



실업자의 노동3권

윤 문 희*

1. 서 론

노동조합에 가입할 수 있는 근로자의 범위는 어디까지 일까?

대체로 사람들이 근로자라는 용어를 사용할 때에는 사업장에서 근로를 제공하고 임금을 받는 사용자관계에 있는 임금근로자를 생각할 것이다. 따라서 노동조합에 가입할 수 있는 대상에 대해서도 대다수의 사람들은 일정한 사업장에서 근무하고 있는 근로자만을 생각하기 쉽다. 그러나 대부분의 노동법학자들은 초기업단위 노동조합을 결성하거나 노동조합에 가입할 수 있는 근로자의 범주에 실업자가 포함된다고 본다. 일반인들의 의식 속에 기업별 단위노조의 형태가 익숙해져 있기 때문에 실업자들이 노조를 만들거나 또는 기존 노조에 가입한다는 것이 쉽게 납득하기 어려울 것이다.

서울여성노동조합 사례에서 대법원은 2004. 2. 27. 2001두8568 판결(이하 '대상

판결'이라 한다)을 통하여 오랫동안 논쟁이 되어 왔던 실업자의 조합원성을 인정하기 전까지 사법부도 이러한 생각을 유지하였다.

그렇다면 일반인이 납득하기 어려운 실업자의 조합원 자격인정이 어떠한 중요성을 갖는 것일까? 이하에서는 위 판결을 중심으로 실업자가 조합원이 될 수 있는 자격과 실업자가 조합원의 일부로 가입한 노동조합의 노동3권 실현과정에 어떠한 문제를 갖는지 살펴보고자 한다.

2. 대상판결의 내용

가. 사실관계

서울여성노동조합은 2000. 8. 21. '구직중인 여성노동자의 가입'을 허용하는 규정을 담고 있는 규약을 첨부하여 서울특별시장에게 노동조합 설립신고를 하였다. 이에 서울시는 '구직중인 여성노동자의 가입이 근로자

* 한국노동연구원 연구원(mhyi97@kli.re.kr).



가 아닌 자의 노동조합 가입의 허용이라는 것을 이유로 노동조합법(이하 '노조법'이라 한다) 제2조1) 제4호 라목과 제12조 제3항2)의 규정을 적용하여 설립신고를 반려하는 처분을 하였다. 이에 대하여 서울여성노동조합은 서울시의 처분(설립신고서 반려처분)취소를 구하는 소를 서울행정법원에 제기하였다. 서울행정법원은 피고의 처분에 대하여 대상판결과 같은 취지에서 위법하다고 보았다. 이에 서울시는 항소하였고 서울고등법원은 역시 제1심 판결과 동일한 이유에서 서울시의 항소를 기각하였다. 이에 대하여 서울시는 다시 대법원에 상고하였다.

나. 대상판결의 요지

대상판결의 판결요지는 다음과 같이 요약될 수 있다.

첫째, 근로기준법은 '현실적으로 근로를 제공하는 자에 대하여 국가의 관리, 감독에 의한 직접적인 보호의 필요성이 있는가'라는

관점에서 개별적 근로관계를 규율할 목적으로 제정된 것에 반하여 노조법은 '노무공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가'라는 관점에서 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것으로 그 입법목적에 따라 근로자의 개념을 상이하게 정의하고 있다.

둘째, 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 기업별 노동조합의 경우와는 달리 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에는 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 것은 아니다. 따라서 노조법 제2조 제4호 라목 단서는 기업별 노동조합의 조합원이 사용자로부터 해고됨으로써 근로자성이 부인될 경우에 대비하여 마련된 규정으로서, 이와 같은 경우에만 한정적으로 적용되고, 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 필요로 하지 않는 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에까지 적용되는 것은 아니다.

셋째, 이런 점 등을 근거로 할 때 노조법 제

- 1) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
 1. "근로자"라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다.
 4. "노동조합"이라 함은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다. 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 경우에는 노동조합으로 보지 아니한다.
 - 라. 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우. 다만, 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다.
- 2) 제12조(신고증의 교부) ③ 행정관청은 설립하고자 하는 노동조합이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 설립신고를 반려하여야 한다.
 1. 제2조 제4호 각목의 1에 해당하는 경우
 2. 제2항의 규정에 의하여 보완을 요구하였음에도 불구하고 그 기간 내에 보완을 하지 아니하는 경우



2조 제1호 및 제4호 라목 본문에서 말하는 근로자에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자뿐만 아니라, 일시적으로 실업상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함된다. 따라서 지역별 노동조합의 성격을 가진 서울여성지역노조가 조합원으로 '구직 중인 여성노동자'를 포함시키고 있다 하더라도, '구직 중인 여성노동자' 역시 노조법상의 근로자에 해당한다. 결국 '구직 중인 여성노동자'가 근로자가 아니라는 이유로 서울여성지역노조의 노동조합 설립신고를 반려한 이 사건 처분을 위법하다고 보았다.

대상판결은 종래의 판례가 근로기준법상의 근로자와 노조법상의 근로자 개념을 완전히 동일하게 파악하여 노무공급관계에 있는 당사자의 사용종속관계 해당여부와 이러한 노

무공급관계에 근거하여 지급된 임금의 해당여부를 중심으로 근로자성을 판단³⁾⁴⁾하여 온 것과 상당한 차이를 보이는 것이다.

3. 실업자의 노동3권

가. 실업자의 근로자성

근로기준법상 근로자는 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자(제14조)라고 규정하고 있다. 구체적으로 '사업 또는 사업장에서 근로를 제공한다는 것은 사업주에 고용되어 그 사업 또는 사업장에서 근로를 제공한다는 의미가 있다. 그리고 '임금제공을 목적으로' 근로를 제공한다는 것은 사용자의 지휘감독 아래 근로를 제공하고 그 대가로서 임금을 받아 생활한다는 것이다(근기법 제18조). 이때의

3) 대법원 1970. 7. 21. 선고, 69누152 판결(한국전력(주) 사건)에서는 대법원은 전국전력노동조합 수급특별지부 조합원의 근로제공이 사용자인 한국전력(주)에 대하여 '종속적인 관계'에 있는 것이 아니므로 위 조합원은 노동조합을 조직할 수 있는 근로자가 될 수 없다고 함; 대법원 1992. 5. 26. 선고, 90누9438 판결(서울건해산물 사건)·서울고법 1990. 2. 1. 선고, 89구9762 판결(유성관광개발컨트리클럽 사건)은 노조법상 근로자란 타인과의 근로계약에 따라 사용·종속관계에서 노무에 종사하고 그 대가로 임금을 받아 생활하는 자를 말한다고 이해하고 있음; (同旨) 대법원 2003. 1. 10. 선고, 2002다57959 판결(CKI인프라시스(주) 사건); 서울행법 2003. 3. 18. 선고, 2002구합33851 판결(CKI인프라시스(주) 사건); 서울행법, 2002. 5. 31. 선고, 2001구47197 판결(신성콘크리트공업(주) 사건); 서울행법 2002. 8. 8. 선고, 2002구합2598 판결(SK생명보험(주) 사건); 서울고법 2003. 6. 19. 선고, 2002누14111(항소기각) 및 서울행법 2002. 4. 30. 선고, 2001구47029 판결(제일콘크리트공업(주) 사건)은 보험모집인 및 레미콘 운송차주의 근로자성을 부정하였다.

4) 일반적인 판례의 경향과 다르게 특수고용형태 근로자의 노조법상의 근로자를 인정한 판례로는 다음과 같은 것들이 있다. 레미콘 운반차량의 소유권이 비록 운송차주에 있다 하더라도 운송업무에 대한 직접적인 지휘·감독을 받고 있었던 경우에는 노조법상의 근로자로 보아야 한다고 판시(인천지법 2001. 4. 13 선고, 2001카합177 판결(유진기업(주) 사건))한 경우가 있고, 캐디의 경우에 노조법상의 근로자는 사용종속관계에서 노무에 종사하고 있어야 한다고 전제하면서도 봉사료가 기타 임금에 준하는 수입'임을 감안하여 노조법상의 근로자성을 인정한 판례(대법원 1993. 5. 25. 선고, 90누1931 판결(유성관광개발컨트리클럽 사건))이 있다.



근로는 종속노동을 의미하는 것이다. 따라서 자영업자나 실업상태에 있는 자는 근기법상의 근로자에 포함되지 않는다.

그러나 노조법상의 근로자는 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자(노조법 제2조 제1호)로 ‘사업 또는 사업장에서’근로를 제공하는 자로 한정되지 않는다. 또한 ‘임금·급료’란 사업주에 고용되어 근로를 제공한 대가를 말하고 ‘임금에 준하는 수입’이란 종속노동인지 독립노동인지 구별하기 어려운 일을 하여 그 대가로 받는 수입을 말한다. 따라서 노조법상의 근로자는 반드시 특정 사용자에게 고용된 자는 물론 ‘취업할 의사를 가진 자’(근로자직업훈련촉진법 제2조 제3호), 즉 노동의사를 가진 실업자도 널리 포함하는 개념으로 볼 수 있다.

대상판결에서도 밝히고 있듯이 근기법에서의 근로자 개념은 “현실적인 근로제공을 통해 특정 사용자에게 종속되어 있는지와 그 사용종속의 정도”에 따라 그 범위가 결정될 수 있지만, 노조법에서의 근로자의 개념은 “현실적인 근로제공이나 특정 사용자에게 종속 여부”와는 무관하게 “단결권 등 노동3권을 보장할 필요성이 있는가”에 따라 그 범위가 결정되어야 한다.

그러나 대상판결에 의하여 실업자의 노조 가입자격이 인정되었다고 하더라도 노동3권과 관련하여 구체적으로 실업자가 포함된 노동조합의 단체교섭권 및 단체행동권의 인정 여부 등의 문제가 남는다.

나. 실업자의 노동3권

대체로 노동법학자들은 헌법에 규정된 노동3권(제33조 제1항)인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권은 밀접한 상호관련을 가지면서 근로조건 향상을 위한 수단으로 보장되어 있다는 견해를⁵⁾ 따르고 있다. 즉 단결의 필요성이 근로자집단의 근로조건 향상의 추구에 있다면, 단체교섭은 그 주체의 구체적인 목적활동이며 그 목적활동은 단체협약의 체결이라는 것으로 결실을 보게 되고, 단결체가 단체교섭에 의하여 소기의 목적을 달성할 수 없을 때에는 단체행동을 통하여 그의 주장을 관철하게 된다. 이와 같이 노동3권은 서로 유기적인 밀접한 관련성을 가지고 있다고 본다. 이러한 주장은 중국적으로 단결이나 단체행동은 단체교섭을 유리하게 이끌기 위한 수단으로서의 의미를 갖는 것이므로 단결이나 단체행동은 그것 자체가 목적이 아니라는 것이다. 그러므로 사용자와의 단체교섭을 포기한 노동조합이라든가 쟁의행위를 위한 쟁의행위

5) 유성재, 「실업자 노조가입 허용 판결의 문제점과 개선방향」, 『중앙법학』, 제6집 제1호, 2004, 299~300쪽; 김치선, 『노동법 강의』, 박영사, 1990., 146쪽; 김형배, 『노동법』, 박영사, 2002, 146쪽 이하; 박상필, 『한국노동법』, 대왕사, 1989, 90쪽.



는 무의미하다. 즉 단결의 궁극적이고 핵심적 목적은 사용자와의 단체교섭을 통한 단체협약의 체결이 있으므로 노동3권은 서로 유기적으로 밀접한 관계를 맺고 있는 통일적 권리 내지 서로 밀접한 관계를 가지는 일련의 권리로서 관련성의 정도는 일체성에 준하는 것이어야 한다.⁶⁾

그러나 노동3권의 각각의 권리는 이미 헌법에 의하여 그 정당성이 인정되기 때문에 다른 어떤 권리에 의하여 다른 권리의 정당성이 규정되기는 어렵다고 보는 견해도 있다. 그러한 견해는 노동3권은 근로조건 기타 경제적 지위의 향상을 통하여 생존권의 실현을 공동으로 목적하고 있다는 점에서 상호 밀접관련성을 가지는 하나의 권리군으로서 각 권리는 역사적·사회적 상황에 따라서 그 내용이 독자적으로 변화해 갈 수 있는 권리로 파악되어야 한다고⁷⁾ 본다. 그 이유로 오히려 단체교섭을 중심으로 한 노동3권의 유기적 관련성 인정은 단체교섭을 할 수 없는 대상에 대해 단결권조차 인정하지 않음으로써 오히려 근로자의 단결활동을 위축시킬 수 있다는 점을 들고 있다. 즉 현대사회에서 단체교섭이 노동조

합의 가장 중심적인 활동인 것은 사실이지만 그렇다고 해서 조합활동 등 단결활동이 단체교섭에 한정되는 것은 아니며, 이러한 입장에 선다면 노동3권의 보장이라는 측면에서 실업자의 근로자성이 인정되는 것이고 노조법의 입법취지에 맞는 경우에 실업자의 근로자성이 인정되는 것이다.

초기업단위 노조의 경우에는 실질적으로 사용종속관계를 맺고 있지 않더라도 근로조건 향상을 위한 단결체로서 단체교섭 당사자로서의 자격을 갖는다고 볼 수 있다. 실제로 부두·공항·역·시장 등 한정된 장소에서 불특정 다수인의 짐을 나르는 하역노무자 또는 여러 건설현장을 옮겨 다니면서 일하는 건설일용근로자 등은 사업주에 고용되어 있지 않지만 이들은 지역·직종 및 일반노조 등을 조직⁸⁾하고 각 사용자단체 내지는 개별사용자를 대상으로 통일적인 근로조건 유지와 개선을 위한 단체협약을 체결하고 있다. 이들 노조원의 경우에 현실적으로 취업하고 있지는 않지만 장차 취업할 사용자들이 존재하고 이는 단체교섭을 할 수 있는 사용자가 존재하는 것이다.⁹⁾ 그러므로 산업별·직종별·지역별

6) 유성재(2004: 298~299).

7) 이철수, 「단체교섭의 근로자측 주체에 관한 비교법적 연구」, 서울대학교 박사학위논문, 1992, 209쪽.

8) 예를 들면 운송하역노조, 일반노조, 지역건설노동조합 등을 볼 수 있다. 이들은 취업과 실업을 수시로 반복하는 한편, 이들이 일을 하고 받는 수입은 임금에 해당하지 않는 경우에도 임금에 준하는 수입에는 해당될 것이다. 그러나 판례는(대법원 1996. 6. 11. 선고, 96누15046 판결; 대법원 1992. 5. 26. 선고, 90누9438 판결) 하역근로자로 구성된 노동조합을 적법한 노동조합으로 인정하지 않았다. 이는 노동조합이 기업별 단위노조이어야 한다는 선입견을 바탕으로 근기법상의 근로자와 노조법상의 근로자의 범위를 혼동하고 있는 데에서 발생한 것으로 볼 수 있다.



노조의 경우에는 일시적인 실업중인 자나 구직중에 있는 자가 포함되어 있다고 하여도 단체교섭에 문제가 되지 않을 것으로 보인다.

다만 문제가 되는 것은 기업별단위 노조가 실업자 및 해고자를 받아들이는 경우가 될 것이다. 이 경우에도 해고자의 조합원 자격을 전면적으로 박탈하기보다는 조합의 제3자 지원 등의 방법을 이용하여 해결할 수도 있을 것이다. 제3자 지원이라는 것은 단체교섭 또는 쟁의행위와 관련하여 노동조합과 사용자는 소속연합단체와 사용자단체 또는 당해 노동조합이나 사용자가 지원을 위하여 행정관청에 신고한 자, 기타 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자로부터 지원을 받을 수 있도록(제40조 제1항) 한 것을 말한다. 노조법 제40조 제1항은 단체교섭과 관련하여 노동조합과 사용자는 소속연합단체와 사용자단체 또는 당해 노동조합이나 사용자가 지원을 위하여 행정관청에 신고한 자, 기타 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자로부터 지원을 받을 수 있다고 규정하고 있다. 본 규정을 토대로 단체교섭의 직접 당사자가 아닌 경우에도 단체교섭과 관련하여 교섭테이블에 교섭담당자로 출석하는 것뿐만 아니라 단체교섭이 유리하게 될 수 있도록 조언·자료제공·준비 등 각종의 지원을 받을 수 있고, 따라서 이들 제3자의 지원을 받는다는 이유로 교섭을 거부할 수는 없다.

단체행동권의 실현에 있어서도 단체교섭과 마찬가지로 산업별·직종별·지역별 등 초기업단위 노조에서는 문제가 되지 않으며 기업별 단위노조의 경우에도 단체교섭권과 마찬가지로 제3자의 쟁의지원 등의 방법을 이용할 수 있을 것이다.

결국 실업자를 조합원으로 인정하는 경우 단체교섭이나 단체행동과 관련한 문제는 노동조합 조직형태에 따른 실업자의 참여방식이 문제가 될 것이다.

4. 시사점과 한계

대상판결은 기존의 판례가 가지고 있던 사용종속관계 및 임금성에 구속되지 않는 노조법상의 특유의 근로자성 판단기준을 제시하였다는 것에 상당한 의의를 가지고 있다. 즉, 근기법 제14조에 규정된 근로자 정의와 노조법 제2조 제1호의 근로자 정의의 문구상 상이점은 물론 양 법률상의 입법취지의 차이에 착안하여 특정 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자뿐만 아니라 일시적으로 실업상태에 있는 자나 구직중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 근로자의 범위에 포함시키고 있다.

또한 최근 초기업단위 노동조합의 설립이 활성화되고 있는 가운데 이러한 노동조합 조직형태의 다양성을 인정하여 노동조합을 조

9) 서울고법 1994. 11. 17. 선고, 93구20339 판결 참조.



직·가입할 수 있는 근로자의 범위를 적극적으로 확대하여 실업자·해고자의 노조조직·가입 및 산별노조 건설촉진에 기여할 수 있는 것으로 전망된다.

대상판결은 노동조합이 스스로 조합원 및 노조임원의 자격요건을 스스로 규약을 통해 결정하도록 권고하고 있는 ILO의 입장(결사의 자유위원회 제327차 보고서(2002), 490항)과도 부합하는 것으로 노조법 제23조 제1항이 규정하고 있는 조합임원의 자격제한에 대한 문제도 동시에 해결할 수 있을 것으로 보인다.

관례와 대다수의 노동법학자들은 노조법상의 근로자의 범위에 구직중인 실업자 및 해고자의 포함을 인정하는 조직형태로는 초기업 단위 노동조합만으로 한정하고 있다. 그러나 노동3권의 보장 필요성이라는 측면을 인정하였을 때 조직형태에 따라 조합가입 자격을 달리 파악하는 것이 옳은가에 대해서는 의문이 있다. 실업자의 노조가입을 노조조직형태에 따라 구분한 것이 근로자의 노동3권의 보장이라는 측면에서 얼마나 타당한 것인가의 문제가 남게 된다.