

爭議行爲制限으로서 必須維持業務에 관한 論議

Discussion on Keeping of an Essential Work as the Strike Limit

손미정*
Son, Mi-Joung

목 차

- I. 論議의 序說
- II. '爭議行爲制限'으로서 必須維持業務의 意義
- III. 必須維持業務의 主要爭點
- IV. 論議의 結論

국문초록

노동관계법의 규제 기준은 사회적 약자인 근로자의 권리실현에 그 초점이 맞추어지는 것이 원칙이지만, 동시에 노동관계에 있어서의 제3자(일반국민)의 헌법상 권리를 부당히 침해하지 않는 범위 내에서 그 권리가 설정되어야 한다. 필수유지업무제도는 그 제도적 취지에서 살펴볼 수 있듯이 근로자의 노동3권을 실현하면서 동시에 일반국민의 권리에 대한 부당한 침해를 최소화하기 위한 제도이다. 따라서 쟁의행위제한으로서 필수업무의 유지는 필수유지업무협정과 일반적 단체협약과의 구분에 관한 논의를 비롯하여 필수유지업무에 대한 현행 대체근로허용규정 적용의 정당성 논의, 필수유지업무협정의 효력에

논문접수일 : 2012.12.29

심사완료일 : 2013.02.04

게재확정일 : 2013.02.05

* 법학박사·계명대학교 이민다문화센터 초빙조교수

관한 논의, 필수업무유지의 세부적 절차상 하자에 관한 논의 등 좀 더 심도 있는 논의를 통해 발전해 나아가야 한다. 결국, 필수유지업무제도를 통한 근로자의 쟁의행위권과 일반국민의 기본권 간의 충돌에서 오는 부작용의 최소화는 쟁의행위권의 과도한 제한을 초래하지 아니하는 범위 내에서의 제도적 효력의 정당성 범위 설정이 관건일 것이다.

주제어 : 필수유지업무, 필수공익사업, 노동관계법, 쟁의행위, 노동3권

I. 論議의 序說

쟁의행위는 현행헌법이 보장하는 노사간 교섭내용 관철의 수단이지만, 일반국민에 대하여 적지 않은 영향을 미칠 수 있다. 물론 쟁의행위가 법적 정당성을 갖추는 한 일반국민과 국민경제에 어느 정도의 피해를 준다고 하더라도 노사관계의 장래를 감안하여 이를 감수해야 할 부분이 있다 할 것이다. 쟁의행위의 행사를 정당한 행위로서 헌법이 보장하고 있는 한 직접적 손해를 입는 사용자는 물론이고 그 여파로서 발생하는 제3자(국민)에 대한 불편이나 기타 피해는 어쩔 수 없는 일이기 때문일 것이다. 그럼에도 불구하고 수도·전기·가스 또는 의료사업 등과 같이 일반국민의 생존에 필수적인 급부가 파업에 의하여 악영향을 받는 경우에는 쟁의행위의 당사자가 아닌 제3자의 입장에 있는 일반국민의 일상생활이 불가능해지거나 적어도 건강 또는 생명의 위협을 받게 될 수 있다. 이는 헌법상 권리주체인 국민의 기본권을 부당하게 침해하는 법적 행태를 발생시키기도 한다.¹⁾

1) 만약 쟁의행위로 인하여 일반국민(노사관계에 있어서의 제3자)의 일상생활이 불가능해지거나 적어도 건강 또는 생명의 위협을 받게 되는 현상이 나타나는 경우, 헌법상 국민의 기본권이 침해되었는지의 여부 및 만일 침해되었다면 어느정도 침해되었는지의 정도에 관하여는 세부적 논의가 요구되는 바이다. 예컨대, 지하철이나 철도운행이 중단되는 경우와 어느 특정일간신문이 정간되는 경우에 일반국민은 표면적으로 피해를 입는 것으로 나타날 수 있으나, 헌법상 일반국민이 입게 되는 피해, 즉 기본권의 침해여부 내지 침해정도는 큰 차이가 있다. 전자의 경우에는 출퇴근·물자(생필품 등)운송 등이 마비되어 국민의 일상생활이 위협받을 수 있으나, 후자의 경우에는 다른 신문이나 라디오·TV를 통하여 일반시민들이 그

필수적 공익사업에 있어서 사용자측에 대한 근로자측의 헌법상 쟁의행위권 행사가 일반국민의 헌법상 기본권과 충돌하는 경우, 노동조합이 요구하는 주장에 대하여 일반국민이 동조하든 하지 않든, 노동조합 또는 사용자가 취하는 입장에 대하여 일반국민이 찬성 또는 반대의 어느 편에 있든, 쟁의행위를 통하여 단체협약을 체결할 수 있는 근로자의 권리가 헌법상 보장되고 있다는 점은 의심의 여지가 없다. 그러나 국민의 필수적 기본생활이 기업에 의하여 생산·제공되는 물건이나 급부에 의존하는 범위가 확대되어 가는 현대사회에 있어서 쟁의행위의 당사자가 아닌 제3자적 입장에 있는 일반국민이 이러한 일련의 쟁의행위로 인하여 헌법상 기본권을 부당하게 침해받는 상황에서 이를 수용하기만을 요구하는 것은 헌법적 가치로서의 기본권 비례를 실현하지 못하는 결과를 낳게 되므로 쟁의행위의 정당성요건 내지 한계는 보다 구체적으로 규명되어야 할 필요가 있다.²⁾

현행 「노동조합 및 노동관계 조정법」(이하 편의상 '노조법'이라고 약칭한다)에 규정되고 있는 이른바 필수업무유지제도(혹은 '필수유지업무제도'라 칭하기도 한다)³⁾는 2006년 12월 30일 개정된 노조법으로부터 기인하며, 2008년 1월 1일부터 시행되고 있다. 이 제도는 필수공익사업에 대하여 이루어져 왔던 직권중재제도⁴⁾에 대한 위헌론으로부터 출발하였으며, 직권중재제도를 대체할 수 있는 제도로 규율됨으로써 파업이 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 위험을 배제할 것을 목적으로 만들어진 제도이다.⁵⁾ 물론 이 제도의 법적 취지에 비추어 볼 때 헌법상 국민(노사관계

들이 필요로 하는 정보를 충분히 얻을 수 있으므로, 국민의 알권리(정보의 자유, 헌법 제21조 참조)가 침해된다고 볼 수 없다: 김형배, 「노동법」, 박영사, 2011, 45면 참조.

2) 김형배, 전거서, 45면.

3) 관련 저서 및 연구물에서 '필수업무유지'와 '필수유지업무'를 혼용하여 사용하고 있으며 이러한 혼용사용이 그 의미상 큰 무리가 없는 것으로 보이지만, 이른바 필수공익사업에 해당하는 업무의 최소 혹은 일정수준의 유지를 규정한다는 의미에서 저자는 '필수업무의 유지' 혹은 '필수업무유지'라는 용어를 다소 애용하고자 한다. 물론, 필수유지를 필요로 하는 '업무'에 치중한 논지의 맥락에서는 '필수유지업무'로 표현할 것이다.

4) 직권중재제도의 문제점에 대해서는, 이철수, "직권중재제도의 위헌성 여부", 「조정과 심판」, 제15호, 2003.가을, 35-44면; 조용만, "필수공익사업 직권중재제도에 관한 연구 - 법적 문제의 검토 및 개선 방향의 모색", 「조정과 심판」, 제14호, 2003.여름, 3-43면 등 참조.

5) 노동조합및노동관계조정법 제42조의2(필수유지업무에 대한 쟁의행위의 제한) 단서:구체적

에 있어서 제3자)의 기본권에 대한 부당한 침해를 법률로써 제한하기 위하여 국민의 기본권과 법익의 충돌이 이루어지는 노조의 근로3권에 기인한 쟁의행위권의 제한의 필요성은 분명히 존재한다. 그러나 이러한 제도적 취지에도 불구하고 쟁의행위 제한 법규로서 구체적 법률규정상의 해석에 관한 논쟁이 드러나고 있다. 특히 구체적 상황 하에서, i) 노사간의 필수유지업무협정이 갖는 일반적 단체협약과의 법적 성격에 관한 구분 논의, ii) 필수유지업무에 대한 쟁의행위 발생시 허용되고 있는 대체근로허용에 대한 정당성 논의, iii) 필수유지업무협정의 구체적 효력에 관한 논의, iv) 필수유지업무의 운영상 노사당사자와 노동위원회의 관계에 있어서 이루어지는 세부적 절차에 관한 논의 등이 필요하다. 이러한 논점에 기초하여, 본 논문의 II.에서는 '쟁의행위제한'으로서 필수유지업무의 의의를 논하고, III.에서는 앞서 언급한 필수유지업무의 주요쟁점에 관하여 논하며, IV.에서 본 논문의 결론을 맺고자 한다.

II. '쟁의행위제한'으로서 必須維持業務의 意義

1. 論議의 前提로서의 概念 定立

1) 必須公益事業의 概念

필수공익사업은 공중의 일상생활과 밀접한 관련이 있거나 국민경제에 미치는 영향이 큰 공익사업 가운데 그 업무의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하거나 국민경제를 현저히 저해하고 그 업무의 대체가 용이하지 아니한 사업으로서, 철도사업, 도시철도사업 및 항공운수사업, 수도사업, 전기사업, 가스사업, 석유정제사업 및 석유공급사업, 병원사업 및 혈액공

내용으로써, '①이 법에서 "필수유지업무"라 함은 제71조제2항의 규정에 따른 필수공익사업의 업무 중 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무를 말한다. ②필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다.'로 규정되고 있다.

급사업, 한국은행사업, 통신사업을 의미한다.⁶⁾ 필수공익사업이라는 용어가 법률에 본격적으로 등장한 것은 1997년 노조법 제정 이후이지만, 그 이전부터 긴급조정 및 직권중재의 대상으로서 그 사업의 정지 또는 폐지가 국민경제를 위태롭게 하거나 또는 국민의 일상생활을 위협하는 사업으로 유형화되어 왔다.⁷⁾

규정의 내용으로 살펴보면, 현행 법률에서 규정되는 필수공익사업은 적어도 국민의 평온한 생활에 불편함을 끼침으로써 헌법상 국민의 기본적 권리를 침해할 우려가 있어서 노동분쟁의 조속한 해결이 특별히 요청되는 사업을 의미한다고 봄이 타당하겠다. 즉, 해당 사업분야의 서비스가 제공되지 않으면 공중의 일상생활 및 국민경제에 영향을 미치게 됨에도 불구하고 그 서비스를 대체할 수단이 없기 때문에 서비스의 정지를 가져올 수 있는 노동분쟁이 쟁의행위로 발전하는 것을 예방하고자 함에 있어서 그 예방의 대상이 될 수 있는 사업분야를 법으로 규정하고 그 목적을 달성하기 위해 노사의 자주적 분쟁해결을 보완하는 수단으로서 특별한 분쟁해결절차를 두고자 하는 것이다.⁸⁾

2) 必須維持業務의 概念

필수유지업무는 필수공익사업의 업무 중에서 그 업무가 정지 또는 폐지되는 경우 공중의 생명, 신체의 안전이나 건강 또는 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무를 말한다.⁹⁾ 즉, 필수유지업무는 파업시에도 국민의 헌법상 권리보전을 위하여 유지하여야 할 필요가 있는 업무군을 의미한다. 노조법에 도입된 필수유지업무의 개념은 필수공익사업 중에서 공공의 이익과 쟁의권의 도화를 모색하기 위해 파업시에도 반드시 유지되어야 하는 핵심적 필수공익사업으로서의 주요업무를 법으로 설정하기 위

6) 노동조합및노동관계조정법 제71조 제2항 단서.

7) 박은정, “노조법상 필수유지업무제도에 관한 소론”, 『노동정책연구』, 한국노동연구원, 제9권 제2호, 2009, 223-224면.

8) 박은정, 전제논문, 224-225면.

9) 따라서, 필수공익사업의 모든 업무가 필수유지업무에 해당하는 것은 아니며 특히 국민경제의 저해 여부는 필수유지업무 기준에 포함되지 않는다. : 노동조합및노동관계조정법 제42조의2 제1항 참조.

한 도구개념으로 이해할 수 있다. 따라서 필수유지업무에의 해당여부는 한편으로 노동3권의 제한을 초래할 수 있으므로 이에 대한 노사간의 대립이 불가피하다.¹⁰⁾

국제노동기구(ILO)의 결사의자유위원회는 “그 중단이 국민 전체 또는 국민 일부의 생명, 안전 또는 개인의 건강을 위협에 빠뜨릴 수 있는 서비스만이 필수적인 것으로 고려될 수 있다”라고 평가하면서 “이러한 필수서비스에 대하여 파업권의 제한이나 금지까지도 가능할 수 있다”고 인정하는 동시에 “거기에는 정당한 보상조치가 수반되어야 한다”는 점을 지적하고 있다.¹¹⁾ 그러나 각 국가의 노사문화 및 사회적 배경에 의거하여 필수서비스(이른바, 필수유지업무)를 규정함에 있어서는 각 나라의 특수한 사정이 고려되어야 한다. 어떤 국가는 파업에 의하여 경제적 손실만을 가져올 업무분야가 다른 국가에서는 국민의 건강 및 안전 또는 일상생활 자체에 심각한 위협을 가져올 수 있는 등 국가들 간의 구체적 사정이 다를 수 있기 때문이다. 또한 엄격한 의미에서의 필수공익사업이 아닌 경우에도 국민의 건강, 안전 또는 일상생활이 위협을 받을 정도로 파업기간이 장기화되거나 규모가 확대될 경우에는 필수유지가 불가피한 업무로 의제될 수 있어야 할 것이다. 이러한 업무에서는 파업을 완전히 금지하는 것보다는 최소서비스제도(즉, 최소한의 필수업무를 유지하여야 하는 제도)를 설정하는 것이 바람직하며, 이러한 차원에서 필수유지업무의 개념을 파악하는 것이 타당하다고 본다.

2. 爭議行爲制限 法規로서의 必須維持業務 立法背景

개정전 노조법은 필수공익사업 분야에 있어서의 쟁의행위에 대하여 노동위원회가 직권으로 중재에 회부하여 중재를 통한 파업제한을 할 수 있는 직권 중재제도를 채택한 바 있다. 즉, 이른바 직권중재제도 규정인 구 노조법 제4조

10) 김동훈, “노동조합 및 노동관계조정법상 필수유지업무제도에 관한 고찰”, 『동아법학』, 동아대학교 법학연구소, 제50호, 2011.2, 449-450면.

11) ILO, *Etude d'ensemble: Liberté syndicale et négociation collective, Rapport III, Partie 4B*, 81ème Session de la Conférence, 1994, p.159.

에서는 공중운수사업, 수도·전기·가스 및 정유사업, 공중위생 및 의료사업, 은행사업, 방송통신사업을 공익사업으로 정하고, 같은 법 제30조 제3호에서는 이러한 공익사업에 있어서 노동위원회가 그 직권 또는 행정관청의 요구에 의하여 중재에 회부한다는 결정을 한 때에 강제로 중재가 개시된다고 규정하고 있었다. 그런데 이러한 직권중재제도 규정이 헌법상 단체행동권 등 노조측의 헌법상 노동3권을 침해하는 위헌법률이 아닌지의 여부가 쟁점이 되었다. 이에 대하여 헌법재판소는 재판관 5인의 위헌의견과 재판관 4인의 합헌의견 제시를 하였으며 위헌결정 정족수인 6인의 위헌의견에 이르지 못하여 위 법률 조항이 헌법에 위반되지 않는다고 결정한 바 있었다.¹²⁾¹³⁾ 초기의 이러한 직권중재제도의 문제점을 개선하고자 하는 취지로 이에 관하여 노조법은 구 노조법상의 관련법조항을 부분적으로 개정하여, 중재개시 요건을 '필수공익사업에 있어서 노동위원회 위원장이 특별조정위원회의 권고에 의하여 중재에 회부한다는 결정을 한 때...'로 개정함으로써¹⁴⁾ 대상사업을 이른바 필수공익사업¹⁵⁾에 한정하고 행정관청의 강제중재회부권을 폐지하기에 이르렀다. 이 후, 2006년 12월 30일 노조법 개정시 위 제62조 제3호와 중재회부의 권고 및 결정에 관한 제74조 및 제75조를 삭제함으로써 직권중재제도를 폐지하게 된다. 한편, 기존의 필수공익사업에 항공운수사업과 혈액공급사업을 추가하고,¹⁶⁾ 필수

12) 헌재 1996. 12. 26. 선고 90헌바19, 92헌바41, 94헌바49 결정 참조.

13) 김형배, 「필수적 공익사업과 직권중재제도」, 신조사, 2002, 90면 이하 및 110면 이하에서는, 필수적 공익사업에 대한 직권중재제도에 대해서 i) 헌법상의 실제적 조화의 관점(일반 국민의 생존급부와 관련된 헌법 제10조와 근로자의 근로3권을 정한 헌법 제33조 제1항과의 충돌에 관한 조화적 해석에 의하여 헌법 제10조를 제33조보다 우위에 있는 기본권으로 평가함으로써, 결국 필수공익사업에 있어 직권중재제도를 인정하는 것은 필수공익사업 자체를 보호하려는 것이 아니라 일반국민의 생존급부를 국가가 확보하려는 것으로 이는 헌법에 위배되지 아니함)에서 ii) 새로운 입법을 통한 대상조치론의 실질적 보완(특별조정위원회에 대하여 기업의 지급능력에 관한 정보를 제공받을 수 있는 정보요구권, 조사권 등의 부여)이 마련되는 한 필수공익사업에서의 직권중재는 위헌이라고 할 수 없다고 밝힌 바 있다.

14) 구 노조법 제62조 제3호 단서: 제62조 (중재의 개시) 노동위원회는 다음 각호의 1에 해당 하는 때에는 중재를 행한다.

1. 관계 당사자의 쌍방이 함께 중재를 신청한 때
2. 관계 당사자의 일방이 단체협약에 의하여 중재를 신청한 때
3. 제71조제2항의 규정에 의한 필수공익사업에 있어서 노동위원회 위원장이 특별조정위원회의 권고에 의하여 중재에 회부한다는 결정을 한 때

15) 노조법 제71조 제2항 참조.

공익사업의 업무 중 그 업무가 정지 또는 폐지되는 경우 공중의 생명·보건 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무를 필수 유지업무로 규정하고 쟁의행위기간 중에도 정당한 유지·운영 의무를 부과하는 등¹⁷⁾ 본격적인 필수유지업무제도를 도입하기에 이르렀다.

현행 필수업무의 유지에 관한 관련법규정을 살펴보면, 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지하거나 폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없으며,¹⁸⁾ 따라서 노동관계 당사자는 쟁의행위 기간 동안 필수유지업무의 정당한 유지 및 운영을 위하여 필수유지업무의 필요최소한의 유지·운영의 수준, 대상직무 및 필요인원 등을 정한 협정(필수유지업무협정)을 서면으로 체결하여야 한다. 이러한 필수유지업무협정이 체결되지 않을 경우 노동관계 당사자는 노동위원회에 필수유지업무의 필요최소한의 유지·운영 수준, 대상직무 및 필요인원 등의 결정을 신청하여야 하며, 신청을 받은 노동위원회는 사업 또는 사업장별 필수유지업무의 특성 및 내용 등을 고려하여 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영의 수준, 대상직무 및 필요인원 등을 결정할 수 있다. 노동위원회의 필수유지업무 결정이 있게 되면, 노동조합이 사용자에게 필수유지업무에 근무하는 조합원 중 쟁의행위기간 동안 근무하여야 할 조합원을 통보하여야 하며, 사용자는 이에 따라 근로자를 지명하고 이를 노동조합과 그 근로자에게 통보하여야 한다. 다만, 노동조합이 쟁의행위 개시 전까지 이를 통보하지 아니한 경우에는 사용자가 필수유지업무에 근무하여야 할 근로자를 지명하고 이를 노동조합과 그 근로자에게 통보하여야 한다. 결국, 헌법상 노동3권의 보장과 충돌하는 일반국민의 최소한의 필수적 기본권에 대하여 이들에 대한 비폐업법을 실현함으로써 노사간의 분쟁 및 제3자인 일반국민과 노사당사자간의 제2의 분쟁을 합리적으로 해결하기 위한 방안으로 쟁의행위제한의 일환으로 이러한 제도의 취지는 충분하다고 할 것이다.

16) 노조법 제71조 제2항 제1호 및 제3호 단서.

17) 노조법 제42조2 내지 6, 제43조 제3항 및 제4항 단서.

18) 노조법 제42조의2 제2항 단서.

Ⅲ. 必須維持業務의 主要爭點

1. 必須維持業務協定の 法的 性格에 관한 論議

노동관계 당사자는 쟁의행위기간 동안 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 위하여 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준, 대상직무 및 필요인원 등을 정한 협정(이하 “필수유지업무협정”이라 한다)을 서면으로 체결하여야 한다.¹⁹⁾ 이러한 필수유지업무협정은 일반적 단체협약과의 구분을 통하여 그 법적 성격을 파악할 필요가 있는바, 필수유지업무협정의 체결주체 및 체결방식 등의 형식적 요건을 바탕으로 그 효력으로서의 단체협약성을 논함과 동시에 법규정상의 구체적 협정절차 및 내용 등의 실질적 요건을 바탕으로 그 효력으로서의 단체협약성을 논하고자 한다.

1) 形式的 要件에 따른 團體協約性

필수유지업무협정 자체의 형식적 요건, 즉 체결주체 및 체결방식 등에 비추어 봤을 때 이 협정은 단체협약으로서의 성격을 지닌다. 노조법에서 말하는 단체협약은 노사간의 주요사안에 대하여 노동조합과 사용자 또는 사용자단체가 합의한 내용을 서면으로 작성하여 쌍방이 서명 또는 날인한 문서를 지칭하기 때문이다.²⁰⁾ 또한 그 합의는 반드시 정식의 단체교섭 절차를 거쳐야 하는 것은 아니다. 즉, 노동조합과 사용자 사이에 근로조건 기타 노사관계에 관한 합의가 노사협의회를 통하여 성립되었더라도 노사 당사자 쌍방이 이를 단체협약으로 할 의사를 문서로 작성하여 당사자 쌍방의 대표자가 서명 날인하는 등의 단체협약으로서의 실질적·형식적 요건을 갖추었다면 이를 단체협약으로 보아야 한다.²¹⁾ 이렇게 본다면 필수유지업무협정 또한 노사가 합의한 내

19) 노조법 제42조의 3 단서.

20) 노조법 제31조 제1항 참조.

21) 대판 2005. 3. 11. 2003다27429.

용을 서면으로 작성하여 서명 또는 날인한 것이라면 단체협약에 포함될 수 있다.²²⁾²³⁾

2) 實質的 要件에 따른 團體協約性

한편, 필수유지업무협정을 일종의 단체협약으로 그 성격을 단정하기 위해서는 그 체결의 자유가 인정되는 단체협약의 원리와는 다른 필수유지업무협정에 대한 노사체결의무²⁴⁾에 관하여 규명될 필요가 있다.²⁵⁾

우선, 법규상의 제도향유 요건으로 단체협약의 체결을 의무화하는 입법은 가능하다.²⁶⁾ 즉, 필수유지업무협정을 체결하지 않았다고 해서 별도의 제재가 가해지는 것은 아니지만, 협정체결을 하지 않을 경우 법에서 부여하는 제도적 혜택을 향유하지 못한다. 법에서 규정하고 있는 필수유지업무제도를 향유하기 위하여 필수유지업무협정을 체결하는 것이므로 필수유지업무협정을 체결하지 않았다고 하여 단체협약 체결의 자유와 필수유지업무협정 의무가 서로 상반되는 충돌사유가 되는 것은 아니라고 본다. 또한, 노동위원회의 개입에 관하여도, 이것이 필수유지업무협정의 단체협약성을 반드시 부인하게 만드는 근거는 될 수 없다. 즉, 노동위원회의 개입은 당사자의 신청이 있을때만 가능하며, 당

22) '협정'이라는 용어를 사용하고 있다는 점이 단체협약으로서의 법적 성격 자체를 부인할 수 있는 근거가 될 수는 없다고 할 것이다.

23) 이와 관련하여, 판례(대판 2002. 11. 26. 2001다36504)는 "단체협약은 노동조합이 사용자 또는 사용자단체와 근로조건 기타 노사관계에서 발생하는 사항에 관하여 체결하는 협정이다" 라고 하여, 단체협약과 협정을 다른 개념으로 보고 있는 것은 아닌 것으로 해석될 수 있다.

24) 노조법 제42조의3 참조.

25) 필수유지업무협정은 노사에게 체결의 의무가 부과되고 있다는 점에서, 체결의 자유가 인정되는 일반 단체협약법의 원리와 충돌할 수 있으며, 나아가 필수유지업무협정이 노사의 힘으로 체결되지 아니한 때에는 노동위원회가 필수유지업무협정을 갈음하는 결정을 하도록 되어 있다는 점에서도 일반 단체협약법의 원리와는 어울리지 않는 측면이 있다는 반론이 제기될 수 있다: 박제성, "필수공익사업의 쟁의행위에 대한 새로운 규율: 필수유지업무와 대체근로", 「노동정책연구」, 한국노동연구원, 제7권 제3호, 2007, 152-153면 참조(김홍영, "파업시 유지되는 필수유지업무의 범위와 관련조항의 법리적 해석 토론문 - 노동쟁의의 해결과 공익보호", 「한국노동법학회 2007년도 하계학술대회 자료집」, 한국노동법학회, 48면 재인용)

26) 박제성, 전계논문, 153면.

사자는 신청의무의 규정에도 불구하고 신청자체를 하지 않을 수 있다. 비록 노동위원회의 결정 절차가 진행되거나 결정이 나오더라도 당사자는 언제든지 협정을 체결함으로써 노동위원회의 개입을 차단시킬 수 있다.²⁷⁾

2. 必須維持業務의 代替勤勞許容에 대한 正當性 論議

노조법은 헌법상 노동3권의 궁극적 취지 및 법익을 보호하기 위하여 원칙적으로 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위한 당해 사업과 관계없는 자의 채용 또는 대체를 금지하고 있다.²⁸⁾²⁹⁾ 그런데 현행 노조법은 이러한 쟁의행위시의 대체근로금지의 원칙을 필수공익사업에 한하여 예외로 규정하고 있는바, 필수공익사업의 사용자가 쟁의행위 기간 중에 한하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하거나 그 업무를 도급 또는 하도급 주는 것이 가능하며, 이 경우 사용자는 당해 사업 또는 사업장 파업참가자의 100분의 50을 초과하지 않는 범위 안에서 채용 또는 대체하거나 도급 또는 하도급 줄 수 있다.³⁰⁾ 법규정의 체계상 필수공익사업에 대한 이러한 대체근로허용 조항은 필수유지업무제도와는 별개로 규정되고 있는 것이 사실이다.³¹⁾

문제는 필수공익사업으로서 필수유지업무협정을 체결한 사업장에서 이러한 필수유지업무협정에 기초하여 일정한 수준으로 쟁의행위권의 제한-협정에 기

27) 박제성, 전계논문, 154면: 노동위원회의 결정 절차는 정식의 중재 절차와는 다른 것이다. 비록 필수유지업무협정이 단체협약이라고 하더라도 노동위원회의 결정이 중재재정인 것은 아니다. 이는 노조법 제42조의4 제5항이 노동위원회 결정의 불복절차 및 효력과 관련하여 중재 절차와 중재 재정의 효력 규정을 준용하면서도 제70조 제1항 “중재재정의 내용은 단체협약과 동일한 효력을 가진다”라는 규정은 제외하고 있는 점에서도 드러난다. 그리고 노조법 어느 조항에서도 노동위원회의 결정이 필수유지업무협정과 동일한 효력을 갖는다고 규정하고 있지 않다는 점에서도 역시 그러한 근거로 제시될 수 있다.

28) 노조법 제43조 제1항 단서.

29) 쟁의행위가 업무의 정상적인 운영을 저해함으로써 노동관계 당사자의 주장을 관철하기 위한 목적으로 이루어진다는 점을 고려하면, 업무의 정상적인 운영을 도모하기 위한 대체근로는 당연히 허용되지 않는 것이다. 박은정, 전계논문, 229면.

30) 노조법 제43조 제3항 및 제4항 단서.

31) 즉, 필수공익사업의 필수유지업무제도에 대해서는 제42조의2부터 제42조의6까지 규정하고 있고, 필수공익사업의 대체근로허용 조항은 제43조이므로 형식적 법률체계상 별개로 규정되고 있다.

초한 필수업무의 유지-이 이루어지고 있는데도 불구하고, 여기에 더하여 사용자가 제43조에 기초한 대체근로를 활용할 수 있다는 것인지의 여부에 대한 논의의 일 것이다.

1) 代替勤勞許容說

노조법 제43조 제3항이 필수유지업무협정에 의하여 일정하게 유지되는 필수유지업무에 대해서 만큼은 대체근로를 명시적으로 금지하는 실정법적 근거규정이 없는 이상, 이에 대해서도 대체근로가 허용되는 것으로 볼 수밖에 없다는 견해³²⁾이다.

2) 代替勤勞不許說

필수유지업무협정에 기초하여 필수유지업무가 작동됨으로써 쟁의행위에 의해 대체근로를 허용해야 할 만한 중대한 업무는 원천적으로 없기 때문에 필수유지업무에서 벗어나 있는 필수공익사업에 한해서만 대체근로가 허용된다고 보는 견해³³⁾이다.

3) 私見

두가지 측면의 검토가 필요하다. 첫째는 법률규정상 대체근로허용조항의 취지가 무엇인가 하는 것이며, 두 번째는 그러한 법적 취지가 인정된다면 과연 어느 범위에서 대체근로를 허용하여야 할 것인가의 문제이다.

첫째, 과거의 직권중재제도에서 현행 필수유지업무제도로 전환되어 온 헌법

32) 문무기, “파업시 유지되는 필수유지업무의 범위와 관련 조항의 법리적 해석”, 『노동법학』, 한국노동법학회, 제25호, 2007, 33면; 이준희, “필수유지업무제도에 대한 법리 검토”, 『노동정책연구』, 한국노동연구원, 제8권 제2호, 2008, 89면.

33) 박제성, 전계논문, 162-163면; 김선수, “필수유지업무제도의 문제점과 정책과제”, 필수공익사업장 노동기본권 확보의 쟁점과 과제 국회대토론회 자료집(민주사회를 위한 변호사 모임 및 전국보건의료산업노동조합 주최), 2008, 65면.

적 인식에 비추어 볼 때, 근로자의 노동3권이 과도하게 제한되지 아니하는 범위 내에서 제도의 규정이 이루어질 필요가 있는 것이고 그러한 차원에서 보자면 노사관계에 있어서 제3자인 일반국민의 헌법상 기본권을 침해하지 않아야 할 필요성에 기인한 필수유지업무에 대한 대체근로 허용 규정의 법적 취지가 인정되더라도 대체근로허용규정이 근로자의 쟁의행위권을 유명무실하게 하는 결과를 초래해서는 안 될 것이다.

둘째, 그러한 법규정의 취지를 전제로 둔다면, 법률체계상 필수유지업무제도와 대체근로허용 규정이 엄연히 분리되어 있으므로 필수공익사업에서 쟁의행위 기간 중 대체근로가 허용된다는 것은 필수유지업무협정 하에서도 적용된다고 볼 수 있겠으나, 필수유지업무제도와 대체근로허용 규정이 결국 과거의 직권중재제도에 대한 제도적 대안으로서 규정되고 있는 점을 감안하여 본다면, 이것이 쟁의행위권을 실질적으로 과도하게 제한하는 결과를 초래해서는 안 된다는 사실을 고려할 필요가 있다고 본다. 즉, 노사간의 필수유지업무협정을 통하여 이미 필수공익사업의 업무가 충분히 유지운영되고 있는 것으로 보아야 하는 것이다.³⁴⁾ 대체근로허용 규정은 쟁의행위의 발생을 전제로 한 쟁의행위권에 대한 사후적 제한으로서 긴급조정제도라고 하는 사후적 제한장치가 존재하고 있음을 고려한다면 필수유지업무가 이미 유지되면서 쟁의행위가 이루어지고 있는 상황에서의 대체근로허용은 헌법상 근로자의 노동3권에 대한 과도한 제한이 아닐 수 없다.

3. 必須維持業務協定の 效力에 대한 論議

1) 必須維持業務協定の 締結與否에 따른 效力

유사시 노사간에 필수유지업무협정이 원활히 체결된다면 문제될 바 아니나, 만일 협정이 체결되지 않을 경우에 대하여 노조법은 특별한 제재규정을 두고 있지 않다. 그러므로 필수유지업무협정 체결 여부를 노사간에 자율적으로 선

34) 이미 앞서 주지했다시피, 필수유지업무제도의 시행은 헌법상 제3자(일반국민)의 공익을 고려한 쟁의행위권에 대한 사전적 제한을 목적으로 하기 때문이다.

택하도록 할 것인지 혹은 애초에 노동위원회에서의 결정을 회부하는 것이 가능한지 등에 대한 논의를 전제로 해야만 필수유지업무협정의 효력을 논할 수 있다.

주지하다시피 노조법은 필수유지업무협정에 관하여 강행규정적 표현³⁵⁾을 두고 있으므로 명문상 노사간의 필수유지업무협정은 의무적이다. 그러나 이 협정의 법적성격을 단체협약으로 본다면 법문상의 강제와는 별도로 단체협약 체결의 강제를 추론할 수는 없기 때문에 결국 필수유지업무협정은 노사간의 자율적 선택사항이라 결론지을 수 있을 것이다. 다만 노조법 제42조의4 제1항을 통하여 이러한 협정 미타결의 상황에 대비하여 노동위원회에 그 결정을 신청하는 절차가 규정되어 있으므로 노사가 애초에 자율적 협정을 포기하고 노동위원회에 그 결정을 회부하는 것 또한 가능하다고 본다.

2) 必須維持業務協定の 內容에 따른 效力

필수유지업무협정에서 정한 필수유지업무의 내용이 사회적 타당성을 가지지 못하는 경우³⁶⁾ 이 협정의 효력을 인정할 수 있을 것인지에 관한 검토가 필요하다. 경제사회적 환경과 인식의 차이에 따라 각 필수공익사업에 대하여 국민이 체득하는 공익성의 정도가 다르므로 필수업무의 유지 및 운영의 수준을 단일적으로 확정할 수는 없겠으나, 결국 그 위법성의 판단이 행정관청에 의해 이루어진다고 볼 때, 일반공중의 생명·건강 및 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는지의 여부를 적극적으로 고려하여 그 판단 시기의 상황에 따른 일정한 시정조치가 가능한 것으로 해석될 수밖에 없을 것이다.³⁷⁾ 따라서, 만약 노사간에 협의된 필수유지업무협정의 내용이 해당사

35) 노조법 제42조의3 참조.

36) 예컨대, 병원사업에 있어서 응급실, 중환자실, 수술실 업무 및 이와 관련된 지원업무를 유지하기 위하여 일정 수의 간호사, 혈액검사 인력, x-ray 촬영인력 등은 필수유지업무로 근무하여야 한다는 취지로 체결한 필수유지업무협정의 내용이 일정유지수준에 미치지 못함으로써 공중의 생명·건강 및 신체적 안전 등의 헌법상 생존권을 위협하여 국민의 일상생활을 상당수준 이상 위태롭게 하는 정도로 그 내용을 이루고 있는 경우가 될 것이다.

37) 문무기, 전계논문, 28-29면.

건의 시기 상황에 비추어 볼 때 현저히 사회적 타당성을 결여하고 있다고 판단될 경우에는 이미 협의된 필수유지업무협정의 내용에 대한 노동위원회의 강제적 시정조치가 가능한 것으로 보아야 한다.

3. 必須維持業務의 運營節次에 관한 論議

노동관계 당사자인 노사가 자율적으로 필수유지업무협정을 체결하도록 하되 만일 노사간의 협정체결이 이루어지지 않을 경우 관계 당사자 또는 쌍방이 노동위원회에 신청³⁸⁾하여 노동위원회가 특별조정위원회를 통하여 필수유지업무의 유지수준, 대상직무 및 필요인원 등을 결정할 수 있다. 노조측의 입장에서 보면, 필수업무의 유지에 따른 쟁의행위권의 제한 규정으로 볼 수 있는데, 만약 노사의 자율적 필수유지업무협정이 체결되지 못하였다면 이는 결국 노사 중 어느 일방 당사자 혹은 양당사자의 의견조율이 결렬되었음을 의미하는 것이며 이러한 상황에서 어느 일방 혹은 양당사자의 신청에 의한 노동위원회의 결정이 법적 타당성을 가질 것인가에 대한 논의는 향후 더 필요할 것으로 보인다.³⁹⁾ 결국 노사의 필수유지업무협정 체결을 위한 성실교섭의무에 대한 노동위원회의 판단이 중요할 것인데, 이는 워낙 주관적 판단의 개입여지가 많은 영역이라 과연 법적 실익이 있는 것인지 의문이나, 비록 어느 일방이 성실교섭의무를 해태하였다고 할지라도 표면적으로는 양당사자의 의사합치가 결렬된 것으로 밖에 해석될 수 없는 것이며, 그러한 의미에서 어느 일방 혹은 양당사자의 신청에 의한 노동위원회의 결정은 법적 타당성이 인정되어야 마땅할 것이다.

한편, 현행 노조법상 규정되어 있는 모든 노력과 조치를 취하였음에도 불구하고 필수유지업무에 대한 내용의 결정이 이루어지지 못하게 된 상황이 온

38) 노조법 시행규칙 제12조의2 단서: 필수유지업무결정을 신청하는 경우 필수유지업무결정신청서에 ①사업장 개요 ②필수유지업무협정 미체결 경위 ③관계당사자간 필수유지업무의 필요최소한의 유지·운영 수준, 대상직무 및 필요인원에 대한 의견 불일치 사항 및 이에 대한 당사자의 주장 내용 ④그 밖의 참고사항 등을 정리한 서류 등의 불입서류를 첨부하여 관할 노동위원회에 제출한다.

39) 박은정, 전계논문, 236면에서도 이와 같은 의견을 피력하고 있다.

경우,⁴⁰⁾ 노조의 궁극적 쟁의행위권이 제한되는 것이 타당한가의 문제가 있다. 결국 이러한 상황에서는 필수유지업무제도의 법적 취지가 필수업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 쟁의행위에 대한 쟁의행위권의 제한에 있으므로⁴¹⁾ 필수유지업무 전체에 대한 쟁의행위권 제한은 타당하지 않다고 보며, 현실적으로는 이러한 쟁의행위에 대하여 '필수업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해했는가'를 기준으로 쟁의행위의 적법성이 판단되어야 할 것이다.

IV. 論議의 結論

헌법적 기본권 체계 하에서 우리나라의 노동시장의 특성, 현실경제사회적 상황, 일반평균인의 인식 등을 종합적으로 고려하여 노사간의 노동문제를 다루는 것은 다분히 예민하고 민감한 작업일 수밖에 없다. 특히, 보편적인 노사간의 노동쟁의행위로 인한 제3자(일반국민)의 체감영향력과 비교해 볼 때 이른바 필수공익사업에 있어서의 쟁의행위는 헌법상 기본권 논의의 차원에서 상당히 중요한 쟁점이다. 이에 대한 과거의 직권중재제도에서부터 현행 노조법상의 필수유지업무제도에 이르기까지의 관련 법제도의 변천사를 살펴볼 때 현행 관련제도는 노사간 쟁의행위로 인한 일반국민의 기본권의 제3자적 효력을 고려한 입법론자들의 노력의 결실일 것이다.

위의 논의 이전 이미 많은 학자 및 관련 전문가들에 의하여 필수업무의 유지에 대한 구체적 논의가 이루어져 왔고 지금도 현실적 사안의 발생에 있어서 현행법제가 갖는 제도적 법률해석의 문제점을 보완하고자 하는 노력이 끊임없이 이루어지고 있다. 본고에서도 이러한 노력의 일환으로 일반적 단체협약과의 법적 성격에 관한 구분 논의, 필수유지업무에 대한 쟁의행위 발생시

40) 이러한 상황이 발생할 수 있는 이유는, 노조법 제42조의4 단서상 노동위원회가 결정을 '해야 한다'가 아니라 '할 수 있다'로 규정되어 있어, 예컨대 노동관계 당사자 사이에 필수유지업무협정이 체결되지 못한 상태에서 노동위원회에서도 이에 대한 결정을 할 수 없는 상황이 있을 수 있기 때문이다.

41) 박은정, 전계논문, 237면.

허용되고 있는 대체근로허용에 대한 정당성 논의, 필수유지업무협정의 구체적 효력에 관한 논의, 필수유지업무의 운영절차상 노사당사자와 노동위원회의 관계에 있어서 이루어지는 세부적 절차에 관한 논의 등을 해 보았다.

향후 이에 관한 더욱 세부적이고 치밀한 연구가 후속되어야 하겠으나 결국 필수업무유지를 통하여 얻고자 하는 주요 법익으로서의 적절한 쟁의행위권 제한을 통한 일반국민의 기본권 침해의 일정수준에서의 예방을 실현하기 위해서는 노동3권에 기인한 쟁의행위권의 과도한 제한을 초래하지 아니하는 범위 내에서의 정당한 제도적 효력범위의 설정이 관건일 것이며 특히 구체적 법해석이 필요한 부분에 있어서는 본 제도의 근본적 취지에 입각한 현실적 접근이 필요할 것이다.

참고문헌

- 김동훈, “노동조합 및 노동관계조정법상 필수유지업무무제도에 관한 고찰”, 『동아법학』, 동아대학교 법학연구소, 제50호, 2011.2.
- 김선수, “필수유지업무무제도의 문제점과 정책과제”, 『필수공익사업장 노동기본권 확보의 쟁점과 과제 국회대토론회 자료집(민주사회를 위한 변호사 모임 및 전국보건의료산업노동조합 주최)』, 2008.
- 김형배, 『노동법』, 박영사, 2011.
- 김형배, 『필수적 공익사업과 직권중재제도』, 신조사, 2002.
- 김홍영, “파업시 유지되는 필수유지업무의 범위와 관련조항의 법리적 해석 토론문 - 노동쟁의의 해결과 공익보호”, 『한국노동법학회 2007년도 하계 학술대회 자료집』, 2007.
- 문무기, “파업시 유지되는 필수유지업무의 범위와 관련 조항의 법리적 해석”, 『노동법학』, 한국노동법학회, 제25호, 2007.
- 이준희, “필수유지업무무제도에 대한 법리 검토”, 『노동정책연구』, 한국노동연구원, 제8권 제2호, 2008.
- 박은정, “노조법상 필수유지업무무제도에 관한 소론”, 『노동정책연구』, 한국노동

연구원, 제9권 제2호, 2009.

박제성, “필수공익사업의 쟁의행위에 대한 새로운 규율: 필수유지업무와 대체근로”, 『노동정책연구』, 한국노동연구원, 제7권 제3호, 2007.

이철수, “직권중재제도의 위헌성 여부”, 『조정과 심판』, 제15호, 2003.가을.

조용만, “필수공익사업 직권중재제도에 관한 연구 - 법적 문제의 검토 및 개선 방향의 모색”, 『조정과 심판』, 제14호, 2003.여름.

ILO, *Etude d'ensemble: Liberté syndicale et négociation collective*, Rapport III, Partie 4B, 81ème Session de la Conférence, 1994.

[Abstract]

Discussion on Keeping of an Essential Work as the Strike Limit

Son, Mi-Joung

Ph. D of Law, Professor of Keimyung University

The standards of the Labor Relations Act focus on the realization of the rights for the nonperson, laborer, but concurrently the rights have to be established as far as it doesn't violate upon the constitutional rights of a general public. Essential minimum services system is scheme for minimizing the financial institutions for the rights of ordinary people at the same time for realizing workers' strikes as you can look at the institutional purpose. Thus, Essential minimum services system must develop through an detailed study for example a general agreement on the distinction between collective bargaining agreements, as well as a discussion on the justification for current regulations discussing alternative work permits, a discussion on the effects of essential minimum services agreement, and a discussion on a

procedural error of essential minimum services system etc. Eventually, minimizing side effects through the conflict between workers' strike rights and fundamental rights of ordinary people for essential minimum services system will be influenced by the Establishment of Range of the justification of institutional effects.

Key words : essential minimum services, essential public work, Labor relations act, strike, labor's three primary rights

