

유니온 샵(union shop) 조항과 소극적 단결권*

- 헌재 2005. 11. 24. 2002헌바95·96, 2003헌바9(병합)
결정을 평가하며 -

이 부 하

(영남대학교 법학전문대학원 교수)

【초 록】

노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제2호 단서는 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하는 노동조합(지배적 노동조합)의 경우 단체협약을 매개로 한 조직강제(이른바 유니온 샵(Union Shop) 협정의 체결)를 허용하고 있다. 이 법률조항에 대해 헌법소원이 제기되었으며, 우리 헌법재판소는 노조법 제81조 제2호 단서에 대해 합헌 결정을 하였다. 노조법에서 ‘유니온 샵(union shop) 협정 체결을 허용하는 근본 취지는 근로자의 단결권 보장을 위함이다. ‘유니온 샵’ 조항을 통해 달성하고자 하는 것은 근로자의 단결권 보장을 통해 노동조합이 사용자와 대등한 지위에서 교섭하라는 의미이지, 조직강제를 통해 조합원이 아닌 자를 해고하라는 취지는 아니다.

노동조합에 가입 여부는 원칙적으로 근로자의 자유로서 헌법상 기본권이다. 이에 대해 예외적으로 조직강제가 허용될 수 있음을 인식해야 한다. 법률에 의한 근로자의 지배적 노동조합에의 강제가입은 노동조합에 가입 여부에 대한 근로자의 단결선택권 및 소극적 단결권을 침해하므로 위헌가능성이 높다.

우리나라 헌법재판소는 소극적 단결권의 헌법적 근거를 헌법 제33조 제1항에서 찾지 않

* 이 연구는 2012학년도 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것임.

고 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동의 자유 또는 제21조 제1항의 결사의 자유에서 그 근거를 찾는다. 단결권을 헌법 제21조 제1항의 결사의 자유와 별도로 헌법 제33조 제1항에서 특별히 규정하고 있는 것은 헌법상 집단적 단결권뿐만 아니라, 개인적 단결권을 충실히 보장하기 위한 것이다. 헌법 제33조 제1항은 소극적 단결권을 보장하기 위한 헌법적 근거조항이다.

노조법 제81조 제2호 단서는 당해 사업장 내에 하나의 지배적 노동조합만을 단체교섭의 주체로 인정하게 되고, 유니온 샵(union shop) 협정 체결로 인해 당해 사업장에 종사하는 근로자는 당해 지배적 노동조합에 가입이 강제된다. 이러한 유니온 샵(union shop) 조항은 근로자의 소극적 단결권 및 단결선택권을 침해하게 된다.

주제어 : 유니온 샵 조항, 유니온 샵 협정, 소극적 단결권, 조직강제, 지배적 노동조합

【차 례】

I. 서 론	3. 유니온 샵 조항의 개념과 구별개념
II. 헌법재판소 결정의 사건개요 및 결정요지	4. 조직강제의 합헌성 여부
1. 사건의 개요	5. 유니온 샵 협정의 효력
2. 심판대상 법조문	IV. 이 사건 헌법재판소 결정에 대한 헌법적 평가
3. 결정요지	1. 이 사건 법률조항에 의해 제한되는 기본권
III. 유니온 샵 조항의 헌법적 쟁점	2. 헌법재판소 결정에 대한 평가
1. 헌법상 단결권의 주체	V. 결 론
2. 소극적 단결권의 헌법적 근거	

I. 서 론

우리나라 노동조합 및 노동관계조정법 제81조에는 헌법 제33조 제1항에 의거하여 사용자의 부당노동행위를 구체적으로 규정하고 있다. 그러면서도 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제2호 단서에서는 “노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있을 때에는 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약의 체결은 예외로 하며, 이 경우 사용자는 근로자가 그 노동조합에서 제명된 것 또는 그 노동조합을 탈퇴하여 새로 노동조합을 조직하거나 다른 노동조합에 가입한 것을 이유로 근로자에게 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다”고 규정하고 있다. 이러한 지배적 노동조합에 강제가입하도록 하는 단체협약을 체결할 수 있도록 하는 것을 ‘유니온 샵’(union shop) 협정이라 한다. 이 법률조항에 대해 위헌심사형 헌법소원이 제기되었으며, 우리 헌법재판소는 이러한 노조법 제81조 제2호 단서에 대해 합헌 결정을 하였다.¹⁾

우선 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제2호 단서에 대해 우리 헌법재판소가 다른 사건에 대한 사실관계 및 결정요지를 소개한다. 특정한 법적 문제를 접근하는데 있어 사실관계 및 결정요지를 정확히 파악하는 것이 선행적 문제라 생각된다(이하 II). 그 다음으로 헌법재판소 결정에서 중요한 토끼인 유니언 샵(Union Shop) 조항과 관련하여 헌법적으로 문제가 되는 쟁점들을 분석하고 검토하기로 한다(이하 III). 마지막으로 유니언 샵(Union Shop) 조항에 대해 판시하고 있는 헌법재판소 결정을 헌법적으로 평가해 보도

1) 헌재 2005. 11. 24. 2002헌바95·96, 2003헌바9(병합).

록 한다(이하 IV).

II. 헌법재판소 결정의 사건개요 및 결정요지

1. 사건의 개요

(1) ○○교통 주식회사(이하 '○○교통'이라 한다), □□교통 주식회사(이하 '□□교통'이라 한다)는 여객자동차운송업 등을 영위하는 택시회사이고, 청구인 배○규는 1996. 3. 7. 손○훈은 1996. 1. 20. 송○복은 1996. 4. 9. 윤○옥은 1997. 1. 29. 박○민은 1994. 11. 21. 배○열은 1997. 6. 1. 우○훈은 1989. 6. 22. 손○석은 1995. 5. 9. 김○학은 1991. 1. 8. ○○교통에, 청구인 권○렬은 1994. 11. 25. □□교통에 택시운전기사로 입사한 근로자이다.

(2) 전국택시노동조합연맹 ○○시지역택시노동조합(이하 '○○지역택시노조'라고 한다)은 ○○시에서 택시운송사업에 근무하는 근로자를 조직대상으로 하여 1992. 1. 21. 설립신고를 한 지역별·업종별 단위노동조합이고, ○○민주택시노동조합(이하 '○○민주택시노조'라고 한다)은 ○○지역택시노조에 그 소속 근로자들이 가입하지 아니한 ○○택시 주식회사 등 4개 택시회사 소속 근로자들이 주축이 되어 1997. 5. 13. 설립신고를 한 후 같은 달 21. 설립신고증을 교부받은 노동조합으로서, 그 규약상으로 ○○시에서 택시운송사업에 종사하는 근로자를 조직대상으로 규정하고 있어 ○○지역택시노조와 그 조직대상을 같이 하는 지역별·업종별 단위노동조합이다.

(3) ○○교통 또는 □□교통 소속 근로자들 대부분이 ○○지역택시노조에 가입함으로써 ○○지역택시노조가 그들을 위하여 ○○교통과 ○○교통 또는 이 회사들로부터 단체교섭권을 위임받은 ○○시 택시운송사업조합과 단체협약을 체결하여 왔는데, 1997. 12.경 ○○지역택시노조는 ○○교통 또는 □□교통으로부터 단체교섭권을 위임받은 ○○시 택시운송사업조합과 1998년도 단체협약을 체결하면서 '회사는 종업원이 노동조합 가입을 거부하거나 탈퇴할 때는 즉시 해고하여야 한다'는 이른바 유니언 샵(Union Shop) 협정을 체결하였다.

(4) 그 후 청구인 배○규, 박○민, 손○석은 1998. 6. 25. 청구인 송○복, 윤○옥, 배○열,

우○훈, 김○학은 같은 달 26. 청구인 손○훈은 같은 달 28. 청구인 권○렬은 같은 해 8. 14. ○○지역택시노조를 탈퇴함과 동시에 ○○민주택시노조에 가입하였고, ○○지역택시노조는 단체협약에 따라 ○○교통 또는 □□교통에게 청구인들에 대한 해고를 요구하였으며, 이에 ○○교통과 □□교통은 청구인들이 ○○지역택시노조를 탈퇴하였다는 이유를 들어 1998. 7. 5. 청구인 배○열, 손○석을, 같은 달 11. 청구인 박○민, 우○훈, 김○학을, 같은 달 14. 청구인 윤○옥을, 같은 해 8. 17. 청구인 배○규, 손○훈, 송○복을, 같은 해 9. 3. 청구인 권○렬을 해고하였다.

(5) 그러자, 청구인들은 부산지방법원에 ○○교통 또는 □□교통을 상대로 하여 위 해고가 위법하여 무효라고 주장하면서 그 확인을 구하는 소송(부산지방법원 98가합15852, 98가합19397, 98가합19816)을 제기하였는데, 제1심법원은 1999. 7. 7. 청구인들의 청구를 인용하는 판결을 선고하였고, 이에 ○○교통과 □□교통이 항소하여(부산고등법원 99나7756, 99나7770, 99나7794) 99나7770 사건과 99나7794 사건의 항소심법원은 2000. 4. 12. 제1심판결을 취소하고 청구인 배○규 등과 청구인 권○렬의 청구를 기각하는 판결을 선고하였다. 이에 청구인 배○규 외 3인과 청구인 권○렬은 대법원에 상고를 하면서(대법원 2000다23815, 2000다23822), 그 소송에 적용될 수 있는 노동조합및노동관계조정법(이하 '노조법'이라 한다) 제81조 제2호 단서의 위헌 여부가 재판의 전제가 된다는 이유로 위헌제청신청(대법원 2000카기76, 2000카기183)을 하였는데, 대법원은 2002. 10. 25. 청구인 배○규 외 3인에 대하여, 2002. 11. 13. 청구인 권○렬에 대하여 상고를 기각하는 판결을 선고함과 아울러 위헌제청신청을 기각하였다. 한편 청구인 박○민 외 4인은 위 99나7756사건의 계속 중에 마찬가지로 노조법 제81조 제2호 단서에 대한 위헌제청신청(부산고등법원 2000카기58)을 하였으나 항소심 법원은 2003. 1. 8. 제1심판결을 취소하고 청구인 박○민 등의 청구를 기각하는 판결을 선고함과 아울러 위헌제청신청을 기각하였다(위 항소심판결은 위 청구인들이 항소하지 않아 확정되었음). 청구인 배○규 외 3인은 2002. 11. 16. 청구인 권○렬은 2002. 11. 26. 청구인 박○민 외 4인은 2003. 2. 7. 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2. 심판대상 법조문

노동조합및노동관계조정법 제81조(부당노동행위) 사용자는 다음 각 호의 1에 해당하는

행위(이하 “부당노동행위”라 한다)를 할 수 없다.

1. 생략

2. 근로자가 어느 노동조합에 가입하지 아니할 것 또는 탈퇴할 것을 고용조건으로 하거나 특정한 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 행위. 다만, 노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있을 때에는 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약의 체결은 예외로 하며, 이 경우 사용자는 근로자가 당해 노동조합에서 제명된 것을 이유로 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다.

3. 결정요지

(1) 가. 이 사건 법률조항은 노동조합의 조직유지·강화를 위하여 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하는 노동조합(이하 ‘지배적 노동조합’이라 한다)의 경우 단체협약을 매개로 한 조직강제[이른바 유니언 샵(Union Shop) 협정의 체결]을 용인하고 있다. 이 경우 근로자의 단결하지 아니할 자유와 노동조합의 적극적 단결권(조직강제권)이 충돌하게 되나, 근로자에게 보장되는 적극적 단결권이 단결하지 아니할 자유보다 특별한 의미를 갖고 있고, 노동조합의 조직강제권도 이른바 자유권을 수정하는 의미의 생존권(사회권)적 성격을 함께 가지는 만큼 근로자 개인의 자유권에 비하여 보다 특별한 가치로 보장되는 점 등을 고려하면, 노동조합의 적극적 단결권은 근로자 개인의 단결하지 않을 자유보다 중시된다고 할 것이고, 또 노동조합에게 위와 같은 조직강제권을 부여한다고 하여 이를 근로자의 단결하지 아니할 자유의 본질적인 내용을 침해하는 것으로 단정할 수는 없다.

나. 이 사건 법률조항은 단체협약을 매개로 하여 특정 노동조합에의 가입을 강제함으로써 근로자의 단결선택권과 노동조합의 집단적 단결권(조직강제권)이 충돌하는 측면이 있으나, 이러한 조직강제를 적법·유효하게 할 수 있는 노동조합의 범위를 엄격하게 제한하고 지배적 노동조합의 권한남용으로부터 개별근로자를 보호하기 위한 규정을 두고 있는 등 전체적으로 상충되는 두 기본권 사이에 합리적인 조화를 이루고 있고 그 제한에 있어서도 적정한 비례관계를 유지하고 있으며, 또 근로자의 단결선택권의 본질적인 내용을 침해하는 것으로도 볼 수 없으므로, 근로자의 단결권을 보장한 헌법 제33조 제1항에 위반되지 않는다.

(2) 노동조합의 조직강제는 조직의 유지·강화를 통하여 단일하고 결집된 교섭능력을

증진시킴으로써 궁극적으로는 근로자 전체의 지위향상에 기여하고, 특히 이 사건 법률조항은 일정한 지배적 노동조합에게만 단체협약을 매개로 한 조직강제를 제한적으로 허용하고 있는데다가 소수노동조합에게까지 이를 허용할 경우 자칫 반조합의사를 가진 사용자에 의하여 다수 근로자의 단결권을 탄압하는 도구로 악용될 우려가 있는 점 등을 고려할 때, 이 사건 법률조항이 지배적 노동조합 및 그 조합원에 비하여 소수노동조합 및 그에 가입하였거나 가입하려고 하는 근로자에 대하여 한 차별적 취급은 합리적인 이유가 있으므로 평등권을 침해하지 않는다.

III. 유니온 샵 조항의 헌법적 쟁점

1. 헌법상 단결권의 주제

단결권은 크게 개인적 단결권과 집단적 단결권으로 구분할 수 있다.²⁾ 개인적 단결권이란 개개의 근로자가 노동조합 등 단체를 결성하거나 이에 가입하고 활동함에 있어서 국가나 사용자의 부당한 개입이나 간섭을 받지 아니할 권리를 말한다.³⁾ 또한 집단적 단결권이란 근로자집단이 조직을 유지·확대하고 집단목적을 달성하기 위하여 단체를 구성할 수 있는 권리를 말한다.⁴⁾ 따라서 개인적 단결권 영역에서는 개개 근로자가 주체가 되며, 집단적 단결권 영역에서는 근로자집단이 주체가 될 수 있다.

우리나라 헌법 제33조 제1항에 의하면, “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 규정하고 있어 개인의 단결권을 보장하는 형식으로 규정되어 있다. 그러나 헌법상 단결권은 개인의 기본권으로서 개인적 단결권임과 동시에 단체의 기본권으로서 집단적 단결권의 이중적 성격을 지닌 기본권이다.⁵⁾

이에 대하여 우리나라 헌법재판소는 “헌법 제33조 제1항에 의하면 단결권의 주체는 단지 개인인 것처럼 표현되어 있지만, 만일 헌법이 개인의 단결권만을 보장하고 조직된 단체

2) R. Scholz, Koalitionsfreiheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR VI, 2001, § 151 Rn. 80 ff. 88 ff.

3) 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2012, 702면.

4) 이부하, 「헌법학원론」, 신론사, 2008, 556면.

5) 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2011, 960면.

의 권리를 인정하지 않는다면, 즉 국가가 임의로 단체의 존속과 활동을 억압할 수 있다면 개인의 단결권 보장은 무의미하게 된다. 따라서 헌법 제33조 제1항은 근로자 개인의 단결권만이 아니라 단체 자체의 단결권도 보장하고 있는 것으로 보아야 한다. 즉, 헌법 제33조 제1항의 단결권은 조직된 단체의 권리이기도 하므로, 동 규정은 근로자단체의 존속, 유지, 발전, 확장 등을 국가공권력으로부터 보장하고(단체존속의 권리), 근로자단체의 조직 및 의사형성절차에 관하여 규약의 형태로 자주적으로 결정하는 것을 보장하며(단체자치의 권리), 근로조건의 유지와 향상을 위한 근로자단체의 활동, 즉 단체교섭, 단체협약 체결, 단체행동, 단체의 선전 및 단체가입의 권유 등을 보호한다(단체활동의 권리)고 보아야 한다⁶⁾고 판시하고 있다.

2. 소극적 단결권의 헌법적 근거

(1) 단결권(헌법 제33조 제1항)설

헌법 제33조 제1항의 근로자의 단결권은 근로자가 작업환경의 유지·개선을 위한 목적으로 자주적으로 i) 노동조합 및 쟁의단체를 조직할 수 있는 자유, ii) 노동조합 및 쟁의단체에의 가입·탈퇴의 자유, iii) 노동조합 및 쟁의단체와 무관할 수 있는 소극적 단결권 등을 그 내용으로 한다.⁷⁾ 또한 단결권의 대사인적 효력은 사용자에 대한 효력과 근로자 상호간의 효력으로 나눌 수 있는데, 사용자에 대한 측면에서는 사용자가 근로자의 단결권을 침해하는 부당노동행위를 하지 못하도록 방어하는 효과가 있고, 근로자 상호간의 관계에 있어서는 특히 단체탈퇴 내지 소극적 단결권을 상호 존중해야 할 헌법적 의무를 발생시킨다.⁸⁾

헌법 제33조 제1항의 근로자의 단결권은 노동조합을 결성하거나 노동조합에 가입할 권리인 적극적 단결권뿐만 아니라, 노동조합에 가입하지 아니할 소극적 권리인 소극적 단결권도 보호하고 있다. 즉, 헌법 제33조 제1항의 근로자의 단결권은 적극적 단결권(positive Koalitionsfreiheit)과 소극적 단결권(negative Koalitionsfreiheit)의 양면을 모두 포함하고 있다.⁹⁾

6) 헌재 1999. 11. 25, 95헌마154, 판례집 제11권 2집, 555, 572-573.

7) 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2011, 528면.

8) 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2011, 529-530면.

9) 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2011, 961면; 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2012, 774면; 김학성, 「헌법학원론」, 박영사, 2012, 572면; 강희원, “유니온숍협정제도의 헌법적 정합성에 관한 일고찰”, 「경

(2) 결사의 자유(헌법 제21조 제1항)설

헌법 제33조 제1항에서 보장하는 단결권은 적극적 단결권만을 의미하는 것으로 보고, 노동조합에 가입하지 않을 권리인 소극적 단결권의 헌법적 근거로 헌법 제21조 제1항의 결사의 자유를 들고 있다.¹⁰⁾ 이 견해에 의하면, 근로자의 단결권은 국가가 적극적으로 보호·조성해야 할 생존권의 일종인 반면, 소극적 단결권은 자유권의 일종인 결사의 자유에 의해 인정된다는 것이다.¹¹⁾

(3) 일반적 행동의 자유(헌법 제10조) 내지 헌법에 열거되지 아니한 자유(헌법 제37조 제1항)설

헌법 제33조 제1항에 의해 동일하게 적극적 단결권과 소극적 단결권이 보장된다는 것은 이론상 모순일 뿐만 아니라 단결권보장의 의의나 그 역사적 전개를 고려할 때, 양자가 동일한 정도로 보장된다는 것도 논리상 무리라는 입장이다.¹²⁾ 따라서 소극적 단결권은 헌법 제33조 제1항의 내용으로서가 아니라, 일반적 행동의 자유 내지 헌법에 열거되지 아니한 자유로서 보장된다고 한다.¹³⁾

(4) 헌법재판소의 입장

우리나라 헌법재판소는 유니언 샵(Union Shop) 협정의 체결을 용인하고 있는 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제2호 단서 위헌소원심판¹⁴⁾의 결정이유에서 다음과 같이 소극적 단결권의 헌법적 근거를 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동의 자유 또는 헌법 제21조 제1항의 결사의 자유로 보고 있다.

“헌법상 보장된 근로자의 단결권은 단결할 자유만을 가리킬 뿐이고, 단결하지 아니할 자유 이른바 소극적 단결권은 이에 포함되지 않는다고 보는 것이 우리 재판소의 선례라고 할 것이다(헌재 1999. 11. 25. 98헌마141, 판례집 11-2, 614, 623-624 참조). 그렇다면 근로자가 노동조합을 결성하지 아니할 자유나 노동조합에 가입을 강제당하지 아니할 자유, 그리

「회법학」 제45권 제3호, 2010, 56면.

10) 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2010, 950면; 김철수, 「헌법학(상)」, 박영사, 2008, 1189면.

11) 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2010, 949면.

12) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010, 688면.

13) 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010, 688면; 김형배, 「노동법」, 2007, 154면; 이승욱, “노조법상 유니온숍제도(단결강제제도)의 위헌 여부”, 헌법실무연구회 제37회 발표문, 12면.

14) 헌재 2005. 11. 24, 2002헌바95.

고 가입한 노동조합을 탈퇴할 자유는 근로자에게 보장된 단결권의 내용에 포섭되는 권리로서가 아니라 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동의 자유 또는 제21조 제1항의 결사의 자유에서 그 근거를 찾을 수 있다.”¹⁵⁾

【소극적 단결권의 헌법적 근거에 관한 학설 정리】

학 설	소극적 단결권의 헌법적 근거조항	근 거
1설	단결권(헌법 제33조 제1항)설	○ 헌법 제33조 제1항의 근로자의 단결권은 적극적 단결권(positive Koalitionsfreiheit)과 소극적 단결권(negative Koalitionsfreiheit)의 양면을 모두 포함하고 있다.
2설	결사의 자유 (헌법 제21조 제1항)설	○ 근로자의 단결권은 국가가 적극적으로 보호·조성해야 할 생존권의 일종인 반면, 소극적 단결권은 자유권의 일종인 결사의 자유에 의해 인정된다.
3설	일반적 행동의 자유(헌법 제10조) 내지 헌법에 열거되지 아니한 자유(헌법 제37조 제1항)설	○ 단결권보장의 의의나 그 역사적 전개를 고려할 때, 양자가 동일한 정도로 보장된다는 것도 논리상 무리이다.
현재 결정	일반적 행동의 자유(헌법 제10조) 또는 결사의 자유(헌법 제21조 제1항)설	○ 헌법 제33조 제1항의 단결권에는 단결하지 아니할 자유 이른바 소극적 단결권은 이에 포함되지 않는다.

(5) 소결

소극적 단결권의 헌법적 근거를 헌법 제21조 제1항의 결사의 자유 또는 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동의 자유에서 구하는 견해는 적극적 단결권의 가치를 소극적 단결권의 가치 보다 더 높게 판단하는 입장이다. 이는 표면적으로는 소극적 단결권을 인정하는 듯 하지만, 적극적 단결권과 소극적 단결권이 충돌하는 상황에서는 소극적 단결권을 부정하는 결과에 이른다.¹⁶⁾

우리나라 헌법재판소는 소극적 단결권의 헌법적 근거를 헌법 제10조의 행복추구권에서

15) 현재 2005. 11. 24, 2002헌바95, 판례집 제17권 2집, 392, 401-402.

16) 김진곤, “Union Shop조항에 대한 헌법적 검토”, 『세계헌법연구』 제14권 제2호, 2008. 7, 71면.

파생되는 일반적 행동의 자유 또는 헌법 제21조 제1항의 결사의 자유에서 찾고 있다. 소극적 단결권의 헌법적 근거를 포괄적 자유권¹⁷⁾ 내지 보충적 기본권¹⁸⁾인 행복추구권에서 구하는 것은 헌법상 직접적인 근거조항인 헌법 제33조 제1항을 의식적으로 배제시키려는 의도가 존재한다고 볼 수 있다. 또한 헌법 제21조 제1항의 결사의 자유는 일반적인 표현의 자유의 주체에게 인정되는 헌법 조항임에 반하여, 헌법 제33조 제1항의 단결권은 사회적·경제적 약자인 개별 근로자에게 노동조합과 같은 근로자단체를 결성하여 사용자와 대등한 세력을 이루어 근로조건의 향상에 기여하라는 취지의 근거조항으로서 근로자라는 특별한 주체에게 인정되는 기본권이다. 이를 감안해 볼 때, 이러한 특별한 성격의 단결권을 일반적 성격의 기본권인 헌법 제21조 제1항의 결사의 자유에서 도출하는 것은 노동조합에 가입하지 않은 근로자를 노동조합에 가입한 근로자에 비해 차별적으로 불리하게 대우하려는 복선이 깔린 것이다.¹⁹⁾ 또한 헌법재판소처럼 헌법 제21조 제1항의 결사의 자유에서 소극적 단결권의 근거를 찾게 되면 이 조항의 성격이 자유권적 기본권이기 때문에 사회적·경제적 약자인 개별 근로자의 단결권을 의도적으로 배제하는 효과를 유발한다. 오히려 소극적 단결권의 근거를 사회적 기본권 조항에서 찾아야 근로자의 단결권을 제대로 보장할 수 있게 된다.

우리나라 헌법에서 규정하고 있는 단결권은 개인적 단결권을 보장할 뿐만 아니라 집단적 단결권도 보장하고 있다. 헌법상 단결권은 노동조합의 결성에 있어서 국가나 사용자에 의한 방해나 침해로부터 방어하기 위한 권리일 뿐만 아니라, 근로자 개인이 노동조합을 조직·가입·탈퇴함에 있어서 부당한 개입이나 간섭을 받지 아니할 자유를 포함하고 있다. 단결권을 헌법 제21조 제1항의 결사의 자유와 별도로 헌법 제33조 제1항에서 특별히 규정하고 있는 것은 헌법상 집단적 단결권뿐만 아니라, 개인적 단결권을 충실히 보장하기 위한 것이다. 특히 단결권을 보장하는 취지가 ‘사회적 보호기능을 담당하는 자유권’²⁰⁾으로서의

17) 헌법 제10조의 행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이 아니라 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가진다. 할 것인데(헌재 1995. 7. 21. 93헌가14, 판례집 7-2, 1, 32 참조), 이 사건에 있어서 다른 기본권을 문제 삼지 않은 채 그 내용이 정형화되어 있지 않은 포괄적 자유권인 행복추구권만을 전면에 내세워 심사하는 것은 적절하지 않다고 할 것이다(헌재 2008. 7. 31, 2004헌마1010, 판례집 제20권 2집 상, 236, 261).

18) 행복추구권은 다른 개별적 기본권이 적용되지 않는 경우에 한하여 보충적으로 적용되는 기본권으로서, 이 사건에서 제한된 기본권으로서 결사의 자유나 재산권이 고려되는 경우에는 그 적용이 배제된다고 보아야 한다(헌재 2002. 8. 29, 2000헌가5, 판례집 제14권 2집, 106, 123).

19) 같은 의견: 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2011, 961면.

20) 헌법재판소는 “근로3권은 사회적 보호기능을 담당하는 자유권 또는 사회권적 성격을 띤 자유권

특성을 지니는 것을 감안하면, 노동조합에 가입하지 아니할 권리인 소극적 단결권도 헌법 제33조 제1항에서 보장하고 있다고 사료된다. 즉, 헌법 제33조 제1항은 소극적 단결권을 보장하기 위한 헌법적 근거조항이라 할 수 있다.²¹⁾

3. 유니온 샵 조항의 개념과 구별개념

일반적으로 조합원의 지위를 고용의 조건으로 함으로써 조합원 지위의 취득과 유지를 강제하는 단체협약상의 제도를 ‘조직강제’라 한다. 조직강제의 일종으로서 사용자가 고용한 근로자는 모두 조합원이 되어야 한다는 것과 만약 고용한 근로자가 노동조합에 가입하지 않거나 조합원이 된 후에 탈퇴나 제명에 의해 조합원 자격을 상실하게 되면 사용자는 그러한 근로자를 해고해야 하는 의무를 지는 단체협약의 조항을 ‘유니온 샵(union shop) 조항’이라 한다.²²⁾ 유니온 샵 조항을 두고 있는 단체협약을 ‘유니온 샵 협정’이라 한다. 유니온 샵 협정은 조직강제의 한 유형이며, 고용시 조합원일 것을 요구하지 않지만 고용 후 일정기간내에 노동조합에 가입할 것을 단체협약으로 강제하는 제도이다.

단결강제의 인정 여부와 관련하여, 단체협약에 의한 ‘조직강제조항’이 문제된다. 조직강제조항은 조합자격의 취득 또는 유지를 근로자의 고용조건으로 하는 단체협약상의 조항을 말한다. 이에선 사용자에 의하여 고용될 근로자가 특정 노동조합에 조합원일 것 또는 어느 특정 노동조합의 조합원이 될 것을 가리지 않고 노동조합 일반에의 가입만이 강제되는 ‘일반적 조직강제조항’과 단체협약의 당사자인 특정 노동조합의 조합원이 될 것을 요구하는 ‘제한적 조직강제조항’로 나뉜다.²³⁾

유니온 샵(union shop) 협정과 구별되는 개념으로는, 이미 노동조합에 가입하고 있는 조합원을 고용 또는 계속 고용할 것을 단체협약으로 강제하므로, 비조합원은 원칙적으로 신규채용할 수 없는 ‘클로즈드 샵(closed shop) 협정’이 있다. 또한 사용자가 조합원 또는 비

이라고 말할 수 있으며, 이러한 근로3권의 성격은 국가가 단지 근로자의 단결권을 존중하고 부당한 침해를 하지 아니함으로써 보장되는 자유권적 측면인 국가로부터의 자유뿐만 아니라 근로자의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다.”고 하여 근로3권이 자유권적 성격과 사회권적 성격을 함께 갖는 기본권으로 파악하고 있다(헌재 1998. 2. 27. 94헌바13, 판례집 10-1, 32, 44-45; 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바9, 판례집 20-2상, 50, 67; 헌재 2009. 10. 29. 2007헌마1359, 판례집 제21권 2집 하, 304, 315-316).

21) 같은 의견: 김진곤, “Union Shop조항에 대한 헌법적 검토”, 「세계헌법연구」 제14권 제2호, 2008. 7, 71면.

22) 송강직, “단결강제제도의 법적 쟁점과 과제”, 「노동법연구」 제16호, 2004, 41면; 강희원, “유니온숍협정제도의 헌법적 정합성에 관한 일고찰”, 「경희법학」 제45권 제3호, 2010, 14면 이하.

23) 김형배, 「노동법」, 박영사, 2007, 156-157면.

조합원이든 상관없이 종업원으로 채용할 수 있으나, 근로조건 기타 인사·해고·승진 등에 있어서는 조합원에 우선적 특권을 부여하는 ‘격차조항’(조합원우대조항: preferential shop), 근로자들 중에는 조합가입의 의사가 없는 자에게는 조합가입이 강제되지 않으나 조합가입에 대신하여 조합비를 노동조합에 납부할 것을 계속고용의 조건으로 하는 ‘에이전시 샵’(agency shop) 협정, 노동조합 가입 여부는 근로자의 자유이지만 단체협약체결 당시에 조합원인 근로자는 계속 고용의 조건으로서 단체협약의 유효기간 동안 조합원자격을 유지해야 하고, 그 결과 노동조합으로부터 제명되거나 탈퇴되는 경우에는 해고되는 ‘조합원자격 유지’(maintenance of membership) 협정 등이 있다.²⁴⁾

4. 조직강제의 합헌성 여부

(1) 일반적 조직강제조항 및 제한적 조직강제조항 위헌설

노동조합에 가입할 자유(적극적 단결권)뿐만 아니라, 노동조합에 가입하지 않을 자유(소극적 단결권)도 단결권에 포함된다는 견해이다. 일반적 조직강제조항과 제한적 제한강제조항 모두 소극적 단결권을 침해하는 것으로 위헌이라고 판단한다. 모든 기본권은 그 기본권을 방해받지 않고 행사할 적극적인 자유와 그 기본권을 행사하지 않을 소극적인 자유를 동시에 지니고 있는데, 단결권에 있어서 유독 소극적 자유를 부정할 헌법적 근거는 없다고 주장한다. 즉, 우리 헌법 제33조의 단결권에는 자유로이 노동조합에 가입할 자유인 적극적 단결권뿐만 아니라 노동조합에 가입하지 않을 자유인 소극적 단결권도 보장하고 있다는 견해이다.²⁵⁾

(2) 제한적 조직강제조항 위헌설

단결권에는 소극적 단결권이 포함되지 않기 때문에, 일반적 조직강제조항은 유효하지만, 제한적 조직강제조항은 적극적 단결권의 한 내용인 단결선택의 자유를 침해하므로 위헌이라는 견해이다.²⁶⁾

24) 김형배, 「노동법」, 2007, 156면; 이상윤, 「노동법」, 법문사, 2008, 497-499면; 유성재, “유니온 샵(Union Shop) 협정과 소극적 단결권”, 「중앙법학」 제5집 제1호, 2003, 7면.

25) 전광석, “국가와 노동조합: 헌법적 접근”, 「한림법학」 제5권, 1996, 91면 각주 95.

26) 박상필, 「한국노동법」, 대왕사, 1993, 102-103면; 이병태, 「최신 노동법」, (주)중앙경제, 2008, 82면(“그 제한이 근로자의 단결에 대한 자유의사를 전면적으로 부정하는 조직강제는 허용될 수 없으므로 근로자에게 특정 노동조합에만 가입을 강제하는 제한적 단결강제는 인정될 수 없다”).

(3) 제한적 조직강제조항 합헌설

단결권에는 노동조합에 가입할 자유(적극적 단결권)를 보장하는 것이지, 노동조합에 가입하지 않을 자유(소극적 단결권)를 보장하는 것은 아니라는 입장이다. 그러나 근로자가 노동조합에 가입하지 않을 권리(소극적 단결권)는 헌법상 '일반적 행동의 자유'에 의거하여 보장될 수 있다는 것이다.²⁷⁾

헌법상 일반적 행동의 자유에 근거하여 노동조합에 가입하지 않을 자유(소극적 단결권)가 인정되지만, 제한적 조직강제조항은 인정될 수 있다는 것이다.²⁸⁾ 특정 노동조합에 가입을 강제하는 제한적 조직강제조항은 개별근로자의 단결선택권을 제한하는 것이지만, 이것이 곧바로 단결선택권을 침해하는 것은 아니라는 것이다. 이러한 경우 노동조합의 적극적 단결권과 개별근로자의 단결선택권간의 충돌시 양 권리간의 형량의 결과로서 단결선택권이 제한될 수 있다는 것이다.

(4) 일반적 조직강제조항 및 제한적 조직강제조항 합헌설

노동조합에 가입하지 않을 자유(소극적 단결권)가 인정될 수 없다는 의미에서 일반적 조직강제조항과 제한적 조직강제조항 모두 합헌이라는 견해이다. 헌법상 근로자의 단결권을 결사의 자유와 별도로 헌법상 기본권으로 규정한 것은 단결권의 생존권적 성격으로 인한 것이다. 근로자의 적극적 단결권을 통해 생존권의 실현이 이루어진다면 소극적 단결권을 부정하더라도 괜찮다는 것이다. 다수의 근로자가 가입된 노동조합의 권리 행사와 소수의 근로자의 단결선택권간의 충돌에 있어서 다수결의 원리에 의한 단체자치의 이념이 우선되어야 한다고 한다.²⁹⁾

제한적 조직강제조항뿐만 아니라, 일체의 조직강제조항은 근로자의 단결권 행사에 있어서 불가피한 결과로서 노동조합 자체에 의해 거부되지 않는 한 유효하다는 견해이다.³⁰⁾

(5) 소결

적극적 단결권은 소극적 단결권에 대칭되는 개념으로서, 단체의 결성·가입·탈퇴 등의

27) 이승욱, “노조법상 유니온숍제도(단결강제제도)의 위헌 여부”, 헌법실무연구회 제37회 발표문, 12면; 임종률, 「노동법」, 박영사, 2008, 71면; 권영성, 「헌법학원론」, 2010, 632면.

28) 김유성, 「노동법 II」, 1998, 29면; 김형배, 「노동법」, 2007, 157-158면.

29) 신인령, “단결선택권 보장과 그 제한의 한계 - 노동법개정 정국에 즈음한 복수노조 및 유니온숍협정 허용 여부를 둘러싼 논쟁을 중심으로 -”, 「사회과학논집」 제8집, 이화여대 법정대학, 1988, 24면 이하.

30) 백재봉, “샵(Shop)제도와 단결권론”, 「노동법의 제문제」, 김치선박사 화갑논문집, 1983, 102면.

적극적인 자유일 뿐만 아니라 노동조합에 가입하지 않을 자유가 부정됨을 내포하고 있다. 즉, 소극적 단결권을 부정하는 조직강제조항은 결사의 자유와 충돌하게 된다. 또한 개별 근로자의 단결선택권을 침해하게 된다.

특히 여기서 다루고 있는 헌법재판소 결정과 같이, 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하는 지배적 노동조합에 가입이 강제되도록 단체협약을 매개로 한 제한적 조직강제를 용인하고 있는 노동조합 및 노동관계조정법은 헌법 제33조 제1항이 보장하고 있는 근로자의 소극적 단결권을 침해하게 된다.³¹⁾

5. 유니온 샵 협정의 효력

(1) 유니온 샵 협정 체결 이전 비조합원이었던 근로자의 경우

유니온 샵 협정 체결의 조건은 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상이 특정 노동조합에 조합원으로 가입되어 있는 경우에 가능하다. 결국, 유니온 샵 협정이 체결될 때에 비조합원이었던 근로자에게 유니온 샵 협정 체결의 결과로 그 지배적 노동조합에 가입할 것을 강제할 수 있는가가 문제된다.

1) 가입강제 인정설

유니온 샵 협정은 조직력 확대 및 단결력 강화를 통한 단체교섭력의 증대 및 근로자들의 사회적·경제적 지위향상을 도모하기 위한 것이라는 점에서 유니온 샵 협정 체결 이전에 이미 고용되어 있던 비조합원의 기득권을 유니온 샵 협정에 의해 배제할 합리적인 사유가 없다는 견해이다.³²⁾

2) 가입강제 부정설

유니온 샵 협정을 근거로 근로자를 해고할 수 있는 경우는 새로 채용된 근로자가 일정기간 내에 노동조합에 가입하지 않거나 조합원으로 재직 중인 근로자가 노동조합을 탈퇴하는 경우로 한정해야 한다는 견해이다.³³⁾ 왜냐하면 유니온 샵 협정의 체결 이전에 채용된 근로자는 직장에 대한 권리로서 그 기득권을 존중해야 하기 때문에 비조합원인 근로자에

31) 같은 의견: 유성재, 「유니온 샵 협정과 소극적 단결권」, 「노사포럼」, 한국경영자총협회, 2004, 127면.

32) 송강직, 「단결권」, 삼지원, 1992, 264면.

33) 임종률, 「노동법」, 박영사, 2008, 72면; 이상윤, 「노동법」, 법문사, 2008, 851면.

대하여 유니온 샵 협정의 소급적 효력 적용은 타당하지 않다는 견해이다.³⁴⁾

3) 소결

유니온 샵 협정의 체결 이전에 채용되어 재직 중인 근로자에게 유니온 샵 협정의 효력을 소급하여 적용하게 되면 당해 근로자의 해고 결과를 초래하게 된다. 이는 유니온 샵 협정에 의해 노동조합에 가입하지 않을 자유(소극적 단결권)를 무력화하게 되고, 유니온 샵 협정의 취지인 노동조합의 조직력 확대 및 단결력 강화를 통한 단체교섭력의 증대 및 근로자들의 사회적·경제적 지위향상의 도모라는 것과 정면으로 모순되는 결과를 초래하게 된다.

복수노조가 허용되는 현행 법제도하에서도 근로자의 노동조합 가입 및 탈퇴 그리고 선택권은 법적으로 보장되어야 한다. 결국 유니온 샵 협정의 효력은 근로자의 노동조합 가입, 탈퇴, 선택권과 다른 노동조합의 단결권을 침해하지 않는 범위내에서 인정되어야 한다.

(2) 유니온 샵 협정 체결 이후 노동조합이 분열하는 경우

유니온 샵 협정은 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상으로 조직된 특정 노동조합에 의해 단체협약이 체결되는 것을 규정하는 것이다. 그런데 지배적 노동조합의 상당수 조합원이 집단적으로 탈퇴하여 그 노동조합의 조합원 수가 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 미달되는 경우 유니온 샵의 협정 효력이 문제될 수 있다.³⁵⁾

유니온 샵 협정을 허용하는 취지는 조직력 확대 및 단결력 강화를 통한 단체교섭력의 증대 및 근로자들의 사회적·경제적 지위향상을 도모하기 위한 것인데, 상당수의 조합원이 집단적으로 탈퇴한 노동조합³⁶⁾에 대해 단체협약의 체결권을 부여하고 유니온 샵의 효력을 지속적으로 받게 하는 것은 근로자의 근로조건의 유지·향상이라는 단결권의 본래 취지를 무색하게 만든다.

34) 김형배, 「노동법」, 박영사, 2007, 701면.

35) 이동희, “복수노조 하에서 유니온 샵 협정의 적용한계”, 「노동법 포럼」, 2009. 4, 226면.

36) 따라서 유니온 샵(union shop) 협정의 요건으로서 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하는 노동조합(지배적 노동조합)임은 성립요건임과 동시에 효력요건으로 이해해야 한다(피용호, “유니언 샵 협정을 허용하는 노동조합및노동관계조정법 제81조 제2호 단서의 해석론”, 「법학연구」 제21집, 한국법학회, 2006, 326면).

IV. 이 사건 헌법재판소 결정에 대한 헌법적 평가

1. 이 사건 법률조항에 의해 제한되는 기본권

노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제2호 단서는 예외적으로 노동조합의 조직강제 수단인 유니언 샵 협정의 실정법적 근거조항으로서 이러한 조직강제의 유효성을 인정하고 있다. 유니언 샵 협정의 내용도 특정한 지배적 노동조합으로의 단결강제를 예정하고 있어 해당 노동조합의 가입을 원하지 않는 개별근로자의 근로자의 단결하지 아니할 자유 또는 단결선택권 등 기본권을 제한하고 있다.

유니언 샵 협정 체결에 의한 조직강제는 그 내용에 따라 어느 적당한 노동조합에 가입할 것을 고용조건으로 하는 일반적 조직강제의 경우 근로자의 단결하지 아니할 자유만을 제한하나, 특정한 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 제한적 조직강제의 경우 근로자의 단결하지 아니할 자유뿐만 아니라 단결선택권마저 제한한다.³⁷⁾

2. 헌법재판소 결정에 대한 평가

유니온 샵(union shop) 협정 체결을 유도하는 취지는 근로자가 원칙적으로 국가나 사용자에 의한 간섭과 방해를 받지 않고 노동조합을 결성하거나 가입하거나 활동할 수 있는 자유가 있다는 것을 전제로 한다. 그런데 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제2호 단서에 의거하여, 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하는 노동조합(‘지배적 노동조합’)이 존재하는 경우에는 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약을 체결할 수 있다. 이를 유니온 샵(union shop) 협정이라 한다. “이 경우 사용자는 근로자가 그 노동조합에서 제명된 것 또는 그 노동조합을 탈퇴하여 새로 노동조합을 조직하거나 다른 노동조합에 가입한 것을 이유로 근로자에게 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다”³⁸⁾는 것이다.

유니온 샵(union shop) 협정의 효력은 고용조건에서 새로운 입사 근로자에게 일정기간 내에 ‘지배적 노동조합’에 가입할 것을 법적으로 강제당하는 것과 ‘지배적 노동조합’에 가입하고 있던 중 임의로 노동조합을 탈퇴하는 경우 사용자에게 그 근로자를 해고하도록 의

37) 현재 2005. 11. 24, 2002헌바95, 판례집 제17권 2집, 392, 400.

38) 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제2호 단서.

무39)를 부담지우는 것이다.⁴⁰⁾

단결권의 헌법적 의미는 근로자단체의 결성을 가능케 함으로써 노사관계의 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근로조건에 관한 노사간의 실질적 자치를 보장하려는 데 있다. 그런데 유니온 샵(union shop) 협정 체결로 인해 당해 사업장에 종사하는 모든 근로자가 실질적으로 지배적 노동조합 가입하여야만 하는 것은 근로자 개인이 자유롭게 단체를 결성하거나 가입하거나 탈퇴할 수 있는 권리인 개인적 단결권을 침해하는 것이다. 더 나아가 유니온 샵(union shop) 협정은 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 도모함을 목적으로 하는 단결권 본래의 취지를 무색하게 만든다.

노조법은 사실상 기업 내에 하나의 지배적 노동조합만을 단체교섭의 주체로 인정하게 되고, 유니온 샵(union shop) 협정 체결로 인해 당해 사업장에 종사하는 근로자는 그 지배적 노동조합에 가입이 강제된다. 이러한 유니온 샵(union shop) 협정은 근로자의 소극적 단결권 및 단결선택권을 침해하는 협정이 된다.

더욱이, 법률에서 하나의 지배적 노동조합의 존속을 보장하는 사업장에서 그 노동조합의 집행부가 사용자와 담합하여 노조원의 이익보다 사용자의 이익에 편승하여 노동조합을 운영하는 경우, 유니온 샵(union shop) 협정은 근로자로 하여금 유일한 노동조합을 스스로 탈퇴하여 사용자로 하여금 그러한 근로자를 해고하도록 의무지우는 수단으로 전락할 가능성이 높다.⁴¹⁾ 이는 기본적으로 노동조합의 가입과 탈퇴의 자유를 침해하는 단체협약이며, 이러한 단체협약을 강제하는 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제2호 단서는 위헌성이 높다.

39) 유니온 샵 협정에 따른 해고 문제와 해고의무에 의한 단체협약의 유효성에 관하여는 이동희, “복수노조 하에서 유니온 샵 협정의 적용한계”, 「노동법 포럼」, 2009. 4, 217면 이하 참조.

40) 단체협약에서 ‘해고할 수 있다’, ‘해고를 원칙으로 한다’, ‘노사간 협의로 해고한다’고 규정하고 있는 경우에 사용자에게 해고의 의무가 발생하는지 여부에 대하여 우리나라 대법원은 “유니온 샵 협정이 체결되어 있다면 다른 명문의 규정이 없더라도 사용자에게 해고의 의무가 발생한다”고 판시하고 있다(대판 1998. 3. 24. 선고 96누16070; 대판 2002. 10. 25. 선고 2000다23815). 또한 대법원은 “노동조합이, 노조를 탈퇴한 근로자 11명이 노조탈퇴의사를 철회하고 노조에 다시 가입하기 위한 노력을 하였음에도 불구하고 그중 일부에 대하여는 노조탈퇴의사 철회를 받아들여 노조원의 자격을 유지하게 하고도 나머지 3명에 대하여서만 이를 받아들이지 않고 회사에 대하여 해고를 요구하여 결국 회사가 이들을 해고한 것으로서, 이와 같이 노조탈퇴의사를 철회하고 노조에 다시 가입하려는 근로자에 대하여 이를 거부하고 해고되게 한 것은 노조 자체가 단결권의 정신을 저버리고 실질상 제명과 같은 효과를 발생시킨 것으로서, 노동조합법 제39조 제2호 단서에 위반될 뿐만 아니라 유니온 샵 협정에 기한 해고의 목적범위를 일탈한 것이고, 또한 11명의 탈퇴자 중 3명에 대하여서만 탈퇴의사 철회를 거부하고 해고되게 한 것은 다른 탈퇴근로자들과의 형평에도 반하여 무효”라고 판시하였다(대판 1995. 2. 28. 선고 94다15363).

41) 김진곤, “Union Shop조항에 대한 헌법적 검토”, 「세계헌법연구」 제14권 제2호, 2008. 7, 74면.

V. 결 론

1. 법률에서 '유니온 샵'(union shop) 협정 체결을 하도록 하는 근본 취지는 근로자의 단결권을 보장하기 위함이다. 다시 말하면, '유니온 샵' 조항을 통해 달성하고자 하는 것은 근로자의 단결권 보장을 통해 노동조합이 사용자와 대등한 지위에서 교섭하라는 의미이지, 조직강제를 통해 조합원이 아닌 자를 해고하고자 함이 아니다.

2. 노동조합에 가입 여부는 원칙적으로 근로자의 자유로서 헌법상 기본권이다. 이에 대해 예외적으로 조직강제가 허용될 수 있음을 인식해야 한다. 법률에 의한 근로자의 지배적 노동조합에의 강제가입은 노동조합에 가입 여부에 대한 근로자의 단결선택권 및 소극적 단결권을 침해하므로 위헌가능성이 높다. 왜냐하면 다수가 가입한 특정 노동조합('지배적 노동조합')에 가입하지 않은 근로자를 해고하는 법규정은 헌법상 근로자의 단결하지 않을 자유(소극적 단결권)와 근로자의 단결선택권을 침해하기 때문이다.

3. '유니온 샵'(union shop) 협정 체결을 허용하는 헌법적 근거가 헌법 제33조 제1항에서 도출되는 것은 아니다. '유니온 샵'(union shop) 협정 체결을 통한 조직강제를 합헌으로 보는 입장은 헌법 제33조 제1항이 소극적 단결권을 보장하지 않는다는 생각과 적극적 단결권이 소극적 단결권보다 우선하거나 적극적 단결권만을 헌법이 인정하고 있다고 해석하고 있다. 그런데 헌법 제33조 제1항에서 소극적 단결권을 부정할만한 근거를 문리적 해석으로도저히 찾기 힘들며, 소극적 단결권보다 적극적 단결권을 우선할 어떠한 법적 근거나 법해석상 원리가 발견되지 않는다. 오히려 근로자의 생존권보장이라는 측면에서 보면, '유니온 샵'(union shop) 협정에 의한 조직강제를 허용하는 법률은 소극적 단결권을 행사하는 근로자에게 해고라는 생존권 침해 문제를 유발하게 된다.

4. '유니온 샵'(union shop) 협정 체결로 인한 조직강제는 어느 정도의 근로자가 가입하여야 지배적 노동조합의 대표성을 인정할 수 있는가의 문제는 별론으로 하더라도, 당해 사업자는 유니온 샵(union shop) 협정을 통해 지배적 노동조합을 상대로만 단체협약을 하게 되고, 이는 결국 사용자가 지배적 노동조합만을 상대로 하여 단체교섭을 할 가능성을 높다. 따라서 유니온 샵 조항은 지배적 노동조합이 아닌 소수 노동조합을 지배적 노동조합에 비하여 사실적·법적으로 차별대우하는 것이다. 더욱이 이러한 차별을 정당화하려는 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제2호 단서는 소극적 단결권과 단결선택권을 침해하는 위헌

적인 법률이며, 이 법률조항은 소수 노동조합 보다 지배적 노동조합을 보호하는 것으로서 근로자의 소극적 단결권 및 단결선택권을 침해하는 차별적인 법률조항이다.

5. 노동조합 및 노동관계조정법(법률 제9930호, 2010. 1. 1) 부칙 제7조 제1항에서 2011년 6월 30일까지 사업장단위의 복수노조설립을 금지하고 있었으나, 2011년 7월 1일부터는 사업장단위의 복수노조설립이 허용되고 있다. 현재 복수노조설립이 인정되었지만, 사업장 단위에서 교섭창구 단일화 제도가 시행됨에 따라 법률상 유니언 샵 조항으로 인해 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하는 노동조합(“지배적 노동조합”)만 존재할 수 있고, 소수를 대표하는 노동조합은 고사할 수밖에 없는 처지에 놓여 있다. 이러한 상황에서 근로자의 단결선택권 및 소극적 단결권은 유명무실하게 될 가능성이 높다. 또한 복수노조설립을 허용하는 현 시점에서 노조법상의 유니온 샵 조항은 소수를 대표하는 노동조합의 적극적 단결권을 침해하게 된다. 즉, 지배적 노동조합의 적극적 단결권과 소수를 대표하는 노동조합의 적극적 단결권간의 충돌이 발생하는 상황에서 노조법은 소수를 대표하는 노동조합의 적극적 단결권을 침해하는 위헌적 법조항이 될 가능성이 높다.

■ 참고문헌

- 강희원, “유니온숍협정제도의 헌법적 정합성에 관한 일고찰”, 「경희법학」 제45권 제3호, 2010, 9면 이하.
- 김진곤, “Union Shop조항에 대한 헌법적 검토”, 「세계헌법연구」 제14권 제2호, 2008. 7, 59면 이하.
- 백재봉, “샵(Shop)제도와 단결권론”, 「노동법의 제문제」, 김치선박사 화갑논문집, 1983, 95면 이하.
- 송강직, “단결강제제도의 법적 쟁점과 과제”, 「노동법연구」 제16호, 2004, 41면 이하.
- 신인령, “단결선택권 보장과 그 제한의 한계 - 노동법개정 정국에 즈음한 복수노조 및 유니온숍협정 허용 여부를 둘러싼 논쟁을 중심으로 -”, 「사회과학논집」 제8집, 이화여대 법정대학, 1988, 24면 이하.
- 유성재, “유니언 샵(Union Shop) 협정과 소극적 단결권”, 「중앙법학」 제5집 제1호 별책, 중앙대 법학연구소, 2003, 7면 이하.
- 유성재, “유니온 샵 협정과 소극적 단결권”, 「노사포럼」, 한국경영자총협회, 2004, 126면 이하.
- 이동희, “복수노조 하에서 유니온 샵 협정의 적용한계”, 「노동법 포럼」, 2009. 4, 202면 이하.
- 이승욱, “노조법상 유니온숍제도(단결강제제도)의 위헌 여부”, 헌법실무연구회 제37회 발표문, 1면 이하.
- 전광석, “국가와 노동조합; 헌법적 접근”, 「한림법학」 제5권, 1996, 91면 이하.
- 피용호, “유니언 샵 협정을 허용하는 노동조합및노동관계조정법 제81조 제2호 단서의 해석론”, 「법학연구」 제21집, 한국법학회, 2006, 315면 이하.

- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2010.
- 김유성, 「노동법 II」, 법문사, 1998.
- 김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2010.
- 김철수, 「헌법학(상)」, 박영사, 2008.
- 김학성, 「헌법학원론」, 박영사, 2012.
- 김형배, 「노동법」, 박영사, 2007.
- 박상필, 「한국노동법」, 대왕사, 1993.
- 성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2012.
- 송강직, 「단결권」, 삼지원, 1992.
- 이병태, 「최신 노동법」, (주)중앙경제, 2008.
- 이부하, 「헌법학원론」, 신론사, 2008.
- 이상윤, 「노동법」, 법문사, 2008.
- 임종률, 「노동법」, 박영사, 2008.
- 정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2012.
- 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2011.
- 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2011.

R. Scholz, Koalitionsfreiheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR VI, 2001, § 151

【ABSTRACT】

Union Shop Clause and the Right not to Organize

Lee, Boo-Ha

Under article 81(2) of the Trade Union and Labour Relations Adjustment Act (TULRAA), a labor union(dominant union) which laborers join more two-thirds of them in a workplace can make an Union Shop Agreement. 'The union shop agreement' in TULRAA means a employer agrees to hire either labor union members or nonmembers but all non-union employees must become union members within a specified period of time or lose their jobs. There were some constitutional appeals of this clause, the Constitutional court ruled that the clause is constitutional. The union shop agreement is originally for protecting the labor's right to organize. Through the union shop agreement, the employee can bargain with the employer as equal footing. But it means not that the employer can dismiss non-union employees.

Whether join or not, it depends on labor's freedom as constitutional rights. However, compulsion of subscription to dominant union can be allowed. But compulsion of subscription to dominant union by Acts is likely to violate the constitution due to infringement of labor's rights to select an union or not to organize an union.

The Constitutional court determined that the right not to organize comes from general right to freedom of action from the right to pursue happiness in article 10 of the Constitution or freedom of association in article 22(1). But the right to organize is

especially provided in article 33(1) of the Constitution separated from freedom of association in article 22(1) of the Constitution. It intends to protect not only the right to collectively organize but also the right to personally organize. So the right not to organize comes from article 33(1) of the Constitution.

Following the article 81(2) of TULRAA, there is only dominant union which can negotiate with the employer in workplace, and the employees in that workplace should join that dominant union by union shop agreement. Therefore, the union shop clause infringes on labor's rights to select an union or not organize an union.

Key Words : union shop clause, union shop agreement, the Right not to organize, compulsion of subscription, dominant union