

독일 단체행동권법의 구조

朴洪圭*

머리말

한국의 노동단체법, 특히 단체행동권에 관한 이해에 있어서 종래 바이말 시대 이래의 독일법적 이해가 그 기본을 형성했다. 그러나 이는 독일의 경우 단체행동권이 헌법상 보장되지 못한 것과 달리, 한국에서는 헌법상 보장된 것을 무시한 것이었다. 또한 서독에서 1968년 이후 제도보장의 차원에서 단체행동이 규정된 것도 우리 나라 헌법에서 단체행동권을 기본적 인권의 하나로 보장한 것과는 그 규정형식이 기본적으로 다르다. 이는 단체행동권이 독일의 경우에는 개인주의적인 근대시민법, 곧 민형사법의 차원에서 문제가 되나, 한국의 경우에는 헌법의 차원에서 문제된다는 차이를 말한다. 헌법상 기본적 인권으로 인정된 단체행동은 그 효과로써 당연히 민형사책임의 면책을 결과하고 나아가 그러한 단체행동에 대한 침해행위인 부당노동행위의 금지를 결과한다. 따라서 한국헌법상 단체행동은 노동조합법이나 노동쟁의조정법상의 민형사면책의 조항과 관계없이 처음부터 당연히 그러한 면책을 갖는다.

또한 이는 단체행동이 독일에서는 시민법적 관점에서 개별 노동자의 행위로 분해되나 한국에서는 노동자집단의 행위인 단체행동으로 바로 인식되는

* 嶺南大學校 法科大學 教授

것을 뜻한다. 하나의 단체행동이 헌법상 보장된다고 하는 것은 그것을 구성하는 개별행동은 단체행동 속에 매몰된다는 것을 전제로 한다. 곧 시민법의 차원에서 그 개별행동의 책임을 별개로 따지지 않는 것을 전제로 한다. 따라서 개별 노동자의 행동은 하나의 단체행동을 구성하는 한 그것에 대한 평가로서 충분한 것이지 개별적인 책임의 차원에서 다시 문제될 수가 없다. 그러므로 노동자집단의 단체행동인 한 개인책임을 물을 수 없고 노동자단체의 책임만이 문제가 될 수 있다. 노동자단체의 집단행동이 헌법상의 단체행동으로 보호받을 수 없는 부당한 경우에도 그것이 집단행동으로 표출된 한 그것에 대한 개인책임을 인정함에는 문제가 있다. 그 경우 그러한 집단행동을 주도한 노동조합의 간부에 대한 책임은 논의될 수 있으나 그 개별 조합원에 게까지 책임을 추궁하려는 점에는 문제가 있다.

여기서 무엇이 정당한 단체행동이나 하는 것에 대한 논의가 중요하게 된다. 우리 나라 헌법은 단체행동권의 제한에 대해 헌법상 명문규정을 두고 있다. 따라서 그것에 위배된 경우에만 정당성이 상실되고, 민형사책임이 문제될 수 있다. 여기서 제한이란 기본적으로 헌법 제37조 2항에서 규정하는 국가안전보장 등에 위배되는 경우를 말하는 것이지 사용자의 개인적인 재산권 일 수가 없다.¹⁾ 독일에서는 단체행동권을 제한하는 규정이 기본기본법 제2조에 의해 개인행위의 자유라는 차원에서 인정되고 그 조항상의 침해금지대상인 '타인의 권리'가 '사용자의 영업권'(독일민법 제823조 1항)이나 '사회질서위반'(독일민법 제826조)이나에 대한 논쟁이 있었으나 우리 헌법상으로는 당연히 헌법상의 후자로 보지 않을 수 없다.

나아가 독일에서는 노동자와 사용자의 단결권을 규정하되 노사단체를 중심으로 한 단체협약 및 단체행동을 제도적으로 보장한 것에 비하여, 우리 헌법은 노동자의 노동단체권, 곧 단체조직권(단결권), 단체교섭권 및 단체행

1) 한국에서는 재산권과의 조화를 강조하는 입장이 있다. 김형배, 노동법, 박영사, 1992, p. 145. 이러한 주장은 재산권의 보장에 의한 노동자의 억압상황을 극복하기 위하여 노동단체권이 헌법상 명기된 것의 의의를 과도하게 좁히는 논의일 수가 있다. 적어도 헌법상 보장된 기본권의 행사에 의한 사익의 침해는 민사상만 책될 수 있다고 하는 것은 재산권과의 막연한 조화가 아니라 그 일정한 침해를 전제로 하는 것이다.

동권을 규정한 점에서도 다르다. 곧 한국에서는 사용자의 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권이 헌법상 인정되지 않는다. 특히 노동자의 단체행동권에 대응한 사용자의 직장폐쇄권이 헌법상 인정되는 것이 아니다. 그것이 노동쟁의조정법상 인정되는 것은 헌법이 보장하는 노동단체권에 근거하는 것은 아니며 법률에서 특별하게 그러한 권리를 인정한 것에 불과하다.²⁾ 독일에서는 그것이 노사대등의 원리로 설명되나, 한국의 그것은 노사대등의 실질성을 확보하기 위하여 헌법상 그러한 권리가 특별하게 노동자측에 인정되어 그것에 의해 비로소 노사대등이 확보되는 것으로 이해되어야 한다. 이 점은 노동자측의 단체행동권만을 규정하는 프랑스헌법 등에서도 일반적으로 인정되는 원리이다. 따라서 그러한 측면에서 한국식 이해와 독일식 이해는 다를 수 밖에 없다.

더욱 문제가 되는 것은 한국에 소개된 독일식 이론이 주로 바이말시대를 거쳐 1950년대에 형성된 니퍼다이이론을 거의 절대적으로 수용했다는 점에서도 문제가 된다. 이 글에서 고찰하는 단체행동권의 경우, 독일의 그것은 소위 자연적 자유행위의 하나로 단체행동을 지극히 소극적으로 인정한 것으로서 우리 헌법과 같이 기본적 인권의 하나로 단체행동권을 인정한 경우의 해석론으로 채용하기에는 너무나도 큰 거리가 있는 것이다. 이는 1960년대에 와서 제도보장론으로 수정된 것을 근거로 한 경우에도 마찬가지이다.

니퍼다이에 의해 수립된 독일의 통설 및 판례는 민법적 이해에 기초한 개별행동에 대한 계약책임을 부정하고 단체행동에 대한 집단적 평가를 우선시하고 있으나, 이는 집단적 평가와 개인적 평가가 모순되는 것을 전제로 하여 그 통일이 불가능하므로 집단적 평가를 우선시하는 것에 불과한 것이지, 한국헌법에서와 같이 단체행동을 기본적 인권으로 인정하여 그 개인책임을 처음부터 문제삼지 않는 것과는 다르다고 보지 않을 수 없다. 또한 독일에서는 그러한 집단법적 관점의 우선에 대한 비판도 만만치 않다.

독일의 단체행동법은 이미 국제노동기구 등에 의해 비판을 받아 왔다. 먼

2) 따라서 헌법론의 차원에서 사용자의 쟁의행위를 논의하는 김형배 p. 176 등에 대해서는 의문이 있다.

저 주체에 관련되어 노동조합만이 단체행동권을 갖는 것이 아니며, 목적에 관련되어 임금협상 등 근로조건의 개선향상과 직업상의 집단적 욕구의 추구만이 아닌 경제적, 사회적 정책문제와 노동자와 직접 관계되는 모든 노동문제가 해당되어 항의파업, 특히 정부의 경제사회정책에 반대하는 것도 적법하며,³⁾ 행태와 관련되어 연좌파업이나 피켓팅, 태업 및 사업장점거도 평화적으로 행해지는 한 적법하다고 인정되고 있다.⁴⁾ 따라서 동일한 법리에 추종하고 있는 한국의 법리도 국제노동기준의 차원에서 비판받지 않을 수 없다.

한국헌법상 단체행동권은 헌법에 의해 보장되고 헌법상의 근거에 의해서만 제한될 수 있다. 곧 그 제한은 헌법 제33조 2, 3항에 의한 공무원 및 방위산업체 종사 노동자에 대한 법률에 의한 제한, 제37조 2항의 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으나, 제한하는 경우에도 그 권리의 본질적인 내용은 침해할 수 없다. 따라서 이러한 헌법상의 보장과 제한을 벗어나는 경우에만 단체행동권에 대한 법적 제재가 가능하고 민형사책임이 논의될 수 있다. 그러나 아래에서 보는 바와 같이 독일의 경우는 반드시 그러하지 않다. 이 글은 그러한 문제점들을 검토하기 위한 것이다.

I. 바이말시대의 단체행동권

1. 바이말헌법과 단체행동권

독일의 노동단체법은 바이말시대에 확립된 집단주의적 법사상에 의해 지배되어 왔으나, 그 중에서도 단체행동법은 바이말시대부터 개인주의적 법사상에 의해 지배되어 왔다. 바이말헌법은 단체행동권에 관한 명문의 규정을 두지 않고 단결권과 단체협약제도의 보장만을 선언했다. 그러나 이는 단체행

3) General Survey by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations [CE], ILO, Geneva, 1983, Nr. 200; Council of Europe Committee of Independent Experts [CIE], Strassbourg, Conclusions 1, 1969/70, 183; II, 1971, 27; III, 1973, 37; IV, 1975, 48; VIII, 1984, 96; IX-2, 1986, 47.

4) FAC Nr. 367, CE Nr. 218.

동권의 전면적인 부정을 뜻하는 것은 아니었다. 단체행동의 자유는 이미 1869년의 영업법단계에서 인정되었다. 따라서 바이말헌법은 단체행동을 기본적 인권으로 인정하지 않았던 것에 불과했다. 이는 비상사태나, 특수한 직업에 대한 단체행동권을 제한적으로 인정하고자 한 취지에서 생긴 것이었다.

따라서 당시의 판례와 통설은 단체행동권의 헌법적 보장을 부정하고 그것을 단순한 자연적 행위자유로 이해했다.⁵⁾ 그 결과 단체행동에 대한 법률적인 제한이 가능해져, 예컨대 1920년 11월 10일의 대통령 긴급명령에 의해 가스, 전기, 물을 공급하는 경영상의 단체행동을 중재절차의 진행중, 그리고 중재재정발표후 3일간 금지(위반시에는 금고 및 벌금형)한 것의 합헌성이 일반적으로 인정되었다.

나아가 단체행동은 민형법 등 일반법의 적용을 받는 것이 되었다. 그러한 일반법은 단체행동을 사회적 실태로서의 집단성이 아니라 개인의 개별적 자유의 산술적 총화로 이해하여, 아래에서 보는 바와 같이 법해석과 현실 사이에 많은 모순이 발생했다. 여기서 우리는 바이말시대의 단체행동에 대한 이해가 단체행동을 헌법상 하나의 집단행동으로 특별하게 규정하는 한국헌법상의 그것에 대한 이해와 동일시될 수 없다고 하는 점을 특히 주의해야 한다.

2. 단체행동과 민사책임

A. 계약책임

시민법적 차원에서 단체행동을 개별 노동자의 행위로 분해하여 평가하는 경우, 그것은 계약유효기간중의 노무불제공으로서 채무불이행책임을 결과한다. 곧 그 참가자는 매일 갱신되는 특수한 노동계약의 경우나, 노동계약의 즉시해약이 인정되는 경우외에는, 해약고지기간을 준수하여 계약을 해지한 경우에만 계약책임을 면한다고 봄이 당시의 판례이자 통설이었다.⁶⁾ 그 결과 단

5) 예컨대 Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 2. Aufl., 1927, S. 86.

6) BAG 1, 295-298; Sinzheimer, a.a.O., S. 189.; Hueck-Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Bd. II, 1.u.2.Aufl., 1930, S.575.

체행동 참가자는 즉시해고와 손해배상을 청구당할 위협을 받았을뿐만 아니라, 해약고지를 하고 단체행동에 참가해도 그 종료후에 재고용의 보장을 받지 못했고, 사업장위원회 위원 지위의 소멸, 근속연수계산의 중단 등의 불이익도 당해야 했다.

B. 불법행위책임

바이말시대의 판례와 통설은 위에서 본 계약책임의 경우와는 달리 단체행동에 대한 불법행위책임은 단체행동이 단순한 노무불제공에 그치는 한 부정했다.⁷⁾ 먼저 단체행동은 민법 제823조 1항(권리침해)에 해당하지 않는 것으로 해석되었다. 왜냐하면 그 조항에는 단순한 단체행동에 의한 침해가 문제되는 권리가 열거되지 않았고, '기타의 권리'에 포함된다고 해석된 '창설되고 운영되는 영업의 권리'도 영업의 존립 그 자체에 대한 보호에 한정되고, 장래의 수익이나 고객획득의 기대 등을 포함하지 않으므로, 보통은 영업의 존립 그 자체에 대한 침해행위가 아닌 단체행동에 대해 적용된다고는 해석되지 않았기 때문이다.

다음 민법 제823조 2항(보호법규위반)은 단체행동을 제한하거나 금지하는 법령(예컨대 위의 1920년 긴급명령)이 있는 경우에만 문제되었다. 마지막으로 민법 제826조(선량한 풍속위반)도 목적과 수단 사이에 현저한 불균형이 존재하는 등의 예외적인 경우에만 단체행동에 적용되었다. 따라서 당시에는 정치파업이나 비공인파업을 포함한 단체행동은 원칙적으로 불법행위를 구성하지 않았고, 불법행위책임은 오직 피켓팅 등의 부수적 수단이나 보이코트 전술 등에 대해서만 문제가 되었다. 그리고 예외적으로 불법행위책임이 인정되는 경우, 그 책임의 주체에 대해서는 사용자책임에 관한 민법 제831조를 매개로 하여 단체책임을 인정했다.

7) Sinzheimer, a.a.O., S. 290ff.; Hueck-Nipperdey, a.a.O., S. 582ff.

II. 본기본법상의 단체행동권

1. 기본법상의 문제

제2차대전후 독일의 각주는 헌법에 단체행동권을 보장하여 위의 문제점들을 입법적으로 해결하고자 했다. 연방헌법의 제정과정에서도 그러한 제안이 있었고 그것이 각 당파에 의해 지지되었으나, 공무원파업, 정치파업, 비공인 파업 등의 제한규정을 수반한 단체행동권 규정을 두는 것보다는 아무 규정도 하지 않는 것이 낫다는 이유에서 그러한 규정을 존치하지 않게 되었다. 따라서 노동단체권규정은 바이말헌법의 그것⁸⁾과 거의 동일하게 규정되었으나 바이말헌법에서는 단결의 자유(Vereinigungsfreiheit)라고 한 것이 본기본법에서는 단결권(Recht, Vereinigung zu bilden)으로 수정되었다. 그 규정은 다음과 같다.

노동 및 경제조건의 유지와 개선을 위하여 단결을 결성하는 권리는 만인에 대하여 또한 모든 직업에 대하여 보장된다. 이 권리를 제한하거나 저해하는 협정은 무효이고, 그것을 목적으로 한 조치는 위법이다.

1950년대에는 다수설에 의해 기본법 제9조 3항에 단체행동권이 포함되지 않는 것으로 이해되었고, 단체행동권은 주로 기본법 제2조 1항(인격전개의 자유)에 근거한 일반적 행위자유⁹⁾의 일환으로 인정되었다. 그 이유로는 헌법상 명문규정이 없고, 제9조 3항에는 법률유보규정이 없으므로 단체행동이 그것에 의해 보장된다고 하면, 그것을 제한하는 협약조항이나 근로계약이 무효가 되며, 또한 관리, 법관, 군인에게도 단체행동권을 인정하게 된다는 점으로 설명되었다. 이는 바이말헌법 제159조에 대한 설명과 거의 같았다.

한편 제2조 1항의 적용을 받는다고 하면, 동조에 의해 법률에 의한 제한을

8) 바이말헌법 제159조는 다음과 같다.

노동 및 경제조건의 유지와 개선을 위한 단결의 자유는 누구에게나 그리고 모든 직업에 대하여 보장된다. 이 자유를 제한 또는 방해하고자 하는 약정이나 조치는 위법이다.

받게 되나, 통설은 단체행동의 완전한 금지는 위헌이라고 보았고, 민사책임론에 대해서도 바이말시대와는 다른 견해를 보여, 전체적으로 바이말시대의 그것과는 다른 양상을 보였다. 이는 다수의 주헌법이 단체행동권을 규정한 점, 기본법제정시에 경제파업보장에 대해서는 명확한 합의가 있었던 점 등에서 바이말헌법과는 다른 상황을 반영한 것이었다. 그러나 우리는 그 연속성도 부정할 수 없다.

2. 니퍼다이어론

A. 자연적 자유행위론에 의한 단체행동에의 부정적 평가

바이말시대부터 1950년대의 니퍼다이에 이르는 독일의 통설은 단체행동이 국민경제에 손실을 초래하고 전체의 이익이 되는 사회적 평화를 저해하므로 일반적으로 바람직하지 않다는 입장에 서 있었다. 이러한 사고방식은 아래에서 보는 이론전개의 기본이념이 되었다.

B. 단체행동과 계약책임

전후 서독의 학설과 판례에 지대한 영향을 끼친 니퍼다이는 특히 단체행동의 민사책임에 관한 이론을 50년대의 통설로 굳혔다. 그 중에서도 단체행동 참가자의 계약책임을 부정한 1955년의 연방노동법원 결정은 그 결정적인 계기가 되었다.

(A) 50년대 초의 견해

그 결정이 내려지기 전까지 통설 및 판례⁹⁾는 단체행동의 집단적인 측면과 개별적인 측면을 구별하여야 한다고 보았다. 곧 단체행동을 개별적인 노동계공거부로 이해하고¹⁰⁾ 해약고지기간을 준수하여 행해진 사전의 계약해지가 없으면 단체행동 참가자는 계약위반의 책임을 진다고 보았다. 따라서 노동계약의 해지없이 단체행동에 참가한 노동자는 노동계약을 위반한 것이 되어

9) 예컨대 Dietz, *Streik und Arbeitsverbot* ltnis, BB 1952, S. 295.

10) 김형배 p. 576은 1950년대초까지의 견해가 마치 단체행동권의 제도적 보장과 관련을 갖는 것으로 설명하나 이는 오류이다.

그것으로 인해 발생된 손해에 대한 배상책임을 부담하는 동시에 즉시해고사유가 인정될 수 있다고 보았다.

(B) 55년의 불라논문

그러나 불라는 1955년의 논문¹¹⁾에서 단체행동의 양면적 집단성을 강조하여 그것과 본질을 달리하는 개별적 노동계약상의 의무는 인정될 수 없다고 하는 점에서 단체행동 참가자의 계약책임을 부정했다. 곧 단체행동을 둘러싸고 집단적 규범과 개별적 규범이 충돌하는 경우, 법규정의 결여로 인하여 실정법상 양 규범영역의 종합적 처리가 불가능하다는 것을 전제로 하여, 그 충돌을 극복하기 위하여 가능한 방법은 그 어느 하나를 선택하는 길이라고 했다. 왜냐하면 동일한 법질서내에서 동일한 행위가 여기서는 허용되고 저기서는 위법하다는 것은 논리적으로 허용될 수 없기 때문이다.

불라는 단체행동을 다수인의 의식적인 공동행위로 파악하고 그 행위에 의해 특정한 공동목적이 추구되므로 개별 참가자의 노무거부행위는 개별적인 경과가 아니라 동일한 목적을 추구하는 다른 다수 노동자의 노무거부행위와의 의식적이며 의욕적인 협동행위라고 한다. 따라서 개별 노동자들은 공동의식, 곧 사회적 집단의 연대의식을 가지고 공동의 투쟁목적을 위하여 단체행동에 참가하는 것이고, 단체행동은 하나의 집단적 행위로서 본질적으로 개별행위의 산술적 총화와는 다른, 단순한 개별행위의 복수 이상의 독자적 의의를 갖는 전체행위라고 한다. 말하자면 단체행동은 공동적인 하나의 집단행동이고 그 행위의 주체도 집단 그 자체이다. 왜냐하면 다수인의 전체행위가 바로 투쟁상태로서의 집단행위이기 때문이다. 따라서 단체행동시에 개별 노동자가 노무제공을 거부함은 개별행위로서는 독자성이 없고, 또한 집단행위로부터 분리될 수도 없다.

따라서 집단행위인 파업에 대한 법적 평가만이 가능하므로 개별 참가자의

11) Bulla, Das zweitiges kollektive Wesen des Arbeitskampfes, in: *Festschrift für Hans Karl Nipperdey zum 60. Geburtstag*, 1955, S. 163ff.

행위를 계약상의 노무급부의무의 위반으로 보는 것은 단체행동의 본질에 어긋난다고 한다. 그리고 단체행동 기간중 그 참가자의 노동관계는 정지한다고 본다. 그런데 노동관계의 주된 권리와 의무는 정지하나, 노동계약관계 자체는 그대로 존속하므로 그것에서 파생되는 종된 권리와 의무는 여전히 유지된다고 본다. 그리고 정지된 주된 권리와 의무는 단체행동이 끝나고 사실상 의 노무중단상태가 해소될과 동시에 다시 부활한다고 한다. 따라서 노동자들은 단체행동 전에 노동계약관계를 해지할 필요가 없고, 사용자는 해지없이 단체행동에 참가한 자에 대하여 그것으로 인한 손해배상을 요구하거나 계약위반을 이유로 하여 단체행동 참가노동자를 즉시해고할 수 없다고 했다.¹²⁾

(C) 1955년 연방노동법원 결정

1955년의 연방노동법원 결정¹³⁾은 위에서 본 불라의 입장을 채택한 것으로서 그 근거설명은 다음과 같았다.

첫째, 종래의 개인주의적 통설에 의하면 계약해지에 따라 민사책임의 유무를 인정하는 것이 되어, 정당한 단체행동시에도 사전에 해약고지를 하지 아니한 노동자는 계약위반의 책임을 지게되고, 반면에 집단적 현상으로서의 단체행동이 위법하여도 놀오자는 해약고지를 한 경우 개인적으로는 책임을 지지 않는 결과에 이르러, 이는 개인법적 평가와 집단법적 평가 사이에 모순을 낳는 것이 되어 일반적인 상식에 반한다. 또한 각자에 따라 그 고지기간이 상이하며, 직원의 경우 통상적으로 장기간의 고지기간이 정해지므로 통설은 단체행동을 부정하는 결과가 된다.

둘째, 단체행동은 일정한 목표를 향한 다수 노동자의 공동의 계획적인 노무정지로서 개별노동자의 노무포기는 독립적인 의의를 갖지 못한다. 곧 단체행동시의 행위주체는 개인이 아니라, 집단으로서의 단체행동 참가자이다. 따라서 단체행동에 대한 법적 평가는 그러한 현실에 합치되어야 하며, 개인의

12) 이러한 정지설은 현재까지 통설이다. 예컨대 Zlner/Loritz, *Arbeitsrecht*, 4. Aufl., S. 428.

13) BAG(GS) Beschlu v. 28.1.1955, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

행동도 집단적 행동으로 평가되어야 한다.

셋째, 단체행동은 통일적 현상이므로 그 법적 평가도 통일적이어야 한다. 따라서 집단적 관점에서 정당한 한, 개별 노동자의 단체행동 참가는 사전의 해약고지와는 관계없이 계약위반이 되지 않는다.

넷째, 집단적으로 정당화된 단체행동은 노동조건의 협약적 규율을 위하여 사용자에게 대해 행해지는 것이므로 계약위반이 아니고, 민법상의 불법행위도 구성하지 않는다. 단체행동은 그러한 조건을 만족하여야 민사책임을 면제 받는다.

다섯째, 해약고지없는 단체행동에 대해 그것의 정당성에 관계없이 사용자는 방어적 직장폐쇄에 의해 노동관계를 즉시 해지할 수 있다.

이상의 논거에 의한 55년의 결정은 단체행동에 대한 민사면책을 인정한 획기적인 것이었으나, 그 법적 근거가 위 둘째의 기준과 같이 집단성이라고 하는 사회적 사실에 의해서만 인정될 수 없지 않느냐 하는 점, 위 셋째의 기준에 의해 정당하지 아니한 단체행동에 참가한 개별 노동자의 개인책임이 인정된다는 점, 그리고 위 넷째의 근거설명에서와 같이 민사면책에 대해 엄격한 요건을 부과했다는 점, 나아가 위 다섯째의 설명에서와 같이 직장폐쇄를 인정한 점이 계약위반에 의한 즉시해고를 승인한 것과 같다는 점 등에서 비판을 받았다(각 논점에 대해서는 아래에서 다시 상세히 검토함). 여하튼 위 넷째의 요건은 다시 불법행위책임에 관련되어 다음과 같이 엄격한 요건을 충족해야 하는 것으로 인정되었다.

C. 단체행동과 불법행위

바이말시대의 판례와 통설은 단체행동 참가자의 계약책임은 인정했으나, 노동조합 및 노동자의 불법행위책임은 위에서 본 바와 같이, 민법 제823조 1항이 규정하는 영업권침해성을 갖지 않는다고 하는 이유에서 원칙적으로 부정했다. 그 예외는 민법 제823조 2항(보호법규위반) 또는 826조(선량한 풍속위반)에 해당하는 경우였다.

그러나 전후 1951년 연방법원판결¹⁴⁾은 타인의 영업행위에 대한 어떤 침해 행위도 영업영역에 대한 직접적인 침해를 초래하면 제823조 1항의 영업권침해에 해당된다고 보았다. 나아가 1952년에 니퍼다이는 사회적 상당성이라고 하는 개념을 도입하여, 그것을 갖지 않는 단체행동은 사용자의 영업권을 위법하게 침해한 것이라는 이유에서, 불법행위의 성립을 인정하여 바이말시대의 통설에 의한 경우보다 불법행위의 성립을 더욱 폭넓게 인정하게 했다.¹⁵⁾

이에 대해서 사회적 상당성이라고 하는 개념의 추상성을 중심으로 한 비판이 제기되었고, 니퍼다이 자신에 의해서도 그 내용은 시대에 따라 가변적으로 사용되어 법적 안정성을 해치는 결과가 되었다.

먼저 1952년에 니퍼다이가 제시한 것은 다음 3요건이었다.

첫째, 광의의 노동조건에 관한 것일 것(따라서 순수정치파업은 불법).

둘째, 사용자 또는 그 단체에 향해져야 할 것(따라서 경제적 정치파업도 불법).

셋째, 그 목적이 노사간의 약정에 의해 실현될 수 있어야 할 것.

그러나 1957년에는 다음 위의 첫째와 둘째외에 다음 다섯 요건이 더해진 7요건이 제시되었다.¹⁶⁾

첫째, 협약능력이 있는 노동조합, 개개의 사용자나 그 단체가 당사자일 것(따라서 비공인파업은 제외).

넷째, 집단적 계약에 의해 규율될 수 있는 노동조건에 관한 것일 것(따라서 이미 약정된 협약 수준 이상의 인상요구는 제외).

다섯째, 집단적 노동법의 제원칙에 합치하는 목적의 추구일 것(따라서 협약의 일반적 효력에 반대하는 파업은 제외).

여섯째, 분쟁해결수단이 끝난 뒤의 최종적 수단으로 행해질 것(분쟁해결 절차없이 행한 파업은 제외).

14) BGHZ 3, 270(278-280).

15) Nipperdey, Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27.-29. mai 1952 entstanden sind. Rechtsgutachten, 1953 S. 27ff.

16) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, a.a.O., S. 641ff.

일급제, 공정하게 수행될 것(폭력이나 협박에 의한 피켓팅을 포함한 파업은 제외).

위에서 보는 바와 같이 1952년 당시 니퍼다이는 정치파업 등을 정당한 쟁의행위개념에서 제외했고, 1957년에 와서는 비공인파업 등을 제외했으며, 특히 1968년에 와서 평화의무위반, 분쟁조정협정에의 위반 등도 사회적 상당성이라는 개념 속에 포함시켰다.¹⁷⁾

이는 바이말시대에 단체행동의 목적이나 주체를 법적 차원에서 문제삼지 않았기 때문에 정치파업이나 비공인파업도 경제파업과 동일하게 취급된 것에 비해 엄청난 후퇴를 의미했다.

D. 평가

위와 같은 니퍼다이의 해석에 의하면, 예정된 분쟁조정절차를 거친 단체행동은 불법행위에도, 계약불이행에도 해당되지 않는다. 따라서 바이말시대의 통설에 의한 것보다 명확한 보호를 받는다. 또한 단체행동에 의해 노동관계가 해소되는 것이 아니라 정지될뿐이라고 한 점도 더욱 명확하다. 그러나 이 점은 사용자의 해소적인 직장폐쇄를 인정함에 의해 거의 무의미하다고 할 수 있다.

한편 바이말시대에는 니퍼다이기준에 의해 사회적 상당성을 결여한 단체행동도 계약책임논의에 그쳤으나, 니퍼다이기준에 의하면 계약책임 외에도 불법행위책임을 구성하는 것이 되어 노동조합의 손해배상의무가 긍정되었다. 그것은 정치파업, 비공인파업, 즉시파업 등을 금지하려는 정책적 의도를 반영한 것이었다.

Ⅲ. 제도보장론

1. 의의와 문제점

제도보장(institutionelle Garantie)이란 사유재산제, 복수정당제, 직업공무원

17) Hueck-Nipperdey, *Grundriß des Arbeitsrecht*, 4. Aufl., 1968, S. 292.

제, 지방자치제, 대학자치제 등과 같이 국가 자체의 존립의 기초가 되는 일정한 제도를 헌법 수준에서 보장하여 그 제도의 본질을 유지하려는 것을 말한다. 칼 슈미트는 바이말헌법의 해석시에 제도보장과 기본권보장을, 전자는 입법에 의해 폐지될 수 없다고 하는 점에서 구별하였다.¹⁸⁾

2. 단체행동 제도보장론의 기본적 논거

1960년대에 와서 단체행동은 기본법 제9조 3항의 단결권보장에 근거하여 제도적 보장을 받는다는 견해가 서독에서 유력하게 주장되었다. 이는 연방헌법법원의 판결에 의해 인정된 단체협약의 제도적 보장을 전제로 하고, 협약과 단체행동의 불가분성을 매개로 하여 확립되었다. 연방노동법원도 1971년의 결정 이래 그러한 견해를 취했다. 그 논리는 다음과 같았다. 곧 사용자측은 단체협약의 체결에 소극적이어서 단체행동권이 없는 경우 협약교섭은 집단적인 애원에 불과하게 되므로 단체행동권은 기본법 제9조 3항에 의해 보장된다고 해석되었다. 이는 1965년에 서독에 유럽사회헌장이 적용되었다는 것을 계기로 했다. 곧 동 헌장에 단체행동권이 보장된 것을 서독 헌법상으로도 인정할 필요가 생긴 것이었다. 또한 1968년의 비상사태입법의 제정시에 기본법 제9조 3항 2문의 뒤에 비상사태의 조치는 '제1문의 단결이 노동 및 경제조건 유지와 개선을 위하여 행해진 단체행동을 향해져서는 안된다'고 규정된 것에서 비롯된다. 이는 서독기본법에서 최초로 단체행동을 하나의 제도로 보장한 것이었다. 이에 따라 단체행동을 단순한 자연적인 행위자유가 아니라 제도적 보장으로 보게되었다. 제도보장에 의해 단체행동권은 법률이나 판례의 개입으로부터 보호를 받게 되었고, 그 근거를 기본법 제2조 1항에서 말하는 자연적 행위자유(법률유보가 가능한)로 보는 것에 비하여 단체행동을 더욱 적극적으로 인정하게 되었다.

니퍼다이에 이어 연방노동법원장이 되어 1971년의 결정에 지도적 역할을 수행한 물러는 다음과 같이 주장했다. 곧 국가는 적절한 노동조건을 스스로

18) Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928.

결정할 수 없으므로 국가와 개인 사이에 존재하는 중간단체로서의 이익단체에게 자유로운 활동을 보장하지 않을 수 없고 그것은 법질서에 저촉되지 않는다고 주장했다. 이는 경제가 안정된 60년대의 단체행동관이라고 할 수 있다.

제도보장론은 단체행동을 단결체의 집단적인 행위로 보기 때문에 정당한 쟁의행위에 참가한 노동자의 계약책임은 처음부터 문제가 되지 않는다. 곧 단체책임만이 인정되었다. 그러나 제도보장론은 단체협약의 제도보장을 매개로 하여 단체행동을 기본법 제9조와 접합시킨 것이므로 단체행동을 협약과의 관련하에서만 파악했다. 곧 단체행동을 독자의 인권으로 파악하는 것이 아니라 협약질서 형성을 위한 하나의 수단으로 보는 것에 그쳤다.

3. 불법행위책임론의 수정

제도보장론이 지배적이 되면서 니퍼다이에 의한 불법행위책임론은 수정되었다. 우선 그 자신에 의한 수정을 보면 다음과 같다.¹⁹⁾ 그는 한편으로 쟁의행위에 의해 침해되는 법익을 '자유로운 직업적 영업적 활동의 권리'로 바꾸어 헌법상의 근거를 명확하게 하면서 그 범위를 확대하고, 다른 한편으로 사회적 상당성을 위법성조각사유로 하는 이론구성을 포기하고 도리어 불법성을 근거지우는 적극적 위법요소로서의 '사회적 부당성'이라고 하는 표현을 사용한다. 곧 쟁의행위가 불법행위를 구성하는가의 문제는 구성요건에 해당하여 위법한 행위가 특별한 규정에 의해 예외적으로 정당화되는가의 문제가 아니라, 구성요건에 해당하는 행위의 위법성을 근거지우는 일반적인 행위원칙에의 위반이 존재하는가의 문제로서 이론구성을 시도했다.

한편 연방노동법원은 1971년 결정²⁰⁾에서 사회적 상당성이라고 하는 개념을 포기하고, 비례성이라고 하는 기준을 새로이 채택했다. 그 내용은 다음과 같다.

19) Hueck-Nipperdey, *Lehrbuch*, Bd. II/2, 7. Aufl., 1970, a. a. O., S. 121ff.

20) BAG (GS) Beschlu v. 21. 4. 1971, AP Nr. 43 zu Art 9 GG Arbeitskampf.

첫째, 쟁의행위는 합법적인 쟁의목표와 사후의 노동평화의 달성에 적합하고 실질적으로 필요한 경우에 행해져야 하며, 모든 화해의 가능성이 끝난 뒤에 최후적 수단으로 행해져야 한다.

둘째, 쟁의행위의 수단은 목적달성을 위하여 필요한 한도를 넘어서는 안 되고, 쟁의행위는 공정한 방식으로 행해져야 하며, 상대방의 부정을 목적으로 해서는 안된다.

셋째, 쟁의행위의 종료후에 당사자 쌍방은 가능한 한 신속하게 그리고 광범하게 노동평화를 회복함에 기여하여야 한다.

위에서 보듯이 비례원칙은 실질적인 내용에서는 니퍼다이의 기준을 그대로 답습하고 있으나 약간의 새로운 내용이 포함되어 있다. 첫째의 기준은 법관에게 쟁의행위에 나타난 요구(따라서 그 결과 체결되는 협약내용)에 대한 실질적인 판단을 부과하여 협약의 검열을 초래한다는 비판을 받고 있다. 예컨대 임금인상의 요구가 적절한지를 법관이 평가하게 된다. 따라서 이는 협약자치나 쟁의행위의 보장을 실질적으로 무의미하게 한다는 비판을 받게 된다. 또한 최후적 수단에 대해서 조합원의 쟁의투표에 대해서는 노동조합의 내부문제에 불과하다고 봄이 통설이다.²¹⁾ 또한 단기간의 경고파업시에는 최후수단의 원칙이 적용되지 않는다고 함이 연방노동법원²²⁾의 판결이다. 둘째의 기준에 대해 연방노동법원은 파업의 장기화는 위법사유가 되지 않는다고 본다.²³⁾ 여하튼 비례성이라고 하는 개념은 지극히 추상적이어서 많은 비판을 받고 있다.

이어 동 법원은 1973년의 판결²⁴⁾을 통하여 이중적 의미에서의 쟁의행위의 합법성의 추정을 승인했다. 곧 노동조합에 의한 노동 및 경제조건을 위한 단체행동은 합법성의 추정을 받으며, 그 단체행동의 목적 내지 수단의 위법성을 주장하는 자는 스스로 그것을 증명할 책임을 진다는 것이다. 그리고 개인

21) Hueck-Nipperdey, *Lehrbuch*, a.a.O., S. 119f.

22) BAG Ur. v. 17. 12. 1976, AP Nr. 51 zu Art 9 GG Arbeitskampf.

23) BAG Ur. v. 26. 10. 1971, AP Nr. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

24) BAG Ur. v. 19. 6. 1973, AP. Nr. 47 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

책임부정론이 우세하게 되었다.

제도적 보장론에 의하면 쟁의행위의 목적에 대해서는 협약체결을 목적으로 하는 쟁의행위에 한하여 적법하다는 니퍼다이의 주장이 더욱 확실하게 인정된다. 따라서 정치파업은 당연히 위법하게 되고, 경제적 조건에 관한 것이라도 협약의 대상이 될 수 없는 것은 적법한 파업의 대상이 될 수 없다. 다음 쟁의행위의 주체도 협약의 주체인 노사단체와 사용자에 한정되므로 비공인파업은 허용되지 않는다.

IV. 현행 쟁의행위법의 개관

1. 쟁의행위의 개념

독일에서는 노동법학상 쟁의행위법이라고 하는 분야가 확립되어 있다. 그것은 노동자측 또는 사용자측이 일정한 목적을 달성하기 위하여 노동관계에 집단적인 지장을 초래함에 의해 행하는 압력행사라고 하는 쟁의행위를 취급한다. 그 중요한 문제는 적법한 쟁의행위와 위법한 쟁의행위를 구별하는 것이다. 그것을 위하여 먼저 쟁의행위에 구체적으로 무엇이 포함되는가를 검토한다.

2. 쟁의행위의 목적에 따른 분류

쟁의행위는 목적에 따라 구분된다. 첫째, 쟁의행위의 대부분은 당연히 단체협약의 체결을 둘러싼 것이다. 쟁의행위가 인정되지 않는 경우의 분쟁해결은 조정에 의해야 한다. 독일의 경우 그것은 사업소조직에서 그 법에 의해 규정된다. 바이말시대에는 국가의 강제조정절차가 쟁의행위에 인정되었으나 독일의 현행법은 그것을 부정한다. 따라서 그러한 의미에서 쟁의행위는 단체협약을 보충하는 의미를 갖는다. 그러나 이는 쟁의행위의 유일한 기능만은 아니다. 예컨대 독일에서도 경고파업은 단체협약의 체결과는 관계없이 행해지고 있다.

둘째, 사업소협정에 관련된 쟁의행위는 사업소조직법 제74조 2항에 의해 명문으로 금지된다.

셋째, 기타의 사업소 관련 쟁의행위가 있다. 예컨대 안전장치의 설치, 식당가격의 인하, 특정한 인사조치(해고된 동료의 재고용, 혐오되는 상사의 해고, 특정한 종업원의 배치전환 등) 등에 관련된 쟁의행위이다.

넷째, 개별 계약에 관련된 쟁의행위는 특히 협약기준을 넘는 임금의 급부를 요구하는 경우에 발생한다.

다섯째, 정치적 쟁의행위가 있다. 이에는 노동법에 관련된 것과 그렇지 않은 것으로 구분된다.

여섯째, 제3자에 관련된 쟁의행위로 예컨대 포르노영화의 상영금지를 요구하는 것 등이다.

일곱째, 이기적 또는 이타적 쟁의행위는 동정이나 연대를 동기로 하여 행해지는 쟁의행위이다.

여덟째, 공격적 쟁의행위 또는 방어적 쟁의행위이다.

아홉째, 이익분쟁과 권리분쟁이다. 예컨대 전자는 단체협약을 둘러싼 것이고, 후자는 노동법상 정해진 안전조치의 실시를 목적으로 하는 유치권의 행사와 같은 것이다.

3. 노동자측의 쟁의행위수단

A. 노무급부의 거절

노동자측 압력수단의 가장 중요한 형태는 다수노동자에 의한 집단적인 노무급부의 거절이다.

(A) 파업

파업은 다수 노동자가 근기법에 의하면 본래 이행해야 할 노무급부를 집단적으로 거절하여 행하는 압력행사이다. 노무급부의 거절은 통상 일시적으로 행해지는 것에 그치며, 쟁의목적의 달성 이후에는 노동이 재개되어야 한다. 노무급부의 거절이 최후까지 행해지면 파업이 아니라 보이콧이 된다. 파

업은 노동조합에 의해 준비, 조직, 지도된다(공인파업). 그러한 요건을 결여한 파업은 비공인파업이다.

(B) 집단적인 변경해약고지(Massenänderungskündigung)

노동자가 노동정지 전에 쟁의의 요구가 달성되면 노동을 정지하지 않거나 노동을 재개하는 것을 조건으로 하여, 법정기간을 준수하여 노동관계를 해약고지하는 경우, 그것은 언제나 개별 노동계약의 집단적 변경해약고지에 해당한다. 해약고지가 유효하면 의무화된 노무급부의 거절이 생기지 않고 단지 사용자에게 경제적으로 바람직하고 실제로는 필요한 결과가 생기는 것에 불과하므로 이는 파업의 일종으로 보지는 않는다.

(C) 유치권 또는 급부거절권의 집단적 행사

노무급부의 거절은 유치권 또는 기타의 급부거절권의 행사에 의하는 경우도 있다. 그 요건이 충족되는 한, 노무급부는 채무를 발생시키나, 개별법상 불이행을 정당화하는 항변이 존재하므로 역시 파업으로 보지 않는다.

(D) 보이콧

보이콧이란 쟁의행위의 실행자가 그 상대방에 의한 접촉을 방해하고자 하는 수단으로서, 단지 노동계약의 체결을 방해하거나, 상대방의 경제적 및 직업적 활동의 전체를 방해하는 경우(예컨대 특정한 사용자로부터 제품을 구입하지 않도록 요구하는 행위)도 있다.

B. 노무급부의 삭감

노동자는 노무급부의 거절 대신에 노무의 제공을 감소하는 수단을 선택하는 경우도 있다. 예컨대 태업이 그것이다. 이에 대해 사용자는 쟁의행위수단으로 임금지급의 거절권을 행사할 수 있다.

C. 기타의 쟁의행위수단으로서 직장점거가 있을 수 있으나 독일의 경우 명백한 위법성이 인정되고 있다.

4. 사용자측의 쟁의행위수단

사용자측의 쟁의행위수단은 노동수령 및 임금지급의 거절이다.

A. 직장폐쇄

직장폐쇄는 사용자 또는 다수의 사용자가 다수의 노동자에 대하여 계획적으로 노동수령 및 임금지급을 거절하여 압력을 가하는 것을 말한다. 개별 사용자에 의한 것을 개별직장폐쇄, 다수 사용자에 의한 것을 단체직장폐쇄라고 한다. 직장폐쇄는 실제로는 노동자측의 쟁의행위에 대한 방어조치로서만 행해지나(방어적 직장폐쇄) 보통은 파업이 전혀 행해지지 않거나 전면적으로 행해지지 않는 사업소도 대상으로 할 수 있다. 그런 의미에서 방어적 직장폐쇄도 공격적 요소를 내재한다. 공격적 직장폐쇄도 적법한 것으로 인정된다.

B. 기타의 대항행위

파업이 발생한 경우 사용자는 파업참가자에 대한 임금지급의 거절, 쟁의행위상의 위험부담의 원칙에 근거한 파업불참자에 대한 임금지급의 거절, 집단적 변경해약고지, 급부거절권의 행사, 파업에 관련된 특별급여의 지급 등의 대항행위를 할 수 있다.

5. 쟁의행위의 법적 근거

헌법 제9조 3항에 의한 쟁의행위의 제도적 보장은 그것이 위법하지 않는 한, 민법 제823조 1항이 보장하는 영업권을 침해하지 않는 것을 의미한다. 유럽사회헌장 제2부 제6조 4호는 노사의 쟁의행위권을 권리로 인정되나 이는 독일법의 해석상 헌법상의 인권으로 인정되지는 않는다. 기타 주헌법이 쟁의행위권을 규정하며, 연방법에서도 간접적으로 인정하는 것이 다수 존재하나 역시 헌법적 인권으로 인정되는 근거가 되지는 않는다. 따라서 독일에서는 쟁의행위에 대한 법적 근거는 계약, 불법행위 및 단체협약과 관련되어 판단된다.

A. 계약의 차원

(A) 파업 및 직장폐쇄

파업 및 직장폐쇄에의 참가는 노동계약상의 주된 의무에 대립하나 쟁의행위외의 참가는 언제나 노동계약의 위반이 되는 것은 아니다. 노사는 그 소속 단체가 행하는 쟁의행위에 참가하는 한 계약위반이 되지 않으나 그것은 단체협약에 관련된 쟁의행위와 방어적 쟁의행위에만 타당하다. 따라서 예컨대 노동자의 재고용을 강제하기 위한 파업은 위법이다.

쟁의행위에 참가하는 권리는 노동자측의 경우 외부인에게도 인정되어야 한다. 또한 기업협약이 법적으로 가능하므로 개개의 사용자도 단체의 관여가 없이 기업협약에 관련된 쟁의행위를 수행할 수 있는 입장에 있어야 한다.

반대로 사용자는 노동조합의 구성원인 노동자와 함께 외부자도 직장폐쇄의 대상으로 할 수 있다. 사용자가 직장폐쇄의 대상을 파업실행자인 노동조합의 조합원에게만 제한할 수 있는가에 대해서는 다툼이 있다. 먼저 사용자는 직장폐쇄의 대상을 정당한 이유없이 조합원에 제한해서는 안된다. 이에 대해 예컨대 파업을 준비하고 있는 노동자나 파업을 실행하고 있는 노동자만을 직장폐쇄의 대상으로 삼는 것은 방해받지 않는다.

(B) 집단적 변경해약고지 및 조직적인 유치권의 행사

집단적 변경해약고지는 개별법상의 요건을 충족하는 한 적법한 행동방식으로서 그 적법성은 단결권보장과는 무관하게 인정된다. 이는 조직적인 유치권의 행사시에도 동일하다.

B. 불법행위의 차원

쟁의행위가 어떤 범위에서 불법행위의 구성요건을 충족하는가에 대해서는 견해의 대립이 있다. 니퍼다이 및 연방노동법원에 의하면 노동자에 의한 집단적 노동정지는 원칙적으로 사용자의 영업의 침해를 구성하고, 그것은 노동의 정지가 개별법상 유효한 해약고지에 의한 노동의무의 소멸을 근거지우는가 아닌가의 여부와는 무관하다. 한편 집단적 행동은 일정한 요건하에서

적법한 것으로 평가된다. 곧 쟁의행위가 사회적으로 상당한 경우로서, 특히 노동조합에 의해 조직되고 협약체결목적으로 수행되는 쟁의행위가 그것이다. 그러나 오늘날 사회적 상당성이라고 하는 개념은 의문시되고 있다. 나아가 영업의 권리를 기본적 출발점으로 삼는 것에 대해서도 의문이 제기되고 있다. 곧 쟁의행위상의 본래의 공격목표는 영업이 아니라 쟁의행위 상대방의 의사 및 결정의 자유라고 하는 점이다. 따라서 쟁의행위의 수단이 헌법상 보장의 결과로서, 또는 해약고지나 급부거절권에 의한 개별법상의 보호에 근거하여 그 자체가 허용되는 행동방식인 한 불법행위를 구성하지 않는 것으로 인정된다.

C. 단체협약의 차원

독일에서는 단체협약상의 평화의무에 위반한 쟁의행위는 협약 위반이 된다.

V. 단체행동의 정당성과 손해배상책임

이하 단체행동의 정당성과 손해배상책임에 대한 독일에서의 논의를 항목별로 정리하면 다음과 같다.

1. 단체행동의 정당성

A. 단체행동의 주체와 목적

먼저 단체행동은 단체협약능력을 갖는 노동자단체에 의해 조직되고 사용자 또는 그 단체에 대하여 협약에 의한 노동 및 경제조건의 형성을 요구하는 경우에만 정당하다고 한다. 따라서 첫째, 그 주체와 관련되어 미조직 노동자 집단이나 조합원의 일부집단이 조합의 의사에 반하여 행하는 단체행동에는 정당성이 없다는 것이 종래의 원칙이나 70년대에는 비공인파업의 경우, 개

별 노동계약상으로는 위법이고 즉시 해고의 이유가 되나 불법행위를 구성하지는 않는다고 하는 판례²⁵⁾가 생겨났고 람을 비롯하여 학설상으로도 비판이 있다. 그러나 현재에도 학설상으로는 위법하다고 봄이 통설이다.²⁶⁾

둘째, 그 목적과 관련되어 단체협약과 관련된 쟁의행위만 정당하다고 인정되고, 따라서 예컨대 노동자의 재고용을 강제하기 위한 쟁의행위는 위법이라고 한다.²⁷⁾ 나아가 정치파업은 정당성을 갖지 못한다고 판단되나²⁸⁾ 동정파업에 대해서는 통설상 정당성이 인정되어 왔다.²⁹⁾ 그러나 최근에는 일정요건하에 정당성이 인정된다는 것이 유력하다. 곧 지원파업이 원파업의 분쟁과 간접의 이해관계를 가지며, 상대방 사용자가 원파업의 사용자에 대하여 분쟁해결을 위한 역할을 할 수 있는 경우에는 인정된다는 것이다. 그러나 통설은 그 정당성을 부정하고 있다.³⁰⁾

B. 단체행동의 시기와 절차

평화의무의 준수는 물론이고 과잉금지의 준수가 정당성의 요건으로 요구된다. 과잉금지란 필요성과 균형성을 그 내용으로 한다. 첫째 필요성의 원칙이란 단체행동의 시기 및 그 절차와 관련된다. 그것은 단체교섭이 끝난 후 최후의 수단으로 행해져야 정당하다는 것을 의미한다. 곧 조정절차가 있는 경우에는 그것을 마쳐야 하고, 법원에 의한 구제가 가능한 경우에도 그 절차를 거쳐야 한다. 그러나 규약상의 절차, 특히 투표 등은 내부규약위반에 불과하지 정당성과는 무관하다고 함이 통설이다. 단체교섭단계에서는 경고파업도 허용되지 않는다.

C. 단체행동의 태양과 수단

과잉금지의 원칙의 둘째 내용인 균형성의 원칙은 단체행동의 태양 및 수

25) AG Berlin U. v. 10. 10. 1974, Ap Nr. 49 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

26) Zöllner, 1992, S. 305.

27) Vgl. BAG NJW 1979, 236.

28) Zöllner, S. 306.

29) Hueck-Nipperdey, *Lehrbuch*, 6 Aufl., S. 644.

30) Zöllner, 1992, S. 307.

단과 관련된다. 곧 단체행동은 노동생활의 평화와 사회공공질서로부터 당연히 요청되는 것으로 공정하게 수행되어야 한다. 예컨대 보안업무수행의 위배, 폭행이나 협박에 의한 피켓팅, 제2차피켓팅, 폭력행위 등이다.

이와 관련되어 쟁의수단선택의 자유가 문제된다. 그것은 쟁의형태선택의 자유와 쟁의형태확립의 자유를 포함한다. 전자와 관련되어 태업의 적법성이 인정된다.

D. 제3자 및 공공복지에의 영향

제3자에 대한 영향을 가지고 쟁의행위의 위법을 문제삼을 수는 없으나 일상생활에서 중요한 공공사업상의 쟁의행위는 허용되지 않는다고 이해된다.

2. 정당성이 없는 집단행동의 책임문제

A. 단체책임

1900년 1월 1일에 공포된 독일민법은 권리능력없는 사단에 대해서는 제 54조에 의해 '조합에 관한 규정을 적용한다'고 규정하여 그것에 사단으로서의 법적 지위를 주는 것을 거부했다. 그 결과 '사단은 이사회, 이사 기타 정관상의 대리인이 업무집행상 행한 손해배상의무가 있는 행위에 의해 제3자에게 끼친 손해에 대해서는 책임을 진다'라는 제31조 규정은 권리능력없는 사단에는 적용되지 않는다고 보는 판례와 학설이 오래동안 유지되었다. 그 결과 노동조합은 법인격취득을 회피했다.

바이말시대에 와서 위법한 단체행동에 대한 책임귀속문제와 그 책임의 제한문제가 논의되었다. 특히 후자에 대해서 단체책임을 연간조합비의 총액을 최고한도액으로 하자는 주장 등이 있었고 전후에도 그것이 재론되었으나 단체행동에 대한 일반적 반감 속에서 무시되었다. 그러나 제2차대전후 노동조합의 책임을 우리 민법 제35조와 같은 독일민법 제31조에 의해 인정하는 방향으로 해석론이 채택되었다.

B. 개인책임

위에서 설명한 바와 같이 정당한 단체행동에 대한 개인책임은 부정되나 정당성이 없는 단체행동에 대한 개인책임은 독일에서 인정된다. 먼저 계약불이행책임에 대해서는 그 책임의 범위가 문제된다. 곧 집단적인 노무정지에 의한 전 손해에 대하여 연대책임을 지는가, 아니면 그 자신의 노무정지에 대응하는 부분에 대한 개별적인 책임만을 지는가의 문제이다. 이에 대해 바이말시대에 학설논쟁이 있었으나 판례는 전자를 취했다.³¹⁾

그러나 이에 대해서는 람을 위시한 비판이 있다. 두말할 필요도 없이 단체행동 있어서 개인의 노무정지행위가 독립적인 의의를 상실하고 집단적 행위 속에 매몰된다면 위법한 단체행동에 있어서도 개인책임은 성립하지 않는다고 보아야 한다.³²⁾ 곧 만일 개인의 책임이 집단적 행위의 위법성에 의해 인정된다면, 집단적 행위에 대한 협력행위는 독립성이 있는 것으로 평가되어 집단현상 속에 매몰될 수 없게 된다. 만일 개인책임을 인정한다면, 그것은 개인행위의 비독립성이라고 하는 것을 부분적으로 인정하는 것에 불과하다.

이를 람은 다음과 같은 헌법론으로 비판한다. 독일헌법상 노동자의 단체행동권을 규정하지 않으므로 개별 노동자의 파업권은 기본법 제2조의 자연적 행위의 자유의 특별한 형태에 불과하다. 따라서 그것은 동조의 '타인의 권리를 침해하거나, 헌법질서와 도덕률에 반하지 않는 한' 보장되는 것이다. 나아가 노동조합은 기본법 제19조 3항(단체에 대한 기본권의 보장)에 의해 그 자체가 기본권의 담당자로 인정되므로, 단체행동권도 일반적 행위의 자유로써 보장된다. 이러한 개별 노동자와 노동조합의 단체행동의 자유를 구속하는 '타인의 권리'에는, 사용자의 노동계약상의 권리가 포함된다. 곧 단체행동은 기본적으로 노동계약상의 구속에 따라야 한다.

31) RAG 10, 34; ARS 14, 293.

32) Ramm, Das Recht des Arbeitskampfes nach der Rechtsprechung des BAG, JZ 1961, S. 273ff; Streik und Arbeitsvertragsbruch, AuR 1964, S. 129 ff; Der wilde Streik, AuR 1964, S. 353ff; Der Arbeitskampf und Gesellschaftsordnung des Grundgesetz, Gustav Fisher Verlag 1965, SS 187-196; The Restriction of the Freedom to Strike in the Federal Republic of Germany (Kahn-Freund, *Labour Relations and the Law*, Stevens and Sons 1965, p. 201 ff.).

한편 노동조합은 기본법 제20조가 규정하는 사회국가의 원칙에 기초를 둔 단체협약제도의 담당자로서 특별한 지위를 부여받고 있다. 독일법질서는 개별적인 노동계약의 자유가 노동자에게 실제로 부자유를 초래하고 있다는 인식하에 개별 노동자를 대신하여 노동조합에 노동조건을 형성해야 할 사회적 보호의 임무를 위탁했다. 그리고 그 구체적 보장으로서 그 임무수행의 수단인 단체협약에 대하여 개별 노동계약을 구속하는 법적 효력을 부여하고 있다. 따라서 단체협약에 의한 노동계약의 형성에 대해서는 개별 노동자는 스스로의 자유를 위한 독립의 노동자로서는 배제된다. 그리하여 개별 노동자는 독립적으로 평가를 받는 인격이 아니게 되고, 단체협약법에 의한 개별 노동자의 보호는 사회국가의 원칙에 따라 노동조합의 단체행동에 대한 노동자의 평가에 대해서도 유추 확장되어야 한다. 따라서 노동조합의 협약형성목적을 위한 단체행동에 참가하는 한, 그 단체행동이 합법인가 위법인가에 관계없이, 노동자의 개별적인 노동계약상의 책임은 배제되어야 한다. 만일 노동자에게 노동조합의 단체행동의 합법성을 사전에 검토하도록 요구한다면 그것은 사회적 보호의 이념에 반하게 된다. 노동자는 그러한 범위안에서 사회국가의 원리에 근거하여 사회법상의 특권을 부여받아야 한다.

이에 대하여 노동조합의 단체협약 형성외의 목적에 의한 단체행동 그리고 노동조합을 주체로 하지 않는 단체행동의 경우, 단체행동에 참가한 노동자는 언제나 노동계약상의 구속에 복종하여야 한다. 그러나 노동자는 그 개인적 행위의 자유로써 그 구속을 스스로 배제하여, 곧 노동계약을 해지하여, 단체행동을 할 수 있고, 해약고지없이 단체행동에 참가하여 그 구속에 위반했다고 하여도 그 구속위반의 책임은 어디까지나 개별 계약상의 책임에 한정되어야 한다.

다음 불법행위책임에 대해서는 단체행동 참가자와 조합간부의 책임문제로 나누어 볼 필요가 있다. 첫째, 단체행동 참가자의 경우, 미조직 노동자나 비공인파업시에는 개인이 주도권을 가지므로 개인책임이 인정된다고 봄이 통설이나 이에 대해서는 람을 위시한 비판이 있다. 또한 개인이 주도권을 갖지

못하는 경우 개인책임을 부정하는 유력한 견해가 있고³³⁾ 판례도 대체로 그것을 따르고 있다. 그것에 반대하는 입장도 있으나 그 경우에도 조합간부의 말에 따라 단체행동의 합법성을 믿고 참가한 경우에는 금지의 착오에 의해 책임조각사유가 된다고 주장한다. 둘째, 위법한 단체행동을 주도한 조합간부의 책임이 인정됨에는 이설이 없다.

VI. 직장폐쇄의 정당성

독일에서는 전통적으로 노동조합과 사용자단체에 동일가치를 부여하고 어느 것이나 단결이라고 하는 용어를 부여한다. 기본법 제9조 3항도 마찬가지로 규정형식을 취하고 있다. 따라서 그 둘의 쟁의행위를 동렬에 두는 것도 당연하고, 소위 노사대등원칙 내지 무기평등의 원칙에 의해 판례(앞에서 본 1955년과 1971년의 판결)와 통설은 단체행동과 함께 직장폐쇄를 인정한다. 그러나 70년대에는 그것에 대한 비판이 제기되었다. 그 논거는 다음과 같았다.

첫째, 직장폐쇄는 헌법 제9조 3항에서 보장받지 못하거나, 단결권에 포함되는 단체행동권을 침해하므로 동조 동항 제2문에 의해 위법이다.

둘째, 직장폐쇄의 보장은 노사의 실질적 대등성에 반한다.

셋째, 직장폐쇄는 단체행동에 참가하지 아니한 노동자의 생존을 위기에 빠뜨려 인간의 존엄을 보장하는 기본법 제1조 1항에 반한다.

넷째, 사회국가원리나 국가의 중립성은 직장폐쇄의 금지를 요청한다.

그러나 연방노동법원은 1980년 6월 10일의 4개 판결³⁴⁾에 의해 적어도 대항적 직장폐쇄는 허용된다는 판결을 내렸다. 그것의 근거설명은 다음과 같았다. 기본법 제9조 3항에 의해 제도적으로 보장된 협약자치와 그것을 구체화하는 단체협약법은 노사단체라고 하는 사회적 대항자가 쟁의행위의 도움을

33) Hueck-Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 6. Aufl., 1957, Bd. II, S. 656; Hueck-Nipperdey, a.a.O., 7. Aufl., 1970, Bd. II/2, SS. 1036-1037.

34) AP Nr. 64-67 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

벌어 교섭의 평등을 실현하는 것을 전제로 한다. 통상은 노동조합이 파업에 들어가게 되나, 노동조합이 특별한 쟁의전술(특히 한정된 범위의 부분파업)에 의해 교섭상의 우위를 도모하고자 하는 경우, 사용자간의 경쟁이 격화되어 그 연대가 붕괴됨에 의해 사용자가 큰 불이익을 입을 가능성이 있으므로 일정한 한도내에서 대항적 직장폐쇄는 인정되어야 한다. 그 한도에 대해 판결은 1971년에 확립된 비례원칙에 따라 협약적용범위 노동자중의 25% 이하가 파업을 한 경우, 사용자간의 연대가 무너질 가능성이 높으므로 협약적용 노동자의 25%(최고한도는 50%까지) 쟁의행위를 확대하고, 또 협약적용 노동자의 25% 이상이 파업을 한 경우, 그만큼 사용자측에 대한 영향력이 감소되므로 50%까지의 쟁의확대가 허용된다는 원칙을 정립했다.

Ⅶ. 한국에서의 문제

1. 기본적 인권으로서의 단체행동권

독일에서는 단체행동권을 기본적 인권의 하나로 보는 견해는 거의 보편적이다. 그 하나의 예로 도이כל러는 인간의 존엄이라고 하는 헌법의 기본원리는 개개인이 스스로의 책임에 근거하여 생활을 형성할 가능성을 갖는다는 것, 곧 생존에서의 종속관계의 배제를 하나의 내용으로 한다는 점에서 단체행동권의 인권성을 다음과 같이 주장한다. 그러한 인간존엄의 원리는 경제과정에서도 타당하여야 하므로, 노동자는 경제과정에서 여러 조건에 관한 자기결정의 권리를 가져야 한다. 그러나 노동자에게 계약자유는 현실적인 것이 아니므로 집단적 계약이야말로 노동자에게는 자기결정의 법형식이 된다. 그리고 그러한 집단적 계약의 질서를 유효하게 기능시키기 위해 기본법은 단체행동권을 승인한다. 이러한 견해는 독일에서는 소수설이나 우리 나라의 헌법해석에는 중요한 시사를 주는 것이다.

2. 단체행동권의 개념문제

위에서 본 바와 같이 독일에서는 협약자율(Tarifautonomie)이라는 개념을 단체협약의 체결을 위해 노동자들이 노동조합을 결성하고 단체교섭과 단체행동을 수행하는 것으로 본다.³⁵⁾ 한국의 판례와 통설³⁶⁾도 쟁의행위는 평화적인 단체교섭의 결렬로 인하여 단체협약의 체결에 실패한 경우에 행해지는 것을 전제로 한다는 점에서 단체교섭의 당사자와 단체행동의 당사자를 동일하다고 보고 쟁의단 등은 단체행동의 주체에서 제외한다. 이는 독일의 해석과 같다.

그러나 이는 첫째, 한국헌법상 단체행동권이 단결권 및 단체교섭권과 별개로 규정됨을 무시한 것이다. 이러한 한국헌법에 대한 해석은 헌법상 같은 규정형식을 취하는 프랑스나 이탈리아에서는 당연히 인정된다. 나아가 둘째, 단체행동권의 이러한 제한이 헌법상 아무런 근거도 없다고 하는 점이다. 헌법 제33조 1항에 의한 제한으로는 그 목적과 내용이 '근로조건의 향상을 위하여 자주적인' 것에 한정될뿐이고, 기타 제33조 2, 3항 및 제37조 2항에 의한 제한이 있을뿐이다. 따라서 그러한 제한에 위배되지 않는 모든 단체행동은 정당하다.

3. 단체행동의 면책근거문제

단체행동의 면책근거에 대하여 종래 독일과 한국 및 일본에서 위법성조각이나 구성요건해당성조각이나에 관한 논쟁이 있어 왔다. 그러나 전자는 단체행동권이 헌법상 기본권으로 규정되지 아니한 독일에서의 논의를 답습한 것으로서, 그것이 명문으로 규정된 한국이나 일본에서는 처음부터 논의될 수 없는 성격의 것이었다. 민형법에 우선하는 헌법상 보장된 기본적 인권의 민형사책임을 논한다는 것은 논리적으로 부당하다. 따라서 단체행동이 민형법에 의하면 채무불이행이나 불법행위 또는 범죄를 구성하나 노동단체가 정당

35) Löhisch, *Arbeitsrechts*, 3. Aufl., Rn. 98ff. Zinner/Loritz, *Arbeitsrechts*, 4. Aufl., S. 380ff.

36) 김형배 526, 헌재1990.1.15, 89헌가103.

하게 행하는 경우 그 위법성이 조각된다고 하는 위법성조각설³⁷⁾은 한국이나 일본에서는 처음부터 취해질 수 없는 것이고, 정당한 단체행동은 시민법에 접목된 예외적인 합법적 사회현상이 아니라 노동법에 의해 독자적 성격과 고유한 가치가 승인된 합법적인 행동유형이라고 하는 구성요건해당성조각설이 헌법에 의해 보장된 기본적 인권으로서의 성격에 맞는 해석이라고 할 수 있다. 단체행동은 헌법상의 제한을 벗어나는 경우 당연히 민형사책임을 부과받으므로 그 경우에는 구성요건부터 위법성에 당연히 해당된다.

4. 단체행동의 '실질적 정당성'

우리 나라의 대판³⁸⁾이 제시하는 쟁의행위의 정당성에 관한 기준은 다음과 같다.

첫째, 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자에 의해 행해질 것.

둘째, 노사의 자치적 교섭을 조성하기 위하여 하는 것일 것.

셋째, 사용자가 근로자의 근로조건의 개선에 관한 구체적 요구에 대하여 단체교섭을 거부하거나 단체교섭의 자리에서 그러한 요구를 거부하는 회답을 했을 때에 개시하되 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 사전신고를 거쳐서 행하여야 할 것(노쟁법 제16조).

넷째, 그 행사방법은 노무의 제공을 전면적 또는 부분적으로 정지하여야 하는 것임은 물론 공정성의 원칙에 따라야 할 것임은 노사관계의 신의칙상 당연하며 사용자의 기업시설에 대한 소유권 기타의 재산권과도 조화를 기해야 하고 폭력의 행사는 신체의 자유, 안전이라는 법질서의 기본원칙에 반하는 것이므로 허용될 수 없다(노쟁법 제13조).

한편 예컨대 김형배³⁹⁾가 제시하는 학설상의 기준은 다음과 같다.

첫째, 주체는 단체협약의 체결능력이 있는 노동조합에 의해 주도되고 조직되어야 한다(따라서 비노동조합은 제외). 이는 위 판례의 첫째 요건과 동

37) 대판 1990.7.10. 90도755(판결NO. 243, p.168); 石井, 労働法 p. 371.

38) 대판 1990.5.15. 90도357; 1991.5.24. 91도324; 1992.5.12. 91다34523; 헌재 1990.1.15. 89헌가103;

39) 김형배 p. 541

일하고 독일의 통설⁴⁰⁾과도 같다.

둘째, 목적은 단체교섭상의 목적사항을 관철하는 것이어야 한다(따라서 정치파업과 동정파업은 제외).

셋째, 사용자에게 의한 단체교섭 거부 등의 경우에 최후의 수단으로 사용되어야 하며 사전의 예고를 하여야 하고 평화의무나 평화조항에 위반해서는 안된다.

넷째, 폭력, 상해, 협박 등에 의해서는 안되고 안전, 보안, 공익을 유지해야 된다.

이상 한국에서의 기준은 독일의 경우보다 그 범위가 더욱 좁은 것이라고 하지 않을 수 없다. 예컨대 사전신고 또는 예고의 요구가 그러하며, 평화의무나 평화조항을 기준으로 제시함도 그러하다. 그것들은 법규 또는 협약상 절차의 위반으로서 그 위반으로 인한 벌칙의 부과나 손해배상과는 별도로 단체행동 자체의 정당성과는 무관한 것으로 보아야 한다. 특히 평화의무에 대해서는 독일에서 내재적 한계라고 봄이 통설이나 당사자의 의사에 근거해야 한다고 보는 유력설도 제기되고 있다. 노동단체권이 인정되는 한국에서는 당사자의 합의에 의하지 않는 한 그것을 제한하는 평화의무란 인정될 수 없다. 또한 그것을 인정한다고 해도 그것은 단체협약의 효력문제로 따질 것이지 단체행동의 정당성으로 따질 문제가 아니다.

여하튼 한국에서는 독일의 산별노조조직과 같이 협약체결능력을 갖는 노조가 아니라고 하여도 노동자의 복수가 자주적인 조직을 갖추고서 근로조건 향상을 위한 단체교섭을 요구한 경우 거절되면 단체행동을 하는 권리는 당연히 인정되어야 한다. 따라서 비노조파업이 인정되지 않는다는 것은 노동자의 조직이 아닌 조직의 파업으로 보아야 하지 독일식의 비공인파업으로 보아서는 안된다.

또한 순수한 정치파업은 근로조건 향상과는 무관하나 그것과 관련된 정

40) Hueck-Nipperdey, *Grundriß*, 5. Aufl., S.300; Söllner, *Grundriß*, 10. Aufl., S. 79f.; Zöllner/Lortz, *Arb.R.* S. 421; 菅野, 労働法, p. 492.

치파업인한 단체행동권의 행사로 인정되어야 한다. 동정파업의 경우도 같다. 여하튼 우리 헌법상으로는 비노조파업, 정치파업, 동정파업을 무조건 제외할 이유는 없다. 왜냐하면 그것이 근로조건의 향상을 위한 것으로서 노동자들에 의해 자주적으로 행해지는 한 헌법 제33조의 보호대상이 되기 때문이다. 또한 그것들이 국가안전보장 등 헌법 제37조 2항에 저촉된다고도 볼 수 없다.

5. 정당성이 없는 단체행동의 책임문제

한국과 일본에서는 정당성이 없는 단체행동의 민형사면책을 헌법상 당연한 것으로 인정하면서도 정당성이 없는 단체행동의 경우 노동조합 자체의 책임과 조합간부의 책임은 물론이고 개별 노동자의 책임까지 인정하는 견해가 있다.⁴¹⁾ 특히 문제가 되는 것은 개별 노동자의 책임문제이다. 독일의 통설이나 판례가 노동자의 의사가 단체 속에 매몰된다고 하는 이유에서 개인 책임을 부정하는 것에 비하여 한국과 일본에서는 그것을 부정하고 있다. 이에 대해 김형배는 단체행동은 '개인의 자유로운 의사결정을 기초로 하여 그의 근로조건을 개선해 나가는 하나의 법인된 제도로서 인정되고 있는 것이므로 실행행위의 주체로서의 개인의 책임은 부정될 수 없고 정당성이 없는 단체행동에 참가한 노동자의 책임을 면제한다는 것은 현행 노동법의 기본취지 내지 명문규정에 반한다'고 한다.

그러나 첫째 주장은 단체행동이 하나의 집단적 행위임을 부정하고 독일식으로 말하자면 단체행동이 개인의 자연적 자유행위의 총화로 보는 것을 답습하고 있다는 비판을 면할 수 없다. 그러한 답습을 엄격하게 관찰한다면 개별 노동자의 계약책임 및 불법행위책임까지 인정하는 것이 될 것이다. 또한 둘째 주장 역시 현행 노동법이 정당성이 없는 단체행동을 부정하는 것이 노동법의 취지임을 무시하는 것이라는 비판을 면할 수 없다. 이러한 비판은 조합간부의 책임에 대해서도 마찬가지로 적용된다.

41) 김형배 p. 561.; 菅野 p. 515.

6. 직장폐쇄 문제

한국에서는 직장폐쇄의 정당성을 인정하는 견해가 있다. 예컨대 사용자의 쟁의행위인 직장폐쇄에 대해서 김형배는 다음과 같이 설명한다.

근로자들에게만 실력행사를 인정한다는 것은 노사간의 균형을 상실하게 할 위험이 있으며 또 일방에게만 실력행사를 허용하고 상대방에게 대항행위를 금지한다면 투쟁이라는 것은 처음부터 성립할 수 없기 때문이다.

위의 설명은 독일식의 노사투쟁평등(Kampfparität)의 사고를 근거로 한다. 곧 현재 노사는 균형을 유지하고 있다는 것을 전제로 하여 논리를 전개하고 있다. 그러나 우리 헌법상 사용자의 쟁의행위는 인정되지 않는다. 이는 우리 헌법상 노사간의 균형이 전제되어 있지 않음을 의미한다. 곧 노동자는 사용자보다 그 힘이 약하다는 것을 전제로 하고 그것을 극복하기 위하여 노동자의 노동단체권, 특히 단체행동권이 보장되어 있음을 의미한다. 헌법상 이러한 노동단체권이 규정됨은 두말할 필요도 없이 민법상 평등한 당사자를 전제로 한 것의 모순을 극복하기 위해서이다.

위에서 본 최근 독일 노동법원의 판결논거도 우리의 헌법해석론으로서는 채택하기 어렵다. 기본적인 이유는 우리 헌법의 단체행동권은 협약자치라고 하는 제도보장의 그것이 아니라는 점이다. 또한 사용자간의 연대불과라는 위험성은 독일식의 노동조합과 사용자단체와의 산별협약이라고 하는 체제에서나 인정되는 것이지 기업별교섭을 기본으로 하는 우리의 경우 거의 있을 수 없다는 점이다.

7. 조정절차 문제

1953년에 제정된 우리의 노동쟁의조정법은 행정관청에 의한 알선과 노동위원회에 의한 조정이 실패하지 않는 한 쟁의행위를 할 수 없되, 일반사업에서는 3주일, 공익사업에서는 6주일을 경과한 경우는 예외로 한다고 규정했으며(제7조), 조정에 대해서는 확정판결과 같은 효력을 인정했다(제21조 2

항). 중재의 신청은 당사자 및 직권에 의해 인정되고 불복시에는 재심을 청구하도록 규정된 것은 오늘날의 그것과 같았다. 그러나 긴급조정제도는 없었고 이는 1963년에 도입되었다. 그후 지금까지 약간의 수정이 있었으나 기본 구조는 동일했다고 할 수 있다. 따라서 처음부터 잘못된 것이었으나 반세기 동안 전혀 고쳐지지 못했다.

이러한 조정제도는 앞서도 언급했듯이 다른 나라에서는 도저히 볼 수 없는 제도이다. 외국의 경우 당사자에 의해 선임된 제3자에 의한 임의조정이 일반적이며 국가에 의한 조정제도는 예컨대 독일의 경우 위헌으로 간주되듯이 전혀 뿌리내리지 못했다. 독일에서는 당사자가 체결하는 조정협정에 의해 자치적으로 처리된다. 이 협정은 법원에 의해 강제력이 인정된다. 조정기관은 분쟁중인 노사단체의 동수 대표와 중립의 의장으로 구성된다. 그러나 조정안은 당사자가 받아들이지 않는 한 법적 구속력이 없다. 당사자가 수용하면 단체협약의 효력을 갖는다. 조정협정이 없는 경우나 그것에 의한 조정이 실패한 경우, 당사자는 주의 조정기관에 조정을 신청할 수 있다. 1차적으로는 노동부장관이 선임한 조정인, 2차적으로는 중재위원회에서 행해진다. 그러나 중재재정의 효력은 조정안의 경우와 같다. 따라서 어느 경우이나 그 회부 및 효력은 임의적이다. 한국에서는 독일의 경우 조정을 반드시 거쳐야 쟁의행위를 할 수 있는 것으로 오해하는 경향이 있다.⁴²⁾ 그러나 이는 분명한 오해이다. 당사자간의 조정협정이 있는 경우에 대해서만 쟁의행위의 개시전에 조정 분쟁절차를 취할 의무가 법원에 의해 인정될뿐이다. 그리고 그것을 위배한 경우 채무불이행책임이 인정된다. 이는 독일만이 아니라 다른 나라에서도 마찬가지이다. 따라서 조정을 반드시 거쳐야 한다는 것은 적어도 선진국의 경우 일반적인 것이 아니며, 독일은 물론, 영미나 프랑스 및 일본에서도 조정을 거치지 않고 바로 쟁의행위를 할 수 있다.

42) 김형배 외, 집단적 노사자치에 관한 법률, 124쪽.