국의 대응은 2015년의 1~3차 집회와 2016~2017년의 4~7차 집회에서 각기 다른 양상을 보이고 있다. 전자가 기존과 같이 노동조합의 정치과업에 대해 집시법 및 도로교통법 등 위반을 들어 민·형사상 유죄를 인정하여 그 정당성을 부정했다면, 후자의 경우는 기존의 시위와 달리 부상자나 재물 손피가 없는 평화시위로 이어지자 범국민적 저항을 인식하여 당국이 정치과업으로 인한 정당성 시비를 따지거나 노동조합 차원의 위법행위를 묻지 않았다.

전술한 것과 같이, 정치과업은 국가 등이 파업상의 요구를 수용했는지, 파업의 목적이 관철됐는지에 따라 정당성이 ‘법적’ 판단 이전에 ‘정치적’으로 판단되는 측면이 있기에, 민·형사상 책임 등에 대한 사법판단이 일관적인 법리만으로 내려지지 않는다는 특징을 갖는다. 이는 정치과업에 대한 정당성 판단에는 기존의 쟁의행위 법리로 제한할 수 없는 다양한 요소들이 개입되어 헌법상 단체행동권, 표현의 자유, 저항권 등 국민의 여러 기본권들을 총체적으로 고려해야 한다는 점을 보여주는 것이라 할 수 있다.

(2) ILO의 권고안

한편 이 사건은 ITUC, 민주노총, 한국노총에 의해 2016년 8월 30일에 결사의 자유 침해로 ILO에 진정(complaint)이 제기되었다.¹²⁷⁾ 진정인은 사회적 파트너와의 충분한 협의 없이 일방적으로 채택된 단체교섭의 자율적 성격에 영향을 미치는 정부 지침¹²⁸⁾, 정부 정책에 반대하는 목적과 관련된 파업의 불법성 주장, 파업 및 시위 참여 조직과 관련된 노동조합

127) Case No 3238 (Korea, Republic of) - Complaint date: 30-AUG-16 - Follow-up.

128) 박근혜 정부에서 2016년 1월 22일 발표한 이른바 ‘양대 지침’으로, ‘공정인사 지침’과 ‘취업규칙 해석 및 운영에 관한 지침’을 의미한다. 공정인사 지침이란 저성과자들에 대해 기업이 일정한 교육을 거쳐도 성과가 나아지지 않으면 근로기준법 제23조의 제한에도 불구하고 쉽게 해고할 수 있도록 하는 지침이고, 취업규칙 해석 및 운영에 관한 지침이란 기업들이 사회통념상 합리성이 있다면 근로기준법 제94조의 제한에도 불구하고 자의적으로 노동자에게 불리한 사규를 도입할 수 있게 한 지침이다.

지도부에 대한 형사고발과 기소, 평화 시위에 참여자에 대한 과도한 경찰력의 사용으로 인하여 부상과 체포 및 시위에 참여한 노동조합 조합원과 간부에 대한 기소를 진정사유로 주장하였다.

이에 대해 CFA는 2017년 보고서¹²⁹⁾를 통해, 순수한 정치파업은 결사의 자유 범위에 속하지 않는다고 하면서도, 이러한 유형의 ‘사전 지침’이 노동자의 단체행동권에 영향을 미칠 것이라는 노동조합의 우려라는 관점에서 새 정부가 노사 갈등 예방에 초점을 둘 것이라고 발표한 최근의 성명서에 주목하였다. 이와 관련하여 CFA는 파업의 불법성 선언에 대한 책임은 정부가 아닌 독립적이고 공정한 기관이 져야한다는 점¹³⁰⁾, 노동자의 사회·경제적 및 직업적 이익을 보호할 책임이 있는 조직은 구성원들에게 직접적인 영향을 미치는 주요 사회·경제적 정책 동향에서 제기된 문제, 특히 고용, 사회적 보호 및 생활수준에 대한 해결책을 모색하기 위해 파업이라는 수단을 사용할 수 있어야 한다는 점을 언급한다. CFA는 단체행동권상 파업의 정당성에 대한 정부 성명서의 궁극적 영향과 관련된 노동단체의 우려에 대한 새 정부의 민감성과 노동분쟁 예방에 대한 노력에 관심을 표명하면서, 새 정부가 노동자가 자신의 이익에 영향을 미치는 사회 및 경제 정책과 관련하여 파업할 권리를 정당하게 존중할 수 있도록 필요한 조치를 취할 것임을 신뢰한다고 밝혔다.¹³¹⁾

이어서 권고안(recommendation)을 통해 CFA는 첫째, 양대 지침 폐지 결정을 환영하고 향후 어떠한 지침도 노사 단체의 충분한 협의 없이는 도출되지 않을 것이라는 확고한 희망을 표명하였다. 둘째, 임금체계의 구조조정이 노사정 협상을 통해 합의된 것에 대한 환영 및 임금이 고용 조건의 기본 요소이고 단체교섭의 대상이 되며 민간부분의 단체교섭 과정에서 새 정부가 당사자의 자치권을 보장할 것이라고 기대를 밝혔다.

129) ILO, “Report in which the committee requests to be kept informed of development - Report No 383, October 2017. Case No 3238 (Korea, Republic of) - Complaint date: 30-AUG-16 - Follow-up” (http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3523636) (2018. 6. 5. 검색).

130) ILO, 앞의 글(1996), para. 522에 명시된 내용이기도 하다. 한편, 해당 보고서에서는 “파업의 불법성에 관한 최종적인 결정은 정부가 해서는 안 되며, 특히 정부가 당해 노동쟁의의 당사자인 경우에는 더욱 그러하다” 고 했다(para. 523).

131) ILO, 앞의 글(2017), para. 294.

셋째, 과도한 경찰력으로 인한 희생자가 적절한 구제를 받을 것 및 이에 대한 수사결과와 후속 조치에 대해 정부가 CFA에 통보할 것을 요구했다. 넷째, 2015년 11월 14일 시위(제1차 민중총궐기)를 포함한 평화적 집회에 참가한 한상균 전 위원장 및 다른 모든 노동조합원의 석방 조치를 취할 것을 요청했다.¹³²⁾

즉 ILO CFA는 파업의 불법성에 초점을 맞춘 엄격한 법리적 해석이 아닌, 새 정부의 ‘노동존중사회’ 정책에 맞추어 노사 간 갈등의 해결, 근로조건 및 노동자의 경제·사회적 지위와 관련된 쟁의권의 폭넓은 존중, 노동정책에 관련된 노사정 삼자간의 협의를 통한 의사결정, 형사처벌을 받은 집회 지도부에 대한 법적 처벌 면책 등 정치파업적 성격이 짙었던 민중총궐기에 대해 사실상 그 정당성을 인정하는 방향으로 권고안을 제시했다.

제 4 절 소결 : 정치파업의 쟁의행위 목적 해당 여부

제2장에서 논의된 것들을 정리해 보자면, 먼저 정치파업의 개념 정의에 있어 요구의 상대방(국가 또는 정부기관)을 기준으로 할 것이 아니라 요구의 내용(입법·정책적 사항)을 기준으로 파악하여야 한다. ‘국가 또는 사용자에게 근로조건 및 노동자의 경제적·사회적 지위 향상과 관련된 사항을 관철시킬 목적으로 노무공급을 중단하는 것’을 경제적 정치파업의 개념으로 볼 수 있어, 정치파업과 정치적 목적의 시위와의 개념상 혼동을 피하고 정치파업의 정당한 범위를 판단할 수 있기 때문이다.

통상적인 직업상 목적의 파업(경제파업)과 정치파업을 구분짓는 데 있어 경제와 정치를 일도양단식으로 판단해서도 안 될 뿐더러, 가능하지도 않다는 점을 유념하여야 한다. 쟁의행위, 나아가 노동운동에 있어 정치적 요소가 존재하더라도 이는 결국 근로조건 유지 및 개선과 노동자의 사회적·경제적 지위 향상이라는 경제문제의 해결을 위한 것이기 때문이

132) ILO, 앞의 글(2017), para. 301.

다. 바꾸어 말하면 근로조건의 향상과 사회적·경제적 지위 향상 문제는 결국 정치사회적 방법으로 다루어질 수 밖에 없다고 서술해도 될 만큼 양자는 서로가 서로의 원인과 결과가 되는 관계이다. 때문에 쟁의행위의 합법적인 목적 범위에서 제외시키기 위해 일부 정치적 요소가 있는 행위를 ‘불법 정치파업’으로 규정하려는 태도는 지양해야 한다.

노동3권의 상호관계는 어느 한 권리가 다른 권리보다 우월하거나 열등한 권리가 아닌 독립적 관계라 할 수 있고, ‘근로조건 향상’은 사용자의 처분권한이 있는 단체교섭을 통해서 뿐만 아니라 사용자의 처분권한이 없는 입법·정책을 통한 것도 포함해야 한다. 노동자의 생활조건 향상의 목적에서 본다면 사용자의 처분권한 여부는 단체행동권을 제약하는 판단기준이 될 수 없기 때문이다. 따라서 노동자로서의 경제적·사회적 지위의 향상을 위한 전반적인 사항을 포괄하는 정치적 단체행동권 자체는 당연히 보장하되, 이와 같은 맥락에서 정치파업이 쟁의행위의 목적에 해당되는지 여부로 판단하여야 한다. 이와 관련하여 1987년의 ‘노동자 대투쟁’, 1996년의 노동법 개정 반대 파업 등은 정치적 단체행동권이 사실상의 규범력을 획득한 사례라는 평가¹³³⁾도 있다.

노조법상 쟁의행위의 개념은 헌법상 단체행동권에 대한 특별한 개념이므로 노조법상 쟁의행위의 범위 내에 포함되지 않아 노조법상 법적 요건을 충족하지 않아도 헌법상 단체행동권의 범위 내에 포함되어 그 쟁의행위의 정당성을 판단해야 하는 영역이 존재한다. 즉, 정치파업이 권리남용에 해당하거나 쟁의행위의 주체·절차·방법 등 제반 판단요건에 비추어 현저하게 위법하지 않는 한, 노조법상 정당성 요건 충족과는 별개로 헌법상 기본권인 단체행동권의 행사로서 그 정당성을 판단하여야 한다.

한편 노동3권의 성질을 자유권적 기본권으로 파악할 때, 국가가 노조법 등 법률을 통해 보장하여야만 권리성이 인정되는 추상적 권리가 아닌 헌법상 규정 그 자체만으로도 대국가적·대사인적 효력이 인정되는 구체적 권리성을 인정할 수 있다. 따라서 국가의 의무는 적극적 개입이 아닌 사회적 자치의 조성에 있으므로 노동3권, 특히 단체행동권의 정당성은

133) 이흥재, 앞의 책, 21-22면.

폭넓게 인정되어야 한다.

한편 ILO는 결사의 자유에 관한 제87호 협약의 해석을 통하여 쟁의행위에 대하여 폭넓게 인정하는 법리를 형성하여 왔다. 특히 순수한 정치파업은 원칙적으로 정당성을 부정하면서도 정당한 범위의 경제적 정치파업의 범위를 넓게 보아, 쟁의권 행사의 대상을 보다 나은 근로조건을 달성하거나 직업적 성격을 가진 집단적 요구를 제기하는 것만 포함시키지 않고, 경제정책·사회정책에 관한 문제와 근로자들과 직접 관련이 있는 종류의 문제해결까지 포함시켜 국가에 대한 단체행동권 행사를 가능하다고 판단하였다. 때문에 국제노동기준과 배치되는 한국의 법제도와 판례 등의 관행에서 벗어나기 위해 ILO 미비준 핵심협약인 제87호 및 제98호 협약의 비준이 시급하다 하겠다. 이에 대한 접근방식은 현재의 협소한 해석론을 폐기하는 것은 물론 한국 판례법리의 보편성과 투명성을 나타내는 대외적인 지표가 될 것이다.

이러한 논의 이외에도 헌법상 권리 내지 가치라 볼 수 있는 시민불복종으로서의 쟁의권, 언론의 자유와 단체행동, 경제적 균등과 세력균형 등을 근거로 정치파업의 정당성을 인정할 가능성에 대해 전향적으로 모색한 견해들도 있다. 그렇다면 이러한 기본권들의 대사인적 효력을 인정하여 노동자 또는 노동자단체의 정치파업 행위를 사용자 또는 사용자단체가 수인해야 하는가에 대해 문제가 제기될 수 있다. 노동3권은 본질적으로 세력불균형 상태에 놓여있는 노사관계에서, 사용자의 노동자에 대한 기본권 침해 가능성이 상존하는 근로관계를 전제로 하므로 사인상호간에 직접 적용된다고 보아야 한다. 따라서 순수한 정치파업의 경우 쟁의행위의 목적 범위를 넘어서므로 노동자가 사용자에게 직접 쟁의권을 행사할 수 없고 근무시간 외에 사업장과 직접적 관련성이 없는 곳에서 단시간의 시위형 파업이 되어야 하지만, 경제적 정치파업인 경우 경제·사회 관련 입법과 정책까지 근로조건 관련 사항으로 넓게 보다면 쟁의행위의 목적 범위에 포함될 수 있으므로 국가는 물론 사용자 역시 당사자로서의 성격을 가지는바 일응의 수인의무가 인정되어야 한다.

제 3 장 정치파업에 관한 비교법적 검토

제 1 절 프랑스

1. 쟁의행위의 보장 범위

비그노(Vigneau, 2003)는 프랑스에서는 총파업과 쟁의행위가 20세기의 노동법 발전에 원동력을 부여했다고 평가한다. 노동법은 일반적으로 중요한 역사적 시기와 근로조건에 상당한 개선을 가져온 사건과 관련 있다고 여겨진다. 1936년의 총파업은 주 40시간 근로, 단체협약의 확장 적용, 노동자 대표의 도입에 대한 단체협약의 구속력을 가능하게 했다. 제2차 세계 대전 후, 일부 사회권이 헌정화되었고 사회보장제도가 수립되었으며 노사협의회가 기업에 설립되었다. 1968년의 총파업으로 인해 상당한 임금 인상 및 직장에서 노동조합의 권리 인정이 있었으며 1973년에는 해고에 관한 법 규정이 제정되었다.¹³⁴⁾

프랑스 제4공화국¹³⁵⁾ 하에서 제정된 1946년 헌법 전문에 ‘오늘날 특히 필요한’ 정치적·경제적·사회적 원칙들을 열거하면서 그 가운데 하나로서 “파업권은 이를 규율하는 법률의 범위 내에서 행사된다.” 고 규정한 것처럼, 파업권은 확고한 헌법적 토대를 가지고 있으며 (노동조합의 권리가 아닌) 집단적으로 행사되는 개인의 근본적인 권리로 여겨진다. 한편 제5공화국에서 제정된 1958년 헌법(현행 헌법) 전문에는 “1946년 헌법 전문에서 확인하고 보완한 바와 같이 인권과 국민주권의 원칙에

134) Vigneau, Christophe, “Labor Law between Changes and Continuity”, [Comparative Labor Law & Policy Journal] 제25권, 2003, 130-131면.

135) 프랑스 제4공화국은 1946년 10월부터 1958년 10월까지 프랑스의 정치체제였다. 제4공화국은 의원내각제의 모순과 군소 정당의 난립, 만성적 인플레이션, 식민지 독립 운동 등으로 혼란을 거듭하다, 1958년 10월 국민투표를 통해 제5공화국이 성립되고 샤를 드골이 초대 대통령으로 선출되며 막을 내린다.

충실할 것을 엄숙하게 선언한다.” 고 규정하여, 1946년 헌법 내용을 포함하고 있음을 명시적으로 밝히고 있다. 이처럼 프랑스 헌법에서는 파업권(droit de grève)을 명시적으로 승인하여, 이를 노동자들의 헌법상 권리로서 폭넓게 보장한다.¹³⁶⁾ 단, 파업권을 제한하는 입법이 존재하는 민간 부문과 달리 일부 공무원(군인, 경찰, 교도관, 법관 등)의 파업권은 부인되고 있고, 그 외 공공부문의 경우 파업의 절차 및 형태에 대한 일정한 제한이 가해지고 있다.¹³⁷⁾

1950년 2월 11일 제정된 법률(The Act of 11 February 1950)에는 “근로자에게 중대한 귀책사유가 없는 한 파업으로 인해 근로계약이 종료되지 않는다.” 고 규정하였다. 이 법은 주로 단체교섭의 규제를 다루면서 파업이 사용자와 노동자간에 체결하는 개별 고용계약에 미치는 영향에 관한 중요한 조항을 포함하고 있다. 수 년 간의 격렬한 법적 논쟁 이후, 1950년법은 파업으로 인해 개별 고용계약이 파기되는 것이 아니라, 단지 파업 참가자 측의 ‘중대한 귀책사유(*faute lourde*)’ 가 없는 경우 고용계약이 중단되는 것이라고 규정했다.¹³⁸⁾ 사용자는 노동자를 단순히 파업에 참여했다는 이유만으로 해고할 수 없고, 근로계약을 파기할 만큼 파업 참가자에게 중대한 귀책사유가 있는 경우에만 해고가 가능하며, 파업 기간에는 임금을 지급하지 않을 수 있다.¹³⁹⁾

프랑스는 1864년법(일명 ‘올리비에(Ollivier)법’)을 통해 이른바 꼬알리시옹(coalition)죄를 폐지하고 꼬알리시옹¹⁴⁰⁾의 자유를 인정하였다. 프랑스 파업권의 성격을 이해하는데 이 개념은 매우 중요한데, 꼬알리시옹이란 ‘노동자들 또는 사용자들 각각 자신들의 이익을 옹호하기 위한 합의 행위’로 정의된다. 즉, 1864년법은 꼬알리시옹을 자유로운 개인의사

136) 조임영, “프랑스에서의 파업권의 보장과 그 한계”, 「국제노동브리프」 제12권 제4호, 한국노동연구원, 2014, 31-32면.

137) 조용만, “경영상 해고와 관련된 프랑스의 쟁의행위 정당성론의 고찰”, 「노동법학」 제12호, 한국노동법학회, 2001, 165면.

138) Kanowitz, Leo, “The Strike and Lockout under French Labor Law”, 「*St. Louis University Law Journal*」 제9호, 1964, 215면.

139) 외교부, 「알기쉬운 유럽노동법 해설」, 휴먼컬처아리랑, 2014, 94면.

140) 일부 견해(강희원, “이른바 “정치파업”과 우리 노동헌법”, 「노동법연구」 제28호, 2010, 218면.)에 따르면 이를 보다 쉽게 ‘쟁의권’으로도 번역할 수 있으나, 인용한 원문에 따랐다.

병렬로 파악하는 개인주의 및 자유주의의 원리에 근거하고 있는 것이다. 따라서 파업은 조직이나 단체가 아닌 ‘집단적으로 행사할 수 있는 개인의 권리’인 것이며, 파업권의 주체 역시 노동조합이 아닌 개별 근로자의 권리로 파악된다.¹⁴¹⁾ 독일, 영국, 미국과 달리 프랑스에서는 쟁의권이 개인의 권리이다. 근로자는 노동조합의 지원 없이 파업을 할 수 있고, 살쟁이파업 역시 합법으로 인정된다. 때문에 소수의 조합원이어도 파업은 가능하다. 다수 조합원이 단체행동을 중단하고 업무로 복귀했다고 하더라도, 소수 조합원의 파업은 합법이다. 노동조합이나 다수 조합원은 단체행동을 금지할 수 없고, 심지어 총회에서 승인되지 않거나 노동조합의 의향과 반대인 경우에도 파업은 합법이다.¹⁴²⁾

한편 프랑스 노동법전(Code du travail)에는 ‘파업(la grève)’에 대해 명시적 규정이 없고, 판례에 의해 “근로자들이 직업적 요구의 관철을 목적으로 공동의 의사 하에 집단적으로 노동을 중단하는 것”으로 정의된다.¹⁴³⁾ 이러한 정의에 따르면 파업은 주체(근로자들), 목적(직업적 요구의 관철), 수단 및 방법(공동의 의사 하에 집단적 노무제공 중단)이라는 요건을 충족하여야 하고, 이 경우에 비로소 헌법이 보장하는 파업권이라는 권리가 행사된 것으로 보아 근로계약 정지의 법적 효과가 인정된다. 반면 이러한 판례상 요건을 충족하지 못하는 쟁의행위는 정당한 징계조치의 대상이 되는 근로계약상의 채무불이행 또는 직무의 방기 내지 불복종행위로 간주된다.¹⁴⁴⁾

이러한 파업의 개념에 ‘사용자가 요구를 거절할 것’은 전제되지 않는다. 이는 노동자가 노무공급의 중단 이전에 사용자의 반응을 기다려야 하는 일종의 선결조건이라고 할 수 있는데, 이러한 전제를 도입하는 것은 프랑스의 전통에 반대되기 때문이다. 또한 사용자가 수인할 수 있는 요구의 범위를 넘어서는 경제적 정치파업, 사회보장, 자유와 평화의 유

141) 조임영, 앞의 글, 32-33면.

142) Dockès, Emmanuel, “Industrial action and Liability in France”, 「노동법학」 제52호, 한국노동법학회, 2014, 45-47면.

143) 조경배, “쟁의행위와 민사책임에 관한 프랑스법리”, 「노동법학」 제19호, 한국노동법학회, 2004, 385-386면.

144) 이승욱 등, 앞의 책, 96면.

지에 대한 일반적 질서 역시 파업의 범위에 포함되어야 하기 때문이다. 이처럼 파업에 대한 합법성을 광범위하게 인정해야 하기 때문에 파업의 정의가 명시적으로 규정되지 않은 것이다.¹⁴⁵⁾ 따라서 국내 법원은 이러한 헌법 조항을 직접 적용하고 파업권의 범위와 한계를 정의하는 임무를 맡는다.

한편 쟁의권은 법령에 의해서만 제한될 수 있는데 이는 단체교섭이 쟁의권을 제한할 수 없다는 것을 의미한다. 상당기간 쟁의권을 금지하는 사회적 평화조항은 어떠한 방식으로든 근로자의 쟁의권을 제한할 수 없다. 단체협약에는 근로자들의 파업 이전에 구속력 있는 단체행동 사전통지나 단체교섭 절차를 규정할 수도 없다. 파기원은 이에 대해 명확한 입장을 견지하고 있다.¹⁴⁶⁾

이처럼 파업의 개념을 간략하게 정의하고 파업을 원칙적으로 정당하게 보며 단지 예외적으로만 위법한 것으로만 판단하는 태도는 단순히 합법성의 범위를 넓힌 것 뿐만 아니라, 매우 유동적이고 복잡다기한 집단적 노동관계의 현실에 부합한다 할 수 있다.

2. 정치파업에 대한 입장

프랑스에서 파업은 판례에 의해 ‘직업적 요구(professional demand)를 유지하기 위한 집단적 노무공급 중단’으로 정의된다. 단체행동이 이러한 정의에 부합하지 않는다면 그 정당성이 부인되어, 근로자들은 법적 보호를 받지 못하고 그들의 행위는 계약위반으로 간주된다. 여기서 ‘직업적 요구’란 폭넓게 이해되고 있는데, 개인적 또는 집단적 노동관계의 모든 요소는 ‘직업적’인 것으로서 사회보장, 의료보험, 실업, 가족수당, 연금 등을 포괄하는 개념이다. 파업의 목적은 사용자가 처분 가능한 범위의 사항을 넘어선다. 비합리적인 것, 경제적 자유에 관한 것, 사용자

145) 이달휴, “프랑스의 쟁의행위와 민사책임”, 「재산법연구」 제16권 제1호, 1999, 190면.

146) Dockès, E., 앞의 글, 46면.

의 권한을 넘어서는 것도 문제되지 않는다. 또한 사용자로부터 특정의 이익을 적극적으로 획득하기 위한 것이 아니라도, 집단적인 직업상 이익의 옹호를 목적으로 사용자의 결정 내지 조치에 대한 반대, 항의 또는 불만을 표출하는 파업도 포함된다.¹⁴⁷⁾

프랑스의 파기원(Cour de Cassation)¹⁴⁸⁾은 파업권의 헌법적 보장을 분명히 해왔으며 단체협약과 산업평화의 의무에 의해 파업권이 제한 가능하다는 논리를 인정하지 않았다. 프랑스 노동법원의 판례에 따르면, 파업은 직업적인 요구(연대파업의 형태 포함)를 표현해야 하므로, 순수한 정치파업은 불법으로 간주되어야 한다. 그럼에도 불구하고 파기원은 ‘근로조건에 직접적인 영향을 주는 정부의 사회적·경제적 정책에 영향을 미치는 것을 목표로 하는’ 파업의 합법성을 사실상 금지하면서도, ‘거시 사회적 목표(macro-social goal)’를 가진 파업의 합법성을 인정했다.¹⁴⁹⁾ 예컨대, 정부의 임금동결정책에 반대하는 총파업, 최저임금 및 가족수당의 인상과 근로시간의 단축 등을 요구하는 총파업 등이 그 예이다.¹⁵⁰⁾

이처럼 프랑스에서는 ‘기업 차원에서 기업이 처분할 수 있는 요구’만을 쟁의행위의 범위로 제한하지 않는다. 법원은 “근로자의 요구를 충족시킬 수 있는 사용자의 권한 내지 능력은 파업의 정당성에 영향을 미치지 않는다.”고 판시했다. 따라서 정부의 사회·경제 정책에 항의하는 총파업은 직업적인 요구를 목적으로 하는 파업으로서 적법성이 인정된다. 단, 순수한 정치적 요구는 직업적 요구에 해당하지 않는다. 즉, 노동자의 직업적 이익을 추구하는 파업이라면 공공기관을 상대로 하는 파업도 합법이기 때문에 프랑스에서는 노동조합에 의한 정치활동의 일환으로 경제적 정치파업이 많이 활용되고 있다. 따라서 파업의 동기가 직업적인 것과 정치적인 것을 동시에 갖고 있는 경우에 주된 목적이 무엇인지에

147) 조용만, 앞의 글, 167면.

148) 하급심 판결에 대해 파기권한을 가진 프랑스의 민사 및 형사상의 최고상소법원.

149) Fabbrini, Federico, “Europe in Need of a New Deal On Federalism, Free Market, and the Right to Strike”, 『Georgetown Journal of International Law』 제43권, 2012, 1185-1186면.

150) 이승욱 등, 앞의 책, 115면.

따라 정당성 여부를 판단하는 것이 판례의 입장이다.¹⁵¹⁾ 이 때 직업적 요구가 단순히 정치적 주장을 위한 하나의 구실에 지나지 않는 경우를 제외하고, 비록 직업적 요구가 정치적 동기와 관련하여 부수적인 성격에 지나지 않더라도 합법적인 것으로 본다.¹⁵²⁾

1950년법 이전에는 파업의 경우 계약 위반이 발생했는지 여부에 대해 법원의 견해가 나뉘어 있었으나, 현행법에 따르면 노동자측의 ‘중대한 귀책사유’가 없다면 파업으로 인해 계약 위반이 성립하지 않는다. 중대한 귀책사유의 의미는 판례에 의해 정립되었는데 여기에는 사용자 또는 기업에 대한 해악의 의도를 갖고 이루어진 행위, 가령 징계명령을 따르지 않거나 본질적으로 정치적 성격을 갖는 파업에 참여하는 것 등이 포함된다. 그러나 이 판례들에서 연좌파업, 조정을 거치지 않은 파업, 피케팅에의 참여만으로는 중대한 귀책사유가 인정되지는 않았다. 결국 정치파업·태업·연대파업은 헌법상 보장된 범위 내에서 합법적인 파업이라 할 수 있고, 1950년법에 의하여 개별 근로자에게 중대한 귀책사유가 인정되지는 않는다.¹⁵³⁾

한편 파기원은 파업이 근로조건을 수정하거나 개선하기 위한 것임을 일관되게 상기시키면서 정부정책에 대한 저항으로서의 파업은 쟁의권의 위법한 행사라고 본다. 그 이유는 공적 권력에 부여된 권한의 행사에 대하여 개입하는 것은 헌법기구의 역할을 왜곡시킬 수 있기 때문이다. 그러나 이른바 경제적 정치파업은 직업적 요구를 관철하기 위한 것으로 합법적인 파업에 해당한다.¹⁵⁴⁾ 경제적 정치파업의 정당성 인정 사례로는 정부의 임금동결정책에 반대하는 총파업, 최저임금 및 가족수당의 인상과 근로시간의 단축 등을 요구하는 총파업 등이 있다. 한편 순수 정치파업으로 보아 정당성을 부정한 사례로는 프랑스 노동총연맹(Confederation Generale du Travail, 이하 “CGT”) 임원의 체포에 대한 항의 및 유럽군 창설 관련 정부정책에의 반대를 목적으로 한 파업, 알제

151) 조임영, 앞의 글, 37면.

152) 이달휴, 앞의 글, 193면.

153) Kanowitz, L., 앞의 글, 222-223면.

154) 조경배, 앞의 글, 396-397면.

리 전쟁에 반대하는 파업 등이 있다.¹⁵⁵⁾

3. 구체적 사례

정치파업은 파업 참가자와 파업에 의해 손해를 입은 자 사이에 적절한 고용관계가 실제로 존재하지만, 파업의 주된 목적이 손해를 입은 자가 아니라 오히려 공권력으로부터 양보를 얻어내는 경우라고 할 수 있다. 이러한 사례는 1955년 *Saurat v. Wanderschild* 사건에서 발생했는데, 제과점주(사용자)인 피고는 빵 가격에 대한 정부정책에 항의하는 수단으로 모든 점포를 폐쇄하라는 전국협회의 요청에 응했다. 해당 사용자에게 고용된 노동자 중 한 명이 제기한 소송에서 원고는 휴업 중 미지급임금을 고용주가 지불해야 한다고 주장했다. 그러나 *Saurat*의 입장이 피고인 사용자가 헌법상 쟁의권에 의지할 수 없다는 주장에 근거하고 있는지 여부는 명확하지 않다. 왜냐하면 *Saurat*의 분쟁은 노동자가 아니라 정부와의 관계에서 발생한 것이기 때문이다. 카노위츠(Kanowitz, 1964)는 법원이 *Saurat* 사건에서 노동자와의 분쟁이 없었기 때문에 사용자의 행동을 직장폐쇄로 규정하지는 않았지만, ‘정치적’ 직장폐쇄는 노동자의 ‘정치 파업’ 처럼 법의 범위를 벗어난 것이 분명하다고 지적한다.¹⁵⁶⁾

정치파업의 경우, 프랑스 법원은 파업이 본질적으로 정치적인지 여부에 대한 사실관계의 문제가 있음에도 불구하고 법적 보호에 대한 거부로 일관해 왔다. 따라서 시위 참여를 촉구하는 파업은 정치파업이 아닌, 근로조건 개선을 위한 사용자에게 대한 사전 요구가 있고 시위를 알리는 사전 통지를 하는 것이었다. 초과 근무를 거부하고 직원의 70%가 승인한 특정 근로자의 해고에 대해 파업하며 경영진에게 사후 통보한 것은 합법적인 파업으로 간주되었다. 또한 군사시설의 민간요원에 의한 파업의 경우, 참사원(Conseil d'État)¹⁵⁷⁾은 정치적 시위와 파업 일시의 단순한 우연

155) 조용만, 앞의 글, 167면.

156) Kanowitz, L., 앞의 글, 225면.

157) 행정부의 법률 고문 및 행정소송의 최고재판소 기능을 하는 프랑스의 정부 기관.

의 일치는 파업을 정당화 할 수 있는 유형의 요구를 정치파업으로 보기에는 불충분하다고 판결했다.¹⁵⁸⁾

한편 제국주의 시대에 개척한 북아프리카 식민지의 인력이 프랑스에 유입되어 민족갈등, 식민지의 독립전쟁, 본국의 독립전쟁을 지지하는 이민자 출신 프랑스 노동자 등의 요소가 복잡하게 결합된 쟁의행위 사례가 있었다. 제2차 세계대전 이전에도 외국 및 식민지 노동자들은 프랑스의 자동차 공장에서 주요 노동력을 구성했다. 예를 들어 파리 근교 비양쿠르(Billancourt)의 르노(Renault) 자동차 공장에는 전쟁 기간 동안 상당한 규모의 알제리 출신 노동자가 있었다. 실제로 르노는 초기 알제리 민족주의운동의 중심지가 되었다. 1952년까지 르노의 노동력 10%가 외국인 노동자였고 이들은 전후 산업 팽창시기에 급증했다.¹⁵⁹⁾

좌익 노동조합의 전통적 보루인 파리의 르노 공장에는 외국인 노동자들이 일반적으로 이들 노조를 지지했다. 공산당이 주도한 CGT는 북아프리카인들 사이에서 인기가 높았고 알제리 근로자들이 CGT를 지지하는 경향은 CGT와 이들의 알제리측 파트너인 알제리노동자총연맹(Union Generale des Travailleurs Algeriens, UGTA) 간의 합의에서 나타났다.¹⁶⁰⁾

이 시기에 알제리 전쟁¹⁶¹⁾이 있었고 1958년에는 철도 노동자들이 CGT의 지시 하에 작업장을 이탈했다. 이후 CGT는 ‘알제리인들과 노동자들의 자유, 독립에 대한 권리 주장’에 동조하며 파업을 이어나간다. CGT는 독립을 위해 노력하는 알제리인들과 연대하여, ‘알제리에 평화를(Peace in Algeria)’ 운동을 전개해 나갔다. 이에 대해 프랑스 법원은 전술한 것과 같이 직업상 요구와 관계없는 정치파업으로 보아 쟁의행위의 정당성을 부정하였다.

이듬해 프랑스 제4공화국이 붕괴되고, 제5공화국 출범 후 이른바 ‘68

158) Kanowitz, L., 앞의 글, 233면.

159) Miller, Mark, “Industrial Policy and the Rights of Labor The Case of Foreign Workers in the French Automobile Assembly Industry”, 『Michigan Yearbook of International Legal Studies』 제6권, 1984, 366면.

160) Miller, M., 앞의 글, 375면.

161) 알제리 전쟁(Algerian War / Guerre d'Algérie)은 1954년부터 1962년까지 프랑스와 알제리 독립 운동 세력인 알제리민족해방전선(FLN, Front de Liberation Nationale)이 벌인 독립 전쟁으로, 결국 알제리는 프랑스에게서 독립을 얻었다.

혁명' 으로 불리는 1968년 5월 봉기가 잇따랐다. 1967년 이래로 임금, 실업, 사회보장제도 문제로 서서히 불붙기 시작한 노동운동이 공장지대를 중심으로 확대되고 있었다. 5월 13일에는 지방의 주요도시에서 24시간 총파업이 성공적으로 진행되었고 거리에서는 노동자들과 학생들이 참여한 시위가 전개되었다. 15일에는 르노-클레옹(Renault-Cléon)공장 노동자들이 사회보장제도 개악법으로 인식되었던 '잔네(Jeanneney)의 법령' 철회를 위한 행동의 날 중에 작업중단을 결정하고 파업에 돌입하였다. 노동자들은 이 집회에서 "사회보장제도는 노동자의 것이다." 라는 구호를 외치며 잔네의 법령에 대한 반대의사를 밝혔다. 20일에는 거의 모든 산업분야를 포괄하는 7백만에서 천만 명 가량의 노동자가 파업 중이었으며 프랑스는 마비상태가 되었다.¹⁶²⁾

이에 1968년 5월 25일에서 27일 사이에 파리 남서부에 위치한 그르넬(Grenelle)에서 있었던 정부, 재계, 노동계 대표의 협상(Négociation de Grenelle)이 있었고, 여기서 최저임금 35% 인상과 평균 10%에 달하는 임금인상을 예고하였으며 기업 내의 노동조합이 합법화되는 길을 열었다.¹⁶³⁾ 이를 그르넬 협정(Grenelle agreement)이라 하는데, 여기서 당면한 문제와 입법을 논의하기 위해 노사정 삼자협의체가 구성되었다. 그 결과 임금과 근로조건을 개선하는 일련의 법령이 입법되었다.¹⁶⁴⁾

사용자가 아닌 대상으로 인한 고충(grievance)에 대한 근로자의 파업도 프랑스에서는 합법이다. 2007년 RTMRégie des Transports de Marseille, 마르세유교통공사) 사건에서, 파업은 마르세유광역도시청(Communauté Urbaine Marseille Provence Métropole)의 결정에 항의하여 이루어졌다. RTM의 근로자들은 마르세유광역도시청이 민간회사에게 새로운 전차노선을 배정하는 것에 반대했다. 근로자들은 노선 배정이 공공운수서비스에 대한 위협이라고 여겼다. 마르세유의 모든 지하철과 버스를 책임지는

162) 신동규, “사회보장제도, 그르넬 협상, 그리고 1968년 5월~6월 총파업- 노동총연맹의 총파업 전략”, 「역사와 담론」 제68호, 호서사학회, 2013, 346-348면.

163) 신동규, 앞의 글, 349면.

164) Chanut, Veronique & Rojot, Jacques, “Does Public Sector Collective Bargaining Distort Democracy - The Case for France”, 「Comparative Labor Law & Policy Journal」 제34권, 2013, 380-381면.

공기업인 RTM은 새로운 전차노선 할당이 공공서비스의 독점체제를 붕괴시키고 마르세유의 공공운수의 일부를 민영화하는 것이라고 주장하였다. 사용자인 RTM은 이 결정에 대해 권한이 없다고 주장했으나, 파기원은 “근로자의 요구를 충족시키는 사용자의 처분가능성은 파업의 정당성과 무관하다.”고 판결했다. 이와 유사한 파업들에 대해서도 프랑스 법은 의문의 여지없이 합법성을 인정한다.¹⁶⁵⁾

제 2 절 독일

1. 쟁의행위의 보장 범위

독일의 법체계는 파업권이 공식적인 헌법상 보호를 받지 못한다는 사실을 특징으로 한다. 독일 「기본법(Grundgesetz)」 제9조 제3항은 노동 및 경제적 조건을 보호하고 향상하기 위한 결사의 자유를 인정한다. 이러한 맥락에서 해당 조항에서 파업권을 보호하는 것은 국내 최고법원에 달려 있다. 1955년까지 연방노동법원(Bundesarbeitsgericht, BAG)은 사용자와 근로자를 위한 단체교섭권의 필수 구성요소로서 법체계 내에서 파업권을 인정했다. 그럼에도 불구하고, 독일에서는 파업권이 개인의 권리로 해석된 것이 아니라 “단체협약을 체결할 수 있는 조직들만 파업을 요청할 권리가 있다.”고 하여 노동조합의 권리로 해석되었다. 또한 독일에서 파업권은 전통적으로 단체협약 유효기간 동안의 평화의무와 이익분쟁과는 다른 권리분쟁에 대한 파업 금지와 같은 수많은 제한을 받는다. 실제로 독일의 법체계는 근로자들의 교섭권을 강화하고 (정치적 또는 연대적 파업을 금지하는) 파업만을 합법화하는 등 노사분쟁을 엄격히 계약으로 보는 관점을 갖는다.¹⁶⁶⁾

독일은 프랑스와 달리 파업을 ‘권리’가 아닌 ‘제도’로서 보장한

165) Dockès, E., 앞의 글, 52-53면.

166) Fabbrini, F., 앞의 글, 1189-1190면.

다. 독일에서는 파업이 프랑스처럼 독자적인 가치를 갖는 권리가 아니라 단체협약에 의한 질서 형성을 보조하는 기능을 수행한다. 때문에 독일의 노동관계는 단체협약에 의한 규율을 중심으로 하고, 파업 역시 단체협약의 체결을 위한 압력수단으로 이해된다.¹⁶⁷⁾

사회주의적 노동운동에 대한 탄압의 반대급부로 사회보험입법이 비교적 일찍부터 시행된 독일과 같은 나라에서는 국가가 인격체로서 노동자를 ‘보호’ 하는 결과로 근로조건이 유지·개선된다고 하기보다는, 노동운동이 정치화되는 것을 막고 생산이 지장이 없는 수준에서 노동력을 확보하고자 하는 사회정책적 의미에서 노동력의 ‘보호’가 행해진다. 따라서 쟁의행위의 보장은 그러한 ‘보호’ 한도에서 반사적으로 노동자가 이익을 받는 것에 불과하다는 견해도 있다.¹⁶⁸⁾

독일 법체계에서 집단적 노사관계에 관하여 규율하고 있는 유일한 법률은 「단체협약법(Tarifvertragsgesetz)」이고, 쟁의행위의 개념, 내용 등 쟁의행위에 관한 사항을 규정하고 있는 법률은 존재하지 않는다. 따라서 연방노동법원의 판례, 학설, 실무 등에 의해 쟁의행위의 개념, 정당성 여부, 제한 등에 관한 중요한 기준 및 원칙 등을 정하는 노동쟁의법(Arbeitskampfrecht)이 사실상 형성되어 왔다.¹⁶⁹⁾ 여기에는 노동법원법(Arbeitsgerichtsgesetz), 경영조직법(Betriebsverfassungsgesetz), 직원조직법(Bundespersönalvertretungsgesetz) 등이 포함되는데, 연방노동법원은 1971년 판결에서 이러한 개별적인 법률들은 쟁의행위라는 개념을 사용하여 그 법적 존재를 확인할 수 있을 뿐, 이를 규율하는 것은 아니라고 하여 ‘중립적인 법규범’에 불과하다고 판시하였다.¹⁷⁰⁾ 대신에 독일 기본법 제9조 제3항은 “근로·경제조건을 유지·향상을 목적으로 하는 단체를 설립할 권리는 모든 자와 모든 직업에 대해 보장한다. 이 권리를 제한하거나 방해하는 합의는 무효이며 이를 목적으로 하는 조치는 위법하

167) 박제성, “파업권의 재음미”, 「시민과 세계」 제27호, 참여연대 참여사회연구소, 2015, 182면.

168) 정인섭, 앞의 글, 31면.

169) 박귀천, “공익서비스 파업에서 최소업무의 유지 : 독일”, 「국제노동브리프」 제3권 제9호, 한국노동연구원, 2005, 25면.

170) 이승욱 등, 앞의 책, 39면.

다.” 고 규정함으로써 단결의 자유(Koalitionsfreiheit)를 분명히 했다.

독일 모형의 가장 큰 특징은 이른바 ‘최후수단성의 원칙(principle of ultima ratio)’ 이라 할 수 있다. 이 원칙은 노동법 분야에서 헌법상 일반적인 비례성 원칙(Verhältnismäßigkeit / proportionality)의 적용을 나타낸다. 이 원칙에 따르면 파업은 필수불가결하고 노사분쟁을 해결하기 위한 궁극적인 조치인 경우에만 합법이다. 결과적으로 노동조합은 자체적으로 협상력을 강화하기 위한 가장 효과적인 수단이 파업이라고 생각하더라도 집단행동을 취할 무조건적인 권리를 누리지 못한다. 최후수단성의 원칙에 따라, 노동조합은 파업에 돌입하기 전에 평화적 협상을 위한 모든 절차를 거쳐야만 한다. 또한 쟁의행위의 수단은 목적 달성을 위한 범위를 초과하여 행사해서는 안 되고, 쟁의행위 종료 후 양 당사자는 조속히 모든 범위 내에서 노동평화가 회복될 수 있도록 노력해야 하며, 쟁의행위에 의해 공공복리가 명백히 침해되어서는 안 된다.¹⁷¹⁾

따라서 노동법원은 노동조합이 취한 쟁의행위의 비례성을 평가할 권리가 있으며, 노동조합에게 손해를 배상하도록 요구함으로써 불법파업을 제재할 수 있다. 역사적으로 독일에서 노동조합과 사용자단체간의 노사관계는 매우 협력적이어서 쟁의행위가 최소한으로 유지되었다. 그러나 비례적으로만 파업을 허용함으로써, 독일 법체계는 파업권 규제에 대한 다소 제한적인 모델을 고안하여 재산권과 사업의 자유와 같은 다른 헌법적 가치에 대한 광범위한 보호를 보장한다.

한편 독일 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht, BVerfG)는 해당 조항으로부터 “근로·경제조건의 유지·향상을 목적 외에도 개인의 단결의 자유 뿐만 아니라 노동조합의 존속 및 그 활동을 보장하는 집단적 단결의 자유로서의 성격도 갖는다.” 는 입장을 밝혔다. 이러한 자유 혹은 권리에는 단체협약체결권, 새로운 (그리고 보다 나은) 단체협약 체결을 위한 (다른 목적도 포함) 쟁의권 또는 단체행동권, 작업장평의회·감독이사회 등의 노동자대표와 협력할 권리, 전단지 배포하고 노동자에게 이메일을 보낼 권리 및 노동조합 대표자에게도 인정되는 작업장 접근권,

171) 김기선, “독일에서의 쟁의행위를 둘러싼 법률문제: 쟁의행위의 정당성과 불법쟁의행위의 책임을 중심으로”, 「국제노동브리프」 제12권 제4호, 2014, 9-10면.

공공기관 및 정당과 관련하여 노동자의 이익을 대표할 권리가 포함된다.¹⁷²⁾

기본법 제9조 제3항에 따른 단결의 자유는 파업 등을 통해 단체교섭 국면에서 벌어지는 갈등을 효과적으로 극복할 수 있도록 쟁의권을 보장한다. 쟁의행위가 인정되지 않는다면 협약자치(Tarifautonomie)는 ‘집단적 구걸(kollektives Betteln)’에 지나지 않을 수 밖에 없으므로 쟁의행위는 협약자치의 일부로서 헌법상 포괄적인 보호를 받는다.¹⁷³⁾

이와 같은 쟁의권의 보장에도 불구하고, 노동조합에게 부여된 권리는 한계가 있었다. 노동조합의 권리는 사용자의 기본권과 균형을 이루어야 하기에, 법령이 정하는 바에 따라 공익을 목적으로 제한이 가해질 수 있다. 1995년 이전에 연방헌법재판소는 노동조합의 권리는 오직 그들의 ‘핵심적(core)’ 부분에서만 보호된다고 결정했는데, 이는 헌법에 의해 ‘필수적’ 활동만이 보호된다는 것을 의미했다. 이러한 방식으로 많은 노동조합 활동이 헌법에 의해 보호받지 못했다. 작업장 내의 노동조합 대변인 선거는 버스에서도 가능하다는 이유로, 노동자들에게 조합활동을 알리기 위한 노동조합 대표자의 작업장 접근권은 해당 노동자들이 조합원이기에 어차피 알 수 있다는 이유로 ‘필수적’ 활동으로 인정되지 않았다. 그러나 현재는 이러한 법리가 적용되지는 않는다. 작업에 심각한 차질을 초래하지 않는다면 그러한 조합활동을 불법으로 간주할 사유가 존재하지 않는다.¹⁷⁴⁾

쟁의행위는 개별 법률에서 언급되고 있기는 하지만 법률상 정의하는 규정은 없고, 일반적으로 ‘일정한 목적을 달성하기 위해 노동관계를 저해하는 근로자측 또는 사용자측의 집단적 조치’로 이해된다. 노동단체의 행동은 연방헌법재판소에 의해 인정되었고(1955. 1. 28. 및 1991. 4. 21. 판결), 민법에 의해 규율된다.¹⁷⁵⁾

쟁의행위의 정당성 판단 역시 법률 규정이 아닌 판례에 의해 이루어지

172) Däubler, Wolfgang, “Industrial Action and Liability The Situation in Germany“, 「노동법학」 제52호, 한국노동법학회, 2014, 6면.

173) 김기선, 앞의 글, 6-7면.

174) Däubler, W., 앞의 글, 7면.

175) 정미희, 앞의 글, 27면.

고 있다. 연방노동법원의 일반적 기준에 따르면, 첫째, 쟁의행위의 주체와 관련하여, 노동조합만이 쟁의행위의 정당한 주체가 될 수 있고 적어도 사후에 노동조합의 승인이 있어야 한다. 둘째, 쟁의행위의 목적과 관련하여, ① 파업은 협약상 규율 가능한 목적을 위해 이루어져야 하고, ② 평화의무가 인정되므로 단체협약 유효기간 동안의 파업은 인정될 수 없으며(평화의무 위반 시 계약법 및 불법행위법에 의해 규제), ③ 국가 또는 기타 공권적 주체에 대하여 공권적 행위를 할 것을 목적으로 행해져서는 안 된다(정치파업 원칙적 금지). 또한 ④ 공무원 파업 금지와 같은 특별한 금지규정에 반하거나, 「경영조직법」상의 문제를 그 대상으로 해서도 안 되고, ⑤ 파업은 권리구제절차에 의해 해결될 수 있는 목적(예. 부당해고 구제)을 추구하여서는 안 된다. 셋째, 쟁의행위의 시기·절차와 관련하여, 비례성 원칙에 반하여 이루어져서는 안 된다(최후수단성). 넷째, 쟁의행위의 수단·방법과 관련하여, ① 공정한 쟁의행위 원칙에 위반되어서는 안 되고, ② 파업기간 중에도 생산시설 파괴를 막기 위해 필수 유지업무(Erhaltungsarbeiten)를 수행해야 하며, ③ 선량한 풍속에 반하여서는 안 된다. 또한 ④ 노동조합의 파업시점을 정하여 상대방이 대비할 수 있도록 알려져야 한다.¹⁷⁶⁾

이러한 법적 제한조치에 더해 독일에서 파업을 억제하는 또 하나의 기제가 있다. 독일노동조합총동맹(Deutscher Gewerkschaftsbund, 이하 “DGB”)의 연구소가 발간한 통계에 따르면, 2013년에 1백만의 근로자들이 파업에 참가했는데 이는 3천 6백만의 근로자중 3%에 해당하는 매우 낮은 비율이다. 보통 파업은 몇 시간 내로 종료된다. 이처럼 독일에서는 일반사업, 공익사업 모두에서 파업이 다른 선진국에 비해 극히 적은데, 이는 노동자의 이해관계를 크게 세 가지 경로의 비파업적 수단, 즉 공장의 모든 근로자에 의해 선출되는 작업장평의회(Betriebsräte)¹⁷⁷⁾, 대기업 감독이사회의 노동자대표, 단체협약 체결을 주된 기능으로 하는

176) 김기선, 앞의 글, 9-10면 재구성.

177) 원문에는 ‘work councils’ 로 되어 있어 ‘노사협의회’ 라는 한국의 제도에도 있는 보다 일반적인 용어로 번역할 수도 있으나, 지배구조면에 있어서 독일은 노동자조직인데 반하여 한국은 노사공동조직이고 그 위상에 있어서도 차이가 있으므로 ‘작업장평의회’ 로 번역한다.

노동조합이라는 존재를 통해 조정할 수 있기 때문이다. 이들 제도로 인해 많은 노동분쟁들이 쟁의행위 없이 해결되는데, 이는 독일 노사관계의 특징적 요소라고 할 수 있다.¹⁷⁸⁾

마치 한국의 쟁의행위 정당성 요건을 연상시킬 정도로 엄격한 독일의 판례법리는 입법부의 법률 또는 사법부의 재판을 통해 가능한 한 파업을 제한적으로 허용하고 이에 대해 막대한 손해배상을 물리는 방식으로 악용될 가능성이 있다. 그러나 독일의 법제를 오로지 ‘쟁의행위 제한’으로만 보아서는 안 되고, 작업장평의회, 노동자이사제, 단체협약의 법적 효력 부여 등 역사적으로 노사관계를 협력적으로 유지하며 갈등을 최소화했던 측면들을 감안해서 판단하여야 한다.

2. 정치파업에 대한 입장

독일은 요구상대방설에 근거하여, 입법기관으로 하여금 특정 법률안을 제안·의결 또는 반대하도록 하거나, 특정한 행정조치를 취하거나 철회하도록 하는 것, 사법기관의 특정 조치를 목적으로 하는 경우 정치파업으로 본다. 사용자가 전혀 해결할 수 없는 목적의 정치파업은 기업의 경영권을 직접 침해하는 것으로서 위법이고 정당성의 한계를 넘은 것으로 당연히 민사상의 책임을 진다는 것이 일반적 견해이다.¹⁷⁹⁾

본 주제와 관련하여, 노동조합이 단체협약 이외의 목적으로 파업을 조직할 권리가 있다는 점이 문제된다. 독일은 쟁의권을 폭넓게 보장하는 유럽사회헌장(제6조 제4항)을 비준했다. 유럽평의회각료회의(Committee of Ministers of the Council of Europe)는 3분의 2의 찬성으로 독일 정부에 법령을 개정하여 기타의 목적을 대상으로 하는 파업 및 살갱이파업(wildcat strike)¹⁸⁰⁾을 인정하라고 권고했다. 그러나 독일 의회는 사회적 파트너들이 노사분쟁에 대한 법적 규제에 적대적이라는 이유로 어떠한

178) Däubler, W., 앞의 글, 1-2면, 5면.

179) 정미희, 앞의 글, 28면.

180) 노동조합의 허가 없이 노동자들의 일부가 결의·실행하는 비공인 파업.

조치도 취하지 않았다. 연방노동법원은 이에 대해 구체적인 사건에서 결정되지 않아야 하는 ‘미결 사항(open question)’ 이라고 두 차례에 걸쳐 판시했다. 면제될 수 없는 민사책임을 감안할 때, 노동조합은 단체협약 체결이 아닌 기타의 목적을 위한 파업을 조직하기가 지극히 어렵다.¹⁸¹⁾

따라서 입법기관에 대하여 특정한 행위를 할 것을 요구하는 정치파업은 단체협약을 목적으로 한 것이 아니라, 특정한 법률규정을 목적으로 하는 것이기 때문에 협약관련성이 인정되지 않아 정당하지 않다. 또한 국가기관을 대상으로 한 정치파업은 기본법상 저항권에 기하여만 인정되고 이는 국가기관이 합헌적 질서를 침해한 경우에만 발생한다. 한편 정치적인 목적으로 이루어지는 시위파업도 일반적인 표현의 자유 내지 집회의 자유라는 헌법적 관점에서는 허용되나, 노동법상으로는 위법이므로 근로시간 외에 이루어져야 한다고 본다.¹⁸²⁾

이처럼 독일의 통설에 따르면 쟁의행위는 근로조건의 집단적 형성에 관한 분쟁해결의 수단으로써 보장된 것으로 단체협약의 체결을 목적으로 하지 않는 정치파업이나 다른 사회단체에 압력을 행사하는 파업은 부당하다고 본다. 더구나 정치파업이 기본법상 국민주권의 원칙, 권력분립의 원칙 및 국가기관의 독립성을 해친다는 이유를 들어 부당하다고 결론짓기도 한다는 특징이 있다. 즉, 국가의 의사형성은 오로지 헌법이 예정한 기관에만 맡겨져 있고, 노동자를 포함한 국민에게는 일반적인 헌법상의 수단을 사용하는 것, 예를 들어 선거권을 행사하거나 언론 및 집회의 자유를 행사할 여지가 있을 뿐이므로 국가기관의 의사형성에 압력을 행사하는 파업은 민주적 헌법규정에 위반되는 행위라고 한다.¹⁸³⁾

이러한 견해의 대표적 주창자인 니퍼다이(H. C. Nipperdey)¹⁸⁴⁾는 파업이 사회적 정당성을 갖추기 위해 세 가지 요건을 충족해야 한다고 했다.

181) Däubler, W., 앞의 글, 15-16면.

182) 이승욱 등, 앞의 책, 61면.

183) 정미희, 앞의 글, 29면.

184) 한스 칼 니퍼다이(Hans Carl Nipperdey)는 독일의 노동법학자로, 나치 시대에 활동했고, 알프레드 후에크(Alfred Hueck)와 함께 주해를 편찬하는 등 나치의 노동법을 체계화한 인물이다. 종전 후에는 1954년부터 1963년까지 연방노동법원장을 맡으며, 노동조합에 대한 법리적 기초를 다졌다.

첫째, 파업은 근로조건에 관한 것이어야 한다. 둘째, 그 행동은 사용자 또는 사용자단체에 대한 것이어야 하고 그들에게 어떠한 요구의 수인을 하도록 하는 것이므로 사용자 또는 사용자단체가 법적으로 수인할 수 있는 것이 아니면 안 된다. 셋째, 파업의 목적이 사법상의 노사간 협약(단체협약, 경영협약, 근로계약 등) 등에 의해 달성될 수 있어야 한다. 이러한 견해에 따르면, (순수한) 정치파업은 근로조건에 관한 것이 아니고 사용자 또는 사용자단체가 아닌 국가기관에 대한 것이며 파업의 목적 실현이 노사간 협약에 의해 달성될 수 없으므로 정당성의 한계를 넘기에 민사상 책임을 면할 수 없게 된다.

전술한 것과 같이 독일은 국가 또는 기타 공권적 주체에 대하여 공권적 행위 요구를 목적으로 하는 파업을 금지한다. 따라서 연방노동법원에 따르면 법률에 규정된 공동결정권의 확대를 목적으로 하는 노무제공 거부 등의 정치파업은 허용되지 않는다. 정치파업의 정당성에 대해 직접적으로 다룬 것은 아니지만, 연방노동법원은 방론에서 정치파업은 위법하다고 판결하였다.¹⁸⁵⁾

3. 구체적 사례

독일에서는 1952년에 발생했던 ‘신문파업’으로 인해 정치파업 논쟁이 시작되었다. DGB는 1950년 10월에 연방국회에 제출된 경영조직법 정부안이 근로자의 공동결정권을 억지하며 사용자의 특권을 지나치게 강화한다는 이유로 이를 반대했다. 이어서 1952년 5월 9일에 진보적인 경영조직법의 제정을 촉구하며 투쟁행위를 예고하는 서한을 콘라드 아데나워(Konrad Hermann Joseph Adenauer) 총리에게 발신했다. 이에 대해 아데나워 총리가 국회를 압박하기 위해 시도하는 DGB의 파업은 기본법에 위배된다는 취지의 답변을 하자, 인쇄노조(IG Druck and Papier)는 DGB의 지시에 의해 5월 27일부터 29일까지 이틀 동안 전국적 규모로 파업을 벌였다.¹⁸⁶⁾

185) 김기선, 앞의 글, 9면.

이 시기 인쇄노조는 임금협상에서의 저조한 실적을 보이고 있었고 지도부의 명백한 파업 회피는 일반조합원들에게 불만거리였다. 왜냐하면 1950년대 인쇄산업의 노동조합 조직률은 80%를 넘어, 그 당시 서독에서 조직적으로 가장 강력한 노동조합이었기 때문이다. 일반조합원들의 불만을 잠재우고 그 투쟁력을 증명하기 위해 인쇄노조는 1952년 5월, 하원의 새 경영조직법 채택에 반대하기 위한 전국적 규모의 신문산업 파업을 결의했다. 서독의 각 주와 서베를린의 사용자들은 인쇄노조의 파업으로 인한 손해 발생을 주장하며 이들을 고소했다.¹⁸⁷⁾

이 사건은 각 주 노동법원(Landesarbeitsgerichte, LAG)에 배당되었다. 사용자들은 파업이 불법이라는 주장을 지지하기 위해 저명한 법학자들을 선임하였다. 이들 학자 중 가장 유명한 사람이 바로 니퍼다이였다. 그의 기본 관점은 ‘사회적 상당성(sozialadäquanz)’, ‘사회적 균형’ 기준을 충족하지 못하는 모든 파업은 불법이라는 것이었다. 그에 따르면 독일 기본법과 민법은 사업을 소유하고 자유롭게 경영할 개인의 권리 보호가 주된 목적이기 때문이었다. 또한 기본법이 쟁의권을 명백히 보장하기 때문에 기본법 위반 없이 민법상 권리를 허용하기 위한 구체적인 시행령이 제정되어야 했다. 파업은 이러한 규칙에 따라야만 ‘사회적으로 상당하고’ 합법이었다. 이 사건에 대해 니퍼다이는 “정치적 목적을 추구하며 영업을 마비시키는 것은 민법 제823조 제1항(손해배상의무)¹⁸⁸⁾에 따라 영업권에 대한 직접적인 침해이고, 사회적 상당성을 잃은 행위로 제3자의 권리에 간섭하는 것으로서 허용되지 않는다.” 는 이유로 불법행위라고 하여 손해배상책임을 긍정하였다.¹⁸⁹⁾

결국 신문파업은 니퍼다이가 제시한 세 가지 정당성 요건 모두를 위반했기 때문에 불법이었고, 노동조합은 6,255마르크의 손해배상 책임을 지

186) 강희원, 앞의 책, 512-513면.

187) Markovits, Andrei, 「The Politics of West German Trade Unions: Strategies of Class and Interest Representation in Growth and Crisis」, Routledge, 2016, 394면.

188) 고의 또는 과실로 타인의 생명, 신체, 건강, 자유, 소유권 혹은 기타의 권리를 위법하게 침해한 자는 그 타인에 대하여 그로 인하여 생긴 손해를 배상할 의무를 부담한다.

189) Markovits, A., 앞의 책, 44면.

게 되었다. 지방법원은 “피고(노동조합)는 국회의원에게 압력을 가하여 목적을 달성하기 위해 파업을 실행하였다. 이로 발생한 손해는 영업에 대한 귀책사유 있는 침해에 의한 것이고, 본건 기업에 고의로 공서양속에 위반되는 가해를 한 것이다.” 라는 원고(신문사)의 청구를 인용하였다. 서베를린을 제외한 모든 주의 노동법원이 이러한 주장을 받아들여 원고의 손을 들어주었다. 이어서 연방법원은 “조직된 근로자단체의 요구를 입법자가 실현하는 것을 추구하는 파업은 노동쟁의가 아니” 라고 판시하였다.¹⁹⁰⁾ 이처럼 연방노동법원 설립 전임에도 불구하고 서독은 사회적 상당성의 개념을 채택하여 정치파업을 불법이라고 판결했다.¹⁹¹⁾

그러나 정치파업의 정당성 인정 그 자체와는 별개로, 노동자들이 정치적 입장을 표명할 권리는 공정한 사례가 있다. 독일 법체계상 국가와 거대자본으로부터의 방송의 공정성과 독립성은 단체협약으로 해결될 수 있는 것이 아니라 의회가 다루어야 할 정치적인 문제이기 때문이다. 1970년대의 신문파업에서 인쇄공들은 사용자의 견해를 지면에 신기를 거부하고 백지발행으로 대응했다. 이러한 매우 예외적인 사례에서, 언론과 방송국이 사용자의 견해만을 옹호하는 경우 노동자는 적절한 방식으로 그들의 입장을 표명할 권리를 갖는다.¹⁹²⁾

제 3 절 영국

1. 쟁의행위의 보장 범위

영국은 유럽 주요 국가 중 파업권에 대한 가장 강력한 규제 모형을 갖고 있다. 전통적으로 영국의 커먼로(common law) 하에서, 근로자의 자발적인 업무중단은 어떠한 보호도 받지 못했으며 사실상 법원에 의해 불법 행위 및 계약위반으로 처벌당했다. 20세기 초 및 제2차 세계대전 이후

190) 강희원, 앞의 글(2010), 174-175면.

191) Markovits, A., 앞의 책, 45면.

192) Däubler, W., 앞의 글, 23면.

영국은 노동자가 쟁의행위를 할 수 있도록 여러 법령을 제정했다. 그러나 쟁의행위의 조직과 그것에 참여하는 것을 허가하는 법 규정은 법에 명시되어 있지 않으면 부과되는 불법행위 및 형사책임의 면책의 측면에서 체계화되었다. 따라서 영국에서는 기본적인 파업권이 없다고 말할 수 있다. 영국의 법체계 하에서 파업은 법과 커먼로에 의해 규제되는 자유이다. 파업의 자유를 행사하기 위한 입법체계는 보수당 정부(특히 1980년대)의 압력 하에서 잇따른 개혁 대상이었다. 현재, 이는 1992년 TULRCA의 제5장(Part V)으로 통합되었다.¹⁹³⁾

영국에서는 산업혁명 이전부터 노동자의 단결이 커먼로상 위법으로 평가되었다. 당시 임금 등의 근로조건은 법령이나 법원의 결정처럼 국가권력의 간섭을 통해 결정되어 있었기 때문에 노사간의 직접교섭을 통해서 근로조건을 유지·개선시키는 것은 근로조건 법정주의나 의회 또는 법원의 고유권한 침해로 금지되었다. 즉 노사간의 계약관계의 문제가 아니라 전통적 신분관계의 문제로 여겨졌던 것이다.¹⁹⁴⁾

영국에는 한국과 달리 헌법상 노동3권 보장과 같은 법 조항이 없고, 단체행동권 보장이 면책적 방식을 취하고 있는 등 비교대상 국가 중 가장 이질적 특징을 갖는다. 산업혁명 이후 증가하게 된 노동자의 단체행동은 계약위반죄, 공모죄 등의 형사처벌 대상이었으나,¹⁹⁵⁾ 1875년 「공모죄 및 재산보호법(Conspiracy and Property Act 1875)」을 계기로 노동조합의 행위가 개인에 의해서 범죄를 구성하는 것이 아닌 한, 노동쟁의의 기획 또는 수행을 이유로 형사상 책임을 물을 수 없다고 하여 쟁의행위의 형사면책이 인정되었다. 그리고 1906년 「노동쟁의법(Trade Disputes Act 1906)」¹⁹⁶⁾은 종래 노동쟁의와 관련하여 노동조합에 대하여 인정되었던 민사상의 불법행위책임을 제거하였다. 특히 노동조합은 사법상 권리능력이 부정되어 민사상 어떠한 책임도 지지 않는 임의단체로 남게 되

193) Fabbrini, F., 앞의 글, 1191-1192면.

194) 정인섭, 앞의 글, 31면.

195) 심재진, “영국에서의 불법파업과 법적 책임”, 「국제노동브리프」 제12권 제4호, 2014, 16-17면.

196) 정식명칭은 1906년 노동조합 및 노동쟁의의 규율을 위한 법률(An Act to provide for the Regulation of Trade Unions and Trade Disputes 1906).

었다.¹⁹⁷⁾

이 법은 고용계약위반 유인, 민사공모 등 쟁의행위에 따른 민사상의 불법행위 책임을 제거하고 평화적인 피케팅 등 동정파업을 합법화하였으며 노동조합에 대한 불법행위 소송을 전면적으로 금지하였다.¹⁹⁸⁾ 또한 노동쟁의를 계획 혹은 추진하려는 2인 이상의 합의나 연합 없이 노동쟁의가 행해지는 경우 불법행위로 인한 소송이 가능하지 않다면, 합의나 연합에 대해서도 불법행위로 인한 소송을 제기할 수 없다.¹⁹⁹⁾

이와 같은 노동쟁의에 대한 민·형사책임의 면제는 통상 임의주의(voluntaryism, 자제주의, 자율주의라고도 함)라고 부르는 영국 특유의 불간섭주의 원칙과 더불어 오랫동안 영국 노사관계의 전통으로 이어져 내려왔다.

그러나 이러한 추세는 1980년대에 들어서면서 크게 달라졌다. 대처 총리 시기의 보수당 정부는 노동조합과 근로자에 대한 광범위한 민사면책을 수정하여 쟁의행위를 제한하는 법률들을 잇달아 제정하였다. 이를 통하여 판례법리상 확인된 쟁의행위에 대한 불법행위법리들이 법률로 구체화되었다.

특히 1990년대에 제정된 두 개의 법률, 즉 1992년 TULRCA와 「1993년 노동조합 개혁 및 고용권에 관한 법률(Trade Union Reform and Employment Rights Act 1993)」은 노동조합 임원의 선거, 쟁의행위 찬반 투표 등 노동조합의 내부영역에 속하는 문제까지 개혁하고자 했다. 이 법률들의 제정으로 쟁의행위에 대한 노동조합의 민사책임이 보다 더 무거워졌다.²⁰⁰⁾ 심지어 TULRCA는 사용자가 노동자와의 근로계약에 단체행동에 참가하지 않겠다는 조항을 삽입할 때 노동자의 동의를 얻은 경우,

197) 조경배, “위법쟁의행위와 손해배상에 관한 영국법제의 연구”, 「법제」 제444권, 법제처, 1994, 85면.

198) 조경배, “쟁의행위와 민사책임에 관한 영국법리”, 「노동법학」 제24호, 한국노동법학회, 2007, 136면.

199) TULRCA Sec. 219. Protection from certain tort liabilities.

(2) An agreement or combination by two or more persons to do or procure the doing of an act in contemplation or furtherance of a trade dispute is not actionable in tort if the act is one which if done without any such agreement or combination would not be actionable in tort.

200) 조경배, 앞의 글(1994), 86면.

이 조항이 일정한 요건을 갖추면 유효하다고 규정한다.²⁰¹⁾

보호 받지 못하는 쟁의행위의 가장 큰 결과는 사용자의 고등법원(High Court)을 통한 중지명령(injunction)으로 인해 노동조합 활동이 위축된다는 점이다. 노동자가 해고되거나 사용자가 노동조합에 손해배상을 청구할 가능성은 낮다. 폭력적인 피케팅이 아닌 한 누구든지 형사상 기소되지도 않는다. 그러나 중지명령은 사용자에게, 특히 쟁의행위 규제에 있어 실질적·절차적으로 엄격한 사법체계를 갖고 노동조합의 자유를 헌법적으로 보장을 하는 곳에서 강력한 무기가 될 것이다.

많은 나라에서 쟁의행위는 단체협약 유효기간 동안 제한을 받는다. 그러나 특이하게도 단체협약(및 분쟁해결 절차)이 법적 구속력을 갖지 않는 영국에서는 그렇지 아니하다. 한편 이례적일 정도로 복잡한 절차상의 의무도 영국 법체계의 특징이다. 영국에서 쟁의행위는 법적 보호의 범위 내로 포함되지 않으면 일반적으로 불법행위가 되고 이는 쟁의행위의 당사자 및 목적에 따라 결정된다. 이러한 실체적 요건 이외에도 쟁의행위의 적법성은 상세한 절차상 의무 준수 여부에도 달려있다. 절차상 요건은 노동조합이 준수해야 하는 복잡한 사전통지요건에 수반되는 쟁의행위 찬반투표에 반영되는데, 이는 영국 노동조합 활동의 주된 장애물이 되고 있다. 이는 최근 몇 년간 가장 논쟁의 여지가 많은 지점이기도 한데, 사용자가 여러 사례에서 쟁의행위를 억제하기 위해 활용한 수단은 바로 절차상의 의무 규정이었다.²⁰²⁾

현재 파업권에 대한 영국 법체계의 보장수준은 유럽에서 가장 제약적인 것으로 평가받고 있다. 이 때문에 UN 사회권 위원회와 ILO 결사의 자유 위원회는 정기적으로 반복해서 국제인권규약 및 협약 위반사실을 통고하고 개선을 권고하였다. 영국의 노동단체나 노동법 연구기관은 노동쟁의 개념의 외연 확대, 쟁의참가자의 해고로부터 보호규정 신설, 부차적 쟁의행위 금지조항의 폐지 등을 주요 정치적·입법적 과제라고 주장하고 있지만, 영국정부는 현행 법률이 파업권을 국제조약에 맞게 충분

201) 심재진, 앞의 글, 18면.

202) Ewing, Keith, D., "Industrial Action and Liability in the United Kingdom", 「노동법학」 제52호, 한국노동법학회, 2014, 84면.

히 보장하고 있다고 맞서고 있다. 이러한 정부와 노동단체간의 상반되는 입장에 대하여 영국의회의 인권공동위원회(Joint Committee on Human Rights)는 2003-2004년 보고서에서 영국이 비준한 조약에 대한 국제감독 기구들의 지적을 진지하게 받아들여 그에 맞게 현행법을 재검토할 것을 권고하였다.²⁰³⁾

원래부터 노동법에 있어 자유방임적 기초가 강한 커먼로 체계를 가진 영국은 여타 EU 회원국에 비해 이에 대한 저항이 심한 편이었다. 영국은 1989년 12월 채택된 「근로자의 기본적 사회권에 관한 유럽헌장(Community Charter of fundamental social rights for workers)」에 대해서도 거부권을 행사함으로써, 유럽 근로자위원회, 육아휴직, 비정규직 등에 대한 중요한 지침을 채택하지 않았다.²⁰⁴⁾

2015년 선거 이후, 연정의 제약에서 벗어난 보수당 정부는 「2016년 노동조합법(Trade Union Act 2016. 이하 “TUA”)」을 도입하여 파업할 수 있는 노동조합의 권리를 제한하는 기존의 복잡한 규칙에 더하여 매우 중요하고 극복하기 어려운 장애요소를 추가했다. TUA 제2조의 쟁의행위 찬반투표를 통한 찬성률 50% 규정, 제4조의 전자투표 규정, 제5조~제7조의 사전투표 시 명시해야 할 요건 강화, 제8조의 쟁의행위 14일전 사전통지(중전에는 7일전 사전통지) 등이 그것이다.²⁰⁵⁾

영국 법체계에서 쟁의권에 대한 엄격한 제한에 대한 노동조합의 우려는 매우 크다. 그 주요 초점은 합법적으로 쟁의행위를 시작하기 이전에 사용자에게 사전에 통보해야 하는 다양한 절차상의 제한이다. 현재도 이미 엄격한 제한이 있음에도 불구하고 보수당은 차기 총선에서 승리할 경우 이러한 제한을 보다 강화할 것이라고 발표하였다. 현재 법상으로는 투표자의 과반수 찬성으로 쟁의행위를 개시할 수 있으므로, 투표율이 낮은 곳에서는 소수의 과반수 찬성만으로도 쟁의행위를 개시할 수 있다. 그러나 보수당은 전체 재적인원의 과반수 찬성을 쟁의행위 개시요건으로

203) 조정배, 앞의 글(2007), 137면.

204) 외교부, 앞의 책, 3-4면.

205) Lexology, “The Trade Union Act 2016: what is changing”, 2016년 5월 9일. (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=87478853-2349-4ca0-a41c-99f9932a908a>) (2017. 11. 2. 검색)

할 것이라고 발표하였다.²⁰⁶⁾

보수당에 대한 우익 싱크탱크의 영향은 그 어느 때보다 강하게 작동한다. 예를 들어, TUA의 기초가 된 것은 시장효율성에 도움이 되는 조건의 충족 여부를 노동자의 파업 요건으로 따져보는 자유시장이론에 기반을 둔 싱크탱크 ‘Policy Exchange’에 의해 작성된 보고서이다. 영국 고용권의 상당 부분은 현재 EU법에서 파생되며, EU법에 의해 더 두텁게 보장된다. 이 EU법상 권리의 중요성은 양 뿐만 아니라 보호 및 집행 방법에 대한 EU의 강력한 규정에 의해 뒷받침된다. 포드(Ford, 2016)는 브렉시트(Brexit)가 발생하면 영국의 고용법은 미지의 바다(uncharted waters)로 들어설 것이라고 전망했다. 지난 40년 동안 영국 노동법 분야의 정책과 법률에 대한 근거를 제공했던 기본적인 EU 사회권의 장기적인 운명, 그리고 이것들을 떠받치는 절차상의 규칙과 구제방법은 매우 불확실하다는 것이 그의 지적이다.²⁰⁷⁾

2. 정치파업에 대한 입장

영국에서는 「1913년 노동조합법(Trade Union Act 1913)」 이후 노동조합의 정치활동이 법적으로 보장되었다. 칸-프로인트(Otto Kahn-Freund)는 “중요한 노사문제는 모두 정부의 경제정책과 관련된 문제이므로 공기업 뿐만 아니라 정부의 임금정책, 신용과 국고보조금, 산업의 분산, 주택과 도시계획, 기타 수많은 국가정책이 최소한 민간기업의 결정만큼 노동자의 고용조건에 영향을 미친다.” 고 하여 노동조합이 국가정책방향에 대하여 의견을 제시하고 직접 정치활동을 전개함으로써, 노동자의 경제적·사회적 지위향상을 위하여 노력하는 것을 당연하게 받아들인다.²⁰⁸⁾

206) Ewing, K. D., 앞의 글, 140-141면.

207) Ford, Michael, “The Impact of Brexit on UK Labour Law”, 『*International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*』 제32권 제4호, 2016, 491-495면.

208) 정미희, 앞의 글, 32-33면.

전술한 것과 같이 한국처럼 ‘정당한 쟁의행위와 그 요건’이라는 개념이 존재하지 않는 영국에서는 쟁의행위의 ‘목적’의 정당성으로 판단하는 것이 아니라, 관련법상 ‘노동쟁의’에 해당하여 불법행위책임의 면책 대상인지의 여부에 따라 판단해야 한다.

민사면책의 범위에서 제외되는 쟁의행위는 크게 법령의 해석상 노동쟁의의 개념에 포함되지 않는 분쟁과 법령에 의하여 구체적으로 제외된 행위로 나눌 수 있다. 우선 법령의 해석상 TULRCA 제244조의 ‘노동쟁의’의 정의 규정에 열거된 ‘전부 또는 주로(wholly or mainly)’ 관련된 사항에 해당하지 않는 노동분쟁은 면책대상에서 제외된다. 이에 따라 근로조건이나 근무환경 등 경제적 요구를 넘어선 사회적·정치적 목적을 도모하기 위한 쟁의행위는 항상 장애에 맞닥뜨렸다. 정치파업의 경우 적법한 분쟁당사자가 아니라는 이유, 설사 적법한 당사자라고 하더라도 전부 또는 주로 노동쟁의의 대상이 아니라는 이유로 면책대상에서 제외되었다. 또한 노동자의 사회적·경제적 이익을 도모하기 위한 노동조합의 정부정책에 대한 저항수단으로서의 ‘경제적 정치파업’도 당사자부적격으로 면책대상에서 제외되었다.²⁰⁹⁾

실제로 노동조합과 해당 사용자간의 노동쟁의를 포함하는 파업만이 보호되고 용인되는 파업동기는 경제적인 사유만으로 제한되는 경향이 있다. TULRCA는 노동조합이 쟁의행위에 돌입하기 전에 거쳐야 하는 매우 상세한 절차(파업 찬반투표, 사용자에게 투표개표일 7일 전까지 찬반투표 사실 통지, 찬반투표 참여 직원의 범주에 대한 목록 통보)를 규정한다. 쟁의행위와 관련된 투표는 4주 후에 효력이 중지된다.²¹⁰⁾

영국의 노사관계는 노동쟁의에 관여하는 노동조합과 개인을 커먼로상의 책임으로부터 면제하는 법정 면책제도에 의해 규율된다. 의회는 노동조합에 대한 법적 권리를 부여하는 법을 제정하기보다는 사용자를 대신하여 노동쟁의에 사법적으로 개입하는 제도를 개발해 왔다. 영국의 노동조합은 미국과는 달리 많은 노동자들이 투표권을 갖기 전에 생겨났기 때문에 의회에 적극적 보호를 위한 압력을 가하지 못했다. 정치파업의 합

209) 조경배, 앞의 글, 161-162면.

210) Fabbrini, F., 앞의 글, 1191-1194면.

법성은 법적 면제의 ‘소극적(negative)’ 보호에 의존한다. 비록 면책조항이 1980년과 1982년 고용법 이전의 노동쟁의의 정의에서 순수한 정치 파업을 배제했다라도 정치적 요소를 갖는 노동쟁의는 보호되었다. 그러나 최근의 입법은 정치적 동기에 의한 모든 쟁의에서 이 보호장치를 제거했다.²¹¹⁾

첫 번째 단계로 정부는 「1980년 고용법(Employment Act 1980)」 제정을 추진했다. 이 법의 제17조²¹²⁾는 *NWL*, *MacShane* 및 *Duport* 사건에서 법원의 결정에 대한 의회의 부정적 의견을 담아냈다(해당 사건에 대한 내용은 후술). 제17조의 목적은 특정 요건이 충족되지 않는 한 부수적인 조치를 통해 고용계약 이외의 계약 위반을 유도하는 경우, 제13조의 면책 조항을 적용시키지 않음으로써 부차적 쟁의행위에 대한 불법행위 면책범위를 제한하는 데 있다. 이 조항에서는 해당 조치를 취한 노동자가 분쟁 중인 고객 또는 사용자의 공급업체에 고용될 것을 요건으로 한다. 행위의 주된 목적은 고객과 공급업체 및 분쟁 중인 사용자간의 재화와 용역 공급을 방해하거나 손해를 입히는 것이다. 또한 이 조항은 쟁

211) Sarro, Paula, M., “Politically Motivated Labor Actions in the United States and England A Comparison of Judicial and Legislative Treatment”, 「*Boston College International & Comparative Law Review*」 제7권 제1호, 1984, 102면.

212) Sec. 17. Secondary Action.

(1) Nothing in section 13 of the 1974 Act shall prevent an act from being actionable in tort on a ground specified in subsection (1) (a) or (b) of that section in any case where-

(a) the contract concerned is not a contract of employment, and

(b) one of the facts relied upon for the purpose of establishing liability is that there has been secondary action which is not action satisfying the requirements of subsection (3), (4) or (5) below.

(2) For the purposes of this section there is secondary action in relation to a trade dispute when, and only when, a person-

(a) induces another to break a contract of employment or interferes or induces another to interfere with its performance, or

(b) threatens that a contract of employment under which he or another is employed will be broken or its performance interfered with, or that he will induce another to break a contract of employment or to interfere with its performance,

if the employer under the contract of employment is not a party to the trade dispute.

(8) Subsection (3) of section 13 of the 1974 Act shall cease to have effect.

의행위로 인해 목적 달성이 합리적으로 가능할 것을 요건으로 한다. 1980년 고용법 제17조는 보호받는 부차적 쟁의행위에 대한 제한으로 인해 노동조합으로부터 반발을 샀다.²¹³⁾

1981년 1월 고용부장관(Secretary of State for Employment)은 <노동조합 면책 녹색서²¹⁴⁾(Green Paper of Trade Union Immunities)>를 발행했다. 이는 노사관계를 개선하고 국가의 경제적 회복을 도울 수 있는 법의 변화에 관한 공적 논쟁의 기초를 제공하는 것을 목표로 했다. 이 녹색서는 노동조합의 과도한 권력과 통제되지 않은 쟁의행위의 결과에 대한 정부, 산업계, 일반 대중의 우려를 표명했다. 제안된 변화 중 일부는 「1974년 노동조합 및 노동관계법(Trade Union and Labour Relations Act 1974. 이하 “TULRA”)」²¹⁵⁾의 제14조²¹⁶⁾에서 노동조합에 부여된 불법행위 면책,

213) Sarro, P. M., 앞의 글, 106-107면.

214) 국회에서 토의할 정부 시안을 설명한 문서.

215) 이후 1992년 TULRCA로 수정되었다.

216) Sec. 14 Immunity of trade unions and employers' associations to actions in tort

(1) Subject to subsection (2) below, no action in tort shall lie in respect of any act

—
(a) alleged to have been done by or on behalf of a trade union which is not a special register body or by or on behalf of an unincorporated employers' association ; or

(b) alleged to have been done, in connection with the regulation of relations between employers or employers' associations and workers or trade unions, by or on behalf of a trade union which is a special register body or by or on behalf of an employers' association which is a body corporate; or

(c) alleged to be threatened or to be intended to be done as mentioned in paragraph (a) or (b) above; against the union or association in its own name, or against the trustees of the union or association, or against any members or officials of the union or association on behalf of themselves and all other members of the union or association.

(2) Subsection (1) above shall not affect the liability of a trade union or employers' association to be sued in respect of the following, if not arising from an act done in contemplation or furtherance of a trade dispute, that is to say—

(a) any negligence, nuisance or breach of duty (whether imposed on them by any rule of law or by or under any enactment) resulting in personal injury to any person; or

(b) without prejudice to paragraph (a) above, breach of any duty so imposed in connection with the ownership, occupation, possession, control or use of property (whether real or personal or, in Scotland, heritable or moveable).

(3) In this section “personal injury” includes any disease and any impairment of a person's physical or mental condition.

부차적 쟁의행위를 위한 나머지 면책 및 노동쟁의의 정의를 포함했다. 또한 이 녹서는 노사관계의 법적 틀을 적극적인 권리 체계로 전환할 가능성에 대해서도 논의했다.

순수한 정치적 분쟁이나 정치적 요소가 있는 노동쟁의에 관하여 녹서는 현행법이 정치적 성명을 발표하거나 정부에 압력을 행사하기 위해 계획된 파업의 범위를 너무 넓게 허용한다는 내용을 담고 있다. 이 범위를 제한하기 위한 두 가지 제안이 제시되었다. 첫째, 노동쟁의가 열거된 대상에게 ‘전부 또는 주로’ 관련되어야 할 필요가 있도록 제29조(노동쟁의의 의미)²¹⁷⁾의 요건을 변경하는 것이다. 둘째, 정치적 요소가 포함된 분쟁에 대한 면책권을 완전히 제거하는 것이다. 그러나 정부는 녹서에서 ‘정치적’이라는 용어를 정의하는 것이 어렵고, 두 제안 모두 고용조건에 관한 일부 쟁의행위를 제한할 것이라는 사실을 인정했다.²¹⁸⁾

정부는 녹서의 논의에 부분적으로 기초하여 「1982년 고용법 (Employment Bill 1982)」을 도입했다. 이 법 제15조²¹⁹⁾는 1974년 TULRA

217) Sec. 29 Meaning of trade dispute

- (1) In this Act “ trade dispute “ means a dispute between employers and workers, or between workers and workers, which is connected with one or more of the following, that is to say—
- (a) terms and conditions of employment, or the physical conditions in which any workers are required to work ;
 - (b) engagement or non-engagement, or termination or suspension of employment or the duties of employment, of one or more workers;
 - (c) allocation of work or the duties of employment as between workers or groups of workers ;
 - (d) matters of discipline ;
 - (e) the membership or non-membership of a trade union on the part of a worker ;
 - (f) facilities for officials of trade unions ; and
 - (g) machinery for negotiation or consultation, and other procedures, relating to any of the foregoing matters, including the recognition by employers or employers’ associations of the right of a trade union to represent workers in any such negotiation or consultation or in the carrying out of such procedures.

218) Sarro, P. M., 앞의 글, 107면.

219) Sec. 15 Actions in tort against trade unions and employers’ association

- (1) Section 14 of the 1974 Act (immunity for trade unions and employers’ associations from certain actions in tort) shall cease to have effect.
- (2) Where proceedings in tort are brought against a trade union—

제14조를 폐지하여 노동조합이 배상책임을 지게 했다. 아울러 일부 조항은 정치적 동기의 활동 지위에 영향을 미쳤다. 가장 중요한 점은 1974년 TULRA 제29조의 노동쟁의에 대한 정의가 정치파업을 배제하기 위해 다음과 같은 방법으로 제한됐다는 것이다. 이 조항은 1982년 고용법 제18조²²⁰⁾에서 수정되었는데, 노동쟁의가 종전의 ‘노동자와 사용자간의 분쟁(between employers and workers)’에서 ‘노동자와 그들을 고용한 사용자간의 분쟁(between workers and their employer)’으로 개정되어 이전 법에 의해 보호되던 부차적 쟁의행위의 보호 범위를 제한하게 되었다. 개정된 정의에 따르면 노동쟁의는 ‘전부 또는 주로’ 제29조의 항목과 관련이 있어야 한다. 1974년 TULRA 제29조의 ‘노무제공자(worker)’의 정의는 개정법에서 분쟁에 연루된 특정 사용자가 고용한 노동자에게만 적용되도록 변경되었다. 노동쟁의를 노동자와 그들의 사용자간의 분쟁으로 한정함으로써, 노동조합과 정부간에 이루어지는 정치파업, (오늘날에는 흔하지 않은) 두 노동조합간의 분쟁에서 초래되는 파업, 노동조합과 분쟁에 연루된 노동자의 직접적 사용자가 아닌 사용자간의 파업은 보호범위에서 제외된다.²²¹⁾

(a) on a ground specified in paragraph (a) or (b) of section 13(1) of the 1974 Act ; or
 (b) in respect of an agreement or combination by two or more persons to do or to procure the doing of an act which, if it were done without any such agreement or combination, would be actionable in tort on such a ground ;
 then, for the purpose of determining in those proceedings whether the union is liable in respect of the act in question, that act shall be taken to have been done by the union if, but only if, it was authorised or endorsed by a responsible person.

220) Sec. 18 Meaning of “trade dispute”
 (1) Section 29 of the 1974 Act (meaning of “trade dispute”) shall be amended as follows.
 (2) In the opening words of subsection (1) (which define a “trade dispute” by reference to the parties to the dispute and its connection with certain matters)-
 (a) for “between employers and workers” there shall be substituted “between workers and their employer“;
 (b) the words “, or between workers and workers,“ shall be omitted ; and
 (c) for “is connected with “ there shall be substituted “ relates wholly or mainly to“.

221) Ewing, K. D., 앞의 글, 86면.

3. 구체적 사례

상술한 바와 같이 노동쟁의를 TULRCA 제244조에 한정하여 해석하는 것이 쟁의행위의 구속수단으로 사용된 사례는 1984년 *Mercury Communications plc v. Scott-Garner* 사건이다. 체신기술직노동조합(Post Office Engineering Union, 이하 “POEU”)은 전기통신 자유화를 반대하는 캠페인을 조직했다. 당시 브리티시텔레콤(British Telecom, 이하 “BT”)은 공기업이었고 노동조합은 ‘자유화(liberalisation)’가 전면적인 민영화로 가는 첫 걸음이라고 우려했는데, 이는 이후 현실이 되었다. POEU는 민영화가 BT에서 인력의 잉여화를 초래할 것이므로, 민간기업인 Mercury가 BT의 시스템에 접근할 수 있는 기술업무에 조합원이 종사하지 말 것을 지시했다.

Mercury는 BT와의 계약관계를 방해했다는 이유로 POEU 간부에 대한 소송을 제기했다. POEU의 간부는 TULRCA 제244조에 따라 작업거부가 직업 문제와 전부 또는 주로 관련되어 있으므로 노동쟁의를 기획 또는 수행했다고 주장했으나, 이는 항소법원(Court of Appeal)에서 기각되었다. 분쟁은 BT 근로자의 고용안정성과 관련되어 있지만, 이는 주로 BT의 자유화 및 민영화에 관한 분쟁이라는 이유로 POEU의 캠페인은 법적으로 보호받지 못했다.

이 사건은 공공서비스의 민영화에 대한 노동조합의 저항의 맥락에서 노동쟁의에 대한 현재의 정의가 가진 문제점을 부각시킨다. 민영화가 일자리와 근로조건에 미치는 영향에 대해 우려하는 노동조합은 민영화에 반대하는 공공 캠페인을 조직할 것이다. 그러나 노동조합의 실제 관심사가 일자리라 하더라도 이런 방식으로 반대의 범위를 확대해석함으로써 분쟁이 노동쟁의가 아닌 정치적 분쟁이라는 주장에 직면시킬 위험성이 있다.²²²⁾

이후에 영국 법원은 정치적 분쟁으로 간주되는 사항, 즉 노동조합이

222) Ewing, K. D., 앞의 글, 88-89면.

직업적 목적보다는 정치적 목적을 위해 파업이라는 수단을 사용한 것으로 인식되는 사건에 대해 불명확한 입장을 보였다. 1978년 항소법원은 *British Broadcasting Corp. v. Hearn* 사건에서 TULRA에 의해 노동조합 활동이 보호되는지 여부를 판단했다. 방송인협회(Association of Broadcasting Staff)가 BBC의 FA컵 결승전 중계를 남아프리카공화국으로 위성송출하지 못하도록 계획한 것에 대해 정치적 쟁점이 제기되었다. 노동조합은 남아프리카공화국의 아파르트헤이트 정책에 반대하여 방송에서 차별을 근절하기 위한 자신들의 방침에 따라 방송 송출 금지에 개입할 계획이었다. 이는 남아프리카공화국뿐만 아니라 방송을 수신하기 위해 인공위성을 사용하는 모든 국가에 대한 서비스를 중단시켰으며 BBC는 송출방해를 막기 위한 중지명령을 검토했다. 법원이 그 요청을 기각하자 BBC는 항소법원에 항소하였고, 이에 항소법원은 중지명령을 내렸다.

법원은 노동조합의 행위가 TULRA 제29조 제a항에 규정된 고용조건과 관련이 없으므로 노동쟁의가 아니라고 판결했다. 상원(House of Lords) 법관 호프만(Leonard Hubert Hoffmann)은 “노동자들이 계약을 파기하겠다고 협박했기 때문에 노동쟁의가 성립하지 않는다.”, “방송 송출에 포함되는 업무는 분쟁에 관한 것이 아니다.” 라고 판결했다. 그의 견해에 따르면, 이 분쟁은 노동자들이 요구받은 것(근로계약상 의무에 관한 것)과 아무런 관련이 없기 때문이었다. 따라서 노동조합의 행위는 노동쟁의가 아니었기 때문에 BBC의 사업에 대한 강압적인 간섭이었고 TULRA 제13조²²³⁾ 면책 규정에 의해 보호받지 못했다.²²⁴⁾

223) Sec. 13 Acts in contemplation or furtherance of trade disputes

- (1) An act done by a person in contemplation or furtherance of a trade dispute shall not be actionable in tort on the ground only—
- (a) that it induces another person to break a contract of employment; or
 - (b) that it consists in his threatening that a contract of employment (whether one to which he is a party or not) will be broken or that he will induce another person to break a contract of employment to which that other person is a party.
- (2) For the avoidance of doubt it is hereby declared that an act done by a person in contemplation or furtherance of a trade dispute is not actionable in tort on the ground only that it is an interference with the trade, business or employment of another person, or with the right of another person to dispose of his capital or his labour as he wills.

그러나 BBC 노동자들이 그들의 업무에 대해 아무런 문제제기를 하지 않았다는 것, 쟁의행위의 목적이 남아프리카공화국에 단지 방송 송출을 하지 않으려는 의도에서 비롯된 것을 감안하더라도, 그들의 근로계약상 의무 이행 거부가 당시 법상 요건처럼 근로조건과 무관하다고 보기는 어려우므로 이러한 판결은 적절치 못하다는 평가가 있다.²²⁵⁾

BBC 사례에서 알 수 있듯이, 영국 법원은 1972년 TULRA 상의 노동쟁의의 정의에서 순수한 정치파업을 제외시키는 것으로 해석했다. 그러나 세 번에 걸친 상원의 결정으로 노동조합은 정치적 동기와 관련된 활동에 여전히 참가할 수 있었다. 이 세 가지 결정은 TULRA 제13조의 ‘황금식(golden formula)’을 광범위하게 해석함으로써 노동조합 전체에 면책권을 부여했다.

한편, 상원은 *Express Newspapers Ltd. v. MacShane* 사건에서 ‘황금식’에 대한 광범위한 해석을 확장했고, 이 사건에서 법원은 TULRA 제29조에 따른 노동쟁의가 발생했을 때 그 행위에 대한 법원의 판단에 주관적 요소가 있었다는 견해를 밝혔다. 상원은 TULRA가 노동쟁의를 발생·촉진시키기 위한 의도인 이상 보호행위로서의 성격을 제한하지 않는다고 언급하면서, *Duport Steels Ltd. v. Sirs* 사건에서 *MacShane* 사건에서의 법리를 재확인하여 정치적 요소가 포함된 분쟁은 분쟁의 일부 측면이 TULRA 제29조에 열거된 하나 이상의 요소와 관련되어 있는 한 보호를 받는다고 판결하였다.

그러나 전술한 바와 같이 TULRCA의 노동쟁의의 정의 개정을 통해 노

(3) For the avoidance of doubt it is hereby declared that—

(a) an act which by reason of subsection (1) or (2) above is itself not actionable ;

(b) a breach of contract in contemplation or furtherance of a trade dispute ;shall not be regarded as the doing of an unlawful act or as the use of unlawful means for the purpose of establishing liability in tort.

(4) An agreement or combination by two or more persons to do or procure the doing of any act in contemplation or furtherance of a trade dispute shall not be actionable in tort if the act is one which, if done without any such agreement or combination, would not be actionable in tort.

224) Sarro, P. M., 앞의 글, 105면.

225) Ewing, K. D., 앞의 글, 88-89면.

동쟁의를 제한하여, *MacShane* 사건에 의해 보호되어 왔던 정치적 요소로 인한 분쟁을 배제함으로써 정치적 행위의 적법성을 제한하게 되었다. 따라서 *MacShane* 사건의 법리는 더 이상 인정되지 않는다.²²⁶⁾

제 4 절 미국

1. 쟁의행위의 보장 범위

미국은 노동3권을 보호하는 헌법상 규정이 없다. 단, 연방대법원은 1939년 *Hague v. C.I.O.* 사건에서 수정헌법 제1조²²⁷⁾의 결사의 자유를 근거로 노동3권, 즉 노동자의 단결권, 정치적 또는 입법적 행위, 평화적 시위 등을 도출할 수 있다고 해석하였다. 특히, 「전국노동관계법(National Labor Relation Act, 이하 “NLRA”)」²²⁸⁾ 제7조²²⁹⁾는 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 규정하고 있는바, “근로자는 노동조합을 설립, 가입 또는 원조할 수 있고, 근로자대표를 통하여 집단적으로 단체교섭을 할

226) Sarro, P. M., 앞의 글, 105-108면.

227) Amendment I

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

228) 일명 와그너법으로 불리며, 1935년에 제정된 법률이다. 이 법에 따라 전국노동관계 위원회는 노동자들의 단체교섭권을 보호하고, 부당노동행위를 조사·방지하며 노사분규를 조정하는 권한을 갖게 되었다. 또한 최저임금, 최고 노동시간, 노동자의 단결권과 대표자에 의한 단체교섭권을 보장하고, 부당해고, 어용노조, 차별대우를 금지하는 한편, 고용주에 의한 부당노동행위의 금지를 규정하였다.

229) RIGHTS OF EMPLOYEES

Sec. 7. [§ 157.] Employees shall have the right to self-organization, to form, join, or assist labor organizations, to bargain collectively through representatives of their own choosing, and to engage in other concerted activities for the purpose of collective bargaining or other mutual aid or protection, and shall also have the right to refrain from any or all of such activities except to the extent that such right may be affected by an agreement requiring membership in a labor organization as a condition of employment as authorized in section 8(a)(3) [section 158(a)(3) of this title].

수 있으며, 단체교섭을 위해 단체행동, 상호부조 또는 보호를 할 수 있는 권리가 있다.” 고 명시하고 있다. 동법 제8조 제a항 제1호는 “근로자의 권리이행을 방해하는 사용자는 부당노동행위에 해당한다.” 고 규정하고 있으며²³⁰⁾, 제13조는 “이 법 내의 어떠한 것도 파업권을 개입, 방해, 감소시키거나 파업권의 제한과 자격에 영향을 미칠 수 없다.”²³¹⁾고 하여 노동자의 파업권을 적극적으로 보호하고 있다.²³²⁾

파업의 합법성 여부는 크게 세 가지 부분, 즉 파업의 목적(purpose or object), 시기(timing), 파업자의 행위(conduct of the strikers)에 따라 판단된다. 첫째, 목적이 위법한 파업은 노동조합의 부당노동행위 또는 사용자로 하여금 부당노동행위를 저지르게 하는 행위이다. 설령 노동자 개인이나 미조직노동자들에 의해 이루어지는 행위라도 그것이 다른 근로자와 ‘관련성’ 이 인정되면 보호범위 내의 단체행동이다. 여기서 ‘관련성’ 이란 그 행위의 목적이 ‘단체교섭 기타 상호부조 또는 보호’ 를 위해 행해졌는지에 대한 판단이다.²³³⁾ 둘째, 시기가 위법한 파업은 평화의무조항의 ‘파업포기계약(No-strike Contracts)’ 을 위반하는 행위, 각 당사자가 현행 단체협약을 종료 또는 변경하고자 하는 경우 특약을 따르지 않고 하는 파업이다. 셋째, 파업 참가자의 행위가 위법한 파업은 참가자가 중대한 위법행위(serious misconducts)를 저지르는 경우, 근로자가 사업장 내 체류하며 조업을 거절하는 경우(직장점거 등) 등이다.²³⁴⁾

이중 쟁의행위의 목적과 관련하여 좀 더 자세히 살펴보자면, 쟁의행위

230) UNFAIR LABOR PRACTICES

Sec. 8. [§ 158.] (a) [Unfair labor practices by employer] It shall be an unfair labor practice for an employer--

(1) to interfere with, restrain, or coerce employees in the exercise of the rights guaranteed in section 7 [section 157 of this title];

231) LIMITATIONS

Sec. 13. [§ 163. Right to strike preserved] Nothing in this Act [subchapter], except as specifically provided for herein, shall be construed so as either to interfere with or impede or diminish in any way the right to strike or to affect the limitations or qualifications on that right.

232) 신동윤, “미국의 위법 쟁의행위에 대한 민·형사상 책임”, 「노동법학」 제62호, 한국노동법학회, 2017, 25-26면.

233) 이승욱 등, 앞의 책, 156면.

234) 신동윤, 앞의 글, 27면.

의 목적이 임금인상, 근로시간 등을 포함한 근로조건 향상인 ‘경제적 파업(economic strike)’인 경우 NLRA 제7조에 의하여 파업권은 보호된다. 경제적 파업의 경우 파업에 참가한 근로자들은 근로자로서 지위를 유지하고 사용자에게 의해 해고될 수 없다. 근로조건 관련 사항은 단체교섭의 대상 중 의무적 교섭사항(mandatory subjects)으로서 쟁의행위 목적과 직결된다. 그렇다면 임의적 교섭사항이나 위법한 교섭사항을 위한 쟁의행위는 단체행동의 보호 영역 밖에 놓이기 되는데 정치파업이 여기에 해당하게 된다.

2. 정치파업에 대한 입장

연방대법원은 1978년 *Eastex, INC. v. NLRB* 사건에서 NLRA 제7조의 ‘상호부조 또는 보호’의 범위를 판단했다. 이 사례는 노동조합 대표자가 조합 통신문을 근로시간 외에 사용자의 사업장 밖에서 배포하는 행위를 금지한 사용자의 행위가 ‘기타 상호부조 또는 보호 목적의 협조행위에 참가’를 규정한 NLRA상의 의무 위반이냐는 문제였다. 조합 통신문은 조합원에게 노동조합을 지지하고, ‘근로권(right-to-work)’²³⁵⁾의 주범 규정 및 연방의 최저임금 인상에 반대하는 대통령에 대한 거부를 호소하는 내용이었다. 조합 통신문 배포를 금지하기 위하여, 사용자는 “근로권 규정과 대통령에 대한 거부를 다룬 통신문이 NLRA 제7조 상호부조 또는 보호를 위한 협조행위 범위 밖에 있다.”고 주장하였다. 전국노동관계위원회(National Labor Relation Board, 이하 “NLRB”)는 사용자의 주장을 받아들이지 않았고, 제5항소법원(The Fifth Circuit) 역시 사용자의 “NLRA 제7조 상호부조 또는 보호 조항은 오직 사용자의 통제 또는 처분 권한 범위 내에서의 근로조건과 관련된 협조행위에만 적용

235) ‘Right-to-work’는 단순히 ‘근로권’이 아닌, 유니언 쉘 또는 클로즈드 쉘과 같은 의무적인 노조 가입과 조합비 납부를 금지하는 조항으로서, ‘노조 가입과 무관하게 취업시킬 또는 근로할 권리’로 해석해야 한다. 미국 상공회의소로 대표되는 사용자 이익단체들은 이 법안을 통과시키기 위해 광범위한 로비활동을 펼쳤고, 이러한 노력은 1947년 태프트-하틀리법(일명 노사관계법)으로 결실을 맺었다. 현재 미국 28개주에서 적용되고 있다.

된다.”는 추가적 주장을 받아들이지 않았다. 제5항소법원은 이 통신문의 내용이 근로자의 일자리, 지위, 근로조건 향상과 관계있다고 결론 내렸다.²³⁶⁾

따라서 쟁의행위의 목적 범위는 사용자와의 단체교섭과 고충처리에 한정되지 않는다. 상호부조 또는 보호 조항은 다른 기업 노동자의 지원을 위한 행동과 입법·정책적 수단을 통한 노동자 전체의 근로조건 및 지위 개선을 위한 행동도 포함된다. 설령 그것이 사용자의 처분권한 외의 사항이라도 적법성이 부정될 수 없다.²³⁷⁾

그러나 송강직(2012)에 따르면, 정치적 목적의 쟁의행위 내지 단체행동의 정당성이 위 판단에 의하여 일반적으로 승인된 것으로 볼 것은 아니라고 한다.²³⁸⁾

한편 냉전 시기에 당시의 국제정치적 상황과 관련된 쟁의행위와 이에 대한 소송이 있었다. 1979년 12월에 소련은 아프가니스탄을 침공했고 1980년 1월 4일에 카터 대통령은 대 소련 금수조치를 취했다. 1980년 1월 9일 국제항만노동자연합(International Longshoremen's Association, 이하 “ILA”) 위원장은 ILA 조합원에게 소련으로 오가는 화물 및 소련 선박으로 운송되는 화물의 취급을 중단하도록 지시했다. 5대호, 대서양 및 멕시코만의 ILA 지부는 조합원에게 소련 선박이나 화물과 관련된 어떠한 작업도 거부하도록 했다. ILA의 보이콧은 노동조합이 작업중단(work stoppage)이나 기타 행위를 통해 정치적 항의를 표현할 수 있는 범위에 관한 문제를 제기했다. 미국에서 연방대법원은 이와 관련된 두 건의 사례에 다음과 같이 판결했다.²³⁹⁾

첫째, *Jacksonville Bulk Terminals, Inc. v. International Longshoremen's Ass'n*. 사건에서 연방대법원은 단체교섭의 특정 조항을 위반하는 작업중

236) Duff, Micheal, “Days without Immigrants: Analysis and Implications of the Treatment of Immigration Rallies under the National Labor Relations Act”, [*Denver University Law Review*] 제85권 제1호, 2007, 98면.

237) 이승욱 등, 앞의 책, 164-165면.

238) 송강직, “미국의 단체행동의 정당성”, 「노동법학」 제42호, 한국노동법학회, 2012, 228면.

239) Sarro, P. M., 앞의 글, 91-92면.

단으로 인한 중재기간 동안, 보이콧에 대한 중지명령을 내릴 수 없다고 판결했다. 대법원은 먼저 「노리스-라과디아법(Norris-La Guardia Act, 이하 “NLGA”)」²⁴⁰⁾ 제4조²⁴¹⁾에 따라 해당 사건이 ‘노동쟁의에 연루되거나 자행하는 사건’ 인지 여부를 고려했다. 연방대법원은 이 법의 평이한 언어(plain language)는 정치적으로 동기부여된 노동쟁의를 그 적용 범위에서 제외하는 내용이 아니라고 판시했다.²⁴²⁾

또한 제4조는 사건과 관련된 모든 분쟁을 노동쟁의로 규정할 것을 요

240) 1932년에 제정된 법으로 이 법에 의하여 결사의 자유를 보장하고, 황견계약(yellow-dog contract) 등이 금지되었다. 무엇보다 평화적 노동쟁의에 대한 연방대법원의 금지명령을 폐지하여, 일명 반-금지명령법(Anti-Injunction Bill)이라고도 불린다.

241) Sec. 4 Enumeration of specific acts not subject to restraining orders or injunctions
No court of the United States shall have jurisdiction to issue any restraining order or temporary or permanent injunction in any case involving or growing out of any labor dispute to prohibit any person or persons participating or interested in such dispute (as these terms are herein defined) from doing, whether singly or in concert, any of the following acts:

- (a) Ceasing or refusing to perform any work or to remain in any relation of employment;
- (b) Becoming or remaining a member of any labor organization or of any employer organization, regardless of any such undertaking or promise as is described in section 103 of this title;
- (c) Paying or giving to, or withholding from, any person participating or interested in such labor dispute, any strike or unemployment benefits or insurance, or other moneys or things of value;
- (d) By all lawful means aiding any person participating or interested in any labor dispute who is being proceeded against in, or is prosecuting, any action or suit in any court of the United States or of any State;
- (e) Giving publicity to the existence of, or the facts involved in, any labor dispute, whether by advertising, speaking, patrolling, or by any other method not involving fraud or violence;
- (f) Assembling peaceably to act or to organize to act in promotion of their interests in a labor dispute;
- (g) Advising or notifying any person of an intention to do any of the acts heretofore specified;
- (h) Agreeing with other persons to do or not to do any of the acts heretofore specified; and
- (i) Advising, urging, or otherwise causing or inducing without fraud or violence the acts heretofore specified, regardless of any such undertaking or promise as is described in section 103 of this title.

242) Sarro, P. M., 99-100면.

구하지 않는다. 그 사건은 단순히 ‘모든’ 분쟁을 포함해야 하기 때문이다. NLGA에 의해 노동쟁의에 대한 연방대법원의 판단권한이 없기 때문에 ILA의 보이콧은 금지될 수 없었다. 또한 연방대법원은 이 사건이 법의 사전적 해석에 근거하여 노동쟁의를 포함하고 있음을 발견했다. 이전의 판결에서 법원은 ‘노동쟁의’라는 용어는 ‘사용자와 노동자간의 관계가 논쟁의 모체인지 여부’와 ‘비경제적인 동기의 존재가 NLGA를 적용시킬 수 없는 사유’로 협소하게 해석되어서는 안 된다고 하며 이러한 요소가 모두 관련 있다고 밝혔다.²⁴³⁾

대법원은 현재 파업포기조항 위반은 통상 단체협약이라는 계약상의 의무 위반행위로서 「노사관계법(Labor Management Relations Act of 1947, 이하 “LMRA”)」²⁴⁴⁾ 제301조 제a항²⁴⁵⁾의 소송대상이 되어 금지명령의 대상이 되지만, 위 사례에서와 같이 정치적인 문제들은 중재로 해결될 수 없는 것이어서 결국 금지명령의 대상이 될 수 없다는 입장에서 있다.²⁴⁶⁾

둘째, *International Longshoremen’s Ass’n v. Allied International, Inc.* 사건에서 법원은 ILA의 보이콧은 LMRA의 제8조 제b항 제4호 ii목 (B)²⁴⁷⁾

243) Sarro, P. M., 100면.

244) 일명 테프트-하틀리법으로 불리며, 1947년에 제정된 법률이다. NLRA(1935)가 제정됨에 따라 노동운동이 급격히 발전되어 노동조합의 교섭력이 사용자를 압도하게 되자 노사간 교섭력의 균형을 회복키 위해 제정됐다. 유니언 쉐의 인정, 노조의 부당노동행위 금지, 국민의 건강과 안전을 위협하는 쟁의에 대한 긴급조정제도의 도입, 연방공무원과 정부기업 종업원의 파업금지 등이 주요 내용이다.

245) Suits by and against labor organizations

Sec. 301 (a) Venue, amount, and citizenship

Suits for violation of contracts between an employer and a labor organization representing employees in an industry affecting commerce as defined in this chapter, or between any such labor organizations, may be brought in any district court of the United States having jurisdiction of the parties, without respect to the amount in controversy or without regard to the citizenship of the parties.

246) 송강직, 앞의 글, 228면.

247) UNFAIR LABOR PRACTICES

Sec. 8. (b) [Unfair labor practices by labor organization] It shall be an unfair labor practice for a labor organization or its agents -

(4) (ii) to threaten, coerce, or restrain any person engaged in commerce or in an industry affecting commerce, where in either case an object thereof is- -

(B) forcing or requiring any person to cease using, selling, handling, transporting, or otherwise dealing in the products of any other producer, processor, or

에 따라 불법적인 부차적 보이콧이라고 판결했고, 쟁의행위 이면의 정치적인 동기는 이 조항에 의해 면책되지 않았다. 제1항소법원(The First Circuit)은 보이콧이 ‘상거래’였기 때문에 NLRA의 범위 내에 있다고 보았다. 법원은 ILA가 분쟁과 관련 없는 중립적인 사용자인 Allied International, Inc.에 손해를 끼쳤기 때문에 ILA가 제8조 제b항 제4호를 위반했다고 판결했다.²⁴⁸⁾ 이후 항소심에서 연방대법원도 보이콧의 목적이 하역회사인 Allied, Waterman 및 Clark로 하여금 ‘사업을 중단하고’ 소련 제품 거래를 중단하도록 강요하는 것이었으므로 ILA의 보이콧이 ‘부차적’이라는 것을 지적했다.

노동조합은 그 목적이 소련 제품과 관련하여 Allied의 사업을 중단시키는 것이 아니라고 주장했지만, 연방대법원은 2차 당사자에 대한 압력을 예측할 수 있기 때문에 보이콧의 대상이라고 판결했다. 보이콧은 주된 사용자와의 노동분쟁이라기보다는 소련과의 정치적 분쟁으로 인한 것이라고 한 ILA의 주장에 대해서, 연방대법원은 의회의 입법 의도와 달리 법령에 ‘정치적 예외’라는 법리를 만듦으로써 제8조 제b항 제4호의 범위를 축소해야 한다는 주장을 기각했다. 마지막으로, 법원은 ILA 보이콧이 수정헌법 제1조에 의한 언론의 자유에 의해 보호되지 않았다고 판결했다.²⁴⁹⁾

하나의 맥락을 가진 사건에서 이러한 두 가지 모순된 판결에 대해, 워런 버거(Warren Earl Burger) 연방대법원장은 *Jacksonville* 사건의 반대의 견에서 *Allied* 사건과 *Jacksonville* 사건에서의 결정을 합리적으로 조정할 수 없다고 말했다. 이 두 판례는 사법부의 금지명령 사용을 제한하는 연방 노동정책의 균형을 이루기 위한 대법원의 시도로 간주되지만, 단체협

manufacturer, or to cease doing business with any other person, or forcing or requiring any other employer to recognize or bargain with a labor organization as the representative of his employees unless such labor organization has been certified as the representative of such employees under the provisions of section 9 [section 159 of this title]: Provided, That nothing contained in this clause (B) shall be construed to make unlawful, where not otherwise unlawful, any primary strike or primary picketing;

248) Sarro, P. M., 95면.

249) Sarro, P. M., 96면.

약의 중재 조항과 LMRA의 조항의 사법 집행간에 일관성을 유지하지 못한다는 문제가 있다.

Jacksonville 사건에서 연방법원은 중재 기간에는 노동조합 활동에 금지명령을 내리는 능력이 제한되어 있다고 보았다. 그러나 중재에 대한 판단은 중요한데, 이는 당사자들이 작업중단이 파업금지조항을 위반하는지 여부에 대해 중재를 해야 하기 때문이다. 그러나 단체협약에 그러한 조항이 없다면 법원이 문제를 어떻게 결정할 지는 분명하지 않다. *Allied* 사건에서, 보이콧이 부차적 보이콧인 경우 LMRA의 부차적 보이콧 조항이 적용될 수 있기 때문에 중립적인 당사자(즉, 사용자)는 정치적 동기로 인한 파업으로부터 보호받을 수 있다. 이러한 결정을 통해 대법원은 노동조합의 정치적으로 동기부여된 행위가 다른 노동행위와 동일한 보호 및 책임 대상이라고 판결했다. 보호 또는 책임의 범위는 사건의 사실과 관련된 단체협약상 조건에 좌우된다.²⁵⁰⁾

3. 구체적 사례

최근 한국에서 이른바 ‘촛불혁명’으로 대표되는 사례가 있었다면, 이와 비슷한 국민적인 대통령 탄핵 여론이라는 내용을 겪는 나라로 2018년 현재의 미국을 들 수 있다. 특히 이민자들이 건국한 미국에서 트럼프 행정부의 히스패닉 이민자에 대한 지속적인 차별 발언과 정책에 대해 전국적인 직장 보이콧 운동이 있었는데, 관련 사례를 통해 정치파업의 정당성 판단에 대한 유의미한 시사점을 고찰할 수 있을 것이다.

21세기 들어 현재까지 미국에서는 보수적인 공화당 행정부의 집권이 두 차례 있었고, 공교롭게도 그 기간에 정부의 이민정책과 관련된 두 차례의 전국적 규모의 시위가 있었다. 2006년 5월 1일에는 ‘Great American Boycott’ 시위가 있었다. 주로 라틴계 이민자들이 주도한 이날 하루의 보이콧은 2006년 미국 이민개혁 시위의 연장선으로서, 시위 조직자들은 불법 이민자들의 노동력이 필요하다는 것을 알리기 위해 구

250) Sarro, P. M., 101-102면.

때, 판매, 근로, 학교출석을 삼가도록 했다. 이 집회는 ‘이민자 없는 날(A Day without an Immigrant)’ 시위로 불리게 되었는데, 이는 2004년에 개봉된 정치 풍자 영화 ‘멕시코인 없는 날(A Day without an Mexican)’에서 비롯된 명칭이었다.²⁵¹⁾ 이 전국적 저항과 보이콧은 국가적 정치 지형 뿐만 아니라 이민자 사회에 대한 논쟁 및 노동에 대한 복잡한 쟁점을 촉발하였다.

또 한 차례 이와 똑같은 이름의 시위(Day Without Immigrants 2017)가 2017년 2월 16일에 있었다. 이는 도널드 트럼프 대통령의 국경 장벽 건설과 수백만에 이르는 불법 이민자 추방 계획에 반대하기 위한 집회로서, 역시 출근, 소비, 학교출석을 삼가는 것이 계획되었다.²⁵²⁾

아직까지 2017년 집회에 대한 노동법적 논의는 없지만 그 양상이 2006년 집회에 대한 논의와 유사하므로, 본 논문에서는 2006년 ‘이민자 없는 날’ 시위에 대한 노동법적 쟁점을 중심으로 논의하겠다.

2006년 시위의 특이한 점은 시위가 통상적인 근로시간에 발생했다는 점이다. 혹자의 지적처럼, 대규모 정치집회가 역사적으로 주말에 개최되어 온 것은 잠재적인 참가자가 집회에 참석했다는 이유로 일자리를 잃거나 사용자에게 징계 받을 가능성을 피하기 위함이다. 실제로 근로시간에 이민자 시위에 참가한 많은 근로자들이 해고당했다. 보도에 따르면, 해고자들의 일부는 NLRB에 이번 해고가 NLRA 제8조 제a항 제1호 위반이라고 구제신청을 제기했다. 연방노동법과 이민자 시위와의 관계는 직접적으로 명백하지는 않을 수 있다. 그러나 의회 입법에 대한 이민자 시위는 이민법의 적극적 적용으로 인해 이민 노동자가 일자리를 잃게 되는 것과 관련 있다. 실제로 하원이 제출한 법안에 따르면 무허가 근로자를 중범죄자로 구분지었다. 이는 노동쟁의 및 이민정책에 대한 대규모 정치적 저항으로 연결될 수 있다.²⁵³⁾

NLRA 제7조에 의해 보호받는 이민자 시위에의 근로자 참가 논쟁은

251) Wikipedia, “Great American Boycott”

(https://en.wikipedia.org/wiki/Great_American_Boycott) (2017. 6. 1. 검색)

252) Wikipedia, “Day Without Immigrants 2017”

(https://en.wikipedia.org/wiki/Day_Without_Immigrants_2017) (2017. 6. 1. 검색)

253) Duff, M., 앞의 글, 93-94면.

이민자 시위 참가가 근로자의 공식적인 ‘자기조직화’와는 아무런 관계가 없다는 가정 및 이민자 시위를 둘러싼 행위가 제7조의 ‘근로자들의 노동단체 조직·가입·지원, 자발적 선택에 의한 대표자를 통한 단체교섭, 단체교섭 목적의 협조행위 참여’와는 관계가 없다는 가정에 입각해 있다. 따라서 NLRA가 이민자 시위에 일반적으로 적용될 수 있다는 것은 집회 참가자의 행위를 ‘기타 상호부조 또는 보호 목적의 협조행위’로 규정할 수 있느냐의 문제에 따라 좌우된다.²⁵⁴⁾

노동자들이 ‘이민자 없는 날’ 시위에 참여하기 위해 휴가를 사용한 것에 대해 징계 또는 해고를 당한 근로자들의 부당노동행위 구제신청이 잇따랐다. 이에 대해 NLRB는 다양한 결정(memorandum)을 내렸다. NLRB의 사무국(General Counsel)은 “이민 시위의 참가 또는 지원은 법에 의해 보호받는 행위(예를 들어, ‘상호부조 또는 보호’ 요건을 충족)”라고 판단한 사례가 있는 반면, 다른 사례에서는 그와는 다른 사유로 구제신청 기각을 권고했는데 많은 경우에 “근로자들이 사전 통보나 허가 없이 출근 의무를 이행하지 않고 회사의 규율을 위반”했기 때문이다. 몇몇 결정문의 반복되는 문구에서 사무국은 “그러한 시위에서 근로자의 참가 또는 지원이 NLRA 제7조의 ‘상호부조 또는 보호’에 의해 보호받는 행위라고 하더라도, 허가 없이 참여하는 행위는 제7조 상의 행위라고 보호받지 못한다. 더욱이 시위의 목적과 관련하여 통제 권한이 없는 사용자에게 직접적인 경제적 압력을 가하는 것 또한 보호받지 못한다. 작업 상태에 임하지 않는 것은 보호받는 행위가 아니다.”라고 판시했다.²⁵⁵⁾

이러한 쟁의행위의 정당성 판단과 관련하여, 사이먼(Simon, 2007)은 작업중단과 이민개혁시위에 참여한 것의 목적은 근로자의 이익 보호이고 이러한 것이 보호 대상인지 여부인가를 평가하는 것이 필수라고 주장한다. 이민개혁과 근로자 이익간의 관계가 즉각적으로 명백하지는 않지만, 많은 사람들이 이민자 지위와 근로조건 간에 밀접한 관계가 있다고 주장

254) Duff, M., 앞의 글, 97면.

255) Fullerton, John, & Millman, Bruce, R., “NLRA Issues for the Non-Union Workplace”, 『Labor Lawyer』 제24권 제1호, 2008, 38-39면.

한다.²⁵⁶⁾

한편, 크레인(Crain, 2011)은 정치과업의 정당성 인정과 관련하여 보다 전향적인 견해를 제시하고 있다. 그녀는 교섭의무의 제한적 성격, 파업 및 보이콧이라는 수단 활용상의 장애, 사용자의 반조합활동이 노동조합이 대항하기 불가능하도록 하는 경제적 수단의 범위라고 지적한다. 민간 부문의 낮은 노동조합 조직률과 노동법의 일반적 적용 부재(오늘날 노동력의 3분의 1은 NLRA의 보호 범위 외부에 있음) 또한 문제이다.²⁵⁷⁾

크레인은 이에 대한 해결책으로 지지자의 조직, 입법 로비활동, 조합 지도부가 공익을 실현하는 공공부문 노조, NLRA의 범위 밖에 있어 사용자들의 해고 외에도 추방의 위협과 같은 교묘한 행위를 포함하는 반조합 전술 하에 있는 가장 취약한 노동자들의 다수를 차지하는 이민자의 조직화, 노동자를 동원하고 이들의 법적 권리에 대해 계도하려는 노력 등을 강조하고 있다.²⁵⁸⁾

제 5 절 일본

1. 쟁의행위의 보장 범위

주지의 사실이다시피, 한국이 전반적인 노동법 체계를 일본에서 계수했기에, 단체행동권의 보장 및 쟁의행위의 정당성 인정 범위는 양국이 거의 동일하다. 전술한 것과 같이 헌법 제28조에 의해 노동3권을 헌법상 기본권으로 명확히 보장하고 있고, 쟁의행위의 개념 역시 「노동관계조정법(労働関係調整法)」 제7조에 의해 “동맹파업, 태업, 직장폐쇄 기타 노동관계의 당사자가 그 주장을 관철시킬 목적으로 행하는 행위 및 이에

256) Simon, Rachael, “Workers on the March: Work Stoppages, Public Rallies, and the National Labor Relations Act”, 「*Catholic University Law Review*」 제56권 제4호, 2007, 1297-1298면.

257) Crain, Marion, “An Imminent Hanging”, 「*ABA Journal of Labor & Employment Law*」 제26권 제2호, 2011, 151-152면.

258) Crain, M. 앞의 글, 156면.

대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 것”으로 규정되어 있다. 한편 「노동조합법(勞働組合法)」 제1조 제2항²⁵⁹⁾은 형사면책, 제8조²⁶⁰⁾는 민사면책에 관해 규정하여 정당한 쟁의행위에 한해 면책효과를 부여하고 있다.

한편 쟁의행위의 정당성 요건 역시 한국의 판례 법리인 주체, 목적, 시기·절차, 수단·방법에 따라 판단하는 것과 동일하며, 각 요소에 대한 판단 역시 대동소이하다. 첫째, 쟁의행위의 주체와 관련하여, 노동조합 및 단체교섭을 할 수 있을 만큼의 통제력을 갖고 있는 쟁의단, 노동조합의 하부조직이지만 독립된 노동조합으로서 평가될 수 있는 조직이어야 한다. 둘째, 쟁의행위의 목적과 관련하여, 근로조건 유지·향상과 관련된 것이어야 한다. 이와 관련하여 판례는 기본적으로 정치파업과 동정파업의 정당성은 부정하지만, 경영권 사항에 관한 파업의 정당성은 상당히 넓게 인정하고 있다. 셋째, 쟁의행위의 시기·절차와 관련하여, 단체행동권의 행사는 단체교섭에서의 구체적인 절충을 진전시키기 위한 것이므로 단체교섭을 거친 이후에 이루어져야 한다는 것이 판례의 견해이다. 한편 쟁의행위 사전예고는 사전예고 유무 자체로 판단하기보다는 쟁의행위에 의해서 초래된 결과 등이 사용자에 대해서 어느 정도 불공정한 결과를 초래하였는가를 중심으로 판단하는 것이 판례의 견해이다. 조합규약상의 개시 절차 위반에 대해서는 최고재판소의 결정은 없고, 하급심 판결은 정당성을 긍정하는 입장과 부정하는 입장으로 나뉘어 있다. 넷째, 쟁의행위의 수단·방법과 관련하여, 쟁의행위가 노동력 제공의 거부라는 소극적 형태에 그치는 한 원칙적으로 정당성이 인정되고, 부분적·병존적인 직장점거의 정당성도 인정된다.²⁶¹⁾

259) 형법 제35조의 규정은 노동조합의 단체교섭 기타의 행위에 있어서는 전항에 열거된 목적을 달성하기 위하여 행한 정당한 사항에 대하여 적용한다. 단, 어떠한 경우에도 폭력의 행사는 노동조합의 정당한 행위로 해석되어서는 안 된다.

260) 사용자는 동맹파업 기타 쟁의 행위 등 정당한 행위에 의하여 손해를 받은 이유로 노동조합 또는 그 조합원에게 배상을 청구할 수 없다.

261) 정영훈, “일본에서의 불법파업과 법적 책임”, 「국제노동브리프」 제12권 제4호, 2014, 51-57면.

2. 정치파업에 대한 입장

일본은 노동조합의 정치활동에 대하여, 특정 정당이나 후보를 지지하고 법의 제·개정에 관한 의견을 표시하는 노동자에게 유리한 활동을 하는 것은 헌법 제28조의 근로기본권 보장에 관한 문제로서 정당한 것임과 동시에, 헌법 제21조가 보장하는 민주주의의 기본질서이며 국민의 정치적 자유의 실현이므로 별다른 법적 문제는 없다고 본다. 그러나 이러한 목적을 위해 단체행동권을 행사하는 경우에 대해서는 학설과 판례가 나뉘고 있다.²⁶²⁾

정치파업 위법론을 주장하는 학자로는 아즈마 미쓰토시(吾妻光俊), 이시이 데루히사(石井照久) 등이 있다. 아즈마는 노동조합이 근로조건의 향상이라는 경제적 목적 이외의 다른 목적을 추구하는 경우(예. 정치파업), 노사의 대항관계를 전제하고 있는 노동법의 대상으로서의 성격을 갖지 않는다고 했다. 이시이는 일본국헌법은 자본주의 헌법으로서 쟁의권 보장도 단체교섭을 통한 노동자의 생존확보를 목적으로 하고, 정치파업에 있어 파업의 목적은 사용자가 해결할 수 없는 것인데 이에 의한 손해를 사용자에게 감수하게 할 수 없으므로, 정치파업은 일본국헌법 제28조가 보장하는 단체행동권의 범위를 일탈한다고 하였다.

정치파업 이분론을 주장하는 학자로는 누마타 이네지로(沼田稻次郎), 와타나베 요조(渡辺洋三) 등이 있다. 누마타는 안보투쟁(아래 항목에서 다룸)과 같은 국민적 요구를 내걸고 하는 순수한 정치파업은 시민의 자유로서의 행동이고, 일본국헌법 제28조의 쟁의행위에 포함되지 않는다고 보았다. 와타나베는 순수한 정치파업은 일본국헌법 제21조의 표현의 자유에, 경제적 정치파업은 제28조의 쟁의권 행사에 속한다고 보았다.

정치파업 합법론을 주장하는 학자로는 사토 아키오(佐藤昭夫), 아사이 기요노부(浅井清信) 등이 있다. 사토는 일본국헌법 제28조가 제2차 세계대전 이후 군국주의 파시즘에 반대하는 평화주의와 생존권의 이념과 결합해서 단체행동권을 보장하는 측면에서 볼 때, 노동조합이 정치적 목적

262) 강희원, 앞의 글(2010), 194-203면.

도 가질 수 있다고 주장한다. 아사이는 순수한 정치파업이라는 개념을 만들어서 헌법의 보장 밖으로 밀어내는 사고방식은 단체행동권의 역사적 실체에 반하므로 정치파업 위법론은 관념론에 불과하다고 비판하였다.

일본 역시 학설은 경제적 정치파업과 순수한 정치파업으로 나누어 판단하는 이분론이 다수설이다. 이에 따라 경제적 정치파업의 경우에 한하여 목적의 정당성을 긍정하는 견해가 유력하다. 반면에 판례는 극히 이례적인 경우를 제외하고는 정치파업이 헌법 제28조가 보장하는 정당성의 한계를 넘으므로 민·형사책임을 면하지 못한다는 이른바 단체교섭권중심설에 입각하여 판시하고 있다.

3. 구체적 사례

학설과 판례 등의 법리는 일본이 한국과 거의 똑같은 반면에, 정치파업과 같은 시위·집회의 시대적 양상은 상당히 대조적인 모습을 보인다. 한국이 독립 이후 내전과 군사독재를 거쳐 뒤늦게 민주화를 이루어 1990년대에 들어서 정치파업이라 불릴 만한 시위가 생긴 것과 달리, 일본은 1950년대까지는 패전과 궁핍을 배경으로 한 대중운동형 집회가 폭력시위로 발전하는 사례가 많았다. 이러한 대중운동형 집회는 1960년의 미·일 안보조약 개정저지투쟁으로 정점에 오른다. 이 시기 대중운동의 최대 지지 기반은 국철노동조합, 체신노동조합, 전일본교직원조합 등 3대 공무원노동조합이었다. 당시 이들 노동조합들은 일본노동조합총평의회(이하 ‘총평’)에 소속되어 있었고 일본 사회당의 주요 지지 세력이었다.

1970년대 중반까지만 하더라도 일본의 파업규모는 OECD 국가들 가운데 중간수준이었다. 그 이후부터 일본은 오스트리아, 노르웨이, 스웨덴, 네덜란드와 함께 선진국 중 산업갈등 수준이 가장 낮은 국가로 꼽힌다. 심지어 1960년대부터 조사대상이 된 13개국²⁶³⁾ 중 일본은 1970년대 중반 이후 노동손실일수가 지속적으로 감소해온 유일한 국가라 할 수 있

263) 미국, 캐나다, 영국, 오스트레일리아, 이탈리아, 벨기에, 프랑스, 오스트리아, 노르웨이, 스웨덴, 네덜란드, 독일, 일본.

다.²⁶⁴) 고도경제성장기를 거치면서 경제적인 안정을 얻게 되어 사회적 평등감과 만족감이 국민들에게 확산되었다는 점, 당시 대표적인 폭력시위의 주체 중 하나였던 극좌과격파단체가 테러사건을 일으켜 사회적 지지를 급속히 상실했던 사건이 있었다는 점, 집권정당인 자민당의 노동세력 포섭전략 등이 그 이유가 될 것이다.

이러한 시대적 상황으로 인해 일본의 정치과업이 본격적으로 논의된 시점은 1950~60년대로 거슬러 올라가야 한다.

1951년 9월 8일, 미국 샌프란시스코에서 미국, 영국을 필두로 한 제2차 세계대전의 연합국 49개국과 일본 사이에 ‘일본국과의 평화조약(샌프란시스코 강화조약)’이 체결되었고, 수석전권위원이었던 요시다 시게루 총리는 ‘미일안전보장조약(안보조약)’에도 서명했다. 이 조약에 따라 일본을 점령했던 연합군 중 하나인 미군은 ‘주일미군’이 되어 계속해서 일본에 상주할 수 있게 되었다. 이에 따라 1959년부터 1960년까지, 그리고 1970년 두 차례에 걸쳐 미일안전보장조약에 반대하는 노동자와 학생, 시민 등이 참가한 일본 역사상 전례 없는 규모의 반정부, 반미운동과 그에 따른 정치투쟁, 상해, 방화, 기물파손 등을 수반한 대규모 폭동이 발생하게 되는데 이를 안보투쟁(安保闘争)이라 한다.²⁶⁵)

1958년 10월에 기시 노부스케(岸信介) 내각이 안보조약 개정협상을 시작하자 1959년 3월에 ‘안보조약 개정저지 국민회의’가 조직되었다. 이는 총평을 중심으로 원수협(원수폭금지일본협의회), 호헌연합, 사회당, 전국기지연(전국군사기지반대연락협의회) 등 13개 단체를 간사단체로(공산당은 옵저버), 실행단체로 134개 단체가 포함되었던 단체이다. 이들은 지방에 약 1,700개의 공동 투쟁조직을 보유하고 결성된 이래 1960년 7월 하순까지 22차에 걸친 통일행동을 조직했다. 이 때 국회 최대 야당은 사회당이었으나 정당으로서 강고한 지지기반을 갖추지 못해 노동조합의 중심조직인 총평에 크게 의존하고 있었다.²⁶⁶)

264) 권순미, “일본의 파업패턴과 ‘1975년 노동체제’”, 「아세아연구」 제46권 제2호, 고려대학교 아세아문제연구소, 2003, 337-339면.

265) Wikipedia, “安保闘争” (<https://ja.wikipedia.org/wiki/安保闘争>) (2018. 3. 28. 검색)

266) 마쓰이 다카시·후지이 다케시, “1960년대 일본에서의 사회운동 - 학생운동을 중심으로”, 「역사문제연구」 제28호, 역사문제연구소, 2012, 138-140면.

총평은 국철노동조합을 중심으로 안보조약 반대를 내건 시한부 파업을 수 차례 개최했다. 이듬해 1960년 5월 19일에 국회에서 새로운 안보조약이 날치기 통과되면서 560만명이 참가한 6.4 파업으로 이어졌다. 이후 6월 19일에 신안보조약이 승인되자 안보투쟁의 구호는 ‘안보조약 개정 저지’에서 ‘민주주의 수호’로 전환되었다. 총평은 6.22 파업에서는 ‘기시 노부스케 퇴진, 국회 해산’이라는 요구에 더해 ‘보다 민주적인 정부의 수립’이라는 구호를 내걸었다.²⁶⁷⁾

이 사건에 앞서 정치파업이 문제된 1958년 전국체신노동조합 도쿄중앙우체국 파업사건(全逋東京中郵事件, 일명 ‘中郵사건’)이 있었다. 일본 최고재판소는 中郵사건에서 “노동기본권은 일본국헌법 제25조에 규정하고 있는 이른바 생존권의 보장을 기본이념으로 하여, 경제적으로 우위에 있는 사용자에게 대해서 노동자의 실질적인 자유와 평등을 확보하기 위한 수단으로서 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권 보장하는데 있다.”고 전제하였다. 이어서 “쟁의행위는 정당한 한계를 넘지 않는 한, 헌법이 보장하는 권리의 행사” 뿐만 아니라 “노조법의 목적을 달성하기 위한 정당한 것이므로 형사제재의 대상으로 되지 않는다는 것은 당연” 하지만, “만약 쟁의행위가 노조법 제1조 제1항의 목적이 아니라, 정치적 목적을 위해 행해지는 경우에는 일본국헌법 제28조에 보장된 쟁의행위로서의 정당성의 한계를 넘는 것으로 형사제재를 면할 수 없다.”고 판시하였다.²⁶⁸⁾

최고재판소는 위 中郵사건 판례를 인용하며, “전국사법노조센다이지방부가 신안보조약에 반대하기 위해 업무시간 중에 개최한 직장대회는 단순한 정치활동”이라고 하면서, “쟁의행위는 주장의 관철을 목적으로 하는 행위이고 …(중략)…, 노동관계 당사자의 입장에서 행동해야 한다는 것 등을 고려한다면 …(중략)…, 국민의 입장에서 정부의 시책에 반대하거나, 그 정책의 변경을 강요하기 위한 이른바 정치파업(政治スト)은 「국가공무원법(国家公務員法)」 제98조 제5항에서 말하는 ‘쟁의행위’

267) 南智佳子, “60年安保闘争 一大衆と外交一”, 小熊研究会, 慶應義塾大学, 2013. (<http://web.sfc.keio.ac.jp/~oguma/kenkyu/02f4/anpo.htm>) (2018. 3. 28. 검색)

268) 最高裁 1966.10.26. 判決, 刑集 第20卷8号901頁.

에 포함되지 않는다.” 고 하여 피고가 위법행위를 했다고 판시하였다.²⁶⁹⁾ 즉, 일본 최고재판소는 정치파업이 노동관계법상 쟁의행위의 목적 범위(경제적 지위의 유지·개선)를 넘어섰기 때문에 헌법상 보장되는 단체행동권의 영역으로 포함시키지 않아 정치파업의 정당성을 부정하였다.

제 6 절 소결 : 해외 사례를 통한 시사점

본 연구는 정치파업의 정당성 판단을 위한 새로운 가능성을 모색하기 위해 이른바 ‘선진국’의 법리와 판례를 다루었다. 같은 EU 국가의 일원으로서 EU의 사회권 조항의 적용을 받지만, 파업권에 대해 각기 다른 보장 규정을 가진 프랑스, 독일, 영국의 사례를 통해 EU의 법체계 내에서 각국의 파업에 대한 구체적인 규정들 사이에 현저한 차이가 있다는 것을 알 수 있다. 프랑스는 파업권을 가능한 최대한 보호하고 헌법에 명시하고, 독일은 파업권 보호를 위한 입법체계를 노동법원이 대신 판단하여 집단행동의 적법성을 입증하기 위해 보편적인 비례성 분석을 할 수 있도록 하고 있으며, 영국은 파업을 권리로 인정하지 않고 엄격한 실질적 및 절차적 조건을 요구하는 매우 제한적인 법체계를 가지고 있다.

또한 유럽과는 다른 법제를 가진 미국의 경우 정치적 항의 표시를 위한 쟁의행위의 정당성을 인정한 사례와 부정한 사례를 통해 해당 법리의 차이를 검토했고, 최근 트럼프 행정부의 반이민자 정책에 의해 재점화되고 있는 이민 관련 정치파업에 대해서도 다루었다. 한편 한국과 대동소이한 법체계를 가진 일본의 사례를 통해 동일한 법리 하에서 실제 적용상에 어떠한 차이가 있는지도 살펴보았다.

프랑스의 경우, 파업권을 헌법상 권리로 보장하고 있는 면에서는 한국과 유사하나, 쟁의권 행사가 ‘원칙적으로 정당, 권리남용 등 예외적인 경우 위법’이라는 측면에서 정당성 요건을 엄격히 규정한 한국의 법리와 구분된다. 또한 프랑스는 파업권을 원칙적으로 노동조합과 무관한 근

269) 最高裁 1969.4.22. 判決, 刑集 第23卷5号685頁.

로자 개인의 권리 및 자유의 영역으로 보아 단체교섭권과 단체행동권을 별개로 해석함으로써, 단체행동권의 주체성을 노동조합에 한정(노조법 제37조 제2항)하고 단체교섭 사항을 단체행동의 목적으로 파악하는 한국보다 쟁의권을 폭넓게 보장한다. 특히 정치파업과 관련하여 쟁의행의 목적인 ‘직업상의 요구’를 엄밀한 의미에서의 근로조건 관련 사항 뿐만 아니라 권리분쟁 및 노동자들의 집단적 이익옹호로 확장하여, 비록 정치적 동기가 있더라도 경제적 동기가 내포되어 있다면 쟁의행위의 정당성을 인정하는 판례 역시 쟁의행위를 직접적인 근로조건 관련 사항만으로 협소하게 해석하는 한국에 큰 시사점을 준다 하겠다.

독일의 경우, 쟁의권을 기본법상 단결의 자유에 의해 포괄적으로 보장하고 있으나 개별법에 관련 규정이 없어 쟁의행위의 정당성 문제를 판례법리로 판단하고 있다. 판례는 그 정당성 요건을 쟁의행위의 주체, 목적, 절차, 수단별로 거의 모든 측면에서 제시하고 있는데, 이러한 기준을 갖추지 못한 파업에 대해서는 계약 위반 또는 불법행위에 따른 손해배상책임 등 민사법적 원리를 적용하여 노동조합 및 조합원에게 민사상 책임을 지우는 태도를 취하고 있다. 그러나 이러한 면만을 들어 독일의 쟁의행위 제한법리를 국내에 그대로 도입하려는 시도는 경계해야 한다. 이는 독일이 오랜 조합주의적 전통 하에서 강력한 공동결정제도를 갖고 5백인 이상의 기업에서는 이사회 3분의 1을, 2천명 이상의 기업에서는 이사회 2분의 1을 노동자이사로 구성해야 하는 제도 등으로 노사간의 실질적 대등성을 보장하고 있기 때문이다. 때문에 이는 독일의 노동자들이 파업보다는 공동결정제도를 통해 자신의 의사를 개진하는 것으로 이해되어야지, 단순히 쟁의행위에 대한 엄격한 제한논리를 정당화하기 위해 편의(便宜)적으로 해석되어서는 안 될 것이다.

영국의 경우, 파업권을 노동자 혹은 노동조합의 권리로 명시하지 않고 소극적인 면책의 방식을 취하고 있어, 파업권이 법해석 내지는 집권정당의 이해관계에 따라 얼마든지 제한될 수 있다는 것을 보여준다. ‘원칙적으로 위법, 예외적으로 면책’이라는 구조, 특히 사전통지와 찬반투표요건을 강화하고 있는 현 집권당 보수당의 태도는 쟁의행위에 대한 제한

적이고 엄격한 해석을 불가피하게 만든다. 그러나 정의행위가 주체·목적·수단·절차의 측면에서 모두 정당성을 갖춰야 하고 어느 한 부분만 하자가 있더라도 정의행위 전체의 정당성을 부정하는 판례법리를 가진 한국의 상황에서, 계약 위반의 유인, 민사공모 등 구체적으로 불법행위 책임을 지는 위법성 판단의 근거를 개별적으로 명확히 규정하는 영국의 법리는 주목할 만하다.

미국의 경우, 헌법상 노동3권을 명확히 보장하는 규정은 없으나, NLRA 제7조 등을 통해 단체행동 및 상호부조 또는 보호를 위한 행위를 보장한다. 특히 노동자 개인의 행위라도 그것이 노동자들의 상호부조 또는 보호를 위한 행위의 경우 그 정당성을 보장함으로써, 정의행위의 주체를 노동조합으로 한정하지 않는 점, 목적을 사용자와 직접적인 단체교섭 내지 고충처리 사항으로 한정하지 않는 점 역시 한국보다 단체행동의 보호 영역을 광범위하게 보는 측면이라 하겠다. 한편 ILA의 사례에서 보듯이, 미국은 정의행위 정당성 파악에 있어 단체협약을 중요한 법적 근거로 본다. 가령 단체협약에 정의행위 포기 조항이 있는 경우, 이를 위반한 정의행위는 위법하게 되는데 이는 한국보다 정의권을 제한하는 측면이라 할 수 있다. 반면에 단체협약에 정의권을 제한하는 사항이 없는 경우, 노동조합은 단체행동 등의 실력 행사를 보다 자유롭게 할 수 있다. 따라서 정치파업의 정당성을 파악함에 있어서, 단순히 파업의 목적이 경제적 정치파업이냐 순수한 정치파업이냐의 측면을 넘어 단체협약 사항을 검토함으로써 보다 구체적·개별적 사항을 고려하는 점 역시 한국에 주는 시사점이 있다 할 것이다.

일본의 경우, 한국의 정당성 요건 판례 법리와 기준은 거의 똑같지만, 세부적인 인정 범위에 있어 정의행위의 정당성, 특히 목적의 정당성을 한국보다 넓게 보고 있다는 점을 알 수 있다. 특히 경영권 관련 사항에 대해서도 경영권을 “헌법상 실체적 권리로서 보장되고, 기업의 창의와 투자의욕을 훼손하지 않고, 기업의 경쟁력을 강화하는 방향에서 판단” 하여 단체교섭 및 정의행위의 대상으로서도 인정하지 않는 한국과 달리, 폭넓게 정의행위의 목적사항으로 인정하는 일본의 판례법리는 쌍용자동

차, 한국GM 등 대규모 구조조정 및 다국적기업의 사업철수가 드물지 않게 발생하는 오늘날의 한국에 주는 시사점이 크다. 또한 소극적 형태의 쟁의행위라면 설령 정당성을 상실했더라도 형법상 업무방해죄를 적용하지 않는 면, 위법한 쟁의행위에 참가했다라도 노동자 개인에게는 민사책임을 제한시키는 법리 또한 주목할 만 하다.

제 4 장 결 론

국내의 다수설은 정치파업 이분론을 지지하고 있으므로, 정치파업의 정당성 논의는 결국 경제적 정치파업과 순수한 정치파업의 경계를 어느 곳에 설정하느냐의 문제로 수렴되는 경향을 보인다. 그러나 정치파업을 단순히 이러한 실정법상 적법·위법 판단이라는 한계에 가두어 파업의 진정한 목적의 당부가 정치냐 경제냐는 식의 논의는 우리의 인식의 지평을 제한한다. 이제는 사회 진보의 주체로서 노동조합의 쟁의행위에 대한 보다 폭넓은 인정 가능성을 모색할 시점이다.

헌법 제33조 제1항에 명시된 노동3권의 목적이 되는 ‘근로조건 향상’의 의미에 대한 검토는 정치파업의 정당성 인정 범위 확대를 위한 출발점이 된다. ‘근로조건 향상’의 해석론에 따라 사용자의 처분권한이 있는 단체교섭을 통해서 뿐만 아니라 그렇지 않은 입법·정책적 사항을 목적으로 쟁의행위가 가능한지 여부를 결정하기 때문이다.

그리고 노조법상 쟁의행위는 헌법상 단체행동권에 포섭되는 개념이므로, 노조법상 쟁의행위 개념에 포함되지 않지만 헌법상 단체행동권에 포함되는 영역을 논리적으로 도출해냄으로써 정치파업의 정당성 판단 영역을 파악할 수 있다. 이를 통해 노동자의 경제적·사회적 지위의 향상을 위한 전반적인 사항을 포괄하는 정치파업은 노조법상 정당성 요건 충족과는 별개로 헌법상 기본권인 단체행동권의 행사로서 그 정당성을 판단하여야 한다.

또한 노동3권을 자유권적 기본권으로 파악할 때 그 자체로 효력이 발생할 수 있는 구체적 권리성이 인정되고, 입법적 개입이 있더라도 원칙적으로 국가기관에 의한 노동3권의 규제가 아니라 사회적 자치의 조성이 그 목적이어야 하기에 단체행동권의 정당성 인정범위가 확대될 수 있고, 정치파업을 포함한 노동운동 자체가 활성화될 수 있다.

한편 ILO는 결사의 자유에 관한 제87호 협약에 관한 해석을 통해 경

제적 정치과업의 범위를 넓게 파악하여 쟁의권 행사의 대상을 경제·사회정책에 관한 문제와 노동자들과 직접 관련이 있는 종류의 문제해결까지 포함시켜 판단하고 있다. 정치과업 뿐만 아니라 쟁의행위의 목적인 정범위 확대를 통한 보다 근본적인 헌법상 노동3권 실천을 위해 ILO 핵심협약 비준은 더는 미룰 수 없는 과제이다.

그 이외에 사용자에게 처분권한이 없는 쟁의행위의 목적에 대해서도 노사관계의 세력불균형을 시정하기 위해 노동자측은 사용자측에게 헌법상 기본권인 노동3권을 직접 주장할 수 있고(대사인적 효력), 그 근거로 시민불복종으로서의 쟁의권, 언론의 자유와 단체행동, 경제적 균등과 세력균형 등을 드는 전향적 견해도 존재한다.

그럼에도 불구하고 기본적으로 한국은 쟁의행위 자체에 대해 다른 나라와 비교하여 노조법상 수많은 제한 및 금지규정을 갖고 있기에, 노동조합과 그 조합원은 형사상 위력에 의한 업무방해죄, 민사상 거액의 손해배상책임이라는 위협 아래 놓여있다. 정치과업의 경우 개별 기업 차원의 경제적 이익 향상을 목적으로 하는 것이 아니므로, ‘영업손실-손해배상’의 논리보다는 공익적·사회연대적 관점에서 사안의 심각성, 규모 등을 참작하여 위법성과 별칙의 정도를 완화하여 판단해야 할 것이다.

민주노총에 따르면 2016년 현재, 소속 노동조합에 대한 손해배상 청구 금액이 1,600억원, 가압류가 행해진 금액은 175억원에 달한다고 한다. 쟁의행위에 대한 사용자의 권한남용적인 손해배상 청구와 법원의 광범위한 인용은 헌법상 단체행동권을 형해화시키고 노조법상 민사면책의 원칙을 무의미하게 만든다. 따라서 노조법 제2조 제5호의 ‘노동쟁의’ 개념을 재정비하고, 제3조의 민사면책의 입법취지를 감안하여 노동조합의 단체교섭, 쟁의행위 외에 ‘그 밖의 노동조합의 활동’에 대해서도 사용자는 노동조합 또는 근로자에 대하여 원칙적으로 손해배상을 청구할 수 없도록 해야 한다.

한편 쟁의행의 목적인 ‘직업상의 요구’의 해석에 있어 정치적 동기가 있더라도 경제적 동기가 내포되어 있다면 쟁의행위의 정당성을 인정하는 프랑스, 쟁의행위의 정당성 요건 판단 자체는 엄격하지만 그 이전

에 조합주의적 합의모델에 따라 노사간의 실질적인 자치주의와 대등성을 보장하는 독일, 쟁의행위의 대상을 근로조건과 전부 또는 주로 연결된 노동분쟁만으로 협소하게 보아 경제적 정치파업의 정당성조차 면책효과를 인정하지 않고 파업의 주체마저 특정 사업주에게 고용된 근로자(employee)로 축소시키며 엄격한 절차상 요건을 더욱 강화한 영국, 단체협약을 경제나 정치로 파악하기에 앞서 단체협약을 검토함으로써 구체적·개별적으로 판례법리를 구축해 나가는 미국, 한국과 정당성 요건 판단 기준은 거의 유사하지만 그 목적의 정당성 판단에 있어 경영권 관련 사항에 대해 보다 폭넓게 대상성을 인정하는 일본의 사례에 대한 비교법적 검토는 향후 한국의 관련 법령과 해석론, 제도 구축에 있어 유의미한 시사점을 준다 하겠다.

민주주의 국가는 개별 구성원의 의견을 모아 운영하는 집합체라 할 수 있기 때문에 그러한 의견 표명 및 청취를 장려하고 제도화해야 한다. 이를 위해 표현의 자유와 결사의 자유라는 헌법상 기본권으로 자유로운 여론 형성의 권리를 보장하고 있다. 동일한 계급적 이해관계를 갖고 있는 노동자 단체는 여론을 수렴하고 형성하기에 효과적인 조직이고, 그러한 조직의 활동이 초래하게 되는 다소간의 마찰과 파열음은 민주주의라는 근육을 발달시키기 위해 필요한 불가피한 근육통이므로 이를 적대시하고 무조건적으로 제한하는 것은 지나치게 편향된 견해라고 밖에 볼 수 없다. 한국과 같이 민주주의의 역사가 일천한 국가에서는 다양한 주장이 정치적 차원에서 전개될 수 있는 기회가 보장되어야 한다. 정치파업은 노동자의 주장을 표현할 수 있는 기회이고 이는 단체행동권으로 보장되어야 한다. 정치파업을 노조법상 쟁의행위가 아닌 헌법상 단체행동권의 실현으로 해석하고, 쟁의행위의 목적 범위에 대한 국제적 기준이 되는 ILO 핵심협약 기준을 모색하며, 각기 다른 법리를 가진 각국의 사례를 소개한 본 연구가 정치파업의 정당성 인정 범위 확대에 기여하기를 희망한다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

- 강희원, 「노동헌법론」, 법영사, 2011.
- 권영성, 「헌법학원론」 개정판, 법문사, 2010.
- 김유성, 「노동법 II」 전정판, 법문사, 2001.
- 김철수, 「헌법학신론」, 제21전정신판, 박영사, 2013.
- 김형배, 「새로 쓴 노동법」 제25판, 박영사, 2016.
- 박홍규, 「노동단체법」, 삼영사, 2002.
- 성낙인, 「헌법학」 제18판, 법문사, 2018.
- 외교부, 「알기쉬운 유럽노동법 해설」, 휴먼컬처아리랑, 2014.
- 이승욱 등, 「쟁의행위 정당성의 국제비교」, 한국노동연구원, 2000.
- 임종률, 「노동법」 제16판, 박영사, 2018.
- 전광석, 「한국헌법론」 제13판, 집현재, 2018.
- 차병직 등, 「지금 다시, 헌법」, 로고폴리스, 2016.
- 한수웅, 「헌법학」 제7판, 법문사, 2017.
- 허영, 「한국헌법론」, 전정13판, 박영사, 2017.

(2) 논문

- 강문대, “쟁의행위에 대한 손해배상·가압류 제한에 관한 입법론”, 이
철수 편, 「전환기의 노동과제」, 오래, 2017.
- 강성태, “제정 노동법의 주요내용과 특징”, 「노동법학」 제48호, 한국
노동법학회, 2013.

- 강희원, “이른바 “정치파업” 과 우리 노동헌법”, 「노동법연구」 제 28호, 2010.
- _____, “정치파업과 단체행동권: 행정법원 1999. 8. 19. 선고 98구19178 판결; 서울고등법원 2000. 5. 18. 선고 99누11686판결; 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000두4637판결과 관련하여”, 「노동교육」 제 34호, 한국노동교육원, 2002.
- 권순미, “일본의 파업패턴과 ‘1975년 노동체제’ ”, 「아세아연구」 제46권 제2호, 고려대학교 아세아문제연구소, 2003.
- 김근주, “ILO 핵심협약 비준의 쟁점”, 「월간 노동리뷰」 제152호, 한국노동연구원, 2017.
- 김기선, “독일에서의 쟁의행위를 둘러싼 법률문제: 쟁의행위의 정당성과 불법쟁의행위의 책임을 중심으로”, 「국제노동브리프」 제12권 제4호, 2014.
- 김용완, “헌법 33조와 정치파업의 정당성 - 일본의 이론을 검토하며 -”, 「해사법연구」 제9권 제1호, 한국해사법학회, 1997.
- 김재완, “불복종으로서의 쟁의권과 쟁의행위”. 「민주법학」 제55호, 2014.
- 마쓰이 다카시·후지이 다케시, “1960년대 일본에서의 사회운동 - 학생운동을 중심으로”, 「역사문제연구」 제28호, 역사문제연구소, 2012.
- 박귀천, “공익서비스 파업에서 최소업무의 유지 : 독일”, 「국제노동브리프」 제3권 제9호, 한국노동연구원, 2005.
- 박제성, “정치파업의 개념과 정당성”, 「월간 노동법률」 제208호, 2008.
- _____, “파업권의 재음미”, 「시민과 세계」 제27호, 참여연대 참여사회연구소, 2015.
- 변철환, “정치파업론에 관한 비판적 고찰”, 경희대학교 대학원, 2012.
- 송강직, “노동법학에서의 헌법학의 역할”, 「동아법학」 제48호, 동아대학교 법학연구소, 2011.

- _____, “미국의 단체행동의 정당성”, 「노동법학」 제42호, 한국노동법학회, 2012.
- _____, “언론의 자유와 단체행동”, 「산업관계연구」 제16권 제2호, 한국고용노사관계학회, 2006.
- 신동규, “사회보장제도, 그르넬 협상, 그리고 1968년 5월~6월 총파업-노동총연맹의 총파업 전략”, 「역사와 담론」 제68호, 호서사학회, 2013.
- 신동윤, “미국의 위법 쟁의행위에 대한 민·형사상 책임”, 「노동법학」 제62호, 한국노동법학회, 2017.
- 심재진, “영국에서의 불법파업과 법적 책임”, 「국제노동브리프」 제12권 제4호, 2014.
- 오문완, “정치파업의 정당성 -판례분석을 중심으로-”, 「노동법학」 제35호, 한국노동법학회, 2010.
- 유현, “1920년대 노동 운동의 발전과 원산 총파업”, 「사회와역사」 제19권, 한국사회사학회, 1990.
- 윤애립, “ILO 결사의 자유 기본협약 비준과 당면과제”, 「월간 노동리뷰」 제152호, 한국노동연구원, 2017.
- 이달휴, “프랑스의 쟁의행위와 민사책임”, 「재산법연구」 제16권 제1호, 1999.
- 이승욱, “국제노동기준의 동요”, 「노동법학」 제62호, 한국노동법학회, 2017.
- _____, “6월 항쟁 이후 20년에 대한 법사회학적 평가 ; 87년 체제 이후 노동관계법·제도의 변화와 전망”, 「법과 사회」 제32권, 2007.
- 이흥재, “단체행동권의 법적 구조 - ‘생활조건’ 을 위한 ‘독자적’ ‘행동의 자유권’ 향유구조-”, 이흥재 편, 「단체행동권」, 사람생각, 2004.
- 정미희, “노동조합의 정치활동연구- 정치파업을 중심으로”, 이화여자대학교 대학원, 1999.

- 정영훈, “일본에서의 불법파업과 법적 책임”, 「국제노동브리프」 제12권 제4호, 2014.
- 정인섭, “노동법학 방법론의 비판적 고찰”, 「노동법연구」 제1호, 서울대학교 노동법연구회, 1991.
- _____, “노동분쟁의 특수성과 노동법원의 전문성”, 「노동법연구」 제19호, 서울대학교 노동법연구회, 2005.
- _____, “노동삼권과 법률”, 「노동법연구」 제36호, 서울대학교 노동법연구회, 2014.
- _____, “쟁의행위의 개념”, 「노동법학」 제9호, 한국노동법학회, 1999.
- _____, “쟁의행위의 정당성 판단기준”, 이흥재 편, 「단체행동권」, 사람생각, 2004.
- _____, “쟁의행위의 질곡: 헌법”, 「노동법연구」 제26호, 서울대학교 노동법연구회, 2009.
- 조경배, “위법쟁의행위와 손해배상에 관한 영국법제의 연구”, 「법제」 제444권, 법제처, 1994.
- _____, “쟁의행위와 민사책임에 관한 영국법리”, 「노동법학」 제24호, 한국노동법학회, 2007.
- _____, “쟁의행위와 민사책임에 관한 프랑스법리”, 「노동법학」 제19호, 한국노동법학회, 2004.
- 조용만, “경영상 해고와 관련된 프랑스의 쟁의행위 정당성론의 고찰”, 「노동법학」 제12호, 한국노동법학회, 2001.
- 조임영, “프랑스에서의 파업권의 보장과 그 한계”, 「국제노동브리프」 제12권 제4호, 한국노동연구원, 2014.
- 하승우, “시민불복종에 관한 정치철학적 고찰: 법치주의와 시민권리를 중심으로”, 「기억과 전망」 제21호, 민주화운동기념사업회 한국민주주의연구소, 2009.
- 한지혜, “언론사 내부에 있어서의 언론의 자유 침해와 정치파업의 문제 - MBC파업사태와 징계무효판결과 관련하여”, 「서강법률논총」,

제3권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2014.

(3) 기타 연구보고서, 보도 자료 등

민주노총 법률원, “2.27. 날치기 비정규 전면 확산법을 저지하기 위한 민주노총 총파업은 법률적으로도 정당하다”, 2006.

2. 외국문헌

(1) 단행본

Markovits, Andrei, 「The Politics of West German Trade Unions: Strategies of Class and Interest Representation in Growth and Crisis」, Routledge, 2016.

(2) 논문

Chanut, Veronique & Rojot, Jacques, “Does Public Sector Collective Bargaining Distort Democracy - The Case for France”, 「*Comparative Labor Law & Policy Journal*」 제34권, 2013.

Crain, Marion, “An Imminent Hanging”, 「*ABA Journal of Labor & Employment Law*」 제26권 제2호, 2011.

Däubler, Wolfgang, “Industrial Action and Liability The Situation in Germany”, 「노동법학」 제52호, 한국노동법학회, 2014.

Dockès, Emmanuel, “Industrial action and Liability in France”, 「노동법학」 제52호, 한국노동법학회, 2014.

Duff, Micheal, “Days without Immigrants: Analysis and Implications of the Treatment of Immigration Rallies under the National Labor

- Relations Act” , 「*Denver University Law Review*」 제85권 제1호, 2007.
- Ewing, Keith, D., “Industrial Action and Liability in the United Kingdom” , 「노동법학」 제52호, 한국노동법학회, 2014.
- Fabbrini, Federico, “Europe in Need of a New Deal On Federalism, Free Market, and the Right to Strike” , 「*Georgetown Journal of International Law*」 제43권, 2012.
- Ford, Michael, “The Impact of Brexit on UK Labour Law” , 「*International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*」 제32권 제4호, 2016.
- Fullerton, John, & Millman, Bruce, R., “NLRA Issues for the Non-Union Workplace” , 「*Labor Lawyer*」 제24권 제1호, 2008.
- Gernigon, Bernard, etc., “ILO principles concerning the right to strike” , 「*International Labour Review*」 제137권 제4호, International Labour Organization, 1998.
- ILO, “Freedom of Association and Collective Bargaining” , International Labour Conference 81st Session, 「*Report of the Committee of Experts*」 , Geneva, International Labor Office, 1994.
- ___, “Freedom of Association- Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO” , 「*Freedom of Association*」 , Geneva, International Labor Office, 제4(개정)판, 1996.
- ITUC, “The Right to Strike and the ILO: The legal Foundations” , 2014.
- Kanowitz, Leo, “The Strike and Lockout under French Labor Law” , 「*St. Louis University Law Journal*」 제9호, 1964.
- Miller, Mark, “Industrial Policy and the Rights of Labor The Case of Foreign Workers in the French Automobile Assembly Industry” , 「*Michigan Yearbook of International Legal Studies*」 제6권,

1984.

- Novitz, Tonia, “The Restricted Freedom to Strike Far-Reaching ILO Jurisprudence on the Public Sector and Essential Services”, 「*Comparative Labor Law & Policy Journal*」 제38권, 2017.
- Sarro, Paula, M., “Politically Motivated Labor Actions in the United States and England A Comparison of Judicial and Legislative Treatment”, 「*Boston College International & Comparative Law Review*」 제7권 제1호, 1984.
- Simon, Rachael, “Workers on the March: Work Stoppages, Public Rallies, and the National Labor Relations Act”, 「*Catholic University Law Review*」 제56권 제4호, 2007.
- Vigneau, Christophe, “Labor Law between Changes and Continuity”, 「*Comparative Labor Law & Policy Journal*」 제25권, 2003.

(3) 기타 연구보고서, 보도 자료 등

- 南智佳子, “60年安保闘争 —大衆と外交—”, 小熊研究会, 慶應義塾大学, 2013. (<http://web.sfc.keio.ac.jp/~oguma/kenkyu/02f4/anpo.htm>) (2018. 3. 28. 검색)
- ILO, “Report in which the committee requests to be kept informed of development - Report No 383, October 2017. Case No 3238 (Korea, Republic of) - Complaint date: 30-AUG-16 ? Follow-up” (http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P500_02_COMPLAINT_TEXT_ID:3523636) (2018. 6. 5. 검색)
- Lexology, “The Trade Union Act 2016: what is changing”, 2016년 5월 9일. (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=87478853-2349-4ca0-a41c-99f9932a908a>) (2017. 11. 2. 검색)
- Wikipedia, “安保闘争” (<https://ja.wikipedia.org/wiki/安保闘争>) (2018. 3. 28. 검색)

Wikipedia, “Day Without Immigrants 2017” (https://en.wikipedia.org/wiki/Day_Without_Immigrants_2017) (2017. 6. 1. 검색)

Wikipedia, “Great American Boycott” (https://en.wikipedia.org/wiki/Great_American_Boycott) (2017. 6. 1. 검색)

Abstract

The legitimacy of political strikes

Kim, Dohoon

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

In the case of the West, which is the origin of capitalism and the labor movement, it can be said that the labor union has been established and developed for the purpose of obtaining the political rights of the workers. In the UK, where the Industrial Revolution and modern capitalism had begun the earliest, the Chartist Movement as a nationwide working class movement, leading to introducing work conditions related acts such as not only 10 working-hour labor law, coal mining law, factory law but also granting suffrage through amendment of election law, was unfolded. Thus, democracy, the basic political system of modern capitalist countries, is a political achievement obtained through the political struggle of workers.

In the case of Korea, however, there are considerable limitations on the opportunities for political influence through collective action due to the political reasons such as prevalence of enterprise unions, low trade union density, exclusion of policy decisions and legal reasons like the

jurisprudence of strict restriction of industrial action.

Especially, in the democratic society, although improvement of the working conditions and presentation of the political opinion through the political strikes should be guaranteed, the courts do not consider the political strike as the scope of the object of industrial action, and denies the legitimacy of them.

In this thesis, firstly, it explains the meaning of political strikes and raises questions about distinguishing political strikes from economic(occupational) strikes. We will also examine the criticism of the ideology that outlaws strikes with labelling them as illegal “political strikes” . It also explains the general theories about the legitimacy of political strikes and discusses opposing doctrines and judgments, and critical review of each doctrine.

The purpose of this thesis is to find the possibilities of expanding range of recognition of the legitimacy of political strikes so that the theory of illegality of political strike which is also the judicial precedent is criticized through analyzing the meaning of ‘improvement of working conditions’ in Article 33 (1) of the Constitution, the relationship between the collective action rights under the Constitution and the industrial action under the Trade Union Act, the nature of the three labor rights(the right of organization, the right of collective bargaining, the right to strike). And this demonstrates that political strikes can also be the purpose of industrial actions through the issues of the International Labour Organization(ILO) standards, the ILO Convention No. 87 related to right to strike and the proactive views on political strikes based on the various fundamental rights provisions in the Constitution.

With respect to the political strikes in Korea, it is introduced that some cases from the 1990s when the political activities of labor unions

began in earnest since the democratic constitutionalism was established in 1987.

Also, in relation to the precedents of overseas political strikes, the range of guarantee for industrial actions and the stance on political strikes and specific precedents of the cases with comparative law study in France, Germany and UK, which are representative nations of Europe, the cases of the USA and Japan are covered as well.

Through the case studies of these countries, it is possible to elucidate the legitimacy of the industrial action in Korea, in particular, the differences of each countries' jurisprudence related to the recognition of the legitimacy of political strikes, seek the implications and new possibilities and argue for the need to expand the range of acknowledging legitimacy of political strikes to consolidate democracy.

keywords : political strikes, legitimacy of industrial action, range of purpose of industrial action, right of collective action under the Constitution, right to strike, improvement of working conditions, International Labour Organization Convention No. 87, freedom of association, comparative law study, democracy

Student Number : 2016-21365