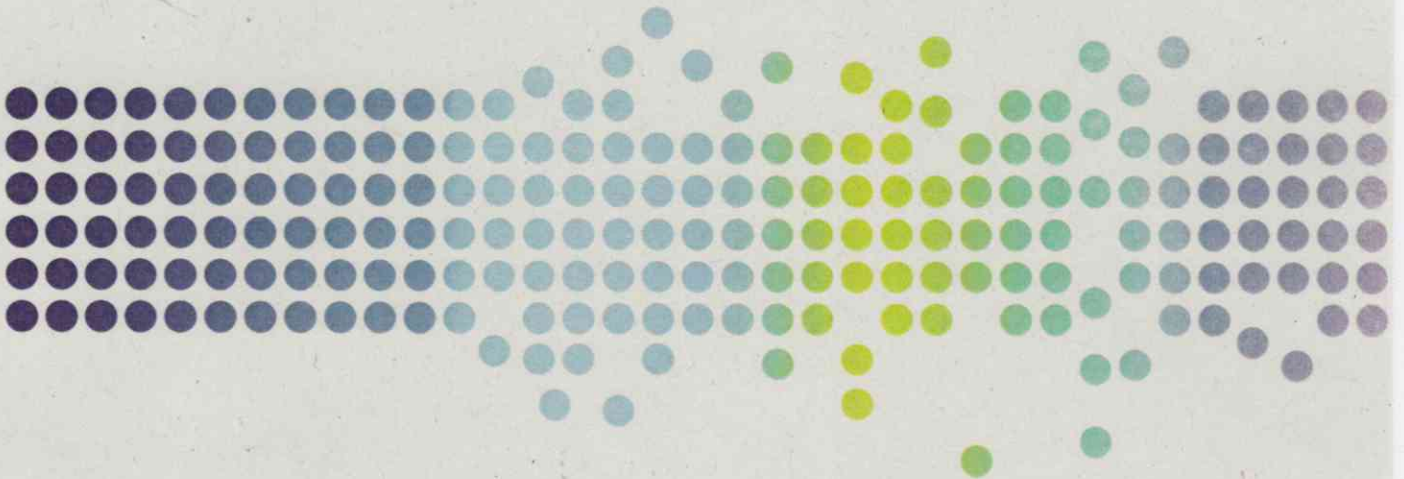


한국노동법학회 · 서울시립대학교 법학연구소
2014년 국제학술대회

쟁의행위와 책임

Industrial Action and Liability

- 일 시 : 2014년 9월 26일(금) 09:30~17:50
- 장 소 : 국회도서관 대강당(지하 1층)
- 주 최 : 한국노동법학회
서울시립대학교 법학연구소
- 후 원 : 한국연구재단



KSLI 한국노동법학회
Korean Society of Labor Law



서울시립대학교
법학연구소

쟁의행위와 책임

— 독일의 상황 —

Wolfgang Däubler (University of Bremen)

I. 서론: 쟁의권

1. 이중적 구조와 파업발생 건수

독일의 파업 발생 건수는 매우 낮다. 독일노동조합연합¹⁾이 발표한 통계자료에 의하면 2013년 약 100만명의 근로자들이 파업에 참가하였다고 한다. 전체 근로자 수가 3,600만 명이라는 점을 감안하면 이는 매우 빈약한 숫자이다. 약 3%의 근로자가 파업에 참가한 것이다. 일반적으로 파업은 몇 시간에 걸쳐 거행해지기 때문에 오직 55만 근무일 만큼의 작업만이 중단되었다.²⁾ 이에 대하여 약간의 설명이 필요하다.

독일에서는 근로자의 이익이 세가지 경로를 통하여 대변된다¹⁾.

1. 사업장 근로자들에 의하여 선출된 근로자대표위원회
2. 대기업 감사회의 근로자를 대표하는 이사
3. 단체협약의 체결을 주된 목적으로 하는 노동조합

세 가지의 경로들은 밀접하게 연계되어 있으며, 그리고 모든 이익대변 활동들이 대략 동일한 방향으로 움직이도록 하기 위한 다양한 공식 및 비공식적인 규칙들이 적용되고 있다. 이러한 기여는 노동조합의 권리, 특히 단체교섭과 파업에 초점이 맞추어져 있다. 그들의 역할은 오직 다른 형태의 분쟁해결 방법을 염두에 둘 때 비로소 이해될 수 있다. 근로자대표위원회 제도에 대한 약간의 설명이 필요하다고 보여진다.

5인 이상의 사업장에서는 반드시 근로자대표위원을 선출하여야 한다. 적어도 사업조직법은 이와 같이 규정하고 있지만, 현실은 매우 다르다. 오직 약 10%의 사업장에만 근로자대표위원이 선출되어 있다. 지금까지 이는 대체적으로 높은 편에 속하지만, 그럼에도 불구하고 전체

¹⁾ WSI - Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut

²⁾ Details see *Dribbusch, Böckler impuls* 5/2014 p.3.

근로자의 약 50%만이 근로자대표위원회에 의하여 대변되고 있다.³⁾ 근로자대표위원회는 해당 사업장의 전체 근로자에 의하여 선출되며, 노동조합의 조합원인지 여부는 법적으로 아무런 의미가 없다. 근로자대표위원회는 매우 정교한 지위를 가지고 있다.

근로자대표위원회는 자신의 역할을 근무시간 중에 수행할 수 있는 권리가 있으며, 회사에 의하여 급여가 지급된다.⁴⁾ 이는 그들의 주례회동과 근로자들과의 교류를 위하여 특히 중요하다. 후자는 근로자대표위원회의 상담시간에 출석하거나 다른 근로자대표위원회와 교류하는 것과 유사한 취급의 대상이 된다.⁵⁾ 근로자들은 자신들의 고충과 의견을 근무시간 중에 임금의 손실 없이 근로자대표위원회에 전달할 권리가 있다. 노동조합의 대변인을 만나는 것은 휴식시간이나 근무시간 전 또는 후에만 가능하다.

200인 이상의 사업장에서는 근로자대표위원 중의 한 명이 전임으로 일하게 할 수 있는 권리를 가진다.⁶⁾ 모든 근로자대표위원의 임금은 그들의 활동을 이유로 축소되지 아니한다. 근로자대표위원들은 역할을 수행하는데 필요한 정보를 얻기 위하여 세미나에 참석할 수 있다. 결근 중에도 이들의 임금과 세미나 참석비용은 사용자가 지불한다.⁷⁾ 이와 비교될 수 있는 노동조합 활동은 존재하지 않는다. 사용자는 근로자대표위원회에 회의실, 사무실, 전화, 컴퓨터 및 인터넷 연결과 같은 필요한 설비를 제공하여야 한다. 노동조합의 대변인에 대하여 유사한 권리를 보장하는 것은 상상조차 할 수 없다. 이는 사용자 측으로부터 노동조합의 독립이 위협받는 것을 고려한 것이다.

근로자대표위원회는 중대한 잘못을 범한 경우에만 해고될 수 있다.⁸⁾ 그러한 경우에 해당되는 경우에도 두 번째 조건이 적용된다. 사용자의 해고는 반드시 근로자대표위원회에 의하여 동의될 것을 필요로 한다.⁹⁾ 만약 근로자대표위원회가 동의하지 않으면, 사용자는 지방노동법원에 판단을 청구할 수 있다. 소송이 계속되는 동안(통상 6개월에서 12개월이 소요된다) 근로자대표위원회는 계속해서 자신의 역할을 수행하고, 사업장에서 일할 수 있다. 다시 한번 말하면, 노동조합의 대변인은 절대 이러한 방법으로 보호받지 못한다.

근로자대표위원회는 사용자로부터 사업장에 관한 모든 정보를 통보 받을 포괄적인 권한을 가지고 있다.¹⁰⁾ 근로자대표위원회는 물론 신문, 인터넷 또는 근로자들과 같은 다른 경로를 통해서도 정보를 얻을 수 있다. 충분한 정보를 가지는 것은 근로자대표위원회가 협의와 공동결정에 관

3) Ellguth, Quantitative Reichweite der betrieblichen Mitbestimmung, WSI-Mitteilungen 56 (2003), 194 - 199.

4) Article 37 § 2 Works Constitution Act.

5) Article 39 § 3 Works Constitution Act.

6) Article 38 § 1 Works Constitution Act.

7) Articles 37 § 6 and 40 Works Constitution Act.

8) Article 15 § 1 Act Protecting against Dismissals.

9) Article 103 Works Constitution Act.

10) Article 80 § 2 Works Constitution Act.

한 자신의 권리를 행사하기 위한 기본적인 조건이라고 생각된다.

협약과 공동결정에 관한 권한은 법률에 규정되어 있지만, 단체협약에 의하여 확대될 수 있다(그리고 가끔 존재한다). 협약과 관련하여 (넓은 의미에서의) 근로조건에 관한 계획의 변경은 근로자대표위원회에 통지되고 그 위원들과 협의되어야 한다는 일반적인 원칙이 존재한다.

공동결정에 관한 권한은 훨씬 더 중요하다. 공동결정이란 사용자와 함께 내린 일부 결정에 대하여 공동으로 책임을 지는 것을 의미한다. 이는 훨씬 높은 수준의 정보를 요구한다. 공동결정이 적용되는 분야에서는 사용자와 근로자대표위원이 공동으로 결정하여야 한다. 실제로는 결정은 근로자대표위원의 동의를 받아 사용자가 하게 된다. 일방적인 결정은 법적 효력이 없고, 어떠한 근로자도 이를 준수할 의무가 없다. 덧붙여 근로자대표위원은 노동법원에 가처분을 신청할 수 있다.¹¹⁾ 단시일 안에 법원의 결정은 사용자에게 근로자대표위원회의 동의가 있을 때까지 그러한 조치를 철회할 것을 강제할 수 있다.

사용자와 근로자대표위원 사이의 협상이 결렬되면, 당사자 일방은 조정위원회에 결정을 신청할 수 있다. 일반적으로 위원회는 노사 각 측 출신의 두 세 명의 위원과 외부 출신의 중립적 의장으로 구성된다. 일반적으로 위원회에서는 타협점을 도출한다. 특별한 경우에 다수결로 결정한다. 결정의 합법성은 일방 당사자의 신청에 의하여 노동법원에 의하여 검토될 수 있다. 전체과정에서 파업이 발생할 가능성은 없다. 이는 사업조직법에 의하여 분명히 금지되고 있다. 공동결정과 관계 없이도 근로자대표위원회는 파업을 주도하거나 지원하는 것이 전적으로 금지된다.¹²⁾

공동결정의 대상은 법률에 의하여 규정되고 있다. 이러한 대상에는 작업과 직접 관련되지 않는 근로자들이 지켜야 할 사항도 포함되어 있다.¹³⁾ 예를 들어 유니폼의 착용 또는 근로자가 동의하면 1년에 6주를 넘는 질병의 의학적 또는 사회적 원인에 대한 토론에 대한 의무가 여기에 포함된다. 또 다른 대상으로는 초과근로, 단축근로 그리고 시무 및 종무 시간 등이 있다.¹⁴⁾ 비디오 카메라와 같은 기계장치를 통한 근로자 감시 또는 전화의 감청 또한 포함된다.¹⁵⁾ 또 다른 중요한 대상으로는 근로자들 사이의 특별급여의 분배기준에 관한 것¹⁶⁾과 사업장 전체 또는 일부의 폐지를 포함한 사업장의 근본적인 변경에서의 사회적 계획에 관한 것이 있다.¹⁷⁾

근로자대표위원회 제도는 쟁의행위 없이 해결되는 많은 분쟁을 흡수하고 있다. 이것이 독일

11) BAG 3.5.1994 - 1 ABR 24/93, DB 1994, 2450; BAG 23.7.1996 - 1 ABR 13/96, DB 1997, 378.

12) Article 74 § 2.

13) Article 87 § 1 No. 1 Works Constitution Act.

14) Article 87 § 1 Nos. 2 and 3 Works Constitution Act.

15) Article 87 § 1 No.6 Works Constitution Act.

16) Article 87 § 1 No.10 Works Constitution Act.

17) Article 112 § 2 Works Constitution Act.

노사관계의 특징이다. 그것은 독일에서 프랑스나 캐나다와 같이 비교할 만한 산업화된 국가에 비하여 훨씬 적은 파업이 발생하는 근본적인 원인의 하나이다.¹⁸⁾

2. 노동조합과 근로자대표위원회의 역할분담

독일 기본법(헌법) 제9조 제3항은 모든 사람이 노동조합을 결성하거나 노동조합에 가입할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 연방노동법원과 특히 연방헌법재판소는 단결권이 내용을 다음과 같은 것으로까지 확대하였다. 즉, 노동조합의 존재뿐만 아니라 근로조건과 경제적 지위의 향상 및 유지를 위한 모든 그들의 활동이 보장된다.¹⁹⁾ 여기에는 특히 다음과 같은 것들이 포함된다.

1. 단체협약의 체결에 관한 권리²⁰⁾
2. 새로운(그리고 더 나은) 단체협약(그리고 어쩌면 다른 목적)을 위한 파업 또는 다른 쟁의행위를 할 수 있는 권리²¹⁾
3. 근로자대표위원회 및 감사회의 근로자를 대표하는 이사와 협력할 수 있는 권리²²⁾
4. 홍보물을 배포할 수 있는 권리 및 근로자들에게 e-mail을 발송할 수 있는 권리²³⁾ 및 노동조합의 대표자가 사업장에 출입할 수 있는 권리²⁴⁾
5. 공익단체나 정당과 연계하여 근로자들의 이익을 대변할 수 있는 권리²⁵⁾

동시에 단결권(및 사용자 단체결성권)에 관한 판례는 그 한계도 형성하였다. 노동조합의 권리는 사용자의 기본권과 조화를 이루어야 하며, 공공의 이익에 관한 규정에 의하여 제한될 수 있다.²⁶⁾ 1995년 이전에 연방헌법재판소는 필수적인 활동만이 헌법에 의하여 보장될 수 있다

18) See *Dribbusch*, Böckler impuls 5/2014 p.3: In an average year between 2005 and 2012, in Germany 16 working days had been lost by strikes calculated on the basis of 1000 employees. In Canada the number of days was 112 and in France 150.

19) See BVerfG 18.11.1954 - 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96 ff.; BVerfG 6.5.1964 - 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18, 27.

20) See BVerfG 18.11.1954 - 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96 ff.; BVerfG 6.5.1964 - 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18, 27.

21) See BVerfG 26.6.1991 - 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 221, 224; BVerfG 4.7.1995 - 1 BvR 2/86 u.a., DB 1995, 1464 and 4b below.

22) BVerfG 30.11.1965 - 2 BvR 64/52, BVerfGE 19, 303, 313.

23) BAG 20.1.2009 - 1 AZR 515/08, NZA 2009, 615.

24) BAG 28.2.2006 - 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798; LAG Niedersachsen 17.11.2008 - 11 SaGa 1433/08, NZA-RR 2009, 209.

25) BVerfG 26.5.1970 - 2 BvR 686/65, BVerfGE 28, 295, 305.

26) BAG 22.9.2009 - 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347.

는 원칙에 따라 단결권도 오직 그 '핵심'만이 보장된다고 판단하였었다.²⁷⁾ 이러한 방법으로 많은 노동조합의 활동들이 헌법에 의하여 보장받지 못했다. 사업장 내의 노동조합 대변인 선출? 이는 버스 안에서도 실행될 수 있다는 이유에서 필수적이지 못했다. 노동조합 활동을 근로자들에게 소개하기 위한 노동조합 대표자의 사업장 출입? 이는 이미 노동조합에 가입한 근로자들에 의해서도 수행될 수 있다는 이유에서 필수적이지 못했다. 이 모든 것들이 현재는 변경되었다. 모든 노동조합의 활동은 독일 기본법 제9조 제3항에 의하여 보장된다, 그러나 사용자의 기본권과 조화를 이루어야 한다. 작업공정이 심각하게 침해되지 않는다면, 이러한 활동이 불법으로 취급될 이유가 없다.

만약 근로자대표위원회가 노동조합으로부터 완전히 독립해 있다면, 근로자대표위원회는 단지 근로자들의 일상 생활상의 이익을 대변하는 기구에 불과할 것이다. 개별 근로자들에게는 근로자대표위원회에게 가서 도움을 요청하는 것이 문제를 해결하는 최선의 방법이 될 것이다. 노동조합은 고립되게 될 것이다. 무슨 이유로 사람들이 자신의 자유시간에 사업장에서 아무런 영향력이 없는 조직을 방문할 것인가? 그것은 저항을 공포하는 것이다, 그 이상 아무것도 아니다. 공동결정권은 일반적으로 산업전체 또는 적어도 그 일부에 적용되는 단체협약의 결과일 수 있다. 개별 근로자들의 소규모의 문제들은 단체교섭과 같은 곳에서는 들어설 자리가 없다.

법과 현실은 보다 조화된 시스템을 확립하였다. 입법자들은 노동조합을 보호하고 근로자대표위원회가 그것을 대체하는 것을 방지하기 위한 다양한 조정장치를 마련하였다.

노동조합은 근로자대표위원회의 구성에 중요한 역할을 수행한다. 그들은 선거의 요구 또는 선거관리위원회의 설치를 제안할 수 있다.²⁸⁾ 그러나 노동조합의 제안이 필수적인 것은 아니며, 노동조합의 아무런 도움 없이도 근로자대표위원회는 설치될 수 있다.

노동조합은 근로자대표위원회에 확보된 의석을 가지고 있지 않으며, 양자 사이에 공식적인 연계는 존재하지 않는다. 노동조합은 노동조합 간부가 아닌, 사업장의 근로자들로 구성된 노동조합의 단체후보목록을 가지고 근로자대표위원의 선거에 참여할 수 있다. 그러나 노동조합 단체후보목록의 후보자들이 선출되면, 그들은 노동조합을 대표해서가 아니라 개인으로서 그들의 권한을 행사하게 된다.

단체협약은 사용자와 근로자대표위원에 의하여 준수되어야 한다. 양자는 사용자와 노동조합이 공동으로 결정해 놓은 테두리 안에서만 활동 할 수 있다. 특히, 임금 및 근로시간에 대한 공동결정은 단체협약에 의하여 규정되지 않고 남겨진 사항에 대해서만 적용한다.

개별 근로자대표위원들은 그들의 노동조합 활동으로부터 자유롭다.²⁹⁾ 이들은 예를 들어 근

27) BVerfG 14.11.1995 - 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352 et seq. 최근의 판례는 이를 종종 „오해되고 있는 종전 판례에 대한 해석이라고 표현하였다.

28) For details see Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 11th edition, Baden-Baden 2010, para. 91 et seq.

29) Article 23 § 1 Works Constitution Act.

로자대표위원회에만 적용되는 평화의무에 구속되지 않는다.

노동조합은 근로자대표위원들이 동의하면 그들의 임무수행을 위하여 돕고 있다. 노동조합은 근로자대표위원에게 그들이 필요로 하는 지식을 제공하는 다양한 강좌를 제공하고 있다. 근로자대표위원(소수의 근로자대표위원도)은 노동조합의 간부가 모든 그들의 모임에 참석할 것을 요청할 수 있다.

노동조합은 근로자대표위원의 활동을 감독할 권한을 가지며, 자신의 의무를 광범위한 범위에서 소홀히 한 특정 근로자대표위원의 활동중단을 노동법원에 신청할 수 있다.³⁰⁾

통상 모든 이들 메커니즘은 노동조합과 근로자대표위원회의 밀접한 협력을 유도하게 된다. (최근 근로자들의 노동조합 가입률이 보통 20%에도 못 미치고 있음에도 불구하고) 약 70%의 근로자대표위원이 노동조합의 조합원이다. 과거에는 근로자대표위원에게 노동조합에 대한 엄격한 법적 중립의무가 존재한다는 사실에도 불구하고, 근로자대표위원들이 새로운 노동조합 조합원의 모집에 중요한 역할을 하였다.

노동조합을 근로자대표위원회 보다 강하게 하는 가장 중요한 도구는 단체협약이다. 단체협약은 임금 및 주당 근로시간 그리고 특별급여에 관한 사항을 다루는 반면, 근로자대표위원의 주된 임무는 작업수행 방법에 대한 영향력의 행사이다(예를 들면 시무 및 종무 시간, 초과근로, 기계장비를 통한 근로자 감시 등). 만약 단체협약이 특정한 사항을 규율하고 있다면, 근로자대표위원회는 동일한 사항에 대하여 노사협정을 체결하는 것이 금지된다. 사업조직법 제77조 제3항에 의하면 이러한 협정은 물론 사업장에서 '통상' 단체협약에 의하여 규율 되지만 특정 사용자에게는 그러한 단체협약의 준수가 요구되지 않는 문제에 대한 협정까지도 불법이다. 누군가가 노동조합과 근로자대표위원 사이의 이러한 분업을 요구한다면 - 근로자대표위원은 일상 생활과 관련된 문제를 해결하기 위하여 노력하는 반면, 노동조합은 임금이나 근로시간과 같은 근본적인 문제를 다루게 된다. 노동조합이 파업을 계획하고 이러한 방법으로 진정한 경제적 향상을 성취할 수 있는 유일한 주체이다. 사용자의 소유에 속하는 장소에 출입할 권리와 같은 사업장 단위의 권리는 새로운 단체협약에 대한 협상의 준비나 다른 목적을 위하여 활동하는 사람들을 위하여 매우 중요하다.

3. 법과 현실

근로자대표위원회와 노동조합의 역할 분담에 관한 구상은 독일 사업장의 일반적인 현실과는 일치하지 않는다. 세 가지 점을 언급하려고 한다.

a) 근로자대표위원이 단체교섭에 미치는 영향

³⁰⁾ Article 23 § 1 Works Constitution Act.

근로자대표위원은 종종 사용자들의 경제관을 일부 공유하며, 기업의 이윤을 우선시 한다(예를 들어 충분한 이윤의 창출). 이는 공개적으로 선언되지는 않았지만, 단체교섭에 참여한 사람들 사이에 이러한 태도가 존재하는 것은 분명하다. 이는 강력한 노동조합의 요구와 파업권의 행사를 강요하고 있다. 실제로 근로자대표위원들이 노동조합의 정책 결정에 결정적인 역할을 수행하게 되는데, 왜냐하면 파업은 일반적으로 비공식적인 경로를 통하여 사업장 단위의 근로자들에게 영향력을 미치려는 근로자대표위원들의 각오에 영향을 받기 때문이다. 최근 모든 노동조합들이 근로자대표위원이 절대다수를 점하는 교섭위원단을 구성하려고 하고 있다. 교섭위원단은 구속력이 있는 의견이 아닌 단지 권고를 할 뿐이지만, 이들의 의견은 상당히 중요하다. 사업조직법에 규정된 사회적 동반자 관계라는 법적 원칙이 그래서 노동조합의 행동에 영향을 미치게 된다. 노동조합과 근로자대표위원회의 상호작용은 과거 몇 년 동안의 보다 절제된 임금요구에 분명히 기여하였다. 따라서 단체협약에 의하여 보장되는 근로자 임금의 평균이 2000년과 2008년 사이에 4%밖에 오르지 않은 반면, 프랑스, 영국 및 스웨덴과 같은 비교할 만한 국가들에서는 그 비율이 훨씬 높다는 사실은 놀라운 일이 아니다. 만약 모든 근로자들의 실질 임금을 기준으로 하였다면, 그 성장은 훨씬 더 두드러졌을 것이다. 독일에서는 임금이 0.8% 감소한 반면, 스페인에서는 4.6%, 이탈리아에서는 7.5%, 네덜란드에서는 12.4%, 스웨덴에서는 17.9% 그리고 영국에서는 26.1%가 증가하였다.³¹⁾ 노동조합의 조합원 수가 1993년 약 1,130만 명에서 2010년 약 620만 명으로 감소한 것³²⁾은 놀라운 일이 아니다. 노동조합이 사회적 동반자 관계라는 정책과 절제를 위하여 지불하여야 하는 비용은 매우 크다. 이러한 상황에서 독일식 모델이 오랫동안 유지될 수 있을까? 답은 아직 알 수 없다. 그 답은 보다 공격적인 임금협상 전략을 조합원 수의 증진을 위한 캠페인과 연결시킬 수 있는 노동조합의 역량에 달려 있을 것이다.

b) 새로운 노동조합의 출현

최근 전문직 근로자들이 독자적인 노동조합을 결성하였다. 조종사와 항공기 승무원(스튜어디스 및 사무장)들이 1990년 초 그렇게 했다. 항공관제사와 병원의 의사들이 그 뒤를 이었다. 기관사들은 항상 거대노조인 철도노조와 밀접한 협력하는 독자적인 노동조합을 가지고 있었으며, 그들은 자신들이 가지고 있는 교섭권을 포기하였다. 2002년 조직의 분리가 발생하였다. 이 모든 사례에서 전문가 집단은 거대 노조가 단체교섭을 통하여 달성한 결과에 불만이었다. 사실 언급된 모든 집단들은 독자적인 활동, 통상 파업의 실시를 통하여 보다 나은 결과를 달성할 수 있었다.

31) Thorsten Schulten, Europäischer Tarifbericht des WSI 2007/2008, www.boeckler.de/pdf/impuls_2008_14_1.pdf

32) 현재까지 이러한 수준이 계속 유지되고 있다.

전통적인 노동조합들은 이를 이기적인 행위를 추종하는 무리들이라고 비난하였다. 그들이 가지고 있는 경제적 수단을 더 이상 특별한 지원을 필요로 하는 전문화 되지 못한 근로자들이 사용할 수 없게 되었다. 빈자와 부자들 사이의 간격이 더 커졌다. 반면에 이는 분배될 금전의 양이 영향을 받지 않는 경우에만 사실이다. 그러나 2000년과 2008년 사이의 임금인상을 개관해 보면, 이러한 가설은 매우 현실적이지 않은 것으로 보여진다. 또 다른 주장은 거대 노동자들이 '강력한' 이들 집단의 파업 참여를 촉구하는 방식을 통하여 사용자측에 압력을 행사하려고 노력하지 않는다는 것이다. 항공관제사, 기관사 및 병원의 의사들의 영향력은 대중들은 물론 근로자 자신들에게도 분명하다. 왜 이들이 예를 들어 노동조합이 파업을 결행할 노력도 없이 조정자의 제안을 받아들여 채택된 물가상승률을 밀도는 임금인상률을 받아 들여야 하는가? 이들에게는 한번도 그 분야의 모든 근로자들의 보다 나은 임금을 위하여 싸울 기회가 제공되지 않았다. 그것은 오로지 최후의 수단으로만 행사되었다.

새로운 노동조합의 출현은 이중적 구조에 특별한 영향을 미쳤다. 의사 또는 기관사들이 근로자대표위원회에서 다수를 차지하는 경우는 드물었으며, 자동적으로 다른 집단의 도움을 기대하기 힘들었다. 일상적 근무에서 발생하는 문제는 다른 사업장에서와 달리 근로자대표위원회를 통하여 해결될 수 없었다. 필요한 조치를 취할 것인지는 노동조합이 결정할 문제이다. 사례를 하나 소개하겠다. 병원의 의사들은 통상 야간에 비상근무를 할 의무를 진다. 이에 대하여는 정규 근무에 비하여 적은 임금이 지불된다. 단체협약에 의하면 비상근무에서는 전체 시간의 50%만 근무하는 것이 허용된다. 만약 이러한 제한이 고려되지 않는다면 의사들은 밤을 꼬박 새워 근무한 것과 동일한 임금을 받았을 것이다. 따라서 모든 의사들이 비상근무 동안에 하였던 일을 기록하는 일종의 근무일지를 작성하는 것은 필수가 되었다. 일반적인 상황에서는 근로자대표위원회가 의사들에게 그렇게 할 것을 이야기하고, 공동행동 까지도 준비하였을 것이다, 그러나 이러한 사례는 아직 병원에서 찾아 볼 수 없다. 자주성을 가지고, 이(작은) 발걸음을 앞으로 내 디딜 것인지는 의사들 노동조합이 결정할 문제이다. 놀라운 결과는 이 분야에서는 독일이 일원적 구조를 가지고 있다는 점이다. 새로운 노동조합의 출현에 따른 또 다른 중요한 결과는 파업의 중요성이 증대하고 있다는 점이다.

c) 노동조합과 근로자대표위원회를 모두 갖지 못한 근로자

근로자대표위원회에 의하여 대변되지 못하고, 노동조합에 의해서도 대변되기를 원하지 않는 50%의 근로자는 어떻게 된 것인가? (근로자대표위원회 대신에 사용자의 의사에 반하여 노동조합 단체를 창설한다는 것은 훨씬 더 위험하기 때문에, 노동조합의 조합원 단체를 가지고 있으면서 근로자대표위원회를 가지고 있지 못한 경우는 거의 있을 수 없는 일이다.) 이들 우리 노사관계의 어두운 절반에게는 사용자에게 의하여 그 성격이 대부분 결정되는 비공식적인 형태의 근로자 대표제도만이 존재할 뿐이다. 만약 사용자가 문제점은 드러날 것이고, 앞으로 해결될

것이기 때문에 근로자들과 의논하여야 한다는 것을 깨달았다면, 그는 고층에 귀 기울이거나 대규모사업장에서는 근로자들을 대변할 수 있는 대표기구를 설치할 수도 있을 것이다.³³⁾ 그러나 만약 사용자가 자신이 항상 옳다고 생각한다면, 그는 권위적인 방법으로 일을 처리할 것이고 근로자들은 이에 순종하여야 할 것이다.³⁴⁾ 이에 대한 개선은 오직 근로자들이 노동시장에서 좋은 위치에 있는 경우에만 현실화될 수 있다. 근로자들이 사업장을 떠날 것을 협박하거나, 실제로 그렇게 할 수도 있을 것이다. 직장에서 단결할 수 있는 권리는 다른 사업장에서처럼 인정되지만, 누구에게나 그것을 행사할 용기가 있는 것은 아니다. 그것은 책에 있는 법이고, 살아 있는 법은 아니다.

4. 쟁의권 - 다른 서유럽 국가들과의 차이점

a) 헌법적 보장

독일 기본법 제9조 제3항은 단체행동권, 특히 파업권을 함축하고 있다. 이는 헌법재판소가 단체행동권을 "핵심영역"만이 보장된다는 과거의 입장을 폐기한 이후 의문의 여지없이 인정되고 있다.³⁵⁾ 쟁의행위에 관한 법률의 제정에 대한 요구는 노사 양측이 모두 자신들의 활동이 제한될 것을 두려워하여 아무런 성과를 내지 못한 채 남아 있다.

b) 파업권의 제한

실질적으로 가장 중요한 제한은 평화의무이다. 단체협약이 존재하는 경우에는 그것으로부터 자동적으로, 즉 묵시적 조건의 형태로 그러한 의무가 도출된다. 단체협약이 유효하게 폐기되지 않는 한, 쌍방 당사자는 단체협약에 규정된 사항과 관련하여 상대방에 대항하는 어떠한 행동도 하지 않을 의무를 부담한다. 그 이외의 사항에 대해서는 당사자들이 구속을 받지 않는다. 하지만 당사자들은 평화의무를 가톨릭교 또는 개신교 교회가 군림하고 있는 기관에서만 행해지고 있는 모든 가능한 사항으로 확장할 수 있다.

파업권에 대한 또 다른 제한은 사용자의 기본권에서 도출된다. 사용자의 직업의 자유 및 (아마) 그의 소유권이 파업은 비례의 원칙을 준수하여야 한다는 사실에 영향을 미칠 것이다. 파업은 모든 다른 수단이 실패한 경우에만 사용할 수 있는 최후의 수단(ultima ratio)이어야 한다. 그것은 단체교섭에 대한 매우 정교한 사법적 통제를 초래할 수 있지만, 연방노동법원은 이러한 방법을 추구하지 않았다. 파업 이외의 다른 방법이 무용한지 여부는 노동조합이 판단

33) Däubler, Privatautonome Betriebsverfassung?, in Festschrift für Hellmut Wißmann, editors: Wolfhard Kohte, Hans-Jürgen Dörner & Rudolf Anzinger, München 2005, 275 et seq.

34) I. Artus, Interessenhandeln jenseits der Norm, Frankfurt 2008, 209 et seq.

35) BVerfG 14.11.1995 - 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352 et seq.

할 사항이다. 오직 남용에 대한 예외를 만들 필요가 있지만, 이러한 경우는 한 번도 발생하지 않았다.

기관사들이 파업권을 행사하여, 자동차가 없는 사람들은 자신의 일을 수행하기 위하여 자신들의 직장이나 다른 목적지에 갈 수가 없었다? 이러한 파업이 있고 나서 몇 년이 지난 후에 법원들은 이러한 작업중단이 불균형적인 지에 대해 의견을 달리하였다. 철도회사들은 파업을 금지하는 명령을 받으려고 하였다. Nürnberg에서 그들은 성공하였다,³⁶⁾ 그러나 약간의 시간이 흐른 후에 Chemnitz에 있는 Saxonia지방법원은 이러한 파업이 적법하며 금지될 수 없다고 판단하였다.³⁷⁾ 이 사건들은 금지명령에 대한 소송으로 지방법원에서만 다루어지고, 당사자 누구도 본안소송을 통한 명확한 판단을 요구하지 않아 연방노동법원의 판단을 받지 못하는 못하였다.

이미 설명한 전체 체계를 고려하면, 단체협약이 노동조합 활동에서 결정적인 역할을 하는 것은 매우 명확하다. 만약 단체교섭이 합의에 이르지 못하면, 통상 노동조합과 사용자는 강제적이지 않은 조정("Schlichtung")에 호소하게 된다. 일부 산업(예: 은행)에는 이러한 절차가 전혀 존재하지 않고, 일부 산업에는 그것이 적절하다고 생각되면 각 당사자가 조정절차를 개시할 수 있도록 하는 자발적인 협정이 있다. 통상 조정의 결과는 구속력이 없으며, 당사자는 거부할 권리를 가진다. 법적으로는 그 결과가 자동적으로 받아들여지게 하는 규정을 만들 수 있지만, 실제 그런 경우는 거의 없다. 조정의 중요성은 정치적인 것이다. 거부한 쪽은 대중들의 논의에서 나쁜 이미지를 얻게 된다.

c) 단체협약 또는 다른 목적 역시?

노동조합이 단체협약 이외의 목적을 위해서도 파업을 주도할 권리가 있는 지는 분명하지 않다. 독일은 유럽사회헌장을 비준하였는데, 동 헌장 제6조 제4항은 보다 넓은 파업권을 인정하고 있다. 유럽의회의 각료위원회는 3분의 2의 다수로 독일에 대하여 법적 환경을 바꾸고 다른 목적을 위한 파업과 다음 항목에서 언급할 이른바 비공인파업 허용할 것을 권고하였다.³⁸⁾ 입법부는 정의행위에 대한 규율을 사회적 동반자 양측이 모두 반대한다는 것을 이유로 아무런 조치를 취하지 않고 있다. 연방노동법원(Bundesarbeitsgericht)은 두 번에 걸쳐 이 문제를 구체적인 사건에서 해결될 필요가 없는 "미결 과제"라고 선언하였다.³⁹⁾ 민사책임이 면제되지 못하는 점을 감안하면 노동조합이 감히 단체협약의 결정과 관계없는 목적으로 파업을 주도할 수는 없을 것이다.

36) ArbG Nürnberg 8.8.2007 - 13 Ga 65/07, AuR 2007, 320; in the same sense ArbG Chemnitz 5.10.2007 - 7 Ga 26/07, AuR 2007, 393.

37) LAG Chemnitz 2.11.2007 - 7 SaGa 19/07, AuR 2007, 439.

38) Text of the recommendation in AuR 1998 p. 154 et seq.

39) BAG 10.12.2002 - 1 AZR 96/02, NZA 2003, 735, 740; BAG 24.4.2007 - 1 AZR 252/06, NZA 2007, 997, 994 para. 79.

d) 비공인파업의 불법성

프랑스, 이탈리아, 스페인 및 포르투갈과 달리 독일은 노동조합이 아닌, 근로자 집단에 의하여 주도된 비공인파업을 인정하지 않고 있다. 이는 파업참가자들의 해고가 정당화 되고, 그들의 민사책임을 초래할 수 있는 계약위반과 연결될 수 있다. 1969년 9월 69개 사업장의 16만 명이 참여한 "야생적" 파업이 있었으나, 그들의 요구는 실현되었고 아무런 제재도 가해지지 않았다. 1973년에는 335개 사업장의 27만 5천 명의 근로자가 파업에 참가하였는데, 이 때에는 약간의 해고가 있었다. 1996년에도 질병에 걸린 경우에 임금 전액의 계속적 지급을 요구하는 또 다른 투쟁 활동이 있었는데, 법적 위험을 줄이기 위하여 조업중단을 3개월에 한번 씩 근무시간 중에 개최할 수 있는 정기총회로 위장하였다.⁴⁰⁾ 2004년 Bochum의 Opel 사업장이 폐쇄될 위기에 처했을 때에도 같은 경우이다. 노동조합이 근로자들을 충분히 지원하지 않았기 때문에, 근로자들이 6일 간의 총회를 개최하였다(그 정당성이 매우 의심스러웠지만, 아무도 이를 문제삼지 않았다).⁴¹⁾

e) 파업 과 그 외의 압박수단

쟁의행위는 파업과 동일하지 않다. 연방노동법원은 새로운 단체협약을 위한 협상 중에 노동조합에 의하여 주도된 플래쉬몹의 정당성을 인정하였다.⁴²⁾ 구체적인 사례로 사용자가 파업참가자의 업무를 대체할 파업파괴자를 채용하여 파업이 매우 비효율적인 소매업(예: 슈퍼마켓의 계산대)에서 발생하였다. 노동조합은 문자전송서비스를 통하여 동-Berlin의 슈퍼마켓에 특정 시간(오전 10시)에 조합원과 다른 관심 있는 사람들을 모이게 하였다. 약 50명이 슈퍼마켓에 들어 갔다. 이들 대부분은 모든 종류의 상품을 카트에 담았고, 그리고는 이를 방치하였다. 몇 명은 성냥 또는 터무니 없는 가격의 물건을 구입하고, 계산대에서 기다렸다. 두 명이 많은 물건으로 그들의 카트를 가득 채워서, 계산원에게 간 다음 마지막에 말했다. "죄송해요. 지급을 감박했습니다." 두 시간 동안 슈퍼마켓은 정상적으로 운영되지 못했다. 이러한 형태의 플래쉬몹은 기본법 제9조 제3항이 적용될 수 있는 영역의 행동으로 여겨지고 있다. 적법한 파업으로서의 효과는 더 클 것이고, 이러한 방식의 압력의 행사는 노동법원에 의해서도 인정되고 있다. 최근 헌법재판소는 이것이 헌법에 저촉되지 않는다고 선언하였다.⁴³⁾

40) 만약 이미 총회를 개최했다면, 사업조직법은 긴급한 사안을 위한 총회를 두 번 더 개최할 수 있도록 규정하고 있다.

41) Details in *Gester/Hajek*, Sechs Tage der Selbstermächtigung. Der Streik bei Opel in Bochum 2004, Münster 2005.

42) BAG 22.9.2009 - 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347.

43) BVerfG 26.3.2014 - 1 BvR 3185/09, NZA 2014 p.493.

f) 직장폐쇄와 그 외의 사용자의 수단

파업에 대한 사용자의 전통적인 대응 방법은 직장폐쇄이다. 노동법원은 매우 이른 1955년부터 이를 인정하였다.⁴⁴⁾ 그 다음해 법원은 이 판결을 수정하였다. 직장폐쇄는 통상 근로관계를 (최초의 판단에서 말한 파괴가 아니라) 유보하는 것이며, 폐업되는 사람의 수가 파업에 참여한 수보다 더 많지 않아야 하는 의미에서 비례의 원칙이 준수되어야 한다.⁴⁵⁾

25년 이상 직장폐쇄는 행사되지 않고 있다. 이는 직장폐쇄가 통상 불균형적인 것으로 만드는 하루간의 단기 파업이 작업중단의 지배적인 형태를 이루고 있는 사실에 부합되는 것이다. 여론은 직장폐쇄가 분쟁을 확대하고, 합의를 어렵게 할 것이라는 것이라는 이유로 이에 대하여 매우 비우호적이다.

하지만 사용자들이 그들의 이익을 방어하는 다른 수단이 있다. 그들은 파업에 참여하지 않은 근로자들에게 추가임금을 제안한다. 근로자들에게 특별한 자격이 요구되지 않은 분야에서 파업파괴자를 고용하는 것이 용이하다. 호텔이나 가정에서 청소를 하는 일이 그 예가 될 것이다. 열차, 항공기 또는 병원의 일부를 청소하는 사람들의 경우에는 상황이 다르다. 여기에는 모두 특수과정을 이수할 전제로 하는 자격증이 요구된다. 이러한 조건을 충족하는 충분한 수의 근로자를 확보하는 것은 매우 힘들다.

g) 논거로서의 근로의 권리

ILO 결사의 자유 위원회가 파업파괴자의 고용이 ILO협정 제87호의 결사의 자유에 대한 심각한 침해라고 판단하였음에도 불구하고, 파업파괴자의 활동이 문제없이 정상적으로 받아들여지고 있다.⁴⁶⁾ 파업파괴자들의 "일할 권리"가 때때로 문제 되지만, 정말 중요한 문제는 아니다. 파업파괴자의 채용을 정당화 시켜주는 것은 사용자가 자신이 원하는 사람과 근로계약을 체결할 수 있는 사용자의 자유뿐이다. 지배적 견해로서는 이것이 단순하고, 명백하게 설득력 있는 해결책이다. 왜냐하면 파업권은 한 번도 진정으로 주관적 권리의 체계에 편입된 적이 없었기 때문이다. 만약 누군가가 그렇게 한다면, 사용자의 행동은 예를 들어 소유권에 근거하여 명백히 정당성이 인정되지 않는 한 이러한 권리를 침해한 것이 된다. 일부에서는 독일 기본법에는 "근로의 권리"가 포함되어 있지 않다고 덧붙일 것이다. 이를 국제협약으로부터 도출하는 것은 (이는 매우 쉬운 일이다) 노동조합과 파업을 좋아하지 않는 사람들의 일반적인 주장은 아니다.

44) BAG 28.1.1955 - GS 1/54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

45) Detail Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16 th edition, Reinbek 2006, para. 600 et seq.

46) See Lörcher, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2011, § 10 No. 93.

II. 정당한 쟁의행위의 범위

1. 파업권의 한계로서의 경영권과 단체협약?

앞(I)에서 이미 설명한 바와 같이 (보다 나은) 단체협약을 획득하기 위한 작업중단은 이론의 여지가 없이 정당한 파업의 전형적인 경우에 해당한다. 그러므로 단체협약의 일부가 될 수 있는 것이, 또한 쟁의행위의 대상이 된다. 사업의 이전이나 폐쇄와 같은 "경영판단"(Unternehmerentscheidungen)이 단체협약의 적법한 대상이 될 수 있는 지에 대한 의문이 제기된다. 또는 쟁의행위에 의하여 침해될 수 없는 "경영 특권"이라는 것이 존재하는가?

독일에서는 이 문제가 특히 많은 기업들이 그들의 활동의 일부를 중국, 인도 또는 제3세계 국가로 이전하였던 1990년대에 논의되었다. 연방노동법원이 판단을 하기 전까지는 의견의 대립이 있었다.⁴⁷⁾

해당 사례는 보기에 따라서 예외적인 경우이다. 기계를 생산하는 사업은 폐쇄되었지만, 생산은 다른 나라에서 계속되었다. 금속노조는 부정적인 판결을 받을 위험과 파업의 경우에 배상해야 할 손해가 너무 커 보였기 때문에 사업이전의 포기나 독일에 머물 것을 요구하지 않았다. 대신에 노동조합은 3개월을 최소로 하고, 근속년수 1년에 대하여 1개월을 추가하는 해고예고기간의 연장을 요구하였다. 이 기간이 종료하고 나면, 사용자는 3년간 계속하여 임금을 지급하여야 하며, 만약 근로자가 새로운 직업활동으로의 진입을 위한 자격을 얻기 위한다면, 이로 인하여 발생하는 비용을 부담하여야 한다. 연방노동법원은 이러한 사항들은 단체협약에 의하여 규율 될 수 있다고 판단하였다 - 해고에 있어서 예고기간 및 추가적 지불은 근로조건 의 전형적인 부분이다. 나아가 법원은 요구가 높은 지 낮은 지, 합리적인 지 비합리적인 지는 국가가 판단할 필요가 없다고 하였다. 부당하거나 비합리적인 규정들을 제거하고 타협점을 찾는 것은 사회적 동반자들의 문제이다. "경영적 판단"이 단체협약의 대상이 될 수 있는지는 판단되지 않았고, 법원은 이를 미해결 과제로 특징 지웠다. 그러나 중요한 구절을 추가하였다. 기업가의 결정에 영향을 미치는 요구가 있어도, 단체협약과 파업의 정당성은 문제없이 유지된다. 설사 기업의 이전이 경제적으로 "무의미" 하게 되는 경우에도, 이는 단지 협약자치의 결과일 뿐 아무런 법적 효과를 유발하지 않는다. 따라서 파업은 적법하다고 선언되었다. 이와 같이 단체협약을 통한 협박으로 사용자의 결정이 수정 또는 폐지된 수 많은 사례를 찾을 수 있다.⁴⁸⁾ 그러나 근로자들과 그들의 노동조합이 그러한 행동을 고려할 만큼 충분히 강하지 못한 경우가 더 많다.

⁴⁷⁾ BAG 24.4.2007 - 1 AZR 252/06, DB 2007, 1924 = NZA 2007, 987.

⁴⁸⁾ Examples see Däubler, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 14. Aufl., Frankfurt/Main 2014, § 111 Rn. 15.

2. 필수적 업무

독일법은 "필수적 업무"라는 개념을 사용하지 않고 있다. 파업이 다른 국민들의 기본권을 침해하거나, 공익을 침해하여서는 아니 된다. 두 제한은 사람의 수와 파업에 의하여 영향을 받는 기능에 대한 제한으로 이어진다.

병원의 의사들은 파업권을 가지며 이를 행사할 수도 있지만, 환자들은 보호되어야 한다. 건강과 생명에 대한 권리는 기본법 제2조 제2항에 의하여 보장되고 있다. 약 50년 전 의사들이 진료는 계속하면서, 그들이 취한 구체적인 조치의 기록을 거부하였다. 따라서 병원은 개인 또는 건강보험에 완전한 청구서를 보낼 수 없었다 - 중요한 손실은 의사들에게 유리한 단체교섭을 가속화 시켰다. 이러한 형태의 행동은 "연필 파업"이라 불리었으며, 기술적인 수단에 따라 당시 사용되었다. 컴퓨터로 인하여 상황이 바뀌었다. 최근에는 의사들이 환자를 계속 진료 하지만 - 응급의 경우를 제외하고는 - 새로운 환자를 받지 않았다. 파업은 항상 일부 병원으로 제한되기 때문에, 환자들은 다른 병원에서 자리를 찾을 수 있다. 열악한 근무환경(장시간 근무)으로 인하여 지난 10년 간 많은 파업이 발생하였지만, 환자들이 파업으로 인하여 치료를 제대로 받지 못했다고 주장할 수 있는 사례는 없었다.

공항에서는 파업이 비교적 자주 발생한다. 만약 보안검사를 하는 사람들이 작업을 거부한다면 전체 공항은 비행기로 몰려드는 승객들로 막혀 버릴 것이다. 응급업무가 유지된다면, 이는 인정된다. 정부에 소속된 사람들의 비행기는 언제든지 이륙하고 착륙할 수 있어야 한다. 이는 항공관리기관과 노동조합 사이의 "긴급업무협정"에 규정되어 있다. 다른 승객들은 독일이나 스위스, 프랑스, 룩셈부르크, 네덜란드 또는 덴마크와 같이 기차로 쉽게 도달할 수 있는 인접국의 다른 공항으로 갈 수 있다. 특정 시간에 비행기를 탈 수 있는 기본권은 존재하지 않는다. 승객들은 화가 나고 실망할 수 있지만, 이는 파업을 금지할 수 있는 충분한 근거가 되지 못한다.

3. 구체적 사례

한국의 경험에 의하면, 몇 가지 구체적인 의문이 제기된다.

(1) 노동조합이 경영해고 계획의 철회를 요구한다. 독일법 하에서는 그 상황이 꽤 분명하다. 사용자가 근로자를 해고할 수 있는 권리는 제한될 수 있다. 특별한 집단의 근로자와 특별한 기간 중에 있는 모든 근로자에 대한 통상해고는 금지된다. 잘 알려진 단체협약에 의하면, 40세 이상으로 공공분야에서 15년 이상을 근무한 공공분야의 근로자는 경영상 또는 다른 이유로 해고되지 아니한다. 중대한 잘못에 근거한 즉시해고가 유일한 예외이다.⁴⁹⁾ 특별 기간 동안

⁴⁹⁾ § 34 Abs. 2 TVöD - Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (article 34 § 2 of the collective

의 통상해고의 배제는 종종 경제적 어려움에 처한 기업에서 특별 단체협약의 일부가 된다. 근로자들은 2년 또는 3년 동안의 낮은 임금의 수령에 동의하고, 반면에 그들은 해고로부터 강력한 보호를 받는다. 이러한 방법으로 집단해고를 방지하는 것에 대한 법적인 장애물은 없다.

만약 이미 해고가 예고되었다면 상황은 달라진다. 이 경우 해고의 철회 및 근로자의 재고용을 위한 파업은 불법이 되는데, 왜냐하면 해고가 충분한 근거를 가지고 있는지 여부는 법원이 결정할 문제이기 때문이다. 그러나 엄격한 의미의 해고는 받아 들이고, 관련된 근로자들을 위하여 새로운 근로계약을 요구하는 것은 필시 가능할 것인데, 이에 대한 법원의 판단은 존재하지 않는다.

(2) 방송의 공정성과 국가 및 거대자본으로부터의 독립은 독일에서는 단체협약을 통하여 해결될 수 있는 문제가 아니다. 이는 의회에서 다루어져야 할 정치적 문제이다. 여기에는 하나의 작은 예외가 있다. 만약 오직 사용자의 의견만을 언급하는 언론 및 방송국에서의 파업이라면, 근로자들 역시 적절한 방법을 통하여 자신의 입장을 표명할 권리를 가져야 할 것이다. 70년대에 있었던 신문사 파업에서 인쇄공들은 사용자의 의견을 전달하는 것 까지도 거부하였다. 신문의 (작은) 공간이 공란으로 발행되었다.⁵⁰⁾ 모든 사람들이 그것이 무엇을 의미하는지 알았다.

(3) 민영화는 기업가적 결정으로 취급된다. 따라서 그것이 단체협약과 파업의 대상이 될 수 있는 지는 의문이다. 독일의 노동조합들은 불법파업의 주도과 그것으로 인한 하여 발생할 수 있는 모든 결과에 따른 위험을 절대 무릅쓰지 않을 정도로 매우 조심스럽다. 그러나 그들은 단체협약을 통하여 민영화의 결과를 규제할 수 있다. 이는 꾸준히 행해지고 있으며, 상당히 성공적인 방법이다. 하나의 좋은 예가 Bremen市の 폐기물 관리업체의 민영화이다. 근로자들은 민간기업의 임금을 받지만, 매우 특별한 조건이 있었다. 그들은 그들의 기득의 권리만을 유지하였던 것은 아니다. 이 분야에서 1년 이상 근무한 모든 사람은 중대한 잘못을 제외하고는 민간기업에 의하여 더 이상 해고되지 않는다. 민간기업이 파산하면, Bremen市가 모든 근로자들을 다시 받아 들이고, 그들을 그 분야에 다시 고용할 의무가 있다. 보기에 따라서는 그들은 민영화 후에 더 나아졌다.

(4) 인건비를 줄이기 위하여 병원이 자회사나 지점을 설립하는 것은 독일에서 잘 알려져 있다. 심지어 이러한 사례를 다룬 매우 중요한 연방노동법원의 판결도 있다.⁵¹⁾ 병원이 자회사가 무엇을 하여야 하는 지에 대한 발언권은 보유한 채, 청소업무를 그 자회사에 위탁하였다.

agreement for the public service)

⁵⁰⁾ See Henschel in: Däubler (ed.), *Arbeitskampfrecht*, op. cit., § 18 Rn. 122 ff.

⁵¹⁾ BAG 26.9.2002 - 2 AZR 636/01, NZA 2003, 549.

일부 청소 아주머니들이 자회사로의 이동을 거부하였고(이는 독일 민법 제613a조 제6항에 의하여 가능하다), 이들은 해고되었다. 연방노동법원은 사용자가 매각 당시 작업현장의 인원을 감축하지 않았을 정도로 잉여인력이 존재하지 않는다는 것을 이유로 해고가 정당하지 못하다고 판단하였다. 만약 자회사가 결정에 대한 자신의 권한을 보유하고 있었다면, 상황은 달라진다. 단체협약 및 파업이 위탁을 금지할 수 있는지는 의문이다. 이는 기업가적 결정의 다른 경우이다. 그러나 위탁의 결과는 앞에서 언급한 Bremen 사례에서와 같이 단체협약에 의하여 규율될 수 있을 것이다.

(5) 하청근로자들이 원청회사에 고용되기를 원한다. 독일법 하에서 이러한 목적을 달성하기 위해서는 두 가지 방법이 있다.

만약 하청업체의 근로자들이 원청업체의 유사한 업무에 종사하는 근로자들과 동일한 조건을 요구한다면 법적 위험은 발생하지 않는다. 이는 파견근로에서 일반적으로 인정된 일종의 "동일임금"이다.⁵²⁾ 이 원칙을 하청근로자에게 적용하는 데는 법적 장애가 존재하지 않는다. 임금과 그 밖의 근로조건은 다른 사람에 대한 가치를 참조하여 결정될 수 있다. 원청회사 근로자들의 근로조건을 단순히 참조만 하는 것이 옳은 것인지, 법원이 서면화된 단체협약상의 요구를 어떻게 해석하느냐에 달려있다.

다른 방법은 원청회사와의 근로관계를 적용하는 것이다. 근로자들은 특정 사용자에게 고용될 것을 요구할 수 있다. 그것은 단체협약법 제1조 제1항에 의하여 단체협약의 부분으로 인정될 수 있는 가능한 사항이다. 또한 근로자들은 근로관계의 해체를 - 사안의 경우 하청회사의 사용자를 상대로 - 요구할 수 있다. 단체협약법 제1조 제1항은 근로관계의 "종료"(일반적으로 해고로부터의 특별한 보호에 대한 합의)를 단체협약의 부분으로 언급하고 있다. 양자의 결합은 매우 이례적이다. 나는 지금까지 법원이 이러한 경우에 대하여 결정한 것을 보지 못했다. 하청업자가 원청회사와 동일한 금액을 지불하는 것을 원하지 않으려 하기 때문에 (또는 지불할 수 없기 때문에), 나는 아마도 동일한 결과를 도출할 수 있는 첫 번째 방법을 택할 것이다. 파업을 끝내기 위해서는 근로자들을 (또는 근로자의 일부들) 인수하겠다는 원청회사의 제안이 있어야 할 것이다.

(6) 근로자(Arbeitnehmer)가 아닌 종업원(abhängig Beschäftigte)이라도 유사근로자(arbeitnehmerähnliche Personen)에 해당하는 경우에는 단체교섭에 참여할 수 있다. 이들은 한편으로는 스스로 고용된 존재이면서, 다른 한편으로는 하나 또는 두 개의 기업에 경제적으로 종속된 사람이라고 정의된다. 이들을 대기업에 종속된 기업들과 구별하기 위하여 이들은 통상

⁵²⁾ 이는 파견근로에 관한 유럽연합의 입법지침에서 그 근거를 찾을 수 있다.

다른 사람들의 도움 없이 일을 하고, 근로자와 비슷한 방법에 의한 보호를 필요로 해야 한다고 한다. 단체협약법 제12a조는 이들 집단을 위한 단체협약을 허용하고 있으며, 이들은 노동조합에 의하여 주도된 파업에 참여할 수 있는 권한 역시 가지고 있다. 헌법재판소는 수년 전 유사근로자들이 기본법 제9조 제3항의 보호를 받으며, 이는 단체협약의 체결과 파업을 주도할 수 있다는 것을 의미한다는 것을 인정하였다. 다른 노동법 분야에서는 "유사성"이 더 많이 제한되었다. 이 집단은 부당한 해고로부터 법의 보호를 받지 못하며, 사업조직법에 포함되지 못한다. 다른 한편 이들은 근로자와 동일한 연차휴가에 대한 권리를 가지고, (일반 법원이 아닌) 노동법원에 제소할 수 있으며 기타 다른 노동관계법의 적용을 받는다.⁵³⁾

특히 국가가 소유한 방송국과 텔레비전 회사에서 일하는 "자유협업자"들은 단체협약을 획득하고 (단시간) 파업에까지 참여하였다. 예를 하나만 들면, Berlin-Brandenburg 라디오 방송국(RBB)의 근로자들이 더 높은 임금에 대하여 이사회와 교섭하였다. "유사근로자"를 대표하는 두 개의 노동조합 역시 교섭에 참여하였다. 노동조합은 다양한 "경고파업"을 주도하였으나, 라디오와 텔레비전 방송국은 파업파괴자들의 작업과 다른 라디오 방송국의 프로그램을 활용하여 그들의 프로그램을 계속 유지하였다. 어느 날 저녁 파업파괴자들이 Berlin 시내 한복판에서 많은 사람들과 인터뷰를 실시하였다. 파업참가자들이 큰 현수막을 들고 나타나 인터뷰 상대의 근처에서 멈춰 섰으로써 시청자들이 그들의 구호를 볼 수 있었다. 이 순간이 지난 후 "유사근로자"까지 당연히 포함된 협상은 아주 신속하게 마무리 되었다. 다른 분야에서는 이렇게 하는 것이 매우 힘든데, 왜냐하면 이들 독립적 종사자들은 열악한 근무조건에도 불구하고 통상 조직화 않았기 때문이다.

III. 형사 책임

파업 또는 다른 형태의 쟁의행위가 불법이면, 형사적 제재에 관한 의문이 제기된다. 독일의 상황과 관련해서는 역사를 거슬러 올라가 보는 것이 유용할 것이다.

1. 과거의 형사책임

1차 세계대전 이전에는 파업권이 존재하지 않았다. 그러나 1869년 근로자 이익의 집단적 표현을 금지하는 규정이 폐지되었다. 사전에 예고하지 않은 파업은 계약위반이지만, 그것을 처벌할 수는 없었다. 그러나 제국 최고법원(Reichsgericht)은 지나간 기간에 대하여 추가 임금

⁵³⁾ Details Däubler, Für wen gilt das Arbeitsrecht? Festschrift Wank, 2014 (in print)

의 지불을 요구한 근로자들을, 파업의 실행하겠다는 주장은 본인 또는 제3자의 이익을 위한 심각한 손해의 위협으로 여겨지기 때문에 그들의 행동은 공갈미수에 해당된다고 선고하였다 (형법 제253조).⁵⁴⁾ 이것이 이런 종류의 유일한 판결은 아니다.⁵⁵⁾ 특히, 정치적 목적을 가진 파업에 참가한 자는 처벌되었다.⁵⁶⁾

Weimar 공화국 시절에는 누구도 불법파업으로 형을 선고 받지 않은 것으로 보여진다. 파시즘 시절에는 파업이 금지되었다. 매우 드물게 발생했지만, 약간의 사례가 알려져 있다. 1936년 Rüsselsheim의 Opel에 근무하던 262명의 근로자들이 복잡한 도급 시스템 때문에 그들의 임금이 감소된 것을 이해할 수 없다는 이유로 작업을 중단하였다. 그들은 정보를 입수하고 액수를 수정하기 위하여 행정관청으로 갔다. 행정관청은 그들과 대화를 할 준비가 되어 있지 않았고, 경찰의 출동을 요청한다고 협박하였다. 근로자들은 고집을 부리지 않았고, 작업장으로 복귀하였다. 이 모든 행위에 20분이 소요되었다.⁵⁷⁾ 경찰과 행정관청의 다른 부서는 그들이 사용자에게 근로자들을 해고할 것을 요구하였다는 통지를 받았다. 이는 실행되었으며, 근로자 12명은 Mayence 노동법원에 의하여 소송에서 패소하였다. 해고된 근로자들 가운데 7명은 Nazi 조직의 당원이었다. Nazi당의 선도적 대표자들은 그들의 제명을 요구하였다. 당 재판부가 결정을 해야 했다, 그러나 이들은 지도부와 의견을 같이 하지 않았다. 왜냐하면 도급 근로의 대금은 정말 굉장히 불명확했기 때문이다. 따라서 그들은 그들의 조직에 남을 수 있었다. "파업참가자" 가운데 7명은 체포되었으며 교도소 또는 집단 수용소로 보내졌지만, 몇 개월이 지난 후에 추가적인 처벌 없이 돌아왔다.

2. 연방공화국 초기시대의 상황

2차 세계대전 후에는 어떤 파업도 결코 처벌할 수 없는 것으로 여겨졌다. 근로자나 노동조합의 간부에 대하여 유죄를 선고한 법원의 판결은 존재하지 않는다. 파업이 잦았던 1950년대 및 1960대에도 사용자들은 근로자를 교도소로 보내려는 시도를 하지 않았다.⁵⁸⁾

법학 서적의 대부분은 관대하지 않았다. 1950년대에 출판된 많은 출판물들은 정치적 목적을 가진 파업, 근로자대표위원회에 의하여 주도된 파업, 협상이 진정으로 실패하기 전에 실행된 불균형적인 파업, 사업장 입구에서 작업을 하려는 사람들을 방해하는 파업, 전기, 가스 등

54) RG 6.10.1890, RGZ 24.114, 119.

55) See Rainer Schröder, Die strafrechtliche Bewältigung der Streiks durch Obergerichtliche Rechtsprechung zwischen 1870 und 1914, Archiv für Sozialgeschichte 1991, S. 85 ff.

56) Overview see Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl. 2006, Rn. 88; Kissel, Arbeitskampfrecht München 2002, § 2 Rn. 16 ff.

57) See the description at Kittner, Arbeitskampf. Geschichte - Recht - Gegenwart, München 2001, p.532.

58) See Kalbitz, Aussperrungen in der Bundesrepublik, Frankfurt/Main 1979.

물 등의 공급을 마비시키는 파업과 같은 특별한 종류의 파업을 처벌할 수 있다고 하였다.⁵⁹⁾ 모든 이러한 견해들이 아마 노동조합과 그 조합원들에게 파업을 억제하는 영향을 주었을 것이다, 그러나 그들은 법원에서 아무런 결과를 가져오지 못했다.

3. 최근의 상황

오늘날 이러한 종류의 문헌들은 다소 의미가 축소되었다. 독일의 쟁의행위에 관한 안내책자⁶⁰⁾는 불법파업이 형사적 제재를 받을 수 있는지에 대한 의문에 대하여 언급하고 있는데, 그러나 이들은 이에 대하여 많은 주의를 기울이지 않고 있다. *Kissel*⁶¹⁾은 이론적으로 적용될 수 있는 형법전의 중요한 두 개의 조항, 즉 제240조(타인에게 작위, 수인 또는 부작위 하게 하는 폭행의 사용에 대한 협박 - 강요죄) 및 제253조(공갈죄) 만을 언급하고 있다. *Otto*⁶²⁾는 심지어 형사법은 첫 번째로 쟁의행위 기간에 개별 근로자가 저지른 모욕, 신체적 손상의 야기 및 절도와 같은 무절제에 대하여 적용된다고 하면서 이 문제를 다루지 않았다. *Reinfelder*⁶³⁾는 두 규정의 폭력의 사용 또는 해악의 협박이 회망하는 성과의 성취를 위한 목적으로 비난 가능할 것을 요구한다고 하면서 이 문제를 해결하였다. 이는 관계된 모든 이해의 균형 속에서 판단될 수 있다. 또 다른 저자는 40년 보다 더 이전에 어떠한 행위의 적법성에 대하여 사회에 상이한 견해가 존재하는 경우에는 "비난 가능"("verwerflich") 하지 않다고 하였다.⁶⁴⁾

4. 형법을 적용하지 않는 이유

무엇이 법원과 저자들을 자제하게 하는 원인인지에 대한 자세한 연구가 필요한가? 형법 규정의 적용은 명백히 근로자들의 이해에 반한다, 그러나 또한 이는 사용자의 이익에도 반한다. 만약 근로자대표위원 또는 일반 근로자가 "폭력배의 두목"과 같이 1개월 또는 2개월 동안 교도소에 보내진다면, 어떤 일이 일어날까? 그들 사이에는 커다란 연대감이 형성되고, 사용자 및 법원에 대한 비난이 신문과 텔레비전에 등장할 것이다. 이러한 상황은 독일 노사관계의 전형적인 사회적 동반자관계를 교란시키게 된다. 이것은 계급적 양심의 부활에 대한 기여가 아닌가? 그것은 더 거대한 악마가 아닐까?

⁵⁹⁾ *Siebrecht*, Das Recht im Arbeitskampf, Kiel 1956, S. 162; *Knodel*, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, München und Berlin 1962, S. 125; *Mertz*, AR-Blattei, Arbeitskampf VI A I 1 b; *Niese*, Streik und Strafrecht, Tübingen 1954, S. 82.

⁶⁰⁾ 쟁의행위에 관한 법이 존재하지 않아, 해설서도 존재하지 않는다.

⁶¹⁾ See Footnote 56, § 34 No. 21.

⁶²⁾ Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 15 Rn. 10.

⁶³⁾ In: Däubler, Arbeitskampfrecht, third edition, Baden-Baden 2011, § 15 Rn 62.

⁶⁴⁾ *Däubler*, Strafbarkeit von Arbeitskämpfen, in: Baumann/Dähn (Hrsg.), Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, Tübingen 1972, p. 104 et seq.

다른 요인은 불법적인 파업의 희소성이다. 민사책임과 중대한 비행으로 인한 해고의 위협성 때문에 노동조합과 근로자는 통상 많은 토론이 수반된 장시간의 총회와 같은 사용자에게 압력을 가할 수 있는 다른 가능성을 찾는데 매우 신중하다.

마지막으로 이러한 입장을 확인시켜주는 약간의 사례가 있다. 1970년대 말과 1980년대 초에 있었던 평화운동 중에 많은 사람들이 미군의 군사시설 입구를 봉쇄하였다. 많은 사람들이 형법 제240조에 의하여 기소되었다. 그러나 이 소송의 결과는 매우 조신하였다. 부과된 벌금은 적었고, 마지막에 헌법재판소는 앉아 있는 것은 "폭력의 사용"이 아니며, 오직 통행의 방해일 뿐이라고 판단하였다. 다른 한편으로는 작가와 예술가와 같은 많은 유명인들이 이 행동에 동참했기 때문에 평화운동이 많은 언론의 관심을 얻었다.⁶⁵⁾

비슷한 경우에 형법은 역시 적절해 보이지 않는다. 독일의 "Lufthansa"가 망명신청이 거절된 사람들을 그들의 국가로 송환하였다. 송환은 이들에게 커다란 위협이었고, 한 시민단체가 이들이 독일에 머무는 것을 도우려고 하였다. 이 단체는 인터넷에 Lufthansa가 이러한 방법으로 돈을 번다고 비판하는 결의문을 발표하였다(그들은 일반석, 2등석 그리고 강제 송환석을 제공하였다). 한 수단 사람이 사망한 채 수단에 도착하였을 때, 그는 두 명의 경찰관을 동반하였다는 사실에도 불구하고 시위는 격화되었다. 몇 명의 단체의 회원들이 1초에 3장의 이메일을 Lufthansa에 발송하는 소프트웨어를 개발하였다. 짧은 시간 안에 컴퓨터는 작동이 멈추었다. 이 행동은 2시간 동안 실시되었다. 소송대리인이 단체의 한 사람에 대하여 다시 한 번 형법 제240조에 근거한 형사절차를 시작하였다. 1심 법원은 그에게 900유로를 선고하였으나, 항소법원에 의하여 그는 무죄를 선고 받았다.⁶⁶⁾ 폭력과 협박이 적용되지 않았으며, 데이터의 삭제(형법 제303a조)도 발생하지 않았다.

5. 입법부가 이러한 상황을 바꿀 수 있을까?

불법파업을 처벌할 수 있게 하는 것이 위헌인지에 대한 문제는 독일에서는 매우 이론적인 문제이다. 현행 규정들은 불법파업이 처벌될 수 있음을 밝히기에 충분하다. 그러나 이러한 가능성이 이용되지 않는 것은 여론과 사회의 일반적인 태도의 문제이다. 50년 이상 후에는 누군가가 쟁의행위의 형법으로부터의 배제는 이미 관습법이 되었다고 말할 수 있을 것이다.

⁶⁵⁾ Cf. Vogel, in: Rieble/Giesen/Junker (ed.), Arbeitsstrafrecht im Umbruch, München 2009, p.152.

⁶⁶⁾ OLG Frankfurt/Main 22.5.2006 - 1 Sa 319/05, MMR 2006, 547 = CR 2006, 684 = StV 2007, 244.

IV. 민사 책임

실제로 민사책임은 노동조합에게 확실히 중요하다. 법적으로 노동조합의 간부와 불법파업에 참가한 개인 또한 책임이 있다, 그러나 이를 계산에 넣는 경우는 매우 적다.

1. 노동조합의 민사책임

현존하는 단체협약으로부터 자동적으로 도출되는 평화의무를 노동조합이 위반하면, 노동조합은 그 손해를 배상하여야 한다. 이는 노동조합의 요구 중의 하나가 이미 체결되어, 폐기되지 않은 유효한 단체협약상의 규정에 반하는 것으로 충분하다.⁶⁷⁾

불법파업은 이미 수립되고 그리고 수행되고 있는 영업("Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb")을 방해할 수 있고, 그 결과 영업의 주체에게 그 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 여기에는 반드시 충족되어야 할 두 가지 조건이 있다. 방해가 직접 기업을 대상으로 하여야 하며, 노동조합이 적어도 과실에 의하여 행동했어야 한다. 평화의무의 위반은 계약법상의 청구권을 창출하지만, 그것은 불법행위법상의 청구이다. 독일법 하에서는 양자가 공존할 수 있다.

"직접적" 방해는 자주 문제를 야기한다.

Frankfurt 공항의 항법사들은 독일연방이 소유하고 있는 유한책임회사인 "독일항공안전"과 근로계약을 맺고 있었다. 그들의 노동조합이 평화의무를 위반하여 파업을 주도하였다. 항공사들이 약 4백만 유로의 손해배상을 요구하였다. 이들의 청구는 Frankfurt 지방노동법원⁶⁸⁾에 의하여 파업이 직접 "독일항공안전"을 상대로 행하여 졌고, 항공사를 상대로 행해지지 않았다는 이유로 기각되었다. 항공사들이 손해를 입었다는 사실은 법적으로 중요하지 않았다. 이것은 특히 제3자가 영향을 받는 서비스 분야에서의 파업의 통상적인 결과이다. 평화의무와 관련하여 그 목적은 단체협약의 상대방을 보호하는 데 있지, 제3자를 보호하는데 있지 않다. 그러므로 손해배상청구에 대한 법적 근거가 없다.

다음 문제는 과실에 관한 문제이다. 노동조합은 노동법원에 의하여 형성된 현존하는 판례를 신뢰할 수 있다. 만약 이것이 파업이 발생한 후에 번복된다면, 노동조합은 그 규정의 위반에 대하여 무죄이다.⁶⁹⁾ 만약 법학 문헌들 사이에서 어떠한 문제에 대하여 다양한 결론을 가지고 논의되고 있다면, 어떻게 되겠는가? 노동조합은 파업을 주도할 수 있지만, 작업중단의 확대에 대해서 매우 신중해야 한다.⁷⁰⁾ 파업감시요원이나 다른 조합원들이 모욕과 같은 범법행위를 했

⁶⁷⁾ See LAG Hessen 25.4.2013 - 9 Sa 561/12, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 92a.

⁶⁸⁾ See footnote 67.

⁶⁹⁾ BAG 9.4.1991 - 1 AZR 332/90, DB 1991, 2295 = NZA 1991, 815.

다고 하여, 정당한 파업이 불법파업이 되는 것은 아니다.

노동조합은 자신이 파업을 주도하였을 경우에만 책임이 있는 것이 아니다. 연방노동법원에 의하면 예를 들어 파업참가자들에게 돈을 지불하여 그들이 파업을 지속할 수 있도록 하는 파업참가자에 대한 지원으로 충분하다. 소위 비공인파업의 경우에 노동조합이 이를 인수하여, 이를 "공식적 파업"으로 전환할 수 있다,⁷¹⁾ 그러나 이는 오직 평화의무를 위반하지 않은 경우에만 타당하다.⁷²⁾

만약 노동조합의 조합원이 노동조합의 주도 없이 파업을 하였다면, 노동조합은 자신들이 그 행동을 지원하지 않았음을 분명히 하여야 한다. 만약 이에 대하여 침묵한다면 그들 역시 책임이 있는 것으로 여겨지는 상황이 발생할 수 있다.⁷³⁾

2. 개인의 민사책임

불법파업에 참가한 근로자는 자신의 근로계약을 위반하게 된다. 또한 그들은 그들의 사용자의 수립되고 수행되고 있는 영업을 방해하게 된다. 계약법 또는 불법행위법에 의하여 그들은 손해를 배상할 책임이 있다. 노동법원은 노동조합과 개별 근로자 사이에 차이를 두지 않고 있다.

실제로 근로자가 행위의 불법성을 인지하지 못하는 경우가 발생할 수 있다. 총칙에 따르면 착오를 피할 수 없었던 경우에는, 근로자는 귀책사유 없이 행동한 것으로 간주된다. 만약 파업이 노동조합에 의하여 주도되었다면, 그 적법성이 추정된다.⁷⁴⁾ 만약 노동조합이 파업이 적법하다고 선언한 경우에는 근로자들은 과실에 대하여 책임이 없다.⁷⁵⁾ 다른 한편 법원은 과거의 판단(오늘날에는 아마도 반복되지 않을 것이다)에서 매우 엄격하였다. 심지어 이탈리아에서 온 이주 노동자가 독일어를 잘 하지 못하고, 그의 국가에서는 소위 비공인파업이 일반적으로 인정된다는 사실에도 불구하고 책임이 인정되었고, 손해를 배상하여야 했다.⁷⁶⁾

노동조합 간부의 책임은 독일에서는 토론의 특별한 주제가 아니다. 그들은 노동조합 및 근로자들과 함께 범한 수립되고, 수행되고 있는 영업을 방해에 대하여 책임이 있다.

노동조합, 근로자 및 노동조합 간부의 책임은 공동책임이다, 즉 그들은 연대책무자이다. 법

⁷⁰⁾ BAG 21.3.1978 - 1 AZR 11/76, AP Nr. 62 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 10.12.2002 - 1 AZR 96/02, NZA 2003,734, 741.

⁷¹⁾ BAG 5.9.1955 - 1 AZR 480-489/54, AP Nr. 3 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 20.12.1963 - 1 AZR 429/62, AP Nr. 33 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷²⁾ BAG 17.12.1958 - 1 AZR 349/57, AP Nr. 3 zu § 1 TVG Friedenspflicht.

⁷³⁾ BGH 31.1.1978 - VI ZR 32/77, NJW 1978, 816.

⁷⁴⁾ BAG 19.6.1973 - 1 AZR 521/72, AP Nr. 47 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷⁵⁾ BAG 29.11.1983 - 1 AZR 469/82, AP Nr. 78 zu § 626 BGB.

⁷⁶⁾ BAG 20.12.1963 - 1 AZR 428/62, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 20.12.1963 - 1 AZR 429/62, AP Nr. 33 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

므로 각자에게 전체 손해가 청구될 수 있고, 그는 다른 채무자에게 구상권을 가진다.

사례: 500명의 근로자가 50만 유로의 손해에 대하여 책임이 있다. 그들 중의 한 명이 50만 유로의 지불을 청구 당할 수 있다. 나중에 그는 다른 499명에게 각자 1천 유로씩 지불할 것을 요구할 수 있다. 이는 매우 비현실적인 해결이다. 경영인에게 적합한 규칙이 모든 근로자들에게 적합한 것은 아니다.

3. 지불되어야 하는 손해

파업의 경제적 효과는 매우 다양하다.⁷⁷⁾ 만약 사용자가 자신의 제품을 판매하는데 어려움이 있다면, 재고를 막을 수 있는 파업은 환영 받을 것이다. 많은 경우에 파업으로 인하여 중단된 작업시간이 몇 일 또는 몇 주 후면 회복된다.

사례: 1978년에 있었던 인쇄산업의 파업기간 동안 "Süddeutsche Zeitung"은 460면에 달하는 (대가가 좋은) 광고를 잃었다. 파업이 종료된 후 4주 만에 신문은 광고가 포함된 400면의 추가 지면을 발행하였다.⁷⁸⁾

일부 특별한 경우에는 실제 손해가 있지만 그러나 사용자가 완벽한 회계장부의 공개 없이는 이를 증명하는 것이 어려울 것이다. 쉽게 증명할 수 있는 손해는 연장근로에 대한 임금 또는 파업에 참가하지 않고 계속 근로한 사람에게 지불한 상여금이다. 또한 독일 노동법원은 사용자가 구성 비용 및 특정 퍼센트의 간접비용으로 구성되는 소위 최소 손해를 입은 것으로 추정하는 방식으로 입증을 수월하게 하고 있다.⁷⁹⁾

4. 법과 현실

노동조합이 손해의 배상을 청구 받는 것은 매우 드물고, 법원이 사용자를 지지하는 판단을 하는 것은 더욱 드물다. 대부분의 중요한 사례는 1950년대의 것이다.

금속노조는 파업을 주도하였고, 평화의무가 만료되기 전에 투표를 실시하였다. 연방노동법원은 평화의무를 위반하여 투표를 실시하였다고 판단하고, 노동조합이 전체 손해를 배상하여야 한다고 선고하였다.⁸⁰⁾ 그것은 연방공화국의 역사상 가장 긴 파업(114일)이었으며, 손해는 어림잡아 9천 만 마르크 이상이었다. 이 노동조합은 청구를 받았고, 연방노동법원은 노동조합에게 책임이 있다고 하였다. 정확한 액수는 확정되지 않았다. 이 막대한 금액의 지불을 강요하는 협박은 노동조합이 사용자에게 매우 유리하고 10년 이상 단체교섭의 결과에 영향을 미

77) Zöllner, Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, Düsseldorf 1974, p.38.

78) Wolter AuR 1979, 200.

79) BAG 5.3.1985 - 1 AZR 468/83, AP Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

80) BAG 31.10.1958 - 1 AZR 632/57, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht.

치는 화해 합의를 체결하도록 유도하였다.

소송은 노동조합이 사회적 동반자관계의 정책에 따를 것을 강요하는 전략의 하나이다. 최근 까지 노동조합은 파업을 시작하기 전에 매우 신중하며, 연방노동법원의 규칙들을 따를 수 있는 모든 방법을 행하고 있다.

사례: 매우 권위적인 소유주의 가족을 가진 작은 기업에서의 파업. 경영진은 외부로부터 파업파괴자들을 고용하였고, 생산의 대부분을 유지하였다. 연방노동법원은 지금까지 이러한 행동의 정당성 그 자체에 대하여 명확히 판단하지 않고 있다. ILO의 전문가 위원회와 결사의 자유 위원회 양자는 파업파괴자의 고용은 ILO 협약 제87조에 위반된다고 선언하였다.⁸¹⁾ 그럼에도 불구하고 노동조합은 사용자를 상대로 파업파괴자를 더 이상 고용할 수 없게 할 수 있는 소송을 포기하고 있다.

이러한 상황 아래에서 노동조합이 매우 드물게 손해를 배상하도록 선고 받는다는 것은 놀라운 일이 아니다. 노동조합과 근로자대표위원회의 대표가 12,291 마르크(약 6,500 유로)를 배상하도록 한 사례가 있다.⁸²⁾ Düsseldorf의 한 신문사가 비공인파업에 참가한 80명의 근로자에게 15만 마르크 이상(7,500 유로 이상)을 청구한 또 다른 사례가 있다.⁸³⁾ 연방노동법원은 원칙적으로 이 청구는 근거가 충분하지만, 손해에 대한 세부사항이 분명히 되어야 하며 사건이 지방법원으로 환송되어야 한다고 판단하였다. 양측은 타협하였다. 사용자는 3만 유로를 노동조합으로부터 (비공식적으로) 받았다. 이유는 신문사가 돈을 징수하기 위하여 정말로 집달관을 근로자의 집으로 보낸다면, 독자와 고객을 잃을 것이 염려되었던 것이다. 상황은 형사적 제재의 경우와 유사하다. 확정된 판결을 얻고 이를 집행하면, 사용자가 원하지 않는 연대를 유발할 수 있다.

구체적인 사례에서 근로자가 총액을 5페니 동전으로 회사에 가져가서, 출입문 앞에 커다란 무더기를 만들 계획을 세웠다. 지역 텔레비전은 와서 기사를 쓰기로 약속하였고, 다른 신문사들은 매우 흥미로워 했다.

V. 징계 책임

불법파업에 참가한 근로자는 예고 없이 해고될 수 있다. 이는 독일 민법 제626조의 일반원칙("중대한 사유")에 규정된 규칙이다. 그러나 이 규칙에는 다양한 예외가 존재한다.

첫 번째는 형식적인 것이다. 민법 제626조 제2항은 해고는 2주 전에 예고 되어야 한다고

81) ILO, Genreal Survey 1994, para. 174; ILO Digest 2006 para. 632.

82) LAG Hamm 16.6.1981 - 6 Sa 436/78, DB 1981, 1571.

83) BAG 7.6.1988 - 1 AZR 372/86, DB 1988, 2102.

구경하고 있다. 기간은 파업이 종료되거나 근로자가 참여를 중단하였을 때 개시된다.

두 번째 예외가 더 중요하다. 양측 이익의 균형이 해고를 정당화 하여야 한다. 사용자가 다른 파업참가자들도 역시 해고하였는지 여부가 중요한 요소 중의 하나가 된다.

근로자 A는 B, C, D 및 F처럼 단순히 파업에 참여하였다. B, C 및 D는 해고되지 않았다. A와의 근로관계를 소멸시키려는 사용자의 이해는 명백히 설득력이 없다. 그러나 만약 A가 파업 주도자의 한 명이거나, 전단지를 살포하거나 또는 총회에서 발언을 하였다면, 상황은 달라진다.

유명한 사례("Erwitte")에서 파업근로자들이 연방노동법원에 의하여 불법으로 여겨지고 있는 사업장 점거를 하였다. 사용자가 소송을 제기한 거의 모든 근로자들을 해고하였다. 연방노동법원은 해고가 근거가 없다고 판단하였다. 사용자는 근로자대표위원의 특권을 무시했으므로, 근로자들은 자신들이 적법하고 올바른 방법으로 행동했다고 생각하였다. 연방노동법원의 견해에 따르면 이는 잘못된 것이다, 그러나 이 착오("오류")는 근로자들에게 유리한 중요한 요소이다. 또 다른 중요한 요소는 연대가 매우 광범위 했으며(심지어 모든 정당의 대표자들이 근로자들의 요구를 지지하기 위하여 사업장을 방문하였다), 연대를 깨고 그들만의 길을 가는 것이 근로자들에게 지극히 어려웠다는 것이다.⁸⁴⁾ 승리는 2년 후에 다가 왔지만, 그래도 그것은 여전히 승리이다.

다른 사건에서 근로자들이 3일 간의 파업에 참여하였다. 그들은 파업을 주도한 그들의 노동조합을 따랐다. 그러나 실제로는 사업장이 노동조합의 관할 지역에 속하지 않았고, 따라서 파업은 불법이었다. 그러나 근로자들은 이 잘못을 인식하지 못했다. 이 경우 예고 없는 해고는 물론 직무태만으로 인한 통상해고를 위한 충분한 근거도 없다.⁸⁵⁾

또 다른 중요한 예외는 해고제한법 제15조 및 사업조직법 제103조에 근거한 근로자대표위원과 해고로부터 유사한 보호를 받는 사람에 관한 것이다. 해고는 오직 중대한 비행과 근로자대표위원회의 동의가 있어야 가능하다. 동의가 없으면, 사용자는 정말로 중대한 비행이 존재한다면 이를 대신할 수 있는 소송을 제기할 수 있다.

파업 사건에서 근로자대표위원회의 해고에 대한 심의권은 연장이지 그 자체에 대한 보호는 아니다. 사용자는 근로자대표위원의 처신이 정말 중대한 비행인지 아닌지를 검토하는 소송을 직접 법원에 제기할 수 있다.⁸⁶⁾ 만약 다른 파업참가자들은 계속 근무함에도 불구하고 오직 근로자대표위원만이 해고되었다면, 법원은 통상 근로자대표위원에 대한 불법적인 차별로 생각할 것이다.⁸⁷⁾

84) BAG 14.2.1978 - 1 AZR 76/76, AP Nr. 58 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

85) BAG 29.11.1983 - 1 AZR 469/62, NZA 1984, 34 = DB 1984, 1147 = BB 1984, 983.

86) BAG 14.2.1978 - 1 AZR 54/76, AP Nr. 57 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

87) LAG Hamm 10.4.1996 - 3 TaBV 96/95, AiB 1996, 736.

긴 예외 목록이 규칙이 사라진 의미로 오해되어서는 안 된다. 근로자가 소위 비공인파업에 참여하면 해고될 위험이 매우 높고, 노동조합이 파업을 주도하면 그 위험이 낮다. 심지어 들 비공인파업의 경우에도 사용자의 판단은 전체 직원의 지지와 지역 단위의 여론에 달려 있다. 만약 신문이 파업 참가자들에게 우호적인 기사를 쓴다면, 파업참가자들이 해고되는 것은 (제외되는 것이 아니라) 있을 수 없는 일이다.

만약 파업이 합의의 형식을 통한 타협으로 끝난다면, 당사자들은 통상 파업의 참가를 이유로 한 모든 형태의 제재를 금지하는 규정을 포함시킨다.