

연구보고서

1997 - 012

공공부문의 노사관계법

한국노동연구원

目次

서언

第1篇 公共部門 勤勞者의 勞動基本權 保障

第1章 序論

第1節 公共部門의 勞使關係

1. 공공부문 및 공공부문 근로자의 개념
2. 공공부문 노사관계의 변화
3. 공공부문 노사관계에 대한 규율
4. 공공부문과 민간부문의 비교검토의 필요성

第2節 公共部門 勤勞者의 勞動基本權 認定 與否에 관한 論議

1. 노동기본권을 부인 및 제한하는 논거
2. 노동기본권을 인정하는 논거

第2章 韓國의 公共部門 勞使關係法

第1節 基本體系

第2節 公務員의 勞使關係

1. 공무원의 근로자성
2. 공무원의 노동삼권 보장과 제한
3. 제한법규의 합헌성 여부

第3節 公務員이 아닌 公共部門 勤勞者의 勞使關係

1. 주요 방위산업체 근로자의 노사관계
2. 공익사업체 근로자의 노사관계
3. 사립학교 교원의 노사관계

第3章 ILO의 勞動基準

1. 개관
2. 단결권
3. 단체교섭권
4. 단체행동권
5. 쟁의 조정
6. 우리나라에 관련한 ILO의 권고

第4章 美國의 勞使關係法

第1節 基本體系

1. 연혁
2. 규율체계

第2節 聯邦 公共部門 勤勞者의 勞使關係

1. 단결권
2. 단체교섭
3. 쟁의행위
4. 쟁의조정

第3節 州 公共部門 勤勞者의 勞使關係

1. 단결권
2. 단체교섭

3. 쟁의행위

4. 쟁의조정

第4節 公益事業의 勤勞者의 勞使關係

第5章 日本의 勞使關係法

第1節 基本體系

- 1.연혁
- 2.규율체계

第2節 一般公務員의 勞使關係

- 1.단결권
- 2.교섭
- 3.쟁의행위의 금지
- 4.쟁의조정

第3節 國公營企業 職員의 勞使關係

- 1.단결권
- 2.단체교섭
- 3.쟁의행위의 금지
- 4.쟁의조정

第4節 公益事業 勤勞者의 勞使關係

- 1.공익사업의 의미
- 2.쟁의행위 예고의무
- 3.조정절차의 강제적 개시
- 4.긴급조정절차

第6章 유럽諸國의 勞使關係法

第1節 獨逸

- 1.개요
- 2.단결권
- 3.근로조건의 결정
- 4.공공부문 근로자의 경영참가제도
- 5.요약

第2節 英國

- 1.개요
- 2.단결권
- 3.단체교섭
- 4.쟁의행위권
- 5.요약

第3節 프랑스

- 1.개요
- 2.단결권
- 3.단체교섭
- 4.파업권
- 5.요약

第7章 小結

第2篇 公共部門의 再編成에 따른 勞使關係의 變動 -非公務員인 公共部門 勞使關係를 中心으로

第1章 序論

第2章 政府投資機關・政府出捐機關에서 就業規則의 不利益 變更을 둘러싼 問題

第1節 序論

第2節 就業規則에 관한 基本 法理

- 1.취업규칙의 개념 및 취지
- 2.취업규칙의 중요성
- 3.취업규칙에 관한 법적 규제
- 4.취업규칙의 효력
- 5.취업규칙의 법적 성질

第3節 公共部門 事業場에서의 就業規則 不利益 變更과 관련된 判決例 檢討

- 1.취업규칙 불이익 변경의 법리 형성
- 2.불이익 변경에 관한 합리성 판단
- 3.근로기준법상의 변경절차의 필요성
- 4.동의의 방법
- 5.금반언의 법리 및 신의칙의 적용여부

第4節 小結

第3章 個別的 人事移動

第1節 配置轉換

- 1.의의
- 2.요건
- 3.근로자본인과의 협의 등 신의칙상의 절차

第2節 轉籍

- 1.의의
- 2.요건

第3節 小結

第4章 整理解雇

第1節 意義

第2節 要件

- 1.긴박한 경영상의 필요성의 판단기준
- 2.해고회피의 노력
- 3.해고기준의 합리성 및 선별의 공정성
- 4.사전협의 절차

第3節 小結

第5章 機關外形의 變動

第1節 序論

第2節 事業의 分離・獨立과 雇傭保障

- 1.의의
- 2.근로관계의 승계
- 3.승계에 있어 개별근로자의 동의・이의
- 4.근로관계 계속에 대한 단절
- 5.기관의 사용자성
- 6.자회사 근로자의 고용보장

第3節 事業의 移轉과 雇傭保障

- 1.의의
- 2.근로관계의 승계
- 3.승계에 있어서 개별근로자의 동의・이의
- 4.근로관계 계속에 대한 단절

第4節 機關의 統合과 雇傭保障

- 1.의의
- 2.근로관계의 승계
- 3.승계에 있어서 개별근로자의 동의・이의
- 4.근로관계 계속에 대한 단절

第5節 法令에 의한 組織變動과 雇傭保障

第6節 勤勞關係의 承繼와 退職金計算에서 繼續勤勞年數의 合算

第7節 勤勞關係 承繼以後의 勤勞條件의 保障

參考文獻

序言

노사관계 영역에서의 공공부문이라 함은 각 나라마다 그 용례가 반드시 일치하지 않는데 우리나라에서는 대체로 정부조직뿐만 아니라 정부 투자기관 및 정부출연기관 등의 공공법인을 포함하는 넓은 의미로 사용된다.

외국의 예를 보면 최근 들어 공공부문이 노동운동의 중심세력으로 부상되고 있는데 우리나라에서도 1987년 이후 다수의 공공부문 노동조합이 결성되고 조합원수에 있어서나 조직률에 있어 다른 영역보다 훨씬 활발한 움직임을 보이고 있다.

다른 한편으로 공공부문은 전체 국민경제에 미치는 영향이 크기 때문에 정부에서도 민간부문과 달리 특별한 규제를 가하려는 경향이 강하다. 이로 인해 민영화등의 구조조정 과정에서 노사간의 마찰이 발생할 소지가 다른 어느 영역보다도 높다고 할수 있다.

이러한 사정을 감안하여 본원에서는 일찍이 1990년에 「공공부문의 노사관계」라는 제하의 보고서를 발간한 바 있는데, 동 보고서에서는 공공부문의 고용현황, 임금 및 근로조건, 노동조합 활동 등의 사실적 측면을 중심으로 제도적인 검토를 행하였다. 이의 후속편이라 할수도 있는 금번 연구는 공공부문 전반의 노사관계에 관해 법리적인 분석을 행하고 있다.

본 연구는 공무원의 노사관계와 비공무원의 노사관계를 분리하여 별도로 분석하고 있다.

왜냐하면 전자의 경우, 공무원의 노동삼권을 부인하고 있는 현행법규가 ILO협약이나 국제규범에 저촉되는지의 여부가

주관심사인 데 반하여, 후자의 경우는 민영화등의 재편성에 따른 노사관계의 변동이 초래되었을 경우 이를 둘러싼 법리규명이 주관심사이기 때문이다. 따라서 전자는 주로 입법론적인 접근이 필요한 바, 본 연구에서는 미국, 독일, 일본 등의 외국법제를 상세히 검토하고 있다. 후자는 해석론적 접근이 필요하기 때문에 그간의 판례와 학설을 중심으로 합리적이고 타당한 법리를 모색하고 있다. 취업규칙의 불이익 변경, 인사이동, 정리해고, 기관 외형의 변동과 같이 향후 공공부문의 노사관계에서 빈번히 발생할 소지가 높은 쟁점을 대상으로 하고 있다.

이렇듯 본 연구는 그 범위가 광범위하기 때문에 공동 집필을 의뢰할 수밖에 없었는데, 이화여자대학교의 이철수 교수와 대구대학교의 강성태 교수가 노고를 아끼지 않았다. 두분의 노력 이외에도 성실하고 자상한 코멘트를 해 주신 상지대학교의 김인제 교수에게도 감사드린다. 아울러 자료수집과 정리에 많은 수고를 해 준 서울 대학교 박사과정 수료의 김홍영군과 신선옥 연구조원에게도 고마움을 느낀다. 아울러 출판에 힘써 준 박찬영 전문위원을 위시한 출판담당자들에게도 심심한 사의를 표한다.

끝으로 본 보고서에 수록된 모든 내용은 저자들의 의견이며 본 연구원의 공식견해가 아님을 밝혀둔다

1997년3월

韓國勞動研究院

院長朴煥求

第1編 公共部門 勞使關係法

第1章

序論

第1節 公共部門의 勞使關係

1. 공공부문 및 공공부문 근로자의 개념

노동관계의 측면에서 공공부문은 정부(국가 또는 지방자치단체)가 사용자인 부문을 말한다. 즉 정부가 일정한 근로자에 대하여 사용자로서의 지위에서 근로조건을 결정하고 통제하는 부문(기관 또는 사업체)을 말한다. 여기에는 정부조직기관뿐만 아니라 정부가 운영하는 회사(이른바 '政府會社')도 포함된다. 그리고 후자에는 정부투자기관이나 정부출자기관을 비롯하여 재투자기관, 지방공기업, 정부출연기관, 특수법인 형태의 공공법인체 등 여러 형태가 있는데, 이들은 광의의 공공부문에 속한다고 하겠다.

이러한 공공부문에 종사하는 근로자에는 공무원인 근로자와 공무원이 아닌 근로자가 있다. 정부조직기관에 종사하는 근로자는 일반적으로 공무원의 지위를 갖지만, 정부회사나 정부출연기관 등에 종사하는 근로자들은 일반적으로 공무원의 지위를 갖고 있지 않다. 그러므로 공공부문에 종사하는 근로자를 지칭하는 용어로서는 공무원보다 포괄적이고도 일반적인 용어가 필요한데, 아직 우리나라에서는 적절한 개념이 정립되어 있지 않다. 물론 각 나라의 상황에 따라 공공부문에 해당하는 사업들의 범위는 차이가 나지만, 공공부문에 종사하는 근로자 일반을 지칭하는 용어로서 미국에서는 'public employee'라는 용어가 주로 사용되고 있으며, 일본에서는 '官公勞働者'라는 용어가 주로 사용되고 있다. 본고에서는 공공부문에 종사하는 근로자를 편의상 '공공부문 근로자'라고 칭하기로 한다.

'공공부문 근로자'라는 개념은 공익근로자와는 다르다. 공익근로자는 공익사업부문에 종사하는 근로자를 말하는데, 공익사업부문은 그 사업으로 인하여 다중이 편익을 얻는 사업부문을 말한다. 민간부문인 특정 사업체 및 공공부문인 특정 사업체 양자 모두 공익사업부문에 해당될 수 있다. 전술하였듯이, 공공부문은 사용자가 정부인 점을 기준으로 판단하며 사업의 공익성을 기준으로 판단하지 않는다. 그러나 특정 사업에 있어서 그 사업의 공공성(공공부문)과 공익성(공익부문)은 뚜렷하게 구별되는 것이 아니어서, 각국의 상황이나 시대적 변화에 따라 특정 사업이 공공부문에 해당되는지 또는 공익부문에 해당되는지는 서로 교차되는 모습을 보인다. 이러한 점 때문에 공공부문의 고찰에서는 공익부문의 고찰을 함께 하여야 할 필요성이 발생한다.

2. 공공부문 노사관계의 변화

(1) 공공부문 노동관계에서는 정부가 직접 간접적으로 사용자로서의 역할을 담당한다.

정부조직기관의 근로자에 대하여는 정부가 직접적 표면적으로 사용자로서 행위한다.

정부투자기관 및 정부출연기관 등 정부조직기관과는 별도의 법적 실체를 가지고 있는 사업체의 경우에는 표면적인 사용자는 그 기관으로 나타나지만, 그 이면에서 정부가 예산상 업무상의 직접 간접적인 감독을 통하여 실질적인 사용자로서 작용한다.

과거 각 나라에서는 정부와 공공부문 근로자의 관계를 민간부문의 노동관계와 동일한 수준, 즉 '노동관계'의 측면에서의 고찰대상으로는 여기지 않아 왔다. 즉 공공부문의 고용은 민간부문의 고용과 구별해 온 것이 역사적인 전통이었다. 공공부문 근로자의 근로조건은 사용자인 정부가 일방적으로 결정하였고, 그것에 대한 법적인 통제는 행정법에 더욱 접근된 것이었다. 그러면서도 사용자인 정부는 공공부문 근로자의 근로조건을 민간부문의 근로자의 근로조건보다도 더욱 좋게 결정하여 왔다(가령, 고임금 및 직업보장). 그러므로 공공부문 근로자에게 사용자는 '선량한 사용자(good employer)'로 인식되었고, 공공부문 근로자는 정부와 협력하여 왔다. 그 결과 집단적인 노동관계는 안정되어 왔다.

(2) 공공부문의 노동관계에서 '좋은 사용자'로서 정부의 이미지가 퇴색된 것은 공공부문의 근로조건이 민간부문에서의 근로조건보다 못하게 되었기 때문이다. 그러한 결과는 한편으로는 자본주의 경제의 발전과 함께 민간부문의 생산성이 향상되고, 근로자의 단결 및 노동보호 입법에 의해 계속 근로조건을 개선하여 온 발전 속도를 공공부문 서비스가 따르지 못함에 주된 이유가 있다.

각 나라는 사회적 경제적인 성장과 더불어 현대에 들어 국민에게 다양한 공공서비스를 확대하는 적극적인 복지국가로 변모하였다. 국민으로부터 공공서비스의 요청이 증가되고, 그 결과 공공서비스를 담당하는 공공부문이 점점 확대되었다. 그러나 공공부문의 관리행정이 거대행정으로 변모되어 그 한 폐단으로서 관리측면에서의 비효율성이 증가하는 한편 국민에게는 양질의 서비스를 제공하지 못하게 되었다. 국민은 공공서비스의 증가로 편익이 증가하였지만 더불어 공공서비스의 재정을 위한 국민의 조세부담도 가중되었다. 정부는 예산상의 제약을 받으면서도 공공서비스 요청의 증가에 부응하기 위하여는 서비스의 경제적 효율성에 관심을 기울일 수밖에 없게 되었다. 그래서 정부는 효율적인 공공서비스를 위하여, 공공부문 근로자의 임금상승을 억제하여 공공지출 중 큰 부분을 차지하는 노동총비용(즉 공공부문 근로자의 총임금)을 줄이는 정책을 취하였다. 또한 비대해진 행정부문을 감축하고, 또 비효율적으로 관리되어 온 정부회사를 민영화하게 되자, 공공부문 근로자의 직업보장도 흔들리게 되었다. 한편, 정부는 국민경제 전체의 견지에서 물가상승을 억제하고 경제적인 안정을 이루기 위하여 소득정책을 취하게 되는데, 민간부문의 임금상승을 억제하기 위한 본보기로서 공공부문의 임금상승을 억제하게 되었다.

이와 같이 공공부문 근로자의 임금 등 근로조건에 대한 정부의 규제가 강화되면서, 이제 정부의 '좋은 사용자'로서의 이미지가 점차 퇴색하였다. 이에 따라 공공부문 근로자들은 임금 등 근로조건의 향상을 위하여 조직화함으로써 정부의 규제에 대항하게 되었다. 공공부문을 민간부문으로부터 분리하여 노동관계를 파악하여 온 종래의 구도는, 공공서비스가 다양하게 확대되어 공공부문과 민간부문 양부문이 담당하는 사업 내지 기능이 겹침으로 인하여 도전을 받게 되었다. 많은 나라에서 공공부문 근로자의 단결 활동에 대하여 정부는 이를 부인하는 억압정책으로 중앙적인 통제를 하였음에도 불구하고 공공부문 근로자들은 지속적인 저항을 계속하여 종국적으로는 그러한 억압은 실패로 귀결되었다. 현재 많은 나라에서 공공부문 근로자들은 민간근로자들보다도 더욱 잘 조직화되어 있으며, 그들의 근로조건을 결정하는 데 영향력을 증대시켜 가고 있다¹⁾.

(3) 우리나라에서도 정부의 '좋은 사용자'로서의 이미지는 퇴색하고 있다. 정부는 경제개발을 지도하면서 경제성장과 더불어 공공서비스를 증가시켜 왔다. 공공서비스의 요청은 계속 증가되고 있지만, 다른 한편으로 이미 비대해진 공공부문은 비효율적으로 운영되고 있다는 비판을 받고 있다. 공공부문에 대한 재정적 압박을 극복하기 위하여 보다 효율적인 관리행정이 요청되고 있다. 공공부문 근로자의 근로조건개선은 둔화되었고, 임금상승은 억제되고 있다. 특히 물가안정을 위하여 민간근로자의 임금상승을 억제하기 위한 본보기로서 공공부문 근로자의 임금상승이 오랜 기간 억제되어 왔다.

그런데, 1987년 이후 우리나라의 노동관계는 활성화 국면으로 전환하였으며, 공공부문의 노동관계도 마찬가지이다. 공공부문 근로자들은 근로조건에 대한 정부의 규제에 대항하기 위하여 점점 조직화를 진행하고 있다. 정부투자기관이나 정부출연기관에서 정부의 경제정책적 재정정책적 규제에 대항하는 파업 등의 노사분규가 점차 증가되고 있다. 최근 공공부문은 민영화를 통한 축소를 도모하고 있으며 또는 여타의 공공부문도 민간부문의 경영방식이 도입되면서 그 공공부문 근로자에게는 직업보장에 대한 위협이 우려되고 있다.

이와 같은 변화로 인하여 공공부문의 노동관계가 노동관계 문제의 핵심으로까지 부각되었다. 또한 '공공부문노동조합대표자회의(공노대)'가 결성되어 공공부문 근로자의 조직화가 확산되고 있다는 점에서 공공부문 노동관계는 더욱 주목을 받고 있다.

3. 공공부문 노사관계에 대한 규율

공공부문 노동관계가 안정되지 않은 한 공공부문 사업의 지속성 및 충실성은 담보될 수 없다. 그런데 우리의 법체계는 수십년 동안 고정되어 온 단순한 형태에 불과함으로써, 오히려 공공부문

노동관계를 더욱 불안하게 하고 있다.

일반공무원에 대하여는 단결권, 단체교섭권, 단체행동권 등의 노동기본권(노동삼권)을 거의 전면적으로 부인하고 있으며, 예외적으로 체신부 및 철도청 소속의 현업기관과 국립의료원의 작업현장에서 노무에 종사하는 공무원 등에게만 단결권 및 단체교섭권을 인정하고 있을 뿐이다. 그 결과 공무원 노동관계의 민주성 합리성 효율성 등을 담보하지 못하고 있다. 반면에 공무원이 아닌 공공부문 근로자, 즉 정부투자기관이나 정부출연기관 등에서 종사하는 공공부문 근로자에 대하여는 별도의 제한없이 노동삼권이 인정되어 민간부문의 노동관계가 마찬가지로 노동조합법과 노동쟁의조정법의 규율을 받는다. 다만 공공부문 사업이 공익사업에 해당되는 경우에는 쟁의행위로 대표되는 단체행동권 행사에 있어서 민간부문에 비해 보다 많은 제약을 받고 있다.

요컨대, 공공부문 근로자의 노동삼권에 대해서는 '공무원'이라는 지위(일조의 신분적 요소)를 기준으로, 공무원인 공공부문 근로자에 대해서는 전면적으로 부정하고, 반면에 공무원이 아닌 공공부문 근로자에 대해서는 전면적으로 긍정하는 규율방식을 취하고 있다. 그런데 이러한 '전부 아니면 전부(all or nothing)', 방식의 규율은, 현재 발생하는 공공부문 노동관계를 둘러싼 문제들을 해결할 수 있는 구도를 제시하지 못하고 있다. 오히려 공공부문 근로자들 측에서는 현행 규율 체계가 직접 또는 간접적으로 노동삼권을 부당하게 억압하기 때문에 여러 가지 문제들이 발생하고 있다고 비판하면서 정부의 규제에 대항하여 노동기본권을 회복하기 위해 노력하고 있다.

헌법재판소는 1990년대에 들어와 현행 규율 체계에 대하여 그 유효성을 인정하는 결정들을 내리고 있다. 그러나 시야를 돌려, 공공부문 근로자의 노동관계에 관한 국제기준을 살펴보면, ILO의 1948년 제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약), 1978년 제151호 협약(공공부문의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약), 1981년 제154호 협약(단체교섭 촉진에 관한 협약), 1978년 제159호 권고(공공부문에서의 고용조건 결정절차에 관한 권고) 등에 의하여, 군대 및 경찰을 제외하고는 공공부문 근로자에게도 민간근로자와 마찬가지로 단결권 및 단체교섭권을 보장하여야 한다고 규정하고 있다. 파업권에 관하여는 그 보장을 명시하는 협약은 없지만, 결사의 자유위원회의 결정들에서 나타나는 ILO의 입장은 '공공당국의 대리인인 공무원(civil servants being those who act on behalf of the public authorities) 또는 '엄밀한 의미에서의 필수적인 사업(essential services in the strict sense of the term)에 종사하는 자'에 대하여만 파업권 제한이 허용될 수 있다고 한다.

이러한 국제기준에 비추어 보면, 우리의 법체계는 공공부문 근로자의 노동기본권을 상당히 제한하고 있음을 알 수 있다. 그리고 이 분야에 관한 제도개선에서 있어 지금까지는 단지 당면한 문제들에 대한 임시방편적인 해결만을 도모하여 왔다. 그러나 공공부문의 노동관계가 집단적인 노사 자치에 따라 안정적으로 발전하기 위하여는 현행 법체계에 대한 전면적인 재검토가 요청됨을 부인할 수 없다.

사실 우리의 법체계가 전술한 바와 같이 '전부 아니면 전부'의 비교적 단순한 법체계를 취하게 된 배경으로는 우리가 일본의 법체계를 모방하면서, 주로 제2차 세계대전 종전 직후의 초기 법체계를 단순화하여 도입한 때문이 아닌가 추측된다. 그리고 이러한 일본의 법체계는 제2차 세계대전 종전 후에 미국의 법체계를 변용하여 도입한 것으로 평가되고 있다. 그러므로 미국과 일본의 법체계를 고찰하는 것은 우리의 법체계의 의미를 간접적으로 규명할 수 있는 의미있는 작업이 될 것이라고 생각된다.

개략적으로 미국의 법체계를 미리 언급한다면, 연방헌법상 공공부문 근로자에게 노동기본권을 보장하는 규정이 없으므로 각 법역에서 각자의 입법정책에 따라 공공부문 근로자의 노동기본권 인정 여부를 결정하고 있다. 연방헌법상의 기준이 없으므로 입법정책상 다양한 견해가 '자유로이' 제기될 수 있는데, 공공부문 근로자의 노동기본권 보장에 관해 전면적 부정부터 거의 전면적 긍정(파업권만은 제한범위 내에 긍정) 사이에서 연방 및 주들의 각 법역마다 그 법체계가 '다양한' 형태를 갖는다. 전체적으로 보면 오랜 억압의 단계를 거쳐 1960년대 이후에야 점차 인정되어 가는 경향이라고 볼 수 있다.

한편, 일본에서는 일반공무원에 대하여는 단체협약체결권 및 쟁의행위권을 부정하고, 국공영기업 직원에 대하여는 쟁의행위권만 부정하는 것이 기본적인 틀이다. 이러한 골격은 제2차 세계대전 후 연합국사령부의 점령시기에 형성된 것으로서 현재까지 그 기본틀이 계속 유지되어 오고 있다.

그러나 헌법상으로는 공무원도 근로자로서 노동기본권이 보장되므로, 하위법규인 법률상으로 노동기본권을 이렇게 제한하는 것이 과연 헌법합치성, 즉 합법성이 있는지에 대해서는 많은 의문과 반론이 계속 제기되어 왔다. 이에 대하여 최고재판소의名古屋中郵 사건 판결(1977. 5. 4.)은 재정민주주의론에 입각하여 기존의 법체계를 정당화한 바 있다. 한편 정부는 기존의 골격은 그대로 유지하면서 일부의 권리를 인정하는 방향으로 입법을 개선하고(주로 ILO제87호 협약 비준과정에 수반한 개정), 다른 한편으로는 노동기본권 획득 투쟁의 핵심세력인 3공사를 민영화하여 공공부문으로부터 제외하는 방법을 사용하였다.

미국과 일본의 법체계는 우리보다는 노동기본권을 보장하는 방향으로 점차 발전되어 왔는데, 우리의 법체계는 그러한 발전이 수용되지 못해 왔다는 점에서, 양국의 법체계 발전은 우리의 법체계의 발전방향에 관한 예시가 될 수 있다. 그러나 미국과 일본의 법체계도 ILO의 기준에 비추어 볼 때 국제적인 기준에 상응하는 정도까지 발전되어 있지는 않다. 그러므로 미국과 일본의 법체계는 우리에게 참조할 수 있는 일례가 될지언정 궁극적인 해답은 결코 될 수 없다. 이러한 이유로 본고에서는 시야를 좀더 확대하여 미국과 일본보다 먼저 노동관계의 발전을 이루어 온 유럽의 경우, 특히 독일, 영국, 프랑스의 경우를 아울러 고찰하려 한다. 이러한 나라들에서는 공공부문의 대부분 내지 상당부분에 있어 노동기본권을 민간부문과 동일하게 보장하여 ILO기준에 상응하고 있다.

한편 우리나라도 ILO의 회원국이므로, 법체계의 발전방향을 모색하는 데에는 ILO의 기준이 우리에게 중요한 의미를 갖는다.

따라서 이 글에서는 우리나라의 법체계를 검토한 후 ILO의 기준, 미국의 법체계, 일본의 법체계, 유럽제국(독일, 영국, 프랑스)의 법체계를 차례로 검토함으로써, 우리나라의 법체계에 대한 개선의 시사점을 찾고자 한다.

4. 공공부문과 민간부문의 비교검토의 필요성

연혁적으로 공공부문의 노동관계에서는 '공공부문'이라는 특이성을 이유로 일반적인 노동관계와는 다른 규율을 모색하여 왔다. 이에 대하여 다른 한편에서는 공공부문의 특이성을 부인하고, 공공부문에 노동관계에 대한 규율도 일반적인 노동관계에 대한 규율과 유사하도록 그 차이점을 제거하여야 한다고 주장하여 왔다. 따라서 각국에서의 공공부문노사관계에 관한 검토는 그 국가에서의 민간부문 노사관계에 관한 규율과 비교하여 이해되어야 한다.

이러한 비교검토없이 단순히 여러 국가의 공공부문 규율을 평면적으로 비교하는 것은 오해를 초래하기 쉽다. 가령, 일본의 국가공무원의 경우에는 직원단체가 당국과 교섭을 할 수 있는 반면, 미국에서는 연방공공부문 근로자의 경우에는 배타적 교섭대표로 인정된 노동조합만이 당국과 단체교섭이 가능하다. 일본의 직원단체는 민간부문의 노동조합과는 다른 성질의 것으로 공공부문에서 노동기본권이 제한된 형태로 볼 수 있다. 그렇지만 배타적 교섭대표제도는 공공부문의 특이성과는 전혀 상관없는 것이며, 미국 노동관계에서의 단체교섭 구조상의 특징일 뿐이므로, 공공부문에서 노동기본권이 제한된 형태라고 볼 수는 없다.

주석 1) Tiziano Treu, "Labour Relations in the Public Service", Public Service Labour Relations, Tiziano Treu et al., (Gnenva:International Labour Office, 1987) 1~6쪽 참조.

第2節 公共部門 勤勞者의 勞動基本權 認定 與否에 關한 論議

공공부문 근로자의 노동기본권을 인정할 것인가에 대해서는 크게 부인론과 긍정론이 대립하고 있다. 우선 공공부문 근로자에게 단결권, 단체교섭권, 단체행동권 등의 노동기본권이 부인 내지 제한되어야 한다는 견해(부인론)가 내세우는 논거는 매우 다양하다. 주로 거론되고 있는 것만 보면, 특별권력관계론, 전체의 봉사자론, 공공복리론, 공공역무론, 근로조건법정주의론, 재정민주주의론, 시장억제력결여론, 정치과정왜곡론, 대상조치론 등이다. 이들은 주로 공무원의 노동기본권 제한과 관련한 것이지만, 경우에 따라서는 공공부문 근로자 일반에 대하여까지 그 논리가 확대 적용된다.

이에 비해 이상의 부정론적인 논거들을 비판하면서 공공부문 근로자도 노동기본권을 보장받아야 한다고 주장하는 견해(긍정론)도 있다.

이 글에서는 공공부문의 노동관계에 관한 우리나라의 법체계를 논하고서, 비교법론으로 미국, 일본, 유럽제국의 경우를 살펴보고 있는데, 노동기본권의 인정 여부에 관한 위의 여러 논거들이 미국이나 유럽제국에서는 주로 각 법역에서 공공부문 근로자에게 노동기본권을 인정하여야 할지를 결정하는 입법정책론으로 등장하여 현행 법체계를 이루어 왔으며, 일본에서는 주로 헌법상 근로자에게 보장된 노동기본권을 광범위하게 제한하고 있는 공무원관계 법률의 위헌 여부에 대한 논의, 즉 헌법해석론으로 등장하고 있다.

이하에서는 각 견해들을 간략하게 살펴봄에 그친다¹⁾. 그리고 각 견해들은 공공부문 근로자 중에서 주로 공무원을 중심으로 전개되어 온 것이다.

1. 노동기본권을 부인 및 제한하는 논거

① 특별권력관계론

특별권력관계론은 국가와 공무원 사이의 관계를 특별권력관계로 파악하여 노동기본권이 부인될 수 있다는 이론이다. 즉 공무원과 국가공무원은 그 자유의사에 의해 국가와의 특별권력관계에서 포괄적인 지배를 받는 지위에 있으므로 국가와 일반국민 사이의 일반권력관계와는 달리 '법률에 의한 기본권 제한의 원칙'이 존중될 필요는 없으며, 따라서 공무원의 노동기본권도 부인될 수 있다는 이론이다.

그러나 공무원 관계에 특수성이 있다 하여 특별권력관계에 있는 것은 아니기 때문에 특별권력관계를 이유로 공무원의 노동기본권을 제한하려 하는 것은 '절대주의 법이론'의 잔재에 불과하다.

② 전체의 봉사자론

전체의 봉사자론은 공무원이 국민 전체의 봉사자인 것을 이유로 공무원의 근무관계는 사적 노동관계와는 다른 것이고, 따라서 공무원의 노동기본권은 제한할 수 있다는 이론이다. 공무원의 근무관계 그 자체가 일반근로자의 그것과 다르다는 점에서 공무원의 노동기본권을 제약할 수 있다는 것이다. 예를 들어, 쟁의행위를 하는 경우 국민에 대한 효과가 어떻든, 공무원은 전체의 봉사자로서 국민을 사용자로 하며, 따라서 정부는 그 근무조건을 본래 결정할 수 없다는 점에서 근무관계 자체에 특수성이 있고 이 특수성에 의해 공무원의 노동기본권 제한은 설명될 수 있다고 한다.

그러나 원래 공무원이 전체의 봉사자라는 의미는 국민의 신탁에 의해 공무를 담당하기 때문에 국민 전체의 이익을 위해 직무를 행하여야 하고, 일부의 국민과 특정의 계층 내지 당파의 이익을 위해 행동하여서는 안된다는 것이다. 이 전체의 봉사자라는 개념은 공무원의 직무수행상의 기본적 태도, 즉 공무원이 국민과 주민을 접촉하는 경우(말하자면 대외적인 경우)에 취하여야 할 자세를 나타낸 것이고, 공무원의 근로관계 즉 노무제공을 주축으로 하는 내부적인 고용의 경우에 문제로 되는 노동삼권과는 직접 관계를 갖지 않는 개념이다. 또한 사용자라고 하는 것은 근로자를 지휘하기도 하고 근로조건의 결정 기타의 근로관계의 제문제에 관하여 권한을 갖는 자를 가리키는 것이고, 공무원의 경우에는 정부와 소속기관의 장 등이 이에 해당한다. 이들을 넘어서 '공국의 사용자'는 누구인가를 묻는 것은 적어도 노동법상은 무의미하다. 국민은 납세자로서 공무원의 급여를 부담하고, 또한 정부와 의회를 선출하기 위해 한 표를 던지는 권한은 있어도,

공무원을 지휘감독하거나 그 근로조건을 결정하는 권한을 갖지 않기 때문이다.

③ 공공복리론 공공역무론

공공복리론은 기본권은 공공복리에 반하지 않는 범위에서만 국가권력을 구속한다는 전제하에 공무원의 쟁의권 행사는 정부의 기능을 저해하며 국민생활의 행복과 질서를 해치게 되므로 제한하여야 할 필요가 있다는 이론이다.

그러나 공공복리의 개념은 원래 자본소유권을 중심으로 하는 시민적 자유를 제한하기 위한 개념이다. 노동기본권의 보장 그 자체가 공공복리에 부합되는 것이기 때문에 이를 노동기본권 제한의 근거로 하는 것은 모순이다. 공공복리는 사회적 기본권에서는 그 실천 목표가 된다.

한편, 공공복리론과 유사한 견해로 공공역무론이 있다. 공무원은 공법상의 계약에 의해 국가기관에 편입되고 국가의 공권력하에서 공적 요구를 충족시키기 위해 공공역무에 협력하는 자인바, 공공역무는 계속성과 질적 동일성이 항상 요구되므로 공무원의 단체교섭, 특히 쟁의행위는 용납되지 않는다는 이론이다.

그러나 공공역무의 개념은 오늘날 주요 산업의 국공유화정책으로 국영사업 내지 공영사업이 현저히 증가됨으로써 그 개념적 내포가 확대되어 결국 '직무의 공공성'으로 대체되었다. 이러한 공공성은 전통적인 공무원이나 공공부문 근로자 일반의 경우뿐만이 아니라 일반근로자의 경우에도 존재하며, 더구나 20세기 자본집중과 독점기업의 형성은 일반근로자의 직무에서 공공성을 현저하게 제고하고 있다는 점을 유의할 때, 공공역무 개념에 의한 노동기본권의 제한론 역시 부적절하게 되었다고 할 것이다.

④ 근로조건법정주의론 재정민주주의론

근로조건법정주의론은 공무원의 급여의 재원은 조세에 의해 마련되고, 그 근무조건은 민주국가의 규칙에 따라 결정되는 것으로 사기업과 같이 자유로운 단체교섭에 의한 합의에서 결정되는 것이 아니라, 원칙적으로 의회가 제정한 법률 예산에 의해 정해진다는 이론이다. 사용자로서의 정부에 어떤 범위의 결정권을 위임하는가는 의회가 입법권을 가지고 정해야 할 노동정책의 문제라고 본다.

그러나 의회에 의해 결정되는 공무원의 근로조건이 공정하다는 것은 의제적인 것에 불과하다. 공무원과 사용자인 정부 사이에 노사관계가 사실로 존재한다는 것을 긍정하여야 하고 그 관계는 노사의 자주적인 해결을 원칙으로 하여야 하며, 따라서 그 근무조건은 단체교섭에 의해 결정하는 것이 좋을 것이다.

한편, 재정민주주의론은 공무원의 근무조건은 국가 자산의 운용 처분과 밀접하게 관계되어 있기 때문에, 의회의 의사와 무관하게 노사간의 단체교섭에 의해 공동결정하는 것은 헌법상 허락되지 않는다는 이론이다. 재정민주주의를 기본으로 하는 헌법상의 요청으로서는, 단체교섭에 의한 근로조건 공동결정은 의회로부터 재정에 관한 일정한 사항을 정부에 위임함에 의해 비로소 인정될 수 있는 것에 불과하다고 본다.

그러나, 재정민주주의의 원칙은 행정권력에 의한 재정 처리가 자의적 비민주적으로 되는 것을 방지하기 위해, 국민의 의사와 이익에 합치하도록 운영되는 것을 목적으로 하여 거기에 의회의 의결이라고 하는 요건을 과한 것이다. 따라서 재정민주주의의 원칙을 적용받는 자는 본래 정부이고, 따라서 이를 근거로 노동기본권을 부인하는 것은 타당하지 않다. 그리고

재정민주주의의 원리는 재정의 대강이 의회의 의결에 의해 정해지는 것을 요구할 뿐이고, 공무원의 근로조건 세부에 이르기까지 법률에 의해 결정될 것까지 요구하는 것은 아니다.

더구나 현대에 들어와 재정의 능률화 합리화란 이름 아래 행정권력의 강화 내지 비대화가 촉진되고 이에 따라 재정에 대한 의회의 제한 억제가 명목상의 것으로 변화하고 있는 점을 고려할 때, 특별히 재정민주주의의 원리를 노동기본권 부인의 논거로 삼는 것은 부적절하다.

⑤ 시장역제력결여론

시장역제력결여론은 민간부문의 노동관계에서는 작용하는 시장역제력이 공공부문에서는 작용하지 않기 때문에 공공부문에서는 단체교섭구조를 인정할 수 없다는 이론이다. 민간부문의 노동관계에서는 노사분쟁이나 임금인상의 결과 그 사용자가 시장에 매출해 있는 상품의 가격이 상승하면 그 상품의 판매는 줄게 되고, 따라서 노사는 파업권이 있는 단체교섭이라 해도 장래의

매상 감소, 사업 중단, 파산 등에 관련한 조합원의 해고 위험까지 고려하므로 결국 쟁의권이 있다 해도 자기규제력이 작용한다고 본다.

그러나, 민간부문의 시장에서도 독점적 대기업의 경우는 기업이 시장자체를 지배하고 있어서 시장의 억제력이 작용하지 않기 때문에, 시장억제력의 유무는 일반근로자와 공무원의 노동기본권에 결정적인 차별을 설정하는 표지로 되는 것은 아니다. 또한 공무원의 쟁의행위는 국민 대다수의 공감과 지지를 배경으로 하여야만 사용자에게 대해 강력한 압력으로 될 수 있으므로, 국민여론이 강한 억제력으로 작용한다. 더구나 공무원의 급여는 국민경제 전체를 고려하여 결정되는 것이고, 그 시대의 임금 시세를 도외시하여 결정되는 것은 있을 수 없다.

⑥ 정치과정왜곡론

정치과정왜곡론은 공무원의 근로조건의 결정과정은 예산 분배 및 행정내용 결정에 관한 주권자인 주민의 의사를 존중하여 행해져야 하는 민주적 과정인데, 공무원의 파업권은 이 과정에 있어서 단순한 일 이익그룹에게 과도한 강력한 힘을 부여하여 위 정치과정의 정상한 모양을 왜곡하는 것으로 인정되지 않는다는 이론이다. 공공부문의 단체교섭에는 이윤추구라는 기업 목적에 의한 억제가 존재하지 않으며, 또한 과도한 임금인상이 수요를 감소 및 고용의 감소를 초래하는 시장적 억제력이 결여한다는 시장억제력이 결여되어 있으며, 공공부문의 파업은 대체성 없는 중요한 서비스를 중단시키는 것으로 당국, 주민에게 비용을 무기한 해결을 강요하는 강력하고도 유효한 무기로 된다는 점에서 힘의 불균형이 존재하기 때문이다.

그러나 이 이론의 전제가 된 시장억제력결여론은 비판을 받으며, 공공부문에도 시장의 억제력이 있으며, 파업권을 부정하는 것은 오히려 사용자를 강화한다는 비판을 받는다.

⑦ 대상조치론

대상조치론은 근로자의 노동삼권 그 자체가 목적이 아니라 근로조건의 유지 개선을 위한 것이므로 다른 제도상의 기술(가령 공무원법상의 각종 특별보호 배려)에 의해 대상조치가 이루어진다면 특별한 제한이 가능하다는 이론이다.

그러나, 대상조치만 부여되면 자유로이 공무원의 노동기본권의 제한이 허용된다는 근거는 없다. 노동기본권의 제한이 합리적이고 필요부득이하다고 판단되는 경우에 대상조치가 필요 최소한도의 원칙 등에 의해 비로소 취할 수 있는 논의에 불과하다. 또한 공무원제도의 신분보장에 있어서도 공무원법이나 정원 변경 또는 예산 감축에 의해 강등 면직될 수도 있고, 의무위반 행위로 인하여 징계 면직당할 수도 있다는 점에서 일반근로자와 다를 바 없으므로 공무원법상의 신분보장이나 위법처분에 대한 행정구제 등도 노동기본권 제한의 충분한 대상조치라고는 할 수 없다.

2. 노동기본권을 인정하는 논거

공무원에게도 노동기본권을 인정하여야 한다는 주장들은 먼저 공무원도 민간부문의 근로자와 마찬가지로 근로자임을 긍정한다. 또한 공공부문의 쟁의행위가 다발하고 있으며, 쟁의행위의 금지가 한층 분쟁을 악화시키고 있다는 현실적인 인식을 전제로 하여, 민간부문과 같은 단체교섭권 및 쟁의권을 용인하여 당사자의 자주적 해결을 촉진하는 것이 쟁의행위를 감소시키게 된다고 본다.

한편 공무원에게도 단결권, 단체교섭권은 보장되어야 하나 다만 쟁의권은 불가결업무에 한정하여 금지되어야 한다는 불가결업무론도 있다. 현실 기능적인 관점에서 보면 공공부문에 불가결업무가 아닌 업무가 있고 반대로 민간부문에도 불가결업무가 있기 때문에, 경영 주체가 단지 공공기관인가 민간기업인가에 의해 그 피용자의 파업을 위법시하거나 금지하는 것은 정당화될 수 없다고 본다. 그 파업에 의해 주민 또는 사회에 대하여 끼치는 영향의 정도가 고려되어 있지 않기 때문이다.

이상에서 살핀 바와 같이 공무원 또는 공공부문 근로자일반에 대한 노동기본권 제한의 근거로 제시되는 것은 충분한 타당성을 갖지 못한다. 다만 공공부문 근로자에 대한 노동기본권 보장에서 특수한 규제를 할 수 있는 경우가 있다면, 그것은 '공무원'이라는 신분에 기인하는 것이 아니라 직무 성질상의 특수성에 기인한다고 보아야 한다. 이와 같이 직무 성질에 비추어 노동기본권의 특수한 제한을 할 수 있는 경우로는 군인 경찰관 소방관 등의 경우를 들 수 있다. 이들에 대하여도

단결권부터 부인할 것은 아니고, 직무 성질상의 제한의 필요성에 비례하여 쟁의권을 제한하면 될 것이다.

주석 1) 이하 이철수 편역, 『노동법사전』 (법문출판사, 1990) 603~616쪽 참조.

第2章 韓國의 公共部門 勞使關係法

第1節 基本體系

(1) 우리나라 공공부문에는 정부기관, 정부투자기관, 정부출자기관, 재투자기관, 지방공기업, 정부출연기관, 공공법인체인 특수 재단 사단법인 등 다양한 형태의 기구가 포함된다.

정부기관은 정부 조직을 구성하는 기관을 말하며, 여기에는 체신부, 철도청처럼 광의의 정부기업(또는 공기업)에 포함되는 정부기관도 있다. 정부기관에 고용되어 있는 근로자는 일반적으로 공무원의 지위를 갖고 있다.

정부투자기관은 정부가 총자본금의 50% 이상을 출자한 기관을 말하며(한국산업은행, 한국조폐공사, 한국전력공사 등), 정부출자기관은 정부가 총자본금의 50% 미만을 출자한 기관을 말한다(한국외환은행 등, 정부출자기관에는 정부 이외에 다른 공기업도 출자를 하여 정부의 실질적인 보유자본금이 50%가 넘는 것이 많음). 재투자기관은 정부투자기관이 다시 투자하여 자본금을 가장 많이 소유한 기관을 말한다(한국산업리스, 성업공사 등).

지방공기업은 지방공공단체가 직접 설치 경영하는 지방직영기업과(상 하수도, 공영개발 등), 지방공공단체가 총자본금의 50% 이상을 출자하고 간접 경영하는 지방공사(금강도선공사, 서울지하철공사 등) 또는 지방공단(서울시설관리공단) 등이 있다.

특수 재단 사단 법인은 관계법에 의해 설립되어 기관 운영에 필요한 상당분의 경비를 정부가 출연하는 기관을 말한다(한국은행, 증권감독원, 농협중앙회 등).

(2) 이러한 공공부문의 노동관계에 관한 현재의 법체계는, 집단적 노동관계를 중심으로 살펴보면 다음과 같다.

먼저, 헌법 질서의 측면에서는 헌법 제33조 제1항에서 근로자에게 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 보장하고 있지만, 동조 제2항에서 공무원은 법률이 정하는 자에게만 노동삼권이 보장된다고 규정하고 있으며, 또한 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항에 의해 공무원이 아닌 공공부문 근로자에 대하여도 노동삼권이 제한될 수도 있다.

이러한 헌법 구도 아래에서, 공무원 일반에 대하여는 노동삼권이 부인된다(국가공무원법 제66조 제1항). 다만 법원의 기능직 및 고용직 공무원이거나 또는 기능직 및 고용직 공무원으로서 체신부 및 철도청 소속의 현업기관과 국립의료원의 작업현장에서 노무에 종사하는 자(사실상 노무에 종사하는 공무원)는 그 예외로 하여 단결권 및 단체교섭권이 인정되며(국가공무원법 제66조, 법원공무원규칙 제91조, 공무원복무규정 제28조), 쟁의행위권은 부인된다(노동쟁의조정법 제12조 제2항).

한편 정부투자기관이나 정부출연기관 등 여타의 공공부문의 노동관계에서는 그 근로자에 대하여 별도의 제한이 없이 노동삼권이 인정되며, 민간부문의 노동관계와 마찬가지로 노동조합법과 노동쟁의조정법의 규율을 받는다. 다만, 공익사업에 해당되는 경우에는 강제중재제도에 의해 결과적으로 쟁의행위권이 부인된다(노동쟁의조정법 제30조 제3호).

(3) 이와 같은 우리나라의 법체계에 대하여 다음과 같은 점들을 주목할 필요가 있다. 첫째, 공공부문 근로자를 '공무원'이라는 지위(일종의 신분적 요소)를 기준으로 대별하여, 공무원의 경우에는 노동삼권의 전면적인 부인, 공무원이 아닌 경우에는 노동삼권의 전면적 인정이라는 원칙을 세우고 있다. 그 원칙의 예외로서 공무원이면서도 쟁의행위권을 제외한 노동기본권이 보장받는 일부 근로자가 있고, 공무원이 아니면서도 쟁의행위권이 사실상 부인되는 일부

근로자가 있다. 또한 민간근로자이면서도 공무원처럼 노동삼권이 전면적으로 부인되는 극단적인 예외가 있는데, 바로 사립학교 교사이다(사립학교법 제55조, 교육공무원법 제1조, 제53조 제4항의 반대 해석).

둘째, 공공부문 근로자의 노동관계를 민간근로자의 노동관계와 달리 구체적으로 규율하는 별도의 법률이 없으며, 공공부문 근로자에게 노동기본권을 인정하는 경우에는 민간근로자와 동일한 법규인 노동조합법 및 노동쟁의조정법에 의해 규율된다. 따라서 공공부문 근로자는 노동기본권이 인정되는 부류인가 아닌가에 따라 전부 아니면 전무(all or nothing)의 처지에 있다.

위의 두 가지 점을 결합하면 공공부문 근로자는 공무원이며 노동기본권이 전면적 부정, 공무원이 아니면 전면적 긍정이라는 원칙이 도출된다(그 예외의 경우는 비교적 경미하다고 볼 수 있음).

이러한 우리 법체계의 타당성에 대하여는 종래 논란이 있어 왔다.

헌법에 공무원의 노동삼권 보장을 제한하는 명문의 근거규정(제33조 제2항)을 두고 있음에도 불구하고, 위와 같은 제한 법규들이 헌법 전체의 질서에 비추어 과연 타당한가라는 문제는 여전히 남아 있다.

헌법재판소는 공무원 등의 노동삼권을 제한하는 법규정들에 대하여 1990년대에 합헌 결정(또는 헌법불합치 결정)을 내려 현행 법규의 효력을 인정하고 있다. 그러나 이러한 헌법재판소의 결정에 대하여는 그 타당성을 비판하는 견해가 많다.

第2節 公務員의 勞使關係

1. 공무원의 근로자성

(1) 헌법 제22조 제1항은 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다"라고 규정하여 노동삼권의 주체를 '근로자'로 정의하고 있다.

여기서 근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금, 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자(노동조합법 제4조), 즉 임금생활자를 의미한다.¹⁾

근로자의 개념을 이와 같이 판단하고 있으므로, 국가 또는 지방자치단체(공공단체)에 고용되어 있는 '공무원'도 근로자이며(근로자성), 노동삼권의 주체가 된다는 점(노동삼권 주체성)을 인정하는 것이 판례와 학설의 공통된 입장이다. 공무원은 직접 또는 간접적으로 국민에 의하여 선출 또는 임용되어 국가나 공공단체와 공법상의 근무관계를 맺고 공공적 업무를 담당하는 자라는 점에서 특수성을 가지긴 하지만, 공무원도 각종 노무의 대가로 얻는 수입에 의존하여 생활하는 사람이라는 점에서는 통상적인 의미의 근로자적인 성격을 부인할 수는 없기 때문이다.²⁾

공무원의 근로자성은 헌법 자체 내에서도 인정되고 있다. 즉 헌법은 제33조 제2항은 "공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다"라고 규정하고 있는데, 이 규정이 비록 노동삼권을 제한하는 근거규정이긴 하지만, '공무원인 근로자'라는 문언을 사용하고 있어서 공무원의 근로자성을 인정하는 기초위에 서 있음을 분명히 하고 있다.

(2) 헌법은 이처럼 노동삼권의 주체를 근로자로 정의하면서(제33조 제1항), 또한 공무원 등의 근로자성을 인정하는 만큼(제33조 제2항), 공무원을 포함하여 모든 근로자에게 노동삼권을 인정하는 것이 헌법의 '원칙' 내지 '기본 정신'이라고 보아야 한다.

모든 근로자에게 노동삼권을 인정하는 것이 헌법의 원칙' 내지 '기본 정신'이라는 의미를 살펴보기 위하여는, 먼저 기본권에 대하여 헌법이 취하는 기본 입장을 이해하여야 한다.

헌법은 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다"(제10조 전단)라는 대원칙하에서 "국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니하며"(제37조 제1항), 기본권을 제한하는 경우에도 "자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수는 없다"(제37조 제2항 후단)고 규정함으로써, 기본권은 '실정권'이 아니라 국가에 선존하는 '자연권'임을 인정하고 있다³⁾.

이러한 입장에 따라 "국가는 개인이 가지는 불가침의 기본권 권리를 확인하고 이를 보장할

책임"(제10조 후단), 즉 '기본권 최대보장의 책임'을 지며, 따라서 합리적인 근거하에 기본권을 제한하는 경우에도 그 필요성에 응하는 최소한의 제한에 그쳐야 하고(최소 제한의 원칙), 그 본질적 내용을 침해하여 기본권을 형해화하는 정도에 이르는 것이어서는 안된다는 점(본질적 내용 침해금지의 원칙)이 인정된다⁴⁾.

그러므로 노동삼권도 헌법이 보장하는 기본권의 하나이며, 공무원에 대하여 노동삼권의 주체성이 인정되는 만큼, 기본권 최대보장의 원칙에 비추어, 공무원에 대하여도 노동삼권을 최대한 보장하는 것이 헌법의 '원칙' 내지 '기본 정신'에 합치하는 것이 된다.

2. 공무원의 노동삼권 보장과 제한

헌법, 노동조합법, 국가공무원법, 노동쟁의조정법 등에 의해 공무원의 노동삼권은 인정되지 않고 있으며, 일부 공무원에게만 예외적으로 인정되고 있다. 이를 상술하면 다음과 같다.

(1) 현행 헌법(1987년 개정)은 "공무원인 근로자는 법률이 정하는자에 한하여, 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다"(제33조 제2항)라고 하여, 공무원 중 일부의 자에게만 노동삼권이 인정될 수 있다는 취지를 규정하고 있다. 바꾸어 말하면, 공무원 중 일부의 자에 대해서는 노동삼권 전체가 부일될 수 있다는 취지이다.

원래 제헌헌법 이래 1962년 개헌 이전까지는 "근로자의 단결 단체교섭과 단체행동의 자유는 법률의 범위 내에서 인정된다"는 개별유보가 있는 조항만 있었다. 1962년 개헌에서는 개별유보를 일반유보로 돌리고, "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 갖는다"라고 규정하면서, 이어서 "공무원인 근로자는 법률로 인정된 경우를 제외하고는 단결권, 단체교섭권, 및 단체행동권을 가질 수 없다"라고 규정하여(제29조) 개별유보가 있는 방식으로 공무원에 관한 제한을 명시하였다.

그 규정을 현행 헌법에서는 ".....한하여"가진다는 식으로 규정방식을 변경하였다. 그런데 동조항의 규정형태는 노동삼권의 대하여 소극적으로 그 '제한'범위를 정하는 형태가 아니라 그 '허용' 범위를 규정하려는 형태를 취함으로써 노동삼권의 제한을 보다 용이하게 하는 규정방식을 취하고 있다. 그러나 이러한 규정형태는 전술하였듯이 공무원도 근로자이며 공무원인 근로자를 포함한 모든 근로자에게 노동삼권이 원칙적으로 보장된다는 헌법의 원칙 내지 정신에 상충하는 것이다. 그 결과, 후술하듯이 입법재량에 관하여 다양한 해석 여지를 주고 있다.

(2) 제헌헌법 이래 1962년 개헌 이전까지는 헌법상 공무원의 노동삼권을 제한하는 별도의 규정이 없었음은 전술한 바와 같다. 이 시기에 제정된 노동조합법(1953년 제정) 제6조에서는 "근로자는 자유로 노동조합을 조직하거나 또는 이에 가입할 수 있다. 단, 현역군인, 군속, 경찰관리, 형무관리와 소방관리는 예외로 한다"는 규정만을 두고 있어, 공무원 일반에게 노동삼권이 제한되지는 않았다.

그러나 1947년 제정된 국가공무원법 제37조에서는 "공무원은 정치활동에 참여하지 못하며 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 하여서는 아니된다"는 규정을 두고 있어서 공무원 일반에 대하여 노동삼권이 부인된다고 해석하였다(유권해석, 법무 1189호, 1959. 3. 14). 다만, '단순한 노무에 종사는 공무원'은 별정직 공무원으로 분류되어 동법의 적용을 받지 않았으므로(제2조, 제3조 제5호), 노동삼권의 보장을 받을 수 있었다.

그후 5 16으로 집권한 국가재건최고회의는 입법권을 행사하였는데, 1961년에 전술한 국가공무원법 제37조를 개정하여 ".....노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행동을 하여서는 아니된다"고 규정하여 일반공무원에게 노동삼권이 보장되지 않는다는 점을 명확히 하였다. 또한 1962년 동조항을 다시 개정하여 "단, 사실상 노무에 종사하는 공무원의 노동운동은 예외로 한다"는 단서규정을 신설하여 조문을 정비하였다.

이와 같이 일반공무원의 노동삼권을 부인하는 법규정에 대하여 1962년 개헌에서는 공무원에게 예외적으로만 노동삼권이 보장된다는 제한규정(제29조)을 신설하여 헌법적인 근거를 마련하였다. 또한 1963년에는 기존의 관련규정들을 정비하여 노동조합법의 전면개정에서는 구노동조합법(1953년 제정법)에서 군인, 경찰, 등의 노동조합 조직을 부인하는 규정부분(제6조

단서)을 대신하여 "근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다. 다만, 공무원에 대하여는 따로 법률로 정한다"(제8조)라고 규정하고, 국가공무원법 전면개정에서는 "공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 각령으로 정하는 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다"(제66조)라고 규정하였다. 그리하여 우리의 법체계에서는 일반공무원은 노동삼권이 부정되고, 사실상 노무에 종사하는 공무원에게는 예외적으로 노동삼권이 허용되는 구도, 즉 사실상 노무에 종사하는지 여부를 기준으로 삼는 구도가 고정되어 현재에 이르고 있다.

즉 국가공무원법 제66조 제1항 및 지방공무원법 제58조 제1항에서는 "공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다"라고 규정하고 있다. 여기서 '노동운동'이라 함은 근로삼권 보장활동, 즉 '근로조건 향상을 목적으로 하는 노동조합 결성행위 및 그 활동'을 의미한다고 해석되고 있으므로, 결과적으로 일반공무원에게는 단결권, 단체교섭권, 단체행동권 전부가 부정된다. 예외적으로 노동삼권이 허용되는 '사실상 노무에 종사하는 공무원'의 구체적 범위에 대하여는 다시 '국회규칙, 대법원규칙 또는 대통령령'에 위임하고 있는데(국가공무원법 제66조 제2항), 그에 따라 대법원규칙은 '기능직 공무원 및 고용직 공무원'(법원공무원규칙 제91조)으로, 대통령령은 '기능직 및 고용직 공무원으로서 체신부 및 철도청 소속이 현업기관과 국립의료원의 작업현장에서 노무에 종사하는 자'(공무원복무 규정 제28조)를 사실상 노무에 종사하는 공무원으로 규정하고 있다. 반면 국회, 헌법재판소의 경우에는 국회규칙에 해당하는 국회공무원 복무 규정에서 유사한 규정을 두고 있지 않으며(입법 미비인 듯하다), 헌법재판소 공무원규칙은 대통령령인 공무원복무규정을 준용하고 있다(제2조 참조).

사실상 노무에 종사하는 지방공무원의 범위에 대하여는 조례로 정한다(지방공무원법 제58조 제2항).

또한 법원공무원규칙과 공무원복무규정이 정하는 사실상 노무에 종사하는 공무원에 해당하는 자 중에서, '서무 인사 및 기밀업무에 종사하는 자', '경리 및 물품출납사무에 종사하는 자', '노무자의 감독사무에 종사하는 자', '보안업무규정에 의한 보안목표시설의 경비업무에 종사하는 자', '승용자동차의 운전이 종사하는 자'는 사실상 노무에 종사하는 자의 범위에서 다시 제외되고 있다(각 조항 단서 제1호에서 제5호 참조).

위와 같이 예외적으로 사실상 노무에 종사하는 공무원은 노동조합을 조직할 수 있는데, 그 공무원이 노동조합에 전임하는 경우에는 소속장관의 허가를 얻어야 하며, 그 허가에는 필요한 조건을 붙일 수 있다(국가공무원법 제66조 제3항, 제4항 및 지방공무원법 제58조 제3항, 제4항).

(3) 현행 노동쟁의조정법 제12조 제2항에서는 "국가 지방공공단체...에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다"고 규정하여, 국가공무원법상 노동삼권이 인정되는 사실상 노무에 종사하는 공무원에 대하여 다시 쟁의권을 부인하고 있다.

원래 국가공무원법 및 지방공무원법에 의해 사실상 노무에 종사하는 공무원은 단체행동권을 포함하여 노동삼권의 보장이 인정되었다. 1953년 제정된 노동쟁의조정법에서도 "근로자 또는 사용자는 노동쟁의가 발생하였을 때 그 주장을 관철하기 위하여 쟁의행위를 행할 수 있다. 단, 단순한 노무에 종사하는 이외의 공무원은 예외로 한다"라고 규정하였다. 동조항은 1963년 노동쟁의법 전면개정에서 단서부분에 해당하는 규정이 삭제된 것은 전술하였듯이 국가공무원법에 의해 사실상 노무에 종사하는 공무원 이외의 일반공무원에게 단체행동권은 물론 노동삼권 전부가 부인되었기 때문이다.

그런데, 1971년 12월에 제정된 국가보위에관한특별조치법 제9조에서 대통령은 '국가기관 또는 지방자치단체에 종사하는 근로자'의 단체행동권을 규제하기 위하여 특별한 조치를 할 수 있도록 규정함으로써 그때부터 유신체제 동안은 사실상 노무에 종사하는 근로자에게도 단체행동권이 실질적으로는 부인되는 상황이 되었다. 당시의 법규정상으로는 1973년 개정된 노동쟁의조정법 제4조 제2항에서는 국가 지방자치단체 국영기업체 및 그들이 행하는 사업은 준공익사업에 해당되어 공익사업처럼 노동쟁의가 강제중재의 대상이 되었다.

전술한 특별조치법이 실효가 되어서도 1980년 노동쟁의조정법 개정에서는 그 골격이 유지된 채 도입되어 "국가 지방공공단체...에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다"는 제12조 제2항이 신설되어, 오늘에 이르고 있다(당시에는 국공영기업까지도 포함되었으나, 1987년 개정에서

국공영기업은 삭제).

그런데, 일찍이 1972년 개정헌법에서는 공무원에게 노동삼권을 제한하는 근거규정을 두면서, 아울러 "공무원과 국가 지방자치단체 국영기업체 공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다"고 규정하여(제29조 제3항), 예외적으로 노동삼권이 보장되는 범위의 공무원 또는 국가 지방자치단체에 종사하는 근로자에게도 다시 단체행동권에 관하여 제한될 수 있는 근거규정을 둔 적이 있었다. 이 규정의 내용은 1980년 개정헌법에서도 마찬가지로 유지되었으나(제31조 제3항, 규정문언에서 '공무원'이 삭제되었으나 공무원은 '국가 지방자치단체'에 종사하는 근로자에 해당되므로 실질적인 변화는 없음), 현행헌법(제87년 개헌)에서는 국가 지방자치단체 등의 부분이 삭제되었다. 그리하여 후술하듯이 헌법재판소 현행헌법으로의 개헌 이후에도 국가 지방공공단체에 종사하는 근로자의 쟁의행위를 금지하는 부분이 그대로 남아 있다는 점에 대하여 헌법불합치 결정을 하였지만, 그 결정에 의하면 1995년 12월말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지는 그 효력의 지속을 인정하고 있다⁵⁾.

(4) 국가공무원법 지방공무원법 노동쟁의조정법상의 위와 같은 제한규정에 위반한 자는 처벌을 받는다.

즉 국가공무원법 제66조 위반에 대하여는 동법 제84조에 의하여 처벌(1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금)을 받는다. 마찬가지로 지방공무원법 제58조 위반에 대하여는 동법 제82조에 의하여 처벌(1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금)을 받는다. 노동쟁의조정법 제12조의 2 위반에 대하여는 동법 제45조의 2에 의하여 처벌(5년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금)을 받는다.

또한, 국가공무원법(지방공무원법) 및 동법에 의한 명령에 위반하였을 때에는 징계의 대상이 되므로(국가공무원법 제78조 제1항 제1호, 지방공무원법 제69조 제1항 제1호, 노동운동 금지법 위반하는 경우에도 마찬가지로 징계처분을 받을 수 있다.

현행 법체계를 요약하면, 모든 공무원에게 쟁의행위권은 전면적으로 부인되며, 단결권 및 단체교섭권은 법령 등이 정하는 범위 내의 사실상 노무에 종사하는 공무원에 한하여만 인정되고 있다.

3. 제한법규의 합헌성 여부

공무원에 대한 노동삼권 제한법률의 합헌성에 대한 논의는 크게 두가지로 구분될 수 있다.

첫째로, 사실상 노무에 종사하는 자를 제외한 일반공무원의 노동삼권을 부인하는 점(국가공무원법 제66조 및 지방공무원법 제58조)에 관한 논의이며, 둘째로 사실상 노무에 종사하는 공무원의 쟁의권을 다시 제한하는 것, 즉 공무원 전체에 대하여 쟁의권을 부인하는 점(노동쟁의조정법 제12조 제2항)에 관한 논의이다.

이하 단락을 나누어 살펴보기로 한다.

가. 국가공무원법 제66조 제1항의 합헌성 여부

1) 헌법재판소의 합헌 결정

헌법재판소는 일반공무원의 노동삼권을 부인하는 국가공무원법 제66조 제1항이 헌법에 합치된다고 보고 있다⁶⁾. 대법원도 마찬가지이다⁷⁾. 그 근거로서 헌법재판소는 일반근로자에 대하여 공무원이 가지는 '신분 및 직무상의 특수성'과 '헌법상 제33조 제2항이라는 개별적 유보조항을 둔 취지'를 들고 있다. 결정문상에 나타난 관련 내용을 발췌 정리하면 다음과 같다⁸⁾.

공무원은 그 임용 주체가 궁극에는 주권자인 국민 또는 주민이기 때문에 국민 전체에 대하여 봉사하고 책임을 져야 하는 특별한 지위에 있고 일반근로자와는 다른 특별한 근무관계에 있다. 즉 공무원의 보수의 수준 등 근로조건의 향상을 위한 재정적 부담은 형식적으로는 국가 또는

지방자치단체가 부담하지만 궁극적으로는 조세 등을 통하여 국민 전체가 부담하므로, 공무원의 근로조건 향상은 그것이 전체 국민의 복리증진을 부당히 침해하지 아니하고 그 시대의 국가 또는 사회공동체의 경제수준 내지 담세 능력과 조화될 수 있는 범위에서 합리적으로 결정되어야 한다. 그러므로 공무원의 근로조건 결정은 주권자인 전체 국민을 대표하는 국회에서 민주적인 절차에 따라 입법과 예산의 심의의결을 통하여 합목적으로 이루어져야 한다(신분상의 특수성). 한편 공무원은 그 업무가 국가 또는 공공단체의 공공적인 일이어서 그 직무를 수행함에 있어서 공공성 공정성 성실성 및 중립성 등이 특별히 요구되어 일반근로자와는 다른 특수한 근무관계에 선다(직무상의 특수성). 이러한 공무원의 신분 직무상의 특수성은 헌법 제7조 제12항(공무원의 지위 책임 신분 정치적 중립성), 제29조 제12항(공무원의 불법행위와 배상책임), 제33조 제2항(공무원의 노동삼권 제한), 공무원 관계법률의 신분보장규정 등에 의해서도 명확히 확인되는 바이다.

이러한 점에 비추어 볼 때, 헌법 제33조 제2항이 공무원의 노동삼권 제한을 제37조 제2항에 유보하지 아니하고 직접 제한하면서도 다른 한편으로 노동삼권이 보장되는 주체의 범위를 법률이 정하도록 입법부에게 위임한 것은 다음과 같은 목적을 달성하기 위해서이다. 그 하나는 공무원이 국민 전체에 대한 봉사자이며 그 담당직무의 성질은 공공성 공정성 성실성 및 중립성이 보장되어야 한다는 특수한 사정, 즉 입법권자의 구체적인 입법에 의하여 공적이고 객관적인 질서에 이바지하는 공무원제도를 보장 보호하려는 것이다. 다른 하나는 헌법상 보장된 공무원제도 자체의 기본틀을 해하지 않는 범위 내에서 그 제도에 관련된 여러 이해관계인의 권익을 서로 조화하면서 공공복리의 목적 아래 통합 조정하려는 것이다. 공무원의 노동삼권에 대한 보장범위를 법률이 정하도록 위임한 헌법 제33조 제2항의 취지를 그와 같이 새길 때 국가공무원법 제66조 제1항의 합헌성 여부를 판단함에 있어서는, 동 법률에 따라 노동삼권이 보장되는 공무원의 범위가 사실상의 노무에 종사하는 자로 한정되는 것이 노동삼권의 주체를 법률이 정하도록 위임하는 헌법 제33조 제2항의 목적에 반하는 것은 아닌가라는 점을 검토하여야 한다.

그런데 노동삼권은 헌법이 추구하는 가치지표로서의 실질적인 평등이념 재산권보장 및 계약의 자유 등을 내용적으로 서로 조화시키기 위한 헌법적 표현이라 할 수 있다. 그러므로 입법권자가 헌법 제33조 제2항의 규정에 따라 노동삼권의 주체가 될 수 있는 공무원의 범위를 정함에 있어서 노동삼권을 보장하는 헌법의 정신을 존중해야 함은 물론 국제사회에서의 노동관계 법규 등도 고려하여야 한다. 그러나 다른 한편으로는 근로자인 공무원의 직위, 직급, 직무의 성질, 그 시대의 국가 사회적 상황 등도 아울러 고려하여 합리적으로 결정하여야 한다. 왜냐하면 그러한 때에야 비로소 근로자에 대한 노동삼권 보장을 통하여 실현되어야 할 헌법상의 가치질서와 합리적인 직업공무원제도의 유지 발전을 통하여 달성되어야 할 주권자인 전체 국민의 공공복리의 목적이 적절히 조화될 수 있을 것이기 때문이다.

입법자가 입법시 고려해야 할 이러한 여러 참작 사유에 비추어 국가공무원법 관련규정의 합헌성 여부를 검토하면, 국가공무원법이 노동삼권 보장범위를 사실상의 노무에 종사하는 공무원에 한정된 것은 노동삼권의 향유 주체가 되는 공무원의 범위를 정함에 있어서 공무원이 담당하는 직무의 성질에 따른 공공성의 정도와 현실의 국가 사회적 사정 등을 아울러 고려하여 사실상의 노무에 종사하는 자와 그렇지 아니한 자를 기준으로 삼아 그 범위를 정한 것으로 판단된다. 그러므로 국가공무원법상의 입법 내용은 헌법 제33조 제2항이 노동삼권이 보장되는 공무원의 범위를 법률에 의하여 정하도록 유보함으로써 공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지위 및 그 직무상의 공공성 등의 성질을 고려한 합리적인 공무원제도의 보장과, 공무원제도와 관련한 주권자 등 이해관계인의 권익을 공공복리의 목적 아래 통합 조정하려는 의도에 어긋나는 것이라 볼 수 없다. 따라서 국가공무원법상의 관련 조항은 헌법 제33조 제2항이 입법권자에게 부여하고 있는 형성적 재량권의 범위를 벗어난 것이 아니며 헌법에 위반하는 것이라고 볼 수 없다.

요컨대, 헌법재판소의 합헌 결정의 근거를 헌법조항을 중심으로 살펴보면, 공무원의 신분 직무상의 특수성을 확인하는 제7조와 노동삼권에 대한 헌법 직접적 제한을 규정한 제33조 제2항이라 할 수 있다.

이러한 두 규정 중 제7조는 노동삼권의 대하여 이익형량되어야 하는(즉 노동삼권의 제한근거로 되는)가장 중요한 법익으로 상정되어 있고, 제33조 제2항은 제7조의 취지에 따라 국회가 노동삼권

제한입법을 행하는 경우에 국회에게 광범한 입법재량이 부여되는 근거조항으로 파악되어 있다. 이러한 판단구도 위에서 헌법재판소는 일반공무원의 노동삼권을 부인하면서 노동삼권의 보장범위를 사실상 노무에 종사하는 공무원에 한정하는 입법의 형성도 헌법상의 개별적 유보조항에 나타난 입법재량의 한계를 벗어난 것은 아니라고 판단하고 그에 따라 합헌 결정을 내리고 있는 것이다.

여기서 주목되는 점은, 기본권 제한입법 일반에 대하여 적용되는 헌법 제37조 제2항상의 합헌성에 관한 제요건이 검토되고 있지 않다는 점이다. 다시 말하면, 헌법재판소는 헌법 제33조 제2항이 존재함을 근거로, 제37조 제2항의 적용을 배제할 수 있다고 보는 것이다.

2) 검토

(1) 헌법재판소의 입론 중 공무원의 신분 직무상의 특수성을 확인하는 제7조에서부터 노동삼권 제한의 취지를 도출할 수 있다는 점에 대하여 현재 반대하는 견해는 없는 듯하다. 다만, 헌법재판소의 입론에 대한 비판으로 제33조 제2항에 기본권 제한입법이 행하여지는 경우라 하더라도 그것에 대하여 제37조 제2항의 적용되어야 한다는 점이 주장되고 있다. 종래 학설상 공무원에 대하여 기본권을 특별히 제한할 수 있는 이론적 근거로는 특별권력관계설, 국민전체봉사자설, 직무성질설이 제시되고 있다. 특별권력관계설은 공무원은 자기의 자유의사에 의하여 국가 등과 특별권력관계에서는 만큼 그 범위에 있어서는 일반국민이 향유하는 기본권의 일부가 제한될 수 있다고 보는 입장이고, 국민전체봉사자설은 공무원의 지위는 국민 전체에 대한 봉사자로서 국민에 대하여 책임을 지는 입장에 서기 때문에 기본권의 제한을 받는다는 견해이다. 그리고 직무성질설은 공무원의 직무는 특히 공공성이 농후하여 만약 직무수행이 중단될 경우 국민 전체의 이익을 해치거나 국가적 질서에 중대한 영향을 미치게 될 수 있으므로 기본권을 제한하는 것이라고 한다⁹⁾.

이러한 제학설은 그 강조점에는 약간의 차이가 있지만, 공무원이라는 신분 내지 그 직무상의 특수성을 포착하여, 그로 인하여 노동삼권의 보장이 제한될 수 있다는 점에서 공통된다. 헌법재판소 결정은 이러한 취지를 바탕으로 하여 헌법 제7조의 공무원제도 보장 규정도 공무원의 노동삼권 제한의 근거규정이 될 수 있다고 보고 있는 것이다.

(2) 또한 우리의 헌법에서는 제33조 제2항처럼 노동삼권을 제한하는 직접적인 근거를 두고 있다. 헌법 제33조 제2항이 헌법직접적 제한으로서 국회에게 부여하는 입법재량의 수준은, 헌법 제37조 제2항이 법률유보(헌법간접적 제한)로서 허용하는 수준을 넘어서는 면이 있다. 즉 제37조 제2항에 의해서는 노동삼권의 '제한'만이 가능하고 '금지'까지 허용되는 것은 아니지만, 제33조 제2항에 근거하는 경우에는 노동삼권의 '제한'만이 아니라 '금지'까지도 행할 수 있게 된다.

그렇다고 하여도 제33조 제2항에 근거하는 입법재량의 수준은 단순히 '금지할 수 있다'는 차원에 그치는 것이 아니다. 여러 부류의 공무원들의 노동관계에 관한 입법에 있어서 '노동삼권을 제한할 것인가 금지할 것인가'에 대한 결정과, 나아가 '그러한 제한 또는 금지의 선을 어느범위를 기준으로 그을 것인가'라는 결정의 문제는 여전히 남는다.

이러한 결정에 있어서 국회는 자유재량을 가지는가? 헌법재판소의 결정들은 국회가 헌법 제33조 제2항의 위임에 따라 노동삼권이 인정되는 부류를 설정하는 입법을 하는 경우이므로 자유재량을 가진다는 기본 입장을 취하고 있다고 평가된다.

그러나, 이러한 헌법재판소의 입장에 대하여 비판적인 입장들은 국회가 헌법 제33조 제2항을 근거로 노동삼권 제한입법을 하는 경우에도 제37조 제2항상의 합헌성 요건에 따른 기속을 받아야 한다고 주장하고 있다. 즉 제37조 제2항이 정하는 '최소제한의 원칙'과 '본질적 내용 침해 금지의 원칙'은, 전술한 바와 같이 기본권의 자연권성에서 도출되는 당연한 명제이므로 그것은 기본권 제한에 관련되는 모든 입법재량에 대하여 적용되어야 한다고 보는 것이다¹⁰⁾. 그러므로 기존의 헌법재판소의 결정들은 공무원의 노동삼권을 제한하는 법규정들이 최소제한의 원칙과 본질적 내용 침해금지의 원칙에 비추어 합헌성 여부를 검토하여야 함에도 불구하고 그 검토가 미진하다는 점을 지적하고 있다.

(3) 헌법 제33조 제2항의 규정 내용은 '공무원인 근로자'라고 하여 공무원도 근로자임을 중시하는

듯한 면도 보이면서, 원칙적 금지에 예외적 허용이라는 방식의 규정형태를 취하고 있어, 위와 같이 상이한 해석의 여지가 있을 수 있다. 그러나 헌법 제33조 제2항을 배타적인 헌법직접적 제한으로서 해석해야 할 필연성은 없으며, 오히려 노동삼권이 가지는 법적 의미와 그에 대하여 헌법이 취하는 기본입장(기본정신)에 비추어 공무원의 노동삼권을 제한할 수 있는 정도를 구체화한다는 점이 헌법 해석에 있어서 보다 중시되어야 한다고 생각된다.

노동삼권의 법적 의미와 관련하여서는 그것이 가지는 '이중적'(二重的)성질'을 고려할 필요가 있다¹¹⁾. 즉 노동삼권은 근로자에게 개인적인 권리나 이익을 부여하는 차원을 넘어, 사회의 '객관적 가치질서'를 담보하는 의미를 가지는 것이다. 다시 말하면, 근로자에 대하여 노동삼권을 보장하는 것은 일면 근로자 개개인의 경제적 사회적 지위의 향상을 도모하고자 하는 것이면서도, 동시에 그것을 통하여 재산권 및 계약의 자유의 남용을 교정하고 실질적인 평등을 구현함으로써 자유주의 경제체제의 근간을 유지하려는 것이라는 점이다.

또한 헌법은 기본권에 대하여 그 자연권성을 인정하는 기초 위에서 '최대보장의 원칙'을 취하여, 기본권의 제한은 그 필요성에 따른 최소한에 그쳐야 하고 그 본질적 내용을 침해하여 기본권을 형해화하는 정도에 이르는 것이어서는 아니된다는 입장을 천명하고 있다는 점도 유의하여야 한다.

이처럼 노동삼권의 객관적 가치로서의 성질과 기본권 최대보장의 원칙을 감안할 때, 기본권의 제한은 엄격하게 행해져야 한다. 따라서 입법재량이 부여되어 있다 하더라도 그것이 기본권 제한과 관련하여 기능하는 범위에서는 헌법 제37조 제2항상의 제원칙(최소제한의 원칙과 본질적 내용 침해금지의 원칙)에 따른 기속을 면할 수 없다고 해석하는 것이 타당하다고 생각한다.

(4) 엄연히 근로자로서 노동삼권을 향유하여야 할 공무원에 대하여 직무의 성격을 구별함이 없이 오직 그들의 신분이 국가 또는 지방자치단체에 근무하는 공무원이라는 이유만으로 노동삼권을 박탈할 수도 있다는 것은 경제적 사회적 영역에 있어서 다른 근로자와 차별하는 것이다. 또한 공무원이 국민 전체의 봉사자라는 점에서 다른 근로자와 다르다고는 할지라도 근로자의 노동삼권은 그들의 생존권과 행복추구권의 보장을 위하여는 필요불가결한 조건이므로 공무원이 국민 전체의 봉사자라는 이유는 그들의 노동삼권을 박탈할 만한 합리적 이유가 될 수 없다. 공무원이 담당하는 직무에는 공공성이 있어서 그 정폐는 국민생활 전체의 이익을 해치는 경우에는 노동삼권의 제한이 허용된다고 하여도, 그 제한은 전술한 노동삼권을 존중하여야 할 필요성과 국민생활 전체의 이익을 유지 증진하여야 할 필요성을 비교형량하여 필요최소한도의 제한이 되도록 하여야 한다¹²⁾.

결국 노동삼권의 제한 내지 박탈은 그 해당 근로자의 신분을 기준으로 할 것이 아니라 그가 종사하는 직무의 구체적인 내용과 성격을 검토하여 노동삼권 보장과 제한의 정도를 결정하여야 한다¹³⁾. 물론 이 때에는 국민의 안전이나 건강의 유지를 위한 필요최소한도의 제한은 당연히 인정되어야 한다. 현행 법체계가 채택하고 있는 사실상 노무에 종사하는지 여부라는 기준은 부적절한 기준이며, 또한 너무도 협소한 범위의 공무원에게만 노동삼권을 인정하는 것이므로 부당하다.

나. 노동쟁의조정법 제12조 제2항의 합헌성 여부

1) 헌법재판소의 헌법불합치 판결

헌법재판소는 사실상 노무에 종사하는 공무원의 쟁의행위를 금지하고 있는 노동쟁의조정법 제12조 제2항의 '국가 지방자치단체에 종사하는 근로자'에 관한 부분이 헌법에 합치되지 않는다고 판단하면서도, 다만 1995년 12월 말을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 그 효력을 지속한다는 헌법불합치(憲法不合致) 결정을 내렸다¹⁴⁾.

즉 노동쟁의조정법 제12조 제2항이 모든 공무원에 대하여 단체행동권을 근본적으로 일률적으로 부인하는 것은 일정범위에 공무원에 대하여 단체행동권을 인정하도록 규정한 헌법 제33조 제2항과 충돌하고 저촉되는 것이지만, 헌법 제33조 제2항의 규정은 일부 공무원에게는 단체행동권을 주지 않는다는 것도 전제하고 있으므로 합헌적인 면도 포함되어 있다. 따라서 위 법률조항은 위헌선언을 하여 무효화시킬 법률이 아니고 앞으로 현행헌법과 충돌됨이 없이 합헌상태가 되도록 고쳐져서 재정비되어야 할 규정이다. 그리고 어느 범위의 공무원에 대하여

쟁의행위를 허용할 것인가는 헌법재판소에서 정할 수 있는 사항이 아니므로 위 법률조항에 대하여 우선 헌법불합치 선언만을 하여 위 법률조항의 효력을 지속시키고 1995년 말까지 국회가 법률을 개정하여 위헌부분을 제거하도록 촉구한다는 내용을 결정을 한 것이다. 헌법재판소는 위와 같은 내용의 헌법불합치 결정을 내리게 된 근거로 '구헌법이 현행헌법으로 개정된 경과에 나타난 헌법위임의 취지'를 들고 있다. 결정문상의 관련 내용을 발췌 정리하면 다음과 같다¹⁵⁾.

1980. 10. 27. 전문 개정되어 공포된 구(舊)헌법 제32조 제1항에서는 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다. 다만, 단체행동권의 행사는 법률이 정하는 바에 의한다"고 규정하고, 동조 제2항에 의하면 "공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외하고는 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가질 수 없다"고 규정하여 공무원인 근로자의 경우에 이른바 노동삼권을 원칙적으로 부인하였으며, 나아가 동조 제3항에서는 "국가 지방자치단체 국공영기업체 방위산업체 공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다"고 규정하여 국가공무원이나 지방공무원 등의 단체행동권을 법률에 의하여 제한하거나 부정할 수 있게 되어 있었다.

그러나 1987. 10. 29.에 전문 개정 공포되고 1988. 2. 25.부터 시행된 이른바 제6공화국 헌법인 현행헌법에서는 이와는 달리 제33조 제1항에서는 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다"라고만 규정하여 단체행동권의 행사에 관한 개별적 유보조항을 삭제함으로써 이른바 노동삼권을 크게 신장시켰고, 동조 제2항에서는 공무원에 대하여도 노동삼권을 일부 긍정하는 형태로 바꾸어 "공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권, 단체교섭권, 및 단체행동권 가진다"고 개정하였으며, 제3항에서는 구헌법과 달리 단체행동권의 제한 내지 금지 대상자를 대폭적으로 축소시켜서 국가 지방자치단체에 종사하는 근로자를 제외시키고 "법률이 정하는 주요 방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다"고 규정하여 그 대상을 법정 주요 방위산업체 종사자에 국한시켰다.

따라서 이와 같은 헌법의 개정 경위와 현행헌법 제33조 제2항의 해석상 구헌법과는 달리 국가공무원이든 지방공무원이든 막론하고 공무원의 경우에 전면적으로는 단체행동권이 제한되거나 부인되는 것이 아니라 일정한 범위 내의 공무원인 근로자의 경우에는 단결권, 단체교섭권을 포함하여 단체행동권을 갖는 것을 전제하였으며, 다만 그 구체적 범위는 법률에서 정하여 부여하도록 위임하고 있는 것이다. 1987년 현행헌법 개정심의 과정에서 그 입법 취지가 그와 같은 것으로 이해되었으며, 이것은 「헌법개정특별위원회」 회의록에서도 그대로 비추어지고 있다.

그럼에도 불구하고 단체행동권을 구체화한 법률이며, 현행헌법이 제정 공포된 뒤이지만 시행되기 바로 전인 1987. 11. 28.에 개정된 현행노동쟁의조정법(이하 '법'이라 한다) 제12조 제2항에서는 위와 같은 헌법적 위임은 고려하지 않은 채 종래처럼 "국가 지방자치단체...에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다"는 규정을 그대로 놓아 두고 있다. 이와 같은 규정은 위에서 본 바 전문 개정의 현행법인 이전의 구헌법 제31조의 규정에 부합된다 하여도 현행헌법 제33조의 규정을 도외시한 것이다. 원래 국가공무원법 제66조, 지방공무원법 제58조는 각 그 법 제정시인 1963년부터 사실상 노무에 종사하는 공무원에 대하여 노동운동은 허용하는 내용의 규정을 두어 왔던 바인데, 그 시행과정 중 1971. 12. 6. 자로 '국가비상사태'를 선포하면서 그 사태하에서 적용할 법률로 제정된 「국가보위에관한특별조치법」(1971. 12. 27. 법률 제2312호) 제9조에서 대통령은 '국가기관 또는 지방자치단체에 종사하는 근로자'의 단체행동권을 규제하기 위하여 특별한 조치를 할 수 있도록 규정함으로써 그때부터 국가공무원 지방공무원법의 위 규정이 실질적으로 적용배제 내지는 정지되는 상황으로 들어가게 되었던 바이고, 위 특별조치법의 규정이 그 뒤 폐지되었지만 그 골간이 1980. 12. 31. 법률 제3351호로 개정된 노동쟁의조정법으로 옮겨져 가서 현재와 같은 법 제12조 제2항 규정의 신설에 이르게 되었으며, 위에서 본 바와 같이 현행헌법 제정 이후에도 국가 지방자치단체에 종사하는 근로자 부분을 바꾸지 아니한 채 그대로 유지 존속시킴으로써 위 국가공무원법과 지방공무원법의 위 규정상의 사실상 노무에 종사하는 공무원의 쟁의권은 결국 해금을 보지 못한 채로 규제가 계속되어 현재에 이르고 있는 것이다.

그렇다면 이른바 구시대의 비상사태하의 금제조치(禁制措置)의 산물이 아직도 정리되지 않은 채 답습되고 있는 것이 법 제12조 제2항이라고도 할 수 있을 것이다.

물론 현행헌법 제33조 제2항도 국가공무원이든 지방공무원이든 막론하고 모든 공무원에게 노동삼권을 준다는 취지는 아닌 것이며, 일부 공무원에게도 단체행동권을 주지 않는다는 것도 전제된 것이라 볼 때에, 법 제12조 제2항은 이 한도 내에서는 그 제정 경위야 어떻든 합헌적인면이 있음을 결코 부인할 수 없을 것이다. 국민 전체의 봉사자로서 공공의 이익을 위하여 근무하고 직무집행에 있어서 전념 의무가 있는 것이 공무원의 신분상의 지위인 것으로 보나 국가 기능의 계속성의 확보를 위하여도 일반근로자의 경우와 달리 입법자에 의한 제한은 부득이한 것이고, 따라서 위 규정의 원천적인 타당성은 쉽사리 부인할 수 없기 때문이다. 특히 공무원의 경우는 그 근로조건은 헌법상 국민 전체의 의사를 대표하는 국회에서 법률 예산의 형태로 결정되는 것이고, 노사간의 자유로운 단체교섭에 기한 합의에 기하여 결정될 수 있는 것도 아니므로, 일반 사기업의 경우처럼 단체교섭의 일환으로서의 쟁의권이 헌법상 일반적으로 당연히 보장된다고는 단정할 수 없는 일이기 때문이다.

그러나 한편 문면 해석상 일응 모든 공무원에게 단체행동권, 즉 쟁의권을 근본적으로 일률적으로 부인하고 있는 것이 이 규정이며, 이 규정으로 인하여 헌법 제33조 제2항이 예정하는 일정범위의 공무원까지 쟁의권이 제한 금지당하게 되는 것이므로, 이와 같은 측면에서는 확실히 현행헌법 제33조 제2항의 규정과는 충돌이 되고 저촉되는 면이 있다. 이는 일정한 범위의 공무원인 근로자에게 단체행동권을 주는 입법을 하지 않고 공무원 일반에 금지하는 조항만 정한 데서 온 결과라고도 하겠다. 헌법 제37조 제2항에 비록 일반적 법률 유보조항을 두고 있으나 이에 의하여 기본권의 본질적 내용은 침해할 수 없는 것이므로, 동 제37조 제2항으로써 한정된 범위의 공무원의 단체행동권마저 부인하는 법 제12조 제2항의 규정이 정당화될 수는 없을 것이다. 이상 본 바로 이 규정 자체가 전면 위헌인 것으로서 전면 무효화를 위한 단순 위헌을 선언할 성질의 것은 못된다고 하여도 헌법에 맞지 않는 규정임에 틀림없다 할 것이며, 앞으로 현행헌법 규정과 충돌이 됨이 없이 합헌의 상태가 되도록 고쳐져서 제정비되어야 할 규정이라고 봄이 마땅할 것이다.

요컨대, 헌법의 개정 경위를 살펴보면 예외적으로 노동기본권이 보장되는 공무원의 경우에도 현행헌법 제33조 제2항을 근거로 단체행동권이 다시 제한될 수도 있지만, 제33조 제2항의 취지는 단체행동권을 가질 공무원의 범위를 법률로 제정하도록 입법자에게 의무지우는 것으로 파악되므로, 노동쟁의조정법에서 공무원의 단체행동권은 전면적으로 제한 부인하고 있는 종래의 단체행동권 금지규정은 헌법에 합치하지 않는다고 판단한 것이다.

2) 검토

(1) 이러한 헌법재판소의 결정에 대하여는 '위헌' 아닌 '헌법불일치'라는 변형 결정을 내린 점에 대하여 비판이 이루어지고 있는데¹⁶⁾, 사건도 이에 동조한다.

즉 독일 헌법재판소의 경우와는 달리 우리 법제상으로는 헌법재판소가 법률의 위헌성을 인정하면서도 위헌 선언을 유보하고 국회에 대하여 입법을 촉구할 수 있는 법적 근거가 없을 뿐 아니라, 위헌 결정에 있어서 형벌법규에 대해서만 소급효를 인정할 뿐 그 외에는 장래효만을 인정하기 때문에(헌법재판소법 제47조 제2항 참조) 위헌 선언으로 인하여 과거의 법률관계의 붕괴나 혼란이 발생할 우려도 적으므로, 위헌 선언을 회피하고 입법 촉구 등 형식의 재판을 할 필요성이 인정되기 어렵다.

특히 처벌법규(노동쟁의조정법 제12조 제2항 위반에 대해서는 5년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처하도록 되어 있다)는 기본권 중에서도 가장 중요한 신체의 자유를 직접 침해하는 법률이기 때문에 위헌성이 조금이라도 인정되면 마땅히 위헌 선언을 하여야 할 것이고, 한정합헌이나 입법 촉구 등의 결정을 하여 그 효력을 지속시키는 것은 그 자체가 죄형법정주의에 위배되는 위헌적 처사이다.

또한 위헌 선언과 헌법불합치 선언의 효력을 별도로 규정하는 외국입법례와는 달리 우리 법제는 그러한 규정을 두고 있지 않으므로, 이 사건 법률조항이 헌법재판소가 결정한 시한 이후에 그 효력이 상실되는 법적 근거도 없다.

결국, 헌법재판소가 공무원의 쟁의권을 부인하는 노동쟁의조정법상의 관련규정이 헌법적 위임의

취지에 반하는 것으로 본 점은 타당하지만 그것에 대하여 헌법불합치의 결정을 내릴 것이 아니라 위헌 결정을 내렸어야 했다.

(2) 나아가, 노동쟁의조정법 제12조 제2항의 규정의 합헌성 문제는 원칙적으로 헌법 제37조 제2항에 비추어 판단하여야 하는 문제라고 생각된다. 노동쟁의조정법 제12조 제2항의 규정이 헌법 제33조 제2항에 근거하여 단체행동권을 특별히 더욱 제한하는 것이라고 하여도, 전술하였듯이 노동삼권의 객관적 가치로서의 성질과 기본권 최대보장의 원칙을 감안할 때, 노동삼권의 제한은 엄격하게 행해져야 한다. 따라서 단체행동권이라는 기본권을 제한하는 데에 있어서도 헌법 제37조 제2항상의 제원칙(최소제한의 원칙과 본질적 내용 침해금지의 원칙)에 따라야 한다.

이러한 점에 비추어 보면, 헌법 33조 제2항에 근거하여 극히 제한적이나마 법률에 의하여 노동삼권을 향유할 수 있는 사실상 노무에 종사하는 공무원에 대하여 또다시 단체행동권을 완전히 부인하는 법률은 최소제한의 원칙 및 본질적 내용 침해금지의 원칙에 정면적으로 위배되는 것이므로 위헌이라고 보아야 한다¹⁷⁾.

(3) 아울러 이 결정에서 헌법재판소는 헌법불합치 상태를 교정하는 방안으로 제시하고 있는 방안에 대하여도 부연할 바가 있다.

헌법재판소는 첫째, 사실상 노무에 종사하는 공무원에게 쟁의권을 전면 부여하던 구법 상태로 단순히 환원시키는 방안, 둘째, 이들에게 쟁의권은 주되 전체 이익과의 조화를 위하여 그 행사요건과 절차를 신설하는 등의 보완 입법을 하는 방안, 셋째, 기존의 입법형태와는 달리 종사하는 직종이 아니라 직역을 기준으로 하여 선별적으로 쟁의권을 부여하는 방안 등을 제시하고 있다¹⁸⁾. 그 중 첫 번째 및 두 번째 방안은 쟁의권의 보장범위를 사실상 노무에 종사하는 공무원에 한정함으로써 그 보장이 구법(舊法)의 수준을 넘어서는 것은 아닌 데 대하여, 세 번째 방안은 새로운 관점 내지 기준에 따라 쟁의권의 보장범위를 다시 정하여야 한다는 것으로서 자못 흥미로운 것이다. 그 내용은 다음과 같다¹⁹⁾.

세 번째 방안은 이상에서 본 첫 번째 및 두 번째 방안과는 달리 국가 공무원이나 지방공무원 중 단체행동권을 부여할 자를 사실상 노무에 종사하는 자에게 기준을 찾지 아니하고 그와는 다른 기준에 따르는 것이다. 왜냐하면 사무직과 노무직간의 구분인 화이트칼라 근로자와 블루칼라 근로자의 구분(비현업공무원과 현업공무원의 구분)이 오늘에 이르러서는 반드시 엄격한 것이 아니고 점차 불투명해지고 상대화하는 경향으로 가고 있기 때문이다.

어떠한 부류의 공무원이 단체행동권을 가지기에 적합한가를 정함에 있어서는 사실상 노무에 종사하는가의 여부와는 다른 기준, 즉 종사하는 업무가 경찰 군인 교도관 소방관과 같은 직접적인 국가안정보장이나 질서의 유지와의 관련성, 국민경제와 국민의 정상생활에 미치게 될 해악의 정도, 환자 치료나 간호와 같은 공중보건과의 직결성, 수도 에너지 생필품 쓰레기 청소 등 국민의 생존권 문제와 관계되는 본질적인 것인가의 여부 등을 표준으로 하는 방안도 상정할 수 있을 것이다. 이때의 국가의 기본적 활동과의 관계에서 직무의 중요성 본질성의 여부나 필요불가결한 인원의 범주에 속하는가의 여부는 제3의 중립기관으로 하여금 판단토록 할 수도 있을 것이다. 이와 같은 직역에 있어서는 그 소임이 비록 사실상 노무라 하여도 그 종사자들의 파업과 같은 쟁의로 기능이 정지된다면 국민의 안전, 생존과 건강에 결정적이 위협, 국가 사회의 안위에 중대한 영향을 줄 수 있기 때문이다. 따라서 이 분야의 경우에는 비록 사실상의 노무에 종사하는 자라 하여도 그들의 파업에 의한 피해로부터 공역무(公役務)의 계속성 일반국민의 생존권을 보호하여야 할 요청과 그들의 단체행동권을 보장하고 존중하여야 할 필요성, 즉 전체 이익과 개별 이익과의 이익형량을 요하게 되는 것이며, 그리하여 이러한 경우에는 공공복리를 위하여 이들에게는 쟁의를 금하거나 단기간이 쟁의만을 허용하는 선에서 제약 조절할 수도 있을 것이다. 이 방안에 의할 때에 입법기술적으로 현행법 제12조 제2항은 원칙규정으로 두면서, 여기에다가 위해서 본 기준에 의거하여 일정한 범위의 공무원에게는 단체행동권을 부여하는 내용의 예외규정을 새로이 병설하는 것일 것이다. 다만, 이 방안에 의할 때 기존의 국가공무원법 제66조, 지방공무원법 제58조의 규정을 현행대로 방치하여 둘 수는 없을 것이고, 그 규정의 수정 내지는 재조정이 필연적인 것이라고 사료된다.

헌법재판소의 첫 번째 및 두 번째 방안이 따르고 있는 구분법은 국가공무원법 제66조상의 '사무직과 생산직'의 구분법을 그대로 받아들이는 것을 전제로 하고 있는데, 이러한 구분법은 쟁의권을 포함하여 노동삼권의 제한기준으로는 매우 불충분하다. 왜냐하면 기본권의 최대보장 제한기준이라는 헌법원칙상 기본권의 제한범위는 구체적 법익형량을 통하여 엄밀하게 정의될 것을 요구하기 때문이다. 즉 그 직무의 중단이 국민생활에 미치는 불이익과 노동삼권 제한으로 인하여 입게 되는 공무원 근로자의 불이익을 구체적으로 비교형량하여 노동삼권의 제한범위를 정할 것을 요청하는 것이다. 그러므로 헌법재판소가 세 번째 방안에서 실시하는 바처럼 그 직무의 중단으로 인하여 침해되는 이익의 성질에 따라 직무의 범주를 보다 세분하여 그 제한의 정도를 결정하는 것이 타당한 방안이라고 생각된다²⁰⁾.

주석 1) 참고로, 노동조합을 조직할 수 있는 근로자의 개념에 대하여 대법원은, 노동조합법상의 근로자는 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금 등을 받아 생활하는 자를 말하며, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없으며, 그 사용종속관계는 사용자와 노무제공자 사이에 지휘감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 결정되고, 그 사용종속관계가 인정되는 한 노동조합법상의 근로자에 해당한다고 보고 있다. 대법원 1993. 5. 25. 제1부 판결, 90누1731 유성관광개발컨트리클럽노동조합 사건(『법원공보』, 1993. 8.1, 1886-1887쪽) 참조.

주석 2) 헌법재판소, 1992. 4. 28. 전원재판부 결정 90헌바27 내지 34 36 내지 42 44 내지 46, 92헌바15(병합) 국가공무원법 제66조에 대한 헌법소원: 『헌법재판소판례집』, 제4권(1992), 264쪽,

주석 3) 헌법학계의 통설적 입장이다. 권영성, 『헌법학원론』, 신판(법문사, 1994). 325쪽; 김철수, 『헌법학개론』, 진정신판개정증보판(박영사, 1994), 233~234쪽 참조.

주석 4) 권영성, 371쪽, 김철수 236쪽 289~290쪽 참조.

주석 5) 헌법재판소 1993. 3. 11. 결정 88헌마5 노동쟁의조정법에 관한 헌법소원: 『헌법재판소판례집』, 제5권 제1집 (1993), 59~91쪽.

주석 6) 헌법재판소, 1992. 4.28. 전원재판부 결정 90헌바27 내지 34 36 내지 42 44 내지 46, 92헌바15(병합) 국가공무원법 제66조에 대한 헌법소원(『헌법재판소판례집』, 제4권(1992), 270쪽); 동 1993. 3.11. 전원재판부 결정 88헌마5 노동쟁의조정법에 관한 헌법소원(『헌법재판소판례집』, 제5권 제1집(1993), 253~274쪽).

주석 7) 대법원 1990. 4. 10. 제1부 판결, 90도332 원영만사건(『법원공보』, 1990. 6. 1. 1104쪽); 동 1990. 9. 11. 제1부 판결, 90도1356 전국교직원노동조합 사건(손창희 편, 『신노동판례집』 (한국노동연구원, 1991), 711~712쪽, 다만 대법원 판결례에서는 그 근거 설시가 약하므로 본 논의에서는 헌법재판소의 결정을 중심으로 논의한다.

주석 8) 『헌법재판소판례집』, 제4권 (1992), 264~268쪽 참조.

주석 9) 권영성, 255쪽; 김철수, 189쪽 참조.

주석 10) 권영성, 255쪽; 김형배, 181쪽

주석 11) 기본권의 이중적 성질을 인정함이 학설 및 헌법재판소의 일치된 견해이다. 권영성, 328쪽; 헌법재판소 1991. 6. 3. 결정 90헌마56 영화법 제12조 등에 대한 헌법소원(『헌법재판소판례집』, 제3권(1991), 297쪽 307쪽) 참조.

주석 12) 허영민, 「공무원의 노동기본권론-보장과 제약을 중심으로」, 『공법이론의 현대적 과제』, 구병석 박사 정년기념논문집(박영사, 1991), 724~729쪽 참조.

주석 13) 신인령, 『노동기본권연구』 (미래사, 1987), 174~176쪽.

주석 14) 헌법재판소 1993. 3. 11. 결정 88헌마5 노동쟁의조정법에 관한 헌법소원: 『헌법재판소판례집』, 제5권 제1집(1993), 59~91쪽

주석 15) 『헌법재판소판례집』, 제5권 제1집(1993), 68~72쪽 참조.
주석 16) 신인령, 「노동쟁의조정법에 대한 헌법소원」, 『사법행정』, 제389호(1993. 5), 71쪽;
같은 헌법재판소 결정에서의 변정수 재판관이 반대의견(『헌법재판소판례집』, 제5권 제1집(1993), 88~90쪽 참조.

주석 17) 김형배, 「노동쟁의조정법 제12조 제2항의 위헌성 여부에 관한 사건」, 『노동법연구』(박영사, 1991), 349~350쪽.

주석 18) 『헌법재판소판례집』, 제5권 제1집(1993)), 72~76쪽 참조.

주석 19) 『헌법재판소판례집』, 제5권 제1집(1993)), 75~76쪽 참조.

주석 20) ILO의 결사의 자유위원회의 입장도 그러하다. ILO, Freedom of Association, Di-gest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of Governing Body of ILO, 3rd ed. (Geneva: ILO, 1985), Paras, pp. 213~214, 597-598, 601~603, 606 참조.

第3節 公務員이 아닌 公共部門 勤勞者の 勞使關係

공공부문 근로자 중에서 공무원이 아닌 근로자는 헌법 제33조에 제1항에 의하여 노동삼권이 보장된다. 그들의 노동관계에 대하여는 민간부문의 노동관계와 마찬가지로 노동조합법, 노동쟁의조정법의 적용을 받는다. 다만, 헌법 제33조 제3항에서는 주요 방위산업체에 종사하는 근로자에 대하여는 단체행동권이 제한될 수 있다고 규정하고 있다. 또한 공무원이 아닌 공공부문 근로자의 노동삼권 보장도 헌법 제37조 제2항에 의해 국가안정보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한될 수 있다.

공무원이 아닌 공공부문 근로자의 노동관계에서는 주로 단체행동권의 보장에 의하여 하위법률에서 제한되고 있다. 공공부문 근로자가 주요 방위산업체의 근로자에 해당되는 경우에는 노동쟁의조정법 제12조 제2항 및 방위산업에관한특별조치법 제18조에 의해 쟁의행위가 금지된다. 또한 공공부문 근로자가 공익사업체의 근로자에 해당되는 경우에는 쟁의행위에 대하여는 노동쟁의조정법상 장기간의 냉각기간(제14조), 강제중재(제30조 제3호), 긴급조정제도(제40조)의 적용을 받는다.

이러한 제한은 공공부문 근로자(public employee)임을 이유로 하는 제한이 아니라 주요 방위업체 또는 공익사업체의 근로자임을 이유로 하는 제한이므로 민간부문의 근로자에게도 해당될 수 있다. 그렇지만 각국에 있어서 특정 사업부문을 공공부문으로 하는지 민간부문으로 하는지는 동일하지 않으며 각국의 사정에 따라 교차되는 모습을 보인다. 또한 우리의 법체계에서는 주요 정부회사(government corporation)들이 공익사업체나 주요 방위산업체에 해당되어 그 노동관계에 대하여 전술한 제한들이 중요한 작용을 하여 왔다. 그러므로 공공부문의 노동관계를 고찰할 때에는 공익사업체나 주요 방위산업체의 노동관계를 아울러 고찰하는 것이 필요하다.

한편, 국공립학교 교원은 공무원으로 노동삼권 보장이 전면적으로 부인되고 있는 것과는 별도로 민간부문 근로자인 사립학교 교원까지도 공무원과 유사한 취급을 받아 노동삼권의 보장이 전면적으로 부인되고 있는데, 이러한 점은 공무원이 아니면 노동삼권 보장을 인정하는 우리법체계의 원칙에 중대한 예외가 되고 있다. 주지하듯이 1980년대 후반 이후 전교조(全敎祖)를 중심으로 사립학교 교원의 헌법 투쟁이 전개되었고, 이에 대하여 헌법재판소는 국가공무원법 제66조에 대한 합헌 결정을 내리게 되었다. 그러므로 우리나라에서는 공공부문을 고찰하면서 사립학교 교원까지 아울러 고찰하는 것이 방법론상 유용하다.

그러나 공익사업체의 근로자, 사립학교 교원 등의 노동관계를 공공부문의 노동관계와 아울러 논한다고 하여, 그 노동관계에까지 공공부문에서 노동삼권을 제한하는 방식을 확대적용하는 것은 타당하지 않다. 오히려 노동삼권을 보장을 공공부문임을 이유로 일률적으로 제한하는 것이 아니라 사업 또는 업무의 성질을 기준으로 필요최소한도의 타당한 제한 정도를 검토하는 작업이 필요할 것이다.

1. 주요 방위산업체 근로자의 노동관계

가. 노동삼권의 보장 및 제한

방위산업체에 종사하는 근로자는 일반근로자와 마찬가지로 단결권, 단체교섭권이 보장되나, 쟁의행위는 금지된다. 헌법에서는 "법률이 정하는 방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다"(제33조 제3항)라는 개별적 유보조항을 두고 있다.

하위법률이 「방위산업에관한특별조치법」은 총포류 탄약 전차 등 군사전략 또는 전술운용상 중요하다고 인정되는 물자를 생산하는 주요 방위산업체(제4조 제2항 참조)에 종사하는 근로자의 쟁의행위에 대하여 '노동쟁의조정법이 정하는 바에 의하여 제한 또는 금지'(제18조)한다고 규정하여 그 제한의 구체적 내용을 노동쟁의조정법에 위임하고 있다.

이를 받아 노동쟁의조정법은 "방위산업에관한특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다"(제12조 제2항)라고 규정하여, 주요 방위산업체 근로자에 대해서는 쟁의행위권을 전면적으로 부인하고 있다.

나. 쟁의행위 금지의 합헌상 여부

1) 대법원의 합헌 판결

주요 방위산업체 근로자의 쟁의행위권을 부인하는 노동쟁의조정법 제12조 제2항에 대하여 대법원은 합헌이라고 보고 있다¹⁾. 헌법재판소의 결정에 결정례가 없으므로 여기에서는 대법원의 판결을 살펴보도록 한다.

소론은, 요컨대 노동쟁의조정법 제12조 제2항에서는 "방위산업체관한 특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다"고 규정한 부분이 근로자의 단체행동권 보장을 규정한 헌법 제33조 제1항 및 평등원칙을 선언한 헌법 제11조 제1항에 위반되는 것이라는 취지이나, 위 법률 규정은 헌법 제33조 제3항에서 "법률이 정하는 주요 방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다" 라고 규정한 유보조항에 근거를 둔 것이고, 또 방위산업체에 종사하는 근로자에 한하여 특별히 쟁의행위를 금지한다고 하여 평등원칙에 위배되는 것이라고 볼 수도 없으므로, 이와 반대의 견해에 선 위 주장은 받아들일 바 못된다. 논지는 모두 이유 없다.

이와 같이 대법원은 헌법 제33조에 근거를 두고 있다는 점과 평등원칙에 위반되지 않는다는 점을 근거로 합헌성을 긍정하고 있다.

2) 검토

주요 방위산업체 근로자의 단체행동권의 제한에 대하여 헌법 제33조 제3항에 근거를 두고 있지만, 그 제한에 있어서는 헌법 제37조 제2항이 규정하는 최소제한의 원칙과 본질적 내용 침해금지의 원칙이 적용되어야 한다²⁾. 공무원이 노동삼권을 제한하는 경우와 동일한 논리가 적용되기 때문이다.

이러한 관점에서 현행 법체계를 검토하면, 주요 공익사업체 근로자에게 단순히 쟁의행위를 금지하는 현행 법체계는 과도한 제한이라는 비판을 면할 수 없다.

또한, 방위산업체의 노동쟁의에 대하여 단지 우선적이고 신속한 조정(노동쟁의조정법 제11조)만을 규정하고 있는 현행 법체계는 쟁의행위를 금지하는 것에 대신하여 충분한 대상조치가 이루어지지 않고 있다고 생각된다. 입법론상으로는 쟁의행위의 금지가 필수적으로 요청될 때 그 대상조치로 강제중재절차를 적용하도록 하는 방식을 검토해 볼 필요가 있을 것이다.

2. 공익사업체 근로자의 노사관계

가. 노동삼권의 보장 및 제한

(1) 공익사업체에 종사하는 근로자는 일반근로자와 마찬가지로 단결권 및 단체교섭권이

보장되나, 쟁의행위는 여러 제한을 받는다. 특히 강제중재절차가 적용되어 사실상 쟁의행위권은 보장되지 않고 있다.

공익사업체에는 ① 공중운수사업, 수도 전기 가스 및 정유사업, 공중위생 및 의료사업, 은행사업, 방송 통신사업으로 ② 공중의 일상생활에 없어서는 아니되거나 그 사무의 정지 또는 폐지가 국민경제를 현저히 위태롭게 하는 사업을 말한다(제4조). 이러한 사업체에는 서울지하철공사, 한국방송공사, 한국은행 등 많은 공공부문 사업체가 포함되고 있다.

공익사업체에는 종사하는 근로자는 일반근로자와 마찬가지로 단결권 및 단체교섭권이 보장된다. 그러나, 그러한 사업체에서 발생하는 쟁의행위에 대하여는 사업의 공익성 때문에 쟁의행위를 방지하고 해결하기 위해 노동쟁의조정법에서 쟁의조정의 우선적 취급(제11조), 장기간의 냉각기간(제14조), 강제중재(제30조 제3호), 긴급조정제도(제40조) 등 여러 특별한 제한을 가하고 있다.

그 중 특히 강제중재절차가 적용되는 결과로 사실상 쟁의행위권은 보장되지 않고 있다. 왜냐하면, "공익사업에 있어서 노동위원회가 그 직권 또는 행정관청의 요구에 의하여 중재에 회부한다는 결정을 한 때"(제30조 제3호)에는 노사당사자의 동의가 없더라도 노동위원회가 중재를 행할 수 있는데, 중재에 회부되면 그 후 15일간은 쟁의행위를 할 수 없으며(제31조), 그 기간 내에 중재재정이 내려지면 확정된 중재재정의 내용은 단체협약과 동일한 효력을 가지므로(제39조 제2항) 당사자는 평화의무를 저서 단체협약기간 그 사항에 대하여 쟁의행위를 할 수 없기 때문이다.

(2) 공익사업체에서의 노동쟁의에 대한 강제중재제도는 1953년 노동쟁의조정법 제정 당시부터 이미 도입되어 있었다. 이 당시 공익사업의 범위에는 운수사업, 통신사업, 수도 전기 가스 공급사업, 의료 공중위생사업으로서 공중의 일상생활에 필수불가결한 사업과, 그 외에 그 사업의 정폐가 국민경제를 위태롭게 하거나 또는 공중의 일상생활을 위협하는 사업을 정부가 국회의 동의를 얻어 1년 이내의 기간을 한하여 공익사업으로 지정한 사업이 해당되었다(제4조). 그 후 1963년 동법의 전면 개정시에 전매사업, 조폐사업, 국가에 그 손익이 직접 귀속하는 유류사업, 증권거래소, 은행사업이 공익사업에 추가되었다(제4조).

그런데, 1971년 12월에 제정된 국가보위에관한특별조치법 제9조에서 모든 근로자의 단체행동권의 행사는 미리 주무관청의 조정을 신청하여야 그 조정 결정을 따라야 하며, 또한 대통령은 국가기관 또는 지방자치단체에 종사하는 근로자, 국영기업체에 종사하는 근로자, 공익사업에 종사하는 근로자, 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업에 종사하는 근로자 등의 단체행동권을 규제하기 위하여 특별한 조치를 할 수 있도록 규정함으로써 유신체제 동안에는 모든 근로자의 쟁의행위권은 사실상 부인되는 상황이 되었다.

또한 유신체제 동안에는 1972년 개헌에서 헌법 제29조 제3항에서 "공무원과 국가 지방자치단체 국영기업체 공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다"고 규정하여 국영기업체와 공익사업체의 쟁의행위 금지의 헌법적 근거를 마련하고서, 1973년 개정된 노동쟁의조정법 제4조 제2항에서는 국가 지방자치단체 국영기업체가 행하는 사업 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업으로서 대통령령이 정하는 사업(석탄 광업, 산업용 연료사업, 정부투자기관이 행하는 사업, 국가가 출연하는 연구사업과 규모가 크거나 업종이 특수하여 그 사업의 정지 또는 폐지가 국민경제를 위태롭게 하거나 국민의 일상생활을 위협한다고 인정하는 사업으로서 중앙노동위원회의 의결을 거쳐 보사 부장관이 지정하는 사업)등을 준공익사업으로 추가하여 공익사업체의 범위가 확대되었다.

1980년에 개정된 헌법에서도 구헌법 제29조 제3항의 규정이 유지되었다(제31조 제3항). 1980년의 노동쟁의조정법 개정에서는 국가 지방공공단체 국영기업체가 행하는 사업의 근로자에게는 쟁의행위가 금지되고(제12조 제2항), 체신 전매 조폐사업도 공무원 또는 국영기업체 근로자에 해당되므로 쟁의행위가 금지됨으로써 이들 사업을 공익사업 근로자에 해당되므로 쟁의행위가 금지됨으로써 이들 사업을 공익사업체에서 제외하였다. 한편 종전에는 공익사업으로 열거된 사업이라 하더라도 그 사업이 '공중의 일상생활에 필요불가결한 것'을 아울러 요건으로 요구하였는데, 동년의 개정에서는 이러한 요건을 삭제하여 열거된 사업이면 무조건 공익사업에 해당된다고 규정하여(제4조) 결과적으로 공익사업의 범위가 유신체제 때보다 더욱 확대되었다.

또한 일반사업의 노동쟁의도 공익사업과 마찬가지로 강제중재절차의 대상이 될 수 있었으므로, 공익사업 범위의 변동은 사실상 중요한 문제가 아니었다. 이렇게 유신체제와 5공체제의 시기에는 공익사업이나 일반사업을 불문하고 모든 사업체의 쟁의행위권은 사실상 보장되지 않는 억압 상황이 계속되었고, 그 결과 1987년의 사회민주화와 더불어 노동총공세가 폭발하게 되었다³⁾. 노동총공세 이후 개정된 1987년의 노동쟁의조정법이 현행 법률인데, 여기에서는 강제중재의 대상은 공익사업체에 국한하고 공익사업체의 범위도 법상 강제중재의 대상은 공익사업체에 국한하고 공익사업체의 범위도 법상 나열된 사업이 "공중의 일상생활에 없어서는 아니되거나 그 사무의 정지 또는 폐지가 국민경제를 현저히 위태롭게 하는 사업"이라는 요건을 다시 추가하여 공익사업체의 범위를 한정하고 있다. 또한 1987년 개정된 현행 헌법에서도 단체행동권을 제한 또는 부인할 수 있는 사업체에서 주요 방위산업체를 제외하고는 전부 삭제되었다(제33조 제3항). 이와 같이 노동쟁의조정법의 제정 이후 공익사업체의 범위는 계속 변동되었지만, 강제중재절차의 대상이 된다는 점은 변함이 없어 지속되어 왔다.

나. 강제중재제도의 합헌성 여부

1) 대법원 합헌 판결

공익사업체 근로자의 쟁의행위권을 사실상 부인하는 노동쟁의조정법상의 강제중재조항에 대하여 대법원은 합헌이라고 보고 있다⁴⁾. 헌법제판소의 결정례가 없으므로 여기에서는 대법원의 판결을 살펴보고자 한다.

헌법 제10조 제1항 전단(인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권)과 같은 법 제34조 제1 2항(국민의 인간다운 생활을 할 권리 및 국가의 사회보장증진의무), 제35조 제1항 전단(환경권), 제37조 제12항(열거되지 않는 국민의 자유와 권리의 존중과 기본권 제한에 관한 일반적 법률 유보), 제119조 제2항(경제에 대한 규제와 조정), 제23조 제2항(재산권 행사의 공공복리 적합성)의 각 규정과 그 제정 취지 등을 아울러 종합해 보면, 우리나라는 나라와 국민 모두가 국민의 복지생활을 유지 증진시키고 존중하여야 할 임무가 있을 뿐 아니라 그것이 또한 국민 개개인의 복지생활에 소중한 바탕이 된다는 것을 나타내고 있다고 볼 수 있다. 그러므로 이러한 우리나라의 경제생활체제 아래에서는 국민의 일상생활에 직접으로 영향을 미치는 공익사업 관계자들은, 당해사업이 관계사용자와 근로자들의 손을 통해서만 운영이 가능하다는 것을 볼 때 공익사업체 근로자들의 쟁의행위와 그에 맞서는 사용자의 직장폐쇄는 서로가 그것을 함부로 할 수 없는 내재적 제약(다시 말하면 공공복리를 위한 제한의 필요성)이 있는 것이라고 하지 않을 수 없다. 그러나 헌법 제37조 제2항은 "국민의 자유와 권리는 국가안전보장 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다"고 규정하고 있으므로, (a)위에서 본 내재적 제한은 실정법상 입법화되어야 하고(노동쟁의조정법 제31조 제3조 제17조가 여기에 해당한다), (b) 그것은 필요최소한의 부득이한 조치이어야 하며, 또한 (c) 헌법 규정에 의하여 선명(宣明)된 권리(단체행동권)의 본질적인 내용을 침해하지 않아야만 같은 헌법 규정에 위반되지 않는다는 것을 밝히고 있다.

이러한 세 가지 요건 중(a)요건은 국회가 제정하는 형식적 법률일 것을 요구하는 것이지만 노동쟁의조정법 또한 형식적 법률인 이상 동 요건은 문제되지 아니하고, (b)요건, 즉 제한의 부득이성은 위에서 본 쟁의권의 내재적 제약성과 관련되고 있으므로 별도의 검토를 요하지 않는다. 따라서 위의 관련조항의 헌법적합성과 관련하여 문제되는 것은 (c)요건, 즉 본질적 내용 침해금지의 해당성 여부라고 할 수 있다.

이 점에 대하여 보건대, 본래 헌법 제33조 제1항에 의하여 선명된 이른바 노동삼권은 사용자와 근로자간의 실질적인 대등성을 단체적 노사관계의 확립을 통하여 가능하도록 하기 위하여 시민법상의 자유주의적 법원칙을 수정하는 생존권적 기본권들이므로 이 노동삼권은 다같이 존중 보호되어야 하고 그 사이에 비중의 차를 둘 수 없는 권리들임에는 틀림없지만 근로조건의 향상을 위한다는 생존권의 존재 목적에 비추어 볼 때 위 노동삼권 가운데서도 단체교섭권이 가장 중핵적 권리임은 부정할 수 없다. 그 이유는 헌법 제119조 제1항의 규정에 의하여 분명한 것처럼 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 삼고 있는 우리의 경제질서

아래에서는 노사양측의 교섭을 통하지 아니한 일방적인 노동조건의 결정을 상상할 수 없는 것이기에, 사용자에 비하여 열세일 수밖에 없는 근로자에게 열세성을 배제하고 사용자와의 대등성확보를 위한 법적 수단으로 단체교섭권을 인정하는 것이야말로 근로조건의 향상을 위한 본질적 방편이라고 아니할 수 없으며, 따라서 그것을 위하여 단체형성의 수단인 단결권이 있고 또한 교섭이 난항에 빠졌을때 그것을 타결하기 위한 권리로서의 단체행동권이 있는 것으로 보아야 하기 때문이다.

이로써 본다면 근로자에게 단체교섭권이 정당하게 확보되어 있기만 하다면 그것을 보장하는 권리로서의 단체행동권은 그것이 제한된다 해도 필요한 최소한도 내에서 어쩔 수 없는 것으로, 사회관념상 상당한 대상조치가 마련되어 있다고 보여질 때에는 위에서 본 권리의 본질적인 내용을 침해하는 것으로 볼 수 없다고 하겠다.

그런데 노동쟁의조정법 제30조 제3호, 제31조를 보면 같은 규정 해당사유가 발생한 때에는 같은 법 제3조(쟁의행위의 정의), 제15조(사용자의 채용제한), 제17조(직장폐쇄의 요건)등에 비추어 노사양측의 쟁의행위권이 15일의 기간 동안 제한 금지되고 있으나, 그 이후의 노사교섭은 같은 법 제32조에서 제39조까지를 보면 독립적이고 전문적인 행정위원회로서 준사법적(판정적) 권한을 갖고 있는 중재위원회가 중립적 입장에서 중재 사건을 담당하여 중재재정을 내릴 수 있게 하고 이것이 확정된 경우에는 단체협약과 동일한 효력을 가지는 것(노동법 제39조 제2항)인바, 위에서 본 바와 같이 쟁의권은 난항에 빠진 단체교섭을 조성시키는 수단으로서의 권리이고 이것은 결국 단체교섭을 통한 단체협약을 성사시키는 것을 목적으로 하고 있는 것으로 보아야 한다는 점에 비추어 볼 때, 이는 헌법 제33조 제1항에 의하여 보장된 단체행동권을 제한하는 상당한 대상조치라고 아니 볼 수 없어 결국 노동쟁의조정법 제30조 제3호, 제31조의 규정은 헌법 제37조 제2항에 의한 합헌성을 부정할 수 없다.

요컨대, 공익사업이 가지는 공익적 성질은 헌법 제37조 제2항상의 '공공복리'에 의한 기본권 제한에 해당됨과 동시에 제한의 '부득이성' 요건까지 충족시키며, 중재위원회의 중재재정을 통하여 단체협약이 성사되었다는 대상조치론을 도입하여 본질적 내용이 침해되지는 않았다고 보아 대법원은 그 합헌성을 긍정한다. 대상조치론의 근거로는 '노동삼권의 생존권성'과 '쟁의행위권의 수단성'을 들고 있다.

2) 검토

대법원의 판결에 대하여는 공익사업이 가지는 공익적 성질은 당연히 제한의 '부득이성' 요건(즉 최소제한의 요건)까지 충족시킨다고 보는 점과 대상조치론을 도입하는 점에 대하여 비판을 받는다.

우선 헌법 제37조 제2항이 규정하는 합헌성 요건 중 기본권 최소제한의 원칙은, 그 제한의 '필요성' 외에 그 제한의 '대상범위'(즉 공익성을 가지는 제사업 중 강제중재조항 적용을 통하여 쟁의권을 제한해야만 하는 공익사업의 범위는 어떠한 기준으로 정할 것인가), '규제의 정도 또는 방식'(즉 제3자 개입의 형태를 알선 조정 중재 중 어떠한 방식을 선택할 것인가, 그 개시를 임의적으로 할 것인가 강제적으로 할 것인가, 누가 개입할 것이며 그 선임은 어떤 방식으로 할 것인가, 개입의 효과는 어떻게 규정할 것인가 등), 그리고 '규제 위반에 대한 제재'(예컨대 금액벌에 한정할 것인가 아니면 자유형까지 규정할 것인가 등) 그 모두가 최소한에 그칠 것을 요구하는 것이다⁵⁾. 그런데 위의 대법원 판결은 그 '필요성' 정도만을 검토하고서 곧바로 기본권의 최소제한의 그칠 것이라는 합헌성 요건이 충족된 것으로 판단하고 있다. 따라서 동 판결은 심리미진의 것이라는 비판을 면할 수 없는 것으로 보인다.

다음으로 대법원의 '노동삼권의 생존권성' 및 '쟁의행위권의 수단성'을 근거로 대상조치론을 도입하는 점에 대해서는, 쟁의행위권을 행정관청의 판단에 따라 배제될 수 있도록 길을 열어주는 노동쟁의조정법상의 강제중재조항은 쟁의행위권을 부인하는 것과 다를 바가 없으며, 따라서 기본권의 본질적 내용은 당해 기본권이 존속하는 경우에만 보장될 수 있다는 관점에서 볼 때, 당해 조항은 쟁의행위권의 본질적 내용에 대한 침해를 구성한다는 비판을 면할 수 없다. 쟁의행위권의 본질적 내용을 침해하지 않는 제한이기 위하여는, 쟁의행위 그 자체를 금지하는 것이 아니라 쟁의행위의 행사방법이나 절차를 제한하는 방식이어야 한다⁶⁾.

공익사업에서의 강제중재를 통한 파업권 제한에 대하여 ILO의 결사의 자유위원회는, "노동쟁의를 해결하기 위한 한 가지 방식으로 입법에 의해 파업권을 강제중재로 대체하는 것은, 엄격한 의미에서의 필수역무(essential service), 즉 그 업무의 정지가 국민 전체 또는 일부의 생명, 신체의 안전, 또는 보건을 위태롭게 하는 역무에 대해서만 정당화될 수 있다"고 보고 있다⁷⁾. 이러한 관점에서 현행법을 보면 강제중재 대상사업 중 공중운수사업, 은행사업, 방송통신사업(노쟁법 제4조 제1호, 제4호, 제5호)은 강제중재상의 필수역무성이 없는 것으로 판단되므로, 현행법과 같이 강제중재에 의해 쟁의행위권을 부인하는 방식은 기본권의 최소제한 원칙에 반한다.

그러므로 입법론적으로는 사업의 공익성 때문에 쟁의행위를 제한하여야 할 필요성이 있다면, 엄격한 요건하에 예외적으로 긴급조정절차의 대상이 되게 하거나, 또는 쟁의행위의 예고 및 일정한 냉각기간을 요구하는 방식 등 최소제한 원칙에 적합한 방식을 모색하여야 하며, 현행법의 강제중재제도는 폐지하는 방향으로 개정되어야 한다고 생각된다.

3. 사립학교 교원의 노사관계

가. 노동삼권의 부인

사립학교 교원에 대한 기본법인 사립학교법은 "사립학교 교원의 복무에 관하여는 국 공립학교의 교원에 관한 규정을 준용한다"(제55조)고 규정하고 있다. 그런데 국 공립학교 교원의 경우 그 복무에 대하여는 국가공무원법이 준용되도록 되어 있다(교육공무원법 제1조, 제53조 제4항의 반대해석). 따라서 사립학교 교원에게도 국가공무원법상의 복무규정이 적용되는데, 이때에 국가공무원법 제66조 제1항의 노동운동금지 규정도 적용된다. 그러므로 사립학교 교원의 노동삼권은 전면적으로 부인된다.

나. 노동삼권 부인의 합헌성 여부

1) 헌법재판소의 합헌 결정

헌법재판소는 사립학교법 제55조에 대하여 합헌 결정을 내렸다⁸⁾. 그 근거로는 '교원 직무의 특수성', '헌법 제31조 제6항이 정하는 교원지위법정주의' 및 '대상조치'를 들고 있다. 결정문상의 관련 내용을 정리 인용하면 다음과 같다⁹⁾.

교원은 학생들에 대한 지도교육이라는 노무에 종사하고 그 노무제공에 대한 대가로 받는 임금 급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 사람이므로 교원 역시 근로관계법에서 정의하고 있는 통상적인 의미의 근로자인 성격을 가지고 있음에도 틀림이 없지만, 교원의 직무 내지 근로관계는 다음에서 보는 바와 같은 일반근로자의 그것과는 다른 본질적인 구조상의 차이를 가진다.

첫째, 교원이 제공하는 근로의 내용, 즉 교육활동은 인간을 대상으로 하고 아직 미성숙한 아동을 비롯한 교육을 받는 사람을 바람직한 인간으로 성장 발달시키는 것을 목적으로 한다는 점에서 일반 노동행위와는 달리 윤리성 자주성 중립성 공공성 및 전문성이 특히 강조된다. 따라서 이를 담당하는 교원은 통상의 일반근로자와는 다른 기능과 역할을 수행한다. 둘째, 교원이 제공하는 근로의 중심적인 수혜자는 헌법상 기본권으로 보장된 교육을 받을 권리를 가진 학생이며 교육대상자가 가지는 교육을 받을 권리가 존중되어야 한다. 특히 의무교육의 실시는 곧 국민이 그 보호하는 자녀에게 교육을 받게 할 의무를 실현하는 것이 되고 의무교육 비용은 국가 또는 지방자치단체가 부담하는 것이나 궁극에는 조세 등을 통하여 국민의 부담이 된다. 의무교육 이외의 교육비용도 통상 교육을 받는 학생의 학부모가 상당부분을 부담하게 된다. 이러한 점에서 교원들이 노동삼권을 행사하는 상대방인 사용자는 형식적으로는 학교의 설립 경영자이지만 실질적으로는 모든 국민이 된다. 따라서 사립학교 교원의 노동삼권의 행사는 모든 국민을 상대로 하는 셈이 되며, 그 행사가 국민의 교육받을 권리를 침해할 경우에는 그에 따른 제약을 받을 수밖에 없다. 셋째, 일반기업의 경우에는 근로자의 쟁의행위에 대하여 사용자측에게도 직장폐쇄 등 대응수단이 인정되고 있고 근로자가 기업의 지급능력 범위를 넘는 과도한 요구를 관철시키는 것은 기업의 경영을 악화시켜서 기업 자체의 존립이 위태롭게 되어 결국 근로자 자신의

실직이라고 하는 중대한 결과에 이를 수 있기 때문에 근로자의 요구도 이러한 면에서 스스로 제약을 받게 된다. 그러나 교원의 사용자는 다음 세대를 이끌고 갈 젊은이에 대한 교육을 임의로 중단할 수 없고 교육의 계속성 유지의 필요에 따른 제약으로 말미암아 학교 시설의 폐쇄라고 하는 대응수단을 사용할 수 없다. 또한 교원의 근로에 대한 실질적 사용자 또는 수익자의 지위에 있는 학생 및 학부모도 교원의 부당 과다한 쟁의행위 내지 요구에 대응할 마땅한 수단을 가지고 있지 않다. 넷째, 일반기업에서는 그 생산 제공하는 상품이나 용역의 수급은 물론 근로자의 수급도 경기의 변동이나 시장경제의 원리에 따라 탄력적으로 조절될 수 있기 때문에 근로자의 근로조건에 관한 요구도 기업의 이윤 따위의 사정을 참작하여 조정될 수 있다. 그러나 교원이 제공하는 근로는 성질상 시장경제의 원리가 적용될 수 없는 직무의 수행을 그 내용으로 하고 있고, 교원의 신분에 대하여는 강력한 법적 보장이 뒷받침되고 있기 때문에 그 인력의 배분은 비탄력적일 뿐 아니라 성질상 교원에게 배분될 이윤이라는 개념이 성립하지도 아니한다. 교원에게 노동삼권을 제한없이 허용하여 쟁의행위까지 인정하는 경우 그 성질상 시장경제의 원리에 따른 자동조절장치가 결여되어 있기 때문에 오히려 근로조건의 결정절차를 왜곡되게 할 수 있다. 이러한 교원의 쟁의과정에서의 직접적이고 무고한 희생자는 바로 적정한 교육을 받을 권리를 가진 학생들이 되고, 결국은 국민 전체를 위하여 영구적으로 유지 발전되어야 할 교육제도가 훼손될 염려가 있다.

이러한 교원의 직무 내지 근로관계상의 특수성을 고려할 때, 교원에 대해서는 일반 사기업체에 종사하는 근로자를 대상으로 하여 발전된 근로관계법의 원리, 즉 근로자 대 사용자라는 이원적 대립구조를 전제로 상호간 갈등과 타협을 통하여 또한 시장경제의 원리에 따른 수급 균형과 통제 아래 형성 발전되어 온 전통적인 일반 근로관계법을 그대로 적용되기 어려운 사정이 인정된다. 한편 우리 헌법 제31조 제6항은 "학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다"라고 하여 교육의 물적 기반이 되는 교육제도와 아울러 교육의 인적 기반으로 가장 중요한 교원의 노동삼권을 포함한 모든 지위에 관한 기본적인 사항을 국민의 대표기관인 입법부의 권한으로 위임하고 있다. 이러한 헌법조항의 취지는 넓은 의미에서 교원의 지위(즉 교원의 직무의 중요성 및 그 직무수행능력에 대한 인식의 정도에 따라 그들에게 주어지는 사회적 대우 또는 존경과 교원의 근무조건 보수 및 그 밖의 물적 급부 등)를 포함하는 교육제도는 한 시대와 국가 사회공동체의 이념 및 윤리와 조화되는 가운데서 형성 발전되어야 할 성격을 지닌 것이기 때문에 그러한 제도의 구체적 형성과 변경은 국민의 대표기관인 입법부가 그 시대의 구체적인 사회적 여건과 교육의 특수성을 고려하여 민주적인 방법에 의하여 합리적으로 이루어 나가도록 하는 것이 적합하다는 데 근거를 두고 있는 것으로 해석된다. 따라서 제31조 제6항은 단순히 교원의 권익을 보장하기 위한 규정이라거나 교원의 지위를 행정권력에 의한 부당한 침해로부터 보호하는 것만을 목적으로 한 규정이라기보다는 국민의 교육을 받을 기본권을 실효성있게 보장하기 위한 것까지 포함하여 교원의 지위를 법률로 정하도록 하려는 것이다. 따라서 이러한 헌법 규정에 근거하여 교원의 지위를 정하는 법률을 제정함에 있어서는 교원의 기본권 보장 내지 지위 보장과 함께 국민의 교육을 받을 권리를 보다 효율적으로 보장하기 위한 규정도 반드시 함께 담겨 있어야 할 것이다. 그러므로 위 헌법조항을 근거로 하여 제정되는 법률에는 교원의 신분보장, 경제적 사회적 지위 보장 등 교원의 권리에 해당하는 사항뿐만 아니라 국민의 교육을 받을 권리를 저해할 우려있는 행위의 금지 등 교원의 의무에 관한 사항도 당연히 규정할 수 있는 것이고 결과적으로 교원의 기본권을 제한하는 사항까지도 규정할 수 있게 되는 것이다.

요컨대, 헌법 제31조 제6항은 국민의 교육을 받을 권리를 보다 효과적으로 보장하기 위하여 교원의 보수 및 근무조건 등을 포함하는 개념인 교원의 지위에 관한 기본적인 사항을 법률로써 정하도록 한 것이므로, 교원의 지위에 관련된 사항에 관한 한 헌법 제31조 제6항은 교원의 노동삼권 보장을 정한 헌법 제33조 제1항에 우선하여 적용된다고 보아야 할 것이고, 따라서 교원의 노동삼권은 제31조 제6항을 근거로 하여 제정되는 법률(즉 사립학교법)에 의하여 제한될 수 있다고 볼 것이다. 그러므로 사립학교법 제55조가 사립학교 교원의 복무에 관하여 공립학교 교원에 관한 규정을 준용함으로써 교원인 근로자의 근로기본권을 제한하고 있다고 하더라도 그것만으로 헌법 제33조 제1항에 대한 관계에서 곧바로 헌법에 위반된다고 단정할 수는 없다. 다만, 문제가 되는 것은 사립학교법이 제한하는 기본권 제한의 정도가 헌법 제37조 제2항과의 관련에서 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것은 아닌가라는 점이다.

그러나 헌법 제33조 제1항에 보장된 노동삼권은 근로자의 근로조건을 개선함으로써 그들의 경제적 사회적 지위의 향상을 기하기 위한 것으로서 자유권적 기본권으로서의 성격보다는 생존권 내지 사회권적 기본권으로서의 측면이 보다 강한 것으로서 그 권리의 실질적 보장을 위해서는 국가의 적극적인 개입과 뒷받침이 요구되는 기본권이다. 그러므로 국가가 특수한 일에 종사하는 근로자에 대하여 헌법이 허용하는 범위 안에서 입법에 의하여 특별한 제도적 장치를 강구하여 그들의 근로조건을 유지 개선하도록 함으로써 그들의 생활을 직접 보장하고 있다면 실질적으로 근로기본권의 보장에 의하여 이룩하고자 하는 목적이 달성될 수 있고, 이러한 특정근로자는 비록 일반근로자에게 부여된 근로기본권의 일부가 제한된다고 하더라도 실질적으로 그들에게 아무런 불이익을 입히지 아니하는 결과에 이를 수도 있다.

이러한 관점에서 특수한 직무에 종사하는 근로자인 교원에 대하여 헌법 제31조 제6항에 근거한 사립학교법 및 교육공무원법 등 교육관계법은 교육제도의 특수성과 교원직무의 공공성 전문성 자주성 및 우리나라의 교육에 대한 역사적인 전통 등을 참작하여 특별히 교원의 신분보장에 관하여 직접적인 규정을 두고 있는 한편, 교육법 제80조는 교원이 그들의 경제적 사회적 지위를 향상시키기 위하여 각 지방자치단체 및 중앙에 교육회를 조직할 수 있도록 규정하여 실질적으로 단결권을 보장하고 있고, 1991. 5. 31. 공포 시행된 「교원지위향상을 위한 특별법」은 제3조 제2항에서 "사립학교법 제2조 규정에 의한 학교법인 및 사립학교 경영자는 그가 설치 경영하는 학교 교원의 보수를 공무원인 교원의 보수수준으로 유지하여야 한다"고 규정하고, 제11조 및 제12조에서 교육회가 교원의 처우개선, 근무조건 및 복지후생과 전문성 신장에 관한 사항을 그 대상으로 하여 교육감 또는 교육부 장관과 교섭 협의할 수 있도록 규정하고 있다. 이처럼 교원에 대한 처우를 개선하고 그 신분을 보장하며 경제적 사회적 지위의 향상을 기하기 위하여 제정된 위 각 법률의 규정을 종합하면, 결국 일반근로자에게 노동삼권을 보장함으로써 그들의 경제적 사회적 지위의 향상을 기할 수 있도록 한 것에 갈음하여 사립학교 교원에 대하여는 법률의 규정으로 직접 보수와 신분의 보장을 하는 한편 교원이라는 신분에 걸맞는 교직단체인 교육회를 통하여 그들의 경제적 사회적 지위 향상을 도모할 수 있도록 보장하고 있는 것으로 보아야 할 것이다. 그러므로 이 사건 심판의 대상이 된 위 각 법률조항은 근로자인 사립학교 교원에게 비록 헌법 제33조 제1항에 정한 노동삼권의 행사를 제한 또는 금지하고 있다고 하더라도 이로써 사립학교 교원이 가지는 근로기본권의 본질적 내용을 침해한 것으로는 볼 수 없고, 그 제한은 입법자가 앞서 본 교원 지위의 특수성과 우리의 역사적 현실을 종합하여 공공의 이익인 교육제도의 본질을 지키기 위하여 결정한 것으로서 필요하고 적정한 범위 내의 것이라 할 것이므로 헌법 제33조 제1항은 물론 헌법 제37조 제2항에도 위반되지 아니한다.

이러한 헌법재판소의 합헌 결정은 다음과 같이 요약할 수 있다.

우선 판단의 기본틀에 있어서 공무원의 경우와는 달리, 사립학교 교원에 대해서는 노동삼권에 대한 헌법상 개별적인 제한근거규정이 없으므로 사립학교 교원의 노동삼권 제한법률에 대하여는 당연히 일반적 법률 유보조항인 헌법 제37조 제2항에 따른 합헌성 검토가 이루어진다.

이 때에 헌법재판소는 합헌 결정을 내리면서 두 가지 해석론을 근거로서 덧붙인다.

첫째로, 헌법 제31조 제6항이 정하는 교원지위법정주의의 취지를 노동삼권에 대하여 비교형량되어야 하는 '단순한' 반대법익이 아니라 그에 '우월적'인 법익으로 위치짓는다. 이 점을 기초로 헌법재판소는 교원지위법정주의 조항에 근거하는 입법형성(즉 사립학교법의 제정)에 대하여는 일반적 법률유보조항에 의한 제한에 적용되는 최소제한의 원칙이 적용되지 않는다고 본다.

둘째로, 노동삼권의 본질적 내용 침해금지과 관련하여 대상조치론(代償措置論)을 도입한다. 즉 노동삼권을 전면적으로 부인하더라도 일정한 대상조치가 존재하면, 노동삼권의 생존권성 수단성에 비추어 노동삼권의 본질적 내용에 대한 침해를 구성하지 않는다고 본다.

이러한 두 가지 해석론을 토대로 헌법재판소는 헌법 제31조 제6항을 근거로 하여 사립학교법을 제정하는 경우에 대상조치가 존재하는 한 입법부는 자유로운 입법재량을 가지는 것으로 보아 그의 합헌 결정을 도출하고 있는 것이다.

2) 검토

헌법 제31조 제6항의 취지는 교원 직무의 특수성에 비추어 교원의 지위가 행정권력에 의하여

침해되지 않도록 그 자격요건 및 신분보장 등을 법률로 보장하려는 것인 만큼, 그것은 노동삼권을 제한하는 성질의 것이라기보다는 기본권 보장적 의미가 강한 것에 해당한다고 보아야 한다¹⁰⁾.

교원의 노동삼권도 헌법 제37조 제2항에 따라 피교육자의 교육권과의 관계에서 조정이 이루어지는 것은 당연하다. 다만, 교원에게 노동삼권을 보장하여 교원의 근로조건을 향상하게 되면 교육의 질까지 향상시키게 되므로, 따라서 노동삼권을 보장한다고 하여 곧바로 피교육자의 교원권이 침해된다는 것은 아니라는 점에 유의하여야 한다.

한편, 민간부문에 있어서 파업 등은 사용자에게 심각한 재정적 손실을 야기하므로 근로자는 사용자에게 대한 효과적인 압력수단을 가지지만, 교원의 파업의 경우에 문제되는 것은 인건비 정도로서 무노동무임금이 적용되면 그것조차 미미하여 파업의 경제적 효과가 작다. 또한 학부모들을 포함하는 여론의 지지를 얻기가 어려워 사용자의 의사결정에 미치는 영향도 미미한 경우가 많다. 교원에게 파업권이 인정되는 서구에서의 실태를 보더라도 교원은 단체행동보다는 파업외의 다른 행위수단(연장근로 거부, 결근한 동료교원을 대신하는 수업참가 거부, 과외활동지도의 거부)을 선호하는 경우가 많다¹¹⁾. 그러므로 교원의 파업권 자체를 반드시 부인하여야 하는 것은 아니다.

헌법 제37조 제2항은 기본권 '제한'의 수권규정이기는 하지만 기본권 '금지'의 수권규정은 아니므로, 동 조항을 근거로 노동삼권을 전면적으로 부인할 수는 없다. 헌법은 노동삼권이 '금지'될 수 있는 예외적 범주로서 공무원과 주요 방위산업체 근로자만을 규정하고 있으므로(제33조 제2항 제3항 참조), 기본권 최대보장의 원칙상 그러한 범위에 속하지 않는 사립학교 교원에 대해서까지 노동삼권을 전면적으로 배제할 수는 없다¹²⁾.

노동삼권의 본질적 내용은 노동삼권이 존속하는 경우에만 보장될 수 있는 것이다. 이와 관련하여, 노동삼권은 그 전체가 인정되는 경우에만 기능성을 가지므로 삼권 중 어느 하나라도 부인하면 노동삼권의 본질적 내용에 대한 침해를 구성하는 것이라고 보는 견해와¹³⁾, 노동삼권 중 단결권이 부정되는 경우와 단체교섭권 및 단체행동권이 부인되는 경우를 분리하여 단체교섭권 및 단체행동권의 전제 토대로 되는 단결권이 부인되는 경우에만 그 본질적 내용에 침해를 구성한다고 보는 견해가 있는데¹⁴⁾, 양자 모두 단결권을 포함하여 노동삼권을 전면적으로 부인하는 사립학교법의 관련규정은 노동삼권의 본질적 내용에 대한 침해를 구성한다는 점에서는 차이가 없다.

이러한 점들에서 본다면, 사립학교 교원에게 노동삼권을 부인하는 관련 규정은 헌법 제37조 제2항에 위반된다고 판단된다.

주석 1) 대법원 1993. 4. 23. 제3부 판결, 93도 493, 『법원공보』, 1993. 7. 1. 1619~1620쪽.

주석 2) 권영성, 367쪽; 김형배, 183쪽; 신인령, 앞의 교원의 노동삼권, 32쪽.

주석 3) 윤성천, 「공익사업에 있어서의 쟁의행위와 강제중재제도」, 가산 김치선 박사 고회기념 『국제화시대의 노동법의 과제』 (박영사, 1994), 313쪽.

주석 4) 대법원 1990. 5. 15. 제2부 판결 90도 375 서울지하철공사사건, 『신노동판례집』, 37~43쪽.

주석 5) 권영성, 370~371쪽; 김철수, 290쪽 참조.

주석 6) 윤성천, 「공익사업에 있어서의 쟁의행위와 강제중재제도」, 가산 김치선 박사 고회기념 『국제화시대의 노동법의 과제』 (박영사, 1994), 315~316쪽.

주석 7) ILO, Freedom of Association, Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of Governing Body of ILO. 3rd ed. (Geneva : ILO, 1985) para. 387. 14); 허영민, 「공무원의 노동기본권론-보장과 제약을 중심으로」, 『공법이론의 현대적 과제』, 구병삭 박사 정년기념 논문집(박영사, 1991), 724-729쪽 참조.

주석 8) 헌법재판소 1991. 7. 22. 결정 89헌가106 사립학교법 제55조, 제58조 제1항 제4호에 관한 위헌 심판, 『헌법재판소판례집』, 제3권(1991), 387~483쪽.

주석 9) 『헌법재판소판례집』, 제3권(1991), 405~406쪽, 412~414쪽, 416~417쪽, 419~423쪽 참조.

주석 10) 권영성, 329쪽.

주석 11) Luce Pépin, "The Defence of Teachers' Trade Union Rights", International Labour Review, Vol. 129, No. 1(1990), p. 61 참조.

주석 12) 신인령, 앞의 교원의 노동삼권, 31~32쪽.

주석 13) 신인령, 「교원의 노동삼권」, 『사회과학논집』, 제9집, 이와여대(1989), 32쪽.

주석 14) 양건, 「사립학교교원의 노동기본권」, 『법률신문』, 1989. 10. 30, 10쪽.

第3章

ILO의 勞勤基準

1. 개관

ILO(국제노동기구)의 협약 중에서 근로자의 단결권 및 단체교섭권을 보장하고 있는 기본 협약은 1948년 제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약)과 1949년 제98호 협약(단결권 및 단체교섭권 원칙의 적용에 관한 협약)이다. 제87호 협약은 군대 및 경찰을 제외한 모든 근로자에게 대하여 규정하므로 공공부문 근로자에게도 적용되나, 제98호 협약은 군대 및 경찰 이외에도 공무원에 대하여 그 적용을 유보하고 있기 때문에, 공무원의 범위에 관하여 해석상 논란이 있는 등 문제가 있었다. 그리하여 제98호 협약과 유사한 내용이 공공부문에도 적용된다는 취지의 1978년 제151호 협약(공공부문의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약)이 성립되었다. 단체교섭의 보장에 관한 또 다른 협약으로는 1981년 제154호 협약(단체교섭촉진에 관한 협약)이 있는데, 이 협약은 민간부문은 물론 공공부문에도 적용된다. 한편, 공공부문의 파업권 등의 단체행동에 대하여 그 보장을 명시하는 ILO의 협약은 없다. 단결권 및 단체교섭권에 관한 권고로서는 1978년 제159호 권고(공공부문에서의 고용조건 결정절차에 관한 권고)가 있다.

또한, 결사의 자유위원회는 막대한 분량의 보고서를 제출하고 있는데, 거기에는 단결권, 단체교섭권, 파업권 등에 관한 동 위원회의 입장이 결정되어 있다¹⁾. 결사의 자유위원회의 해석은 협약의 해석에 중요한 의미가 있으며, 특히 전문위원회의 의견표명으로서 갖는 정치적 의미는 크다고 일반적으로 평가되고 있다.

2. 단결권

(1) ILO제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약)은 모든 근로자에게 단결권을 보장하고 있으며, 그 보장은 공무원에게도 적용된다. 다만, 군대 및 경찰에 대하여 동 협약이 규정하는 보장을 적용하는 범위는 국내 법령에 따르도록 되어 있다(제9조 제1항). 동 협약에서 단결권에 관하여 보장하고 있는 바는 다음과 같다.

①근로자는 사전 인가를 받지 아니하고 스스로 선택하여 자신의 이익을 증진 옹호함을 목적으로 하는 단체(제10조 참조)를 설립하고, 그 단체의 규약에 따를 것만을 조건으로하여 그 단체에 가입할 수 있는 권리를 어떠한 차별도 없이 가진다(제2조).

② 단체는 규약과 규칙을 작성하고 자유로이 대표자를 선출하며 관리활동에 대해서 결정하고 그 계획을 책정할 권리를 갖는다(제3조 제1항).

③ 단체는 행정당국에 의하여 해산되거나 활동이 정지되어서는 아니된다(제4조).

④ 단체는 연합단체와 총연합단체를 설립하고 이에 가입할 권리를 가지며, 이러한 단체 연합단체 또는 총연합단체는 국제적인 단체에 가입할 권리를 갖는다(제5조).

⑤ 단체, 연합단체 및 총연합단체의 법인격 취득에 관하여 이러한 단결권 보장을 제한하는 성질의 조건을 부가하여서는 안된다(제7조).

⑥ 동 협약에서 규정하고 있는 권리를 근로자가 행사함에 있어서는 근로자 및 그 단체는 국내 법령을 존중하여야 하며, 국내 법령은 동 협약에서 규정하고 있는 보장을 저해하거나 저해할 목적으로 적용되어서는 안된다(제8조).

동 협약에 규정된 기준들은 '어떠한 차별도 없이'(제1조 참조) 모든 근로자에게 적용되어야 하므로, 공공부문 종사자에게도 적용되어야 한다는 것이 ILO 결사의 자유위원회의 기본 입장이다.

민간부문 근로자들과 공공부문 근로자들은 자신의 권익을 옹호하기 위하여 단결권을 보유하므로 공공부문과 민간부문 사이에서 노동문제에 관해 어떠한 차별을 두는 것은 형평에 어긋나는 것으로 간주된다(ILO, Freedom of Association - Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of Governing Body of ILO, 3rd ed.(Geneva: International Labour Office, 1985) paragraph 213).

또한 민간부문의 근로자가 향유하고 있는 노동조합을 결성할 권리를 공공부문의 근로자들에게만 부인하는 것은, 공공부문 근로자의 단체가 노동조합과 같은 이점과 특권을 향유하지 못하게 되는 결과를 초래하며, 이것은 민간부문의 근로자들 및 그들의 단체와 비교하여 볼 때 공공부문 근로자들 및 그들의 단체에 대해 차별을 포함하게 된다(ILO, Freedom of Association(전게서) paragraph 216).

(2) ILO 제98호 협약(단결권 및 단체교섭권 원칙의 적용에 관한 협약)은 고용과 관련된 반조합적 차별행위에 대한 보호(제1호), 사용자의 지배에 대한 보호(제2조), 자주적인 교섭절차의 장려(제4조) 등을 규정하고 있다. 그러나 동 협약은 국가행정에 종사하는 공무원의 신분에 대하여는 다루지 않는다고 되어 있다(제6조).

많은 국가에서 공공부문 활동이 광범하게 확대되고 있는데, 공공기관과 그 근로자의 단체 사이에서 건전한 근로관계가 필요로 된다. 그런데, 각 국가의 정치 사회 경제 제도상의 다양성 및 각 국가간의 관행상의 차이가 존재하고, 많은 국가들에서 민간부문에서의 고용과 공공부문에서의 고용간에 차이가 존재하기 때문에, ILO 협약의 적용범위 및 용어정의에서 특수한 문제가 발생하였고, ILO 제98호 협약에서 적용이 배제되어 있는 공무원의 범위에 대하여 해석상 논란이 발생하였다.

이에 대하여 결사의 자유위원회는 제98호의 협약, 특히 단체교섭의 지원 및 촉진에 관한 동 협약 제4조는 민간부문 및 국유화 기업, 공공기관 모두에게 적용되며, 다만 국가행정에 종사하는 공무원만을 이러한 적용에서 제외시키는 것이 가능할 뿐이라고 하였다(ILO, Freedom of Association(전게서) paragraph 597). 아울러 국가에 의하여 고용되거나 공공부문에 종사하는 사람으로서, 공공기관의 대리인으로 활동하지 않는 사람들을 협약의 적용범위에서 제외하는 것은, 비록 그들이 국가의 행정에 종사하는 공무원의 지위와 동일한 지위를 부여받고 있다 하더라도, 협약의 취지에 반한다고 하였다(ILO, Freedom of Association(전게서) paragraph 598). 그리하여 국영 라디오 및 TV방송국 직원, 교사, 우편 및 통신부문 종사자 등도 공공기관의 대리인으로서 활동하는 사람이 아니라고 하면서, 단결권 및 교섭권이 부정되어서는 안된다고 하였다(ILO, Freedom of Association(전게서) paragraphs 599, 601, 602).

(3) 아무튼, 제98호 협약이 공공부문 근로자에게 적용되는가에 관해 해석상 논란이 있어 왔고, 그 과정에서 몇몇 국가의 정부는 다수의 공공부문 근로자의 집단을 ILO 제98호 협약의 적용범위에서

제외하고 있다는 문제점이 지적되어 왔다. 그리하여 공무원을 포함한 공공부문 전체에 관해 단결권 및 단체교섭권을 보장하는 협약이 요청되었고, 그 결과 ILO 제151호 협약(공공부문의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약)이 성립되었다(제151호 협약 서문 참조).

ILO 제151호 협약(공공부문의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약)이 공공피용자의 단결권에 관하여 보장하고 있는 바는 다음과 같다.

① 동 협약은 공공기관이 고용하고 있는 모든 근로자에게 적용되며, 다른 협약에서 보다 유리한 규정이 적용될 수 있다(제1조 제1항). 다만, 공공부문 근로자 중에서 정책 결정 또는 관리에 관계하고 있다고 통상적으로 생각되는 직무를 가진 고위직에 있는 근로자 또는 고도의 기밀적인 성질의 임무를 가진 근로자에 관하여 이 협약에서 규정하는 보장을 적용하는 범위는 국내 법령으로 정하도록 하고 있다(제1조 제2항).

② 공공부문 근로자는 고용에 관한 반조합적 차별대우로부터 보호를 받아야 한다. 특히 근로자단체에 가입하지 아니하거나 또는 근로자단체로부터 탈퇴할 것을 고용조건으로 하는 행위 및 공공부문 근로자단체의 조합원이라는 이유 또는 공공부문 근로자단체의 정상적인 활동에 참가하였다는 것을 이유로 공공부문 근로자를 해고하거나 기타 불이익한 취급을 하는 행위 등으로부터 보호를 받아야 한다(제4조, 이러한 보장은 제98호 협약의 제1조에 규정된 보장 내용과 유사하다).

③ 공공부문 근로자단체는 공공기관으로부터 완전한 독립을 보장받아야 한다. 공공부문 근로자단체는 그 설립, 활동, 운영에 관한 공공기관의 간섭으로부터 보호받아야 한다. 특히 공공부문 근로자단체를 공공기관의 지배하에 두기 위하여 공공기관의 지배를 받는 근로자단체의 설립을 피하거나 또는 근로자단체에 재정상 원조를 하는 행위는 간섭으로 간주된다(제5조, 이러한 보장은 제98호 협약의 제2조에 규정된 보장내용과 유사함).

④ 승인된 공공부문의 근로자단체의 대표자가 근무시간 중이나 근무시간 외에 그 업무를 신속하고 효율적으로 수행할 수 있도록 적당한 편의가 당해 대표자에게 제공되어야 한다. 그 편의의 제공은 관계있는 관공서 또는 기관의 효율적인 운영을 저해하는 것이 되어서는 아니된다. 편의제공의 성질 및 범위는 제7조에서 규정한 방법(교섭 등의 결정참여절차) 기타 적당한 방법으로 정하여야 한다(제6조).

또한, 1978년 ILO 제 159호 권고(공공부문에서의 고용조건 결정절차에 관한 권고)가 성립되어 1978년 제151호 협약의 내용을 보충하고 있다.

동 권고의 내용 중에서 단결권에 관하여 규정하고 있는 내용은 다음과 같다.

① 공공부문 근로자단체에게 제151호 협약에 규정된 편의제공(제6조)···에 관한 권리를 독점적 내지 배타적으로 부여할 것을 결정할 목적으로 이들 단체를 인정하는 절차를 두고 있는 국가인 경우에는, 그러한 결정은 단체의 대표성에 관해 이미 수립되어 있는 객관적 기준에 기초하여야 하며, 또한 그러한 절차가 동일한 범주에 속하는 근로자단체의 분열을 조장하는 것이어서는 아니된다(제1조).

② 제151호 협약에 규정된 편의제공(제6조)에 의거하여 공공부문 근로자단체에게 제공되어야 하는 편의의 범위와 성격을 결정할 때에는 1971년 ILO 제143호 권고(사업장에서 근로자대표에게 제공하는 보호 및 편의에 관한 권고)의 내용을 고려하여야 한다.(제4조).

1971년 ILO 제143호 권고(사업장에서 근로자대표에게 제공하는 보호 및 편의에 관한 권고)에서는 근로자대표가 그 직무를 신속하고도 효율적으로 수행할 수 있도록 근로자대표에게 사업장의 적절한 편의가 제공되어야 한다고 그 원칙을 규정하면서(제9조 제1항), 임금손실 없는 전임시간(제10조, 제11조), 사업장 내의 출입(제12조, 제17조), 경영자 대표와의 회견기회 부여(제13조), 사업장내에서 조합비 징수(제14조), 사업장 내에 공지사항 개시, 문서배포(제15조),

물질적 편의 및 정보의 제공(제16조) 등을 인정하여야 한다고 규정하고 있다.

(4) 이와 같은 ILO의 협약 및 권고에 의하면, 공공근로자 중에서 군인, 경찰, 중요한 정책결정이나 관리를 담당하는 고위직 공무원, 또는 고도의 기밀업무를 담당하는 공무원에 대하여는 국내 법령에 의해 단결권 및 단체교섭권이 제한될 수 있음을 인정하고 있다. 그 외에 소방직 공무원, 교정직 공무원, 교사, 일반의 관리직, 감독직, 기밀직 공무원에 대하여는 공공근로자임을 이유로 단결권 및 단체교섭권을 제한할 수 없다고 보고 있다.

3. 단체교섭권

(1) ILO제151호 협약(공공부문의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약) 제7조에서는 "관련 공공기관과 공공부문 근로자단체 사이의 근로조건의 교섭을 위한 절차 또는 공공부문 근로자대표가 근로조건의 결정에 참여할 수 있는 여타 방법을 충분하게 개발하고 이용하도록 장려하고 촉진하기 위하여, 필요한 경우에는 국내 사정에 적합한 조치를 취하여야 한다"고 규정하고 있다. ILO 제98호 협약 제5조에서는 "단체협약을 통한 근로조건의 결정을 목적으로 하는 사용자 또는 사용자단체와 근로자단체간의 자율적인 교섭을 위한 절차를 충분하게 개발하고 이용하도록 장려하고 촉진하기 위하여, 필요한 경우에는 국내 사정에 적합한 조치를 취하여야 한다"고 규정하고 있다.

이와 같이 공공부문의 노동관계에서도 근로조건의 결정에 대하여 단체교섭 또는 기타 결정참여절차가 보장되어야 한다.

또한, 1978년 ILO 제159호 권고(공공부문에서의 근로조건 결정절차에 관한 권고)가 성립되어 1978년에 제151호 협약의 내용을 보충하고 있다.

동 권고가 단체교섭 등 결정에의 참여절차에 관하여 규정하고 있는 내용은 다음과 같다.

① 공공부문 근로자단체에게 제151호 협약에 규정된 편의제공(제6조), 근로조건의 결정절차(제7조), 노동분쟁의 해결절차(제8조) 등에 관한 권리를 독점적 내지 배타적으로 부여할 것을 결정할 목적으로 이들 단체를 인정하는 절차를 두고 있다는 국가인 경우에는, 그러한 결정은 단체의 대표성에 관해 이미 수립되어 있는 객관적 기준에 기초되어야 하며, 또한 그러한 절차가 동일한 범주에 속하는 근로자단체의 분열을 조장하는 것이어서는 아니된다(제1조).

② 제151호 협약 제7조에 규정된 근로조건의 교섭을 하는 경우, 관련 공공당국측 교섭권을 가진 사람 내지 기관에 관하여 합의된 근로조건에 효력을 발생시키는 절차에 관하여 국내 법령 또는 기타 적절한 방법에 의해 결정되어야 한다. 교섭 이외의 참여방법에 의하는 경우에는, 그러한 참여절차에 관하여 및 고용조건의 최종 결정을 위한 절차에 관하여 국내 법령 또는 기타 적절한 방법에 의해 결정되어야 한다(제2조).

③ 교섭에 의해 공공당국과 공공부문 근로자단체 사이에 협약이 체결된 경우에는, 협약 유효기간 내지 만료, 갱신, 개정의 절차가 공식적으로 규정되어 있어야 한다(제3조).

(2) 전술하였듯이, 제98호 협약 및 제151호 협약에 의해서, 공공근로자 중에서 군인, 경찰, 중요한 정책 결정이나 관리를 담당하는 고위직 공무원, 또는 고도의 기밀업무를 담당하는 공무원에 대하여는 국내 법령에 의해 단체교섭권이 제한될 수 있다. 그러나 그 외에 소방직 공무원, 교정직 공무원, 교사, 일반의 관리직, 감독직, 기밀직 공무원, 국유기업의 종사자 등에 대하여 공공근로자임을 이유로 단체교섭권을 제한할 수 없다. 입법기관에 대한 예산권한을 이유로 공공기관에 의해 또는 이를 대리하여 체결된 단체협약의 준수가 방해되어서는 아니된다(ISO, Freedom of Association(전게서) Paragraph604).

다만, 제151호 협약 제7조에서 규정하고 있는 근로조건의 결정방식의 선택은 반드시 단체교섭에 국한되는 것은 아니며, 어느 정도의 유연성이 허용된다(ISO, Freedom of Association(전게서) Paragraph606).

(3) ILO 제154호 협약(단체교섭 촉진에 관한 협약)은 모든 경제활동분야에 적용된다. 다만, 군대 및 경찰에게 동 경찰에게 규정된 보장이 적용되는 범위는 국내 법령 및 국내 관행으로 정할 수 있으며, 공공부문에 대하여는 동 협약의 적용을 위한 특별한 형식을 국내 법령 및 국내 관행으로 정할 수 있다(제1조). 동 협약은 단체교섭을 촉진하기 위하여는 국내 사정에 적합한 조치가 취해져야 한다고 규정하고 있다(제5조 제2항). 그러한 조치는, ① 모든 경제활동 분야에서 단체교섭이 가능할 것, ② 단체교섭의 대상은 근로조건과 고용조건의 결정은 물론, 사용자와 근로자간의 관계, 사용자 또는 사용자단체와 단일 또는 복수의 근로자단체간의 관계 등의 모든 문제에까지 점진적으로 확대되어 갈 것, ③ 서로 합의하는 절차규칙을 수립하도록 장려할 것, ④ 단체교섭의 절차에 적용되는 규칙의 부채, 불충분, 부적절 등을 이유로 단체협약이 저해되어서는 아니될 것, ⑤ 노동쟁의의 해결을 위한 기구나 절차는 단체교섭의 촉진에 기여할 수 있도록 입안되어야 할 것 등을 목적으로 하여야 한다(제5조 제2항).

4. 단체행동권

공공부문에 대하여 파업권 등 단체행동권의 보장을 규정하고 있는 ILO협약은 아직 없다. 다만, 결사의 자유위원회는 파업권에 대하여 '공공당국의 대리인인 공무원(civil servants acting in their capacity as agents of the public authorities)'이거나 '엄격한 의미에서의 필수적 사업에 종사하는 자(essential services in the strict sense of the term)'에 대하여만 파업권의 제한이 허용될 수 있다고 보고 있다.

"본 위원회는 파업권을 근로자간의 근로자단체의 기본적 권리의 하나이며, 그들이 자신의 직업적 이해를 증진.옹호할 수 있는 필수적인 수단 중의 하나라는 입장을 항상 견지해 왔음을 재차 강조한다. 본 위원회는 파업권은 공공서비스(공공당국의 대리인으로서 행동하는 자인 공무원)나 엄격한 의미에서의 필수적 사업(즉 중단되면 생명, 개인의 안전 또는 국민 전체 혹은 일부의 건강을 위태롭게 할 수 있는 사업)에 한하여 제한 또는 심지어 금지할 수 있다는 점을 상기한다. 그러나 본 위원회는 교육근로자는 필수적 사업 또는 공공당국의 권한을 행사하는 공공서비스의 정의에 해당되지 않는다고 생각한다." (1990년 결사의 자유위원회 제272차 보고서, 사건 제1503호(페루), 제116항 및 제117항; 1991년 결사의 자유위원회 제277차 보고서, 사건 제1528호(독일), 제258항; 1991년 결사의 자유위원회 제278차 보고서, 사건 제1570호(필리핀), 제165항; 1993년 결사의 자유위원회 제286차 보고서, 사건 제1629호(한국), 제563항, 등) 결사의 자유위원회는 필수적 사업의 개념을 그 사업의 중단이 생명, 개인의 안전 또는 국민 전체 혹은 일부의 건강을 위태롭게 할 수 있는 부문에 한정하여 매우 엄격하게 해석하고 있다. 지금까지의 사례를 통해서 보면, 결사의 자유위원회는 전술한 교사의 경우뿐만이 아니라(ILO, Freedom of Association(전게서) paragraph 404참조), 정상적인 환경에서 일반적인 항만사업, 항공기 정비와 모든 운송업, 금융업, 농업, 금속 및 석유산업, 식료품의 분배 및 공급사업(이상 ILO, Freedom of Association(전게서) paragraph 402), 조폐업, 정부의 인쇄사업, 술 소금 담배 등의 국가독점사업(이상 ILO, Freedom of Association(전게서) paragraph 403), 금속과 탄광부문(이상 ILO, Freedom of Association(전게서) paragraph 406) 등은 필수적 사업에 해당되지 않는다고 보고 있다. 한편, 결사의 자유위원회는 병원부문(ILO, Freedom of Association(전게서) paragraph 409), 식수공급사업(ILO, Freedom of Association(전게서) paragraph 410)은 필수적 사업에 해당된다고 보고 있으며, 항공교통관제사도 그 서비스의 중단은 수많은 승객과 승무원의 생명과 안전을 위태롭게 할 수 있으므로 필수적 사업이라고 보고 있다(ILO, Freedom of Association(전게서) paragraph 412).

5. 쟁의조정

ILO제151호 협약(공공부문의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약)에서는 "(공공부문의 노동관계에서) 고용조건의 결정과 관련하여 발생하는 분쟁은 당사자간의 교섭을 통하거나 또는 관련 당사자의 신뢰를 확보할 수 있는 방법으로 수립된 독립기구나 중립기구의 알선. 조정. 중재 등을 통하여 해결되어야 한다"고 규정하고 있다(제8조).

6. 우리나라에 관련한 ILO의 권고

우리나라와 관련하여 ILO에 제소된 사건에 대하여 이미 1993년 3월 및 1994년 6월에 두 차례 결사의 자유위원회의 결정이 있었다. 그 중 공무원과 교사의 단결권 금지 및 쟁의행위 금지, 강제중재에 의해 사실상 파업권이 부인되는 공익사업체의 범위 등과 관련하여 다음과 같은 판단을 하고 있다.

먼저 우리나라에서 공무원과 교사의 단결권을 금지하는 것에 관해, 결사의 자유위원회는 어떠한 차별도 없이 그리고 국내법상의 특수한 지위와 관계없이 근로자들은 자신들의 이익을 옹호하기 위하여 스스로 선택하는 단체를 설립하고 이에 가입할 수 있어야 한다는 원칙에 대해 정부의 주의를 환기시키고 정부에 대해 공무원과 사립 및 공립학교 교사들이 단결권을 자유롭게 행사할 수 있도록 필요한 조치를 취하여야 한다고 하였다.

교사의 단체행동권을 금지하는 것에 관해, 결사의 자유위원회는 파업권은 공공서비스(공공당국의 대리인으로서 행동하는 자인 공무원)나 엄격한 의미에서의 필수적 사업(즉 중단되면 생명, 개인의 안전 또는 국민 전체 혹은 일부의 건강을 위태롭게 할 수 있는 사업)에 한하여 제한 또는 심지어 금지할 수 있다는 점을 상기하면서, 교사는 필수적 사업 또는 공공당국의 권한을 행사하는 공공서비스의 정의에 해당되지 않는다는 기존의 입장을 재차 확고히 하고 있다.

또한 공무원의 파업권을 금지하는 노동쟁의 조정법 제12조 제2항에 관해, 결사의 자유위원회는 공무원은 국가의 이름으로 권력을 행사하는 공무원에게만 제한 또는 금지할 수도 있다는 원칙에 맞게 정부가 노동쟁의조정법 제12조 제2항을 조속히 개정할 것을 요구하고 있다.

한편 결사의 자유위원회는 공익사업체의 파업권과 관련하여, 노동쟁의조정법 제30조 제3항에 따라 노동위원회가 행정관청의 요청 또는 직권에 의해 쟁의를 중재에 회부할 수 있고, 그럼으로써 공익사업체의 파업권이 제한될 수 있다는 점에 주목하면서, 노동쟁의조정법 제4조에 규정된 사업 중 공중운수사업, 정유사업, 은행사업, 방송통신사업은 동위원회가 파업권의 제한을 인정하는 엄격한 의미에서의 필수서비스에 해당되지 않는 사업이므로, 공익사업체의 범위를 필수서비스에 국한되도록 개정할 것을 요구하고 있다.

주석 1) 동 위원회 보고서의 내용을 자세히 수록한 편저로는 ILO, Freedom of Association-Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of Governing Body of ILO, 3rd ed.(Geneva: International Labour Office, 1985) 및 이원희 이상덕 편, 『공공부문 노사관계관련 ILO 결사의 자유위원회 판정사례집』 (한국노동연구원, 1994) 등이 있다.

주석 2) 자세히는 박영범 이철수 Sinichi Ago, 『노동기준과 국제무역』 한국노동연구원, 1994, 190~203쪽 참조.

第4章 美國의 勞使關係法

第1節 基本體系

1. 연 혁

미국에서는 연방제도로 인하여, 연방 차원에서의 공공부문 근로자의 노동관계에 대하여는 연방정부(입법부 및 행정부)가 규율하는 권한을 가지며, 주 차원에서의 공공부문 근로자의 노동관계에 대하여는 주정부가 규율하는 권한을 갖는다. 주 내에서도 각 단위(county, city, town, borough, village 등)에 따른 지방자치체가 있으며, 그 지방자치체 정부는 주 헌법이나 주 법률에 반하지 않는 한, 지방자치체 차원에서의 공공부문 근로자의 노동관계에 대해

독자의 조례를 정하는 권한이 주 헌법상 부여되어 있는 것이 통례이다. 따라서 미국에서는 공공부문 근로자의 노동관계에 대하여 다수의 법역이 존재한다.

연방 헌법에서는 근로자 또는 근로자의 단결체에게 단체교섭권이나 단체행동권을 보장하는 규정이 없다. 다만, 연방 헌법상의 결사의 자유보장에 따라 근로자의 단결체도 단결의 자유가 인정될 뿐이며, 연방 헌법상의 표현의 자유 보장에 따라 근로자의 단결체에게도 표현의 자유가 인정될 뿐이다. 그러므로, 근로자의 단체교섭 및 단체행동에 관한 규율에 관하여는 위와 같은 각각의 법역에서 자신의 입법정책에 따라 결정하는 바에 따르게 된다.

그런데, 과거 미국에서는 근로자가 사용자에게 경제적인 이익을 얻기 위하여 집단적으로 계약을 요구하거나, 또는 그 요구를 관철하기 위하여 파업이라는 집단적인 힘을 과시하는 것은 커먼로(common law)의 법리상 자유로운 거래를 방해하는 위법으로 여겼고, 파업에 대하여는 법원의 금지명령을 내렸다. 그러던 것이, 1914년의 클레이튼법(Clayton Act) 및 1932년의 노리스-라구아디아법(Norms-IaGuardia Act)에 의해 노동쟁의에 대하여 금지명령이 엄격히 제한되었다. 또한 1935년에 와그너법(Wagner Act, NLRA: the National Labor Relations Act)에 의해 근로자에게 단체행동권을 명시적으로 인정하면서, 아울러 사용자에게 단체교섭의무를 부과하여 단체교섭권을 법적으로 보장하기 시작하였다. 와그너법은 주간(州間)의 통상에 영향을 미치는 사업에 적용되는 연방법이므로, 주 내의 통상에만 관련된 사업에는 주정부에게 입법 여지가 남아 있었다. 그렇지만 대체로 주정부들은 와그너법의 체계를 본받아 주내의 통상에 관련된 사업의 노동관계에서도 단체교섭권 및 단체행동권을 인정하는 주 법률들을 제정하였다.

그러나 이러한 법률들은 민간부문의 노동관계에 적용되는 법률이다.가령 NLRA는 동법이 적용되는 사용자에서부터 미국 연방, 미국 연방 정부가 전소유권을 갖는 회사, 연방준비은행, 주 또는 주의 주의 하부정치조직을 제외하고 있다(29 U.S.C 152(2)). 따라서 정부에 고용되어 있는 근로자는 와그너법 체계가 구축된 이후에도 여전히 단체교섭권 및 단체행동권이 보장되지 않은 채로 남아 있었다.

그러던 중 1950년대에 들어서 연방 및 주에서 공공부문의 조직화가 급증하면서, 공공부문의 노동조합이 정부에게 단체교섭을 요구하기 시작하였다. 그리하여, 1962년부터 대통령령 10988호에 의해 연방정부에 고용되어 있는 근로자에게도 단체교섭권을 인정하게 되었다. 대통령령 10988호는 1969년에 대통령령 11491호로 개정 대체되었고, 다시 1978년에 연방공무개혁법(the Cibvil Service Reform Act of 1978)에 의해 법률로 정비되었다(동법은 현재 연방 법률(U.S.C) 제5권 제 72편으로 편철되어 있음). 연방공무개혁법의 적용을 받는 근로자에게는 단체교섭권이 인정되지만, 그러나 쟁의행위권은 부정되고 있다.

주의 공공부문 근로자에 대하여는 각 주의 의회에 입법권이 있는데, 1950년대 이후 공공부문 노동조합의 단체교섭권 인정 요구를 수용하여 여러 주들이 주정부에 고용되어 있는 근로자에게 단결권 및 단체교섭권을 인정하는 주 법률들을 제정하였고, 또한 그 후반부터는 일부 주들은 단체행동권까지 인정하는 법률들을 제정하였다.

2. 규율체계

(1) 이와 같이, 미국에서는 근로자가 정부에 고용되어 있는지 여부에 따라 법적인 취급을 별도로 하여 왔다. 그리하여 공공부문 노동관계의 가장 중요한 징표는 사용자가 정부라는 점에 있다. 연방차원의 공공부문의 노동관계는 사용자가 연방정부인 노동관계가 해당된다. 그것은 다시 연방공무개혁법의 적용을 받는 공공노동관계와 기타 별도의 법률에 의하여 규율되는 공공노동관계로 크게 나누어 볼 수 있다.

연방공무개혁법상 노동관계의 사용자에 해당되는 정부기관(agency)에는 ① 중앙행정기관(executive department), ② 정부회사(government corporation), ③ 독립기구(independent establishment), ④ 연방의회도서관, 연방정부인쇄국 등이 해당된다(5 U.S.C. 7103(a)(3), 105). 이들을 사용자로 하는 공공부문 근로자에게는 단체교섭권이 인정되지만, 그러나 쟁의행위권은 부정되고 있다. 군대조직(military department)은 연방정부 조직이지만 그 근로자에게는 교섭권이 인정되지 않는다.

위와 같이 연방공무법상 규율되는 근로자에는 연방정부가 소유하는 회사인 정부회사의 근로자도 포함되고 있는데, 그 근로자는 '신분적 지위'를 나타내는 용어로 우리가 종종 사용하는 '공무원'에

해당되지 않는다. 따라서 종래 연방공무개혁법을 논하면서 편의상'(연방)공무원'이라는 개념을 사용하여 왔지만, 그것은 사용자가 정부인' 공공부문 근로자(public employee)'를 널리 가리키는 것임에 유의하여야 한다.

한편, 기타 별도의 법률에 의해 규율되는 연방 공공부문 근로자로는 미국우편공사의 근로자, 테네시개발공사의 근로자 등이 있다.

미국에서는 우편사업은 완전히 공유화되어 있는데, 기존에는 우편사업을 연방의 한 중앙행정기구(우정부)에서 맡아서 하다가, 1970년 우편재조직법(the Postal Reorganization Act of 1970)에 의해 미국우편공사(the United States Postal Service)로 전환되었다. 미국우편공사 근로자의 노동관계에 관하여는 우편재조직법에서 NLRA의 적용을 받도록 하고 있으므로, NLRA에 따라 단체교섭권이 인정된다. 그러나 파업권은 인정하고 있지 않다.

또한 연방정부기관인 테네시계곡개발공사(T.V.A)의 근로자의 노동관계에 대하여는 그 설치법에서 별도로 단체교섭 절차가 규정되어 있으며, 파업권은 인정되지 않는다. 이외에 연방정부가 경영 또는 관리하는 공공사업의 기관들은 연방공무개혁법의 적용을 받는 정부회사나 독립기구에 해당되므로, 그곳에 고용된 근로자는 연방공무개혁법의 적용을 받는 공공부문 근로자에 해당된다.

(2) 주 및 지방자치제 차원의 공공부문 근로자에는 정부의 중앙행정조직에 고용되어 있는 공공부문 근로자와, 그 외에 정부가 운영하는 사업의 담당기관에 고용되어 있는 근로자가 있다. 흔히 주정부나 지방자치정부가 공유화하여 운영하는 사업으로는, 상수도사업, 하수도사업, 전력사업, 교통사업(지하철, 버스, 전차 등), 가스제조공급사업, 공항등이 있다. 또한 경찰, 소방관, 교사(교사는 각 학교구에 따라 소관 교육위원회에 고용되어 있음) 등도 주정부나 지방자치정부 소속의 공공부문 근로자에 해당된다. 이와 같이 주정부나 지방자치정부의 공공부문 근로자는 다양한 부류가 있다. 각 법역에서는 그들의 노동관계에 관해 일반적 포괄적으로 규율하는 공무법이 있으며, 나아가 각각 특정의 부류에 대하여 별도의 규정을 두어 규율하기도 한다. 주의 공공부문 근로자의 노동관계에 대한 각 주의 의회의 입법은 그 내용이 다양하다. 현재 단결권 자체를 금지하는 주는 없다. 대다수의 주들은 공공부문 근로자에게 단체교섭권을 인정하고 있으며, 그 중 일부의 주들은 파업권까지도 인정하고 있다.

(3) 한편, 철도사업은 일부는 국공유화로 남아 있지만, 많은 부분이 민간부문으로 전환되어 있다. 철도사업과 항공사업의 노동관계는 철도노동법(the Railway Labor Act of 1926)에 의해 별도로 규율된다. 철도노동법에서는 해당 근로자에게 단체교섭권을 인정한다. 노동쟁의에 대하여는 복잡한 강제적 조정제도를 마련하여 파업권을 제한하고 있다. 위와 같이 미국에서의 공공부문 근로자의 노동관계는 통일적으로 규율되고 있지 않으며, 다양한 법역에서 다양한 업무의 부류에 따라 다양하고도 복잡하게 규율되고 있다. 이러한 다양성은 특히 주 이하의 차원에서 시험적인 입법들이 개별적으로 도입될 수 있는 여지를 제공하여 왔다.

第2節 聯邦 公共部門 勤勞者의 勞使關係

1. 단결권

가. 단결의 자유

미국에서는 근로자들이 자신의 사회 경제적 지위의 향상을 위하여 단체교섭을 하거나 단체행동을 하는 단결체를 조직하고 활동할 수 있는 권리, 즉 광의의 단결권을 헌법상 명문으로 보장하는 규정은 없다. 다만, 아래에서 기술하듯이, 헌법 수정 제1조에서는 표현 및 결사의 자유를 인정하고 있으며, 근로자의 단결체도 일반 결사와 마찬가지로의 자유는 보장된다고 보고 있다. 나아가, 근로자의 단결체가 단체교섭 및 단체행동을 할 수 있는가는 헌법상 보장되어 있는 바가 아니며, 연방 차원에서는 연방 의회가, 각 주 차원에서는 주 의회가 헌법상 인정되는 교유의

입법권에 근거하여 단체교섭권 및 단체행동권의 보장 여부를 결정하도록 되어 있다. 민간부문에서의 단체교섭권 및 단체행동권을 포함하는 단결권의 보장은 1930년대부터 본격화되었다. 1935년에 주간 통상에 영향을 주는 사업에서의 노동관계를 규율하는 NLRA(the National Labor Relations Act of 1935; Wagner Act)라는 연방 법률이 제정되어, 그러한 노동관계의 근로자에 대하여는 단결권 등의 노동기본권을 보장하고 있다. 이 법률을 본받아서 각 주에서도 NLRA가 적용되지 않는 주 내의 사업에서의 노동관계의 근로자에 대하여도 단결권 등의 노동기본권을 보장하는 법률을 제정하였다.

그러나 이러한 법률들은 민간부문의 노동관계에 적용되는 법률이다. NLRA는 동법이 적용되는 사용자에서부터 미국 연방, 미국 연방정부가 전소유권을 갖는 회사, 연방준비은행, 주 또는 주의 하부정치조직을 제외하고 있다(29 U.S.C. 152(2)).

결국, 공공부문에서는 헌법상 보장되는 단결의 자유이외에 단체교섭권이나 단체행동권을 포함하는 노동기본권 일반에 대하여는, 그것을 보장하는 별도의 법령이 없는 한 보장되지 않는다. 그런데, 연방의 공공부문 근로자에 대하여 단결의 자유를 명시적으로 금지한 연방입법은 없어 왔지만, 한편으로는 연방공공부문 근로자의 단결체가 단체교섭 및 단체행동을 할 수 있는 권한을 인정하는 법령도 1960년대에 이전에는 없었다.

그러던 중 1950년대에 들어서서 연방 및 주에서 공공부문의 조직화가 급증하면서, 공공부문의 노동조합이 정부에게 단체교섭을 요구하기 시작하였다. 그리하여, 1962년에 케네디 대통령의 대통령령 제 10988호에 의해 연방공공부문 근로자 일반에 대하여 단결권 및 단체교섭권을 인정하게 되었다. 대통령령 제10988호는 1969년에 닉슨 대통령의 대통령령 제11491호에 의해 개정되었고, 그후 1978년에 제정된 연방공무개혁법(the Civil Service Reform Act of 1978)에 의해 연방 법률 차원에서 정비되었다(동법은 현재 연방 법률(U.S.C.)제5권 제72편으로 편철되어 있음). 연방공무개혁법에서는 연방공공부문 근로자에 대하여 단결권 및 단체교섭권을 인정하고 있다. 즉 연방공공부문 근로자는 아무런 벌칙이나 보복의 두려움 없이 자유로이 노동단체를 결성 가입 또는 원조할 수 있는 권한을 가지며, 또한 그러한 행위를 하지 않을 소극적인 권한도 갖는다. 그러한 권한에는 대표자를 통하여 근로조건에 관하여 단체교섭을 할 수 있는 권한이 포함된다(5U.S.C. 7102).

나. 조합활동의 보장

(1) 민간부문에서는, 가령 NLRA에서는 근로자 또는 노동조합에게 인정되는 조합활동권을 사용자가 간섭하거나 방해하는 행위 또는 조합활동을 이유로 하여 다른 근로자 또는 노동조합과 차별하는 행위는 부당노동행위에 해당된다. 부당노동행위를 당한 근로자 또는 사용자는 NLRB에게 그 구제를 신청할 수 있다.

이렇게 조합활동을 보장하는 부당노동행위제도는 연방공무개혁법에서도 도입되어 있다. 즉 사용자인 정부기관이 노동조합의 조직, 단체교섭 등 제 42편에 의한 공공부문 근로자의 권리의 행사에 있어서 공공부문 근로자를 간섭, 방해 또는 강제하는 행위를 하거나, 또는 고용 고용보장, 승진 또는 기타의 근로조건에 관하여 차별함으로써 노동단체의 구성원으로 되는 것을 장려하거나 방해하는 행위를 하면, 그러한 행위는 부당노동행위에 해당하게 된다(5 U.S.C. 7116(a)). 부당노동행위에 대하여는 연방공무노동관계위원회(Federal Labor Relations Authority: FLRA)에 구제를 신청할 수 있다(5 U.S.C. 7118, 7015(a)(2)(G)).

(2) FLRA는 연방공무개혁법상의 규정에 대하여 관할권을 갖는 행정기구이다. 즉 동법상의 교섭단위 결정, 배타적 교섭단체의 선거 감독, 부당노동행위 구제, 규정의 제정, 중재제정의 검토 등에 연방의 공공노동관계에 관한 제반 업무를 담당한다(FLRA(5 U.S.C. 7105)). 연방공무개혁법이 제정되기 이전에 중전의 대통령령에서는 그러한 업무를 행정당국 내에 설치된 위원회에서 담당하도록 하였지만, 연방공무개혁법은 그 업무의 소관기관을 대통령이 임명하는 별도의 행정기구인 FLRA로 격상시켰다.

FLRA는 NLRA상의 규율을 관할하는 NLRB(National Labor Relations Board)에 비견된다. 즉 FLRA는 대통령이 상원의 동의를 받아 임명하는 3명의 위원으로 구성되어 있다. 각 위원의 임기는 5년이며, 업무상의 비효율성, 태만, 부정행위만을 이유로 통지 및 청문 절차를 거쳐서 해임될 수

있으므로, 신분 및 독립성에 대하여 강한 보장을 받고 있다. 또한 위원의 2명을 초과하여 동일한 정당에서 임명될 수 없게 하고 있다(5U.S.C. 7104(a),(b)).

FLRA의 조직으로는 구성원인 위원들 이외에 그 위원회의 소속으로 사무총장(General Counsel)이 있다. 사무총장은 대통령이 상원의 동의를 얻어 5년 임기로 임명한다. 그러나 사무총장은 대통령에 의해 언제든지 해임될 수 있다.

FLRA는 담당하는 부당노동행위 구제절차는 민간부문에서 NLRA상의 NLRB가 담당하는 부당노동행위 구제절차와 유사하다. 즉 FLRA에 노동조합이나 정부기관의 부당노동행위의 구제신청이 이루어지면(연방공무개혁법에서는 NLRA(1947년 태프트-하틀리법)와 유사하게 노동조합의 부당노동행위도 인정된다(5 U.S.C. 7116(b),(c)). 사무총장이 그 신청에 대하여 조사하여 부당노동행위가 인정되는 경우에 FLRA에 제소한다. FLRA는 부당노동행위의 제소를 판정하여 부당노동행위가 인정되는 경우에 구제명령을 내린다(5 U.S.C. 7118). FLRA는 부당노동행위의 판정 업무를 지역사무소의 행정법심판관(administrative law judge)에게 위임할 수 있도록 되어 있다. 따라서 현실적으로는 노사 당사자들은 부당노동행위의 구제를 지역사무소에 신청하고, 행정법심판관의 판정을 내리며 그 판정에 대하여 불복하는 경우에 중앙의 FLRA에 재심사를 신청하게 된다(5 U.S.C. 7105(e)(92),(f)).

2. 단체교섭

가. 개관

(1) 연방법률인 NLRA가 적용되는 미국의 민간부문(주간 통상에 관련된 사업)에서의 단체교섭은 적정교섭단위, 배타적 교섭, 단교거부에 대한 부당노동행위 구제 등의 특징을 갖는다. 즉 그 단체교섭의 체계는 다음과 같다.

첫째로, 단체교섭을 위하여는 NLRB가 적정한 교섭단위를 결정한다(29 U.S.C. 159(b)). 즉 NLRB는 근로자들이 이 법에 의해서 보장된 권리를 행사함에 있어서 최대한의 자유가 보장되도록 적정한 교섭단위를 사용자단위, 직종별단위, 공장단위, 그 일부분의 어느 것으로 할 것인가를 결정한다.

둘째로, 그 교섭단위 내의 모든 근로자들이 선거에 의해 배타적 교섭대표를 선출한다(29 U.S.C. 159(a)). 즉 노동조합은 배타적 교섭대표로서 선출되어야 단체교섭권이 인정된다. 선거는 NLRB의 감독하에서 이루어진다. 당해 근로자의 과반수에 의해 선출된 교섭대표는 임금, 근로시간 기타의 근로조건에 관한 단체교섭을 위하여 그 범위 내의 모든 근로자들을 배타적으로 대표하게 된다.

셋째로, 그 교섭단위의 사용자는 위의 배타적 교섭대표와 성실한 단체교섭을 하여야 한다(29 U.S.C. 158(d)). 즉 단체교섭에 있어서 성실교섭의무가 인정된다. 성실교섭의무를 위반하는 등 단체교섭을 거부하는 행위는 부당노동행위로서 금지되며, NLRB에 의한 구제가 이루어진다(29 U.S.C. 158(a)(5),(b)(3)). 단체교섭으로 합의가 성립하면 서면에 의한 단체협약을 체결한다.

이와 같은 NLRA상의 교섭체계는 연방공무개혁법 등의 다른 법역에서 단체교섭을 규율하는 데에 있어서는 모델이 되어 왔다.

(2) 연방공무개혁법에서는 연방공공부문 근로자에게 단체교섭권을 보장하고 있다(5 U.S.C. 7102(2)). 그 단체교섭권에는 단체교섭의 결과 합의된 사항을 구속력 있는 단체협약으로 체결할 수 있는 권한까지도 포함되므로(5 U.S.C. 7103(a)(12)), 민간부문 노동관계에서의 단체교섭과 그 성질이 같다.

연방공공부문 근로자에게 인정되는 단체교섭의 구조는 다음과 같이 요약될 수 있는데, 그것은 NLRA상의 단체교섭의 구조와 유사하다.

첫째로, 연방공무노동관계위원회(FLRA;이하 FLRA)는 연방공공부문 근로자의 단체교섭을 위하여 적정한 교섭단위를 결정한다(5 U.S.C. 7112). 연방공무노동관계위원회는 각 사안에 있어서 연방공공부문 근로자가 연방공무개혁법에 의해 보장되는 권리를 최대한으로 자유로이 행사할 수 있도록 정부기관별 공장별 사업장별 기능별 또는 기타의 다른 여러 기준에 의거하여 적정한 교섭단위를 결정한다.

둘째로, 그 교섭단위 내의 모든 공공부문 근로자들이 선거에 의해 과반수의 찬성으로 배타적 교섭대표를 선출한다(5 U.S.C. 7111). 연방공공부문 근로자가 가입한 노동조합은 배타적

교섭대표로서 선출되어야 단체교섭권이 인정된다. 선거는 FLRA의 감독하에서 이루어진다. 셋째로, 그 교섭단위의 사용자인 연방의 정부기관(agency)은 위에 배타적 교섭대표와 성실한 단체교섭을 하여야 한다(5 U.S.C. 7114). 단체교섭에는 성실교섭의무가 인정된다. 성실교섭의무를 위반하는 등 단체교섭을 거부하는 행위는 부당노동행위로서 금지되며, FLRA에 의한 구제가 이루어진다(5 U.S.C. 7116(a)(5), (b)(5)), 단체교섭으로 협의가 성립하면 서면으로 단체협약을 체결한다. 단체협약이 적법하면 정부기관의 장은 이를 승인한다(5 U.S.C. 7115(c)).

나. 단체교섭권이 인정되는 연방공공부문 근로자의 범위

연방공무개혁법상 공공부문 근로자에게는 일반적으로 단체교섭권이 인정되고 있다.

전술하였듯이, 물론 연방공공부문 근로자의 단체교섭권은 적정한 교섭단위 내에서 연방공공부문 근로자를 대표하는 배타적 교섭대표로 인정을 받은 경우에, 그 배타적 교섭대표와 정부기관간의 단체교섭에 의해 실현된다.

그러나 다음과 같은 연방공공부문 근로자에게는 단체교섭권이 인정되지 않는다(5 U.S.C. 7113(a)(2)(3), 7112(b)).

- ① 군인
- ② 국무부(the Department of State), 국제개발처(the Agency for International Development), 국제교류처(the International Communication Agency), 연방국제개발협력처(the United States International Development Cooperation Agency), 농업개발부(the Department of Agriculture), 상업개발부(the Department of Commerce) 등에 고용된 외무 공무원
- ③ 연방 내외의 안보나 정보수집 업무를 담당하는 기관(the Federal Bureau of Investigation(FBI), the Central Intelligence Agency(CIA), the National Security Agency)에 고용된 공공부문 근로자
- ④ 연방공무개혁법의 규정에 따라 연방공공부문 근로자의 노사관계를 규율하는 기관, 즉 연방공무노동관계위원회(the Federal Labor Relations Authority) 및 연방공무쟁의조정위원회(the Federal Service Impass Panel)에 고용된 공공부문 근로자
- ⑤ 일반회계국에 고용된 공공부문 근로자
- ⑥ 미국 외에는 고용된 외국인 근로자
- ⑦ 감독직 근로자, 관리직 근로자, 기밀직 근로자, 인사업무(단순한 사무업무는 제외)에 종사하는 근로자인 공공부문 근로자

한편, 전문직 공공부문 근로자에게는 단체교섭권이 인정되지만 적정교섭단위를 형성하기 위해서 전문직 공공부문 근로자의 과반수가 일반 공공부문 근로자와 동일한 교섭단위에 포함되는 것을 찬성하지 않는 경우에는, 일반 공공부문 근로자와 동일한 교섭단위를 구성할 수 없게 되어 있다(5 U.S.C. 7112(b)(5)).

다. 단체교섭과 협의

연방공공부문 근로자의 단체교섭체계는, 전술하였듯이, 적정교섭단위내의 공공부문 근로자들로부터 과반수의 지지를 받는 노동조합의 배타적인 교섭대표로 나서서, 정부기관과 근로조건에 관하여 단체교섭을 하고 그 결과 합의된 내용을 구속력을 갖는 서면의 단체협약으로 작성하는 내용으로 이루어져 있다.

이러한 단체교섭권과는 달리 노동조합에게 협의권을 인정하는 경우가 있다. 즉 교섭단위 내의 공공부문 근로자의 투표에 의해 과반수에 지지를 받는 배타적 교섭대표가 당해 정부기관에 대하여는 존재하지 않는 경우에, FLRA가 설정한 기준에 합치하며 당해 정부기관의 근로자들의 상당한 수를 대표하는 노동조합에게는 당해 정부기관에 의해 전국적 협의권(national consultation right)이 부여된다(7113). 전국적 협의권이란 인정되는 노동조합은 ① 정부기관이 근로조건에 상당한 변경을 제한하려는 경우에 그것에 관한 정보를 제공받을 수 있으며, ② 제안된 변경에 관하여 입장이나 권고를 합리적인 시간 내에 제출할 수 있는 기회가 부여된다. 정부기관은 ① 그 문제에 관해 최종적인 결정을 내리기 이전에 위의 제출된 입장이나 권고를 고려하여야 하며, ② 그 문제에 관한 정부기관의 최종적인 결정의 이유를 당해 노동조합에게 서면으로 고지하여야 한다.

3. 쟁의 행위

(1) 미국의 연방 헌법에서는 단체행동권을 보장하는 명문의 규정이 없다. 연방공공부문 근로자에게 파업권을 인정하여야 하는지는 전적으로 연방의 입법정책에 달려 있다. 이제까지의 연방정책으로는 연방공공부문 근로자에 대하여는 단체교섭권을 인정하지만, 파업권은 부정하는 정책을 취하고 있다.

(2) 과거 미국에서는 공공부문은 물론 민간부문의 경우에도 노동운동의 형성기인 19세기 후반부터 파업이나 피케팅 등의 단체행동은 불법을 공모하는 것이며, 법원의 금지명령의 대상이 되어 왔다.

즉 미국에서 커먼로(common law) 법리상으로는 민간부문의 근로자 및 공공부문의 근로자 모두에게 공통적으로, 사용자로부터 경제적인 이익을 얻기 위하여 동료들과 집단적으로 파업이나 피케팅을 하는 것은 자유로운 거래를 제한하는 행위를 공모(conspiracy)하는 것으로는 불법으로 취급되었다. 또한 1890년의 반독점법(Sherman Act, the Anti-trust Act)에서도 근로자들이 단결활동이나 단체행동은 자유로운 경쟁을 저해하는 독점행위로 여겨졌다. 그리하여 법원은 사용자의 신청에 의해 파업이나 피케팅의 대하여 금지명령(injunction)을 내려왔다.

19세기 후반부터 20세기 전반에 걸쳐서, 이러한 제약에 대해 저항하는 노동운동이 확산되었다.

결국 셔먼법을 수정하는 클레이튼법(Clayton)이 1914년에 제정되어, 노동쟁의에 관련된 노사간의 사건에서는 금지명령이 원칙적으로 허용되지 않는다고 규정하였다(제6조).

그러나, 이후에도 법원은 금지명령의 대상이 되지 않는 노동분쟁의 범위를 좁게 해석하여 보수적인 태도를 견지하였다. 그래서 이러한 폐단을 저지하기 위하여 1932년

반금지명령법(Normis-LaGuardia Act, the Anti-Injunction Act)을 제정하여, 노동쟁의를 근로자들의 단체나 대표 또는 근로조건과 관련된 일체의 분쟁으로 광의로 규정하면서, 노동쟁의에 대하여 법원은 금지명령을 내릴 수 없으며, 예외적으로 위협이나 폭력을 배제하기 위하여 금지명령이 내려질 수 있는 경우에도 반드시 청문을 열어야 하는 등 엄격한 절차적인 제한이 가해졌다.

나아가, 1935년에 와그너법(Wagner Act, NLRA, the National Labor Relations Act)에 의해 노동조합의 단체행동을 적극적으로 인정하게 되었다. 즉 노동조합이 단체교섭을 위하여 단체행동(concented activities)을 할 수 있는 권한을 인정하였다(29. U.S.C. 157).

(3) 그러나 이와 같이 단체행동권이 보장되는 것은 민간부문의 근로자에 한정되었다.

전술하였듯이, 와그너법 및 태프트-히틀러법(Taft-Hartley Act, the National Management Relations Act)상 단체교섭권 및 단체행동권은 민간부문의 근로자에 대해 인정되었으며, 미국 연방정부 또는 연방정부가 소유하는 회사를 사용자로 하여 근무하는 근로자에게는 그러한 권리가 인정되지 않았다(29 U.S.C. 152(2)). 나아가, 태프트-히틀러법 제305조에서는 연방정부 또는 연방정부가 소유하는 회사에 근무하는 공공부문 근로자들이 파업에 참여하는 것을 금지하며서, 이를 위반하는 경우에는 즉시 해고되어 공공부문 근로자들이 공공부문 근로자로서의 지위와 박탈되며, 이후 3년간 재고용될 자격을 상실한다고 규정하였다.

또한, 연방공무법에서도 1966년 개정에 의해 연방정부에 대하여 파업을 하거나, 파업권을 주장하거나, 파업권을 주장하는 노동조합의 조합원인 자는 공공부문 근로자로서의 지위를 유지할 수 없으며, 벌칙이 부과되게 되었다(5 U.S.C. 7311, 18. U.S.C. 1918).

노동쟁의에 관련한 파업 및 피케팅에 대하여 금지명령의 발동을 엄격히 제한하는

반금지명령법(the Norris- LaGuardia Anti-Injunction Act)도 공공부문 근로자에게는 적용이 되지 않았으며, 동법 제정 이후에도 공공부문 근로자의 파업은 여전히 금지명령에 의해 금지되어 왔다.

가령, United States v. United Workers. 330. U.S. 258(1947)사건에서 연방법대법원은, 정부가 집행명령에 따라 수용하게 된 석탄 광산에서 근무하는 근로자는 연방정부에 고용된 근로자이며, 따라서 그들의 파업은 반금지명령법이 적용되지 않으며, 금지명령이 가능하다고 판정하였다.

또한, 1969년 대통령령 1149호에서는 연방 공공부문 근로자의 파업은 부당노동행위에 해당되어 금지되었다. 그 내용은 1978년 연방공무개혁법에서도 그대로 유지되었다.

(4) 현행의 연방공무법에서 공공부문 근로자의 파업을 금지하는 규정들은 정리하면 다음과 같다.

첫째로, 연방정부에 대하여 행하는 파업에 참가하는 자이거나 그러한 파업권을 주장하는 자 또는 그러한 파업권을 주장하는 노동조합임을 알고 있는 그 노동조합의 조합원인 자는 공공부문 근로자로서의 지위를 가질 수 없다(5 U.S.C. 7311). 즉 그러한 공공부문 근로자는 해고의 대상이 된다.

둘째로, 위에 해당되는 자는 벌금(1,000 달러) 또는 금고(1년 이하)의 형벌에 처해진다(18 U.S.C. 1918, 병과가 가능하다).

셋째로, 위의 해당하는 자는 연방공무개혁법상의 공공부문 근로자 개념에서 제외된다(5 U.S.C. 7013(a)(2)(v)).

넷째로, 연방정부나 그 기관 당국에 대하여 파업을 행하는 노동조합 또는 그러한 파업을 수행, 원조, 참가하도록 강요하거나 의무를 부과하는 노동단체는 연방공무개혁법상의 노동단체 개념에서 배제된다(5 U.S.C. 7103(a)(4)).

다섯째, 노동단체가 파업, 업무중단, 태업 또는 업무에 장애를 초래하는 피케팅을 지시하거나 참여하거나, 또는 그러한 행동을 저지하지 않고 지지하는 경우에는 노동단체의 부당노동행위가 된다(5 U.S.C. 7116(b)(7)). 부당노동행위에 대하여는 FLRA에 의한 금지명령이 취해진다.

(5) 주의하여야 할 점은 이렇게 금지되는 단체행동은 파업을 중심으로 규정되어 있다는 점이다. 부당노동행위에 해당되어 공공노동관계국에 의해 금지되는 것도 파업, 업무중단, 태업 또는 업무에 장애를 초래하는 피케팅으로 국한되어 있다. 그 외에 평화적인 권유 및 선전을 위한 피케팅(information picketing)은 부당노동행위에 해당되지 않는다(5 U.S.C. 7116(b) 후문). 그러한 피케팅은 수정 헌법 제1조 및 제14조에 의해서도 보호되는 내용이기 때문이다.

4. 쟁의조정

(1) 근로자들의 배타적 교섭대표와 사용자간에 단체교섭이 의견이 불일치로 인하여 합의에 도달하지 못하는 교착상태(*impasse*)에 빠진 경우에는 그러한 교착상태를 해결(*settlement*)하기 위하여 조정기구에 의한 조력이 이루어진다. 즉 미국에서는 이러한 단체교섭상의 이익분쟁(*in-terest dispute*), 바꾸어 말하면 교섭상의 교착상태를 해결하는 절차(*im-passe procedure*)가 우리나라 식의 노동쟁의조정절차에 해당된다. 미국에서는 그 이외에 단체협약에 해석 또는 적용에 관한 권리분쟁(*right dispute*)은 단체협약상의 고충처리절차(*grievance procedure*)에 의해 해결하고 있다.

노사 당사자는 교섭상의 교착상태에 빠졌을 때에 파업 및 직장폐쇄에 의해 자신의 요구를 관철할 수도 있다. 그러나 파업이나 직장폐쇄는 노사간에 손실을 감수하는 것이므로, 보다 평화적인 해결절차가 바람직할 경우가 많다. 그래서 노사간의 합의에 의한 임의적 조정절차 이외에, 특정의 행정기구인 쟁의조정기구에 의한 조정절차가 인정되고 있다.

민간부문의 노동관계에서의 쟁의조정에 대하여는, 가령 태프트-히틀러법에서는 연방조정알선국(*the federal Mediation and Conciliation Service:FMCS*)이 조정 및 알선의 조력을 제공하도록 하고 있다(29 U.S.C. 172~173). FMCS는 대통령이 연방 상원의 동의를 얻어 임명하는 국장이 통괄하며 각 지역에 지방사무소를 설치하고 있어, 국장이 임명한 지방사무소의 조정인들이 실제의 조정업무를 담당한다. FMCS의 조력은 직권에 의하여 또는 당사자 쌍방이나 일방의 신청에 의해 개시된다. 또한 FMCS는 중재인(중재인은 FMCS에 소속되어 있지 않음) 명부를 비치하여, 양당사자들이 합의에 의해 중재절차를 이용할 수 있도록 조력하고 있다.

(2) 연방정부기관과 연방공공부문 근로자의 배타적 교섭대표 사이에서 단체교섭이 합의에 도달하지 못하고 교착상태에 빠진 경우에도, 공공부문 근로자측은 파업이라는 무기를 사용하여 그 교착상태를 해결할 수가 없다. 연방공공부문 근로자에게 전술하였듯이, 파업이 금지되기 때문이다. 그래서 연방공무개혁법은 그러한 교착상태를 해결하기 위하여 당사자들에게 조력을 제공하는 제도, 즉 쟁의조정제도를 설정해 놓고 있다.

먼저, 공공부문의 노동관계에서의 교섭상의 교착상태에 대하여도 전술한 FMCS의 조력이 제공된다(5 U.S.C. 7119(a)). 전술하였듯이, FMCS는 태프트-히틀러법에 의해 설치된 쟁의조정기구이다.

또한, FMCS의 조정 및 기타 당사자들간의 자발적인 해결절차가 무위에 그칠 경우 연방공무쟁의조정위원회(the Federal Service Impasses Panel; 이하 FSIP)에 의한 조력이 제공된다(5 U.S.C. 7119(b) 이하).

FSIP는 연방공무개혁법에 의해 설치된 기구로서 공공부문 노동관계에서의 노동쟁의에 대한 조정을 전문적으로 담당한다. FSIP의 조정절차는 노사 일방의 신청에 의해 개시될 수 있다. 다만, 당사자간에 구속력이 있는 중재재정을 내리는 중재절차는 노사 쌍방이 합의에 의해 신청되고, FSIP가 승인하는 경우에만 가능하다(5 U.S.C. 7119(b)).

① FSIP의 구성

FSIP는 FLRA(연방공무노동관계국)에 부속되어 설치된 기구이나, FSIP의 구성원인 위원장 및 기타 최소 6명의 위원들은 대통령에 의해 별도로 임명된다. 대통령은 정부 기능 및 노동관계에 관한 전문가를 위원들로 임명한다(5 U.S.C. 7119(c)(2)). 위원들의 임기는 각각 6년이다. 그러나 그들은 신분적 보장을 받지 않으며, 대통령의 재량으로 해임될 수 있다(5 U.S.C. 7119(c)(3)).

② FSIP의 권한

FSIP는 노사간의 교섭상의 교착상태를 해결하기 위한 조력을 제공하는 기능을 담당한다. 이를 위하여 FSIP(또는 그 대리인)은 조력이 신청된 교섭상의 교착상태를 즉시 조사한다. FSIP는 교섭상의 교착상태를 검토하여 당사자에게 그 해결을 위한 절차를 권고하거나, 또는 그 해결하기 위해 적절하다고 생각되는 방법이나 절차를 통하여 당사자들에게 직접 조력을 제공한다. 교섭상의 교착상태를 해결하기 위하여 FSIP가 사용할 수 있는 방법이나 절차에도 사실조사 및 권고도 포함되며, 그 외에 어떠한 방법이나 절차도 적절하게 사용될 수 있다. 또한 청문회를 개최하고 증언을 듣고, 참고인을 소환하는 등 기타 필요한 행동도 취할 수 있다(5 U.S.C.

7119(c)(5)).

다만 전술하였듯이 FSIP가 최종적인 결정을 내려 당사자들이 그 내용에 따라야 하는 그 구속적 중재절차는, 당사자들이 그러한 절차의 사용을 합의하여 FSIP에 신청하고 FSIP가 이를 허용한 경우에만 가능하다(5 U.S.C. 7119(b)(2), 7119(c)(5)(C)). 즉 강제중재절차는 인정되지 않는다.

第3節 州 公共部門 勤勞者의 勞使關係

1. 단결권

(1) 주(州)의 공공부문 근로자에 대하여는 각 주의 의회에 입법권이 있는데, 1950년대 이후 공공부문 노동조합의 단체교섭권 인정 요구를 수용하여 일부의 주들에서 단결권 및 단체교섭권을 인정하는 주 법률을 제정하기 시작하였다. 그러나 또 다른 일부의 주들에서는 1960년대에 주 공공부문 근로자에 대하여 오히려 단결권까지 금지하는 법령들을 제정하는 경우도 있었다. 그리하여 이러한 법령이 연방 헌법상 보장되는 결사의 자유(연방 헌법 수정 제1조)를 위반하는 것이 아닌가 하는 이론이 제기되었다.

이에 대하여 1969년에 연방법원은 *Atkins v. City of Charlotte* 사건에서(296 F. Supp. 1068(W.D.N.C. 1969)), 행정공무원 또는 소방공무원이 단체협약의 체결을 목적으로 하는 노동조합 등의 노동단체에 가입하는 것을 금지한 노드 캐로리아 주 법률이 연방 헌법 수정 제1조에 보장된 결사의 자유를 제한하는 것으로 헌법 위반이라고 판정하였다.

이에 따라, 각 주에서는 노동조합의 조직 또는 가입 자체를 금지하는 입법 규정을 두지 않고 있다. 후술하듯이, 대다수의 주에서는 연방공공부문 근로자에게 단결권 및 단체교섭권을 인정하는 대통령령 제10988호, 제11491호 및 연방공무개혁법을 본받아서, 주 공공부문 근로자 일반 또는 그 일부분에 대하여 단체교섭권을 인정하는 법률을 제정하고 있으며, 거기에는 노동조합에의 결성 또는 가입의 자유가 보장된다는 규정을 아울러 담고 있다.

가령, 펜실베이니아 주 법률에 의하면, 공공부문 근로자가 근로자단체를 조직 형성 가입 또는 원조하는 행위, 단체교섭을 목적으로 하는 합법적인 단체활동 또는 기타 상호 부조 및 보호에 참여하는 행위, 또는 자유로이 선택한 대표자를 통하여 단체교섭 하는 행위는 적법하다. 또한 공공부문 근로자는 그러한 행위들의 일부 또는 전부를 하지 않을 소극적인 권한도 갖는다. 다만,

단체협약의 조합원자격 유지조항에 따르는 것은 적법하다(Pa. Stat Ann, tit. 43, 1001.401 (Purdon 1991)).

제삼 상조하는 점은, 미국에서는 근로자에게 단결의 자유가 인정된다고 하여 그 근로자의 단결체인 노동조합에게 단체교섭권이 당연히 인정되는 것은 아니다. 후술하듯이, 단체교섭권의 인정 여부는 다시 주의 입법 정책에 맡겨져 있다.

(2) 주 공공부문 근로자에게 단체교섭을 인정하는 주들은 제대로 NLRA와 유사하게 조합활동에 대한 부당노동행위의 금지 및 그 구제를 규정하고 있다.

2. 단체교섭

가. 개 관

(1) 연방 헌법 수정 제1조에서는 개인들에게 자유롭게 단체를 조직하고, 생각을 주장하고, 정부에 대하여 고충을 청원하는 권리를 보장하고 있고, 공공부문의 근로자에게도 그러한 권리가 보장된다.

그러나, *Smith v. Arkansas State Highway Employees. Local 1315*, 441 U.S. 463(1979) 판결에서 연방대법원이, 연방 헌법 수정 제1조의 규정 내용에는, 위와 같은 내용에서 더 확장되어 정부에게 공공부문 근로자단체의 의견을 청취하고, 대답하고, 그러기 위하여 그러한 단체를 승인하고, 그러한 단체와 교섭하여야 하는 등의 의무를 적극적으로 부담시키는 것까지 포함하고 있지 않다고 판시하였다. 이렇듯 연방 헌법 수정 제1조에 의해서도 공공부문의 근로자에게 단체교섭권까지 헌법상 보장하고 있지는 않다.

또한, 동일한 취지의 판결로 *Alaninz v. City of San Antonio*, 80. L.R.R.M. 2983(W.D. Tex. 1971) 판결도 있다. "공공부문의 근로자들이 스스로 단체를 조직할 수 있는 권리가 헌법상 보장되는 것이 분명한 반면, 이러한 권리가 승인된 집단적 대표를 통한 단체교섭까지 확장되는 것은 아니다. 민간부문의 근로자들이 그러한 집단적 행동을 할 수 있는 권리가 인정되는 것은 오늘날 민간부문에서 근본적인 국가입법정책이 되었다. 그렇지만, 그러한 권리가 국가의 입법 또는 헌법의 어느 쪽으로도 원고와 같은 공공부문의 근로자에게 보장되어 있지는 않다. 텍사스 주가 정부기관과 공공부문 근로자 사이의 단체교섭 및 단체협약체결을 부정하는 입법정책을 취하더라도, 그것은 원고에게 헌법상 보장된 권리를 침해하지 않는다."

결국, 연방 헌법에서는 단체교섭권을 특별히 보장하는 규정이 없기 때문에, 주 차원에서 공공부문 근로자에게 단체교섭권을 인정하는지 여부는 각 정부에 입법권이 있게 된다.

(2) 1930년대에 NLRA가 제정된 이후에도 수십년 동안 각 주들은 공공부문 근로자에게 단체교섭권을 인정하지 않는 입법정책을 취해 왔다. 그러던 중 1950년대에는 공공부문 근로자들이 조직화가 급증하여 주 차원에서도 단체교섭의 요구가 커졌다. 1959년에 위스콘신 주에서 최초로 공공부문 근로자에게 단체교섭권을 인정하는 법률을 제정하였다. 한편, 1962년에 전술한 케네디 대통령의 대통령령 제10988호가 발포되었지만, 그것은 연방공공부문 근로자에만 적용되는 것이었다. 그렇지만 연방공공부문 근로자에게 단체교섭권이 인정된다는 점은 다른 각주의 공공부문 근로자들에게 단체교섭을 요구하도록 고무시켰다. 각 주에서는 위원회들을 구성하여 주 차원에서도 공공부문 근로자에게 단체교섭을 인정하여야 하는지 검토하였는데, 그 위원회들은 대개 단체교섭을 인정하는 것이 바람직하다는 권고를 하였다. 그 권고에 따라 각 주에서는 주 차원에서도 단체교섭을 인정하는 법률을 점차로 개정하여서 1960년대와 1970년대에 30여개의 주들이 공공부문 근로자에게 단체교섭권을 인정하는 법률을 제정하였다. 그리하여 1993년 현재에는 단체교섭을 인정하는 주들의 40개에 이르고있다(다만, 후술하듯이 그중 일부의 주들은 구속력을 갖는 단체협약의 체결을 전제로 한 단체교섭권이 아니라, 단지 협의권을 인정할 뿐이다).

나. 단체교섭권의 인정 현황

1) 각 주별 상황 일반

1993년 시점을 기준으로 40개 주들에서는 공공부문 근로자의 일반 또는 그 일부에 대해 단체교섭권을 인정하는 법률(제정법)을 두고 있다. 다만, 다음 단락에서 살펴보듯이 그들 중 일부의 주들은 구속력을 갖는 단체협약의 체결을 전제로 한 단체교섭권이 아니라, 단지 협의권을 인정할 뿐이다.

공공부문 근로자에게 단체교섭권을 인정하는 주들 중에서 대부분의 주들은, 공공부문 근로자의 거의 전부에 대하여 단체교섭권을 인정하는 일반적인 법률을 두고 있으면서, 경우에 따라서는 교사, 경찰, 소방관 등 일부 부류의 공공부문 근로자에 대하여 별도의 법률을 두어 단체교섭권의 인정 여부를 결정한다(제1유형).

이와는 달리 교섭권을 인정하는 주들 중에서 일부의 주들은, 경우에 따라 위의 특정 직종의 공공부문 근로자에게만 단체교섭권을 인정할 뿐 공공부문 근로자 일반에 대하여 단체교섭권을 인정하지 않고 있다(제2유형).

한편, 10개 주들에서는 공공부문 근로자에게 단체교섭권을 인정하지 않고 있다(제3유형).

<제1유형>

알래스카, 캘리포니아, 코네티컷, 델라웨어, 컬럼비아 지방, 플로리다, 하와이, 일리노이, 아이오와, 캔자스, 메인, 메사추세츠, 미시간, 미네소타, 미주리, 콘네티컷, 네브래스카, 뉴햄프셔, 뉴저지, 뉴멕시코, 뉴욕, 노스다코타, 오하이오, 오리건, 펜실베이니아, 로드아일랜드, 사우스다코타, 버몬트, 워싱턴, 위스콘신.

<제2유형>

앨라배마(소방관), 조지아(소방관), 아이다호(소방관, 교사), 인디애나(교사), 캔터키(소방관), 매릴랜드(교사, 공립학교 비자격 교사), 오클라호마(경찰, 소방관, 공립학교 지원), 테네시(교사 임시직 근로자), 텍사스(경찰, 소방관), 와이오밍(소방관).

<제3유형>

애리조나, 아칸소, 콜로라도, 루이지애나, 미시시피, 노스캐롤라이나, 사우스캐롤라이나, 유타, 버지니아, 웨스트 버지니아.

2) 교사

공공부문 근로자 중에서 교사는 주 또는 지방(county, city, town 등) 차원에서 각 교육위원회에 고용되어 있다. 교사는 직무의 전문성 때문에 공공부문 근로자 일반과는 별도로 취급되어질 여지가 발생한다. 그결과 교사에 대하여는 단체교섭권을 인정하는지 여부는 각 주마다 다르게 나타난다.

일부의 주들에서는 여타의 공공부문 근로자와 함께 동일한 법률에서 교사에게 단체교섭권을 인정하고 있으며(컬럼비아 지방, 플로리다, 하와이, 아이오와, 메사추세츠, 미시간, 미네소타, 몬태나, 뉴저지, 뉴햄프셔, 뉴욕, 오하이오, 오리건, 펜실베이니아, 위스콘신), 또 다른 일부의 주들은 별도의 법률에서 교사에게 단체교섭권을 인정하고 있다(알래스카, 캘리포니아, 코네티컷, 델라웨어, 일리노이즈, 캔자스, 메인, 네브래스카, 노스다코타, 로드아일랜드, 버몬트, 워싱턴).

나머지 주들에서는 교사에게는 단체교섭권이 인정되지 않는다. 가령 미주리 주에서는 공공부문 근로자 일반에 대하여는 협의권이 인정되지만, 교사에게는 협의권마저 인정하지 않고 있다(Mo. Ann. Stat. 105. 510 (Vernon Supp. 1993)).

3) 소방관 및 경찰

한편, 공공부문 근로자 중에서 소방관이나 경찰은 그들의 업무가 필수적이며, 그 업무의 중단은 때로는 공중의 안정에 치명적인 위협을 초래한다는 특징을 가지고 있다. 따라서 소방관이나 경찰에게 단결 및 단체교섭을 금지하는 것이 오히려 공중의 불안을 더욱 야기시키게 된다는 정치적 판단에 따라, 각 주에서는 그들에게 적극적으로 단체교섭권을 인정하는 경향이 높다. 즉 공공부문 근로자 일반에 대하여는 단체교섭권이 인정되는 주들에서는 소방관이나 경찰도 마찬가지로 단체교섭권을 인정하며(위의 제1유형), 아울러 공공부문 근로자 일반에 대하여는 단체교섭권이 인정되지 않는 주들 중에서도 그 일부의 주들에서는 소방관 또는 경찰에 대하여는 단체교섭권을 인정하고 있다(위의 제2유형 중 앨라배마(소방관), 조지아(소방관),

아이다호(소방관), 캔터키(소방관), 오클라호마(경찰, 소방관), 텍사스(경찰, 소방관), 아이오밍(소방관)).

다. 단체교섭과 협의

(1) 위와 같이 공공부문 근로자에게 교섭이 인정되는 주들(제1유형 및 제2유형)은 다시 인정되는 교섭의 성격에 따라 '단체교섭'(collective bargaining or negotiation)과 '협의'(meeting and conference)로 구분될 수 있다.

일반적으로 공공부문 근로자에게 인정되는 교섭은 대부분의 주들의 경우 NLRA에 의해 인정되는 것과 유사한 형태인 '단체교섭'이다. 즉 당사자들은 교섭사항에 대하여 구속력을 갖는 단체협약을 체결하기 위하여 성실하게 교섭을 하여야 한다. 또한 성실하게 교섭하는 것을 거부하는 경우 또는 합의된 사항을 서면의 협약으로 작성하거나 서명하는 것을 거부하는 경우를 부당노동행위로 규정하는 경우가 많다.

그러나 일부의 주들에서는 공공부문 근로자와 사용자간의 인정되는 교섭의 협의 차원에 그치고 있다. 그 협의는 노사간의 합의를 도출하기 위한 과정이 아니며, 따라서 협의의 결과로써 구속력 있는 협약을 작성하지 않는다. 협의의 대상인 근로조건 등은 사용자가 일방적으로 결정한다. 단체협약을 작성하기 위한 '성실한' 교섭이라는 개념이 없다.

가령, 앨라배마 주에서는 공공부문 근로자 일반에 대하여는 어떠한 교섭권도 인정되지 않으며, 소방관과 교사에 대해서만 교섭권을 인정하는데, 그 교섭권의 실질은 근로자조건에 관한 협의권 또는 제안권에 불과하다(Ala. Code. 11-43-143(2)). 따라서 Walker County Board of Education v. Walker County Education Ass'n, 431 So. 2d 948(Ala. 1983)사건에서 앨라배마 주의 주대법원은 교육위원회가 정책을 결정하기 이전에 노동조합과 협의하는 경우에도 정책에 대한 합의는 구속력이 있는 단체협약이 아니라고 판시하였다. 그래서 그 합의에 따라 교육위원회가 스스로 이전의 정책 결정을 수정하기 전에는, 이전의 정책 결정이 일용 유효하다고 판시하였다.

또한 미주리 주에서 공공부문 근로자 일반에 대해 인정되는 교섭은 단순한 협의에 불과하다. 따라서 미주리 주의 주대법원은 Sumpter v. City of Moberly, 645 S.W.2d 359 (Mo. 1983) 사건에서 Moberly시와 소방관노조와의 협의 권한에는 단체협약의 체결 권한이 인정되지 않는다고 판시하였다. 그래서 노사간의 합의각서는 단체협약으로서의 구속력을 갖지 않으며, 그에 대응한 적절한 입법조치가 있어야 효력이 발생한다고 보았다.

위와 같이 각 주마다 교섭의 실질을 단체교섭으로 하는가, 아니면 협의로 하는가 상이하며, 또한 한 내에서도 직종에 따라 상이할 수 있다. 나아가, 동일한 직종에서도 직무나 등급 등에 따라 상이할 수도 있으며, 동일한 당사자간에서도 교섭대상 사항에 따라 상이할 수도 있다.

가령, 직종 등에 따라 구분하는 경우로, 펜실베이니아 주에서는 제1등급 감독자에게는 협의권만 인정되는 반면에, 그 외의 일반 공공부문 근로자에게는 단체교섭권이 인정된다(Pa. Stat. Ann. tit. 43 301,704(1991)). 또한 네브래스카 주에서는 감독자에게는 협의권만 인정되며, 그 외의 일반 공공부문 근로자에게는 단체교섭권이 인정된다(Nev. Rev. Stat. Ann. 81-1371(9)(Michie 1990)). 오클라호마 주와 캔자스 주에서는 교사에 대하여는 단체교섭권이 인정되지만, 여타의 공공부문 근로자에 대하여는 협의권만 인정된다(Okla. Stat. Ann. Tit. 70 509.6(West 1989); Kan. Stat. Ann. 72-5413(c) (Supp. 1992)).

그리고, 교섭대상사항에 따라 구분하는 경우로, 네바다 주에서는 공공부문의 사용자에게 의무적 사항에 대하여는 단체교섭의 의무를 규정하면서, 임의적 사항에 대하여는 협의의무만을 규정하고 있다(Nev. Rev. Stat. Ann. 288. 150. 6(Michie 1990)). 또한 하와이 주에서는 정책사항을 단체교섭사항에서 제외하여 협의사항으로 규정하고 있으며(Ha-waii Rev. Stat. 89-9(a)(Supp.1993)), 인디애나 주에서는 경영전권사항을 단체교섭사항에서 제외하여 협의사항으로 규정하고 있다(Ind. Code Ann. 20-7.5-1-4 (Bums 1992)).

(2)그런데, '단체교섭'을 인정하는 경우에도 단체협약의 구속력이 제한되는 경우에는 단체교섭권으로서의 실질이 반감된다.

가령 몬태나 주에서 공공부문 근로자 일반에 대하여 인정되는 성실한 교섭은 합의사항을 입법기관에게 제출하는 것에 의해 충족된다(Mont. Code Ann. 39-31-305(3) (1993)). 또한 뉴욕

주에서는 공공부문에서의 단체협약의 내용이 그 시행을 위해서는 법의 개정이나 부가적인 예산이 필요한 것일 경우에는 입법기관의 승인이 요구되며, 그 승인이 있을 때까지 단체협약의 그 내용은 효력을 갖지 않는다고 규정하고 있다(N.Y. Civ. Srev. Law 204-a.1. (Mckinney 1983)). 위와 같은 경우에는 단체교섭권의 실질은 입법안의 합동제안권 내지 협의권에 접근하게 된다.

한편, '협의'를 인정하는 경우에도 협의과정에서 당사자간에 합의에 도달하기 위한 성실한 노력의무를 부과하는 경우에는 단순한 협의 이상의 것이 된다. 가령, 캔자스 주에서 공공부문 근로자 일반에 대하여 인정되는 협의권한에 대하여는, 당사자들이 협의과정에서 합의를 도달하기 위해 상호간에 노력을 하여야 한다고 규정되어 있다(Kan. Stat. Ann. 75-4322(1)(Supp. 1992)). 또한 캘리포니아 주에서 주 공공부문 근로자와 교사에게 인정되는 협의권한에 대하여는, 당사자들이 합의를 도달하기 위한 '성실한' 노력을 하여야 한다고 규정되어 있다(Cal. Gov't Code 3517(West Supp, 1993)). 위와 같은 경우에는 협의권의 실질은 단체교섭권에 접근하게 된다.

라. 단체교섭의 대상사항

1) 의무적 교섭사항

대부분의 주들에서는 NLRA와 마찬가지로 '임금, 근로시간, 기타' 근로조건'을 단체교섭의 대상사항으로 규정하고 있다. 이와 같은 규정방식에서는 의무적 교섭사항의 범위가 다분히 추상적이며 포괄적이게 된다.

그런데, 가령 인디애나 주의 경우에는 '임금, 근로시간, 부가급부로서의 급여'만을 교섭사항으로 규정하여, 근로조건 중 일부만을 교섭사항으로 하고 있다(Ind. Code Ann 20-7.5-14 (Burns 1992)). 반대로, 오리건 주에서는 교사에게 '근로관계'에 관한 교섭이 인정되므로, 교섭사항의 범위는 근로조건보다도 오히려 넓다(Or. Rev. Stat. 243.650(4) (1991)).

한편, 아이오와 주에서는 교섭대상에 대하여, '임금, 근로시간, 휴가, 보험, 휴일, 휴직, 전직, 시간외 근로보상, 보충급여, 선임권, 전근절차, 작업분류, 감원절차, 직업훈련, 기타 상호간에 교섭사항으로 합의한 문제, 조합비 공제, 고충절차'라고 규정하여, 의무적 교섭사항을 구체적으로 열거하면서도, 상호 합의에 의해 교섭사항이 확대될 수 있도록 하고 있다(Iowa Code Ann. 20.9(West 1989)).

2) 관리사항의 배제

관리사항 또는 경영전권사항을 교섭대상사항에서 제외하는 주들도 있다. 가령, 알래스카 주에서는 '공공사용자의 기능 또는 목적을 나타내는 일반적 정책'은 교섭대상인 근로조건에서 제외된다(Alaska Stat. 23.40.250 (1990)). 반면에 교섭사항에서 관리사항을 배제하는 규정을 두고 있지 않는 주도 있다(가령, 조지아 주, Ga. Code Ann. 25-5-4 (1990); 버몬트 주, Vt. Stat. Ann. tit. 3 904(a)(1987)등).

마. 법규와 저촉하는 단체협약의 효력

일반적으로 공공부문 근로자의 근로조건에 관하여는 이미 법률(가령, 공무원법)에 의해 법정해 놓는 경우가 많다. 따라서 노사간에 단체협약이 체결되면 단체협약에 의한 약정 내용과 여타의 법률에 의한 법정 내용이 서로 상이하게 되는 경우도 발생한다.

이 경우에 단체협약에 의한 합의 내용이 우선된다고 규정하는 주들이 있다(가령, 일리노이즈 주, Ill. Stat. 5 ILCS315/15(1993)).

반대로, 공무원법의 규정을 우선하여 단체협약의 내용은 효력이 없다고 하는 주들도 있다. 그중에는 공무원법에 법정된 일정의 근로조건에 대하여는 단체교섭 및 단체협약의 대상에서 제외되는 관리사항으로 설정하는 방식을 취하거나(가령, 코네티컷 주, Conn. Gen. Stat. Ann. 5-272(d)(West 1989)), 또는 단체협약의 효력은 입법기관에 의한 승인을 받아야 효력이 있다는 방식을 취하고 있다(가령, 캘리포니아 주, Cal. Gov't Code 3517.6(west Supp. 1993)).

3. 쟁의행위

가. 개관

(1) 전술하였듯이, 미국의 연방 헌법에서는 단체행동권을 보장하는 명문의 규정이 없다. 오히려 노동운동의 형성기인 19세기 후반부터 파업이나 피케팅 등의 단체행동은 불법을 공모하는 것이며, 법원의 금지명령의 대상이 되어 왔다. 그 후 민간부문의 노동운동의 결과로 민간부문의 근로자에게는 파업 등의 단체행동권이 인정되었으나, 공공부문에 있어서는 파업은 여전히 불법으로 남아 있었다.

1960년대 이르러 공공부문의 노동운동이 성장하여 단체교섭권뿐만 아니라 파업권까지도 획득하기 위한 시도가 계속되고 있다. 그 결과 일부의 주들에서는 주 공공부문 근로자에게 입법적으로 파업권을 인정하고 있다.

(2) 그러나 아직까지도 많은 주들에서 주공공부문 근로자에게는 주법률에 의해 파업권이 부정되고 있다. 이러한 법률들이 연방 헌법 수정조항 제1조(표현의 자유), 제13조(강제노동 금지), 제14조(기본권 보장, 적법절차, 평등권) 등에 위반하기 때문에 무효라는 주장에 대하여 법원은 파업이나 피케팅은 헌법상 보장되는 권리가 아니라는 입장을 견지하고 있다(가령, *Holland School District v. Holland Education Association*, 157 N.W.2d 206(Mich. 1968)). 공공부문 근로자이건 민간부문 근로자이건 간에, 근로자들이 집단적으로 하는 행동으로서 헌법상 보장되는 활동은 권유나 선전을 하는 표현활동 그 자체에 그치기 때문이다. 따라서 피케팅의 평화적인 표현활동에 그치는 경우에는 헌법상 보장되나 피케타인의 돌파를 저지하는 피케팅이거나, 또는 파업 태업 등 쟁의행위 일반은 헌법상 보장되는 영역 밖에 있으며, 그것에 대한 규율은 연방 및 주의 입법권에 유보되어 있다.

그 결과 각 주(또는 연방)의 공공부문 근로자에게 파업권을 인정하는지 또는 인정하는 경우에는 어느 정도 보장되는지는 각 주(또는 연방)의 입법기관의 입법정책에 따라 다양하게 나타나고 있다.

첫 번째로 경우로, 단체교섭권을 인정하지 않기 때문에, 물론 파업권도 인정하지 않는 정책을 취하고 있는 주들이 있다.

두 번째의 경우로, 단체교섭권은 인정하지만 파업권은 인정하지 않는 정책을 취하고 있는 주들이 있다.

세 번째의 경우로, 단체교섭권을 인정하면서 아울러 일정한 제한을 부가하여 파업권까지도 인정하는 정책을 취하는 주들이 있다.

나. 파업을 금지하는 경우

일부의 주들에서 공공부문 근로자의 파업이 적법하게 인정되는 경우이외에는, 다수의 주들에서는 공공부문 근로자의 파업은 불법으로 금지되고 있다. 파업이 금지되는 주들 중에는 그 금지를 법률로 명시하고 있는 경우도 있다. 가령, 코네티컷 주에서는 "어떤 규정도 주 근로자에게 파업권을 부여하는 구성을 하지 않으며, 그러한 파업은 금지된다"고 규정하고 있다(Conn. Gen. Stat. Ann. 5-279 (West 1988)).

또한, 플로리다 주처럼 파업을 부당노동행위로 규정하여 부당노동행위 구제절차에 의한 금지가 이루어지는 경우도 있다(Fla. Stat. 447.501(2)(e)(1991)).

그리고 알래스카 주처럼 파업이 금지명령(injunction)의 대상이 된다고 법률에서 명문으로 규정하고 있는 주도 있다(Alaska Stat. 23.40.200(b)(1990)). 금지명령은 사용자의 신청에 의해 법원이 간이신속한 절차에 의해 발하는 것으로, 우리나라의 가처분과 유사한 것이다. 물론, 이러한 명문규정이 없더라도 법원은 종래의 커먼로(common law) 법리나 단체협약의 법리에 의해 파업에 대하여 금지명령을 발하여 왔다(가령 *City of Wilmington v. Local 320, Am. Fed'n of State, County & Mun. Employees*, 307 A.2d 820(Del. Ch. 1973)). 연방대법원이 *United States v. United Mine Workers*, 330 U.S. 258(1947) 사건에서 연방의 공공부문 근로자에게는 반금지명령법(the Norris-LaGuardia Anti-Injunction Act)이 적용되지 않는다고 판단한 것과 마찬가지로, 일반적으로

각 주의 법원은 당해 주의 공공부문 근로자의 파업에 대하여 당해 주에 제정되어있는 반금지명령 법률(anti-injunction statutes)이 적용되지 않는다고 보고 있다(가령, *City of Minot v. Teamsters, Local 74*, 142 N.W.2d 830(N.D. 1966)). 그러나 후술하듯이, 공공부문 근로자에게 파업권을 인정하는 주들에서는 공공부문 근로자의 파업에 대하여도 민간부문 근로자의 파업과 마찬가지로 주의 반금지명령법이 적용된다고 보고 있다.

파업에 대하여 금지명령을 인정하는 주들 중 대부분의 주들에서는 법원은 파업이 금지되어 불법파업이 된다는 점으로부터 회복할 수 없는 손해가 당연히 발생하리라는 입법자의 판단이 인정되므로, 파업에 대하여 금지명령을 인정하는 요건으로서 회복할 수 없는 손해의 발생 여부는 별도로 고려하여야 할 필요는 없다는 입장을 취하고 있다(가령, *Anchorage Education Association v. Anchorage School District*, 648 P.2d 993(Alaska 1982)). 그러나, 이와 반대로 일부 주에서는(폭력, 평화의 파괴 또는)회복할 수 없는 손해를 증명하여야 한다는 판결도 있다(가령, *Holland School District v. Holland Education Association*, 157 N.W.2d 206(Mich. 1968)).

법원이 발한 금지명령을 위반하여 파업을 강행하는 경우에는 '법원모독'(contempt of court)으로 인정되어 민사모독제재 또는 형사모독제재가 이루어진다. 제재의 내용은 구금 또는 벌금에 처하는 것이다. 민사ah독제재로서의 벌금은 사용자에게 지불하게 하는 것이 통상이어서 간이의 손해배상으로서도 기능한다.

종래 파업금지를 위반한 경우에는 '공모죄'로서 형벌에 처해지거나 불법행위에 기한 손해배상 책임이 부과되어 왔다. 파업에 대하여 별도의 형벌규정을 두는 경우도 있다(가령, 플로리다 주, Fla. Stat. 447. 507(2)(1991)).

불법행위 책임에 관하여는, 파업이 금지되는 경우에 파업을 행하는 것 자체로부터 침해된 손해에 대하여는 당연히 손해배상 책임이 인정된다고 해석하고 있다(가령, *Boyle v. Anderson Fire Fighters Ass'n Local 1262*, 497 N.E.2d 1073(Ind. App. 1986)). 불법행위 책임을 명문규정으로 두고 있는 주도 있다(가령, 플로리다 주, Fla. Stat. 447. 507(4)(1991)).

그러나 일부 법원은 불법행위 책임dmf 인정하게 되면, 자신의 불법행위 책임 여부를 판정하는 권한이 해당 노동위원회가 그 파업에 대하여 부당노동행위 성립 여부를 판정하는 권한을 침해하게 된다는 점을 이유로, 불법행위 책임을 인정하지 않고 있다(가령, *Lamphere School v. Federation of Teachers*, 252.N.W.2d 818(Mich. 1977)).

나아가 별도의 제재를 법률에서 명시하고 있는 경우도 있다. 가령, 파업에 참여한 근로자에게는 해고등의 징계를 규정하는 경우(가령, 앨라배마 주, Ala. Code 11-43-143(1989)), 파업일수의 2배에 해당하는 일수의 임금이 상실된다고 규정하는 경우도 있다(가령, 뉴욕 주, N.Y Civ, Serv, Law 210.2(f)(Mckinney Supp. 1993)). 또한 파업을 행한 노동조합에게는 단체협약의 취소를 규정하는 경우(가령, 네바다 주, Nev.Rev.Stat. Ann. 288.260), 노조에게 부여한 승인의 철회를 규정하는 경우(가령, 플로리다 주, Fla. Stat. 447. 507(2)(1991)), 조합비 공제(check-off)나 에이전시 숅(agency shop)과 같이 협약상 또는 법령상 인정되는 노조 보장의 권리가 상실된다고 규정하는 경우도 있다(가령, 플로리다 주, Fla. Stat. 447. 570(6)(1991)).

나. 파업권을 인정하는 경우

일부 주들에서는 공공부문 근로자에게 파업권을 인정하고 있다. 그러한 입장들은 파업의 금지가 집단적 분쟁을 해결하는 데 도움이 안된다는 고려에 기초하고 있다. 다만, 일반 민간근로자의 경우와 비교하여 보면, 파업권이 행사하는 다소 제약이 가해진다는 점에서, '제한된 파업권'이 보장되고 있다고 설명된다.

파업권의 인정은 법률에 의하거나 또는 법원의 판결에 의해 이루어진다. 1967년 버몬트 주를 시초로 9개 주들에서 파업권을 인정하는 법률 규정을 두고 있다. 또한 3개 주들은 법령을 해석한 판례법리에 의해 파업권이 인정되고 있다.

1) 법률(제정법)에 의해 인정되는 주

주 법률에서 공공부문 근로자에게도 파업권을 인정하는 규정을 두고 있는 주들은 다음과 같다.

알래스카 주, Alaska Stat. 23.40.200(1990)
 하와이 주, Hawaii Rev. Stat. 89-12(1988)
 일리노이즈 주, Ill. Ann. Stat. 5 ILCS 315/17(1993)
 미네소타 주, Minn. Stat. Ann. 179A.18(West 1993)
 오하이오 주, Ohio Rev. Code Ann. 4117.14(D) (Anderson Supp. 1992)
 오리건 주, Or.Rev. Stat. 243.726(1991)
 펜실베이니아 주, Pa. Stat. Ann. tit. 43 1101.1001(1991)
 버몬트 주, Vt. Stat. Ann. tit. 21 1730 (1987)
 위스콘신 주, Wis. Stat. Ann. 111.70(4)(cm)(West 1988)

물론, 이러한 주들에서는 파업에 대하여 금지명령의 발동을 제한하는 반금지명령법이 공공부문 근로자의 파업에도 민간부문의 근로자의 파업과 마찬가지로 적용된다고 보고 있다. 가령, 일리노이 주의 주 대법원은 *County of Peoria v. Benedict*, 265 N.E.2d 141(Ill. 1970) 사건에서 일리노이 주의 반금지명령법이 공공부문 근로자의 파업에도 적용되므로, 금지명령의 내용을 강제하기 위한 모독제재는 허용되지 않는다고 판결하였다.

이들 대부분의 주들은 공공부문 근로자 모두에게 파업권을 인정하는 것은 아니다. 공공부문 근로자들 중에서도 특히 필수적인 업무를 행하는 공공부문 근로자에게는 파업권을 인정하지 않고 있다. 가령, 알래스카 주에서는 공공부문 근로자를 세 가지 범주로 나누고 있다. 첫 번째는 '필수적인'(essential)업무를 담당하는 공공부문 근로자, 즉 경찰, 소방, 교도, 병원에서 근무하는 공공부문 근로자들인, 그들에게는 파업이 금지된다. 두 번째는 '유사필수적인'(semi-essential) 업무를 담당하는 공공부문 근로자, 즉 공공사용, 재설, 공중위생, 교육 업무에 종사하는 공공부문 근로자들인데, 그들에게는 공공의 보건 및 안전 또는 복지 등을 고려하여 결정된 일정 기간 동안에만 파업이 허용된다. 세 번째는 '필수적이지 않은'(non-essential) 업무를 담당하는 근로자, 즉 여타의 공공부문 근로자들인데, 그들에게는 공공에게 심각한 영향을 미치지 않는 장기간 동안 파업이 허용된다(Alaska Stat. 23.40.200(b),(c)(d)(1990)).

어떠한 업무가 필수적이어서 파업의 제한 내지 금지되어야 하는지, 바꿔 말하면 어떠한 업무가 필수적이지 않아서 파업이 민간부문과 거의 유사하게 허용되어야 하는지, 그 구별기준을 법률에서 구체적으로 규정하거나(가령, 미네소타 주), 또는 소관 노동관계위원회의 규정으로 구체적으로 정하도록 하고 있다(가령, 하와이 주).

주로, 경찰이나 소방관의 업무는 필수적인 업무라고 판단되고 있지만, 입법정책상 그들의 업무가 반드시 필수적인 업무로 취급되어 파업권이 부정되어야 하는 것도 아니다. 후술하듯이, 아이다호 주에서의 *Local 1494, Int'l Ass'n of Firefighters v. City of Coeur d'Alene*, 586 P.2d 1346(Idaho 1978) 판결과, 캘리포니아 주에서의 *County Sanitation Dist. No. 2v. Los Angeles County Employee's Ass'n*, 699 P.2d835(Cal. 1985) 판결에서, 각 주 대법원들은 소방관에게 파업권을 인정하고 있다는 점을 유의할 필요가 있다.

2) 판례에 의해 인정되는 주

법원의 판례에 의해 파업권이 인정되는 주들은 캘리포니아 주, 아이다호 주, 몬태나 주 등이다. 이들 주의 대표적인 판례를 언급하면 다음과 같다.

① *Montana v. Public Employees Craft Council*, 529 R. 2d 785(Mont. 1974) 사건에서 몬태나 주의 대법원은, 공공부문 근로자의 단체교섭에 관한 법률에서 공공부문 근로자에게 집단적 행동(concerted activity)이 보장된다는 규정은, NLRA 에 의해 민간부문의 근로자에게 파업권이 보장되는 것과 마찬가지로 공공부문 근로자에게도 파업권이 보장된다고 묵시적으로 규정하고 있는 것이라고 해석된다고 판결하였다.

② *Local 1494, Int'l Ass'n of Firefighters v. City of Coeur d'Alene*, 586 P.2d 1346(Idaho 1978) 사건에서 아이다호 주의 대법원은, 주 법률에서 서면계약의 기간 동안에는 소방관은 파업을 할 수 없다는 규정이 되어 있으므로, 단체협약이 만료된 이후에 행해진 파업은 금지되지 않는다고 판결하였다.

그러한 파업은 입법기관이 명시하지 않은 범위의 파업이므로 민간부문의 근로자처럼 파업이 금지되지 않는다고 보았다.

③ County Sanitation Dist. No.2 v. Los Angeles County Employees' Ass'n, 669 P.2d 835 (Cal. 1985)

사건에서 캘리포니아 주의 대법원은, 주 법률에서 지방 및 시의 공공부문 근로자에 대하여 파업금지를 규정하고 있지 않다면, 그러한 공공부문 근로자인 소방관에게는 파업금지가 적용되지 않는다고 판결하였다. 공공부문 근로자의 파업의 공공의 보건이나 안전에 긴박한 위협을 초래하지 않는 한 파업이 허용된다. 종래에는 파업을 금지한다는 것이 커먼로(common law)로 여겨졌지만, 파업에 의해 막대한 손해를 발생하는 경우가 아닌 한 파업은 자유로운 사회의 중요한 징표가 되므로, 파업권을 인정하는 것이 커먼로라고 보고 있다.

이와 같이 일부 주 법원들은 법률에서 공공부문 근로자의 파업에 대하여 명백하게 금지하고 있지 않는 경우, 또는 금지하고 있더라도 그 금지를 규정하고 있는 범위 이외의 부분에 해당되는 경우에는 공공부문 근로자에게도 민간부문의 근로자와 마찬가지로 파업권이 인정된다는 것이 입법자의 의사 내지는 커먼로의 법리라는 해석에 의해 공공부문 근로자에게 파업권을 인정하는 것이다.

3) 파업권의 행사에 대한 제한

일정한 부류의 공공부문 근로자에게 법률에 의해 또는 판례에 의해 파업권을 인정하는 경우에도, 파업권을 행사하는 데에 있어서 민간부문의 근로자의 경우와는 달리 다양하게 제한하고 있다.

① 평화적인 의견 합치를 촉진하기 위한 제한

파업을 하기 일정기간 전에 소관 노동관계위원회에 통지하도록 하는 경우도 있다. 가령, 하와이 주에서는 파업을 하기 10일 이전에 공공노동관계위원회 및 사용자에게 통지를 하여야 한다(Hawaii Rev. Stat. 89-12(b)(1988)). 일정기간의 사전 통지를 요건으로 하는 결과 그 기간 동안은 파업이 유예되는 효과를 얻는다.

노동쟁의를 가능한 한 평화적으로 해결하기 위하여 법상의 쟁의조정제도를 완전히 거쳤을 것을 파업의 요건으로 하는 경우가 있다. 가령, 법상의 조정절차나 사실조사절차에 의해서도 당사자들이 노동쟁의사항에 대해 의견의 합치를 보지 못하였음을 요건으로 하거나, 사실조사 보고 및 그 권고안이 제안된 후 일정기간 이후에야 쟁의행위가 가능하도록 하는 경우가 있다. 가령, 하와이 주에서는 법상의 조정제도들을 다 경료하였고, 사실조사 보고 및 그 권고가 제안된 후 60일이 경과한 후에야 파업이 가능하다(Hawaii Rev. Stat. 89-12(b)(1988)). 오하이오 주에서는 사실조사에 의한 권고가 제안된 후 유예기간이 7일이다(Ohio Rev. Code Ann. 4117.14(D)(1) (Anderson 1991)). 권고 이후의 일정기간 동안 권고안을 고려하여 당사자들이 평화적으로 교섭하도록 하기 위한 것이다.

쟁의조정절차 중에서 중재절차에 관하여는 가령, 일리노이 주에서처럼 사용자가 중재재정을 거부할 때에야 파업이 가능하도록 하는 경우도 있다(III. Ann. Stat. 5 ILCS 315/17(a)(1993)). 그렇지만, 당사자들의 합치된 의사가 없어도 중재절차가 개시되고, 그 결과 중재재정이 내려져 당사자들에게 강제적으로 적용되는 경우가 있는데(중재절차에 관해 자세히는 후술), 이것은 파업권을 제한된 형태로나마 인정하는 것이 아니라, 파업을 금지시키면서 파업을 대체하는 수단으로 중재절차를 설정해 놓은 것이다.

② 업무의 최소한의 공급을 확보하기 위한 제한

특정한 공공업무에 대하여는 그 최소한도의 공급이 확보되어야 한다는 정책에 따라 파업에 대하여 일정한 제약을 입법화하고 있다. 가령, 몬태나 주에서는 간호사의 파업에 대하여는 150마일 이내의 다른 시설에서 간호사들이 파업을 하고 있는 중에는 파업을 할 수 없다(Mon. Code Ann. 39-32-110 (1993)). 또한 펜실베이니아 주에서는 교사의 파업이 계속되어 학생의 수업일수가 180일을 충족하지 못할 경우에는 파업을 중단하도록 교육성 장관이 법원에 신청할 수 있도록 하고 있다(GERR, Vol.30, No. 1473 p.995(July 1990)).

③ 공공의 보건 및 안전을 보호하기 위한 제한

여러 주들에서 파업이 공공의 보건 및 안전을 침해하거나 위협하지 않을 것을 요건으로 하여 파업권을 인정한다(가령 하와이 주, Hawaii Rev. Stat. 89-12(b)(1988); 일리노이즈 주, Ill. Ann. Stat. 5 ILCS 315/8(1993); 오하이오 주, Ohio Rev. Code Ann. 4117.16 (Anderson Supp. 1992); 위스콘신 주, Wis. Stat. Ann. 111.70(7m)(b) (West 1988)). 만일 파업이 공공의 보건이나 안전에 대한 명백하고도 현존하는 위험이 있는 경우에는 공공노동관계위원회에 의해 파업의 중단조치가 내려지게 된다. 캘리포니아 주에서는, 주 대법원이 County Sanitation Dist. No.2 v. Los Angeles County Employees' Ass'n, 669 P.2d 835 (Cal. 1985) 사건에서 공공부문 근로자의 파업을 인정하면서도, 그 파업이 공공의 보건이나 안전에 '긴박한' 위험을 초래하지 않아야 한다는 제한을 두고 있다. 그런데, 파업이 제한되는 이유를 '공공의 보건 및 안전에 대한 위험'에 국한하는 것이 아니라, 나아가 '공공의 복지에 대한 위험'까지 추가하는 경우도 있다(가령, 알래스카 주, Alaska Stat. 23.40.200(3)(c)(1990); 오리건 주, Or.Rev. Stat. 243.726(3) (1991); 펜실베이니아 주, Pa. Stat. Ann. tit. 43 1101.1003 (1991); 버몬트 주, Vt. Stat. Ann. tit. 21 1730 (1987)). 미네소타 주에서는 위와 같은 제한에 대하여 명문규정을 두고 있지 않지만, Head v. Special Sch. Dist. No. 1, 182N.W.2d 887(Minn. 1970) 판결에서 법원은 파업이 '공중의 보건, 안전 및 복지'에 이해가 충돌되는 경우에는 허용되지 않는다고 판결하였다. 파업을 제한하는 기준으로 '공공의 복지'를 추가하는 경우에는, 가령 교사의 파업에 대하여까지 제한하도록 작용할 여지가 발생하게 된다(가령, 위의 미네소타 주 판결).

4. 쟁의조정

민간부문의 노동관계에서의 쟁의조정기구의 역할은 당사자들이 주체적으로 교착상태를 해결하도록 조력함에 불과하다. 그러나 공공부문의 노동관계에서 쟁의조정기구의 역할은 당사자들의 주체적인 해결을 조력함에 그치는 것이 아니라, 강제적으로 분쟁을 종결짓는 절차까지도 구비하고 있는 경우가 있다. 그 절차가 바로 강제중재절차이며, 공공부문 노동관계에서는 강제중재절차의 발전이 큰 특징을 이루고 있다.

가. 조정절차의 유형

각 주 및 각 지방 등에서는 공공부문 근로자와 정부기관과의 교섭결렬을 해결하기 위한 조정절차를 두고 있다. 그 절차의 내용은 ① 조정(mediation)절차 등의 비정형적인 조력절차(알선절차도 이에 해당되나 양자를 굳이 구별하지 않는 경우가 많음), ② 사실조사(fact finding)절차, ③ 중재(arbitration)절차 등으로 구분될 수 있다. 이 세 가지 절차 중에서 일부만을 채택하는 경우도 있으며, 또는 세 가지 다 채택하는 경우도 있다. 또한, 이 세 가지 절차의 구체적 내용도 각각의 경우에 따라 차이가 난다.

대부분의 경우 교섭상의 교착상태를 해결하기 위한 최초의 절차로서 조정절차를 두고 있다. 주로, 조정인은 양당사자와의 회합을 통하여 양측의 입장을 검토하고 타협을 유도하며 협상안을 제시하기도 한다.

사실조사절차도 많이 채택되고 있는데, 그 절차의 내용은 통일되지 않고 다양하게 나타난다.

일반적으로 사실조사라 함은 사실조사인이 분쟁에 관한 청문이나 증인조사의 과정 등 이전 단계보다는 좀더 정형적인 조사과정을 거쳐 그 결과를 서면으로 보고하는 절차를 말하며, 그 보고서에는 대개 권고안도 아울러 포함된다. 따라서 사실조사는 권고적 중재(advisory arbitration)에 유사한 성격을 가지면서도, 그 과정에서 당사자들이 수용할 수 있는 해결책을 모색한다는 점에서 조정과도 유사하다. 사실조사절차를 채택하고 있는 경우가 많으며, 대개 단순한 조정절차의 후속절차로 되어 있다. 또한, 대개 사실조사절차는 중재절차의 선행절차로 되어 있지만, 사실조사절차가 최종적인 쟁의조정절차로 구성되어 있는 경우도 있다.

중재절차는 중재인이 청문이나 증인조사 등의 사실인정에 기초하여, 당사자에게 그 분쟁에 대한 구속적인 결정을 내리는 절차이다. 대개 중재절차는 조정절차나 사실조사절차의 후속절차로 되어 있으며, 양당사자에게 그 분쟁에 대하여 구속력 있는 중재재정을 하므로 최종적인 절차로 되어 있다.

나. 중재절차의 발전

1) 파업의 대체수단으로서의 강제중재

공공부문 노동관계에서의 교섭상의 교착상태를 해결하는 조정제도로서 많은 주에서는 중재절차를 도입하고 있다. 그렇지만 중재절차를 도입하지 않은 주도 많다.

중재의 유형으로는 당사자들이 중재 회부를 합의하여 신청하는 임의중재(voluntary arbitration)와 그러한 합의가 없어도 중재절차가 개시되는 강제중재(compulsory)로 나누어 볼 수 있다. 가령, 알래스카, 코네티컷, 하와이, 일리노이 주 등에서는 공공부문 근로자 일반의 노동관계에 대하여는 임의중재절차를 정해 놓고 있으나, 경찰 및 소방관의 노동관계에 대하여는 강제중재절차를 정해 놓고 있다. 경찰 및 소방관의 업무는 필수적인 업무로 고려되어 파업을 금지하는 경향이 강하고, 따라서 파업의 대체수단으로서 강제중재의 도입하는 경향이 높다. 그러나 텍사스 주에서는 경찰 및 소방관의 노동관계에 대하여도 임의중재절차에 의하도록 정해 놓고 있다.

중재절차의 결과 중재인이 분쟁사항에 관하여 내리는 결정, 즉 중재재정은 양당사자에게 구속력을 가진다. 그런데 중재재정의 구속력은 사용자인 당국이 중재제도를 도입하는 것을 꺼리는 이유가 되어 왔다.

사용자인 정부기관은 국민(주민)의 의사인 법률에 의해 자신에게 위임된 권한을 행사하는 책무가 있다. 정부기관이 자신에게 위임된 권한을 범위 내에서 공공부문 근로자의 노동관계에 관한 구체적인 기준을 정하는 단계에서 있어서는, 공공부문 근로자와의 의사의 합치를 기초로 하여 자신에게 위임된 권한을 행사하는 것이 바람직하다는 점에서 공공부문 근로자와의 단체교섭이 요구된다고 하더라도, 나아가 강제중재를 인정하는 경우에는 정부기관은 자신의 의사가 배제된 채 제3자인 중재인의 의사에 따라 자신의 책무가 결정되는 것이 된다는 문제점이 있다. 그래서 중재재정에 구속력이 인정되는 중재(강제중재 및 임의중재 양자 모두가 해당됨)절차를 도입하게 되면, 국민이 정부기관에게 위임하고 있는 권한을, 국민을 대표하지 않는 자인 중재인에게 재위임하는 것이 되어 국민주권 및 민주주의 원칙에 어긋난다는 반대가 있어 왔다. 그래서 중재제도를 도입하지 않고 있는 경우도 많다.

그런데, 과거 미국에서는 공공부문의 근로자에게 단체교섭이나 파업을 인정하지 않았다가 1960년 전후를 기점으로 하여 연방 및 많은 주에서 공공부문 근로자에게 단체교섭권을 인정하기 시작하였다. 그러나 파업권도 인정받으려는 공공부문 근로자측의 입법 노력에도 불구하고 일부의 주에서만 파업권이 인정되고 있다. 공공부문 근로자에게 파업권이 인정되지 않고 있는 경우에는, 사용자인 정부기관은 공공부문 근로자측의 요구에 대하여 굳이 타협하려는 노력을 소홀히 하게 된다. 정부기관은 공공부문 근로자측과 단체협약을 체결하지 않고서도 법상 자신에게 위임된 공무를 계속할 수 있기 때문이다. 물론 정부기관에는 단체교섭의무가 인정되고, 단체교섭의 거부도 부당노동행위에 해당되어 금지되고 있지만, 단체교섭의 의무는 정부기관에게 자신의 주장을 양보하여 합의하도록 강요하는 것이 아니다(5 U.S.C. 7103(a)(12)). 그러므로 정부기관이 자신의 주장을 굽히지 않는 완고한 입장을 보이는 경우에는 그 교섭상의 교착상태를 타개하는 방법이 없게 된다.

이러한 경우에 만약 교섭상의 교착상태에 빠진 경우에 중재가 강제적으로 개시되어 중재인에 의한 구속적인 재정이 내려지는 강제중재제도를 도입하게 되면, 사용자인 정부기관은 제3자인 중재인이 결정하는 바에 구속된다는 위험을 피하기 위하여, 공공부문 근로자측과 합의를 이루기 위한 노력을 더욱 경주하게 된다. 즉 당사자간의 교섭이 교착상태에 빠지게 되면 중재절차가 강제적으로 개시된다는 점 및 교착상태에 빠지게 되어 강제중재절차가 개시되었다는 점은 교섭 당사자에게 중재재정이 내려지기 전까지는 자주적으로 합의에 도달하려는 노력을 좀더 기울이게 한다. 결국 당사자간의 자주적인 단체교섭을 촉진한다는 입법정책이 달성된다. 이러한 점에서 강제중재절차는 파업을 대체하는 제도라고 긍정적으로 평가되고 있다.

위와 같이 강제중재제도가 파업을 대체하는 긍정적인 제도라는 면은, 미국에서처럼 파업권의 인정 여부가 헌법 규범에 따라 결정되지 못하고 입법정책에 맡겨져 있으면서 오랫동안 파업권인 인정되지 않던 법체계에서 파업권의 인정하지 않는 대신에, 단체교섭을 촉진하기 위하여 강제중재절차를 도입한다는 배경 속에서 설명될 수 있는 것이다.

2) 최종제안중재

중재인이 분쟁사항에 대하여 재정하는 방식에는 전통적 방식인 '절충적 방식'과 그 결점을 수정하기 위해 새로이 고안된 '택일적 방식'이 있다.

절충적 방식은 중재인이 노사 양측의 주장을 놓고 자신의 재량으로 내용을 결정하는 방식이다. 따라서 중재재정의 내용은 유연성이 높다. 그러나 대개는 양주장의 중간치에 해당하는 결정을 내리게 될 소지가 높으므로, 노사는 단체교섭절차에서부터 중재절차에까지 계속하여 자신의 주장을 양보하기를 꺼려 하여 결국 자주적인 교섭으로 문제를 해결한다는 단체교섭제도의 입법정책에 배치된다.

즉 특히 강제중재에 절충적 방식을 채택할 경우에는 ① 중재과정에서 중재인이 양당사자간의 의견의 간격을 해결해 주리라는 기대에서 단체교섭의 시기에서는 타협 조정의 노력을 기울이지 않는 '냉담효과'(chilling effect)가 있으며, ② 단체교섭에 의한 합의보다는 중재재정에 의해 교섭대상에 관한 결론을 계속 이끌어 내려하는 '마취효과'(narcotic effect)가 지적된다. ③ 또한 이러한 냉담효과와 마취효과에 의해 당사자간의 의견의 간격이 큰 상태가 계속 반복된다면, 중재인은 적절한 재정 내용을 모색하기보다는, 자신이 이전에 담당하였던 당사자들의 사건을 다시 담당하는 경우이거나, 또는 현재 담당하는 당사자들의 사건이 차후로도 계속 담당하리라 기대되는 사건인 경우에는, 한번은 한 당사자편을 들어주고, 그 다음 번에는 다른 당사자편을 들어주는 식의 재정을 할 위험이 있다. 이것을 '시소효과'(flip-flop effect)라고 한다. ④ 이러한 효과들이 작용하는 상태에서는 당사자들은 중재인이 재정에 대하여 계속 불만을 갖게 될 수도 있으며, 특히 공공부문 근로자측은 강제중재절차 및 그 중재재정을 거부하고서, 파업권이 인정되지 않음에도 불구하고 파업을 불법적으로 감행하게 된다.

이러한 절충적 방식의 단점을 보완하기 위하여 고안된 방식이 택일적 방식이다. 즉 중재절차에서 당사자들은 중재인에게 최종적인 제안을 제출하며, 중재인은 당사자들의 제안들 중에서 어느 한쪽만을 선택하여 재정 내용을 결정하는 방식이다. 미국에서는 이러한 방식의 중재를 '최종제안중재(final offer arbitration, last offer arbitration)'라고도 한다. 중재인이 선택할 수 있는 최종제안으로는 양당사자의 최종제안들뿐만이 아니라, 사실조사인의 권고안도 포함하는 삼자제안방식(tri-offer system)을 채택하는 경우도 있다 [가령, 아이오와 주에서는 사실조사인의 권고안을 포함하여 사항별로 선택한다(Iowa Code Ann. 20.22.3(West 1989))].

강제중재에서 최종제안방식을 도입하는 경우에는 실제로는 파업을 하지 않고서도 양당사자에게 타협점으로 유도되게 하는 효과를 얻는다. 즉 양당사자는 자신이 제시한 최종적인 제안이 합리성을 결여하여 수용될 만한 것이 아닐 경우에는 상대방의 제안만이 받아들여지게 작용한다는 위험을 고려하여 중재절차 중에서도 계속 타협점을 모색하고 자신이 입장을 수정하여, 중재인이 수용할 만한 가장 적절한 안을 최종제안으로 제출하게 된다.

최종제안방식에는 다시 두 가지 유형이 있다. 첫째로 중재인이 어느 한쪽의 최종제안 전부를 선택하는 전체적 선택방식(whole package approach)이 있다(가령, 위스콘신 주의 시 공공부문 근로자의 노동관계). 이러한 방식의 장점은, 당사자들에게는 자신의 주장 전부가 받아들여지지 않는다는 위험이 크므로, 재정 이전에 합리적인 제안을 더욱 모색하도록 한다는 점이다. 그러나 분쟁이 여러 사항에 걸친 경우에 중재인이 최종제안 중 어느 쪽을 선택하게 된 이유를 다른 당사자에게 충분히 납득하게 설명하기가 어려우며, 또한 선택된 한쪽 당사자의 최종제안 속에는 다른 당사자에게 전혀 수용되기 어려운 비합리적인 부분이 포함될 여지가 있다. 이러한 경우에 당사자들에게는 중재인의 선택이 자의적 또는 비합리적으로 여겨지는 단점이 있다.

두 번째로는, 중재인이 각 사항별로 어느 한쪽의 최종제안을 선택하는 사항별 선택방식(issue by issue approach)이 있다(가령, 코네티컷 주, 아이오와 주). 이러한 방식의 장점은 한쪽 당사자의 최종제안 중에서 비합리적인 제안이 있는 부분은 개별적으로 선택 안할 수 있다는 점이다. 그런데 사항별 선택방식에서는 결국 분쟁이 사항별로 전개되는데, 여러 사항들이 서로 연계되어 복합적인 분쟁을 일으키는 경우에는 여러 사항들을 어떻게 분류하여야 하는지의 문제가 남는다는 단점이 있다.

하나의 중재절차 속에서도 여러 가지 중재 방식을 혼합하여 채용하는 경우도 있다. 가령, 미시간 주에서는 경제적인 사항에 대하여는 항목별 최종제안 방식으로, 비경제적 사항에 대하여는 절충적 방식으로 중재를 한다(Mich. Comp. Laws. Ann. 423.328 (West Supp. 1993)). 뉴저지 주에서는 경제적인 사항에 대하여는 전체적 최종제안 방식으로, 비경제적인 사항에 대하여는 사항별 최종제안 방식으로 중재를 한다(N.J. Stat. Ann. 34 : 13A-16(c)(6) (West 1988)). 또한 공공업무의 성격에 따라 혼합하는 경우도 있다. 가령, 미네소타 주에서는 필수적 업무를 담당하는 노동관계에서는 절충적 방식으로, 비필수적 업무를 담당하는 노동관계에서는 사항별 최종제안

방식으로 중재를 한다(Minn. Stat. Ann. 179A.16 (West 1993)).

3) 중재인의 구성

대개 중재인은 양당사자로부터 독립된 제3자로 구성하고 있다. 그런데 일부의 경우에는, 중재재정을 하는 중재인을 중립의 중재위원회에 양당사자가 각각 지정하여 양당사자를 각각 대표하는 중재위원들도 포함하여 3자로 구성하고 있다(가령, 하와이 주, Hawaii Rev. Stat. 89-11(b)(1988); 아이오와 주, Iowa Code Ann. 20-22.4 (West 1989); 메인주, Me. Rev. Stat. Ann. tit. 26 979-D.4 (West 1988); 오리건 주, Or. Rev. Stat. 243.736(1991); 펜실베이니아주, Pa. Stat. Ann. tit. 43 217.4(1991). 중립의 중재위원회는 노사를 대표하는 중재위원이 공동으로 지정한다. 중재위원회를 제3자로 구성하게 되면, 노사간의 교섭형태를 중재절차에도 지속시켜 양당사자들이 중재재정의 내용 형성에 관여할 수 있게 되며, 따라서 중재재정이 양당사자에게 더 잘 수용된다는 장점이 지적되고 있다.

4) 비구속적 중재재정

중재제도는 제3자인 중재인의 결정이 양당사자를 구속하여 그 분쟁을 최종적으로 해결한다는 특징을 갖고 있다. 그런데, 일부의 경우에는 중재의 구속력을 제한하거나 부정하고 있다. 가령, 중재재정에 대하여는 입법기관의 승인을 받도록 한 경우(플로리다 주), 중재재정이 근로자측에는 구속력을 가지나, 사용자측에 대하여는 사용자측이 승인하는 경우에 구속력이 인정되는 이른바 '일방적 중재(one-sided arbitration)'를 채용한 경우(일리노이 주, 미네소타 주, 오클라호마 주)가 있다. 또한 임금, 연금, 보험 등의 사항에 관한 재정은 권고적 효력만 인정하고 여타의 사항에 관한 재정에는 구속적 효력을 인정한 경우(메인 주), 중재재정의 구속력은 예산상의 추가재정이 필요없는 경우에만 인정하는 경우(로드 아일랜드 주)도 있다. 이와 같이 중재재정의 구속력 효력을 제한하면 결국 중재재정의 내용이 중립적이지 못하고 사용자측의 입장에 따르게 되는 위험이 있다. 또한, 강제중재의 구속적 효력을 제한하는 것은 결국 강제중재가 파업을 대신하여 자주적인 단체교섭을 촉진한다는 대체적 수단으로 기능한다는 의미를 희석시키는 것이 된다. 다만, 일리노이 주나 미네소타주의 경우에는 중재재정의 구속력을 제한하는 것이, 결국 사용자가 중재재정을 거부할 것을 파업권 행사의 제한요건으로 요구한다는 의미를 갖고 있다.

第4節 公益事業 勤勞者の 勞使關係

(1) 민간부문에서의 특정사업은 공공의 이익을 위하여 중요한 경우가 있다. 이러한 공익사업(public utility)은 파업이나 직장폐쇄로 인하여 사업이 중단되는 경우에 일반 공중에게는 큰 불편을 초래할 수도 있다. 그러나 미국에서는 사업의 공익성만을 이유로 쟁의행위가 제한되고 있지 않다.

(2) 다만, 태프트-하틀리법에서는 쟁의행위가 국가적 긴급상황(national emergency)을 초래하는 경우에는 긴급조정절차가 개시되도록 규정하고 있다(29 U.S.C. 176-180). 긴급조정절차의 요건인 국가적 긴급상황은, 여러 주들 사이에서 또는 외국과의 무역에 있어서의 상업 운송 진전, 또는 통신의 산업이나 제품의 생산에 종사하는 산업의 전부 또는 그 중요 부분에 영향을 미치는 파업이나 직장폐쇄가 실제로 발생하거나 발생 위험이 존재하는 것이 국가의 보건이나 안전에 위협이 되는 경우 등을 말한다. 파업이나 직장폐쇄의 위험 또는 그 실행이 위와 같은 요건에 해당되는 경우에, 대통령은 조사위원회(Board of Inquiry)를 임명하여 그 쟁의를 조사하여 보고하게 한다. 조사위원회는 청문을 하거나 당사자들에게 자료를 제출하도록 할 수 있다. 조사위원회의 보고서는 각 당사자의 의견 및 조사한 사실들을 기재하지만, 조사위원회의 권고안은 포함되지 않는다. 대통령은 조사위원회의 보고서를 공개한다. 조사위원회의 보고를 받은 대통령은 검찰총장(Attorney General)으로 하여금 연방지방법원에

그러한 파업이나 직장폐쇄를 금지하는 명령을 신청할 수 있다. 법원은 당해 파업이나 직장폐쇄가 전술한 요건인 국가의 보건 및 안전에 위협이 인정된다고 판단하는 경우에 금지 명령을 내린다. 금지명령이 내려지면 쟁의의 당사자들은 FMCS에 의한 조정 절차에 협력할 의무를 부담하면서 계속 타협을 모색하게 된다. 다만, 협력의무는 쟁의의 해결을 위한 양보가 강제되는 것이 아니다. 금지명령이 내려진 후 60일간의 기간이 경과하였음에도 불구하고 쟁의가 해결되지 않은 경우에는, 대통령은 이전에 조사위원회에게 당사자의 현재의 태도, 그간의 해결노력 및 사용자의 최종제안 등에 대하여 조사하여 보고하도록 하고, 조사위원회의 보고서를 공개한다. 그 후 15일 이내에 NLRB는 쟁의와 관련된 모든 근로자들로 하여금 사용자의 최종제안에 대하여 승낙여부에 대한 비밀투표를 하게 한다. 투표의 결과는 5일 이내에 검찰총장이 확인한다. 비밀투표에서 근로자측이 사용자의 최종제안을 승낙하는 경우에는 분쟁이 종결되지만 거부하는 경우도 많으며, 그러한 경우에는 긴급조정절차도 실패로 귀착된다.

이와 같이 국가적 긴급상황을 초래하는 노동쟁의에 대한 긴급조정절차는, 쟁의상황이 공개되고 일정기간 냉각기간이 강제되며 사용자의 최종제안에 대하여 찬반여부를 결정하도록 강제된다는 특징이 있다. 그러나 나아가 파업권이 완전히 금지되거나 구속력 있는 중재절차가 강제되는 것은 아니다.

(3) 한편, 이러한 태프트-하틀리법(1947년 제정)의 상의 긴급조정절차와는 별도로, 1950년대 이전에는 몇 개의 주에서 공익사업에서의 노동쟁의에 대하여 강제중재를 규정하는 입법이 있었다.

그런데 *Amalgamated Ass'n of Street, Electric Railway & Motor Coach Employees of America, Division 998 v. Wisconsin Employment Relation Board*, 340. U.S. 383(1951) 판결에서 연방 대법원은 공익사업에서의 이익분쟁에 대하여 강제중재를 규정한 위스콘신 주의 법률이 NLRA의 관할을 위반하고 있다고 판시되었다. 국가적 긴급상황에 대한 입법에서도 파업권이 인정되면서 일정 정도로 제한할 뿐이므로, 주에게는 지역적 긴급상황에 대하여 파업권을 배제하는 강제중재를 규정하는 식의 입법여지가 없기 때문이다.

이 판결 이후 공익사업에 대하여 강제중재를 규정하는 입법은 채택되지 않고 있다.

第5章

日本の勞使關係法

第1節 基本體系

1. 연혁

① 구노동조합법의 제정

일본에서 근로자의 단결권 등의 노동기본권이 보장되는 것은 제2차 세계대전 종전 이후부터이다. 제2차 세계대전 종전 이후 패전을 계기로 하여 일본의 정치 사회 경제 등 전반적인 개혁의 일환으로서 '노동개혁'이 이루어졌다. '노동개혁'의 구체적인 내용은 노동법을 형성하는 것이었다. 그 과정에서는 연합군의 점령이라는 특수한 사정이 작용하였다. 즉 노동관련 분야의 개혁에 있어서 직접적인 개혁담당자는 일본 정부였지만, 연합국최고사령부(General Headquarter: GHQ)가 실질적으로 많은 영향을 미쳤다. 연합국최고사령부의 기본 정책은 두 가지 점에서 특징지어졌다. 첫째로는, 경제민주화를 위하여 노동조합운동을 발전시키는 것이었다. 패전 전의 일본은 기업내 규범과 경영관행에 근거를 두고 있는 사용자의 '경영가족주의'의 외피를 쓰고서 기업 내의 전제적인 지배가 행해졌다. 이것은 국가적으로는 천황제 군국주의를 경제적으로 지탱하는 축을 이루었다. 연합국사령부는 일본을 군국주의 사회에서부터 민주주의 사회로 전환하는 과정의

일환으로서 경제민주화가 요청되었다. 그것은 결국 노동조합을 옹호 조장하여 노사관계의 광범위한 집단적 자치를 이루고, 근로자의 기업경영에의 참여를 확보하는 것이었다.

둘째로는, 노동조합운동의 공산주의 세력의 진출을 저지하는 것이었다. 제2차 세계대전 중 및 대전 후를 걸쳐 동서양진영의 냉전이 확대되었다. 패전국 일본을 점령하고 있는 미국이 제2차 세계대전의 수행과정에서 세계 패권주의를 일본지역에서 관철시켜나갔다. 따라서 연합국 사령부에게는 본국인 미국정부의 정책에 따라 일본에서 공산주의 세력을 저지한다는 과제가 부여되었다.

결국 경제의 민주화와 공산주의의 진출 저지라는 두 가지 기본 정책은 노동기본권의 보장과 관련하여 모순, 긴장되는 상황을 야기하게 되었다.

그런데, 1945년 12월에 제정 공포되어 1946년 3월부터 시행되었던 노동조합법(이를 현행노조법과 구별하여 흔히 '구노조법'이라고 부름)은 비교적 연합국 사령부의 기본정책으로 부터의 간섭을 적게 받으면서 이루어졌다. 구노조법은 "근로자가 주체가 되어 자주적으로 근로조건을 유지 개선 기타 경제적 지위의 향상을 도모함을 주된 목적으로 하는 단체"로써 노동조합을 인정하였다(제2조). 그리고, 구노조법은 동법의 대상이 되는 '근로자'의 의의에 관하여 "직업의 종류를 불문하고 임금 급료 기타 이에 준하는 수입에 의해 생활하는 자"(제3조)라고 규정하여, 사회통념상 급료생활자로서 인정되는 자는 '직업의 종류를 불문하고' 모두 근로자로서 취급된다. 따라서 사법상의 근로계약에 기초하여 근로관계가 성립되는 자에 한정되지 않으며, 제2차 세계대전 이전에는 공법상의 특별권력관계로 파악되었던 관리(官公吏)도, 동법 제정당시에는 그 지위의 고하에 관계없이 모두 근로자에 해당되며, 동시에 동법의 적용을 받는다는 점을 명백히 하고 있다고 여겨졌다.

그리하여 구노조법은 경찰관리, 소방직원 및 감옥근무자에 대하여는 노동조합의 결성 및 가입을 금지하였다(제4조 제1항). 또한 그 외의 "관리, 공리 기타 국가 또는 지방공공단체에 사용되는 자"에 대하여 노동조합의 결성 및 가입 이외의 점에 관하여 "명령으로 별도로 정할 수 있다"고 인정하였다(제4조 제2항). 이에 따라 관리뿐만이 아니라 국철, 우편 등 국영이나 공영의 기업에 근무하는 자에 대하여 정치활동, 단체교섭, 쟁의행위 등에 관하여 제한 또는 금지할 수 있는 여지가 있었다. 그러나 동법의 시행 중에 별도로 정한 바가 없었기 때문에, 관리나 국공영 기업체의 근무자나 모두가 노동조합의 결성 가입 및 모든 조합활동에 관하여 아무런 제한도 없이 민간근로자와 동일한 취급을 받았다.

제2차 세계대전 종전 전의 일본의 관료제는 '신권에 의한 천황의 지배'라는 관념을 바탕으로 하여 민간인에게 권력을 행사하여 왔던 '봉건적인 관료제'였다고 연합국사령부는 생각하고 있었다. 그러므로 기존의 관료제를 조속히 개혁하는 것이 일본의 정치 사회 민주화를 위해 불가피했다. 그렇지만 1948년 7월(국가공무원법의 제정 공포)이전까지는 이에 대한 일본 정부의 대응은 소극적이었으며, 따라서 당시에는 기존의 관리제도와 구노조법의 체계가 아직 조정되지 않은 채로 남아 있었다.

② 노동관계조정법의 제정

구노조법을 제정한 후 일본은 노동쟁의의 예방 및 해결을 위한 법률을 제정할 필요가 강조되었다. 그리하여 1946년 9월에 노동관계조정법(우리나라의 노동쟁의조정법에 해당됨)이 제정 공포되어 동년 10월부터 시행되었다.

관리나 국공영기업에 근무하는 자에게는 구노조법에서도 단체교섭 및 쟁의행위 등에 관하여 제한이 가해질 수 있는 방도가 예정되어 있었는데, 결국 노동관계조정법의 성립을 통하여 그 제한이 구체화되었다. 즉 경찰, 소방직원, 감옥근무자뿐만이 아니라 '현업 이외의 행정 또는 사법의 사무에 종사하는' 관리 (및 기타 관공서의 종사자)는 예외적으로 쟁의행위가 전면적으로 금지된다고 규정하였다. 또한 그 외의 현업부문에 종사하는 직원에 대하여는, 공익사업의 근로자로 포섭하여 그 쟁의행위에 대하여는 일반사업체의 쟁의행위와는 달리 강제조정제도라는 특별한 제약이 가해질 수 있게 되었다.

그런데 원래 정부가 제시한 법안에서는 현업 비현업을 구분하지 않고서 모든 관리에 대하여 일률적으로 쟁의행위를 금지하려고 하였다. 그 법안의 심의중에 연합국사령부로부터의 영문 원안을 받은 심의회는, 일률적인 제한을 폐기하고 영문 원안 및 업무의 성질에 따라 현업 비현업으로 나누어 다르게 취급하는 쪽으로 수정되었다. 또한 관공립 및 사립교원의 쟁의행위를

금지하는 규정을 설치하여야 하는가에 문제는 연합국사령부의 지시에 의해 철회되었다. 이렇게 구노조법의 제정과는 달리 연합국사령부는 노동관계조정법의 제정에 적극적으로 관여하였다.

③ 헌법의 제정

노동관계조정법의 성립 이후 얼마 지나지 않은 1946년 11월 일본의 새로운 헌법이 제정 공포됨으로써 1947년 5월부터 시행되게 되었다. 새로운 헌법에서는 "근로자의 단결할 권리, 단체교섭 기타 단체행동을 할 권리가 보장된다"고 하여 (제28조), 근로자에게는 단결권, 단체교섭권, 단체행동권이라는 노동기본권이 보장되게 되었다.

그리하여 전술한 노동관계조정법에서 인정된 쟁의권은 헌법상의 단체행동권으로서 고양되면서, 동시에 노동관계조정법은 헌법상 보장되는 단체행동권(쟁의권)의 내용에 관하여 구체적으로 한계를 정하는 것으로 파악되었다.

이와 같은 구도 속에서, 대전 전의 천황제 군국주의 관료제도하의 관리(官公吏)가 이제는 근로자로서 파악되었으며, 새로이 '관공근로자(官公 勞働者)'라는 개념이 형성되었다.

이러한 중대 전환은 이후로도 학설, 판례의 기본원칙으로 유지되었다. 즉 관공근로자도 헌법상의 노동기본권이 보장되는 근로자이며, 다만 헌법상 보장되는 기본권도 무제한으로 보장되는 것은 아니므로, 관공근로자의 노동기본권도 제한될 수 있다고 파악되었다. 그래서 관공근로자의 노동기본권에 관련된 문제는 헌법상 보장되는 노동기본권을 어느정도 제한하여야 하는가의 문제로 전환되었다.

그리하여 그 당시에는 전술하였듯이 경찰, 소방근무자, 감옥근무자에게는 단결권 등의 노동기본권이 전면적으로 제한되었고, 비현업 관공근로자에게는 쟁의행위가 금지되었고, 현업의 관공근로자에게는 공익사업체의 근로자로서 쟁의행위에 대하여 일정한 제약이 가해질 수 있을뿐이었다.

이러한 기본 구도는 적어도 1948년 맥아더 서간의 발표 이전까지는 지속되었다. 그 사이에는 1947년 2월 1일 총파업(2.1. 제네스트)에 기도에 대하여 맥아더의 금지명령(1947년 1월 31일)이 내려져, 현업 관공부문을 포함하여 파업이 금지되었다. 그렇지만, 그것은 위기적인 상황에서 취해진 일시적인 조치로서 현업 관공근로자뿐만이 아니라 모든 근로자에게 파업이 금지되었던 것이다.

또한 1947년 7월부터 시행된 '국가공무원법'에서도 관공근로자인 국가공무원의 노동기본권에 관하여 제한하는 여타의 조항들이 수용되지 않았다(헌법과 국가공무원법의 제정으로 '관공근로자'는 아울러 '공무원' 또는 '직원'이라는 용어로도 지칭되었음). 원래는 정부의 초안 작성 단계에서는 공무원의 노동기본권을 특별히 제한하는 규정들을 두어야 한다는 입장(공무원측)과 이에 반대하는 입장(노동측)이 대립되었지만, 전자 측의 양보와 연합국사령부의 양해를 얻어 제한하는 규정들을 삭제한 채 원안이 성립되었던 것이다.

그리고 이와 같은 법제에서 공무원의 노동조합, 특히 현업공무원의 노동조합은 비약적으로 발전함으로써 일본 노동운동의 핵심적인 집단으로서 노동운동의 향방을 이끄는 역할을 하였다(당시에 현업부문 해당되어 정부조직기구가 담당하였던 사업으로는 우편, 인쇄, 조폐, 국유임야, 철도, 전신전화, 전매 등의 사업이 있었음).

④ 정령 201호

관공근로자 노동조합은 1948년 8월의 총파업을 계획하였다. 그러나 연합국사령부는 관공근로자가 노동운동의 핵심적인 집단으로서 활약하여 공공부문의 노동운동을 급성장시키는 상황을 달가워하지 않게 되었다. 그래서 연합국사령관은 1948년 7월 22일에 관공근로자의 노동법상의 지위 및 국가공무원법의 개정에 관하여 내각총리대신에게 서간을 보냈는데(이른바 '맥아더 서간'), 이 서간에는 관공근로자에게 단체협약체결을 목적으로 하는 단체교섭권 및 쟁의권을 허용하지 않아야 한다는 취지를 담고 있었다.

맥아더 서간은 당시의 미국 정부가 보수화되는 현상을 배경으로 하고 있었다. 당시의 국제정치에서 미국 소련 양진영의 대립이 격화되었고, 중국 혁명이 진전되는 등의 요인들은 미국 국내 상황을 반동화시켰다. 1947년에 태프트-하틀리법이 제정됨으로써 와그너법 체제를 대폭 수정하면서, 연방공무원의 파업금지를 명시하는 등의 조치가 취해졌다. 동시에 점령지역인 일본에서도 미국의 본국 정부 및 그 지시를 받는 연합국사령부는 점령정책의 기본 정책 중

'공산주의의 진출 저지'의 과제를 전면적으로 내세웠다. 일본의 민주적 개혁을 억제하고서라도 자본주의 경제의 재건 및 안정화를 달성하려 하였다. 따라서 사회주의 경향이 강하고 계급적 대립을 격화시키고 있는 노동운동 세력을 말살시키고, 노동운동을 체제 내로 흡수할 필요가 있었다. 특히 핵심적인 집단인 관공근로자의 노동조합에 대하여 그들의 권리를 대폭적으로 제한하여야 할 필요가 있었다.

이러한 배경 속에서 발표된 맥아더 서간을 분기점으로 하여 기존의 상황으로부터 중대한 변화가 이루어졌다. 맥아더 서간의 내용은 국가공무원법의 개정 및 국철, 전매사업을 공공기업체로의 이행을 촉구하는 것이었다. 그 내용은 다음과 같이 요약될 수 있다.

① 국가공무원법의 목적은 민주적이고도 효율적인 공무원제도의 수립에 있다. 그 기본 구도는 전국민의 국회를 통하여 정부의 사용인에 대한 주권 및 감독권을 행사하고, 과학적인 인사행정의 원리를 적용하는 것이다. 그러나 그 법률은 전체적으로 '정부에서의 직원(공무원)관계'와 '사기업에서의 근로자관계'가 뚜렷하고도 명확하게 구별되어 있지 못하다.

② '공무원이 근로를 공무에 바치는 것'은 '국민 주권에 기반을 둔 정부'에 의해 사용되는 '수단 그 자체'이며, 공무원은 최상의 의무로서 '국민 전체에게 봉사하는 의무'를 부담한다. 공무원의 쟁의행위는 스스로 맹세한 정부의 운영 유지를 방해하는 것으로 '공중의 신탁'에 정반대되는 것이다. 이러한 행위를 하는 자는 고용상의 모든 권리와 특권을 포기하는 것이다.

③ 정부 공무원의 '사용자는 국민'이며, 국민은 국회에서의 대표자를 통하여 그 의사를 표명한다. 행정운동을 담당하는 관리는 인사에 관해 법률에 의해 제약을 받기 때문에 단체교섭의 수단을 채용할 수 없다. 다만, 공무원의 대표자를 통하여 고용조건이 개선되기 위해 의견이나 불만을 개인적으로 또는 집단적으로 표명하는 권리는 민주주의 사회의 고유한 것으로 용인된다.

④ 철도 및 소금, 장뇌, 연초의 전매 등에 관한 정부사업을 다른 정부사업 부문과는 구별하여 '그 경영을 공공기업체로 이전'하여 공직에서 제외한다. 공직의 경우에 보통 부여되는 보호를 대신하여, 공공기업체의 노사관계에는 조정중재제도를 설치한다.

점령하에 있는 일본 정부로서는 점령군의 지시에 따를 수밖에 없었으므로, 일본 정부는 이 서간을 단순한 권고가 아니라 연합국사령부의 '명령'이라고 해석하였다. 그리하여, 동년 7월 31일에 「소화 23년(1948년) 7월 22일자 내각총리대신에게 보내온 연합국최고사령관 서간에 바탕을 둔 임시조치에 관한 정령」(이른바 '정령 201호')을 발표하였다.

이 정령에 의해 현업 비현업을 불문하고 모든 공무원은 쟁의행위권뿐만 아니라 단체협약을 체결하는 권리까지도 박탈당했다. 쟁의행위금지를 위반하는 경우에는 신분상 불이익 처분을 받으며, 형벌(징역 또는 벌금)의 적용을 받게 되었다. 이 정령은 포츠담 선언의 수락에 근거하여 일본 정부가 점령군의 명령을 실시하기 위한 것이기 때문에, 정부가 국회의 의결을 거치지 않고서도 법률을 대신하여 국민의 권리를 박탈할 수 있는 효력을 가졌다.

⑤ 국가공무원법의 개정 등 법률 정비

그후 정령 201호를 국회가 제정하는 법률로 전환하는 작업이 이루어졌다. 즉 국가 또는 지방공공단체의 공무원 일반에 관하여는 1948년 11월에 국가공무원법이 개정 공포되어 1948년 12월부터 시행되었고, 1950년 12월에 지방공무원법이 제정 공포되어 1951년부터 시행되었다. 이들 법률에 의하면, ① 공무원은 노동조합 대신에 직원단체를 조직 가입할 수 있으며 ② 직원단체에게는 당국과의 교섭이 인정되지만 단체협약의 체결은 부인되고, ③ 공무원 및 그 직원단체에게는 쟁의행위가 금지된다.

또한, 국가 또는 지방공공단체의 현업공무원에 관하여는 위의 일반공무원과 동일한 법적 규율을 받으나, 1948년 12월에 일본전매공사법 및 일본국유철도법이 제정 공포되어 전매사업 및 철도사업을 정부조직에서부터 공사로 이전하는 조치가 취해지는 한편, 일본전매공사와 일본철도사업의 직원의 노동관계를 규율하는 「공공기업체등노동관계법」(이른바 '공노법')을 제정 공포함으로써 현업공무원과는 별개의 규율체계를 설정하였다. 1949년에 일본전매공사와 국유철도사업이 공사 형태로 설립되었고, 6월에 「공공기업체등노동관계법」도 시행되었다.

공노법에 의하면, ① 공공기업체 직원은 노동조합을 조직 가입할 수 있으며, ② 노동조합은 단체교섭 및 단체협약의 체결이 인정되지만, ③ 공공기업체 직원 및 그 노동조합에게는 쟁의행위가 금지된다. 결국 그것은 맥아더 서간의 내용을 실현한 것이다.

또한, 1952년 5월에 지방공영기업노동관계법(이른바 '지공노법')이 제정 공포되어, 지방공공단체가 경영하는 지방공영기업의 노동관계에 대하여도 위의 공노법 체계와 거의 유사한 규율이 이루어지게 되었다.

그리고 전신전화사업에 대하여는 1952년에 일본전기통신공사가 설립되어 공사로 이전되면서 공노법의 적용을 받게 되었고, 아울러 여전히 정부 조직이 담당하고 있는 현업부문인 우편, 인쇄, 조폐, 국유임야사업의 종사자들도 공노법의 적용을 받도록 동법이 개정되었다.

1952년에 이루어진 이러한 법률 정비 및 개정 작업은 동년에 일본이 연합국의 점령으로부터 해방되는 것을 기회로 하여(강화조약의 발효), 점령하에 제정된 여러 분야의 법규들을 재검토하는 작업의 일환으로 공공부문의 노동관계법도 재검토되는 과정에서 이루어졌던 것이다.

위와 같이 기본적으로는 정령 201호를 계승하고 있는 위의 국공법, 지공법, 공노법, 지공노법 등 4개의 법률들은 관공근로자를 일반의 민간근로자와는 다른 별개의 근로자로 파악하여 별도의 법체계인 이른바 '관공노동법'을 형성하게 하였다. 그 기본 체계는 오늘날까지 계속 유지되고 있다. 일본에서의 이러한 체계는 현업 비현업을 불문하고 모든 공무원에게 쟁의행위를 전면적 절대적으로 금지하고 있다는 점이 특징적이다.

⑥ ILO제87호 협약의 비준

일본은 1965년 5월에 ILO 제87호 협약을 비준하였다. 관공근로자측의 8년간의 비준요구 투쟁 이후 자민당 단독 타결에 의해 성립된 조약 비준은, 관계 국내법의 개정을 둘러싸고 격론을 일으켰다. 동년에 관공노동법들이 개정되었지만, ILO제87호 협약의 내용을 최대한도로 국내법화한다는 관공근로자측의 입장과는 달리, 정부에 의해 강행된 개정 내용은 극히 일부만의 개정만 그쳤다.

⑦ 3공사의 민영화

전술하였듯이, 국유철도, 전매사업, 전신전화사업의 공사와(이른바 '3공사'), 우정, 인쇄, 조폐, 임야, 알코올전매의 국영기업은(이른바 '5현업') 함께 공노법의 적용을 받게 되면서, 3공사 5현업의 관공근로자들은 노동조합운동을 통일적으로 발전시켜 나갔다. 특히 그들은 파업권 회복 요구를 중심으로 노동기본권 확립요구 운동을 촉진하였다.

그러나 그들의 파업권 회복 운동이 소기의 성과를 얻지 못하고 수십년이 경과하던 중 1980년대 중반 이후 3공사가 차례로 민영화되면서(1984년의 일본담배산업주식회사법, 동년의 일본전신전화주식회사법, 1986년 국유철도관련 7개 법률 등을 제정 공포함), 3공사의 근로자들은 공공부문 근로자가 아닌 민간근로자로서 쟁의권이 회복되었다.

결과적으로 공공부문 노동관계에 있어서 일반공무원의 노동관계에 관한 법체계와는 상이한 별개의 내용인 공노법의 체계를 형성하는 데 기본적인 대상이 되었던 공사가 이제는 그 법체계에서 벗어나게 되었다.

하지만, 공노법은 1986년에 「국영기업노동관계법」(이른바 '국노법')으로 그 명칭이 개정되어 기존의 공노법 체계는 그대로 유지하면서 나머지 4현업(우편, 인쇄, 조폐, 국유임야사업)의 근로자에게 적용되고 있다. 1988년에 동법은 개정되어 국영기업노동위원회(1986년 이전에는 '공노위')를 중앙노동위원회로 통합하였다. 다만, 국영기업의 노동관계는 국영기업담당노동위원회가 전담하면서, 국노위(공노위)의 강제조정 및 중재의 기능은 그대로 중노위에 옮겨졌다. 또한 지방의 업무를 처리하기 위한 지방조정위원 제도가 동시에 설정되었다.

2. 규율체계

여기에서는 일본의 공공부문 근로자의 노동관계에 대한 현행의 규율체계를 정리하여 본다.

(1) 일본 헌법 제28조에서는 "근로자의 단결할 권리, 단체교섭 기타 단체행동을 할 권리가 보장된다"고 규정하여, 근로자에게는 단결권, 단체교섭권, 단체행동권이 보장되고 있다.

공공부문의 근로자도 근로자로서 원칙적으로 헌법상의 노동기본권을 보장받는다. 그런데, 일본 헌법은 또 한편으로 제15조 제2항에서 "모든 공무원은 전체의 봉사자이며, 일부의 봉사자가 아니다"라고 규정하고 있다. 그리하여 공무원에게는 공공의 이익을 위하여 노동기본권이 제한될 수 있다는 해석이 이루어지고 있다. 이때의 공무원은 국가 또는 지방공공단체(지방자치단체를 말함)에 고용되어 있는 공공부문 근로자를 말한다. 여기에는 후술하듯이 현업공무원인 국공영기업 직원도 포함된다.

(2) 국가에 고용되어 있는 공무원은 '국가공무원'으로서 국가공무원법(국공법)의 규율을 받으며, 지방공공단체에 고용되어 있는 공무원은 '지방공무원'으로서 지방공무원법(지공법)의 규율을 받는다.

또한, 공무원은 직무의 종류에 따라 일반직 공무원과 특별직 공무원으로 구분되는데, 특별직 공무원의 범위는 국가공무원법 및 지방공무원법에 열거되어 있다. 국가공무원법 및 지방공무원법은 일반직 공무원에게만 적용되며, 그들을 가리킬 때 '직원'이라는 용어를 사용하고 있다(국공법 제2조, 지공법 제4조).

일반직 공무원의 '노동관계'에 대하여도 국가공무원법 및 지방공무원법에 의해 규율되고 있다. 그 주된 내용은 임면 징계에 관해 신분보장을 받으며, 임금 근로시간 등의 근무조건은 법정되어 있다. 또한 일반직 공무원은 직원단체를 결성할 수 있고, 당국과 근무조건 등에 관하여 교섭할 수 있다. 그러나 파업 등의 단체행동은 금지된다.

(3) 그런데 일반직 국가공무원 중에서 국가가 경영하는 기업에 근무하는 직원인 공무원이 노동관계에 대하여는 별도의 법률인 국영기업노동관계법(국노법)에 의해 규율된다. 동법이 적용되는 근로자의 범위는, 첫째, 국영기업에서 근무하는 직원, 둘째, 일반직에 속하는 국가공무원인 직원이다. 국영기업은 다음의 사업을 행하는 국가가 경영하는 기업을 말한다(국노법 제2조 제1항).

- ① 우편사업(우편, 우편저금, 우편대체, 간이생명보험 및 우편연금의 사업)
- ② 국유임야사업
- ③ 인쇄사업(일본은행권, 지폐, 국채, 인지, 우표, 우편엽서 등의 인쇄사업)
- ④ 조폐사업

즉 우편, 국유임야, 인쇄, 조폐사업의 국영기업에 종사하는 일반직 국가공무원(이른바 '국영기업 직원')에게는 국노법이 적용된다. 동법에 의해 국영기업 직원은 노동조합을 조직할 수 있고, 국영기업과 근로조건 등에 관하여 단체교섭을 할 수 있으며 단체협약을 체결할 수 있다. 그러나 파업 등의 단체행동은 금지된다. 노동관계조정법과는 약간 차이가 있는 별도의 쟁의조정절차가 적용된다. 그리고, 국영기업 직원의 노동관계에 관하여 국노법이 정하지 않은 바는 노조법이 적용된다(국노법 제3조).

(4) 국영기업 직원의 경우처럼 지방공공단체가 경영하는 기업에 근무하는 직원인 공무원의 노동관계에 대하여도 별도의 법률인 지방공영기업노동관계법(지공노법)에 의해 규율된다. 동법이 적용되는 근로자의 범위는 첫째, 지방공영기업에서 근무하는 직원 둘째, 일반직에 속하는 지방공무원인 직원이다(지공노법 제3조 제2항). 지방공영기업은 다음의 사업을 지방공공단체가 경영하는 기업을 말한다(지공노법 제3조 제1항).

- ① 철도사업
- ② 궤도사업
- ③ 자동차운송사업
- ④ 전기사업
- ⑤ 가스사업
- ⑥ 수도사업
- ⑦ 공업용 수도사업
- ⑧ 그 외에 지방공공단체가 경영하는 기업으로서 지방의회가 정한 조례에서(지방자치법상의 일부 사무조합(지방자치법 제284조 제1항)의 경우에는 그 규약에서) 지방공영기업법상 직원이 신분에 관한 규정(지방공영기업법 제4장)이 적용된다고 규정되어, 결국

지방공영기업노동관계법이 적용되는 기업(지방공영기업법 제36조 참조).

지공노법에 의해 지방공영기업 직원은 노동조합을 조직할 수 있고, 지방공영기업과 근로조건 등에 관하여 단체교섭을 할 수 있으며 단체협약을 체결할 수 있다. 그러나 파업 등의 단체행동은 금지된다. 그리고 지방공영기업 직원의 노동관계에 관하여 국노법이 정하지 않은 바는 노조법 및 노동관계조정법이 적용된다(지공노법 제4조). 쟁의조정절차에 관하여는 노동관계조정법과는 약간 차이가 있는 별도의 쟁의조정절차를 지공노법에 규정하고 있다.

(5) 이와 같이 일본에서의 공공부문의 근로자는 공무원으로 관념되지만, 국공법 지공법 국공노법 지공노법 등의 4개의 법률에 의해 4부류의 공공부문 근로자로 나누어진다.

그 중 국공법과 지공법은 공무원 일반(일반직 공무원 중 별도의 법률에 의해 규율되는 경우를 제외한 경우임)의 근로관계에 대하여 그 법적 규율이 유사하므로, 본고에서는 편의상 국가공무원 일반과 지방공무원 일반을 '일반공무원'이라고 총칭하여 설명하도록 한다. 정확히는 일반공무원 중에서도 후술하듯이, 직원단체를 조직할 수 있는 공무원을 본고에서는 대상으로 하고 있다. 또한, 국노법과 지공노법은 해당 직원인 근로자의 근로관계에 대하여 그 법적 규율이 유사하므로, 본고에서는 편의상 국영기업 직원과 지방공영기업 직원을 '국공영기업 직원'이라고 총칭하여 설명하도록 한다.

<참고 : 주요 법률의 명칭>

국공법 : 국가공무원법

지공법 : 지방공무원법

국노법 : 국영기업체노동관계법(공노법: 공공기업체노동관계법)

지공노법 : 지방공영기업체노동관계법

第2節 一般公務員의 勞使關係

1. 단결권

일반공무원(일반 국가공무원 및 일반 지방공무원)은 직원단체를 결성할 수 있다. 직원단체에는 등록제도가 적용된다. 한편 국공영기업 직원(국영기업 직원 및 지방공영기업 직원)은 노동조합을 결성할 수 있다. 국공영기업 직원의 노동조합에는 노조법상의 자격심사제도가 적용된다. 일반공무원의 직원단체 및 국공영기업 직원의 노동조합에 대하여 임원전임이 보장되나, 그 내용은 법률에 의해 제약을 받는다.

가. 직원단체의 결성

1) 직원단체의 의의

국가 또는 지방공공단체의 공무원은 자신의 근로조건이 유지 개선을 도모할 목적으로 단체를 조직하거나 또는 그러한 단체에 가입할 수 있다. 공무원이 조직 가입하는 이러한 단체 또는 그 연합체를 '직원단체'라고 한다(국공법 제108조의 2 제1항, 지공법 제52조 제1항).

직원단체는 헌법상 보장되는 단결권을 실현하는 단결체이다. 직원단체는 국가 또는 지방공공단체와 근로조건 등에 관하여 교섭을 한다. 그러나 직원단체에는 단체협약체결권이 배제된 교섭권이 인정될 뿐이며, 또한 단체행동권도 부인된다. 그러므로 일반 민간 근로자의 노동조합과는 상이한 성격을 갖는 별개의 단결체라고 볼 수 있다.

직원단체는 직원의 근로조건의 유지 개선을 목적으로 하는 단체이기 때문에, 따라서 직원의 단순한 친목단체는 직원단체가 아니다. 직원단체가 근로조건의 유지 개선을 도모하는 것을 목적으로 하면서 다른 부수적인 목적을 가지는 것은 무방하다.

'연합체'는 직원단체로 구성된 단체를 말한다. 그러므로 개개의 직원으로 구성된 것은 규모가 큰

경우라도 연합체는 아니다.

2) 직원단체를 조직할 수 있는 공무원의 범위

국가공무원 일반 및 지방공무원 일반은 직원단체를 결성하거나 가입할 수 있다. 그러나 다음과 같은 부류의 공무원에게는 특별한 취급이 이루어진다.

(가) 경찰, 해상보안청 직원, 감옥근무자, 소방 직원

① 경찰 직원이거나 해상보안청 또는 감옥에서 근무하는 직원인 국가공무원과 ② 경찰 직원이거나 소방 직원인 지방공무원은 직원단체에 가입하거나 직원단체를 조직할 수 없다(국공법 제108조의 2 제5항 및 지공법 제52조 제5항). 그러한 공무원은 노동조합도 조직할 수 없으므로 단결권이 전혀 보장되고 있지 않다.

(나) 국공영기업 직원

국영기업 또는 지방공영기업에서 근무하는 직원(이른바 '현업직원' 또는 '국공영기업 직원')도 국가공무원법이나 지방공무원법상의 일반직 공무원에 속한다. 따라서, 원칙적으로는 국가공무원법이 적용되지만 노동관계에 관하여는 별도의 법률인 국영기업체노동관계법 또는 지방공영기업노동관계법의 적용을 받는다. 이들 법률에 의해 국공영기업 직원은 직원단체 대신에 '노동조합'을 조직할 수 있다. 그러나 현업기관(국영기업 및 지방공영기업을 말함)에 종사하는 공무원 중에서도 관리직 직원은 노동조합을 조직할 수 없다. 그들은 국가공무원법이나 지방공무원법상의 직원단체를 조직할 수 있을 뿐이다.

(다) 단노직원

비현업의 '지방'공무원이면서도 단순노무직에 종사하는 공무원(이른바 '단노직원')은 지방공무원법상의 직원단체를 조직할 수 있다. 또한 그들은 위의 현업직원과 마찬가지로 노동조합을 조직할 수도 있다. 따라서 단노직원은 직원단체와 노동조합 양자를 선택할 수 있도록 되어 있다.

단노직원, 즉 단순한 노무에 고용된 일반직 지방공무원에 대하여는 지공법과는 별도의 법률이 정하는 것이 예정되어 있다(지공법 제57조). 그렇지만 그 법률이 제정될 때까지는 지공노법의 규정 및 지방공영기업법의 제37조부터 제39조까지의 규정(직원의 신분취급에 관한 규정)을 준용하는 것으로 되어 있다(지공노법 부칙 제5항). 따라서 지공노법상 노동조합을 조직할 수 있으며 단체교섭을 할 수 있다.

한편, 지방공영기업법 제39조 제1항을 준용하는데 있어서, 지방공무원법 제52조부터 56조까지의 규정(직원단체에 관한 규정)을 지방공영기업 직원에게는 적용을 배제한다는 규정 부분을 제외하고 준용함으로써 단노직원은 지방공무원법상의 직원단체를 조직할 수도 있다. 결과적으로, 단노직원인 지방공무원에 대하여는 노동조합과 직원단체의 어느 것도 결성하는 것이 가능하다는 변칙적인 모양으로 되어 있다.

그런데, 이와 같은 단노직원에 해당되는 지방공무원의 범위를 구체적으로 규정하여 놓은 바는 없다. 다만, 해석상 단노직원은 다음에 기재된 자의 노무를 행하는 공무원 중에서 기술자, 감독자 및 행정사무를 담당하는 자를 제외한 그 이외의 자를 말하는 것으로 이해되고 있다. (「단순한 노무에 고용된 일반직에 속하는 지방공무원의 범위를 정하는 정령」 (1951년 2월 15일, 정령 25호) 참조. 이 정령은 지방공무원법의 시행에 수반하여 폐지되었음).

- ① 수위, 급사, 소사, 운반부 및 잡역부
- ② 토목공부, 임업부, 농부, 목장인부, 정원수 및 동물사육사
- ③ 청소부, 도살자, 장의사
- ④ 소방부 및 방역부
- ⑤ 선대공 및 수부
- ⑥ 취사부, 세요부 및 이발사
- ⑦ 대공, 좌관, 석공, 전공, 상선공, 배관공 및 작업원
- ⑧ 전화교환수, 승강기수, 자동차운전사, 기회조작수 및 화부

- ⑨ 청사진공, 인쇄공, 제본공, 모형공, 방직공, 제재공, 목공 및 선공
- ⑩ 용접공, 도장공, 선반공, 사상조립공 및 수리공
- ⑪ 전 각 호에 기재된 자를 제외한 이외에 이러한 자와 유사한 자

(라) 특별직 공무원

국가공무원 중에서도 내각총리대신, 국무대신(장관), 재판관(판사), 국회 직원, 방위청 직원 등 국가공무원법상 특별직 공무원으로 열거되어 있는 공무원들은 국가공무원법이 적용되지 않는다(국공법 제2조 제3항, 제5항). 그 외의 공무원을 일반직 공무원이라 하며, 국가공무원법은 원칙적으로 일반직 공무원을 대상으로 한다(국공법 제2조 제2항, 제4항) 마찬가지로 지방공무원 중에서도 공선이나 지방공공단체 의회의 선거, 의결, 동의 등에 의해 임명되는 직의 공무원, 지방공영기업의 관리자 등 지방공무원법상의 특별직 공무원으로 열거되어 있는 공무원들은 지방공무원법이 적용되지 않는다(지공법 제3조 제3항, 제4조 제2항). 결국 특별직 공무원은 직원단체나 노동조합을 조직할 수 없게 되어 있다.

3) 결성 및 가입의 자유

공무원은 직원단체를 결성하거나 가입할 수 있는 자유가 인정된다. 또한 직원단체를 결성하지 않거나 가입하지 않을 자유도 인정된다(국공법 제108조의 2 제3항, 지공법 제52조 제3항). 즉 오픈 샵(open shop)제만이 법정되어 있으며, 클로즈드 샵(closed shop)제나 유니온 샵(union shop)제에 의한 조직 강제는 인정되지 않는다. 그것은 공무원에게는 공무원제도에 의해 능력주의 및 신분보장의 원칙이 적용되기 때문이다.

4) 직원단체의 구성원에 대한 제약

공무원은 자유로이 직원단체를 결성하거나 가입할 수 있지만, 다만 그 구성원에 대하여는 다음과 같은 제약이 있다.

(가) 관리 직원과 비관리 직원은 별개의 직원단체를 조직하여야 한다.

공무원 중에서도 관리직에 종사하는 공무원은 관리직 이외의 직에 종사하는 일반공무원과는 별개의 직원단체를 조직하여야 한다.

국가 또는 지방공공단체와 근로관계에 있다는 점에서 관리직 직원과 여타의 일반 직원은 하등의 차이점이 없다. 그러나 지휘 감독을 행하는 자나 행정조직의 유지에 관한 기밀사항을 취급하는 자는 여타의 자와는 이해나 입장이 다른 당연하다. 또한 특히 노동관계에 있어서 요구하는 위치에 있는 측과 그 요구에 회답하는 위치에 있는 측과는 서로 대립하는 관계에 서게 되는 경우가 적지 않다. 따라서 양측이 동일한 조직을 결성할 때에는, 그 조직이 사용자(국가 또는 지방공공단체)측이 뜻하는 대로 이용될 소지가 강하다. 관리 직원이 아닌 여타의 일반 직원들로 결성된 직원단체가 자주성 독립성을 유지하기 위하여는 여타의 일반 직원과 관리직 직원은 별개의 직원단체를 결성하여야 한다. 따라서 관리직 직원은 별개의 직원단체를 조직하도록 하고 있다.

위와 같이 별개의 직원단체를 조직하여야 하는 관리직 공무원의 범위로는,

- ① 중요한 행정상의 결정을 행하는 직원
 - ② 중요한 행정상의 결정에 계획참여하는 관리직 지위에 있는 직원
 - ③ 직원의 임면에 관하여 직접적인 권한을 갖는 감독적 지위에 있는 직원
 - ④ 직원의 임면, 징계 또는 복무, 직원의 급여 기타 근무조건 또는 직원단체와의 관계에 대하여 당국의 계획 및 방침에 관해 비밀사항에 접하고, 그 때문에 그 직무상의 의무와 책임이 직원단체의 구성원으로서의 성의와 책임에 직접적으로 저촉한다고 인정되는 감독적 지위에 있는 직원
 - ⑤ 기타 직원단체와의 관계에서 당국의 입장에 따라야 하는 직무를 담당하는 직원 등이 이에 해당된다(국공법 제108조의 2 제3항 단서, 지공법 제52조 제3항 단서).
- 구체적으로 어떠한 직무를 담당하는 자가 해당하는가에 관하여는 국가공무원에 대하여는 인사원 규칙으로, 지방공무원에 대하여는 인사위원회 규칙 또는 공평위원회 규칙으로 정하도록 되어 있다(국공법 제108조의 2 제4항, 지공법 제52조 제4항). (인사원규칙 17-0 「관리직원 등의

범위」에서는 가령 각 성청의 본성청에 근무하는 직원에 관하여는 과 이상의 조직의 장, 총괄의 과장 보좌 및 인사 예산 등 담당 직원 등이 이에 해당한다고 규정하고 있음.)

관리 직원을 일반 직원의단체로부터 배제시키는 체제는 공무원의 직원단체에 국한되는 특이한 것은 아니다. 민간부문의 노동조합에 대하여도 ① 임원 ② 고용, 해고, 승진 또는 이동에 관하여 직접 권한을 갖는 감독적 지위에 있는 근로자 ③ 사용자의 노동관계에 대한 계획과 방침에 관해 기밀사항을 접하고, 그 때문에 그 직무상의 의무와 책임이 당해 노동조합의 구성원으로서의 성의와 책임에 직접적으로 저촉하는 감독적 지위에 있는 근로자 ④ 기타 사용자의 이익을 대표하는 자 등의 참여를 허용하여서는 아니된다는 제한이 있다(노조법 제2조 단서 제1호). 이러한 제한은 노동조합의 자주성을 확보하기 위한 것이다.

사실, 국가공무원법 및 지방공무원법은 관리 직원에 관하여 애초에는 '관리 또는 감독의 지위에 있는 직원 또는 기밀의 사무를 취급하는 직원'이라고 표현하였다가, 1978년 6월에 성립된 「국가공무원법 및 지방공무원법의 일부 개정에 관한 법률」에 의해 노동조합법과 유사한 규정형태로 바꾼 것이다. 그렇지만, 관리 직원의 구체적 범위는 인사원규칙 등에 의해 정해지게 되어 있으므로, 그 범위 자체는 종전과 달라진 것은 아니다.

노동조합에 대하여는 관리직 근로자가 여타의 근로자로 조직된 노동조합에 가입할 수 없음은 물론, 스스로 별도의 노동조합을 조직할 수도 없다. 그렇지만, 직원단체에 대하여는 관리 직원이 여타의 직원으로 조직된 직원단체에 가입할 수 없는 대신에, 스스로 별도의 직원단체를 조직할 수 있다.

(나) 국가공무원과 각 지방공공단체의 지방공무원은 별개의 직원 단체를 조직하여야 한다.

국가공무원법은 국가공무원법상의 공무원이 조직한 단체를 직원단체로 인정하고 있으며, 지방공무원법은 지방공무원법상의 공무원이 조직한 단체를 직원단체로 인정하고 있다. 따라서 국가공무원과 지방공무원이 함께 조직한 단체는 국가공무원법상의 직원단체로도, 지방공무원법상의 직원단체로도 인정받지 못한다.

또한 지방공무원법상의 직원단체가 등록을 받기 위한 요건에는 '동일한' 지방공공단체에 속하는 직원으로만 조직되어야 한다(지공법 제53조 제4항). 즉 단체의 구성원들이 지방공무원이더라도 각각 근로관계를 맺고 있는 지방공공단체가 여럿이 될 경우에는 직원단체로 등록될 수 없다(등록된 직원단체와 등록되지 않은 직원단체의 차이점은 후술함).

(다) 현직의 공무원이 아닌 자는 직원단체에 참여할 수 없다.

지방공무원의 직원단체이건 국가공무원의 직원단체이건 간에 직원단체로서 등록되기 위하여는 반드시 그 구성원은 현직의 공무원이어야 한다. 다만, 예외적으로 직원이었던 자가 면직처분을 받는 후 1년 이내인 경우이거나 또는 그 기간 내에 면직처분에 대하여 불복을 신청하거나 소송을 제기하여 결정이나 판결이 확정되지 않은 경우에는 구성원으로 남아 있을 수 있으며, 또한 직원이 아닌 자를 임원으로 하는 경우도 허용된다(국공법 제108조의 3 제4항 및 지공법 제53조 제4항)(등록된 직원단체와 등록되지 않은 직원단체의 차이점은 후술함).

직원단체는 그 임원을 반드시 구성원 중에서 선임하여야 한다는 제약은 없다. 임원을 직원 이외의 자로부터 선임하는 것도 가능하다. 물론, 직원단체의 내부 규약에 의해 임원 자격을 직원으로만 한정하는 것도 무방하다.

나. 직원단체의 등록

1) 등록제도의 의의

공무원의 직원단체에는 등록제도가 있다(국공법 제108조의 3의 및 지공법 제53조). 등록제도는 직원단체가 자주적이며 민주적인 조직이라는 점을 공증하는 제도이다. 등록된 직원단체에게는 당국과 교섭할 자격이 인정되며, 임원 전임을 허가받을 수 있고, 법인격을 취득할 수 있는 등 활동상 편익이 인정되고 있다.

직원단체는 반드시 등록하여야 하는 것은 아니며, 직원단체가 등록을 신청하는지 여부는 당해 직원단체의 자유이다. 그렇지만 등록된 직원단체와 등록되지 않은 직원단체를 차별하여 위와 같은 편익을 등록된 직원단체에게만 부여하여(이러한 차별은 후술하듯이 일부 완화되는

방향으로 개정되었음), 직원단체들을 공무원법상의 요건을 충족하는 공무원법상의 직원단체로 유도하려는 데 등록제도의 목적이 있다.

그러므로 등록제도가 자유로이 단결체를 결성하고 활동할 수 있는 권리를 침해하는 것으로서 ILO 제87호 협약 및 헌법 제28조에 위반되지 않는가 하는 논란이 계속되어 왔다.

전술하였듯이, 1948년의 정령 201호 이전에는 공무원은 구노동조합법상의 노동조합을 조직할 수 있었다. 구노동조합법에서는 노동조합을 결성하였을 때에는 신고하도록 하였다(신고주의). 그러던 것이 정령 201호 이후 현행 국가공무원법으로 개정되면서 부칙에 공무원의 단결체는 등록을 하여야 한다고 규정하고서(부칙 제4조), 인사원규칙에서 등록된 직원단체에게만 교섭과 임원 전임을 인정하여(인사원규칙 14-0 「교섭의 절차」, 인사원규칙 15-3 「직원단체의 업무에만 전임하기 위한 직원의 휴가」) 등록제도의 체계를 형성하였다. 그후 등록제도는 1965년 ILO 제87호 협약의 체결에 수반하여 국가공무원법상의 규정으로 정비되었다.

그런데, 민간부문의 노동조합에 관하여는 구노동조합법에서의 신고제도가 이미 1949년 현행 노동조합법의 개정으로 인해 자격심사제도(제5조)로 바뀌었다. 자격심사제도는 노동조합이 노동조합상의 특별한 서비스(가령, 부당노동행위 구제신청, 단체협약의 효력확장 등)를 받기 위하여는 노동조합상의 노동조합으로서의 자격을 갖고 있는지 심사받아, 그 자격이 인정되어야 한다는 제도이다. 자격심사제도는 등록제도와 유사한 면도 있지만, 자격이 없는 노동조합도 근로자의 단결체로서 적법한 활동을 할 수 있다는 점에서 본질적으로 차이가 있다.

2) 등록요건

직원단체는 등록을 위하여 일정한 요건을 갖추어야 한다. 등록요건은 다음과 같다.

(가) 직원단체의 구성원 범위

직원단체의 구성원 범위에 관하여는 다음과 같은 제약이 있다.

우선, 전술하였듯이 경찰, 소방, 해상보안청 직원 또는 감옥에서 근무하는 직원처럼 직원단체를 조직할 수 없는 직원은 직원단체의 구성원에서 제외되어야 한다. 또한 지방공무원의 직원단체인 경우에는 동일한 지방공공단체에 속하는 직원만으로 조직되어 있어야 한다.

지방공무원의 직원단체이건 국가공무원의 직원단체이건 간에 반드시 그 구성원은 현직의 공무원이어야 한다. 다만, 예외적으로 소속공무원이었던 자가 면직처분을 받은 후 1년 이내인 경우이거나 또는 그 기간 내에 면직처분에 대하여 불복을 신청하거나 소송을 제기하여 결정이나 판결이 확정되지 않은 경우에는 구성원으로 남아 있을 수 있으며, 또한 공무원이 아닌 자를 임원으로 하는 경우도 허용된다(이상 국공법 제108조의 3 제4항 및 지공법 제53조 제4항).

면직처분을 받은 자를 예외적으로 구성원으로서 허용하는 규정은, ILO 제87호 협약의 비준에 수반하여 개정이 이루어져 신설되었다. 그것은 면직처분을 받은 자를 조합원에서 배제하는 것을 둘러싸고서, 노사간에 무용의 분쟁의 원인이 되는 것을 회피하려는 조치였다. 그리고 공무원이 아닌 자도 임원으로서 구성원이 될 수 있음을 예외적으로 허용하는 규정은, 대표자선출의 자유를 규정한 ILO 제87호 협약 제3조를 고려하여 1965년 개정에서 추가되었다.

한편, 직원단체는 관리직 직원과 여타의 일반 직원이 동일한 직원단체를 조직할 수 없다(국공법 제108조의 2 제3항, 지공법 제52조 제3항).

(나) 규약의 필요적 기재사항

직원단체가 등록을 받기 위하여는 등록신청서에 규약을 첨부하도록 되어 있다(국공법 제108조의 3 제1항 및 지공법 제53조 제1항). 그리고 첨부하는 규약에는 다음과 같은 일정한 사항들을 기재하고 있어야 한다.

① 명칭 ② 목적 및 사업 ③ 주된 사무소의 소재지 ④ 구성원의 범위 및 그 자격의 득실에 관한 규정 ⑤ 위원 기타 임원에 관한 규정 ⑥ 업무집행, 회의 및 투표에 관한 규정 ⑦ 경비 및 회계에 관한 규정 ⑧ 다른 직원단체와의 연합에 관한 규정 ⑨ 규약의 변경에 관한 규정 ⑩ 해산에 관한 규정(국공법 제108조의 3 제2항, 지공법 제53조 제2항).

(다) 중요행위에 대하여의 절차적 민주성의 존재

직원단체가 등록되기 위하여는 규약의 작성, 변경 기타 준하는 행위가 일정한 민주적인 절차에

따라 결정된다는 취지를 규약에 정하고 있어야 하며, 또한 그 규정이 현실적으로 실행되어야 한다(국공법 제108조의 3 제3항 및 지공법 제53조 제3항). 이를 분석하면 다음과 같다.

직원단체의 중요한 행위로는, 법상 예시되어 있는 '규약의 작성 또는 변경, 임원의 선거' 외에도 '기타 이것에 준하는 중요한 행위들'에는 해석상 연합체의 결성, 연합체로의 가입 및 탈퇴, 직원단체의 해산 등 직원단체의 존립 및 운영에 관한 기본적인 사항이 해당된다.

중요한 행위의 결정에 법상 요구되는 민주적인 절차로는 모든 구성원이 평등하게 참여하는 기회를 갖고서 직접 비밀의 투표에 의해 전원의 과반수(임원의 선거에 관하여는 투표자의 과반수)에 의해 결정하는 것이다. 직원단체가 연합체인 경우에는 모든 구성원이 평등하게 참여할 기회를 갖는 직원단체들이 직접 비밀의 투표에 의해 투표자의 과반수로 대의원을 선출하고서, 그러한 대의원 모두가 평등하게 참여할 기회를 갖는 직접 비밀의 투표에 의해 그 전원의 과반수(임원의 선거에 관하여는 투표자의 과반수)에 의해 결정하는 것이 요구된다.

그러한 민주적인 절차가 단순히 규약에 규정되어 있음에 족하지 않고, 나아가 현실적으로 그러한 절차에 의해 그 중요한 행위들이 결정되는 것이 요구된다.

3) 자격심사제도와 비교

이상과 같은 직원단체의 등록에 관한 요건을 민간부문의 노동조합의 자격심사에 관한 요건과 비교하여 보면 다음과 같다.

첫째, 직원단체의 구성원의 범위에 관한 제약은 기본적으로는 직원조합주의를 강제하고 있다. 주지하듯이, 일본에서 민간부문의 근로자가 조직하는 노동조합이 일반적으로 기업별 노동조합 형태를 띠고 있지만, 당해 노동조합의 조직을 기업별로 하는가, 전국산업별로 하는가, 지역직종별로 하는가 등의 조직 범위의 문제에 관하여는 어떠한 법적 제약도 없다.

반면에 공무원의 직원단체에 관하여는 전술하였듯이, 구성원의 범위를 제한하여 그 범위가 가능한 한 축소되도록 법적 제약을 가하고 있다. 즉 국가공무원법의 적용을 받는 공무원, 지방공무원법의 적용을 받는 공무원, 국영기업노동관계법의 적용을 받는 현업직원, 지방공영기업체노동관계법의 적용을 받는 현업직원 등이 두 가지 이상 서로 혼재되어 있는 단체는 직원단체로서 등록될 수 없다. 또한 지방공무원의 직원단체는 동일한 지방공공단체 내에서 조직되어야 등록이 가능하므로, 시·정·촌 등의 지방공공단체 내에서 소규모의 것들로 조직되어야만 한다. 그러한 직원단체들을 연합한 전국적인 단체들(가령, 일본교직원조합이나 전일본자치단체노동조합 등)은 등록된 직원단체가 될 수 없다. 또한 동일한 사용자에 대하여서도, 관리직 이외의 일반공무원의 직원단체와 관리직 공무원의 직원단체를 분리하고 있다. 이러한 제약조항들을 흔히 '거꾸로 조이는(逆締めつける) 강제'조항이라고 일컫는다.

이러한 제약의 결과, 일본에서는 단결의 자유(특히 어떠한 단위의 단결체를 선택하는가에 관한 자유)가 제약되고 있다고 평가된다.

둘째, 직원단체에 대하여 민주성을 확보하게 하는 방법은 노동조합에 대한 그 방법보다도 행정적 개입이 더욱 직접적으로 이루어진다. 민간부문의 노동조합에 대하여도 규약에 일정한 사항이 규정되어 있을 것을 요구하고 있지만, 그것은 자격심사와 관련하여 요구되는 것일 뿐이다. 반면 공무원의 직원단체에 대하여는 규약의 필요적 기재사항을 사전에 미리 법정해 놓고 있다. 그것 자체가 단결체 자주성(규약 결정의 자유)의 관점에서 본다면 문제가 있다고 평가된다. 또한 노동조합의 자격심사에서는 단순히 민주적인 절차가 규약에 규정되어 있을 것만을 요구하고 있을 뿐이나, 반면 직원단체의 등록에서는 규약에 규정되어 있을 뿐만이 아니라 현실적으로도 그러한 절차에 따라고 있어야 할 것까지 요구되고 있다는 점에서 차이가 난다.

4) 등록절차

직원단체는 등록신청서에 규약을 첨부하여 등록기관에게 등록을 신청한다(국공법 제108조의 3 제1항, 지공법 제53조 제1항). 등록기관은 국가공무원의 직원단체인 경우에는 인사원이며, 지방공무원의 직원단체인 경우에는 인사위원회 또는 공평위원회이다.

등록신청의 자세한 절차는 인사원규칙 또는 조례에 의해 정하는 바에 따른다. 가령, 국가공무원의 직원단체인 경우에는 신청서에 ① 위원 기타 임원의 성명, 주소 및 직책(직원이 아닌 자에 대하여는 그 직업) ② 모든 사무소의 소재지 ③ 연합체인 직원단체인 경우에는 구성단체의 명칭 등을 기재하여야 한다(인사원 규칙 17-1 제1조). 또한 등록신청시에 전술한 등록요건을 충족하고

있다는 점을 증명하는 서류 등을 첨부할 것을 요구하고 있다.

등록기관은 등록을 신청한 직원단체가 법규정에 적합한 직원단체일 때에는 규약 및 신청서의 기재사항을 직원단체등록부에 등록하고, 그 취지를 당해 직원단체에게 통지한다. 만일 적합한 직원단체가 아닌 경우에는 등록하지 않는다는 취지를 그 이유와 함께 당해 직원단체에게 통지한다(국공법 제108조의 3 제5항, 지공법 제53조 제5항).

등록된 직원단체가 규약 또는 신청서의 기재사항에 변동이 있을 때에는 그로부터 10일 이내에 그 변경사항을 등록기관에 신고하여야 한다(국공법 제108조의 3 제8항, 지공법 제53조 제8항). 또한 등록된 직원단체가 해산될 때에는 이를 등록기관에 신고하여야 한다(국공법 제108조의 3 제9항, 지공법 제53조 제8항). 그 해산이 적법한 경우에는 등록기관은 당해 직원단체의 등록을 말소한다.

5) 등록의 효과

등록된 직원단체에게는 등록되지 않은 직원단체와 비교하여 당국과의 교섭자격, 법인격의 취득, 임원 전임의 허가 등 세 가지 편익이 부여된다고 설명되어 왔다.

(가) 당국과의 교섭자격

등록된 직원단체로부터 직원의 근로조건 및 직원단체의 활동에 관하여 적법한 교섭의 신청이 있는 경우에는 국가 및 지방공공단체의 당국은 그 신청에 응하여야 한다(국공법 제108조의 5 제1항, 지공법 제55조 제1항). 이것은 당국에게 단체교섭에 응하여야 하는 의무를 규정하고 있다. 이 규정은 등록되지 않은 직원단체가 교섭자격을 갖지 않는다고 명시하고 있지는 않다. 따라서 당국은 등록되지 않은 직원단체와의 교섭이 금지되는 것은 아니므로, 그러한 직원단체의 교섭에 응할 수도 있다. 결국 이 규정의 문리적인 반대해석을 하면 그러한 직원단체의 교섭 신청에 대하여는 당국은 응낙 여부를 자유재량적으로 결정할 수 있게 된다.

그러나 학설상으로는 등록은 직원단체의 교섭자격을 공인하는 것이며, 따라서 등록되지 않은 직원단체도 국가공무원법 또는 지방공무원법에 규정된 직원단체로서의 요건에 적합하다면 당국은 교섭에 응하여야 한다는 견해가 많다.

아무튼, 등록되지 않은 직원단체에게는 교섭과 관련하여 사실상 제약을 받게 된다는 점은 쉽게 부정할 수 없다. 이 점 때문에 등록제도는 많은 비판을 받고 있다.

(나) 임원 전임의 허가

등록된 직원단체의 임원이 직원인 경우에는 그 임원이 임원직만을 전임하도록 허가할 것을 임명권자에게 신청할 수 있다(국공법 제108조의 6 제1항, 지공법 제55조의 2 제1항).

공무원은 국민의 봉사자로서 자신의 직무에 전념하여야 하므로, 직원단체의 업무에만 전념하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다. 따라서 특별히 임명권자의 허가를 얻어야만 허용된다.

그러므로, 등록되지 않은 직원단체에게는 그러한 허가가 인정되지 않는다고 해석된다.

이와 같이 당해 직원단체의 등록 여부는 임원 전임에 있어서 중요한 차별기준이 되고 있다.

그런데 임원 전임은 기업별조합의 운영에 있어서 불가결한 것으로서, 직원단체의 단결권을 현실적으로 보장하는 것이다. 따라서 임원 전임의 허가를 등록의 유무에 따라 결정하는 제도는 단결체의 운영에 대한 부당한 간섭의 소지가 있다.

(다) 법인격의 취득

등록된 직원단체는 등록기관에게 법인이 되려는 취지를 신청하여 법인으로 될 수 있다. 즉 국가공무원의 등록된 직원단체는 법인으로 되려는 취지를 인사원에 신청하여 법인이 될 수 있으며, 지방공무원의 등록된 직원단체는 그러한 취지를 인사위원회 또는 공평위원회에 신청하는 법인이 될 수 있다(국공법 제108조의 4, 지공법 제54조).

한편, 등록되지 않은 직원단체는 애초에는 법인으로 되는 방도가 없었다. 규모와 자산이 크더라도 법인격을 취득할 수 없다는 점은 단체의 활동을 사실상 제약하는 부당한 결과를 초래하였다.

그리하여 ILO제87호 협약의 비준과 관련하여, 등록되지 않은 직원단체에 대하여 부과된 이전의 부당한 제약들을 시정하려는 조치로서, 등록되지 않은 직원단체에게 법인격을 부여할 수 있는 방도를 모색하였다. 그 결과 1978년에 「직원단체등에 대한 법인격의 부여에 관한 법률」이라는 특별법이 제정되어, 등록되지 않은 직원단체도 법인격 취득이 가능하게 되었다. 즉 등록되지 않은

국가공무원직원단체, 지방공무원직원단체, 혼합연합단체 등(동법 제2조)은 신청서 및 규약을 인사원 등의 인증기관(동법 제9조)에게 제출하여(동법 제4조)규약에 관해 인증을 받으면, 주된 사무소의 소재지에서 등기하여 법인으로 될 수 있다(동법 제3조 제1항). 따라서 현재는 법인격 취득에 있어서 등록 여부는 중요한 기준이 되지 않고 있다고도 볼 수 있다.

그런데, 동법에 의해 인증기관으로부터 규약을 인증받기 위하여는 그 규약이 마치 등록을 할 때 요구되는 것과 동일한 요건을 구비하고 있어야 한다. 즉 규약이 일정한 필요적 기재사항을 기재하고 있어야 하는데(동법 제5조 제1항), 그 내용은 등록을 신청할 때 요구되는 규약의 필요적 기재사항과 동일하다. 또한 중요행위를 결정하는 데 있어서 민주적인 절차를 규약에 규정하고 있어야 한다는 점도 등록에서와 마찬가지로이다(동법 제5조 제2항). 이렇게 등록되지 않는 직원단체가 법인격을 취득하는 데에는 등록과 유사한 인증절차를 요구하고 있으므로, 결국 제2의 등록제도와 다를 바가 없다는 평가를 받고 있다.

위와 같이, 직원단체를 등록의 유무를 기준으로 하여 차별하는 등록효과는 점점 완화되어 왔다. 그 완화는 ILO제87호 협약의 비준과 관련하여 제도를 개선한 것이었다. 그럼에도 불구하고 현행의 등록제도에는 아직까지도 공무원의 단결체에 대하여 단결 선택의 자유 및 활동의 자유를 제약하는 점이 아직도 남아 있다는 점이 계속 지적되어 오고 있다.

6) 등록의 효력정지 및 취소

등록된 직원단체가 ① 그후로 직원단체로서의 요건을 흠결하게 된 경우 ② 등록여건을 흠결하게 된 경우 ③ 등록사항의 변경을 신고하지 않은 경우에는, 등록기관은 60일 이내의 기간을 정하여 등록의 효력을 정지하거나 또는 등록을 취소할 수 있다(국공법 제108조의 3 제6항, 지공법 제53조 제6항). 등록기관이 직원단체의 등록을 취소할 때에는 사전에 구두심리를 행하여야 하며, 당해 직원단체로는 그 구두심리를 공개심리로 할 것을 청구할 수 있다(국공법 제108조의 3 제6항, 지공법 제53조 제6항).

또한 등록의 취소는 취소소송의 제소 기간 또는 그 소송이 법원에 계류 중인 때에는 취소의 효력이 발생하지 않는다(국공법 제108조의 3 제10항, 지공법 제53조 제7항).

등록의 취소에 대하여는 행정불복심사법에 의한 불복신청을 하는 것은 불가능하며(국공법 제108조의 3 제10항, 지공법 제53조 제10항), 법원에서 소송을 제기하게 된다.

다. 임원 전임제도

앞에서 언급한 바와 같이, 등록된 직원단체의 임원이 직원인 경우에는 그 임원이 임원직만을 전임하도록 허가할 것을 임명권자에게 신청할 수 있다. 상설하면 다음과 같다.

1) 의의

공무원은 자신의 직무를 전념을 다하여 수행하여야 한다(국공법 제101조의 제1항, 지공법 제35조). 공무원의 직무는 국민에 대하여 정부가 행하여야 할 책임이 있는 직무에 국한된다. 따라서 공무원이 그러한 공적인 업무가 아닌 그 이외의 업무에만 오로지 종사하는 것은 공무원의 본래의 지위와 어긋나게 된다. 따라서 공무원법에서는 직원은 직원단체의 업무에만 오로지 종사하여서는 아니된다고 규정하고 있다(국공법 제108조의 6 제1항 본문, 지공법 제55조 제1항 본문).

또한 직원단체의 임원은 반드시 직원이어야 하는 것이 아니라 직원 이외의 자를 임원으로 선출하여도 무방하므로, 직원이 직원단체의 업무에만 오로지 종사하여야만 하는 필요성은 이론적으로는 없다고도 볼 수 있다.

그러나 일본의 노동관계의 현실은 민간부문이건 공공부문이건 간에, 노동조합 또는 직원단체의 임원은 당해 단체의 구성원 중에서 선임되고 있다. 단체가 동일 기업 내의 직원 또는 동일 지방공공단체의 직원으로 구성되어 있기 때문이다. 이러한 상황에서는 단체의 활동을 위하여 임원인 직원이 노동조합 또는 직원단체의 업무에 전념하는 것이 필요하다. 이러한 점을 고려하여, 민간부문의 노동조합과 사용자는 단체협약으로 임원 전임을 인정하고 있다.

마찬가지로 공무원의 직원단체에서도 임원 전임이 인정하여야 할 필요성이 인정되기 때문에, 국가공무원법과 지방공무원법에서는 임원 전임을 허가받을 수 있는 예외를 규정하고

있다(국공법 제108조의 6 제1항 단서, 지공법 제55조 제1항 단서).

2) 전임 허가

전임허가는 ① 등록된 직원단체의 ② 임원으로서 ③ 임원 직무에만 오로지 종사하는 경우에 부여된다.

당해 임원의 임명권자(소관 행정관청의 장이 이에 해당됨)가 전임을 허가한다.

임명권자는 전임을 허가할 만하다고 인정하는 경우에 허가하며, 전임 허가기간을 정하여 허가한다(국공법 제108조의 6 제2항, 지공법 제55조 제2항). 결국 허가되는 인원수 및 허가기간은 공무의 적정한 운영을 확보하기 위한 필요성 및 당해 직원단체의 활동의 실태 등을 고려하여 사용자가 일반적으로 정하게 된다.

또한 한 공무원에게 전임이 허가되는 기간에는 제한이 있다. 즉 전임 기간이 공무원으로서의 재직기간을 통산하여 5년을 초과하여서는 아니된다.

국가공무원이 이전에 국영기업노동관계법의 적용을 받는 직원으로서 동법에 의해 노동조합의 업무에 전임한 적이 있는 경우에는 위의 5년에서 그 기간을 공제한 기간을 초과하여 직원단체의 전임을 할 수 없다(국공법 제108조의 6 제3항). 마찬가지로 지방공무원이 이전에 지방공영기업노동관계법의 적용을 받는 직원으로서 동법에 의해 노동조합의 업무에 전임한 적이 있는 경우에는 위의 5년에서 그 기간을 공제한 기간을 초과하여 직원단체의 전임을 할 수 없다(지공법 제55조 제3항).

반면, 단체협약에 의해 민간부문의 노동조합의 임원에게 인정되는 전임의 경우에는 전임기간에 관해 법률상 제한하고 있는 바가 없다.

3) 전임자의 지위

전임을 허가받은 직원은 그 허가기간 동안 휴직자가 되며, 국가 또는 지방공공단체로부터 어떠한 급여도 지급되지 않는다. 또한 그 기간은 퇴직수당의 산정에 기초가 되는 근속기간에 포함되지 않는다(국공법 제108조의 6 제5항, 지공법 제55조 제5항).

급여가 지급되지 않는 대신에 전임 임원은 직원단체로부터 보수를 받을 수 있다. 이러한 보수를 받는 것은 공무원의 겸업을 하는 것이 아니므로 별도의 허가를 받을 필요는 없다.

민간부문의 노동조합에서는 전임이 단체협약에 의해 인정되고 있는데, 전임자에게는 임금이 지급되고 승급이 행해지며, 또한 전임기간이 퇴직금 산정에 있어서 불이익한 영향이 미치지 않도록 하고 있는 것이 일반적이다.

4) 전임의 취소

전임허가는 ① 등록된 직원단체의 ② 임원으로서 ③ 임원 직무에만 오로지 종사하는 경우에 부여된다는 요건되는 것이므로, 이러한 요건 중하나라도 흠결하게 되는 경우에는 기존에 허가된 것을 취소하게 된다(국공법 제108조의 6 제4항, 지공법 제55조 제4항).

여기에서 살펴보면, 전임자의 인원수, 전임기간, 전임자의 지위 등 전임제도의 내용에 관하여 민간부문의 노동조합에게 인정되는 정보보다도 직원단체의 임원에게 인정되는 정도가 제약되어 있다. 그것은 공무원에게는 직무에 전념할 의무가 강하게 부과되기 때문이다. 그러나 한편으로는 직원단체에 인정되는 전임과 노동조합에 인정되는 전임이 양자가 본질적으로 다른 취급을 받아야 할 이유는 없다는 비판을 받고 있다.

라. 직원단체의 활동을 이유로 한 불이익 취급의 금지

공무원의 직원단체의 구성원이거나, 직원단체를 결성하려 하거나, 직원단체에 가입하려고 하거나, 또는 직원단체의 정당한 행위를 하는 것을 이유로 그 공무원에게 불이익한 취급을 하는 것은 금지된다(국공법 제108조의 7, 지공법 제56조). 공무원의 직원단체 조직 및 그 활동에 대한 불이익 취급금지는 민간부문 노동관계에서의 부당노동행위제도에 규정된 불이익 취급금지와 유사하다. 그러나 불이익 취급에 대하여 특별한 규제제도가 마련되어 있지 않다. 또한 일반공무원의 노동관계에 대하여는 노동조합법이 적용되지 않으므로(지공법 제58조 제1항),

노동위원회에 그 구제를 신청하는 것은 인정되지 않는다.

다만, 공무원이 불이익한 처분이나 징계처분을 받고서 그 처분에 불복하는 경우에는 인사원(지방공무원노동관계의 경우에는 인사위원회 또는 공평위원회)에 불복신청을 할 수 있는데(국공법 제90조, 지공법 제49조), 직원단체의 조직이나 활동을 이유로 한 불이익 취급도 이 불복신청의 대상이 될 수 있다.

2. 교섭

가. 개 설

(1) 국가공무원 또는 지방공무원의 직원단체는 당국과 근무조건 등에 관하여 교섭을 할 수 있다.

그 교섭에 대하여는 국가공무원법 및 지방공무원법이 규율하고 있다.

원래 제2차 세계대전 종전 이후에는 공공부문의 노동관계와 민간부문의 노동관계가 동일하게 구노조법의 적용을 받았다. 따라서 공무원도 민간근로자의 단체교섭과 동일한 성격을 갖는 단체교섭을 할 수 있었다. 그러나 그 후 1948년에 맥아더 서간 및 정령 201호에 의해 공무원의 쟁의행위가 금지됨은 물론 단체교섭에 관하여도 근본적으로 변동되었다. 즉 정령 201호에서는 "국가 또는 지방공공단체의 공무원은 국가 또는 지방공공단체에 대하여 파업 태업 등 위력을 배경으로 구속성을 갖는 이른바 '단체교섭권'을 갖지 않는다. 다만, 공무원 또는 그 단체는 이 정령의 제한 내에서 개별적 또는 집단적으로 그 대표자를 통하여 고충, 의견, 희망 또는 불만을 표명하고, 그것에 대하여 충분한 대화를 하고 증거를 제출하는 것이 가능하다는 의미에서, 국가 또는 지방공공단체의 당국과 '교섭'하는 자유를 부인하는 것은 아니다"라고 규정하여(제1조 제1항), 진정한 의미에서의 단체교섭권은 부정되었다. 동년에 국가공무원법을 개정하여 노동관계를 법률 내에 신설하면서 국가공무원에 대하여 노조법의 적용을 배제하고, 단체협약 체결을 목적으로 하는 단체교섭을 금지하였고, 같은 내용으로 1950년에 지방공무원법이 제정되어 정령 201호를 계승하였다. 1965년 ILO제87호 협약의 비준에 수반하여 국가공무원법 및 지방공무원법이 개정될 때 당국의 교섭의무를 신설하였고, 아울러 교섭사항에서 관리운영사항을 제외하고 예비교섭제도 등을 규정하여 현행 교섭제도의 모양을 갖추게 되었다.

(2) 국가공무원법과 지방공무원법에 의한 현행 교섭제도는 다음과 같은 기본 구조를 가지고 있다.

첫째, 교섭당사자로는 공무원측은 등록된 직원단체이고, 사용자측은 교섭사항을 적법하게 관리하고 정하는 당국이다. 둘째, 당국은 교섭에 응하여야 할 의무가 있으나, 단체협약을 체결할 권한은 없다. 셋째, 교섭사항은 급료, 근로시간 기타 근무조건, 사회적 후생적 활동을 포함한 적법한 활동에 관련된 사항에 한정되며, 관리운영사항은 교섭사항에서 제외된다. 넷째, 교섭담당자는 당국측은 당국이 지명한 자이며, 직원단체측은 직원단체의 임원이며, 특별한 사정이 있는 경우에는 임원 이외의 자를 지명할 수 있다. 다섯째, 교섭위원의 수, 의제, 시간, 장소 등 교섭방법에 관하여 사전에 결정하는 것이 필요하다. 여섯째, 지방공무원의 직원단체는 교섭의 결과로 서면 협정을 체결할 수 있다.

(3) 이와 같이 공무원의 직원단체에 인정되는 '교섭'은 당사자간의 구속력을 갖는 단체협약의 체결을 전제로 하지도 않으며, 교섭의 결과에 대하여 구속력이 인정되지 않는다.

민간부문의 노동관계에서는 단체교섭의 거부는 부당노동행위에 해당되어 노동위원회에 의한 구제가 가능하지만, 공무원의 직원단체가 행하는 교섭에서는 단체교섭의 거부를 부당노동행위로서 금지하고 있지도 않으며, 노동위원회를 통한 구제도 적용되지 않는다. 아울러 직원단체에게는 단체행동권도 부인되므로 단교거부에 대하여 직원단체가 대처하기가 어렵다. 결국 사용자인 당국에게 교섭의무가 인정된다고 하여도 그 의미는 적어지게 된다. 이러한 점에서 직원단체와 당국간의 '교섭'은 민간부문의 노동조합과 사용자간에 행하는 '단체교섭'과는 별개의 제도로 여겨지며, 그 용어에 관하여도 '단체교섭'과 구분하여 일반적으로 '교섭'이라는 용어를 사용하고 있다.

나. 교섭 주체

1) 직원단체

국가공무원법 및 지방공무원법에서는 등록된 직원단체가 교섭을 신청한 경우에 당국은 교섭을 하여야 할 지위에 선다고 하여(국공법 제108조의 5 제1항, 지공법 제55조 제1항), 당국의 교섭의무를 규정하고 있다. 따라서 공무원측에서는 등록된 직원단체는 교섭의 당사자로서 교섭자격을 갖는다.

문제는 등록되지 않은 직원단체도 교섭의 당사자가 될 수 있는가이다. 당국의 교섭의무 규정을 문리적으로 반대해석하면 등록되지 않은 직원단체의 교섭신청에 대하여 당국은 교섭에 응하여야 할 의무가 없다고 해석된다. 그러나 그러한 직원단체도 교섭능력 자체는 인정되며, 당국은 교섭이 요망된다고 판단되는 경우에는 교섭에 응할 수 있다. 결국, 그러한 직원단체의 교섭 신청에 대하여는 당국은 그 응낙 여부를 자유 재량적으로 결정할 수 있게 된다.

그러나 학설상으로는 등록은 직원단체의 교섭 자격을 공인하는 것이며, 따라서 등록되지 않은 직원단체도 국가공무원법 또는 지방공무원법에 규정된 직원단체로서의 요건에 적합하다면 당국은 교섭에 응하여야 한다는 견해가 많다. 이 경우 등록되지 않은 직원단체는 직원단체로서의 요건을 구비하고 있음을 입증하여야 하며, 그 거부하는 경우에는 당국은 응낙 의무를 면한다고 해석하고 있다.

아무튼 당국이 등록되지 않은 직원단체와 교섭하는 경우에도 그 교섭에 관하여는 국가공무원법 및 지방공무원법의 규정이 동일하게 적용된다.

한편, 직원단체의 구성원이 아닌 직원도 근무조건 등에 관해 불만을 표명하거나 의견을 제출하는 자유는 부정되지 않는다(국공법 제108조의 5 제9항, 지공법 제55조 제11항).

2) 당 국

직원단체가 교섭이 가능한 당국으로는 교섭사항에 관해 적법하게 관리하거나 또는 결정할 수 있는 당국이 이에 해당된다(국공법 제108조의 5 제4항, 지공법 제55조 제4항). '관리하거나 또는 결정할 수 있는 당국'이라 함은 법령상 교섭사항에 관하여 조사, 연구, 기획, 입안 또는 결정할 수 있는 권한을 갖는 국가 또는 지방공공단체의 기관을 말한다.

다. 교섭의 대상사항

1) 교섭가능사항

직원단체와 당국 사이에서 교섭의 대상이 될 수 있는 사항은 ① 직원의 급여, 근로시간 기타 근무조건에 관한 사항 및 ② 이에 부대하여 사교적 또는 후생적 활동을 포함한 적법한 활동에 관계되는 사항이다(국공법 제108조의 5 제1항, 지공법 제55조 제1항).

국가공무원법 및 지방공무원법에서 지칭하는 '근무조건'은 결국 노조법에서 지칭하는 '근로조건'과 동일한 의미이다. 즉 교섭의 대상으로 되는 근무조건은 직원이 국가나 지방공공단체에 대하여 근무를 제공함에 관하여 갖는 제조건으로서, 직원이 자기의 근무를 제공하거나 또는 그 제공을 계속하는지 여부를 결심하면서 일반적으로 고려하는 대상으로 될 수 있어야 할 이해관계사항을 말한다. 구체적으로는 급여, 근무시간, 휴식, 휴일, 휴가, 배치전환, 승급, 면직, 휴직, 안전위생, 재해보상 등에 관한 사항이다.

2) 관리운영사항의 배제

국가나 지방공공단체의 사무의 관리 및 운영에 관한 사항, 즉 이른바 '관리운영사항'은 교섭의 대상으로 될 수 없다(국공법 제108조의 5 제3항, 지공법 제55조 제3항). 일반적으로 관리운영사항으로는 행정기관의 조직, 행정의 기획 입안 집행, 인사권의 행사, 예산의 편성, 국가나 지방공공단체가 당사자인 불복신청이나 행정소송, 공공시설의 취득 처분 관리 등에 관한 사항이라고 해석된다. 그러나 사항이 교섭사항에서 제외되는 이유는 행정의 조직 운영의 기본적인 정책사항이어서, 행정기관이 법령에 의거하여 자기의 권한과 책임으로 집행하여야 하기 때문에, 그것을 노사가 교섭에 의해 좌우하는 것이 허용되지 않는다고 설명된다. 그러나 관리운영사항에 대하여도 직원단체의 의견을 듣는 것은 당국의 재량에 따라 가능하다. 또한 관리운영사항과 직원의 근무조건 등에 관계되는 사항은, 사정의 성질상 밀접 불가피하게 관련하여 서로 표리의 관계에 서 있는 것이 적지 않으며, 따라서 그러한 경우에는 관리운영사항에

관하여 당국이 행하는 집행 그 자체는 교섭의 대상으로 될 수 없지만, 그 집행의 결과로서 근무조건에 영향이 있을 때에는 그 영향이 있는 근무조건에 관하여는, 그 한도에서 교섭의 대상으로 될 수 있다(兵庫縣敎委團交拒不事件, 神戸地裁判決, 1988. 2. 19, 『勞働判例』, 513호. 참조). 가령, 승진, 배치전환 등의 개별 및 구체적인 결정은 임명권자의 행사이기 때문에 관리운영사항으로서 교섭대상이 안되지만, 그러한 결정의 일반적 기준인 인사기준은 교섭대상이 될 수 있다. 승진 또는 배치전환의 결과 근무시간의 연장 등의 면에서 근무조건 등에 영향을 받는 경우에는 그 근무시간의 연장 등의 근무조건에 관하여는 교섭의 대상으로 될 수 있다. 관리운영사항을 교섭대상에서 제외하는 입법 태도는 합리적인 근거가 없다고 비판을 받고 있다. 단체교섭은 '공동결정'과 다르다. 관리운영사항에 대하여 노사간에 합의가 성립되지 않는 한, 당국은 그 사항을 실시할 수 없는 것이 아니다. 당국은 그 사항에 대하여 성실하게 교섭에 응할 의무가 있지만, 요구대로 합의하여야 할 의무는 없다. 따라서 그 사항을 교섭사항으로 인정하여도 당국은 '자기의 권한과 책임'을 직원단체와 나누어 갖는 것은 아니다. 또한, 어떠한 사항이 관리운영사항인지는 개별 구체적으로 판단되겠지만, 가령 승진, 배치전환 등의 개별 구체적인 결정은 임명권자의 행사이기 때문에 관리운영사항으로서 교섭대상이 안되며, 그러한 결정의 일반적 기준은 교섭대상이 된다는 해석조차도 문제가 있다. 일반적 기준이 개별 사례에서 적절하게 운영되는지 여부는 직원의 근무조건과 밀접한 관련이 있다. 그러므로 관리운영사항과 근무조건을 양단하여 구별하는 입법 태도는 단결체의 교섭권을 제약하고 있다는 비판을 받고 있다.

라. 교섭의 절차

교섭에는 일정의 규칙이 필요하다. 민간부문의 노동조합이 행하는 단체교섭에 대하여는 그 절차를 통상 단체협약이나 관례에 따르며, 법률에서 특별히 제약하고 있지 않다. 반면에 공무원의 직원단체가 행하는 교섭에 대하여는 그 절차에 관해 법률에서 일정부분 제약을 가하고 있다. 교섭의 담당자는 직원단체에 관하여는 그 임원 중에서 지명한 자이며, 당국에 관하여는 당국이 지명한 자이다(국공법 제108조의 5 제5항, 지공법 제55조 제5항). 교섭사항이 특수한 전문분야에 관한 사항 등 특별한 사정이 있을 때에는, 직원단체는 임원 이외의 자를 지명하는 것이 가능하다. 이 경우에 그 지명된 자는 당해 교섭의 대상인 특정의 사항에 관하여 교섭하는 적법한 위임을 당해 직원단체의 집행기관으로부터 받았다는 점을 문서에 의하여 증명할 수 있어야 한다(국공법 제108조의 5 제6항, 지공법 제55조 제6항). 직원단체 및 당국이 지명할 수 있는 교섭위원의 수는 미리 양자간에 결정되어 있어야 하며, 그 인원수의 범위 내에서 지명하여야 한다. 직원단체와 당국간에 교섭사항에 관하여 교섭하기 이전에 전술한 교섭위원의 인원뿐만이 아니라 의제, 시간, 장소 기타 필요한 사항을 양자가 미리 결정하여, 그것에 따라 교섭을 하여야 한다(국공법 제108조의 5 제5항 후단, 지공법 제55조 제5항 후단). 기타 필요한 사항으로서는 방청인, 설명원, 기록원 등에 관한 사항이 고려될 수 있다. 이와 같이 교섭절차에 관한 사항을 미리 합의하여야 하므로, 이를 '예비교섭'이라고 한다. 교섭이 위와 같은 절차에 따라 행해지지 않은 경우이거나, 또는 다른 직원의 직무의 수행에 방해하거나, 국가의 사무의 정상적인 운영을 저해하는 경우에는 교섭은 중단될 수 있다(국공법 제108조의 5 제7항, 지공법 제55조 제7항). 적법한 교섭은 근무시간중에 행해지는 것이 가능하다(동조 제7항). 직원단체가 지명하는 임원이 직원인 경우에는 근무시간 중에서 교섭에 필요한 시간은 직무전념의무가 면제되는 '법령이 정한 경우'에 해당된다(국공법 제101조 제1항, 지공법 제35조 제1항). 따라서 이 경우에 급여는 감액되지 않는다(「일반직 직원의 급여 등에 관한 법률」(이하, 급여법) 제15조 참조).

마. 교섭의 효과

직원단체와 당국과의 교섭은 '단체협약체결권'을 포함하지 않는다(국공법 제108조의 5 제2항, 지공법 제55조 제2항). 교섭은 직원단체가 근무조건 등에 관해 불만을 진술하고 당국의 배려를 구하는 것이어서, 단체협약을 체결하는 권리는 인정되지 않는다. 그렇지만 합의에 도달한 사항에 관하여는, 당국은 그것에 적당한 조치를 강구할 것을 법률 자체는

기대하고 있다고 해석된다. 이러한 의미에서 단순히 요망이나 희망을 단순히 일방적으로 표명하거나 진술하는 것과는 다르다.

지방공무원의 직원단체와 당국과의 교섭에 있어서는, 교섭의 결과 합의된 사항을 서면에 의한 협정을 체결할 수 있다. 서면협정을 체결할 수 있기 위하여는 합의된 사항이 법령, 조례, 지방공공단체의 규칙 및 지방공공단체의 기관이 정한 규정에 저촉되지 않아야 한다(지공법 제55조 제9항). 서면협정은 당해 지방공공단체의 당국 및 직원단체 쌍방이 성의와 책임을 가지고서 이행하여야 한다(지공법 제55조 제10항). 그러나 이 이행의무는 도의적인 의무이며, 법률상 구속력을 갖는 의무는 아니라고 해석되고 있다. 그 이유는 직원의 근무조건의 법률 또는 조례에 의해 정해지는 것이어서 집행기관이 자유로이 결정할 수 없으며, 또한 서면협정의 합의사항대로 소송상 강제할 수 없기 때문으로 설명된다. 이러한 점에서 민간부문의 노동조합이 사용자와 체결하는 단체협약과는 성질이 다르다.

3. 쟁의행위의 금지

일반공무원에게는 쟁의행위가 전면적으로 금지된다(국공법 제98조 제3항, 지공법 제37조 제2항). 즉 파업뿐만이 아니라 태업 및 기타 업무의 정상적 운영을 저해하는 일체의 행위가 금지된다. 또한 이러한 금지되는 쟁의행위를 공모, 교사 또는 선동하는 행위도 금지된다. 일반공무원이 이를 위반한 경우에는 해고 등 징계처분을 받을 수 있다(국공법 제98조 제3항, 지공법 제37조 제2항). 또한 일반공무원의 쟁의행위를 공모, 교사 또는 선동, 또는 그러한 행위를 기도한 자는 누구든지 징역(3년 이하) 또는 벌금(10만엔 이하)의 처벌을 받는다(국공법 110조 1항, 지공법 61조 4호).

4. 쟁의조정

가. 쟁의조정절차의 미비

일반공무원에게 인정되는 교섭은 합의의 도출하는 단체교섭이 아니라 협의에 가까운 것이므로, 교섭상의 교착상태 및 그 조정이라는 것을 예정하고 있지 않다. 즉 국공법 및 지공법은 별도의 쟁의조정절차를 두고 있지 않을 뿐만 아니라, 또한 노동관계조정법의 규정이 일반공무원에게 적용되지 않음을 명시하고 있다(국공법 부칙 제16조, 지공법 제58조 제1항).

나. 인사원의 권고

파업 등의 쟁의행위가 금지되고 또한 쟁의조정절차도 구비되어 있지 않는 일반공무원의 노동관계에서, 쟁의권의 대상조치로 흔히 언급되는 것은 인사원의 권고제도이다. 인사원은 내각의 소관하에 있는 기관으로서 인사관 3인(그 중 1인은 총재)으로 구성된 합의제 기관이다. 인사관은 인사행정에 관하여 식견있는 자 중에서 양의원의 동의를 얻어 내각이 임명하며, 천황이 인증한다. 인사관의 임기는 4년이며, 탄핵 등 파면 사유가 제한되어 있어 임기 동안의 신분보장을 받는다(이상, 국공법 제3조 내지 제8조). 인사원은 국가공무원의 인사행정에 관하여 인사행정의 공정성을 확보하고 국가공무원의 이익을 보호하는 여러 업무를 담당하는데, 그 중에는 국가공무원의 급여 기타 근무조건의 개선 및 인사행정에 관한 개선을 권고하는 업무도 있다(국공법 제3조 제2항 참조). 특히 인사원은 매년 적어도 1회 이상, 봉급표가 적당한가 등에 관하여 국회 및 내각에게 동시에 보고하여야 하는데, 급여를 결정하는 제조건이 변화하여서 봉급표에 정하는 급여의 5% 이상 증감하여야 할 필요가 있다고 인정할 때에는, 그 보고서에 국회 및 내각에게 적당한 권고 내용을 포함하도록 하고 있다(국공법 제28조 제2항). 공무원의 급여(등의 근무조건)는 사회 일반의 정세에 적응하도록 국회는 수시로 변경할 수 있으며, 그 변경에는 인사원의 권고를 고려하여야 한다(국공법 제28조 제1항). 실제로 인사원은 매년 봄 민간부문의 50인 이상 사업장 또는 100인 이상의 사업장에 근무하는

해당 근로자의 임금을 광범위하게 조사하며, 이 조사시에는 공공부문 노동조합의 대표들과 관행적으로 협의한다. 그리하여 일반공무원 임금의 변동률이 5% 이내일 경우에도 인사원은 매년 일정 변동률을 권고하여 왔다.

1960년대까지는 정부는 대체로 이 권고된 비율보다 낮추어 인상하여 왔다. 그러나 1970년대 초 중반의 10~30%까지의 고율의 인상률도 권고율대로 수용되는 등 1970년대 이후로는 대체로 권고율대로 인상되고 있다(자세한 것은 박영범 카멜로 노리엘 편, 『공공부문 노사관계의 국제적 추세와 한국의 과제』 (한국노동연구원, 1994) 중 76~77쪽 참조).

第3節 國公營企業 職員의 勞使關係

1. 단결권

국영기업 직원 및 지방공영기업 직원(양자를 흔히 '현업공무원', '현업직원', '기업직원' 또는 '국공영기업직원'이라고 지칭한다. 본고에서는 '국공영기업 직원'이라는 용어를 사용하도록 하겠음)은 자신의 근로조건의 유지 개선을 도모할 목적으로 단결체인 '노동조합'을 결성하거나 '노동조합'에 가입할 수 있다(국노법 제4조, 지공노법 제5조). 일반공무원이 '직원단체'를 조직할 수 없는 것과는 달리, 국공영기업 직원은 '노동조합'을 조직할 수 있다. 이들이 조직할 수 있는 '노동조합'은 원칙적으로 민간근로자들이 조직할 수 있는 '노동조합'(노동조합법에 의해 규율됨)과 동일한 단결권 보호를 받는 단결체이다.

다만, 국공영기업 직원의 노동조합에 관한 국노법과 지공노법의 규율내용은 공무원의 '직원단체'에 대한 법적 제한과 유사한 부분이 많다는 점을 유의하여야 한다.

가. 결성 및 가입의 자유

국공영기업 직원에게는 노동조합을 결성하거나 가입할 수 있는 자유가 인정된다. 또한 노동조합을 결성하지 않거나 결성하지 않을 자유도 인정된다(국노법 제4조 제1항, 지공노법 제5조 제1항). 즉 오픈 샵(open shop)제만이 법정되어 있으며, 클로즈드 샵(closed shop)제나 유니온 샵(union shop)제에 의한 조직 강제는 인정되지 않는다.

원래 민간부문의 일반 노동조합의 경우에는 유니온 샵이 인정된다. 즉 당해 노동조합이 특정의 공장 및 사업장에 고용되어 있는 근로자의 과반수를 대표하는 경우에는 근로자가 그 노동조합의 조합원일 것을 고용조건으로 하는 단체협약을 체결할 수 있다(노조법 제7조 1항 후단 참조). 그럼에도 불구하고 국공영기업 직원의 노동조합에 대하여 어떠한 형태로도 조직 강제를 인정하지 않고 있으며, 이 점은 일반공무원의 직원단체의 경우와 동일한 취급을 받고 있는 것이다. 국공영기업 직원도 공무원에 해당되므로, 공무원제도 일반에 따라 능력주의 및 신분보장의 원칙이 적용되기 때문이다.

나. 노동조합의 구성원에 대한 제약

노동조합에는 노동조합의 자주성을 보장하기 위하여 사용자의 이익을 대표하는 자가 가입하는 것이 부인된다(노조법 제2조 제1호). 즉 "임원, 고용, 해고, 승진 또는 이동에 관하여 직접 권한을 갖는 감독적 지위에 있는 근로자, 사용자의 노동관계에 대한 계획과 방침에 관해 기밀사항을 접하여 그로 인하여 직무상의 의무와 책임이 당해 노동조합의 조합원으로서의 성의와 책임에 직접 저촉하는 감독적 지위에 있는 근로자 기타 사용자의 이익을 대표하는 자"가 참가하는 것을 허용하여서는 아니된다. 전술하였듯이, 일반공무원의 직원단체의 경우에도 이와 유사하게 관리직 공무원의 참가에 제한을 가하고 있다.

다만, 이와 같은 사용자의 이익을 대표하는 자의 구체적인 범위에 관하여는 국공영기업 직원의 노동조합에 대하여는 노동위원회가(국영기업 직원에 대하여는 중앙노동위원회가) 그 범위를 특정하여 공시한다(국노법 제4조 제2항, 지공노법 제5조 제2항). 노동위원회가 그 범위를 정함에 있어서는 공익위원만이 참여한다(국노법 제4조 제3항, 지공노법 제16조의 2).

다. 자격심사

국공영기업 직원의 노동조합에게는 공무원의 직원단체와는 달리 등록제도가 없다. 대신에 민간부문의 일반 노동조합과 마찬가지로, 노동조합상 규정되어 있는 절차(가령, 부당노동행위 구제신청)에 참여하기 위하여는 노동조합으로서의 자격을 심사받아야 한다. 즉 노동조합법상의 자격심사제도 규정(노조법 제5조)이 적용된다.

라. 임원 전임허가

1)의의

국공영기업 직원의 노동조합의 경우에도 임원 전임에 관하여 제약이 가해지고 있다는 점은 일반공무원의 직원단체와 유사하다. 즉 국공영기업 직원은 노동조합의 업무에 오로지 종사할 수 없으며, 다만 노동조합의 임원인 직원은 국영기업 또는 지방공영기업의 허가를 받아서 노동조합의 업무에 전임할 수는 있다(국노법 제7조 제1항, 지공노법 제6조 제1항). 임원 전임에 대하여 제한을 가하는 이유는 국공영기업 직원도 공무원으로서의 직무전념의무(국공법 제101조 제1항, 지공법 제35조)가 인정되기 때문이다. 임원 전임의 허가에 관한 국노법 및 지공노법의 규정은 국공법 및 지공법의 규정과 그 체계가 유사하다.

2) 전임의 허가

전임허가는 ① 노동조합의 ② 임원으로서 ③ 임원 직무에만 오로지 종사하는 경우에 부여된다. 그 허가는 당해 임원의 사용자에게 해당하는 국영기업 또는 지방공영기업이 행한다.

국영기업 또는 지방공영기업은 전임을 허가할 만하다고 인정하는 경우에 허가하며, 전임허가기간을 정하여 허가한다(국노법 제7조 제2항, 지공노법 제6조 제2항). 결국 허가되는 인원수 및 허가기간은 공무원의 직원단체 임원의 전임허가의 경우와 마찬가지로, 국영기업 또는 지방공영기업 업무의 적정한 운영을 확보하기 위한 필요성 및 당해 노동조합의 활동의 실태 등을 고려하여 사용자가 일방적으로 정하게 된다.

또한 일반공무원의 직원단체의 경우와 마찬가지로, 국공영기업 직원의 노동조합의 경우에도, 한 직원에게 전임이 허가되는 기간에는 제한이 있다. 즉 전임기간이 직원으로서의 재직기간을 통산하여 7년 이하의 범위 내에서 단체협약으로 정하는 기간을 초과하여서는 안된다. 그 직원이 이전에 국가공무원법 또는 지방공무원법의 적용을 받는 일반공무원으로서 동법에 의해 직원단체의 업무에 전임한 적이 있는 경우에는, 위의 제한기간에서 그 기간을 공제한 기간을 초과하여 노동조합의 전임을 할 수 없다(국노법 제7조의 제3항, 지공노법 제6조 제3항).

종래에는 제한기간이 일반공무원의 직원단체의 경우와 마찬가지로 '5년'으로 한정되었었는데, 1991년에 국노법 및 지공노법의 부칙에 특칙을 두어 이후로는 '7년 이하의 범위에서 단체협약으로 정하는 기간'으로 변경되었다. 이러한 변경은 국영기업 또는 지방공영기업의 운영의 실태를 감안하여 노동관계의 적정화를 촉진하고, 국영기업 또는 지방공영기업의 효율적인 운영을 확보하기 위한 것이라고 한다(국노법 부칙 제3항, 지공노법 부칙 제4항).

한편, 단체협약에 의해 민간부문의 노동조합의 임원에게 인정되는 전임의 경우에는 전임기간에 관해 법률상 제한하고 있는 바가 없다.

3) 전임자의 지위

전임을 허가받은 국공영기업 직원은 그 허가기간 동안 휴직자가 되며, 국영기업 또는 지방공영기업으로부터 어떠한 급여도 지급되지 않는다. 또한 그 기간은 퇴직수당의 산정에 기초가 되는 근속기간에 포함되지 않는다(국노법 제7조의 제5항, 지공노법 제6조 제5항). 급여가 지급되지 않는 대신에 전임 임원은 직원단체로부터 보수를 받을 수 있다. 이러한 보수를 받는 것은 공무원이 겸업을 하는 것이 아니므로, 별도의 허가를 받을 필요는 없다.

결국 국공영기업 직원의 노동조합의 경우에 허가되는 전임자의 지위에 관하여는, 일반공무원의 직원단체의 경우와 동일한 취급이 행해지고 있다. 반면에, 민간부문의 노동조합에서는 전임이 단체협약에 의해 인정되고 있는데, 전임자에게는 임금이 지급되고 승급이 행해지며, 또한 전임기간이 퇴직금 산정에 있어서 불이익한 영향이 미치지 않도록 하고 있는 것이 일반적이라는 점은 전술한 바와 같다.

4) 전임의 취소

전임허가에 대하여 취소가 인정되는 것은 직원단체 임원에 대한 전임허가와 동일하다. 즉 전임허가는 ① 노동조합의 ② 임원으로서 ③ 임원직무에만 오로지 종사하는 경우에 부여된다는 요건이 있으므로, 이러한 요건 중 어느 하나라도 흠결하게 되는 경우에는 기존에 허가된 것을 취소하게 된다(국노법 제7조 제4항, 지공노법 제6조 제4항).

여기에서 살펴보듯이, 국공영기업 직원의 노동조합의 임원에게는 국영기업 또는 지방공영기업의 허가에 의해 전임이 인정되며, 그 내용은 민간부문의 일반 노동조합이 단체협약에서 전임을 인정하는 것보다도 전임자의 인원수, 전임기간, 전임자의 지위 등에 관하여 제약을 받고 있다. 이러한 점은 일반공무원의 직원단체의 경우와 동일하다.

국공영기업 직원의 노동조합에서의 전임에 대하여 민간부문의 노동조합의 경우에 근접하는 것이 아니라, 일반공무원의 직원단체의 경우에 근접하는 체계를 구성하는 이유는, 국공영기업 직원도 공무원으로서 직무에 전념할 의무에 강하게 부과되기 때문이다.

마. 부당노동행위제도

국공영기업 직원의 노동관계에는 국노법이나 지노법 이외에도 노조법이 적용되기 때문에(국노법 제3조 제1항, 지공노법 제4조), 민간부문의 노동관계와 마찬가지로 부당노동행위가 금지된다. 즉 사용자가 노동조합의 결성 및 가입 또는 활동을 이유로 불이익한 취급을 하는 것, 노동조합에의 불가입 또는 탈퇴를 고용조건으로 하는 것, 단체교섭을 거부하는 것, 노동조합의 결성이나 운영에 개입하는 것, 노동위원회에의 신고, 증언 등을 이유로 불이익한 취급을 하는 것 등은 부당노동행위가 되며(노조법 제7조), 국공영기업 직원은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다(노조법 제27조).

그런데, 국공영기업 직원의 노동조합에 대하여는 오픈 샵이 법정되어 있으므로 노조법 제7조 제1호 규정 중 유니온 샵을 허용하는 단서 규정은 국공영기업 직원의 노동관계에는 적용이 제외된다(국노법 제3조 제1항, 지공노법 제4조).

또한, 쟁의행위금지 규정(국노법 제17조, 지공노법 제11조)을 위반한 것을 이유로 한 해고(국노법 제18조, 지공노법 제12조)에 관련한 부당노동행위절차는 당해 해고가 행해진 날로부터 2개월 이내에 신청되어야 한다. 그 기간이 경과된 후의 신청은 노동위원회가 받을 수 없다(국노법 제19조 제1항, 지공노법 제16조의 3 제1항). 그리고, 쟁의행위금지규정을 위반한 것을 이유로 한 해고에 관련하여 부당노동행위 구제신청을 받은 노동위원회는 신청을 받은 후 2개월 이내에 판정하여야 한다. 재심사 신청을 받은 경우에도 마찬가지이다(국노법 제19조 제2항, 지공노법 제16조의 3 제2항).

부당노동행위의 판정업무는 노동위원회의 공익위원만이 참여한다(노조법 제24조). 그런데, 국공영기업의 노동관계에 관한 노동위원회의 업무처리는 중앙노동위원회의 위원 중 국공영기업 담당위원이 행한다. 부당노동행위의 판정업무도 중앙노동위원회 회장과 국공영기업 담당위원 중 국공영기업 담당공익위원 4명 전원으로 구성하는 심사위원회에서 행한다(국노법 제3조 제2항).

다만, 국공영기업 노동관계에 관하여 지방에서 중앙노동위원회가 처리하여야 할 업무는 지방조정위원회에 위임할 수 있으며, 이 경우 지방조정위원 중 공익위원이 담당한다(노조법 제19조의 10, 제27조 제13항).

2. 단체교섭

가. 개설

국공영기업 및 지방공영기업의 직원(국공영기업 직원)의 노동조합은 해당 국공영기업 또는 지방공영기업과 단체교섭이 가능하다(국노법 제8조, 지공노법 제7조). 일반공무원의 직원단체는 단체협약체결권이 없는 교섭만이 가능할 뿐이지만 국공영기업 직원의 노동조합은 단체협약체결권이 인정되는 단체교섭이 인정된다는 점에서, 양자의 교섭은 본질적 차이가 난다. 또한 단체교섭을 거부하는 것은 부당노동행위로 금지되며, 노동위원회에 의한 구제절차가 적용된다(국노법 제3조 제1항 참조, 지공노법 제4조 참조).

이와 같이 국공영기업 직원의 노동조합에게 인정되는 단체교섭은 노조법상의 단체교섭의 일종으로서 그것과 기본적으로는 동일한 원리에 입각하여 규율된다. 그러나 국공영기업 직원의 노동조합이 행하는 단체교섭에는 민간부문의 일반 노동조합이 행하는 단체교섭과 달리 몇 가지 특유한 제약이 있다.

나. 단체교섭의 당사자 및 담당자

국영기업 노동관계법(이하, 국노법) 제9조에서는 국영기업을 대표하는 교섭위원과 노동조합을 대표하는 교섭위원에 의해 단체교섭이 행해진다고 규정되어 있다. 따라서 국영기업노동관계에서의 단체교섭은 직원의 노동조합과 국영기업의 교섭의 주체가 된다. 현실적으로는 국영기업체의 노동조합은 단일 조직이어서, 중앙에서의 단체교섭을 통하여 단체교섭의 방식 및 절차를 협정하고, 중앙본부, 지부, 분회 등의 노동조합 조직에 대응하여 그 각 단계에서 교섭이 이루어지고 있다. 가령, 우편사업부문에 관하여는 우정성과 전체, 전우정 사이에서 [단체교섭의 방식 및 절차에 관한 협약]이 체결되어 그 협약에 의해 단체교섭은 중앙교섭(본성과 중앙본부), 지방교섭(우정국과 그것에 대응하는 지방본부), 지부교섭(국측과 그것에 대응하는 지부)이 이루어지고 있다.

국영기업 노동관계에서의 단체교섭 담당자는 국영기업을 대표하는 교섭위원과 노동조합을 대표하는 교섭위원이 해당된다(국노법 제9조). 국영기업의 교섭위원은 당해 국영기업이 지명하고, 노동조합의 교섭위원은 당해 노동조합이 지명한다(국노법 제10조 제1항). 지명된 교섭위원의 명부는 상대방에게 제시되어야 한다(국노법 제10조 제2항). 국노법상의 이러한 규정 내용은 일반공무원의 직원단체가 행하는 교섭에 대한 제약 규정과 유사하다(국공법 제108조의 5 제5항, 지공법 제55조 제5항). 다만, 국공영기업 직원의 노동조합이 지명하는 교섭위원은 원칙적으로는 임원이어야 한다는 제약을 받고 있지 않다.

한편, 지방공영기업 직원의 노동조합이 지방공영기업과 행하는 단체교섭에 대하여는 단체교섭의 당사자나 담당자에 관해 지방공영기업노동관계법(이하, 지공노법)상의 특별한 규정은 없다. 다만, 단체협약을 체결하는 것이 지방공영기업의 관리자(지방공공단체의 장이 임명함(지방공영기업법 제7조, 제7조의 2 제1항 참조))의 담당사무에 속하므로(지방공영기업법 제9조 제13호), 지방공영기업이 단체교섭의 당사자가 된다. 그 외에 당사자와 담당자에 관하여는 노동조합법상의 일반 원칙이 그대로 적용된다.

다. 단체교섭의 대상사항

노조법에서는 '단체협약의 체결 기타의 사항'에 관하여 교섭한다고만 규정하여(노조법 제6조), 단체교섭의 대상사항의 범위에 관하여는 해석에 맡겨져 있다. 반면, 국영기업의 노동관계 및 지방공영기업의 노동관계에서 단체교섭의 대상사항이 될 수 있는 사항에 관하여, 국노법 및 지공노법은 다음과 같이 규정하고 있다(국노법 제8조, 지공노법 제7조).

- ① 임금 기타의 급여, 근로시간, 휴게, 휴일 및 휴가에 관한 사항
- ② 승진, 강등, 전직, 면직, 휴직, 선임권 및 징계의 기준에 관한 사항
- ③ 근로에 관한 안전 위생 및 재해보상에 관한 사항
- ④ 그 외의 근로조건에 관한 사항을 단체교섭의 대상사항

이러한 사항에 대하여는 단체교섭의 결과 단체협약을 체결할 수 있다.

위와 같이 규정되어 있는 범위는 노조법이 적용되는 범위를 구체적으로 예시하고 있는 것이다. 그러나 다음과 같은 점에서 노조법의 적용을 받은 일반 노동조합의 단체교섭 대상사항과는 달리, 국영기업 및 지방공공기업의 노동조합의 단체교섭 대상사항에는 다음과 같은 중요한 차이가 있다.

첫째, '승진, 강등, 전직, 휴직, 선임권 및 징계' 등의 인사에 관하여는 그 '기준'만이 단체교섭의 대상사항이 되며, 개별적인 인사는 단체교섭의 대상사항에 포함되지 않고 있다(국노법 제8조 제2호, 지공노법 제7조 제2호).

둘째, '관리 및 운영에 관한 사항'은 단체교섭의 대상으로 할 수 없다고 명문으로 규정하고 있다(국노법 제8조 단서, 지공노법 제7조 단서). 관리운영사항은, 구체적으로는 기업의 조직에

관한 사항, 사업의 기획 입안 및 집행에 관한 사항, 예산의 편성 및 집행에 관한 사항, 직원의 정원수의 결정 배치에 관한 사항, 인사권의 행사에 관한 사항, 기업이 당사자가 되는 소송에 관한 사항, 시설의 취득 설치 관리 처분에 관한 사항 등이 해당된다.

위와 같은 사항이 노조법상의 단체교섭에서는 교섭대상사항에서 제외된다는 명문규정은 없다.

다만, 노조법의 적용을 받는 민간 노동조합의 단체교섭에 있어서, 위와 같은 사항에 해당되는 '인사권' 내지 '경영권'의 행사가 교섭대상사항에서 제외되는지 해석상 논란이 있을 뿐이다.

국영기업 및 지방공공기업의 노동조합의 단체교섭에 있어서는 그러한 사항을 법률상 명문규정으로 제외하고 있는 것이다.

이러한 입법 태도는 일반공무원의 직원단체가 행하는 교섭에 대하여 교섭대상사항에서 관리운영사항을 법률상 명문의 규정으로 제외하는 것과 같다(국공법 제108조의 5 제3항, 지공법 제55조 제3항 참조). 그러므로 그 취지는 국영기업(또는 지방공공기업)의 사업의 공공성에 비추어 보아, 그 관리운영사항은 법률(또는 조례)이 정하는 바에 따르며, 당해 국영기업(또는 지방공공기업)이 자신의 책임으로 집행하여야 하는 것이기 때문에 노동조합의 개입이 허용되지 않는다고 설명된다.

그렇지만, 국영기업 또는 지방공공기업 노동관계에서 단체교섭은 물론, 전술하였듯이 일반공무원 노동관계에서의 교섭에서조차 관리운영사항을 교섭대상사항에서 제외하는 데에는 비판을 받고 있음에 유의하여야 한다.

또한, 일반공무원 노동관계에서의 해석과 마찬가지로, 국공영기업 직원의 노동관계에서도 해석상 적어도 관리운영에 관한 사항의 처리가 근로조건에 영향을 미치는 경우에는 그 영향은 교섭대상사항이 되며, 관리운영에 관한 사항과 근로조건에 관한 사항이 표리의 관계에 있는 경우에는 근로조건사항으로서 교섭대상사항이 된다고 해석되고 있다.

라. 단체교섭의 절차

국영기업 직원의 노동조합과 국영기업간의 단체교섭에 관하여는 전술한 것 이외에 교섭위원의 수, 교섭위원의 임기, 기타 단체교섭의 절차에 관한 필요한 사항은 단체교섭으로 정한다(국노법 제11조). 한편 지공노법에서는 단체교섭의 절차에 대하여 별도의 규정이 없다.

그러나 현실적으로는 국영기업 노동관계에서의 단체교섭 및 지방공영기업 노동관계에서의 단체교섭은 단체교섭의 절차에 대하여 이전에 단체협약으로 정해 두었으므로, 결과적으로는 법적 취급이 다르지 않게 된다.

마. 단체협약의 효력

단체교섭에 의하여 합의가 성립되면 단체협약을 체결할 수 있다(국노법 제8조, 지공노법 제7조). 단체협약을 체결할 수 있다는 점에서 공무원의 직원단체가 행하는 교섭과는 본질적으로 차이가 난다.

단체협약의 효력에 관하여는 원칙적으로 노조법이 적용된다. 국영기업 또는 지방공공기업과 그 노동조합은 단체협약에 구속된다. 단체협약의 불이행에 대하여는 소송상 강제가 가능하다.

그러나 다음과 같이 국영기업 및 지방공영기업 노동관계에서는 단체협약의 효력을 일부분 제한하는 특별한 취급이 이루어지고 있으며, 그 점에서는 민간부문 노동관계에서의 단체협약과 중요한 차이가 난다.

1) 조례 등과 저촉되는 협약의 내용

원래 단체협약의 내용이 법령에 위반하는 경우에는 무효가 된다고 해석된다. 가령, 국영기업의 퇴직수당에 관하여는 [국가공무원등 퇴직수당법]이 적용되어 동법에서 정한 기준에 따라 퇴직수당이 지급된다. 따라서 동법에 정한 기준과는 다른 내용은 단체협약으로 체결하여도 무효가 된다.

그런데, 지방공영기업 노동관계에서의 단체협약이 조례나 규칙 등에 저촉되는 내용이 있는 경우에는 다음과 같이 그 협약규정을 인정할 수 있는 방도를 설정해 두고 있다. 그리고 그러한 규율은 노동위원회가 행한 중재재정에 관하여도 준용된다(지공노법 제16조 제2항).

첫째, 지방공영기업 노동관계에서의 단체협약 내용이 기존의 조례(조례는 지방공공단체의 의회가 제정하는 법규임)에 저촉될 경우에는, 지방공공단체의 장은 협약이 체결된 후 10일 이내에 당해 협약이 조례에 저촉하지 않기 위하여 필요한 조례의 개정 또는 폐지의 의안을 의회에 부의하여 그 의결을 구하여야 할 의무를 진다고 하여, 그러한 협정이 유효해지는 방안을 열어 놓고 있다. 이 경우 그 조례가 개정 또는 폐지되지 않는 한 그 조례에 저촉되는 부분은 효력을 갖지 않는다(지공노법 제8조).

둘째, 지방공영기업 노동관계에서의 단체협약 내용이 당해 지방공공단체의 장 또는 기타 지방공공단체의 기관이 정한 기존의 규칙, 기타의 규정에 저촉될 경우에는, 당해 지방공공단체의 장 또는 기관은 그 저촉을 해소하기 위하여 필요한 규칙 기타 규정의 개정 또는 폐지를 조속히 조치하여야 한다(지공노법 제9조). 조례에 저촉되는 경우와 달리 규칙이나 규정에 저촉되는 경우에는, 단체협약의 체결권자와 규칙 및 규정의 제정권자가 동일하므로, 자신이 약속한 것을 실현하는 조치를 취해야 하는 것이 당연하게 되기 때문이다.

한편, 국영기업의 노동관계에 대하여는 협약의 내용을 인정하는 위와 같은 방도를 구비하고 있지 않다.

2) 예산상 또는 자금상 불가능한 자금의 지출을 내용으로 하는 협약

국영기업의 예산상 또는 자금상 불가능한 자금의 지출을 내용으로 하는 어떠한 협약도 정부를 구속하지 않으며, 어떠한 자금도 그와 같은 협약에 의거하여 지출되어서는 아니된다(국노법 제16조 제1항). 그와 같은 협약에 대하여는 국회의 승인을 받아야 한다. 즉 정부는 그와 같은 협약이 체결된 후 10일 이내에 그 사유와 함께 이를 국회에 부의하여 승인을 요구하여야 한다. 다만, 국회가 폐회중인 때에는 국회 소집후 5일 이내에 부의해야 한다. 국회 승인이 있었을 때에는 그 협약은 그것이 기재된 날에 소급하여 효력을 발생한다(국노법 제16조 제2항).

지방공영기업 노동관계의 경우에도 마찬가지로 취급이 이루어지고 있다. 즉 지방공영기업의 예산상 또는 자금상 불가능한 자금의 지출을 내용으로 하는 어떠한 협약도 당해 지방공공단체를 구속하지 않으며, 어떠한 자금도 그와 같은 협약에 의거하여 지출되어서는 아니된다(지공노법 제10조 제1항). 그와 같은 협약에 대하여는 당해 지방공공단체의 의회의 승인을 받아야 한다. 즉 당해 지방공공단체의 장은 그와 같은 협정이 체결된 후 10일 이내에 그 사유와 함께 이를 국회에 부의하여 승인을 요구하여야 한다. 다만, 당해 의회가 폐회중인 때에는 다음 의회에서 이를 조속히 부의하여야 한다. 당해 의회에 승인이 있었을 때에는 그 협약은 그것이 기재된 날에 소급하여 효력을 발생한다(지공노법 제10조 제2항).

예산상 또는 자금상 불가능한 자금의 지출을 내용으로 하는 협약에 대한 이러한 제약은 노동위원회가 행한 중재재정에 관하여도 준용된다(국노법 제35조 단서, 지공노법 제16조 제1항). 단체협약의 효력에 대한 이와 같은 제약은 국영기업(또는 지방공영기업)이 국가(또는 지방공공단체)가 경영하는 것인 이상, 국영기업(또는 지방공영기업)의 예산에 대한 국회(또는 지방의회)의 예산심위원을 존중하면서도 예산의 범위를 넘는 협정을 실시할 수 있는 방도를 설정해 둔 것이다. 그러므로 본래는 재정민주주의와 단체교섭 원리를 합리적으로 조정한 규정이라고 평가할 수 있다.

단체협약은 노사간의 합의이기 때문에 단체협약의 내용을 최대한도로 실현하는 것이 협약 당사자의 의무이다. 이러한 의미에서 법률 또는 조례의 제안을 갖는 국가 또는 지방공공단체의 장이 조속히 필요한 조치를 취하여야 하는 것은 오히려 당연한 것이다.

3) 급여총액제에 의한 제약

국영기업은 그 직원에 대해 지급하는 급여에 관해 급여준칙을 정해야 하며, 이 급여준칙은 국회의 결을 거친 당해 연도의 예산 속에서 급여액으로 정해진 총액수를 초과해서는 아니된다(국가가 경영하는 기업에 근무하는 직원의 급여등에 관한 특례법(이하, 급여특례법) 제5조). 이러한 급여총액제에 의해 국회는 급여총액을 초과한 협약의 내용을 전술한 승인절차에서 사실상 승인하지 않게 된다.

다만, 1956년의 동조의 개정으로 인해 급여에 관해 중앙노동위원회가 중재재정할 경우에는(단체협약에는 적용이 안됨), 그 중재재정의 실시를 위하여 필요한 금액을 재무장관(대장대신)의 승인을 받아 타항목으로부터 이전하거나 예비비의 지출에 의해 조달할 수

있게 되었다(급여특례법 제5조).

이러한 제도는 단체협약과 구분하여 중재재정에게만 급여총액제를 회피할 수 있는 방도를 열어 놓은 것으로, 그 결과 국영기업 및 민영화 이전의 3공사에서의 준계 임금인상 교섭이 매년 노동위원회의 중재재정으로까지 가서 결말을 보게 되는 상황을 초래하였다.

한편, 지방공영기업의 예산은 지방공공단체의 장이 편성하여 해당 연도 개시 전에 지방의회의 결을 거쳐야 하며(지방공영기업법 제24조), 편성한 예산 중 직원의 급여를 다른 경비와의 사이에서 상호 전용하는 경우에는 지방의회의 결을 거쳐야 한다고 정해져 있다(동법 시행령 제18조 제3항, 시행규칙 별표 제5호 참조). 따라서 지방공영기업 노동관계에서의 단체협약 중 급여에 관한 내용은 결국 전술한 급여총액제와 유사한 제약을 받고 있다.

3. 쟁의행위의 금지

국공영기업 직원의 경우에도 일반공무원과 마찬가지로 쟁의행위가 전면적으로 금지된다(국노법 제17조 제1항, 지공노법 제11조 제1항). 즉 파업뿐만이 아니라 태업 및 기타 업무의 정상적 운영을 저해하는 일체의 행위가 금지된다. 또한 이러한 금지되는 쟁의행위를 공모 교사 또는 선동하는 행위도 금지된다.

한편, 사용자인 국영기업 또는 지방공영기업도 직장폐쇄를 하여서는 아니된다(국노법 제17조 제2항, 지공노법 제11조 제2항).

이와 같은 쟁의행위의 금지를 위반한 경우에는 해고 등 징계처분을 받을 수 있다는 점(국노법 제17조 제2항, 지공노법 제11조 제2항)도 일반공무원의 경우와 동일하다.

그러나 일반공무원의 쟁의행위에 관련하여서는 쟁의행위를 공모 교사 또는 선동, 또는 그러한 행위를 기도한 자는 누구든지 징역(3년 이하) 또는 벌금(10만엔 이하)의 처벌을 받지만(국공법 110조 1항, 지공법 61조 4호), 국공영기업 직원의 쟁의행위에 관련하여서는 이와 같은 형벌을 받도록 규정하고 있지 않다.

4. 쟁의조정

국공영기업 직원의 노동관계에서의 교섭상의 교착상태에 대하여는 노동위원회에 의해 알선 조정 중재 등의 쟁의조정절차가 진행된다.

가. 담당노동위원회

국영기업 노동관계에 관한 노동위원회의 사무처리는 중앙노동위원회 위원 중 국영기업 담당위원만이 행한다. 국영기업 담당위원은 공익을 대표하는 위원 중에서 회장이 지명하는 4인의 위원 및 회장(국영기업 담당공익위원), 국영기업의 추천에 의해 임명된 4인의 위원(국영기업 담당사용자위원), 국영기업 직원이 결성하거나 가입하는 노동조합의 추천에 의해 임명되는 4인의 위원(국영기업 담당근로자위원)으로 구성된다(국노법 제25조).

한편, 국영기업과 그 국영기업 직원과의 사이에서 발생한 분쟁 기타 사건으로 지방에서 중앙노동위원회가 처리하여야 할 사건으로서 정령이 정하는 사건에 관한 알선 또는 조정 등의 업무는, 중앙노동위원회하에 지방조정위원을 두어 처리한다(노조법 제19조의 10 제1항).

지방조정위원은 중앙노동위원회의 동의를 얻어 노동장관(노동대신)이 임명한다.

지방공영기업의 노동관계에 관한 노동쟁의조정은 노동관계조정법의 규정에 따라 일반 지방노동위원회에서 담당하게 된다(지공노법 제4조에 의해 노동관계조정법의 규정이 준용된다).

나. 알선

담당노동위원회는 국영기업, 지방공영기업과 그 국공영기업 직원 사이에서 발생한 분쟁에 관하여 관계 당사자의 쌍방 또는 일방의 신청에 의해 또는 위원회의 직권에 의해 알선을 행한다(국노법 제26조 제1항, 노동관계조정법 제12조 제1항), 알선원은 관계 당사자 사이에서 알선하고 쌍방의 주장의 요점을 확인하여 사건이 해결되기 쉽도록 노력한다(노동관계조정법 제13조, 국노법

제26조 제6항).

국영기업 노동관계에서의 알선은 중앙노동위원회의 회장이 국영기업 담당공익위원, 국영기업 담당사용자위원, 국영기업 담당근로자위원 또는 조정위원 후보자 명부(국노법 제29조)에 기재되어 있는 자 중에서 지명하는 알선원 또는 위원회의 동의를 얻어 의장이 위촉하는 알선원에 의하여 행한다(국노법 제26조 제2항). 지방의 분쟁에 관하여는 회장이 지방조정위원회 위원 중에서 알선원을 지명하는 것이 적당하다고 인정되는 경우에는 그 지명을 할 수 있다(국노법 제26조 제3항, 노조법 제19조의 10 제1항, 노동관계조정법 제12조 제2항).

지방공영기업 노동관계에서의 알선은 노동위원회의 회장이 노동위원회의 알선원 명부 중에서 지명하는 알선원 또는 노동위원회의 동의를 얻어 회장이 위촉하는 알선원에 의하여 행한다(노동관계조정법 제12조 제1항).

위와 같이 국공영기업 직원의 노동관계에서의 알선은 일반 민간부문에서의 알선과 그리 다를 바가 없다.

다. 조정(調停)

1) 조정의 개시

국영기업 또는 지방공영기업의 노동관계에서의 노동쟁의에 대하여 다음의 경우에는 노동위원회(국영기업 노동관계에서는 중앙노동위원회)는 조정을 행한다(국공법 제27조, 지공노법 제14조).

- ① 관계 당사자 쌍방이 조정을 신청할 때
- ② 관계 당사자 쌍방 또는 일방이 단체협약에 의거하여 조정을 신청한 때
- ③ 관계 당사자 일방이 조정을 신청하고 노동위원회가 조정을 행할 필요가 있다고 결의한 때
- ④ 노동위원회가 직권으로 조정을 행할 필요가 있다고 결의한 때
- ⑤ 주무장관이 조정을 청구한 때(지방공영기업 노동관계에서는 노동장관 또는 都道府縣 지사가 조정을 청구한 때)

국영기업 노동관계에서의 '주무장관'이라 함은 노동장관 및 우정장관(우편사업의 국영기업에 해당), 농림수산장관(국유임야사업의 국영기업에 해당), 재무장관(인쇄사업 및 조폐사업의 국영기업에 해당)을 말한다(국노법 제39조).

민간부문의 노동관계에서는 ③, ④, ⑤항처럼 당사자 일방의 의사 또는 노동위원회의 직권 또는 주무장관의 청구에 의하여 조정이 개시되는 경우는 공익사업에만 해당된다.

2) 조정위원회의 구성

국영기업 노동관계에서의 조정은 당해 사건에 관하여 설치하는 조정위원회에 의해 행한다(제28조). 조정위원회는 공익을 대표하는 조정위원, 국영기업을 대표하는 조정위원 및 국영기업 직원을 대표하는 조정위원 각 3인 이내로 조직한다. 다만, 국영기업을 대표하는 조정위원과 직원을 대표하는 조정위원은 동수이어야 한다(제29조 제1항). 공익을 대표하는 조정위원은 국영기업 담당공익위원 중에서, 국영기업을 대표하는 조정위원은 국영기업 담당사용자위원 중에서, 국영기업 직원을 대표하는 조정위원은 국영기업 담당근로자위원 중에서 위원회의 회장이 지명한다(제29조 제2항). 지방의 분쟁에 관하여는 회장이 당해 지방조정위원회 위원 중에서 조정위원을 지명하는 것이 적당하다고 인정되는 경우에는 그 지명을 할 수 있다(국노법 제29조 제3항, 노조법 제19조의 10 제1항). 위원회의 회장은 필요하다고 인정할 때에는 노동장관이 사전에 위원회의 동의를 얻어서 작성한 조정위원 후보자 명부에 기재되어 있는 자 중에서 조정위원을 위촉할 수 있다(국노법 제29조 제4항).

노동관계조정법에서도 조정위원회의 구성에 관해 이와 유사한 규정이 있으며(제19조 내지 제21조), 지방공영기업 노동관계에서의 조정에도 적용된다.

3) 조정절차

전술한 것 이외에 국영기업의 노동관계에서의 조정에 대하여는 노동관계조정법의 규정 중에서 조정에 관한 규정(노동관계조정법 제22조 내지 제25조, 제26조 제1항 내지 제3항, 제43조)을

준용한다(임의조정에 의한 자주적 해결 규정(노동관계조정법 제28조)은 준용하고 있지 않음)
따라서 결과적으로 조정에 관한 한 전술한 몇가지 특칙 이외에는 노동관계조정법이 적용되는
지방공영기업 노동관계 및 민간부문의 노동관계와 국노법이 적용되는 국영기업 노동관계는 서로
다를 바가 없다.

라. 중재

1) 중재의 개시

국영기업 또는 지방공영기업의 노동관계에서의 노동쟁의에 대하여 다음의 경우에는
노동위원회(국영기업 노동관계에서는 중앙노동위원회)는 중재를 행한다(국공법 제33조,
지공노법 제15조).

- ① 관계 당사자 쌍방이 중재를 신청한 때
- ② 관계 당사자 쌍방 또는 일방이 단체협약이 정한 바에 따라 중재를 신청한 때
- ③ 노동위원회가 알선 또는 조정을 행하고 있는 노동쟁의에 관하여 중재를 행할 필요가 있다고
결의한 때
- ④ 노동위원회가 알선 또는 조정을 개시한 후 2개월이 경과하여도 그 노동쟁의가 해가 되지 않은
경우에 관계 당사자의 일방이 중재를 신청한 때
- ⑤ 주무장관이 위원회에 중재를 청구한 때(지방공영기업 노동관계에서는 노동장관 또는
都道府縣 지사가 중재를 청구한 때).

중재는 당사자에게 구속적 효력이 있으므로 일반 민간부문 노동관계에서는 당사자 쌍방의 의사의
합치에 기하여 신청되어야 한다는 원칙을 지키고 있다(노동관계조정법 제30조 참조). 반면에
국영기업 및 지방공영기업의 노동관계에서는 위의 ③, ④, ⑤항처럼 강제적으로 개시되는
강제중재가 인정되고 있다.

2) 중재위원회의 구성

국영기업 노동관계에서의 중재는 당해 사건에 관하여 설치하는 중재위원회에 의해
행한다(국노법 제34조 제1항). 중재위원회는 국영기업 담당공익위원 전원으로 충당하거나 또는
위원회의 회장이 국영기업 담당공익위원 중에서 지명하는 3인의 중재위원으로 조직한다(제34조
제2항).

민간부문 노동관계에서의 중재도 당해 사건에 관해 설치하는 중재위원회에 의해 행하며,
중재위원회는 3인의 위원으로 구성한다(노동관계조정법 제31조). 국영기업 노동관계와의
차이점은 중재위원은 공익위원 또는 특별조정위원 중 관계 당사자가 합의에 의해 선정한 자에
대하여 노동위원회 회장이 지명하며, 선정에 대한 합의가 이루어지지 않은 경우에는 노동위원회
회장이 직접 선정하여 지명한다는 점이다(노동관계조정법 제31조의 2). 이와 같은 규정은
지방공영기업 노동관계에서의 중재에도 적용된다.

3) 중재절차

전술한 것 이외에 국영기업의 노동관계에서의 중재에 대하여는 노동관계조정법의 규정 중에서
중재에 관한 규정(노동관계조정법 제31조의 3 내지 제34조, 제43조)을 준용한다(임의중재에 의한
자주적 해결 규정(노동관계조정법 제35조)은 준용하고 있지 않음).

따라서 결과적으로 조정절차에 관한 한 전술한 몇 가지 특칙 이외에는 노동관계조정법이
적용되는 지방공영기업 노동관계 및 민간부문의 노동관계와 국노법이 적용되는 국영기업
노동관계는 서로 다를 바가 없다.

4) 중재재정의 효력

중재재정은 단체협약과 동일한 효력을 갖는다(노동관계조정법 제34조). 국영기업 및
지방공영기업 노동관계에서의 중재재정에 대하여는 당사자 쌍방은 최종적 결정으로서 그것에
따라야 한다. 또한 정부 또는 지방공공단체의 장도 당해 중재재정이 실시되도록 가능한 한
노력하여야 한다.

다만, 당해 국영기업 또는 지방공영기업의 예산상 또는 자금상 불가능한 자금의 지출을 내용으로

하는 경우에 관하여는 국회 또는 지방의회의 의결을 얻어야 한다(국노법 제35조, 지공노법 제16조 제1항).

한편, 당해 지방공공단체의 조례에 저촉하는 내용이 있는 중재재정에 대하여는 지공노법 제8조의 규정이 준용되고, 또한 당해 지방공공단체의 규칙 또는 기타 규정에 저촉되는 내용이 있는 중재재정에 대하여는 지공노법 제9조의 규정이 준용되어, 중재재정을 유효하게 할 수 있는 방도를 열어 놓고 있다(지공노법 제16조 제2항, 자세한 것은 단체교섭 단락을 참조).

국영기업 노사관계에서 급여에 관한 중재재정은 단체협약과 마찬가지로 국회 의결을 거친 당해 연도의 예산 속에서 급여로 정한 총액을 초과하여서는 안된다는 급여총액제에 의한 제한을 받는다. 다만, 급여에 관한 중재재정의 경우에는, 단체협약과는 달리 그 중재재정의 실시를 위하여 필요한 금액을 재무장관(대장대신)의 승인을 받아 타항목으로부터 이전하거나 예비비의 지출에 의해 조달할 수 있는 방도가 열려 있다(급여특례법 제5조, 자세한 것은 단체교섭 단락을 참조).

위와 같이 국영기업 및 지방공영기업 노동관계에서 중재재정이 그 노동관계에서의 단체협약처럼 그 효력이 제한된다는 점은, 민간부문의 노동관계에서의 중재재정과 다른 차이점이 된다.

第4節 公益事業 労働者の 勞使關係

1. 공익사업의 의미

(1) 어떠한 사업은 공중의 일상생활에 중요한 것이어서, 만약 그 사업에서 쟁의행위가 발생하는 경우에는 공중의 일상생활에 중대한 피해를 미칠 수 있는 사업이 있다. 이러한 사업을 '공익사업'이라고 한다. 공익사업에서의 쟁의행위에 대하여는 그 방지 및 해결을 위한 특별한 제도가 적용된다.

(2) 쟁의행위에 대하여 특별한 제약을 받는 공익사업의 범위는 다음과 같다. ① 운수사업 ② 우편 전기통신사업 ③ 수도 전기 또는 가스공급사업 ④ 의료 또는 공중위생사업 등으로, 공익의 일상생활에 없어서는 아니되는 사업을 말한다(노동관계조정법 제8조 제1항).

또한, 내각총리는 이러한 사업 이외의 사업이더라도 그 업무의 중단이 국민경제를 현저히 저해하거나 또는 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 사업을, 국회의 승인을 거쳐서 1년 이내의 기간 동안 공익사업으로 지정할 수 있다(노동관계조정법 제8조 제2항). 그러나 아직까지 그러한 지정이 이루어진 적은 없다.

2. 쟁의행위 예고의무

공익사업에 대해 노사 당사자가 쟁의행위를 하려면, 쟁의행위를 개시하기 10일 전까지 노동위원회와 노동장관 또는 都道府縣 지사에게 그 취지를 예고하여야 한다(노동관계조정법 제37조). 예고는 쟁의행위를 하는 일시 장소, 쟁의행위의 개요 등을 기재한 서면으로 행한다(노동관계조정법 시행령 제10조의 4 제3항). 일반적으로는 "○○일 이후 요구가 관철될 때까지 기간 동안, ○○장소를 제외한 전직장에서, 조합원 전부 또는 일부가 파업 기타의 쟁의행위를 행한다"는 식의 개괄적인 예고가 행해지고 있으며, 그러한 개괄적인 예고도 유효하다. 예고의무를 위반한 경우에는 위반의 책임이 있는 근로자 근로자단체, 사용자 사용자단체 및 단체의 대표자는 벌금(10만엔 이하)에 처해진다(노동관계조정법 제39조). 쟁의행위 예고통지를 받은 노동장관 또는 지방의 지사는 곧바로 공중이 알 수 있는 방법으로 이를 공포하여야 한다.(노동관계조정법 시행령 제10조의 4 제4항).

예고제도는 공익사업에서의 쟁의행위가 국민생활 일반에 미치는 영향이 크기 때문에, 사전의 예고 및 냉각기간 경과를 요구하여 일반 공중이 쟁의행위를 미리 알아 불측의 손해를 방지하고 손해를 최소한으로 하면서, 또한 노동위원회에게 쟁의행위 방지를 위한 조정활동의 기회를

확보하려는 데에 그 목적이 있다.

원래 1952년 개정 이전에는 조정전치주의가 적용되어, 노동위원회의 조정절차에 부의된 후 30일간은 쟁의행위를 할 수 없도록 하였다. 그런데 그것은 쟁의권의 행사를 현저히 곤란하게 하며 실질적으로 쟁의권을 박탈한다는 비판이 있었으며, 또한 노동조합측은 일찍 조정을 신청하고서 냉각기간 동안 투쟁 자세를 공고히 하는 전술을 펴서, 사실상 아무런 효과를 얻지 못했다. 이러한 경험을 바탕으로 1952년 노동법규를 재편성하는 과정에서 현행법과 같이 개정되었다.

3. 조정(調停)절차의 강제적 개시

일반 민간부문 노동관계에서 노동쟁의에 대하여는 ① 관계 당사자 쌍방이 조정을 신청한 때, 또는 ② 관계 당사자 쌍방 또는 일방이 단체협약에 의거하여 조정을 신청한 때에 노동위원회가 조정을 행한다(노동관계조정법 제18조 제1호, 제2호). 그런데 공익사업 노동관계에서의 노동쟁의에 대하여는 그 외에도 ③ 관계 당사자가 일방이 조정을 신청한 때 ④ 노동위원회가 직권으로 조정을 행할 필요가 있다고 결의한 때, 또는 ⑤ 노동장관 또는 都道府縣 지사가 조정을 청구한 때에도 노동위원회는 조정을 행한다(노동관계조정법 제18조 제3호 내지 제5호).

③, ④, ⑤항처럼 당사자 일방의 신청 또는 노동위원회가 직권 또는 주무장관의 청구에 의하여 조정이 개시된다는 점은 국공영기업 직원의 노동관계에서의 조정의 경우와 유사하다.

그러나 조정절차는 쟁의행위를 중지시키는 냉각기간이 없으며 조정안의 구속력도 없으므로, 조정의 강제적 개시가 당사자의 쟁의행위권을 제약하는 것은 아니다.

한편, 공익사업임을 이유로 그 노동관계에서의 노동쟁의에 대하여 강제적으로 중재절차가 개시되는 제도(강제중재)는 일본에는 없다.

4. 긴급조정절차

공익사업에서의 쟁의행위에 대하여는 그로 인한 당해 사업의 중단이 국민경제의 운행을 현저히 저해하거나 또는 국민의 일상생활을 현저히 위태롭게 할 우려가 있는 경우, 내각총리에 의해 긴급조정절차라는 특별한 조정절차가 개시될 수 있다(노동관계조정법 제35조의 2).

긴급조정의 개시 요건으로는 반드시 공익사업이어야 하는 것은 아니다. 즉 쟁의행위의 규모가 방대하거나 또는 특별한 성질의 사업에 관한 것이기 때문에 쟁의행위로 인한 당해 사업의 중단이 국민경제의 운행을 현저히 저해하거나 또는 국민의 일상생활을 현저히 위태롭게 할 우려가 있다고 내각총리가 인정하는 경우에도 긴급조정절차가 개시될 수 있다(동법 제35조의 2 제1항).

원래, 1952년 강화조약을 계기로 노동법규를 재편성하기 이전에는 긴급조정절차는 없었다.

점령하에서는 쟁의행위가 국민경제나 국민생활에 중대한 위기를 초래하는 경우에는 항상 연합국최고사령부가 그 시점마다 명령 또는 권고 등에 의해, 초법규적인 권력으로써 쟁의행위를 금지하여서 최악의 사태를 회피할 수 있었다. 그렇지만 강화조약이 체결되고 일본의 주권이 회복된 이후에는 그러한 초법규적인 제어장치도 기대되지 않을 뿐만 아니라, 독립 후의 자주경제를 확보하기 위하여는 산업평화의 유지가 절실히 요청되므로 국민경제나 국민생활에 중대한 위기를 초래하는 쟁의행위에 대하여 합리적으로 해결할 수 있는 입법조치가 강구될 필요가 있었다. 그리하여 1952년 개정에서 긴급조정제도라는 쟁의권 보장에 대한 특별한 제약을 설정하였다.

내각총리는 긴급조정을 결정하려는 경우에는, 미리 중앙노동위원회의 의견을 들어야 한다.

긴급조정을 결정을 한 때에는, 바로 그 이유와 취지를 공포하며 동시에 중앙노동위원회 및 관계 당사자에게 통지한다(동법 제35조의 2 제2항, 제3항).

결정에 공포된 경우에 관계 당사자는 공포일로부터 50일간은 쟁의행위를 할 수 없다(동법 제38조). 이를 위반한 경우에는 그 위반에 책임이 있는 근로자 근로자단체, 사용자 사용자단체 및 단체의 대표자는 20만엔 이하의 벌금에 처해진다(동법 제40조).

그리고 중앙노동위원회는 그 결정을 통지 받은 후, 그 사건을 해결하기 위하여 최대한의 노력을 하여야 하며, 이를 위해 알선 조정 중재, 실정조사 및 그 공표, 또는 해결을 위한 필요한 조치의 권고 등의 방법을 강구할 수 있다. 사실조사는 그 결과를 공표하여 여론의 압력에 의해 해결하려는 방법이며, 권고는 법적 구속력은 없지만 중앙노동위원회가 광범위한 재량권을 가지고

적절한 조치를 모색할 수 있는 방법이다.

또한, 긴급조정으로서의 조정(調停)에 대하여는, 조정 개시의 일반적 요건(동법 제18조)에 해당되지 않는 경우에도 개시될 수 있다(동법 제35조의 3 제3항).

반면에 중재에 대하여는, 당사자 쌍방이 신청하는 경우이거나 단체협약에 의거하여 당사자 쌍방 또는 일방이 신청하는 경우에만 허용된다는 중재 개시의 일반적 요건(동법 제30조)이 변함없이 적용된다. 즉 긴급조정의 경우에도 강제중재는 인정되지 않는다.

중앙노동위원회는 긴급조정의 결정을 받은 사건을 다른 모든 사건보다 우선하여 처리하여야 한다(동법 제35조의 4).

내각총리가 행한 긴급조정의 결정에 대해서는 행정불복심사법에 의한 불복신청을 할 수 없다(동법 제35조의 5). 그러나 그 결정이 노동관계조정법상의 요건(동법 제35조의 2 제1항)을 갖추었는가에 관하여는 행정소송의 대상으로 될 수 있다고 해석된다.

긴급조정은 쟁의행위 그 자체를 중지시킨다는 점에서 쟁의권 보장을 강하게 제약하는 것이다.

전술하였듯이, 긴급조정은 점령하의 연합국최고사령부의 초법률적 조치를 대체하여 설정된 것이다. 이러한 점에서 긴급조정절차는 거의 사용되지 않고 있다. 실제로 오늘날까지

긴급조정권이 발동된 것은 1952년 10월에 하순부터 60일간에 걸쳐 炭勞가 임금인상과업을 하여 극도로 석탄이 부족해져서 국민생활에 압박을 받자, 이를 해결하기 위하여 중앙노동위원회의

동의를 얻어 동년 12월 17일에 긴급조정권이 발동된 한 건만 있을 뿐이다. 이 때에 炭勞는

긴급조정결정을 받아들여 바로 파업을 중지하였고, 중앙노동위원회의 알선안을 수락하여 사태가 해결되었다.

第6章

유럽諸國의 勞使關係法

第1節 獨逸

1. 개요

가. 이원적 구조

독일에서의 공공부문에는 연방정부 주정부 지방정부의 정부기관뿐만이 아니라 공기업, 공법상의 영조물 및 재단 등도 포괄된다. 이러한 공공부문에 종사하는 공공부문 근로자에는 공무원(Beamte) 이외에도 비공무원인 근로자들(Arbeitnehmer)이 있어 이원적인 구조로 되어 있다. 공무원에게는 공법인 공무원법에 의해 그 지위가 보장되고 근로조건이 법정된다. 반면, 비공무원인 근로자는 공무원법이 적용되지 않고 사법상(私法上)의 고용계약에 의해 규율된다는 점에서 양자는 큰 차이가 있다. 비공무원인 근로자는 직무의 성격에 따라 다시 사무직 근로자(Angestellte : 화이트칼라 근로자에 해당)와 노무직 근로자(Arbeiter : 블루칼라 근로자에 해당)로 나뉘어진다.¹⁾ 정부기관의 경우에는 전술하였듯이 공무원과 비공무원 근로자가 혼재되어 있다. 경찰조직의 경우 경찰은 연방 또는 주 소속의 공무원이며, 행정사무 등의 담당직원은 사무직 근로자이다. 국공립학교의 경우에도 교원은 공무원으로, 행정사무의 담당직원은 사무직 근로자로 구성되어 있다. 공기업의 경우에는 주로 주식회사의 형태를 취하므로 비공무원인 사무직 근로자와 노무직 근로자 구성되어 있다. 그러나 연방철도나 연방우편의 경우에는 비공무원의 근로자 이외에도 공무원이 있다.

이와 같이 공공부문 근로자들은 공무원과 비공무원으로 나누어지는데, 공공부문 전체에서 공무원과 비공무원은 약 4 대 6 정도의 비율을 차지하고 있다(공무원, 사무직 근로자, 노무직 근로자의 비율은 약 4:4:2 정도임).

그런데 관료제도가 형성되기 시작하였던 초기에는 정부기관에 근무하는 자들에게 모두

공무원(관료)으로서의 신분을 인정하는 것이 원래의 모습이었다. 이미 1810년대의 프러시아 시기에도 정부는 공무원이 아닌 근로자를 고용하였지만 그것은 단순기계적인 노동에 한정되는 예외적인 것에 불과하였다. 공공부문에 비공무원인 근로자들이 본격적으로 고용되기 시작한 것은 제1차 세계대전 당시에 군사부문의 「기술 경영직원」이 공무원법이 아닌 사법상(私法上)의 고용계약에 의해 임용되면서부터이다. 또한 대전 후에는 철도사업, 실업대책사업, 국가사회보험, 노동행정 등에 종사하는 직원이 사법상의 고용계약에 의해 임용되면서 비공무원인 근로자의 비율이 점차 확대되어 왔다.

한편 전술하였듯이, 공무원에게는 공무원법이 적용되고, 비공무원이 사무직 근로자 및 노무직 근로자에게는 공무원법이 적용되지 않고 고용계약에 의해 규율된다는 이원적 구조는 원래 공무원에게만 특수한 신분적인 지위를 보장하려는 데에 연유하였지만, 바이마르시대 이후 노동법이 출현하여 사무직 근로자 및 노무직 근로자에게 노동법이 적용되면서 그 의미가 달라졌다.

먼저 해고제한법률에 의해 민간부문의 근로자들은 물론 공공부문의 사무직 근로자 및 노무직 근로자들도 해고로부터의 고용보장을 받게 되어, 그 모습은 공무원법에서 공무원에게 종신고용제를 인정하고 있는 것과 유사하게 되었다. 그리고 사무직 근로자 및 노무직 근로자가 결성한 노동조합에게 단체협약체결권이 인정되고, 단체협약이 단체협약법에 의해 근로조건에 관한 법적 효력을 갖게 되면서, 공무원법에 의해 공무원에게 인정되는 대우(가령 병가, 연금 등)들이 사무직 근로자 및 노무직 근로자에게도 단체협약에 의해 인정되게 되었다. 반대로 단체협약에 의해 사무직 근로자 및 노무직 근로자에게 적용되었던 대우(가령 초과근무수당, 상여금 등)들이 공무원에게도 법정되어 적용되고 있다. 또한 민간부문의 사업장에 적용되는 경영조직법과 유사한 내용의 직원대표법이 공공부문의 기관에 적용되어 공무원, 사무직 근로자 및 노무직 근로자를 통합하여 대표하는 직원협의회가 조직되어 경영조직법상의 경영협의회와 유사한 기능을 하고 있다.

따라서 현행 공공부문에서 공무원 관계와 사무직 근로자 및 노무직 근로자관계의 구분은 근로조건을 결정함에 있어서 법률로 정하는가(근로조건의 법정), 단체협약에 의하는가 라는 결정방식의 차이에서만 그 의미를 갖고 있을 뿐이다.

나. 규율체계

1) 공무원의 경우

기본법 제33조 제4항에서는 "공법상의 근무관계와 충성관계에 있는 공공근무의 종사자(Angehörige des öffentlichen Dienst)"가 '고전적 권능'을 담당하며, 제5항에서 '직업적 공무원제도의 전통적인 제원칙'을 고려하여 공직근무법률이 정해져야 한다고 규정하고 있다. 이에 따라 1953년 연방공무원법(Bundesbeamtengezet:BBG)이 제정되어 공무원의 근무관계를 규율하고 있다. 따라서 연방공무원의 근로조건도 이 법률에 따라 정해진다(근로조건 법정주의). 동법의 적용을 받는 연방공무원에는 연방정부를 임용권자로 하는 공무원(직접 연방공무원)과 공법상의 연방직할단체 및 영조물 또는 재단을 임용권자로 하는 공무원(간접 연방공무원)이 모두 포함된다.

한편, 주 이하의 자치정부에 소속되어 있는 공무원의 노동관계에 대해서는 주정부가 각기 규율한다. 그러나 연방법은 지방법에 우선하며(기본법 제31조), 1957년에 제정된 연방법률인 공무원법규기본법(Beamtenrechtsrahmengesetz)에서는 주공무원의 근무관계에 관한 주정부의 입법에서 지켜야 할 기준을 설정하고 있는데, 그것은 연방공무원법의 내용과 유사하다. 따라서 사실상 연방공무원의 근로조건과 주 이하의 공무원의 근로조건은 거의 동일하다. 본고에서는 연방공무원법을 중심으로 살펴보기로 한다.

공무원의 노동관계는 위와 같이 공무원법에 의한 공법상(公法上)의 근무 충성관계이며, 공무원에 관한 쟁송의 재판 관할은 행정법원이 갖는다.

공무원은 단결권이 보장된다. 그러나 공무원에게 단체협약체결권 및 쟁의권을 명문으로 보장하는 법규정은 없으며, 해석론상 부인하는 것이 일반적이다. 단체협약체결권을 대신하여 공무원의 노동조합에게는 법규제정에 있어서 일정한 관여권이 인정되고 있다.

한편, 공무원도 사무직 근로자 및 노무직 근로자와 함께 직원협의회를 조직하며, 직원협의회는

직원의 인사 등에 관하여 행정관청 등의 사용자와 합의하는 권한을 갖는다.

2) 비공무원인 사무직 근로자 및 노무직 근로자의 경우

비공무원인 사무직 근로자 및 노무직 근로자에게는 단결권뿐만이 아니라 단체협약체결권 및 쟁의권도 인정된다. 그들의 근로조건은 단체협약에 의해 규율되며(연방공무원법 제191조 참조), '단체협약법'이 적용된다. 그러나 공무원법은 적용되지 않는다.

공공부문의 사무직 근로자 및 노무직 근로자도 공무원과 함께 직원대표법에 의한 직원협의회를 구성한다.

2. 단결권

가. 단결권보장

독일의 기본법(본 기본법을 말하며, 우리나라의 헌법에 해당함)에서는 모든 국민에게 단결의 자유를 보장하고 있다. 즉 기본법 제9조 제3항에서 "근로조건 및 경제조건을 유지 개선하기 위하여 단결체를 결성할 권리는 누구에게나 그리고 어떠한 직업에도 보장된다. 이 권리를 제한하거나 방해하려는 약정은 무효이며, 이를 목적으로 하는 조치는 위법이다"라고 규정하고 있다. 따라서 공공부문 근로자인 사무직 근로자 및 노무직 근로자는 물론 공무원에게도 단결권은 보장되고 있다.

기본법을 좇아서 연방공무원법 제91조 제1항에서도 "공무원은 단결의 자유에 의거하여 노동조합 또는 직능단체를 결성하는 권리는 갖는다. 공무원은 법률에서 별도로 정함이 없는 한 소속된 노동조합 또는 직능단체에 대표권을 위임할 수 있다"고 규정하고 있다. 또한 동조 제2항에서는 "공무원은 누구든지 자신이 가입한 노동조합 또는 직능단체를 위한 활동을 이유로 직무상 처분을 받거나 불이익한 대우를 받지 않는다"고 규정하여 단결활동을 보장하고 있다. 독일의 경우 장관도 조합원인 경우가 있을 정도로 고급공무원도 노동조합에 많이 가입해 있다.

사무직 근로자 및 노무직 근로자에 관해서는 기본법상의 조항 이외에 별도의 법규정이 없으나, 기본법상의 조항 자체에 의해 단결권이 법인된다. 이는 일반 민간부문에서의 사무직 근로자 및 노무직 근로자의 경우와 마찬가지로이다.

나. 노동조합 및 사용자단체

독일에서 민간부문 및 공공부문 노동조합의 조직형태에 관한 법적인 제약은 없으며, 또한 등록제도 등의 제약도 없다. 주지하듯이, 현재 독일의 노동조합은 주로 산업별 또는 직업별 전국조직으로 되어 있으며, 다시 전국중앙연맹을 결성하고 있다. 공공부문 근로자들은 그들의 노동조합을 조직하거나, 또는 일정 산업별 또는 직업별로 민간부문의 근로자들과 함께 구별없이 노동조합을 조직하고 있다.

공공부문 근로자가 가입되어 있는 노동조합을 전국중앙연맹을 중심으로 살펴보면 다음과 같다.

먼저 DGB(Deutscher Gewerkschaftsbund:독일노동조합총연맹)가 있다. DGB는 독일의 대표적인 전국중앙조직으로 산하에 독일 최대의 단위노조인 IG Metal(금속노조) 외에도 총 17개의 산업별 단위노조로 구성되어 있다. DGB산하의 노조들에는 민간부문의 사무직 근로자 및 노무직 근로자뿐만이 아니라 공공부문의 공무원, 사무직 근로자 및 노무직 근로자들이 함께 가입해 있다(1987년 기준으로 DGB의 전체 조합원 비율은 노무직 근로자가 66.8%, 사무직 근로자가 22.8%, 공무원이 10.4%임). 그 중 공공부문과 특히 관련이 있는 것은 공무 운송 교통노조(Gewerkschaft öffentliche Dienste, Transport und Verkehr:ÖTV), 독일체신노조(DPG), 독일철도노조(GDED), 경찰노조(Gewerkschaft der polizei), 교육학술노조(Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft:GEW)등이 있다. ÖTV는 그 조직범위가 연방정부 주정부 지방정부의 공무원, 사무직 근로자 및 노무직 근로자를 포괄하고 가스 수도 전기사업, 경찰, 감옥, 보건위생, 의료기관, 학교사무직근로자, 근거리교통기관, 연방철도를 제외한 철도기관, 항만사업, 항운사업, 원양 및 근해어업, 항공사업, 운송사업 등에 걸치는 거대 노동조합으로서 큰 단결력을 지니고 있다. 다음으로 독일에는 DGB에 소속되어 있지 않은 별도의 전국중앙연맹이 많다. 그 중

DAG(Deutscher Angestellten-Gewerkschaft:독일사무직근로자노동조합)는 민간부문 및 공공부문의 사무직 근로자가 가입하여 있다. DAG의 조합원은 8개의 직업집단별(Berufsgruppen)로 조직되어 있으며, 그 중에는 공무원직집단(Angestellten im öffentlichen Dienst)도 있다.

또한 DBB(Deutscher Beamtenbund:독일공무원노동조합)는 주로 공무원이 가입하여 있으며, 조합원은 각 전문직업별로 조직되어 있다. 공무원 중 조직근로자의 약 반수가 DBB와 전술한 DGB 소속 노조에 가입되어 있다. DGB의 경우 공무원은 전술하였듯이, 개개의 소속 단위노조에 분할되어 조직되어 있는 반면, DBB의 경우에는 공무원이 각 직업별노조(Berufsgewerkschaft)를 중심으로 조직되어 있다.

이외에도 CGB(Christlicher Gewerkschaftsbund Deutschlands:독일기독교노동조합총연맹)이 있는데, 산하 노조에 공무원, 사무직 근로자 및 노무자 근로자가 가입하여 있으며, 직업별로 조직되어 있다.

위와 같이 하나의 행정기관 또는 하나의 공기업에 근무하는 근로자일지라도 하나의 노동조합에 통일적으로 조직되어 있지 않고, DGB, DAG, DBB등의 전국중앙연맹 소속의 복수의 노동조합에 분산되어 조직되어 있다. 한편, 연방의 공공부문 근로자에 대해서는 내부장관이, 주의 공공부문 근로자에 대해서는 독일주정부사용자단체(Tarifgemeinschaft Deutscher Länder), 기초자치체인 지방정부 소속의 공공부문 근로자에 대해서는 독일지방정부사용자단체(Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände)가 사용자로서의 역할을 담당하고 있다.

다. 전임제도

독일의 노동조합에 대해서도 협약에 의해 직장 임원에게 전임이 인정되며, 전임기간 동안의 유급이 인정되고 있다. 공무원의 경우에도 마찬가지로 인정되고 있는데, 법적인 근거로는 연방공무원법 제89조 제2항을 들 수 있다. 동조항에서는 "연방정부는 전항의 경우(요양휴가) 이외에 기타의 사유에 의한 휴가를 허가할 수 있으며, 이 휴가기간 중 급여의 지급 여부 및 정도에 관해 결정한다"고 규정되어 있다. 또한 당국은 동조항에 의해 비전임 임원에게 조합활동 참가를 위한 일시 유급휴가도 허가하고 있다.

3. 근로조건의 결정

공공부문의 근로자 중 공무원의 근로조건은 법령에 의해 정해지고, 사무직 근로자 및 노무직 근로자의 근로조건은 단체협약에 의해 정해진다.

가. 공무원의 경우

1) 근로조건의 법정

연방공무원의 근로조건은 연방공무원법에 의해 법정된다. 연방공무원법에서는 보수 휴가 등에 관해 자세히 규정하고 있다. 주공무원의 근로조건은 주법률인 공무원 법률에 의해 법정된다.

2) 관여권

연방공무원법 제94조에서는 공무원의 근로조건을 정하는 법령의 입법 단계에서 공무원의 노동조합에게 일정 정도 관여하는 권한을 인정하고 있다. 즉 "공무원법상의 제관계를 규율하는 일반적인 규정을 준비함에 있어서, 당해 노동조합의 상급연맹체(Spitzenorganisationen)를 관여하게 한다"고 규정하고 있다.

이 '관여권'이 인정되는 노동조합은 상급연맹체에 한정된다. 일반적으로 전국적인 조직인 DGB와 DBB에게 관여권을 인정하여 오고 있다. 공무원들의 단위노동조합이 직접 관여하는 것이 아니라, 전국적인 중앙조직을 통해 관여하는 것은 역사적 관행을 따라 법제화되었기 때문이다.

노동조합의 관여절차는 교섭에 의한 '합의'나 '동의'를 의미하는 것은 아니나, 그렇다고 하여 단순한 '의견청취'에 불과한 것도 아니다. 그것은 실제로 다음과 같은 방식으로 이루어지고 있다. 먼저 내무부 장관 또는 고위관리와 노동조합의 대표자가 회합하여 양측의 요구사항을 '협의'한다. 이 협의사항을 기초로 내무장관은 재무장관의 법률의 초안을 만들기 위한 협의를 한다. 따라서

법률 제정의 초기 단계에서 노동조합측의 요구를 기초로 검토한다는 점은 교섭과도 유사한 측면을 갖는다. 또한 정치적인 이유에서 그리고 관여절차가 상당히 공적인 성격을 갖기 때문에 노동조합측의 요구가 쉽사리 거부되지 않고 있다.

하지만, 공무원이 사무직 근로자 및 노무직 근로자와 함께 조직되어 있는 DGB나 그 가맹조합인 ÖTV는 관여절차에 대해 불만족스러워하고 있다. 관여절차는 법률의 제정에 있어서 공무원들에게 유리하도록 상당한 변화를 가져오기보다는 기술상의 개선에 영향을 미침에 불과하다고 보고 있다. 특히 경제적인 여건이 악화되는 시기에는 단순한 관여만으로는 근로조건을 보장받는 적절한 방법이 될 수 없다. DGB는 공무원에 대해서도 일반근로자와 마찬가지로 단체교섭권을 인정받아, 공공부문의 공무원, 사무직 근로자 및 노무직 근로자를 통합하여 단체협약에 의해 규율되는 것을 장기적으로 바라고 있다.

반면에 공무원만으로 조직되어 있는 DBB는 관여권한이 인정되는 현상황에 비교적 만족하고 있다. 다만, 행정기관에게 정기적으로 협의하도록 의무화하고, 내무장관은 초안 작성에서 반영이 안된 노동조합측의 제안을 의회에 보고하도록 하는 방식으로 관여절차가 개선되기를 바라고 있다.

3) 연방인사위원회

연방공무원에 의해 연방인사위원회(Personalaussschuss)가 설치된다(연방공무원법 제94조). 연방인사위원회는 공무원의 신분에 관한 일반적 규정의 제정에 협력하고, 공무원의 교육 시험 연수 등에 관한 규정의 제정에 협력하며, 중요한 의의를 가진 고충처리를 해결하는 권한을 갖고 있다. 그러나 일본의 인사원과 같이 급여에 관한 권고권은 없다.

후술하듯이, 이러한 연방인사위원회의 구성에 노동조합의 대표도 참여하고 있다.

4) 단체협약체결능력의 부정

독일에서는 공공부문의 노동관계는 물론 민간부문의 노동관계에 대해서도 단체교섭권에 관한 헌법상의 명문의 보장은 없다. 또한 단체교섭권이라는 개념이 독일 노동법상 존재하지 않는다. 단체협약법(Tariffvertragesgesetz) 제2조 제1항에서는 "단체협약의 당사자는 노동조합, 개별사용자 및 사용자단체이다"라고 규정하여 단체협약의 기본적 당사자로 노동조합이라는 개념을 도입하고 있는데, 이때의 '노동조합'의 개념은 '단체협약체결능력(Tarifffähigkeit)'이 있는 단결체로 해석되고 있다. 따라서 이 '단체협약체결능력'이라는 개념이 우리나라 식의 단체교섭권 개념을 대신한다. 그런데 공무원의 노동조합에 대해서는 위와 같은 단체협약체결권을 부정하는 명문규정은 없다. 공무원의 노동조합에게는 '관여권'이 인정되지만, 그 반대해석으로 당연히 단체교섭권이 부정되는 것도 아니다.

다만, 해석론상 공무원에 대해서는 단체협약체결권을 부정하는 견해가 통설이며, 판례도 이를 지지하고 있다(가령, 1954년 11월 18일의 연방헌법재판소 판결). 단체협약체결권이 부정된다는 해석의 이유는 기본법 제33조 제4항이 공무원의 관계를 국가에 대한 공법상의 충성하는 복무관계(Treudienstverhältnis)로 규정하고 있는 것에 의해, 공법상의 근무관계 및 충성관계에 있는 공무원의 성격에 반하는 형태의 단체협약의 체결은, 공무원의 노동조합에는 인정되지 않기 때문이라고 보고 있다. 이에 따라 공무원의 노동관계에 대해 단체협약이 체결된 사례는 보이지 않고 있다.

5) 쟁의권의 부정

독일에서 쟁의권을 보장하는 명문규정은 없다. 다만, 기본법 제9조 제3항에서 모든 근로자에게 단결권을 보장하고 있다는 점에서부터 도출되는 원칙을 기초로 하여 연방노동법원의 판례(BAG GS 28.1. 1955와 21.4. 1971 등)에 의해 쟁의행위가 규율되는 결과, 쟁의권 보장이 인정된다고 일반적으로 설명된다.

한편 공무원에 관해서 쟁의권을 특별히 제한하는 헌법상의 명문규정은 없다. 연방공무원법상으로도 연방공무원에 대해 쟁의권을 보장하거나 쟁의행위를 금지하는 명문규정이 없다(일부 주에서는 주공무원에 대하여 쟁의행위를 금지하는 각종 제한 규정이 있음). 그러나 기본법상의 단결권 보장에는 쟁의권까지 포함되는 것은 아니며, 공무원에 대해서는 쟁의행위가 금지된다고 해석되는 견해가 통설이다. 즉 일반적으로 공무원의 쟁의행위는 국가에

대하여 놓여 있는 공법상의 근무관계 및 충성관계와 양립하지 않는다는 점, 공무원의 근로조건은 법률에 의해 정해진다는 점, 직장폐쇄와 같은 대항수단의 행사가 불가능하다는 점, 국가기관의 정폐는 공공 복리에 반한다는 점, 공무원의 파업은 국가와 국민에게 압력을 가하게 된다는 점 등을 이유로 하여 해석론상 쟁의행위 금지를 이끌어내고 있다.

사실 공무원의 쟁의행위 금지는 바이마르 시대에도 일반적인 견해였고, 제2차 세계대전 이후 연방공무원법을 제정함에 있어서도 그 법안 제57조에서 "근무의 회피나 근무의 정폐는 근로조건을 확보 또는 개선을 위해서도 인정되지 않는다"는 규정이 있었지만, 공무원관계의 본질, 직무전념의무, 종신적 임용, 충성근무관계 등에 의해 일반근로자와 구별되는 특수성이 공무원에게는 인정되므로 쟁의행위 금지는 당연한 것이라고 보아, 법안의 심의과정에서 삭제되었다.

공무원과 사무직 근로자 및 노무직 근로자의 구별없이 조직되어 있는 DGB나 그 소속 ÖTV의 경우에는 공무원에 대해서도 단체협약체결능력을 인정받아 공무원, 사무직 근로자 및 노무직 근로자의 구분없이 통일된 단체협약을 체결할 것을 장기적으로 바라고 있다. 따라서 공무원에 대해 쟁의행위가 금지된다는 견해에 관해 큰 불만을 갖고 있다.

일반적으로 공무원은 근로조건을 개선을 위하여 쟁의행위에 호소하지 않아 왔지만, 예외적으로 공무원의 쟁의행위가 발생하는 경우도 있다.

다. 1960년대부터 근로조건을 위한 집단적인 행동으로는 공무원들은 준법 투쟁을 하기도 하며, 1969년에는 최초로 공무원의 파업이 프랑크푸르트 및 한센 주의 여러 도시에서 일어났다. 정부측은 공무원의 준법 투쟁 및 파업이 불법적인 행동이라고 경고하지만, 그로 인하여 공무원에게 제재 등의 처분을 가하는 경우는 거의 없다. 이러한 점에서 독일에서는 공무원에게 쟁의행위가 완전히 금지되고 있다고는 말할 수 없게 된다.

나. 사무직근로자 및 노무직근로자의 경우

1) 단체협약체결능력의 인정

공공부문의 사무직 근로자 및 노무직 근로자의 근로조건은 민간부문의 경우와 마찬가지로 노동조합과 사용자가 체결한 단체협약에 의해 근로조건이 결정되고 있다(연방공무원법 제191조 참조). 사무직 근로자 및 노무직 근로자의 노동조합은 단체협약체결능력이 인정된다고 해석되고 있다. 공공부문의 단체협약도 민간부문의 단체협약과 마찬가지로 단체협약법이 적용된다.

다만, 특정 공공부문에 관한 개별 법률에서는 단체협약의 효력이 일정 정도 제한되기도 한다. 가령 연방철도법(Bundesbahngesetz) 제14조 제5항에서는 "임금협약이 연방철도의 예산집행이나 계획실행에 중대한 변경을 필요로 하는 경우에는, 교통장관이 내무장관 및 재무장관과 협의한 후의 승인이 있어야 한다"고 규정하고 있다. 이러한 특별한 예외를 제외한다면, 공공부문의 사무직 근로자 및 노무직 근로자에 대한 단체협약은 민간부문과 동일한 효력을 갖는다.

2) 쟁의권의 인정

공공부문의 사무직 근로자 및 노무직 근로자도 민간부문의 근로자와 마찬가지로 쟁의권이 인정된다고 해석되고 있다.

독일에서는 공익사업을 이유로 하는 개별적인 쟁의제한 입법이 존재하지 않는다. 다만, 생존배려에 필요한 최소한도의 급부를 확보해야 한다는 관점에서 일반국민의 생존에 필요한 일정한 분야, 가령 에너지, 수도, 우편, 방송, 국방, 치안 등의 분야에서의 쟁의행위에 대해서는 쟁의제한을 정당화하는 동시에 일정한 요건하에서 강제적인 조정도 예외적으로 허용될 수 있다는 견해가 주장되고 있으며, 일부 주에서는 이러한 입장에서 쟁의제한 법률을 제정하고 있다. 실제로 독일의 공공부문에서의 대규모 파업은 드물지만, 1974년과 1992년에는 대규모의 파업이 ÖTV에 의해 실행되기도 하였다.

한편, 사무직 근로자 및 노무직 근로자의 파업에 대하여 그 업무에 파업 근로자들을 대신하여 공무원을 투입하는 것은 허용된다고 하는 것이 연방행정법원의 입장이다(BVerwG2C18.82).

3) 조정제도

독일에서 민간부문의 노동관계는 물론 공공부문의 노동관계에서도 노동쟁의에 대한 조정절차는

주로 노사간의 조정협정(Schlichtungsabkommen)에 의해 인정되고 있다. 조정협정에 의해 통상 노사 동수의 위원과 중립적 위원장으로 구성된 조정기구(Schlichtungstellen)가 조정절차를 담당한다. 주정부에 설치된 정부기관인 조정위원회(Schiedsausschuß)에 의한 조정은 1946년에 제정된 연방법률인 통제위원회법 제35호(Kontrollratsgesetz Nr. 35) 및 동법을 시행하는 주법률들에 근거하여 인정되나, 노사 당사자간에 조정협정이 존재하지 않고 쌍방의 합의에 의해서만 조정절차가 회부될 수 있으므로 사실상 거의 활용되지 못하고 있다.

4. 공공부문 근로자의 경영참가제도

가. 총 설

독일의 민간부문에서는 다양한 형태의 경영참가제도가 있다. 그것들은 우선 크게 감독회(Aufsichtsrat)를 통한 공동결정제도와 경영협의회(Betriebsrat)를 통한 경영참가제도로 나누어 볼 수 있다.

감독회를 통한 공동결정은 기업 단계에서의 경영참가로, 이사회를 선출 및 통제하고 기업경영의 중요정책을 결정하는 감독회를 구성함에 있어서 자본측 대표뿐만이 아니라 종업원측 대표가 함께 참여하는 것을 말한다. 감독회는 ① 1951년에 제정된 「석탄 철강산업의 공동결정법」(Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und die Eisen und Stahl erzeugenden Industrie)에 의해 철강산업 분야의 기업에 설치되며, ② 1976년에 제정된 「공동결정법」(Mitbestimmungsgesetz)에 의해 2천명 이상의 종업원이 있는 주식회사에 설치되며, ③ 1952년에 제정된 「경영조직법」(Betriebsverfassungsgesetz)에 의해 500인 이상의 종업원이 있는 기업에 설치된다.

경영협의회를 통한 경영참가는 사업장 단위에서의 경영참가로, 종업원의 대표로 구성된 경영협의회는 사용자에 대하여 사회적 사항, 경제적 사항, 인사적 사항에 관한 공동결정권, 동의권, 협의권, 의견청취권, 정보제공권을 갖고서 경영에 관여하고, 사용자와 경영협정을 체결하는 것을 말한다. 경영협의회는 전술한 「경영조직법」(Betriebsverfassungsgesetz)에 의해 5명 이상의 종업원을 고용하고 있는 기업에 설치된다.

그런데 공공부문의 경우에는 위와 같은 법률들이 적용되지 않으며, 별도의 법률에 의해 규율된다(경영조직법 제88조 및 연방공무원법 제93조 참조).

즉 연방의 공공부문 근로자에 대해서는 1955년 제정 및 1974년 개정된

「직원대표법」(Personalvertretungsgesetz)이 적용된다. 직원대표법은 연방 차원의 공공부문 전체, 즉 연방정부 및 연방직할공공단체, 영조물, 재단, 기업체 등에 적용된다. 직원대표법에는 직원협의회(Personalrat)를 설치하도록 규정한다. 직원협의회는 경영조직법에 의해 설치되는 경영협의회와 유사하다.

마찬가지로 주의 공공부문 근로자에 대해서도 각 주에서 직원대표법에 상응하는 주법률을 두고 있다. 연방정부는 연방 공공부문 직원대표법에 대해 배타적 입법 권한을 가지고 있지만(기본법 제73조 제8호) 주정부 및 지방정부나 그 소속의 공법상 공공단체의 근로자에 관해서는 대강의 내용만을 입법할 수 있을 뿐이다(기본법 제75조 제1호). 그러므로 연방의 공공부문 직원대표법은 제1부(제1조에서 제93조까지)에 연방 공공부문의 근로자들의 협의회에 대해 자세히 규정하고 있으면서, 제2부(제94조에서 제106조)에서는 주정부가 직원대표법을 정하여야 하는 대강의 기본 내용을 규정하고 있다. 주의 공공부문 직원대표제에 직접 적용되는 몇 개의 규정(제107조부터 제109조)은 기본법상 연방정부에게 인정되는 기타의 관할 지정에 근거를 갖는 것이다.

아무튼 주정부들은 주의 공공부문 근로자에게 적용되는 직원대표법을 각각 제정하는데, 그러한 법률들의 대부분 규정들은 연방의 공공부문 근로자에게 적용되는 직원대표법과 동일하다. 또한 구동독의 각 주에 관해서는 각자의 고유한 직원대표법이 제정되기까지 연방의 직원대표법이 적용된다(통일조약 제40조 제1항). 따라서 본고에서는 연방의 직원대표법상의 제도를 기초로 설명하기로 한다.

한편, 민간부문에서 감독회를 통한 공동결정방식의 경영참가가 일부 공공부문에서도 인정되고 있다. 가령, 연방철도법(Bundesbahngesetz)에 의해 연방철도에서는 관리위원회(Verwaltungsrat)의 구성에 노동조합의 대표도 참여한다.

또한 연방공무원법에 의해 설치되는 인사위원회에도 7인의 정위원 중 3인과 7인의 부위원 중 3인을 관련 노동조합의 상급연맹체의 추천에 의해 임명된다(연방공무원법 제96조).

나. 직원협의회의 설치와 구성

1) 근무기관(Dienststelle)마다 직원협의회를 설치

직원협의회는 근무기관마다 설치된다. 즉 연방, 주, 지방정부 기타 공공단체의 개별 관청, 행정기관 및 사업소, 공적 시설, 공법상의 단체마다 설치된다(직원대표법 제6조 제1항). 이는 민간부문에서 경영협의회가 각 사업장 단위로 설치되는 것에 비교할 수 있다. 가령, 상급세무관리기관(Oberfinanzdirektionen)처럼 연방과 주의 공동 근무기관에서는 연방소속 근로자와 주소속 근로자에 대해 별개의 직원협의회를 설치한다.

2) 계층적 대표제도

근무기관이 여러 단계로 구성되어 있을 경우, 그 단계에 상응하는 직원협의회가 계층별로 설치된다. 즉 하부행정기관에는 직원협의회를, 중간행정기관에 지구직원협의회(Bezirkspersonalrat)를, 최고행정기관에는 중앙직원협의회(Hauptpersonalrat)를 설치한다.

가령, 최고행정관청인 부나 청에 근무하는 직원은 그곳을 관할하는 직원협의회에서부터 중앙직원협의회까지 각 관할 범위의 직원에 의한 선거로 선출된 위원들로 구성된 협의체들이 계층별로 구성된다.

이러한 계층적 대표제도는 후술하는 관여 및 공동결정 분야에서 중요한 기능을 한다. 근무기관의 장(長)과 직원협의회 사이에 견해가 일치되지 못하면, 상급 근무기관과 그곳에 해당되는 지구직원협의회에 제출된다. 거기에서도 합의가 이루어지지 않는 경우 비로소 중재위원회를 거쳐 분쟁해결기구가 등장하게 된다.

3) 직원협의회의 선거와 구성

직원협의회는 민간부문의 경영협의회와 마찬가지로, 4년 임기로 선출된 위원들로 구성된다(직원대표법 제26조 참조). 선거권은 근무장소의 모든 근로자가 가지며, 그 근무기관의 장(長)도 이에 포함된다. 반면에 피선거권은 소장, 소장대리 및 근무기관의 인사사항에 대해 독립하여 결정할 수 있는 자는 공무원에게 인정되지 않는다(직원대표법 제14조 제3항 참조). 선거는 공무원, 사무직 근로자 및 노무직 근로자 각 집단마다 별개로 실시된다(직원대표법 제17조 참조). 이 3개 집단에서 선출된 위원들을 통합하여 직원협의회가 구성되지만, 직원협의회의 활동에 있어서도 각 집단의 구분이 유지된다. 1개의 집단에만 관계되는 사항은 직원협의회에서 공동으로 협의되지만, 결의는 당해 집단을 대표하는 위원만이 행한다(직원대표법 제38조 참조).

4) 직원대표위원의 법적 지위

직원대표위원의 법적 지위는 민간부문의 경영협의회에서의 종업원대표위원과 유사하다. 직원대표위원도 명예직으로서 무보수로 그 직무를 행하지만, 임금이 삭감되는 근무면제 청구권을 가지고 있다(직원대표법 제46조 1 내지 제3항).

민간부문의 경영협의회와 마찬가지로, 비교적 대규모의 근무기관에서는 일정수의 직원대표위원에게 그 근무를 완전히 면제한다(직원대표법 제46조 제4항). 근무면제를 받은 직원대표위원은 민간부문의 종업원 대표위원과는 달리, 매월 특별공무수당을 지급받는다(직원대표법 제46조 제5항).

직원대표위원은 민간부문의 종업원대표위원과 마찬가지로 교육 연수 참가를 위한 근무면제 청구권을 가지고 있다(직원대표법 제46조 제6 7항).

또한 직원대표위원도 그 직무를 방해받지 않으며, 직무상의 이유로 현저히 차별받아서는 아니된다(직원대표법 제8조 참조). 다만 이들도 비밀보지의무를 부담한다(직원대표법 제10조). 근로자인 직원대표위원의 해고제한에 대해 민간부문의 종업원대표위원과 마찬가지로의 규정이 있다. 즉 이들에 대한 통상해고는 해고제한법 제15조 이하에 따라 금지되고, 비상해고는 직원협의회의 사전동의가 있어야 가능하다(직원대표법 제47조 참조). 직원협의회가 동의를

거부한 경우 근무기관의 장은 행정재판소에 동의를 대신하는 승인을 신청하여야 한다.

다. 직원협의회의 권한

1) 개요

직원협의회에는 직원의 이익의 옹호를 위해 행정기관의 대표와 사회적 사항 및 인사적 사항에 관해 관여 또는 공동결정하고 근무협정을 체결하는 권한이 인정된다. 직원협의회의 권한은 1974년 직원대표법의 개정으로 민간부문의 경영협의회와 큰 차이가 없게 되었다. 다만 민간부문의 경영협의회에서 인정되는 경제적 사항에 대한 참가는 직원협의회에 인정되지 않는다. 또한 다른 한편으로는, 직원협의회에 관여권과 공동결정권을 인정하여 근무기관의 장이 그 결정에 구속되는 것은 장이 의회에 대해 책임을 지며 독자적으로 업무를 수행한다는 점과 저촉될 가능성이 있다. 그리하여 연방노동재판소는 일찍이 브레멘 주정부가 계기가 된 1959년 4월 27일 판결에서, 정부 권력의 본질적 구성부분인 결정권은 국민대표에 대하여 책임을 부담하는 해당기관에서 박탈하지 않고 유보되어야 한다고 판시하였다(BVerfGE 9, 268=AP Nr.1 zu 59 PersVG Bremen=NJW1959,S.1171;최근의 판결로 Urteil Staatsgerichtshofs des Landes Hessen vom 30.4. 1986, DVB1. 1986, S.936이 있음). 그리하여 직원협의회는 공무원(Beamte)의 인사사항과 기본적인 조직적 문제에 대해서는 단순히 관여권만을 가짐에 그친다. 현행 직원대표법에서도 그러한 취지에서 기본 규정을 두고 있다(직원대표법 제104조). 직원대표법은 그 규정과 다르게 별도의 단체협약이나 협정에서 정할 수 없다고 규정하고 있다(직원대표법 제97조). 직원대표법은 공근무법의 일부로서 완결적인 것으로 이해되기 때문이다. 이하에서는 사무직 근로자 및 노무직 근로자에 관한 사항을 먼저 살펴본 후, 공무원의 경우를 살펴본다.

2) 사무직 근로자 및 노무직 근로자의 사회적 사항에 관한 공동결정권과 관여권

① 개별 직원의 사회적 사항

직원협의회는 개별 공무원에 관한 몇 가지 사항에 대해 공동결정권을 가진다. 직원대표법의 적용 범위에 있어 그러한 사항에 속하는 것은 가불금과 대부금의 제공, 공무원 주택의 할당과 해약, 근무용 토지와 임차지의 할당이다(직원대표법 제75조 제2항).

② 전체 직원에 공통된 사회적 사항

대부분의 직원대표법은 경영조직법 제87조에 대응하는 규정, 즉 법률상 또는 협약상 규정이 존재하지 않는 한 사회적 사항에 관하여 근무기관 협정을 통하여 행사하여야 하는 공동결정권을 직원협의회에 부여하는 규정을 가지고 있다. 공동결정사항으로 규정된 것에는 민간부문의 경영조직법 제87조에서 열거된 사항을 넘는 부분도 있다. 가령 대부분의 주(州) 직원대표법은 데이터처리 설비의 도입과 사용을 전제로 공동결정하에 두고 있고, 그 결과 경영조직법 제87조 제1항 제6호처럼 행동감시에 관한 규정을 특히 문제로 삼지 않는다. 직무능률의 향상과 직무수행과정의 경감을 위한 조치에 대하여 공동결정권을 인정하고 있는 점도 민간부문의 경영조직법과 다르다.

공동결정권에 관한 체계도 민간부문의 경영조직법과는 다르다. 가령, 일반적인 사회적 사항에 관한 공동결정권은 직원대표법에서 2개 조항(제75조 제3항과 제76조 제2항)에 규정되어 있는데, 그 속에는 민간부문의 경영조직법의 경우 다른 곳에 규정되어 있는 공동결정사항, 가령 인사조서표, 평가기준, 선택기준 등도 포함되어 있다.

③ 공동결정의 행사

직원대표법은 공동결정의 행사에 관하여 결정사항의 규율 조정의 발의권이 근무기관의 장과 직원협의회 중 어느 쪽에 있는가에 따라 구별하고 있다.

근무기관의 장이 공동결정의무가 있는 사항에 대하여 어떠한 조치를 취할 경우 그 자는 직원협의회에 이를 통지하고 그 동의를 요청하여야 한다. 양자가 합의에 도달하지 못한 경우 근무기관의 장 또는 직원협의회는 소정의 절차에 따라 계층적 대표제가 존재하는 상위의 근무기관에 문제를 제출할 수 있다. 그 곳에서 합의가 이루어지지 아니한 경우에는 문제를 최고 관청에 제출할 수 있다. 그 곳에서도 합의에 도달하지 못한 경우 최종적으로는

동권적(同權的)으로 구성된 중재위원회가 결정하는데, 이 때 근무기관의 장은 사항의 성질상 시급히 시행하여야 할 조치에 대해서는 최종적 결정시까지 잠정적인 규율 조정을 할 수 있다(직원대표법 제69조 참조).

직원협의회가 발의한 경우에는 그 조치를 문서로 근무기관의 장에게 제안하여야 한다.

근무기관의 장이 그 제안에 동의하지 않는 경우에는 통상 근무기관의 장이 발의한 경우와 동일한 절차가 진행된다. 즉 계층적 대표제의 개입 후 최종적으로는 중재위원회가 결정한다(직원대표법 제70조 제1항 참조). 그러나 가령 인사조사표와 평가기준의 내용에 관하여는 중재위원회 대신 최고 관청이 최종적으로 결정한다(직원대표법 제70조 제2항 참조).

④ 관여권을 갖는 경우

조직적 사항에 대하여는 직원대표법은 통상 공동결정권이 아닌 관여권을 예정하고 있을 뿐이다(직원대표법 제78조 제1항 제12호). 근무기관에 협의의무가 생기지 않지만, 직원협의회는 계층적 대표가 존재하는 상급 근무기관에 문제를 제기할 권리를 가지고 있다. 이 경우 상급 근무기관은 그 곳에 있는 직원협의회와 교섭하여 최종적으로 결정할 권한을 가진다(직원대표법 제72조).

3) 사무직 근로자와 노무직 근로자의 인사사항에 관한 공동결정과 관여

① 공동결정권을 갖는 경우

직원대표법은 민간부문 경영조직법 제99조와 마찬가지로 채용 배치 전환 기타 인사상 개별조치에 대하여 직원협의회가 공동결정하여야 함을 규정하고 있다(직원대표법 제75조 제1항 참조).

직원협의회는 그 인사조치가 법규 위반, 당해 공무원 또는 그밖의 공무원에게 불이익이 생길 가능성, 근무기관의 평온이 저해될 위험성 등 동의할 수 있는 사유가 있는 경우에만 거부할 수 있다(직원대표법 제77조 제2항).

공동결정이 이루어지지 않는 경우에는 계층적 대표제가 개입하고 중재위원회가 결정하며(직원대표법 제69조 제4항 1문 참조), 최종적으로는 행정재판소가 결정을 내린다.

② 해고에 있어서의 관여

직원대표법은 연방공공부문에 종사하는 근로자의 해고에 있어 직원협의회의 관여를 정하고 있지만, 그것은 민간부문의 경영조직법 제102조에 규정된 민간기업에서의 해고에의 관여와는 다른 형태를 취하고 있다. 즉 통상해고 이전에 직원협의회와 협의가 되고 해고에 대해 직원협의회와 함께 논의되어야 한다(직원대표법 제79조 제1항 1문, 제72조 참조). 비상해고에 대해서는 직원협의회의 의견이 청취되어야 할 뿐 협의절차는 거치지 아니한다(직원대표법 제79조 제3항 참조).

직원협의회의 관여 기회가 부여되지 않은 경우 그 해고는 무효이다(직원대표법 제79조 제4항 참조). 이는 주의 직원대표법에서도 지켜져야 할 기본 원칙이다(직원대표법 제108조 제2항).

직원협의회는 통상 해고에 대해 이의신청권을 갖는다(직원대표법 제79조 제1항 2문 참조).

직원협의회가 이의신청을 한 경우 근로자는 해고소송에서 그것을 원용할 수 있고(해고제한법 제1조 제2항 2문 2호 참조), 잠정적으로 고용이 계속되도록 청구할 수 있는 권리를 가진다(제79조 제2항).

4) 공무원의 제반 사항에 관한 공동결정과 관여

직원대표법은 공무원의 인사사항에 관한 직원협의회의 공동결정권을 규정하고 있다. 즉 채용, 승진, 고위 또는 저위로 평가되는 직무로의 전속, 배치전환, 3개월을 초과하는 기간 동안의 파견, 주거선택 자유의 제한을 가져오는 명령, 검직 승인의 거부 또는 취소, 파트타임 근로 신청의 거부, 보양휴가 신청의 거부, 정년에 따른 퇴직 연기 등 인사사항이 그것이다(직원대표법 제76조 제1항). 물론 직원협의회는 법규 위반, 이익 침해의 우려, 또는 근무관계의 평온 저해 가능성이 있는 경우에만 동의거부권을 행사할 수 있다(직원대표법 제76조 제2항 참조).

동의가 거부된 경우에도 최종결정권한은 정부 권력에 유보되므로, 최고 관청은 중재위원회의 권고를 받을 뿐이다(직원대표법 제69조 제4항 3 4문 참조).

공무원에 관련된 일정사항-즉 상급 연수 참가자의 선택, 인사조사표의 내용, 평가기준, 보험검사의사, 또는 촉탁 의사의 국가공무원 임명-에 대해서도 직원협의회에 공동결정권이 부여되고 있다(직원대표법 제76조 제2항). 그러나 이 경우에도 공동결정권은 중재위원회의 권고를 최고

관청이 받음에 그친다.

한편, 직원대표법은 공무원에 대한 징계처분, 시용기간 중의 공무원의 면직과 채용 취소에 따른 면직, 조기퇴직 등에 관해 직원협의회의 관여권을 규정하고 있다(직원대표법 제78조 제1항 3 내지 5호 참조).

5) 조직적 사항에 관한 관여

직원협의회는 공무원에 관한 내부적인 사회적 사항 및 인사사항에 관한 근무기관의 행정명령의 제정 단계에서 관여권을 가지며, 근무기관 전체나 중요부분의 폐지, 축소, 이전, 합병에 대한 관여권을 갖는다. 이 관여권에 대해서는 협의의무에 관한 규정(직원대표법 제72조 참조)이 적용된다.

5. 요약

독일에서 공공부문에 종사하는 근로자에는 그 지위가 법적으로 보장되고 근로조건이 법정되는 공무원 이외에도, 사법상의 고용계약에 의해 공공부문에 고용된 사무직 근로자 및 노무직 근로자가 있으며, 후자의 비율이 상당히 높다. 공무원 및 사무직 근로자 및 노무직 근로자 모두에게 단결권이 보장된다. 사무직 근로자 및 노무직 근로자는 민간부문의 근로자와 동일한 노동관계 법률이 적용되며, 단체교섭권 및 쟁의권이 동일하게 인정되는 반면, 공무원에게는 단체교섭권 및 쟁의권이 부정된다고 일반적으로 해석되고 있다. 따라서 공공부문 근로자의 근로조건 결정은 공무원에 대해서는 법정되고, 사무직 근로자 및 노무직 근로자에 대해서는 단체협약에 의해 정해지는 이원적인 구조를 취하고 있다.

한편, 독일에서 노동관계법상 중요한 지위를 차지하는 경영참가에 있어서는 민간부문의 경영협의회제도에 상응하는 직원협의회제도가 있어, 공공부문과 민간부문의 차이는 적다. 직원협의회는 공무원 및 사무직 근로자 및 노무직 근로자가 함께 구성하므로 공무원과 비공무원인 근로자로 구분되는 이원적 구조는 의미가 줄어든다.

주석1) 독일, 노동법에서는 전통적으로 정신적인 노동을 하는 근로자를 '사무직 근로자(Angestellte)'로, 육체적인 노동을 하는 근로자를 '노무직 근로자(Arbeiter)'로 구분하여 별도로 취급하여 왔다. 그러나 점차 그러한 구분은 사라지고 있으며, 양자를 포괄하여 '근로자(Arbeitnehmer)'라는 개념이 대신 사용된다. 다만, 사무직 근로자와 노무직 근로자는 「경영협의회법」에서 별개의 그룹으로 취급된다는 점과, 「사무직 근로자의 사회보험법」이 사무직 근로자에게만 적용되어 양자는 상이한 사회보험체계에 속하고 있다는 점에서 아직도 양자의 구분이 이루어지고 있다.

第2節 英國

1. 개요

가. 공공부문의 범위

영국의 공공부문은 크게 네 가지 부분으로 나누어 볼 수 있다.

첫째는, 중앙정부에 고용된 공무원이다. 주로 비숙체적(non-manual)업무에 종사하고 있다.

둘째는, 지방정부에 고용된 직원이다. 지방정부는 중앙정부의 교부금과 지방세에 의해 재정을 이룬다. 지방정부는 교육, 경찰, 소방, 사회서비스 등 여러 기능을 담당하고 있다.

셋째는, 국가의료제도(the National Health Service : NHS)에 고용된 직원이다. NHS는 주로 조세로부터 재원이 조달되며, 중앙정부의 통제를 받고 있다. NHS는 지방에 200여개의 지국을 두고 있다.

넷째는, 공기업 및 국유산업에 고용된 직원이다. 운송, 통신, 연료, 철강, 조선 등의 산업이 이에 해당된다. 영국에서는 제2차 세계대전 이후 집권한 노동당 정부에 의해 여러 산업에 걸쳐 대규모의 국유화가 단행되었다. 그러나 1979년에 보수당 정부가 집권하면서 국유화산업이 점차 민영화되어 공공부문의 범위가 축소되고 있다. 가령, 영국 AERO SPACE(1981년), 전국화물공단(1982년), 영국전신전화(1984년), 영국가스(1986년), 영국항공(1987년) 등이 민영화되었으며, 영국철강공단, 전력공급사업, 영국철도 등의 민영화가 논의되고 있다.

나. 법적 규율

영국에서는 다른 나라에 비하여 공공부문의 노동관계와 사기업부문의 노동관계가 구별되지 않는다. 왜냐하면 일반 사기업부문의 노동관계와 구별하여 공공부문의 노동관계를 별도로 규율하지 않고 있기 때문이다.

1970년대 중반까지는 공공부문과 사기업부문의 구별없이 일반적으로 노동관계에 대해 입법적인 규제를 자제하는 비개입주의가 유지되어 왔다. 그 후 1979년에 보수당 정부가 집권하면서부터는 공공부문과 사기업부문 모두 똑같이 법적 개입이 상당히 이루어지고 있다.

다만, 민간부문에 비하여 공공부문은 정부의 노동정책에 따른 정책적 내지 정치적 개입의 정도가 더 크다. 국가를 운영하는 정부의 입장에서 갖는 노동정책, 사회정책, 경제정책 등에 대하여 공공부문의 사용자인 정부가 민간부문의 사용자에 대한 모범을 보여 이를 따라야 하도록 요구받는다. 공공부문이 모범적인 사용자로서 행동하도록 요구받는 개입은 법적 구조를 통한 것이 아니다. 그러나 주로 정책적 또는 정치적인 형태의 이러한 개입에 의해 결과적으로 모범적인 공공부문의 노동관계는 상대적으로 정부정책에 잘 따르지 않는 공공부문이나 민간부문의 노동관계와 차이가 나게 된다.

가령, 중전 이후부터 1979년까지 사이에 노동당 정부가 집권하고 있던 당시에는 노동조합운동에 우호적인 노동정책에 따라 노동조합의 가입을 조장하는 정책이 이루어졌다. 이 시기에 공공부문 노동관계에서 노동조합의 조직 정도 및 그 역할이 민간부문보다도 상대적으로 두드러졌다.

그리고 1979년에 보수당 정부가 집권하여서는 반대의 노동정책을 폈다. 공공부문 및 사기업부문 양부문 다 법적 개입이 강화되었을 뿐만 아니라 아울러 노동조합운동에 우호적이지 못하고, 근로자의 욕구를 자제시키는 노동정책 및 경제정책을 세우고, 공공부문에서 그러한 정책을 모범적으로 실현하도록 개입하여 왔다. 그 결과 보수당 정부의 정책을 잘 따르는 공공부문의 근로조건은 그렇지 않은 다른 공공부문이나 사기업부문에 비해 열악하게 되었고, 그러한 공공부문 근로자들은 불만이 누적되어 왔다.

이와 같이 영국에서 공공부문임을 이유로 하여 민간부문과는 다른 특별한 규율은 법적으로 이루어지지 않고 있으나, 공공부문이 정부의 노동정책에 모범이 되도록 비법적인 개입을 받고 있다. 공공부문과 민간부문간의 근로조건이 상이하나 공공부문 내에서의 근로조건의 상이는 바로 그러한 정책적 개입이 작용하는 정도에 따라 발생하는 것이다.

2. 단결권

가. 단결의 자유

영국에서는 1799년에 단결금지법(Combination Act)이 있었듯이 19세기 초까지는 근로자의 단결은 국가에 의해 탄압을 받았었다. 그 후 1824년에 단결금지법폐지법(Combination Laws Repeal Act)이 제정되고, 1981년에 노동조합법(Trade Union Act)이 제정되어 근로자들에게 자유로운 단결은 법상 승인되었다.

영국에서는 단결의 조직 형태에 대한 법적 제약이 없으며, 주로 직업별 조직 형태로 전국적 또는 지역적인 노동조합이 조직되어 왔다. 이러한 단결의 자유는 민간부문의 근로자에게만이 누리는 것이 아니라 민간부문과 공공부문이라는 구별없이 모든 근로자들에게 보장된다. 다만, 아직도 군인 경찰에게는 단결권이 인정되지 않고 있다. 그 외에 현재는 영국에서 공공부문 근로자의 단결을 제한하거나 그 조직 형태를 제한하는 특별한 법규는 없다.

역사적으로 공공부문의 근로자 중 '국왕에 의해서 고용된 공무원'들에 대해서는 조직상의 제약이

있었던 적이 있다. 1927년의 노동쟁의 및 노동조합법(Trade Disputes and Trade Unions Act)에서는 국왕에 의해 고용된 공무원들의 단결을 국왕에 의해 고용되지 않은 자를 포함하는 단체 또는 그 연합단체에 가입하는 방식으로 하는 것이 금지되었다. 그러나 이러한 제한은 1946년의 노동조합 및 노동쟁의법에 의해 폐지되었고 공무원들을 포함한 공공부문 근로자들은 민간부문 근로자들과 동일한 단결권을 보장받게 되었다.

한편, 법적인 개입 대신에 정부는 종종 주로 정책적 내지 정치적인 개입을 하고 있다. 즉 1979년 보수당 정부가 집권하기 이전에는 주로 노동당 정부에 의해 공공부문의 근로자는 노조 가입을 권유받았다. 반대로 1979년 보수당 정부 이후로는 노동조합의 가입 및 활동에 대해 정치적으로 부정적인 입장을 취하고 있다.

나. 조직형태

전술하였듯이 공공부문 근로자들의 단결에 있어서 그 조직 형태는 제한받지 않는다. 그리하여 자신들만의 노동조합을 조직하는 경우는 물론, 또한 민간부문 근로자들과 동일한 노동조합에 가입하는 경우도 있다.

국가의 공무원들은 주로 직무의 종류(class) 및 등급(grade)에 따라 여러 가지 형태의 노동조합을 구성하거나 가입하고 있다. 가령, CPSA는 서기직 및 비서직을 중심으로 조직되어 있고, SCPS는 하위직 및 중간관리직을 중심으로, IPCS는 전문직 및 특수직을 중심으로, IRSF는 서기직, 비서직, 중간관리직을 중심으로, CSU는 보조직(타자, 사환 등)을 중심으로, POA는 교도관을 중심으로, NIPSA는 북아일랜드 공무원을 중심으로, FDA는 고위관리직을 중심으로 조직되어 있다.

공무원부문에 대한 보수당 정부의 정책적 개입 및 정부조직 구조조정 등에 의해 결과적으로 각 노동조합들 상호간에 경쟁적인 면이 적다. 노동조합들은 상부단위의 연합체인

공무원노동조합협의회(the Council of Civil Service Union : CCSU)를 통해 상호 조정을 행한다.

지방정부의 공무원들은 주로 몇 개의 노동조합에 조직되어 있다.

육체근로를 하는 공무원들은 공무원들로 조직된 NUPE(The National Union of Public Employees)와 일반노동조합인 TGWU(The Transport and General Workers Union) 및 GMBATU(the General, Municipal, Boilermaker and Allied Trade Union)로 주로 조직되어 있다. 역사적으로 이들 노동조합은 경쟁적이 되어 왔다.

사무직 공무원들은 NALGO(the National Association of Local Government Officers)에 의해 독점적으로 조직되어 왔다. NALGO는 여러 직종의 하급직 공무원에서부터 상급 관리직 공무원까지의 요구를 대변하고 있다.

한편, 교사의 경우에는 7개의 노동조합으로 조직되어 있으며, 조직간의 경쟁이 지속되어 왔다.

NHS의 직원은 다수의 노동조합을 조직하고 있다. 각 노동조합은 민간부문처럼 경쟁적인 면을 보이고 있다. 현재 40여개의 노동조합이 전국적 단위에서 교섭이 승인되어 있다. 그 중 독립된

산업별 노조인 COHSE(the Confederation of Health Service Employees)와 공공부문의 일반 노동조합인 NUPE(The National Union of Public Employees)가 상호 경쟁적이며, 또한 일반노조인 TGWU와 GMBATU, 간호사 직종으로 구성된 RCN(the Royal College of Nursing, TUC에 가입하고 있지 않음) 등과 경쟁적이다.

그러나 최근에는 이러한 경향은 변화되고 있다. 첫째 the TUC Health Services Committee는 가맹 노동조합들의 활동을 상호 조정함으로써 보다 권위있는 지위를 획득해 가면서 가맹 노동조합들의 경쟁이 감소하고 있다. 둘째로 TUC에 가입하지 않은 전문직업별 또는 직종별 단체들은 직능단체에 불과한 것이 아니라 나아가 자주성있는 노동조합으로서 승인되고, TUC에 가맹한 노동조합처럼 정부의 임금정책에 반대하는 입장을 취해 오고 있기 때문에 TUC에 가맹한 노동조합과 유사해지고 있다.

3. 단체교섭

가. 민간부문과 동일한 법적 비규율

영국에서의 단체교섭은 법상의 권리로서 적극적으로 보장되는 것이 아니라, 오랜 관행으로서 인정되어 오고 있다. 또한 교섭의 결과 합의된 내용에 관해서는 법적인 구속력(司法上の 집행

가능성)이 없는 경우가 많다. 물론 TULRCA 제179조에서는 서면으로 체결된 단체협약에 법적으로 집행가능하도록 명시규정을 둘 수 있는 방법을 인정하고 있지만, 영국에서는 노사합의의 결과를 신사협정으로 관념되어 온 관행에 따라 그러한 특약규정을 별로 이용하지 않고 있다. 즉 노사합의에 대하여 구태여 법적 구속력을 인정하여 사법적인 간섭을 받기보다는 당사자의 사실력을 배경으로 자주적으로 이행을 확보하여 왔다.

이와 같은 점은 민간부문과 공공부문 다 공통되는 점이다. 따라서 다른 나라에서처럼 민간부문의 단체협약은 법적 구속력을 갖는 협약이므로, 그러한 협약을 체결하는 정형적인 단체교섭과정이 권리로서 보장되는 데 반해, 공공부문의 단체협약은 법적 구속력을 갖지 않고 사실상 준수하고 있으므로, 그러한 합의를 도출하는 과정이 정형적인 단체교섭이 아닌 협의 수준으로 평가받는다는 식으로 민간부문의 단체교섭과 공공부문의 단체교섭을 구별하는 것은, 적어도 영국에서는 논의의 가치가 없다고 말할 수 있다. 영국에서는 단체교섭의 결과에 대해 자주적으로 이행을 담보하는 관행에 따라, 그 교섭양도 정형적인 단체교섭에도 협의 등의 여러 관여의 모습이 혼동되어 있으면서 다양하게 진행되고 있는 점이 민간부문과 공공부문에 공통된다.

나. 교섭구조의 다양화

영국에서는 영국철도와 같이 노동조합과의 직접교섭인 단체교섭방식이 실행되고, 그 협약에는 법적 구속력을 도입하는 곳도 있다.

또한, 공공부문의 노동관계가 모범을 보여 민간부문의 노동관계를 변화(노동당측의 시각이건 보수당측의 시각이건 간에 노동관계의 변화)를 이끌려는 정책과정에서, 교섭에 대하여도 정형적인 단체교섭방식 이외에 다양한 협의방식이 정책적으로 도입되어 왔다.

가령, 이른바 휘틀리협의회(Whitley Council) 방식의 교섭이 있다. 이는 노사동수의 협의회에서 상호간의 대립적인 이해를 조정하는 것이다. 1916년 당시 하원 의장인 휘틀리를 중심으로 설치된 「노사관계에 관한 재건위원회」가 발표한 보고서를 1919년 정부가 승인한 것을 기초로 한다. 당시 정부는 민간기업에 모범을 보이기 위해 정부 당국과 공무원노동조합간에 (현업부문과 비현업부문 모두) 교섭기구로서 휘틀리 협의회방식을 채택하여 시행하였다. 가령 국가공무원의 경우 「전국휘틀리협의회」, 「부처별 휘틀리협의회」, 「지구 사업장휘틀리협의회」가 구성되어 있다.

지방공무원의 경우에는 기구의 구성(당해 기관 내부 구성, 외부단체와의 구성, 복수기관으로의 구성 등), 협의의 대상, 결정의 기능(당해기관에 대한 권고 또는 상급기관에 대한 권고) 등이 서로 다른 다양한 모습의 협의회 위원회가 활동하고 있다.

4. 쟁의행위권

가. 민간부문과 동일한 법적 보장

영국에서는 공공부문임을 이유로 파업을 특별히 금지 또는 제한하는 입법은 없다. 공공부문도 민간부문과 마찬가지로 1906년 및 1965년의 노동쟁의법에 의해 민사 형사상의 면책이 보장된다. 1979년 집권한 보수당 정부는 지금까지 일련의 노동관계법들(1980년의 고용법, 1982년의 고용법, 1984년의 노동조합법 및 1988년의 고용법, 1990년의 고용법)을 개정하여 오고 있다. 이들 법들에는 노동조합에 대하여 규제를 전반적으로 강화하고 있는데, 그 중에는 쟁의행위에 대한 제한도 있다. 가령, 1982년의 고용법(Employment Act 1982, 제18조)은 종래의 노동쟁의의 개념 중에서, 당해 사용자가 고용하는 근로자가 참가하지 않거나, 분쟁에 직접 관련되어 있지 않은 사용자를 대상으로 하는 쟁의를 노동쟁의의 범위에서 제외시킴에 따라 노동쟁의의 범위도 크게 축소되었다. 또 1984년의 노동조합법(제10조)은 파업에 돌입하기에 앞서 근로자의 비밀투표를 의무화하는 등 분쟁절차를 강화하기에 이르렀다.

이와 같은 법들에 의한 제한은 공공부문에 국한된 제한이 아니라 민간부문과 공공부문의 구별없이 노동관계 전반에 적용되는 것이다.

한편, 과거 1971년 노사관계법(Industrial Relations Act 1971)에서는 미국의 태프트-하틀리법상의 긴급사태조항을 도입하여 긴급사태시 파업중지를 규정한 적이 있다. 즉 ① 60일까지의

냉각기관과 이 기간 동안의 파업금지 명령 ② 파업 여부에 대한 강제투표와 이 기간중의 파업금지 명령을 고용부처의 신청에 따라 노사관계법원(Industrial Court)이 발할 수 있도록 하는 것 등이다(동법 제138~145조). 이 규정들은 파업금지를 수반하고 있다는 점에서 후술하는 1920년의 긴급권한법의 취지와는 근본적으로 다르다. 1972년 철도파업에서 파업금지 명령이 한번 발동된 적이 있었는데, 냉각기간 동안에도 분쟁은 타결되지 못했고, 파업 여부에 대한 강제투표 결과 파업 계속이 압도적으로 의결됨에 따라 이 제도는 아무런 실효성이 없게 되었다. 그 후 1971년 노사관계법 자체가 1974년의 노동조합 및 노사관계법(Trade Union and Industrial Relation Act 1974)에 의해 폐지되면서 긴급사태조항은 유지되지 않았고, 그 결과 공공부문의 파업권에 관해 1971년 법 이전의 상태로 다시 복귀되었다.

경찰에 대해서는 1919년 제정된 경찰법(Police Act)에 의해 파업에 대해 형벌을 과해 왔다.

1964년의 개정에서는 경찰 직무의 불이행시에도 형사적 제재를 가하도록 하여 단체행동에 대한 금지가 강화되어 있다.

나. 특정사업부문에서의 파업제한

영국에서는 공공부문을 이유로 하는 파업권 제한이 없는 대신에, 공공부문과 민간부문의 구별없이 특정사업부문에 대하여는 파업에 대한 별도의 법률 규정들이 있다.

1) 가스 수도 전기 공급사업의 경우

1875년의 공모죄 및 재산보호법(Conspiracy and Protection of Property Act 1875)에서는 가스 수도의 공급이 완전히 또는 대부분 중단되는 것을 알면서도 고의로 고용계약을 위반하는 행위를 형벌로 금지하고 있다(동법 제41조). 이 규정은 1919년의 전기공급법(Electric Supply Act 1919)에 의해 전기사업에도 그대로 적용되고 있다(동법 제31조). 또 인명, 신체, 재산에 위해를 주는 것과 같은 고용계약 위반에 대해서도 형벌로써 이를 금지하고 있다(동법 제5조).

이러한 법규정은 공공부문만을 대상으로 한 것이 아니라, 민간부문을 포함한 모든 근로자들을 대상으로 한 것이다. 1875년 공모죄 및 재산보호법에 위와 같은 금지 규정을 두는 개정은 민간 가스회사에서의 조합원 해고를 단서로 한 1872년 런던의 가스화부의 파업이 계기가 되어, 파업시에 발생하는 사회생활의 중대한 재액을 막기 위함에 그 취지가 있었다. 따라서 공공부문의 근로자만을 대상으로 한 당초의 입법안은 비판을 받음으로써, 법 개정시에는 공공부문 및 민간부문을 구별하지 않고 또한 근로자 및 사용자를 구별하지 않고서 적용대상을 '사람'(person)으로 규정하게 된 것이다.

이와 같이 이 조항은 쟁의행위를 제한하는 데 직접적인 의도가 있다. 그러나 가스 수도 공급사업에 종사하는 근로자의 파업이 전면적으로 금지되는 것은 아니다. 다만, 공급의 대부분을 고의로 중단시키는 근로계약 위반행위를 금지하고 있을 따름이다.

따라서 근로자들은 일주일 전에 사전예고를 하여 합법적으로 고용계약을 해제하면서 파업에 돌입하는 방법은 가능하다. 갑자기 가스 수도의 공급이 중단되어서는 곤란하기 때문에 제한규정을 도입한 것일 뿐 누구도 합법적으로 노무제공을 중단할 수 있는 자유 자체를 박탈할 수 없는 것이다. 가령, 1889년부터 1990년에의 가스회사 파업에 회사측은 파업 불참 근로자들을 대체고용하는 방식으로 대처하였고, 정부는 대체 고용 근로자의 취로에 대한 방해배제를 배제해 주는 방식으로 가스공급의 계속성을 확보했던 경험에 있다.

2) 우편사업의 경우

1953년의 우편법(Post Office Act)에서는 우편직원이 우편물의 배달을 고의로 지연시키는 행위를 형벌로써 금지하고 있다(동법 제58조). 이 규정은 특별히 쟁의행위에 대한 규제를 목적으로 마련된 것은 아니지만, 태업이나 파업과 같은 쟁의행위에 대하여 적용될 가능성이 있다. 그러나 실제로 이 규정이 파업 참가자에게 적용된 경우는 별로 없다. 1971년 전국 우편근로자의 파업은 우편의 지연을 초래하여 커다란 사회문제를 일으켰지만, 영국 정부 당국은 이 규정이 개인적인 비행을 대상으로 하는 것이므로 파업을 제한하기 위해 이용하지 않을 것이라는 점을 분명히 밝힌 바 있다.

영국에서는 여러 산업부문에서 단지 법률 규정에 의한 제한과 억압만으로는 실제의 분쟁과

파업을 방지할 수 없다는 경험을 해왔다. 그러기에 교섭구조에 의한 해결을 중시하며, 그 모범을 사용자인 정부가 공공부문에서 보여야 한다는 정책(model employer)을 실행하여 온 것이다. 그리하여 우편사업과 같이 중요한 공익사업이면서 국가가 독점적으로 경영하는 사업에서도, 다른 민간부문의 사업과 마찬가지로 파업권의 보장을 인정하고 있는 것이다.

다. 긴급권한법상의 조치

영국에서는 국민생활에 중대한 영향을 미치는 긴급사태에 대처하기 위한 입법으로서 1920년의 긴급권한법(Emergency Power Act 1920)이 있다. 이 법은 파업 등의 쟁의행위로 인하여 공중에 대한 생필품 공급을 할 수 없게 되는 경우, 국왕은 1개월의 유효기간을 두고 긴급사태를 선언하고, 이 선언에 따라 생필품의 확보를 위한 필요한 조치를 할 수 있도록 하고 있다. 그러나 이 법의 목적은 정부기관 또는 그 직원에게 생필품의 공급 및 분배의 확보와 규제, 수송수단의 확보, 공중의 안전 등을 위해 필요한 권한을 부여하여 국민생활의 위험을 방지하는 데 있는 것이지, 파업 그 자체를 제한하거나 금지하는 데 있는 것이 아니다.

5. 요약

영국에서는 단결, 단체교섭, 파업 등에 대해 법적으로 억압이나 제한을 하지 않는 방식으로 소극적으로 보장되어 있다. 민간부문과 달리 공공부문을 취급하지 않는다. 이와 같은 규율이 흠결(내지는 약화)되어 있는 법제도 구조는, 과거 법률 규정에 의한 억압방식이 사실상 발생하는 노사분쟁을 방지하는 데 도움이 되지 못했다는 경험 축적의 소산이다. 노사간의 상호 이해만이 분쟁을 방지할 수 있기에 노사간의 다양한 의사소통과정을 중시한다. 그러나 이러한 의사소통의 과정조차도 법으로써 강제한다면 제대로 실현되지 않으리라고 여기고 있다. 따라서 오로지 공공부문에서의 사용자인 정부가 민간부문의 사용자에게 모범을 보인다는 정책적인 시도가 계속되고 있다. 1979년 이후 집권한 보수당 정부가 취해 온 소득정책 등의 정책적 개입이 특히 공공부문에 두드러지게 작용한 것도, 부당한 임금인상요구에 대해 사용자가 굴복하여서는 안된다는 모범을 보여야 한다는 것으로 설명된다. 물론 그 결과 특정 공공부문 근로자의 근로조건이 상대적으로 악화되었고, 그것이 분쟁의 원인으로 작용하여 온다는 부정적인 면도 있다. 아무튼 영국에서는 공공부문이기 때문에 민간부문에 비해 당연히 차등취급을 받아야 한다는 논리는 부정된다. 따라서 법제도 구조는 공공부문도 민간부문과의 별도의 취급없이 동일하다는 특색을 가지고 있다.

第3節 프랑스

1. 개요

가. 공공부문의 형태

프랑스의 공공부문은 국가행정기관, 지방공공단체, 공공시설, 공법상의 특수법인 및 기타 공기업으로 구성되어 있다. 특히 제2차 세계대전 이후 국가의 각종 기업활동이 활발히 진행되어 국영 공영의 기업이 다수 존재하고 있다. 이러한 부문은 정부부처의 형태를 띠고 있는 현업기관(가령, 우정, 인쇄, 조폐, 알콜전매 등의 사업)과, 별도의 특별법인인 공사의 형태를 띠는 독립기업(가령, 에너지부문의 프랑스석탄공사, 프랑스전력공사, 프랑스가스공사, 교통통신부문, 금융보험부문, 제조부문 등)과, 국가가 전액 또는 51% 이상의 자본을 소유하면서 국가가 직접 경영하는 주식회사의 형태를 띠는 국영기업(가령, 철도, 항공, 해운, 자동차제조 등) 등 다양한 형태로 되어 있다.

나. 공공부문 근로자의 법적 규율

이와 같은 정부조직 또는 공기업(국공영기업) 등 종사하는 근로자는 모두 공공부문 근로자(les travailleurs)라고 일컫지만, 그들의 법적 지위는 다양한 형태로 혼재되어 있다. 대체로 대별하면 다음과 같다.

현업기관을 포함한 정부 조직의 근로자들로선 협의의 공무원과 계약직 직원(단순노무자)이 있으며, 국영기업의 일부 상급 직원과 함께 광의의 공무원(agents publics)으로 구분되어 공법상의 법적 지위를 갖는다. 반면에 국영기업의 대다수 직원과 독립기업의 직원들은 사법상의 직원에 해당된다.

사법상의 법적 지위를 갖는 직원들은 노동관계에 관해 원칙적으로 민간기업의 근로와 동일한 법적 규율을 받게 된다. 따라서 노동삼권도 민간부문의 근로자와 똑같이 향유한다. 그리고 공무원들도 그 직무수행에 있어서 특별한 의무가 부여되기는 하나, 그것을 이유로 노동삼권이 박탈되는 것은 아니고, 다만 직무의 성질에 따라 일정한 제한만이 이루어지고 있다.

2. 단결권

가. 단결권의 보장

프랑스에서 단결의 자유는 헌법과 법률에 의해 인정되고 있다. 1946년에 제정된 제4공화국 헌법 전문에서는 "누구든지 조합활동에 의해 그 권리와 이익을 옹호하고 또한 스스로 선택한 조합에 가입할 수 있다"고 규정하고 있었다. 1958년에 제정된 현행 제5공화국 헌법에서는 인권에 관한 개별규정을 명시하지 않았지만, 전문에서 "1979년 인권선언에 의해 정의되고 1946년 헌법의 전문에서 확인되고 보완된 인권에 대한 충실을 엄숙히 선언한다"고 규정하고 있다. 또한 노동법전 L.411-2조에서는 노동조합의 결성의 자유를 규정하고 있다.

프랑스에서의 노동조합 결성의 자유는 근로자측뿐만 아니라 사용자측에도 인정되고 있다.

이러한 단결의 자유는 1880년 3월 21일 법에 의해 인정되기 시작하여, 그 후 노동관계법을 단일 법전으로 편집하는 과정에서 1927년 이래 노동법전에 편입되어 있다.

공공부문의 비공무원들은 민간부문의 근로자와 마찬가지로 이와 같이 단결권이 보장되고 있다. 또한 공무원의 경우에도 단결권은 완전히 보장되고 있다.

민간부문의 노동조합들이 적법성을 인정받은 것은 19세기 후반부터 법률 차원에서 이미 이루어졌지만, 각종 공무원단체들이 노동조합으로서의 적법성을 인정받은 것은 제2차 세계대전 이후 1946년 헌법의 제정에 의해 비로소 실현되었다. 즉 이미 1884년에 근로자에게 조합결성권이 인정되었고, 1901년 법률에서 공무원에게 결사의 자유를 인정하였지만, 공무원에게도 다른 근로자들과 마찬가지로, 일반 결사가 아니라 노동조합을 결성할 자유가 인정되는지 논란이 있었다. 그리하여 20세기 초에서부터 공무원들이 사실상 조직해 오기 시작한 공무원 노동조합을 적법한 노동조합으로 인정하지 않는 상태가 지속되어 왔다. 그러다가 1946년 헌법 전문에서 공무원을 포함한 모두에게 단결의 자유를 인정함으로써 공무원들도 정식으로 단결권이 인정되었다.

이에 따라 공무원법에서도 공무원에게도 노동조합결성권이 보장된다는 점과 그에 관하여 노동법전이 적용됨을 규정하고 있다(1959년 2월 4일 정령 제14조 및 1983년 7월 13일 공무원법 제8조).

단결의 자유가 인정되는 공무원의 범위는 거의 제한이 없다. 군인은 특별한 복무규율 규정에 의해 단결의 자유가 배제되고 있으나,公安대직원 및 경찰관에게도 단결의 자유가 인정되고 있다. 또한 도지사나 부지사를 제외하고는 상급 관리직원인 공무원에 대하여는 단결을 제한하지 않는다.

나. 노동조합의 조직

프랑스의 노동조합은 전국조직으로 프랑스노동총동맹(Confédération Générale du Travail :CCT), 노동자의 힘-프랑스노동총동맹(Confédération Générale du Travail-Force Ouvrière:CGT-FO), 프랑스민주총동맹(Confédération Française Démocratique du Travail:CFDT),

프랑스기독교노동총동맹(Confédération Française des Travaillistes:CFTC),
관리직총동맹(Confédération Générale des Cudres:CGC) 등 다섯 개의 총연맹과
전국교원연맹(Fédération de l'Education National:FEN)이 있다.

공공부문의 근로자들은 여러 형태의 복수의 노동조합 중에 자유롭게 선택하여 가입하며, 이러한
노동조합은 상급 조직에서도 복수의 노동조합으로 조직되어 있다. 가령, CGT는 광업, 철도, 금융,
섬유, 운수, 공무원일반, 기술자일반 등의 부문에, CGT-FO는 일반행정, 철도, 금속, 우편 전신
전화, 복지 공공서비스 등의 부문에, CFDT는 전기 가스, 금속, 광업, 우편 전신 전화, 국가교원,
섬유 등의 부문에 가맹되어 있다.

3. 단체교섭¹⁾

가. 단체교섭권의 보장

1946년의 제4공화국 헌법 전문은 "모든 근로자는 그 대표를 통하여 근로조건에 대한 집단적 결정과
기업의 관리에 참여한다"고 규정하여 헌법상 단체교섭권을 보장하고 있으며, 1958년에 제정된
현행 제5공화국 헌법의 전문에서도 1946년 헌법의 전문에서 확인되고 보완된 인권에 대한 충실을
선언하고 있다. 그리하여 프랑스의 단체교섭 및 단체협약에 관한 법제도는 이 헌법 규정을 기초로
하여 노동법전 제1편 제3장의 단체협약법 및 제4편 제1장의 노동조합법에 의해 형성되어 있다.
이러한 노동법전의 규정들은 민간부문과 공기업부문은 물론 공무원인 근로자에게까지도
원칙적으로 적용된다(L.131-2조). 공무원법에서도 임금이나 근로조건에 관한 문제들을 정부나
기타 행정기관과 교섭할 수 있는 권한이 인정됨을 규정하고 있다(1983년 7월 13일법 제8조).

나. 노동조합의 대표성

프랑스에서의 노동조합은 설립 후 행정관청에 신고하여야 하며 또한 대표성을 갖는 노동조합으로
인정되어야만 단체협약의 체결 등의 단결활동이 정식으로 인정된다. 즉 전국 차원에서 대표성이
인정되는 노동조합, 그 노동조합에 가입한 노동조합, 체결하고자 하는 단체협약의 적용범위에
대하여 대표성을 증명한 노동조합에게만 단체협약의 체결이 인정된다. 그 외의 단순한
'일반결사'에 불과한 근로자단체는 단체협약의 체결이 부정된다. 대표성은 조합원수, 독립성,
조합기금, 조합의 경험과 역사, 피점령하에서의 애국적 태도 등 다섯 가지 기준에 따라
판단된다(L.133-2). 전국 차원에서는 CGT, CGT-FO, CFDT, CFTE, CGC 등 5개의 노동총동맹이
대표성을 갖는 노동조합이 되었다. 전술하였듯이, 공공부문의 근로자들이 가입한 노동조합은
이러한 총연맹에 소속된 노동조합들로서 대표성이 인정되고 있다.

다. 공무원의 단체교섭

중앙정부의 공무원에 대한 사용자대표의 역할은 수상이 담당한다. 1945년 10월 9일 법령에 따라
수상 직속의 「공무원위원회」(la commission de la fonction publique)가 설치되었다. 이 위원회는
중앙정부 공무원을 위한 전반적인 정책을 마련하고, 공공부문 노조에 적용되는 법적 원칙을
조정하는 권한을 갖는다.

지방공무원의 경우에도 그 근로조건은 지방공무원에 관한 일반규정에 의해 법정되어
노동조합과의 교섭은 행해지지 않는다. 또한 그 일반규정은 지방정부의 직원의 급여는
국가공무원의 급여액을 초과하지 않도록 규정하고 있으므로, 결국 실제로는 중앙정부와의
사이에서 지방공무원이 국가공무원과 합동하여 교섭을 행하고 있다.

그런데 공무원의 임금 등의 근로조건은 사실 법정되어 있다. 따라서 노동조합과 중앙정부와의
단체교섭은 교섭의 결과에 대하여 단체협약을 체결하지만, 그 단체협약은 법적인 구속력을 갖지
않는다는 점에서 본래의 의미에서의 단체교섭이 아니라 정부의 결정의 전 단계에서의
사전교섭(les négociations préalables)에 불과하다. 그러나 정부는 단체협약에서 합의한 내용대로
근로조건에 관한 법 규정을 개정하고 있으므로 단체협약은 사실상 준수되고 있다.
가령 공무원의 임금에 관해 살펴보면, 급여의 구체적 수준은 정부가 각료회의 결정을 거쳐

급여령을 개정함으로써 일방적으로 이루어진다. 그 결정에 대하여 의회의 승인을 얻을 필요는 없으며, 단지 예산 중에 급여비가 계상되어 있어서 예산안의 승인이라는 형태로 의회의 관여를 받을 뿐이다. 그런데 각료회의에서 급여의 수준을 정하기에 앞서서 정부대표(공무원제도 담당부장관)와 공무원을 대표하는 노동조합의 전국조직간에 단체교섭이 행해져 임금협정이 타결된다. 이 협정은 법적 구속력을 갖지는 않고, 각료회의 결정을 위한 참고 자료에 지나지 않지만, 정부는 협정 내용과 다른 결정을 하지 않고 협정 내용을 성실히 준수하여 왔다. 물론 간혹 정부가 그 협정의 내용을 지키지 못하는 경우도 발생할 수 있다. 1982년 6월 정부는 노조대표와의 협정 내용을 처음으로 지키지 못했다. 왜냐하면 그 당시 유럽통화제도(EMS)의 재조정에 의해 프랑스의 화폐가 평가절하되어서, 정부는 인플레이가 발생하는 것을 방지하기 위해 그해 10월말까지 각종제품 가격 및 모든 근로자의 임금을 동결할 것을 결정했다. 따라서 공무원의 임금도 그 해 3월의 협정에도 불구하고 동결되었던 적이 있다. 공무원의 임금수준을 결정하는 데 있어서 민간부문의 임금수준을 고려하기보다는 오히려 공공부문의 임금수준이 민간부문의 임금수준을 결정하는 데 영향을 미치고 있다. 그것은 프랑스에서는 진술하였듯이 국영화 특정산업에 한정되지 않고 일반 제조업부문에까지 대규모로 진행되어, 그 결과 공사, 국영기업 등의 공기업을 포함하여 공공부문이 전체 경제에서 차지하는 비중이 높기 때문이다. 공무원의 임금수준의 개정은 주로 소비자물가 상승률의 동향을 기초하여 결정되고 있다.

라. 공기업 직원의 단체교섭

공기업의 직원은 단결권에 관하여 사기업의 경우와 동일하게 규율되고 있으나, 단체협약의 체결권에 관하여는 상당한 제약을 받고 있다. 즉 노동법전 제1권 제2권 제31조에서 법령에 의해 특별한 지위를 부여받는 공기업에는 노동법전의 협약법 부분을 적용하지 않는다는 취지로 규정하고 있다. 1950년 1월 1일 정령에서 그 특별한 공기업들의 목록을 기재하고 있는데 국철, 파리교통공단, 파리공항, 프랑스은행, 프랑스가스, 탄광, 전기 등이 해당되어 반 이상의 공기업 근로자가 사기업의 근로자와는 달리 단체협약체결권이 제약되고 있다. 즉 그들의 근로조건은 정령에 의해 법정된다. 그러나 그러한 공기업의 경우에도 그 정령 내용의 개정은 노동조합과의 교섭 결과에 따라 이루어지므로, 실제로는 단체협약체결 권한이 인정되는 것과 같은 모습을 보이고 있다. 가령, 국철 직원의 근로조건은 노사간의 단체교섭의 결과에 기초하여 교통부 장관 및 재무부 장관의 승인을 받아 정령으로 정한 특별신분 규정에 의해 결정된다. 가령, 노사간의 단체교섭을 거친 임금개정안은 우선 관계부처 협의회에서 검토되고 이를 교통부 장관 및 재무부 장관이 검토하여 최종적으로 승인하여야 비로소 확정된다. 또한 국철 예산과 의회의 관계에 있어서는 보조금의 지출 등 국가 예산에 관계되는 부분에 대해서 의회가 관여하지만, 경영에 대한 직접적인 감독 권한은 모두 정부에 부여되어 있으므로 임금 개정에 대해서 의회가 관여하지 않는다. 이와 같은 임금 개정의 과정에 있어서 실제의 운용은 노사간의 단체교섭에 기초하여 작성된 임금 개정안을 정부가 거의 간섭없이 승인하고 있다. 다만, 정부는 사전에 공무원의 임금 개정에 대한 방침을 제시하고(그 방침은 기업체의 입장을 고려하며 생산성 증가의 요소를 가미하고 있음) 이에 따라 단체교섭을 행하도록 지도하고 있으며, 임금 개정 교섭은 대체로 그 범위 내에서 타결되고 있다.

마. 협의기구

공무원의 근로조건은 법정되므로, 단체교섭이나 단체협약의 기능은 상당히 제약되게 되는 점을 부인할 수 없다. 이를 완화하기 위하여 고안된 것이 노사동수의 협의회 방식의 도입이다. 이는 영국의 휘틀리협의회에 상응하여, 전국 차원에서는 최고공무원제도협의회가, 각 부처 차원에서는 인사협의회와 조직운영협의회가 조직되어 있다. 이러한 협의회는 영국의 경우와 달리 단지 수상 내지 각 부처 장관의 자문기관에 불과하며, 1960년대 말 이후로는 거의 활동하지 않는다고 한다. 법 규정상으로 남아 있는 협의회 조직을 간략히 살펴보면 다음과 같다. 공무원제도최고협의회(les Conseils supérieurs de la fonction publique)는 중앙에 한 개 설치되는데,

수상이 주재하며 30명의 구성원 위원 중 절반은 정부가 임명하고 나머지 절반은 가장 대표적인 공무원단체가 추천한다. 동협의회는 공무원에 관련된 전반적인 문제들을 다루며, 이에 관하여 수상에게 건의하는 역할을 한다. 또한 인사협의회의와 조직운영협의회의의 활동에 대한 조정, 승인 징계에 대한 고충처리, 직부분류설정 계획 등에 관여한다.

인사협의회의(les Commission Administratives Paritaires)는 공무원의 각 직무군에 설치되며, 당국측 2명, 직원측 2명의 대표자(당해 직무군의 직원의 선거로 선출됨)로 구성된다. 동협의회의는 채용, 승진, 보직, 복무규율, 출향, 휴직, 징계 등 개별근로관계의 문제에 대한 자문을 한다.

조직운영협의회의(les Comités techniques paritaires)는 중앙행정기관의 각 부처, 지방행정기관, 특별행정기관 등에 설치되며, 조합측 위원은 대표조합의 추천에 의해 임명된다. 동협의회의는 ① 행정기관의 조직에 관한 사항 ② 행정기관의 운영, 특히 업무의 방법, 기술의 근대화, 근무능률 등에 관한 사항 ③ 직원을 규율하는 법령의 기안 등 행정기관의 조직운영에 관한 사항 등에 관해 자문을 한다.

4. 파업권

가. 파업권의 인정

프랑스에서는 1864년 5월 15일법에 의해 형법전 제414조 이하에 규정되어 있던 '공모죄'가 폐지됨으로써 파업권이 인정되었다. 공공부문과 마찬가지로 공공부문의 근로자들도 이 법의 적용을 받았다. 그러나 이 당시 노무제공을 하지 않는 파업은 형벌로부터 면책된다는 것이었지만, 민사적으로는 근로계약이 종료된다고 파악되었다. 따라서 공공부문 근로자의 파업이 행사책임이 발생하지 않는다고 하여도, 사용자로서의 국가 또는 공공단체는 복무규율상의 위반을 이유로 파업 참가자를 징계처분하여 면직시킬 수 있었다.

그러나 제2차 세계대전 종료후의 1946년 제4공화국 헌법 전문에서는 단결권 등과 더불어 쟁의권을 현대에 특히 필요한 사회적인 권리로서 모든 근로자에게 인정하면서 "파업의 권리는 이것을 규제하는 법률의 범위 내에서 행사된다"고 규정하였다. 또한 1950년 2월 11일법은 제4조에서 "파업은 근로자의 책임으로 귀책되는 중대한 비행이 있는 경우를 제외하고는 근로계약을 파기하지 않는다"고 규정하였다(현행 노동법전 L.521-1조). 이는 파업으로 인하여 근로계약이 정지될 뿐이라는 근로계약 정지설에 입각한 것으로, 비로소 파업이 완전한 권리로서 보장되게 되었다. 그리고 공공부문의 근로자도 민간부문의 근로자와 마찬가지로 이러한 규정들에 의해 파업권이 인정되게 되었다.

그리고 1958년 제5공화국 헌법 전문에서는 1946년 헌법 전문에서 보장하고 있는 인권을 재확인하면서, 쟁의권의 사회적 권리로서의 성격을 재확인하였다. 공무원의 권리와 의무를 규정한 1983년 7월 13일 법 제10조에서도 "공무원은 파업권을 규제하는 법률의 범위 내에서 행사한다"고 규정하여 파업권을 명시적으로 인정하고 있다.

한편, 프랑스에서 파업권이 인정된다고 하여도 그것은 1946년 헌법에서 규정하듯이 법률이 정하는 범위 내에서만 행사할 수 있을 뿐이다. 그런데 파업권의 행사를 제한하는 일반법률은 아직까지도 제정되어 있지 않다. 다만 '공공역무'에 해당되는 부문에 대하여 파업권의 행사를 제한하는 여러 방식이 있다. 그리하여 공공부문 근로자 중 특정의 직무를 수행하는 근로자들은 경우에 따라 파업이 금지되기도 한다.

그런데 이러한 제한은 반드시 공공부문 근로자임에 한정되는 것은 아니라, 공공역무를 담당하는 사기업 근로자들도 필요에 따라서는 적용되게 된다.

나. 특정공무원에 대한 파업권이 부인

특별법으로서 명문상 파업권이 부인되는 특정공무원들은 다음과 같다.

- ① 보안대(1947년 12월 27일법 제6조)
- ② 경찰(1948년 9월 28일법 제2조 및 1966년 7월 9일법)
- ③ 교도관(1958년 8월 6일정령 제3조)
- ④ 재판관(1958년 12월 22일정령 제10조)

- ⑤ 항공안전관제에 종사하는 특정직원(1964년 7월 2일법 제2조 및 1984년 12월 31일법 제2조)
- ⑥ 내무부 통신직원(1968년 7월 31일법 제14조)
- ⑦ 군인(1972년 7월 13일법 제14조)

이 중 항공안전관제직원에 대하여는 1964년법을 1984년법에서 부인범위를 다소 완화하였다. 즉 상시 확보되어야 하기 때문에 파업이 금지되는 직무로서 정부의 활동 및 국방상의 임무, 국가의 본질적 이익 또는 필요의 보전, 국제협약 특히 영공항행권의 존중, 인명 재산의 보존사명, 코레스카 섬 해외 영토의 고립화를 피하기 위한 공로의 보유 및 위의 제업무를 위한 시설 자재의 보전 등의 업무에 한정하였다.

위의 파업이 금지되는 특정공무원이 파업을 하는 경우에는 징계처분의 대상이 된다.

다. 파업제한법에 의한 제한(파업의 예고의무 및 파상파업의 금지)

1) 근거

1962년 공공부문을 중심으로 한 일련의 쟁의와 1963년 봄 광산 및 파리지구 교통기관의 쟁의행위를 계기로, 공공부문에서 돌발적이거나 파상적인 파업이 미치는 심각한 영향이 우려되었다. 그리하여 1963년 7월 31일 파업제한법을 제정하였는데, 거기에는 공공부문 등에서의 파업에 대해 예고의무 및 파상파업의 금지를 주요 내용으로 하고 있다. 이 규정은 그 후 1982년 10월 1일법 및 1987년 7월 13일법에 의해 일부 개정되어 현재 노동법전 L.521-2조 이하에 규정되어 있다.

2) 적용대상

파업제한법의 적용대상은 다음과 같다(L.521-2조 : 1950년 6월 1일 정령).

- ① 국가, 지역권, 도 및 인구 10,000명 이상의 시 읍 면의 공무원
- ② 공공역무를 수행하는 공법상 또는 사법상의 국공영 기업, 기관 및 사업체의 직원. 여기에는 특히 1950년 6월 1일 정령에 의해 종업원 특별신분 규정을 갖는 기업(가령, 운수부문에서는 프랑스항공 파리공항 파리교통공단 등, 에너지부문에서는 프랑스석탄 프랑스전기 프랑스와사 국영석유 등, 은행부문에서는 프랑스은행 등)의 직원이 해당된다.
- ③ 공공역무의 관리를 담당하는 민간의 기업 기관 및 사업체의 직원(L.134-1조 제2항의 명령으로 정한 기업 기관 및 사업체에 한함). 여기에는 병원, 사회복지사업, 저가임단지사무소, 프랑스방송협회, 지방 지구의 사회보장금고, 비영리사단으로서의 교육시설, 일부 교통운수사업 등의 기업의 직원이 해당된다.

이와 같이 파업권이 제한되는 적용범위는 공공부문에 한정되지 않고 민간의 기업 조직 사업체를 포함한다. 이는 제한의 필요성이 있는 공공역무의 범위를 상당히 넓게 규정하고 있는 것이다.

따라서 특정의 민간 기업 조직 사업체의 경우에는 공공역무를 담당하는 것인지 여부가 문제된다.

가령, CEA(원자력관리위원회)의 업무를 위탁받아 수행하는 하부기관인 COGEMA의 직원도 공공역무를 담당하고 있다고 인정된다(파해원 사회부 1984.7.5. 판결).

반면에 모든 공공부문이 위의 파업권 제한에 적용대상이 되는 것은 아니다. 가령, 국유기업 중에는 그 활동이 시장경쟁적 성격을 갖는 르노자동차, 제2차 세계대전 후에 국유화된 주요 은행 및 보험회사, 1983년 7월 26일의 공공부문 민주화법에 의해 새롭게 종업원의 경영참가가 강화된 기업(해외통상은행, 해외통상보험회사, 중소기업설비금융금고등)은 적용대상이 되지 않는다.

3) 파업예고의무

위의 적용범위의 직원들이 파업을 개시하려면 5일 전에 예고를 하여야 하며, 그 예고는 전국 차원, 당해 직종 또는 당해 기업 조직 역무에서 가장 대표적인 노동조합 조직이 행한다(노동법전 L.521-3조).

이 예고의무의 부과에 의해 행정당국이 공중을 위하여 파업의 영향을 가능한 한 적게하는 조치를 취할 수 있도록 하는데 그 취지가 있다.

예고의 방식은 파업의 이유, 장소, 개시일시, 예정된 파업기간 및 전면파업인지 부분파업인지를

명시하여 파업 개시 5일전까지 공무원인 경우에는 직계상의 장에게, 공무원 이외의 경우에는 기업 조직 사업체의 경영관리 책임자에 대하여 각각 통고하여야 한다.

파업의 예고는 '가장 대표적인 조합'이 행하여야 한다. 이는 비공인파업(살쟁이파업)의 회피를 목적으로 하고 있다. 가장 대표적인 조합의 판단에 있어서 법규정에는 '전국'차원, '당해직종'차원뿐만 아니라 '당해 기업(기관 사업체)' 차원에서 대표성이 인정됨을 밝히고 있다. 즉 단체협약법제를 중심으로 한 대표성 판단은 오랫동안 주로 전국차원에서의 평가를 기준으로 하여 왔지만, 파업예고법에서는 전국 차원에서 대표성을 인정받은 노동조합이 아니더라도 그 파업이 관계된 당해 기업이나 역무에서 대표성이 인정될 수 있다. 가령, 파리고통공단직원 자주조합은 기업 차원에서는 대다수 조합원을 갖지만 전국적 총동맹에는 가입하지 않는 조합도 대표적인 조합으로 인정된다.

1982년 10월 19일법은 관계 당사자에 대하여 예고기간중에 교섭할의무를 부과하고 있다(L.521-3조 제5항).

4) 파상파업의 금지

파업제한법의 적용을 받는 직원의 파업에 있어서 근로의 중단 및 재개의 시간은 관계직원들의 각종 구성체에 따라 상이할 수 가 없다. 또한 동일한 사업체의 각종 부서 또는 동일한 기업이나 조직의 다른사업장에 파업을 파급시키기 위하여 수차례에 걸쳐 계속적으로 또는 협의하여 교대로 업무를 중단시키는 행위를 할 수 없다(노동법전 L.521-4). 즉 직종, 직무, 사업장 조직 등에 따라 시간적으로 분산되어 파상적으로 이루어지는 이른바 파상파업은 금지된다.

다만, 업무의 성질로 인하여 개시 시각과 종료 시각이 그 자체로서 교대되면서 계속적인 업무에 종사하는 자(가령 전차의 운전수)가 파업을 행하는 경우에는 여기에 해당하지 않는다고 해석되고 있다.

5) 위반에 대한 제재

예고의무 및 파상파업 금지에 위반한 파업에 대하여는 관계직원에 관한 법규가 정하는 바에 따라 징계책임인 제재가 과해진다. 제재의 내용이 면직 및 강등인 경우에는 일반적인 징계절차에 따라 이루어져야 하나, 그외의 제재일 경우에는 연금수급권이 상실되지는 않는다(노동법전 L521-5조). 이러한 징계책임 이외에 별도의 형사상의 처벌은 인정되지 않는다.

또한 법정의 예고없이 이루어진 파업에 참가한 일반근로자에 대하여는 그것만으로는 근로관계의 종료(해고)를 할 수 있는 '중대한 비행'에 해당되지 않는다고 해석된다(파해원 사회부 1984.

6.5판결).

다. 행정관청의 파업금지 및 제한조치

1)인정근거

프랑스에서는 공공역무를 담당하는 근로자의 파업이 그 공공역무의 계속성을 유지하기 위한 최소한도의 범위 내에서 행정관청이 파업을 금지하거나 제한하는 조치를 취할 수 있는 권한이 인정된다. 이러한 제한권한은 법률에 특별한 명문규정에 의해 인정되는 것이 아니라, 헌법에서 예정하고 있는 입법적 제한이 존재하지 않는 상황에서 공공역무에 있어 파업권 제한의 성질 및 범위를 정하는 것은 공공역무의 정상적 운영에 대해 책임을 지는 정부의 권한에 속한다고 파악되기 때문이다.

국참사원은 1950년 7월 7일의 「도에누」 사건 판결에서 공무원의 파업권을 인정하면서 동시에 위와 같은 근거에서 정부에 대하여 파업을 제한하는 권한을 인정하였다.

또한 1963년 파업제한법이 제정되어 공공역무의 정상적 운영을 위해 파업을 제한하는 규정을 두고 있지만, 그 제한은 파업의 예고의무와 파상파업 금지에 한정되는 것으로, 이것만으로는 헌법이 예정하는 파업의 일반적 제한의 입법조치라고는 할 수 없다. 그러므로 1963년의 파업제한법 제정 이전과 마찬가지로 정부의 파업제한 권한이 인정되고 있다(국참사원 1966. 2. 4. 판결).

2) 제한 권한을 갖는 자

1950년 「도에누」 사건 판결 이후 국참사원은 파업권의 제한 권한을 우선 정부(수상, 관계장관, 도지사)에 인정하였지만, 이후 그 권한은 정부 및 행정기관의 직계상 하부단위의 관리책임자에게도 인정하고 있다. 그리하여 시 읍 면의 장(국참사원 1965. 7. 9. 판결), 국립천문대소장(국참사원 1962. 1. 19. 판결), 지방병원센터의 장(국참사원 1976. 1. 7. 판결), 정신병원장(국참사원 1976. 2. 4판결), 파리공항이사장(국참사원 1977. 4. 20. 판결)등 시설의 장에도 권한이 인정되고 있다.

3) 제한의 범위 및 내용

제한의 대상이 되는 직원의 범위는 공권력 행사에 직접 참여하고 있는 비현업 상급 직원에 한정되는 것이 아니다. 현업 직원이라도 그 직무가 정부의 시책수행에 불가결하고 직무의 정폐가 공공질서에 대하여 중대한 침해를 미칠 수 있는 자에 대해서는 제한의 대상이될 수 있다. 가령, 체신부 직원(국참사원 1958. 11. 28. 판결), 항공의 정상한 안전을 위하여 업무에 필요불가결한 직원(국참지원 1960. 10. 26. 판결), 프랑스국철에 건널목 직원(국참사원 1964. 10. 23. 판결), 전파전신의 관제담당자(국참사원 1966. 2. 4. 판결), 법원서기(국참사원 1977. 12. 21. 판결)등에 대하여도 제한이 인정된다.

파업에 대한 행정적 제한은 당해 공공역무의 최소한의 확보를 위하여 필요불가결한 경우에 한하여 인정된다. 가령, 1960년대에는 공공역무의 파업시에 병원, 진료소, 연구소 등 인명에 관계된 시설에 대한 전력공급은 필수적인 최소한의 역무로서 파업에도 불구하고 그 공급의무를 관계장관이 명령한 적이 있다.

파업의 제한은 당해 공공역무 중 최소한의 필요한 역무를 확보하기 위해 쟁의행위가 금지되는 자들을 지정하는 방식으로 일반적으로 이루어진다. 따라서 어떤 특정한 직급의 범주에 속하는 직원 전체를 행정활동에 불가결한 요원이라고 포괄적으로 지정할 수 없으며, 직무내용을 고려하여 제한되는 범위를 한정적으로 지정하여야 한다(국참사원 1958. 11. 28. 판결 및 1959. 6. 10. 판결 등). 그러므로 특정범주의 공공부문근로자의 파업을 일반적 또는 절대적으로 금지하기 위해서는 그 직무가 성질상 정부의 행정활동과 공공의 질서유지를 위하여 반드시 계속적으로 이루어져야 하고, 그 직무가 계속적으로 이루어지려면 당해직원 전체에 대하여 파업을 금지하여야 하고, 그 금지는 어떠한 상황하에서도 필요한 경우이어야 한다. 따라서 파업금지 명령을 받아야만 하는 직원의 범위를 부당하게 확대하는 것은 위법이된다. 가령, 프랑스방송의 라디오음악 프로나 TV영화 방영 프로의 확보를 목적으로 한 직원의 지정(국참사원 1966. 2. 4. 판결)이나 「모제루 도」 국제수로부에서의 수문관리직원 전원의 지정(국참사원 1981. 2. 4. 판결)은 위법이 되었다.

라. 파업참가자의 징용

1) 근거

프랑스에서는 공공역무 및 중요산업의 파업에 대하여 정부가 취할 수 있는 조치로서 '징용'의 방법이 있다. 이 제도는 연혁적으로는 군사징용에 관한 1877년 7월 3일법을 그 기원으로 한다. 그리고 전시체제에 관한 1938년 7월 11일법은 군사징용과 함께 민사 징용제도를 설치하여 총동원령의 발동외에 대외적 위기에 대하여 18세 이상의 남자 공공부문근로자를 징용할 수 있도록 하였다. 이는 전시체제에서의 잠정조치로서 실시된 것이었지만, 그 후 평시체제하에서 수차의 연장조치에 의해 유지되다가 1950년 2월 28일법에 의해 징용제도가 무기한 유지되도록 되었다. 또한 1959년 1월 7일정령 제 147호 및 1962년 7월 21일법은 근로자의 범위를 여자근로자에게도 확대하였다.

이러한 징용제도는 국민의 필요를 위하여 불가결한 역무의 수행을 확보할 목적으로 이루어지는 것으로서 그 합헌성이 일반적으로 인정되고 있다(국참사원 1949. 10. 28. 판결 및 1950. 11. 10. 판결 : 파훼원 형사부 1953. 3. 5. 판결 및 1956. 2. 2. 판결 등).

1960년 전반기까지는 공공역무에서의 파업권을 제한하는 수단으로서 적극적으로 활용되었다. 그러나 1963년 3월 탄광파업에 대한 징용령으로의 직장복귀 명령에 대해 근로자들이 저항하고 여론의 비판을 받아 결국 정부가 제재수단을 취하지 못하고 무위로 된 후 정부는 징용령이라는 수단을 이용하지 않고 있다.

2) 요건

징용령 발동의 실제적 요건으로는 공중이 필요로 하는 역무가 파업으로 정지됨으로써 발생하는 손해의 정도나 공공역무의 기능에 대해 발생하는 손해의 정도를 평가하여 필수불가결한 공공역무의 확보를 위한 것이어야 한다.

징용의 발동은 절차적으로 내각이 결정한 명령에 의한 징용권한의 승인, 그 권한을 행사하기 위한 관계장관 혹은 총괄적 권한위임을 받은 기관(도지사)에 의한 명령, 피징용자에 대한 통고(집단적 징용의 경우에는 사업장 내의 게시, 언론매체의 이용도 통고로 인정됨)라는 3단계를 거쳐 이루어진다.

3) 위반에 대한 제재

징용령을 거부한 자에 대하여는 경죄로서 1개월에서 1년의 금고 및(또는)60프랑에서 3만 프랑의 벌금이 과해진다(1938년 7월 11일법 개정 제 31조). 또한 면직 내지 해고를 포함하는 징계책임이 과해질 수 있다.

4) 징용령에 대한 사법심사

구체적으로 징용령이 발동되고 또한 이에 복종하지 않는 자에 대하여 이루어지는 처분에 대해서는 당해 징용령의 목적(당해 역무 내지 국민생활에 불가결한 필요성) 및 절차(정당한 절차를 밟아 시행되는지 여부)에 관해 법원의 사법적인 심사가 인정된다. 가령, 1961년의 마르세이유 교통공단 직원 파업에 대처하여 발동된 그 직원 전체에 대한 징용령에 관해 국참사원은 교통이 단순히 부자유스럽다는 것만으로는 교통역무의 계속성에도 주민의 필요만족에도 충분히 중대한 침해를 가져오는 것이므로 적법하지 않다고 판단하였다(국참사원 1961. 2. 24. 판결). 반면 프랑스항공의 보잉기 파일럿 파업에 대하여 국민의 필요만족에 대해 충분히 중대한 침해를 가져오는 것이므로 징용령이 정당하다고 판단하였다(국참사원 1962. 10. 26. 판결)

마. 파업참가 근로자에 대한 임금공제의 특례

파업참가 근로자에 대하여는 파업기간 동안의 임금이 공제된다. 이는 민간부문의 경우나 공공부문의 경우 동일하게 인정된다. 다만, 민간부문에서의 임금 공제는 파업기간에 대응하여 비례적으로 이루어지는 것이 원칙이나 공공부문의 경우에는 국가재정상의 계산과 관련하여 특례가 인정된다.

국가재정에 관한 1961년 7월 29일법에서는 공무원 및 국가에 고용된 월급제 직원이 결근한 경우의 봉급 공제에 대하여 그 결근이 1일 미만이라도 그 공제는 국가재정상의 최소불가분의 단위인 1일분으로 이루어져야 한다고 규정하고 있다. 이것이 이른바 '1/30원칙'이다.

그리고 1963년 파업제한법 제6조에서는 이 공제원칙을 규제대상이 되는 모든 공공역무의 직원에 대한 파업의 경우에도 적용하였다. 이는 국가재정상의 원칙을 국가공무원 이외의 자에게도 확대적용한 것으로서 그 결과 하루의 반 혹은 수시간의 파업을 만 1일의 파업과 마찬가지로 임금공제한다는 점에서 실질적으로 제재의 의미를 갖는다고 비판을 받아, 그 후 1977년, 1982년 및 1987년의 수차례 개정을 거쳐 현행법상에서 임금공제의 원리는 다음과 같이 규율되고 있다.

①국가공무원 및 그 직원에 대해서는 1961년법에 기초하여 1일 미만의 파업에 대해서도 1일분의 임금 공제가 적용된다.

②기타 공공역무의 직원 및 지방자치단체의 공무원 및 직원에 대해서는 파업기간에 대한 비례 공제를 원칙으로 하지만, 1일 미만의 파업에 대해서는 1982년 10월 29일법에 의해 다음과 같이 특별한 비례 공제가 적용된다(노동법전 L.521-6조).

-1시간 미만의 파업인 경우에는 월급여액의 1/160

-1시간을 초과하나 1/2일 미만의 파업인 경우에는 월급여액의 1/50

-1/2일을 초과하나 1일 미만의 파업인 경우에는 월급여액의 1/30

5. 요약

프랑스의 공공부문은 정부조직 이외에도 국공영의 공기업이 다수존재하여 전체 경제에서 차지하는 비중이 높다. 이러한 공공부문에 종사하는 공공근로자는 공무원과 비공무원인 직원으로

대별된다. 공무원이나 비공무원 모두에게 단결권이 보장되나, 공무원 및 대다수 공기업의 직원에게는 단체협약체결권이 인정되지 않는 불완전한 단체교섭권이 인정된다. 그러나 사실상 단체교섭의 결과에 따라 근로조건의 개정이 이루어지므로 교섭은 중요한 기능을 하며, 반면에 노사협의 조직은 현실적으로는 가능하지 않는다. 또한 공무원 및 비공무원 모두에게 파업권이 인정되며, 공공부문임을 이유로 한 일률적인 파업권 제한은 없다. 그러나 공공역무의 최소한의 확보를 위해 파업에 대한 입법적 행정적인 제한이 공공부문 및 민간부문에 공히 이루어지며, 그 주요 부문은 공공부문의 필수적인 역무가 해당된다. 결국 프랑스에서는 민간부문과 달리 공공부문임을 이유로 한 노동권의 제한은 없으나, 필수적인 공공역무를 확보한다는 측면에서 파업권의 행사가 제한될 수 있는 법구조를 가지고 있다고 말할 수 있다.

주석1) 단체교섭 및 파업권에 관한 부문은 임서정 역, 『프랑스의 노사관계법제』, 일본노동성 노동국 편저(한국노동교육연구원, 1993)의 관련부분을 주로 참조하였음을 밝혀둔다.

第7章

小結

우리나라의 공공부문 노동관계는 공무원의 지위를 중심으로 이분적으로 구성되어 있다. 공무원인 공공부문 근로자는 체신부, 철도청, 국립의료원 등에서 사실상 노무에 종사하는 일부 공무원을 제외하고는 단결, 단체교섭, 단체행동이 모두 금지된다. 다만, 예외적으로 체신부, 철도청, 국립의료원 등에서 사실상 노무에 종사하는 공무원들에 대해서는 노동삼권을 보장하고 있다. 공무원의 지위를 갖지 않는 여타의 공공부문 근로자들은 단결, 단체교섭, 단체행동이 가능하다. 그러나 그러한 공공부문 근로자들의 단체교섭은 정부로부터 직 간접적인 제약을 받고 있다. 또한 그러한 공공부문 근로자들이 종사하는 사업체가 공익사업체에 해당하는 경우에는 강제중재제도로 인하여 사실상 쟁의행위가 금지된다.

이렇듯 우리나라에서 공공부문 근로자에 노동삼권을 보장하는 정도는 국제적 최저기준인 ILO기준에 미치지 못함을 알 수 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 ILO는 경찰이나 군대를 제외한 모든 공공부문 근로자에게 단결의 자유 및 단체교섭권을 인정할 것을 요구하고 있고, 쟁의행위에 있어서도 공공기관의 대리인인 공무원이나 또는 엄격한 의미에서의 필수적 사업에 종사하는 자에 대해서 제한적인 예외를 두고 있기 때문이다.

한편, 비교법적으로 보면 우리나라 공공부문 노동관계의 법체계의 모델이 되어 온 미국과 일본은 물론 유럽의 독일, 영국 및 프랑스에서도 공공부문 근로자에게 단결권은 인정하고 있다. 다만, 일본의 경우에는 조직형태에 있어서 제한이 있다.

또한 공공부문 근로자에게 단체교섭권의 인정 여부를 살펴보면, 독일, 영국, 프랑스뿐만 아니라 미국과 일본도 대체로 인정하는 경향에 있다. 다만, 교섭의 결과인 합의에 법적 구속력으로서의 효력을 부여하지 않는 경우도 많으나, 최종적 결정권한자가 교섭 결과를 사실상 존중하고 따르는 관행에 대해 교섭의 가능성을 유지해 오고 있다. 아무튼 기본적으로 모든 나라에 있어서 공공부문의 노동관계를 사용하여 결정한다는 점에서 노동관계의 민주성 내지 합리성을 도모하려는 의도가 제도적으로 반영되어 있다.

다음으로 공공부문 근로자에게 쟁의행위권의 인정 여부를 살펴보면, 미국과 일본은 기존의 금지체계를 대체로 유지하여 오고 있다. 다만, 미국과 일부 주들에서 쟁의행위를 제한적으로 인정하는 방식으로 인정하는 방식으로 전환하였다는 점도 유의하여야 한다.

한편, 유럽의 경우에는 독일은 공공부문에 공무원으로서의 신분이 없는 근로자(사무직 근로자 및 노무직 근로자)에게는 쟁의행위가 금지되지 않으며, 영국이나 프랑스의 경우에는 공무원까지 포함하여 공공부문 근로자에게는 원칙적 쟁의행위권이 인정된다. 쟁의행위권이 전면적으로

인정함으로써 발생할 수도 있는 공공역무의 계속성 침해에 대해 프랑스는 필수적인 부분만큼은 유지할 수 있는 조치들이 취해지며, 영국에서는 전통적인 임의주의에 입각해 이를 관행에 맡기고 있다.

반면, 미국과 일본처럼 쟁의행위가 상당한 범위에 있어 금지되는 경우에는 중재제도 등의 일련의 조치들을 강구하고 있다.

한편 사업의 공익성을 이유로 강제중재를 허용하지 않는다는 점에 있어서는 ILO기준, 미국, 일본, 독일, 영국 및 프랑스 모두에 공통된다. 공익사업에 쟁의행위권을 인정하면서도 강제중재제도를 설정하여 결과적으로 쟁의행위를 금지하는 우리나라의 법체계와 비교된다.

강제중재의 기능에 관해 살펴보면, 강제중재를 통해 사실상 쟁의행위를 제한하고자 하는 우리나라의 입법 의도와는 달리 쟁의행위를 금지할 수 밖에 없는 부문에 있어 강제중재를 통하여 단체교섭을 촉진시키고 쟁의행위를 대체하는 효과를 얻고자 하는 미국식의 발상법은 매우 시사적이다.

외국의 예나 ILO기준 등을 종합하여 보면 공공부문의 노사관계에 관한 법제는 대체로 다음과 같은 방향으로 개선하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 즉 공무원이 국민 전체의 봉사라는 점만을 이유로 이들에 대해서 노동삼권을 일률적으로 부인하기보다는 원칙적으로 단결권 및 단체교섭권까지 인정하고 국가의 예산편성권과 공무로서의 특성 또는 필수성 등의 구체적 사정들을 고려하여 단체협약체결권 또는 단체행동권에 대해서는 일정한 범위에서 합리적으로 제한 조정하여야 할 것이다. 특히 쟁의행위를 제한할 경우에는 단지 분란의 소지를 미연에 차단한다는 소극적인 차원에서가 아니라 공공부문 노사관계의 민주성과 합리성이 담보될 수 있게끔 정부측에서 보다 적극적으로 단체교섭에 참가하도록 유도할 수 있는 적극적 차원에서의 대상조치를 강구하여야 할 것이다.

第2編 公共部門의 再編成에 따른 勞使關係의 變動 -非公務員部門 勞使關係를 中心으로-

第1章

序論

최근 들어 공공부문은 종래의 체계와 관리를 효율적으로 개선하여야 한다는 논의가 증대하고 있다. 공공부문은 그에 종사하는 근로자가 적용받는 법규에 따라 크게 정부조직에 종사하면서 공무원 관련법규의 적용을 받는 법규에 따라 공무원부문과 정부조직이 아닌 정부투자기관(공기업), 정부출연기관 등에 종사하면서 일반근로자와 마찬가지로 노동관계 법규의 적용을 받는 비공무원부문에 나누어진다. 이 중에서 효율성의 면에서 체계 관리 개선의 요구를 더욱 강하게 받고 있는 것은 후자, 즉 비공무원부문인 공공부문이다. 체계 관리 개선을 위한 방식으로서는 관련기관의 내부운영의 합리화라는 제한적인 방식에서부터 기관 자체의 통폐합이라는 포괄적 전면적인 방식에 이르기까지 상당히 다양한 의견이 제시되고 있다.

비공무원부문은 1960년대 이후 진행된 고도경제성장정책의 밑바탕이 되는 기간산업이나 지원사업 또는 연구사업의 역할을 충실히 하여 온 공적이 있고, 이 점은 현재에 이르러서도 결코 과소평가될 수 있는 것은 아니다. 그러나 우리나라가 1980년대 후반부터 이른바 산업구조 개편 내지 조정기로 변화하면서, 민간부문에서 시작된 경영합리화정책은 공공부문에도 과급되어 그동안 상대적으로 평온하게 유지되던 공공부문에서도 그 체계 관리의 효율성의 제고를 위한 변화의 요구가 강하게 제기되고 있는 것이다.

그런데 공공부문 중 공무원부문에 종사하는 근로자는 헌법에 의해 정치적 중립성과 함께 그 신분을 법률이 정하는 바에 따라 보장받기 때문에(헌법 제7조 제2항 참조), 정부조직의 체계 관리상 변화가 있더라도 신분 그 자체는 법적으로 보장받을 수 있다. 다시 말해 공무원은 관련기관의 체계나 조직상의 변화 또는 재편성이 이루어진다 하더라도 원칙적으로 고용보장을 받을 수 있다. 또한 공무원의 근로조건 등은 공무원 관련법규에서 상세하게 규율됨으로써 체계 조직상의 변화나 재편성과정에서의 근로조건의 변동도 관련법규에 근거하여 이루어져야 하기 때문에 종전의 근로조건에 비해 비합리적이고 과도한 불이익 변경은 이루어지기 어렵다고 하겠다.

반면에 공무원법의 적용을 받지 않는 비공무원부문에 종사하는 근로자는 사정이 완전히 다르다. 비공무원부문에 종사하는 근로자는 그 신분이 일반근로자와 마찬가지로이기 때문에 체계 조직상의 변화나 재편성과정에서 공무원과 같은 강한 법적 보호는 기대하기 어렵다.¹⁾ 다시 말해 비공무원인 공공부문 근로자는 재편성의 기류가 보다 강하면서도 그 과정에서의 신분이나 근로조건에 대한 보장은 확인할 수 없는 것이 실정이다. 이러한 점은 관련근로자들로 하여금 기존의 조직이나 체계의 재편성에 반대하도록 유인하고 있다. 그리고 이러한 관련근로자의 저항은 외부상황의 변동 등으로 인해 공공부문의 재편성의 필요성이 높아지는 경우에도 그 변화에 장애가 될 수 있다.

그렇다고 관리의 효율성만을 강조하여 관련근로자의 보호를 무시하고 재편성을 강행한다면 그것은 공공부문에서의 노사관계를 악화시켜 오히려 공공기관의 효율적 운영을 저해하는 요소가 될 수도 있다. 또한 노사관계에서 모범이 되어야 할 정부가 근로자와의 근로자와의 갈등을 해소하지 않은 채 조직 재편을 강행하게 되면, 이는 그대로 민간부문으로 급속하게 과급됨으로써 우리나라 전체 노사관계는 매우 불안정한 갈등구조를 변화하게 될 수도 있다. 이러한 현상은 노사관계의 안정과 산업평화의 유지를 통한 국제경쟁력의 제고에도 사용자에게 해당되는 정부는 민간부문 노사관계의 모범이 되어야 한다. 특히 정부는 비공무원 공공부문의 노사관계에는 민간부문의 그것에 적용되는 노동법규 전반이 동일하게 적용된다는 점을 유의해야 한다. 따라서 기관의 재편성에서 초래되는 노사관계의 여러 문제들을 단지 특별법령의 제정 등 미봉적 방법으로 회피하려 하는 것은 결코 바람직한 모습이 아니다.

따라서 사용자로서의 정부는 공공부문에서는 관리의 효율성 측면에서 기관의 재편성이 도모되는 경우에도 근로자의 고용보장이나 근로조건의 보장을 위하여 상당한 노력을 다 하도록 하여야 할 것이다. 그러기 위해서는 민간부문에서 기업의 재편성에서 초래된 노사관계의 여러 문제점들을

이해하고, 그 문제의 해결을 위해 현재 사회적으로 통용될 수 있는 기준들을 검토하는 작업이 필요하다. 이 때 '현재 사회적으로 통용될 수 있는 기준'은 지금까지는 주로 판례에 의해서 정립되어 왔다. 그러므로 이하에서는 국내외 학설이나 외국 법령보다는 우리나라 판례상 형성된 법리의 검토에 주력하여 살펴보고자 한다.

공공부문 기관의 재편성으로는 먼저 외형적인 재편성 이전에 기관 내부에서 노사관계의 재편성을 시도할 수 있다. 이에 먼저 근로자들의 일반적인 근로조건을 변경하는 방법이 있을 수 있다. 근로조건 변경을 위해 가장 흔히 사용할 수 있는 방법은 당해 기관의 운영규칙, 즉 취업규칙을 변경하는 것이다. 그런데 취업규칙을 불이익하게 변경하는 경우에는 근로자측의 집단적 동의를 요건으로 한다는 것이 판례에서부터 형성된 확립된 법리이다. 사실 취업규칙의 불이익 변경의 문제는 민간부문보다도 공공부문에서 법령에 추상적인 근거를 두고서 근로자측의 동의 요건을 등한시하면서 불이익 변경하여 두드러지게 문제되었고, 구체적인 쟁송이 계속된 결과 판례법리를 형성한 것이다. 따라서 취업규칙의 불이익 변경 법리를 고찰하는 것은 공공부문의 노사관계에도 원칙적으로 노동법이 적용된다는 점을 명확히 한다는 점에서도 의미있는 작업이 될 수 있다.

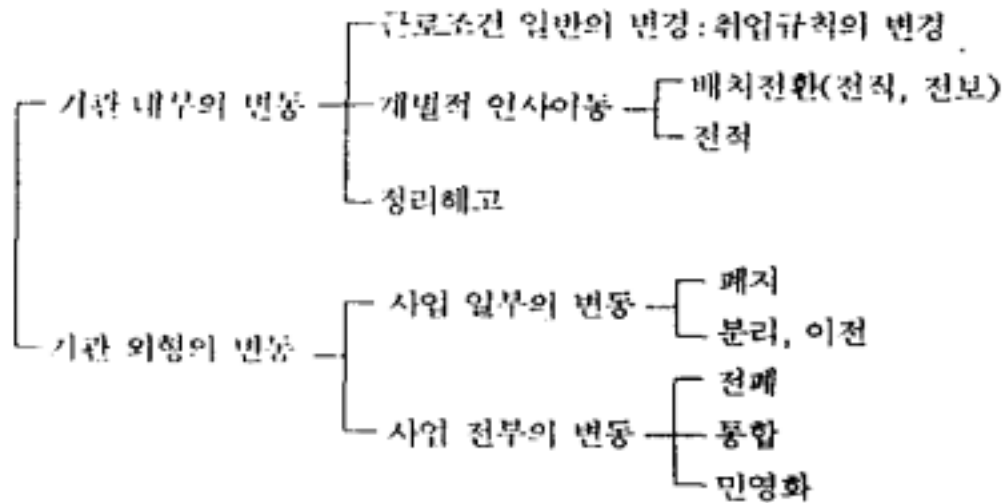
다음으로 기관 내부에서 노사관계를 재편성하는 방법으로 개별적인 근로자를 인사이동하는 방법이 있을 수 있다. 구체적으로는 전직이나 전보 등의 배치전환을 하는 방법과, 또한 개별적인 근로자를 기관 외부로 전직하는 방법이다. 이 경우 배치전환이나 전직의 정당성에 대하여는 민간부문에서 형성된 판례법리를 고찰함으로써 도움을 받을 수 있을 것이다. 그러나 배치전환과는 달리 전직에서는 종전의 사용자와의 근로관계를 종료하는 것이므로 근로자의 동의를 요건으로 하는 등 보다 엄격한 법리가 형성되어 있다. 따라서 양자를 구분하여 검토할 필요가 있다.

또 다음으로 기관내의 잉여근로자를 해고하는 정리해고의 방법이 있을 수 있다. 정리해고의 요건에 관한 민간부문의 판례법리는 공기업과 같이 영리를 목적으로 하는 경우는 물론 비영리를 목적으로 하는 각종 정부출연기관에서도 원용될 수 있을 것이다.

한편 위와 같은 기관 내부에서의 노사관계의 재편성 이외에도 기관의 외형을 변화시키는 외형적인 변동을 시도하고 이에 수반되어 노사관계의 변동이 초래될 수도 있다. 가령, 기관의 일부를 폐지하거나, 또는 그것을 분리하면서 별개의 기관으로 형성하거나, 또는 사업의 일부를 다른 기관이나 민간기업에게 이전하는 등 기관의 일부를 외형적으로 변동하는 방법이 있을 수 있다. 그 중 일부 폐지의 경우 종전 근로자의 근로관계는 배치전환 등의 개별적인 인사이동이나, 또는 정리해고의 문제로 전환될 것이다. 이에 반하여 기관 일부의 분리나 이전에는 그 과정에서 종전 근로자가 동시에 이전될 여지가 있다. 따라서 민간부문에서도 기업분리나 영업양도에서의 노사관계의 문제로서 고용보장 및 근로조건의 보장의 관점에서 단순한 폐지와는 달이 복잡한 판례법리가 형성되고 있다.

또한 기관 외형의 변동은 기관을 전폐하거나, 복수의 기관들을 통폐합하거나, 기관을 민영화하는 방법 등이 있을 수 있으며, 그 과정에서 노사관계의 변동이 초래될 수 있다. 그 중 기관의 전폐는 비공무원인 공공부문 근로자에게는 신분보장이 없으므로 직장의 상실이 초래될 수 있는데, 이는 민간부문과 마찬가지로의 문제이다. 반면에 기관의 통폐합이나 민영화에는 그 과정에서 종전 근로자가 동시에 이전될 여지가 있다. 따라서 민간부문에서 합병이나 기업유형의 변동에 준하여 검토할 필요가 있다.

이러한 다양한 재편성 방법을 도식화하면 다음과 같다.



이 중 본고는 사업 일부의 폐지나 전부의 폐지를 제외한 나머지 변동유형들에 따른 노사관계의 변동을 중심으로 고찰하고자 한다.

본고에서는 민간부문 노사관계의 변동에 있어 고용보장 및 근로조건보장을 중심으로 고찰하는 이유는 그러한 보장이 공공부문 노사관계의 변동이 있어 '최저한도의 보장'으로 작용되어야 하기 때문이다. 따라서 나아가 고용보장 모범적인 사용자로서의 정부는 공공부문 노사관계의 변동이 있어 고용보장 및 근로조건보장의 정도를 보다 높이는 방법을 모색하여야 한다. 그것은 노동조합 체결하는 단체협약을 통해 집단적 자치의 방식으로 나타날 수도 있고, 법령에 의한 기관의 재편성 과정에서 개별적 구체적 상황에 적응하는 보호법규를 부가하는 방식도 가능할 것이다. 다만, 본고에서는 어느 정도까지 가능하고 바람직한가의 문제는 법적인 문제라기보다는 정책적인 문제라 생각되므로 차후의 연구과제로 남기고자 한다.

주석1) 영국의 예를 보면 체계 조직상의 변경으로 인하여 공공부문에서 감원이 필요하게 된 경우에도 관련근로자에 대해서는 민간부문의 근로자에 비해 좀더 두터운 정책적 보호가 행해져야 한다는 여론이 강했다고 한다(김대환, 「민영화와 노동문제(I)」, 『산업노동연구』, 제2권 제1호, 한국산업노동학회, 1996, 5쪽 참조). 그러나 이것은 사실상의 것이기 때문에 법적 보호장치가 별도로 마련되지 않는 한 우리나라에서도 동일한 보호가 있을 것이라고 당연히 기대할 수는 없다.

第2章

政府投資機關 및 政府出損機關에서 就業規則의 不利益 變更을 둘러싼 問題

第1節 序論

기존의 취업규칙을 불이익하게 변경하는 경우에는 근로자의 집단적 동의를 얻어야 유효한 변동이 된다. 그런데 정부투자기관 및 정부출연기관에서 취업규칙의 일종인 퇴직금 규정에 정한 퇴직금지급 정도를 공무원의 수준으로 낮추라는 정부의 방침에 따라 이사회 의결을 거쳐 행정관청의 승인을 받아 관련규정을 변경하면서도, 근로자의 집단적 동의를 얻지 않았다. 이렇게 변경된 취업규칙이 1990년대 초에 다수의 판례에 의해 무효로 판정받았다.

정부투자기관 및 정부출연기관이 공공부문이나 취업규칙에 관하여는 민간부문과 마찬가지로 노동법, 특히 근로기준법이 적용되는 물론이다. 정부투자기관 및 정부출연기관에서의 취업규칙의 불이익 변경에 관해 민간부문과 달리 요건을 완화하거나 요건을 구비하지 않아도 된다는 식의

설명은 받아들여질 수 없다. 그 점은 이 글에서 다수의 판례를 직접 확인함으로써 명백하게 알 수 있게 된다.

또한 정부투자기관 및 정부출연기관에서는 1980년대 중반까지는 거의 노동조합이 조직되어 있지 않다가, 1980년대 말 노동운동의 활성화 시기에 노동조합이 조직되기 시작하였다. 이 글에서는 집단적 동의요건을 구비하지 못한 취업규칙의 불이익 변경된 부분을 이때 단체협약이 체결되었음을 근거로 유효하도록 인정하려는 식의 설명도 가능한지를 판례를 통하여 직접 확인하려 한다.

이러한 논의를 위해서는 먼저 취업규칙과 그 불이익 변경에 관한 기본 법리에 대하여 이해가 필요하다. 그러한 기본 법리는 다수의 판례에 의하여 형성되어 정리된 것으로, 이 글에서 고찰하려는 정부투자기관 및 정부출연기관에서의 불이익 변경도 그 연장선상에 있기 때문이다.

第2節 就業規則에 관한 基本法理

1. 취업규칙의 개념 및 취지

취업규칙이라 함은 사용자가 사업장에서 근로자가 취업상 준수하여야 할 규율과 임금, 근로시간 등의 근로조건에 관한 구체적인 사항을 정한 규칙류를 총칭하는 것이다.

근로조건은 근로자와 사용자가 대등한 지위에서 체결하는 근로계약에서 개별적으로 확정하는 것이 원칙이다. 그렇지만, 사용자가 다수의 근로자와 근로관계를 맺고 있는 경우, 개별적인 근로계약에서 일일이 계약 내용을 약정한다는 것은 번잡한 일이 된다. 또한 기업의 경영은 기업시설과 노동력이 조직적으로 결합됨으로써만이 합리적 능률적으로 운영될 수 있으며, 노동력은 조직적으로 편입되어야 한다.

이와 같이 경영상의 목적을 달성하기 위하여 질서유지, 근로조건, 기타 근로자의 행동 등의 준칙이 필요하게 되는데, 취업규칙은 이와 같은 준칙을 정형화한 것이며, 모든 근로자에게 획일적 통일적으로 적용되는 경영규범이라고 할 수 있다.

2. 취업규칙의 중요성

취업규칙은 근로조건을 획일적 통일적으로 규정하는 경영규범이므로 노사관계 당사자 사이에 근로조건의 이행 여부와 관련된 논란이 생길 경우, 취업규칙에 어떻게 규정되어 있는가를 기준으로 판단하게 된다. 취업규칙 이외에도 근로조건을 집단적으로 규율하는 규범으로는 단체협약이 있을 수 있다. 그러나 노동조합이 조직되지 않은 사업장의 경우 단체협약은 체결되지 않았으므로, 취업규칙이 법령 이외의 근로관계를 규율하는 유일한 규범이 된다. 우리나라에서는 단체협약의 적용을 받지 않는 사업장이 더 많은 것이 현실이다. 또한 노동조합이 기업별 형태로 조직되어 있어 기업별 단체협약을 체결하는 경우에도, 단체협약의 내용에 세부적인 내용을 자세히 규정하지 않고 있는 것도 현실이다. 따라서 취업규칙은 노사관계에서 매우 중요한 규범으로 작용하게 된다.

3. 취업규칙에 관한 법적 규제

위와 같이 중요한 작용을 하는 취업규칙은 노사가 합의하여 정하는 것이 아니라 사용자가 일방적으로 작성하는 것이다. 따라서 이 점에서는 근로조건을 노사가 동등한 지위에서 결정하여야 한다는 '노사대등결정의 원칙'(동법 제3조 참조)에 배치되는 일면이 있다. 그리하여 근로기준법에서는 취업규칙에 법적효력을 인정하는 대신에, 사용자에게 취업규칙에 관하여 사용자에게 여러 의무를 부과하는 등의 법적인 규제를 하고 있다.

먼저, 근로기준법 제94조에서는 상시 10인 이상의 근로자를 사용하는 사용자에게 대하여 취업규칙의 작성의무를 부과하고, 작성 및 변경시에는 행정관청에의 신고의무를 부과하며, 작성하여야 할 취업규칙의 내용에 대하여도 일정한 사항을 필요적으로 기재하도록 요구하고 있다. 이와 같이 취업규칙의 작성의무와 기재사항 및 신고의무를 부과함으로써 행정적인 감독을 철저히 하게 하고 근로자를 보호하고자 하는 취지가 있다. 이러한 작성의무 및 신고의무를

이행하지 않으면 500만원 이하의 벌금에 처한다(근로기준법 제111조).

필요적 기재사항으로 열거되어 있는 것은 다음과 같다.

- 사업, 종업의 시각, 휴게시간, 휴일 휴가와 취업교체에 관한 사항
- 임금의 결정, 계산과 지급방법, 임금의 마감, 지급시기와 승급에 관한 사항
- 가족수당의 계산과 지급방법에 관한 사항
- 퇴직에 관한 사항
- 퇴직금, 상여와 최저임금에 관한 사항
- 근로자의 식비, 작업용품 등 부담에 관한 사항
- 근로자를 위한 교육시설에 관한 사항
- 안전과 보건에 관한 사항
- 업무상과 업무 외의 재해부조에 관한 사항
- 표창과 제재에 관한 사항
- 기타 당해 사업의 근로자 전체에 적용될 사항

둘째, 동법 제13조에서는 취업규칙을 상시 각 사업장에 게시 또는 비치하여 근로자에게 주지시킬 의무를 사용자에게 부과하여, 취업규칙의 내용을 근로자들이 알게 함으로써 근로자의 무지에 의한 사용자의 부정 부당한 취급을 방지하고자 하고 있다. 사용자가 취업규칙의 주지의무를 이행하지 않으면 500만원 이하의 벌금에 처한다(근로기준법 제111조). 그러나 사용자가 취업규칙을 게시 또는 비치하지 않아 근로자에게 주지시키지 않았다 하더라도 그러한 벌칙을 받는 것은 별론으로 하고 그 취업규칙은 무효가 되는 것이 아니다.

셋째, 동법 제95조에서는 사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 당해 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 한다고 정하고 있다. 또한 사용자는 취업규칙의 작성 및 변경을 행정관청에 신고할 때에는 위의 의견을 기입한 서면을 첨부하여야 한다고 정하고 있다.

취업규칙의 작성이나 변경에 있어서 적어도 당해 사업장의 근로자의 과반수의 의견을 청취하도록 함으로써 '노사대응결정의 원칙'을 관철한다고는 할 수 없으나 이 취지를 반영하는 것이다.

그러므로 취업규칙의 작성이나 변경절차에 근로자의 의견이 충분히 반영될 수 있도록 유의하여야 한다.

사용자가 취업규칙을 작성 변경하면서 의견청취의무를 이행하지 않으면 500만원 이하의 벌금에 처한다(근로기준법 제111조). 한편 의견을 청취하지 않은 취업규칙에 대하여 사법상(私法上)의 효력을 인정할 것인가에 대하여 문제가 남는다. 여기서의 의견청취를 절차규정 내지 단속규정으로 이해하여 근로자의 의견을 듣지 않아도 취업규칙의 효력에는 영향을 미치지 않는다고 보는 것이 일반적인 해석이며 판례이다(대법원 1991. 4. 9. 선고, 90나22624; 행정해석 1982. 2. 1. 근기 1455-2895).

넷째, 사용자가 취업규칙을 변경하는 것 중에서 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 그 변경에 관하여 당해 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 동의를 얻어야 한다(근로기준법 제95조 제1항 단서). 이와 같이 불이익 변경에 대한 근로자의 집단적 동의를 요구하는 것은 사용자의 일방적인 변경에 의하여 근로자의 집단적 동의를 요구하는 것은 사용자의 일방적 변경에 의하여 근로자의 근로계약상의 기득권을 침해할 수 없기 때문이다. 이는 대법원 1977. 7. 26. 선고, 77다355 판결 이래 불이익 변경에 관한 확립된 판례의 입장을 1989. 3. 29. 근로기준법 개정에서 입법으로 명문화한 것이다.

사용자가 이 동의를 얻지 않고서 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 500만원 이하의 벌금에 처한다(근로기준법 제111조). 또한 동의를 얻지 않은 경우에는 그 불이익한 변경은 효력이 없다(대법원 1977. 7. 26. 선고, 77다355 판결; 대법원 1991. 3. 27. 선고, 91다3031 판결 등).

다섯째, 취업규칙에서 근로자에 대하여 감급의 제재를 정할 경우에는 그 감액은 1회의 액이 평균임금의 1일분의 반액을 초과하고 총액이 1임금지급기에 있어서의 임금총액의 10분의 1을 초과하지 못한다(근로기준법 제96조). 임금은 근로자의 생계유지를 위해 필수적인 것이므로 이와 같이 감급의 제재규정에 대해 제한을 하고 있다. 이 제한을 위반하는 경우에는 500만원 이하의 벌금에 처한다(근로기준법 제111조).

여섯째, 취업규칙은 법령 또는 당해 사업장에 대하여 적용되는 단체협약에 반할 수 있다(근로기준법 제97조 제1항). 만일 취업규칙에 기재된 사항이 법령이나 단체협약에 반하는 경우에는 그 부분이 무효로 된다.

일곱째, 노동부 장관은 법령 또는 단체협약에 저촉되는 취업규칙의 변경을 명할 수 있다(근로기준법 제97조 제2항). 법령이나 단체협약에 저촉되는 취업규칙은 이미 무효가 되겠지만, 그러한 규정부분이 고쳐지지 않고서 그대로 남아있는 경우에 노사관계에 혼란이 가져오고, 근로자에게 불이익하게 작용할 소지가 있기 때문에 행정관청에게 변경명령권을 부여하는 것이다. 사용자가 이 변경을 위반하는 경우에는 500만원 이하의 벌금에 처한다(근로기준법 제111조).

4. 취업규칙의 효력

근로자와 사용자는 단체협약과 근로계약뿐만 아니라 취업규칙도 준수하여야 하며, 각자가 성실하게 이행할 의무가 있다(근로기준법 제4조). 전술하였듯이, 취업규칙은 법령또는 당해 사업장에 대하여 적용되는 단체협약에 위반할 수 없다. 이러한 위반이 없는 취업규칙에 정해 놓은 근로조건 기 준은 이에 미달하는 근로조건을 정한 근로계약의 부분을 무효로 한다. 이 경우에 무효로 된 근로계약의 부분에 대하여는 취업규칙에 정한 기준에 따르게 된다(근로기준법 제98조). 이와 같이 취업규칙에는 강한 법적 효력이 인정되고 있으며, 이것은 일종의 규범적인 효력으로 해석될 수 있다. 근로기준법상 취업규칙의 작성 변경은 의견청취 또는 동의, 행정관청에의 신고, 게시 또는 비치의 순으로 이루어진다. 이 중 의견청취행위, 의견서 제출 신고, 게시 또는 비치 등은 효력발생요건으로 볼 수 없다. 그러므로 취업규칙을 작성하거나 불이익하지 않게 변경하는 경우에는 그 시점이 효력발생시점으로 보게 된다.

그러나 불이익하게 변경하는 경우에는 근로자집단의 동의가 효력발생요건이므로, 그 동의를 받은 시점이 효력발생시점이 될 것이다. 다만, 후술하듯이, 판례에 의하면 소급적 추인의 법에 의해 변경시점으로 소급하여 효력이 인정되는 경우도 있다.

5. 취업규칙의 법적 성질

취업규칙은 원래 사용자가 다수의 개별적 근로관계의 처리상의 편의를 위해 근로계약의 내용이 되는 사항을 일방적으로 정하는 것으로서 보통거래약관과 유사하다고 볼 수 있다. 즉 이른바 부합계약의 하나로서 시민사회에서 이용되고 있는 법적 기술을 사용자가 근로계약관계에 대하여 이용하고 있는 것이라 할 수 있다. 이러한 취업규칙은 근로계약을 체결하기 위하여 근로조건 기 구체적 내용을 사용자가 일반적으로 작성하는 것이므로 그 발생은 개별법적인 것이다. 그러나 취업규칙의 효력은 다수의 근로계약에 대하여 통일적 정형적으로 작용하기 때문에 집단적 성격을 가진다. 따라서 취업규칙은 개별적 근로관계에 대하여 개별법적인 요소와 집단적인 요소 사이의 중간 형태로서 이중적 성격을 갖는다.

이러한 성격과 기능을 갖는 취업규칙이 사용자의 일방적 의사표시에 의하여 곧 성립하여, 그 결과 근로자는 사용자에게 의무가 발생하며 사용자도 다수의 근로자에게 집단적 의무를 부담하게 된다는 것은 민법의 기본원칙에 반하는 면이 있다. 그러므로 취업규칙을 어떻게 이해하고 어떠한 법적 효력을 부여하여야 하는지 법적 성질이 문제되는 것이다.

취업규칙의 법적 효력에 관한 학설은 크게 법규법설과 계약설로 나뉘어지지만, 구체적으로는 다시 다양한 견해로 나뉘어 제시되고 있다. 취업규칙에 관한 학설이 갈라지는 이유로는 다음과 같은 점을 지적할 수 있다.

첫째, 근로조건 기 결정에 관하여 노동법의 노사대등의 원칙을 이상으로 하고 있으면서(근로기준법 제3조), 취업규칙에 관하여는 사용자가 일방적으로 작성 변경함을 부인하지 않는다는 점이다.

둘째, 근대법은 국가가 제정하는 법과 사인간에 체결한 계약 이외에는 사인간의 관계의 당사자들을 구속하는 법규범을 인정하고 있지 않으나, 취업규칙은 사회규범으로 사실상 당사자를 구속하고 있다. 그러나 단순히 사실상 당사자를 구속하고 있다는 점만을 이유로 취업규칙에 법규범성이 당연히 인정된다고 볼 수 어찌 않으므로, 그 규범성에 관해 법이론상 다양한 논의가 이루어지고 있다.

셋째, 취업규칙은 최종적으로 사용자가 결정하도록 되어 있으나 그럼에도 불구하고 국가의

철저한 행정적 감독과 내용의 정당성 확보를 통하여 노동보호적 역할을 할 수 없다는 점에 문제점을 가지고 있다.

가. 법규범설

취업규칙은 일종의 법규범으로서 근로자와 사용자를 구속한다는 설이다. 즉 당해 사업장의 모든 근로자가 취업규칙을 따르게 되는 것은 그 규칙에 동의하여 계약의 내용이 되도록 근로계약을 체결하였기 때문이 아니라, 근로관계가 성립함에 따라 법규범인 취업규칙의 적용을 받는다는 것이다. 법규범성의 근거를 어디에서 구하는가에 따라 다시 견해가 나뉘어진다.

1) 경영권설 또는 소유권설

취업규칙은 기업의 규율이고, 기업은 사용자가 소유권을 가지고 설립한 것인데, 국가의 그러한 소유권을 법적으로 보장하기 때문에 취업규칙이 법규범이 된다는 입장이다. 그러나 기업소유권을 근거규범으로 하여 공장 시설의 관리 운영 이외에 근로조건에 대한 사용자의 일방적 결정권까지 정당화하는 것은 근대계약법리 및 종속노동법리의 출발점을 전도시키는 것이며, 취업규칙의 사회규범으로서의 기능과 그 법적평가를 혼동하고 있다는 비판을 면할 수 있다.

2) 관습법설 또는 사회지주법설

취업규칙은 사업장이라고 하는 조직이 스스로 만든 자치법으로서 민법 제1조에 의해 법규범이 된다는 입장이다¹⁾. 근로기준법이 사용자에게 자치법규범의 작성 권한을 수권한 것이 아니라 그 작성의무만을 과하고 있음에 불과하다고 본다. 그러나 취업규칙이 관습법으로 인정되기 위해서는 사용자와 근로자들의 법적 확신이 필요한데 그러한 법적 확신이 있다고 보기 어렵다는 점에서 논리비약적인 면이 있으며, 특히 특정 사업장에서 취업규칙이 처음 만들어지는 경우나 전면적으로 개정된 경우 법규범성을 인정하기 어렵다는 문제가 있다.

3) 수권설 또는 법규설

취업규칙 자체로는 법규범성을 가지지 않는 사회규범이지만 근로기준법 제4조(근로조건의 준수), 제94조(취업규칙의 작성 신고), 제98조(위반효력) 등의 규정이 취업규칙에 근로자와 사용자를 구속할 힘을 주어 법적 규범으로 작용할 수 있도록 한다는 입장이다²⁾. 이에 대하여는 관련 규정들이 취업규칙에게 법규범으로서 지위를 인정하는 직접적인 조항들이 아니라, 개개 근로자의 보호라는 관점에서 취업규칙의 내용을 하회하는 특약을 허용하지 않으려는 법정책적 배려에서 나온 규정이라는 비판의 여지가 있다.

나. 계약설

근로자와 사용자가 취업규칙으로 정한 내용을 법적으로 따르게 되는 것은 근로계약을 체결할 때 서로 동의하여 계약으로 성립하기 때문이라는 입장이다. 계약설도 근로자의 동의의 모습에 관하여 다시 여러 가지로 나뉘어진다.

1) 순수한 계약설

취업규칙의 내용은 당사자의 합의를 통해서 계약의 내용으로 되므로, 근로자가 취업규칙의 내용 전부를 알고서 계약한 경우에만 취업규칙이 근로자를 구속한다는 입장이다. 자본주의 노동관계의 속성상 근로자는 근로계약의 내용을 규율하는 취업규칙에 동의할 수밖에 없는 것이므로 근로계약 체결시 취업규칙이 근로자에게 제시되어 있다면, 취업규칙을 근로계약으로 함에 당사자의 묵시적인 합의가 있다고 추정하는 입장(당사자합의설)도 있다³⁾. 그러나 취업규칙의 변경에 대해 근로자가 동의하지 않는 경우에도 합의한 것으로 보아야 하는지 문제가 발생한다.

2) 사실규범설

취업규칙은 근로조건에 대해 사용자가 일방적으로 결정한 사실상의 기준인 사실규범이므로 취업규칙 그 자체에는 법적 구속력이 인정되지 않으나, 근로자의 묵시 또는 명시 합의가 있으면 법적 효력이 생긴다는 입장이다⁴⁾. 그러나 이 설에 의하면 취업규칙은 단순한 사실상의 규범이 되는데, 근로기준법 제97조와 제98조가 법적 효력을 인정하고 있는 점과 부합되지 않는다.

3) 사실인 관습설

취업규칙을 법규범으로 인정할 수 없다는 전제 아래 취업규칙은 계약의 청약적 성질을 갖기 때문에 그것이 각개의 근로계약의 내용으로 수용되기 위하여는 어떠한 형태로든 근로자의 동의를 전제로 하지만, 개개의 근로자로부터 일일이 구체적인 합의를 구하는 것이 어려우므로 근로자는 취업규칙 그 자체에 대하여 반대의 의사표시가 없는 한 취업규칙의 내용이 근로계약의 내용으로 되는 것을 승인한 것이라고 볼 수 있으며, 따라서 사용자와 근로자 사이의 근로조건 결정은 양당사자의 특별한 약정이나 노동조합과 사용자 사이의 단체협약에 의하지 않는 한 취업규칙에 따른다는 것이 그 기업 내에서 사실인 관습(민법 제106조)으로서 통용되고 있다는 입장이다⁵⁾. 그러나 이 설도 근로자가 변경에 반대하는 경우에도 법적 효력이 부여되는 점을 충분히 설명하지 못한다. 또한 노동법에서 인정되고 있는 취업규칙에 대하여 시민법상의 부합계약, 보통거래약관 이론을 취하여 논술하는 것은 형식논리적인 면이 있다.

이상의 견해 중 어떤 견해를 택할지라도 취업규칙이 근로관계 당사자를 구속한다는 점을 부정하지 않는다. 결국 여러 견해들 사이의 차이는 그 구속력의 근거를 어디서 찾느냐에 있었다. 그런데 전술하였듯이, 취업규칙의 불이익한 변경시에는 근로자집단의 동의라는 효력요건을 충족하여야 한다. 법규범설과 같이 사용자의 일방적인 작성 변경만으로 취업규칙의 법적 효력이 생긴다고 보거나, 또는 계약설과 같이 어떠한 형태든 근로자의 합의를 이미 유추해 내게 되면, 불이익 변경시 굳이 근로자집단의 동의를 요구하지 않는 것으로 되어 근로자 보호에 미흡한 점이 지적될 수 있다.

다만, 법규범설 중에서도 수권설에서는 불이익 변경의 법적 성격을 사용자의 일방적인 규범형성 행위로 보게 되지만, 불이익 변경시에는 근로자집단의 절차적 요건이 추가되는 것으로 설명할 수 있겠지만⁶⁾, 근로기준법 제95조 제1항 단서가 개정 삽입된 것은 1989년 개정에서이며, 그 이전에는 대법원 1977. 7. 26. 선고, 77다355 판결 이래 사용자의 일방적 변경에 의하여 근로자의 근로계약상의 기득권을 침해할 수 없다는 점에서 불이익 변경에 대한 근로자의 집단적 동의를 요구하는 판례법리가 형성되어 있었을 뿐이었다는 비판의 여지가 남는다.

판례는 일찍이 취업규칙의 법적성질에 관하여 일면 법규범설의 입장을 취하고 있었다. 즉 대법원 1977. 7. 26. 선고, 77다355 판결 대한석탄공사 사건에서 대법원은 다음과 같이 판시하였다.

"취업규칙은 사용자가 기업경영권에 기하여 사업장에서의 근로자의 복무규율이나 근로조건 기준을 획일적 통일적으로 정립하기 위하여 작성하는 것으로서 이는 근로기준법이 종속적 노동관계의 현실에 입각하여 실질적으로 불평등한 근로자의 입장을 보호 강화하여 그들의 기본적인 생활을 보호 향상시키려는 목적의 일환으로 그 작성을 강제하고 이에 법규범성을 부여한 것이라고 볼 것이므로, 원칙적으로 취업규칙의 작성변경권은 사용자에게 있다 할 것(이다)"

그러면서도 이어서 불이익 변경에 관하여 근로자집단의 동의가 필요하다는 요건을 부가하였다.

"(그러나) 취업규칙의 변경에 의하여 기존 근로조건을 일방적으로 근로자에게 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자집단의 집단의사결정 방법에 의한 동의를 요한다고 할 것이며 그 동의 방법은 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 조합의, 그와 같은 조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의 방식에 의한 과반수의 동의가 없는 한 취업규칙의 변경으로서의 효력을 가질 수 없고 따라서 그러한 취업규칙 변경에 대하여 개인적으로 동의한 근로자에 대하여도 효력이 없는 것이라고 할 것이다. …… 집단에 적용되는 법규범의 변경에는 집단적 의사에 의한 동의를 얻게 함으로써 집단 전체에 그 효력을 미치게 함은 일반법규범의 변경절차로서도 타당하기 때문이다."

그러나 당시의 근로기준법에서 명문으로 요구하지 않았던 근로자집단적 동의를 불이익 변경의 유효요건으로 요구하면서, 그것이 일반법규범의 변경절차로서도 타당하다고 보는 것은, 이미 사용자에게 일방적인 작성 변경 권한을 인정하는 것과 모순된 점이 있다. 오히려 불이익한 근로조건 변경에 관하여 집단적인 계약요소를 도입한 것이 아닌가 평가된다.

그런데, 대법원 1992. 12. 22. 선고, 91다45165 전원합의체 판결(강원산업주식회사 사건)에서는 근로자집단적 동의 요건을 구비하지 않고 변경된 취업규칙도 그 변경 후 입사자에게는 유효하다고 판시하였다.

"취업규칙의 작성 변경에 관한 권한은 원칙적으로 사용자에게 있으므로 사용자는 그 의사에 따라 취업규칙을 작성 변경할 수 있으나, 다만 근로기준법 제95조의 규정에 의하여 노동조합 또는 근로자 과반수의 의견을 들어야 하고 특히 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에는 그 동의를 얻어야 하는 제약을 받은바, 기존의 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에 필요한 근로자의 동의는 근로자의 집단적 의사결정방법에 의한 동의임을 요하고 이러한 동의를 얻지 못한 취업규칙의 변경은 효력이 없다는 것이 당원의 일관된 견해이다. 그러므로 사용자가 취업규칙에서 정한 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경함에 있어서 근로자의 동의를 얻지 않은 경우에 그 변경으로 기득이익이 침해되는 기존의 근로자에 대한 관계에서는 그 변경의 효력이 미치지 않게 되어 종전 취업규칙의 효력이 그대로 유지되지만, 그 변경 후에 변경된 취업규칙에 따른 근로조건을 수용하고 근로관계를 갖게 된 근로자에 대한 관계에서는 당연히 변경된 취업규칙이 적용되어야 하고, 기득이익의 침해라는 효력배제사유가 없는 변경 후의 취업근로자에 대해서까지 그 변경의 효력을 부인하여 종전 취업규칙이 적용되어야 한다고 볼 근거가 없다."

이 판결에서는 취업규칙의 법적 효력의 근거를 근로자의 집단적 합의(기존근로자의 경우) 내지는 개별적 합의(신규채용 근로자의 경우)에서 구하는 '계약실적 요소'를 도입한 것으로 생각된다. 요컨대, 판례는 법규범설(수권설)에 계약실적 요소를 결합한 입장을 취하고 있다고 판단된다.

주석1) 김치선, 『노동법강의』, 박영사, 1988, 250쪽.

주석2) 박상필, 『한국노동법』, 대왕사, 1991, 457쪽.

주석3) 우리나라에서 이러한 입장을 표명하는 견해는 찾아보기 힘들다. 일본에서는 三宅正男, 「就業規則」, 『法律學體系』, 法學理論編, 1952, 76쪽;昭和電工사건 판결(東京高裁, 1954. 8. 31., 『勞民集』, 제5권 5호, 479쪽)등이 있다.

주석4) 일본에서는 日本通運柏崎支店 사건 판결(新潟地裁, 1951. 8. 31., 『勞民集』, 제2권 4호, 403쪽)이 이 설에 따르고 있다.

주석5) 김형배, 『근로기준법』, 박영사, 1993. 193쪽.

주석6) 고태관, "취업규칙의 불이익 변경", 서울대학교 대학원 법학석사학위 논문, 1994, 29쪽.

第3節 公共部門 事業場에서의 就業規則 不利益 變更과 관련된 判決例 檢討

1. 취업규칙 불이익 변경의 법리 형성

취업규칙 불이익 변경에 관해 근로자의 집단적 동의가 요청된다는 법리는 거의 정부투자기업 및 정부출연기관에서의 분쟁에서 판결들에 의해 판례법리로 형성되어 왔다. 가령, 불이익변경에 관한 초기의 대표적 판결인 대법원 1977. 7. 26 선고, 77다355 판결은 대한석탄공사의 퇴직금 사건의 판결이었다.

사건은 대한석탄공사가 종전의 퇴직금 규정에 따라 계산한 지급일수에 평균임금을 곱한 금액이 5,500,000원에 가장 가깝게 되는 달의 마지막 날 이후의 근속기간에 대한 지급일수는 종전 누진적일수 규정에 불구하고 1년에 30일로 하겠끔 지급일수 산정기준을 내리는 조치(1972. 1. 5.자 석공총노 1240-5, 1973. 3. 12.자 석공총노 1240-314 퇴직금계산에 관한 특별조치)를 하였는데, 이 퇴직금 규정이 유효한가를 다툰 사건이다.

이 퇴직금 규정의 변경은 근로기준법 제94조 및 제95조의 규정에 따라 노동조합이나 근로자의 과반수의 대표를 통한 의견을 청취하고 이를 노동청에 신고한 바 없이(1989년 3월 29일 근로기준법 제95조 제1항 단서 삽입개정 이전의 변경 사건임), 근로계약의 내용이 되어 있는

중전의 취업규칙인 퇴직금 규정상의 근로조건을 일방적으로 불이익하게 변경한 것이다. 원심 판결(서울고등법원 1977. 2. 10. 선고, 76나2596 판결)에서는, 취업규칙은 원래 사법적 자치규칙으로 임의적 성격을 가진 것으로서 피고가 위의 특별조치에 있어 노동조합 또는 근로자 과반수의 대표를 통하여 의견을 청취한 바가 없고 노동청에 대한 신고절차를 이행하지 아니하였다 하더라도, 이에 대하여 근로기준법상의 제제를 받는 것은 별론으로 하고 이로 말미암아 취업규칙으로서의 일반적 효력이 부정되는 것이라고는 해석되지 아니한다고 보았다. 또한 다만 개정 취업규칙이 이미 근로계약의 내용이 되어 있는 중전의 취업규칙을 근로자에게 불리하게 일방적으로 변경하는 내용일 때 한하여 위 근로계약과의 관계에 있어서 당해 근로자의 동의 또는 노사협약에 의한 동의가 없으면 그 효력이 없는 것에 불과하다고 할 것인바 당해 근로자는 위 특별조치에 의한 퇴직금 규정의 변경에 동의하였으므로 중전의 퇴직금 규정에 의한 지급일 수가 적용되어야 한다는 주장은 받아들일 수 없다고 보았다. 그러나, 대법원에서는 원심 판결에는 취업규칙의 변경과 단체협약의 효력에 관하여 근로기준법 및 노동조합법의 법리를 오해한 위법이 있다고 판단하여, 원판결을 파기 환송하였다. 대법원 판결에서는 그 이유로 다음과 같이 실시하고 있다.

"취업규칙은 사용자가 기업경영권에 기하여 사업장에 있어서의 근로자의 복무규율이나 근로조건을 획일적 통일적으로 정립하기 위하여 작성하는 것으로서 이는 근로기준법이 종속적 노동관계의 현실에 입각하여 실질적으로 불평등한 근로자의 입장을 보호 강화하여 그들의 기본적 생활을 보호 향상시키려는 목적의 일환으로 그 작성을 강제하고 이에 법규범성을 부여한 것이라고 볼 것이므로 원칙적으로 취업규칙의 작성 변경권은 사용자에게 있다 할 것이나 취업규칙의 변경에 의하여 기존 근로조건을 일방적으로 근로자에게 불이익하게 변경하려면 중전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자집단의 집단의사결정 방법에 의한 동의를 요한다고 할 것이며 그 동의방법은 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 조합의, 그와 같은 조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의가 없는 한 취업규칙의 변경으로서의 효력을 가질 수 없고 따라서 그러한 취업규칙 변경에 대하여 개인적으로 동의한 근로자에 대하여도 효력이 없는 것이라고 할 것이다. 왜냐하면 기존 근로조건을 사용자가 일방적으로 근로자에게 불이익하게 변경하는 것은 위의 근로기준법의 보호법으로서의 정신과 기득권 보호의 원칙 및 근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 의하여 결정되어야 한다는 근로기준법 제3조의 규정상 허용될 수 없다 할 것이고 그렇다고 하여 만약 취업규칙의 불이익한 변경에 개인적으로 동의한 근로자에 대하여는 그 변경의 효력이 있고 동의하지 아니한 근로자에 대하여는 효력이 없다고 한다면 근로자는 단체로서 행동할 때 실질적으로 사용자와 대등한 입장에 서게 된다는 것이 모든 노사관계법의 기본 입장이므로 사용자는 실질적으로 대등하지 아니한 우월한 지위에 서서 용이하게 취업규칙의 변경이란 형식으로 개별근로자에 대하여 기존 취업규칙에 미달되는 근로계약을 체결할 수 있게 되어 취업규칙에 정한 기준에 미달되는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한하여 무효로 하고 무효로 된 부분은 취업규칙에 정한 기준에 의한다 하여 취업규칙상의 기준을 최저기준으로 규정한 근로기준법 제98조를 사실상 무의미하게 만드는 결과가 되고 또한 한 개의 사업장에 다수의 취업규칙이 사실상 병존하는 것과 같은 결과가 되어 취업규칙의 규범으로서의 획일적 통일적 적용의 필요에 위배된다 할 것이며 집단에 적용되는 법규범의 변경에는 집단적 의사에 의한 동의를 얻게 함으로써 집단 전체에 그 효력을 미치게 함은 일반 법규범의 변경절차로서도 타당하기 때문이다. 더구나 본건에 있어서 피고와 노동조합간의 단체협약 제44조에 의하면 퇴직하는 조합원에게 노사협약하에 정한 기준에 따라 퇴직금을 준다고 규정하고 있으므로 이에 따라 제정된 퇴직금 규정의 개정에 있어서도 노사간의 합의를 거쳐야 된다고 볼 것이고 이를 거치지 않은 퇴직금 규정의 변경은 노동조합법 제36조의 규정상 무효라고 보아야 할 것인바 피고의 위 특별조치가 노사간의 합의를 거치지 않은 것임은 당사자 사이에 다툼이 없음이 기록상 명백하므로 원고가 위 단체협약의 적용을 받는다면 이 점에서 보아도 위 특별조치에 의한 퇴직금 규정의 변경의 효력을 인정할 수 없다."

즉 대법원은 취업규칙의 불이익 변경에 관하여 다음과 같은 판례법리를 세웠다.

① 취업규칙은 근로기준법이 근로자 보호의 목적으로 그 작성을 강제하고 이에 법규범성을

부여한 것이므로, 취업규칙의 변경에 의하여 기존 근로조건의 내용을 일방적으로 근로자에게 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자집단의 집단의사결정 방법에 의한 동의를 요한다고 할 것이다.

② 그 동의방법은 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 조합의, 그와 같은 조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의인 집단적 의사결정방법에 의한 동의여야 한다.

③ 근로자집단의 동의가 없는 한 취업규칙의 불이익한 변경에 대하여 개인적으로 동의한 근로자에 대하여도 그 효력이 없다.

이 사건에서 시사하듯이, 취업규칙 불이익 변경은 행정관청의 직 간접적 지배를 많이 받는 정부투자기업 및 정부출연기관 등에서 행정관청의 지시에 의한 변경이라는 점과 퇴직금의 지급요건을 불이익하게 변경하는 것이라는 점이 특징적으로 나타난다.

2. 불이익 변경에 관한 합리성 판단

취업규칙의 변경이 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 한 이를 들어 근로자에게만 불이익한 것이라고 속단할 수 없다는 것이 대법원 판례의 일관된 태도이다. 그리고 취업규칙의 변경이 사회통념상 합리성이 있느냐의 여부나 근로자에게 불리한가의 여부는 그 변경이 취지와 경위, 해당업체의 업무와 성질, 취업규칙 각 규정의 전체적인 체제 등 제반사정을 종합하여 판단하여야 한다고 보고 있다.

가. 임용자격을 정비하는 인사규정 변경의 합리성

정부투자기업 및 정부출연기관을 이유로 하여 일반 민간부문의 노동관계와는 다른 합리성 판단이 가능하다는 사례로는 농업협동조합중앙회의 해고무효확인 소송에 관한 대법원 1988. 5. 10. 선고, 87다카2853 판결이 있다.

농업협동조합중앙회는 취업규칙의 하나인 인사규정에 직원의 결격사유와 면직사유를 따로 규정되지 아니하고서 다만 금고 이상의 형의 집행을 받게 되었을 때를 해직사유의 하나로 규정하였다. 그후 직원의 임용자격을 제한하는 규정을 새로 마련하고, 그와 별도로 해직사유를 보완하면서, 임용자격제한규정에 해당하는 사유가 발생 또는 발견될 때에는 면직시키도록 개정하고, 그 임용자격제한 사유의 하나로 "형의 선고유예를 받고 그 선고유예 기간 중에 있는 자" 또는 "금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 선고유예 기간 중에 있는 자"로 인사규정을 변경하였다.

이에 대하여 대법원은 먼저 "그 변경이 사회통념상 합리성이 있다고 인정되는 한 이를 들어 근로자에게 불이익한 것이라고 속단할 수 없다 할 것이므로 그 변경에 즈음하여 근로기준법 제95조가 정하는 절차를 밟지 아니하였다 하여 그 변경된 인사규정의 효력을 부인할 수 없다 하겠고 여기서 취업규칙의 변경이 사회통념상 합리성이 있느냐의 여부나 근로자에게 불리한가의 여부는 그 변경의 취지와 경위, 해당사업체의 업무의 성질, 취업규칙 각 규정의 전체적인 체제 등 제반사정을 종합하여 판단하여야 할 것이다"라고 판단한 뒤에, "농업협동조합중앙회는 농민의 자주적인 협동 조직을 통하여 농업생산력의 증진과 농민의 경제적 사회적 지위향상을 도모함으로써 국민경제의 균형있는 발전을 기함을 목적으로 법률에 의하여 설립된 공익법인으로서 그 설립 목적과 취급하는 업무의 성격상 농업협동조합중앙회의 직원에게는 공무원에 버금가는 고도의 성실성과 청렴성이 요구됨에 비추어 농업협동조합중앙회가 인사규정에 위와 같이 그 면직사유의 하나로 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 선고유예 기간중에 있는 자를 추가하여 변경 규정한 것은 공익법인인 피고의 목적을 수행함에 있어서 미비된 규정을 단지 정비보완하였음에 불과하여 사회통념상 그 합리성이 충분히 용인되고 그것이 농업협동조합중앙회의 피용자에게만 일방적으로 불리한 변경으로 인정되지 아니한다."고 판시하였다.

이 판결에서는 정부투자기업 및 정부출연기관의 업무의 성격에 비추어 그 인사규정에서도 합리성 판단이 개입할 수 있음을 보여주고 있다.

그런데 취업규칙의 불이익 변경에 관해 합리성 이론의 적용을 긍정하는 위와 같은 입장은 법리적인 면보다는 실무적인 면에서 채용할 필요성에 따른 것이라 볼 수 있다. 그런데, 1989년

근로기준법이 개정된 후에는 그러한 해석론은 법이론상 문제점이 발생한다. 즉 현행 근로기준법은 종래의 대법원 판례에 따라 불이익 변경시 동의조항을 추가하였고 동조항이 강행규정임은 분명하다. 즉 제95조 제1항의 단서에 의해 불이익한 취업규칙의 변경에 해당된다는 사실판단이 내려지는 한, 그 동의를 받지 아니한 변경은 아무런 법적 효력이 없게 된다. 그럼에도 불구하고 불이익 판단과 동의 사이에 '합리성'이라는 별도의 가치판단을 추가하는 것은 강행규정에 위반하는 것이 된다. 이는 동조항을 회피하는 수단으로 얼마든지 사용할 수 있다는 문제점을 내포한다는 비판을 면하기 힘든 것이다.

나. 정부시책에 따른 퇴직금 규정의 변경

정부투자기업 및 정부출연기관은 취업규칙인 퇴직금 규정을 변경한 것에 대하여, 그 변경이 정부시책에 의해 이루어졌으므로 사회통념상의 합리성이 있다는 주장을 폈다. 그리하여 과연 정부시책에 의한 변경은 불이익 변경에 해당되지 않는지 여부가 문제로 되는데, 대법원 판례는 합리성이 없다고 부정하고 있다.

즉 어려운 경제여건하에서 국민의 조세부담을 가중시키면서도 그 직원에 대한 보수와 퇴직금은 일반공무원들보다 훨씬 높은 수준으로 지급하여 재정난을 겪는 등 불합리한 운영을 하여 왔으므로 이를 시정하기 위하여 정부가 취한 방침에 따라 위와 같은 퇴직급여규정의 개정이 이루어진 것이라 하더라도 거기에 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될만한 사회통념상의 합리성이 있는 것으로 인정되지 아니한다.

① 대한주택공사 관련 사례 : 대법원 1990. 3. 13. 선고, 89다카24780 판결, 퇴직금 사건

대한주택공사는 1981. 1. 1. 자로 퇴직급여규정을 개정하여 퇴직급여액이 퇴직 당시의 월봉에 재직기간에 따른 퇴직급여지급률표에 의한 지급률을 곱하여 산출되는 기본 방식에는 변함이 없으나 그 퇴직급여지급률이 종전보다 하향조정되었고 위 월봉의 의미도 변경되어(이하의 변경내용은 직원에 관한 것임) 평균임금을 의미하는 것이 아니라 기술수당, 출납수당, 전산수당, 공인회계사수당 등 자격이나 부서에 따라 일부 직원에게만 지급되는 특별수당이 퇴직급여액 산정의 기초가 되는 월봉에서 제외되게 되었다. 그 개정은 그 내용면에서 사원에 대한 퇴직금지급률을 하향조정하고 퇴직금 산정의 기초가 되는 임금의 범위를 제한하여 결과적으로 퇴직금지급액을 인하하는 것으로서 임직원들에게 불이익하게 변경한 것이다. 따라서 대한주택공사로서는 그 개정시 적용을 받던 임직원 등 근로자집단의 집단의사결정방법에 의한 동의를 얻어야 하였는데, 그렇지 아니했으므로 그 퇴직급여규정의 개정은 개정전 규정의 적용을 받던 임직원들에 대하여 효력이 없게 되었다.

이 사건에서 대법원은 "정부투자기업들이 공무원과 마찬가지로 국민의 조세부담으로 그 급여 등이 지급되는 국민소유의 기업들인데, 그 운영에서는 매년 적자를 보게 되어 궁극적으로는 국민의 조세부담을 가중시키면서도 그 보수와 퇴직금은 일반공무원에 비하여 훨씬 많이 지출되는 불합리한 운영을 하여 왔으므로, 이를 시정하고 국영기업체의 적자운동을 탈피하기 위하여, 정부가 취한 방침에 따라 위와 같은 개정조치가 이루어졌다 하더라도 거기에 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될만한 사회통념상의 합리성이 있다고 인정되지 않는다"고 판시하였다.

② 한국도로공사 관련 사례:대법원 1992. 11. 27. 선고, 92다32357 판결, 퇴직금 사건

"한국도로공사를 포함한 정부투자기관들이 1980년대 초의 어려운 경제여건하에서 국민의 조세부담을 가중시키면서도 그 직원에 대한 보수와 퇴직금은 일반공무원들보다 훨씬 높은 수준으로 지급하여 재정난을 겪는 등 불합리한 운영을 하여 왔으므로 이를 시정하기 위하여 정부가 취한 방침에 따라 위와 같은 퇴직급여규정의 개정이 이루어진 것이라 하더라도 거기에 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될 만한 사회통념상의 합리성이 있는 것으로 인정되지는 아니한다."

③ 한국방송공사 관련 사례:대법원 1993.1. 15. 선고, 92다39778 판결, 퇴직금 사건

"1981. 1. 27.자로 개정된 피고 공사의 보수규정은 퇴직금지급률에 관하여 근로자에게 불리하게 변경된 것으로서 그 변경에 있어 개정 전 보수규정의 적용을 받고 있던 직원들의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 받지 아니하였음은 원심이 인정하고 있는 바와 같고, 한편 위

보수규정의 개정이 소론이 주장하는 바와 같은 정당한 목적과 정부 방침에 따라 이루어진 것이라 하더라도 거기에 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될 만한 사회통념상의 합리성이 있는 것으로 볼 수는 없으므로, 결국 이를 무효로 본 원심의 판단은 정당하다."

④ 한국방송공사 관련 사례:대법원 1993. 8. 24. 선고, 93다17898 판결, 퇴직금 사건

"원심이 인정한 사실에 의하면, 치고 공사가 1981. 1. 27.자로 개정한 이 사건 보수규정은 소속근로자들에게 불이익하게 변경된 것으로서 그 변경에 있어 피고 소속근로자들의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 받지 아니하였다는 것인바, 위 보수규정의 개정이 소론이 지적하는 바와 같이, 피고 공사를 비롯한 정부투자기관들이 경영수지면에서 적자이고 국민의 조세부담을 가중시키면서도 그 직원에 대한 퇴직금지급률이 일반공무원에 비하여 월등히 높아 재정난을 겪는 등 불합리한 운영을 하여 왔으므로 이를 시정하고 국영기업체의 적자운영을 탈피하기 위하여 정부가 취한 방침에 따라 다른 국영기업체와 보조를 맞추어 감독관청의 승인을 얻어 이사회에 결의를 거쳐 이루어진 것이고 또한 위 보수규정이 개정된 후 개정된 보수규정에 의한 퇴직금을 받은 직원들로부터 이의가 없었다 하더라도 그러한 사유만으로 위 보수규정의 개정에 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될 만한 사회통념상의 합리성이 있다고 인정할 수는 없고, 논지가 지적하는 다른 사정을 고려하더라도 마찬가지이므로, 이 사건 보수규정이 무효라고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 소론과 같은 취업규칙의 변경에 관한 법리를 오해하거나 심리를 미진한 위법이 있다고 할 수 없다."

⑤ 주식회사 한성 관련 사례:대법원 1993. 1. 26. 선고, 92다49324 판결, 퇴직금 사건

"원심은 피고 회사의 주장, 즉 위 보수규정의 개정은 당시 정부 산하의 투자기관 소속 임직원들의 급여수준이 너무 높은 탓으로 인한 정부투자기관의 경영과 수익활동에 대한 재정 압박과 일반공무원의 급여수준과의 형평 등을 이유로 정부의 조정방침에 따라 이루어진 것으로 상당성이 있다고 주장함에 대하여, 가사 위와 같은 보수규정의 개정이 위와 같은 취지의 정부 방침에 따라 이루어졌다 하더라도 이에 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될 만한 사회통념상의 합리성이 있다고는 보여지지 아니한다고 하여 피고 회사의 위 주장을 배척하고 있는바, 원심의 위와 같은 판단은 옳은 것으로 수긍되고, 이에 근로기준법 제95조 제1항에 관한 법리오해 등의 위법이 있다 할 수 없다."

⑥ 대한잡사회 관련 사례:대법원 1994. 10. 14. 선고, 94다25322 판결, 퇴직금 사건

대한잡사회는 1979. 8. 28 및 1980. 12. 27. 퇴직금지급률을 각각 하향조정하는 보수규정의 개정을 하면서 그 규정 변경을 위한 절차로서 이사회에 심의의결을 거쳤다. 그러나 각 보수규정을 개정하면서 사전과 사후에 개정안을 소속직원들에게 회람시킨 바는 있으나 찬반의 의사표시를 구하지는 아니하였고 달리 피고 법인 소속근로자들의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 받지 아니하였다.

"이 사건 보수규정의 개정 당시 모든 국영기업체의 운영정상화를 위하여 급여규정이 하향 개정되는 상황이었고, 피고 법인 역시 재정상의 궁핍한 상황에서 경영합리화를 위하여 정부 감독기관에 지시에 따라 이 사건 개정을 한 것이라고 하더라도, 이러한 사유만으로는 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될 만한 사회통념상의 합리성이 있다고 볼 수 없는 것이다."

대한잡사회의 이와 같은 보수규정의 개정은 그 당시 규정의 적용을 받던 근로자들의 집단적인 의사결정방법에 의한 동의가 없이 이루어진 것으로 무효로 인정되었다.

다. 기타

① 대한지적공사 관련 사례 : 대법원 1993. 5. 14 선고, 93다 1893 판결, 퇴직금 사건

"원심 판결에 의하면, 이 사건 급여규정의 개정은 이미 재직한 기간에 대하여는 개정 전 규정을 적용하도록 함으로써 기득권을 보호하고 있고, 개정의 동기가 정부투자기관의 경영합리화를 이루려는 정부의 방침에 따른 것으로 공익을 위한 것이며, 개정 후에도 일반공무원 보다는 훨씬 높은 수준의 퇴직금이 유지되고 있고, 소속직원이나 노동조합으로부터 약 10년간 별다른 이의가

없었던 점 등에 비추어 볼 때 개정 규정으로 인하여 근로자가 입는 불이익은 그 내용과 정도가 수인할 수 없는 정도는 아니므로 그 개정에 근로자의 동의를 대신할 만한 사회통념상의 합리성이 있어서 위 개정 규정이 무효라고 볼 수 없다고 판단하고 있다.

그러나 보수규정의 개정이 당시 정부 산하의 투자기관 소속 임직원들의 급여 수준이 너무 높은 탓으로 인한 정부투자기관의 경영과 수익활동에 대한 재정압박과 일반공무원과의 형평 등을 이유로 정부의 조정방침에 따라 이루어졌다 하더라도 그것만으로는 근로자 집단의 동의를 받지 않아도 될 만한 사회통념상의 합리성이 있다고 볼 수 없다는 것이 당원의 견해(당원 1993. 1. 26. 선고, 92다49324 판결 ; 1992. 11. 27. 선고, 92다32357 판결 각 참조)이고, 원심 판결이 거시한 다른 사정을 고려하더라도 이 사건 급여규정의 개정에 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될 만한 사회통념상의 합리성이 있다고 보기는 어려우므로 이 점을 지적하는 논지 역시 이유 있다"

② 농수산물유통공사 관련 사례 : 대법원 1993. 9. 14. 선고, 92다45490 판결, 퇴직금 사건
" 또 원심 판결 이유에 의하면, 원심은 피고 공사의 경우 일반공무원 보다 훨씬 높은 퇴직금지급률을 합리적으로 조정하고 경영합리화를 이루기 위하여는 퇴직금지급률을 하향조정할 필요가 있었으며, 위 퇴직금 규정의 개정 후에도 그 퇴직금지급률은 공무원보다는 높은 수준이고, 위 퇴직금규정을 개정하면서 퇴직금 산정의 기초가 되는 임금의 범위가 확대되어 일부 근로자에게 오히려 유리하게 변경된 것이며, 변경 전의 기간에 대한 퇴직금지급률은 종전에 규정에 의하도록 하여 기득권을 보호하였을 뿐만 아니라, 원고들이 퇴직한 후에 결성된 노동조합이 피고공사와 단체협약을 체결하면서 위 개정 퇴직금 규정을 유효한 것으로 수용한 점 점 등에 비추어 보면, 이 사건 퇴직금규정의 개정에는 사회통념상의 합리성이 있다고 할 것이므로 피고 공사의 퇴직금규정의 개정은 효력이 판단하였다.

그러나 원심이 확정한 사실에 의하면, 원고들은 1988. 4.에 피고 공사를 퇴직하였고, 피고 공사의 노동조합은 1989. 7.4 단체협약을 체결하여 당시의 피고 공사 퇴직금규정을 준용하기로 합의함으로써 1981. 1. 1자 퇴직금규정의 효력을 인정하였다는 것인바, 근로자집단의 동의를 대신할 만한 사회통념상의 합리성이 있는지를 판단함에 있어서는 개정 당시의 상황을 근거로 하여야 하므로 개정 후 8년여가 경과하였고, 원고들이 퇴직한 후인 1989.7.에 이르러 노동조합의 인정을 받았다는 것은 원고들에 대한 관계의 있어서의 위 퇴직금규정 개정의 효력을 판단함에 있어서는 고려할 사정이 못된다고 할 것이다.

한편 퇴직금규정의 개정이 당시 정부산하에 투자기관 소속 임직원들의 급여수준이 너무 높음으로 인한 정부투자기관의 경영과 수익활동에 대한 재정 압박과 일반공무원과의 형평 등을 이유로 정부의 조정 방침에 따라 이루어졌다 하더라도, 그것만으로는 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될 만한 사회통념상의 합리성이 있다고 볼 수 없다는 것이 당원의 견해이고(당원 1992. 11. 27. 선고, 92다32357 판결; 1993. 1. 26. 선고, 92다49324 판결 참조), 기록의 의하면 이 사건

퇴직금규정의 개정시 상여금과 시간외, 휴일, 야간근로수당 및 연월차수당 등을 퇴직금산정의 기초임금에 산입하기로 하는 등의 변경도 함께 이루어졌으나, 지급률의 인하로 인하여 근로자들이 입는 불이익의 정도에 비추어 볼 때, 그 개정의 동기와 기초임금의 범위 확대에 의한 보상을 고려하더라도 피고 공사의 이 사건 퇴직금규정의 개정에는 근로자 집단의 동의를 대신할 만한 합리성이 있다고 보기는 어려우므로, 이 사건 퇴직금규정의 개정에 근로자집단의 동의를 대신할 만한 사회통념상의 합리성이 있다고 한 원심의 판단은 취업규칙의 변경에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 아니할 수 없다.」

3. 근로기준법상의 변경절차의 필요성

가. 정부투자기관관리법 및 정부투자기관예산회계법과 근로기준법의 관계

정부투자기관기본법(1973. 2. 6. 법률 제2477호, 정부투자기관관리 기본법의 시행에 따라 1984. 3. 1. 폐지)제 17조 제1항에서는 정부투자 기관의 직원의 보수를 이사회가 정하도록 규정되어 있다. 그러므로 직원의 보수인 퇴직금의 관한 규정을 이사회의 의결을 거쳐 변경하면 족하는지, 아니면 근로기준법상의 취업규칙의 변경절차가 필요한 지가 문제되었다.

이 점에 관하여 대법원은 첫째, 정부투자기관관리법은 근로기준법의 특별법이라고 볼 수 없고, 둘째, 그 법률의 개별 조항에서도 정부투자기관의 임직원의 보수 퇴직금 등의 근로조건에 관한

특칙을 정한 바가 없으므로, 임직원의 보수 퇴직금 등 근로조건에 관한 사항은 근로기준법의 적용을 받는다고 판시하였다.

또한 정부투자기관 예산회계법(1962. 8. 13. 법률 제1119호, 정부투자기관관리기본법의 시행에 따라 1984. 3. 1. 폐지)은 정부투자기관의 예산 및 회계에 관한 사항을 규정함으로써 합리적인 운영과 독립채산제의 확립을 기함을 목적으로 하는 법이므로 예산회계를 이유로 임직원의 보수나 퇴직금을 변경하는 것도 근로기준법의 적용을 받는다고 판시하였다.

위와 같은 해석은 정부투자기관관리법 및 정부투자기관 예산회계법을 폐지하고 시행되고 있는 정부투자기관관리기본법(1983. 12. 31. 법률 제3690호)에서도 동일하게 적용된다. 즉 기본법 제21조가 경제기획원장관은 매년 10. 31.까지 다음 회계연도의 각 투자기관의 예산편성에 공통적으로 적용되는 사항에 관한 지침을 작성하여 이를 각 투자기관의 사장에게 통보하도록 규정하고, 기본법 제17조 제1항이 투자기관의 임원 및 직원의 보수를 기본법 제21조의 규정에 의한 지침에 따라 이사회가 정하도록 규정하였다고 하여, 투자기관의 임직원 보수에 대하여 근로기준법의 적용을 배제하고 이것을 우선 적용하게 하려는 규정이라고 할 수도 없으며, 기본법 제17조 제1항의 규정이 투자기관의 임직원들이 가지고 있는 퇴직금에 관한 기득의 권리나 이익을 박탈하는 내용의 결의를 유효하게 할 수 있다는 취지라고 해석할 수 없다.

① 대한주택공사 관련 사례 : 대법원 1990. 3. 13. 선고, 89다카24780 판결, 퇴직금 사건

"특별법이 일반법에 우선한다는 원칙은 동일한 형식의 성문법규인 법률이 상호 모순 저촉되는 경우에 적용되는 것이고 법률이 상호 모순되는지 여부는 각 법률의 입법 목적, 규정사항 및 그 적용범위 등을 종합적으로 검토하여 판단하여야 할 것인바, 정부투자기관관리법(1973. 2. 6. 법률 제 2477호, 정부투자기관관리기본법의 시행에 따라 1984. 3. 1. 폐지)은 정부투자기관의 운영과 관리에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 정부투자기관의 건전한 육성을 기하고 정부 출자의 합리적 관리를 도모함을 목적으로 하는 것이고, 정부투자기관예산회계법(1962. 8. 13. 법률 제1119호, 같은 사유로 1984. 3. 1. 폐지)은 정부투자기관의 예산 및 회계의 관한 사항을 규정함으로써 합리적인 운영과 독립채산제의 확립을 기함을 목적으로 하는 것이어서 근로기준법과는 입법 목적, 규정사항들을 달리하므로, 위 법률들이 전면적으로 근로기준법의 특별법이라고 볼 수 없고, 또 위 각 법률의 개별 조항에 있어서도 정부투자기관 임직원의 보수 퇴직금 등 근로조건에 관하여 근로기준법에 대한 특칙을 규정한 바도 없기 때문에 정부투자기관의 임직원의 보수 퇴직금 등 근로조건에 관한 사항은 역시 근로기준법의 적용을 받는다고 할 것이다."

② 한국도로공사 관련 사례 : 대법원 1991. 2. 26. 선고, 90다15662 판결, 퇴직금 사건

"정부투자기관관리기본법 제17조 제1항이 정부투자기관의 직원의 보수를 이사회가 정하도록 규정하였다고 하여 그 직원이 가지고 있는 기득의 권리나 이익을 박탈하는 내용의 결의를 유효하게 할 수 있다는 취지라고는 해석할 수 없으므로 원심이 이 사건에서 문제가 된 퇴직금규정의 개정이 효력이 없다고 본 것은 정당하다."

③ 한국수자원공사 관련 사례 : 대법원 1991. 3. 12. 선고, 90다15457 판결, 퇴직금 사건

"특별법이 일반법에 우선한다는 원칙은 동일한 형식의 성문법규인 법률인 상호 모순 저촉되는 경우에 적용되는 것이고 법률이 상호 모순되는지 여부는 각 법률의 입법 목적, 규정사항 및 그 적용범위 등을 종합적으로 검토하여 판단하여야 할 것인바, 정부투자기관관리법(1973. 2. 6. 법률 제2477호, 정부투자기관관 기본법의 시행에 따라 1984. 3. 1. 폐지)은 정부투자기관의 운영과 관리에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 정부투자기관의 건전한 육성을 기하고 정부 출자의 합리적 관리를 도모함을 목적으로 하는 것이고, 정부투자기관예산회계법(1962. 8. 13. 법률 제1119호, 같은 사유로 1984. 3. 1. 폐지)은 정부투자기관의 예산 및 회계에 관한 사항을 규정함으로써 합리적인 운영과 독립채산제의 확립을 기함을 목적으로 하는 것이어서 근로기준법과는 입법 목적, 규정사항들을 달리하므로, 위 법률들이 전면적으로 근로기준법의 특별법이라고 볼 수 없을 뿐 아니라, 위 각 법률의 개별조항에 있어서도 정부투자기관 임직원의 보수 퇴직금 등 근로조건에 관하여 근로기준법에 대한 특칙을 규정한 바도 없기 때문에 정부투자기관의 임직원의 보수 퇴직금 등 근로조건에 관한 사항은 역시 근로기준법의 적용을 받는다고 할 것이다."

"또 위 각 법의 폐지와 함께 시행되고 있는 정부투자기관관리기본법(1983. 12. 31. 법률 제3690호)제 17조 제1항이 정부투자기관 직원의 보수를 경제기획원 장관의 지침에 의거하여 이사회가 정하도록 규정하였다고 하여 이로써 그 직원이 가지고 있는 퇴직금에 관한 기득의 권리나 이익을 박탈하는 내용의 결의를 유효하게 할 수 있다는 취지라고는 해석할 수는 없다."

④ 한국석유개발공사 관련 사례 : 대법원 1992. 6. 23. 선고. 91다30835 판결, 퇴직금 사건
"폐지된 정부투자기관관리법과 정부투자기관예산회계법은 물론이고, 정부투자기관관리기본법(이하 '기본법'이라고 함)이 근로기준법의 특별법이라고 볼 수 없고, 기본법 제21조가 경제기획원 장관은 매년 10.31. 까지 다음 회계연도의 각 투자기관의 예산편성에 공통적으로 적용되는 사항에 관한 지침을 작성하여 이를 각 투자기관의 사장에게 통보하도록 규정하고, 기본법 제17조 제1항이 투자기관의 임원 및 직원의 보수를 기본법 제21조의 규정에 의한 지침에 따라 이사회가 정하도록 규정하였다고 하여, 투자기관의 임직원 보수에 대하여 근로기준법의 적용을 배제하고 이것을 우선 적용하게 하려는 규정이라고 할 수도 없으며, 기본법 제17조 제1항의 규정이 투자기관의 임직원들이 가지고 있는 퇴직금에 관한 기득의 권리나 이익을 박탈하는 내용의 결의를 유효하게 할 수 있다는 취지라고 해석할 수 없다.
그러므로 위의 법률이나 기본법 제17조 제1항이 정한 절차에 따라 정부투자기관의 퇴직급여규정을 개정하였다고 하여도 이것이 정부투자기관의 근로자들에게 불이익하게 취업규칙을 변경한 것이라면 근로기준법 제95조 제1항 단서 소정의 동의를 얻지 않는 한 유효하다고 할 수 없다.
따라서, 위의 법률들은 근로기준법의 특별법이라고 할 수 없고, 기본법 제17조 제1항도 그 입법 목적에 비추어 정부투자기관의 경영합리화와 정부 출자의 효율적인 관리를 위하여 정부와 그 투자기관 사이에서 정부투자기관 임직원의 보수 결정에 관한 지침 내지 절차를 규정한 것에 불과하여 피고 공사 임직원의 보수에 관하여 근로기준법의 적용을 배제하는 특별법 또는 특칙규정이라고 할 수 없다는 이유로 개정된 피고 공사의 퇴직급여규정이 무효라고 판단하고, 원심의 조처는 정당한 것으로 수긍할 수 있고 거기에 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다."

⑤ 한국도로공사 관련 사례: 대법원 1992. 11. 27 선고. 92다32357 판결, 퇴직금 사건
"정부투자기관관리법(1973. 2. 6. 법률 제2477호, 정부투자기관관리 기본법의 시행에 따라 1984. 3. 1. 폐지)과 정부투자기관예산회계법(1962. 8. 13. 법률 제1119호, 같은 사유로 1984. 3. 1. 폐지)은 근로기준법과는 입법 목적과 규정사항들을 달리하므로 전면적으로 근로기준법의 특별법이라 할 수 없을 뿐 아니라 위 각 법률의 개별조항에 있어서도 정부투자기관 임직원의 보수 퇴직금 등 근로조건에 관하여 근로기준법에 대한 특칙을 규정한 바도 없기 때문에 정부투자기관 임직원의 보수 퇴직금 등 근로조건에 관한 사항은 역시 근로기준법의 적용을 받는다 할 것이고, 또 위 각 법률의 폐지와 함께 시행되고 있는 정부투자기관관리기본법(1983. 12. 31. 법률 제3690호) 제17조 제1항이 정부투자기관 직원의 보수를 경제기획원 장관의 지침에 의거하여 이사회가 정하도록 규정하였다고 하여 그것이 직원의 퇴직금에 관한 기득의 권리나 이익을 박탈하는 내용의 결의를 유효하게 할 수 있다는 취지로 해석되지도 아니한다."

가. 취업규칙상의 개정절차에 따른 것만으로 족하는지 여부
퇴직금규정을 불이익하게 변경함에 있어서 취업규칙이나 이사회운영규정 등의 내규상의 절차를 거친 것만으로 근로자의 집단적 동의의 필요성이 배제되지 않는다.

● 대한주택공사 관련 사례 : 대법원 1990. 3. 13. 선고. 89다카24780 판결, 퇴직금 사건
"퇴직금급여규정의 개정이 피고 공사의 내규인 취업규칙(제47조, 제58조), 정관(제18조), 이사회운영규정(제3조 제1항 제10호)의 각 규정에 따른 것이라 하더라도 위와 같은 규정은 대한주택공사가 사용자측입장에서 퇴직금급여규정을 제정 개정하는 경우 거쳐야 할 절차를 규정한 것에 지나지 아니하므로 위와 같은 규정에 따라 개정된 퇴직금급여규정이 근로자에게 불이익한 경우 근로자들에게 구속력을 갖기 위하여는 근로자집단의 동의가 따로 필요한 것임은 당연한 것이니 위와 같은 규정에 따라 퇴직금급여규정이 개정된 이상 근로자집단의 동의가 필요치

않는다는 논지는 이유 없다."

다. 기타

취업규칙의 변경이 일부의 근로자에게 유리하다고 일부의 근로자에게는 불리한 경우 그러한 변경에 근로자집단의 동의를 요하는지를 판단하는 것은 근로자 전체에 대하여 확일적으로 결정되어야 한다. 또한 이러한 경우 취업규칙의 변경이 근로자에게 전체적으로 유리한지 불리한지를 객관적으로 평가하기가 어려우며, 같은 개정에 의하여 근로자 상호간의 이 불리에 다른 이익이 충돌되는 경우에는 그러한 개정은 근로자에게 불이익한 것으로 취급하여 근로자들 전체의 의사에 따라 결정하게 하여야 한다.

●대한지적공사 관련 사례 :대법원 1993. 5. 14. 선고. 93다1893 판결, 퇴직금 사건

"원심 판결에 의하면, 원심은 피고 공사의 1981. 4. 4. 개정된 급여규정에 의하여 퇴직금지급률이 하향 조정됨에 따라 장기근속을 희망하는 사람들에게는 불리하게 되어 있으나 퇴직금 산정의 다른 기초가 되는 월봉급액은 상당히 증액되었고 1967. 7. 1.부터 1968. 12. 31. 까지의 재직기간에 대한 퇴직금 산정방식이 개선되어 결과적으로 장기근속을 희망하지 아니하는 사람에게는 오히려 유리하게 되었으므로 근로조건의 내용이 근로자에게 일방적으로 불이익하게 변경되었다고 단정할 수 없다고 하여 그 변경에 근로자집단의 동의가 필요없는 것으로 판단하였다. 그러나 취업규칙의 일부를 이루는 급여규정의 변경이 일부의 근로자에게는 유리하고 일부의 근로자에게는 불리한 경우 그러한 변경에 근로자집단의 동의를 요하는지를 판단하는 것은 근로자 전체에 대하여 확일적으로 결정되어야 할 것이고, 이러한 경우 취업규칙의 변경이 근로자에게 전체적으로 유리한지 불리한지를 객관적으로 평가하기 어려우며, 같은 개정에 의하여 근로자 상호간의 이 불리에 다른 이익이 충돌되는 경우 그러한 개정은 근로자에게 불이익한 것으로 취급하여 근로자들 전체의 의사에 따라 결정하게 하는 것이 타당하다 할 것이다. 따라서 이 사건 퇴직금규정의 변경은 근속기간에 따라 이 불리를 달리하게 된 근로자집단의 규모를 비교할 것없이 불이익한 변경으로서 근로자집단의 동의를 요한다고 할 것이고, 그러한 절차를 밟지 않고 이루어진 이 사건 급여규정의 개정은 무효라고 할 것이다. 원심이 이 사건 급여규정의 변경이 근로자에게 일방적으로 불이익하게 변경된 것이 아니어서 근로자집단의 동의가 필요없다고 판단한 것은 취업규칙의 불이익변경에 대한 법리를 오해한 위법에 있으므로 이 점을 지적하는 논지는 이유 있다."

4. 동의의 방법

취업규칙의 불이익 변경 절차에서 요구되는 근로자의 동의는 집단적 동의를 말한다. 즉 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 그와 같은 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 과반수의 동의를 의미한다. 근로자 개인의 동의는 아무 효력이 없다. 그런데 근로자 과반수로 구성된 노동조합이 없는 경우 근로자들 과반수의 동의를 얻는 방법에 대해서는 근로기준법에서는 따로 정하고 있지 않다. 그러나 판례는 1989년 근로기준법이 개정되기 전, 즉 불이익 변경에 대한 동의조항이 직접 규정되어 있지 않았던 때는 물론 법 개정 이후에도 이때의 근로자들 과반수의 동의는 집단적 의사결정방식 또는 회의방식에 의한 과반수의 동의를 요구하고 있다(대법원 1977. 7. 26. 선고, 77다355 판결, 대한석탄공사 퇴직금 사건; 대법원 1991. 9. 24. 선고, 91다17542 판결, 이천전기 퇴직금 사건 등). 동의의 방법에 있어서 정부투자기관 및 정부출연기관이기 때문에 특별한 문제가 생기는 것은 아니다. 다만, 정부투자기관 및 정부출연기관중에서 다음과 같은 대법원 판례가 있는데, 이것은 민간부문에 적용되는 것이다.

가. 회의방식

●대한석탄공사 관련 사례 :대법원 1997. 7. 26. 선고. 77다355 판결, 퇴직금 사건

"원칙적으로 취업규칙의 작성 변경권은 사용자에게 있다 할 것이나 취업규칙의 변경에 의하여 기존 근로조건의 내용을 일방적으로 근로자에게 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자집단의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요한다고 할 것이며 그 동의방법은 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 조합의, 그와 같은 조합이 없는 경우에는

근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의가 없는 한 취업규칙의 변경으로서의 효력을 가질 수 없고 따라서 그러한 취업규칙의 변경에 대하여 개인적으로 동의한 근로자에 대하여도 효력이 없는 것이라고 할 것이다."

나. 기구별 또는 단위부서별 회의방식 의견의 취합

● 한국방송공사 관련 사례 : 대법원 1993. 1. 15. 선고. 92다39778 판결, 퇴직금 사건 및 대법원 1993. 8. 24. 선고. 93다17898 판결, 퇴직금 사건

한국방송공사의 보수규정은 1981. 1. 27. 자로 개정되었는데, 그 규정은 퇴직금지급률에 관하여 근로자에게 불리하게 변경된 것이었다. 따라서 그 변경에 있어 개정 전 보수규정의 적용을 받고 있던 직원들의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 받아야 유효한 변경이 될 수 있었는데, 그러한 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 받지 못하였다.

한국방송공사는 공영 보도기관으로서의 특성과 규모의 방대성 등을 내세우면서 당시 집단적 의사결정방법에 의한 직원들의 동의를 얻는 것이 현실적으로 불가능하였다고 주장하였다. 그러나 대법원은 "취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우 요구되는 집단적 의사결정방법이라 함은 반드시 한 사업 또는 사업장의 전근로자가 일시에 한자리에 집합하여 회의를 개최하는 방식만이 아니라 한 사업 또는 사업장의 기구별 또는 단위부서별 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 상호간에 의견을 교환하여 찬반 의견을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용되는 것으로서, 피고 공사의 경우 이러한 방법에 의한 근로자들의 동의를 받는 것마저 불가능하였다고는 볼 수 없으므로 논지는 이유 없다"고 판시하였다.

집단적 의사결정방법으로서 사업 또는 사업자의 기구별 또는 단위부서별로 의사결정하여 이를 전체적으로 취합하는 방식에 관하여는, 대법원이 이 한국방송공사 관련 사례 이전에 이미 한진해운 관련 사례에서 적법한 방식으로 허용된다고 판시한 바가 있다(대법원 1992. 2. 25. 선고. 91다25055 판결, 퇴직금 사건).

즉 대법원은 "취업규칙에 규정된 근로조건의 내용을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에 근로자 과반수로 구성된 노동조합이 없을 때에는 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의가 필요하다고 하더라도, 그 회의방식은 반드시 한 사업 또는 사업장의 전근로자가 일시에 한자리에 집합하여 회의를 개최하는 방식만이 아니라(큰 사업 또는 사업장에 있어서는 이러한 회의방식은 사실상 불가능한 경우가 많을 것임) 한 사업 또는 사업장의 기구별 또는 단위부서별 사용자측의 개입이나 간섭이 배제된 상태에서 근로자 상호간에 의견을 교환하여 찬반 의견을 집약한 후 이를 전체적으로 취합하는 방식도 허용된다고 보아야 할 것이다"라고 판시하였다.

다. 이원화된 취업규칙의 동의방법

● 대한석탄공사 관련 사례 : 대법원 1990. 12. 7. 선고. 90다카19647 판결, 퇴직금 사건

대한석탄공사는 1981. 1. 1. 자로 퇴직금지급률을 개정하였는데, 퇴직금지급 금액을 근속기간에 따른 퇴직금 지급일수에 기초임금을 곱하여 산출하는 기본 방식에는 변함이 없으나 직원을 종전에는 사원, 노무원, 고원 등 3개의 직류로 구분하던 것을 사원과 노무원으로 나누어 고원은 노무원에 포함시켜 2개의 직류로 구분하고, 퇴직금 지급금액을 산출하기 위한 퇴직금 지급일수를 종전보다 하향조정하였으며, 기초임금도 종전에는 근로기준법이 정하는 퇴직시의 평균임금을 기초임금으로 하던 것을 사원에 대하여는 퇴직전 3개월분의 기본급, 상여금, 법정제수당(시간외, 휴일근로, 연 월차휴가수당), 석탄개발수당을 합한 금액의 1일 평균액으로, 노무원 고원에 대하여는 퇴직전 3개월분의 기본급, 상여금, 법정제수당, 입생수당, 휴일수당 및 생산독려수당을 합한 금액의 1일 평균액으로 각각 제한하도록 변경하였다.

이 개정 퇴직금지급률은 개정 전의 그것보다도 퇴직금 지급일수의 계산 및 퇴직금산정 기초임금의 범위에 있어 근로자에게 불리하게 변경된 것이다. 그러므로 그 퇴직금지급률의 개정은 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자집단의 동의가 있어야 유효하다.

그런데, 노무원에 관하여는 노동조합의 명시적인 동의가 있고, 고원에 관하여서도 노동조합이 묵시적인 동의가 있었지만, 사원에 대하여서는 노동조합의 동의가 있었다.

이에 대하여 대법원은 "개정 퇴직금지급률이 사원과 노무원으로 이원화되어 있었다는 것이므로 노동조합원인 총근로자 중 85퍼센트가 넘는 수를 차지하는 노무원이 퇴직금 개정안에 완전히 동의하였다 하더라도 이는 노무원(고원 포함)에 대한 부분에 국한하여 효력이 있는 것일 뿐,

그로써 사원에 대한 부분을 포함한 개정안 전체에 대하여 유효한 동의가 있었다고 볼 수 없다"고 판시하였다. 따라서 사원을 적용대상으로 하는 개정 퇴직금규정은 효력이 없게 되었다. 이 관례는 취업규칙에 특정 부류의 근로자집단들에 적용되는 조항이 상이하여 이원적으로 규정되어 있는 경우에는 그 조항의 불이익 변경시에는 각 근로자집단을 별개로 하여 동의요건을 구비하여야 한다는 점을 요구하고 있다. 각 근로자집단이 이해가 상반되는데도, 다수 근로자의 집단만의 동의만으로 족하다고 하면 결국 소수집단의 집단적 동의절차로서 보호하려 하는 기득이익과의 조정이 형해화될 수 있기 때문이다.

다. 묵시적 동의의 인정 여부

취업규칙이 사용자의 일방적 결정에 의해 불이익하게 변경된 경우, 근로자들이 아무런 이의를 제기하지 않은 채 계속 근무한 것은 취업규칙의 불이익 변경에 대하여 묵시적으로 동의한 것은 아닌가 문제될 수 있다. 그러나 근로자측의 동의란 회의방식에 의한 집단적 동의를 요건으로 하므로, 단지 이의를 제기하지 않았다는 사실만으로 묵시적으로 동의하였다고 인정되지 않는다. 정부투자기관 및 정부출연기관의 다음과 같은 사례에서 대법원은 위와 같이 판시하고 있는데, 이는 민간부문에 적용되는 것이다.

① 대한광업진흥공사 관련 사례 :대법원 1991. 3. 27. 선고. 91다3031 판결, 퇴직금 사건
"사용자가 취업규칙을 근로자에게 불이익하게 변경하는 경우에 근로자집단의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 얻지 아니한 이상 취업규칙의 변경에 대하여 개인적으로 동의한 근로자에 대하여도 변경의 효력이 발생하지 아니하는 것이므로, 가사 원고들이 피고로부터 개정된 퇴직금규정 등의 내용을 통지받고도 아무런 이의도 하지 아니한 채 그대로 근무한 것을, 개정된 퇴직금규정 등에 대하여 개인적으로 묵시적인 동의를 한 것으로 본다고 하더라도, 개정된 퇴직금규정 등의 효력은 원고들에 대하여 미치지 않는다."
동지의 판결로, 한국공항관리공단 관련 사례의 대법원 1991. 9. 24. 선고 91다17542 판결 퇴직금사건이 있다.

② 주식회사 한성 관련 사례:대법원 1993. 1. 26. 선고 92다49324 판결, 퇴직금사건
"원심은 피고 회사의 주장, 즉 위와 같은 보수규정의 개정내용은 당시 신문지상을 통하여 널리 보도되었을 뿐 아니라, 개정이 이루어진 후 피고 회사는 즉시 개정 후의 보수규정을 소속 임직원들에게 배포 열람케 하였으며, 그 이후 퇴직산 직원들은 개정 후의 보수규정에 따른 퇴직금을 이의 없이 수령하였으므로 결국 위 보수규정의 개정에 관하여 피고 회사의 소속 직원들은 묵시적으로 동의하였다고 주장함에 대하여, 거시증거에 의하면 이러한 개정 내용이 일간 신문지상에 보도되고 피고회사가 개정 후 그 내용을 임직원들에게 배포 열람케하였고 일부 퇴직한 직원들이 개정 후의 보수규정에 따른 퇴직금을 수령한 사실이 인정되나 이러한 사정만으로 위 보수규정의 개정에 대하여 피고 회사 소속 직원들의 묵시적 동의를 얻었다고 할 수 없고, 달리 피고 회사 소속 직원들이 개정 후의 보수규정에 관하여 묵시적 동의를 하였다고 인정할 증거가 없다고 하여 피고 회사의 위 주장을 배척하고 있는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 이러한 사실인정, 판단은 옳은 것으로 수긍된다."

③ 한국공항관리공단 관련 사례 :대법원 1991. 9. 24. 선고. 91다17542 판결, 퇴직금 사건
한국공항관리공단은 1980. 5. 경 설립과 함께 1년 이상 근무하고 퇴직하는 임직원에게 퇴직 당시의 보수에 근속년수에 따라 누진되는 지급기준율을 곱한 금액 상당을 퇴직금으로 지급키로 하는 퇴직금지급규정 등이 포함된 보수규정을 제정하여, 같은 해 7. 1.부터 시행하여 왔다. 그러던 중 1981. 2. 경 정부의 정부투자기관 임직원 퇴직금지급 지침에 따라 공단은 위 퇴직금지급기준율을 하향 조정하는 것을 골자로 하여 공단의 보수규정을 일부 개정하여 교통부장관의 승인을 얻은 후 같은 해 1. 1.부터 위 개정된 보수규정을 소급시행키로 하였다. 그런데 취업규칙의 변경에 의하여 기존 근로조건의 내용을 일방적으로 근로자에게 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙의 적용을 받고 있던 근로자집단의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 필요로 하는데, 공단은 그러한 집단적 동의를 받지 않았다.
이 사건에서 대법원은 "(원심은)……원고들 및 그들이 소속한 노동조합이 위 보수규정 개정

당시나 그 이후에 그 개정에 대한 이의를 한바 없더라도 그 사유만으로 원고들이 위 보수규정 개정에 묵시적으로 동의한 것으로도 볼 수 없다고…… 판시하였는바,…… 위 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 된다"고 판시하였다.

④ 농수산물유통공사 관련 사례 : 대법원 1993. 9. 14. 선고, 92다45490 판결, 퇴직금 사건
"원심 판결 이유에 의하면, 원심은 피고 공사의 1981. 1. 1.자 퇴직금규정의 개정은 퇴직금지급률을 하향 조정한 것으로서 취업규칙의 일부를 이유는 퇴직금규정을 근로자에게 불이익하게 변경하는 것이기는 하나, 개정 당시 피고 공사에는 노동조합이 설립되어 있지 않았고, 달리 근로자의 의사를 모을 수 있는 기구도 없었으며, 근로자의 수가 377명이나 되었기 때문에 단기간 내에 근로자측의 주도하에 전체 근로자의 동의 여부를 집단적 의사결정방식에 의하여 묻는 것은 사실상 불가능하였고, 당시의 근로기준법은 개정된 근로기준법 제95조 단서처럼 사업자에게 근로자의 동의를 얻어야 할 적극적인 의무를 부과하고 있지 않은 상황이었어서 사용자에게 그러한 조치를 취하도록 요구하는 것은 그 실현을 기대하기 어려운 일이었으므로, 피고 공사가 위 퇴직금규정을 개정함에 있어 이사회와 결의 및 주무관청의 인가를 얻었다면 피고 공사로서는 상당한 조치를 취하였다고 할 것이고, 개정된 퇴직금규정이 시행된 1981. 1. 1부터 한국식품개발연구원이 분리됨에 따라 원고들이 퇴직할 때까지 7년여 동안 원고들을 포함한 근로자로부터 명시적인 반대 의사 표명이 없었던 것이므로, 피고 공사의 퇴직금규정의 개정에는 원고들을 포함한 근로자들의 묵시적인 동의 내지 추인이 있었다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

그러나 이 사건 퇴직금규정의 개정 당시 전체 근로자의 의사를 집단적 의사결정방식에 의하여 묻는 것이 사실상 불가능하고 그러한 조치를 사용자에게 요구하는 것이 무리였다고 하여 피고 공사가 이사회와 결의나 주무관청의 인가를 거쳐 퇴직금규정을 개정한 것만으로 취업규칙의 불이익 변경에 해당하는 위 퇴직금규정의 개정에 대한 근로자집단의 묵시적인 동의나 추인을 갈음할 수 없는 것이고 이러한 사정이 근로자집단의 묵시적 동의나 추인이 있었다고 인정할 근거가 될 수도 없는 것이며, 원고들을 포함한 피고 공사의 근로자들이 개정 후 7년여의 기간동안 위 퇴직금규정의 개정에 대하여 이의를 하지 않았다는 것만으로 위 개정에 대하여 묵시적으로 동의하였거나 추인하였다고 볼 수도 없을 것이므로, 원심이 이 사건 퇴직금규정의 개정에 대하여 근로자들의 묵시적인 동의나 추인이 있었다고 인정한 것은 체증법칙을 위배하여 사실을 잘못인정하였거나 취업규칙의 불이익 변경에 대한 묵시적 동의나 추인에 대한 법리를 오해한 위법이 있다 할 것이다."

마. 단체협약의 체결에 의한 추인 인정 여부

근로자 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우 그 노동조합의 동의를 얻으면 취업규칙의 불이익 변경도 유효하다. 이때 노동조합의 동의는 현실적으로는 노동조합 대표자가 노동조합의 이름으로 행하게 된 것이다. 아울러 판례 중에는 "노동조합 대의원대회의 위임을 받은 조합운영위원회가 취업규칙 변경에 동의하였다면 이 변경은 유효하다 할 것이다"라고 하여 정당한 위임을 받은 조합위원회의 동의방식도 인정하고 있다(대법원 1984. 11. 13. 선고, 84다카414 판결).

한편, 노동조합은 사용자와 근로조건 등에 관하여 단체협약을 체결할 수 있다. 그러므로 근로자 과반수로 조직된 노동조합이 체결한 단체협약에 취업규칙의 불이익 변경에 동의한다는 취지를 규정하는 경우에는 그 노동조합의 동의가 있다고 인정할 수 있다.

그런데 단체협약에 그러한 동의를 명시적으로 규정한다는 것은 아니나, 단체협약에서 개개의 근로조건 사항은 직접 규정하지 않고서, 이미 이전에 불이익하게 변경되어 사실상 실행되어 온 취업규칙의 규정을 따른다고 규정하고 있는 경우 무효인 불이익 변경을 추인하였다고 볼 수 있는지의 문제가 발생한다.

이 문제는 특히 정부투자기관 및 정부출연기관에서의 불이익 변경과 관련하여 자주 발생한다. 그 이유는 1980년대 정부 방침에 따라 퇴직금규정을 불이익하게 변경하면서도 근로자측의 집단적 동의를 얻지 않고서 사실상 시행되어 오다가, 1980년대 말에 정부투자기관 및 정부출연기관에서도 노동조합이 신설되면서 단체협약을 체결하면서 취업규칙의 규정에 따른다는 등의 규정을 두는 경우가 다수 있었기 때문이다. 이 경우 판례는 단체협약에 의한 추인 여부를 인정하는 판례와 부정하는 경우로 나누어진다.

● 추인을 인정한 사례

단체협약 체결에 의해 취업규칙의 개정을 추인하였다고 인정한 사례는 비교적 소수이다.
대법원은 중소기업진흥공단 관련 사례에서 다음과 같이 판시하고 있다.

① 중소기업진흥공단 관련 사례 : 대법원 1992. 7. 24. 선고. 91다34073 판결, 퇴직금 사건
"원심은 피고가 1982. 4. 29.자로 피고 공단 직원들의 퇴직금 지급규정을 개정하면서 피고 공단 소속직원들의 의견청취나 동의절차 없이 이 사회의 의결만을 거친 후 상공부의 승인을 얻어 시행한 사실과 그후 피고 공단의 직원들이 1988. 12. 21.경 노동조합을 설립하고 1989. 4. 15. 피고 공단과 단체협약을 체결하면서 그 협약 제4조에서 '피고 공단은 이미 실시하고 있는 근로조건을 어떠한 명목으로도 저하시킬 수 없다'고 규정하는 한편, 경과규정으로 부칙 제4조에서 '위 단체협약 시행일 이전에 발생한 모든 사항은 위 협약에 의한 것으로 본다'고 규정하고 이를 같은 날부터 시행한 사실을 인정한 다음, 취업규칙의 작성 변경권은 원칙적으로 사용자에게 있다고 할 것이지만 취업규칙에 정한 기존의 근로조건을 불이익하게 변경하려면 종전 취업규칙의 적용을 받는 근로자 집단의 집단적 의사결정방법에 의한 동의를 요하는데 그동의 방법은 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합의, 그러한 노동조합이 없는 경우에는 근로자들의 회의방식에 의한 동의에 의하여야 할 것이고 그러한 동의가 없는 취업규칙은 효력이 없다고 할 것인바, 위 개정된 퇴직금지급규정은 개정 전의 그것보다 퇴직금지급률의 계산에 있어서 직원들에게 불리하게 변경되었음이 명백하므로 위 개정된 퇴직금지급규정은 무효이고, 다만 피고 공단과 그 노동조합이 1989. 4. 15.에 체결한 단체협약 부칙 제4조에서 기존의 근로조건을 모두 승인하고 있는 이상 위 체결된 퇴직금지급규정에 대하여도 그 효력을 승인한 것이라고 봄이 상당하지만 위 협약의 규정의 취지는 위 단체협약 시행일 이전에 취득한 근로자의 기득권을 소급하여 박탈하는 것이 아니라 장래에 향하여 개정된 퇴직금지급규정의 효력을 승인한 것에 불과하다고 해석함이 상당하므로 위 협약이 시행되기 전인 1989. 4. 14까지의 근속기간에 대하여는 개정 전의 퇴직금지급규정이 적용되어야 한다고 판단하였다.

그러나 기록에 의하면 피고 공단 노동조합은 1988. 12. 21.에 설립된 다음 1989. 4. 15.에 피고 공단과 최초의 단체협약을 체결한 것으로서, 위 단체협약 부칙 제4조의 규정을 둔 것은 피고 공단이 1979. 1. 4. 설립된 이후 위 단체협약의 체결시까지의 사이에 노사관계에서 발생한 근로조건 등의 모든 사항에 관하여 노동조합이 그 효력을 소급적으로 승인하는 취지라고 보여지는데, 위 단체협약에서 특별히 퇴직금 지급의 변경을 위한 위 1989. 4. 29.자 취업규칙의 개정에 관한 사항을 배제하는 내용의 규정을 두지 않았으므로 노동조합은 위 단체협약에 의하여 퇴직금지급률의 변경에 관하여도 소급적으로 동의한 것이라고 해석하여야 할 것이고, 이와 달리 위 단체협약 부칙의 의미를 원심과 같이 장래에 향하여만 효력을 승인한 것이라고 볼 것은 아니다.

따라서 피고 공단 노동조합이 1989. 4. 15.자 단체협약에 의하여 1982. 4. 29.자 퇴직금지급규정의 개정에 소급적으로 동의함으로써 단체협약의 시행 후에 퇴직한 직원에 대하여는 개정된 퇴직금지급규정이 시행된 때부터 개정된 퇴직금지급규정의 퇴직금지급률이 적용되어야 할 것인데도, 원심은 위 단체협약 부칙의 규정을 잘못 해석하여 위 원고들에게 퇴직금지급규정의 개정 이후부터 단체협약 시행 전까지에 대하여 개정 전 퇴직금지급규정의 퇴직금지급률을 적용함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법을 저질렀다고 할 것이어서, 이 점에 관한 논지는 이유 있다."

② 중소기업진흥공단 관련 사례:대법원 1993. 2. 12. 선고. 92다50447 판결. 퇴직금 사건
"원심 판결에 의하면, 원심은 피고 공단이 1979. 3. 23. 그직원에 대한 퇴직금규정을 제정하여 이를 시행하여 오던 중 정부투자기관의 퇴직금 지급수준을 공무원과 같게 조정 통일하라는 정부의 방침에 따라 1982. 4. 29.자로 위 퇴직금규정상 누진적인 퇴직금지급률을 그 판시와 같이 하향 조정하여 직원들에게 불리하게 개정하였는데 그 과정에서 소속직원들의 의견을 듣거나 동의를 받지는 아니한 사실, 그후 피고 공단 소속근로자들의 과반수 이상이 가입하여 1988. 12. 21. 설립된 노동조합은 피고 공단 사이에 1989. 4. 15.자로 단체협약을 체결하면서 그 부칙 제4조에서 "이 단체협약 시행일 이전에 발생한 모든 사항을 이 협약에 의한 것으로 본다"는 규정을 둔 사실,

그리고 원고는 1980. 8. 25. 피고 공단에 입사하여 1991. 10. 5. 퇴직한 사실 등을 인정하고 나서 위와 같은 퇴직금규정의 불이익한 변경에 대하여 그 당시 종전 규정의 적용을 받던 피고 공단 소속직원들로부터 그 판시와 같은 집단적 의사결정방법에 의한 동의가 없었으므로 위 개정된 퇴직금지급규정은 무효라고 할 것이나, 한편 위 노동조합이 피고 공단과 최초의 단체협약을 체결하면서 그 부칙 제4조와 같은 규정을 두고 있는 것은 피고 공단이 설립된 이후 위 단체협약 체결시까지 사이에 노사관계에서 발생하였던 근로조건 등의 모든 사항에 관하여 노동조합이 그 효력을 소급적으로 승인하는 취지라고 보여지고, 위 단체협약에서 퇴직금지급률을 변경한 규정을 특별히 배제하지 아니한 이상 이에 관하여도 소급적으로 동의한 것으로 봄이 상당하므로 위 단체협약 시행 후에 퇴직금 원고에 대하여는 개정된 퇴직금규정이 시행된 때부터 개정된 퇴직금규정이 적용되어야 한다고 판단하였다.

기록을 검토해 보면 원심의 이 부분 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고,.....".

③ 중소기업진흥공단 관련 사례 : 대법원 1993. 3. 23. 선고 92다52115 판결, 퇴직금 사건

"원심은, 피고 공단이 1979. 1. 4. 중소기업진흥법에 의하여 설립된 법인으로서 1979. 3. 23. 퇴직금지급규정을 제정하여 시행하여 왔는데, 정부투자기관의 퇴직금지급 수준을 공무원의 퇴직금지급 수준과 같게 조정, 통일하라는 정부의 방침에 따라 1982. 4. 29. 퇴직금지급률을 하향조정하는 내용으로 퇴직금지급규정을 개정하면서, 피고 공단 소속직원들의 의견 청취나 동의절차 없이 다만 이사회회의 의결만을 거친 후 상공부의 승인을 얻어 그때부터 개정된 퇴직금지급률에 따라 계산된 퇴직금만을 퇴직자에게 지급해 오고 있는 사실, 그 후 피고 공단 근로자들은 1988. 12. 21. 과반수 이상이 가입하고 있는 노동조합을 설립하여 피고 공단과의 사이에 1989. 4. 15.자로 단체협약을 체결하면서, 그 협약이 제4조에서 피고 공단은 이미 실시하고 있는 근로조건을 어떠한 명목으로도 저하시킬 수 없다고 규정하면서 나아가 그 경과규정으로 부칙 제4조에서 위 단체협약 시행일 이전에 발생한 모든 사항을 위 협약에 의한 것으로 본다는 규정을 두고, 그때부터 위 단체협약의 규정이 피고 공단 직원들에게 적용 시행되어 온 사실 등을 인정한 다음, 피고 공단 노동조합이 위 단체협약 부칙 제4조의 규정을 둔 것은, 피고 공단이 설립된 이후 위 단체협약 체결시까지 사이에 노사관계에서 발생하였던 근로조건 등의 모든 사항에 관하여 노동조합이 그 효력을 소급적으로 승인하는 취지라고 보여지는바, 위 단체협약에서 특별히 퇴직금지급률의 변경을 위한 위 1982. 4. 29.자 취업규칙의 개정에 관한 사항을 배제하는 내용의 규정을 두지 않았으므로 노동조합은 위 단체협약에 의하여 퇴직금지급률의 변경에 관하여도 소급적으로 동의한 것으로 해석하여야 할 것이고, 따라서 단체협약의 시행 후에 퇴직한 직원에 대하여는 개정된 퇴직금지급률이 적용되어야 할 것이므로, 원고들이 노동조합원이 아니고 위 단체협약의 규정을 승인하지 아니하였다고 하더라도 개정된 퇴직금지급규정이 원고들에게 적용된다고 보아야 할 것이라는 취지로 판단하였다.

원심이 설시한 판결의 이유에 다소 미흡한 점이 없는 것은 아니지만, 관계증거 및 기록과 관계법령의 규정 내용에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 인정판단은 결국 정당한 것으로 수긍이 되고, 원심 판결에 소론과 같이 원고들의 주장을 오해하여 심리를 제대로 하지 아니한 채 사실을 잘못 인정한 위법이나, 퇴직금의 지급에 관한 법리 또는 단체협약을 오해한 위법이 있다고 볼 수 없다."

● 추인을 부정한 사례

추인을 부정한 사례는 다수 존재한다.

① 한국방송공사 관련 사례 : 대법원 1992. 9. 14. 선고, 91다46922 판결, 퇴직금 사건

한국방송공사의 이전 보수규정(1981. 1. 27. 개정 이전)에는 퇴직금에 관하여 퇴직 당시의 월 평균보수에 근속년수에 따라 일정의 누진적인 지급률(이하 '개정 전 지급률'이라 함)을 곱한 금액을 지급하도록 규정되어 있었고, 여기서의 보수라 함은 봉급, 성과급 및 특수급 등 근로의 대가로 지급되는 일체의 금품이라고 규정되어 있었다. 한국방송공사는 1981. 1. 27.에 보수규정을 개정하여, 퇴직금에 관하여 퇴직 당시의 보수(기본급+전직원에게 월정액으로 지급하는 제수당+상여금)에 이전의 지급률보다 하향된 지급률(이하 '개정 후 지급률'이라 함)을 곱한 금액을 지급하도록 규정하고, 1980. 12. 31.까지의 근속기간에 대한 지급률은 개정 후 지급률에 의하도록

개정하였다. 이와 같이 보수규정을 개정하면서 당시 한국방송공사에는 노동조합이 설립되어 있지 않아서 노동조합의 동의를 얻은 바도 없었다. 또한 근로자들의 회의방식에 대한 과반수의 동의도 받지 않았다.

그러나 한국방송공사에 1985. 5. 20.경 노동조합이 설립된 다음 동년 9. 14. 한국방송공사 근로자들의 과반수가 가입한 노동조합과 한국방송공사 사이에 단체협약을 체결하였다. 이때 노동조합은 위 1981. 1. 27.자 보수규정의 개정이 근로자들의 회의방식에 의한 과반수의 동의를 얻지 않아서 무효인 점을 인식하고서도 당시 시행중이던 퇴직금제도를 기정사실로 유효하게 받아들이기로 하되, 이후 퇴직금을 포함한 임금 등에 관하여 별도의 협정으로 조정하기로 한다는 단체협약(제69조)을 체결하였다. 이 협약에 따른 임금협약에서 그 협약에 명시되지 않은 임금에 관한 사항은 단체협약, 사규 및 관행에 따른다고 합의를 하였다. 이 단체협약에 근거하여 한국방송공사가 동년 12. 30. 보수규정을 지급률에 관하여는 위 1981. 1. 27.자 개정된 보수규정과 같고, 퇴직금 산정의 기초인 임금에 관하여는 퇴직 당시의 보수(기본급+상여급+보수수당+방송수당+직책수당+휴가보상수당)로 한다고 개정하였다.

위와 같이 한국방송공사는 1981. 1. 27.에 보수규정을 개정하면서 당시에 근로자측의 집단적 동의를 받지는 않았지만, 1988. 9. 14.에 단체협약을 체결함에 있어서 노동조합은 위 1981. 1. 27.자 보수규정의 개정이 무효임을 알고서 이를 소급적으로 추인하였으므로, 1981. 1. 27.자 보수규정의 개정은 유효해지지 않는가의 문제가 발생한다.

이 점에 관한 원심(서울고등법원 1991. 11. 27. 선고, 91나11638 판결)은 소급적 추인이 있었다고 사실인정하면서 그 근거로 삼은 것 중의 하나로서 1981. 1. 27.자 보수규정이 개정된 후 이 개정된 보수규정에 의한 퇴직금을 받은 근로자들로부터 아무런 이의가 없었다는 사실을 들었다. 그러나 대법원은 이는 한국방송공사가 위 규정에 의한 퇴직금을 지급하였다는 점에 대한 입증에 불과할 뿐 그 사실로써 그와 같이 지급된 것이 정당하다는 근거가 될 수는 없다고 판단하였다.

또한 노동조합이 단체협약을 체결함에 있어서 1981. 1. 27.자 보수규정의 개정을 추인하였는가에 대하여, 대법원은 다음과 같이 원심과 다르게 판단하였다.

“원심의 사실인정에 부합하는 증거로는, 위 갑 제5조 중(이 문제 중 인신문조서) 중 '단체협약을 체결할 당시 노동조합은 그 당시의 근로조건 등 상태를 기정사실로 인정함으로써 1981. 1. 27. 자 개정 규정을 추인하였다'는 취지의 일부 기재, 을 제5호 중(이사회 의사록) 중 '1988. 12. 30.자 개정된 보수규정이 단체교섭과정에서 노사양측이 합의한 사항이 모두 반영되었다'는 취지의 기재, 을 제6호 중(이사회 의사록) 중 '1988. 9.에 노사가 합의한 단체협약사항의 반영'이라는 기재가 있을 뿐인데, 이로써 원심과 같은 사실인정을 하기에는 부족하다 아니할 수 없다.

오히려 위 갑 제5호 중의 일부 기재에 의하면, '위 단체협약을 체결할 당시에 특별히 1981. 1. 27. 자 퇴직금 개정을 거론하여 노사간에 합의한 바가 없다. 그 당시 위 퇴직금규정 개정에 관하여 명시적으로 추인한 바는 없다'라고 진술한 것으로 기재되어 있고, 원심 원용 증거인 제1심 증인 김종식, 정윤모, 원심 증인 이동섭은 위 단체협약을 체결할 당시 노사 모두 1981. 1. 27. 자 보수규정의 개정이 무효인 사실을 몰랐기 때문에 그 유효성 여부 및 이의 추인에 관하여 거론한 바도 없고 당시 시행중이던 지급률을 그대로 적용하기로 합의한 바도 없으며, 위 1981. 1. 27. 자 보수규정의 개정이 무효인 사실을 처음 알게 된 것은 한국도로공사 등 정부투자기관에 대한 퇴직금 사건의 판결이 선고된 이후에야 비로써 알게 되었다라는 취지로 각 증언하였고, 원심이 배척하지 아니한 원심 증인 김대휘도 1980년대 말에 대한주택공사 등에 대한 퇴직금 사건의 판결이 선고된 이후에야 비로써 피고 공사와 노사간에 1981. 1. 27. 자 보수규정의 개정의 유효여부가 문제되어 1990. 12. 단체교섭시 노조는 1990년 말까지의 근속기간에 대하여 개정 전 지급률을 적용할 것을 주장하는 반면, 피고 공사는 1988년 말까지의 근속기간에 대하여 개정 전 지급률을 적용할 것을 주장하다가 결렬되었으며, 피고 공사가 1988. 12. 30. 보수규정을 개정할 때 노사간에 그 개정 내용에 관하여 합의한 바 없다고 증언하고 있으며 더욱이 원심 인용의 갑 제9호 중의 1(1988. 9. 단체협약서), 갑 제12호 중(1988. 8. 단체협약)의 각 기재에 의하면, 1988. 9.

단체협약시 노동조합은 '공사는 조합원의 근속년수가 1년 이상일 때 조합원이 퇴직 사망시 근로기준법에 의한 퇴직금을 지급한다. 조합원의 퇴직금지급률을 누진제 원칙으로 적용시키되 노사합의로 한다'라는 안을 주장한 반면, 피고 공사는 '공사는 1년 이상 근속한 조합원이 퇴직 또는 사망할 때에는 근속기간에 따라 퇴직금규정이 정하는 지급률에 의한 퇴직금을 지급한다'라는 안을 주장하다가 '공사가 조합원의 근속년수가 1년 이상일 때 조합원이 퇴직 사망시 근로기준법에

의한 퇴직금을 지급한다'라는 것으로(제71조) 협약이 체결되었고, 원심 원용의 갑 제8호 증(1990. 9. 단체협약안)과 갑 제9호 증(1991. 1. 단체협약서)의 각 기재에 의하면 1990. 12. 29. 체결되어 1991. 1. 1.부터 시행되는 단체협약의 체결과정에서 퇴직금에 관하여 노동조합은 1988. 9. 14. 자 단체협약 제71조의 규정과 같은 '공사는 조합원의 근속년수가 1년 이상일 때 조합원의 퇴직 사망시 근로기준법에 의한 퇴직금을 지급한다'라는 것과 '퇴직금은 누진율을 적용하되 그 기준은 다음과 같다(다만 그 기준에 관한 것은 기재되어 있지 않다)'라는 안을 주장하는 반면, 피고 공사는 위 1981. 1. 27.자나 1988. 12. 30.자 개정된 보수규정상에 규정된 1980. 12. 30.까지는 개정 전 지급률이 적용되고, 그 이후는 개정 후 지급률이 적용된다는 내용을 뺀 채 단지 개정 후 지급률만을 내용으로 한 안을 주장하다가 결렬되어 위 1988. 9. 14.자 단체협약의 제71조 같은 내용의 규정이 존치하게 된사실을 인정할 수 있는 것이므로, 이러한 증거 및 인정사실에 의하면 피고 공сна 노동조합 모두 1988. 9. 14. 단체협약을 체결할 당시에는 위 1981. 1. 27.자 보수규정의 개정이 무효라는 사실 자체를 모르고 있었기 때문에 위 규정의 추인이 거론될 여지가 없다가, 1980년대 말에 한국도로공사나 대한주택공사 등 정부투자기관이 1981년경에 한 취업규칙의 개정이 무효라는 판결이 나오자 비로서 피고 공сна 근로자들이 피고 공사의 1981. 1. 27. 자 보수규정이 무효인 사실을 알게 되어 1989. 12.에 단체협약을 하면서 이를 거론하게 된 사실을 인정할 수 있다.

또한 노동조합이나 근로자들이 위 단체협약 체결 당시 그때 시행중이던 보수규정이 유효하다고 여기고 있었던 사실만으로써 위 무효인 1981. 1. 27.자 보수규정의 개정을 추인하였다고 볼 수는 없는 바이다.

그럼에도 불구하고 원심이, 노동조합은 1988. 9. 16. 단체협약을 체결할 당시 위 1981. 1. 27. 자 보수규정의 개정이 무효라는 사실을 알고서도 이를 소급적으로 적용시키기로 추인하였다고 인정하였음은 단체협약에 대한 해석을 잘못하고 체증법칙에 위배되어 사실을 오인함으로써 원심 판결의 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이다. 이를 지적하는 논지 역시 이유 있다." 그리하여 대법원은 원심 판결을 파기하여 원심 법원에 환송하였다.

이 사건에서 대법원은 단체교섭상에서 기존의 불이익 변경된 취업규칙대로의 유지 여부에 대해 타결이 되지 않았으며, 사용자나 노동조합 모두 단체협약을 체결할 당시에는 종전의 보수규정의 개정이 무효라는 사실 자체를 모르고 있었다가, 그 후 한국도로공사나 대한주택공사 등 정부투자기관이 종전에 한 취업규칙의 개정이 무효라는 판결이 나오자 비로서 위 사용자나 근로자들이 종전에 개정된 보수규정이 무효인 사실을 알게 되었으므로, 무효인 종전의 보수규정의 개정에 대한 추인이 인정될 수 없으며, 또한 노동조합이나 근로자들이 단체협약 체결 당시 그 때 시행중이던 보수규정이 유효하다고 여기고 있었던 사실만으로 무효인 종전의 보수규정의 개정을 추인하였다고 볼 수는 없다고 보는 것이다.

② 한국도로공사 관련 사례 :대법원 1992. 11. 27. 선고. 92다32357 판결, 퇴직금 사건
위의 한국방송공사 관련 사례와 같이 단순히 개정 당시 집단적 동의없이 불이익 변경된 취업규칙과 동일한 내용으로 후일에 단체협약을 체결한 것만으로는 불이익 변경된 취업규칙을 소급적으로 추인하였다고 볼 수 없다는 대법원 판결들이 거듭 나오고 있다. 여기의 한국도로공사 관련 사례도 그 중의 하나이다.

"원심은 피고(한국도로공사)의 직원들이 지금까지 이의없이 퇴직금을 수령해 왔다던가, 위 퇴직금여규정의 개정 이후에 결성된 노동조합과 피고가 퇴직금제도를 누진제로 환원한다는 내용의 단체협약을 체결하고 또 단체협약에서 정하지 아니한 사항의 규율에 관하여는 피고 공사의 관계 규정에 따르기로 하였다는 등의 사정만으로는 무효인 위 퇴직금여규정의 개정을 추인한 것으로 볼 수 없다 하여 이에 관한 피고의 주장을 배척하였는바, 기록에 비추어 보면 원심의 위와 같은 조치는 정당하고, 거기에 소론이 지적하는 추인에 관한 법리오해의 위법이 있다 할 수 없다."

③ 한국방송공사 관련 사례 :대법원 1993. 1. 15. 선고. 92다39778 판결, 퇴직금 사건
"원심은 원고나 그 밖에 다른 퇴직자들이 지금까지 개정된 보수규정에 따른 퇴직금을 이의없이 수령해 왔다는 등 사정만으로 무효인 위 보수규정의 개정을 추인하였다거나 위 보수규정 개정의 효력을 다투는 원고들이 주장이 신의칙에 반하는 것으로 볼 수 없고, 또한 위 보수규정 개정

이후에 결성된 노동조합이 피고와 사이에 단체협약을 체결하면서 위 보수규정의 개정을 추인하였다고도 볼 수 없다고 판시함으로써 이에 관한 피고의 주장을 배척하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 조치는 정당하고 거기에 소론과 같은 위법이 있다 할 수 없다” .

④ 한국방송공사 관련 사례 :대법원 1993. 8. 24. 선고. 93다17898 판결, 퇴직금 사건
"원심 판결 이유에 의하면, 원심은 1988. 5. 20.경 피고 공사에 노동조합이 설립되어 같은 해 9. 14.경 피고 공사와 사이에 단체협약 및 임금협약이 체결되었는데, 피고 공사 소속근로자들 대부분은 이 사건 보수규정의 개정 당시는 물론 단체협약을 체결할 때 까지도 위 개정 규정이 절차상의 하자로 인해 무효라는 사실을 명확히 인식하지 못하여, 단체교섭 당시 피고 공사는 물론 노동조합 어느 쪽으로부터도 개정 규정의 효력 여부에 대한 이의 제기나 동의 내지 사후 추인에 관한 거론이 전혀 없었으며, 1990. 초경 피고 공사의 개정 규정이 무효라는 사실을 인식하게 되었고, 그에 따라 피고 공사 노동조합에서는 1990. 9.경의 단체교섭 과정에서야 비로서 종전 규정에 따라 퇴직금지급률의 적용을 요구하기 시작하였고, 피고 공사측에서도 개정 규정에 따른 퇴직금지급을 단체협약에 포함시켜 노동조합의 동의를 얻으려고 하였으나, 종전 퇴직금 지급률의 적용기간을 둘러싸고 피고 공사와 노동조합측의 의견이 대립되어 이를 단체협약에 포함시키지 못한 채 법원의 판단이 나올 때까지 그에 대한 논의를 보류한 사실을 인정한 다음, 피고 공사 노동조합이 위와 같은 경위로 단체협약 및 임금협약을 체결한 것을 가리켜 위 퇴직금개정 규정이 무효임을 알면서 추인 또는 동의의 의사를 표시할 것이라고 볼 수 없다는 이유로 단체협약을 체결함으로써 이 사건 보수규정을 추인하였다는 피고의 주장을 배척하였는바, 기록에 비추어 보면 원심의 위와 같은 조치는 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 채증법칙을 어기거나 법률행위의 추인에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.
피고 공사의 노동조합이나 직원들이 단체협약 체결 당시 그때 시행중이던 이 사건 보수규정이 유효하다고 여기고 있었고, 또 그 보수규정에 의한 퇴직금을 받은 직원들로부터 이의가 없었다 하더라도 그러한 사유만으로 무효인 이 사건 보수규정의 개정을 추인하였다고 볼 수 없고(당원 1992. 9. 14. 선고, 91다 46922 판결; 같은 해 11. 27. 선고, 92다 32357 판결 각 참조), 또 위 보수규정의 개정 이후에 결성된 노동조합이 피고 공사와 단체협약을 체결하면서 "공사는 협약에 누락됨을 이유로 또는 근로기준법보다 상회함을 이유로 여하한 명목으로도 현 근로기준법보다 미달되는 부분은 무효로 한다"는 내용을 단체협약(제6조)에 포함시켰다 하여 그러한 사실이 이 사건 보수규정의 개정을 추인한 것으로 볼 수 있는 근거가 된다고 할 수 없다."

⑤ 대한잡사회 관련 사례 :대법원 1994. 10. 14. 선고, 94다25322 판결, 퇴직금 사건
대한잡사회는 1979. 8. 28. 및 1980. 12. 27. 퇴직금지급률을 각각 하향조정하는 보수규정의 개정을 하면서 그 규정 변경을 위한 절차로서 이사회 심의 의결을 거쳤다. 그러나 각 보수규정을 개정하면서 사건과 사후에 개정안을 소속직원들에게 회람시킨 바는 있으나 찬반의 의사표시를 구하지는 아니하였고 달리 피고 법인 소속근로자들의 집단적 의사결정방법에 의한 동의는 받지 아니하였다. 대한잡사회의 이와 같은 보수규정의 개정은 그 당시 규정의 적용을 받던 근로자들의 집단적인 의사결정방법에 의한 동의가 없이 이루어진 것으로 무효가 된다.
그런데, 이 사건 보수규정의 개정 후인 1991. 3. 5.에 노동조합과 단체협약을 체결함으로써 이 퇴직금규정이 추인되었는지가 문제되었으나, 대법원은 추인을 인정하지 않았다.

"이 사건 기록에 의하면, 이 사건 보수규정의 개정후인 1988. 3. 9.경 피고 법인 소속근로자의 과반수의 참여로 설립된 노동조합이 피고법인과 1991. 3. 5.체결한 단체협약에는 임금, 상여금, 정근수당, 체력단련비, 가족수당에 대하여는 피고 법인의 각 해당규정에 의한다고 규정하고 있으나(단체협약서 제23조 내지 제27조, 부칙 제5조), 퇴직금에 대하여는 아무런 규정이 없고, 단체협약서 부칙 제3조에서 '이 협약에 명시되지 아니한 근로조건은 관계법령에 의거하여 상호 협의하에 결정한다'고 규정하고 있는 사실이 인정되므로, 위 노동조합이 위 단체협약체결시 무효인 이 사건 퇴직금규정을 추인하였다고 볼 수 없다고 할 것이다"

● 평 가

단체협약에 의한 주인을 인정하는 사례는 소수이다. 그러므로 어떠한 경우 인정되는지를 살펴보기 위하여는 주인을 인정하는 다음의 "남해화학주식회사 관련 사례를 참조할 필요가 있다.

● 남해화학주식회사 관련 사례 : 대법원 1993. 5. 11. 선고, 92다49294 판결, 퇴직금개정 무효확인 사건

1981. 5. 29. 실시된 남해화학 노조위원장 선거에서 같은 해 4. 20. 개정된 회사의 퇴직금규정을 환원시키겠다는 것을 선고공약으로 제시한 자가 위원장으로 당선되었고, 1981년도 단체협약이 체결되었다. 그 단체협약 체결과정에서 이미 퇴직금규정이 개정되어 있었으므로 새로운 단체협약에서는 종래와는 달리 직접 직원보수 및 퇴직금규정을 인용하는 형식으로 규정하자는 의견이 있어 그 제30조에서 "회사는 1년 이상 계속 근로한 조합원이 퇴직 또는 사망하였을 때에는 직원보수 및 퇴직금규정의 정한 바에 의하여 퇴직금을 지급한다"라고 규정함으로써 같은 해 4. 20.자로 이미 개정되어 있던 직원보수 및 퇴직금규정을 위 단체협약에서 직접 인용하였다. 따라서 대법원은 "위 개정된 직원보수 및 퇴직금규정은 1981년도 단체협약에 인용되는 형식으로 포함되고 피고 회사 노동조합 규약에 의하여 단체협약의 최종 체결권자로 규정된 위 노조의 위원장인 정빈근과 피고 사이에 체결된 위 단체협약을 통하여 위 노동조합의 사후 주인을 얻음으로써 유효하게 되었다고 판단한 조치 또한 그대로 수긍이 되고 거기에 소론과 같은 취업규칙의 변경의 요건이나 무효인 법률행위의 주인에 관한 법리오해의 위법이 있었다고 할 수 없다"고 판시하였다.

이 판례에서는 퇴직금에 관한 조항에서 직접 취업규칙 조항을 인용하여 이에 따른다고 규정하고 있는데, 그 취업규칙의 조항을 불이익하게 변경된 것으로서 그 이전의 모습으로 환원하기를 바랐던 것이 단체협약 체결과정에서 그대로 수용하도록 의견이 조정된 것이므로 동의와 같은 주인의사를 인정할 수 있다고 본 것이다.

단체협약에 의한 주인에 관련된 진술한 판례들을 종합하여 보면, 주인의 인정 여부에 관하여 다음과 같은 기준을 일응 정리할 수 있겠다.

첫째, 주인의 의사는 무효인 법률행위에 대해 무효임을 알고서도 이를 유효하게 하려는 의사이므로, 불이익 변경된 취업규칙의 내용에 관해 단체협약의 체결과정에서 노동조합이 전혀 문제삼은 바가 없는 경우에는 주인이 인정되지 않는다. 반면에 단체협약의 체결과정에서 문제를 삼았음에도 불구하고, 취업규칙에 따른다고 단체협약에 규정하는 경우에는 주인이 인정된다.

둘째, 단체협약의 체결과정에서 합의되지 않아서 논의를 보류하거나 별도의 교섭으로 미룬 경우에는 주인이 인정되지 않는다.

셋째, 불이익 변경된 취업규칙의 효력을 불이익 변경 시점으로 소급하여 유효하게 인정하는 소급적 주인이 인정되기 위해서는, 그 소급의 의사를 인정할 수 있어야 한다. 그런데 단체협약은 장래의 근로조건에 관해 노사합의하여 정하는 것이 원칙이므로, 만일 일정 기간을 소급하여 적용하려는 경우에는 이를 별도로 명시하여야 한다. 따라서 단지 취업규칙에 따른다고 규정하는 것만으로는 '소급적인' 주인을 인정할 수 없다. 이러한 점에서 보면, "이 단체협약이 시행일 이전에 발생한 모든 사항을 이 협약에 의한 것으로"본다는 부칙규정 근거로 소급적인 주인을 인정한 중소기업 진흥공단의 관련 판결은 예외적인 경우가 될 것이다.

5. 금반언의 법리 및 신의칙의 적용 여부

가. 금반언의 법리 적용 여부

● 한국공항관리공단 관련 사례 : 대법원 1991. 9. 24. 선고, 91다17542. 판결, 퇴직금 사건

진술한 불이익 변경된 퇴직금규정(1980년에 제정된 누진지급률을 하양조정하기 위하여 1981.

2.경 개정하여 같은 해 1. 1.자로 소급시행)에 대하여 집단적 동의가 없으므로 유효하다고 한 판결에서, 대법원은 아울러 금반언의 법리의 적용 여부를 판단하고 있다.

"사용자가 그 변경 내용을 주지시켰음에도 근로자가 그 내용에 대하여 이의하지 않다가 10여년이 경과한 한계에 이르러 그 개정의 부당함을 다투다 할 지라도 금반언의 법리에 비추어 허용될 수

없는 것은 아니다."

나. 신의칙의 적용 여부

① 주식회사 한성관련 사례 : 대법원 1993. 1. 26. 선고, 92다49324 판결, 퇴직금 사건

"원심은, 이 사건에서 원고가 퇴직일인 1989. 8. 31.로부터 약 1년 6개월이 지난 후 소를 제기한 사실만으로 원고의 이 사건 제소가 신의칙에 위배된다고 할 수 없다고 판단하고 있는바, 원심의 위와 같은 판단은 옳은 것으로 수긍되고, 이에 소론이 지적하는 바와 같은 신의칙에 관한 법리오해의 위법이 있다 할 수 없다. 논지도 이유없다."

② 대한잡사회 관련 사례 : 대법원 1994. 10. 14. 선고, 94다25322 판결, 퇴직금 사건

대한잡사회는 1979. 8. 28. 및 1980. 12. 27. 퇴직금지급률을 각각 하향조정하는 보수규정의 개정을 하면서 그 규정 변경을 위한 절차로서 이사회 심의 의결을 거쳤다. 그러나 각 보수규정을 개정하면서 사전과 사후에 개정안을 소속직원들에게 회람하는 바는 있으나 찬반의 의사표시를 구하지는 아니하였고 달리 피고 법인 소속근로자들의 집단적 의사결정방법에 의한 동의는 받지 아니하였다. 대한잡사회의 이와 같은 보수규정의 개정은 그 당시 규정의 적용을 받던 근로자들의 집단적인 의사결정방법에 의한 동의가 없이 이루어진 것으로 무효가 된다.

또한 대법원은 "원고가 퇴직하는 직원들의 퇴직금으로 개정된 규정에 의하여 계산한 금액을 지급하여 왔고 원고 자신도 퇴직금 수령시 아무런 이의를 유보하지 않았다고 하더라도, 위 개정된 보수규정이 효력이 없는 이상 원고의 이 사건 청구를 신의칙에 위배되는 것이라고 할 수 없다."고 판시하였다.

第4節 小結

이상과 같은 고찰에서 분명해지는 것은 정부투자기관 및 정부출연기관에서의 취업규칙 불이익 변경에 관하여도 노동법상의 원칙이 그대로 적용된다는 점이다. 그럼에도 불구하고 정부투자기관 및 정부출연기관에서의 근로조건을 공무원의 근로조건에 접근(개선의 방향이든 악화의 방향이든)하려는 발상은 여러 문제를 발생하게 되는데, 취업규칙의 불이익 변경의 문제도 그 중 하나였던 것이다.

정부투자기관 및 정부출연기관에서 취업규칙상 정해 놓았던 기존 근로조건에 관해 근로자에게 불리한 결과를 초래하더라도 어찌든 그 변경이 필요하다고 판단한 경우에도, 정부투자기관 및 정부출연기관측의 일방적 행위에 의해 취업규칙을 변경하는 것은 결코 적절한 방법이 될 수 없다. 그 변경의 필요성에 대해 근로자측이 납득하고 이를 수용하는 절차를 거쳐야 진정한 노사간의 화합이 이루어질 수 있기 때문이다. 취업규칙의 불이익 변경 절차에서 집단적 동의를 요건으로 하는 것도 바로 그 때문이다. 또한 동의의 주체 측면에서도 단순히 근로자의 회의체 방식에 의한 것보다는 상설조직인 노동조합의 동의를 이끌어내는 것이 보다 용이하고도 노사 화합의 측면에서 더욱 가치있는 것이 될 수 있다. 사용자에게 노동조합이라는 조직은 단순히 이익대립관계에선 대항자가 아니라 노동관계에 관해 늘 관심을 가지고서 사용자와 협조해 줄 수 있는 파트너로 인정될 때 노사관계는 더욱 발전될 것이다. 특별한 필요에 의해 근로조건을 불이익하게 저하시키려는 방법으로 노동조합의 동의를 얻어 취업규칙을 불이익 변경하거나 노동조합과 합의하여 단체협약에 정해 놓는 방법은 그 예가 될 수 있다. 특히 후자의 경우에는 불이익하게 변경되어야 할 필요성과 불이익하게 변경되는 정도 등의 문제에 대해 노동조합도 사용자처럼 노사관계에 책임감 있는 주체로서 임하기 때문에 변경의 필요와 결과를 적극적으로 수용할 수 있다는 점에서 더욱 가치가 있을 것이다. 대법원 판례나 근로기준법 제95조 제1항 단서의 삽입 개정도 근로조건의 결정을 취업규칙이라는 사용자가 일방적으로 형성하는 규범에 전적으로 맞기지 않고서 노사가 공동으로 결정하도록 하려는 것이며, 따라서 노사공동결정원칙의 중요성을 강조하려는 인식을 바탕으로 하고 있다고 생각된다. 이는 노사 양당사자가 아닌 제3자라고 할 수 있는 정부의 의사에 따라 근로조건을 결정하려 하였던 정부투자기관 및 정부출연기관의 취업규칙 불이익 변경 사례 등에 관련한 판례들을 검토함으로써 다시 확인할 수 있는 점이었다.

第3章

個別的 人事移動

정부투자기관 및 정부출연기관 등의 비공무원 공공부문에서 기관의 재편성의 방법으로 개별적인 근로자들을 적재적소의 부서로 인사이동하는 방법이 있을 수 있다. 즉 사업의 내용에 비해 과도하게 배치된 곳의 인원을 과소하게 배치된 곳으로 인사이동하여 합리적 경영을 도모하는 방식이다.

이러한 인사이동의 모습은 구체적 필요에 따라 다양하겠으나, 본고의 이곳에서는 기관 내부에서의 전직이나 전보의 배치전환과 기관 외부의 다른 기관으로의 전적을 중심으로 살펴보도록 한다.

第1節 配置轉換

1. 의의

동일한 기관(기업)내의 근로자의 근무 내용(직종) 또는 근무 장소의 변경을 가져오는 기관(기업)내의 인사이동을 배치전환이라 한다. 특히 근무내용의 변경을 전직, 근무장소의 변경을 전보(전근)이라 지칭하기도 한다.

전직 또는 전보 등의 배치전환은 노동력의 적절한 배치를 통한 기관의 효율성 내지 생산성의 증대, 근로자의 자기계발을 통한 근로의욕의 증대, 부서간 인사교류를 통한 업무협조의 증진, 기술혁신이나 자동화에의 대처, 조직의 축소나 확대에 따른 인원의 재배치 등을 목적으로 이루어지고 있다.

2. 요건

배치전환은 동일 기관(기업) 내에서 근로자의 직종, 직무 내용, 직급, 근로장소 등의 중요한 근로조건이 변동되므로 당해 근로자에게 여러 불이익이 직 간접적으로 발생할 수 있다. 따라서 배치전환은 사용자의 전적인 자유라고 할 수 없으며, 일정한 요건을 구비하여야 한다. 이에 관하여 판례는 근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 사용자는 상당한 재량을 가지며, 그것이 근로기준법 등에 위반되거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 유효하다고 본다. 전보처분 등이 권리남용에 해당하는지 여부는 전보처분 등의 업무상의 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교 교량하여 결정되어야 할 것이고, 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당되지 아니한다. 이와 같은 법리는 다음과 같은 판례들에 의해 확립된 판례법리라 말할 수 있다.

대법원 1996. 4. 12. 선고, 95누7130 판결

대법원 1995. 10. 13. 선고, 94다52928 판결

대법원 1995. 8. 11. 선고, 95다10778 판결

대법원 1995. 5. 9. 선고, 93다51263 판결

대법원 1994. 5. 10. 선고, 93다47677 판결 등

3. 근로자 본인과 협의 등 신의칙상의 절차

사용자가 경영상 배치전환의 필요성이 있는 경우 대상 근로자의 배치전환의 가능성 및 사후 조치 등에 관해 사전에 협의하여 배치전환을 결정하는 것이 노사간의 바람직한 태도인 것이다.

판례는 전보처분 등을 함에 있어서 근로자의 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소라고 본다. 그러나 아울러 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고는 할 수

없다고 보아 배치전환 이전의 유효요건인 절차라고까지 중시하지 않는 입장에 서 있다.
관련된 대법원 판례는 다음과 같다.

● 대법원 1995. 10. 13. 선고, 94다52928 판결, 중화실업주식회사 사건

"근로자에 대한 전보나 전직은 원칙적으로 인사권자인 사용자의 권한에 속하므로 업무상 필요한 범위 내에서는 사용자는 상당한 재량을 가지며, 그것이 근로기준법에 위반하거나 권리남용에 해당되는 등의 특별한 사정이 없는 한 유효하다 할 것이고, 전보처분 등이 권리남용에 해당하는지 여부는 전보처분 등의 업무상 필요성과 전보 등에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교 교량하여 결정되어야 할 것이고, 업무상의 필요에 의한 전보 등에 따른 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면, 이는 정당한 인사권의 범위 내에 속하는 것으로서 권리남용에 해당하지 않는다고 할 것이다.

이 경우 전보처분 등을 함에 있어서 근로자 본인과 성실한 협의절차를 거쳤는지 여부는 정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소라고는 할 수 있으나, 그러한 절차를 거치지 아니하였다는 사정만으로 전보처분 등이 권리남용에 해당하여 당연히 무효가 된다고는 할 수 없다” .

이 사건 대법원 판결에서는 춘천 공장에서 서울 본사로의 전보처분에 대해 그 전보처분의 업무상 필요성 및 당해 근로자가 입게 된 생활상의 불이익의 점도에 비추어 회사가 전보처분을 행함에 있어서 당해 근로자와 사전에 협의하지 않은 사실이 있다 있더라도 그러한 사정만으로 이 전보처분이 인사권의 남용이라고 할 수 없다고 판시하였다.

이전의 대법원 판결 중에서는 전직이나 전보처분이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지 여부는 그처분의 업무상의 필요성과 그 처분에 따른 근로자의 생활상 불이익과의 비교 교량과 근로자 본인과 협의의 등 그 처분을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지의 여부에 의하여 결정되어야 한다고 판시하여 '근로자 본인과 협의 등 신의칙상의 절차의 준수'를 요구하였던 판결이 있었다. 그 내용은 다음과 같다.

● 대법원 1991. 7. 12. 선고, 91다12752 판결, 전보 및 해고무효확인, 아성유리공업주식회사 사건

"근로자에 대한 전직인 전보처분은 근로자가 제공하여야 할 근로의 종류, 내용, 장소 등에 변경을 가져온다는 점에서 근로자에게 불이익한 처분이 될 수도 있으나 원칙적으로 사용자(인사권자)의 권한에 속하는 것이므로 업무상 필요한 범위 내에서는 상당한 재량을 인정하여야 하는 것으로서 이것이 근로자에 대하여 정당한 이유 없이 해고, 휴직, 정직, 감봉 기타 징벌을 하지 못한다는 근로기준법 제27조 제1항에 위반되거나 권리남용에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한 무효라고 할 수 없을 것이며, 위와 같은 처분이 정당한 인사권의 범위 내에 속하는지의 여부는 당해 전직 명령의 업무상의 필요성과 전직에 따른 근로자의 생활상의 불이익과의 비교 교량과 근로자가 속하는 노동조합(노동조합이 없으면 근로자 본인)과의 협의 등 그 전직처분을 하는 과정에서 신의칙상 요구되는 절차를 거쳤는지의 여부에 의하여 결정되어야 할 것이다."

이 사건 판결에서 대법원은 이 사건 전직처분 당시 피고 회사 서울 공장에는 노동조합이 결성되지 않은 상태였고, …… 처분 전에 원고에게 이를 충분히 알리고 그 필요성을 설명하였던 점에 비추어 그 전직처분은 정당한 인사권의 한계를 넘지 않은 적법한 처분이라는 원심의 판단을 인정하였다.

결국 이 사건에서 '근로자 본인과 협의 등 신의칙상의 절차의 준수'라는 것이 반드시 요구되는 유효요건인지는 불분명하였다.

그 후 진술한 대법원 1995. 10. 13. 선고, 94다52928 판결에서 "정당한 인사권의 행사인지 여부를 판단하는 하나의 요소"에 불과하여 필수적인 유효요건은 아닌 것으로 판례는 법리를 형성하고 있다고 볼 수 있다

第2節 轉籍

1. 의의

전적은 근로자를 그가 고용된 기업(기관)으로부터 다른 기업(기관)으로 적을 옮겨 그곳의 업무에 종사하는 기업간의 인사이동이다. 전적은 원래의 기업과의 고용관계의 종료를 기초로 한다는 점에서 다른 인사이동과 구별된다.

전적은 민간부문에서 계열기업 사이에서 우수인력을 계열기업 전체적 관점에서 확보 배치함으로써 효율성을 도모하기 위해 주로 이루어지고 있다. 특히 공공부문에서는 공기업이 재출자하여 계열기업을 설립하고 경영사의 협조를 도모하는 경우가 종종 있어 재출자한 공기업이 산하의 계열기업의 모기업으로서 사실상의 사용자에 해당될 수 있다. 또한 궁극적으로 정부투자기관 및 정부출연기관의 사실상의 사용자는 중앙정부 또는 지방정부(지방자치단체)로 귀일함으로써, 정부의 방침에 따라 산하의 여러 기관간에 전적으로 이루어질 수도 있다. 또한 전적은 후술하는 기업 독립으로 기업의 행적인 계열화를 도모하는 경우에 그 사업부문의 근로자들을 이전하는 집단적 이전에서도 발생할 수 있다. 이에 관하여는 여기에서 논하는 전적의 유효요건 이외에도 특히 고용보장 및 근로조건의 보장과 관련하여 문제가 될 수 있으므로, 별도의 절에서 다시 보충 고찰하도록 한다.

2. 요건

전적은 전술한 기업(기관) 내의 인사이동인 배치전환보다도 당해 근로자의 근로조건이 불이익하게 변동될 우려가 크다. 왜냐하면 전적은 사용자가 변동되는 것으로, 그 과정에서 당해 근로자는 근로조건을 자유로이 결정하기보다는 새로운 사용자가 취업규칙 등으로 이미 형성하고 있는 근로조건의 체계에 흡수되기가 쉬운데, 새로운 사용자의 근로조건은 이전 사용자의 근로조건과 일치할 수는 없기 때문이다.

그래서 판례는 전적의 유효조건으로 당해 근로자의 동의를 요구하고 있다. 즉 전적은 종래에 종사하던 기업과 사이의 근로계약을 합의해지하고 이식하게 될 기업과 사이에 새로운 근로계약을 체결하는 것이거나 근로계약상의 사용자의 지위를 양도하는 것이므로, 동일기업 내의 인사이동인 전근이나 전보와는 달라 특별한 사정이 없는 한 근로자의 동의를 얻어야 효력이 생긴다고 본다. 관련 판례를 소개하면 다음과 같다.

● 대법원 1993. 1. 26. 선고. 92다11695 판결, 대우캐리어주식회사 사건

"근로자를 그가 고용된 기업으로부터 다른 기업으로 적을 옮겨 다른 기업의 업무에 종사하게 하는 이른바 전적은, 종래에 종사하던 기업과 간의 근로계약을 합의해지하고 이적하게 될 기업과 간에 새로운 근로계약을 체결하는 것이거나, 근로계약상의 사용자의 지위를 양도하는 것이므로, 동일기업 내의 인사이동인 전근이나 전보와 달리, 특별한 사정이 없는 한 근로자의 동의를 얻어야 하는 효력이 생기는 것인바, 사용자가 근로자의 동의를 얻지 아니하고 기업그룹 내의 다른 계열회사로 근로자를 전적시키는 관행에 있어서 그 관행이 근로계약의 내용을 이루고 있다고 인정하기 위하여는 그와 같은 관행이 기업 사회에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나, 기업의 구성원이 일반적으로 아무런 이의도 제기하지 아니한 채 당연한 것으로 받아들여 기업내에서 사실상의 제도로써 확립되어 있지 않으면 안된다." 이 사건 대법은 판결은 전적에는 근로자의 동의를 요건으로 하면서도, 계열기업간의 전적에 대해서는 사전에 포괄적인 동의를 받는 것도 유효하다고 판시하고 있다. 그 포괄적인 사전동의를 전적할 기업들을 특정하고, 그 기업에서의 기본적인 근로조건을 명시하여 근로자의 동의를 얻어야 한다.

"근로자의 동의를 전적의 요건으로 하는 이유는 근로관계에 있어서 업무지휘권의 주체가 변경됨으로 인하여 근로자가 받을 불이익을 방지하려는 데에 있다고 할 것인바, 다양한 업종과 업태를 가진 계열기업들이 기업그룹을 형성하여 자본, 임원의 구성, 근로조건 및 영업 등에 관하여 일체성을 가지고 경제활동을 전개하고, 그 그룹 내부에서 계열기업간의 인사교류가 동일기업 내의 인사이동인 전보나 전근 등과 다름없이 일상적 관행적으로 빈번하게 행하여져 온 경우, 그 그룹 내의 기업에 고용된 근로자를 다른 계열기업으로 전적시키는 것은 비록 형식적으로는 사용자의 법인격이 달라지게 된다 하더라도 실질적으로 업무지휘권의 주체가

변동된 것으로 보기 어려운 면이 있으므로, 사용자가 기업그룹 내의 전직에 관하여 미리(근로자가 입사할 때 또는 근무하는 동안에) 근로자의 포괄적인 동의를 얻어 두면, 그때마다 근로자의 동의를 얻지 아니더라도 근로자를 다른 계열기업으로 유효하게 전직시킬 수 있다고 보아야 할 것이다.

그러나 근로기준법 제22조와 같은 법 시행령 제7조 제1호에 의하면 사용자는 근로계약의 체결시에 근로자에 대하여 임금, 근로시간, 취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 근로조건을 명시하여야 되도록 규정되어 있는바, 근로자의 특정기업에의 종속성을 배려하여 근로자의 보호를 도모하고 있는 위 규정의 취지에 비추어 볼 때, 사용자가 기업그룹 내의 전직에 관하여 근로자의 포괄적인 사전동의를 받는 경우에는 전직할 기업을 특정하고(복수기업이라도 좋다.) 그 기업에서 종사하여야 할 업무에 관한 사항 등의 기본적인 근로조건을 명시하여 근로자의 동의를 얻어야 된다고 해석하여야 할 것이다."

이 사건 대법원 판결에서는 입사시 제출한 서약서에서 "전근, 출장기타 귀사의 명령에 대해서는 불평없이 절대 복종하겠습니다"라고 기재된 부분은 회사와의 근로계약 관계가 존속하는 것을 전제로 회사의 업무지휘권에 따르겠다는 의사를 표시한 것에 지나지 않으며, 회사와의 근로계약을 종료시키는 전직에 관해서도 포괄적으로 동의를 한 것으로 볼수 없다고 판시하였다. 아울러, 관련 판결에서 대법원은 그룹이 종합기획실을 설치하여 그룹차원의 인원수급 업무를 관장하면서 사원을 일괄 채용하여 각 계열회사로 배정하고 있고, 근로자도 이를 알고 입사하였으며, 취업규칙과 단체협약에서 근로자를 계열회사에 인사이동시킬 수 있는 규정을 두고 있더라도, 근로자로부터 포괄적으로 전직에 관한 사전동의를 얻은 것이라고 보기 어렵다고 판시하였다.(대법원 1993. 1. 26. 선고, 92누8200 판결).

第3節 小 結

공공부문에서 기관 내부에서 노사관계를 재편성하는 방법으로 개별적인 근로자에 대하여 인사이동을 행하는 경우가 있다. 그 중 전직이나 전보 등의 배치전환의 경우에는 그 처분의 업무상의 필요성과 그 처분에 따른 근로자의 생활상의 불이익을 비교 교량하여 그 처분이 정당한 경우에 한하여 가능한데, 생활상의 불이익이 근로자가 통상 감수하여야 할 정도를 현저하게 벗어난 것이 아니라면 원칙적으로 정당한 처분으로 본다. 한편, 전직의 경우에는 당해 근로자의 동의가 있어야 한다.

第4章 整理解雇

第1節 意 義

경제적 산업구조적 또는 기술적 이유로 인해 잉여의 근로자를 감축하기 위하여 행하는 해고를 일반적으로 정리해고라 한다.

우리나라에서는 공공부문은 물론 민간부문에서도 종신고용 및 연공서열형의 관행이 터잡아, 온정주의적 노사관행이 잔존해 있는 관계로 정리해고에 관한 사용자의 태도는 다분히 소극적이었다고 할 수 있다. 그러나 민간부문에서는 1980년대 중반 이후 경기침체와 더불어 기업의 도산이 속출하고 또한 이른바 산업구조 조정기에 들어와 경영합리화정책의 필요성을 사용자가 인식하게 됨에 따라 대량실직의 사태가 자주 발생하면서 주요한 사회문제로 제기되고 있다.

민간부문에서 이러한 정리해고의 필요성을 강조하는 입론에서부터 아울러 공공부문에서도 비효율적으로 배치되어 있는 잉여원인을 감원하여 경영의 효율성을 높여야 한다는 관점에서 조심스럽게 그 필요성이 거론되고 있다. 사실 비공무원인 공공부문은 공무원법상의 고용보장을

만지 않으므로 소속된 공기업 또는 기관의 사정에 따라 정리해고될 수 있는 위험이 있다. 비공무원인 공공부문에는 일반 노동법상의 원칙이 적용되므로, 정리해고에 관하여도 민간부문과 동일한 규율을 받게 된다. 그런데 정리해고는 사용자나 근로자 측의 내재적(內在的) 사유에서 비롯된 것이 아니라 외재적(外在的)인 경제적 기술적인 구조변화로 인하여 야기된 불가피한 문제이면서 不歸責性, 대량의 실적으로 사회적으로는 실업의 문제를 발생시킨다는 점에서(大量性) 통상해고와는 다른 특이한 점이 있다. 따라서 이러한 특성으로 인해 정리해고는 특수한 규율의 필요성이 인정되는데, 그것은 노사정의 3자 공평분담원칙에 입각한 문제의 해결이 원칙이 될 것이다. 각국의 입법례에서 발견할 수 있는 특수규율의 방법과 기본적 방향은 다음과 같이 요약할 수 있다. 첫째, 정리해고를 규율함에 있어 단체협약 등의 자치규범에 일임하지 않고 정부가 특별입법을 마련하여 이에 관여하고자 한다. 둘째, 정리해고를 하고자 할 때는 근로자 대표와 사전협의하거나 행정관청에 사전고지하거나 사후승인을 받도록 하는 등 절차적 요건을 강화하고 있다(ILO제158조 협약은 제3부에서 이를 규정하고 있음) 셋째, 직업소개나 직업훈련 등을 통해 해고근로자의 구직을 보장하는 등 공적 보조조치를 아울러 강구하고 있다. 그러나 우리나라에서는 정리해고와 관련한 별도의 입법적 조치는 마련되어 있지 않으며, 다만 해고사유를 일반적으로 제한하는 근기법 제27조 제1항의 해석상 정리해고를 제한하는 판례법리가 형성되어 왔을 뿐이다.

第2節 要件

정리해고의 요건으로는 ① 긴박한 경영상의 필요성이 있어야 하고, ② 해고회피를 위한 사용자측의 성실한 노력이 있어야 하며, ③ 정리기준의 합리성과 선별의 공정성이 보장되어야 하고, ④근로자 측과 성실한 협의를 거치는 등의 절차적 요건을 갖추어야 할 것의 네 가지 요건으로 정리할 수 있다. 이러한 요건들은 판례법상 형성된 것으로 대부분의 학성이 찬동하고 있다.

1. 긴박한 경영상의 필요성의 판단기준

긴박성에 정도에 대하여는 다음과 같은 입장이 있을 수 있다.

①도산회피설: 인원정리를 하지 않으면 기업의 존속 유지가 위태롭게 되는 경우에 한하여 경영상의 필요성이 인정된다.
 ②경영합리화설: 도산회피까지는 이르지 않더라도 사용자 인원정리를 결정한 것이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정되는 경우에는 경영상의 필요성이 인정된다.
 한편, 판례는 도산회피설에서 경영합리화설로 긴박한 경영상의 필요성 요건을 완화해 오고 있다. 즉 기존의 판례들은 해고를 하지 않으면 기업경영이 위태로울 정도로 급박한 경영상의 필요성이 존재하여야 한다는 입장을 경지해 왔었다(대법원 1989. 5. 23. 선고, 87다카2132 판결, 삼익건설 사건 등 다수의 판례). 또한 긴박한 경영상의 위기는 회사 전체의 경영사정을 종합적으로 검토하여 결정되어야 하며, 일개 영업부문 또는 영업소에 불과한 곳의 영업수지만을 기준으로 결정되어서는 안된다는 입장이었다(대법원 1999. 3. 13. 선고, 89다카24445 판결, 대림산업 사건). 그런데, 최근 들어 대법원은 경영상 필요성의 판단에 있어서 제한해석을 완화하여 경영합리화설의 입장을 취하고 있다. 즉 경영합리화를 위한 직제개편이나 업무축소도 '경영상의 필요성'이 인정된다고 본다.
 관련 판례는 다음과 같다.

●대법원 1991. 12. 10. 선고. 91다8647 판결, 동부화학 사건

"기업경영상의 필요성이라는 것은 인원삭감조치가 영업성적의 악화라는 기업의 경제적인 이유뿐만 아니라 생산성의 향상, 경쟁력의 회복 내지 증강에 대처하기 위한 작업형태의 변경, 신기술의 도입이라는 기술적인 이유와 그러한 기술혁신에 따라 생기는 산업의 구조적 변화도 이유로 하여 실제 이루어지고 있고 또한 그럴 필요성이 충분히 있다는 점에 비추어 보면 반드시 기업의 도산을 회피하기 위한 것에 한정할 필요는 없고, 인원삭감이 객관적으로 보아 합리성이 있다고 인정될 때에는 긴박한 경영상의 필요성이 있는 것으로 넓게 보아주어야 함이 타당하다."

이러한 판례의 경향은 우리나라가 1990년대에 들어 본격화된 산업구조조정 국면에서 기업경영의 합리성을 담보하기 위해 인원삭감이 필요악으로나마 인정되어야 한다는 점을 반영하고 있다는 점에서는 일응 타당한 면도 있다. 그러나 사용자의 사정만을 일방적으로 고려하여 정리해고의 요건인 '긴박한 경영상의 필요성'을 불필요하게 확대해석하여 근로자들의 생존권 보장을 도외시할 위험이 있다는 비판도 유의하여야 하겠다.

이러한 점에서 살펴보면, ① 현재의 근로자를 해고하고 그 대신 임금이 낮은 근로자를 새로 고용할 속셈으로 경영상의 필요성을 구실로 한 경우 ② 특정 근로자를 해고하기 위하여 경영합리화라는 이유를 내세우는 등 인원삭감을 할 만한 객관적 합리적인 이유가 없는 때, ③ 정리해고의 의해 인원삭감조치를 한 후 남은 근로자의 임금을 대폭 인상한 경우, ④ 순수익의 증가에 따라 주주에게 고율의 배당을 하는 경우 등 명백히 모순되는 경영상 행동이 뒤따른 경우 등에는 긴박한 경영상의 필요가 부인된다고 해석하여야 할 것이다.

2. 해고회피의 노력

해고회피의 노력이란 긴박한 경영상의 필요에 따라 감원을 할 경우에도 사용자는 신의성실의 원칙에 입각하여 해고를 피하기 위하여 최선의 노력을 다한 후에, 해고는 최후의 수단으로 이루어져야 한다는 것이다.

해고회피 노력을 하였는지 판단기준이 되는 것으로는 시간외 근로의 축소, 신규채용 중지, 일시휴직, 유기계약갱신 중단, 작업의 과학화 합리화, 전직 전보, 희망퇴직자의 우선모집, 임원수당의 삭감, 경영방침의 개선, 경영진의 교체, 하도급의 해약 등을 들 수 있다.

기업이 여러 개의 사업장으로 조직 운영되고 있는 경우에는 해고대상 근로자가 소속한 사업장뿐만 아니라 사업장 전체를 대상으로 전근이 가능하면 전근시켜야 할 의무가 있다. 다만, 여러 사업장이 실제적으로는 서로 다른 직장으로 취급되어 근로자들의 교류가 행해지기 어려운 특별한 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다(예컨대 A에서는 수출용의류, B에서는 국내 고급의류, C에서는 양말 제조하는 공장.B를 폐업하는 경우.)

전근 대상 근로자가 직업훈련을 통하여 사업장에서 종래와 다른 내용의 근무를 하는 것이 가능하다면, 사용자는 해고에 앞서 직업훈련을 시킬 의무가 있다.

3. 해고기준의 합리성 및 선별의 공정성

위의 요건이 갖추어졌다고 사용자가 임의로 해고대상 근로자를 선택할 수 있는 것은 아니다.

해고대상자의 선정은 합리적이고 공정한 기준에 따라 차별없이 이루어져야 한다.

가. 선별대상이 되는 근로자의 범위

① 횡적인 범위: 긴박한 경영상의 필요성이 생긴 사업장 전체를 기준으로 선별하여야 한다.

따라서 그 사업장 중에 특정한 부 실 과 계 등만에 소속된 근로자들만으로 국한하여 그 중에서 해고대상자를 선별하는 것은 공정한 것이 아니다.

② 종적인 범위: 감원의 원인이 된 구체적인 경영합리화조치와 직접관련되는 근로자가 수행하여 왔던 근로와 그 직급이나 직책의 성질상 상호 대체가 가능할 정도로 직무기능이 동일하거나 유사한 근로에 종사하고 있는 근로자가 선별의 대상이 된다. 따라서 경영합리화 조치와 직접 관련되는 근로자의 직무와 전혀 무관한 직무에 종사하는 근로자까지 동일 사업장 소속이라는 이유만으로 감원대상에 포함시켜서는 안된다.

나. 구체적인 선별기준

정리기준의 내용은 당해 근로자의 이익과 기업의 이익을 적절히 조화할 수 있도록 정하여야 한다.

당해 근로자의 이익과 관련된 기준으로는 근무기간, 연령, 건강상태, 재취업의 가능성, 가족상황 기타 경제적 상태(가령 수입이 있는 가족구성원의 수, 법정피부양자수, 배우자의 급여에 의한 생활이 충분한 자, 재산상태) 등을 들 수 있고, 기업이익과 관련된 기준으로는 근무능력, 자질, 능률성, 적응성, 경험 등을 들 수 있다.

각 기준에 관하여 살펴보면, 가령 일용직 근로자 임시직원, 시간제 근로자 등 기업에의 귀속성이 낮은 자를 먼저 해고하는 것이 적절하고, 연령이 낮거나 근무기간이 적은 자를 먼저 해고하는 것이 적절하며, 질서문란자, 업무에 소극적인 자, 지휘명령에 불응하는 자 등을 먼저 해고하는 것이 적절하다고 하겠다.

그러나 여성을 먼저 해고하는 것은 합리성이 없다.

4. 사전협의절차

해고에 앞서 노동조합이나 근로자측과 성실한 협의를 하여야 한다. 사용자는 왜 정리해고를 하지 않으면 안될 사정이 있는가에 관하여 의견을 교환하고 그들로부터 설득과 이해를 구하는 노력을 하여야 한다 이는 정리해고를 피하거나 최소화하거나 또는 정리해고로 인한 근로자의 피해를 완화시키고자 하는데 목적이 있다. 취업규칙 및 단체협약에 규정이 없어도 협의를 하여야 한다. 이러한 사전협의절차를 거치지 않은 경우 정리해고는 원칙적으로 무효라고 보아야 할 것이다.

다만, ① 위의 정리해고의 실질적 요건이 충족되어 해고의 실행이 시급하게 요청되고, ② 근로자들을 대표할 만한 노동조합 기타 근로자집단이 없으며, ③ 해고대상 근로자에 대하여는 해고조치 이외에 마땅한 대안이 없어서 협의를 한다고 하여도 별다른 효과를 기대할 수 없는 등 특별한 사정이 있는 때에는 사전협의를 하지 않아도 해고는 무효가 아니다.

관련 판례는 다음과 같다.

● 대법원 1992. 11. 10 선고, 91다 19463 판결, 삼익주택 사건

"원심 판결 이유에 의하면, 원심은 근로기준법이 해고에 대한 일반적 제한으로서 사용자는 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 근로자를 해고 할수 있도록 규정하고 있는바, 정리해고에 있어서는 첫째로, 해고를 하지 아니하면 기업경영이 위태로울 정도의 급박한 경영상의 필요성이 존재하여야 하고, 둘째로, 사용자가 해고를 회피하기 위한 노력을 다하여야 하며, 셋째로, 사용자가 합리적이고 공정한 정리기준을 설정하여 이에 따라 해고대상자를 선정하여야 하고, 이 밖에도 해고에 앞서 노동조합이나 근로자측과 성실한 협의를 거칠 것 등이 요구된다고 하면서, 원고들에 대한 해고에 있어서 근로자측과의 사전협의를 제외한 나머지 사정들은 존재하였다고 인정한 다음, 근로자측과의 사전협의를 점에 관하여 비록 피고가 정리해고에 앞서 원고 등 근로자측에게 정리해고의 불가피성을 설명하고 그들과 경영 위기의 극복을 위한 대책 및 정리기준 등에 관하여 협의를 거친바는 없지만 당시 피고 회사에는 노동조합이나 근로자단체가 구성되어 있지 아니하였고, 취업규칙에서도 그러한 협의조항을 두고 있지 아니하였으며, 원고들을 개별적으로 접촉하여 위와 같은 협의절차를 거친다 하더라도 해고당할 처지에 있는 원고들이 피고의 설명을 쉽사리 납득하지 아니할 것이고 이러한 경우 결국은 사용자측의 정리계획에 의한 정리의 실시가 불가피할 것이며, 또한 당시 피고 회사의 경영상 위기로 말미암아 어느 정도 감량경영이 따르리라는 것을 예상할 수 있었던 점 등을 아울러 생각해 보면 피고 회사가 심각한 경영상의 위기에 빠져 있어서 회생을 위한 노력을 다하였으나 불가피하게 일정한 기준에 따라 일부 해고대상자를 선정할 수 밖에 없었다고 보여지는 이 사건에 있어서 위와 같은 절차상의 흠이 있더라도 다른 세가지 사항의 존재 등 이 사건 해고를 둘러싼 모든 사정을 전체적 종합적으로 고려하여 볼 때 피고가 원고들에 대하여 한 정리해고에는 정당한 이유가 있다고 판단하였다.

정리해고에 있어서 사용자가 해고에 앞서 노동조합이나 근로자측과 성실한 협의를 거쳐야 한다는 것은 정리해고의 실질적 요건을 모두 갖춘 경우라도 사용자는 노동조합의 단체교섭권 보장이나 근로계약의 상대방 보호의 관점에서 근로자측에 대하여 정리해고의 내용을 설명하는 등 성실한 협의를 거칠 것이 요구된다고 하겠으나, 정리해고의 실질적 요건이 충족되어 해고의 실행이 시급하게 요청되고 한편 근로자들을 대표할 만한 노동조합 기타 근로자집단도 없어 취업규칙에도 그러한 협의조항이 없으며 또 해고대상 근로자에 대하여는 해고조치 외에 마땅한 대안이 없어서 그 근로자와의 협의절차를 거친다고 하여도 별다른 효과를 기대할 수 없는 등 특별한 사정이 있는 때에는 사용자가 근로자 측과 사전협의절차를 거치지 아니하였다 하여 그것만으로 정리해고를

무효라고 할 수는 없는 것이다.

원심의 위 판단은 같은 법리에 따른 것으로 정당하여 수긍이 되고, 거기에 정리해고의 정당한 이유에 관한 법리오해가 있다고 할 수 없다.

第3節 小 結

정리해고를 단행해야 할 긴박한 경영상의 필요가 있는지 여부는 법원이 이를 심사하기가 어려울 정도로 전문적이고 재량의 폭이 큰 문제이다. 따라서 이 요건에 치중하여 정리해고의 정당성 여부를 판별하는 것은 자칫 자의로 흐를 수 있으며, 근로자측 또는 사용자측에게 정리해고 국면에서의 손해를 일방적으로 부담하도록 강요하게 될 뿐이다. 이것은 노 사 정 3자의 공평한 분담원칙에 어긋난다. 이러한 점에서 정리해고를 특별히 규제하는 입법을 마련하여야 할 필요성에 관해 적극적인 검토가 필요하다.

한편, 공공부문의 정리해고에 있어서 긴박한 경영상의 필요성은 사실 정부지원의 축소에 의한 문제일 경우가 있다. 물론 이러한 경우에도 정리해고의 필요성을 부인할 수는 없다. 그러나 모범적인 사용자로서의 공공부문 기관은 사전에 기관 경영의 합리성의 제고 및 인력자원의 배치전환 등의 방법으로 정리해고를 회피하는 노력을 기울여야 할 것이다. 또한 정부는 실질적 사용자의 입장에서 잉여인원을 전적의 방법으로 흡수하는 노력을 기울여야 할 것이다. 공공부문에서 관리상의 효율성을 제고하기 위해 잉여인원에 대해 정리해고라는 극한 수단을 강구하는 것은 민간부문에까지 부정적인 파급효과가 크다는 점을 명심해야 할 것이다.

第5章

機關 外形의 變動

第1節 序論

비공무원인 공공부문에서의 기관 재편성은 배치전환, 전직, 정리해고 등 노동력의 수급의 조절이라는 방식으로 소극적으로만 이루어지는 것이 아니다. 나아가, 기관의 사업의 일부를 폐지, 분리, 이전하거나 기관자체를 전폐, 통합, 민영화하는 방식으로 사업 자체에 관한 변동이 이루어지고 있다.

이 경우 종전의 사업부문에서 종사하고 있던 근로자들은 직장을 상실할 위험이 있거나 기존의 근로조건이 악화될 위험에 직면할 수도 있다. 따라서 기관 외형의 변동에 따른 근로관계의 변동, 특히 고용보장 및 근로조건에 보장 관해 고찰할 필요성이 있게 된다.

따라서 여기에서는 사업의 분리, 이전 및 기관의 통합의 경우 고용보장 및 근로조건에 보장 관해 민간부문에서의 판례법리를 중심으로 하여 고찰하고자 한다. 공공부문의 기관이나 조직을 민영화하는 경우에도 그 방식은 사업의 분리나 이전 등의 방식으로 행해지므로, 원칙적으로 이러한 논의가 적용될 수 있으므로, 별도의 논의는 차제의 기회로 미룬다.

第2節 事業의 分離 獨立과 雇傭保障

1. 의의

사업의 특정부문을 분리하여 독립시키는 것을 일반적으로 '사업의 분리 독립' 또는 '사업의 분할'이라 한다.

사업의 분리 독립의 방법은 여러 가지가 있다. 기존의 회사인 모회사(母會社)가 출자하여 자회사(子會社)인 회사를 설립하고 해당 영업부문을 양도하는 형태가 일반적이다.

공기업 등의 공공부문에서는 사업이 법령상의 근거하여 이루어지므로, 사업의 분리가 법령에 근거를 두고 이루어지게 된다.

2. 근로관계의 승계

민간부문에서 기업의 일부를 분리독립하여 새로운 회사를 설립하는 경우에는 근로관계가 승계된다. 이 경우 새로운 회사가 구회사의 권리의무를 포괄적으로 승계하지 않는 경우라 할지라도 근로관계가 계속성이 유지된다면 근로관계가 승계된다고 본다.

관련 판례는 다음과 같다.

● 대법원 1987. 2. 24. 선고, 84다카1409 판결, 일산방직공업주식회사 사건

“기업의 일부가 분리 독립하여 새로운 회사가 설립되었다 하더라도 신설 회사와 구회사의 사이에 기업의 동일성이 유지하고 있고 구회사에 속했던 근로자가 그 회사에서의 퇴직이나 신설회사에의 신규 입사절차를 거침없이 신설 회사에 소속되어 계속 근무하고 있다면 신설 회사가 구회사와는 별개 독립의 법인체로서 그 권리의무를 포괄승계하지 않는 경우라 할지라도 구회사에 속한 근로자에 대한 근로관계는 신설 회사에 포괄승계되어 근로의 계속성이 유지된다 할 것이므로, 그 근로자에 대한 계속 근로연수를 계산함에 있어서는 구회사에서의 근무기간까지를 통산하여야 할 것이다.”

이러한 근로관계의 승계의 법리는 공공부문에서의 사업의 분리에서도 마찬가지로 적용될 것이다. 따라서 사업의 일부를 분리하면서 이전기관에서 그 사업에 근로하던 근로자를 사업분리만을 이유로 당연히 해고할 수 있는 것이 아니다. 종전 근로자는 새로운 기관으로 승계된다.

3. 승계에 있어 개별근로자의 동의 이의

사업의 분리 독립에서는 이전되는 사업부문의 근로자와의 근로관계는 당연히 이후의 기관으로 승계하게 된다. 그러나 근로자가 그 근로관계의 이전에 동의하지 않거나 이의를 제기한다면 근로관계는 이전되지 않으며, 그 근로자는 기존의 기관(기업)의 근로자로서 남게 된다. 분리된 기관(기업)의 근로조건은 기존 기관의 근로조건과 차이가 날 수 있으며, 또한 분리된 기관의 고용보장의 정도도 기존 기관의 경우와 상이할 수 있다. 이러한 근로조건 of 중요한 변동을 초래할 가능성이 있는 위험을 개발근로자가 당연히 감수하여야 하는 것은 아니기 때문에 근로관계의 이전에는 개별근로자의 동의 또는 이의가 인정되어야 한다.

그러나 현실에 있어서는 근로자가 개별적으로 이의를 제기하는 것 또한 쉬운 일이 아닐 것이다.

4. 근로관계 계속에 대한 단절

기관의 사업 일부가 분리되어 새로운 기관을 구성하는 경우 그 사업부문에 종사하던 근로자들을 새로운 기관으로 이전하여 계속 근로하게 하는 것이 근로관계의 승계의 법리에 따라 적절한 조치가 될 것이다.

그런데 기관을 분리하면서 당해 근로자가 근로관계를 단절하고 새로운 기관에 새로이 고용되는가 또는 종전 기관으로부터 고용관계를 계속하면서 새로운 기관에서 고용하는 가 양자에 관해 여부를 당해 근로자로 하여금 자유로운 의사로 선택할 수 있는 기회를 준 상태에서 근로자가 퇴직금을 정산받고 새로이 입사하는 형식을 취했다면 근로관계는 승계된 것이 아니라 단절되어 새로이 시작된 것으로 보아야 한다. 이와 같은 법리는 민간부문에서의 기업의 분리에 관한 대법원 판례에서 나타나며, 이는 공공부문에서도 마찬가지로 적용될 것이다.

관련 대법원 판례는 다음과 같다.

● 대법원 1991. 12. 13. 선고, 91다32657 판결, 강원탄광주식회사 사건

"원심은 거시 증거에 의하여, 피고 회사 '강원탄광주식회사'는 소외 강원산업주식회사로부터 1988. 2. 1. 분리하여 별개의 법인체로 독립함에 있어서 소속근로자들로 하여금 위 강원산업을 퇴직하고 피고 회사에 입사하거나 종전의 지위를 그대로 유지하여 피고 회사의 사원이 되도록 하는 두 가지 방법 중 하나를 자유로운 의사에 의해 택하도록 하였는데, 소속근로자들 상당수는 종전의 지위를 그대로 유지하고 피고 회사의 사원이 되는 방법을 택하였는데 원고 우영조는 그 자유로운 의사에 의해 위 강원산업을 퇴직하여 이에 대한 퇴직금을 수령한 후 피고 회사에 입사하는 방법을 선택한 사실을 인정하고 나서 위 강원산업과 피고 회사, 원고 우영조와의 사이에서는 원고 우영조의 위 강원산업에 대한 임금에 관한 권리의무가 피고 회사에 승계되지 아니하였다고 판단하였다.

기록에 의하여 살펴본바 원심의 위와 같은 인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고 거기에 소론과 같은 체증법칙 위반이나 법리오해의 위법은 없다. 논지는 이유 없다."

5. 기관의 사용자성

민간부문에서 모회사로부터 자회사가 분리 독립되는 경우, 분리 독립된 자회사에서 근무하는 근로자와 모회사와는 직접적인 근로관계가 인정되지 않는다. 그러나 모회사가 자회사의 주식을 독점하고 있고, 자회사의 대표기관 등이 모회사의 지휘 명령을 받아 그 독립성이 인정되지 않는다면, 자회사는 실질적으로 모회사의 한 사업부문에 불과하게 된다.

또한 모회사가 일부 근로자를 해고하거나 차별대우할 목적으로 자회사를 설립한 경우라면 자회사의 법인격이 부인될 수 있다.

위와 같은 경우에는 모회사와 근로자 사이에 직접적인 근로관계가 인정된다고 보는 것이 타당하다.

이러한 법리도 공기업 등의 공공부문에서의 분리에서도 동일하게 적용될 수 있다.

6. 자회사(子機關) 근로자의 고용보장

근로자가 분리 독립된 회사로 근로관계가 이전되어 계속 근무하던 중 그 회사가 해산되는 경우 근로자는 직장이 상실되는 위험에 직면하게 된다. 이 점 때문이라도 사업부문의 분리 독립되어 모회사의 근로자가 자회사로 이전되는 것을 바라지 않는 근로자도 있을 수 있다.

전술하였듯이, 개별근로자에게는 근로관계의 이전에 대한 동의 내지 이의가 인정되지만, 이를 행사하기는 쉽지 않다. 따라서 현실적으로는 자회사의 근로자의 고용을 보장하는 방법이 필요하다.

그렇지만 모회사는 자회사와는 별개의 법적 주체이므로 자회사의 근로자에 대한 고용보장의 법적 책임은 없다. 다만 전술하였듯이, 자회사의 법인격이 부인될 수 있는 예외적인 경우 자회사가 해산될 때 모회사는 다시 근로관계를 인수하여야 할 법적 책임을 지게 될 뿐이다.

그런데 모회사 사업의 분리 독립하면서 노동조합과의 사이에서 분할된 회사가 조업이 불가능하여 고용을 유지하지 못하게 될 때에는 다시 모회사로 재고용 약정을 한 경우 이러한 약정은 모회사에 재고용한다는 내용을 담은 근로계약을 미리 체결한 것이므로 당해 근로자가 자회사의 사정으로 근로관계가 종료되었을 때 모회사와 별도의 근로계약의 체결없이 곧바로 근로관계가 성립된다고 해석된다. 따라서 모회사는 고용보장의 책임이 인정될 수 있다. 관련 판례는 다음과 같다.

● 대법원 1994. 9. 30. 선고, 94와 9092 판결 고용관계존재확인 등, 한진중공업 사건

"1. 이 사건 기록에 의하면, 정리회사 주식회사 한진중공업(변경전 상호는 주식회사 대한조선공사)이었음. 이하 '대한조선공사'라고 함)이 1980. 6.경 기업경영의 합리화를 위하여 그 소속부서 중 도장부를 분리 독립시켜 그 계열회사로서 소외 주식회사 대한특수도장(이하 '대한특수도장'이라고 함)을 설립하여 그 영업부문을 양도하고, 원고 '근로자 정도승, 김재홍'들을 포함한 대한조선공사 도장부 소속근로자들이 회사측의 권고에 따라 대한조선공사에서 퇴직하고 신설된 대한특수도장에 신규 입사하게 되면서, 그 당시 위 근로자들이 대한조선공사에 비하여 경영기반이 훨씬 취약한 대한특수도장으로 그 적을 옮기게 되는데 따른 제반 신분상의 불이익을 우려하여 그 대비책을 요구한 관계로, 1980. 6.경 대한조선공사의 노동조합인 전국금속노동조합 대한조선공산지부가 원고들을 포함하여 당시 위 회사의 전적 방침에 따르는 도장부

소속근로자들을 위하여 대한조선공사와의 사이에, 앞으로 신설된 대한특수도장이 조업이 불가능하여 고용을 유지하지 못하게 될 때에는 대한조선공사가 대한특수도장의 소속종업원들을 모두 제취업시킴으로 약정하였는데, 그 후 원고들이 위 기업분할조치에 순응하여 대한조선공사에서 퇴직하고 1980. 7. 1. 대한특수도장에 입사하여 근무하여 오던 중에, 대한특수도장이 1989. 7.경 폐업하면서 그 달 31. 원고들을 포함한 근로자들을 모두 해고하기에 이르렀음이 분명하다.

대한조선공사의 노동조합이 원고들을 포함한 도장부 소속근로자들을 위하여 대한조선공사와의 사이에 체결한 위 재취업 약정은, 그 합의에 이르게 된 구체적인 동기와 당사자들이 기도한 목적 등에 비추어 볼 때, 대한조선공사의 기업분할 방침에 따라 신설된 계열회사인 대한특수도장으로 전직하게 된 근로자들이 장래 그 신설 회사측의 경영사정으로 부득이 근로관계를 유지하지 못하는 경우가 생기면 대한조선공사가 위 근로자들을 모두 재고용한다는 내용을 담은 근로계약을 미리 체결한 것으로 볼 것이므로, 위 근로자들 중의 한 사람인 원고들이 이를 수락하여 대한특수도장으로 전직하였다가 그 회사의 폐업과 동시에 해고당하는 사정이 생긴 이상, 이로써 원고들과 대한조선공사 사이에는 위 근로계약에 기한 새로운 고용관계가 성립되었다고 보아야 할 것이다.

원심 판결은 그 이유 실시로 보아 이와 같은 내용의 판단을 한 것으로 못 볼 바 아니고, 이와 반대의 입장에 서서 위 약정은 대한조선공사에게 대한특수도장의 폐업으로 인하여 해고된 원고들을 새로이 고용하여야 할 의무가 있음을 선언한 것에 불과하고 별도의 근로계약이 체결되지 않는 한 곧바로 대한조선공사와 원고들 사이에 새로운 고용관계가 성립하였다고 볼 수 없다는 취지의 견해를 펴는 상고 이유는 받아들일 수 없다.

그리고 위에서 본 재취업 약정이 담고 있는 구체적인 내용에 비추어 보면, 이 약정은 대한조선공사 노동조합이 회사측과 사이에 원고들을 포함한 전직 근로자들을 위하여 재고용 계약을 미리 체결한 것으로서 이른바 제3자를 위한 새로운 근로계약이라고 볼 것이므로, 그 내용을 규율하는 데 근로기준법의 적용을 받아야 함은 분명하나, 대한조선공사가 고용관계가 계속되는 것이 아니고 소멸되는 근로자들을 수익자로 하여 체결한 뒤 약정이 노동조합법 제35조 소정의 유효기간의 제약을 받는 단체협약이라고 볼 여지는 없을 것이다.

같은 취지의 원심 판단은 정당하고 거기에 무슨 법리오해가 없으므로, 이 점을 지적하는 상고 이유도 받아들일 것이 못된다.

2. 또한 이 사건 기록에 의하면, 원고들이 신설된 대한특수도장으로부터 해고당한 지

2년8개월여의 기간이 경과된 후에 위 재취업 약정을 근거로 하여 원래 근무하던

대한조선공사와의 사이에 고용관계가 존재한다는 확인 내지 임금 지급을 청구하는 이 사건 소를 제기하였지만, 이는 그동안 비슷한 처지에 놓인 다른 근로자들이 제기한 이 사건과 같은 취지의 관련소송의 추이를 기다렸다가 그 중 일부 근로자들이 승소 판결을 얻자 비로소 이 사건 제소에 이르렀음이 분명하고, 아울러 원고들이 위 재취업 약정에 기하여 대한조선공사와의 사이에 새로운 고용관계가 형성되었음에도 불구하고 회사측에서 그동안 전혀 근로의 기회를 제공하지 않은 사정을 감안하여 볼 때, 이러한 법률관계에 정통하지 못한 원고들이 뒤늦게 이 사건 제소를 하였다고 하여 그 소 제기에 의한 권리의 행사가 실효의 원칙 내지는 신의성실의 원칙에 비추어 허용될 수 없는 것이라고 말할 수 없다. 그리고 원고들이 비록 그 사이 각기 다른 회사에 입사하여 고액의 급여를 얻고 있었다고 하더라도, 이는 이 사건 소의 승소 가능성에 대한 회의와 회사측과의 사이에 생긴 법률관계에 대한 이해부족에서 연유된 것으로 보이므로 이 때문에 그 결론이 달라진다고 볼 수도 없을 것이다. 어디까지나 재취업 약정에 기하여 생긴 새로운 고용관계의 확인을 구하고 있는 이 사건의 경우를 단순한 부당해고로 인한 근로관계에 있어서와 동일하게 다룰 것은 아니다.

이와 같은 취지의 원심 판단은 정당한 것으로 보이고, 거기에 상고 이유에서 지적하는 바와 같은 법리오해 등의 잘못을 찾아볼 수 없다. 이 점을 지적하는 상고 이유는 역시 받아들일 수 없다.”

第3節 事業의 移轉과 雇傭保障

1. 의의

공공부문의 기관이 사업의 일부를 이전하는 방법으로는 그 기관이 출자하는 기관의 분리방법(전술한 것) 이외에도 정부 등이 새로이 출자하여 설립된 기관(또는 기업)이나 이미 설립되어 있는 별개의 기관으로 이전하는 방법이 있을 수 있다. 이와 같은 경우 그 사업부문에서 근로하던 근로자의 근로관계의 변동이 문제될 수 있다.

이에 관하여 영업양도와 근로관계의 변동을 고찰해 볼 필요가 있다. 영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적 물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 말한다.

2. 근로관계의 승계

영업이 포괄적으로 양도되면 양도인과 근로자간에 체결된 고용계약도 양수인에게 승계된다. 이러한 근로관계의 이전은 양도 대상인 영업의 일체성 내지 동일성을 근거로 당연한 이전에 해당한다. 따라서 양도 당사자간에 일부 근로관계를 승계 대상에서 제외하기로 하는 합의는 당사자간의 채무적인 효력을 가질 뿐, 근로자의 근로관계에 직접적인 영향을 주는 것은 아니다. 영업양도만을 이유로 양도 전후에 일부 근로자를 해고하는 것은 해고의 정당성이 부정된다. 영업양도시에는 회사간에 근로관계의 승계에 관한 명시적인 합의가 있는 경우 근로관계는 '포괄적'으로 승계된다는 관련 판례는 다음과 같다.

● 대법원 1991. 11. 12. 선고, 91다12806 판결, 한국전력보수주식회사 사건

"소의 공단 '주식회사 한전보수공단'은 한국중공업에 흡수합병되었다는 것이므로 소외 공단의 모든 권리의무는 포괄적으로 한국중공업에게 승계되었음이 명백하며, 또 피고 회사 '한국전력보수주식회사'는 한국중공업으로부터 그 영업의 일부인 발전설비보수 영업부문만을 양수하였으나 그 영업의 일부인 모든 자산과 부채 및 관련계약, 채권과 채무 그리고 위 영업에 종사하는 종업원 및 이에 대한 한국중공업의 권리의무 등을 포괄적으로 양수하기로 합의하고 이에 따라 원고 등 종업원은 계속 근무하여 왔다는 것이므로, 한국중공업과 원고 '근로자 신준식' 등 종업원 사이의 근로계약 관계는 위 합의에 따라 포괄적으로 피고 회사에 승계된 것으로 보아야 하고 원심 판시와 같이 원고가 위 회사와의 근로계약 관계는 종료되고 피고 회사와의 새로운 근로계약 관계가 시작되었다고 볼 것이 아니다.

다만, 피고 회사는 한국중공업과의 위 포괄승계 합의시에 종업원의 퇴직금 산정기간에 한하여 피고 회사의 근속년수에 산입하지 않기로 하는 단서조항을 삽입하였다는 것이나, 이는 종전의 근로계약 관계를 포괄적으로 승계하면서 근속기간에 관한 근로자의 기득권을 제한하는 예외조항을 설정한 것이므로 근로자의 동의가 없는 한 근로자에게 구속력이 미치지 않는다고 보아야 할 것인바, 원심 판결과 기록을 살펴보아도 원심이 그 동의 유무에 관하여 심리판단한 흔적이 없다.

또 원심은 원고가 위 합병과 영업양도시마다 퇴직하고 재입사하는 형식을 거쳐 퇴직금을 수령하고 근무해 온 것으로 인정되고 있는바, 원고가 자의에 의하여 사직서를 제출하고 퇴직금을 지급받았다면 계속 근로자의 단절에 동의한 것으로 볼 여지가 있지만, 이와 달리 소외 공단이나 한국중공업에서 원고에게 퇴직금을 지급하기 위한 방편으로 내부적으로 퇴사와 재입사의 형식을 취한 것에 불과하다면 이러한 형식을 거쳐 퇴직금을 지급받았다고 하여 계속 근로의 단절에 동의하였다고 볼 수 없을 것이다.

그런데 기록을 살펴보아도 원고가 중간퇴직금을 수령한 사실은 인정되지만 퇴직과 재입사의 형식을 취한 여부나 그것이 원고의 자의에 의한 사직서를 받고 한 것인지의 여부 등을 알아볼 만한 자료가 전혀 없다(원심은 스스로 합병과 영업양도과정에서 입사와 퇴사의 형식을 취하고 퇴직금을 수령하였다고 주장한 것으로 판시하였으나 기록을 살펴보아도 원고는 그와 같은 주장을 한 흔적이 없음)"

그리고 회사가 사업부문의 일부를 다른 기업체에 양도하면서 그 물적시설과 함께 양도하는 사업부문에 근무하던 근로자들의 소속도 변경시킨 경우에는 회사간에 근로관계의 이전에 관한 명시적인 합의가 없어도 근로관계의 승계가 인정된다. 관련 판례는 다음과 같다.

● 대법원 1992. 7. 14. 선고, 91다40276 판결, 한국항공 주식회사 사건

"원심은 1심 판결 이유를 인용하여, 원고(근로자 전호목)가 1969. 6. 1. 소외 주식회사 서울와사(이하 '서울와사'라고 줄임)에 입사하여 부산영업소에서 근무하다가 1971. 6. 1. 회사의 경영방침에 따라 입사 퇴사의 절차를 거치지 않은채 이른바 한진그룹의 계열회사로서 서울와사와 동일 계열기업인 소외 주식회사 대한항공(이하 '대한항공'이라 줄임)으로 전출되어 항공유지보급소 부산급유소에서 근무하였는데 업무의 내용이 서울와사에서와 동일하고 직급, 호봉 및 승급도 서울와사의 입사일을 기준으로 삼았으며, 그 후 대한항공이 같이 계열기업인 피고 회사에게 항공기 급유의 영업부서를 이관하기로 하면서 위 부산급유소의 영업도 이관하기로 하고 그 물적 시설과 함께 원고를 비롯한 직원들의 소속도 변경시키기로 함에 따라 원고는 1978. 5. 15. 대한항공을 사직하고 그 다음날인 5. 16. 피고 회사에 입사하는 형식을 취하면서 그때까지의 근속기간에 대한 퇴직금 2,686,281원을 수령한 사실, 원고가 형식적으로 사직원을 제출하였지만 실질적으로는 같은 장소에서 종전과 같은 내용의 업무를 처리하게 됨에 따라 피고 회사는 원고가 단순한 보직 변경에 의하여 전입된 것처럼 인사처리를 하면서 직급, 호봉 및 승급 등은 서울와사에 최초로 입사한 날부터 대한항공에서의 근무기간까지를 통산하여 처리하여 온 사실 및 원고가 근무한 1990. 6. 23. 피고 회사를 정년퇴직한 사실을 인정한 다음, 원고가 근무한 3개 회사는 비록 그 법인격이 다른 별개의 회사이기는 하나 모두 한진그룹 소속의 계열기업이고 원고는 그 자신의 필요나 희망에 의해서가 아니라 한진그룹의 경영방침에 따라 동일 계열기업군 내의 타기업으로 전출되어 근무하게 된 것으로서 서울와사에서 대한항공으로의 전출에 대하여는 따로 입사 퇴사의 형식을 거친 바도 없고, 대한항공에서 피고 회사로의 진출에 대하여는 실질적으로 그룹 내의 계열기업간의 업무조건이라는 목적을 달성하기 위한 수단으로서 입사 퇴사의 형식을 취하였을 뿐 전출 전후를 통하여 원고가 담당한 업무의 내용이 동일하였을뿐더러 원고에 대한 직급 및 호봉, 승급이나 장기근속표창 등의 근로조건에 관하여 위 서울와사에의 최초 입사일을 기준으로 하여 처리하여 온 반면, 원고의 퇴직금 산정의 기초가 될 근속기간에 대하여는 위 근속기간을 통하지 않고 전출 이후 기간만으로 산정한다는 별도의 약정이 있었음을 인정할 다른 자료가 없는 이상 원고의 위 3개 회사에서의 근무는 계속성이 유지되는 단일기간의 근로라고 보아야 할 것이고, 이에 대하여는 전체적으로 1개의 퇴직금이 지급됨이 상당하다고 판단하였다.

원심이 인정한 바와 같이 기업이 사업부문의 일부를 다른 기업에 양도하면서 그 물적 시설과 함께 양도하는 사업부문에 근무하는 근로자들의 소속도 변경시킨 경우에는 원칙적으로 해당근로자들의 근로관계가 양수하는 기업에게 승계되어 그 계속성이 유지된다고 할 것이다." 또한 근로관계의 승계는 회사간에 영업양도 자체에 대한 명시적 합의가 없는 경우에도 영업 일체를 포괄적으로 양수한 경우라고 인정되는 경우에는 영업양도로 보아 근로관계의 승계를 인정받게 된다. 관련 판례는 다음과 같다.

● 대법원 1991. 8. 9. 선고, 91다15225 판결, 선경주식회사 사건

"원심 판결 이유에 의하면, 원심은 소외 주식회사 동진은 소외 주식회사 선경에 노무용역을 제공할 목적으로 1987. 2. 19. 설립된 회사로서 그 사무실은 위 주식회사 선경의 건물의 일부를 무상으로 빌려 사용하고 있었으며, 그 사업의 내용도 위 주식회사 선경 제품의 포장, 운반, 청소작업 등 주식회사 선경에서 필요로 하는 단순노무에 소요되는 인력을 공급하는 것으로 위 주식회사 선경 소속의 근로자들과 같은 작업장에서 같은 내용의 작업을 하면서 위 주식회사 선경 소속 직원의 작업지시를 받기도 하는 사실, 1988. 5. 초경 위 주식회사 동진이 폐업하기에 이르러자 그로 인한 종업원 등의 실직 및 위 주식회사 선경측의 조업 중단을 우려하여 위 두 회사 사이에서 주식회사 선경이 위 주식회사 동진의 비품 등 전자산을 금 15,000,000원으로 평가하여 전 종업원과 함께 인수하면서 전종업원에 대한 그때까지의 퇴직금 채무도 함께 인수하고, 위 주식회사 동진의 위 주식회사 선경에 대한 채권과 상계하기로 한 사실, 위 주식회사 선경은 천안공장의 주임이던 피고 안동국으로 하여금 태운실업이라는 상호로, 경비실장이던 피고 유갑선으로 하여금 선우기업이라는 상호로, 업무과장이던 피고 김용으로 하여금 경안기업이라는 상호로 비법인노무용역업체를 설립하고 각 사업자 등록을 마치게 한 후 위 주식회사 선경의 노무용역의 제공업무의 각 일부씩을 나누어 맡게 하였고, 위 주식회사 동진이 해 오던 위 주식회사 동진에 소속되었던 약 200여 명의 근로자들 거의 대부분도 종전의 직급, 임금 수준대로

피고들에게 계속 고용되어 종전과 같은 내용의 근로를 계속하였으며 위 주식회사 동진에 사용하던 사무실 및 비품 등도 피고들이 일부씩 나누어 사용하고 있는 사실, 피고들은 피고 김용의 주도하에 경리, 노무관리 등을 공동으로 수행하고 있었으며 위 주식회사 동진에 근무하다가 피고들에게 고용되어 계속 근무하는 근로자들에 대하여 위 주식회사 동진에 입사한 때로부터 계속 근로를 인정하여 그에 따른 상여금 또는 퇴직금을 지급하여 온 사실은 인정하고 나서 위 주식회사 동진과 피고들 사이에 명시적인 영업양도의 합의는 없었으나 피고들이 위 주식회사 동진의 사무실과 영업시설물을 인수 사용하고 그 영업의 내용도 위 주식회사 선경에 대한 노무 제공으로서 전혀 동일하며 위회사 소속 근로자들을 종전의 직급, 임금 수준 상태대로 그 퇴직금까지 포함하여 인수하여 계속 근로를 인정하여 주고 그에 따른 상여금 또는 퇴직금을 지급하여 온 점과 비추어 볼 때, 피고들이 공동하여 위 주식회사 동진에 영업일체를 포괄적으로 양수한 것으로 보아야 할 것이고 피고들은 공동 양수인으로서 위 주식회사 동진의 피용인인 원고에 대하여 연대하여 이 사건 임금지급 채무가 없다고 판시하였다.

영업의 양도라 함은 일정한 영업 목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적 물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전한다는 것을 말하는 것이고(당원 1968. 4. 2. 선고, 68다185 판결 참조) 영업이 포괄적으로 양도되면 양도인과 근로자간에 체결된 고용계약도 양수인에게 승계된다고 보아야 할 것인바, 원심이 이와 같은 법리에 따라 피고들을 위 주식회사 동진의 포괄적인 영업양수인으로 보아 원고와 위 주식회사 동진간에 체결된 고용계약에 의하여 원고들을 피고들의 피용인이라고 본 것은 정당하고 논지는 이유있다."

3. 승계에 있어 개별근로자의 동의 이의

근로자의 동의가 없다는 것을 이유로 영업양도 자체가 무효로 되는 것은 아니다. 그러나 민법 제657조 제1항에서는 "사용자는 노무자의 동의없이 그 권리를 제3자에게 양도하지 못한다."라고 하여 노무제공청구권의 지속성을 규정하고 있는데, 영업양도 등의 경우에도 이 조항이 적용되어 근로관계의 이전에는 근로자의 동의가 필요한지 여부가 문제된다.

가. 동의필요설

근로관계의 이전에는 근로자의 동의가 필요하다는 입장이다. 이는 다음과 같은 점을 근거로 한다.

- ① 민법 제657조가 영업양도에도 적용된다.
- ② 헌법상 보장된 직업 선택의 자유, 인간의 존엄성을 근거로 든다. 물론 근로자는 원하지 않는 사업주에 대하여 근로관계를 스스로 해지할 수 있다는 자유가 있다. 그러나 그 자유는 근로자의 직장 상실을 의미하므로 직장 상실의 위협으로부터 근로자를 보호하려는 입법의 근본취지에 반하게된다. 따라서 노무제공 청구권의 일신전속성에 관한 규정은 근로자의 반대 의사가 근로관계의 자동적 이전을 저지하는 것으로 해석되어야 한다고 본다.

나. 동의불요설

근로자의 반대 의사에도 불구하고 근로관계는 당연히 양수회사로 이전한다는 입장이다. 이는 다음과 같은 점을 근거로 든다.

- ① 신회사에서 계속 취업하는 것이 근로자에게 이익이 되므로 민법상의 노무제공 청구권의 일신전속성에 관한 규정 영업양도의 경우에는 적용되지 않는다.
 - ② 근로자는 신회사와의 사이에서 근로관계를 스스로 해지할 수 있는 권리가 있으므로 직업 선택의 자유나 인간의 존엄성을 침해하는 것은 아니다.
- 그런데, 영업양도는 회사의 해산 사유가 아니므로 영업양도 후의 회사는 목적을 변경하여 다른 종류의 영업을 영위할 수 있고, 또한 지점 및 특정부분의 영업양도의 경우에는 잔존부서로의 전직 등이 가능하기 때문에 그 선택을 포함하는 의미에서 근로자의 동의가 필요하다고 해석할 의미가 있다. 근로자가 근로관계의 이전에 동의하지 않는 경우 양도회사 내에서 전직절차가 진행되는데, 그로 인하여 인원이 과잉된다면 정리해고의 법리에 따라 정리해고가 진행될 수 있을 것이다. 판례도 영업의 일부가 양도된 경우 양도대상이 된 부문에 전속된 근로자들이 각자의 의사를 묻지 아니하고 양수회사에게 근로관계가 당연히 승계된다고 볼 수 없다고 판시하고 있다.

● 대법원 1994. 6. 28. 선고, 93누22463 판결, 부당해고구제재심판정취소, 현대교통 사건
"원심은, 운수사업의 일부 양도가 이루어진 경우에 양도 대상이 된 당해 차량에 전속배치된 운전기사들은 각자의 의사를 묻지 아니하고 양수회사에게 근로관계가 당연히 승계 이전된다는 것이 광주 시내버스 운수업체의 관행이고, 이 사건 전직처분도 이러한 관행에 따른 것이므로 정당하다는 피고의 주장에 대하여, 피고 주장과 같은 관행이 있다는 점에 부합하는 판시 증거들을 배척하고 달리 이를 인정할 증거가 없다 하여 피고 '중앙노동위원회 위원장'의 위 주장을 받아들이지 아니하였는바 관계 증거와 기록에 의하면, 원심의 위와 같은 조치는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 소론과 같이 심리를 제대로 하지 아니한 채 채증법칙을 위반하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고는 볼 수 없다.

소론과 같이 원고들(김용호, 국중남, 문중식, 천주열 등 근로자)을 포함한 참가인 회사(현대교통)의 운전기사들 전원이 입사시 단체협약 및 취업규칙을 준수할 것을 서약하였고, 단체협약에 의하면 조합원의 제반 인사문제는 참가인 회사의 전권사항으로 되어 있고, 취업규칙에 의하면 참가인 회사는 업무상 필요에 따라 사원에게 이동 보직을 명할 수 있고 담당직무를 변경할 수 있으며, 위 명을 받은 자는 지체없이 이를 이행하도록 되어 있다고 하더라도 그와 같은 사정만으로는 원고들이 이 사건과 같은 전직처분에 관하여 포괄적으로 동의를 한 것으로 볼 수는 없다."

한편, 근로자가 근로관계의 이전에 동의하지 않으면, 종전의 회사 내에서 당해 근로자에 대해 전직절차가 진행될 것이다. 만일 전직절차가 순조롭지 못하여 잉여인원이 발생한 경우에는 당해 근로자를 포함한 전체 근로자 중에서 정리해고가 이루어질 수도 있게 된다.

이러한 정리해고에 관해 공공부문에서의 다음의 판례는 시사하는 바가 크다.

이 사건은 공공부문 중 정부조직인 공공부문이 해체되고 신설되는 공단으로 사업이 이전되는 경우, 대다수의 근로자가 공단으로의 근로관계 이전을 거부하여 정부조직에서는 잉여인원이 발생하고, 공단에서는 필요인원이 부족한 경우에, 공무원법상의 직권면직을 인정한 사례이다. 관련 판례의 내용은 다음과 같다.

● 대법원 1991. 12. 24. 선고, 90누1007 판결, 부산직할시 지하철본부 사건

"지방공무원법 제67조 제1항 제3호에 의하면, 공무원이 지방자치단체의 폐지, 분합 및 직제와 정원의 개폐 또는 예산의 감소 등에 의하여 폐직 또는 과원이 된 때에는 임용권자가 직권에 의하여 이를 면직시킬 수 있다고 규정되어 있는바, 위 법조의 규정에 의한 폐직 또는 과원을 이유로 공무원에 대한 직권면직처분을함에 있어서 임용권자로서는 합리적이고 객관적인 기준과 근거에 따라 면직처분을 하여야 하며 이에 따르지 아니하고 자의적인 면직처분을 하였다면 그 재량권을 남용 내지 일탈한 것으로 위법하다고 할 것이다(당원 1982. 7. 27. 선고, 80누68 판결; 1981. 7. 28. 선고, 81누17 판결 참조).

원심 판결 이유에 의하면, 원심은 거시증거에 의하여 부산직할시 지하철본부장은 당시 지하철본부에 근무하던 원고들(이명환 외1인)을 포함한 지방행정직 공무원 78명과 지방기술직 공무원 166명이 부산교통공단법(1987. 11. 28. 법률 제3960호)에 의하여 부산교통공단이 설립되어 부산직할시 지하철본부가 관장하는 업무를 담당하게 되고 지하철본부가 1988. 7. 1. 폐지됨에 따라 인사문제로 동요하자 1987. 12. 2. 지하철의 필수운영요원을 제외하고는 원에 의하여 부산직할시 산하기구로 전보시켜 주기로 하는 내용의 인사조치계획을 발표한 사실, 그런데 부산교통공단이 설립될 무렵 위 지하철본부 근무자 중 교통공단에 잔류를 희망하는 인원이 적고 대부분이 부산직할시 산하기구로 전보를 원하자 지하철본부장은 부산직할시 산하기구의 정원상의 문제와 새로이 설립되는 교통공단의 운영상의 문제를 고려하여 부득이 위 지하철본부 근무자들 가운데 기술직 중 부산직할시의 다른 부서에서 근무하다가 지하철본부로 전보되었던 자들은 모두 부산직할시 산하기구로 전보시키고 지하철 운영의 필수요원으로 철도청에서 지하철본부로 전보되어 온 자와 지하철본부에서 특별채용한 자 및 행정직 중 일단 교통공단 근무를 지원하였던 자들 중에서 교통공단 운영에 필요한 만큼의 인원은 교통공단에 잔류시키기 위하여 면직처분키로 기준을 세운 사실 및 원고들은 부산직할시 북구청과 남구청에 근무하다가 각 부산교통공단으로 전출을 희망하여 당시 지하철본부로 전보되었던 사실을 각 인정하고 위 사실관계에 의하여 원고들의 임용권자가 원고들에 대하여 한 이 사건 직권면직처분은 비록 원고들이 교통공단 설립 직전에 그 전출의사를 철회하였고 그 처분기준에 맞지 않는 몇몇

인사조치가 있었다고 하더라도 대체로 합리적인 기준에 따라 미리 발표한 인사계획에 의하여 한 타당한 처분이라고 판단하였는바, 원심 판시 이유를 기록에 대조 검토하여 볼 때 원심이 위와 같은 사실인정은 옳고 그 판단 또한 피고의 이 사건 처분이 자의적으로 한 것으로 볼 수 없다는 것으로서 정당하며 거기에 소론과 같은 재량권 남용 내지 일탈에 관한 사실오인, 심리미진 또는 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다."

4. 근로관계 계속에 대한 단절

영업양도의 경우에는 전술한 분리의 경우와 마찬가지로, 당해 근로자가 근로관계를 단절하고 새로운 회사에서 새로이 고용되는가 또는 종전 회사로부터 고용관계를 계속하면서 새로운 회사에서 고용하는가 양자에 관해 여부를 당해 근로자로 하여금 자유로운 의사로 선택할 수 있는 기회를 준 상태에서 근로자가 퇴직금을 정산받고 새로이 입사하는 형식을 취했다면 근로관계는 승계된 것이 아니라 단절되어 새로이 시작된 것으로 보고 있다.

관련 대법원 판례는 다음과 같다.

대법원 1991. 5. 28. 선고, 90다16801 판결, 대우전자주식회사 사건

대법원 1991. 12. 13. 선고, 1나32657 판결, 강원탄광주식회사 사건

第4節 機關의 統合과 雇傭保障

1. 의의

정부투자기관 및 정부출연기관 등의 공공부문 기관의 운영의 효율성 증대를 위하여 2개 이상의 정부투자기관 및 정부출연기관을 통합하는 방법이 도모될 수 있다. 이것은 마치 기업의 합병과 마찬가지로의 구조를 띠게 된다. 따라서 합병과 근로관계의 변동에 관한 법리가 원용될 수 있을 것이다.

2. 근로관계의 승계

회사의 합병은 2개 이상의 회사가 계약에 의해 청산절차를 거치지 아니하고 상법상의 특별규정에 따라 합하여 1개의 회사로 되는 것을 말한다. 합병의 종류로는 종전의 회사들은 합병과정에서 소멸하고 새로운 회사를 설립하는 신설 합병과 종전의 회사 중 한 회사가 다른 회사를 흡수하고 흡수되는 회사만이 소멸하는 흡수 합병이 있다.

합병의 경우 소멸하는 회사의 재산은 청산절차없이 신설하는 회사 또는 존속하는 회사에게 법률상 당연히 포괄적으로 이전된다. 즉 합병에 있어서 존속 회사나 신설회사는 소멸회사의 모든 권리의무를 포괄적으로 승계한다(상법 제235조, 제269조, 제530조 제2항, 제603조). 이러한 권리의무의 승계는 법률상 당연히 이루어지는 것이므로 각개의 권리의무에 관하여 개별적인 이전행위를 요하지 않는다.

이와 같이 2개 이상의 회사가 합병되는 경우에는 합병 이전의 회사와 합병 이후의 회사는 동일성이 인정되므로, 근로관계가 승계됨이 원칙이다. 즉 회사의 합병시에는 소멸 회사의 권리의무를 존속 회사나 신설

회사가 포괄적으로 당연히 승계하므로, 소멸 회사와 근로자간의 권리의무관계, 즉 소멸회사에서 근무하고 있던 근로자와의 근로계약 관계도 법률상 당연히 포괄적으로 승계된다.

이러한 승계는 기존의 근로계약 관계를 인수한다는 특별한 합의가 없이도 자동적으로 그 승계가 이루어진다. 따라서 만약 합병 계약당사자 사이에 소멸 회사의 근로자의 전부 또는 일부를 승계의 대상에서 제외한다는 내용의 합의나 결의를 하더라도, 그러한 합의나 결의는 무효가 된다. 또한 소멸 회사나 존속회사 또는 신설 회사는 합병 전후에 합병 그 자체를 직접적인 이유로 하여 근로자에 대한 해고사유로 삼을 수 없다.

3. 승계에 있어 개별 근로자의 동의 이의

합병의 경우에는 피합병 회사는 결국 소멸되는 것이므로 근로자가 동의하지 않는다고 하더라도 피합병 회사와의 근로관계를 유지할 수 없고 그것은 결국 실직의 자유에 불과하므로, 근로자의 동의의 필요성은 사실상 의미가 없게 된다.

회사의 합병에 따라 불이익을 입을 가능성이 있는 채권자에게는 이의 진술의 기회가 주어지고(상법 제232조, 제530조 제2항, 제603조), 또한 이미 합병의 효력이 발생된 이후에는 합병 무효의 소를 제기할 수 있다(상법 제236조, 제529조, 제603조).

합병에 의해 불이익을 입을 우려가 있는 근로자에게도 이러한 권한이 부여되는지 여부가 문제될 수 있는데, 근로자가 기존 회사에 대해 이미 발생한 임금채권에 관해 채권자로서 위와 같은 권한을 행사할 수 있다. 그러나 그 외로 채권자가 아닌 근로자의 입장에서 합병에 관여할 제도적 장치가 없다.

이에 대하여 입법적으로 제도의 보완이 필요한지 또 어떠한 제도가 적절한지는 차후의 연구과제라 하겠다.

4. 근로관계 계속에 대한 단절

합병의 경우에도 전술한 분리나 영업양도의 경우와 마찬가지로, 당해근로자가 근로관계를 단절하고 새로운 회사에서 새로이 고용되는가 또는 종전 회사로부터 고용관계를 계속하면서 새로운 회사에서 고용하는가 양자에 관해 여부를 당해 근로자로 하여금 자유로운 의사로 선택할 수 있는 기회를 준 상태에서 근로자가 퇴직금을 정산받고 새로이 입사하는 형식을 취했다면 근로관계는 승계된 것이 아니라 단절되어 새로이 시작된 것으로 보고 있다.

관련 대법원 판례는 다음과 같다.

●대법원 1991. 12. 10. 선고. 91다12035 판결, 인천제철주식회사 사건

"원심이 적법하게 확정한 바에 의하면, 피고 회사(인천제철주식회사)가 소외 회사(인천합금철주식회사) 직원들을 구제하기 위하여 경영수지가 악화되고 있는 소외 회사를 흡수 병합하였고, 그 과정에서 소외 회사의 직원들과 사이에 합병 이후 피고 회사의 부담을 줄이기 위하여 위 직원들이 소외 회사를 퇴직하여 퇴직금을 정산받고 피고 회사의 입사하면서 장차 피고 회사에서 퇴직할 때에는 피고 회사 입사일부터 그 퇴직일까지 기간만을 기초로 하여 퇴직금을 지급받기로 결론을 같이하였으며, 양회사의 퇴직금제도가 모두 단수제를 채택하고 있어 일시에 수령하는 것이 당시의 경제사정상 근로자들에게 유리한 면도 있었다는 것인바, 위 확정 사실에 의하면 피고 회사나 소외 회사는 물론 원고들을 포함한 소외 회사 직원들에게 소외 회사를 퇴직하여 그 근로관계를 단절하려는 의사(전의)가 있었다고 할 것이고, 원고들의 위 퇴직의 의사표시가 소외 회사 및 피고 회사와 합의하여 형식상으로만 퇴직처리하기로한 통정한 허위의 의사표시라고 볼 수는 없는 것이고, 이 점에 관한 원심의 판단도 이와 같은 취지로 이해할 수 있고, 원심이 원고들의 퇴직의 의사표시가 자발적인 의사에 의한 법률행위라는 점만으로 통정한 허위의 의사표시가 아니라고 판단한 것은 아니므로 결국 원심의 판단은 정당하고 소론과 같은 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다."

第5節 法令에 의한 組織變動과 雇傭保障

민간부문 사기업의 기업분할, 영업양도, 합병의 경우 근로관계도 승계된다는 법리는 일차적으로는 상법 등 관련규정이나 그 해석론에 근거한 판례법리에 의해 의거하고 있다.

공공부문에서도 공기업의 경우에는 이러한 해석이 그대로 적용될 수 있음을 물론이다.

그러나 이러한 근로관계 승계의 법리는 단지 영리부문에 국한되는 것이 아니다. 근로관계가 승계되는 보다 근본적인 이유는 사업의 이전에 따라 근로관계도 아울러 이전된다고 보는 노동법적 법리의 구성에 있는 것이다. 따라서 비영리부문인 공공부문의 경우에는 사업의 분리,

이전, 통합에 있어 근로관계의 승계라는 동일한 법리가 적용되는 것이다.

한편, 정부투자기관 및 정부출연기관에서의 사업의 분리, 이전, 통합은 대개 관련된 근거 법규에 의해 이루어지게 된다. 그러나 이러한 관련 법규만을 근거로 근로관계의 승계법리를 부정할 수는 없다.

다음의 판례는 이러한 점을 명확히 하고 있다.

●대법원 1994. 8. 26 선고, 93다58714 판결, 퇴직금, 한국무선국관리사업단 사건

"피고(한국무선국관리사업단)가 1989. 12. 30. 법률 제4193호로 개정된 전과법 제71조의 2 제1항에 근거하여 설립된 법인으로서 같은 법부칙 제7조 제1항, 제2항에 따라 개정 전의 전과관리법 제71조의 2에 의하여 설립된 한국무선중사자협회(다음부터 단순히 '협회'라고 함)의 총회 결의에 의한 권리의무승계 신청에 대한 체신부 장관의 승인을 얻음으로써 위 협회는 피고 법인의 설립과 동시에 해산된 것으로 보며 아울러 피고가 위 협회의 모든 권리의무를 승계한 것임은 소론과 같으나 이에 따라 위 협회에 소속된 근로자의 근로관계는 당연히 피고에게 승계된다 할 것이고, 이처럼 근로관계가 포괄적으로 승계되는 경우에는 근로자의 종전의 근로계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로 노동조합과 사이에 단체협약 체결 등을 통하여 근로관계의 내용을 변경 조정하는 새로운 합의를 하는 등의 사정이 없는 한 이러한 근로관계의 승계가 이루어진 이후 사용자가 일방적으로 종전 취업규칙의 내용보다 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하는 것은 사회통념상 합리성이 있다고 인정되지 않는 한 그 효력이 없다 할 것이고, 따라서 종전 취업규칙이 그대로 적용된다 할 것이다."

第6節 勤勞關係의 承繼와 退職金計算에서 繼續勤勞年數의 合算

근로계약 관계가 포괄적으로 승계됨은 사업주체의 변경시에 근로자가 퇴직금을 받고 제입사 형식을 취하더라도, 근로자에게 근로계약 관계를 단절하려는 자유롭고도 진정한 의사가 인정되지 않는다면 근로계약 관계는 계속성이 인정된다. 따라서 근로자가 이후 회사에서 퇴직하면 그 기업은 합당한 계속근로년수에 상응하는 퇴직금을 지급하여야 한다. 만약 이미 지급된 퇴직금이 있으면 이를 공제한 나머지를 지급하여야 한다. 이는 대법원의 확립된 판례이다. 관련 대법원 판결들은 다음과 같다.

대법원 1987. 2. 24. 선고, 84다카1409 판결

대법원 1992. 7. 14. 선고, 91다40276 판결

대법원 1994. 31. 8. 선고, 93다1589 판결 등.

두 회사간에 포괄승계 합의시에 종업원의 퇴직금 산정기간에 한하여 회사의 근속년수에 산입하지 않기로 한 단서조항을 변경계약(양수도계약)에 삽입한 것은 근속기간에 관한 근로자의 기득권을 제한하는 예외조항을 설정한 것으로 근로자의 동의가 없는 한 구속력이 미치지 않는다. 관련 판례는 다음과 같다.

대법원 1991. 11. 12. 선고, 91다12806 판결

물론, 전술하였듯이 근로관계를 의사가 자유롭고도 진정한 의사가 있는 경우에는 근로관계는 승계되지 않는다.

第7節 勤勞關係의 承繼以後의 勤勞條件의 保障

전술하였듯이, 사업의 분리 이전 통합에 따라 근로관계가 승계되는 경우, 승계되는 기관에서의 임금, 근로시간, 직무의 내용, 퇴직금 등 근로조건은 종전 기관에서의 근로조건과

차이가 날 수 있다. 이 경우 조직의 변동에 있어서 근로관계는 포괄적으로 승계된다면, 이전 회사에서의 근로조건이 이후 회사(기관)에서도 그 근로자에게는 종전 그대로 유지되는가, 아니면 그 근로자는 이후 회사에서 해고되지 않고 근로계약 관계는 유지되지만, 근로조건은 이후 회사에서의 정한 내용에 따라야 하는가가 문제로 될 수 있다.

이에 관해 판례는 이전의 근로조건이 유지된다고 보고 있다.

먼저, 기업간의 합병에 관련하여 합병하는 회사에서 합병할 당시 그 취업규칙 등에 소멸 회사에 근무하던 근로자들의 퇴직금제도를 존속 회사의 퇴직금 계산방법인 누진제 지급방식으로 통일하는 조치가 없었다면 퇴직금 산정에 있어서 합병 전의 회사에서의 근무기간은 물론 합병 후 회사의 근무기간에 대해서도 합병 전 회사의 사원으로 보유하고 있었던 근로계약상의 지위에 따라 단수제 퇴직금 계산방법에 따라 계산하여야 한다고 판시하고 있다. 관련 판례가 다음과 같다.

●대법원 1994. 3. 8. 선고. 93다1589 판결, 한진해운 퇴직금 사건.

"회사의 합병에 의하여 근로관계가 승계되는 경우에는 종전의 근로계약상에 지위가 그대로 포괄적으로 승계되는 것이므로 합병 당시 취업규칙의 개정이나 단체협약의 체결 등을 통하여 합병 후 근로자들의 근로관계의 내용을 단일화하기로 변경 조정하는 새로운 합의가 없는 한 합병후 존속 회사나 신설 회사는 소멸 회사에 근무하던 근로자에 대한 퇴직금관계에 관하여 종전과 같은 내용으로 승계하는 것이라고 보아야 할 것이다.

따라서 피고 회사가 (주)진양해운을 합병할 당시 그 취업규칙 등에 소멸 회사에 근무하던 근로자들의 퇴직금제도를 존속 회사의 퇴직금 계산방법인 누진제 지급방식으로 통일하는 조치가 없었다면 원고(=근로자)의 퇴직금 산정에 있어서 (주)진양해운에서의 근무기간은 물론 피고회사의 근무기간에 대해서도 원고가(주)진양해운의 사원으로 보유하고 있었던 근로계약상의 지위, 즉 단수제의 내용에 따라 계산하여야 할 것이다."

또한, 다른 판결에서도 기관이 해산하면서 다른 기관으로 사업이 이전된 경우 근로관계는 승계되며 근로관계가 승계되는 경우 근로자의 종전의 근로계약상의 지위도 그대로 승계되어 종전 취업규칙상의 근로조건이 는 것이므로 이전된 경우에도 근로관계가 포괄적으로 이전되었다면, 종전의 근로조건이 유지된다고 판시하고 있다.

●대법원 1994. 8. 26 선고. 93다 58714 판결, 퇴직금, 한국무선국관리사업단 사건

"피고(=한국무선국관리사업단)가 1989. 12. 20. 법률 제4193호로 개정된 전파법 제71조의 2 제1항에 근거하여 설립된 법인으로서 같은법 부칙 제7조 제1항, 제2항에 따라 개정전의 전파관리법 제71조의2에 의하여 설립된 한국무선중사자협회(다음부터 단순히 '협회'라고 함)의 총회 결의에 의한 권리의무승계신청에 대한 체신부 장관의 승인을 얻음으로써 위 협회는 피고 법인의 설립과 동시에 해산된 것으로 보며 아울러 피고가 위 협회에 모든 권리의무를 승계한 것임은 소론과 같으나 이에 따라 위 협회에 소속된 근로자의 근로관계는 당연히 피고에게 승계된다 할 것이고, 이처럼 근로관계가 포괄적으로 승계되는 경우에는 근로자의 종전의 근로계약상의 지위도 그대로 승계되는 것이므로 노동조합과 사이에 단체협약의 체결 등을 통하여 근로관계의 내용을 변경 조정하는 새로운 합의를 하는 등의 사정이 없는 한 이러한 근로관계의 승계가 이루어진 이후 사용자가 일방적으로 종전 취업규칙의 내용보다 근로조건을 근로자에게 불리하게 변경하는 것은 사회통념상 합리성이 있다고 인정되지 않는 한 그 효력이 없다 할 것이고, 따라서 종전 취업규칙이 그대로 적용된다 할 것이다."

물론 근로계약 관계가 그대로 포괄적으로 승계되는 결과, 이후 회사에서 근로자들에게 적용되는 근로조건이 서로 다른 상태로 병존되어 있다면, 불리한 근로조건에의 근로자들은 불만이 누적될 것이며, 사용자인 기업의 입장에서 통일이 어려운 경영이 어려워지는 문제가 발생한다. 따라서 이후 회사는 병존하는 취업규칙을 통일하도록 취업규칙을 개정하거나(이 경우에 불이익하게 변경되는 근로자들에 대하여는 집단적 동의가 있어야 함), 조직이 통일된 노동조합과 기존의 병존된 단체협약을 통일하기 위한 새로운 단체협약을 체결함으로써 근로조건을 단일화하여야 할 것이다. 전술한 판례들에서도 조직변동 이후 취업규칙의 개정이나 단체협약의 체결 등을 통하여 근로자들의 근로관계의 내용을 단일화하기로 변경 조정하는 새로운 합의를 할 수 있음을 인정하고 있다.

參考文獻

- 고태권, “취임규칙의 불이익 변경”, 서울대학교 대학원 법학석사학위 논문, 1994.
- 권영성, 『헌법학원론』, 신판, 법문사, 1994.
- 김영훈, “근로관계의 이질”, 『근로관계 소상상의 제문제(하)』, 법원행정처 편, 재판자료 제40집, 1987, 680-714쪽.
- 김재훈, “공무원의 노동기본권에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학과 사회법전공 석사학위논문, 1988.
- 김철수, 『헌법학개론』, 전경신판개정증보판, 박영사, 1994.
- 김치선, 『노동법강의』, 박영사, 1988.
- 김형배, 『노동쟁의조정법 제12조 제2항의 위헌성 여부에 관한 사건』, 『노동법연구』, 박영사, 1991.
- , 『근로기준법』, 박영사, 1993.
- 김홍준, “근로기준법 제27조상 전직의 정당성에 관한 시론”, 서울대학교 대학원 법학석사학위논문, 1993.
- , 「기업변동에 있어서 노동법적 측면에 대한 소고」, 『노동법연구』, 서울대노동법연구회편, 까치, 1994, 제4호, 25-49쪽.
- , 「전직의 정당성」, 『노동법연구』, 서울대노동법연구회편, 까치, 1993, 제3호, 121-160쪽.
- 김희성, 『미국의 노동쟁의조정제도』, 김형배 교수 화갑기념 『노동법에 있어서 권리와 책임』, 박영사, 1994.
- 문상호·佐護巖, 『일·독·NIES의 노사관계』, 광명출판사, 1993.
- 박상권, 『한국노동법』, 대왕사, 1991.
- 박승두, 「공공부문 노동자의 단결권제한에 대한 연구」, 『부산법학』,

제1권 제1호.

- 박영범·이상덕, 『공공부문의 노사관계』, 한국노동연구원, 1990.
- 박영범·카멜로 노리엘 편, 이원희 역, 『공공부문 노사관계의 국제적 추세와 한국의 과제』, 한국노동연구원, 1994.
- 박 철, “배치전환 명령과 정제”, 『민사판례연구』 XV, 283-306쪽.
- 백현기, “업무명령권의 근거와 한계”, 『근로관계 소송상의 제문제 (상)』, 법원행정처편, 재판자료 제39집, 1987, 178-223쪽.
- 서원석, 『ILO회원국의 공무원 단체활동 비교연구』, 한국행정연구원, 1995.
- 신인영, 『노동기본권연구』, 미래사, 1987.
- _____, 『교원의 노동삼권』, 『사회과학논집』, 제9집, 이화여대 1989.
- _____, 『노동쟁의조정법에 대한 헌법소원』, 『사법행정』, 제389호, 1993. 5.
- 양 전, 『사립학교 교원의 노동기본권』, 『법률신문』, 1989. 10. 30.
- 유 훈, 『공기업론』, 법문사, 1994.
- 윤성천, 『공익사업에 있어서의 쟁의행위와 강제중재제도』, 가산 김치선박사 고회기념 『국제화시대의 노동법의 과제』, 박영사, 1994.
- 이광택, 『공공부문 노동관계법의 개선방향』, 가산 김치선박사 고회기념 『국제화시대의 노동법의 과제』, 박영사, 1994.
- _____, 『독일의 공공사업에 있어서의 노사관계』, 『산업과 노동』, 1989. 6.
- 이상덕, “사업주 교체에 따른 근로관계의 변화에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학박사학위 논문, 1991.
- 이영찬, “전직제한에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학석사학위논문, 1991.
- 이원희·이상덕 편, 『공공부문 노사관계관련 ILO 결사의 자유위원회 판정사례집』, 한국노동연구원, 1994.
- 이철수 편역, 『労働法事典』, 법문출판사, 1990.
- _____, 『취업규칙에 대한 판례법리와 문제점』, 『사법행정』, 1993. 8.,

13~23쪽.

- _____, 「회사 합병에 있어서 근로관계의 포괄적 승계와 퇴직금규정의 적용」, 『노동관계법석집』, 한국경영자총협회편, 1995, 43~49쪽.
- 임서경 역, 일본노동상노동법학 편자, 『프랑스의 노사관계법제』, 한국노동교육원, 1993.
- 정갑원·정관승 역, Lloyd G. Reynolds 지, 『노동경제학과 노사관계론』, 형심출판사, 1993. 8.
- 최영호, 「취업규칙의 불이익 변경」, 『노동법연구』, 서울대노동법연구회편, 까치, 1993, 제3호, 161~174쪽.
- 하갑래, 『근로기준법』, 중앙경제사, 1993.
- 이영면, 「공무원의 노동기본권론 -보장과 제약을 중심으로-」, 『공법이론의 현대적 과제』, 구명학박사 정년기념논문집, 박영사, 1991.
- 한건우, 「프랑스 공무원법상 공무원과 노동조합」, 『관례월보』, 제230호.
- 高橋喜八郎・横井芳弘 編, 『一國説判例總覽-官公労法』, 中央大政出版部, 1961.
- 菅野和夫, “公務員の労働基本権”, 雄川一郎 外 編, 『公務員・公物』, 『現代行政法大系』, 第9巻, 有斐閣, 1988.
- 橋本 敬 編, 「労働基本権 -四・二判決の20年-」, 『法と時報』, 9月 臨時増刊版, 1989.
- 橋本 勇, 「地方公務員法講義」, きょうせい, 1994.
- 牧野富夫・木暮雅夫・岩田博・山下幸司 譯, H. A. Clegg, 『イギリス勞使關係制度の發展』, ミネルヴァ書房, 1988.
- 氏藤 劍, 『公共部門の労働法』, 東京大政出版會, 1977.
- 幸村光郎, 『公共企業體等労働關係法』, 新版, 有斐閣, 1977.
- _____, 『公労法の理論と實際』, 増補, 勁草書房, 1977.
- 西谷敏・中島正雄・松本孝司・小村孝史 譯, Manfred Löwisch 著, 『現代

ドイツ労働法」

- 沼田稲太郎,『労働基本権論』,勁草書房,1979.
- 松下乾次,「ドイツ連邦共和国の公勤務部門における被用者の團結権保障」,『季刊労働法』,166號,1993.
- 有泉 亨 編,『労働法概説』,第4版,有斐閣,1994.
- 日本労働組合総評議會 編,『ヨーロッパ諸国における官公労働者の労働基本権』,労働旬報社,1970.
- 日本労働法學會編,『官公労働法』,『現代労働法講座』,第15卷,総合労働研究所,1985.
- 佐藤敬二,「アメリカにおける公務員の爭議権保障」,『季刊労働法』,153號,1989.
- 佐藤達夫,『國家公務員制度』,第6次 改訂版,學陽書房,1991.
- 竹下英男,『官公労働法』,一巻上,1984.
- 中村 博,『公務員の爭議行為と處分』,中央経済社,1971.
- Alvin L. Goldman, *Labor Law and Industrial Relations in the United States of America*, 2nd ed., Netherland: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984.
- David Winchester and Stephen Bach, "The State: The Public Sector", Paul Edwards ed., *Industrial Relations - Theory and Practice in Britain*, Blackwell Publishers Ltd., 1995.
- Harry T. Edwards, R. Theodore Clark Jr. & Charles B. Craver, *Labor Relations Law in the Public Sector, Cases and Materials*, 4th ed., Virginia: the Michie Company, 1991.
- ILO, *Freedom of Association - Digest of Decisions and Principles* of the Freedom of Association Committee of Governing Body of ILO, 3rd ed., Geneva: International Labour Office, 1985.
- Luce Pépin, "The defence of Teachers' Trade Union Rights", *International Labour Review*, Vol. 129, No. 1, 1990.

- Manfred Weiss, *Labour Law and Industrial Relations in the Federal Republic of Germany*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.
- Ozaki M., "Labour Relations in the Public Sector", R. Blanpain and C. Engels ed., *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Deventer-Boston: Kluwer Law & Taxation Publishers, 1993.
- Sang Yoon Lee, "Public Sector Labor Law in the United States, Japan and Korea", S.J.D., the University of Wisconsin Law School, 1994.
- Tiziano Treu et al., *Public Service Labour Relations*, Geneva: International Labour Office, 1987.
- William B. Gould IV, *A Primer on American Labor Law*, 3rd ed., Massachusetts: the MIT Press, 1993.