

공무원의 노동3권 제한의 한계에 대한 위헌심사

-헌법재판소 2008. 12. 26. 선고, 2005헌마971 등 결정 평석-

Judicial Review about the Limitation of the Restriction on the Public Officials' Constitutional Labor Rights

정 관 영*
Jung, Kwan-Young

목 차

- | | |
|---|----------|
| I. 대상결정의 소개 | III. 결 론 |
| II. 대상결정 평석 : 공무원의 노동3권 제한
의 한계에 대한 위헌심사 | |

노동3권을 헌법에서 보장하는 우리나라의 경우 노동3권의 문제는 헌법적 차원에서 먼저 확정해야 한다. 헌법재판소의 표현을 빌리자면 노동3권은 사회경제적으로 수세에 몰린 노동자들에게 대등성을 확보해 주기 위해 국가가 보장하는 후견적 개입의 특성을 갖는 기본권이다. 노동3권은 실질적 집단자치의 실현이라는 목적의 구현에 기여한다.

대상결정은 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 노동3권을 인정할 것인지 여부, 어떤 형태의 행위를 어느 범위에서 인정할 것인지 여부 등에 대하여 입법자가 상당한 입법형성권을 가진다는 점을 기존의 선례와 같이 재확인한 의의가 있다. 그러나 이러한 헌법재판소의 선례와 대상결정의 법정의견은 심사기준의 모호성과 구체적인 심사 부족으로 타당하지 않다.

대상결정에서 일부 반대의견의 견해가 법정의견보다 더욱 합리적이다. 헌법 제33조 제2항에 의한 법률은 헌법 제7조의 요청을 준수하기 위해 헌법 제37조 제2항의 ‘필요한 한도’에서 노동3권을 제한할 수 있다고 보아 비례의 원칙과 본질내용침해금지원칙의 실제적 심사가 가능하게 하여, 헌법상 노동3권 보장의 취지에 맞게 그 보장영역을 확보한 일부 반대의견이 타당하다. 헌법재판소는 헌법에서 보호하는 공무원의 노동3권을 제한하는 입법을 면밀히 심사하여 노동3권의 보장에 기여할 필요가 있다.

[주제어] 공무원, 노동3권, 위헌심사, 비례의 원칙, 본질내용침해금지원칙

투고일 : 2014. 12. 20. / 심사회의일 : 2015. 1. 16. / 게재확정일 : 2015. 2. 3.

* 대한법률구조공단 공익법무관

Public Service Attorney, Korea Legal Aid Corporation

I. 대상결정의 소개

1. 사건의 개요

청구인 전국공무원노동조합은 전국의 일선 공무원들이 2002년 3월 23일 자율적으로 조직한 법외노조의 성격을 가지고 있다가 2007년 10월 17일 노동부장관에게 설립신고를 마친 법상 공무원노동조합이고, 청구인 임○규는 1989년 8월 국가공무원 행정주사보로 임용되어 2005년 10월 현재 과학기술부 과학기술협력국 미주기술협력과에서 행정사무관으로 근무하고 있는 5급 국가공무원이며, 청구인 남○우는 1978년 11월 1일 서울특별시 지방행정서기보시보로 공채되어 2005년 10월 현재 서울특별시 강서구청 하수과 지하수팀에서 5급 지방행정사무관 대우로 근무하고 있는 지방공무원이다.¹⁾ 이 사건 심판청구대상인 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(법률 제7380호, 이하 ‘노동법’이라 한다.)이 2004년 12월 31일 국회 본회의를 통과한 후 2006년 1월 28일 시행을 앞두게 되자, 청구인들은 위 심판대상의 위헌성을 주장하며 2005년 10월 5일 이 사건 헌법소원심판을 제기했다.²⁾

1) 2005헌마971, 2005헌마1193, 2006헌마198 사건 중 2005헌마971의 사건개요인데 대표적으로 소개한다. 헌법재판소 2008. 12. 26. 선고, 2005헌마971 등 결정, 판례집 20-2하, 666, 680-681쪽(이하 ‘대상결정’이라고 한다.).

2) 심판대상조문은 이렇다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(2005. 1. 27. 법률 제7380호로 제정된 것) 제6조(가입범위)

① 노동조합에 가입할 수 있는 공무원의 범위는 다음 각 호와 같다. 1. 6급 이하의 일반직공무원 및 이에 상당하는 연구 또는 특수 기술직렬의 일반직공무원 2. 특정직공무원 중 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 외무행정·외교정보관리직공무원 3. 기능직공무원 4. 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 별정직공무원 및 계약직공무원 5. 고용직공무원

② 제1항의 규정에도 불구하고 다음 각 호의 1에 해당하는 공무원은 노동조합에 가입할 수 없다. 1. 다른 공무원에 대하여 지휘·감독권을 행사하거나 다른 공무원의 업무를 총괄하는 업무에 종사하는 공무원 2. 인사·보수에 관한 업무를 수행하는 공무원 등 노동조합과의 관계에서 행정기관의 입장에 서서 업무를 수행하는 공무원 3. 교정·수사 그 밖에 이와 유사한 업무에 종사하는 공무원 4. 업무의 주된 내용이 노동관계의 조정·감독 등 노동조합의 조합원으로서의 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니하다고 인정되는 업무에 종사하는 공무원

④ 제2항의 규정에 의한 공무원의 범위는 대통령령으로 정한다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제8조(교섭 및 체결관한 등) ① 노동조합의 대표자는 그 노동조합에 관한 사항 또는 조합원의 보수·복지 그 밖의 근무조건에 관한 사항에 대하여 국회사무총장·법원행정처장·헌법재판소사무처장·중앙선거관리위원회 사무총장·행정자치부장관(행정부부를 대표한다.)·특별시장·광역시장·도지사·시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다.) 또는 특별시·광역시·도의 교육감 중 어느 하나에 해당하는 자(이하 “정부교섭대표”라 한다.)와 각각 교섭

2. 청구인들의 주장

이 사건 청구인들의 주장은 다음과 같이 정리할 수 있다. ‘헌법’ 제33조 제2항이 근로3권을 보장받는 공무원의 범위를 정하는 것을 입법자에게 위임하고 있다고 하더라도, 그 입법형성권은 무제한의 재량이 아니라 헌법 제37조 제2항에서 정하는 원칙에 따라야 할 한계가 있는바, 심판대상조항들은 그 제한의 한계를 위반하여 위헌이다. 또한 헌법은 근로3권을 가지는 공무원의 범위를 법률로 정하도록 했지, 공무원의 단결권, 단체교섭권을 다시 제한하거나 단체행동권을 금지하도록 명문으로 위임한 바가 없다. 공노법의 핵심조항인 심판대상조항들은 헌법 제21조 제1항, 헌법 제33조 제1항, 제2항, 제10조, 제11조에 반하고, 세계인권선언, ILO 협약·권고 등에 위반하는 것인바, 헌법재판소법 제75조 제6항, 제45조 단서에 의거, 공노법 전체에 대하여 위헌 확인이 필요하다는 것이다.

하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다. 다만, 법령 등에 의하여 국가 또는 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항은 교섭의 대상이 될 수 없다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제9조(교섭의 절차) ④ 정부교섭대표는 제2항 및 제3항의 규정에 따라 교섭을 요구하는 노동조합이 2 이상인 경우에는 당해 노동조합에 대하여 교섭창구를 단일화 하도록 요청할 수 있다. 이 경우 교섭창구가 단일화 될 때까지 교섭을 거부할 수 있다. 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제10조(단체협약의 효력) ① 제9조의 규정에 따라 체결된 단체협약의 내용 중 법령·조례 또는 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의한 위임을 받아 규정되는 내용은 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니한다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제11조(쟁의행위의 금지) 노동조합과 그 조합원은 파업·태업 그 밖에 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 행위를 하여서는 아니 된다.

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제17조(다른 법률과의 관계) ③ 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제4호 라목 단서, 제24조, 제29조, 제36조 내지 제46조, 제51조 내지 제57조, 제60조 제1항·제5항, 제62조 내지 제65조, 제66조 제2항, 제69조 내지 제80조, 제81조 제2호 단서, 제88조 내지 제92조, 제96조 제1항 제3호 및 법률 제5310호 노동조합 및 노동관계 조정법 부칙 제5조 제1항 및 제2항의 규정은 이 법에 의한 노동조합에 대하여는 이를 적용하지 아니한다. 공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제18조(벌칙) 제11조의 규정을 위반하여 파업·태업 그 밖에 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

3. 대상결정의 쟁점과 요지³⁾

3.1 공무원의 노동3권에 대한 국회의 광범위한 입법형성권 인정 여부

3.1.1 법정의견

우리 헌법은 제33조 제1항에서 근로자의 자주적인 노동3권을 보장하고 있으면서도, 같은 조 제2항에서 공무원인 근로자에 대하여는 법률에 의한 제한을 예정하고 있다. 이는 공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지위 및 그 직무상의 공공성을 고려하여 합리적인 공무원제도의 보장과 이와 관련된 주권자의 권익을 공공복리의 목적 아래 통합 조정하려는 것이다.⁴⁾ 따라서 국회는 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 단결권·단체교섭권·단체행동권을 인정할 것인지 여부, 어떤 형태의 행위를 어느 범위에서 인정할 것인가 등에 대하여 광범위한 입법형성의 자유를 가진다.

3.1.2 일부 반대의견

헌법 제33조 제2항이 공무원의 근로3권에 관하여 무제한의 입법형성권과 재량권을 주었다고 보아서는 안 되고, 헌법 제33조 제1항의 취지와 헌법 제7조의 취지를 조화시켜야 하는 임무와 한계를 부여한 것이라고 보아야 한다. 헌법 제33조 제2항에 의한 법률은 헌법 제7조의 요청을 준수하기 위하여 필요한 한도에서만 공무원의 근로3권을 제한할 수 있을 뿐이라고 보아야 한다.

3.2 ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’ 제6조가 청구인들의 단결권과 평등권을 침해하는지 여부

노동조합 가입범위에 관한 공노법 제6조는 통상 5급 이상의 공무원이 제반 주요정책을 결정하고 그 소속 하위직급자들을 지휘·명령하여 분장사무를 처리하는 역할을 하는

3) 이하 대상결정, 666-672쪽. 논점이 부각되도록 법정의견과 조대현 재판관의 일부 반대의견의 요지를 쟁점별로 두었다. 한편 대상결정에서는 적법요건에 대한 판단도 있었다. “지식경제부 공무원노동조합이 공노법 제6조에 의하여 자기의 기본권을 침해받았다고 주장할 수 있는지가 문제된다. (중략) 공무원노동조합의 지부에 불과한 위 청구인의 이 사건 심판청구는 기본권 침해의 자기관련성이 없어 부적법하다(대상결정, 684쪽).”

4) 대상결정, 685쪽.

공무원의 업무수행 현실, 6급 이하의 공무원 중에서도 ‘지휘감독권 행사자’ 등은 ‘항상 사용자의 이익을 대표하는 자’의 입장에 있거나 그 업무의 공공성·공익성이 큰 점 등을 고려하여 위 공무원들을 노동조합 가입대상에서 제외한 것으로, 헌법 제33조 제2항이 입법자에게 부여하고 있는 형성적 재량권의 범위를 일탈하여 청구인들의 단결권을 침해한다고 볼 수 없다. 또한 위 조항이 5급 공무원과 6급 이하 공무원, 6급 이하 공무원 중 일정 업무 담당자⁵⁾와 나머지 6급 이하 공무원, 노조가입이 금지되는 6급 이하 공무원과 교원을 차별취급하고 있다 하더라도, 그 차별에는 합리적인 이유가 있어 청구인들의 평등권을 침해한다고도 볼 수 없다.

3.3 공노법 제8조 제1항 단서가 청구인들의 단체교섭권을 침해하는지 여부

“정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항”을 단체교섭의 대상에서 제외시킨 공노법 제8조 제1항 단서는 정부의 정책결정 및 관리운영사항은 교섭대상사항이 아니라고 본 것으로, 정책결정 및 관리운영사항 일체를 교섭대상에서 제외시킨 것이 아니고, 정부의 정책결정 및 관리운영사항 중에서도 근무조건과 직접 관련되는 사항에 대하여는 단체교섭을 허용하고 있으므로, 합리적 근거 없이 입법형성권의 범위를 일탈하여 청구인들의 단체교섭권을 침해하는 것으로 볼 수 없다.⁶⁾

-
- 5) 이 쟁점에 대해 헌법재판소는 노조 가입범위에 관한 공노법 제6조의 위헌 여부에 관해서 평등권에 위반했는지를 심사했다. 구체적으로 “이 사안은 헌법 제33조 제2항에 의하여 입법자에게 광범한 입법형성권이 부여되는 경우이므로, 평등의 원칙에 위반되었는지를 판단함에 있어서는 차별에 합리성이 있는지의 완화된 심사척도에 따라야 할 것”이라고 보면서 이하에서 ① 계급제 성격이 강한 우리나라 공무원제도의 특성, ② 우리 사회의 공통적인 법 인식 내지 법 감정(예: 1989년 야3당 합의안, 입법당시 여론조사), ③ 국제노동기구(ILO) 제151호 협약 등을 근거로 하여 헌법 제11조 제1항에 정한 평등의 원칙에 위반되지 않는다고 판시했다(대상결정, 681-682쪽). 나머지 6급 이하 공무원, 노조가입이 금지되는 6급 이하 공무원과 교원과의 차별 취급의 문제도 평등권을 침해한다고 보지 않았다. 타당하다고 생각한다.
- 6) 이 쟁점에 관해서는 노동3권과 경영권의 관계설정이 근본적 문제이다. 사견으로 ‘영업의 자유’란 기본권이 존재하는 헌법과 노동법의 취지에 비추어 보면 경영권이란 자유권은 굳이 인정할 필요가 없다고 생각한다(유사한 취지로, 이병희, “경영상항의 단체교섭 및 쟁의행위 대상성”, 노동법 실무연구(재판자료 제118집), 법원도서관, 2009, 333쪽 이하. 안태운, “경영상 조치가 노동쟁의의 대상이 될 수 있는지 여부”, 노동판례비평 제8호, 민주사회를 위한 변호사 모임, 2004, 335쪽 이하 등 참조). 헌법재판소는 미국과 일본의 예를 들며 이렇게 판시한다. “그러나 민간부문의 이른바 ‘인사·경영상항’이 의무적 교섭사항인지가 문제되는 것처럼 정부의 정책결정 및 관리운영사항은 교섭대상사항이 아니라고 볼 수 있다. 일본·미국의 경우에도 교섭사항과 비교섭사항을 구분·명시하고 있는바, 일본의 경우 국가·지방공공단체의 사무의 관리 및 운영에 관한 사항은 교섭의 대상이 될 수 없고, 미국의 경우도 관리권한(management right)에

3.4 공노법 제9조 제4항이 청구인들의 단체교섭권을 침해하는지 여부

단체교섭을 요구하는 노동조합이 2 이상인 경우 정부교섭대표에게 당해 노동조합에 대하여 교섭창구를 단일화 하도록 요청할 수 있고, 교섭창구가 단일화 될 때까지 교섭을 거부할 수 있도록 한 공노법 제9조 제4항은, 복수노조 허용에 따라 예상되는 단체교섭의 혼란 및 단체협약 적용상의 어려움, 과다한 교섭비용을 줄이기 위하여, 단체교섭에 있어 관련된 노동조합에게 원칙적으로 단체교섭권의 행사를 보장하면서 노동조합 간의 자율적인 교섭창구 단일화를 규정한 것으로 합리적인 근거가 있으므로, 위 조항이 입법재량권의 범위를 일탈하여 청구인들의 단체교섭권을 침해하는 것으로는 보이지 아니한다.

3.5 공노법 제10조 제1항이 청구인들의 단체교섭권을 침해하는지 여부

3.5.1 법정의견

위 조항은 법령·조례 또는 예산 등과 저촉되는 부분에 한하여 단체협약으로서의 효력만 부인할 뿐, 교섭 자체를 할 수 없게 하거나 단체협약의 체결을 금지하지는 않고, 공노법 제10조 제2항은 정부교섭대표에게 그 내용이 이행될 수 있도록 성실히 노력할 의무를 부과하고 있으므로, 공노법 제10조 제1항이 국회의 입법재량권의 한계를 일탈하여 청구인들의 단체협약체결권을 침해한다고 보기 어렵다.

3.5.2 일부 반대의견

공노법 제10조 제1항은 단체협약의 내용이 기존의 명령·규칙에 위반되는 경우에도 효력을 가지지 아니한다고 규정하고 있지만, 그것은 공노법 제10조 제2항에 따라 기존의 명령·규칙이 개정될 때까지 단체협약의 효력을 정지시킨 것으로 해석하는 한 단체교섭권을 침해한다고 보기 어렵다. 그러나 단체협약 체결 후에 정부나 지방자치단체가 단체협약의 내용과 다른 내용의 명령·규칙을 제정·변경하여 시행함으로써 그 명령·규칙의 시행 전에 체결된 단체협약의 효력을 부정할 수 있다면, 그것은 공무원 노사의 쌍방향의에 의하여 결정된 단체협약의 효력을 노사관계의 일방당사자가 일방적으로 변경·실

관한 사항(기관의 임무, 예산, 조직, 정원, 내부보안 지침, 채용, 배치, 지휘, 해고 및 정직, 강급, 면직 등 징계조치, 업무분장, 민간위탁의 결정, 기관운영자의 결정, 특정직위 임용을 위한 인원 선발, 비상조치 등)은 교섭대상에서 제외된다(대상결정, 683-684쪽).”

효시키는 것을 허용하는 셈이 되어 헌법 제33조 제1항·제2항이 보장하는 공무원의 단체교섭권을 근본적으로 부정하거나 본질적으로 침해하는 것이다. 따라서 공노법 제10조 제1항의 “법령”에 단체협약 체결 후에 시행되는 명령·규칙도 포함된다고 해석하는 것은 헌법 제33조 제1항·제2항에 위반된다고 보아야 한다.

3.6 공노법 제11조가 청구인들의 단체행동권을 침해하는지 여부

3.6.1 법정의견

공무원이 쟁의행위를 통하여 공무원 집단의 이익을 대변하는 것은 국민전체에 대한 봉사자로서의 공무원의 지위와 특성에 반하고 국민전체의 이익추구에 장애가 되며, 공무원의 보수 등 근무조건은 국회에서 결정되고 그 비용은 최종적으로 국민이 부담하는 바, 공무원의 파업으로 행정서비스가 중단되면 국가기능이 마비될 우려가 크고 그 손해는 고스란히 국민이 부담하게 되며, 공공업무의 속성상 공무원의 파업에 대한 정부의 대응수단을 찾기 어려워 노사 간 힘의 균형을 확보하기 어렵다. 따라서 공무원에 대하여 일체의 쟁의행위를 금지한 공노법 제11조는 헌법 제33조 제2항에 따른 입법형성권의 범위 내에 있어, 헌법에 위배되지 아니한다.

3.6.2 일부 반대의견

공노법 제11조는 공무원노동조합과 그 조합원은 파업·태업 그 밖에 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 행위를 하여서는 아니 된다고 규정하여, 정상적인 공무수행을 저해하는 쟁의행위를 금지하고 있다. 이는 헌법 제7조가 규정한 공무원의 특수한 지위와 책임을 공무원의 단체행동권의 완전한 보장보다 우선시킨 것이라고 할 수 있지만, 공무원의 단체행동권을 근본적으로 부정하는 것이 아니라, 공무원에게도 근로3권이 인정됨을 전제로 공무원 지위의 특수성에 비추어 단체행동권의 행사가 제한되는 한계를 규정한 것이라고 보아야 한다. 따라서 공노법 제11조가 공무원의 단체행동권 행사를 공무의 정상적인 운영을 저해하지 않는 경우에도 금지한다고 해석하는 것은 헌법 제33조 제2항에 위반된다.⁷⁾

7) 추가로 헌법재판소는 다른 쟁점들에 대해서도 판단을 했다. ① 먼저 공노법 제11조 위반행위를 한 공무원을 처벌하는 공노법 제18조가 죄형법정주의 원칙에 위배되는지 여부에 관하여 헌법재판소는, 공노법 제18조는 죄형법정주의의 한 내용인 형벌법규의 명확성의 원칙에 반한다고 할 수 없고, 행정형벌을 과하도록 한 공노법 제18조가 입법재량의 한계를 일탈하여 헌법에 위반된다고 할 수 없다고 판단했다. ② 또한

Ⅱ. 대상결정 평석 : 공무원의 노동3권 제한의 한계에 대한 위헌심사

1. 공무원의 노동3권의 제한

1.1 공무원의 노동3권의 보장구조

우리 ‘헌법’은 공무원들이 가지는 노동3권을 제한하고 있다. 노동3권에 대해서는 헌법의 직접적 제한(헌법 제33조 제2항)이 있어 공무원의 노동3권을 얼마나 인정할지, 어떻게 인정할지를 헌법에서 규율한다. 헌법 제33조의 구조를 보면, 일단 일반근로자 집단에 대한 노동3권 제한의 한계(동조 제1항)와 공무원 집단에 대한 노동3권 제한의 한계(동조 제2항)가 달리 규정되어 있다. 제1항에서는 모든 근로자에게 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 보장한다고 명확히 규정한다. 따라서 다른 기본권과 마찬가지로 법률로 위 일반근로자에 대한 노동기본권을 제한할 때는 헌법 제37조 제2항의 제한의 한계를 벗어날

노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노노법’이라고 한다.)상 단체교섭 거부, 단체협약 불이행 및 구제명령 불이행에 대한 형사처벌 조항의 적용을 배제하고 있는 공노법 제17조 제3항의 일부 부분이 공무원노동조합의 단체교섭권을 침해하고 평등원칙에 위배되는지 여부에 관하여 헌법재판소는 사용자의 부당노동행위에 대한 구제수단으로서 민사상의 구제절차를 마련하는 데 그치고 형사처벌까지 규정하지 아니하였다고 하여 청구인들의 단체교섭권을 침해하여 헌법에 위반된다고 할 수는 없다고 판시했다. 또한, 공노법 제17조 제3항 해당부분이 사용자의 부당노동행위를 형사처벌하는 문제에 있어서 일반 근로자와 공무원인 근로자를 차별하는 데는 합리적인 이유가 있으므로, 청구인들의 평등권을 침해하는 것으로 볼 수 없다고 판단했다. ③ 마지막으로 헌법재판소는 “청구인들은 심판대상조항들이 세계인권선언, 국제노동기구 협약·권고 등에 반함으로써 헌법에 위반된다고 주장”에 대하여도 판시했다. 헌법재판소는 국제법적 기준이 “국제노동기구협약 중 공무원의 노동기본권과 관련된 제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보장에 관한 협약), 제98호 협약(단결권 및 단체교섭권에 대한 원칙의 적용에 관한 협약) 및 제151호 협약(공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약), 국제연합의 세계인권선언을 구체화한 국제인권규약인 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’(조약 제1006호) 및 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’(조약 제1007호), 국제노동기구의 ‘결사의 자유위원회’나 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리위원회’는 우리나라에 대하여 가능한 한 빨리 모든 영역의 공무원들에게 근로3권을 보장할 것을 권고하고 있다.”고 실시하고, 세계인권선언 및 국제규약과의 관계에 대하여는, 위 규약들도 권리의 본질을 침해하지 아니하는 한 국내의 민주적인 대의절차에 따라 필요한 범위 안에서 노동기본권에 대한 법률에 의한 제한은 용인하고 있는 것으로서, 위에서 본 공무원의 노동기본권을 제한하는 위 법률조항과 정면으로 배치되는 것은 아니라고 할 것이라고(헌법재판소 1991. 7. 22. 89헌가106 등 참조) 판시했다. 아울러 국제노동기구의 협약들에 대하여는 이 사건 심판대상조항들에 대한 위헌심사의 척도가 될 수 없다고 하고(헌법재판소 1998. 7. 16. 선고, 97헌바23 결정, 판례집 10-2, 243·265쪽 등 참조), 국제기구의 권고들과의 관계에서도 “우리나라에 대하여 가능한 한 빨리 모든 영역의 공무원들에게 근로3권을 보장할 것을 권고하고 있다고 하더라도 이는 권고에 불과한 것으로서 이를 심판대상조항들의 위헌심사 척도로 삼을 수는 없다.”고 판시했다(대상결정, 666-672쪽).

수 없다. 그런데 헌법 제33조 제2항은 공무원인 근로자의 노동3권이 헌법자체에서 법률이 정하는 자에 한해 보장된다고 하고, 제3항에서는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 것에 따라 이를 제한하거나 인정하지 않을 수 있다고 한다. 이러한 헌법조항을 근거로 ‘교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’, ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률’, ‘노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노노법’이라고 한다.)’은 법률적 차원에서 아예 이들 근로자 집단의 노동3권을 모두 부정하거나 단체교섭권 또는 단체행동권을 부정하고 있다.⁸⁾

1.2 공무원에 대한 노동3권의 인정 여부

우선 공무원의 노동3권의 인정 여부에 관해서 헌법 제33조 제2항이 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한정해서만 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 가진다고 해석하는 견해가 있다.⁹⁾ 이와 달리 공무원의 노동3권 자체는 헌법이 이미 보장하기 때문에 입법사항이 될 수 없다고 설명하기도 한다.¹⁰⁾ 나아가 공무원 노조가 가지고 있는 단체교섭권은 매우 불완전하고, 규범적 효력이 없는 단체협약과 쟁의행위권이 없는 협약자치는 유명무실하므로 공무원에 대한 노동3권의 제한은 타당하다는 주장도 있다.¹¹⁾

8) 정영훈, “공무원의 근로3권”, 헌법이론과 실무, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2013, 12쪽. 헌법재판소는 이렇게 설명한다. “그리고 우리 헌법은 공무원의 지위의 특수성과 직무의 공공성을 고려하여, 제7조 제1항, 제2항에서 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며 국민에 대하여 책임을 진다.”, “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”고 규정하고 있고, 그 밖에 제29조 제1항, 제2항에서 공무원의 불법행위책임과 그에 대한 국가의 배상 의무 및 일정한 공무원에 대한 배상제한 규정을 두고 있다. 나아가 우리 헌법은 제33조 제1항에서 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 규정하여 근로자의 자주적인 노동3권을 보장하고 있으면서도, 같은 조 제2항에서는 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 규정하여 공무원인 근로자에 대하여는 일정한 범위의 공무원에 한하여서만 노동3권을 향유할 수 있도록 함으로써 기본권의 주체에 관한 제한을 두고 있다. 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고, 2003헌바51 등 결정, 판례집 19-2, 213, 225-227쪽.

9) 김철수, 헌법학개론, 제19전정신판, 박영사, 2007, 1007쪽.

10) 허영, 한국헌법론, 전정7판, 박영사, 2011, 536쪽.

11) 입법사항으로 법률(국가공무원법 제66조, 지방공무원법 제58조)이 정한 노동3권의 향유주체 이외의 일반 공무원에게도 헌법상 노동3권이 인정되고 있는지에 대해서는 헌법이 보장한 노동3권 내지 협약자치는 시장경제체제하에서 노동조합과 사용자가 한계위협이라는 통제를 받으면서 그 타협점을 찾아가는 하나의 집단적 거래방법이라고 볼 수 있는데 공무원과 국가기관 사이에서는 이와 같은 시장의 메커니즘이 적용되지 않는다. 국가공무원법, 지방공무원법에 의하여 사실상의 노무에 종사하는 공무원이라고 하더라도 이들에게 노동3권을 인정하는 것은 그들이 공무원으로서의 신분을 가지는 한 법령에 의하여 국가예산으로부터

헌법재판소는 위 헌법조항이 국가공무원이든 지방공무원이든 모든 공무원에게 노동3권을 보장한다는 취지의 규정은 아니라고 한다. 즉 “이와 같은 헌법의 개정경위와 현행 헌법 제33조 제2항의 해석상 구헌법과는 달리 국가공무원이든 지방공무원이든 막론하고 공무원의 경우 전면적으로 단체행동권이 제한되거나 부인되는 것이 아니라 일정한 범위 내의 공무원인 근로자의 경우에는 단결권·단체교섭권을 포함하여 단체행동권을 갖는 것을 전제했으며, 다만 그 구체적 범위는 법률에서 정하여 부여하도록 위임하고 있는 것”이라고 본다.¹²⁾

모든 공무원에 대한 노동3권을 전면적으로 부정하는 입법은 위 헌법조항에 명백히 위반될 것이다.¹³⁾ 헌법 제33조 제2항은 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 하여, 공무원의 근로자성을 일면 긍정하면서도 노동3권이 보장되는 공무원의 구체적 범위는 법률에 유보하고 있다.¹⁴⁾ 노동3권의 주체가 될 수 있는 공무원인 근로자의 범위를 정하는데 기준을 제시하는 규정이다. 따라서 입법자는 공무원인 근로자의 노동3권을 규율할 때, 노동3권을 보장하는 헌법을 충분히 반영하여 가능한 넓은 범위의 공무원이 노동3권을 누릴 수 있도록 해야 한다. 이미 헌법에서 공무원의 노동3권을 규율하기 때문에, 이는 입법사항이 아니라 단지 기본권의 주체가 될 공무원의 범위만이 입법자에게 유보된 입법사항이라고 위 헌법조항을 해석하는 것이 타당하다.¹⁵⁾

2. 제한의 한계에 대한 위헌심사

2.1 공무원의 노동3권 제한

공무원의 노동3권에 대한 헌법상 논의는 헌법 직접적 제한과 법률에 의한 제한이

노동의 대가가 정해지고 그들의 일자리가 보장되고 있다는 점에서 일반 사기업의 노동쟁의에 내재하는 한계위험의 원리에 부합하지 않는다. 또 공익사업에서의 쟁의행위의 경우에는 협약당사자가 아닌 제3자 내지 일반 국민에게 직접피해를 준다는 점에서 제한될 수 있다. 따라서 일반공무원은 협의제도를 통해 자신들의 근로조건과 지위를 개선해 나가는 것이 적절하다는 견해로 김형배, 노동법, 제20판, 박영사, 2011, 178-180쪽 참조.

12) 헌법재판소 1993. 3. 11. 선고, 88헌마5 결정, 판례집 5-1, 59, 69쪽.

13) 허영, 앞의 책, 536쪽; 김형배, 앞의 책, 178쪽.

14) 김유성, 노동법II, 전정판, 법문사, 1997, 37쪽.

15) 허영, 앞의 책, 536쪽.

있다. 우선 헌법 제33조 제2항은 모든 공무원이 아니라 법률로 정하는 공무원에 한해 노동3권이 인정된다는 점에서 노동3권에 대한 헌법은 직접적 제한이다. 어느 범위의 공무원에게 어느 정도의 노동3권이 인정되는지는 법률에 맡겨져 있다는 측면에서 기본권 형성적 법률유보에 해당한다.

그리고 헌법 제37조 제2항에 근거한 법률에 의한 제한이 있다. 이는 기본권 제한에 관한 일반조항으로서 기본권 제한적 법률유보라고 볼 수 있다. 한편 공무원의 노동3권은 헌법 제76조의 긴급명령 등과 제77조의 제엄에 의해서도 잠정적으로 제한이 가능하다.

2.2 헌법 제37조 제2항에서 직접 도출되는 실체적 위헌심사기준으로서 비례의 원칙과 본질내용침해금지원칙

2.2.1 비례의 원칙과 본질내용침해금지원칙

헌법 제37조 제2항은 헌법재판소의 표현을 빌리자면 기본권 제한입법의 수권규정이자 기본권 제한입법의 한계규정이다. 제한의 대상은 모든 국민의 자유와 권리이고, 제한의 목적은 국가안보·질서유지·공공복리를 위해서만 가능하다.¹⁶⁾

필요한 경우란 제한의 정도이므로 헌법상 기본권 제한의 한계지점을 어느 수준으로 비례의 원칙(과잉금지원칙) 등을 요구하는 것으로 이해된다. 비례의 원칙은 협의로는 ‘자유권에 대한 제한 입법’의 심사기준인 ‘과잉금지원칙’이고, 광의로는 ‘사회권에 대한 형성 입법’의 심사기준인 ‘과소(보호)금지원칙’을 포함하는데, 이 헌법 제37조 제2항에 의한 비례의 원칙은 헌법 제10조(인간의 존엄성, 행복추구권)부터 제37조 제1항(열거되지 않은 기본권) 사이의 모든 자유와 권리(기본권)에 대한 위헌심사기준으로써 기능한

16) 정관영, “공법소송에서 공공부조수급권의 보장 -비례의 원칙을 중심으로-”, 법조 제63권 제9호(통권 제696호), 법조협회, 2014, 164쪽. 헌법재판소도 “헌법 제33조 제1항이 보장하고 있는 노동기본권은 어떤 제약도 허용되지 아니한 절대적인 권리가 아니라 질서유지나 공공복리라는 관점에서 당연히 그 내재적인 제약이 있으며, 그 제한은 노동기본권 보장의 필요와 국민생활 전체의 이익을 유지·증진할 필요를 비교형량하여 양자가 적절한 균형을 유지하는 선에서 결정된다고 할 것이다(노동쟁의조정법 제4조, 제30조 제3호, 제31조, 제47조에 대한 헌법소원 사건, 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고, 90헌바19 등 결정, 판례집 8-2, 729, 740쪽).”라고 판시했고, 대법원도 “공익사업체 근로자들의 쟁의행위와 그에 맞서는 사용자의 직장폐쇄는 서로가 그것을 함부로 할 수 없는 내재적 제약(다시 말하면, 공공복리를 위한 제한의 필요성)이 있는 것”이라고 보았다(대법원 1990. 5. 15. 선고, 90도357 판결). 참고로 헌법 제33조 제2항은 노동3권 주체에 대한 제한을 말하는 것으로 보아 내용상 제한은 헌법 제37조 제2항의 공공복리에 의하여 이루어져야 한다는 견해로는, 이달휴, “공무원의 노동3권제한과 공공복리”, 법학논고 제31집, 경북대학교 법학연구원, 2009, 16쪽 이하 참조.

다.¹⁷⁾

또한 헌법 제37조 제2항은 기본권을 제한해도 그 본질적 내용은 침해할 수 없도록 규정하고 있다. 본질내용침해금지원칙을 어떻게 이해하고¹⁸⁾ 구체적으로 어떤 심사를 할 것인지에 대해서는 상대설과 절대설의 대립이 있다. 상대설이 타당하다고 판단하면 - 헌법재판소도 주류 판례는 상대설로 보인다.¹⁹⁾ 결국 비례의 원칙을 통해 당해 기본권의 본질내용침해 여부를 심사해서 실질적으로 전자가 후자를 대체한다.²⁰⁾ 예를 들어 당해 노동3권이 자유권성을 가지면 과잉금지원칙이 본질내용침해금지원칙과 함께 적용되거나 실질적으로는 대체하게 된다.

2.2.2 노동3권의 경우

헌법재판소도 노동3권에 대해 “노동3권도 절대적인 권리가 아니라 제한 가능한 권리이므로 단체교섭권도 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등의 공익상의 이유로 제한이 가능하며, 그 제한은 노동기본권의 보장과 공익상의

17) 과소금지원칙은 과잉금지원칙과 병렬적이지만 상호 독자적인 위헌심사기준이다. 학계나 실무에서는 다른 용어로 ‘최소보장의 원칙’, ‘법익형량의 원칙’, ‘광범위한 입법형성권’, ‘입법재량의 한계의 이탈 여부’로 표현되기도 한다(정관영, 앞의 글, 164-165쪽).

18) 본질내용침해금지원칙은 자연법적 사고에서 연유하는바, 헌법상 규범해석의 문제가 아니다. 기본권의 본질적 내용인 침해금지규정이 삭제되었던 제4공화국 헌법하에서도 기본권의 본질적 내용의 침해에 대하여는 매우 경계했던 것도 같은 이유라 할 수 있고, 헌법상의 명문규정이라고 하더라도 기본권의 본질적 내용은 침해할 수 없다. 사인에 대해서는 기본권의 본질내용침해금지규정이 직접적으로 적용된다고 볼 수 없지만 기본권의 본질내용침해금지원칙을 자연법상의 원칙이라고 보면 기본권의 본질적 내용은 사적 자치의 한계로서 기능한다고 볼 수 있다. 또한 기본권의 대사인적 효력이 문제되면 결국 구체적 재판에서 해결되어야 한다는 입장(R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft 582, 1986, S.483; 김대환, “근로삼권의 본질적 내용 침해금지에 관한 소고 -헌법재판소의 결정을 중심으로-”, 공법연구 제29권 제3호, 한국공법학회, 2001, 261쪽 재인용)에 의하면 최종적으로는 국가에 의한 기본권의 실현이 요청되므로 노동3권은 사법상에서도 그 본질 내용의 보호를 받는 것으로 보아야 한다. 노동3권의 경우에는 본질적 내용은 단결권을 포함하는 그 이상으로서 단체교섭권과 단체행동권의 핵심영역을 포함한다고 본다면 노동자의 자주적 조직의 형성과 운영, 그 활동을 전면금지하는 것은 비례의 원칙을 위반하는바, 노동3권의 본질적 내용의 침해라고 보는 견해도 있다(위의 글, 같은 쪽).

19) “보호되는 인격권보다 제한되는 언론의 자유의 중요성이 더 크다고 볼 수 없어 법의 균형성의 원칙 또한 충족하므로, 이 사건 법률조항은 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니하고 언론의 자유의 본질적 내용을 침해하지 아니한다(헌법재판소 2001. 8. 30. 선고, 2000헌바36 결정, 판례집 13-2, 229, 229쪽).”

20) 자세한 것은, 정관영/박보영, “사회보장수급권에 대한 헌법 제37조 제2항 위헌심사기준 -공공부조를 중심으로-”, 사회보장법연구 제3권 제2호, 서울대 사회보장법연구회, 2014, 185-186쪽 참조. 절대설은 본질내용의 침해금지와 비례의 원칙을 나눠서 심사하는데 이에 대하여는 본질내용의 심사가 실질적으로 분리되면 구체적 기준이 모호하고 주관적 판단에 치우칠 수 있다는 비판을 할 수 있다.

필요를 구체적인 경우마다 비교형량하여 양자가 서로 적절한 균형을 유지”할 수 있다고 판시했다.²¹⁾

노동3권처럼 자유권 제한의 측면과 사회권 제한의 측면이 복합적으로 나타나는 경우에는 당해 구체적인 사건에서 자유권성이 문제되는지 사회권성이 문제되는지에 따라 과잉금지원칙과 과소금지원칙이 각각 별개로 적용될 수 있다. 실제로 입법된 법률이 노동3권의 방어권으로서의 자유권적 측면을 제한한다면 그 법률의 위헌성 심사는 과잉금지원칙이 적용될 것이고, 노동3권의 적극적 권리로서의 사회권적 측면을 미형성하고 있다면 과소금지원칙이 적용된다. 또한 본질내용침해금지원칙에 대해 상대설을 취하는 경우, 비례의 원칙이 본질내용침해금지원칙을 대체해서 실질적으로 적용될 것이다.

2.3 공무원의 노동3권 제한에 관한 헌법재판소의 선례

2.3.1 90헌바27등 국가공무원법 제66조에 대한 위헌소원사건

헌법재판소는 1992년 4월 28일 선고한 90헌바27등 국가공무원법 제66조에 대한 위헌소원사건에서 사실상 노무에 종사하는 공무원에 대해서만 노동3권을 보장하고 그 이외의 공무원들에 대해서는 노동3권의 행사를 제한한 것이 합헌이라고 선언했고²²⁾ 1993년 3월 11일 선고한 88헌마5 노동쟁의조정법 제12조 제2항에 대한 헌법소원사건에서는 국가·지방자치단체에 종사하는 근로자, 즉 모든 공무원(사실상 노무에 종사하는 공무원도 포함)에 의한 쟁의행위를 근본적으로 부인하는 조항에 대해 잠정적으로 적용하는 헌법불합치결정을 했다.²³⁾

2.3.2 2003헌바50등 지방공무원법 제58조 제1, 2항 등 위반부분에 대한 위헌소원사건

2005년 10월 27일 선고한 2003헌바50등 지방공무원법 제58조 제1, 2항, 제82조 중 제58조 위반 부분에 대한 위헌소원사건(이하 ‘지방공무원법 결정’이라고 한다.)에서 사실상 노무에 종사하는 공무원을 제외한 공무원의 노동3권을 제한하고 이 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단행위를 한 경우 처벌하도록 한 규정 부분을 합헌으로 판단했

21) 헌법재판소 1998. 2. 27. 선고, 94헌바13 등 결정, 판례집 10-1, 32, 46쪽; 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고, 2003헌바58 결정, 판례집 16-2상, 260, 272쪽; 헌법재판소 2012. 4. 24. 선고, 2011헌마338 결정, 판례집 24-1하, 235, 245쪽 등 참조.

22) 헌법재판소 1992. 4. 28. 선고, 90헌바27 결정, 판례집 4, 255, 255-260쪽.

23) 헌법재판소 1993. 3. 11. 선고, 88헌마5 결정, 판례집 5-1, 59, 63쪽.

는데, 먼저 동법 제58조 제1항이 근로3권을 침해하여 위헌인지 여부에 관해서 “사실상 노무에 종사하는 공무원에 한정하고 있는 것은 근로3권의 향유주체가 될 수 있는 공무원의 범위를 법률로 정하도록 위임하고 있는 헌법 제33조 제2항에 근거한 것으로 입법자에게 부여하고 있는 형성적 재량권의 범위를 벗어난 것이라고는 볼 수 없다.”고 하여 단체행동권을 침해하지 않았다고 판시했고, 사실상 노무에 종사하는 공무원을 제외한 공무원이 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단행위를 한 경우 이를 처벌하도록 규정한 지방공무원법 제82조에 대해 입법재량의 한계를 일탈한 것으로 보지 않았다.²⁴⁾

한편 전효숙, 조대현 재판관은 반대의견에서 헌법 제37조 제2항에서 정하는 원칙인 기본권의 최소제한의 원칙과 본질내용침해금지의 원칙에 위반해서 노동기본권을 침해한다고 역설했다.²⁵⁾ 송인준, 주선희 재판관의 반대의견은 동법 제58조 제1항과 제82조로 인하여 공무원의 단결권과 단체교섭권을 제한하는 것은 최소침해성과 법익균형성에 어긋날 뿐만 아니라, 입법형성의 재량범위도 일탈한 것으로 결론지어 헌법불합치결정의견을 냈다.²⁶⁾

2.3.3 2003헌바51 등 국가공무원법 제66조 제1, 2항 등 위헌소원사건

2007년 8월 30일 선고한 2003헌바51, 2005헌가5(병합) 국가공무원법 제66조 제1, 2항 등 위헌소원사건(이하 ‘국가공무원법 결정’이라고 한다.)에서도 헌법재판소는 법정의견으로, 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적 행위를 금지하면서, 사실상 노무에 종사하는 공무원 중 대통령령 등이 정하는 자에 한해서만 노동3권을 인정하는 내용에 대해서 헌법에 위반되지 않는다고 판단했다.²⁷⁾

24) 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고, 2003헌바50 등 결정, 판례집 17-2, 238, 238-243쪽.

25) 위의 판례, 241쪽.

26) 위의 판례, 241-242쪽. 이와 관련하여 신분보장을 받고 있지 못하는 계약직공무원과 별정직공무원에 대해서는 공무원근무관계법에 의해서 노동3권의 박탈은 정당화되지 못하기 때문에 이들 공무원들은 공무원인이 아닌 근로자와 마찬가지로 노동3권이 보장되어야 한다는 점에서 현행 국가공무원법 제66조 제1항 및 지방공무원법 제58조 제1항은 사실상 노무에 종사하는 공무원만을 노동3권의 보장을 받는다고 하고 있기 때문에 헌법 제33조 제1항 및 제2항에 반하여 위헌이라는 견해는, 정영훈, “공무원 근로3권의 보장과 사실상노무에 종사하는 공무원의 개념에 관한 고찰”, 한양법학 제41집, 한양법학회, 2013, 207쪽 참조.

27) 위 법 제66조 제1항이 노동3권을 침해하는지 여부에 관하여 헌법재판소는 “헌법 제33조 제2항이 직접 ‘법률이 정하는 자’만이 노동3권을 향유할 수 있다고 규정하고 있어서 ‘법률이 정하는 자’ 이외의 공무원은 노동3권의 주체가 되지 못하므로, ‘법률이 정하는 자’ 이외의 공무원에 대해서도 노동3권이 인정됨을 전제로 하여 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 적용할 수는 없는 것”이고, “한편, 법 제66조 제1항은 근로3권이 보장되는 공무원의 범위를 사실상 노무에 종사하는 공무원에 한정하고 있으나, 이는 헌법 제33조 제2항에 근거한 것이고 전체국민의 공공복리와 사실상 노무에 공무원의 직무의 내용, 노동조건

조대현, 김종대, 송두환 재판관은 각자 자신의 반대의견을 제시했다. 먼저 조대현 재판관은 “헌법 제33조 제2항의 취지를 벗어나 노동운동을 위한 집단적 행위를 과도하게 제한하는 것”으로 위헌적이라는 판단을 했고,²⁸⁾ 김종대 재판관은 자신의 의견에서 “헌법 해석상 당연히 도출되는 추상적인 입법기준만을 확인한 채 구체적인 입법은 모두 하위법령에 위임하고 있는 것이어서 헌법 제33조 제2항에 위반”되고, “죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반”되며 “위임입법의 한계를 벗어나” 헌법에 위반된다고 판시했다.²⁹⁾

송두환 재판관은 다른 의견으로 “위임에 의한 입법형성권은 헌법 제37조 제2항에서 정하는 최소제한원칙과 본질내용침해금지원칙에 따라야 하는 한계”가 있고, “법 제66조 제1항은 사실상 노무에 종사하는 공무원인지 여부 외의 다른 요소는 전혀 고려하지 아니한 채 노동기본권을 제한, 박탈하고 있는 점에서 법익형량의 원칙에 위배”되면서도 “대다수 공무원의 노동기본권 자체를 일률적으로 부인하고 있어 기본권 최소침해의 원칙에 어긋날 뿐만 아니라, 나아가 노동3권의 본질적인 내용을 침해하고 있다고 볼 것이며, 평등원칙에도 위배”된다고 피력했다.³⁰⁾

2.3.4 검토

이상의 주요 선례를 종합하면, 헌법재판소는 공무원을 두 집단으로 대별해서 그중 사실상 노무에 종사하는 공무원에 한정해서만 노동3권을 보장하고 나머지 일체의 공무원에 대해서는 노동3권을 부인하는 국가공무원법 등 관계규정이, 헌법 제33조 제2항에 의한 입법형성권의 범위에 속하는 것이라고 보아 합헌이라고 판단했다.

반면 본 평석의 대상결정에서는 종래 국가공무원법 결정이나 지방공무원법 결정에 비해 노동기본권의 향유주체가 되는 공무원의 범위를 확장하여 원칙적으로 6급 이하의 공무원에게 단결권과 단체교섭권을 부여하는 법률조항이 심판대상이다.³¹⁾ 이러한 공무원인 근로자의 노동기본권을 확대시킨 법률의 위헌 여부에 대해서는 먼저 헌법 제33조 제2항을 해석하여 위헌심사의 방향과 기준을 확정하는 것이, 국회의 입법형성권한이

등을 고려해 보았을 때 입법자에게 허용된 입법재량권의 범위를 벗어난 것이라 할 수 없다.”고 했다(헌법 재판소 2007. 8. 30. 선고, 2003헌바51 등 결정, 판례집 19-2, 213, 213-217쪽.).

28) 위의 판례, 214-215쪽.

29) 위의 판례, 216쪽.

30) 위의 판례, 215-216쪽.

31) 박진영, “공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 위헌확인”, 결정해설집 7집, 헌법재판소, 2009, 632쪽.

공무원의 노동3권 등을 침해했는지 여부를 판단하는 것에 대한 선결쟁점이 된다.

3. 헌법 제33조 제2항과 헌법 제37조 제2항의 해석

3.1 문제점

헌법 제33조 제2항에 대한 해석방안은 선례와 대상결정에서 다양하게 나타난다. 헌법 제33조 제2항의 의미에 관한 여러 견해는 이 사건 공노법 심판대상을 심사할 때, 위헌심사기준에 대한 관점과 그 심사기준을 적용하는 심사밀도가 다르게 된다. 심사기준의 선택과 심사밀도의 차이는 결국 당해 사안에서 노동기본권 침해 여부의 판단과 긴밀히 연결되어 있다. 실무에서는 이러한 쟁점이 두드러지는데 선례인 국가공무원법 결정, 지방공무원법 결정에서부터 시작해서 대상결정에 이르기까지 날카롭게 대립하고 있다.

3.2 헌법재판소 의견의 대립

3.2.1 첫 번째 견해

헌법 제33조 제2항은 공무원인 근로자 중 법률이 정하는 자 이외의 공무원에게는 그 권리행사에 대한 제한뿐만 아니라 금지까지도 할 수 있는 법률제정의 가능성을 헌법에서 직접 규정하는바, 국회는 위 규정에 의해 공무원의 노동3권의 주체, 형태, 범위에 대한 광범위한 입법형성권을 가지므로 노동3권이 인정됨을 전제로 심사하는 헌법 제37조 제2항의 한계는 적용되지 않는다는 입장이다. 기존 헌법재판소의 선례와 대상결정의 법정의견의 태도이다.³²⁾ 입법자에게 부여된 노동3권의 향유주체가 될 공무원의 범위를 정할 재량에는, 노동3권 중 어떠한 개별 노동3권을 어느 범위 내에서 부여할 것인지를 결정할 재량까지 포함되어 있다고 본다. 헌법 제33조 제2항의 ‘법률이 정하는 자에 한하여’는 ‘법률이 정하는 바에 의하여’를 포함하는 것으로 이해하는 결과가 되기 때문이다. 노동3권의 상호관계에 관하여 독자성을 인정하는 입장이고, 공무원의 지위나 공무원의

32) 대상결정, 679-680쪽. 대상결정에 대한 평석도 법정의견을 지지하고 있다. “비록 우리 헌법에만 있는 다소 특이한 조항이기는 하나, 헌법 직접적 제한으로서 헌법 제33조 제2항이 존재하는 한 현행 헌법의 해석론으로는 제1설에 따라 공무원인 근로자의 근로3권의 형성 및 제한에 있어서는 근로3권을 인정할 것인지, 어떤 종류의 근로3권을 어떤 범위 내에서 인정할 것인지에 관하여 입법자에게 상당한 정도의 재량권이 있다고 보는 것이 옳다(박진영, 앞의 글, 633-642쪽).”

근로관계의 특수성을 중시하는 견해와 연결된다.³³⁾

3.2.2 두 번째 견해

공무원도 노동3권의 향유주체임을 전제로 헌법 제33조 제2항의 해석에 대해 기본권의 최대보장 원칙에 따라 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 한계를 지켜 비례의 원칙, 본질내용침해금지원칙을 적용하여 국회의 입법형성권을 제한하는 견해가 있다.³⁴⁾ 대상결정의 조대현 재판관의 일부 반대의견,³⁵⁾ 지방공무원법 사건에서의 전효숙, 조대현 재판관의 반대의견³⁶⁾과 국가공무원법 사건에서의 송두환 재판관의 반대의견³⁷⁾ 이와 궤를 같이한다.

3.3.3 세 번째 견해

이 견해는 헌법재판소가 1993년 3월 11일 선고한 노동쟁의조정법 헌법소원 사건에서 변정수 재판관의 반대의견,³⁸⁾ 선례인 국가공무원법 결정에서의 김종대 재판관의 반대의견에서 도출된다.³⁹⁾ 노동3권은 서로 분리할 수 없는 일체의 권리로서, 헌법 제33조 제2항에 의해 입법자는 근로3권 일체를 향유할 수 있는 공무원의 범위에 대해서만 입법재량권을 가진다는 것이다.⁴⁰⁾ 단결권은 노동기본권의 핵심요소이면서 결사의 자유의 연장이므로, 단결권의 제한은 기본권의 본질적 내용을 침해할 가능성이 있고, 근로조건의 유지개선을 목적으로 하는 단결체에 단체교섭권과 단체행동권이 보장되지 않는다면 단결권 그 자체가 유명무실해질 수 있음을 근거로 든다.⁴¹⁾

33) 박진영, 앞의 글, 633쪽.

34) 김인재, “공무원노조와 교수노조의 결성과 합법화방향”, 노동법연구 제11호, 서울대노동법연구회, 2001, 296쪽.

35) 즉 “헌법 제33조 제2항이 공무원의 근로3권에 관하여 무제한의 입법형성권과 재량권을 주었다고 보아서 안 되고, 헌법 제33조 제1항의 취지와 헌법 제7조의 취지를 조화시켜야 하는 임무와 한계를 부여한 것이라고 보아야 한다. 헌법 제33조 제2항에 의한 법률은 헌법 제7조의 요청을 준수하기 위하여 필요한 한도에서만 공무원의 근로3권을 제한할 수 있을 뿐이라고 보아야 한다.”는 표현에서 전제되었다고 볼 수 있다(대상결정, 668-672쪽).

36) 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고, 2003헌바50 등 결정, 판례집 17-2, 238, 240-243쪽.

37) 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고, 2003헌바51 등 결정, 판례집 19-2, 213, 216-217쪽.

38) 헌법재판소 1993. 3. 11. 선고, 88헌마5 결정, 판례집 5-1, 59, 79-87쪽.

39) 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고, 2003헌바51, 2005헌가5(병합) 결정, 판례집 19-2, 243쪽.

40) 박진영, 앞의 글, 636쪽. 다만 박진영 헌법연구관은 이 견해를 취하지 않고 살펴보았듯이 첫 번째 견해를 취한다. 이하 이 견해에 대한 소개는 위 대상결정에 대한 평석에서의 내용을 인용한다.

41) 위의 글, 637쪽.

3.3.4 검토 : 노동3권에 대한 ‘광범위한 입법형성의 자유’ 행사의 구체적 한계

첫 번째 견해처럼 공무원의 노동3권이 인정됨을 전제로 심사하는 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 한계(비례의 원칙, 본질내용침해금지원칙)가 적용되지 않는다는 것은 타당하지 않다. 공무원의 노동3권이 본래 존재했는데 국회에 의해 제한된 입법이라면 과잉금지원칙을 적용하면 될 것이다. 이러한 헌법 제37조 제2항에 의한 심사를 거치지 않고 “국회는 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 단결권·단체교섭권·단체행동권을 인정할 것인가의 여부, 어떤 형태의 행위를 어느 범위에서 인정할 것인가 등에 대하여 광범위한 입법형성의 자유를 갖는다.”는 다수의견의 논지는 사실상 입법자에게 “무제한의”⁴²⁾ 입법형성권을 부여할 위험이 있다.⁴³⁾ 또한 국회는 노동3권의 보장원리에 기초해서 집단적 자치가 제대로 실현될 수 있는 구조를 구체적인 법률로 형성해야 하는 입법형성의무를 부담한다고 보면,⁴⁴⁾ 입법자의 입법형성권의 재량은 100%의 재량이 아니므로 광범위한 형성권을 제약하는 요소는 구체적 기본권마다 생기게 된다.

따라서 입법형성의 자유를 국회가 행사할 때 노동3권의 근본적 보장질서의 내용 안에 서만 고려되어야 한다. 구체적으로 노동3권이 가지는 자유권의 성질을 훼손하지 않고, 나아가 집단적 자치를 통한 사회권으로서의 목적적 원리를 침해하지도 않아야 하는바 이와 같은 집단적 자치에 대한 적극적 형성을 위한 입법자의 입법작용을 제외하고는 국회는 원칙적으로 입법적 개입을 자제해야 한다.⁴⁵⁾

그렇다면 공무원의 노동3권 제한의 위헌 여부를 판단하면서 헌법 제33조 제2항을 해석할 때 헌법 제33조 제1항, 제10조, 제11조 제1항, 제37조 제2항의 각 규정을 존중하고 조화롭게 해석하여 기본권 최소제한의 원칙(비례의 원칙)⁴⁶⁾과 본질내용침해금지원칙에 따라야 하는 한계를 가진 것으로 보아 국회의 입법형성권을 축소시켜야 하는, 위에서

42) 대상결정에서 조대현 재판관의 일부 반대이견의 표현이다.

43) 같은 취지로, 입법재량론의 광범한 적용은 노동3권을 비롯한 기본권 보장의 취지를 유명무실하게 하기 때문에, 입법재량도 궁극적으로 기본권 보장의 실현에 봉사하도록 행사되어야 하는 내재적 한계를 지니며 헌법재판소는 입법재량론 적용의 명목으로 법률의 위헌성 판단을 자제 내지 회피하는 자세를 지양해야 할 것이라는 견해는, 이흥재, “근로3권에 대한 헌법재판소 판례의 검토”, 서울대학교 법학 제43권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2002, 254쪽 참조.

44) 박종희, “노동3권의 보장의의와 내용”, 고려법학 제48권, 고려대학교 법학연구원, 2007, 118쪽.

45) 위의 글, 118-119쪽.

46) “공무원인 근로자의 단결권·단체교섭권·단체행동권에 대한 제한이 헌법 제33조 제2항에 근거하고 있더라도, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙상 사실상 노무에 종사하는 자 이외의 공무원 일반에 대하여 일률적으로 노동기본권을 배제하는 것은 타당치 않다(정종섭, 헌법학원론, 제7판, 박영사, 2012, 711쪽).”는 견해도 결국 과잉금지 원칙의 심사를 해야 한다는 것으로 해석할 수 있다.

소개한 두 번째 견해가 타당하다.

4. 대상결정에 대한 노동3권 제한의 한계에 따른 위헌심사

4.1 헌법 제37조 제2항의 심사를 가능하게 한 일부 반대의견의 타당성

대상결정의 법정의견은 타당하지 않다. 원칙적으로는 이 사건 조항이 노동3권의 자유권적 측면을 제한하는 입법이라면 과잉금지원칙에 반해서는 안 되고 노동3권의 사회권적 측면을 제한하는 입법이라면 과소금지원칙에 저촉되어서는 안 되기 때문에 양자 중 하나를 비례의 원칙의 심사기준으로 적용하면 된다.⁴⁷⁾ 헌법재판소의 표현처럼 노동3권은 본래 ‘사회적 보호기능을 담당하는 자유권’ 또는 ‘사회권적 성격을 띤 자유권의 성격을 갖는 자유권성이 본질이 되는바, 노동3권의 자유권적 성격이 문제되는 대상결정의 경우 과잉금지원칙을 적용하여 4단계 심사를 하면 될 것이다.

그런데 법정의견은 모호한 심사기준과 그로 인해 충실하지 못한 심사를 진행하고 합헌이라는 결론에 이르렀다. 일례로 실제 대상결정의 법정의견에서 ‘노조 가입범위에 관한 공노법 제6조의 위헌 여부’에서 첫 번째 쟁점인 ‘노동기본권의 침해 여부’⁴⁸⁾에 대하여 논증하는 것을 보면 이러한 우려는 충분히 근거가 있다. 법정의견은 여기서 ‘입법자에게 부여하고 있는 형성적 재량권의 범위를 일탈한 것으로 볼 수 없다.’라고 하면서 매듭지을 뿐이다. 입법자에 대해 부여하고 있는 형성적 재량권의 범위를 일탈했는지 여부를 판단할 구체적인 기준은 전혀 언급하지 않는다. 논증에 의한 구체적인 심사도 없이 공무원의 업무수행 현실과 5급, 6급 공무원의 업무에 대하여 간단히 설명한 후, 직무의 성질을 기준으로 6급 이하의 공무원 중 일정 업무종사자에 대해 노조가입을 금지한 것에 관해서는 입법자의 입법취지만을 간략히 설명한다. 공무원의 봉사자로서의

47) 공노법이 공무원인 근로자에 대한 근로3권의 구체적인 형성인 동시에 이미 어느 정도 확립된 권리라고 할 수 있는 권리인 근로3권의 제한이기도 하다는 측면을 감안하더라도 - 근로3권의 자유권적 측면에서 접근해도 - 충분히 설명이 가능하다는 견해가 있다. 헌법 제33조 제2항은 공무원인 근로자에 대하여는 헌법 제37조 제2항의 적용을 배제하는 특별규정으로서, “공무원인 근로자에 대하여는 근로3권의 ‘금지’까지도 가능한 광범한 입법형성권을 입법자에게 부여하는바, 개별적 근로3권의 제한에 관한 입법형성권은 당연히 그 안에 포함되는 것이라고 볼 수 있다.”고 하여 비슷한 논리의 흐름이 전제된다. 노동3권이 자유권성과 사회권성을 복합적으로 지니기 때문에 양자의 성격을 심사기준의 판단에서도 모두 염두에 두어야 한다고 한다(박진영, 앞의 글, 633쪽 각주 16).

48) 대상결정, 680~681쪽.

지위, 합리적 공무원제도의 보장, 주권자 권의 등 공공복리의 목적 등을 나열할 뿐, 이러한 법률이 입법목적에 어떻게 부합하는지는 구체적으로 실시하지 않고, 논증이 없이 입법목적에 부합하기 때문에 위헌이 아니라고 결론을 내린다.⁴⁹⁾ 면밀하고 합리적인 논거가 없는 이러한 헌법재판소의 위헌심사는 충분한 설득력을 갖추지 못했다고 생각한다.⁵⁰⁾

헌법재판소의 ‘광범위한 입법형성의 자유’⁵¹⁾를 선행해서 위의 것을 과소금지원칙이나 최소보장의 원칙의 의미와 동일시하더라도, 살펴본 구체적 심사의 부족은 여전히 남는다.⁵²⁾ 당해 입법의 당위성과 헌법에서의 사회현실만을 설명했다고 해서 노동기본권을 침해하지 않는지를 논리적으로 실시했다고 간주할 수는 없다. 광범위한 입법형성권에 대한 완화된 심사는 심사기준의 강도 내지 밀도일 뿐, 그것이 충분한 논증과 구체적 심사의 불충분함을 정당화하지는 못한다. 그리고 입법자가 입법형성에서의 재량을 행사할 때도 제한이 없는 것은 아니며,⁵³⁾ 광범위한 입법재량권이 헌법심사를 유명무실하게 해도 된다는 것을 의미하지도 않는다. 그렇다면 대상결정의 일부 반대의견이 타당한 논지다. 헌법 제33조 제2항이 공무원의 노동3권에 관해서 무제한의 입법형성권과 재량권을 주었다고 보아서는 안 되고, 헌법 제33조 제2항에 의한 법률은 헌법 제7조의 요청을 준수하기 위해 필요한 한도에서만 공무원의 노동3권을 제한할 수 있을 뿐이라고 봐야 한다.

따라서 공무원의 노동3권 제한의 위헌 여부를 판단하면서 헌법 제33조 제2항을 해석할 때 헌법 제33조 제1항, 제10조, 제11조 제1항, 제37조 제2항의 각 규정을 존중, 조화롭

49) 이러한 심사는 과잉금지원칙의 심사로 비유한다면, 목적의 정당성만을 완화하여 심사하고 수단의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 심사를 생략한 것과 비슷하다. 대상결정의 경우 법정의견은 합헌의 결론을 내리고 있고, 완화된 심사밀도를 적용한다고 선행하더라도 수단의 적합성의 심사까지는 해야 한다. 만약 대상결정에서 완화된 과잉금지원칙을 적용해도 심사밀도가 완화되는 것이므로 피해의 최소성, 법익의 균형성 심사가 빠지면 안 된다.

50) 특히 노동3권은 자유권적 측면과 사회권적 측면이 분리하기 어려울 정도로 결합한 복합적인 권리이고, 공무원의 노동3권의 제한은 살펴본 선례와 이전의 결정례에서 수차례 치열하게 다했던 쟁점이다. 이러한 중요 기본권의 논점에 대한 위헌 여부를 판단할 때에는 가사 결론이 합헌에 도달하더라도 세밀하고 충실한 합헌성의 논증이 바람직하다. 헌법재판에 결부되어 실제적 심사가 적용되고 노동3권의 실제적 내용에 대한 침해 여부가 의심되어 심사된 상황에서 합헌의 논증은 그 설득력을 충분히 확보해야 한다.

51) 입법형성의 자유, 입법재량이라고도 많이 표현한다. 국민주권의 원리, 법률의 헌법에의 기속성을 강조하기 위해 이 글에서는 주로 “입법형성권(한)”이라고 쓴다.

52) 심사기준 중 과소보호금지원칙이나 합리성심사 등은 보통 완화된 심사밀도로 대상조문을 판단하므로 광범위한 입법형성권과 일맥상통하기도 한다.

53) 박종희, 앞의 글, 118쪽.

게 해석하여 기본권 최소제한의 원칙과 본질내용침해금지의 원칙에 따라야 하는 한계를 가진 것으로 보아 국회의 입법형성권을 엄격하게 축소시켜야 하는바, 이러한 해석을 전제하면 헌법 제33조 제2항에 의한 법률은 헌법 제7조의 요청을 준수하기 위해 헌법 제37조 제2항의 ‘필요한 한도’에서 노동3권을 제한할 수 있다고 보아 비례의 원칙과 본질내용침해금지원칙의 심사가능성을 열어 둔 일부 반대의견이 타당하다고 생각한다.

4.2 공노법 제10조 제1항에 관한 단체교섭권에 대한 본질내용침해금지원칙 위배가능성

공무원노조에게 단체협약체결권을 인정하면서 그 내용 중 법령·조례·예산 등에 위배되는 것에 관해서 단체협약의 효력을 부정하는 공노법 제10조 제1항의 내용에 대해서는 이 결정의 일부 반대의견은 “입법기관인 국회 또는 지방의회가 결정한 법률·조례나 예산과 같게 볼 수 없으므로, 공무원 노사의 쌍방이 합의하여 결정한 단체협약의 효력보다 모든 경우에 언제나 우선적 효력을 가진다고 보기는 어렵”다고 판단하고, “단체협약 체결 후에 정부나 지방자치단체가 단체협약의 내용과 다른 내용의 명령·규칙을 제정·변경하여 시행함으로써 그 명령·규칙의 시행 전에 체결된 단체협약의 효력을 부정할 수 있다면, 그것은 공무원 노사의 쌍방합의에 의해 결정된 단체협약의 효력을 노사관계의 일방당사자가 일방적으로 변경·실효시키는 것을 허용하는 셈”이 될 것이라고 보았다. 이것은 공무원의 단체교섭권의 내용 중 최소한 보호해야 할 영역을 본질적으로 거부하거나 근본적으로 침해하는 것이므로 “만일 공노법 제10조 제1항의 ‘법령’에 단체협약 체결 후에 시행되는 명령·규칙도 포함된다고 해석하는 것은 헌법 제33조 제1항·제2항에 위반된다.”⁵⁴⁾고 판단했다.

즉 공노법 제10조 제1항 중 “법령” 부분에 대한 한정위헌의견을 밝히면서 공무원의 단체교섭권을 근본적으로 부정하거나 본질적으로 침해하는 것이므로 헌법상 허용될 수 없는 것이라고 하여 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한의 일반적 심사기준으로서 본질내용침해금지의 원칙을 적용하여 한정위헌으로 판단했다. 헌법 제33조 제2항이 헌법 직접적 제한으로서 공무원의 노동3권을 제한했다고 하더라도 기본권의 최소한을 형성해야 할 핵심적이고 본질적인 내용을 침해한다면 그것은 공무원의 노동3권을 제한한 것이 아니라, 공무원의 노동3권을 아예 보장하지 않은 것으로 볼 수밖에 없다. 따라서 일부 반대의견의 이러한 논증은 타당하다.⁵⁵⁾

54) 대상결정, 692쪽.

4.3 공노법 제11조에 관한 단체행동권의 침해가능성

아울러 동법은 제11조에서 공무원노조와 그 조합원이 파업이나 태업 그 밖에 업무의 정상적인 운영을 저해하는 일체의 행위를 해서는 안 된다고 규정한다.⁵⁶⁾ 대상결정의 법정의견은 이것을 “정상적인 공무수행을 저해하는 쟁의행위를 금지하고 있다. 이는 헌법 제7조가 규정한 공무원의 특수한 지위와 책임을 공무원의 단체행동권의 완전한 보장보다 우선시킨 것이라고 할 수 있지만, 공무원의 단체행동권을 근본적으로 부정하는 것이 아니라, 공무원에게도 근로3권이 인정됨을 전제로 공무원 지위의 특수성에 비추어 단체행동권의 행사가 제한되는 한계를 규정한 것”이라고 보아, 공노법 제11조를 문언대로 해석하여 “공무원의 단체행동권은 정상적인 공무수행을 저해하지 않는 한도에서만 허용되고, 정상적인 공무수행을 저해하지 않는 경우에는 단결권·단체교섭권뿐만 아니라 단체행동권 행사도 금지되지 아니한다.”고 하여 이렇게 해석하는 한 공노법 제11조가 헌법 제33조 제2항에 위반된다고 볼 수 없다고 했다.

그러나 일부 반대의견은 “공노법 제11조가 공무원의 단체행동권을 전면적으로 부정한다고 해석하여 공무의 정상적인 운영을 저해하지 않는 경우에도 공무원의 단체행동권 행사가 금지된다고 보는 것은, 공노법 제11조의 문언해석의 범위를 벗어날 뿐만 아니라, 헌법 제7조가 요청하는 범위를 넘어서 헌법 제33조 제1항의 취지를 무시하는 것이어서 헌법 제33조 제2항의 취지에 어긋난다.”고 판단했다. 따라서 “공노법 제11조가 공무원의 단체행동권 행사를 공무의 정상적인 운영을 저해하지 않는 경우에도 금지한다고 해석하는 것은 헌법 제33조 제2항에 위반”된다고 보아 한정위헌의 결정을 했다.⁵⁷⁾

이러한 일부 반대의견은 위 규범을 헌법현실에 맞게 해석했다고 볼 수 있다. 문언대로만 적용하면 합헌으로 보이나, 실제적으로는 공노법 제11조가 공무원의 단체행동권을 전면적으로 부정해서 ‘공무의 정상적 운영을 해하지 않는 경우도 공무원의 단체행동권의 행사가 금지’된다는 해석을 하고 있으므로, 이러한 해석은 헌법적으로 맞지 않다고 판단한 일부 반대의견의 견해에 찬동한다.

55) 따라서 본질내용침해금지의 원칙의 근거조문인 헌법 제37조 제2항을 적시할 필요성이 있다고 본다.

56) 단체행동권에는 쟁의권과 조합활동권이 있어 단체행동권이 쟁의권보다 넓은 개념이라는 견해, 단체행동권은 쟁의권과 같은 것으로 보는 견해가 있다. 대법원은 단체행동권이 쟁의권보다 넓은 것으로 보고 있고(대판 1990. 5. 15. 90도357, 공1990.7.1. 875, 1306쪽), 헌법재판소는 통상 단체행동권을 쟁의권으로 보고 있다(헌재 1993. 3. 11. 88헌마5, 판례집 5-1, 59, 71쪽; 헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 253쪽; 헌재 2008. 12. 26. 2005헌마971, 판례집 20-2하, 666, 693쪽 참조).

57) 대상결정, 702-703쪽.

Ⅲ. 결 론

노동3권을 헌법에서 보장하는 우리나라의 경우 노동3권의 문제는 헌법적 차원에서 먼저 확정해야 한다. 연혁적으로 5공화국 헌법과 달리, 노동3권에 대한 법률유보를 삭제한 현행헌법의 노동3권은 ‘사회적 보호기능을 담당하는 자유권’으로 볼 것이다. 헌법재판소의 표현을 빌리자면 노동3권은 사회경제적으로 수세에 몰린 노동자들에게 대등성을 확보해 주기 위한 국가가 보장하는 후견적 개입의 특성을 갖는 기본권이다. 노동3권은 실질적 집단자치의 실현이라는 목적의 구현에 기여한다.

대상결정의 심판대상을 보면 노동기본권의 향유주체가 되는 공무원의 범위를 확장하여 원칙적으로 6급 이하의 공무원에게 단결권과 단체교섭권을 부여한 것이다. 종래 국가공무원법 결정, 지방공무원법 결정에 비해 공무원의 노동기본권을 확대시킨 법률의 위헌 여부가 대상결정의 심판대상이다. 대상결정은 헌법재판소가 (과거 사실상 노무에 종사하는 공무원을 제외한) 모든 국가공무원 또는 지방공무원에게 노동3권을 제한하고 그에 위반하여 노동운동을 한 경우 형사처벌을 하는 국가공무원법 결정 및 지방공무원법 결정에서 합헌이라고 한 것과 연장된 맥락에서 판단했다. 헌법 제33조 제2항에 따라 공무원인 근로자에게 노동3권을 인정할 것인지 여부, 어떤 형태의 행위를 어느 범위에서 인정할 것인지 여부 등에 대해 입법자가 상당한 입법형성권을 가진다는 점을 재확인한 의의가 대상결정에 있다.⁵⁸⁾ 그러나 이러한 헌법재판소의 선례와 대상결정의 법정의견은 심사기준의 모호성과 구체적인 심사 부족으로 타당하지 않음을 살펴보았다.

헌법재판소가 헌법에서 보호하는 노동3권을 제한하는 입법을 면밀히 심사하지 않는 것은 헌법상 노동3권의 약화를 초래할 수밖에 없다.⁵⁹⁾ 대상결정에서 일부 반대의견이 법정의견보다 더욱 합리적이라고 본다. 공무원의 노동3권 제한의 위헌 여부를 판단하면서 헌법 제33조 제2항을 해석할 때 헌법 제33조 제1항, 제10조, 제11조 제1항, 제37조 제2항의 각 규정을 존중 내지 조화롭게 해석하여 기본권 최소제한의 원칙과 본질내용침

58) 박진영, 앞의 글, 657쪽.

59) 입법론으로는 일반공무원과 사실상 노무에 종사하는 공무원을 일률적으로 나눠 규율하지 말고, 공무원이 담당하는 직무에 따라 그 내용을 개별적으로 면밀히 검토하여 노동기본권이 인정하는 공무원의 범위를 결정하는 것이 타당하다는 견해가 있고 이에 찬동한다(정종섭, 앞의 책, 711쪽). 아울러 헌법상 기본권으로서의 노동3권은 경제적·사회적으로 열세의 지위에 처한 사회적 약자인 노동자들의 대등성을 확보하기 위한 국가의 후견적 개입을 통해 실질적 집단자치의 실현을 목적으로 하는바, 이것은 실질적인 사적 자치의 구현에 기여하기 위한 사회적 보호기능을 담당하는 자유권인 노동3권에 대해 충실한 위헌심사를 해야 할 필요성은 두말할 나위가 없을 것이다.

해금지의 원칙에 따라야 하는 한계를 가진 것으로 보아 국회의 입법형성권을 엄격하게 축소시켜야 한다. 이러한 해석을 전제하면 헌법 제33조 제2항에 의한 법률은 헌법 제7조의 요청을 준수하기 위해 헌법 제37조 제2항의 ‘필요한 한도’에서 노동3권을 제한할 수 있다고 보아 비례의 원칙과 본질내용침해금지원칙의 실체적 심사가능성을 열어, 노동3권의 헌법적 보장의 취지와 그 보장영역을 확보한 일부 반대의견이 합당하다. 지방공무원법 결정의 전효숙, 조대현 재판관의 반대의견, 국가공무원법 결정의 송두환 재판관의 반대의견에서와 같이, 공무원의 노동3권 제한의 한계를 심사할 때, 헌법 제37조 제2항에서 정하는 원칙인 기본권의 최소제한의 원칙과 본질내용침해금지의 원칙에 위반하여 노동기본권을 침해했는지 여부를 적극적으로 판단해야 할 것이다.

아울러 일부 반대의견은, 단체협약 체결 후에 정부나 지방자치단체가 단체협약의 내용과 다른 내용의 명령·규칙을 제정·변경하여 시행함으로써 그 명령·규칙의 시행 전에 체결된 단체협약의 효력을 부정할 수 있다면, 공무원의 단체교섭권의 내용 중 최소한 보호해야 할 영역을 본질적으로 거부하거나 근본적으로 침해한 것으로 보아 공노법 제10조 제1항 중 “법령” 부분에 대한 한정위헌으로 결론을 냈다. 공노법 제11조가 공무원의 단체행동권 행사를 공무의 정상적인 운영을 저해하지 않는 경우에도 금지한다고 해석하는 것은 헌법 제33조 제2항에 위반된다고 일부 반대의견은 보았는데, 이러한 태도는 타당하다고 생각한다.

참고문헌

1. 단행본

- 김유성, 노동법II, 전정판, 법문사, 1997.
 김철수, 헌법학개론, 제19전정신판, 박영사, 2007.
 김형배, 노동법, 제20판, 박영사, 2011.
 정종섭, 헌법학원론, 제7판, 박영사, 2012.
 허영, 한국헌법론, 전정7판, 박영사, 2011.

2. 학술지

- 김대환, “근로삼권의 본질적 내용 침해금지에 관한 소고 -헌법재판소의 결정을 중심으로”,
 공법연구 제29권 제3호, 한국공법학회, 2001, 243-262쪽.
 김인재, “공무원노조와 교수노조의 결성과 합법화방향”, 노동법연구 제11호, 서울대노동
 법연구회, 2001, 291-330쪽.
 박종희, “노동3권의 보장의의와 내용”, 고려법학 제48권, 고려대학교 법학연구원, 2007,
 107-139쪽.
 박진영, “공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 위헌확인”, 결정해설집 7집,
 헌법재판소, 2009, 613-657쪽.
 안태운, “경영상 조치가 노동쟁의의 대상이 될 수 있는지 여부”, 노동판례비평 제8호,
 민주사회를 위한 변호사 모임, 2004, 335-354쪽.
 이달휴, “공무원의 노동3권제한과 공공복리”, 법학논고 제31집, 경북대학교 법학연구원,
 2009, 1-28쪽.
 이병희, “경영상항의 단체교섭 및 쟁의행위 대상성”, 노동법실무연구(재판자료 제118
 집), 노동법연구회(법원도서관), 2009, 321-342쪽.
 이흥재, “근로3권에 대한 헌법재판소 판례의 검토”, 서울대학교 법학 제43권 제2호, 서울
 대학교 법학연구소, 2002, 238-259쪽.
 정관영, “공법소송에서 공공부조수급권의 보장 -비례의 원칙을 중심으로”, 법조 제63권
 제9호(통권 제696호), 법조협회, 2014, 157-200쪽.

- 정영훈, “공무원의 근로3권”, 헌법이론과 실무, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2013, 1-60쪽.
- _____, “공무원 근로3권의 보장과 사실상노무에 종사하는 공무원의 개념에 관한 고찰”,
한양법학 제41집, 한양법학회, 2013, 185-215쪽.

[Abstract]

Judicial Review about the Limitation of the Restriction on the Public Officials' Constitutional Labor Rights

Jung, Kwan-Young*

The Constitution of Article 33 defines to guarantee the labor rights. So the legal issue of labor rights in our country must be discussed the constitutional point of view. Regarding the labor rights of public officials, our Constitution specifies the restrictions of labor rights of public officials such as “Only those public officials who are designated by Act, shall have the right to association, collective bargaining and collective action”(the Constitution of Article 33 Section 2). Constitutional Court retained the same judgment that the National Assembly as a lawmaking institution has wide discretion to decide whether to allow public officials to exercise the rights of association, collective bargaining and collective action, and how to limit the type and scope of such actions through legislating related laws and regulations.

However, the dissenting opinion in part in this case is more reasonable than majority opinion of the Court. It is appropriate that the dissent in part can review actually by the standards of judicial review such as the principle of proportionality and the principle of essence guaranty in the constitutional trial. So interpretation about the Constitution of Article 33 Section 2 should be severely restricted the legislative formation power of the National Assembly by limitations of the principle of proportionality, the principle of essence guaranty from the Constitution of Article 37 Section 2.

[Key Words] Public Officials, Constitutional Labor Rights, Judicial Review,
Principle of Proportionality, Principle of Essence Guaranty

* Public Service Attorney, Korea Legal Aid Corporation

