■ 연구총서 ■ 2004-2

직장폐쇄에 대한 법적고찰

한국노총 중앙연구원

인 사 말

현재 우리의 현실은 내수경기의 침체 속에서 노동자와 사용자 사이에 많은 쟁의행위가 발생하고 있습니다. 이 가운데 사용자 측의 대항행위의 하나로 인정된 것이 '직장폐쇄'입니다. 이러한 직장폐쇄가 경제현실과 맞물려 빈번히 사용되고 있는 상황이고, 2003년 12월 노사정위원회의 노사관계 법·제도 선진화방안에서는 노동조합의 위법한 쟁의행위에 대해서까지 직장폐쇄를 허용하도록 하고 있는 실정입니다. 하지만 비정규직의 문제, 복수노조문제, 이에 따른 전임자문제, 정부주도의 노사관계 로드맵 문제 등 지속적으로 떠오르는 노사간의 현안문제들로 인해서 파업이나 직장폐쇄 등과 같은 구체적인 쟁의행위에 대한 연구는 많이 이루어지지 못하고 있습니다.

이러한 상황 속에서 양대노총 4개산별을 중심으로 유선으로 그 실태를 확인한 제조업부문과 노동부 노사조정과에서 제공한 운수업을 중심으로 한 제조업 이외의 부문의 직장폐쇄의 실태를 알아보고, 우리와 달리 실정법이 아닌 판례법을 통해서 직장폐쇄를 인정하고 이에 대한 효력도 각기 조금씩 상이하게 인정하고 있는 외국의 사례를 참고하여 노동조합및노동관계조정법 제46조와 제2조 제6호상에 규정되어 있는 직장폐쇄에 대한 고찰 속에서 직접적으로 사업장에서 이루어지고 있는 직장폐쇄에 대한 논의를 제공하는 계기가 되었으면 합니다.

따라서 직장폐쇄의 권리성, 당사자문제, 제46조의 해석상 노동조합의 쟁의행위 개시 이후에는 적법성이 추정되는 것인가, 방어적 직장폐쇄와 공격적 직장폐쇄의 구분, 이러한 사실의 입증책임문제, 방해배제효력의 인정여부, 그리고 이에 대한 법적 개선방안과 노사자치의 측면에서의 검토 등 이에 대한 고찰을 통해 직장폐쇄에 대한 논의와 노사관

계의 바람직한 설정에 대한 논의의 시발점이 되기를 바랍니다.

한국노총은 2003년 12월 노사관계 법·제도 선진화방안이 마련될 당시 위법한 쟁의행위에 대한 손배·가압류의 폭넓은 인정 외에 직장폐쇄의 허용은 타당하지 않음을 밝힌 바 있습니다. 여기에서도 위법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄는 권리의 가중이 될 우려가 큼을 밝히고 있습니다.

정당한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄에 대해서 종래의 판례가 넓은 방해배제효력을 인정하고 있는 것도 선행하는 정당한 쟁의행위와 후행하는 정당한 대항행위의 충돌 문제로 보지 않고, 물권적 지배권으로 대표되는 사업장내 시설에 대한 사적 소유권을 우위에 놓고 판단하는 듯한 태도는 자칫 노동자의 노동3권을 침해할 소지가 다분합니다.

그리고 위법한 직장폐쇄에 대한 제재가 미약한 점을 고려하여 노동조합및노동관계조정법상 제재규정의 강화와 함께 기금형성을 강제하는 방안을 고려하는 것도 여기에서 이론적 기초로 말하고 있는 실질적 평등에 부합하는 것이 될 것이고, 사용자에게 제공되고 있는 제도내의 수단들과도 형평을 이룰 수 있는 것이 될 것입니다.

나아가 직장폐쇄를 인정할 것인지의 존부문제나 노사관계 법·제도 선진화방안에서 논의된 위법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄 허용여부는 노사자치의 틀에서 다시 한번 논의되어야 할 필요성이 있다고 봅니다.

아무쪼록 이번 연구가 노동조합에 대한 직장폐쇄가 쟁의행위 해결의 수단으로서 올바르게 자리매김하기를 바라며, 사업장내의 근로자와 사용자간의 바람직한 노사관계의 틀을 제공하는 계기가 되었으면 합니다.

이 연구보고서는 한국노총의 기조와 상관이 없음을 밝힙니다.

2004. 12.

한국노동조합총연맹

이 용 득 위 원 장

직장폐쇄에 대한 법적고찰

김 기 우
한국노총 중앙연구원

/ 목 / 차 /

I. 문제제기 ····· 1

II. 직장폐쇄와 실질적 평등 ····· 4
1. 직장폐쇄 개관 ····· 4
(1) 직장폐쇄의 의의 현재의 실태 하에서의 문제점 ····· 4
(2) 직장폐쇄 권리성의 인정문제 ····· 5
(3) 직장폐쇄의 당사자 문제 ····· 7
2. 노조법 제46조의 연혁 ····· 8
3. 실질적 평등 ····· 9

III. 직장폐쇄의 실태 ····· 12
1. 제조업 분야의 직장폐쇄 실태 개관 ····· 13
(1) 직장폐쇄 실태분석 개요 ····· 15
(2) 한국노총 화학노련, 금속노련 실태 ····· 17
(3) 민주노총 금속산업연맹, 화학섬유연맹 실태 ····· 17
(4) 소결 ····· 18
2. 제조업 이외의 분야의 실태 개관 ····· 19
3. 소결 ····· 20

IV. 외국과 우리의 직장폐쇄에 대한 입장 ····· 21
1. 외국의 직장폐쇄 일반 ····· 21
(1) 프랑스 ····· 21
(2) 독일 ····· 23
(3) 일본 ····· 25
2. 직장폐쇄의 모습 ····· 26

(1) 방어적 직장폐쇄와 공격적 직장폐쇄의 구별기준 ····· 27
1) 시기성의 문제 ····· 27
2) 근로자의 복귀의사의 문제 ····· 28
(2) 방어적 직장폐쇄 ····· 29
(3) 공격적 직장폐쇄 ····· 30
3. 직장폐쇄의 정당성 문제 ····· 33
(1) 외국의 경우 ····· 34
1) 프랑스 ····· 34
2) 독일 ····· 35
3) 일본 ····· 37
(2) 우리의 경우 ····· 38
1) 대항성 ····· 39
2) 방어성 ····· 40
3) 필요성 ····· 41
4. 관련문제 ····· 41
(1) 입증책임의 문제 ····· 41
(2) 대체근로의 문제 ····· 42

V. 직장폐쇄의 범위와 효과의 문제 ····· 45
1. 직장폐쇄의 범위의 문제 ····· 45
(1) 당사자사이의 범위의 문제 ····· 45
1) 부분파업에서의 제한 ····· 45
2) 태업과 준법투쟁에서의 제한 ····· 48
3) 위장폐업, 휴업에서의 제한 ····· 51
4) 비조합원이 포함된 경우의 제한 ····· 53
5) 산별노조체계에서의 제한 ····· 55

6) 복수노조 하에서의 제한 ····· 56
(2) 제3자와의 관계 ····· 57
2. 직장폐쇄의 효과와 관련한 문제 ····· 59
(1) 근로관계를 해소하는 효력의 문제 ····· 59
(2) 방해배제효력과 관련한 문제 ····· 61
(3) 소결 ····· 67

VI. 위법한 직장폐쇄의 경우 ····· 69

VII. 직장폐쇄 관련규정과 법적 개선방안 ····· 70
1. 노조법상 직장폐쇄 관련규정의 법적 개선방안 ····· 70
(1) 노조법 제46조 제1항에 대한 근본적 검토 ····· 70
(2) 노조법상 직장폐쇄관련규정의 개선방안 ····· 71
1) 제1안 ····· 72
2) 제2안 ····· 74
3) 소결 ····· 76
2. 노조법상 직장폐쇄 관련 제재규정의 강화 ····· 77
3. 기금형성의 강제 ····· 79
4. 사회보장법의 마련 ····· 81
5. 소결 ····· 83

VIII. 직장폐쇄의 인정여부에 대한 검토 ····· 85
1. 직장폐쇄의 인정여부에 대한 법적 검토 ····· 85
2. 노사자치의 측면에서의 검토 ····· 87

IX. 결 ····· 90
참고문헌 ····· 93

/ 표 / 목 / 차 /

<표 1> 2001년~2004년 직장폐쇄 현황 ·····31
<표 2> 양대노총 4개산별 제조업분야 직장폐쇄 현황 ····· 13
<표 2-1> 1997~2000년 파업, 직장폐쇄 현황 ·····61
<표 3> 2001년~2004년 운수업 등 직장폐쇄 현황 ·····91
<표 4> 2003년, 2004년 전면적 직장폐쇄와 부분 직장폐쇄의
건수와 비율 ····· 45

I. 문제제기

우리의 현행 노동조합및노동관계조정법[1] 제46조는 동법 제2조 제6호에서 사용자의 쟁의권의 일환으로 규정되어 있는 직장폐쇄의 요건에 관한 규정을 두고 있다. 그 이론적 기초는 우리의 노조법과 같은 실정법 규정은 없지만 독일이나 일본의 경우에서처럼 무기평등의 원칙에 근거를 두고 사용자에게 근로자의 파업권 등 쟁의행위에 대한 권리로 인정된 제도라고 인식하는 것이 일반이다. 그러나 내수경기의 침체라는 경제현실[2] 속에서 사용자의 직장폐쇄가 노동조합과 사용자간에 발생한 쟁의행위의 해결수단으로서 작용하지 못하고 있는 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다. 이에 2000년 이후에 직장폐쇄의 실태는 어떠한가 하는 점에서부터 본 연구의 출발점으로 삼고자 한다.

사용자의 직장폐쇄가 근로자의 노무수령을 거부함으로써 사용자의 경제적 피해를 줄이고 근로자나 노동조합의 쟁의행위 해결을 위한 최후의 수단(ultima ratio)이 되어야 함에도 이러한 역할이 아닌 단순한 수단으로 자리매김해 가고 있는 것은 아닌지, 근로자 내지는 노동조합에 대한 보복수단이나 위협수단으로 역할하고 있는 것은 아닌지 하는 의문도 든다. 그럼에도 파업이나 직장폐쇄에 대한 연구는 의외로 적은 편이다.

---

1) 이하 '노조법'이라고 줄여 말한다.

2) 2004 조합원 의식조사 보고서, 2004.12, 한국노동조합총연맹, 9면, 46면 이하; 최근 2년간 경제사정이 향상되었다는 비율은 20.5%, 이전과 같다는 비율은 28.2%, 악화되었다는 비율은 49.0%, 무응답이 2.3%이다. 악화되었다는 비율이 향상되었다는 비율보다 28.5%(본문에는 20.8%로 되어있으나 잘못 인쇄된 듯 하다)포인트 더 높다.

직장폐쇄의 효과와 관련하여 임금을 주된 생활원으로 하는 근로자에게는 직장이 삶의 터전이다. 그런데 이러한 삶의 터전이 직장폐쇄에 의해 위협받고 근로자 생활의 기초인 임금이 직장폐쇄에 의해서 위험에 처할 뿐 아니라 근로자가 사업장으로부터 축출되는 것이 타당한 것인가. 이것이 부당하다면 사업장으로부터의 방해배제효력을 비롯한 부당히 확대된 직장폐쇄의 제반효과를 시정하기 위한 현행 실정법의 개선방안은 무엇이며, 법제도 이외에 직장폐쇄 문제를 해결하기 위한 대책 내지 기초는 무엇이 되어야 하는지를 본 연구의 목적으로 삼고자 한다.

매년 인건비상승과 파업을 이유로 적지 않은 사용자들이(외국인투자기업의 사용자들을 포함하여) 중국이나 동남아시아 등으로의 진출을 시도하고 있고, 이러한 시도를 하고 있다고 말하고 있는 것이 우리 경제의 현실이며, 이러한 상황에서 많은 노동조합 예컨대 2004년에 파업을 개시한 <표 2> 각주상의 코오롱노조 등의 주장을 예로 들면 사용자의 직장폐쇄가 파업 등의 쟁의행위해결에 전혀 도움을 주고 있지 못하고 있다는 주장들이 반복되고 있다. 그리고 2003년 12월 노사정위원회의 노사관계 법·제도 개선방안에서는 위법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄도 허용하도록 하는 실정이다.

따라서 기업별노조가 주축을 이루고 내수경기가 침체된 현실의 상황에서 실질적 평등을 인정한다고 하더라도 직장폐쇄를 어떻게 적용하는 것이 타당한 것인가. 그리고 현재 우리의 직장폐쇄가 외국의 산별노조 체계를 중심으로 노동조합에 주어진 단체행동권 등에 대응하는 것으로서 본래 사용자에게 주고자했던 실질적 평등의 범위를 지나치게 초과하고 있는 것은 아닌가에서부터 출발하여 이에 대한 논의의 틀을 제공하고, 그 속에서 대응방안을 모색하는 계기가 되고자 한다.

프랑스, 독일이나 일본의 경우, 직장이나 공장의 폐쇄는 자의적으로 행해질 수 없도록 판례법을 통해 규제되고 있는 상황이다. 그리고 국내 학자의 일부[3]는 독일에서의 판례법을 통해 제한되고 있는 직장폐쇄라는 것은 법적인 효력을 갖는다고 판단하기 보다는 정치적인 것으로 풀이하기도 한다. 이는 독일 등의 국가에서는 없는 우리의 노조법 제46조라는 특수한 실정법 규정의 존재와 산별노조체계라는 점을 고려한 것으로 보인다.

현행 노조법 제46조의 '노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에만'이라는 규정이 쟁의행위를 개시한 이후에는 적법성이 추정되는 것과 같이 노동부나 법원 등에 의해서 해석되고 있는 듯 하다. 그러면 쟁의행위 개시이후의 직장폐쇄의 부당성 내지는 위법성 여부에 대한 입증책임을 근로자 측에서 부담해야 된다는 사실이다. 이것이 타당한 것인가.

따라서 이에 대한 국내자료와 외국사례를 분석하여 직장폐쇄가 인정되어야 한다면 제도 틀 속에서의 직장폐쇄는 어떻게 규정되고, 운영되어야 하는지 그리고 인정되어야만 하는 것인지에 대한 검토를 통해서 법제도적 보호방안과 이 이외의 방안도 고려해 볼 기회를 갖고자 한다. 경제적 약자에게 제도적 장치의 마련 없이 경제적 강자와의 협력을 요구하는 것은 경우에 따라서 양 당사자간에 자치의 효과보다는 오히려 파행을 조장할 우려가 크기 때문에 법제도적 개선을 우선적으로 고려하고자 한다.

---

3) 김형배, 노동법, 1998, 630면 참조.

II. 직장폐쇄와 실질적 평등

1. 직장폐쇄 개관

(1) 직장폐쇄의 의의 및 현재의 실태 하에서의 문제점

직장폐쇄는 사용자가 근로자들의 쟁의행위로 인하여 발생한 세력불균형을 회복하고 자기의 주장을 관철하기 위하여 근로자들이 제공하는 노무를 집단적으로 수령거부하는 사용자의 대항행위라고 통상적으로 말한다. 물론 이러한 정의는 직장폐쇄의 쟁의행위성을 강조하느냐 대항행위성을 강조하느냐에 따라 다소 차이가 생길 수 있다. 여기서는 후자에 비중을 두고자 한다.

이러한 직장폐쇄의 효과로 사용자에게 주어지는 권한은 노무의 집단적 수령거부와 임금지급의무의 면제가 주된 것이라고 볼 수 있다. 효과의 기초로서 통상 노조법 제2조 제6호와 제46조를 그 실정법적 근거[4]로 들고 있으며, 이론적 근거로는 실질적 평등 내지는 무기평등의 원칙을 든다.

나중에 살펴보겠지만 효과와 관련하여 문제되는 것은 회사의 생산시설과 관련이 없는 기숙사나 구내식당 등의 근로자의 복지시설에 대한 이용 등을 배제할 효력이 사용자의 집단적 수령거부라는 권한에 포함되거나 병존하는 것인가이다. 특히 법원은 이러한 방해배제효력을 넓게 인정하면서 형사처벌[5]를 하는 법적용과 법해석을 하고 있다. 이러

4) 이러한 근거에 헌법 제33조를 포함시키는 입장도 있으나, 헌법 제33조에는 '근로자'가 가지는 권리임을 명시하고 있어 타당하지 못하다.

5) 형법 제319조 제1항과 제2항의 주거침입죄나 퇴거불응죄를 적용하고 있다.

한 태도는 근로자의 노동3권의 침해소지[6]를 방관하고 있는 것은 아닌가 하는 생각이 든다. 최근 판례[7]중에는 부당한 직장폐쇄의 경우 근로자의 형사처벌에는 소극적인 것이 있다. 즉 최근에 근로자에 대한 사용자 측의 퇴거요구가 정당치 못한 직장폐쇄에서 비롯된 것이라면 근로자들이 계속 직장을 점거하더라도 퇴거불응죄에 해당하지 않는다는 것이다. 이러한 해석은 정당하다고 보인다. 다만 판례에 나타나 있는 부당한 직장폐쇄의 인정범위가 협소하여 조합원들의 권리인정 범위가 넓지는 않다.

더군다나 제조업 분야를 살펴보면 공동화현상 등이 문제시되고 있는 실정에서 사업장으로부터의 방해배제가 폭넓게 인정된다면 이는 근로자의 생활권역을 더욱 위협하게 된다. 실질적 평등을 이론적 기초로 사용자가 근로자로부터 발생된 쟁의행위 해결의 수단이라는 목적에서 출발한 방어적 대항행위라는 본래의 의도와 달리 공동화현상과 맞물려 공격적 행위로 나타나는 사례가 발생하고 있기 때문이다. 그리고 2003년 12월의 노사관계 법·제도 선진화방안에서는 위법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄를 허용하도록 되어 있다.

이상의 점들로 인해서 직장폐쇄를 인정하게 된다 하더라도 그 한계에 대한 문제를 심각하게 제기할 필요성이 있다.

(2) 직장폐쇄 권리성의 인정문제

우리의 경우 실정법적으로 노조법 제2조 제6호에 근로자의 쟁의권과

---

6) 노동3권은 헌법상 보장된 결사의 자유의 특별규정이다. 따라서 노동3권의 내용인 단결권이나 단체행동권은 노조를 결성할 권리 등 큰 틀의 결사의 모습 뿐 아니라 조합원의 권리를 쟁취하기 위한 회합을 포함한다고 보아야 한다.

7) 2004도4745; 법률신문 2004,11,23.

함께 사용자의 쟁의권의 일환으로 규정하고 있는 형식을 취하고 있다. 그러나 이러한 실정법규정을 가지고 있지 않는 아래의 외국사례를 볼 때 이러한 규정형식이 바람직한 것인가에 대해서 의문이 제기될 수 있다. 단순히 근로자의 노동3권에 대응하는 무기평등의 원칙에 기초하여 이루어진 것이라고 한다면 이러한 규정형식은 재고의 소지가 있으며 헌법상 그 권리성을 인정하기 위한 근거규정[8]을 찾기 어렵다.

외국의 경우는 산별노조라는 거대한 조직과 사용자와의 힘의 균형이라는 점을 고려해서 나온 판례법이라는 점을 감안하면 더욱 그러하다. 특히 프랑스의 경우 Chantiers de l'Atlantique(샹띠에르 드 라틀란띠크) 판결은 사업장내의 집단적 노사관계(rapports collectifs)의 계획위에 직장폐쇄가 위치하고 경찰권과 연관됨을 보여준다. 이 판결의 유명한 공식은 작업장의 일시적 폐쇄(fermeture)라는 수단은 일반적인 권한에 속하고 또한 근로자들이 업무를 수행하고 파업권을 행사하는 중에 무질서와 이상한 상황에 의해서 전적으로 위태롭게 된 때에 그 사업장내의 최소한의 안전과 질서를 보장하기 위해서 사용자가 관심을 가져야 하는 의무에 속한다고 언급[9]하면서 직장폐쇄의 권리성 인정여부를 우회하기도 한다.

이 밖의 외국의 경우 권리성의 인정여부는 후술을 참조하기 바란다.

---

8) 사용자의 직장폐쇄의 헌법상 근거규정으로는 사유재산권에 관한 규정이 적용가능할 것이다. 그러나 이러한 규정보다 노동3권 규정을 열위에 놓을 것인가. 이는 근로자의 쟁의권과 사용자의 쟁의권의 충돌에 관한 항목을 설명하는 자리에서 구체적으로 논하기로 한다.

9) Hélène Sinay, Traité de Droit du Travail, La grève, tome6, 1984, p470; Soc. 2 déc.1964, D. 1965, p.112, note G. Lyon-Caen; J.C.P., 1965. II.14098, note A.Brun.

(3) 직장폐쇄의 당사자 문제

원칙적으로 직장폐쇄의 당사자는 근로자와 사용자[10]라는 것이다. 우리의 경우는 종래 직장폐쇄를 포함한 노사관계의 당사자를 근로자, 사용자, 정부라는 인식에 근거하여 이루어진 듯 하고, 과거 정부의 개입이 과도하지 않은가에서부터 과도한 개입이 있다면 이것이 당사자성을 희석시킴으로 인해서 법제도의 틀 안에서 노사자치로 해결될 수도 있었을 부분을 어렵게 했던 사실이 존재하는 듯 하다.

직장폐쇄가 이루어 질 수 있는 영역은 다양하게 존재할 수 있다. 이것은 유럽에서처럼 산별단위의 교섭체계를 가지고 있는가, 아니면 우리의 경우처럼 기업별단위의 교섭체계를 가지고 있는가에 따라서 조금씩 달라질 수 있다.

또한 공공부문 예컨대, 체신부 및 철도청 소속의 기능직과 고용직 공무원이라든지, 국립의료원의 작업현장에서 일하는 기능직과 고용직 공무원에 대해서도 단체행동권 인정범위와 함께 직장폐쇄 문제가 제기될 수 있다. 그리고 이 이외의 공무원에 대해서는 현재 공무원노조의 단체행동권 인정여부에 대한 논쟁과 더불어 이들에 대한 직장폐쇄 문제가 제기될 수 있을 것이다.

이렇게 교섭체계나 각 사업장의 해당부문이 다를 경우 누가 당사자가 될 것인가가 문제될 것이다. 다만 정부는 누가 당사자가 되든지 간에 중립적인 노사관계의 틀의 제공자로서 고용안정을 위해 필요한 사회보장법 등과 같은 사회안전망구축작업을 지속적으로 담당해야 할 것이다.

---

10) 기업별 노조조직체계에서 사용자보다는 '사업주'가 직장폐쇄 문제와 관련해서 주체가 되어야 한다는 견해가 있다.

2. 노조법 제46조의 연혁

노조법 제2조 제6호에도 직장폐쇄가 언급되어 있지만, 주된 조항인 제46조의 연혁을 중심으로 살펴보겠다.

직장폐쇄에 관한 규정인 노조법 제46조는 1953년 노동쟁의조정법이 제정된 이후 세 차례 개정이 되었고, 여러 차례 개정논의가 있었다.

1953년 제정 노동쟁의조정법 제9조 〔직장폐쇄의 보고〕 사용자가 직장폐쇄를 하고자 할 때에는 행정관청과 노동위원회에 보고하여야 한다.

1963년 개정 노동쟁의조정법 제17조 〔직장폐쇄의 신고〕 사용자가 직장폐쇄를 하고자 할 때에는 행정관청과 노동위원회에 각각 신고하여야 한다.

이후 공격적 직장폐쇄가 허용되는지 여부에 관하여 이의가 제기될 여지가 없지 않았기 때문에, 직장폐쇄를 하려면 행정관청과 노동위원회에 신고하여야 한다고만 규정하였던 위 동 규정을 1986년에 개정하여 노동조합의 쟁의행위가 개시된 이후에만 직장폐쇄를 할 수 있다는 내용을 삽입하였다.

1986년 개정 노동쟁의조정법 제17조 〔직장폐쇄의 요건〕 사용자는 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에는 직장폐쇄를 할 수 있고, 이 경우 행정관청과 노동위원회에 각각 신고하여야 한다.

1986년 노동쟁의조정법 제17조가 개정된 이후 직장폐쇄의 시기와 절차에 관한 여러 가지 개정론이 그 동안 제기되기도 했다. 예를 들어 1988년 평화민주당, 1990년 전국노동조합협의회에서는 직장폐쇄 자체를 불법화하기 위하여 동 규정을 완전히 삭제하자고 주장하기도 했다. 1989년 한국경영자총협회에서는 근로자의 쟁의행위가 위법인 경우에

도 직장폐쇄를 할 수 있도록 명시하자는 주장도 있었다. 1988년에 통일민주당에서는 노동조합의 쟁의행위 개시 후 일반사업은 10일, 공익사업은 15일이 지나야 직장폐쇄를 할 수 있도록 하자는 주장이 있었고, 1989년 국회에서는 노동조합의 쟁의행위 개시 후 5일이 지나야 직장폐쇄를 할 수 있도록 하자는 주장도 제기되었다. 이러한 논의들은 1996년과 1997년 노동법 개정시에도 계속되었지만 결국 다음과 같이 규정되었다.

1997년 노동조합및노동관계조정법 제46조 〔직장폐쇄의 요건〕 ① 사용자는 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에만 직장폐쇄를 할 수 있다. ② 사용자는 제1항의 규정에 의한 직장폐쇄를 할 경우에는 미리 노동부장관 및 노동위원회에 신고하여야 한다.

1998년 노조법 제46조는 제1항은 그대로 유지하고, 제2항의 노동부장관을 행정관청으로 변경하여 '사용자는 제1항의 규정에 의한 직장폐쇄를 할 경우에는 미리 행정관청 및 노동위원회에 각각 신고하여야 한다'고 개정하였다.

3. 실질적 평등

실질적 평등[11]이라 함은 "같은 것은 같게, 다른 것은 다르게(treat like

11) 여기서 실질적 평등은 대법원이나 헌법재판소 판례 등에서 표현되고 있는 것으로 이해하면 큰 무리는 없을 것이고, 구조적 대등성을 포함하는 무기대등의 원칙까지를 포괄하는 것으로 사용하려고 하며, 별도로 다루지는 않겠다. 다만 구조적 대등성을 노사관계에서 이루기 위해서는 산별노조조직체계로의 전환도 고려되어야 할 필요가 있다고 생각된다.

또한 학자마다 무기대등의 원칙, 무기균등의 원칙, 힘의 균형의 원칙, 균형의 원칙, 실질적 평등 등 선호하는 용어가 상이하다. 여기서 이 모두를 실질적 평등으로 정리하는 것보다는 인용되는 문헌의 본문에서 사용한 용어를 그대로 옮기도록 한다. 다소 용

cases alike, treat different cases differently)" 라는 것이 실질적 평등에 대한 정의라고 할 수 있고, 모든 사람에 대해서 그 사람의 능력이나 사회적 신분, 재력 등 모든 사정을 참작하지 않고 형식적으로 동등하게 대우하는 형식적 평등과 구별된다. 실질적 평등은 평균적 정의에 국한하지 않고 배분적 정의까지를 포괄하여 이를 기초한 한 평등개념이라 할 수 있다.

실질적 평등은 정치적 기본권 보다는 경제적 기본권과 관련하여 많이 대두되고 있다.

미국에서는 대학입학에 있어서 소수인종을 우대하고 있는데, 소수인종의 경우 백인들에 비해서 경제력과 주변환경들로 인해서 대학진학의 기회가 상대적으로 덜 제공되고 있고 대학 진학 후에도 학업에 전념할 수 없는 경우가 많이 존재하기 때문에 실질적 평등에 기초하여 소수인종을 우대하는 것이다. 물론 여기에는 역차별이라는 문제가 남아있기는 하다. 그리고 우리의 경우 대학입시에 있어서 농어촌특례입학이라는 제도가 이와 유사한 측면이 있다고 할 수 있다.

우리 헌법재판소는 이러한 평등의 위반 여부를 심사함에 있어서 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이나, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용하도록 하고 있다. 예컨대 종래의 가산점제도의 경우 헌법 제32조 제4항이 특별히 남녀평등을 요구하고 있

어의 혼재가 있으나, 실질적 평등으로 아우르는 동시에 본문 문맥을 최대한 살리고자 부득이하다고 본다.

는 "근로" 내지 "고용"의 영역에서 남성과 여성을 달리 취급하는 제도이고, 또한 헌법 제25조에 의하여 보장된 공무담임권이라는 기본권의 행사에 중대한 제약을 초래하는 것이기 때문에 엄격한 심사척도가 적용된다[12]고 하여 심사의 척도를 제시하고 있다.

현재의 기업별노조조직체계를 기반으로 하는 노사관계에 있어서는 경제적 지위의 차이, 사업장내 정보의 차이 등으로 인해 구조적으로 노동조합과 사용자사이에 대등한 지위를 갖기가 어려운 점이 있다. 따라서 실질적 평등 내지는 무기대등의 원칙을 실현하기 위해서는 산별 내지는 초기업적노조조직체계가 필요하다고 보인다.

12) 헌재 1999. 12. 23, 98헌마363 제대군인지원에관한법률 제8조 제1항 등 위헌확인.

III. 직장폐쇄의 실태

현재의 직장폐쇄의 실태를 알아봄으로써 이 연구의 유의미성을 찾고자 알아본 바에 따르면 아래와 같다. <표 1>에서 총 직장폐쇄건수를 살펴보고 별도로 한국노총의 금속노련과 화학노련, 그리고 민주노총의 금속연맹과 화학섬유연맹 등 제조업 관련분야의 심각성으로 인해서 이에 대한 직장폐쇄를 <표 2>에서 앞의 산별들을 중심으로[13] 자세히 알아보았다. 그리고 <표 3>에서 그 이외의 분야의 직장폐쇄를 운수업 중심으로 살펴보았다. 따라서 심각하게 직장폐쇄의 모습을 보여주는 제조업관련 분야에 실태조사의 비중을 높였다.

한 가지 고려되어야 할 점은 우리의 노동법 분야의 연구가 파업이나 직장폐쇄 등 쟁의행위와 관련된 연구는 많이 이루어지지 않고 있다는 점이다.

<표 1>을 참고하여 2001년 이후부터 2004년 10월 현재까지의 총 직장폐쇄건수를 보면 대체적으로 증가하는 추세임을 알 수 있다. <표 2>에 나타난 제조업관련 직장폐쇄의 현황을 보면 작년(2003년)에는 많이 증가하다가 올해 들어서는 주춤하는 추세를 보이고 있다. 이는 일면 직장폐쇄에 관한 한 우리경제가 어느 정도 안정화단계에 진입했다고 볼 수도 있고, 중국이나 동남아시아로 진출 등 여러 가지 이유에서 회사가 정리된 관계로 이러한 수치가 나타나는 것으로 풀이될 수도 있다.

---

13) 이 이외의 산별에도 제조업에 포함되는 직장폐쇄가 있지만, 차지하는 규모가 작아서 위의 2개 총연맹, 4개산별을 중심으로 조사하였다.

<표 1> 2001년~2004년 직장폐쇄 현황[14]

	2001년	2002년	2003년	2004년 (10.1 현재)	비고
총직장폐쇄건수	46[15]	49	65	49	

자료; 노동부 노사조정과 제공

1. 제조업 분야의 직장폐쇄 실태 개관

<표 2> 양대노총 4개산별 제조업분야 직장폐쇄 현황

		2001년		2002년		2003년		2004년 (10.1현재)		비고
한국노총 금속, 화학노련제조업 관련 직장폐쇄 건수	총직장폐쇄건수대비율	4[16]	8.7%	5[17]	10.2%	2[18]	3%	1[19]	2%	카프로노조[20]
민주노총 금속, 화학섬유 등 제조업 관련 직장폐쇄 건수	총직장폐쇄건수대비율	9[21]	19.6%	8[22]	16.3%	16[23]	24.6%	7[24]	14.3%	

14) 직장폐쇄 건수대비 파업발생건수, 제조업분야의 파업발생건수를 보면 다음과 같다(노동부 노사조정과 제공).

노사조정과 자료에는 파업을 노사분규로 표현하고 있음. 그리고 2004년도 파업발생건수는 정리되지 않은 상태이다. 2000년 총파업발생건수는 250건, 2001년 235건, 2002년 322건, 2003년 320건이었고, 제조업분야 파업발생건수는 2000년 121건, 2001년 117건, 2002년 136건, 2003년 167건 이었다. 그리고 직장폐쇄 건수는 앞의 <표 1>에서 본 것처럼 2000년 58건, 2001년 46건, 2002년 49건. 2003년 65건 이었다.

15) 노사조정과 자료도 46건으로 되어 있는 것도 있고, 47건으로 되어 있는 것도 있다.

상급단체에 가입하지 않은 제조업관련 직장폐쇄 사업장건수	총직장 폐쇄건 수대 비율	2[25]	4.3 %	1[26]	2%	0	0	0	0	
현재 폐업한 사업장건수[27]	총직장 폐쇄건 수대 비율	2[28]	4.3 %	4[29]	8.2 %	1[30]	1.5 %	1[31]	2%	
현재 노조가 존재하지 않는 사업장수	총직장 폐쇄건 수대 비율	2[32]	4.3 %	3[33]	6.1 %	4[34]	6.2 %	0	0	
양노총 총건수	총비율	19	41.2 %	21	42.8 %	23	35. 3%	9	18.3 %	

자료; 각 연맹 사례제공 및 개별 사업장 유선 확인

16) 동아공업, 오공, 삼양중기, 삼정테크노그라스 등.

17) 초당약품, 문교화학, 파마시아코리아, 동광제약(현 평택지역 화학노조 동광지부), 종근당 등.

18) 케이오씨(파업당시는 한국노총 소속이었음, 현재는 민주노총소속임), 조선선재 등

19) 신무림제지 등.

20) 한국노총 산하의 사업장으로 10월 1일 이후 파업과 직장폐쇄로 첨예한 노사관계의 대립을 보이고 있는 사업장으로 카프로노조를 들 수 있다. 카프로노조는 파업47일째와 직장폐쇄 19일 만인 지난 11월 24일 임금 기본급 4.8%인상, 특별상여금 280%지급, 3공장 준공격려금 100%지급, 고소·고발 취소, 노조의 무분규 선언, 경영설명회 분기 1회 등을 내용으로 잠정합의했다(매일노동뉴스(인터넷판), 2004.11.24).

21) 성림유하, 동서기연, 세동산업, 배명금속, 영남금속공업, 대용, 인벡스다이아몬드, 동진세미켐, 세원테크 등.

22) 대림자동차공업, 동협, 대동공업, 콜트악기, 해강휀스타, 범한금속공업, 태광하이텍, 한국알미늄 등.

23) 한진중공업, 금창공업, 이구산업, 한국테트라펙, 한국에바라정밀기계, 굳모닝 한주, 한국강구공업, 통일중공업, 삼영, 진방철강, 한국오웬스코닝, 경한, 한국게이츠, 스페코중공업, 태금산업, 삼화산업 등.

(1) 직장폐쇄 실태분석 개요

위 실태는 노사조정과에서 제공한 총 직장폐쇄건수를 기초로 하여 양대 노총 4개산별을 중심으로 2001년에 19개의 제조업관련 사업장을, 2002년에 21개, 2003년에 23개, 2004년 10월까지 9개의 제조업관련 직장폐쇄 사업장을 대상으로 유선으로 조사한 결과이다. 이에 따르면 제조업관련 분야에서는 2002년도에 직장폐쇄가 가장 빈번하게 이루어진 것으로 보인다. 2003년도에는 건수에 있어서는 2002년 보다 2건 증가했지만, 차지하는 비율은 오히려 7.5%가 감소하였다. 총 직장폐쇄 건수는 65건으로 2003년에 최대치를 보이고 있지만 제조업 관련 분야에서는 2002년이 유의미한 해라고 판단된다[35]. 그리고 2004년에는 10월까지의 통계를 보면 건수와 비율이 2003년을 제외하고는 예년의 수준임을 알 수 있다. 이는 직장폐

---

24) 대우버스, 대성엠피씨, 대경, 코오롱, 풀무원제2두부공장, 영창악기제조, 풀무원 등.
25) EG, 한독음향 등.
26) 세원테크 등.
27) 폐업신고가 된 사업장 뿐 아니라 현재 동일 상호로 운영하고 있지 않으면서 유선연락이 되지 않는 사업장도 여기에 포함시킴. 이는 노동부 노사조정과의 통계수치와 상이한 측면이며, 신고에 의한 형식적인 사업장의 모습보다 과거 대비 현재 사업장의 실질을 실태조사에 반영하기 위함이다.
28) 고아켄, 유니바이오테크 등.
29) 이성화학, 영재산업, 보워트한라제지, 비비드광학 등.
30) 대호 등.
31) 삼일코리아 등.
32) 신진정밀, 양헌기공 등.
33) 조광출판인쇄, 대진기전, 전북콘크리트공업 등.
34) 한국휀스, 고합(울산 1공장의 경우 상급단체를 한국노총으로 하고 있으나, 직장폐쇄한 사업장인 의왕공장의 경우는 노조가 없어진 상태임), 청호컴넷, 석촌도자기 등.
35) 총 직장폐쇄 건수는 2003년도에 65건으로 최근 4년간 동안에 최고치를 보이고 있다.

쇄에 대한 사용자의 인식이 여전히 대립적 노사관계에 기초하고 있음을 간접적으로 보여주고 있다. 그리고 내수경기침체로 직장폐쇄의 대상인 노동조합이나 근로자들의 경제적 위험이 증가하였다고 볼 수 있다.

본문의 <표 2>와 각주 [14]을 비교해보면 상대적으로 제조업관련 분야의 사업장에서 높은 직장폐쇄비율을 보이고 있음을 알 수 있다. 이는 제조업 관련 사업장의 사용자의 인식이 보다 더 노동조합의 쟁의행위에 대해 민감하게 반응하고 있음을 알 수 있다.

그리고 2002년도 자료를 보면 현재 폐업하였거나 노조가 존재하지 않는 사업장이 가장 많은 해로서, 14.3%를 차지하고 있음을 알 수 있다. 이는 IMF경제위기 이후 파업형태의 쟁의행위가 급증한 1999년도[36] 이후에 가장 노사관계가 첨예하게 대립했던 한 해였음을 반증하는 것이라고 볼 수 있다. 그리고 2002년도에는 한국노총, 민주노총 사업장과 상급단체에 가입하지 않은 사업장 등 각 항목에 고르게 통계가 분포되어 있음을 볼 때 각각의 사업장마다 많은 문제점들이 표출된 시기라고 파악할 수 있다.

---

36) 1997, 1998, 1999, 2000년도 파업발생건수, 제조업분야의 파업발생건수, 직장폐쇄건수를 살펴본 것임. 1999년에 파업발생건수와 제조업분야 파업발생건수가 예년의 증가추세에 비해 높은 증가추세를 보이고 있음을 알 수 있다.

<표 2-1> 1997년~2000년 파업, 직장폐쇄 현황 (단위: 건)

구 분	1997년	1998년	1999년	2000년
총 파업발생건수	78	129	198	250
제조업분야 파업발생건수	42	72	116	121
총 직장폐쇄건수 신고건수	17	27	22	58

자료제공: 노동부 노사조정과

그리고 1999년 이후 증가한 파업 등의 쟁의행위와 2000년 이후 증가한 직장폐쇄 신고건수는 2002년도에 변동을 보인 점을 제외하고는 99년 이후 꾸준히 어느 정도 일정한 건수와 비율을 보이고 있음을 알 수 있다.

또한 노동조합과 같은 근로자들의 목소리를 대변해 줄 수 있는 기구가 아직도 적은 비중을 차지하고 있고 근로자나 노동조합의 근로조건 향상의 의지는 굳건한 반면, 사용자나 사용자집단은 아직도 대립적 노사관계를 기초로 경기회복의 불투명으로 인한 사정변경의 위험을 근로자나 노동조합에 전가[37]시키려는 시도의 반복 속에서 직장폐쇄에 대한 대응방안이 어려워지는 것이 아닌가 하는 인식을 가지게 한다. 이 사실은 노동조합의 쟁의행위에 대한 사용자의 직장폐쇄라는 대항행위가 경제적 피해를 줄이고 쟁의행위를 해결하는 수단으로서의 역할을 못하고 있다고 보인다.

(2) 한국노총 화학노련, 금속노련 실태

한국노총 산하에 화학노련의 경우는 직장폐쇄 된 사업장이 있었던 반면에 금속노련 소속의 조직국장이 말했던 직장폐쇄 건수를 보면 지난 2000년 이후 지난 5년간 직장폐쇄는 사용되지 않았다. 한국노총의 2개산별의 제조업 관련 사업장은 2002년에 직장폐쇄 건수는 5건, 총 직장폐쇄 대비 한국노총 제조업관련 분야가 차지하는 비율은 10.2%로 가장 높은 비중을 보이고 있다.

(3) 민주노총 금속산업연맹, 화학섬유연맹 실태

37) 하경효·김상호, 세계화의 흐름에 대한 노동법적 대응, 한국노총 중앙연구원, 1995, 15면 참조.

한편 민주노총의 경우 2003년도 직장폐쇄 건수 16건, 총 직장폐쇄 대비 민주노총 제조업관련 분야의 비율이 23.6%로 두드러진 비중을 차지하고 있음을 볼 수 있다. 그리고 2004년도에 민주노총 산하의 제조업관련 분야의 직장폐쇄 건수는 7건으로 대폭 감소하였지만, 차지하는 비율은 14.3%로 전체 직장폐쇄 대비 제조업 관련 분야의 비율이 18.3%를 차지하고 있다.

(4) 소결

이는 2002년도를 기점으로 제조업관련분야의 직장폐쇄를 포함한 노사관련 문제의 해결을 위해서 전년도의 문제의식과 이러한 일련의 과정 속에서 노정된 문제들을 해결하려는 지속적인 의지의 표현으로 이루어진 것이라고 파악될 여지가 있다.

과거 근로자의 근로조건 향상에 기여하였던 투쟁적 방법이 현재에도 근로조건 향상을 위하여 필요하며 동시에 근로자의 근로조건의 향상 등을 위하여 투쟁적 방법을 선택하여 관철하려는 노력이 장기적으로, 거시적으로 근로자나 사업장에 도움이 될 것인가에 대해서 각 사업장 스스로 또는 산별 나름대로의 고민을 할 필요도 있다. 시기에 맞는 대화적 교섭방식과 같은 접근방식의 선택이 이루어져야 되고 다양한 교섭방식의 시도가 이루어져야 한다고 본다. 이러한 사업장들의 예들은 후술한다.

그리고 사용자들은 파업 등의 쟁의행위 발생시 직장폐쇄는 근로자측의 최후의 수단이 파업인 것처럼, 최후의 수단이 되어야 함에도 서둘러 직장폐쇄라는 수단을 사용하고 있는 듯 하다. 이러한 경향은 재고되어야 할 부분이라고 보인다.

2. 제조업 이외의 분야[38](운수업을 중심으로)의 실태 개관

<표 3> 2001년~2004년 운수업 등 직장폐쇄 현황 (단위: 건)

년도별 직장폐쇄 건수	2001	2002	2003	2004 (10.1 현재)
운수업 등	7[39]	8[40]	12[41]	13[42]

제공: 노동부 노사조정과

위의 노동부 노사조정과에서 제공한 자료를 보면 택시를 주축[43]으로 한 운수업 등의 쟁의행위는 제조업과 유사하게 2000년 이후에는 2002년을 기점으로 증가하기 시작하여, 이에 대한 직장폐쇄는 2003년부터는 다른 산업보다 상대적으로 많은 건수와 비율을 가지고 증가하고 있

38) 노동부 노사조정과가 제공한 운수업을 중심으로 한 제조업 이외의 분야의 파업건수를 살펴보면 다음과 같다. 2001년도 운수, 창고, 통신업 등은 38건이고 이 중 운수업이 34건, 2002년도에는 72건 이 중 운수업이 71건, 2003년도에는 66건 이 중 운수업이 66건 전부를 차지하였다. 전기, 가스, 수도 등이 2001년 4건, 2002년 5건, 2003년 0건이었고, 금융, 보험, 개인서비스 기타 등이 2001년 76건, 2002년 109건, 2003년 87건을 차지하였다.

39) 상호운수, 명성택시, 세진교통, 성일운수, 중앙택시, 승리운수, 삼화교통 등.

40) 북원교통, 중앙택시, 덕천운수, 하나운수, 대아교통, 진천택시, 상산택시, 중앙택시 등.

41) 상록운수, 진명택시, 강릉택시, 대종운수(7.9일), 창영운수, 용봉운수, 대종운수(7.24일, 전면적 직장폐쇄), 삼성교통, 금호운수, 승리운수, 제주여객, 극동여객 등.

42) 명일운수, 신영택시, 서진운수, 산호교통, 대구시버스운송사업조합(26개사), 강일운수, 대종운수, 창영운수, 강릉택시, 용봉운수, 진천택시(상산택시, 중앙택시 3개사)등, 우진교통, 동일버스 등.

43) 택시가 2000년 4건, 2001년 14건, 2002년 58건, 2003년 8건(자료: 노동부 노사조정과 제공)으로 운수업 중에서도 택시가 차지하는 파업 등 쟁의행위의 비중이 크다.

음을 알 수 있다. 이러한 사실은 제조업 부문과 유사하게 사용자가 아직도 대립적 노사관계에 기초하여 직장폐쇄라는 수단을 경제적 피해를 줄이고 사업장, 지역이나 산별내의 쟁의행위를 해결하는 수단으로의 기능에서 점점 멀어지게 하는 것이 아닌가 하는 우려를 낳게 한다.

3. 소결

위에서 개괄적이나마 살펴본 실태분석 결과 직장폐쇄에 대한 우리의 실정은 아직도 심각한 수준이라고 판단된다. 노동조합과 사용자간에 힘의 균형을 기초로 쟁의행위를 해결하기 위한 사용자의 방어적 대항행위로 인정된 본래의 의도와 달리 진행되고 있음을 알 수 있다. 이러한 사실들을 근거로 해서 직장폐쇄의 문제점과 이에 대한 법적보호와 법적인 측면 이외의 대응방안을 고려해 볼 필요가 있다.

IV. 외국과 우리의 직장폐쇄에 대한 입장

1. 외국의 직장폐쇄 일반

여기서는 직장폐쇄에 대한 외국의 입장을 개괄하고자 한다. 다음 3.직장폐쇄의 정당성의 문제에서 알아본 외국사례와 다소 중복되는 면도 있으나, 여기서 직장폐쇄에 대한 개괄적인 외국사례를 스크린하고자 한다.

(1) 프랑스

프랑스의 경우는 직장폐쇄에 대해 대체적으로 부정적이거나 허용범위가 적다[44]. 헌법이나 법률에 직장폐쇄에 관한 규정을 가지고 있지 않을 뿐 아니라, 나아가 헌법 전문에서 근로자의 파업권만을 규정[45]하고 있음을 근거로 무기대등의 원칙을 부인한다.

다만, 파업이나 그에 관련된 행위로 인해 사업장의 작업을 계속하게 하지 못하는 불가항력적인 이유를 사용자가 입증하는 경우에 직장폐쇄는 정당하다[46]고 한다. 따라서 사용자는 직장폐쇄의 발생을 미연에 방지하고, 스스로 할 수 있는 모든 조치를 취해야하며 이를 행하지 아니하면 불가항력의 주장은 인정되지 않게 된다. 이러한 주장을 위해서는 쟁의행위미참가근로자에 업무를 부여하는 것이 불가능한 상황이어야 하

44) Hélène Sinay, précité, p471(n°314) 참조.

45) Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent (파업권은 이를 규율하는 법률의 범위내에서 인정된다).

46) Hélène Sinay, précité, p457(n°309) 이하 참조; 이 책에서는 많은 프랑스 판례의 내용을 본문에 인용하고 있으나, 여기서는 세부적인 판례번호는 인용하지 않기로 한다.

며, 단순히 재정적 부담이 무겁게 된 상황만으로는 충분하지 않다.

근로계약은 직장폐쇄 기간 동안에 단지 정지되고 그 중단 이후에 일상적인 조업의 계속이 회복된다. 임금노동자들은 그들의 사업장내에서 근로의 계속이 유지된다. 근로자나 근로자집단에 대한 (근로의 계속의) 불허용은 사업장의 재가동이후에 근로계약의 해지남용과 마찬가지로 분석되고 〈해고예고에 대한, 해지의 남용과 해고에 대한[47]〉 배상금을 동반한다[48].

사용자의 계약상 책임은 불가항력의 사유와 같은 전통적인 예외사유에 선행한다고 이해하며, 불가항력적인 이유를 사용자가 입증한 경우 외에도 예외적으로 직장폐쇄를 합법적으로 인정할 수 있는 예로 드는 것으로는 동시이행의 항변권 행사로서의 직장폐쇄와 기업의 안전과 질서를 이유로 한 직장폐쇄[49]가 있다. 원칙적으로는 직장폐쇄는 더 이상

---

47) 본문에서 괄호 처리된 부분임. 이후 인용한 본문의 괄호는 여기에서 〈〉로 처리함.

48) Hélène Sinay, précité, p473.

49) Hélène Sinay, précité, pp467(n°312-1) 참조; p470의 Chantiers de l'Atlantique판결 참조.

일본노동성노정국 편저, 임서정 역, 프랑스의 노사관계법제, 한국노동교육원, 1993, 119면 이하.

동시이행의 항변권 행사로서의 직장폐쇄로는 단기반복파업이나 파상파업을 대상으로 하는 것으로 사용자는 임금지불의무가 면제되는 경우이다. 단기반복파업의 예로는 다수의 근로자가 2개월의 기간에 걸쳐 15분씩의 파업을 예고 없이 계속적·반복적으로 행한 사건(파기원 사회부판결 1975. 2.6.)이 이에 해당한다.

기업의 안전과 질서를 이유로 한 직장폐쇄로는 선박제조회사의 근로자가 82일간에 걸쳐 각자 30분에서 90분의 단속파업을 61회에 걸쳐 행하는 도중, 하급 관리직인 직장 및 점검계의 직원도 파업에 참가할 것임을 사용자에게 통고하였다. 이에 사용자는 그 파업이 기업의 안전관리에 중대한 결과를 가져올 염려가 있음을 기업위원회에 통지하고 그 당일 1일간 모든 종업원에 대하여 직장폐쇄를 할 것임을 결정했다. 이 사안에서 파기원은 사용자 측의 조치는 파업에 대한 보복적인 차원이 아니고 오로지 안전배려에 기초한 것이라는 점, 파업통고가 갑자기 된 것이기 때문에 조업정지부문의 선별을 할

노동법원칙의 범위에 포함되지 않는다고 보는 듯 하지만, 예외사유를 인정하는 근저에는 불가항력이라는 개념의 유연화와 기업의 이익(d'intérêt de l'entreprise)[50]이라는 측면이 고려되어 있다.

(2) 독일

독일은 우리와 달리 직장폐쇄를 포함한 쟁의행위에 대한 실정법 규정을 두고 있지 않다. 따라서 독일의 연방노동법원은 무기평등의 원칙에 기초[51]하여 사용자의 직장폐쇄를 근로자의 쟁의행위에 대한 것으로 인정하고 있다. 다만 독일연방노동법원은 기본법 제9조 제3항[52]에 근거하여 사용자의 직장폐쇄권을 인정하고 있다.

산별노조교섭체계를 갖추고 있는 독일이지만, 단체협약법(Tarifver-

시간적 여유가 사용자 측에는 없었다는 점 및 당해 직장폐쇄는 1일 뿐이었다는 점 등의 사실인정에 기초하여 이러한 상황에서의 직장폐쇄는 기업주의 통상적인 권한행사에 의한 것이라고 하여 직장폐쇄의 정당성을 인정한 사안(파기원 사회부판결 1964.12.2)이었다. 그러나 이 사안의 경우는 종래 프랑스의 경우 직장폐쇄의 합법성에 대한 입증책임은 사용자에게 부과되어 왔는데, 이 판결이후 안전과 질서의 필요를 넘어선 경영권행사의 남용에 대한 입증책임이 근로자 측에 부과될 위험을 안고 있다는 점이 지적되고 있다.

50) Hélène Sinay, précité, p471(n°314) 참조.

51) Manfred Weiss & Marlene Schmidt, Labour Law and Industrial Relations in Germany, 2000, p177; BAG v.10.6.1980 AP Nr.64 zu Art. 9 GG Arbeitkampf.재인용.
이는 직장폐쇄의 정당성 판단에서 수의 비율에 따른 일종의 쿼터제를 도입한 것으로 이해된다. 이후 독일 연방노동법원은 수의 비율 뿐 아니라 비례성의 원칙을 강조하게 된다. 이는 협상력의 균형을 위해서 독일 연방노동법원이 어떠한 태도를 취하느냐에 따라 판결내용의 차이가 나타나고 있는 것으로 보인다.

52) 독일 기본법 제9조 제3항; 근로조건과 경제조건의 유지와 개선을 위한 단체를 조직할 수 있는 권리는 누구에게나 그리고 모든 직업에 대하여 보장된다. 그러한 권리를 제한 또는 방해하려는 협정은 무효이고, 이를 목적으로 취하여진 조치는 위법하다.

tragsgesetz) 제2조 제1항[53]에 따라 협약당사자가 될 수 있기 때문에 개별 사용자에 의한 직장폐쇄도 가능하다[54]고 해석한다.

독일연방노동법원은 종래 직장폐쇄를 개별적 근로계약의 침해로서 계약위반이며 위법하다는 개별법적 법리구성에서 1952년 신문파업을 계기로 Nipperdey(니퍼다이)가 제기한 집단법적 구성으로 전환하게 된다[55]. 그리고 독일연방노동법원은 초기에 근로관계 해소적 직장폐쇄[56]까지 인정된다고 하던 입장에서 실질적인 교섭의 대등성과 쟁의의 대등성이라는 관점을 고려하여 원칙적으로 근로관계 정지적 직장폐쇄만이 가능하다는 입장으로 선회한 것으로 보이며, 직장폐쇄에 대하여 지속적으로 제한하려는 것이 판례의 움직임이라고 볼 수 있다. 이러한 판례의 움직임은 강력한 산업별 노동조합체계에 의해 노동자 세력과 사용자 세력이 거의 대등한 역관계를 가지고 있다고 보여지지만, 실제에 있어서는 사용자의 세력이 노동조합의 세력보다 우월하다는 현실을 일정하게 반영한 것이라고 할 수 있을 것이다[57].

여기에서 한 가지 참고해야 할 점은 독일의 경우 산별 중심 노조체계로 우리의 기업별 노조와는 규모면에서도 상당한 교섭력이나 힘을 과

---

53) 단체협약의 당사자는 노동조합, 개별 사용자 및 사용자단체이다.

54) 이승욱 외, '독일에서의 쟁의행위의 정당성', 쟁의행위 정당성의 국제비교, 한국노동연구원, 2000, 75면.

55) 이종복, '사용자의 쟁의권에 기한 직장폐쇄', 사법관계와 자율, 이종복교수논문집간행위원회, 1993, 575면 이하 참조.

56) 극히 예외적인 경우에 한해 근로관계 해소적 직장폐쇄를 인정한다. 지나치게 쟁의행위가 오랫동안 지속되는 경우, 직장이 종국적으로 소멸할 가능성이 있는 경우, 명백하게 위법한 파업이 상당기간 행해지는 경우 등을 그 예로 들고 있다.

57) Rolf Birk·Horst Konsen·Manfred Löwisch·Thomas Kaiser·Hugo Seiter 공저; 김형배 역, 집단적 노사분쟁의 규율에 관한 법률, 박영사, 1990, 105면 이하.

시할 수 있는 기반이 우리와 다르다는 점이다. 이러한 이유로 독일에서는 힘의 균등이나 무기대등의 원칙 등을 기반으로 직장폐쇄를 인정한다는 측면이 강조될 수 있다.

(3) 일본

일본의 경우도 헌법이나 노동법에 직장폐쇄에 관한 규정을 두고 있지 않다. 직장폐쇄의 근거를 무기평등에서 찾고 있고, 독일과 마찬가지로 직장폐쇄를 판례를 통해 적법한 것으로 인정하는 것이 일반이다. 독일의 경우는 기본법에서 근거를 찾고 있는데 반해, 일본은 헌법상 이러한 규정을 찾아볼 수 없다는데 차이가 있다. 노조가 쟁의행위의 결정을 하고, 쟁의행위가 행하여 질 것이 명백한 때에는 사용자의 직장폐쇄가 허용된다[58]고 본다.

그리고 직장폐쇄의 효력 면에서 근로관계의 소멸적 효력은 인정하지 않고, 오직 정지적 효력만을 인정하고 있다.

직장폐쇄와 관련한 일본의 판례는 丸島水門事件[59]에 대한 것이 대표적인 것으로 "구체적인 노동쟁의행위에서 노사간의 세력, 근로자 측이 취하는 쟁의수단, 방법 및 이에 의하여 사용자측이 입은 타격의 정도, 기타 쟁의에 있어서 노사쌍방간에 존재하는 구체적인 사정을 고려"하여 직장폐쇄의 정당성을 판단하고 있고 여기에 제시된 기준들은 우리의 판례에도 자주 언급되고 있다.

---

58) 片岡昇, 使用者の爭議對抗行爲, 勞働法實務大系6, 總合勞動硏究所, 1980, 136면.
59) 菅野和夫, 勞働法(제6판), 弘文堂, 2003, 637면 이하; 丸島水門事件, 最三小判 昭50. 4. 25.

직장폐쇄(lock-out, ロックアウト)에 대해서는 임금청구권의 문제 외에 근로자의 직장출입과 점거를 배제하는 법적수단일 수 있는가, 법적 수단일 수 있다고 해도 그 요건 여하가 문제된다. 이 직장을 점거한 자를 밖으로 내보내는 수단으로서의 직장폐쇄에 대해서는 앞의 丸島水門事件이후 이렇다할 판례가 없다. 극히 일반적으로 말하자면, 직장점거의 정당성의 한계를 '협의의 합법론[60]'에서 구하는 한, 그에 대한 배제조치로서의 직장폐쇄가 대등한 방위수단으로서의 상당성을 인정받는 경우는 극히 예외적으로 밖에 존재할 수 없게 될 것이다[61].

2. 직장폐쇄의 모습

직장폐쇄의 모습은 다양하고, 그 유형들도 여러 가지로 나누어 볼 수 있을 것이다. 그 기준에 따라 선제적인지 후발적인지, 또는 적법한 것인지 위법한 것인지 등으로 분류하면서 여러 가지의 모습으로 구별될 수 있지만, 여기서는 크게 방어적인 것인지, 공격적인 것인지에 따라 구별하고자 한다. 직장폐쇄에 관련해서는 원칙적으로 단체협약에 관한 방어적 직장폐쇄는 인정하는 경향이나 공격적 직장폐쇄에 대해서는 소극적인 태도가 일반적이다.

---

60) 菅野和夫, 앞의 책, 610면; 파업시에 근로자의 직장점거 행위를 어디까지 인정할 것인가에 대해 협의의 합법론과 광의의 합법론으로 나뉘는데, 협의의 합법론은 사용자의 점유를 배제하지 않고 그 조업도 방해하지 않는 '체류'만을 정당하다고 인정하는 것이다.

61) 菅野和夫, 앞의 책, 639면.

(1) 방어적 직장폐쇄와 공격적 직장폐쇄의 구별기준

여기서는 방어적 직장폐쇄와 공격적 직장폐쇄를 구별하는 기준으로 시기성, 근로자의 복귀의사의 문제를 다루었다. 앞의 실태를 방어적인 것과 공격적인 것으로 나누어 보는 것도 의미있는 것으로 생각되지만, 대표적인 사례를 제외하고는 명확히 이를 구별해내는 것은 쉽지 않고, 이에 대한 자료도 적다는 사실을 밝힌다.

1) 시기성의 문제

노조법 제46조의 직장폐쇄의 요건에 관한 규정에 비추어 볼 때 근로자의 쟁의행위 이전의 사용자의 직장폐쇄는 위법하다. 일본의 경우 이러한 규정이 없는 관계로 근로자의 쟁의행위가 발생할 것이 명백하고 임박한 경우[62]에는 이를 인정하는 경향도 보이지만, 우리의 경우는 '노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후'라는 명문의 규정을 가지고 있으므로 이에 맞는 해석을 통해 사용자의 공격적 직장폐쇄를 엄격히 제한하여야 할 것이다. 따라서 노동조합의 쟁의행위 개시 이전의 직장폐쇄는 선제적이고 공격적인 직장폐쇄로 부당하고 불법적인 직장폐쇄가 된다고 할 것이다.

그러나 여기서 짚고 넘어가야 할 것은 노동조합의 쟁의행위를 개시한 이후의 직장폐쇄는 정당한 것으로 추정되느냐의 문제이다. 지금 노동부는 이러한 입장[63]을 취하고 있는 듯하나 재고해 보아야 할 부분이

---

62) 이를 인정하고 있는 판례도 보이고 있다. 서울고법 2000. 10. 6, 선고 2000나203(금강운수 2심판결).

63) 1998.10.26, 협력 68140-396.

다. 직장폐쇄의 효력 중 방해배제효력을 논하는 곳에서 상술한다.

2) 근로자의 복귀의사의 문제

근로자가 사용자의 직장폐쇄에 대하여 명백히 사업장으로의 복귀의사를 밝힌 경우에 그 이후에 지속되는 직장폐쇄는 위법한 것으로 판단하는 것이 판례의 대체적 태도[64]이다. 타당한 것이라고 생각되며 적법하게 시작된 직장폐쇄라도 실질적으로 근로자의 쟁의행위가 종결된 시점 이후에 계속되는 사용자의 직장폐쇄는 공격적이고 위법한 것으로 판단되어야 한다.

파업을 종료하여 근로계약의 정지상태에 종지부를 찍고 노무의 제공을 재개할 것인지의 여부 및 그 시기선택은 원칙적으로 근로자의 정당한 권리이며 파업권의 일부분을 구성하는 것이다. 그리고 직장폐쇄는 적법한 것이라고 인정하더라도 직장폐쇄의 목적은 근로자에게 임금상실의 고통 속에서 파업의 철회를 유도하는 것이고 근로자의 쟁의행위에 대한 대항행위라고 보아야 한다. 따라서 직장폐쇄가 근로자의 쟁의행위에 대한 대항조치로 인정되는 한, 근로자의 쟁의행위가 중지된 때에는 비록 사용자가 주장하는 조건이 아직 해결되지 않았다고 하더라도 사용자는 직장폐쇄를 중지하여야 할 것이다. 이를 무시하고 직장폐쇄를 지속한다면 이는 직장폐쇄의 정당성의 요건인 방어성과 대항성을 상실하는 것이 되어 위법행위에 따른 민사책임을 질 것이고, 노조법 제81조 제5호상의 요건이 충족된다면 부당노동행위[65]가 된다.

---

64) 대전고판 1995.12.19, 95나1697(한국전자통신연구소사건); 대전지판 2002. 7.24, 2001가합6668(조폐공사사건).

65) 노조법 제81조 제5호 참조.

근로자의 복귀의사문제와 관련하여 2001년의 삼양중기노조사건도 거론될 수 있다. 2001년 7월 26일 사용자측이 27일부터 전구역을 직장폐쇄한다고 통보하였는데, 노동조합측은 직장폐쇄 통보전인 26일 오후 3시에 일시적으로 파업을 유보하고 정상조업에 복귀한다고 회사에 통보했다고 주장한다. 반면 사용자측은 2001년 8월 31일까지 파업유보를 하겠다는 합의서에 서명할 것을 요구하였으나 노조가 거절하고, 공문을 통해 합의서에 서명하지 않으면 직장폐쇄 하겠다는 사실을 미리 알렸다고 주장한다. 만일 노조 측의 주장이 사실임을 입증한다면 위의 판례의 태도에 비추어보아도 공격적 직장폐쇄로 인정될 가능성이 크다.

(2) 방어적 직장폐쇄

우리의 경우 방어적 직장폐쇄의 대표적 예로는 노조법 제46조의 요건을 충족하는 경우가 방어적 직장폐쇄의 일 유형이라 할 수 있다. 다시 말하면 노조법 제46조에 따라 노조의 쟁의행위가 개시되고 이에 대한 수단의 일환으로 사용자가 직장폐쇄라는 수단을 강구할 경우가 여기에 해당한다.

단지 노조의 쟁의행위가 행해질 것이 임박해 있고 명백하다는 사실만으로 사용자의 직장폐쇄를 허용하게 된다면 이는 위법한 직장폐쇄를 부추기는 결과를 야기할 것이다[66].

나아가 노동조합의 쟁의행위 개시 이후의 직장폐쇄는 정당하고 적법

---

66) 이에 대해서 근로자의 쟁의행위가 행해질 것이 임박하고 명백할 경우에 사용자의 직장폐쇄를 인정하는 태도를 취하는 견해(박병휴, 사용자의 쟁의행위, 재판자료 제40집, 1987, 76면 이하)도 있으며, 일본의 경우는 우리와 같은 노조법 제46조와 같은 규정이 없는 관계로 이러한 견해가 지지받기도 한다.

한 것으로 추정되는가 하는 부분이 재고의 여지로 남는다.

(3) 공격적 직장폐쇄

노조법 제46조의 요건을 충족하지 못하는 경우에는 선제적이고 공격적인 직장폐쇄로서 위법한 직장폐쇄가 될 가능성이 매우 높다. 설사 제46조의 요건을 충족하는 방어적 직장폐쇄라 할지라도 그 이후 정당성 내지는 방어성이 상실될 경우에는 위법한 공격적 직장폐쇄로 전환되게 된다. 이러한 일례로 진천택시 3사 사건[67]과 조폐공사 사건[68]을 들 수 있다.

---

67) 매일노동뉴스(인터넷판), 2004. 7. 14; 매일노동뉴스(인터넷판), 2004. 8. 4.

68) 조폐공사 사건-대전지판 2002, 7,24. 2001가합6668.

공공부문의 사업장에 대한 판례로 공격적 직장폐쇄와 관련하여 시사하는 바가 있다. 그 내용을 보면 다음과 같다.

노조는 1998.2.경부터 피고 공사에 단체교섭을 요구하였는데, 피고 공사는 구체적인 임금교섭안을 제시하지 아니하였으며, 이에 노조는 두 차례에 걸쳐 중앙노동위원회에 조정을 신청하여 위 위원회는 1998.4.8.조정안을 제시하였으나 노조의 거부로 조정이 결렬됨으로써 쟁의상태가 발생하였다. 노조와 피고 공사는 1998.3.6.경부터 같은 해 6.8.경까지 6차례에 걸쳐 임금교섭을 하였으나 합의에 이르지 못하자, 노조는 쟁의행위 찬반투표를 거쳐 노조원들 중 66.8%의 찬성으로 쟁의행위를 할 것을 결의하고, 1998.7.14 피고공사에 쟁의행위에 돌입할 것을 통보한 후, 같은 해 7.15와 7.16 양일에 걸쳐 각 13;00경부터 18;00경까지 전면 파업을 실시하였다. 피고 공사는 1998.7.21 7차 임금교섭시에 최초로 교섭안을 노조에 제시하였고, 이에 반발한 노조는 같은 해 7. 23. 13;00경부터 14;00경까지 전면 파업을 하였으며, 피고 공사는 위 임금삭감안을 노조에 관철시키려는 의도로 같은 해 7월 말경부터 근로자들에게 하계휴양비를 지급하지 않고, 주택자금 및 대학생자녀 학자금 지원을 중단하였다. 노조는 1998.8.31 체불임금의 지급과 모든 임금삭감계획을 백지화할 것을 요구하면서 총궐기할 것을 선언하고, 다음날인 같은 해 9.1. 09;00경부터 3일간 시한부로, '임금삭감 저지 및 후생복지제도 개악저지를 위한 궐기대회'를 개최하는 등 전면파업에 돌입하였고, 이에 공사는 같은 날 10;00경 공기업 최초로 대전지방노동청에 직장폐쇄신고를 하고, 전 조폐창에 대하여 직장폐쇄를 단행하였다. 노조는 1998.9.3. 피고공사에게 시한부 파업이 종료되는 9.4.부터 정상업무에 복귀

충북 진천택시 3사 사건은 공격적 직장폐쇄의 논란이 있는 사례이다. 2004년 6월 8일부터 12일까지 진천지역 진천택시, 중앙택시, 상산운수 등 택시3사의 노조가 부가세 경감분[69] 지급을 요구하며 경고파업을 벌이자, 이들 회사는 10일 곧바로 직장폐쇄를 단행하였고 13일 업무복귀 선언과 업무복귀를 한다는 공문을 발송한 이후에도 노조원들에게 차량을 지급하지 않으면서 직장폐쇄를 풀지 않았다. 이에 진천군청이 사실관계를 조사한 결과 부가세 경감분이 미지급되었음을 확인하고 이들 회사에 120만원 과태료를 납부하도록 하고 업무개시명령을 내리는 등의 행정조치를 내린 사례이다. 이 사안에서 경고파업을 노조법 제46조상의 쟁의행위로 볼 것이냐의 문제와 업무복귀의 의사표시 이후에 직장폐쇄는 위법한 것이라는 문제, 그리고 진천군청의 과태료처분이 적정한 수준의 것인가의 문제를 생각해 볼 수 있다.

그리고 조폐공사 사건에서 법원은 "아무리 적법하게 개시된 직장폐쇄라 하더라도, 사용자가 그 직장폐쇄를 이용하여 사용자의 주장을 관철하려고 한다거나 근로자가 근로복귀 의사를 명백히 하였음에도 직장폐쇄를 유지한다면 직장폐쇄는 그 시점부터 위법하게 된다고 할 것인바, 노조가 1998.9.3.자 '직장폐쇄 해제요구'라는 제목의 노조 명의의

하겠다는 의사를 통지하면서 이 사건 직장폐쇄를 해제하고 단체교섭을 할 것을 요구하였으나, 피고 공사는 안정적 임금교섭 분위기가 조성되지 않았다는 이유로 노조의 위 요구를 거부하였다. 이후로도 노조는 수차례에 걸쳐 피고 공사에게 임금교섭 및 직장폐쇄의 해제를 요구하였으나, 피고 공사는 계속해서 거부하다가, 같은 해 9.24. 08:00부로 이 사건 직장폐쇄를 해제하였다. 같은 취지의 판례로 수원지법 1999. 11. 16 선고 98가합15578판결(금강운수사건).

69) 부가가치세 감면(경감)분은 조세특례제한법에 의해 노사의 합의에 따라 근로자의 처우개선을 위해 사용되도록 하고 있으나 사용자의 임의에 따라 사용되는 사례도 발생하고 있다. 종전의 조세특례제한법은 2005. 4. 23 개정 시행예정이다.

공문을 발송함으로써 근로복귀의사를 명백히 하였다고 할 것이므로, 사용자의 일방적인 주장만을 관철하기 위한 것으로 보이는 피고 공사의 1998. 9. 4.이후의 직장폐쇄는 위법하다."고 판시함으로써 정당하고 방어적인 직장폐쇄라 할지라도 사용자가 노조의 단결력 약화라든지, 근로조건의 악화 등의 의도를 관철시킬 목적으로 근로자가 근로복귀의 사표시를 명백히 하였음에도 직장폐쇄를 유지하는 경우와 같이 정당성의 한계를 벗어날 경우에는 위법하고 공격적인 직장폐쇄로 전환됨을 밝히고 있다.

공격적 직장폐쇄와 관련하여 예방적 직장폐쇄를 언급할 수 있다. 즉 사용자의 이익침해의 두려움이나 심각성을 내세워 미리 파업준비를 깨뜨릴 목적으로 행하는[70] 직장폐쇄의 유형이라고 할 수 있다. 이러한 직장폐쇄는 근로자의 노동3권을 침해할 소지가 크며, 쟁의행위를 개시한 후에만 직장폐쇄를 할 수 있도록 규정하고 있는 우리의 노조법 제46조에 비추어 볼 때 선제적이고 공격적인 직장폐쇄에 해당된다. 이와 관련하여 청주 평화택시사건[71]에서 쟁의행위를 시작하기 전에 사용자가

---

70) Gérard Lyon-Caen & Jean Pélissier, Les Grand Arrêts de Droit du Travail, Sirey, 1978, p58(n°24) 이하.

71) 대판 2003. 6. 13, 2003두1097; 사실관계를 보면 평화택시 주식회사의 사용자는 이른바 파업출정식을 하기도 전인 2000, 8, 15에 회사 정문을 폐쇄하는 한편, 같은 날 22:00경 분회장인 ○○○을 비롯한 조합원 3인이 예정대로 차량을 배차받기 위하여 회사 앞으로 나왔다가 정문이 폐쇄된 것을 발견하고 수회에 걸쳐 회사의 배차담당직원에게 전화를 걸어 배차를 요구하면서 다음날 파업출정식을 거행하는 1~2시간을 제외하고는 승무할 의사가 있음을 분명히 표시하였음에도 회사가 배차를 거부한 채 다음날인 8.16 청주시에 조합원들이 운행하는 소수의 차량에 한하여 부분직장폐쇄신고를 한 사안이다.

이에 법원은 평화택시회사의 직장폐쇄는 쟁의행위가 개시되기 전에 이미 행하여졌다는 점에서 노조법 제46조 제1항에 위배될 뿐만 아니라, 방어적인 목적을 벗어나 적극적으로 조합원들의 조직력을 약화시키기 위한 선제적, 공격적 직장폐쇄로 그 정당성이 인

직장폐쇄를 하면 부당노동행위에 해당한다는 판결이 있다. 이는 노조법 제46조 제1항의 취지에 부합되는 해석이다.

또한 선제적, 공격적 직장폐쇄로서 부당하게 장기화된 직장폐쇄의 일예로 <표 2> 각주의 유니바이오테크의 직장폐쇄를 들 수 있다. 이 사건에서는 유니바이오테크 사용자는 노조가 쟁의행위에 돌입하지 않았음에도 2002년 11월 7일부터 직장폐쇄를 단행하였고, 천안노동사무소가 부당한 직장폐쇄를 이유로 시정명령을 내렸음에도 이를 거부하고 58일간 직장폐쇄를 지속해오다가 2003년 1월 4일 직장폐쇄 철회를 노조에 통보함에 따라 노조가 업무에 복귀한 것이 그 내용이다[72]. 이러한 사례가 발생하고 있다는 사실이 우리의 노사관계를 악화시키는 계기로 작용하고 있는 것이며, 이 연구의 필요성이라고 생각한다.

3. 직장폐쇄의 정당성 문제

노조법 제46조에 비추어 도출되는 구성요건보다도 직장폐쇄는 진정 필요한 사용자의 쟁의수단인가에서 출발하여, 무기대등의 원칙이나 실질적 평등을 이론적 근거로 하여 인정된다면 그 정당성을 부여받기 위한 요건은 무엇인가 하는 부분이 중요시 될 수밖에 없다고 판단되므로 이에 비중을 두고자 한다.

'정당성'과 관련하여서 종래 노동법상의 정당성은 시민법상의 위법

정될 수 없다고 하였다.

대법원 판결이전에 평화택시는 청주시청으로부터 택시면허가 취소되었다.

; 동지 대판 2000. 5. 26, 98다34331(제주도 성일운수 사건) 이 사건에서도 공격적 직장폐쇄를 인정하고, 조합원에 대한 임금을 지급하도록 판시하였다.

72) 매일노동뉴스(인터넷판), 2003. 1. 7.; 매일노동뉴스(인터넷판), 2002. 12. 20.

성에서 출발하여 그 효과를 부정하기 위한 개념이었지만, 지금은 정당성판단을 항상 시민법상의 합법성 유무판정에 좌우되는 것은 아니라는 사실이다. 결국 정당성판단은 당해 행위에 의해 침해될 상대방과 제3자의 권리·이익이 현행 노동법에서 어떻게 취급되는가, 결국 노동법에 의해 어느 정도 수정되고 있는가[73]에 의존한다.

따라서 직장폐쇄의 정당성의 문제는 일반사법상의 합법성에 기초하지만 이에 좌우되지 않고 노동법상 세력균형의 원칙이나 형평의 원칙하에서 어떻게 수정될 것인가의 문제로 귀결된다고 할 수 있다.

(1) 외국의 경우

1) 프랑스

프랑스의 경우 파업권은 명백하게 헌법에 규정되어 있으나, 직장폐쇄에 상응하는 권리는 헌법에 언급되어 있지 않고, 직장폐쇄의 정지에 관한 문제만을 일임하고 있을 뿐, 직장폐쇄에 대해서는 규정하고 있지 않다[74]. 이처럼 헌법이나 실정법을 가지고 있지 않고, 원칙적으로 직장폐쇄를 위법[75]한 것으로 보고 있다. 따라서 직장폐쇄에 있어서의 무기대

---

73) 菅野和夫, 앞의 책, 597면 이하 참조.

여기서는 쟁의행위의 정당성 판단을 언급하는 장에서 '사용자와 제3자의 권리·이익'이라고 언급하고 있으나 통상적으로 근로자의 쟁의행위를 전제로 대항행위의 일환으로 행하여지는 직장폐쇄를 여기에 대입하여 '상대방과 제3자의 권리·이익'이라고 하더라도 무리는 없으리라고 판단된다. 근로자의 쟁의행위에 적용되는 법리는 직장폐쇄에도 적용되어야 하기 때문이다.

74) Hélène Sinay, précité, p457.

75) 직장폐쇄를 강제된 실업으로 인식하여 직장폐쇄 기간동안 지불되지 않은 임금은 손해배상으로 직장폐쇄를 당한 근로자들에게 지불되어야 한다고 주장된다. 이러한 주장에는 직장폐쇄라는 것은 기업의 경제적 이익을 보호하는 측면보다는 근로자들에 대한

등의 원칙도 인정되지 않는다. 따라서 직장폐쇄를 경제력의 우위에 있는 사용자에게 주어지는 권리의 가중으로 이해한다. 그러면서 파업은 근로조건의 객관적 개선을 위한 것으로 이해하면서 직장폐쇄는 생산의 중단이라는 물질적 이익을 방어하기 위해서만 사용되는 것으로 이해[76] 되고 있다.

프랑스 파기원은 사용자가 재가동을 위한 어떠한 조치도 시도하지 않고 파업근로자를 대체하기 위한 노력도 하지 않은 채 직장폐쇄를 하였다면 위법하다는 입장을 취한다. 그리고 근로자간에 분열을 조장할 목적으로 급히 직장폐쇄를 하는 것은 그 필요불가결성을 입증하지 못하는 한 위법하다고 한다.

다만 직장폐쇄가 정당성을 인정받기 위해서는 불법파업이나 파업의 남용으로 인한 불이행된 계약의 항변(exceptio non adimpleti contractus)이 필요하다고 언급되며, 불가항력의 사유 등의 요건을 갖추어야 한다[77].

2) 독일

독일의 경우는 프랑스와 다르다. 실정법을 가지고 있지 않다는 사실은 동일하지만, 직장폐쇄에 대한 무기대등의 원칙과 실질적 평등의 원칙의 인정을 기초로 하여 판례를 통해서 적법한 것으로 인정하고 있다[78].

1971면 4월 21일 독일연방노동법원의 판결을 통해 파업과 직장폐쇄

개별적인 보복수단으로의 기능이 더 큰 비중을 차지한다는 생각이 포함되어 있다.

76) Hélène Sinay, précité, p457 이하참조.

77) Hélène Sinay, précité, p467 이하참조.

78) Hélène Sinay, précité, p462 이하참조.

의 정당성 판단기준으로 비례성원칙을 도입하였고, 1980년 6월 10일 동법원의 판결을 통해 구체적 판단기준으로 '수의 비율(Zahlenregelung)'을 도입하였다. 그 내용은 다음과 같다. 독일 연방노동법원은 1980년 6월 10일 판결에서 근로관계를 정지하는 효력을 가지는 방어적 직장폐쇄에 대하여 수적인 기준을 제시하고 있다. 여기서 단체협약범위의 노동자 중 25%이하가 파업에 들어간 경우 사용자간의 연대가 혼란될 위험성이 높기 때문에 협약적용 노동자의 25%까지 직장폐쇄를 확대할 수 있고, 협약적용 노동자의 25%이상이 파업에 들어간 경우에는 그만큼 사용자측에 대한 영향도 감소하기 때문에 50%까지 직장폐쇄를 확대할 수 있다는 원칙을 정립하였다. 이러한 한도 내의 직장폐쇄는 노사대등의 원칙에서 허용된다고 한 것이다.

예컨대 1978년에 500,000명이 넘는 금속산업의 노동자 중 단지 90,000명이 파업에 돌입하였다. 그에 대한 대응으로, 사용자 협회는 다른 120,000명에 대해 직장폐쇄 조치를 내렸다. 그리하여, 총 210,000명이 파업에 가담하거나 직장폐쇄의 적용을 받았다. 거대한 수의 노동자가 직장폐쇄에 처했지만, 연방노동법원은, 위에 설명한 원칙이 마련된 이후, 직장폐쇄를 합법적인 것으로 간주할 수 있었다. 결국, 직장폐쇄 범위는 25퍼센트 이하로 유지되었다. 연방노동법원의 결정은 최근 연방 헌법재판소에 의해 확립되었다[79].

그리고 1985년 3월 12일에 동법원은 비례성원칙의 구체적 판단기준인 수의 비율과 함께 '사실상의 관계'를 기초로 하여 종래의 판례의 태도인 비례성의 원칙을 재확인하면서 직장폐쇄의 과잉여부를 판단하게

79) Manfred Weiss & Marlene Schmidt, op.cit., p177.

되었다[80]. 따라서 현재의 독일연방노동법원은 기본적으로 비례성의 원칙 중심으로 종래의 수의 비율 등을 고려[81]하기도 한다.

3) 일본

일본의 경우는 독일의 경우와 유사하다. 독일의 무기대등의 원칙이나 실질적 평등의 원칙 하에 인정되는 직장폐쇄를 인정한다. 통상 판례처럼 형평의 원칙이라는 취지에서 본다면 '세력의 균형회복'이란 노동쟁의에 있어서 힘의 관계를 대등하게 하고 사용자의 건투를 가능하게 하는 취지의 것이 아니라, 근로자의 업무저해행동에 의해 받는 현저하게 불리한 압력을 임금부담의 경감으로 완화하는 취지의 것이라고 해석[82]하는 것으로 이해한다.

그리고 정당성 기준은 위에서 소개한 丸島水門事件에서 내린 것에 따라 판단하고 있다.

직장폐쇄의 근거 내지는 정당성의 근거를 실정법에서 구하는 견해도 존재하고는 있다[83].

---

80) 이승욱, 앞의 논문, 75면 이하 참조.

이종복, 앞의 논문, 574면; 독일에서의 쟁의행위의 정당성판단은 독일연방노동법원의 원칙판결을 기초로 하고, 이 원칙판결은 대개 10년을 간격으로 행하여지며 노동쟁의법을 재검토하는 계기가 되고 있다.

81) 김형배 역, 집단적 노사분쟁의 규율에 관한 법률, 100면 이하 ; 종래의 '수의 비율'에 따르지 않는 판결도 다수이다.

82) 菅野和夫, 앞의 책, 637면 이하.; 片岡昇, 앞의 책, 137면 이하 ; 丸島水門事件, 最三小判 昭50. 4. 25.

83) 그 예로는 노동조합법 제7조가 작업소폐쇄(직장폐쇄)를 쟁의행위의 정의에 포함시키고 있는 데서 법은 그것을 용인하고 있는 것으로 보거나, 국영기업노동관계법 제17조 제2항(국영기업은 작업소폐쇄를 하지 못한다)과 지방공영기업노동관계법 제11조 제2항(지방공영기업은 작업소폐쇄를 하지 못한다)이 작업소폐쇄를 금지하고 있는 것의 반대

일본판례는 직장폐쇄는 근로자측의 쟁의행위의 발생 후에는 물론, 쟁의행위가 발생하기 직전 그 염려가 있는 상황에서도 허용된다고 하여 직장폐쇄의 정당성의 요건으로 대항성을 요구하지만 반드시 쟁의행위에 대한 사후적인 의미를 갖는다고 보지는 않으며, 다소 선제적인 요소가 포함되어 있더라도 직장폐쇄의 정당성의 요소로서 대항성을 인정한다.

그리고 조업의 계속과 관련하여 사용자는 파업중이라도 업무 수행 자체를 정지해야 하는 것은 아니며, 조업저지를 목적으로 하는 근로자측의 쟁의수단에 대해서는 조업을 계속하기 위해 필요하다고 하는 대항조치를 취할 수 있다[84]. 또한 사용자는 파업 중에도 조업의 자유를 포기한 것은 아니므로 관리직, 비조합원, 파업대체근로자 등을 사용하여 조업의 계속을 꾀할 수 있다.

(2) 우리의 경우

사용자의 쟁의행위의 일환인 직장폐쇄는 독일이나 일본의 경우 판례법상 인정하고 있는데, 독일이나 일본의 경우에 근로자의 쟁의행위에 대항하는 방어적인 것으로 사용자의 직장폐쇄를 이해하고 있다. 따라서 이러한 입장에서는 직장폐쇄의 정당성의 요건으로 대항성, 방어성, 필요성 등을 요건으로 들고 있다. 여기에 긴급성을 요하는가가 논란이 되는데 우리의 경우는 노조법 제46조 제1항에서 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에만 직장폐쇄를 할 수 있는 것으로 규정하고 있으므로 긴급성은 특별히 직장폐쇄의 정당성의 요건으로 포섭하여야 할 필요는

해석으로서 일반 사기업에서는 직장폐쇄를 허용하고 있다고 보는 것 등이 그것이다.

84) 菅野和夫, 앞의 책, 635면 이하.; 山陽電氣軌道事件- 最二小決 昭53. 11.15.

없다고 볼 것이다.

그리고 프랑스의 경우처럼 원칙적으로 직장폐쇄를 부정하는 경우에도 아주 예외적으로 직장폐쇄가 인정되는 경우에는 직장폐쇄의 정당성의 요건이 검토되어야 할 것이다.

직장폐쇄의 정당성의 요건은 긴급성은 차치하더라도 적법하고, 대항적이고, 방어적이어야 하며 객관적으로 필요한 경우에 한하는 것이어야 한다. 따라서 실제로 오직 파업 등 쟁의행위에 대응하기 위한 수단으로 행해져야 한다는 것을 강조할 필요가 있다[85]. 우리의 관련판례[86]들도 기본적으로 형평의 원칙에 근거하여 힘의 균형을 회복하기 위한 대항·방어수단으로 직장폐쇄를 이해하고 있다.

여기서 다시 노조법 제46조의 규정이 노동조합의 쟁의행위 개시 이후이면 적법하고, 정당한 것으로 추정되어 이에 관한 직장폐쇄의 정당성 입증을 근로자 측이 부담하여야 하는가 하는 점이 문제될 수 있다.

1) 대항성

직장폐쇄는 파업에 대항하는 것(contre-grève)[87]으로 인식하는 것이 독일이나 프랑스의 태도이다. 근로자의 쟁의행위가 개시되지 않았는데 사용자가 먼저 직장폐쇄를 단행한 것을 선제적 직장폐쇄라 한다면 근로자의 쟁의행위가 개시된 이후에 실시하는 직장폐쇄를 대항적 직장폐쇄라고 할 수 있다. 하지만 현행 노조법 제46조에 따라 노동조합의 쟁

85) Manfred Weiss & Marlene Schmidt, op.cit., p178.

86) 대판 2000.5.26, 98다34331(제주도 성일운수사건).

87) Hélène Sinay, précité, p459; 여기에서는 프랑스나 독일이 공히 무기의 평등에 기초해서 파업에 대항하는 것으로 직장폐쇄를 인식하고 있다고 한다.

의행위가 개시된 이후에만 직장폐쇄는 정당성을 가질 수 있으므로 선제적 직장폐쇄는 어느 경우에나 정당하지 않고[88], 대항적 직장폐쇄만 정당하다고 할 수 있다.

2) 방어성

대항적 직장폐쇄의 경우에도 직장폐쇄의 목적에 따라, 적극적으로 근로조건의 인하나 노동조합의 조직력의 약화를 위한 공격적 직장폐쇄일 수 있고, 근로자의 쟁의행위로 인한 경제적 손실의 최소화나 단체교섭에서의 교섭력 균형의 회복을 위한 방어적 직장폐쇄일 수도 있다. 실정법내의 해석상 대항적, 방어적 직장폐쇄의 경우에는 별 문제가 없지만, 공격적 직장폐쇄의 경우에는 그 정당성이 문제된다[89]. 직장폐쇄가 노조법 제2조 제6호나 제46조에 근거하여 권리로 인정된다고 하더라도 사용자는 직장폐쇄를 근로자의 노동3권을 침해하는 방식으로 행할 수 없다. 실질적 평등의 이념에 비추어서도 공격적 직장폐쇄는 사회경제적 강자인 사용자에게 또 다른 무기를 인정하는 것이 되어 허용될 수 없다고 보아야 한다.

이와 관련하여 우리 판례의 표현을 보면 사용자의 직장폐쇄는 사용자와 근로자의 교섭태도와 교섭과정, 근로자의 쟁의행위의 목적과 방법 및 그로 인하여 사용자가 받는 타격의 정도 등 구체적인 사정에 비추어 근로자의 쟁의행위에 대한 방어수단으로서의 상당성이 있어야만 사용자의 정당한 쟁의행위로 인정될 수 있다[90]고 하고 있다. 이는 일본의

88) 菅野和夫, 앞의 책, 638면 참조; 일본의 丸島水門製作所事件(最三小判 昭50. 4. 25.)에 비추어볼 때 선제적 직장폐쇄가 부당하다고 판단하고 있음.

89) 김형배, 앞의 책, 666면 이하.

丸島水門事件에 대한 판결의 영향인 듯 하다.

3) 필요성

근로자의 쟁의행위에 의해 노사간의 대항관계의 균형이 너무나 근로자 측에 기울었다고 보여지는 예외적인 경우에 균형을 회복하기 위해 필요한 경우에 한하여 직장폐쇄를 승인하는 것이 우리 헌법이 지향하는 실질적 평등의 이념에 부합하는 것이라고 한다면, 직장폐쇄가 정당화될 수 있기 위해서는 필요성의 요건이 요구된다. 직장폐쇄가 사용자의 쟁의행위의 일환이라고 한다면 이는 적법하고 객관적으로 필요한 경우에 한하고 최후수단이어야 한다.

4. 관련문제

(1) 입증책임의 문제

직장폐쇄의 정당성의 문제와 관련하여 입증책임이 문제된다. 직장폐쇄에 대해서 정당성을 부여받기 위한 대항성, 방어성, 필요성 등의 요건을 누가 입증할 것인가가 현실적으로는 큰 문제가 될 수 있다. 직장폐쇄를 원칙적으로 위법한 것으로 파악하는 프랑스의 경우에 정당성의 입증책임은 사용자가 부담한다. 그러나 기업 내의 질서와 안전을 이유로 직장폐쇄의 정당성을 인정할 경우에는 입증책임의 전환문제가 발생할 수 있으며 원칙적으로 사용자에게 부과되었던 입증책임이 이후 질서와 안전의 필요를 넘어선 경영권행사의 남용에 대한 입증책임이 근로자에

90) 대판 2003.6.13, 2003두1097.

게 부과될 위험이 있다는 점이 지적[91]되기도 한다. 따라서 프랑스의 경우를 참고적으로 살펴보면 직장폐쇄의 인정여부 뿐 아니라 그 범위나 입증책임의 부담에 있어서 엄격하다고 해석된다.

따라서 직장폐쇄가 정당한 것인가, 즉 노조법 제46조의 요건과 대항성, 방어성, 긴급성의 요건을 갖추고 있다는 점에 대한 입증은 사용자가 부담해야 하며, 법원에서도 이에 대한 판단을 하여야 한다. 하지만 우리의 판례는 일반적으로 정당성판단을 누가 입증할 것인가 하는 문제를 유보하고 있는 듯 하며 직장폐쇄의 대상인 쟁의행위 개시여부만을 판단하고 있는 것 같다.

입증책임의 문제는 여러 곳에서 문제될 수 있을 것이다. 예컨대 정당성의 요건을 갖춘 직장폐쇄인지의 여부, 근로자의 복귀의사의 사실인정 여부, 노조법 제43조의 제한 대상이 아닌 대체근로 해당여부, 위장폐업의 경우에 사업장의 실체존속여부 등이 그 예들 중의 하나로 지적될 수 있으며, 노조법 제46조를 적법성추정규정으로 볼 것이냐 하는 문제와 맞물려 있다.

(2) 대체근로의 문제

우리의 노조법은 대체근로와 관련하여 사용자는 쟁의행위로 인하여 중단된 작업의 수행을 위하여 당해 사업과 관계가 없는 제3자를 채용하거나 이들로 하여금 대체근로를 시킬 수는 없다[92]. 또한 쟁의행위 기간

91) 일본노동성노정국 편저, 임서정 역, 앞의 책, 120면 참조.

92) 노조법 제43조 제1항; 프랑스의 경우도 노동법전 L122-3의 규정을 통해 사용자가 파업근로자의 대체요원으로서 기간의 정함이 있는 근로계약에 의해서 신규로 외부에서 근로자를 고용하는 것은 금지시키고 있다(En aucun cas un contrat de travail à durée

중에 그 쟁의행위로 중단된 업무를 도급 또는 하도급줄 수 없다[93]고 규정하고 있다. 다만 직장폐쇄가 노동조합의 쟁의행위에 대한 대항행위라고 한다면 파업에 참가하지 않은 비조합원 근로자들의 조업의 계속은 위법하지 않은 것이 될 것이고, 주로 부분적 파업이라는 쟁의행위와 부분적 직장폐쇄라는 대항행위에서 문제될 것이다.

이러한 이유들로 인해서 노조법 제43조 제1항 상의 사업[94]의 개념은 제한적으로 해석되어야 한다. 왜냐하면 쟁의행위기간중의 대체근로로 인하여 파업근로자들의 단체행동권이 침해되어 교섭상의 불균형이 초래되어서는 안 되기 때문이다. 만일 사용자에게 쟁의행위 기간 중에 사업의 개념을 확대하여 광범위한 대체근로를 인정한다면 사용자의 경제적 손실은 거의 없는 반면에 파업근로자만 임금상실의 결과를 부담하게 된다. 이는 무기대등의 원칙을 인정하는 입장에서도 힘의 불균형을 조장하는 것이 되어 타당하지 않은 결과라 할 것이다. 대체근로의 문제는 사업의 개념을 제한하거나 조업의 계속의 필요성과 관련하여 제한적으로 보아야 한다. 사업의 개념을 확대하거나 오로지 조업의 계속을

---

déterminée ne peut être conclu : 1° Pour remplacer un salarié dont le contrat de travail est suspendu par suite d'un conflit collectif de travail).

93) 노조법 제43조 제2항.

94) 김형배, 앞의 책, 687면.; 노조법 제43조 제1항에서 말하는 '사업'은 일정한 장소에서 통일적 일체성을 갖는 유기적인 조직 하에 계속적으로 행하여지는 작업의 일체를 말한다. 하나의 사업인가 아닌가는 그 업무가 일관된 공정 하에 통일적으로 수행되고 있는가에 의하여 결정되어야 한다. 동일한 장소에 있더라도 업무나 노무관리가 서로 독립해서 행해지고 있는 부문이면 하나의 사업으로 볼 수 없으며, 반면에 장소가 분산되어 있더라도 조직적 일체성을 가지고 사업의 일관성을 유지하는 경우에는 하나의 사업으로 볼 수 있을 것이다.

김유성, 노동법 II, 1999, 299면.; 여기서의 '사업'을 사업장과 구별하여 경영상의 일체를 이루는 기업체로서 법인체나 개인사업체를 의미하는 것으로 풀이한다.

위해서 대체근로를 인정하기 시작하면 근로자나 노동조합의 파업권이 형해화될 우려도 있기 때문이다.

이와 간접적으로 관련된 <표 2> 사업장인 (주)경한의 사례를 보면 노조가 파업에 들어가자 사용자는 직장폐쇄를 단행하였고, '외주하도급 계약시 노조와 합의'라는 단체협약상의 쟁점을 놓고 논란이 있었던 사안이다. 여기서 노조는 다른 외주하도급업체에 사용자가 이미 수주한 물량을 빼돌리고 있다고 주장하였고, 포항지방노동사무소는 노조의 쟁의행위 기간 중에 외주하도급 계약을 맺었다는 것이 확인되지 않아 부당노동행위 여부 등을 좀더 조사해야 한다고 밝힌 사안이다. 여기서 쟁의행위기간 중에 외주하도급계약이 체결된 것이 확인된다면 부당노동행위가 될 것이고, 그렇지 않다면 적법한 직장폐쇄로 인정될 것이다. 이와 관련하여 외주하도급계약의 체결여부에 대한 입증은 누가 질 것이냐의 문제와 이러한 외주하도급이 사실이라면 사용자는 임금지급의무를 방기한 것이고, 조합원의 권리는 사실상 침해된 것이라는 점도 현실에 있어서 중요하게 대두될 가능성이 큰 것이다.

V. 직장폐쇄의 범위와 효과의 문제

1. 직장폐쇄의 범위의 문제

직장폐쇄를 원칙적으로 인정한다면 어디까지 인정할 것인가가 문제된다. 다시 말해서 직장폐쇄의 대상이 되는 노동조합의 쟁의행위의 여러 유형을 대상의 범위에 어느 정도 포섭시킬 것인가의 문제이다. 부분파업, 태업과 준법투쟁의 경우, 산별노조의 경우, 비조합원의 경우 직장폐쇄의 효과가 미칠 것인가와 관련하여서 검토되어야 할 부분이다.

(1) 당사자사이의 범위의 문제

1) 부분파업[95]에서의 제한

부분파업의 경우 판례의 태도를 살펴보면 “부분파업은 노동조합으로

95) 총 직장폐쇄건수 대비 전면적 직장폐쇄와 부분 직장폐쇄의 비중을 보면 아래와 같다. 위에서 본 바와 같이 전면적 직장폐쇄는 법적 측면에서 효과가 거의 없음에도 부분 직장폐쇄와 비슷한 비중을 보이는 것은 사용자의 노동조합의 쟁의행위에 대한 부정적 측면이 많이 작용하고 있는 것으로 풀이되며, 노동조합이나 근로자의 쟁의행위를 해결하기 위한 대항방어수단으로서가 아니라 근로자나 노동조합에 대한 보복수단으로 사용되는 것은 아닌가 하는 의혹이 제기된다.

<표 4> 2003년, 2004년 전면적 직장폐쇄와 부분 직장폐쇄의 건수와 비율

	2003	2004(10.1현재)
총 직장폐쇄건수	65	49
전면적 직장폐쇄건수/비율	26/40%	25/51%
부분 직장폐쇄건수/비율	39/60%	24/49%

서는 전면파업에 비하여 임금상실의 위험을 최소화시키면서도 실질적으로는 전면파업과 유사한 효과를 올리게 되어 사용자로서는 이들의 노무제공을 수령하더라도 실질적으로 이들 노동력을 결합시키기가 곤란하므로 조업중단과 임금지급이라는 이중부담을 안게 될 수 있기 때문에 이러한 경우 노동조합에 대한 전면적인 직장폐쇄는 위법하지 않다"[96]고 하여 사용자에게 노무수령의 실질적인 의미가 있는가를 기준으로 파악하고 있다.

근로자가 전면파업[97]을 행하고 있는 경우에 직장폐쇄를 감행하는 것은 근로자의 임금청구권과 관련하여서는 사용자가 거부할 수 있는 근로자의 노무제공 자체가 존재하지 않기 때문에 사용자의 임금지급의무는 처음부터 발생하지 않으므로[98] 법적으로는 큰 의미가 없을 수 있다. 이는 근로자 측의 일부 노무의 제공이 사용자에게 의미가 없는 상황에서 직장폐쇄의 효과를 노무의 집단적 거부와 임금지급의무의 면제에 제한된다고 해석할 때에 더욱 그러하다.

따라서 직장폐쇄가 행해지는 가장 전형적이고 전략적인 경우를 부분파업의 경우[99]라 할 수 있다. 노동조합의 쟁의전술에 따라서 개별적으

---

96) 수원지법 1999. 11. 16, 98가합15579(금강운수1심판결).

97) <표 2> 각주의 영창악기, 삼영, 대경, 대우버스, 한국강구공업, 대림자동차공업, 동방산업, 삼정테크노그라스 등이 전면파업에 대응한 직장폐쇄의 예이다.

98) 노조법 제44조 제1항은 사용자는 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 아니한 근로자에 대하여는 그 기간 중의 임금을 지급할 의무가 없다고 규정하고 있다.

99) <표 2>의 2002년 대구 달성공단 대동공업, 세원테크, 동아공업의 경우, 2004년 10월 1일 이후에는 효성 창원공장, 대전 서진운수와 산호교통 등이 부분파업에 대응한 직장폐쇄의 경우이다.

그리고 직장폐쇄가 있었던 대부분의 사업장의 경우 부분파업에서 시작해서 전면파업으로 이행한 사업장들이 많다.

로는 노무를 이행하고 있는 것처럼 보이지만 전체의 조직적, 유기적 노동력으로서는 평상시의 임금지불분에 해당된다고 평가되지 않는 경우, 즉 노동이 단속적, 부분적으로 밖에 이행되지 않기 때문에 사용자에 대해서는 의미가 없는 노동이고, 노무의 이행기간, 이행부분 만큼의 임금을 지불하여도 그것만큼의 가치있는 업적을 기대할 수 없는 경우에는 전체로서의 대가원칙이 파괴된 것이어서 직장폐쇄가 허용된다고 할 것이다. 그러나 비록 작업이 중지된 공정이 파업 중인 공정에 의하여 좌우되는 것이라 하더라도 사용자가 작업공정을 회복시키기 위한 어떠한 조치도 시도하지 않고 곧바로 직장폐쇄를 단행하는 것은 직장폐쇄의 정당성의 요건 중 필요성의 요건을 충족한다고 보기 어렵다. 이는 우리의 판례처럼 사용자의 입장에 기울어서 노무수령의 실질적 의미를 파악한다고 하더라도 무기대등의 원칙 내지는 실질적 평등의 원칙에 충실하려면 사용자는 자신이 사용가능한 조치를 강구해야 한다.

직장폐쇄의 효과 중 방해배제효력과 관련하여 전면적 직장폐쇄의 경우에는 사용자가 생산시설에 더 이상 근로자가 출입할 필요성이 없음을 이유로 조합원의 체류를 거부할 수 있으나, 부분적 직장폐쇄의 경우에는 문제가 될 수 있다. 쟁의행위 미참가조합원이나 비조합원의 경우에는 조업을 계속하고 있을 가능성이 크기 때문에 사업장으로의 출입의 필요성이 있다. 그리고 쟁의행위 참가조합원의 경우에는 쟁의행위에 참가를 호소하기 위한 피케팅 등을 위하여 부분적인 체류나 출입의 필요성이 인정된다. 따라서 쟁의행위 참가조합원들의 피케팅 등을 위한 체류나 출입은 사용자의 조업이나 시설관리권을 직접 침해하지 않는 한 인정되어야 한다.

부분파업과 관련하여 위법한 부분파업의 경우도 생각해 볼 수 있는

데 이 때에 사용자는 가처분신청, 징계해고, 일반해고 등의 법적방법을 강구할 수 있고, 대체근로자의 채용[100]을 통해 위법한 파업에 효과적으로 대응할 수 있기 때문에 이로 인해 임금지급위험을 근로희망자에게 전가시킬 수는 없을 것이다. 이 경우에도 여전히 사용자에게 임금지급의무가 남아있다고 보아야 한다.

2) 태업과 준법투쟁에서의 제한

태업의 경우 쟁의행위의 일환으로서 파업과 동일한 범위의 직장폐쇄가 가능한지가 문제될 수 있다. 태업형태의 쟁의행위가 발생하였다고 하여 직장폐쇄의 효과인 임금지급의무의 면제와 관련하여 곧바로 직장폐쇄를 단행하는 것은 옳지 않다고 본다.

태업은 일반적으로 평상시보다 작업속도를 저하시킴으로써 업무능률을 저하시키는 유형뿐 아니라 통상적인 업무는 그대로 유지하면서 특정한 업무를 거부하는 유형 등을 통칭[101]한다.

태업의 경우도 부분파업의 경우와 유사하게 전면파업에 비하여 임금

100) 위법한 파업 시에는 노조법 제43조는 적용되지 않는 것으로 해석된다. 김형배, 앞의 책, 672면 참조.

101) 프랑스는 태업에 해당하는 의미로 grève perlée라는 용어를 사용하고 있다. grève perlée외에도 grève du zéle와 grève tournante 등 다양한 모습이 있다. grève du zéle는 준법투쟁과 유사하다. 규정에 정해진 시간을 엄격하게 적용함으로써 근로시간을 실질적으로 축소시키는 형태이고, grève tournante는 각 부서가 돌아가면서 하는 행하는 쟁의행위의 형태로 조립공, 프레스선반공이 순차적으로 쟁의행위를 하는 것과 같은 인적범위에 의한 수평적 유형(type horizontal)과 하나의 자동차라인 다음에 다른 라인, 하나의 조립라인 다음에 다른 라인이 순차적으로 쟁의행위를 하는 업무활동을 단위로 행하는 수직적 유형(type vertical)으로 분류된다.; Hélène Sinay, précité, pp200 (n°129) 참조; Gérard Cornu, Vocabulaire Juridique, Presses universitaires de france, 1990, p386(grève).

상실의 위험을 최소화시키면서도 전면파업과 유사한 효과를 거둘 수 있기 때문에 사용자의 입장에서는 노무수령이 무의미하다고 인정되는 경우가 발생할 수 있으며 이때에는 직장폐쇄가 가능하다고 볼 수 있다.

그러나 태업이 단지 생산량의 감소에 그치고 그 이상의 적극적인 손해를 발생시키지 않는 경우에는 현실적으로 생산된 생산량의 일부는 완전한 급부로 되기 때문에 사용자는 수령의무가 있는 것이 아닌가 하는 의문이 남는다. 다만 도급과 같이 일의 완성을 목적으로 하는 전형계약의 경우는 달리 볼 수 있다.

특히 태업과 관련하여 단지 생산량의 감소에 그친 것인지, 노무수령이 무의미한 경우인지에 대한 판단이 어렵다는 데에 논란의 여지가 있다. 2002년 8월에 대전 중앙택시 사건의 경우에 사용자의 주장처럼 쟁의행위 신고 후에 사납금이 현저하게 줄어든 것을 태업에 따른 것으로 실질적인 쟁의행위로 볼 건인지, 노동조합의 주장처럼 쟁의행위신고를 한 것은 사실이지만 조합원들이 무단결근한 것은 노조파업과 무관하고, 현재 해당 조합원들은 노조를 탈퇴하였고 이러한 사실이 인정될 것인지에 따라 이 사건에서의 태업이 노조법 제46조의 요건을 충족하는 쟁의행위에 해당하는지가 결정되기 때문이다.

우리의 경우 문제될 수 있는 쟁의행위의 형태는 준법투쟁[102]이라는 모습일 것이다. 준법투쟁은 근로기준법, 노동조합및노동관계조정법 등 관련법령에 규정된 권리, 의무를 법률에 규정된 한도 내에서 이행하면

102) 학계에서는 준법투쟁의 쟁의행위성을 인정하는 입장과 부정하는 입장이 존재한다. 쟁의행위성을 긍정하는 입장에 의하면, 준법투쟁은 휴가투쟁과 관련되어서 문제될 소지가 크고, 안전투쟁의 경우는 원칙적으로는 정당한 것으로 보며 그 이외의 준법투쟁의 모습에 대해서는 태업에 준해 판단되어야 할 것이다.

서 사용자에게 압박을 가하는 수단으로 통상 사용자에게 현저한 손해를 가할 가능성은 희박하다고 판단되는 것이 일반적이며 부분파업, 부분파업에서 전면파업으로 이행된 경우, 전면파업 등의 순서로 이어지는 파업의 형태 다음으로 직장폐쇄의 대상행위로서 많이 이루어지고 있기 때문이다.

판례는 준법투쟁의 일부에 대해서는 위법한 것으로 판단하고, 일부에 대해서는 위법하지 않은 것으로 본 것이 혼재하기 때문에 현재로서는 확실한 입장이 존재한다고 보기 어렵다. 다만 판례는 삼성교통사건과 성일운수사건에서 준법투쟁에 대해서 행해진 직장폐쇄에 대해서는 그 정당성을 부인[103]하고 있다.

그리고 예를 들어 노동조합이 태업에 의하여 임금을 전혀 상실하지 않으면서 회사 업무를 마비시키고 경영의 존속 그 자체에 지장이 있다는 우려를 발생시킨 경우에 있어서의 직장폐쇄는 인정되나 택시회사가 준법투쟁의 이름으로 태업을 한 지 3일 만에 전격적으로 직장폐쇄를 단행한 경우에는 정당성이 인정될 수 없다[104].

관련사례로는 충북 영동 동일버스 사건으로 2004년 9월 22일부터 하루8시간만 일하는 준법투쟁을 벌여왔으며 회사는 노조의 단체행동에 맞서 10월 1일 직장폐쇄를 한 것[105]이다. 그리고 지난 2004년 10월 12

---

103) 창원지법 진주지원 2001. 6. 22, 2000가합297(삼성교통사건).; 대판 2000. 5. 26, 98다34331(성일운수 사건) 성일운수 사건에서 노조의 3일간의 준법운행에 대해서 쟁의행위로서의 정당성을 인정하면서 단기간의 준법투쟁으로 인한 회사의 수입금감소가 경영에 심각한 타격을 끼칠 정도에 이르지 않았다고 봄.

104) 임종률, 노동법, 2004, 242면 이하.

105) 매일노동뉴스(인터넷판), 2004. 10. 6.; 이외에도 표 2)의 한국테트라팩, 동진쎄미켐 등은 하루를 경고파업하고, 석촌도자기는 4시간 경고파업을 한 것을 이유로 사용자가 직장폐쇄 조치를 한 사안들도 있다(매일노동뉴스(인터넷판), 2003. 7.31.; 매일노동뉴스

일 대전 시내버스 회사인 한밭여객도 조합원들의 준법운행 시위에 따른 수익성감소와 시민불편 등을 내세워 직장폐쇄를 한 사건[106]이 있었다. 이러한 사건들에서는 노조법 제46조 제2항에 비추어볼 때, 행정관청이나 노동위원회는 준법투쟁도 직장폐쇄의 대상인 쟁의행위로 보고 있는 것으로 풀이된다.

3) 위장폐업, 휴업에서의 제한

직장폐쇄는 노동조합이나 근로자 측에 대항하는 쟁의행위의 일종으로 파악하는 것이 일반적[107]이므로, 단순히 경제적 또는 기술적 이유에서 조업을 중단하는 폐업이나 휴업과 구별된다.

부당노동행위가 되는 위장폐업이란 기업이 진실한 기업폐지의 의사가 없이, 다만 노동조합의 결성 또는 조합활동을 혐오하고 노동조합을 와해시키기 위한 수단으로서 기업을 해산하고 조합원을 전원 해고한 다음 새로운 기업을 설립하는 등의 방법으로 기업의 실체가 존속하면서 조합원을 배제한 채 기업 활동을 계속하는 경우를 말한다[108].

이와 관련된 사례로 <표 2> 각주상의 비비드광학 노조를 들 수 있다. 노조 측의 주장에 따르면 2002년 비비드광학노조가 파업에 돌입하자 흑자기업임에도 위장폐업을 단행하였다고 하고, 대전 노동청은 사용자가 사업을 안 한다고 하니 대책이 없다고 했던 사안[109]이었다. 이에는 기업의 실체가 존속하고 있는지가 중요한 판단기준이 될 것이다.

(인터넷판) 2001.11.22).

106) 매일노동뉴스(인터넷판), 2004. 10. 14.

107) 임종률, 앞의 책, 240면.

108) 대판 1991.12.24, 91누2762.

109) 매일노동뉴스(인터넷판), 2002. 12. 27.

휴업이란 근로의무 있는 시간에 근로를 할 수 없게 되는 것[110]을 말한다. 이러한 휴업에 있어서 휴업수당이 지불되기 위해서는 사용자의 귀책사유가 있어야 하며, 이러한 때의 귀책사유란 민법상 사용자의 귀책사유와는 다르게 해석되어야 한다. 민법상 사용자의 귀책사유보다는 넓게 해석하여 사용자가 임금청구권이 부정되는 경영상의 장애라도 천재지변 등의 불가항력에 해당하지 않는 한 여기서 말하는 사용자의 귀책사유[111]에 포함된다고 보아야 한다. 예컨대 공장이나 기계의 파손, 원자재 부족, 판매부진, 원도급업체의 공사중단으로 인한 하도급업체의 취업중단, 전력회사의 전력공급중단, 감독관청의 권고에 의한 조업정지 등이 사용자의 귀책사유로 인정된다[112].

직장폐쇄 신고접수 된 사건은 아니지만 휴업과 관련하여 문제될 수 있는 것으로, 부산의 반도금망 노조의 예를 말할 수 있다. 조선기자재를 생산하고 있는 반도금망은 노동쟁의조정 기간 중에 사용자 측이 노조에 알리지 않고 휴무를 실시해 노조가 일방적이고, 공격적 직장폐쇄라고 반발한 사안[113]이다. 이처럼 사용자측이 내린 조치는 휴업인지, 단기적이고 실질적인 직장폐쇄인지가 불분명하다. 이러한 휴무조치가 행하여졌을 때 이에 대한 정확한 기준설정이 어렵다는 점이 휴업과 직장폐쇄의 한계설정으로 문제될 수 있다. 이 사안에서 휴업의 범위에는 포함되는데 무리가 없어 보이나 실질적인 직장폐쇄로 볼 것인지에 대해서는 논란이 있을 수 있을 것이다. 하지만 노조에 알리지 않고 실시한

110) 민법상으로는 채무의 이행불능에 해당한다.
111) 근로기준법 제45조 제1항.
112) 임종률, 앞의 책, 377면 이하.
113) 매일노동뉴스(인터넷판), 2001. 7. 12.

휴무의 성질에 대해서 단순히 휴업이라고 단정짓는 것도 조심해야 할 부분이다.

결론적으로 사용자의 직장폐쇄가 정당성을 가지지 못하는 경우, 예컨대 위장폐업 등으로 확정되는 경우에는 휴업수당이 아니라 정상적인 임금을 지급하여야 한다.

4) 비조합원이 포함된 경우의 제한

비조합원이 포함된 직장폐쇄에 대해서 외국의 경우는 다음과 같다. 독일이나 프랑스 모두 조합원, 비조합원을 대상으로 직장폐쇄는 행해진다. 다만 독일에서는 연방노동법원이 조합원만을 대상으로 하는 직장폐쇄와 조합원과 비조합원을 대상으로 하면서도 비조합원에 대해서만 임금을 지급하는 것은 단결의 자유를 침해하는 것[114]으로 본다.

우리의 경우 비조합원에 대해서도 직장폐쇄를 통하여 사용자는 임금지급의무를 면할 수 있는 것으로 일반적으로 받아들이고 있다. 이는 독일의 영향인 것으로 보인다. 그러나 프랑스의 경우는 조합원과 비조합원의 구별없이 직장폐쇄와 관련하여서는 파업이나 근로자의 쟁의행위 참가근로자와 미참가근로자를 구별하여 사용자의 임금지급의무 여부를 결정하고 있다. 일본에서도 파업미참가근로자는 반대급부인 임금청구권을 잃지 않고, 사용자는 임금지급의무를 면하기 위해서는 직장폐쇄 수단밖에 없고 직장폐쇄 요건을 충족해야 임금지급의무를 면할 수 있다[115].

---

114) Manfred Weiss & Marlene Schmidt, op.cit., p177이하. 사용자가 임금을 지급하는 목적이 조합원들의 단결의 자유를 침해한다고 판단되는 경우에 그 직장폐쇄는 위법하다는 것이다.

하지만 독일의 판례에서처럼 조합원의 단결권을 해할 목적으로 파업 등 쟁의행위미참가조합원이나 미참가근로자에게 쟁의행위 기간 중에 조합원을 제외하고 임금을 지급하는 것은 금지되어야 한다는 점도 충분히 고려되어야 할 것이다.

이와 관련하여 직장폐쇄 중의 조업의 계속문제도 고려해 보아야 하는데, 이는 파업 등 쟁의행위 미참가조합원들이나 당해 사업장의 미참가근로자만을 대상으로 가능하다고 보아야 한다. 이 때에는 직장폐쇄 중에 조업을 계속한 것을 이유로 그 직장폐쇄가 위법하게 되는 것은 아니다. 다만 직장폐쇄는 근로자 전체가 아닌 노동조합의 쟁의행위에 대한 대항행위로서의 성질을 가지는 것이므로 직장폐쇄 기간 중에 파업에 참여하지 않은 근로자를 사용하여 조업을 계속할 수 있다[116]. 이 때 사용자는 임금지급의무를 부담한다. 다만 사용자가 비조합원에 대한 임금지급의무를 면하고자 한다면 휴업을 할 수 있다.

그러나 비조합원이라 할지라도 노조법상의 일반적 구속력 규정 등에 의해 사실상 단체협약의 적용을 받는 경우가 존재하므로 간접적으로나마 쟁의행위와 관련성이 있다[117]고 볼 수도 있다. 노동조합이 부분파업을 하였을 경우에 그 파업의 효과는 전사업장에 미쳐서 조업계속이 어려운 경우에는 사용자는 그 파업미참가근로자들의 임금지급을 면하기 위해서 직장폐쇄를 할 수 있다. 그러나 직장폐쇄를 하지 않는 경우에도 소위 '위험부담론'에 의하여 사용자는 임금부담의 위험을 면할 수 있다고 해석하기도 한다. 사용자가 임금부담을 면하는 이유는 비조합원도

115) 菅野和夫, 앞의 책, 632면 이하 참조.

116) 1993.9.15, 노사68140-312.

117) 김상호, 노동법연구, 한국노총 중앙연구원, 1998, 17면 참조.

노조법 제35조[118]에 의하여 단체협약의 확장적용을 받기 때문이다. 이는 독일에서 단결의 자유를 침해하는 파업미참가근로자나 미참가조합원에 대한 임금지급이 부당하다는 것과도 결론에서는 맥락을 같이 하는 것이다. 따라서 이렇게 해석할 수 있음을 본 이유는 직장폐쇄의 효과를 노무수령의 거부와 임금지급의무의 면제로 제한하고, 조업의 계속이 불가능하거나 별 실익이 없는 경우에 사용자는 임금지급의무를 면하기 위해서 굳이 직장폐쇄라는 최후의 수단을 사용할 필요가 없게 될 것이라는 점과 이러한 이유로 직장폐쇄를 스스로 억제할 여지가 현재의 제도 내에서도 존재할 수 있다는 측면을 살펴보기 위해서이다.

5) 산별노조체계에서의 제한

산별노조체계에서 직장폐쇄의 범위의 문제도 산별노조의 조직형태와 쟁의행위의 형태에 따라 영향을 받게 되는데 독일의 경우 판례를 통해 기준을 설정하고 있음은 앞서 본 바와 같다. 여기서 그 기준은 비례성의 원칙을 기초로 하여 원칙적으로 단체협약영역에 제한하고, 일정수의 비율의 범위내로 한정하는 태도를 병행하여 취하고 있다.

산별노조체계에서의 직장폐쇄도 실질적인 힘의 균형에 따라 이루어져야 한다. 특히 산별노조체계의 구조를 가지고 있는 경우에 개개의 사업장에서 쟁의행위가 일어나는 경우에 문제될 수 있는데 이 때 독일에서는 단체협약법 제2조 제1항에 따라 해결한다. 그래서 개개의 사업장이나 기업별로 이루어지는 쟁의행위에 대해서도 정당성을 부여하고 있

118) 제35조 하나의 사업 또는 사업장에 상시 사용되는 동종의 근로자 반수이상이 하나의 단체협약의 적용을 받게 된 때에는 당해 사업 또는 사업장에 사용되는 다른 동종의 근로자에 대하여도 당해 단체협약이 적용된다.

다. 이는 직장폐쇄의 경우도 마찬가지이다. 따라서 실질적 평등의 원칙 등을 이유로 사용자의 직장폐쇄를 인정한다면 산별노조체계에서의 직장폐쇄는 산별단위의 쟁의행위에 대한 직장폐쇄도 가능하고, 개개의 기업별단위의 쟁의행위에 대한 직장폐쇄도 가능하다 할 것이다.

다만 기업별노조가 중심인 우리의 현실에서 직장폐쇄의 이론적 근거인 무기대등의 원칙이나 실질적 평등의 적용에 있어서 산별노조체계인 국가만큼 무기대등의 원칙을 강조할 수 있는 기반이 취약하다는 사실을 주지해야 할 필요가 있다. 따라서 노사관계의 실질적 평등을 주장하기 위해서는 산별노조체계로의 이전이라는 중심축의 이전도 고려되어야 할 것이다.

6) 복수노조 하에서의 제한

우리의 경우도 2007년부터 사업장내 복수노조가 현실화된다. 그러면 복수노조가 인정되었을 때 직장폐쇄를 어느 범위까지 인정할 것인가 문제된다. 예컨대 어떤 기업에 제1조합과 제2조합이 존재하는 경우에 제1조합만이 쟁의행위에 돌입하였다면 사용자는 제1조합에 대해서만 직장폐쇄를 할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다. 제1조합의 쟁의행위에 대한 직장폐쇄를 제2조합에까지 효력의 범위가 미치는 것은 실질적 평등의 원칙을 근거로 하더라도 부당한 직장폐쇄가 되어 제2조합에 대해서는 부당노동행위가 될 것이다.

하지만 사회전체의 입장에서는 아직도 고민은 남는다. 제1조합에 대해서 행한 직장폐쇄가 사용자의 입장에서는 경제적으로 도움이 되지 아니하고, 제2조합에게는 임금지급의무가 여전히 존속하는 경우에 여전히 힘의 균등의 원칙에서 출발하여 직장폐쇄를 인정하는 입장에서는

여전히 제1조합에 대해서만 직장폐쇄를 국한시키는 것이 타당한가하는 것이 그것이다. 이러한 문제는 실질적 평등에 근거한 판례를 통한 것이든지, 실정법에 의한 것이든 간에 기본적으로 교섭창구 단일화 문제[119]와 연관되어 법적, 제도적 장치로 풀어야 하지만, 노사자치라는 사회적 대화의 틀 속에서 해결의 실마리를 찾을 수도 있을 것이다.

(2) 제3자와의 관계

앞서 말한 것처럼 실질적 평등이나 균형의 원칙은 제3자와의 관계에서도 적용되기 때문에 직장폐쇄 사업장이 포함되어 있는 지역 주민의 이익뿐 아니라 제3자의 이익도 이 원칙이 적용되어 이를 함부로 침해해서는 안 된다. 이는 파업뿐 아니라 직장폐쇄에서도 마찬가지인 것이다. 모든 것이 연결되어 있는 우리 사회에서 파업과 직장폐쇄는 단지 노동쟁의행위에 가담하는 근로자들뿐 아니라 가담하지 않는 근로자, 그리고 제3자와 일반적 공공영역에까지도 영향을 미친다. 그러므로 노동쟁의행위는 균형성의 요건을 충족시켜야 한다. 이는 경제 환경이 고려되어야 하고, 공공의 이익이 명백한 방법으로 침해되지 말아야 함을 의미한다.

이러한 내용은 특히 물, 전기, 가스, 병원 등 응급 서비스(emergency

---

119) 교섭창구 단일화의 문제가 어떤 형식을 취할 것인지가 문제이나, 사업장내 존재하는 특정 노동조합이 창구역할을 할 경우 이 노조에 대한 직장폐쇄는 사업장내 다른 노동조합에 대해서도 임금지급 등과 관련하여 효력을 미치게 될 것이다. 배타적 교섭체계하에서 창구역할을 하는 노조에 대해 직장폐쇄를 한다면 실질적으로 동일 사업장내의 다른 노조에 대해서도 효력이 미치게 되고, 이러한 직장폐쇄가 부당하다고 보기는 어렵다.

services)관련 분야에서 문제된다. 최근 이러한 분야와 관련하여 주목을 받는 것으로 미디어가 있다[120]. 정보의 자유라는 관점에서 볼 때, 표현의 자유와 출판의 자유[121]는 헌법에 보장된 중요한 내용이며, 신문이나 라디오, TV회사의 파업이 법적으로 전혀 문제가 없는가에 대한 의문이 생겼다. 매우 가열된 논쟁 끝에 이러한 영역에 적용되는 별도의 특정한 규칙은 없다는 광범위한 합의에 도달하게 되었다. 그 밖의 모든 영역에서처럼 균형의 원칙은 어떤 다른 분야의 응급 서비스의 불분명한 수준만큼의 응급 서비스가 제공될 것을 요구한다. 독일의 경우 인쇄노조(Printing Union)에서 최근에 두 개의 노조를 미디어산업 노동조합(Union of Workers in Media)으로 통합하였고, 지금은 인쇄와 전자매체 전체를 총괄하고 있기 때문에, 몇몇 학자들에 의해 논쟁이 되는 측면도 있었다. 논쟁을 재개하기 위해 그들은 모든 미디어를 마비시키는 파업의 위험성을 강조한다. 이제 최소한 인쇄와 전자매체에 동시에 영향을 주는 파업을 금지해야 하는지 말아야 하는지에 대한 의문이 이전보다 더욱 심각하게 제기되고 있다. 그렇지만 아직 어떠한 결론도 내릴 수 없었다. 허나 심각한 변화는 일어나지 않으리라는 예상은 할 수 있을 것이다[122].

이처럼 제3자와의 관련성이 많은 미디어분야에서도 정도의 차이는 있지만 원칙적으로 파업 등의 쟁의행위와 마찬가지로, 직장폐쇄로 인한 경우에도 실질적 평등 내지는 균형의 원칙은 적용되어야 한다는 점에는 대체적인 합의가 있는 것으로 보인다.

---

120) Manfred Weiss & Marlene Schmidt, op.cit., pp181.

121) 표현의 자유와 출판의 자유뿐 아니라 제3자의 알권리도 함께 고려되어야 할 것이다.

122) Manfred Weiss & Marlene Schmidt, op.cit.,p182.

2. 직장폐쇄의 효과와 관련한 문제

직장폐쇄의 주된 효과는 일반적으로 사용자의 집단적 노무수령 거부[123]와 임금지급의무의 면제[124]로 제한하여 인정되고 있다. 그러나 직장폐쇄의 효과와 관련하여 사업장으로부터의 방해배제효력과 근로관계를 해소하는 효력이 인정되어야 하는가에 대해서는 심각하게 다루어져야 한다. 따라서 이를 중점적으로 검토하도록 한다. 그리고 근로자들이 직장점거를 행하고 있을 때 가장 실질적으로 부각되는 것이 사업장내의 사용자의 방해배제효력을 인정할 것인가이므로 이를 중심으로 보도록 한다.

(1) 근로관계를 해소하는 효력의 문제

직장폐쇄는 현실적으로 이를 어떻게 운영하는가에 따라 폐업이나 해산과 유사한 모습도 존재하지만 법적으로 폐업이나 해산과 구별되는 개념이다[125]. 그럼에도 직장폐쇄에 대해서 근로관계를 해소하는 효력을 인정할 것인가가 문제된다. 직장폐쇄는 주로 근로자의 파업 등에 대항하는 사용자의 대항행위의 일환으로 인식되는 것이 보통이다. 따라

---

123) Hélène Sinay, précité, p459 참조.

124) 노조법 제44조 제1항: 사용자는 쟁의행위에 참가하여 근로를 제공하지 아니한 근로자에 대하여는 그 기간 중의 임금을 지급할 의무가 없다.

노조법 제44조 제2항: 노동조합은 쟁의행위 기간에 대한 임금의 지급을 요구하여 이를 관철할 목적으로 쟁의행위를 하여서는 아니된다. 이처럼 우리의 노조법은 쟁의행위 참가조합원에 대한 임금지급의무의 면제를 명문으로 확인하고 있다.

125) 이병태, 최신노동법, 2003. 330면 참조; 직장폐쇄는 근로관계가 그대로 존속하는 점에서 집단해고와 구별된다는 입장을 취하고 있다.

서 근로관계를 정지하는 효력은 인정할 필요가 있는 것이다. 직장폐쇄의 대상이 되는 파업이 부분파업이건, 파업이외의 쟁의행위이건 간에 근로자는 노무제공의 의사가 없고, 직장폐쇄를 행한 사용자도 노무수령의 의사가 존재하지 않기 때문이다.

그러나 나아가 근로관계를 해소하는 효력까지 인정할 것인가는 또 다른 문제가 된다. 종래 개별법적 구성으로 직장폐쇄를 이해하였을 경우에는 다소 인정될 가능성이 있었다. 그러나 현재 우리나 독일이나 공히 쟁의행위기간 중의 해고는 부당해고에 해당되어 금지되어 있다. 현재 직장폐쇄 문제를 집단법적 구성으로 이해하려 하게 되었고, 집단적 노사분쟁으로 직장폐쇄를 이해하게 되었다는 사실도 직장폐쇄에 대해서 근로관계를 해소하는 효력을 부인하는 것이 일반적인 추세임을 반증하는 하나의 논거로서 풀이할 수 있다.

따라서 직장폐쇄가 쟁의행위로 인정될 것인가 자체가 재검토되어야 한다는 논의도 존재하는 상황에서 근로관계를 해소하는 효력까지 인정하는 것은 직장폐쇄에 대해서 지나치게 과도한 법률적 효과를 부여하는 것이 될 소지가 크다. 이러한 효과의 부여는 비정규직 근로자의 문제가 심각하게 대두하고 있는 상황에서 근로자에 대한 고용보장이라는 측면을 전혀 고려하지 않은 태도라고 할 것이다. 그리고 직장폐쇄에 대해서 근로계약관계를 소멸시키는 효력을 인정한다면 파업권 등의 근로자의 쟁의행위를 부당하게 위협하는 결과를 초래할 것이고, 이것은 근로자의 단결권이나 단체행동권을 침해하는 것으로 부당노동행위가 된다[126]고 보아야 한다. 이에 대한 관련 판례는 보이지 않는다.

---

126) 노조법 제81조 제5호 참조.

(2) 방해배제효력과 관련한 문제

직장폐쇄의 효과와 관련하여 해당 사업장에 사용자가 파업을 하고 있는 조합원에 대해서 퇴거불응과 같은 형법상의 처벌조항을 근거로 방해배제효력을 인정할 것인가도 근로관계의 해소적 효력의 문제와 더불어 다루어져야 할 부분이다.

특히 파업 중인 조합원들의 직장점거와 관련하여 문제될 수 있을 것이다. 이와 관련하여 우리 법원의 판례[127]를 보면 다음과 같다. "근로자들의 직장점거가 개시 당시 적법한 것이었다 하더라도 사용자가 이에 대응하여 적법하게 직장폐쇄를 하게 되면, 사용자의 사업장에 대한 물권적 지배권이 전면적으로 회복되는 결과 사용자는 점거 중인 근로자들에 대하여 정당하게 사업장으로부터의 퇴거를 요구할 수 있고 퇴거를 요구받은 이후의 직장점거는 위법하게 되므로, 적법하게 직장폐쇄를 단행한 사용자로부터 퇴거요구를 받고도 불응한 채 직장점거를 계속한 행위는 퇴거불응죄를 구성한다." 이러한 판례의 영향으로 우리의 경우에 사용자들은 임금지급의무의 면제를 위해서 직장폐쇄를 하기보다는 사업장에서 파업참가조합원들을 축출하여 파업참가조합원들의 단결력을 약화시키려는 목적으로 직장폐쇄를 이용하는 것에 일조하고 있다.

하지만 기업별 노동조합의 형태를 취하고 있는 우리의 경우에 노동조합이 기업 내에 사무소를 가지고 있고, 기업 내에서 조합 활동이 행하여지는 것이 일반적이므로 쟁의행위기간 중에 직장점거에 의하여 곧바로 사용자의 기업시설에 대한 권리 예컨대, 점유권이나 소유권이 침해

127) 대판 1991. 8. 13, 91도1324(나우정밀사건).

된다거나 주거침입죄가 성립한다고는 볼 수 없다. 이와 관련하여 최근에 근로자에 대한 사용자 측의 퇴거요구가 정당치 못한 직장폐쇄에서 비롯된 것이라면 근로자들이 계속 직장을 점거하더라도 퇴거불응죄에 해당하지 않는다는 판결[128]이 나왔다. 부당한 직장폐쇄에 국한되어 있지만 타당한 판례로 보인다.

따라서 오히려 조합원들의 직장 내 체류는 일정범위에서 헌법상 보장된 노동3권, 특히 단체행동권의 일환으로 보호되어야 한다. 파업참가 조합들은 쟁의행위기간 중에도 전반적인 노조활동을 위해서 최소한의 물적 토대로서 노조사무실 등을 이용할 수 있어야 하고, 집회 등을 포함한 단결활동을 강화시키기 위해서 회사 내의 광장, 기숙사나 식당 등에서의 집단적 체류가 인정되어야 한다. 또한 단체교섭을 위한 일정한 장소에서의 체류도 보장되어야 하고, 나아가 피케팅 등 충분히 발생가능한 활동을 위해서 조업 중인 생산시설에서의 부분적인 체류행위까지도 인정되어야 한다.

노조법은 제42조 제1항에서 쟁의행위는 폭력이나 파괴행위 또는 생산 기타 주요업무에 관련되는 시설과 이에 준하는 시설로서 대통령령이 정하는 시설을 점거하는 형태로 이를 행할 수 없다고 규정하고 있다. 이러한 법조문의 해석에 있어서 판례는 회사 식당이나 복도, 광장 등 사업장 내의 공용장소와 같이 사용자의 조업과 직접적으로 관련이 없는 장소에서의 체류에 대해서도 조합원의 정당한 체류로 인정하지 않아 정당한 체류의 범위를 협소하게 인정하고 있다. 하지만 이러한 장소는 생산 활동과의 관련성도 적고, 노조의 단결활동을 위한 공간으로서

128) 2004도4745; 법률신문 2004, 11, 23.

단결권 인정의 법리상 정당한 체류로 인정되어야[129] 한다. 사용자의 헌법상 사유재산권에 기초한 소유권이나 생산시설에 대한 물권적 지배권을 지나치게 강조할 경우에 헌법상 보장된 근로자의 노동3권은 축소될 수밖에 없지 않겠는가.

이에 반해 일본의 판례[130]를 살펴보면 근로자의 직장점거가 사용자의 직장폐쇄 후 퇴거불응죄를 구성하는지에 대한 것은 아니지만, 사용자의 직장폐쇄 후 계속된 직장점거의 정당성과 관련하여서는 우리의 입장과 상반된 입장을 취하고 있는 듯하다. 그 내용은 다음과 같다. "조합에 의한 투쟁이 장기화되는 당시의 상황 하에서 직장폐쇄 후에 있어서도 조합이 강당을 점거하여 거기에 조합원을 숙박시킨 것이 조합활동의 범위를 일탈한 것으로서 그것을 위법한 행위라고 할 수는 없고, 위 행위는 여전히 정당한 조합활동의 범위 내의 행위이다."....."원래 직장폐쇄는 조합원에 의한 노무의 제공을 거부하여 회사가 임금지불의 채무를 면하는 것을 주된 목적으로 하는 것이고, 조합원을 회사구내에 배제하는 것을 직접적인 목적으로 하는 것은 아니기 때문에 회사가 직장폐쇄를 실시하였다고 해서 그 때까지 계속된 강당의 숙박점거가 그 때부터 곧바로 위법하게 되는 것이라고는 할 수 없다."고 함으로써 직장폐쇄 후 일정기간 내의 조합원의 직장점거를 정당한 것으로 보고 있다.

일본의 이러한 판례의 태도는 시사하는 바가 크다. 판례를 통해 직장폐쇄를 인정하고 있지만, 그 효과 면에서 직장폐쇄를 제한함으로써 그

---

129) 임종률, 앞의 책, 243면 이하 참조.

130) 菅野和夫, 앞의 책, 639면. ; 第一小型ハイヤー事件 最二小判 昭 52.2.28, 同旨; 大興電機制作所事件, 宇都宮地裁判決 1968.2.29.

남용을 일부 방지하고 있다고 볼 수 있다. 이에 반해 우리 판례의 태도는 사용자의 시설에 대한 물권적 지배권을 강조한 결과, 직장폐쇄의 효과를 방해배제효력에까지 넓히고 있다.

방해배제효력을 인정하고 있는 우리 판례에서 쟁의행위 해결을 위한 사용자의 대항행위라는 직장폐쇄의 의의와 그 효과사이의 상관관계에 대하여 아무런 설명도 없이 직장폐쇄의 효과로서 당연히 물권적 지배권이 회복된다고 하여 방해배제효력의 발생을 인정하고, 근로자의 정당한 직장점거가 사용자의 일방적 통고에 의하여 퇴거불응죄에 해당되는 위법한 것이라고 해석하는 것은 납득하기 어려운 부분이다.

그러면서도 직장폐쇄의 부당한 장기적 지속에 대한 형사처벌에 있어서 노동부의 판단은 소극적이다. 그 내용을 보면 사용자를 노조법 제46조 제1항 및 제91조 제1호 위반을 이유로 형사처벌 할 수 있는가 대해서, 형사처벌의 대원칙인 죄형법정주의의 원칙상 범죄의 구성요건은 엄격하게 해석되어야 하고 유추해석이나 확대해석에 의해 형사처벌을 할 수 없다고 하면서, 이 규정은 '노조의 쟁의행위 개시이전의 직장폐쇄만을 처벌'하는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 판단하여 직장폐쇄의 부당한 지속에 대한 형사처벌은 불가능하다[131]는 입장을 취하고 있다. 이것은 엄격한 문리해석의 결과이므로 직장폐쇄의 부당한 장기적 지속에 대한 처벌규정을 마련해야 할 것이다. 이는 조합원에 대해서는 여과없이 주거침입죄나 퇴거불응죄를 적용하고 있는 판례의 태도에 비추어볼 때도 처벌상의 불균형을 초래할 수 있는 여지가 있으며 또한 이러한 해석이 마치 쟁의행위 이후의 직장폐쇄에 대해서는 적법성이

131) 1998.10.26, 협력 68140-396.

추정되는 것과 같은 오해를 불러일으켜서는 안 될 것이다. 나아가 노사관계 법·제도 선진화방안에서처럼 위법한 쟁의행위에 대해서도 직장폐쇄를 인정한다면 적법성추정 규정으로 작용하든 안하든 상관이 없을 듯이 보인다. 그러나 직장폐쇄의 허용범위가 위법한 쟁의행위에 까지 넓어진다고 하더라도 직장폐쇄 자체에 대한 정당성요건을 구비한 적법성 여부는 달리 판단해 보아야 한다.

다른 한편 조합원이 쟁의행위와 관련하여 직장폐쇄 후 상당한 기간이 지난 이후에 생산과 관련된 시설의 무단사용은 소유권이 사용자에게 있는 경우에 문제가 될 수 있다. 그러나 정당한 쟁의행위의 일환으로서 시작된 근로자의 직장점거가 사용자의 직장폐쇄를 기점으로 그 이후에 기계적으로 위법한 것이 된다는 태도는 설득력을 갖기 어렵다. 심지어 사업장의 공정라인과 관계가 없는 강당의 숙박점거에 있어서 사용자의 사업장으로부터의 근로자를 배제하는 효력을 인정하는 것이 타당하다고 볼 것인가. 후행의 정당한 대항행위로 인해서 선행된 정당한 쟁의행위가 부정되어야 하는 것이 아니라, 조절의 문제로 귀착되는 근로자의 쟁의행위와 사용자의 쟁의행위의 충돌로 보아야 할 것이다.

권리의 충돌문제는 종래의 법 이론에서는 최강효력설이나 최약효력설 등에 의해서 설명되었는데 현재에는 규범조화적 해석이나 이익형량이론 등이 설득력을 얻어 제기되어 왔다. 이는 양자의 권리를 어떻게 조절하고 조화시킬 것인가에 대한 준거와 방법 등을 제시하는 이론들이라고 할 수 있다. 따라서 직장폐쇄라는 사용자의 쟁의권의 발생과 효과로서 정당하게 발생한 근로자의 쟁의권이 위법하게 되는 것이 아니라, 이를 조화적으로 해석해 나가는 것이 바람직하다는 입장들인 것이다.

직장폐쇄는 노무수령의 거부와 임금지급의무의 면제로 제한해서 해석할 때 근로자의 쟁의권과 사용자의 쟁의권의 조화점을 찾을 수 있는 가능성이 높아진다. 왜냐하면 직장폐쇄가 산별노조체계 하에서 사용자에게 근로자의 쟁의행위에 대한 대등한 무기를 지원하고, 실질적 평등을 구현하기 위해서 인정된 서구나 일본의 판례법상의 제도임을 인정한다고 하더라도, 사용자의 경제적 우위 예컨대 사업장의 물적 시설의 처분권, 인사권을 포함한 경영권 등을 감안할 때, 우리의 경우 방해배제효력까지 인정하는 것이 타당한가 하는 점은 의문이 남는 부분이다. 이는 전술한 일본판례를 참고하더라도 그러하다. 직장폐쇄에 근로관계의 해소라든지, 사용자의 근로자를 상대로 한 직장에 대한 방해배제의 효력을 인정할 때에는 근로자를 직장범위 밖으로 축출하게 되어 조화점을 찾기가 어려워지기 때문이다. 이처럼 직장폐쇄의 효과를 노무수령의 거부와 임금지급의무의 면제로 파악하는 것이 직장폐쇄를 무기대등의 원칙 하에서 인정하는 본래의 취지에 부합하는 결과라고 볼 것이다.

또한 위법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄 허용방안이 노사정위원회의 노사관계 법·제도 개선방안을 통해 이루어지고 있지만, 현재 사용자는 손배, 가압류 등의 조치를 취하고 있는 상황에서 위법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄인정은 권리의 가중이 될 우려가 있고, 이러한 위법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄에서 방해배제효력까지 인정한다면 근로자의 사업장내에서의 입지는 협소해 질 수 밖에 없을 것이며, 근로자와 사용자간에 조화점을 찾기는 점점 어려워 질 것이다.

따라서 이 문제는 조합원들이 체류하는 시설의 성격과 쟁의행위의 태양을 토대로 조합원들의 단결권, 단체행동권 등과 재산권의 일부로서의 사용자의 시설관리권 보장을 조화적으로 해석하는 과정에서 풀어

야 할 것이다. 따라서 평상시 조합원들이 체류하고 있는 노조사무실이나 회사 내의 광장, 그리고 근로관계의 유지를 전제로 사용하고 있는 기숙사, 식당, 강당 등 회사 내에 존재하는 시설 등은 사용자의 생산시설과 직접적인 관련성이 없으므로 직장폐쇄기간 중이라도 사용자는 조합원의 체류를 배제할 수 없다고 보아야 한다.

(3) 소결

따라서 직장폐쇄의 효과는 임금지급의무의 면제와 노무의 수령거부에 국한하고, 근로관계를 소멸하는 효력이나 사업장으로부터 근로자를 배제하는 효력은 부정하는 것이 타당하다. 사용자의 직장폐쇄는 근로자와의 관계에서 직장폐쇄의 쟁의권성을 인정하더라도 근로자의 쟁의권과 사용자의 쟁의권의 충돌로서 그 조화점을 찾는 방법으로 풀어나가야 할 것이다.

그리고 프랑스의 경우는 사업장내의 경찰권(pouvoir de police)을 인정하면서 방해배제효력을 인정하려 하고, 독일의 경우는 파업 중에도 근로제공의무는 감소되지 않고, 사용자의 임금지급의무도 감소되지 않는 것을 원칙으로[132] 하여 함부로 파업참가근로자와 미참가근로자를 구별하여 임금을 일부에 대해서만 지급하는 것을 제한하는 동시에 위의 의무가 잔존하고 있음을 근거로 방해배제효력을 부정하려 한다.

소견으로는 방해배제효력의 인정은 파업 등 쟁의행위의 축소와 더불어 사용자와의 교섭의 여지를 축소시킨다고 누누이 말한 바 있기 때문에 이를 부정하는 쪽으로 이해함이 현재의 직장폐쇄의 실태와 근로자

132) 김형배 역, 집단적 노사분쟁의 규율에 관한 법률, 95면 이하 참조.

의 생활권 보장 등을 굳이 언급하지 않더라도 타당한 것이 아닌가 한다. 이러한 태도가 2003년 12월 노사정위원회의 노사관계 법·제도 선진화 방안에서 위법한 쟁의행위에 대해서도 직장폐쇄를 허용하도록 하고 있다는 점 등을 실질적 평등에 기초하여 감안할 때에도 타당하다고 보인다.

VI. 위법한 직장폐쇄의 경우

위법한 직장폐쇄의 경우에 사용자는 고의 또는 과실로 조합원들의 노무를 수령하지 않은 계약위반행위로서 채무불이행[133]에 해당하며 사용자의 귀책사유에 의한 근로자들의 노무제공의 불능의 경우에 해당[134]하므로 임금 전액을 지급해야 할 의무를 부담한다.

그리고 노조법 제46조 제1항에 따르면 직장폐쇄는 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에만 할 수 있는데, 사용자가 이에 위반하여 선제적으로 위법한 직장폐쇄를 행한 경우 노조법 제91조 제1호에 따라 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형에 처해지도록 규정되어 있다. 또한 조합원들에 대해서만 차별적으로 직장폐쇄를 행한 결과 불이익취급이나 지배·개입의 노조법 제81조상의 부당노동행위에 해당하는 경우에는 노조법 제90조에 따라 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금형[135]에 처해질 것이다.

이러한 제재규정에도 불구하고 앞서 본 실태에서처럼 여전히 직장폐쇄가 많이 행해지고 있고, 앞에서 소개한 것처럼 선제적이고 위법한 직장폐쇄가 이루어지는 것도 현실이다.

이에 위법한 직장폐쇄를 포함한 직장폐쇄에 대한 개선방안들을 보면 아래와 같다.

---

133) 민법 제655조, 제390조, 제393조 참조.

134) 민법 제655조, 제400조, 제538조 참조.

135) 이에 해당하는 위법한 직장폐쇄로 본 판례로는 대전지법 2003.7.16, 2003고단 1418.

VII. 직장폐쇄 관련규정과 법적 개선방안

여기서는 현행 노조법 제46조를 중심으로 제2조 제6호의 규정들을 근로자, 노동조합과 사용자가 어느 정도 사회전체라는 차원에서 납득할 수 있도록 하는 법적 개선방안들을 제시하고자 한다. 그리고 다음 장에서 직장폐쇄 인정여부에 대한 검토를 하고자 한다.

1. 노조법상 직장폐쇄 관련규정의 법적 개선방안

(1) 노조법 제46조 제1항에 대한 근본적 검토

노조법 제46조 제1항은 사용자는 노동조합이 '쟁의행위를 개시한 이후에만' 직장폐쇄를 할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 이 규정이 직장폐쇄에 대해서 쟁의행위 개시한 이후에는 적법한 것으로 보게 되는 직장폐쇄의 적법성 추정규정으로 작용하고 있는 것이다. 그러면 노동조합의 쟁의행위 개시 이후의 직장폐쇄의 범위는 아무런 장애 없이 확대되게 마련이고, 쟁의행위 개시 이후의 직장폐쇄의 정당성 여부에 대한 입증책임은 근로자가 부담하게 되는 형상이다. 이것이 타당한가. 사용자는 상대적으로 근로자나 노동조합에 비해 사업장에 대해서 많은 정보를 가지고 있는 것이 통상적이다. 이러한 사정에도 불구하고 근로자나 노동조합이 직장폐쇄에 대한 적법성 여부의 입증책임을 부담한다는 것은 실질적 평등이라는 직장폐쇄의 이론적 기초에 위배되는 것은 아닌가 하는 의문이 든다.

따라서 하나의 개선방안으로 사용자는 노동조합이 쟁의행위를 개시

한 이후에만 직장폐쇄를 할 수 있다. 여기에 '쟁의행위 개시 이후의 직장폐쇄의 적법성 판단은 법원이 한다'는 내용을 삽입하자는 것이다. 이로써 정당한 쟁의행위와 부당하고 위법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄를 선별하고, 위법한 직장폐쇄에 대한 신속하고 정확한 조치를 위해서도 필요하다고 보이기 때문이다.

(2) 노조법상 직장폐쇄관련규정의 개선방안

현행 노조법에서 직장폐쇄 관련 규정은 제2조 제6호와 제46조에 규정되어 있다. 우선 노조법 제2조 제6호를 보면 이 규정상 쟁의권의 일환으로 규정되어 있는 '직장폐쇄'란 용어는 삭제하는 것이 타당하다고 본다. 실정법에 근로자의 쟁의권과 동일하게 직장폐쇄를 규정하지 않고 있는 외국의 사례에 비추어 보더라도 그러하다. 그리고 사용자에게 부여된 직장폐쇄라는 것은 사용자에게 일정한 권리를 적극적으로 부여하는 것이라기보다는 산별노조와의 관계에서 무기대등의 원칙에 따라 주어진 실질적 평등이라는 힘의 균형을 위한 추상적 관계설정을 위해서 부여된 것이라고 보는 것이 정확한 것이기 때문이다.

그리고 우리 헌법 제33조 제1항[136]을 보면 이 규정은 단체행동권을 포함한 노동3권의 주체를 '근로자'로 명시하고 있다. 따라서 독일의 경우 기본법에서 직장폐쇄를 도출하는 것과 같이 사용자의 쟁의행위권을 헌법 제33조에서 도출한다는 것은 무리이다. 이러한 이유에서 노조법 제2조 제6호와 제46조상에 직장폐쇄를 쟁의행위에 포함시키고 있는 것

136) 제33조 제1항 '근로자'는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.

은 위헌의 의문이 있다[137]는 지적도 있는 것이라고 보인다.

그리고 정당한 쟁의행위를 수행하는 조합원의 입장이라면 직장폐쇄로 인해 정당한 쟁의행위가 제한받게 되는 것이 부당하다고 느낄 것이다. 조합원의 입장에서는 충분히 가능한 추론이다. 하지만 외국의 사례에 비추어 보거나 1953년부터 제정되어 다소의 변화를 거치면서 내려온 현행 실정법인 노조법 제46조의 연혁과 규정의 내용을 살피건대, 직장폐쇄 그 자체를 부인하기는 어렵지 않은가 하는 현실적 고려에서 법적 개선방안을 검토해 보고자 하는 것이 여기서의 목적이다.

따라서 제46조의 규정의 연혁적인 면이나 사용자의 직장폐쇄에 대한 인식과 근로자의 쟁의행위에 대한 사용자의 직장폐쇄를 이용한 현실적 대응을 감안하여 다음과 같은 나름대로의 조화점을 제기할 수 있지 않을까 한다.

1) 제1안

노조법 제46조와 관련한 현실적인 개선방안의 하나로 단서조항을 부여하여 쟁의행위 중인 조합원들에게 조합활동 및 쟁의행위에 필요한 통상적인 기간 내지는 상당한 기간을 허용하는 것을 생각해 볼 수 있다. 구체적으로 살펴보면 단서에 '다만, 정당한 쟁의행위에 대해서는 2항의 신고 이후 근로자에게 상당한 기간을 부여하여야 한다.'는 규정의 삽입이 필요하다.

이는 자본이라는 우월한 무기를 소유한 사용자라 하더라도 어느 정도 법적 테두리내의 대항수단을 주려는 것이 산별노조체계에서의 외국

137) 김철수, 헌법학신론(제14전정신판), 2004, 560면.

의 입장이라고 보여지며, 아직까지도 기업별노조가 대부분을 차지하고 있는 우리의 실정에서도 이를 인정하려는 것이 통상적인 입장인 점을 고려하여 조화점을 찾는 것이 중요하다고 보인다, 이러한 조화점의 일환으로 다음과 같은 내용을 논거로 하여 하나의 방안을 제시하고자 한다.

앞서 말한 민법상 건물이나 토지의 점유를 목적으로 하는 경우, 예컨대 임대차의 경우를 보면 제635조 제2항 기간의 약정 없는 임대차의 해지통고나 제660조의 기간의 약정이 없는 고용의 해지통고 규정[138]에서 본 것처럼 정당한 권리의 행사로 시작된 건물의 점거의 경우에 일정 기간 경과 후에 퇴거를 인정하려는 것이 입법자의 통상적인 태도로 보인다.

또한 연혁에서 본 것처럼 1988년에 통일민주당에서 노동조합의 쟁의행위 개시 후 일반사업은 10일, 공익사업은 15일이 지나야 직장폐쇄를 할 수 있도록 하자는 주장과 1989년 국회에서 노동조합의 쟁의행위 개시 후 5일이 지나야 직장폐쇄를 할 수 있도록 하자는 주장도 명확성이라는 측면에서는 일면 수긍할 수 있겠으나, 각 사업장마다 특성을 고려한다면 이를 일률적으로 규정하는 것보다는 민법 등의 규정형식에 따라 '상당한 기간'을 부여하여 탄력적으로 운용하는 것이 다른 법률들의

---

138) 민법 제635조 제2항; 상대방이 전항의 통고를 받은 날로부터 다음 각호의 기간이 경과하면 해지의 효력이 생긴다.

1. 토지, 건물 기타 공작물에 대하여는 임대인이 해지를 통고한 경우에는 6월, 임차인이 해지를 통고한 경우에는 1월
2. 동산에 대하여는 5일

제660조 제2항; 전항의 경우에는 상대방이 해지의 통고를 받은 날로부터 1월이 경과하면 해지의 효력이 생긴다.

입법례나 개개의 사업장마다 가지는 특수성을 감안한다면 위에 제시한 규정내용이 보다 더 타당하다고 생각된다.

또한 노사관계 법·제도 선진화방안에서처럼 위법한 쟁의행위에 대해서도 직장폐쇄가 가능하다고 한다면 정당한 쟁의행위는 상대적으로 법적보호를 더 받는 것이 타당하지 않을까.

2) 제2안

위의 1안 외에 또 다른 접근방식을 생각해볼 때, 사용자의 근로자의 쟁의행위에 대한 방어적 권리라고 직장폐쇄를 인정한다고 하면 근로자의 쟁의행위의 적법성 유무에 따라 직장폐쇄를 규율하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 달리 말하면 근로자의 쟁의행위를 적법한 것과 위법한 것으로 나누고, 이를 다시 단체협약에 관한 것과 그 이외의 것으로 구분하여, 근로자의 쟁의행위가 단체협약에 관한 것이고 적법한 것일 경우에는 사용자의 직장폐쇄를 불허하여야 한다.

그리고 근로자의 쟁의행위가 적법성 유무를 떠나 단체협약 이외의 것이거나 단체협약에 관한 것이라고 하더라도 그 내용이 부당한 것일 때에는 사용자의 직장폐쇄는 허용되는 것으로 정해야 한다. 이에 대한 판단은 법원이 그 임무를 담당하도록 한다. 이러한 적법한 쟁의행위와 위법한 쟁의행위의 구별은 법원의 재판절차에 의하도록 한다. 다만 재판절차에는 상당한 기간이 소요되는 것이 일반적이므로 이러한 점을 고려하여 이에 대한 판단은 즉결심판절차[139]에 준하여 따르도록 한다.

---

139) 이러한 절차는 노동법원이 없는 우리의 실정을 감안할 때 일반법원에서 담당하고, 노사관계의 특수성을 감안하여 민사소송법, 즉결심판에관한절차법 등 민사소송관련 규정에 따라야 할 것이고, 이러한 내용의 준용규정을 노조법 내에서 정하는 것이 바람직

이러한 방법이라면 근로자의 정당한 쟁의행위도 보호할 수 있고, 사용자의 직장폐쇄도 법원에 의한 통제 속에 근로자들의 공감대를 이끌어 낼 가능성도 높아질 수 있다고 본다.

이 방안의 이론적 근거는 파업의 본질과 직장폐쇄의 본질은 다르다는데서 출발한다. 사용자는 경제적 우위에 있는 것이 보통이므로 직장폐쇄는 협상력의 균형(balance of bargaining power)을 유지할 필요가 적다. 따라서 직장폐쇄는 산별노조체제하에서 단체협약의 영향을 받는 지역의 근로자 중 적은 일부가 파업 중이라면, 사용자간의 경쟁이 영향을 받을 것이고, 그 결과 사용자 연대가 위험에 처할 수 있다[140]. 따라서 이러한 경우의 사용자의 연대를 해치고 힘의 균형을 해치는 근로자의 쟁의행위에 대한 직장폐쇄, 즉 정당한 직장폐쇄는 허용이 된다고 해석된다. 그리고 파업은 근로자가 자생적으로 부당한 근로조건의 개선이나 기존의 하향의 근로조건의 향상 등을 목적으로 하는 것으로 능동적인 수단인 반면, 직장폐쇄는 이러한 근로자의 쟁의행위에 대한 방어적이고 수동적인 수단이라고 파악되기 때문이다.

이러한 점에서 근로자의 쟁의행위의 적법여부 및 단체협약관련여부를

하다고 할 것이다.

WORLD LABOR, '최근 일본의 노동심판법제정 동향', 2004.12(통권 제21호), 14면 이하 참조; 2004년 5월 12일 공포된 일본의 노동심판법도 노동심판에 대하여 적법한 이의신청이 있을 경우는 노동심판 절차의 신청에 관계된 청구에 관해서는 해당 노동심판절차를 신청할 때에 해당 노동심판 절차의 신청인으로부터 해당 노동심판이 행해질 때에 노동심판 사건이 계속되고 있던 지방법원에 소제기를 한 것으로 보고, 소제기가 의제된 경우 해당 사건은 해당 노동심판이 행해질 때에 노동심판사건이 계속되고 있던 지방법원의 관할에 속하도록 규정하고 있다(동법 제22조 제1항, 제2항). 그리고 노동심판절차에서는 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고, 3회내의 기일에서 심리를 종결하도록 규정하고 있다(동법 제15조 제2항).

140) Manfred Weiss & Marlene Schmidt, op.cit., p176이하 참조.

감안하여 사용자의 직장폐쇄가 적법하고 단체협약에 관련된 것인지 등을 구분하여 허용하자는 것이 근거이고, 이러한 판단을 공정한 제3자로 추정되는 법원이 하자는 것이다.

3) 소결

위의 방안들은 나름대로 장점을 가지고 있다. 제1안은 통일적이고 포괄적인 기준제시라는 장점이 있다. 그리고 사용자는 '상당한 기간'을 부여받음으로써 숙고의 시간을 한번 더 제공받게 되는 것이고, 쟁의행위의 해결을 통한 사업장의 정상화라는 목적을 위한 하나의 계기가 될 수 있는 것이다. 제2안은 적법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄인지, 부당한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄인지, 단체협약에 관한 것인지, 그 이외의 것에 대한 것인지를 법원이 일정한 절차에 따라 판단함으로써 근로자와 사용자를 납득시켜 나가려는 것이다. 따라서 직장폐쇄의 인정여부를 제3자인 법원이 판단함으로써 공정을 기할 수 있다는 장점이 있다. 때문에 현실적인 힘에 근거한 불법한 직장폐쇄가 지속될 가능성이 희박하다. 이 이외에 위에서 말한 제1안과 제2안의 절충형태도 생각해 볼 수 있다. 직장폐쇄는 근로자의 쟁의행위에 대하여 직장폐쇄 '신고 후 상당한 기간'경과 후에 직장폐쇄가 가능한 것을 원칙으로 하고, 근로자의 쟁의행위가 단체협약에 관한 것이지만 그 내용이 부당하거나 단체협약 이외의 것을 주된 내용으로 하는 쟁의행위이어서 사용자의 직장폐쇄를 인정할 필요가 있다는 점을 법원이 즉결심판절차 등에 의하여 직장폐쇄를 정하자는 것이다. 이 안은 양자의 절충적 태도로 판단의 공정과 일면 통일적인 면이 존재한다는 장점이 있다.

다만 제1안은 상당한 기간의 판단을 결국은 사용자가 제기한 소송에

서 법원이 판단하게 될 소지가 남는다는 점이다. 그리고 근로자와 사용자간에 상당한 기간에 대한 구체적인 일수계산에 있어서 견해의 차이가 상존할 가능성이 크다는 점이다. 제2안은 즉결심판절차에 의한다하더라도 판단의 신속성에 문제가 생길 수 있다. 절충안은 직장폐쇄에 대해서 일관된 기준의 제시가 어렵고, 상당한 기간에 대한 근로자와 사용자간의 입장차이가 발생할 수 있다는 단점이 있다.

어느 곳에 중점을 두느냐에 따라 즉, 판단의 공정에 많은 비중을 둔다면 제2안을 선택하여야 할 것이고, 일관되고 포괄적인 기준제시에 비중을 둔다면 제1안을 선택하여야 할 것이다. 양자를 포함하려고 한다면 절충안을 선택하여야 할 것이나, 이 경우에는 제1안이나 제2안의 문제점이 그대로 노정될 우려가 있다. 따라서 여기서는 이와 같은 방안을 종합적으로 파악하여 하나의 개선방안을 아래에서 제시하고자 한다. 이는 노사관계 법·제도 선진화방안에서 위법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄를 허용하도록 한다하더라도 종래부터 지금까지 우리의 직장폐쇄에 대한 규정형식과 사용자들의 인식을 고려한다면 이는 예외적인 모습으로 보아야 하기 때문에, 우선적으로 정당한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄를 원칙적인 형태라고 보아서 이에 대한 개선방안을 고려하는 것이 타당하다고 보이기 때문이다.

2. 노조법상 직장폐쇄 관련 제재규정의 강화

우리의 노조법상 규제의 측면을 살펴보고자 한다. 이러한 규제의 정도가 노사관계의 중요성에 비추어 상당할 때 실정법의 강제력이 실현될 수 있고, 근로자와 사용자라는 당사자들이 법의 실현에 의한 반사적

이익이나 손해를 줄일 수 있기 때문이다.

그리고 이러한 권리성에 상응하는 의무나 노조법 제46조에 규정된 요건을 위반했을 경우에 그 제재수단이 너무 취약한 점도 고려해 보아야 할 사항이다. 현행 노조법은 사용자가 직장폐쇄 신고를 하지 아니한 때에는 500만원 이하의 과태료[141]에 처하는 정도의 규제에 그치고 있기 때문이다. 이러한 신고 위반의 경우에는 1,000만원이하의 과태료로 상향조정할 필요가 있다. 그리고 제46조 위반의 직장폐쇄에 대해서는 현행 노조법 제91조상의 1년이하의 징역이나 1,000만원이하의 벌금에서 1억원 이상의 벌금을 부과하는 것으로 상향조정하는 것도 하나의 예가 될 것이다. 그러나 우리의 법원은 이 제재규정 내에서도 비교적 완화된 법적용을 하고 있다.

우리 입법은 경제사범의 경우에 강한 규제를 마련하면서도 노동관련 위반 사용자에 대해서는 비교적 완화된 규제를 취하고 있다. 그리고 위의 제재규정 내에서도 비교적 완화된 법적용을 하고 있는 것이 현실이다. 강한 규제만이 최선은 아니지만, '공격적 직장폐쇄'와 관련하여 설명된 유니바이오테크나 평화택시의 경우처럼 노동위원회나 노동부 등의 행정관청에서 사용자에게 부당하고 불법한 직장폐쇄로 규정하였음에도 직장폐쇄를 지속하는 경우에 대비할 필요는 있다고 본다. 경제사범에 준하는 정도의 규제 도입을 노동관련 입법에서도 고려해 볼만하다고 생각된다[142]. 근로자와 사용자간의 노사관계에서 발생한 문제들

141) 노조법 제96조 제1항 제3호.

142) 기업법이나 어음·수표법관계의 벌칙규정은 차치하더라도 소비자보호법상의 소비자보호를 위해서 수거·파기명령, 시정조치 위반의 경우에는 5,000만원의 과태료(법 제53조)를 부과하고 있고, 사업자가 제공하는 물품 또는 용역으로 인한 소비자의 생명·신체 및 재산상의 위해를 방지하기 위하여 물품 및 용역의 성분·함량·구조 등 중요

이 소비자와 사용자간의 문제들보다 문제의 비중이나 무게가 작다고 인식되지는 않는다고 보기 때문에 규제의 적정성을 위해서라도 노조법상의 규제에 관한 규정내용은 재고되어야 한다.

3. 기금형성의 강제

제46조에 제3항을 신설하여 '직장폐쇄가 위법한 경우에는 노동조합에 기금마련을 위한 비용을 지급하여야 한다'는 규정을 신설하는 방안도 고려해 보아야 한다. 위법한 파업의 경우 노동조합이나 노동조합의 위원장 등에게 고액의 손해배상[143]이 청구됨에 따라 노동조합이나 노동조합의 간부의 생활이 위협받아 심각한 노동계의 이슈가 되어왔던 것은 주지의 사실이다.

따라서 직장폐쇄가 위법할 경우 근로자에 대한 임금지급뿐만 아니라 근로자에 대한 노동3권의 침해와 조합원들의 정신적 손해 등을 내용으로 하는 노동조합에 대한 손해배상의 성격을 가진 기금조성을 강제하

한 내용이나 물품 및 용역의 사용 또는 이용 상의 지시사항이나 경고 등 표시할 내용과 방법, 기타 위해를 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 사항에 대한 기준을 정하지 아니하거나 정한 기준의 변경시 고시를 하지 아니하거나 정기적인 시험·검사 또는 조사 등을 하지 아니한 경우, 표시의 기준이나 광고의 기준에 위배된 경우, 사업자가 소비자에게 제공한 물품 및 용역에 소비자의 생명·신체 및 재산상의 안전에 위해를 끼치거나 끼칠 우려가 있는 제조·설계 또는 표시 등의 중대한 결함의 내용을 소관 중앙행정기관의 장에게 보고하지 않은 경우 등에는 3,000만원의 과태료를 부과하도록 하고 있다.

:소비자보호법 제53조, 제53조의2, 제16조 제17조, 제17조의4, 제17조의5, 제6조 제1항, 제8조 제1항, 제9조 제1항, 제10조 제2항 등 참조.

143) 민주노총 자료실 2003.11.18; 정부기관 5, 민간기업 46 총 51개 사업장에 정부기관 394.7억원, 민간기업 961.3억원 총 1,356.6억원이라는 손해배상·가압류가 실시되었다.

는 것도 직장폐쇄의 남용방지에 역할을 할 가능성이 크다. 또한 기금마련이 강제되는 범위에 사업장으로부터의 부당한 축출도 포함되어야 할 것이다.

이렇게 형성된 기금으로 노동조합은 기본적으로 파업이나 정당한 직장폐쇄시에 조합원의 생계를 보조하고, 조합원의 근로조건 개선을 위한 시설이나 또 다른 부당한 근로조건 개선을 위한 쟁의행위에 도움이 되는 비용으로서 활용할 수 있을 것이다. 이러한 부담은 사용자로 하여금 위법한 직장폐쇄를 억제하는 기능과 직장폐쇄에 신중을 기하는 기능을 담당하는 한편, 그 결과 사업장이나 지역에 발생한 파업 등과 직장폐쇄사이에서 쟁의행위 해결이라는 산출물의 생산 가능성은 높아질 것이다.

이러한 위법한 직장폐쇄에 대한 기금형성의 강제의 필요성은 사용자에게 노동조합에 대해서 손배·가압류가 이루어지면서도 위법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄를 허용하는 노사관계 법·제도 선진화방안 속에서 더욱 크다고 할 것이다. 위법한 쟁의행위에 대한 정당한 직장폐쇄의 허용은 일면 타당한 듯 보인다. 하지만 정당한 쟁의행위에 대한 정당한 대항행위의 충돌의 경우 정당한 대항행위만을 인정하고 있는 판례의 태도를 볼 때 과연 이러한 노사관계 법·제도 선진화 방안이 사용자에 대한 권리의 가중을 일으키는 것은 아닌지 모르겠다. 물론 프랑스의 경우 위법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄에 대해서는 관대한 태도를 보이고 있다. 그러나 정당한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄에 대해서는 권리의 가중으로 보아 엄격히 제한하고 있다. 이렇지 못한 상황에 있는 우리의 경우 위법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄의 인정은 가처분, 징계처분, 해고 등 근로자에 대한 다른 사법적 구제수단과 손배·가압류를 넓게 인

정하고 있음에도 이에 또 하나의 강력한 사용자의 대항수단을 부여하는 형태가 될 가능성이 크다. 따라서 실질적 평등이라는 근본적 기초에 입각할 필요성이 있다.

4. 사회보장법의 마련

독일에서는 1997년에 도입된 사회보장법(Social Security Code, Sozialgesetzbuch)의 제3장에 따르면, 실업 수당은 엄격한 의미의 실업의 경우 뿐 아니라, 단시간 업무에 영향을 받는 근로자에게도 지급된다. 따라서 노동 분쟁의 영향을 받아 임금을 받지 못하는 근로자의 어느 정도가 이러한 수당을 받을 수 있는지가 문제가 된다. 이 문제에 대한 답은 사회보장법 제3장의 제146조(section)에 나온다. 〈고용증진법(Act on Employment Pormotion)의 제116조는 1997년의 사회보장법 제3장 제146조와 같게 수정되었다〉

사회보장법 제3장 제146조의 내용을 설명하기에 앞서, 독일의 노조들의 현재 규칙에 따라 간접적 영향을 받아서 더 이상 업무를 수행하지 못하므로 임금을 받지 못하는 근로자들은 노조 파업 수당을 받지 못한다는 사실에 주목할 필요가 있다. 그러므로 그들이 실업수당을 받을 수 없다면 그들이 생계를 이어갈 유일한 방법은 사회적 보조금이다. 그러나 무엇보다도 사회 보조금은 매우 적고, 가장 중요한 것은 사회 보조금이 어떠한 경제적 재정지원도 받지 못함을 증명할 수 있는 사람에게만 주어진다는 것이다. 후자의 상황은 개개의 근로자 중 극히 작은 부분만이 해당될 것이다. 결국 조건이 되더라도 사회 보조금을 신청하려면 매우 큰 정신적 장벽이 아주 많이 있다는 것이다. 간단히 말해서 실업수당이 지불되지 않는다면, 파

업을 시작한 노조가 노동 분쟁을 끝내는 것과 〈조합원인 이상〉 근로자에게 파업수당을 지불할 것 양자에 대해 간접적으로 영향을 받는 근로자들로부터 압력을 받는 것은 당연하다. 이는 파업을 단행하는 노조의 능력이 이러한 문제들을 어떻게 규정짓는가에 상당히 구애받게 됨을 분명하게 보여준다[144].

사회보장법 제3장 제146조는 노동 분쟁에 관련된 당사자 사이에서 국가가 중립을 지켜야 한다는 개념에 기초하고 있다. 종래부터 존재하여 왔고 여전히 이론이 없는 이 개념으로부터 세 가지 함의가 도출된다.: (1) 파업 또는 직장폐쇄된 사업장의 근로자들은 실업수당을 받을 수 없다 (2) 노동분쟁과 연관된 산업에 종사함으로써 간접적 영향을 받고 이미 단체협약의 적용을 받는 지역에 속하는 근로자들은 실업수당을 받을 수 없다 (3) 분쟁과 연관된 산업에 종사하지 않지만 간접적 영향을 받는 근로자는 실업수당을 받는다[145].

위에서처럼 독일의 사회보장법은 파업이나 직장폐쇄된 사업장의 근로자에게까지 실업수당을 확대시키고 있지는 않다. 그러나 일정시간의 단시간 근로자까지 실업수당을 확대함으로써 일부분 고용안정에 기여하고 있다. 따라서 정부는 중립적인 노사관계 틀의 제공자로서 개개의 실정법으로 나뉘어져 있는 사회보장관련 입법들을 사회보장법으로 통합, 정비하여 마련하는데 힘써야 할 것이다. 이는 직장폐쇄에 대한 직접적인 법적개선 방안은 아니라고 할지라고 간접적으로 고용안정 등의 저변확대를 위한 사회안전망 확충을 위해서 필요한 것이라고 파악되기 때문이다.

이러한 이유들로 직장폐쇄가 위법하게 이루어진 사업장의 노동조합에

---

144) Manfred Weiss & Marlene Schmidt, op.cit.,pp183.

145) Manfred Weiss & Marlene Schmidt, op.cit.,p184.

대한 기금형성 강제를 비롯한 위 개선방안들의 필요성은 더욱 커진다고 할 수 있다.

5. 소결

노조법상의 규제적 측면의 강화에 대한 항목을 제외하고 위에서 말한 노조법 제46조 규정의 보호방안들의 내용을 나름대로 정리하면 다음과 같을 것이다.

1항) 사용자는 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에만 직장폐쇄를 할 수 있다. 다만 정당한 쟁의행위에 대해서는 2항의 신고 이후 근로자에게 상당한 기간을 부여하여야 한다.

2항) 사용자는 제1항의 규정에 의한 직장폐쇄를 할 경우에는 미리 행정관청 및 노동위원회에 각각 신고하여야 한다. 쟁의행위 개시 이후의 직장폐쇄의 적법성에 대한 판단은 법원이 한다.

3항) 직장폐쇄가 위법하다고 인정되는 경우 사용자는 노동조합에 기금마련에 필요한 비용을 지급하여야 한다.

노동조합의 쟁의행위 개시 이후 그에 대한 대항행위로 사용자가 직장폐쇄를 하려고 한다면 법원은 그 적법성을 판단하여 현행 노조법 제46조의 적법성추정에 대한 불명확성을 없애야 한다. 직장폐쇄가 부당하고 위법하다면 사용자는 노동조합에 대한 기금형성이 강제된다. 직장폐쇄가 정당하다고 하더라도 노동조합의 쟁의행위가 정당하다면 행정관청 및 노동위원회에 직장폐쇄를 신고한 후에 근로자 측에 대해서 상당한 기간을 부여하여야 한다. 위법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄를 인정한다면 이 경우 '상당한 기간'은 노동조합에 부여되지 못하지만 2

항 상의 정당성의 요건을 갖춘 적법성 판단은 법원에 의해 이루어져야 한다. 그리고 법원으로부터 적법성을 인정받지 못하는 측에서 위법하지 않음에 대한 입증책임을 부담하면 될 것이다.

그리고 방해배제효력과 관련하여서는 직장폐쇄를 원칙적으로 위법한 것으로 보고 위법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄에 대해서는 관대하며, 사업장내 경찰권을 인정하여 방해배제효력을 일정부분 인정하는 프랑스의 태도보다는, 기본적으로 판례를 통해 직장폐쇄를 인정하면서도 방해배제효력을 제한하는 독일의 태도가 우리의 경우와 좀더 유사한 면이 있다.

또한 정부는 사회보장관련 입법의 적용범위를 일정한 수준의 단시간 업무 근로자에게까지 확대함으로써 파업이나 직장폐쇄로 인해 개개의 근로자에게 닥칠 수도 있는 경제적 위험에 대비할 수 있는 통합적인 사회보장법의 마련도 강구할 필요가 있다.

위의 내용들을 담은 규정형식이나 방안들이 직장폐쇄에 신중을 기하고, 위법한 직장폐쇄를 방지하는 방편이 아닐까 생각되며, 직장폐쇄가 본래의 목적인 쟁의행위의 해결을 위한 수단으로 작용할 수 있을 것이다. 그리고 노사관계 법·제도 선진화방안에서 위법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄를 인정하고 있는 점까지를 감안한다면 앞의 조항내용을 일부라도 반영하는 것이 노조의 활동에 기여하는 동시에, 진정한 실질적 평등에 기초한 수단으로서 직장폐쇄가 되는 계기가 될 것이다.

VIII. 직장폐쇄의 인정여부에 대한 검토

여기서는 직장폐쇄의 인정여부에 대한 법적 검토와 함께 인정여부자체를 법적, 제도적 측면에서 고찰하고자 한다. 그리고 노사자치의 측면에서 접근하는 것이 보다 효율적일 수 있고 바람직하다는 원칙에서 직장폐쇄의 인정여부와 위법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄 인정여부에 대한 접근도 조심스럽게 해보고자 한다.

1. 직장폐쇄의 인정여부에 대한 법적 검토

앞의 직장폐쇄의 현실적 개선방안과는 달리 불법한 직장폐쇄가 현실적으로 지속되는 사례가 발생하고 있기 때문에 직장폐쇄의 인정여부 자체에 대한 검토 작업도 시도한다.

그 이유는 <표 2>, <표 3> 각주 상에 많은 쟁의행위를 했거나 현재 하고 있는 상당수의 노조들은 직장폐쇄가 파업 등의 쟁의행위 해결에 전혀 도움을 주지 못한다고 주장하고 있으며, 이들 조합원들이 전혀 도움이 되지 않는다고 느끼고 있기 때문이다. 그러나 이러한 주장들만으로 1953년부터 존재해옴으로써 이 조항의 존재필요성을 당연한 것으로 인식하고 있는 사용자들을 설득하여, 결과적으로 직장폐쇄를 부정하는 근거로는 충분하지 않은 것이 아닌가 하는 점도 고려되어야 한다.

프랑스의 경우 판례상 직장폐쇄를 원칙적으로 위법한 것으로 보지만, 기존에 국내에서 논의되었던 바나 외국의 사례를 전체적으로 살펴볼 때 직장폐쇄 자체를 부정하는 것은 현실적으로 힘들 듯 싶다. 프랑스의

경우도 불가항력 등의 경우로 파업이나 그에 관련된 행위로 야기된 사업장의 혼란으로 작업을 계속하는 것이 불가능하다는 것을 입증하는 경우나 파업권이 단속적으로 장기간 지속되어 남용되는 경우 등 아주 제한적이나마 직장폐쇄를 인정하고 있고, 위법한 쟁의행위에 대해서는 좀더 관대한 태도를 보이기 때문에 직장폐쇄 그 자체를 부정하고 있다고는 보기 힘들다.

하지만 이를 위법한 것으로 볼 것이냐 하는 것은 별개의 문제이다. 직장폐쇄를 인정하더라도 이를 원칙적으로 위법한 것으로 본다면 아주 예외적인 경우에 한해서 직장폐쇄는 인정되게 될 것이고, 직장폐쇄의 남용을 미연에 방지하는 효과를 거둘 수 있다는 면에서 유리한 것은 사실이다.

근로자의 입장에서 보면 정당한 쟁의행위에 대한 사용자의 방어수단으로 이루어지는 직장폐쇄가 과도하다고 이해되는 부분이 존재한다. 그러나 사회전체의 입장에서 볼 때 직장폐쇄가 가능하다고 인정되는 면이 이론적으로나 현실적으로 존재하는 것도 사실이다. 이러한 이유에서 우리와 같은 실정법 규정이 없음에도 독일이나 일본 등의 국가에서 판례법을 통해 실질적 평등, 형평의 원칙이나 무기대등의 원칙을 근거로 해서 직장폐쇄를 인정하고 있는 것이라고 이해된다.

따라서 우리의 경우 직장폐쇄 자체를 부정하는 것은 수월하지 않다. 노조법 제46조와 같은 실정법 규정이 종래부터 존재하고 있었고 내수경기침체라든지, 산업공동화라는 현실 속에서 법원, 사용자를 포함한 사회전체를 납득시키기가 사실상 어렵기 때문이다. 따라서 우리는 명문의 규정을 제한하는 방식으로 가는 것이 현실에 부합하는 조화점이라고 볼 수 있기 때문에 그 모색의 하나로 위와 같은 개선방안들도 고려

해 보고자 했던 것이다.

2. 노사자치의 측면에서의 검토

쟁의행위 하에서의 근로자와 사용자는 사업장의 정상화를 추구하는 공동체이다. 그러면서도 임금의 수급자와 지급자, 근로조건 향상의 적극적 주체와 수동적 주체, 경쟁력 제고의 원동력과 경쟁력 제고로 인한 이윤의 향유자라는 생래적 상황에 내재되어 있는 상호간의 긴장관계가 있는 것도 사실이다. 그러나 근로자의 입장에서는 사용자에게 부과된 상당한 기간 동안에 사용자의 태도가 변화하리라는 것에 대해서 많은 의구심을 가질 수 있는 것 또한 현실이며 공격적 직장폐쇄를 행하고 있는 사용자가 존재하는 것도 사실이다.

따라서 노조법 제46조와 관련된 실정법상의 문제는 앞서 말한 법적 개선방안의 형식으로 풀어나가야 하겠지만, 직장폐쇄의 인정여부에 대한 문제나 2003년 노사정위원회에서 위법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄도 허용하도록 한 부분의 재검토 여부는, 쟁의행위의 해결이라는 목적의 원활한 달성을 위해서 노사자치의 문제로 접근하는 방식도 필요하다고 본다. 이에 직장폐쇄의 법적개선방안과 별도로 직장폐쇄의 인정여부에 대한 문제를 노사자치라는 원칙적인 틀에서 출발할 필요가 있음을 제시한다. 이는 사회적 합의기구의 모습으로 나타날 수도 있고, 개개의 사업장이나 산별에 따라 다양한 합의기구의 모습으로 나타날 수 있을 것이다.

현실적으로 어려움이 있긴 하지만, 사용자가 근로자를 대등한 노사관계의 주체라고 인식을 하고[146] 정부의 개입이 되도록 자제된 노동환경

속에서 직접당사자인 근로자나 근로자집단, 사용자나 사용자집단 상호간에 직접적인 채널을 통해서 해결해 나가는 것이 보다 바람직한 것이라는 원칙에서 접근하고자 한다. 그리고 정부가 노사관계라는 틀의 중립적인 제공자로서가 아니라 개개의 노사관계의 힘의 분할을 조정하는 자로 자임함으로써 혼돈을 가중시킨 바는 없는가 하는 의문이 있는 것도 사실이기 때문이다. 이러한 의문은 앞에 열거된 사례들을 통해서 알 수 있고, 간접적으로 기존의 판례가 직장폐쇄를 당한 조합원들에게 주거침입죄나 퇴거불응죄라는 형사처벌을 적용하고 있는 사실을 기화로 조합원들의 사업장 출입이나 체류를 막는 동시에 용역경비 등을 끌어들여 조합원들과의 충돌을 발생케 했던 과거의 직장폐쇄의 실태로부터도 추론할 수 있다. 따라서 정부는 노사관계 틀의 제공자로서 사회보장법 등과 같이 지속적인 고용안정을 위해서 필요[147]한 사회안전망 구축에 오히려 매진하여야 할 것이다.

그리고 서구에 비해 산별노조체계의 경험이 일천하고, 제도적 장치 안에서의 노사관계에 익숙한 우리의 노사문화 속에서 노사자치에 대한 회의가 있을 수 있다는 점도 부정할 수 없다. 노사자치라는 측면에서 노사자치가 실현될 수 있고 노사의 단절을 보완할 수 있는 구체적인 일예로 사업장의 경영상태나 재무상태, 근로조건, 근로환경 등을 공유할 수 있는 근로자의 경영참가 등을 들 수 있겠다. 종래의 근로자, 사용자, 정부라는 삼당사자가 노사관계의 주체라는 인식보다는 제도적 틀 내에서 노사관계의 직접 당사자인 근로자와 사용자가 서로 대화하고 노사자치를 위해 고민하는 속에서 직장폐쇄를 포함한 많은 노사관계

146) 하경효·김상호, 앞의 책, 6면이하 참조.

147) Manfred Weiss & Marlene Schmidt, op.cit., pp183 참조.

문제를 해결하는 단초를 찾을 수 있다. 이에 전제가 되어야 할 것은 초기업단위노조 예컨대 산별노조 등의 확대로 실질적인 노사간의 힘의 균형이 이루어져야 노사자치가 가능성이 높아진다는 점이다.

사실상 직장폐쇄는 사업장내 노사관계에 관한 계획에 의해 인정되어야 하는[148] 것이 바람직한 원칙일 것이다. 따라서 노사자치를 위해서는 근로자와 사용자가 공히 계획에 참여하여야 가능하다. 그러기 위해서는 법적장치가 기본적으로 구비되어야 한다. 이러한 법적, 제도적 장치가 마련되지 않은 노사자치는 경제적 우위에 있는 일방에게 악용될 경우에 공허한 말로 남기가 쉽기 때문이다.

148) Hélène Sinay, précité, p458.

IX. 결

현재 경제상황이 불안해 짐에 따라 사용자에 의한 직장폐쇄가 쟁의행위 해결수단이라는 목적을 상실한 채 과도하게 행해진 것은 아닌가 하는 점을 살펴보았다. 이는 III. <표 1>과 각주[95]에서 부분파업에서 전면파업으로 이전된 경우가 많고, 전면적 직장폐쇄의 비중이 높다는 사실 속에서도 추론된다. 이는 앞의 자료를 통해서 볼 때 제조업과 운수업 등의 산업을 불문하고 나타나고 있는 현상임을 알 수 있다. 이에 대한 법적개선방안과 노사자치의 측면에서의 검토를 중심으로 고찰하였다.

노조법상의 규제적 측면의 강화와 규제적 법규정의 적용 등과 더불어 노조법 제46조의 규정의 개정방안들의 내용을 다음과 같이 정리하였으면 한다.

사용자는 노동조합이 쟁의행위를 개시한 이후에만 직장폐쇄를 할 수 있다. 다만 정당한 쟁의행위에 대해서는 개선안 제46조 제2항의 신고 이후 근로자에게 상당한 기간을 부여하여야 한다. 이에 앞서 사용자는 제1항의 규정에 의한 직장폐쇄를 할 경우에는 미리 행정관청 및 노동위원회에 각각 신고하여야 한다. 쟁의행위 개시 이후의 직장폐쇄의 적법성에 대한 판단은 법원이 한다. 그리고 직장폐쇄가 위법하다고 인정되는 경우 사용자는 노동조합에 기금마련에 필요한 비용을 지급하여야 한다.

그리고 간접적으로 정부는 고용안정과 직장폐쇄 등으로 인하여 발생할 수 있는 근로자의 경제적 위험을 줄이기 위해서 사회보장법 등을

마련함으로써 노사관계의 기반을 다져나가야 할 것이다.

이러한 규정이 위법한 직장폐쇄를 방지하고, 신중을 기하는 방편이 됨과 동시에, 본래의 목적인 근로자와 사용자간의 쟁의행위 해결을 위한 수단으로 작용하여야 할 것이다.

그리고 직장폐쇄의 문제는 우리의 노사관계가 법제도 측면을 중심으로 진행되어 왔기 때문에 이를 부정하는 것보다는 이를 인정하고 근로자와 사용자에 대한 현실적인 법적 개선을 선결하여야 한다. 실제적으로 진정한 협조는 양자의 대립적 이해가 올바른 제도적 장치를 통하여 해소될 수 있는 경우에 비로소 가능한 것이라고 생각되기 때문이다. 나아가 이러한 법제도 틀뿐 아니라 다른 노사관계의 문제와 마찬가지로 노사자치(Tarifautonomie)의 문제도 고려되어야 한다. 여기서 노사자치의 언급의 필요성은 직장폐쇄의 법적개선방안이라는 측면보다는 직장폐쇄 인정여부나 권리의 가중이 될 수 있는 노사관계 법·제도 선진화 방안의 위법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄 허용여부에 대한 논의의 결말을 내리거나 재검토에 도움을 주고, 노사관계에 대한 큰 틀을 제공하자는 측면에서이다. 다만 여기서 고려되어야 할 것은 외국의 경우 위법한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄를 인정할 때에는 정당한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄의 인정은 엄격하고, 사업장내의 방해배제효력을 인정하는 경우에는 정당한 쟁의행위에 대한 직장폐쇄의 인정이 엄격하다는 사실이다.

아직까지 직장폐쇄를 둘러싼 법적분쟁이 본격적으로 제기된 적은 없는 듯 하다. 이는 산적한 노사관계의 제반문제들로 인해 기본적인 파업 등의 쟁의행위나 직장폐쇄 등에 대한 유형화하는 작업에까지 그 여력이 미치지 못하고 있는 것은 아닌가 한다. 여하튼 직장폐쇄에 대한 여기

서의 논의가 근로자와 사용자라는 양당사자의 합의를 담는 법개정의 계기가 되고, 이를 기화로 노사자치의 고민 속에서 직장폐쇄의 인정여부에 대한 문제를 비롯하여 궁극적으로 근로자와 사용자 간의 쟁의들을 포함한 많은 노사관계의 해결을 위한 것이 되었으면 한다. 그리고 2007년도 복수노조 시행에 따른 복수노조 문제와 복수노조 존재시의 노조전임자 임금문제 등을 포함한 많은 것들도 앞으로 풀어나가야 할 근로자와 사용자간의 과제가 될 것이다.

참고문헌

<국내문헌>

김유성, 노동법II, 1999
김형배, 노동법, 1998
이병태, 최신노동법, 2003
임종률, 노동법, 2004
김철수, 헌법학신론(제14전정신판), 2004

김상호, 노동법연구, 한국노총 중앙연구원, 1998
김상호, 쟁의행위시 비조합원의 법적 지위에 관한 고찰, 법학연구 제10집, 경상대학교 법학연구소, 2001.2
김형배· 박지순, 근로자개념의 변천과 관련법의 적용 -유사근로자에 대한 비교법적 고찰, 한국노동연구원, 2004
Rolf Birk·Horst Konsen·Manfred Löwisch·Thomas Kaiser·Hugo Seiter 공저; 김형배 역, 집단적 노사분쟁의 규율에 관한 법률, 박영사, 1990
박병휴, 사용자의 쟁의행위, 재판자료 제40집, 1987
이승욱 외, '독일에서의 쟁의행위의 정당성', 쟁의행위 정당성의 국제비교, 한국노동연구원, 2000
이종복, '사용자의 쟁의권에 기한 직장폐쇄', 사법관계와 자율, 이종복교수논문집간행위원회, 1993
이종복, '헌법의 기본적 이념가치와 근로관계법', 사법관계와 자율, 이종복교수논문집간행위원회, 1993
하경효·김상호, 세계화의 흐름에 대한 노동법적 대응, 한국노총 중앙연구원, 1995
2004 조합원 의식조사 보고서, 한국노동조합총연맹, 2004. 12

일본노동성노정국 편저, 임서정 역, 프랑스의 노사관계법제, 한국노동교육원, 1993
WORLD LABOR, '최근 일본의 노동심판법제정 동향', 2004.12(통권 제21호)

<국내자료>

국회홈페이지 입법정보 - 노동심판법(일본)
노동부 노사조정과 자료 - 노사분규 통계
노사관계 법·제도 선진화 방안(노사정위원회)
대한민국 대법원, 하급심판례(대법원 홈페이지 및 판례집)
대한민국 헌법재판소 판례(헌법재판소 홈페이지)
매일노동뉴스(인터넷판) 2000, 2001, 2002, 2003, 2004
민주노총 자료실 2003.11.18(손해배상·가압류)
법률신문 2004. 11

<외국문헌>

Hélène Sinay, Traité de Droit du Travail, La grève, tome6, Dalloz, 1984
Gérard Cornu, vocabulaire juridique, presses universitaires de france, 1990
Gérard Lyon-Caen & Jean Pélissier, Droit du Travail, 15ème éd., Dalloz, 1990
Gérard Lyon-Caen & Jean Pélissier, Les Grand Arrêts de Droit du Travail, Sirey, 1978

Manfred Weiss & Marlene Schmidt, Labour Law and Industrial Relations in Germany, Kluwer Law International, 2000

菅野和夫, 勞働法(제6판), 弘文堂, 2003
片岡昇, 使用者の爭議對抗行爲, 勞働法實務大系6, 總合勞動硏究所, 1980

<저자 약력 및 주요 저서>

• 김 기 우

【주요경력】

- 고려대학교 대학원졸업
  고려대학교 박사과정
  현 한국노총 중앙연구원 연구원

【주요연구논문】

- 직장폐쇄에 대한 법적 고찰 등

연구총서 2004-2

직장폐쇄에 대한 법적고찰

인　　쇄 · 2004년 12월 26일
발　　행 · 2004년 12월 30일
발 행 인 · 이 용 득
발 행 처 · 한국노동조합총연맹
140-050 서울시 용산구 청암동 168-24
(代) 02-715-0898
등　　록 · 81. 8. 21 (13-31호)
인　　쇄 · (주) UIL커뮤니케이션즈
135-080 서울시 강남구 역삼동 834-20
T.553-2005　F.557-3800

가격 : 7,000원