정책연구
2022-01

구체적 권리로서의 노동3권의 의의와 부당노동행위제도 재정립에 관한 연구

박제성·박은정·권오성·김 린

한국노동연구원

목 차

요 약 ····· i

제1장 서 론 ····· (박제성) ····· 1

제2장 노동3권의 규범적 의의 ····· (박제성) ····· 5

제1절 사회적 공서와 노동3권 ····· 5

제2절 2020년 대법원 전원합의체 판결의 의의 ····· 21

제3절 국제노동기구(ILO) 단결권 협약(조약)의 의의 ····· 29

제3장 단결권 또는 단결의 자유 ····· (박은정) ····· 34

제1절 단결권의 의미 ····· 34

1. ILO 제87호 협약과 단결권 ····· 34
2. 단결권을 바라보는 시각들 ····· 39
3. 단결권의 이해 ····· 43

제2절 단결권의 주체와 소극적 단결권 ····· 51

1. 단결권의 주체 ····· 51
2. 개별적 단결권과 집단적 단결권 : 유니온숍 조항의 문제 ····· 52

제3절 노동조합 설립신고제도 및 조직운영 ····· 57

제4절 노동조합법 제7조와 단결권 ····· 63

제5절 소 결 ····· 65

제4장 단체교섭권 또는 단체교섭의 자유 ····· (권오성) ····· 67

제1절 서 론 ····· 67
제2절 단체교섭권의 구체적 권리성 ····· 70
1. 검토의 전제-호펠드의 권리 개념의 분석 ····· 70
2. 단체교섭권의 분석 ····· 72
제3절 단체교섭권의 구체적 권리성 제고를 위한 해석론의 모색 ····· 82
1. “직업인으로서의 지위(membership of the labourforce)”로서의 헌법상 근로자 ····· 82
2. 헌법상 근로자 개념의 재구성 ····· 87
3. 단체교섭과 단체협약의 관계 ····· 88
4. 자유권으로서의 단체교섭권과 교섭창구단일화 ····· 90
5. 단체교섭권에 근거한 취업규칙 제도로의 전환 필요성 ····· 92
제4절 소 결 ····· 95

제5장 단체행동권 또는 단체행동의 자유 ····· (김 린) ····· 98
제1절 서 론 ····· 98
1. 호부호형이 허락되지 않는 노동의 풍경 ····· 98
2. 노동3권의 법적 성질에 관한 기존 논의의 한계 ····· 101
3. 문제 제기 ····· 103
제2절 단체행동의 자유의 의의와 여타 노동3권과의 관계 ····· 104
1. 의 의 ····· 104
2. 여타 노동3권과의 관계 ····· 105
제3절 단체행동의 자유의 구체적 내용 ····· 106
1. 권리주체 ····· 106
2. 행사방법 ····· 115
3. 행사시기 ····· 118
4. 행사절차 ····· 119
제4절 단체행동의 자유의 효력 ····· 121

1. 일반적 효력 ····· 121
2. 국가에 대한 효력 ····· 122
3. 사용자에 대한 효력 ····· 124
제5절 단체행동의 자유에 대한 제한 ····· 124
1. 개별적 법률유보 ····· 124
2. 일반적 법률유보 ····· 125
3. 타인의 기본권 행사와의 조화 ····· 125
제6절 자유권성 인정에 따라 재검토가 필요한 주요 사항 ····· 127
1. 단체행동권 행사의 적법성 판단 구도의 변화 ····· 127
2. 단체행동권 행사를 봉쇄하는 사인의 민사적 권리행사에 대한 규제 ····· 130
제7절 소결 : 단체행동의 자유 보장을 위한 새로운 풍토 마련 시도 ····· 132

제6장 결 론 ····· (박제성) ····· 134

참고문헌 ····· 139

표 목 차

<표 4-1> 청구권으로서의 단체교섭권의 가능태 ····· 74
<표 4-2> 현행 노동조합법상 단체협약대표의 피대표자 범위 ····· 81

그림목차

[그림 4-1] 권리 개념의 기본 단위 간 대립관계과 상관관계 ····· 71
[그림 4-2] A. Supiot의 4개의 동심원 이론 ····· 84
[그림 4-3] 인적취업관계의 영역(domain of personal work relations) ····· 86
[그림 4-4] 근로의 권리와 헌법상 근로자 ····· 87

요 약

기존의 노동3권 해석과 부당노동행위제도를 둘러싼 법제도적 조건이 달라졌다.

첫째, 단결의 자유에 관한 ILO 제87호 협약과 제98호 협약이 비준되었다. 지금까지는 ILO 협약을 비준하기 위하여, 협약의 기준에 비추어 현행 노동법의 규정이 문제되는 것은 없는지를 중심으로 관련 논의가 진행되었다면, 2022년 4월 20일부터는 ILO 협약이 조약으로서 국내법적 효력을 발휘하게 될 것이므로, 조약의 규정들과 기존 국내법의 규정들을 조화롭게 해석하는 해석론이 제시될 필요가 있다. 2021년 1월 5일 노동조합 및 노동관계조정법(이하 노동조합법이라고 한다) 개정으로 두 규범 간의 해석상 충돌 문제가 전부 해소되었다고 생각하지 않는다면 말이다. 나아가 만약 ILO 협약/조약이 법률보다 상위의 효력을 갖는 것으로 해석된다면(이 점에 대해서는 학설상 논란이 있다는 것을 전제로), 현행 노동조합법에 대한 해석론은 상당한 정도로 수정될 수밖에 없을 것이다.

둘째, 2020년 이른바 전교조 법외노조 사건에서 대법원 전원합의체는 노동3권의 구체적 권리성을 인정했다. 이에 따르면 "노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다."[1] 이 법리의 함의는 매우 심장하다. 그렇다면 이제 우리는 노동조합법이 존재하지 않는 상황을 가정한 다음에 노동3권의 헌법적 효력을 온전히 구성해 내도록 노력할 필요가 있을 것이다. 그리고 그 헌법적 효력에

1) 대법원 2020.9.3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결.

비추어 실정법의 의미를 해석하고, 경우에 따라서는 실정법의 규정을 위헌적인 것으로 확인하는 해석론도 마다하지 않는 담대한 태도를 견지할 필요가 있을 것이다.

ILO 협약이 비준되고, 대법원 전원합의체가 노동3권을 구체적 권리로 인정한 바탕 위에서, 노동3권의 의의를 재검토하고 이에 부합하는 방향으로 부당노동행위제도를 재정립할 필요가 있다. 예를 들면 다음과 같은 문제들이 제기될 수 있다.

현행 부당노동행위제도에서는 노동조합법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 부당노동행위 구제신청을 할 수가 없다(노동조합법 제7조 제1항). 그런데 단결권이 구체적 권리성을 갖는다면, 노동조합법에 의한 설립신고를 경유하지 아니한 노동조합이라도 헌법상 보호를 받는 것으로 해석되어야 할 것이고, 그렇다면 단결권 침해 행위에 대해서 부당노동행위 구제신청을 할 수 있어야 하지 않을까? 부당노동행위제도는 단결권을 보장하기 위한 제도이지, 설립신고증을 받은 노동조합만 보호하려는 제도가 아니지 않은가? 이런 점을 포함하여 단결권의 구체적 권리성에 부합하는 방향으로 부당노동행위제도를 재해석할 필요가 있다.

한편, 현행 부당노동행위제도는 근로자 개인과 노동조합이라는 단체의 관계 설정에 있어서 후자에 무게중심을 두고 있다. 단결강제의 허용이 그것이다(노동조합법 제81조 제1항 제2호 단서). 그런데 단결권이 구체적 권리성을 갖는다면 개인과 단체의 관계에서도 개인의 자유에 우선권을 부여해야 하는 것은 아닐까? 즉 근로자 개인의 단결하지 아니할 자유를 좀 더 적극적으로 인정해야 하는 것은 아닐까? 개인과 단체의 관계는 단체행동권에서 좀 더 본격적으로 문제가 될 것이다.

현행 단체교섭제도에서는 복수노조 병존 시 교섭대표가 아닌 노동조합은 단체교섭권을 행사하지 못한다. 교섭대표노동조합의 공정대표의무를 통하여 간접적으로만 소수노조의 단체교섭권이 보장(?)되는 구조이다. 그리고 사용자가 소수노조의 단체교섭을 거부하더라도

부당노동행위가 되지 않는다. 그런데 단체교섭권이 구체적 권리성을 갖는다면 소수노조의 단체교섭권도 노동조합법의 규정과 상관없이 헌법상 보호를 받는 것으로 해석되어야 할 것이고, 그렇다면 교섭창구단일화제도를 통해서 소수노조의 단체교섭권을 원천적으로 제한하는 것은 헌법에 반한다고 하지 않을 수 없을 것이며, 따라서 소수노조의 단체교섭을 거부하는 사용자의 행위는 부당노동행위로 해석되지 않을 수 없지 않을까? 이런 점을 포함하여 단체교섭권의 구체적 권리성에 부합하는 방향으로 교섭창구단일화제도와 부당노동행위제도를 재정립할 필요가 있을 것이다.

현행 노동쟁의제도에서는 노동조합법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 노동쟁의의 조정신청을 할 수가 없다(노동조합법 제7조 제1항). 그런데 조정절차를 거치지 아니하면 쟁의행위를 할 수 없다(노동조합법 제45조 제2항). 결국 노동조합법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 쟁의행위를 할 수가 없다. 그런데 단체행동권이 구체적 권리성을 갖는다면 노동조합법에 의한 설립신고를 경유하지 아니한 노동조합이라고 하더라도 헌법상 단체행동권을 행사할 수 있는 것으로 해석되어야 할 것이고, 그렇다면 근로자가 단체행동에 참가한 것을 이유로 사용자가 불이익을 주는 행위는 부당노동행위로 해석되어야 하지 않을까? 물론 불이익을 당한 개별 근로자는 현행법상으로도 부당노동행위 구제신청이 가능하다(노동조합법 제7조 제2항). 그러나 노동조합은 그렇지 않다(노동조합법 제7조 제1항).

또한 현행 노동조합법에 의하면 조합원인 근로자는 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위를 하여서는 아니 된다(노동조합법 제37조 제2항). 그런데 단체행동권이 구체적 권리성을 갖는다면 근로자는 노동조합의 조합원 자격과 무관하게 개인적인 자격으로 (물론 집단적인 방식으로) 단체행동권을 행사할 수 있어야 하지 않을까? 헌법상 단체행동권의 주체는 “근로자”이지 않은가? 이런 점을 포함하여 단체행동권의 구체적 권리성에 부합하는 방향으로 노동쟁의 관련제도와 부당노동행위제도를 재정립할 필요가 있을 것이다.

이 밖에도 크고 작은 쟁점들이 제기될 수 있을 것이다. 본 연구는 이러한 질문들을 검토하고자 한다. 다만, 보고서 전체를 관통하는 하나의 일관된 입장을 제시하려는 것은 아니다. 단결권에 관한 해석론은 단체교섭권과 단체행동권을 어떻게 이해하는가에 따라 달라질 수밖에 없고, 이것은 단체교섭권과 단체행동권에 관한 해석론의 경우에도 마찬가지이다. 또한 이 세 가지 기본권 상호 간의 관계를 어떻게 이해하는가에 따라서도 각각의 해석론은 달라질 수밖에 없다. 그런 점들을 고려한다면 노동법 연구자들 사이에 노동3권에 관한 해석론이 합의를 볼 수 있기를 기대하는 것은 거의 불가능하다고 하지 않을 수 없다. 그리고 이러한 사정은 본 연구의 공동연구자들 사이에서도 마찬가지일 것이다.

대신에 본 연구에서 우리는 각 연구자의 해석론을 독립적으로 제시하기로 했다. 물론 노동3권을 구체적 권리성을 갖는 자유권으로 이해한다는 점은 연구진 전체가 공유하는 전제이다. 그러나 단결권이나 단체교섭권 등을 구체적 권리로 이해한다고 할지라도 세부적인 쟁점에서는 서로 의견이 다를 수 있다. 우리는 이렇게 서로 다른 의견들을 하나로 통일하려고 하기보다는 각각의 차이점을 그대로 드러내는 방식을 선택한 것이다. 이러한 방식은 노동3권 전체에 대해서 하나의 일관된 해석론을 기대하는 독자에게는 다소 실망스러울 수 있을지 몰라도, 노동3권을 구체적 권리로 해석한다고 할 때에도 그것은 하나의 결론으로 귀결되지 않고 그 안에서도 다양한 스펙트럼을 가질 수 있다는 점을 보여줄 수 있다는 점에서 장점이 있다고 생각한다. 각 연구자의 종합적인 해석론은 다른 지면에서 기대할 수 있을 것이라고 본다.[2)]

이러한 문제의식에 기반해서 본 연구는 다음과 같은 목차로 구성된다. 제2장에서는 전체 연구의 서론적 연구로서 구체적 권리로 해

2) 예를 들어 연구책임자(박제성)의 개인적인 해석론이 궁금한 독자는 『자영업자 노동조합 연구』(한국노동연구원, 2021)를 함께 참조할 수 있을 것이다.

석되는 노동3권의 규범적 의의에 대해서 논한다. 특히 노동3권을 "사회적 공서(公序)"의 구성장치로 해석하는 새로운 관점을 제시한다. 제3장에서 제5장까지는 차례대로 단결권과 단체교섭권 그리고 단체행동권에 관한 개별적 해석론을 제시한다. 위에서 언급한 바와 같이 각 장에서 제시되는 해석론은 여러 다양한 해석론적 가능성들 가운데 하나일 뿐이다. 신중한 독자는 심지어 각 장 사이의 모순을 발견할 수도 있을 것이다. 제6장에서는 각 장의 내용을 요약하고 추후의 연구과제를 제시한다.

본문 각 장의 내용을 요약하면 다음과 같다.

제2장에서는 세 가지를 논하였다. 첫째, 우리 헌법이 노동3권을 보장하는 목적은 단순히 노사자치의 실현에 있는 것이 아니라, 노동관계를 규율하는 법질서를 구축함에 있어서 국가의 타율성과 노사의 자율성을 사회적 공서(公序)의 개념으로 결합시키고자 하는 데 있다는 점을 논증하였다. "근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다."(헌법 제32조 제3항) "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."(헌법 제33조 제1항) 이 두 개의 헌법 조항은 각각 따로 기능하는 것이 아니다. 법률의 공서적 기능과 노동3권의 사회적 기능은 길항작용을 일으키며 하나의 제도적 몽타주를 연출한다. 둘째, 단결권만이 아니라 단체교섭권과 단체행동권을 포함하여 노동3권 일체가 구체적 권리성을 갖는 자유권으로서의 성격을 갖는다는 점, 따라서 노동3권의 사회권적 성격 운운하면서 자유권으로서의 본질적 내용을 제한·침해하는 법령의 규정은 위헌·무효의 의심을 면하기 어렵다는 점을 논증하였다. 셋째, ILO 단결권 협약(제87호, 제98호)은 헌법에 의하여 체결·공포됨으로써 조약으로서의 법적 지위를 갖게 되며, 조약은 헌법보다는 하위에 있지만 법률보다는 상위에 있는 법원(法源)으로서의 법적 효력을 갖는다는 점을 논증하였다. 실정의 법령을 해석함에 있어서는 ILO 협약/조약의 취지에 반하지 않도록 해야 한다는 점을 강조하였다.

제3장에서는 구체적 권리성을 갖는 자유권으로서의 단결권의 의의 및 이와 관련된 부당노동행위제도상의 논점을 검토하였다. 단결권은 말하자면 <자유권+α>의 내용을 갖는다고 할 수 있다. 지금까지의 주류적 학설과 판례는 여기서의 <α>를 "사회권적 성격"으로 해석하였다. 그리고 이를 단결권 제한의 근거로 활용하였다. 하지만 제3장의 필자는 <α>도 자유권의 내용으로 이해한다. 즉 <자유권+α> 그 전부를 자유권으로, 소극적 자유권과 구별되는 현대적 자유권으로 이해한다.(이는 단체교섭권과 단체행동권에 대해서도 같다.) 그러므로 단결권은 단결의 자유로 이해되어야 하며, 단결의 자유는 단지 단결할 자유 혹은 단결하지 아니할 자유만을 의미하는 것이 아니라, 단결의 자유가 바탕을 이룬 교섭과 행동의 자유까지 포괄하는 것을 의미한다. 그럴 때 비로소 단결권은 일반적인 결사의 자유에 머무르지 않고, 나아가 헌법 제10조의 존엄권·자기결정권과 연결되는 온전한 의미를 가질 수 있다. 단결권을 이렇게 이해한다면, 근로자의 자기결정권에 중대한 제약을 가하는 유니온숍 제도, 노동조합에 대한 관료적·후견적 관점에 기초하고 있는 노동조합 설립신고제도, 이러한 관료적·후견적 필터링을 거친 노동조합에 대해서만 부당노동행위 구제신청을 허용하고 있는 현행의 제도 등은 모두 위헌의 의심을 면하기 어려울 것이다.

제4장에서는 구체적 권리성을 갖는 자유권으로서의 단체교섭권의 의의 및 이와 관련된 노동조합법상의 논점을 검토하였다. 주요한 내용을 요약하면 다음과 같다. 첫째, 단체교섭권 나아가 노동3권의 주체인 "근로자"의 개념은 노동조합법상의 근로자 개념으로부터 역으로 획정되는 것이 아니다. 반대로 헌법적 차원에서의 고유한 "근로자" 개념을 먼저 획정한 후 그것에 비추어 개별 입법의 규정을 평가해야 한다. 이러한 관점에서 제4장의 필자는 "모든 국민은 근로의 권리를 가진다."라는 헌법 제32조 제1항이 헌법상 근로자 개념의 출발점이 되어야 한다고 피력한다. 누구든지 헌법 제32조 제1항의 근로의 권리를 행사하면 그러한 권리행사의 규범적 효과로 헌법상 근로

자의 신분이 발생하는 것으로 보는 것이다. 이러한 헌법상 근로자의 신분은 "직업인으로서의 지위(membership of the labourforce)"에 해당하며, 따라서 실제로 취업하였는지 여부는 헌법상 근로자성과는 관계가 없다. 둘째, 단체교섭은 그 개념상 상대방의 존재를 상정한다. 그런 점에서 단체교섭권의 구체적 권리성은 단결권의 구체적 권리성과 약간 차이가 난다. 예를 들면 상대방인 사용자는 근로자의 단체교섭권 행사에 상응하여 교섭에 응할 의무를 부담하는가 하는 질문이 제기될 수 있다. 현행 노동조합법은 사용자의 성실교섭의무(제30조)와 부당노동행위제도를 통해서 해법을 도모하고 있다. 제4장 필자의 견해에 따르면, 개념상 상대방의 존재를 전제하는 단체교섭권이 기본권으로 인정된 이상, 단체교섭권은 사인 간에 직접 적용되는 구체적이고 현실적인 권리로서의 성격을 갖는다고 적극적으로 해석할 필요가 있다. 이것이 단체교섭권의 구체적 권리성과 부합하는 해석론일 것이다. 셋째, 단체교섭권은 교섭이라는 사실상의 행위로 종결되는 권리가 아니라, 단체협약의 체결이라는 법률행위로 나아가는 것을 예정하고 있는 권리이다. 그렇다면 단체협약의 규범적 효력도 헌법상의 규정으로부터 직접 도출될 수 있는가 하는 질문이 제기될 수 있다. 제4장의 필자는 일단 부정적인 견해를 피력한다. 원칙적으로 단체협약의 규범적 효력은 법률의 명시적 규정에 의해서 발생한다고 본다.[3] 왜냐하면 헌법상 단체교섭권의 행사는 단체협약의 체결로만 귀결되는 것이 아니라, 그 밖에 좀 더 다양한 형식의 노사 간의 집단적 합의의 형식으로 귀결될 수 있는바, 이 모든 합의에 규범적 효력

3) 연구책임자의 견해는 다르다. 이미 제2장에서 단체협약의 규범적 효력은 헌법의 규정에서 직접 도출될 수 있다고 논증한 바 있다. 설령 제4장 필자의 견해대로 법률적 수권이 필요하다고 할지라도, 이미 그러한 법률규정이 장기간 존속하고 있는 경우에는 그 내용이 기본권의 헌법적 내용으로 체화된 것으로 볼 수 있다는 점에서, 비록 최초의 시점에서는 몰라도, 지금의 시점에서는 단체협약의 규범적 효력을 헌법의 규정으로부터 직접 도출할 수 있다고 본다. 그러므로 단체협약의 규범적 효력을 침해·제한하는 방향의 법률개정은 단체교섭권을 침해·제한하는 것으로 해석될 수 있는 것이다.

을 부여할 수는 없기 때문이다. 넷째, 단체교섭권이 구체적 권리성을 갖는다면, 모든 근로자는 자신이 선택한 노동조합을 통하여 독자적으로 단체교섭을 할 수 있는 권리를 갖는다고 해석되어야 할 것이다. 그런 점에서 현행의 교섭창구단일화제도는, 위헌까지는 아니라고 할지라도, 적어도 잘 만든 제도라고는 할 수 없다. 제도의 폐지까지 포함하여 대대적인 개선이 필요하다. 다섯째, 구체적 권리로서의 단체교섭권을 충실하게 보장하기 위해서는 이른바 노동조합법상 노동조합에 의한 단체교섭만이 아니라, 좀 더 다양한 방식의 단체교섭을 법률로 보장할 필요가 있다. 예를 들면 취업규칙 제도를 폐지하고, 일정한 규모 이상의 사업에 근로자대표를 선출하도록 법정하고, 이 법정의 근로자대표가 사용자와 교섭을 통해서 사업 단위의 집단적 자치규범을 제정하도록 하는 등의 방식을 고려할 필요가 있다.

제5장에서는 구체적 권리성을 갖는 자유권으로서의 단체행동권의 의의 및 이와 관련된 노동조합법상의 논점을 검토하였다. 역시 주요한 내용을 요약하면 다음과 같다. 첫째, 단체행동권 나아가 노동3권이 자유권이라는 것은 각각의 권리가 자유권으로서 근로자의 선택에 따라 행사되거나 행사되지 않을 수 있음을 의미한다. 즉 단결권만 행사하고 단체교섭권이나 단체행동권은 행사하지 않을 수도 있으며, 단결권은 행사하지 않고(노동조합은 만들지 않고) 단체행동권만 행사할 수도 있다. 이것은 단체행동권의 주체 문제와 연결된다. 단체행동권이 기본적으로 단체를 통해서 행사된다고 할 때, 여기서의 단체는 노동조합법상 노동조합만을 의미하는 것이 아니라, 느슨한 근로자 연대체까지 포괄하는 것으로 해석되어야 한다. 둘째, 단체행동권의 행사가 원칙적으로 업무방해죄의 구성요건에 해당한다는 기존의 해석론은 더 이상 용납될 수 없다. “쟁의행위의 정당성”이라고 하는 기존의 해석론적 구조는 이제 단체행동권의 행사가 권리의 남용에 해당하는지 여부의 문제로 대체되어야 한다. 현행의 조정전치주의는 단체행동권 행사의 적법성 혹은 권리남용의 판단요소로 기능하는 한, 실질적으로 단체행동의 자유를 제한한다는 점에서 위헌의 소지

가 있다. 셋째, 단체행동권은 노동3권 중에서도 타인의 기본권과 충돌을 일으킬 가능성이 상대적으로 큰 권리이다. 이미 헌법 제37조 제2항은 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 기본권을 제한할 수 있음을 규정하고 있다. 단체행동권도 예외는 아니다. 다만, 단체행동권은 타인의 기본권을 제한할 수 있는 가능성을 전제로 한 상태에서 기본권으로 승인된 것이라는 점이 충분히 고려되어야 한다. 특히 노동관계의 직·간접 상대방은 단체행동권이 근로자의 기본권으로 승인되어 있는 조건에서 노동관계 형성의 자유를 누린 것이니만큼 수인의무의 수준도 그만큼 높다고 할 수 있다. 이러한 관점은 근로자의 단체행동권과 사용자의 손해배상청구권 간의 관계설정, 사용자의 대항행위와 부당노동행위 간의 관계설정 등에 있어서도 반영되어야 한다.

2020년 대법원 전원합의체의 정초적(定礎的) 판결과 2021년 ILO 단결권 협약의 비준은 노동3권의 의의를 체계적으로 재검토해야 할 필요성과 당위성을 제공하였다. 부당노동행위제도를 비롯하여 노동조합법의 해석과 적용은 그렇게 재검토된 토대 위에서 이루어져야 할 것이다. 하지만 이것은 비단 노동조합법상의 구체적·개별적 쟁점에 대한 법해석에 그치는 것이 아니다. 이것은 개별적·집단적 노동관계를 규율하는 한국적 모델의 가능성에 대한 진지한 모색과 직접 맞닿아 있다. 근로자의 연대와 단결은 과거의 방식으로 여전히 가능한가? 새로운 연대의 형식이 필요하다면 과연 그것은 무엇일까? 생태적 위기와 지구적 한계 앞에서 "근로조건의 향상"(헌법 제33조 제1항)이란 어떤 의미를 갖는 것일까? 단체교섭은 여전히 노동의 교환가치적 측면만 붙잡고 있어도 괜찮은 것일까? 제도보다는 차라리 "데모"를 통해서 민주주의를 발전시켜 온 한국사회의 유구한 전통은 노동관계에서도 발현될 수 있을까? 운동과 제도의 동학을 노동법은 어떻게 담아낼 수 있을까? 이러한 질문들이 우리 앞에 기다리고 있다. 노동3권이 이러한 질문들에 화답할 수 있기를 기대한다면, 근로자의 자발성과 주체성(헌법 제33조 제1항이 "자주적인"이라고 표현

한 그것)에 기대지 않고 다른 방법이 있을까? 본 연구는 논쟁의 단초를 제시하고자 한다. 물론 모든 질문을 다 포괄한 것은 전혀 아니며, 질문의 거창함에 비하여 대답의 규모는 지극히 단편적이고 소박하다. 아직 보완되어야 할 부분이 적지 않으리라 생각하지만, 최초의 본격적인(?) 연구라는 점에서 나름의 의의를 찾고자 하며, 앞으로 학계의 엄정한 검토와 비판을 기다리며 후속 연구를 기약하고자 한다.

제 1 장
서 론

기존의 노동3권 해석과 부당노동행위제도를 둘러싼 법제도적 조건이 달라졌다.

첫째, 단결의 자유에 관한 ILO 제87호 협약과 제98호 협약이 비준되었다. 지금까지는 ILO 협약을 비준하기 위하여, 협약의 기준에 비추어 현행 노동법의 규정이 문제되는 것은 없는지를 중심으로 관련 논의가 진행되었다면, 2022년 4월 20일부터는 ILO 협약이 조약으로서 국내법적 효력을 발휘하게 될 것이므로, 조약의 규정들과 기존 국내법의 규정들을 조화롭게 해석하는 해석론이 제시될 필요가 있다. 2021년 1월 5일 노동조합 및 노동관계조정법(이하 노동조합법이라고 한다) 개정으로 두 규범 간의 해석상 충돌 문제가 전부 해소되었다고 생각하지 않는다면 말이다. 나아가 만약 ILO 협약/조약이 법률보다 상위의 효력을 갖는 것으로 해석된다면(이 점에 대해서는 학설상 논란이 있다는 것을 전제로), 현행 노동조합법에 대한 해석론은 상당한 정도로 수정될 수밖에 없을 것이다.

둘째, 2020년 이른바 전교조 법외노조 사건에서 대법원 전원합의체는 노동3권의 구체적 권리성을 인정했다. 이에 따르면 "노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다."[1] 이 법리의 함의는 매우 심장하

1) 대법원 2020.9.3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결.

다. 그렇다면 이제 우리는 노동조합법이 존재하지 않는 상황까지 염두에 둔 다음에 노동3권의 헌법적 효력을 온전히 구성해 내도록 노력할 필요가 있을 것이다. 그리고 그 헌법적 효력에 비추어 실정법의 의미를 해석하고, 경우에 따라서는 실정법의 규정을 위헌적인 것으로 확인하는 해석론도 마다하지 않는 담대한 태도를 견지할 필요가 있을 것이다.

ILO 협약이 비준되고, 대법원 전원합의체가 노동3권을 구체적 권리로 인정한 바탕 위에서, 노동3권의 의의를 재검토하고 이에 부합하는 방향으로 부당노동행위제도를 재정립할 필요가 있다. 예를 들면 다음과 같은 문제들이 제기될 수 있다.

현행 부당노동행위제도에서는 노동조합법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 부당노동행위 구제신청을 할 수가 없다(노동조합법 제7조 제1항). 그런데 단결권이 구체적 권리성을 갖는다면, 노동조합법에 의한 설립신고를 경유하지 아니한 노동조합이라도 헌법상 보호를 받는 것으로 해석되어야 할 것이고, 그렇다면 단결권 침해 행위에 대해서 부당노동행위 구제신청을 할 수 있어야 하지 않을까? 부당노동행위제도는 단결권을 보장하기 위한 제도이지, 설립신고증을 받은 노동조합만 보호하려는 제도가 아니지 않은가? 이런 점을 포함하여 단결권의 구체적 권리성에 부합하는 방향으로 부당노동행위제도를 재해석할 필요가 있다.

한편, 현행 부당노동행위제도는 근로자 개인과 노동조합이라는 단체의 관계 설정에 있어서 후자에 무게중심을 두고 있다. 단결강제의 허용이 그것이다(노동조합법 제81조 제1항 제2호 단서). 그런데 단결권이 구체적 권리성을 갖는다면 개인과 단체의 관계에서도 개인의 자유에 우선권을 부여해야 하는 것은 아닐까? 즉 근로자 개인의 단결하지 아니할 자유를 좀 더 적극적으로 인정해야 하는 것은 아닐까? 개인과 단체의 관계는 단체행동권에서 좀 더 본격적으로 문제가 될 것이다.

현행 단체교섭제도에서는 복수노조 병존 시 교섭대표가 아닌 노동조합은 단체교섭권을 행사하지 못한다. 교섭대표노동조합의 공정대표의무를 통하여 간접적으로만 소수노조의 단체교섭권이 보장(?)되는 구조이다. 그리고 사용자가 소수노조의 단체교섭을 거부하더라도 부당노동행위가 되지 않는다. 그런데 단체교섭권이 구체적 권리성을 갖는다면 소수노조의

단체교섭권도 노동조합법의 규정과 상관없이 헌법상 보호를 받는 것으로 해석되어야 할 것이고, 그렇다면 교섭창구단일화제도를 통해서 소수노조의 단체교섭권을 원천적으로 제한하는 것은 헌법에 반한다고 하지 않을 수 없을 것이며, 따라서 소수노조의 단체교섭을 거부하는 사용자의 행위는 부당노동행위로 해석되지 않을 수 없지 않을까? 이런 점을 포함하여 단체교섭권의 구체적 권리성에 부합하는 방향으로 교섭창구단일화제도와 부당노동행위제도를 재정립할 필요가 있을 것이다.

현행 노동쟁의제도에서는 노동조합법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 노동쟁의의 조정신청을 할 수가 없다(노동조합법 제7조 제1항). 그런데 조정절차를 거치지 아니하면 쟁의행위를 할 수 없다(노동조합법 제45조 제2항). 결국 노동조합법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 쟁의행위를 할 수가 없다. 그런데 단체행동권이 구체적 권리성을 갖는다면 노동조합법에 의한 설립신고를 경유하지 아니한 노동조합이라고 하더라도 헌법상 단체행동권을 행사할 수 있는 것으로 해석되어야 할 것이고, 그렇다면 근로자가 단체행동에 참가한 것을 이유로 사용자가 불이익을 주는 행위는 부당노동행위로 해석되어야 하지 않을까? 물론 불이익을 당한 개별 근로자는 현행법상으로도 부당노동행위 구제신청이 가능하다(노동조합법 제7조 제2항). 그러나 노동조합은 그렇지 않다(노동조합법 제7조 제1항).

또한 현행 노동조합법에 의하면 조합원인 근로자는 노동조합에 의하여 주도되지 아니한 쟁의행위를 하여서는 아니 된다(노동조합법 제37조 제2항). 그런데 단체행동권이 구체적 권리성을 갖는다면 근로자는 노동조합의 조합원 자격과 무관하게 개인적인 자격으로 (물론 집단적인 방식으로) 단체행동권을 행사할 수 있어야 하지 않을까? 헌법상 단체행동권의 주체는 “근로자”이지 않은가? 이런 점을 포함하여 단체행동권의 구체적 권리성에 부합하는 방향으로 노동쟁의 관련제도와 부당노동행위제도를 재정립할 필요가 있을 것이다.

이 밖에도 크고 작은 쟁점들이 제기될 수 있을 것이다. 본 연구는 이러한 질문들을 검토하고자 한다. 다만, 보고서 전체를 관통하는 하나의 일관된 입장을 제시하려는 것은 아니다. 단결권에 관한 해석론은 단체교섭

권과 단체행동권을 어떻게 이해하는가에 따라 달라질 수밖에 없고, 이것은 단체교섭권과 단체행동권에 관한 해석론의 경우에도 마찬가지이다. 또한 이 세 가지 기본권 상호간의 관계를 어떻게 이해하는가에 따라서도 각각의 해석론은 달라질 수밖에 없다. 그런 점들을 고려한다면 노동법 연구자들 사이에 노동3권에 관한 해석론이 합의를 볼 수 있기를 기대하는 것은 거의 불가능하다고 하지 않을 수 없다. 그리고 이러한 사정은 본 연구의 공동연구자들 사이에서도 마찬가지일 것이다.

대신에 본 연구에서 우리는 각 연구자의 해석론을 독립적으로 제시하기로 했다. 물론 노동3권을 구체적 권리성을 갖는 자유권으로 이해한다는 점은 연구진 전체가 공유하는 전제이다. 그러나 단결권이나 단체교섭권 등을 구체적 권리로 이해한다고 할지라도 세부적인 쟁점에서는 서로 의견이 다를 수 있다. 우리는 이렇게 서로 다른 의견들을 하나로 통일하려고 하기보다는 각각의 차이점을 그대로 드러내는 방식을 선택한 것이다. 이러한 방식은 노동3권 전체에 대해서 하나의 일관된 해석론을 기대하는 독자에게는 다소 실망스러울 수 있을지 몰라도, 노동3권을 구체적 권리로 해석한다고 할 때에도 그것은 하나의 결론으로 귀결되지 않고 그 안에서도 다양한 스펙트럼을 가질 수 있다는 점을 보여줄 수 있다는 점에서 장점이 있다고 생각한다. 각 연구자의 종합적인 해석론은 다른 지면에서 기대할 수 있을 것이라고 본다.[2)]

이러한 문제의식에 기반해서 본 연구는 다음과 같은 목차로 구성된다. 제2장에서는 전체 연구의 서론적 연구로서 구체적 권리로 해석되는 노동3권의 규범적 의의에 대해서 논한다. 특히 노동3권을 "사회적 공서(公序)"의 구성장치로 해석하는 새로운 관점을 제시한다. 제3장에서 제5장까지는 차례대로 단결권과 단체교섭권 그리고 단체행동권에 관한 개별적 해석론을 제시한다. 위에서 언급한 바와 같이 각 장에서 제시되는 해석론은 여러 다양한 해석론적 가능성들 가운데 하나일 뿐이다. 신중한 독자는 심지어 각 장 사이의 모순을 발견할 수도 있을 것이다. 제6장에서는 각 장의 내용을 요약하고 추후의 연구과제를 제시한다.

---

2) 예를 들어 연구책임자(박제성)의 개인적인 해석론이 궁금한 독자는 『자영업자 노동조합 연구』(한국노동연구원, 2021)를 함께 참조할 수 있을 것이다.

제 2 장
노동3권의 규범적 의의

제1절 사회적 공서와 노동3권

대한민국 헌법 제33조 제1항에 의하면, "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다." 이 세 가지 권리를 묶어 근로삼권 혹은 노동3권이라고 부른다(이하에서는 노동3권이라고 한다). 한국의 노동관계 법질서에서 노동3권이 차지하는 위상과 의의를 이해하기 위해서는 노동관계의 구조를 형성하는 기본요소들이 어떤 원칙과 원리에 따라 배치되고 있는지를 먼저 이해해야 한다. 이 기본요소들은 대립적 쌍을 이룬다. 국가와 노사, 법률과 계약, 타율성과 자율성, 집단과 개인 등이 그것이다. 각 나라의 법제는 이 모순들을 고유한 방식으로 조화시킴으로써 각각의 고유한 사회적 모델을 구성한다. 이와 관련하여 각 나라의 사회적 모델을 이해하는 데 매우 효과적인 수단을 제공하는 것이 바로 단체협약이라고 할 수 있다. 왜냐하면 단체협약은 국가의 타율성과 노사의 자율성이 교차하는 지점에 존재하면서, 동시에 개별적 근로계약관계를 규제하는 집단적 직업규범으로 등장하기 때문이다. 이 복잡한 상호관계를 어떻게 구성하는가에 따라 각 나라의 사회적 모델이 다르게 만들어진다.

가장 대표적인 사례가 영국과 프랑스와 독일이라고 할 수 있다. 영국은

국가의 짐짓 무관심 속에서 노사의 자율성에 사회적 규율을 방임하는 모델이다. 이것을 사회적 방임 모델이라고 할 수 있다. 독일은 노사의 자율성 앞에서 국가의 타율성이 양보하는 모양새를 취한다. 이것을 사회적 자치 모델이라고 할 수 있다. 프랑스는 국가의 타율성 안에서 노사의 자율성을 편면적으로 보장하는 모델이다. 이것을 사회적 공서 모델이라고 할 수 있다. 각 모델은 타율성과 자율성 그리고 집단성과 개인성을 조화시키는 다양한 몽타주를 보여준다.[1] 영국은 보통법의 나라이므로 그렇다고 치고, 같은 대륙법계에 속하는 독일과 프랑스가 이렇게 사뭇 다르다는 점은 한국의 독자에게는 좀 낯설 수도 있겠다. 워낙에 독일 모델의 영향을 강하게 받아 왔던 터라, 노사자치 혹은 협약자치 개념은 노동법상 보편적인 개념이라고 생각하는 분위기가 만연하기 때문이다. 예컨대 대법원은 이렇게 설시한다. "헌법이 노동3권을 기본권으로 보장하는 뜻은 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 단체협약을 체결할 수 있도록 하여 근로조건에 관한 노사의 실질적 자치를 실현하기 위함이다. 결국 헌법 제33조 제1항은 집단적 합의에 의하여 근로조건 등을 자기 책임하에서 합리적으로 규율할 수 있는 권한을 노사에 부여함으로써 이른바 협약자치를 보장한 것으로 볼 수 있다."[2]

그러나 이제 우리는 이러한 식의 설명이 일반적이고 보편적인 타당성을 갖는 것이 아님을 알게 되었다. 이것은 노동관계를 이해하는 하나의 판본, 독일식 버전에 불과하다. 한국의 헌법적 질서에서 볼 때, 노동3권은 협약자치를 위한 제도적 보장이라기보다는 오히려 사회적 공서(公序)의 몽타주를 완성하는 핵심장치로 이해된다. 이 점에 관하여 좀 더 부연하여 설명하고자 한다.

헌법재판소에 따르면 노동3권의 헌법적 의미는 "노사 간의 실질적인 자치를 보장"하는 데 있다고 한다. 즉 "근로자단체라는 사회적 반대세력의 창출을 가능하게 함으로써 노사관계의 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근로조건에 관한 노사 간의 실질적인 자치를 보장하려는 데 있

1) 좀 더 자세한 내용은 박제성, 「단체협약의 만인효를 위한 규범적 논의」, 『월간노동리뷰』, 한국노동연구원, 2021년 6월호, 7쪽 이하 참조.
2) 대법원 전원합의체, 2020. 8. 27., 2016다248998.

다."[3] 그러나 노사의 자치에는 한계가 있다. 헌법 제32조 제3항의 의미가 그것이다. 헌법 제32조 제3항에 따르면, "근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다." 이것은 국가의 타율성을 천명하는 것이다. 이 타율성을 구성하는 것이 바로 노동법, 특히 근로기준법이다. 노사의 자치는 이 타율성의 한계 안에서만 인정된다. 노동관계 당사자는 인간의 존엄성을 보장하기 위하여 법률로 정한 근로조건의 기준을 침해할 수 없다. 이 기준이 바로 공서(公序)이다.

근로기준법 제3조에 의하면, "이 법에서 정하는 근로조건은 최저기준이므로 근로관계 당사자는 이 기준을 이유로 근로조건을 낮출 수 없다." 여기에서 눈여겨 보아야 할 대목은 "근로관계 당사자"라는 부분이다. 근로조건을 낮출 수 없는 의무는 사용자와 사용자단체만의 의무가 아니다. 근로자와 노동조합도 근로조건을 낮출 수 없다. 근로자와 노동조합도 "근로관계 당사자"에 포함되기 때문이다. 이것은 노사의 자치를 침해하는 것일까? 아니다. 왜 아닌가? 근로기준법에서 정한 근로조건은 공서에 해당하기 때문이다. 공서는 민법 제103조에서 말하는 "사회질서"와 같다. 사회질서, 즉 공서에 반하는 법률행위는 무효이다. 다시 말해 근로기준법에 반하는 법률행위는 효력이 없다. 다만, 여기에는 몇 가지 예외가 있다.

첫째, 일부무효의 원칙이다. 원래 민법의 규정에 의하면 전부무효가 원칙이다. 민법 제103조에 의하면, "선량한 풍속 기타 사회질서에 위반한 사항을 내용으로 하는 법률행위는 무효로 한다." 그리고 민법 제137조에 의하면, "법률행위의 일부분이 무효인 때에는 그 전부를 무효로 한다. 그러나 그 무효 부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 아니한다." 이 규정들에 의하면, 예를 들어 단체협약의 어떤 조항이 공서양속에 위반하는 사항을 내용으로 하는 경우에는 그 해당 조항만이 아니라 단체협약 전부가 무효로 될 수 있을 것이다. 이 문제는 생각보다 중요할 수 있다. 예를 하나 들어보자. 근로시간 유연화와 수당 신설을 맞교환하는 단체협약을 체결했다고 가정하자. 그런데 근로시간 유연화 부분이 근로기준법 위반으로 드러났다. 그러면 근로시간 부분만 무효이고, 수당 신설 부분은 유효한가? 아니면 전부무효인

3) 헌법재판소, 1998. 2. 27., 94헌바13・26, 95헌바44(병합).

가? 사실 실정 노동법에는 이에 관한 규정이 없다.

근로계약의 경우에는 명시적 규정이 존재한다. 근로기준법 제15조 제1항에 의하면, “이 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한정하여 무효로 한다.” 그리고 이에 따라 무효로 된 부분은 근로기준법에서 정한 기준에 따른다(제15조 제2항).

그런데 취업규칙에 대해서는 그런 규정이 없다. 근로기준법 제96조 제1항에 의하면 취업규칙은 법령을 위반하면 안 된다. 그런데 법령을 위반한 취업규칙은 그 부분만 무효인지, 아니면 취업규칙 전체가 무효인지 규정이 없다. 고용노동부장관이 법령을 위반한 취업규칙의 변경을 명할 수 있을 뿐이다(제96조 제2항). 명령 위반에 대해서는 벌칙이 예정되어 있지만(제114조 제2호), 그것은 취업규칙의 효력과는 무관하다.

단체협약에 대해서도 관련 규정이 존재하지 않는다. 다만, 노동조합법 제31조 제3항에 따라, “단체협약 중 위법한 내용이 있는 경우에는” 행정관청이 노동위원회의 의결을 얻어 시정을 명할 수 있을 뿐이다. 여기에서도 명령 위반에 대해서는 벌칙이 예정되어 있지만(제93조 제2호), 그것은 단체협약의 효력과는 상관이 없다. 왜 일부무효에 관한 규정이 근로계약에 대해서만 규정되어 있고, 취업규칙과 단체협약에 대해서는 규정되어 있지 않을까? 그리고 왜 행정관청에 의한 변경/시정 명령만 규정되어 있는 것일까?

위에서 인용한 노동조합법 제31조 제3항이, 단체협약이 위법한 경우가 아니라, “단체협약 중 위법한 내용이 있는 경우”라고 규정하고 있는 점이 눈길을 끈다. 이것은 일부무효를 상정하고 있는 규정으로 해석할 수 있다. 일부 해석론에 의하면 민법 제137조의 단서 부분을 적극적으로 해석하여 일부무효로 하는 것이 타당할 것이라고 한다.[4] 반면에 하급심이기는 하지만 법원은 근로기준법 제15조를 유추적용하여 일부무효로 판단한 바가 있다.[5] 한편, 산재유족을 특별채용하기로 합의한 단체협약 조항이 민법

4) 강선희, 「단체협약의 성립에 대한 민법 일반규정의 적용가능성과 법적 효과」, 『노동연구』, 제22집, 고려대학교 노동문제연구소, 2011, 43쪽.

5) 대구지방법원, 2019. 7. 10., 2018나319922. 이 판결의 의미에 대해서는 남궁준, 「협약자치의 한계 : 단체협약과 공서양속」, 『노동법학』, 제72호, 한국노동법학회, 2019, 272쪽 이하 참조.

제103조 위반으로 무효인지 여부를 다툰 사건이 있었다. 대법원 전원합의체에서는 유효하다는 다수의견과 무효라는 반대의견이 대립하였다.[6] 양자 모두 해당 조항만 무효인지, 협약 전체가 무효인지는 명시적으로 따지지 않았다. 다수의견은 유효로 판단했으니 굳이 그 문제를 검토할 필요성은 없었을 수 있다. 그런데 반대의견도 이 부분을 명확히 하지는 않았다. 그럼에도 불구하고 다수의견과 반대의견 모두 전체적인 취지는 무효인 경우에도 해당 조항만 무효로 된다는 점에 대해서 조금의 의심도 하지 않고 있다는 생각을 하게 만든다. 민법 제103조 위반 여부를 다투는 사건임에도 그렇다.

어쨌든 조금씩 근거는 다르지만 일부무효의 원칙은 근로계약만이 아니라 취업규칙을 비롯하여 단체협약에 대해서도 공히 적용되는 기본원칙으로 인정되고 있다고 말할 수 있을 것 같다. 그리고 이것은 노동법에 고유한 사회적 공서 개념을 보여준다. 일반적으로 단체협약은 개별적·집단적 노동관계의 주요사항을 모두 포괄하면서 상대적으로 장기간 동안 노동관계를 규율하기 때문에, 민법 제137조 본문에 따라 어느 일부 조항의 위법·무효를 이유로 단체협약 전체를 무효로 만드는 것은 노동관계질서 자체를 위태롭게 만들 가능성이 크다. 특히나 무효의 일반법리로서 소급효를 적용한다면 그 위험성은 더욱 커질 것이다. 매매계약 같이 일회성 거래로 끝나는 계약의 경우에는 전부무효를 인정하고 소급효를 적용해도 별로 문제가 안 생길 수 있다. 그러나 근로계약이나 단체협약 같이 계속적 법률관계를 형성·유지하는 법률행위의 경우에는 사정이 다르다. 일반 단체협약의 경우에는 민법 제137조 단서를 적용하여 일부무효를 원칙으로 삼고, 위에서 예로 든 것처럼 근로시간 유연화와 수당 신설을 교환하는 원포인트 협약 같이 단일사안을 처리하는 특별 단체협약의 경우에는 민법 제137조 본문을 적용하여 전부무효를 인정하는 것이 타당할 것이다. 법률행위의 전부무효와 일부무효에 관한 민법 제137조의 원칙과 예외가 단체협약에서는 거꾸로 뒤집힌다는 점에서 사회적 공서의 특징을 발견할 수 있다.

둘째, 소급효 제한의 법리이다. 단체협약의 일부무효·전부무효를 둘러

6) 대법원 전원합의체, 2020. 8. 27., 2016다248998.

싼 논의는 소급효의 인정 여부와도 관련이 있다. 법률행위의 무효란 해당 법률행위가 처음부터 존재하지 않았음을 의미한다. 따라서 그것이 예정하고 있었던 법률효과도 발생하지 않았다고 간주된다. 즉 해당 법률행위가 존재하기 이전의 상태로 법률관계를 되돌리는 것이다. 이것을 소급효라고 한다. 단체협약을 전부무효로 하면 소급효의 파장이 엄청날 것이다. 이것은 비단 금전적인 문제에 그치는 것이 아니다. 노동관계는 노동, 즉 인간의 신체적 행위를 매개로 한다. 그런데 신체적 행위는 일단 한 번 하고 나면 다시 이전의 상태로 되돌릴 수 없다. 근로계약이나 단체협약의 전부무효는 과거에 근로자가 사용자에게 제공했던 신체적 에너지를 전부 되돌려 주어야 한다는 것을 의미한다. 일부무효는 이것을 완화하는 측면이 있다. 그런 점에서 본다면 일부무효의 원칙은 노동을 매개로 삼는 법률행위에 고유한 원칙이라고 할 것이다. 하지만 일부무효의 원칙을 적용한다고 해서 소급효의 문제가 제거되는 것은 아니다. 그렇다면 단체협약이 무효인 경우에도 그 소급효를 제한하는 것이 가능할까?

근로계약의 경우에는 취소의 소급효를 제한하는 대법원 판결례가 존재한다.[7] 학설도 소급효 제한의 근거와 범위에 있어서 차이는 있지만, 취소의 소급효 제한 자체에 대해서는 대부분 긍정적이다.[8] 무효와 취소는 요건만 다를 뿐 소급효를 갖는다는 점에서는 공통적이므로, 근로계약의 취소에 관한 위 판결례와 학설은 근로계약의 무효에 대해서도 동일하게 적용될 수 있을 것으로 생각된다. 하지만 단체협약의 무효 또는 취소의 경우에도 소급효를 제한할 수 있는지에 대해서는 판결례도 학설도 찾을 수 없다.

최근에 프랑스에서 관련 논의가 전개된 바 있어서 참고로 살펴본다. 프랑스에서는 단체협약의 일부 규정이 법령에 반하는 경우에는 단체협약의 전부 또는 일부의 무효를 주장하는 소송을 제기할 수 있다.[9] 그러나 단체

---

7) 대법원, 2017. 12. 22., 2013다25194(본소), 2013다25200(반소).

8) 권오성, 「근로계약의 취소와 소급효의 제한」, 『노동법포럼』, 제23호, 노동법이론실무학회, 2018, 248쪽 이하; 신권철, 「근로계약의 무효·취소와 해고의 쟁점」, 『노동법연구』, 제47호, 서울대노동법연구회, 2019, 123쪽 이하.

9) Code du travail, art. L.2262-14 : “단체협약의 전부 또는 일부의 무효를 주장하는 소송은 다음 각 호의 때로부터 2개월 이내에 제기하지 아니하면 받아들여지지 아

협약이 상대적으로 장기간 동안 일정한 노동관계를 형성한다는 점을 고려할 때, 단체협약의 무효에 따른 소급효를 그대로 적용하는 것은 실제에 있어서 상당한 문제점을 초래할 수 있다. 그동안 이 점을 규율하는 법령은 없었다. 프랑스 대법원은 무효의 일반법리에 따라 단체협약이 무효인 경우 소급해서 그 효력이 상실된다고 판결해 왔을 뿐이다.[10] 2017년 행정입법은 소급효를 제한하는 규정을 도입했다.[11] 이에 따르면, 단체협약의 소급적 무효가 협약질서나 공익적 요청에 비추어 볼 때 명백히 과도한 결과를 초래할 것으로 예상되는 경우에는, 법원은 소급효를 제한하는 결정을 할 수 있다.[12] 그리고 2021년에 나온 프랑스 대법원 판결은 이 행정입법 규정에 대한 해석론을 처음으로 제시했다.[13] 첫째, 해당 규정은 그 공포일 이전에 체결된 단체협약에 대해서도 적용된다. 둘째, 법원은 소급효 제한이 주는 이점과 그것이 청구권을 침해하는 단점 사이의 균형을 잡아야 한다. 이때 원칙은 소급효 적용이다. 그러므로 법원은 소급효 제한을 결정하는 경우 그 근거를 세심하게 밝혀야 한다. 셋째, 소급효 제한 결정은 해당 소송에 대해서만 효력을 갖는다. 예를 들어, 사용자가 위법한 단체협약 조항에 근거하여 해고를 했는데, 해고된 근로자는 이것을 부당해

니한다.

1. 기업 내 노동조합지부를 설치한 노동조합의 경우, art. L.2231-5에서 말하는 기업별 협약의 통지.
2. 그 외의 경우, art. L.2231-5-1에서 말하는 기업별 협약의 공포."

10) 예를 들어 Cour de cassation, Chambre sociale, 2014. 12. 9., 13-21766. 사실 위의 각주에서 보는 바와 같이, 협약무효소송은 협약의 성립일로부터 2개월 이내에만 허용되기 때문에, 소급효를 인정한다고 해서 크게 문제되는 상황은 생기지 않을 것이라고 생각할 수도 있을 것이다.

11) Ordonnance du 22 septembre 2017, art. 4.

12) Code du travail, art. L.2262-15 : "법원이 단체협약의 전부 또는 일부의 무효를 선고하는 경우에 있어서, 한편으로는 해당 단체협약의 적용에 따라 기발생한 결과 및 상황에 비추어, 다른 한편으로는 단체협약의 적용에 따라 기발생한 결과를 일시적으로 유지할 필요가 있는 공익적 요청에 비추어, 해당 단체협약의 무효로 인한 소급효가 명백히 과도한 결과를 초래할 것으로 예상된다면, 법원은 해당 단체협약의 무효가 장래를 향해서만 효력을 발생시킨다고 결정하거나 또는 무효 선고의 시간적 효력에 대해서 조정하는 결정을 할 수 있다. 다만, 선고일 당시에 이미 동일한 청구원인에 근거하여 제기되어 있는 소송은 그러한 결정의 영향을 받지 아니한다."

13) Cour de cassation, Chambre sociale, 2021. 1. 13., 19-20736.

고로 제소하였고, 노동조합은 이 조항의 무효를 주장하는 소송을 제기한 경우이다. 협약무효소송에서 법원이 소급효를 제한하는(즉 장래에 대해서만 무효라는, 즉 과거에 대해서는 유효하다는) 결정을 하는 경우, 이 결정은 부당해고소송에는 영향을 미치지 않는다. 따라서 부당해고소송을 관할하는 법원은 해당 협약조항이 위법무효임을 전제로 소송을 계속할 수 있다.

근로계약에 있어서 취소의 소급효를 제한하는 국내의 판결례와 학설의 입장 및 단체협약에 있어서 무효의 소급효를 제한하는 프랑스 실정법의 규정 등을 참고할 때, 근로계약과 단체협약을 불문하고 계속적 노동관계를 규율하는 법률행위는 그 무효 또는 취소에도 불구하고 소급효가 일정하게 제한될 수 있다는 법리는 사회적 공서에 고유한 것이라고 할 수 있을 것이다.

셋째, 유리의 원칙이다. 근로기준법 등 노동관계법에서 정한 기준을 근로자에게 한층 유리한 내용으로 위반하는 법률행위는 허용된다. 근로조건을 "낮출 수 없다"(근로기준법 제3조)라고만 했기 때문이다. 근로조건을 높이는 것은 허용된다. 근로기준법에서 정하는 기준은 최저기준이기 때문이다. 민법상의 공서와 다르게 노동법상의 공서는 편면적이다. 그래서 이것을 사회적 공서라고 한다. 여기에서 핵심적인 역할을 수행하는 것이 바로 단체협약이다. 관련해서 잠시 프랑스와 독일에서 각각 유리의 원칙이 갖는 의미가 다르다는 점을 비교하여 살펴보는 것이 좋을 것 같다. 두 나라의 비교는 언제나 흥미롭다. 흥미로울 뿐만 아니라, 각 나라의 사회모델에서 단체협약이 차지하는 위치를 이해하는 데 도움이 되기 때문이다.

독일에서 유리의 원칙은 기본적으로 단체협약과 근로계약 사이에서 제기된다. 독일 단체협약법 제4조 (3)에 따르면, "단체협약에서 이와 달리 정하는 것을 허용하거나 또는 근로자에게 유리한 내용을 규정하고 있는 경우에만 단체협약상의 규정과 달리 정하는 것이 허용된다."[14] 명문의 규정은 없지만 독일 연방노동법원은 사업장협정과 근로계약 간에도 유리의 원칙이 적용된다고 본다.[15] 반면에 단체협약과 사업장협정의 관계는

14) 번역은 김기선 책임 편역, 『독일 노동법전』, 한국노동연구원, 2013, 15쪽에 의한다.

관할의 문제로 처리된다. 단체협약 사항은 사업장협정으로 정할 수 없기 때문이다. 독일 사업조직법 제77조 (3)에 의하면, "단체협약상의 규율이 있거나 또는 통상적으로 단체협약에 의해 규율되는 임금 기타 근로조건은 사용자와 근로자대표 간의 서면합의의 대상이 될 수 없다." 다만 이러한 규정은 "단체협약이 보충적인 사용자와 근로자대표 간의 서면합의의 체결을 허용한 경우에는 적용되지 아니한다"(위 조항 단서).[16]

프랑스에서도 단체협약과 근로계약 사이에 유리의 원칙이 인정된다. 프랑스 노동법전에 의하면, "사용자가 단체협약 조항의 적용을 받는 경우, 이 조항은 사용자가 체결한 근로계약에 적용된다. 다만, 근로계약의 조항이 더 유리한 경우에는 그러하지 아니하다."[17] 하지만 프랑스는 법률과 단체협약 사이에서도 유리의 원칙을 규정하고 있다는 점이 특징적이다. 프랑스 노동법전에 의하면, "단체협약은 법률의 규정보다 임금근로자에게 더 유리한 규정을 포함할 수 있다. 단체협약은 공서의 성격을 갖는 규정에 반할 수 없다."[18] 근로기준법을 가지고 있는 우리의 시각으로는 지극히 당연해 보이는 규정이라고 할 수도 있을 것이다. 하지만 독일에는 이런 규정이 존재하지 않는다는 점을 생각한다면 이런 내용을 입법적으로 명시하는 의의를 이해할 수 있을 것이다. 프랑스에서는 오히려 법령과 단체협약 간의 유리의 원칙 인정 여부가 더 핵심적이다.

이러한 차이는 앞에서 설명한 바와 같이 이른바 협약자치 개념이 존재하는가 여부와 관련이 있다. 독일은 근로조건을 규제하는 일반적 강행법률이 없는 상태에서 노사가 단체협약을 통하여 자율적으로 근로조건을 규율하는 방식을 취한다. 최저임금법이 2014년에 비로소 입법되었다는 사실이 독일의 특징을 웅변한다. 그러므로 법률과 협약 간의 유리의 원칙 인정 여부는 독일에서는 낯선 주제인 것이다. 반면에 프랑스는 앞에서 설

15) 강선희, 「단체협약과 취업규칙의 관계와 유리성 원칙」, 『노동법학』, 제45호, 한국노동법학회, 2013, 155쪽.
16) 번역은 김기선 책임 편역, 『독일 노동법전』, 앞의 책, 102쪽에 의한다. 이 규정에 대한 설명으로는 박귀천, 「독일 노동법상 근로조건 결정시스템」, 『노동법연구』, 제41호, 서울대학교노동법연구회, 2016, 75쪽 이하 참조.
17) Code du travail, art. L.2254-1.
18) Code du travail, art. L.2251-1.

명한 바와 같이 독일식 협약자치 개념이 존재하지 않는다. 대신 두꺼운 노동법전(Code du travail)을 가진 나라가 프랑스이다. 실로 프랑스는 나폴레옹 민법전 제정 이후 법전의 나라라고 할 만한 법적 전통을 가지고 있다. 공과 사의 엄격한 구별 속에서(프랑스에서 노동법은 기본적으로 사법에 속한다) 공적 규범과 사적 규범 간의 위계질서를 세우는 일이 프랑스에서는 중요한 일이 된다.

한국에서는 유리의 원칙 인정 여부를 놓고 종래 의견이 분분하였다. 그러던 중에 2019년 11월 14일 대법원 판결은 취업규칙과 근로계약 사이에 유리의 원칙이 적용된다고 인정했다. 이에 따르면, "취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약 부분은 유효하고 취업규칙에서 정한 기준에 우선하여 적용된다."[19] 이 판결에 대해서는 찬반론이 분분하다. 찬성론은 대개 취업규칙의 규범적 정당성이 취약하다는 점을 근거로 삼는 것 같다.[20] 반면에 반대론은 대개 집단적 규범의 우위성을 근거로 삼는 것 같다.[21] 최근에는 비록 하급심이기는 하지만 단체협약과 근로계약 간에도 유리의 원칙이 인정된다는 판결이 나왔다.[22] 이에 따르면, "사적자치가 최우선으로 고려되어야 하고 근로관계에서 사용자

19) 대법원, 2019. 11. 14., 2018다200709.

20) 찬성론으로는 예컨대 김기선, 「취업규칙 불이익 변경과 근로계약」, 『노동법포럼』, 제29호, 노동법이론실무학회, 2020, 21쪽 이하; 유성재, 「불이익 변경된 취업규칙과 유리한 근로계약의 효력」, 『노동법논총』, 제48집, 한국비교노동법학회, 2020, 115쪽 이하; 신권철, 「취업규칙과 근로계약의 관계」, 『노동법연구』, 제48호, 서울대학교노동법연구회, 2020, 35쪽 이하(다만 신권철은 대법원의 결론에는 동의하지만 유리의 원칙이 아니라 취업규칙의 "보충성"을 근거로 삼았어야 한다는 입장이다).

21) 반대론으로는 예컨대 최홍엽, 「취업규칙의 불이익 변경과 기존 근로계약 : 대법원 2018다200709 판결의 비판적 검토」, 『노동법학』, 제73호, 한국노동법학회, 2020, 215쪽 이하; 방준식, 「취업규칙 불이익변경과 근로계약의 효력」, 『노동법학』, 제74호, 한국노동법학회, 2020, 121쪽 이하; 김성진, 「유리한 신(新) 조건 우선의 원칙」, 『노동법학』, 제78호, 2021, 105쪽 이하(다만 김성진은 취업규칙이 제정되고 난 다음에 더 유리한 내용으로 체결된 근로계약의 경우에는 유리의 원칙을 인정하고 있다).

22) 대구지방법원, 2021. 5. 27., 2020가단120698. 이 판결의 원문은 『매일노동뉴스』, 2021년 6월 30일자, 20쪽 이하에 수록되어 있다. 18쪽 이하에 수록되어 있는 권영국의 논평도 아울러 참고할 것.

보다 열세한 지위에 놓인 근로자들의 권익을 보호하여야 한다는 여러 헌법적 가치들에 비추어 볼 때, 노동조합 및 노동관계조정법 제33조 제1항은 단체협약보다 불리한 내용의 근로계약에 한하여 이를 무효로 하겠다는 취지일 뿐(이른바 유리조건 우선 원칙)이라고 해석되어야 한다." 이 판결에 대해서는 아직 학계의 본격적인 논의가 발표되고 있지 않다. 어쨌든 유리의 원칙을 둘러싼 논쟁이 한층 더 뜨거워질 것 같다.

그런데 흥미로운 점은 유리의 원칙을 둘러싼 논쟁이 취업규칙과 근로계약, 단체협약과 근로계약 등 사적 규범들 사이에서만 진행되고 있다는 점이다. 법령 등 공적 규범과 사적 규범들 사이의 유리의 원칙 인정 여부에 관한 논의는 거의 보이지 않는다. 두 가지 이유가 있을 것 같다. 하나는 독일 논의의 영향을 받아서 그런 것일 수 있고, 또 하나는 이 경우에 유리의 원칙 인정은 너무 당연한 것이라서 굳이 논의할 필요성을 느끼지 못하기 때문일 수 있다. 전자라면 노동법학계의 독일적 편향을 극복해야 할 문제일 것이다. 후자라면 왜 그것이 당연한지 밝혀야 하고, 그럴 때 비로소 유리의 원칙이 노동법상 일반원칙으로 인정될 수 있는지 여부를 제대로 논할 수 있게 될 것이다.

우리는 이미 유리의 원칙이 노동법상 일반원칙으로 인정될 수 있음을 논증한 바 있다.[23] 그 내용을 요약하면 이렇다. 근로기준법과 노동조합법의 관련 규정들을 엄밀하게 분석하면 유리의 원칙이 다양한 규범 상호 간에 적용된다는 점을 알 수 있는데, 다만 여기에서 문제가 되는 것은 노동조합법 제33조 제1항[24]에서 말하는 "위반"의 의미가 유불리를 가리지 않는 것인지(양면적용설), 아니면 불리만을 의미하는 것인지(편면적용설) 여부이다. 그것에 따라 유리의 원칙이 노동법상 일반원칙으로 인정되는지, 아니면 부분적인 적용범위만을 갖는 예외적인 법리인지 여부가 가려질 수 있기 때문이다. 우리는 편면적용설을 지지한다. 왜냐하면 근로자에게 더 불리한 규범의 우선 적용을 긍정하는 양면적용설은 근로자의 근로

23) 박제성, 「노동법상 일반원칙으로서의 유리의 원칙」, 『월간노동리뷰』, 한국노동연구원, 2020년 1월호, 157쪽 이하.

24) 노동조합법 제33조 제1항 : "단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다."

조건을 개선하고 사회적·경제적 지위의 향상을 도모한다는 노동법의 목적에 부합하지 않기 때문이다.

우리 헌법은 근로조건의 결정과 노동관계의 규율을 입법자의 강행법규에만 맡기지도 않고, 그렇다고 노사의 자치에 방임하지도 않는다. 우리 헌법은 타율성과 자율성 가운데 어느 하나를 선택하는 대신, 양자의 조화를 지향한다. 국가는 법률을 통해서 노사의 자율성이 허용되는 한계를 설정하고, 노동관계 당사자는 사적 규범, 특히 단체협약을 통해서 타율성의 경직성을 보완한다. 이 원리를 표현하는 것이 사회적 공서 개념인 것이다. 사회적 공서 개념은 공적인 것(국가의 타율성)과 사적인 것(노사의 자율성)을 직조하는 기본원리를 표현하면서, 동시에 노동관계 당사자들 상호간의 집단성과 개별성을 직조하는 기본원리를 표현하는 이중적 개념이다. 헌법 제32조 제3항과 제33조 제1항은 함께 사회적 공서의 기본구조를 만든다. 제32조 제3항은 "근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다."라고 규정함으로써 근로조건에 관한 사회적 <공서>의 헌법적 근거를 제공한다. 제33조 제1항은 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."라고 규정함으로써 공서의 <사회적> 차원에 헌법적 근거를 제공한다. 이 규범적 토대 위에서 사회적 공서의 몽타주를 조합하는 장치로서 일부예외의 원칙, 소급효 제한의 법리 그리고 유리의 원칙을 앞에서 검토했다.

그 밖에 사회적 공서의 몽타주를 구성하고 있는 또 하나의 장치가 있다. 단체협약의 공서적 기능이라는 장치가 그것이다. 즉 "헌법이 제도적으로 보장한 노사의 협약자치의 결과물"[25]인 단체협약이 순전히 자치의 영역에만 머물지 않고, 한걸음 더 나아가 공서적 역할을 수행한다는 것이다. 단체협약이 노사자치의 영역에만 머문다면 그것은 일종의 단체계약, 즉 단체 구성원에 대해서만 효력을 갖는 계약에 불과할 것이다. 그러나 사회적 공서 개념에서 포착하는 단체협약은 일종의 직업적 법규범으로 이해된다. 즉 일정한 직업단위(기업, 그룹, 업종, 지역, 산업 등)의 구성원 전체를 포괄적이고 보편적으로 규율하는 기능을 수행하는 것으로 이해된다. 다시 말하면, 국가가 제정한 법률이 노사의 자치에 한계를 설정하는

25) 대법원 전원합의체, 2020. 8. 27., 2016다248998.

사회적 <공서>로 기능하듯이, 노사가 집단적으로 제정한 단체협약은 개별 근로자와 개별 사용자의 사적 자치에 한계를 설정하는 <사회적> 공서로 기능한다.

한국의 노동법학과 노사관계를 지배하는 주류적 관념은 단체협약을 일종의 단체계약, 즉 단체의 구성원에 대해서만 효력을 갖는 계약으로 이해한다. 그런데 이런 관념이 법적으로 근거가 충분한지는 의문이다. 그런 관념을 표현하는 논자들이 법적 근거를 명시하는 경우를 본 적이 별로 없기 때문이다. 그저 막연히 단체협약은 본래 그렇다는 식의 설명으로 그치는 듯하다. 단체협약의 조합원 적용성이 인정되는 독일의 경우에는 단체협약법 제3조 제1항에서 그것을 명시하고 있다. 이에 따르면 "단체협약 당사자에 가입되어 있는 자 및 그 자신이 단체협약을 체결한 사용자는 단체협약의 적용을 받는다." 반면에 우리 노동조합법에는 그런 규정이 없다. 다만 제29조 제1항에서 "노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다."라고 정하고 있을 따름이다. 이 규정은 "교섭 및 체결권한"에 관한 규정이다. 이 규정이 단체협약의 인적 적용범위를 결정하는 법적 근거가 될 수 있는지는 따져 볼 문제이다. 그런 점에서 다음과 같은 해석론을 조심스럽게 제시해 보고자 한다.

노동조합법 제33조는 "기준의 효력"이라는 표제를 달고 있는데, 내용은 다음과 같다. "① 단체협약에 정한 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분은 무효로 한다. ② 근로계약에 규정되지 아니한 사항 또는 제1항의 규정에 의하여 무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준에 의한다." 그런데 여기에서 말하는 근로계약이 꼭 협약당사자인 노동조합의 구성원인 근로자의 근로계약만을 의미하는 것인지는 확실하지 않다. 법은 근로계약의 주체에 대해서 아무런 한정을 두지 않고 있기 때문이다. 그러므로 단체협약의 적용을 받는 사용자가 체결한 모든 근로계약으로 해석할 수 있는 여지가 전혀 없다고는 할 수 없지 않을까? 노동조합법 제33조가 근로계약과 취업규칙을 나란히 규정하고 있다는 점을 생각한다면, 이러한 해석론이 좀 더 타당성을 인정받을 수 있을 것이라고 여겨진다. 우선 단체협약의 기준에 위반하는 취업규칙 부분은 "무효로 한다"(제33조 제1항). 그리고 "무효로 된 부분은 단체협약에 정한 기준

에 의한다"(제33조 제2항). 즉 해당 취업규칙 부분은 무효이므로 더 이상 존재하지 않는다. 협약당사자인 노동조합의 조합원에 대해서만 무효이고 비조합원에 대해서는 여전히 유효한 것이 아니다. 양자 모두에 대해서 해당 취업규칙은 존재하지 않는 규정이다. 그리고 그것은 단체협약에서 정한 기준으로 대체된다. 이 새롭게 대체된 기준은 취업규칙의 이름으로 사업내 모든 근로자에게 공통적으로 적용된다. 즉 노동조합법 제33조는 사업내 통일적 기준의 형성과 유지를 위하여 단체협약에서 정한 기준의 만인 효적 효력을 정하고 있는 규정으로 해석할 수 있다.

이러한 해석론에 대해서는 프랑스 1919년 단체협약법의 규정이 참고가 될 수 있겠다.[26] 동법은 우선 단체협약의 당사자와 그 구성원에게 협약이 적용된다는 점을 원칙으로 정하고 있다(제31k조). 동시에 이 원칙을 완화하는 규정을 두고 있다. 이에 의하면, "근로계약의 일방 당사자만이 단체협약에 구속되는 경우, 단체협약은 반대의 약정이 없는 한 해당 근로계약관계에도 적용된다"(제31r조). 이 규정은 단체협약의 적용을 받는 사용자와 협약당사자인 노동조합의 구성원이 아닌 근로자 사이에 체결된 근로계약관계에 해당 단체협약이 적용될 수 있다는 점을 정하고 있는 규정이다. 다시 말하면, 단체협약의 당사자(단체 및 그 구성원을 포함하는 의미로)와 단체협약의 구속력 범위는 다를 수 있다는 것이다.

이러한 입법론을 우리 노동조합법에 대비시켜 본다면 이렇게 말할 수 있다. 노동조합법 제29조 제1항은 단체협약의 당사자에 관한 규정이고, 제33조는 단체협약의 구속력에 관한 규정이므로, 양자의 범위는 다를 수 있다.

단체협약의 공서적 기능에 관한 논의는 단체협약의 규범적 효력의 근거에 대한 논의를 피해갈 수 없다. 단체협약의 법적 성격을 어떻게 이해하는가에 따라서 사회적 자치 모델(독일)과 사회적 공서 모델(프랑스)에 대한 이해가 달라질 수 있기 때문이다. 한국의 헌법재판소는 단체협약의 규범적 효력에 대해서 "근로자의 보호와 노사관계의 안정이라는 노동정책상의 이유에서 법률로 특별한 법적 효력을 부여"한 것으로 이해한다.[27] 이것은 이른바 법률적 수권설의 입장이라고 할 수 있겠다. 그런데 이런

26) 자세한 내용은 이정희 외, 『사용자단체 의의와 역할』, 한국노동연구원, 2020, 23쪽 이하 참조.

27) 헌법재판소, 1998. 3. 26., 96헌가20.

입장은 문제가 있다. 헌법에서 노동3권을 인정하는 의의를 제대로 설명하지 못하기 때문이다. 만약 협약의 규범적 효력을 명시적으로 인정하는 법률의 규정이 존재하지 않는다면 협약의 효력은 어떻게 되는가? 논리적으로 보면 수권의 법률이 존재하지 않는 경우에는 단체협약이 규범적 효력을 갖지 못한다고 말해야 할 것이다. 기껏해야 채무적 효력밖에 갖지 못하는 것이다. 그런데 과연 그 정도를 위하여 헌법에 노동3권을 명시한 것일까? 모든 계약은 설령 그것이 단체계약이라고 할지라도 채무적 효력은 당연히 갖는 것 아닌가. 설마 우리 법제가 일체의 단체계약을 금지했던 18세기 말 혹은 19세기 초 프랑스적 상황을 염두에 두고 있단 말인가.

한국은 노동3권을 명시적으로 인정하는 헌법이 1948년에 먼저 제정되고,[28] 단체협약의 규범적 효력을 인정하는 법률이 1953년에 나중에 제정된[29] 독특한 입법연혁을 갖고 있다. 그러므로 수권의 법률이 제정되기 이전에, 즉 1948년과 1953년 사이에 체결된 가상의 단체협약에 대하여, 헌법적 차원에서 단체협약의 법적 성격과 효력을 해명하는 논의를 할 필요가 있다. 이와 관련해서는 프랑스의 논쟁과 독일의 논쟁을 검토하는 것이 도움이 될 것이다. 프랑스는 1919년에 단체협약법을 제정하였고, 독일은 1918년에 단체협약령을 제정하였지만, 두 나라 모두에서 이미 19세기 말부터 단체협약이 규범적 효력을 발휘하고 있는 사회적 사실에 대응하여 그 법적 근거가 무엇인가를 둘러싸고 논쟁이 진행되었다.

먼저, 1919년 단체협약법이 제정되기 이전에 단체협약의 법적 성격을 둘러싼 프랑스의 논쟁은 계약설과 법규범설로 대별되고, 계약설은 다시 순수계약설, 제3자를 위한 계약설, 위임설로 구분된다.[30] 법규범설은 단체협약을 일종의 직업규범으로 본다. 즉 단체협약이 적용범위로 설정하는 직업단위(산업, 업종, 지역, 기업 등)에서 조합원과 비조합원을 구분하지 않고 보편적으로 적용되는 규범으로 이해하는 것이다. 단체협약이 이런 효력(만인효)을 가질 수 있는 것은 노동조합이 마치 해당 직업단위를

28) 1948. 7. 17., 대한민국헌법, 제18조.
29) 1953. 3. 8., 노동조합법, 제39조.
30) 이하의 내용은 이정희 외, 『사용자단체 의의와 역할』, 한국노동연구원, 2020, 21쪽 이하의 일부를 포함한 것이다.

구성하는 근로자 집단의 기관처럼 행위하는 것으로 간주되기 때문이다. 비유하자면, 근로자 집단은 법인에 해당하고, 노동조합은 법인의 이사에 해당한다. 여기에서 결정적인 역할을 하는 것이 대표성 개념이다. 하나의 직업단위를 구성하는 근로자 집단은 노동조합에 의하여 대표됨으로써 일종의 법인적 공동체로 재현된다. 이를 대표하는 기관인 노동조합의 행위는 피대표자인 법인적 공동체 그 자신의 행위로 간주된다. 이를 일응 기관설이라고 할 수 있겠다.[31]

독일에서의 논쟁은 프랑스와 약간 결이 다르다. 1918년 단체협약령이 제정되기 이전 독일에서의 논쟁은 기본적으로 계약설과 단체설로 대별된다.[32] 계약설은 대리설과 제3자를 위한 계약설로 구분된다. 이것은 프랑스와 유사하다. 반면에 단체설이야말로 프랑스와 구별되는 독일만의 독특한 법문화에서 나온 학설이라고 할 수 있다. 단체설은 우선 단체협약을 단체간 채권계약이라고 본다. 이 채권계약을 통해서 사용자단체는 단체협약의 내용대로 근로계약을 이행할 의무를 부담하고, 노동조합은 쟁의를 하지 않을 의무, 즉 이른바 평화의무를 부담한다(프랑스에서는 평화의무가 인정되지 않는다). 단체간 채권계약인 단체협약이 개인을 구속하는 규범적 효력을 갖는 것은 국가의 수권(授權)에 의한 것이다. 이것을 수권설이라고 한다. 단체설과 수권설은 동전의 양면이다. 그런데 수권설은 국가의 명시적인 규정을 염두에 둔 것이 아니라, 단체협약의 규범적 효력에 법적 근거를 제공하기 위한 논리적 가공이라고 할 수 있다. 왜냐하면 단체협약의 규범적 효력을 최초로 명시한 독일 단체협약령은 1918년에 제정되고, 단결의 자유를 헌법적 차원에서 보장한 독일 기본법은 1919년에 제정되는데, 반면에 단체설-수권설은 1907년에 이미 진쯔하이머에 의하여 제시되기 때문이다. 즉 국가의 명시적인 수권이 없는 상태에서 단체협약의 규범적 효력을 설명하기 위하여 국가의 수권을 의제한 것이라고 할 수 있다. 이론(개념)이 선행하고 실천(입법)이 후행하는 것은 법의 세계에

31) Pierre Rosanvallon, La question syndicale, Paris, Hachette Littératures, 1998, p.106.

32) 고호성, 「단체협약의 법적 성질」, 『법과 정책』, 제3호, 제주대학교 법과 정책 연구소, 1997, 185쪽 이하.

서는 드문 일이 아니다.

프랑스의 법규범설도 단체협약이 계약의 형식으로 체결된다는 점을 부정하지 않는다. 그런 점에서 독일의 단체설과 공통점이 있다. 다만, 프랑스는 규범적 효력의 근거를 기관설에서 찾고, 독일은 수권설에서 찾는 점이 다르다. 또한, 프랑스는 단체협약의 규범적 효력을 만인효(erga omnes)로 이해하는 반면에, 독일은 단체 구성원에 대한 효력으로 이해하는 점도 다르다. 그것은 독일 단체설에 고유한 결론이라고 할 수 있을 것이다. 하지만 두 나라 모두 단체협약의 범규범적 효력을 인정하는 점에서는 다르지 않았으며, 이후의 입법적 전개 과정도 그 방향으로 발전했다는 점에서도 공통적이다. 프랑스와 독일의 방향은 헌법에서 노동3권을 보장하고 있는 한국의 법제에서도 타당하다고 할 것이다.

제2절 2020년 대법원 전원합의체 판결의 의의

노동3권의 헌법적 성격에 관한 헌법재판소의 입장은 1991년에 처음으로 제시되었다. 이때 헌법재판소는 노동3권을 생존권 내지 사회권적 기본권으로 파악했다. 이에 따르면 노동3권은 "근로자의 근로조건을 개선함으로써 그들의 경제적·사회적 지위의 향상을 기하기 위한 것으로서 자유권적 기본권으로서의 성격보다는 생존권 내지 사회권적 기본권으로서의 측면이 보다 강한 것으로서 그 권리의 실질적 보장을 위해서는 국가의 적극적인 개입과 뒷받침이 요구되는 기본권이다."[33]

헌법재판소의 입장은 1998년에 수정되었다. 이제 노동3권은 사회권적 성격을 띤 자유권으로 이해된다. 헌법재판소에 의하면, "근로자는 노동조합과 같은 근로자단체의 결성을 통하여 집단으로 사용자에 대항함으로써 사용자와 대등한 세력을 이루어 근로조건의 형성에 영향을 미칠 수 있는 기회를 가지게 되므로 이러한 의미에서 근로3권은 '사회적 보호기능을 담

33) 헌법재판소, 1991. 7. 22., 89헌가106.

당하는 자유권' 또는 '사회권적 성격을 띤 자유권'이라고 말할 수 있다."[34] 하지만 이것이 노동3권의 자유권성을 인정하는 것으로 해석되지는 않는다. 왜냐하면 헌법재판소가 사회권적 성격을 띤 자유권이라는 표현을 사용한 것은 자유권을 강조하기 위해서가 아니라, 사회권적 성격을 강조하기 위해서이기 때문이다. 헌법재판소의 말을 좀 더 들어보자.

> "이러한 근로3권의 성격은 국가가 단지 근로자의 단결권을 존중하고 부당한 침해를 하지 아니함으로써 보장되는 자유권적 측면인 국가로부터의 자유뿐이 아니라, 근로자의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다. 이는 곧, 입법자가 근로자단체의 조직, 단체교섭, 단체협약, 노동쟁의 등에 관한 노동조합관련법의 제정을 통하여 노사 간의 세력균형이 이루어지고 근로자의 근로3권이 실질적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 필요한 법적 제도와 법규범을 마련하여야 할 의무가 있다는 것을 의미한다."[35]

문제는 헌법재판소가 노동3권의 사회권적 성격을 강조하는 이유가 노동3권을 제한하는 법률조항의 합헌성을 인정하기 위한 데 있다는 점이다. 헌법재판소에 의하면, "비록 이 사건 법률조항[노동조합의 대표자에게 단체협약체결권을 부여한 (구)노동조합법 제33조 제1항]으로 말미암아 노동조합의 자주성이나 단체자치가 제한되는 경우가 있다고 하더라도 이는 근로3권의 기능을 보장함으로써 산업평화를 유지하고자 하는 중대한 공익을 위한 것으로서 그 수단 또한 필요·적정한 것이라고 할 것이므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다."[36]

헌법재판소의 논리에 대해서는 두 가지 서로 다른 방향에서 비판이 가능하다. 하나는 노동3권의 자유권성을 강조하면서 입법적 규제를 비판하는 방법이다. 이것은 노동3권이 역사적으로 국가의 억압에 대항하면서 발전해 왔다는 역사적 기원을 근거로 삼는다. 또 하나는 노동3권의 사회권성을 인정하면서 하지만 그것이 입법적 규제의 근거가 될 수는 없다고 비

34) 헌법재판소, 1998. 2. 27., 94헌바13·26, 95헌바44(병합).
35) 헌법재판소, 1998. 2. 27., 94헌바13·26, 95헌바44(병합).
36) 헌법재판소, 1998. 2. 27., 94헌바13·26, 95헌바44(병합).

판하는 방법이다.[37] 다시 말하면 어떤 기본권의 사회권성은 기본권을 제한하는 근거가 아니라 기본권을 더욱 강화하는 근거일 뿐이라고 비판하는 것이다. 이것은 기본권이 자유권에서 사회권으로 발전해 온 연혁적 전개과정을 근거로 삼는다. 둘 중에 어느 것이 맞다고 논쟁하는 것은 무의미하다. 그 사회에서 노동권이 인정(철학적 의미로)되고 있는지, 어느 수준으로 인정되고 있는지에 따라서 비판의 적절성이 가려질 것이기 때문이다. 인정 수준이 낮은 사회에서는 여전히 첫 번째 방법이 유효할 것이고, 인정 수준이 상대적으로 높은 사회에서는 두 번째 방법이 좀 더 적절할 것이다.

그런 점에서 2020년 대법원 전원합의체 판결은 흥미롭다. 전국교직원노동조합의 법적 지위를 둘러싼 오랜 논쟁에 종지부를 찍으면서 대법원 전원합의체는 노동3권을 구체적 권리로 해석했다. 이에 따르면 "노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다."[38] 대법원은 위에서 제시한 두 가지 비판 방법론 중에서 첫 번째 방법론, 즉 노동3권의 자유권성을 강조하는 식으로 국가의 과도한 입법적 개입을 비판하는 방법론을 선택했다. 그것은 우리 사회가 아직도 노동의 사회적 인정 수준이 낮다는 점을 반영하는 것이다.

그렇다면 대법원이 노동3권을 구체적 권리로 인정한 것은 노동3권을 순수한 자유권으로 바라본다는 의미일까?(어떤 자유권도 말 그대로 순수한 자유권은 없다. 그러므로 여기에서 "순수한"이라는 수식어는 상대적인 의미로 이해되어야 할 것이다.) 아니면 사회권으로서 구체적 권리성을 갖는다는 의미일까? 이런 질문을 하는 이유는 사회권의 구체적 권리성을 긍정하는 학설도 있기 때문이다.

우리나라에서 사회권의 법적 성격에 관한 학계의 논의는 이른바 프로그램규정설에서 객관적 규범설로, 다시 추상적 권리설을 거쳐 구체적 권리설로 발전하여 왔다고 정리할 수 있다.[39] 그런데 이러한 논의는 주로

37) 예를 들면 김종서, 「노동3권 소고」, 『민주법학』, 제71호, 2019, 175쪽 이하.
38) 대법원 전원합의체, 2020. 9. 3., 2016두32992.

헌법 제34조 이하의 사회보장에 관한 기본권, 즉 이른바 급부형 사회권을 둘러싸고 진행된 것이다. 그러한 권리들은 아무래도 국가의 입법이 필요한 경우가 많다. 그러다 보니 구체적 권리설을 주장하는 견해들도 대부분 국가의 입법부작위에 대한 헌법소원의 가능성을 긍정하는 데 그칠 뿐, 구체적 입법이 없는 상태에서 헌법 규정을 근거로 직접 청구권을 행사할 수 있다고 주장하지는 않는다.[40]

이러한 해석론은 노동3권과 부합하지 않는다. 노동3권은 급부형 사회권이 아니라, 이른바 행위형 사회권이기 때문이다. 노동3권이 고전적인 시민적 자유권을 수정하면서 사회국가의 성립 과정에서 기본권으로 승인되었다는 점에서 사회권으로 분류되기는 하지만, 그것은 어디까지나 노동3권의 현대적 의의를 강조하는 데 의미가 있는 것이지, 기타의 급부형 사회권과 같은 차원에서 국가의 입법적 재량에 개방되어 있다는 의미가 아니다. 다른 모든 행위형 기본권과 마찬가지로, 노동3권도 행위의 자유가 중요하다. 노동3권에서는 국가의 입법부작위가 문제라기보다는 오히려 입법작위의 과잉이 문제되는 것이다. 다시 말해 대법원이 노동3권의 구체적 권리성을 인정한 것을 사회권으로서의 구체적 권리성을 인정한 것이라고 해석하는 것은 노동3권의 성격과 부합하지 않는다. 그런 점에서, 일반적으로 사회권의 구체적 권리성을 부정하면서도 노동3권은 사회권성과 자유권성이 복합되어 있으므로 그 자유권성의 한도에서 구체적 권리성이 인정된다는 견해도 언급해 둘 필요가 있어 보인다.[41]

또한 1948년 헌법 제18조가 "근로자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 자유는 법률의 범위 내에서 보장된다."라고 하여, 비록 "법률의 범위 내"라는 한계를 설정하기는 했지만(사실 이것은 비단 노동3권만이 아니라 모든 자유에 대해서 공통적으로 적용되는 한계라고 할 것이다), 노동3권을

39) 김복기, 「사회적 기본권의 법적 성격」, 『사회보장법연구』, 제3권 제1호, 서울대사회보장법연구회, 2014, 111쪽 이하.

40) 김복기, 위의 글, 131쪽.

41) 김종보, 「사회적 기본권의 구체적 권리성 여부」, 『법학연구』, 제49권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2008. 8., 75~98쪽. 김종보는 이 문제가 노동3권의 주체인 근로자의 범위와 직접 관련되어 있다고 본다. 즉 "헌법상 자유권의 주체가 되는 근로자는 입법이 없이도 근로3권을 행사할 수 있고, 그 이상의 범위는 입법의 문제인 것"이라고 한다(위의 글, 20쪽).

자유로 정의한 것은 의미하는 바가 크다고 할 수 있다.

대법원 전원합의체는 이렇게 말했다. “특히 노동3권 중 단결권은 결사의 자유가 근로의 영역에서 구체화된 것으로서, 연혁적·개념적으로 자유권으로서의 본질을 가지고 있으므로, ‘국가에 의한 자유’가 아니라 ‘국가로부터의 자유’가 보다 강조되어야 한다.”[42] 비록 대법원은 단결권과 관련해서만 자유권으로서의 본질을 말하고 있지만, 그것은 관련 사건이 단결권에 관한 것이기 때문일 뿐이라고 보아야 한다. “특히”라는 부사의 존재가 암시하듯이 자유권으로서의 본질은 단체교섭권과 단체행동권도 공유하는 성질이라고 보는 것이 타당하다. 단결권은 단체를 조직할 수 있는 권리이다. 단체를 조직할 수 있도록 국가에 청원하는 권리가 아니다. 단체교섭권은 단체로 교섭을 할 수 있는 권리이다. 단체로 교섭할 수 있도록 국가에 청원하는 권리가 아니다. 단체행동권은 단체로 행동할 수 있는 권리이다. 단체로 행동할 수 있도록 국가에 청원하는 권리가 아니다. 2020년 대법원 전원합의체 판결은 바로 이 권리들이 구체적 권리성을 갖는다고 인정한 것이다. 요컨대 노동3권은 자유권이다. 노동3권은 생존권적 기본권에서 혼합적 기본권(사회권+자유권)을 거쳐 자유권적 기본권에 이르렀다. 어쩌면 그냥 원래의 자리로 되돌아온 것인지도 모르겠다. 그렇다면 노동3권 논의는 이제 시작이다.

하지만 어떤 자유권인가? 고전적인 자유권과 같은 성격의 자유권인가? 즉 각자 독립적이고 고립된 원자로서의 개인이 그 자체로 완전한 기본권적 주체로서 개별적으로 행사하는 자유권인가? 아니다. 헌법 제33조 제1항의 문언 자체에서 보듯이 노동3권은 근로자 개인이 단체로 행위할 수 있는 자유권이다. 즉 기본권의 주체는 개인이면서, 기본권의 행사 방식은 집단적인 성격을 갖는 자유권이다. 고전적인 자유권은 주체도 개인이고 행사도 개인적이지만, 노동3권은 주체는 개인이지만 행사는 집단적이다. 예를 들어, 시위는 혼자서도 할 수 있지만, 파업은 혼자 하는 것이 아니다. 프랑스 노동법학의 표현을 빌리자면, 노동3권은 집단적으로 행위할 수 있는 개별적 자유권이라고 할 수 있다.[43] 노동3권의 사회권성에 대해서 말

42) 대법원 전원합의체, 2020. 9. 3., 2016두32992.
43) 알랭 쉬피오, 『노동법비판』, 박제성 역, 도서출판 오래, 2017, 180쪽.

할 때에는, 국가의 급부의무를 전제로 하는 다른 종류의 사회권과 같은 성격의 사회권성을 말하는 것이 아니라, 바로 이처럼 기본권의 행사가 집단적인 방식으로 이루어지는 특성을 말하는 것이다. 19세기 말 이후 법학과 사회과학에서 "사회적인 것(the social)"이라는 개념은 한편으로는 경제적인 것이라는 개념과 대비되는 것으로, 또 한편으로는 개인적인 것이라는 개념과 대비되는 것으로 사용된다는 사정을 인식하는 것이 도움이 되겠다. 노동3권의 사회권성 운운하면서 노동3권을 제한하는 근거로 삼는 것은, 이전에도 허용되지 않은 것이었지만, 앞으로는 더 이상 허용되지 않는다.

국가의 적극적 기본권 보장의무는 사회권에만 적용되는 것이 아니라, 자유권과 사회권 양쪽에 똑같이 적용되는 것이다. 언론의 자유(헌법 제21조)를 예로 들어보자. 언론의 자유는 가장 대표적인 자유권 중 하나로서 그 구체적 권리성은 의심되지 않는다. 언론의 자유를 보장한다는 것은 우선, 언론의 자유를 존중하고 침해하지 아니할 의무가 국가에 있다는 것을 의미한다. 여기까지는 고전적인 기본권 보장이론이다. 하지만 현대 사회에서 국가의 기본권 보장의무는 소극적으로 언론의 자유를 침해하지 않는 선에서 멈추는 것이 아니라, 적극적으로 언론의 자유를 실현하고 촉진할 의무로 나아가는 것으로 이해할 필요가 있다. 공론장에 대한 기업과 자본의 지배력이 점점 더 강화되고 있는 현대 사회에서 국가의 소극적 의무 이행만으로는 언론의 자유가 보장된다고 말하기 어렵기 때문이다.

기본권 보장이론의 현대적 의의를 이해하려면 자유주의적 권리 개념과 공화주의적 권리 개념을 구별하는 것이 유용하다. 우리가 흔히 사회권과 대비시켜 말하는 자유권은 자유주의적 개념이다. 그것은 자유를 국가의 개입이나 간섭이 없는 상태로 이해한다. 이러한 개념에 의하면, 국가가 개입하지 않는 영역에서 개인들이 각자 자기 자신의 이익을 추구하는 것이 자유라고 한다. 그것이 사회 전체의 이익에 도움이 된다고 한다. 이것은 이사야 벌린이 말하는 소극적 자유 개념에 가깝다. 소극적 자유는 "어떤 사람이 다른 사람의 간섭 없이 스스로 할 수 있는 일을 할 수 있도록, 또는 스스로 될 수 있는 존재가 될 수 있도록 방임되어야 할 영역은 무엇인가?"라는 질문에 대한 답이다.[44]

자유주의적 권리 개념의 문제점은 우선 각 개인의 물질적 조건을 고려하지 않는다는 점에 있다. 자유를 실제로 실현하기 위해서는 물질적 뒷받침이 어느 정도 요구된다. 권리능력만이 아니라 행위능력도 중요한 것이다. 예를 들어 빈곤으로 인해 학업의 기회를 제대로 갖지 못한 사람은 국가의 간섭이나 침해가 없음에도 불구하고 직업의 자유를 제대로 향유하기 어렵다. 자유주의적 권리 개념은 이 문제를 자유의 문제로 인식하지 않는다. 기껏해야 복지의 문제로 인식할 뿐이다. 소극적 자유 개념을 옹호했던 이사야 벌린도 이 문제는 자유의 문제, 즉 강제되고 있는가 아닌가의 문제가 아니라, 능력의 문제, 즉 할 수 있는가 없는가의 문제라고 하면서 양자를 구별하고자 하였다.[45] 아마르티아 센의 역량(capability) 개념이 호출되는 것이 바로 이 지점이다. 센은 능력의 문제와 자유의 문제가 다르지 않다고 본다. 센이 생각하는 자유는 각자가 자신의 판단에 따라 어떤 일을 하거나 하지 않을 수 있는 선택이다. 그리고 이렇게 선택할 수 있는 능력이 역량이다. 따라서 역량을 증대하는 것은 곧 자유를 신장하는 것이 된다.[46]

자유주의적 권리 개념의 또 하나의 문제점은 자유에 대한 위협이 국가로부터만이 아니라 대기업으로부터도 비롯될 수 있다는 점을 간과하고 있다는 데 있다. 자유권의 요체는 개인의 자유에 있다. 그런데 시간이 갈수록 기업의 자유가 강조되었다.[47] 그러자 기업의 자유가 개인의 자유를

---

44) 이사야 벌린, 「자유의 두 개념」, 1958, 『이사야 벌린의 자유론』, 박동천 역, 아카넷, 2006, 343쪽. 이사야 벌린은 소극적 자유와 대비되는 개념으로 적극적 자유 개념을 제시한다. 이것은 "한 사람으로 하여금 이것 말고 저것을 하게끔, 이런 사람 말고 저런 사람이 되게끔 결정할 수 있는 통제 및 간섭의 근원이 누구 또는 무엇인가?"(위의 책, 343~344쪽)에 대한 답이다. 벌린은 적극적 자유 개념이 전체주의로 변질될 수 있는 위험성이 크다는 점을 지적하면서 소극적 자유 개념을 옹호한다.

45) 이사야 벌린에 의하면, "내가 얼마만큼의 물질적 수단을 가지느냐는 문제가 나 자신의 정신적 육체적 능력과 관련되는 경우에 내가 그 사정을 (단순히 빈곤에 기인하는 것으로 보지 않고) 자유의 결핍이라 말한다면, 그것은 오직 내가 그러한 특정 이론을 받아들일 때에만 가능한 일이다."(위의 책, 345쪽)

46) 아마르티아 센, 『자유로서의 발전』, 김원기 역, 갈라파고스, 2013.

47) 현행 헌법인 1987년 헌법 제119조 제1항은 "대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다"고 규정하고 있다. 그런데 그전까지는 개인만 경제적 자유의 주체로 규정되어 있었을 뿐 기업은 주체로 규

침해하는 경우가 증가하고 있다. 특히 세계화와 함께 국민국가의 힘이 약해지고, 반면에 초국적 기업의 힘이 강화될수록, 기업에 의한 개인적 자유의 침해가 심각한 문제가 되고 있다. 자유주의는 이 문제를 제대로 해결하지 못한다. 자유주의의 관점에서 보면, 기업은 자유를 향유하는 주체에 해당할 뿐이고, 따라서 국가의 간섭으로부터 기업의 자유를 보호하는 것이 중요할 뿐이기 때문이다. 자유주의는 자유에 대한 규제가 자유의 보장일 수 있다는 점을 제대로 이해하지 못한다. "자유가 실질적인 자유가 되려면 규칙의 규제를 받는 사회적 공간이 필요하다."[48] 사실 국가의 비개입만으로는 개인의 자율성과 삶의 다양성을 충분히 보장하지 못한다. 진정한 의미에서 개인의 자유가 보장되기 위해서는, 즉 한편으로는 방종으로 변질되지 않고, 다른 한편으로는 자유의 이름으로 약자의 자유가 억압되는 역설적 상황이 발생하지 않도록 하려면, 자유는 제도를 통해서 만들어져야 한다.[49]

이 지점에서 공화주의적 자유 개념이 의미를 갖는다. 공화주의는 자유를 지배가 없는 상태로 이해한다. 개입이나 간섭이 없어도 지배는 있을 수 있다. 예를 들어 자비로운 주인을 만난 노예의 경우를 보자. 이 노예는 가난한 자유인보다 더 행복할 수 있다(행복의 의미를 물질적 조건에 한정한다면). 그러나 자유롭지는 않다. 노예의 행복과 자유는 주인의 마음에 달려 있다. 노예는 주인의 자의적 지배에 예속되어 있다. 주인을 대기업으로, 노예를 임금근로자로 바꾸어도 마찬가지로 말할 수 있다. 따라서 공화주의적 자유 개념에서는 지배를 제거하거나 최소화하는 것이 중요하다. 그것은 피지배자의 실존이 지배자의 자의에 의존하지 않도록 피지배자에게 최소한의 물질적 조건을 형성해 주는 것이다. 노동법을 통해서 임금근로자의 고용을 보장하고, 사회보험을 통해서 소득을 보장하는 등의 제도가 그런 것이다. 다시 말하면, 기업의 자유를 규제하는 것이다. 공화주의적 관점에서 보면 자유권에도 국가의 적극적인 개입이 요청된다.

정되어 있지 않았다.

48) 슬라보이 지제크, 「세계의 창: '속지 않는 자'가 가장 잘 속는다」, 『한겨레』, 2021. 10. 4.

49) "자유의 제도화" 혹은 "자유의 제정"이라는 개념에 대해서는 Muriel Fabre-Magnan, L'institution de la liberté, PUF, 2018 참조.

노동법은 종속을 확인하는 법이 아니라 자유를 촉진하는 법이어야 한다. 그리고 자유의 법은 사법의 영역보다는 공법의 영역에 가까이 있다. 공적인 것이 반듯하게 서 있을 때 비로소 개인은 자유롭기 때문이다. 19세기 프랑스의 정치인이자 신부인 앙리 라코르데르(Henri Lacordaire, 1802~1861)에 의하면, "강자와 약자, 부자와 빈자, 주인과 노예 사이에서, 억압하는 것은 자유이며 자유롭게 하는 것은 법이다(Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le servitude, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit.)."

제3절 국제노동기구(ILO) 단결권 협약(조약)의 의의

2021년 4월 20일 대한민국은 국제노동기구(ILO) 제87호 협약과 제98호 협약을 비준하고(이하에서는 이 두 개의 협약을 묶어서 단결권 협약이라고 부른다), 협약 가입서를 국제노동기구 사무국에 기탁했다. 이로써 2022년 4월 20일부터 단결권 협약은 효력을 발휘하게 된다.[50] 그렇다면 국내의 규범구조에서 단결권 협약은 어떤 위치를 차지하는가? 그 위치 여하에 따라서, 즉 노동3권의 헌법적 해석 및 노동조합 및 노동관계조정법(노동조합법)의 규정과의 상호관계 속에서 단결권 협약의 내용이 구체화될 것이다.

헌법 제6조 제1항에 의하면, "헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다." 그런데 국내법이란 무엇인가? 헌법인가? 법률인가? 명령도 포함되는가? 이에 대해서는 판례도 명확하지 않으며, 학설도 견해가 일치하지 않는다.

우선, 판례의 입장에 대해서는 국제법학자 정인섭 교수가 잘 정리해 둔 내용이 있어서 그대로 소개한다. "첫째, 조약은 국내적으로 직접 적용될 수 있으며, 사법부는 조약을 직접 근거로 판결을 내릴 수 있다. 둘째, 헌

50) ILO 협약의 비준 등의 절차에 관한 전반적인 사항에 대해서는 김근주, 『국제기준의 근로조건 규율 : ILO 협약을 중심으로』, 한국노동연구원, 2016 참조.

법이 조약보다 상위 규범이라는 점에 헌법재판소는 일관된 지지를 표하고 있다.[51] 셋째, 국회 동의를 거친 조약이 "법률"의 효력을 지닌다는 점에서도 사법부의 판례상 이견이 없다. 넷째, 국회 비동의 조약의 국내법적 효력에 대한 사법부의 입장은 명확하지 않다."[52]

다음으로 학설은 조약이 국내적으로 직접 적용될 수 있다는 점 및 헌법이 조약보다 상위의 효력을 갖는다는 점에서는 이견이 없다.[53] 그다음, 헌법 하위의 규범으로서 어떤 효력을 갖는가에 대해서는, 국회의 동의를 얻은 조약과 그렇지 않은 조약을 구별하면서, 전자의 경우에는 법률과 동등한 효력을 갖고, 후자의 경우에는 법률보다 하위의 효력을 갖는다고 보는 것이 헌법학의 다수설이다.[54] 법률과 동등한 효력을 갖는 조약과 법률 사이에 충돌이 있는 경우에는 신법 우선의 원칙이나 특별법 우선의 원칙에 따라 해결하면 된다고 한다.[55]

그러나 조약이 법률과 동등한 효력을 갖는다는 해석은 동의하기 어렵다. 법률과 조약의 내용이 일치한다면 별 문제가 없겠지만, 만약 두 개의 내용이 충돌하는 경우에는 문제가 생긴다. 신법 우선의 원칙을 적용한다면, 조약 체결 이후에 관련 법률을 제·개정하면 결국 법률이 우선 적용된다는 것인데, 자국의 법률을 이유로 조약을 위반하는 것은 국제법상 정당화되기 힘들 것이다. 국제규범을 비준함으로써 국내의 재판규범으로 승인한 이상, 그것과 다른 내용의 법률을 제·개정하여 조약보다 우선하는 것은 자기모순이며, 국제사회에서 책임 있는 자세가 아니다. 국제규범

51) (필자주) 헌법재판소는 조약도 위헌법률심판의 대상으로 본다(헌법재판소, 2001. 9. 27., 2000헌바20).

52) 정인섭, 「조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토」, 『서울국제법연구』, 제22권 1호, 서울국제법연구원, 2015, 36쪽.

53) 위의 글, 37쪽.

54) 정인섭, 위의 글, 38쪽 및 전종익, 「조약의 국내법상 지위와 고시류조약」, 『서울국제법연구』, 제22권 1호, 서울국제법연구원, 2015, 229쪽 이하 참조. 반면에 국제법 학자들은 이 문제에 대해서 침묵하고 있는데, 정인섭은 그 이유를 이렇게 설명하고 있다. "이를 단순히 무지나 실수로 인한 간과로 보기는 어렵다. 이들은 일종의 의도된 침묵을 통해 국회 비동의 조약의 효력에 관한 입장 표명을 자제하거나 회피하는 것으로 추정된다."(정인섭, 앞의 글, 39쪽)

55) 성재호, 「한국 헌법상 국제조약의 지위」, 『저스티스』, 통권 제170-2호, 한국법학원, 2019, 483쪽.

과 모순되는 내용의 법률이 있는 경우에, 비준하기 전에 그 법률을 먼저 개정해야 한다는 주장이 나오는 이유도, 양자가 충돌할 경우 법률을 그대로 적용할 수 없다는 판단이 있기 때문이다.

그럼 특별법 우선의 원칙을 적용하면 될까? 조약과 법률 중에 무엇이 특별법일까? 국제법보다는 국내법이 특별법이라고 보는 것이 상식에 부합할 것 같다. 그러나 그렇게 하면 법률과 조약이 상충할 때 법률을 우선시하는 결과가 되므로 헌법 제6조 제1항의 국제법 존중의무에 위반된다고 할 것이다. 그것을 방지하려면 반대로 조약이 특별법의 지위에 있다고 해석하면 된다. 그러면 조약과 법률이 상충할 때 조약이 우선해서 적용되는 결과가 발생할 것이다. 그런데 이것은 결국 조약이 법률보다 상위의 효력을 갖는다고 인정하는 것과 같다.

2005년에 대법원은 "헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 같은 효력을 가진다는 것으로서 조약이나 국제법규가 국내법에 우선한다는 것이 아닐 뿐더러(…)"라고 했다.[56] 이것은 얼핏 국내법을 특별법으로 보아서 법률이 조약보다 우선해서 적용된다고 인정한 것처럼 보인다. 하지만 대법원은 이 사건 법률이 조약에 배치되지 않으므로 그대로 적용할 수 있다고 했을 뿐이다. 즉 "국제법 존중주의에 입각한다 하더라도 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제11조의 규정에 배치되는 것이 아니므로, 부정수표단속법 제2조 제2항의 규정이 헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의에 위반된다고 할 수 없다."라는 것이다. 그렇다면 반대로 만약 법률이 조약에 배치되는 경우라면 국제법 존중주의에 위반되는 것으로서 위헌법률제청신청을 인용할 수 있다는 것일까? 아직은 알 수 없다.

국제규범을 비준하여 조약의 형식으로 공포한 후에 조약과 배치되는 내용의 법률을 우선시하는 것은 금반언의 원칙에도 반한다. 이런 이유들로 인해 프랑스 같은 나라는 헌법에서 조약의 효력을 법률보다 상위에 있는 것으로 규정한다. 프랑스 헌법 제55조에 의하면, "적법하게 비준되거나 승인된 조약 또는 협약은, 상대방 당사국이 해당 협약이나 조약을 적용한다는 조건으로, 공포와 동시에 법률보다 상위의 효력을 갖는다(Les

56) 대법원, 2005. 5. 13., 2005초기189(2005도1936), 위헌법률심판제청신청 결정.

traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.)."

이런 사정들을 고려할 때, 조약은 헌법과 동등한 수준의 규범은 아닐지라도, 법률보다는 상위의 효력이 있는 것으로 보아야 할 것이다. 말하자면 헌법과 법률의 중간에 있는 규범이라고 할 것이다.

그렇다고 한다면, ILO 단결권 협약의 내용은 노동3권을 구체적 권리로 보장하고 있는 헌법 제33조 제1항의 한계 안에서, 그리고 오로지 그 한계 안에서만, 노동조합법의 개별 규정의 내용과 무관하게 독립적으로 해석되어야 할 것이다.

그리고 단결권 협약을 해석함에 있어서 유의해야 할 점은 협약에서 사용하고 있는 불어 또는 영어 단어 본래의 의미대로 해석해야 한다는 것이다. 왜냐하면 단결권 협약의 정본은 불어본과 영어본으로 규정되어 있기 때문이다.[57] 한국어 번역어가 한국 사회의 독특한 의미맥락에서 갖게 되는 의미로 재단하면 안 된다는 뜻이다.

예를 들어, 단결권과 관련하여 제87호 협약 제2조는 이렇게 규정하고 있다. "Workers and employers, without distinction whatsoever, shall have the right to establish and, subject only to the rules of the organisation concerned, to join organisations of their own choosing without previous authorisation."

단결권은 worker에게 보장되는 것이다. 이 worker는 근로자로, 혹은 아래의 예처럼 노동자로(사실 양자는 같은 말이다) 번역되어야 한다. 노무제공자 또는 취업자 같은 단어는 적절하지 않다. 이 worker에는 employed worker, 즉 특정 사용자에게 고용되어 있는 임금근로자(employee)만이 아니라 self-employed worker, 즉 자영근로자도 당연히 포함된다. 사용자(employer)에게도 보장되는 단결권이 자영근로자에게는 보장되지 않는다고 한다면 말이 안 되기 때문이다. 결사의 자유 위원회에 의하면, 단결권의 적용대상이 되는 자를 결정하는 것은 고용관계의 존재를 근거로 하는 것이 아니며, 농업근로자, 일반적인 자영근로자 또는 자유직업에 종사하

57) 제87호 협약 제21조 및 제98호 협약 제16조.

는 자와 같이 고용관계가 존재하지 않는 자들도 단결권을 향유해야 한다. 자영근로자의 노동조합을 금지하는 것은 제87호 협약에 반한다.[58]

2020년 7월 14일 정부가 국회에 제출한, 「결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약 비준동의안」에 첨부된 한국어 번역본은 위 제2조를 이렇게 번역했다. "노동자 및 사용자는 어떠한 차별도 없이 사전 인가를 받지 않고 스스로 선택하여 단체를 설립하고 해당 단체의 규칙만을 따를 것을 조건으로 하여 그 단체에 가입할 수 있는 권리를 가진다." 이 정부안은 2021년 2월 26일 국회 본회의에서 수정 없이 통과되었다. worker를 노동자로 번역한 것은 타당하다. 이 용어는 임금노동자(근로자)와 비임금노동자(근로자)를 모두 포괄하는 의미로 그 개념이 확정되어야 할 것이다.

58) 국제노동기구 사무국 편, 『결사의 자유. 결사의 자유 위원회 결정 요약집』, (제6판, 2018), 한국노동연구원, 2020, 92쪽.

제 3 장
단결권 또는 단결의 자유

제1절 단결권의 의미

1. ILO 제87호 협약과 단결권

우리나라가 2021년 4월 비준한 국제노동기구(ILO) 제87호 협약의 정식 명칭은 “Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention”이다. 여기에서는 “Freedom of Association”과 “the Right to Organise”라는 용어가 함께 등장하는데, 통상적으로 전자는 “결사의 자유”로, 후자는 “단결권”으로 번역된다. 그리고 제87호 협약 제2조는 “노동자 및 사용자는 어떠한 차별도 없이 사전 인가를 받지 않고 스스로 선택하여 단체를 설립하고 해당 단체의 규칙만을 따를 것을 조건으로 하여 그 단체에 가입할 수 있는 권리를 가진다.”라고 규정한다.

ILO 협약상 “단체를 설립”하고 “단체에 가입할 수 있는 권리”가 우리나라 헌법 규정상 결사의 자유(제21조)를 의미하는 것인지, 아니면 단결권(제33조)을 의미하는 것인지는 불분명하다. 물론 이것을 구분해야 할 필요가 없을 수 있다. 결사의 자유권과 단결권이 구분되어 있는 우리나라 헌법 체계상으로는, 결사의 자유권과 단결권이 구분되는 것이냐 아니냐 하는 질문이 의미 있을 수 있지만, 이 양자를 구분하지 않는 입법례 혹은

결사의 자유권만을 헌법에 규정하면서 그 내용상 단결권을 위시한 노동3권이 당연히 포함된다고 보는 입법례 혹은 개별 법률로 단결권의 내용을 규정하는 입법례 등 입법의 방식은 다양할 수 있기 때문이다. 분명한 것은 ILO의 "Freedom of Association" 및 "the Right to Organise"는 노동자 및 사용자의 권리이기 때문에 각각이 우리 헌법상 결사의 자유권 및 단결권과 동치(同値)되는 것은 아니라는 점이다. 노동자와 사용자의 "freedom of association"은 결사의 자유권을 의미하는 것으로도 이해할 수 있다. 하지만, 단결권 보호(Protection of the Right to Organise)를 규정하는 제87호 협약 제11조는 이 단결권(the Right to Organise)이 노동자와 사용자 모두의 권리임을 밝히고[1] 있다는 점을 고려한다면, 우리나라 헌법상 단결권은 사용자의 권리는 될 수 없다는 점에서 "the Right to Organise"를 단결권으로 번역하는 것은 오해의 소지가 있을 수 있다.

ILO가 보았을 때, 결사의 자유는 평화와 사회정의에 대한 기본적 보호장치 중 하나이다. ILO 회원국은 「2008년 사회정의 선언(2008 Social Justice Declaration)」을 통하여, 「ILO 양질의 노동 어젠더(ILO Decent Work Agenda)」의 네 가지 전략목표 달성에 특히 중요한 것으로서 결사의 자유와 단체교섭의 효과적인 승인을 강조하면서, 노동에서의 기본원칙과 권리를 존중, 촉진, 실현하기로 약속하였다.[2] 어떤 국가가 ILO 회원국이 될 것이라고 결정한 경우 그 국가는 결사의 자유 원칙을 포함하여 「ILO 헌장」과 「필라델피아 선언」에 표현된 기본원칙을 수용하는 것이다. 따라서 ILO 모든 회원국은 결사의 자유와 단체교섭에 관한 핵심협약에서 표현되고 전개되어 온 원칙을 실시할 것으로 기대된다.[3] 제87호 협약 및 제98호 협약의 각 조항 및 원칙으로부터 도출되는 노동권 행사에 대한 보호 수준은 보충이 가능한 최소한의 기준에 해당하며, 해당 국가의 헌법제도 및

1) C87. Article 11. "Each Member of the International Labour Organisation for which this Convention is in force undertakes to take all necessary and appropriate measures to ensure that workers and employers may exercise freely the right to organise."
2) ILO Freedom of association, Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association, 6th ed., 2018, para. 47.
3) Ibid., para. 51.

법제도, 노사관계에 관한 전통, 노동조합 활동 또는 당사자 사이의 단체교섭에서 도출한 다른 보충적인 장치가 추가되어야 한다.[4]

ILO는 노동권 및 시민적 자유에 대한 노동권의 관계에 관한 결의에서 ILO 총회에 의해 1970년 확인된 원칙의 중요성을 강조하였다.

> "노사단체에 부여된 권리는 특히 세계인권선언과 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약에서 제시된 시민적 자유에 대한 존중에 기초하여야 하며, 이러한 시민적 자유의 부재는 노동권 개념에서 모든 의미를 배제하는 것이다."[5]

> "결사의 자유는 기본적 인권과 특히 인간의 생명 및 개인적 안전과 관련되는 권리, 적법절차, 노사단체에 속하는 시설과 재산에 대한 보호가 완전히 존중되고 보장되는 조건에서만 행사될 수 있다."[6]

위와 같은 ILO의 해석을 보았을 때, 제87호 협약의 "Freedom of Association"과 "the Right to Organise"는 우리나라 헌법상 단결권보다는 결사의 자유권에 가까운 것이 아닌가 생각해볼 수 있다. "집회의 자유와 표현의 자유는 결사의 자유 행사에 필수 불가결한 것이다."[7]라고 표현되는 경우에 특히 그러하다. 다만, ILO는 "순수하게 노동조합 목적을 추구하는 시위와 다른 목적을 달성하기 위한 시위를 항상 구분"하고 있다.[8] 따라서 "노동조합 단체에 의해 조직되거나 제87호 협약 제3조의 대상이 되는 정당한 조합 활동으로 간주할 수 있는 경우에만 결사의 자유 원칙에 의해 보호된다."[9] 그렇게 본다면 단결권에 기초한 조합활동이나 단체행동권이 결사의 자유와는 구분되어야 하는 것으로 보이기도 한다.

그러나 다음과 같은 표현들을 보면, 일반적인 결사의 자유와 노동조합의 결사의 자유는 일정한 측면에서는 동일하지만, ILO에서 말하는 결사의 자유는 근로자들의 단체인 노동조합의 결사의 자유를 의미하는 것으

4) Ibid., para. 56.
5) Ibid., para. 68.
6) Ibid., para. 83.
7) Ibid., para. 205.
8) Ibid., para. 209.
9) Ibid., para. 210.

로 보인다. 그런 한편으로 ILO는 노동조합 활동의 측면에서도 일반적인 결사의 자유권의 한계의 범위 내에서의 제한이 있을 수 있다는 것을 말하고 있다. 요컨대 ILO는 결사의 자유에 단결권과 그에 기초한 조합 활동이 포함되는 것으로 보는 듯하다.

"노동조합 권리는 대중시위를 조직할 권리를 포함"(한다).[10]

"대중집회와 시위 개최에 대해 행정적 허가를 요건으로 하는 것은 결사의 자유 원칙의 관점에서 볼 때 그 자체에 문제가 있는 것은 아니다. 공공질서에 대한 책임 있는 당국이 시위 주최 측과 시위의 장소와 방법에 대해 합의하는 한, 공공질서 유지는 시위 개최 권리와 상충되지 않는다."[11]

"노동조합 집회를 개최할 권리는 노동조합 권리의 필수적 요소의 하나이기는 하지만, 관련 단체는 모두에게 적용되는 대중집회와 관련된 일반조항을 준수하여야 한다. 이 원칙은 근로자와 그 단체는 다른 사람이나 조직된 단체와 마찬가지로 국내법을 준수하여야 한다고 규정한 제87호 협약 제8조에 포함되어 있다."[12]

그리고 근로자의 단결권(the Right to Organise)과 관련하여, ILO 결사의 자유 위원회는 다음과 같이 말하고 있다.

"단결권의 적용대상이 되는 자를 결정하는 기준은 고용관계의 존재에 근거하지 않는다. 고용계약을 맺지 않은 근로자도 자신이 원한다면 본인이 선택하는 단체를 설립할 권리를 가져야 한다."[13]

"모든 노동자(workers)는 고용관계가 성립한 계약의 유형과 관계없이 결사의 자유권(the right to freedom of association)을 향유할 수 있어야 한다."[14]

---

10) Ibid., para. 216.
11) Ibid., para. 218.
12) Ibid., para. 220.
13) Ibid., para. 330 : 349th Report, Case No. 2498(콜롬비아), para. 735; 353rd Report, Case No. 2498(콜롬비아), para. 557; 354th Report, Case No. 2560(콜롬비아), para. 439 등에서 인용됨.
14) Ibid., para. 327 : 376th Report, Case No. 3042(과테말라), para. 560에서 인용됨.

특히 ILO 결사의 자유 위원회 입장에서 근로자의 단결권은 계약의 형태와 상관없이, 노동의 종속성과 관계없이 자영노동자에게까지도 열려 있는 권리이다.

"자영노동자(self-employed workers)는 결사의 자유권(freedom of association rights), 특히 자신이 선택한 단체에 가입할 수 있는 권리를 완전하게 향유하도록 보장하는 데 필요한 조치를 취하도록 요청"(한다).[15]

"어떤 자에게 종속적이지 않거나 의존적이지 않은 자영노동자의 노동조합(trade unions of self-employed workers)을 금지하는 것은 제87호 협약에 반"(한다).[16]

"상용직으로 고용되어 있거나 기간의 정함이 있거나, 또는 도급제 근로자로 고용되어 있는지와 관계없이 모든 근로자는 어떠한 차별도 없이 자신이 선택한 단체를 설립하고 가입할 권리(the right to establish and join organizations)를 가져야 한다."[17]

한편 ILO는 파업권을 제87호 협약에 의해 보호받는 단결권의 내재적 귀결이라고 본다.[18] 제87호나 제98호 협약에는 파업권을 명시하고 있는 규정은 없다. 그래서 ILO에서는 파업권 침해 사건을 결사의 자유 위원회가 다룰 수 있는 권한이 있는지, 제87호나 제98호 협약에 기초하여 파업권을 도출할 수 있는지 여부가 문제되기도 하는 것으로 보인다. 이러한

15) Ibid., para. 388 : 376th Report, Case No. 2786(도미니카 공화국), para. 349에서 인용됨.
16) Ibid., para. 389 : 363rd Report, Case No. 2868(파나마), para. 1005에서 인용됨.
17) Ibid., para. 390 : 342nd Report, Case No. 2423(브룬디), para. 479; 343rd Report, Case No. 2430(캐나다), para. 360; 349th Report, Case No. 2556(콜롬비아), para. 754; 350th Report, Case No. 2602(한국), para. 671; 350th Report, Case No. 2547(미국), para. 801; 351st Report, Case No. 2556(콜롬비아), para. 34; 351st Report, Case No. 2600(콜롬비아), para. 572; 353rd Report, Case No. 2637(말레이시아), para. 1051; 355th Report, Case No. 2600(콜롬비아), para. 477; 355th Report, Case No. 2602(한국), para. 654; 356th Report, Case No. 2637(말레이시아), para. 84; 357th Report, Case No. 2687(페루), para. 891; 371st Report, Case No. 2988(카타르), para. 841 등에서 인용됨.
18) Ibid., para. 754.

맥락에서 ILO의 사용자위원들은, 결사의 자유 협약에는 파업권에 대한 근거가 없다는 점, 파업에 대한 ILO 협약 적용에 관한 전문가위원회(이하 전문가위원회라고 한다)의 일률적(one-size-fits-all) 접근법은 각국의 경제수준 또는 산업수준과 현재의 경제상황의 차이를 고려하지 않는 방법이라는 점 등을 이유로, 전문가위원회가 ILO의 기본이념인 삼자주의를 훼손한다고 주장한다.

사용자위원들의 주장에 대하여 전문가위원회는, "1952년 노사정 결사의 자유 위원회가 처음에 파업권을 결사의 자유의 기본 원칙으로 확고히 하였으며 반세기 너머 다수의 결정에서 파업권을 인정하고 발전시켜왔다"는 점을 상기시키면서, 제87호 결사의 자유 협약으로부터 노동자들의 파업권이 도출된다는 것을 분명히 하고 있다.[19] 이것은 단결과 단체행동이 불가분의 관계에 있고, 단체행동을 부인하는 단결은 진정한 단결일 수 없다는 니퍼다이의 견해를 연상시킨다.

2. 단결권을 바라보는 시각들

노동법의 관점에서 우리나라 헌법상 단결권의 의미를 분석한 논의는 오래된 논문들에서도 이미 발견된다.

김진 교수는 1962년 개헌 후 노동3권의 의미를 밝히면서 이렇게 분석했다. "[노동3권은] 인류의 보편적 노력의 결과에 대한 보장이요, 자본제 사회에 있어서의 근로자의 단결활동에 공통된 이념을 구현한 것"이다. "단체교섭이나 단체행동은 단결의 동적 측면을 나타낸 것이라고 할 수 있으며, 특히 단결권은 노동조합의 조직을 형성한다고 하는 과정에 있어서의 권리로서 가장 근원적인 것"으로서, "일반 국민의 결사와 상위해서 단결하는 권리로서 근로자의 개인적 입장을 넘어서 근로자 전체를 위해서 단결하는 자유를 보장하는 것"이다. 김진 교수에 의하면, "19세기적 헌

19) ILO General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization 2008, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 101st Session, 2012, para. 119.

법이 제시한 '결사의 자유'라는 것은 전적으로 정치상의 자유권을 규정한 것이었고, 20세기 헌법이 강조하는 경제적인 성격이 구체적으로 표현된 것이 단결권"이라고 한다.[20]

김형배 교수는 1973년 유신헌법 시대의 한 논문에서 다음과 같이 썼다. "단결권이 사회학적으로나 이데올로기적으로나 그 본질적인 내용에 있어서는 노동조합의 자유를 의미하는 것이며 사용자단체의 자유를 말하는 것은 아니다. 왜냐하면 사용자는 생산수단의 소유자로서 단결하지 않아도 강력한 힘을 발휘할 수 있으나, 근로자들은 단결하지 않고 고립된 상태에서는 경제적으로나 사회적으로나 약자의 지위를 면할 수 없기 때문이다. 그러므로 단결권 보장의 역사적 형태라고 하는 것은 노동조합운동의 합법화 이외의 아무 것도 아니었으며, 그 보장의 법률정책적 기본사상은 근로자들의 보호라고 말하지 않을 수 없는 것이다."[21]

위와 같이 단결권에 관한 초기의 논문들에서는 단결권을 근로자들의 권리로서, 그리고 근로자들의 가장 근본적인 권리로서 이해하고 있는 것을 볼 수 있다. 한편, 단결권의 내용은 단결할 자유, 곧 노동조합에 가입하고 조직하는 자유로서 헌법상 결사의 자유가 경제적 성격으로 구체화되었다거나 단결권을 보호하기 위한 법 정책의 근거라는 측면으로 바라보고 있음을 알 수 있다. 이러한 태도는 근래의 노동법 교과서들을 보더라도 크게 다르지 않다.

예를 들어, 임종률 교수의 교과서(2021)에서는 "단결권은 근로자가 '근로조건의 향상을 위하여' '자주적'으로 노동조합이나 그 밖의 단결체를 조직·가입하거나 그 단결체를 운영할 권리"이고, 노동조합을 조직·운영할 권리가 그 주된 것이라고 설명한다.[22]

김형배 교수의 교과서(2018)에서도 "단결권은 근로자가 근로조건의 향상을 위하여 자주적으로 단결체(노동조합)를 결성하거나 이에 가입하고, 그 단결체를 운영하는 것을 보장하는 권리"이므로, 단결권은 노동조합을

---

20) 김진, 「근로자의 단결권」, 『법학』, 제5권 제1/2호 통합본, 서울대학교 법학연구소, 1963, 25쪽, 26쪽, 29쪽.

21) 김형배, 「단결권의 본질과 그 구체적 보장에 관한 연구」, 『성곡논총』, 제4호, 성곡언론문화재단, 1973, 437쪽.

22) 임종률, 『노동법』, 제19판, 박영사, 2021, 25쪽.

조직하여 운영하며 조합활동을 하는 권리를 그 실질적 내용으로 한다고 설명한다.[23] 그리고 "우리나라의 헌법은 근로자들에게 단결권을 인정하고 있기 때문에 사용자는 단결권의 직접적인 주체라고 볼 수 없으며, 다만 단결권 주체(주로 노동조합)의 상대방 당사자로서의 지위를 가질 뿐"이라고 한다.[24]

이와 같이, 노동조합에의 조직·가입의 권리를 중심으로 단결권의 범위를 바라보고 있는 것이다. 그리고 이러한 단결권에는 개별적 단결권과 집단적 단결권이 포함되는 것으로 설명하기도 한다.

예를 들어, 노동법실무연구회의 노동조합법 주해서(2015)에서도 단결권에 대한 설명은 위의 교과서들과 크게 다르지 않지만, 다음과 같은 말이 나온다 : "단결권은 단결의 자유로서 넓은 의미에서 결사의 자유에 속하는 것으로 볼 수도 있지만, 결사의 자유는 18~19세기의 자유주의 사상을 기초로 하여 승인된 자유임에 반하여 단결권은 자유주의 사상을 극복하는 차원에서 생성된 것으로 사회권적 성격으로 인해 특별한 보호가 강구되므로 양자는 원리적으로 다른 성격을 갖고 있다."[25] 그리고 이러한 단결권은 개별적 단결권(근로자 개인이 자주적으로 노동조합으로 대표되는 근로자단체를 조직하거나 거기에 가입하여 활동할 수 있는 권리)과, 집단적 단결권(근로자단체가 자유로운 결정에 따라 단체를 운영하고 단체의 존립과 유지에 관하여 보호를 받으며 상부단체를 결정하거나 가입할 수 있는 권리)으로 구분된다. 단결권을 개별적 단결권과 집단적 단결권으로 구분하여, 노동조합에의 조직·가입을 전자의 의미로, 단결활동에 포함되는 조합활동은 후자의 의미에서 이해하는 것이다.

노동조합법 주해서의 단결권에 대한 설명은 헌법재판소가 단결권을 보는 시각과 유사하다. 헌법재판소가 노동조합 설립신고 반려제도에 대한 헌법소원사건(전국공무원노동조합 사건)에서 취한 의견에 따르면, "노동3권 중 근로자의 단결권은 결사의 자유가 근로의 영역에서 구체화된 것"이다.[26] 그러므로 "근로자의 단결권도 국민의 결사의 자유 속에 포함되

23) 김형배, 『노동법』, 제26판, 박영사, 2018, 125쪽.
24) 위의 책, 125~126쪽.
25) 노동법실무연구회, 『노동조합 및 노동관계조정법 주해』, 박영사, 2015, 84쪽.

나, 헌법이 노동3권과 같은 특별 규정을 두어 별도로 단결권을 보장하는 것은 근로자의 단결에 대해서는 일반 결사의 경우와 다르게 특별한 보장을 해준다는 뜻으로 해석된다. 즉, 근로자의 단결을 침해하는 사용자의 행위를 적극적으로 규제하여 근로자가 단결권을 실질적으로 자유롭게 행사할 수 있도록 해준다는 것을 의미한다. 따라서 근로자의 단결권이 근로자 단결체로서 사용자와의 관계에서 특별한 보호를 받아야 할 경우에는 헌법 제33조가 우선적으로 적용되지만, 그렇지 않은 통상의 결사 일반에 대한 문제일 경우에는 헌법 제21조 제2항이 적용되므로 노동조합에도 헌법 제21조 제2항의 결사에 대한 허가제금지원칙이 적용된다."[27] 또한 헌법재판소에 의하면, "헌법 제33조 제1항에 의하면 단결권의 주체는 단지 개인인 것처럼 표현되어 있지만, 만일 헌법이 개인의 단결권만을 보장하고 조직된 단체의 권리를 인정하지 않는다면, 즉 국가가 임의로 단체의 존속과 활동을 억압할 수 있다면 개인의 단결권 보장은 무의미하게 된다. 따라서 헌법 제33조 제1항은 근로자 개인의 단결권만이 아니라 단체 자체의 단결권도 보장하고 있는 것으로 보아야 한다."[28]

노동법 교과서는 아니지만 한수웅의 기본권론(2020)에서도 단결권은 근로자 개인의 권리이자 조직적 단체의 권리로서의 이중적 성격을 갖는다고 본다.[29] 이에 따르면, "개인적 단결권은 무엇보다도 근로자가 노동조합을 조직할 수 있는 권리와 그가 원하는 기존의 노동조합 중에서 선택하여 가입하고 그 조합에 머물면서 조합의 활동에 참여할 수 있는 권리"이다. 그리고, 헌법이 개별근로자의 단결권을 보장한 목적은 결성된 근로자단체의 활동을 통하여 노사 간의 사적 자치를 가능하게 하기 위한 것이므로, 단체의 권리는 그 내용상 크게 단체존속의 권리(근로자단체의 존속・유지・발전・확장 등을 국가권력으로부터 보장하는 것), 단체자치의 권리(근로자단체의 조직 및 의사형성 절차에 관하여 규약의 형태로 자주적으로 결정하는 것)와 단체활동의 권리(근로조건의 유지와 향상을 위한

26) 헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2011헌바53 전원재판부.
27) 헌법재판소, 위의 결정.
28) 헌법재판소 1999. 11. 25. 선고 95헌마154 전원재판부.
29) 한수웅, 『기본권의 새로운 이해』, 법문사, 2020, 885쪽.

근로자단체의 활동, 즉 단체교섭, 단체협약체결, 단체행동, 단체의 선전 및 단체가입의 권유 등)의 형태로 구분해볼 수 있다고 한다.[30]

3. 단결권의 이해

2020년 9월 3일 대법원 전원합의체는 노동3권의 법적 성격에 대하여 다음과 같이 판결하였다.

> "헌법 제33조 제1항은 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."라고 규정함으로써 노동3권을 기본권으로 보장하고 있다. 노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다. 노동조합법 제1조가 '이 법은 헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여' 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 도모함을 목적으로 한다고 규정하고 있는 것도 이러한 차원에서 이해할 수 있다. 특히 노동3권 중 단결권은 결사의 자유가 근로의 영역에서 구체화된 것으로서(헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2011헌바53 결정 등 참조), 연혁적·개념적으로 자유권으로서의 본질을 가지고 있으므로, '국가에 의한 자유'가 아니라 '국가로부터의 자유'가 보다 강조되어야 한다. 따라서 노동관계법령을 입법할 때에는 이러한 노동3권, 특히 단결권의 헌법적 의미와 직접적 규범력을 존중하여야 하고, 이렇게 입법된 법령의 집행과 해석에 있어서도 단결권의 본질과 가치가 훼손되지 않도록 하여야 한다."[31]

결사의 자유가 근로의 영역에서 구체화된 것이 단결권이라는 것은 곧 결사의 자유(freedom of association) 가운데 헌법상 근로자(worker)의 "근로조건의 향상"이라는 목적을 실현하기 위한 단결권(right to organize)이 위치하는 것이고, 단결권의 목적은 "근로조건의 향상"이기 때문에 그 목적을 달성할 수 있도록 하는 단체교섭권과 단체행동권은 단결권에 내

30) 위의 책, 886쪽.
31) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결.

재된 권리로서 설사 권리로 성문화되어 있지 않더라도 당연히 단결권 보장의 원리에 포함되어 있다고 하지 않을 수 없다. 다만 우리나라의 헌법은 단결권에 당연히 포함된 단체교섭권과 단체행동권이라는 내재적 권리들이 근로자의 기본적 권리임을 직접 표현하고 있는 것이다.

자유권으로서의 단결권의 의미, 즉 "국가에 의한 자유"가 아니라 "국가로부터의 자유"는 헌법상 단결권 규정의 변화 과정을 통해서도 분명히 이해할 수 있다. 1948년 제헌헌법은 제13조에서 "모든 국민은 법률에 의하지 아니하고는 언론, 출판, 집회, 결사의 자유를 제한받지 아니한다."라고 규정하는 한편, 제18조에서 "근로자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 자유는 법률의 범위 내에서 보장된다."라고 규정하였다. 제헌헌법상 단결권은 법률에 의하여 결사의 자유를 제한하는 내용의 하나로 위치하였다고 볼 수 있다. 즉 개별적 법률유보에 따라 근로자의 단결권은 법률이 보장하는 한도에서 보장됨으로써 "국가에 의한 자유"로서의 규정형식을 취했다고 볼 수 있다는 것이다. 그러나 1962년 개정된 헌법 제18조 제1항은 "모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다."라고 규정하여 결사의 자유에 대한 개별적 법률유보조항을 삭제하는 한편, 제29조 제1항은 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."라고 규정함으로써 마찬가지로 개별적 법률유보를 삭제했다.

여기에서 "자유"가 "권리"로 되는 과정이 보인다. 권리라는 개념이 탄생한 서구에서 권리에 해당하는 용어는 right(영국), Recht(독일), droit(프랑스), diritto(이태리), derecho(스페인) 등인데, 이는 본래 바른 것, 정당한 것, 즉 정의라는 관념에서 나온 말로서 바른 위치를 향한 주장의 의미를 담고 있다.[32] 그래서 이 정당성을 향한 객관적인 상태와 질서를 법(Objecktive Recht)이라고 보았고, 주관적인 상태를 권리(Subjecktives Recht)라고 보았다. 즉 권리주체의 입장에서 주관적으로 보면 권리이고, 그 권리를 부여하는 질서의 총체를 객관적으로 보면 법인 것이다.[33] right를 권리라는 용어로 번역한 것은 중국에서 1864년 미국 선교사 윌리엄 마

32) 최종고, 『한국의 서양법수용사』, 박영사, 1982, 310쪽.
33) 위의 책, 310쪽.

틴이 미국의 국제법학자 헨리 휘튼의 저서 『Elements of International Law』(1836)를 『만국공법(萬國公法)』(1864)으로 번역·출판하는 과정에서 이루어진 일이라고 한다.[34] 『만국공법(萬國公法)』이 일본에 수입되어 1868년에 복간되면서[35] 권리라는 용어가 일본에 처음 들어오게 되었는데, 당시 일본의 개화사상가 후쿠자와 유키치(福澤諭吉)는 『서양사정(西洋事情)』이라는 책을 저술하면서 블랙스톤(W. Blackstone)의 『영법주석(英法註釋)』(Commentaries on the Laws of England)을 일부분 번역하여 실었고, 여기에서 영어 liberty를 자유, right를 통의(通義)라고 번역하면서 통의(通義)라는 말에 대해서 정직·정리(正理)·권(權)·도리의 뜻이 담긴 말이라고 설명하였다고 한다.[36] 그러나 후쿠자와의 통의(通義)라는 단어 대신 권리(權利)라는 단어가 right를 번역하는 용어로 채택이 되었고, 이를 권리(權理)라 하지 않고 권리(權利)라고 한 것에는 동양전통적인 이치(理致)의 측면보다는 서구적이고도 근대화된 이익(利益)의 측면을 강조하려는 의지가 깃들어 있었던 것으로 보기도 한다.[37] 이러한 해석에 따르면, 1962년 헌법이 "근로자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 자유"라는 용어 대신 "단결권·단체교섭권 및 단체행동권"이라는 용어를 사용한 것에는 어떤 의도가 있었던 것은 아닌가 하는 추측도 가능하다. 결사의 자유와 단결권의 관계를 고려하였을 때, 단결권은 결사의 자유를 갖는 "모든 국민" 가운데 "근로자"에 해당하는 사람들이 "근로조건의 향상"을 위하여 "자주적"으로 행사하는 권리이다. 그리고 역사적으로 보았을 때 근로자들의 결사 가운데 "근로조건의 향상"이라는 목적을 "자주적"으로 달성하기 위하여 조직된 근로자들의 결사인 노동조합에 대한 권리이다. 이때 노동조합은 우리나라의 노동조합법상 설립신고절차를 거쳐 소위 "합법적"으로 조직되어 노동조합법상 "노동조합"이라는 명칭을 사용하면서 노동조합법상 권리의무의 주체가 되는 노동조합을 의미하는 것이 아니고, "근로조건의 향상"이라는 목적을 "자주적"으로 달성하기 위하여 조직된

34) 위의 책, 310쪽.
35) 원문에는 1968년이라고 되어 있지만, 오타인 것으로 보여 1868년으로 수정함.
36) 최종고, 앞의 책, 310쪽.
37) 위의 책, 311쪽.

근로자들의 모든 결사를 의미한다. 소위 “헌법적 노동조합” 내지 “법외조합”과 “노동조합법상 노동조합” 내지 “법내조합”이 헌법과 노동조합법의 규정에 따라 분리되는 것이다. 그리고 이러한 구분은 결사의 자유로부터 출발하여 국가로부터 자유를 획득한 단결의 자유를 행정청을 통한 노동조합 설립신고제도를 거쳐서야 얻을 수 있는 이익으로 머물게 하는 것은 아닌가 생각되는 것이다.

근로자들의 권리를 노사 간의 실행 가능한 상호 합의와 “균형”을 추구하는 것으로 인식하면서 이 영역으로 근로자들의 권리에 대한 해석과 적용의 장악을 이동시키는 것은 근로자 권리의 실현에 대한 가장 효과적인 장애가 된다.[38] 여기에서 권리는 이익으로 변전(變轉)되고 노동법은 그저 방해 없이 사업을 하려는 사용자의 시도와 경제적 사익에 대한 근로자의 추구 사이에서 어떤 균형을 찾는 수단에 지나지 않게 된다.[39] 이 모습이 현재 헌법상 단결권의 보장에도 불구하고 노동조합법상 단체교섭권과 쟁의행위권을 해석하는 모습이라고 생각된다.

그래서 “단결권을 권리로 만들기 위해서 국가가 어떤 법률을 어느 수준까지 정립해야 하는지를 헌법의 규정만으로 확정할 수가 없기 때문에 권리 보호에 상당히 어려움을 갖는 권리, 결국 국가의 의지가 굉장히 중요해지는 그런 권리가 바로 사회권이라고 할 수가 있는 것이다. 그래서 어쩌면 1960년대 군사정권이 들어서면서 국가에게 부담으로 작용하게 되는 이들 권리를 사실상 무력화시키기 위해서 권리의 성격을 자유권에서 사회권으로 바꾼 것은 아닐까 하는 의심도 해볼 수 있”다는 추측이 있다.[40] 단결의 자유를 “권리”로 선언함으로써, 권리의 보장을 위한 국가 역할에 집중하게 하고, 이를 통해 사실상 단결의 자유를 제한하기 위한 입법적 조치들이 이루어졌다는 것이다. 헌법상 자유권의 영역에 속하는 기본권들이 “권리”가 아니라 “자유”로 선언되고 있음을 고려한다면 일리 있는 지적이라고도 할 수 있지만, 제헌헌법상 단결의 자유에 대해서는 개

38) James A. Gross, Rights Not Interest : Resolving Value Clashes under the National Labor Relations Act, Cornell University Press, 2017, p.8 참조.
39) Ibid., p.8.
40) 김종서, 「노동3권 소고」, 『민주법학』, 제71호, 민주주의 법학연구회, 2019, 187~188쪽. 다만, 이를 입증할 자료는 없다고 말한다.

별적 법률유보조항이 있는 사회권으로 보았고, 1962년 헌법은 단결의 권리를 선언하면서 개별적 법률유보조항을 삭제하였기 때문에, 제헌헌법이나 1962년 헌법이나 단결권을 국가에 의한 적극적 역할이 필요한 영역으로 보았다는 점에서는 차이가 없고, 다만 그 역할이 "보장"적 측면에 초점을 맞추고 있느냐 아니면 "제한"적 측면에 좀 더 주안점을 두었느냐의 차이가 있지 않았을까 생각된다.

역사적으로 오랜 기간에 걸쳐 길드에서 일반적 결사로, 그리고 다시 노동조합으로의 변화를 거치면서 법인(法忍)을 획득한 과정이 있는 국가에서의 단결권과, 우리나라와 같이 (비록 처음에는 법률로 정하는 바에 따르는 것이기는 하였지만) 헌법상 노동3권이 선언되고 그에 따라 노동조합법 등이 제정된 국가에서의 단결권은 다른 의미를 가질 수 있다. ILO가 말하고 있는 결사의 자유와 단결권이 우리나라 법 체제상으로는 다소 맞지 않는 것처럼 보이는 이유가 여기에 있을 것이다. 그리고 현대 시민사회의 구성원이 되기 위하여 선택한 제헌과 각종 법의 제정이 우리나라의 역사 위에서 충분한 법제사적 평가와 논의를 거친 것이 아니었고, 일본-미국의 점령하에서 독일법계의 기초에 미국법적 요소들을 수용하여 급박하게 이루어졌다는 사정도 고려될 필요가 있다. 제헌헌법이 노동3권에 대하여 개별적 법률유보조항을 둔 것은 노동3권에 대한 충분한 이해가 없었기 때문일 수도 있지만, 결사의 자유와의 관계에서 미국의 와그너법이 그러하였듯 노동조합에 대한 적극적 보호 정책을 국가가 제공해야 한다고 보았기 때문일 수도 있다. 결사의 자유는 자유권의 영역이지만, 노동3권은 사회권의 영역임을 강조하면서 국가의 적극적 역할(이것은 긍정적인 의미에서의 역할로서, 미국 와그너법상 부당노동행위제도와 같이 국가가 사용자에 대한 강력한 규제적 역할을 해야 한다고 생각하였을 수 있음을 의미한다)을 예정하였기 때문일 수도 있다는 것이다.[41]

"제18조에는 '근로자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 자유'를 보장하였습니다. 이에 의하면 근로자는 고용계약으로 들어갈 때에 다만 개인으로서

41) 이하의 제헌의회 기록은 국사편찬위원회의 한국사데이터베이스 중 헌정사자료 DB(http://db.history.go.kr/item/imageViewer.do?levelId=cons_001_0020_0020_0010_0040 : 최종검색일 2022. 1. 10)를 이용하였다.

기업자와 계약을 할 뿐만 아니라 단체를 만들어서 단체교섭을 할 수 있으며 그 단체교섭으로서 근로자의 지위를 보호할 수 있게 된 것이올시다." (제헌의회 제1회 제18호 속기록 중 유진오 전문위원의 설명)

"이 18조에 '근로'라는 말은 도회의 근로자를 상대로 쓴 말입니다. 그러나 농민이라고 하더라도 농민조합을 만든다든지 하는 권리는 역시 18조에 의해서 보장된다고 말씀드리겠습니다."(제헌의회 제1회 제18호 속기록 중 신광균 의원의 질문에 대한 유진오 전문위원의 설명)

"18조에 근로자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 자유의 구체적 내용은 이 단체의 행동의 자유는 지금 질의한 대로 때로는 파업의 자유까지도 포함하는 것이라고 해석하겠습니다. 다만 그것은 법률상 범위에서 보장되는 것이므로 이 노동에 대한 법률이 어떻게 제정되겠느냐 하는 것은 여기서 미리 말씀드릴 수가 없읍니다마는 대개 선진국가의 예를 보면 노동자는 단번에 파업이라는 형태로서 들어가지 아니하고 많이 조종(操縱)을 하는 그런 과정을 밟은 후에 최종수단으로서 파업으로 나가는 제도가 외국에서 발달되는 것 같습니다. 이것은 모든 것이 법률에 맡겨져 있습니다. 그런 그 법률이 정하는 바에 의해서 때로는 지금 말씀하신 것 같은 파업의 자유를 포함하는 경우도 있을 줄로 생각합니다."(제헌의회 제1회 제18호 속기록 중 이항발 의원의 질문에 대한 유진오 전문위원의 설명)

노동3권의 의미를 처음으로 구체적으로 밝힌 헌법재판소 결정(노동조합법 제33조 제1항 위헌소원, 헌법재판소 1998. 2. 27. 94헌바13・26, 95헌바44(병합) 전원재판부 결정)에서도 "근로3권은 근로자가 국가의 간섭이나 영향을 받지 아니하고 자유롭게 단체를 결성하고 그 목적을 집단으로 추구할 권리를 보장한다는 의미에서 일차적으로 자유권적 성격을 가지나 고전적인 자유권이 국가와 개인 사이의 양자관계를 규율하는 것과는 달리 국가・근로자・사용자의 3자관계를 그 대상으로 한다."라고 보면서, "따라서 근로3권은 국가공권력에 대하여 근로자의 단결권의 방어를 일차적인 목표로 하지만, 근로3권의 보다 큰 헌법적 의미는 근로자단체라는 사회적 반대세력의 창출을 가능하게 함으로써 노사관계의 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근로조건에 관한 노사 간의 실질적인 자치를 보장

하려는 데 있다. 경제적 약자인 근로자가 사용자에 대항하기 위해서는 근로자단체의 결성이 필요하고 단결된 힘에 의해서 비로소 노사관계에 있어서 실질적 평등이 실현된다. 다시 말하면, 근로자는 노동조합과 같은 근로자단체의 결성을 통하여 집단으로 사용자에 대항함으로써 사용자와 대등한 세력을 이루어 근로조건의 형성에 영향을 미칠 수 있는 기회를 가지게 되므로 이러한 의미에서 근로3권은 '사회적 보호기능을 담당하는 자유권' 또는 '사회권적 성격을 띤 자유권'이라고 말할 수 있다."라고 본 것도 이러한 의미에서 이해할 수 있다.

교과서에서도 "헌법 제33조 제1항은 … 근로자로 하여금 사용자와 대등한 지위에서 근로조건을 결정할 수 있도록 하기 위한 노동기본권이다. 다시 말하면 자유와 평등을 기조로 하는 헌법이 실질적 의미에서 근로자에게 자유와 평등을 확보해주기 위하여 근로3권을 보장한 것"이라고 설명하면서 노동3권이 국가에 의한 보호적 성격을 지니고 있음을 강조하는 경우가 있다.[42]

그러나 앞서 말하였듯, 근로자들의 단결의 자유는 국가에 의한 자유가 아니라 국가로부터의 자유이다. 그렇다고 해서 노동3권에 국가의 적극적 역할이 필요한 사회권적 성격이 전혀 없다고 할 수는 없다. 단결할 자유가 보장되기 위해서는 단결할 자유에 대한 방해의 배제가 요구되고, 그러한 배제를 위한 제도적 기반이 구축될 수 있기 위한 국가의 최소한의 역할이 필요하다. 그래서 노동3권의 헌법적 보장은 "자유+α"를 의미하는 것이고,[43] "자유+α" 자체가 단결의 자유를 의미하는 것이라고 생각해야

42) 김형배, 앞의 책, 110쪽.

43) 김종서, 앞의 글, 192쪽 참조. 김종서 교수는 여기에서 "단결권이 자유권에 그친다면 노동자들은 자유롭게 노동조합을 결성하고 가입하여 활동할 수는 있지만, 사용자에게 노동조합을 법적인 상대방으로 인정해 달라고 하는 것까지 강제할 수는 없고 그 인정 여부는 사용자의 자유의사에 맡겨질 것이다. 이것이 이른바 노사자치의 의미일 것이다. 그러나 이러한 자유에 α가 더해진다면, 그래서 사회권의 성격이 단결권에 장착된다면, 이제 단결권은 노사관계에서 노동조합이 노동자들의 이익을 위해 활동할 수 있는 독립적인 주체로서의 지위를 법적으로 인정한다는 의미를 갖게 될 것이다. 이에 따라 노동조건 개선 등 노동자들의 이익을 위한 노동조합의 활동을 부정하거나 방해하거나 간섭해서는 안 될 법적 의무가 사용자에게 부과되는 것이다. 자유권+α=사회권으로서 단결권의 의미는 그런 것이라고 보아야 할 것이다."라고 하여 "자유권+α"가 사회권이라고 보고 있지만, 필

한다.

단결권의 법적 성격을 자유권, 사회적 기본권 또는 사회적 성격을 띤 자유권 등으로 분류하는 것에 반대하는 견해도 있다. 그 설명에 따르면, "노동3권의 법적 성격을 둘러싼 자유권설과 생활권설의 대립은 결국은 모든 기본권을 '자유권' '생활권' 등의 규격품으로 이해하기 때문에 나타나는 현상이라고 할 수 있다. '자유권의 생활권화 현상'이 두드러지고, 헌법의 통일성이 강조되는 오늘의 학문발전단계에서 그와 같은 규격화된 논증방법은 문제의 본질을 파악하는 데 큰 도움이 되지 못한다."라고 한다.[44] 또한 "현대에 있어서 기본권은 다기능을 가진 복합적 권리로서의 성격을 갖는 경우가 흔하며, 또한 기본권의 유형 자체가 상대적이기 때문"이라는 견해도 있다.[45] 유성재 교수는 이러한 견해에 찬성하는 의견을 밝힌 바 있다.[46]

노동조합의 역사를 되짚어 보면, 단결권은 노동조합을 만들 권리만을 의미한다기보다는 사용자와의 교섭을 이끌어내고 파업을 할 수 있는 권리 자체라고 말할 수 있다. 단결의 보장 자체가 교섭과 파업의 권리를 내포하는 것이다. 따라서 단결권을 노동조합 조직과 가입의 자유로서만 접근하는 경우 이것은 결사의 자유권의 한 내용이라고도 말할 수 있겠지만, 단결권 자체가 교섭권과 파업권을 포함하는 것이라고 한다면 이는 근로자들의 결사의 자유권을 내포하면서 오히려 그보다 더 큰 내용을 담고 있는 것이라고 볼 수 있다. 이러한 해석이 결사의 자유권과 별개로 단결권을 근로자들의 권리로 선언하고 있는 우리 헌법의 체계적 해석으로도 정합적이고, 제87호 협약으로부터 근로자들의 파업권이 선언되고 있다고 보는 ILO의 입장과도 일치한다.

자는 "자유권+α"를 자유권으로 해석한다.

44) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 1998, 478쪽; 유성재, 「유니온숍 협정과 소극적 단결권」, 『중앙법학』, 제5권 제1호, 중앙대학교 법학연구소, 2003, 28쪽에서 재인용.

45) 정덕기, 「공무원의 근로삼권에 관한 연구」, 중앙대학교 박사학위청구논문, 2000, 183쪽 이하; 유성재, 위의 글, 28쪽에서 재인용.

46) 유성재, 위의 글, 28쪽.

제2절 단결권의 주체와 소극적 단결권

1. 단결권의 주체

단결권에 대한 해석과 보장의 문제는 권리 자체의 의미만이 아니라, 누가 그 권리의 주체인지와도 관련되어 있다. 헌법은 "근로자"를 명시하고 있지만 이 근로자의 의미는 해석에 맡겨져 있고, 이는 다시 노동조합법상 노동조합을 설립할 수 있는 근로자의 범위에 대한 해석으로 연결된다.

헌법상 "근로자"라는 용어를 사용하고 있는 것은 제32조와 제33조이다. 통상 제32조는 개별적 노동관계에 대한 헌법적 법원으로, 제33조는 집단적 노동관계에 대한 헌법적 법원으로 구분되고, 필자는 헌법 제32조의 근로의 권리를 "일할 권리"로 바꿔 읽을 수 있고, 이것은 통상 해석되는 바와 같이 종속적 근로자만이 아니라 종속적 자영업자, 나아가 모든 일하는 사람의 일할 권리를 의미하는 것이라고 전향적으로 해석할 수 있다고 보았다.[47] 이러한 해석에 따라 국가의 근로조건법정에 대한 정책의무가 도출되는 한편, 헌법의 근로권에 따른 근로조건법정주의의 결과물로서 근로기준법은 인적 종속성이 희박하더라도 경제적 종속성이 있는 사람들에게까지 적용될 수 있어야만 헌법상 근로권의 보장·실현이 적절하게 이루어졌다고 말할 수 있다고 생각한다.[48]

그리고 위와 같은 해석은 헌법 제33조에 대해서도 동일하다. 노동조합의 역사를 살펴보았을 때 단결할 자유는 "자본에 종속됨으로써 독립성을 상실"한 자들을 위한 것이었다. 산업혁명기 이들은 임금노동자의 지위를 가졌지만, 2021년 현재 이들은 임노동자로서의 지위 이외 다양한 형태로 나타날 수 있다. 예를 들어, 가맹본부와 가맹계약을 체결하는 가맹점사업자도 여기에 해당된다. 이러한 의미에서, 가맹본부에 대한 가맹점사업자

47) 박제성·강성태·유성재·박은정, 『자영업자 사회법제 연구』, 한국노동연구원, 2019, 144쪽.
48) 위의 책, 144쪽.

의 종속과 비독립적 지위에 따라 제정된 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(이하, 가맹사업법)의 가맹점사업자도 “자본에 종속됨으로써 독립성을 상실”한 자들로서 헌법상 노동3권의 주체가 될 수 있다.

단결권의 주체를 위와 같이 읽어 나갈 때, 그렇다면 전통적인 임금근로자와 그 임금근로자를 사용하고 있는 종속적 자영업자가 혼재하는 노동조합의 성립 가능성도 부정할 수 없을 것이다. 예를 들어, 가맹점사업자와 가맹점사업자가 고용한 근로자가 연대하여 가맹본부와 교섭하는 노동조합을 그려볼 수 있는 것이고, 여기에서 현행 노조법 제2조 제4호 가목 및 라목의 문제점 내지 위헌성을 발견할 수도 있다.

2. 개별적 단결권과 집단적 단결권 : 유니온숍 조항의 문제

단결권에 대한 다수의 이해는 (견해에 따라 내용은 조금씩 다를 수 있기는 하지만) 단결권이 개인적 단결권과 집단적 단결권으로 구분된다는 것이다. 단결권을 개인적 단결권과 집단적 단결권으로 구분하는 실익은, 헌법재판소가 말하고 있는 것과 같이, “헌법이 개인의 단결권만을 보장하고 조직된 단체의 권리를 인정하지 않는다면, 즉 국가가 임의로 단체의 존속과 활동을 억압할 수 있다면 개인의 단결권 보장은 무의미”하다는 것에 있다.[49]

앞서와 같이 단결권은 노동조합을 만들 권리만을 의미한다기보다는 사용자와의 교섭을 이끌어내고 파업을 할 수 있는 권리를 내포하는 권리라고 한다면, 단결권의 주체는 근로자 개인으로만 국한된다고 말하지 않는 편이 옳을 듯하다. 집단성이 전제된 단결체의 권리 자체가 단결권의 영역에서 요구되는 경우도 있을 것이기 때문이다. 즉 단결권은 근로자 개인의 단결권이기도 하지만, 근로자 단결체의 단결권이기도 하다.

이와 같이 근로자 개인이 기본권 주체로서 지위를 갖게 됨과 동시에 개인의 의사에 기초하여 새롭게 형성된 단체가 독자적으로 기본권 주체로서 그 지위를 획득하게 되는 경우가 발생하는 경우, 이를 이중적 기본

49) 헌법재판소 1999. 11. 25. 선고 95헌마154 전원재판부.

권이라고 부를 수 있다.[50] 다만, 이때 단체의 권리는 단체로서의 고유한 권리라기보다는 근로자의 단결이 집체화되어 나타나는 것(즉, 근로자들이 단결하였기 때문에 표현될 수 있는 권리)이라고 보아야 할 것이고, 조직된 단체가 그 자체적으로 고유한 헌법상의 단결권의 주체가 된다기보다는 그 구성원인 근로자들의 단결권이 행사되는 내용이라고 보아야 할 것이다.

그런데 노동조합의 집단적 단결권은 조직강제조항과 관련하여 문제를 일으킨다. 단결권이 자유권적 성격의 기본권임을 강조할 때, 근로자들이 단결하지 않을 자유, 즉 소극적 단결권은 노동조합의 조직강제의 권리, 즉 집단적 단결권과 충돌하기 때문이다.

주지하는 바와 같이 유니온숍을 노동조합법에서 규정한 것은 1963년 개정 노동조합법(1963. 4. 17. 법률 제1329호)이다. 당시 노동조합법 제39조 제2호는 "사업장 근로자의 3분의 2 이상을 대표하는 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약의 체결은 예외로 한다."라고 규정하였다. 이것은 1980년 개정 구노동조합법(1980. 12. 31. 법률 제3350호)에서 폐지되었다가, 1987년 법 개정 시(1987. 11. 28. 법률 제3966호) 부활되면서, 유니온숍 협정을 체결한 노동조합에 의해 "제명된 근로자에 대해 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다."라는 내용이 추가되었다. 그리고 2006년 노동조합법 개정(2006. 12. 30. 법률 제8158호)을 통해 복수노조금지에 대한 해금과 함께 "사용자는 근로자가 그 노동조합에서 제명된 것 또는 그 노동조합을 탈퇴하여 새로 노동조합을 조직하거나 다른 노동조합에 가입한 것을 이유로 근로자에게 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다."라는 내용이 신설되었다.

기존 대법원(대법원 2002. 10. 25. 자 2000카기183 결정, 대법원 2002. 10. 25. 선고 2000다23815 판결)과 헌법재판소(헌재 2005. 11. 24. 2002헌바95 결정)는 소극적 단결권에 대한 적극적 단결권의 우위를 인정함으로써 유니온숍 협정을 합헌·유효로 판단하고 있다. 헌법상 단결권이 근로자의 권리인 한편 근로자의 단결체인 노동조합의 권리이기도 하다는 점, 즉

50) 김진곤, 「union shop 조항에 대한 헌법적 검토」, 『세계헌법연구』, 제14권 제2호, 세계헌법학회 한국학회, 2008, 66쪽.

헌법상 단결권이 이중적 기본권이라는 것을 고려한다면, 소극적 단결권과 적극적 단결권의 충돌은 근로자의 단결하지 아니할 자유와 노동조합의 단결강제를 할 자유가 충돌하는 것이다. 헌법재판소도 “근로자의 단결하지 아니할 자유와 노동조합의 적극적 단결권의 충돌”이라는 부제하에서 “노동조합의 조직강제는 그것이 일반적 조직강제이든 제한적 조직강제이든 근로자의 단결하지 아니할 자유를 제한할 여지가 있는데, 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률조항은 지배적 노동조합의 경우 일정한 형태의 조직강제를 용인하고 있으므로 여기서 근로자의 단결하지 아니할 자유와 노동조합의 적극적 단결권(조직강제권)이 충돌하는 상황이 생긴다.”라고 하고 있다. 그런데 헌법재판소는 “근로자가 노동조합을 결성하지 아니할 자유나 노동조합에 가입을 강제당하지 아니할 자유, 그리고 가입한 노동조합을 탈퇴할 자유는 근로자에게 보장된 단결권의 내용에 포섭되는 권리로서가 아니라 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동의 자유 또는 제21조 제1항의 결사의 자유에서 그 근거를 찾을 수 있다.”라고 하면서, 헌법상 보장된 일반적 행동의 자유 또는 결사의 자유와 적극적 단결권 사이의 기본권 충돌의 문제가 제기되는 것이 소극적 단결권 보장의 문제라고 본다. 그래서 “단결권은 ‘사회적 보호기능을 담당하는 자유권’ 또는 ‘사회권적 성격을 띤 자유권’으로서의 성격을 가지고 있고(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32, 44 참조) 일반적인 시민적 자유권과는 질적으로 다른 권리로서 설정되어 헌법상 그 자체로서 이미 결사의 자유에 대한 특별법적인 지위를 승인받고 있다. 이에 비하여 일반적 행동의 자유는 헌법 제10조의 행복추구권 속에 함축된 그 구체적인 표현으로서, 이른바 보충적 자유권에 해당한다(헌재 1998. 10. 29. 97헌마345, 판례집 10-2, 621, 633; 2002. 10. 31. 99헌바76, 판례집 14-2, 410, 428 참조).”라고 하는 것이다.

그런데 위와 같은 헌법재판소의 논리는 단결권의 원리적 주체가 근로자임을 전제하였을 때 다소 이해하기 어렵다. 노동조합의 단결권이라는 집단적 단결권은 결국 근로자의 단결권이 행사되는 내용일 수밖에 없다. 그런데 근로자의 소극적 단결권이 노동조합의 적극적 단결권을 이유로 부인되는 경우, 노동조합의 단결권이 그 원천인 근로자의 단결권보다 우

세하다고 말해야 하기 때문이다. 또한 적극적 단결권은 헌법 제33조 제1항으로부터 도출하면서 근로자들의 소극적 단결권은 헌법 제10조의 행복추구권 내지 헌법 제21조 제1항의 결사의 자유권으로부터 찾아 헌법 제33조 제1항과의 관계에서 이를 부인하는 것은 결국 유니온숍이라는 노동조합의 적극적 단결권을 인정하는 결론을 도출하기 위한 결과적 정당화 수단이라는 생각을 지울 수 없다.[51] "근로자의 적극적 단결권을 보장한다는 미명하에 소극적 단결권을 부인하는 것은 단결권 자체의 권리성을 부인하는 것이어서 노동3권의 본질적 내용을 침해하여 위헌"[52]이라고 보는 것이 단결권의 본성에 합당한 것이다.

사실 유니온숍 제도가 근로자들의 소극적 단결권을 침해함으로써 위헌적이라는 인식은 오래되었다. 1969년 박상필 교수의 논문 「단결강제에 관한 소고」에서는 근로자의 소극적 단결권을 부인하는 입장들을 정리하면서 그 입장들을 비판하고 있다. 이 글에 따르면 "김치선 교수는 … 근로자의 단결권의 성취에는 근로자 자신을 강제하여 그 단결에 참가시킬 수밖에 없다고 함으로써 소극적 단결을 부인하는 입장"을 취하였다. 또 "홍영균 교수는 단결권이라는 관념은 원래 근로자의 생존과 생활유지를 위하여 단결하는 자유 또는 단결하는 권리로서만 생각되어 왔던 것이며, 이 관념의 생성 발전과정에 있어서는 소극적으로 단결하지 않아도 좋다는 자유라는 것은 별로 의의가 없을 뿐만 아니라 노동조합법도 미조직근로자에게는 단체협약능력을 인정하지 않음으로써 소극적 단결권을 부인"하는 입장을 취하였다. "심태식 교수는 … 단결권의 보장에는 소극적 단결권의 보장도 포함되어 있(지만) … 헌법이 근로자에 대해서만 단결권을 일반의 결사의 자유와 구별하고 보장하고 있는 것, 그리고 근로자는 단결을 통해서만 실질적 평등을 실현할 수 있다는 것, 또 과거에 있어서 단결의 자유, 즉 노동조합의 법인이 부당하게 탄압되고, 노동조합을 법인시키기 위한 노력이 때때로 실패의 역사를 되풀이하였다는 사실을 볼 것 같으면, 적극적 단결권의 보장을 목적으로 한 것으로 해석될 수 있다. 따라서

51) 위의 글, 71쪽 참조.
52) 강희원, 「현행 노조법 제81조 2호 단서의 해석문제」, 『노동법학』, 제28호, 한국노동법학회, 2008, 348쪽.

헌법의 단결권의 보장은 소극적 단결권의 보장을 포함하지 않는 것으로 보아야 한다고 함으로써 명백히 소극적 단결권을 부인"하고 있다는 소극적 단결권 부정론을 취하였다.[53] 이러한 입장들에 대하여 박상필 교수는, "고용 후 일정기간 이내에 반드시 특정조합에 가입하여야 하며 그렇지 않은 경우에는 해고한다고 하는 union shop 협정은 우리나라 헌법의 단결권의 보장의 입장에서 본다면 위법, 즉 위헌적 입법이라 하지 않을 수 없다."라는 주장을 하였다.[54] 박상필 교수는 당시 노동조합법상 유니온숍 규정이 "헌법상 단결권에 관하여 아무런 규정이 없는 미국의 shop제를 하등의 비판도 없이 그대로 도입한 결과에서 온 것"이라고 평가하고, "오직 특정기업 내에 있어서 특정조합의 조직강화를 위하는 것 외에는 아무런 목적이 없는 한국에 있어서, 더욱이 헌법에서 단결권의 보장규정을 가지고 있는 국가에 있어서 단결강제조항으로서의 union shop 협정을 법인하는 것은 입법상 헌법을 외면하는 처사라 하지 않을 수 없다."라고 하였다(박상필 교수의 입장은 소극적 단결권을 인정하면서도 "제한적 조직강제"가 아닌 "일반적 조직강제"는 허용된다는 입장이었던 것으로 보인다).

이상의 내용을 보면 과거에는 헌법 제33조 제1항 단결권에 단결하지 않을 자유는 포함되지 않는다고 보는 것이 다수설의 입장이었던 것으로 보이는데, 근래에는 근로자들의 소극적 단결권을 인정해야 하고 노동조합법상 유니온숍제도는 위헌적이라고 보는 인식이 좀 더 강하게 나타나고 있는 것으로 보인다. 복수노조금지조항의 유무에 따라 논쟁의 양상이 조금 달랐고, 복수노조금지의 해금 이후 현행 노조법상 근로자의 단결선

53) 다만, 1970년 심태식 교수의 논문 「샵조항과 단결권의 보장」(『성곡논총』, 제1호, 성곡언론문화재단, 210~225쪽)에서 심태식 교수는 노동조합법 제39조 제2호 단서를 유니온숍과 같은 조직강제의 일반원칙을 정해주는 것이라고 해석하면 위법의 입법으로 무효이지만, 단순히 노동위원회에 의한 부당노동행위 구제가 부여되어야 할 경우를 명시한 것으로 본다면 이는 헌법이 보장하는 단결권 보장 이상으로서 '특별한 구제', 즉 '특권'을 근로자에게 부여하는 경우에 대한 하나의 기준이 되는데 불과한 것이기 때문에 당연히 이를 헌법 위반의 규정이라고는 말할 수 없다고 해석할 여지도 없는 것은 아니라고 하여, 박상필 교수가 정리한 내용과는 다소 다른 입장을 보이고 있었음을 확인한다.

54) 박상필, 「단결강제에 관한 소고」, 『법학연구』, 제11권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 1969, 141쪽 이하 참조.

택권은 보장된다는 의미에서 위헌의 소지가 완화되었다고 보기도 하지만, 단결하지 않을 자유로서의 소극적 단결권이 유니온숍제를 허용하는 현행 노동조합법 제81조 제1항 제2호 단서 규정에 의하여 침해되고 있다고 보는 문제의식이 강한 것이다. 어쨌거나, 소극적 단결권 인정에 대한 찬반 양론은 유니온숍제가 노동조합법상 규정된 이후 지속적으로 제기되어 오고 있다.

헌재 2005. 11. 24. 2002헌바95 결정에서 유니온숍 조항의 위헌성을 부정한 다수의견에 반대하는 재판관 2인의 소수의견은 "헌법 제33조 제1항이 근로자의 단결권을 보장하고 있지만, 개개의 근로자는 단결권을 행사하지 아니할 자유도 헌법상 보장된다. 그 헌법상 근거에 대해서는 견해의 차이가 있지만 근로자에게 단결하지 아니할 자유도 있다는 점에 대해서는 이론(異論)이 없다."라는 것을 확인하면서 이는 반조합계약의 부당노동행위 금지제도와의 관계에서도 분명함을 말하고 있다. 특히 위 소수의견은 "노동조합의 단결강화권과 단체교섭권은 근로자 전체의 지위 향상을 위하여 인정되는 것이기 때문에, 근로조건의 향상을 위하여 필요한 경우에도 어느 근로자의 생존권을 근본적으로 위협하는 해고를 수단으로 삼는 것은 허용되지 아니한다. 근로자의 3분의 2 이상이 가입한 지배적 노동조합이라고 하더라도 그 노동조합에 가입하는 것을 근로조건으로 삼아 그 노동조합에 가입하지 않거나 탈퇴한 근로자의 해고를 요구하는 권능을 가질 수는 없다."라고도 하였다.

제3절 노동조합 설립신고제도 및 조직운영

단결권의 본질을 생각할 때, 현행 노동조합법상 가장 문제되는 것은 노동조합 설립신고제도일 것이다. 헌법상 단결권과 노동조합 설립신고제도와의 관계에서 헌법재판소는 다음과 같이 판단하고 있다(헌재 2012. 3. 29. 2011헌바53).

- 목적의 정당성 : 노동조합법이 노동조합의 설립에 관하여 신고주의를 채택하고 있는 것은 소관 행정관청으로 하여금 노동조합의 조직체계에 대한 효율적인 정비·관리를 통하여 노동조합이 자주성과 민주성을 갖춘 조직으로 존속할 수 있도록 보호·육성하고 그 지도·감독에 철저를 기하기 위함이고, 노동조합 설립신고에 대한 심사는 단순히 행정관청에 신고하는 것만으로 그 설립을 허용할 경우 민주성 및 자주성이라는 실질적인 요건조차 갖추지 못한 노동조합이 난립하는 것을 허용함으로써 노동조합이 어용조합이 되거나 조합 내부의 민주성을 침해할 우려가 있으므로 이를 방지하여 근로자들이 자주적이고 민주적인 단결권을 행사하도록 하는 데 그 취지가 있으므로, 입법목적의 정당성이 인정됨.
- 수단의 적합성 : 노동조합 설립 시 행정관청으로 하여금 심사하도록 하고 있는 노동조합법 제2조 제4호의 내용 중 노동조합이 공제·수양 기타 복리사업만을 목적으로 하는 경우나 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우, 나아가 주로 정치운동을 목적으로 하는 경우는 그 자체로 노동조합의 개념에 반하므로 노동조합 설립신고서를 반려하도록 한 것이고, 노동조합이 사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하거나 노동조합의 경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받는 경우 등은 노동조합의 자주성 등을 확보하도록 하기 위하여 그 설립신고서를 반려하도록 한 것이므로 이와 같은 경우에 노동조합 설립신고서를 반려하게 되면 노동조합의 개념에 부합하지 않거나 자주성 등을 갖추지 못한 노동조합의 설립을 미연에 방지할 수 있다는 점에서 그 입법목적을 달성하는 적절한 수단으로서 인정됨.
- 최소침해성 : 노동조합의 설립단계에서는 단순한 신고나 등록 또는 보고로써 족하도록 하고, 노동조합에 요구되는 자주성 등의 요건들에 대해서는 이를 사후적으로 차단하는 제도만을 두게 된다면, 노동조합으로 인정될 수 없는 단체를 일단 노동조합으로 인정하게 되어 노동조합법상의 특권을 누릴 수 없는 자들에게까지 특권을 부여하는 결과를 야기하게 될 뿐만 아니라 노동조합의 실체를 갖추지 못한 노동

조합들이 난립하는 사태를 방지할 수 없게 되므로, 노동조합이 그 설립 당시부터 노동조합으로서 자주성 등을 갖추고 있는지를 미리 심사하여 이를 갖추지 못한 단체의 설립신고서를 반려하도록 함으로써 노동조합법상의 노동조합으로 보호하지 않는 것이 기본권 제한의 최소침해성 원칙을 위반하고 있다고 볼 수 없음. 또한 노동조합 설립신고제도는 법상 요건을 갖춘 노동조합에 한하여 노동위원회에 노동쟁의의 조정 및 부당노동행위의 구제를 신청할 수 있도록 하는 등 일정한 보호의 대상으로 삼기 위한 것이므로 비록 설립신고증을 교부받지 아니한 근로자단체라 하더라도 노동조합법상 인정되는 보호의 대상에서 제외될 뿐이고, 노동기본권의 주체에게 인정되어야 하는 일반적인 권리까지 보장받을 수 없는 것은 아니므로 이러한 점에서도 이 사건 규정이 기본권 제한의 최소침해성 원칙에 위반된다고 볼 수 없음.

- 법익균형성 : 노동조합 설립신고서 반려제도는 자주성 등의 실질적인 요건조차 갖추지 못한 노동조합의 난립을 방지할 수 있고, 노동조합법상 노동조합의 명칭을 사용하는 단결체는 법이 정한 요건을 모두 갖춘 노동조합이라는 공신력을 줄 수 있어 근로자들의 단결권을 강화하는 효과도 있다는 점에서 이로 인해 달성할 수 있는 공익은 매우 큼에 비하여 이로 인해 제한되는 근로자의 이익은 노동조합법상 인정되는 보호대상에서 제외될 뿐 노동기본권의 주체로서 인정되어야 하는 일반적인 권리는 보장된다는 점에서 법익균형성을 갖추었음.

위 헌법재판소 결정에서 알 수 있듯, 헌법재판소는 노동조합의 설립과 관련하여 노동조합을 보호·육성의 대상, 지도·감독의 대상으로 간주하면서 노동조합의 난립의 방지, 노동조합의 공신력을 노동조합 설립신고제도의 합헌성 판단 이유로 제시하고 있다. 이러한 시각은 대법원도 마찬가지이다.[55]

그러나 ILO 제87호 협약은 제2조에서 “근로자 및 사용자는 사전 인가

55) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두6998 판결, 대법원 1997. 10. 14. 선고 96누9829 판결 등 참조.

없이(without prior authorization) 스스로 선택한 단체를 설립하고, 그 단체의 규약에 따를 것만을 조건으로 하여 여기에 가입할 권리를 어떠한 차별도 없이 가진다."라고 규정한다. 결사의 자유 위원회는 설립신고와 관련한 요건이 형식적인 요건에 불과할 경우에는 결사의 자유 원칙에 반하지 않는다고 본다. 그러나 당국의 실질적 심사가 이루어지는 경우에는 결사의 자유 원칙을 위반할 수 있다고 일관되게 밝혀왔다. 또한 전문가위원회는 사전 인가 없이 단체를 설립할 권리와 관련하여 일정한 설립절차를 거치도록 요구하는 법적 규율 자체가 제87호 협약에 위배되지는 않지만, 그러한 규율이 실질적으로는 제87호 협약 제2조에 반하는 사전 인가를 강제하거나 관할 기관에 단체의 설립을 거부할 수 있는 재량권을 부여하는 것이라면 제87호 협약에 부합하지 않는다는 입장이다.[56] 그리고 법률이 조합원수 및 집행부 구성사항과 함께 규약을 제출하도록 요구하면서 그 준수절차나 거부사유를 명확하게 규정하지 않은 채 관할기관에 신청을 수락 내지 거절할 수 있는 재량권을 부여하고 있는 경우에는 실제로 제87호 협약 제2조와 양립할 수 없는 사전 인가의 강제에 해당한다는 입장이다.[57][58]

이러한 점들을 고려할 때 우리나라의 노동조합 설립신고제도는 사실상 허가주의의 형태로 운영되고 있다는 평가를 피하기 어려울 것이다. 이는 헌법재판소 및 대법원의 시각에서와 같이 노동조합을 보호·육성의 대상, 지도·감독의 대상으로 보는 것으로부터 기인한다. 노동조합의 난립방지, 노동조합의 공신력 확보와 같은 것은 노동조합이 노동조합 내부에서 또는 노동조합 간의 관계에서 근로자들로부터 확보되어야 할 것임에도 불구하고 이를 국가의 행정작용으로 제어하려고 한 것이다.

사실 노동조합 설립신고제도가 헌법상 단결권 보장의 원리를 벗어나는 위헌성을 갖고 있음을 지적하는 것은 오래된 현재이다. 헌법이 아니라도, 노동조합법 제5조 제1항에서 "근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나

56) ILO, General Survey 2012, para. 82, pp.30~31.
57) ILO, General Survey 2012, para. 84, p.31.
58) 권오성, 「노조설립신고제도와 국제노동기준」, 『노동법포럼』, 제26호, 노동법이론실무학회, 2019, 42쪽.

이에 가입할 수 있다."라고 규정하면서도 노동조합법 제12조 제3항에서는 행정관청에 의한 설립신고서 반려를 규정하고 있는 것은 노동조합을 자유로이 조직할 수 없음을 말하는 것이고, 비록 2021년 6월 노동조합법 시행령 제9조 제2항에서 노조 아님 통보제도를 폐지하기는 하였지만 노동조합 설립신고제도가 존재하는 한 단결권의 자유권적 성격은 퇴색될 수밖에 없다.

그럼에도 불구하고 노동조합법이 설립신고절차를 마친 노동조합에 부여하는 노동조합법상의 권리(이를 헌법재판소 등은 "특권"이라고 표현한다)의 성격, 특히 쟁의행위권의 인정으로부터 야기될 수 있는 사용자 나아가 일반 시민 또는 사회에 대한 영향을 고려하여 그 권리를 아무렇게나 인정할 수는 없다는 시각, 그리고 그 이유 때문에 노동조합이라는 근로자단체의 설립은 일반적인 결사의 자유와는 달리 그 설립요건에 일정한 제한이 부가되어야 한다는 것이 현재 노동조합 설립신고제도의 이념적 기초가 아닐까 생각된다. 그러나 단결권과의 관계에서 노동조합 설립은 다음과 같이 이해되어야 한다.

"그러나 우선 여기서 고려해야 할 것은 근로자단체에 부여되어 있는 특권이 외관상으로는 그렇게 나타나 있지만, 그 목적은 어디까지나 일반 시민이 이미 누리고 있는 기본적 생활 또는 인간다운 삶을 근로자도 유지할 수 있게 하는 데에 있고, 근로자의 약한 지위로 인하여 그러한 수단이 아니고서는 도저히 스스로 인간다운 상태에 도달하거나 머물러 있을 수 없다는 사실 인식에 입각하고 있다는 점이다. 즉 그 실질적 내용은 이를 통해서 시민적 자유를 근로자도 함께 유지할 수 있게 하는 소극적인 것이다. 그러므로 그것은 시민적 자유를 넘어서게 하는 것도 아니며, 반드시 관리능력이 입증된 근로자에게만 인가해주어야 하는 것도 아니다. 즉 그 본래의 취지는 근로자라는 신분 또는 상태에 있으면 누구에게나 또한 적극적으로 인정해주려고 하는 데에 있는 것이며, 근로자에 의한 남용의 경우에는 그 행위에 대해서 규제를 가하는 것은 몰라도, 이를 우려하여 처음부터 여러 가지 제한적 요건을 부과한다든가, 더욱이 이것을 이유로 근로자의 단결권 자체를 시민의 결사의 자유보다도 후퇴시킨다는 것은 있을 수 없는 일이라고 할 것이다. 요컨대 근로자의 단결에 특권이 부여되어 있다고 해서 단

결 자체가 결사의 자유보다 어렵게 될 수는 없는 것이고, 반대로 그 특권은 단결을 더 용이하게 해주는 것이 되어야 하는 것이다."[59]

이것은 노동조합 설립의 문제, 즉 단결의 문제를 헌법 제33조 제1항에서만이 아니라, 헌법 제10조를 연결시키는 발상이다. 이러한 생각은 니시타니 교수의 저작에서도 찾아볼 수 있다.

"(단결권)은 제반 노동조건을 결정하는 과정에 대한 실질적인 관여 그 자체에 중점이 있는 권리, 즉 관여권(關與權)으로서 파악되어야 한다. 다시 말하면, 헌법은 근로자가 자신의 제반 노동조건을 결정하는 과정으로부터 배제되고, 그것이 사용자나 기타 제3자에 의하여 일방적으로 결정되는 것을 정의에 반하는 것으로 보아 근로자의 단결에 대하여 국가로부터의 자유를 보장하는 것에 그치지 않고, 나아가 그들의 실질적 관여를 적극적으로 보장하고자 한 것이다. 이러한 이해를 전제한다면, 노동기본권의 보장은 (일본)헌법 제25조의 생존권보다는 (일본)헌법 제13조에 기초를 둔 인격적 자율권 내지 자기결정권과 보다 밀접한 관계를 갖는다. 즉 (일본)헌법 제13조의 개인 존중의 이념(인간의 존엄이념)의 한 내용으로서, 자신과 관계된 것을 스스로 결정한다는 자기결정권의 보장이라고 해석되고 있는데, 이러한 자기결정의 이념은 자신에게만 관계된 것은 아니지만 자신에게도 관계된 것에 대한 결정에 관여할 권리도 포섭하는 것이라고 해석되어야 한다. 왜냐하면 자신이나 다른 사람에게 모두 관계된 것에 대한 결정으로부터 배제되는 것은, 인간의 존엄이념에 비추어 자신에게 관계된 것에 대한 결정으로부터의 배제와 기본적으로 같은 성질을 갖는다고 해석되기 때문이다."[60]

---

59) 이영희, 「노동조합의 설립신고제도와 문제」, 『노동법학』, 창간호, 한국노동법학회, 1987, 70쪽. 이영희 교수가 이 논문을 쓴 1987년에는 「사회단체등록에관한법률」이 제정되어 있었고, 종교단체나 친목단체 등 일부 단체를 제외하고는 모두 주무관청에 등록을 하도록 하고 있었다. 「사회단체등록에관한법률」은 1994년 「사회단체신고에관한법률」로 개정되어 기존의 사회단체 등록제를 신고제로 변경하였고, 1997년 폐지되었다. 폐지 이유는 "사회단체신고에관한법률은 당초 사회단체의 활동을 촉진하고 건전한 사회질서를 유지하는 데에 기여하기 위하여 제정되었으나 동법의 입법목적이 사실상 달성됨에 따라 사회단체 활동의 자율성을 보다 제고하기 위하여 동법을 폐지"하는 것으로 되어 있다.

60) 西谷敏, 『勞働組合法』, 第3版, 有斐閣, 2012, 39면.

근로자의 단결의 문제가 인간의 존엄과 연결된다는 발상은 단결이 얼마나 기본적이고 본질적인 자유의 영역에 속하는지를 잘 드러낼 수 있는 방법이다. 다만, 단결의 자유를 개인의 내면적이고 개별적인 영역으로만 머무르게 할 수 있는 인권적 개념으로만 접근하게 하는 위험도 내포하고 있다. 단결권이 인간의 존엄과 연결된다는 것은 단결권의 본질인 자유권적 성질을 강조하기 위한 것일 뿐, 단결권이 자유권적 성질과 함께 내포하는 사회권적 성질(앞선 표현으로서 "단결을 더 용이하게 해주는 것")을 부정하는 것은 아니라는 것 또한 강조되어야 할 것이다.

제4절 노동조합법 제7조와 단결권

현행 노동조합법 제7조 제1항은 "이 법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 노동위원회에 노동쟁의의 조정 및 부당노동행위의 구제를 신청할 수 없다."라고 규정하고 있다. 이에 따라 노동조합법의 설립신고절차를 완료하여 설립신고필증을 교부받은 노동조합만이 노동위원회의 노동쟁의조정과 부당노동행위구제 서비스를 이용할 수 있다는 것이 정설인 것으로 보인다. 이것은 법외노조에 대하여 법내노조와 차별하여 일정한 법률상의 불이익을 주도록 명시한 것이라고 보는 것이다.[61] 법문상 "이 법에 의하여 설립된 노동조합"이라는 표현을 분명히 하고 있으므로, 현행 노동조합법에 따라 설립된 노동조합이 아닌 경우, 노동위원회의 노동쟁의조정 및 부당노동행위구제 서비스를 이용할 수 없음은 분명해 보이기는 한다.

그런데, 헌법상 단결권 보장의 취지에 비추어 보았을 때 특히 노동조합법 제7조 제1항이 부당노동행위구제 서비스의 대상을 법내노조로 제한하고 있는 것이 합헌적인 것인지에 대해 생각해볼 필요가 있다. 특히 노동조합법 제7조 제2항은 "제1항의 규정은 제81조 제1항 제1호·제2호 및 제5호의 규정에 의한 근로자의 보호를 부인하는 취지로 해석되어서는 아

61) 김형배, 앞의 책, 953쪽; 임종률, 앞의 책, 66쪽 참조.

니 된다.”라고 규정하고 있는바, 법외노조의 경우에도 반조합계약과 불이익취급 금지의 부당노동행위제도 적용을 받도록 하고 있는데, 그럼에도 불구하고 부당노동행위제도의 실효성을 담보할 수 있는 노동위원회 권리구제서비스 대상이 되지 않도록 하고 있는 것이 정당한 것인지를 고민해 보아야 하는 것이다. 예컨대 사용자가 근로자에게 법외노조에 가입하지 아니할 것을 고용조건으로 한 경우, 해당 근로자는 노동조합법 제7조 제2항에 기초하여 노동조합법 제82조(구제신청)의 권리를 갖는다고 할 수 있는가?

위 질문에 대하여 긍정하는 견해가 있다.[62] 그러나 부정하는 견해도 있다.[63] 임종률 교수는 “노동조합 관련 규정 중에는 노동조합법이 창설한 규정이 아니라 노동3권 보장에 따라 헌법에서 이미 발생한 법적 효과를 확인한 것에 불과한 규정” 가운데 노동조합법 제81조 제1항의 사용자의 부당노동행위 금지 규정(다만, 운영비원조나 제도방해의 불이익취급은 제외한다고 밝히고 있다)이 존재한다고 보면서도, 사용자가 법외노조에 대하여 불이익취급이나 단체교섭거부 등의 부당노동행위를 하는 경우에는 노동조합법 제7조 제1항에 따라 부당노동행위 구제신청을 할 수 없다고 한다. 긍정하는 견해는 노동조합법상 부당노동행위제도 규정의 취지에 기초한 헌법상 노동3권의 보장 원리에 충실한 것인 한편 노동조합법 제7조 제2항을 노동위원회 권리구제서비스 대상에 대해서도 적용하고자 하는 것이고, 부정하는 견해는 부당노동행위제도 자체는 헌법상 노동3권의 보장에 기초한 것이기는 하지만 노동위원회 권리구제서비스는 노동조합법에 의하여 만들어진 것이기 때문에 노동조합법 제7조 제2항은 부당노동행위금지제도의 효력에 관한 것일 뿐 노동조합법 제7조 제1항의 해석을 확장시킬 수는 없다는 것이다.

노동위원회에 의한 권리구제서비스제도가 헌법상 보장된 것이 아님은 분명하지만, 노동조합법 제7조 제1항은 노동조합법 제7조 제2항과의 관계에서 해석되어야 한다. 노동조합법 제7조 제2항은 “제81조 제1항 제1호・제2호 및 제5호의 규정에 의한 근로자의 보호를 부인하는 취지로 해

62) 김형배, 위의 책, 954쪽; 노동법실무연구회, 앞의 책, 313쪽.
63) 임종률, 앞의 책, 68쪽.

석되어서는 아니 된다.”라고 규정하고 있고, 노동조합법 제82조 제1항은 “사용자의 부당노동행위로 인하여 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다.”라고 규정하고 있다. “제81조 제1항 제1호・제2호 및 제5호의 규정에 의한 근로자의 보호”는 “사용자의 부당노동행위로 인하여 그 권리를 침해당한 근로자(가) 노동위원회에 그 구제를 신청”할 수 있도록 함으로써 구체화될 수 있도록 하는 것이 노동조합법이므로 노동조합법 제7조 제1항이 규정하고 있는 부당노동행위 구제신청권은 반드시 노동조합법상 설립된 노동조합이 아니라도 보장되는 권리라고 보아야 한다.

다만, 현행 법규정상 이것은 노동조합법 제7조 제2항에 의하여 노동조합법 제81조 제1호, 제2조, 제5호에 대해서만 적용될 수 있는 해석이다. 노동조합법 제81조 제3호(단체교섭거부의 부당노동행위) 및 제4호(지배개입의 부당노동행위)의 경우에는 노동조합법 제7조 제1항에 의하여 노동위원회 권리구제서비스 대상이 아니기 때문이다.

단체교섭거부와 지배개입의 부당노동행위를 제7조 제2항에서 배제하고 있는 것은 노동조합법이 노동조합 설립신고제도에 기초하여 노동조합법상의 보호를 노동조합법에 따라 설립된 노동조합에게만 적용시키고자 하는 것으로서, 노동3권 보장의 내용을 노동조합법에 의하여 조정하고자 한 것이라고 볼 수 있다. 노동조합 설립신고제도에 대한 문제의식에 공감한다면, 특히 그것의 위헌성에 동감한다면, 노동조합법 제7조에 대해서도 동일한 문제의식을 가질 수 있을 것이고, 이것의 위헌성에 동의할 수 있을 것이라고 생각한다.

제5절 소 결

이 글은 노동3권이라고 표현되는 권리들 가운데 단결권을 ILO 제87호 협약 비준과 헌법적 보장의 측면에서 검토한 것이다. 단결권이 자유권으로서의 성격을 갖는다는 것에 이의를 제기하는 사람은 아마도 없을 것이

지만, 이 자유권으로서의 단결권이 어떤 의미를 갖는 것인지 그리고 헌법상 기본권으로서 노동3권의 보장 가운데 단결권은 어떤 위치에 놓이는지, 우리나라 헌법상 단결권과 ILO 제87호 협약상 결사의 자유 내지 단결할 권리는 어떻게 관계 지워야 할 것인지 등에 대한 기본적인 문제의식을 갖고 출발하였다. 어찌 보면 새로운 것은 없지만, "단결의 자유"가 "단결의 권리"로 전환되면서 우리는 이것을 제도적 틀 안으로 밀어 넣고 한번 획득한 이익을 절대 놓치지 않으려고만 노력해 온 것은 아닌가 하는 문제의식도 담아 보고자 하였다.

위와 같은 문제의식들을 정리하면서 얻어낼 수 있는 결론은, 당연하게도, 단결의 자유이다. 단결의 자유는 단지 단결할 혹은 단결하지 않을 자유만을 의미하는 것은 아니고, 단결의 자유가 바탕을 이룬 교섭과 행동의 자유이다. 교섭과 행동의 자유를 포함함으로써 헌법 제10조의 존엄권과 연결되는 온전한 단결의 자유가 의미를 가질 수 있기 때문이고, 헌법상 결사의 자유에 머무르지 않는 단결권으로서의 의미를 찾을 수 있기 때문이다. 그리고 이러한 의미로 단결권을 바라보았을 때 유니온숍 제도, 노동조합 설립신고제도, 노동위원회 조정서비스 배제제도 등의 한계를 함께 읽을 수 있다.

제 4 장
단체교섭권 또는 단체교섭의 자유[1)]

제1절 서 론

대법원은 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결에서 노동3권의 법적 성격에 관한 의미 있는 판결을 선고하였는바, 동 판결의 법정의견은 다음과 같다.

"헌법 제33조 제1항은 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."라고 규정함으로써 노동3권을 기본권으로 보장하고 있다. 노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다. 노동조합법 제1조가 "이 법은 헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여" 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 도모함을 목적으로 한다고 규정하고 있는 것도 이러한 차원에서 이해할 수 있다. 특히 노동3권 중 단결권은 결사의

1) 제4장의 집필자가 본 보고서의 최종보고서의 제출일(2022년 2월) 이후 제4장 제3절의 일부 내용을 발췌하여 권오성, 「'일하는 사람을 위한 기본법' 제정의 필요성」, 『노동법학』, 제81호, 한국노동법학회, 2022. 3., 189~231쪽에 요약하여 전재하면서, 위 논문의 출판 당시 본 보고서가 출판되지 않아 본 보고서의 정확한 면수를 인용하지 못하였음을 밝힌다. 이하 해당 부분에서 명기한다.

자유가 근로의 영역에서 구체화된 것으로서(헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2011헌바53 결정 등 참조), 연혁적·개념적으로 자유권으로서의 본질을 가지고 있으므로, '국가에 의한 자유'가 아니라 '국가로부터의 자유'가 보다 강조되어야 한다. 따라서 노동관계법령을 입법할 때에는 이러한 노동3권, 특히 단결권의 헌법적 의미와 직접적 규범력을 존중하여야 하고, 이렇게 입법된 법령의 집행과 해석에 있어서도 단결권의 본질과 가치가 훼손되지 않도록 하여야 한다."

대법원은 위 판결을 통하여 단체교섭권을 포함한 노동3권의 구체적 권리성을 선언하고, 그 자유권성을 강조하면서, 노동관계법령을 입법할 때에는 이러한 노동3권, 특히 단결권의 헌법적 의미와 직접적 규범력을 존중해야 하고, 법령의 집행과 해석에 있어서도 단결권의 본질과 가치가 훼손되지 않도록 하여야 한다고 밝혔다.[2] 위 판결은 노동조합법 시행령상 노조 아님 통보 조항의 위헌성(법률유보의 원칙 위반)이 주된 쟁점이었다는 점에서 노동3권 중 단결권의 법적 성격을 어떻게 볼 것인지가 주된 법적 쟁점이었지만, 단결권에 국한하지 않고 노동3권을 묶어서 그 구체적 권리성과 자유권성을 명확히 선언하였다는 점에서 위 판결을 통하여 대법원이 향후 단체교섭권과 관련한 법해석[3]에 대한 일응의 지도지침을 제시한 것으로 평가할 수 있을 것이다.

기본권의 법적 효력의 맥락에서 추상적 권리는 특정한 기본권이 법률에 의해 비로소 구체화되는 경우를 의미한다.[4] 반면 구체적 권리는 헌법조항이 직접 국민에게 구체적 권리를 부여한 것으로, 별도의 입법이 없더라도 헌법에 직접 근거하여 국가에 대해 기본권 보호의무의 이행을 청구할 수 있다. 다만, 기본권은 기본적으로 공권(公權)이므로 구체적 권리성

2) 권오성, 「노동조합법 개정의 방향성 '후견에서 자율로'」, 『노동법률』, 2020년 11월호, (주)중앙경제, 2020, 27쪽.

3) 사법부의 권한이 주어진 법의 해석에 있다는 점에서 대법원의 판결은 헌법재판소의 결정과는 달리 입법부를 구속하기는 어려울 것이다. 따라서 위 판결을 입법의 지침으로 보기는 어렵다고 생각한다.

4) 추상적 권리도 권리이기 때문에 (순수한 방침적 규정과 달리) 법률이 입법되지 않은 경우에도 입법의 기준이 되고 또한 구체적 입법이 없더라도 법원에 의한 해석의 기준이 되어 사법권을 구속하고 이러한 범위 내에서 제한적으로 재판규범이 될 수는 있다.

이 인정되다는 말은 국가에 대하여 해당 권리의 실현을 소구(訴求)할 수 있다는 것이지, 국가 이외의 사인에게 그러한 권리를 청구할 수 있다는 의미는 아니라고 할 것이다. 사인에 대한 청구는 구체적 권리성을 넘어 기본권의 대사인적 효력을 긍정할 수 있는가에 관한 추가적인 논증이 필요한 부분이다. 따라서 기본권의 효력의 맥락에서 추상적 권리와 구체적 권리의 가장 큰 차이는 기본권을 구체화하는 법률이 없는 경우 헌법 조항만으로 국가를 상대로 구체적인 청구를 할 수 있는가에 있다. 그러므로 단체교섭권의 구체적 권리성이 긍정된다는 것은 노동조합법 등 제정법에 규정이 없더라도 헌법 제33조 제1항에 근거하여 직접 국가를 상대로 단체교섭권을 침해하지 말라거나(소극적 청구) 또는 보호하기 위한 조치를 취하라는(적극적 청구) 소를 제기할 수 있다는 점이다.

한편 정부는 2020년 4월 20일 ILO 제87호 및 제98호 협약 비준서를 기탁하였고, 이에 2022년 4월 20일부터 동 협약들이 국내법으로서 규범력을 갖게 되었다. 따라서 2022년 4월 20일 이후 ILO 제87호 및 제98호 협약은 실정법상 법원(法源)의 지위를 갖게 되며, 우리나라의 법원은 이러한 협약을 재판규범으로 적용할 의무를 진다.[5)]

---

5) ILO 협약 제87호 및 제98호를 비준한 국가의 사법부가 동 협약들을 재판규범으로 적용하는 방식을 보여주는 사례로 스페인 대법원 2019년 5월 8일 판결(Tribunal Supremo, Sentencia 347/2019, de 8 de mayo de 2019, Sala de lo Social)을 들 수 있다. “스페인 헌법 제28조 제1항은 누구든지 자유롭게 노동조합에 가입할 권리를 가진다고 규정한다. 스페인이 비준한 ILO 협약 제87호에 의하면, 노동자 및 사용자는 어떠한 차별도 받지 않으며 사전 허가 없이 스스로 적당하다고 판단하는 단체를 설립할 권리 및 그 규약을 준수한다는 단 하나의 조건하에 이에 가입할 권리를 갖는다. 그리고 제98호에 의하면 노동자는 자기의 고용에 관하여 단결의 자유를 침해하는 경향이 있는 모든 차별행위에 대하여 적절한 보호를 누린다. 이러한 보호는 노동조합에 가입하지 않는다는 조건 또는 노동조합에서 탈퇴한다는 조건을 노동자의 고용에 부과하는 것을 목적으로 하는 모든 행위에 대항하여 실행된다. 단결의 자유에서 협동조합 노동자의 권리를 제외한다는 취지의 성문율이나 불문율은 인정되지 않는다. 기본적 인권의 배제 내지 제약에 관한 조문 해석은 엄격히 이루어져야 한다. 만약 단결의 자유 등 기본적 인권의 범위가 광범위하기 때문에 이를 제한적으로 해석해야 한다면 절대적으로 엄격한 방법에 의하여야 한다. 위 법규는 그와 같이 해석되지 아니하므로, 기본적 인권인 노동조합 활동에 대하여 제약범위를 함부로 확장하는 것은 허용되지 않는다. 협동조합법에 따르면 협동조합과 노동자조합원의 관계는 조합관계라고 표현되어 있으나, 이사회로 대표되는 집행부의 지휘를 받는 노동자조합원이 종속적인 업무에 종사

이와 같이 노동3권의 구체적 권리성을 선언한 대법원 판결과 ILO 기본협약 비준으로 단체교섭과 관련한 기존의 해석론의 타당성에 대한 재검토가 필요하게 되었다. 이에 아래에서는 먼저 위 판결이 말하는 구체적 권리성 및 자유권성의 의미를 탐색하기 위하여 호펠드의 분석적 방법론을 활용하여 단체교섭권의 보호 범위를 재구조화한 후 이를 토대로 현행 노동조합법 법해석의 변화 필요성 및 향후 구체적 권리성 제고를 위한 제도개선의 방향성을 모색해 보고자 한다. 또한 이러한 과정에서 자생적 시장질서와 사회권의 가교(架橋)로서의 잠재능력 어프로치 이론을 검토하고, 이를 통해 국가에 대한 급부청구권이라는 사회권에 대한 전통적인 이해를 넘어 단체교섭권의 사회권적인 성격을 재조명해 보고자 한다.

제2절 단체교섭권의 구체적 권리성

1. 검토의 전제 - 호펠드의 권리 개념의 분석[6)]

호펠드(W. N. Hohfeld)는 법적 추론과 법학에서 권리라는 개념이 엄밀하게 구분되지 않은 채, 때로는 법적인 청구, 때로는 법적인 자유(legal privilege, legal liberty), 때로는 법적인 권능(legal power), 그리고 때로는 법적인 면책(legal immunity)을 지칭하는 개념으로 혼용되어 사용되고 있다고 지적하고, 이러한 네 가지 법률적 개념들은 서로 공통적인 요소들을 가지고 있지 않는 독자적인 개념들이기 때문에, 각각의 개념들을 면밀하게 분석해야 할 필요가 있다고 주장하였다(김도균, 2008). 나아가 호펠드는 권리라는 용어가 각각 독특성을 가지는 네 가지 법률적 관계를 지칭

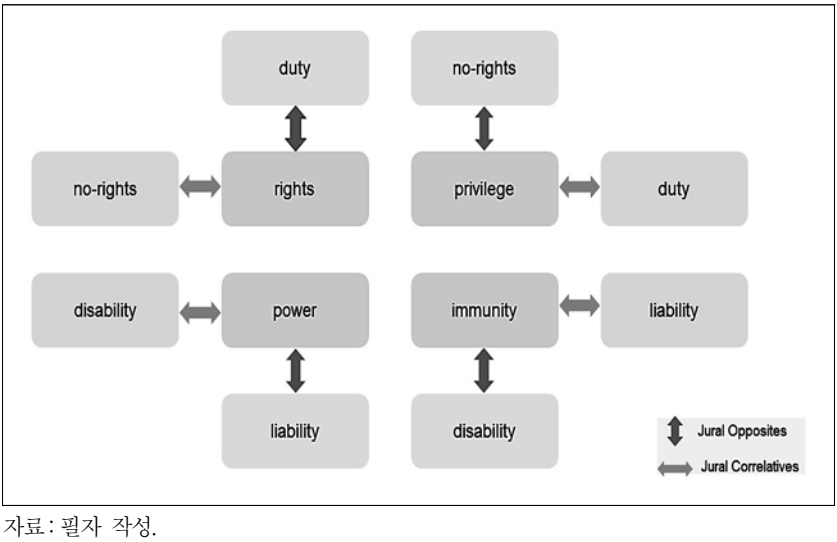
하고 있다는 사실도 인정된다. 이러한 노동자조합원이 협동조합 관계를 넘어 노동자로서의 이익을 지킬 권리를 갖는 것은 의심의 여지가 없다. 특히 집행부의 지휘권이 조합원의 이익과 괴리될 수 있는 상당한 규모의 노동자협동조합의 경우에는 더욱 그렇다."

6) 호펠드의 권리 개념 분석에 관한 내용은 김도균, 『권리의 문법』, 박영사, 2008을 주로 참고하였다.

하는 것으로 사용되고 있으며, 구체적으로 청구권(right)은 타인을 향한 적극적인 요구 주장이며, 자유권(privilege)은 타인의 청구권으로부터의 자유이고, 권능(power)은 타인의 기존 법률관계에 대한 적극적인 처분력이며,[7] 면책(immunity)은 어떤 법률관계에 대한 것으로서 타인의 권능이나 통제(control)로부터의 자유라고 주장하였다. 나아가, 호펠드는 ① 청구권과 ② 의무, ③ 자유권과 ④ 청구권 없음, ⑤ 권능과 ⑥ 책임(liability), ⑦ 면책과 ⑧ 권능 없음의 8가지 개념이 권리 개념의 최소의 공통분모를 이룬다고 보았다. 이러한 청구권, 자유권, 권능, 면책의 네 가지 종류의 권리는 기본단위이며, 실제 우리가 부딪치는 권리들은 이러한 권리 중 하나이거나 이들이 혼합되어 있는 경우가 많다.

이러한 분석에 따르면 근로자가 단체교섭권을 갖는다는 진술의 규범적 의미를 해명하기 위해서는 먼저 단체교섭권에 포함되는 권리의 내용이 무엇인가를 검토해야 하고, 이를 통하여 이러한 권리에 대응하는 국가나 사용자의 의무를 구체화할 수 있을 것이다.

〔그림 4-1〕 권리 개념의 기본 단위 간 대립관계과 상관관계



자료 : 필자 작성.

7) 김도균, 「법적 권리에 대한 연구(I)」, 『서울대학교 法學』, 제43권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2002. 12, 190쪽.

2. 단체교섭권의 분석

가. 자유권(privilege)으로서의 단체교섭권

근로자가 자유권(privilege)으로서의 단체교섭권을 갖는다는 것은 그 내용에 반대되는 어떠한 의무로부터 해방됨을 의미한다. 즉 단체교섭을 금지하는 법이 없음을 의미한다. 따라서 자유권으로서의 단체교섭권은 대국가적 방어권의 성격을 직접적으로 보여준다. 우리나라의 실정법상으로는 단체교섭을 요구하는 행위에 대한 민·형사 면책규정으로 이러한 자유권이 구체화된다. 다만, 현행 노동조합법 제3조와 제4조는 직·간접적으로 "노동조합"이라는 단체의 행위에 대한 면책을 규정하고 있으므로, 헌법상 단체교섭권의 주체인 근로자 개인의 행위나 노동조합에 이르지 못한 쟁의단의 행위는 노동조합법 제3조와 제4조의 보호 범위에 속하지 못한다. 이는 현행 노동조합법이 자유권으로서의 단체교섭권을 보장하는 듯한 외연을 취하지만, 실질에 있어서는 단체교섭권을 사실상 제한하는 기능을 하는 역설을 보여 준다.

예컨대, 근로자들이 노동조합이라는 단체(organization)의 조직에 이르지 못한 상태에서 사용자를 상대로 집단적으로 단체교섭을 요구하는 행위를 하는 경우, 이러한 행위는 형법 제324조 제2항의 "단체 또는 다중의 위력을 보여서 폭행 또는 협박으로 의무 없는 일을 하게 하는 행위"로 평가되어 강요죄를 구성할 수도 있다. 단체교섭권이 자유권으로 보장된다는 것은, 별도의 입법이 없이도 이러한 집단적인 교섭 요구행위가 면책된다는 의미로 이해해야 한다. 다만, 위 사안의 경우 면책의 범위와 관련하여 근로자 또는 근로자들의 단체교섭권과 그 상대방(사용자)의 의사결정의 자유라는 기본권 상호 간의 갈등을 어느 수준에서 규범조화적으로 해결할 것인지가 문제될 수 있을 것이다.

나. 청구권(rights)으로서의 단체교섭권

자유권은 논리적인 차원에서는 타인의 대응의무를 반드시 동반하지는

않지만, 실천적인 차원에서는 자유에 간섭하고 그 행사를 제약하는 타인의 행위를 금지하는 의무들을 그 보호막으로 필요로 한다.[8] 따라서 자유권으로서의 단체교섭권은 ① 소극적 청구권(단체교섭의 행사를 방해하지 않을 것을 청구할 권리)과 ② 국가의 소극적 의무(단체교섭의 행사를 침해하지 않을 의무) 및 ③ 국가의 적극적 의무(제3자에 의한 단체교섭 행사의 침해를 막아야 할 의무)의 조력을 받을 때에만 현실에서 실현될 수 있다. 따라서 실천적인 차원에서 보면 입법자(국가)는 자유권의 실현에 필수적인 청구권들을 지정해 놓아야 하며, 법원은 입법자의 의사를 추정하여 자유권의 실현에 필수적인 청구권들을 해석을 통하여 도출해야 한다(김도균, 2008). 그러므로 자유권의 실현에 필수적인 청구권이 무엇인가를 정하는 것이 중요한 헌법적 문제가 될 것이다. 이와 관련하여 김도균 교수는 자유권과 청구권 사이의 관계를 다음과 같이 정리할 수 있다고 설명한다.

- (1) X는 Y에 대하여 G를 할 자유권이 있다.
- (2) X에 대하여 Y는 X가 G를 하지 말 것을 청구할 권리가 없다.
- (3) X에 대하여 Y는 X가 G를 하는 데 방해해서는 안 될 의무를 진다.
- (4) X는 Y에 대하여 자신이 G를 할 때 방해하지 말 것을 청구할 권리를 가진다.
- (5) X에 대하여 국가는 X가 G를 하는 데 방해해서는 안 될 의무를 진다.
- (6) X에 대하여 국가는 Y의 방해로부터 X를 보호할 의무가 있다.

위 (5)의 경우 소극적 방어권의 보유자는 동시에 자기의 권리가 침해당했을 경우 법원에 소송을 제기할 권능을 가진다. 따라서 단체교섭의 자유는 (국가에 대한) 소극적 청구권과 소송을 제기할 권능(訴權)을 동반한다. 한편 위 (6)의 경우 국가는 제3자에 의한 자유권의 침해로부터 권리보유자를 민·형법상의 규정을 통하여 보호할 의무를 진다. 따라서 단체교섭의 자유의 보유자는 국가에 대하여 적극적 행동을 취할 것을 청구할 권리를 가진다.

한편 청구권으로서의 단체교섭권을 청구의 주체(a)가 어떠한 대상(권

8) 김도균, 앞의 글, 194쪽.

리의 내용, G)을 청구 상대방(b)에 의해서 실현될 것을 요구할 수 있는 (법적인) 지위로 이해할 경우, 이는 RabG(a는 b에 대해서 G에 대한 청구권(right)을 갖는다)로 기호화할 수 있을 것이고, 이 경우 청구권으로서의 단체교섭권의 내용은 위 (a), (b), (G)에 무엇을 담을 것인가에 따라 달라질 것이다. 아래 <표 4-1>은 근로자의 단체교섭권을 규정하는 헌법 조항에 근거하여 근로자 또는 (노동조합을 포함한) 근로자들이 국가 또는 사용자에게 행사할 수 있는 청구권의 가능한 형태를 조합한 것이다.

개별 근로자나 노동조합의 조직에 이르지 못한 근로자들(이하 편의상 "근로자(들)"이라고 한다) 또는 노동조합은 국가를 상대로 단체교섭 행위를 방해하지 말하는 소극적 청구를 할 수 있음(③, ⑦)은 물론, 국가를 상대로 제3자(주로 사용자)의 단체교섭 침해로부터 자신(들)을 보호해 달라는 적극적 청구를 할 수 있다(①, ⑤). 노동조합법 제81조 제1항 제3호의 부당노동행위는 사용자의 부작위에 의한 단체교섭 침해의 국면에서 이러한 적극적 청구권을 보호하기 위한 특별한 보호수단을 실정법으로 규정한 것으로 이해할 수 있을 것이다. 한편 근로자(들) 또는 노동조합은 사용자를 상대로 단체교섭 행위를 방해하지 말 것을 소극적으로 청구할 수 있을 것이다(④, ⑧). 노동조합법 제81조 제1항 제1호의 부당노동행위는 사용자의 작위에 의한 단체교섭 침해의 일정한 유형에 관하여 적극적 청구권을 실정법으로 규정한 것으로 이해할 수 있을 것이다.

〈표 4-1〉 청구권으로서의 단체교섭권의 가능태

	청구의 주체(a)	청구의 상대방(b)	청구의 내용(G)	근거
①	근로자(들)	국가	적극적 청구	(6)
②	근로자(들)	사용자	적극적 청구	(?)
③	근로자(들)	국가	소극적 청구	(5)
④	근로자(들)	사용자	소극적 청구	(4)
⑤	노동조합	국가	적극적 청구	(6)
⑥	노동조합	사용자	적극적 청구	(?)
⑦	노동조합	국가	소극적 청구	(5)
⑧	노동조합	사용자	소극적 청구	(4)

자료: 필자 작성.

한편 사용자의 적극적인 행위에 의한 단체교섭권 침해는 노동조합법상 부당노동행위 제도가 없더라도 민법상 불법행위를 구성하거나 또는 경우에 따라 형법상 강요죄 등의 범죄를 구성할 수 있을 것이다. 문제는 별도의 입법 없이 헌법 조항만으로 근로자(들) 또는 노동조합이 사용자를 상대로 단체교섭에 응할 것을 적극적으로 청구할 수 있는가이다(표 4-1의 음영부분인 ②, ⑥). 이는 RabG라는 기호화를 RabG by virtue of Z(a는 Z에 근거하여 b에게 G를 청구할 수 있다)로 확장할 경우, Z에 헌법 제33조 제1항을 대입하여 근로자(a)가 사용자(b)에게 단체교섭에 응하라는 행위(G)를 청구할 수 있다고 논증할 수 있는가의 문제이다. 이는 전통적으로 기본권의 대사인적 효력을 긍정하는 학설 중 직접적용설의 채택 가능성의 문제이다.

단체교섭응낙가처분이 이러한 쟁점이 구체적인 쟁송의 형태로 발현되는 적례일 것인바, 일본의 경우 1970년대 중반까지는 단체교섭응낙가처분을 인정하는 판결이 선고된 사례가 많았지만 단체교섭청구권을 부정하는 학설의 변화에 따라 단체교섭권이 구체적 권리를 요구한 것이 아니라고 본 결정[9] 이후에는 단체교섭응낙가처분을 인용한 사례는 찾아보기 어렵게 되었다. 학설은 단체교섭청구권을 부정하면서도, 단체교섭을 요구하는 지위에 있다는 확인을 구하는 청구는 긍정하고 있으며, 판례도 이러한 확인청구를 인용하고 있다.[10]

반면 우리 노동조합법은 제30조 제1항에서 "노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 신의에 따라 성실히 교섭하고 단체협약을 체결하여야 하며 그 권한을 남용하여서는 아니 된다."라고 규정하고, 제2항에서 "노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 정당한 이유 없이 교섭 또는 단체협약의 체결을 거부하거나 해태하여서는 아니 된다."라고 규정하고 있으므로, 적어도 (개별 근로자는 아닐지라도) 노동조합은 사용자에게 적극적으로 단체교섭에 응할 것을 요구할 (법률상) 청구권이 있다는 논증이 비교적 용이한 상황이다. 일본의 경우 노동조합법 제7조 제2호에서 "사용자가 고용하는 노동자의 대표자와 단체교섭을 하는 것을 정당한 이유 없이 거절하는 것"

9) 新聞之新聞社事件 : 東京高決, 昭50(1975). 9. 25., 『勞民集』, 26卷 5号, 723頁.
10) 國鐵事件 : 東京高判, 昭62(1987). 1. 27., 『勞民集』, 38卷 1号, 1頁.

을 부당노동행위로 금지할 뿐, 우리 노동조합법과 같이 적극적으로 단체교섭응낙의무와 성실교섭의무를 규정하고 있지는 않다. 이러한 점이 일본의 법원이 우리나라와 달리 단체교섭청구권을 부정하는 이유 중 하나라고 생각한다. 따라서 노동조합의 단체교섭에 대해서는 노동조합법 제30조를 원용하여 단체교섭에 관한 구체적인 (사법상) 청구권을 긍정하는 논증이 가능할 것으로 생각되나, 노동조합을 조직하지 않는 근로자(들)의 경우 노동조합법 제30조가 적용되지 않으므로 논증의 차원이 달라질 필요가 있다. 단체교섭권은 개념 필요적으로 단체교섭의 상대방인 사용자를 전제하고 있는 기본권이라는 점을 고려할 때 사인 간에 직접 적용되는 구체적이고 현실적인 권리의 성격을 갖는다고 적극적으로 해석할 필요가 있다고 생각하나, 노동조합에 이르지 못한 쟁의단 등이 단체교섭응낙가처분을 신청한 경우 과연 법원이 헌법 제33조 제1항만을 근거로 단체교섭청구권이라는 피보전권리의 존재를 긍정할 것인지는 확언할 수 없다.

다. 권능(power)으로서의 단체교섭권

호펠드는 권능(power)을 타인의 기존 법률관계에 대한 적극적인 통제력(control)으로 정의한다. 따라서 권능으로서의 단체교섭권은 단체교섭을 통하여 타인의 법률관계를 형성(形成)할 수 있는 힘을 말한다. 따라서 권능으로서의 단체교섭권은 단체교섭을 통하여 타인의 법률관계를 형성하는 힘이라고 할 것이므로 단체교섭의 결과 체결된 단체협약의 규범적 효력이 권능으로서의 단체교섭권의 효력에 해당할 것이다. (물론, 단체협약의 채무적 효력도 호펠드가 말하는 권능에 해당하겠지만, 이러한 채무적 효력은 계약의 구속력만으로도 충분한 논증이 가능하다는 점에서 단체교섭권의 특별한 권능으로 강조할 실익은 크지 않을 것이다.)

문제는 현행 노동조합법 제33조와 같은 별도의 입법 없이도 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단체교섭권을 가진다는 헌법 제33조 제1항만으로 단체협약의 규범적 효력을 논증해 낼 수 있겠는가이다. 이는 근로자들이 노동조합법상 단체교섭 이외의 방식으로 집단적으로 교섭하여 체결한 합의(예컨대, 근로기준법상 근로자대표에 의한 서면합의 등)에

도 규범적 효력을 긍정할 수 있는가의 문제와 관련이 있다.

비교법적으로 다수의 국가에서 근로조건에 관한 단체협약 조항의 규범적 효력을 긍정한다. 하지만 이러한 규범적 효력이 개념적으로 단체협약의 불가결한 표지는 아니다. 단체협약의 규범적 효력을 법으로 정하지 않은 국가도 다수 있다.

예컨대, 이탈리아의 경우 단체협약에 규범적 효력을 명시적으로 규정하는 법률은 없으며, 단체협약은 계약법의 일부로 취급된다(이탈리아 민법전은 제4권이 채권편이고, 제5권에서 노동편인바, 단체협약에 관해서도 제4권이 적용된다는 의미이다). 이는 이탈리아의 집단적 노사관계법의 연혁에 기인한 것인바, 이탈리아는 파시즘 시기 수직조합을 공법인으로 취급하고, 그러한 공법인에는 해당 부문 전체를 대표하는 법정대표권이 인정되었다. 1942년 제정 이탈리아 민법 제2077조는 "단체협약에 관계되는 분야에 속하는 사람 사이의 개별 노동계약은 단체협약의 조항을 준수해야 한다."라고 규정하여, 수직조합이 작성한 단체협약을 법원(法源)으로 인정하였다. 그러나 2차 대전 패전 후 파시즘 체제의 붕괴로 수직조합 체제가 청산되고, 그 과정에서 단체협약은 법원성을 상실하고 일반 계약법의 영역에 포함되게 되었다.

이후 1948년에 시행된 공화국 헌법 제39조는 제1항에서 결사의 자유의 원리를 규정하고 동조 제2항에서 조합의 등록의무, 제3항에서 등록 조건으로서의 조합의 민주성, 제3항에서 등록 조합의 법인격 취득, 비례 통합대표에 의한 단체협약 체결 및 단체협약의 일반적 구속력을 규정하였으나, 현재까지 헌법 제39조 제2항이 규정한 노동조합 등록제도를 규율하는 법률은 제정되지 않았다. 그 결과 현재 이탈리아의 노동조합은 법인격이 없는 사단(社團)으로 취급되고(민법 제36조), 단체협약은 민법의 계약법으로 규율되는 계약의 일종으로 취급된다(민법 제1322조 제2항). 즉 근로자와 사용자가 각자가 가입한 단체에 대한 조합위임(mandato sindacale)을 한 것으로 이론구성을 하고, 단체협약의 구속력의 근거를 대표에의 위임(mandato con rappresentanza)에서 구하게 되었다. 그 결과 단체협약은 협약을 체결한 조합에 조합위임을 하지 않은 개별 노사에게는 미치지 않는다는 결과를 가져왔다.

한편 덴마크에도 단체협약에 규범적 효력을 규정하는 법률이 없으며, 단체협약은 협약당사자를 구속하는 효력(채무적 효력)만 가질 뿐이다. 이 역시 덴마크의 노사관계 형성과정과 관련이 있다. 덴마크는 1899년 역사적인 9월협정(September Compromise)으로 단체교섭권, 쟁의권, 경영권 등 단체교섭에 관한 기본 원칙이 확립되었다. 동 협정의 주된 내용은 ① 덴마크 경영자협회(DA)와 전국연합노동총동맹(DsF. 이후 LO로 변경되었고, 현재는 FH의 일부로 합병되었다)이 서로를 교섭 상대로 승인하고, 단체협약에 의해 서로를 구속할 것(노사 상호 단결권·단체교섭권의 승인), ② 노사는 중앙합의에 의한 규제로서 합의가 유효한 기간은 파업과 lockout을 회피할 것(협약기간 중 평화의무, 노사관계법 제정), ③ 노동 측은 기업의 경영권과 노동력의 배치 및 필요한 노동 역량을 결정하는 것이 항상 기업의 권한에 속함을 인정할 것(경영권의 승인), ④ 직종별 자율성(professional autonomy)이 입법보다 우선한다는 것(당사자자치의 원칙)의 네 가지이다.

위 협정으로 노동조건의 대부분을 노사의 집단적 교섭으로 결정하고, 국가의 개입에 의한 법적 해결을 최소화하는 덴마크 모델의 방향성이 설정되었고, 동시에 기업의 경영권이 승인됨으로써 고용에 대한 양적 유연화의 근거가 마련되었다. 한편 덴마크는 우리나라의 노동조합법과 같이 법률로 단체협약의 규범적 효력을 보장하지 않는다. 다만, 노사단체는 노동법원에 협약 상대방의 협약 위반을 제소할 수 있으며, 이러한 방식으로 협약의 적용을 받는 사용자는 협약상의 임금이나 근로조건을 준수하도록 요구받는 것이다.

생각건대, 호펠드의 분석을 원용하면 단체협약에 규범적 효력이 인정된다는 것은 협약당사자가 아닌 조합원에게 단체협약의 내용에 구속될 책임(liability)을 긍정하는 것과 동일한 말이 된다. 조합원의 의사결정의 자유를 고려할 때, 별도의 입법 없이 헌법 제33조 제1항만으로 단체협약의 규범적 효력을 긍정하기는 어렵다고 생각된다. 나아가, 실정법상 근거 없이 단체협약 효력의 확장을 긍정하는 것도 어려울 것으로 생각한다.

한편 단체협약의 규범적 효력을 긍정하는 것은 단체협약의 체결로 사용자와 개별 조합원(들) 간에 단체협약의 내용에 관한 법률관계가 형성됨

을 의미한다. 따라서 이렇게 형성된 법률관계에 관한 분쟁은 이익분쟁이 아니라 권리분쟁, 즉 법률상의 쟁송(爭訟)이 되고, 법원조직법 제2조 제1항에 따라 법원의 심판권에 복종하게 된다. 즉 개별 조합원은 단체협약 내용의 이행에 대하여 법원에 소를 제기할 권리를 갖게 된다. 이러한 소송을 통한 보호의 가능성이 종래 집단적 권리분쟁을 쟁의행위의 목적에서 배제하는 근거가 되었다.

이와 반대로 단체협약의 규범적 효력을 부정할 경우 협약내용의 이행을 소구할 근거가 사라지게 된다. 따라서 덴마크의 경우처럼 협약당사자인 노동조합이 사용자를 상대로(또는 그 반대로) 소송을 제기하는 등의 방식으로 다소 우회적으로 협약내용을 실현하는 제도를 설계하거나, 아니면 집단적 자구행위로서의 쟁의행위를 긍정하여 법원이 아니라 당사자의 교섭력을 통한 협약내용의 실현방식을 긍정해야 할 것이다.

이러한 관점에서 보면 노동조합법의 적용을 받아 단체협약의 규범적 효력이 긍정되는 노동조합법상 단체협약 이외의 집단적 합의의 경우 그러한 합의의 당사자 사이의 채무적 효력에 대한 분쟁은 권리분쟁이 되겠지만(즉 법원에 소를 제기할 수 있겠지만), 개별 근로자의 경우에는 대리권의 수여 등을 통하여 사용자와 개별적으로 계약을 체결한 것으로 인정되는 경우가 아닌 한 구체적인 법률관계는 발생하지 않는다. 따라서 이들 근로자의 입장에서는 소송이 아니라 소송 외의 실력행사를 통해 합의 내용의 실현을 추구할 수밖에 없을 것이며, 이러한 합의내용의 실현을 위한 단체행동은 헌법 제33조 제1항이 규정하는 단체행동권의 규범의 보호범위 내에 속한다고 해석해야 할 것이다.

요컨대, 헌법 제33조 제1항 규정에서 단체협약의 규범적 효력을 직접 도출할 수는 없고, 따라서 노동조합법 제33조는 창설적 규정으로 보아야 하며, 이러한 단체협약의 규범적 효력은 집단적 권리분쟁에 대한 쟁의행위를 제한하는 논리적 전제로 기능하므로, 규범적 효력이 긍정되는 노동조합법상 단체협약 이외의 방식의 집단적 합의의 이행과 관련한 분쟁에 대해서는 헌법 제33조 제1항에 근거한 단체행동을 할 수 있다고 생각한다.

라. 면책(immunity)으로서의 단체교섭권

호펠드에 따르면, 면책(immunity)은 어떤 법률관계에 대한 것으로서 타인의 권능, 즉 통제(control)로부터의 자유를 의미한다. 따라서 면책으로서의 단체교섭권은 국가나 사용자 등 제3자가 단체교섭권의 향유주체인 근로자의 법률관계를 일방적으로 결정할 수 없다는 의미로 이해할 수 있을 것이다.

이와 관련하여, 위에서 살펴본 바와 같이 단체협약의 규범적 효력과 관련하여 노동조합은 단체협약을 통하여 근로자의 근로조건을 결정할 권능으로서의 단체교섭권을 가지는바, 이러한 점에서 개별 조합원의 입장에서는 노동조합의 통제에 따라 자신의 법률관계가 결정되는 지위, 즉 책임(liability)의 상태에 있게 된다. 이러한 단체협약의 규범적 효력은 헌법 조항만으로 도출된다고 보기 어렵고, 실정법상 근거가 필요하다는 점은 위에서 검토한 바 있다(실정법상 근거로는 노동조합법 제29조 제1항). 또한 이러한 규범적 효력이 정당화되기 위해서는 노동조합의 민주성이 논리적 전제로 요구된다.

한편 면책으로서의 단체교섭권은 단체협약의 일반적 구속력 및 지역적 구속력 제도와도 관련이 있다. 단체협약에 일반적 구속력이나 지역적 구속력을 긍정하는 것은 근로자(들)에게 자신이 가입하지 않는 노동조합이 체결한 단체협약의 구속을 받도록 한다는 측면에서 면책과 규범적 대립관계에 있는 책임(liability)을 부과하는 것이다. 따라서 이러한 제도의 도입을 위해서는 별도의 입법이 필요하다고 할 것이다. 나아가, 현행 노동법상 교섭창구 단일화 절차를 거쳐 결정된 교섭대표노동조합이 체결한 단체협약이 교섭대표노동조합이 아닌 노동조합으로서 교섭창구 단일화 절차에 참가한 노동조합의 조합원을 구속하는 것 또한 동 노동조합의 조합원에게 책임(liability)을 부과하는 것이므로 명시적 입법이 필요한 영역이다.

참고로 단체협약의 일반적 구속력은 단체협약을 체결한 노동조합(교섭창구 단일화의 적용을 받는 경우에는 교섭대표노동조합)에 의한 대표의 피대표자의 범위를 해당 노동조합의 조합원 외에 교섭단위(사용자)에 속

한 비조합원 또는 타 노동조합의 조합원으로 확장할 수 있는가의 문제인 반면(표 4-2 참조), 지역적 구속력은 단체협약에 일정한 범위에서의 객관적 법규성을 긍정하여 이를 단체협약의 체결과 무관한 노사당사자에 외부적으로 적용한다는 점에서 본질적인 차이가 있다. 따라서 우리 노동조합법에서 소위 단체협약의 만인효(erga omnes)로 불리는 협약의 확장과 관련된 것은 지역적 구속력에 관한 노동조합법 제36조일 뿐, 동법 제35조의 일반적 구속력은 이러한 단체협약의 만인효와는 논의의 평면이 다르다.[11]

〈표 4-2〉 현행 노동조합법상 단체협약 대표의 피대표자 범위

	조합대표	일반적 구속력
개별교섭의 경우	해당 조합의 조합원 (노동조합법 §29①)	하나의 사업(장)에 상시 사용되는 동종 근로자 (노동조합법 §35)
교섭창구 단일화를 거친 경우	교섭을 요구한 모든 노동조합의 조합원 (노동조합법 §29②)	하나의 사업(장)에 상시 사용되는 동종 근로자 (노동조합법 §35)

자료: 필자 작성.

11) (연구책임자의 주) 단체협약의 "만인효(erga omnes)"는 두 가지 의미로 사용될 수 있다. 첫째는 제4장의 필자와 같이, 단체협약의 효력이 협약당사자 외로 확장되는 것을 가리키는 말로 사용하는 것이다. 둘째는 단체협약의 본래적 효력으로서, 협약당사자인 노동조합의 조합원인가 여부와 상관없이 협약당사자인 사용자(또는 협약당사자인 사용자단체의 구성원인 사용자)에게 고용되어 있는 근로자라면 모두에게 협약이 적용되는 것을 가리키는 말로 사용하는 것이다. 연구책임자는 제2장에서 만인효를 이 둘째의 의미로 사용했다. 참고로 OECD는 만인효를 이 둘째의 의미로 사용한다(OECD Employment Outlook 2017 참조). 만인효를 어떤 의미로 사용하든 노동조합법 제35조는 만인효와 아무 상관없는 규정이다.

제3절 단체교섭권의 구체적 권리성 제고를 위한 해석론의 모색

1. "직업인으로서의 지위(membership of the labourforce)"로서의 헌법상 근로자[12)]

헌법 제32조 제1항은 "모든 국민은 근로의 권리를 가진다."라고 규정하고, 같은 항 제2문은 "국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다."라고 규정하고 있다. 또한 같은 조 제3항은 "근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다."라고 규정하고, 헌법 제33조 제1항은 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."라고 규정하고 있다.

전통적인 이해는 고용정책 기본법 기타 노동시장에 관한 법률의 헌법상 근거는 헌법 제32조 제1항 제1문, 근로기준법 기타 개별적 근로관계법의 헌법상 근거는 헌법 제32조 제1항 제2문, 제4항, 노동조합법의 헌법상 근거는 헌법 제33조 제1항에서 찾는다. 한편 헌법 제32조의 근로자는 근로기준법상 근로자의 개념과, 헌법 제33조의 근로자는 노동조합법상 근로자와 그 개념의 외연을 동일하게 이해하는 경향이 있다. 그러나 근로기준법이나 노동조합법 등 실정법상 근로자의 정의규정을 가지고 헌법의 근로자 개념의 외연을 정하는 것은 논리의 역전이라고 생각한다. 오히려 헌법상 근로자의 개념을 먼저 획정한 다음 국회가 헌법에 규정된 입법사항에 관한 입법을 충실하게 하였는가를 평가해야 할 것이다.

종래 근로자 개념에 대한 이해는 근로기준법이나 노동조합법상 근로자에 대한 정의 규정을 주된 해석의 재료로 삼아 근로자를 유형적으로 파악해 왔다. 이러한 유형적 근로자 개념은 "일을 하는 사람" 또는 "일을 하고자 하는 사람"이 특정한 시점에서 일정한 유형적 표지들을 갖추었는가에

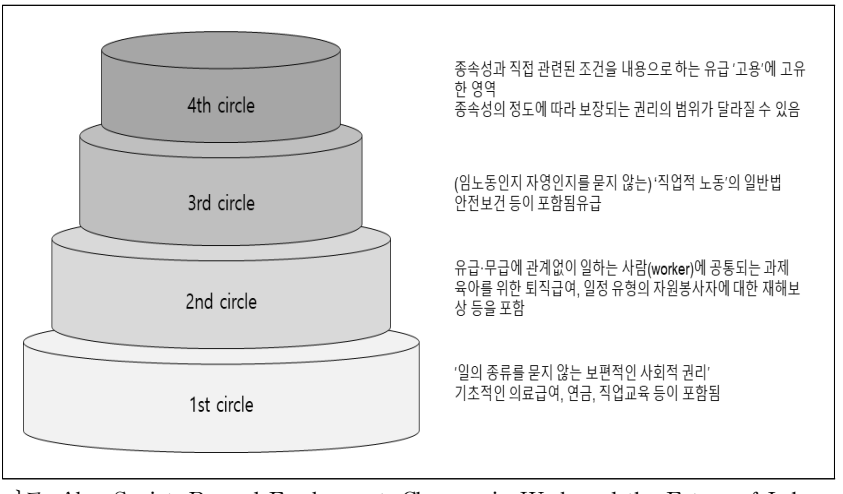
12) 권오성, 「'일하는 사람을 위한 기본법' 제정의 필요성」, 앞의 글, 199~204쪽의 내용 일부로 반영.

대한 정태적 평가일 수밖에 없다. 그러나 실제 일의 세계를 관찰해 보면 일하는 방식은 미시적으로는 특정 기업과의 관계에서, 거시적으로는 한 사람의 생애주기에 따라 변화하기 마련이다. 애당초 프리랜서로 계약한 사람이 일하는 과정에서 어느 시점에 판례가 근로기준법상 근로자의 기준으로 요구하는 인적 종속성의 수준 이상으로 종속되면 규범적으로는 그 순간 근로기준법상 근로자의 지위를 취득한다. 또한 모든 사람은 자신의 생애주기에 따른 삶의 수요에 부응하여 일하는 방식을 변경한다. 직업적 역량이 축적된 근로자가 프리랜서로 일하는 방식을 변경하는 일은 빈번하게 발생한다. 헌법상 근로자는 이러한 모든 형태의 일하는 모습을 포괄하는 동태적 개념으로 파악할 필요가 있다고 생각한다.

이러한 관점에서 필자는 헌법상 근로자의 개념을 A. Supiot가 『고용을 넘어』[13]에서 말한 "직업인으로서의 지위(membership of the labourforce)"의 관점에서 재조명할 필요가 있다고 생각한다. 쉬피오의 주장의 핵심은 사회보장상의 위험과 고용관계에서의 의존성을 동일시하지 않고, 임금근로자, 자영업자, 무급노동 등 어떠한 취업형태를 선택한 경우라도 극단적인 불이익을 받지 않고 또한 이직이나 전직 등의 경우에도 직업인으로서의 지위(membership of the labourforce)가 유지될 수 있도록 하자는 것이다. 쉬피오는 이러한 주장을 4개의 동심원 이론으로 정리하였는데, 첫 번째 동심원(1st circle)은 일의 종류를 묻지 않는 보편적인 사회적 권리로 기초적인 의료급여, 연금, 직업교육 등이 포함된다. 이러한 보호는 국민이 살아가기 위해 필요한 national minimum에 해당하고, 두 번째 동심원(2nd circle)은 유급·무급에 관계없이 일하는 사람(worker)에 공통되는 과제로서 육아를 위한 퇴직급여, 일정 유형의 자원봉사자에 대한 재해보상 등을 포함한다. 세 번째 동심원(3rd circle)은 (임금근로인지 자영근로인지를 묻지 않는) 직업적 노동의 일반법이며, 안전보전 등이 포함될 수 있다. 네 번째 동심원(4th circle)은 종속성과 직접 관련된 조건을 내용으

13) 1996년 유럽위원회에 의해 알랭 쉬피오(A. Supiot)를 중심으로 학제 간 전문가로 구성된 "노동법의 미래" 그룹이 논의 결과를 정리하여 1999년에 『고용을 넘어(Au-delà de l'emploi)』라는 제목의 보고서로 출판했다(영어판은 2001년에 『Beyond Employment』라는 제목으로 번역, 출간되었다).

〔그림 4-2〕 A. Supiot의 4개의 동심원 이론



자료 : Alan Supiot, Beyond Employment : Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe, A report prepared for the European Commission, Oxford University Press, 2001, pp.54~55의 내용을 필자가 작성. 권오성, 「'일하는 사람을 위한 기본법' 제정의 필요성」, 앞의 글, <그림-7>로 반영.

로 하는 유급고용에 고유한 영역으로, 이 영역 내에서는 그 종속성의 정도에 따라 보장되는 권리의 범위가 달라질 수 있다.

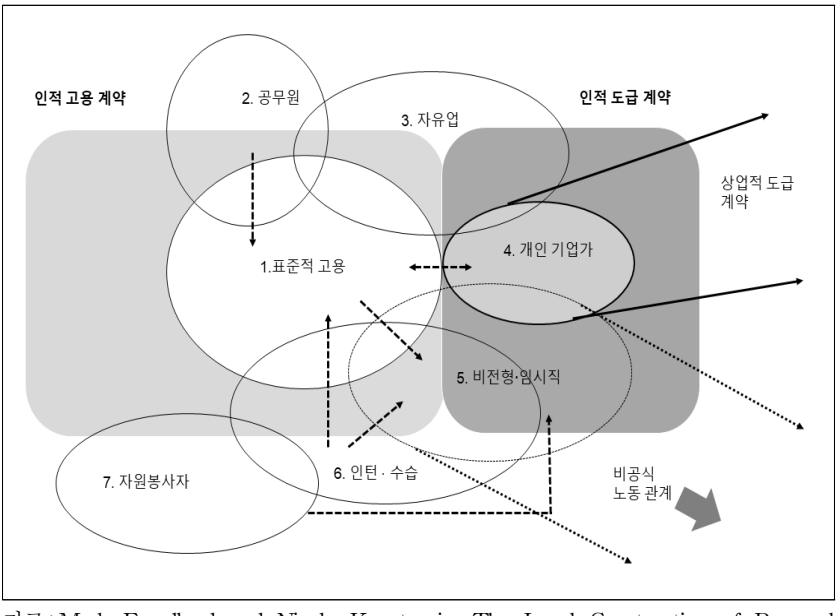
한편, Freedland와 Kountouris는 2012년 공저로 출간한 『인적취업관계의 법적 구성(The Legal Construction of Personal Work Relations)』[14] 에서 이러한 직업인으로서의 지위(물론 Freedland & Kountouris는 인적취업관계(personal work relations)라는 표현을 사용하였다)의 다양한 형태와 그러한 형태 상호 간 이동이라는 동태적 측면의 구체적인 모습을 이론화하였다. 이 책에서 Freedland와 Kountouris는 계약 개념의 강조가 "관계와 계약"의 분리 그리고 "개인과 집단"의 분리를 강조하게 된다고 지적하고, 인적취업은 관계(relation)나 결합체(nexus) 또는 네트워크(network)의 관점에서 다루어져야 하며, 이를 통해 계약의 구속에서 벗어나 일하는 사람에게 초점을 맞출 수 있게 된다고 하면서, 자신들의 견해가 "고용"에서 "인적취업"으로, "계약"에서 "관계"로 전환시키는 것임을

14) Mark Freedland and Nicola Kountouris, The Legal Construction of Personal Work Relations, Oxford University Press, 2012.

명확히 하였다. 또한 저자들은 ① 인적취업의 개념을 명확히 하기 위한 출발점으로 “인적취업의 프로필(personal work profile)”, ② 인적취업관계를 뒷받침하는 규범적 기초로서의 “일에서의 인격성(personality in work)”을 제시하고, 또한 ③ 인적취업관계를 이해하는 중요한 출발점으로 “위험의 상호화(mutualization of risk)”를 제시하였다. 이들의 논의는 인적(personal) 성질을 띠는 취업자에게도 노동법의 적용 범위를 확대하는 것과 동시에 “노사의 비대등성”에 기초해 온 전통적인 노동법의 규범적 기초를 “취업에 있어서의 인격성”으로 전환시키는 것이며, 인적(personal)이라는 관점에서 노동법의 적용 범위와 새로운 규범적 기초를 구하는 것이다.

Freedland와 Kountouris는 미시적 관점(microscopic)과 거시적 관점(macroscopic)에서 파악되는 인적취업의 프로필(personal work profile)을 이용하여 인적취업관계를 밝히는 것을 시도한다. 먼저, 미시적 관점에서 파악되는 인적취업의 프로필은 종래의 고용계약과 도급계약의 2분법이나 고용계약과 유사한 개념을 포함한 3분법과는 다른 새로운 유형화를 나타내는 시도이다. 즉 Freedland와 Kountouris는 실증 분석에 근거하여 인적취업관계를 ① 표준적(전형적) 고용의 취업관계, ② 공무원의 취업관계, ③ 자유업에 종사하는 자의 취업관계, ④ 기업가(창업자)의 취업관계, ⑤ 비전형・임시직의 취업관계, ⑥ 인턴 및 수습 등에 종사하는 자의 취업관계 및 ⑦ 자원봉사자의 취업관계의 7가지로 구체화하였다(그림 4-3 참조). 한편 거시적 관점에서 파악되는 인적취업의 프로필은 생애주기에서의 취업 상황과 인적취업관계는 분리될 수 없다는 가정에서 출발하여 해당 취업자의 생애주기에 걸친 취업상황(실업, 구직활동, 장기 상병휴직, 육아 등 무급노동 등)을 연속적으로 파악하려는 것이다. 종래에는 고용인가, 도급인가라는 이분법적 관점에 기초하여 특정한 시점에서 고용인가, 도급인가를 결정하였지만, 인적취업관계에 포함되는 독립계약자(independent contractor)는 특정한 거래상대방과의 관계만 계속한다기보다는 일정한 기간에 걸쳐 복수의 거래상대방과의 관계를 구축하게 될 수도 있으므로, 정태적으로 특정한 시점에서 특정 거래상대방과의 관계에만 주목하는 것은 적절하지 않다는 것이다. 이러한 거시적 관점에서 파악

〔그림 4-3〕 인적취업관계의 영역(domain of personal work relations)



자료: Mark Freedland and Nicola Kountouris, The Legal Construction of Personal Work Relations, Oxford University Press, 2012의 <그림 9.1>, 권오성, 「'일하는 사람을 위한 기본법' 제정의 필요성」, 앞의 글, <그림-8>로 반영.

되는 인적취업의 프로필은 취업자를 장기의 생애주기에서 다양한 취업관계를 이동하는 동태적(動態的) 주체로 이해하는 것이다(그림 4-3에서 점선으로 표시된 화살표는 다양한 취업관계 사이의 이동이라는 동태적 성격을 보여준다).

이는 취업자가 노동시장의 단위가 아니라 "사람"으로서 이해되어야 한다는 것이며, 나아가 인적취업자에 대한 보호는 취업자의 생애주기라는 시간적으로 확장된 관점에서 파악되어야 한다는 점을 함의한다. 그 결과 인적취업의 프로필이라는 관점은 인적취업관계와 (관련된) 노동법 규제의 적용 범위를 연결할 뿐만 아니라 ① 전형적 고용관계와 기타 취업형태 사이의 균등한 취급에 관한 규제, ② 인적취업관계 사이에 존재하는 계약기간이나 해고(해지)에 관한 규제의 격차의 수정, ③ 연령이나 성별에 관한 평등을 기초로 한 취업관계에 대한 규제, ④ 가족 친화적 및 유연성 개념의 발전과 전개에 관한 규제를 요구한다.

2. 헌법상 근로자 개념의 재구성[15]

필자는 우리 헌법상 근로자 개념은 쉬피오가 그린 네 개의 동심원 중 두 번째 동심원(2nd circle), 즉 유급·무급에 관계없이 일하는 사람(worker)의 범위 및 Freedland와 Kountouris가 제시한 인적취업관계의 다양한 유형을 모두 포함한다고 생각한다. 필자의 생각을 도식화하면 [그림 4-4]와 같다.

먼저 헌법 제15조는 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다고 규정하는바, 이러한 직업선택의 자유는 연혁적으로는 직업에 관한 봉건적 구속에서의 해방을 의미한다. 이러한 직업선택의 자유가 메인이 말한 "신분에서 계약으로"에 해당하는 시민적 해방이다. 이렇게 해방된 근대 시민은 직업으로서 한편으로는 자기의 기업을 영위할 수 있고(영업의 자유), 다른 한편 타인에게 노동을 제공하는 방식으로 삶을 영위할 수 있다.

〔그림 4-4〕 근로의 권리와 헌법상 근로자

자료: 필자 작성. 권오성, 「'일하는 사람을 위한 기본법' 제정의 필요성」, 앞의 글, <그림 -9>로 반영.

15) 권오성, 「'일하는 사람을 위한 기본법' 제정의 필요성」, 앞의 글, 219~220쪽의 내용으로 반영.

여기서 후자의 영역을 국가가 보장하는 것이 헌법 제32조 제1항 제1문의 근로의 권리이다. 물론 이러한 근로의 권리는 매우 추상적인 권리로서 구체적인 취로청구권의 근거가 되지는 못한다. 다만, 필자는 모든 국민이 이러한 근로의 권리를 행사하면 그 규범적 효과로 헌법상 근로자의 신분을 획득한다고 이해하고자 하는 것이다. 즉 헌법상 근로자의 지위는 실제로 취업하였는가의 사실이 아니라 헌법상 근로의 권리를 행사하였는가의 규범의 측면에서 접근할 필요가 있다는 것이 필자의 생각이다. 근로의 권리의 행사의 결과 취득하는 근로자의 신분이 산업사회의 시민권으로서의 "직업인으로서의 지위(membership of the labourforce)"에 해당한다.

한편 헌법 제32조는 국가에 "직업인으로서의 지위"를 획득한 근로자의 보호를 위한 입법의무를 부과한 것이며, 헌법 제33조는 헌법이 헌법상 근로자에게 직접 노동3권을 구체적으로 보장하는 취지이다. 따라서 근로기준법이나 노동조합법 등 실정법은 전체집합으로서의 헌법상 근로자의 일정 범주에 대하여 그러한 범주의 헌법상 근로자에게 필요하고 또한 방법론적으로 가능한 법적 보호를 규정하는 것이다.

3. 단체교섭과 단체협약의 관계

사람들은 보통 근로계약의 체결로 근로자가 "된다."라고 인식한다. 하지만 근로계약의 체결은 특정 사업주가 지배하는 사업장의 근로자가 되는 행위일 뿐이다. 특정 사업장의 근로자가 되기 전에도 근로자는 노동계급이다. 이처럼 특정 사업의 근로자가 되기 전의 근로자도 향유할 수 있는 권리가 노동3권이고, 따라서 이러한 권리는 본질적으로 자유권이라고 볼 수 있다. 이것이 근로기준법과 노동조합법의 근로자 개념의 외연이 다른 본질적인 이유라고 생각한다.

근로자가 1명도 없는 사업도 존재한다. 1인 자영업자가 영위하는 사업이 대표적이다. 이미 이러한 1인 자영업자도 사업주이다. 이런 사업주가 타인의 노동을 자기의 사업에 활용하기 위하여 체결하는 계약이 근로계약이다. 그러므로 근로계약에 앞서 사업주와 근로자의 개념이 선재한다. 사업주가 타인의 노동을 사용하기 위하여 활용하는 방식은 다양하다. 근로

계약을 체결하기도 하고 도급계약을 체결하기도 한다. 그러한 계약의 법형식은 근로계약 체결에 선행하는 근로자의 노동3권을 제약하지 못한다.

한편 단체교섭은 그저 단체를 이루어 교섭하는 행위일 뿐이다. 다수의 사람이 위력을 행사하여 교섭을 요구하는 것은 단체교섭권으로 정당화되지 않으면 형법상 강요죄를 구성할 수 있다. 단체교섭권이 헌법에 명시된 이유는 이러한 다중의 교섭요구가 범죄가 아님을 선언한 것이고, 이것이 자유권으로서의 단체교섭권의 최소한의 효력이다. 따라서 이러한 단체교섭의 결과물로 체결된 단체협약의 본질적인 효력은 채무적 효력이다. 단체협약의 규범적 효력은 법률의 차원에서 인정된 것에 불과하다. 이러한 관점에서 보면 원청과 하청노동자 간의 단체협약에 규범적 효력을 부여하기 어렵다는 점은 이들의 교섭을 부정할 이유가 될 수 없다.

근로계약 이전에 사업주와 (노동조합법상) 근로자가 선행한다는 이해에 따르면, 사업주가 자신의 사업에 필요한 근로자와 관계를 맺는 방법을 어떻게 정할 것인가에 관한 교섭도 당연히 허용되어야 할 것이다. 예컨대, 도급계약의 방식으로 노동을 공급하는 (헌법상) 근로자가 계약의 방식을 근로계약으로 바꾸자고 집단적으로 교섭을 요구하고, 그 실현을 위해 쟁의를 하는 것은 당연히 허용되어야 한다. 이것이 어쩌면 노동3권의 본질에 더 가까운 교섭과 쟁의일 것이다.

노동3권은 단결, 교섭, 쟁의의 국면에서의 근로자의 집단적 행위의 자유를 보장한 것이다. 반면 단체협약은 이러한 사실행위의 결과 사용자와의 합의로 체결된 법률행위이다. 종래의 단체교섭 중심적인 노동3권의 이해는 사실의 측면의 노동3권 행사를 단체협약이라는 법률행위의 내용이 될 수 있는가 아닌가의 측면, 즉 규범 창설이 가능한가의 국면으로 논의의 틀을 왜곡하였고, 그 결과 노동3권의 외연이 부당하게 축소되었다. 단체교섭권이 보장하는 것은 협약이 아니라 교섭이라는 점, 즉 집단적인 교섭을 요구하는 사실 그 자체라는 점을 인식할 때 중층적 고용관계 구조에서 원청을 향한 단체교섭 요구의 정당성도 보다 용이하게 긍정할 수 있을 것이다.

4. 자유권으로서의 단체교섭권과 교섭창구단일화[16)]

자유권은 국민이 국가의 부당한 기본권 침해행위에 대항하여 부작위를 요구할 수 있는 구체적인 권리를 의미하므로, 국가는 공익을 위해서 반드시 필요한 경우가 아니면 침해할 수 없다는 속성을 갖는다. 따라서 소위 "기본권의 최소제한의 원칙" 내지 "기본권의 최대한 보장"의 원칙이 적용된다. 반면 사회권은 그 실현에 국가의 작위(입법 혹은 집행)가 요구되므로 사회권을 보장하기 위한 국가의 작위가 없는 부작위 자체가 헌법에 위반되는 경우가 아닌 한 특정 기본권을 국가에 주장할 수 없게 된다. 헌법에서 예정한 보장 수준 이상은 정책적인 문제이므로 국가가 헌법에서 예정하고 있는 최소한을 보장하는 경우 개인의 권리를 침해하는 헌법적인 문제는 생기지 않는다는 "최소보장의 원칙"이 적용된다.

앞에서 인용한 2020년 대법원 전원합의체의 전교조 판결에서 "노동관계법령을 입법할 때에는 이러한 노동3권, 특히 단결권의 헌법적 의미와 직접적 규범력을 존중"하라고 주문한 것은, 노동3권과 관련한 입법이 본질적으로 기본권의 내용을 구체화하는 것이라기보다는 이를 제한하는 입법이므로 "최소보장의 원칙"이 아니라 "최소제한의 원칙"이 적용되어야 한다는 의미로 이해된다. 이처럼 노동조합법을 노동3권에 대한 제한입법으로 이해할 경우 동법으로 만들어진 제반 제도들의 합헌성에 대한 재검토가 요구된다.

교섭창구단일화 제도를 예로 들어보자. 헌법재판소는 이 제도를 합헌으로 결정한 바 있다(2012. 4. 24. 2011헌마338). 이에 따르면, "노동조합에 대한 단체교섭권 보장은 사회적 약자인 근로자가 사용자와의 사이에 대등성을 확보하여 적정한 근로조건을 형성할 수 있도록 하는 수단이므로, 반드시 모든 노동조합에 각별로 단체교섭권을 보장하여야 하는 것은 아니고, 교섭대표노동조합이 사용자와의 사이에서 노사관계의 안정과 적정한 근로조건을 형성하는 기능을 충분히 담당할 수 있다면, 그러한 기능을

16) 이 부분은 박은정 · 박귀천 · 권오성, 「ILO 기본협약 비준을 위한 2020년 정부 노조법 개정안 분석과 평가」, 『노동법학』, 제76호, 한국노동법학회, 2020, 35~36쪽의 내용을 요약 및 수정하여 전재하였다.

할 수 있는 노동조합에 단체교섭권을 인정하는 것이 노동3권을 기본권으로 보장하는 취지에 더 부합할 수 있다." 이러한 입장은 대상조치(代償措置)론과 유사하게 단체교섭권을 자유권이라기보다 사회권으로 보는 태도에 터 잡은 것으로 생각된다. 단체교섭권을 자유권으로 볼 경우 각각의 근로자는 자신이 선택한 노동조합을 통하여 단체로 교섭할 자유가 있는 것인데, 이러한 자유를 사실상 박탈하는 방식의 교섭창구단일화 제도의 합헌성을 긍정하기 위해서는 종전보다는 엄격한 기준에서의 논증이 요구되어야 할 것이다.

교섭창구단일화 제도 시행 이후 현실을 보면, ① 개별 사업장 내의 복수노조 상호 간 및 노조와 사용자 간 이익분쟁이 단체교섭 등의 방식으로 자주적으로 대사(代謝)되지 못하고, 공정대표의무위반 시정신청이나 부당노동행위 구제신청, 나아가 법원에 대한 가처분신청 등 국가공권력의 후견에 의존하게 만드는 결과를 야기하였고, ② 이는 결국 개별 사업장의 노사 당사자가 부담해야 하는 교섭비용을 사회로 외부화하는 결과를 초래하였으며, ③ 나아가 노사관계를 집단적 자치가 아니라 법원의 판결에 종속시키는 사법화(司法化) 경향을 강화하였고, 그 결과 ④ 노동법의 독자성을 희석시키는 결과를 초래하였다. 조금 거칠게 말하면, 당초 근로조건의 통일성 확보 및 교섭의 효율성이라는 취지로 도입된 교섭창구단일화 제도는 ① 사용자와 사업장 내 다수노조 사이의 담합의 기제(機制)가 되었고, 이는 ② 사용자에게 교섭대표노동조합의 결정에 개입하고자 하는 강력한 유인(incentive)으로 기능하였음은 물론, ③ 사업장 내 복수노조 사이에 교섭대표노동조합이 되기 위한 치열한 조직경쟁을 초래하여 노동조합 상호 간 분쟁이 격화되는 문제를 초래하였다. 나아가, 교섭창구단일화 제도는 소위 1사 1교섭이라는 원칙(原則)으로 스스로를 승격시켜, 2000년대 초반 어렵게 싹을 틔웠던 산별교섭 체계를 고사시켰으며, 불법파견에 대한 규제의 실패로 인하여 확산된 간접고용 노동자의 실질적인 교섭권 행사를 좌절시켰다.

필자는 헌법재판소의 판단처럼 교섭창구단일화 제도가 위헌이 아닐 수도 있겠으나, 적어도 잘 만든 제도는 아니라고 생각한다. 교섭창구단일화 제도가 고쳐서라도 사용할 수 있는 수준은 되는지, 아니면 지난 10년간

발생한 사회적 비용을 매몰비용으로 인정하고 동 제도를 과감하게 폐지해야 하는지 여부가 고민의 지점이 되어야 할 것이다.

5. 단체교섭권에 근거한 취업규칙 제도로의 전환 필요성

단체교섭권의 최대보장의 측면에서 노동조합이 조직되지 않은 사업장의 근로자 등 현재의 노동조합법으로 단체교섭권을 실현하기 어려운 근로자가 노동조합 이외의 방식으로 사용자와 집단적으로 교섭할 수 있는 제도를 도입할 필요가 있다. ILO 제91호 권고[17] 제2조 제1항은 단체협약을 "일방 당사자로 사용자, 사용자 집단 또는 하나 이상의 사용자 조직과 하나 이상의 사용자 조직이, 상대방 당사자로 하나 이상의 대표하는 노동자 조직(representative workers' organizations) 또는 그러한 조직이 없는 경우에는 국가 법령에 따라 정당하게 선출되고 수권(授權) 받은 노동자 대표(representatives of the workers)가 노동 환경 및 고용 조건에 관하여 서면으로 체결한 모든 합의"라고 정의한다. 따라서 노동조합을 조직하지 않은 근로자들도 민주적 대표성이 확보된 노동조합 이외의 "노동자 대표"에게 단체교섭을 담당하도록 하는 방안의 도입을 고려할 필요가 있다. 예컨대, 호주 공정노동법(Fair Work Act 2009)은 기업협약을 체결하기 위한 단체교섭 절차상 사용자가 근로자들에게 단체교섭 사실을 통지하면, 근로자들은 교섭대표(Bargaining representatives)를 정하여 단체교섭에 임하게 되는데, 이때 근로자들의 교섭대표는 주로 해당 근로자들이 가입하고 있는 노동조합이지만,[18] 근로자들은 서면으로 위임하여 다른 근로자를 교섭대표로 정할 수도 있다.[19]

헌법상 단체교섭권의 구체적 권리성의 재인식은 이러한 대안적 이익대표제도를 새롭게 정초하는 단초가 될 수 있을 것이다. 특히 우리나라의 경우에는 취업규칙 제도의 위헌성을 고려할 때 대안적 이익대표제도의

17) Recommendation No.91 concerning Collective Agreements(Collective Agreements Recommendation).
18) Fair Work Act 2009, §176(1)(b).
19) Fair Work Act 2009, §176(1)(c).

도입의 필요성이 크다.

취업규칙은 사용자가 일방적으로 작성한 복무규율과 근로조건에 관한 준칙이다. 취업규칙은 원래는 사업의 위계 구조에서 유래하는 복무규율을 규정하기 위해 만들어진 것이었으나, 산업혁명 이후 대량생산체제가 성립되면서 다수 근로자의 근로조건 통일의 필요성이 커짐에 따라 근로조건이 취업규칙의 내용으로 편입된 것이다.[20] 이러한 취업규칙의 법적 성질은 ① 원생적 취업규칙과 ② 제도화된 취업규칙을 나누어 살펴볼 필요가 있다.[21] 여기서 원생적 취업규칙은 실정법으로 규범력을 획득하기 전의 취업규칙을 의미한다. 취업규칙 제도가 법제화되기 전에도 사용자는 자신이 보유한 사적 권력으로서의 노무지시권을 집단적으로 행사하는 방법으로 조문화된 형태의 일반적 명령을 발령하는 방식을 행사하였다. 사용자가 이러한 노무지시권에 근거하여 일방적으로 발령한 집단적 명령, 즉 규칙(規則)은 계약이 아님은 물론 법규범도 아니다. 이러한 규칙은 생산설비에 대한 소유권에 근거한 사적 권력(權力)의 행사였고, 이러한 사용자의 사적 권력을 제한하는 것이 노동법의 주된 목적이었다. 이처럼 규범성을 획득하기 전의 사실로서의 취업규칙에 규범적 효력을 인정하기 위해 시도된 초창기 이론이 계약설이다. 따라서 근로기준법이 명시적으로 취업규칙의 규범력을 규정하고 있는 현재 상황에서 취업규칙의 법적 성질을 여전히 계약으로 보는 견해에는 동의하기 어렵다. 취업규칙의 내용 중 복무규율에 관한 부분은 사용자의 노무지시권에 속하는 부분이므로 근로계약에서 이러한 노무지시권이 도출된다고 보면 계약설에 근거하여 취업규칙의 규범성을 긍정하는 것도 가능할 것이다. 그러나 근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다는 근로조건 대등결정의 원칙에 따르면, 취업규칙의 내용 중 근로조건에 관한 부분은 사용자가 일방적으로 결정할 수 없으며, 따라서 계약설로는 설명이 어려운 부분이다. 계약설의 입장을 일관하면 개별 근로자가 동의하지 않은 취업규칙은 규범력을 부정해야 마땅한데, 이러한 이해는 다

20) 권오성, 「취업규칙은 과연 계약일까?」, 『노동법률』, 2021년 10월호, (주)중앙경제, 2021, 90쪽.
21) 위의 글.

수 근로자의 근로조건 통일이라는 취업규칙 제도의 취지에 반한다. 따라서 복무규율과 근로조건을 나누지 않고 사용자가 일방적으로 작성한 취업규칙의 규범성을 긍정하기 위해서는 취업규칙의 수범자인 근로자 집단으로부터 민주적 정당성을 확보할 필요가 있다. 이는 노동법의 공법(公法)적 성격과 관계가 있다.[22] 여기서 말하는 공법적 성격이란 대등한 사인 사이에서 계약자유의 원칙이 지배하는 민법의 기본원리가 아니라 국가와 국민 사이의 공권력과 유사한 사적 권력을 행사하는 우월적 지위에 있는 사용자와 이러한 권력에 복종해야 하는 근로자 사이의 수직적 관계에서 권력을 제한하고 통제하는 법원리라는 측면에서 공법적 성격이라고 표현한 것이다.

이러한 관점에서, 대법원 1977. 7. 26. 선고 77다355 전원합의체 판결은 취업규칙 불이익변경에 요구되는 민주적 정당성의 수준을 높이는 방식으로 근로조건 대등결정의 원칙과 사용자가 일방적으로 작성한 취업규칙의 규범성 사이의 모순을 완화하기 위한 노력으로 평가된다. 다만, 위 전원합의체 판결로 취업규칙 불이익변경의 요건으로 근로자의 집단적 동의가 도입되었다고 해서 취업규칙의 위헌성이 완전히 탈각될 수는 없다.

단체협약의 경우에는 단체협약이 단체교섭권이라는 헌법상 기본권 행사의 결과일 뿐만 아니라 그 적용대상인 조합원들이 선거를 통하여 선임한 대표자가 단체협약을 체결하였다는 점에서 단체협약의 규범적 효력을 근거 짓는 민주적 정당성의 수준이 높다. 반면 취업규칙 불이익변경에 관한 근로자 집단의 동의는 사용자가 일방적으로 작성한 취업규칙(안)에 대하여 근로자 집단이 사후적으로 동의하는 것에 불과할 뿐, 취업규칙의 내용에 대하여 노사 간에 어떠한 교섭이 요구되는 것은 아니므로 민주적 정당성의 수준이 낮다. 이처럼 단체협약과 취업규칙은 그 규범성을 근거 짓는 민주적 정당성의 수준에서 큰 차이가 있다. 이러한 측면에서, “취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약 부분은 유효하고 취업규칙에서 정한 기준에 우선하여 적용된다.”라는 최근의 대법원 판결[23]에 대하여, 취업규칙 불이익변경에 근로자 집단의 동의가 요구

22) 위의 글, 92쪽.
23) 대법원 2019. 11. 14. 선고 2018다200709 판결.

됨을 근거로 단체협약과 근로계약의 관계에 관한 논의(유리원칙 적용 문제)를 취업규칙과 근로계약의 관계에 그대로 적용하려는 비판견해가 있는데, 이는 헌법 질서로 수용된 집단적 자치와 취업규칙 제도의 위헌성을 완화하기 위한 최소한의 장치로 도입된 집단적 동의의 차이를 간과한 것이라고 생각한다.

생각건대, 일정한 규모 이상의 사업장에 민주적 대표성이 확보된 법정(法定) 근로자대표를 선출하도록 규정하고 사용자는 이러한 법정 근로자대표와 교섭 및 조정·중재를 거쳐 사업장의 자치규범을 제정하도록 하는 방향으로 현재의 취업규칙 제도를 대체할 필요가 있다. 또한 소규모 사업장의 경우 별도의 근로자대표를 선출할 필요 없이 해당 사업장에 소속된 모든 근로자를 구성원(member)으로 하는 근로자총회(employees' meeting)의 결의로 해당 사업장의 자치규범을 제정하게 하는 방안도 고려할 필요가 있다.

제4절 소 결

헌법 제33조 제1항은 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."라고 규정한다. 위 조항에서 보장하는 단체교섭권의 주체는 법문상 노동조합이 아니라 "근로자"이다. 따라서 헌법이 보장하는 단체교섭권의 내용을 규명하기 위해서는 헌법 제33조 제1항이 규정하는 "헌법상 근로자"의 개념의 규명이 선행되어야 할 것이다. 그러나 종래 우리나라의 주류적인 해석론은 헌법 제33조 제1항이 규정하는 근로자가 누구인가를 헌법 체계 내재적인 이해가 아니라 노동조합법이 정의한 근로자의 개념에 기초하여 노동3권의 향유주체의 범위를 정하는 방식을 취하였다. 이러한 이해방식은 방법론적으로 규범의 위계를 역전하였다는 점에서 타당성을 인정하기 어렵다. 헌법 제33조 제1항의 근로자는 헌법 체계 내에서 독자적으로 규명되어야 할 것이다. 이러한 관점에서 필자는 "모든 국민은 근로의 권리를 가진다."라는 헌

법 제32조 제1항이 헌법상 근로자 개념의 출발점이 되어야 한다고 생각한다. 누구든지 헌법 제32조 제1항의 근로의 권리를 행사하면 그러한 권리행사의 효과로 헌법상 근로자의 신분이 발생하는 것으로 보는 것이다. 이러한 헌법상 근로자의 신분은 "직업인으로서의 지위(membership of the labourforce)"에 해당하며, 따라서 실제로 취업하였는지 여부는 헌법상 근로자성과는 관계가 없다.

한편 현행 노동조합법은 단체교섭의 상대방을 사용자 또는 사용자단체로 규정하고, 이러한 사용자 또는 사용자단체에 해당하지 않는 사람에 대한 단체교섭의 요구는 정당성이 없다고 평가한다. 노동조합법을 입법하면서 교섭의 상대방을 사용자 또는 사용자단체로 제한한 것은 단체교섭의 결과로 체결된 단체협약의 규범적 효력이나 단체교섭 거부·해태의 부당노동행위 등 노동조합법이 창설한 제도의 적용대상을 적정한 범위로 제한하기 위한 것으로 이해된다. 다만, 헌법상 단체교섭권의 행사가 반드시 단체협약이라는 규범의 창설을 목적으로 해야만 하는 것은 아니다. 헌법상 근로자들이 집단적으로 국가나 지방자치단체에 근로조건의 개선과 관계된 입법이나 정책의 도입을 요구하는 행위도 단체교섭권의 규범적 보호범위에 포함된다고 생각한다. 또한 노동조합법도 "누가 사용자인가"의 관점이 아니라, "단체교섭권을 청구권 차원에서 보장할 경우 청구권의 상대방을 누구로 보아야 하는가"의 관점으로 개정할 필요가 있다.

마지막으로, 헌법상 단체교섭권은 이러한 헌법상 근로자가 다른 근로자와 단결하여 국가 또는 사용자나 사용자단체 등을 상대로 집단적으로 교섭을 요구하는 사실행위를 기본권의 수준에서 보장하는 것으로 이해할 필요가 있다. 단체교섭권을 노동조합이 사용자를 상대로 행사하는 권리로 제한적으로 이해할 경우, 헌법상 근로자가 다른 근로자와 단결하여 국가나 사용자 등에게 집단적으로 교섭을 요구할 수 있다는 의미에서의 단체교섭권의 내용 중 상당 부분은 법적 보호를 받지 못하게 된다. 단체교섭권의 구체적 권리성이 인정된다는 것은 헌법상 근로자는 노동조합법 등 법률의 규정이 없이도, 또한 노동조합이라는 단체를 조직하지 않더라도 헌법 제33조 제1항에 근거하여 자유로운 방식으로 결합하여 국가나 사용자를 상대로 집단적으로 자신들의 근로조건과 관련하여 교섭할 자유

가 있다는 의미로 이해해야 할 것이다. 다만, 이러한 집단적 교섭 요구의 자유를 넘어 국가 또는 사용자 등에게 이러한 집단적 교섭에 응해야 할 의무가 인정되는가는 조금 다른 차원의 문제이다. 전자가 단체교섭권의 자유권의 측면이라면 후자는 청구권의 측면이다. 현행 노동조합법 제30조의 사용자의 성실교섭의무나 제81조 제1항 제3호의 단체교섭 거부·해태의 부당노동행위 금지 규정은 헌법상 단체교섭권이 행사될 수 있는 여러 방식 중 일부, 즉 노동조합을 매개해서 사용자를 상대로 교섭하는 경우만 실정법으로 규정한 것이다. 현행법상 노동조합을 조직하지 않은 근로자가 다른 근로자와 결합하여 집단적으로 교섭을 요구하는 행위 또는 사용자 이외의 이해관계자를 상대로 집단적으로 교섭을 요구하는 행위를 청구권의 수준으로 보호하는 법률은 없다. 헌법상 단체교섭권을 충실하게 보호하기 위해서는 현행 노동조합법이 예정하는 노동조합에 의한, 사용자를 상대로 한 단체교섭 이외에 다양한 방식의 교섭을 법률로 수용할 필요가 있다. 예컨대, 현행 취업규칙 제도를 폐지하고 일정한 규모 이상의 사업장에 근로자대표를 선출하도록 법정하고 이러한 법정 근로자대표가 사용자와의 교섭 및 조정·중재를 통하여 사업장 단위의 자치규범을 제정하도록 하는 등의 방식을 고려할 필요가 있다.

제 5 장
단체행동권 또는 단체행동의 자유

제1절 서 론

1. 호부호형이 허락되지 않는 노동의 풍경

장면 1.

강북과 강남에서 스타벅스 매장 직원들의 트럭시위가 시작됐다. 강북과 강남에서 각각 트럭 1대가 순회하며 전광판의 메시지를 통해 스타벅스 직원들의 현실과 요구사항을 알린다. 트럭시위는 7~8일 이틀간 진행된다.[1] 노동조합이 없는 한국 내 스타벅스 노동자들이 단체행동에 나서는 것은 이번이 처음이다. 직원들은 직장인 익명 커뮤니티 "블라인드"를 통해 문제를 제기하고, 비용을 모금해, 시위를 기획했다.[2]

장면 2.

"찬희야 미안해." "괴롭힘과 부당한 노동에서 해방되시길." 24일 오후 현대자동차 남양연구소 하늘로 동료들의 애도 글이 적힌 80여 개의 풍선

1) 서울경제, 「뿔난 스타벅스 직원들 트럭시위… 22년 만에 첫 단체행동」, 2021. 10. 7., https://www.sedaily.com/NewsVIew/22SNCTJ5C3(2022. 1. 26).
2) BBC NEWS 코리아, 「스타벅스 시위 : '노조 없는 시위'는 성공할 수 있을까?」, 2021. 10. 6., https://www.bbc.com/korean/news-58814648(2022. 1. 26).

이 올라갔다. 남양연구소 디자이너로 일하다 직장 내 괴롭힘과 과로를 호소하며 스스로 목숨을 끊은 고 이찬희 씨의 동료들이 마련한 추모행사였다.[3] 보도 이후 현대차 남양연구소 직원들을 포함한 많은 직장인들이, 추모의 글과 제보들을 보내왔습니다.[4]

장면 3.

맘스터치 서울 상도역점 점주이자 가맹점주협의회 회장인 황성구 씨는 최근 가맹본부로부터 일방적인 자재 공급 중단과 계약 해지 통보를 받았다. 황씨가 전국 가맹점주들에게 보낸 안내문에서 "매장 수익이 하락했고 가맹본부가 대화에 응하지 않는다."라고 한 점을 문제삼았다. 사측은 황씨를 명예훼손과 업무방해 혐의로 고소했으나 서울 동작경찰서는 무혐의 처분했다. 그럼에도 계약은 해지됐다.[5]

장면 4.

아시아나항공은 A320 비행기 기장으로 근무하던 이씨가 턱수염을 깎으라는 지시에 불응하자 2014년 9월 12일부터 이씨가 면도를 하고 수염을 기르지 않겠다는 다짐을 한 9월 말까지 이씨의 비행업무를 정지했다. 회사는 또 2015년 7월 취업규칙을 어기고 면도 지시에 불응했다는 이유로 이씨에게 감급 1개월의 징계 처분을 했다.[6]

장면 1은 노동조합이 아닌 근로자 개개인의 행동에 기반한 것으로서 근로자 본인이 구체적 행동에 직접 나서지 않았다는 특색이 있다. 장면 2

3) 매일노동뉴스, 「'찬희야 미안해' 동료들이 띄운 풍선」, 2022. 1. 25., https://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=207122(2022. 1. 26).
4) MBC뉴스, 「'멘탈이 약해서' 쉬쉬하며 개인 탓 돌리는 회사들 … 슬퍼할 틈도 없다」, 2022. 1. 12., https://imnews.imbc.com/replay/2022/nwdesk/article/6332332_35744.html(2022. 1. 26).
5) 경향신문, 「맘스터치 갑질 전에도 … 가맹점주들은 '뭉치면 밟혔다'」, 2021. 8. 19., https://www.khan.co.kr/national/national-general/article/202108192116005 (2022. 1. 26).
6) 한겨레, 「대법, 아시아나 '턱수염 기장' 징계는 위법, '행동의 자유' 침해」, 2018. 9. 14., https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/862159.html(2022. 1. 26).

는 직장 내 괴롭힘으로 자살한 근로자에 대한 추모행사나 댓글, 제보 등을 통해 근로조건의 개선을 암묵적으로 요구한 것이다. 장면 3은 가맹점주의 단결활동을 방해한 가맹본부에 관한 것으로, 가맹본부에 대한 공정위의 과징금 부과가 문제되는 사안이다. 장면 4는 취업규칙에 몸으로 항의한 어느 근로자에 대한 사건이다.

노동현장에서 일어난 위 사례들은 근로조건 개선을 위한 단체행동과 밀접한 관련이 있다. 그러나 노동조합법 등 현행법의 관점에서 볼 때 이러한 사례에 대해 헌법 제33조의 노동3권을 적용하여 평가하기보다는, 헌법 제10조에 근거한 일반적 행동의 자유로 설명하는 것이 좀 더 "익숙하고 현실적인" 평가로 보인다.[7] 비록 익숙한 설명이기는 하나 그렇다고 아쉬움이 없을 정도로 깔끔한 설명이라고 보기는 어렵다. 우리 헌법은 "근로조건의 향상"을 목적으로 하는 권리를 제33조에 명백하게 규정하고 있고, 이를 "노동3권"이라고 칭하고 있기 때문이다.

장면 1과 2는 사용자의 특별한 대항조치가 없었지만 만약 불이익조치를 취했다 하더라도 노동조합의 활동이 아니라 개인적 활동이라는 점에서 부당노동행위 성립을 장담하기는 어려워 보인다. 장면 3은 노동3권의 관점이 아니라 "거래의 공정성"에 주안점을 두고 있는 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」이 적용되는 사건이라는 점에서 법제도가 이미 실정법상 노동3권과의 거리를 의식적으로 두고 설정되어 있다. 끝으로 장면 4의 경우 대법원이 "'수염을 길러서는 안 된다'고 정한 (중략) 취업규칙 조항은 원고의 헌법상 일반적 행동자유권을 침해"한다고 판단하였다.[8]

"근로조건의 향상"을 목적으로 하는 명확한 권리가 헌법에 선명하게 기재되어 있지만, 근로조건 향상과 밀접한 관련이 있는 행동들에 대해 애써 일반적 행동의 자유나 거래의 공정성 정도로 격하시켜 해석하는, 현재와 같은 상황은 마치 아버지를 아버지라 부르지 못한 홍길동이 처했던 상황과 유사하지 않은가. 사법적 관점에서 일반적 행동의 자유가 더욱 강조되는 이유는 그것이 노동3권, 특히 단체행동권보다 더 강력한 효력을 가

7) 장면 1의 경우 기사 제목에 "단체행동"이라 쓰여 있지만 이는 법률전문가가 아닌 기자의 사실에 대한 묘사의 방식일 뿐 법적 견해라고 보기는 어렵다.
8) 대법원, 2018. 9. 13., 선고 2017두38560.

진다고 이해되기 때문이다. 일반적 행동의 자유는 말 그대로 "일반적"으로 인정되는 것으로서 특정 영역에서 이를 보다 더 구체화한 특별한 기본권이 있다면 해당 기본권을 통해 일정한 행동을 보장하는 것이 기본적인 법해석론임은 의문의 여지가 없다. 종교의 자유나 표현의 자유가 문제되는 영역에서 일반적 행동의 자유를 언급할 필요가 없는 이유가 바로 그것이다. 이러한 법리를 위 장면들에 대한 익숙한 해석론적 상황에 대입해 보면, 노동3권이 일반적 행동의 자유와의 관계에서는 특별한 관계에 있지 않다는 점이 도출된다. 뒤집어 보면 노동3권은 자유권이 아니라는 해석이 우리나라에서는 익숙한 해석론인 것이다. 이러한 점에서 볼 때, "근로조건 향상"을 목적으로 하는 행위들을 보장하는 가장 가깝고도 강력한 권리인 노동3권이 구체적 현실에서는 노동조합과의 관련성하에서만 논의되는 것은 문제가 아닐 수 없다. 근로조건 향상을 위한 행동이 노동3권보다는 일반적 행동의 자유에 의해 보장되는 현실을 이해하기 위해서는 일반적 행동의 자유와 노동3권의 관계, 즉 노동3권이 자유권인지 여부에 대한 논쟁을 살펴볼 필요가 있다.

2. 노동3권의 법적 성질에 관한 기존 논의의 한계

기본권으로서의 노동3권의 법적 성질에 대해서는 사회권설, 자유권설, 혼합권설 등의 견해 대립이 있다. 그러나 각 성격의 특성에 입각하여 노동3권의 독자적인 해석론을 일관되게 피력한 연구는 많지 않아 보인다. 이를테면 노동3권이 사회권이라고 주장하는 견해나, 이를 자유권 내지 혼합권이라 주장하는 견해들 사이에서 큰 틀에서의 차이가 부각될 뿐, 구체적이고 세부적인 부분에서 도드라지게 구분되는 해석론상의 차이를 발견하기는 쉽지 않았던 것이다. 이를테면 어떤 법적 성질에 입각하건 대체로 노동3권에 관한 법률 규정, 특히 노동조합법의 개별 조문 내용을 바탕으로 이를 사회권적이냐 자유권적이냐로 재분류하면서 각 견해별로 강조의 지점을 달리할 뿐, 노동3권의 세부적 측면에서 차이를 부각하여 설명하는 경우는 흔치 않아 보였다. 한편 실무적으로도 헌법재판소가 혼합권설을 오래전부터 취한 바 있으나,[9] 대법원은 전교조 판결[10]에 이르기 전까지

는 사회권설을 견지한 것으로 이해된다.[11] 주요 사법기관이 이렇게 입장 차이를 보이기는 했지만 주지하다시피 헌법재판소 역시 재산권이나 직업의 자유, 종교의 자유 등 전통적 자유권과 비교하여 노동3권에 대해서는 소극적인 입장을 취해 왔다는 점에서 대법원과의 입장 차이가 유의미한 차이로까지 연결된다고 보기는 어렵다.[12] 이러한 사정에 비추어 보건대 우리나라의 노동3권은 자유권적 성격이 인정되고 있지 않거나 아주 미약하게 인정될 뿐이라고 평가하는 것이 노동3권의 현주소에 대한 정확한 인식일 것이다. 요컨대, 현행 노동3권에 관한 유권적 해석론은 노동3권의 "비자유권성"에 기초하고 있다는 것이고, 이는 앞에서 본 바와 같이 홍길동적 상황의 원인이 되고 있다.

---

9) "근로3권은 사회적 보호기능을 담당하는 자유권 또는 사회권적 성격을 띤 자유권이라고 말할 수 있으며, 이러한 근로3권의 성격은 국가가 단지 근로자의 단결권을 존중하고 부당한 침해를 하지 아니함으로써 보장되는 자유권적 측면인 국가로부터의 자유뿐만 아니라 근로자의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다."라고 하여, 근로3권이 자유권적 성격과 사회권적 성격을 함께 갖는 기본권으로 파악하고 있다(헌법재판소, 1998. 2. 27., 94헌바13; 헌법재판소 2008. 7. 31., 2004헌바9). "근로3권의 자유권적 측면은 근로자들의 자유로운 단결, 즉 노동조합의 결성, 그리고 노동조합을 중심으로 한 단체교섭, 단체행동을 보장하고 이에 대한 국가의 개입을 배제하는 것을 내용으로 한다고 볼 수 있다."(헌법재판소, 2009. 10. 29., 2007헌마1359).

10) 대법원 전원합의체, 2020. 9. 3., 2016두 32992.

11) "노동3권은 사용자와 근로자 간의 실질적인 대등성을 단체적 노사관계의 확립을 통하여 가능하도록 하기 위하여 시민법상의 자유주의적 법원칙을 수정하는 신시대적 시책으로서 등장된 생존권적 기본권들이므로 이 노동3권은 다같이 존중, 보호되어야 하고 그 사이에 비중의 차등을 둘 수 없는 권리들임에는 틀림없지만 근로조건의 향상을 위한다는 생존권의 존재목적에 비추어볼 때 위 노동3권 가운데에서도 단체교섭권이 가장 중핵적 권리이므로, 노동자에게 단체교섭권이 정당하게 확보되어 있기만 하다면 그것을 보장하는 권리로서의 단체행동권이 제한된다 해도 필요한 최소한도 내에서, 어쩔 수 없는 것으로서 사회관념상 상당한 대상조치가 마련되어 있다고 보여질 때에는 권리의 본질적인 내용을 침해하는 것으로 볼 수 없다."(대법원, 1990. 5. 15., 선고 90도357).

12) 단적인 예가 쟁의행위에 대한 업무방해죄 적용이다. 쟁의행위는 특별한 사정이 없는 한 일단 업무방해죄의 구성요건을 충족하며, 쟁의행위의 정당성이 있는 경우에야 비로소 위법성이 조각된다. 자유권 중에 그 권리를 행사하면 일단 위법성이 추정되는 범죄구성요건에 해당된다고 간주되는 경우가 있는지 생각해보면, 단체행동권이 자유권으로 사법체계에서 받아들여지지 않고 있음을 쉽게 알 수 있다.

특히, 노동3권 중 단체행동권의 경우 근로자의 근로조건을 유지·개선하기 위한 궁극의 수단으로 기본권성이 인정됨에도 불구하고, 기본권 행사 자체가 형사처벌의 대상이 되는 업무방해죄의 구성요건해당성을 충족할 수 있다는 논리가 노동현장을 수십 년간 지배하고 있는바, 이는 국가의 간섭을 배제하는 자유권적 성격이 부인되고 있음을 상징적으로 보여주는 대목이다.

이처럼 노동3권의 자유권성이 실질적으로 논의되지 못한 이유는 남북분단 상황이나 성장우선주의 등과 같은 우리나라의 특수한 상황과 맞물려 노동3권에 대한 법률의 태도나 사법부의 해석론이 상대적으로 해당 기본권의 행사 주체인 근로자에게 불리한 방향으로 전개된 탓으로 볼 수 있다. 국가 차원의 지나친 억제정책으로 인해 이를 완화하는 것 자체가 당대의 주된 관심사라, 기본권적 성격이 무엇인가는 크게 주목받지 못했기 때문이다. 특히 자유권의 경우 전통적 기본권으로서 최대보장원칙에 최적화되어 있는바, 그 행사 자체가 일단 적법하고 정당한 것으로 간주되는데 이러한 입장을 노동3권에 그대로 적용하는 경우 노동3권에 대한 억제관행에 정면으로 배치되는 결과에 이르게 된다. 이러한 이유로 법적 성질 논의는 장식적 논쟁을 너머 실천적 논의로까지 나아가는 데 한계가 있었다.

3. 문제 제기

그런데 최근 대법원 전원합의체는 전교조 법외노조통보처분취소사건의 판결에서 다음과 같이 설시하면서 헌법재판소의 견해를 수용하며 변화된 입장을 보였다.

> "노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다. 노동조합법 제1조가 '이 법은 헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여' 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 도모함을 목적으로 한다고 규정하고 있는 것도 이러한 차원에서 이해할 수 있다. 특히 노동3권 중 단결권은 결사의 자유가 근로의 영역에서 구

체화된 것으로서(헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2011헌바53 전원재판부 결정 등 참조), 연혁적·개념적으로 자유권으로서의 본질을 가지고 있으므로, '국가에 의한 자유'가 아니라 '국가로부터의 자유'가 보다 강조되어야 한다."(대법원 전원합의체, 2020. 9. 3., 2016두 32992)

위 설시 중 단체행동권도 자유권이라는 점에 대한 명시적 설시는 없지만, 자유권의 특징적 요소라 할 수 있는, 헌법 규정의 직접효력성 및 구체적 권리성이 노동3권에 관한 헌법 제33조 제1항에도 적용됨을 밝힘으로써 이를 간접적으로 인정하였다고 평할 수 있다.

이러한 대법원의 입장 변화는 이제 자유권으로서의 단체행동권, 다시 말해 "단체행동의 자유"란 무엇인가에 대한 연구를 촉구하고 있다. 아래에서는 단체행동권을 자유권으로 파악하는 것을 전제로 단체행동의 자유는 어떤 내용을 지니고 있는지, 기존의 해석론과는 어떤 점에서 차이가 있는지, 현행 제도 중 이러한 자유권적 해석론에 부합하지 않거나 부족한 부분은 무엇이 있고 이에 대해서는 어떤 방향으로의 수정 내지 보완이 필요한가를 시론적으로 살펴본다.

제2절 단체행동의 자유의 의의와 여타 노동3권과의 관계

1. 의 의

단체행동권의 의의에 대해서는 통상적으로 근로자가 근로조건 등에 관한 요구를 관철하기 위하여 사용자에 대하여 근로자들의 결합체인 근로자단체를 통하여 쟁의행위 등 집단적 행동을 할 수 있는 권리를 뜻한다고 설명된다.[13] 그런데 단체행동권을 자유권으로 이해하는 경우에도 위와 같은 의의를 그대로 차용할 수 있을까. 위 의의에는 권리의 주체, 행사목적, 행

13) 노동법실무연구회, 「전주 [노동3권]」, 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 I』, 박영사, 2016, 단락번호 27; 한국헌법학회, 『헌법 주석서 II』, 제2판, 법제처, 2010, 347쪽 참조.

사 상대방, 행사방법 등이 포함되어 있는데, 단체행동권을 자유권으로 해석하는 경우에는 이러한 요소들에 적지 않은 변화가 있을 것이다. 즉 종래의 의의는 논의의 기초로 참고할 수는 있겠지만, 자유권적 성격을 위 의의에서 모두 드러내는 데에는 한계가 있다. 결국 자유권으로서의 단체행동권, 즉 단체행동의 자유에 대해서는 새로운 정의가 필요해 보인다.

2. 여타 노동3권과의 관계

헌법 제33조 제1항은 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."라고 규정하고 있다. 문언상 근로자에게는 단결권, 단체교섭권, 단체행동권이라는 세 가지 종류의 권리가 부여된다. 그러나 단결권, 단체교섭권, 단체행동권이 병렬적으로 하나의 조문에 나열되어 있다는 점에서 이 세 가지의 권리를 하나로 묶어 "노동3권"으로 통칭하고, 예컨대 "노동3권의 법적 성질", "노동3권의 내용" 등의 식으로 이를 통합적으로 설명하는 경우를 많이 볼 수 있다. 여기에 더해 노동3권의 세 가지 권리 중 어떤 권리가 중심을 이루는지에 관한 논의도 수반된다.[14] 이러한 해석론은 노동3권을 구성하는 단결권, 단체교섭권, 단체행동권이 지니는 기능적 연관 관계를 설명하는 데에는 용이한 반면, 개별 권리의 구체적 내용을 독자적으로 파악하는 데에는 미흡한 면이 있다.

노동3권을 자유권으로 이해한다면 이러한 설명 체계에는 어떤 영향을 미칠까. 자유권은 국가의 간섭을 배제하고 해당 권리주체의 의견을 존중한다. 곧 자유를 행사할지 말지에 대한 선택은 권리주체에게 맡겨져 있다. 노동3권의 자유권성을 승인한다면, 이를 구성하는 세 가지의 권리 역시 권리주체가 스스로 취사선택할 수 있을 것이다. 단결권만을 행사할 수도 있고, 단체교섭권이나 단체행동권 역시 독자적으로 판단이 가능하다. 단체교섭권이나 단체행동권을 행사하지 않고 단지 단결권만을 행사하는 것,

14) 단결권 중심설, 단체교섭권 중심설, 단체행동권 중심설이 제시되고 있다. 각 견해에 대한 소개는 노동법실무연구회, 「전주 [노동3권]」, 앞의 책, 단락번호 29 이하 참조.

즉 노동조합을 설립하되 다른 노동3권을 행사하지 않는 것이 어색할 수도 있다. 이러한 어색함이 싫어 그러한 노동조합은 설립이 부인되어야 한다는 견해가 제기될 수도 있다. 그러나 무슨 상관인가? 노동조합을 설립해두고 장기간 동안 단체교섭을 요구하지도 않고, 단체행동을 하지도 않았다 하여 그러한 노동조합을 설립한 근로자를 탓할 권리는 국가는 물론이고 그 누구에게도 없기 때문이다. 무슨 짓(?)을 하더라도 비난받지 않는 것, 그것이 바로 자유의 본질이기 때문이다. 자유권은 이를 행사할 자유뿐 아니라 행사하지 않을 자유도 포함한다. 국가나 사회, 타인에 대해서 어떠한 해악을 끼치지 않는다면 문제될 것이 없다. 단결권을 행사하지 않은 채 단체행동권을 행사하는 것도 가능할 것이다.[15] 요컨대 자유권으로서의 노동3권은 단결권, 단체교섭권, 단체행동권의 상관관계를 구태여 인정하려고 노력할 필요가 없다. 통상적으로 근로자는 노동3권을 연계하여 행사함으로써 이른바 시너지효과를 얻고자 할 것이나, 이렇게 발생하는 상관관계는 근로자의 선택에 의한 결과일 뿐 법적 관계에서 당위적으로 그렇게 해야 하는 것은 아니다. 다시 단체행동권으로 돌아온다면, 단체행동의 자유는 강학상 노동3권으로 분류될 수는 있지만, 그렇다 하더라도 단결권이나 단체교섭권을 뒷받침하거나 이러한 권리가 지향하는 목적권리가 아니라, 그 자체로 독자성을 지닌 기본권이라고 할 것이다.

제3절 단체행동의 자유의 구체적 내용

1. 권리주체

가. 근로자 개인

헌법 제33조는 단체행동권의 주체로 “근로자”를 명시하고 있다. 따라서

15) 이는 단체행동권의 행사주체와 연관된 문제라고도 볼 수 있는데 이에 대해서는 후술한다.

개별 근로자가 단체행동의 자유의 주체가 된다는 점에는 의문의 여지가 없다.[16] 헌법은 근로자의 의미를 명시적으로 밝히고 있지 않은바, 노동조합법상 근로자 외에도 헌법 제33조에 포섭되는 근로자가 인정될 수 있는지, 있다면 그 범주로 예시할 수 있는 자의 범위는 어디까지인지가 관건이다. 이 문제는 헌법이 단체행동의 자유를 보장한 취지를 고려하여 파악하여야 할 것이다.

단체행동권을 포함한 노동3권은 연혁적으로 근대 시민법 원리를 수정함으로써 사회정의 실현 및 노사의 실질적 평등 보장을 통해 근로자의 인권을 보호하기 위해 등장하였다. 이러한 취지는 오늘날에도 여전히 유효하다. 아니 오히려 현대에 들어와서는 근로계약 이외의 노무제공계약이 늘어나 자본에 종속되어 노동을 매개로 생계를 영위하는 자가 늘어나고 있는 등 실질적 평등에 대한 욕구가 더욱 거세지고 있는 실정이다. 이러한 현실에서 노동3권 보장의 필요성은 점차 증대되고 있다. 노무제공자 중에는 스스로 자기자본을 투하하고도 종속적 관계에서 노무를 제공할 수밖에 없는 자들도 있다. 가맹점주가 대표적 예이다. 따라서 이와 같이 종속관계에서 노무를 제공하는 경우라면 헌법 제33조 제1항의 근로자에 포함된다고 해석할 시대적 필요가 생겼다. 이는 자유의 영역을 확대해 나가야 한다는 국가의 의무에 부합한다(헌법전문, 헌법 제37조 제1항 참조). 이러한 관점에서, 비록 근로기준법상 근로자에는 해당하지 않지만 노동조합법상 근로자로 최근 분류된 특수형태근로종사자 외에도, 외형상 자영업자의 모습을 띠고 있는 플랫폼근로자, 사실상 가맹본부에 종속되어 노동을 수행하는 가맹점주 등에게도 단체행동의 자유를 인정하자는 견해는 경청할 가치가 높다.[17] 장면 3에서와 같이 가맹점주는 공정거래위원

16) 이와 관련하여 단체행동권에 사용된 "단체"라는 표현상 2인 이상의 근로자단체만이 단체행동권의 주체가 될 수 있다는 주장이 가능하다. 그러나 아래에서 보는 바와 같이 단체행동권이라는 용어에서의 단체의 의미는 전형적으로 나타나는 단체행동의 자유의 행사방법을 포착한 표현으로, 자유의 행사주체 자체가 단체에 한정된다고 보기는 어렵다. 헌법 문언상으로도 개별 근로자를 단체행동의 자유의 주체에서 배제하는 해석론은 불가능하다.

17) 노동조합법상 조정전치주의는 근로자 측은 노동조합(그 연합체)에게만 조정신청 자격을 부여하고 있고 근로자 개인의 조정신청은 배척한다. 나아가 단체행동의 자유 행사의 전제조건으로 조정전치제도를 강요한다면 단체행동권의 구체적 권

회 소관법률인 가맹사업법의 적용을 받고 있는데, 동법에는 단결권 및 단체교섭권에 유사한 권리는 언급되어 있으나 단체행동권에 대응하는 규정은 존재하지 않는다는 한계가 있는바(법 제14조의2 참조),[18] 단체행동의 자유를 최대한 보장한다는 관점에서 본다면 입법적 개선이 필요하다.

나. 단 체

1) 일반론

현실에서 단체행동권은 개별 근로자보다는 그가 속한 "단체"를 통해서 그 행사가 이루어지는 경우가 일반적일 것이다. 이러한 현실에 착목하여 단체행동권의 의의에 관한 전통적인 견해는 단체행동권은 단체를 통하여만 행사할 수 있는 권리인 것처럼 설명하기도 한다.

리로서의 자유권적 성격에 반한다. 이러한 전제에서 현행 조정제도는 근로자 개인의 단체행동의 자유를 보장하는 데는 미흡하다. 따라서 현행 조정제도는 국가가 고권적 지위에서 강제하는 제도가 아니라 국가가 제공하는 서비스의 일종으로 해석하는 것이 타당하다.

18) 가맹사업법 제14조의2(가맹점사업자단체의 거래조건 변경 협의 등) ① 가맹점사업자는 권익보호 및 경제적 지위 향상을 도모하기 위하여 단체(이하 "가맹점사업자단체"라 한다)를 구성할 수 있다.
② 특정 가맹본부와 가맹계약을 체결·유지하고 있는 가맹점사업자(복수의 영업표지를 보유한 가맹본부와 계약 중인 가맹점사업자의 경우에는 동일한 영업표지를 사용하는 가맹점사업자로 한정한다)로만 구성된 가맹점사업자단체는 그 가맹본부에 대하여 가맹계약의 변경 등 거래조건(이하 이 조에서 "거래조건"이라 한다)에 대한 협의를 요청할 수 있다.
③ 제2항에 따른 협의를 요청받은 경우 가맹본부는 성실하게 협의에 응하여야 한다. 다만, 복수의 가맹점사업자단체가 협의를 요청할 경우 가맹본부는 다수의 가맹점사업자로 구성된 가맹점사업자단체와 우선적으로 협의한다.
④ 제2항에 따른 협의와 관련하여 가맹점사업자단체는 가맹사업의 통일성이나 본질적 사항에 반하는 거래조건을 요구하는 행위, 가맹본부의 경영 등에 부당하게 간섭하는 행위 또는 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 하여서는 아니 된다.
⑤ 가맹본부는 가맹점사업자단체의 구성·가입·활동 등을 이유로 가맹점사업자에게 불이익을 주는 행위를 하거나 가맹점사업자단체에 가입 또는 가입하지 아니할 것을 조건으로 가맹계약을 체결하여서는 아니 된다.

2) 노동조합 중심 논의의 문제점

통상 노동3권을 논함에 있어 행사 주체로서의 단체는 그 의미를 구체적으로 따져보기보다는 "노동조합"만을 중심으로 살펴보는 경우가 일반적이다. 노동조합법은 노동조합에 대해 일정한 경우를 제외하고 원칙적으로 "근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다."라고 정의하고 있다(법 제2조 제4호). 주체, 자주성, 목적성, 단체성이라는 적극요건을 갖추어야 하고, 같은 조항 단서에 해당하지 않아야 하며, 형식적으로 설립신고도 마쳐야 한다. 특히 노동조합법 제7조 제3항은 노동조합법에 의해 설립된 노동조합이 아니면 "노동조합"이라는 명칭을 사용할 수 없도록 규정해 이른바 법내노조가 노동조합이라는 명칭을 독점하도록 하고 있다. 그 결과 현실에서는 단체행동권의 "단체"는 곧 노동조합법상 노동조합을 의미하는 것으로 인식되어, 그 외의 단체도 단체행동권을 행사할 수 있는지에 대한 논의는 쟁의단이나 법외노조에 관한 것 외에는 찾아보기 어렵다. 이러한 논리로 인해 쟁의행위가 발생한 경우 그러한 쟁의행위를 한 자가 과연 노동조합법상 노동조합에 해당하는지에 대한 다툼이 실무적으로 치열하게 이루어지고 있다. 설립신고를 하지 않았다거나, 설립신고를 했다 하더라도 노동조합법상 근로자에 해당하지 않는 자가 가입하였다거나, 조합원이 1인밖에 없다거나, 쟁의행위의 목적이 근로조건 향상을 위한 것인지가 선명하지 않다거나 하는 등의 다툼이 문제되었다.

3) 단체행동권에서의 "단체"의 개념징표

그러나 헌법의 해석이 법률의 규정에 의해 제한되는 것은 헌법과 법률의 위계질서상 용인될 수 없다. 법률의 규정은 헌법해석의 참고가 될 뿐 절대적 기준이 될 수 없는 것이다. 따라서 헌법상 단체행동권의 주체는 노동조합법상 노동조합에 제한되지 않는다. 즉 노동조합이 아닌 단체(소위 법외노조를 포함)의 경우에도 단체행동권의 주체가 된다는 점에서는 의문의 여지가 없는 것이다. 그렇다면 단체의 의미를 구체화하기 위한 시도가 필요하다. 단체란 사전적으로 "같은 목적을 달성하기 위하여 모인

사람들의 일정한 조직체", "여러 사람이 모여서 이루어진 집단"을 의미한다. 이를 바탕으로 어떤 집단을 단체로 인정하기 위한 요소를 추출해보면, 단체란 목적성, 다수성, 계속성, 조직성 등을 갖추어야 한다고 볼 수 있다.[19]

4) 단체행동의 자유의 행사주체로서의 단체

그런데 단체행동권의 주체로서의 단체 개념을 위의 요소를 모두 갖춘 경우로 한정하여 논의할 필요가 있는지는 의문이다. 단체행동권은 앞에서 본 바와 같이 근로자 개인도 주체가 된다는 점, 기본권은 최대보장의 원칙이 적용되는 영역인 점 등에 비추어, 단체행동권을 반드시 위와 같은 요소를 모두 갖춘 단체를 통하여만 행사해야 한다고 엄격하게 볼 필요는 없기 때문이다. 특히 사회권적 성격을 강조하던 시대의 해석론이 아니라 단체행동권을 자유권에 기초하여 이해하기 시작한 시대의 해석론에서는 이러한 최대보장의 원칙이 더욱 빛을 발한다. 앞에서 본 바와 같이 사법부는 대체로 사회권 해석에 소극적인 데 반해 자유권은 매우 적극적으로 해석해 왔기 때문이다. 사회권의 경우, 사회권을 행사하려는 주체에게 과연 국가가 그러한 권리를 인정할 필요성이 있는지, 국가가 그러한 권리행사를 수긍할 능력이 있는지 등을 염두에 둔 해석론이 지배적이었다면, 자유권은 그 방어권적 성격상 굳이 국가가 관여할 필요가 있는가의 관점, 즉 국가의 간섭을 배제하는 것만으로도 충분히 보장할 수 있다는 생각이 강하다. 사회권은 국가의 대상(代償)적 조치에 의해서도 보장이 가능하나 자유권은 원칙적으로 국가가 그 행사방법을 정할 수 없으므로 일반적으로 대상적 조치와는 친하지 않다는 차이도 있다.

---

19) 참고로 판례는 "범죄단체란 일정한 범죄를 범할 공동목적하에 특정의 다수인으로 조직된 계속적인 결합체를 말하고, 계속적인 인적 결합체란 점에서 단순한 다수인의 집합과 다르며, 단체로서의 활동과 내부의 질서유지를 위한 최소한의 지휘·통솔체제가 필수적이라 할 것이고, 나아가 범죄단체도 유기적인 조직체로서의 단체이므로, 비록 합법적인 단체에 비하여 계속적인 결집성이 다소 떨어지고 우두머리의 비중이 상대적으로 크다고 하더라도, 이미 단체로 인정될 정도의 실체를 가진 이상, 단체의 특성상 구성원의 증감변동이나 우두머리의 변경 또는 실세의 변동만으로 단체의 동일성이 바뀐다고 볼 수는 없"(대법원, 2004. 1. 16., 2003도5882 등)다고 하여 단체의 실질에 관해 판시한 바 있다.

5) 단체의 결속 정도에 대한 검토

이러한 입장에서 볼 때, 단체행동권의 행사주체로서의 단체는 다소 느슨한 결속으로도 인정될 수 있다. 그렇다면 이제 단체행동권을 행사하는 단체는 어느 정도로 단단해야 하는지, 혹은 반대로 어느 정도까지 느슨해도 괜찮은지가 관건이 된다. 결속의 정도는 단체의 개념요소인 ① 목적성, ② 다수성, ③ 계속성, ④ 조직성을 얼마나 강하게 요구할 것인지에 달려 있다.

먼저, 목적성의 경우, 단체행동권의 취지를 고려할 때 다른 요건과 달리 필수적으로 요청되는 사항이 있다. 헌법 제33조가 "근로조건의 향상"이라는 단체행동권의 행사목적을 명시하고 있기 때문이다. 다만 이때의 목적성을 어느 단체의 설립목적(예컨대, 정관에 명시된 목적)이나 강령 등과 동일하게 볼 필요는 없다. 여기서 말하는 목적성은 단체행동을 하는 단체의 구체적인 취지가 무엇인지에 관한 것으로, 그 단체의 설립 목적이 무엇이었는지를 따지는 것은 아니다.[20] 즉 단체의 형식을 갖추고 그들이 주장하는 의제가 근로조건 향상에 관한 것인지가 중요할 따름이다. 다만 근로조건의 향상이라는 목적이 특정 근로자 개인에 한정된 경우라면 이를 인정하기는 어렵다. 노동3권은 사회정의 및 근로대중의 지위향상을 목적으로 근로자들의 연대에 기초한 권리라는 점에서, 단체행동을 하는 단체가 추구하는 목적은 적어도 다수의 근로자에게 적용될 가능성, 다시 말해 연대의 가능성이 있는 것이어야 한다.[21]

다음으로 다수성의 경우 통상 2인 이상이라는 의미로 이해하나, 앞에서 본 바와 같이 단체행동권이 본질적으로 근로자 개인의 권리라는 점에 비추어 볼 때 1인 단체도 부정할 필요는 없다.[22] 사회적으로 대표적인 단체라 칭해지는 회사의 경우에도 1인 회사가 인정된 지 오래되었다. 다만, 이러한 1인 단체의 경우에는 그 주장하는 바가 특정 1인의 이익에 국한된

20) 예컨대, 사내 야구 동호회 모임을 통해 임금인상을 요구하게 된 경우를 생각해 보자.

21) 예컨대, 오로지 특정 근로자 개인의 임금인상을 요구하는 단체행동은 인정되지 않는다.

22) 최근의 스타벅스 사건과 같이 의사연락 없는 개별 근로자의 동일한 목적의 행동도 단체행동으로 포섭될 수 있다.

것이라면 위 ① 목적성의 요건이 탈락하여 단체행동의 자유가 아니라 개인의 일반적 행동의 자유 수준에서 보호받게 될 것이다. 장면 4의 턱수염을 기르며 취업규칙에 저항한 근로자의 경우도 해당 규정의 폐지가 다른 근로자의 근로조건에 영향을 미친다는 점에서 일반적 행동의 자유를 넘어 단체행동의 자유 영역에 포섭될 수 있다.

세 번째로, 계속성 요건의 경우에도 반드시 특정 단체가 일정 기간 동안 계속 존재할 것을 전제로 삼을 필요는 없다고 본다. 근로조건의 향상이라는 주제는 헌법에 명시될 정도로 영속적 성격을 가지고 있으나 구체적 현실에서는 지엽적이거나 세부적인 쟁점의 형태로 일시적으로 구체화되는 경우도 많기 때문이다. 따라서 특정 목적을 달성하기 위해 한시적으로 단체가 구성되는 경우에도 단체행동의 자유를 누리는 데 장애가 되지 않는다.

네 번째로, 조직성의 경우 유기적인 의사결정체계를 갖추고 있어야 하는지가 문제된다. 조직성은 대체로 일정 규모 이상의 근로자가 가입한 경우에 문제되는 것으로 소규모의 단체의 경우에는 단체의 의사를 결정하기가 용이하다는 점에서 특별히 문제될 여지는 없다. 구체적인 근로조건에 대한 요구사항을 결정할 수 있는 정도라면 충분한 것이다.

이상의 점을 정리하면 단체행동의 자유를 누리는 "단체"는 그 결속의 정도가 낮더라도 무방하다. 이러한 점에서 전통적으로 논란이 되었던 쟁의단과 같이 매우 느슨한 수준의 연대체를 통한 단체행동권 행사 역시 인정된다. 더 나아가 근로조건의 향상을 명목으로 주장하는 사항이 다수의 근로자에게도 보편적으로 적용가능한 것이라면 1인의 경우도 허용된다. 이러한 보편적 쟁점을 주장하는 경우에는 당장은 1인에 의한 단체행동이지만 그에 동의하는 타인의 참여를 이끌어낼 여지가 있기 때문이다. 행동의 자유는 행동을 어떻게 할 것인지에 대한 방법 결정의 자유를 포함하는바, 단체행동권을 반드시 단체로 행사하도록 강제하는 것은 단체행동의 자유의 본질에 부합하지 않는다. 대는 소를 포함한다. 개인이 행사할 수 있는 권리라면 여러 개인의 연대로 형성된 단체도 행사가 가능하며, 이때 단체의 결속 정도가 느슨하다 하더라도 그 행사에 장애가 되지 않는다. 이러한 관점에서 단체행동의 자유는 근로조건의 향상이라는 목적하

에 특별한 보장을 받는 일반적 행동의 자유의 특수한 형태라고 이해할 수 있다.

6) 느슨한 연대체에 의해서도 구현되는 단체행동의 자유

1인에 대해서도 인정되는 자유라면 그 이름을 "단체행동"이라고 붙이는 것이 타당한가 하는 의문이 들 수도 있다. 그러나 특정 개념에는 그 개념이 생성되고 발전한 연혁이 내포되어 있기 마련이고, "단체행동"이라는 용어도 그러한 역사성 속에서 형성된 개념이므로 단체의 결속 정도가 느슨하다 하더라도 명칭 사용에 문제가 되지는 않을 것이다. 1인에 의한 단체행동을 법리적으로 인정한다 하더라도 실제 현실에서의 단체행동은 여전히 통상적 의미의 단체, 그중에서도 노동조합에 의해서 행사되는 경우가 더 많을 것이기 때문이다. 즉 단체행동의 "단체"는 이 자유의 주체를 의미하는 것이 아니라 현실에서의 대표적 발현 모습을 포착한 표현인 것이다.

그렇다면 느슨한 연대, 더 나아가 단체 자체를 구성하지 않은 1인에 의해서도 단체행동권의 행사가 가능하다면 이제 단체행동권은 단결권을 반드시 전제로 한 개념으로 파악할 필요가 없게 된다. 단체행동권의 행사를 통해 단결체가 형성될 수도 있으므로[23] 선후관계나 선행조건적 관계를 요하지 않게 되는 것이다.

장면 1의 사례에서 스타벅스 "파트너"들은 익명 앱인 "블라인드"를 통해 의견을 교류하고 시위에 나섰다. 이들은 자신들 스스로 노동조합을 원하지 않았으며, 시위의 경위에 비추어 볼 때 트럭시위를 통해 사용자에게 열악한 근로환경의 개선을 요구하는 것 이상을 요구하지는 않은 것으로 보인다. 즉 노동조합과 같은 결속을 가지지 않으므로 조직성도 희박하고, 계속적이지도 않다. 공간적으로 함께 모이지도 않아 전통적 의미의 쟁의단이라고 명명하기도 어색하다. 그저 다수의 "파트너"들이 근로환경 개선

23) 1인의 단체행동에 제3자가 참여하게 되는 경우를 생각해 보자. 처우 개선을 요구하며 어느 근로자가 피케팅을 시작했는데 시간이 흘러 다른 동료 근로자가 동참하는 경우가 그러하다. 이 경우 피케팅 자체가 동료 근로자의 참여를 유인한다는 점에서 단체행동권의 행사이면서 동시에 단결권을 행사한 것으로 해석하는 것도 가능하다.

이라는 공통의 목적을 가지고 제3자를 이용하여 시위를 했을 뿐이다. 그 실질에 있어서 장면 1의 트럭시위는 스타벅스 "파트너"들이 주체가 되어 느슨한 연대체를 구성하고 이를 통해 근로조건의 향상을 요구한 것이라는 점에서 헌법상 단체행동권의 목적에 부합하고 그 방법 역시 적절한바 이를 단체행동의 자유에서 배제할 이유를 찾아보기 어렵다. 비록 어느 근로자가 노동조합을 혐오하는 등 개인의 성향상 노동조합 활동을 하지 않는다 하여 그가 자신의 근로조건 향상 요구 자체를 포기한 것이라 볼 수는 없다. 단체행동의 자유가 단결의 자유를 전제로 하지 않는다면 이러한 근로자의 근로조건 향상을 위한 행동 역시 일반적 행동의 자유보다 더 강한 보호를 받을 수 있다.

한편 노동조합의 승인 없이 또는 그 지시에 반하여 조합원이 쟁의행위를 하는 소위 비공인파업(wildcat strike)과 관련하여 종래의 판례는 이를 부정적으로 보아 왔다.[24][25][26] 그런데 단체행동의 자유의 관점에서 그 행사주체를 근로자 개인 내지 느슨한 연대체로 본다면 비공인파업 그 자체를 위법하다고 보기는 어렵다. 단체행동의 자유는 주장하는 이슈가 중심이 되며 주체의 요건은 느슨하기 때문이다. 조합의 방침을 따르지 않는

---

24) 대법원, 1995. 10. 12., 95도1016; 대법원, 1997. 4. 22., 95도748; 대법원, 1999. 9. 17., 99두5740.

25) 비공인파업에 대한 견해 소개는 노동법실무연구회, 「제37조」, 앞의 책, 단락번호 19 이하 참조.

26) 그러나 최근 대법원은 노동조합의 일부를 구성하는 노동조합 지회의 조직변경을 다음과 같은 이유를 제시하며 인정한 바 있다. "산업별 노동조합의 지회 등이더라도, 실질적으로 하나의 기업 소속 근로자를 조직대상으로 하여 구성되어 독자적인 규약과 집행기관을 가지고 독립한 단체로서 활동하면서 조직이나 조합원에 고유한 사항에 관하여 독자적인 단체교섭 및 단체협약체결 능력이 있어 기업별로 구성된 노동조합(이하 '기업별 노동조합'이라 한다)에 준하는 실질을 가지고 있는 경우에는, 산업별 연합단체에 속한 기업별 노동조합의 경우와 실질적인 차이가 없으므로, 노동조합법 제16조 제1항 제8호 및 제2항에서 정한 결의 요건을 갖춘 소속 조합원의 의사 결정을 통하여 산업별 노동조합에 속한 지회 등의 지위에서 벗어나 독립한 기업별 노동조합으로 전환함으로써 조직형태를 변경할 수 있다."(대법원 전원합의체, 2016. 2. 19, 2012다96120)
이러한 조직변경이 가능한 지회라면 노동조합의 의사에 반하는 쟁의행위를 할 수 있다는 해석론도 가능한바, 근로자 개인이 단체행동의 자유를 온전히 누릴 수 있다는 전제에 선다면, 노동조합의 조합원 개인이 독자적으로 단체행동에 속하는 행위를 하는 것도 인정된다고 보아야 할 것이다.

조합원에 대해서는 조합의 내부통제권 행사를 통해 제재하면 족하며, 이 때문에 조합원 개인의 자유까지 제약하는 것은 자유권으로서의 단체행동권의 성격에 반한다고 볼 것이다.

7) 단체행동의 자유에 있어 노동조합의 지위

장면 1과 같이 느슨한 연대체에 의한 단체행동을 인정하는 경우 장차 노동조합은 불필요해질 것이라는 주장이 제기될 수 있다. 그러나 단체행동의 효과를 극대화하는 것은 근로자의 선택과 전략에 달려 있는바, 노동조합은 여전히 이러한 효과를 얻기에 가장 유용한 제도적 수단이 될 것이다. 나아가 규제 위주의 현행 노동조합법을 개정하여 노동조합의 활동을 정책적으로 장려할 필요도 있다.

2. 행사방법

가. 행위태양

단체행동의 자유는 행위주체가 어떠한 방식으로 단체행동을 할 것인지를 보장한다. 즉 태업, 보이콧, 피케팅, 연좌농성, 파업과 같은 방식은 물론이고 동맹파업, 휴가 사용 등 근로조건 등에 관한 요구를 관철하기 위한 근로자의 행동이라면 행위의 방식이나 태양은 원칙적으로 문제되지 않는다.

종래의 전통적인 단체행동은 공장제 근로를 전제로 한 경우가 많다. 그러나 현대에 접어들어 IT기술 발달로 인터넷 웹서비스, SNS와 같은 사회관계망이 널리 활용되면서 단체행동의 태양 역시 기존과 다른 새로운 방식으로 이루어질 수 있다. 글이나 영상을 게시하는 것뿐만 아니라 이를 리트윗하거나 댓글, 좋아요 등을 다는 행위라도 근로조건 향상을 목적으로 하고 있다면 충분하며 그 형식은 중요하지 않다.

장면 1의 스타벅스 “파트너”들의 경우 익명 앱인 블라인드로 내부적인 소통을 하고 광고트럭을 빌려 자신의 요구사항을 표출하였다. 장면 2에서와 같이 근로조건과 관련한 일정한 사건에 대해 추모하는 행위, 그에 대

해 인터넷상에서 게시판을 작성하거나 이에 댓글을 다는 행위도 표현의 자유를 넘어 단체행동의 자유로도 보호될 수 있다.

근로조건의 향상을 요구하는 의사표시는 "의사표시"라는 형식에 방점을 둔 표현의 자유 영역보다 "근로조건 향상"이라는 내용에 방점을 둔 단체행동의 자유가 더 밀접한 관련을 가진다. 종래의 입장에서 근로자 개인이 다는 댓글을 "단체" 행동이라고 볼 수 없다는 견해도 있겠지만, 앞에서 본 바와 같이 단체행동의 자유에서 단체성은 자유의 영역으로 들어온 순간 의미가 희석되어 결속의 정도가 느슨해진다. 단체성은 표현한 내용에 동의하는 사람을 통해 사후적으로도 얼마든지 획득될 수 있고 단체성이 없다는 이유로 보호를 소홀히 할 수 없기 때문이다.[27]

한편 조합활동이라는 테마로 논의되는 노동조합 활동의 경우에도 단체행동의 자유의 범위에 속하는 행위라고 볼 것이다.[28]

나. 업무저해성의 요부

단체행동권은 현행 해석론 체계하에서는 통상 노동조합법상 쟁의행위의 개념을 통해 설명되는 경우가 있다. 즉 단체행동권을 쟁의권과 일치시켜 이해하려는 입장이라고 볼 수 있는데, 이러한 해석론은 단체행동권을 자유권으로 이해하는 경우에는 정합성이 떨어진다. 노동조합법은 쟁의행위를 "파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 말한다."라고 규정하고 있다(제2조 제6호). 이러한 쟁의행위의 정의 규정은 업무저해성을 개념요소로 삼고 있어 단체행동의 자유와 관련하여 다음과 같은 문제가 발생한다.

---

27) 근로자 개인이 근로조건의 향상을 주장하는 글을 게시판에 쓰는 것은 1인의 행동이므로 표현의 자유의 영역이고, 여기에 누군가 동의한다는 댓글을 달면 같은 내용을 주장하는 사람이 2명이 되어 단체행동의 자유로 보자는 것은 기본권의 최대보장에 부합하지 않는다.

28) 조합활동을 단결을 위한 활동으로 보아 이를 단결권의 행사로 보더라도 무방하다. 단결권 강화는 단체행동과 밀접한 관련이 있기 때문에 구태여 이를 구분할 실익이 있는지 의문이다.

노동조합법상 쟁의행위는 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위이어야 하나, 단체행동을 자유권으로 이해한다면 단체행동이 반드시 업무저해성을 가질 필요는 없다. 근로조건을 관철하기 위한 행위를 하는 것 그 자체가 근로자의 자유에 맡겨져 있으므로 그러한 행위의 효과로서 업무저해성이 발생하였는지는 문제가 되지 않는다. 업무저해성이 없지만 사용자의 다른 법익(그것이 법익이 아니어도 상관없다)과 관련하여 갈등을 일으키고 그러한 갈등을 통해 사용자에게 압박을 가할 수 있는 행동유형은 얼마든지 존재한다. 업무저해성이 없는 행위라고 하여 구태여 단체행동의 자유의 영역이 아니라고 배제할 필요는 없다. 업무저해성이 없는 행위에 대해서도 사용자는 얼마든지 이를 근거로(명목상의 이유로 제시하는 경우는 드물겠지만) 불이익 처분을 할 수 있으므로 이러한 경우에 대한 보호도 필요하기 때문이다.

다. 일신전속성 유무

단체행동은 반드시 근로자 본인이 행사해야 하는가? 국가의 조력을 요하는 사회권의 경우에는 그러한 입론이 가능할 수 있겠지만, 자유권으로서의 단체행동은 반드시 그러할 필요가 없다. 제3자를 이행보조자로 활용하는 것은 관념적으로 인격을 부여받는 단체의 속성상 필연적으로 허용된다고 보아야 한다. 제3자에게 의사결정을 위임하는 것도 특별한 사정이 없는 한 허용된다.

근로자 본인은 노무를 제공하면서 제3자를 이용하여 피케팅을 하는 것을 굳이 막을 필요는 없다. 본인이 직접 할지 타인을 사용할지 역시 자유에 따른 선택의 문제이기 때문이다. 장면 1의 스타벅스 “파트너”들도 직접 트럭을 운전하지는 않았다. 그렇다고 하여 이를 단체행동권 행사가 아니라고 보기는 어려워 보인다. 그들은 자신의 의견을 관철하기 위한 최적의 방법을 스스로 숙고하여 결정한 것이므로 그들의 행동을 존중해 주는 것이 자유권의 성격에 부합하기 때문이다.

다만, 타인을 사용하는 과정에서 법적 책임이 문제되는 경우 근로자가 이에 대해 책임을 져야 함은 물론이다. 형사처벌은 행위자를 처벌하는 것

이 원칙이므로 이행보조자 내지 이행대행자가 근로자 본인의 의도와는 다르게 폭력이나 파괴행위에 나아간 경우 그 실제 행위자는 물론이고 근로자 본인도 공범으로서 책임을 부담할 수 있다.

라. 단체행동 방식의 한계

단체행동의 방식에 원칙적으로 제한이 없다고 하더라도 내재적 한계는 존재한다. 즉 현행 노동조합법상 금지되는 폭력이나 파괴행위의 경우 단체행동의 자유를 인정하더라도 여전히 허용되지 않으며, 이러한 행위를 한 경우에는 권리남용으로 보아 단체행동권 행사에 수반되는 일반적 효력이 부인된다.

3. 행사시기

단체행동의 자유를 행사함에 있어서 그 행사시기도 원칙적으로 특별한 제한이 없다. 근로자가 단체행동의 자유를 향유한다는 사실에는 자신이 원하는 시기에 이를 행사할 자유 역시 내재되어 있기 때문이다.

단체행동권의 해석론 중에는, 단체행동권은 교섭이 결렬된 경우 최후의 수단으로 행사하여야 한다는 견해가 있다. 이러한 견해는 단체행동권을 쟁의행위 개념과 연계하여 쟁의행위의 업무저해적 성격을 염두에 둔 것으로 볼 수 있다. 그러나 이러한 입장은 단체행동권의 자유권적 성격에 부합하지 않는다. 단체행동의 자유는 업무저해성 유무와는 관계가 없다는 점에서 쟁의행위의 개념을 포괄하기 때문이다. 자유권의 정수는 그 권리주체의 의사를 존중하고 국가가 특별한 관여를 하지 않는다는 데 있음은 앞에서 여러 번 강조한 바 있다. 근로조건의 관철을 위해서 어느 시점에 단체행동을 하는 것이 자신에게 가장 유리한지 스스로 결정할 권리가 근로자에게 유보되어 있는바, 그러한 시기는 반드시 단체교섭이 결렬된 이후일 필요는 없으며 단체교섭이 진행 중이거나 혹은 그 전이라도 무방할 것이다. 시기에 대한 제한 그 자체가 단체행동의 효력을 저해함은 자명하기 때문이다. 단체행동권의 최후수단성은 마치 헌법상 저항권 논의

에 비견되어 설명되기도 한다.[29] 그런데 단체행동권의 최후수단성을 인정한다면, 근로자의 근로조건 향상 요구에 대해 사용자가 이를 거부할 자유를 행사한 이후에야 비로소 단체행동권 행사가 가능하다는 점을 수긍하게 되는 결과가 된다. 즉 단체행동권을 사용자의 합의 거부에 대한 조건부 권리로 전락시킨다. 그런데 단체행동의 자유는 실질적 평등을 달성하기 위한 수단으로서 실질적 평등은 최후의 순간에야 비로소 도달할 수 있는 것이 아니라 늘 일상적으로 달성되고 있어야만 한다. 따라서 단체행동권의 최후수단성을 인정한다면, 실질적 불평등을 마지못해 시정하겠다는 결과가 된다는 점에서, 자유권의 관점에서는 용인하기 어렵다.

다만 원론적인 관점에서 근로자의 단체행동이 사용자의 기본권과 상충하는 경우에는 양자 간의 조화는 필요하다. 단체행동의 목적이 되는 내용과 단체교섭과의 관계, 단체교섭 시점과의 이격 여부 등이 이러한 기본권 조화 과정에 영향을 미칠 수는 있을 것이나, 이는 기본권 충돌을 해결하는 일반론에 불과할 뿐 단체행동의 자유에 고유한 문제라고 보기는 어렵다.

4. 행사절차

가. 원 칙

자유권의 행사에는 원칙적으로 특별한 절차를 요하지 않는다. 다만 단체행동권을 단체가 행사하고자 하는 경우 단체 내부적인 의사결정절차는 단체법의 법리상 응당 지켜져야 한다. 이와 관련하여 노동조합법상 노동조합에 적용되는 단체행동을 하기 위한 절차규정들이 여느 일반적인 단체의 의사결정 절차 이상의 것을 요구하여 단체행동을 실질적으로 제약한다고 볼 수 있다면 위헌 논란이 발생할 수 있을 것이다.

29) 한국헌법학회, 앞의 책, 348쪽.

나. 조정전치주의와의 부정합성

단체행동을 함에 있어 국가가 그 행사절차를 규정하는 경우는 어떠한가. 현행법상 조정전치주의 내지 과거의 직권중재제도가 그러한 예가 될 수 있다. 국가의 관여를 배제하는 것이 자유권의 핵심인바, 다른 기본권과 충돌의 여지가 있다면 국가의 절차적인 관여는 일응 가능할 것이다.

그러나 그러한 관여의 정도는 단체행동이 발휘하는 효과의 정도나 폭에 따라 완급 조절이 되어야 한다. 직권중재제도와 같이 단체행동권 행사를 원천적으로 배제할 수 있는 가능성이 내포된 제도는 헌법에 위반된다고 보아야 한다.

한편 노동조합법은 조정전치주의를 채택하고 있어 노동쟁의가 발생한 때에는 노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 일정한 절차를 거쳐야 하며 이를 거치지 아니하면 쟁의행위를 행할 수 없다(법 제45조). 자유권으로서의 단체행동권은 앞에서 본 바와 같이 업무저해성을 필수요소로 하지 않으므로 행위의 유형이 매우 다양하고 정형화되어 있지 않은바, 사용자에게 미치는 현실적 효과 역시 스펙트럼이 대단히 넓다. 따라서 조정전치주의의 적용대상이 되는, "근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태"는 일상적으로 발생할 수 있고, 경우에 따라서는 잠재적 불일치 또는 도드라지지 않는 불일치 상태로도 존재할 수 있어, 노사 당사자가 인식하지 못하고 있는 경우도 존재할 수 있다. 자유권으로서의 단체행동권은 "단체"의 행동보다는 "의제"를 중심으로 행사여부가 판단된다는 점에서 주장의 불일치 상태도 그만큼 다양해지는 것이다. 이에 주장의 불일치에 대해 필수적으로 조정을 하도록 강제하는 규정은 단체행동의 자유와 체계적으로 정합성을 가지기 어렵다. 따라서 노동조합법상의 조정제도는 단체행동의 자유와 조화되기 위한 수정이 필요하다.

이를 위해서는 조정제도가 기본권 충돌을 완화하는 국가 차원의 서비스로 자리매김되는 방법을 고려해 볼 필요가 있다. 이미 사인 간의 분쟁을 해결하기 위한 각종 조정제도가 여러 분야에 설치되어 대국민 서비스로 운영되고 있는바, 노동쟁의 조정제도 역시 이러한 임의적 제도로서의 기능을 수행하면 될 것이다.[30] 특히 현행 조정제도는 노동조합과 사용자

또는 사용자단체가 조정신청을 할 수 있도록 규정하고 있는바, 근로자 개인이나 느슨한 연대체의 경우에도 단체행동의 자유를 누린다면 이들에게도 조정제도를 이용할 수 있도록 해야 단체행동의 자유를 누리는 주체들에게 공평한 서비스 제공이 될 것이다. 이러한 조정제도 이용주체의 확대는 현재의 조정전치제도와는 어울리지 않으므로 결국 임의적 제도로의 전환이 필요할 것이다.[31]

제4절 단체행동의 자유의 효력

1. 일반적 효력

근로자가 단체행동의 자유에 기초하여 단체행동에 나아간 경우, 그러한 행위는 헌법상 기본권에 근거하고 있으므로 적법한 행위로 간주된다. 따라서 근로자의 단체행동은 원칙적으로 형사상 범죄행위를 구성하거나 민사상 불법행위책임이나 채무불이행책임을 발생시키지 않으며, 설령 손실을 유발한다 하더라도 이에 대한 보상책임을 지지 않는다.

한편 사용자는 근로자가 단체행동으로 나아감에 있어 요구한 사항에 구속되지 않음은 물론이다. 근로자의 요구사항에 응할지 여부는 오로지 사용자의 자유의사에 달려 있다. 원칙적으로 근로자가 단체행동을 수반

30) 조정전치주의를 서비스로 이해할 때, 개인의 단체행동권 행사에 대해서도 분쟁해결을 지원하는 제도를 따로 두는 것이 바람직하다. 이러한 예는 임대차, 소비자분쟁 등 다양하게 존재하고 있다. 공통점은 모두 임의제도라는 점이다.

31) 이와 관련하여 현행법상 근로자 개인이나 쟁의단 등 느슨한 연대체 혹은 법외노조가 노동위원회에 조정신청을 할 수 있는지가 문제된다. 생각건대 헌법 제33조 제1항의 보장과 관련하여 노동위원회가 가장 밀접한 국가기관인 점에 비추어 노동위원회가 이러한 자들의 조정신청에 응하여 조정을 실시하는 것은 가능할 것이다. 만약 사용자가 임의로 참여하여 조정이 성립된다면 이는 당사자 간의 합의라는 점에서 해당 사안의 성격에 따라 단체협약 내지 기타 민사상 합의로서의 효력을 가질 수 있다. 다만 상대방인 사용자를 조정에 참석하도록 강제할 법적 근거가 없다는 한계가 있다.

하여 한 요구는 사용자에 대한 관계에서 거부할 수 없는 불가항력 내지 의무 없는 행위를 할 것을 요구하는 이른바 강요로도 해석되지 않는다.

2. 국가에 대한 효력

가. 자유권의 방어적 성격에 기인한 효력

자유권의 측면에서 국가는 단체행동의 자유를 보장할 의무를 부담한다. 여기에는 근로자의 단체행동에 대한 국가의 개입이 금지되는바, 합리적 이유 없이 근로자의 단체행동권 행사를 제한 또는 금지하는 입법은 허용되지 않는다. 이러한 입법금지의무에는 단체행동권 행사를 범죄행위로 간주하여 형사처벌을 받도록 하거나 그러한 해석이 가능한 법률의 제정·시행을 금지하는 것도 포함한다. 나아가 그러한 조치를 수반하는 행정명령을 하거나, 근로자의 단체행동을 저지하려는 사용자의 공·사법적 행위에 조력하는 것도 허용되지 않는다.

나. 적극적 보장을 위한 효력 - 부당노동행위제도 개선

한편 현대의 자유권은 국가가 개인의 자유권 행사를 단순히 방임하는 것에서 나아가 그러한 자유를 실질적으로 행사할 수 있는 여건을 조성할 의무를 부과한다. 이에 따라 국가는 단체행동의 자유를 효과적으로 행사할 수 있는 제도를 갖추어야 한다. 이를테면 근로자의 단체행동권 행사를 용이하게 할 수 있는 제도를 정비하고 이를 지원하기 위한 정책을 실시해야 한다.

아울러 단체행동권은 사용자를 상대방으로 한다는 점에서 사용자에 의한 침해행위를 예방하거나 침해가 발생한 경우 효과적으로 구제할 수 있는 제도를 갖추어야 한다. 노동조합법 제81조는 사용자의 노동3권 침해행위를 유형화하여 부당노동행위로 규정하고 있는데, 이 중 제5호는 “근로자가 정당한 단체행위에 참가한 것을 이유로” 사용자가 불이익 취급을 하는 경우에 구제명령을 발하거나 형사처벌을 할 수 있도록 규정하고 있

다. 그러나 현재의 부당노동행위제도가 충분히 그 역할을 수행하고 있는지에 대해서는 재검토가 필요하다. 자유권으로서 보장의 정도가 높아진다면 그에 상응하도록 보호 수준을 높여야 하기 때문이다. 이를 위해 부당노동행위의 성립과 관련하여 판례가 요구하고 있는 부당노동행위의사를 성립요건에서 배제하거나 추정하는 방안을 고려해 볼 수 있다. 자유권은 기본권 중에서도 기본인 권리로 그 침해에 대해 별도의 주관적 요건을 추가로 요구할 필요는 없기 때문이다.

이에 더해 현재 부당노동행위의 주체는 사용자에 한정되고 있는바, 사용자가 아닌 제3자도 단체행동의 자유를 침해할 소지가 있다는 점에서 제3자의 경우에도 그 성립을 긍정하는 입법을 검토할 필요가 있다. 이러한 제3자의 예로는 노동조합이나 여타 근로자 개인 혹은 원하청관계에서의 원청이 있다.

한편 가맹점주의 경우 자유권인 단체행동의 자유를 누리는 헌법 제33조 제1항의 근로자에 해당하지만 현행법상 가맹사업법의 적용대상으로 분류되어 실질적으로 단체행동의 자유를 보장받고 있지는 못한 실정이다. 단체행동에 관한 면책 규정을 명시하고 있지 않기 때문이다. 그리고 가맹사업법은 장면 3과 같이 가맹본부가 가맹점사업자단체의 구성・가입・활동 등을 이유로 가맹점주에게 불이익을 주는 행위를 한 경우 시정명령 또는 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고 있어 노동조합법상의 부당노동행위와 처벌의 결을 달리하고 있기도 하다(가맹사업법 제14조의2 제5항, 제33조 제1항, 제35조 제1항).

이와 관련하여 형사처벌 외에도 과징금, 징벌적 손해배상 등 노동3권 보장에 보다 적합한 정책수단을 유연한 관점에서 재검토하여 입법적 개선방안을 모색해 볼 필요가 있다. 그동안의 부당노동행위 처벌 관행에 비추어 볼 때 형사처벌의 엄격성이 소극적 처벌로 이어져 노동3권 보장을 오히려 저해한 면도 있기 때문이다.[32] 단체행동의 자유는 근로조건에 대

32) 이를테면 노동위원회가 부당노동행위 구제명령을 함에 있어 부당노동행위에 관한 형사처벌의 판단기준을 그대로 원용한다면, 행정적 판단기준이 사법적 판단기준으로 전화되어 구제명령을 발하는 데 소극적이 될 소지가 있다. 이는 구제명령의 실효성 확보 과제와도 연결된다.

한 다양한 욕구를 바탕으로 다양한 행위태양으로 표출될 것인바, 형사처벌을 통한 위하만으로는 최대한의 보장을 도모하는 데 한계가 있을 것이라는 점을 인식할 필요가 있다.

3. 사용자에 대한 효력

사용자는 근로자의 단체행동의 자유의 직접 상대방인바, 근로자의 단체행동의 자유를 존중하고 수인할 의무가 있다. 따라서 근로자가 단체행동을 하였음을 이유로 불이익 취급을 하여서는 아니 된다. 이를 위반한 사용자의 단체행동권 침해행위는 노동조합법상 부당노동행위에 해당하여 행정상 및 형사상 제재를 받게 된다. 이에 더해 민사상으로도 부당노동행위 피해자에 대하여 불법행위책임을 진다.

근로자의 단체행동의 자유 행사는 일응 적법한바, 그러함에도 명확한 근거 없이 업무방해죄로 고소하거나 혹은 손해배상청구 및 그에 대한 보전적 처분을 신청하는 경우에는 각각 무고죄나 권리남용에 해당할 가능성이 현행 해석론하에서보다는 높아질 것으로 예상된다. 이러한 점에서 사용자의 신중한 대응이 필요하다.

제5절 단체행동의 자유에 대한 제한

1. 개별적 법률유보

헌법 제33조 제2항은 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다고 하며, 제3항은 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다고 하여 단체행동권에 대해 법률을 통한 제한 내지 배제를 명문화하고 있다. 이에 따라 공무원의 경우 원칙적으로 단체행동권이 부인되고 있고(공무원의 노동조합

설립 및 운영 등에 관한 법률 제11조; 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제11조), 일정한 주요방위산업체에 종사하는 근로자 중 전력, 용수 및 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 자에 대한 쟁의행위가 금지된다(노동조합법 제41조 제2항). 다만 이와 같이 개별적 법률유보는 어디까지나 법률에 의한 제한이 가능하다는 것에 불과할 뿐, 실제 제한을 함에 있어서는 권리의 성격, 여타 근로자에 대한 보장 정도 등을 고려하여야 한다. 단체행동권이 자유권으로서 인정된다면 법률유보의 대상으로 열거된 근로자들에 대해서도 제한의 폭은 좁아져야 할 것이다.

2. 일반적 법률유보

단체행동의 자유도 기본권이라는 점에서 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률로써 제한이 가능하다. 즉 과잉금지원칙, 비례원칙 등에 의한 한계를 준수하는 범위 내에서 일응의 제한은 허용된다. 다만, 그러한 경우라도 단체행동의 자유의 본질적 내용을 침해하는 것은 인정되지 않는다.

현행 노동조합법은 노동조합의 조합활동에 관한 의사결정, 쟁의행위를 위한 내·외부적 절차 등에서 여느 단체의 의사결정보다 강화된 형태의 제한 규정을 두고 있는바, 이러한 조항들은 단체행동권의 자유권적 성격의 관점에서 재검토가 필요하다. 특히 공무원이 아닌 사립학교 교원의 쟁의행위가 금지되며, 노동조합법상 필수유지업무 종사자에 대해서도 쟁의행위가 사실상 금지되는 등 단체행동권의 본질적 내용을 침해하는 소지가 있는 제한이 규정되어 있는바, 단체행동의 자유를 인정한다면 이에 대한 재검토가 필요하다.

3. 타인의 기본권 행사와의 조화

단체행동권의 행사로 인하여 타인의 기본권 행사에 제약이 발생하는 경우, 혹은 타인의 기본권 행사로 근로자의 단체행동권 행사가 제약되는 경우 이를 조화하기 위한 해석론이 필요하다. 원칙적으로는 헌법상 기본

권 충돌 내지 경합에 관한 이론이 적용된다. 이 경우에는 문제가 되는 당사자의 지위와 문제되는 기본권의 밀접성 등이 고려된다.

단체행동의 자유는 개념적으로 사용자에 대한 현실적 방해까지도 염두에 두고 인정되고 있다. 따라서 이를 행사하는 과정에서는 사용자뿐 아니라 제3자의 권리에 영향을 미치는 경우가 빈번할 것인바, 이를 상대방과의 관계에 따라 유형화하면 단체행동의 직접상대방, 간접상대방, 이해관계인, 제3자로 구분할 수 있다.

먼저, 직접상대방은 단체교섭의 상대방으로서, 특별한 사정이 없는 한 단체행동권 행사에 대한 상당한 수준의 수인의무가 있다. 특히 계약관계를 직/간접적으로 매개하여 타인의 노동을 이용하는 사용자와 같은 노무수령자는 단체행동권이 그러한 노무제공에 부수되어 있는 권리임을 스스로 용인하고 노무를 제공받고 있다는 점, 단체행동권은 필연적으로 사용자에 준하는 자의 불편을 전제로 하고 있다는 점 등에서 단체행동권 행사 및 그에 부수하는 효과에 대한 상당수준의 예견가능성을 가지고 있다. 따라서 이러한 자의 기본권이 제약받는다는 사실 자체만으로 단체행동의 자유를 제한하거나 혹은 이를 저지할 수 있는 것은 아니다.

다음으로, 간접상대방은 이른바 간접고용관계를 이용하는 자와 같이 노무제공관계에서 간접적 지위에 있는 원청사업주가 대표적이다.[33] 간접상대방도 자신의 선택에 의해 그러한 간접적 노무제공관계를 구축하였고 이를 통해 이윤획득의 기회를 얻으며 해당 노무제공관계에 어느 정도의 영향력을 행사한다는 점에서 단체행동의 자유를 수인할 의무가 있다. 다만 해당 근로자의 노무제공관계에 관여할 수 있는 실질적 정도에 따라 수인의 정도는 달라질 것이다.

세 번째로, 이해관계인에 속하는 예로는 일반소비자, 원하청관계에 있지 않은 거래처, 사업장 인근 거주자 등을 예로 들 수 있다.[34] 단체행동권을 행사하는 근로자의 노무제공관계에 대해 이해관계가 있는 자를 의미

33) 다만, 단체교섭의 상대방의 범위가 원하청 관계와 같은 간접고용관계로도 확장된다면 이들은 간접상대방이 아니라 직접상대방이 된다는 점에서 장차 단체행동의 직접상대방에 포섭될 가능성이 높다.

34) 예컨대, 철도파업 시의 승객, 단체행동권을 행사하는 자가 입점한 건물에 입점한 다른 사업자.

한다. 단체행동권 행사에 영향을 받아 서비스 이용 내지 계약의 원만한 이행에 실패한 경우 원칙적으로 이는 이해관계인과 노무수령자와의 계약관계를 통해 해결하면 충분하다.

네 번째로, 기타 제3자는 노무제공관계와 연관된 법적 관계가 직접적으로 존재하지 않는 자를 의미하는데, 단체행동의 자유가 행사되는 물리적 공간 인근에 거주하는 제3자가 대표적이다. 이들은 원칙적으로 근로자의 단체행동의 자유를 존중하고 용인하여야 하며 그로 인해 별도의 피해를 입었다면 권리구제 절차를 거쳐 구제받을 수 있다. 다만, 이러한 피해가 발생하였다는 사실 그 자체가 단체행동권 행사의 권리남용에 해당한다고 단정할 수는 없다. 단체행동은 연대의 원리에 기초하여 사회정의를 구현하는 수단인바, 그러한 연대의 대상은 근로자 내부를 향하는 것은 물론이고 근로자 외부의 제3자를 포함한다. 따라서 단체행동의 자유를 누리는 근로자로서는 이해관계인 내지 제3자와의 연대도 염두에 두고 자신의 권리를 행사해야만 할 것이다.

제6절 자유권성 인정에 따라 재검토가 필요한 주요 사항

1. 단체행동권 행사의 적법성 판단 구도의 변화

현행 실무에서는 노동조합법상 민·형사상 면책의 효과는 쟁의행위의 정당성이 인정되는 경우에 한하여 인정된다. 손해배상청구의 제한에 관한 노동조합법 제3조는 단체행동으로 인한 손해의 발생을 전제로 하고 있고, 형사면책에 대한 노동조합법 제4조는 형법상 위법성 조각사유인 정당행위에 해당한다고 규정하여 단체행동이 일단 구성요건해당성이 인정됨을 전제로 삼고 있다. 즉 민형사상 단체행동권의 행사는 잠정적으로 위법한 것으로 간주되며 민사상 손해배상청구를 저지하거나 형사책임에서 위법성을 조각받기 위해서는 그 행동의 정당성을 별도로 인정받아야 한다.

이때의 정당성은 주체, 목적, 절차, 방법의 관점에서 전면적으로 검토된다. 즉 특정한 상황에서 행해진 구체적 단체행동이 정당한지 여부는 단체행동이 이루어진 경위 전반에 걸쳐서 판단되므로, 단체행동에 나아가는 근로자나 노동조합이 면책을 꾀하기 위해서는 자신의 행동이 절차적으로나 실체적으로 정당한지에 대해 면밀한 검토를 해야만 했다.

그런데 자유권은 이러한 자기검열을 엄격하게 수행하고 난 이후에야 비로소 행사될 수 있는 권리인가? 자유는 일응 적법한 것으로 간주된다. 국가가 자유의 행사에 관여하지 않는다는 점은 그것이 적법하기 때문이다. 예컨대 우리는 하루에도 많은 계약을 체결하면서 생활하고 있는데 그 과정에서 해당 계약이 무효일 것을 지레 걱정하는 경우는 드물다. 예외적인 경우에 민법 제103조 등에 근거해 무효가 되거나 여타의 이유로 취소될 뿐인 것이다. 어디까지나 예외적인 경우에 말이다. 이에 반해 현재까지의 단체행동, 특히 쟁의행위는 이러한 자유권들의 일반적인 양상과는 다른 형태의 취급을 받아왔다. 단체행동에 개념적으로 내재되어 있는 혹은 내재될 개연성이 농후한 업무저해성을 형법상 업무방해죄와 연관시켜 정당성이 있어야 비로소 위법성을 조각했기 때문이다. 즉 단체행동은 형법이 금지하는 행위의 구성요건에 일단 해당한다는 점이 전제되어 있다. 따라서 단체행동권을 자유권으로 이해하고자 한다면 이러한 규범적용 구조에 변경이 이루어져야 한다.

즉 단체행동의 자유를 인정한다면 업무저해성이 있건 없건 일응 정당한 기본권 행사로 간주되어야 한다. 쟁의행위가 업무저해성을 개념필수적 요소로 삼는 탓에 지워진 업무방해죄의 사슬은 자유의 여신상 발치에 놓여 있는 끊어진 사슬과 같은 운명이 되어야만 하는 것이다. 자유의 행사는 원칙적으로 적법하며 공동체의 가치질서에 부합하기 때문이다. 단체행동권 역시 이를 자유권으로 인식한다면 그러한 효과를 누려야 마땅하다. 혼합권설의 입장에서 헌법재판소도 이러한 취지의 입장을 밝힌 바 있다.

"헌법 제33조 제1항은 근로자의 단체행동권을 헌법상 기본권으로 보장하면서, 단체행동권에 대한 어떠한 개별적 법률유보 조항도 두고 있지 않으며, 단체행동권에 있어서 쟁의행위는 핵심적인 것인데, 쟁의행위는 고용주

의 업무에 지장을 초래하는 것을 당연한 전제로 하므로, 헌법상 기본권 행사에 본질적으로 수반되는 것으로서 정당화될 수 있는 업무의 지장 초래의 경우에는 당연히 업무방해죄의 구성요건에 해당하여 원칙적으로 불법한 것이라고 볼 수는 없다. 단체행동권의 행사로서 노동법상의 요건을 갖추어 헌법적으로 정당화되는 행위를 범죄행위의 구성요건에 해당하는 행위임을 인정하되, 다만 위법성을 조각하도록 한 취지라는 해석은 헌법상 기본권의 보호영역을 하위 법률을 통해 지나치게 축소시키는 것이기 때문이다."(헌법재판소 2010. 4. 29. 자 2009헌바168 결정)

그렇다면 단체행동을 자유로 이해한다면 그에 대한 사법적 통제 방식은 입법적으로 새로 설계되어야 한다. 현행 노동조합법이 위법성조각의 관점에서 검토한다면, 새로운 입법은 여느 자유권과 마찬가지로 권리남용의 법리에 기초해야 한다. 단체행동의 자유에 의해 사용자가 입은 피해는 위법행위로 인한 "손해"가 아니라 적법행위로 인한 "손실"로 보아야 하며, 형법상 업무방해죄는 단체행동권이 권리남용에 해당한다는 명백한 입증이 없다면 구성요건해당성 자체가 인정되어서는 안 된다. 특히 자유권 행사를 위법행위로 인식하도록 규정된 법률이 존재한다면 적어도 해당 법률은 위헌이라는 비판을 면하기 어렵다. 노동조합법 제3조와 제4조는 이러한 판단구조에 맞게 개정되어야 하는 것이다. 이러한 변화는 실질적으로 단체행동권을 보장하는 데 상당한 변화를 가져올 것이다. 쟁의행위의 정당성은 주체, 목적, 절차, 방법의 관점에서 검토되며 원칙적으로 어느 하나라도 부인되면 정당성이 없다고 보는 것이 대법원의 오랜 입장이었다.[35] 비록 2011년 대법원 전원합의체가 "쟁의행위로서 파업이 언제

35) "근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위하여는 첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사 간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 및 노동쟁의 발생신고 등 절차를 거쳐야 하는 한편, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다."(대법원, 1991. 5. 24., 91도324; 대법원, 1998. 1. 20., 97도588 판결; 대법원, 1998. 2. 27., 97도2543; 대법원, 1999. 6. 25., 99다8377; 대법원, 2000. 3. 10., 99도4838 등)

나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다."라고 판시하여 종래의 입장을 완화하기는 하였으나[36] 여전히 단체행동이 업무방해죄의 구성요건에 해당할 여지는 상존한다. 행위자가 정당성을 적극적으로 입증하는 것과 행사의 상대방이 행위자의 행위가 지나치다는 점을 입증하는 것의 차이는 입증책임 전환에 비견될 만큼 중요하다는 점에서 쟁의행위의 정당성 검토가 아니라 권리남용의 법리로의 전환은 유의미하다.

한편 쟁의행위의 절차적 정당성과 연결시켜 조정전치주의를 위반하여 쟁의행위에 나아간 경우 이러한 쟁의행위를 위법하다고 보는 경우도 있었다. 이러한 견해는 국가가 개입하여 단체행동의 자유를 실질적으로 제한하는 것으로 비춰진다는 점에서, 수긍하기가 어렵다. 단체행동권을 자유권으로 인정한다면, 조정전치주의는 노사관계의 갈등을 해결하기 위한 편의적 제도로 이해되어야만 합헌적이다. 그렇지 않고 이를 쟁의행위의 정당성을 판단하는 요소로 그대로 수용하여 단체행동을 권리남용으로 징표하는 판단기준 중 하나로 본다면 실질적으로 단체행동의 자유의 본질적 부분을 침해한다는 점에서 위헌의 소지가 있다.

2. 단체행동권 행사를 봉쇄하는 사인의 민사적 권리행사에 대한 규제

단체행동권이 그 직접상대방에 의해 실질적으로 봉쇄되는 일이 오래전부터 발생하고 있고 이에 대한 보호는 사실상 방치되고 있다. 이른바 사용자에 의한 "손배가압류"가 그러하다.[37] 기존의 해석론은 이를 민사적

36) 대법원 전원합의체, 2011. 3. 17., 2007도482.

37) 손잡고가 집계한 2020년 현재 손배가압류 집계 현황에 따르면 누적액은 손해배상 청구액은 약 659억 원, 가압류 금액은 약 18억 원에 달하고 있다(손잡고, 『2020 노

권리의 행사로 보아 무제한적으로 인용해 왔다. 즉 단체행동권이 민사적 권리를 행사하는 자에게 조력하는 공권력(국가)에 의해 사실상 무력해진 것이다. 손배가압류 문제는 노동조합법 제3조에 손해배상청구를 제한하는 면책규정이 있음에도 적용의 전제가 되는 쟁의행위 정당성의 인정 범위가 좁다는 점에서 비롯되었다. 자유권으로서의 단체행동권이 확립되어 단체행동권 행사가 일응 적법하다고 간주되면 해결이 가능한 문제라 볼 수도 있다. 다만 현재 노정되어 있는 문제점을 해결하기 위한 방법으로 다음과 같은 점을 한시적으로라도 제도화하여 단체행동권의 자유권성을 널리 인지하도록 할 필요가 있다.

손배가압류는 사인이 국가의 고권적 권한 행사를 촉구하는 소송행위에 기초한 것이므로, 자유권인 단체행동권을 보장하고 이에 간섭하지 않아야 한다는 국가의 의무를 상기한다면 손배가압류 청구에 대해 국가가 개입을 거절하는 것이 불가능한 것은 아니다. 다만, 무조건 거절은 사용자 측의 기본권 행사를 박탈하는 효과가 있다는 점에서 양자의 권리를 조화하는 방안을 찾아야 할 것이다. 손배가압류가 조합원의 파업대오 이탈을 통해 교섭력 약화를 노린다는 점에서 쟁의행위의 일반적 지속기간을 고려하여 이 기간 동안 손해배상청구나 가압류신청을 제한하는 방안을 그러한 예로 생각해 볼 수 있다. 즉, 적정수준의 숙려기간을 두는 방법이다.

그 밖에 손배가압류의 배상한도를 설정하는 방안도 고려할 수 있다(이를테면, 3배 배상제의 반전된 형태라고 할 수 있다). 근로자의 단체행동은 사업에 내재된 위험이라는 점에서 사용자는 이를 감수하고 타인의 노동을 제공받는다는 점을 고려한 것이다. 사업에는 늘 리스크(환율변동, 원료수급, 유가 등등)가 있는데 이 모든 리스크를 사업주가 보상받거나 배상받는 것은 아닌바, 단체행동권 행사로 인해 발생하는 법적·사실적 위험도 사업의 통상적 리스크로 보는 해석론이 필요하다.

동권과 손배가압류 소송기록 분석 자료집』, 2020. 11., 17쪽).

제7절 소결 : 단체행동의 자유 보장을 위한 새로운 풍토 마련 시도

기존의 단체행동권 해석에 관한 사법부의 입장은 엄혹했다. 사회권은 국가를 통해서 구현되는 것이라는 입장이 오랜 사법전통으로 고착화된 상황에서 사회권의 해석은 시혜적 성격이 강하게 부각되었을 뿐이다. 그 결과 단체행동권 행사에 대해서 근로자의 입장보다는 국가나 사회의 관점에서 접근이 이루어졌다. 이를테면 단체행동권의 행사로 국민 경제가 마비된다거나, 국제경쟁력이 떨어진다거나 등의 시각이 그러한 예라 볼 수 있는데, 이러한 입장은 단체행동권의 행사를 최대한 억제하는 방향으로 해석론이 전개되는 원동력이 되었다.

반면 사법부의 자유권에 대한 해석에서는 이러한 시각을 찾아보기 어렵다. 여러 판례를 통해 자유권은 국가에 대한 권리로서 최대한 보장해야 한다는 사법부의 입장을 확인할 수 있다. 노동조합에 대한 손배가압류가 무제한 인정되는 것도 이러한 경향과 무관하지 않을 것이다. 헌법재판소 결정례 중 자유권 및 평등권 위반을 이유로 위헌을 선언한 사례는 매우 많은 데 반해 사회권 위반을 이유로 위헌을 선언한 사례를 찾아보기는 쉽지 않다는 점, 민사사건에서도 자유권의 대표적 영역이라 볼 수 있는 재산권의 행사에 대해서는 대체로 관대한 입장을 취하여 재산권 행사를 권리남용 내지 신의칙 위반으로 인정한 예는 흔치 않다는 점 등에서 사법부의 자유권과 사회권에 대한 (차별적 내지 소극적) 시각을 읽어낼 수 있다. 노동법의 구체적 적용 모습은 각 국가의 법 풍토에 따라 천차만별의 특수성을 보일 수밖에 없다.[38] 이제 대법원의 입장에 변화가 시작된 만큼 단체행동권이 자유권이라는 점에 기반한 새로운 법 풍토를 마련해 나갈 필요가 있다.

---

38) 이흥재, 「21세기 노동법적 과제와 새로운 패러다임의 모색 : '한국적 풍토'의 노동법에 대한 진단 및 처방과 상생의 지향」, 『외법논집』, 제19집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2005. 8., 141쪽.

장면 1의 스타벅스 “파트너” 사건과 관련하여 보도된 내용에 의하면 “파트너”들은 트럭시위의 주체가 노조가 아니라는 점을 밝혔다고 한다.[39] 사건의 내용상 노동3권의 영역으로 포섭되어도 어색하지 않은 사건인데 근로자 스스로 자신의 권리를 부정 내지 축소하는 기이한 현상이 발생하고 있는 것이다. 이 글의 모두에서 노동3권을 노동3권이라 부르지 못하는 문제가 있다고 지적했지만, 정작 스타벅스 “파트너”들은 노동3권을 노동3권이라 부르고 싶어하지 않는 것이다. 아버지를 아버지라 부르기 싫다고 말하는 신세대 홍길동이다. 이미 그들은 노동3권을 일반적 행동의 자유보다 못한 권리로 인식하기 시작한 것이다. 단체행동권에 대한 새로운 풍토는 사법부뿐 아니라 미래 세대들에게도 절실하다. 단체행동권의 자유권성에 대한 논의가 이와 같은 비정상을 정상으로 되돌리는 계기가 되기를 희망한다.

39) 매일경제, 「‘스벅 트럭시위 돕겠다’ 민노총 굴욕… ‘필요없다, 이용말라’ 단칼 거절」, 2021. 10. 9., https://www.mk.co.kr/news/society/view/2021/10/958987/(2022. 1. 28).

제 6 장
결 론

본문 각 장의 내용을 요약하면 다음과 같다.

제2장에서는 세 가지를 논하였다. 첫째, 우리 헌법이 노동3권을 보장하는 목적은 단순히 노사자치의 실현에 있는 것이 아니라, 노동관계를 규율하는 법질서를 구축함에 있어서 국가의 타율성과 노사의 자율성을 사회적 공서(公序)의 개념으로 결합시키고자 하는 데 있다는 점을 논증하였다. “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”(헌법 제32조 제3항) “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”(헌법 제33조 제1항) 이 두 개의 헌법 조항은 각각 따로 기능하는 것이 아니다. 법률의 공서적 기능과 노동3권의 사회적 기능은 길항작용을 일으키며 하나의 제도적 몽타주를 연출한다. 둘째, 단결권만이 아니라 단체교섭권과 단체행동권을 포함하여 노동3권 일체가 구체적 권리성을 갖는 자유권으로서의 성격을 갖는다는 점, 따라서 노동3권의 사회권적 성격 운운하면서 자유권으로서의 본질적 내용을 제한·침해하는 법령의 규정은 위헌·무효의 의심을 면하기 어렵다는 점을 논증하였다. 셋째, ILO 단결권 협약(제87호, 제98호)은 헌법에 의하여 체결·공포됨으로써 조약으로서의 법적 지위를 갖게 되며, 조약은 헌법보다는 하위에 있지만 법률보다는 상위에 있는 법원(法源)으로서의 법적 효력을 갖는다는 점을 논증하였다. 실정의 법령을 해석함에 있어서는 ILO 협약/조약의 취지에 반하지 않도록 해야 한다는 점을 강조하였다.

제3장에서는 구체적 권리성을 갖는 자유권으로서의 단결권의 의의 및 이와 관련된 부당노동행위제도상의 논점을 검토하였다. 단결권은 말하자면 <자유권+α>의 내용을 갖는다고 할 수 있다. 지금까지의 주류적 학설과 판례는 여기서의 <α>를 "사회권적 성격"으로 해석하였다. 그리고 이를 단결권 제한의 근거로 활용하였다. 하지만 제3장의 필자는 <α>도 자유권의 내용으로 이해한다. 즉 <자유권+α> 그 전부를 자유권으로, 소극적 자유권과 구별되는 현대적 자유권으로 이해한다.(이는 단체교섭권과 단체행동권에 대해서도 같다.) 그러므로 단결권은 단결의 자유로 이해되어야 하며, 단결의 자유는 단지 단결할 자유 혹은 단결하지 아니할 자유만을 의미하는 것이 아니라, 단결의 자유가 바탕을 이룬 교섭과 행동의 자유까지 포괄하는 것을 의미한다. 그럴 때 비로소 단결권은 일반적인 결사의 자유에 머무르지 않고, 나아가 헌법 제10조의 존엄권·자기결정권과 연결되는 온전한 의미를 가질 수 있다. 단결권을 이렇게 이해한다면, 근로자의 자기결정권에 중대한 제약을 가하는 유니온숍 제도, 노동조합에 대한 관료적·후견적 관점에 기초하고 있는 노동조합 설립신고제도, 이러한 관료적·후견적 필터링을 거친 노동조합에 대해서만 부당노동행위 구제신청을 허용하고 있는 현행의 제도 등은 모두 위헌의 의심을 면하기 어려울 것이다.

제4장에서는 구체적 권리성을 갖는 자유권으로서의 단체교섭권의 의의 및 이와 관련된 노동조합법상의 논점을 검토하였다. 주요한 내용을 요약하면 다음과 같다. 첫째, 단체교섭권 나아가 노동3권의 주체인 "근로자"의 개념은 노동조합법상의 근로자 개념으로부터 역으로 획정되는 것이 아니다. 반대로 헌법적 차원에서의 고유한 "근로자" 개념을 먼저 획정한 후 그것에 비추어 개별 입법의 규정을 평가해야 한다. 이러한 관점에서 제4장의 필자는 "모든 국민은 근로의 권리를 가진다."라는 헌법 제32조 제1항이 헌법상 근로자 개념의 출발점이 되어야 한다고 피력한다. 누구든지 헌법 제32조 제1항의 근로의 권리를 행사하면 그러한 권리행사의 규범적 효과로 헌법상 근로자의 신분이 발생하는 것으로 보는 것이다. 이러한 헌법상 근로자의 신분은 "직업인으로서의 지위(membership of the labourforce)"에 해당하며, 따라서 실제로 취업하였는지 여부는 헌법상 근

로자성과는 관계가 없다. 둘째, 단체교섭은 그 개념상 상대방의 존재를 상정한다. 그런 점에서 단체교섭권의 구체적 권리성은 단결권의 구체적 권리성과 약간 차이가 난다. 예를 들면 상대방인 사용자는 근로자의 단체교섭권 행사에 상응하여 교섭에 응할 의무를 부담하는가 하는 질문이 제기될 수 있다. 현행 노동조합법은 사용자의 성실교섭의무(제30조)와 부당노동행위제도를 통해서 해법을 도모하고 있다. 제4장 필자의 견해에 따르면, 개념상 상대방의 존재를 전제하는 단체교섭권이 기본권으로 인정된 이상, 단체교섭권은 사인 간에 직접 적용되는 구체적이고 현실적인 권리로서의 성격을 갖는다고 적극적으로 해석할 필요가 있다. 이것이 단체교섭권의 구체적 권리성과 부합하는 해석론일 것이다. 셋째, 단체교섭권은 교섭이라는 사실상의 행위로 종결되는 권리가 아니라, 단체협약의 체결이라는 법률행위로 나아가는 것을 예정하고 있는 권리이다. 그렇다면 단체협약의 규범적 효력도 헌법상의 규정으로부터 직접 도출될 수 있는가 하는 질문이 제기될 수 있다. 제4장의 필자는 일단 부정적인 견해를 피력한다. 원칙적으로 단체협약의 규범적 효력은 법률의 명시적 규정에 의해서 발생한다고 본다.[1] 왜냐하면 헌법상 단체교섭권의 행사는 단체협약의 체결로만 귀결되는 것이 아니라, 그 밖에 좀 더 다양한 형식의 노사 간의 집단적 합의의 형식으로 귀결될 수 있는바, 이 모든 합의에 규범적 효력을 부여할 수는 없기 때문이다. 넷째, 단체교섭권이 구체적 권리성을 갖는다면, 모든 근로자는 자신이 선택한 노동조합을 통하여 독자적으로 단체교섭을 할 수 있는 권리를 갖는다고 해석되어야 할 것이다. 그런 점에서 현행의 교섭창구단일화제도는, 위헌까지는 아니라고 할지라도, 적어도 잘 만든 제도라고는 할 수 없다. 제도의 폐지까지 포함하여 대대적인 개선이 필요하다. 다섯째, 근로자의 구체적 권리로서의 단체교섭권을 충실

1) 연구책임자의 견해는 다르다. 이미 제2장에서 단체협약의 규범적 효력은 헌법의 규정에서 직접 도출될 수 있다고 논증한 바 있다. 설령 제4장 필자의 견해대로 법률적 수권이 필요하다고 할지라도, 이미 그러한 법률규정이 장기간 존속하고 있는 경우에는 그 내용이 기본권의 헌법적 내용으로 체화된 것으로 볼 수 있다는 점에서, 비록 최초의 시점에서는 몰라도, 지금의 시점에서는 단체협약의 규범적 효력을 헌법의 규정으로부터 직접 도출할 수 있다고 본다. 그러므로 단체협약의 규범적 효력을 침해·제한하는 방향의 법률 개정은 단체교섭권을 침해·제한하는 것으로 해석될 수 있는 것이다.

하게 보장하기 위해서는 이른바 노동조합법상 노동조합에 의한 단체교섭만이 아니라, 좀 더 다양한 방식의 단체교섭을 법률로 보장할 필요가 있다. 예를 들면 취업규칙 제도를 폐지하고, 일정한 규모 이상의 사업에 근로자대표를 선출하도록 법정하고, 이 법정의 근로자대표가 사용자와 교섭을 통해서 사업 단위의 집단적 자치규범을 제정하도록 하는 등의 방식을 고려할 필요가 있다.

제5장에서는 구체적 권리성을 갖는 자유권으로서의 단체행동권의 의의 및 이와 관련된 노동조합법상의 논점을 검토하였다. 역시 주요한 내용을 요약하면 다음과 같다. 첫째, 단체행동권 나아가 노동3권이 자유권이라는 것은 각각의 권리가 자유권으로서 근로자의 선택에 따라 행사되거나 행사되지 않을 수 있음을 의미한다. 즉 단결권만 행사하고 단체교섭권이나 단체행동권은 행사하지 않을 수도 있으며, 단결권은 행사하지 않고(노동조합은 만들지 않고) 단체행동권만 행사할 수도 있다. 이것은 단체행동권의 주체 문제와 연결된다. 단체행동권이 기본적으로 단체를 통해서 행사된다고 할 때, 여기서의 단체는 노동조합법상 노동조합만을 의미하는 것이 아니라, 느슨한 근로자 연대체까지 포괄하는 것으로 해석되어야 한다. 둘째, 단체행동권의 행사가 원칙적으로 업무방해죄의 구성요건에 해당한다는 기존의 해석론은 더 이상 용납될 수 없다. “쟁의행위의 정당성”이라고 하는 기존의 해석론적 구조는 이제 단체행동권의 행사가 권리의 남용에 해당하는지 여부의 문제로 대체되어야 한다. 현행의 조정전치주의는 단체행동권 행사의 적법성 혹은 권리남용의 판단요소로 기능하는 한, 실질적으로 단체행동의 자유를 제한한다는 점에서 위헌의 소지가 있다. 셋째, 단체행동권은 노동3권 중에서도 타인의 기본권과 충돌을 일으킬 가능성이 상대적으로 큰 권리이다. 이미 헌법 제37조 제2항은 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 법률로써 기본권을 제한할 수 있음을 규정하고 있다. 단체행동권도 예외는 아니다. 다만, 단체행동권은 타인의 기본권을 제한할 수 있는 가능성을 전제로 한 상태에서 기본권으로 승인된 것이라는 점이 충분히 고려되어야 한다. 특히 노동관계의 직·간접 상대방은 단체행동권이 근로자의 기본권으로 승인되어 있는 조건에서 노동관계 형성의 자유를 누린 것이니만큼 수인의무의 수준도

그만큼 높다고 할 수 있다. 이러한 관점은 근로자의 단체행동권과 사용자의 손해배상청구권 간의 관계설정, 사용자의 대항행위와 부당노동행위 간의 관계설정 등에 있어서도 반영되어야 한다.

* * *

2020년 대법원 전원합의체의 정초적(定礎的) 판결과 2021년 ILO 단결권 협약의 비준은 노동3권의 의의를 체계적으로 재검토해야 할 필요성과 당위성을 제공하였다. 부당노동행위제도를 비롯하여 노동조합법의 해석과 적용은 그렇게 재검토된 토대 위에서 이루어져야 할 것이다. 하지만 이것은 비단 노동조합법상의 구체적·개별적 쟁점에 대한 법해석에 그치는 것이 아니다. 이것은 개별적·집단적 노동관계를 규율하는 한국적 모델의 가능성에 대한 진지한 모색과 직접 맞닿아 있다. 근로자의 연대와 단결은 과거의 방식으로 여전히 가능한가? 새로운 연대의 형식이 필요하다면 과연 그것은 무엇일까? 생태적 위기와 지구적 한계 앞에서 "근로조건의 향상"(헌법 제33조 제1항)이란 어떤 의미를 갖는 것일까? 단체교섭은 여전히 노동의 교환가치적 측면만 붙잡고 있어도 괜찮은 것일까? 제도보다는 차라리 "데모"를 통해서 민주주의를 발전시켜 온 한국사회의 유구한 전통은 노동관계에서도 발현될 수 있을까? 운동과 제도의 동학을 노동법은 어떻게 담아낼 수 있을까? 이러한 질문들이 우리 앞에 기다리고 있다. 노동3권이 이러한 질문들에 화답할 수 있기를 기대한다면, 근로자의 자발성과 주체성(헌법 제33조 제1항이 "자주적인"이라고 표현한 그것)에 기대지 않고 다른 방법이 있을까? 본 연구는 논쟁의 단초를 제시하고자 한다. 물론 모든 질문을 다 포괄한 것은 전혀 아니며, 질문의 거창함에 비하여 대답의 규모는 지극히 단편적이고 소박하다. 아직 보완되어야 할 부분이 적지 않으리라 생각하지만, 최초의 본격적인(?) 연구라는 점에서 나름의 의의를 찾고자 하며, 앞으로 학계의 엄정한 검토와 비판을 기다리며 후속 연구를 기약하고자 한다.

참고문헌

〔제2장〕

강선희, 「단체협약과 취업규칙의 관계와 유리성 원칙」, 『노동법학』, 제45호, 한국노동법학회, 2013.

_____, 「단체협약의 성립에 대한 민법 일반규정의 적용가능성과 법적 효과」, 『노동연구』, 제22집, 고려대학교 노동문제연구소, 2011.

고호성, 「단체협약의 법적 성질」, 『법과 정책』, 제3호, 제주대학교 법과정책 연구소, 1997.

국제노동기구 사무국 편, 『결사의 자유. 결사의 자유 위원회 결정 요약집』, (제6판, 2018), 한국노동연구원, 2020.

권오성, 「근로계약의 취소와 소급효의 제한」, 『노동법포럼』, 제23호, 노동법이론실무학회, 2018.

김근주, 『국제기준의 근로조건 규율 : ILO 협약을 중심으로』, 한국노동연구원, 2016.

김기선, 「취업규칙 불이익 변경과 근로계약」, 『노동법포럼』, 제29호, 노동법이론실무학회, 2020.

김기선 책임 편역, 『독일 노동법전』, 한국노동연구원, 2013.

김복기, 「사회적 기본권의 법적 성격」, 『사회보장법연구』, 제3권 제1호, 서울대사회보장법연구회, 2014.

김성진, 「유리한 신(新) 조건 우선의 원칙」, 『노동법학』, 제78호, 한국노동법학회, 2021.

김종보, 「사회적 기본권의 구체적 권리성 여부」, 『법학연구』, 제49권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2008.

김종서, 「노동3권 소고」, 『민주법학』, 제71호, 2019.

남궁준, 「협약자치의 한계 : 단체협약과 공서양속」, 『노동법학』, 제72호,

한국노동법학회, 2019.
박귀천, 「독일 노동법상 근로조건 결정시스템」, 『노동법연구』, 제41호, 서울대학교노동법연구회, 2016.
박제성, 「단체협약의 만인효를 위한 규범적 논의」, 『월간노동리뷰』, 한국노동연구원, 2021년 6월호.
_____, 「노동법상 일반원칙으로서의 유리의 원칙」, 『월간노동리뷰』, 한국노동연구원, 2020년 1월호.
방준식, 「취업규칙 불이익변경과 근로계약의 효력」, 『노동법학』, 제74호, 한국노동법학회, 2020.
성재호, 「한국 헌법상 국제조약의 지위」, 『저스티스』, 통권 제170-2호, 한국법학원, 2019.
슬라보이 지제크, 「세계의 창: '속지 않는 자'가 가장 잘 속는다」, 『한겨레』, 2021. 10. 4.
신권철, 「취업규칙과 근로계약의 관계」, 『노동법연구』, 제48호, 서울대학교노동법연구회, 2020.
_____, 「근로계약의 무효·취소와 해고의 쟁점」, 『노동법연구』, 제47호, 서울대노동법연구회, 2019.
아마르티아 센, 『자유로서의 발전』, 김원기 역, 갈라파고스, 2013.
알랭 쉬피오, 『노동법비판』, 박제성 역, 도서출판 오래, 2017.
유성재, 「불이익 변경된 취업규칙과 유리한 근로계약의 효력」, 『노동법논총』, 제48집, 한국비교노동법학회, 2020.
이사야 벌린, 「자유의 두 개념」, 1958, 『이사야 벌린의 자유론』, 박동천 역, 아카넷, 2006.
이정희 외, 『사용자단체 의의와 역할』, 한국노동연구원, 2020.
전종익, 「조약의 국내법상 지위와 고시류조약」, 『서울국제법연구』, 제22권 1호, 서울국제법연구원, 2015.
정인섭, 「조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토」, 『서울국제법연구』, 제22권 1호, 서울국제법연구원, 2015.
최홍엽, 「취업규칙의 불이익 변경과 기존 근로계약: 대법원 2018다200709 판결의 비판적 검토」, 『노동법학』, 제73호, 한국노동법학회, 2020.

Muriel Fabre-Magnan, L'institution de la liberté, PUF, 2018.
Pierre Rosanvallon, La question syndicale, Paris, Hachette Littératures, 1998.

〔제3장〕

강희원,「현행 노조법 제81조 2호 단서의 해석문제」,『노동법학』, 제28호, 한국노동법학회, 2008.
권오성,「노조설립신고제도와 국제노동기준」,『노동법포럼』, 제26호, 노동법이론실무학회, 2019.
김종서,「노동3권 소고」,『민주법학』, 제71호, 민주주의 법학연구회, 2019.
김진,「근로자의 단결권」,『법학』, 제5권 제1/2호 통합본, 서울대학교 법학연구소, 1963.
김진곤,「union shop 조항에 대한 헌법적 검토」,『세계헌법연구』, 제14권 제2호, 세계헌법학회 한국학회, 2008.
김형배,「단결권의 본질과 그 구체적 보장에 관한 연구」,『성곡논총』, 제4호, 성곡언론문화재단, 1973.
_____,『노동법』, 제26판, 박영사, 2018.
노동법실무연구회,『노동조합 및 노동관계조정법 주해』, 박영사, 2015.
박상필,「단결강제에 관한 소고」,『법학연구』, 제11권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 1969.
박제성 · 강성태 · 유성재 · 박은정,『자영업자 사회법제 연구』, 한국노동연구원, 2019.
심태식,「샵조항과 단결권의 보장」,『성곡논총』, 제1호, 성곡언론문화재단, 1970.
유성재,「유니온숍 협정과 소극적 단결권」,『중앙법학』, 제5권 제1호, 중앙대학교 법학연구소, 2003.
이영희,「노동조합의 설립신고제도와 문제」,『노동법학』, 창간호, 한국노동법학회, 1987.
임종률,『노동법』, 제19판, 박영사, 2021.
정덕기,「공무원의 근로삼권에 관한 연구」, 중앙대학교 박사학위청구논

문, 2000.
최종고,『한국의 서양법수용사』, 박영사, 1982.
한수웅,『기본권의 새로운 이해』, 법문사, 2020.
허영,『한국헌법론』, 박영사, 1998.

西谷敏,『勞働組合法』, 第3版, 有斐閣, 2012.

James A. Gross, Rights Not Interest : Resolving Value Clashes under the National Labor Relations Act, Cornell University Press, 2017.
ILO Freedom of association, Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association, 6th ed., 2018.
ILO General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization 2008, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 101st Session, 2012.

〔제4장〕

권오성,「취업규칙은 과연 계약일까?」,『노동법률』, 2021년 10월호, (주)중앙경제, 2021.
_____,「노동조합법 개정의 방향성 '후견에서 자율로'」,『노동법률』, 2020년 11월호, (주)중앙경제, 2020.
_____,「'일하는 사람을 위한 기본법' 제정의 필요성」,『노동법학』, 제81호, 한국노동법학회, 2022.
김도균,「법적 권리에 대한 연구(I)」,『서울대학교 法學』, 제43권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2002. 12.
_____,『권리의 문법』, 박영사, 2008.
박은정・박귀천・권오성,「ILO 기본협약 비준을 위한 2020년 정부 노조법 개정안 분석과 평가」,『노동법학』, 제76호, 한국노동법학회, 2020.

Alan Supiot, Beyond Employment : Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe, Oxford University Press, 2001.

Mark Freedland and Nicola Kountouris, The Legal Construction of Personal Work Relations, Oxford University Press, 2012.

〔제5장〕

노동법실무연구회, 『노동조합 및 노동관계조정법 주해』, 박영사, 2016.

손잡고, 『2020 노동권과 손배가압류 소송기록 분석 자료집』, 2020.

이홍재, 「21세기 노동법적 과제와 새로운 패러다임의 모색 : '한국적 풍토'의 노동법에 대한 진단 및 처방과 상생의 지향」, 『외법논집』, 제19집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2005.

한국노동법학회, 『노동판례백선』, 제2판, 박영사, 2021.

한국헌법학회, 『헌법 주석서 II』, 제2판, 법제처, 2010.

◈ 執筆陣

• 박제성(한국노동연구원 선임연구위원)
• 박은정(인제대학교 교수)
• 권오성(성신여자대학교 교수)
• 김　린(인하대학교 교수)

구체적 권리로서의 노동3권의 의의와
부당노동행위제도 재정립에 관한 연구

▪ 발행연월일 | 2022년 12월 26일 인쇄
2022년 12월 30일 발행
▪ 발 행 인 | 김 승 택 원장직무대행
▪ 발 행 처 | **한국노동연구원**
3 0 1 4 7 세종특별자치시 시청대로 370
세종국책연구단지 경제정책동
☎ 대표 (044) 287-6080 Fax (044) 287-6089
▪ 조판・인쇄 | 거목정보산업(주) (044) 863-6566
▪ 등 록 일 자 | 1988년 9월 13일
▪ 등 록 번 호 | 제2015-000013호

ⓒ 한국노동연구원 2022

정가 7,000원

ISBN 979-11-260-0587-1

KLI
한국노동연구원

한국노동연구원

30147 세종특별자치시 시청대로 370 경제정책동
TEL : 044-287-6083 http://www.kli.re.kr

OPEN 출처표시 상업용금지 변경금지
공공누리 공공저작물 자유이용허락

9 791126 005871 93330
ISBN 979-11-260-0587-1