

〈논 문〉

근로3권에 대한 헌법재판소 판례의 검토*

李 興 在**

I. 머리말

헌법상 보장된 근로3권의 실효성 보장에 대한 규범적 검토는 근로자 계층이 정치적 자유와 함께 기본적 생활보장을 포함한 사회연대적 생활이익을 실질적으로 얼마나 향유하고 있느냐 하는 현실문제를 평가하기 위한 하나의 과제이다. 이러한 근로3권의 실효성 보장을 위해서는 실질적인 민주헌정체제의 확립 및 일정 단계의 경제성장과 이를 바탕으로 한 노동단체의 자유로운 활동 등의 기초조건이 충족되어야 할 뿐만 아니라 법집행기관의 합리성 및 재판의 공정성 등이 확보되어야 한다. 그러므로 헌법상으로는 근로3권이 보장되어 있고 이의 실현을 위한 일련의 구체적 노동입법이 제정되어 있다고 하더라도 위의 기초조건이 갖추어져 있지 못한 현실이라면 근로3권의 규범적 기능은 형해화될 수밖에 없다. 더욱이 정부와 자본측이 노동세력의 사회적 정치적 성장을 억압하고 이를 뒷받침하는 사법부의 보수성이 강한 법풍토에서는 근로3권에 대한 규범적 논의가 현실적 설득력을 가질 수가 없을 것이다.

이러한 문제의식을 토대로 이른바 민주헌정 진행의 분기점인 1987년 헌법에서 창설된 헌법재판소가 제대로 활동을 한 지 10여 년이 지난 현상황에서 헌법상 규정된 근로3권의 실효성 보장에 헌법재판소가 그동안 어떠한 기능을 하였는지를 그 판례의 검토를 통하여 살펴보려는 것이 이 연구의 기본목적이다. 근로3권 보장의 기초조건인 민주헌정체제의 확립과 일정규모의 경제성장이 어느 정도 충족된 1987년 헌법이후 근로3권에 관한 헌법규정 및 노동입법규정은 그 이전과는 달리 재판규범으로 기능하여 지금까지 헌법재판소의 판례가 상당

* 이 연구는 서울대학교 발전기금 및 간접연구경비에서 지원된 연구비에 의해 수행하였음.

** 서울대학교 法科大學 教授

히 축적되었기 때문이다. 헌법상 규정된 근로3권은 중국적으로 헌법재판에 의하여 그 실효성이 담보되므로 헌법재판소가 이의 실효성 보장에 얼마나 기여하였는지를 검토함으로써 그 판례형성의 중요 원인과 향후의 과제가 무엇인지를 살펴보는 것은 법리적 측면이나 실제적 측면에서 그 현실적 필요성이 크다고 생각한다.

이 연구의 방법으로는 기본적으로 문헌적 이론적 방법론을 채택하여 해당 결정례에 대한 규범적 평가를 하고 그 후의 문제된 사안에 관한 입법동향을 살펴봄으로써 근로3권의 실효성 보장요인이 무엇인지를 법사회학적 방법론으로 밝혀 보기로 한다. 이 글의 구성은 먼저 근로3권에 관한 헌법재판소의 결정례를 쟁점별로 분류하여 그 결정요지를 추출한 뒤 이를 개별적으로 검토한 다음 헌법재판소의 근로3권의 법적 성격에 대한 인식 및 결정례의 중요논거에 대하여 종합적 고찰을 하고 마지막으로 판례경향 전체에 대한 평가를 하는 순서로 될 것이다.

II. 헌재 결정례의 쟁점별 요지와 검토

1. 근로3권의 주체

헌법 및 관련 하위법인 노동조합법, 국가공무원법, 사립학교법 등에 의하여 근로3권이 인정되지 않거나 일부 제한되고 있는 근로자로는 공무원, 사립학교 교원 등이 있고 또한 제3자 개입금지가 문제되는 바 이에 대한 헌법재판소 결정례의 요지를 살펴본 뒤 개별적 검토를 하기로 한다.

1) 공무원

헌법재판소는 “국가공무원법 제66조 제1항이 근로3권이 보장되는 공무원의 범위를 사실상 노무에 종사하는 공무원에 한정하고 있는 것은 근로3권의 향유 주체가 될 수 있는 공무원의 범위를 정하도록 하기 위하여 헌법 제33조 제2항이 입법권자에게 부여하고 있는 형성적 재량권의 범위를 벗어난 것이라고는 볼 수 없다”라고 하여 그 합헌성을 인정하였다(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27내지34, 36내지42, 44내지46, 92헌바15(병합): 국가공무원법 제66조에 관한 헌법소원). 그러나 헌법재판소가 논거로 제시한 국회의 광범위한 입법재량론은 근로3권 보장 취지를 형해화할 우려가 있으므로 공무원의 근로3권을 제한하는

법률도 기본권의 최소제한원칙과 본질적 내용침해금지원칙에 따르는 것이 타당하리라고 본다.)

2) 사립학교 교원

사립학교 교원에게도 국가공무원법상의 복무규정이 적용되어 근로3권이 전면적으로 부인되도록 규정한 사립학교법 제55조 등에 대하여 헌법재판소는 “사립학교교원에게 헌법 제33조 제1항에 정한 근로3권의 행사를 제한 또는 금지하고 있다고 하더라도 이로써 사립학교교원이 가지는 근로기본권의 본질적 내용을 침해한 것으로 볼 수 없고, 그 제한은 입법자가 교원지위의 특수성과 우리의 역사적 현실을 종합하여 공공의 이익인 교육제도의 본질을 지키기 위하여 결정한 것으로 필요하고 적정한 범위내의 것이다. 사립학교법 제55조 및 제58조 제1항 제4호는 헌법이 교원의 지위에 관한 사항을 국민적 합의를 배경으로 한 입법기관의 권한에 위임하고 있는 헌법조항에 따라 규정한 것으로서 사립학교교원을 근로3권의 행사에 있어서 일반 근로자의 경우와 달리 취급하여야 할 합리적인 이유가 있다 할 것이다”(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106: 사립학교법 제55조, 제58조 제1항 제4호에 관한 위헌심판)라고 하여 합헌결정을 하였다.)²⁾ 헌법재판소는 근로3권 보장에 대한 교원지위법정주의(헌법 제31조 제6항)의 우선과 이른바 대상조치론을 근거로 사립학교법의 합헌성을 인정하였다. 그러나 교원지위법정주의의 취지는 국민의 교육을 받을 기본권을 보장함과 동시에 교원직무의 특수성에 비추어 교원의 권익을 보호하려는 것이므로 오히려 기본권 최대보장을 위한 형성적 법률유보로 파악되어야 하며 따라서 이는 근로3권 보장과 양립할 수 있다고 본다. 또한 근로3권은 상호 유기적인 일체의 권리로 보장되어야 하므로 그 중 하나라도 부인되면 그 본질적 내용도 침해되는 것이기 때문에 대상조치론 자체의 논리적 근거가 박약하다고 생각한다.)³⁾

1) 김유성, **노동법 II**, 법문사(2000), 38-40면. 김형배 교수는 “헌법 제33조 제2항의 근로3권의 주체가 될 수 있는 공무원의 범위를 정하는데 있어서 기준을 제시하는 규정은 헌법 제37조 제2항이라고 해석해야 할 것이다”라고 한다. 김형배, **노동법**(제13판), 박영사(2002), 176면.

2) 이현환, “사립학교 교원노조 금지규정의 합헌결정”, 법과사회이론연구회, **법과사회** 제5호, 1992, 265면; 김선수, “교원의 노동기본권 -금지규정의 위헌성에 관하여”, 서울대학교노동법연구회, **노동법연구** 제1권 제1호, 1991, 283면 참조.

3) 김유성, **노동법 II**, 법문사(2000), 41-43면. 또한 임종률 교수는 “교원지위의 법정주의가 단결활동권과 모순되는 것은 아니라는 등의 이유에서 수긍하기 어려운 입론

3) 제3자 개입금지

구 노동조합법의 제3자 개입금지 조항에 대하여 헌법재판소는 “노동조합법 제12조의2가 규정하는 제3자 개입금지의 입법취지는 노동관계당사자 사이에 제3자가 의사결정을 조종, 선동, 방해할 정도로 끼어들게 되면 근로자의 단결과 단체교섭은 노동관계당사자의 위험부담 아래 진행되면서도 근로자의 근로조건의 유지·향상 등과는 관계없는 목적에 의하여 왜곡될 수 있을 뿐만 아니라 그와 같이 왜곡된 근로자의 단결과 단체교섭은 근로자의 경제적, 사회적 지위의 향상은 물론 국민경제의 발전에도 기여할 수 없게 될 우려가 있어 이를 방지하고자 함에 있다. 제3자 개입금지 조항은 근로자 측으로의 개입뿐만 아니라 사용자 측으로의 개입에 대하여서도 마찬가지로 규정하고 있고 근로자들이 … 근로3권을 행사함에 있어 자주적 의사결정을 침해받지 아니하는 범위 안에서 필요한 제3자의 조력을 받는 것을 금지하는 것은 아니므로 근로자와 사용자를 실질적으로 차별하는 불합리한 규정이라거나 근로3권을 제한하는 규정으로 볼 수 없다”(헌재 1990. 1. 15. 89헌가103: 노쟁법 제13조의2 등에 관한 위헌심판; 헌재 1993. 3. 11. 92헌바33: 노조법 제45조의2 등에 관한 헌법소원)라고 하여 합헌결정을 하였다.⁴⁾ 헌법재판소는 제3자 개입금지 조항이 근로자측의 개입과 함께 사용자측의 개입도 금지함으로 평등원칙에 반하지 않고 또한 헌법이 인정하는 근로3권의 범위를 넘어 분쟁해결의 자주성을 침해하는 행위를 규제하는 입법이라는 이유를 논거로 하여 합헌결정을 하였다. 그러나 사용자측 개입도 금지하고 있다는 근거는 현실의 운용을 외면한 극히 형식적 판단이며 기업별 노조형태가 폐지된 1987년 노동조합법에서는 그 금지조항의 존재의의가 상실된 것으로 보는 것이 타당할 것이다.⁵⁾

이라 생각한다”고 한다. 임종률, **노동법**(제3판), 박영사(2002), 19면 각주10). 그리고 김형배 교수는 “교원의 신분보장을 포함한 근로조건은 교원의 인간다운 생활을 확보하기 위한 생활조건일 뿐만 아니라, 학생들이 좋은 교육을 받을 권리와 밀접히 연관되어 있다. 따라서 교원에게 헌법 제33조 제1항의 근로3권을 보장하는 것이 반드시 제31조 제1항 및 6항에 모순되지 않는다”라고 한다. 김형배, **노동법**(제13판), 박영사(2002), 178-179면 각주3).

4) 박주현, “제3자 개입금지”, 서울대학교노동법연구회, **노동법연구** 제1권 제1호, 가치, 1991, 381면; 조경배, “헌법재판과 헌법실천: 제3자 개입금지규정에 대한 헌법재판소의 합헌해석의 재해석”, **헌법해석과 헌법실천**, 관악사, 1997, 299면 참조.

5) 김유성, **노동법 II**, 법문사(2000), 261-262면 각주100).

2. 단결(활동)권 — 노동조합의 정치활동 제한

노동조합의 정치활동을 제한한 구 노동조합법 제12조 등의 법률조항에 대하여 헌법재판소는 “이 사건 법률조항의 입법목적인 ‘노동단체의 정치화 방지’나 ‘노동단체 재정의 부실우려’는 헌법상 보장된 정치적 자유의 의미에 비추어 입법자가 헌법상 추구할 수 있는 정당한 입법목적의 범위를 벗어난 것으로 판단된다. 설사 이러한 입법목적 중 일부가 정당하다고 하더라도 이 사건 법률조항이 사회세력 누구나가 자유롭게 참여해야 할 정치의사형성과정과 정당한 이익조성과정을 근로자에게 불리하게 왜곡시키는 결과를 가져온다는 점에서 이러한 기본권 침해의 효과는 매우 중대하다. 이에 반하여 이 사건 법률조항을 통하여 달성하려는 공익인 ‘노동단체 재정의 부실우려’의 비중은 상당히 작다고 판단된다. 따라서 이 사건 법률조항은 노동단체인 청구인의 표현의 자유 및 결사의 자유의 본질적 내용을 침해하는 위헌적 규정이다”(헌재 1999. 11. 25. 95헌마154: 구 노동조합법 제12조 등 위헌확인)라고 하여 위헌결정을 하였다.⁶⁾ 헌법재판소는 노동조합의 정치활동을 금지한 조항이 자유로운 정치의사형성과정과 정당한 이익조성과정에서 근로자를 차별대우할 뿐만 아니라 또한 정당한 입법목적의 범위를 벗어난 것으로 보아 위헌결정을 하였다. 그러나 헌법재판소가 이 사건 법률조항에 의하여 침해되는 기본권은 “헌법 제33조의 단결권이 아니라 헌법 제21조의 노동조합의 정치활동의 자유”라고 전제하면서, 노동조합이 “단결권에 의하여 보호받는 고유한 활동영역을 떠나서 ... 정치적으로 활동하는 경우에는 모든 개인과 단체를 똑같이 보호하는 일반적인 기본권인 의사표현의 자유 등의 보호를 받을 뿐인 것”이라고 판시한 논거에 대하여는 납득하기 어렵다. 왜냐하면 일반시민의 정치적 자유권인 결사의 자유와 별도로 근로자의 근로3권을 독립적으로 헌법상 보장한 취지와 특히 현대사회에서 근로자의 연대적 생활이익(넓은 의미의 근로조건)옹호를 통한 사회 경제적 지위향상을 위하여서는 노동조합의 자유로운 정치활동이 불가결한 요소라는 점을 근거로 노동조합의 정치활동을 단결활동권의 내용으로 파악하는 것이 더욱 타당하리라고 생각한다.

6) 정종섭, “노동조합의 정치자금 기부금지의 위헌 여부”, 판례월보사, 판례월보 제354호, 2000. 3., 8면 참조.

3. 단체교섭권

1) 노조대표자에게 단체협약체결권을 부여한 규정의 효력

비록 헌법이 제33조 제1항에서 ‘단체협약체결권’을 명시하여 규정하고 있지 않다고 하더라도 근로조건의 향상을 위한 근로자 및 그 단체의 본질적인 활동의 자유인 ‘단체교섭권’에는 단체협약체결권이 포함되어 있다고 보아야 한다.⁷⁾

노동조합의 대표자 등에게 단체교섭권과 함께 단체협약체결권을 부여한 구 노동조합법 제33조 제1항에 대하여 헌법재판소는 근로조건의 향상을 위한 근로자 및 노동조합의 본질적 활동의 자유인 ‘단체교섭권’에는 단체협약체결권이 당연히 포함된다고 전제하면서, “노동조합대표자에게 최종적인 단체협약체결권을 위임할 것인지 아니면 조합총회의 의결에 최종적인 체결권을 유보할 것인지는 입법자의 입법형성의 자유에 속한다. 노동조합대표자에게 … 단체협약체결권을 부여한 이 사건 법률조항의 입법목적은 노동조합이 근로3권의 기능을 보다 효율적으로 이행하기 위한 조건을 규정함에 있다 할 것이다. 따라서 비록 이 사건 법률조항으로 말미암아 노동조합의 자주성이나 단체차치가 제한되는 경우가 있다고 하더라도 이는 근로3권의 기능을 보장함으로써 산업평화를 유지하고자 하는 중대한 공익을 위한 것으로서 그 수단 또한 필요·적정한 것이라 할 것이므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다”(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13. 26. 95헌바44 병합: 노동조합법 제33조 제1항 위헌소원)라고 합헌결정을 하였다.⁸⁾ 헌법재판소는 이 사안의 합헌성 논거로 입법재량론과 공공복리론(근로3권의 효율적 기능 보장으로 산업평화를 유지하는 중대한 공익을 위한 적정한 수단이란 점)을 채택하였다. 그러나 단체교섭권의 자유권적 성격을 강조하고 또한 독점자본과 대립하는 현실인식을 바탕으로 노동조합의 자주성을 더욱 중요시하는 관점에서 본다면 헌법재판소가 취한 입법재량론과 공공복리론의

7) 김유성, **노동법 II**, 법문사(2000), 31면 참조. 또한 임종률 교수는 “단체교섭권은 근로자가 그 단결체의 대표를 통하여 사용자측과 단체교섭을 할 권리이고, 넓게는 그 단체교섭의 결과 합의된 사항을 단체협약으로 체결할 권리도 포함한다”라고 한다. 임종률, **노동법**(제3판), 박영사(2002), 20면 참조.

8) 강희원, “노동3권의 법적 성격과 노동단체법 -헌재 1998. 2. 27. 94헌바13등”, 헌법실무연구회 편, **헌법실무연구** 제1권, 2000, 박영사; 김유성, “조합대표자의 단체교섭권한과 협약체결권한”, 한국사법행정학회, **사법행정** 제392호, 1993. 8., 5면; 김인재, “단체협약 인준투표조항”, 서울대학교노동법연구회, **노동법연구** 제3호, 1993, 224면.

논거는 기본권제한 한계의 기본원리에 적합한 것인지 그리고 조합자치 내지 조합민주주의를 제한하는 것이 아닌지 하는 의문이 든다.

2) 단체협약 위반의 처벌

구 노동조합법 제46조의3 중 단체협약에 위반한 자를 1,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정한 부분이 죄형법정주의에 위배되는지 여부에 대하여, 헌법재판소는 위 법조항이 “그 구성요건을 ‘단체협약에 … 위반한 자’라고만 규정함으로써 범죄구성요건의 외피(外皮)만 설정하였을 뿐 구성요건의 실질적 내용을 직접 규정하지 아니하고 모두 단체협약에 위임하고 있어 죄형법정주의의 기본적인 요청인 ‘법률’주의에 위배되고, 그 구성요건도 지나치게 애매하고 광범위하여 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다”(헌재 1998. 3. 26. 96헌가20: 노동조합법 제46조의3 위헌제정)라고 하여 위헌결정을 하였다.⁹⁾ 헌법재판소는 이 법률사항의 위헌성판단 논거로 죄형법정주의의 법률주의와 명확성의 원칙에 위배된다는 주장을 제시하였다. 이 결정은 단체협약의 규범력 확보보다는 노동법과 죄형법정주의의 보편적 법정합성 확보원리에 비중을 둔 것으로 이해된다. 그러나 이 처벌조항이 사용자들로 하여금 단체협약을 지키도록 하는 이른바 ‘심리적 마지노선’의 기능을 수행한 우리의 노동현실을 고려할 때 이 조항을 단순위헌으로 무효선언을 하기보다는 오히려 헌법불합치 결정을 하여 헌법재판소가 제시하듯이 “잠정적으로 국가가 형벌로써 개입한다 할지라도 단체협약 위반행위 중 진정 형사처벌이 불가피한 중요한 사항을 특정, 정형화하여 구성요건을 명확히 규정함으로써 죄형법정주의의 요청을 만족시키는 방법”으로 법개정을 하도록 유도하는 것이 더 시의적절한 판단이었으리라고 생각한다.

4. 단체행동권

1) 사실상 노무에 종사하는 공무원의 쟁의권의 제한

국가공무원법상 근로3권이 허용되는 현업공무원에 대하여 다시 쟁의권을 제

9) 하경효, “단체협약 위반에 대한 형사처벌 규정의 위헌 여부”, 한국경영자총협의회, **노동판례평석집 III**, 2000, 41면; 이상돈, “단체협약위반죄 조항의 위헌여부와 대체입법의 방향”, 한국법학원, **저스티스** 제32권 제3호, 1999. 10., 176면; 김인재, “단체협약 위반행위에 대한 처벌규정의 입법방안”, 한국노동법학회, **노동법학** 제9호, 1999. 12., 177면; 조성혜, “단체협약 불이행에 대한 처벌조항의 위헌성 여부”, 중앙경제사, **노동법률**, 1998. 5., 13면 참조.

한한 구 노동쟁의조정법 제12조 제2항에 대하여 헌법재판소는 “모든 공무원에게 단체행동권, 즉 쟁의권을 근본적으로 부인하고 있는 노동쟁의조정법 제12조 제2항 중 ‘국가·지방자치단체에 종사하는 노동자’에 관한 부분은 현행 헌법 제33조 제2항의 규정과 저촉되고 충돌되는 것으로 헌법 제37조 제2항의 일반적 법률유보조항에 의하여서도 정당화될 수 없는 것이지만, 헌법 제33조 제2항의 규정은 일부 공무원에게는 단체행동권을 주지 않는다는 것도 전제하고 있으므로 합리적인 면도 포함되어 있다. 따라서 위 규정은 단순위헌선언을 하여 무효화시킬 법률이 아니고, 앞으로 현행 헌법규정과 충돌됨이 없이 합헌의 상태가 되도록 고쳐져서 재정비되어야 할 규정이다”(헌재 1993. 3. 11. 88헌마5: 노동쟁의조정법 제12조 제2항에 관한 헌법소원)라고 하여 헌법불합치 결정을 하였다.¹⁰⁾ 헌법재판소는 공무원의 쟁의권을 구체적으로 어떻게 보장하느냐는 입법재량이지만 그 전면금지하는 헌법에 반한다는 것을 이 사건 법률조항의 헌법불합치 논거로 제시하였다. 이 결정의 결론은 타당하지만 위헌결정이 아닌 헌법불합치라는 변형결정을 내린 점에 문제가 있다고 생각한다.¹¹⁾

2) 주요방산업체 근로자의 쟁의권 제한

방위산업에관한특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 근로자의 쟁의행위를 금지한 구 노동쟁의조정법 제12조 제2항에 대하여 헌법재판소는 “위 조항은 단체행동권의 제한 또는 금지를 규정하고 있는 헌법 제33조 제3항을 직접 근거로 하고 있고, 단체행동이 금지되는 것은 주요방산업체에 있어서 방산물자의 생산과 직접 관계되거나 그와 긴밀한 연계성이 인정되는 공장에 종사하는 근로자에 한정하는 것으로 해석상 그 범위의 제한이 가능하며, 단체교섭에 있어서 발생하는 노동쟁의에 대하여 노동위원회의 알선, 조정을 받을 수 있는 등 대상조치가 마련되어 있으므로, 위 조항이 평등의 원칙에 반한다거나 근로자의 단체행동권의 본질적 내용을 침해하고 과잉금지의 원칙에

10) 김유성, “공무원의 쟁의행위금지 규정에 관한 헌재 결정”, 한국노동법학회, **노동법학** 제6호, 1996, 17면; 전광석, “노동쟁의조정법 제12조 제2항에 대한 헌법소원”, 요산 김계환 교수 화갑기념논문집, **헌법학과 법학의 제문제**, 박영사, 1996, 186면; 신인령, “노동쟁의조정법에 관한 헌법소원”, 한국사법행정학회, **사법행정** 제389호, 1993. 5., 63면; 김형배, “노동쟁의조정법 제12조 제2항의 위헌성 여부에 관한 소견”, **판례월보** 제227호, 1989. 8., 9면 참조.

11) 김유성, **노동법 II**, 법문사(2000), 37면 각주 45).

위배된 규정이라고 볼 수 없다”(1998. 2. 27. 95헌바10: 노동쟁의조정법 제12조 제2항 등 위헌소원)라고 하여 합헌결정을 하였다. 헌법재판소는 쟁의권 행사가 금지되는 근로자 범위의 해석상 제한가능성과 노동쟁의에 대한 대상조치를 이 사건 법률조항의 합헌성 논거로 제시하였다. 이 결정의 논거 중의 하나인 대상조치론은 문제가 없는 것은 아니지만 쟁의권 행사 금지조항이 헌법 제33조 제2항에 직접 근거한 규정이므로 무리없는 결정이라고 판단된다.

3) 강제중재제도에 의한 단체행동권 제한

공익사업 근로자의 단체행동권을 사실상 제약하는 강제중재제도를 규정한 구 노동쟁의조정법 제30조 제3호 등의 법률사항에 대하여 헌법재판소는 위헌의견(재판관 5인)과 합헌의견(재판관 4인)으로 나누어 졌으나 위헌의견이 다수의견이기는 하지만 위헌결정의 정족수(헌법재판소법 제23조 제2항 제1호)에 이르지 못하여 합헌결정(헌재 1996. 12. 26. 90헌바19, 92헌바41, 94헌바49 병합: 노동쟁의조정법 제4조, 제30조 제3호 등에 대한 헌법소원)이 내려졌다.¹²⁾ 이 결정례의 위헌의견은 주목할 만한 견해를 제시하고 있으므로 아래에서는 합헌의견 외에 위헌의견의 요지를 살펴보고 이에 대한 검토를 하려고 한다.

(1) 합헌의견

“우리 노사관계의 역사와 정치, 경제 및 사회적 현실 등 여러 가지 사항을 고려할 때, 강제중재제도는 사회혼란과 일반국민의 피해를 줄이고, 신속하고 원만한 쟁의타결을 위하여 아직까지는 필요한 제도라고 할 것이며, 긴급조정제도에 흡수될 수 있는 것으로서 옥상옥으로 불필요하다거나 근로자의 단체행동권을 과잉제한하는 것이라고 단정할 수 없고, 오히려 양 제도는 공익사업체의 노동쟁의조정제도로서 상호보완적으로 각자가 그 기능을 하고 있다고 보아야 한다. 법 제4조 소정의 공익사업은 질서유지나 공공복리를 위하여 노동쟁의가 쟁의행위로 나아가지 아니하고 원만하고 신속히 타결되어야 할 “필요성”이 일반사업에 비하여 현저히 높고, 노사 쌍방의 대립이 격화되어 당사자가 중재신청에 나아가지 아니하는 경우 노사 양측에게 냉각기간을 가지게 하면서 노사분쟁 해결에

12) 김유성, **노동법 II**, 법문사(2000), 264-265면; 신인령, “공익사업 강제중재제도의 합헌성 여부”, **노동법률**, 1997. 2., 13면; 광노현, “공익사업쟁의에 대한 직권중재제도의 문제점과 개선방안”, **민주법학**, 통권 제9호, 1995. 1., 관악사, 273면 참조.

전문지식을 가지고 있는 중립적 기관인 노동위원회로 하여금 중재에 회부하도록 하는 것은 목적 수행을 위한 “부득이한 조치”이며, 노동위원회와 중재위원회의 구성이나 운영절차, 대상조치(代償措置)의 존부 등 여러 가지 점을 고려하면 강제중재제도가 도모하는 목적을 달성하기 위한 방법이 “상당성”을 갖추었다고 하지 않을 수 없으므로, 법 제30조 제3호는 과잉금지의 원칙이나 비례의 원칙에 위배되지 아니하므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다.”

(2) 위헌의견

“헌법의 개정취지를 존중하여 정당한 단체행동권에 대한 제한은 최후의 수단으로서의 성격을 가져야 하며, 그만큼 그 제한이 정당화하려면 엄격한 요건을 충족시켜야 한다. 공익사업에 있어서의 쟁의행위가 국가경제나 국민의 일상생활에 위해를 가할 우려가 있으므로 이를 제한하는 것이 타당하다고 하더라도, 위 법 제30조 제3호의 강제중재제도가 없어도 위 법 제40조 이하에 규정된 긴급조정과 이에 따른 강제중재제도에 의하여 공익사업에서의 쟁의행위를 필요한 경우에 봉쇄할 수도 있으므로 공익사업의 쟁의가 바로 국민경제나 국민의 일상생활에 위해를 미칠 가능성은 없으며, 긴급조정을 하여야 할 정도의 심각성이 없는 경우까지 단순히 공익사업이라는 이유만으로 강제중재에 회부하도록 되어 있는 법 제30조 제3호는 공익사업 근로자들의 단체행동권을 필요 이상으로 제한하는 것이다. 그렇다면 법 제30조 제3호는 최소침해의 원칙에 위반된다 할 것이다.”

(3) 검토

합헌의견은 종래의 헌법재판소 입장처럼 경제 및 사회현실을 고려한 필요성, 대상조치 등의 방법의 상당성, 분쟁해결을 위한 직권중재회부의 부득이한 조치 등을 그 합헌의 논거로 제시하고 있으나 위헌의견이 제시하는 논거에 비하면 그 설득력이 부족하다. 위헌의견은 종래의 헌법재판소 입장을 과감히 탈피하여 근로3권의 자유권적 성격을 강조하고 특히 근로3권 중에서 단체행동권을 중핵적 권리로 파악하며 동시에 노동현실에 대한 근로3권의 규범적 의의를 더욱 공고히 함으로써 괄목할만한 진보적 견해를 제시하고 있다. 다수의 위헌의견이 근로3권의 실효성 보장을 위하여 타당한 견해라고 여겨진다.

4) 단순한 집단적 노무제공거부행위의 업무방해죄 구성 여부

파업 등의 쟁의행위는 본질적·필연적으로 위력에 의한 업무방해의 요소를 포함하고 있어 폭행·협박 또는 다른 근로자들에 대한 실력행사 등을 수반하지 아니하여도 그 자체만으로 위력에 해당하므로 정당성이 인정되어 위법성이 조각되지 않는 한 업무방해죄(구 형법 제314조)로 형사처벌할 수 있다는 대법원 판례의 해석방법에 대하여, 헌법재판소는 “비록 단체행동권의 행사가 본질적으로 위력성을 가져 외형상 업무방해죄의 구성요건에 해당한다고 하더라도 그것이 헌법과 법률이 보장하고 있는 범위 내의 행사로서 정당성이 인정되는 경우에는 위법성이 조각되어 처벌할 수 없다는 것으로 헌법이 보장하는 근로3권의 내재적 한계를 넘어선 행위(헌법의 보호영역 밖에 있는 행위)를 규제하는 것일 뿐 정당한 권리행사까지 처벌함으로써 본인의 의사에 반하여 강제노역을 강요하거나 근로자라는 신분만으로 불합리한 차별을 하는 것은 아니라고 판단되므로, 위 대법원의 해석방법이 헌법상의 강제노역금지원칙, 근로3권 및 평등권 등을 침해하지 않는다”(헌재 1998. 7. 16. 97헌바23: 구 형법 제314조 위헌소원)는 합헌결정을 하였다.¹³⁾ 헌법재판소는 대법원의 해석방법은 헌법이 보장하는 근로3권의 내재적 한계를 넘어선 행위를 규제하는 것일 뿐 기본적으로 정당한 권리행사를 제한하는 것이 아니라고 하는 점을 이 사건 법률조항의 합헌성 판단 논거로 제시하였다. 그러나 헌법재판소가 “쟁의행위로서 정당성이 인정되지 않는 집단적 노무제공의 거부행위의 경우 민사책임을 물을 수 있다는 점에 관하여는 의문이 없으나 나아가 형사책임까지 지을 수 있느냐 하는 점은 의문이 있을 수 있다”(판례집 10-2, 255-256면)라고 판시하면서도 이 사안에 대해 위헌결정을 하지 않은 것은 대법원과의 충돌을 자제하기 위한 정책적 배려가 아닌지 하는 생각이 든다.¹⁴⁾

13) 김영문, “쟁의행위의 위력에 의한 업무방해죄 규정의 위헌성”, 한국노동법학회, **노동법학** 제8호, 1998, 263면; 정인섭, “파업과 업무방해”, 서울대학교노동법연구회, **노동법연구** 제8호, 1999, 343면 참조.

14) 헌법재판소는 “이른바 ‘준법투쟁’의 경우까지 위력업무방해죄로 처벌하는 것은 헌법상의 노동3권을 침해하여 적용상 위헌의 문제가 있을 수도” 있다는 입장을 취하면서, “다만 연장근로의 거부, 정시출근, 집단적 휴가의 경우와 같이 일면 근로자들의 권리행사로서의 성격을 갖는 쟁의행위에 관하여도 정당성이 인정되지 않는다고 하여 바로 형사처벌 할 수 있다는 대법원 판례(대법원 1991. 11. 8. 선고, 91도326; 1996. 2. 27. 선고, 95도2970; 1996. 5. 10. 선고, 96도419 판결 등)의 태도는 지나치게 형사처벌의 범위를 확대하여 근로자들의 단체행동권의 행사를 사실상 위축시키는 결과를 초래

5. 부당노동행위 구제명령 위반의 처벌

노동조합법 제46조 중 노동위원회의 구제명령위반죄 부분의 위헌 여부에 대하여, 헌법재판소는 “노동조합법 제46조 중 ‘제42조의 규정에 의한 구제명령에 위반하거나’ 부분은, 노동위원회의 확정되지 아니한 구제명령을 그 취소 전에 이행하지 아니한 행위를 동법 제43조 제4항 위반의 확정된 구제명령을 위반한 경우와 차별함이 없이 똑같이 2년 이하의 징역과 3,000만 원 이하의 벌금이라는 형벌을 그 제재방법과 이행확보수단으로 선택함으로써, 국민의 기본권 제한방법에 있어 형평을 심히 잃어 위 법률규정의 실제적 내용에 있어 그 합리성과 정당성을 더욱 결여하였다고 할 것이므로 헌법상의 적법절차의 원리에 반하고 과잉금지 원칙에도 저촉된다”(헌재 1995. 3. 23. 92헌가14: 노조법 제46조 위헌제청)라고 하여 위헌결정을 하였다. 부당노동행위 구제명령의 확정 여부를 불문하고 그 위반을 처벌하도록 규정한 법률조항의 위헌성 판단의 논거로 헌법재판소는 적법절차의 위반과 과잉금지 원칙에 저촉된다는 점을 제시하였다. 이 결정은 형벌에 대한 적법절차원리를 강조한 점은 수긍이 가지만 부당노동행위 구제제도의 신속한 실효성 확보를 간과한 점에 문제가 있다고 본다.¹⁵⁾

III. 판례경향에 대한 평가

1. 근로3권의 법적 성격 인식에 대한 평가

1) 근로3권 보장의 기본취지와 그 규범적 의의

헌법재판소는 근로3권 보장의 기본취지를 ‘노사간의 실질적 자치’를 통한 ‘사회복지국가 건설의 과제를 달성’¹⁶⁾하려는 것으로 파악하고 있다.

하여 헌법이 단체행동권을 보장하는 취지에 부합하지 않고 근로자들로 하여금 형사처벌의 위협하에 노동에 임하게 하는 측면이 있음을 지적하여 두고자 한다”(헌재 1998. 7. 16. 97헌바23; 헌재 1997. 3. 27. 94헌바24 참조)라고 판시하여 대법원과 그 견해를 분명히 달리 하고 있다(판례집 10-2, 259-260면).

15) 김유성, **노동법 II**, 법문사(2000), 385-386면 각주 172).

16) “헌법이 근로자의 근로3권을 보장하는 취지는 원칙적으로 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하는 시장경제의 원리를 경제의 기본질서로 채택하면서 노동관계당사자가 상반된 이해관계로 말미암아 계급적 대립·적대의 관계로 나아가지 않고 활동과정에서 서로 기능을 나누어 가진 대등한 교섭주체의 관계로 발전

이러한 견해는 우리가 지향해야 할 국가 목표를 사회복지국가로 설정하고 이의 달성을 위해 우리 헌법이 취한 사회적 시장경제질서의 테두리에서 ‘근로자단체라는 사회적 반대세력의 창출을 가능’¹⁷⁾하게 하면서 동시에 노사간의 계급적 대립을 지양하고 노사가 대등한 교섭주체로 사회적 균형을 이루는 데에 근로3권 보장의 근본취지가 있는 것으로 보는 점이 특징이다. 헌법재판소의 이러한 입장은 근로3권 보장의 역사적 성격이나 그 법적 성격의 특수성을 제대로 파악한 점에서 타당한 견해라고 생각한다. 그러나 일부의 주장에서 근로3권 보장의 취지를 ‘사적 자치의 보완’¹⁸⁾으로 파악하고 있는 것은 전체의 흐름과 어긋나지 않나 하는 의문이 든다.

또한 헌법재판소가 강제중재제도에 대한 위헌의견(다수의견)¹⁹⁾에서 우리나라의 경제와 노동현실만을 강조하는 견해는 궁극적으로 실정헌법에 반하는 현실을 정당화할 위험성이 있다고 지적하면서 특히 근로3권의 노동현실에 대한 규범적 의의를 강조한 점은 타견이라고 판단된다.

하게 하여 그들로 하여금 때로는 대립·항쟁하고 때로는 교섭·타협의 조정과정을 거쳐 분쟁을 평화적으로 해결하게 함으로써, 근로자의 이익과 지위의 향상을 도모하는 사회복지국가 건설의 과제를 달성하고자 함에 있다.”(헌재 1998. 7. 16. 97헌바23: 구 형법 제314조 위헌소원; 헌재 1993. 3. 11. 92헌바33: 노동조합법 제45조의2 등 위헌소원; 헌재 1990. 1. 15. 89헌가103: 노동쟁의조정법 제13조의2 등 위헌심판)

17) “근로3권은 국가공권력에 대하여 근로자의 단결권의 방어를 일차적인 목표로 하지만, 근로3권의 보다 큰 헌법적 의미는 근로자단체라는 사회적 반대세력의 창출을 가능하게 함으로써 노사관계의 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근로조건에 관한 노사간의 실질적인 자치를 보장하려는 데 있다.”(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13·26, 95헌바44 병합: 노동조합법 제33조 제1항 위헌소원)

18) “사용자에 비하여 경제적으로 약한 지위에 있는 근로자로 하여금 사용자와 대등한 지위를 갖추도록 하기 위하여 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권 등 이른바 근로3권을 부여하고, 근로자가 이를 무기로 하여 사용자에 맞서서 그들의 생존권을 보장하고 근로조건을 개선하도록 하는 제도를 보장함으로써 사적자치의 원칙을 보완하고자 하는 것이다.”(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106: 사립학교법 제55조 등에 관한 위헌심판)

19) “국민경제적 실정이나 노사협상의 일천한 역사 등 우리나라의 경제과 노동의 현실을 강조하는 견해는 헌법해석이 현실과 관련을 맺고 또 현실에 뿌리를 두어야 한다는 점을 지적하는 한에서는 타당하다. 그러나 근로3권에 관한 헌법규정은 노사관계법의 기본방향을 제시함으로써 동시에 노동현실을 규정하고 있는 규범이라는 점을 간과해서는 아니된다. 즉, 현실만을 강조하는 견해는 궁극적으로는 실정헌법에 반하는 현실을 정당화할 위험성을 내포하고 있음에 유의할 필요가 있다.”(헌재 1996. 12. 26. 90헌바19, 92헌바41, 94헌바49 병합: 노동쟁의조정법 제4조 등에 관한 헌법소원)

2) 법적 성격에 대한 인식의 변화

헌법재판소의 근로3권의 법적 성격에 대한 인식의 변화는 3단계로 나누어 볼 수 있는데 초기에는 사회권²⁰⁾으로 파악하고 근년에는 사회권과 자유권의 혼합권적 성격²¹⁾으로 인식을 전환하였으며 또한 의견이기는 하지만 자유권으로 보는 견해도 있다.

근로3권의 인식에 있어서 사회권설을 취하던 혼합권설²²⁾을 취하던 헌법재판소가 그 사회권적 성격을 강조하는 실질적 이유는 사회권 보장을 위한 국가의 적극적 입법의무를 명분으로 내세워 오히려 근로3권을 제한하는 법률의 합헌성을 담보하려는 의도에서 비롯되지 않았나 하는 생각이 든다. 왜냐하면 헌법재판소가 근로3권의 사회권성으로부터 나오는 입법자의 입법의무를 강조하지만 그 입법의무가 결과적으로 자유권으로서의 근로3권을 제한하는 정당한 사유로 작용하기 때문이다.

사실 다같은 사회권의 범주에 속한다 할지라도 근로3권은 그 법적 성격의

20) “헌법 제32조 및 제33조에 각 규정된 근로기본권은 근로자의 근로조건을 개선함으로써 그들의 경제적 사회적 지위의 향상을 기하기 위한 것으로서 자유권적 기본권으로서의 성격보다는 생존권 내지 사회권적 기본권으로서의 측면이 보다 강한 것으로서 그 권리의 실질적 보장을 위해서는 국가의 적극적인 개입과 뒷받침이 요구되는 기본권이다.”(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106: 사립학교법 제55조 등에 관한 위헌심판)

21) “헌법 제33조 제1항이 보장하는 근로3권은 근로자가 자주적으로 단결하여 근로조건 유지 개선과 근로자의 복지증진 기타 사회적 경제적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 단체를 자유롭게 결성하고, 이를 바탕으로 사용자와 근로조건에 관하여 자유롭게 교섭하며, 때로는 자신의 요구를 관철하기 위하여 단체행동을 할 수 있는 자유를 보장하는 자유권적 성격과 사회 경제적으로 열등한 지위에 있는 근로자로 하여금 근로자단체의 힘을 배경으로 그 지위를 보완 강화함으로써 근로자가 사용자와 실질적으로 대등한 지위에서 교섭할 수 있도록 해 주는 기능을 부여하는 사회권적 성격도 함께 지닌 기본권이다.”(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13·26, 95헌바44 병합)

22) “근로자는 노동조합과 같은 근로자단체의 결성을 통하여 집단으로 사용자에게 대항함으로써 사용자와 대등한 세력을 이루어 근로조건 형성에 영향을 미칠 수 있는 기회를 가지게 되므로 이러한 의미에서 근로3권은 ‘사회적 보호기능을 담당하는 자유권’ 또는 ‘사회권적 성격을 띤 자유권’이라고 말할 수 있다. 이러한 근로3권의 성격은 국가가 단지 근로자의 단결권을 존중하고 부당한 침해를 하지 아니함으로써 보장되는 자유권적 측면인 국가로부터의 자유뿐이 아니라, 근로자의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다. 이는 곧, 입법자가 근로자단체의 조직, 단체교섭, 단체협약, 노동쟁의 등에 관한 노동조합관련법의 제정을 통하여 노사간의 세력균형이 이루어지고 근로자의 근로3권이 실질적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 필요한 법적 제도와 법규범을 마련하여야 할 의무가 있다는 것을 의미한다.”(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13·26, 95헌바44 병합)

특수성으로 인하여 근로의 권리나 사회보장을 받을 권리와는 달리 헌법규정만으로 직접 효력²³⁾을 발생하므로 입법자의 적극적 입법의무를 강조할 필요가 없는 자유권으로 파악하는 것이 타당하다고 생각한다. 이러한 관점에서 강제 중재 제도에 관한 위헌의견(다수의견)²⁴⁾이 근로3권은 과거와 현재에도 국가권력의 탄압이나 사용자의 억압에서 근로자의 자주적인 활동을 보장하기 위한 것이라고 전제하면서 근로3권의 법적 성격을 자유권으로 파악하고 있는 점은 극히 주목할 인식의 전환이라고 평가할 수 있다.

3) 근로3권의 상호관계

헌법재판소의 일부의견이기는 하지만 근로3권의 상호관계에 대하여는 세 가지 견해로 구분할 수 있다. 단결권은 근로3권 보장의 기초가 되는 것으로서 이것이 본질적인 내용에서 제외되는 것으로 보기 어렵다는 단결권중심설²⁵⁾ 및 근로3권은 단체교섭권을 중심으로 해서 한 묶음의 권리로 보장하여야만 권리로서의 가치가 있고 단체교섭의 실효성을 확보할 수 있다는 단체교섭권중심설²⁶⁾과 단체행동권이야말로 노사관계의 실질적 대등성을 확보하는 필수적인

23) 근로3권을 제한한 사립학교법의 합헌결정에 관한 반대의견에서 재판관 김양균은 “근로3권은 생존권적인 성질을 갖기는 하지만 사회보장을 받을 권리와는 달리 헌법규정만으로 직접 효력을 발생할 수 있으며 특히 단결권은 결사의 자유의 특수형태로서 자유권적 성격에서 출발하고 있는 점에 있어서는 결사권과 대차가 없다”(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106: 사립학교법 제55조 등에 관한 위헌심판)고 하여 근로3권의 자유권적 성격을 강조하고 있다.

24) 즉 이 위헌의견은 “근로3권은 근로자가 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지 개선과 근로자의 복지증진 기타 사회적 경제적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 단체를 자유롭게 결성하고 이를 바탕으로 사용자와 근로조건에 관한 교섭을 자유롭게 하며 때로는 자신의 요구를 관철하기 위하여 단체행동을 할 수 있는 자유의 보장을 주된 내용으로 한다고 할 것이다”(판례집 8-2, 770-771면)라고 하여 근로3권을 자유권으로 파악하고 있다; 정태호, “사회적 기본권과 헌법재판소의 판례”, **헌법논총** 제9집, 1998, 610-611면

25) 교원의 근로3권을 제한한 사립학교법의 합헌결정에 관한 반대의견에서 재판관 이시윤은 “가장 기초적이고 단체행동권, 단체교섭권의 전제가 되는 노동기본권인 단결권”이라 하고, 또한 재판관 김양균은 “근로3권의 본질적 내용이 무엇이나에 대하여는 위에서 본 바와 같이 견해가 갈릴 수 있겠지만 적어도 단결권은 근로3권 보장의 기초가 되는 것으로서 이것이 본질적인 내용에서 제외되는 것이라고는 보기 어려울 것”이라고 한다.

26) 공무원의 쟁의행의 금지규정의 헌법불합치 결정에 관한 반대의견에서 재판관 변정수는 “헌법이 근로자에게 노동3권을 한꺼번에 향유하도록 보장하고자 하는 것은

전제이므로 근로3권 가운데 가장 중핵적인 권리는 단체행동권으로 보아야 한다는 단체행동권중심설²⁷⁾ 등이 있다. 이 세 가지 견해는 모두 근로3권이 상호 유기적 관련성이 있으므로 일체의 권리로서 보장되어야 한다는 점에서는 공통되지만, 그 중에서도 특히 단체행동권중심설은 한국사회의 노사현실을 직시한 괄목할 만한 주장이라고 여겨진다.

4) 근로3권의 실현구조

헌법재판소는 단결권의 향유주체는 근로자 개인 및 단체 자체라고 전제하고 근로3권의 실현구조는 구체적으로 단체존속의 권리, 단체자치의 권리, 단체활동의 권리로 구성된다고 한다.²⁸⁾ 그 중에서도 단체활동의 권리는 단체교섭 및 단체협약의 체결과 단체행동 그리고 단체의 선전 및 단체가입의 자유 등을 보호하는 것으로 파악하고 있다. 헌법재판소가 이처럼 근로3권의 실현구조를 체계화한 것은 근로3권 보장의 내실화를 위해서도 특기할 만한 것으로 평가할 수 있다.

2. 근로3권 제한의 중요논거에 대한 평가

1) 입법재량론

헌법재판소는 공무원의 근로3권 제한 및 노동조합대표자에게 단체협약체결

노동3권은 목적(단체교섭권행사), 수단(단결 및 단체행동)의 관계에 있어서 세 개의 권리를 개별적으로 보장하여서는 근로자의 지위향상을 위하여 별 의미가 없고 단체교섭권을 중심으로 해서 한 묶음의 권리로 보장하여야만 권리로서의 가치가 있고 단체교섭의 실효성을 확보할 수 있기 때문이다”라고 주장한다.

27) 강제중재 제도에 관한 재판관 5인의 위헌의견은 “근로자의 단체행동권이 전제되지 않은 단체결성이나 단체교섭이란 무력한 것이어서 무의미하며 단체결성이나 단체교섭권만으로는 노사관계의 실질적 대등성은 확보될 수 없으므로 단체행동권이야말로 노사관계의 실질적 대등성을 확보하는 필수적인 전제이다. 그러므로 근로3권 가운데 가장 중핵적인 권리는 단체행동권이라고 보아야 한다”라는 주목할 견해를 제시한다.

28) “헌법 제33조 제1항은 근로자 개인의 단결권만이 아니라 단체 자체의 단결권도 보장하고 있는 것으로 보아야 한다. 즉, 헌법 제33조 제1항의 단결권은 조직된 단체의 권리이기도 하므로, 동 규정은 근로자단체의 존속, 유지, 발전, 확장 등을 국가공권력으로부터 보장하고(단체존속의 권리), 근로자단체의 조직 및 의사형성절차에 관하여 규약의 형태를 자주적으로 결정하는 것을 보장하며(단체자치의 권리), 근로조건의 유지와 향상을 위한 근로자단체의 활동, 즉 단체교섭, 단체협약의 체결, 단체행동, 단체의 선전 및 단체가입의 권유 등을 보호한다(단체활동의 권리)고 보아야 한다.”(헌재 1999. 11. 25. 95헌마154 위헌: 구노동조합법 제12조 등 위헌확인)

권을 부여한 규정 등의 합헌결정에서 입법재량론을 그 중요한 논거의 하나로 취하고 있다.

입법재량론은 입법재량, 즉 어떠한 내용의 법률을 제정할 것인가에 대하여 입법자에게 부여되는 자유 내지 재량을 전제로 하여 법률의 위헌성 판단과정에서 입법자의 재량에 속하는 사항에 대하여는 입법자의 판단을 존중함으로써 그 합헌성을 인정하는 방향으로 결정하려는 이론인 것이다. 입법재량론은 어떤 범영역이나 또는 고도의 정치적 성격을 가진 특정 사안에 대하여 헌법재판소가 그 위헌성 판단을 자제 내지 회피하는 사법소극주의의 수단으로 기능하는 면이 있다.²⁹⁾ 입법재량론 적용의 현실적 근거로는 헌법재판소의 정책적 요인, 즉 정치역학적 원인 및 구성재판관의 헌법관 내지 기본권의 규범력 인식정도가 결정적으로 작용하는데 이는 곧 문제된 사안의 법률에 대한 헌법재판소의 판단태도를 반영하는 척도가 되는 것이다.³⁰⁾ 그러나 입법재량론의 광범한 적용은 근로3권을 비롯한 기본권 보장의 취지를 유명무실하게 하기 때문에, 입법재량도 궁극적으로 기본권 보장의 실현에 봉사하도록 행사되어야 하는 내재적 한계³¹⁾를 지니며 따라서 헌법재판소는 입법재량론 적용의 명목으로 법률의 위헌성 판단을 자제 내지 회피하는 자세를 지양해야 할 것으로 생각한다.

2) 대상조치론

헌법재판소는 사립학교교원의 근로3권 제한과 주요방산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권의 제한 그리고 강제중재제도에 의한 단체행동권 제한의 합헌결정에서 이른바 대상조치론을 그 중요한 논거의 하나로 삼고 있다.³²⁾

29) 헌법재판소는 위헌성 판단을 자제하는 방편으로 입법재량의 개념을 원용하고 있다. “입법목적 달성을 위하여 가능한 여러 수단 가운데 어느 것을 선택할 것인가의 문제는 그 결정이 현저하게 불공정한 것이 아닌 한 입법재량에 속하는 것이다.”(헌재 1996. 2. 29. 94헌마213)

30) 전원배, “입법재량론의 의의와 한계”, **입법조사연구**, 통권 제244호(1997. 4), 119-120면.

31) 헌법재판소는 노동조합의 정치활동금지 조항에 대한 위헌결정에서 “입법목적인 ‘노동단체의 정치화 방지’나 ‘노동단체 재정의 부실우려’는 헌법상 보장된 정치적 자유의 의미에 비추어 입법자가 헌법상 추구할 수 있는 정당한 입법목적의 범위를 벗어난 것”으로 판단하였다(판례집 11-2, 555-582면 참조).

32) 헌법재판소는 교원의 근로3권을 제한한 사립학교법의 합헌결정에서 “국가가 특수한 일에 종사하는 근로자에 대하여 헌법이 허용하는 범위 안에서 입법에 의하여 특별한 제도적 장치를 강구하여 그들의 근로조건을 유지 개선하도록 함으로써 그들의 생

대상조치론은 근로3권 자체의 직접적 보장방식이 아니라도 근로조건 개선 등 근로자의 사회 경제적 지위향상을 위한 일련의 정비된 다른 제도상의 관련 조치, 즉 이른바 대상조치가 마련되어 있으면 근로3권을 제한하더라도 그 권리의 본질적 내용을 침해하는 것은 아니라는 견해이다. 그러나 이러한 대상조치론의 무제한적 적용은 근로3권 보장의 역사적 성격이나 그 법적 성격의 특수성을 완전히 외면한 것으로, 이는 결국 근로3권 보장을 장식규정으로 형해화시키는 결과를 초래하게 된다. 다만 대상조치의 존부를 논하는 실제적 의의는 근로3권의 보장을 전제로 하되 그 제한의 한계, 즉 과잉금지 여부를 판단하는 기준으로 작용하는 데 있다고 보아야 할 것이다.³³⁾ 따라서 근로3권은 상호 유기적인 일체의 권리로서 보장되어야만 그 기능을 원활하게 수행하게 되는 것이므로 비록 대상조치에 의해 3권 중 어느 하나라도 부인되면 그것은 근로3권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 보아야 한다.

3) 공공복리론

헌법재판소는 공무원 및 사립학교교원에 대한 근로3권 제한의 합헌결정, 노동조합대표자에게 단체협약체결권을 부여한 규정과 단체행동권을 제한하는 강제중재제도의 합헌결정에서 그 합헌성 논거의 하나로 공공복리를 제시하여 이를 위한 근로3권의 제한을 정당한 것으로 보고 있다.³⁴⁾

활을 직접 보장하고 있다면 이로써 실질적으로 근로기본권의 보장에 의하여 이룩하고자 하는 목적이 달성될 수 있다. 이러한 특정근로자는 비록 일반근로자에게 부여된 근로기본권의 일부가 제한된다고 하더라도 실질적으로 그들에게 아무런 불이익을 입히지 아니하는 결과에 이를 수도 있다”(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106: 사립학교법 제55조 등에 관한 위헌심판)고 전제하여 이른바 대상조치론을 근로3권 제한의 합헌성 논거로 삼고 있다.

33) 교원의 근로3권을 제한한 사립학교법의 합헌결정에 대한 반대의견에서 재판관 김양균은 “흔히 기본권 제한의 위헌성을 판단함에 있어서 피해의 최소성의 원칙을 심사할 때 대상조치의 존재여부를 거론하지만 이는 어디까지나 해당 기본권을 인정하는 바탕 위에서 그 제한의 방법상의 한계일탈 여부를 판단하는데 거론되는 기준일 뿐이지 해당 기본권 그 자체를 부정하는 근거로 쓰여지는 것은 아니라는 것을 유의할 필요가 있는 것이다”(판례집 3, 457-464면)라고 주장한다.

34) “헌법 제33조 제2항이 근로3권이 보장되는 공무원의 범위를 법률에 의하여 정하도록 유보함으로써 공무원의 국민전체에 대한 봉사자로서의 지위 및 그 직무상의 공공성 등의 성질을 고려한 합리적인 공무원제도의 보장, 공무원제도와 관련한 주권자 등 이해관계인의 권익을 공공복리의 목적아래 통합 조정하려는 의도와 어긋나는 것이라고 볼 수 없다.”(헌재 1992. 4. 28. 90헌바27내지34, 36내지42, 44내지46, 92헌바15 병합:

그러나 기본권제한의 일반법률유보조항에 따른 공공복리의 법리가 다른 기본권과 마찬가지로 근로3권에 대해서도 똑같은 제한의 법리로서 작용한다는 것에는 의문이 든다. 왜냐하면 공공복리의 법리는 역사적으로 근로자의 생존권 보장을 위하여 재산권의 자유를 중심으로 한 시민적 자유권의 제한원리로 전개되었으며 (따라서 헌법 제23조도 재산권행사의 사회구속성의 근거로 공공복리를 제약원리로 규정하고 있다), 또한 근로3권의 향유주체는 모든 국민이 아니라 자본에 종속된 근로자이므로 오히려 법률의 형성으로 근로3권을 제한할 것이 아니라 이를 적극적으로 보장하는 것이 기본적으로 공공복리의 법리 실현에 적합할 것이라고 생각하기 때문이다. 그렇지만 근로3권도 절대적 권리가 아닌 이상 기본권 상호간의 조정을 위해서는 제한이 불가피한 것이므로 공공복리를 독립된 법적 개념이 아니라 기본권 상호간의 합리적 조정원리로 파악할 필요가 있다. 따라서 근로3권 제한원리로 공공복리의 법리가 작용하려면, 다른 기본권의 제한에 비하여 근로3권의 역사적 성격과 그 보장의 기본정신에 비추어 보다 엄격한 요건을 충족해야만 될 것이다³⁵⁾.

3. 헌법재판소의 한계와 입법을 통한 보장

헌법재판소는 고찰의 대상이 된 사안 중에서 일반공무원 및 사립학교 교원에 대한 근로3권 전면금지과 제3자 개입금지에 대해서는 합헌결정을 함으로써 이들의 근로3권 실효성 보장에는 소극적 역할에 그쳤다. 또한 헌법재판소는 단체협약 위반의 처벌과 부당노동행위 구제명령 위반의 처벌에 관해서는 위헌결정을 함으로써 죄형법정주의 및 형벌에 대한 적법절차 원리에는 충실하였지만, 오히려 단체협약의 이행과 부당노동행위 구제제도의 실효성 확보에는 그 결정 이전에 비해 역행하는 결과를 가져 왔다. 결국 헌법재판소는 근로3권 실효성의 보장에 적극적으로 기여하기보다는 도리어 소극적으로 후퇴한 셈이다.

헌법재판소에 의해 합헌성을 인정받은 제3자 개입금지는 1996년 노동법 개정에서 삭제 내지 수정되고, 일반공무원에 대해서는 근로3권의 완전한 보장은 아니지만 1998년 ‘공무원직장협의회설립운영에관한특별법’이 제정되었다.³⁶⁾

국가공무원법 제66조에 대한 헌법소원)

35) 김영, “근로기본권과 공공의 복리”, **노동법에 있어서의 권리와 책임**(김형배 교수 화갑기념논문집, 1995), 65-66면.

36) 이른바 여소야대의 노태우 정권하인 1989년 3월 임시국회에서 6급이하 공무원

또한 헌법재판소의 결정과는 달리 사립학교교원의 근로3권 보장은 노사개혁위원회와 1998년 노사정 위원회의 사회협약 이행과제가 되어 1999년 ‘교원의노동조합설립및운영에관한법률’이 제정되었다. 이러한 입법동향을 살펴보면 특히 근로3권 실효성 보장의 주도세력이 누구이며 또한 그 실효성 보장에 헌법재판소가 어떠한 기능을 하였는지 그 성격이 자명하게 드러난다. 결국 근로3권의 실효성 보장은 국가가 베푸는 것이 아니라 노동운동에 의하여 쟁취된다는 역사적 사실을 다시 한번 확인할 수 있다.

IV. 맺음말 : 종합평가와 과제

지금까지 우리는 헌법재판소의 근로3권에 대한 결정례를 쟁점별로 구체적 검토를 먼저 한 뒤 헌법재판소가 기본적으로 취하고 있는 근로3권의 법적 성격에 대한 인식 및 합헌결정의 중요논거를 종합적으로 고찰함으로써 다음과 같은 판례경향상의 몇 가지 특징을 파악할 수 있게 되었다.

첫째, 헌법재판소가 근로3권의 법적 성격을 인식함에 있어서 자유권성과 함께 특히 사회권성을 강조하는 의도는 근로3권의 실효성을 적극적으로 보장해 주려는 취지에서가 아니라 오히려 이를 제한하려는 정당성의 계기로 삼으려는데 있는 것처럼 보인다. 둘째, 헌법재판소가 취한 광범한 입법재량론은 근로3권 제한의 계기로 그 사회권성을 강조하는 것과 맞물려 입법자의 근로3권의 적극적 실현을 위한 형성적 재량을 허용하는 것이 아니라 도리어 근로3권을 제한하는 입법자의 광범한 입법형성의 자유를 합리화하는 역기능으로 작용하게 되는 것임을 알 수 있다. 셋째, 헌법재판소는 근로3권 보장에 있어서 최형법정주의의 요청 등 일반 시민법원리와의 보편적 법정합성의 원칙에 보다 충실한 나머지 우리의 특수한 노사현실에 적합한 근로3권의 구체적인 실효성 보장에는 소홀하지 않았나 하는 의문이 든다. 넷째, 헌법재판소는 급변하는 우리 사회의 역동적 현실을 직시하여 기본권 보장의 선도적 기능을 수행하는 ‘입법적 결단’의 적극적 결정을 할 것이 당위적으로 기대되는 데도 불구하고 적어도 근로3권 보장에 있어서는 소극적 사법자제주의를 취해 이를 제대로 수행하

의 단결권과 단체교섭권의 보장 및 제3자 개입금지 완화 등을 골자로 한 노동관계법의 개정이 여야 만장일치로 통과되었으나 대통령의 법률안거부권 행사로 좌절된 것은 민주헌정 진행의 과도기적 속성과 당시 정권의 성격을 여실히 보여주는 대표적 현상이다.

지 않은 것으로 드러났다.

그러나 위와 같은 평가에도 불구하고 그동안 근로3권에 대한 헌법재판소 결정과정의 내부를 심도있게 검토해 보면, 결정례의 반대의견 등에서 진취적인 견해가 주장되기도 하여 근년에는 근로3권의 규범력 인식에 있어서 중대한 변화를 보임으로써 앞으로 근로3권의 실효성 보장에 헌법재판소의 적극적 역할이 기대되는 면이 몇 가지 엿보인다. 먼저 근로3권의 법적 성격에 대한 인식의 획기적 변화를 꼽을 수 있다. 헌법재판소는 근로3권의 법적 성격을 사회권에서 혼합권으로 인식을 전환하였으며 그 내부의 다수의견은 이를 자유권으로 파악하려는 경향을 보이면서 단체행동권을 근로3권의 중핵적인 권리로 인식하고 있다. 그 다음 근로3권 특히 단체행동권의 실현에 있어서 보수적인 입장을 견지하고 있는 대법원에 비하여 헌법재판소가 보다 진취적인 견해를 주장한다는 점이다. 헌법재판소는 이른바 준법투쟁의 경우까지 위력업무방해죄로 처벌하는 대법원의 판례에 대하여 이는 근로3권을 침해하여 적용상 위헌의 문제가 있다고 비판하는 입장을 취하고 있다. 마지막으로 이처럼 근로3권에 대한 변화된 관점을 헌법재판소가 결정례를 통해서 어떻게 구체적으로 정착시키느냐가 앞으로의 중대한 과제 중의 하나이다. 이를 위해서는 종래 헌법재판소가 중요 사안에 대하여 위헌판단을 회피한 사법소극주의를 과감히 탈피하여 근로3권의 법적 성격에 대한 새로운 인식을 실제로 적용하는 적극적인 자세를 취해야 할 것이라고 본다.

요컨대 헌법재판소는 광범한 입법재량론과 대상조치론을 중요한거로 삼아 국가의 정책적 고려에 치우치는 한편, 근로3권의 미약한 규범력 인식과 이로 인한 한국사회의 역동적 변화에 대한 역사적 사회적 고찰의 미흡으로 근로3권의 실효성 보장에는 적극적 기능을 하지 못한 것으로 드러났다. 특히 헌법재판소가 합헌결정을 한 근로3권의 제한규정이 그 후 구체적 입법에 의해 폐지되거나 수정됨으로써 오히려 입법의 주도세력이 그 실효성을 확보한 것을 보면 헌법재판소 기능의 한계를 실감할 수 있다.

<Abstract>

A Case Study on the Workers' Fundamental Rights of the Constitutional Court

Heung-Jae Lee*

Even though the “Workers' Fundamental Rights”(WFR) are prescribed by the Constitutional Law, in order to guarantee the effectiveness of WFR in reality, the prerequisite conditions such as democratic political system, economic growth, freedom of labor movement, judicial fairness etc. should be established. To protect the constitutional human rights, it's a crucial promising step to establish the Constitutional Court(CC) by the Korean Constitutional Law of 1987 year.

This Article attempts to review of the precedents of CC on WFR for nearly 10 years, and to examine the function and contribution of CC in enhancing especially the effectiveness of WFR. In order to achieve this goal, the Article analyses the legal reasoning and basic legal principles of the precedents of CC on WFR by the labor-sociological method.

The author points out that emphasizing the social right in nature of WFR by CC is resulted in aiming at restrictions of the effectiveness of WFR, rather than at ensuring of it. He argues that basic legal principles of CC such as legislative discretion theory, compensatory alternatives theory and public interests theory are consequently contributed as reasonable excuse to make a decision of the constitutionality of problematic Act restricting WFR.

The author further underscores that the functions of CC in actual guaranteeing the effectiveness of WFR would have limitations due to judicial passivism or negative attitude and intentional ignorance to historical understanding on the dynamic socio-economic changes in reality, comparing with labor's demanding voice substantially having influence on the government-oriented legislation ensuring WFR after decisions of CC.

* Professor of Law, Seoul National University