

국제노동기구 기본협약 발효의 국내법적 함의

남 궁 준*

국제노동기구 기본협약인 제29호, 제87호, 제98호 협약이 올해 4. 20. 발효되었고 법률과 동일한 효력을 가지고 국내 노동법률문제를 규율하게 되었다. 다만 기본협약의 일부 규정 또는 그에 대한 국제노동기구 이행감독기관의 해석이 「노동조합 및 노동관계조정법」 등과 내용상 불일치하는 문제, 즉 규범충돌이 있어 해결을 요한다. 이 글은 두 법규범이 상호 동일한 효력을 가지고 있음을 전제로, 관련된 선결적·절차법적 쟁점과 실체법적 쟁점을 추려 조망하고 그에 대한 해법을 모색하는데, 기본협약 위반의 가능성이 명백하고 엄중한 경우 ‘협약합치적 법률해석’을 첫 번째 대안으로, 입법적 해결을 보충적 방안으로 제시한다.

I. 들어가며¹⁾

작년 4. 20. 비준서를 기탁했던 국제노동기구(International Labour Organization: ILO) 기본협약, 즉 제29호, 제87호, 제98호 협약은 올해 4. 20. 발효되었다.²⁾ 기본협약은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약”으로서 “국내법과 같은 효력을” 갖는다(헌법 제6조 제1항). 다만 이 헌법규정만으로 국내 법률관계에서 조약과 관련된 모든 적용·효력관계를 명확히 규율할 수 있다고 보기는 어렵다. 이해관계가 침해하게 엇갈리는 노사관계에 적용될 ILO 기본협약의 경우 문제는

* 한국노동연구원 부연구위원(jnamgoongu@kli.re.kr).

- 1) 이 글의 I 과 II는 박명준 외(2020), 『국제규범에 부합하는 국내 노사관계제도 정비의 쟁점과 전망』, 경제인문사회연구회 협동연구총서 20-59-01, pp.94~107; 남궁준(2022), 「ILO 기본협약 발효의 의미: 비준된 조약의 국내법 관계에서의 적용과 효력을 중심으로」, 『노동법률』, 5월호, 중앙경제, pp.32~35를 기반으로 수정·보완한 것이다.
- 2) 국내에서 “핵심협약”으로 더 잘 알려진 세 협약은 2022. 4. 18. 자로 각각 〈조약 제2503호, 강제 또는 의무 노동에 관한 협약〉, 〈조약 제2504호, 결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약〉, 〈조약 제2505호, 단결권 및 단체교섭권 원칙의 적용에 관한 협약〉으로 공포되었으며 같은 해 4. 20.자로 발효되었다.

더욱 크다. ILO 기본협약 비준 및 그것을 준비하기 위한 국내법(대표적으로 「노동조합 및 노동관계조정법」) 개정 과정에서 현행 노동법과 해당 협약 사이의 내용상 불일치 문제가 여러 차례 지적되었다. 본격적으로 논의가 시작된 것은 2018. 7. 20. 경제사회노동위원회 내에 설치·운영된 노사관계 제도·관행 개선위원회에서였다. 이후 동 위원회에서 제출된 공익위원안(2019. 4. 15.)을 주로 참고해 마련된 개정 「노동조합 및 노동관계조정법」(법률 제17864호, 2021. 7. 6. 시행, 이하 ‘노동조합법’)의 입법 전 과정 및 시행 이후에도 ‘불일치’ 논쟁은 지속되고 있다. 이는 이제 국내 법규범 간 충돌의 문제가 되었으며, ‘신법 우선의 원칙’ 또는 ‘특별법 우선의 원칙’에 따라 기본협약이 신법 및/또는 특별법으로서 해당 국내법에 우선해 적용되어야 한다는 주장도 제시된다. 그러나 이 문제에 답하기 위해서는 조금 더 단계적으로 따져보아야 한다.

이 글은 이하에서 제87호와 제98호 협약이 국내 노동법관계에 적용되는 문제와 관련된 선결적·절차법적 쟁점을 먼저 살펴보고, 여기서 얻은 함의에 근거해 그 ‘불일치’가 더욱 명백/엄중하다고 판단되는 실제법적 쟁점을 선별하여 차례로 검토한다.

II. 선결적·절차적 쟁점

1. 기본협약이 법원(法源)으로서 ‘직접 적용된다’는 것의 의미

먼저 ILO 기본협약의 직접 적용성 또는 법원성(法源性)의 문제가 있다. 이는 법원, 노동위원회, 지방노동청 등의 기관이 기본협약 규정 그 자체를 헌법, 법률 등 국내 법령 규정처럼 법원(法源)으로 직접 적용할 수 있는가에 관한 것이다. 기본협약의 법원성을 긍정하는 데는 아무런 문제가 없다. 앞서 보았듯 우리는 헌법규정에 따라 별도의 국내법 편입조치(예: 이행입법) 없이도 조약이 국내 법률관계에 직접 적용될 수 있기 때문이다(국제법과 국내법 일원주의).³⁾

3) 다만 기본협약의 법원성은 협약의 직접 효력성 또는 ‘자기집행성’의 문제와 구별되어야 한다. 이는 기본협약의 법원성 인정을 전제로 사인(私人)이 소송절차 또는 구제절차 등에서 기본협약 규정을 원용해 직접 자신의 권리기초 또는 청구/신청의 근거로 삼을 수 있는지에 대한 것이다. 다만 지금까지 법원/헌법재판소가 조약의 직접적 효력을 인정한 예는 발견되지 않는다. 예를 들어, 대법원은 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 “제2조 제3항은 위 국제규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 개인이 효과적인 구제조치를 받을 수 있는 법적 제도 등을 확보할 것을 당사국 상호 간의 국제법상 의무로 규정하고 있는 것이고, 국가를 상대로 한 손해배상 등 구제조치는 국가배상법 등 국내법에 근거하여 청구할 수 있는 것일 뿐, 위 규정에 의하여 별도로 개인이 위 국제규약의 당사국에 대하여 손해배상 등 구제조치를 청구할 수 있는 특별한 권리가 창설된 것은 아니라고 해석”했다(대법원 1999. 3. 26. 선고 96다55877 판결).

가. 신법 우선의 원칙

다만 조약과 국내 법률의 내용이 서로 충돌할 경우 그중 신법 또는 특별법을 판단해야 하는 과제가 남는다. 공포·발효 시점을 기준으로 한다면 기본협약이 2021. 7. 6.부터 시행 중인 현행 「노동조합법」(법률 제17864호), 「공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」(법률 제17860호), 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」(법률 제17861호)에 비해 신법으로서 우선 적용해야 한다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 접근은 향후 관련 법률을 다시 개정할 경우 협약은 구법이 되어 적용이 배제된다는 결론 역시 감수해야 하는데 이를 선뜻 납득하기는 어렵다. 실제 판례 중 명시적으로 신법 우선의 원칙에 따라 조약을 국내법에 우선 적용한 사례는 없는 것으로 보인다.⁴⁾

나. 특별법 우선의 원칙

특별법 우선의 원칙도 명확한 해결책이 되지 못하는 것은 마찬가지이다. 다만 일정 조약이 국내법의 특별법으로 판단된 전례는 있다. 우리 정부가 타국과 체결한 사회보장협정과 이중과세방지협정을 각각 「국민연금법」과 「소득세법」에 우선해 적용한 사례나,⁵⁾ 법원이 「국제항공운송에 있어서의 일부 규칙의 통일에 관한 협약(바르샤바협약)」을 「민법」에 대한 특별법으로 인정하고,⁶⁾ 「대한민국과 베트남사회주의공화국 간의 범죄인인도조약」을 「범죄인인도법」에 우선해 적용하며,⁷⁾ 국내법(「중재법」)은 「외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 유엔협약」이 정하지 않은 사항에 보충적으로 적용된다고 본 사례⁸⁾가 그 예다. 그러나 제87호 협약과 제98호 협약은 결사의 자유(단결권)와 단체교섭권에 대한 일반·추상적 내용(원칙)을 다루고 있어 「노동조합법」과의 관계에서 특별법에 해당한다고 단언하기 어렵다. 설령 그렇게 보더라도 특정 인적 집단에 대한 규율을 담은 「공무원노조법」이나 「교원노조법」과의 관계에서는 오히려 두 법률이 두 협약의 특별법이라고 볼 여지도 있는데, 이러한 결론을 수용하는 것도 쉽지 않을 것이다.

다. 대 안

결국 기본협약을 법률보다 상위법으로 인정하지 않는 한,⁹⁾ 이와 내용상 불일치하는 모든 법

4) 정인섭(2018), 『한국법원에서의 국제법 판례』, 박영사, p.7.

5) 도경옥(2014), 「입법조치를 통한 조약의 이행」, 『국제법학회논총』, 59(2), p.39(각주 16).

6) 대법원 1986. 7. 22. 선고 82다카1372 판결.

7) 서울고등법원 2006. 7. 27. 선고 2006토1 판결.

8) 서울민사지방법원 1984. 4. 12. 선고 83가합7051 판결(화해).

률에 우선해 적용할 수는 없다. 따라서 가장 확실한 방법은 협약 위반이 의심되는 법률규정을 개정하는 것이겠지만 현실성이 높다고 할 수는 없다. 보다 실질적인 대안은 법원 등이 관련 법률을 해석할 때 최대한 '협약합치적' 해석을 하는 것이다.¹⁰⁾ 이는 협약과 법률 간 적용의 우선순위 문제를 건드리지 않는 방안이다. 물론 '법문의 가능한 의미'를 벗어나는 해석은 허용되지 않는다. 따라서 협약 위반의 소지를 근원적으로 제거하려면 헌법재판소의 위헌법률심판 또는 헌법소원심판을 통해 해당 법률규정의 위헌성을 확인해야 한다. 이때 기본협약은 그 자체로 위헌심사의 기준이 될 수는 없으나 헌법재판소의 헌법규정(예: 헌법 제33조) 해석 시 중요하게 고려되어 간접적으로 위헌 판단에 영향을 줄 수 있다.¹¹⁾¹²⁾ 따라서 과거에 합헌으로 결정된 법률조항도 기본협약이 발효된 현 시점에서는 달리 판단될 여지도 있고, 또 그것이 변화된 노동현실 및 규범환경을 적극적으로 반영하는 헌법해석이 될 수 있다.

2. 기본협약과 국내법의 내용이 '충돌한다'는 것의 의미

가. 문제의 소재 : 충돌 판단의 기준이 되는 기본협약의 내용은 누가 정하는가

지금까지 기본협약과 국내법의 규범내용이 상충하는 것을 전제로 이를 해소 또는 완화할 수 있는 방안을 살펴보았다. 그런데 애초에 규범 간 불일치를 확정하는 것도 간단한 일이 아니다. 일단 기본협약도 해석을 통해 그 의미를 밝혀야 하는데 국내법관계에서 누가 동 협약을 해석할지가 문제되기 때문이다. 기본협약의 다수 규정은 추상적이고 일반적인 문언으로 기술되어 개별 분쟁에 곧바로 적용되기 어려운 경우가 많다. ILO 내부의 여러 이행감독기관, 예컨대 결사의자유위원회, 협약·권고적용전문가위원회, 기준적용위원회가 협약을 해석해 구체적인 사안에 적용하면서 많은 결정례를 축적해 왔는데, 이는 ILO 내외에서 권위 있는 사실상의 '법

9) 국제법 존중의무, 금반언의 원칙 등에 근거해 내용 충돌 시 프랑스 헌법 제55조처럼 법률에 대한 조약의 우위를 주장하는 견해로 박제성(2022), 『21세기 노동삼권: 구체적 권리성을 갖는 자유권으로서의 노동삼권의 의의』, 무빈다방, p.44 참조.

10) 최근 국제법·헌법적 근거에 터잡아 정치한 논증(이 글과 거의 유사한 입장)을 전개한 문헌으로 김동현·이혜영(2022), 『결사의 자유에 관한 국제노동기구 기본협약 비준과 노동법의 쟁점』, 사법정책연구원 참조, 특히 pp. 189~233 참조. 다만 동 문헌은 이 글의 입장과 몇몇 쟁점에서 약간의 차이를 보인다.

11) 박찬운(2012), 『인권법의 신동향』, 한울아카데미, pp.188~191 참조. 한편 여기서 사용된 '직접적용', '간접적용'의 용례는 박찬운(2007), 『국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰』, 『법조』, 56(6), pp.170~171 참조.

12) 헌법재판소 2005. 10. 27. 선고 2003헌바50·62, 2004헌바96, 2005헌바49(병합) 참조. 이 결정의 다수의견을 반대해석하면 어떤 조약을 비준한 경우 대상 법률 위헌성 심사의 척도가 될 수 있고, 재판관 전호숙, 재판관 조대현의 반대의견에 따르면 ILO의 관련 협약 등은 그 비준 여부와 무관하게 헌법 규정의 의미나 내용 및 적용 범위를 해석함에 있어 중요한 지침이 될 수 있다.

리(jurisprudence)'로 인정되고 있다. 그런데 감독기관의 '해석'은 종종 협약에 명시적 문언이 없는 내용까지 포괄하고 있어 - 국제법관계는 별론으로 하더라도 - 국내의 법원 등이 그러한 해석 전부에 구속되는지가 문제된다.

나. 예상되는 판례의 태도 : 법원의 전속적 해석권한 인정

헌법재판소와 법원은 조약의 준수와 이행을 감독하는 국제인권기구(기관) 및 통상분쟁해결기관의 해석에 구속되지 않는다고 본다. 예를 들어, 헌법재판소는 「시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」의 감독기관인 UN 인권이사회, UN 인권위원회 및 자유권규약위원회의 해석은 중요한 참고기준이 되고 존중되어야 함을 인정하면서도 기본적으로 권고적 효력만 있을 뿐 법적 구속력은 없다고 보았다.¹³⁾ 법원도 「관세 및 무역에 관한 일반협정(1947)」에 위반한 조례가 무효임을 판단하면서 국내법관계에서 동 협정을 해석·적용할 재판권이 법원에 귀속된다고 판단했다(세계무역기구 회원국 간 분쟁에 대해서는 기구 내 분쟁해결기관이 보유·행사).¹⁴⁾ 이러한 기준 판례의 입장을 감안할 때 ILO 이행감독절차에서 축적된 모든 결정례, 특히 협약문언상 명시적 근거는 없는 해석(예: 파업권 관련 해석)이 장래 국내 법원 등의 기본협약 해석을 법적으로 구속할 확률은 그리 높지 않아 보인다. 다만 최근 대법원 판례에서는 국내법(「병역법」)의 해석에 있어서 비준한 인권조약, 특히 관련 국제인권기구의 결정 또는 권고(양심적 병역거부권의 해석상 도출)를 최대한 존중하고 그에 부합하도록 법률을 해석하는 것이 헌법상 국제법 존중주의에 합치되는 것이라는 보충의견이 개진된바 눈여겨볼 가치가 있다.¹⁵⁾

3. 소 결

비준·발효된 기본협약은 법률과 동일한 효력을 가지며 국내법관계에 적용된다. 다만 노동조합 관련 법률과의 관계에 있어서 내용상 불일치가 있는 경우 신법 또는 특별법 우선의 원칙에 근거해 우선 적용된다고 단정하기는 어렵다. 현실적 대안은 법원 등이 관련 법률을 해석할 때 '협약합치적 해석'을 하는 것이며, 만약 관련 법률규정의 위헌심사가 이루어질 경우 헌법규정의(재)해석에 기본협약이 간접적으로 영향을 줄 수 있다. 한편 기본협약과 관련 법률 간 내용상

13) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2007헌가12, 2009헌바103(병합) 결정; 헌법재판소 2018. 7. 26. 선고 2011헌마306, 2013헌마431(병합) 결정 등.

14) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2004추10 판결; 대법원 2008. 12. 24. 선고 2004추72 판결; 서울고등법원 2008. 3. 21. 선고 2007누18729 판결(확정) 등.

15) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결의 대법관 박정화, 대법관 김선수, 대법관 노정희의 보충의견.

충돌을 판단하기 위한 선결과제로서 기본협약의 해석은 궁극적으로 법원과 헌법재판소에 맡겨져 있으며, ILO 이행감독기관의 해석은 국내법적으로 권고적 효력을 갖게 된다. 그러나 최근 판례는 보충의견이기는 하나 이러한 원칙을 유지하면서도 국제기구 내 이행감독기관의 조약해석에 보다 열린 태도를 취해 변화의 조짐이 관측된다. 이상의 논의에 따르면 협약 문언과 법령 문언이 명백히 상충하는 경우와 (각 문언의 다의적 해석이 가능한 경우) ILO 이행감독기관에 의해 결사의 자유 원리 위반이 심각하다고 반복적으로 판단 받은 경우가 특히 문제된다고 할 수 있다. 따라서 이하에서는 이에 해당하는 기본협약과 관련 국내법령 간 충돌문제 중 이 글의 문제의식과 보다 직접적으로 관련되는 실체적 쟁점을 검토한다.

Ⅲ. 실체적 쟁점

「노동조합법」은 「헌법」 제33조의 노동3권을 구현하여 단체협약제도(협약자율)를 구축·설정하고 있다.¹⁶⁾ 즉 주체로서의 노동조합(근로자), 목적활동으로서의 단체교섭, 수단으로서의 쟁의 행위, 수단에 대한 보조적 장치로서의 조정제도, 목적의 달성으로서의 단체협약의 체결로 이어지는 유기적 체계를 마련하고 있다.¹⁷⁾ 모든 단결권의 주체가 단체교섭권(단체협약)과 단체행동권(쟁의행위)까지 온전히 향유하는 것을 원칙으로 하고 있다. 이러한 이해 속에서는 세 노동기본권의 주체가 일치하고 각 권리는 상호 밀접하게 연결되며 궁극적 목적은 단체협약의 체결을 통한 근로조건향상이다(단체교섭권 중심설).¹⁸⁾ 그리고 이러한 체계에 맞지 않는 인적 범주 혹은 활동은 노동3권의 보호영역 바깥에 놓이는 것이 원칙이다. 예를 들어, 단체협약의 규율을 받을 수 없는 이는 노동조합 가입이 불허되거나 그러한 이를 조합원으로 두고 있는 노동조합의 지위를 부인하는 것이 일응 자연스러울 수 있으며, 사용자의 처분권한이 없는 사항을 단체교섭의 대상으로 삼거나 그것의 관철을 위한 쟁의행위(예: 정치파업, 동정파업 등)를 금지하는 것이 논리적으로 모순되지 않을 수 있다.¹⁹⁾ 그러나 기본협약(에 대한 이행감독기관의 해석)은 위와 같은 노동3권과 「노동조합법」의 단체교섭(협약) 체계의 전통적·기본적 이해와 마찰을 빚는다.

16) 다만 헌법 제33조가 예정하는 집단적 자치질서의 실현방식을 단체협약제도만으로 국한하여 이해할 필요는 없다. 집단적 자치라는 의미는 단지 단체협약을 통한 자치뿐만 아니라 앞으로 -단체협약제도를 침해하지 않는 한- 노사관계 변화에 따라 개발될 수 있는 다른 유형의 집단적 자치 형태도 함께 포함될 수 있는 개방적 개념으로 이해하여야 한다. 박종희(2003), 「단체교섭 당사자 확정의 법리」, 『노동법학』, 17, p.158.

17) 김형배(2021), 『노동법』, 제27판, 박영사, p.1029.

18) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357 판결.

19) 노동법실무연구회(2015), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 I』, 박영사, p.95.

이를 거칠게 묘사하면, 기본협약은 노동3권 간 연계를 느슨하게 해 각 권리의 고유한 목적을 존중하고 노사관계를 사법(私法)관계의 울타리에 가두지 않으며 노사관계의 정치적 맥락에 대한 법인(法認)을 요청한다. 이하에서는 단결권, 단체교섭권, 단체행동권의 순서로 문제되는 쟁점을 살펴본다.

1. 단결권

가. “근로자”와 “노동조합”의 정의와 요건

국제노동기구 제87호 협약 제2조는 “근로자 및 사용자는 어떠한 차별도 없이 사전 인가를 받지 않고 스스로 선택하여 단체를 설립하고 그 단체의 규약에 따를 것만을 조건으로 하여 그 단체에 가입할 수 있는 권리를 가진다”고 규정하고 있다. 여기서 말하는 “어떠한 차별도 없이”는 계약의 성격, 유형, 종류와 무관하게 결사의 자유 내지 단결권을 향유할 수 있어야 한다는 것을 포함한다. 다시 말해, 노동조합 가입요건으로서 근로관계(employment relationship) 또는 특정 계약의 존재를 요건으로 할 수 없다는 것이다.²⁰⁾ 즉 제87호 협약 제9조 제1항에 따라 군인과 경찰을 제외한 모든 취업자, 예컨대 진성 자영업자(self-employed worker)나 자유직업인(liberal professions)도 결사의 자유, 즉 단결권을 향유할 수 있어야 하므로 노동조합을 조직하거나 그에 가입할 수 있어야 한다.

이는 바로 「노동조합법」 제2조의 “근로자”와 “노동조합”의 정의규정 및 후자의 소극적 요건을 정한 제4호와의 긴장을 부른다. 예를 들어, 동법 제2조 제1호의 근로자 정의규정²¹⁾ 때문에 특수 고용직, 프리랜서, 플랫폼종사자 등 회색지대에 있는 취업자²²⁾나 프랜차이즈 점주 등 순수 자영업자가 위 “근로자”로 인정될 수 없다²³⁾는 지적이 있다. 이와 연동하여 현행법 제2조 제4호 라목에 따르면 “근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우” 노동조합의 지위가 부정되는데 이는 결사의 자유의 핵심인 근로자·사용자(의 단체)의 자율성·자주성을 침해하는 것이라고 본다. 따

20) ILO(2018), *Freedom of Association: Compilation of Decisions of the Committee on Freedom of Association* (6th edition), paras 315, 326-331. 엄밀한 의미의 학술저작이 아닌 이 글의 특성상 이하에서는 가능한 경우 인용 편의를 위해, 결사의 자유 위원회 사건 보고서의 번호 및 항이 아닌 2018년 출간된 결사의 자유 위원회 결정 요약집(제6판)의 항(paragraph)을 인용한다.

21) 「노동조합법」 제2조 제1호: “근로자”라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다.

22) ILO 기본협약 발효에 따른 양 노총 기자회견, 보도자료, 2022. 4. 20.; 윤애림(2022), 「ILO 기본협약 발효의 의미와 효과적 적용을 위한 과제」, 『ILO 기본협약 발효와 한국사회의 과제』 토론회 자료집, 2022. 4. 20., pp. 29-33.

23) 고용노동부(2021), 개정 「노동조합 및 노동관계조정법」 설명자료, 2021. 3., p.25.

라서 기본협약 준수를 위해 「노동조합법」 제2조 제1호의 개정 및 제4호 라목 자체의 삭제가 필요하다 주장한다.

한편 개정 「노동조합법」은 제2조 제4호 라목의 단서²⁴⁾를 삭제했는데, 이로 인해 종래 초기업별 노동조합뿐 아니라 기업별 노동조합의 경우에도 실직자·구직자 등의 가입이 가능하게 되었다고 일반적으로 이해된다.²⁵⁾ 학계의 대체적 평가는 이를 기존 대법원 판례를 반영한 것이고 올바른 방향의 개정이라고 평가한다.²⁶⁾ 다만 이것만으로는 불충분한 협약 이행이므로 라목 자체의 삭제까지 필요하다고 보는 견해가 많다. 그렇게 하더라도 현행법상 노동조합 정의규정의 “근로자가 주체가 되어”를 근거로 하여 라목의 취지를 살릴 수 있을 것으로 본다. 한편 법 제2조 제1호의 근로자 개념의 경우에는 현재 법문을 유지하더라도 대법원의 ‘학습지교사’ 판결²⁷⁾에서 그 가능성을 확인했듯 해석을 통해서도 상당히 기본협약 규정에 부합하는 법률해석을 하는 데 큰 문제는 없을 것으로 판단한다.²⁸⁾

나. ‘기업별 노동조합’의 임원·대의원 자격

개정 「노동조합법」은 제23조 제1항에서 “노동조합의 임원 자격은 규약으로 정한다. 이 경우 하나의 사업 또는 사업장을 대상으로 조직된 노동조합의 임원은 그 사업 또는 사업장에 종사하는 조합원 중에서 선출하도록 정한다”고 규정하고 대의원의 경우에도 동일한 규정(제17조 제3항)을 두고 있다. 즉 노동조합의 임원·대의원 자격은 스스로 정하도록 하나 조직형태가 기업별 노동조합인 경우 당해 사업의 근로자 조합원일 것을 요구하고 있다. 이는 그간 결사의 자유 위원회로부터 수차례 직접 받은 권고²⁹⁾와 우리의 현실(기업별 노사관계 중심 및 노조 임원의 중요

24) “다만, 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다.”

25) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결. 고용노동부(2021), 개정 「노동조합 및 노동관계조정법」 설명자료, 2021. 3., p.24. 그러나 입법연혁적 관점에서 동 단서 규정을 기업별 노동조합에 해고자 가입이 불허되는 원인으로 보는 것의 문제점을 지적하는 타당한 견해로 박종희(2021), 「개정 노조법의 주요 내용과 쟁점」, 『노동법학』, 78, p.141 참조.

26) 예를 들어, 박은정·박귀천·권오성(2020), 「ILO 기본협약 비준을 위한 2020년 정부 노조법 개정안 분석과 평가」, 『노동법학』, 76, p.20.

27) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 2014두12604(병합) 판결.

28) 현행법의 근로자 개념이 개방적이고 광범위한 방식으로 정의되어 개정 필요성을 부정하는 견해로 이승욱(2020), 「노조법 정부법안의 검토와 과제」, 『노조법 개정 관련 노사정 토론회』, 고용노동부(2020. 10. 21.), p.5 참조. 이와 반대로 동 규정이 자영업자와 자유직업종사자의 노조법상 근로자성 인정의 법적 장애가 된다는 입장으로 Report of the Panel of Experts, Panel of Experts Proceeding Constituted under Article 13.15 of the EU-Korea Free Trade Agreement, 20 January 2021, paras 164~176 참조.

29) 예를 들어, Committee on Freedom of Association, Case no. 1865 (Korea, Republic of), 304th Report, 1996, para. 254(d): “위원회는 해고자를 포함해 근로자단체가 완전히 자유롭게 그들의 대표를 선출할 수 있도록 구법 제23조 제1항 개정을 위한 조치를 취할 것을 (한국)정부에 요청한다.”

성)을 절충한 것으로 이해된다.³⁰⁾ 그러나 법률의 형식으로 우리 노사관계의 사실적 특징을 고려하는 것이 보편적 국제법규범의 예외로서 용인될 수 있는지는 불분명하다. 제87호 협약 제2조는 물론 우리 「노동조합법」 제9조³¹⁾와도 충돌한다고 볼 수 있어 국내법적 체계정합성도 문제가 된다.³²⁾ 다만 예전대 기존 기업별 노동조합이 규약 변경을 하여 해고자/실업자도 가입할 수 있도록 한 경우 이는 초기업 노동조합으로의 전환이라고 볼 수 있을 것이며, 「노동조합법」 제23조 제1항 및 제17조 제3항이 적용되지 않는 것으로 해석할 수 있다.³³⁾ 이러한 해석은 해당 ‘범문의 가능한 의미’ 안에서 복수의 해석이 가능한 경우 최대한 협약의 문언 내지 정신에 부합하는 해석, 즉 ‘협약합치적(법률)해석’의 한 예가 될 수 있을 것이며 그 범위에서 규범충돌이 회피될 수 있을 것이다.

다. 노동조합 전임자 급여금지 및 근로시간 면제제도

제87호 협약 제3조 제1항은 “노동자단체 및 사용자단체는 그들의 규약과 규칙을 작성하고, 완전히 자유롭게 대표자를 선출하며, 관리 및 활동을 조직하고, 사업을 수립할 권리를 가진다”고 규정하고 있고, 제2항은 “공공기관은 이 권리를 제한하거나 이 권리의 합법적인 행사를 방해하는 어떠한 간섭도 삼간다”고 규정하고 있다. 이에 입각해 ILO 결사의 자유 위원회는 구 「노동조합법」상의 ‘노동조합전임자’ 제도에 대해 부정적 견해를 피력했다. 노조전임자에 대한 급여지급 문제는 입법적 개입이 아닌 노사자치의 대상이라는 원칙하에, ① 노조전임자에 대한 급여 지급이 입법적으로 금지된 점, ② 그것이 부당노동행위로서 형사처벌의 대상이 될 수 있는 점, ③ 근로시간 면제자가 수행할 수 있는 활동 유형에 대한 입법적 개입이 있는 점 등이 주요 근거로 제시되었다.³⁴⁾ 근로시간면제제도로 일원화한 개정 「노동조합법」이 노조전임자 급여지급의 원칙적 금지 및 관련 징의행위 금지 규정을 삭제하고, 근로시간면제심의위원회를 경제사회노동위원회 안에 특별위원회로 설치하고 노사와 동 위원회가 추천한 위원으로 구성하도록 했다는 점은 결사의 자유 원리 및 기본협약 준수 측면에서 확실히 나아진 점이다.³⁵⁾ 그러나 개정 「노동조합법」도 노조전임자 관련 구법에 대한 위 ①, ②, ③의 지적을 근본적으로 해소하지는 못했다.

다만 결사의 자유 위원회가 “대한민국에서 [노조전임] 문제의 역사적 복잡성과 복수노조 허용

30) 고용노동부(2021), 개정 「노동조합 및 노동관계조정법」 설명자료, 2021. 3., p.28.

31) 「노동조합법」 제9조: “노동조합의 조합원은 어떠한 경우에도 인종, 종교, 성별, 연령, 신체적 조건, 고용형태, 정당 또는 신분에 의하여 차별대우를 받지 아니한다.”

32) 조용만(2021), 「2021년 개정 노동조합 및 노동관계조정법의 쟁점과 과제」, 『법학논집』, 34(2), p.306.

33) 박종희(2021), 「개정 노조법의 주요 내용과 쟁점」, 『노동법학』, 78, p.143; 조용만(2021), 위 논문, p.307.

34) 결사의 자유 위원회, 1865호 사건, 363차 보고서, paras 110-111.

35) 김동현·이혜영(2022), 앞의 보고서, p.316; 박은정 외(2020), 앞의 논문, p.32; 조용만(2021), 위 논문, p.310.

이라는 새로운 환경에서 유급 노조전임자의 규모에 상한을 둬으로써 균형을 유지하려는 정부의 의도를 이해”했다는 점,³⁶⁾ 단체교섭·노조활동 등을 위한 근로시간면제제도는 그 유무·내용에 있어 ILO 회원국 사이에서도 제법 큰 차이를 보이는 점, ILO의 비판의 수위도 상대적으로 약한 점³⁷⁾ 등을 종합적으로 살펴보면 기본협약 위반의 가능성이 명백하고 엄중한 경우로 분류하기에는 어려워 보인다. 그러나 형사처벌이 가능한 부당노동행위제도를 통해 근로시간면제제도의 규범력을 확보하려는 입법태도는 여전히 주의를 요한다. ILO는 노동권의 제한을 국가의 형벌권 행사를 통해 달성하려는 접근에 매우 비판적이기 때문이다. 결론적으로 ILO의 기준에서는 동 문제에 대한 입법적 개입 자체를 모두 철회하는 것이 이상적이겠지만, 적어도 형벌권 행사의 가능성을 차단하는 것만큼은 기본협약 준수를 위한 시급한 조치가 될 것이다.³⁸⁾

2. 단체교섭권과 단체행동권

가. 행정관청의 규약, 결의처분, 단체협약 시정명령³⁹⁾

현행 「노동조합법」은 노동조합의 규약, 결의/처분, 단체협약이 노동관계법령(결의/처분의 경우에는 규약 포함)에 위반한 경우, 행정관청이 노동위원회의 의결을 얻어 시정을 명할 수 있도록 정하고 있다.⁴⁰⁾ 규약과 결의/처분과 관련해 직결되는 기본협약은 위에서 본 제87호 협약 제3조인데 노동자·사용자단체의 자율적 단결권 행사 보장을 천명하면서도 동조 제2항은 (반대해석을 할 경우) “합법적”이지 않은 권리 행사의 경우에는 공공기관(정부)의 개입을 허용하는 것처럼 해석된다. 다만 ILO의 이행감독기관은 동 문언을 목적론적으로 축소해석하는 것으로 보이는데, 핵심은 ① 어느 경우에도 사전허가를 요구하면 안 되고, ② 사후적 규제라도 내용이 아닌 형식에 대한 심사에 그쳐야 한다는 것이다.⁴¹⁾

위법 단체협약 시정명령에 대해서는 직접 관련된 기본협약 규정을 찾기 어렵다. 다만 “단체협약으로 고용조건을 규제하기 위해 사용자 또는 사용자단체와 노동자단체 사이에 자발적 교섭을 위한 기구를 충분히 발전시키고 이용하도록 장려하고 촉진하기 위해 필요한 경우 국내 사정에

36) 결사의 자유 위원회, 1865호 사건, 363차 보고서, para. 110.

37) 김동현·이혜영(2022), 앞의 보고서, p. 316(특히 각주 1029 참조).

38) 본고에서 다루지는 않지만 동일한 이유에서 쟁의행위 등에 형법 제314조(업무방해죄) 및 노동관계법령상 형벌규정을 적용하는 문제도 입법적 개선을 요한다.

39) 규약과 결의처분에 대한 행정관청의 시정명령 문제는 단결권에서 다루는 것이 체계상 적절하나 내용상 단체협약과 함께 묶어 논의하는 것이 편리해 여기서 검토한다.

40) 각각 「노동조합법」 제21조 제1항, 동조 제2항, 제31조 제3항.

41) ILO(2018), *Freedom of Association: Compilation of Decisions of the Committee on Freedom of Association* (6th edition), paras 565-567; ILO, *General Survey 1994*, paras 109-111.

적합한 조치를 취한다”고 포괄적으로 규정한 제98호 협약 제4조가 가장 밀접한 규정이다. 결사의 자유 위원회는 대한민국이 피소되었던 사건(3138호)에서 “위법한”(illegal) 단체협약 조항과 “부당한”(unreasonable) 조항⁴²⁾을 개념적으로 구별해 전자에 대한 정부의 개입에 대해서는 특별히 문제를 제기하지 않되, 후자에 대한 개입은 자제되어야 하고 필요시 노사정 협의를 거친 단체교섭 가이드라인을 통해 간접적으로 입법목적은 추구할 것을 권고했다.⁴³⁾ 나아가 동 위원회는 보다 일반적 차원에서 “사회정의와 공공의 이익이라는 강력한 근거가 있는 경우에만 개입이 정당화된다”는 것을 기준을 제시한다.⁴⁴⁾

결론적으로 노동조합 규약, 결의처분, 단체협약이 위법한 경우 그에 대한 공공기관의 개입은 기본협약 문언만으로 보면 근거규정을 찾을 수 있거나 적어도 명백히 금지된다고 말하기는 어렵다. 다만 ILO 이행감독기관의 해석을 고려할 경우 ‘부당한’ 규정(특히 단체협약 규정)에 대한 (법원 등 사법기관이 아닌) ‘행정관청’의 개입(예: 시정명령, 행정지도 등)은 결사의 자유 원리 내지 협약 위반에 해당될 수 있다. 따라서 현행 「노동조합법」의 법문대로 엄격한 의미에서의 ‘위법한’ 규약/단체협약 조항에 대해서만 행정지도 내지 시정을 명하는 방식으로(즉 ‘불합리한’ 또는 ‘부당한’ 조항 제외) 법집행을 하고 사법기관에 의한 위법상태의 해소가 효과적인 경우에는 그러한 집행조차도 자제하는 것(보충성)이 국내법의 ‘협약합치적’ 해석·적용이 될 것이다.

나. 단체교섭 대상 및 쟁의행위 목적의 정당성 : 정치파업과 동정파업의 문제

앞서 언급했듯 판례는 “근로자의 노동조건 기타 근로자의 대우 또는 당해 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항으로 사용자가 처분할 수 있는 사항”을 사용자가 단체교섭할 의무가 있는 대상으로 보며,⁴⁵⁾ “경영주체의 고도의 경영상 결단에 속하는 사항”은 이에 해당하지 않는다고 보는데, 이것은 그대로 정당한 쟁의행위의 목적 범위로 연동된다.⁴⁶⁾ 즉 사용자의 전속적 경영사항이 아닌 것 중 근로조건 또는 집단적 노사관계의 운영 사항에 해당하면서 사용자에게 처분권이 있는 사안에 대해서만 쟁의행위가 가능하다는 것이다. 이렇게 볼 경우 이른바 ‘정치파업’과 ‘동정파업’은 정당하고 적법한 쟁의행위로 인정되어 현행법상 민·형사 책임이 면제되기 어렵게 된다.

정치파업은 노동조합 또는 근로자단체가 국가 또는 지방자치단체를 상대로 정치적 주장의

42) 결사의 자유 위원회는 이를 주로 경영권과 관련된 사안으로 징계처분, 해고, 구조조정, 기업의 장소이전 등으로 이해하였다. 결사의 자유 위원회, 3138호 사건, 380차 보고서, para. 368.

43) 결사의 자유 위원회, 3138호 사건, 380차 보고서, paras. 371~372.

44) ILO(2018), *Freedom of Association: Compilation of Decisions of the Committee on Freedom of Association* (6th edition), para. 1426.

45) 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003두8906 판결.

46) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도11030 판결.

관철을 목적으로 하는 파업을 말하며, 순수한 정치파업과 노동입법이나 노동정책에 대한 투쟁과 같이 근로조건이나 근로자의 사회경제적 지위 개선을 목적으로 행하여지는 경제적 정치파업으로 구분할 수 있다.⁴⁷⁾ 판례는 대체로 순수 정치파업인지 경제적 정치파업인지를 검토하지 않고 그 정당성을 부정한다.⁴⁸⁾ 한편 동정파업(sympathy strike)은 다른 노조의 파업을 지원할 목적으로 자신들의 사용자를 상대로 행하는 파업을 뜻한다.⁴⁹⁾ 판례는 이에 대해서도 사실상 정당성을 부정한다고 보는 것이 합리적이다. 그리고 이러한 판례의 입장은 (의무적) 단체교섭사항과 정당한 쟁의행위의 목적을 연계하는 단체교섭권중심설에 따르면 논리적으로 일관된다고 할 수 있다.⁵⁰⁾

문제는 ILO의 기본협약의 문언은 쟁의행위에 대해서 침묵하고 있고 오직 그 해석만이 관련 '법리'를 형성해왔다는 점이다. 그렇기에 이 글의 주제인 기본협약의 국내법적 효력에 있어서 문제가 된다. 일단 관련 결사의 자유 위원회의 입장을 살펴보면 다음과 같다. 먼저 위원회는 파업권이 단체협약을 통해 해결될 수 있는 노동분쟁의 경우에만 행사될 수 있다고 보지 않는다.⁵¹⁾ 순수한 정치파업이나 권리분쟁 사항에 대한 파업은 정당화되기 어렵지만,⁵²⁾ 경제적 정치파업은 허용될 수 있으며,⁵³⁾ 원파업이 합법적인 그에 대한 동정파업은 허용될 수 있어야 한다고 본다.⁵⁴⁾ 이는 우리 「노동조합법」의 근간을 이루는 이론적 토대에 관한 문제이다. 단결권의 몇몇 쟁점과 달리 '수선·보완' 정도의 해석 및 법개정 작업으로 해결되기 용이하지 않아 보인다.

IV. 나오며

지금까지 올해 4. 20. 발효된 국제노동기구 제29호, 제87호, 제98호 협약이 법률과 동일한 효력을 가지고 국내 노동법률문제를 규율함을 전제로 국내노동관계법과 충돌할 수 있는 상황에 대해 검토하였다. 기본협약의 일부 규정 또는 그에 대한 국제노동기구 이행감독기관의 해석이 「노동조합 및 노동관계조정법」 등과 내용상 불일치하는 문제, 즉 규범충돌이 존재하는 경우가

47) 김동현·이혜영(2022), 앞의 보고서, p.397.

48) 김동현·이혜영(2022), 앞의 보고서, pp.397-398(해당 부분에 인용된 판례 참조).

49) 김동현·이혜영(2022), 앞의 보고서, p.398.

50) 김동현·이혜영(2022), 앞의 보고서, p.398.

51) ILO(2018), *Freedom of Association: Compilation of Decisions of the Committee on Freedom of Association* (6th edition), para. 766.

52) ILO(2018), 위 문헌 paras 763 and 767.

53) ILO(2018), 위 문헌 para. 758.

54) ILO(2018), 위 문헌 para. 770.

주요 검토대상이었다. 이 글은 두 법규범이 상호 동일한 효력을 가지고 있음을 전제로, 관련된 선결적·절차법적 쟁점과 실체법적 쟁점을 추려 조망하고 그에 대한 해법을 모색하였는데, 기본협약 위반의 가능성이 명백하고 엄중한 경우 ‘협약합치적 법률해석’을 첫 번째 대안으로, 입법적 해결을 보충적 방안으로 제시했다. 단결권의 경우 상대적으로 명확한 협약문언이 존재하여 협약에 합치되는 방식의 법률해석의 예를 보였고, 협약의 충실한 준수를 위해 입법개정의 필요성을 비교적 강하게 주장하였다. 그러나 협약 해당 규정의 문구가 더욱 일반·추상적인 단체교섭권의 경우나 협약에 명시적 문언이 존재하지 않는 단체행동권의 경우 그러한 충돌을 인정하고 그에 따라 협약에 보다 합치하는 해석 또는 입법개정이 더욱 어렵다는 것을 확인했다.



[참고문헌]

- 고용노동부(2021), 개정 「노동조합 및 노동관계조정법」 설명자료, 2021. 3.
- 김동현·이혜영(2022), 『결사의 자유에 관한 국제노동기구 기본협약 비준과 노동법의 쟁점』, 사법정책연구원.
- 김형배(2021), 『노동법』, 제27판, 박영사.
- 남중준(2022), 「ILO 기본협약 발효의 의미: 비준된 조약의 국내법 관계에서의 적용과 효력을 중심으로」, 『노동법률』, 5월호, 중앙경제.
- 노동법실무연구회(2015), 『노동조합 및 노동관계조정법 주해 I』, 박영사.
- 도경옥(2014), 「입법조치를 통한 조약의 이행」, 『국제법학회논총』, 59(2), 대한국제법학회, pp. 35~63.
- 박명준 외(2020), 『국제규범에 부합하는 국내 노사관계제도 정비의 쟁점과 전망』, 경제인문사회연구회 협동연구총서 20-59-01.
- 박은정·박귀천·권오성(2020), 「ILO 기본협약 비준을 위한 2020년 정부 노조법 개정안 분석과 평가」, 『노동법학』, 76, 한국노동법학회, pp.1~58.
- 박제성(2022), 『21세기 노동삼권: 구체적 권리성을 갖는 자유권으로서의 노동삼권의 의의』, 무빈다방.
- 박중희(2021), 「개정 노조법의 주요 내용과 쟁점」, 『노동법학』, 78, 한국노동법학회, pp.131~169.
- 박찬운(2007), 「국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰」, 『법조』, 56(6), 법조협회, pp.141~179.

- _____ (2012), 『인권법의 신동향』, 한울아카데미.
- 윤애림(2022), 「ILO 기본협약 발효의 의미와 효과적 적용을 위한 과제」, 『ILO 기본협약 발효와 한국사회의 과제』 토론회 자료집』 발제문.
- 이승욱(2020), 「노조법 정부법안의 검토와 과제」, 『노조법 개정 관련 노사정 토론회』 발제문, 고용노동부.
- 정인섭(2018), 『한국법원에서의 국제법 판례』, 박영사.
- 조용만(2021), 「2021년 개정 노동조합 및 노동관계조정법의 쟁점과 과제」, 『법학논총』, 34(2), 국민대학교 법학연구소, pp.299~326.
- ILO 기본협약 발효에 따른 양 노총 기자회견, 보도자료, 2022. 4. 20.