

## I. 문제제기

현행법은 쟁의행위기간 중 노동조합의 쟁의행위에 대항하는 사용자의 행위수단에 일정한 제한을 가하고 있다. 노동조합 및 노동관계조정법 제43조(사용자의 채용 제한)에서는 「사용자는 쟁의행위기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다(1항). 사용자는 쟁의행위기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무를 도급 또는 하도급할 수 없다(2항)」고 규정하고 있으며(위반할 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금: 제91조), 파견근로자보호 등에 관한 법률 제16조(근로자 파견의 제한)에서 「파견사업주는 쟁의행위 중인 사업장에 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 근로자를 파견하여서는 아니된다」고 규정하고 있다. 쟁의행위기간 중의 대체근로제한규정의 취지는 사용자의 쟁의대항행위가 제한 없이 허용됨에 따라 노동조합의 쟁의행위가 아무런 실효성을 거둘 수 없다면 근로자의 쟁의권 행사의 본질적인 내용이 침해받게 될 것이므로 이를 합리적인 범위 안에서 인정하기 위한 것이다.

그러나 이 규정의 입법취지가 이와 같더라도 그 타당성에 관해 논란이 많았고, 다른 나라에서는 찾아볼 수 없는 독특한 입법레이어서 대체근로제한규정을 완화하는 방향으로 개선안을 마련하는 것이 바람직하다는 의견이 계속 제기되었다.<sup>1)</sup>

근로자의 노동3권 행사는 근로자들이 사용자와 대등한 지위에서 공정한 거래를 목적으로 행해져야 한다. 그러나 노동3권 행사가 불법인 경우라도 사용자들이 대처할 방안이 없다. 회사는 그저 감내할 수밖에 없는 것이 산업 현장의 현실이다. 이제라도 노조나 조합원들의 불법쟁의행위 내지 그 남용을 어떻게 방지할 수 있는 방안을 모색해야 한다.

최근 경제계는 경직된 노동시장의 주된 원인으로 노사 간의 힘의 불균형을 문제 삼으면서 노동조합 및 노동관계조정법이 규정하고 있는 “대체근로 금지”를 개선해

줄 것을 요구하고 있다. 그동안 노조의 파업권을 약화시킬 수 있다는 생각에서 대체근로 허용에 대해 부정적인 의견이 많았다. 하지만 최근 대내외 경제 위기로 경영난을 겪는 기업이 많다. 이런 기업에서 불법 파업이 만연해지고 있다. 대체근로를 노·사 간 힘의 불균형을 해소 차원에서 도입하는 것을 생각해 볼 시기가. 여기서 이 연구의 목적과 필요성이 제기되는 것이다.

이 연구에서는 쟁의행위 시 대체근로제한의 원칙규정인 노조법 제43조 제1, 2항에 관해 연구하고자 한다. 대체근로의 제한에 관한 1992년 최초의 대법원 판결<sup>2)</sup>이 나온 이래 여러 차례에 걸쳐 판결들이 출현하였음에도 불구하고, 판결평석<sup>3)</sup> 이외에는 대체근로의 제한에 관한 체계적인 연구내용을 담은 글들<sup>4)</sup>이 많지 않은 것이 현실이어서 해석론 및 입법론적으로 연구내용이 미비하였다는 데에 그 동기가 촉발되었다.

따라서 저자는 현재도 규범력을 발휘하고 있는 노조법 제43조 제1, 2항을 해석하고, 이에 관한 적용 실례인 판례들을 검토하는 것을 첫 번째 과제로 하고자 한다.

다음으로 대체근로제한에 관한 해석론적 연구가 선행된 이후에 대체근로의 입법론적 개선방안 문제를 검토하는 것이 논리적 순서 및 체계에 적합하다고 생각한다.

## II. 쟁의행위기간 중 대체근로제한의 의의

### 1. 쟁의행위와 조업계속의 자유(대체고용의 자유)

평상시에 조업은 사용자의 권리이다. 즉, 사용자는 근로에 대하여 노무제공청구권에 기한 업무명령권을 행사하고 근로자도 이에 구속된다. 그러나 쟁의행위 시에는 근로자들은 그들에게 주어진 권리의 행사로 사용자에게 대하여 근로제공을 거부할 수 있으므로 사용자는 근로자들에 의한 제약·방해를 전제로 하여 스스로의 힘에 의해서 조업을 유지·계속하여야 한다. 다시 말하면 평상시의 조업은 업무명령권을 근거로 하여 근로자와의 관계에 있어

1) 대부분의 국가에서는 쟁의행위 시 사용자의 조업의 자유, 즉 대체근로를 제한 없이 허용하고 있다. 외국의 입법례 및 개정에 관한 문제에 관해서는 김준, 「쟁의행위기간 중의 대체근로: 쟁점 및 외국의 입법례」, 국회도서관 입법조사분석실, 1996.12; 노사관계제도선진화연구위원회, 「노사관계법제도 선진화 방안」, 2003.11; 한국경영자총협회, 「쟁의행위시 대체근로에 관한 법적 검토」, 2002.2; 선진노사문화연구원, 「선진쟁의질서에 대한 연구」, 2009.11 등 참고.

2) 대법원 1992.7.14. 선고 91다43800 판결 【해고무효확인등】.

3) 도재형, 「쟁의행위기간 중 근로자채용」, 『노동법률』, 2009.3; 박재필, 「근로자의 연차유급휴가에 관한 구 근로기준법 제48조 제1항 위반죄의 성립요건 및 구 노동쟁의조정법 제15조의 규정 의미와 그 위반죄의 성립 여부」, 『대법원 판례해설』 35호(2000 하반기), 2001.6; 박수근, 「쟁의행위기간 중 대체근로의 허용과 범위」, 『2008 노동판례비평』, 2009.

4) 이러한 글들은 송강직, 「대체근로」, 『2007 노동법의 쟁점』, 2008.

서 권리로서의 성격을 가지나, 쟁의행위 시의 조업은 업무명령권의 상실로 인하여 근로자에게서 떠난, 그리고 근로자로부터 방해 받는 법률상 방임된 조업의 자유에 지나지 않는다.<sup>5)</sup> 따라서 비록 조업의 「자유」라고 할지라도 이에 의해서 근로자로부터의 일체의 방해가 배제되는 것을 의미하는 것이 아니라, 근로자에 의하여 「정당한 업무의 운영이 저해되는 위험」을 전제로 하여 사용자 스스로 대항행위(쟁의행위)에 의하여 이를 배제하면서 스스로의 힘으로 조업을 유지·계속하여야 하는 상태를 말하는 것이다.<sup>6)</sup>

한편 사용자가 쟁의행위 시의 조업을 유지·계속하기 위해서는 노동조합에 의하여 철수된 노동의 보충을 위하여 다른 근로자를 고용할 수 있는바 이것이 사용자의 「대체고용의 자유」를 의미하며, 이렇게 고용된 근로자를 「대체근로자(Personnel de remplacement; replacement of striker)」라고 한다.<sup>7)</sup> 보충 노동력으로서는 비조합원, 타조합원(타조합의 조합원 및 동일조합의 타조합원), 부장, 과장 등의 간부 그리고 제3자들을 들 수 있다. 다시 말하면 노동조합에 의한 쟁의행위가 단행된 경우 쟁의행위에 가담하지 않은 근로자들에 의하여 조업이 가능한 때에는 사용자는 이들을 사용하여 작업을 계속할 수 있는 것이다.

## 2. 대체근로자의 법적 지위

조업의 자유에 의하여 고용된 대체근로자의 법적 지위는 파업종료 후의 파업참가근로자의 직무복귀<sup>8)</sup>로 말미암아 제한을 받는다. 파업종료 후 파업참가근로자들은

복귀되므로, 사용자는 대체근로자와 기간의 정함이 있는 근로계약(유기근로계약)을 체결할 수밖에 없고 파업의 종료에 의하여 동 계약은 자동종료된다.<sup>9)</sup> 그러나 대체근로자는 원칙적으로 이를 알고 있어야 하므로 사용자가 이에 대한 고지의무를 진다. 따라서 동 고지가 없을 때 동 계약은 기간의 정함이 없는 계약이 되고 파업의 종료 후 파업참가근로자의 복귀가 있더라도 동 계약은 소멸하지 않는다. 만약 파업참가근로자의 복귀에 의해서 사용자가 대체근로자를 부득이 계속 취업시킬 수 없을 때에는 근로계약부당파기로 인한 손해배상책임을 부담한다.<sup>10)</sup>

## 3. 쟁의행위기간 중 대체근로제한규정의 입법 취지와 해석과제

이와 같이 사용자의 조업계속의 자유(대체고용의 자유)가 인정되지만, 노동조합 및 노동관계조정법 제43조 1, 2항에서는 파업 중의 사용자의 조업의 자유(대체고용의 자유)를 제한하고 있다.

대체근로제한규정의 입법 취지는 헌법상 근로자의 쟁의권을 실질적으로 보장하기 위한 것이다.<sup>11)</sup> 다시 말하면 사용자의 대체근로의 제한은 노동조합의 단체행동권의 실효성을 담보하기 위한 최소한의 제도적 장치이자 무기대등의 원칙을 실현하기 위하여 마련된 불가피한 조치라는 것이다.<sup>12)</sup> 특히 쟁의대등성과 관련하여서 이 규정은 쟁의대등성을 침해할 수 있는 사용자의 대응조치(즉, 대체근로를 통한 사용자의 경제적 손실 방지)를 제한하는 규정이다.<sup>13)</sup> 그러나 이 규정의 입법 취지가 이와 같

5) 片岡舜, 横井芳弘(共編), 「演習 労働法」, 1979, 266면.

6) 남효순, 「쟁의행위와 근로계약관계」, 1982, 101-102면. 이에 대해 일본 최고재판소(三陽電氣軌道事件—最判昭53-11-15, 刑集 32권 8호, 1,855면)도 다음과 같이 같은 입장을 취하고 있다: 「사용자는 노동자 측의 정당한 쟁의행위에 의해 업무의 정상적인 운영이 저해되는 것은 수인해야만 하지만, 파업 중이라 하여도 업무의 수행자체를 정지해야만 하는 것이 아니라 조업저지를 목적으로 하는 노동자 측의 쟁의수단에 대해서는 조업을 계속하기 위해서 필요한 대항조치를 취할 수 있다고 해석해야 하며, 이렇게 해석하여도 소론이 지적하는 이른바 노사대등의 원칙에 위배하는 것은 아니다. 따라서 사용자가 조업을 계속하기 위해서 필요로 하는 업무는, 그것이 노동자 측의 쟁의수단에 대한 대항조치로써 실행된 것이라고 해서, 위력업방해죄에 의해 보호되어야만 하는 업무로서의 성격을 잃는 것은 아니라고 말하는 것이 적절하다.」

7) Toshino Yamagauchi, La théorie de la suspension du contrat de travail, 1963, 407면.

8) 쟁의행위와 근로계약관계에 관한 통설과 판례의 태도인 정지설에 따르면, 파업이 종료되면 정지되었던 권리·의무가 다시 활성화하기 때문에 사용자는 근로자를 취업시켜야 하고 단체교섭 또는 단체협약에 의하여 재조정된 임금 기타 근로조건을 부여하여야 한다. 다시 말하면 파업의 종료와 더불어 근로계약관계는 다시 정상화되므로 파업에 참가했던 근로자들의 노무급부의무와 사용자의 임금지급의무는 원상대로 회복된다.

9) Toshio Yamaguchi, ibid., 408면.

10) 남효순, 앞의 논문, 103면.

11) 판례(대법원 1992.7.14. 선고 91다43800 판결 등)와 통설의 태도.

12) 노조법 제43조 위헌확인예 관한 헌법재판소 결정(헌재 2008.3.27. 2005헌마138)시 노동부장관의 의견. 이 결정에서는 위 규정에 대한 위헌확인인 기본권침해사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일이 지난 후에 제기되어 청구기간이 도과된 청구로서 부적법하다고 판시함으로써 당해 규정에 대한 헌법적부판단은 하지 않았다. 참고: 쟁의행위기간 중 사용자가 근로자를 채용 또는 대체해 쟁의 행위로 중단된 업무를 수행하도록 한다면 쟁의행위는 사실상 무의미하게 될 수 있기 때문이다(도재형, 「쟁의행위기간 중 근로자채용」, 『노동법률』, 2009.3, 69-70면; 김도형 외 8인, 「변호사가 풀어주는 노동법Ⅱ」-집단적 노사관계법- 개정 제3판, 민주사회를 위한 변호사모임, 2008, 251면).

더라도 다른 나라에서는 찾아볼 수 없는 독특한 입법례이고, 사용자에게 보장된 계약의 자유와 조업 내지 영업의 자유의 기본권을 침해할 소지가 있다는 것 등으로 그 타당성에 관해 계속 논란이 제기되고 있다.

아무튼 대체근로제한규정이 현재도 규범력을 가지고 있으므로 해당 규정의 입법취지에 맞게 해석해야 하고, 이와 더불어 사용자의 조업의 자유(조업계속권)와의 조화, 다른 나라의 입법례 등을 종합하여 조화롭게 해석하여야 한다.<sup>14)</sup> 특히 헌법상 노동3권을 실질적으로 보장하기 위한 대체근로의 제한은 사용자 조업의 자유(영업의 자유)와 실제적 조화를 이루어야 한다.<sup>15)</sup> 실제적 조화의 원칙은 헌법에서 보장된 기본권의 충돌을 해결하려는 이념으로서,<sup>16)</sup> 노동3권과 사용자의 조업의 자유가 충돌되는 대체근로의 제한에서 해석원리로 유용하게 적용되어야 한다. 이 경우에 활용되는 가치형량은 경솔하게 어느 일방의 기본권을 희생시켜서는 아니 되며<sup>17)</sup> 두 기본권이 최적의 효력과 이익을 누릴 수 있도록 그 한계가 책정되지 않으면 안 된다.<sup>18)</sup> 이 원칙은 「사용자는 근로자들의 파업에도 불구하고 조업을 계속할 자유를 가지므로, 이를 위해서 필요한 인력을 채용하거나 배치전환하는 등의 인사권을 행사하게 된다. 반면에 이러한 조업의 자유로 인한 사용자의 인사권의 행사는 대체근로제한의 취지에 위반되지 않아야 하고, 파업의 종료로 인해 근로자들이 직무 또는 직장에 복귀할 권리를 침해하지 않는 범위 내에서 보장되어야 하는」 것과 같은 맥락의 해석원리라 할 것이다.<sup>19)</sup>

#### 4. 사용자에 대한 제한규정

노조법 제43조의 신규채용·대체 및 도급·하도급은 노동관계 당사자 일방인 사용자에 대한 제한 규정이다. 따라서 도급계약 등에 있어 하도급업체의 파업으로 중단된 업무를 원수급업체가 직접 수행하거나 다른 업체로 하여금 대체 수행케 하는 경우 등에는 동법 규정 위반으로 볼 수 없다.<sup>20)</sup> 원수급업체가 하도급업체 파업 시 중단된 업무를 직접 수행하거나, 하도급업체를 변경하는 경우 등은 자신의 재산권을 보전하기 위한 정당한 조치이므로 대체근로제한규정의 위반은 아니다.

### III. 쟁의행위기간 중 대체근로 제한의 범위

#### 1. “당해 「사업」과 관계없는 자”의 의미

##### (1) 사업의 의미

쟁의행위기간 중의 대체근로가 제한 또는 허용되는 단위로서의 「사업」(노조 및 조정법 제43조 I 참조)은 무엇인가? 사업의 개념에 대해서 노동법에서 정의규정을 두고 있지 않으므로 사업 개념은 해석론에 맡겨질 수밖에 없다. 학설은 통상 사업의 개념을 ‘물적·정신적 요소를 사업주가 단독으로 혹은 공동으로 근로자와 협력하여 일정한 노동기술적인 목적을 계속적으로 추구하는 조직

13) 하경호, 「노동법사례연습」, 2008, 474면.

14) 박재필, 「근로자의 연차유급휴가에 관한 구 근로기준법 제48조 제1항 위반죄의 성립요건 및 구 노동쟁의조정법 제15조의 규정 의미와 그 위반죄의 성립 여부」, 1065면.

15) 전광석, 「국가와 노동조합: 헌법적 접근」, 「한림법학 FORUM」 제5권, 한림대학교 법학연구소, 1996, 95면 참고.

16) 실제적 조화는 헌법상의 기본권들이 충돌하는 경우에 이를 형량하여 해결책을 추구하는 이념으로서 헌법학자 Hesse에 의하여 주창되었다. 헌법적 조화는 헌법의 통일성(Einheit der Verfassung)과 헌법에 의하여 보호되는 전체적인 가치질서를 고려하면서 충돌되는 양 법익을 최대한 실현(optimale Wirksamkeit)시켜야 한다는 이념이다(Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl., 1995, Rn.72; K.Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, §82, S.625ff.; 계희열, 헌법(중), 2000, 107면; 권영성, 헌법학원론, 2002, 325면; 허영, 한국헌법론, 2002, 73면; 현재 1995. 12. 28, 95헌바3 결정). 그러나 충돌하는 기본권을 어느 하나도 희생시키지 않고 적절하게 실현시킬 수 없는 구체적인 상황에서는 어느 하나의 헌법 규정에 우월한 지위를 부여하는 방법에 의하여 해결할 도리밖에 없다. 따라서 보다 약한 지위에 있는 규범은 논리상 그리고 헌법 통일의 체계상 - 그렇게 할 수밖에 없는 한 - 뒤로 물러설 수밖에 없을 것이다. 그러나 이러한 결론에 도달하기까지는 충돌하는 기본권의 즉물적 기본가치(sachlicher Grundwert)는 객관적으로 존중되어야 한다. 다시 말하면 충돌되는 기본권들은 가장 조화로운 방법으로 형량되어야 하고 자의적으로 어느 하나의 기본권을 우선시켜서는 안 된다. 이 경우에 활용되는 방법으로는 비례성(Verhältnismäßigkeit)의 원칙 내지 과잉금지 원칙이 충돌의 조화(Harmonisierung)를 꾀하는 해석원리로 적용된다.

17) Hesse, a.a.O., Rn.72. 예컨대 공공복리조항을 기초로 기본권의 충돌을 인정하면서 기본권을 제한하는 것은 실제적 조화의 방법이라고 할 수 없다(BVerfGE 30, 173/193=NJW 1971, 1646; BVerfGE 49, 202/208=NJW 1976, 492).

18) 김형배, 「필수적 공익사업과 직권중재제도」, 2002, 66-67면.

19) 대체근로의 제한에 관한 현행 노조법의 규정에 충실하면서도 양자의 이해관계를 조정해야 하는 해석적 과제가 제기된다고 하는 견해(박수근, 「쟁의행위기간 중 대체근로의 허용과 범위」, 『2008 노동판례비평』, 2009, 209면).

20) 구청과의 용역계약 관계에 있는 용역업체 노사 간의 쟁의행위로 인하여 중단된 업무를 구청이 직접 수행하거나 다른 용역업체로 하여금 수행토록 하는 것은 구청이 쟁의행위의 당사자인 사용자의 지위에 있지 아니하므로 동 법 규정에 저촉되지 아니함(협력68140-173, '97.5.6). 노조법 제43조는 원청기업의 일부 업무를 하청업체에 위탁한 경우, 원청기업이 하청기업 노동조합의 쟁의행위로 중단된 업무를 직접 수행하거나 하청기업과의 위탁계약 해지까지를 제한하는 내용으로는 볼 수 없음(협력68140-226, '98.6.17).

적인 통일체<sup>21)</sup> 또는 '사용자가 근로자와 함께 물적·비물질적 생산수단을 사용하여 노동기술적 목적을 계속적으로 추구하는 조직적인 통일체'<sup>22)</sup> 등으로 정의한다.<sup>23)</sup>

그런데 실무상 사업의 의미에 대해 주로 문제가 된 것은 '하나의 「사업」 내에서의 퇴직금차등제도의 금지'(구 근로기준법 제28조, 현행 퇴직금급여보장법 제4조 2항)에 관한 것이었다. 이에 대해 판례는 「사업」이라 함은 개인사업체 또는 독립된 법인격을 갖춘 회사 등과 같이 경영상의 일체를 이루면서 계속적, 유기적으로 운영되고 전체로서의 독립성을 갖춘 하나의 기업체조직을 뜻한다고 일반적으로 해석하고 있다.<sup>24)</sup> 다시 말하면 「사업」은 특별한 사정이 없는 한 경영상의 일체를 이루는 기업체 그 자체를 의미하고, 경영상의 일체를 이루면서 유기적으로 운영되는 기업조직은 하나의 사업으로 파악하여야 할 것이라고 하여 「사업」의 의미를 넓게 보고 있다.<sup>25)</sup> 대법원 판례에서 '하나의 사업'에 해당된다고 한 사안은 1) 한국방송공사의 방송업무부분과 시청료징수업무부분,<sup>26)</sup> 2) 무역 관계 업무를 담당하는 주식회사 대우의 서울 본사와 섬유제품생산업무를 담당하는 부산공장,<sup>27)</sup> 3) 주식회사 대우의 국내사업부분과 해외건설사업부분,<sup>28)</sup> 4) 학교법인 고려중앙학원 산하의 고려대학교와 그 부속의료원·병원<sup>29)</sup> 등이 있다.

쟁의행위기간 중의 대체근로의 금지에서도 이러한 판례의 해석에 따라야 한다는 견해가 있다. 이 견해는 재벌그룹과 같이 여러 개의 계열회사를 두고 있는 대기업의 경우에는 그룹산하의 회사 하나 하나가 하나의 사업에 해당하지만, 이에 반하여 어느 회사가 여러 곳에 공장 또는 지점사무소 등을 두고 있다거나, 혹은 국내사업과 해외사업으로 나뉘어 있다거나, 혹은 경영진의 사정 때문에 2개 이상의 단위로 인적, 물적 설비를 서로 독립

시키고 회계를 분리경영하고 있다거나, 혹은 하나의 회사가 건설업과 자동차정비업 등 성격이 다른 여러 가지의 영업을 함께 운영하고 있거나 하나의 학교법인이 사립대학교와 부속의료원·병원을 그 산하에 함께 두고 있다고 하더라도 그 경영 주체가 동일한 법인격체인 이상 하나의 사업이라고 할 것이다. 그러므로 위와 같은 의미에서의 사업에 종사하고 있는 자이면, 그가 파업에 참가하지 아니한 조합원이거나 비조합원이거나 불문하고, 당해 사업의 사용자와 근로관계를 맺은 근로자이거나 당해 사업에 파견되어 있는 근로자에 해당하는지 여부도 불문하며, 또한 그가 같은 사업 내의 다른 사업장에 종사하거나 그가 수행하는 업무가 파업참가 조합원의 업무와 전혀 다른 업무에 종사하는 자라고 하더라도, 당해 사업에 관계있는 자에 해당할 것이고, 사용자는 쟁의행위기간 중 이들을 신규 채용하거나 대체근로를 시키는 형식으로 파업참가 조합원의 업무를 담당하게 할 수 있다<sup>30)</sup>고 한다.

## (2) 당해 사업과 관계없는 자

「당해 사업과 관계없는 자」에서 「당해 사업과 관계」는 무엇을 의미하는가? 「당해 사업과 관계있는 자」란 사용자가 일체로서 경영하는 사업체에 종사하는 자, 즉 기업의 종업원을 말한다(견해<sup>31)</sup>), 따라서 「당해 사업과 관계없는 자」는 경영상 일체를 이루는 기업체의 근로자 및 사용자(근로계약관계에 놓여 있는 자)를 제외한 모든 자를 의미한다는 견해가 있다. 이에 대해 '당해 사업과 관계'란 해당 사업의 업무에 종사해온 관계로서 해당 사업과 근로계약관계를 맺은 것과는 구별되는 것으로 그 사업 소속 근로자로서 업무에 종사한 것인지, 사외근로

21) 김형배, 「근로기준법(제8판(증보신판))」, 44면.

22) 이승욱, 「사업양도와 근로자의 지위」, 35면.

23) 사업의 개념은 더 이상 하나의 '정태(靜態)가 아니라 '동태(動態)인 것으로 파악해야 한다는 견해(박제성, '사업개념의 재검토: 가능성으로서의 사업', 「노동법의 존재와 당위」(김유성 교수 정년기념논문집, 2006)가 있다. 이 견해에서는 사업은 경제적 구성물에 대응하는 법적 구성물이며, 따라서 경제적 구성물이 유동적인 만큼 사업도 유동적이 된다고 한다. 요컨대 이러한 법의 요청에 따라 사업은 기업의 일부, 기업 그 자체 혹은 기업집단 등으로 표현되고, 선형적으로 사업의 경계선을 긋는 대신, 노동법이 적용되어야 할 바로 그 지점에서 사업의 표현 양식을 읽어내야 한다고 한다.

24) 대법원 1990.3.13. 선고 89다카24445 판결, 1992.5.12. 선고 90누9421판결, 1993.2.9. 선고 91다21381 판결, 1993.10.12. 선고 93다18365 판결, 1997.11.28. 선고 97다24511 판결, 1999.8.20. 선고98다765 판결.

25) 이국환, 「근로기준법상 「사업」의 개념과 퇴직금차등제도금지」, 「재판과 판례」 제8집, 대구판례연구회, 543-544면.

26) 대법원 1993.2.9. 선고 91다21381 판결.

27) 대법원 1993.10.12. 선고 93다18365 판결.

28) 대법원 1997.11.28. 선고 97다24511 판결.

29) 대법원 1999.8.20. 선고 98다765 판결.

30) 사법연수원, 「노동조합 및 노동관계조정법」, 2008, 316-317면.

31) 김유성, 「노동법 II」, 1999, 289면; 사법연수원, 앞의 책, 316-317면; 「당해 사업과 관계없는 자」는 경영상 일체를 이루는 기업체의 근로자 및 사용자를 제외한 모든 자를 의미하므로, 항만하역계약에 의한 항운노조원은 당해 사업과 관계없는 자에 해당됨(노동조합과-2169, '05.8.4).

자(전출근무자·파견근로자·도급근로자)로서 한 것인지는 관계없다고 보는 견해<sup>32)</sup>가 있다. 후자의 견해가 타당하다고 생각된다. '사업'의 개념에서 본 바와 같이 사업이라 함은 일정한 장소에서 통일적 일체성을 갖는 유기적인 조직 하에 계속적으로 행하여지는 작업의 일체이므로 '당해 사업과 관계'란 근로계약관계를 전제로 한 개념이 아닌 작업 내지 업무를 전제로 한 개념이기 때문이다.

따라서 해당 사업의 업무에 종사해온 근로자는 파업을 주도한 노동조합의 조합원인지 여부 또는 파업이 일어난 사업장 소속인지 여부에 관계없이 대체근로에 투입할 수 있으며, 해당 사업의 자회사·계열사·협력업체 등의 근로자라도 사외근로자로서 평소 그 업무에 종사해온 자라면 대체근로에 투입할 수 있다.<sup>33)</sup> 또한 쟁의행위 중에 노동조합으로부터 탈퇴한 근로자가 별개의 노동조합을 결성하여 사용자에 대하여 노무제공을 요구하거나, 아니면 별도의 노동조합을 결성하지 않고 노무를 제공하는 경우에도 사용자는 해당 근로자의 노무제공으로 조업을 할 수 있다.<sup>34)</sup>

파견근로자의 경우 파견사업주가 파업으로 중단된 업무의 수행을 위하여 근로자를 파견하는 것은 금지되지만, 파견업무 범위 내에서는(평소 해당 사업에 파견되어 그 업무에 계속 종사해왔던 경우) 해당 사업과 관계있는 자에 해당된다.<sup>35)</sup>

## 2. 쟁의행위기간 중 신규채용의 제한

### (1) 채용의 의미

"채용"이라 함은 근로자를 새로 고용하는 것으로서 그 고용형태나 기간은 불문하므로, 파업 등 쟁의행위에 참가한 조합원의 업무를 수행하기 위하여 아르바이트 학생 등 임시적 근로자를 동원하는 것도 이에 해당한다.<sup>36)</sup>

### (2) 쟁의행위기간 중 신규채용의 제한의 의미

제43조 제1항은 쟁의행위기간 중 사용자 신규채용을 제한하고 있는데, 이 제한의 대상이 되는 "그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여"를 어떻게 해석할 것인가가 문제된다. 판례상 문제가 되는 것들을 유형별로 나누어 살펴본다.

1) 쟁의행위기간 중 쟁의행위 참가자들의 업무를 수행시킬 의도로 쟁의행위기간 전에 근로자들을 신규채용한 경우(대법원 2000. 11. 28. 선고 99도317 판결【근로기준법위반·노동쟁의조정법위반】)

#### ◇ 사건의 개요

##### 1. 기초사실

가. 피고인은 1979.4.1.경 영업용 택시운수업체인 동양특송 주식회사(이하 '회사'라고 한다)를 설립하여 그 때부터 대표이사로 재직하다가 1994.12.말경 회사를 영업양도하였고, 1994.경 회사의 상시 근로자수는 80여 명이였다.

나. 동양특송의 노동조합의 명칭은 전국택시노동조합연맹 동양특송 노동조합(이하 '노조'라고 한다)이고, 설립일은 1983.6.19.이며, 공소 외 박대석이 1994.2.17.부터 노동조합장으로 근무하였고, 1994.경 노동조합원은 70여 명이였다.

2. 공소사실(1998.1.9. 제1심법원의 허가에 의하여 변경 및 일부 철회된 공소사실) 및 제1심판결이 인정한 범죄사실의 요지

나. 쟁의기간 중 쟁의에 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없음에도 불구하고, 노조에서 1994.3.28. 쟁의발생신고를 하자 같은 해 3.30.경부터 같은 해 4.14.경까지 사이에 공소 외 이만석 등 10명의 근로자를 채용하여 쟁의행위기간 중인 같은 해

32) 임종률, 「노동법」, 2009, 198면.

33) 임종률, 앞의 책, 138-139면.

34) 東京大學勞働法研究會, 「注釋勞働組合法(上卷)」, 592면; 三井鉱山三川鉱事件—福岡地決 昭35·5·4, 勞民 11권 3호, 410면; 新日本窒素水俣工場事件—熊本地決 昭37·8·25, 勞民 13권 4호, 930면.

35) "당해 사업에 관계없는 자와 관련하여 노동부는 상법상 의결권 행사 등 직·간접적으로 관련이 있더라도 노사관계 당사자로 볼 수 없는 경우에는 당해 사업과 관계없는 자에 해당된다고 한다. "당해 사업에 관계없는 자"의 유형은 비상임 이사, 대주주, 투자자 등 노조법상 사용자에게 해당되지 아니한 자, 법인등기부등본상 이사이나 실질적으로 관여한 사실이 없는 등 노조법상 사용자에게 해당되지 아니한 자라고 한다(노동부, 앞의 책, 30면).

36) 사법연수원, 앞의 책, 317면; 대법원 1992.7.14. 선고 91다43800 판결(국민연금관리공단 근로자들의 파업기간 중 국민연금각출료 고지서 발송업무가 파업에 참가하지 아니한 노조원이나 비노조원에 의하여 수행되고, 일부 출장소에서는 그 작업에 아르바이트 학생까지 동원하여 뜯겨 한 경우 노동쟁의조정법 제15조에 의하면 사용자는 쟁의기간 중 쟁의에 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다고 되어 있어 위 공단이 쟁의에 관계없는 자를 채용 또는 대체하여 고지서 발송 작업을 하게 하거나 도와주도록 한 부분은 정당한 쟁의대항행위라고 할 수는 없다고 한 사례).

4.15.부터 같은 해 6.경까지 사이에 대체근로를 시켰다.

◆ 판단

구 노동쟁의조정법(1996. 12. 31. 법률 제5244호 노동조합 및 노동관계조정법 부칙 제3조에 의하여 폐지) 제15조는 노동조합의 쟁의행위권을 보장하기 위한 규정으로서 사용자가 노동조합의 쟁의행위기간 중 당해 사업 내의 비노동조합원이나 쟁의행위에 참가하지 아니한 노동조합원 등 기존의 근로자를 제외한 자를 새로 채용 또는 대체할 수 없다는 것으로 풀이되는바, 사용자가 노동조합이 쟁의행위에 들어가기 전에 근로자를 새로 채용하였다 하더라도 쟁의행위기간 중 쟁의행위에 참가한 근로자들의 업무를 수행케 하기 위하여 그 채용이 이루어졌고 그 채용한 근로자들로 하여금 쟁의행위기간 중 쟁의행위에 참가한 근로자들의 업무를 수행케 하였다면 위 조항 위반죄를 구성하게 된다.

대체근로제한조항은 입법취지가 근로자의 쟁의행위권(단체행동권)을 보장하기 위한 규정이라는 점에서 살펴볼 때, 위 조항에서 '채용'이란 단순히 '근로계약을 체결하는 것'으로 좁게 해석하여서는 아니 되고 '근로계약을 체결하여 근로를 시키는 것'으로 해석함이 타당하므로(사용자의 입장에서는 근로자들의 파업에 대비하여 미리 조건부로 혹은 임시직으로 근로자를 신규채용하는 경우가 많으므로 신규로 근로계약을 체결한 시점이 쟁의행위기간 이전이라고 하여 처벌할 수 없다면 위 조항은 잠탈될 여지가 충분하다), 그러한 의도로 쟁의행위기간 전에 신규채용한 근로자들로 하여금 쟁의행위기간 중 쟁의행위 참가자들의 업무를 수행케 하였다면 위 조항 위반죄를 구성한다고 할 것이다. 따라서 판례의 태도는 이러한 의미를 확인해 준 것으로 타당하다고 생각된다.

다만, 이에 대하여 그와 같은 의도로 쟁의행위기간 전에 근로자를 신규채용하였다고 하더라도 신규채용한 근

로자로 하여금 쟁의행위기간 중 쟁의행위에 참가한 근로자들의 업무를 수행케 하지 않았다면 구체적으로 쟁의행위권이 침해된 바가 없으므로 위 조항 위반죄로 처벌할 수 없다는 견해가 있다.<sup>37)</sup> 그러나 근로자를 신규채용하여 쟁의행위와 무관한 업무를 수행하게 하더라도, 기존의 근로자를 쟁의행위로 중단된 업무에 투입하고 그 결과로 공백이 생긴 업무(기존의 근로자가 수행하던 업무)에 신규채용한 자를 사용하는 것은 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위한 것에 다름 아니므로 대체근로제한규정위반에 해당한다고 생각된다.<sup>38)</sup>

- 2) 자연 감소인원을 보충하기 위한 신규채용의 경우 (대법원 2008.11.13. 선고 2008도4831 판결 【노동조합 및 노동관계조정법 위반】)

◇ 사건의 개요<sup>39)</sup>

이 사건 회사의 노동조합은 2006. 6. 13.부터 전면파업에 돌입한 사실, 상귀리-곡성 간 도로건설공사 사전설계 검토 및 평택 청북지구 택지개발사업조성공사 특수구조물 설계검토용역은 이 사건 파업 이전에는 조합원인 공소의 1, 2등이 수행하였던 업무이었으나 이들 조합원이 파업에 참여한 후 파업에 참여하지 않았던 공소의 3과장이 위 업무를 담당하다가 공소의 3과장이 2006. 6. 25.자로 사직하자 이 사건 회사는 2006. 7. 1. 공소의 4및 공소의 5를 신규채용하여 구조부에 배치하고 파업에 참여하지 않은 다른 직원들과 함께 위 업무를 수행하게 한 사실, 창원시 관내 국도대체우회도로(양곡~완암) 건설공사 실시설계용역 및 국도7호선 주문진 입체교차로 설치공사 감리용역 중 현장에서 의뢰한 중단선형검토 사무는 파업 이전에는 공소의 6이사와 조합원인 공소의 7, 공소의 8이 주로 수행하였던 업무이었으나 파업으로 인하여 2006. 6. 13. 그 업무가 중단되자 파업에 참여하지 않았던 공소의 9차장이 공소의 6이사와 함께 위 업무를 수행하였고 공소의 6이사와

37) 박재필, 앞의 논문, 1068면.

38) 같은 취지: 노동부, 앞의 책, 37면: 쟁의행위로 중단된 업무에 당해 사업 내 근로자를 투입하고 그 결과로 공백이 생긴 업무에 당해 사업과 관계없는 자를 신규채용·투입하였다면, 외형상 신규채용자에게 쟁의행위로 중단된 업무를 직접 수행하도록 한 것은 아니지만 사실상 신규채용의 목적이 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위한 것으로 판단되므로 노조법 제43조 규정의 취지에 반한다고 보아야 함(노동조합과-336, 05.1.27).

39) 대법원이 인정한 사실관계와 달리 원심이 인정한 사실관계에 기초해 당해 사건은 쟁의행위로 중단된 업무를 대체하기 위한 신규채용이라고 함으로써 대법원과 결론을 달리하는 견해가 있다(박수근, 앞의 논문, 213-218면 참고). 원심이 인정한 사실관계 중 문제가 되는 부분은 다음과 같다: (2) 노동조합의 결성이전인 2006.4.25.이전에는 본건 회사에 신규채용계획이 없었고 오히려 본건 회사는 2006.4.26. 구조조정 발표를 하였고 권고사직 대상자 13명을 확정하여 4. 30.자로 9명을 권고 사직시켰다. (6) 한편 파업에 참여하지 아니한 인원은 소수 간부이며 그 중 일부는 조합원으로서 심정적으로 파업에 동조하여 사직서를 제출하고 퇴사하였고, 위에서 적시한 업무들이 개인 1명에서 수행 할 수는 없고 팀을 이루어야 한다는 점에서 소수의 비조합원 간부사원들로서만 이러한 업무를 한다는 것은 사실상 불가능하다고 보이고, 본건 회사의 위 업무들은 일정한 용역기간이 정해져서 본건 회사가 시간에 상당한 계약을 받고 있었으나, 공소의 4, 5, 10의 참여로 파업기간 중에 계속 진행되어 특별한 기간의 지연 없이 발주처에 납품되었다. 위 인정사실에 의하여, 신규 채용된 근로자들이 쟁의행위에 참여한 본건 회사의 조합원들이 수행하던 업무를 대신하여 그 업무를 하였다고 볼이 상당하고 원심은 판단하였다(서울동부지방법원 2007.12.5. 선고 2007고정292 판결). 사실관계의 확정 내지 판단이 상이한 결론을 초래함을 극명하게 보여주는 사례이다.

공소의 9차장이 사직하자 이 사건 회사는 2006. 7. 10. 공소의 10을 신규채용하여 도로부의 차장으로 배치하고 파업에 참여하지 않은 다른 직원들과 함께 위 업무를 수행하게 한 사실, 한편 이 사건 회사는 2006년 4월 초순경 발표된 경영합리화를 위한 구조조정계획에서 13명의 감원을 목표로 하였는데 2006. 6. 30.까지 그보다 훨씬 많은 27명이 사직하였고, 2006. 6. 30. 기준으로 볼 때 이 사건 회사의 구조부의 경우 14명에서 9명으로 인원이 감소되었고 도로부의 경우 원래 20명에서 14명으로 인원이 감소되어 인원충원의 필요가 있었던 사실이 있다.

◆ 판단

- [1] 노동조합 및 노동관계조정법 제43조 제1항은 노동조합의 쟁의행위권을 보장하기 위한 것으로서 쟁의행위권의 침해를 목적으로 하지 않는 사용자의 정당한 인사권 행사까지 제한하는 것은 아니므로, 자연감소에 따른 인원충원 등 쟁의행위와 무관하게 이루어지는 신규채용은 쟁의행위기간 중이라 하더라도 가능하다. 결원충원을 위한 신규채용 등이 위 조항 위반인지 여부는 표면상의 이유만으로 판단할 것이 아니라 종래의 인력충원 과정·절차 및 시기, 인력부족 규모, 결원 발생시기 및 그 이후 조치내용, 쟁의행위기간 중 채용의 필요성, 신규채용 인력의 투입시기 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.
- [2] 사용자가 쟁의기간 중 쟁의행위로 중단된 업무를 수행하기 위해 당해 사업과 관계있는 자인 비노동조합원이나 쟁의행위에 참가하지 아니한 노동조합원 등 당해 사업의 근로자로 대체하였는데 대체한 근로자마저 사직함에 따라 사용자가 신규채용하게 되었다면, 이는 사용자의 정당한 인사권 행사에 속하는 자연감소에 따른 인원충원에 불과하고 노동조합 및 노동관계조정법 제43조 제1항 위반죄를 구성하지 않는다.

신규채용 등이 노조법 제43조에 위반되는지 여부는 신규채용 등의 시기에 관계없이 그 목적이 쟁의행위로

인하여 중단된 업무를 대체할 목적으로 이루어졌는지 여부에 따라 판단하여야 한다. 그러므로 쟁의행위기간 중이라 하더라도 쟁의행위 이전부터 계획된 사업확장 또는 신규 채용계획에 따라 근로자를 신규채용하거나 결원을 보충하는 것은 위법한 채용에 해당되지 아니한다고 해석함에 이견이 없다.<sup>40)</sup> 위의 판결은 이러한 해석을 확인해 주고 있으며, 채용 목적과 범위에 관한 판단 기준을 제시하고 있다는 데 그 의의가 있다 할 것이다.<sup>41)</sup>

### 3. 쟁의행위기간 중 대체의 금지

「대체」는 이미 고용되어 있는 근로자로 하여금 쟁의참가자 업무를 대신 수행하도록 하는 것이다. 대체가 금지되는 범위는 「당해 사업과 관계없는 자」에 한정되므로 당해 사업에 이미 고용되어 있는 종업원은 쟁의행위로 중단된 업무에 사용될 수 있다.<sup>42)</sup>

### 4. 대체근로제한규정의 적용범위

- (1) 정당성이 없는 쟁의행위 시 대체근로의 제한규정은 적용되는가?

정당성이 없는 쟁의행위에도 대체근로의 제한규정은 적용되는가에 관해서는 일단 다음과 같이 해석된다. 노조법상 쟁의행위 시 민사상의 면책규정은 비롯한 쟁의행위 관련 법규(형사상의 면책규정은 예외: 노조법 제4조)는 특별한 사정이 없는 한 정당한 쟁의행위를 전제로 하므로, 반대해석상 정당성이 없는 쟁의행위에 대해서는 사용자가 대체근로를 이용하여 업무수행을 계속할 수 있는 것은 당연하다.<sup>43)</sup> 또한 정당성이 없는 쟁의행위는 근로자의 쟁의권 행사의 범위를 벗어난 이상 그로 인하여 업무가 중단된 경우까지 사용자로 하여금 신규채용 또는 대체근로를 금지시킴으로써 그로 인한 손실을 감수하게 하여야 할 이유는 없다 할 것이다.<sup>44)</sup> 따라서 정당성이 없는 쟁의행위의 경우에는 대체근로금지규정은 적용되지

40) 김유성, 「노동법Ⅱ」, 1999, 299면.; 박재필, 앞의 논문, 1067면; 이상윤, 「노동법」, 832면; 윤찬성, “파업기간 중 비조합원의 대체근로 가능 여부”, 「노동법률」(1996년 1월호), 중앙경제사, 40면; 노동부 1989.9.20. 행정해석 노사32281-13673.

41) 도재형 교수는 이 사건 판결은 그 동안 제43조 제1항의 해석과 관련해, 학설상으로도 다뤄졌던 채용 목적에 관한 판단 기준을 구체적으로 제시했다는 점에 그 의의가 있다고 한다(「쟁의행위기간 중 근로자채용」, 「노동법률」, 2009.3, 71면. 같은 취지: 박수근, 앞의 논문, 218면).

42) 김유성, 「노동법Ⅱ」, 1999, 299면.

43) 같은 취지 박수근, 앞의 논문, 211면.

않는다는 것에 대해 이견이 없다.<sup>45)</sup> 판례 또한 불법파업 시 대체근로의 인정에 관해서는 이견이 없고, 다만 대체근로(투입)비용과 관련된 손해배상의 범위만이 문제될 뿐이다.<sup>46)</sup>

## (2) 직장폐쇄 중 사용자의 조업계속권(대체근로)은 인정되는가?

노조 및 조정법 제43조 제1항은 일정한 범위 내에서 쟁의행위기간 중의 사용자의 조업계속을 허용하고 있다. 그런데 사용자가 직장폐쇄를 하고 난 후에도 여전히 조업을 할 수 있는지가 문제될 수 있다. 노사관계 실태에서는 근로자 측의 쟁의행위에 대해 사용자가 직장폐쇄를 통하여 파업조합원을 퇴거시키고 비조합원이나 파업 미참가자들을 대상으로 부분조업을 강행하는 경우가 많고 이로 인해 조업의 계속여부를 둘러싼 노사 간의 갈등이 심화되는 경우가 많다.

직장폐쇄 중 사용자의 조업계속권(대체근로) 인정에 대한 부정적 견해와 그 논거는 다음과 같다. 첫째, 직장폐쇄는 조합원과 비조합원을 막론하고 파업에 참가하지 않고 조업에 참가하고 있는 근로자 전체를 대상으로 하는 것이기 때문에 직장폐쇄 중에 조업을 계속한다는 것은 모순이며, 조합원들만을 대상으로 직장폐쇄를 하고 비조합원을 사용하여 조업을 계속하는 것은 허용되지 않는다는 견해가 있다.<sup>47)</sup> 이 견해는 직장폐쇄는 파업으로 인해 기업의 기능이 전면적으로 마비되어 어떠한 생산활동도 불가능하게 되는 경우 또는 기업이 도저히 수인할 수 없는 과도한 침해가 가해지는 경우에 허용되는 것이기 때문에, 그러한 상황에 처한 기업이 직장폐쇄를 하면서 한편으로 조업을 계속한다는 것은 사용자가 무의미한

조업을 강행하는 것이 아닌 한, 처음부터 직장폐쇄가 허용될 수 있는 조건이 충족되지 않았으므로 위법한 직장폐쇄가 된다고 한다. 둘째, 직장폐쇄는 근로자가 근로의 제공을 희망함에도 불구하고 사용자가 일시적으로 노무를 제공할 수 없는 상태를 창출하는 것인데 직장폐쇄를 하면서 한편에서 조업을 행할 수 있다는 것은 의문이다. 쟁의의 본질은 임금과 이윤의 상실이다. 그런데 직장폐쇄 중의 조업은 사용자가 근로자에게는 임금을 지불하지 않으면서 자신은 이윤을 상실하지 않겠다는 것으로 이는 노사의 손해의 균형을 파괴하는 것이고 직장폐쇄의 인정 근거인 노사(쟁의)대등의 실현에도 합치하지 않는다는 견해가 있다.<sup>48)</sup>

사용자에게 직장폐쇄를 인정하는 근거는 어디까지나 사용자의 쟁의대항수단을 용인하지 않을 수 없는 노사균형론에서 구해야 한다. 이러한 노사 간의 균형관계는 근로자들에게 헌법상 노동3권을 보장함으로써 「협약자치」를 실현할 수 있도록 한 것은 이러한 제도 자체를 통하여 근로자들의 실질적 평등을 확보하려는 것이다. 직장폐쇄의 정당성을 인정받기 위한 가장 중요한 요건으로서 근로자들의 집단적 업무저해행위가 사용자에게 손해를 끼치게 되어 사용자가 이에 대항해서 노무수령을 집단적으로 거부하지 않으면 현저한 불이익을 입게 되는 경우라고 이해된다.<sup>49)</sup> 따라서 근로자 측의 쟁의행위에 의하여 노사 간의 세력균형이 파괴되어 사용자 측에서 현저하게 불리한 압력을 받는 경우에는 형평의 원칙에 비추어 사용자측에서도 이러한 압력을 저지하고, 노사 간의 세력의 균형을 회복시킬 수 있는 대항수단이 인정되지 않으면 안 된다. 이러한 대항수단으로서 사용자는 다음과 같은 것을 고려하여 선택할 수 있을 것이다. 우선 사업장 전체에 대해 직장폐쇄를 하는 방법, 아니면 직장폐쇄를 하지 않고 파업에 참가하지 않는 근로자들을

44) 황용연, '파업적업과 대체근로금지', 「2001년도 2학기 고려대학교 대학원 세미나 자료집」, 2001, 84면.

45) 이와 관련하여 임중률 교수는 종래에는 대체근로의 금지규정은 쟁의행위의 정당성 여부를 불문하고 모든 쟁의행위에 적용된다는 견해를 취하였다가, 현재는 정당한 쟁의행위에 대해서만 적용된다고 견해를 수정하였다(앞의 책, 190면).

46) 지하철공사 노동조합의 불법파업으로 인한 손해액을 산정함에 있어 사용자인 지하철공사가 무노동 무임금의 원칙에 따라 지출하지 않은 미지급 임금 중 지하철공사가 지출한 대체투입비를 초과하는 부분을 운수수입 감소분에서 공제하여야 한다고 본 사례(대법원 2006.10.27. 선고 2004다12240 판결 【손해배상(기)】); 노동조합의 불법쟁의행위로 인하여 여객 및 화물운송 업무를 수행하는 사용자가 입은 영업상의 손해는 일실이익으로서 이 사건 파업과 상당인과관계가 있는 손해라고 할 것인바, 그 산정방법은 운수수입 결손금과 대체투입비용에서 절감된 인건비, 연료비, 기타 필요비용을 공제하는 방식으로 산출해야 할 것이다(대체투입비용(철도의 정상운영을 위하여 투입한 비용): 갑 제15호증, 제18 내지 19호증의 각 기재에 변론 전체의 취지를 종합하면, 원고는 이 사건 파업기간 중 철도운행을 정상화시키기 위하여 파업에 참여하지 않은 직원들로 하여금 비상근무를 하도록 함으로써 비상근무가 시작된 날인 2006. 2. 28.부터 2006. 3. 6.까지 그에 대한 초과근무수당을 지급하였고, 파업에 참여하지 않은 직원들만으로는 철도운행을 제대로 하기 어려워 퇴직자, 군인, 내부 직원, 기타 인력과부지원인력 등을 지원받아 철도 운행 인력으로 투입함으로써 이들에 대한 급여를 지급하였으나, 그 금액은 합계 19억 61,550,500원인 사실이 인정된다. 이는 원고가 공익적 입장에서 철도운행의 전면 중단이라는 사태를 막기 위해 필요한 비용의 지출로서 충분히 예상할 수 있는 것이므로, 위 비용 역시 이 사건 파업과 상당인과관계 있는 손해라 할 것이다)(서울서부지법 2007.10.26. 선고 2006가합8658 판결 【손해배상(기)】 항소 <철도파업 손해배상 사건>).

47) 박제성, '직장폐쇄', 「노동법의 쟁점과 과제」(김유성교수 화갑기념논문집), 2000, 526면.

48) 조임영, '직장폐쇄의 개념 및 성질', 「노동법연구」 17호, 2004.12.

49) 김형배, 앞의 책, 958-959면.

사용하여 조업을 계속하는 방법 또는 파업참가근로자들에 대해서는 직장폐쇄를 하고 파업불참근로자와 대체가 능한 근로자를 사용해 조업을 계속하는 방법 등이다.<sup>50)</sup> 그리고 직장폐쇄가 근로자의 노무제공의 수령을 거부하는 것을 내용으로 하는 결과, 그 한도에서 사용자의 조업정지가 일어나는 것은 당연하지만, 이것은 사용자가 노무제공의 수령을 거절하는 상대방인 근로자와의 사이에 생겨나는 상대적인 현상에 불과한 것이다. 그러므로 따로 노무제공을 하는 근로자가 있는 경우에 사용자가 그 노무제공에 의해 조업을 유지하는 것과는 반드시 모순되는 것이라 할 수 없다. 무엇보다 직장폐쇄 중에 있어서의 사용자의 조업의 자유를 부정할 아무런 이유도 없는 것이다.<sup>51)</sup> 따라서 사용자는 쟁의행위의 대항수단으로서 직장폐쇄 중의 대체근로는 원칙적으로 허용된다고 생각된다.

다만, 사용자가 직장폐쇄를 한 상태에서 근로를 희망하는 노동조합원에 대해 취업을 시키는 경우는 결과적으로 개별근로자를 기준으로 한 직장폐쇄가 되고 자칫 부당노동행위를 유발시킬 우려가 있으므로,<sup>52)</sup> 직장폐쇄 시 대체근로의 허용문제는 부당노동행위제도와의 관련 속에서 좀 더 검토해야 할 필요가 있다.<sup>53)</sup>

#### IV. 비교법적 검토 - 외국의 입법례 -

외국의 경우 대부분 대체근로 금지나 허용 여부에 관한 명문규정은 없는 것으로 보인다. 다만, 대개의 국가들은 쟁의권과 사용자의 영업의 자유의 조화 차원에서 대체근로를 대체로 인정하고 있다.

#### 1. 독일

우리나라처럼 쟁의행위 중 신규채용 또는 대체근로를 금지하는 규정은 없다. 다만, “파견근로자 규율에 관한 법”에서 파견근로자를 사용하는 사업장에서 파업이 발생한 경우 파견근로자는 근로를 제공할 의무가 없으며, 파견사업주는 취로거부권을 고지하여야 함을 규정<sup>54)</sup>하고 있다. 이러한 점에서 파견근로자 외의 경우 대체근로의 허용문제는 입법에 의해서 해결되기 보다는 법원실무의 해석론에 의존하고 있다고 볼 수 있다.

사용자는 파업으로 중단된 업무에 대하여 비조합원이나 근로를 제공하기를 희망하는 근로자로 하여금 대체근로를 할 수 있고, 외부 근로자를 신규로 채용하거나 제3자에게 도급 또는 하도급을 줄 수 있다.<sup>55)</sup>

쟁의행위기간 중 파업에 참가하지 않은 근로자들은 사용자의 대체근로(파업작업) 지시에 응해야 할 의무를 부담하는가? 이에 관해서는 다음과 같이 경우를 나누어 살펴보아야 할 것이다.

첫째, 대체근로가 근로계약상의 근로제공의무에 속하는 경우이다. 이 경우 근로희망자는 그의 근로계약상 합의된 작업의 종류에 속하는 일을 수행할 의무를 부담하므로, 사용자의 대체근로의 지시를 거절할 수 없으며, 이를 거절하는 경우 근로계약 위반으로 인한 책임을 부담한다. 다시 말하면 근로자는 동료근로자나 다른 사업장 근로자의 파업의 실효성확보를 위해서 근로계약상 의무 지워진 노무급부를 거부할 권리를 가지고 있는 것은 아니다. 다만 근로자가 이러한 방법으로 쟁의행위에 영향을 끼치고 싶어 한다면, 스스로 쟁의행위에 - 그것이 적법인 것에 한해서만 - 참가해야만 한다.<sup>56)</sup>

둘째, 대체근로가 근로계약상 근로제공의무에 속하지 않는 경우이다. 파업에 참가하지 않은 근로자의 근로제

50) 황용연, 앞의 논문, 85면 참고.

51) 일본에서는 직장폐쇄는 노무수령을 집단적으로 거부하는 행위이므로 사용자는 조업을 중단해야만 하는 것이 아니라, 직장폐쇄의 대상으로 된 근로자 이외의 근로자로서 조업을 계속하는 것은 얼마든지 가능하다는 것이 통설(東京大學勞働法研究會, 「注釋勞働組合法(上卷)」, 593면)과 판례의 태도(金星製紙事件—高知地決 昭35·12·13, 勞民 11권 6호, 1417면; 西日本新聞社事件—福岡高判 昭40·11·1, 勞民 16권 6호, 819면; 目黒製作所鳥山工場事件—宇都宮地決 昭36·4·28, 勞民 12권 2호, 243면)이다. 또한 사용자는 파업과 직장폐쇄 시 다른 근로자들로 사업을 지속시키기 위해서 대체노동력을 사업장 내로 투입할 수 있는 것이 독일법의 대원칙이다(BAGE 23, 292, 314, BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf).

52) 1994.11.21. 조정 688107-338. 참고로 독일에서는 사용자가 전략적인 관점에서 행하는 소위 선택적직장폐쇄(Selektivaussperrung), 예를 들면 쟁의참가조합원만을 또는 쟁의주도조합원만을 선택적으로 폐쇄하는 직장폐쇄는 단결권침해의 위험이 있기 때문에 위법이라는 판결이 있다(BAG Ur. v. 10. 6. 1980 - 1 ARZ 331/79, BB Beilage 4/1980 zu Heft 18/1980, S. 24).

53) 나아가 조합원을 배제하고 조업을 하기 위해 직장폐쇄를 하는 것은 조합원과 비조합원을 차별하는 것으로 부당노동행위에 해당할 수도 있다는 견해가 있다(조임영, 앞의 논문).

54) 독일 근로자파견법 제11조 제5항 : 파견근로자는 사용사업주의 사업장에 파업이 발생하여 사용사업주가 쟁의행위에 직접적으로 관련된 경우에 사용사업주를 위하여 활동할 의무가 없다. 전항에 따른 쟁의행위의 경우에 파견사업주는 파견근로자에게 노무도급을 거절할 수 있는 권리에 대하여 주지시켜야 할 의무가 있다.

55) 김영문, “독일의 파업이 대체근로”, 선진국의 대체근로에 관한 연구, 경총 노동경제연구원, 2004. 5, 30-71쪽.

56) Löwisch, Arbeitsrecht, 3.Aufl., 1991, Rn.369; Söllner in FS Moliter, S.333, 347f.

공의무는 쟁의행위에 의해 확장되는 것은 아니다. 따라서 근로자는 생산정지의 영향완화를 위한다는 명분으로 본래 계약상 의무로 부과되어 있지 않은 급부를 이행할 의무는 없다. 다시 말하면 쟁의행위기간이라 해서 계약 내용과 전혀 다른 종류의 작업을 해야 할 의무를 부담하는 것은 아니다.<sup>57)</sup> 사용자가 파업불참근로자에게 지휘명령권에 근거하여 근로제공을 요구한 경우, 해당 근로자는 민법 제2조[신의성실의 원칙]에 근거하여 그것을 거부할 수 있다. 왜냐하면 동료근로자들의 쟁의행위를 방해하는 것과 같은 행위(배신행위)를 근로자에게 기대할 수 없기 때문이다.<sup>58)</sup> 근로자는 파업 효과의 감소에 기여하도록 의무 지워져 있지 않다.<sup>59)</sup>

## 2. 미국

미국은 사용자가 파업 중인 근로자를 대신하여 대체 근로자를 사용할 수 있다. 그러나 이에 대한 직접적인 현행규정은 없으며 다만 근로자의 파업에 대한 권리(전국노동관계법 제7조), 사용자의 부당노동행위(동법 제8조 (a)(1)), 파업 중 근로자의 권리와 지위(동법 제13조와 제2조 (3)) 등을 전국노동관계법에서 명시하고 있다. 반면, 판례는 '파업 중인 근로자 대체원칙(The Striker Replacement Doctrine or Mackay Doctrine)'에 따라, 사용자는 파업 중 사업을 유지하기 위하여 영구적인 대체 근로자(Permanent replacement workers)를 고용할 수 있다고 판시하고 있으며 현재까지 이 원칙을 유지하고 있다. 이에, 몇몇 주들은 파업 중인 근로자 대체원칙을 법률로 규정하고 있다.<sup>60)</sup>

한편, 전국노동관계위원회는 파업이 합법 또는 불법이냐를 판단하여 합법인 경우, 사용자는 파업 중인 근로자를 영구적 또는 임시적으로 대체할 수 있는 권리를 갖게 되며, 파업 중인 근로자는 파업 종료 후, 복직할 수 있는 권리를 갖게 된다는 것을 명시하고 있다. 합법적인 파업은 두 종류로 나뉘는바, 경제적 파업과 사용자의 부당노동행위에 대한 파업이다.

경제적 파업은 사용자로 하여금 파업 중인 근로자를

대체할 수 있으며 사용자가 선의의 영구적인 대체근로자(Bona fide permanent replacements)를 고용하는 경우, 파업 근로자는 그 시점에 복직할 권리를 보호받지 못한다. 반면, 사용자의 부당노동행위에 대한 파업은 파업 중인 근로자를 영구적으로 해고하거나 대체할 수 없다. 다만, 전국노동관계위원회는 사용자에게 일시적인 대체 근로자를 사용할 수 있도록 허용하고 있다.<sup>61)</sup> 따라서 파업이 종료된 후, 파업 중인 근로자는 대체 근로자가 해고될 지라도 복직할 권리가 있다.

결론적으로, 미국은 파업 중 대체근로는 판례에 의하여 도출되는 것이며, 사용자가 파업 중인 근로자를 영구적으로 대체할 수 있는 권한은 근로자의 경제적 파업에 한하는 것임을 알 수 있고 임시적으로 대체할 수 있는 권한은 경제적 파업과 사용자의 부당노동행위파업 모두 가능하다는 것을 알 수 있다.

## 3. 영국

우리나라의 노동조합 및 노동관계조정법에 상응하는 영국의 Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992(TURLCA 1992)는 우리 법 제43조 (사용자의 채용제한)와 같은 포괄적인 대체근로자 채용제한 규정을 갖지 않고 있다. 대신 The Conduct of Employment Agencies and Employment Businesses Regulations 2003 (SI 2003/3319)의 제7조(Regulation 7 Restriction on providing work-seekers in industrial disputes, 아래 인용)가 쟁의행위 중인 근로자를 대체하기 위해 임시파견근로자를 공급하는 것을 금지하고 있다. 따라서 영국은 파업근로자를 대체하기 위해 파견근로자를 사용할 수 없다는 실정법 규정을 가지고 있다고 말할 수 있다. 다만 이 규정은 사용자가 파업 중인 근로자의 업무를 대신할 근로자를 직접고용하는 것을 금지하는 것은 아니기 때문에 대체근로를 위한 단기근로자 직접고용은 허용된다고 해석된다.

그런데 2015년 7월 보수당 정부는 기존 TURLCA 1992를 포함한 집단적 노사관계법 전반에 큰 변화를 가

57) Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6.Aufl., 2008, S.451; Löwisch, Arbeitsrecht, 3.Aufl., 1991, Rn.369.

58) Löwisch, a.a.O., Rn.370.

59) Rütters, Solidaritätprinzip und Vertragstreue im Arbeitskampf, ZfA 1972, 403ff.

60) Minnesota Striker Replacement Law, Minn.Stat.Sec. 179.12(9) (1993).

61) Scobell Chem. Co., 121 N.L.R.B. 1130, 1132 (1958).

저울 수 있는 Trade Union Bill을 제안했다. 많은 내용을 담고 있는 이 법안은 특히 적법한 쟁의행위의 성립요건을 이전보다 더욱 엄격하게 하고 있고, 특히 법안 내용 중 하나로 쟁의행위 중 사업장에 파견근로자 사용을 금지하는 규정을 폐지하는 것이다.

영국에서 익히 볼 수 있는 파업은 - 최근의 영국전철 노조 파업의 경우에서 보이듯 - 2~3주에 걸쳐 매주 수요일 하루 혹은 화요일 저녁부터 목요일 아침까지 만 48시간 동안 파업하는 등 파업의 비용은 최소화하고 효과를 극대화하려는 모습을 보이고 있다. 이러한 경우 사용자 입장에서 단기근로자를 직접 고용한다는 것은 다소 어려울 수 있기 때문에 만약 파견근로자를 사용할 수 있다면 파업의 효과가 상당부분 감소될 것이다. 즉 파업 시 대체근로의 전면사용으로 파업의 효과를 감소시키려는 것이 그 주목적인 것이다.

#### 4. 소결

주요 외국의 사례에서 보듯이 주요 외국은 대체근로를 제한하는 특별한 입법 규정을 두고 있지 않거나(예, 미국, 일본 등), 제한하는 경우에도 기간제 근로계약 또는 파견근로계약을 이용한 대체근로를 금지(예, 프랑스)하는 정도이다.<sup>62)</sup> 특히 최근 영국은 파업 시 대체근로의 전면사용으로 파업의 효과를 감소시키려고 그나마 존재하였던 쟁의행위 중인 근로자를 대체하기 위해 임시파견근로자를 공급하는 것을 금지하였던 규정도 삭제하려 하고 있다.

### V. 쟁의행위기간 중 대체근로 제한 및 기본권 (영업의 자유, 경영권)과의 관계

무기대등성의 관점에서 근로자의 파업권을 보장한다면 그에 대한 사용자의 대체인력투입권도 보장되어야 한다. 이때 현행법처럼 사업장 내의 대체인력 사용으로 제한되어서도 안 되고, 하도급을 금지하는 형태로 되어서도 안 된다. 왜냐하면 근로자들의 대다수가 파업에 참가

하거나 핵심인력이 파업에 참가하는 경우 사용자는 직장 폐쇄이외에는 대항수단이 없어 사업장 내의 대체인력 사용은 무용지물이 된다. 따라서 대체인력 사용을 사업장 내로 국한하는 것은 영업의 자유나 직업 행사의 자유와 같은 사용자의 기본권 침해의 여지가 있다. 또한 근로자의 파업권의 형해화를 우려하여 대체인력 사용을 제한하는 것은 너무 일방적인 생각이다. 왜냐하면 근로자의 단체행동권은 절대적인 것이 아니라 사용자의 기본권과 조화를 이루어야 하기 때문이다. 사업장 내의 인력만으로는 조업이 불가능한 경우에 대체인력 사용의 금지는 이미 사용자의 기본권의 본질적 내용을 침해하는 것이다. 또한 앞에서 본 바와 같이 대부분의 선진제국에서는 대체근로를 원칙적으로 인정하고 있다. 따라서 사용자의 대체인력을 사업장과 사업장 밖을 구별하지 말고 원칙적으로 허용하되 노동조합에게는 피케팅의 활용에 의해서 대체인력의 투입을 저지하게 하는 것이 무기대등성의 원칙에 합당한 것이다. 그러나 무엇보다도 대체근로의 원칙적 허용이 갖는 의미는 한국노사관계 현실이 갖는 무분별한 파업권의 남발에 대한 제동장치로서 기능할 수 있다는 것도 고려해야 할 것이다.<sup>63)</sup>

외국법제와 우리 법제를 형식적으로 비교하자면 우리의 경우 대체근로에 대한 법적제한의 정도가 상대적으로 엄격하다. 그러므로 우리와 같이 대체근로금지를 폭넓게 인정하는 것은 헌법상의 사용자의 재산권 또는 직업의 자유를 제한하는 문제를 야기한다고 할 수 있다. 우리 헌법의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고, 경제활동의 자유와 자유경쟁을 존중하는 자본주의적 자유시장경제를 골간으로 하면서, 자유시장경제에 수반되는 모순들을 제거하고 사회정의와 경제민주주의를 실현하기 위한 국가적 규제와 조정을 광범하게 인정하고 있는 사회적 시장경제질서 또는 민주적 시장경제질서라고 할 수 있다.<sup>64)</sup> 그리고 헌법재판소는 우리나라 헌법이 사유재산과 사적 자치 및 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하는 헌법 제119조 제1항을 근거로 시장경제 혹은 자유시장경제를 경제의 기본질서로 하고 있지만, 다른 한편에서 우리 헌법이 사회국가원리를 수용하고 있고, 또한 헌법 제119조 제2항 및 제120조 이하의 규정에 따라 경제에 대한 광범위한 규제와 조정이 가능하다는 태도를 취하고

62) 일본, 독일, 프랑스에서의 대체근로에 관한 구체적 내용은 이정 외, 선진국의 대체근로에 관한 연구, 한국경영자총협회 부설 노동경제연구원, 2004를 참고

63) 이에 관해서는 김영문, "노사관계법과 제도 선진화 방안에 대한 비판적 고찰", 노사포럼 제23호(경총 노동경제연구원), 2002, 45쪽 이하 참조.

64) 허영, 『한국헌법론』, 166면 이하 참고.

있어,<sup>65)</sup> 학설과 거의 동일한 입장이라고 판단된다. 일반적으로 사회적 시장경제질서는 갈등관계에 놓여 있는 기본권 상호간의 진테제(Synthese)로서 이해된다. 이 경제질서하에서는 일정한 제한하에서의 사적 소유의 자유, 일반원리로서의 계약 및 경쟁의 자유 그리고 직업활동의 자유를 한편으로 하고, 이른바 사회국가원리에 기초한 사회적 또는 생존권적 기본권을 다른 한편으로 하여 양자의 조화가 추구되고 있기 때문이다.<sup>66)</sup> 특히 채용 및 해고와 관련하여 근로자와 사용자의 서로 대립하는 기본권상의 지위, 즉 기본권상의 갈등관계에 있어서 일반적으로 사용자는 처분의 자유(근로자의 채용 및 해고와 관련하여)에 대한 일정한 이익을 향유하고, 반면에 근로자는 기존의 근로관계에 대하여 그 존립보호의 이익을 향유하는 것으로 이해될 수 있다.<sup>67)</sup> 다시 말해 이를 헌법상의 기본권으로 환원하여 보면 기업가는 헌법 제10조, 제15조 및 제23조를 근거로 하여(다시 말하면 직업의 자유와 행복추구권에서 도출되는 일반적 행동자유권으로부터 경제적 활동의 자유 및 직업의 자유와 재산권에 관한 자유와 결합하여) 가능한 한 무제한적으로 경영상의 결정의 자유를 향유하려는 데 큰 이해를 가진다. 기업의 헌법적 좌표를 살펴보면, 기업은 어디까지나 기본권의 주체이지 기본권의 객체는 아니다. 기업은 헌법이 보장하는 계약의 자유, 재산권, 직업의 자유, 결사의 자유 등을 주장하고 국가에 대해서 그 존중을 요구할 수 있는 기본권의 주체이다. <sup>68)</sup>

위에서 살펴본 바와 같이 우리나라의 경제질서는 재산권의 보장과 개인의 자유로운 경제적 활동 및 창의를 바탕으로 하고 있으므로 이를 실현하기 위해서도 기업재산의 보호와 자유롭고 창의적인 경제활동의 보호에 상응하는 권리가 인정되지 않으면 안 된다. 다시 말하면 헌법은 개인의 경제상의 자유와 창의를 존중을 기본적 바탕으로 하는 자본주의적 자유시장경제질서를 보장하고 있으며, 이러한 경제질서는 구체적으로 재산권행사의 자유(헌법 제23조 제1항)와 직업의 자유(헌법 제15조)의 보

장에 의하여 실현되고 있다. 헌법은 직업선택의 자유라고 표현하고 있으나, 직업선택의 자유는 직업의 자유와 연결되는 것으로서 직업과 관련된 종합적이고 포괄적인 자유를 뜻한다. 그리고 직업의 자유를 보호한다는 것은 직업 또는 영업활동상의 자유, 즉 직업행사의 자유를 당연히 그 내용으로 포함하는 것이다. 구체적으로 직업행사의 자유는 기업의 조직 및 법적 형태의 선택의 자유, 직업적 처분의 자유(즉 투자의 자유, 생산품목의 선택·판매와 이와 관련된 자유로운 계약 및 가격결정의 자유, 인력수급의 자유) 등이 포함된다. 우리 헌법재판소는 직업의 자유에는 기업의 자유가 포함된다는 견해를 밝히고 있다.<sup>69)</sup> 그리고 직업의 자유는 자연인만이 아니라 법인 즉 기업도 그 향유주체가 된다는 것은 이미 언급한 바와 같다.<sup>70)</sup> 이상의 내용을 종합해보면 직업의 자유는 자연인과 법인의 주관적 권리(주관적 공권)로서 그 보호내용은 자유시장경제질서하에서 경제·사회질서를 형성하는 기본요소로서의 성격을 갖는다.<sup>71)</sup> 따라서 직업의 자유가 사인에 의하여 침해되는 경우에 관련 법률에 의해서 충분히 보호되지 못할 때에는 직업자유 기본권규정이 직접 또는 간접으로 침해자에 대해서 적용될 수 있다는 것이 유력한 견해이다.<sup>72)</sup> 이와 같이 자연인과 법인 즉 기업이 영업활동을 할 수 있는 자유는 직업자유 보장에 의해서도 구체적인 권리(기본권)로서 보호의 대상이 되고 있다.<sup>73)</sup>

그러므로 헌법(제37조 제2항)이 정한 기본권제한의 한계규정(본질적 내용의 침해금지규정)은 기업의 기본권을 법률로 제한하는 경우에도 당연히 존중되어야 한다. 그런데 법인의 경영활동을 법률로 제한하는 경우 침해되는 기업경영의 본질적 내용은 바로 인력수급의 자율성이다. 기업이 인력수급을 자유롭게 하지 못하게 과잉 제한하는 법률은 기업경영의 본질적 내용을 침해하는 것일 수 있다.

동 조항이 사용자의 영업의 자유 또는 사용자의 재산권, 즉 경영권을 침해하는지 여부에 대한 헌법재판소의

65) 헌재 1999.7.22, 98헌가3; 헌재 1996.4.25, 92헌바47; 헌재 1995.7.21, 94헌마125.

66) 허영, 『헌법이론과 헌법』, 1995, 280면 이하, 583면 이하, 599면 이하 참고.

67) Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S.204.

68) 허영, "구 파견근로자보호 등에 관한 법률 제6조 제3항 본문의 헌법적 검토", 2011, 5-6면 참고.

69) 헌재 1998. 10. 29, 97헌마345.

70) 헌재 1996. 3. 28, 94헌바42.

71) 계획열, 『헌법(중)』, 2000, 461면; 헌재 1995. 7. 21, 94헌마125; 헌재 1997. 4. 24, 95헌마273.

72) 계획열, 앞의 책, 463면.

73) 김형배, "단체교섭권과 경영권", 『노동법학』 제18호, 2004.6, 67-68면.

직접적인 판단은 아직 없는 듯하다. 다만 최근 헌법소원 제기 사례가 있었으나, 헌법재판소는 기본권 침해사유가 발생하였음을 안 날로부터 90일이 지난 후에 제기되어 청구기간이 초과된 청구로서 부적법하다고 하였다.<sup>74)</sup> 이제는 대체근로의 금지가 헌법상 기본권을 침해하는지 그리고 노동3권과의 관련에서 어떻게 조화롭게 접근을 찾아야 하는지 헌법재판소의 판단도 필요할 것으로 보인다.

## VI. 결론 - 대체근로금지규정의 삭제 -

외국법제와 우리 법제를 비교하여 우리의 경우 대체근로에 대해 포괄적으로 대체근로를 금지하는 국가는 거의 없는 것으로 확인되었고, 또한 우리나라와 같이 대체근로금지를 폭넓게 인정하는 것은 헌법상의 사용자의 재산권 또는 직업의 자유를 제한하는 문제를 야기한다는 결론을 도출하였다. 그러나 이 규정의 입법취지가 이와 같더라도 다른 나라에서는 찾아볼 수 없는 독특한 입법례이고, 사용자에게 보장된 계약의 자유와 조업 내지 영업의 자유의 기본권을 침해할 소지가 있다는 것 등으로 그 타당성에 관해 계속 논란이 제기되고 있다.

다시 한 번 강조하지만 근로자의 노동3권 행사는 근로자들이 사용자와 대등한 지위에서 공정한 거래를 목적으로 행해져야 한다. 그러나 파업 중 대체근로금지규정은 노조의 합법적 파업에 대해 사용자의 대항적 조치를 봉쇄하기 때문에, 사용자인 회사는 그저 감내할 수밖에 없는 것이 산업현장의 현실이다. 이제라도 노조나 조합원들의 쟁의행위 즉 파업의 남용을 방지할 수 있는 방안을 모색해야 한다.

특히 무기대등성의 관점에서 근로자의 파업권을 보장한다면 그에 대한 사용자의 대체인력투입권도 보장되어야 한다. 이때 현행법처럼 사업장 내의 대체인력 사용으로 제한되어서도 안 되고, 하도급을 금지하는 형태로 되어서도 안 된다. 왜냐하면 근로자들의 대다수가 파업에 참가하거나 핵심인력이 파업에 참가하는 경우 사용자는 직장폐쇄이외에는 대항수단이 없어 사업 내의 대체인력 사용은 무용지물이 된다. 따라서 대체인력 사용을 사업 내로 국한하는 것은 영업의 자유나 직업 행사의 자유와 같은 사용자의 헌법상 기본권을 침해하는 위헌적 소지가

높은 것이다. 또한 근로자의 파업권의 형해화를 우려하여 대체인력 사용을 제한해야 한다는 것은 파업권의 본질을 잘못 이해한 것이다. 파업권 보장은 사용자의 경제활동(영업이나 조업의 계속)을 불편하게 하는 것이지 경제활동(영업이나 조업의 계속) 자체를 봉쇄할 수 있는 권리가 아니기 때문이다. 노조의 파업에 적극적인 대항수단이 없는 기업은 조업 손실을 막기 위하여 노조의 부당한 요구까지도 들어줄 수밖에 없는 것이 작금의 현실이다. 특히 대기업 정규직근로자들이 강력한 노조를 형성하여 과도한 근로조건을 관철시키기 위하여 행사하는 파업의 남용을 억제할 수 있는 제도적 대항수단이 없어 과도하고 부당한 요구를 그대로 수용할 수밖에 없는 현실은 대기업과 중소기업 근로자간의 격차를 더욱 벌리게 하는 원인, 이른바 노동시장 양극화 현상의 주된 원인이다.

따라서 법리적으로 위헌적 소지가 높고 외국에서의 입법례를 찾기 어려우며 우리나라 노동시장의 양극화 내지 노사관계의 악화현상을 초래하고 있는 쟁의행위 기간 중 대체근로금지규정은 조속하게 개정되어야 한다.

앞에서도 보았듯이 대체근로금지규정의 개정과 관련하여 영국의 최근의 움직임이 주목된다. 특히 법안 내용 중 하나로 쟁의행위 중 사업장에 파견근로자 사용을 금지하는 규정을 폐지하는 것이다. 영국에서 익히 볼 수 있는 파업은 —최근의 영국전철노조 파업의 경우에서 보듯이— 2~3주에 걸쳐 매주 수요일 하루 혹은 화요일 저녁부터 목요일 아침까지 만 48시간 동안 파업하는 등 파업의 비용은 최소화하고 효과를 극대화하려는 모습을 보이고 있다. 이러한 경우 사용자 입장에서 단기근로자를 직접 고용한다는 것은 다소 어려울 수 있기 때문에 만약 파견근로자를 사용할 수 있다면 파업의 효과가 상당부분 감소될 것이다. 즉 파업 시 대체근로의 전면사용으로 파업의 효과를 감소시키려는 것이 그 주목적인 것이다.

이렇게 쟁의행위기간 중 대체근로를 금지하는 우리나라의 법제도는 글로벌 스탠다드에도 맞지 않을 뿐만 아니라 우리나라 노동시장의 양극화 내지 노사관계의 악화를 유발하는 주된 원인이 되고 있으므로 하루빨리 개선되어야 한다.

74) 헌재 2008.03.27, 2005헌마138.

## 〈 참고문헌 〉

- 계희열, 헌법(중), 2000.
- 권영성, 헌법학원론, 2002.
- 김도형 외 8인, 「변호사가 풀어주는 노동법Ⅱ」-집단적 노사관계법- 개정 제3판, 민주사회를 위한 변호사모임, 2008.
- 김유성, 「노동법 Ⅱ」, 1999.
- 김준, '쟁의행위기간 중의 대체근로: 쟁점 및 외국의 입법례', 국회도서관 입법조사분석실, 1996.12.
- 김형배, 「노동법」, 2010.
- 김형배, 「필수적 공익사업과 직권중재제도」, 2002.
- 김형배, 「근로기준법(제8판(증보신판))」, 2004.
- 남효순, 「쟁의행위와 근로계약관계」, 1982.
- 노사관계제도선진화연구위원회, 「노사관계법·제도 선진화 방안」, 2003.11.
- 도재형, '쟁의행위 기간 중 근로자채용', 「노동법률」, 2009.3.
- 문무기, '파업시 유지되는 필수유지업무의 범위와 관련조항의 법리적 해석', 「노동법학」 제25호, 2007.12.
- 박수근, '쟁의행위기간 중 대체근로의 허용과 범위', 「2008 노동판례비평」, 2009.
- 박재필, '근로자의 연차유급휴가에 관한 구 근로기준법 제 48조 제1항 위반죄의 성립요건 및 구노동쟁의조정법 제 15조의 규정 의미와 그 위반죄의 성립 여부', 「대법원 판례해설」 35호 (2000 하반기), 2001.6.
- 박제성, '사업개념의 재검토: 가능태로서의 사업', 「노동법의 존재와 당위」(김유성 교수 정년기념논문집), 2006.
- 박제성, '직장폐쇄', 「노동법의 쟁점과 과제」(김유성교수 화갑기념논문집), 2000.
- 박제성, '필수공익사업의 쟁의행위에 대한 새로운 규율: 필수유지업무와 대체근로', 「노동정책연구」 제7권 제3호, 2007.
- 사법연수원, 「노동조합 및 노동관계조정법」, 2008.
- 선진노사문화연구원, 「선진쟁의질서에 대한 연구」, 2009.11.
- 송강직, '대체근로', 「2007 노동법의 쟁점」, 2008.
- 윤찬성, "파업기간 중 비조합원의 대체근로 가능 여부", 「노동법률」, 1996.1.
- 이상윤, 「노동법」, 2007.
- 임종률, 「노동법」, 2009.
- 전광석, '국가와 노동조합: 헌법적 접근', 「한림법학 FORUM」 제5권, 한림대학교 법학연구소, 1996.
- 조임영, '직장폐쇄의 개념 및 성질', 「노동법연구」 17호, 2004.12.
- 하경효, 「노동법사례연습」, 2008.
- 한국경영자총협회, 「선진국의 대체근로에 관한 연구」, 2004.
- 한국경영자총협회, 「쟁의행위 시 대체근로에 관한 법적 검토」, 2002. 2.
- 허영, 한국헌법론, 2002.
- 황용연, '파업작업과 대체근로금지', 「2001년도 2학기 고려대학교 대학원 세미나 자료집」, 2001.
- 東京大學勞働法研究會, 「注釋勞働組合法(上卷)」, 1983.
- 山口浩一郎, 「勞働組合法」(第2版), 1996.
- 石井照久, 「新版勞働法」, 1971.
- 石井照久=萩澤清彦 編, 「判例法學全集勞働法」, 1958.
- 片岡舜, 横井芳弘(共編), 「演習 勞働法」, 1979.
- Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl., 1995.
- Löwisch, Arbeitsrecht, 3.Aufl., 1991.
- Rüthers, Solidaritätsprinzip und Vertragstreue im Arbeitskampf, ZfA 1972.
- Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.III/2, 1994.
- Toshino Yamagauchi, La théorie de la suspension du contrat de travail, 1963.
- Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6.Aufl., 2008.
- Charles E. Wilson, The Replacement of Lawful Economic Strikers in the Public Sector in Ohio., 46 Ohio St. L.J. 639, 642 and accompanying text (1985).
- National Labor Relations Board, The Right to Strike, Lawful and unlawful strikes, <https://www.nlr.gov/strikes>.
- Robert A. Gorman, Basic Text on Labor Law: Unionization and Collective Bargaining 349 (1976).
- <https://www.gov.uk/if-your-business-faces-industrial-action/nonunion-employees-and-strikes>
- <http://www.personneltoday.com/hr/using-agency-workers-during-a-strike-the-legal-position/>
- [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/445289/BIS-15-416-regulation-7.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/445289/BIS-15-416-regulation-7.pdf)