

공무원인 교사의 파업할 권리¹⁾

I. 사건개요

4명의 청구인들은 공무원 신분을 가진 주립학교 교사들로 독일의 각기 다른 주에서 일하고 있었다. 그들은 ‘교육 및 과학 노동조합(Trade Union for Education and Science)’의 조합원들이었다. 청구인들 모두는 교사의 근로조건이 악화되고 있는 것에 항의하기 위해 위 노동조합이 주최한 파업에 참여했다. 이후 청구인들은 근무시간에 파업에 참여하여 공무원으로서의 의무를 위반한 데 대하여 징계를 받아 각각 견책 또는 과태료를 부과받았다.

청구인들은 위 징계 결정을 취소시키기 위해 행정법원에 소를 제기하였지만 받아들여지지 않았다. 행정법원은 청구인들이 파업에 참여함으로써 직무상의 의무를 위반하였다고 판단하였다. 행정법원은 기본법 제33조²⁾ 제5항에 따른 직업공무원제도의 전통적 원칙이 공무원의 파업행위를 금지함으로써 기본법 제9조 제3항³⁾이 보장하는 공무원의 결사의 자유가 제한된다고 판시하였다. Schleswig-Holstein, Stade, Osnabrück 행정법원은 공무원의 파업금지가 설사 유럽인권협약(이하 ‘협약’) 제11조에 위배된다고 보더라도, 이러한

1) Humpert and Others v. Germany [GC], nos. 59433/18, 59477/18, 59481/18 and 59494/18, 14 December 2023.

2) **독일 기본법 제33조 (공직과 공무원)**

- ① 모든 독일인은 모든 주에서 국민으로서 동등한 권리와 의무를 갖는다.
- ② 모든 독일인은 그 적성·능력 및 전문성에 따라 모든 공직에 동등하게 취임할 수 있다.
- ③ 시민 및 국민의 권리 향유, 공직취임 그리고 공직근무에서 취득한 권리는 종교적 신조에 영향을 받지 않는다. 모든 사람은 특정 신앙이나 세계관을 갖거나 갖지 않는다는 이유로 불이익을 받지 않는다.
- ④ 고권적 권한의 행사는 계속적 과제로서, 통상 공법상 근무관계와 충성관계에 있는 공무원에게 위임된다.
- ⑤ 직업공무원제도의 전통적 원칙들을 고려하여 공무원법을 규율하고 계속 발전시켜야 한다.

3) **독일 기본법 제9조 제3항 (결사의 자유)**

근로조건과 경제조건의 유지와 개선을 위하여 단체를 결성할 권리는 누구에게나 그리고 모든 직업과 관련하여 보장된다. 이 권리를 제한하거나 방해하고자 하는 협약은 무효이며, 이를 목적으로 하는 조치는 위법이다. 제12a조, 제35조 제2항 및 제3항, 제87a조 제4항과 제91조에 의한 조치는, 제1문에서 뜻하는 단체가 근로조건과 경제조건의 유지와 개선을 위하여 하는 노동쟁의에 대해서는 취해질 수 없다.

과업금지는 기본법 제33조 제4항 및 제5항에 명시된 헌법적 원칙의 본질에 속한 것이기 때문에 협약 제11조에 맞춰 기본법의 해석을 변경할 수 없다고 실시하였다. Niedersachsen 고등행정법원도 Schleswig-Holstein, Stade, Osnabrück 행정법원과 동일한 판단을 내렸다. 청구인들의 행정소송은 연방행정법원에서도 기각되었다.

청구인들은 각각 이 사건 징계 결정에 대한 행정법원의 기각판결에 대하여 독일 연방헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인들은 공무원인 교사의 과업을 금지함에 따른 이 사건 징계 결정이 기본법 제9조 제3항에 의해 보장되는, 근로 및 경제적 조건의 유지·개선을 위해 결사할 자유를 침해한다고 주장하였다. 또한 공권력 행사의 핵심요소와는 무관한 직무를 수행하는 공무원인 교사의 과업을 금지하는 것은 협약 제11조4)에 위배되는 것이기 때문에, 행정법원이 법률을 국제법에 합치되지 않게 해석한 것이라고 주장하였다.

2018년 6월 12일 독일 연방헌법재판소(이하 ‘연방헌법재판소’)는 청구인들의 헌법소원심판청구를 기각하였다.⁵⁾ 연방헌법재판소는 공무원의 과업은 금지된다는 전제 아래 청구인들에게 내려진 이 사건 징계 결정은 기본법 제9조 제3항에 의해 보장되는 청구인들의 결사의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였다. 또한 독일법에 따른 공무원의 과업금지가 협약 제11조 및 과업에 관한 유럽인권재판소(이하 ‘본 재판소’)의 선례를 위반한 것도 아니라고 판단하였다.

연방헌법재판소는 기본법 제9조 제3항이 공무원을 포함한 모든 사람에게 적용된다고 보았다. 이 조항은 단체교섭 과정에서 노동조합에 의해 조직된

4) 유럽인권협약 제11조 (집회 및 결사의 자유)

- ① 모든 사람은 자신의 이익을 보호하기 위해 노동조합을 결성하고 가입할 권리를 가지며, 평화적인 집회 및 다른 사람과의 결사의 자유에 대한 권리를 가진다.
 - ② 이러한 권리의 행사에 대해서는 국가안보 또는 공공의 안전을 위해, 무질서나 범죄의 방지를 위해, 보건이나 도덕의 보호를 위해 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위해 민주사회에서 필요하고 법이 정하는 경우를 제외하고는 어떠한 제한도 가할 수 없다. 이 조항에도 불구하고 국가의 군대, 경찰, 또는 행정부 구성원이 이러한 권리를 행사하는 것에 대해서는 합법적인 제한을 부과할 수 있다.
- 5) 연방헌법재판소 2018. 6. 12. 결정 2 BvR 1738/12 등. 헌법재판연구원, 공무원 과업의 금지는 합헌, 세계헌법재판동향, 2018년 제6호(2018-E-6) 참고.

파업을 포함하는 단체행동까지 보장한다. 공무원의 권리와 의무는 법률에 규정되어 있기 때문에 공무원은 단체협약의 적용을 받을 수 없고 노동조합이 그들을 위해 단체협약을 체결할 수 없을지라도, 이러한 단체행동은 기본법 제9조 제3항의 보호영역에 속한다. 따라서 청구인들에 대한 이 사건 징계결정은 노동쟁의에 참여할 수 있는 가능성을 제한하는 것이므로, 결사를 형성하여 자신들의 근로 및 경제적 조건을 보호할 권리를 제한하는 것임을 인정하였다. 그러나 이러한 제한은 정당한 것으로 연방헌법재판소는 판시하였다. 결사의 자유는 다른 헌법적 가치, 특히 기본법 제33조 제5항이 규정하는 직업공무원제도의 전통적 원칙에 따라 한계가 설정될 수 있다는 것이다. 모든 공무원에 대해 그 신분을 근거로 파업을 금지하는 것은 직업공무원제도의 전통적 원칙 가운데 하나라는 것이 잘 정립된 선례이다. 이는 안정적인 행정 유지와 국가기능의 수행이라는 정당한 목적을 추구한다.

한편, 연방헌법재판소는 협약 제11조를 적용하더라도 이 사건 공무원의 파업금지 법규는 법률에 근거한 것이라고 실시하였다. 이 사건 징계조치는 교육을 제공하고 학교 시스템을 보장할 국가의 임무를 수행함으로써 공공행정을 유지하기 위한 것이었고, 따라서 무질서를 예방하기 위한 목적에서 취해진 것이라고 보았다. 연방헌법재판소는 파업권이 아직은 협약 제11조에 따른 노동조합을 결성하여 가입할 권리의 본질적 내용을 구성하지 않는다고 보았다. 오히려 유럽인권재판소가 노동조합의 자유의 제한과 관련하여 다음과 같은 변별점을 두었다는 점을 강조하였다. 입법적인 제한이 노동조합 활동의 핵심적인 영역을 제한하는 경우 입법자는 더 적은 재량의 여지를 가지므로 더 큰 정당화 논거를 제시해야 하는 반면, 노동조합의 자유에서 부차적이거나 보조적인 영역을 제한할 경우에는 국가에 주어지는 재량의 여지가 더 커지고 그 제한이 비례적일 가능성 또한 커진다고 판시했다는 것이다. 이러한 맥락에서 볼 때, 공무원의 파업금지, 특히 공무원인 교사의 파업금지 법규는 협약 제11조 제2항 제1문에 따라 정당화된다고 실시하였다. ‘교육 및 과학 노동조

6) National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, no. 31045/10, § 84, ECHR 2014.

합'은 공무원인 교사와 계약직 국가근로자인 교사 모두를 대표하지만, 이 노동조합은 계약직 국가근로자 신분인 교사들만을 대상으로 사용자단체와 단체교섭을 하였다. 단체협약이 공무원에게 적용되지도 않는다. 왜냐하면 공무원의 근로조건을 결정할 권한은 의회만이 배타적으로 가지고 있고 계약직 국가근로자에 대한 단체협약을 공무원에게도 적용할지 여부와 적용범위 또한 의회가 결정할 사항이기 때문이다. 이 사건 청구인들이 파업에 참여한 것은 그 단체교섭의 결과가 자신들에게도 적용되도록 하려는 노력의 일환이었기 때문에, 청구인들의 파업 참여는 단지 파업을 지원하기 위한 부차적인 파업 유사한 것이어서 협약 제11조가 보장하는 핵심영역에 해당하지 않는다. 따라서 이 사건에서 국가에 부여된 재량의 여지가 넓다고 연방헌법재판소는 판시하였다.

II. 쟁점 및 판단

1. 법정의견

가. 협약 제11조 위반에 대한 판단

청구인들은 근무시간에 파업에 참여한 데 대한 징계조치 및 이 징계조치의 근거가 된 공무원 파업의 원칙적 금지가 협약 제11조가 명시적으로 규정한 집회 및 결사의 자유를 침해한다고 주장한다.

(1) 적법성에 대한 판단

본 재판소는 이전에 구 유럽인권위원회가 협약 제11조에 따라 독일을 상대로 제기된 사건을 다루었다고 본다.⁷⁾ 그 사건은 독일법에 따라 공무원은 파업을 할 수 없음에도 불구하고, 조합의 운영위원으로서 조합원들, 주로 교사

7) S. v. Federal Republic of Germany, no. 10365/83, Commission decision of 5 July 1984, Decisions and Reports 39, p. 237.

인 조합원들에게 과업에 참여하도록 독려한 공무원 신분의 교사에게 내려진 징계조치에 관한 것이었다. 독일법이 공무원에게 그들의 특수한 위치를 고려하여 과업할 권리를 부여하지 않은 점과 결사의 자유가 과업권 부여 외의 다른 방식에 의해서도 보장될 수 있다는 점에 주목하여 당시 유럽인권위원회는 해당 징계조치가 그 자체로 결사의 자유를 침해하는 것은 아니며 협약 제11조에 근거한 주장은 완전히 근거 없는 것이라고 결론을 내렸었다.

이 사건에서 제기된 쟁점이 구 유럽인권위원회가 다루었던 사건의 쟁점과 유사하고 관련된 독일의 제도도 그대로 유지되고 있지만, 구 유럽인권위원회의 결정 이래로 협약 제11조에 대한 본 재판소의 선례가 확장되고 있음을 고려할 때 본 재판소는 협약 제11조에 대한 이 사건 청구가 협약 제35조 제3항 제a호⁸⁾가 규정하고 있는 완전히 근거 없는 청구는 아니라고 본다. 본 재판소는 이 사건 청구가 다른 어떠한 근거에 의하더라도 부적법하지 않다고 본다. 따라서 이 사건 청구는 적법하다.

(2) 본안에 대한 판단

① 이 사건에 적용되는 원칙

(가) 노동조합의 자유에 대한 본 재판소의 태도

노동조합의 자유는 독립적인 권리가 아니라 협약 제11조에 따라 인정되는 결사의 자유의 구체적인 일부이다.⁹⁾ 협약 제11조는 노동조합의 조합원들에게 조합을 통해 그들의 이익을 지키기 위해 발언할 권리를 부여하는 데 그칠 뿐, 국가의 특정한 조치로부터 그들을 보호하지는 않는다. 협약이 요구하는 것은 협약 제11조에 위배되지 않는 조건으로 국내법에 따라 조합원의 이익을 보호할 수 있는 노동조합이 결성될 수 있어야 한다는 것이다.¹⁰⁾ 협약 제11조 제2항은 해당 조항의 범위로부터 어떠한 직업 단체도 배제하지 않는다.

8) 유럽인권협약 제35조 (적법요건) 제3항 제a호

유럽인권재판소는 제34조에 따른 개별적 청구가 협약 및 추가의정서의 조항과 합치하지 않는 경우, 또는 완전히 근거가 없는 경우 부적법하다고 선언해야 한다.

9) Manole and “Romanian Farmers Direct” v. Romania, no. 46551/06, § 57, 16 June 2015.

10) Sindicatul “Păstorul cel Bun” v. Romania [GC], no. 2330/09, § 134, ECHR 2013 (extracts).

기껏해야 국가 당국이 그 근로자 중 특정한 사람들을 제한할 수 있을 뿐이다.¹¹⁾ 협약은 공권력을 보유한 체약국의 역할과 사용자로서의 책임을 구분하지 않으며, 협약 제11조 또한 그러하다. 반면에 협약 제11조 제2항은 군대, 경찰 또는 행정부의 구성원일 경우 국가가 ‘적법한 제한’을 부과할 수 있다고 전제하면서도 그러한 근로자의 집회 및 결사의 자유 역시 존중할 의무가 있음을 분명히 하고 있다. 따라서 협약 제11조는 근로자와의 관계가 공법으로 규율되는지 혹은 사법으로 규율되는지와 무관하게 ‘사용자로서의 국가’를 구속한다.¹²⁾ 노동조합의 자유에 대해 본 재판소가 접근하는 기본 법리는 Demir and Baykara 결정¹³⁾에서 다음과 같이 실시되었다.

“협약 제11조에 명시된 결사의 자유의 실체적 내용과 관련된 선례의 발전은 두 가지 지도적 원칙에 의해 특징지어진다. 첫째, 본 재판소는 노동조합의 자유를 보호하기 위하여 국가가 재량의 범위 내에서 취한 조치를 종합적으로 고려한다. 둘째, 본 재판소는 노동조합의 자유의 본질적 내용에 영향을 주고, 그 요소가 없다면 노동조합의 자유를 무의미하게 하는 제한은 허용하지 않는다. 두 원칙은 모순되지 않으며 서로 연관되어 있다. 이 연관 관계는, 협약 제11조를 준수하기 위해 어떠한 조치를 취할 것인지 결정할 자유가 해당 체약국에 원칙적으로 인정되지만, 본 재판소의 선례에 따라 정립된 본질적 내용 요소를 고려할 의무도 있다는 것을 의미한다.”

본 재판소는 위와 같은 지도원칙들에 따라 선례를 통해 노동조합을 결성하고 가입할 권리, 직장폐쇄 협약의 금지, 조합원을 대신하여 노동조합이 사용자에게 발언하고 설득할 권리, 노동관계의 발전과 관련하여 사용자와 단체교섭을 할 권리 등을 포함하여 노동조합의 자유의 본질적 내용 요소를 완결되지 않은 목록으로 정립해 왔고, 이는 매우 구체적인 사례들을 제외하면 원칙적으로 본질적 내용 중 하나가 되어 왔다.¹⁴⁾

11) Sindicatul “Păstorul cel Bun” v. Romania [GC], no. 2330/09, § 145, ECHR 2013 (extracts).

12) Tüm Haber Sen and Çınar v. Turkey, no. 28602/95, § 29, ECHR 2006-II.

13) Demir and Baykara v. Turkey [GC], no. 34503/97, ECHR 2008.

14) Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) and Norwegian Transport Workers’ Union (NTF) v. Norway, no. 45487/17, § 95, 10 June 2021; Sindicatul “Păstorul cel Bun” v.

본 재판소에서 문제된 제한이 자유의 본질적 내용에 영향을 주었는지 판단할 때에도 사건의 모든 상황과 노동조합의 자유를 보호하기 위해 국가에 의해 취해진 조치의 전반적인 면을 고려하여 비례성 심사를 수행해야 한다.¹⁵⁾

본 재판소가 협약 문언의 의미와 개념을 규명할 때에는 협약 이외의 국제법 내용, 권한이 있는 기관의 해석, 그리고 공통적인 가치가 반영된 유럽 국가들의 관행들을 고려할 수 있으며 고려해야 한다. 전문적인 국제적 법률문서 및 협약국들의 관행에서 드러나는 모든 함의는 본 재판소가 구체적인 사건에서 조항을 해석·적용할 때 고려 사항이 될 수 있다.¹⁶⁾ 동시에 본 재판소의 관할권은 협약의 내용에 의해 제한된다. 본 재판소는 당사국이 국제노동기구(ILO)나 유럽사회헌장(European Social Charter)의 관련 기준을 준수하였는지 여부를 판단할 수는 없다.¹⁷⁾

(나) 파업할 권리

본 재판소는 지금까지 파업금지가 협약 제11조에 따른 노동조합의 자유의 본질적 내용에 영향을 미치는지 여부에 관하여 판단을 열어 놓았었다.¹⁸⁾ 파업권은 노동조합이 그들의 목소리를 내도록 하며, 그 조합원들의 이익을 보호하고 방어하기 위한 중요한 수단이 된다.¹⁹⁾ 파업행위는 노동조합에 의해 조직되는 한 협약 제11조에 따라 명확하게 보호된다.²⁰⁾

Romania [GC], no. 2330/09, § 135, ECHR 2013 (extracts); and Demir and Baykara v. Turkey [GC], no. 34503/97, §§ 145 and 154, ECHR 2008.

15) Demir and Baykara v. Turkey [GC], no. 34503/97, § 154, ECHR 2008; Tüm Haber Sen and Çınar v. Turkey, no. 28602/95, ECHR 2006-II; Sørensen and Rasmussen v. Denmark, [GC], nos. 52562/99 and 52620/99, §§ 64-65 and 76, ECHR 2006-I; Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) and Norwegian Transport Workers' Union (NTF) v. Norway, no. 45487/17, § 94, 10 June 2021.

16) Demir and Baykara v. Turkey [GC], no. 34503/97, § 85, ECHR 2008.

17) National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, no. 31045/10, § 106, ECHR 2014; Norwegian Confederation of Trade Unions (LO) and Norwegian Transport Workers' Union (NTF) v. Norway, no. 45487/17, § 98, 10 June 2021.

18) National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, no. 31045/10, § 84, ECHR 2014; Association of Academics v. Iceland (dec.), no. 2451/16, § 24, 15 May 2018.

19) Hrvatski liječnički sindikat v. Croatia, no. 36701/09, § 59, 27 November 2014; Federation of Offshore Workers' Trade Unions and Others v. Norway (dec.), no. 38190/97, 27 June 2002; and Ognevenko v. Russia, no. 44873/09, §§ 55 and 70, 20 November 2018.; Enerji Yapı-Yol Sen v. Turkey, no. 68959/01, § 24, 21 April 2009; Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) v. Spain, no. 45892/09, § 32, 21 April 2015.

따라서 파업금지는 노동조합이 그 조합원의 이익을 보호할 권리를 제한하는 것으로 간주되어야 하며 노동조합 결사의 자유를 제한하는 것이다.²¹⁾ 하지만 파업할 권리가 곧 승리할 권리를 의미하지는 않는다.²²⁾ 본 재판소도 파업권이 절대적이지 않다고 설시한 바 있다. 파업권은 특정의 요건과 제한에 구속된다.²³⁾ 특히 국가를 대표하여 공권력을 행사하는 공무원에게 부과되는 파업금지는 노동조합의 자유에 합치한다.²⁴⁾ 마찬가지로 주민에게 필수적인 서비스를 제공하는 근로자의 파업할 권리 또한 제한될 수 있지만,²⁵⁾ 특정 범주에 속하는 근로자의 파업권을 전면적으로 금지하기 위해서는 국가가 이러한 제한의 필요성을 정당화할 수 있는 확실한 증거를 제시하여야 한다.²⁶⁾

이와 관련하여 본 재판소는 파업권이 노동조합이 조합원의 이익을 보호하는 기능을 수행할 수 있는 가장 중요한 수단 중 하나지만, 다른 수단 또한 존재한다는 점을 강조한다.²⁷⁾ 파업권에 대한 제한이 협약 제11조에 합치하는지 여부를 결정할 때, 본 재판소는 노동조합의 자유를 보장하기 위해 국가가 취한 조치를 종합적으로 고려하여야 한다. 협약 제11조에 합치하기 위해서는 노동조합의 파업권을 제한함으로써 말미암아 그 조합원들이 보수나 근로조건을 저하하려는 시도에 무방비로 노출되는 실질적이고 즉각적인 불이익의 효과가 발생해서는 안 된다.²⁸⁾

20) National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, no. 31045/10, § 84, ECHR 2014; Association of Academics v. Iceland (dec.), no. 2451/16, § 24, 15 May 2018; Barış and Others v. Turkey (dec.), no. 66828/16 and 31 others, § 45, 14 December 2021.

21) UNISON v. the United Kingdom (dec.), no. 53574/99, ECHR 2002-I; Hrvatski liječnički sindikat v. Croatia, no. 36701/09, § 49, 27 November 2014.

22) National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, no. 31045/10, § 84, ECHR 2014; Association of Academics v. Iceland (dec.), no. 2451/16, § 24, 15 May 2018.

23) Wilson, National Union of Journalists and Others v. the United Kingdom, nos. 30668/96 and 2 others, § 45, ECHR 2002-V; Enerji Yapı-Yol Sen v. Turkey, no. 68959/01, § 32, 21 April 2009; Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) v. Spain, no. 45892/09, § 33, 21 April 2015.

24) Enerji Yapı-Yol Sen v. Turkey, no. 68959/01, § 32, 21 April 2009; Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) v. Spain, no. 45892/09, § 33, 21 April 2015.

25) Ognevenko v. Russia, no. 44873/09, § 72, 20 November 2018; Association of Academics v. Iceland (dec.), no. 2451/16, 15 May 2018.

26) Ognevenko v. Russia, no. 44873/09, § 73, 20 November 2018.

27) Federation of Offshore Workers' Trade Unions and Others v. Norway (dec.), no. 38190/97, 27 June 2002.

28) UNISON v. the United Kingdom (dec.), no. 53574/99, ECHR 2002-I.

파업금지가 노동조합의 자유의 본질적 내용에 영향을 미쳐서 그 자유를 무의미하게 만드는지 여부는 구체적인 상황에 따라 달라지기 때문에, 추상적으로 또는 파업금지만을 단독으로 검토해서는 판단될 수 없다.²⁹⁾ 오히려 노동조합을 보호하기 위해 피청구국이 취한 조치의 종합적인 면, 노동조합이 발언하고 그 조합원들의 이익을 보호할 수 있도록 주어진 다른 대안들, 자신의 이익을 방어하기 위해 조합원에게 부여된 권리를 고려하여 해당 사건의 전반적인 상황을 평가하는 것이 필요하다. 단체교섭권과 파업권은 밀접하게 연관되어 있으므로 단체교섭을 통해 근로조건이 결정될 수 있는지 등 노동관계 구조와 관련된 다른 측면들 또한 고려되어야 한다. 해당 분야 및 그 근로자의 직무 내용과 특성 역시 고려되어야 한다.

따라서 파업금지가 특정 상황에서 노동조합의 자유를 무의미하게 만들어 노동조합의 자유의 본질적 내용에 영향을 미쳤는지 여부는 이 사건의 모든 상황을 고려한 평가를 통해 결정되어야 한다. 하지만 구체적인 맥락에서 파업금지가 노동조합의 자유의 본질적 내용에 영향을 미치지 않았더라도, ‘주요한’ 또는 ‘직접적인’ 단체행동과 관련된 것이라면 이는 노동조합 활동의 핵심에 영향을 끼친 것일 수 있다.³⁰⁾

국가의 조치가 노동조합의 자유의 본질적 내용에 영향을 미치거나,³¹⁾ 국가를 대표하여 공권력을 행사하는 것도 아니고 주민에게 필수적인 서비스를 제공하는 것도 아닌 공공부문 근로자들의 ‘주요한’ 또는 ‘직접적인’ 단체행동을 심각하게 제한하는 등³²⁾ 노동조합 활동의 핵심을 저해한다면, 국가에 인정되는 재량의 여지는 줄어들 것이다.

반면, 파업권에 대한 실질적인 제한이 국가를 대표하여 공권력을 행사하는 공무원과 관련되어 있거나³³⁾ 노동조합의 - 핵심적이지 않은- 부수적인 활동

29) National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, no. 31045/10, § 84, ECHR 2014; Association of Academics v. Iceland (dec.), no. 2451/16, § 24, 15 May 2018.

30) National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, no. 31045/10, §§ 87-88, ECHR 2014

31) Sørensen and Rasmussen v. Denmark, [GC], nos. 52562/99 and 52620/99, § 58, ECHR 2006-I

32) National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, no. 31045/10, §§ 87-88, ECHR 2014.

과 관련된 것이라면,³⁴⁾ 국가의 재량의 여지는 늘어날 것이다.

② 이 사건에의 적용

(가) 권리에 대한 제한 유무

본 재판소는 청구인들이 더 나은 근로조건을 요구하기 위해 파업했다는 이유, 즉 다른 사람들과 함께 몇 시간 동안 수업을 중단하고 그 시간 동안 청구인들이 조합원으로 가입한 노동조합에 의해 조직된 시위에 참여했다는 이유로 이 사건 징계조치가 내려졌다고 본다. 이 사건 징계조치는 시위와 관련하여 취해진 조치라는 점에서 청구인들의 집회의 자유와 일응 관련성을 가지지만, 근무시간 외에 그러한 시위를 참여했었다면 청구인들은 징계를 받지 않았을 것이다. 즉 이 사건 징계조치는 청구인들의 집회의 자유를 제한한 것이 아니다. 오히려 이 사건 징계조치의 본질은 청구인들이 신분을 근거로 한 공무원의 파업금지 규정을 위반하여 노동조합이 조직한 업무중단에 참여한 데 대하여 제재를 받은 것이었다. 따라서 이 사건 징계조치는 노동조합의 자유의 한 측면인 청구인들의 결사의 자유를 제한하였다.³⁵⁾ 따라서 본 재판소는 이 사건을 집회의 자유 측면이 아닌 결사의 자유 측면에서만 검토한다.³⁶⁾

(나) 권리 제한의 정당성 여부

본 재판소는 공무원 신분인 교사로서 청구인들이 협약 제11조 제2항의 입법목적에 부합하는 ‘행정부의 구성원’에 해당하는지 여부를 판단할 필요는 없다고 본다. 그러나 본 재판소는 ‘행정부’의 개념이 좁게 해석되어야 한다는 점을 강조한다.³⁷⁾

33) Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) v. Spain, no. 45892/09, §§ 37-41, 21 April 2015.

34) National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, no. 31045/10, §§ 87-88, ECHR 2014.

35) Demir and Baykara v. Turkey [GC], no. 34503/97, § 109, ECHR 2008; Manole and “Romanian Farmers Direct” v. Romania, no. 46551/06, § 57, 16 June 2015; Ognevenko v. Russia, no. 44873/09, § 57, 20 November 2018.

36) İsmail Sezer v. Turkey, no. 36807/07, § 41, 24 March 2015.

37) Vogt v. Germany, 26 September 1995, § 67, Series A no. 323; Grande Oriente d’Italia di

협약 제11조 제2항 제1문에 따라 정당화되기 위해서는 이 사건 제한이 하나 또는 그 이상의 정당한 목적을 추구하고 이 정당한 목적을 달성하기 위해 ‘민주사회에서 필요한’ 것에 해당하며 ‘법률에 근거한’ 제한이었다는 점이 밝혀져야 한다. ‘민주사회에서 필요한’ 것으로 여겨지기 위해서는 이 사건 제한이 ‘긴급한 사회적 필요’를 위한 것이어야 하고, 국가가 이를 정당화하기 위해 제시한 이유의 관련성이 충분해야 하며, 그 제한과 추구하는 정당한 목적 사이의 비례관계가 입증되어야 한다. 이를 위해 개인의 이익과 전체로서의 사회의 경합하는 이익이 공정하게 비교형량되어야 한다.³⁸⁾

(ㄱ) 이 사건 징계조치가 ‘법률에 근거’했는지 여부

청구인들은 그들에게 내려진 징계조치가 법률에 근거하지 않았다고 주장한다. 본 재판소는 이 사건 징계조치가 공무원의 일반적인 의무와 무단결근 금지를 규정한 「공무원의 지위에 관한 법률」 및 각 주의 공무원법의 조항들과 함께 해석되는 기본법 제33조 제5항을 근거로 했다는 점에 주목한다. 기본법이나 어떠한 법령도 공무원의 파업을 명시적으로 금지하지는 않았지만, 독일 연방헌법재판소는 수십 년 동안 일관되게 기본법 제33조 제5항이 모든 공무원에 대해 파업금지를 규정한다고 해석해 왔다. 연방행정법원 또한 공무원의 파업행위가 기본법 제33조 제5항에 따른 직업공무원제도의 전통적 원칙에 위반된다고 일관되게 판시해 왔다.

본 재판소는 연방행정법원이 4번째 청구인의 소송에서 취한 입장에 주목한다. 연방행정법원은 기본법 제33조 제5항이 협약에 대치되는 방식으로 해석되어서는 안 되며, 기본법과 협약 사이의 충돌은 의회가 해결해야 하고, 의회가 문제삼지 않는 한 기본법 제33조 제5항에 따른 공무원의 파업금지 조항은 유효하다고 판시하였다. 따라서 이 사건에서 문제된 제한은 협약 제11조 제2항에 따른 ‘법률에 근거한 것’이었다.

Palazzo Giustiniani v. Italy, no. 35972/97, § 31, ECHR 2001-VIII; Demir and Baykara v. Turkey [GC], no. 34503/97, §§ 97 and 107, ECHR 2008.

38) Association of Academics v. Iceland (dec.), no. 2451/16, § 25, 15 May 2018.

(L) 정당한 목적 유무

본 재판소는 공무원의 파업금지가 공무원에게 주어진 업무가 효율적으로 수행되도록 보장함으로써 주민보호, 공익서비스 제공, 협약에 명시된 권리보장의 확보를 위한 양질의 행정을 제공하려는 전반적인 목적을 추구했다는 독일 정부의 주장을 받아들인다. 연방헌법재판소가 실시했듯이, 공무원의 파업금지는 독일에서 안정적인 행정을 유지하고 국가의 기능 수행을 보장하는데 필수적인 것으로 여겨진다. 본 재판소는 공무원의 파업금지가 협약 제11조 제2항 제1문에 나열된 정당한 목적들 중 최소한 하나를 추구한다고 본다. 청구인들에게 내려진 이 사건 징계조치는 교육 시스템을 보장하고 기본법 제7조 제1항³⁹⁾ 및 협약 제1추가의정서 제2조⁴⁰⁾에 명시된 교육권을 보호하기 위한 것이었다.

(C) ‘민주사회에 필요한지’ 여부

청구인들의 결사의 자유를 제한하는 것이 ‘민주사회에 필요한지’ 여부가 판단되어야 한다. 본 재판소의 역할은 관련된 국내법을 추상적으로 심사하는 것이 아니라, 그 국내법이 청구인들에게 미친 실질적인 영향이 협약 제11조가 규정한 권리를 침해하였는지를 심사하는 것이다.⁴¹⁾ 그러나 이 사건에서 제기된 쟁점들, 더 구체적으로는 청구인들에게 내려진 이 사건 징계조치를 검토할 때, 본 재판소는 일반적인 맥락, 즉 독일에서 공무원 신분을 근거로 모든 공무원들에게 파업을 일반적으로 금지시키고 있다는 점을 간과해서는 안 된다.⁴²⁾

청구인들에 대한 징계조치가 ‘민주사회에 필요한지’ 여부를 결정하기 위해

39) 독일 기본법 제7조 제1항

모든 학교제도는 국가의 감독을 받는다.

40) 유럽인권협약 제1추가의정서 제2조 (교육을 받을 권리)

어느 누구도 교육을 받을 권리를 부정당하지 않는다. 국가는 교육 및 교수와 관련된 어떠한 기능을 수행하는 데 있어서도 부모가 자기의 종교적 및 철학적 신념에 일치하는 교육 및 교수를 확보할 권리를 존중하여야 한다.

41) National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, no. 31045/10, § 98, ECHR 2014.

42) Taxquet v. Belgium [GC], no. 926/05, § 83 in fine, ECHR 2010.

서는 이 사건 징계조치가 취해진 전체적인 사실관계와 법적인 맥락이 검토되어야 한다. 따라서 본 재판소는 공무원인 청구인들에 대한 파업금지의 효과가 적절했는지 그리고 그 금지가 노동조합의 자유를 무의미하게 만든 것은 아닌지를 확인해야 한다. 이를 위해 본 재판소는 다음의 사항을 확인한다. (i) 파업권 제한의 성격과 범위, (ii) 공무원 노동조합 및 공무원 스스로 자신의 이익을 보호하기 위해 취한 조치, (iii) 공무원 파업금지가 추구하는 목적, (iv) 공무원 신분에 포함된 추가적인 권리들, (v) 파업할 권리가 있는 계약직 국가근로자 신분의 주립학교 교사로 일할 수 있는 가능성, (vi) 문제된 조치의 경중이다.

첫째, 파업권 제한의 성격 및 범위와 관련하여 본 재판소는 공무원 신분인 교사를 포함하여 모든 공무원에 대한 파업금지가 신분을 근거로 하며 절대적인 것이라고 본다. 따라서 청구인들을 포함하여 독일 공무원의 파업권에 대한 제한은 과중하다고 볼 수 있다. 본 재판소는 모든 공무원의 파업에 대한 원칙적인 금지가 분명히 협약에서 쟁점이 된다고 본다. 또한 본 재판소는 이와 관련하여 파업금지가 노동조합의 자유를 무의미하게 만들었는지를 평가하는 것은 여러 요소에 달려있음을 강조한다.

전문적인 국제기구 산하에 설립된 감시기구의 관행에 따르면 공무원의 파업행위 자체가 금지되어서는 안 된다는 경향이 강하게 보이고 있으며 이 경향이 체약국들의 관행에도 반영되어 있음을 본 재판소는 인정한다. 특정 분야의 공무원 또는 공공부문 근로자, 특히 국가를 대표하여 공권력을 행사하거나 필수적인 서비스를 제공하는 근로자들의 파업권을 금지하거나 제한할 수 있다는 전제에 대해 공감대가 형성되어 있음을 고려할 때 필수 서비스의 개념은 비록 그 정확한 의미에서는 차이가 있을 수 있더라도 엄격하게 해석되어야 하고 공교육을 포함하지 않는 것으로 이해되어야 한다고 보는 경향도 있다. 따라서 본 재판소는 피청구국의 입장, 특히 공무원의 파업을 전면적으로 금지하는 것이 전문적인 국제기구가 보이는 경향과 다르다는 점을 확인한다. 체약국들의 관행에서 나타나는 경향과 피청구국의 국제협약 준수

에 대한 국제 감시기구의 부정적인 평가는 고려해 볼 요소이지만, 이러한 요소들 그 자체로 본 재판소가 이 사건 파업금지과 징계조치가 협약상 피청구국에 부여된 재량의 여지 내에 있는지를 판단하는 결정적인 기준이 되는 것은 아니다.⁴³⁾

둘째, 공무원 노동조합과 공무원이 자신의 이익을 보호하기 위해 취한 조치에 관하여, 본 재판소는 파업권이 노동조합이 조합원의 이익을 보호하고 조합원 자신이 스스로의 이익을 방어하는 데 중요한 수단임을 상기한다. 파업행위는 노동조합 활동의 중요 부분을 구성하지만, 본 재판소는 파업이 노동조합과 그 조합원이 자신의 근로관계상의 이익을 보호하기 위해 취할 수 있는 유일한 수단은 아니라는 점을 강조한다. 계약국들은 원칙적으로 노동조합의 자유가 무의미해지지 않는 선에서 협약 제11조를 준수하기 위하여 취할 수 있는 조치를 자유롭게 결정할 수 있다. 따라서 본 재판소는 독일 공무원 노동조합과 공무원들 스스로 자신의 근로관계상의 이익을 실질적으로 보호할 수 있는 다른 권리가 있는지 확인해야 한다.

본 재판소는 독일의 공무원들이 그들의 이익을 방어하기 위해 노동조합을 결성해 가입할 권리가 있으며, 청구인들이 그러한 권리를 활용했다는 점을 확인한다. 독일 내 최대 공무원 노동조합인 ‘공무원 협의회 및 단체교섭 노동조합(Association of Civil Servants and Union for Collective Bargaining)’은 전체 공무원의 50%를 대표했다. 또한, 독일에서는 공무원의 보수를 포함한 근로조건이 직업공무원제도의 전통적 원칙에 따라 노동조합과 국가 사이의 단체협약이 아닌 법령에 규정되어 있다. 공무원 노동조합들의 상위 조직은 공무원에 대한 범규범이 제정될 때 참여할 수 있는 법적 권리가 있다. 이러한 상위 조직이 새로운 입법에 참여하는 것은 단체교섭권이 없고 파업이 금지된 데 대한 대안으로서 공무원의 권리와 이익을 지키기 위한 것이다. 게다가 독일 직업공무원제도의 전통적 원칙인 ‘부양의 원칙’은 공무원에게 ‘적정한 보수’를 받을 개별적이고 집행가능한 헌법적 권리를 공무원에게 보장하

43) National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, no. 31045/10, §§ 91 and 98, ECHR 2014.

는데, 이는 특히 공무원의 직급과 책임에 상응해야 하고 경제 및 재정 상황의 발전과 통상적인 생활수준에 부합하여야 한다. 의회는 이 원칙을 준수하기 위해 공무원의 보수를 계속해서 조정해야 할 의무가 있으며, 연방헌법재판소는 공무원 보수의 적정성을 판단할 구체적이고 세부적인 기준을 마련해 왔다. 연방헌법재판소가 몇몇 사건을 통해 공무원 보수가 기본법 제33조 제5항에 위배된다고 결정하면서 의회에 ‘부양의 의무’를 준수할 것을 요구했던 것에 비춰보았을 때, 본 재판소는 공무원이 ‘적정한 보수’를 받을 개인의 헌법적 권리를 법원을 통해 행사할 실질적인 수단을 가지고 있다고 본다. 즉 공무원은 본질적인 근로조건 및 그와 관련된 자신의 이익을 방어할 실질적인 대안을 가졌고 이와 관련하여 노동조합의 도움을 받을 수 있다. 끝으로, 국내법은 공무원의 대표성이 보장되도록 규정하고 있다. 공무원들은 공무원 협의회를 통해 대표될 수 있고, 이 협의회는 공동결의권을 통하여 공무원과 관련된 직업적, 사회적, 조직적 사안에 참여할 권리를 가지며 관련 부서와 용역 계약을 체결할 수 있다.

셋째, 공무원의 파업금지가 추구하는 목적과 관련하여, 본 재판소는 보충적이고 법률상 행사 가능한 다른 기본권들과 함께 고려해 보았을 때 공무원의 파업금지가 양질의 행정 제공이라는 전반적인 목적을 추구한다는 독일 정부의 주장을 받아들인다. 권리와 의무의 상호적인 체계는 공공서비스에 부여된 기능의 효율적 수행을 보장하고, 이에 따라 다양한 상황에서 효율적인 공공 행정을 통해 주민보호, 공익서비스 제공 및 협약에 명시된 권리의 보장에 이바지한다. 이와 관련하여, 본 재판소는 파업권에 대한 제한이 독일 정부 측의 사람들뿐만 아니라 다른 사람들의 권리를 보호하며 헌법, 협약 및 기타 인권조약에 따른 계약국의 적극적 의무를 이행하는 것이라고 본다.⁴⁴⁾ 이 사건 제한은 양질의 행정을 제공하기 위해 앞서 서술한 목적을 추구한 것이었다.

44) National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom, no. 31045/10, § 82, ECHR 2014; Association of Academics v. Iceland (dec.), no. 2451/16, § 30, 15 May 2018.

넷째, 공무원 신분에 포함된 추가적인 권리들과 관련하여, 국내법은 공무원에게 그들의 신분을 근거로 종신 근무에 대한 권리, 평생에 걸쳐 ‘적정한 보수’를 받을 권리 등 여러 권리를 부여한다. ‘공무원 협의회 및 단체교섭 노동조합’에 따르면, 독일에서 공무원은 공공부문의 계약직 국가근로자에 비해 더 높은 총 보수를 받으며 의료서비스나 연금에서 더 나은 조건을 보장받는다.

다섯째, 파업할 권리가 있는 계약직 국가근로자 신분의 주립학교 교사로 일할 수 있는 가능성과 관련하여 불 때 본 재판소는 독일에서 공무원의 파업이 전면적으로 금지된 것은 아니라고 본다. 왜냐하면 공공부문 근로자의 62%에 해당하는 계약직 국가근로자가 파업권을 가지고 있었기 때문이다. 청구인들이 일한 주에서 주립학교 교사들은 원칙적으로 공무원 신분이나 계약직 국가근로자 신분 중 하나로 임용될 수 있었다. 청구인들은 공립학교 교사의 이원적인 신분 제도를 알고 있었다. 청구인들이 참여한 파업은 부분적으로 계약직 국가근로자 신분의 교사들을 지지하기 위해 조직되었으며, 청구인들이 본 재판소에 제기한 차별 문제에 대한 심판청구는 동일한 파업에 참여한 계약직 국가근로자 신분의 교사들은 제재를 받지 않았다는 점을 근거로 한 것이었다.

양 당사자는 공무원 신분에서 계약직 국가근로자 신분으로의 변경이 공무원이 자신의 면직을 요청하고 계약직 국가근로자로 재임용되는 것이라는 데 대해 동의한다. 청구인들은 면직된 공무원이 이후 계약직 국가근로자로 재임용되리라는 보장이 없다고 주장했지만, 독일 정부는 실제로 그러한 신분의 변화는 공무원이 면직을 신청하기 전에 협상된다고 주장했다. 따라서 면직신청이 공무원을 실직의 위협에 노출시킨다는 청구인들의 주장은 잘못되었다.

청구인들이 파업권을 가진 계약직 국가근로자 신분을 가진 교사로 재임용될 수 있었다는 것은 청구인들이 부담하는 파업금지 의무에 대해 비례성 심사를 할 때 고려되어야 한다.⁴⁵⁾ 피청구국은 주립학교 교사에게 그 신분에 대

45) Travaš v. Croatia, no. 75581/13, 4 October 2016; Savickis and Others v. Latvia [GC], no. 49270/11, § 183, 9 June 2022.

한 선택지를 제공하였을 뿐만 아니라 공무원 신분이 비록 파업을 금지당하지만 그 자체로 훨씬 더 매력적인 것으로 만듦으로써 주립학교에서의 파업 가능성을 근본적으로 줄였다는 사실을 인정한다.

마지막으로, 이 사건의 주요 쟁점은 금지 위반에 따른 제재의 경중보다는 파업금지의 효력이지만, 이 사건 조치의 경중과 관련하여 본 재판소는 첫 번째 청구인은 견책을 받았고 두 번째와 세 번째 청구인은 100유로의 과태료를 부과받았다는 점에 주목한다. 또한, 네 번째 청구인은 1,500유로의 과태료를 부과받았다가 300유로의 과태료로 감액되었다. 따라서 청구인들에게 내려진 징계조치는 과중하지 않았다.

(3) 소결

앞서 실시한 내용에 따라 본 재판소는 공무원의 전면적인 파업금지가 그 성격상 과중하다고 본다. 파업권이 노동조합의 자유에 있어서 중요한 요소이지만, 파업행위는 노동조합이나 그 조합원이 자신의 이익을 보호하기 위한 유일한 수단은 아니며 계약국들은 원칙적으로 협약 제11조에 따라 국가가 원하는 조치를 결정할 자유가 있다. 이와 관련하여, 본 재판소는 피청구국에서 공무원과 그들의 노동조합에 자신의 이익을 방어하기 위한 다양한 제도적 수단들이 있었다는 점을 강조한다. 종합적으로 고려해 보았을 때, 본 재판소는 이러한 수단들이 노동조합과 그 조합원에게 그들의 이익을 실질적으로 방어할 수 있도록 했다고 본다.

또한 본 재판소는 이 사건에서 파업금지의 영향이, 피청구인 독일 정부가 제시하고 연방헌법재판소의 광범위한 평가에 반영된, 제한에 대한 -앞서 실시한- 치밀하고 설득력 있는 근거들보다 중한 것은 아니라고 본다. 특히 공무원 노동조합과 공무원이 자신의 이익을 실질적으로 방어하기 위해 취할 수 있었던 수단들을 종합적으로 고려해 보면, 파업금지는 공무원의 노동조합의 자유를 무의미하게 만들지 않았다. 따라서 파업금지는 협약 제11조가 보

호하는 노동조합의 자유의 본질적 내용에 영향을 주지 않는다. 게다가 청구인들에게 내려진 징계조치는 과중하지 않았으며, 효율적인 공공행정을 통해 협약에 명시된 권리를 보호하기 위한 목적을 추구하였다.

따라서 본 재판소는 이 사건에서 청구인에게 내려진 조치가 피청구국에 부여된 재량의 범위를 초과하지 않았으며 중요하고 정당한 목적을 추구하는 데 있어 비례적이었다고 결론 내린다. 따라서 협약 제11조는 위반되지 않았다.

나. 협약 제11조와 결부된 협약 제14조 위반에 관한 판단

파업에 참여한 데 대해 징계를 받은 공무원 신분의 교사인 청구인들은 파업에 참여했지만 징계를 받지 않은, 사법(私法)에 따라 고용된 교사들과 비교하여 협약상 권리를 누리는 데 차별을 당했다고 주장했다. 그들은 협약 제11조와 결부된 협약 제14조⁴⁶⁾를 인용하였다.

반면, 독일 정부는 청구인들의 주장이 국내법상 구제절차를 소진하지 않았기 때문에 협약 제35조 제1항⁴⁷⁾에 따라 부적법하다고 주장했다. 청구인들이 연방헌법재판소에서는 협약 제14조의 위반이나 이에 상응하는 평등권의 위반을 주장하지 않았다는 것이다.

본 재판소는 4명의 청구인들 중 3명이 연방행정법원에서 사법에 따라 고용된 교사들과의 차별을 주장하지 않았다는 점에 주목한다. 또한, 나머지 한 명의 청구인도 이를 충분히 언급하지 않았다고 본다. 따라서 본 재판소는 독일 정부의 주장을 받아들이며 이 부분은 국내 구제절차를 소진하지 않았기 때문에 부적법하다고 선언한다.

46) 유럽인권협약 제14조 (차별 금지)

본 협약에서 명시된 권리와 자유의 향유는 성별, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 견해, 출신 국가 또는 사회계층, 소수민족과의 관련성, 재산, 출생 또는 기타 신분을 포함하여 어떠한 사유로 인한 차별 없이 보장된다.

47) 유럽인권협약 제35조 (적법요건) 제1항

유럽인권재판소는 일반적으로 인정된 국제법 원칙에 따라 모든 국내의 구제절차가 소진된 이후, 그리고 최종 결정이 내려진 날로부터 6개월 이내의 사건만을 다룰 수 있다.

다. 협약 제6조 제1항의 위반에 관한 판단

청구인들은 또한 연방헌법재판소가 국제 노동법에서 공무원으로서 과업할 권리가 인정된다는 자신들의 본질적인 주장을 다루지 않았다고 하며 협약 제6조 제1항⁴⁸⁾에 따라 이 사건 청구를 제기하였다. 독일 정부는 협약 제6조 제1항을 위반하지 않았다고 주장하였다. 연방헌법재판소는 공무원의 헌법상 권리와 관련된 청구인들의 주장, 구체적으로는 협약과 본 재판소의 관련 결정에 관한 청구인들의 주장을 광범위하게 다루었다. 그 과정에서 연방헌법재판소는 국제 노동법이 본 재판소의 선례에 미치는 영향 또한 실시하였다.

본 재판소는 협약 제6조 제1항이 판결의 이유를 제시할 의무를 법원에 부과하지만, 모든 주장에 대해 상세한 답변을 요구하는 것으로까지는 이해될 수 없음을 강조하였다.⁴⁹⁾ 따라서 본 재판소는 연방헌법재판소가 과업권에 관한 국제 노동법상의 의무를 포함하여 독일의 국제적인 의무를 충분히 다루었고 청구인들의 청구를 기각하는 구체적인 이유를 명시적으로 제시했다고 본다.⁵⁰⁾ 따라서 협약 제35조 제3항 제a호에 따라 이 주장은 완전히 근거가 없다.

라. 법정의견의 결론

전술한 이유들로 인해 본 재판소는, 만장일치로, 협약 제11조에 대한 청구는 적법하지만 이외의 청구들은 적법하지 않다고 결정한다.

16대 1의 표결로, 협약 제11조가 위반되지 않았다고 결정한다.

48) 유럽인권협약 제6조 (공정한 재판을 받을 권리) 제1항

모든 사람은 민사상의 권리와 의무 또는 자신을 상대로 제기된 형사소추의 결정을 위하여 법에 따라 설립된 독립적이고 공평한 법원에 의하여 합리적인 기한 내에 공정한 공개 심리를 받을 권리를 가진다. 판결은 공개적으로 선고되며, 다만 민주사회의 도덕, 공공질서 또는 국가안보를 위한 경우, 미성년자의 이익이나 당사자들의 사생활 보호를 위하여 필요한 경우, 또는 공개가 정의의 이익을 해할 특별한 사정이 있다고 법원이 판단하는 경우 엄격히 필요한 한도 내에서 언론 또는 대중에 대하여 재판의 전부 또는 일부가 공개되지 아니할 수 있다.

49) *Perez v. France* [GC], no. 47287/99, § 81, ECHR 2004-I.

50) *Petrović and Others v. Montenegro*, no. 18116/15, §§ 41 and 43, 17 July 2018.

2. RAVARANI 재판관의 보충의견

나는 동료들과 함께, 공무원에게 적용되는 전면적인 파업금지에도 불구하고 파업에 참여했다는 이유로 청구인들에게 내려진 징계조치가 협약 제11조를 위반하지 않았다는 데 대해 동의한다.

독일은 교육 분야에서 이원적인 진로를 가지고 있으며, 둘 사이에서 선택할 수 있고 심지어 한 쪽에서 다른 쪽으로 바꿀 수 있는 권리도 부여한다. 중요한 것은, 어떤 진로를 택할 것인지에 대해 처음부터 선택권을 가지고 있으며 공무원인 교사는 계약직 국가근로자로 신분을 변경할 수 있다는 점이다. 이 점은 내가 협약 제11조의 위반이 없었다는 편에 서도록 하였다.

그러나 나는 추가적인 설명을 해야 할 필요성을 느낀다. 나는 정당한 목적과 징계조치의 비례성에 의구심이 든다. 회원국의 재량의 여지가 어느 정도이든, 이 사건에서 쟁점이 되는 것은 파업권에 대한 단순한 제한이 아니라 특정 범주의 사람들에게 부과된 전면적인 금지였다. 이는 그들의 활동 특성을 기반으로 한 것이 아니라 공무원이라는 신분을 기반으로 한 것이었다.

비례심사에서 파업금지의 정당한 목적으로서 그리고 징계조치가 추구하는 타당한 목적으로서 양질의 행정은 문제가 되지 않지만, 다른 사람의 권리를 보호하기 위해 특정 사람들의 권리가 전면적으로 금지당하는 것이 정당화될 수 있는지 의문이 제기될 수 있다. 실제로 파업이란 본래 다른 사람의 권리에 영향을 미치는 것이기 때문에 그러한 전면금지의 정당성을 인정하기는 어려운 일이다. 파업의 목적이 곧 혼란을 만들고 다른 사람에게 영향을 미치려는 것 아닌가? 다른 사람의 권리보호를 파업금지의 정당한 목적이자 비례적인 수단으로 여긴다면, 이는 모든 분야에서의 파업금지를 허용하는 물꼬를 트는 것이 아닐까?

연방헌법재판소는 교육을 국가행정의 핵심적인 부분이자 협약 제11조 제2항에 따라 파업권이 제한될 수 있는 영역으로 보았다. 국제기구는 일반적인

로 교육권을 필수 서비스로 여기지 않는다. 본 재판소의 일관된 선례에 따르면, 협약은 아무런 맥락 없이 해석될 수 없으며 가능한 한 협약의 일부를 구성하는 다른 국제법 규칙과 조화롭게 해석되어야 한다.⁵¹⁾ 여기서 본 재판소가 취한 입장은 거의 모든 국제기구가 채택한 입장과 현저한 차이를 보인다.

독일 정부에 따르면, 공무원의 파업금지에는 ‘다양한 변수로 특징지어지는 통합적인 시스템’의 일부이므로 파업금지에는 다양한 요인에 의해 균형을 이루고 있다고 주장한다. 여기서 ‘부양의 원칙’과 종신 근무는 중요한 근거가 되는 반면, 충실의무, 예상가능한 진로, 완전한 헌신, 중립의무는 왜 공무원들로 하여금 파업을 하지 못하도록 하는가? 사적인 영역에서는 파업하더라도 충실한 것이지만, 공적인 영역에서는 그렇지 않은 것인가? 파업하는 것은 그 자체로 충실하지 않은 것인가? 독일 공무원들에게 파업 이외에 자신들의 이익을 방어할 수단이 있는 것은 사실이다. 하지만 파업권이 다른 수단들과 근본적으로 동일한 것일까? 어느 정도의 조정은 필요하겠지만, 대안의 존재가 파업을 전면적으로 금지하는 이유가 되어서는 안 된다.

결론적으로, 독일에서 교사들에게 공무원으로서의 신분과 계약직 국가근로자로서의 신분 사이에서 선택할 수 있도록 하는 것은 파업의 전면적인 금지에 정당성과 비례성을 부여하지만, 문제된 금지를 정당화하기 위해 제시된 다른 근거들에는 의문이 든다.

3. SERGHIDES 재판관의 반대의견

나는 협약 제11조에 대한 청구는 적법하지만 다른 청구들은 부적법하다는 점에서 법정의견에 동의하지만, 협약 제11조가 위반되지 않았다는 점에는 동의하지 않는다. 나는 법정의견의 방법론적, 개념적, 실질적 접근방식, 특히 협약 제11조의 위반이 없었다는 결론에 도달하는 접근방식에는 동의하지 않

51) Demir and Baykara v. Turkey [GC], no. 34503/97, §§ 76 et seq., 12 November 2008; Al-Adsani v. the United Kingdom [GC], no. 35763/97, § 55, 21 November 2001; Hassan v. the United Kingdom, [GC], no. 29750/09, § 77, 16 September 2014.

는다.

나는 모든 상황에서 파업권이 결사의 자유, 특히 협약 제11조상의 노동조합의 자유의 본질적 내용이라고 본다. 결사의 자유의 내용으로서 파업권의 특징과 성격은 구체적인 상황에 달려 있지 않으며 사건별로 달라지는 것도 아니다. 파업권은 결사의 자유와 DNA가 같으며 그렇게 취급되어야 한다.

파업권은 민주사회에서 핵심적인 가치이다. 하지만 법정의견은 파업이 협상과 단체교섭을 목적으로 한다는 점과 이 사건 징계조치로 인해 제한된 것이 단체교섭권이라는 점을 간과하고 있다. 협약 제11조 제1항의 ‘포함하여’라는 단어는 단순히 하위 권리들을 나열한 것일 뿐 한정하는 것이 아니기 때문에, 파업권이 그 범주에 속할 여지를 남겨두었다. 파업권이 결사의 자유의 내용에 해당하는지와 관련하여 결사의 자유에 대한 본 재판소의 해석은 너무 한정적이며 ‘실효성의 원칙’(principle of effectiveness)에 위배된다. ‘실효성의 원칙’에 따르면, 권리의 제한은 좁고 제한적으로 해석되어야 하지만 권리는 넓게 해석되고 적용될 것을 요구한다.

여러 국제법은 일반적으로 파업권을 인정한다. 파업권이 국제법의 일반 원칙이라면 모든 국제 및 국내 법원은 이를 존중해야 한다. 협약은 국제법의 일부이며, 국제법의 일반 원칙, 즉 실효성의 원칙과 조화롭게 해석되어야 한다.

한편, 법정의견은 청구인들에 대한 공무원의 파업금지가 절대적, 전면적, 일반적인 금지였다는 것을 인정하면서도, 이러한 금지가 본질적으로 예외를 인정하지 않는다는 점과 구체적인 사건의 내용에 따른 비례성 심사를 봉쇄하고 있다는 점을 고려하지 않았다. 전면적인 금지는 무조건적인 금지이며, 예외나 이익형량의 여지를 두지 않는 극단적인 경직성을 본질로 한다. 결과적으로 법정의견은 협약 제11조 제2항이 요구하는 추가적인 검토를 하고 난 후 절대적인 금지가 협약 제11조 제1항을 위반하였는지 판단했어야 하지만, 그렇게 하지 않았다.

절대적·전면적 금지를 이러한 방식으로 다루는 것은 개념적으로 잘못된 것

이며, 이는 협약 제11조에 대한 완전히 잘못된 해석과 적용을 야기하고 해당 권리를 실질적으로 보장해야 한다는 실효성의 원칙에 위배된다. 이 사건에서 절대적 금지를 통해 권리를 완전히 부정하는 것은 본질적으로 비례적일 수 없다. 파업에 대한 절대적 금지는 직접적이고 자동적으로 집회 및 결사의 자유를 침해하며, 더 이상의 검토나 심사가 필요 없다.

인권이나 기본적 자유를 행사하기 위한 수단의 선택이 권리나 자유의 향유자가 아닌 체약국의 의지(또는 ‘자유’)에 달려있다는 말에 동의하기 어렵다. 협약이 보호하는 인권과 기본적 자유는 국가가 아닌 개인에 의해 향유되어야 한다. 파업에 대한 절대적 금지는 협약 제11조 제2항 제1문의 범위에서 검토될 수 없다. 따라서 피청구국에는 이 협약 조항에 따라 결정을 내릴 어떠한 재량의 여지도 주어지지 않는다. 노동조합의 자유의 본질적 내용으로서 파업권의 성격이 상황에 따라 달라진다는 법정의견의 관점을 따르더라도, 나는 절대적 금지를 제11조 제2항 제1문에 따라 심사하는 법정의견의 접근방식에는 동의하지 않는다. 왜냐하면 법정의견의 접근방식은 제1문에 따라 이 사건 징계조치를 심사하지만, 절대적 금지는 제1문에 따라 심사될 수 없기 때문이다. 절대적 금지는 제11조 제2항 제1문에 따른 비례성 심사의 대상이 아니며, 결사의 자유의 본질적 내용으로서 파업권은 절대적으로 금지될 수 없다.

법정의견은 청구인들이 공무원 신분인 교사로서 협약 제11조 제2항의 목적에 부합하는 ‘행정부의 구성원’에 해당하는지를 결정할 필요가 없다고 실시하였다. 이러한 실시는 법정의견이 협약 제11조 제2항 제1문에만 의존하여 이 사건을 결정한 이유를 제대로 설명해 주지 못한다. 독일 연방헌법재판소는 명백하게 협약 제11조 제2항의 제1문과 제2문을 근거로 결정을 내렸다. 법정의견은 협약 제11조 제2항 제1문 하에서 쟁점을 검토하였는데, 이러한 접근방식은 완전히 잘못되었다.

(i) ‘법률에 근거’하고 (ii) ‘군대, 경찰 또는 행정부의 구성원이 이러한 권리를 행사하는 것’과 관련된 경우라는 두 가지 요건 아래 협약 제11조 제2항

제2문의 절대적 금지가 적용될 수 있다. 제2문에 따르면 이러한 금지가 법률에 근거하고 있는 경우, 그 제한은 ‘민주사회에 필요’하지 않아도 되기에 비례성 요건을 위반하지 않기 때문에 관련 회원국의 재량의 여지 내에 있을 수 있다. 이는 제1문의 구성과는 다른 것이다. 즉 협약 제11조 제2항 제2문은 제1문에 대하여 우선되는 특별법(*Jex specialis*)의 관계에 있다. 제2문은 제1문에 대한 예외이므로 비례성 심사를 받지 않는, 집회 및 결사의 자유의 예외의 예외이다.

이 사건 징계조치는 협약 제11조 제2항 제2문에 따라 (i) 법률상 근거가 있고, (ii) 군대, 경찰, 행정부 구성원에 대한 것이라면 정당화될 수 있다. 이 사건은 두 번째 요건을 충족하지 않기 때문에 첫 번째 요건인 법률상 근거 유무에 대해서는 검토할 필요가 없다. ‘행정부 구성원’에 국가의 모든 공무원이 포함되도록 차별 없이 해석하는 것은 이를 좁게 해석하는 것이 아니라 매우 넓게 해석하는 것이다. 또한 이러한 해석은 협약 제11조 제2항 제2문에 대한 문언해석 및 목적론적 해석과 협약 제11조 전체에 배치될 것이다. 왜냐하면 만약 협약의 작성자들이 협약 제11조 제2항 제2문에 모든 공무원이 포함되는 것을 의도했다면, 그들은 단순히 ‘국가행정’이라는 개념으로 이를 암시하기보다는 더 명확히 표현했을 것이기 때문이다. 또한 만약 제2문이 모든 국가근로자에게 적용되는 것이었다면, 세 범주를 구체적으로 언급할 필요도 없었을 것이다. 따라서 협약 제11조 제2항 제2문에서 명시된 세 범주를 제외한 공무원의 경우에는 제11조에 따른 절대적 금지에 관한 조항이 적용되지 않는 것이 명백하므로, 모든 공무원에게 절대적 금지에 관한 조항이 적용되는 것으로 해석하는 것은 협약을 위반하는 해석이자 적용이 될 것이다.

법정의견은 협약 제11조 제2항 제2문의 관점에서 이 사건의 검토를 시작했어야 하지만 그러지 않았다. 즉 법정의견은 제11조 제2항의 각 문장에 다른 기준이 적용된다는 점, 제2문이 그 성격상 제1문보다 더 특수하다는 점, 그리고 제2문은 예외의 예외라는 점을 고려했어야 한다. 법정의견이 문제된 금지가 성질상 절대적인 것이라는 것을 인정하면서도, 협약 제11조 제2항 제1

문을 통해 절대적이지 않은 금지를 심사하는 방식으로 심사한 것은 모순적인 것이다.

청구인들에게 내려진 조치는 협약 제11조 제2항의 제1문과 제2문을 통해 정당화될 수 없으며, 따라서 협약 제11조 제1항을 위반한 것으로 결론 내릴 수 있다. 나는 법정의견이 협약의 기본 원칙인 실효성의 원칙과 인간존엄성에 대한 존중의 원칙을 준수하지 않았으며, 협약이 오늘날 사회 상황과 국제법의 발전에 따라 변화하는 살아있는 문서라는 측면에서도 이론적으로 퇴보했다고 생각한다.

이 사건에서 독일 정부는 재량의 한계를 유월했을 뿐만 아니라 협약 제11조를 완전히 잘못된 방식으로 해석하고 적용했다. 나는 협약 제11조 제1항이 명시하는 청구인들의 평온한 집회 및 결사의 자유가 침해되었다고 판단한다.

III. 결정의 의의

이 사건에서 유럽인권재판소는 공무원 신분인 교사가 근무시간에 업무를 중단하고 파업한 데 대해 독일 정부가 징계를 내린 것은 협약을 위반한 것이 아니라고 판시하였다. 그 이유는, 공무원에 대한 이 사건 징계조치가 정당한 목적을 가지고 있었으며 민주사회에 필요한 것이었다고 판단했기 때문이었다. 정당한 목적과 관련하여, 유럽인권재판소는 공무원의 파업금지와 그에 따른 징계조치가 양질의 행정서비스 제공을 위해 취해진 것이라고 판단하였다. 또한 민주사회에 필요한지 여부를 판단하기 위해 (i) 파업권 제한의 성격과 범위, (ii) 공무원 노동조합과 공무원이 스스로 자신의 이익을 보호하기 위해 취한 조치, (iii) 공무원의 파업금지가 추구하는 목적, (iv) 공무원 신분에 포함된 추가적인 권리들, (v) 파업할 권리가 있는 계약직 국가근로자 신분의 주립학교 교사로 일할 수 있는 가능성, (vi) 문제된 조치의 경중 등 6가지의 요소를 검토하였다. 결과적으로 유럽인권재판소는 공무원의 파업금지와 이에 따른 징계조치가 협약 제11조를 위반하지 않는다고 결정하였다.

한편, RAVARANI 재판관은 청구인들이 파업권을 가진 계약직 국가근로자인 교사로 신분을 변경할 수 있었기 때문에 이 사건 조치가 협약에 위배되지 않는다고 판단한 법정의견의 결론에 동의하였다. 그러나 그 외에 법정의견이 제시한 근거들에 대해서는 의문을 제기하였다.

SERGHIDES 재판관은 반대의견을 통해 공무원의 전면적인 파업금지가 협약 제11조에 위배된다고 보았다. 그 이유로 파업권은 결사의 자유의 필수불가결한 요소로서 구체적인 상황에 따라 달리 판단될 수 있는 것이 아니라고 보았기 때문이다. 또한 파업에 대한 전면적인 금지는 협약 제11조 제2항 제1문이 아닌 제2문에 따라 검토되어야 하는데, 이 사건 청구인들은 ‘행정부 구성원’에 속하지 않기 때문에 파업권이 제한될 수 없다고 보았다.

공무원 및 교원 노동조합에 대해 파업 등 노동쟁의를 금지하는 한국의 법제를 검토할 때, 이 사건에서 유럽인권재판소가 실시한 판단기준은 비교사례로서 참고자료가 될 수 있을 것이다.