공무원 파업의 금지는 합헌[1)]

1. 사실관계

헌법소원 심판청구인은 여러 주에 소재하는 학교 소속 전현직 교사 4명으로, 공무원신분이다. 이들은 업무시간 중에 공공부문의 임금협상 과정에서 일어난 노동조합의 항의집회 내지 파업조치에 참여하였고, 징계관할 행정청은 이들에게 각각 견책 또는 100유로에서 1,500유로에 이르는 과태료를 부과하였다.[2)] 행정청의 논거는 파업참여가 공무원의 기본적인 의무 위반이며, 특히 공무원은 허가 없이 직무로부터 이탈하지 못한다는 것이다. 각각의 징계처분에 대한 불복절차에서 심판청구인들은 패소하였다.

2. 관련조항

병합된 네 개의 사건에 공통된 쟁점은 독일의 공무원이 파업권을 갖는가이다.

(1) 기본법은 파업권도, 파업의 금지도 명시적으로 규정하지 않는다. 기본법 제9조 제3항 제1문은 일반적으로 "모두에게, 그리고 모든 직업에 근로조건 및 경제조건의 유지와 개선을 위한 결사의 권리를 보장한다"고 규정하고 있다. 다른 한편 공무원의 권리는 직업공무원제의 전통적인 기본원칙을 염두에 두고 기본법 제33조 제5항[3)]에 따라 규율되고 발전하였다. 주의 차원에서는 자르란트주 헌법이 유일하게 공무원의 파업금지를 명시적으로 규정하고

---

1) 2018년 6월 12일자 사건번호 2 BvR 1738/12, 2 BvR 1395/13, 2 BvR 1068/14, 2 BvR 646/15

2) 독일의 공무원 징계는 다섯 종류로, 견책, 과태료(Geldbuße), 감봉, 강등, 직무배제(Entfernung aus dem Beamtenverhältnis 해임에서 파면까지)이며, 퇴직 공무원에 대한 징계도 규정되어 있다(연방징계법(BDG) 제5조 이하).

3) 기본법 제33조 제5항
"직업공무원제의 전통적인 기본원칙들을 고려하여 공무원법을 규율하고 계속 발전시켜야 한다."

있다.

(2) 국제법 차원에서는 유럽인권재판소가 노동조합과 관련된 사건을[4] 유럽인권협약 제11조[5]와 관련하여 다루었다.

(3) 법률규정

병합된 네 개의 사건과 관련한 각 주의 법률 내용이 유사하므로, 니더작센주의 법률을 대표로 소개한다.

니더작센공무원법(NBG)

제67조 직무이탈

1. 공무원은 질병이나 기타 중대한 사유가 있어 직무를 수행할 수 없는 경우 외에는 허가를 받아야 직무에서 이탈할 수 있다.

(니더작센)공무원신분법(BeamtStG)

제33조 기본의무

1. 공무원은 특정 집단이 아니라 국민 전체의 봉사자이다. 공무원은 자신의 직무를 공평하고 정당하게 수행하여야 하며, 공공의 이익을 도모해야 한다. 공무원은 항상 기본법의 자유민주질서를 지향하고, 이를 유지하도록 행동해야 한다.

제35조 복종의무

공무원은 상관에게 자문하고 조력해야 한다. 공무원은 직무명령을 수행하고 일반적 지침을 따를 의무가 있다. 법률에 별도의 규정이 있어 지시가 아

4) Demir und Baykara v. Türkei (Urteil der Großen Kammer vom 12. November 2008, Nr. 34503/97); Enerji Yapi-Yol Sen v. Türkei (Urteil vom 21. April 2009, Nr. 68959/01).

5) 유럽인권협약 제11조(집회 및 결사의 자유)

1. 모든 사람은 자유로이 평화롭게 다른 사람과 함께 집회를 하고 결사를 이룰 권리를 가진다. 여기에는 자신의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 설립하고, 이에 가입하는 권리가 포함된다.

2. 이 권리의 행사에 대한 행정청의 침해는 법률에 근거가 있고, 민주사회에서 국가안보, 공공의 안전, 국가의 경제적 복리, 질서유지를 위해서, 그리고 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 타인의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 조치인 경우에 한해 허용된다. 이 조항에 불구하고 군대, 경찰 또는 국가 행정에 소속된 자의 이러한 권리 행사에 대하여 적법한 제한을 할 수 있다.

니라 법률에만 복종하는 경우에는 그러하지 아니하다.

3. 결정주문

(1) 각 절차는 병합하여 공동으로 결정한다.

(2) 헌법소원은 모두 기각한다.

4. 결정이유

(1) 기본법 제9조 제3항의 인적 보호범위에는 공무원 역시 포함된다. 결사의 자유는 기본권으로 유보 없이 보장된다.

(2) 불복대상인 행정청과 법원의 결정은 기본법 제9조 제3항에서 도출되는 기본권을 제한한다. 결사의 자유는 기본법이 보장한 내용을 어떻게 축소하든 제한된다. 심판청구인의 행동에 대한 징계와 이에 대한 법원의 확인으로써 노동쟁의에 참여할 가능성이 제약된다.

(3) 결사의 자유에 대한 제한은 헌법적으로 보호되는, 충분히 중요한 이익이 있는 경우 정당화된다.

a) 공무원 파업의 금지는 기본법 제33조 제5항이 의미하는 전통적인 직업공무원제의 기본원칙이다. 파업금지가 바이마르 공화국에서 정착된 실무로부터 유래한다는 점에서 전통적인 기본원칙의 전제인 전래성을 충족한다. 독일 직업공무원제의 근본요소인 공무원의 충실의무 및 생활보장의 원칙[6]과 내용적으로 맥이 닿아 있다는 점에서 실체성도 갖추었다.

b) 파업금지는 기본법 제33조 제5항의 제도적 보장에 속한다. 파업권은 공무원의 일부에게만 인정되더라도 기본법이 보장하는 구성원리의 핵심을 침해하고, 공무원관계의 관념과 이에 대한 규율을 근본적으로 변화시킨다. 생활보장과 충실의무, 종신제 및 법률제정자가 정하는 급여체계를 비롯한 중요

6) 생활보장의 원칙(Alimentationsprinzip)은 공무원과 그 가족의 생계를 종신토록 보장할 국가의 의무를 말하며, 직무기간은 물론, 질병 기타 직무 불능의 경우와 퇴직 이후를 포함한다. 이 원칙은 공무원의 충성의무에서 도출된다.

한 권리의무에 관한 규율 등 본질적인 기능원리가 그 궤도를 이탈할 것이며, 어쨌든 이로 인해 근본적인 변화가 불가피할 것이다. 파업권을 인정하게 되면, 예컨대 법률제정자가 급여체계를 정할 여지는 사라진다. 공무원이 급여를 위해 쟁의를 할 수 있다면, 헌법 차원의 생활보장을 위해 개개의 공무원이 소송을 제기할 수 있도록 하는 지금의 방식이 더 이상 유지될 수 없을 것이다. 생활보장의 원칙은 종신제와 더불어 직무수행의 독립성을 확보하기 위한 바탕이 되며, 공무원에게 직무에 철저히 헌신할 의무를 부여할 근거이다.

c) 헌법적으로 보자면, 공무원에 대해 파업금지를 법률로써 명시적으로 규정할 필요는 없다. 직무이탈에 대한 주공무원법의 규정과 법률에 공익을 위해 직무수행을 하도록 규정된 공무원의 기본의무, 그리고 복종의무까지 전체적으로 살펴보면, 기본법 제33조 제5항에서 도출되는 파업금지가 충분히 구체화되었다고 할 것이다.

d) 공무원이 노동쟁의를 주도하는 정도라면, 결사의 자유를 제한한다 하여 헌법적으로 문제될 것은 없다. 공무원 파업의 금지에는 실제적 조화(praktische Konkordanz)에 대한 고려가 들어있다. 결사의 자유와 기본법 제33조 제5항의 긴장관계는 공무원 파업의 금지를 인정하는 방향으로 해소되어야 한다. 공무원의 경우 기본법 제9조 제3항에 대한 침해가 기대가능성이 없을 정도로 심각하지는 않다. 파업금지가 결사의 자유를 전면적으로 후퇴시키지도 않으며 그 효력을 전적으로 훼손하지도 않는다. 법률제정자도 공무원관계에 관한 법률제정의 준비단계에 노조의 지도부가 참여할 권한과 같이 기본법 제9조 제3항에 대한 제한을 보상하는 규정을 두었다. 또 다른 보상의 요소는, 필요한 경우 국가가 생활보장의무를 이행하도록 하여 권리구제를 받는 기본권 유사의 권리(das grundrechtsgleiche Recht)를 개개의 공무원에게 인정하는 공무원법상의 생활보장의 원칙이다. 공무원의 권리의무체계가 이렇게 서로 맞물려 있기 때문에, 한 쪽의 확장 또는 축소는 원칙적으로 다른 쪽의 변화 역시 초래한다. 공무원관계에서 마른 땅만 골라 디디는 것

(Rosinenpicken, cherry-picking)은 허용되지 않는다. 파업권을 인정하면 공무원관계에 연쇄반응을 일으켜서 기본적인 공무원법상의 기본원칙 및 이와 결합된 제도까지 같이 교란될 것이다.

결사의 자유와 직업공무원제의 전통적 기본원칙 사이에 실제적 조화를 위해 파업금지를 고권적 권한을 행사하는 공무원으로 제한할 필요는 없다. 파업권을 기능에 따라 구분하게 되면, 동시에 그 구분의 어려움에 봉착하게 된다. 이와 별개로 "주변부의 공무원"에게 파업권을 인정하면 고권적 작용 이외의 영역에서는 행정과 국가임무수행의 안정성을 포기하게 된다. 또한 파업권을 제한적으로 인정하게 되면 "파업권을 가진 공무원" 내지 "협상임금공무원"이라는 별도의 범주가 생겨서, 고권적 작용의 핵심영역에서는 생활보장의 원칙이 지속되는 반면에, 그 외의 공무원에게는 노동쟁의로써 일정한 근로조건의 요구를 관철할 수단이 열리게 될 것이다.

(4) 독일에서 공무원 파업의 금지는 기본법의 국제법 존중의 기본원칙과 조화되며, 특히 유럽인권협약에도 합치한다.

a) 유럽인권협약 제11조 제1항은 누구에게나 자유로이 평화롭게 다른 사람과 함께 집회를 하고 결사를 이룰 것을 보장하며, 여기에는 자신의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 설립하고, 이에 가입할 권리가 포함된다. 유럽인권재판소는 최근 유럽인권협약 제11조 제1항과 더불어 제2항의 침해요건(각주 5 참조)도 좀 더 세밀하게 규정했다. 이 리딩케이스에서 제시한 방향은 해당 사례의 구체적인 정황을 살펴야 한다는 것이다. 이러한 의미에서 독일의 관련법률규정이 협약에 위반된다거나 충돌한다고 할 수는 없다. 독일 공무원 역시 기본법 제9조 제3항의 보호범위에 포함되지만, 그 국면의 하나인 파업권은 이와 충돌하는 기본법규정(제33조 제5항)을 근거로 공무원 집단이 행사할 없다는 본 사건에 대한 연방헌법재판소의 입장은 유럽인권협약의 판단과 조화를 이룬다.

b) 독일 공무원에 대한 파업금지가 유럽인권협약 제11조 제1항을 침해하는지와 별론으로, 어쨌든 그 파업금지는 독일의 직업공무원체계의 특수성 때문

에 유럽인권협약 제11조 제2항 제1문 내지 제2문에 따라 정당화된다.

aa) 파업금지는 국내법에 규정되어 있어 유럽인권협약 제11조 제2항 제1문의 취지에 부합한다. 관건은 국내법의 근거인데, 그 근거가 있다는 것이다. 연방과 주의 공무원법은 모든 공무원에 대해 직무이탈금지와 복종의무를 규정하고 있다. 허가를 받지 않고 파업에 참여하는 것은 이 규정에 부합하지 않는다. 더구나 공무원 파업의 금지는 기본법 제33조 제5항에서 도출된다고 최고법원에서 수십 년간 인정하고 있는 바이다.

유럽인권재판소의 판례에서, 유럽인권협약 제11조 제1항에 대한 침해는 긴요한 사회적 필요가 있어야 하고 그 제한이 비례적이어야 한다는 요청이 도출되는데, 파업금지는 이 요청을 충족한다. 노조활동의 핵심에 관한 제한이라면 국내법상의 법률제정자가 갖는 판단여지가 별로 없고, 공익을 논거로 정당화해야 하지만, 노조활동의 핵심이 아니라 부차적 측면에 관한 제한이라면 판단여지가 넓어지고, 비례성 인정이 용이하다.

이러한 점에서 공무원에 대한, 구체적으로 공무원 신분의 교사(beamtete Lehrkräfte)에 대한 파업금지는 유럽인권협약 제11조 제2항 제1문에 비추어 정당하다. 심판청구인은 공무원신분의 교사로서 공무원신분의 교사와 비공무원 교사(angestellte Lehrkräfte)를 대표하는 노조의 파업에 참여했지만, 노조는 오로지 채용된 교사에 관하여서만 임금을 협상한다. 공무원의 근로조건을 확정하는 권한은 연방과 주의 법률제정자에게만 있는데, 이들은 공공업무에 채용된 자들에 관한 임금협상에서 나온 결과를 공무원에게 (어느 범위에서) 전용(轉用)할 것인지를 결정한다. 심판청구인이 파업에 참여한 것은 그러한 전용에 영향을 미치려는 의도도 있었을 것이다. 이러한 행동이 유럽인권협약 제11조 제1항의 핵심영역에 해당하지는 않는다. 따라서 독일 측에 넓은 판단여지가 인정되고 이를 유월한 것은 아니다. 결정적인 것은 독일의 공무원법 체계는 공무원신분과 맞물려 있는 권리와 의무가 같이 작동하므로, 한쪽 측면의 확장이나 축소는 원칙적으로 다른 쪽에도 변화를 야기한다는 점이다.

특히 공무원에게 파업권을 인정하게 되면, 공무원법상의 기본원칙이 유지되지 못한다.

bb) 또한 심판청구인은 공무원신분의 교사로서 유럽인권협약 제11조 제2항 제2문에서 규정하는 국가행정의 영역에 속한다. 군이나 경찰, 국가행정에 속하는 자에 대한, 본 재판부는 공무원신분의 교사도 이에 해당한다고 보는데, 유럽인권협약 제11조 제1항의 보장내용은 동조 제2항 제2문에 따라 제한될 수 있다. 이러한 제한은 엄격하게 해석해야 한다. 본 심판절차의 대상인 공립학교의 교사 영역에 대해 국가가 공무원을 통해 임무를 수행할 특별한 이익이 있으므로 그러한 제한이 정당화된다. 학교제도와 국가의 교육임무는 기본법과 주 헌법에서 고도의 가치를 갖는 것이다.