

노동법상 대체근로금지

I. 문제의 소재

헌법 제33조는 근로자에게 근로조건의 향상을 위한 근로3권을 보장하고 있으며 이를 실질적으로 보장하기 위해 노동조합 및 노동관계조정법(이하 “노조법”이라 함)이 제정되었다. 노동조합과 근로자는 정당한 쟁의행위에 대해 민·형사상 면책조항의 적용을 받고 인사상 불이익 취급도 받지 않는다.

노동조합은 근로조건의 향상을 단체협약 체결을 통해서 확보하게 되는데, 이 과정에서 사용자와 단체교섭으로 임금, 근로시간, 복지 등 더 나은 근로조건을 요구한다. 이에 사용자는 인건비가 회사제품의 원가인상과 직결되기 때문에 노동조합의 요구를 거부하게 된다. 노동조합은 그 요구를 관철하기 위해 집단적으로 노무제공을 거부하여 업무의 정상적인 운영을 저해하는 파업을 하게 된다. 이에 맞서 사용자는 무노동 무임금으로 대응하여 파업에 참가한 근로자를 지치게 한다. 노사간의 힘의 대결을 통해 절충된 합의문이 작성되고, 이것이 단체협약이 된다.

여기서 만약 사용자가 노동조합의 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하거나, 도급 또는 하도급을 줄 수 있게 된다면 노동조합의 파업 효과는 현저히 줄어들어 더 이상 파업을 계속할 수 없게 되어 사용자에게 굴복하게 된다. 이러한 단체행동권의 침해를 방지하기 위해 쟁의행위 기간 중 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위해 신규로 근로자를 채용하거나 외주를 줄 수 없다고 노조법은 명시하고 있다. 따라서 쟁의행위 중 대체근로금지는 노사간 힘의 균형을 유지하여 단체협약을 자율적으로 체결하도록 도와주기 위한 보호법규이다.

이번 호에서는 대체근로금지의 의의와 내용 및 대체근로가 허용된 필수공익사업의 범위 등에 대해 구체적으로 살펴보고자 한다.

II. 대체근로금지의 의의

노조법 제43조(사용자의 채용제한)는 「사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없으며, 도급 또는 하도급을 줄 수 없다.(제1항,제2항)」고 규정하고, 이를 위반할 경우 처벌규정을 두고 있다. 이외에도 파견근로자보호 등에 관한 법률(파견법) 제16조(근로자 파견의 제한)에서 「파견사업주는 쟁의행위 중인 사업장에 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 근로자를 파견하여서는 아니된다」고 규정하고 있다.

쟁의행위기간 중의 대체근로제한 규정의 취지는 헌법상 근로자의 쟁의권을 실질적으로 보장하기 위한 것이다. 사용자의 대체근로의 제한은 노동조합의 단체행동권의 실효성을 담보하기 위해 취한 제도적 장치이자 무기대응의 원칙을 실현하기 위하여 마련된 불가피한 조치라는 것이다. 노동조합의 쟁의행위에 대해 사용자의 대항행위가 제한 없이 허용되는 경우에는 노동조합의 쟁의행위가 아무런 실효성을 거두지 못할 것이고, 이것은 노동조합의 단체행동권

행사의 본질적인 내용을 침해할 수 있기 때문에 쟁의행위 중에 당해 사업과 관계없는 자를 대체할 수 없도록 정한 것이다.¹

III. 대체근로 제한의 범위

1. “당해 사업과 관계없는 자”의 의미

사업의 개념에 대해 판례는 「사업」이라 함은 개인사업체 또는 독립된 법인격을 갖춘 회사 등과 같이 경영상의 일체를 이루면서 계속적, 유기적으로 운영되고 전체로서의 독립성을 갖춘 하나의 기업조직을 뜻한다고 일반적으로 해석하고 있다.² 이에 대하여 대기업의 경우, 계열사 간에는 서로 다른 사업으로 인정된다. 그러나 특정 기업이 본사를 서울에 두고 공장이나 지점을 여러 곳에 둔 경우에 하나의 사업으로 본다.

“당해 사업과 관계없는 자”에 대해서는 해당 사업과 관계 있는 자에 대해서는 쟁의행위기간 중 업무의 대체가 가능하다는 뜻이다. 즉, 파업에 참가하지 않은 조합원, 비조합원, 당해 사업과 관계가 있는 다른 사업장에 근무하는 근로자는 업무대체가 가능하다고 본다.

2. 신규채용의 제한

노조법 제43조 제1항은 “사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용할 수 없다.”라고 규정하고 있다. 이 경우 판례에서 문제가 되는 경우로서 다음의 2가지가 있다.

(1) 쟁의행위기간 중 쟁의행위 참가자들의 업무를 수행시킬 의도로 쟁의행위기간 전에 근로자들을 신규 채용한 경우이다. 이 경우 사용자의 의도가 쟁의행위 기간 중에 쟁의행위로 중단된 업무에 대해 대체할 대체인력이므로 이는 노조법 제43조를 위반한 것으로 판단하였다.³

(2) 자연 감소인원을 보충하기 위해 신규 채용한 경우이다. 자연감소 인원을 충원하였고, 이러한 인원이 차후 노동쟁의로 중단된 업무에 대체인력으로 투입되었다고 하더라도 이는 사용자의 대체인력을 목적으로 한 것이 아니기 때문에 정당한 인사권 행사로 판단하였다.⁴

3. 대항행위의 정당성 요건

쟁의행위기간 중의 대체근로에 있어 노동조합의 대항행위가 정당성 요건을 갖추었는지 여부에 대하여 판례들은 적법한 대체근로인 경우와 위법한 대체근로로 나누어 판단하고 있다.

(1) 사용자의 적법한 대체근로에 대해서 노동조합이 대체근로의 저지를 위한 파업참가근로자들의 전면적·배타적 직장점거가 정당하지 않다는 이유로 법원은 업무방해죄를 인정하고 있다.⁵

¹ 김희성, “쟁의행위기간 중 대체근로제한에 관한 연구”, 「노동법학」, 한국노동법학회, 2010.6, 229면.

² 대법원 1998.8.20. 선고 98다18365 판결.

³ 대법원 2001.11.28. 선고 99도317 판결.

⁴ 대법원 2008.11.13. 선고 2008도4831 판결.

⁵ 대법원 2005.10.7. 선고 2005도5351 판결.

(2) 쟁의행위기간 중 사용자의 위법한 대체근로저지를 위해 파업참가 근로자들은 폭력이나 파괴·협박행위를 수반하지 않는 한, 상당한 정도의 실력을 행사하는 것이 가능하다고 판단하고 있다.⁶

4. 불법쟁의 행위에 대한 적용

대체근로 제한규정은 정당한 쟁의행위에 대해서만 해당된다고 본다. 노조법상 쟁의행위 시민형사상의 면책 규정은 정당한 쟁의행위를 전제로 하므로, 정당성이 없는 쟁의행위에 대해서는 사용자가 대체근로를 이용하여 업무수행을 계속할 수 있다. 즉, 노동조합의 불법쟁의행위에 대해 사용자는 손실을 방지하기 위해 신규채용이나 대체근로를 할 수 있다.⁷

그러나, 현실적으로 쟁의행위가 정당한 파업인지 불법파업인지 법원의 판단을 받기 전에는 판단하기 어려운 경우가 많다. 사용자가 일반적으로 노동조합의 파업을 불법 쟁의행위로 판단하여 쟁의행위로 중단된 업무에 대해 당해 사업과 관계없는 자를 채용하거나 대체하여 투입하는 경우에 이는 노동조합의 단체행동권을 무력화 할 수 있다. 그러므로 쟁의행위의 정당성이 불분명한 경우에 대체근로는 원칙적으로 금지되어야 함이 원칙이고, 명백히 정당성이 없는 쟁의행위에 한해서 대체근로를 허용하도록 하여야 할 것이다.⁸

5. 도급 또는 하도급 금지

노조법 제43조 제2항은 “사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무를 도급 또는 하도급 줄 수 없다”고 규정하고 있다. 이에 대해 사용자가 쟁의행위 기간 중에 그 쟁의행위로 중단된 업무를 도급 또는 하도급을 줄 수 없다는 것에 대해서는 문제가 없다. 다만, 도급업체와 하도급 업체 사이의 관계에서 하도급 회사의 노동조합이 쟁의행위를 할 경우에 도급업체와의 도급계약상 의무를 이행하지 못할 경우, 도급업체가 도급계약을 해지하거나 또는 도급업체 자신의 근로자를 이용하여 중단된 업무를 대체할 수 있고, 다른 근로자를 채용하거나 다른 하도급 업체와 계약을 맺을 수 있다. 이와 관련된 판례는 아직 없지만⁹ 행정해석은 도급업체의 행위는 대체근로금지 규정에 위반되지 않는 것으로 해석하고 있다.

관련된 사례로, 구청과 청소용역업체간에 생활쓰레기 수거사업 도급계약을 체결하였으나 청소용역업체 노조의 쟁의행위로 인해 업무가 중단된 경우 자치구가 생활쓰레기 처리업무를 직접 수행하거나 다른 용역업체를 지정할 수 있다. 구청과의 용역계약 관계에 있는 용역업체 노사간의 쟁의행위로 인하여 중단된 업무를 구청이 직접 수행하거나 다른 용역업체로 하여금 수행토록 하는 것은 구청이 쟁의행위의 당사자인 사용자의 지위에 있지 아니하므로 동법 규정에 저촉되지 아니한다.¹⁰

⁶ 대법원 1992.7.14. 선고 91다43800 판결.

⁷ 임종률, 『노동법』, 제13판, 2015, 박영사, 32면

⁸ 김희성, “쟁의행위기간 중 대체근로제한에 관한 연구”, 247면.

⁹ 김동욱, “쟁의행위 기간 중 대체근로금지의 내용과 적용범위”, 『노동법률』, 2015.9. 중앙경제

¹⁰ 행정해석 협력68140-173, 1997.5.6

6. 근로자파견의 금지

파견법 제16조(근로자 파견의 제한)에서 “파견사업주는 쟁의행위 중인 사업장에 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 근로자를 파견하여서는 아니된다.”고 규정하고 있다. 근로자파견이 허용되면 당해 사업에 관계없는 자를 대체근로 시키는 것과 다를 바 없으므로 사용사업주뿐만 아니라 파견사업주에 대하여도 이를 금지시키고자 하는 것이다. 다만, 이 규정은 쟁의행위기간에 신규 근로자를 파견하는 것을 금지시킨 것이고 사용사업주가 이미 파견 받아 당해 사업에 사용 중인 근로자로 하여금 중단된 업무를 수행하게 하는 것은 허용된다.

IV. 필수공익사업의 대체근로

1. 의의

노조법 제43조 제3항과 제4항은 “제1, 2항의 규정은 필수공익사업의 사용자가 쟁의행위 기간 중에 한하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하거나 그 업무를 도급 또는 하도급 주는 경우에는 적용하지 아니하고, 그 경우 사용자는 당해 사업 또는 사업장 파업 참가자의 100분의 50을 초과하지 않는 범위 안에서 채용 또는 대체하거나 도급 또는 하도급 줄 수 있다.”고 규정하고 있다(2008.1.1. 시행).

2. 요건

공익사업 중 그 업무의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하거나 국민경제를 현저히 저해하고, 그 업무의 대체가 용이하지 아니한 철도 운송사업, 수도·전기·가스·석유정제 및 석유공급사업, 병원사업, 한국은행, 통신사업 등을 필수공익사업이라 한다. 이러한 필수공익사업에 대한 직권중재가 폐지됨에 따라, 필수유지업무 외의 업무에 대해서는 쟁의행위가 전면적으로 허용됐으며 공익을 보호하기 위해 필수공익사업에서는 대체근로를 일부 허용하게 됐다. 필수공익사업의 경우에는 파업참가자의 100분의 50을 초과하지 않는 범위 안에서, 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위한 채용, 대체 또는 도급, 하도급이 허용된다.

3. 효과

이 규정들은 필수공익사업에서 쟁의행위가 일어난 경우에 공중의 일상생활 또는 국민경제에 대한 현저한 위해를 최소화하기 위하여 제한된 범위에서 대체근로를 할 수 있도록 허용한 것이다. 즉 직권중재제도를 대신하여 필수공익사업의 쟁의행위를 규율하기 위하여 필수 유지업무제도와 대체근로 허용제도가 채택된 것으로 국민의 일상생활의 유지를 위한 필수적 서비스를 담당하는 필수공익사업에 대한 직권중재의 폐지에 대하여 한편으로는 필수 유지업무제도를 도입하고 다른 한편으로 대체근로를 허용함으로써 공익 보호와의 균형을 추구하고 있다.¹¹

V. 결론

¹¹ 김형배 박지순, 『노동법강의』, 제4판, 2015, 신조사, 567면

쟁의행위 중의 대체근로의 제한규정은 헌법상 근로3권을 실질적으로 보장하기 위한 것으로 사용자의 조업의 자유와 실제적 조화를 이루어야 한다는 법 취지가 있다. 이 대체근로의 제한은 쟁의행위 중에 한하며, 당해 사업과 관계없는 자의 채용을 제한하는 것이고, 적법한 쟁의행위에 대해서만 해당된다. 이러한 쟁의행위에 기간 중에 업무의 대체 금지는 사용자의 영업의 자유를 지나치게 구속하여 노동조합의 요구를 수용할 수밖에 없도록 만든다는 비판이 있지만, 현실적으로 업무의 대체를 허용하게 되면 노동조합의 파업에 따른 효과가 미미하여 근로3권의 행사 자체가 무의미하게 되므로 노조법 제43조의 대체근로제한 규정은 노사대등의 원칙의 실현을 위해 필요한 규정이라고 본다.