

결사의 자유 관련 ILO 핵심협약 비준 방안 토론회



- 일시 2015. 9. 30.(수) 14:00~17:00
- 장소 국회의원회관 제9간담회실(2층)
- 주최  국가인권위원회 · 이인영 의원실
National Human Rights Commission of Korea

결사의 자유 관련 ILO 핵심협약 비준 방안 토론회

프로그램

- 일시 : 2015. 9. 30.(수) 14:00~16:30
- 장소 : 국회의원회관 제9간담회실(2층)
- 주최 : 국가인권위원회 · 이인영의원실

시 간	주 제		발표/토론자
14:00~14:10	개회		안성율 (국가인권위원회 인권정책과장)
	인사말		이인영 (국회의원, 새정치민주연합)
			심상돈 (국가인권위원회 정책교육국장)
14:10~15:10	사회		하갑래 (단국대 법학과 교수)
	발표1 (30')	노동조합 설립신고와 관련한 행정관청의 권한 및 그 한계	김선수 (변호사/ 민주사회를위한변호사모임)
	발표2 (30')	결사의 자유 관련 ILO 핵심협약 비준을 위한 법제개선 과제 및 실천방안	조경배 (순천향대 법학과 교수)
15:10~15:20	휴 식		
15:20~16:20	지정 토론 (각10')	결사의 자유 관련 ILO 핵심협약 비준 방안에 대한 토론	이원두 (고용노동부 국제협력담당관)
			김영완 (한국경총 노동정책본부 법제2팀장)
			유정엽 (한국노총 정책본부실장)
			박은정 (민주노총 정책국장)
			장종오 (변호사/ 민주노총 법률원)
	박명준 (한국노동연구원 부연구위원, 국제협력실장)		
종합토론(질의 및 응답)		참석자 전원	
16:30	폐 회		

결사의 자유 관련 ILO 핵심협약 비준 방안 토론회

차 례

- 노동조합 설립신고와 관련한 행정관청의 권한 및 그 한계 1
발표: 김선수 (변호사/민주사회를위한변호사모임)

- 결사의 자유 관련 ILO 핵심협약 비준을 위한 법제개선 과제 및 실천방안 37
발표: 조경배 (순천향대 법학과 교수)

- 결사의 자유 관련 ILO 핵심협약 비준 방안에 대한 토론 75
토론: 이원두 (고용노동부 국제협력담당관)
김영완 (한국경제총 노동정책본부 법제2팀장)
유정엽 (한국노총 정책본부실장)
박은정 (민주노총 정책국장)
장종오 (변호사/ 민주노총 법률원)
박명준 (한국노동연구원 부연구위원, 국제협력실장)

발 표

노동조합 설립신고와 관련한 행정관청의
권한 및 그 한계

김선수 (변호사/민주사회를위한변호사모임)

I. 현행 노동조합 설립신고 제도

1. 헌법 및 법령의 관련 규정

헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 규정하고 있다. 자주적 단결권 보장은 노동조합 자유설립주의를 본질적 내용으로 한다. 그에 따라 현행 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노조법’) 제5조(노동조합의 조직·가입)는 “근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다.”고 규정하고 있다. 행정관청에 의한 허가제도는 자주적 단결권을 본질적으로 침해하여 위헌이다.

한편, 노조법은 노동조합 설립과 관련하여 사전적 심사제도와 사후적 심사제도를 도입하고 있다. 사전적 심사제도는 설립하려는 노동조합이 ‘노동조합의 요건’ 등을 갖추고 있는지에 대해 행정관청이 심사한 후 설립신고증을 교부하거나 설립신고서를 반려하는 제도이고, 사후적 심사제도는 설립신고증을 교부받은 노동조합에게 사후적으로 설립신고서 반려사유가 발생한 때 행정관청이 그 시정을 요구하고 법정 기간 내에 이를 이행하지 아니한 경우 ‘노동조합으로 보지 아니함’을 통보(이하 ‘범외노조 통보’라 함)하는 제도이다.

이에 관한 노조법의 관련 규정은 다음과 같다.

<p>노조법</p> <p>제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.</p> <p>4. "노동조합"이라 함은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다. 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 경우에는 노동조합으로 보지 아니한다.</p> <p>가. 사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하는 경우</p> <p>나. 경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받는 경우</p> <p>다. 공제·수양 기타 복리사업만을 목적으로 하는 경우</p> <p>라. 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우. 다만, 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니 된다.</p> <p>마. 주로 정치운동을 목적으로 하는 경우</p> <p>제7조(노동조합의 보호요건) ① 이 법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 노동위원회에 노동쟁의의</p>

조정 및 부당노동행위의 구제를 신청할 수 없다.

② 제1항의 규정은 제81조제1호·제2호 및 제5호의 규정에 의한 근로자의 보호를 부인하는 취지로 해석되어서는 아니 된다.

③ 이 법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 노동조합이라는 명칭을 사용할 수 없다.

제10조(설립의 신고) ① 노동조합을 설립하고자 하는 자는 다음 각호의 사항을 기재한 신고서에 제11조의 규정에 의한 규약을 첨부하여 연합단체인 노동조합과 2 이상의 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도에 걸치는 단위노동조합은 고용노동부장관에게, 2 이상의 시·군·구(자치구를 말한다)에 걸치는 단위노동조합은 특별시장·광역시장·도지사에게, 그 외의 노동조합은 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 제12조 제1항에서 같다)에게 제출하여야 한다.

제12조(신고증의 교부) ① 고용노동부장관, 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장(이하 "행정관청"이라 한다)은 제10조제1항의 규정에 의한 설립신고서를 접수한 때에는 제2항 전단 및 제3항의 경우를 제외하고는 3일 이내에 신고증을 교부하여야 한다.

② 행정관청은 설립신고서 또는 규약이 기재사항의 누락 등으로 보완이 필요한 경우에는 대통령령이 정하는 바에 따라 20일 이내의 기간을 정하여 보완을 요구하여야 한다. 이 경우 보완된 설립신고서 또는 규약을 접수한 때에는 3일 이내에 신고증을 교부하여야 한다.

③ 행정관청은 설립하고자 하는 노동조합이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 설립신고서를 반려하여야 한다.

1. 제2조 제4호 각목의 1에 해당하는 경우
2. 제2항의 규정에 의하여 보완을 요구하였음에도 불구하고 그 기간 내에 보완을 하지 아니하는 경우
- ④ 노동조합이 신고증을 교부받은 경우에는 설립신고서가 접수된 때에 설립된 것으로 본다.

제93조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 500만 원이하의 벌금에 처한다.

1. 제7조 제3항의 규정에 위반한 자

노조법 시행령

제9조(설립신고서의 보완요구 등) ① 고용노동부장관, 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사, 시장·군수 또는 자치구의 구청장(이하 "행정관청"이라 한다)은 법 제12조제2항에 따라 노동조합의 설립신고가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 보완을 요구하여야 한다.

1. 설립신고서에 규약이 첨부되어 있지 아니하거나 설립신고서 또는 규약의 기재사항 중 누락 또는 허위사실이 있는 경우
2. 임원의 선거 또는 규약의 제정절차가 법 제16조제2항부터 제4항까지 또는 법 제23조제1항에 위반되는 경우

② 노동조합이 설립신고증을 교부받은 후 법 제12조 제3항 제1호에 해당하는 설립신고서의 반려 사유가 발생한 경우에는 행정관청은 30일의 기간을 정하여 시정을 요구하고 그 기간 내에 이를 이행하지 아니하는 경우에는 당해 노동조합에 대하여 이 법에 의한 노동조합으로 보지 아니함을 통보하여야 한다.

설립신고제도는 제정 노동조합법부터 채택되어 현재까지 유지되고 있다. 법외노조 통보 제도는 구 노동조합법상 노동조합 해산제도가 폐지되면서 시행령으로 도입되었다. 구 노동조합법(제정 노동조합법부터)은 설립된 노동조합에 대하여 그 해산을 명할 수 있는 ‘노동조합 해산명령’ 제도를 두었다.¹⁾ 노동조합 해산명령제도는 노동위원회 의결을 얻는다고 하더라도 이미 설립된 노동조합을 행정관청이 임의로 해산할 수 있다는 점에서 노동조합의 자주성과 민주성을 해치는 대표적인 독소조항으로 손꼽혔다. 1987년 6월 민주항쟁 이후 같은 해 11월 여야합의로 노동조합 해산명령 조항이 삭제되었다. 그런데 노태우 정부는 1988. 4. 15. 시행령에 법외노조 통보 조항을 신설하여 노동조합 해산명령 제도를 부활시켰다.²⁾ 노동조합 해산명령 제도와 법외노조 통보 제도는 ① 이미 설립된 노동조합에 대하여(대상의 동일성), ② 행정관청이(주체의 동일성), ③ 시정명령 등에 대한 불이행을 이유로(발동이유의 동일성), ④ 법으로 보장하는 노동조합 자격과 권한을 박탈(효과의 동일성)한다는 점에서 사실상 동일한 것으로 평가할 수 있다.³⁾ 노동조합 해산명령 제도는 형식적이거나 노동위원회 의결을 거쳤지만, 법외노조 통보의 경우 그것마저도 없애으로써 행정관청 임의로 이미 설립된 노동조합의 생사를 좌우할 수 있게 하였다. 노조법 시행령 제9조 제2항은 태생적으로 국회의 민주적 통제와 헌법상 법률유보 원칙을

-
- 1) 구 노동조합법(1986. 12. 31. 법률 제3295호) 제32조(해산명령 등) ① 행정관청은 노동조합이 노동관계법령에 위반하거나 공익을 해할 염려가 있다고 인정하는 경우에는 노동위원회의 의결을 얻어 그 해산을 명하거나 임원의 개선을 명할 수 있다. ② 제1항의 규정에 의한 해산명령은 제16조의 규정에 의한 규약의 취소, 변경명령 또는 제21조의 규정에 의한 결의의 취소, 변경명령을 내린 후 이를 이행하지 아니할 때에 한하여 행할 수 있다.
- 2) 노동조합법 시행령(대통령령 제12429호, 1988. 4. 15. 일부 개정) 제8조(설립신고증의 교부) ① 행정관청은 법 제13조 제1항의 규정에 의한 설립신고서를 접수한 때에는 법 제15조의 규정에 의하여 그 접수한 날로부터 3일 이내에 설립신고증을 교부하되, 그 설립신고가 다음 각 호 중 제1호에 해당되는 경우에는 20일의 기간을 정하여 보완을 요구하고 그 기간 내에 이를 이행하지 아니하는 때에는 설립신고서를 반려하여야 한다.
1. 그 설립하고자 하는 노동조합이 법 제3조 단서 각호의 1에 해당되는 경우
 2. 설립신고서에 규약이 첨부되어 있지 않거나 설립신고서 또는 규약의 기재사항 중 누락 또는 허위사실이 있는 경우
 3. 임원의 선거 또는 규약의 제정절차가 법 제19조 제2항·제3항 또는 법 제23조의 규정에 위반되는 경우
- ② 노동조합이 제1항의 규정에 의하여 설립신고증을 교부받은 후에 제1항 각호의 1에 의한 설립신고서의 반려 또는 보완사유가 발생한 경우에는 행정관청은 30일의 기간을 정하여 그 시정을 요구하고 그 기간 내에 이를 이행하지 아니한 때에는 당해 노동조합에 대하여 이 법에 의한 노동조합으로 보지 아니함을 통보하여야 한다.
- 3) 법외노조 통보 처분이 있더라도 법외노조로서 여전히 단체교섭과 단체행동을 할 수 있으므로 노동조합의 존재 자체를 없애버리는 해산명령과 다르다는 견해도 있다. 김영문, “근로자가 아닌 자의 노조가입을 둘러싼 법적 쟁점 연구”, 『노동법학』 32호, 한국노동법학회, 2009, 409면. 그러나 법외노조의 경우 법률상 부존재 상태로 되는 것이므로 규범적 차원에서 그 차이는 실질적인 의미를 갖지 못한다.

잠탈할 의도로 만들어졌다고 할 수 있다.⁴⁾

2. 법원 및 헌법재판소의 해석

가. 신고증 교부와 노동조합 성립

대법원은 노동조합은 설립신고서를 소관 행정관청에 제출하고 행정관청으로부터 그에 대한 신고증을 교부받음으로써만 성립할 수 있다고 본다.⁵⁾

노동조합의 설립을 행정관청의 신고증 교부에 의존하도록 하는 것은 자유설립주의에 반한다. 사실상 허가주의와 같은 형태로 운영될 수 있는 가능성이 있다는 것 자체로 자유설립주의에 반하는 것으로 평가할 수 있다. 노동조합은 행정관청의 신고증 교부와 무관하게 성립될 수 있어야 한다.

나. 설립신고 및 심사 제도의 취지

대법원은 노조법이 노동조합의 설립에 관하여 신고주의를 택하고 있는 취지에 대하여, 비록 노동조합 설립신고제도가 노동조합의 자유로운 설립을 일정 부분 제한하고 있기는 하나, 소관 행정당국으로 하여금 노동조합에 대한 효율적인 조직체계의 정비·관리를 통하여 노동조합이 자주성과 민주성을 갖춘 조직으로 존속할 수 있도록 노동조합을 보호·육성하고 그 지도·감독에 철저를 기하게 하기 위한 노동정책적인 고려에서 마련된 것이라고 본다.⁶⁾

헌법재판소는 노동조합 설립신고에 대한 심사는, 단순히 행정관청에 신고하는 것만으로 성립을 허용할 경우 민주성 및 자주성이라는 실질적인 요건조차 갖추지 못한 노동조합이 난립하는 것을 허용함으로써 노동조합이 어용조합이 되거나 조합 내부의 민주성을 침해할 우려가 있으므로 이를 방지하고 근로자들이 자주적이고 민주적인 단결권 등을 행

4) 김선수, “전교조 법외노조 통보처분 취소 소송의 쟁점”, 『노동법연구 제37호』, 서울대학교노동법연구회, 2014년 하반기, 181~182면.

5) 대법원 1979. 12. 11. 선고 76누189 판결.

6) 대법원 1993. 2. 12. 선고 91누12028 판결, 대법원 1997. 10. 14. 선고 96누9829 판결 등.

사하도록 하는 데 그 취지가 있다고 한다.⁷⁾

행정관청은 노동조합을 보호·육성하기 위하여 지원하는 것으로 족하지, 노동조합의 지도·감독에 철저를 기할 필요는 없다. 또한 노동조합의 성립을 단순신고만으로 인정한다고 해서 민주성 및 자주성이라는 실질적인 요건을 갖추지 못한 노동조합이 난립한다고 단정할 수 없고, 또한 그러한 노동조합이 다수 설립된다고 해서 곧바로 어용조합화 또는 조합 내부 민주성 침해로 연결된다고 할 수도 없다. 어용조합화 또는 내부 민주성 침해에 대해서는 그 단계에서 규제하면 되는 것이지 설립 자체를 막는 것은 과잉금지원칙에 위배된다.

다. 설립신고 심사의 방법

대법원은 설립신고서를 접수한 행정관청은 그 설립하고자 하는 노동조합이 노조법 제2조 제4호 단서 각호에 해당하는지 여부를 인정하여야 할 것인바, 그 인정절차에 대하여는 하등 규정한 바가 없으므로 해당 관청에게 일반적으로 기대할 수 있는 적절한 방법에 의한 합리적인 판단으로 그 해당 여부를 결정하여야 할 것이나, 그와 같은 판단이 잘못되어 반려사유가 없는데도 불구하고 이를 반려한 경우에는 그 반려는 위법하다고 아니할 수 없으며, 이 경우에 그 위법은 행정 내부에 의한 시정이 없는 한 행정소송에 의해서 그의 취소를 구할 수 있다고 본다.⁸⁾

대법원은 전국공무원노동조합(이하 '전공노') 사건에서 행정관청은 해당 단체가 노조법 제2조 제4호 각목에 해당하는지 여부를 실질적으로 심사할 수 있으나, 다만 행정관청에 광범위한 심사권한을 인정할 경우 행정관청의 심사가 자의적으로 이루어져 신고제가 사실상 허가제로 변질될 우려가 있는 점, 노조법은 설립신고 당시 제출하여야 할 서류로 설립신고서와 규약만을 정하고 있고, 행정관청으로 하여금 보완사유나 반려사유가 있는 경우를 제외하고는 설립신고서를 접수받은 때로부터 3일 이내에 신고증을 교부하도록 정한 점 등을 고려하면, 행정관청은 일단 제출된 설립신고서와 규약의 내용을 기준으로 노조법 제2조 제4호 각목의 해당 여부를 심사하되, 설립신고서를 접수할 당시 그 해당

7) 헌재 2008. 7. 31. 선고 2004헌바9 결정.

8) 대법원 1979. 12. 11. 선고 76누189 판결.

여부가 문제된다고 볼 만한 객관적인 사정이 있는 경우에 한하여 설립신고서와 규약 내용 외의 사항에 대하여 실질적인 심사를 거쳐 반려 여부를 결정할 수 있다고 판단했다.⁹⁾

그러나 노동조합 설립신고 제도가 자유설립주의에 부합하려면 행정관청의 심사대상은 형식상의 요건에 한정되어야 하고, 심사의 도구는 노조법이 제출을 요구하는 설립신고서와 규약 등을 통해서만 심사해야 하며,¹⁰⁾ 심사의 정도는 진위 심사가 아니라 오류 심사에 한정되어야 한다.¹¹⁾

라. 3일의 기간

대법원은 행정관청이 노동조합의 설립신고서를 접수한 때에는 3일 이내에 설립신고증을 교부하도록 되어 있다 하여 그 기간 내에 설립신고서의 반려 또는 보완지시가 없는 경우에는 설립신고증의 교부가 없어도 노동조합이 성립된 것으로 본다는 취지는 아니므로 행정관청은 그 기간 경과 후에도 설립신고서에 대하여 보완지시 또는 반려처분을 할 수 있다고 본다.¹²⁾

마. 신고증 교부와 노동조합 명칭의 사용

노조법 제7조 제3항 및 그 위반에 대한 벌칙 조항인 노조법 제93조 제1호에 대해 헌법재판소는 합헌결정을 하였다. 그 논거의 요지는 다음과 같다.

노조법 제7조 제3항은 노조법상의 실질적인 요건과 형식적인 요건을 모두 갖춘 노동

9) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두6998 판결. 위 판결은 노동부장관이 설립신고 당시 이미 파악하고 있던 해직 공무원에 관한 정보를 기초로[노동부장관이 구 전공노에 대하여 해직 공무원의 가입을 이유로 「공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」(이하 ‘공무원노조법’)상 노동조합으로 보지 아니한다는 통보를 한 상황에서 구 전공노를 합병한 전공노로부터 설립신고서를 제출받음] 해직 공무원의 가입 여부를 심사한 것은 조합원 전부를 대상으로 광범위하고 전면적인 심사를 한 것과는 달리 평가하여야 하므로 설립신고서와 규약 내용 외에 실제 해직 공무원이 원고 조합원으로 가입되어 있어 노조법 제2조 제4호 라목에 해당하는지를 실질적으로 심사한 것은 적법하다고 한 반면, 노동부장관이 설립신고서를 제출받을 당시 업무총괄자의 가입 여부를 의심할 만한 객관적인 사정이 있었다고 볼 만한 자료가 없고 또한 노동부장관이 어떠한 경위로 문제 된 조합원들의 업무 내용을 조사하게 되었는지를 확인할 자료도 없으므로 노동부장관이 조합원들의 업무 내용에 대하여 전반적인 조사를 거쳐 업무총괄자의 가입 여부를 실질적으로 심사한 것은 그 심사권한의 한계를 벗어난 것으로 비록 업무총괄자가 있다고 하더라도 이를 이유로 설립신고를 반려하는 것은 적법하다고 보기 어렵다고 판단했다.

10) 행정청이 주관적으로 인지한 사실이나 선입견이 배제되어야 하는 것은 당연하다.

11) 강성태, “행정관청의 노동조합 심사제도”, 『노동법연구』 31호, 서울대학교 노동법연구회, 2011, 219면.

12) 대법원 1990. 10. 23. 선고 89누3243 판결.

8. 결사의 자유 관련 ILO 핵심협약 비준 방안 토론회

조합에 한하여 노동조합이라는 명칭을 사용하게 함으로써 적법한 노동조합을 적극적으로 보호하고, 이에 반하여 형식적인 요건을 갖추지 못한 단결체에 대하여는 노동조합 명칭을 사용하지 못하게 하는 등 보호의 대상에서 제외하여 기본적으로 노조법에 따른 적법한 노동조합의 설립을 유도하기 위한 것이므로, 그 목적의 정당성이 인정된다. 형식적인 요건을 갖추지 못한 단결체에 대하여 노동조합이라는 명칭을 사용하지 못하게 하고 이를 위반하는 경우 형사상의 불이익을 가함으로써 합법적인 노동조합의 설립을 촉진하기 위한 것이므로, 그 수단의 적정성 또한 인정된다. 헌법상 근로자의 단결권과 관련하여 ‘노동조합’이라는 용어가 사용된 바가 없고, 단결권의 내용에 관하여 실질적인 요건을 갖춘 단결체이면 모두 노동조합이라는 명칭을 사용할 수 있다는 것도 아니며, 또한 노동조합 명칭을 사용하는 것은 노동조합 자유설립주의나 설립신고주의와도 반드시 연관된 문제라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 기본적으로 근로자들의 단결체에 대하여 적법성 등을 고려하여 어느 단계에서부터 노동조합이라는 명칭을 사용하게 할 것인지의 문제는 입법자가 여러 가지 사정을 모두 고려하여 정책적으로 정할 수 있는 재량사항에 지나지 아니한다.¹³⁾

사회적 실체를 갖춘 노동조합이 행정관청으로부터 신고증을 교부받지 못했다는 이유로 노동조합이라는 명칭조차 사용하지 못하게 한다는 것은 노동운동의 역사를 부정하는 것일 뿐만 아니라 행정우월주의 내지 법률만능주의적 사고의 발로로서 부당하고, 그 위반에 대해 형사처벌까지 하는 것은 과잉금지원칙에 위반된다고 하지 않을 수 없다.

바. 법에서 정하지 않은 서류의 제출 요구와 설립신고서 반려

대법원은 서울·경기·인천이주노동자노동조합(이하 ‘이주노조’) 사건 판결에서 “구 노동조합법 시행규칙이 제2조 제4호(2010. 8. 9. 고용노동부령 제2호로 삭제됨)에서 설립신고의 대상이 되는 노동조합이 ‘2 이상의 사업 또는 사업장의 근로자로 구성된 단위노동조합인 경우 사업 또는 사업장별 명칭, 조합원 수, 대표자의 성명’에 관한 서류를 설립신고서에 첨부하여 제출하도록 규정한 것은 상위 법령의 위임 없이 규정한 것이어서, 일반 국민에 대하여 구속력을 가지는 법규명령으로서의 효력은 없다. 따라서 행정관청은 구

13) 헌재 2008. 7. 31. 선고 2004헌바9 결정.

노동조합법 시행규칙 제2조 제4호가 정한 사항에 관한 보완이 이루어지지 아니하였다는 사유를 들어 그 설립신고서를 반려할 수는 없다.”고 판단했다¹⁴⁾

사. 노동조합 설립신고서 반려제도의 위헌성

헌법재판소는 설립신고서 반려제도에 대해 합헌결정을 하였다.¹⁵⁾ 그 논거의 요지는 다음과 같다.

헌법 제21조 제2항 후단의 결사의 자유에 대한 ‘허가제’란 행정권이 주체가 되어 예방적 조치로 단체의 설립 여부를 사전에 심사하여 일반적인 단체 결성의 금지를 특정한 경우에 한하여 해제함으로써 단체를 설립할 수 있게 하는 제도, 즉 사전 허가를 받지 아니한 단체 결성을 금지하는 제도를 말한다. 그런데 노조법 제12조 제3항 제1호는 노동조합 설립에 있어 노조법상의 요건 충족 여부를 사전에 심사하도록 하는 구조를 취하고 있으나, 이 경우 노조법상 요구되는 요건만 충족되면 그 설립이 자유롭다는 점에서 일반적인 금지를 특정한 경우에 해제하는 허가와는 개념적으로 구분되고, 더욱이 행정관청의 설립신고서 수리 여부에 대한 결정은 재량사항이 아니라 의무사항으로 그 요건 충족이 확인되면 설립신고서를 수리하고 그 신고증을 교부하여야 한다는 점에서 단체의 설립 여부 자체를 사전에 심사하여 특정한 경우에 한해서만 그 설립을 허용하는 ‘허가’와는 다르다. 따라서 노동조합 설립신고서 반려제도는 헌법 제21조 제2항 후단에서 금지하는 결사에 대한 허가제라고 볼 수 없다.

노동조합 설립신고에 대한 심사와 그 신고서 반려는 근로자들이 자주적이고 민주적인 단결권을 행사하도록 하기 위한 것으로서 만약 노동조합의 설립을 단순한 신고나 등록 등으로 족하게 하고, 노동조합에 요구되는 자주성이나 민주성 등의 요건에 대해서는 사후적으로 차단하는 제도만을 두게 된다면, 노조법상의 특권을 누릴 수 없는 자들에게까지 특권을 부여하는 결과를 야기하게 될 뿐만 아니라 노동조합의 실체를 갖추지 못한 노동조합들이 난립하는 사태를 방지할 수 없게 되므로 노동조합이 그 설립 당시부터 노동조합으로서 자주성 등을 갖추고 있는지를 심사하여 이를 갖추지 못한 단체의 설립신고서

14) 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 판결.

15) 헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2011헌바53 결정.

를 반력하도록 하는 것은 과잉금지원칙에 위반되어 근로자의 단결권을 침해한다고 볼 수 없다.

헌법재판소의 위 결정은, ① 단결권은 헌법재판소도 인정하고 있는 바와 같이 결사의 자유에 비하여 특별한 보호를 예정하고 있는 점, ② 단결권의 가장 기본적인 내용인 설립의 자유는 그 성립 여부를 행정관청의 사전적 심사에 의존하게 해서는 안 된다는 것을 내포한다는 점, ③ 노조법상 특권의 부여 여부는 그러한 특권을 누리하고자 신청하는 단계에서 판단하여 결정하면 충분하다는 점, ④ 실질적 요건을 갖추지 못한 노동조합이 난립한다는 전제는 확인된 바 없고 또 설사 그러한 노동조합이 다수 설립된다고 하더라도 그것을 설립신고증 교부 단계에서 통제하여야 할 특별한 이유도 없다는 점 등에 비추어 부당하다.¹⁶⁾

아. 법외노조 통보 처분의 성질

이 쟁점에 대한 대법원 판결은 아직 없다. 전국교직원노동조합(이하 ‘전교조’) 법외노조 통보처분 사건에 대한 서울행정법원 판결¹⁷⁾은 다음과 같이 판단했다.

“노조법 시행령 제9조 제2항은 노조법 제2조 제4호 단서의 범위 내에서 노조법 제2조 제4호 각목에 해당하는 경우 단서에 따라 노동조합으로 보지 아니하는 효과가 발생하였음을 알려주는 것이고, 노조법 제2조 제4호 단서에서 규정한 사항 이외에 새로운 법률 사항을 정한 것으로 보기는 어렵다. 노조법 시행령 제9조 제2항은 노조법 제2조 제4호 단서에 의하여 발생한 법적 효과를 명확하게 하고 노동조합에 시정할 기회를 제공하기 위한 규정으로서 집행명령의 일종이다.”

노조법 제2조 제4호 단서는 총칙의 정의(定義)규정으로 노동조합에 대한 시정요구 및 법외노조 통보의 근거와 절차에 관해서는 아무런 내용도 없다. 행정권 발동의 주체, 절차, 내용 및 방법에 관한 규정이 없더라도 총칙에 정의규정만 있으면 행정청이 임의로 행정권을 발동하여 집행할 수 있다는 것은 법률의 정의규정은 집행되는 것이 아니라 해석·적용되는 것으로서 원칙적으로 사법부의 전속권한에 속한다는 점을 간과한 것이다.

16) 김선수, 앞의 글, 181면.

17) 서울행정법원 2014. 6. 19. 선고 2013구합26309 판결.

노조법 제2조의 정의규정만으로 행정청이 시행령에 의하여 임의로 법외노조 통보를 할 수 있다면 노조법 제12조 제3항의 설립신고서 반려규정은 존재의의가 없어지게 된다. 노동조합으로 보지 아니한다는 정의규정만 있으면 행정청이 마음대로 시행령을 만들어 이미 설립된 노동조합의 법적 지위도 박탈할 수 있는 마당에, 그보다 보호 필요성이 덜한 설립 중 노동조합의 설립신고서 반려에 관하여 법률로 주체, 내용, 요건을 세세히 규정할 필요는 없을 것이기 때문이다. 법외노조 통보는 합법적 단체였던 노동조합이 가지는 한 두 가지 권리를 제약하는 것이 아니라 보호되는 법적 지위 자체를 박탈하여 실질적인 권리들을 대부분 소멸시키고¹⁸⁾ 노동조합이라는 명칭조차도 사용하지 못하고 이에 위반하면 벌칙조항까지 적용된다. 권리·의무에 직접 영향을 미치는 행정처분의 근거가 되는 규정을 집행명령이라고 하는 것은 그 자체로 모순이다.¹⁹⁾

II. 운영실태

1. 전공노 설립신고서 반려 사건

전공노는 구 전공노, 전국민주공무원노동조합, 법원공무원노동조합이 합병 결의를 통해 전국 공무원을 조직대상으로 하여 결성한 노동조합으로서 2010. 2. 25. 고용노동부장관(당시 노동부장관, 이하 ‘노동부장관’)에게 노동조합 설립신고서를 제출했다. 노동부장관은 2010. 3. 3. 위 설립신고서에는 구 전공노 소속 조합원이던 해직자 82명이 조합원으로 포함되어 있고, 전공노 산하 조직 대표자 중 8명은 노동조합 가입이 금지되는 부서 내 다른 공무원의 업무수행을 지휘·감독하거나 총괄하는 업무에 주로 종사하는 공무원에 해당된다는 등의 사유로 공무원노조법 제2조, 제6조, 노조법 제2조 제4호에 위반된다고 하여 설립신고서를 반려하는 처분을 하였다.²⁰⁾

18) 신권철, “법외노조 통보제도”, 『노동법학』 50호, 한국노동법학회, 2014, 360면. “노조해산명령이 노조에 대해 사형을 선고하는 것이라면, 법외노조 통보는 노조를 권리를 가지지 못하는 법 바깥의 존재로 취급하는 것이다.”

19) 김선수, 앞의 글, 183~185면.

20) 이명박 정부 초기 이영희 장관의 노동부는 설립신고 제도를 ‘자격심사제도’로의 전환을 전제로 폐지하는 방향으로 가닥을 잡았으나, 이영희 장관이 2009. 9. 퇴진한 이후부터 상황이 바뀌었다.

전공노는 2010. 3. 9. 노동부장관을 상대로 서울행정법원에 위 반려처분의 취소를 구하는 소를 제기했으나 기각되었고,²¹⁾ 항소를 제기했으나 기각되었으며,²²⁾ 상고를 제기했으나 역시 기각되었다.²³⁾ 위 사건에서 규약 상 해고자의 조합원 자격을 인정하는 조항은 없었다.²⁴⁾ 규약과 설립신고서 등 제출 서류에 대한 형식적 심사만으로는 ‘근로자 아닌 자’가 전공노에 가입하였는지 여부를 확인할 수 없었다. 그럼에도 대법원은 행정관청이 해직 공무원이 가입되어 있다는 사실을 파악하고 있었으므로 이에 대해 실질적 심사를 할 수 있다고 판단했다. 행정관청이 일정한 사항을 미리 파악하고 있었는지 여부에 따라 심사의 방법이 달라진다는 것은 부당하다.

박근혜 정부 출범 이후 2013년 전공노는 노동부와 수차례 협의를 거쳐 노동부의 요구에 따라 규약을 개정하고 설립신고서를 제출했다. 노동부는 설립신고증을 교부할 것이라고 언론에 밝혔음에도 2013. 8. 2. 설립신고서를 반려했다. 노동부는 규약의 관련 조항(제7조 제2항) 본문²⁵⁾은 공무원노조법의 취지를 반영하였으나, 단서조항²⁶⁾은 중앙집행위원회가 해직자를 조합원으로 인정하는 근거가 될 수 있으며, 대의원대회에서 해직자의 신분을 보장한다고 밝힌 바 있어 향후 해직자의 노조 가입을 허용하는 방향으로 운영될 소지가 크다고 반려사유를 밝혔다.²⁷⁾

규약 상 조합원 자격에 관한 규정에 아무런 문제의 소지가 없음에도 실제 해고자 등이 조합원으로 가입하여 활동하고 있는지 여부를 심사하는 것은 행정관청에 의한 심사의 범

21) 서울행정법원 2010. 7. 23. 선고 2010구합11276 판결(재판장 판사 오석준, 판사 김영식, 판사 이재홍).

22) 서울고등법원 2011. 2. 16. 선고 2010누25239 판결(재판장 판사 김문석, 판사 이형근, 판사 신혁).

23) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두6998 판결.

24) 규약 제7조(조합원 자격) ① 전국의 6급 이하 공무원은 조합의 조합원이 될 수 있다. ② 조합은 명예조합원 등을 둘 수 있으며 별도의 규정을 둔다. 부칙 제2조(신설합병으로 인한 승계) 조합은 법원공무원노동조합, 전국공무원노동조합 및 전국민주공무원노동조합의 신설합병 결의에 따라 아래와 같이 합병되는 노동조합의 지위를 승계한다.

항소심 판결은 “규약 제7조 제1항은 6급 이하 공무원이 조합원이 된다고 명시하고 있으므로, 규약 부칙에서 구 전공노 조합원 신분을 승계한다는 의미는 다른 사정이 없는 한 구 전공노 조합원이면 원고 조합원이 된다는 의미일 뿐, 구 전공노 조합원이면 공무원이 아니더라도 원고 조합원이 된다는 의미는 아니다”라고 판시했다.

25) “조합원이 부당하게 해고됐거나 해고의 효력을 다투고 있는 경우 관련 법령에 따라 조합원의 자격을 유지한다.”

26) “구체적인 조합원 적격에 대한 해석은 규약 제27조 제2항 제7호에 의한다.” 규약 제27조 제2항 제7호는 중앙집행위원회의 권한사항으로 ‘규약의 해석’에 관하여 규정한 것이다.

27) <http://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=119952>,

http://nodong.org/index.php?document_srl=6755327&mid=statement&page=8

김기덕, “해고자와 조합원 -공무원노조 설립신고 반려에 부쳐”, 「매일노동뉴스」 2013. 8. 6.자.

위를 벗어난 것으로 보아야 한다. 행정관청에 의한 심사가 사실상 노동조합 설립에 대한 허가제의 형태로 운영되고 있으며, 특정 노동조합에 대해 설립신고서 반려가 자의적으로 남용되고 있음을 보여준다.

2. 전교조 법외노조 통보 사건

전교조는 교원과 공무원의 노조설립이 금지되던 시절인 1989. 5. 28. 참교육을 기치로 내걸고 설립되었다. 1,527명의 교사들이 해고되어 학교를 떠나는 희생의 과정을 거쳐 1999. 1. 29. 「교원의 노동조합 설립 및 운영에 관한 법률」(이하 ‘교원노조법’)이 제정되고 같은 해 7. 1.부터 시행됨에 따라 합법화되었다. 전교조는 합법화에 따라 설립신고를 위해 1999. 6. 27. 대의원대회를 개최하여 규약을 개정하고, 1999. 7. 1. 노동부장관에게 설립신고를 하여 설립신고증을 교부받았다. 당시 설립신고서에 첨부된 규약에는 해직 교원의 조합원에 관한 규정이 없었다. 그 이후 전교조는 참교육과 우리 사회의 민주화를 위해 교육현장에서 왕성한 활동을 해왔다. 전교조가 홈페이지에 공개한 2009. 8. 29.자 규약의 부칙(1999. 6. 27.) 제5조는 해고조합원의 조합원 자격에 관하여 규정했다.²⁸⁾

이명박 정부 들어 보수단체들이 전교조의 위 규약 조항을 트집 잡아 노동부에 시정명령을 할 것을 요구했고, 이에 따라 노동부장관은 2010. 3. 31. 노조법 제21조 제1항²⁹⁾의 규정에 근거하여 전교조에게 위 규정이 교원노조법 제2조에 위배된다는 이유로 해직 교원의 조합원 자격을 인정하는 규약을 개정하라고 시정명령을 했다.³⁰⁾ 전교조는 위 시정명령에 대하여 취소소송을 제기했으나 최종적으로 2012. 1. 12. 대법원 판결 선고로 패소했다.³¹⁾ 전교조는 위 소송이 계속 중이던 2010. 8. 14. 규약을 개정하면서 부칙 제5조

28) “① 규약 제6조 제1항의 규정에 불구하고 부당해고된 교원은 조합원이 될 수 있다. ② 종전 규약에 의거 조합원 자격을 갖고 있던 해직 교원 중 복직되지 않은 조합원 및 이 규약 시행일 이후 부당해고된 조합원은 규약 제6조 제1항의 규정에 불구하고 조합원 자격을 유지한다.”

규약 제6조 제1항 “전국의 유치원 및 초·중·고등학교의 교원은 조합원이 될 수 있다. 단, 사용자를 위해 일하는 자는 조합원이 될 수 없다.”

29) 노조법 제21조(규약 및 결의처분의 시정) ① 행정관청은 노동조합의 규약이 노동관계법령에 위반한 경우에는 노동위원회의 의결을 얻어 그 시정을 명할 수 있다.

30) 노동부장관은 이 사건 조항과 더불어 규약 제55조(단체교섭과 단체협약의 체결) 제4항(위원장은 전국대의원대회의 의결을 거쳐 단체협약을 체결한다)에 대해서도 시정명령을 했다.

31) 1심 서울행정법원 2010. 11. 5. 선고 2010구합27110 판결(규약 제55조 제4항에 대한 시정명령은 취소했다),

제1항을 삭제하고 부칙 제5조 제2항을 “부당 해고된 조합원은 규약 제6조 제1항의 규정에 불구하고 조합원 자격을 유지한다.”라고 개정했다.

보수단체들은 전교조에 대해 법외노조 통보를 해달라고 이명박 정부를 압박했다. 2013년 초 일부 보수단체 대표들이 이명박 대통령을 만나 전교조에게 법외노조 통보를 해달라고 요청했으나, 노동부는 법외노조 통보 조항이 법률이 아닌 시행령에 있어 근거규정 자체가 약하고, 법률 검토 결과 헌법상 피해최소성의 원칙에 반해 자칫 위헌소지가 크다는 입장을 밝혔다.³²⁾

박근혜 정부 들어 노동부장관은 2013. 9. 17. 전교조에게 위 규약 규정의 시정과 해직 교원이 전교조에 가입하여 활동하지 않도록 조치하라고 시정요구를 하였고, 전교조가 이에 응하지 않자 2013. 9. 23. 다시 같은 내용의 시정요구를 하였다. 전교조와 해직 조합원들은 교원노조법 제2조, 노조법 시행령 제9조 제2항³³⁾ 및 위 시정요구가 단결권 등 기본권을 침해한다고 주장하면서 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구했다. 전교조는 대의원대회 결정에 따라 2013. 10. 16.부터 18.까지 노동부 시정요구의 수용 여부를 묻는 조합원 총투표를 실시하였다. 그 결과 59,828명의 조합원이 투표에 참여하여(투표율 80.96%) 거부 68.59%, 수용 28.09%의 결과가 나왔다. 규약 개정을 위해서는 과반수 참여, 참여자의 3분의 2 이상 찬성이 필요한데 오히려 3분의 2 이상이 반대한 것이다. 전교조는 위 투표 결과에 따라 노동부 시정요구에 응하지 않았고, 노동부장관은 2013. 10. 24. 교원노조법 제14조(노조법 준용규정), 교원노조법 시행령 제9조(노조법 시행령 준용규정), 노조법 제2조 제4호 라목, 노조법 시행령 제9조 제2항 등에 근거하여 전교조에 대해 법외노조 통보를 하였다.

전교조는 법외노조 통보를 받고 그 취소를 구하는 행정소송을 제기함과 동시에 효력정지 신청을 했다. 서울행정법원은 2013. 11. 1. 효력정지 사건의 심문을 진행한 후 11. 13.자로 효력정지 결정³⁴⁾을 했다. 노동부장관이 위 결정에 불복하여 항고했으나 서울고

항소심 서울고등법원 2011. 9. 9. 선고 2010누43725 판결, 상고심 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011두24231 판결(심리불속행 기각).

32) 내일신문 2013. 9. 26.자(http://www.naeil.com/news_view/?id_art=7025).

33) 헌법재판소는 노조법 시행령의 법외노조통보 조항은 시정요구 및 법외노조통보라는 별도의 집행행위를 예정하고 있으므로, 법외노조통보 조항에 대한 헌법소원은 기본권 침해의 직접성이 인정되지 아니하여 부적법하다는 이유로 각하했다.

34) 서울행정법원 2013. 11. 13.자 2013아3353 결정(재판장 판사 반정우, 판사 김진하, 판사 김정환).

등법원은 항고를 기각했다.³⁵⁾ 서울행정법원은 2014. 6. 19. 전교조의 청구를 기각하는 판결을 선고함과 동시에 효력정지 결정을 취소했다.³⁶⁾ 효력정지 결정 취소에 대해 서울행정법원에 이의신청을 했으나 서울행정법원은 이를 기각했다.

전교조는 항소를 제기함과 동시에 다시 효력정지 신청을 했다. 서울고등법원(제7행정부)은 2014. 9. 19. 교원노조법 제2조³⁷⁾에 대해 헌법재판소에 위헌제청결정³⁸⁾을 함과 동시에 효력정지 결정³⁹⁾을 했다. 헌법재판소는 2015. 5. 28. 교원노조법 제2조에 대해 합헌결정을 하였다.⁴⁰⁾ 서울고등법원의 효력정지결정에 대해 노동부장관은 대법원에 재항고를 하였는데, 대법원은 헌법재판소의 결정이 있자마자 2015. 6. 2. 서울고등법원의 효력정지 결정을 파기하고 서울고등법원으로 환송했다.⁴¹⁾ 현재 본안사건(2014누54228)과 효력정지 사건(2015아328) 사건은 서울고등법원(본안 제7행정부, 효력정지 사건 제2행정

35) 서울고등법원 2013. 12. 26.자 2013투1179 결정(재판장 판사 민중기, 판사 임민성, 판사 안중화).

36) 서울행정법원 2014. 6. 19. 선고 2013구합26309 판결(재판장 판사 반정우, 판사 김용찬, 주심 판사 김정환). 위 판결에 대한 평석으로는 김선수, 앞의 글, 156~221면.

37) 제2조(정의) 이 법에서 “교원”이란 초·중등교육법 제19조 제1항에서 규정하고 있는 교원을 말한다. 다만, 해고된 사람으로서 ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제82조 제1항에 따라 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 사람은 노동위원회법 제2조에 따른 중앙노동위원회(이하 “중앙노동위원회”라 한다)의 재심판정이 있을 때까지 교원으로 본다.

38) 서울고등법원 2014. 9. 19.자 2014아413 결정(재판장 판사 민중기, 판사 유현중, 주심 판사 김관용).

39) 서울고등법원 2014. 9. 19.자 2014아366 결정(재판장 판사 민중기, 판사 유현중, 주심 판사 김관용).

40) 현재 2015. 5. 28. 선고 2013헌마671, 2014헌가21 결정. 다만, 김이수 재판관은 위 조항은 그 입법목적이 정당하다 하더라도, 교원노조 및 해직 교원이나 구직 중인 교사 자격 취득자 등의 단결권을 지나치게 제한하여 위헌이라는 견해를 밝혔다. 김이수 재판관이 제시한 논거는 다음과 같다. ① 산업별·지역별 노조에 해당하는 교원노조에 재직 중인 교원 외에 해직 교원과 같이 일시적으로 실업 상태에 있는 자나 구직 중인 교사 자격 소지자의 가입을 엄격히 제한할 필요가 없고, 다른 직종으로 변환이 쉽지 않은 교사라는 직종의 특수성을 고려할 때 이를 엄격히 제한하는 것은 이들 직종에 속하는 사람들의 단결권을 지나치게 제한하는 결과를 초래할 수 있다. ② 교원노조 및 그 조합원의 정의행위 금지 조항(법 제8조), 교원노조의 정치활동 금지 조항(법 제3조) 등이 있으므로 교원노조에 해직 교원 등이 포함된다고 하여 교원노조가 정치화되거나 그로 인해 교육의 공공성이나 국민의 교육받을 권리가 침해되는 결과가 초래될 위험도 없다. ③ 해직 교원의 경우 부당해고를 다투기 위해 교원소청심사위원회에 불복하는 절차를 밟는 경우가 일반적이므로, 교원소청심사위원회에 불복하고 심사위원회의 결정이 있을 때까지 조합원 자격을 유지할 수 있도록 함으로써 단결권 제한을 최소화할 수 있다. ④ 전교조에 대한 법의노조통보 조치 경위에서 알 수 있듯이, 이 사건 법률조항은 다른 행정적 수단과 결합하여 노동조합의 자주성을 보호하기 위한 원래의 입법목적과 달리 도리어 교원노조의 자주성 및 단결권을 본질적으로 침해하는 조항이 될 수 있다. ⑤ 공무원인 국·공립학교 교원과 사립학교 교원의 근로관계는 그 성질을 달리하는바, 교원지위법정주의에 관한 헌법 제31조 제6항을 근거로 사립학교 교원의 노동3권을 제한할 수는 없고, 비교법적으로 보더라도 사립학교 교원의 노동3권을 제한하는 예는 찾아보기 어렵다. 더욱이 이는 우리나라가 아직 비준하지는 않았지만 국제노동기구(ILO) 제87호 및 제98호 협약과도 모순된다.

41) 대법원 2015. 6. 2.자 2014무548 결정.

부)에 각 계류 중이다.

3. 이주노조 설립신고서 반려사건

서울, 경기, 인천 지역에서 취업하여 일하고 있던 미등록을 포함한 이주노동자 91명은 2005. 4. 24. 지역별 노동조합 형태인 이주노조를 설립하고, 5. 3. 노동조합설립신고서를 서울지방노동청장(현 서울고용노동청장, 이하 ‘서울노동청장’)에게 제출했다. 서울노동청장은 5. 9. 이주노조에게 설립신고서와 관련하여 (1) 제출되지 아니한 임원의 성명 및 주소, 제출된 임원의 주소, (2) ① 2개 이상의 사업 또는 사업장의 근로자로 구성된 노동조합이라는 이유로 “조합원이 소속된 사업 또는 사업장별 명칭과 조합원 수 및 대표자의 성명(노조법 제10조 제1항 및 노조법 시행규칙 제2조 제4호)”, ② “소속 조합원들의 취업자격 유무 확인을 위한 조합원 명부(성명, 생년월일, 국적, 외국인등록번호 또는 여권번호 기재)”, (3) 임원선거, 규약제정 절차의 적법성 여부를 확인할 수 있도록 총회회의록 등 관계서류 등을 5. 31.까지 보완하여 제출할 것을 요구했다.

이주노조는 노조법 제10조 제1항에서 기재하도록 명시하고 있는 임원의 성명 및 주소, 총회회의록은 제출하였으나, 위 (2) ①, ② 항에 대해서는 노조법상 이를 제출하여야 할 법적 근거가 없고 그 제출 요구 자체가 헌법과 노동관계법, 국제조약에서 보장하는 이주노동자에 대한 평등대우 원칙에 위배된다는 점을 지적하며 그 제출을 거부하였다. 그러자 서울노동청장은 2005. 6. 3. 보완요구사항 중 ‘위 (2) ① 2개 이상의 사업 또는 사업장의 근로자로 구성된 노동조합이므로 조합원이 소속된 사업 또는 사업장별 명칭과 조합원 수 및 대표자의 성명, ② 소속 조합원들의 취업자격 유무 확인을 위한 조합원 명부를 제출하지 아니하였다’는 절차적 이유와 ③ ‘이주노조 임원이 현행법상 취업 및 체류 자격이 없는 외국인이고, 그 외 소속 조합원의 신분은 주로 불법체류자일 것으로 추정할 수 있어, 이주노조는 주로 노동조합에의 가입 자격이 없는 불법취업 외국인이 주체가 되어 조직된 단체로 봄이 타당하므로 노조법상 노동조합으로 볼 수 없다’는 이유로 노동조합설립신고서를 반려했다.

이에 이주노조는 2005. 6. 14. 서울노동청장을 피고로 하여 노동조합설립신고서반려처분 취소소송을 서울행정법원에 제기했다. 서울행정법원(제13부)은 2006. 2. 7. 원고의 청

구를 기각했다.⁴²⁾ 이주노조는 2. 24. 항소를 제기했고 서울고등법원(제11특별부)은 2007. 2. 1. 서울행정법원 판결을 취소하고 서울노동청장의 반려처분을 취소하는 판결을 선고했다.⁴³⁾ 서울노동청장이 2. 23. 상고를 제기했는데, 대법원은 무려 8년 4개월 2일 만에 판결을 선고했다.⁴⁴⁾ 그 사이 주심 대법관이 2번⁴⁵⁾이나 바뀌었다. 대법원은 2015. 1. 당사자들에게 아무런 사전 통보도 없이 전원합의체로 회부하였고, 2015. 6. 25.에서야 상고기각 판결을 선고했다.⁴⁶⁾ 이로써 이주노조 설립반려처분취소사건은 확정되었다.

이주노조는 대법원 판결 선고 후 곧바로 서울노동청장에게 설립신고서를 제출했다. 그런데 서울노동청장은 ‘연수제도 철폐, 고용허가제 반대, 단속추방 반대와 노동비자 쟁취, 이주노동자 합법화 쟁취’를 명시한 규약이 정치운동을 목적으로 한다는 이유로 보완을 요구했다. 이주노조가 규약을 보완해 다시 신고서를 제출했지만 서울노동청장은 ‘노동허가제 쟁취’와 ‘이주노동자 합법화 쟁취’라는 문구를 문제 삼아 재차 보완을 요구했다. 이주노조는 위 문구를 ‘이주노동자의 자주적 단결과 노동조합 운동의 지속적 발전 추구’, ‘이주노동자의 노동조건 향상과 정치적 경제적 사회적 문화적 지위 향상’으로 바꿔 신고서를 제출했다. 서울노동청장은 2015. 8. 20. 설립신고증을 교부했다. 출범 후 10년 4개월 만에 합법노조 지위를 획득했다. 대법원 판결 이후에도 서울노동청장이 규약의 세세한 내용을 문제 삼아 보완 요구를 한 것에 비추어 보면 행정관청의 설립신고 심사 제도가 얼마나 어처구니없이 남용되고 있는지 확인할 수 있다.

42) 서울행정법원 2006. 2. 7. 선고 2005구합18266 판결(재판장 판사 이태중). 위 판결에 대한 평석으로는 정인섭, “노동조합 결격요건 심사”, 『노동법연구』 21호, 서울대학교 노동법연구회, 2006 하반기, 147~169면.

43) 서울고등법원 2007. 2. 1. 선고 2006누2774 판결(재판장 판사 김수형).

44) 이 사건은 대법원의 최장기 계류 사건 중의 하나로 기록된다.

45) 감사원장으로 자리를 옮긴 김황식 전 대법관, 서울대 법대 교수 출신의 양창수 전 대법관, 그리고 이번 판결에 참여한 권순일 대법관.

46) 대법원 2015. 6. 25. 선고 2007두4995 전원합의체 판결. 민일영 대법관은 반대의견으로 취업자격 없는 외국인에 대하여는 근로조건 유지·개선과 지위 향상을 기대할 만한 법률상 이익을 인정하기 어렵고, 취업자격이 없는 외국인은 노조법상 근로자의 개념에 포함되지 않는다고 봄이 상당하다는 이유로 반대의견을 개진했다. 나아가 민일영 대법관은 이주노조가 제출한 설립신고서에 기재된 대표자가 취업자격 없이 불법체류하고 있는 사람이고 규약에 ‘이주노동자 단속 추방 반대, 이주노동자 합법화’ 등이 목적 중의 하나로 기재되어 있어 ‘주로 정치운동을 목적으로 하는 단체’임을 추단할 수 있는 객관적인 사정이 어느 정도 드러나 있는 만큼 행정관청 으로서는 이러한 목적성을 실질적으로 심사하기 위하여 취업자격 유무를 확인할 수 있는 조합원 명부의 제출을 요구하고 그 보완 요구에 불응함을 이유로 설립신고서를 반려한 것이라고 볼 여지도 적지 않다는 의견을 밝혔다.

4. 청년유니온 설립신고서 반려 사건

청년유니온(Youth Community Union)은 우리나라 최초의 세대별 노동조합으로서 2010. 3. 13. 창립되었다. 만 15세부터 만 39세 이하의 비정규직, 정규직, 구직자, 일시적 실업자 등의 청년노동자가 구성원인데, 창립 당시 조합원 수는 60여명이었다.

청년유니온은 3. 18. 노동부에 설립신고서를 제출했다(1차 설립신고). 노동부는 3. 23. 설립신고서를 반려(1차 반려처분)했다. 노동부가 밝힌 반려처분의 근거는 ① 강령 및 규약에 의하면 재직근로자의 근로조건 유지·개선보다는 ‘정치활동’이 주된 목적과 사업인 것으로 판단됨(노조법 제2조 제4호 마목에 해당), ② 규약에서 노조 가입대상에 구직 중인 청년노동자를 포함하고 있고, 조합원 중 재직근로자가 오히려 소수이며 임원 중 일부도 재직근로자가 아닌 것으로 판단되어 근로자가 주체가 되는 단체로 보기 어려움(노조법 제2조 제4호 라목에 해당) 등이다.

청년유니온은 2010. 4. 13. 다시 설립신고서를 했다(2차 설립신고). 노동부는 4. 15. 설립신고서 보완 통보를 했다. 노동부가 밝힌 보완 요구 근거는 ① 설립신고서에 주된 사무소 소재지를 구체적으로 기재하고 누락된 구비서류인 ‘임원의 성명과 주소록’과 ‘사업(장)별 명칭·조합원수·대표자의 성명’을 제출 바람(노조법 제10조 및 시행규칙 제2조), ② 노조 임원의 선거 및 규약의 제정 절차의 적법절차 여부를 확인할 수 있는 서류(총회 회의록 등)를 제출 바람(노조법 제16조 및 시행령 제9조), ③ 노조 임원에 대한 근로자성 여부를 확인할 수 있는 증빙자료(근로계약서 또는 재직증명서 등)를 제출 바람. 조합원 수가 당초 80명에서 23명으로 감소하였는바 설립신고서의 진위 여부를 확인하기 위해 감소 인원(57명)에 대한 조합원 탈퇴 여부를 확인할 수 있는 서류를 제출 바람(노조법 제2조 및 시행령 제9조), ④ 규약에 조직대상으로 구직 중인 청년노동자를 포함하여 노조 가입대상에 ‘근로자가 아닌 자’의 가입을 허용하고 있으므로 규약의 조직대상 내용을 관계 규정에 부합하도록 변경 바람(노조법 제2조 제4호), ⑤ 규약에 총회와 대의원회 기능을 구분하여 규정하고, 대의원회 구성을 위하여 대의원 배정기준 등을 규약으로 구체적으로 규정할 것(노조법 제11조 및 제17조) 등이다.

청년유니온은 2010. 5. 11. 보완하였으나 노동부는 5. 14. 설립신고서 반려 처분(2차 반려처분)을 하였다. 노동부가 밝힌 반려처분의 근거는 노동조합의 결격사유를 규정한

노조법 제2조 제4호 라목에 해당되는 것으로 판단되고, 보완요구에 대해 일부만 보완했다는 것이다. 위 반려처분에 대해 청년유니온이 행정소송을 제기했는데, 서울행정법원은 2010. 11. 18. 판결을 선고했다.⁴⁷⁾ 서울행정법원은 청년유니온이 노조법 제2조 제4호 라목에 해당하는 것으로 보이지 아니하나, 보완요구 중 “조합원수가 당초 80명에서 23명으로 감소하였는바 설립신고서의 진위 여부를 확인하기 위해 감소인원(57명)에 대한 조합원 탈퇴 여부를 확인할 수 있는 서류 제출”에 대하여 기간 내에 이를 보완하지 아니한 것은 적법한 반려사유에 해당하므로, 이를 이유로 한 반려처분은 적법하다고 하여 원고의 청구를 기각했다.

청년유니온은 위 판결에 대해 항소를 제기하지 않고 전략을 바꾸었다. 2011. 4. 14. 전국적으로 27개의 청년유니온 2인 노조를 설립하고 각 지역별로 설립신고를 하였다. 그 중 서울특별시에 설립신고를 했던 청년유니온14가 행정소송을 제기하여 2012. 2. 17. 서울행정법원에서 승소판결을 받았다. 서울특별시는 2012. 3. 12. 서울청년유니온에게 노동조합 설립신고증 교부했다. 그 후 2012. 6. 13. 광주청년유니온 노동조합이, 7. 16. 인천청년유니온이, 8. 6. 대전청년유니온이, 8. 20. 충북청년유니온이 각 지방자치단체로부터 설립신고증을 교부받았다. 전국 규모의 청년유니온 2013. 4. 18. 설립신고(6차 설립신고)를 하였고, 결국 4. 30. 노동부장관으로부터 설립신고증을 교부받았다.⁴⁸⁾ 처음 청년유니온을 설립하고 3년이 넘는 시간이 걸렸다.

5. 장그래 꽃분이 대전충북지역 노동조합(이하 ‘꽃분이노조’) 설립신고서 반려 사건

대전·충북 지역에서 일하는 하청업체 근로자 10여 명이 꽃분이노조를 설립하고 2015. 7. 14. 대전고용노동청(이하 ‘대전노동청’)에 설립신고서를 제출했다. 대전노동청은 7. 17. 꽃분이노조에 대해 8. 5.까지 규약을 보완하라고 요구했다. 대전노동청이 보완을 요구한 내용은 ① 규약 제2조에서 조합이 ‘정치적 지위’를 향상시키는 것을 목적으로 한다

47) 서울행정법원 2010. 11. 18. 선고 2010구합28694 판결(재판장 판사 장상균, 판사 민달기, 판사 김종범). 위 판결에 대한 비판적 검토는 강성태, 앞의 글.

48) 청년유니온 홈페이지. <http://youthunion.kr/xe/index.php?mid=introduce&act=dispPageIndex#history>

는 내용,⁴⁹⁾ ② 규약 변경에 관한 사항 누락, ③ 노동조합 해산에 대한 규정 누락 등 다섯 가지다. 대전노동청이 규약 제2조의 ‘정치적 지위’ 부분에 대해 보완을 요구한 것은 설립심사제도가 얼마나 악용될 수 있는지 보여준다.⁵⁰⁾

대전노동청은 꽃분이노조에 “노조 임원은 조합원 중에서 선출돼야 한다”거나 “조직 형태의 변경에 관한 사항은 조합원 과반수 출석과 출석 조합원 3분의 2 이상의 찬성이 있어야 한다”는 내용을 규약에 넣으라는 보완요구도 했다. 그러나 이는 노조법상 강행규정이기 때문에 규약에 동일한 내용을 넣을 필요가 없으므로 이에 대한 보완 요구는 의미가 없다. 대전노동청은 8. 4.에는 보완요구 가운데 회의록만 내면 설립신고증을 주겠다고 하여 꽃분이노조는 이에 따랐다. 그런데 대전노동청은 8. 5. 12시경 말을 바꿔 ‘쟁의행위 찬반투표 공개’ 등의 내용을 담아 규약을 개정하라는 요구가 담긴 전자우편을 노조 쪽에 보냈다가 오후 8시경 아무런 조건 없이 설립신고증을 교부했다.⁵¹⁾ 행정관청의 설립심사가 얼마나 남용되고 있는지 여실히 보여주는 예라 할 수 있다.

49) “정치, 경제, 사회, 문화적 지위를 향상시키고 조합원의 공동이익을 옹호함을 목적으로 한다.”

50) 민주사회를 위한 변호사 모임이 밝힌, 위 보완요구가 부당한 근거는 다음과 같다. 「첫째, 노동자들의 경제적, 사회적 지위는 정치적 지위와 매우 밀접한 관련성을 가지고 있다. 노동자들의 경제적, 사회적 지위는 노동자들의 정치적 지위가 향상됨에 따라 함께 향상될 수 있는 것이다. 따라서 전자와 후자를 따로 논하는 것은 어불성설이다. 그렇기에 노동조합이 규약에 경제적, 사회적 지위의 향상 외에 정치적 지위의 향상을 자신의 활동의 목적으로 기재하는 것은 너무나 자연스러운 일이다. 둘째, 노조법에는 “주로” 정치운동을 목적으로 하는 경우”만을 노조의 소극적 요건으로 규정하고 있을 뿐, 정치운동 자체를 금지하고 있지도 않다. 우리 사회의 많은 활동이 정치와 관련이 있지만, ‘정치운동’이라고 할 때는 좁은 의미의 정치와 관련된 활동을 의미하는 것이다. 이를 테면, 특정인의 당선과 낙선을 위한 활동을 하거나 정치적 권력을 획득하기 위한 정당 활동 등이 그에 해당하는 것이다. 노조가 이런 정치 활동을 하는 경우에도 그 활동을 ‘주로’ 하지 않는 경우에는 노조법상 문제될 것이 전혀 없다. 따라서 노조 규약에 구체적인 정치활동과 관련된 내용을 기재하지 않은 채 단지 노동자들의 ‘정치적 지위의 향상’을 도모한다고 기재한 것이 문제될 여지는 전혀 없다. 셋째, 노동조합 자체가 정치적 기본권의 향유주체이기도 하므로 노조 규약에 ‘정치’라는 용어가 기재되어 있다고 해서 문제될 소지가 전혀 없다. 헌법재판소는 노동조합이 정치적 의사형성과정에 영향력을 행사하는 것은 자주성을 침해하는 것이 아니고, 오히려 정치활동 금지 조항은 헌법상 보장된 정치적 자유의 의미 등을 공동화시킨다는 점을 명확히 하였다. 이미 노조법의 정치활동 금지 조항은 삭제되었고, 정치관계법령에서는 노동조합의 정치활동을 허용하고 있다. 따라서 노동조합은 정당과의 정책협의, 정당·책에 대한 지지·비판 등 정치활동을 자유로이 할 수 있다. 넷째, 고용노동부는 노조 설립신고에 대한 심사권한을 현저히 일탈·남용하였다. 노조법에 따르면 규약의 필요적 기재사항 누락 등 형식적 사항 이외에 규약의 내용 자체에 대하여는 보완 요구를 할 수는 없다. 규약에 ‘정치’적 지위 향상을 하나의 목적으로 병기했다고 해서 정치운동을 ‘주된’ 목적으로 하는 경우에 해당하는 것은 전혀 아니다. 그럼에도 규약상 하나의 단어를 문제 삼는 조악한 심사는 법원조차 경계하는 자의적 판단의 극치이자 노조설립 신고제가 아닌 허가제의 모습일 뿐이다.」

51) <http://www.hani.co.kr/arti/society/labor/703319.html>

III. ILO 기준 및 국가인권위원회 권고

1. ILO 기준

가. 단결권(결사의 자유)의 의의

국제노동기준에서 단결권(결사의 자유)은 특히 중요한 의미를 가지며, 여러 협약 또는 국제규범이 이를 명확하게 보장하고 있다. 우리나라가 가입한 국제인권규약인 「시민적·정치권 권리에 관한 국제규약」 제22조와 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약」 제8조, 「세계인권선언」 제23조 제4항은 “노동조합을 결성할 권리”를 명시적으로 보장하고 있다.

ILO 헌장 전문(前文)은 회원국이 결사의 자유 원칙을 승인할 것을 명시적으로 요구하고 있다. ILO의 목적에 관한 선언(ILO 헌장 부속서)도 ‘표현의 자유 및 결사의 자유가 중단 없는 진보를 위한 필수적인 사항’이라고 천명하고 있다. ILO는 4개 분야(결사의 자유, 강제근로, 균등대우, 아동근로)의 8개 협약을 모든 회원국에 의해 비준·시행되어야 할 근로자의 권리에 있어서 근본적인 것으로 보고 있으며, 결사의 자유와 관련하여 제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보장에 관한 협약)과 제98호 협약(단결권 및 단체교섭권의 원칙 적용에 관한 협약)을 기본협약으로 본다. 1998. 6. 18. ILO 제86차 총회에서 채택된 ‘노동에서의 기본적 원칙과 권리에 관한 선언’⁵²⁾은 모든 ILO 회원국들은 비록 문제가 되고 있는 협약들을 비준하지 않았다고 하더라도 ILO에 가입하고 있다는 사실 그 자체로부터 ILO 헌장에 따라 기본적 권리에 관한 원칙을 성실하게 존중하고 증진시키며 실현하기 위한 의무를 갖는다고 규정하면서, 기본적 권리에 관한 원칙에 결사의 자유 및 단체교섭권의 효과적인 승인을 포함하고 있다(동 선언 제2조).

다른 협약과 달리 결사의 자유와 관련해서는 결사의 자유 위원회⁵³⁾라는 특별감독기관이 ILO에 설치되어 있고, 동 위원회는 결사의 자유 원칙 위반에 대한 진정(제소)사건을 심의하고 필요한 경우 관계 당사국에 대하여 권고를 할 수 있다. 결사의 자유위원회의 활동은 관계 당사국의 협약비준 여부 또는 조사활동에 관한 동의 여부와 무관하게 이루어

52) ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work

53) Committee on Freedom of Association: CFA

어진다. 결사의 자유 위원회의 해석과 권고는 국제법적 의미에서의 구속력을 갖고 있지는 않지만 국제사회에서 무시할 수 있는 사실상의 영향력을 발휘하고 있다.⁵⁴⁾

결사의 자유 위원회는 실제로도 그리고 법률상으로도 단결권은 노동조합의 권리들 중에서 가장 우선적인(the foremost) 권리이며, 그것 없이는 제87호 협약과 제98호 협약에서 보장하는 다른 권리들은 사문화될 수밖에 없는 필수적인 전제(the essential prerequisite)이므로 단결권은 보편적인 원칙으로 받아들여져야 하며, 단 하나의 예외는 군대와 경찰에 관해 제87호 협약 제9조가 규정하고 있는 경우라고 밝혔다.

나. 설립신고 제도 관련 ILO 의견

ILO 제87조 협약은 자주적 단결권의 확인으로서 노동조합의 자유설립주의 원칙을 확인하고 있다.⁵⁵⁾ 위 협약 제2조 중 ‘사전 승인을 받지 아니하고’(without prior authorization)에 관한 ‘결사의 자유 위원회’의 해석에서 자유설립주의에 관한 기준을 알 수 있다.

결사의 자유 위원회는 설립신고와 관련한 요건이 형식적인 요건에 불과할 경우에는 결사의 자유 원칙에 반하지 않지만, 당국의 실질적 심사가 이루어지는 경우에는 결사의 자유 원칙 위반을 구성할 수 있다고 일관하여 밝히고 있다.⁵⁶⁾ 만약 근로자와 사용자가 단체를 설립하기 위하여 일정한 사전 승인을 얻어야 한다면 결사의 자유 원칙은 사문화될 수 있다. 그러한 승인은 노동조합의 단체 형성 그 자체에 관한 것일 수도 있고, 단체의 규약이나 규칙에 대해 재량적 승인을 얻도록 하는 것일 수도 있고, 단체 설립 이전에 취하여야 할 조치에 대한 승인일 수도 있다. 그렇다고 이 말이 노동조합 설립자는 법령이 규정하는 외부공개(publicity)에 관한 형식절차(formalities) 또는 그 유사한 형식절차의 준수 의무로부터 자유롭다는 것을 의미하는 것은 아니다. 그러나 법적 요건(requirements)

54) 조용만·문무기·이승욱·김홍영, 『국제노동기준과 한국의 노사관계』, 한국노동연구원, 2003, 2~3면.

55) 위 협약 제2조는 “근로자 및 사용자는 사전인가를 받지 아니하고 스스로 선택하여 단체를 설립하고 그 단체의 규약에 따를 것만을 조건으로 하여 그 단체에 가입할 수 있는 권리를 어떠한 차별도 없이 가진다.”고, 제3조는 “1. 근로자단체 및 사용자단체는 규약과 규칙을 작성하고 자유로이 대표자를 선출하며 관리 및 활동에 대해서 결정하고 그 계획을 수립할 권리를 가진다. 2. 공공기관은 이 권리를 제한하거나 이 권리의 합법적인 행사를 방해하고자 하는 어떠한 간섭도 중지하여야 한다.”고, 제4조는 “근로자단체 및 사용자단체는 행정당국에 의하여 해산되거나 활동이 정지되어서는 안 된다.”고 각 규정하고 있다.

56) ILO, Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, 5th. ed., 2006(이하 “Digest 2006”), paras. 296, 206.

은 실무상(in practice) 사전 승인과 동등한 것이거나 노동조합 설립을 사실상 금지할 수 있는 장애물이 아니어야 한다. 비록 등록(registration)이 선택적이라고 해도 그러한 등록이 단체로 하여금 “구성원의 이익을 유지·개선”할 수 있는 기본적 권리들을 부여하는 경우에 등록 업무를 담당하는 관청이 이러한 형식절차를 거부할 수 있는 재량적 권한을 가지고 있다는 사실은 사전 승인이 요구되는 상황과 크게 다르지 않다. 단체의 권리가 정부 부처의 순수한 재량에 따른 승인에 종속되도록 규정하고 있는 법령은 결사의 자유 원칙과 양립할 수 없다.

결사의 자유 위원회는 노조설립을 위하여 설립신고를 하고 신고증을 교부받는 절차를 통하여 노동조합으로서의 지위를 확인받을 수 있는 권리는 결사의 자유의 필수적인 요소로 인정하고 있다. 이러한 절차는 노사단체가 효율적으로 운영되고 구성원을 적절하게 대표하고 효율적으로 운영할 수 있도록 하기 위해서 밟아야 하는 제1단계이기 때문이다.⁵⁷⁾ 따라서 설립신고증 교부와 같은 일정한 형식적 요건을 노동법상 보호의 전제요건으로 하는 것 자체는 제87호 협약 위반이 아니다.⁵⁸⁾ 그리고 그 요건의 구체적인 내용이 형식적인 요소로만 구성되어 있는 경우에도 마찬가지이다.⁵⁹⁾

등록절차가 복잡하고 오래 걸리거나, 권한 있는 행정당국에게 폭넓은 재량권을 인정하는 경우에는 결사의 자유 원칙에 위반하는 상황이 발생할 수 있다. 즉 이에 의해 노동조합의 설립에 심각한 장애요인이 되고 사전승인 없는 단결권을 부정하는 결과를 낳는 경우에는 행정당국에 의한 사전승인과 동일한 결과가 되어 결사의 자유 원칙에 반한다.⁶⁰⁾ 그러나 법에서 규약의 필요적 기재사항을 정한 것은 그 자체로는 완전히 자유롭게 내부적 룰을 작성할 근로자단체의 권리를 침해하는 것은 아니다.⁶¹⁾

등록을 하고자 하는 단체의 활동이나 예상되는 목적을 판단할 때 행정관청에 부여되는 재량권과 관련하여, 결사의 자유 위원회는 남용의 위험을 피하기 위해 노동조합의 활동에 대한 감독(supervision)은 통상적으로 사후적으로(posteriori) 행사되어야 하고 행정관청의 결정은 사법심사에 종속되어야 한다고 본다.⁶²⁾ 행정관청이 사전적으로 그리고 자

57) ILO, Digest 2006, para. 295.

58) ILO, Digest 2006, para. 306.

59) ILO, Digest 2006, para. 294.

60) ILO, Digest 2006, para. 296.

61) ILO, Digest 2006, para. 379.

신의 판단으로 노동조합의 등록이 정치적으로 바람직하지 않을 수 있다고 생각하여 노동조합의 등록을 거부하는 것은 노동조합의 강제 등록을 행정관청에 의한 사전 승인에 따르도록 하는 것과 다르지 않고 이는 제87호 협약과 양립할 수 없다.

다. 노동조합의 요건 관련 ILO 의견

사용자의 이익대표자와 관련하여 결사의 자유 위원회는 관리직 또는 감독직 근로자들(managerial or supervisory employees)의 단결권을 제한하기 위해서는 다음과 같은 두 가지 요건의 충족이 필요하다고 계속하여 지적하고 있다. ① 관리직이나 감독직 근로자들에게도 자신의 이익을 유지·개선하기 위한 목적의 단체를 설립할 수 있는 권리가 보장되어야 하고, ② 관리직이나 감독직의 범주는 일반근로자로 조직된 노동조합의 조직범위가 축소되거나 약화될 정도로 넓게 설정되지 않아야 한다.⁶²⁾

해고(실직) 근로자의 조합원 자격을 부인하고 조합임원 자격을 조합원으로 제한하고 있는 것과 관련하여, ILO 결사의 자유 위원회는 조합원 또는 조합 임원의 자격요건은 노동조합이 그 재량에 따라 규약으로 정할 문제이고, 행정당국은 노동조합의 이러한 권리를 침해할 수 있는 어떠한 개입도 하여서는 아니 된다고 본다.⁶⁴⁾ 결사의 자유 위원회는 해고된 근로자 및 실직자의 조합원 자격 유지를 부정하고 있는 한국의 노조법 제2조 제4호 라목에 대하여 “조합원이 해고됨으로써 그 자가 자신의 단체 내에서 조합활동을 계속하지 못하도록 함은 반조합적 차별행위의 위험성을 내포하는 것이며, 노동조합 임원이 조합원이 아니라는 이유로 노동조합의 유효성을 문제 삼거나 노동조합설립신고를 거부하는 결과를 초래하고 있으므로, 해당 법규정을 폐지함으로써 결사의 자유 원칙 위반상황을 신속하게 종결할 것”⁶⁵⁾을 권고하였다.⁶⁶⁾

62) General Survey 1983, paras. 115, 117.

63) 박제성·강성태·김홍영·정주영, 「미래 노사관계 발전을 위한 법·제도 개선방안」, 노동부, 2008. 12., 124면.

64) 제327차 보고서, 2002, para. 490.

65) 제306차 보고서[CFA Report No.306, Case No.1865, Document: Vol.LXXX, 1997, Series B, No.1, concerning Complaints against the Government of the Republic of Korea presented by the Korean Confederation of Trade Unions(KCTU), the Korea Automobile Workers' Federation(KAWF) and the International Confederation of Free Trade Unions(ICFTU)](1997년), para. 333; 제307차 보고서[CFA Report No.307, Case No.1865, Document: Vol.LXXX, 1997, Series B, No.2, concerning Complaint against the Government of the Republic of Korea presented by the Korean Confederation of Trade Unions(KCTU), the Korea Automobile Workers'

라. 전교조 법외노조 통보에 대한 국제사회의 관심⁶⁷⁾

박근혜 정부의 전교조 법외노조화 추진에 대해 ILO는 긴급하게 대응했다. 국제교원단체총연맹(EI)과 국제노동조합총연맹(ITUC)은 2013. 2. 27. ILO에 긴급개입을 요청했다. ILO는 2013. 3. 1. 한국 정부의 해직자의 조합원 자격 제한 및 전교조에 대한 등록취소 위협에 대하여 긴급 개입을 결정했다고 회신했다. ILO는 노동부의 전교조에 대한 시정요구가 있는 직후인 2013. 10. 1. 이례적으로 2차 긴급개입 결정을 하면서 노동부장관에게 해직자의 단결권을 박탈하는 것을 시정하라고 재차 촉구했다. ILO 이사회는 2014. 3. 27. 한국 정부에 대해 해고노동자의 조합원 자격을 금지하는 법조항이 결사의 자유 원칙에 위배된다면서 전교조에 대한 법외노조 통보에 심각한 우려를 표명하고 노조법, 교원노조법, 공무원노조법 상의 해고자 조합원 자격 금지 조항을 폐지할 것을 촉구했다.

박근혜 정부의 전교조에 대한 법외노조화 추진에 대해서는 전 세계가 주목했다. EI 아시아-태평양 지역위원회(EI AP Regional Committee) 제7차 총회는 ‘한국 정부는 즉각적으로 전교조의 설립 등록취소에 대한 위협을 중지하라’고 강력히 촉구하는 긴급결의문을 채택했다. EI와 OECD 노동조합자문위원회(OECD TUAC)는 2013. 10. 4. 노동부의 시정요구와 법외노조 통보가 OECD 가입 시 한국 정부가 약속했던 국제약속을 파기한 것이라고 지적하면서 전교조 설립취소 위협을 철회하라고 촉구했다. 2013. 10. 21. EI 아시아-태평양 지역위원회는 한국 정부에게 전교조 노조등록취소 위협을 즉각 철회하라고 촉구했고, 국제노동권리기금(ILRF)은 주한 미대사에게 전교조에 대한 등록취소 위협을 중단하라는 서신을 보냈다.

호주, 캐나다, 덴마크, 스페인, 프랑스, 독일, 미국 등 OECD 국가의 교원단체들(18개국, 24개 교원단체)은 해직 교원들도 당연히 교원노조에 가입할 수 있다는 점을 확인하면서 전교조에 대한 법외노조 위협을 즉각 철회하라는 항의서한을 보냈다. 155개국 1억 7,500만 명의 노동자들이 가입한 세계 최대 규모의 노동단체인 ITUC는 2014. 5. 19. 세계 139개국 노동권 현황을 조사해 세계노동자권리지수를 발표했는데, 한국은 최하위인 5

Federation(KAWF) and the International Confederation of Free Trade Unions(ICFTU)](1997), para. 224, 333; 제327차 보고서(2002년), para. 490; 제353차 보고서, 2009, para. 749(c)(v).

66) 조용만 외, 앞의 책, 19~23면.

67) 김선수, 앞의 글, 161~162면.

등급으로 분류되었다. 전교조에 대한 법외노조 통보도 중요한 요인 중 하나로 고려되었다.

2. 국가인권위원회의 권고 및 의견 표명

국가인권위원회는 2008. 5. 26. 전원위원회 결정으로 이주노조 설립신고서 반려처분 취소소송(대법원 2007두4995)에 관하여 재판부에 의견을 제출하였다. 국가인권위원회는 위 사건의 1심과 2심 재판부는 모두 국내법을 기준으로만 판단하였으나, 국제인권규약⁶⁸⁾에 비추어 외국인근로자가 비록 출입국관리법에 의할 때는 체류자격이 없다고 할지라도 이와 법적 규율의 대상을 달리 하는 근로관계에 있어서는 노동조합을 결성할 적법한 권리가 있다는 의견을 제출했다.

국가인권위원회는 2010. 5. 18. 청년유니온의 진정(10-진정-0268500)을 접수하여 검토한 후 2010. 9. 30. 노동부장관에게 노동조합 설립에 관한 법령 및 정책 개선 권고를 하였다.⁶⁹⁾ 국가인권위원회는 세 가지 사항을 권고했다.

첫째, 노동조합 설립신고와 관련하여 가장 다툼이 많은 사유로 되는 노조법 제2조 제1호 근로자 정의규정을 개정하고 제2조 제4호 제4호 라목 단서를 삭제할 것. 노조법상 근로자는 현실적으로 취업하고 있는 자뿐만 아니라 일시적으로 실업상태에 있는 자나 구직 중인 자, 해고된 자를 포괄함에도⁷⁰⁾ 노동부가 현실적으로 취업관계에 있는 자만 노조법상 근로자에 해당한다는 입장을 취하고 있어 논란이 끊이질 않으므로 노조법 제2조 제1호의 근로자 정의 규정을 개정하여 이를 명확히 해야 한다. 또한 노조법 제2조 제4호 라목 단서의 “다만 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니 된다.” 규정은 기업별 노동조합에 대해서만 한정적으로 적용되고 산업별·지역별·직종별 노동조합 등의 경우에까지 적용되는 것은 아니므로,⁷¹⁾ 위 단서를 폐지하여야 한다.

68) 「모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약(1979. 1. 4. 발효)」 제5조, 「경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(1990. 7. 10. 발효)」 제2조 제2항 및 제8조 제1항, 2항, 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(1990. 7. 10. 발효)」 제2조 제1항 및 제26조, 인종차별철폐위원회 일반권고(No. 30, 2004) 및 최종권해(2007. 8. 17.), ILO의 외국인근로자에 관한 권고(1975, No. 151), 유럽평의회 의원총회의 결의(1509, 2006) 및 유엔인권 이사회의 한국에 대한 인권상황정기검토 보고서 등.

69) 국가인권위원회 2010. 9. 30.자 상임위원회 결정.

70) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결.

둘째, 노조법 시행령 제9조 제2항의 ‘이 법에 의한 노동조합으로 보지 아니함 통보’ 부분을 삭제하고, 시정요구 불이행에 대한 제재는 보다 덜 침익적인 형태로 보완하는 방안을 모색할 것. 국가인권위원회는 위 시행령 조항이 헌법상 과잉금지 원칙에도 위배됨을 지적하였다.

“이 법에 의한 노동조합으로 보지 아니함의 통보는 설립신고반려와 동일하게 노조법에 의하여 설립된 노동조합에게 인정되는 일체의 지위를 부정한다. 이러한 통보는 국민의 권리와 의무에 직접 영향을 미치는 행정처분에 해당되므로 헌법 제37조 제2항이 규정하는 과잉금지의 원칙에 따라 침해되는 헌법상의 기본권이 제한되는 효과와 범위가 최소화되어야 한다. 그런데 이 통보조치는 행정서비스 이용에 있어서의 불이익 및 조합 활동에 있어서의 일정한 제약 등 다른 제재의 방법을 강구하기보다는 신고증 철회와 같이 노동조합의 지위 자체를 원천적으로 부정하는 가장 침익적인 방법으로 제재를 가하고 있다. 다시 말하면 행정관청이 결격사유의 경중 및 그 밖의 구체적인 사정을 종합적으로 고려하지 아니하고 일괄적·기계적으로 이러한 통보조치를 취하는 경우 이로 인해 노동조합이 받는 불이익과 피해는 매우 심대한 반면, 이를 통하여 실현되는 공익 사이에 상당한 비례가 있다고 보기에 어렵다. 그러므로 행정관청의 시정요구를 노동조합이 불이행할 경우, 이에 대한 제재로서 일괄적·기계적으로 ‘이 법에 의한 노동조합으로 보지 아니함’과 같은 통보를 취하는 방식이 아니라, 노동행정서비스 이용을 제한하는 형태와 같은 노조법상 향유할 수 있는 권리를 일시 정지시키는 방식을 통해 행정상 불이익을 줌으로써 노조법상 요건을 충족하도록 촉진시키는 방법이 바람직할 것으로 판단된다. 이와 같은 내용의 제도의 운용이 노동조합을 자주성과 민주성을 갖춘 조직으로 육성하기 위한 노동조합 설립신고의 본래의 취지에 부합할 것이다.”

셋째, 행정관청은 노동조합 설립을 위해 제출된 설립신고서와 규약에 한정하여 심사하되, 관련 법령에서 규정하고 있는 것 이외의 자료를 제출할 것을 임의적으로 요구하는 등의 광범위한 재량권을 행사하는 관행을 개선할 것. 행정관청의 심사과정에서 노동조합 설립신고제도가 본래의 취지대로 운영되어 노동기본권이 제대로 구현되도록 필요한 환경을 조성한다는 노동정책적 고려를 실현하기 위해서는 노동조합설립신고에 대하여 행

71) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결.

정관청의 관여는 최소한의 형식적 심사에 그쳐야 한다.

국가인권위원회는 2013. 10. 22. 노동부장관의 전교조에 대한 규약 시정요구가 국가인권위원회의 권고에 배치된다는 점을 지적하면서 국가인권위원회의 권고 이행을 촉구하는 성명서를 발표하였다.⁷²⁾

IV. 해결방안의 모색

헌법은 자주적인 단결권을 보장하고 있고, 이를 이어받은 노조법 제5조가 노동조합 자유설립주의를 규정하고 있음에도 현행 노동조합설립제도는 사실상 노동조합의 자유설립주의를 심각하게 침해하고 있다. 여전히 노동적대적 태도를 벗어나지 못하고 있고, 또한 국제노동기준에도 크게 미치지 못하여 지속적으로 개선 권고를 받고 있는 상황이다. 구체적인 해결방안을 모색해본다.

1. 결사의 자유 관련 ILO 기본협약 비준

ILO는 결사의 자유와 관련하여 제87호 협약과 제98호 협약을 기본협약으로 보고, 회원국들은 비록 문제가 되고 있는 협약들을 비준하지 않았다고 하더라도 ILO에 가입하고 있다는 사실 그 자체로부터 ILO 헌장에 따라 위 기본협약을 성실하게 존중하고 증진시키며 실현하기 위한 의무를 갖는다고 천명하였다. 그런데 우리 헌법재판소⁷³⁾와 대법원은 우리나라가 아직 위 협약들을 비준하지 않았다는 이유로 국내법적 효력을 인정하지 않고 있다. 반면에 헌재 결정의 소수의견은 우리나라는 국회의 동의를 얻어 국제인권규약들의 대부분을 수락한 체약국이자 ILO의 정식회원국으로서 UN의 세계인권선언이나 국제인권규약들, ILO의 협약들과 권고들을 국제적 협력의 정신을 존중하여 되도록 그 취지를 살릴 수 있도록 노력하여야 하므로 입법권자가 노동3권을 보장하는 공무원의 범위

72) 국가인권위원회 2013. 10. 22.자 성명서.

73) 헌재 1998. 7. 16. 선고 97헌바23 결정, 헌재 2005. 10. 27. 선고 2003헌바50·62, 2004헌바96, 2005헌바49(병합) 결정, 헌재 2007. 8. 30. 선고 2003헌바51 결정 등

를 정함에 있어서도 이러한 점을 고려하여야 한다고 지적했다.⁷⁴⁾ 국가인권위원회도 지적한 바와 같이 “인류의 보편적인 규범에 따라 인권을 보호하고 향상시키고자 하는 국제인권조약의 존중과 이행은 국제사회에서의 한국의 위상을 고려했을 때 매우 중요”⁷⁵⁾하므로 결사의 자유에 관한 ILO 기본협약을 즉시 비준해야 한다.

2. 노조법 제2조 제1호의 근로자 정의규정 개정

국가인권위원회도 권고한 바와 같이 노조법상의 근로자는 실업자, 해고자, 구직 중인 자를 당연히 포함한다. 이미 대법원 판결도 이를 명확히 하고 있기 때문에 굳이 법개정을 할 필요가 있는지 의문이 있을 수도 있다. 그러나 노동부를 비롯한 행정관청이 멋대로 해석·운용하고 있으므로 이를 명확히 할 필요가 있다. 또한 근로자 정의 규정을 개정하는 기회에 특수형태근로종사자들도 노조법상 근로자에 해당함을 명확히 하여야 한다.⁷⁶⁾

3. 노조법 제2조 제4호 단서 삭제

노조법 제2조 제4호 본문은 노동조합의 정의에 대하여 적극적으로 규정하고, 단서에서 5개 항목으로 소극적 요건⁷⁷⁾을 규정하고 있다. 본문과 단서의 관계에 대한 해석과 관련

74) 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌바50·62,2004헌바96,2005헌바49(병합) 결정 소수의견은 “ILO의 협약들 중 공무원의 근로기본권과 관련된 제87호 협약, 제98호 협약 및 제151호 조약(공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약) 등은 군인, 경찰, 중요한 정책결정이나 관리를 담당하는 고위직 공무원 또는 고도의 기밀업무를 담당하는 공무원을 제외하고는 원칙적으로 모든 영역의 공무원에게 단결권과 단체교섭권을 보장하고 단체행동권의 제한도 필수사업에 종사하는 자 등으로 엄격한 한계 내에서 허용되도록 규정하고 있고, 국제연합의 세계인권선언을 구체화한 국제인권규약인 “경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약”, “시민적·정치적 권리에 관한 국제규약” 또한 공무원의 노동3권을 원칙적으로 보장하는 취지로 해석되며, ILO의 ‘결사의 자유위원회’나 UN의 ‘경제적·사회적·문화적 권리위원회’는 우리나라에 대하여 가능한 한 빨리 모든 영역의 공무원들에게 근로기본권을 보장할 것을 권고하고 있다. 이러한 선언, 조약, 권고들이 비록 비준한 바 없다거나 유보되었다든지 권고적 효력만 있다는 등 직접적인 구속력이 없다고 하더라도 고도로 추상화된 헌법 규정의 의미나 내용 및 적용범위를 해석함에 있어 중요한 지침이 될 수 있다.”고 밝혔다.

75) 국가인권위원회 2008. 5. 26. 이주노조 설립신고서 반려처분 취소소송에 관한 의견.

76) 제19대 국회에서 심상정 의원이 대표발의한 노조법 개정안(의안번호 464)은 제2조 제1항 단서로 “근로계약을 체결하지 않은 자라 하더라도 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 자는 근로자로 본다. 가. 자신이 아닌 다른 사업주의 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사업주 또는 노무제공을 받은 자로부터 대가를 받아 생활하는 자, 나. 실업상태에 있거나 구직 중인 자, 다. 기타 노무를 제공하는 자로서 이 법에 따른 단결 보호의 필요성이 있어 대통령령으로 정하는 자”를 신설하고 있다.

하여 실질설과 형식설의 견해 대립이 있다. 형식설은 단서에 해당하는 사정이 있으면 그 자체로 노동조합으로 볼 수 없다는 견해인 반면, 실질설은 단서를 본문의 적극적 요건을 구비하지 못한 경우를 예시적으로 나열한 것으로 보고 비록 단서의 각목에 해당하는 사정이 있다고 하더라도 본문에서 정한 자주성과 민주성 등의 적극적 요건을 침해했는지 별도로 실질적으로 판단해야 한다는 견해이다. 두 견해를 독립요건설과 예시설 또는 독자성인정설과 독자성부정설로 구분하기도 한다.⁷⁸⁾ 소극적 요건 중 노동조합의 목적에 관한 부분(복리사업만을 목적으로 하거나 주로 정치운동 등을 목적으로 하는 경우)은 적극적 요건에서 당연히 발생하는 귀결을 규정한 것으로 독자적인 의의를 갖지 않는 반면, 자주성에 관한 부분(사용자의 이익대표자의 참가를 허용하는 경우, 경비원조를 받는 경우 등)은 ‘자주적으로’ 요건을 가중요건을 특별히 설정하여 ‘노동조합’의 개념을 좁게 하는 독자적 의의를 가진다는 견해⁷⁹⁾도 있다.

대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두6998 판결은 “설립신고를 한 단체가 노조법 제2조 제4호 각목에 해당하여 노동조합의 개념에 반하거나 노동조합으로서의 자주성 또는 민주성을 갖추지 못한 것으로 인정되는 경우에도 그 설립신고를 무조건 수리하여야 하고 자주성 등의 요건에 대해서는 사후적으로 시정을 요구할 수 있을 뿐이라고 본다면, 노동조합으로서의 실질적 요건조차 갖추지 못한 노동조합의 난립을 방지할 수 없어 오히려 노동조합이 가져야 할 자주성과 민주성이 침해될 우려가 있고, 이는 신고제도의 취지에도 부합하지 않는다”면서 “해직 공무원, 즉 근로자 아닌 자의 가입을 허용한 것이 인정되는 이상 노조법 제12조 제3항 제1호에 의하여 이 사건 반려처분은 적법하고, 근로자 아닌 자의 가입으로 원고의 자주성이 훼손되었는지를 별도로 심사할 것은 아니라고 할 것”이라고 판시하였다. 위 대법원 판결은 설립신고 반려제도는 자주성과 민주성을 확보하기 위한 부득이한 조치라고 전제하면서도, 결론 부분에서는 근로자가 아닌 자가 가입한 경

77) 일본 노동조합법도 우리 노조법과 유사하게 본문으로 적극적 요건을, 단서로 소극적 요건을 규정하고 있다. 다만 4개의 소극적 요건을 규정하고 있는데, 우리 노조법 라목의 ‘근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우’가 제외되어 있다. 1호 감독적 지위에 있는 근로자 및 그 외 사용자의 이익을 대표하는 자의 참가를 허용하는 것, 2호 단체의 운영을 위한 경비 지출에 대해 사용자의 경리상의 원조를 받는 것, 3호 공제사업 그 밖의 복리사업만을 목적으로 하는 것, 4호 주로 정치운동 또는 사회운동을 목적으로 하는 것.

78) 신상열, “노동조합의 설립요건과 법외노조”, 『재판자료』 108집, 법원도서관, 2005, 722면; 니시타니 사토시(西谷敏) 저, 김진국 외 역, 『일본노동조합법』, 박영사, 2009, 96면.

79) 스게노 가츠오(菅野和夫) 저, 이정 역, 『일본 노동법』, 법문사, 2007, 465면.

우에는 자주성이 훼손되었는지를 별도로 심사할 것은 아니라고 판시함으로써 스스로 논리모순을 범하였다.⁸⁰⁾

노조법에서 소극적 요건을 정한 것은 노동조합의 주체성·자주성 및 목적성을 확보하기 위한 수단에 지나지 않고 적극적 요건을 판단하는 기준의 예시를 든 것이므로 실질설의 입장이 타당하다.⁸¹⁾ 소극적 요건을 형식적으로 해석할 경우 노동조합의 자주성이라는 이름 아래 도리어 그 자주성을 훼손하는 결과를 낳게 될 우려가 있기 때문이다. 이렇게 해석하는 것이 노동조합의 자주적 활동을 저해하지 않도록 배려해야 한다는 요청에 부합한다.⁸²⁾ 노조설립신고서 반려와의 관계에서 소극적 요건이 그 내용으로 볼 때 반드시 반려사유가 되어야 하는 것은 아니고 제5호를 제외하고는 각호의 사유 모두 원칙적으로 정도(程度)로서 판단해야 할 문제이며, 따라서 경미한 경우에는 결격사유로 판단하여 설립신고서를 반려해서는 안 된다는 견해⁸³⁾도 실질설의 입장이라 할 수 있다.

실질설의 입장이 타당함에도 법원과 노동부는 다른 견해를 채택하고 있는 것으로 보인다. 이에 소극적 요건을 규정한 단서를 전면적으로 삭제할 필요가 있다. 국가인권위원회는 제2조 제4호 단서 라목 단서만의 삭제를 권고하였으나,⁸⁴⁾ 소극적 요건 전체를 굳이 유지해야 할 필요성이 없다. 나아가 교원이라고 해서 달리 취급할 이유가 전혀 없으므로 교원노조법 제2조도 당연히 폐지해야 한다.⁸⁵⁾ 노동부가 ‘정치적 목적’ ‘근로자 아닌 자의

80) 신권철, 앞의 글, 350면은 노동조합 설립신고제도와 범외노조 통보제도의 법제도적 가치와 목적이 노조의 자주성과 민주성에 대한 보호에서 노조에 대한 통제로 전환되었다고 평가한다.

81) 이병태, 「최신 노동법」 제9전정판, 중앙경제, 2008, 112면. 일본 千葉地判 1960. 12. 6. 판결(勞民集 11 6 1397)은 “헌법에 그 근거를 두고 있는 단결권의 본질에서 본다면 헌법 내지 노동조합법은 바로 노동조합법 제2조 본문(한국 노조법 제2조 제4호 본문)에서 이른바 경제적 지위 향상을 목적으로 하는 자주적 노동조합 자체를 보호하려는 데 그 취지가 있으므로 이 취지에서 실질적으로 위와 같은 자주성이 있는 노동조합은 단순히 형식적으로 동조 단서 제1호 또는 제2호(한국 노조법 제2조 제4호 단서 제1호, 제2호)의 요건을 갖추고 있는가의 여부에 관계없이 일정한 범위, 예컨대 정의행위에서 민·형사책임의 면제는 물론 그 조합원의 정당한 조합활동을 이유로 한 불이익대우도 부당노동행위로서 보호를 받을 수 있다고 보아야 한다”고 판시했다.

82) 西谷敏, 앞의 책, 97면.

83) 이영희, “노동조합의 설립신고제도와 문제”, 「노동법학」 창간호, 한국노동법학회, 1987, 87면.

84) 임종률, 『노동법』 제12판, 박영사, 2014, 54면. “1998년 2월 노사정위원회에서는 특정 사업에서 해고되는 등 실직 상태에 있는 자가 산업별단위노조 등 초기업노조에 가입할 수 있도록 법률을 개정하기로 합의했으나, 정부 내 견해 차이 등으로 아직 입법화되지 않았다. 선진국의 입법례에 따라 근로자가 아닌 자에 관한 규정을 삭제하여 퇴직자나 실업자의 조합원 자격 인정 여부를 노동조합에 맡겨야 할 것이다. 설혹 기업별 단위노조에 한하여 조합원 자격을 재직자로 제한하기로 하더라도 노동조합의 요건이 아닌 별도의 규정에 두어야 할 것이다.”

85) 임종률, 앞의 책, 317면. 현직교원에게만 노동조합 가입을 허용하는 것은 합리적 근거가 있는지 의문스럽고(특히 교원노동조합은 초기업적 조직이고 노조법의 적용을 받는 초기업적 노조에는 구직 중인 근로자도 가입할

가입' 조항 등을 지나치게 남용하고 있으므로 그 여지를 차단하기 위해 단서 전체를 삭제하여야 한다.

4. 설립신고서 반려 조항의 삭제

노동조합 설립신고제도가 노동조합을 보호·육성하기 위한 것에 그 취지가 있다고 한다면 행정관청은 어디까지나 지원하는 역할에 머물러야지 지도·감독하는 역할을 하려해서는 안 된다. 행정관청에게 설립신고서를 반려할 권한을 부여하는 것은 결국 노동조합의 성립을 행정관청의 신고증 교부에 의존하게 하는 것으로서 자유설립주의를 침해한다고 하지 않을 수 없다.

현행 설립심사제도에 대한 대안으로는 ① 등록제도, ② 설립 단계에서는 자유설립주의를 관철하고 노동위원회 등 구제절차에서의 자격심사제도가 제시되고 있다. 어느 방안이나 노동조합의 설립 또는 자격심사 관련 업무를 전문성이 없는 행정관청이 아니라 전문성이 있고 노동사건 업무를 처리하는 노동위원회가 담당하는 방안을 제시한다.⁸⁶⁾ 노동조합등록제도는 형식적인 구비서류 등에 미비점이 있는 경우 이를 보완하도록 할 수 있을 뿐 원칙적으로 등록을 거부하지 못하도록 하여야 한다. 자격심사제도는 설립과 자격심사가 분리되고 노동위원회 절차를 이용할 때마다 수시로 이루어진다. 각 제도는 일장일단이 있으며, 등록제도는 영국, 호주, 뉴질랜드 등에서 시행되고 있고, 자격심사제도는 일본에서 시행되고 있다. 노동위원회가 관련 업무를 담당한다면 어느 제도를 도입하든 운영과정에서 적절하게 조율하는 것이 가능할 수도 있을 것이다. ILO도 노동조합으로서의 지위를 확인받을 수 있는 권리를 결사의 자유의 필수적인 요소로 보고 있는 점에 비추어 보면 일회적으로 이루어지는 등록제도가 상대적으로 장점이 있다고 할 수도 있다.⁸⁷⁾

수 있는 것으로 해석되고 있다), 국제기준에도 부합되지 않으므로 개정할 필요가 있다.

86) 노동위원회가 노동조합의 등록 또는 자격심사 업무까지 담당하여 사실상 노동조합 관련 업무를 총괄한다면 부당해고구제신청사건과 차별시정사건 등의 심판기능은 전문법원인 노동법원을 설립하여 담당하도록 하는 것이 타당하다.

87) 이승욱, “노동조합설립신고제도의 문제점과 대안의 모색”, 「노동정책연구」 제10권 제1호, 한국노동연구원, 2010, 169~174면.

다만 등록은 어디까지나 정보수집 차원에서만 인정되어야 하고 반려제도가 인정되어서는 안 된다. 어차피 등록된 노동조합이라고 하더라도 절차의 이용과정에서 상대방이 당사자의 지위나 적격을 다툰다면 결국 이에 대해 입증해야 할 수밖에 없을 것이므로, 설립신고서를 접수한 행정관청은 즉시 등록증(또는 접수증)을 발급해주어야 하고 설립신고서를 반려할 수 없도록 해야 한다.⁸⁸⁾ 행정관청이 설립신고서를 접수했을 때 심사의 범위는 형식적 심사에 그쳐야 한다. 구비서류를 제대로 갖추었는지만 확인하면 된다. 구비서류가 미비하거나 기재사항의 누락이 있는 경우에는 그 부분에 대한 보완을 요청할 수 있되, 보완하지 않는다고 해서 설립신고서를 반려할 수는 없다. 일단 등록증을 발급하고 보완을 요구하였는지 또한 이에 응하였는지 여부는 그 노동조합이 행정서비스를 이용하는 단계에서 적격심사의 자료로 활용하면 된다.

근로기준법 제93조는 사용자에게 취업규칙을 노동부장관에게 신고할 의무를 부과하고, 그 위반에 대해서는 벌칙 규정이 있지만(제116조 제1항 제2호), 사용자가 신고의무를 지키지 않았더라도 그것 때문에 취업규칙의 작성·변경이 무효로 되는 것은 아니다.⁸⁹⁾ 신고 제도는 바로 이와 같이 운영되어야 하는 것이다. 노동조합은 설립신고 여부에 관계없이 사실상의 성립행위로 성립되고 그 명칭을 사용할 수 있어야 하고, 행정서비스를 제공하기 위해 설립신고를 요구한다고 하더라도 설립신고서를 반려할 수는 없도록 해야 한다.

5. 법외노조 통보 제도의 폐지

노조법 시행령에 의해 실시되고 있는 법외노조 통보 제도는 위임입법의 한계를 벗어나 무효일 뿐만 아니라 국가인권위원회가 지적한 바와 같이 과잉금지원칙에도 어긋나므로 마땅히 폐지해야 한다. 법원이 해석론을 통해 노조법 시행령 제9조 제2항의 무효를 확인해주는 것도 가능하지만, 그렇지 않을 경우에 대비하여 이를 삭제하는 것이 필요하다.

국가인권위원회는 노동조합이 행정관청의 시정요구에 불응하는 경우 행정서비스 이용에 있어서의 불이익 및 조합 활동에 있어서의 일정한 제약 등 다른 제재의 방법을 강구

88) 등록제도의 경우에는 등록된 노동조합의 지위는 적법한 것으로 추정되어 이를 다투는 상대방에게 입증책임이 있고, 자격심사제도의 경우에는 노동위원회의 직권조사사항이 되어 결국 노동조합이 입증책임을 부담하게 되는 차이가 있을 수 있다.

89) 대법원 2004. 2. 12. 선고 2001다63599 판결, 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001다28596 판결 등.

하라고 권고했으나, 이를 굳이 법률로 규율할 필요가 있는지는 의문이다. 행정서비스 이용 단계에서 해당 기관이 적격 여부를 판단하고 최종적으로 법원이 판단하면 될 것이다.

6. 노조법 제7조 제3항의 폐지

행정관청으로부터 설립신고증을 받은 노동조합만이 노동조합이라는 명칭을 사용하게 하고 그 위반에 대해 벌칙을 가하고 있는 노조법 제7조 제3항 및 제93조 제1호의 규정은 폐지되어야 한다. 이 조항에 대해 헌법재판소가 합헌 결정을 했지만, 이 규정은 건전한 상식으로는 이해하기 어려울 뿐만 아니라 선진국 중 노동조합이라는 명칭의 사용을 들어 형사처벌하는 예는 없다. 비교법적으로 보면 영국의 노동조합등록 제도가 가장 유사한 것이라고 할 수 있겠지만, 영국의 그것은 이미 등록되어 있는 단체와 명칭이 같은 경우에 한정하여 ‘등록을 거부하는 것’에 불과하기 때문에 이 조항과는 크게 다르다.⁹⁰⁾

ILO 기본협약을 비준하는 것 이외에는 현행 노조법의 설립제도 관련 조항들을 폐지하는 것이 주된 해결방안이다. 현행 노조법은 노동조합의 설립뿐만 아니라 운영과 단체교섭 및 쟁의행위에 대해서도 지나치게 제한 일변도로 규정하고 있어 대폭적인 개정이 필요하다. 부분적인 개정으로는 국제노동기준 위반 및 위헌성의 문제를 해결할 수 없으므로 전면적이고 근본적인 개정이 필요하다.

90) 박제성 외, 앞의 책, 117면.

발 표

결사의 자유 관련 ILO 핵심협약 기준을 위한 법제개선 과제 및 실천방안

조경배 (순천향대학교 법학과 교수)

I. 한국에서 국제노동기준의 위상과 단결권의 실제

1. 국제기구 권고의 지속적인 무시와 국제노동기준에 대한 인식의 부재

2013년 11월 25일자 한겨레신문 보도에 따르면 정부는 지난 10년 동안 단결권 등 기본적인 노동권을 보장하라는 국제노동기구의 15차례 권고 가운데 이미 입법화되어 있었지만 시행을 유보하고 있었던 복수노조금지 조항의 폐지를 제외하고 대부분 묵살해 누구를 위한 고용노동부냐는 비난을 받고 있다고 한다. 특히 전국교직원노동조합의 범외노조 통보와 관련해서는 현 정부 들어 3차례나 걸쳐서 그 철회를 권고 받았지만 정부는 정당한 조치라면서 이를 무시하였다. 이와 관련하여 전교조와 정부가 대립되어 제기된 일련의 법적쟁송에서 최근 헌법재판소와 대법원도 오히려 ILO의 권고를 묵살한 정부의 손을 들어주는 결정을 내리기도 하였다(헌결 2015.5.28, 2013헌마671).

헌법은 제6조 제1항에서 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다고 명시하여 국제법규를 국내법과 같이 존중할 것을 헌법의 주요 원칙으로 천명하고 있다. 또한 한국은 1990년에 국제연합(UN)의 2개의 국제인권규약(1966년에 채택된 시민권규약과 사회권규약)을, 1991년에는 UN 헌장을 비준하고 UN의 회원국이 되었으며 이어서 ILO 헌장의 비준과 함께 ILO에 가입하였다. 잘 아시다시피 세계인권선언은 “모든 사람은 자신의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 결성하고 가입할 권리를 가진다.”(제23조 4항)는 것을, ILO의 목적에 관한 선언(필라델피아 선언, 1944)은 “표현의 자유와 결사의 자유는 지속적인 진보에 필수적인 조건”(제1조)라고 선언하고 있다. 또 시민권 규약은 “모든 사람은 자기의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 결성하고 이에 가입하는 권리를 포함하여 다른 사람과의 결사의 자유에 대한 권리를 갖는다.”(제22조 제1항)고, 사회권 규약은 “모든 사람은 그의 경제적, 사회적 이익을 증진하고 보호하기 위하여 관계단체의 규칙에만 따를 것을 조건으로 노동조합을 결성하고, 그가 선택한 노동조합에 가입하는 권리를 갖는다.”(제8조 제1항)고 규정하고 있다. 따라서 한국도 UN과 ILO의 회원국으로서 또한 국제사회의 당당한 일원으로서 이 같은 노동기본권 관련 국제법규를 입법이나 법해석 및 집행과정에서 모두 준수할 의무가 있다. 하지만 현실은 전혀 그렇지 못하다. 한국은 입법부나 행정부는 물론이고 사법부조차 국제노동기준

에 대하여 전반적으로 무관심한 태도를 취해왔는데,¹⁾ 이는 노동인권 에 대한 이해가 그동안 매우 부족했던 탓이긴 하지만, ILO가 1998년 제87호를 포함한 8개의 협약을 기본협약으로 채택한 이상 그 같은 태도는 더 이상 유지하기 어렵다.

2. 결사의 자유에 관한 ILO 기본협약 비준의 함의

ILO는 1998년 6월 총회에서 ‘노동에 있어서 기본적인 원칙과 권리에 관한 선언’(Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work)을 채택하였다. 결사의 자유 및 단체교섭권의 실질적인 보장에 관한 2개의 협약을 비롯하여 모두 8개 협약을 모든 회원국이 존중하고 촉진하고 실현해야 할 기본협약으로 선언한 것이다. ILO회원국은 비록 이들 기본협약을 비준하지 않았다고 하더라도 ILO의 회원국이라는 바로 그 사실만으로 기본협약에 내포된 기본적인 권리에 관한 원칙들을 ILO헌장에 입각하여 신의에 따라 준수하고 존중하며 촉진하고 실현할 의무가 있다고 선언하고 있다(제2조). 또한 이러한 권리들은 경제발전의 수준에 관계없이 모든 나라의 모든 사람에게 적용되어야 함을 명백히 밝히고

1) 법원의 노동기본권에 대한 지배적인 사고방식은 이러한 국제문서들의 기본 정신 및 원리와는 거리가 한참 멀다. 지금까지 한국의 사법부는 국내법에 배치되는 국제법규의 효력을 인정 한 사례가 거의 없다. 노동기본권도 역시 마찬가지인데 헌법재판소와 대법원은 극단적인 법률실증주의의 관점에서 국제문서들의 법적 효력을 부인했다. 즉 ILO 회원국의 80% 이상이 비준한 제87호와 제98호 협약은 이를 비준하지 않았고 일반적으로 승인된 국제법규로 볼 만한 ‘객관적인 근거’가 없다는 이유로 재판의 근거가 될 수 없다고 보았다(헌재 2008.12.26, 2006헌마462 등). 또한 세계인권선언에 대해서도 각 조항이 바로 보편적인 법적 구속력을 가지거나 국제법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니라는 이유로(헌재 1991.7.22, 89헌가106 등), 사회권 규약에 대해서는 일반적 법률유보조항과 국가안보 또는 공공질서를 위하여 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 범위 내에서는 단결의 자유를 제한할 수 있다는 조항을 근거로, 시민권 규약은 가입 시 단결의 자유 조항을 유보하였다는 것을 근거로 공무원의 노동기본권을 광범위하게 제한해 왔다(헌재 2005.10.27, 2003헌마50). 평화적인 파업에 징역형을 가하는 업무방해죄를 적용하는 문제에 대해서도 강제노동의 폐지에 관한 ILO 제105호 협약을 우리나라가 비준한 바가 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만한 근거도 없다는 이유로 위헌성 심사의 척도가 될 수 없다고 보았다(헌재 1998.07.16, 97헌바23). 그밖에 한국의 문화적인 특수성을 이유로 든 것도 있다. 정부는 교원의 근로자성에 대하여 이 점을 특히 강조하여 오랫동안 단결권의 보편적인 인권성을 부인하고 노동조합을 조직했다는 이유로 대규모 해고와 형벌을 적용한 바 있다. 한편 ILO의 결사의 자유위원회나 UN의 사회권위원회 및 경제협력개발기구(OECD)의 ‘노동조합자문위원회’ 등 국제기구들의 여러 번에 걸친 권고에 대해서도 법률조항의 위헌심사 척도로 삼을 수는 없다는 이유로 판결에 반영하지 않았다(대판 1993.12.24, 93도1711). 다만 헌법재판소나 대법원의 소수의견만이 노동기본권에 관한 국제문서가 직접적인 구속력이 없다고 하더라도 고도로 추상화된 헌법 규정의 의미나 내용 및 적용범위를 해석함에 있어 중요한 지침이 될 수 있다고 보고 이러한 점을 존중하여 우리 헌법을 해석하여야 한다는 입장을 보이고 있을 뿐이다(헌재 2005.10.27, 2003헌바50).

있다. 이 선언은 ILO 기본협약의 바탕이 되는 원칙들을 재확인하고 모든 회원국에 이 원칙들을 실질적이고 적극적으로 적용하도록 하는 촉진제의 역할을 하였다. 1919년과 비교할 때 전 세계 대부분의 국가가 ILO 회원국임을 감안하면 이 선언은 매우 중요한 의미를 가진다.

현재 한국은 8개 기본협약 가운데 차별과 아동노동의 폐지에 관한 4개 협약²⁾은 비준하였지만 노동기본권의 보장과 직접 관련된 ‘결사의 자유 및 단결권 보호 협약(제87호), ‘단결권 및 단체교섭 협약(제98호), ‘강제노동 협약(제29호)과 ‘강제노동 철폐 협약(제105호) 4개를 비준하지 않았다.³⁾ UN 사회권위원회와 ILO의 결사의 자유위원회는 여러 차례에 걸쳐 정부에 대하여 노동인권의 개선을 권고한 바 있다. 그럼에도 불구하고 한국 정부는 낙후된 노동기본권의 현실을 근본적으로 혁신할 수 있는 구체적이고 실질적인 정책방안과 실행계획을 제시하지 않고 여전히 변명으로 일관하는 인권의식의 부재를 보이고 있다. 노동기본권이 ‘법과 실제’에 있어서 모두 실질적으로 보장되어야 한다는 사회권위원회의 권고를 무시하고 법 적용과 집행과정에서 노동기본권이 극도로 제한하고 있는 실태에 관한 자세한 정보를 보고서에 구체적으로 명시하지도 않고 단순히 헌법조문만을 선별적으로 나열하거나 추상적인 판례 법리를 제시하는데 머무르는 등 여전히 무성의한 태도로 일관하고 있다. 헌법상의 노동기본권은 이를 광범위하게 금지하거나 제한하는 개별 하위 법령이나 법원의 판결에 의하여 또는 고용노동부, 검찰이나 경찰의 법집행과정에서 노골적으로 무시되고 있는 것이 현실이다. 따라서 ILO 기본협약의 비준은 이들 협약에 직접적으로 저촉되거나 양립할 수 없는 관련 법령들과 판례 및 행정지침 등을 보편적인 국제수준에 맞추어 정비하는 중요한 전환점으로 삼아야 될 것이다.

3. 단결권의 실재를 보여주는 노조 조직률의 하락과 사회적 불평등의 심화

노동기본권은 노동조합을 통하여 실현되는 것이기 때문에 그 나라의 노동기본권의 보장수준을 나타내는 가장 중요한 지표 중의 하나는 노동조합의 조직률이다. 더욱이 노동

2) ‘균등 보수 협약(제100호), ‘고용 및 직업상의 차별에 관한 협약(제111호), ‘최저 연령 협약(제138호), ‘가혹한 형태의 아동노동 철폐 협약(제182호)

3) 2015년 8월 현재 ILO 186개 회원국 가운데 제87호 협약은 153개국, 제98호 협약은 164개국, 제29호 협약은 178개국, 제105호 협약은 175개국이 각각 비준하였다.

조합법상의 노동조합이 아니면 단체교섭권이 부정될 뿐만 아니라 일체의 파업이 불법으로 간주되는 한국의 법 구조에 비추어 보면 노조조직물은 어느 나라에 비하여 훨씬 중요한 의미를 지닌다.

2015년 3월 현재 한국의 노조 조직률은 12.5%이고, 이 가운데 정규직이 20.98%, 비정규직 2.1%로서 OECD 가입 국가 중 가장 낮은 조직률을 보이고 있다. 노조 조직물의 지속적인 하락은 근로자에게 법적으로 보장된 최소한의 자기방어 권리조차 없어져 가고 있다는 것을 뜻한다. 노조 조직물이 하락하면 노동력의 가치는 시장에 나온 물건과 다름없이 취급되어 시장논리가 인권논리에 앞서게 되고 그 결과 소득격차가 확대되고 불평등은 더욱 심화된다. 한국의 임금소득 불평등도(상위 10%와 하위 10% 임금격차)는 지난 15년간 4.9배(2000년)에서 5.25배(2015년)로서 지속적으로 증가하고 있고, OECD 국가 중에서도 가장 높은 수준에 해당한다.⁴⁾ <http://www.klsi.org/blogs/이슈페이퍼2015-07비정규직-규모와-실태2015년3>

II. 노동법 형성의 역사적·이데올로기적 배경

1. 노동기본권에 대한 법의식의 왜곡

한국에서 노동기본권의 보장 수준이 지속적으로 국제사회의 비판을 받아오고 있지만 좀처럼 개선이 이루어지지 않는 데는 역사적으로 깊은 배경이 있다. 단결의 자유 등 근로자의 집단적 권리의 보장이 사회정의의 실현과 지속적인 진보를 위한 본질적인 요소라는 ILO의 이념과 정신은 한국 사회의 정치경제적 토양에서는 뿌리내기가 매우 어려웠다. 노동기본권뿐만 아니라 인권 전반에 대한 총체적인 의식의 부재가 노동관계법의 입법과 사법절차에서 부정적인 영향을 미쳤고 지금도 어두운 그림자를 질게 드리우고 있다. 이러한 인권의식의 부재는 한국 노동법의 성립과 그 후 전개과정에서 그 연유를 찾을 수 있다.

4) 김유선, 비정규직 규모와 실태, 한국노동사회연구소, <http://www.klsi.org/blogs/이슈페이퍼2015-07비정규직-규모와-실태2015년3월> 참조.

한국 노동법은 서구의 일반적인 발전과정과는 상당한 차이가 있다. 서구에서는 노동조합이 민주주의 발전의 역사적 주체로서 근로대중을 대표하고 또 노동운동의 성과로서 정치적 자유권의 보장과 함께 노동기본권을 확보해 갔지만 한국의 경우에는 그렇지 못하였다. 한국은 1945년 일제로부터 해방 후 친일 세력과 미군정에 의해 좌파가 주도하였던 노동조합운동이 붕괴되고 이어 전쟁으로 인한 이데올로기적인 대립 속에서 1953년 국가에 의하여 위에서 아래로 일방적으로 노동법이 제정되었다. 분단과 전쟁으로 인한 극한적인 이데올로기적 갈등은 노동조합의 존재와 활동을 반국가적인 것으로 몰아가는 사회 분위기를 만들었고 이러한 환경은 노동기본권에 대한 인식을 심각하게 왜곡시키는 주요한 정신적 토대가 되었다. 여기에 1961년 군사쿠데타 이후 국가주도의 경제성장 지상주의는 안보논리를 앞세운 정치적 군사주의와 맞물리면서 시민적 정치적 권리와 함께 노동기본권을 완전히 박탈하는 빌미가 되었다. 이 점은 1970년대 모든 근로자의 단체교섭과 단체행동을 금지하고 행정관청의 일방적인 조정에 따르도록 강제했던 법률의 명칭이 “국가보위에 관한 특별조치법”이었다는 사실을 상기하는 것만으로도 충분히 알 수 있을 것이다.⁵⁾

그런데 보다 심각한 것은 이러한 반인권적인 노동환경이 상당한 시일이 경과된 지금까지도 근본적인 변화가 없었다는 사실이다. 노동기본권을 정치적·경제적 민주주의의 실현을 위한 훌륭한 기제가 아니라 ‘국가안보’와 ‘경제성장’을 이유로 반국가적인 것으로 간주하여 불법으로 몰아갔던 오랜 타성이 여전히 남아 있다. 노동기본권의 보장은 여전히 경제성장의 장애요소로 인식되었고 노사의 자주적이고 자율적인 타협이 아닌 국가권력에 의한 강압적인 산업평화의 유지가 노동정책의 핵심과제가 되었으며 지금까지도 흔들리지 않고 견지되고 있다. 노동기본권의 전면적인 유보 하에서 형성된 노동법과 정책의 기본 틀이나 이론적인 경향이 전반적인 민주화 이후에도 의미 있는 변화가 보이지 않고 있다는 것이다. 1987년 이후 한국 사회의 정치적 민주화의 진전에도 불구하고 노동관계 분야에서의 법과 이데올로기는 비록 부분적인 변화가 없지는 않았지만 과거 군사독재정부 시기에 형성된 기본적인 틀이 거의 변하지 않았다. 노동기본권의 행사에 대한 과도한 통제와 무거운 형벌의 적용은 여전히며 수십억대의 손해배상청구와 가압류가 법의 이름으

5) 이 법률은 1971년에 제정되어 1981년에 폐지될 때까지 10년간 단체교섭과 단체행동을 반국가적인 행위로 간주하여 완전히 금지시켰다.

로 자행되고 있다.

2. 노동기본권에 대한 통제 위주의 억압적인 법체계의 온존

(1) 노동법이라기보다는 치안경찰법적인 성격이 더 짙은 노조법

현재 노동관계에 대한 법령의 내용과 노동행정은 노동기본권의 인권으로서의 성격을 몰각한 채 단결활동에 대한 감시와 통제로 일관하고 있다. 노동법이라기보다는 거의 치안경찰법에 가깝다. 겉으로는 노조설립과 운영 및 활동을 보장하는 듯한 모습을 띠고 있지만 실질적으로는 입법, 행정, 사법의 모든 국가 권력 기구가 노조를 불온시하고 형벌의 위협을 통하여 경찰적인 통제를 해왔다. 일례로 노동조합에 대한 통제를 목적으로 노동조합의 성립요건을 엄격하게 규정하여 행정관청이 직접 개입하여 노조설립과 가입을 곤란하게 만들거나 단결활동에 대한 보호범위를 제한적으로 한정하는 입법태도는 자주성과 자율성을 근간으로 하는 단결권보장의 정신과는 도저히 양립할 수 없다. 나아가 국가가 인정하는 노동단체가 아니면 노동조합이라는 명칭도 사용할 수 없도록 하고 이를 위반할 경우 형벌을 과하는 노조법의 규정과 같이 전 세계적으로 유례가 없는 조항도 있다. 다른 나라의 경우 한국과 유사한 노조의 자격요건에 관한 규정을 두고 있는 경우는 있으나 일정한 법적인 혜택을 부여하기 위한 것일 뿐 한국과 같이 행정관청이 노조의 설립 자체를 사전에 심사하거나 노조의 명칭을 사용하지 못하도록 하는 것과는 근본적으로 다르다. 다른 나라의 경우에는 그러한 자격요건을 결여해도 노조로서 단체교섭이나 단체행동을 하지만 한국은 이 모두를 부정한다.

(2) 결사의 자유와 노조활동을 형벌로 규제하는 노조법

노조법은 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권의 보장과 노동관계의 공정한 조정을 목적으로 한다(제1조)고 규정하고 있지만 실상은 이와는 너무나도 동떨어져 있다. 노조법은 그 목적조항과 일부 선언적인 조항을 제외하면 대부분 금지와 처벌조항으로 구성되어 있다. 그것도 근로자와 노동조합을 겨냥한 조항이 대부분이어서 노사관계에서 우월적이고 지배적인 지위를 가진 사용자에 대한 일정한 규제를 통하여 노사대등성의 확보

라는 취지를 가진 노동법으로서의 성격이 거의 없다. 노사자치를 기본으로 하는 집단적인 노동관계에서 형벌을 두는 경우에도 노동기본권을 실질적으로 보장하기 위하여 사용자의 침해행위에 대하여만 형벌을 과하는 다른 나라의 노동관계법령과는 그 성격이 전혀 다르다. 노조법은 100여개의 조항 가운데 부당노동행위제도와 직장폐쇄 등 일부를 제외하고는 거의 대부분이 노동기본권을 제한하거나 부정하는 것으로 되어 있다. 노동조합의 운영과 활동에 대하여는 40여개 항목의 형벌조항과 과태료 부과 조항을 두고 있다. 쟁의 행위와 관련해서는 최고 5년 또는 3년 이하의 징역형 등 중벌에 처하도록 하고 있다. 1953년 전쟁 중에 제정된 최초의 노조법과 노동쟁의조정법조차도 벌칙 조항은 10개가 조금 넘었고 벌칙의 내용도 최고 6월 이하의 징역이나 구류, 과료, 벌금형이 전부였다. 노조법이 이렇게 ‘노동형법’으로 변질된 것은 과거 군사독재 정부가 근로자의 권리의식과 노동조합의 성장을 의도적으로 저지하면서 경제성장이란 이름으로 근로자들에게 희생을 강요하고 자본의 축적을 위한 도구로 전락시킨 관리와 통제 위주의 노동정책의 산물이다. 이러한 노동관계법령의 반인권적인 성격 탓에 UN의 사회권위원회와 ILO의 결사의 자유위원회 등 국제사회의 끊임없는 법 개정 권고와 비판을 받고 있는 것이다.

(3) 쟁의과정에서 행정기관 및 경찰의 개입과 편파적인 법집행

쟁의과정에서 법과 질서가 심각하게 위협받는 경우에는 경찰력의 사용이 정당화 될 수 있다. 하지만 한국의 경우 노동쟁의가 발생하면 쟁의행위의 성격이나 규모, 형태에 관계없이 대부분 경찰이 개입한다. 조합지도자나 파업참가자에 대한 소환이나 체포, 구금 등의 조치는 그것이 비록 단기간에 그칠지라도 조합활동의 정상적인 발전에 유해한 위협이나 공포의 분위기를 조성할 수 있다는 것이 ILO의 견해이다. 또 경찰의 개입은 오로지 공공질서의 유지를 위하여 제한적으로 허용되어야 하고 필요한 정도를 넘어서 과도한 폭력을 사용하거나 정당한 파업권의 행사를 방해해서는 안 된다는 것이 ILO의 견해임에도 파업을 파괴하기 위하여 사용되는 경우가 적지 않다. 조합지도자나 조합원들에 대한 체포나 구금이 일상적으로 행해지고 심지어는 회사 측에서 임시로 고용한 용역폭력배들의 파업참가자에 대한 노골적인 폭력을 보고도 경찰이 방관하는 사례도 종종 보고되고 있다. 단지 쟁의과정에서 발생한 폭력이나 파괴행위 등 일반 형법상의 범죄행위만이 처벌대상이 되는 것이 아니다. 평화

적인 집회나 시위의 파업에 참가한 것만으로도 체포되거나 구금될 수 있다. 이는 집시법이 나 도로교통법 등에 의한 공공질서의 문란을 근거로 삼기도 하지만 무엇보다도 노조법에 쟁의목적이나 절차, 수단, 방법 등 쟁의권을 제한하거나 금지하는 형벌조항이 지나치게 광범위하게 존재하기 때문이다. 그러한 법조항을 근거로 평화적인 파업조차 불법파업으로 몰아 노조법에 규정된 형벌은 물론 형법상 업무방해죄로 형사책임을 묻는 것이다. 이와 같이 파업권의 합법성 여부에 관한 법적 판단기준이 모호하거나 추상적이어서 법집행기관의 재량이 지나치게 작용될 위험성이 높은 것도 경찰권 남용의 한 요인이 되고 있다.

3. 신자유주의의 영향과 비정규직 근로자의 노동기본권 박탈

한국의 노동기본권의 상황은 1980년대 이후의 신자유주의적 세계화 조류에 휩쓸려 더욱 악화되었다. 노동법령과 법이론, 노동정책, 이데올로기에 있어서 전반적으로 자본권력이 강화되고 노동기본권은 위기상황을 맞고 있다. 기업 내부의 전근대적인 노사관계의 잔존과 노동기본권에 대한 억압적인 상황을 극복할 기회를 갖기도 전에 경제의 글로벌화라는 급격한 소용돌이 속에 빠져들었다. 이 과정에서 신자유주의적 ‘노동유연성’ 이데올로기가 한국 노동기본권의 기존 상황에 대한 진지한 반성과 성찰 없이 그대로 노동법 분야에 밀려들어 왔다. 과거 ‘국가안보’나 ‘경제성장’을 앞세워 극단적으로 노동기본권을 억압하였던 노동정책 및 입법의 경향이 이제는 다시 ‘경쟁력’, ‘유연성’, ‘효율성’ 등 신자유주의 논리로 재포장되어 노동법이나 이론이 가지고 있는 반자유적이고 반민주적인 성격을 도리어 강화시키는 토대가 되었다.

한국 사회에서 신자유주의적 세계화의 최대의 피해자는 비정규직 근로자이다. 특수고용, 기간제, 파견용역, 사내하청 등 비정규직 근로자는 일상적인 구조조정과 노동시장 유연화의 희생물이 되어 일자리의 상실에 대한 두려움이 일상화되었으며 고용 및 노동조건은 지속적으로 악화되었다. 이윤은 취하고 책임은 회피하기 위하여 기업의 고용형태는 끊임없이 바뀌었다. 특히 비정규직 고용은 사용자가 법적 책임을 회피하는 수단으로 주로 이용되었기 때문에 노동기본권의 행사에도 치명적인 결과를 가져왔다. 특수고용 노동자는 노조법상의 근로자가 아니라는 이유로 기본적인 노조결성권조차 법원에 의하여 부정되었고, 파견근로자나 사내하청 등 간접고용 근로자는 실제로 근로자를 사용하는 사용

자가 형식적인 고용주가 아니라는 이유로 노동기본권을 침탈당하거나 방해받고 있다. 게다가 법 형식을 악용하여 근로계약 대신 도급계약으로 위장하는 사례도 허다하게 나타나고 있다.

III. ILO 기본협약과 노동기본권의 구체적인 실태

1. 한국에서 노동기본권 보장의 법적인 의미

노동기본권의 행사에 대한 한국의 법 구조는 노동기본권의 법적인 승인이 가지는 의미가 다른 국가들에 비하여 상당히 차이가 있음을 우선 유의할 필요가 있다. 근로자로 ‘승인’되어 법령으로 정한 매우 까다로운 조건들을 모두 충족시킬 경우에는 다른 국가들과 유사하게 적극적인 보호가 보장된다. 하지만 그러한 조건들을 조금이라도 충족시키지 못할 경우에는 근로자가 자신의 이익을 방어하고 증진시킬 수 있는 법적·제도적 장치로부터 완전히 배제된다. 단결 및 단체교섭의 자유조차도 보장되지 못할 뿐만 아니라 일체의 쟁의행위가 기본적으로 위법한 것으로 간주되고 형벌, 손해배상, 해고 기타 징계처분의 위협에 곧바로 노출되며 심지어는 노동조합이라는 명칭을 사용하는 것만으로 벌금형에 처해지는 상황이 초래된다. 평화적인 파업과 같이 단순히 집단적으로 노무제공을 거절하는 것만으로도 위력에 의한 업무방해죄가 적용되어 형벌을 받게 될 수 있고 나아가 화물운송근로자의 경우에는 업무복귀명령 불이행을 이유로 징역형에 처해질 수 있는 강제노역의 상황도 생길 수 있다. 이는 근로자 및 노동조합에 대한 국가의 극단적인 관리와 통제 체제가 여전히 한국 노동법의 본질적인 특질을 이루고 있음을 명확하게 보여주고 있다.

2. 노동관계법령에 의한 노동기본권의 제한

ILO 제87호 협약은 “근로자와 사용자는 누구나 그 단체의 규칙만을 따를 것을 조건으로 하여 사전 승인 없이 스스로가 선택한 단체를 조직하거나 그 단체에 가입할 권리를 가진다.”(제2조)고 규정하여 결사의 자유 원칙을 매우 상세하고 규정하고 있다. 사회권규

약 또한 이와 거의 같은 규정을 두고 있다. 하지만 한국의 노동관계법령에는 이 원칙에 반하거나 양립할 수 없는 수많은 제한·금지 조항들과 함께 이를 위반할 시 강제노역에 처하는 징역형이 포함된 형벌을 과하는 조항들이 있다. 그 목록을 노동기본권의 내용에 따라 열거해보면 다음과 같다.

(1) 단결권의 주체와 관련된 제한 및 금지

① 차별 없는 단체의 설립 및 가입의 원칙에 위배되는 사례

결사의 자유 원칙의 적용이 제외되는 예외적인 직종으로는 ILO 제87호 협약과 시민권 규약은 군대와 경찰의 구성원을, 사회권 규약은 ‘국가행정기관 구성원’으로 한정하고 있다. 그런데 한국의 경우에는 노조 조직권을 포함하여 노동기본권이 일체 인정되지 않는 근로자로서 군인과 경찰 외에도 소방·교정공무원을 포함하여 여러 특정한 직무의 종사자 전부와 일정한 직급(5급) 이상의 모든 영역의 공무원 및 청원경찰과 대학교원이 있다. 이들의 경우에는 파업뿐만 아니라 노조의 조직, 집회나 시위를 비롯한 일체의 집단적인 행동이 공무원관련법에 의하여 금지되어 있고, 위반 시는 해고와 함께 형벌을 받게 된다. 이 가운데에는 공무원 신분도 아닌 사립대학교 교원과 청원경찰이 포함되어 있는데 이들의 경우에는 헌법상의 명시적인 제한 근거가 없음에도 헌법재판소는 합헌이라고 결정하였다(헌재 1991.07.22, 89헌가106; 헌재 2008.7.31, 2004헌바9).

정부는 1999년과 2005년에서야 비로소 교원과 공무원의 단결을 각각 합법화함으로써 노동기본권이 ILO, OECD 권고 등에 부합되게 확보되었다고 주장하고 있으나 여전히 단결권조차 인정되지 않는 공무원의 범위가 지나치게 광범위하고 그나마도 단체교섭권의 범위와 절차가 상당부분 제한되어 있으며 쟁의행위를 포함한 집단적인 표현의 자유가 전면적으로 금지되고 있는 등 여전히 국제인권규약이나 ILO 협약 등 국제기준에 부합한다고 보기는 어렵다. 공무원이라 할지라도 쟁의행위를 일률적으로 금지하는 것은 타당하다고 할 수 없으며 그 직무의 내용 및 성격을 고려하여 직무의 중단이 가져올 공공의 불이익이 현저한 경우로 한정되어야 할 것이다. UN의 사회권위원회나 ILO도 지속적으로 정부에 대하여 공무원의 파업권 보장을 촉구하고 있다.

한편 교원노조법에는 다른 나라에서는 그 유례를 찾아보기가 드문 매우 특이한 조항이

포함되어 있다. 단체교섭이나 단체협약의 체결과정에서 국민여론 및 학부모의 의견을 수렴하도록 해야 한다는 조항을 두고 있는데 정부가 교원의 노동기본권에 대하여 얼마나 부정적인 사고를 가지고 있는지 보여주는 단적인 예라고 할 수 있다. 그 밖에 단체교섭권의 제한에 관한 것으로는 정부투자기관 근로자의 보수, 인사 등에 관한 단체협약은 행정관청의 승인을 얻도록 하고 승인을 얻지 못한 단체협약은 법적 효력이 인정되지 않는다. 또 공공부문에 종사하지 않는 근로자로서 단결권과 단체교섭권은 보장되지만 쟁의행위는 일정한 경우에 금지되는 분야로는 선원과 주요 방위산업체에 종사하는 근로자가 있고 쟁의행위가 일체 금지되는 경비업법상의 특수경비원이 있다. 민간경비업체에 소속된 일반 근로자로서 공항 등 국가중요시설의 경비나 보안검색 등의 업무를 행하고 있는 특수경비원은 헌법이 특별히 개별적 유보조항을 두고 있는 공무원이나 주요방위산업체 종사자가 아님에도 단체행동권을 전면적으로 금지하고 있다. 하지만 헌법재판소는 이들 업무의 공공성, 무기 휴대 등의 특수성을 이유로 위헌이 아니라고 한다(헌재 2009.10.29, 2007헌마1359).

② 스스로 선택하는 단체의 설립 및 가입의 원칙에 위배되는 노조인정의 법적 요건

노조법은 노조자격을 인정하지 않는 5가지 사유를 열거하고 여기에 해당하는 노동단체는 노동조합으로 보지 않는다고 규정하고 있다. 이 가운데 특히 논란이 되는 것은 (a) 근로자이지만 “그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자”와 “항상 사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자”의 가입 배제와 (b) “근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우”이다. (a)의 경우 사용자의 이익대표자 등을 노조에서 배제하는 것은 노조의 어용화를 방지하여 노조의 자주성과 독립성을 확보하기 위한 것이다. 그런데 조합원이 될 수 없는 자의 범위는 원칙적으로 노조의 자주적인 판단에 맡겨야 한다. 이들도 또한 독자적으로 자신의 직업적인 이익을 위하여 별도로 노조를 결성할 수 있는 자유가 부여되어야 한다는 것이 ILO의 견해이다. 하지만 노조법은 이들의 단결권을 원칙적으로 금지하고 있고 또한 사용자가 이들의 조합원자격을 문제 삼아 단체교섭이나 단체행동을 방해할 수 있도록 되어 있는 노조법의 구조는 그 자체가 논리적으로 모순된다.

(b)의 “근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우”에는 노조로 보지 않는다는 요건도

역시 결사의 자유 원칙과 양립하기 어렵다. 이 요건의 입법취지는 그리 명확하지 않는데 실제로는 1980년 법 개정에서 의하여 노조설립의 단위가 기업별노조로 강제된 후 사용자가 조합대표자 등 근로자를 해고함으로써 노조설립을 저지하는 수단으로 이용됨으로 문제가 되었다. 왜냐하면 근로자가 해고되면 기업별노조의 특성상 종업원의 지위가 박탈됨과 동시에 조합원자격이 없어지기 때문이다. 이러한 폐해를 막기 위하여 1987년 개정에서 “다만 해고의 효력을 닦고 있는 자를 근로자로 아닌 자로 해석하여서는 아니 된다.”는 단서를 추가하였다. 그 후 다시 1997년에 피해고자의 권리남용과 노사분쟁의 장기화를 방지한다는 명목으로 “중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지”만 근로자로 보도록 하여 그 보호범위를 축소하였다. 하지만 이 요건은 실업자도 조합원이 될 수 있다는 판례(대판 2004.2.27, 2001두8568)나 학설의 일반적인 입장과 서로 모순된다. 노조조직의 범위에 대해서는 노조의 자치에 맡기는 것이 단결의 자주성을 보장한 헌법의 취지에도 부합하므로 삭제해야 한다.

③ 당국의 사전승인을 받지 않는 자유설립의 원칙에 위배되는 설립신고서 반려 제도

노조법은 설립신고 의무 외에 별도로 신고증교부제도를 두고 행정관청이 사전에 심사하도록 함으로써 사실상 허가주의로 운영되고 있다. 노조법은 신고증교부가 노동조합의 성립요건임을 전제로 한 조항을 두고 있고(제12조 제4항) 법원도 일찍부터 신고증교부를 노동조합의 성립요건으로 인정해왔다(대판 1969.12.23, 69누100). 설립신고서를 받지 못한 노동조합은 노동위원회에 노동쟁의의 조정 및 부당노동행위의 구제를 신청할 수 없다(제7조 제1항). 또 노동조합이라는 명칭을 사용할 수도 없으며 이를 위반하면 벌금형에 처하도록 하고 있다(제7조 제1항, 제93조). 그밖에 법의 해석상 단체교섭권이나 파업권도 인정되지 않는다.

행정관청은 노조원의 자격이 없는 자 또는 근로자가 아닌 자가 포함되어 있다는 이유로 설립신고서를 반려하거나 이미 설립된 노조를 합법적인 노조로 인정하지 않는다고 통보를 하는 등 결사의 자유의 원칙에 어긋나는 조치를 통하여 노조의 조직 및 가입에 직접적으로 개입하는 사례가 적지 않다. ILO는 노동조합의 설립과 관련하여 일정한 법적 절차를 두는 것 자체가 제87호 협약에 위배되는 것은 아니지만 노동조합의 설립, 조직의

구성 및 규약, 설립에 필요한 사전 절차 등에 관한 법령은 실질적으로 사전 승인과 같은 효과를 가지도록 운영되어서는 안 된다는 점을 강조하고 있다. 또한 조합규약, 임원의 성명, 사무소의 소재지 등 노동조합의 설립신고에 관한 조항은 그것의 공개를 위한 목적의 범위를 넘어서는 안 된다고 보고 있다. 또 노동조합의 등록유무를 법적책임의 면제, 쟁의조정기구의 이용, 부당노동행위 구제절차의 이용 및 특정 근로자의 단체교섭 대표권을 부여하는 조건으로 설정하는 것은 제87호 협약 위반이 된다. 또한 국가기관이 등록을 거부할 수 있는 재량권을 가지는 경우에는 사실상 사전허가제에 해당하게 되어 이 역시 제87호 협약 위반이 된다. 현행법의 노동조합의 설립신고 및 신고증 교부제도가 사실상 사전승인제도로 운영되지 않도록 근본적인 재검토가 필요하다.

④ 노조임원의 선거나 해임 절차에 대한 국가의 과도한 개입

ILO는 노동조합의 자율성은 조합원들이 완전한 자유 속에서 자신의 대표를 선출할 권리를 가질 경우에만 보장될 수 있으므로 공공당국은 조합 임원의 선임 또는 해임과 관련하여 이 권리를 제약할 수 있는 어떠한 개입도 있어서는 안 된다고 보고 있다. 선거절차와 관련해서도 조합규약에 명시하도록 하는 정도는 허용될 수 있지만 공공당국의 개입의 빌미를 줄 수 있게 지나치게 상세한 규정을 두도록 하는 것은 결사의 자유 원칙에 반한다고 본다. 임원의 자격과 관련해서는 특정한 직업이나 기업의 소속여부, 취업유무 및 근속기간 등을 후보자격 요건으로 정하지 못하도록 하고 있고 특히 법률로 정할 경우에는 사용자가 해고를 통하여 개입할 수 있는 위험성이 있음을 강조하고 있다.

노조법은 임원을 반드시 그 조합원 중에서 선출하도록 강제하고 있고 임기 또한 3년을 초과할 수 없도록 규정하고 있다(제23조 제1항, 제2항). 노조의 임원이 조합원의 신분을 가져야 한다는 요청은 노조의 성격상 당연한 것으로도 볼 수 있지만 앞의 노조의 자격요건과 결부되어 이 조항은 왜곡되어 노조의 통제수단으로 악용될 여지가 있다. 즉 기업별 노조 형태에서는 해고된 전 임원이나 근로자 또는 비종업원이 ‘근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우’에 해당하는 것으로 해석되어 사용자에 의한 단체교섭거부 또는 행정관청에 의한 노조설립신고서 반려의 빌미가 될 수 있다. 또 노조임원의 선거와 해임은 총회의 의결사항으로 하고(제16조 제2항), 나아가 임원의 선거에 있어서는 결선투표제도

를 설정하고 있고(제16조 제3항), 임원의 선거·해임에 관한 사항은 조합원의 직접·비밀·무기명투표에 의하도록 하고 있다(제14조 제4항). 조합 임원의 임면에 관한 노조법상의 규정들은 조합의 민주적 운영을 위하여 국가가 지도적인 역할을 행하는 것으로 생각할 수도 있지만 그 운용여하에 따라 조합의 내부관계에 대한 지나친 간섭이 될 수도 있다.

⑤ 조합규약, 노조의 결의나 처분에 대한 행정관청의 시정명령과 형벌 적용

노조법은 조합규약과 노동조합의 결의 또는 처분이 노동관계법령 또는 규약에 위반된다고 인정할 경우에는 행정관청에게 그 시정을 명할 수 있는 권한을 부여하고 시정명령을 따르지 않을 경우 벌금형에 처하도록 하고 있다(제21조, 제93조). 이 조항은 노조운영에 대한 과도한 개입과 통제수단으로 이용될 가능성이 커서 노조의 자주성을 침해할 수 있다. 조합규약이나 결의 등에 대한 적법성 여부의 다툼은 이해관계 당사자인 조합원들에 의하여 제기되고 종국적으로는 행정기관의 사전통제가 아니라 법원에 의해 해결되어야 한다.

⑥ 노조전임자의 조합활동시간 제한

노조법은 노조임원에게 조합활동을 위한 시간을 적극적으로 보장하도록 사용자에게 의무를 지우는 것이 아니라 거꾸로 사용자가 일정 시간 이상을 보장할 경우 형벌로 처벌하는 이해하기 어려운 이상한 구조로 되어 있다. 기업별 노조 형태가 대다수인 한국의 경우 노조전임제도는 조합업무를 위하여 사용자의 양해 하에 인정되어 왔는데 기업별노조는 그 조직규모가 작아서 조합비만으로는 노조 운영에 어려움이 많았기 때문에 사용자에게 전임자의 임금을 부담케 하는 관행이 있었다. 하지만 1996년 법 개정에서 사용자로부터 급여를 지급받을 수 없도록 하고 만약 사용자가 노동조합 전임자에게 급여를 지원하면 부당노동행위로 규정하여 형사 처벌하도록 하였다(제24조 제2항, 제81조 제4호, 제90조). 입법취지와 관련하여 정부는 노조전임자에 대한 급여지원이 노조운영의 지배개입 행위라고 설명하였으나 실상은 노조의 힘을 약화시키는데 있었다. 왜냐하면 한국의 노사관계에서 사용자가 노조운영을 지배·간섭하기 위하여 전임자에게 급여를 지급하는 예는 거의 없었으며 오히려 노조의 단결력이 강한 경우에 단체교섭을 통하여 전임자의 급여를

보장받을 수 있었기 때문이다. 정부의 논리대로라면 이와 같은 법 개정에는 사용자 측은 반대해야 하는데 오히려 찬성하는 입장이었으며 반면에 중소기업 노조의 반발이 극심하였다는 점을 보더라도 그 입법의도를 짐작할 수 있다. 노조의 반발에 부딪쳐 노조전임자 급여금지조항은 신설된 이래로 15년 가까이 그 시행이 유보되었다가 근로시간면제 제도의 도입과 함께 2010년부터 시행되고 있다.

노조전임자의 급여지급 문제는 노사당사자가 자율적으로 정할 수 있는 단결자치영역에 속하는 것이지 국가가 일률적으로 형벌에 의하여 강제할 성격은 아니다. 더구나 한국의 경우에는 노조전임자에게 노조업무에 종사할 수 있는 근로시간면제 범위를 최저선이 아니라 최고한도를 정하고 있고 그마저도 사용자의 동의가 있어야만 보장되는 것이어서 입법적으로 거의 보기 드문 독특한 경우에 속한다. 만약 근로시간 면제 한도를 초과하여 급여의 지급을 요구하고 이를 관철한 목적으로 쟁의행위를 하는 경우에는 형사처벌을 받게 된다(제24조 제5항). 원칙적으로 근무시간의 노조활동을 형벌로서 금지시키고 예외적으로만 인정한다는 매우 해괴한 태도를 취하고 있는 것이다. 가능한 한 노조활동을 억압하려는 정책의 산물이다.

(2) 단체교섭권의 제약

ILO 제98호 협약 등에 따르면 사용자와 집단적으로 교섭할 권리는 단결의 자유의 본질적인 구성요소이므로 노동단체는 그들이 대표하는 근로자의 근로조건과 삶의 수준을 향상시키기 위하여 자주적으로 교섭할 권리를 가진다. 따라서 국가 및 공공당국은 이러한 권리를 제약하거나 적법한 행사를 방해하는 행위를 해서는 안 된다. 또 단체교섭권을 실질적으로 보장하기 위해서는 당사자의 자주성과 교섭의 자율성이 보장되어야 한다.

한국은 단체교섭권을 노동기본권의 하나로서 헌법 차원에서 보장하고 있는 만큼 국가는 단체교섭이 모든 분야의 근로자 및 사용자에게 활성화될 수 있도록 그 환경을 조성하고 필요한 조치를 강구할 의무가 있다. 또한 단체교섭을 촉진하기 위한 국가의 조치들은 단체교섭의 자유를 침해하거나 방해하기 위하여 이용되지 않도록 해야 한다. 노조법도 국가나 지방자치단체의 책무도 노사당사자의 자주적인 노력과 조정에 조력하는 것이어야 하고 이를 방해하지 않도록 규정하고 있다(제47조-제49조). 단체교섭권이 실효성 있

는 권리가 되기 위해서 전제가 되는 것은 말할 필요도 없이 자유롭고 독립성과 대표성을 갖춘 노동단체 및 사용자단체의 존재이다. 하지만 실제로는 노조조직률이 겨우 12.5%정도에 지나지 않고 그나마 단체교섭도 기업별 수준에서만 이루어지고 있으며 산업별 또는 업종별 사용자단체가 존재하지 않는다는 점에서 단체교섭권의 보장수준은 극히 낮다고 평가할 수 있다. 또한 설립신고증을 받은 노동조합에게만 단체교섭권을 인정하고 그렇지 못한 노동조합과 노동단체에 대하여 일체의 법적 보호를 부인하는 현행법의 구조도 단체교섭의 촉진에는 역행하는 조치이며 단체교섭의 자주성 원칙에도 어긋난다. 따라서 단체교섭의 발전을 방해하는 여러 법적 장애물들을 제거하고 단체교섭을 활성화하고 촉진하기 위한 적극적인 입법노력이 필요하다.

① 미조직 근로자의 임시적인 대표제도에 의한 단체교섭의 대체

근로기준법은 경영상 해고 등 특정한 근로조건들의 결정과 관련하여 근로자 과반수를 대표하는 노조가 없는 경우 근로자의 과반수를 대표하는 자와 협의 또는 합의하도록 하는 여러 조항을 두고 있다. 이 경우에는 사용자와 임시 근로자대표 간의 협의 또는 합의가 단체교섭을 대체하는 기능을 하게 된다. 미조직 근로자가 전체 근로자의 거의 90% 가까이 되는 상황에서 노동조합이 아니라 임시적으로 근로자를 대표하게 되는 근로자대표의 역할이 법령상 점점 커져가고 있는 것이 현실이지만 근로자대표를 선출하는 절차조차 없다. ILO는 근로자들이 자신들의 조직에 의하여 대표되지 못하고 기업과 종업원 간의 직접적인 협상이나 임시적인 대표기관에 의한 협상은 단체교섭권의 침해가 될 수 있음을 누누이 지적하고 있다.

② 총회 인준권 규약의 부정

노동조합의 대표자 또는 수임자가 사용자와 단체협약의 내용을 합의한 후 다시 협약안의 가부에 관하여 조합원 총회의 의결을 거치도록 한 조합규약을 통상 '총회 인준권 조항'이라 부른다. 총회 인준권 조항은 조합대표자의 독단이나 어용화를 막고 조합원의 진정한 의사를 확인하기 위한 것으로서 조합민주주의의 원리에 충실한 것이라고 볼 수 있다. 하지만 법원은 이를 위법하다고 판정하였고, 조합규약의 위법성을 이유로 한 행정관

청의 규약변경 명령을 적법한 행정처분이라고 판단하였다(대판 1993.5.11, 91누10787). 이는 노조의 자주성 및 단결자치의 원칙에 반하게 되어 위헌의 소지가 있지만 헌법재판소는 산업평화의 유지라는 공익을 위해 필요 적정한 것으로 인정하였다(헌결 1998.2.27, 94헌바13·26, 95헌바44). 이에 따라 노조법도 교섭대표자의 체결권한을 독자적으로 인정하는 방향으로 바뀌었다.

③ 기업별 교섭단위의 강제와 의무적인 교섭창구 단일화 제도

단체교섭의 단위는 전국 차원이든 지역별이든 또는 기업별이든 간에 노사당사자가 국가기관의 간섭을 받지 않고 스스로 선택할 수 있어야 한다. 자유롭고 자주적인 단체교섭권을 보장하는 ILO의 태도나 헌법의 원리상 교섭단위의 선택은 노사당사자에게 전적으로 맡겨져야 하고 법률이나 행정기관에 의하여 강제되어서는 안 된다. 실질적으로도 가장 적절한 교섭수준을 결정할 수 있는 능력을 가진 것은 국가 등 외부의 제3자가 아니라 노사당사자 자신이다. 배타적인 교섭대표권 인정제도에 관하여 ILO는 일정한 보장조치의 조건을 갖춘 경우에, 즉 (a) 독립적인 기구에 의한 인증, (b) 교섭단위 근로자의 과반수 투표에 의한 선정, (c) 기존에 다수 득표자가 되지 못한 노조에 의한 새로운 선거 요구권 부여, (d) 새로운 선거는 일정한 기일마다 실시될 것(통상 12월 경과 시)에는 허용될 수 있다고 본다. 다만 다수 조합원을 대표하는 노조가 없을 경우에는 공동으로 단체교섭을 하거나 개별적으로 모든 노조에게 단체교섭권을 보장하도록 하고 있다. 반면에 단체협약의 체결조건으로 조합원 수 10%를 요건으로 하는 경우 소수 노조의 지위를 훼손할 수 있다고 본 사례가 있다.

한국의 교섭창구 단일화 제도는 과반수를 대표하는 노조가 없을 경우 자율적으로 정하되 합의가 되지 않으면 행정기관(노동위원회)에서 정하도록 하고 있다. 교섭창구 단일화는 노사관계의 안정, 중복교섭의 회피와 교섭비용의 감소, 사업장 내의 통일된 근로조건 형성 등을 목적으로 도입되었다. 하지만 이 제도는 본래의 취지와는 달리 노동3권을 침해하는 방식으로 운영될 위험성이 많다. 무엇보다도 교섭창구 단일화를 할지 말지를 사용자 측이 임의로 정할 수 있다는 점에서 부당노동행위를 정당화 해주는 기능을 할 수 있다. 즉 회사 측이 지원하는 노조가 과반수 노조면 바로 독점교섭권을 인정해 나머지

노조를 무력화할 수 있고, 반대로 회사 측이 불리한 경우는 개별교섭으로 특정 노조를 우회 지원할 수도 있다. 결국 회사가 지지하는 노조는 소수노조든 다수노조든 사용자 측의 선택에 따라 얼마든지 교섭권을 확보할 수 있지만 회사의 지원을 못 받는 노조는 다수를 점해야만 교섭권이 주어지는 노조 차별의 문제가 발생한다. 또 조직률이 10%를 넘지 못하는 소수 노조나 협약체결 후 새로 설립된 노조는 협약 유효기간동안(최장 2년) 일체 단체교섭권이 부인된다. 하지만 헌법재판소는 위헌이 아니라고 결정하였다(헌결 2012.4.24, 2011헌마338).

④ 행정관청의 단체협약 시정명령권

단체협약의 당사자는 단체협약의 체결일부터 15일 이내에 이를 행정관청에게 신고해야 하고 행정관청은 단체협약 중 위법한 내용이 있는 경우에는 노동위원회의 의결을 얻어 그 시정을 명할 수 있다(제31조 제2항, 제3항). 노동행정의 편의를 위한 신고의무를 넘어서서 그 시정까지 명할 수 있도록 한 것은 단결자치의 원칙에 반하는 과도한 간섭이다.

실제로 정부는 지난 4월 15일 정부출연연구기관인 한국노동연구원이 발표한 단체협약 실태조사를 거론하며, 경영상 신속한 의사결정을 어렵게 하거나 과도한 인사·경영권 제한 등을 불합리한 단협조항으로 규정하고 이를 시정하겠다고 발표했고 이에 대해 민주노총과 한국노총은 한국 정부를 ILO에 제소했다. 한편 정부는 추진 중인 「위법·불합리한 단체협약 시정지도 계획」이 노동단체가 주장하는 사실과는 다르다는 보도자료를 배포하였다. 정부는 “ILO 결사의 자유위원회는 근로조건에 관한 당사자 간의 자율적인 교섭 보장을 원칙으로 하고 있으나, 정부가 단체교섭 체계 수립을 위한 조치를 할 수 있도록 하고 있고……, 정부가 단체협약의 조항이 국내 경제정책에 부합하기를 원할 경우 시행중인 단체협약의 재협상을 당사자에게 강제하지 않고 당사자가 이를 자발적으로 고려하도록 설득을 시도하도록 하고 있음. 따라서 단체협약 내용 중 위법사항에 대하여는 관련 법령에 따라 시정조치를 하고, 과도한 인사·경영권 제한 등 불합리한 조항에 대해서는 당사자간 자율적인 협의를 통해 개선을 할 수 있도록 권고(설득)를 하는 것이 이 위원회의 결정에 반한다고 볼 수 없다”고 해명하였다. 이에 덧붙여 “결사의 자유 위원회의 동 진정권 심의는 정부의 단체협약 시정조치에 대해 효력을 미치는 것은 아”니라고 주장하였다.

하지만 이는 ILO의 견해를 곡해한 것이다.

ILO 결사의 자유위원회는 단체협약에 대한 당국의 승인과 관련해서, “당국이 단체협약을 임의로 승인할 수 있는 권한은 그 자체가 자율협약의 원칙에 위반하는 것이지만 (정부의 주장대로) 이는 단체교섭의 당사자가 정부의 경제사회 정책적 고려와 공익의 보호를 자율적으로 고려하도록 촉진하기 위하여 공공당국이 체계를 수립할 수 없도록 하는 것은 아니다. 그러나 그러한 체계는 당국이 공익에 부합하는 것으로 보고자 하는 그 목적이 적절한 수준의 자문기구(노사정으로 구성된 자문기구와 같은)의 사전 자문을 받지 않으면 지지를 받기 어렵다. 또한 공공당국은 특정한 경우 당사자가 제의된 협약의 재검토가 필요한 일반적인 이익의 고려에 관심을 갖도록 하는 절차를 예정할 수도 있지만 그 선택은 항상 강제보다 설득으로 하여야 한다. 단체협약의 내용이 공익을 고려한 경제정책에 명백히 반한다고 생각하는 경우에는 적절한 공동기구의 조언과 권고에 의존할 수 있지만 그 최종결정은 당사자에게 맡겨야 한다.”⁶⁾고 판단하고 있다. 또한 협약의 준수를 금지하거나 재교섭을 요구하는 행정적 입법적 개입과 관련해서는, “당사자가 자유롭게 체결한 단체협약을 당사자의 동의 없이 법령으로 정지하거나 시정하는 것은 자유 및 자율교섭의 원칙을 위반하는 것이다(이 부분은 생략되어 있음). 만약 정부가 단체협약의 조항이 국내 경제정책에 부합하기를 원할 경우에는 당사자에게 강제하지 않고 당사자가 이를 자발적으로 고려하도록 설득하도록 해야 한다.”⁷⁾ 결국 핵심적인 것은 단체협약 내용의 위법성 및 불합리성 여부는 최종적으로 사법부의 판단에 맡겨져야 하는 것이고 행정부나 입법부가 사전에 결정할 사항이 아니며 단지 일반적인 공익을 고려한 설득만이 가능하다는 점을 놓치고 있는 것 같다.

⑤ 단체협약의 해석과 이행방법에 관한 분쟁에 행정관청의 개입과 쟁의행위 금지

노조법은 단체협약의 해석 또는 이행방법에 관하여 노사 간에 다툼이 있는 경우에 분쟁상태로 발전하는 것을 막기 위해 노동위원회에게 견해를 제시할 수 있는 권한을 부여

6) ILO, General Survey by the Committee of Expert on the Application of Conventions and Recommendations, 1996 paragraph 252(Rubin, Neville, Code of International Labour Law(Vol. 1)(Cambridge University Press, 2005, p.341)

7) Ibid, paragraph 876(Rubin, Neville, Code of International Labour Law(Vol. 1)(Cambridge University Press, 2005, p.347)

하고 있다(제34조 제1항 제2항). 그런데 노조법은 이에 그치지 않고 노동위원회가 제시한 해석 또는 이행방법에 관한 견해에 대하여 중재재정과 동일한 효력을 부여하여 노동쟁의를 강제로 종료시키는 권한을 부여하고 있다(제34조 제3항). 이는 노사자치에 의하여 자주적으로 해결되어야 문제에 대하여 행정관청이 과도하게 개입하는 것으로 볼 수 있다. 정부가 행정적인 서비스의 제공이나 조정적인 역할을 넘어서서 쟁의권행사를 막기 위한 이중·삼중의 벽을 설치한 것이나 다름이 없다.

(3) 단체행동권

ILO 협약은 파업권을 문언상 직접 명시하고 있지는 않지만 근로자 및 근로자단체의 기본권의 하나로서, 제87호 협약이 보장하는 ‘근로자단체의 활동에 대한 권리’(제3조 제1항) 및 ‘근로자의 이익을 증진·옹호하기 위해 이용 가능한 수단’(제10조)에 포함되는 것으로 파악하여, 결사의 자유 내지 단결권의 일환으로 당연히 보장되는 것으로 보고 있다. 즉 단결권에 고유한 필연적인 결과(intrinsic corollary) 또는 경제적·사회적 이익의 촉진 및 방어를 위한 본질적인 수단(essential means)이라는 것이다. 따라서 형벌, 손배청구, 징계 등에 의한 파업에 대한 제재는 결사의 자유 원칙에 부합될 때만 허용될 수 있다고 본다. 또한 그러한 경우에도 노사관계에 있어서 지나친 제소나 무거운 제재는 문제를 해결하기보다는 오히려 키울 수 있다고 본다. 파업에 대한 모든 민형사상의 제재는 위법성의 정도에 따라 균형을 잃어서는 안 되며, 균형을 잃은 형벌적용은 조화롭고 안정된 노사관계의 발전에 해롭기 때문에 구속은 위법행위가 중대한 경우에만 정당화될 수 있다.

한국의 경우 파업권은 헌법 차원에서 인정되고 있지만 국가기관에 의한 형벌권의 남용과 사용자의 손해배상책임 추궁 및 보복적인 해고에 의하여 거의 무력화되고 있다. 집단적인 의사표현의 형태로서 파업권이 가진 기능과 역할에 대한 법적인 평가에 있어서 지나치게 부정적이다. 파업을 광범위하게 금지하는 노동관계 법령이나 이에 더 잡은 판례가 적법한 쟁의행위의 범위를 극도로 제한하고 있는 탓에 평화적인 파업조치 불법행위에 기한 민사책임은 물론이고 각종 노동관련 법령에 따른 형벌 조항뿐만 아니라 업무방해를 이유로 한 일반 형법상의 책임까지도 질 수 있다. 노조법에는 노동쟁의의 발생과 진행과정에서 노동조합이나 근로자가 지켜야 할 규칙이나 처벌 조항은 가득한 반면 사용자가

준수해야 할 규칙은 거의 없다. 노사자치의 전제조건이랄 수 있는 당사자의 힘의 균형이라는 측면의 고려 없이 사용자가 절대적인 권력을 휘두를 수 있도록 되어 있다.

① 합법적인 파업의 범위를 법률로 명시

○ 쟁의행위 준수규칙의 설정과 쟁의행위에 대한 노조의 관리통제 책임의 강화
 - 노조법은 “쟁의행위는 그 목적·방법 및 절차에 있어서 법령 기타 사회질서에 위반되어서는 아니 된다”(제37조 제1항)고 규정하고, 파업에 대한 노동조합의 책임을 강화하여 노조에게 쟁의행위가 적법하게 수행될 수 있도록 지도·관리·통제할 의무를 부과하고 있다(제38조 제항). 이 조항들은 합법적인 파업의 범위를 엄격하게 제한하기 위하여 1996년에 신설되었는데 파업의 일반적인 합법성 판단과 관련하여 중요한 의미를 가진다. 파업참가자의 구체적인 행위와 상관없이 쟁의행위라는 집단적인 행위 전체를 단위로 하여 일단 위법하다고 가정한 다음 일정한 요건을 갖춘 경우에만 비로소 위법성을 면할 수 있다는 그간의 법원의 자의적인 판단방식에 법률적인 근거를 제공하고 노동조합에게 단체 책임을 물을 수 있는 근거를 제공하고 있다.

② 쟁의행위 목적의 제한

○ 노조전임자의 임금지급 요구(제24조 제5항 및 쟁의기간중의 임금지급 요구(제44조 제3항) 목적의 파업에 대한 형벌 적용

③ 쟁의행위 주체의 제한

○ 비공인 파업의 금지(37조 제2항).

- 헌법은 ‘근로자’를 쟁의권의 주체로 정하고 있음에도 쟁의권 행사의 주체를 노동조합으로 한정하면서 일반 조합원의 비공인 파업을 금지하였다. 또한 노동조합만이 쟁의행위의 주체가 되는 것이 아님에도 노동조합을 전제로 한 노조법상의 각종 절차 및 제한 규정의 위반에 따른 책임을 비공인 파업의 참가자에 대하여 물을 수 있는지도 역시 의문이다.

○ 비노조원의 파업 금지

- 노조법은 노동조합이 전제되지 않는 쟁의행위의 가능성을 전적으로 부정하는 구조로 되어 있기 때문에 비노조원들의 집단적인 파업은 아무리 평화적일지라도 형법상 업무방해죄의 처벌을 받을 수 있다.
- 쟁의행위가 금지되는 필수유지업무의 범위가 지나치게 광범위(제42조의2 제2항)
 - 필수유지업무에 관한 쟁의권 제한은 기존의 필수공익사업에 대한 강제중재제도를 폐지하고 새로 도입된 제도이다. 이는 필수공익사업의 업무내용 가운데 일부를 필수유지업무로 지정하고 이 업무에 대하여만 쟁의행위 금지와 함께 대체근로를 허용하였다. 이는 필수공익사업에 종사하는 근로자 전부에게 쟁의권을 절대적으로 금지하는 것은 아니지만 쟁의행위의 실질적인 효과를 저지함으로써 쟁의권 행사에 대한 중대한 제약을 초래하게 된다.
 - 노조법은 필수유지업무의 범위(철도와 도시철도사업, 항공운수사업, 수도사업, 전기사업, 가스사업, 석유정제와 석유공급사업, 병원사업, 혈액공급사업, 한국은행사업, 우편 등 통신사업)를 공중의 일상생활에 영향을 미치는 영역까지 지나치게 넓게 규정하고 있다. 이렇게 되면 필수유지업무에는 파업권이 제한될 수 있다는 원칙 자체가 의미를 잃게 된다.
 - ILO는 필수유지업무를 업무의 정지로 인하여 생명, 신체의 안전 또는 인구의 전부나 일부의 건강을 위협할 수 있는 것으로 한정하고 있다. 또한 명백하고 긴급한 위험(clear and imminent threat)이 존재해야 한다는 기준을 추가적으로 제시하고 있다. ILO가 예시하고 있는 필수유지업무는 병원, 전기공급, 수도공급, 전화서비스, 항공통제업무 등이다. 반면에 필수유지업무로 보지 않는 사업으로는 방송사업, 석유사업, 항만, 은행, 관세 및 조세징수를 위한 컴퓨터서비스, 백화점과 놀이공원, 금속 및 광산업, 운송업, 냉동업, 호텔업, 건설업, 자동차제조업, 조폐·정부간행사업, 술·소금·담배전매사업, 항공기수리, 농업, 식량공급과 유통, 교육, 도시운수업, 우편업무 등이다. 따라서 국가경제에 미치는 영향과 같은 매우 모호하고 추상적인 사유나 공중의 생활상의 불편과 같은 사유는 필수유지업무의 범위를 결정하는 기준이 될 수 없다. 또한 필수유지업무를 수행한다는 이유로 파업권이 제한되거나 금지되는 근로자에게는 그들의 이익을 보장할 수 있는 적절한 보상조치가 이루어져야 한다는 것이 ILO의 견해이다. 필수유지업무의 정지를 막

기 위하여 행정당국이 취하는 조치라고 하더라도 그것이 달성하고자하는 목적에 비례하는 것이어야 하고 지나쳐서는 안 된다는 것이다.

④ 쟁의행위의 수단 및 방법의 제한

노조법에서는 쟁의행위의 수단과 방법을 제한하는 여러 규정들을 두고 있고 쟁의행위가 이러한 틀을 벗어나면 일반 형법과는 별도로 노조법상의 범죄행위로 처벌을 받게 된다.

- 피케팅(picketing)의 합법성 범위의 엄격한 제한과 형벌 적용(제38조)
- 파업 중 사용자의 재산 보호를 형벌로 강제(제38조 제2항)
 - 인명이나 신체의 안전을 보호하기 위한 시설의 유지운영과 같은 쟁의권행사의 합리적인 제약과는 달리 사용자의 물적 시설의 보호를 법률로 강제하는 것은 쟁의권에 대한 과도한 제한이 될 수 있다. 이러한 사항은 노사자치의 영역에 속하는 것으로 법령으로 강제할 것은 아니라고 본다. 입법례로서도 보기 드문 규정이다.
- 폭력 파괴행위의 금지 및 직장점거 제한(제42조 제1항)
 - 폭력이나 파괴행위가 쟁의행위의 수단이 될 수 없는 것은 당연하지만 형법과는 별도로 노조법에서 이러한 사항을 규정한 것은 파업 중 일부 조합원에 의하여 이러한 행위가 있을 경우 파업 전체가 위법하게 판단될 수 있는 여지를 주게 된다.
- 안전보호시설의 쟁의행위의 제한(제42조 제2항)
 - 이 조항은 그 성격상 특정한 쟁의당사자의 책임을 구체적으로 명시하고 있지 않으며 쟁의행위 과정에서 지켜야 할 하나의 규칙을 설정하는 정도의 의미를 가진 것으로 보인다. 그런데 노조법은 위반행위자에 대한 벌칙조항을 두고 있는데 이는 보호대상인 안전보호시설의 개념이나 책임의 소재가 매우 불명확한 상태에서 형벌조항을 두고 있다는 것 자체가 죄형법정주의에 어긋나고 해석여하에 따라 쟁의권에 대한 과도한 제한이 될 수도 있다. 하지만 헌법재판소는 안전보호시설 조항의 수범자에게 예측가능성을 제공하는 한편 안전보호시설 조항을 해석·집행하는 기관들에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행을 배제하고 있으므로 명확성원칙에 위반되지 아니하여 위헌이 아니라고 보았다(헌결 2005.6.30, 2002헌바83).

⑤ 쟁의행위의 절차 위반에 대한 형벌적용

노조법에서는 쟁의행위의 개시 및 조정중재절차와 관련하여 여러 가지 제한·금지규정을 두고 그 위반에 대하여는 징역형이 포함된 형벌의 제재를 가하도록 하고 있다. 또 이와는 별개로 일반 형법에 의한 업무방해죄의 책임을 지거나 민법의 불법행위에 기한 손해배상 책임을 지게 된다.

- 찬반 사전투표를 거치지 않은 쟁의행위의 금지(노조법 제41조 제1항, 제91조).
 - 정부는 쟁의행위를 원하지 않는 다수 조합원의 이익보호와 신중한 판단을 기한다는 명분을 내세웠으나 실제로는 관련 당사자인 조합원들은 이를 문제 삼은 적이 없었다. 오히려 사용자와 정부가 찬반투표 과정의 정당성을 문제 삼아 민·형사상의 책임을 물었던 사실에 비추어보면 쟁의권 행사를 어렵게 만들고자 한 것 외에 다른 의도가 없어 보인다. 그런데 이 조항은 논리상 사용자나 일반 공중의 이익을 보호하기 위한 것이 아니기 때문에 투표의무의 이행유무가 사용자 또는 국가의 입장에서 책임을 묻는 민·형사책임의 면제요건이 될 수 없다. 하지만 대법원은 투표의무의 이행유무를 가지고 쟁의행위 전체의 정당성여부의 중요한 기준으로 삼고 있다(대판 전원합의체 2001.10.25, 99도4837).
- 조정절차를 거치지 않은 쟁의행위(제45조 제2항), 중재기간 중(제63조)과 중재재정 및 재심결정 후의 쟁의행위(제69조 제3항), 긴급조정시의 쟁의행위(제77조)의 금지 등.
 - 조정·중재절차는 국가가 단순히 제3자로서의 지위에만 머무르지 않고 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지하기 위하여 마련된 제도라고 할 수 있다. 따라서 이러한 절차위반에 대한 벌칙규정도 노사당사자 가운데 어느 일방의 권리와 이익을 보장하기 위해서가 아니라 국가가 공정한 조정·중재자로서의 역할을 제대로 수행할 수 있도록 제도적인 실효성을 보장하기 위한 것으로 이해되어야 한다. 하지만 노조법과 법원은 조정중재절차의 위반자, 주로 노동조합과 파업참가자에게 별도로 민·형사상의 책임을 지우고 있다. 대법원은 조정전치의 규정에 따르지 않은 절차위반의 쟁의행위에 대해서는 사전투표 위반과는 달리 일반 형법(업무방해죄)상의 위법성이 조각될 수 있다고 판결한 바가 있으나(대판 2007.5.11, 2005도8005) 노

조법상의 형벌 조항은 그대로 적용된다.

○ 단체협약 위반의 쟁의행위에 대한 형벌 적용(제92)

- 이 조항은 단체협약의 실효성을 확보하기 위한 것으로 이해할 수 있지만 쟁의행위에 관한 사항이 쟁의권 행사의 제한을 내용으로 할 경우에는 문제가 될 수 있다. 쟁의권은 헌법상의 권리이므로 이를 제약하기 위해서는 법률에 의하여야 하고 단체협약으로 쟁의개시 사전통지의무나 평화의무, 절차조항 등을 새로 설정할 수 없기 때문이다. 따라서 쟁의행위가 이러한 단체협약에 위반하였다고 하여 정당성을 상실하는 것은 아니라고 보아야 한다. 하지만 법원은 평화의무가 노사관계의 안정과 단체협약의 질서 형성적 기능을 담보하는 것이라는 이유에서 단체협약의 유효기간 중에 단체협약에서 정한 근로조건 등에 관한 내용의 변경이나 폐지를 요구하는 쟁의행위를 행하지 아니하여야 할 평화의무가 있다고 보고 단체협약이 체결된 직후 조합원들이 자신들에게 불리하다는 이유만으로 단체협약의 무효화를 주장하면서 쟁의행위를 한 경우에는 정당성이 없다고 보고 업무방해죄를 적용하였다(대판 2007.5.11, 2005도8005).

○ 양벌규정에 따른 노조에 대한 광범위한 형벌 적용(제94조)

3. 법원에 의한 노동기본권의 제한

(1) 법관들의 지배적인 사고방식

한국에서 사법권의 독립성은 늘 의심을 받아왔다. 과거 군사독재 정부 때부터 정치권력의 압력과 위협으로부터 자유롭지 못했던 법관들은 그 대가로 주어진 사회적 경제적 특권 계급으로서의 지위에 스스로 만족해왔다. 이런 탓에 민주적으로 선출되지 않은 권력으로서 오랜 기간 특권을 누려온 사법 권력은 사회 전반에 걸친 불평등의 심화에 대하여 별반 관심을 기울이지 않았다. 노동인권에 대한 억압적인 질서가 좀처럼 개선되지 못하고 지속적으로 유지되고 있는 데에 법원이 기여한 바도 적지 않다고 본다. 삼권분립을 이유로 단지 실정 법령의 탓으로만 돌리기에는 민망한 일이 너무나도 많았다. 법원은 노사 갈등의 중요한 국면에서 종종 노동기본권과 사회정의보다는 시장근본주의의 법적 표

현인 재산권 절대주의 원칙과 사적 자치의 원칙을 우선함으로써 자본의 권리를 옹호하고 노동의 권리를 무시하였다. 2003년에 있었던 대법원의 경영권 관련 판결은 그 결정판이라고 할 수 있다(대판 2003.11.13, 2003도687). 이 판결에서 대법원은 헌법뿐만 아니라 법률 조항 어디에도 없는 ‘경영권’을 헌법적인 지위로 높이고 노동기본권의 가치를 깎아내렸다. 대법원이 이 판결에서 강조한 기업의 경쟁력, 국가경제 등의 수사는 과거 사회 전체의 이익이란 미명하에 개인의 희생을 강요해왔던 과도한 국가주의 논리가 다시 사회적 약자인 근로자에게 고통을 전가하는 논리로 사용되었다. 대규모 근로자들을 아무런 보장 없이 해고하는 기업의 구조조정이 장기적으로 모두의 이익이 될 것이라는 대법원의 근거 없는 전망은 소수 지배계층의 이익과 다수 근로대중의 빈곤화라는 상반된 현실을 외면하는 것이다. 기업의 일방적인 구조조정에 맞서 자기방어적인 최후 수단으로서 행하는 파업 자체에 대한 형벌의 적용은 자신이 가진 노동력을 제공하지 않겠다는 최소한의 자유조치 부정하는 것이다. 그런데도 생존의 위협에 항의하는 평화적인 파업조치 형벌로 처벌하는 사법부의 태도는 결국 경제 권력을 독점한 소수를 위하여 다수 대중의 집단적 권리와 저항의 자유를 무력화 한 것에 다름이 아니다. 과거 억압적인 통치체제 하에서 형성된 반민주적이고 위헌적인 경향의 노동판결들이 선례로서 버젓이 영향력을 행사하고 있는 것이 현재 사법부의 맨 얼굴이다.

(2) 노동기본권을 제약하는 법해석의 추론방식

노동기본권을 제약하는 또 다른 요인은 법령을 해석하고 적용하는 법원의 법적 추론방식이다. 법원은 노동법의 이념적인 기초인 생존권을 근거로 도리어 노동기본권이 가진 자유권적인 가치를 경시하는 경향이 강하다. 노동기본권을 제한·금지하는 노동관계법령의 수많은 조항과 법관들의 노동인권 의식의 부재가 이러한 판결 경향에 크게 영향을 미쳤다고 할 수 있다. 한국에서는 단결의 자유와 노조활동의 자유가 근로자의 생존을 보장하기 위하여 필요한 단지 부차적인 권리 내지 수단적인 권리로만 이해되고 있다. 노동기본권이 가진 자유권적이고 독자적인 의의는 거의 부정된다. 이 때문에 근로자들이 주체가 되어 스스로 연대하여 능동적으로 생존권을 실현하고자 하는 노동기본권의 의의는 경시되고 단지 국가에 의하여 시혜를 받는 수동적인 객체의 지위에 근로자들을 가두고 있

다. 이러한 이론적인 편향성은 헌법재판소나 대법원의 판례에서 볼 수 있듯이 국제노동법규를 무시하고 노동기본권의 제한이나 금지를 너무나도 쉽게 받아들이는 것으로 나타난다.

노동기본권의 이념적인 기초가 되는 생존권사상에 대한 왜곡된 이해는 노동기본권을 국가에 의하여 ‘주어진’ 또는 ‘허용된’ 범위 내에서만 행사할 수 있다는 방식으로 매우 협소하게 이해하는 경향을 낳았다. 여기에 노동기본권 가운데 단결권과 단체행동권을 단체교섭권의 수단 또는 보충적인 것으로만 이해하는 단체교섭권 중심의 사고는 그러한 왜곡을 더욱 부채질하는 결과를 가져오게 된다. 즉 단체교섭의 합법적인 범위를 매우 좁은 의미의 ‘근로조건 결정’으로 제한하고 쟁의행위의 목적과 단결권의 주체를 여기에 직접 결부시킴으로써 노동기본권의 전 영역을 극도로 왜소화시키고 만 것이다.

이와 같은 경향성은 노동기본권의 정상적인 행사에 치명적인 결과를 초래한다. 현행 노동관계 법령에는 노동기본권의 행사에 대한 제한금지 조항이 매우 광범위하게 존재하고 있고 그 위반에 대하여는 주로 형벌을 통하여 강제하고 있기 때문에 노동기본권 보장의 핵심적인 법적 효과라고 할 수 있는 단결활동의 민·형사면책의 판단에 직접적인 영향을 미치게 된다. 따라서 대부분의 단결활동이 형벌 및 민사손해배상책임의 추궁대상이 되고 이로서 노동기본권은 사실상 권리로서의 의의를 거의 상실하게 되어 헌법 및 노조법의 본래의 취지와는 전혀 다르게 노동기본권을 위축시킬 수밖에 없는 것이 현실이다.

(2) 비정규직 근로자의 노동기본권 부정

① 근로자가 아니라는 이유로 노동기본권의 부정

일반적으로 근로조건보호법과는 달리 노동기본권을 누릴 수 있는 주체는 엄격한 의미의 근로자에 한정되지 않는다. 그것은 노동기본권이 자유권으로서의 법적 성질을 가지기 때문이다. ILO도 고용관계의 존재여부를 기준으로 하여 결사의 자유가 보장되는 자의 범위를 결정하여서는 안 된다는 입장을 취하고 있다. 따라서 일반적인 자영업자 (self-employed workers in general)나 자유직업 종사자(those who practise liberal professions)와 같이 고용관계가 존재하지 않는 사람도 근로자와 마찬가지로 단체결성의 권리를 향유할 수 있다. 하지만 한국에서는 노조법에서 정한 근로자의 정의규정에 해당

하지 않는다는 이유로 국가나 사용자로부터 단결의 자유를 인정받지 못하는 근로자들이 있다. 법령상 이른바 ‘특수형태 근로종사자’로 불리는데 대표적으로는 보험모집인, 골프장 경기보조원, 학습지교사, 레미콘차량운전자, 개인화물운송사업자 등을 포함하여 매우 광범위한 직업군에 분포되어 있으며 점점 증가하는 추세를 보이고 있다. 이러한 직업군에 종사하는 근로자는 자기의 계산으로 사업의 위험을 스스로 부담하고 고객을 자유롭게 선택하는 등 독립사업자로서의 성격이 거의 없다. 더욱이 노동법상의 의무를 회피할 목적으로 기존의 정규직에서 특수고용형태로 전환한 형태가 상당부분 포함되어 있음에도 고용관계의 존재여부에 대한 판단기준의 모호성으로 인하여 노동기본권을 박탈당하고 있다.

특수형태 근로종사자는 근로자의 정의를 매우 엄격하게 해석하는 법원이나 행정관청에 의하여 대부분 법적으로 개인사업주로 취급되어 노동기본권을 자유롭게 행사할 수 없다. 최근 법원은 골프장경기보조원의 노조법상 근로자성을 인정함으로써 근기법보다 넓게 이해할 가능성을 제시하였지만 그 판단기준이 불투명하고 모호하다는 점에서 법적 불안정성은 여전하다(대판 2014.2.13, 2011다78804). 이들은 자신들의 직업적인 이익을 옹호하기 위하여 노동조합 등 단결체를 조직하거나 가입하려해도 아무런 법적 보호 장치 없이 사업주의 일방적인 계약해지의 위협에 직면하게 된다. 또한 사업주들은 이러한 근로자들의 단체교섭요구를 거의 무시하거나 거부하고 있으며 심지어 집단적인 단체행동의 경우에는 평화적인 노무제공의 거부만으로도 형사 처벌되는 등 국가와 사용자로부터 노동기본권을 전혀 보장받지 못하는 상황에 처해있다. 그 결과 이들의 근로조건이 지속적으로 악화되고 노동의 불안정이 심화되고 있다. 따라서 이들에 대한 적절한 노동기본권의 보장이 시급한 과제가 되고 있지만 정부와 입법부는 매우 미온적인 태도를 취하고 있다.

② 직접적인 고용계약의 당사자가 아니라는 이유로 한 단체교섭권 및 단체행동권의 부정

노조법에서는 노동기본권을 실질적으로 보장하기 위하여 ILO 제98호 협약과 같은 취지로 사용자의 침해행위를 구체적으로 유형화 한 부당노동행위 제도를 두고 있다. 하지만 법원은 이를 준수해야 할 자의 범위를 직접적인 고용관계의 당사자인 사용자로 한정함으로써 근로자파견이나 사내하도급과 같은 간접적인 고용관계에서 사실상 노동기본권의 침해행위를 방치하는 결과를 초래하였다.

한국에서 간접고용의 실태는 고용계약서상의 사용자가 전혀 실체가 없는 명목상의 존재에 지나지 않는 위장도급의 사례부터 합법적인 도급에 이르기까지 다양한 스펙트럼이 존재한다. 비정규직 중에서도 간접고용의 확산은 한국 사회의 갈등과 모순의 집약적인 표현이라고도 말할 수 있다. 하나의 사업장내에서 같이 일하면서도 하청회사 소속이라는 이유로 근로조건 차별은 물론이고 인격적인 모멸감까지 감내해야 하는 매우 비인간적인 실상들이 종종 보고되고 있다. 또 사용자사업주는 간접고용 근로자의 노동기본권 행사를 노골적으로 방해하기도 한다. 즉 노조의 결성 및 가입을 이유로 파견 내지 용역계약을 해지하거나 해지하겠다고 위협하기도 하고 조합원이란 이유로 교체를 요구하거나 회유·협박을 통하여 조합탈퇴를 종용하는 경우도 많다. 또한 단체교섭거부와 관련해서는 사용자사업주는 형식상 근로계약의 직접적인 당사자가 고용사업주이기 때문에 사용자사업주는 노조법상의 교섭의무가 없다고 하면서 단체교섭에 응하지 않는 경우가 대부분이다. 그 밖에 단체행동권과 관련해서는 대부분의 사용자사업주가 계약 내용에 노조활동, 파업시 계약해지 조항을 넣어 두고 간접고용 근로자의 단체행동을 원천적으로 봉쇄하는 경우가 허다하다.

이와 같이 간접고용은 대부분 사용자사업주가 노무도급계약이라는 법 형식을 가장함으로써 타인의 노동력을 이용하여 이익을 얻으면서도 근로자에 대한 법적 책임은 자신에게 지배·종속된 영세기업에게 전가하는 탈법적인 수단으로서 이용되고 있다. 따라서 배후에서 고용, 근로조건, 단결활동 등 근로자의 모든 노동법상의 지위에 실질적인 결정권 또는 영향력을 가진 사용자사업주에게 가능한 한 폭넓게 사용자성을 인정하고 노동법상의 각종 책임을 부담시키는 것이 반드시 필요하다. 하지만 정부는 계약자유 원칙을 들어 노조법의 적용을 꺼려하고 있으며 법원 또한 직접적인 고용관계의 부존재를 이유로 부당노동행위의 규제에 미온적인 태도를 취해왔다. 최근에 와서야 비로소 간접고용 문제의 심각성이 사회적인 큰 의제로 떠오르자 법원은 기존의 태도에서 벗어난 보다 적극적인 입장을 보이기도 하였다(대판 2010.3.25, 2007두8881). 하지만 사실상 5심제 형태의 장기간의 구체절차나 행정감독이나 형벌적용의 소극성 등 부당노동행위 제도 자체의 여러 가지 한계 때문에 실질적으로 어느 정도 실효성이 있을지는 여전히 의문이다.

(3) 평화적인 파업에도 적용되는 업무방해죄

① 극도로 축소된 합법적인 쟁의행위의 범위

쟁의권의 행사가 헌법에 의하여 보장되어 있음에도 불구하고 법원이 합법적인 쟁의행위의 범위를 매우 좁게 해석함으로써 보호받을 수 있는 쟁의권의 범위가 극도로 축소되어 있다. 최종적으로 파업을 개시할 수 있을 때까지 준수해야 하는 노조법상의 절차 조항과 형벌 조항도 많지만 쟁의행위에 적용되는 가장 일반적인 죄목이 노조법이 아니라 일반 형법상의 위력에 의한 업무방해죄이다. 아무리 평화적인 파업이라도 일단 업무방해죄의 구성요건에 해당되어 위법성이 추정되고 ‘정당성’이라는 특별한 요건을 갖춘 경우에만 예외적으로 위법성이 조각되는 것으로 해석되고 있다(대판 1990.5.15, 90도357, 헌재 1998.7.16, 97헌바23). 법원은 보호받을 수 있는 쟁의행위의 범위를 주체, 목적, 절차, 수단과 방법 등 여러 측면에서 모든 요건을 갖춘 경우로 매우 엄격하게 한정하고 있다. 법원의 이러한 해석방식은 수많은 제한·금지 법규와 연결되어 쟁의행위를 조직하고 참여할 자유를 전면적으로 제한하는 것이나 다름없게 된다. 즉 위 조건을 하나라도 갖추지 못할 경우에는 어떠한 폭력행위나 파괴행위가 없어도 쟁의행위를 조직하거나 참여했다는 사실만으로 곧바로 업무방해죄로 처벌을 받을 수 있는 위험에 놓이게 된다. 쟁의권에 대한 이러한 광범위한 구속은 ILO 결사의 자유위원회의 권고와 UN ‘사회권위원회’의 ‘경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제인권규약’의 명백한 위반이란 지적을 수차례 받았다.

업무방해죄는 쟁의행위를 원칙적으로 또 포괄적으로 범죄로 규정하고 합법성을 부분적이고 제한적으로만 인정하기 때문에 노동기본권을 보장하는 헌법 조항과는 양립할 수 없다. 이 때문에 최근 헌법재판소는 기존의 대법원 판례에 대하여 어느 정도 비판적인 견해를 밝히면서 단체행동권의 보호영역을 지나치게 축소시켜서는 안 된다는 결정을 내린 바가 있다(헌재 2010.4.29, 2009헌바168). 이 결정 이후 대법원에서도 파업이 언제나 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 그 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 하여 종전의 입장을 약간 바꾸었다(대판 2011.3.17, 2007도482).

하지만 이 판결도 “사업계속에 관한 ‘자유의사’가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우”라는 사용자의 ‘주관적인 의사’를 합법성의 판단기준으로 삼고 있고 적법한 파업으로 인정받으려면 쟁의행위의 주체, 목적, 절차 등 복잡하고 까다로운 노조법상의 여러 정당성 요건을 모두 갖추어야 하기 때문에 얼마든지 사용자가 예측하지 못했다는 이유로 처벌될 수 있는 가능성을 열어두고 있다. 이 때문에 검찰이나 경찰의 자의적인 법집행의 여지가 많은 것이 사실이다. 실제로 이 판결에서도 비록 평화적인 파업이었지만 노조가 직권중재 기간 중의 파업금지 조항을 위반할 것이란 사실을 사용자가 예측할 수 없었다는 이유로 유죄가 인정되었다.

② 경제적 정치파업 및 동정파업에 대한 형벌 적용

정치파업에 대한 법적 논란은 대부분의 국가에서 민사책임의 유무를 가리기 위한 것이지만 한국의 경우에는 파업행위 그 자체에 대하여 형벌을 가한다는 점에서 큰 차이가 있다는 사실에 유의할 필요가 있다. 한국의 법원은 쟁의행위의 목적이 ‘노사’ 간의 ‘단체교섭’을 위한 것일 경우에만 정당하다고 인정하고 있어 순수한 정치파업이든 경제적 파업이든 모두 형벌에 처해질 수 있도록 되어 있다. 또한 정부도 자주 근로자들의 삶에 중요한 영향을 미치는 경제정책이나 사회정책에 항의하는 파업을 불법이라고 선언하고 이를 엄단하겠다고 공언해왔다. 하지만 이는 파업권의 기능과 역할 및 노동인권으로서의 의의를 지나치게 좁게 이해하는 것이다. 특히 정치파업 가운데 경제적 정치파업은 적법하다는 것이 ILO나 대다수 국가들이 취하고 있는 입장이다. 근로조건의 결정뿐만 아니라 근로자의 경제적·사회적 지위향상도 쟁의권의 목적이 될 수 있고 물가, 세금, 사회보장 등에 관한 정책결정이나 노동법령의 제·개정도 근로생활에 직접적으로 영향을 미치는 것이기 때문에 이에 대한 항의나 요구의 경제적 정치파업도 적법하다고 본다. 하지만 한국의 경우에는 이러한 목적의 파업은 그 정당성을 인정받기 어렵다. 파업의 상대방이 사용자가 아니어서 성격상 단체교섭 절차나 쟁의조정 절차를 거칠 수 없기 때문에 업무방해죄나 노조법상의 형벌을 받을 수 있다.

동정파업(sympathy strike)의 경우에는 기업별 노동조합이 지배적이고 근로자들 간에 계급적인 연대의식이 약한 한국의 경우에는 드물고 다만 학살상 논의가 이루어지고 있을

뿐이다. 하지만 자본집중으로 인한 기업집단의 증가, 사업장의 국제적인 이동에 따른 경제의 글로벌화 현상 등은 근로자의 초기업적 및 국제적인 연대와 동정파업의 필요성을 점점 증대시키고 있다. 한국의 경우에는 동정파업도 정치파업과 마찬가지로 위법한 것으로 보게 된다. 하지만 ILO의 ‘협약 및 권고의 적용에 관한 전문가위원회’는 동정파업을 전면적으로 금지하는 것은 잘못된 것이고 근로자들이 지원하는 원 쟁의 자체가 적법한 것인 한 동정파업을 할 수 있어야 한다는 입장을 취하고 있다.

③ 정리해고 반대 등 고용보장 요구 파업에 대한 형벌 적용

단체교섭에서 어떤 사항을 다룰 것인지는 원칙적으로 당사자의 자율에 맡기는 것이 ILO의 태도이다. 그런데 정부와 법원은 명시적인 법률의 규정이 없음에도 불구하고 인사·경영권 등을 이유로 합법적인 단체교섭요구의 범위를 제한한다. 대법원은 정리해고, 부서·조직의 통폐합 등 고용 및 근로조건에 직접적으로 영향을 미치는 중대한 경영상의 결정은 단체교섭의 대상이 될 수 없다고 보았다(대판 2003.12.26, 2001도3380). 기업의 구조조정을 반대하는 노동조합의 요구는 사용자의 경영권을 근본적으로 제한하는 것이어서 단체교섭의 대상이 될 수 없다는 취지이다. 나아가 법원은 단체교섭 대상의 적법성 문제를 쟁의행위의 정당성 여부를 판단하는 주요 요건으로 보고 있다. 따라서 단체교섭의 대상사항이 되지 못하면 그러한 사항을 이유로 한 쟁의행위의 정당성이 부인되어 민·형사상의 책임과 곧바로 직결되게 된다. 정리해고의 결정 등은 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없고, 그것이 긴박한 경영상의 필요나 합리적인 이유 없이 불순한 의도로 추진되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 비록 그 실시로 인하여 근로자들의 지위나 근로조건의 변경이 필연적으로 수반된다 하더라도 그 쟁의행위는 목적의 정당성을 인정할 수 없다는 것이다(대판 2003.12.26, 2001도3380).

경영권이란 용어는 본래 그 개념이 모호하고 법령상으로도 없는 것이지만 대법원은 헌법상의 권리로 인정하여 노동기본권을 제약하는 근거로 제시하였다(대판 2003.11.13, 2003도687). 하지만 근로조건에 관한 사항이 아니라도 이에 직접적으로 영향을 미치는 것이거나 보다 넓게는 근로자의 직업적 이익 및 경제적 사회적 지위의 향상에 관련된 것인 경우에는 파업의 목적이 될 수 있다는 것이 ILO의 견해라는 점에서 ‘경영권’ 또는 ‘고

도의 경영상의 결단'이라는 이유로 쟁의권 행사의 정당성을 부정하는 법원의 판단은 문제가 많다. 오늘날 대부분의 국가에서 구조조정과 관련된 사항이 노사갈등의 가장 큰 원인이 되고 있다. 하지만 구정조정에 반대하는 파업을 이유로 조합원을 체포하거나 구금하는 예는 거의 없다. 정리해고, 부서·조직의 통폐합, 공기업의 민영화 등 고용 및 근로조건에 직접적으로 영향을 미치는 경영상의 결정에 대한 저항의 경우에도 쟁의목적이 될 수 없고 형벌의 대상이 된다는 것이 법원의 태도이다.

④ 조합 임원의 차별적인 형사책임

한국의 경우에는 파업이 발생하면 대부분 업무방해죄를 근거로 하여 조합 임원이 체포되거나 구속되는 상황이 발생한다. 형사책임은 자신의 행위에 대한 책임이어야 하므로 조합 임원이라는 지위에 있다고 해서 곧바로 위법한 쟁의행위의 결과에 대하여 모든 책임을 지워서는 안 된다. 조합 임원이라는 지위에 기초하여 별도로 위법한 쟁의행위를 방지해야 할 의무를 지우는 것은 개인책임의 원리에 어긋나기 때문이다. 일반 형법의 법리에 따라 쟁의과정 속의 구체적인 범죄행위와 관련된 정도에 따라 공동정범, 교사범, 방조범의 책임을 질 수 있을 뿐이다. 하지만 판례는 쟁의행위를 전체적으로 평가하여 위법성을 판단한 후 업무방해죄를 적용하고 파업의 결의나 지시 자체가 업무방해죄의 공동정범에 해당된다는 입장을 취하고 있다(대판 199㉟2.11.10, 92도1315).

(4) 평화적인 파업에도 적용되는 수십억대의 손해배상 추궁과 징계해고

① 합법적인 파업의 요건을 엄격하게 한정한 법원의 태도

노조활동에 대한 민사면책은 형사면책과 함께 노동기본권 행사에 있어서 필수적인 요소이다. 노조법은 제3조에서는 단체교섭이나 쟁의행위로 인한 민사면책 규정을 두고 있고, 제2조 제6호에서는 쟁의행위의 범위를 매우 넓게 규정하고 있어 민사면책의 보장범위도 넓을 것처럼 보이지만 실상은 그 반대이다. 그것은 법원이 보호를 받을 수 있는 쟁의행위의 범위를 극도로 좁게 해석하고 있기 때문이다. 법원은 민사면책의 범위를 '정당한' 쟁의행위로 인하여 손해를 입은 경우로 국한하였다(대판 1994.3.25, 93다32828, 32835). 쟁의행위의 정당성여부가 면책의 요건이 되는데 법원이 그 판단기준을 형사면책

의 경우와 마찬가지로 엄격하게 해석하기 때문에 면책의 범위가 극도로 제한된다.

법원에 의한 파업권의 훼손이라고도 할 수 있는 이러한 법해석이 가진 문제점은 형사 면책의 경우와 동일하다. 기본적으로는 파업을 포함한 근로자의 단체행동이 합법적인 권리임을 헌법상 명백히 규정하고 있음에도 법원의 추론방식은 이와는 반대이다. 파업을 원칙적으로 위법한 행위로 보고 단지 예외적으로 일정한 범위 내에서만 책임을 면제받을 수 있는 것으로 보기 때문에 보호를 받을 수 있는 노조활동의 범위가 매우 협소하게 된다. 이 때문에 사용자의 영업권을 침해했다는 이유로 단순한 평화적인 파업의 경우에도 광범위한 손해배상책임이 인정된다. 법원은 노동조합, 조합 임원, 조합원 등 쟁의행위 관련 당사자의 어떠한 행위가 어떠한 이유로 불법행위가 되는지 구체적으로 따지지도 않는다. 불법행위의 성립여부를 판단함에 있어서 노동쟁의 과정을 전체적으로 하나의 행위로 평가하여 정당성유무를 판단한 다음 그 노동쟁의에 단지 관여하였다는 이유만으로 모든 손해에 대하여 연대책임을 지운다. ILO에서 말하는 파업참가자가 쟁의과정에서 행한 구체적인 행위의 '위법성'이나 '중대성', 위법행위와 제재간의 '비례성' 등은 거의 고려되지 않는다. 이와 같이 합법적인 쟁의행위의 범위를 좁게 해석하기 때문에 조합 임원이나 특정 조합원에 대한 선별적인 해고, 거액의 손해배상과 가압류 청구와 같은 보복적인 성격을 띤 소송이 빈번하게 일어나고 있다.

② 조합 임원에 대한 차별적인 해고 및 거액의 손해배상청구

민사면책과 관련하여 법원은 조합 임원과 일반 조합원을 구분하여 노동조합의 지시에 따라 단순히 참가한데 불과한 일반 조합원만 민사책임을 면제시켜 주는 방식을 취하고 있다(대판 2006.9.22, 2005다30610). 반면에 조합 임원은 대부분 해고되거나 거액의 손해배상책임을 지게 된다. 조합 임원의 책임을 지나치게 강조하는 것은 결사의 자유에 대한 중대한 위협이 될 뿐만 아니라 조합원의 균등한 참여와 운영이라는 조합민주주의의 기본원리에도 맞지 않는다. 노동조합의 임원이든 단순 파업참자이든 간에 각자가 자신의 쟁의권을 행사하는 것이고 그것의 남용으로 위법한 행위가 있었다면 각자가 쟁의과정에서 행한 구체적인 위법행위에 대해서만 책임을 질뿐이라고 보아야 한다.

③ 쟁의절차 위반에 대해서도 편파적인 손해배상 인정

노조법의 쟁의행위의 개시 및 조정중재절차와 관련된 여러 가지 제한·금지규정은 민사면책을 받을 수 있는 합법적인 쟁의행위의 범위를 극도로 축소시킨다. 민사책임과 관련하여 쟁의행위의 위법성을 판단할 때는 쟁의권을 제한하는 목적과 그것에 의하여 보장하고자 하는 이익이 무엇인가를 구체적으로 밝힐 필요가 있음에도 법원은 쟁의행위가 제한·금지법규에 위반된 경우에는 일률적으로 위법하다고 판단하고 있다. 관련 법령의 성격을 고려하여 피해자의 보호법익과의 관계에서 위법하다고 평가할 수 있는지 엄밀히 판단해야 하는데도 법원은 사용자의 권리나 이익을 보호하기 위한 것이 아니라 공중의 일상생활의 보호 등 다른 목적을 가진 정책적·기술적 성격을 가진 제한·금지법규 위반의 경우에도 불법행위책임을 인정함으로써 사용자의 이익을 보장하기 위하여 쟁의권을 과도하게 제한하고 있다(대판 2011.3.24, 2009다29366).

④ 무제한의 손해배상 책임

위법한 쟁의행위로 인한 손해배상의 범위에 대해서도 특별한 제한이 없다. 집단적인 노무제공의 거절로 인한 조업중단으로 발생한 손해는 파업의 목적 자체가 위법하여 쟁의권의 남용행위로 볼 수 없는 한 배상의 범위에 포함시켜서는 아니 됨에도 불구하고 어떤 이유에서든 일단 불법 파업으로 인정되면 법원은 쟁의행위와 인과관계가 있는 모든 손해를 배상하도록 하고 있다. 쟁의행위가 전체적으로 위법할 경우와 쟁의행위를 구성하는 개별적인 수단이나 절차 등이 위법할 경우를 구분하지 않고 쟁의행위를 전체로서 위법성 여부를 판단한 후 쟁의행위에 관련된 모든 손해에 대해 배상책임을 인정한다. 특히 단순한 노무제공의 거절로 인하여 발생한 영업이익의 손실에 대하여도 배상책임을 인정함으로써 배상액의 규모가 노조나 파업참가자가 감당할 수 없는 규모로 늘어나게 된다.

⑤ 파업에 대한 보복적 성격의 연대배상책임 추궁

파업참가자에 대한 연대책임의 추궁은 손해배상의 목적 외에도 보복적인 제재라는 이중적인 기능을 가진다는 점에서 신중을 기할 필요가 있지만 법원은 이러한 집단적인 갈등의 특수성을 고려하고 않고 연대책임을 인정한다(대판 2006.9.22, 2005다30610). 사용

자가 채무자 선택의 자유를 이용하여 파업참가에 대한 보복이나 장래 파업권의 행사를 방해하기 위한 수단으로 이용할 수 있도록 되어 있다.

IV. 결론을 대신하여

단결권을 비롯한 노동기본권의 온전한 보장은 경제적 사회적 불평등을 완화하여 민주적인 복지사회로 가기 위한 주춧돌이자 사회적 안정을 보장하는 필수적인 요소로 보아야 한다. 1948년 제헌헌법 때부터 노동기본권은 헌법적인 권리로서 문서화 되었지만 실제로는 하나의 장식물에 지나지 않았고, 현실의 법과 제도 속에서 극도로 억압되고 제한되어 왔다. 이러한 사실은 지금도 거의 변하지 않았다. 1987년 민주화 대투쟁이후 정치적인 절차적 권리는 상당부분 회복되어가고 있지만 노동기본권은 견고한 자본의 힘과 정부의 통제아래 여전히 무시되고 있으며 합리적인 법과 제도의 정립이 아니라 근로자들의 힘겨운 단결 및 투쟁과 희생을 통해서만 조금씩 개선되어가고 있을 뿐이다.

이러한 상황에서 결사의 자유 관련 ILO 기본 협약의 비준을 위한 전사회적인 노력은 하나의 큰 전환점을 마련하는 계기가 될 수 있을 것으로 본다. 앞서 보았듯이 기본협약의 비준을 위해서는 노동관련 법령의 몇몇 조항의 손질로는 불가능하다. 노동인권에 대한 총체적인 인식의 전환과 전면적인 법령의 개편이 필요하다. 이를 위해서는 그간에 입법부가 노동 법령의 개폐에 있어서 보여주었던 소극적인 태도, 즉 행정부와 사법부에게만 책임을 떠넘기거나 짐을 지우는 무책임한 태도를 버리고 적극적인 개입과 노력이 절실하다. 또한 노동3권을 헌법적 차원에서 보장하고 있는 만큼 전면적인 노동법의 개편과 더불어 법원도 노동3권이 훼손 또는 위축되지 않도록 하는 전향적인 해석론의 개발이 시급하다. 물론 이러한 것들이 결실을 맺기까지는 많은 난관이 예상된다. 하지만 그렇다고 더 이상 미룰 수도 이대로 방치해 둘 수도 없다. 이 상태로서는 사회적 불평등이 더욱 심화되고 그로 인한 노사 간의 깊어가는 갈등을 합리적으로 해결하기는커녕 훨씬 더 심각한 정치적 경제적 사회적 대가를 지불해야 되는 상황이 벌어질지도 모르기 때문이다. ILO 기본협약과 같은 국제사회의 지혜를 빌림으로써 노동인권의 상황을 획기적으로 개선하고 그동안 노동인권 탄압국으로서 지속적으로 낙인찍히면서 추락된 국가 이미지를 이제 청산할 때가 되었다고 본다.

결사의 자유 관련 ILO 핵심협약 비준 방안에 대한 토론

- 이원두 (고용노동부 국제협력담당관)
- 김영완 (한국경총 노동정책본부 법제2팀장)
- 유정엽 (한국노총 정책본부실장)
- 박은정 (민주노총 정책국장)
- 장중오 (변호사/ 민주노총 법률원)
- 박명준 (한국노동연구원 부연구위원, 국제협력실장)

결사의 자유 관련 ILO 권고이행 및 핵심협약 비준 방안에 대한 토론

■ 김영완 (한국경총 노동정책본부 법제2팀장)

※ 저작물 이용허락 동의 미처리로 관련 저작물은 파일 등록을 제외합니다.

결사의 자유 관련 ILO 핵심협약과 우리나라의 노동기본권

■ 유정엽 (한국노총 정책본부실장)

1. 개요

- 우리나라 헌법은 노동 3권(단결권, 단체교섭권, 단체행동권)을 노동자들의 기본권으로 보장하고 있음에도 불구하고 이를 실질적으로 구현해야 할 노동조합 및 노동관계조정법 등을 비롯한 노동조합 설립 및 운영에 관한 법률들은 헌법상 노동기본권을 지나치게 제약하고 있는 실정임.
- 노사관계는 자주적 단결권의 보장과 노사간의 자율적 교섭을 통해서 형성되어야 함에도 불구하고, 한국의 노조법은 복수노조시 사업 또는 사업장단위로 교섭창구단일화를 법적으로 강제하고, 그동안 노사가 자율적으로 교섭을 통해서 결정해온 노조전임자에 대한 임금지급 문제를 법적으로 금지하고 있어 노사자치를 크게 훼손하고 있음. 특히 복수노조시 교섭창구단일화 제도로 인해 초기업단위 노조의 교섭권 침해가 심각한 상황임.
- 노동조합의 설립신고 제도가 행정관청의 부당한 적법성 심사 및 설립신고 반려행위로 인해 신고제도가 마치 설립심사제도와 같이 운영되고 있는 문제점도 개선되어야 할 뿐만 아니라 노동조합의 정의행위에 대한 법적 규제 및 가혹한 민·형사책임을 가해지는 문제, 공격적 직장폐쇄로 인한 노조의 단체행동권 침해 문제, 필수공익사업장에 있어서 필수유지업무의 지나친 확대 지정에 따른 노조의 단체행동권 무력화, 공무원·교사의 노동기본권의 제약문제 등도 개선되어야 함.
- 이에 헌법상 보장된 노동3권의 기본정신을 구현하고 국제노동기준에 부합하기 위하여 복수노조 교섭창구 단일화 강제제도를 폐지하고, 노조전임자 임금지급의 노사자

- 을 결정원칙을 확립하는 한편, 노사관계에 직접적으로 국가가 개입하는 근로시간면제제도는 시급히 폐지되어야 한다. 아울러 산별교섭이 법적으로 보장될 수 있도록 하고, 쟁의행위를 지나치게 제한하는 요소를 폐지하는 한편, 필수유지업무제도의 문제점을 개선하고 공익사업장의 단체행동권을 실질적으로 보장하는 조치도 요구됨.
- 아울러 고용형태의 다양화 추세속에서 특수형태근로종사자라고 불리는 특수고용직 노동자도 노동법 사각지대로 내몰리고 있음. 이들 노동자들은 실제 다른 사용자의 사업을 위하여 일하는 종속적 노동하에 있으면서도 고용관계가 부정되고, 노동자로서의 지위가 부정되어 헌법상 노동3권조차 인정받지 못하고 있음.
 - 이에 근로자성의 확대를 통하여 특수고용형태 노동자를 비롯한 간접고용 노동자들의 노동기본권 보장하고, 노동3권의 행사를 통하여 사회적·경제적 지위를 향상시킬 수 있도록 해야 하며, 실질적인 지배력과 영향력을 행사하는 사용자의 책임을 명확할 필요성도 있음.
 - 노동조합 설립신고와 관련한 행정관청의 개입문제 및 ILO 결사의 자유관련 협약 비준을 위한 법제도적 개선과제 등에 관한 앞선 발제자의 의견에 동의하며, 추가적인 첨언으로 토론을 대신하고자 함.

2. 결사의 자유에 관한 ILO 핵심협약 위반관련 지적

1) 노동조합 설립신고제도

- 노조법 제10조 이하에서는 설립신고제도에 대하여 규정하고 있음. 아울러 일정한 경우에는 행정관청에 의한 보완요구 및 설립신고서반려처분이 가능하도록 하고 있음 (노조법 제11조 제2항 및 제3항).
- 제87호 협약 제2조는 “사전 승인 없이” 근로자들이 단결권을 행사할 수 있을 것을 요청하고 있음.
- 설립신고증 교부와 같은 일정한 형식적 요건을 노동법적 보호의 전제요건으로 하는 것 자체는 제87호 협약 위반이 아니라고 결사의 자유위원회는 보고 있음(ILO,

Digest, 2006, para. 306). 그러나 등록절차가 복잡하고 오래 걸리거나, 권한 있는 행정당국이 편차가 큰 권한을 행사할 수 있는 경우 등에는 결사의 자유 위반이 문제될 수 있음(ILO, Digest, 2006, para. 296).

- 설립신고증제도 자체는 큰 문제가 없을 수 있지만, 설립신고에 관한 행정관청의 심사권을 행정관청의 실질적 심사권으로 해석하거나, 이것이 노동조합의 설립에 대한 허가제로 사실상 운영될 경우 제87호 협약 위반이 될 수 있음.
- 특히 최근 청년유니온의 노동조합 설립신고증 교부와 관련한 일련의 사실, 2012년 전국교직원노동조합에 대한 설립신고취소통보예고사건, 그리고 수년째 ILO의 관심을 받아오고 있는 전국공무원노동조합에 대한 설립신고반려처분 등은, 우리나라의 노동조합 설립신고제도가 행정관청의 노동조합설립에 대한 실질적 심사권을 인정하거나 광범위한 재량권을 인정하고 있는 것이 아닌가하는 의심을 갖게 함.
- 우리나라의 노동조합 설립신고제도가 사전적 심사 제도와 사후적 시정명령 제도를 통해 행정관청은 근로자 단결체에 대해 ‘노동조합성’을 상시적으로 감독할 수 있다고 보는 견해, 즉 노동조합의 성립, 존속, 활동에 대해 행정관청이 항상적으로 간여할 수 있다고 보는 견해도 있음(강성태).

2) 노동조합 임원 자격의 제한

- 노조법 제23조 제1항은 “노동조합의 임원은 그 조합원 중에서 선출되어야 한다.”고 규정. 그리고 제2항은 “임원의 임기는 규약으로 정하되 3년을 초과할 수 없다.”고 규정. 교원노조법과 공무원노조법은 위 규정을 준용함.
- 제87호 협약 제3조는 대표자의 선출을 자유롭게 할 수 있도록 함.
- 결사의 자유위원회는 회원국의 법에서 다음과 같은 사항을 정하고 있을 때, 그것은 제87호 협약 제3조를 위반하는 것으로 보고 있음.
 - i) 노동조합의 임원이 당해 단체가 활동하는 직업에 속해 있어야 한다고 규정하는 경우(ILO, Digest, 2006, para. 408).
 - ii) 조합임원선거에 있어서 관련 사업장에 근로자가 속해 있어야 한다는 요건(ILO, Digest, 2006, para. 370).

- iii) 조합임원후보자는 일정 기간 당해 조직에 속해있어야 한다는 요건(ILO, Digest, 2006, para. 413, 414).
- iv) 조합임원 임기의 최장기간을 정하는 동시에 연임을 제한하는 입법(ILO, Digest, 2006, para. 425, 426).
- 해고근로자의 법적 지위를 고려하였을 때, 기업별 노조체제 하에서 노조법 제23조 제1항 및 이를 준용하는 법규정은 제87호 협약 위반의 소지가 있음. 임기의 최장기간을 정하는 노조법 제23조 제2항도 연임을 제한하고 있지는 않기 때문에 곧 87호 협약 위반은 아니라고 할 수 있겠지만, 바람직한 형태는 아니라고 할 수 있음.

3) 노조전임자제도

- 노조법 제24조는 노조전임자제도를 인정하면서, 사용자로부터의 급여지급을 금지하고 있음. 그리고 노조법 제81조 제4호에서는 노조전임자에 대한 급여지급이 사용자의 부당노동행위를 구성하도록 하고 있음. 교원노조법 및 공무원노조법에도 전임자에 대한 급여지급금지규정이 있음.
- 결사의 자유위원회는 조합임원이 일체의 보수를 받는 것을 금지하는 규정은 제87호 협약 제3조 규정과 명백하게 상충하는 것임을 밝힘(ILO, Digest, 2006, para. 458). 이러한 입장은 오래된 것임(ILO, Digest, 1985, para. 322에서도 같은 내용을 발견할 수 있음).
- 특히 이 문제와 관련하여 결사의 자유위원회는 노조 전임자에게 사용자가 임금을 지급하는데 대한 해결책을 모색하여, 이 문제에 법적인 간섭이 없도록 할 것, 이를 통해 근로자와 사용자가 이 문제에 관해 자유롭고 자발적인 교섭을 진행할 수 있도록 할 것을 촉구하고 있음(Report No. 353, Case No. 1865 (2009)).
- 이 문제에 대해서는 2012년 3월에도 결사의 자유위원회의 '유감'이 표시되면서, 한국 정부가 빠른 시일 내에 노조전임자에 대한 임금지급금지규정들을 폐지하고, 이 문제가 노사간의 자유로운 교섭에 맡겨지게 될 것임을 믿는다고 함(Report No. 363, Case No). 1865 (2012)).

4) 파업의 권리

- 제87호 협약에는 파업권이 명시되어 있지만, 전문가위원회는 제87호 협약 제3조로부터 파업권을 유추하고 있음. 따라서 결사의 자유위원회는 파업권 침해에 대한 진정을 받아들이고 있음.
- 위와 같은 파업의 권리에 관한 결사의 자유위원회의 입장과 관련하여 우리나라 노동법제상 다음과 같은 것들이 문제됨.
 - 가) 쟁의행위의 정당성 판단 문제(판례)
 - 정치파업¹⁾
 - 소위 경영권 사항으로서 구조조정의 실시여부에 대한 쟁의행위²⁾
 - 동정파업
 - 나) 긴급조정제도
 - 다) 필수유지업무제도
 - 필수공익사업의 정의
 - 파업권의 제한
 - 대체고용
 - 라) 쟁의행위에 대한 형사책임 문제
 - 마) 파업찬반투표절차
- 파업찬반투표 관련 노조법 제41조 제1항은 절차에 참가한 근로자의 과반수가 아닌, 조합원 전체의 과반수 찬성을 요구하고 있음. 이것은 위 14) 관련 문제됨.
- 우리나라의 쟁의행위에 대한 형사책임문제는 이미 ILO에서 주목하고 있는 문제임. 특히 업무방해죄가 파업참가근로자들에게 적용되고 있는 문제는 결사의 자유 원칙을 위반하고 있다는 것이 ILO의 입장임. Case No. 1865 사건은 1995년 12월 14일에 제기되어 2012년까지 종료되지 않고 계속되고 있는데, 여기에서 특히 쟁의행위에 대한 형사책임의 문제, 파업참가근로자들에 대한 업무방해죄 적용의 문제는 지속

1) 대법원 2000. 9. 5. 선고 99도3865 판결.

2) 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002도7225 판결, 대법원 2003. 12. 11. 선고 2001도3429 판결, 대법원 2003. 12. 26. 선고 2001도3380 판결, 대법원 2006. 5. 12. 선고 2002도3450 판결 등.

적·반복적으로 지적되고 있음.

- 필수유지업무제도의 가장 선결적 문제는 필수공익사업의 범위라고 할 수 있음(아래 그림 참조). 그 범위가 ILO가 말하는 필수서비스의 범위 보다 넓어, 파업권 침해 논란이 큼.
- 긴급조정제도는 Case No. 1865 사건에서 결사의 자유위원회가 모든 관련 당사자들이 신뢰하는 독립적 기구에 의해서만이, 그리고 파업의 제한이 결사의 자유 원칙과 부합될 때만이 부과될 수 있도록 할 것을 요청한 바 있음. 우리나라의 긴급조정제도는 절차의 개시를 노동부장관이 하도록 되어 있다는 것, 그리고 ILO가 제시하는 파업권 제한의 기준(위 15) 참조)과 부합하지 않는다는 점에서 제87호 협약과 맞지 않음.

5) 교섭창구단일화

- 결사의 자유위원회는 단체교섭을 위한 배타적 교섭제도가 결사의 자유 원칙을 위반하는 것은 아니라고 보는 입장임(ILO, Digest, 2006, para.969). 그러나 한국의 단체교섭을 위한 교섭창구단일화와 관련하여, 한국의 사정을 충분히 이해한다는 전제에서, 한국 정부로 하여금 다음과 같은 조치를 취할 것을 요청함(Report No 363, para. 116).
 - i) 교섭대표로 선출될 수 있는 노동조합이 없는 경우, 모든 노동조합은 그 소속 조합원을 위한 단체교섭권을 인정받을 것.
 - ii) 단체교섭권이 없는 소수노조에게도 조합활동을 하는 것, 자신의 조합원의 이익을 대변하는 것, 조합원들의 개별적 고충을 대변하는 것을 인정할 것.

6) 행정관청의 노동조합 결산결과와 운영상황 보고요구권

- 노조법 제27조는 “노동조합은 행정관청이 요구하는 경우에는 결산결과와 운영상황을 보고하여야 한다.”고 규정하고 있음.
- 결사의 자유위원회는 정부에게 노동조합기금을 회계감독할 권한을 부여하는 제도는, 노동조합은 그 운영을 조직할 권리를 가지며 공공당국은 그 적법한 행사를 제한하

- 거나 그 권리를 제한하는 일체의 개입을 하지 않아야 한다는 일반적으로 승인된 원칙과 상충하지 않는다고 보고 있음(ILO, Digest, 2006, para. 487).
- 일반적으로 노동조합 조직은 예컨대 재정보고서를 매년 소정의 양식으로 행정관청에 제출하고 명백하지 않을 경우 추가적인 자료제출을 요구하는 입법조항은 그 자체로는 노동조합의 자율성을 침해하지 않음. 노동조합의 운영에 대한 감독조치는 그것이 남용을 예방하고 그 기금의 오용에 대해 조합원을 보호할 목적으로 이용되는 경우에만 유용할 수 있음(ILO, Digest, 2006, para. 489).
 - 노동조합 재정에 대한 행정관청에 의하여 행사되는 통제는 통상적으로 정기적인 보고서 제출을 요구하는 이상이 되어서는 안됨. 언제라도 조사와 정보를 요청할 행정관청의 재량권은 노동조합의 내부운영에 대한 개입의 위험을 수반함(ILO, Digest, 2006, para. 490).
 - 따라서, 우리나라의 노조법과 같이 다른 제한을 두지 않고 행정관청이 요구하는 경우 결산결과와 운영상황을 보고하도록 하는 것은 결사의 자유 원칙을 침해할 우려가 있음.

3. 주요 제도개선 방향

- 근로자 및 사용자 개념의 확대를 통한 특수고용노동자, 실직자 등의 노동기본권 보장
 - 근로자의 범위를 자신이 아닌 다른 사업주의 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사업주 또는 노무제공을 받은 자로부터 대가를 받아 생활하는 자와 실업상태나 구직 중인 자, 기타 단결권을 보장해야 하는 필요성이 있는 자로 규정하고, 사용자의 정의를 추가하여 근로계약 체결의 당사자가 아니라고 하더라도 요건에 부합하는 경우 사용자로 간주함(안 제2조제1호·제2호).
 - 사용자의 이익대표자 등에 대해서는 근로조건에 대한 독자적인 결정권이 있는 경우에만 노동조합의 가입을 제한하고(안 제2조제3호)
- 특별법이 아닌 일반 노조법을 통한 공무원, 교원 노동기본권 보장

- 노동조합의 조직가입에 있어 공무원과 교원도 노조법에 적용을 받을 수 있도록 단서 규정을 삭제함(안 제5조).
 - 국가·지방자치단체와 체결한 단체협약의 효력을 법률로 정하고(안 제30조의2 신설)
- 노동쟁의 대상 범위 확대, 직장폐쇄 규정 신설 및 요건 강화
- 단체행동권의 충실한 보장을 위해 권리쟁의를 노동쟁의의 대상으로 포함되도록 관련 정의규정을 정비함(안 제2조제5호).
 - 쟁의행위 개념 중 직장폐쇄를 별도로 정의하며(안 제2조제6호·제7호), 직장폐쇄의 요건을 강화함(안 제46조).
- 손배 가압류 및 쟁의행위에 대한 민·형사 책임 제도 개선
- 사용자는 폭력이나 파괴행위로 인하여 발생한 손해를 제외하고 노동조합 및 그 조합원, 신원보증인에게 손해배상 청구 및 가압류를 제한하고(안 제3조 제1항~제5항)
 - 쟁의행위가 폭력이나 파괴행위를 수반하지 않는 집단적 노무제공 등의 방법으로 이루어진 경우 이 법에 정해진 경우를 제외하고 업무방해죄 등 형사책임을 물을 수 없도록 함(안 제4조).
- 노조전임자 임금의 노사자율 결정, 복수노조 자율교섭 보장,
- 근로시간면제제도를 폐지하고(안 제24조, 안 제24조의2 삭제), 단체교섭 체결권 등에 관한 규정은 노사 자율로 정하도록 함(안 제29조 삭제).
 - 복수노조의 교섭창구단일화제도를 폐지하여 소수노조의 노동3권이 실질적으로 보장되도록 함(안 제29조의2부터 제29조의5까지 삭제).
- 노동조합 설립신고 제도의 개선
- 노동조합 설립신고 접수 시 즉시 신고증을 교부하도록 하고, 보완이 필요한 경우에는 현행 20일을 단축하여 7일 이내의 기간 내에서 보완을 요구하도록 하며, 노동조합 설립신고서 반려 조항은 삭제함(안 제12조 제1항~제3항).

- 단체협약 일방해지권 제한
 - 단체협약 해지의 남용을 막기 위한 방안 마련(안 제31조제3항 삭제, 제32조제3항 단서 삭제, 제32조제4항 신설)

- 초기업단위 교섭 촉진 및 협약의 적용률 확대
 - 단체협약 구속력에 있어 종래 하나의 지역 단위를 하나의 산업·지역·업종 단위로 확대하고 효력확장 요건완화(안 제36조),
 - 산별교섭이 법률적으로 제도화될 수 있도록 함(안 제33조의2 신설).

- 필수유지업무 제도를 폐지하고, 공익사업장에 대한 최소유지 유지제도로 변경
 - 쟁의행위와 관련된 불합리한 제한 규정을 대폭 정비하고(안 제41조 삭제), 필수유지업무제도를 폐지하며(안 제42조의2부터 제42조의6까지 삭제), 최소업무유지제도를 도입함(안 제71조제2항 삭제, 안 제71조의2 신설).

- 부당노동행위 규정 개선
 - 노동조합 설립 또는 가입, 정당한 단체행위 등을 이유로 그 근로자를 해고, 노무제공 계약의 해지, 갱신거부 등을 하거나 불이익을 주는 행위는 부당노동행위로 규정함(안 제81조제1호·제5호).
 - 사용자로 간주되는 자가 근로자의 노동조합 설립, 가입 등에 지배개입을 할 경우 복수노조 조합원 간에 정당한 이유 없이 차별적 취급을 하는 경우에는 부당노동행위로 규정하고(안 제81조제6호부터 제7호까지 신설), 도급·위임 그 밖의 계약을 체결함에 있어 그 조건으로 지배·개입, 노동조합의 가입 또는 탈퇴, 정당한 단체행동에 참가하지 않을 것을 조건으로 하거나, 이러한 행위를 이유로 조합원들이 소속된 업체와의 도급·위임 그 밖의 계약을 해지하는 것을 부당노동행위로 간주함(안 제81조의2 신설).

4. 제언

- 제87호 협약은 2015년 8월 기준 153개 국가가 비준을 했고, 제98호 협약은 164개 국가가 비준한 상태임. 비준하고 있는 국가를 찾는 것보다, 비준하지 않은 국가를 찾는 것이 더 용이할 정도임.
- 우리정부는 제87호 협약 및 제98호 협약의 비준가능성을 검토함에 있어, 협약의 모든 내용과 국내 법제를 일치시킨 후에야 비준할 수 있다고 하는 것은, 곧 이를 비준하지 않겠다는 의미로 이해할 수밖에 없음.
- 실제 이 두 협약을 비준하고 있는 다른 국가들도 꾸준히 결사의 자유위원회나 전문가위원회에 의한 의견 내지 권고의 대상이 되고 있음. 그래서 이들 협약은 “현실적으로 적용가능한 기준이라는 의미 보다는 국제사회가 지향하여야 할 가치를 반영하고 있는 것”이라고도 표현할 수 있음.
- 이에 우선 결사의 자유에 관한 ILO 핵심협약을 비준하고 국내 법제 및 행정조치 등을 개선해나가는 노력이 요구됨.

결사의 자유 관련 ILO 핵심협약 비준 방안 토론회

| 인 쇄 | 2015년 9월
| 발 행 | 2015년 9월
| 발행인 | 이 성 호 (국가인권위원회 위원장)
| 발행처 | 국가인권위원회
| 주 소 | (100-842) 서울특별시 중구 무교로 6
금세기B/D (을지로1가 16번지)
| 전 화 | (02) 2125-9838 | F A X | (02) 2125-0918
| Homepage | www.humanrights.go.kr
| 인쇄처 | 도서출판 한학문화
| 전 화 | (02) 313-7593 | F A X | (02) 393-3016

| ISBN | 9788961144308 93320

이 저작물은 국가인권위원회가 지적재산권을 전부 소유하지
아니한 저작물이므로 자유롭게 이용(변경, 복제, 배포, 상업적인
용도 사용 등)하기 위해서는 반드시 해당 저작권자의 허락을
받으셔야 합니다.