

## 헌법상 노동기본권과 사회적 현안에 관한 소고

### A Study on Labor Rights in Constitutional Law and Social Pending Issues

이 승 천\*  
Lee, Seung-Cheon

#### 목 차

- I. 서론
- II. 노동기본권의 개념과 법적 성격
- III. 노동기본권의 법제화 과정 및 전개
- IV. 노동기본권에 관한 국제적 기준
- V. 노동기본권과 관련된 주요 현안
- VI. 결론

#### 국문초록

급속한 경제발전을 이루며 장기적 경제 불황 속에서도 위기를 슬기롭게 극복해가고 있는 우리나라의 성장 동력은 무엇보다 노동자로서의 국민들의 노력이라 지칭될 수 있다. 이는 한편으로 헌법상 노동기본권의 침해 혹은 제한 속에서 이룬 결과일 수도 있으나 지금 시점에서 우리는 지속적인 국가의 성장을 도모하기 위하여 우리사회를 구성하고 있는 노동자로서의 국민들의 헌법상 노동권을 다시 한 번 상기하고 이에 대한 근원적 보장을 위한 구체적 실현방안을 강구해야 할 것이다.

논문접수일 : 2013.09.25

심사완료일 : 2013.11.07

게재확정일 : 2013.11.08

\* 법학박사과정수료, 대구미래대학교 경찰행정과 부교수

국내외의 산업여건 및 경제적 변화에 따라 이와 관련한 정치사회적 현안쟁점들에 관한 헌법적 문제는 지금까지 많은 논의가 이루어지고 있는 고질적 분야이다.

따라서 근본적으로 헌법상 노동기본권을 고찰할 필요성에 입각하여, 우선 헌법상 노동기본권에 관한 법제화 과정을 역사적으로 고찰함과 동시에 국내 노동기본권의 전개에 관하여 논의하고, 노동기본권에 관한 국제적 기준을 살펴 본 뒤, 노동기본권과 관련된 주요 현안인 첫째, 부당해고와 실업자의 단결권 보장 둘째, 비정규직 문제 셋째, 교원노조 넷째, 공무원 노조 다섯째, 노조의 정치활동과 경영참여 여섯째, 외국인노동자와 인권문제 일곱째, 민주노총의 위상정립 등에 관해 구체적 현안문제들에 대한 끊임없는 사회적 논의를 통하여 궁극적 노동기본권을 침해하지 않는 인권보호적 합의를 이끌어내는 노력, 그리고 이러한 노력을 통한 문제의 해결과정은 분명히 더욱 합법적이고 체계적인 발전을 모색하고자 한다.

**주제어** : 노동기본권, 헌법, 단결권, 인권

## I. 서론

오늘날 경제의 세계화, 신자유주의 영향, 노동운동의 후퇴, 산업구조의 변화 등의 영향으로 노동시장 환경의 급변속에서 현실적으로 우리나라의 노동시장을 살펴보면 다양한 고용형태가 나타나고 있다. 근로자들 중에서도 근로의 의사와 능력이 있음에도 불구하고 고용기회를 얻지 못하는 실업자와 현재 취업은 하고 있으나 헌법상 노동기본권에 입각한 고용 불안정, 즉 계약직, 임시직, 파트타임, 파견근로 등의 비정규직에 종사하는 근로자의 수가 급격히 증가하고 있다.<sup>1)</sup>

국내외의 산업여건 및 경제적 변화에 따라 노동기본권과 관련한 정치·사

1) 채호일, "한국 노동법의 규범력 위기", 『노동정책연구』, 3권 1호, 한국노동연구원, 2003.3, 1-2면.

회적 현안쟁점들에 관한 헌법적 문제는 지금까지 많은 논의가 이루어지고 있는 고질적 분야이다.<sup>2)</sup> 그럼에도 불구하고 지금 이 시점에서 우리는 좀 더 근원적인 헌법적 노동기본권에 대한 깊이 있는 접근을 통하여 보다 현실적인 노동자의 인권문제의 해결을 위한 실마리를 찾을 수 있다. 따라서 본 논문에서는 보다 근본적으로 헌법상 노동기본권을 고찰할 필요성에 입각하여, 우선 헌법상 노동기본권에 관한 개념을 정립하고, 법제화 과정을 역사적으로 고찰함과 동시에 국내 노동기본권의 전개에 관하여 논의하고, 노동기본권에 관한 국제적 기준을 살펴 본 뒤, 마지막으로 노동기본권과 관련된 주요 현안에 관하여 고찰하고자 한다.

## II. 노동기본권의 개념과 법적 성격

### 1. 노동기본권의 개념

종래의 노동문제에 대한 법적 연구는 주로 법률의 차원에서 이루어져 왔다고 볼 수 있다. 우리가 흔히 노동법이라고 총칭하는 개개의 법률들, 예컨대 노동조합 및 노동관계조정법·근로기준법·최저임금법 등에 대해 법해석의 차원에서 접근해온 것이 노동법의 주된 흐름이었다고 할 수 있다. 그러나 헌법적 차원에서 노동문제를 본격적으로 접근하면서 노동기본권이라는 용어를 일반적으로 널리 사용하면서 이제 익숙한 개념으로 자리 잡았다고 생각되지만 그 개념 속에 담긴 내용이 차이가 있다.<sup>3)</sup>

2) 지금 현재 우리나라 국민들의 2/3정도는 직장인인 노동자로, 1/3정도는 자영업자로 살아가고 있으며 지금 전국 곳곳에서 이들의 삶의 안정이 무너져 내리고 있다. 특히, 비정규직, 정리해고, 노조파괴 및 노동권 탄압으로 인하여 국민들은 헌법상 노동기본권의 존재에도 불구하고 엄청난 고통을 겪고 있는 것이 사실이다(참여연대사회복지위원회, "[정책과제] 노동현안 해결과 노동권 보장, 그리고 복지 확대 분야 4대 과제", 「월간 복지동향」, 172호, 참여연대사회복지위원회, 2013.2, 66면.).

3) 권영성교수는 근로자보호를 위한 헌법조항들을 총괄하여 노동헌법(Arbeitsverfassung)이라 하면서, 헌법은 근로자의 경제적 지위를 향상시키기 위한 방안으로 근로기본권을 보장하는 것이 일반적이므로 근로기본권은 노동헌법의 핵심이 된다. 근로기본권이라 함은 근로자를

노동기본권 개념의 정립을 위해서 노동과 근로의 개념 정립을 먼저 살펴보면 노동은 '몸을 움직여 일함', '사람이 그 생존에 필요한 물자를 얻기 위해 손·발·두뇌 등의 활동에 의해서 노동 대상에 작용하는 일'이어서 실체내용에서 종속성을 염두에 두고 있지 않는 개념이며, 근로는 '부지런히 일함', '일정한 시간에 정해진 일을 함'이라는 종속노동의 특성이 강화된 개념으로 근로자와 노동자도 같은 의미이다.<sup>4)</sup> 따라서 이른바 정규직근로자의 표준적·전형적 근로관계를 벗어난 다양한 고용·취업형태의 등장으로 여러 종류의 비전형·비정규직 근로자들과 유사한 자들이 증가하게 되었으며, 그 중요한 유형으로 기간제 근로자, 단시간 근로자, 간접고용근로자, 근로자적 요소와 사업자적 요소를 함께 가지는 특수형태근로종사자 등에 대해 인간의 존엄과 가치 및 헌법상 노동기본권적 인권을 보장, 종속노동의 극복으로서 근로자 노동의 자율성 확보, 근로자 보호에서 노동 및 노동관계의 보호<sup>5)</sup>라는 관점에서 볼 때 노동기본권의 개념이 타당하다.<sup>6)</sup> 따라서 종전의 근로는 노동으로, 근로자는 노동자로, 근로기본권은 노동기본권으로 사용하는 것이 타당하다고 생각된다.

노동기본권은 자본주의사회 성립 이후에 등장한 새로운 개념이다. 생산수단의 소유여부에 따른 노동자와 자본가라는 고전적인 계급 구분에 관하여는 우리 대부분이 인지하고 있다. 여기서 노동자의 기본적 인권, 예를 들어 단결하여 노동조합을 결성할 수 있는 권리 등을 일반적으로 노동기본권이라고 한다.

---

개인의 차원에서 보호하기 위한 근로의 권리와 그들의 집단적 활동을 보장하기 위한 집단적 활동권 그리고 그들의 자주적 조직체인 노동조합의 활동을 보장하기 위한 근로3권을 총칭하는 개념이다(권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2005, 657면.).

성낙인교수는 개별적 기본권으로서의 근로의 권리와 근로3권을 포괄하여 근로활동권, 근로기본권 또는 노동기본권이라 할 수 있을 것이라면서 헌법재판소 판례와 같이 근로기본권이라 함(성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2013, 771면.).

허영교수는 우리 헌법은 모든 국민에게 일할 기회를 통해서 인간다운 생활을 영위케 하기 위해서 근로의 권리와 근로자의 노동 3권을 보장하고 있는데 이것을 근로활동권이라 함.(허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2013, 518면.).

4) 신권철, "헌법상 노동권 소고", 「노동법연구」, 제22호, 서울대노동법연구회, 2007.6, 88면.

5) 신권철, 앞의 논문, 118-121면. 참조

6) 김철수교수는 근로의 권리를 일할 상품으로 보고 있는 것은 자본주의적 노동관이라 할지 모르나 인간의 존엄과 가치·근로의 신성성을 무시한 것으로, 인정할 수 없다고 하면서 노동기본권이라는 개념을 사용함(김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2005, 835면.).

그러나 이러한 노동기본권은 역사적으로 많은 변화를 겪게 되며 그 변화의 과정은 대체로 노동자의 기본권에 대한 소극적 입장에서 적극적 보호로 나아가는 양상을 보여 준다.

노동기본권의 개념은 일반적으로 넓은 의미로 이해하는 방법과 좁은 의미로 이해하는 방법이 있다.

넓은 의미에서는 노동기본권을 근로자에 대한 생존권보호를 위한 기본적인 권리인 근로의 권리와 함께 노동3권인 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 포괄하는 개념이다. 즉, 노동기본권이란 시민 중에 근로자, 즉 타인에게 고용되어 종속노동을 하고 그 대가를 받아 생활을 영위할 수밖에 없는 경제적·사회적 지위에 있는 근로자인 시민에게 인정된 기본권이다.

좁은 의미에서는 노동기본권을 근로자의 기본권으로 인식할 때는 근로의 권리와 노동3권을 내포하는 것으로 보아야 하는 것이지만, 그 중에 보다 기본적인 내용은 근로자 스스로의 생활방어권인 노동3권이라 할 것이므로, 노동3권만을 노동기본권이라고 한다.<sup>7)</sup>

우리 헌법은 모든 국민에게 일할 기회를 통해서 인간다운 생활을 영위케 하기 위해서 근로의 권리(제32조)와 노동3권(제33조)을 보장하고 있는 데, 이는 넓은 의미에서의 헌법상 노동기본권을 의미한다고 생각된다.

## 2. 노동기본권의 법적 성격

노동기본권의 법적 성격에 관해서는 대체로 근로의 자유를 의미한다고 보는 자유권설과 국민의 균등한 생활을 보장하고 경제적 약자인 근로자의 인간다운 생활보장을 위한 것이라고 보는 사회적 기본권설이 대립되고 있는데, 후자는 또 프로그램규정설과 법적 권리설로 나누어진다.

### 가. 자유권설

자유권설은 근로권을 자연법적 입장에서 개인이 법률에 특별한 규정이 없

7) 신인령, 「노동기본권연구」, 미래사, 1985, 25면.

는 한 근로의 종류·내용·장소 등을 자유로이 선택할 수 있는 권리 즉 근로의 자유로 이해한다. 근로권을 하나의 특별한 권리로서 취급하는 것은 아니고 다만 국민이 자유롭게 근로할 수 있는 각종의 국민의 노동기본권적 인권이 타인에 의하여 어떤 이유로도 침해할 수 없는 자유권의 일종으로 인정하는 견해이다. 따라서 개인이 근로의 기회를 얻음에 있어서 국가가 이를 침범하지 못한다는 소극적 의미를 가진다고 본다.<sup>8)</sup>

## 나. 사회적 기본권설

### (1) 프로그램규정설

국가는 국민 각자의 능력과 체력에 따라서 노동을 할 수 있게 하고 근로의 양과 질에 대응하는 보수를 받아 인간다운 생활을 할 수 있게 할 의무를 지는데, 이러한 의무는 직접적으로 행정·사법을 구속하지 않고 다만 입법자의 근로권에 관한 입법 방침을 제시하는 정도로 입법자를 구속하는데 지나지 않는 것으로서, 국가에 대하여 직업을 요구하거나 실업수당을 요구하는 권리라는 것은 그러한 입법이 없는 한 인정할 수 없다는 견해이다.

### (2) 법적 권리설

헌법 제32조 제1항이 “모든 국민은 근로의 권리를 가진다.”고 규정하고 있으므로 법적 권리로 보장된다는 견해이다. 이는 추상적 권리설과 구체적 권리설로 견해가 나누어진다. 추상적 권리설은 근로의 권리란 입법에 의하여 구체화 될 수 있는 추상적 권리라고 보는 견해이며, 구체적 권리설은 근로의 권리를 적극적·현실적으로 해석하여 국가가 국민에게 자주적인 근로의 기회를 제공할 뿐만 아니라, 만일 실업자가 있을 때에는 국가가 그에게 직업을 알선하거나 또는 최소한도 취업할 때까지 실업수당으로서 상당한 생활비를 지불해야 할 법적 의무를 진다고 보는 견해이다.

노동기본권은 기본적으로 근로의 자유를 의미하므로 자유권의 성격을 가진

8) 송길용, “헌법재판소 결정에 의한 생존권적 기본권의 구체화”, 「성균법학」, 성균관대학교 법학연구소, 제16권 제3호, 2004, 209면.

다. 따라서 각종의 국민의 노동기본권적 인권이 타인에 의하여 어떤 이유로도 침해할 수 없다. 또한 근로의 권리는 국가에 대해서 취업의 기회를 가질 수 있도록 배려해 줄 것을 요구할 수 있는 것이어서 사회적 기본권으로서의 성격도 가지고 있다. 따라서 노동기본권은 자유권으로서의 성격과 사회적 기본권의 성격을 함께 가지고 있는 것이지만 사회적 기본권의 성격이 강한 구체적인 권리라고 할 수 있다.

### Ⅲ. 노동기본권의 법제화 과정 및 전개

#### 1. 노동기본권의 법제화 과정

##### 가. 단결금지의 시기

자본주의 초기에 노동조합의 형태는 대부분 숙련공들의 중심이 된 직종별 노동조합(craft union)의 형태를 띠고 있었다. 이러한 숙련공 중심의 직종별 노동조합은 비숙련 노동자에 대립하는 배타적 직업의식을 기초로 하여 강한 연대, 엄격한 내부 규율과 클로즈드 샵(closed shop) 제도에 근거하여 노동력 공급을 독점하였다. 그러나 시민법적인 관점에서 보면 노동자들이 노동조합을 결성하여 노동자 개인과 사용자 사이의 노동거래나 근로계약 등에 개입하고 노동력 공급을 독점하는 행위는 사용자의 영입의 자유를 침해하고 근로자 개인의 자유를 침해한다고 평가할 수 있는 측면이 있었다.<sup>9)</sup> 그래서 국가는 노동자의 단결과 노동조합 결성을 금지하고 단결금지법 등의 형태로 노동자의 단체결성 자체를 형사처벌하였는데, 이 시기를 이른바 '단결금지의 시기'라고 한다.

9) 헌법상 근로의 권리는 재산권과 같이 노동권의 법적 근거로 삼을 수 있는데, 헌법이 규정하고 있는 모든 국민의 근로의 권리의 의미를 재산권에 대한 보호를 천명하고 있는 헌법규정과 같은 방식으로 근로자의 노동이 보호가치 있으며, 가치 있는 근로자 노동에 대해 그 권리보호의 필요성을 인정해주는 규정이라 볼 수 있다.(신권철, 앞의 논문, 90면.)

## 나. 소극적 방임의 시기

19세기에 들어오면서 자본주의가 진전됨에 따라 이와 같은 인식에 변화가 생기게 된다. 먼저 노동자의 주류가 숙련에서 미숙련으로 바뀌게 된다. 대량생산방식이 도입되자 숙련노동자가 해체되고 반숙련, 미숙련 노동자들이 주류를 형성하고 서로 단결하게 된 것이다. 이들은 산업별 노동조합(industrial union)을 결성하고 유니온 샵(union shop) 제도를 채택하여 단체교섭과 단체협약을 통해 근로조건을 정하게 된다. 이처럼 노동조합의 힘이 성장하게 됨에 따라 과거와 같이 노동조합의 결성 자체를 형사처벌하는 것은 폐지되기에 이른다. 그러나 당시의 노동자의 단결은 개인 근로자의 결사의 자유와 퇴직의 자유라는 시민적 자유의 기초적 수준에 불과했을 뿐, 노동조합의 집단적 활동은 여전히 폭행, 협박, 업무방해, 명예훼손 등 여러 가지 명목의 죄명으로 처벌되었다. 예컨대 노조가 파업에 들어가겠다고 하면 이는 공갈죄나 거래의 제한을 목적으로 하는 위법한 단체와의 공모죄가 되어 형사처벌이 가능했다.

반면 사용자는 반노동조합적 행위를 계약의 자유라는 이름으로 자유롭게 행하여졌는데 즉, 사용자는 조합원을 고용하지 않거나 블랙리스트를 작성하는 행위 또는 노동조합 탈퇴를 고용조건으로 내세우는 행위 등을 자유롭게 할 수 있었다. 따라서 이 시기는 노동자의 단결권과 함께 사용자의 반노동조합적 행위도 인정하는 '소극적 방임 단계'라고 할 수 있다.

## 다. 적극적 인정의 시기

제 1차 세계대전을 거치면서 상황은 반전되는 바, 노동기본권을 국가가 적극적으로 보장해 주기에 이르게 된다. 그 이유는 각국이 전쟁을 수행하는 과정에서 전시정책에 대한 노동자들의 협력을 이끌어내야 했고 동시에 러시아 혁명에 의한 사회주의국가 출현이 자본주의 체제에 위협이 됐기 때문이다. 당시 서구 자본주의 진영은 경제공황으로 인하여 극심한 혼란에 빠져들었고 이에 따른 노동자들의 불만이 고조되고 있었기 때문에 서구 국가들은 노동조합을 법률로 인정함으로써 노동자들의 불만을 체제내화 시켜야 했다. 그 결과



많은 나라에서 노동자의 단결권을 시민법적 기본권으로서의 '결사의 자유'와는 별도로 헌법상의 기본권으로 인정하게 된다.

노동자의 결사의 자유를 헌법으로 인정한 최초의 예는 독일의 바이마르 헌법(1919년)이다.<sup>10)</sup> 노동기본권이 헌법상의 권리로 보장됨에 따라 노동조합의 단체행동에 대해서는 민·형사상 면책이 인정되고 또한 사용자의 반노동조합적 행위가 위법한 것으로 금지된다. 이와 같은 노동기본권은 시민법적 또는 정치적 자유로서의 '결사의 자유'와는 별도로 '사회·경제적 권리'범주에 들어가는 개념이다.

하지만 노동기본권을 바라보는 다른 시각도 존재하는데, 노동기본권이 노동자를 자본가로부터 보호하기 위한 조치이기는 하지만 그 본질적 목적은 자본주의 사회를 유지하기 위한 제도적 장치라는 것이다. 즉, 노동기본권은 노동자의 쟁취물인 동시에 사회개량을 통해 노동자를 자본주의 체제 내로 순화시킴으로써 자본주의 체제를 유지하는 수단이라는 것이다.<sup>11)</sup> 따라서 노동기본권은 자본주의 체제의 한계를 벗어나거나 개량의 한계를 벗어나는 것이 아니라 는 점을 지적할 수 있다.

## 2. 우리나라 노동기본권의 전개과정

우리나라는 건국 이래 오늘에 이르기까지 노동기본권을 헌법으로 보장해 왔다. 제헌 헌법은 노동3권을 기본권으로 보장했고,<sup>12)</sup> 이를 구체화하기 위해

10) 헌법상 권리로서의 근로권은 1919년 바이마르 헌법에서 최초로 등장한 이후 제2차 대전 이후에는 여러 자본주의 국가의 헌법에도 근로권에 관한 규정을 두게 되었으며, 우리의 경우에도 1949년 제헌헌법에서부터 근로권에 관한 규정을 두어 왔다(우 성, "근로권의 규범적 이해", 「산업관계연구」, 11권 1호, 한국고용노사관계학회, 2001.6, 91면).

11) 이와 관련하여 노동시장의 관점에서 볼 때, 취업근로자나 취업희망근로자 모두 그 전체로서 노동시장에 종속되어 있다고 볼 수 있다. 즉, 취업근로자(insider)는 전통적 노동법이 규범적 기초로 하고 있는 사용자(자본)에 대한 종속, 즉 내부노동시장에서 노동에 대한 지배권을 가지고 있는 사용자에 의해 종속되어 있다. 반면에, 외부노동시장의 취업희망근로자(outsider)는 전적으로 노동시장의 상황에 따라 그들의 지위가 결정되는 이른바 '시장에 종속된 지위'(고용기회의 종속)에 있다(채호일, 앞의 논문, 20면. 참조).

12) 노동기본권은 통상적으로 근로의 권리와 단결권 등 근로3권을 의미하고 인간다운 생활권은 포함하지 않는다. 하지만 제헌 당시 헌법안 심의과정에서는 제17조(근로의 권리) 제18조

근로기준법, 노동조합법, 노동쟁의 조정법, 노동위원회법 등의 노동법이 1953년에 제정되었다. 그러나 노동자가 실제로 이와 같은 법적 보호를 받을 수 있었던 것은 아니다. 정권이 바뀔 때마다 노동법이 개정되면서 노동자의 인권 상황은 오히려 퇴보하는 결과를 낳은 것이다.

우리나라는 제헌 이래 수차례의 법 개정을 해 왔다. 그러나 비극이라고 할 수 있는 것은 법 개정이 입법기관을 통한 정상적 절차에 의하지 않고 대부분 쿠데타와 같은 비정상적 절차에 의해 행해졌다는 것이다. 이 과정에서 수많은 법률들이 '개악'되는 결과를 낳았다. 예컨대 5·16쿠데타 후 국가재건최고회의에서는 1,008건의 법률이 처리되었고, 1972년 유신 때는 비상국무회의가 국회를 대신해서 270건의 법률을 처리했으며, 1980년 국가보위입법회의는 189건의 법률을 처리하였다. 이때 의결된 법률들이 대부분 국민의 기본권을 침해하는 위헌 요소를 담고 있었으며, 노동법의 경우도 마찬가지이다. 현재까지도 노동법 개정 투쟁에서 폐지되어야 한다고 주장되고 이는, 노동자 단결권을 침해하는 많은 조항들이 이처럼 비정상적인 정권교체기 때 삽입되었다. 예컨대 공무원 근로자의 노동3권을 제한하는 규정과 지방자치단체, 국영기업체, 공영기업체 등에 종사하는 근로자의 단체행동권을 제한하는 규정은 유신 이후 비상국무회의에서 삽입된 것이다. 그리고 제3자 개입 금지 규정은 1980년 5·18후에 국보위 입법회의에서 의결된 것이다.

이처럼 개악된 노동관련법은 '1987년 6월'을 계기로 급속한 철폐 운동에 직면하게 된다. 제5공화국이 87년 6월 시민민주화 투쟁에 굴복하고 그 후 7, 8, 9월 노동자 대투쟁이 본격화 되면서 노동법 개정 투쟁은 더욱 확산된다. 그 결과 1987년 11월 28일자로 노동법이 부분 개정되었고, 1989년 3월 노동조합법, 노동쟁의조정법 등이 임시국회를 통과하게 되었다. 그러나 그때 노태우 대통령이 국회를 통과한 법률안에 대해서 거부권을 행사함으로써 개정이 좌절된 바 있었다.

김영삼 정권이 들어선 후에도 노동법 개정 투쟁은 매년 계속되었다. 1996년

---

(근로3권) 제19조(근로능력상실자의 생활 보호)의 3개 조항이 제17조와 밀접하게 연관하여 다루어졌다고 볼 수 있다(이흥재, "노동기본권에 관한 제헌의회 심의의 쟁점 -기업운영참가권 보장논의를 중심으로-", 「노동법연구」 제27호, 서울대학교 노동법연구회, 2009.9, 170면).

노동법 개정방안에 대한 합의를 이끌어내기 위해 노사 양측과 공익대표가 참가하는 '노사관계 개혁 위원회'(노개위)가 구성되었다. 그러나 1996년 12월 26일, 노개위 합의사항마저 무시한 이른바 노동법 날치기 사건으로 인해서 민주노총이 중심이 돼 다시 전국적 총파업 투쟁이 벌어진다. 노동자들의 전국적인 총파업 투쟁은 1997년 3월 13일 노동법을 전면 개정하는 것으로 일단락된다. 그러나 1997년 말, IMF로 인하여 경제난이 심해지자 노동 관련 제반 법률들은 다시 위기에 놓이게 되었다. 1997년 3월 노사정 3사 합의에 의해 개정된 노동법은 여러 면에서 아직 불충분하다. 예컨대 단위사업장 복수노조 금지조항이 여전히 5년간 유예돼 존속하고 있고, 공무원과 교원단결권 부문도 아직 미진한 상태에서 오히려 노동자의 권리를 제한하는 많은 조항들이 삽입되었다. 특히 노조 전임자에 대한 임금지급을 금지하도록 하는 조항과, 쟁의기간중에 임금 지급금지 조항 등은 오히려 이전보다 노동자들의 단결권을 더욱 제한하는 조항들이라고 볼 수 있다. 근로기준법 부분에서는 이른바 정리해고라든지 변형근로시간제 등이 신설되어 노동조건 악화와 고용불안을 초래하고 있다.<sup>13)</sup>

## IV. 노동기본권에 관한 국제적 기준

### 1. 국제노동기구의 헌장 및 주요 조약

제 1차 세계대전을 거치면서 노동기본권을 적극적으로 인정해야 한다는 논의가 국제적인 차원에서 제기되었다. 그 결과 가장 주목할 만한 성과가 국제노동기구(ILO)의 설립이다. ILO는 1919년, 제 1차 세계대전을 해결하기 위한 베르사유 평화조약에서 구체화되었다. 이 베르사유 조약 중 제13편이 노동에

13) 이와 같은 불안한 고용관계의 증가와 관련하여 임금의 보호는 '근로관계 외부의 제3자와의 관계'에 있어서는 임금채권의 우선변제적 효력 등에 의하여 보호되며, '근로관계 내부의 관계'에서는 임금체불에 대한 형사처벌 등으로 인해 입법적으로 보호될 수밖에 없는 실정이다(신권철, 앞의 논문, 113면, 참조).

관한 부분인데, 그 중요한 내용은 '결사의 자유원칙을 인정할 것'과 '노동의 비상품성, 단결의 자유의 승인 및 국제적인 노동조건의 개선' 등이다.

노동기본권의 보장과 관련해서 가장 중요한 ILO 조약으로는 제87호 결사의 자유 및 단결권 보장에 관한 조약(Convention Concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize; 1948년), 제 98호 단결권 및 단체교섭권에 대한 원칙의 적용에 관한 조약(Convention Concerning the Application of the Principles of the Right to Organize and Bargain Collectively; 1949), 그리고 제151호 공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건 결정절차에 관한 조약(Convention Concerning Protection of the Right to Organize and Procedures for Determining Conditions of Employment in the Public Service; 1987년) 등을 들 수 있다.

우선 제87호 조약은 “노동자와 사용자는 사전인가를 받지 않고 스스로 선택하는 단체를 설립할 수 있는 권리와 그 단체의 규약에 따를 것을 조건으로 하여 그 단체에 가입할 수 있는 권리를 어떠한 차별도 없이 보장받아야 한다.”(제2조)고 규정하여 단결권 보장에 관한 기본권인 원칙을 규정하고 있다. 다만, 이 조약은 단결권 보장이 국내 사정에 따라 약간 유보될 수 있는 경우를 인정하고 있는데, 그것은 군대와 경찰의 경우로서 이는 국내 법령으로 정하도록 하고 있다(제9조).

그리고 제98호 조약은 “노동자는 고용에 관한 사용자의 반노동조합적 차별행위에 대해서 보호를 받아야 된다.”는 것으로서, 이른바 사용자의 부당노동행위를 금지하는 것을 주요한 내용으로 하고 있다. 그리고 제151호 조약은 공공부문 노동자 또는 공무원의 경우에도 상당한 단결권이 있고 부당노동행위로부터 보호받을 권리가 있음을 인정하고 있다. 다만 제151호 조약에서도 군대와 경찰의 경우에는 국내 법령으로 정한다고 되어 있다.

우리나라는 1991년 9월 17일에 유엔에 가입하고 동년 12월 9일 ILO헌장 수락서한을 ILO사무총장에게 제출함으로써 세계에서 152번째로 ILO회원국이 되었다. 그런데 아직 우리 정부는 노동기본권의 대표적인 국제기준이라고 할 수 있는 제87호, 제98호, 제151호 조약을 비준하지 않고 있는 상황이다.

ILO는 국제노동기준을 조약이나 권고 등을 통해서 설정하고 있는데, 그 구

속성 여부는 이 조약을 비준한 나라에만 한정된다. 즉, 조약을 비준하지 않는 국가는 그 조약을 준수할 법률상 의무는 없다고 할 수 있다. 그러나 구체적인 조약을 비준하지 않았다 하더라도, ILO에 가입했다는 것은 곧 ILO헌장의 의무를 준수하겠다고 서약했다는 것을 의미하기 때문에 결국 결사의 자유 보장을 기본원칙으로 하는 ILO헌장은 조약의 비준 여부와 관계없이 구속성을 갖는다고 할 수 있다.<sup>14)</sup>

ILO는 회원국이 ILO헌장 또는 조약에 보장된 단결권을 제대로 보장하고 있는가를 감시하기 위한 별도의 조직과 절차를 마련해 두었다. 감시조직으로는 이사회 산하기구인 '조약 및 권고의 적용에 관한 전문가 위원회'와 '조약 및 권고의 적용에 관한 총회 위원회'가 있다. 이 두 조직은 회원국이 비준한 조약을 제대로 적용하고 있는가를 매년 정기적으로 감사하고 또한 회원국의 조약 이행 여부에 대해 비정부 단체의 진정과 함께, ILO는 '결사의 자유' 원칙의 중요성을 인식하여, 조약비준 여부에 관계없이 모든 회원국에 대한 제소를 심의하기 위하여 이사회 산하에 '결사의 자유 위원회'를 구성하였다. 이 위원회는 회원국의 전국적인 노동단체 또는 국제 노동단체(예컨대 국제자유노련ICFTU, 국제산별연맹ITS)가 단결권 침해와 관련하여 제기한 제소를 수용하여 이를 심사하고 권고하는 일을 한다. 우리나라에서도 민주노총과 전교조가 ICFTU 등과 연대해서 정부가 전교조를 인정하지 않았던 문제임에도 불구하고 '복수노조 금지', '제3자 개입금지' 문제 등을 ILO결사의 자유 위원회에 제소한 바 있다.

## 2. 유엔의 사회권규약

ILO의 여러 조약과 함께 유엔도 국제적 노동기준을 제시하고 있는데, 그 중 대표적인 것으로 1948년 유엔 총회에서 채택된 ① 세계인권선언과 1966년

14) 그럼에도 불구하고, 자본주의의 모순을 해소하기 위한 목적으로 헌법상 노동기본권을 구체적으로 보장하기 위하여 등장한 노동법은 지금까지 내부 노동시장 근로자 보호에만 치중하여 왔고 외부 노동시장 근로자(실업자 등 취업희망자 및 비전형근로자) 보호에는 전혀 무관심하였음이 사실이다(채호일, 앞의 논문, 23면.).

에 채택된 ② 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(International Convention on Civil and Political Rights; 약칭 '자유권규약' 또는 'B규약'), ③ 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International convention on Economic, Social and Cultural Rights; 약칭 '사회권규약' 또는 'A규약') 등이 있다. 위 세 가지는 국제인권장전(International Bill of Human Rights)이라고 불린다. 이 중 노동기본권에 관해서는 세 번째인 사회규약이 특별히 규정하고 있다.

사회권규약은 자유권규약과 함께 1966년 12월 16일 유엔총회에서 채택되었고, 10년 뒤인 1976년 1월 3일부터 효력이 발생되었다. 자유권규약(B규약)이 평등권이라든지 생명권, 신체의 자유, 거주이전의 자유 등 시민적·정치적 자유를 보장하고 있다면, 사회권 규약(A규약)에서는 근로권, 공정하고 유리한 노동조건 향유권, 노동조합 결성권 및 활동권, 사회보장에 관한 권리 등 사회·경제적 권리를 보장하고 있다. 사회권규약을 비준한 당사국은 규약에 명시된 권리의 준수를 실현하기 위해서 5년마다 한 번씩 정기적으로 보고서를 위원회에 제출하도록 되어 있고, 위원회는 정부가 제출한 보고서를 검토하여 필요하다고 생각되면 시정 권고를 할 수 있다. 사회권위원회는 총 18명의 전문가 위원들로 구성이 되는데, 이 전문가 위원들이 정부 대표를 출석시켜서 질의를 하고 그 질의에 대해서 정부측도 답변을 하는 방식으로 진행된다.

우리나라는 1990년 6월 13일 사회권규약을 비준하였고(조약 제1006호), 이는 같은 해 7월 10일부터 효력을 발생하였다. 그리고 우리 정부는 1993년 10월 사회권규약에 따른 최초 보고서를 유엔에 제출하였고, 1995년 5월 1일부터 19까지 제네바의 유엔인권센터에서 개최된 제 12차 회기의 사회권위원회는 한국 정부가 사회권규약의 이행과 관련하여 제출한 최초 보고서(Initial Report)를 심의하였다. 위 회의에 우리나라의 NGO대표들이 참가하여 위원회의 위원들에게 한국의 사회권 상황에 대한 정확한 정보를 제공하여 주고, NGO의 입장을 전달하여 주는 등 정부보고서에 대한 심의가 충실하게 이루어질 수 있도록 활동하였다. 사회권위원회는 5월 19일 최종의견을 발표하는데, 위원회는 최종의견에서 노동조합권에 대한 제약이 규약에 위반되고 파업권에 대한 규정이 지나치게 제한적이며 노동조합의 행위의 합법성 여부에 대한 판단을 정부가 독점하고 있다고 지적한 후에 교사와 공무원에게 노동조합 결성권과 파

업권을 인정할 수 있도록 즉시 노동법을 개정하라고 권고하였다. 그럼에도 불구하고 우리 헌법상 노동기본권은 그 내용에 있어서 개별근로관계 소송을 통해 아직 명확히 그 실체를 드러내지 않고 있는 실정이다.<sup>15)</sup>

## V. 노동기본권과 관련된 주요 현안

### 1. 부당해고와 실업자의 단결권 보장

최근 실업문제가 커지면서 부당해고 문제가 심각하게 제기되고 있다. IMF 경제위기 극복 이후 노동시장의 유연화와 고통분담이라는 구호가 노동자들의 회생을 강요하고 있으며, 사용자는 스스로의 자구 노력 없이 노동자 해고를 통한 생산비 절감으로 현 경제난을 극복하겠다는 분위기이다. 정부가 새로운 일자리 창출을 위해 노력하고 있다고는 하지만 현재 있는 일자리도 지켜주지 못하는 실정에 새로운 고용정책이 얼마나 효과를 거두지는 의문이다.<sup>16)</sup> 따라서 현 경제난을 해결하기 위한 대책은 정리해고가 아니라 가능하면 현재 있는 일자리를 최대한 보장해 주는 방향으로 수립되어야 한다. 또한 경영난 극복을 위한 불가피한 경우에도 그 요건을 보다 강화할 필요가 있으며, 정리해고가 불가피한 경우에는 해고예고제의 도입이 필요하다.

최근 실업문제와 관련해서 실업자의 단결권 보장 문제 역시 현안으로 떠오르고 있다. IMF 구제금융 이후 실업문제가 심각한 사회문제로 부각되면서 실업자들이 실업자 동맹을 결성하여 활동을 준비하고 있는 실정이다. 그리고 민주노총, 한국노총 등에서도 실업자 동맹을 노동운동의 일환으로서 조직하고

15) 신권철, 앞의 논문, 123면.

16) 오늘날 근로자의 고용불안은 크게 두 원인으로 나눌 수 있다. 하나는 국가 경제위기에 따른 실업의 증가 및 기업의 구조조정의 결과에 따른 고용불안이 있으며 다른 하나는 기술의 진보와 근로환경 변화에 따라가지 못하는 근로자의 기술능력의 한계로 인한 고용불안이다. 이는 결국 외환위기를 맞이한 이후 기업들이 경쟁력 강화와 비용절감을 위해 선택한 탄력적 인력운용에 따라 비정규직이 대규모 양산되면서 고용불안으로 귀결됨을 의미한다(이은주, "고용시장의 변화와 근로권의 현대적 고찰", 「노동연구」, 제24집, 고려대학교 노동문제연구소, 2012.10, 38면.).

있다. 그런데 정부측은 실업자는 노조원이 될 수 없다는 방침 아래 실업자의 노동조합원 자격 여부에 문제를 제기하고 있다.<sup>17)</sup> 하지만 해고자의 노동조합원 자격이나 노동조합을 결성할 수 있는 권리를 부정하는 것은 잘못된 생각이다. 노동조합 및 노동관계조정법에 따르면 근로자는 “직업의 종류를 불문하고 임금, 급료, 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”라고 규정되어 있다. 이는 곧, 종속노동에 종사해서 생활할 수밖에 없는 자, 생산수단을 소유하지 못한 자나 실업자를 모두 노동자 개념에 포함하고 있는 것이다. 따라서 실업자도 당연히 노동조합을 결성할 수 있는 노동자이기 때문에 실업자 동맹은 일종의 노동조합으로 인정받아야 할 것이다.<sup>18)</sup>

조합원 자격유무에 대해서는 단체협약에 조합원의 자격에 대한 별도의 내용이 없다는 가정 하에서 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제4호 라목 단서(2008.3.28 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제4호 라목 단서)는 “해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 한 경우 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다. 따라서 중앙노동위원회의 재심판정에서 근로자가 인용결정을 받아 구제명령이 있는 뒤, 행정소송을 진행하게 된 경우 조합원의 자격은 인정되는 것으로 해석될 것이다.<sup>19)</sup> 다만 소송에 의한 확정판결을 받기 전까지 조합원의

17) 사실상 근로권에 헌법 하에서 과연 어느 정도의 수준까지 보장되어야 할 것인가의 문제는 이른바 근로권의 법적 성격에 관한 문제로서 그간 무수한 논란을 거듭하고 있는 것이 사실이다. ‘근로권의 법적 성격’에 관하여는, 우 성, 앞의 논문 3면, 참조).

18) 노동법은 이제 기업의 내부에서 노사관계만을 규율하던 전통적 기능과 자세로부터 과감히 탈피하여 노동시장에서 모든 근로자들이 공정하게 경쟁하고 노사간의 대등한 경쟁질서를 잡아주는 명실상부한 노동시장의 질서유지규범으로 다시 태어나야 한다. 이를 위하여 헌법 제32조 제3항 및 제33조 제1항이 종전처럼 주로 ‘노사관계를 규율하고 헌법 제32조 제1항의 ‘근로의 권리’가 주로 ‘노노관계’를 규율하도록 헌법의 궁극적 취지 및 목적에 부합하는 노동법 재정비가 이루어져야 할 것이다’(채호일, 앞의 논문 26-27면.).

19) 노동조합법 제2조 제4호 단서는 “해고의 효력을 다투고 있는 자를 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니 된다.”고 규정하고 있는 바, 이 규정의 취지가 단지 사용자가 정당한 이유 없이 근로자를 해고함으로써 노동조합의 설립이나 존속을 저지하는 것을 막기 위한 것에 그치는 것이 아니라, 해고된 근로자가 해고된 때로부터 상당한 기간 내에 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하거나 법원에 해고무효확인의 소를 제기하여 그 해고의 효력을 다투고 있는 경우에는, 그 해고에도 불구하고 근로자의 신분이나 노동조합원으로서의 신분을 계속 보유하는 것으로 보아 그 지위를 보장하여 주려는 데에도 있는 것이므로, 근로자가 회사로부터 해고를 당하였다고 하더라도 상당한 기간 내에 노동위원회에 부당노동행위 구



자격이 문제시 될 수 있다.

해고된 조합원이 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 제기하여 중앙노동위원회 재심판정에서 부당노동행위는 기각되고, 부당해고 부분이 인정되었으나 사용자가 중앙노동위원회의 부당해고 구제명령을 이행하지 않고 행정소송 등으로 이를 계속 다루고 있는 경우, 노동위원회의 구제명령은 사용자에게 이에 따라야 할 공법상 의무만 부담시킬 뿐 직접 사법상의 법률관계를 발생 또는 변경시키는 것은 아니므로 사용자가 중앙노동위원회의 부당해고 구제명령에 따라 해고자를 복직시키지 않는 한 재심판정 이후에도 조합원 자격이 계속 유지된다고 보기 어려울 것이다. 이는 노사간 체결한 단체협약에서 조합원 자격 등을 상기 법 규정과 상이하게 규정하였다 하여 달리 해석할 수는 없을 것이다.

결론적으로 해고된 근로자가 조합임원 출마 등의 행위 등을 하려는 경우 행정해석에 따라 조합원자격을 유지할 수 없을 것이나 소송에 의하여 부당해고 확정판결을 받게 되는 경우 조합원자격이 인정된다고 본다. 따라서 해고된 노동자에게도 조합원의 자격을 부여하여야 한다.

## 2. 비정규직 문제

지금 우리사회가 안고 있는 노동문제 중에서 가장 심각한 현안중 하나가 비정규직 문제이다. 비전형 근로자 혹은 근로자에 유사한 자들이 증가하게 된 배경은 대부분 필요한 때 필요한 만큼의 노동력을 확보하거나 노동법의 적용을 면하여 인건비 부담을 경감하고 고용책임을 회피하려는 사용자측의 의도에서 찾아진다.<sup>20)</sup> 비정규직문제는 이들에게 노동관계법의 적용 내지 노동기본권의 보호영역 밖에 있다는 것이다. 비정규직은 헌법이 보장하고 있는 단결권, 단태교섭권, 단체행동권을 행사하는데 법제도적으로 많은 제약이 존재하므로

제신청을 하여 그 해고의 효력을 다루고 있었다면, 위 법규정의 취지에 비추어 노동조합원으로서의 지위를 상실하는 것이라고 볼 수 없다(대법원 1992. 3. 31. 91다14413 판결).

20) 김인재, "고용형태의 다양화와 노동기본권-특수형태의 근로종사자와 간접고용근로자를 중심으로-", 『노동법학』, 제28호, 2008.12, 214면.

저임금과 열악한 노동조건, 고용불안의 문제를 해결하지 못하고 있다. 특히 간접고용근로자와 특수형태근로종사자는 매우 심각한 상황이다. 비정규직의 인간다운 삶과 노동기본권의 보장을 위해서는 정부의 노동정책적 측면에서 정규직과 비정규직 노동자들에 대한 차별철폐(동일노동-동일임금원칙 적용)와 비정규직의 정규직화를 조속히 실현해야 할 것이며, 법제도적 측면에서는 비정규직 노동자들이 헌법상 노동기본권을 실효성 있게 보장받기 위해서는 노동조합 및 노동관계조정법을 우선 개정해야 할 것이다. 특히 노동조합 및 노동관계법 제2조(정의)의 근로자와 사용자의 개념을 확대하여 비정규직 노동자의 헌법상 노동기본권을 실질적으로 보장해야 할 것이다.

### 3. 교원노조

1987년 민주화운동이 확산되면서 결성된 전국교사협의회를 모체로 1989년 7월 공식적으로 창립했다. 그러나 당시 문교부는 전교조를 불법노조라고 규정하고 소속 교사들로 하여금 탈퇴를 종용했다. 결국 이를 거부한 1,465명의 교사들이 해직되는 수난을 겪었다. 그러다가 1993년 대부분의 해직교사들이 복직한데 이어 1999년 국회에서 '교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(교원노조법)'이 통과되면서 건국 이래 최초의 합법적 교원노조가 탄생했다.

정부는 교원단체 관련 법령 정비는 15년 넘게 방치해 오면서 교원노동조합(전교조)에 대해 전교조가 해고자를 조합원으로 인정하는 규약이 '노동조합 및 노동관계조정법'과 '교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률'에 어긋난다며 '법외노조'를 결정했다.

이 사건을 법적 쟁점으로만 보자면, 부당해고된 해고자의 조합원 자격을 인정하는 규약을 변경하고 해고자의 조합원 자격을 박탈하지 않으면 전교조를 법내노조로 보지 않겠다는 것이 정부측 입장의 요지다. 이에 대해 전교조를 비롯한 진보진영은 고용노동부가 시정요구의 근거로 제시한 「노동조합 및 노동관계조정법 시행령」 제9조 제2항 시행령 조항에 대하여 국가인권위원회가 인권 침해성을 인정하여 삭제할 것을 권고한 제도로서 조합원 범위는 노조가 규약으로 자주적으로 정하는 것이고 초기업단위노조의 조합원 범위는 특정

사용자에게 고용돼 있는 자에게 한정되지 않는다는 것이 대법원 판례이자 국제노동·인권기준이라고 주장한다. 또 이미 대부분의 산업·지역노조가 해고자에게 조합원 자격을 인정하고 있으며 정부의 범외노조화 통보는 법률적 근거가 희박하다는 점을 지적하고 있다. 전교조의 범외노조문제뿐만 아니라 대부분의 산업·지역노조가 해고자에게 조합원 자격을 인정하고 있는 문제를 해결하기 위해서는 조합원 가입대상과 관련한 조항을 현실에 맞게 개정해야 할 것이다.

현행 교원노조법은 노동자의 단결권·단체교섭권·단체행동권을 보장하고 있는 헌법 제33조에 입각해 노동조합 및 노동관계조정법(노조법)은 노동자가 자유로이 노조를 결성·가입할 수 있고 노조의 조직형태 역시 자주적으로 선택할 수 있도록 규정하고 있음에도 불구하고 일반 노동자와 다르게 교원의 노동 3권을 제한하고 있다. 초·중등교육법에 근거한 교원에게만 노조 가입자격을 부여하고, 노조의 조직형태와 단체교섭 형태를 제한하고, 교원의 단체행동권과 정치활동권을 일체 부정하는 등 많은 법적 제한을 두고 있다.

교원단체와 교원노조는 교육기본법과 교원노조법 등 적용 법제가 다르지만 조직 대상, 역할과 기능 등이 크게 다르지 않다는 점과 교사가 자기의 권익보장을 위해서 단체를 구성할 때 그 단체를 전문단체로 할 것인지 노동조합으로 할 것인지는 교사들이 자주적으로 결정할 문제이기 때문에 관련 법령을 전반적으로 정비하여야만 교총이 아닌 다른 교원조직이 교원단체를 설립해 교섭·협의를 하겠다고 나설 경우 이와 관련한 법령 미비로 교원조직의 기본적인 권리 침해는 물론 다른 교원단체와의 혼선이 초래될 가능성을 방지할 수 있을 것이다.

교원의 단체행동권과 정치활동권을 인정하여야 할 것이다. 다만 교사의 단체행동권이 학생들의 수업권과 상치하는 측면이 있다는 점을 생각해 볼 수 있으나 학생들이 수업 받을 수 있는 권리인 수업일수를 침해하지 않는 범위 내에서 교사들의 파업권 역시 인정되어야 한다.<sup>21)</sup>

21) 현행 교원노조법은 단결권과 범위가 한정된 단체교섭권만을 교원의 노동기본권으로서 인정하고 있다. 즉, 본 법률은 단결권(제4조)과 노동조합 또는 조합원의 임금·근무조건·후생복지 등 경제적, 사회적 지위향상에 관한 사항(제6조)에 한하여 단체교섭을 할 수 있도록

#### 4. 공무원 노조

우리나라에서 단결권이 보장되지 않았던 부문이 공무원 노조이다. 공무원도 국민의 한 사람으로서 존엄과 가치를 가지고 행복을 추구할 권리를 가지며, 모든 국민이 법 앞에 평등하므로 공무원도 원칙적으로 모든 영역에서 차별을 받지 않아야 할 것이다.<sup>22)</sup> 공무원 노조 인정과 관련하여 그 동안 여러 차례 국제적인 압력이 있었고 사회적 합의도 이루어져 2006년 1월 28일부터 시행되고 있는 현행 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률에 의해 비로소 공무원노가 인정되었다. 이 법은 법제정 과정에서 부터 공무원단체, 노동계, 국제노동단체 등으로부터 많은 문제제기가 있었고, 동법에 따라 상당수 공무원들이 공무원노조에 가입하여 활동하고 있는 지금까지도 이에 대한 논란은 계속되고 있다. 특히 행정의 공공성과 중립성을 근거로 공무원노조의 조직형태 및 가입범위 문제, 단체교섭 및 단체협약의 효력, 단체행동권, 노조 전임자 지위 등에 관하여 특별한 규율을 하고 있다. 이는 공무원노조법을 일반법인 노조법의 특별법의 형식으로 입법하였기 때문이다.

노동조합은 헌법에서 규정하였듯 “자주적”인 단체이다. 그러므로 공무원인 노동자가 참여하는 단체의 조직과 운용에 관하여 특별법 형식을 취하는 것은 바람직하지 않다. 일반법으로의 전환을 통하여 공무원인 근로자 노동3권을 보장하는 입법이 필요하다.

입법형식은 공무원을 일반근로자와 다르게 보는 관점으로 특별법으로 제정하는 방법과 공무원을 일반근로자와 대등하게 보는 관점으로 일반법으로 제정하는 방법이 있다. 먼저, 공무원을 일반근로자와 다르게 보는 관점으로 공무원이 근로자라고 하더라도 그들의 신분과 업무의 특수성으로 인해 공무원노동조합법은 일반노동관계법과 달리 특별법으로 공무원노사관계를 규정하는 것이며, 절차와 형식 및 기구 등에 있어서도 구분이 있어야 한다. 즉, 기존의 일반노사관계와는 다른 틀 속에서 운영되어야 하는 것으로 특별법으로 제정

규정하고 있고 단체행동권은 아예 배제시키고 있는 실정이다(안주열, 앞의 논문, 97면.).

22) 조성혜, “공무원의 노동기본권 제한의 연혁과 헌법재판소의 태도”, 「노동법학」, 제43호, 한국노동법학회, 2012.9, 249면.

되어야 한다. 그러나 공무원이 신분과 업무의 특수성이 있다고 하더라도 그들이 본질적으로 근로자라는 점에는 이의가 없다. 노동기본권은 공무원이 근로자의 지위에서 보장받는 기본권으로 이를 특별법으로 규정하는 경우 공무원의 노동기본권이 과도하게 제약될 우려가 있으므로 일반노동법에서 규정하는 것이 일반노동자와 거의 동등한 수준의 노동기본권 보장을 기할 수 있으므로 일반법으로 제정되어야 한다.<sup>23)</sup>

## 5. 노조의 정치활동과 경영참여

다음에 노동조합의 정치활동 문제가 있다. 1997년 3월 노동법 개정을 통해 노동조합의 정치활동을 금지하는 노동법 규정이 삭제되었다. 그런데 정치자금법이나 선거법에는 노동조합의 선거운동을 금지하는 규정이 그대로 잔존하고 있었기 때문에 노동조합의 정치활동 자유는 여전히 제한되어 있다. 그러나 그 이후 선거법이 개정되면서 노동조합의 선거운동을 제한했던 규정이 철폐되어 노동조합은 사실상 정치활동의 자유를 획득하게 되었다. 이런 측면에서 이번 선거법 개정은 긍정적이라고 할 수 있다.

전반적으로 신자유주의 공세 속에서 구조조정은 노동조합과 노동자를 한순간에 무력화시키는 무기로 둔갑하였다. 따라서 노조가 단순히 위기관리의 대상이 아니라 산업현장의 주체임을 자각시키고 이에 대한 협력체계를 강화시키기 위해 유럽에서 일반화된 '경영참여제'를 도입할 필요가 있다. 서구의 경험에서 보듯, 오늘날 경영참여를 통한 노사공동결정제도는 이미 실행과정에서 반자본이기보다는 오히려 자본에 포섭될 위험조차 있다. 그럼에도 한국재벌의 무소불위의 경영방식을 제어하는 데는 나름대로 의미가 있을 것이다.

하지만 노동조합의 경영참여 문제는 여전히 해결되지 않고 있다. 참여민주주의와 경제 민주주의의 발전을 위해서는 노동조합의 경영참여가 선진적으로 이뤄져야 함에도 우리나라에서 노조의 경영참여는 아직 법적, 제도적으로도 미비하고 노동조합의 역량도 모자란 실정이다.<sup>24)</sup> 따라서 앞으로 노조의 경영

23) 김경태, “공무원노동조합의 활성화를 위한 법적 연구”, 석사논문, 창원대학교 대학원, 2012, 47-48면.

참여를 위해서는 노조 자체로서도 실제로 경영에 참가할 수 있는 역량을 갖추어야 할 것이고, 제도적으로 보다 뒷받침이 되어야 할 것이다.

## 6. 외국인노동자와 인권문제

유엔은 1997년을 '이주 노동자의 해'로 선포하였다. 보통 우리는 외국인노동자라고 표현하는데 ILO나 유엔에서는 '이주노동자'(Migrant Worker)라는 개념을 사용하고 있다. 이는 외국인노동자들이 차별받지 않고 내국인과 화합해서 자유롭게 살 수 있는 사회를 지향하고자 하는 데 목적이 있다. 외국인노동자의 인권보장에 관한 국제기준으로는 국제노동기구의 여러 조약과 권고들이 있고, 유엔총회에서 1990년 12월에 채택된 "모든 이주노동자 및 그 가족구성원의 권리 보호에 관한 국제조약"(International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families; 약칭 '이주노동자권리조약')은 가장 종합적인 외국인노동자 인권보장에 관한 국제기준이라 할 수 있다. 현재 세계적으로 국제인권단체들이 위 조약의 비준운동을 전개하고 있는바, 우리나라의 경우에도 가능한 한 빨리 위 조약을 비준하도록 해야 한다.

우리나라는 외국인노동자의 유입과 관련하여 이른바 보충성의 원칙에 입각하고 있는데,<sup>25)</sup> 우리나라 외국인노동자의 인권실태는 열악한 수준에 있다. 예

24) 현재의 노동관계법을 살펴보면, 헌법상 노동기본권에 입각하여 현실을 반영하기에 내부노동시장의 주체인 취업근로자만을 보호대상으로 하고 있다는 한계점을 가진다. 그 내용은 주로 사용자에 비해 열등한 지위에 있는 근로자들의 근로활동을 보호하기 위한 근로조건을 법률로 정하고 있을 뿐이며 이에 더 나아가 대등한 관계에서 사적자치를 실현할 수 있도록 집단적 노사관계에 대한 법률을 정하고 있지만 그 보호는 이미 취업된 자로서 사용자에게 '종속'이 전제된 것이다(이은주, 앞의 논문, 40-41면.).

25) 보충성의 원칙은 내국인근로자 우선고용의 원칙이라고도 표현되는 데, 이 원칙은 외국인근로자 고용 등에 관한 법률에 주로 표현되어 있다. 보충성의 원칙은 우리나라 입법에서만 확인되는 외국인근로자 고용의 대 원칙은 아니며 각 국가가 채용하고 있는 일반적인 원칙으로서 화폐의 통합을 바탕으로 빠르게 단일시장으로 통합되고 있는 유럽연합 마저도 국적을 기준으로 노동의 국제이동에 대하여 여전히 이 원칙을 관철하고 있다. 이는 고용정책의 수립과 집행이 여전히 국가단위로 이루어지고 있고 여기에 소요되는 막대한 비용 또한 국가단위로 조달되기 때문이다. 그러나 보충성의 원칙은 그 집행에 있어 외국인근로자와 내국인근로자의 고용에 대한 차별을 불러일으킬 소지를 안고 있으므로 그 적용에 대하여 인

컨대 코리아나 드림을 안고 한국에 왔던 중국 교포들이 대표적인 증인이라고 할 수 있다. 이들은 비인간적인 대우, 인권유린, 임금 체불과 산업재해 등 온갖 비인도적인 처우를 견디지 못한 채 반한(反韓)감정만 가슴에 안고 고국으로 떠나는 경우가 대부분이었다. 이 때문에 한국 사람이 동남아시아나 중국을 여행할 때 현지인으로부터 공격을 당하기도 한다.

이와 같은 현실은 우리나라의 이중적인 외국인노동자 정책에 기인하는 바가 크다. 외국인노동자는 정부가 인정하는 특수한 영역에서만 고용될 수 있고 일반적으로 여타 외국인은 취업활동이 금지되어 있다. 그러나 이들의 임금 수준이 낮고 이들에 대한 국내 노동수요는 높기 때문에 이들은 지정 작업장을 이탈하여 불법체류 형태로 임금이 상대적으로 높은 분야에 취업을 하게 된다.

결국, 이들은 법적 보호를 받지 못하는 인권의 사각지대에서 비인도적 대우를 받게 되는 것이다. 이와 같은 문제점에도 불구하고 정부는 이를 해결하기 위한 관심이나 적극적 노력이 부족한 실정이다. 다행히 문제점에 대한 사회적 공감대가 생겨 이제는 정치권이나 정부 측에도 대안을 강구할 수밖에 없게 됐지만 앞으로의 전망은 그리 밝지만은 않아 보인다.<sup>26)</sup> 현실적으로 외국인노동자는 언어소통의 문제, 가족과의 격리, 종교시설의 미비(동남아 출신 외국인의 경우) 등으로 인해 일상생활에 여러 어려움이 존재한다는 점을 감안한다면, 외국인노동자에게는 사회보장의 전달체계 중 소득보장의 측면에서 정형적인 급부가 행해지는 사회보험이나 공공부조(예를 들면, 기초생활보장법) 등 보다 다양한 형태의 비정형적인 급부가 행해지는 사회복지서비스가 중요하다.<sup>27)</sup>

권적 고려가 매우 중요하다(전형배, “외국인근로자의 노동인권”, 『노동법논총』, 18호, 한국 비교노동법학회, 2010.4, 129-130면).

26) 신권철, 앞의 논문 116-117면에 의하면, 근로자는 단순히 사용자와의 관계에서 권리의무의 당사자로서만 활동하는 것이 아니라 자신의 노동으로서 회사조직 및 제3자, 그리고 일의 성과물과의 사이에 노동관계를 형성하는 자로서, 근로자의 노동관계는 법적으로 충분히 보호할 가치가 있는 것이므로 사용자의 인인권 행사에 있어서는 근로자의 노동관계를 다분히 존중해 주어야 하는 것이라 주장하고 있는데, 이는 비단 내국인노동자에게 뿐만 아니라 외국인노동자(이주노동자)에게도 해당하는 법률관계의 내용일 것이다.

27) 김홍영, “외국인근로자의 노동권과 사회보장권”, 『법학연구』 14집, 충남대학교 법학연구소, 2003.6, 263면.

## 7. 민노총의 위상 재정립

현실을 적시해 보면, 노동자와 노동운동에 대한 사용자측의 탄압은 점점 다양화, 정교화되고 있으며 사용자들은 손해배상, 가압류, 형사처벌 등 다양한 법적 수단을 활용하고 있는데 반하여, 노동자들의 생존권과 노동3권을 보호하는 수단은 전무하여 노조가 붕괴되고 노동자들의 인권은 전혀 보호받지 못하고 있는 실정인<sup>28)</sup> 시기도 있었다. 하지만 민주노총 합법화는 총연맹 조직의 법적 대표성을 한국노총이 독점해오던 시대를 마감하고 노동현장의 어려움을 해결하기 위해 더 폭넓게 활동할 노조운동을 더욱 촉진하게 되었다. 또한 합법화를 계기로 산별노조체제 전환과 산별교섭 정착을 통해 노동자들의 생활 안정은 물론 안정된 노사관계를 확보할 수 는 계기를 마련하였다.

그러나 소위 대기업노조에 대한 '귀족노조'와 사회적 고립, 비정규노동 입법화, 노사관계 선진화-로드맵, 산별교섭 등은 지속적으로 사용자와 민주노총간의 대립관계를 구축하기도 하였다. 따라서 민노총의 새로운 역할을 통한 위상 재정립이 필요하다. 이를 위해서는 고용안정의 확보를 위한 노동시간단축을 통한 일자리나누기, 산업공동화에 대한 대책마련, 단체교섭의 효력을 비정규노동자들에게 확대(정규직화를 유도)와 더불어 정규직과 비정규직 노동자들에 대한 차별철폐(동일노동-동일임금원칙 적용), 비정규직 영세노동자들을 대변하는 활동, 미조직 노동자 조직활동을 강화하고 산별노조체제로 전환, 열악한 작업환경에서 일하는 노동자들을 보호하는 사회보장 제도 등의 확충을 위해 노력해야 할 것이다.

또한 전교조의 범외노조문제와 관련하여 민노총도 과거 합법화 과정에서 노조설립신고서 반려이유가 된 것이 첫째, 민주노총 임원중의 상당수가 직장에서 해고당한 실업자의 위치에 있기 때문에 조합원 자격이 없으므로 임원 자격이 없다는 점과 둘째, 민노총의 산하단체 중에 적법한 노동조합으로서 설립신고증을 받지 못한 단체가 속해 있다는 것이라고 한다면, 현재 전교조가 범외노조 통보와 민노총도 임원중에 해고된 실업자가 있다는 점으로 볼 때

28) 참여연대사회복지위원회, 앞의 논문, 67면.



민주노총의 노동조합으로서의 적법성 여부도 문제가 될 수 있으므로 노동관련법의 개정에 적극적으로 임해야 할 것이다.

## VI. 결론

세계 역사상 유래 없는 고속경제성장을 이루며 장기적 경제 불황 속에서도 위기를 슬기롭게 극복해가고 있는 우리나라의 성장 동력은 무엇보다 노동자로서의 국민들의 노력이라 지칭될 수 있다. 이는 한편으로 헌법상 노동기본권의 침해 혹은 제한 속에서 이룬 결과일 수도 있으나 지금 시점에서 우리는 계속적인 국가의 성장을 도모하기 위하여 우리사회를 구성하고 있는 노동자로서의 국민들의 헌법상 노동기본권을 다시 한 번 상기하고 이에 대한 근원적 보장을 위한 구체적 실현방안을 노동정책적 측면과 법적 측면에서 강구해야 할 것이다. 따라서 구체적 현안문제들에 대한 끊임없는 사회적 논의를 통하여 궁극적으로 노동기본권을 침해하지 않는 인권보호적 합의를 이끌어내는 노력, 그리고 이러한 노력을 통한 문제의 해결과정은 분명히 더욱 합법적이고 체계적인 발전의 저력으로 힘을 발휘할 것이라 생각된다.

## 참고문헌

- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2005.  
김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2005.  
성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2013.  
신인령, 「노동기본권연구」, 미래사, 1985.  
허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2013.  
김경태, “공무원노동조합의 활성화를 위한 법적 연구”, 석사논문, 창원대학교 대학원, 2012.  
김인재, “고용형태의 다양화와 노동기본권-특수형태의 근로종사자와 간접고용

- 근로자를 중심으로-”, 「노동법학」, 제28호, 2008.12.
- 김홍영, “외국인근로자의 노동권과 사회보장권”, 「법학연구」, 14집, 충남대학교 법학연구소, 2003.6.
- 송길용, “헌법재판소 결정에 의한 생존권적 기본권의 구체화”, 「성균법학」, 성균관대학교 법학연구소, 제16권 제3호, 2004.
- 신권철, “헌법상 노동권 소고”, 「노동법연구」, 제22호, 서울대노동법연구회, 2007.6.
- 안주열, “교원노조의 노동기본권에 관한 교육법적 고찰과 법교육적 함의”, 「공법학연구」, 5권1호, 한국비교공법학회, 2004.1.
- 우 성, “근로권의 규범적 이해”, 「산업관계연구」, 11권1호, 한국고용노사관계학회, 2001.6.
- 이은주, “고용시장의 변화와 근로권의 현대적 고찰”, 「노동연구」, 제24집, 고려대학교 노동문제연구소, 2012.10.
- 이흥재, “노동기본권에 관한 제헌의회 심의의 쟁점 -기업운영참가권 보장논의를 중심으로-”, 「노동법연구」, 제27호, 서울대학교 노동법연구회, 2009.9.
- 전형배, “외국인근로자의 노동인권”, 「노동법논총」, 18집, 한국비교노동법학회, 2010.4.
- 조성혜, “공무원의 노동기본권 제한의 연혁과 헌법재판소의 태도”, 「노동법학」, 제43호, 한국노동법학회, 2012.9.
- 참여연대사회복지위원회, “[정책과제] 노동현안 해결과 노동권 보장, 그리고 복지 확대 분야 4대 과제”, 「월간 복지동향」, 172호, 참여연대사회복지위원회, 2013.2.
- 채호일, “한국 노동법의 규범력 위기”, 「노동정책연구」, 3집1호, 한국노동연구원, 2003.3.

[Abstract]

## A Study on Labor Rights in Constitutional Law and Social Pending Issues

Lee, Seung-Cheon

*Ph.D. Candidate in Law, Department of Police Administration DAEGU*

*FUTURE COLLEGE, Professor*

One of the most responsible for our country's economic growth can be referred to the efforts of the people as workers. Although it might have been achieved at the expense of violations or limitations of fundamental labor rights, at this point we should consider specific implementations to secure the labor rights fundamentally by reviewing it in terms of the people as workers who consist of our society to promote continued national growth.

To date, constitutional arguments about the political and social pending issues related to labor rights have been dealt with in many areas of discussions as industrial and economic conditions change domestically and internationally.

Based on the necessity to consider the constitutional rights of labor, first of all, the process of legislation on labor rights is investigated historically along with the development of the national labor rights, and later the international standards on labor rights is reviewed in this paper, proposing a solution to several specific issues such as the legalization of the KCTU, teachers' unions, civil union, protection of unfair dismissal and security of the right to organize the unemployed, union political activity and participation in management, and finally human rights for foreign workers.

Through ceaseless social discussions on the pending issues, the endeavor

to generate agreement in the context of human rights focused on ultimate protection of labor rights and the process of problem solving with such endeavor are thought to clearly lead to a more legal and systematic development.

**Key words** : Labor Rights, Constitutional Law, Right to Organize, Human Rights