

노사분쟁과 경찰의 대응방안 연구

《研 究 陣》

연구위원	이철수 (이화여대 법학과 교수)
연구원	정인섭 (국제노동법연구원 연구원)
	김홍영 (국제노동법연구원 연구원)
연구지도위원	최송화 (서울대 교수)
연구실장	신현길 (충경)
연구관	김동승 (경감)

목 차

I. 서론		301
II. 노사분쟁의 실태와 전망		303
1. 노사분쟁의 발생 추이		303
2. 노사분쟁의 전망		305
III. 노사분쟁에 대한 일반적 법리(위법한 쟁의행위를 중심으로)		308
1. 쟁의행위 및 위법한 쟁의행위의 의의		308
가. 쟁의행위의 의의		308
나. 위법한 쟁의행위의 의의		309
다. 위법한 쟁의행위의 판단기준으로서의 “정당성” 문제		310
2. 쟁의행위와 관련한 불법유형		310
가. 업무방해죄 내지 직무유기죄		311
나. 동력행위등처벌에관한법률 위반		315
다. 노동쟁의조정법 위반		318
라. 집회및시위에관한법률 위반		321
3. 수칙의 정당성:노동조합이 아닌 단결체의 쟁의행위		322
가. 문제의 소재		322
나. 非勞組罷業		322
다. 非公認罷業		324
4. 목적의 정당성		324
가. 성지과업		325
나. 동정과업(지원과업)		325
다. 경영간섭 목적의 쟁의행위		326
라. 가래목적의 쟁의행위		327
마. 과다요구		327
5. 수단과 태양의 정당성		328

가. 과업	328
나. 태업	329
다. 직장질거	329
라. 피케팅	330
마. 브이콧	331
바. 준법투쟁	331
6. 질차위반의 쟁의행위	337
가. 노동쟁의발생신고의무 위반	337
나. 냉각기간의 미경과	339
다. 쟁의행위신고의무 위반	340
라. 조합원 찬반투표 절차의 위반	341
마. 단체협약상의 쟁의절차조항·평화조항 위반의 쟁의행위	342
바. 냉화의무 위반의 쟁의행위	343
7. 쟁의행위 금지·제한규정을 위반한 쟁의행위	344
가. 쟁의행위가 금지되는 근로자의 쟁의행위	344
나. 안전보호시설에 대한 쟁의행위의 금지	348
다. 사업장 이외의 장소에서의 쟁의행위	349
라. 제3자 개입금지	350
Ⅳ. 노동쟁의와 경찰권의 발동	353
1. 警察權發動의 一般的要件	353
2. 警察權發動의 限界	355
가. 必要性 및 法的性質	355
나. 警察消極目的의 原則	356
다. 警察公共의 原則	356
라. 警察責任의 原則	357
마. 警察比例의 原則	358
3. 경찰권발동에 있어서 便宜主義와 警察介入義務	358
가. 便宜主義	358
나. 警察介入義務 및 警察介入請求權	359
4. 쟁의행위에 대한 경찰권발동의 유형	359

가. 警察處分(警察下命)	360
나. 警察上 即時強制(直接的 實力行使)	360
V. 독일에서의 파업과 경찰권의 발동	361
1. 概說	361
2. 刑事處罰될 수 있는 罷業附隨行爲들	363
가. 操業希望者에 대한 犯罪行爲들	363
나. 事業主에 대한 犯罪行爲들	365
다. 형법상 보호된 공공질서에 대한 침해	367
3. 罷業中 犯罪行爲에 대한 警察權의 發動	368
가. 概說	368
나. 아직 경찰권발동이 허용되지 않는 경우	368
다. 경찰권발동이 허용되는 경우	369
라. 경찰권발동이 요구되는 경우(경찰개입의무가 발생하는 경우)	370
VI. 노사분쟁에 대한 경찰행정의 대응방안	371
1. 종합적 고찰	371
가. 범지방경찰 및 중립적 경찰로서의 위상확립	371
나. 노사관계의 자율존중	373
2. 구체적 대응방안	374
가. 사전 대응 방안	374
나. 분규중 대응	374
다. 사후 대응	379
라. 기 타	380
참고문헌	382

표 목 차

〈표 1〉 노사관계의 주요지표 추이	303
〈표 2〉 적법유무별 노사분규 추이	304
〈표 3〉 발생원인별 노사분규의 추이	304
〈표 4〉 주요 산업대분류별 노사분규 발생추이	305
〈표 5〉 임금인상 및 노동생산성 추이	306

I. 서 론

노사분쟁은 집단적 노사관계에서의 분쟁과 개별적 노사관계에서의 분쟁으로 대별할 수 있다. 즉 근로자와 사용자간의 개별적 노사관계에서는 개별 근로자에 대한 해고, 정직, 임금체불 등과 같은 문제에 대해 근로자와 사용자간에 분쟁이 발생할 수 있으며 근로자단체와 사용자(단체)간의 집단적 노사관계에서는 단체교섭의 결렬로 인해 분쟁이 발생할 수 있다.

경찰권의 발동은 주로 집단적 노사분쟁을 중심으로 행하여지므로 본 연구는 집단적 인 쟁의행위를 중심으로 살펴본다.

집단적 노사분쟁은 파업, 태업, 직장점거 등의 형태로 나타나는데 이러한 행위유형에는 통상 사실력이 동원되기 때문에 노사간에 상호 충돌하는 소지가 많고 이로 인해 불법적인 쟁의행위로 발전할 가능성이 높다. 쟁의행위로 인해 — 그것이 적법이건 불법이건 간에 — 근로자들은 임금의 손실을 감수해야 할 뿐만 아니라 사용자들에게도 재산상 손실이 따른다. 불법쟁의행위로 비화할 경우에는 노사의 손실은 물론이고 나아가 공중생활을 불편하게 한다거나 국민경제에 주춤살이 가게하는 부정적 결과가 초래되기도 한다.

그런데 이렇듯 그 자체로 타 법익을 침해할 소지가 많고 때로는 불법행위유형으로 발전할 가능성이 상존하고 있음에도 불구하고, 쟁의행위권을 헌법상의 권리로 인정하고 이에 대하여 폭넓은 민·형사면책 특권을 부여하고 있다는 점에서 여타의 범죄처리에 있어서는 찾아보기 힘든 이례적인 요소가 발견된다.

이 점은 특히 '공적 안전과 질서에 대한 위협의 방지'(Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung)를 본연의 임무로 삼는 경찰행정과 관련하여 보면 묘한 대비를 이룬다. 예컨대 병원과 전기·가스·수도 공급시설 또는 교통시설 등과 같이 국민생활에 중요한 영향을 미치는 공익사업에서 파업이 발생한 경우를 상정해보자. 노동조합은 자신의 권리를 정당하게 행사한 것이기 때문에 특별한 경우가 아니면 법적 책임을 지지 않는다. 한편 경찰행정의 측면에서 보면 이러한 공익적 급부의 마비로 인해 일반공중에게 야기되는 손해를 공적 안전의 관점에서 방지할 것이 요구된다. 이 경우 파업중지와 조업복귀를 명할 수 있는가? 명할 수 없다면 이 경우에 경찰행정의 내용은 무엇인가 등의 물음이 제기된다.

보다 복잡한 양상을 띠는 예로 파업이 실정법규의 위반으로 발생한 경우를 들 수 있

다. 형식논리적으로 보면 실정법규의 위반이 바로 경찰권의 발동요건이 되는 것은 아니다. 왜냐하면 실정법규의 위반은 형벌권의 발동요건(그에 관한 벌칙규정이 있다면)에 관한 문제이고 경찰권의 발동요건은 이와는 별개로 경찰법적 논리에 의해서 규정되는 문제이기 때문이다. 그러나 실정법규를 위반한 파업은 그렇지 않은 경우보다 위법성이 보다 강하게 추정되기 때문에 공적안전의 보호라는 경찰법적 논리와 일정 부분 내적 연관성을 지니고 있다고도 볼 수 있을 것이다. 이 경우 이러한 내적연관성을 어떠한 근거로 정당화시킬 수 있는가라는 물음이 제기된다. 나아가 경찰권의 발동요건이 충족되었다 하더라도 경찰권은 합목적적으로 행사되어야 하고 그 남용을 방지하기 위해 요구되는 제원칙(예컨대, 경찰소극목적의 원칙, 경찰비례의 원칙, 경찰공공의 원칙 등. 이에 관해서는 후술)들의 여과를 거쳐야만 적법하고 타당한 경찰행정으로 평가받을 수 있다.

이렇듯 노사분쟁에 있어 경찰력이 개입하는 것은 법논리적으로 그리 간단한 문제는 아니다. 그런데 지난 경험을 통해 보면 경찰력이 노사자치를 근간으로 하는 노사분쟁에 과도하게 개입한 감이 없지 않다. 사실 과거 경찰은 정의행위를 근로자의 정당한 행위로 이해하기 보다는 경제발전과 사회안정에 저해되는 필요악(必要惡)으로 보아 정의행위과정에서의 불법을 엄단하는 방향으로 경찰행정이 집행되었다고 해도 과언은 아니다.

‘정의행위—공권력 투입—대량해고’라는 과거의 파행적인 방정식이 건전한 노사관계 질서를 형성하는데 도움이 되지 않았음은 재론을 요치 않는다. 최근에 들어와 노사관계가 안정화되어 가고 있고 분규분화도 성숙되어가는 추세에 있다는 점을 감안하면 경찰행정도 이러한 흐름에 조응하여 합리적이고 타당한 방향으로 개선되어야 할 것이다. 본 연구는 정의행위와 경찰권의 상관관계를 법리적으로 규명함으로써 경찰행정의 실천화에 일조하고자 한다. 다음과 같은 순서로 쓰여진다.

제2장에서 우선 노사분쟁의 현 실태와 전망을 살펴본다. 적절한 경찰행정이 이루어지기 위해서는 그 대상인 노사분쟁에 관한 이해가 필요할 것이다.

제3장에서는 경찰력 개입의 일응의 전제가 되는 위법한 정의행위에 대해 노동법적 관점에서 검토한다. 위법한 정의행위의 경우를 정의행위의 주체, 목적, 수단과 태양, 절차법규위반, 정의행위금지·제한규정 위반의 측면에서 각각 살펴본다.

제4장에서는 노사분쟁과 관련한 경찰행정에 관해 행정법적 관점에서 검토한다. 여기서는 경찰권의 발동요건, 한계, 유형 등의 문제가 다루어진다.

제5장에서는 독일의 예를 소개하고자 한다. 경찰중립의 원칙 하에 협약자치를 존중

하기 위하여 범치경찰의 전형을 보여주고 있는 독일의 경험은 우리에게 유익한 시사점을 제공해 줄 것이다

제6장에서는 지금까지의 내용을 종합정리하고 경찰권 발동 외의 경찰의 다각적인 대응방안에 대해 필자의 주문을 담고자 한다.

II. 노사분쟁의 실태와 전망

1. 노사분쟁의 발생 추이

1987년 이전에 노사분쟁은 적었으나 1987년 이후 노동조합의 조직이 증가하고 사용자에게 단체교섭을 요구하는 등 노동운동이 활성화되었다. 그 당시 노동운동을 인정하지 않으려는 사용자측과 이에 따라 실행사를 통해서라도 노동운동을 인정받으려는 근로자측의 대립이 격화되어 노사분쟁이 급증하였다. 이후 점점 노사관계가 안정화되어 노사분쟁의 발생건수가 감소하고 있다.

(표 1) 노사관계의 주요지표 추이

년도	임금 근로자 (천명)	노동조합		노 사 분 쟁			
		조합원 (천명)	조직률 (%)	발생건수	참가자수 (천명)	손실일수 (천일)	파업성향 (일/천인)
1970	3,746	473	12.6	4	1	9	2.4
1975	4,751	750	15.8	52	10	14	2.9
1980	6,464	948	14.7	206	49	61	9.5
1985	8,104	1,004	12.4	265	29	64	7.9
1986	8,433	1,036	12.3	276	47	72	8.5
1987	9,191	1,267	13.8	3,749	1,262	6,947	755.8
1988	9,610	1,707	17.8	1,873	293	5,401	562.0
1989	10,386	1,932	18.6	1,616	409	6,351	611.4
1990	10,950	1,887	17.2	322	134	4,487	409.8
1991	11,349	1,803	15.9	234	175	3,271	288.2
1992	11,568	1,735	15.0	235	105	1,528	132.1
1993	11,751	1,667	14.2	144	109	1,308	111.3
1994	12,297	1,659	13.5	121	104	1,484	120.7
1995	12,736	1,615	13.4	88	50	393	30.8

자료: 한국노동연구원, 「1996년 KLI 노동통계」, 1996.3, 198면.

하기 위하여 범치경찰의 전형을 보여주고 있는 독일의 경험은 우리에게 유익한 시사점을 제공해 줄 것이다

제6장에서는 지금까지의 내용을 종합정리하고 경찰권 발동 외의 경찰의 다각적인 대응방안에 대해 필자의 주문을 담고자 한다.

II. 노사분쟁의 실태와 전망

1. 노사분쟁의 발생 추이

1987년 이전에 노사분쟁은 적었으나 1987년 이후 노동조합의 조직이 증가하고 사용자에게 단체교섭을 요구하는 등 노동운동이 활성화되었다. 그 당시 노동운동을 인정하지 않으려는 사용자측과 이에 따라 실행사를 통해서라도 노동운동을 인정받으려는 근로자측의 대립이 격화되어 노사분쟁이 급증하였다. 이후 점점 노사관계가 안정화되어 노사분쟁의 발생건수가 감소하고 있다.

(표 1) 노사관계의 주요지표 추이

년도	임금 근로자 (천명)	노동조합		노 사 분 쟁			
		조합원 (천명)	조직률 (%)	발생건수	참가자수 (천명)	손실일수 (천일)	파업성향 (일/천인)
1970	3,746	473	12.6	4	1	9	2.4
1975	4,751	750	15.8	52	10	14	2.9
1980	6,464	948	14.7	206	49	61	9.5
1985	8,104	1,004	12.4	265	29	64	7.9
1986	8,433	1,036	12.3	276	47	72	8.5
1987	9,191	1,267	13.8	3,749	1,262	6,947	755.8
1988	9,610	1,707	17.8	1,873	293	5,401	562.0
1989	10,386	1,932	18.6	1,616	409	6,351	611.4
1990	10,950	1,887	17.2	322	134	4,487	409.8
1991	11,349	1,803	15.9	234	175	3,271	288.2
1992	11,568	1,735	15.0	235	105	1,528	132.1
1993	11,751	1,667	14.2	144	109	1,308	111.3
1994	12,297	1,659	13.5	121	104	1,484	120.7
1995	12,736	1,615	13.4	88	50	393	30.8

자료: 한국노동연구원, 「1996년 KLI 노동통계」, 1996.3, 198면.

이러한 점은 표 1에서도 확인할 수 있다. 이 표는 노동부에서 집계한 노사분규에 관한 것으로, 이 때의 노사분규는 파업 또는 직장폐쇄를 수반한, 즉 조합중단을 초래한 노사분규만을 집계대상으로 하고 있다.

노사분쟁의 발생건수가 감소하는 것은 절대적 수 및 파업성향을 통해서도 확인될 수 있다.

또한 다음 표에서 확인되는 바와 같이 발생하는 노사분쟁 중 적법한 쟁의항위의 비율이 높아지고 있다.

(표 2) 적법유무별 노사분규 추이

	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995
합법비율(%)	5.9	20.4	31.5	43.2	60.3	64.3	76.1	66.9	86.2

자료: 한국노동연구원, [1996년 KLI 노동통계], 1996.3, 204면.

다음은 노사분쟁을 발생원인별로 본 노동부 자료이다.

(표 3) 발생원인별 노사분규의 추이

	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995
채불임금	59	59	10	5	27	11	6	—
임금인상	946	742	167	132	134	66	51	33
휴폐업및조합단축	20	30	6	—	—	—	—	—
해고	110	81	18	7	4	—	3	1
부당노동행위	59	10	—	—	—	—	—	—
근로조건개선	136	21	2	2	—	—	—	—
단체협약	328	426	49	56	49	52	42	49
기타	215	247	70	32	31	13	19	5

자료: 한국노동연구원, [1996년 KLI 노동통계], 1996.3, 202면.

이 자료에 의하면, 임금인상과 단체협약이 노사분쟁의 주요 원인이 됨을 알 수 있다. 1995년도에 총 88건의 노사분규중에서 55.7%에 해당하는 49건이 단체협약의 재개정을 둘러싼 분규였으며, 37%에 해당하는 33건이 임금인상과 관련된 분규였다. 단체협약을 둘러싼 분규가 임금인상관련 분규보다 많은 비중을 차지하는 경우는 1995년이 처음인 바, 이는 1987년 이후 상당 폭의 임금인상이 이루어지고 최근 2,3년간 물가도 비교적 안정되면서 임금인상에 대한 요구가 상대적으로 감소되고 대신 단체협약의

요구가 근로시간 단축, 퇴직금 누진제, 월급제 실시 등과 같은 임금 이외의 근로조건 개선에 관한 사항으로 다양화되고 있기 때문인 것으로 분석된다.¹⁾

주요 산업대분류별 노사분규 발생추이를 보면 다음과 같다.

(표 4) 주요 산업대분류별 노사분규 발생추이 (단위: 건, %)

	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995
제조업	927(57.4)	227(70.4)	162(69.2)	135(57.4)	93(64.6)	60(49.6)	57(64.8)
운수업	428(26.5)	44(13.7)	43(18.4)	40(17.0)	21(14.6)	34(28.1)	8(9.1)
광업	65(4.0)	15(4.7)	5(2.1)	11(4.7)	0(0.0)	3(2.5)	0(9.9)
기타	196(12.1)	36(11.2)	24(10.3)	49(20.9)	30(20.80)	24(19.8)	23(26.1)
김산업	1,616(100.0)	322(100.0)	234(100.0)	235(100.0)	144(100.0)	121(100.0)	88(100.0)

제조업이 차지하는 비율은 대동소이하나 운수업과 광업의 비율이 줄어들고 있고 기타 부분에 있어 노사분규가 증대하고 있다는 점이 주목된다. 이는 공공부분, 금융등 화이트칼라노조의 확산과 무관하지 않을 것이다.

2. 노사분쟁의 전망

최근에 들어와 노사관계가 성숙되고 안정화기조가 눈에 띈다. 위에서 살펴본 바와 같이 노사분규 발생건수 및 조업손실일수가 감소하고 정의행위가 적법한 형태로 수행되고 있다는 점에서도 확인할 수 있을 것이다.

우선 장기과업→대량해고→공권력 투입→복적부쟁으로 이어지는 극단적인 노사대립과 타율적인 분쟁의 해결이라는 과묵적인 노사관계를 찾아보기 힘들게 되었다는 점이 주목된다. 올해 초에 한국통신에서 환태 긴장감이 풀었으나 안정분규의 소지를 노사가 사찰리 최소화하려는 절제력을 보여주었다.

그리고 참여·협력적 노사관계의 중요성을 인식하고 노사협력운동이 상당부분 진전되고 있다는 점을 들 수 있다. 이러한 기조가 하나의 세력으로 성장하게 된 것은 WTO 체제 하에서의 새로운 노사관계의 패러다임을 모색하여야 한다는 학계의 주장과 정부의 지원 및 과거와 같은 대립과 갈등위주의 노사관계가 근로자의 지위향상과 기업발전에 도움을 주는 최선의 길은 아니라는 노사의 자각이 함께 어우러질 수 있었기 때문이다

1) 노동부, 『95년 노사분규 사례집』, 1995.12. 9-10면 참조.

요구가 근로시간 단축, 퇴직금 누진제, 월급제 실시 등과 같은 임금 이외의 근로조건 개선에 관한 사항으로 다양화되고 있기 때문인 것으로 분석된다.¹⁾

주요 산업대분류별 노사분규 발생추이를 보면 다음과 같다.

(표 4) 주요 산업대분류별 노사분규 발생추이 (단위: 건, %)

	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995
제조업	927(57.4)	227(70.4)	162(69.2)	135(57.4)	93(64.6)	60(49.6)	57(64.8)
운수업	428(26.5)	44(13.7)	43(18.4)	40(17.0)	21(14.6)	34(28.1)	8(9.1)
광업	65(4.0)	15(4.7)	5(2.1)	11(4.7)	0(0.0)	3(2.5)	0(9.9)
기타	196(12.1)	36(11.2)	24(10.3)	49(20.9)	30(20.80)	24(19.8)	23(26.1)
김산업	1,616(100.0)	322(100.0)	234(100.0)	235(100.0)	144(100.0)	121(100.0)	88(100.0)

제조업이 차지하는 비율은 대동소이하나 운수업과 광업의 비율이 줄어들고 있고 기타 부분에 있어 노사분규가 증대하고 있다는 점이 주목된다. 이는 공공부문, 금융등 화이트칼라노조의 확산과 무관하지 않을 것이다.

2. 노사분쟁의 전망

최근에 들어와 노사관계가 성숙되고 안정화기조가 눈에 띈다. 위에서 살펴본 바와 같이 노사분규 발생건수 및 조업손실일수가 감소하고 정의행위가 적법한 형태로 수행되고 있다는 점에서도 확인할 수 있을 것이다.

우선 장기과업→대량해고→공권력 투입→복적부쟁으로 이어지는 극단적인 노사대립과 타율적인 분쟁의 해결이라는 과묵적인 노사관계를 찾아보기 힘들게 되었다는 점이 주목된다. 올해 초에 한국통신에서 환태 긴장감이 돌았으나 안정분규의 소지를 노사가 사출리 최소화하려는 절제력을 보여주었다.

그리고 참여·협력적 노사관계의 중요성을 인식하고 노사협력운동이 상당부분 진전되고 있다는 점을 들 수 있다. 이러한 기조가 하나의 세력으로 성장하게 된 것은 WTO 체제 하에서의 새로운 노사관계의 패러다임을 모색하여야 한다는 학계의 주장과 정부의 지원 및 과거와 같은 대립과 갈등위주의 노사관계가 근로자의 지위향상과 기업발전에 도움을 주는 최선의 길은 아니라는 노사의 자각이 함께 어우러질 수 있었기 때문이다

1) 노동부, 『95년 노사분규 사례집』, 1995.12. 9-10면 참조.

다.” 대통령 자문기구로 1996년 5월에 발족한 노사개혁위원회에서 노사가 합의형성을 위해 나름대로 상당한 노력을 기울인 점은 이러한 협력분위기와 무관하지 않다고 볼 수 있다.

또한 임금인상률이 적정수준에 보다 근접해가고 있고 조합원들의 요구가 다양화되고 있다는 점이다.

(표 5) 임금인상 및 노동생산성 추이 (단위 : %)

		1987--89 연평균	1990	1991	1992	1993	1994	1995
협약임금 인상률		15.6	9.0	10.5	6.5	5.2	7.2	7.7
실제임금 인상률		18.3	18.8	17.5	15.2	12.2	12.7	11.4
노동 생산 성	물적	7.5(1989)	12.7	13.8	10.7	8.0	10.1	10.5
	부가 가치	7.8(1989)	12.2	11.8	8.8	7.6	9.3	9.1

위의 표에서 나타난 바와 같이 임금인상률이 하락하는 추세에 있고 노동생산성에 큰 접해가는 양상을 보여준다. 이에 반해 조합원들의 요구가 임금에만 국한되지 않고 산업안전, 근로시간, 복지·인사제도, 고용안전 등으로 다양화하고 있기 때문에 일반 단체협약사항이 노사관계에서 중요성이 더욱 높아지고 있다. 그 결과 분규발생원인을 보면 1995년에 들어와 단체협약이 임금인상보다도 높은 비율을 차지하고 있음을(표 3)에서 확인할 수 있다. 일반적인 단체협약사항의 갱신을 위한 교섭은 통상 하나의 생설으로 치열하게 대립하는 방식보다는 보다 전문적이고 합리적인 안을 갖고 실질적인 교섭을 전개하는 양상을 띠게 되기 때문에 임금에 관한 사항보다는 훨씬 더 전문적인 검토와 합리적인 대안을 요구하기 때문에 전반적으로 교섭분위기가 적당되기는 쉽지 않다.

위의 전반적인 안정화 추세가 당분간 지속될 것으로 예상되지만 최근의 노사환경을 보면 노사분규를 촉발시킬 소지가 있는 몇 가지 돌출변수가 발견되고 있어 1997년의 노사관계는 낙관만을 할 수 없는 상태라고 할 수 있다.

2) 최영기, “노사관계의 평가와 전망”, 『분기별노동동향분석』, 한국노동연구원, 1995 4/4, 103면 참조

우선 대선정국에 접어든다는 점을 볼 수 있다. 이는 단순한 정치일정상의 의미 이상의 복합적인 의미를 갖고 있다. 새로운 정권창출을 위한 선거과정에서 통상적으로 나타나는 사회분위기 이완과 통제력의 감퇴 및 집단이기주의 등의 일반적인 양상과는 별도로, 현재 노사관계제도와 관행을 바꾸려는 개혁프로그램이 혼선을 빚을 가능성도 없지 않다. 경쟁력 강화를 위해 노동의 유연화 전략을 추진하려는 사용자나 진향적인 법제도 개선을 요구하고 있는 노동자 공히 그간의 내외적 요인들로 인해 기대수준이 어느 때보다 높은 시점에서 일관성 없는 정책은 자칫 노사의 갈등을 증폭시킬 소지가 없지 않다.

또한 현재 금융권에서 고용조정문제로 진통을 겪고 있는 예에서 보듯이 고용분제가 맞이할로 부상할 가능성이 높다. 공공부문에서 비용절감과 인원감축을 통한 감량경영(down sizing)에 박자를 가할 것으로 보이는데 이러한 경향은 일반사업장으로도 파급되어 노동자들의 고용불안심리를 자극할 소지가 많다. 이 외에도 도산으로 인한 실업, 기업의 조직변경, 명예퇴직 등의 요인도 고용불안을 야기시킬 것이다. 최근 정리해고제도 도입과 관련해서 노사가 첨예하게 대립하고 있는 예에서 볼 수 있듯이 이러한 고용분제는 노사간에 합리적 설득과 양보를 얻어내기가 어려운 속성을 지니고 있기 때문에 기존의 해고자복지문제와 맞물려 이로 인한 분쟁이 발생할 가능성이 높다.

이와 더불어 한국노총과 민주노총의 조직경쟁도 간과할 수 없는 사실이다. 물론 최근 조합원들이 중산층 의식과 생활에 익숙해지면서 과거의 전투적인 운동방향과 방식 안으로는 조합원들의 지지를 얻기가 힘들다는 점을 인식하고 있지만 향후 법개정과 관련한 명분싸움이 노사관계를 어렵게 할 소지도 없지 않다. 특히 전세계적인 보수화추세, WTO체제 하에서의 국가경쟁력 우위의 사조, 경제위기론의 대두와 노동유연화전략의 관행 등, 전반적으로 보아 1997년에는 내·외적인 노동환경이 노동자들에게 불리하게 전개될 가능성이 높는데 노동자들의 불만이 법제도 개선분제와 맞물려 상승작용을 일으킬 가능성도 배제할 수는 없다.

III. 노사분쟁에 대한 일반적 법리(위법한 쟁의행위를 중심으로)

1. 쟁의행위 및 위법한 쟁의행위의 의의

가. 쟁의행위의 의의

근로자들이 노사관계상의 주장을 관철하기 위하여 집단적으로 행하는 제반 실력행사를 團體行動이라 한다. 단체행동은 주장관철을 목적으로 한다는 점에서 주로 단결권의 유지·확대를 목적으로 하는 협의의 단결활동 즉 組合活動과 구별되고, 또한 집단적 실력행사라는 점에서 대표를 통한 평화적 타협과정인 團體交渉과 구별될 수 있다.

쟁의행위는 가장 대표적인 단체행동의 行爲態樣이다. 노동쟁의조정법은 쟁의행위에 대해 「동맹파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상한 운영을 방해하는 것」이라고 정의하고 있다(제3조).

파업(strike)은 근로자가 단결하여 노무의 제공을 거부할 것을 내용으로 하는 쟁의행위이며 근로자의 쟁의행위 가운데 가장 역사가 오래되고 또한 널리 행해지고 있는 쟁의수단이다.

태업은 사용자의 지휘명령에 따르되 이를 부분적으로 배제하고 불완전한 노무를 제공함으로써 업무의 능률을 저하시키는 쟁의수단이다. 태업은 통상적보다 작업속도를 저하시킴으로써 업무능률을 저하시키는 유형이 전형적이기는 하나, 통상적인 업무를 그대로 유지하면서 특정한 업무만을 거부하는 유형도 있다.

직장점거는 쟁의기간 중에 근로자가 기업시설에 머물면서 집회나 시위를 계속하면서 파업과 같은 주된 쟁의행위의 실효성을 확보하기 위해서 기업시설을 점거하는 형태의 쟁의행위이다.

피케팅은 파업과 같은 주된 쟁의행위에 부수하여 다른 근로자 및 일반 시민에게 쟁의 중임을 알려 근로자측에 유리한 여론을 형성하거나, 쟁의행위에서의 근로자의 이탈을 방지하고 대체근로를 저지함으로써 주된 쟁의행위의 실효성을 높이기 위해서 필요한 장소에 감시하는 인원을 배치하거나 사업장의 출입통행에 제한을 가하려는 쟁의형태이다. 넓은 의미로는 제품의 출하업무나 관리직 사원의 출입을 통제하는 경우까지 포함된다.

보이콧은 조합원, 소비자 또는 타기업을 대상으로 쟁의중인 기업의 생산품의 불매 내지 거래의 중단을 호소함으로써 사용자에게 압력을 가하는 쟁의형태이다.

나. 위법한 쟁의행위의 의의

위에서 살펴본 바와 같이 쟁의행위는 그 자체로 업무의 정상적인 운영을 저해하기 때문에 사용자의 권익을 침해하거나 범죄의 구성요건에 해당되는 경우가 많다.

이러한 이유로 자본주의 초기단계에서는 근로자들이 단체교섭을 요구하는 것은 계약 자유의 원칙에 반하며, 단체교섭을 위해 파업 등 쟁의행위를 하는 것은 근로계약을 불이행하고서 사용자의 업무를 방해하고 사회질서를 파괴하는 불법행위로 파악하여 금지되었다.

그러나 이후 근로자들의 집단을 배경으로 한 단체교섭을 적법한 것으로 容認하고 단체교섭을 유리하게 이끌기 위해 파업 등 쟁의행위가 단체행동권으로 인정되었는 바 우리의 노동조합법 제2조에서는 「형법 제20조의 규정은 노동조합의 단체교섭 기타의 행위로서 제1조에 개기한 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용한다.」고 밝히고 있으며, 또한 노동쟁의조정법 제8조에서는 「사용자는 이 법에 의한 쟁의행위로 인하여 손해를 받은 경우에 노동조합 또는 근로자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다.」고 밝히고 있다.

요컨대 현재의 법체계 하에서는 정당한 쟁의행위는 민사상 및 형사상 면책을 받도록 하고 있다(이른바 면죄적 쟁의행위).

그러나 경우에 따라서는 쟁의행위가 목적, 수단 등에 있어 정당하지 못한 것으로 평가되어 이러한 면죄적 보호를 받지 못하는 경우가 있는데 이를 통상 위법한 쟁의행위라 칭한다.

같은 어휘 행위가 면죄적 쟁의행위인가 아니면 위법한 쟁의행위인가를 판단하는 시점적인 차이에 살펴보는 바의 '정당성' 기준이다. 이 기준은 범죄의 성립여부 뿐만 아니라 경찰권의 발동근거와도 밀접한 관련이 있기 때문에 중요한 의미를 지닌다.

그런데, 예전대 냉각기간을 거치지 않고 쟁의행위에 돌입한 경우와 같이, 노동쟁의조정법상의 범규를 준수하지 않은 쟁의행위가 발생할 수가 있는데 이를 불법쟁의행위라고 칭하기도 한다. 이러한 불법쟁의행위에 대해서는 노동쟁의조정법상의 벌칙조항이 있고 이를 근거로 처벌을 하지만 범규위반이라는 사실만으로 바로 당해 쟁의행위의 '정당성'을 부정하지는 않는다. 경우에 따라서는 범규위반의 쟁의행위에 대해서도 그

정당성이 인정되고 그 결과 업무방해죄 등의 형사상 책임을 물을 수가 없게 된다(이에 관해서는 후술).

다. 위법한 쟁의행위의 판단기준으로서의 “정당성” 문제

이렇듯 쟁의행위의 정당성 판별은 노사관계 및 국가의 형벌권 탈퇴에 중요한 영향을 미친다. 그런데 정당성 개념은 단순한 법규위반과 그 차원을 달리하는 문제이고 일정한 쟁의행위에 대하여 단체행동권 보장취지에 비추어 그 보장에 따르는 효과를 인정할 것인가에 대한 법적평가에 관련된 문제라 할 수 있다.

노동조합법 제2조 및 노동쟁의조정법 제8조에서는 쟁의행위의 정당성 기준에 관한 구체적인 판단기준을 제시하고 있지 않기 때문에 이는 해석론에 맡겨져 있는데 전체법 질서 하에서 쟁의행위권과 이와 접촉면에 있는 타법익을 합목적적으로 조정하는 선에서 결정된다고 할 수 있다.

예를 들어 우리 헌법에서는 단체행동권을 보장하고 있을 뿐만 아니라 이와 동연에서 재산권(헌법 제23조)도 보장하고 있기 때문에 단체행동권과 재산권이 서로 충돌하지 않으면서 합체제적으로 조화를 이루는 범위 내에서 정당한 쟁의행위가 보호된다고 할 수 있다.

결국 쟁의행위가 정당한가의 여부는 헌법상의 근로삼권 보장취지 및 노동조합법, 노동쟁의조정법 등의 노동관계법규의 내용을 종합적으로 고려하여 쟁의행위의 실태에 따라 개별적·구체적으로 판단된다. 쟁의행위는 사용자의 대응책에 조용하여 상대적, 유동적으로 행해지기 때문에 그 정당성의 기준을 고정적으로 설정하기는 어렵고 개개의 쟁의행위의 구체적 경우에 따라 제반사정을 고려하여 신중히 판단될 수밖에 없을 것이다.

통상적으로는 쟁의행위의 정당성은 그 주체, 목적, 개시시기·절차, 수단·태양, 및 실정법규 위반의 측면에서 검토되기 때문에 이하에서도 (제3절 이하) 이러한 순서에 따라 위법한 쟁의행위의 유형을 살펴본다.

2. 쟁의행위와 관련한 불법유형

1987년 이후 쟁의행위에 관련되어 형사책임으로 주로 문제되는 처벌법규는 첫째, 업무방해죄 내지 직무유기죄, 둘째, 폭력행위등 처벌에 관한 법률 위반, 셋째, 노동쟁의조정법위반, 넷째, 집회 및 시위에 관한 법률 위반 등이다. 이하 각 경우를 세분하여 고찰한다.

정당성이 인정되고 그 결과 업무방해죄 등의 형사상 책임을 물을 수가 없게 된다(이에 관해서는 후술).

다. 위법한 쟁의행위의 판단기준으로서의 “정당성” 문제

이렇듯 쟁의행위의 정당성 판별은 노사관계 및 국가의 형벌권 탈퇴에 중요한 영향을 미친다. 그런데 정당성 개념은 단순한 법규위반과 그 차원을 달리하는 문제이고 일정한 쟁의행위에 대하여 단체행동권 보장취지에 비추어 그 보장에 따르는 효과를 인정할 것인가에 대한 법적평가에 관련된 문제라 할 수 있다.

노동조합법 제2조 및 노동쟁의조정법 제8조에서는 쟁의행위의 정당성 기준에 관한 구체적인 판단기준을 제시하고 있지 않기 때문에 이는 해석론에 맡겨져 있는데 전체법 질서 하에서 쟁의행위권과 이와 접촉면에 있는 타법익을 합목적적으로 조정하는 선에서 결정된다고 할 수 있다.

예를 들어 우리 헌법에서는 단체행동권을 보장하고 있을 뿐만 아니라 이와 동연에서 재산권(헌법 제23조)도 보장하고 있기 때문에 단체행동권과 재산권이 서로 충돌하지 않으면서 합체제적으로 조화를 이루는 범위 내에서 정당한 쟁의행위가 보호된다고 할 수 있다.

결국 쟁의행위가 정당한가의 여부는 헌법상의 근로삼권 보장취지 및 노동조합법, 노동쟁의조정법 등의 노동관계법규의 내용을 종합적으로 고려하여 쟁의행위의 실태에 따라 개별적·구체적으로 판단된다. 쟁의행위는 사용자의 대응책에 조용하여 상대적, 유동적으로 행해지기 때문에 그 정당성의 기준을 고정적으로 설정하기는 어렵고 개개의 쟁의행위의 구체적 경우에 따라 제반사정을 고려하여 신중히 판단될 수밖에 없을 것이다.

통상적으로는 쟁의행위의 정당성은 그 주체, 목적, 개시시기·절차, 수단·태양, 및 실정법규 위반의 측면에서 검토되기 때문에 이하에서도 (제3절 이하) 이러한 순서에 따라 위법한 쟁의행위의 유형을 살펴본다.

2. 쟁의행위와 관련한 불법유형

1987년 이후 쟁의행위에 관련되어 형사책임으로 주로 문제되는 처벌법규는 첫째, 업무방해죄 내지 직무유기죄, 둘째, 폭력행위등 처벌에 관한 법률 위반, 셋째, 노동쟁의조정법위반, 넷째, 집회 및 시위에 관한 법률 위반 등이다. 이하 각 경우를 세분하여 고찰한다.

가. 업무방해죄 내지 직무유기죄

형법 제314조에서는 「제313조의 방법(허위의 사실을 유포하거나 기타 위계로써) 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천 500만원 이하의 벌금에 처한다」고 규정하고 있다.

공무원의 경우에는 형법상 직무유기죄가 적용된다. 형법 제122조에서는 「공무원이 상당한 이유 없이 그 직무수행을 거부하거나 그 직무를 유기한 때에는 1년 이하의 징역이나 금고 또는 3년 이하의 자격정지에 처한다」고 규정하고 있다.

소극적인 작업거부행위에 대해서도, 그것이 노동관계법령에 따른 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 경우가 아닌 한, 위력에 의한 업무방해죄가 성립한다. 이 경우 업무방해의 결과가 현실적으로 발생하지 않더라도 업무방해의 결과를 발생할 임려가 있으면 범죄가 성립한다고 보는 것이 법원의 입장이다.

[참조 판례]

* 대법원 1991.11.8, 선고 91도326 판결 [대림기업사사건]

「근로자들이 작업시간에 집단적으로 작업에 일하지 아니한 것은 다른 위법의 요소가 없는 한 근로제공의무의 불이행에 지나지 않는다고 할 것이지만, 단순한 노무제공의 거부라고 하더라도 그것이 정당한 정의행위가 아니면서 위력으로 업무의 정상적인 운영을 방해할 정도에 이르면 형법상 업무방해죄가 성립될 수 있다고 할 것인 바, 피고인이 주도한 이 사건 작업거부, 중단 및 지연 등의 행위(이하 작업거부행위라고 줄인다)로 인하여 회사의 생산·판매등 업무의 정상적인 운영을 방해하여 손해를 발생하게 하였고, 위와 같은 조합원의 찬반투표는 정의발생의 신고를 내기로 한 점에 관한 것이지, 구체적으로 정의행위에 돌입하기 위한 것은 아니었음이 기록상 명백하며, 한편 원심이 실시한 준법투쟁이라 함은 근로자 집단이나 노동조합이 그들의 주장을 관철하기 위하여 법의 규정을 준수하고 규정대로의 권리행사를 한다는 명목으로 정시출근, 정시퇴근, 시간외 근로거부 등을 수단으로 하는 투쟁인 바, 피고인의 위 작업거부행위는 작업시간을 지키지 않거나 작업시간중에 한 행위로서 이를 준법투쟁이라고 볼 수 없는 바 이를 정의행위로 본다 하더라도 이에 관하여 위와 같이 노동쟁의조정법 제12조 소정의 적법한 절차가 없었고 제14조 소정의 냉각기간을 위배하는 등 그 절차에 위배하였을 뿐만 아니라 이로 인하여 피고회사의 정상적인 업무의 운영이 방해되어 손해가 발생하였으므로 그것이 노동관계법령에 따른 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 경우가 아닌 한 업무방해죄의 죄책을 면할 수 없다고 할 것이며, 또한 집단적인 작업의 거

부는 그 자체가 업무방해죄의 구성요건인 위력에 해당될 수 있고 원심의 판단과 같이 근로자들에게 위력을 사용하여 작업을 거부하게 함으로써 사용자의 업무를 방해한 경우에만 업무방해죄가 성립되는 것은 아니라고 할 것이다.

* 대법원 1991.4.23, 선고 90도2771 판결 [현대중공업사건]

「사용자와 근로계약을 체결한 근로자가 자의로 계약을 위반하여 근로를 제공하지 아니하였다고 하더라도, 근로계약의 불이행에 따르는 채무불이행의 책임을 지게 되는 것은 별론으로 하고, 바로 업무방해죄를 구성하는 것이라고 볼 수는 없겠지만, 다수의 근로자들이 상호 의사연락하에 집단적으로 작업장을 이탈하거나 절근하는 등 근로의 제공을 거부함으로써 사용자의 생산·판매 등 업무의 정상적인 운영을 저해하여 손해를 발생하게 하였다면, 그와 같은 행위가 노동관계법령에 따른 정당한 정의행위로서 위법성이 조각되는 경우가 아닌 한, 다중의 위력으로써 타인의 업무를 방해하는 행위에 해당하여 업무방해죄를 구성한다고 보아야 할 것이다.

따라서 피고인이 공소사실로 적시된 바와 같은 방법으로 회사 소속 근로자들이 그 일과시간에 집단적으로 작업에 임하지 아니하고 집회 및 시위에 참가하게 함으로써 회사의 조업에 차질을 가져오게 하였다면, 그와 같은 집단행동이 노동관계법령에 따른 정당한 정의행위에 해당하지 아니하는 한, 피고인은 집단행동을 통한 위력으로써 회사의 업무를 방해한 공동정범으로서의 책임을 면할 수 없는 것이라고 볼 수밖에 없다. 원심이 판시한 바와 같이 피고인이 근로자들에게 위계 또는 위력을 행사한 결과로 근로자들이 회사의 업무를 방해한 경우에만 업무방해죄의 책임을 진다고 볼 것은 아니다.

업무방해죄와 관련된 몇가지 대표적 사례를 들어보면 다음과 같다:

① 서울지하철공사사건

대법원 1990.9.28, 선고 90도602 [서울지하철공사]

대법원 1990.5.15, 선고 90도357 [서울지하철공사]

1989.2.28. 11:00경 지하철공사 본관 앞 마당에서 조합원 1,700여명이 모여 개최된 노조탄압 및 합의각서 피이행규탄 조합원총회에서 노조위원장 정운량이 “서울부터 지하철공사 전 건물을 점거하여 정상근무를 마비시킨다”, “2.28.부터 3.4.까지 각 거부별로 교대로 점거를 계속하고 정문에는 바리케이트를 설치하여 외부인의 출입을 통제한다”는 등의 지시를 하고, 이에 따라 노조원 660여명이 공사사무실 안으로 몰려 들어가 그곳에서 근무중이던 직원들을 강제로 몰아내고, 같은 해 3.3.까지 그 사무실을 점거하여 구호를 외치고 노동가를 부르는 등 농성행위를 하여 공사의 업무를 방해하였다.

이에 대해 법원은 「직장점거는 사용자측의 점유를 배제하지 아니하고 그 조업도 방해하지 않는 부분적, 병존적 점거일 경우에 한하여 정당」한데, 위의 직장점거는 사용자의 업무를 전연적으로 배제하는 배타적 점거였으므로 업무방해죄를 인정하였다.

2. 삼척탄좌광업소사건

대법원 1990.7.10, 선고 90도755 [삼척탄좌광업소사건]

정운환, 진광수 등의 사복탄좌 점안광업소 근로자 9 내지 10명이 철제옷장으로 출입구를 봉쇄하고 바리케이트를 설치한 후 출근한 근로자 300여명 또는 600여명이 탄의실에 들어가지 못하도록 하고 근로자들에게 입경을 하지 말도록 선동 및 탄의실을 잠가 농성하여 광업소의 조업을 방해하였다.

이에 대해 법원은 위력으로 사람의 업무를 방해한 경우로서 업무방해죄에 해당한다고 보았다.

3. 대한교육보험사건

대법원 1991.6.11, 선고 91도383 [대한교육보험사건]

대한교육보험노동조합의 이상학 등 쟁의대책위원 및 노조원들 2,000여명은 서울 본사로의 상경파업농성투쟁을 결의하고, 1990.5.24. 09:00경부터 18:30경까지 사이에 대한교육보험주식회사 본사 건물 내의 1층 로비, 2층 보험금부, 경리부 영업장, 4층 계리부 앞 복도, 5층 계약부 영업장, 7층 용자부 영업장, 10층 의무실 앞 복도 등을 회사노조원 약 1,500명이 동원하여 점거농성하였다. 이 때 2층 보험금부 영업장에서는 부산 지부노조협의회 부회장 이형기가 노조원 약 200명을 지휘하여 파업관련내용을 적은 포켓과 깃발을 들고 북을 치면서 “파업”, “경영진은 풀러나라” 등의 구호를 외치며 영업장을 점거하고 근무중인 비노조원 등에게 파업에 참여할 것을 종용하고, 4층 계리부 사무실 앞 복도에서는 노조위원장인 김학인이 노조원 약 100명을 지휘하여 북을 치고 투쟁가 등을 부르며 근무중인 비노조원들에게 파업참여를 종용하고, 5층 계약부 사무실에서는 김학인, 본사협의회장 장소의 장도관 등이 약 50명의 노조원을 지휘하여 영업장을 점거하고 웨트마이크를 들고 “본사 동참하라” 등의 구호를 외치며, 김학인이 노조원 약 100명을 지휘하여 영업장을 점거한 채 “90일부 생원하여 아내에게 사랑받자”, “파업동참하라” 등의 구호를 외치고 각자 지참한 호루라기를 일시에 불어대고, 이어서 18:30경부터 19:30경까지 사이에는 위 노조원들을 모두 1층 로비에 모이게 하여 위 건물의 입구인 1층 로비를 점거한 채 총회를 진행하고 북과 뿔과리를 치면서 각종 구호와 노래를 불렀다. 그날부터 1990.5.31까지 사이에 일요일인 동년 5.27.을 제외하고 매일 약 1,500명내지 약 2,000명의 노조원들을 동원하여 18:00경에 위 건물 1층 로

비에서 정기적으로 당일 참가노조원의 총회를 갖고 나머지 시간에는 쟁의대책위원회에서 지정한 대로 위 건물 주차장과 위 건물의 1층 로비, 2층 보험금부, 정리부 영업장, 3층 임원실 앞 복도, 4층 계리부 사무실, 5층 계약부 영업장, 7층 용자부 영업장, 10층 의무실, 휴게실 앞 복도 등에 “물가걱정, 집값걱정, 단합통해 해결하자”, “승리의 그날까지 죽어도 또 죽어도 못 내려간다” 등의 내용을 적은 풀대카드를 걸고 파업부정행동지침, 각종 홍보문 등의 대자도를 붙이고 별지 쟁의 상황표 기재와 같이 각 농성장에서 다수의 인원으로 농성장을 점거하여 고객 및 근무사원들의 통행을 방해하고, 무호, 노래 등의 제창과 엠프와 전자울젠, 북, 팽가리, 호루라기 등의 사용 통물놀이 등으로 각종 소음을 발생시키고, 근무중인 파업불참사원들에 대하여 다중의 의력을 과시하며 야유와 파업참여 종용구호를 외치고 영업대 등을 점거하거나 사무실 출입을 시도하면 사 관리직사원들과 몸싸움과 욕설 등을 하고 수시로 다수인원이 이동하면서 엘리베이터를 사용하여 타인이 이용하지 못하게 하고, 복도를 점거하고 출입문을 다중의 힘으로 봉쇄하여 감금하는 등의 방법으로 점거농성을 하여, 근무중인 위 대한교육보험주식회사 분사 직원들의 점거, 사무, 부서간 연락 등 각종업무를 방해하였다.

이에 대해 법원은 「직장 또는 사업장시설의 점거는 위와 같은 적극적인 쟁의행위의 한가지 형태로서 그 점거의 범위가 직장 또는 사업장시설의 일부분이고 사용자측의 출입이나 관리지배를 배제하지 않는 병존적인 점거에 지나지 않을 때에는 정당한 쟁의행위로 볼 수 있으나 이와 달리 직장 또는 사업장 시설을 전면적, 배타적으로 점거하여 조합원 이외의 자의 출입을 저지하거나 사용자측의 관리지배를 배제하여 업무의 중단 또는 혼란을 야기케 하는 것과 같은 행위는 이미 정당성의 한계를 벗어난 것이므로 볼 수법에 없다」고 보아, 위의 직장점거행위에 대해 업무방해죄의 성립을 인정하였다.

한편, 직무유기죄는 직무거부 자체를 구성요건으로 하고 있기 때문에 파업이 정당성을 상실하게 되면 바로 직무유기죄가 성립한다

[참조판례]

*대법원 1991.5.24, 선고 91도324 [철도기관사파업사건]

「원심이 피고인들의 이 사건행위가 쟁의행위라는 한 가지 이유만을 들어 그 정당성의 유무를 전혀 심리하지 아니한 채 막바로 형법상 정당행위, 나아가 직무유기죄의 ‘정당한 사유’에 해당한다고 판시하였음은 쟁의행위의 정당성에 관한 부리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것이라 아니할 수 없고, 또한 이 사건 공소시설에 의하면 이 사건 쟁의행위는 그 주체가 단체교섭권이 없는 이른바 ‘특별단체교섭추진위원회

회'이고 위에서 본 노동쟁의발생신고 등의 절차를 거치지 아니하였다는 취지이므로, 이러한 점들을 심리하지 아니한 채 만연히 피고인들이 부적법한 정의행위를 했다거나 직무를 유기했다고 인정할 만한 증거가 없다고 한 원심판결에는 심리미진으로 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법도 있다。」

이 사건은 특별단체교섭추진위원회의 주도 아래 철도기관사들이 파업을 한 것이었는데, 그 파업을 직무유기죄로 인정하지 않은 원심을 대법원은 파기환송하였다.

나. 폭력행위등처벌에관한법률 위반

폭력행위등처벌에관한법률은 2인 이상이 공동하여 형법상의 상해죄(제257조 제1항), 폭행죄(제260조 제1항), 체포·감금죄(제276조 제1항), 협박죄(제283조 제1항), 주거침입·퇴거불응죄(제319조), 폭력에 의한 권리행사방해죄(제324조), 공갈죄(제350조) 또는 손괴죄(제366조)를 범한 자에 대해 형법에서 정한 형의 2분의 1까지 가중하여 처벌한다(폭력행위등처벌에관한법률 제2조 제2항).

정의행위가 단순한 소극적인 노무부제공 이외에 적극적인 작위에 의해서 수행된 경우, 그 작위행위에 관련된 부분은 형법상 각 형벌법규의 구성요건에 해당될 수 있다.

가령, 태업에 병행하여 원료·제품·시설 등을 손괴·은닉하는 경우에는 재물손괴죄에 해당된다. 보이콧이나 피케팅을 할 경우 당시의 상황에 비추어 과도한 물리력을 행사하거나 상대방에게 해악을 고지하는 등 정당성의 범위를 벗어난 경우에는 업무방해, 협박 또는 강요 등의 형사책임이 인정될 수 있다. 또 직장점거가 정당성을 상실한 경우에는 건조물침입죄·주거침입죄 또는 퇴거불응죄가 문제로 될 것이다. 법원은, 직장점거가 제한적으로 개시되어 적법하다 하더라도 사용자가 직장폐쇄를 단행하고 퇴거요구를 하였음에도 불구하고 여전히 직장점거를 계속한 경우, 이를 퇴거불응죄가 성립한 것으로 판단한다(대법원 1991.8.13, 선고91도1324 [나우정달사건]).

폭력행위 등 처벌에 관한 법률에 따라 형을 가중한 대표적 사례를 들면 다음과 같다:

① 서울지하철공사사건

대법원 1990.9.28, 선고 90도602 [서울지하철공사사건]

1989.3.4. 12:00 공사 본관앞 마당에서 노조위원장 정윤광의 주도로 제2차 비상조합원 총회를 개최한 자리에서, 노조위원장 정윤광은 노조원들에게 “지금부터 1층에서 7층까지 청소투쟁을 실시한다”, “아직도 정신을 차리지 못하고 있는 분사 경영진간부등 인건쓰레기들을 청소하라”고 지시선동하자, 이에 따라 노조쟁의부장인 이광열이 미리

준비한 적색페인트 스프레이 40여개를 선봉대원들에게 나누어 주고, 노조간부들은 노조원들을 인솔하여 공사 본관 건물 각 층으로 난입하여 노조원들과 함께 책상, 의자, 캐비닛 등 사무실 집기를 닥치는 대로 뒤엎어 부수고, 적색페인트 스프레이로 복도계단과 사무실벽 등 200여 군데에 “노동해방”, “김명년 퇴진”, “독재타도” 등의 구호를 낙서함으로써 수리비 4,290만원이 소요될 정도로 지하철공사 소유의 재물을 손괴하였다.

이에 대해 법원은 노조간부들을 폭력행위등처벌에관한법률 위반의 공동정범으로 처벌하였다.

② 인천지역의료보험조합사건

대법원 1992.11.10, 선고 92도1315 [인천지역의료보험조합사건]

노조원들이 함께 또는 공모하여 인천지역 의료보험의 각 지부 사무실 등을 근무시간 중이나 이와 아주 근접한 시간에 무단으로 점거하고, 적게는 16명, 많게는 160명 정도의 노조원들을 동원하여 구호와 노동가 등을 제창하고, 위 의료보험조합의 대표이사에게 욕설을 하거나 먹살을 잡고 사무원들을 밀치거나 쫓아내는 등의 행위를 하였다.

이에 대해 법원은 위와 같은 위력을 행사하여 의료보험조합 사무실을 전면식, 배타적으로 점거한 행위나 출입에 의한 폭력행위 등을 한 것은 정의행위의 정당성의 범위를 벗어난 것으로서 형법상의 업무방해죄와 폭력행위등처벌에관한법률 위반죄에 해당한다고 판시하였다.

3. 현대중공업사건

대법원 1991.6.11, 선고 91도753 [현대중공업사건]

현대중공업노조 파업비상대책위원회 의장인 이갑용은 1991.4.26. 피업농성 및 집회를 주도하였으며, 또한 현대중공업(주)에서 같은 날 휴업공고를 하였다 하더라도 피고인 등은 판시 근로자들로 하여금 작업을 거부하게 함과 아울러 현대중공업(주)으로 통하는 모든 출입문에 바리케이트 등을 설치하고 다수의 근로자들로 하여금 위 회사의 관리직사원을 포함한 모든 출입자의 출입을 통제하고, 이갑용 등 70명 정도의 근로자가 콜리엇크레인에 들어가서 플랫폼카드를 내걸고 시위농성하였다. 또한 같은 달 28. 오전에 경찰이 위 농성진압을 위해 위 회사로 진입하는데 대항하여 미리 준비한 회임병과 불트, 낫트 등을 투척 저항하고, 미리 편성하여 회사 밖으로 나간 소위 야설 지휘부의 주도로 위 회사부근 만재대아파트 앞길 등지에서 부식 및 화염병투척 등을 하는 시위를 전개함과 아울러 콜리엇크레인에 들어가 시위농성에 돌입한 근로자들은 경찰헬리콥터의 접근 및 착륙을 막기 위해 위 크레인 위에 밧줄 4개를 태어 서기선을 설치하고

크레인 안에 상황실을 설치 운영하여 위 야전지휘부와 무전기로 수시로 연락하면서 경찰력진입에 대비하여 화염병, 볼트 등을 준비하고 경비대 2개조를 편성하여 경계하고, 일부 근로자들이 그 아래쪽에 있는 위 회사경비원 등을 향해 볼트 등을 투척하여 경비원 1명에게 상처를 입혔다.

이에 대해 법원은 이러한 행위에 대해 폭력행위등처벌에관한법률 위반, 업무방해, 집회및시위에관한법률 위반 등을 인정하였다.

4. 동양제과사건

대법원 1989.12.12, 선고 89도875

1988.5.2. 05:40경 동양제과주식회사 후문앞 노상에서 같은 해 4.25. 위 회사에서 해고된 김명자(26세, 여), 같은 김미현(21세, 여) 및 위 회사 근로자 150여명이 위 해고가 부당하다고 하면서 이에 항의하는 농성을 할 기미를 보이자, 위 회사의 물류과장으로 근무하는 김태영은 전날 간부사원회의의 방침에 따라서 위 김명자가 위 농성을 주동한다고 생각하고 동녀를 강제로 격리시켜 농성을 제지하기로 하고, 홍일표 등과 공동으로 동녀에게 달려들어 팔과 다리 등을 붙들어 꼼짝 못하게 한 후 대기시켜 놓은 회사소속의 번호불상 봉고차에 강제로 태운 다음 내려달라는 동녀의 말을 묵살한채 차에서 내리지 못하게 하면서 김포가도를 거쳐 같은 날 12:30경 경기 강화군 내가면 소재 강화경찰서 내가지서에 인계할 때까지 동녀를 위 차량안에 감금하였다. 한편 위 농성장소에서 위 회사 장비과장으로 근무하는 이동규도 전날 간부사원회의의 방침에 따라서 위 김미현이 위 농성을 주동한다고 생각하고 동녀를 강제로 격리시켜 농성을 제지하기로 하고 공소의 성명불상자 등과 공동하여 동녀에게 달려들어 번호불상의 봉고차에 강제로 태운 다음 양쪽에서 팔을 붙들어 차에서 내리지 못하게 하고 김포가도, 영주산성을 거쳐 같은날 08:30경 서울 용산경찰서 효문파출소에 인계할 때까지 동녀를 위 차량안에 감금하고 이로 인하여 동녀에게 진치 약 14일간의 사지나발성좌상 등을 입게 하였다.

이에 대해 법원은 위 물류과장 김태영과 장비과장 이동규의 행위에 대해, 「위 피해자들을 다른 근로자와 분리시켜 귀가시키거나 불응시에는 경찰에 고발 인계할 목적으로 간부사원회의의 지시에 따라 위와 같은 감금행위를 한 것이라고 하더라도 이를 정당한 행위라고 보기는 어렵고, 또 현재의 부당한 침해를 방위하기 위하여 상당성이 인정되는 정당방위행위라고 볼 수도 없다」고 보아 감금 및 감금치상을 인정하여, 폭력행위등처벌에관한법률 위반의 유죄를 인정하였다.

다. 노동쟁의조정법 위반

노동쟁의조정법에서는 쟁의행위를 제한·금지하는 조항들도 두고 있다(예컨대 광부 위 등의 쟁의행위금지, 사업장 밖에서의 쟁의행위금지, 안전보호시설의 정상적 운영을 방해하는 쟁의행위금지, 제3자 개입금지 등). 이러한 제한·금지규정을 위반한 자에 대해서는 쟁의행위 자체의 정당성과는 별도로 노동쟁의조정법 소정의 벌칙이 적용된다.

사례로는 제3자 개입금지조항 위반의 경우가 대부분이다

(가) 대법원 판례에서 제3자 개입행위로 인정한 행위유형

① 대법원 1990.3.13, 선고 89도2512 [문성현사건]

임금협상을 목전에 둔 상태에서 임투발대식을 가지는 등 쟁의발상의 강한 조주이 있는 회사의 사업장에 가서 선동적인 연설과 구호제창을 계속한 경우.

② 대법원 1990.3.13, 선고 89도1358 [정병두사건]

적극적으로 쟁의행위를 권유하고 행동요령까지 가르쳤다면 근로자들이 쟁의행위로 나아가기로 하는 의사결정에 직접적인 영향력을 미친 것임.

③ 대법원 1990.4.10, 선고 89도2415 [이홍석사건]

다수의 노조원들에게 사용자측의 회유나 강압적 수단에 굴하지 말고 강력하게 임금인상투쟁을 하라고 선동한 경우.

④ 대법원 1990.9.25, 선고 90도1620 [이용근사건]

농성중인 노조원들에게 자신이 부천지역 해고노동자협의회 의장임을 소개하면서 힘을 내라고 격려하는 한편 그들과 함께 노래를 합창하면서 구호를 외치고 파업사업장 주위의 행사에도 참석하여 쟁의행위의 방법을 지지, 격려하면서 공권력 투입에 대비하여 규찰을 서기도 한 경우.

⑤ 대법원 1991.11.25, 선고 90도2529 [고민택사건]

노동쟁의 현장에서 노조원들에게 격려금을 전달하고 파업가 등의 노래를 부르며 임금인상 쟁취의 구호를 제창하는 등으로 쟁의행위에 참가한 경우.

⑥ 대법원 1992.6.9, 선고 91도2221 [최강문·장경순사건]

단체협약 체결시의 행동요령 등과 임금인상투쟁 등에 대한 피고인의 개인 등 근로자들을 선동하는 내용이 담긴 “진진하는 코끼리” 창간호와 제2호를 작성하여 각 100부씩 복사한 다음 회사에 배포한 행위와 쟁의가 발생한 회사에서 “고려피혁은 적장제대를 즉각 철회하고, 노동조합의 요구를 즉각 수락하라”는 등의 구호제창을 계속한 경우.

⑦ 대법원 1993.1.29, 선고 90도450 [이부영사건]

근로자들의 농성현장에 지원금 20만원을 전달하고 현장을 방문하여 “여러분의 투쟁을 외로우나 전 민중의 지지를 받고 있어 여러분의 요구사항이 관철될 것으로 믿어 의심치 않는다. 미래는 여러분의 것이다. 자신을 갖고 투쟁해 주시기 바란다” “70이 넘은 정주영은 돈을 싸가지고 부딪으로 갈 것인가”라는 내용의 연설을 하여 이로써 농성 분위기가 고조된 경우.

⑧ 대법원 1993.2.9, 선고 92도1317 [차수린사건]

노조원들이 폐업공고 철회 등을 요구하면서 농성하는 현장에 노래패 7, 8명과 함께 방문하여 농성중인 노조원들 28명에게 라면과 음료수를 교부하고 추운날 차가운데서 고생을 하고 있는데 회사가 정상가동될 때까지 투쟁하라고 연설한 다음 노동가 등 노래를 합창하는 등 격려한 행위, 노조원들이 회사의 식당을 점거하여 주휴수당 지급 등을 요구하면서 철야농성하는 현장을 찾아가 노조원 30명 내지 40명에게 민주노조를 결성하여 끝까지 투쟁하여 승리하라는 취지로 말하여 격려한 행위, 임금인상을 요구하면서 정의발생신고를 하고 노조원 500여명이 참석한 가운데 개최된 ‘90년 임금인상 및 병원민주화쟁취대회’에 참석하여 농성중인 노조원들에게 한양대 병원노조의 투쟁경험을 발표하면서 농성투쟁을 하되 노조간부들이 희생되는 일이 없도록 병원노조 선봉으로 끝까지 싸워 마무리를 잘하라고 지지연설을 하는 등으로 격려한 경우.

⑨ 대법원 1993.9.14, 선고 93도1084 [김형원사건]

노동쟁의가 발생하여 냉각기간중에 있는 대우기전공업주식회사의 노동조합창립기념일 행사에 초청을 받아 참석하여 선동적인 연설과 구호제창을 계속한 경우.

(나) 대법원 판례에서 제3자 개입행위로 인정되지 않은 행위유형

① 대법원 1990.4.10, 선고 89도2415 [이홍석사건]

다량노련의 의장인 피고인이 쟁의현장에 나타나 금액이나 수량이 확인되지 않는 급료를 전달한 것 외에 달리 어떤 언동을 한 것이 없는 경우. “피고인의 위와 같은 행위 만으로도 쟁의근로자들을 고무시키는 효과를 가져올 수 있다고 여겨지거나... 피고인이 노조원 사이에 영향력이 크다는 것만으로는 피고인에 대하여 개입의 죄책을 묻는 것은 부당하게 개입의 개념을 확대해석하는 것”이라고 판시함.

② 대법원 1990.6.12, 선고 90도672 [오종쇄사건]

회사의 종합운동장에서 열린 구속자식방동지환영식에 참석하여 주로 노동자들이 대동단결하여야 한다는 일반적인 내용의 연설을 한 경우.

③ 대법원 1991.4.23, 선고 90도1132 [동원탄좌·유일권사건]

노동문제상담소의 간사인 피고인이 노사분규가 일어난 광업소의 파업지도부로부터 개인적인 의견을 구하는 질문을 받고 가두시위가 적절치 않다라거나 주민들의 반응이 좋지 않으니 농성 프로그램을 짧게 하라는 등의 조언을 하고, 파업기간 중 위 노조의 임시총회 소집을 위하여 임시총회소집권자 지명요청서를 제출하는 방법과 양식, 구비 서류 등을 문의하여 오자 이를 알려준 경우.

④ 대법원 1991.9.13, 선고 90도1751 [포항지역민주노조협의회·이상모사건]

포항지역민주노조협의회 준비위원회의 홍보부간사인 피고인이 노동쟁의 현황 및 단체교섭진행 정도를 취재하기 위하여 쟁의중인 회사의 노동조합 사무실에 찾아가서 노동조합 간부수명이 남아 쟁의중 남은 일을 정리하고 있는 것을 보고 그들에게 "수고한다. 파업은 축제하듯이 하여야 지치지 않는다"라는 취지의 말을 한 행위.

⑤ 대법원 1991.10.25, 선고 91도614 [사북노동문제상담소·용종순사건]

피고인이 사북노동문제상담소 간사로 재직하면서 동원탄광 사북광업소 파업지도부의 부탁을 받고 시위 때 사용할 '단결투쟁'의 문구가 삽입된 적색 머리띠, 손수건을 서용 퇴개로 소재 상점에서 의상으로 주문 구입하여 전달하여 준 행위.

⑥ 대법원 1992.6.9, 선고 91도2221 [고려상사·장경순사건]

피고인이 그가 근무하는 회사의 노동조합 편집부원 7명과 함께 노보의 노동자 소식판에 실기 위하여 쟁의중인 다른 회사의 노동조합 사무실에 들어가 그 조합원(규찰대원) 2명에게 파업과정을 물어보고 나서 "우리 회사에서는 우리가 회사측에 졌는데 당신 회사에서는 노동조합측이 열심히 투쟁하여 반드시 승리하기를 바란다"는 요지의 인사말을 하고 그대로 돌아온 경우.

⑦ 대법원 1993.2.9, 선고 92도1317 [차수련사건]

노조원들의 농성현장을 찾아가 담요 2장을 교부하였다는 사실 이외에 그 농성에 가담하여 구호와 노동가를 합창하였다는 사실을 인정할 증거가 없는 경우.

⑧ 대법원 1993.9.24, 선고 93도1895 [안산노동교육연구소·곽준석·김영서사건]

안산노동교육연구소 소장 및 간사가 근로자들에게 노동조합의 규약 조안의 검토 및 의견제시, 노동조합의 결성 준비에 관한 사실상의 문제들에 관한 권고, 결성식 개최 장소 알선 약속 등 어느 정도 구체적이고 적극적인 행위를 하였더라도 달리 위 근로자들이 피고인들의 언동만에 의하여 자주적인 의사결정을 저해받을 관한 다른 사정이 있다는 점이 나타나 있지 않은 경우.

이 외에도 사업장외쟁의행위금지 위반의 사례를 보면 다음과 같다:

서왕진흥기업사건(대법원 1992.11.10, 선고 92도859)

세왕진흥기업주식회사 소속 미화원들로서 세왕진흥기업노동조합의 간부들(피고인)은 단체협약의 체결 등을 위하여 노동조합활동을 하여 오던 중, 1990.1.5. 국회현장으로 출근하였으나 국회정문에서 제지당하자 이에 항의하여 07:00경부터 국회청사 안의 위 회사 사무실에서 모든 조합원들과 함께 작업을 거부하고 밥을 세워 농성을 하다가, 다음날이 토요일이고 공권력이 투입될 우려가 있자 1.5. 12:00경 국회청사 밖으로 나온 후, 1.5. 13:00경부터 1.7.까지 조합원 40여 명과 함께 평화민주당 중앙당사로 들어가, 1980.12.31. 이결과 같이 국회사무처에서 청소용역을 직영하여 국회현장의 미화원을 고용직공무원으로 환원하여 주고 위 회사가 1989.12.31. 피고인들을 해고하거나 타사업장으로 승진발령한 처분을 철회하라는 구호를 제창하는등 농성을 계속하였다.

이에 대해 법원은 「이와 같은 농성행위의 목적이 경찰력의 투입이 어려운 곳으로 쟁의행위의 장소를 옮겨 사용자측에 대하여 근로조건에 관한 노동조합측의 주장을 관철하려는 데에 있었음을 인정할 수 있으므로, 피고인들의 이와 같은 행위는 노동쟁의조정법 소정의 쟁의행위에 해당하는 것」이며, 「피고인들이 40여 명의 다른 노동조합원들과 공동하여 노동관계당사자로서의 주장을 관철할 목적으로 위 회사의 업무의 정상한 운영을 저해하는 쟁의행위를 당해 사업장 이외의 다른 장소에서 행하였다고 할 것이므로, 사업장의 쟁의행위금지 위반의 유죄를 인정하였다.

라. 집회및시위에관한법률 위반

집회및시위에관한법률(이하 '집시법'이라 함) 제5조 제1항은 「집단적인 폭행·협박·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한 집회 및 시위」를 주최하여서는 안된다고 규정하고 있다. 또한 집시법 제6조는 옥외집회 및 시위는 관한 경찰서장에 신고하도록 규정하고 있고, 동법 제8조 제1항은 신고된 옥외집회가 명상 금지되는 집회인 경우 그 주최의 금지를 통고할 수 있게 되어 있다.

이러한 규정을 위반하여 집회 또는 시위를 주최한 자는 2년 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처해지며, 이러한 규정을 위반한 집회 또는 시위라는 정을 알면서도 집회 또는 시위에 참가한 자는 6개월 이하의 징역 또는 50만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 처해진다.

노사분쟁의 과정에서 노동조합이 회사주위에서 시위를 하거나, 관련기관에서 농성을 하거나, 행사장까지의 가두행진중에 경찰과 대치하는 경우 등에는 집시법위반이 문제될 수 있다. 현행 집시법 제5조 제1항은 개정전의 구법 규정(제3조 제1항)보다 저벌되는 범위를 엄격히 제한하고 있다. 즉 그러한 행위가 공공의 안녕질서에 '직접적인' 위

협을 가할 것이 '명백한' 경우에만, 집시법 위반에 해당된다.

관련사례는 다음과 같다:

한국방송공사사건(대법원 1991.6.28, 선고 91도944)

한국방송공사노동조합 노조원들이 서기원에 대한 한국방송공사 이사회의 사장일명제정을 심한 심의 또는 의결과정에 공보처장관의 부당한 압력이 개입되었다고 주장하여 그 항의를 위하여 한국방송공사 본관 현관앞 계단과 도로에서 옥외집회를 열고 위 서기원사장에 대한 출근정지 및 퇴진을 위한 일련의 집단행동을 하였다.

이에 대해 법원은 「KBS본관 현관 앞 계단과 도로는 천정이 없거나 사방이 폐쇄되지 않은 장소로서 이곳에서의 집회나 시위는 바로 집회및시위에관한법률 제2조 제1호에 규정된 것이고 옥외시위를 주최함에 있어서 관할 경찰서장에게 사전신고를 하도록 의무화한 위 법률 제6조 제1항의 규정은 소론이 주장하는 바와 같이 그 시위에 소요된 시간이 단시간 이라거나 시위가 평화롭게 이루어졌다 하여 그 적용이 배제된다고 볼 수 없으므로」 집회및시위에관한법률위반의 유죄를 인정하였다.

3. 주체의 정당성:노동조합이 아닌 단결체의 쟁의행위

가. 문제의 소재

쟁의행위는 團結體의 행위, 즉 집단적으로 형성된 爭議意思를 기반으로 다수 근로자의 集團的 行爲를 통해서 실행된다. 따라서 쟁의행위의 주체는 노동조합인 경우가 대부분일 것이다. 그러나 헌법도 단체행동권이 '勞動組合'의 권리가 아니라 '勤勞者'의 권리라고 명시하고 있기 때문에, 현실적으로도 노동조합이 아닌 단결체에 의해서(비노동조합업) 또는 노동조합의 결의를 거치지 않고(비공인파업) 집단적 행위가 행해지는 경우가 있다.

나. 非勞組罷業

非勞組罷業 즉 노동조합이 아닌 단결체가 쟁의행위를 하는 경우에는 두가지 유형이 있는데, 하나는 법외노조의 쟁의행위이며 또 하나는 특정한 목적을 위해 일시적으로 결성된 이른바 '爭議團'의 쟁의행위가 있다.

(1) 법외노조

'법외노조'는 노동조합법상의 노동조합으로 인정받지 못하였지만 근로자들이 사주적

협을 가할 것이 '명백한' 경우에만, 집시법 위반에 해당된다.

관련사례는 다음과 같다:

한국방송공사사건(대법원 1991.6.28, 선고 91도944)

한국방송공사노동조합 노조원들이 서기원에 대한 한국방송공사 이사회의 사장일명제정을 심한 심의 또는 의결과정에 공보처장관의 부당한 압력이 개입되었다고 주장하여 그 항의를 위하여 한국방송공사 본관 현관앞 계단과 도로에서 옥외집회를 열고 위 서기원사장에 대한 출근정지 및 퇴진을 위한 일련의 집단행동을 하였다.

이에 대해 법원은 「KBS본관 현관 앞 계단과 도로는 천정이 없거나 사방이 폐쇄되지 않은 장소로서 이곳에서의 집회나 시위는 바로 집회및시위에관한법률 제2조 제1호에 규정된 것이고 옥외시위를 주최함에 있어서 관할 경찰서장에게 사전신고를 하도록 의무화한 위 법률 제6조 제1항의 규정은 소론이 주장하는 바와 같이 그 시위에 소요된 시간이 단시간 이라거나 시위가 평화롭게 이루어졌다 하여 그 적용이 배제된다고 볼 수 없으므로」 집회및시위에관한법률위반의 유죄를 인정하였다.

3. 주체의 정당성:노동조합이 아닌 단결체의 쟁의행위

가. 문제의 소재

쟁의행위는 團結體의 행위, 즉 집단적으로 형성된 爭議意思를 기반으로 다수 근로자의 集團的 行爲를 통해서 실행된다. 따라서 쟁의행위의 주체는 노동조합인 경우가 대부분일 것이다. 그러나 헌법도 단체행동권이 '勞動組合'의 권리가 아니라 '勤勞者'의 권리라고 명시하고 있기 때문에, 현실적으로도 노동조합이 아닌 단결체에 의해서(비노동조합업) 또는 노동조합의 결의를 거치지 않고(비공인파업) 집단적 행위가 행해지는 경우가 있다.

나. 非勞組罷業

非勞組罷業 즉 노동조합이 아닌 단결체가 쟁의행위를 하는 경우에는 두가지 유형이 있는데, 하나는 법외노조의 쟁의행위이며 또 하나는 특정한 목적을 위해 일시적으로 결성된 이른바 '爭議團'의 쟁의행위가 있다.

(1) 법외노조

'법외노조'는 노동조합법상의 노동조합으로 인정받지 못하였지만 근로자들이 사주적

으로 조직되어 근로생활 조건의 유지·개선을 도모하는 단체를 말한다. 이러한 근로자 단체도 헌법상의 노동삼권 보장은 이루어지고 있다는 점에서 '헌법상의 단결체' 또는 '헌법노조'라고도 한다.

판례는 노동조합법상의 설립신고(제13조)를 하여 신고증(제15조)을 교부받아야 비로소 노동조합으로 성립하였다고 보기 때문에 (대법원 판결 1969.12.23, 선고 69누100), 이에 따르면 근로자들이 노동조합을 조직하는 경우에도 신고증을 교부받기 이전 단계에서는 노동조합이 아니라 법외노조로 인정받게 된다.

학계의 다수설은 자주성 있는 법외노조의 협약능력을 인정하기 때문에 쟁의행위의 정당성을 부인하지 않는다.

이에 반해서 판례를 보면 법외노조의 쟁의행위에 정당성을 인정할 것인가에 대해서 명시적으로 판단한 사례는 없지만, 쟁의행위의 정당성을 일반적으로 서술하면서 쟁의행위의 主體를 단체협약의 체결능력이 있는 勞動組合에 한정한다는 취지를 傍論으로 언급하고 있기 때문에³⁾ 이러한 판례의 논지에 따르면 정당성이 부인될 것이다.

(2) 爭議團

다음으로 '爭議團'은 一時的인 存續을 전제로 한 것이므로 헌법상 단결체에 비하여 단결체로서의 실질을 구비하고 있지 못하다. 하지만 현실에 있어서는 근로자의 臨時的 團結體가 쟁의행위를 주도하는 경우가 종종 있는데 이러한 쟁의행위를 주체의 정당성을 갖춘 것으로 평가할 수 있는지가 문제된다.

판례례 중에는 일부 조합원이 결성한 단결체는 단체교섭권이 없으므로 이 단결체가 주도한 쟁의행위는 정당성이 인정되지 않는다고 한 사례가 있다.⁴⁾ 다만 이 사례는 그 사실관계가 후술하는 非公認罷業에 가깝기 때문에 爭議團의 爭議行爲 主體性에 대해 판례가 부정하는 입장이라고 단정할 수는 없으나, 판례처럼 쟁의행위의 主體性을 단체교섭을 할 수 있는 권한에 따라서 결정하는 경우에는 爭議團이 주도한 쟁의행위의 정당성을 부정하는 결론이 될 가능성이 높다.

이에 대하여 例外的으로 일정한 사안에 있어서는 그 정당성이 인정되어야 한다는 입장이 다수설이다. 예컨대 勞動組合의 結成過程에서 노동쟁의가 발생하였거나 다수의

3) 大判 1995.10.12, 95도1016; 大判 1994.9.30, 90다4042[강원산업사건]; 大判 1991.5.24, 91도324 [철도기관사파업사건]; 大判 1990.5.15, 90도357 [서울지하철공사사건]; 大判 1990.10.12, 90도1431 [국립연료관리공단사건].

4) 大判 1991.5.24, 91도324 [철도기관사파업사건].

被解雇 勤勞者 또는 解雇對象 勤勞者가 복직 또는 해고조건을 둘러싸고 노동쟁의가 발생한 경우처럼, 사안의 성격상 爭議團이 주체가 될 수 밖에 없다고 인정되는 경우에는 쟁의행위의 정당성을 긍정하여야 한다는 것이다.⁵⁾

다. 非公認罷業

노동조합이 조직되어 있는 경우, 조합의사와는 무관하게 또는 조합의사에 반하여 조합지부 또는 소수조합원이 행한 쟁의행위를 非公認罷業(wild cat strike)이라고 한다.⁶⁾ 非勞組罷業이 기존노조 조직을 상정하지 않은 쟁의행위임에 반하여 非公認罷業은 노동조합의 존재를 전제로 한 쟁의행위라는 점에서 양자는 구별된다.

반례는 非公認罷業은 쟁의행위의 主體가 될 수 없는 일부 근로자가 주도했을 뿐만 아니라 노동조합의 내부규율을 위반한 측면도 있기 때문에 그 정당성을 부인하고 있다.⁷⁾

다수설도 非公認罷業의 정당성을 부인하고 있다.

4. 목적의 정당성

쟁의행위는 헌법상 단체행동권의 행사이므로 쟁의행위의 목적은 단체행동권을 보장한 목적에 의해서 규정된다.

이와 관련하여 헌법 제33조 제1항은 단체행동권의 목적이 '근로조건에 향상'에 있음을 명시하고 있다.

이하 목적의 정당성과 관련하여 문제되는 것들을 유형별로 나누어 살펴본다.

5) 박상권, 544면; 신인영, '비노조파업에 따른 법적 문제', [노동법학], 제3호, 1991, 151-155면; 이병태, 372면; 임종률 48-49면.

6) 학자마다 용어에 다소의 차이가 있다. 김지선 교수는 '山猫罷業'이라는 용어를(김지선, 420면), 김형배 교수는 '비조직파업'이라는 용어를(김형배, 528면), 박상권 교수는 'wild cat strike'라는 용어를(박상권, 537면), 박홍규 교수는 '비공인단체행동'이라는 용어를(박홍규, 1068면) 각각 사용하고 있다. 한편 이병태 교수는 본서에서 말하는 '비공인파업'을 각각 'wild cat strike', '비조합파업' 또는 '비노조파업'으로 지칭하면서 '비공인파업'은 독자적인 규약을 가지고 독자적인 활동을 하는 하부조직이 상부단체(중앙본부)의 승인(공인)없이 하는 쟁의행위(unofficial strike)를 의미하는 것으로 구분하여 사용하고 있다(이병태, 373면).

7) 大判 1995.10.12, 95도1016; 大判 1991.5.24, 91도324 [철도기관사파업사건]; 서울지법 1990.5.31, 89가합45693 [부흥요통사건].

被解雇 勤勞者 또는 解雇對象 勤勞者가 복직 또는 해고조건을 둘러싸고 노동쟁의가 발생한 경우처럼, 사안의 성격상 爭議團이 주체가 될 수 밖에 없다고 인정되는 경우에는 쟁의행위의 정당성을 긍정하여야 한다는 것이다.⁵⁾

다. 非公認罷業

노동조합이 조직되어 있는 경우, 조합의사와는 무관하게 또는 조합의사에 반하여 조합지부 또는 소수조합원이 행한 쟁의행위를 非公認罷業(wild cat strike)이라고 한다.⁶⁾ 非勞組罷業이 기존노조 조직을 상정하지 않은 쟁의행위임에 반하여 非公認罷業은 노동조합의 존재를 전제로 한 쟁의행위라는 점에서 양자는 구별된다.

한편 非公認罷業은 쟁의행위의 主體가 될 수 없는 일부 근로자가 주도했을 뿐만 아니라 노동조합의 내부규율을 위반한 측면도 있기 때문에 그 정당성을 부인하고 있다.⁷⁾

다수설도 非公認罷業의 정당성을 부인하고 있다.

4. 목적의 정당성

쟁의행위는 헌법상 단체행동권의 행사이므로 쟁의행위의 목적은 단체행동권을 보장한 목적에 의해서 규정된다.

이와 관련하여 헌법 제33조 제1항은 단체행동권의 목적이 '근로조건에 향상'에 있음을 명시하고 있다.

이하 목적의 정당성과 관련하여 문제되는 것들을 유형별로 나누어 살펴본다.

5) 박상권, 544면; 신인영, '비노조파업에 따른 법적 문제', [노동법학], 제3호, 1991, 151-155면; 이병태, 372면; 임종필 48-49면.

6) 학자마다 용어에 다소의 차이가 있다. 김지선 교수는 '山猫罷業'이라는 용어를(김지선, 420면), 김형배 교수는 '비조직파업'이라는 용어를(김형배, 528면), 박상권 교수는 'wild cat strike'라는 용어를(박상권, 537면), 박홍규 교수는 '비공인단체행동'이라는 용어를(박홍규, 1068면) 각각 사용하고 있다. 한편 이병태 교수는 본서에서 말하는 '비공인파업'을 각각 'wild cat strike', '비조합파업' 또는 '비노조파업'으로 지칭하면서 '비공인파업'은 독자적인 규약을 가지고 독자적인 활동을 하는 하부조직이 상부단체(중앙본부)의 승인(공인)없이 하는 쟁의행위(unofficial strike)를 의미하는 것으로 구분하여 사용하고 있다(이병태, 373면).

7) 大判 1995.10.12, 95도1016; 大判 1991.5.24, 91도324 [철도기관사파업사건]; 서울지법 1990.5.31, 89가합45693 [부흥요통사건].

가. 정치파업

정치파업은 국가나 기타 공공단체의 기관을 상대방으로 하거나, 근로자의 특정한 정치적 주장의 시위나 관철을 목적으로 하는 쟁의행위이다.

정치파업은 첫째, 쟁의행위의 상대방이 사용자가 아닌 행정부·입법부·사법부 기타 공공단체와 같은 국가기관이라는 점, 둘째, 요구사항의 내용이 노동관계의 당사자인 사용자에게 ‘사실상 및 법률상의 처분가능성’이 없는 정치적 사항이라는 점에서 그 정당성이 문제된다.

정치파업의 정당성을 파악하는 데에는 크게 세가지 입장이 있다.

첫째는 정치파업은 그 내용이 사용자가 처분할 수 있는 범위를 벗어난 것으로 정당한 쟁의행위가 아니라는 이른바 정치파업위법론이다.⁸⁾

둘째는 단체행동권을 기본권으로 보장한 중요한 이유중의 하나는 근로자들의 집단적 참여를 통한 사회선반에 대한 민주주의의 확대에 있기 때문에 정치파업도 헌법상의 단체행동권으로 헌법상 보장된다는 이른바 정치파업적법론이다.

셋째는, 정치파업 중에서 노동법과 관련된 입법적 요구 또는 사회보장제도의 확충과 같이 그 구체적인 내용이 근로자의 사회적·경제적 지위와 연관있는 이른바 ‘경제적 정치파업’은 쟁의행위의 정당한 목적이 될 수 있는 반면에, 이와는 달리 전적으로 정치적인 사항을 대상으로 하는 이른바 ‘순수정치파업’의 경우에는 그것을 정치적인 표현의 자유로 볼 것인가 여부는 별론으로 하고 적어도 쟁의행위의 목적으로 할 수는 없다고 보는 정치파업이법론이다.⁹⁾

관련 판례는 아직 없지만 노동부에서는 대체로 부당한 파업으로 취급하고 있다.

나. 동정파업(지원파업)

동정파업은 파업 노동조합이 자신의 노사관계에서의 요구 또는 시위를 목적으로 하는 것이 아니라 다른 기업 또는 산업에서의 쟁의(원쟁의)에 영향을 미칠 것을 목적으로 하는 쟁의행위를 말한다.

동정파업의 정당성 판단에 관하여는, 첫째, 사용자에게 처분권한이 없는 사항을 목적으로 하므로 정당성이 없다는 입장과 둘째, 동정파업은 널리 근로자의 이른바 ‘계급적

8) 노동부 노사협력관실 편, 「노동쟁의조정법 실무」, 1995.4, 30면.

9) 김치성, 「노동법강의」, 412-413면; 박홍규, 「노동법론」, 1072-1075면; 신인영, 「노동기본권연구」, 140면; 임종철, 「쟁의행위와 형사책임」, 37면, 이병태, 「최신노동법」, 358-369면.

단결'에 기인한 것으로 적법하다는 입장으로 나누어 볼 수 있다.

아직 관련판결은 없지만 노동부에서는 대체로 부당한 것으로 파악하고 있다

다. 경영간섭 목적의 쟁의행위

사용자의 경영상의 決定에 속하는 事項에 대해서 노동조합이 요구주장을 할 수 있는가 여부는 團體交渉의 對象事項과 관련된 문제이다. 진술한 바와 같이, 경영이나 생산에 관련된 사항도 勤勞條件의 維持·改善이나 勤勞者의 地位와 관련이 있는 경우에는 團體交渉의 對象이 된다고 보아야 하므로, 이를 둘러싼 요구주장을 위해서 爭議行爲를 할 수 있으며, 쟁의행위의 정당성이 별도로 문제가 될 여지는 없다. 경영사항에 대한 爭議行爲의 정당성이 문제되는 경우는, 勤勞條件과의 관련성 자체에 대해서 노사간의 다툼이 있거나 經營上의 決定 자체에 대한 干涉을 목적으로 하는 쟁의행위에 정당성이 인정되는가 여부이다.

이에 관한 판례의 입장은 반드시 일관된 것은 아니다. 예를 들어 經營陣 邁進을 요구하는 쟁의행위의 정당성이 문제된 同一한 事實關係에 대하여 판단함에 있어서 정당성을 인정한 사례가 있는 반면,¹⁰⁾ 정당성을 부정한 사례도 있다.¹¹⁾ 또 한편으로는 쟁의가 된 사항이 經營權에 속하는 사항으로 보아 정당성을 부정한 사례도 있다.¹²⁾

經營權에 속하는 사항이라 할지라도 勤勞條件과 관련이 있는 사항이 단체교섭의 대상사항으로 될 수 있다면 爭議行爲의 목적이 될 수 있다고 해석하는 것이 다수설의 입장이다. 따라서 경영사항에 속하는 企業合理化 方案, 經營陣의 任免, 經營參加 등에 관한 요구주장을 목적으로 하는 쟁의행위라고 하더라도 그것이 經營上의 決定 그 자체에

10) “근로자들이 쟁의행위를 함에 있어서 연구소장의 퇴진을 요구하였다 하더라도 이는 부당하다고 주장 목적은 일부 근로자에 대한 과별처분이 노동조합의 핵심적 관심사항인 연구조합수호운동의 주동한 것에 대한 보복조치라도 하여 이의 철회를 구하는 것이고 그 뜻은 조합원의 노동조합의 개선요구에 있다고도 볼 수 있다면 이는 단체교섭사항이 될 수 있는 것이므로 위 쟁의행위는 목적에 있어서 정당”하다고 판시한 大判 1992.5.12, 91다34523 [현대사회연구소사건] 참조.

11) “(피고인이) 주장하는 바와 같이 공보처장관의 부당한 압력이 개입되었다고 인정할 아무런 자료가 없음 뿐 아니라, 이러한 사유만으로써 위 공사 사장으로 임명된 위 서OO의 위 공사사장으로서의 업무를 업무방해죄의 보호대상인 임무가 되지 못하는 것이라고 볼 것도 아니다”(여호는 판사)고 판시하여 쟁의행위로서의 정당성 판단보다는 형법상의 업무방해죄 해당성 여부만을 판단한 大判 1991.5.28, 90도944 [한국방송공사사건] 참조.

12) 사업부 폐지결정의 전면백지화를 요구하는 쟁의행위의 정당성을 부정한 大判 1994.3.25, 93다30242 [한일개발사건]: 해고자복직·외주처리제한 등에 관한 노동조합의 단체교섭 요구에 불응한 쟁의행위에 대해 쟁의행위금지 가처분을 인정한, 창원地決 1995.6.21, 95가합817 [효성중공업사건].

대한 干涉보다는 그로 인한 근로조건 변화에 대한 對應을 목적으로 하는 경우에는 정당성이 인정된다.¹³⁾

라. 가해목적 의 쟁의행위

쟁의행위가 근로조건 유지·개선을 목적으로 하지 않고 전적으로 쟁의행위로 인한 업무지해만을 의도하여 사용자나 제3자에 대한 가해목적으로 행해지는 경우가 있을 수 있다. 이러한 쟁의행위는 목적의 측면에서 정당성이 부인되어 형사면책을 받지 못한다.

가해목적의 여부는 구체적인 단체교섭의 경과, 사용자의 교섭태도, 노동조합의 요구 주장의 실질적 내용 등 당해 노사관계의 구체적인 상황을 고려하여 판단하여야 한다. 가령, 사용자에게 구체적인 요구안을 제시하지 않은 채 돌발적으로 쟁의행위에 돌입하거나, 단체교섭이나 쟁의행위 과정에서 요구를 계속 변경하여 사용자에게 성실한 단체교섭을 기대하기 곤란한 경우에는 가해목적이 인정될 수 있다.

마. 과다요구

노동조합이 그 기업의 경영상태 및 지불능력에 비추어 객관적으로 불가능한 과다한 요구를 하는 경우도 있다.

그러나 이와 같은 과다요구는 쟁의권의 남용이라기 보다는 단체교섭을 통한 합리적인 타협을 전제로 한 교섭 기술의 하나이며 이는 단체교섭단계에서 조정할 문제이므로 쟁의행위의 정당성은 부정되지 않는다.

[참조판례]

* 대법원 1992.1.21, 91누5204 [새왕진흥기업사건]

이것은 부당노동행위에 관한 판결과 그 내용은 형사책임의 판단에도 동일하게 적용될 것이다.

“하나의 쟁의행위에서 추구되는 목적이 여러 가지이고 그 중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의목적의 당부를 판단하여야 할 것이고 부당한 요구사항을 뺏더라도 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우에는 그 쟁의행위 전체가 정당성을 갖지 못한다고 보아야 할 것인 바, 기록에

13) 오동 박상권, 533면; 박홍규, 1076-1077면; 이병태, 369면; 임종률, 43면. 反對 김형배, 543면.

의하면 이 사건에서 위 노동조합은 원고 회사와 단체교섭을 진행하면서 다른 한편으로는 국회에서 근무하는 미화원들의 신분을 국회고용직 공무원으로 환원되도록 하여 달라는 취지의 진정을 대통령, 국회, 정당 및 언론기관 등에 계속하였고 쟁의기간 중 “고용직으로 환원하라”는 리본을 착용한 사실은 인정할 수 있다 할 것이나 원심이 적법하게 인정한 바와 같이 위 노동조합은 원고 회사에 대하여 임금인상 등 근로조건외 개선을 위한 요구를 계속하였고 또 그에 관하여 노사간에 진지한 교섭을 장기간에 걸쳐 벌여 온 점에 비추어 보면 위 노동조합의 고용직 공무원에로의 환원운동은 대외적 활동이거나 쟁의행위의 부차적 목적에 지나지 아니하고 이 사건 쟁의행위의 직접적이고 주된 목적은 아니라고 보아야 할 것이므로 이 때문에 이 사건의 쟁의행위가 부당한 것으로 된다고 할 수 없고, 위 노동조합이 원고 회사로서는 수용할 수 없는 요구를 하고 있었다고 하더라도 이는 단체교섭의 단계에서 조정할 문제이지 노동조합측으로부터 과다한 요구가 있었다고 하여 막바로 그 쟁의행위의 목적이 부당한 것이라고 태권할 수는 없고, 원고 회사가 참가인들은 해고한 것이 정당방위나 지구행위에 해당한다고 할 수 없으며, 이 해고가 정당하다고 할 수 없다.]

5. 수단과 태양의 정당성

쟁의행위가 정당하기 위해서는 그 수단이 정당한 것이지 않으면 안된다. 이를 확인하는 의미에서 노동쟁의조정법 제13조 제1항에서 「쟁의행위는 폭력이나 파괴행위로써 이를 행할 수 없다」고 규정하고 있다. 그러나 이 경우에도 무엇이 정당한 수단인지는 범위는 명백치 않다.

현실적으로 벌어지는 쟁의행위는 그 수단 내지 양태가 매우 다양하기 때문에 일반적 기준을 제시하기란 지난한 일이다. 따라서 각 유형의 쟁의행위에 있어 쟁의권을 보장한 효과의 당연한 귀결로서 볼 수 있는 경우인지를 기준으로 하여 개별적·구체적으로 살펴볼 수밖에 없을 것이다.

이하에서는 파업, 태업, 직장점거, 피켓팅, 보이콧 등의 각 유형에 있어 그 정당성 여부를 개별적으로 검토해 본다.

가. 파업

파업은 근로자가 집단적으로 노무제공을 거부함으로써 업무운동을 저해하는 가장 전형적인 쟁의수단이다. 파업은 여러 가지로 구분된다. 기간을 기준으로 무기한파업·사

의하면 이 사건에서 위 노동조합은 원고 회사와 단체교섭을 진행하면서 다른 한편으로는 국회에서 근무하는 미화원들의 신분을 국회고용직 공무원으로 환원되도록 하여 달라는 취지의 진정을 대통령, 국회, 정당 및 언론기관 등에 계속하였고 쟁의기간 중 “고용직으로 환원하라”는 리본을 착용한 사실은 인정할 수 있다 할 것이나 원심이 적법하게 인정한 바와 같이 위 노동조합은 원고 회사에 대하여 임금인상 등 근로조건외 개선을 위한 요구를 계속하였고 또 그에 관하여 노사간에 진지한 교섭을 장기간에 걸쳐 벌여 온 점에 비추어 보면 위 노동조합의 고용직 공무원에로의 환원운동은 대외적 활동이거나 쟁의행위의 부차적 목적에 지나지 아니하고 이 사건 쟁의행위의 직접적이고 주된 목적은 아니라고 보아야 할 것이므로 이 때문에 이 사건의 쟁의행위가 부당한 것으로 된다고 할 수 없고, 위 노동조합이 원고 회사로서는 수용할 수 없는 요구를 하고 있었다고 하더라도 이는 단체교섭의 단계에서 조정할 문제이지 노동조합측으로부터 과다한 요구가 있었다고 하여 막바로 그 쟁의행위의 목적이 부당한 것이라고 태권할 수는 없고, 원고 회사가 참가인들은 해고한 것이 정당방위나 지구행위에 해당한다고 할 수 없으며, 이 해고가 정당하다고 할 수 없다.]

5. 수단과 태양의 정당성

쟁의행위가 정당하기 위해서는 그 수단이 정당한 것이지 않으면 안된다. 이를 확인하는 의미에서 노동쟁의조정법 제13조 제1항에서 「쟁의행위는 폭력이나 파괴행위로써 이를 행할 수 없다」고 규정하고 있다. 그러나 이 경우에도 무엇이 정당한 수단인지는 범위는 명백치 않다.

현실적으로 벌어지는 쟁의행위는 그 수단 내지 양태가 매우 다양하기 때문이 일반적 기준을 제시하기란 지난한 일이다. 따라서 각 유형의 쟁의행위에 있어 쟁의권을 보장한 효과의 당연한 귀결로서 볼 수 있는 경우인지를 기준으로 하여 개별적·구체적으로 살펴볼 수밖에 없을 것이다.

이하에서는 파업, 태업, 직장점거, 피켓팅, 보이콧 등의 각 유형에 있어 그 정당성 여부를 개별적으로 검토해 본다.

가. 파업

파업은 근로자가 집단적으로 노무제공을 거부함으로써 업무운동을 저해하는 가장 전형적인 쟁의수단이다. 파업은 여러 가지로 구분된다. 기간을 기준으로 무기한파업·사

한과업·과상과업으로, 참가범위를 기준으로 전면과업·일부과업·부분과업·지명과업·순회과업으로, 의도를 기준으로 관철과업·시위과업·항의과업·경고과업 등으로 나누어 볼 수 있다.

과업의 본질은 집단적으로 노무제공을 거부하는 데에 있으며, 이 소극적인 본질을 벗어나지 않는 한 수단의 면에서는 형사면책이 부정되지는 않는다. 다만, 과업의 주체, 목적 등 기타의 면에 있어서 형사책임이 문제될 수 있을 뿐이다.

나. 태업

태업은 사용자의 지휘명령에 따르되 이를 부분적으로 배제하고 불완전한 노무를 제공함으로써 업무의 능률을 저하시키는 쟁의수단이다.

태업은 정상시보다 작업속도를 저하시킴으로써 업무능률을 저하시키는 유형이 전형적이기는 하나, 통상적인 업무는 그대로 유지하면서 특정한 업무만을 거부하는 유형도 있다. 예를 들면, 출퇴근시간의 엄격한 관리를 저해하기 위해 출퇴근시간 기록을 집단적으로 거부하는 것, 수주 부문에 차질이 생기도록 통상적인 업무에는 종사하면서 수주관련 문서나 전화연락 등의 업무만을 거부하는 것, 공공서비스를 제공하는 사업에서 고객의 지지를 확보하면서 업무저해를 도모하기 위해서 대고객업무는 정상대로 유지하면서 서류작성·요급수수·수급액의 납급 등 특정한 업무만을 거부하는 경우 등이 있다.

태업은 그 구체적인 태양이 노무의 불완전제공이라는 부작위에 그치는 한 과업과 마찬가지로 쟁의행위의 정당한 수단이며 형사책임이 문제될 여지가 없다.

그러나 통상적인 태업과는 달리 원료·기계·제품 등을 손괴·은닉·임의처분하는 등의 극단적 방법을 통하여 사용자에게 경제적 압력을 가하는 경우가 있는데 이를 보통 '사보타지'(sabotage)라 하며, 적극적인 경영간섭과 생산수단의 손괴를 수반한다는 점에서 쟁의행위 수단으로서의 정당성은 부정된다.

다. 직장점거

직장점거는 쟁의기간 중에 근로자가 기업시설에 머물면서 집회나 시위를 계속하면서 과업과 같은 주된 쟁의행위의 실효성을 확보하기 위해서 기업시설을 점거하는 형태의 쟁의행위이다.

우리나라는 노동조합의 조직형태가 기업별노조인 경우가 많고 현행 노동쟁의조정법이 쟁의행위의 장소를 사업장으로 제한하는 규정을 두고 있어서 과업에 직장점거가 수

반되는 경우가 많다.

그런데 직장점거는 무제한적으로 인정되는 것은 아니다. 사용자측의 점유를 방해하지 아니하고 그 조업도 방해하지 않는 이른바 '부분적·병존적 직장점거'는 정당하지만, 그렇지 않은 이른바 '전면적·배타적 직장점거'는 정당성이 부정된다. 또한 직장점거로 인해 장기간 계속되거나 조업이 중단될 경우에는 '전면적·배타적 직장점거'로 보아 정당성이 부정된다.

직장점거의 정당성이 부정되는 경우, 근로자에게는 퇴거불응죄·건조물침입 또는 주거침입죄·업무방해죄 등의 형사책임이 인정된다.

라. 피케팅

피케팅은 파업과 같은 주된 쟁의행위에 부수하여 다른 근로자 및 일반 시민에게 쟁의 중입을 알려 근로자측에 유리한 여론을 형성하거나 쟁의행위에서의 근로자의 이탈을 방지하고 대체근로를 저지함으로써 주된 쟁의행위의 실효성을 높이기 위해서 필요한 장소에 감시하는 인원을 배치하거나 사업장의 출입통행에 제한을 가하려는 쟁의행태이다. 넓은 의미로는 제품의 출하업무나 관리직 사원의 출입을 통제하는 경우까지 포함된다.

피케팅은 평화적 설득, 즉 구두와 문서에 의한 언어적 설득의 범위 내에서 정당성이 인정되고 폭행, 협박 또는 위력에 의한 실력적 저지나 물리적 강제가 수반되는 경우에는 그 정당성이 부정되어 형사책임을 지게 된다.

[참조판례]

* 대법원 1990.10.12. 90도1431 [국민연금관리공단사건]

파업은 흔히 노부정지의 효율성을 확보, 강화하기 위하여 피케팅을 동반하거나 직장에 체류하여 연좌, 농성하는 직장점거를 동반하기도 하는 것으로서 이 경우 노조적 쟁의수단인 피케팅은 파업에 가담하지 않고 조업을 계속하려는 자에 대하여 평화적 설득, 구두와 문서에 의한 언어적 설득의 범위내에서 정당성이 인정되는 것이고 폭행, 협박 또는 위력에 의한 실력적 저지나 물리적 강제는 정당화 될 수 없는 것이며 직장점거는 파업시 사용자에 의한 방해를 막고 변화하는 정세에 기민하게 대처하기 위하여 퇴거하지 않고 사용자의 의사에 반하여 직장에 체류하는 쟁의수단이므로 사용자측의 점유를 완전히 배제하지 아니하고 그 조업도 방해하지 않는 부분적, 병존적 점거일 경우에 한하여 정당성이 인정되는 것이고 이를 넘어 사용자의 기업시설을 장기간에 걸쳐

전면적, 배타적으로 점유하는 것은 사용자의 시설관리권능에 대한 침해로서 부당하다고 하여야 할 것이다.

이러한 관점에서 피고인들의 행위를 보건대 제1심 판시 제1항의 협박에 의한 출근 금지행위, 제3항의 고지서발취 등의 방법에 의한 고지서 발송작업금지행위는 소론이 주장하는 여러 사정을 감안하더라도 앞에서 본 피케팅의 정당성의 한계를 넘어선 것으로서 위법하다고 할 것이며 제2항의 건조물침입행위 및 장기간에 걸친 사무실 점거동성으로 인한 업무방해 행위는 사용자인 위 공단의 사업장에 대한 관리권을 전면적, 배타적으로 빼앗을 정도에 이른 것으로서 위법한 행위라고 평가하지 않을 수 없는 것이고, 그 과정에서의 재물손괴 행위는 쟁의행위의 정당성의 범위 밖에 속한다는 것은 구태에 더 설명할 필요없이 명백하다.

마. 보이콧

보이콧은 조합원, 소비자 또는 타기업을 대상으로 쟁의중인 기업의 생산품의 불매 내지 거래의 중단을 호소함으로써 사용자에게 압력을 가하는 쟁의형태다.

보이콧은 제품의 성질에 따라 직접 소비자에게 판매되는 제품을 대상으로 하는 소비자 보이콧(consumer boycott)과 기업간 거래되는 원료·제품·반제품 등을 대상으로 하는 생산품 보이콧(product boycott)으로, 상대방에 따라 조합원이나 소비자를 대상으로 하는 제1차 보이콧(primary boycott)과 사용자와 거래관계에 있는 다른 기업을 대상으로 하는 제2차 보이콧(secondary boycott)으로 나눌 수 있다.

보이콧은 교섭당사자가 아닌 제3자, 즉 거래관계에 있는 다른 기업이나 소비자에게 압력을 행사하는 것이지만 쟁의행위로서의 정당성 이전에 일반적인 행동의 자유 또는 표현의 자유로서 보장된다. 따라서 폭행·협박·허위에 의한 명예 또는 신용훼손과 같은 위법요소를 갖고 있지 않은 경우 보이콧을 이유로 형사책임을 물을 수는 없다.

또한, 보이콧어는 불매를 호소하는데 있어서 쟁의 중인 기업 제품에 대한 가공업무에 대한 방해 기업의 근로자의 과업을 예고하는 방식으로 상대방에 대한 위압적인 요소가 수반되는 경우가 있다. 이러한 경우 실질적으로는 거래관계에 있는 다른 기업에 대한 동정과업에 해당되므로 그 정당성 여부에 따른 형사책임의 판단을 따로게 된다.

바. 준법투쟁

(1) 준법투쟁의 의의

과업과 같은 본격적인 쟁의행위에 앞서 사용자에게 본격적인 경제적 압력의 행사를

경고하거나 단결력을 시위하기 위해서, 준법을 명분으로 하는 단체행동이 실시되는 경우가 있는데 이를 준법투쟁이라 한다.

준법투쟁은 정의행위가 법률적·실질적으로 금지·제한되어 있거나 여객운송업과 같이 일반인의 여론이 정의에 큰 영향을 미치는 경우에 많이 사용된다.

우리나라에서 준법투쟁이 많이 발생하는 이유는 ① 정의행위에 대체하여 준법투쟁이라는 수단을 강구할 수 밖에 없는 정의행위가 법률상 금지되거나(가령, 주요방위산업체 종사근로자·공무원·교사 등), 사실상 금지된 경우(공익사업체의 강제중재회부와 강제중재시 정의행위금지)가 많으며, ② 일반근로자의 경우에도 노동쟁의조정법에서 정의행위에 대한 절차제한이 심하고(노동쟁의발생신고, 냉각기간, 노동조합의 찬찬부표 등), 이 제한에 따른 경우 시의적절한 정의행위를 할 수 없는 데서 정의행위의 대체수단 또는 예비행위로 이용되며, ③ 파업등의 정의행위에 대한 여론이 나쁜가나, 언론매체의 편파보도의 비난을 피하기 위해 이용되며, ④ 노동현장에서 사용자가 근로기준법을 비롯한 여러 법규나 규칙을 무시하거나 지키지 않는 경우가 많고 이에 대하여 근로자 개인이 사용자에게 자신의 권리를 주장하기 어려운 상태이므로 단체행동으로서 준법투쟁이 행해지며, ⑤ 기업별 조합에서 소외된 일부 직종의 근로자들이 자신의 이익을 표명하기 위해 이용되거나, 조합주도권쟁탈과 관련한 계파간의 선명성 경쟁에서도 이용되기 때문이다.

(2) 준법투쟁의 정의행위 해당성 여부 및 정당성 판단

준법투쟁으로 나타나는 단체행동 중에서 유인물의 배포 및 부착·조합선호·적당한 리분비용 등과 같이 일상적인 조합활동의 강화를 위한 행위로 파악되고 업무의 정상적인 운영을 저해하지 않는 경우에는 정의행위에 해당되지 않으므로 그 형사면책이 부를 논할 필요는 없다.

문제는 작업규칙 등을 평상시보다 더욱 엄격하게 준수하거나(법규준수형 준법투쟁), 휴가를 집단적으로 청구하거나 통상적으로 실시되던 시간외근로나 휴일근로를 집단적으로 거부하는 등 근로자측에게 그 형사가 유보되어 있는 권리를 집단적으로 행사함으로써(권리행사형 준법투쟁), 간접적으로 정상적인 업무운영의 저해를 도모하는 방식의 준법투쟁인 경우이다.

첫째, 이러한 준법투쟁을 노동쟁의조정법상의 정의행위 정의규정(기3조)에 따라 사용자에 대한 주장관철을 목적으로 한다는 점과 업무의 정상한 운영을 저해한다는 점에서 정의행위로 파악하는 입장이 있다. 이는 후술하듯이 현재 판례의 태도이다.

준법투쟁을 정의행위로 파악하면, 그 결과 정의행위가 금지되는 주체는 그러한 준법투쟁을 할 수 없으며, 정의행위가 허용되는 주체이더라도 정의행위발생신고할 하지 않거나 냉각기간 중인 경우에는 그러한 준법투쟁에 대해 벌칙이 적용되며 나아가 정의행위의 정당성까지 부정하여 업무방해죄의 형사책임을 부과하여야 한다는 해석이 가능해진다. 따라서 굳이 준법투쟁을 하려는 근로자의 입장에서는 불리한 결과가 초래된다.

둘째, 이와 반대로 정의행위 정의규정에서의 정상한 업무운영상태는 적법 내지 정상한 업무운영상태라고 보아 준법투쟁의 대상이 되는 사용자의 업무는 정상한 업무가 아니며, 이러한 부당한 업무운영을 저해하는 준법투쟁은 시민법상의 자유 또는 권리행사로써 노동법상의 정의행위가 아니므로 이를 제한할 수 없다는 입장이 있다.¹⁴⁾

준법투쟁이 정의행위에 해당되지 않는다고 보면 그 결과 정의행위가 금지되는 주체도 준법투쟁은 가능하며 노동쟁의조정법상의 노동쟁의발생신고나 냉각기간준수가 적용되지 않으며 사용자가 사실상의 업무저해가 발생하더라도 법적으로는 업무저해가 아니므로 업무방해죄가 성립하지 않는다는 해석이 가능해진다. 다만, 사용자에게 적극적으로 손해를 주기 위한 것이 주목적인 경우나 사업계속이 상당한 기간 불가능하게 하는 행위 등은 준법투쟁으로 인정받을 수 없다고 보아, 적법한 준법투쟁의 범위를 제한하고 있다.

생각컨대 준법투쟁의 대상이 된 업무가 '정상한 업무'인지는 다음과 같이 이른바 '안전투쟁'과 이른바 '권리행사투쟁' 양자를 나누어 살펴보아야 할 것이다.

첫째, 생명·신체의 안전을 위하여 법령 또는 작업규칙 등에 의하여 근로자에게 준수 의무가 있음에도 불구하고 평상시에는 그 기준의 미달 또는 위반이 관행화되어 있다가, 근로자들이 법령·작업규칙의 엄격한 준수를 실현하는 이른바 '안전투쟁'의 경우에는 사용자에게 간접적으로 업무저해의 결과가 발생한다 하더라도 정의행위로 파악될 수 없다.¹⁵⁾

안전의무의 미준수·위반 상태는 아무리 관행상 계속되었다고 하더라도 법령·작업규칙 등에 의한 안전의무의 준수를 통하여 최소한의 안전이 기대되는 상태보다 우선적으로 보호되어야 할 근거가 없다. 이러한 점에서 안전투쟁의 경우에는 정의행위의 개념요소인 '업무저해성' 판단의 전제가 되는 '업무' 자체가 존재하지 않거나 저해대상이 된 '업무' 자체가 보호가치가 없는 업무이다.

14) 박홍규, 「노동법론」, 875면; 이병태, 「최신노동법」, 345면.

15) 同前, 김형배, 「노동법」, 533면.

결국 안전의무의 준수라는 안전투쟁은 그 목적이 사용자로 하여금 그 법규를 준수하게 하려는 것이든 그 밖의 요구를 시위·관철하려는 것이든 정의행위가 아니다. 따라서 안전투쟁이 실사 이것이 집단적으로 행사된 결과 태업과 유사한 외관을 갖더라도 정의행위로 파악되어 형사책임 여부가 논해져서는 안된다.

다만, 교통사업에서 나타나는 ‘준법운행’ 중에는 법규를 준수하는 것이 인명과 신체의 안전을 지키기 위한 안전투쟁이 아니라, 단순히 작업규칙을 준수하는 것에 불과하고 나아가 그 준수과정에서 적극적으로 사용자에게 손해를 입히는 과잉으로 나타난다면, 그것은 후술하는 ‘권리투쟁’과 마찬가지로 태업과 유사한 정의행위로 평가될 것이다.

준법운행에 대해 태업 또는 부분파업에 해당되는 일종의 정의행위로 보아 책임을 인정한 판결례를 들면 다음과 같다:

* 제주한영택시사건(대법원 1991.12.10, 91누636)

원심은, 참가인 회사가 위 소외인들을 위와 같이 해고한 것이 노동조합법 제39조 제1호 또는 제5호 소정의 부당노동행위에 해당한다는 원고의 주장에 대하여 판단하기를, 원고 조합이 시행하기로 결의한 위 “준법운행”이란, 차량의 운행과 여객의 운송에 있어서 제반법규를 지키고 근로시간에 관하여는 단체협약이나 취업규칙에 정하여져 있는 시간을 그대로 지켜 그 당시까지 수입금을 높이기 위하여 관행이 되나시며 한 과속, 부당요금징수, 합승행위, 승차거부 등 불법적인 운행과 연장근로를 지양하고 법규와 단체협약에 의한 근로를 하자는 것으로서 그 자체를 타할 수는 없다고 할 것이나 원고 조합의 간부들인 위 소외인들이 운영위원회의 결의를 거쳐 위 준법운행을 시행함에 있어서, 위 준법운행사항외에 1일 수입금까지 금 50,000원 이하로 할 것을 정하여 놓고 조합원들이 이를 지키도록 지시하였을 뿐만 아니라, 조합간부들보 하여금 위 준법운행사항외에 조합원들이 회사에 임금시키기 전에 먼저 확인을 하고 그 금액이 금 50,000원을 초과하는 경우 위 금액을 초과하지 못하도록 통제를 하여 참가인 회사로 하여금 영업수입면에서 큰 손해를 보게 하였음은 물론, 일부 조합원들은 위 수입금액에 맞추기 위하여 인적이 드문 해안도로를 공차로 운행하거나 운행을 정지하고 도박을 하는 등의 파행적인 행위를 하게 하는 결과까지 낳게 하였다면, 이는 근로자가 그 주장을 관철할 목적으로 참가인 회사의 업무의 정상적인 운영을 저해한 행위로서, 노동쟁의조정법 제3조가 규정하고 있는 일종의 정의행위(태업 또는 부분파업)라고 보아야 할 것인바, 원고 조합이 운영위원회의 결의만으로 정의발생의 신고나 냉각기간을 거치지 않고, 위 결의를 한 다음날부터 이를 시행하였으니, 위 정의행위는 노동쟁의조정법

제12조, 제16조, 제14조 등의 제규정을 지키지 아니한 불법적인 행위로 보아야 할 것이고, 이로 인하여 참가인 회사에게 막대한 손해를 입혔다면, 위와 같은 행위를 주도한 간부들은 회사에 대하여 그로 인한 책임을 면하기 어렵다고 할 것이므로, 참가인 회사가 위와 같은 책임을 물어 위 소외인들을 각 해고한 이 사건에 있어서, 비록 위 각 해고가 이행의 시행중에 이루어진 것이라고 하더라도, 노동조합법 제29조 제1호 또는 제5호 소정의 부당노동행위가 성립되지는 않는다고 보아야 할 것이라는 이유로, 원고의 주장을 배척하였다.

원심이 관시한 이유에 다소 미흡한 점이 없는 것은 아니지만, 원심은 소론과 같이 이 사건 준법운행이 노동쟁의조정법에 규정된 절차를 거치지 아니한 것만을 들어 쟁의행위의 정당성을 부인한 것이 아니라, 원고 조합이 위 쟁의행위를 하게 된 경위와 그 수단, 그로 인하여 참가인 회사가 입게된 손해의 정도와 위 쟁의행위가 노동쟁의조정법에 규정된 절차를 거치지 아니한 점 등 구체적인 제반사정을 종합하여, 참가인 회사가 위와 같은 쟁의행위를 주도한 원고 조합의 간부들의 책임을 물어 그들을 해고한 것이, 그들 근로자가 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 하였거나 정당한 단체행동에 참가한 것을 이유로 한 것이라고 볼 수 없다는 취지로 판단한 것으로 이해되므로, 원심판결에 쟁의행위나 부당노동행위에 관한 법리를 오해하였거나 준법운행의 성격을 잘못 파악한 위법이 있다는 논지도 받아들일 것이 못된다.

물론, 정시출퇴근·휴가사용·시간외근로 거부 등의 집단적 행사 등은 개별적 근로관계의 측면에서는 근로시간 및 휴가에 관한 근로자의 권리를 행사하는 이른바 ‘권리투쟁’의 경우가 있다.

근로자에게 위와 같은 권리가 유보되어 있지만, 업무운영에 심각한 영향을 미칠 수 있을 정도로 많은 인원이 일제히 휴가를 사용하는 특이한 상황까지도 미리 예상하여 사용자가 노무관리하도록 기대될 수는 없다. 또한 시간외근로에 대하여 개별 근로자의 동의를 얻어야 하지만 시업시간 이전의 출근이나 연장근로 등의 시간외근로가 개별 근로자의 구체적인 동의가 없이 관행화되어 있어 사용자가 특별한 사정이 없는 한 근로자의 동의가 있을 것으로 기대하고 노무관리를 하는 경우도 많다.

이러한 경우에는 노동조합의 주도하에 조합원들이 일제히 정시출퇴근·휴가사용·시간외근로 거부 등을 집단적으로 행사한다면 실질적으로 쟁의행위와 유사한 의관과 결과를 낳게 된다. 따라서 쟁의중언 요구사항의 관철을 목적으로 근로시간 및 휴가에 관한 권리가 노동조합에 의해서 집단적으로 행사된 경우에는 업무의 정상한 운영이 저해된 것이므로 쟁의행위에 해당된다고 볼 여지가 크다.

판례는 쟁의행위의 대상이 되는 '정상한 업무'에는 '적법한 업무'에 국한되는 것이 아니라 사실상의 '평상시대로 운영되는 업무'도 포함된다고 보아 권리행사투쟁이나 안전투쟁 모두를 쟁의행위로 파악하고 있다.

권리행사투쟁을 쟁의행위로 인정한 대법원 판결례를 보면 다음과 같다:

(가) 집단적인 휴가청구에 관한 판결례: 대법원 1994.6.14, 93다29167 [대구파티마병원사건]; 대법원 1993.4.23, 92다34940 [밀양의료보험조합사건]; 대법원 1992.3.13, 91누10473 [서울시강동구의료보험조합사건]; 대법원 1991.12.24, 91도2323 [대구지역의료보험조합사건]; 대법원 1991.1.29, 90도2852 [현대중공업사건].

(나) 집단적인 시간외근로 거부에 관한 판결례: 대법원 1990.12.7, 90다6095 [오션사사건]; 대법원 1991.10.22, 91도600 [한국야쿠르트공업사건].

(다) 집단적인 휴일근로거부에 관한 판결례: 대법원 1995.4.7, 94다27342 [진성레미컨사건]; 대법원 1994.2.22, 92누11176 [진성레미컨노동조합사건]; 대법원 1991.7.9, 91도1051 [한국야쿠르트공업사건].

이 중 대구지역의료보험조합사건, 한국야쿠르트공업사건, 대구파티마병원사건 등을 소개한다:

① 대법원 1991.12.24, 91도2323 [대구지역의료보험조합사건]

「노동쟁의조정법 소정의 쟁의행위란 동맹파업, 태업, 직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상한 운영을 저해하는 것을 말하는 것인바(같은 법 제3조), 사실이 위와 같다면 피고인들이 주도하여 한 이 사건의 집단적인 월차휴가는 형식적으로는 월가휴가권을 행사하려는 것이었다고 하여도 위 의료보험조합 업무의 정상한 운영을 저해하는 행위를 하여 그들의 주장을 관철할 목적으로 하는 것으로서 실질적으로는 쟁의행위에 해당한다고 보아야 할 것이고, 따라서 이는 노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접, 비밀, 무기명투표에 의한 과반수찬성으로 결정하지 아니하면 이를 행할 수 없다는 노동쟁의조정법 제12조 제1항에 위배된다고 아니할 수 없다.

대구지역 의료보험노동조합의 조합장, 사무국장, 조사통계부장, 등근지구장들이 피고인들은 시간외수당의 감소와 1989.11.3.부터 같은 해 12.27.까지 있었던 파업기간 내의 식대환수조치에 반발하여 위 조치를 철회시킬 의도로 조합원의 직접, 비밀, 무기명투표에 의한 과반수의 찬성 없이 1990.5.23. 소속 노조원 총 307명 중 대구 중구, 동구, 남구, 북구, 수성구 의료보험조합소속의 181명으로 하여금 그날 하루동안 일제히 월차휴가를 실시하게 하였다. 피고인들은 그들의 주도하에 이 사건 하루 전에 사용자측에 집

단적으로 월차휴가를 신청하였으나 업무수행에 지장이 있다 하여 그 신청이 반려되었음에도 불구하고 이를 무시하고 집단적으로 월차휴가를 사용하였던 사건이었다.

2. 대법원 1991.7.9, 91도1051 [한국야쿠르트공업사건]

“원심이 인용한 제1심판결이 채용한 증거들을 기록과 대조하여 검토하면, 피고인이 한국야쿠르트유업주식회사(이 뒤에는 회사라고 약칭한다) 노동조합의 위원장으로서, 냉각기간을 거치지 아니하였음은 물론 노동위원회에 노동쟁의발생신고도 하지 아니한 채 노동조합원들의 찬성결정도 없이 쟁의행위를 행한 사실(특히 회사의 평택공장 및 안양리지장에서 근무하던 조합원들이 피고인의 지시에 따라 휴일근무를 거부하는 쟁의행위를 하게 된 점)을 충분히 인정할 수 있을 뿐만 아니라, 노사간에 체결된 단체협약에 작업상 부득이한 사정이 있거나 생산계획상 차질이 있는 등 업무상 필요가 있을 때에는 사용자인 회사가 휴일근로를 시킬 수 있도록 정하여져 있어서, 회사가 이에 따라 관행적으로 휴일근로를 시켜 왔음에도 불구하고, 근로자들이 자신들의 주장을 관철할 목적으로 정당한 이유도 없이 집단적으로 회사가 지시한 휴일근로를 거부한 것은, 회사업무의 정상적인 운영을 저해하는 것으로서 노동쟁의조정법 제3조 소정의 쟁의행위에 해당한다고 할 것이므로, 이와 견해를 같이한 원심판결에 채증법칙을 위반한 위법이나 쟁의행위에 관한 법리를 오해하여 판단을 유탈한 위법이 있다는 취지의 논지는 이유가 없다.”

3. 대법원 1994.6.14, 93나29167 [대구과티마병원사건]

“사용자와의 단체협약갱신협상에서 유리한 지위를 차지하기 위하여 조합원들로 하여금 집단으로 월차휴가를 실시하게 한 것은 이른바 쟁의적 준법투쟁으로서 쟁의행위에 해당하고, 위생문제에 특히 주의해야 하고 신분을 표시할 필요가 있는 간호사들이 집단으로 규정된 복장을 하지 않는 것은 병원업무의 정상적인 운영을 저해하는 것으로서 역시 쟁의행위에 해당한다 할 것이며, 증재회부 전의 행위라 하여 쟁의행위가 정당성의 한계를 벗어날 때에는 위법한 쟁의행위로서 징계사유가 되는 것은 물론 업무방해죄 등 형사상 책임도 면할 수 없다 할 것이다.”

6. 절차위반의 쟁의행위

가. 노동쟁의발생 신고의무 위반

(1) 노동쟁의발생 신고의무

단적으로 월차휴가를 신청하였으나 업무수행에 지장이 있다 하여 그 신청이 반려되었음에도 불구하고 이를 무시하고 집단적으로 월차휴가를 사용하였던 사건이었다.

2. 대법원 1991.7.9, 91도1051 [한국야쿠르트공업사건]

“원심이 인용한 제1심판결이 채용한 증거들을 기록과 대조하여 검토하면, 피고인이 한국야쿠르트유업주식회사(이 뒤에는 회사라고 약칭한다) 노동조합의 위원장으로서, 냉각기간을 거치지 아니하였음은 물론 노동위원회에 노동쟁의발생신고도 하지 아니한 채 노동조합원들의 찬성결정도 없이 쟁의행위를 행한 사실(특히 회사의 평택공장 및 안양리지장에서 근무하던 조합원들이 피고인의 지시에 따라 휴일근무를 거부하는 쟁의행위를 하게 된 점)을 충분히 인정할 수 있을 뿐만 아니라, 노사간에 체결된 단체협약에 작업상 부득이한 사정이 있거나 생산계획상 차질이 있는 등 업무상 필요가 있을 때에는 사용자인 회사가 휴일근로를 시킬 수 있도록 정하여져 있어서, 회사가 이에 따라 관행적으로 휴일근로를 시켜 왔음에도 불구하고, 근로자들이 자신들의 주장을 관철할 목적으로 정당한 이유도 없이 집단적으로 회사가 지시한 휴일근로를 거부한 것은, 회사업무의 정상적인 운영을 저해하는 것으로서 노동쟁의조정법 제3조 소정의 쟁의행위에 해당한다고 할 것이므로, 이와 견해를 같이한 원심판결에 채증법칙을 위반한 위법이나 쟁의행위에 관한 법리를 오해하여 판단을 유탈한 위법이 있다는 취지의 논지는 이유가 없다.”

3. 대법원 1994.6.14, 93나29167 [대구과티마병원사건]

“사용자와의 단체협약갱신협상에서 유리한 지위를 차지하기 위하여 조합원들로 하여금 집단으로 월차휴가를 실시하게 한 것은 이른바 쟁의적 준법투쟁으로서 쟁의행위에 해당하고, 위생문제에 특히 주의해야 하고 신분을 표시할 필요가 있는 간호사들이 집단으로 규정된 복장을 하지 않는 것은 병원업무의 정상적인 운영을 저해하는 것으로서 역시 쟁의행위에 해당한다 할 것이며, 증재회부 전의 행위라 하여 쟁의행위가 정당성의 한계를 벗어날 때에는 위법한 쟁의행위로서 징계사유가 되는 것은 물론 업무방해죄 등 형사상 책임도 면할 수 없다 할 것이다.”

6. 절차위반의 쟁의행위

가. 노동쟁의발생 신고의무 위반

(1) 노동쟁의발생 신고의무

노동쟁의조정법 제16조 제1항에서는 「노동쟁의가 발생하였을 때에는 관계당사자 어느 일방이 행정관청과 노동위원회에 신고하여야 하고 이를 상대방이 기 동고하여야 한다」고 규정하고 있다. 또한 동법 제48조에서는 「쟁의당사자가 제 6조...에 의한 신고를 하지 아니하거나 허위로 신고를 한 때에는 6월 이하의 징역 또는 20만원 이하의 벌금에 처한다」고 위반에 대한 벌칙을 규정하고 있다. 이와 같이 노동쟁의가 발생한 노사 당사자는 '노동쟁의발생 신고의무'를 지게 된다.

이러한 신고의무는 원칙적으로 노사 양당사자 모두에게 있으며 어느 일방이 신고를 하면 되는 것이지만, 대개는 노동조합측이 사용자보다 먼저 신고의무를 부담하고 그 위반에 대해 벌칙이 적용된다. 왜냐하면, 사용자는 노동조합측이 쟁의행위를 개시한 이후에만 쟁의행위를 할 수 있으므로(노동쟁의조정법 제17조 참조), 노동조합측이 먼저 쟁의행위에 개시하였을 때 이미 그 쟁의행위가 사전에 노동쟁의발생신고를 했었는가 문제가 되기 때문이다. 따라서 이 노동쟁의발생 신고의무는 노동조합측이 쟁의행위를 하기 이전에 '노동쟁의단계'에서 이미 부담하는 것으로 운용되고 있다.

그런데 이 신고의무를 두는 취지는 신고를 하지 않고서는 쟁의행위를 절대 할 수 없도록 하는데 있지 않다. 신고의무의 취지는 쟁의행위 이전 단계인 노동쟁의단계에서 노동쟁의가 발생하였음을 행정관청과 노동위원회가 파악하도록 노동쟁의 당사자가 정보를 제공하여, 쟁의행위가 개시되기 이전에 노동쟁의조정법상의 '법정조정절차'가 실행되도록 함에 있다. 즉 신고제도는 법정조정절차가 진행되기 위한 단서로서의 의미를 가진다. 또한 후술하는 냉각기간을 기산하기 위한 시점이 정해진다는 부수적인 기능을 한다.

처벌의 대상자는 쟁의행위를 하는 쟁의당사자이다. 그런데 공설운동장에서 집회를 갖는 행위 자체는 '쟁의행위'가 아니다. 따라서 노동쟁의발생신고의 대상이 되지 않는다.

또한 노동조합법 제7조 제1항에서는 「이 법에 의한 노동조합이 아니면 노동쟁의의 신고...를 할 수 없다」고 규정하여 노동조합이 아닌 근로자들의 집단을 신고할 수 없게 되어 있다. 결국 신고의무와 후술하는 냉각기간경과의무를 지는 근로자측의 주체는 노동조합만이 해당된다. 즉 노동조합이 쟁의행위의 주체로 되는 경우에만 그 의무가 부과된다. 따라서 노동조합이 아닌 근로자집단이 쟁의행위를 하는 경우에는 그 의무나 위반에 대한 처벌은 적용되지 않는다. 대신에 그 근로자집단은 법정조정절차를 받을 수 없다는 점에서 불이익이 있다.

(2) 신고의무 위반과 형사책임

신고의무는 일종의 행정복적상의 의무일 뿐이며, 그 위반의 정의행위를 금지하려는 것은 아니다. 따라서 신고의무를 위반하였다도 노동조합은 정의행위를 할 수 있으며, 그 정의행위가 신고의무를 위반한 사실 때문에 정당성이 상실되지 않으므로, 그 정의행위로 인해 사용자의 업무가 저해되었다도 업무방해죄 등의 형사책임이 면제되어 결국 처벌받지 않는다.

[참조판례]

* 대법원 1992.12.8, 92도1645 [대전선병원사건]

「정의행위의 시기와 절차에 관한 노동쟁의조정법 제14조 및 제16조의 규정은 분쟁을 사전조정하여 정의발생을 회피하는 기회를 주고 또 정의발생을 사전 예고케 하여 손해방지조치의 기회를 주려는 데에 있는 것이지 정의행위 자체를 금지하려는 데에 있는 것이 아니므로, 정의행위가 같은 법 소정의 냉각기간이나 사전신고의 규정이 정한 시기와 절차에 따르지 아니하였다고 하여 무조건 정당성이 결여된 정의행위라고 볼 것이 아니고, 그 위반행위로 말미암아 사회, 경제적 안정이나 사용자의 사업운영에 예기치 않는 혼란이나 손해를 끼치는 등 부당한 결과를 초래할 우려가 있는지의 여부 등 구체적 사정을 살펴서 판단되어야 할 것이다.

(3) 신고의무위반에 대한 노동쟁의조정법상의 처벌

신고의무를 위반한 것 자체에 대해 노동쟁의조정법상의 벌칙이 적용되어 처벌된다. 이 처벌은 정의행위가 정당하다고 해서 면제되는 것이 아니다. 처벌의 내용은 6월 이하의 징역 또는 20만원 이하의 벌금이다.

나. 냉각기간의 미경과

(1) 냉각기간의 의의

노동쟁의조정법 제14조는 「정의행위는 제16조의 규정에 의한 신고가 노동위원회에 접수된 날로부터 일반사업에 있어서는 10일, 공익사업에 있어서는 15일이 경과되지 아니하면 이를 행할 수 없다」고 규정하고 있다.

또한 동법 제31조는 「정의행위가 중재에 회부된 때에는 제14조의 규정에도 불구하고 그 날로부터 15일간은 정의행위를 할 수 없다」고 규정하고 있으며, 동법 제41조는 「관세당사자는 제40조 제3항의 규정에 의한 긴급조정의 결정이 공표된 때에는 즉시 정의행위를 중지하여야 하며, 공표일로부터 20일이 경과하지 아니하면 정의행위를 할

수 없다_고 규정하고 있다.

이러한 냉각기간은 그 기간동안 노사 당사자들이 다시 한번 평화적인 분쟁해결을 시도하고 노동위원회는 알선·조정 및 중재 등의 조정방법을 통하여 쟁의행위의 발생을 방지하려는데 그 취지가 있다.

(2) 냉각기간의 미경과와 형사책임

냉각기간을 거치지 않았다고 해서 쟁의행위 자체가 금지되거나 정당성이 상실되는 것은 아니다. 그 위반한 쟁의행위로 말미암아 사회적·경제적 안정이나 사용자의 사업 운영에 예기치 않은 혼란이나 손해를 끼치는 등 부당한 결과를 초래할 우려가 있는지의 여부 등 구체적 사정을 살펴서 그 정당성 유무가 판단된다.

이하의 판결례를 통해 이 점을 확인할 수 있다:

대법원 1992.9.22, 92도1855 [성화기업사건]

「쟁의행위의 시기와 절차에 관하여 노동쟁의조정법 제14조 및 제16조는 냉각기간과 사전신고제를 규정하고, 같은 법 제47조 및 제48조는 위 각 규정위반행위에 대하여 벌칙규정까지 두고 있으나, 위 냉각기간이나 사전신고에 관한 규정의 취지는 분쟁을 사전 조정하여 쟁의발생을 회피하는 기회를 주고 또 쟁의발생을 사전 예고케 하여 손해 방지조치의 기회를 주려는 데에 있는 것이지 쟁의행위 자체를 금지하려는 데에 있는 것이 아니므로, 쟁의행위가 위 냉각기간이나 사전신고의 규정이 정한 시기와 절차에 따르지 아니하였다고 하여 무조건 정당성이 결여된 쟁의행위라고 볼 것이 아니라 그 위반행위로 말미암아 사회, 경제적 안정이나 사용자의 사업운영에 예기치 않은 혼란이나 손해를 끼치는 등 부당한 결과를 초래할 우려가 있는지의 여부 등 구체적 사정을 살펴서 그 정당성 유무를 가려 형사상 죄책 유무를 판단하여야 할 것이다.

(3) 냉각기간의 미경과와 노동쟁의조정법상의 처벌

노동쟁의조정법에서는 냉각기간의 준수를 강제하기 위하여, 동법 제14조 또는 제31조를 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처하며(제47조), 제41조의 규정에 위반하여 쟁의행위를 중지하지 아니하거나 20일 이내에 쟁의행위를 한 때에는 그 위반행위의 주모자는 2년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다(제46조).

다. 쟁의행위신고의무 위반

(1) 신고의 의의

노동쟁의조정법 시행령 제8조 제1항에서는 「노동조합이 쟁의행위를 하고자 할 때에는 미리… 쟁의행위의 일시·장소·참가인원 및 그 방법을 신고하여야 한다」고 규정하여 노동조합이 쟁의행위에 돌입하기 전에 행정관청에 신고할 것을 요구하고 있다.

이는 행정목적을 위해 편의적으로 규정된 것이기 때문에 그 위반에 대해 벌칙규정을 두고 있지 않다.

또한 노동쟁의조정법 제17조에서는 「사용자는 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에만 직장폐쇄를 할 수 있고, 이 경우 행정관청과 노동위원회에 각각 신고하여야 한다」고 규정하여 사용자의 직장폐쇄에 관해서는 모법에서 사전 신고를 요구하고 있다. 또한 동법 제48조에서는 「쟁의당사자가… 제17조에 의한 신고를 하지 아니하거나 허위로 신고를 한 때에는 6월 이하의 징역 또는 20만원 이하의 벌금에 처한다」고 규정하여 위반행위에 대해서는 처벌하고 있다.

(2) 신고위반과 정당성

신고를 하지 않고 행한 노동조합의 쟁의행위 및 사용자의 직장폐쇄 공히, 벌칙의 적용 여부와는 상관없이, 그 자체로 정당성을 상실하는 것은 아니라고 해석하는 것이 일반적인 견해이다

라. 조합원 찬반투표 절차의 위반

(1) 조합원 찬반투표 절차

노동조합법은 '노동쟁의에 관한 사항'을 총회의 의결사항으로 들고 있다(제19조 제1항 제8호). 나아가 노동쟁의조정법 제12조 제1항에서는 「노동조합의 쟁의행위는 그 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의한 과반수의 찬성으로 결정하지 아니하면 쟁의행위를 할 수 없다」고 규정하고 있다.

이는 노동조합의 쟁의행위는 참가조합원에 대해 임금의 삭감이 이루어지거나, 직장폐쇄로 인해 비참가조합원에까지 임금의 삭감이 이루어지거나, 경우에 따라서는 쟁의행위로 인해 단체교섭의 타결이 지연되거나 좌절될 위험이 있는 등 쟁의행위는 전체 조합원에게 불리한 면이 없지 않으므로, 사전에 전체 조합원의 민주적인 의사결정을 거치도록 요구하는 것이다. 즉 쟁의행위는 조합원인 근로자의 민주적인 쟁의의사에 의해 뒷받침되어야 한다는데 그 취지가 있다.

동 조항을 위반한 자에 대해서는 노동쟁의조정법 제47조에서 1년 이하의 징역 또는 100만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.

(2) 찬반투표절차를 위반한 쟁의행위와 형사책임

노동조합의 쟁의행위가 법상의 찬반투표절차 요구조항을 위반한 경우에 그 쟁의행위가 정당성을 상실하는지가 문제될 수 있다.

전술하였듯이 노동쟁의조정법에서 쟁의행위의 찬반투표를 규정한 취지는 조합원의 민주적인 의사결정과정을 담보하는데 있다. 그러므로 사용자의 업무를 방해하여 업무방해죄가 성립하는지에 관한 형사책임의 판단에 있어서는 직접적인 관련이 없다. 즉 찬반투표절차를 위반하였다고 하여도 쟁의행위의 정당성이 부정되는 것은 아니다. 따라서 그 쟁의행위에 대해 형사책임이 면제될 수 있다.

(3) 찬반투표절차를 위반한 쟁의행위와 노동쟁의조정법상의 처벌

찬반투표절차를 거치지 않고 위반한 경우에는 업무방해죄등의 형사책임은 적용되지 않는다고 하여도, 전술한 노동쟁의조정법상의 처벌은 적용된다.

그런데 법상의 찬반투표절차를 준수하지 않았더라도 조합원의 민주적인 의사가 담보되었거나 법상의 절차를 거치기에 너무나도 긴박한 경우에는 처벌규정이 적용되지 않음은 전술한 바와 같다.

따라서 쟁의행위가 전개된 당시의 사정에 비추어 조합집행부가 조합원의 의사와는 무관하게 쟁의행위를 지시하는 등 민주성이 현저히 침해된 경우에 한하여 벌칙이 재한적으로 적용된다고 보는 것이 타당하다.

마. 단체협약상의 쟁의절차조항·평화조항 위반의 쟁의행위

(1) 쟁의절차조항·평화조항

노사간의 합의에 의하여 쟁의행위에 필요한 절차 또는 쟁의행위에 수반되는 의무에 관하여 약정을 하는 경우가 많으며 이를 널리 '쟁의조항'이라고 한다. 쟁의조항 중에는 쟁의행위의 주체·절차·태양·대체고용금지 등에 관한 규율을 정한 '쟁의절차조항', 쟁의행위에 앞서 조정절차를 거치도록 한 '평화조항' 등이 있을 수 있는데, 이러한 조항을 위반한 쟁의행위를 하는 경우가 있다.

(2) 위반에 대한 형사책임

쟁의절차조항·평화조항은 단체협약의 채무적 부분에 해당되므로 이에 위반한 쟁의행위를 한 노동조합은 협약위반에 대하여 손해배상책임을 지게 된다.

그러나 나아가 쟁의절차조항·평화조항을 위반한 쟁의행위가 권·형사면책의 정당성을 상실하는 것은 아니다. 쟁의절차조항과 평화조항은 쟁의행위의 행사를 예정하여 쟁

의행위시 준수하여야 할 규칙을 정한 단체협약상의 합의에 불과하고, 나아가 협약질서의 본질적 부분을 구성하여 쟁의행위를 금지시키는 것이 아니기 때문이다.

따라서 쟁의행위가 쟁의절차조항·평화조항을 위반하였다는 점만으로는 쟁의행위에 대해 업무방해죄 등의 형사책임을 물을 수 없다.

바. 평화의무 위반의 쟁의행위

(1) 평화의무

노동조합은 단체협약의 유효기간 중에는 협약소정사항의 개폐를 목적으로 하는 쟁의행위를 해서는 안되는 '평화의무'를 진다. 평화의무가 단체협약 자체에 명시적으로 규정되는 경우 이를 '평화의무조항'이라고 한다.

평화의무는 명시적인 평화의무조항이 없는 경우에도 단체협약이 갖는 근로조건에 대한 배타적인 규제권능에 비추어 특별한 사정이 없는 한 그에 대한 노사간의 묵시적인 합의에 의해 인정되는 것이므로, 단체협약의 유효기간중 협약소정사항의 개폐를 목적으로 쟁의행위를 하는 것은 협약질서에 반하게 된다. 따라서 평화의무조항의 유부와 관계없이 당사자간의 평화의무는 인정된다.

(2) 평화의무 위반과 형사책임

평화의무는 단체협약에 내재된 의무이므로 평화의무를 위반하고 쟁의행위를 하면, 그 쟁의행위는 단체협약을 위반한 것이 된다. 단체협약의 위반에 대해서는 손해배상책임이 인정된다.

분쟁은 평화의무 위반에 대해 협약불이행의 책임 이외의 다른 책임을 물을 수 있는가이다.

이에 대해서 관례는 평화의무가 단체협약에 본질적으로 내재하고 있으므로 평화의무 위반의 쟁의행위는 협약질서의 침해로 정당성이 부정된다는 견해를 취하고 있다:

* 대법원 1992.9.1. 92누7733 [한보탄광사건]

평화의무가 노사관계의 안정과 단체협약의 질서형성적 기능을 담보하는 것인 점에 비추어 보면, 단체협약이 새로 체결된 직후부터 뚜렷한 무효사유를 내세우지도 아니한 채 단체협약의 전면무효화를 주장하면서 평화의무에 위반되는 쟁의행위를 하는 것은 이미 노동조합활동으로서의 정당성을 잃어한 것이라고 아니할 수 없다.

7. 쟁의행위 금지·제한규정을 위반한 쟁의행위

가. 쟁의행위가 금지되는 근로자의 쟁의행위

(1) 쟁의행위가 금지되는 근로자의 범위

헌법에서는 공무원, 주요방위산업체에 종사하는 자, 교원에 대해서 쟁의행위를 할 수 없도록 하고 있다

(가) 공무원 기타 국가·지방자치단체에 종사하는 근로자

공무원은 헌법 제33조 제2항에 따라 법률로 허용되는 자에 한하여 근로삼권이 인정된다.

이에 따라 국가공무원법 제66조 제1항과 지방공무원법 제58조 제1항은 '사실상 노무에 종사하는 공무원'을 제외하고는 공무원 일반에 대하여 "노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위"를 금지하고 있다. 여기서 '노동운동'이라 함은 근로삼권보장환동 즉 '근로조건의 향상을 목적으로 하는 노동조합 결성행위 및 그 활동'을 의미한다고 해석되고 있으므로, 결과적으로 일반 공무원에게는 단결권, 단체고성권, 단체행동권 신분이 부정된다.

예외적으로 노동삼권이 허용되는 '사실상 노무에 종사하는 공무원'의 구체적인 범위에 대하여는 다시 '국회규칙·대법원규칙 또는 대통령령'에 위임하고 있는데(국가공무원법 제66조 제2항), 그에 따라 대법원규칙은 '기능직공무원 및 고용직공무원'(법원공무원규칙 제91조)으로, 대통령령은 '기능직 및 고용직 공무원으로서 재신부 및 철도청 소속의 헌업기관과 국립의료원의 작업현장에서 노무에 종사하는 자'(공무원복무규정 제28조)를 사실상 노무에 종사하는 공무원으로 규정하고 있다. 반면 국회, 헌법재판소의 경우에는, 국회규칙에 해당하는 국회공무원복무규정에서 유사한 규정을 두고 있지 않으며(임법미비인 듯하다), 헌법재판소공무원규칙은 대통령령인 공무원복무규정을 준용하고 있다(제2조 참조). 사실상 노무에 종사하는 지방공무원의 범위에 대하여는 조례로 정한다(지방공무원법 제58조 제2항).

한편 노동쟁의조정법 제12조 제2항에서는 「국가·지방자치단체...에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다」고 규정하고 있다. 국가·지방자치단체에 종사하는 근로자는 쟁의행위의 가능여부에 따라 다음 세 부류로 나눌 수 있다.

첫째, 공무원법상 근로삼권이 인정되는 공무원이다. 전술한 '사실상 노무에 종사하는 근로자'로서 노동운동이 가능한 공무원을 말한다. 이러한 공무원들은 적법하게 쟁의행

위를 할 수 있으며, 쟁의행위가 금지되지 않는다.¹⁶⁾

둘째, 공무원법상 노동운동이 허용되지 않는 그 외의 공무원이다. 이러한 공무원들은 노동조합을 조직할 수 없음을 물론, 쟁의행위 자체가 금지된다.

셋째, 공무원 신분이 아니면서 국가·지방자치단체에 종사하는 근로자이다. 노동쟁의조정법 제12조 제2항에 의해 국가·지방자치단체에 종사하는 근로자를 포괄적으로 기속하고 있어, 이러한 비공무원인 근로자들에게 쟁의행위가 금지되는지 문제가 생긴다.

그러나 현행법상 공무원이 아니면서 사업의 특수성을 이유로 단체행동권을 금지할 수 있는 경우는 헌법상 특별한 근거규정을 둔 주요방위산업체에 종사하는 근로자에 한정된다. 헌법 제37조 제2항의 일반적인 법률유보에 근거하여 국가·지방자치단체에 종사하는 공무원이 아닌 근로자의 쟁의행위를 금지한다면, 이는 필요최소한도의 제한원칙, 본질적내용 제한금지원칙에 위반하여 위헌이 된다. 따라서 노동쟁의조정법 제12조 제2항에서의 노동쟁의 금지는 공무원인 근로자만을 대상으로 한다고 한정해석하여야 할 것이다.

(나) 교원

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, 이 때에 국가공무원법 제66조 제1항의 노동운동금지 규정도 적용된다. 그러므로 사립학교 교원의 노동수권은 전면적으로 부인된다.¹⁷⁾

즉 사립학교 교원 및 국공립학교 교원은 쟁의행위가 금지된다.

(다) 주요 방위산업체 종사근로자

헌법에서는 「법률이 정하는 주요 방위산업체에 종사하는 근로자에 대해서는 쟁의행위를 제한 또는 금지할 수 있다」고 규정하고 있다(헌법 제33조 제3항).

16) 헌법재판소 1993.3.11. 결정 88헌마5 [노동쟁의조정법에 관한 헌법소원]에서 공무원에게 일률적으로 쟁의행위를 금지하는 동조항의 “국가·지방자치단체에 종사하는 근로자” 부분은 1995년 말까지 개정하여야 한다는 헌법불합치판결을 받았다.

17) 헌법재판소는 사립학교법 제55조에 대하여 합헌결정을 내렸다(헌법재판소 1991.7.22. 결정 89헌가106 [사립학교법 제55조·제58조 제1항 제4호에 관한 위헌심판]) 그 근거로는 ‘교원 직무의 특수성’, ‘헌법 제31조 제6항이 정하는 교원지위법정주의’ 및 ‘대상조직’를 들고 있다.

이에 따라 노동쟁의조정법 제12조 제2항에서는 「...방위산업에 관한 특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다」고 규정하고 있다. 동법 제45조의 2에 그 규정에 위반한 자는 5년이하의 징역 또는 1,000만원이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.

주요 방위산업체의 쟁의행위를 금지하는 취지는 방위산업물자의 생산을 확보하여 국가안전을 유지하기 위함이다.

종전에는 모든 방위산업체 종사근로자의 쟁의행위가 금지되었으나, 현행 헌법(1987년 개정헌법)과 현행 방위산업체에관한특별조치법(이하 '방산법'이라 함)에서는 '주요 방위산업체'의 종사근로자만이 쟁의행위가 금지된다. 따라서 '일반 방위산업체'의 종사근로자는 쟁의행위가 허용된다.

방위산업체 중에서 어떠한 산업체가 '주요 방위산업체'인지는 방산법 제4조 및 제4조의 2에서 그 범위를 자세히 정하고 있다. 즉 방산법 제4조에 규정된 물자를 국방부장관이 방산물자로 지정하고 이를 생산하는 업체를 상공부장관이 '주요방위산업체'로 지정한다.

한편, 주요 방위산업체의 경우에도 전술한 취지에 비추어 보면 쟁의행위가 금지되는 대상으로서의 '주요 방위산업체'란 방산법의 규정에 따른 지정이라는 형식적 요건 외에도, 실제로 군수에 필요한 주요 방위산업물자를 생산하고 있다는 실질적 요건을 갖추어야 한다.

가령 주요 방위산업체 지정처분이 취소되지 않았거나 방위산업체가 주요 방위물자의 생산부문의 휴업·폐업에 대해 정부의 승인을 받지 않은 상태에서도 실질적으로 주요 방위산업물자의 생산이 중단되어 주요 방위산업체로서의 실질이 없어진 경우에는 쟁의행위가 가능하다.

[참조판례]

* 대법원 1991.1.15. 90도2278 [강원산업삼표중공업사건].

「헌법 제33조 제1항은 근로자의 근로3권인 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 헌법상 보장된 기본적 권리로 명시하는 한편 같은 조 제3항은 법률이 정하는 바에 의하여 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권을 제한하거나 인정하지 아니할 수 있음을 규정하고 있는바, 위 규정에 의하여 방위산업체 종사자의 단체행동권을 법률으로써 제한 또는 금지(이하 제한이라 한다)하는 경우에도 그 제한은 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여야 하고 또 그 권리의 본질적인 내

용은 침해할 수 없음을 기본권제한입법의 한계조항인 제37조 제2항의 규정취지에 비추어 명백하다.

그러나 위 헌법 제33조 제2항에 의거하여 입법된 노동쟁의조정법 제12조 제2항은 방위산업에관한특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자는 쟁의행위를 할 수 없다고 규정하고 있고, 방위산업에관한특별조치법 제2조 및 제4조는 방위산업체라 함은 방산물자 즉 군용으로 제공되는 물자를 생산(제조·가공·조립·정비·재생·개량 또는 개조하는 것을 말한다. 이하 같다)하는 업체로서 대통령령으로 정하는 시설기준과 보안요건을 갖추어 정부의 지정을 받은 것을 말한다고 규정하고 있는바, 위에서 실시한 바와 같은 헌법 제37조 제2항이 규정하는 기본권제한입법의 필요성과 한계성에 비추어 볼 때에, 방위산업체로서 지정을 받은 업체라고 하더라도 방산물자생산을 일시 중단하거나 휴지한 것이 아니라 방산물자생산을 포기하고 그 생산조직과 활동을 폐지하여 방산물자생산업체로서의 실체가 없어진 경우에는 형식상 방위산업체 지정부분이 미처 취소되지 않은 채 남아 있다고 하더라도 노동쟁의조정법 제12조 제2항의 쟁의행위제한규정을 적용할 방위산업체에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다.

이 사건에서 원심이 채용한 1심증인 성현덕의 증인과 동인에 대한 김사 작성의 진술조서 기재 및 수사기록에 편철된 임광진에 대한 특별사법경찰관 작성기록 등을 보면, 강원산업주식회사 삼표중공업은 1977.12.21.경 방위산업체로 지정되었다가 1988.12.경 방위산업체지정취소신청을 하여 1989.9.1.자로 지정이 취소되었으나 이 사건 쟁의행위가 있기 전인 그해 4.1.에 이미 방위산업업무를 담당할 특수개발부를 완전히 해체하여 다루어하는 직원이 7,8명 남아 있었을 뿐이었다는 취지의 진술 및 기재부분이 있는바, 위와 같이 특수개발부를 해체한 것이 단순히 방위산업업무담당기구를 축소하거나 그 업무를 일시 중단 또는 휴지한 것이 아니라 방산물자생산을 포기하고 그 생산조직과 활동을 폐지하여 방산물자생산업체로서의 실체가 없어진 것을 의미한다면, 위 삼표중공업을 비롯 형식상 방위산업체 지정이 취소되기 전이라고 하여도 쟁의행위금지규정을 적용할 방위산업체라 보기 어려운 것이다.

또한 주요 방위산업체의 지정이 업체를 단위로 행해지더라도 업체 내부에서 방산물자의 생산이 실질적으로 일부 사업장에서만 행해지고 있다면, 쟁의행위가 금지되는 단위는 업체의 전부가 아니라 실질적으로 생산이 이루어지는 사업장에 한정된다. 가령 주요방산물자를 생산하는 전용공장이 있는 경우, 그 공장의 근로자들은 쟁의행위가 금지되지만, 지역별로 분산되어 있거나 동일지역에서 보안철적으로 구분되어 주요방산물자와 필수물자를 생산하는 경우에는 필수물자를 생산하는 공장의 근로자는 쟁의행위가

허용된다. 그리고, 동일한 보완대책내에 주요방산물자를 생산하는 전용공장외에도 민수공장과 방산·민수겸용공장이 산재되어 있는 경우에는 민수공장은 정의행위가 허용되고, 방산·민수겸용공장은 방산물자의 생산에 지장을 초래하지 않는 분리된 작업라인 근로자만이 정의행위가 허용된다.

한편, 주요방위산업체에서 실질적으로 주요방산물자의 생산에 종사하고 있는 근로자는 주요방위산업체 소속의 근로자가 아니라 파견된 근로자이더라도 정의행위가 인정된다.¹⁸⁾

(2) 정의행위금지 위반에 대한 형사처벌 및 그 정당성

정의행위가 금지되는 범위의 공무원 또는 주요방위산업체 종사근로자가 정의행위를 하면, 그 근로자들은 노동쟁의조정법상의 형사처벌을 받는다. 노동쟁의조정법 제45조의 2에서는 5년이하의 징역 또는 1,000만원이하의 벌금을 규정하고 있다.

또한, 공무원인 경우에는 국가공무원법·지방공무원법상의 노동운동금지조항위반으로 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.

위의 금지규정을 위반하여 정의행위를 한 경우에는 정당성을 상실하는 것으로 보는 것이 일반적인 견해이다

나. 안전보호시설에 대한 정의행위의 금지

노동쟁의조정법은 「공장·사업장 기타 직장에 대한 안전보호시설의 정상한 유지·운영을 저지·폐지 또는 방해하는 행위」는 정의행위로 행할 수 없다고 규정하고 있다(제13조 제2항).

안전보호시설을 대상으로 하는 정의행위가 행해지는 경우, 행정관청은 노동위원회와의 의견을 얻어 당해 정의행위의 중지를 명할 수 있다(제13조 제3항·제4항).

이 중지명령을 위반한 경우는 물론 안전보호시설에 대한 정의행위 자체가 해산소벌책이 적용된다(제47조).

행정해석상 안전유지의무가 인정된 예로는, 아파트관리업무에서 난방·수도·전기시설(1991.11.27. 노사 32281-17015), 관계통신 및 항공보안시설(1990.2.1. 노사 32281

18) 행정해석: 1993.9.28. 노사 68140-336 참조.

-1474), 병원의 급식시설(1989.5.16. 노사 32281-8314), 가스폭발시설·낙반방지시설·통기배수시설·병원의 구급진료시설(1988.3.3. 노사 32281-3168) 등을 들 수 있는데, 주로 사람의 생명·신체의 안전을 위한 인적보호시설에 국한된다.

안전보호시설에 대한 쟁의행위는 정당성이 부정된다. 따라서 노동쟁의조정법상의 처벌 이외에도 업무방해죄등의 처벌을 받을 수 있다.

다만 쟁의행위가 전체적으로 안전보호시설을 대상으로 조직적으로 계획·수행된 경우가 아닌 한, 쟁의행위의 정당성은 안전보호시설을 대상으로 한 부분에 한하여 상실된다고 보아야 한다. 따라서 안전보호시설에 직접 근로하는 근로자가 처벌의 대상이 되며, 그외의 쟁의지도부는 교사범·방조범 등으로 처벌될 수 있을 뿐이다. 그 밖에 안전보호시설이 아닌 곳에 근무하는 근로자들은 자신의 쟁의행위에 대해 정당성이 부정되지 않는다.

다. 사업장 이외의 장소에서의 쟁의행위

노동쟁의조정법은 쟁의행위를 「당해 사업장 이외의 장소」에서 할 수 없다고 규정하고 있다(제12조 제3항). 이를 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처해진다(제45조의 2).

이 장소적 제한 규정은 쟁의행위가 노사간의 분쟁이므로 당해 사업장에서 실시되는 것이 원칙이라는 전제하에 생긴 것이다. 이 규정은 입법연혁상으로는 쟁의행위가 1970년대 후반처럼 사회문제화되어서는 안된다고 판단한 신군부세력이 이에 대비한다는 명분 하에 1980년 노동법 개정시 신설한 조항이다.

이러한 치안목적만을 위한 쟁의행위 제한은 쟁의행위의 태양에 대한 이해부족의 소산으로 입법론상으로 정당화되기 어렵다.

과업은 노무제공의 기부이므로 이를 사업장으로 제한한다는 것은 무의미하며, 직장 쟁거는 사업장시설에서 행해지는 것이므로 그 장소를 사업장으로 제한하는 것도 역시 무의미하다. 장소의 제한이 의미가 있는 경우란 노동조합이 요구의 정당성을 선전하기 위해 쟁의행위에 참가하지 않은 근로자, 고객 또는 거래관계에 있는 기업 및 일반시민을 대상으로 사업장 이외의 장소에서 피켓팅이나 보이콧을 하는 경우인데, 피켓팅이나 보이콧을 사업장 내에서만 할 수 있다는 것은 그러한 수단을 실질적으로 금지하는 것이 된다.

그 결과 쟁의행위는 과업과 사업장내에 체류하는 직장 쟁거의 형태가 일반화되어, 사업장내에서 쟁의행위를 지지하는 근로자와 그렇지 않은 근로자들 사이에 충돌을 조장

하는 역기능을 담당하여 왔다.

이와 같이 장소의 제한은 단체행동권에 대한 과도하고도 불필요한 제한으로 위헌의 소지가 있으므로, 지금까지 폐지론이 강력히 주장되어 왔다. 최근의 노사개혁위원회 공익안에서도 동조항을 폐지할 것을 요구하고 있다

라. 제3자 개입금지

노동조합법 제12조의 2에서는 「직접 근로관계를 맺고 있는 근로자나 당해 노동조합 또는 사용자 기타 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자를 제외하고는 누구든지 노동조합의 설립과 해산, 노동조합에의 가입·탈퇴 및 사용자와의 단체교섭에 관하여 관계 당사자를 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 총연합단체인 노동조합 또는 당해 노동조합이 가입한 산업별 연합단체인 노동조합의 경우에는 제3자 개입으로 보지 아니한다]고 규정하고 있다. 이를 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 3,000만원 이하의 벌금에 처한다.

또한 노동쟁의조정법 제13조의 2에서도 「직접 근로관계를 맺고 있는 근로자나 당해 노동조합 또는 사용자 기타 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자를 제외하고는 누구든지 쟁의행위에 관하여 관계 당사자를 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 총연합단체인 노동조합 또는 당해 노동조합이 가입한 산업별 연합단체인 노동조합의 경우에는 제3자 개입으로 보지 아니한다]고 규정하고 있다. 이를 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다.

이러한 금지를 통칭하여 제3자개입금지라고 한다. 이것은 1980년의 신설된 것이며, 1986년 법개정에서 단서부분이 추가되어, 총연합단체와 산업별 연합단체를 제3자에서 제외하였다.

제3자 개입금지의 취지는 노사분쟁에 대한 당사자의 자주적인 해결노력을 외부세력의 개입으로부터 보호함으로써 분쟁의 확산과 장기화를 사전에 예방하고 쟁의의사의 형성 및 쟁의행위의 실행에 대한 자율적인 결정을 보장하는데 있다고 설명된다.

하지만, 제3자 개입금지조항에 대해서는 평등의 원칙, 근로삼권의 제한, 최형배정주의 위반 등의 이유로 그 위헌성이 다투어 진 바 있다.

이에 대해 헌법재판소는 ‘근로자측의 개입뿐만 아니라 사용자측으로도 개입에 대해서도 마찬가지로 규정하고 있다’는 점, ‘헌법이 인정하는 근로삼권의 범위를 넘어 분쟁해결의 자주성을 침해하는 행위를 규제하는 입법이며 단순한 상급이나 조인까지 등

지하는 것은 아니라는' 점, '노동관계 당사자의 자유롭고 자주적인 의사결정에 대하여 영향을 미칠 목적 아래 이루어진 간섭행위를 포괄하는 행위라고 보아야 할 것으로서 위 행위에의 해당 여부는 누구나 예견할 수 있다'는 짐 등의 이유를 들어서 합헌이라고 판시했다.¹⁹⁾

이하에서는 이제까지 제3자개입금지에 대해 형성된 판례법리를 중심으로 금지의 내용을 구체적으로 고찰하여 본다.

첫째, 개입이 금지되는 제3자의 범위에서 제외되는 자는 「직접 근로관계를 맺고 있는 근로자, 당해 노동조합, 사용자, 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자 및 총연합단체인 노동조합과 당해 노동조합이 가입한 산업별연합단체인 노동조합」이며, 그 이외의 모든 자는 금지되는 제3자이다. 법령에 의해 정당한 권한을 가진 자란, 가령 공인노동사(공인노동사법 제2조 참조), 변호사(변호사법 제3조 참조), 노동위원회의 알선·조정·중재위원, 임의조정인(노동쟁의조정법 제5조의 2 참조), 관할 행정관청 등을 말한다.

둘째, 법률에서는 '산업별 연합단체'라고 규정하고 있으므로, '산업별 연합단체가 아닌 상급단체'도 제3자에 해당된다고 볼 여지도 있다. 그러나, 상급단체로는 산업별 연합단체밖에 존재하지 않았던 1986년 개정 당시와는 달리, 현재 산업별 연합단체가 아닌 상급단체도 존재하므로 법개정의 취지상 그러한 상급단체도 역시 제3자에 해당되지 않는다고 해석하여야 한다.

한편, 판례는 상급단체의 소속임원이 소속 상급단체의 의사에 의하지 않고 구성원인 단위노동조합의 쟁의에 개입하거나, "법외단체 소속임원이 개별 사업장의 쟁의에 개입한 경우" 제3자 개입에 해당된다고 판시하고 있다:

* 대법원 1990.3.23, 90도161 [세신실업·신탁우사건].

피고인이 세신실업주식회사 창원공장 노동조합이 가입한 산업별 연합단체인 전국금속노동조합연맹의 쟁의대책위원이라고 하더라도, 피고인이 전국금속노동조합연맹의 의사에 따라서 세신실업주식회사 창원공장 노동조합의 쟁의행위에 개입하는 행위를 한 것이 아닌 이상, 노동쟁의조정법 제13조의2 단서가 적용될 여지는 없는 것이라고 보아야 한다.

* 대법원 1994.10.21, 94도1767 [현충원사건].

19) 원재 1990.1.15, 89헌가103 [노동쟁의조정법 제13조의2 등에 관한 위헌심판사건]; 원재 1993.3.11, 92헌마33 [노동조합법 제45조의2 등에 관한 헌법소원사건].

「현대그룹노동조합총연합(이 뒤에서는 현총련이라고 한다)은 현대그룹계열사와의 원만하고 효율적인 단체협상을 도모한다는 명분으로 현대그룹계열사의 노조전체의 입장을 조정하기 위하여 결성된 노동단체에 불과하고, 총연합단체인 노동조합 또는 산위별 연합단체인 노동조합이 아니라면, 현총련은 노동쟁의조정법 제13조의2와 노동조합법 제12조의2 소정의 개입이 금지된 제3자에 해당한다고 보아야 할 것이고, 또 현총련이 위와 같이 위 각 법조 소정의 개입이 금지된 제3자에 해당하는 이상 피고인이 현총련의 의장직무대행자로서 현총련의 의사에 따라 원심이 유지한 제1심판시의 형위를 하였다고 하더라도 피고인의 판시 소위는 위 각 법조에 위반되는 것이라고 할 것이다.

셋째, 해고된 근로자가 제3자에 해당되는가에 관하여, 판례는 노조법 제3조 단서 제4호가 규정하는 '해고의 효력을 다루고 있는 자'에 해당되면 조합원으로서 권리와 의무를 그대로 향유하므로 쟁의행위에 참가하더라도 제3자가 아니라고 본다. 반대로 상당한 기간내 해고의 효력을 다루지 않은 피해고근로자는 제3자에 해당된다.

* 대법원 1992.5.8, 91도3051 [평화방송사건]

「피고인 노광선이 취업규칙 등의 규정에 의하여 해고 근로자에게 보장된 재심청구권에 대한 사용자측의 확답을 받을 권리가 있다 할 것이고, 그러한 응답이 있기까지는 동 피고인에 대한 위 해고의 효력이 정당한 절차에 의하여 계속 다루어지고 있는 것으로 보아야 할 것임에도 원심이 그 실시의 해고에 대한 재심청구가 어떠한 절차에 의하여 이루어진 것인지를 따져 보지도 아니한 채 피고인 노광선이 위 해고에 관하여 해고무효확인의 소를 제기하거나 부당노동행위 구제신청을 하지 아니하였다는 이유만으로 위 파임에 가담할 수 있는 동 피고인의 근로자 또는 조합원으로서의 지위를 부정하고만 것은 쟁의행위에 있어서의 제3자 개입금지에 관한 법리를 오히려 결과라고 보지 않을 수 없다.

* 대법원 1990.11.27, 89도1579 [충남택시사건].

「노동조합법 제3조 제4호 단서가 “해고의 효력을 다루고 있는 자를 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다”고 규정하고 있는 취지에 비추어 보면, 노동쟁의조정법 제13조의 2에서 개입을 금지하는 제3자에는 직접 근로관계를 맺고 있는 근로자가 사용자에 의하여 해고되었다 하더라도 상당한 기간 내에 그 해고가 부당노동행위이거나 무효라고 주장하고 노동위원회나 법원에 부당노동행위의 구제신청이나 해고무효확인의 소를 제기하여 그 해고의 효력을 다루고, 그가 근로자의 신분이나 당해 노동조합의 조합원 또는 임원의 신분을 계속 보유함을 주장하면서, 당해 노·사관계 내부에서 쟁의행위를 하는 근로자는 여기에 포함되지 아니하는 것으로 보아야 할 것이며, 노조조합

의 정의에 대한 노동조합법 제3조 제4호 단서가 신설(1987.11.28.)되기 전의 쟁의행위에 개입한 경우라고 하여 달리 해석할 것은 아니다.

또한 노동조합법 제3조 제4항 단서가 사용자에 의한 근로자의 단결권이 침해되는 것만을 막기 위한 것이라던가, 해고의 효력을 다투고 있는 자가 노동조합법 제12조의2(제3자의 개입금지)에서는 제3자에 해당하지 아니하나, 노동쟁의조정법 제13조의2에서는 제3자에 해당한다고 다르게 해석할 것도 아니다.

넷째, 금지되는 행위의 모습은 관계당사자를 조종·선동·방해하는 행위 및 영향을 미칠 목적으로 하는 개입 행위이다.

헌법재판소는 이를 노동쟁의의 해결을 왜곡·저해하는 행위를 의미한다고 본다. 대법원은 이를 보다 구체화하여 노사관계 당사자의 자주적인 의사결정을 저해할 정도의 객관성과 구체성이 있는 행위임을 요한다고 본다(구체적인 내용에 관해서는 앞의…참조).

IV. 노동쟁의와 경찰권의 발동

1. 警察權發動의 一般的要件

경찰작용은 국민의 권리 내지 이익과 자유를 침해하는 행정작용으로서 그 발동을 위하여 법률의 授權을 필요로 한다는 점은 의문의 여지가 없다. 다만 그 법률의 수권이 반드시 경찰권발동의 대상을 특정하여 이루어져야 하는지 아니면 그 대상을 특정하지 아니하고 경찰권발동의 요건을 단지 일반적 개괄적으로 규정하면 충분한지에 관하여는 논란이 있다.

법치주의의 이념상 경찰권발동의 근거가 되는 수권법률은 그 발동의 요건을 가능한 한 구체적으로 또한 명확하게 규정하는 “개별적 수권조항”으로 이루어지는 것이 가장 이상적이다. 이러한 법치행정원리를 강조하여 경찰권발동의 수권법률은 개별적인 작용 법률이어야 하고 포괄적·일반적 수권법률은 허용될 수 없다는 견해도 유력하게 주장되고 있다.²⁰⁾

그러나 현대사회에 있어서 생활관계의 복잡성과 기술의 진보로 인하여 공적 안전을 위협할 수 있는 위험이 다양하기 때문에, 만일 개별적 수권조항에만 국한된다면 공적

20) 俞東熙, 行政法 II, 155-156면; 朴鈞哲, 行政法講義(下), 304-305면.

의 정의에 대한 노동조합법 제3조 제4호 단서가 신설(1987.11.28.)되기 전의 쟁의행위에 개입한 경우라고 하여 달리 해석할 것은 아니다.

또한 노동조합법 제3조 제4항 단서가 사용자에 의한 근로자의 단결권이 침해되는 것만을 막기 위한 것이라던가, 해고의 효력을 다투고 있는 자가 노동조합법 제12조의2(제3자의 개입금지)에서는 제3자에 해당하지 아니하나, 노동쟁의조정법 제13조의2에서는 제3자에 해당한다고 다르게 해석할 것도 아니다.

넷째, 금지되는 행위의 모습은 관계당사자를 조종·선동·방해하는 행위 및 영향을 미칠 목적으로 하는 개입 행위이다.

헌법재판소는 이를 노동쟁의의 해결을 왜곡·저해하는 행위를 의미한다고 본다. 대법원은 이를 보다 구체화하여 노사관계 당사자의 자주적인 의사결정을 저해할 정도의 객관성과 구체성이 있는 행위임을 요한다고 본다(구체적인 내용에 관해서는 앞의…참조).

IV. 노동쟁의와 경찰권의 발동

1. 警察權發動의 一般的要件

경찰작용은 국민의 권리 내지 이익과 자유를 침해하는 행정작용으로서 그 발동을 위하여 법률의 授權을 필요로 한다는 점은 의문의 여지가 없다. 다만 그 법률의 수권이 반드시 경찰권발동의 대상을 특정하여 이루어져야 하는지 아니면 그 대상을 특정하지 아니하고 경찰권발동의 요건을 단지 일반적 개괄적으로 규정하면 충분한지에 관하여는 논란이 있다.

법치주의의 이념상 경찰권발동의 근거가 되는 수권법률은 그 발동의 요건을 가능한 한 구체적으로 또한 명확하게 규정하는 “개별적 수권조항”으로 이루어지는 것이 가장 이상적이다. 이러한 법치행정원리를 강조하여 경찰권발동의 수권법률은 개별적인 작용 법률이어야 하고 포괄적·일반적 수권법률은 허용될 수 없다는 견해도 유력하게 주장되고 있다.²⁰⁾

그러나 현대사회에 있어서 생활관계의 복잡성과 기술의 진보로 인하여 공적 안전을 위협할 수 있는 위험이 다양하기 때문에, 만일 개별적 수권조항에만 국한된다면 공적

20) 俞東熙, 行政法 II, 155-156면; 朴鈞哲, 行政法講義(下), 304-305면.

안전의 확보에 공백이 생길 우려가 있다. 그리하여 한편으로는 여측가능한 위험에 대하여 단행법률들에 구체적인 개별적 수권조항을 두면서도 보충적으로 “일반적 개관적 수권조항”을 마련하지 않을 수 없다는 것이 현재 국내 학계의 다수설이다.²¹⁾

이러한 이유로 독일의 모든 주의 경찰법률들은 “연방 및 주의 통일적 경찰법률의 모범조안”(1976.6.11.제정, 1977.11.25.개정)에 따라 경찰권발동의 요건으로서 일반조항을 두고 있다. “공적 안전 또는 질서에 대한 위험의 방지”(Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung)라는 규정이 바로 그것이다. 여기에서 ‘공적 안전’이라 함은 객관적 법질서의 안전, 다시 말하여 개인의 주관적 권리와 법익 그리고 국가 및 기타 공권력주체의 시설과 설비의 불가침성을 의미한다. ‘공적 질서’라 함은 국민 대다수의 “가치관념”에 근거한 사회윤리적 규범들의 총체라고 할 수 있다.²²⁾ 독일의 일부견해에 의하면 이와 같은 ‘공적 질서’는 현대 사회에 있어서 가치의 다원성에 비추어 경찰권발동의 수권조항으로서 적절하지 못하다고 비판되고 있다.²³⁾ 위에서 보는 바와 같이 노동쟁의에 대한 경찰권 발동의 문제는 헌법상 기본권으로 보장되는 단체행동권의 한계에 관한 것으로서 주로 노동쟁의에 의하여 범규범 내지 법질서가 침해되는 경우에 제기되므로, 본 연구에 있어서는 ‘공적 안전’에 그 초점을 맞추기로 한다.

우리나라의 경우 경찰행정의 일반법이라 할 수 있는 경찰관직무집행법 제 2조에서는 경찰관의 직무의 범위를 ① 범죄의 방지·진압 및 수사, ② 경비·요인경호 및 대간첩작전수행, ③ 치안정보의 수집·작성 및 배포, ④ 교통의 단속과 위험의 방지, ⑤ 기타 공공의 안녕과 질서유지 등을 들고 있다. 이 중 경찰권발동의 일반적 수권조항으로 해석될 수 있는 것이 동조 제 5호의 “기타 공공의 안녕과 질서 유지” 규정이다. 과연 이 규정은 경찰관의 ‘임무’규정에 불과하고 경찰권발동의 ‘수권’규정은 아니라는 견해가 주장되기도 하지만,²⁴⁾ 현행법의 해석상 — 입법적으로 해결될 때까지의 잠정적인 문제해결로서 — 위 경찰관직무집행법 규정을 일반적 수권규정으로 파악함으로써 경찰

21) 金南辰, 行政法 Ⅱ, 254-256면; 鄭至泰, 行政法新論, 702-704면; 石琮顯, 一般行政法(上), 277-278면; 洪井善, 行政法原論(下), 244-245면.

22) 이러한 ‘공적 질서’와 관련하여 문제되는 것은 자살, 동성애 등 실정법에 허용되지는 아니하나 사회윤리적 규범에는 위반되는 행위들이다.

23) Vgl. Volkmar Gotz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., 1995, S.52-58.

24) 김봉화, 앞의 책, 155-156면; 박윤훈, 앞의 책, 305-305면. 이 견해에 따르면 개별적 수권조항이 없는 경찰권 발동은 불법일 수밖에 없으며 따라서 시급히 입법으로 해결되어야 할 문제라는 것이다. 이 외에도 또한 일반적 수권의 허용성을 인정하면서도 우리 실정법상 경찰권의 일반적 수권조항은 없다는 견해도 있다(洪井善, 行政法原論(下), 244-245면).

권발동의 空洞化를 방지하여야 한다는 것이 다수설적 견해²⁵⁾이고 또한 판례²⁶⁾의 입장이다. 위 경찰관직무집행법상의 '공공의 안녕'은 독일 경찰법상의 '공적 안전'에, '공공의 질서'는 '공적 질서'에 각 대비되는 것으로 이해될 수 있을 것이다.

이상의 설명을 노동쟁의와 경찰권 발동의 문제에 적용하여 보면, 경찰은 노동쟁의행의 자체에 의하여 또는 이와 관련하여 공공의 안녕과 질서에 위해가 발생할 때에는 특별한 개별수권법률이 없더라도 경찰관직무집행법상의 일반적 수권조항에 의거하여 그 위해를 방지하기 위한 조치를 취할 수 있다고 할 것이다. 그러나 여기에는 아래에서 보는 바와 같은 한계들이 있다.

2. 警察權發動의 限界

가. 必要性 및 法的性質

일반적 수권조항에 의거하여 경찰권은 공적 안전 또는 질서에 대한 위협이 발생한 경우에는 원칙적으로 그 대상을 불분하고 발동될 수 있다고 할 수 있다. 그러나 일반적 수권조항이 매우 추상적인 불확정개념으로 이루어져 있기 때문에 경찰권 남용의 우려가 크다. 그리하여 일반적 수권조항에 의하여 전반적인 경찰권발동의 가능성을 부여하는 한편, 그 발동에 엄격한 한계를 설정할 필요가 있는 것이다. 이러한 경찰권발동의 한계로서 종래 경찰소극의 원칙, 경찰공공의 원칙, 경찰책임의 원칙 및 경찰비례의 원칙이 제시되었는데, 그 법적 성격에 관하여는 이들을 “條理上의” 限界로 지칭하는 것이 일반적이었다. 형식적 법치주의하에서는 법률의 내용을 제약할 수 있는 헌법의 규범력이 부정되었기 때문에 법률에 의해 개관적인 수권을 받고 있는 경찰권발동을 제한하기 위해서는 「경찰권 그 자체의 사물적 한계」라는 근거를 제시할 수밖에 없었다. 그러나 실질적 법치주의에 의하여 헌법의 규범력이 확보된 이상 이러한 경찰권발동의 한계를 굳이 “條理”에서 찾을 것이 아니라 바로 헌법에서 도출할 수 있고 그리하여야만 한다.²⁷⁾ 이하 종래 경찰권의 한계로서 논의되어온 내용들을 살펴보기로 한다.

25) 金南長, 行政法 II, 254-256면; 吳至泰, 行政法新論, 702-704면; 王瑞璽, 一般行政法(下), 277-278면.

26) 대법원 1986.1.28. 선고 85리2448 판결

27) 何喬 金東熙, 行政法 II, 162-164면.

권발동의 空洞化를 방지하여야 한다는 것이 다수설적 견해²⁵⁾이고 또한 판례²⁶⁾의 입장이다. 위 경찰관직무집행법상의 '공공의 안녕'은 독일 경찰법상의 '공적 안전'에, '공공의 질서'는 '공적 질서'에 각 대비되는 것으로 이해될 수 있을 것이다.

이상의 설명을 노동쟁의와 경찰권 발동의 문제에 적용하여 보면, 경찰은 노동쟁의행의 자체에 의하여 또는 이와 관련하여 공공의 안녕과 질서에 위해가 발생할 때에는 특별한 개별수권법률이 없더라도 경찰관직무집행법상의 일반적 수권조항에 의거하여 그 위해를 방지하기 위한 조치를 취할 수 있다고 할 것이다. 그러나 여기에는 아래에서 보는 바와 같은 한계들이 있다.

2. 警察權發動의 限界

가. 必要性 및 法的性質

일반적 수권조항에 의거하여 경찰권은 공적 안전 또는 질서에 대한 위협이 발생한 경우에는 원칙적으로 그 대상을 불분하고 발동될 수 있다고 할 수 있다. 그러나 일반적 수권조항이 매우 추상적인 불확정개념으로 이루어져 있기 때문에 경찰권 남용의 우려가 크다. 그리하여 일반적 수권조항에 의하여 전반적인 경찰권발동의 가능성을 부여하는 한편, 그 발동에 엄격한 한계를 설정할 필요가 있는 것이다. 이러한 경찰권발동의 한계로서 종래 경찰소극의 원칙, 경찰공공의 원칙, 경찰책임의 원칙 및 경찰비례의 원칙이 제시되었는데, 그 법적 성격에 관하여는 이들을 “條理上의” 限界로 지칭하는 것이 일반적이었다. 형식적 법치주의하에서는 법률의 내용을 제약할 수 있는 헌법의 규범력이 부정되었기 때문에 법률에 의해 개관적인 수권을 받고 있는 경찰권발동을 제한하기 위해서는 「경찰권 그 자체의 사물적 한계」라는 근거를 제시할 수밖에 없었다. 그러나 실질적 법치주의에 의하여 헌법의 규범력이 확보된 이상 이러한 경찰권발동의 한계를 굳이 “條理”에서 찾을 것이 아니라 바로 헌법에서 도출할 수 있고 그리하여야만 한다.²⁷⁾ 이하 종래 경찰권의 한계로서 논의되어온 내용들을 살펴보기로 한다.

25) 金南長, 行政法 II, 254-256면; 吳至泰, 行政法新論, 702-704면; 尹瑢顯, 一般行政法(下), 277-278면.

26) 대법원 1986.1.28. 선고 85리2448 판결

27) 何喬 金東熙, 行政法 II, 162-164면.

나. 警察消極目的의 原則

소극목적의 원칙이라 함은 경찰권은 공공의 안녕과 질서에 대한 위해를 방지하고 제거하기 위해서만 발동될 수 있고 법령에 특별한 명시적 규정이 없는 한, 이러한 소극적인 목적을 넘어 적극적으로 사회공공의 복리를 증진한다거나 사회경제질서를 일정한 방향으로 유도하기 위한 경찰권 발동은 허용될 수 없다는 것이다. 예컨대 경찰이 영업단속법규를 집행함에 있어 업자 상호간의 과다경쟁을 억제하기 위한 조치를 취하거나 직품위생법규를 집행함에 있어 소비자보호를 배려하는 것은 소극목적의 범위를 이탈한 것으로 허용될 수 없다.

이러한 경찰소극목적의 원칙은 일반적 수권조항 자체에서 경찰권발동의 요건으로 표현되고 있기 때문에 이와는 별도로 「헌법상의」 경찰권발동의 한계로서 과잉한 필요는 없다고 할 것이지만 동 원칙이 경찰권발동에 있어서 준수되어야 할 가장 기본적인 중요한 요건 내지 한계임은 분명하다.

이에 따르면, 경찰은 노동쟁의행위에 의하여 형사상 범죄행위가 발생하는 것을 방지하고 제거하기 위해서만 개입할 수 있을 뿐 예컨대 불가안정, 수출의 원활, 또는 사회안정 내지 정치안정 등을 위하여 발동될 수는 없다는 것이다.

또한 예컨대 냉각기간을 거치지 않고 행한 파업 또는 단체협약상의 평화조항을 준수하지 않고 행한 파업에 대하여도 그것이 형사면책되어 업무방해죄, 퇴기불응죄 등 형법상 범죄행위를 구성하지 않는 한, 경찰권은 발동될 수 없다. 왜냐하면 파업에 있어 노동법적인 합법상태의 유지는 집단체사관계법상의 제도들과 법원의 임무이고, [사회공공에 대한 위협발생의 방지]라는 소극적인 경찰목적에 속하는 것이 아니기 때문이다. 이는 또한 경찰보충성(Subsidiarität)의 원칙이라고도 불리운다. 즉, 통상법위를 통한 권리구제가 현저히 불가능한 경우에만 보충적으로 경찰권은 발동될 수 있다는 것이다.

다. 警察公共의 原則

경찰공공의 원칙이라 함은 경찰권은 공적 안전과 공적 질서의 유지를 위하여 발동될 수 있는 것이며 사적 이익만을 위해서는 발동될 수는 없다는 것이다. 이는 사적 私生活不可侵의 원칙, 私住所不可侵의 원칙 및 民事關係不關與의 원칙으로 세분하여 다루는 것이 일반적이다. 경찰권이 개인의 私生活領域 특히 私住所를 적법할 수 없다는 것은 헌법상 기본권, 즉 자유로운 인격발현권, 사적자유 보장, 사적 비밀의 보장, 주거

의 불가침(헌법 제16조 및 제17조 참조)으로 보장되어 있다. 민사상의 행위가 특정인의 이해관계를 넘어서 사회공공에 직접 위해를 가하게 되지 않는 한 민사상의 법률관계 내지 권리관계에 경찰이 개입할 수 없다는 점은 경찰권의 일반적 수권조항 자체에서 명백하다.

노동쟁의와 관련하여 특히 民事關係不關與의 원칙이 중요하다. 이에 의하면 노동쟁의조정법을 위반한 노동쟁의행위가 형사면책을 받지 못하여 형법상 범죄행위를 구성함으로써 사회공공의 안녕과 질서에 위해를 가하는 것으로 판단되는 경우에만 경찰권은 발동될 수 있고 단지 사업자에 대한 민사책임만을 발생케 하는 경우 그 책임의 보전을 위한 경찰권발동은 허용될 수 없다는 결과가 된다.

라. 警察責任의 原則

이 원칙은 경찰권은 원칙적으로 위협의 발생 또는 위협의 제거에 책임이 있는 자에게 발동되어야 한다는 것이다. 이러한 경찰책임의 유형으로는 행위책임, 상태책임, 혼합책임 및 경찰상 긴급상태를 들 수 있다.²⁸⁾ 경찰책임의 원칙도 헌법원리인 개인책임의 원칙 내지 개인의 자유로부터 근거지워질 수 있다.

노동쟁의와 관련하여 주로 분제되는 것은 행위책임이다. 예컨대 파업을 위한 평화적 집회 도중 일부 근로자들에 의하여 폭행, 재물손괴 등 범죄행위가 발생한 경우 경찰권은 원칙적으로 그 범죄행위를 저지른 근로자들에 대하여만 발동되어야 하고 단지 예외

28) 行爲責任은 사람의 행위(작위·부작위)를 대개고 하여 경찰위반상태가 발생한 경우에 그에 대하여 지는 책임으로서, 행위자가 자신인지(行爲者責任) 아니면 그가 지배하는 타인(支配者責任)인지 불분하고 또한 민사책임과는 달리 과실의 유무를 불문하며 당해 행위가 공적 안전 및 질서에 대한 위해의 원인이 되고 있다는 사실에 기할때 지는 책임이다.

狀態責任은 물건의 소유자, 점유자, 기타 관리자가 그 지배범위에 속하는 물건으로 인하여 경찰위반상태가 발생한 경우에 지는 책임이다.

混合責任이란 각개의 행위 또는 상태만으로는 경찰위반상태가 발생하지 않지만 다수의 행위 또는 다수의 상태 또는 1개의 행위와 상태가 결부됨으로써 비로소 공적 안전 및 질서에 대한 위해가 발생한 경우이다. 이러한 경우 일반적으로 위해발생에 결정적인 역할을 한 자, 또는 위해를 가장 신속하고 효율적으로 제거할 수 있는 자에게 경찰권은 발동될 수 있고 행위책임과 상태책임이 결합될 경우에는 우선적으로 행위책임을 부담하는 자에게 발동되어야 하는 것으로 설명될 수 있지만 결국 이는 경찰권발동의 의무적합한(pflichtmäßig) 여부에 맡겨져 있다고 할 것이다. 경찰상 긴급상태라 함은 目前의 급박한 위해를 제거할 긴급한 필요가 있는 경우에 위와 같은 행위책임, 상태책임 또는 혼합책임을 저지 않는 자에게 경찰권발동이 인정되는 것을 말하고 이는 실정법규에 근거가 있는 경우 예외적으로 조소한의 범위내에서 인정된다. 우리나라의 실정법상 근거로는 경범죄처벌법 제1조 제36호를 들 수 있는데, 이에 의하면 급박한 사고의 발생의 경우 공무원의 원조요구에 불응한 자는 10만원 이하의 벌금 또는 구류로 처벌된다.

적으로 집회에 참여한 근로자 전부의 공범책임을 인정할 수 있거나 아니면 집회를 해산하지 않고서는 위 범죄행위를 저지할 수 없는 특단의 사정이 있는 경우에만 집회참여 근로자 전부에 대하여 경찰권이 발동될 수 있을 뿐이다.

마. 警察比例의 原則

경찰비례의 원칙이라 함은 경찰권의 발동은 달성하려고 하는 공적 안전과 질서의 유지라는 필요와 개인의 권리에 대한 침해가 비례관계를 가져야 한다는 것이다. 비례원칙 역시 헌법원리로서 모든 행정영역에 적용되는 법원칙이다. 그 구체적 내용으로서, 첫째 경찰권발동은 위협의 제거를 위해 적합한 수단이어야 하고 (適合性的의 원칙), 둘째 경찰권발동으로서 야기되는 개인의 권익침해는 최소한에 그쳐야 하며 (最小侵害의 원칙), 셋째 경찰권발동을 통해 확보하려는 공적 이익은 그로 인하여 개인에게 가해지는 권익침해보다 커야만 한다 (협비의 比例原則). 이러한 내용을 갖는 비례원칙은 경찰권발동과 관련하여 그 발동여부와 발동방법의 선택의 두가지 측면에서 준수되어야 한다.

경찰비례원칙과 관련하여 특히 중요한 것은 노동쟁의행위에 대한 경찰권발동에 있어서는 항상 근로자의 단체행동권(헌법 제33조 제1항)의 보장과 공적 안전의 유지라는 두 개의 헌법상 가치가 충돌하고 따라서 그 형량(衡量)이 문제된다는 점이다.

경찰권발동이 허용되고 또한 요구되는 전형적인 경우, 즉 파업행위에 부수하여 폭행, 재물손괴 등 범죄행위가 저질러지는 경우에도 공적 안전에 대한 위협의 방지라는 경찰목적에 달성함에 적합한 수단으로 또한 그에 필요한 최소한도로 경찰권은 발동되어야 하고 나아가 헌법상의 근로자의 단체행동권의 본질적 부분은 침해되어서는 아니된다. 따라서 예컨대 노동법상 정당한 절차에 의해 파업이 행하여지고 있는 경우 근로자들의 집회과정에서 폭력시위 등 범죄행위가 발생하였다고 한다면 경찰권의 발동은 그 폭력시위를 방지 제거하는 범위내에서만 이루어져야 하고 파업중지 및 조업부위를 면함으로써 파업 자체를 방해하거나 저지할 수는 없다고 할 것이다.

3. 경찰권발동에 있어서 便宜主義와 警察介入義務

가. 便宜主義

경찰권발동의 요건과 한계들이 충족되는 경우에도 그것만으로 경찰관청이 어떠한 조

적으로 집회에 참여한 근로자 전부의 공범책임을 인정할 수 있거나 아니면 집회를 해산하지 않고서는 위 범죄행위를 저지할 수 없는 특단의 사정이 있는 경우에만 집회참여 근로자 전부에 대하여 경찰권이 발동될 수 있을 뿐이다.

마. 警察比例의 原則

경찰비례의 원칙이라 함은 경찰권의 발동은 달성하려고 하는 공적 안전과 질서의 유지라는 필요와 개인의 권리에 대한 침해가 비례관계를 가져야 한다는 것이다. 비례원칙 역시 헌법원리로서 모든 행정영역에 적용되는 법원칙이다. 그 구체적 내용으로서, 첫째 경찰권발동은 위협의 제거를 위해 적합한 수단이어야 하고 (適合性的의 원칙), 둘째 경찰권발동으로서 야기되는 개인의 권익침해는 최소한에 그쳐야 하며 (最小侵害의 원칙), 셋째 경찰권발동을 통해 확보하려는 공적 이익은 그로 인하여 개인에게 가해지는 권익침해보다 커야만 한다 (협비의 比例原則). 이러한 내용을 갖는 비례원칙은 경찰권발동과 관련하여 그 발동여부와 발동방법의 선택의 두가지 측면에서 준수되어야 한다.

경찰비례원칙과 관련하여 특히 중요한 것은 노동쟁의행위에 대한 경찰권발동에 있어서는 항상 근로자의 단체행동권(헌법 제33조 제1항)의 보장과 공적 안전의 유지라는 두 개의 헌법상 가치가 충돌하고 따라서 그 형량(衡量)이 문제된다는 점이다.

경찰권발동이 허용되고 또한 요구되는 전형적인 경우, 즉 파업행위에 부수하여 폭행, 재물손괴 등 범죄행위가 저질러지는 경우에도 공적 안전에 대한 위협의 방지라는 경찰목적에 달성함에 적합한 수단으로 또한 그에 필요한 최소한도로 경찰권은 발동되어야 하고 나아가 헌법상의 근로자의 단체행동권의 본질적 부분은 침해되어서는 아니된다. 따라서 예컨대 노동법상 정당한 절차에 의해 파업이 행하여지고 있는 경우 근로자들의 집회과정에서 폭력시위 등 범죄행위가 발생하였다고 한다면 경찰권의 발동은 그 폭력시위를 방지 제거하는 범위내에서만 이루어져야 하고 파업중지 및 조업부위를 면함으로써 파업 자체를 방해하거나 저지할 수는 없다고 할 것이다.

3. 경찰권발동에 있어서 便宜主義와 警察介入義務

가. 便宜主義

경찰권발동의 요건과 한계들이 충족되는 경우에도 그것만으로 경찰관청이 어떠한 조

치를 반드시 취하여야 할 의무를 지는 것이 아니라, 경찰권발동의 여부 및 그 방법에 관하여 재량이 인정된다. 결정재량과 선택재량이 그것이다. 이를 독일법상 편의주의(Opportunit ätsprinzip)²⁹⁾라고 한다. 이러한 경찰권발동에 있어서 광범위한 재량의 인정은 공공의 안녕과 질서에 대한 위해가 천자만별이어서 경찰관청에 대하여 구체적으로 어떠한 경우에 어떠한 조치를 취할 것을 명하는 법규를 제정하기는 매우 어렵다는 실에 그 근거가 있다. 그러나 이러한 재량도 법적인 구속을 받는다. 그 가운데 가장 중요한 것은 위에서 경찰권발동의 한계로서 언급한 비례원칙이고, 나아가 평등원칙, 절차의 준수, 경찰관의 주관적동기 개입금지 등이 그 주요내용들이다. 재량에 의한 경찰권발동도 이러한 법적 구속을 위반한 때에는 재량의 瑕疵로서 위법한 것이 되어 행정소송에서 취소되고 상황에 따라서는 국가배상책임을 부담할 수 있다.

나. 警察介入義務 및 警察介入請求權

이러한 경찰권의주의는 공공 안전에 대하여 고도의 위험상태가 존재하여 국민의 생명, 신체, 자유 및 재산에 중대하고 급박한 위해가 가해될 우려가 있거나 이미 가해되고 있는 경우에는 더 이상 타당할 수 없다. 즉 이러한 경우에는 경찰권발동의 재량은 함으로 수축하여 경찰은 반드시 개입하여 그 위해를 방지·제거할 의무를 지게 되고(경찰개입의무), 그 위해의 대상인 국민은 경찰권의 발동을 요구할 수 있는 「경찰개입 청구권」(Recht auf polizeiliches Einschreiten)을 갖게 되는 것이다.

이러한 경찰개입청구권은 노동쟁의와 관련하여 중요한 의미가 있다. 파업과정에서 폭력, 재물손괴 등 폭력행위에 의하여 사업주 기타 관계인의 생명, 신체, 자유 및 재산에 중대하고 급박한 위해가 가해질 경우에는 경찰권발동의 재량은 함으로 수축되어 경찰개입의무와 그에 따른 경찰개입청구권이 성립하게 되는 것이다. 경찰관청이 이러한 개입의무에 위반하여 경찰권발동을 하지 않거나 지체함으로써 사업주 기타 관계인이 손해를 입은 경우에는 국가배상책임이 성립하게 된다. 폭력적 파업에 대하여 경찰이 개입하지 아니하면 사업주측으로부터 국가배상청구소송이 제기될 수 있기 때문에, 이러한 사업주측의 경찰개입청구권은 결과적으로 폭력적 파업에 대한 경찰권발동의 정당성을 뒷받침하게 된다고 할 수 있다.

4. 爭議行爲에 대한 警察權發動의 類型

29) Carl Hermann Cle, Streik und Polizei, Köln/Berlin/Bonn/München 1972, 51면 참조.

치를 반드시 취하여야 할 의무를 지는 것이 아니라, 경찰권발동의 여부 및 그 방법에 관하여 재량이 인정된다. 결정재량과 선택재량이 그것이다. 이를 독일법상 편의주의(Opportunit ätsprinzip)²⁹⁾라고 한다. 이러한 경찰권발동에 있어서 광범위한 재량의 인정은 공공의 안녕과 질서에 대한 위해가 천자만별이어서 경찰관청에 대하여 구체적으로 어떠한 경우에 어떠한 조치를 취할 것을 명하는 법규를 제정하기는 매우 어렵다는 실에 그 근거가 있다. 그러나 이러한 재량도 법적인 구속을 받는다. 그 가운데 가장 중요한 것은 위에서 경찰권발동의 한계로서 언급한 비례원칙이고, 나아가 평등원칙, 절차의 준수, 경찰관의 주관적동기 개입금지 등이 그 주요내용들이다. 재량에 의한 경찰권발동도 이러한 법적 구속을 위반한 때에는 재량의 瑕疵로서 위법한 것이 되어 행정소송에서 취소되고 상황에 따라서는 국가배상책임을 부담할 수 있다.

나. 警察介入義務 및 警察介入請求權

이러한 경찰권의주의는 공공 안전에 대하여 고도의 위험상태가 존재하여 국민의 생명, 신체, 자유 및 재산에 중대하고 급박한 위해가 가해될 우려가 있거나 이미 가해되고 있는 경우에는 더 이상 타당할 수 없다. 즉 이러한 경우에는 경찰권발동의 재량은 함으로 수축하여 경찰은 반드시 개입하여 그 위해를 방지·제거할 의무를 지게 되고(경찰개입의무), 그 위해의 대상인 국민은 경찰권의 발동을 요구할 수 있는 「경찰개입 청구권」(Recht auf polizeiliches Einschreiten)을 갖게 되는 것이다.

이러한 경찰개입청구권은 노동쟁의와 관련하여 중요한 의미가 있다. 파업과정에서 폭력, 재물손괴 등 폭력행위에 의하여 사업주 기타 관계인의 생명, 신체, 자유 및 재산에 중대하고 급박한 위해가 가해질 경우에는 경찰권발동의 재량은 함으로 수축되어 경찰개입의무와 그에 따른 경찰개입청구권이 성립하게 되는 것이다. 경찰관청이 이러한 개입의무에 위반하여 경찰권발동을 하지 않거나 지체함으로써 사업주 기타 관계인이 손해를 입은 경우에는 국가배상책임이 성립하게 된다. 폭력적 파업에 대하여 경찰이 개입하지 아니하면 사업주측으로부터 국가배상청구소송이 제기될 수 있기 때문에, 이러한 사업주측의 경찰개입청구권은 결과적으로 폭력적 파업에 대한 경찰권발동의 정당성을 뒷받침하게 된다고 할 수 있다.

4. 爭議行爲에 대한 警察權發動의 類型

29) Carl Hermann Cle, Streik und Polizei, Köln/Berlin/Bonn/München 1972, 51면 참조.

가. 警察處分(警察下命)

이론적으로 보면 파업행위 자체, 즉 근로자들의 연대적 계획적 조업중단이 아니라 그것이 업무방해죄에 해당함으로써 경찰권발동의 요건을 충족시키는 한 경찰관청은 파업중지와 조업복귀를 명하는 경찰처분(경찰하명)을 발할 수 있다고 할 것이다. 그러한 경찰처분은 경찰관직무집행법 제2조 제5호 소정의 일반적 수권조항 뿐만 아니라 동조 제1호 소정의 [범죄의 예방·진압·수사]에 의거하여 법률의 근거가 있다고 볼 수 있기 때문이다. 그러나 현행법상 그 경찰하명에 불응하였을 때에 이를 강제할 수 있는 벌칙규정이 없고, 처벌에 관하여는 죄형법정주의가 엄격히 적용되어 경찰법상의 일반적 수권조항만으로는 부족하므로, 파업행위 자체에 대하여 파업중지 및 조업복귀를 명하는 경찰처분은 그 실제적 의의가 거의 없다고 할 수 있다. 다만, 파업에 수반한 근로자들의 집회가 집회및시위에관한법률 제5조 제1항 제2호 소정의 집회금지사유인 '집단적인 폭행·손괴·방화 등으로 공공의 안녕질서에 직접적인 위해를 가할 것이 명백한 집회 또는 시위'에 해당하는 경우에는 경찰관청은 동법 제18조 제1항, 제2항에 의거하여 집회의 해산을 명하고 이에 불응하는 경우 동법 제21조 2호에 의거하여 그 집회참가자들을 처벌할 수 있다.

나. 警察上 即時強制(直接的 實力行使)

노동쟁의행위에 대한 경찰권발동의 전형적인 모습은 경찰상 즉시강제, 즉 직접적인 유행력의 행사이다. 위에서 본 바와 같이 노동쟁의에 대한 경찰권의 개입은 실로 노동쟁의행위, 특히 파업 자체가 업무방해죄를 구성하거나 아니면 노동쟁의에 부수된 행위가 형사상 범죄행위를 구성하는 경우에 국한되므로, 그 경찰권발동은 경찰관직무집행법 제6조 소정의 범죄의 예방과 제지를 위한 實力行使, 특히 헌법 제12조 제3항 단서 및 형사소송법 제212조에 의거한 현행범인의 체포로 나타난다. 이러한 실행행사에 있어서 경찰관직무집행법 제10조, 제10조의 2 및 제11조 소정의 엄격한 요건하에서

30) 무기 사용의 요건(경찰관직무집행법 제10조): 현행범인인 경우와 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 범인의 체포·도주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 한도내에서 수갑·포승·경찰봉 등 경찰장구를 사용할 수 있다.

催淚彈 사용의 요건(동법 제10조의 2 제1항): 범인의 체포·도주의 방지 또는 불법집회·시위를 인하여 자기 또는 타인의 생명·신체와 재산 및 공공시설안전에 대한 현저한 위해발생을 막기

수갑·포승·경찰봉 등 경찰장구, 최루탄 또는 무기를 사용할 수 있다.

V. 독일에서의 파업과 경찰권의 발동

1. 概說

독일에서는 노동쟁의행위에 대한 경찰권의 개입을 규율하는 법률은 전혀 없다. 그 이유는 이 문제가 헌법상 보장된 근로자의 단결권의 자유³¹⁾와 경찰법상의 일반적 수권 조항의 해석에 의하여 명확하게 해결될 수 있다고 보기 때문이다. 그 해석은 다음과 같이 세 개의 원칙으로 요약될 수 있다.³²⁾

기 위하여 부족이한 경우, 현장책임자의 합리적인 판단하에 신체의 직접 위해를 가하지 않는 범위내에서 최루탄을 사용할 수 있다.

武器 사용의 요건(동법 제11조): 범인의 체포·모주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 범위내에서 무기를 사용할 수 있다.

武器를 사용하여 사람에게 危害를 줄 수 있는 요건(동법 제11조 단서): 형법에 규정한 정당방위나 긴급피난에 해당하는 때 또는 다음 각호의 1에 해당하는 때를 제외하고는 사람에게 위해를 주어서는 아니된다.

1. 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하거나 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있는 자가 경찰관의 직무집행에 대하여 항거하거나 모주하려고 할 때 또는 제3자가 그를 모주시키려고 경찰관에게 항거할 때에 이를 방지 또는 적로하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때
 2. 구속영장과 압수·수색영장을 집행할 때에 본인이 경찰관의 직무집행에 대하여 항거하거나 모주하려고 할 때 또는 제3자가 그를 모주시키려고 경찰관에게 항거할 때 이를 방지 또는 적로하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때
 3. 범인 또는 소요행위자가 무기·총기 등 위험한 물건을 소지하고 경찰관 으로부터 3회 이상의 攻撃命을 받고도 이에 불응하면서 계속 항거하여 이를 방지 또는 적로하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때
 4. 대간첩작전수행에 있어 투쟁간첩이 경찰관의 투항명령을 받고도 이에 불응하는 경우
- 31) 독일은 우회와 달리 헌법상 단체행동권을 명시적으로 보장하고 있지 않고 다만 단결의 자유를 제1항목으로 보장하고 있어(헌법원판재판소, 1964.5. 6-1 BvR 79/62(BVerfGE 18,18) 단체행동의 내용과 정당성 등의 분석은 하위법률 또는 관례의 법형성을 통해 규정되는데, 관례법상 단결의 자유에 단결권, 단체표결권, 단체행동권이 포함된다고 보고 있다. 자세한 내용은 이권수, 독일법상의 노동조합: 노동법연구(서울대학교노동법연구회편), 1992 참조
- 32) 이하의 설명에 관하여 Vgl. V. Getz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12.Aufl., Göttingen 1995, Rn.330 (S.121-122).

수갑·포승·경찰봉 등 경찰장구, 최루탄 또는 무기를 사용할 수 있다.

V. 독일에서의 파업과 경찰권의 발동

1. 概說

독일에서는 노동쟁의행위에 대한 경찰권의 개입을 규율하는 법률은 전혀 없다. 그 이유는 이 문제가 헌법상 보장된 근로자의 단결권의 자유³¹⁾와 경찰법상의 일반적 수권 조항의 해석에 의하여 명확하게 해결될 수 있다고 보기 때문이다. 그 해석은 다음과 같이 세 개의 원칙으로 요약될 수 있다.³²⁾

기 위하여 부족이한 경우, 현장책임자의 합리적인 판단하에 신체의 직접 위해를 가하지 않는 범위내에서 최루탄을 사용할 수 있다.

武器 사용의 요건(동법 제11조): 범인의 체포·모주의 방지, 자기 또는 타인의 생명·신체에 대한 방호, 공무집행에 대한 항거의 억제를 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 그 사태를 합리적으로 판단하여 필요한 범위내에서 무기를 사용할 수 있다.

武器를 사용하여 사람에게 危害를 줄 수 있는 요건(동법 제11조 단서): 형법에 규정한 정당방위나 긴급피난에 해당하는 때 또는 다음 각호의 1에 해당하는 때를 제외하고는 사람에게 위해를 주어서는 아니된다.

1. 사형·무기 또는 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하거나 범하였다고 의심할 만한 충분한 이유가 있는 자가 경찰관의 직무집행에 대하여 항거하거나 모주하려고 할 때 또는 제3자가 그를 모주시키려고 경찰관에게 항거할 때에 이를 방지 또는 적로하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때
 2. 구속영장과 압수·수색영장을 집행할 때에 본인이 경찰관의 직무집행에 대하여 항거하거나 모주하려고 할 때 또는 제3자가 그를 모주시키려고 경찰관에게 항거할 때 이를 방지 또는 적로하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때
 3. 범인 또는 소요행위자가 무기·총기 등 위험한 물건을 소지하고 경찰관 으로부터 3회 이상의 攻撃命令을 받고도 이에 불응하면서 계속 항거하여 이를 방지 또는 적로하기 위하여 무기를 사용하지 아니하고는 다른 수단이 없다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때
 4. 대간첩작전수행에 있어 투쟁간첩이 경찰관의 투항명령을 받고도 이에 불응하는 경우
- 31) 독일은 우리와 달리 헌법상 단체행동권을 명시적으로 보장하고 있지 않고 다만 단결의 자유를 제1항목으로 보장하고 있어(헌법원판재판소, 1964.5. 6-1 BvR 79/62(BVerfGE 18,18) 단체행동의 내용과 정당성 등의 문제는 하위법률 또는 관례의 법형성을 통해 규정되는데, 관례법상 단결의 자유에 단결권, 단체표결권, 단체행동권이 포함된다고 보고 있다. 자세한 내용은 이권수, 독일법상의 노동조합: 노동법연구(서울대학교노동법연구회편), 1992 참조

32) 이하의 설명에 관하여 Vgl. V. Getz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12.Aufl., Göttingen 1995, Rn.330 (S.121-122).

첫째, 노동법상 합법적으로 이루어지고 있는 파업 자체에 대하여는 그에 부수하여 폭행, 협박, 재물손괴 등 범죄행위가 저질러지지 않는 한, 어떠한 경우에도 경찰권은 개입하여서는 아니된다. 이러한 경우에는 헌법상 기본권으로 보장되고 있는 근로자의 단체행동권이 절대적으로 보호받는 것이다.

병원과 전기, 가스 및 수도 공급시설 또는 교통시설 등과 같은 국민생활이 중요한 영향을 미치는 기업들에 있어서 파업이 행하여지는 경우에는 어려운 문제가 있다. 그러한 기업들의 원활한 기능은 공공의 이익, 그리고 — 노동쟁의 당사자들의 입장에서 보면 — 제3자의 이익을 위하여 “공공의 안전”(oeffentliche Sicherheit)이라는 관점에서 경찰법적으로 보호되어야 한다. 따라서 이러한 기업들에 있어 파업에 의하여 공적 급부의 기능이 마비되고 이를 대체할 만한 다른 긴급구조수단이 없는 때에는 이로 인하여 야기되는 손해를 방지하는 것이 경찰 및 질서행정의 임무에 속한다. 그러나 그 경우에도 근로자들에 대하여 파업중지와 조업복귀를 강제하는 경찰권발동은 허용되지 않는다. 그 이외의 방법으로, 예컨대 경찰상의 긴급상태에 의거하여 제3자에 대하여 경찰권을 발동함으로써 공적 급부의 기능마비로 말미암은 손해를 최소화시킬 수 있을 뿐이다.

둘째, 노동법상 파업의 요건에 위반된 파업, 예컨대 냉각기간을 준수하지 않거나 단체협약상의 평화의무를 위반한 파업에 대하여도, 그것이 형사적 책임을 면하지 못하여 사업주에 대한 업무방해죄를 구성하지 않는 한, 경찰권은 발동될 수 없다. 왜냐하면 이러한 파업행위는 사업주에 대한 민사책임을 발생케 할 뿐이고, 또한 합법적인 상태의 회복은 [사회공공에 대한 위험발생의 방지]라는 경찰행정의 임무에 속하는 것이 아니라 집단적 노동법의 제도들과 노동법원이 수행하여야 할 과제이기 때문이다.

셋째, 파업에 부수한 범죄행위들, 예컨대 사업장 봉쇄 또는 非罷業근로자들에 대한 조업방해 등은 헌법상의 단체행동권에 의해 보호받지 아니한다. 이러한 경우에는 공적 안전에 대한 위해가 발생한다고 할 것이고, 따라서 이러한 위해에 대하여 경찰법의 일반적 원칙들에 따라 경찰권은 발동될 수 있다. 특히 파업과정에서 폭력 등 범죄행위에 의하여 사업주 기타 관계인의 생명, 신체, 자유 및 재산에 중대하고 급박한 위해가 가해질 경우에는 경찰권발동의 재량은 좁으로 수축되어 경찰권은 반드시 개입하여 그 위해를 제거할 의무가 있게 된다.

결국 독일의 경우 파업에 대하여 경찰이 개입할 수 있는지의 문제는 그 파업 자체, 즉 근로자의 연대적 계획적 조업중단이 형법상 업무방해죄의 죄책을 면할 수 있는가라는 파업의 정당성 문제와 잘 적법한 파업에 부수한 어떠한 행위가 경찰권이 발동될

수 있는 범죄행위에 해당하는가의 문제로 귀착된다. ㉑의 문제는 주로 노동법적인 관점에서 다루어지는 것이므로(제3장 참조), 이하 절을 바꾸어 ㉒의 문제를 보다 구체적으로 살펴보기로 한다.

2. 刑事處罰될 수 있는 罷業附隨行爲들³³⁾

가. 操業希望者에 대한 犯罪行爲들

보다 많은 근로자들이 조업을 중단하면 한수목 파업의 효과는 커지므로, 파업지도부(Streikleitung)와 피켓요원(Streikposten)들은 강력하게 조업희망자들을 파업에 참가하도록 압박한다. 통상 이러한 압박은 신중하게 이루어지지 않는다. 파업지도부에 의해 발부된 통행증을 가진 근로자들만 사업장에 들어갈 수 있도록 하고 다른 근로자들은 사업상출입을 금지한다. 조업희망자들은 때로는 모욕, 폭행 또는 학대를 받는다. 이러한 사태로 진전되지 않더라도, 통상 피켓요원들은 사업장입구에 밀집하여 위협적인 자세를 취하거나 완벽한 스크림을 짜거나 심지어 바리케이드를 설치하기도 한다. 때로는 조업희망자들을 사진촬영하거나 그 이름을 적는다. 가장 심한 형태로는 작업장에서 조업하고 있는 근로자들에 대하여 조업중단을 강요하는 것이다. 형법적으로 이러한 현상들은 모욕죄, 상해죄, 강요죄를 — 그 각 가중범을 포함하여 — 구성할 수 있다.

(1) 侮辱罪 (독일형법 제185조)

모욕죄는 욕설과 적극적 행위로 범해질 수 있는데, 후자에 의한 경우에는 가중처벌된다. 적극적 행위로 이루어진 모욕행위는 그것이 파업중에 행해졌다 하더라도 모욕죄에 해당한다. 단순히 구두로써 아니면 상징적으로 이루어진 모욕행위의 경우에는 사정이 다르다. 그러한 행위가 단지 無視(Nichtachtung)에 불과한 것인지 아니면 輕蔑(Mißachtung)에 해당하는 것인지는 그것이 행해진 사정 여하에 달려 있는 것이므로, 이를 판단함에 있어서는 주변상황, 폭언의 정도 및 근로자들의 특별한 행동 등 종합적인 사정을 고려하여야 한다.

(2) 傷害罪 (독일형법 제223조부터)

상해죄의 구성요건으로서 독일형법 제223조에서 단순상해죄, 제223조의 a에서 고도

33) 이하의 설명에 관하여는 Vgl. C. H. Ue, Streik und Polizei, Köln/Berlin/Bonn/München 1972, S.32-44.

수 있는 범죄행위에 해당하는가의 문제로 귀착된다. ㉠의 문제는 주로 노동법적인 관점에서 다루어지는 것이므로(제3장 참조), 이하 절을 바꾸어 ㉡의 문제를 보다 구체적으로 살펴보기로 한다.

2. 刑事處罰될 수 있는 罷業附隨行爲들³³⁾

가. 操業希望者에 대한 犯罪行爲들

보다 많은 근로자들이 조업을 중단하면 한수목 파업의 효과는 커지므로, 파업지도부(Streikleitung)와 피켓요원(Streikposten)들은 강력하게 조업희망자들을 파업에 참가하도록 압박한다. 통상 이러한 압박은 신중하게 이루어지지 않는다. 파업지도부에 의해 발부된 통행증을 가진 근로자들만 사업장에 들어갈 수 있도록 하고 다른 근로자들은 사업상출입을 저지한다. 조업희망자들은 때로는 모욕, 폭행 또는 학대를 받는다. 이러한 사태로 진전되지 않더라도, 통상 피켓요원들은 사업장입구에 밀집하여 위협적인 자세를 취하거나 완벽한 스크림을 짜거나 심지어 바리케이드를 설치하기도 한다. 때로는 조업희망자들을 사진촬영하거나 그 이름을 적는다. 가장 심한 형태로는 작업장에서 조업하고 있는 근로자들에 대하여 조업중단을 강요하는 것이다. 형법적으로 이러한 현상들은 모욕죄, 상해죄, 강요죄를 — 그 각 가중범을 포함하여 — 구성할 수 있다.

(1) 侮辱罪 (독일형법 제185조)

모욕죄는 욕설과 적극적 행위로 범해질 수 있는데, 후자에 의한 경우에는 가중처벌된다. 적극적 행위로 이루어진 모욕행위는 그것이 파업중에 행해졌다 하더라도 모욕죄에 해당한다. 단순히 구두로써 아니면 상징적으로 이루어진 모욕행위의 경우에는 사정이 다르다. 그러한 행위가 단지 無視(Nichtachtung)에 불과한 것인지 아니면 輕蔑(Mißachtung)에 해당하는 것인지는 그것이 행해진 사정 여하에 달려 있는 것이므로, 이를 판단함에 있어서는 주변상황, 폭언의 정도 및 근로자들의 특별한 행동 등 종합적인 사정을 고려하여야 한다.

(2) 傷害罪 (독일형법 제223조부터)

상해죄의 구성요건으로서 독일형법 제223조에서 단순상해죄, 제223조의 a에서 고도

33) 이하의 설명에 관하여는 Vgl. C. H. Ue, Streik und Polizei, Köln/Berlin/Bonn/München 1972, S.32-44.

의 위협으로 인한 가중범, 제224조 내지 226조에서는 결과적 가중범이 규정되어 있다. 상해행위는 신체적 부당취급 또는 건강훼손을 이유로 처벌되는 것인데, 파업과 관련하여서는 오로지 신체적 부당취급만이 문제된다. 그것은 부당하고 악의적인 취급으로서 신체적 안전을 침해하고 통상 고통을 야기하는 행위를 의미한다. 보통 파업 중에 조업희망자에게 가해지는 상해적 행위는 떠밀기, 침뺨기 그리고 구타이다.

(3) 強要罪 (독일형법 제240조; 우리 형법 제324조)

조업희망자들을 폭력 또는 위협의 고지으로써 조업을 중단하도록 강요하는 모든 행위들은 강요죄로 처벌가능하다. 그러한 전형적인 행위로는 피켓요원들이 조업희망자에게 위협적인 태도를 취하거나 조업희망자를 사업장에 들어가지 못하도록 가로막거나 아니면 모욕적 표시가 기재된 투명종이를 사용하여 조업희망자에게 낙인을 찍거나 하는 행위, 또는 파업지도부들과 피켓요원들이 사업장입구에서 밀집하여 조업희망자들이 사업장에 들어가지 못하도록 하거나 아니면 스크림 또는 바리케이드를 형성하는 행위, 나아가 조업중인 근로자들에게 조업중단을 강요하는 행위들이다. 또한 조업희망자들에 대하여 파업방해자 제재명령(Streikkommandos) 또는 그에 상응하는 조치를 취하겠다고 위협하는 행위, 조업희망자들의 사진촬영 및 명단작성도 그러한 강요행위에 해당할 수 있다.

법질서에 의해 승인된 투쟁행위인 파업에 있어서 각 투쟁당사자들은 그와 이허관계를 같이 하는 가능한 한 많은 사람들과 연대하고자 시도할 수 있는 권리를 갖는다. 특히 근로자측에서는 다양한 수법을 통하여 가능한 한 많은 근로자들이 파업에 동참하도록 노력한다. 이러한 연대행위와 형사처벌되는 강요행위의 한계선은 추상적으로 갖기는 매우 어렵다. 하지만 조업희망자가 파업에의 참여 또는 불참의 두 개의 선택가능성 사이에서 자율적인 다음 조업의 계속을 결심하였음에도 불구하고 이러한 결심을 변경할 수 있는 가능성을 위와 같은 피켓팅에 의해 사실상 박탈당하였다면 이러한 경우 강요죄는 성립한다고 인용 기준을 세울 수 있다. 그러나 피켓요원들과 파업참여자들이 사업장입구에 집합하여 둘러서서 떠돌고 있다는 사실만으로 조업희망자의 조업지속의 자가 박탈당한다고 속단할 수 없다. 왜냐하면 파업중에는 조업희망자에게 이러한 상황 하에서도 용감하게 사업장입구를 통과할 것이 기대되기 때문이다. 자기 자신의 일에 대한 분명한 의지표현과 신념의 표명은 필요하다. 그러나 피켓요원들과 파업희망자들이 이러한 조업희망자들의 결심을 제지하는 순간부터 그러한 조업방해행위는 위법하게 되고 따라서 강요죄가 성립된다. 따라서 파업참여자들이 사업장입구에 모여 조업희망

사람을 사업장에 들어가지 못하도록 하는 행위는 허용될 수 없다.

이러한 파업참여 유도행위의 한계선은 헌법상의 시위(의견표명 및 집회)자유와 기본권에 의거하더라도 후퇴할 수 없다. 기본법 제5조 및 제8조(언론, 집회 및 시위의 자유)는 타인으로 하여금 자신의 의견이 추종하도록 강요할 권리를 포함하지 않는다. 단지 공공에 대하여 자신의 의견을 정청하도록 촉구할 수 있을 뿐이다. 허용될 수 있는 최대의 조치는 통행인들을 잠시 범주화 하여 시위의 목적을 설명하는 것이다. 통행인들은 더 이상의 조치를 감수할 필요가 없다. 왜냐하면 그 시위에서 주장되는 의견은 다수의 의견들 중 하나에 불과하고 그 시위자들은 의견을 독점할 수 없기 때문이다. 이러한 원칙들은 파업의 경우에도 그대로 타당하다. 연방법원은 대의민주주의적 민주원리로부터 단체는 개인과 마찬가지로 선진, 절제 이외의 방법으로, 예컨대 자신의 의견을 강요하는 방법으로, 일반대중과 대화할 수 없음이 도출되고, 이는 근로조건에 관하여서도 마찬가지라고 판시한 바 있다.³⁴⁾ 뿐만 아니라 과도한示威權(Demonstrationsrecht)은 테러의 정당화를 초래한다는 점을 감안하여 보면 단체협약자치(Tarifautonomie)의 영역에 있어서도 의견형성에 영향을 주기 위한 강요는 허용될 수 없다는 점이 명백하다.

나. 事業主에 대한 犯罪行爲들

통상 파업지도부들은 파업개시에 즈음하여 사업주에 대하여 자신들이 발급하는 통행증을 소지한 근로자들만을 사업장에 들어갈 수 있도록 하였으니 비상업무 및 시설유지 업무를 위해 필요한 근로자들이 대한 통행증발급을 신청하라고 통지한다. 그런 다음 실제로 사업장입구에서 통행증을 소지하지 아니한 근로자들이 사업장에 들어가는 것을 방해한다. 또한 파업참여자들은 폭력적으로 사업장내에 들어가 조업근로자들로 하여금 조업중단케 하는 경우가 있는데, 그 과정에서 건물, 기계 기타 시설들이 파손되는 수가 있다. 또한 피켓요원들이 원자재의 반입 및 생산품의 반출을 방해하는 경우도 있다. 이러한 모든 행위들은 사업주의 보호법익과 관련하여 강요죄, 주거침입죄 및 재물손괴죄를 구성할 수 있다.

(1) 強要罪 (독일형법 제240조)

파업지도부가 그들이 발급하는 통행증을 소지하지 아니한 근로자들이 사업장에 들어가는 것을 방해한다면 이는 결국 통행증발급의 신청을 강요하는 행위가 된다. 쉬퍼너

34) 1969.8.8. 최고판 Bundesgerichtshof의 판결 (BGHSt Bd. 8 S.102).

(Schröder)는 이러한 사업주에 대한 통행규제의 통지가 중요적에 해당한다고 본다. 왜냐하면 사업주로서는 비상업무 및 시설유지업무의 수행을 위해서는 부득이 파업근로자들의 통행증제도에 동의할 수 밖에 없도록 강요당하기 때문이라는 것이다. 이에 대하여 노동투쟁의 법제도화를 통하여 노동조합은 파업중에도 생산시설유지를 위하여 사업주와 협력할 의무를 지게 되었기 때문에 이러한 통행증제도는 강요력을 구성하지 아니한다는 반박도 상상해 볼 수 있다. 즉, 사업주는 노동조합에 대하여 생산시설유지를 위한 협력을 구할 권리를 갖고 사업주에 의한 통행증발급의 신청은 그러한 권리의 행사이며 파업근로자에 의한 통행규제의 통지는 통행증발급절차의 안내에 불과한 것으로 볼 여지가 있기 때문이다.

그러나 이러한 문제는 고려할 필요가 없다. 왜냐하면 파업근로자들이 통행증 없는 근로자들이 사업장에 들어가는 것을 방해하는 것만으로 사업주측에 대하여도 강요적가 성립하기 때문이다. 다시 말하면 사업주는 노동조합의 폭력적 방법이 의한 파업확대로 말미암아 노동조합의 요구에 굴복하도록 강요되기 때문이다. 동일한 주권행사(사업장 통과)의 방해)가 조업희당근로자들의 의사 뿐만 아니라 동시에 사주주의 의사도 함께 강요하는 것이다.

피켓요원들이 원자재의 반입과 생산품의 반출을 방해함으로써 생산과 매출을 침체시키거나 마비시키는 경우에도 사업주에 대한 강요적가 성립한다.

(2) 주거침입죄 등 (독일형법 제123조부터)

주거침입죄는 보호된 영역에 권한없이 불법하게 들어가거나 그곳으로부터 제거할 것을 요구받고도 계속 머물러있는 경우에 성립한다. 담장 기타 방벽으로 경계가 확실되어 있는 공장시설은 법률상 보호되는 점유영역이다. 피켓요원이나 파업참가자들을 비롯 그들이 공장소속원이기는 하지만 그들의 작업을 재개할 의도 없이 공장시설에 들어가면 주거침입이 된다. 고용계약에 내포된 공장시설출입 허가는 그 출입목적에 결부된 것이므로 파업중에는 파업참여자들에게 대하여 잠정적으로나마 취소된다고 할 것이다.

퇴거불응죄는 근로자들이 조업중 파업을 개시한 경우에만 문제된다. 여당조 공장시설 내에 머물러 있을 권한이 근로자들에게 있었기 때문이다. 조업을 중단하여 사주주가 퇴거를 요구한 시점부터 퇴거불응이 된다.

주거침입죄는 친고죄이다.

독일형법 제124조의 重주거침입죄는 多衆이 모여 집단적 위력으로 사람이나 물건에 대해 폭력을 행사할 목적으로 영업장이나 보호점유영역이 침입하는 경우에 성립한다.

모든 참가자들이 처벌받는다. 보호법익의 관점에서 보면 이러한 **중주거침입죄**는 사업주의 공장시설 가택권에 대한 침해와 공공의 안전과 질서에 대한 침해 양자의 接觸에 위치한다. 하지만 주거영역 내지 영업공간이 주요 구성요건요소이므로 사업주에 대한 범죄행위로서 다루어진다. 파업 도중 파업참여자들이 집결하여 집단적 위력으로 사업장에 들어가 조업희망자들로 하여금 조업중단하도록 강요하는 일이 흔히 있는데 이는 위 **중주거침입죄**에 글자 그대로 해당하는 것으로서 모든 참여자들이 처벌받는다. 이러한 집단범죄 성격 때문에 **중주거침입죄**는 독일형법 제125조 소정의 소요죄(Landfriedensbruch)와 유사하다. 이 소요죄는 폭력의 행사가 그 구성요소이지만 보호영역에의 침입이 겹쳐져 있다는 점에서 **중주거침입죄**와 구별된다.

(3) 재물손괴죄 등 (독일형법 제303조부터)

조업희망자들로 하여금 조업중단하도록 강요하는 과정에서 피켓요원들과 파업참가자들은 사업주의 물건들을 손괴하기도 한다. 단순 재물손괴죄는 친고죄이다.

특수한 재물손괴죄는 건물의 전부 또는 일부의 파손이다 (독일형법 제305조). 또한 제308조 제1항 소정의 단순방화죄도 문제될 수 있다.

다. 형법상 보호된 공공질서에 대한 침해

(1) 소요죄 등 (독일형법 제125조부터)

노동쟁의는 대부분 흥분과 긴장상태에서 이루어진다. 근로자들은 조업을 중단하고 파업의 진전에 대한 관심 때문에 파업지도부 주위에 모이지 되는데 그들의 행동은 종종 집단심리에 의해 좌우된다. 이러한 상황에서 소요죄가 저질러지는 것이다. 독일형법 제125조에 의하면 다중의 위력으로 공공의 안전을 침해하는 방법으로 행해지는 집단적 폭력행사에 가담하거나 균중으로 하여금 그러한 폭력행사로 나아가도록 선동한 자는 소요죄로 처벌받는다.

근로자들이 단순히 집결하여 있는 경우, 폭력행사의 잠재적 위험은 있지만 그것만으로는 처벌되지 않는다. 그러나 그 파업상태의 추이에 따라 집단심리에 의해 분노와 폭력행사가 초래될 가능성은 현저하다. 이에 대하여 파업지도부는 근로자들이 견고히 단결하여 있고 그들의 연대성을 철저히 인식하고 있으므로 그들이 통제불가능한 상태로 될 가능성은 없다고 반박할 것이다. 하지만 최악의 조건들에 의하여 또는 통상적인 선동에 의하여 파업근로자들은 통제불가능한 집단적 폭력행사로 나아가게 될 가능성은 항상 있다.

경찰의 개입 여부와 관련하여 누가 범죄행위자인가가 중요한 것이 아니라 일정한 범죄가 저질러졌다는 점이 중요하다. 즉, 범죄행위자가 밝혀지지 않았더라도 범죄가 행하여졌다는 것만으로 경찰권은 개입할 수 있다는 의미이다.

(2) 대중선동죄(Völkerverhetzung; 독일형법 제130조³⁵⁾)

조업희망자들에 대한 피켓요원과 파업근로자들의 행동이 독일형법 제130조 소정의 대중선동죄에 해당할 수 있다. 공공의 평화를 해칠 수 있는 방법으로 국민의 일부에 대한 증오를 선동하거나 그들에 대한 폭력적 또는 자의적 조치를 요구하거나 아니면 그들을 모욕하거나 악의적으로 경멸함으로써 타인의 인간존엄성을 해치는 경우 위 대중선동죄가 성립한다.

파업의 경우 이러한 대중선동죄가 성립할 수 있는가 여부는 조업희망자들을 분의 소정의 「국민의 일부」(Teile der Bevölkerung)로 볼 수 있느냐에 달려 있다. 반대 진에도 있으나 분죄의 보호대상은 전체국민의 부분그룹의 구성원으로서의 개개인의 인간존엄성이다. 그 부분그룹이 지속적 단체일 필요는 없다. 따라서 파업중이 갈라지는 파업참여근로자들과 조업희망자들은 분조 소정의 「국민의 일부」에 속한다.

3. 罷業中 犯罪行爲에 대한 警察權의 發動

가. 概 說

원칙적으로 말하여 파업 중 위에서 본 바와 같은 범죄행위가 발생하거나 발생할 직접적인 위험이 있는 경우에는 경찰권은 발동될 수 있다고 할 것이다. 그러나 구체적으로 다음과 같은 세 가지의 경우로 나누어 고찰할 수 있다.

첫째 범죄행위가 발생하거나 발생할 직접적인 위험이 있더라도 그 범죄의 침해가 미비한 것이어서 아직 경찰권발동이 허용되지 않는 경우, 둘째 경찰권발동이 허용되기는 하지만 그 침해법익이 중대한 것이 아니어서 아직 경찰이 개입의무를 전다고 할 수 없는 경우, 셋째 그 침해법익이 중대한 것으로서 경찰이 개입의무를 지고 그 피해자는 경찰에 대하여 경찰개입청구권을 갖게 되는 경우가 그것이다.

나. 아직 경찰권발동이 허용되지 않는 경우

35) 우리나라에서는 이와 같은 범죄유형을 인정하고 있지 않다.

경찰의 개입 여부와 관련하여 누가 범죄행위자인가가 중요한 것이 아니라 일정한 범죄가 저질러졌다는 점이 중요하다. 즉, 범죄행위자가 밝혀지지 않았더라도 범죄가 행하여졌다는 것만으로 경찰권은 개입할 수 있다는 의미이다.

(2) 대중선동죄(Völkerverhetzung; 독일형법 제130조³⁵⁾)

조업희망자들에 대한 피켓요원과 파업근로자들의 행동이 독일형법 제130조 소정의 대중선동죄에 해당할 수 있다. 공공의 평화를 해칠 수 있는 방법으로 국민의 일부에 대한 증오를 선동하거나 그들에 대한 폭력적 또는 자의적 조치를 요구하거나 아니면 그들을 모욕하거나 악의적으로 경멸함으로써 타인의 인간존엄성을 해치는 경우 위 대중선동죄가 성립한다.

파업의 경우 이러한 대중선동죄가 성립할 수 있는가 여부는 조업희망자들을 분의 소정의 「국민의 일부」(Teile der Bevölkerung)로 볼 수 있느냐에 달려 있다. 반대 진에도 있으나 분죄의 보호대상은 전체국민의 부분그룹의 구성원으로서의 개개인의 인간존엄성이다. 그 부분그룹이 지속적 단체일 필요는 없다. 따라서 파업중이 갈라지는 파업참여근로자들과 조업희망자들은 분조 소정의 「국민의 일부」에 속한다.

3. 罷業中 犯罪行爲에 대한 警察權의 發動

가. 概 說

원칙적으로 말하여 파업 중 위에서 본 바와 같은 범죄행위가 발생하거나 발생할 직접적인 위험이 있는 경우에는 경찰권은 발동될 수 있다고 할 것이다. 그러나 구체적으로 다음과 같은 세 가지의 경우로 나누어 고찰할 수 있다.

첫째 범죄행위가 발생하거나 발생할 직접적인 위험이 있더라도 그 범죄의 침해가 미비한 것이어서 아직 경찰권발동이 허용되지 않는 경우, 둘째 경찰권발동이 허용되기는 하지만 그 침해법익이 중대한 것이 아니어서 아직 경찰이 개입의무를 전다고 할 수 없는 경우, 셋째 그 침해법익이 중대한 것으로서 경찰이 개입의무를 지고 그 피해자는 경찰에 대하여 경찰개입청구권을 갖게 되는 경우가 그것이다.

나. 아직 경찰권발동이 허용되지 않는 경우

35) 우리나라에서는 이와 같은 범죄유형을 인정하고 있지 않다.

독일의 최근 견해에 의하면 파업근로자들이 사업장입구를 봉쇄하여 조업희망자들의 출입을 방해하거나 아니면 사업장내부를 잠기하여 조업을 방해하는 경우라고 하더라도, 그것이 신체에 대한 폭행을 초래하지 않고 사업주의 물건을 손괴하지 않는 한, 사업주와의 무기평등이 유지되는 범위내에서는 형법상 강요죄 또는 주거침입 내지 퇴거불응죄가 성립하지 않고 따라서 경찰권은 발동될 수 없다고 주장되고 있다.³⁶⁾ 파업과 관련하여 그러한 행위는 형사면책된다는 주장이다. 그러나 통설적 견해에 의하면 이러한 집단적 사업장봉쇄 또는 사업장잠거는 형사면책되지 못하고 그리하여 경찰권은 그러한 범죄행위의 제지를 위하여 발동될 수 있다고 한다.

이러한 통설적 견해에 의하더라도 파업근로자 1인 또는 극소수에 의한 일회적·순간적 강요행위, 주거침입 또는 퇴거불응행위, 협박행위, 신체상해를 초래하지 않은 단 순폭행이 벌해진 후 더 이상 이러한 행위가 계속되지 않는 경우에는 그 피해자의 범인 체포요청에도 불구하고 경찰권은 개입을 자제하여야 한다고 한다. 왜냐하면 경찰권 개입으로 인하여 적법하고 평화적인 파업이 방해되어 헌법상 기본권인 단체행동권의 본질적부분이 침해될 수 있기 때문이다. 경찰비례원칙이 적용된 결과이다. 다시 말하여 경찰재량이 소극적인 방향으로 향으로 수축하여 불개입의무가 발생하는 경우이다. 파업이 종료된 이후 비로소 그 범죄행위자를 체포하여 처벌하게 된다.

다. 경찰권발동이 허용되는 경우

독일의 통설적 견해에 의하면 파업근로자들의 집단적 강요행위, 집단적 주거침입 내지 퇴거불응행위, 집단적 폭행·재물손괴행위가 있는 경우에 비록, 이미 그러한 범죄행위가 종료된 다음 파업지도부가 더 이상 집단적 범죄행위가 없도록 하겠다고 다짐하고 있더라도 피해자의 범인체포요청에 따라 경찰력이 투입될 수 있다고 한다. 이미 추가적인 집단적 범죄행위의 - 최소한 - 추상적·간접적 위험이 상존하고 있고 이미 범해진 범죄행위의 범인의 체포를 위하여 경찰권발동은 정당화될 수 있다는 것이다. 실제로 독일에서는 파업 도중 집단에 의한 폭력적 범죄가 발생한 경우에는 예외없이 경찰권은 발동된다고 할 수 있다.

그러나 그러한 집단적 범죄행위의 발생 여부가 명확하지 않고 이에 관하여 사업주측과 파업근로자측의 주장이 상반되는 경우에는 경찰중립(Neutralität)의 원칙에 따라 경

36) B. Nauditt, Die Eingriffsbefugnisse der Polizei im Arbeitskampf, AuR (Arbeit und Recht) 1987, S.153-161.

찰권발동은 자제되어야 한다고 한다. 파업이 종료된 이후 비로소 경찰은 수사를 개시할 수 있을 뿐이다.

경찰권발동이 허용되지만 아직 그 발동 여부가 경찰관청의 재량에 속하는 경우에는 사업주 기타 피해자들은 경찰개입청구권을 갖지 못한다. 다만, 경찰관청에 대하여 그 경찰재량을 적법하게 즉 재량의 하자 없이 행사하여 줄 것을 요구할 수 있고 경찰관청은 이에 대하여 적법한 재량을 거처 만일 경찰권발동을 거부할 때에는 실질적인 이유를 붙여 회답할 의무가 있다. 무하자재량행사청구권(Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung)이 바로 그것이다.

라. 경찰권발동이 요구되는 경우 (경찰개입의무가 발생하는 경우)

독일의 통설 및 판례에 의하면, 파업 도중 근로자들에 의하여 소요죄, 대중선동죄, 또는 집단적 강요행위, 집단적 주거침입 내지 퇴거불응행위, 집단적 폭행·재물손괴행위가 계속되어 사업주 및 조업희망자들의 생명, 신체, 자유 및 재산이 침해되거나 침해될 위험이 명백한 경우에는, 경찰권은 발동될 수 있을 뿐만 아니라 반드시 발동되어야 한다고 한다. 중대한 법익에 대한 명백한 위협을 이유로 하여 경찰재량은 적극적인 방향으로 쉼으로 수축되는 것이다.

전통적으로 독일 행정법학에서는 경찰권의 발동은 완전히 경찰관청의 재량에 속하므로 경찰의 개입의무나 피해자의 경찰개입청구권은 부인되어 왔다. 경찰관의주의가 바로 그것이다. 그러나 2차대전 이후 행정객체로서가 아니라 행정집관체의 주체로서의 국민의 지위가 강조됨으로써 경찰재량도 때에 따라서는 쉼으로 수축하여 반드시 경찰력을 투입할 의무가 발생한다고 하는 이론이 일반경찰법 차원에서 주장되고 판례에서도 이를 수용하게 되었다. 특히 건축행정과 환경행정영역에 있어 인근주민이 경찰관청에 대하여 소음, 환경유해물질 방출, 일조권침해 등을 초래하는 건축물, 공장 등을 규제하여 줄 것을 청구하는 사건들이 주종을 이루었다.³⁷⁾ 최근 독일 헌법학 및 헌법재판소 판례에서는 [국민을 위험으로부터 보호할 국가의 보호의무](staatliche Schutzpflichten zum Schutz vor Gefährdungen)라는 관념이 대두되기에 이르렀다. 이러한 경찰개입의무 내지 경찰개입청구권은 경찰관이 적시에 발동되지 아니함으로써 국민이

37) 예컨대, BVerwGE 11, 95; BVerwG, NVwZ 1992, 165; BVerwG, DVBl 1993, 486; OVG Münster, DVBl 1967, 546; BVerwGE 37, 112; BVerwGE 74, 234; BVerwG, DdV 1986, 328.

임은 손해에 관하여 국가배상을 구하는 경우 그 실재적 의의가 있다.³⁸⁾

이러한 「경찰제량의 필요로의 수축」 및 이에 근거한 「경찰개입의무」이론을 바탕으로 1972년 울레(Carl Hermann Ule)는 「파업과 경찰」이라는 논문³⁹⁾에서 위에서 본 바와 같은 파업 도중 발생한 집단적 범죄행위에 대한 경찰개입의무를 주장하였고, 그의 이론은 현재 독일의 학설·판례의 상황에 비추어 큰 이의없이 받아들여지고 있다고 한다.

VI. 노사분쟁에 대한 경찰행정의 대응방안

1. 종합적 고찰

가. 법치경찰 및 중립적 경찰로서의 위상확립

경찰관직무집행법 제1조 제1항에서는 동법의 목적에 관해 “국민의 자유와 권리의 보호 및 사회공공의 질서유지를 위한 경찰관의 직무수행”에 필요한 사항을 규정한다고 식술하면서 제2조8에서는 경찰관의 직무의 범위를 ① 범죄의 방지·진압 및 수사, ② 경비·요인경호 및 대간첩작전수행, ③ 치안정보의 모집·작성 및 배포, ④ 교통의 단속과 위험의 방지, ⑤ 기타 공공의 안녕과 질서유지 등을 들고 있다.

또한 동법 제6조에서는 제1항에서 [경찰관은 범죄행위가 폭전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고 그 행위로 인하여 인명·신체에 위태를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다]고 규정하고 있다.

이와 같은 규정들에서 알 수 있듯이 노사분쟁에서도 크게 두가지 방향으로 경찰행정이 이루어질 수 있다.

첫째는 불법적인 노사분쟁을 사전에 방지하거나 그 확대를 방지하여 시민의 신체안전과 재산을 보호하고 나아가 일반공공의 안녕과 질서를 유지하는 경찰행정(질서유지

38) 예컨대, BGH VRSpr. 5, 319 (1952) — 정원에 배치된 직원의 커피를 사취한 사안; BGH VRSpr. 5, 382 (1953) — 경찰이 강도일당의 출현을 방지한 사안; BGH VRSpr. 7, 87 (1953)

도로에 5km 길이로 기름이 유출되어 있었음에도 교통경찰이 수회표시를 하직 아니하여 교통사고가 발생한 사안; 기타 LG Hannover, DVBl 1970, 520; OLG Celle, DoV 1972, 243 참조.

39) Carl Hermann Ule, Streik und Polizei, Köln/Berlin/Bonn/München 1972.

임은 손해에 관하여 국가배상을 구하는 경우 그 실제적 의의가 있다.³⁸⁾

이러한 「경찰제량의 필요로의 수축」 및 이에 근거한 「경찰개입의무」이론을 바탕으로 1972년 울레(Carl Hermann Ule)는 「파업과 경찰」이라는 논문³⁹⁾에서 위에서 본 바와 같은 파업 도중 발생한 집단적 범죄행위에 대한 경찰개입의무를 주장하였고, 그의 이론은 현재 독일의 학설·판례의 상황에 비추어 큰 이의없이 받아들여지고 있다고 한다.

VI. 노사분쟁에 대한 경찰행정의 대응방안

1. 종합적 고찰

가. 법치경찰 및 중립적 경찰로서의 위상확립

경찰관직무집행법 제1조 제1항에서는 동법의 목적에 관해 “국민의 자유와 권리의 보호 및 사회공공의 질서유지를 위한 경찰관의 직무수행”에 필요한 사항을 규정한다고 식술하면서 제2조8에서는 경찰관의 직무의 범위를 ① 범죄의 방지·진압 및 수사, ② 경비·요인경호 및 대간첩작전수행, ③ 치안정보의 모집·작성 및 배포, ④ 교통의 단속과 위험의 방지, ⑤ 기타 공공의 안녕과 질서유지 등을 들고 있다.

또한 동법 제6조에서는 제1항에서 [경찰관은 범죄행위가 폭전에 행하여지려고 하고 있다고 인정될 때에는 이를 예방하기 위하여 관계인에게 필요한 경고를 발하고 그 행위로 인하여 인명·신체에 위태를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있어 긴급을 요하는 경우에는 그 행위를 제지할 수 있다]고 규정하고 있다.

이와 같은 규정들에서 알 수 있듯이 노사분쟁에서도 크게 두가지 방향으로 경찰행정이 이루어질 수 있다.

첫째는 불법적인 노사분쟁을 사전에 방지하거나 그 확대를 방지하여 시민의 신체안전과 재산을 보호하고 나아가 일반공공의 안녕과 질서를 유지하는 경찰행정(질서유지

38) 예컨대, BGH VRSpr. 5, 319 (1952) — 정원에 배치된 직위의 개거를 사책한 사안; BGH VRSpr. 5, 382 (1953) — 경찰이 강도일당의 출현을 방지한 사안; BGH VRSpr. 7, 87 (1953)

도로에 5km 길이로 기름이 유출되어 있었음에도 교통경찰이 수회표시를 하직 아니하여 교통사고가 발생한 사안; 기타 LG Hannover, DVBl 1970, 520; OLG Celle, DoV 1972, 243 참조.

39) Carl Hermann Ule, Streik und Polizei, Köln/Berlin/Bonn/München 1972.

행정)이다.

둘째로는 이미 불법적인 노사분쟁이 발생한 경우 그것을 진압하고 범법자를 형사처벌하기 위한 수사·구속 등을 집행하는 경찰행정(형사사법행정)이다.

어떤 사무가 경찰의 직무에 속한다고 하여 그 사무를 처리하기 위해 필요한 모든 조치를 취할 수 있다는 의미는 아니다. 제4장에서 살펴본 바와 같이 정당하지 않은 위법한 정의행위에 대해서도 경찰권 발동은 위험의 제거를 위한 적합한 수단을 사용하여야 하고 경찰권 발동으로서 야기되는 개인의 권익침해는 최소한에 그쳐야 하며 경찰권 발동을 통해 확보하려는 공적이익이 그로 인하여 개인에게 가해지는 권익침해보다 커야 한다는 경찰비례의 원칙 등의 제원칙을 따라야 할 것이다. 예컨대 정의기간 중에 1인 또는 극소수의 일회적·순간적 범법행위가 행해진 경우 또는 적법한 정의행위 도중 집회과정에서 폭력시위 등 범법행위가 발생한 경우에 있어 그러한 범법행위나 폭력시위를 방지·제거하는 범위 내에서 경찰권이 발동되어야 하지 이를 이유로 파업중지 및 조업복귀를 명함으로써 파업 자체를 방해하거나 저지할 수는 없다. 또한 구체적인 경찰처분을 내리거나 직접적인 유형력을 행사함에 있어서도 법소정의 절차를 엄격히 준수함으로써 경찰권이 남용되지 않도록 세심한 배려가 필요하다. 이러한 점에서 공익사업의 정의행위로 인해 공중의 생활에 불편이 초래되지 않도록 하기 위해 경찰이 제3자에 경찰권을 발동시킴으로서 공적 급부의 기능마비로 말미암은 손해를 최소화시키려는 독일의 예는 우리에게 매우 시사적이다.

또한 경찰행정은 경찰중립의 원칙에 따라 공정하게 집행되어야 할 것이다. 과거의 정권에서는 사회안정을 구실로 삼아 노동통제적인 방향으로 경찰권이 권위적·권위적으로 발동되었기 때문에 경찰행정에 대해 노동계의 시선은 굵지 않았다고 할 수 있다. 이런 점에서 21세기의 경찰은 민주경찰로 거듭날 것이 요망된다고 할 수 있다.

특히 노사문제는 근로자측과 사용자측의 이해대립이 전제되어 있기 때문에 과격하지 않은 공정한 범법행이 보다 요청된다고 할 수 있다. 집단적 범법행위의 발생 지구가 명확하지 않고 이에 관하여 사업주측과 파업근로자측의 주장이 상반된 경우에는 경찰권 발동은 가급적 자제되어야 할 것이다. 경찰의 권위는 강력한 유형력의 행사만으로 형성되는 것이 아니다. 경찰기관은 노사분쟁의 탄력적인 움직임에 대한 명확한 상황판단을 바탕으로 공적안전과 질서의 유지를 위해 지혜롭고 공평무사한 해법을 다각적으로 모색하는 과정에서 국민의 신뢰를 받을 수가 있을 것이다. 이것이 경찰행정이 노사관계의 안정화에 기여하는 첩경이라 할 수 있다.

나. 노사관계의 자율존중

집단적 노사관계는 노동조합과 사용자간에 체결되는 단체협약을 중심으로 자치적 질서를 이룩으로써 안정된다. 이러한 질서는 국가권력이나 법률에 의해 강제한다고 형성되지 않는다. 오로지 노동조합과 사용자가 서로를 책임있는 주체로 인정하고 협력하는 가운데 스스로 질서를 형성할 수 있게 된다.

이러한 '집단지치'의 면에서 보면 노사분쟁도 노사간에 스스로 해결하는 것이 집단적 노사관계의 안정을 위해 바람직하다. 노동쟁의조정법에서도 공익사업에서의 강제중재와같이 예외적인 경우를 제외하고는 노동쟁의를 자주적으로 해결하도록 노력한다는 '자주적 조정의 원칙'에 입각하고 있다(노동쟁의조정법 제5조 참조).

과거에는 자주적 해결을 위해서는 불법쟁의행위가 제거되어야 하고 그러기 위해서는 불법쟁의행위를 계획·실행하는 주모자를 노사분쟁의 장에서 배제시켜야 한다는 생각 아래 노동조합의 주요 간부들을 구속하고 쟁의행위를 해산시키는 방식으로 경찰권이 발동되기가 일쑤였다. 그로 인해 사용자는 노동조합과의 관계에서 직접 노사분쟁을 해결할 노력을 기울이지 않고 경찰행정 등 정부권력에 의해 노사분쟁의 해결을 기대하는 수동적 자세를 취하기도 한다. 또한 노동조합은 정부권력의 대응에 굴하지 않아야 한다는 생각으로 더욱 과도하게 요구하고 과격하게 행동하여 오히려 경찰의 개입이 노사관계의 갈등을 증폭시킨 예도 많았다.

노사분쟁의 자주적 해결을 위한 바람직한 경찰행정은 사적 분쟁 불개입의 원칙, 경찰의 소극성의 원칙 등 경찰행정의 기본원칙에 따르면서 노사관계 당사자인 노동조합과 사용자의 자율적인 활동을 보호하는 방식으로 이루어져야 한다. 즉 경찰기관은 노사분쟁은 일차적으로는 노동조합과 사용자간에 해결하여야 하는 것임을 인식하고서 그러한 자주적 해결에 필요한 여건을 조성한다는 내용의 경찰행정을 펴나가야 한다.

노사분쟁은 매우 유동적이고 동태적인 과정이라 적법한 쟁의행위에 투입하더라도 돌발적으로 개별적인 범법행위가 발생할 소지가 높다. 노동조합과 사용자간, 노조원과 조합회장자 간에 충돌이 발생하거나 쟁의행위의 일부 태양이 과격해지기도 한다. 이러한 위험한 행위로 인해 인명·신체의 안전, 재산이 침해되거나 침해될 위험이 명백한 경우에는 경찰권은 발동되어야 하지만 일회적·일시적 강요행위나 주거침입이나 신체장애를 수반하지 않는 단순폭행이 행해진 후 이러한 행위가 계속되지 않는 경우에는 가급적 경찰력의 개입을 자제하는 것이 바람직하다. 이 경우 경찰의 개입은 분쟁의 해결을 기여하기 보다는 분쟁을 악화시키는 요인으로 작용할 가능성이 많기 때문이다.

2. 구체적 대응방안

가. 사전 대응 방안

(1) 정보의 수집

경찰은 노사분쟁에 대한 정보를 충분히 확보하고 있어야 한다. 노사분쟁에 관한 정보는 단지 노사분쟁의 현장에 대한 정보만이 중요한 것이 아니다. 종래의 노사분쟁의 진행과 경찰행정의 공과에 대한 평가, 노동부·노동위원회·관할행정관청등 노사관계 관련기관의 행정대응, 노사관계전문가·언론 등의 진단, 노사분쟁에 대한 형사처벌의 실효, 노동단체·사용자단체의 조직 및 활동 등 노사관계에 관한 종합적인 정보를 수집하여야 한다. 이를 위하여 경찰조직 및 유관기관과의 협조가 요망됨을 물론 경찰조직 내에 지식과 소양을 갖춘 전문가를 양성하여 정보를 종합·관리하여야 한다.

(2) 공정한 언론보도를 위한 정보의 제공

노사분쟁에 대한 언론의 편향된 시각의 보도나 중앙정부 및 지방자치단체의 노사관계기관의 여론조성을 위한 노력은 종종 노사관계의 일방인 노동조합에게 언론대처를 통한 상당한 선전활동이 봉쇄된 채, 조합이기주의로 매도당하고 있다고 느끼게 하여 결과적으로 노사분쟁을 악화시킨다. 이는 노사분쟁의 자율적 해결을 저해하고 노사사간의 분쟁이 노동조합-언론, 또는 노동조합-정부의 분쟁으로 비화시켜 노사분쟁을 더욱 복잡하게 만들고 분쟁의 해결을 어렵게 만든다.

노사분쟁의 자율적 해결을 위해서는 공정한 보도가 필수적이다. 그러므로 경찰은 당해 노사분쟁에 관련하여 수집된 정보를 중립적이고 신속하게 언론에게 제공할 필요가 있다.

(3) 위법한 행위의 예방을 위한 경고

노사분쟁이 발생하는 경우 경찰은 그 분쟁과정에서 발생할 가능성이 있는 위법한 행위가 예견되면 노사 양측에게 적절한 방식으로 예고하여 그 위법행위의 방지를 권한다. 노사분쟁의 과정 중에는 특히 물리적 충돌이 발생할 위험이 있으므로 평화적인 해결을 위해 노사가 노력하도록 촉구할 필요가 크다.

나. 분류중 대응

(1) 경찰력 개입 이전의 조치

(가) 고소·고발접수

노사분쟁이 불법쟁의행위를 초래한 경우, 폭행·상해·재산손괴·업무방해 등의 불법행위에 대해 피해자측의 고소·고발을 접수한다. 불법행위가 회사내에서 이루어진 경우, 사용자측으로부터 경찰권발동(부임)요청서를 접수한다.

(나) 조사 및 채증활동

경찰권 발동이 적법하기 위해서는 고소·고발·경찰권부임요청 등의 대상인 쟁의행위에 대해 불법 여부를 판단하기 위해 조사 및 채증활동을 행한다. 상황에 대한 진술 및 평가가 노사 양측이 상이할 수 있으므로 공정한 조사를 진행한다.

(다) 관계기관과의 협조

적실한 경찰행정을 위해 관계기관과의 협조가 불가피하다. 노동위원회, 노동부의 지방노동사부소, 도청·시청·군청 등 지방자치행정기관, 검찰 등과 사전에 대책회의를 가져, 상호 정보교환 및 협조사항을 논의한다.

경찰행정은 다른 관계기관의 조정 등 분쟁해결노력을 존중하며 이를 방해하지 말아야 함은 물론, 나아가 그것에 조력할 수 있도록 경찰력 개입의 적절한 방향 및 정도를 결정한다.

(라) 여론동향 파악

불법쟁의행위에 대한 여론 파악은 경찰력 개입의 시기와 정도를 결정하는데 있어 중요하다. 불법쟁의행위가 노사분쟁의 당사자간에서만 사적인 문제에 그치지 않고 타 기업체에 그 불법쟁의행위가 확대될 가망이 있는지 여부, 불법쟁의행위로 인해 시민생활의 피해가 초래되는지 여부, 사회질서의 유지에 위협을 초래하는지 여부 등에 대한 여론을 파악한다.

또한 민주경찰이기 위해서는 경찰행정이 분쟁관계자인 노사양측으로부터 이해와 남달을 받을 수 있어야 함은 물론, 나아가 일반 공중으로부터도 그 지역에서 발생된 노사분쟁에 대해 경찰행정이 적법하고 적절하다고 인정받을 수 있어야 한다.

(마) 위법행위에 대한 경고 및 적법행위로의 순화유도

위법쟁의행위에 대해 먼저 위법행위자에 대해 사법적 조치가 행해질 수 있다는 경고를 하며 스스로 위법행위를 시정하고 재발을 방지하도록 촉구한다. 또한 노사 양측에 대해 위법행위를 유발케 하거나 위법행위를 감행하지 않도록 적법한 대항행위로 순화토록 유도한다.

노사분쟁은 1회적으로 경과되는 것이 아니며 경찰력의 개입의 필요성과 시기에 대해 노사 양당사자가 전혀 납득하지 못할 경우 경찰력 개입 자체가 노사분쟁을 되풀이

하는 요소로 작용할 수 있다. 따라서 부득이하게 경찰력의 개입이 필요한 경우에도 사전에 경고와 설득과정을 반드시 거쳐야 한다.

(바) 경찰력 개입의 정당화를 위한 보도협조

경찰력 개입이 필요한 경우 보도기관을 통해 그 정당성을 설명하고 보도협조를 받는다. 언론보도는 지역사회의 여론형성에 중요하다.

(사) 사업장 안전조치

경찰력의 투입과정에서 이를 거부하는 노동조합측과 충돌이 발생할 수 있다. 그리므로 사업장에 신나·휘발유 등 위험물을 소각 내지 제거하여 예기치 않은 불상사가 발생하지 않도록 대비한다. 또한 불상사에 대한 안전 및 구조장비를 사전에 확보한다.

(아) 경찰력 투입

경찰력의 투입과정에서는 최대한 평온을 유지하도록 노력한다. 경찰력 투입을 거부하는 근로자들과의 직접적인 충돌을 회피하고 자발적인 해산을 종용하며 부득이 강제해산하는 경우에도 인명과 신체의 손상을 초래하지 않도록 유의한다. 또한 사업장 내의 생산시설 및 기물들에 손상이 가지 않도록 한다.

동원 및 투입되는 경찰인원이 적절하여야 한다. 과소한 경찰인원의 동원 및 투입은 소기의 목적을 이루지 못할 수 있으며 임무수행의 과중한 책임부담으로 인력의 손실이 초래될 수 있다. 또한 과대한 경찰인원의 동원 및 투입은 소수인 근로자들의 극단적인 상황을 초래할 수 있다.

경찰력 투입의 적절한 방법 및 인원에 대한 판단을 위해 평소 경찰대응 경험에 대한 정보의 수집, 평가 및 관리가 필요하다.

(2) 불법쟁의행위의 유형에 따른 경찰력 개입의 필요성과 그 정도

노사분쟁과정에서 발생된 불법행위에 대해 경찰은 합법적인 정당한 쟁의행위와 불법 쟁의행위의 경계를 명확히 인식하여 대처하여야 한다. 쟁의행위의 전체적 모습 중 일부 불법쟁의행위가 이루어진 경우, 경찰의 개입이 쟁의행위 전체를 금지하거나 화해시켜서는 안된다.

따라서 쟁의행위를 제한하고 형사처벌하는 규정들이 적용되는 범위에 대한 철저한 이해를 기반으로 그 범위에 따른 경찰력 개입의 효과를 적절하게 통제하는 가운데 경찰행정이 이루어져야 한다.

(가) 노동쟁의조정법상의 쟁의행위절차위반에 대한 조치

전술하였듯이 노동쟁의발생신고, 냉각기간경과, 조합원찬반투표 등 쟁의행위의 절차

가 제한된다. 그러나 이러한 절차의 위반으로 쟁의행위의 정당성을 상실하는 것이 아니다. 다만, 노동쟁의조정법상의 벌칙이 적용되므로, 그에 관련하여 형사사법행정이 이루어질 수 있다.

그러나 전술하였듯이 그 위반의 쟁의행위 자체가 부당하게 되어 금지되는 것이 아니다.

따라서 이미 쟁의행위가 진행중인 기간동안에 쟁의행위에 참가한 조합원들이나 조합 간부들을 노동쟁의조정법 위반의 처벌을 위해 구속하거나, 경찰력을 투입하여 그 쟁의행위를 중지시키는 등의 조치는 불필요하다. 쟁의행위중에 이러한 경찰행정이 이루어지면 사실상 쟁의행위를 금지 또는 억압하려는 것이 된다. 그 처벌을 위한 경찰행정은 쟁의행위 및 노사분쟁이 종료된 이후의 시점이 적절하다.

(나) 쟁의행위 자체가 금지되는 경우 중지를 위한 조치

공무원(쟁의행위가 허용되지 않는 공무원), 교원, 주요방위산업체 종사 근로자 등의 쟁의행위는 금지된다. 순수정치파업이나 가해목적의 쟁의행위도 금지된다. 또한 안전보호사실에 대한 쟁의행위도 금지된다.

이러한 금지는 그 부분에 있어 쟁의행위 자체가 절대적으로 금지되는 것이며 어떠한 형태로든 합법적인 쟁의행위가 불가능하다. 따라서 쟁의행위가 발생한 경우에는 쟁의행위로 인해 저해되는 업무의 회복을 위하여 쟁의행위를 중지하고 업무의 정상적 운영을 확보하기 위한 경찰력의 개입이 요청된다. 만일 직장절거로 인해 업무의 정상적 운영이 어려운 경우, 그것을 해산하고 중단된 업무를 속개하기 위해 부득이 경찰력의 개입이 필요하게 된다.

그러한 경우에도 불법쟁의행위의 중지를 위한 사전경고와 설득이 먼저 이루어져야 한다. 노사분쟁은 1회적으로 경과되는 것이 아니며 경찰력의 개입의 필요성과 시기에 대해 노사 양당사자가 전혀 납득하지 못할 경우 경찰력 개입 자체가 노사분쟁을 퇴출이라는 요소로 작용할 수 있기 때문이다.

한편, 전술하였듯이 강제근로가 금지되므로 소극적으로 노무부제공의 파업을 하는 경우에는 경찰력의 개입으로 파업 자체를 중지시킬 수 있는 방도는 없으며 처벌을 위한 구속 등 형사사법행정이 이루어질 수 있을 뿐이다. 나아가 업무방해죄(또는 직무유기죄)의 처벌 자체가 무의미할 경우도 존재하므로 형사사법행정은 신중한 판단아래 이루어져야 한다.

(다) 쟁의행위의 일부가 금지되는 경우 조치

쟁의행위가 합법적으로 진행되지 않고 그 정도를 넘어서서 불법쟁의행위로 발전되는

경우가 있다. 가령, 전면적인 직장점거나 물리적 강제를 수반하는 피켓팅, 폭력·과괴행위가 수반된 쟁의행위, 사업장외의 쟁의행위 등이다.

이러한 경우 먼저 쟁의행위 당사자에게 그 행위가 정당한 쟁의행위가 아니라는 점을 주지시켜 스스로 자제하도록 유도하여야 한다. 성급한 경찰력의 개입은 도리어 쟁의행위 자체를 과격하게 만들거나 또는 정당한 쟁의행위의 가능성까지 차단시켜 결과적으로 노사분쟁의 자율적 해결을 어렵게 만든다.

경고와 설득에도 불구하고 위법한 태양이 계속되어 사용자에게 회복할 수 없는 손해를 야기하거나 공공의 안녕을 해칠 경우 부득이 경찰력의 개입이 필요하다. 이 때 쟁의행위 자체를 와해시키기보다는 정당한 범위의 쟁의행위로 변화시키는 방향의 조치가 요청된다.

즉 부분적 직장점거, 평화적 설득의 피켓팅, 폭력·과괴행위 자체의 중지, 사업장내의 쟁의행위로 가능하도록 하여야 한다. 이를 위해 후술하는 적법쟁의행위와 위법쟁의행위를 구분하는 폴리스-라인의 도입방안을 고려해볼 필요도 있다.

노사분쟁이 계속되고 있는 상황에서는 위법한 태양이 제기된 후에도 형사처벌을 위한 형사사법행정은 자제되는 것이 바람직하다. 쟁의지도부의 구속보다는 사용자와의 책임있는 교섭을 통해 노사분쟁을 해결하도록 하는 것이 노사분쟁의 조기해결을 위해서도 적절하기 때문이다.

(라) 충돌을 방지하기 위한 조치

쟁의행위의 과정중에는 쟁의행위에 참가한 노조원과 조업을 계속하려는 비노조원간의 충돌이 예견된다. 평화적 설득 범위 내의 피켓팅은 보호되나, 비노조원의 과격동맹을 저지하려는 과정에서 종종 물리적 충돌이 발생한다.

노동쟁의조정법은 사업장외의 쟁의행위를 금지하고 있으므로 피켓팅은 기업내의 생산시설을 둘러싸고 이루어진다. 따라서 피켓팅과정에서의 물리적 충돌을 막기 위해 경찰이 기업내부로 진입하기에 부적절하다. 그리하여 노사간의 물리적 충돌이 이미 발생한 이후에야 사후 경찰행정이 이루어지는 실정이다.

그러나 사업장외의 쟁의행위의 금지규정에 대한 삭제논의가 이루어지고 있으며, 중립성이 삭제되면 피켓팅의 양상도 기업의 생산시설을 둘러싼 공간에서 직접적으로 충돌하기보다는 회사 정문, 진입로, 주변시가지 등으로 이동될 것이 예상된다. 이러한 경우 피켓팅을 반대하는 비노조원과의 충돌이나 일반공중의 질서를 침해하는 과도한 공간점거 등을 막기 위해서 일정지역에서 평화적으로 피켓팅이 이루어지도록 보호하는 조치가 필요하다. 이를 위해서 외국에서 사용되고 있는 폴리스-라인(police line)의 노

입을 적극적으로 검토할 필요가 있다.⁴⁰⁾

폴리스 라인에 사업장내의 피켓팅이더라도 노조원과 비노조원의 대립이 심한 사업장 안 경우에는 물리적 충돌이 발생하기 이전에 적절한 대처방안으로 활용될 수 있을 것이다.

(마) 일부 불상사에 대한 조치

노사분쟁과정에서 근로자간의 사적인 충돌로 폭행·상해 등의 불상사가 노사당사자 모두에게 예기치 않게 발생한 경우가 있다. 이러한 불상사에 대해 노사당사자 모두 적극적인 대처를 하지 못할 수 있으므로 경찰은 신속하게 피해자 구제에 나서야 한다. 또한 공평하고도 적절한 사법처리를 신속히 하여 이 사건이 노사분쟁에 악영향을 미치지 않도록 방지하여야 한다.

(3) 경찰력 개입 이후의 조치

사업장에 경찰력을 투입하여 불법쟁의행위를 중단시켰다고 하여 노사분쟁이 해결된 것은 아니다. 노사간의 원만한 타협이 성사되지 않는 한, 동일한 불법쟁의행위가 재차 발생할 수 있다. 또 다시 경찰력 개입이 불가결하다고 해도 경찰행정이 부의미하게 반복될 뿐이다. 따라서 불법쟁의행위를 중지시킨 이후에도 노사분쟁이 당사자간의 적법한 대응속에서 자율적으로 해결될 때까지는 경찰의 대응도 지속적으로 이루어져야 한다. 쟁의행위과정에서 폭력·과괴행위가 재발되지 않도록 노사당사자에게 주의를 촉구하며 사업장 내의 위험한 시설 및 기물에 대한 자체경비계획을 강구한다.

다. 사후 대응

노사분쟁이 해결된 뒤에는 노사분쟁과정에서 발생한 위법행위에 대해 노사 양측을 불문하고 사법조치가 이루어져야 한다. 사법조치는 노사분쟁과정에서 위법행위를 재발하지 않도록 하기 위해서라도 반드시 필요하다. 따라서 사법조치는 필요한 범위 안에서 신속히 엄격하게 이루어져야 한다. 또한 노사간에 형평성이 유지되도록 공정한 범집행이 되어야 한다.

한편, 노사간에 분쟁을 종결하면서 민·형사면책에 관한 합의를 하는 경우가 종종 있다. 형사책임의 면책은 私人이 좌우할 수 없으므로 노사간의 형사면책합의는 그대로 효력이 발휘되는 것은 아니다.

40) 폴리스-라인에 관하여 자세한 내용은 김우환·김정진, "Police Line의 도입 및 운영방안에 관한 연구", 『치안논총』, 제12집, 치안연구소, 1996, 291-349면의 내용을 참조바람.

그러나 노사간의 안정을 위해서는 사법조치가 자제될 필요가 있다. 특히 노동조합의 쟁의지도부는 평시에도 단체협약준수를 책임지고 이끌 주체로서 유지되는 것이 노사관계의 안정을 위해 필수적이다. 따라서 면책합의를 존중하는 시각에서 사법조치가 이루어져야 한다.

라. 기 타

(1) 올바른 집회·시위문화의 정착

노동쟁의조정법상 사업장의 쟁의행위는 금지되지만 적법한 집회 및 시위 자체가 금지되지는 않는다. 노사분쟁중인 노동조합은 자신의 요구와 주장을 정당화하거나, 다른 사업장의 근로자들과 연대부쟁하거나, 널리 시민과의 연대의식을 고양하기 위해 사업장에서 집회 및 시위를 갖는다. 이러한 집회 및 시위가 평화적으로 진행되는 경우가 있지만 때로는 도로점거, 폭력시위 등 불법적 양상을 띄게 되는 경우도 있다. 불법시위가 종종 발생하는 것은 비단 노동사건 분야만이 아니라 사회전체에 올바른 집회·시위문화가 정착되지 못했기 때문에 나타나는 현상이다.

경찰은 「집회및시위에관한법률」에 따라 적법한 집회 및 시위를 최대한 보호하고 위법한 시위로부터 시민을 보호할 책임이 있다. 그런데 경찰이 단순히 위법시위를 방지하고 진압하는 데에만 전념할 것만이 능사가 아니다. 예방적 차원에서 평화적이고 합법적인 집회·시위문화의 정착을 유도할 필요가 있다. 노사분쟁에서는 노동조합이 고립화되어 있다는 피해의식을 일소하고 사용자에 대한 책임있고도 합법적인 대응을 할 수 있도록 유도할 수 있다는 점에서 대외적인 집회 및 시위는 중요한 사회적 기능을 담당한다. 따라서 경찰이 노동조합의 합법적인 집회·시위를 보호하고 권장하는 긍정적인 입장을 견지하여야만 불법적인 집회·시위를 사전에 방지할 수 있음은 물론, 노사분쟁의 평화적 해결에 조력이 되며 나아가 국민 일반의 신뢰를 얻게 되어 경찰의 입지가 크게 강화될 것이다.

집회 및 시위가 행해지는 동안에 소정의 장소를 벗어나는 경우도 발생한다. 이러한 경우를 최대한 방지하도록 질서유지책임자의 역할을 조력하는데 경찰이 힘써야 함은 물론이나 무엇보다도 그러한 사태가 발생되었다면 가능한 한 평온함을 유지하도록 집회 및 시위를 보호하여 일반공중의 생활에 피해가 없게 하여야 한다.

평소 경찰은 올바른 시위문화의 정착을 위해 국민을 계도하는 적극적 서비스를 제공하여야 한다. 가령, 「집회및시위에관한법률」등 관계법에 의한 합법적인 집회·시위의 지침서를 발간하고 경찰이 합법적인 집회·시위를 적극적으로 보호한다는 법적 의무와

의지를 널리 홍보할 필요가 있다. 물론 경찰 스스로도 시민의 집회·시위의 자유가 헌법적으로 보장된 권리이며 사회적 연대가 책임있는 주체를 양성하여 평화적인 분쟁해결에 도움이 된다는 점을 철저히 인식하여 합법적인 집회·시위를 최대한 보호하려는 자세와 의지를 가져야 한다.

(2) 노동쟁의조정제도의 개선

불법쟁의행위가 발생함에는 노동쟁의조정법상의 조정제도가 노사분쟁을 노사당사자가 평화적·자주적으로 해결하는데 제대로 기능하지 못하여왔다는 점도 그 원인이 된다. 현행 노동위원회의 조정제도는 노동쟁의조정을 전담하는 인력과 부서가 확보되어 있지 못하여 전문적이고도 적절한 조정서비스 제공에 어려움이 있다. 또한 노동위원회의 위상이 노동부의 소속기관으로 되어 있어 다른 기관과의 관계에서 위상정립 및 공조에 어려움도 있다.

노사분쟁의 해결을 위해 국가가 제공하는 서비스의 질을 한층 고양하여야 한다는 기본 관점에서 노동위원회의 분쟁해결기능을 재검토하고 보완하여야 할 것이다.

(3) 경찰음부즈단의 도입

노사분쟁에 대응하여 경찰이 수행하는 역할을 감시하고 그 공정성·중립성을 확보하기 위한 시민적 통제기구로서 경찰음부즈단의 도입도 검토할 가치가 있다. 경찰음부즈단은 민간의 노사관계전문가중에서 충원되고 경찰로부터 독립적으로 운용되는 것이 바람직하다.

참고문헌

- 강성태, “일제에서 현재까지의 노동악법연구”, 『역사비평』 2호, 1988.9.
- 김기중, “민주노총 설립신고서 반려사유에 대한 법리적 검토”, 민주노동조합총연맹 주관 정책토론회, 민주노총의 법적 지위와 노동법, 1996.2.28.
- 김선수, “제3차개입금지조항의 합헌결정에 대하여”, 『법과사회』, 법과사회이론연구회, 창작과비평사, 제2호, 1990.
- 김선수, “절도기관사 파업” 『노동법연구』, 제2권 제1호, 1992.
- 김순태, “업무방해죄 소고:쟁의행위와 관련하여”, 『민주법학』, 제8호, 1992.
- 김원윤, “쟁의행위와 형사책임”, 『법무연구』, 제16호, 1989.12.
- 김유환·김성천, “Police Line의 도입 및 운영방안에 관한 연구”, 『치안논총』, 제12집, 치안연구소, 1996.
- 김치선, 『노동법강의』, 박영사, 1990.
- 김형배, 『노동법』, 박영사, 1993.
- 김형배, “우리나라 노사관계의 문제점과 전망”, 『노동법연구』, 박영사, 1991.
- 남궁 구, 『형사사법정책론』, 진명문화사, 1993.
- 노동부, 『'95년 노사분규 사례집』, 1995.12.
- 노동부노사협력관실 편, 『노동쟁의조정법 실무』, 개정증보판, 1995.
- 대검찰청, 『노사관계주요쟁점연구』, 공안자료 제9권, 1990.
- 유기남, 『급진노동운동해부』, 한국노동운동연구회, 1996.
- 윤성탁, “경찰관 직무행위의 정당화와 면책에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 법학과 형법전공 석사학위논문, 1991.
- 박택재·박기성, 『한국의 노동조합』 (I)·(II)·(III), 한국노동연구원, 1989·1990·1991.
- 박상필, 『한국노동법』, 더왕사, 1991.
- 박주현, “쟁의행위와 형사책임”, 『노동법연구』, 1991.
- 박주현, “쟁의행위의 정당성에 관한 최근 판례의 동향”, 서울대학교 대학원 법학과 사회법전공 석사학위논문, 1990.
- 박주현, “제3차 개입금지”, 『노동법연구』, 제1권 제1호, 1991, 381~400면.

- 박홍규, 『노동법론』, 삼영사, 1995.
- 변호규, “준법투쟁과 영업방해” 『경영계』, 173호, 1992.6.
- 서울지역노동조합협의회, 『노동조합 고소·고발·구속·해고·손해배상청구 어떻게 대처할 것인가』, 노동인권회관 편, 지리산, 1992.
- 신인영, 『노동법과 노동운동』, 일월서각, 1990.
- 신인영, 『노동법판례연구—노동조합운동 사건 판례』, 이화여자대학교출판부, 1995.
- 신인영, 『노동인권과 노동법』, 도서출판 녹두, 1996.
- 오문환, “민주노동의 실체에 관한 연구”, 『공안연구』, 제8권 제2호, 1996.
- 유동현, “한국 좌익노동운동의 투쟁상”, 『공안연구』, 제8권 제2호, 1996.
- 이병태, 『최신노동법』, 현암사, 1996.
- 이철수, “클라우드에 대한 노동법적 대응방안”, 『노동법학』, 제4호(1994), 199년
- 임종률, 『쟁의행위와 형사책임』, 경문사, 1982.
- 장영민·박강우, 『노동쟁의행위와 업무방해죄의 관계』, 한국형사정책연구원, 1996.
- 전국노동조합대표자회의, 『한국정부의 단결권 침해에 대한 국제노동기구의 결정서 및 권고』, 전국노동조합대표자회의, 1993.3.
- 조용환, “노동쟁의의 원인에 관하여”, 『대한변호사협회지』 144호, 1988.8.
- 최만조, “근로자의 노동운동과 형사상의 책임분제: 쟁의행위를 중심으로”, 『청주대 우암논집』, 제2호, 1986.3.
- 한국노동연구원, 『1996년 KLI 노동통계』, 1996.3.
- 한정현, “노동조합의 집단행동에 대한 규제”, 『노동법학』, 제1호, 1994.
- 리영민, “공무원의 근로기본권”, 『노사관계』, 제1권 제2호, 1990.
- 김남길, 행정법 II, 1996.
- 김동희, 행정법 I, 1996.
- 유지태, 행정법신론, 1996.
- 박윤환, 최신 행정법강의, 개정판, 1996.
- 신종현, 일반행정법(하), 제6판, 1995.
- 홍길선, 행정법원론(下), 제4판, 1996.
- Karl Heinrich Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, in: E. Schmidt-Abmann (hg.), Besonderes Verwaltungsrecht 10.Aufl., Berlin/ New York 1995.
- Volmar Gotz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht 12.Aufl., Göttingen 1995.
- Franz Ludwig Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht 6.Aufl., München 1995.

Barbara Nauditt, Die Eingriffsbefugnisse der Polizei im Arbeitskampf, AuR (Arbeit und Recht) 1987

Wolf-Rüdiger Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, in: U. Steiner (hg.), Besonderes Verwaltungsrecht 5.Aufl., Heidelberg 1995.

Carl Hermann Ule, Streik und Polizei, Köln/Berlin/Bonn/München 1972.

Thomas Wertenberger, Polizei- und Ordnungsrecht, in: N. Achterberg/ G. Pötter (hg.), Besonderes Verwaltungsrecht Bd.II., Heidelberg 1992,