

## 노동판례리뷰

### 채권추심원의 겸직은 근로자성 부정의 징표가 아니다

- 대법원 2020. 6. 25. 선고 2018다292418 판결 -

#### 【판결요지】

원고들이 피고 외의 다른 근무처에서 상당한 소득을 올렸다는 사정은 근로제공관계의 실질을 파악할 때 고려할 여러 사정 중 일부에 불과하다. 위 원고들이 피고 외의 다른 근무처에서 얻은 소득이 같은 기간 피고로부터 얻은 소득과 비교하여 50% 이상의 비중을 차지하는지 여부를 근로제공관계의 실질을 판단할 때 일의적 기준으로 삼을 합리적 이유를 찾기 어렵다……

결국 위 원고들이 피고 외의 다른 근무처에서 얻은 소득이 같은 기간 피고로부터 얻은 소득과 비교하여 50% 이상의 비중을 차지하는 기간에도 여전히 위 원고들을 피고의 근로자로 봄이 타당하다.

피고(브라보캐피탈앤드대부 주식회사)는 채권추심회사이고, 원고들은 피고와 위탁계약을 체결하며 채권추심업무에 종사했던 자들이다. 원고들이 피고에게 퇴직금을 청구한 사안에서, 원고들이 근로기준법상 근로자에 해당하는지가 쟁점이 되었다. 특이한 점은 원고들이 피고 회사에서 근무하는 기간 중에 다른 채권추심회사에서 겸직을 한 것이다(즉, 원고들의 전체 '근무기간'의 일부는 '겸직기간'이다). 또한 겸직기간 중 일부는 "피고 외의 다른 근무처에서 얻은 소득이 같은 기간 피고로부터 얻은 소득과 비교하여 50% 이상의 비중을 차지하는 기간"(이하 '타소득 50% 이상 겸직기간'이라 한다)이다.

예컨대, 원고 A의 경우 피고 회사에서의 전체 '근무기간'은 약 9년이지만, 이 중 '겸직기간'은 약 6년이고, 이 겸직기간 중에 1년은 '타소득 50% 이상 겸직기간'이다. 원고들의 '타소득 50% 이상 겸직기간'의 구체적인 소득은 다음과 같은데, 다른 회사 소득이 피고 회사 소득보다 더 많은 경우도 있다.

원고	피고회사 근무기간	50% 이상 겸직년도	다른 회사 소득	피고 회사 소득
A	2004. 9. 1. ~2013. 7. 30.	2013년	22,529,239원	29,908,150원
B	2008. 10. 13. ~2014. 7. 30.	2014년	77,308,756원	10,832,565원
C	2009. 9. 16. ~2015. 1. 31.	2014년	26,739,879원	8,189,618원
D	2012. 1. 16. ~2015. 5. 30.	2015년	48,359,816원	20,072,698원
E	2009. 7. 15. ~2013. 12. 30.	2013년	11,126,594원	15,945,417원
F	2010. 1. 26. ~2014. 9. 13.	2012년	22,573,664원	26,168,304원
		2013년	27,867,330원	14,890,510원
		2014년경	107,074,155원	59,021,120원
G	2007. 8. 1. ~2013. 12. 30.	2013년	6,178,027원	11,032,037원

1심판결<sup>1)</sup>은 먼저 원고들의 근로기준법상 근로자성을 인정하였다. 그리고 ‘원고들의 겸직기간은 근로자로 볼 수 없다’는 피고의 주장에 대해서는, 원고들이 피고에게 제공한 채권추심업무의 종속성이 다른 회사에서 소득을 얻기 시작한 시점부터 곧바로 부정되기는 어렵다며 피고의 주장을 배척하였다. 그 결과 1심판결은 원고들의 전체 근무기간에 대한 퇴직금을 인정하였다.

2심판결<sup>2)</sup>은 겸직기간이 존재한다는 사실만으로 원고들의 근로자성을 부정할 수는 없다고 하면서도, ‘타소득 50% 이상 겸직기간’은 피고의 근로자로 볼 수 없다고 판단하고, 이 기간을 제외한 나머지 근무기간에 대해서만 퇴직금 지급의무를 인정하였다. 2심판결이 ‘타소득 50% 이상 겸직기간’에 대해 근로자성을 부정한 근거는 ① 이 기간은 원고 1명을 제외한 나머지 6명이 피고 회사에서 근무한 기간의 마지막 연도인 점, ② 이 기간에는 원고들이 피고에 전속되어 피고의 채권추심위임인으로 업무를 수행하였다고 보기 어려운 점, ③ 이 기간의 원고들의 소득규모에 비추어 보면, 피고의 업무처리방식·업무지시·실적관리·근태관리 등이 그 이전 기간과 동일하게 적용되어 원고들이 여전히 피고에 종속되어 지휘·감독을 받으며 업무를 수행했다고 보기 어려운 점 등이다. 그런데 2심판결은 근로자성 부정의 징표로 ‘타소득 50% 이상’이라는 기준을 제시한 근거는 밝히고 있지는 않다.

반면 대상판결은 원고들의 ‘타소득 50% 이상 겸직기간’에도 여전히 피고의 근로자로 봄이

1) 서울중앙지방법원 2017. 8. 17. 선고 2015가단5305682 판결.

2) 서울중앙지방법원 2018. 10. 30. 선고 2017나63261 판결.

타당하다고 하여, 이 부분에 대한 원심판결을 파기하였다. 대상판결이 제시한 근거는 ① 원고들이 다른 회사에서 상당한 소득을 올렸다는 사정은 근로제공관계의 실질을 파악할 때 고려할 여러 사정의 일부에 불과하므로, 다른 회사 소득이 피고 회사 소득과 비교하여 50% 이상의 비중을 차지하는지 여부를 근로제공관계의 실질을 판단할 때 일의적 기준으로 삼을 합리적 이유를 찾기 어렵다는 점, ② ‘타소득 50% 이상 겸직기간’ 동안 겸직 소득규모 외에는 원고들의 업무 수행 방식과 피고의 지휘·감독의 태양이나 정도 등이 근로자성 인정 여부를 종전과 달리 판단할 수 있을 정도로 변경되었다고 볼만한 사정이 없다는 점 등이다.

결과적으로 대상판결은 1심판결과 동일한 결론을 내린 셈이다. 여러 대학에서 강의소득을 얻는 시간강사의 근로자성을 인정하고 있는 선례<sup>3)</sup>에 비추어 보았을 때, ‘겸직 여부’와 ‘다른 회사 소득의 규모’가 근로자성 부정의 징표가 될 수 없다는 대상판결의 입장은 타당하다.

문제는 2심판결에 있다. 첫째, 2심판결은 여전히 전속성(專屬性)에 집착하고 있다. 2심판결은 원고들이 ‘타소득 50% 이상 겸직기간’에는 피고에 전속되어 업무수행을 했다고 보기 어렵다고 하였다. 그러나 이 기간 외에 일반 겸직기간도 피고에 전속되었던 것은 아니다. 전속의 사전적 의미는 “오로지 어떤 한 기구나 조직에 소속되거나 관계를 맺음”<sup>4)</sup>이기 때문이다(‘주요’가 아니라 ‘오로지’이다). 다른 회사에서 얻은 소득규모가 전속 여부를 판단하는 기준은 당연히 아니라 는 점에서, 2심판결은 일단 전속성의 의미를 잘못 파악하고 있다.<sup>5)</sup> 그러나 2심판결의 더 큰 문제는 전속성을 근로자성 판단의 중요 징표로 파악하는 것이다. 대학 시간강사의 예처럼, 복수의 사업주와 계약관계를 맺고 있는 노무제공자가 증가하고 있는 상황에서 전속성은 더 이상 중요 징표가 되어서는 아니 된다. 원고들이 피고와의 관계에서 종속노동을 제공했는지를 판단하면 충분하다. 다른 회사와의 관계는 고려 대상이 아니다.

둘째, 2심판결은 ‘소득규모’와 ‘지휘·감독’을 연결시키고 있다. ‘타소득 50% 이상 겸직기간’은 다른 회사 소득의 규모가 많기 때문에, 그 이전 기간과 동일하게 피고의 지휘·감독을 받았다고 보기 어렵다고 한다. 한편 대법원은 채권추심원의 근로자성 판단의 추가 기준으로 “채권추심회사와 계약관계를 유지한 기간 동안 채권추심회사에 종속되어 지휘·감독을 받으며 업무에 전념하였다고 보기에는 지나치게 적은 액수의 성과수수료를 받는 등 근로자성을 인정하기 어려운 사정”(부정 기준)을 제시하고 있기는 한데,<sup>6)</sup> 2심판결이 이 대법원 판결을 인용하고 있지는 않다. 아무튼 2심판결은 평소보다 소득이 줄었다면 그만큼 지휘·감독에서 벗어났다는 것인

3) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018, 13025 판결.

4) 국립국어원 표준대사전

5) 전속성이란 용어 사용의 문제점에 대해서는 방강수(2020), 「특수형태근로종사자 판단요건에서 ‘전속성’이란 용어의 오용(誤用)」, 『노동리뷰』 2월호, 한국노동연구원, pp.287~291.

6) 대법원 2016. 4. 15. 선고 2015다252891 판결. 이 판결에 대한 평석은 도재형(2016), 「기업과 규범의 이 긴 다툼의 결말은? - 채권추심원의 근로자성」, 『노동리뷰』 6월호, 한국노동연구원, pp.87~89.

데, 납득하기 어려운 논리이다.

대상판결은 노무제공자의 겸직 사실과 다른 회사에서 상당한 소득을 올렸다는 사정이 근로자성 부정의 중요 징표가 될 수 없다고 판단했다는 점에서 의미가 있다(하지만 이것을 법리로써 제시한 것은 아니다). 향후 대법원이 특정 사업주에 대한 전속성은 근로자성 판단의 형식적 징표<sup>7)</sup>와 마찬가지로, 부차적인 징표에 그칠 뿐이라는 법리를 명확히 밝혀주기를 기대해 본다.

**KL**

방강수(한양대학교 공익소수자인권센터 연구원, 법학박사)

7) 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정.

## 기간제근로자 사용기간 제한에서 공개채용 절차와 계속근로 여부

- 대상판결 ① : 대법원 2020. 8. 20. 선고 2017두52153 판결<sup>1)</sup> -
- 대상판결 ② : 대법원 2020. 8. 20. 선고 2018두51201 판결<sup>2)</sup> -

### 【판결요지】

기간제법 규정 내용과 기간제 근로계약의 남용을 방지함으로써 근로자의 지위를 보장하려는 입법 취지 등을 고려하면, 기간제 근로계약이 반복하여 체결되거나 갱신되어 일정한 공백기 없이 기간제근로자가 계속적으로 근로한 경우라면, 특별한 사정이 없는 한 최초 기간제 근로계약에서부터 최종 기간제 근로계약에 이르기까지 기간 전체가 기간제법 제4조에서 말하는 기간제 근로자의 사용기간으로서 '계속근로한 총기간'에 포함되어야 한다. 다만 기간제 근로계약의 대상이 되는 업무의 성격, 기간제 근로계약의 반복 또는 갱신과 관련한 당사자들의 의사, 반복 또는 갱신된 기간제 근로계약을 전후한 기간제근로자의 업무 내용·장소와 근로조건의 유사성, 기간제 근로계약의 종료와 반복 또는 갱신 과정에서 이루어진 절차나 그 경위 등을 종합적으로 고려할 때 당사자 사이에 기존 기간제 근로계약의 단순한 반복 또는 갱신이 아닌 새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 기간제근로자의 계속된 근로에도 불구하고 그 시점에 근로관계가 단절되었다고 보아야 하고, 그 결과 기간제법 제4조에서 말하는 '계속근로한 총기간'을 산정할 때 그 시점을 전후한 기간제 근로계약기간을 합산할 수는 없다.

### 1. 개요 및 법적 쟁점

지방자치단체 소속 공립학교에서 초·중등교육법령에 따라 기간제 근로계약을 체결하고 영어회화 전문강사로 근로하던 근로자들이 기간 만료로 근로관계가 종료되었는데 영어회화 전문강사로서 허용된 기간제근로자의 사용기간인 4년을 초과하여 근로하였으므로 기간 만료는 부

- 1) 대상판결 ①의 경과 : 전남지방노동위원회 2015. 7. 14. 판정 2015부해199(기각\_근로자 패) → 중앙노동위원회 2015. 11. 18. 판정 2015부해794(초심취소\_근로자 승) → 대전지방법원 2016. 11. 24. 선고 2016구합100033 판결(재심판정 취소\_근로자 패) → 대전고등법원 2017. 6. 22. 선고 2016누13470 판결(1심 취소\_근로자 승) → 대법원 2020. 8. 20. 선고 2017두52153 판결(파기환송\_근로자 패)
- 2) 대상판결 ②의 경과 : 부산지방노동위원회 2016. 6. 13. 판정 2016부해188(인용\_근로자 승) → 중앙노동위원회 2016. 10. 14. 판정 2016부해817(초심유지\_근로자 승) → 대전지방법원 2017. 10. 25. 선고 2016구합105854 판결(기각\_근로자 승) → 대전고등법원 2018. 6. 21. 선고 2017누14210 판결(기각\_근로자 승) → 대법원 2020. 8. 20. 선고 2018두51201 판결(기각\_근로자 승)

당해고라고 주장하는 사건이다. 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’이라 함) 제4조 제1항 단서 제6호, 같은 법 시행령 제3조 제3항 제1호, 초·중등교육법 제22조 및 같은 법 시행령 제42조(“영어회화 전문강사를 기간을 정하여 임용할 때 그 기간은 1년 이내로 하되, 필요한 경우 계속근무한 기간이 4년을 초과하지 아니하는 범위에서 그 기간을 연장할 수 있다”)에 따라 임용된 기간제근로자인 영어회화 전문강사는 2년의 사용기간 제한을 적용받지 않는 예외이기는 하나 4년까지만 가능하다. 따라서 기간제 근로계약이 반복 또는 갱신되어 ‘계속근로한 총기간’이 4년을 초과한 영어회화 전문강사는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 보아야 한다(기간제법 제4조 제2항). 근로자들 4명은 5년에서 많게는 6년 6개월을 각각 근무하였으므로 무기계약근로자로 전환되었다고 보는 것이 일응 타당한 결론일 것이나 여기서 공개채용 절차가 개재된 경우를 계속근로 또는 근로관계의 단절로 볼 것인가 법적 쟁점으로 부각되었다. 특히 대상판결 ①의 사안은 초심 지방노동위원회부터 대법원에 이르기까지 취소의 연속이었고, 중국에는 계속근로로 보아 근로자들의 손을 들어준 원심을 파기함으로써 근로자들이 패소하였다.

## 2. 대상판결들의 사실관계와 판단

(가) 대상판결 ① : 근로자1·2는 A·B초등학교에서 2010. 3. 1.~2014. 2. 28. 영어회화 전문강사로 근무하였다. A·B초등학교장은 위 근로자1·2에게 기간 만료에 따라 퇴직금을 정산·지급하였다. 사용자(광주광역시 교육청)<sup>3)</sup>는 소속 학교별로 2014년 영어회화 전문강사 공개채용 절차를 진행하였고, 공개채용 절차를 통해 근로자1은 다시 A초등학교에, 근로자2는 C초등학교에 각각 최종 합격하여 2014. 3. 1.~2015. 2. 28. 근무하고 기간 만료로 근로관계가 종료되었다. 공개채용 절차는 자격증 유무, 교육 경력 등을 평가기준으로 1차 서류심사를 통해 합격 인원의 2배수를 선발하고, 1차 서류심사 합격자들을 대상으로 교수·학습과정안 작성 및 이에 따른 영어수업 실연 및 영어 심층면접이라는 2차 심사를 거쳐 최종 합격자를 선발하는 방식이었다. 근로자들이 응시한 A·C초등학교에는 공개채용 절차에 각각 12명이 응시하였다. 사용자가 위 두 학교를 포함하여 학교별로 실시한 공개채용 절차에서 최종 선발된 영어회화 전문강사 43명 중 6명은 기간제 근로계약기간이 만료될 예정이던 기존 영어회화 전문강사가 아닌 신규응시자였다. 대상판결은 위 【판결요지】를 전제한 후 실질적인 공개채용 절차를 거쳤으므로 2014. 3. 1.

3) 공립학교의 기간제 교사 등은 교원의 신분을 갖지 않은 자로서 「교육공무원법」의 적용을 받는 공무원이 아니고, 이들의 사용자는 사업주에 해당하는 지방자치단체이며, 해당 지방자치단체의 교육 사무에 관한 집행기관으로서의 권한을 부여받은 교육감은 사업경영담당자로서 사용자이다(지방자치법, 지방교육자치에 관한 법률 제18조 제2항 등). 따라서 원칙적으로 지방자치단체가 피신청인으로서의 당사자 지위를 가지고 있으나 교육감을 당사자로 하여도 무방하다.

기존 기간제 근로계약의 단순한 반복 또는 갱신이 아닌 새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있어 근로관계는 단절되었다고 판단하였다.

〈근로자들의 근무 이력〉

	근로자	소속	근로계약기간
대상 판결 ①	근로자1	광주광역시 A초등학교	<input type="checkbox"/> 2010. 3. 1.~2014. 2. 28.(4년 : 1년 단위로 반복 · 갱신) 공개채용 절차 <input type="checkbox"/> 2014. 3. 1.~2015. 2. 28.(1년)
	근로자2	광주광역시 B초등학교 광주광역시 C초등학교	<input type="checkbox"/> 2010. 3. 1.~2014. 2. 28.(4년 : 1년 단위로 반복 · 갱신) 공개채용 절차 <input type="checkbox"/> 2014. 3. 1.~2015. 2. 28.(1년)
대상 판결 ②	근로자3	부산광역시 D중학교	<input type="checkbox"/> 2009. 9. 1.~2012. 2. 29.(2년 6개월) (별도의 채용 절차 없이 사용자가 관리하는 영어회화 전문강사 인력풀에 따라 E중학교로 이동)
		부산광역시 E중학교	<input type="checkbox"/> 2012. 3. 1.~2016. 2. 29.(4년 : 1년 단위로 반복 · 갱신)
	근로자4	부산광역시 F초등학교 부산광역시 G초등학교	<input type="checkbox"/> 2011. 3. 1.~2012. 2. 29.(1년) (별도의 채용 절차 없이 사용자의 동래교육지원청에서 시행한 ‘2012학년도 초등 영어회화 전문강사 재배치 알림’ 공문을 통해 G초등학교에 재배치됨) <input type="checkbox"/> 2012. 3. 1.~2016. 2. 29.(4년 : 1년 단위로 반복 · 갱신)

(나) 대상판결 ② : 근로자3은 D중학교에서 영어회화 전문강사로 2009. 9. 1.~2012. 2. 29. 2년 6개월간 근로계약을 반복 · 갱신하던 중 D중학교와 근로관계가 종료된 후 별도의 채용 절차 없이 사용자가 관리하는 영어회화 전문강사 인력풀에 따라 E중학교로 이동하여 E중학교장과 근로계약을 체결하고 2012. 3. 1.부터 2016. 2. 29.까지 매년 일정한 평가절차를 거쳐 1년 단위로 근로계약을 갱신 · 체결하면서 4년간 계속근무하였다. E중학교장은 2016. 2. 29. 근로계약기간이 만료되자 퇴직금 등을 정산 · 지급하였다. 근로자4는 F초등학교에서 2011. 3. 1.~2012. 2. 29. 영어회화 전문강사로 근무한 뒤 사용자의 동래교육지원청에서 ‘2012학년도 초등 영어회화 전문강사 재배치 결과 알림’ 공문을 통해 F초등학교에서 G초등학교로 재배치되어 2012. 3. 1.부터 별도의 채용절차 없이 매년 1년 단위로 일정한 평가를 거친 후 G초등학교장과 근로계약을 갱신 · 체결하여 2016. 2. 29.까지 4년간 계속근무하였다. 이와 같은 사실관계에 기초하여 노동위원회 및 모든 심급의 법원은 근무기간 중 소속 학교가 1회씩 바뀌었으나 사용자 소속 학교들 내에서 업무장소의 변경에 불과하여 이를 근로관계 단절의 징표라고 보기 어렵다고 판단하였다. 이 사안은 별도의 채용 절차 없이 사용자의 인사이동(인력풀 내지 재배치)에 따라 근로계약을 반복 · 갱신한 것으로 계속근로로 보는 데에 특별한 이견이 없다.

### 3. 대상판결의 의의와 한계

그간 대법원은 '계속근로한 총기간'의 산정방법과 관련하여 반복·갱신하여 체결된 근로계약 사이에 '공백기간'이 있는 경우에 대한 판단기준을 제시한 바 있다.<sup>4)</sup> 대상판결은 여기에 한 발 더 나아가 '계속근로 여부에 대한 판단기준'을 제시하였는데, 구체적으로 '기존 기간제 근로계약의 단순한 반복 또는 갱신이 아닌 새로운 근로관계가 형성되었다고 평가할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우'를 판단하기 위한 요소를 위 **【판결요지】**와 같이 제시하였다. 이와 같이 제시된 판단기준에 따라 대상판결 ①은 실질적인 공개채용 절차를 거쳤으므로 근로관계가 단절되었다고 보아 계속근로로 판단한 원심을 파기·환송하였다. 대법원이 반복·갱신된 근로계약의 '체결과정'을 주목했다면, 원심은<sup>5)</sup> 동일한 사용자 아래에서 4년을 초과하여 '계속근로한 결과'로 판단한 것이다. 대상판결에 대해 근로자 보호의 관점에서 원심처럼 판단해야 한다는 비판적 견해가 있으나 필자는 대상판결의 결론이 타당하다고 생각한다. 우리 기간제법은 사용기간을 제한하고 이를 초과할 경우 무기계약근로자로 보는 입법체제이므로 만약 원심과 같이 동일한 사용자 아래에서 '근로한 결과'만을 두고 사용기간을 산정한다면 사용자는 2년(예외에 해당하는 경우는 대상판결의 사안처럼 4년)으로 계약기간이 만료된 기간제근로자에 대해 해당 업무 및 일자리에 응시하지 못하도록 제한을 두거나 공개채용 시 탈락시키게 될 것이다. 더욱이 대상판결의 사안처럼 해당 지방자치단체 소속 공립학교에서 4년 동안 영어회화 전문강사로 근무하였고, 사용자가 무기계약근로자로 채용하지 않을 것이라면 더 이상 해당 지방자치단체에서 영어회화 전문강사로 근로할 수 없게 될 수도 있다. 현행 법체계에서는 대상판결의 결론이 불가피해 보인다. 이와 같은 현실적 문제는 사유제한 등으로 기간제법의 법체계를 개정하여 해결을 보거나, 지방자치단체는 모범적으로 기간의 정하여 채용할 필요가 없는 상시업무에는 무기계약직으로 전환하거나 채용해야 할 것이다. **KL**

김근주(한국노동연구원 연구위원)

4) 대법원 2019. 10. 17. 선고 2016두63705 판결 : “기간제법 규정의 형식과 내용, 입법 취지에 비추어 볼 때, 반복하여 체결된 기간제 근로계약 사이에 근로관계가 존재하지 않는 공백기간이 있는 경우에는 공백기간의 길이와 공백기간을 전후한 총사용기간 중 공백기간이 차지하는 비중, 공백기간이 발생한 경위, 공백기간을 전후한 업무내용과 근로조건 유사성, 사용자가 공백기간 동안 해당 기간제근로자의 업무를 대체한 방식과 기간제근로자에 대해 취한 조치, 공백기간에 대한 당사자의 의도나 인식, 다른 기간제근로자들에 대한 근로계약 반복·갱신 관행 등을 종합하여 공백기간 전후의 근로관계가 단절 없이 계속되었다고 평가될 수 있는지 여부를 가린 다음, 공백기간 전후의 근로기간을 합산하여 기간제법 제4조의 계속근로한 총기간을 산정할 수 있는지 판단하여야 한다.

5) 원심인 대전고등법원도 실질적인 공개채용을 거친 것으로 보았다.

## 산재유족 특별채용 단체협약 조항의 적법성

- 대법원 2020. 8. 27. 선고 2016다248998 전원합의체 판결 -

### 【판결요지】

(1) 헌법 제33조 제1항은 근로자가 자주적으로 단결하고, 이러한 자주적인 단결체인 노동조합이 사용자와 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지증진 기타 사회적·경제적 지위의 향상을 도모하기 위해 필요한 사항에 대해 자유롭게 교섭하며, 자신의 요구를 관철하기 위하여 단체행동을 할 수 있는 헌법적 권리를 보장하고 있다. 헌법이 노동3권을 기본권으로 보장하는 뜻은 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 단체협약을 체결할 수 있도록 하여 근로조건에 관한 노사의 실질적 자치를 실현하기 위함이다. 결국 헌법 제33조 제1항은 집단적 합의에 의하여 근로조건 등을 자기 책임하에서 합리적으로 규율할 수 있는 권한을 노사에 부여함으로써 이른바 협약자치를 보장한 것으로 볼 수 있다.

(2) 단체협약이 민법 제103조의 적용대상에서 제외될 수는 없으므로 단체협약의 내용이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배된다면 그 법률적 효력은 배제되어야 한다. 다만 단체협약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는지 여부를 판단할 때에는 앞서 본 바와 같이, 단체협약이 헌법이 직접 보장하는 기본권인 단체교섭권의 행사에 따른 것이지 헌법이 제도적으로 보장한 노사의 협약자치의 결과물이라는 점 및 노동조합법에 의해 그 이행이 특별히 강제되는 점 등을 고려하여 법원의 후견적 개입에 보다 신중할 필요가 있다.

(3) 헌법 제15조가 정하는 직업선택의 자유, 헌법 제23조 제1항이 정하는 재산권 등에 기초하여 사용자는 어떠한 근로자를 어떠한 기준과 방법에 의하여 채용할 것인지를 자유롭게 결정할 자유가 있다. 다만 사용자는 스스로 이러한 자유를 제한할 수 있는 것이므로, 노동조합과 사이에 근로자 채용에 관하여 임의로 단체교섭을 진행하여 단체협약을 체결할 수 있고, 그 내용이 강행법규나 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되지 아니하는 이상 단체협약으로서의 효력이 인정된다.

(4) 사용자가 노동조합과의 단체교섭에 따라 업무상 재해로 인한 사망 등 일정한 사유가 발생하는 경우 조합원의 직계가족 등을 채용하기로 하는 내용의 단체협약을 체결하였다면, 그와 같은 단체협약이 사용자의 채용의 자유를 과도하게 제한하는 정도에 이르거나 채용 기회의 공정성을 현저히 해하는 결과를 초래하는 등의 특별한 사정이 없는 한 선량한 풍속 기타 사회질서에 반한다고 단정할 수 없다. 이러한 단체협약이 사용자의 채용의 자유를 과도하게 제한하는 정도에 이르거나 채용 기회의 공정성을 현저히 해하는 결과를 초래하는지 여부는 단체협약을 체결한 이유나 경위, 그와 같은 단체협약을 통해 달성하고자 하는 목적과 수단의 적합성, 채용 대상자가 갖추어야 할 요건의 유무와 내용, 사업장 내 동종 취업규칙 유무, 단체협약의 유지 기간과 그 준수 여부, 단체협약이 규정한 채용의 형태와 단체협약에 따라 채용되는 근로자의 수 등을 통해 알 수 있는 사용자의 일반 채용에 미치는 영향과 구직희망자들에 미치는 불이익 정도 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다.

## 1. 들어가며

소위 '단체협약상 특별채용 조항'은 사용자가 근로자를 채용할 때 노동조합이 추천하는 자 등을 특별채용하는 취지의 조항을 의미하는 말로 사용되고 있다. 우리나라의 경우, 종래 일부 공기업이나 대형 사업장에서 기업복지의 일환으로 업무상 재해로 인한 사망자, 정년퇴직자, 장기간속자의 자녀 또는 피부양가족에 대한 특별채용 등 다양한 형태의 특별채용 조항을 두는 경우가 다수 있었다. 그런데 근래 청년의 실업률이 증가하고 동시에 취업자의 근로조건이 양극화가 심화됨으로 인하여 구직자들의 공기업 및 대형 사업장 선호도가 높아짐에 따라 단체협약상 특별채용 조항을 '고용세습' 또는 '현대판 음서제도' 등의 표현으로 비판하는 여론이 형성되었다.

이러한 사회적 배경에서 업무상 재해로 사망한 조합원의 유족이 단체협약상 유족 특별채용 조항에 근거하여 회사에 채용의 의사표시를 할 것을 구하는 소를 제기한 사건에서 유족 특별채용에 관한 단체협약 조항의 사법상 효력이 다투어지고 있다. 이러한 산재유족 특별채용 조항의 사법상 효력에 관하여는 민법과 노동법의 두 영역에 걸쳐 ① 단체협약의 효력과 관련하여 산재유족 특별채용 조항을 어떻게 이해할 것인지(규범적 부분인지 아니면 채무적 부분인지), ② 위 ①의 각 경우에 있어 개별적인 강행법규가 아니라 일반조항인 민법 제103조에 근거하여 산재유족 특별채용 조항의 사법상 효력을 부정하는 것이 가능한지, ③ 위 ②와 관련하여 민법 제103조에 근거한 산재유족 특별채용 조항에 대한 규범통제가 가능하다면 산재유족 특별채용 조항의 공서양속 위반 여부를 판단함에 있어 고려되어야 할 가치는 무엇인지 등 다양한 법적 쟁점이 문제된다. 한편 위 ③과 관련하여서는 (i) 기업 스스로 '채용의 자유'를 제한하거나 포기하는 것이 허용되지 않는지('채용의 자유'가 포기할 수 없는 기본권에 해당하는지) 및 산재유족 특별채용 조항 자체가 채용의 자유를 행사한 결과는 아닌지, (ii) 특정 기업에 취업하고자 하는 일반국민의 기대를 공서(公序)로 볼 수 있는지 등이 검토되어야 할 것이고, 나아가 (iii) 장시간 근로와 높은 실업률이 동시에 문제 되는 모순적 상황이 상징하는 우리나라 고용시장의 기능적 결손에서 발생하는 일자리 문제의 해결은 기본적으로 국가의 책무임에도 일자리 문제를 이유로 집단적 자치의 결과물인 단체협약의 효력을 부정하는 것이 합리적인지도 검토되어야 할 것이다. 또한 (iv) 산재유족을 특별채용하는 것이 업무상 재해로 인한 사망으로 '부양공동체의 소득상실'이라는 사회적 위험의 해결에 적합한 방식으로 볼 수는 없는지에 관한 검토가 필요하다.

필자는 이 사건에 대한 대법원 공개변론에 원고측 참고인으로 출석하여 대법원에 몇 가지 법률 의견을 개진할 기회를 얻은 바 있다. 아래는 필자가 법원에 제출한 의견서 일부를 발췌·요약하는 것으로 리뷰를 갈음하고자 한다.

## 2. 채용의 자유의 의미

채용의 자유의 법적 성격과 관련하여 채용의 자유를 헌법상 직업선택의 자유에서 도출되는 영업의 자유의 한 속성으로 보는 견해가 있다. 그런데 직업선택의 자유는 개인이 봉건적 신분의 제약에서 벗어나 자유롭게 직업을 선택할 수 있다는 의미에서 유래된 대국가적 방어권 성격의 기본권이다. 따라서 기업의 직업선택의 자유 또한 기업이 희망하는 종류의 사업을 영위할 수 있는 자유를 의미하는 것이라고 이해하여야 할 것이다. 즉, 기업이 특정 사업을 영위하기 위하여 국가로부터 특허를 받아야 하는 등의 국면에서 논의되어야 할 기본권이다. 따라서 채용의 자유를 기업의 직업선택의 자유로부터 도출하는 논증은 타당하지 않다. 결국 채용의 자유는 ‘근로계약’이라는 유형의 계약에서 계약자유 원칙 이상의 규범적 의미를 갖기 어렵다.<sup>1)</sup>

기업의 입장에서 보면 노사 간의 분쟁보다 단체협약의 원만한 합의에 따른 이익을 더 중요하게 고려했을 수 있다. 기업이 이러한 판단에 근거하여 스스로 채용의 자유를 행사하여 단체협약으로 산재유족 특별채용 조항을 둔 것이라면, 이러한 조항은 기업 스스로 자신의 채용의 자유를 노동조합과 함께 나누겠다는 취지로 경영상 판단을 한 것으로 보아야 할 것이다.

따라서 단체협약상의 산재유족 특별채용 조항은 사용자 스스로의 판단으로 자신의 채용의 자유를 노동조합과 합의한 내용에 따라 행사하겠다고 결정한 것으로 이해하는 것이 옳다고 생각한다. 이렇게 본다면 산재유족 특별채용 조항은 채용의 자유에 대한 제한이 아니라 오히려 채용의 자유의 구체적 실현, 즉 기업이 장래 산재유족을 채용하겠다고 스스로 약속한 결과이므로 기업이 스스로 한 약속을 법원이 무효화하는 것이야말로 오히려 채용의 자유의 침해로 평가되어야 할 것이다.

## 3. 산재유족 특별채용 조항과 채용의 공정성

채용이란 노동계약의 체결이므로, 사용자가 누구를 채용하는가는 원칙적으로 자유이다. 그러나 한편 기업에 의한 채용이라고 하는 행위는 사회적으로 본다면 제한된 지위(post)의 취업희망자에 대한 배분이라는 측면을 가지고 있다. 따라서 기업의 채용이라는 행동에서는 사회적 제약이 내재한다. 다만, 기업의 채용정책에 사회적 제약이 긍정된다고 하더라도 특정 기업에의 채용에 대한 일반 국민의 ‘희망 내지 기대라는 감정’을 법적으로 보호되는 권리로 근거 짓기는 어려울 것이다.

구직자의 채용에 대한 기대이익이라는 가치가 산재유족 특별채용 조항을 무효로 삼을 정도

1) 채용의 자유를 근로계약 체결의 자유라는 측면에서 보는 것은 노동법학계에서 일반적으로 인정되는 논리이다. 노동법실무연구회(2020), 「근로기준법주해 I (제2판)」, 박영사, p.208.

에 이르는 가치인지, 특히 산재 사망자 유족과 비교하여 절대적으로 보호되어야 할 대상인지 의문이다. 따라서 헌법 제11조 제1항의 평등권, 고용정책 기본법 제7조를 근거로 산재유족 특별채용 조항이 민법 제103에 위반된다고 보는 견해는 타당성이 없다. 이들 규정이 차별금지의 대상으로 하는 사회적 신분예 조합원 또는 조합원의 유족이 포함된다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 이들 규정에 의해 구체화된 채용에 대한 제한을 담고 있는 직접적인 법률상 근거가 없는 상황에서 이 규정을 직접적으로 적용해 평등권 위반이니 고용정책 기본법 위반의 논거로 삼을 수는 없기 때문이다.<sup>2)</sup>

이에 더하여 채용상 '공정'은 기회의 균등이라는 관점 이외에 '사회적 약자에 대한 배려'라는 점도 고려되어야 할 것이다. 평등이 형식적 평등이 아니라 실질적 평등이어야 하듯이, 공정 또한 형식적으로 기회가 균등하다고 달성되는 것이 아니라 사회적 약자를 배려함으로써 실질적으로 달성된다고 할 것이다. 산재유족이라는 사회적 약자에게 특별채용기회를 부여하는 것은 사회적 약자에 대한 배려, 나아가 실질적 공정을 달성하는 수단이라는 점도 고려되어야 할 것이다.

한편 완전고용이라는 정책과제는 기본적으로 국가의 책무인 바, 노동시장의 기능적 결손에서 발생한 일자리 문제를 사경제 주체인 기업의 책임으로 돌리는 것은 정당성을 인정받기 어렵다고 생각한다. 현재 고용시장에서 일자리의 양의 문제는 우리나라의 고착된 장시간 근로관행이 주된 원인 중 하나라고 생각되며, 일자리의 질의 문제는 불법파견이나 사내하도급 등의 외주화가 주된 원인 중 하나라고 생각된다. 이러한 문제 해결을 통한 일자리의 양과 질의 개선이야말로 국가의 책무라고 할 것이다. 따라서 이러한 문제의 적극적인 해결을 도외시한 채, "고용 세습"이라는 감정에 치우친 여론을 공서양속으로 치환하고, 이에 근거하여 산재유족 특별채용에 관한 단체협약 조항의 효력을 부정하는 것은 이러한 사회문제에 대한 책임을 노동조합이나 산재유족에게 전가하는 것이다.

요컨대, 단체협약은 그 적용 대상자의 근로조건 향상을 목적으로 하는 것이지, 외부의 누군가를 차별하기 위해 체결하는 것이 아니라는 점에서 근로조건 향상을 위한 노동3권 실현의 결과인 단체협약을 차별이라는 관점에서 바라보는 것은 동의하기 어렵다.

#### 4. 사회적 위험으로서의 업무상 사망

업무상 사망이라는 사회적 위험에 대한 구제방법에 대해서는 '부양공동체의 보호'의 관점에서 고려가 필요하다. 업무상 재해에 대한 구제방법은 '원상회복'이 가장 이상적인 방법이겠지만, "나사로야 나오라!"고 외친다고 하여 업무상 재해로 사망한 근로자가 다시 살아날리 없다.

2) 조상균(2016), 「정부의 위법·불합리한 단체협약 시정지도 발표에 대한 단상」 5월호, (주)중앙경제, p.36.

따라서 업무상 재해로 인한 사망에 대한 '원상회복'은 현실적으로 불가능할 것이다. 이러한 현실적인 제약 내에서 부양공동체의 유지라는 측면에서 보면, 업무상 재해로 사망한 생계부양자가 종래 수행하던 직업을 그 유족(遺族)이 승계토록 하는 것이 어찌면 업무상 사망으로 인한 부양공동체의 소득상실이라는 사회적 위험에 대하여 원상회복에 가장 가까운 구제방법으로 볼 수도 있을 것으로 생각한다.

그러나 고용의 일신전속적 성격(민법 제657조)으로 인하여 업무상 재해로 사망한 피재근로자의 고용상 지위를 유족이 승계하도록 하는 내용의 제도를 일반적인 법제도로 설계하는 것은 불가능하다. 산재유족 특별채용에 관한 해외 입법례를 찾기 어려운 것은 이러한 이유 때문이라고 생각된다.

하지만 산재유족과 같이 업무상 재해에 대한 책임이 있는 기업이 자발적 의사로 업무상 재해로 사망한 근로자의 유족 중 1인을 특별채용하기로 약속하는 것을 사회상규에 위반하였다고 볼 이유는 없다. 산재유족의 특별채용을 일반적인 법제도로 도입하는 것과 개별 기업이 스스로의 의사로 자기구속적 약속을 하는 것을 동일한 평면에서 평가할 수는 없기 때문이다.

한편 산업재해를 당한 근로자들은 산재보상과 민법상 손해배상으로 해결되므로 법적인 관점에서 보면 산재보상금과 손해배상액으로 근로자와 가족들에게 모두 보상이 되었다고 이해하는 입장도 있을 수 있겠으나, 산재유족이 망인의 사망 이전보다 사회경제적으로 큰 고통을 겪게 되는 점을 완전히 부정할 수는 없을 것이다. 그렇다면 노동조합의 입장에서는 조합원 및 그 유족이 겪게 될 이러한 곤란함을 완화하기 위해 노력하는 것이 당연할 것이고, 산재유족 특별채용 조항은 노동조합의 이러한 노력의 결과라고 평가되어야 할 것이다. 뿐만 아니라 이는 사용자 역시 노동조합과의 교섭 과정에서 자신의 이익을 극대화하기 위하여 자율적으로 선택한 결과이기도 하다.

따라서 산재유족 특별채용 조항을 협약당사자가 아닌 제3자의 관점에서 '공서양속에 반하여 무효'라고 판단하는 것은 산재유족이 겪게 될 고통을 외면한 것으로 동의하기 어렵다. 산재보험법상 유족급여의 한계를 고려할 때 산업재해 발생 이후 피재근로자 가족의 소득 및 생활보장을 위해 산재보험의 유족급여제도에만 의지할 수 없는 상황에서 기업과 노동조합의 합의로 단체협약을 통하여 추가적인 보호대책으로 산재사망자의 유족에 대한 특별채용 방식의 추가적인 보호방법을 강구하는 것이 오히려 사회상규에 부합한다.

산재사망자의 유족은 예상치 못한 가족의 사망 등으로 경제적 어려움을 겪을 뿐 아니라 무무형의 심각한 고통을 겪게 되는 것이 일반적이므로, 산업재해보상보험법상의 유족급여, 장의비 내지 민사상 손해배상 등으로 충분히 전보되지 않을 수 있으며, 배상(賠償) 등이 이루어지더라도 피해가 '원상회복'되는 것이 아님은 분명하다. 따라서 산재사망자의 유족에 대한 특별채용 규정은 기업이 부담하는 근로기준법상 재해보상책임을 보충 및 확장하는 취지의 규정으로 이

해해야 할 것이다.

## 5. 맺으며

산재유족 특별채용 조항은 사용자의 채용의 자유에 대한 무제한적 제한을 내용으로 담고 있는 것이 아니라 사용자에게 특별히 책임을 지울 수 있는 사안인 업무상 사망의 제한적 상황에 대하여 사용자 스스로 피재근로자의 유족을 특별채용하기로 약속한 것이다.

산재유족 특별채용 조항은 그 도입배경이나 내용에 비추어 볼 때, 사용자의 채용의 자유를 박탈하거나 제3자의 구직에 관한 기대이익을 박탈하기 위한 것이 아니라, 업무상 재해로 사망한 근로자 유족의 소득을 보장하기 위한 것이다. 따라서 단체협약으로 근로기준법상 사용자의 재해보상책임을 보충하는 법정 외 보상방법을 규정한 것으로 평가되어야 할 것이다. 이러한 관점에서 대상판결의 법정의견에 전적으로 동의한다. **㉮**

권오성(성신여자대학교 법과대학 교수)

## 전교조에 대한 법외노조 통보는 위법하다

- 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결 -

### 【판결요지】

이 사건 시행령 조항은 법률이 정하고 있지 아니한 사항에 관하여 법률의 구체적이고 명시적인 위임도 없이 헌법이 보장하는 노동3권에 대한 본질적인 제한을 규정한 것으로서 법률유보원칙에 반한다. 피고(고용노동부장관)는 이 사건 시행령 조항이 유효함을 전제로 이에 근거하여 이 사건 법외노조 통보를 하였다. 이 사건 시행령 조항은 헌법상 법률유보원칙에 위반되어 그 자체로 무효이다. 따라서 이 사건 시행령 조항에 기초한 이 사건 법외노조 통보는 그 법적 근거를 상실하여 위법하다고 보아야 한다.

1989. 5. 28. 전국 교사들이 결성한 전국교직원노동조합(전교조)은 정부와 긴장 관계의 연속이었다. 우여곡절을 거쳐 1999. 1. 29. 제정된 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」(이하, 교원노조법)에 근거하여 전교조는 ‘부당해고된 교원은 조합원이 될 수 있다’는 취지의 내용을 정한 규약을 첨부하여 1999. 7. 1. 설립신고서를 제출하였고, 설립증을 교부받아 노동조합의 법적 지위를 획득하였다.

법외노조 통보에 관한 법규정을 살펴보면, 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하, 노조법)은 ‘근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 노동조합으로 보지 아니 한다’고 규정하고 있다(제2조 제4호 라.목). 이러한 경우 행정관청으로 하여금 ‘시정을 요구하되, 시정되지 않는 경우 노동조합법에 의한 노동조합으로 보지 아니함을 통보하여야 한다’고 같은 법 시행령에서 규정하고 있다(제9조 ②). 전교조를 직접 규율하는 교원노조법 및 시행령에서 위 노동조합법과 시행령 조항이 교원노동조합에도 원칙적으로 적용된다고 규정하고 있다.

노조법은 1953년 제정 당시 노동조합 해산명령제도를 두었고(노동조합이 법령에 위반하거나 또는 공익을 해하였을 경우에는 행정관청은 노동위원회의 결의를 얻어 해산을 명할 수 있다.)<sup>1)</sup> 이미 적법하게 설립되어 활동 중인 노동조합을 행정관청이 임의로 해산시킬 수 있도록 하는 것은 근로자의 단결권과 노동조합의 자주성을 침해한다는 이유로 1987. 11. 28.(법률 제3966호) 폐지될 때까지 유지되었다. 폐지 후 약 5개월 만인 1988. 4. 15. 법정요건을 결여한 노동조합이 존립할 수 없도록 한다는 이유에서 구 노조법 시행령에 ‘법외노조 통보 제도’가 새로이 도입되

1) 노동조합 설립 당시 근로자 아닌 자가 참여한 사실이 있는 경우, 그 노동조합이 그들의 가입을 허용한 것이라면 이는 노동조합법 소정의 노동조합이라고 할 수 없는 것이다(대법원 1969. 5. 13. 선고 68누163 판결).

었다. 이러한 법외노조 통보 제도는 행정관청이 결격사유가 있는 노동조합에게 법외노조 통보를 함으로써 법상 노동조합으로서의 지위를 박탈할 수 있도록 한다는 점에서 사실상 노동조합 해산명령제도와 동일함에도 불구하고, 오히려 구법과 달리 노동위원회 의결 절차조차 두지 않음으로써 행정관청의 자의적 결정에 의한다는 비판이 제기되었다.

고용노동부의 법외노조 통보는 전교조 규약(부칙 제5조. 부당해고된 조합원에 대한 조합원 가입 허용 및 유지)과 실제로 해직교원 9명이 조합원으로 활동하고 있는 것에 대한 시정명령을 시작으로 법적 분쟁이 시작되었다. 2010. 3. 31. 고용노동부는 전교조 규약 중 '교원의 신분을 상실하여 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하지 않은 경우는 물론이고 중앙노동위원회 재심판정 이후 해고 관련 소송 진행 중에도 조합원 자격이 유지된다고 규정하고 있는 등으로 교원노조법 제2조에 위배된다'고 하면서 '교원 신분을 상실한 사람에게 조합원 자격을 인정하고 있는 규약을 시정하라'고 시정명령을 발하였다. 전교조는 시정명령 취소 소송을 제기하였으나 대법원에서 심리불속행으로 기각되어 시정명령이 확정되었다.

고용노동부는 2013. 9. 23. 해직교원에 대하여 조합원 자격을 부여하는 규약의 시정과 9명의 해직자는 교원노조법 제2조에 의한 조합원 자격이 없는 자에 해당하므로 조합에 가입·활동하지 않도록 조치하기 바란다는 내용의 시정을 요구하였다. 전교조는 위 시정요구가 노동조합의 단결권 등 헌법상 기본권을 침해한다고 주장하며 헌법재판소에 대하여 교원노조법 제2조의 위헌확인을 구하는 헌법소원심판을 청구하였다. 고용노동부는 시정기한까지 시정요구를 이행하지 않았음을 이유로 2013. 10. 24. 전교조에 대하여 '교원노조법에 의한 노동조합으로 보지 아니 한다'고 통보하였다. 전교조는 고용노동부의 법외노조 통보가 위법하다고 주장하면서 행정소송을 제기하였고, 1심(서울행정판 2014. 6. 19, 2013구합26309) 및 2심(서울고판 2016. 1. 21, 2014누54228) 모두 법외노조 통보는 적법하다고 판단하였다.

대상판결에서 다수의견(8명)은 ① 법외노조 통보는 이미 법률에 의하여 법외노조가 된 것을 사후적으로 고지하거나 확인하는 행위가 아니라 그 통보로써 비로소 법외노조가 되도록 하는 형성적 행정처분이고, ② 이러한 법외노조 통보는 단순히 노동조합에 대한 법률상 보호만을 제거하는 것에 그치지 않고 헌법상 노동3권을 실질적으로 제약하는데, ③ 노동조합법은 법상 설립요건을 갖추지 못한 단체의 노동조합 설립신청서를 반려하도록 규정하면서도, 그보다 더 침익적인 설립 후 활동 중인 노동조합에 대한 법외노조 통보에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않고, ④ 이를 시행령에 위임하는 명문의 규정도 두고 있지 않으며, 더욱이 법외노조 통보 제도는 입법자가 반성적 고려에서 폐지한 노동조합 해산명령제도와 실질적으로 다를 바 없다는 이유로, ⑤ 이 사건 시행령 법외노조 통보 조항은 법률이 정하고 있지 아니한 사항에 관하여 법률의 구체적이고 명시적인 위임도 없이 헌법이 보장하는 노동3권에 대한 본질적인 제한을 규정한 것으로서 법률유보원칙에 위반하여 무효라고 보아, ⑥ 이 사건 시행령 조항이 유효함을

전제로 이에 근거한 법외노조 통보는 위법하다고 판단하였다.<sup>2)</sup> 다수의견에 따르면 법외노조 통보가 모법에 규정되어 있고, 모법에 근거하여 고용노동부장관이 법외노조 통보를 하였다면 적법하다고 볼 수 있다는 해석이 가능하다. 그렇다면 노조법을 개정하여 법외노조 통보에 관한 조항을 시행령이 아닌 모법에서 규정하면 전교조는 또다시 법외노조 통보를 받을 수 있다. 이와 같은 다수의견의 판단구조를 비판하는 별개의견은 법외노조 통보 조항을 법률로 두더라도 행정관청에 의한 법외노조 통보 자체가 가지는 실질적 위헌성 문제는 고스란히 남아 있다고 상세하게 설시하고 있다. 법외노조 통보의 위헌성을 설시한 별개의견과 노동조합 해산명령제도를 폐지한 이유를 상기하면 대수관결로 효력을 상실한 이 사건 시행령의 법외노조 통보 조항을 모법에 두는 개정을 생각할 수 없으니 기우일 것이다. 근로자는 온전하게 노동조합에 가입하고 활동할 권리를 가지며, 누구를 조합원으로 할지는 조합원의 민주적 총의에 따른다는 원칙이 확인되기까지 오랜 시간이 걸렸다. **KLI**

노상현(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

2) 다수의견에 대하여 (1) 원고에 대한 법외노조 '통보'의 당부를 판단하기에 앞서 원고를 '법외노조'로 보는 것에 잘못이 있다는 대법관 김재형의 별개의견, (2) 이 사건 법외노조 통보가 위법한 것은 이 사건 시행령 조항이 무효이기 때문이 아니라 원고의 위법사항에 비하여 과도한 것이기 때문이라는 대법관 안철상의 별개의견, (3) 이 사건 법령의 규정은 매우 일의적이고 명확하므로 다른 해석의 여지는 없고, 따라서 이러한 법령의 규정에 따른 이 사건 법외노조 통보는 적법하다는 대법관 이기택, 대법관 이동원의 반대의견이 있고, (4) 다수의견에 대한 대법관 박정화, 대법관 민유숙, 대법관 노정희, 대법관 김상환, 대법관 노태약의 보충의견이 있다.