

노조법개정안(노란봉투법)의 위헌성 여부에 대한 검토¹⁾

차 진 아

(고려대 법학전문대학원 교수, 헌법학)

<차 례>

I. 문제상황	1
II. 제21대 국회의 노조법개정안 논란과 그 의미	3
1. 노조법개정안(일명 노란봉투법) 발의의 배경	3
2. 노조법개정안에 대한 위헌 논란	4
3. 노조법개정안의 강행처리가 실패한 이유	6
III. 제22대 국회에서 발의된 새로운 노조법개정안의 주요 내용(환경노동위원회 대안을 중 심으로)	8
1. 개정안의 제안이유	8
2. 근로자 및 사용자의 범위 확대	9
3. 징의행위의 대상 확대	10
4. 사용자의 손해배상청구의 제한	10
5. 공동불법행위에 대한 연대책임 배제 및 사용자에게 의한 손해배상 책임의 면제	11

1) 이 보고서는 2024.7. 제출된 국회 환경노동위원회의 「노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안(대안)」의 위헌성 여부에 대한 검토의견으로서 2023. 10. 작성된 “노란봉투법안의 위헌성 여부에 대한 검토의견”을 토대로 이를 대폭 수정 및 보완한 것이다.

6. 제21대 국회 노조법개정안과 제22대 국회 노조법개정안의 비교	12
IV. 헌법 및 노동법에 따른 근로삼권의 의미와 기능	16
1. 근로삼권의 역사적 발달과 법적 성격	16
2. 근로삼권의 자유권적 측면과 사회권적 측면	19
(1) 단결권의 자유권적 측면과 사회권적 측면	19
(2) 단체교섭권의 자유권적 측면과 사회권적 측면	20
(3) 단체행동권의 자유권적 측면과 사회권적 측면	21
3. 헌법상 단체행동권의 의의와 쟁의행위의 불법성 판단 기준	22
4. 단체행동권의 법적 성격과 민·형사상 책임 면책의 의미	24
5. 단체행동권의 노동법에 의한 구체화와 정당한 쟁의행위의 인정범위	26
V. 근로자 및 사용자의 범위 확대의 위헌성(노조법개정안 제2조 제2호, 제4호)	30
1. 근로자 및 사용자 개념과 근로계약의 존부	30
2. 사실상의 근로계약이 인정되기 위한 조건	31
3. 독립된 타 기업 근로자와의 근로계약 인정의 위헌성 - 죄형법정주의 (명확성원칙) 및 과잉금지원칙 위배	34
VI. 쟁의행위의 대상 확대의 헌법적 문제점(노조법개정안 제2조 제5호)	37
1. 쟁의행위의 개념과 성격	37
2. 쟁의행위의 인정 범위에 관한 주요 선진국 입법례	38
3. 근로삼권의 본질과 쟁의행위 대상 확대의 헌법적 한계	40
VII. 불법적 쟁의행위 등에 대한 손해배상청구권 등 제한의 위헌성	42
1. 불법적 쟁의행위 등에 대한 사용자의 손해배상청구권 제한 (노조법개정안 제3조 제1항)의 문제점	42
2. 사용자의 불법행위로 인한 근로자의 불법행위에 대한 면책	

(노조법개정안 제3조 제2항)	44
3. 신원보증책임 면제의 문제점(노조법개정안 제3조 제4항)	45
VIII. 공동불법행위에 대한 부진정연대책임의 배제 및 사용자에게 의한 손해배상 책임의 면제 (노조법개정안 제3조 제3항, 제3조의2)	47
1. 공동불법행위에 대한 부진정연대책임의 원칙	47
2. 무조건적인 부진정연대책임 배제의 효과와 사용자의 재산권 등 제한의 위헌성	52
3. 부진정연대책임 예외인정(불법행위책임 개별화)의 전제조건: 폭력·파괴행위로 인한 손해의 배제 및 입증책임의 전환	58
4. 사용자에게 의한 손해배상 책임 면제의 의미와 부작용에 대한 우려	58
IX. 결론	60
참고문헌	62
 <표 차례>	
《표 1》 제21대 국회 노란봉투법안들의 비교(환노위대안으로 폐기됨)	4
《표 2》 제21대 국회 노조법개정안과 제22대 국회 노조법개정안의 쟁점 비교	12
《표 3》 제21대 국회 노조법개정안과 제22대 국회 노조법개정안의 조문대조표	13
《표 4》 현행헌법상 노동삼권	18
《표 5》 현행법상 정의행위에 대한 민·형사상 책임의 면책	21
《표 6》 현행민법상 공동불법행위에 대한 부진정연대채무	50

I. 문제상황

대한민국에서 노사 문제는 가장 민감한 문제의 하나이다. 서구의 선진국에서도 노사 문제는 항상 민감한 문제이지만, 우리의 경우 민주화 과정에서의 역사적 경험 때문에 노사 문제는 더욱 예민한 문제로 받아들여지고 있는 것이다.

실제로 1980년대 민주화 운동과 노동운동이 결합하여 전개되면서, 양자를 동일시하는 경향도 있었고, 독재 정권 하의 정경유착 속에서 근로자들은 선량한 피해자들도, 기업들은 정권과 유착되어 있는 악한 집단으로 인식된 경우가 적지 않았다.

그러나 민주화 이후 37년이 지났고, 글로벌 경쟁 속에서 살아남기 위해서는 노사의 공동 노력이 불가피한 현실에서 대한민국의 노사관계를 민주화 이전의 선입견으로 바라보는 것은 적절치 않다. 이른바 선진적 노사관계, 협력적 노사관계의 필요성이 널리 인정되고 있는 것도 그 때문이다.

하지만 일부 강성 노조의 영향력 하에 노사관계를 여전히 갈등과 대립, 나아가 충돌과 승패의 문제로 보는 시각들이 여전히 존재하고 있다. 그로 인하여 노사 간의 격렬한 충돌이 발생하는 일이 드물지 않고, 그 결과는 기업의 큰 손실과 이를 발생시킨 노조에 대한 손해배상책임으로 나타나게 된다.

그런데 몇 년 전부터 이른바 ‘노란봉투법’이라는 이름으로 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 ‘노조법’이라 함) 개정안이 계속 논란의 대상이 되고 있다. 사회적 약자인 근로자들의 어려움을 덜어주기 위하여 노조법을 개정하여야 한다는 것이다. 그 주된 내용은 근로자 및 사용자의 범위 확대, 쟁의행위로 인하여 발생한 손해에 대한 책임의 면제 등이었다.

이러한 노조법개정안은 기존의 노동법 체계에 큰 변화를 가져오는 것이었을 뿐만 아니라, 헌법상 규정된 근로삼권의 본질과도 부합하지 않는다는 비판이 많았다. 그로 인하여 초기의 강경한 입장이 많이 완화되기는 했지만, 노란봉투법 논란이 완전히 불식된 것은 아니었다.

이번 제22대 국회의 출범 직후에 다시금 노조법개정안이 야당들의 주도

로 발의된 것은, 제21대 국회에서의 논란을 이어가는 것으로 볼 수 있다. 핵심적인 쟁점은 그 당시와 다르지 않고, 단지 세부적인 내용에서 미세한 차이를 보일 뿐이다.

이 글에서는 먼저「II. 제21대 국회의 노조법개정안 논란과 그 의미」를 통해 노란봉투법이라는 이름의 노조법개정안 문제의 배경을 확인하고, 「III. 제22대 국회에서 발의된 새로운 노조법개정안의 주요 내용」을 개관한 다음, 「IV. 헌법 및 노동법에 따른 근로삼권의 의미와 기능」에 대하여 고찰할 것이다. 이를 바탕으로 노조법개정안의 헌법적 문제점을 「V. 근로자 및 사용자의 범위 확대의 위헌성(노조법개정안 제2조 제2호, 제4호)」, 「VI. 쟁의행위의 대상 확대의 헌법적 문제점(노조법개정안 제2조 제5호)」, 「VII. 불법적 쟁의행위 등에 대한 손해배상청구권 등 제한의 위헌성」, 「VIII. 공동불법행위에 대한 부진정연대책임의 배제 및 사용자에게 의한 손해배상 책임의 면제(노조법개정안 제3조 제3항, 제3조의2)」의 순서로 검토하고자 한다.

Ⅱ. 제21대 국회의 노조법개정안 논란과 그 의미

1. 노조법개정안(일명 노란봉투법) 발의의 배경

‘노란봉투법’이라는 이름은 쌍용차 사건과 관련한 노란봉투 후원에서 비롯되었다. 2014년 쌍용차 사건에서 불법파업을 하여 47억원의 손해배상 판결을 받은 근로자를 위해 한 시민이 노란색 봉투에 작은 성금을 전달하면서 시작되었고, 이후 노란봉투 캠페인으로 이어지면서 성금을 모았다.

노란봉투법은 과거 월급봉투의 색깔을 상징하며, 손해배상의 어려움을 벗어나 다시금 월급을 받는 일상으로 돌아가기를 바라는 마음에서 노란봉투법이라는 이름이 널리 사용된 것이라고 한다.²⁾ 당시 불법파업에 대한 비판 없이 손해배상으로 인해 고통받는 근로자들 입장만을 생각한 것이라는 비판도 있었으나,³⁾ 이후 근로자에 대한 손해배상의 제한을 주된 내용으로 하는 노조법개정안이 계속 발의되었다.

특히 제21대 국회에서는 강병원 의원안, 강은미 의원안, 임종성 의원안, 이수진 의원안, 김민정 의원안, 양경숙 의원안, 이은주 의원안, 노웅래 의원안 등이 각기 발의되면서 노조법 개정에 대한 찬반이 매우 날카로워진 바 있었다. 결국 이러한 여러 법안들이 통합되어 환경노동위원회의 대안이 마련되었고, 국회 본회의까지 통과한 바 있었다.⁴⁾

2) 이에 관하여는 김나래, 노란봉투법에 관한 쟁점과 동향, 한국법학원 현안보고서, 제2023-12호 참조.

3) 당시 권성동 의원은 노란봉투법을 ‘황건적보호법’이라고 비판한 바 있다. 이에 관하여는 중앙일보, 2022.9.15., 「권성동 “‘노란봉투법’, 불법 파업 조장하는 ‘황건적 보호법’”」 (<https://www.joongang.co.kr/article/25101890>, 2024.7.25. 접속); 한겨레신문 2022. 9. 15. 「권성동 “노란봉투법은 ‘황건적 보호법’ … 손배 없이 노조 어찌 막나”」 (https://www.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/1058759.html, 2024.7.25. 접속) 참조.

4) 환경노동위원회 대안은 2023.6.30. 발의되었으며, 2023.11.9. 국회 본회의에서 원안가결되었다.

그러나 이후 윤석열 대통령의 법률안 거부권 행사가 있었고, 결국 노란봉투법으로 지칭되던 노조법개정안은 입법화되지 못했다.⁵⁾

〈표 1〉 제21대 국회 노란봉투법안들의 비교(환노위대안으로 폐기됨)

	강민정 의원안	강병원 의원안	강은미 의원안	노웅래 의원안	양경숙 의원안	이수진 의원안	이은주 의원안	임종성 의원안
(교섭 및) 정의행위대상 사용자 범위 확대	○	X	○	○	○	X	○	X
근로자 범위 확대	X	X	○	X	X	X	○	X
교섭대상 내지 노동쟁의 인정 대상 확대	X	X	○	X	X	X	○	○
불법쟁의행위에 대한 손해배상청구·가압류 신청 제한	○	○	○	○	○	○	○	○
민사상 면책대상을 노조활동 전반으로 확대(불법쟁의행위등에 대한 사용자의 손해배상청구권 제한)	○	○	X	X	○	○	X	X
노조 의사결정에 의한 폭력·파괴행위시 근로자 개인에 대한 손해배상청구 등 제한	○	○	○	○	○	○	○	○
폭력·파괴행위시에도 노조의 존립이 불가능하게 되는 경우 노조에 대한 손해배상청구 등 제한	○	○	X	X	○	X	○	○
폭력·파괴행위로 인한 손해에 대해 노조에 대한 손해배상액 산정범위 제한	○	X	○	X	○	○	○	○
폭력·파괴행위로 인한 손해에 대해 노조(또는 개인)에 대한 손해배상액 상한 신설	○	○	X	X	○	X	○	○
폭력·파괴행위로 인한 손해에 대해 손해배상액 경감 청구	○	○	X	○	X	X	○	○
폭력·파괴행위로 인한 손해에 대해 신원보증인 면책	○	○	○	○	○	○	○	○
집단적 노무제공거부에 대한 형사책임 면책	X	X	X	X	○	○	X	X

2. 노조법개정안에 대한 위헌 논란

2023년 환경노동위원회 대안은 기존의 다양한 노조법개정안을 통합한 것이었고, 일부 과격하다고 지적받은 조항들을 일부 삭제한 것이었다. 그러나 여전히 위헌 논란을 벗어나지 못하고 있었으며, 그로 인하여 윤 대통령의 법률안거부권 행사가 정당화될 수 있었다.

5) 당시 노조법개정안은 2023.12.8. 국회 본회의에서 재의결절차를 밟았으나 부결되었다.

그런데 제22대 국회에 들어와 지난 입법기에서 폐기되었던 법률안들이 계속 재발의되고 있으며,⁶⁾ 노조법개정안도 그 중의 하나로 부각되고 있다. 그런데 그 내용은 지난 제21대 국회 당시의 개정안들과 크게 달라진 것은 아니라는 점에서 당시의 위헌 논란을 되짚어 볼 필요가 있다.⁷⁾

당시 노조법개정안들과 관련하여 위헌성이 문제되었던 점은 크게 네 개의 관점에서 정리될 수 있다.

첫째, 근로계약 관계가 없는 사람을 근로자로, 나아가 노조 구성원으로 인정하는 것은 헌법상의 근로권 및 근로삼권 보장의 취지와 맞지 않는다.⁸⁾

둘째, 근로계약 관계가 없는데 근로자의 근로조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자를 사용자로 보는 것은 사용자개념을 지나치게 확장하여 단체교섭과 쟁의행위의 상대방으로 삼는 것은 근로삼권의 보장취지에 맞지 않는다. 더욱이 사용자의 범위가 어디까지인지가 불명확하여 -사용자의 개념은 사용자의 부당노동행위금지규정의 일부로서 형사처벌조항⁹⁾에 대한 구성요건의 일부를 이루는 조항이므로- 죄형법정주의원칙에서 파생되는 명확성원칙에도 위배되며, 원청업체 사용자의 영업의 자유뿐만 아니라 하청업체 사용자의 독립성과 경영권에 대한 과도한 침해이다.¹⁰⁾

6) 2024.5.30. 제22대 국회가 개원한 이후 1개월이 되지 않은 기간에 4개의 노조법개정안의 발의되었고, 이를 통합한 환경노동위원회의 대안까지 2024.6.30. 발의된 것을 생각하면, ‘노조법개정안이 충분한 숙고 없이 재발의된 것은 아닌가’ 라는 의구심도 있다.

7) 당시 환노위 대안과 현재의 환노위 대안이 크게 다르지 않다는 점(이에 대하여는 아래의 「Ⅲ. 6. 제21대 국회 노조법개정안과 제22대 국회 노조법개정안의 비교」 참조)에서 이러한 문제는 현재 논란되는 노조법개정안에서도 그대로 드러난다.

8) 이에 관하여는 조선일보, 2022.9.15., 「경제계 “노란봉투법은 헌법상 기본권인 재산권 침해. 경총·중기중앙회·중견기업聯 국회환노위장 만나 우려 전달”」 (<https://www.chosun.com/economy/industry-company/2022/09/15/4CLEW6YPPFEU5ONR6N54V53WNA/>, 2024.7.25. 접속) 참조.

9) 노조법 제90조, 제81조 제1항 제3호 등.

10) 아시아경제, 2023.11.21, 논란의 ‘노란봉투법’ 주요 내용과 쟁점은?(上) (<https://view.asiae.co.kr/article/2023112018051541697>, 2024.7.23. 접속); 중앙일보, 2023.11.

셋째, 근로자의 단체행동권이 헌법상의 기본권으로 인정되고 있지만, 불법적인 단체행동까지 보호하는 것¹¹⁾은 아니며, 이를 법률로써 보호하려고 하는 것은 오히려 헌법상 근로삼권 보호의 취지에 어긋난다.

넷째, 정당한 단체행동권의 행사로 인하여 사업자에게 손실이 발생하는 것은 감수하도록 요구할 수 있지만, 불법적인 단체행동으로 인한 손해까지 감수하라는 것은 사업자의 재산권 및 직업의 자유와 평등권에 대한 과도한 침해이다.¹²⁾

이러한 위헌성들이 문제되면서 윤 대통령이 노조법개정안에 대해 법률안 거부권을 큰 부담 없이 행사할 수 있게 된 것이다.

3. 노조법개정안의 강행처리가 실패한 이유

이렇게 볼 때, 제21대 국회에서 노조법개정안이 입법화되지 못한 것은 단순히 정치적 세력관계의 문제가 아니라, 위헌성의 문제가 핵심적 원인이라고 볼 수 있다.

이는 노란봉투법 문제가 꽤 오래전부터 제기되었음에도 불구하고 과반의석을 갖고 있었던 민주당이 문재인 정부 당시에는 이에 적극적인 태도를 보이지 않고 있었지만, 야당이 된 이후에 비로소 적극성을 보이는 것까지도 무관하지 않은 것으로 보인다. 문재인 정부에서는 굳이 위헌적인 입법을 추진할 동기가 강하지 않았는데, 윤석열 정부에서는 노조법개정안이 위헌이라 하

12., 파업 만연화 vs 노동자 보호 '노란 봉투법' 논란...전문가 의견은(<https://www.joongang.co.kr/article/25206603>, 2024.7.23. 접속).

11) 당시 노조법개정안이 불법적인 쟁의행위를 보호하려는 것으로 해석된다는 점에 관하여는 김희성/ 이준희, 노조법개정안 환노위 대안 제3조의 해석론상의 문제점과 평가, 노동법포럼 제39호(2023.7), 73면 참조.

12) 같은 맥락에서 불법적 쟁의행위에 대한 손해배상에서 연대책임을 배제하고 책임을 개별화하는 것의 문제점도 지적된 바 있다. 이에 관하여는 김희성/ 이준희, 노조법개정안 환노위 대안 제3조의 해석론상의 문제점과 평가, 노동법포럼 제39호(2023.7), 80면 이하 참조.

더라도 그 부담을 정부-여당이 일차적으로 지게 된다는 점을 고려한 것이 아닌가 싶은 것이다.¹³⁾

더욱이 노조의 불법파업에 대해서는 국민들의 비판도 매우 커지고 있다. 과거와 달리 불법적인 점거 농성을 보는 국민들의 시선이 차가울 뿐만 아니라, 파업 과정에서 기물을 파손하는 등의 행위에 대해서도 날카로운 비판이 많아지고 있다. 이는 윤 정부가 집권 초 화물연대의 불법적 총파업 등 불법적 단체행동에 대한 엄정한 대응이 국민적 지지를 얻은 것에서도 확인된다.¹⁴⁾

이렇게 볼 때, 노동자들의 정당한 단체행동에 대해서 보호하는 것은 당연하지만, 불법적인 단체행동까지도 법을 바꿔서라도 보호해야 한다는 것은 무리한 주장이며, 국민적 공감을 얻지도 못할 것이다. 더욱이 그 내용이 위헌인 경우에는 설령 대통령의 법률안거부권 행사가 아니더라도 헌법재판소에서 위헌결정이 내려질 수밖에 없을 것이다.

그럼에도 불구하고 제22대 국회에서 노조법개정안이 박해철 의원안,¹⁵⁾ 김태선 의원안,¹⁶⁾ 이용우·신정식·윤종오 의원안,¹⁷⁾ 김주영 의원안¹⁸⁾ 등이 발의되었고, 이를 대체하는 환경노동위원회의 대안이 마련된 과정이 제21대 국회와 매우 유사하게 진행되고 있으며, 그 내용도 매우 유사하다.

13) 이는 최근 민주당 주도의 여러 입법들에서 위헌 논란이 적지 않은데, 이를 무시하고 강행하는 것에서 더욱 강한 의구심을 갖게 한다.

14) 이에 관하여는 서울경제신문, 2022.12.8., 「尹 원칙 대응·여론 악화에 야당도 손 들어…코너 몰린 화물연대」 (<https://www.sedaily.com/NewsView/26ETN8CICN>, 2024.7.25. 접속) 참조.

15) 2024.6.3. 박해철 의원 등 14인 발의.

16) 2024.6.10. 김태선 의원 등 15인 발의.

17) 2024.6.17. 이용우 의원, 신정식 의원, 윤종오 의원 등 87인 발의

18) 2024.6.26. 김주영 의원 등 30인 발의.

Ⅲ. 제22대 국회에서 발의된 새로운 노조법개정안의 주요 내용(환경노동위원회 대안을 중심으로)

1. 개정안의 제안이유

22대 국회에 계류 중인 환경노동위원회 대안(이하 ‘노조법개정안’ 이라 함)에서는 근로삼권의 구체화를 주장하면서 원청의 지배를 받는 간접고용 노동자들에 대한 보호 필요성 등을 강조하였다. 또한, 노동조건 유지·개선과 노동자의 경제적·사회적 지위 향상이 헌법과 현행법의 목적임에도 불구하고 쟁의행위 대상이 현행법상 지나치게 좁게 인정되고 있다고 말하고 있다.¹⁹⁾

그러면서 현행법이 쟁의행위의 대상을 ‘근로조건 결정’에 관한 사항으로 한정하고 있는 것이 문제이며, 쟁의행위의 대상범위를 확대하고, 공동불법행위에 대해 법원에서 각각의 불법행위 책임범위 여부를 구체적으로 산정하지 아니하고 모든 공동불법행위자 각각에게 총 손해발생액 전부를 부담시키고 있어, 모든 행위자 각각에 대해 과도한 배상책임이 부과되고 있다고 말한다.

이러한 문제인식에 기초하여 법원이 조합원 등의 쟁의행위 등으로 인한 손해배상책임을 인정하는 경우, 그 손해에 대하여 각 배상의무자별로 각각의 귀책사유와 기여도에 따라 개별적으로 책임 범위를 정하도록 하고, 나아가 사용자가 쟁의행위 등으로 인한 손해배상책임 등을 면제할 수 있다는 규정을 신설하여 노사분쟁의 원만한 해결을 도모하려는 것이 개정안의 제안이유라고 밝히고 있다.²⁰⁾

19) 그러나 이에 대해서는 논란이 계속되고 있으며, 특히 쟁의행위의 대상을 과도하게 확장함으로써 위헌 문제가 발생하고 있다. 이에 관한 상세한 것은 아래의 「쟁의행위의 대상 확대의 헌법적 문제점(노조법개정안 제2조 제5호)」 참조.

20) 이에 관한 상세한 것은 아래의 「Ⅷ. 공동불법행위에 대한 부진정연대책임의 배제 및 사용자에게 의한 손해배상 책임의 면제(노조법개정안 제3조 제3항, 제3조의2)」 참조.

여기서 가장 먼저 주목할 점은 근로자와 노동자의 관계, 그리고 근로삼권의 헌법적 의미에 대한 이해이다. 노조법개정안의 제안이유를 보면, 근로자는 항상 사회적 약자이고, 항상 우선적으로 보호되어야 할 대상으로 인식되고 있으며, 헌법상의 근로삼권도 이를 위한 것으로 이해하고 있는 것으로 보인다.²¹⁾

그러나 헌법상의 근로삼권은 근로자들을 일방적으로 보호하고, 지원하려는 것이 아니라 사회적 약자인 근로자들이 근로삼권을 통해 사용자와 실질적으로 대등한 지위에서 평등하게 근로관계를 형성할 것을 목표로 한다.²²⁾ 즉, 사용자는 악(惡)이고, 근로자는 선(善)이라는 이분법적 사고로 근로삼권을 해석하는 것은 옳지 않다. 이러한 기본적인 인식의 문제가 노조법개정안의 개별 내용에서도 위헌성의 문제로 이어지고 있는 것으로 볼 수 있다.

2. 근로자 및 사용자의 범위 확대

노조법개정안에서 가장 주목되는 조항의 하나가 근로자 및 사용자의 범위를 확대하는 것이다. 이는 제21대 국회에서 발의되었던 노조법개정안과 대동소이하며, 이와 관련한 개정안의 핵심적 내용은 두 가지이다.

첫째, 근로계약 체결 당사자가 아니더라도 근로자의 근로조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자도 사용자로 본다고 규정하여, 현행 사용자의 범위를 확대하도록 하였다(제2조 제2호 후단 신설).²³⁾

둘째, 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 노동조합으로 보지 않는 현행 규정을 삭제하여, 특수고용노동자, 플랫폼노동자 등 다양한 일하는 사

」 참조.

21) 즉, 근로자는 항상 사회적 약자이고 선량하며, 사용자는 사회적 강자일 뿐만 아니라 근로자를 억압한다는 전제에서 출발하여 근로삼권은 항상 근로자의 편에 서 있는 것이라고 보는 것이다.

22) 이에 관하여는 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2024, 859면 참조.

23) 이 부분은 제21대 국회의 환경노동위원회 대안과 동일한 내용이다.

람의 단결권을 인정하도록 하였다(제2조 제4호 라목 삭제).²⁴⁾

이러한 개정안이 통과될 경우에는 노사관계의 기본구조가 크게 변화될 수 있으며, 이는 단순히 노조법 조항의 개정으로 끝나지 않는 막대한 파급효과를 야기할 수 있다는 점에서 신중한 검토가 필요할 것이다.

3. 쟁의행위의 대상 확대

노조법개정안에서 가장 민감한 문제의 하나가 쟁의행위의 대상을 확대하는 부분이다. 이와 관련하여 개정안은 쟁의행위의 대상을 ‘근로조건’에 관한 사항으로 확대하여 정당한 쟁의행위의 범위가 확대될 수 있도록 하였다(제2조 제5호).²⁵⁾

여기서 주목할 점은 현행법상 “근로조건 결정”을 “근로조건”으로 변경함으로써 쟁의대상이 크게 확대될 수 있을 뿐만 아니라, 그러한 근로조건 중에는 사용자가 결정할 수 없는 사항까지도 포함될 수 있어서 이를 정치적 파업 등의 정당화사유로 삼을 수 있다는 것이다.²⁶⁾

4. 사용자의 손해배상청구의 제한

노조법개정안의 핵심이라 할 수 있는 부분이 사용자의 손해배상청구를 제한하는 것이다. 노조법개정안은 이와 관련하여 두 가지 사항을 강조하고 있다.

첫째, 사용자는 “이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위” 뿐만 아니라,

24) 이 부분은 제21대 국회의 환경노동위원회 대안에서는 없었던 것인데, 제22대 국회의 환경노동위원회 대안에서 새롭게 변경(삭제)한 것이다.

25) 이 부분은 제21대 국회의 환경노동위원회 대안과 동일한 내용이다.

26) 이에 관한 상세한 것은 아래의 「Ⅵ. 쟁의행위의 대상 확대의 헌법적 문제점(노조법개정안 제2조 제5호)」 참조.

“그 밖의 노동조합의 활동”으로 인하여 손해를 입은 경우에 노동조합 또는 근로자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없도록 하였다(제3조 제1항).

둘째, 사용자의 불법행위에 대하여 노동조합 또는 근로자의 이익을 방위하기 위하여 부득이 사용자에게 손해를 가한 노동조합 또는 근로자는 배상할 책임이 없다고 규정하였다(제3조 제2항 신설).²⁷⁾

이러한 손해배상청구의 제한에 대해서는 정당한 쟁의행위가 아닌 불법적인 쟁의행위, 심지어 폭력·파괴행위에 대해서까지 손해배상을 제한하는 것이 사용자의 재산권 및 직업의 자유(영업의 자유)와 평등권²⁸⁾을 과도하게 제한하는 것으로서 위헌이라는 비판이 있다.²⁹⁾

5. 공동불법행위에 대한 연대책임 배제 및 사용자에게 의한 손해배상 책임의 면제

불법행위에 대한 근로자의 손해배상책임과 관련하여 노조법개정안은 그 밖에 몇 가지 새로운 규정을 신설하였다.

첫째, 법원이 조합원 등의 쟁의행위 등으로 인한 손해배상책임을 인정하는 경우 그 손해에 대하여 각 배상의무자별로 각각의 귀책사유와 기여도에 따라 개별적으로 책임 범위를 정하도록 하였다(제3조 제3항 신설).³⁰⁾

27) 이 부분은 제21대 국회의 환경노동위원회 대안에서는 없었던 것인데, 제22대 국회의 환경노동위원회 대안에서 새롭게 변경(신설)한 것이다.

28) 불법적 쟁의행위 등으로 인한 사용자의 손해배상청구권에 대해서만 합리적 근거 없이 차별하는 것으로서 평등권 침해 여부가 문제되는 것이다.

29) 손해배상책임이 인정된다는 것 자체가 불법행위에 의한 손해의 발생이 인정된다는 것이기 때문에, 불법행위로 인한 손해배상책임을 제한하는 것은 불법행위의 상대방에 대해서 재산권의 제한이 될 수밖에 없으며, 그 불법행위가 정상적인 영업활동을 방해하는 것이라면 직업의 자유에 대한 제한이기도 하다. 또한 불법 쟁의행위 등에 대한 사용자의 손해배상청구권에 대해서만 불리하게 차별하는 것이므로 평등권도 제한된다.

30) 이 부분은 제21대 국회의 환경노동위원회 대안의 제3조 제2항을 제3조 제3항으로 옮긴 것이다.

둘째, 「신원보증법」에도 불구하고 신원보증인은 정의행위 등으로 인하여 발생한 손해에 대하여 배상할 책임이 없다고 규정하였다(제3조 제4항 신설).³¹⁾

셋째, 사용자는 단체교섭 또는 정의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인한 노동조합 또는 근로자의 손해배상 등 책임을 면제할 수 있도록 하였다(안 제3조의2 신설).³²⁾

그러나 이런 조항들도 불법행위자에 대한 부적절한 배려라는 점, 노조의 압력에 의해 사용자가 사실상 손해배상책임을 추궁하기 힘들어진다는 점 등이 논란될 수 있다.³³⁾

6. 제21대 국회 노조법개정안과 제22대 국회 노조법개정안의 비교

《표 2》 제21대 국회 노조법개정안과 제22대 국회 노조법개정안의 쟁점 비교

	21대 국회 노조법개정안	22대 국회 노조법개정안
교섭 및 정의행위대상 사용자 범위 확대	“근로계약 체결의 당사자가 아니더라도 근로자의 근로조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자” 도 사용자에 포함 (제2조 제2호 후단)	같음
근로자 범위 확대	-	근로자가 아닌 자의 노조가입 허용 (제2조 제4호 라목 삭제)
노동쟁의 대상 확대	“근로조건 결정” ⇒ 근로조건 (제2조 제5호 전단)	같음
민사상 면책대상을 노조 활동 전반으로 확대	-	“그 밖의 노동조합의 활동” 으로 인한 손해에 대한 사용자의 손해배상청

31) 이 부분은 제21대 국회의 환경노동위원회 대안의 제3조 제3항을 제3조 제4항으로 옮긴 것이다.

32) 이 부분은 제21대 국회의 환경노동위원회 대안에서는 없었던 것인데, 제22대 국회의 환경노동위원회 대안에서 새롭게 변경(신설)한 것이다.

33) 이에 관한 상세한 것은 아래의 「불법적 정의행위 등에 대한 손해배상청구권 등 제한의 위헌성」 참조.

<p><신 설></p>	<p>의 배상의무자별로 귀책사유와 기여도에 따라 개별적으로 책임 범위를 정하여야 한다.</p> <p>③ 「신원보증법」 제6조에도 불구하고 신원보증인은 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인하여 발생한 손해에 대해서는 배상할 책임이 없다.</p>	<p>가한 노동조합 또는 근로자는 배상할 책임이 없다.</p> <p>③ 법원은 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인한 손해배상책임을 인정하는 경우 각 손해의 배상의무자별로 귀책사유와 기여도에 따라 개별적으로 책임 범위를 정하여야 한다.</p>
<p><신 설></p>		<p>④ 「신원보증법」 제6조에도 불구하고 신원보증인은 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인하여 발생한 손해에 대해서는 배상할 책임이 없다.</p>
<p><신 설></p>		<p>제3조의2(책임의 면제) 사용자는 단체교섭 또는 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인한 노동조합 또는 근로자의 손해배상 등 책임을 면제할 수 있다.</p>

IV. 헌법 및 노동법에 따른 근로삼권의 의미와 기능

1. 근로삼권의 역사적 발달과 법적 성격

근로삼권은 다른 기본권들에 비해 비교적 늦게 인정된 기본권에 속한다. 그 이유는 근로삼권의 출발점이 되는 노동조합의 결성 자체가 -마치 중세 길드처럼- 근로자 개인의 노동력에 대한 자유로운 처분을 불가능하게 하는 노동력의 독점적 거래로서 근로자 개인의 노동력의 거래의 자유에 대한 억압으로 이해하는 견해가 지배적이었기 때문이다.³⁴⁾ 이에 따라 노동조합의 결성이 금지되고 형사처벌의 대상이 되기도 하였다.³⁵⁾

그러나 이후 근로자의 단결권이 정당한 권리로 인정된 것은 크게 3가지 요인이 작용한 것이다.

첫째, 단체법이론의 발달이 미친 영향이다. 종래 법적 권리는 자연인 개개인에게만 귀속되는 것이며, 단체의 이름으로 권리, 의무가 귀속될 수 있다는 것 자체가 인정되지 않았다. 그러나 근대의 정치적, 경제적, 사회적 변화로 인하여 이러한 필요성이 매우 절실한 것으로 인정되었다. 정치적으로는 정당의 의미와 기능에 대한 인식의 변화가, 경제적으로는 단체에 대하여 권리의무의 주체로서 법인격을 부여할 필요가 있었고, 사회적으로는 각종 시민단체 등의 구성 및 활동으로 이들을 중심으로 한 새로운 법률관계를 인정할 필요가 있었다. 이러한 단체법이론의 발전은 노동조합이 합법적인 단체의 하나로 인정되도록 하는 것에 긍정적으로 작용했다.³⁶⁾

둘째, 근로자와 사용자가 실질적으로 대등한 위치에 있지 않으며, 근로자들이

34) 조임영, 『프랑스에서의 파업권의 보장과 그 한계』, 국제노동브리프 제12권 제4호(2014. 4), 31-32면; 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2024, 858면.

35) 조임영, 『프랑스에서의 파업권의 보장과 그 한계』, 국제노동브리프 제12권 제4호(2014. 4), 32면; 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2024, 858면.

36) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2024, 858면.

단결한다는 것은 사용자와의 대등한 계약을 위해서, 즉 근로자가 사용자의 계약조건에 일방적으로 끌려다니지 않고 자신의 이익을 위해 정당한 계약조건을 주장할 수 있는 실질적인 전제로서 노동조합의 결성이 필요하다는 점이 인정됨에 따라 노동조합에 대한 인식이 변화되었다.³⁷⁾ 즉 개개의 근로자가 사용자와 1:1로 근로계약 조건을 정할 경우와 근로자들이 노동조합을 결성하고 노동조합을 통해 사용자와 근로조건을 결정할 때, 어느 쪽이 더 실질적인 대등성을 확보할 수 있겠는가?

셋째, 사회국가원리의 발전에 따라 사회적 약자인 근로자의 보호 필요성이 강조되었으며, 이러한 보호의 일환으로 노동조합의 인정이 정당한 것으로 받아들여졌다. 여기서 유의할 점은 이미 사회국가원리의 헌법적 수용 이전부터 노동조합이 합법화된 예들이 있으며, 1919년 바이마르공화국 헌법상의 사회적 기본권을 모두 삭제하고 자유권만을 규정하고 있는 독일 기본법은 제9조 제3항에서 규정하고 있는 (대한민국 헌법 제33조의 근로삼권에 상응하는 권리인) 단결권(Koalition)을 (이른바 사회적 기능을 수행하는) 자유권으로 이해하고 있다는 점이다.³⁸⁾

초기의 노조결성권은 이를 불법시하지 않는다는 점을 내용으로 하고 있었으며, 이는 자유권적 성격을 분명하게 드러내는 것이다.³⁹⁾ 그러나 사회국가원리의 발전에 따라, 사용자에 의한 노조탄압이 매우 심각한 사회문제로 대두되고 사회적 약자인 근로자들에 대한 국가적 보호가 요청되면서, 종래 자유권으로만 이해되었던 근로삼권에 사회권적 성격이 추가되었다.⁴⁰⁾

현행 헌법 제33조는 근로삼권을 규정하고 있으며 제1항은 원칙규정으로 근로조건의 향상을 위한 근로삼권의 인정을 규정하고 있고, 제2항과 제3항에서는 공

37) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2024, 859면.

38) 이에 대하여는 Rupert Scholz, in: Maunz-Dürig Kommentar zum Grundgesetz, Bd. II, München 2018 (Lieferung 81 im Stande September 2017), Art. 9, Rn. 158 참조.

독일 기본법 제9조 제2항에 따라 단결권(Koalition)은 “목적이나 활동이 형법에 위반되거나 헌법질서 또는 국제 상호이해”에 반해서는 안 되며, 독일 기본법 제9조 제3항은 노동쟁의의 목적을 “근로조건 및 경제조건 유지 및 개선”으로 규정하고 있다.

39) 이에 대해서는 Rupert Scholz, in: Maunz-Dürig Kommentar zum Grundgesetz, Bd. II, München 2018 (Lieferung 81 im Stande September 2017), Art. 9, Rn. 155.

40) 이에 대해서는 Rupert Scholz, in: Maunz-Dürig Kommentar zum Grundgesetz, Bd. II, München 2018 (Lieferung 81 im Stande September 2017), Art. 9, Rn. 155.

무원과 주요 방위산업체 근로자의 근로삼권 제한을 규정하고 있다.

〈표 4〉 현행헌법상 노동삼권

「대한민국 헌법」
제33조 ① 근로자는 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.
② 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.
③ 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.

현행헌법 제33조의 근로삼권의 법적 성격에 대해서는 헌법학계에서도 많은 논란이 있다.⁴¹⁾ 이를 사회권적 기능을 수행하는 자유권으로 보는 견해, 사회적 기본권적 측면만 갖는 것으로 해석하는 견해도 있으나, 그 연혁적 의미, 실질적 기능 등을 종합해보면 근로의 권리와 근로삼권은 자유권적 측면과 사회권적 측면을 동시에 갖는 것으로 보는 것이 타당하다.⁴²⁾

헌법재판소도 근로삼권의 법적 성격을 자유권적 측면과 사회권적 측면을 동시에 갖는 권리로 인정하고 있다:

<ul style="list-style-type: none">● 헌재 2022. 5. 26. 2012헌바66, 판례집 34-1, 346: “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
--

41) 이에 대하여는 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2024, 860-861면 참조

42) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2024, 1554면; 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2024, 849-850면, 860-861면.

있도록 해주는 기능을 부여하는 사회권적 성격을 함께 지닌 기본권이다.”

근로삼권은 자유권, 즉 국가로부터의 소극적 방어권(국가에 대한 방해배제청구권)에서 출발했으나 오늘날에는 사회권으로 인식될 정도로 사회권적 측면이 강력하게 작용하고 있다. 그러나 그것이 자유권적 측면이 완전히 사라졌음을 의미하는 것은 아니며, 예컨대, 단결권과 관련하여 복수노조가 허용되고 근로자들이 노조가입 여부 및 탈퇴를 자유롭게 결정할 수 있도록 하는 것도 이러한 자유권적 측면을 반영하고 있는 것이다.

근로삼권의 사회권적 측면이 갖는 독특한 성격은 다른 사회적 기본권들이 국가에 대해 구체적인 급부를 직접 청구하는 방식으로 실현되는 것과는 달리, 근로삼권은 근로자와 사용자 간의 관계에 대한 권리로서 사용자의 계약의 자유 내지 영업의 자유, 재산권 등을 제한함으로써 사회적 약자인 근로자에게 특별한 보호를 부여한다는 점에 있다.⁴³⁾ 이는 사회적 약자인 근로자의 보호(내지 근로자와 사용자 간 실질적 대등성 확보)를 위해, 국가가 근로자와 사용자 간의 관계에 깊이 개입하는 것이기 때문에 이를 새로운 사회권적 보호로 이해하는 것이다. 이러한 맥락에서 노동법을 전통적인 공법과 사법의 어느 영역에도 속하지 않는 제3의 영역(중간법 영역)으로 평가하기도 한다.

이와 관련하여 환경노동위원회 대안은 “헌법에 보장된 ‘노동3권’은 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적인 권리라고 보아야 함”이라고 주장하고 있다. 그러나 이는 노동삼권의 자유권적 측면에 한하여서만 타당한 것이며, 그 사회권적 측면과 관련하여서는 국가에 의한 적극적 급부활동, 즉 근로삼권보호를 위한 사용자에 대한 규제 등을 내용으로 하는 특성으로 인해 구체적인 보호범위는 일차적으로 입법자의 구체적인 형성에 의해, 즉 법률에 의해 구체화되어야 한다는 점에서 타당한 주장이라 할 수 없다.

2. 근로삼권의 자유권적 측면과 사회권적 측면

(1) 단결권의 자유권적 측면과 사회권적 측면

43) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2024, 860-861면.

단결권의 자유권적 측면은 국가가 노조 결성을 강제되거나 금지해서는 안된다는 점,⁴⁴⁾ 국가가 근로자들이 노조의 결성 및 가입과 탈퇴를 강제하거나 금지해서는 안 된다는 점을 들 수 있다.⁴⁵⁾

자유권에서 출발한 단결권에 대하여 사회권적 측면으로 추가된 부분은 사용자에게 의한 어용노조의 결성이나 노조결성 방해, 노조원의 탈퇴 종용 등의 행위를 국가가 적극적으로 개입하여 금지하고⁴⁶⁾ 그 위반행위에 대해 법적 제재를 가함으로써,⁴⁷⁾ 사용자로부터 근로자의 단결권을 보호해주는 것이라 할 수 있다.

이와 같이 단결권은 자유권적 측면과 사회권적 측면을 동시에 가지고 있으며, 어느 하나의 측면이 다른 측면을 대체할 수는 없다.

(2) 단체교섭권의 자유권적 측면과 사회권적 측면

단체교섭권의 자유권적 측면은 노조가 (교섭대상에 해당하는 안전에 대해) 교섭할 안전, (정당한 것으로 인정되는 범위 내에서) 교섭시기나 절차, 방법 등을 자유롭게 결정할 수 있으며, 이에 대해 국가가 금지 또는 강제해서는 안 된다는 것을 의미한다.

단체교섭권의 사회권적 측면은 (사용자의 계약의 자유 내지 영업의 자유를 제한하면서) 교섭행위에 대한 민·형사상 책임면책,⁴⁸⁾ 사용자에게 단체교섭에 응할 의무를 부과⁴⁹⁾ 및 위반시 제재,⁵⁰⁾ 단체교섭의 결과 체결된 단체협약에 대해 특별한 법적 구속력 인정⁵¹⁾ 등을 통해 국가가 적극적으로 개입하여 근로자들의 단체교섭을 보호하는 것으로 구체화된다.

44) Rupert Scholz, in: Maunz-Dürig Kommentar zum Grundgesetz, Bd. II, München 2018 (Lieferung 81 im Stande September 2017), Art. 9, Rn. 345.

45) 그 활동범위에 대해서는 논란이 있다.

46) 노조법 제81조 제1항 제1호, 제2호, 제4호.

47) 노조법 제90조.

48) 노조법 제3조, 제4조.

49) 노조법 제81조 제1항 제3호.

50) 노조법 제90조.

51) 노조법 제33조.

(3) 단체행동권의 자유권적 측면과 사회권적 측면

단체행동권의 자유권적 측면은 단체행동을 할 것인지 여부, 단체행동의 절차와 시기의 결정, 그리고 구체적으로 어떤 수단을 선택할 것인지⁵²⁾ 등에 대해 노조가 -정당한 것으로 인정되는 범위 내에서- 자유로이 결정할 수 있으며, 이와 관련하여 국가의 일방적인 금지 또는 강제는 허용되지 않는다는 것이 단체행동권의 자유권적 측면의 효력이다.

단체행동권의 사회권적 측면은 단체행동권의 실효성 확보를 위해, 국가가 적극적으로 개입하여 단체행동에 대해 특별한 법적 보호를 부여하는 것이며, 예컨대, 단체행동권의 행사에 대한 민·형사상 면책,⁵³⁾ 사용자의 채용제한⁵⁴⁾ 및 위반시 제재,⁵⁵⁾ 쟁의행위기간 중 구속제한,⁵⁶⁾ 불이익취급금지⁵⁷⁾ 등이 이에 해당한다.

《표 5》 현행법상 쟁의행위에 대한 민·형사상 책임의 면책

「노동조합 및 노동관계조정법」

제3조(손해배상 청구의 제한) 사용자는 이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위로 인하여 손해를 입은 경우에 노동조합 또는 근로자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다.

제4조(정당행위) 형법 제20조의 규정은 노동조합이 단체교섭·쟁의행위 기타의

52) 그러나 단체행동권의 행사는 평화적이어야 하며, 폭력이나 파괴행위는 허용되지 않는다.

53) 노조법 제3조, 제4조.

54) 노조법 제43조(사용자의 채용제한) ① 사용자는 쟁의행위 기간중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다.

② 사용자는 쟁의행위기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무를 도급 또는 하도급 줄 수 없다.

55) 노조법 제91조.

56) 노조법 제39조(근로자의 구속제한) 근로자는 쟁의행위 기간중에는 현행범외에는 이 법 위반을 이유로 구속되지 아니한다.

57) 노조법 제81조 제1항 제5호, 제90조.

행위로서 제1조의 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용된다. 다만, 어떠한 경우에도 폭력이나 파괴행위는 정당한 행위로 해석되어서는 아니된다.

3. 헌법상 단체행동권의 의의와 쟁의행위의 불법성 판단 기준

노조법개정안과 관련하여 특별히 강조되어야 할 부분은 이러한 근로삼권의 인정 취지가 사용자를 억압하고 근로자의 편을 들어주기 위한 것이 아니라, 사용자와 근로자 사이의 실질적 대등성을 확보하는 것에 있다는 점이다. 이는 서구의 선진국에서 근로삼권을 보장하기 시작할 때부터 지금까지 보편적으로 인정되고 있으며, 이러한 보편성을 우리가 부인하는 것은 타당하지 않다.

헌법 및 노동법의 기본정신은 사용자편, 근로자편을 떠나서 어느 한쪽이 다른 한쪽을 사실상의 힘의 우위를 내세워 억압하지 못하도록 하는 것, 즉, 실질적 대등성이 확보될 수 있도록 하는 것에 있다. 따라서 사용자를 악으로, 근로자를 선으로 규정하는 흑백논리는 헌법 및 노동법의 기본정신에 어긋나는 것이며, 실제 현실과도 부합하지 않는다.

이러한 헌법 제33조상의 근로삼권의 의미와 기능을 생각할 때, 노·사의 대등성은 가장 중요한 요소라 할 수 있다.. 이를 깨뜨리고 근로자이건 사용자이건 어느 일방에게 편파적으로 유리 또는 불리한 입법은 불법이고, 위헌일 수밖에 없다. 자본에 의한 노동의 착취를 허용하던 법제가 위헌이듯이, 계급적 사고에 기초하여 무조건 근로자는 선하고 사용자는 악하다는 전제에서 출발하는 법제도 위헌일 수밖에 없는 것이다.

근로자도 국민이고, 사용자도 국민이다. 개인으로서의 근로자는 사용자에 비하여 약자이지만, 근로삼권을 가진 근로자단체, 즉 노조는 사용자와 대등한 것으로 인정된다. 즉, 근로삼권에 의해 근로자는 이미 사용자와 대등성을 갖는 것으로 인정되며, 여기서 어느 한쪽에 더 유리한 지위를 부여하는 것은 대등성을 깨뜨리는 것이 되어, 헌법적 정당성을 상실하게 될 것이다.

만일 현행 노동법상의 쟁의행위의 인정범위 등에서 근로자에게 불리함이 있다

거나, 혹은 사용자에게 불리함이 있는 경우에는 이를 조정하는 것이 필요할 수 있다. 다만, 이를 위해서는 노동계의 현실과 외국의 입법례 등을 충분히 고려하는 가운데 전문가들의 분석과 검토, 이를 뒷받침할 수 있는 현장의 자료들, 이에 대한 국민의 공감대 확보 등이 선행되어야 할 것이다.

이와 관련하여 특별히 강조되어야 할 점은 ‘폭력과 파괴행위’의 정당화는 이유 여하를 막론하고 불법일 수밖에 없다는 점임. 예컨대, 집회·시위의 자유에서 폭력집회·시위는 그 주장의 정당성과 무관하게 불법일 수밖에 없는 것처럼,⁵⁸⁾ 쟁의행위에서 폭력을 행사하는 것은 어떤 이유로도 정당화될 수 없다. 이를 정당화하는 법률은 그 자체로서 법치를 부인하는 것이며, 위헌임을 면할 수 없다고 보아야 할 것이다.

예컨대, 교원노조나 공무원노조의 합법화처럼 과거에 법으로 금지되던 것을 법개정을 통해 합법화할 수는 있다. 그러나 이러한 것은 헌법이 이를 명시적으로 금지한 것이 아니라 법률로 정할 수 있도록 하였기 때문이며, 교원노조나 공무원노조가 폭력이나 파괴행위를 하지 않을 것이 전제된 것이다.

이와는 달리 폭력과 파괴행위를 정당화하는 법이라면 그 자체로 불법이고, 위헌일 수밖에 없다. 그것이 허용될 수 있는 예외상황은 이미 법치가 제 기능을 상실한 상황에서의 저항권⁵⁹⁾의 행사 이외에는 없는 것이다.

불법의 합법화, 폭력의 정당화는 그 자체로서 법치의 근간을 무너뜨리는 것이다. 법치주의의 출발점이 이러한 불법과 폭력을 막기 위한 것인데, 법이 이를 허용한다는 것은 자기모순이며, 법의 자살이라 할 수 있다. 그동안 사면권의 오남용에 의해 법에 대한 신뢰, 법치에 대한 존중이 훼손된다는 비판이 많이 있었지만, 불법과 폭력의 정당화는 이와 비교할 수 없는 심각한 문제를 발생시킬 것이다.

불법의 합법화가 관철될 경우에는 유사한 문제가 사회 전반으로 확장될 수 있음. 예컨대 사기업 노조에서 허용되는 일이 교원노조나 공무원노조에서 절대 금지된다는 것이 설득력을 가질 수 있겠는가? 그러면 왜 공식적인 노조에서만 불법과

58) 헌재 2016. 9. 29. 2014헌가3 등, 판례집 28-2상, 258, 269: “다만, 비록 헌법이 명시적으로 밝히고 있는 것은 아니지만, 집회의 자유의 보장 대상은 평화적, 비폭력적 집회에 한정된다. 집회의 자유는 민주국가에서 정신적 대립과 논의의 수단으로서, 평화적 수단을 이용한 의견의 표명은 헌법적으로 보호되나 폭력을 사용한 의견의 강요는 헌법적으로 보호되지 아니한다(헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67등 참조).”

59) 저항권에 대하여 자세한 것은 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2024, 409면 이하 참조.

폭력이 정당화되어야 하는가? 시민단체 등 다른 단체들이 유사한 일을 벌인 경우에 누가 이들에 대해 돌을 던질 수 있는가?

단체행동권이 보장된 사기업 노조에서만, 그것도 일정한 요건을 갖춘 경우에만 불법과 폭력이 정당화되는 것이라는 주장으로 불법과 폭력의 확산을 막을 수는 없다. 과거 폭력적인 집회·시위가 만연하였을 경우에 폭력시위와 과잉진압이 악순환을 보였듯이 불법과 폭력이 허용되는 단체행동권은 근로자와 사용자의 극한 대립이라는 악순환으로 치닫게 될 것이며, 일정한 임계점을 넘은 이후에는 이러한 불법과 폭력이 사회 전반으로 확산될 것이다.

더욱이 불법과 폭력을 법률로 합법화하는 것은 불법과 합법의 경계를 무너뜨리고, 어떠한 잘못된 행동도 다수의 힘으로 정당화할 수 있다는 그릇된 인식을 심어 주게 될 것이다. 이러한 경우 이른바 때법이 성행하게 되고, 정의의 논리가 죽고 힘의 논리가 득세하게 될 것이다. 이런 상황에서는 소수자의 권리가 억압되며, 다수의 횡포 내지 다수의 독재를 통제할 수 없을 것이다..

이러한 상황이 전개될 경우에는 정상적인 민주적 법치국가를 유지할 수 없게 될 것임. 과거 신군부의 집권 이후 국가보위입법회의⁶⁰⁾가 입맛에 맞는 입법을 양산하던 때처럼 국회의 다수의의석을 가지고 어떤 법률이라도 만들면 되는 상태를 재연하는 것이며, 그 결과는 법치주의의 붕괴와 사회적 혼란, 그리고 글로벌 경쟁에서의 추락으로 나타날 것이다.

4. 단체행동권의 법적 성격과 민·형사상 책임 면책의 의미

전술한 바와 같이 단체행동권의 사회권적 측면은 국가가 단체행동권이 단체교섭권의 실질화를 위한 수단으로 기능할 수 있게 하기 위해, 사회적 약자인 근로자와 사용자 간 실질적인 대등성을 확보하기 위한 (계약자유원칙 등 근대 시민법적 원리의 수정으로서) 제도적 장치를 마련하는 것에 있다.⁶¹⁾

60) 1980년 신군부쿠데타 이후 비상계엄상황에서 신군부가 국회를 해산시키고 대통령령인 국가보위입법회의설치령(1980. 9. 29, 대통령령 제10036호)으로써 국가보위입법회의를 설치하였고 제5공화국 헌법(1980년) 부칙 제6조 제1항에 의해 국회의 권한을 대행하도록 하였다. 이에 대하여 자세한 것은 장영수, 『대한민국 헌법의 역사』, 고려대학교 출판문화원, 2018, 264면 참조.

61) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2024, 859-861면.

전술한 바와 같이 단체행동권을 포함한 근로삼권은 근로자와 사용자간의 관계에 대한 권리라는 점에서 다른 사회적 기본권들이 국가에 대해 구체적인 급부를 직접 청구하는 방식과는 다른 방식으로 실현되는 특수성이 있다. 이러한 맥락에서 단체행동권의 행사에 대해 민·형사상 책임을 면책하는 것⁶²⁾은 단체행동권의 사회권적 측면인 것이다.

단체행동권의 행사에 대한 민·형사상 책임 면책의 의미와 관련하여, 예컨대, ‘단체행동권의 행사는 근로자의 권리행사이므로 민·형사상 면책을 당연히 포함한다.’⁶³⁾는 주장은 다음과 같은 문제가 있다.

첫째, 이 주장은 전술한 바와 같이 단체행동권에 대한 민·형사상 책임의 면책은 자유권이 아니라 사회권의 성격에 의해 인정된다는 점, 즉, 단체행동권에 대한 민·형사상 책임 면책은 다른 결사의 활동에는 인정되지 않는 특별한 보호 내지 특권을 부여한 것이라는 점을 간과하고 있다.

둘째, 이러한 주장은 단체행동권의 보호범위에 대한 잘못된 이해에서 출발한 것이다. 사회적 기본권 규정을 의도적으로 두지 않고 사회국가원리조항만을 규정하고 있는 독일 기본법의 경우, 단체행동권을 포함한 단결권(Koalitionsfreiheit)을 자유권으로 이해하고 있으나, 독일에서조차도 근로자들의 파업, 태업 등 집단행동이 독일 기본법 제9조 제3항에서 규정하고 있는 개념표지들(주체, 목적)과 기본권 형성적 법률에서 구체화한 요건을 갖추지 못한 경우, 단체행동권의 보호범위에 해당하지 않는 것으로 해석하고 있다.⁶⁴⁾

셋째, 위 주장이 단체행동권의 목적, 주체, 상대방, 시기 및 방법의 요건 중 일부 또는 전부를 갖추지 않았더라도 민·형사상 면책이라는 특별한 보호를 부여하여야 한다는 의미라면, 단체행동권의 개념 및 성격에 부합하지 않는 주장으로서 타당하지 않은 것이라 생각된다.

62) 노조법 제3조, 제4조.

63) 박홍규, 한국 노동법학의 현황과 과제, 민주법학 제6권(1993.7), 78면.

64) 이에 대하여는 Hans D. Jarass, in: Jarass/ Pieroth Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl., C.H. Beck, 2018, Art. 9, Rn. 34; Detlef Merten, Vereinsfreiheit, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. C F. Müller, 2009, § 165, Rn. 75 ff.; Rupert Scholz, in: Maunz-Dürig Kommentar zum Grundgesetz, Bd. II, München 2018 (Lieferung 81 im Stande September 2017), Art. 9, Rn. 163, 336 ff. 참조.

5. 단체행동권의 노동법에 의한 구체화와 정당한 쟁의행위의 인정범위

단체행동권은 노·사간 근로조건의 결정 내지 근로조건의 유지·개선에 관한 주장의 불일치로 인한 분쟁상태가 발생한 경우, 노동조합의 요구를 관철시키기 위해 노동조합의 주도하에 근로자들이 파업, 태업 등 집단적으로 행동하는 것을 의미한다.⁶⁵⁾

대법원 판례는 단체행동권의 행사요건(주체, 목적, 시기와 절차, 방법과 태양)을 갖춘 경우에만 정당한 단체행동권의 행사로 보고 민사상 손해배상책임을 면책하고 있다.

- 대법원 2011. 3. 24. 선고 2009다29366 판결: “구 노동조합 및 노동관계조정법(2006. 12. 30. 법률 제8158호로 개정되기 전의 것) 제3조는 “사용자는 이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위로 인하여 손해를 입은 경우에 노동조합 또는 근로자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다.”고 규정하여 사용자의 손해배상청구에 대하여 제한을 가하고 있으나, 여기서 민사상 배상책임을 면책되는 손해는 정당한 쟁의행위로 인한 손해에 국한된다고 풀이하여야 할 것이고, 정당성이 없는 쟁의행위는 불법행위를 구성하고 이로 말미암아 손해를 입은 사용자는 노동조합이나 근로자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다. 그런데 정당한 쟁의행위라고 하기 위해서는 우선 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 또 단체교섭과 관련하여 근로조건의 유지, 개선 등을 목적으로 하는 것으로서 목적이 정당하여야 하며, 시기와 절차가 법령의 규정에 따른 것으로서 정당하여야 할 뿐 아니라, 방법과 태양이 폭력이나 파괴행위를 수반하는 등 반사회성을 띤 행위

65) 노조법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

5. “노동쟁의“라 함은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체(이하 “노동관계 당사자“라 한다)간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우등 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 말한다. 이 경우 주장의 불일치라 함은 당사자간에 합의를 위한 노력을 계속하여도 더이상 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없는 경우를 말한다.
6. “쟁의행위“라 함은 파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 말한다.

가 아닌 정당한 범위 내의 것이어야 한다.” (밑줄은 저자에 의한 것임)

문제는 이러한 단체행동권의 정당한 행사범위를 설정할 때에 그 대상 및 행위 유형을 지나치게 축소할 경우에는 단체행동권 자체가 유명무실해질 수 있다. 반면에 지나치게 확대할 경우, 예컨대, 근로자의 근로조건과 무관하고 사용자의 처분권 밖에 있는 사항으로서 정부나 국회에 일정한 정책을 요구하거나 항의하기 위한 파업 등에 대해서까지 정당한 단체행동권으로 인정하고 그로 인한 손해를 사용자가 감수하도록 하는 것은 노·사간 실질적 대등성 확보라는 단체행동권의 헌법적 보장의 취지에 반하는 것이다.

이러한 맥락에서 헌법재판소는 노동조합의 활동이라도 근로조건과 경제조건 개선이라는 목적과 관계없는 정치활동에 대해서는 근로삼권이 인정되지 않는다고 판시한 바 있다.

- 헌재 1999. 11. 25. 95헌마154, 판례집 11-2, 555, 555): : “노동조합이 근로자의 근로조건과 경제조건 개선이라는 목적을 위하여 활동하는 한, 헌법 제33조의 단결권의 보호를 받지만, 단결권에 의하여 보호받는 고유한 활동영역을 떠나서 개인이나 다른 사회단체와 마찬가지로 정치적 의사를 표명하거나 정치적으로 활동하는 경우에는 모든 개인과 단체를 똑같이 보호하는 일반적인 기본권인 의사표현의 자유 등의 보호를 받을 뿐이다.

같은 맥락에서 헌법재판소도 단체행동권의 헌법적 보장의 취지와 입법권의 한계에 대하여 다음과 같이 판시한 바 있다.

- 헌재 2022. 5. 26. 2012헌바66, 판례집 34-1, 346, 357: “특히 근로3권의 사회권적 성격은 단체행동권과 관련하여 중요한 의미가 있다. 단체행동권은 근로조건에 관한 근로자들의 협상력을 사용자와 대등하게 만들어주기 위하여 근로자들의 집단적인 실행행사를 보장하는 기본권이다. 근로자들의 집단적인 실행행사는 필연적으로 사용자의 재산권이나 영업의 자유에 대한 손해의 감수를 요구하게 되고, 이는 기존 법질서 하에서 인정되는 민·형사상 책임과 관련하여 법질서 내부의 충돌과 혼란을 발생시킨다. 따라서

단체행동권은 단지 국가가 소극적으로 단체행동권을 침해하지 않는 것만으로는 보장될 수 없고, 권리의 실질적 보장을 위해서는 근대 시민법 원리에 대한 수정이나 다른 기본권·법익과의 충돌 문제를 해결하기 위한 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다. 그런데 단체행동권은 단체행동권 보장 자체만으로 헌법적 보장의 목적을 달성할 수 있는 자기 목적적인 기본권이 아니다. 단체행동권은 국가가 직접 노사관계에 개입하여 근로자들의 근로조건을 마련하여 생활을 보장하는 대신 사회적·경제적 열위에 있는 근로자들의 협상력을 사용자와 대등하게 만들어 줌으로써 집단적인 노사관계의 자율적인 형성과 실질적인 자치를 달성하기 위하여 인정되는 기본권이다. 근로자의 근로조건을 기본적으로 근로자와 사용자 사이의 자유로운 계약에 의하여 결정하도록 한다는 계약자유의 원칙을 그 바탕으로 하되, 사용자에게 비하여 경제적으로 열악한 지위에 있는 근로자에게 단체행동권을 인정함으로써 사용자와 대등한 지위에서 스스로 생존권을 보장하고 근로조건을 개선하도록 하여 사적자치의 원칙을 보완하고자 하는 것이다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106; 헌재 2014. 5. 29. 2010헌마606 참조). 따라서 입법자가 단체행동권을 보장하기 위한 입법을 함에 있어서는 이러한 단체행동권의 법적 성격과 헌법적 보장 취지를 함께 고려하여야 한다. 본래 근로3권이 달성하고자 하는 헌법적 보장의 목적과 취지에서 벗어나 노사 간의 사회적 균형을 무너뜨리지 않도록 하는 범위에서 필요한 제도와 규범을 마련하여야 한다. 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중하는 전체 헌법질서 내에서 단체행동권의 헌법적 보장의 목적과 취지 등을 종합적으로 고려하고, 그때그때의 사회·경제적 요구를 반영하여 신중히 접근하여야 하는 것이다.”

이러한 맥락에서 단체행동권의 행사는 필연적으로 사용자의 영업활동에 대한 방해와 재산상의 손해를 수반하므로 민·형사상 책임의 면책은 정당한 단체행동권의 행사로 범위를 한정하여야 한다.

만일 입법자가 단체행동권의 불법적인 행사에 대해서까지 민·형사상 책임의 면책을 인정한다면, 이는 일방적으로 근로자측 편을 들면서 사용자에게 모든 손해를 감수하도록 함으로써 노·사간 실질적 대등성 확보라는 단체행동권의 헌법적

보장의 취지에 반하여 사용자의 평등권, 직업수행의 자유, 재산권을 침해하여 위헌적인 법률이라는 비판을 면하기 어려울 것이다.

V. 근로자 및 사용자의 범위 확대의 위헌성(노조법개정안 제2조 제2호, 제4호)

1. 근로자 및 사용자 개념과 근로계약의 존부

기존의 근로자 및 사용자 개념은 근로계약을 전제로 형성된 것이다. 현행 노조법 제2조 제1호는 근로자를 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”, 즉 임금근로자로 규정하고 있으며,⁶⁶⁾ 노조법 제2조 제2호는 사용자를 “사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자” 라고 규정하고 있다.⁶⁷⁾

이러한 사실은 근로자와 영세 자영업자를 구분하는 것에서 더욱 뚜렷해진다. 영세 자영업자 중에는 대기업 근로자 수준에 못미치는 열악한 환경에서 일하고, 소득도 더 낮은 경우가 많다. 그러나 영세 자영업자는 기업 등에 고용되어서 근로를 제공하고, 그 반대급부로서 임금을 받는 것이 아니다. 그렇기 때문에 영세 자영업자는 근로자가 아니고, 당연히 근로삼권의 주체도 아니다.⁶⁸⁾

간혹 노점상을 단속하는 구청 직원들의 모습을 보면서 노점상과 구청의 관계를 마치 근로자와 사용자의 관계처럼 생각하는 경우가 있다. 그러나 현행법상 노점상은 임금을 받는 근로자가 아니며, 구조적으로도 근로자가 될 수 없다.⁶⁹⁾ 또한, 구청도 이들을 고용하여 근로를 제공받는 것이 아니기 때문에 사용자가 될 수 없는 것이다.⁷⁰⁾

66) 그런 의미에서 노조법상의 근로는 사전적 의미의 노동, 즉 “사람이 생활에 필요한 물자를 얻기 위하여 육체적 노력이나 정신적 노력을 들이는 행위” 와는 구별된다. 자영업자도 노동을 하는 것이지만, 임금근로자에게 적용되는 의미의 근로를 하는 것은 아니기 때문이다.

67) 이러한 사용자의 개념도 사업주만을 지칭하는 것이 아니라, 근로자에 관한 사항에서 사업주를 위하여 행동하는 사람 모두를 포괄한다는 점에서 역시 일반 국민들의 사용자에 대한 인식과는 차이를 보인다.

68) 근로삼권은 근로자와 사용자의 관계에서 인정되는 것이기 때문에 근로자가 아닌 사람은 근로삼권의 주체도 될 수 없는 것이다.

69) 그러므로 노점상은 영세 상인의 일종으로서 자영업자에 속한다.

영세 자영업자와 근로자는 모두 넓은 의미에서 노동자라고 할 수 있고, 하는 업무가 비슷한 경우도 적지 않다. 단지, 타인에게 고용되어 있는지 여부에 따라서 임금근로자와 자영업자를 구분하는 것이다.⁷¹⁾ 그런데 이들을 달리 취급하는 것은 그들이 직업적으로 하는 일이 무엇인지가 아니라, 임금근로자인지 여부가 중요하기 때문이다.⁷²⁾

그러므로 영세 자영업자와 근로자를 구별하는 가장 중요한 기준은 근로계약이다. 근로계약의 내용이 아니라 근로계약의 유무에 따라 양자가 구별되는 것이다. 근로계약이 없는 상태에서 -즉, 자영업자로서- 기업과 용역계약을 체결하여 일하는 경우에는 근로자가 아니며, 근로자로서의 보호를 받지 못하는 것이 당연한 것이다.⁷³⁾

만일 이를 무시하고 기업을 위해 일하는 모든 사람이 사실상 근로자라고 볼 경우에는 근로자와 자영업자의 경계가 혼란스러워질 뿐만 아니라, 기업의 아웃소싱이라는 제도 자체가 무의미해질 것이다.⁷⁴⁾

2. 사실상의 근로계약이 인정되기 위한 조건

형식상 외부 업체의 파견이지만 실질적으로는 회사 내부의 구성원이나 다름이

70) 구청은 사용자로서 이들의 영업활동을 지배하는 것이 아니라, 행정기관으로서 이들의 영업활동에 대한 감시·통제기능을 담당하는 것이다.

71) 예컨대 회사에 고용되어 사내 전산망을 관리하는 직원은 근로자이지만, 회사 전산망의 관리를 외부 업체에 맡긴 경우에는 그 업체가 -회사인 경우는 물론 개인이 운영하는 자영업자인 경우에도- 그 회사의 근로자는 아닌 것이다.

72) 물론 형식은 용역계약이지만 실질은 근로계약으로 보아야 할 경우에는 또 다른 문제가 발생할 수 있다.

73) 근로계약의 경우 사용자와 노동자 사이에 대등성이 인정되기 어렵기 때문에 근로삼권을 통해 근로자의 위치를 강화하여 대등성을 확보할 수 있도록 하는 것이다. 반면에 용역계약의 경우에는 이러한 대등성의 요청이 근로계약만큼 강하지 않으며, 근로삼권을 통한 보호가 필요하다고 말하기 어렵다.

74) 기업의 슬림화를 위해 아웃소싱을 했는데, 외부 용역업체에서 파견되어 일하는 사람들도 근로자로 보게 되어 그에 따른 모든 부담을 져야 한다면, 아웃소싱할 이유는 없을 것이다.

없는 경우가 있다. 아웃소싱의 명목으로 회사의 일부를 독립시키고, 이를 공식적인 자회사가 아닌 외부회사인 것처럼 만들었지만, 사실상 자회사로서 모회사의 직접적인 관리 하에 있을 경우가 이에 해당한다.

이러한 경우에는 사실상 근로계약의 당사자는 해당 근로자와 모회사로 보는 것이 가능하다. 즉, 사용자는 자회사가 아니라 모회사인 것이다. 이미 법원의 판례에서도 이런 경우를 인정하고 있으며, 이는 실질적 주인을 사용자로 보는 것이라 할 수 있다.⁷⁵⁾

또한 형식상으로는 비록 일용노동자로 되어 있다고 하더라도 일용관계가 끊임없이 계속되어 상용근로자로 봄이 상당한 경우, 사용자로서는 그 취업규칙 및 보수규정상의 직원에 준하여 그에 규정된 퇴직금을 지급하여야 한다는 대법원 판례도 있다.⁷⁶⁾

그러나 법적으로나 사실적으로나 독립된 회사들의 관계에서는 이러한 근로계약관계를 인정하기 어렵다. 비록 원청기업이 하청기업에 대해 상당한 영향력을 행사할 수는 있지만, 그것이 곧 하청기업 근로자들과의 근로계약 관계를 전제함으로써 보기는 어려운 것이다.

75) 서울북부지법 2015. 12. 10. 선고 2014가합25188 판결: “물류회사인 갑 주식회사가 소사장 기업인 을 사업체와 물류센터의 현장작업 부문에 대하여 업무위탁계약을 체결하고, 병 등은 을 사업체에 입사하여 갑 회사의 물류센터가 있는 공장에서 물류담당 현장직원으로 근무하였는데, 갑 회사가 현장물류업무를 외부 물류회사에 도급하는 방식으로 전환하면서 을 사업체가 폐업함에 따라 병 등이 근무를 할 수 없게 된 사안에서, 을 사업체는 갑 회사의 정책에 따라 설립되었다가 폐업하였고, 독자적인 사업체로서 활동할 수 있는 조직·영업망·물적 설비·자본 등을 갖추지 못하였으며, 갑 회사의 취업규칙이나 정책 등에 따라 갑 회사가 정한 근로조건을 적용받은 점 등에 비추어 을 사업체는 사업자로서의 독자성과 독립성이 없고 갑 회사의 한 부서와 다를 바 없어 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하므로, 병 등은 사실상 갑 회사의 관리·감독하에 갑 회사에 근로를 제공하고 갑 회사에서 임금을 지급받는 갑 회사의 근로자에 해당한다.”

또한, 서울고등법원 2017. 2. 10. 선고 2014나51666 등 병합 판결에서는 가) 피고의 원고들에 대한 상당한 지휘·명령, 나) 피고 사업체의 실질적 편입, 다) 피고의 원고들의 근로조건 등에 관한 결정권 행사, 라) 원고들이 담당하는 업무의 특정성·구별성, 전문성·기술성 부족, 마) 사내협력업체의 독립적 기업조직, 설비 등 미비 등을 그 인정 요건으로 제시한 바 있다.

76) 대법원 1986. 8. 19. 선고 83다카657 판결.

이와 관련하여 대법원은 수급인 소속 근로자의 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 일어나서 도급인의 형법상 보호되는 법익을 침해한 경우에는 사용자인 수급인에 대한 관계에서 쟁의행위의 정당성을 갖추었다는 사정만으로 사용자가 아닌 도급인에 대한 관계에서까지 법령에 의한 정당한 행위로서 법익 침해의 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다고 판시한 바 있다.⁷⁷⁾

77) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결: “단체행동권은 헌법 제33조 제1항에서 보장하는 기본권으로서 최대한 보장되어야 하지만 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등의 공익상의 이유로 제한될 수 있고 그 권리의 행사가 정당한 것이어야 한다는 내재적인 한계가 있다. 쟁의행위가 정당행위로 위법성이 조각되는 것은 사용자에 대한 관계에서 인정되는 것이므로, 제3자의 법익을 침해한 경우에는 원칙적으로 정당성이 인정되지 않는다. 그런데 도급인은 원칙적으로 수급인 소속 근로자의 사용자가 아니므로, 수급인 소속 근로자의 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 일어나 도급인의 형법상 보호되는 법익을 침해한 경우에는 사용자인 수급인에 대한 관계에서 쟁의행위의 정당성을 갖추었다는 사정만으로 사용자가 아닌 도급인에 대한 관계에서까지 법령에 의한 정당한 행위로서 법익 침해의 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다.

그러나 수급인 소속 근로자들이 집결하여 함께 근로를 제공하는 장소로서 도급인의 사업장은 수급인 소속 근로자들의 삶의 터전이 되는 곳이고, 쟁의행위의 주요 수단 중 하나인 파업이나 태업은 도급인의 사업장에서 이루어질 수밖에 없다. 또한 도급인은 비록 수급인 소속 근로자와 직접적인 근로계약관계를 맺고 있지는 않지만, 수급인 소속 근로자가 제공하는 근로에 의하여 일정한 이익을 누리고, 그러한 이익을 향수하기 위하여 수급인 소속 근로자에게 사업장을 근로의 장소로 제공하였으므로 그 사업장에서 발생하는 쟁의행위로 인하여 일정 부분 법익이 침해되더라도 사회통념상 이를 용인하여야 하는 경우가 있을 수 있다. 따라서 사용자인 수급인에 대한 정당성을 갖춘 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 이루어져 형법상 보호되는 도급인의 법익을 침해한 경우, 그것이 항상 위법하다고 볼 것은 아니고, 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당하는 경우에는 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’로서 위법성이 조각된다. 이러한 경우에 해당하는지 여부는 쟁의행위의 목적과 경위, 쟁의행위의 방식·기간과 행위 태양, 해당 사업장에서 수행되는 업무의 성격과 사업장의 규모, 쟁의행위에 참여하는 근로자의 수와 이들이 쟁의행위를 행한 장소 또는 시설의 규모·특성과 종래 이용관계, 쟁의행위로 인해 도급인의 시설관리나 업무수행이 제한되는 정도, 도급인 사업장 내에서의 노동조합 활동 관행 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

3. 독립된 타 기업 근로자와의 근로계약 인정의 위헌성 - 죄형법정주의(명확성원칙) 및 과잉금지원칙 위배

대법원 판례에 의하면, 원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다(밑줄은 저자에 의함).⁷⁸⁾

그런데 노조법개정안은 이러한 점에 대한 신중한 고려 없이 “근로계약 체결 당사자가 아니더라도 근로자의 근로조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자도 그 범위에 있어서는 사용자로 본다.” 라고 규정함으로써 사용자의 범위를 과도하게 확장하고 있다.

이러한 개정안 제2조 제2호 후단은 “근로조건에 대하여” “실질적이고 구체적으로 지배·결정” 한다는 말의 의미가 불명확하며, 이 조항을 문구대로 해석한다면, 정부나 시민단체 등도 이에 해당하여 사용자로 취급되어야 하는 상황이 발생할 수도 있다.⁷⁹⁾

더욱이 노조법개정안 제2조 제2호의 “사용자”의 개념은 노조법 제90조의 형사처벌규정에 대하여 노조법 제80조 제1항과 결합하여 형벌에 대한 그 금지 내지 구성요건을 이루는 바, 금지되는 부당행위의 주체인 사용자의 범위가 어디까지인지, 그 문언이나 입법의도, 체계적 해석을 통해서도 이를 확정하기 어렵고, 전술한 바와 같이 대법원 판례와도 부합하지 않으므로 법관의 보충적 해석을 통해서

78) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결.

79) 또한 이와 같이 사용자의 개념을 확장할 경우, 하청업체 노조가 원청업체 사용자와도 단체교섭할 수 있도록 하면서도 교섭창구단일화 절차는 어떻게 되는지에 대한 규정은 전혀 두고 있지 않은 문제점도 지적되고 있다[법제사법위원회, 노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안(대안)(임시번호 DD20004), 4면; 중앙일보, 2023.11.12., 파업 만연화 vs 노동자 보호 '노란 봉투법' 논란...전문가 의견은(<https://www.joongang.co.kr/article/25206603>, 2024.7.25. 접속).

도 사용자의 범위를 확정하기 어렵기 때문에, 죄형법정주의에서 과생되는 명확성 원칙⁸⁰⁾에 위배되는 것으로 볼 수밖에 없다.

또한, 노조법개정안 제2조 제4호에서 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 노동조합으로 보지 않는 현행 규정을 삭제하는 것은 -비록 그런 의도는 아닐 수 있으나- 노동조합의 성격을 매우 혼란스럽게 만들 수 있다. 마치 집회·시위에서 전문적인 시위꾼이 등장하듯이 노조에도 근로자가 아닌 꾀이 등장할 우려가 매우 큰 것이다.

그러므로 플랫폼노동자 등의 보호를 위해서라면 -이들이 근로자로 인정되기 위한 실질적 요건을 고려하여- 그들의 노조가입을 가능케 하는 별도의 규정을 두는 것이 올바른 방향이며, 이러한 대안에 대한 고려 없이 누구라도 노조원이 될 수 있다는 것은 -설령 목적의 정당성 및 방법의 적정성이 인정된다 하더라도- 과잉금지원칙 중 침해의 최소성 원칙에 반한다.

80) 헌재 2021. 2. 25. 2017헌바526, 판례집 33-1, 213, 215-216: “헌법 제12조 및 제13조를 통하여 보장되고 있는 죄형법정주의의 원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 과생되는 명확성원칙은 법률에서 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하는 것을 의미한다(헌재 2004. 11. 25. 2004헌바35 참조). 그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하더라도 입법권자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다. 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수 없다. 즉 건전한 상식과 통상적인 법 감정을 가진 사람으로 하여금 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지 충분히 알 수 있도록 규정되어 있다면 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다(헌재 2004. 1. 29. 2002헌가20등 참조). 그리고 법규범이 명확한지 여부는 그 법규범이 수범자에게 법규의 의미내용을 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 예측가능성을 주고 있는지 여부 및 그 법규범이 법을 해석·집행하는 기관에게 충분한 의미내용을 규율하여 자의적인 법해석이나 법집행이 배제되는지 여부, 다시 말하면 예측가능성 및 자의적 법집행 배제가 확보되는지 여부에 따라 이를 판단할 수 있다. 법규범의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화하게 되므로, 결국 법규범이 명확성원칙에 위반되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석 기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다(헌재 2005. 6. 30. 2002헌바83; 헌재 2010. 11. 25. 2009헌바27 참조).”

또한 이를 통해 일부 플랫폼노동자들의 노조가입을 열어 놓음으로써 이들에 대한 보호를 두텁게 할 수 있다는 점보다는 보호가 필요한 인적 범위에 한정하지 않고 누구라도 노조가입이 가능하도록 함으로써 노조에 정치세력이나 시민단체 등이 가입하여 활동하는 것은 노조의 본질에 맞지 않음에도 불구하고 이에 대한 방비가 전혀 없게 되어 근로조건과 무관한 정치과업 등이 상시화될 위험성 등, 사용자의 영업자의 자유 등의 침해 정도가 훨씬 크므로, 과잉금지원칙 중 법익의 균형성 원칙에도 위배된다.⁸¹⁾

81) 김영문, 근로자가 아닌 자의 노조가입을 둘러싼 법적 쟁점 연구, 노동법학 제32호, 2009.12, 377-429(423)면에서는 특수형태근로종사자의 보호와 관련하여 헌법 제33조가 이를 당연히 포함하는 것으로 보지 않는다 하더라도 이를 보호하는 입법이 헌법 제33조에 반하는 것은 아니라는 점을 지적하고 있다. 다만, 헌법 제33조가 이들에 대한 보호를 당연히 포함하는 것으로 해석할 경우에는 특수형태근로종사자를 근로자와 달리 취급하는 입법의 경우에 차별 취급을 정당화하는 별도의 사유가 필요하다는 점을 강조하고 있다.

참고로 독일의 다수설과 판례는 파업에 참여할 권리는 노조원뿐만 아니라, 노동조합이 파업참가를 독려한 자로서 단체협약 체결에 따른 이익을 사실상 향유할 비조합원 및 다른 노조 조합원의 경우에도 인정되는 것으로 해석한다. 즉, 노조원의 자격을 확대하는 것보다는 파업참여권을 일정 부분 확장한 것이다. 이에 관하여는 박종희, 독일 쟁의 행위법제에 관한 소고, 고려법학 제42호(2004.4), 104면 이하 참조.

VI. 쟁의행위의 대상 확대의 헌법적 문제점(노조법개정안 제2조 제5호)

1. 쟁의행위의 개념과 성격

노조법 제2조 제5호는 노동쟁의를 “노동조합과 사용자 또는 사용자단체(이하 “**노동關係 當事者**”라 한다)간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 근로조건에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태”라고 규정하고 있다.⁸²⁾

그리고 노동쟁의 상황에서 행해지는 쟁의행위는 노조법 제2조 제6호에서 “파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위”라고 규정하고 있다.

이러한 쟁의행위가 특별한 의미를 갖는 것은 노조법 제3조에서 “사용자는 이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위로 인하여 손해를 입은 경우에 노동조합 또는 근로자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다.”고 규정하고 있으며, 제4조는 “형법 제20조의 규정은 노동조합이 단체교섭·쟁의행위 기타의 행위로서 제1조의 목적을 달성하기 위하여 한 정당한 행위에 대하여 적용된다. 다만, 어떠한 경우에도 폭력이나 파괴행위는 정당한 행위로 해석되어서는 아니된다.”고 규정하고 있기 때문이다.⁸³⁾

민사법의 일반원칙에 따르면 파업, 태업, 직장폐쇄 등의 쟁의행위는 계약상의 채무불이행에 해당하여 그에 따른 책임을 물을 수 있으며, 경우에 따라서는 업무방해죄 등으로 인정되어 형사상의 처벌까지 가능할 수 있다. 그러나 이렇게 할 경우에는 근로자의 보호가 사실상 어렵다는 점에서 근로삼권이 인정되는 것이며, 이를 통해 쟁의행위의 요건을 충족할 경우에는 정당행위로 인정함으로써 예외적인

82) 노조법 제2조 제5호 제2문은 “이 경우 주장의 불일치라 함은 당사자간에 합의를 위한 노력을 계속하여도 더 이상 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없는 경우를 말한다.”라고 설명하고 있다.

83) 그럼에도 불구하고 노조법개정안은 폭력, 파괴행위를 행한 불법적 쟁의행위에 대해서도 그 책임을 감면하려는 태도를 보이고 있다는 점이 문제이다.

보호를 부여하는 것이다.

하지만 아무리 근로자의 보호를 위해 쟁의행위의 정당성을 특별히 인정한다고 하더라도 이를 폭력·파괴행위에 대해서까지 인정할 수는 없다. 이는 모든 기본권에 대해서 공통적으로 인정되는 기본권행사의 한계라고 할 수 있으며,⁸⁴⁾ 형법상으로도 정당방위나 긴급피난이 인정되는 경우가 아니라면 폭력이 정당화될 수 없는 것이다.

2. 쟁의행위의 인정 범위에 관한 주요 선진국 입법례

근로삼권을 인정하는 것은 곧 쟁의행위를 인정하는 것과 다르지 않다. 주요 선진국의 경우에도 쟁의행위를 인정하고 있지만, 불법적인 쟁의행위를 인정하지 않는 것은 물론이고,⁸⁵⁾ 쟁의행위의 범위에 대해서도 신중한 태도를 견지하고 있다.

영국의 경우 불문헌법국가이기 때문에 헌법상의 근로삼권이 인정되고 있지는 않다. 다만, 법률[「1992년 (통합) 노동조합 및 노동관계법」(Trade Union and Labour Relations) (Consolidation) Act 1992]에 의해 집단적 노동관계가 규율되고 있다.⁸⁶⁾ 영국에서 쟁의행위가 정당한 것으로 인정되기 위해서는 여러 요건들이 충족되어야 하지만, 쟁의행위의 대상에 대해서는 1992년 노조법 제244조에 따라 “노사 간의 분쟁” 이어야 한다.⁸⁷⁾

84) 예컨대 민주화 이후, 집회·시위의 자유가 폭넓게 인정되고 있지만, 폭력적 집회·시위까지 정당화되는 것은 아니다. 민주화 초기에는 집회·시위에 쇠파이프, 각목, 죽창 등이 등장하는 경우가 적지 않았고, 그로 인하여 시위대와 경찰 간의 물리적 충돌이 상당히 문제되었지만, 집회·시위문화가 발전하면서 폭력시위는 현저하게 줄어들었다.

85) 이상희, 위법쟁의행위와 손해배상책임에 관한 해석 및 입법의 한계, 노동정책연구 제6권 제3호(2006.9), 159-184면 참조.

86) 영국의 쟁의행위 인정에 관한 노동법의 규율에 관하여는 심재진, 쟁의행위에 대한 영국의 법적 규율과 2016년의 변화, 노동법연구 제42호(서울대 노동법연구회, 2017.3), 80면 이하 참조.

87) 면책 대상으로서 노동쟁의로 인정되기 위한 대상은, (a) 고용조건 또는 근로자가 일하는 데 필요한 물리적 조건; (b) 근로자의 채용이나 채용거부, 고용의 종료 또는 정지, 고용상의 의무; (c) 근로자 또는 근로자집단 간의 일이나 고용상의 의무의 분배; (d) 징계; (e) 노동조합원 자격; (f) 노동조합 임원을 위한 편의제공; (g) 교섭, 협의 또는 기타

미국은 성문헌법국가이지만 헌법상 근로삼권에 대한 명문 규정은 없다. 다만, 근로삼권을 수정헌법 제1조의 결사의 자유에서 도출하는 해석이 있으며, 전국노사관계법(The National Labor Relations Act) 제7조에서 근로삼권을 명시하고 있다. 미국에서 정당한 쟁의행위로써 사용자에게 임금, 근로시간 또는 더 나은 근로조건 등을 요구하는 경제적 파업(Economic Strikes)과 사용자의 부당노동행위에 대응하는 파업(Unfair Labor Practice Strikes)이 인정되고 있다.⁸⁸⁾

독일은 기본법 제9조 제3항에서 단결권만을 명시하고 있으나, 독일 연방헌법재판소 판례에 의해 근로삼권이 기본법으로부터 도출된다. 독일의 경우 쟁의행위를 직접 규정한 법률조항은 없으며, 쟁의행위의 정당성 여부에 대한 판단은 주로 연방노동법원의 판례에 의해 이루어지고 있다. 주목할 점은 독일에서 파업 등의 쟁의행위는 협약상 규율 가능한 목적을 위해 이루어져야 하며, 단체협약의 대상이 될 수 없는 사항은 쟁의행위의 대상이 될 수 없다는 것이다.⁸⁹⁾

프랑스는 쟁의행위에 관한 권리라는 개념 대신에 파업권이라는 개념을 인정하고 있고,⁹⁰⁾ 프랑스 판례에 따르면 파업의 목적은 ‘직업상의 요구’의 관철에 있다. 이때 직업상의 요구는 전형적인 근로조건 유지·개선뿐만 아니라 집단적 직업이익의 옹호에 관한 사항도 포함한다. 그러나 정부기관 또는 헌법기관의 행위에 간섭하기 위한 순수한 의미의 정치적 파업은 그 정당성이 인정되지 않는다.⁹¹⁾

절차에 있어서 사용자 또는 사용자단체의 노동조합에 대한 근로자대표권의 인정 및 (a) 내지 (f)의 사항에 한 교섭, 협의 기타 절차를 정한 기구에 한 사항이 있다. 이에 관하여는 남궁준, 노동3권 없는 집단적 노동법 -영국의 최근 쟁의행위 규율의 동향과 합의-, 노동법논총 제58집(2023.8), 1-39(18이하)면; 심재진, 쟁의행위에 대한 영국의 법적 규율과 2016년의 변화, 노동법연구 제42호(서울대 노동법연구회, 2017.3), 85면 참조. 영국의 쟁의행위에 대한 면책에 관하여 상세한 것은 조경배, 쟁의행위와 민사책임에 관한 영국법리, 노동법학 제24호(2007.6), 133-169면 참조.

88) 이에 관하여는 신동윤, 미국의 위법 쟁의행위에 대한 민·형사상 책임, 노동법학 제62호(2017.6), 27면 이하 참조.

89) 이에 관하여는 김기선, 독일에서의 쟁의행위를 둘러싼 법률문제 -쟁의행위의 정당성과 불법쟁의행위의 책임을 중심으로-, 국제노동브리프 제12권 제4호(2014.4), 8면 참조.

90) 프랑스에서 파업의 개념에 관하여는 조경배, 쟁의행위와 민사책임에 관한 프랑스법리, 노동법학 제19호(2004.12), 385면 이하 참조.

91) 이에 관하여는 조용만, 경영상 해고와 관련된 프랑스의 쟁의행위 정당성론의 고찰, 노동법학 제12호(2001.6), 167면 참조.

3. 근로삼권의 본질과 쟁의행위 대상 확대의 헌법적 한계

영국, 미국, 독일, 프랑스의 예에서 보듯이 쟁의행위 내지 파업의 의미는 근로자의 보호를 위해 근로조건을 유지·개선 등에 있으며, 이와 무관한 행위는 쟁의행위로 인정되지 않는 것이 원칙이다. 근로삼권의 본질은 사용자와 노동자의 관계에서 실질적 대등성을 확보함으로써 근로자들이 사용자에게 의해 일방적으로 불리한 조건을 강요받지 않도록 하는 것이기 때문이다.

그런데 노조법개정안 제2조 제5호는 현행법상 “근로조건 결정”을 “근로조건”으로 변경하였다. 얼핏 보기에는 큰 차이가 없는 것으로 볼 수도 있지만, 그 실질적 차이는 매우 크다. 근로조건 결정은 단체교섭을 전제한 것으로서 단체교섭의 대상이 아닌 것은 쟁의행위의 대상이 아니라고 본 것이지만, 근로조건으로 변경함으로써 단체교섭의 대상이 아닌 것까지 쟁의행위의 대상이 될 수 있도록 한 것이기 때문이다.

노조법개정안의 제안이유에서는 이를 아주 간단하게 정당한 쟁의행위의 범위가 확대될 수 있도록 한 것이라고 말하고 있지만, 그 확대의 의미와 구체적 범위, 파급효에 대해서는 언급하지 않고 있다. 그러나 이미 지난 제21대 국회에서 노조법개정안의 발의된 당시부터 이에 대해 다양한 기대와 우려가 교차하고 있다.

기대를 하는 쪽에서는 노동조합이 사용자의 부당노동행위, 단체협약의 불이행 등과 같은 사항에 대해서는 쟁의행위를 할 수 없는 바, 노동쟁의의 대상을 ‘근로조건’에 관한 사항으로 확대하여 정당한 쟁의행위의 범위가 확대될 수 있을 것으로 보고 있다.⁹²⁾

반면에 우려를 하는 쪽에서는 사용자의 부당노동행위에 대한 쟁의행위뿐만 아니라, 단체협약의 대상이 되지 않는 근로조건에는 정치적·사회적 요소들도 적지

92) 이를 통해 이익분쟁뿐만 아니라 권리분쟁으로 쟁의행위 대상을 확대할 수 있다는 것이다. 이익분쟁과 권리분쟁의 구별에 관하여는 김성진, 권리분쟁과 쟁의행위대상, 노동법학 제60호(2016.12), 59-84면; 김소영, 쟁의행위의 정당성 판단과 권리분쟁, 충남대 법학연구 제27권 제2호(2016.8), 243-274면; 하갑래, 권리분쟁과 쟁의행위 정당성, 노동법논총 제38집(2016.12), 219-256면 참조.

않다는 점에서 노조의 정치적 파업 등을 우회적으로 허용하게 되며, 시민단체 등과 노조의 대립도 쟁의행위의 형태로 나타나게 되어 쟁의행위의 본질을 벗어날 수 있다고 보고 있다.⁹³⁾ 또한 이렇게 쟁의대상을 확대하게 되면, 사용자의 경영권의 본질에 속하는 사항⁹⁴⁾에 대해서도 노사 간의 대립으로 인한 쟁의행위가 빈번하게 발생하게 될 우려도 크다.⁹⁵⁾

이러한 기대를 충족하면서 우려를 불식시키기 위해서는 ‘근로조건 결정’을 ‘근로조건’으로 바꿀 것이 아니라, -국민적 공감대 확보라는 전제하에- 사용자의 부당노동행위를 쟁의행위의 대상으로 명시하면 된다. 그런데 굳이 ‘근로조건’이라는 포괄적 개념을 사용하여 불필요한 우려를 확산시키는 것은 바람직하지 않으며, 사용자가 결정할 수 없는 사항에 대한 파업, 예컨대, 근로조건과 무관한 정치적 파업의 허용은 근로삼권 보호의 헌법적 한계를 벗어나는 것이라 할 수 있다.⁹⁶⁾

이러한 문제점과 대안을 고려하지 않은 채 쟁의행위의 대상을 ‘근로조건’으로 확대하는 것은 과잉금지원칙 중 특히 침해의 최소성에 위반된다. 또한 이를 통해 얻는 공익이 무엇인지 분명하지 않을 뿐만 아니라, 설령 달성되는 공익이 근로자 보호 강화에 있다 하더라도 이를 통해 사용자의 영업의 자유, 재산권, 평등권

93) 또한, 해고자 복직, 단체협약 미이행, 체불임금 청산과 같은 권리분쟁은 민사소송이나 노동위원회 부당해고구제 절차 등을 통해 해결하도록 제도화되어 있지만, 개정안은 법적 구제절차에 따라 해결해야 할 권리분쟁 사안을 쟁의행위를 통해 해결하도록 함으로써 노사 갈등비용이 증폭되고 불필요한 쟁의행위를 발생하게 할 우려가 있다는 의견이 있다. 이에 관하여는 법제사법위원회, 노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안(대안) 검토보고서(의안번호 2123038), 3면 참조.

94) 대법원의 확립된 판례에 의하면 사용자의 경영권의 본질을 침해하는 사항은 단체교섭 및 쟁의행위의 대상이 될 수 없다(대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5380 판결; 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003도687 판결; 대법원 2008. 9. 11. 선고 2004도746 판결; 대법원 2014. 8. 20. 선고 2011도468 판결 등 참조)

95) 한국경제, 2023.2.21. 巨野 강행 처리한 ‘노란봉투법’ 4대 문제점(<https://www.hankyung.com/article/2023022127251>, 2024.8.2. 접속).

96) 근로삼권은 사용자와 근로자의 관계에서 근로자를 보호하려는 것이지, 국가와 근로자의 관계에서 근로자를 보호하는 것은 아니기 때문이다. 국가와의 관계에서는 근로자로서가 아니라 국민으로서 언론의 자유, 집회의 자유 등을 통해 자신의 주장을 펼치면 되는 것이지, 근로자이기 때문에 다른 국민들과는 다른 특별한 보호를 받아야 할 이유는 없다. 이는 오히려 영세 자영업자 등과 비교하여 지나친 우대가 되어 평등원칙에 위배될 것이다.

침해 정도가 심대할 뿐만 아니라, 노사갈등의 심화로 인한 사회적 비용의 급증을 정당화할 정도로 증대한 것인지는 의문이 있다. 이러한 관점에서 이는 과잉금지원칙 중 법익의 균형성 원칙도 충족하지 못한 것으로 보인다.

Ⅶ. 불법적 쟁의행위 등에 대한 손해배상청구권 등 제한의 위헌성

1. 불법적 쟁의행위 등에 대한 사용자의 손해배상청구권 제한(노조법개정안 제3조 제1항)의 문제점

근로삼권의 내용으로 단체행동권이 인정되며, 단체행동권의 행사와 관련하여 쟁의행위로 인정되는 것에 대해서는 일반적인 민·형사상의 책임을 면제하는 것은 선진 외국의 입법에서도 보편화되어 있다. 물론, 어디까지를 합법적인 단체행동권의 행사로 인정하는지에 대해서는 약간의 차이가 있다. 하지만 폭력·과괴행위를 합법으로 보는 예는 없으며, 그런 점에서 합법과 불법의 경계는 명백하다.⁹⁷⁾

현행 노조법에서도, 그리고 노조법개정안에서도 폭력과 파괴를 정당화하지는 않고 있다. 그런데 노조법개정안 제3조 제1항에서는 사용자가 손해배상 청구를 할 수 없는 경우를 현행법상의 “이 법에 의한 團體交渉 또는 爭議行爲”에서 “이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동” (밑줄은 저자에 의한 것임)으로 변경하도록 하였다.

여기서 주목되는 점은 “그밖의 노동조합의 활동”의 의미이며, 그 해석과 관련하여 문제되는 점은 세 가지이다.

첫째, 노동조합의 모든 활동이 이에 해당하는 것인지, 일부가 포함되는 것인지 명확하지 않다. 만일 모든 노동조합 활동이라면, 앞에 규정한 “이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위”를 별도로 규정할 이유가 없고, 그렇다고 노동조합 활동의 일부를 대상으로 한다면, 그것이 무엇인지에 대한 아무런 기준이 없다. 이러한 점에서 이 조항은 헌법상 명확성 원칙에 위배된다.⁹⁸⁾

97) 추장철, 위법한 쟁의행위와 불법행위책임 귀속, 경상대 법학연구 제31권 제3호(2023. 7), 90면에서는 불법적 쟁의행위를 “헌법 제33조 보호영역 밖의 행위”라고 표현하고 있다.

98) 명확성 원칙에 관하여는 표명환, 헌법재판소의 명확성원칙의 적용에 관한 고찰, 법과 정책연구 제20권 제4호(2020.12), 31-53면 참조.

둘째, 현행 노조법에서 “이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위”를 규정한 것은 정당한 단체교섭 및 쟁의행위에 대해서는 일반적인 민사법 및 형사법에 따라 불법행위로 인정되는 것을 배제하려는 것이다. 그런데 “그밖의 노동조합 활동”을 포괄적으로 규정한 것은 불법적 쟁의행위 등 불법행위와 폭력이나 파괴행위 등도 손해배상의 대상에서 배제하려는 것으로 해석될 수 있다. 이는 노조에 의한 불법행위와 폭력·파괴행위를 사실상 정당화하는 것과 다름없는 결과를 낳게 됨으로써 합법과 불법의 경계를 무너뜨린다.⁹⁹⁾

셋째, 이러한 이유 때문에 영국, 독일, 프랑스 등 선진국의 입법례에서도 불법적인 쟁의행위에 대해 민사상 책임을 완전히 면책하는 경우는 찾아볼 수 없는 것이다.¹⁰⁰⁾

프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel)는 1982. 10. 22. 불법파업에 대한 노조 및 근로자의 면책을 규정한, 노동법전 L521-1조를 보충하는 1982년 「근로자대표제도의 발전에 관한 법률」 제8조¹⁰¹⁾에 대해 평등원칙 위반을 이유로 위헌결정

99) 합법과 불법의 경계가 명확해야 하는 것은 한편으로는 법적 안정성 때문이지만, 다른 한편으로는 법과 정의에 대한 국민의 신뢰를 확보하기 위해서도 필요하다. 그렇지 않을 경우에는 국민들이 법이 정의라는 점을 믿지 못하게 될 것이며, 이는 곧 국가질서 전체에 대한 불신과 불만으로 이어질 수밖에 없다.

100) 김기선, 독일에서의 쟁의행위를 둘러싼 법률문제 -쟁의행위의 정당성과 불법쟁의행위의 책임을 중심으로-, 국제노동브리프 제12권 제4호(2014.4), 11-13면; 성대규, 위법쟁의행위로 인한 손해배상책임의 귀속(Zurechnung) -독일에서의 논의를 겸하여-, 노동법포럼 제39호(2023.7), 355면 이하; 심재진, 영국에서의 불법파업과 법적 책임, 국제노동브리프 제12권 제4호(2014.4), 20면 이하; 심재진, 쟁의행위에 대한 영국의 법적 규율과 2016년의 변화, 노동법연구 제42호(서울대 노동법연구회, 2017.3), 84면; 이상희, 위법쟁의행위와 손해배상 책임 귀속의 비교법적 특질, 노사포럼 제19권(2003.2), 50-51면; 조정배, 쟁의행위와 민사책임에 관한 영국법리, 노동법학 제24호(2007.6), 144면 이하; 조정배, 쟁의행위와 민사책임에 관한 프랑스법리, 노동법학 제19호(2004.12), 393면 이하; 조임영, 프랑스에서의 파업권의 보장과 그 한계, 국제노동브리프 제12권 제4호(2014.4), 42면 이하.

101) 「근로자대표제도의 발전에 관한 법률」 제8조: “형사범죄에 의한 손해의 배상 또는 파업권이나 단결권의 행사와 명백히 무관한 사실에 의한 손해의 배상을 청구하는 소송의 경우를 제외하고, 집단적 노동분쟁에 의해 발생하거나 그것과 관련하여 발생하는 손해배상청구소송은 근로자, 선출 내지 지명된 근로자대표 또는 노동조합을 상대로 제기할 수 없다. 본 규정은 파기원(la Cour de cassation)을 포함하여 현재 진행 중인 소송절차에 적용될 수 있다.” (「근로자대표제도의 발전에 관한 법률」 제8조의 번역은 노

을 내린 바 있다.¹⁰²⁾

넷째, 설령 정당한 쟁의행위를 하는 과정에서도 폭력과 파괴행위는 허용될 수 없다는 것이 선진국 입법례에서 보듯이 보편적으로 인정되고 있다. 그런데 불법적인 쟁의행위에 대해서까지, 그것도 불법적인 쟁의행위 과정에서 자행된 폭력과 파괴행위에 대해서까지 손해배상책임이 면제될 수 있다는 것은 근로자들이 쟁의행위를 하면서 폭력과 파괴행위를 하도록 조장하는 것과 다르지 않다.¹⁰³⁾

2. 사용자의 불법행위로 인한 근로자의 불법행위에 대한 면책(노조법개정안 제3조 제2항)

개정안 제3조 제2항은 사용자의 불법행위에 대하여 노동조합 또는 근로자의 이익을 방위하기 위하여 부득이 사용자에게 손해를 가한 노동조합 또는 근로자는 배상할 책임이 없다고 규정하였다. 이 조항의 취지는 사용자의 불법행위가 원인 제공을 한 경우에는 그에 대응하는 근로자의 불법행위는 정당한 것으로 보아 손해배상책임을 면제하겠다는 것이다.

그런데 이런 논리는 법의 기본원칙에 반한다. 불법행위에 대해서 불법행위로 상대하는 것이 정당하다는 논리의 문제점은 세 가지로 지적될 수 있다.

첫째, 근로자가 사용자의 불법행위에 대해서 다투는 것은 법적 절차에 따라야 한다. 근로자가 불법행위라고 생각하지만, 다른 사람들은 그렇게 생각하지 않을 수도 있고, 이런 경우에 근로자의 불법행위를 동원한 대응은 정당한 것으로 보기 어렵다. 따라서 사용자가 불법행위를 했는지 여부에 대한 법원의 법적 판단이 선

동경제연구원 노동법제연구실, 쟁의행위관련 손해배상청구소송을 제한하는 프랑스 법률의 위헌결정문 -프랑스 헌법원 1982년 10월 22일 결정 제82-144호-, 노사포럼 제20권(2003.5), 203면에 의한 것이다.

102) 이에 대하여는 동경제연구원 노동법제연구실, 쟁의행위관련 손해배상청구소송을 제한하는 프랑스 법률의 위헌결정문 -프랑스 헌법원 1982년 10월 22일 결정 제82-144호-, 노사포럼 제20권(2003.5), 203-205면 참조.

103) 모든 불법적 쟁의행위가 폭력과 파괴행위를 의미하는 것은 아니라는 이의가 제기될 수 있다. 그러나 이런 식의 법개정은 결국 폭력과 파괴행위까지도 정당화한다는 점에 차이가 없으며, 더욱이 그동안 불법 쟁의행위에서 폭력과 파괴행위가 적지 않았다는 점을 고려할 때, 이러한 법개정에 아무런 문제가 없다고 말할 수는 없다.

행되지 않은 상태에서 근로자의 불법적 대응은 정당한 것으로 보기 어렵다.¹⁰⁴⁾

둘째, 설령 사용자의 불법이 선행된 경우라고 하더라도, 불법과 불법이 충돌하면 양쪽 불법이 모두 남는 것이지, 마치 민사상의 과실상계처럼 처리될 수 있는 것은 아니다. 더욱이 그 과정에서 폭력과 파괴행위가 있었다면 더욱 그러하다. 예컨대, 폭력적 시위와 경찰의 과잉 진압이 부딪혀서 양쪽 모두의 불법행위가 발생한 경우에는 양쪽 모두가 법적 제재의 대상인 것이지, 상대방의 불법이 먼저 있었기 때문에 그에 대한 대응으로 내가 한 불법은 정당한 것이라 말할 수는 없다.¹⁰⁵⁾

셋째, 불법의 크기도 문제될 수 있다. 사용자의 작은 불법행위에 대해 근로자가 매우 심각한 불법행위로 대응한 경우에도 이를 무조건 정당한 것으로 볼 수 있다고 말하기는 어려울 것이기 때문이다.¹⁰⁶⁾

이런 점을 고려할 때, 노조법개정안 제3조 제2항은 불법에 대한 책임의 원칙에 반할 뿐만 아니라, 이러한 관점에서 입법목적 자체의 정당성을 인정하기 어려우며, 비례성 원칙에도 위배되는 위헌적인 조항이라고 보아야 한다. 그리고 그 결과가 사용자의 재산권과 평등권에 대한 정당하지 않은 제한으로서 위헌이라는 문제도 피할 수 없을 것이다.

3. 신원보증책임 면제의 문제점(노조법개정안 제3조 제4항)

노조법개정안 제3조 제4항은 「신원보증법」 제6조에도 불구하고 신원보증인은 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인하여 발생한 손해에 대해서는 배상할 책임이 없다고 규정하고 있다.

이러한 조항의 취지는 신원보증인이 불법적 쟁의행위 등으로 인하여 발생한 손해에 대해서는 면책하도록 함으로써 신원보증인에게 피해를 주지 않도록 하는

104) 더욱이 법적으로 자력구제는 인정되지 않는다는 점을 고려할 때, 사용자의 불법을 근로자가 직접 불법으로 응징한다는 것도 정당하지 않다.

105) 물론, 정당방위나 긴급피난의 경우에는 예외가 인정될 수 있을 것이다.

106) 예컨대 회사가 임금을 체불하는 불법이 있었다고 하더라도, 회사 기물을 모조리 부수거나 회사에 불을 지르는 등의 행위를 하는 것이 정당화될 수는 없을 것이다. 이는 헌법상의 비례성 원칙에 비추어 보더라도 명확한 것이다.

데 있는 것으로 보인다.¹⁰⁷⁾

이 조항은 일응 합리적인 측면이 있는 것으로 보인다. 현재 신용보증제도는 보증인에게 무리한 부담이 되는 측면이 적지 않다. 그렇다고 대한민국 사회에서 신용보증을 서는 것을 매몰차게 거절할 수 없는 인적 관계도 적지 않기 때문에 신용보증인이 과도한 피해를 입는 경우가 종종 문제되고 있다. 이런 점에서 볼 때, 신용보증인의 부담을 덜어주는 것은 긍정적인 측면이 있다.

그러나 신용보증제도 전반을 손질하는 것이 아니라 근로자의 정의행위 등에 대해서만 예외를 인정하는 것은 또 다른 문제를 낳게 될 수 있다. 다른 신용보증인과의 차별로 인하여 평등원칙 위배 내지 평등권 침해의 문제가 발생할 수 있으며, 근로자들에 대한 신용보증제도 자체가 무력화될 수 있다는 문제도 간과할 수 없다.

먼저, 평등원칙 위반 내지 평등권 침해의 문제를 피하기 위해서는 근로자의 경우에만 예외적인 신용보증인의 손해배상책임 면제를 인정하는 것보다는 원칙적으로 모든 신용보증인에 대해서 책임을 감면할 수 있는 기준을 통일적으로 정하는 것이 필요할 것이다.

그리고 신용보증제도 자체가 무력화되는 것을 막기 위해서는 완전한 책임의 면제보다는 책임을 제한하는 방법이 적절할 수 있다. 예컨대 책임의 상한을 정하는 등의 방법으로 신용보증제도 자체의 기능은 유지하되, 실질적인 부담을 감경하는 것이 합리적인 대안일 수 있다.¹⁰⁸⁾

107) 신용보증의 문제점에 대한 지적 및 개선에 대한 요청은 이미 오래전부터 있었다. 이에 관하여는 권오성, 정의행위를 이유로 한 손해배상청구의 제한, 노동법논총 제57집(2023.4), 321면 이하 참조.

108) 예컨대, 권오성, 정의행위를 이유로 한 손해배상청구의 제한, 노동법논총 제57집(2023.4), 323면에서는 신용보증법에 “신원보증인은 주채무자인 근로자의 월급여의 ○개월분을 상한으로 배상책임을 진다.” 라는 취지의 규정을 도입하는 것이 합리적이라는 제안을 한 바 있다.

Ⅷ. 공동불법행위에 대한 부진정연대책임의 배제 및 사용자에게 의한 손해배상 책임의 면제(노조법개정안 제3조 제3항, 제3조의2)

1. 공동불법행위에 대한 부진정연대책임의 원칙

노조법개정안 제3조 제3항은 “법원은 단체교섭, 쟁의행위, 그밖의 노동조합의 활동으로 인한 손해배상책임을 인정하는 경우 각 손해의 배상의무자별로 귀책사유와 기여도에 따라 개별적으로 책임 범위를 정하여야 한다.”는 규정을 신설하도록 하고 있다.

이 조항을 도입하려는 취지는 노조의 불법적인 쟁의행위 등으로 인하여 공동불법행위를 구성하게 된 노조원들에 대해 부진정연대책임(민법 제760조)을 피하기 위한 것으로 보인다.¹⁰⁹⁾ 말하자면 구체적인 손해가 발생한 사항들에 대해 개별적으로 누구의 행위에 의한 손해의 발생이며, 손해 발생의 원인행위를 한 사람들이 여러 명인 경우에는 각기 기여도를 따져서 그만큼만 손해배상책임을 인정하여야 한다는 것이다.

이 조항은 대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결에서 “노동조합의 책임과는 달리, 개별 조합원 등에 대한 책임제한의 정도는 노동조합에서의 지위와 역할, 쟁의행위 참여 경위 및 정도, 손해 발생에 대한 기여 정도, 현실적인 임금 수준과 손해배상 청구금액 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”라고 판단한 것과 유사한 맥락에 있는 것으로 보인다. 하지만, 이러한 대법원판결이 공동불

109) 권오성, 쟁의행위를 이유로 한 손해배상청구의 제한, 노동법논총 제57집(2023.4), 313면에서는 “그러나 실제로 쟁의행위에 관여한 자의 역할, 행위의 정도, 관여도를 고려하지 않고 파업이 불법쟁의행위로 판단되는 경우 사용자가 특정 몇몇 개인에 대하여 선택적으로 손해배상 청구·가압류를 하고, 법원이 기계적인 공동불법행위 연대책임 법리에 따라 그들에게 불법쟁의행위에 따른 손해 ‘전부’의 배상을 명하는 것은 헌법상 권리인 노동3권의 실질적인 보장을 저해하고 노동3권 특히 단체행동권의 행사를 제한하게 만드는 결과를 초래한다. 따라서 연대책임 법리를 완화하여 근로자 개인에 대한 손해배상책임을 일정 한도로 제한시킬 필요성이 있다.”라는 주장을 한 바 있다. 유사한 견해로 노병호/ 김태현, 불법쟁의행위와 조합원 연대배상책임의 제한, 강원법학 제44권(2015.2), 205면 이하 참조.

법행위에 대한 부진정연대책임의 예외를 인정한 것인지에 대해서는 논란이 있다.¹¹⁰⁾

얼핏 보기에는 자신의 행위가 아닌 다른 사람의 행위로 인하여 발생한 손해에

110) 이에 관하여는 대법원은 이 판결이 부진정연대책무의 예외를 인정한 것이 아니라, 귀책사유를 달리하는 공동불법행위자간의 책임비율만을 달리 인정한 것이고 이러한 책임비율에 대해서는 사용자에게 입증책임이 있는 것이 아니며, 기존의 판례법리를 쟁의 행위에도 적용한 것으로서 판례변경이 아니어서 전원합의체가 아니라 소부에서 판결한 것이라는 입장이다(대법원, 2023. 8. 22.자 보도자료, “대법원 2017다46274 손해배상 [기] 사건 추가 보도자료”).

이와 관련하여 최우진, 위법한 쟁의행위로 인한 손해배상책임 -대법원 판결례와 민사책임 법리의 검토를 중심으로-. 노동법포럼 제39호(2023.7), 48-49면에서는 “이러한 전체적 평가방법은, 문제 되는 손해에 대한 책임귀속 행위에 주관적 관련·공동관계가 있거나 주된 불법행위자와 교사, 방조 등의 행위를 한 공동불법행위자들 또는 가해자불명의 공동불법행위자들 전체와 피해자에 대한 손해배상책임 범위를 정하는 과정에서 과실상계를 위한 피해자 과실을 평가할 때 활용되는 것이다. 따라서 단순히 객관적으로 관련·공동한 경우, 즉 어느 근로자가 노동조합이나 다른 위법 쟁의행위에 가담한 근로자들과 상호 간에 의사 공통이나 공동인식 없이 또는 교사·방조 요건에 해당하지 않은 채, 행위만 관련·공동하거나 경합·병존한 경우라면, 설령 그 배상의무자들 사이에 공통된 손해에 대해 책임을 지는 부분이 있어 그에 대한 부진정연대 책임을 지게 되더라도, 배상권리자의 고의·과실 등 책임제한 사유는 귀책사유를 달리하는 배상의무자별로 개별적으로 평가할 수 있다고 보아야 한다(개별평가설). 해당 손해에 관해 배상책임을 충족하게 하는 귀책사유가 각각 다르므로, 그에 관한 피해자의 공동책임성도 마찬가지로 각 불법행위자마다 달라질 수 있기 때문이다. 위와 같은 기존 법리를 위법한 쟁의행위가 발생한 사안에 제대로 적용한다면, 위법한 쟁의행위로 손해배상책임을 부담하는 각 배상의무자는, 위법한 쟁의행위로 손해배상책임을 부담하는 각 배상의무자는, 이미 현재도 자기의 귀책사유와 기여도에 따라 개별적으로 책임 범위가 정해지고, 그중 중첩되는 손해 부분에 대해서는, 분할채권관계(민법 제480조)가 아니라, 피해자 보호를 위한 부진정연대 관계로서 책임을 지게 된다.” 라고 말하고 있다.

위 대법원판결에 대해서는 성대규, 위법쟁의행위로 인한 손해배상책임을 귀속(Zurechnung) -독일에서의 논의를 겸하여-, 노동법포럼 제39호(2023.7), 380면 이하; 양승엽, 위법한 쟁의행위에 대한 노동조합원의 책임범위 제한 -대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결-, 노동법학 제87호(2023.9), 441-446면; 이준희, 위법한 쟁의행위에 대한 손해배상 책임의 행위자별 개별화 가능성 -대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결-, 노동법학 제87호(2023.9), 447-453면; 최우진, 위법한 쟁의행위로 인한 손해배상책임 -대법원 판결례와 민사책임 법리의 검토를 중심으로-. 노동법포럼 제39호(2023.7), 46면 이하 참조.

대해서까지 책임을 묻는 것은 부당하기 때문에 이를 바로잡는 것으로 보일 수도 있지만, 이러한 노조법개정안의 내용은 공동불법행위에 대하여 부진정연대책임을 인정하는 법원칙과 정면으로 충돌하는 것이다.¹¹¹⁾

111) 지금까지 대법원이 명시적으로 공동불법행위로 인한 손해배상청구권의 배상채무자에 대해 부진정연대책무의 예외를 인정하고 책임개별화를 인정한 사례는 대법원 2001. 2. 15. 선고 96다42420 전원합의체 판결에서 “민간인과 직무집행중인 군인 등의 공동불법행위로 인하여 직무집행중인 다른 군인 등이 피해를 입은 경우, 민간인의 피해 군인 등에 대한 손해배상의 범위 및 민간인이 피해 군인 등에게 자신의 귀책부분을 넘어서 배상한 경우” 군인 등의 국가배상청구권을 제한하는 “헌법 제29조 제2항, 국가배상법 제2조 제1항 단서”에 따라 “민간인으로서 손해 전부를 배상할 의무를 부담하면서도 국가 등에 대한 구상권을 행사할 수 없다고 한다면 부당하게 권리침해를 당하게 되는 결과가 되는 것과 같은 각 당사자의 이해관계의 실질을 고려하여, 위와 같은 경우에는 공동불법행위자 등이 부진정연대책무자로서 각자 피해자의 손해 전부를 배상할 의무를 부담하는 공동불법행위의 일반적인 경우와 달리 예외적으로 민간인은 피해 군인 등에 대하여 그 손해 중 국가 등이 민간인에 대한 구상의무를 부담한다면 그 내부적인 관계에서 부담하여야 할 부분을 제외한 나머지 자신의 부담부분에 한하여 손해배상의무를 부담하고, 한편 국가 등에 대하여는 그 귀책부분의 구상을 청구할 수 없다고 해석함이 상당하다” (위 전원합의체 판결의 다수의견)라고 판시한 경우뿐이다.

위 대법원 전원합의체 판결은 헌법재판소가 국가배상법 제2조 제1항 단서에 대해 한정위헌결정을 내린 이후, 동조항의 위헌성 문제와 관련하여 헌법재판소의 한정위헌결정의 구속력을 인정하지 않는 대법원이 헌법재판소와 다른 방식의 해결을 추구한 결과라 할 수 있다.

헌재 1994. 12. 29. 93헌바21, 판례집 6-2, 379: “국가배상법(國家賠償法) 제2조 제1항 단서 중 군인(軍人)에 관련되는 부분을, 일반국민이 직무집행 중인 군인(軍人)과의 공동불법행위(共同不法行爲)로 직무집행 중인 다른 군인(軍人)에게 공상을 입혀 그 피해자에게 공동의 불법행위(不法行爲)로 인한 손해를 배상한 다음 공동불법행위자(共同不法行爲者)인 군인(軍人)의 부담부분에 관하여 국가(國家)에 대하여 구상권(求償權)을 행사하는 것을 허용하지 않는다고 해석한다면, 이는 위 단서 규정의 헌법상 근거규정인 헌법(憲法) 제29조가 구상권(求償權)의 행사를 배제하지 아니하는데도 이를 배제하는 것으로 해석하는 것으로서 합리적인 이유 없이 일반국민을 국가(國家)에 대하여 지나치게 차별하는 경우에 해당하므로 헌법(憲法) 제11조, 제29조에 위반되며, 또한 국가(國家)에 대한 구상권(求償權)은 헌법(憲法) 제23조 제1항에 의하여 보장되는 재산권(財產權)이고 위와 같은 해석은 그러한 재산권(財產權)의 제한에 해당하며 재산권(財產權)의 제한은 헌법(憲法) 제37조 제2항에 의한 기본권제한(基本權制限)의 한계 내에서만 가능한데, 위와 같은 해석은 헌법(憲法) 제37조 제2항에 의하여 기본권(基本權)을 제한할 때 요구되는 비례(比例)의 원칙(原則)에 위배하여 일반국민의 재산권(財產權)을 과잉제한하는 경

예컨대, 폭력조직에 의하여 막대한 피해를 입은 사람이 있으면, 그에게 피해를 가한 조직원 전체에 대해 책임을 묻는 것이 당연한 것이지만, 그들 중에서 누가 어떤 행위를 해서 어떤 피해를 입었는지를 구체적으로 밝혀야만 그들에게 책임을 물을 수 있는 것은 아니다. 비록 노조와 폭력조직을 비교하는 것은 적절치 않을 수 있지만, 노조의 쟁의행위 과정에서 폭력과 파괴행위가 있었다면, 이를 달리 취급하는 것도 적절치 않은 것이다.

〈표 6〉 현행민법상 공동불법행위에 대한 부진정연대책무

<p>「민법」</p> <p>제760조(공동불법행위자의 책임) ① 수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.</p> <p>② 공동 아닌 수인의 행위중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때에도 전항과 같다.</p> <p>③ 교사자나 방조자는 공동행위자로 본다.</p>
--

이와 같이 공동불법행위에 대해서는 부진정연대책임을 물어야 한다는 원칙(민법 제760조)이 널리 인정되고 있는 것은 다음과 같은 이유 때문이다.

첫째, 공동불법행위는 개인의 불법행위에 비해 그 도덕적 비난가능성이 더 크다. 다수인의 위력을 앞세워 불법행위를 하는 것 자체에 대해 형법 등에서 가중처벌하는 것도 그 때문이다. 더욱이 공동불법행위란 공동의 목적을 가지고 있으며, 각각의 역할이 다르더라도 전체 행동을 함께 한다는 점에서 책임도 공유하는 것으로 보는 것이 타당하다.¹¹²⁾

둘째, 다수인의 공동불법행위가 있었을 경우에 개개인의 행위를 확인해서 손해 발생과의 인과관계를 따지는 것은 현실적으로 불가능에 가깝다. 이렇게 되면, 개개인의 행위 및 손해발생과의 인과관계 내지 손해에 대한 기여도를 입증하지 못해서 그에 대한 법적 제재를 가하지 못하는 경우가 무수히 발생할 수밖에 없는데

우에 해당하여 헌법(憲法) 제23조 제1항 및 제37조 제2항에도 위반된다.”

112) 물론 개별적인 경우마다 어디까지 공동불법행위로 볼 것인지에 대한 판단은 별도의 쟁점이 될 것이다.

그것이 정의에 부합하는 것으로 보기 어렵다.¹¹³⁾

셋째, 피해자의 입장에서는 누구의 불법행위인지를 따지는 것보다는 손해의 배상을 제대로 받는 것이 더 중요하다. 그런데 다수인의 공동불법행위에 의해 손해가 발생했는데도 개개인의 행위를 입증하지 못해서 손해배상을 받지 못한다는 것은 피해자의 구제를 소홀히 하는 것이 된다. 즉, 노조의 불법적인 쟁의행위로 인하여 손해가 발생한 것은 분명하지만, 구체적으로 누구의 행위인지를 밝히지 못한 경우에는 손해배상을 받지 못한다는 것이 피해자의 입장에서는 이해할 수 없는 일이 된다. 민법 제760조 제2항에서 가해자가 불명인 여러 사람의 불법행위에 대해서도 연대책임을 인정하는 것도 그 때문이다.

넷째, 이러한 피해자의 구제보다 가해자의 보호를 우선시키는 것은 정의의 요청에 반하며, 국민의 법에 대한 신뢰를 무너뜨린다. 근로자와 사용자의 대립을 마치 선과 악의 구도처럼 보는 프레임을 벗어나서 생각하면, 합법적으로 활동한 시민의 보호보다 그에게 피해를 준 가해자의 보호를 우선하는 것은 납득할 수 없는 일이다.¹¹⁴⁾

결국 공동불법행위에 대한 부진정연대책임의 원칙에도 불구하고 불법적 쟁의행위 등에 대해서만 무조건적으로 예외를 인정하려는 노조법개정안 제3조 제3항은 후술하는 바와 같이 위헌이라는 평가를 면하기 어려울 것이다. 노조법개정안 제3조 제3항이 원래의 입법취지를 살리려면 위헌적인 요소가 제거되어야 하며, 이를 위해서는 후술하는 바와 같이 여러 전제조건이 갖추어져야 할 것이다.

113) 공동불법행위 책임의 근거로는 공동불법행위자들이 공동의 행위를 통하여 피해자의 입증의 곤란을 초래하였으므로 그 입증의 곤란으로 인하여 피해자가 손해배상책임을 묻지 못하게 되어서는 안 된다는 점을 든다. 이에 관하여는 하명국, 가해자 불명의 공동불법행위, 경희법학 제50권 제4호(2015.12), 11면 참조.

114) 하명국, 가해자 불명의 공동불법행위, 경희법학 제50권 제4호(2015.12), 14면에서는 “즉 가해자 불명의 공동불법행위의 경우에는 피해자가 인과관계를 입증하는 것이 불가능함에도 불구하고 손해배상을 받아야 할 이해관계가 관여자들이 단지 인과관계의 가능성만으로는 책임지지 않아야 할 이해관계보다 크므로 관여자들이 연대책무를 부담하여 피해자를 보호하여야 한다고 한다. 또한 관여자들이 연대책무를 부담하게 되므로 피해자의 입장에서는 채무자의 추가를 통하여 책임재산을 증대하여 손해배상청구권의 실현가능성을 높일 수 있게 되어 이러한 점에 대해서도 피해자 보호가 이루어진다고 설명한다.” 고 독일민법 제830조 제1항 제2문의 공동불법행위를 소개하고 있다.

2. 무조건적인 부진정연대책임 배제의 효과와 사용자의 재산권 등 제한의 위헌성

이를 다른 각도에서 바라보면 불법적 쟁의행위 등에 대해 아무런 조건 없이 부진정연대책임을 배제하는 것은 사실상 사용자의 재산권과 평등권에 대한 과도한 제한으로 위헌이라는 판단을 피하기 어려운 것이다.

손해배상청구권이 재산권의 성격을 갖고 있다는 점은 널리 인정되고 있다. 그리고 노조법개정안 제3조 제3항은 손해배상청구권을 제한한다는 점에서 사용자의 재산권에 대한 제한이라고 볼 수 있다. 또한 불법 쟁의행위 등으로 인한 사용자의 손해배상청구권에 대해서만 불리하게 차별하여 채무자의 부진정연대책임의 예외를 인정한다는 점에서 평등권도 제한하고 있다.

그러므로 노조법개정안이 국회를 통과하여 입법화될 경우에는 그 제3조 제3항에 대하여 사용자가 재산권, 평등권 등 침해의 위헌성을 헌법재판소에서 다툴 수 있게 된다. 그리고 불법적 쟁의행위 등으로 인한 손해배상책임에 대해 무조건적으로 부진정연대책임의 예외를 인정할 경우, 사용자가 불법 쟁의행위 등에 가담한 근로자들 각각의 귀책사유에 따른 손해에 대한 기여도를 입증한다는 것은 현실적으로 가능하지 않기 때문에, 사용자의 손해배상청구권이 사실상 형해화된다는 점에서 차별취급으로 인하여 사용자의 재산권에 대한 중대한 제한이 초래되는 바, 평등권 제한입법의 심사기준으로는 엄격한 심사기준인 비례성원칙 내지 과잉금지 원칙에 따라 그 합헌성을 심사하여야 할 것이다.¹¹⁵⁾ 따라서 노조법개정안 제3조 제3항이 위헌여부 판단의 대상이 될 경우에는, 헌법재판소에서 과잉금지 원칙에 따라서 재산권 및 평등권 제한의 합헌성 여부를 판단하게 된다.

과잉금지원칙에 따른 판단의 첫 번째 단계는 목적의 정당성을 확인하는 것이

115) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787: “평등위반 여부를 심사함에 있어 엄격한 심사척도에 의할 것인지, 완화된 심사척도에 의할 것인지는 입법자에게 인정되는 입법형성권의 정도에 따라 달라지게 될 것이다. 먼저 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우 엄격한 심사척도가 적용될 수 있다. 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니되는 기준을 제시하거나 차별을 특히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사하는 것이 정당화된다. 다음으로 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한을 초래하게 된다면 입법형성권은 축소되어 보다 엄격한 심사척도가 적용되어야 할 것이다.”

다. 노조법개정안 제3조 제3항의 목적은 ‘불법 쟁의행위에 가담한 근로자의 손해 배상책임 부담의 경감’¹¹⁶⁾에 있다고 한다. 이는 파업 등에 단순 가담한 근로자 개인에 대해서까지 막대한 손해배상책임을 지우도록 하는 것은 너무 가혹하고 사용자가 노조를 탈퇴한 근로자에 대해서는 선택적으로 소를 취하하는 등 부진정 연대책임의 법리를 단체행동권을 무력화하기 위해 오남용하는 것을 막기 위한 것이라고 한다.¹¹⁷⁾

그러나 여기서 결코 간과해서는 안되는 점은, 애당초 노조법개정안 제3조 제3항은 노조가 주도한 불법파업에 단순 가담한 노조원 개인의 손해배상책임에 적용되는 것이 아니라는 점이다. 후술하는 바와 같이 기존의 확립된 대법원판례¹¹⁸⁾와 노동법학계의 지배적인 견해¹¹⁹⁾에 의하더라도, 노조가 주도하는 불법파업에 단순 참가한 노조원은 불법적 쟁의행위에 대해 공동불법행위책임을 지지 않기 때문이다.

그러므로 노조법개정안 제3조 제3항이 실제 적용되는 사안은 노조법개정안 제3조 제1항과의 관계속에서 볼 때, 매우 한정적인 경우로 좁혀진다. 노조법개정안 제3조 제1항에 따르면, 전술한 바와 같이 노조의 활동으로 인한 손해의 경우, -여기서 “그밖의 노동조합의 활동”이 무엇인지 그 범위가 명확하지 않으나, 노조의 활동으로 인한 손해라면 설령 폭력이나 파괴행위라도- 사용자의 손해배상청구권이 제한되는 것으로 볼 수 있다. 그러므로 불법 쟁의행위 등으로 인해 근로자 개인의 사용자에게 대한 손해배상책임이 문제되는 경우는 결국 노조가 주도하지 않은 불법 쟁의행위나 근로자 개인의 일탈행위에 의한 폭력, 파괴행위 등으로 한정되는

116) 노조법개정안은 제3조 제3항의 입법취지를 “쟁의행위와 관련하여 법원은 노동조합 및 조합원들의 공동불법행위에 대해 이들 각각의 불법행위 책임범위 여부를 구체적으로 산정하지 아니하고 모든 공동불법행위자 각각에게 총 손해발생액 전부를 부담시키고 있어, 모든 행위자 각각에 대해 과도한 배상책임이 부과되는 것을 개선할 필요가 있음”이라고 밝히고 있음.

117) 이에 대하여는 법제사법위원회, 노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안(대안) (임시번호 DD20004), 5면 참조.

118) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30610 판결.

119) 이에 대하여는 김희성/이준희, 노조법 개정안 환노위 대안 제3조의 해석론상의 문제점과 평가, 노동법포럼 제39호(2023.7), 82-83면; 성대규, 위법쟁의행위로 인한 손해배상책임의 귀속(Zurechnung) -독일에서의 논의를 겸하여-, 노동법포럼 제39호(2023.7), 366면; 양승엽, 위법한 쟁의행위에 대한 노동조합원의 책임범위 제한 -대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결-, 노동법학 제87호(2023.9), 441-446면 참조.

것으로 볼 수 있다. 즉, 노조가 주도한 불법 쟁의행위 등에 대해서는, 설령 그 과정에서 폭력이나 파괴행위가 수반된다 하더라도, 노조법개정안 제3조 제1항에 따라 사용자의 손해배상청구권이 제한되므로, 이에 적극적으로 가담한 근로자 개인에 대해서도 사용자에 대한 손해배상책임이 제한되는 것이다.

이와 같이 노조법개정안 제3조 제1항에 따라 “그밖의 노동조합의 활동”으로 인한 손해에 대해서도 사용자의 손해배상청구권이 제한되는 결과, 노조법개정안 제3조 제3항의 입법목적은 노조가 주도하지 않은 불법 쟁의행위에 가담하였거나 근로자 개인의 일탈행위로 의한 폭력·파괴행위를 자행한 근로자들의 공동불법행위로 인한 손해배상책임에 대해 그 부담을 경감하는 것으로 볼 수밖에 없는바, 이를 정당한 목적이라 할 수 없다.¹²⁰⁾

그러므로 노조법개정안 제3조 제1항이 삭제된다는 전제하에 노조법개정안 제3조 제3항의 목적의 정당성을 검토해 볼 필요가 있다.

먼저, 전술한 바와 같이 노조가 주도하는 불법 쟁의행위에 단순 가담한 근로자들에 대해서는 -고의 또는 과실이 인정되지 않고 일반 노조원이 노조의 지시 거부를 기대하기 어렵다는 점 등으로 인해- 불법 쟁의행위로 인한 손해에 대해 노조 및 노조간부와의 공동불법행위가 성립하지 않는 것으로 보는 것이 확립된 대법원 판례¹²¹⁾이자, 노동법학계의 일반적인 견해이다.¹²²⁾ 그러므로 이 경우는 전술

120) 일반적으로 과잉금지원칙에 따른 심사에서 목적의 정당성조차 갖추지 못한 것으로 인정되는 예는 드물다. 그러나 노조법개정안처럼 노조와 상관없이 자행된 불법적 쟁의행위와 근로자 개인의 일탈행위로서 폭력·파괴행위를 보호하려는 것이 되면, 그 목적의 정당성조차 인정되기 어려울 수 있다. 애초에 노란봉투법이라는 명칭의 계기가 된, 2014년 쌍용차 파업 참여 노조원에 한 47억 원 손해배상 판결(서울고등법원 2019. 11. 15. 선고 2014나1517 판결)의 경우, 노조가 폭력적인 방법을 동원하여 공장을 전면적·배타적으로 점거하는 방식으로 이루어진 불법파업이었고(대법원 2023. 6. 15. 선고 2019다38543 판결 참조), 이와 같이 노조가 주도하는, 폭력이 수반된 불법 직장검거를 수반하는 불법 쟁의행위에 가담한 근로자에 대해, 왜 부진정연대책임의 예외를 인정해야 하는지 의문이다. 같은 견해로는 최우진, 위법한 쟁의행위로 인한 손해배상책임 - 대법원 판결례와 민사책임 법리의 검토를 중심으로-, 노동법포럼 제39호(2023.7), 11-12면, 46-47면.

121) 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30610 판결: “일반 조합원이 불법쟁의행위시 노동조합 등의 지시에 따라 단순히 노무를 정지한 것만으로는 노동조합 또는 조합 간부들과 함께 공동불법행위책임을 진다고 할 수 없다. 다만, 근로자의 근로내용 및 공정의 특수성과 관련하여 그 노무를 정지할 때에 발생할 수 있는 위험 또는 손해 등을 예방

한 바와 같이, 애당초 노조법개정안 제3조 제3항의 적용이 필요한 경우가 아니다.

그렇다면 노조가 주도하는 불법쟁의행위에 -직장이나 생산시설을 점거하여 다른 근로자의 출입을 저지하거나 폭력·과괴행위를 자행하는 등- 적극 가담한 노조원에 대해 현실적인 배상능력을 고려하여 부진정연대책임의 예외를 인정하려는 입법목적이 -이 부분에 대해 사회적 공감대가 널리 형성되어 있는지도 의문이지니와- 정당한 것으로 볼 수는 없다.¹²³⁾ 설령 이러한 부분에 대해 목적의 정당성이 인정된다 하더라도, 폭력·과괴행위에 대해서까지도 이러한 부진정연대책임의 예외를 인정하여 책임을 경감시키려는 입법목적은 정당성을 인정받을 수 없다. 전술한 바와 같이 어떠한 경우에도 폭력·과괴행위는 정당화될 수 없으며, 폭력·과괴행위로 인한 손해배상책임에 대해 그에 가담한 근로자의 부담을 덜어주는 부분에 대해서는 목적의 정당성이 인정될 수 없는 것이다.

또한 노조법개정안 제3조 제3항은 “단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인한 손해배상책임을 인정하는 경우에 각 손해의 배상의무자별로 귀책사유와 기여도에 따라 개별적으로 책임 범위를 정하여야 한다.” 라고 하여, 노조가 주도하는 불법적 쟁의행위의 경우 노조와 노조간부에 대해서도 부진정연대책임의 예외를 인정하도록 하고 있는데, 이는 애초의 입법취지에 맞지 않는 것으로서 목적의 정당성을 인정할 수 없다.¹²⁴⁾

하기 위하여 그가 노무를 정지할 때에 준수하여야 할 사항 등이 정하여져 있고, 근로자가 이를 준수함이 없이 노무를 정지함으로써 그로 인하여 손해가 발생하였거나 확대되었다면, 그 근로자가 일반 조합원이라고 할지라도 그와 상당인과관계에 있는 손해를 배상할 책임이 있다.”

122) 김희성/ 이준희, 노조법 개정안 환노위 대안 제3조의 해석론상의 문제점과 평가, 노동법포럼 제39호(2023.7), 82-83면; 성대규, 위법쟁의행위로 인한 손해배상책임의 귀속(Zurechnung) -독일에서의 논의를 겸하여-, 노동법포럼 제39호(2023.7), 366면, 371-372면.

123) 이에 대하여는 성대규, 위법쟁의행위로 인한 손해배상책임의 귀속(Zurechnung) -독일에서의 논의를 겸하여-, 노동법포럼 제39호(2023.7), 364-365면; 최우진, 위법한 쟁의행위로 인한 손해배상책임 -대법원 판결례와 민사책임 법리의 검토를 중심으로-. 노동법포럼 제39호(2023.7), 44면 이하.

124) 불법 쟁의행위 등을 주도한 노조와 노조간부에 대한 책임개별화입법안에 대한 반대 의견으로 김희성/ 이준희, 노조법 개정안 환노위 대안 제3조의 해석론상의 문제점과 평가, 노동법포럼 제39호(2023.7), 80-81면; 최우진, 위법한 쟁의행위로 인한 손해배상책임 - 대법원 판결례와 민사책임 법리의 검토를 중심으로-. 노동법포럼 제39호(2023.7), 44면 이하 참조.

두 번째 단계는 방법의 적정성(적합성)이다. 이는 목적의 정당성을 전제로 목적의 달성에 도움이 되는 수단인지 여부를 확인하는 것이다. 전술한 바와 같이 노조법개정안 제3조 제1항과 관계에서 보면 노조법개정안 제3조 제3항의 목적의 정당성 자체를 인정하기 어렵다. 노조법개정안 제3조 제1항이 삭제된다는 전제하에, 그리고 노조법개정안 제3조 제3항의 목적의 정당성이 인정된다고 가정하는 경우, 노조가 주도하는 불법적 쟁의행위에 단순가담한 근로자들에게는 부진정연대책임의 예외를 인정함으로써 노조활동 보호에 기여하므로 방법의 적정성을 인정할 수 있다.

세 번째 단계는 침해의 최소성(필요성)이다. 즉 목적 달성을 위해 도움이 될 수 있는 여러 수단들 중에서 가장 적합한 수단, 이 경우에는 사용자에 대한 피해를 최소화시키는 수단인지를 확인하는 것이다.¹²⁵⁾

그런데 전술한 바와 같이 노조법개정안 제3조 제1항의 관계에서 보면 노조법개정안 제3조 제3항은 목적의 정당성 자체를 인정하기 어렵기 때문에, 노조법개정안 제3조 제1항이 삭제된다는 전제하에서, 노조법개정안 제3조 제3항은 목적의 정당성과 방법의 정당성이 일부 인정될 수 있다. 그리고 그 전제하에서 침해의 최소성을 검토하면, 공동불법행위에 대한 부진정연대책임을 무조건적으로 배제하여 불법쟁의행위 등에 가담한 근로자의 책임을 무조건 개별화할 경우에는 사용자의 재산권인 손해배상청구권을 사실상 형해화할 위험이 매우 크다. 노조법개정안 제3조 제3항에 따르면 불법 쟁의행위 등으로 입은 손해에 대하여 그 가담한 근로자별로 각각의 책임 비율 내지 기여도에 대한 입증책임은 사용자에게로 전환되는데,¹²⁶⁾ 사용자가 이를 입증한다는 것은 현실적으로 불가능에 가깝기 때문이다.¹²⁷⁾ 이러한

125) 침해의 최소성 판단은 주관적 가치판단을 통해 내려지는 것이기 때문에 헌법재판관들 사이에 이견이 나오는 경우가 많이 있다.

126) 성대규, 위법쟁의행위로 인한 손해배상책임의 귀속(Zurechnung) -독일에서의 논의를 곁하여-, 노동법포럼 제39호(2023.7), 371면.

한편, 공동불법행위책임의 개별화 여부에 대한 논란의 대상이 되었던 대법원판례(대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결)와 관련하여, 대법원은 공동불법행위로 인한 손해배상책임에 대한 부진정연대책임에 관한 기존의 판례법리에 의할 경우, 배상채무자간 귀책사유가 다를 경우 그 책임의 비율을 달리 정하는 개별평가설에 의하더라도 사용자가 그 책임의 비율에 대한 입증책임을 지는 것은 아니라고 한다. 이에 대하여는 대법원, 2023. 8. 22.자 보도자료, “대법원 2017다46274 손해배상[기] 사건 추가 보도자료” 참조.

현실을 도외시하고, 일방적으로 불법행위자인 근로자의 이익만을 위하여 부진정연 대책임에 대한 중대한 예외를 인정하여 그 책임을 개별화하면서, 입증책임을 전적으로 사용자에게 부담시키는 것은, 무엇보다 -후술하는 바와 같이- 입증책임을 전환을 통해 사용자의 손해배상청구권 침해 정도를 최소화할 수 있는 대안을 고려하지 않았다는 점에서 침해의 최소성을 충족하지 못하고 있다.

네 번째 단계는 법익의 균형성은 목적 달성으로 얻는 공익과 그 과정에서 희생되는 사익 중에서 공익이 더 크지를 확인하는 것이다.¹²⁸⁾ 이때에도 전술한 바와 같이 노조법개정안 제3조 제1항이 삭제된다는 전제하에서 법익의 균형성을 검토하면, 불법쟁의행위를 주도한 노조 및 노조간부와 그에 적극 가담한 노조원 등 근로자와 폭력·파괴행위에 가담한 근로자들이 책임경감을 통해 얻는 이익을 공익이라고 볼 수 있는지부터 문제되며, 이들의 이익이 사용자의 재산권, 평등권 등 이익보다 크다고 보기 어렵다는 점에서 법익의 균형성도 갖춘 것으로 보기 어렵다.

이런 점들을 고려할 때, 노조법개정안이 입법되어 시행될 경우에는 -다른 조항들도 위헌성 문제가 간단치 않지만- 제3조 제3항도 헌법재판으로 다투어질 개연성이 크고, 이러한 경우 헌법재판소에서 위헌으로 판단할 가능성이 매우 크다고 생각된다.

127) 이와 관련하여 김희성/이준희, 노조법 개정안 환노위 대안 제3조의 해석론상의 문제점과 평가, 노동법포럼 제39호(2023.7), 81면; 이행태/장영철, 노란봉투법의 위헌 여부에 관한 고찰, 서울법학 제31권 제2호(2023.8), 104면에서는 “법안은 쟁의행위 과정에서 위법행위가 있었다면 각자가 행한 구체적인 행위에 대한 책임을 지도록 하고 있다. 이를 사용자가 개별적으로 입증하도록 하는 것은 손해배상 청구 자체를 불가능하도록 하여 재산권의 본질적 내용을 침해할 가능성도 있다고 본다.” 라고 지적하고 있다.

128) 법익의 균형성 판단도 각 법익의 의미와 비중에 대한 주관적 가치판단이 전제되기 때문에 헌법재판관들 사이에 이견이 나오는 경우가 많이 있다.

3. 부진정연대책임 예외인정(불법행위책임 개별화)의 전제조건: 폭력·파괴행위로 인한 손해의 배제 및 입증책임의 전환

먼저, 전술한 바와 같이 노조법 제3조 제1항과의 체계적 해석 결과, 노조법개정안 제3조 제3항이 적용 여부가 문제되는 경우는 될 수 있는 경우는, 애당초 노조가 주도한 불법 쟁의행위에 단순가담한 노조원의 부담경감과는 상관없는 경우로서, 결국 노조가 주도하지 않은 불법 쟁의행위나 근로자 개인의 일탈행위에 의한 폭력, 파괴행위 등으로 한정된다. 이러한 경우는 근로삼권의 정당한 행사범위를 벗어난 것으로서 정당화될 수 없으며, 이로 인한 민사상 손해배상책임을 감면하는 것은 법치주의의 근간을 흔드는 것이며, 사용자의 재산권, 영업의 자유, 평등권 등을 비례성 원칙에 위배되어 과도하게 침해하는 것으로서 위헌성을 면하기 어렵다.

그러므로 노조법개정안 제3조 제3항은 노조법개정안 제3조 제1항을 삭제하여 애당초 노조법에 의한 정당한 단체교섭 및 쟁의행위에 대해서만 민사상 손해배상책임이 면책된다는 전제하에서 적용되어야 한다. 이러한 전제하에 불법 쟁의행위로 인한 부진정연대책임의 예외를 인정하고자 한다면, 입증책임에 대해서도 예외를 인정하여 귀책사유에 따른 기여도를 해당 근로자 개인이 입증하게 함으로써 노사간 실질적 대등성을 확보하여 사용자의 손해배상청구권 제한의 정도를 최소화하는 대안을 마련하여야 한다. 예컨대, 불법행위자 중의 일부가 자기 행위가 손해 발생에 원인으로 작용하지 않았거나, 혹은 일정 부분에 한하여 작용했다는 점을 증명하는 경우,¹²⁹⁾ 그러한 한도에서 부진정연대책임이 제한될 수 있도록 하는 것이다.

4. 사용자에게 의한 손해배상 책임 면제의 의미와 부작용에 대한 우려

노조법개정안 제3조의2는 책임의 면제라는 표제 하에 “사용자는 단체교섭 또

129) 이에 관하여는 성대규, 위법쟁의행위로 인한 손해배상책임의 귀속(Zurechnung) -독일에서의 논의를 겸하여-, 노동법포럼 제39호(2023.7), 354면 참조.

는 정의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인한 노동조합 또는 근로자의 손해배상 등 책임을 면제할 수 있다.”는 규정을 신설하고 있다.

이 조항은 그 입법 의도가 명확하지 않다. 무엇보다 피해자인 사용자가 가해자인 근로자 등에 대해 책임을 면제할 수 있다는 것은 이러한 특별규정이 없더라도 언제든지 가능하기 때문이다. 즉, 손해배상청구권을 가진 사용자가 자신의 권리를 포기하는 것은 권리포기의 방식으로 충분히 가능한데, 왜 이런 특별규정을 굳이 두어야 할 이유가 있는지 의문이 생길 수 있다.

그로 인하여 다음과 같은 의혹이 생긴다. 입법자는 사용자의 손해배상청구권이 포기될 수 있다는 점을 굳이 강조함으로써 근로자들로 하여금 이미 발생한 손해배상청구권을 노사협상의 대상으로 삼아서 사용자에게 그 포기를 종용하도록 유도하는 것 아닌가?

그런 것은 아니리라 믿고 싶지만, 만일 그것이 사실이라면 노조법개정안 제3조 제3항은 정상적인 입법의 역할을 벗어난 것일 뿐만 아니라, 법으로서의 객관성과 공정성을 상실한 것이라고 보지 않을 수 없다.

IX. 결론

대한민국의 노사갈등은 독재정권 당시의 정경유착과 결부되었던 사용자의 노동자에 대한 부당한 대우가 노사 간의 뿌리 깊은 불신의 원인이 되면서 민주화 이후에도 쉽게 해결되지 못하고 있다. 노사의 관계를 마치 제로섬 게임을 벌이는 적대적 동거관계로 보는 시각이 이를 더욱 부추긴 점도 있다.

그러나 이제는 대립적 노사관계에서 협력적 노사관계로 발전해야만 글로벌 경쟁에서 살아남을 수 있다는 위기의식이 크게 확산된 상태이다. 이런 상황에서 입법자가 노사의 법적 균형을 확보하고, 합리적인 조정자로서의 역할을 하기보다는 오히려 노동자의 편에 서서 편향된 시각으로 노조법개정안을 되풀이하여 발의하고 있는 것은 참으로 안타까운 일이다.

기존의 노조법에 문제가 전혀 없다는 것도 아니고, 개정의 필요성을 부정하는 것도 아니다. 그런데 이번에 발의된 노조법개정안(환노위 대안)은 점진적인 개선이 아니라 급진적인 변화를 추구함으로써 오히려 국민적 공감대를 잃고 있을 뿐만 아니라, 사용자에 대한 과도한 기본권 제한을 유발하는 등 위헌적 내용을 다수 담고 있다.

근로삼권의 실질적 보장을 위해 근로자 및 사용자의 범위를 일부 확대할 수는 있으나, 노조법개정안에서 사용자의 개념을 과도하게 확장한 것이나 근로자가 아닌 사람이 노조에 가입할 수 있도록 한 것은 그 풍선효과를 전혀 고려하지 않은 무리한 변화이며, 득(得)보다 실(失)이 훨씬 클 것이다.

노조법개정안에서 쟁의행위의 대상을 확대한 것도 그동안 노동법학계에서의 이익분쟁이나 권리분쟁이냐의 논란에 휩쓸려 정작 근로조건의 결정을 근로조건으로 바꿀 경우에 나타날 수 있는 부정적 풍선효과에 대해서는 제대로 검토하지 않은 것으로 보인다.

더욱이 불법행위를 전제한 손해배상에서 사용자의 손해배상청구권을 제한하거나 공동불법행위에 대한 연대책임을 배제하는 등의 노조법개정안 내용은 국민들이 공감하기 매우 어려운 것들이다. 이런 상황에서 노조법개정안을 강행하는 것은 일부 근로자들의 지지를 얻을 수 있더라도 국민 전체의 지지를 얻는 것에는 역효과일 것이다.

아무리 그 의도가 선량한 것이라 하더라도 결과가 나쁘면 실패한 법률, 나쁜 법률이 된다. 국회는 이제라도 노조법개정안의 문제점을 바로 보고, 개선하려는 태도가 필요할 것이다.

참고문헌

한국어문헌

단행본

성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2024.

장영수, 『대한민국 헌법의 역사』, 고려대학교 출판문화원, 2018.

장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2024.

논문

강희원, 노조법상 「노동쟁의」와 「쟁의행위」 개념에 대한 헌법적 반성, 노동법학 제53호(2015.3), 33-62면.

권오성, 쟁의행위를 이유로 한 손해배상청구의 제한, 노동법논총 제57집(2023.4), 293-328면.

김기선, 독일에서의 쟁의행위를 둘러싼 법률문제 -쟁의행위의 정당성과 불법쟁의행위의 책임을 중심으로-, 국제노동브리프 제12권 제4호(2014.4), 5-15면.

김성진, 권리분쟁과 쟁의행위대상, 노동법학 제60호(2016.12), 59-84면.

김소영, 쟁의행위의 정당성 판단과 권리분쟁, 법학연구 제27권 제2호(충남대 법학연구소, 2016.8), 243-274면.

김영문, 근로자가 아닌 자의 노조가입을 둘러싼 법적 쟁점 연구, 노동법학 제32호(2009.12), 377-429면.

김희성, 원청회사의 하청노동조합에 대한 단체교섭 및 쟁의행위의 상대방으로서 사용자 여부와 대체근로 -대상판결 : 대구지방법원 2021.8.11. 선고 2020노820 판결; 부산고등법원 2018. 11. 14. 선고 2018나53149 판결-, 전북대

- 법학연구 제67집 별권(2021.12), 69-93면.
- 김희성/ 이준희, 노조법 개정안 환노위 대안 제3조의 해석론상의 문제점과 평가, 노동법포럼 제39호(2023.7), 57-99면.
- 남궁준, 노동3권 없는 집단적 노동법 -영국의 최근 쟁의행위 규율의 동향과 함의-, 노동법논총 제58집(2023.8), 1-39면.
- 노병호/ 김태현, 불법쟁의행위와 조합원 연대배상책임의 제한, 강원법학 제44권 (2015.2), 175-215면.
- 박종희, 독일 쟁의행위법제에 관한 소고, 고려법학 제42호(2004.4), 97-122면.
- 성대규, 위법쟁의행위로 인한 손해배상책임의 귀속(Zurechnung) —독일에서의 논의를 겸하여—, 노동법포럼 제39호(2023.7), 339-395면.
- 송강직, 미국의 단체행동의 정당성, 노동법학 제42호(2012.6), 209-247면.
- , 노동기본권의 본질과 쟁의행위, 법학논문집 제39집 제1호(중앙대 법학연구소, 2015.4), 223-249면.
- 신동윤, 미국의 위법 쟁의행위에 대한 민·형사상 책임, 노동법학 제62호(2017.6), 25-55면.
- 심재진, 쟁의행위에 대한 영국의 법적 규율과 2016년의 변화, 노동법연구 제42호 (서울대 노동법연구회, 2017.3), 77-124면.
- 양승엽, 위법한 쟁의행위에 대한 노동조합원의 책임범위 제한 -대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결-, 노동법학 제87호(2023.9), 441-446면.
- 이상희, 위법쟁의행위와 손해배상책임에 관한 해석 및 입법의 한계, 노동정책연구 제6권 제3호(2006.9), 159-184면.
- 이준희, 위법한 쟁의행위에 대한 손해배상 책임의 행위자별 개별화 가능성 -대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결-, 노동법학 제87호(2023.9), 447-453면.
- 이행태/ 장영철, 노란봉투법의 위헌 여부에 관한 고찰, 서울법학 제31권 제2호 (2023.8), 81-117면.
- 조경배, 쟁의행위와 민사책임에 관한 프랑스법리, 노동법학 제19호(2004.12), 383-408면.

——, 쟁의행위와 민사책임에 관한 영국법리, 노동법학 제24호(2007.6), 133-169면.

조임영, 프랑스에서의 파업권의 보장과 그 한계, 국제노동브리프 제12권 제4호(2014.4), 31-48면.

조용만, 경영상 해고와 관련된 프랑스의 쟁의행위 정당성론의 고찰, 노동법학 제12호(2001.6), 161-179면.

최우진, 위법한 쟁의행위로 인한 손해배상책임 -대법원 판결례와 민사책임 법리의 검토를 중심으로-. 노동법포럼 제39호(2023.7), 1-56면.

추장철, 위법한 쟁의행위와 불법행위책임 귀속, 경상대 법학연구, 제31권 제3호(2023.7), 71-99면.

표명환, 헌법재판소의 명확성원칙의 적용에 관한 고찰, 법과 정책연구 제20권 제4호(2020.12), 31-53면.

하갑래, 권리분쟁과 쟁의행위 정당성, 노동법논총 제38집(2016.12), 219-256면.

하명국, 가해자 불명의 공동불법행위, 경희법학 제50권 제4호(2015.12), 3-38면.

외국어문헌

논문

Jarass, Hans D.: Art. 9, in: Jarass/ Pieroth Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl., C.H. Beck, 2018.

Merten, Detlef: § 165 Vereinsfreiheit, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. C F. Müller, 2009.

Scholz, Rupert: Art. 9, in: Maunz-Dürig Kommentar zum Grundgesetz, Bd. II, München 2018 (Lieferung 81 im Stande September 2017).