

## 기본권으로서의 단체교섭권에 관한 일고찰

정영훈\*

### 국문초록

이 논문은 전교조 범외노조통보사건 대법원 판결<sup>1</sup>과 “CJ대한통운 부당노동행위 사건 중노위 판정”<sup>2</sup>이 전개하고 있는 노동3권론이 헌법 제33조 제1항의 노동3권, 특히 단체교섭권에 관한 이해에 있어서 어떠한 의의를 가지는지, 그리고 어떠한 이론적 쟁점을 제기하고 있는지 등에 대해서 확인한 뒤에 그 의의를 발전시키고 문제점을 보완하기 위해서 기본권으로서 단체교섭권의 법적 구조와 보장 내용에 대해서 검토하는 것을 목적으로 한다. 단체교섭권 보장의 강화는 노동3권에 대한 이론적 심화를 바탕으로 할 때 비로소 가능하다. 이를 위해서는 헌법에서 보장된 단체교섭권의 법적 구조를 해명하고 이를 바탕으로 그 내용을 명확히 확인하여야 한다.

이 논문에서는 먼저 “전교조 범외노조통보사건 대법원 판결”과 “CJ대한통운 부당노동행위사건 중노위 판정”이 전개하고 있는 노동3권론의 의의 및 한계, 그리고 이론적 과제를 분석·검토한다(Ⅱ.). 이들 판결과 판정은 노동3권을 구체적 권리로 보면서 이를 논리적 근거로 하여 분쟁 사안을 해결하고 있다는 점에서 매우 획기적인 의의를 가지고 있다. 하지만 노동3권이 기본권으로서 어떠한 권리 내용을 가지고 있는지에 대해서는 심도있게 다루고 있지 않다는 한계가 있다. 이 점이 이 논문에서 해명하여야 할 가장 중요한 이론적 과제이다. 이 과제를 해명하기 위해서는 기본권 이론에 의거하여야 한다. 여기에서는 알렉시(R. Alexy)의 기본권이론에 근거하여 단체교섭권의 권리 내용을 구체적으로 분석할 것이다. 알렉시의 기본권 이론은 노동3권의 다양한 기능과 작용을 체계적이고 논리적으로 이해하는 데 매우 유용할 것이다. 따라서 알렉시의 기본권 이론을 간략하게 살펴본 다음에 이를 바탕으로 기본권으로서 단체교섭권이 어떻게 작용하는지, 즉 그 권리의 구조에 대해서 검토한

\* 鄭永薰: 한국노동연구원 연구위원, 법학박사(jyh1974@hanmail.net)

다(Ⅲ). 이러한 이론적 작업을 바탕으로 자유로서 단체교섭권, 방어권, 보호권, 절차 및 조직에 관한 권리로서 단체교섭권이 각각 어떠한 내용을 가지고 있는지에 대해서 검토한다(Ⅳ.). 마지막으로 이들 내용을 정리하고 향후의 과제를 확인하는 것으로 한다(Ⅴ.).

주제어: 기본권, 노동3권, 단체교섭권, 단체교섭, 단체협약, 부당노동행위, 단체교섭의무

## 목 차

- I. 서론
- II. “전교조 범외노조통보사건 대법원 판결”과  
“CJ대한통운 부당노동행위사건 중노위 판정”의  
노동3권론 검토
- III. 기본권으로서의 단체교섭권의 구조
- IV. 기본권으로서 단체교섭권의 권리 내용
- V. 결론

## I. 서론

헌법 제33조 제1항은 근로자는 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 갖는다고 하고 하여 명확히 세 개의 주관적 권리를 기술하고 있다. 이러한 기술 방식을 근거로 헌법 제33조 제1항이 단결권, 단체교섭권, 단체행동권이라는 세 개의 주관적 권리를 보장하고 있다고 한다면 헌법 제33조 제1항이 보장하는 기본권의 권리 내용이 무엇인지를 확정함에 있어서도 이들 세 권리 각각의 내용을 확정하는 것이 일반적인 방법일 것이다. 그리고 헌법 제33조 제1항이 보장하는 기본권을 제한하는 어떠한 법률조항이 존재하는 경우 그 제한의 헌법적 정당성을 심사할 때에는 먼저 당해 법률조항이 이들 세 권리 중에서 어떠한 권리를 제한하

고 있는지를 확인하고 헌법 제37조 제2항에 따라서 그 제한의 헌법적 정당성이 심사될 것이다.

그런데 기본권으로서의 단결권이나 단체행동권에 대한 이론적 논의에 비하여 단체교섭에 관한 이론적 논의는 상대적으로 빈약하다.<sup>1)</sup> 이렇게 된 가장 중요한 이유로서는 헌법 제33조 제1항의 단체교섭권 보장에서부터 논의가 시작되기보다는 노동조합법의 영역에서 단체교섭권에 관한 논의가 구체적으로 진행되기 때문이라고 할 수 있다. 이는 첫째로 단체교섭에 관한 분쟁이 노동조합법 제81조 제1항 제3호의 부당노동행위의 성립 문제로 다투어진다는 점을 들 수 있다. 기본권으로서 단체교섭권에 대한 이론적 해명은 기껏해야 이 유형의 부당노동행위 성립 여부를 판단하기 위한 전제 정도의 위상을 갖게 된다. 둘째로, 교섭창구단일화 제도가 도입된 뒤로 이러한 경향이 더욱 강해졌다는 점을 들 수 있다. 교섭창구단일화절차와 공정대표의무를 둘러싼 분쟁이 다발하는 상황에서 단체교섭권에 대한 이론적 논의는 우선 순위에서 밀리고 있다. 셋째로 교섭창구단일화제도의 헌법적합성 여부를 판단한 헌법재판소 결정<sup>2)</sup>에서 전형적으로 드러나 있는 단체교섭에 대한 인식의 타을 들 수 있다. 헌법재판소는 효율적이고 안정적인 교섭체계의 구축과 사업장 전체에 대한 근로조건의 통일적 적용과 같은 단체교섭의 기능적 역할을 강조한다. 헌법재판소는 “교섭창구단일화를 이루어 교섭에 임하게 되면 효율적이고 안정적인 교섭체계를 구축할 수 있게 됨은 물론, 교섭대표 노동조합이 획득한 협상의 결과를 동일하게 누릴 수 있어 소속 노동조합에 관계없이 조합원들의 근로조건을 통일할 수 있게 됨으로써 얻게 되는 공익”을 매우 중요하게 평가하고 있다. 단체교섭과 협약제도에 대한 독일식 이해와 미국식 이해가 착종된 듯한 이러한 이해는 기본권으로서의 단체교섭권 이론이 발전하는 데 장애가 되고 있다.

1) 기본권으로서 단체교섭권에 대한 중요한 성과로서 강선희, “단체협약 효력의 정당성 기초와 내용(고려대학교 대학원 박사학위 논문)”, 2010; 이준희, “단체교섭권에 관한 연구(고려대학교 대학원 박사학위 논문)”, 2014. 등이 있다.

2) 헌재 2012. 4. 24. 2011헌마338, 판례집 24-1하, 235, 247.

이와 같은 이론적 상황에서 단체교섭권 보장에 관한 이론적 발전의 견지에서 볼 때 주목해야 할 두 개의 법적 판단이 최근에 등장하였다. 대법원 2020.9.3. 선고 2016두32992 판결(이하 “전교조 법외노조통보사건 대법원 판결”이라고 함)과 중앙노동위원회 2021.6.2. 판정 중앙2021부노14 판정(이하 “CJ대한통운 부당노동행위사건 중노위 판정”이라고 함)이 그것이다. 위의 판결과 판정의 내용을 보면 종래의 그 어떤 법원 판결 및 노동위원회 판정보다, 심지어 헌법재판소의 결정들보다 노동3권의 보장과 그 효과에 대해서 진전된 해석론을 전개하고 있다는 점에서 노동3권 및 단체교섭권 이론의 발전에 매우 중요한 초석이 될 것으로 생각한다. 전자의 판결은 단결권 보장에 관한 것이고, 후자의 판정은 단체교섭권 보장에 관한 것이지만 후자의 판정 내용을 보면 전자의 노동3권 이론에 많은 영향을 받고 있다. 이들 판결과 판정은 노동3권에 관한 이론적 논의에서 다음의 두 가지 점을 시사한다. 첫째, 단체교섭권 보장의 강화는 노동3권 일반에 대한 이론적 심화를 바탕으로 할 때 비로소 가능하는 점이다. 둘째, 헌법에서 보장된 단체교섭권의 내용을 명확히 확인하고 그것이 국가의 작용(입법, 사법, 행정)에 의해서 구체적으로 실현되는 방식에 대한 이해를 기본권으로서의 단체교섭권의 차원에서 심화할 필요성을 환기하고 있다는 점이다.

하지만 “전교조 법외노조통보사건 대법원 판결”과 “CJ대한통운 부당노동행위 사건 중노위 판정”이 전개하고 있는 노동3권 및 단체교섭권 이론의 의의 및 과제는 학설과 판례에서 충분히 검토되지 못하고 있다.<sup>3)</sup> 이는 위의 판결과 판정의 이론적 이해가 기본권으로서의 노동3권

3) 위의 판결과 판정을 대상으로 하는 노동법학계의 연구 성과는 적지 않지만 판례 평석이 주를 이루고 있다(김영문, “전교조 합법화에 관한 판례평석”, 『노동법률』, 제353호, 2020, 64-68면; 노상헌, “전교조에 대한 법외노조 통보는 위법하다”, 『노동리뷰』, 제187호, 2020, 95-97면; 박제성, “법원은 법률이 아닌 법을 선언해야 한다 - 전교조 사건 대법원 전원합의체 판결에 대한 사설(僭說) - 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결”, 『노동법학』, 제76호, 2020, 200-207면). 이에 비해서 본격적인 학술 논문이 아직은 적은 편이다(김홍영/강주리, “택배회사를 대리점 택배기사에 대해 단체교섭의무를 지는 사용자

및 단체교섭권의 내용으로서 승인되기에는 아직 갈 길이 멀다는 것을 의미한다. 따라서 이 논문은 위의 판결과 판정이 헌법 제33조 제1항의 노동3권, 특히 단체교섭권에 관한 이해에 있어서 어떠한 의의를 가지는지, 어떠한 이론적 쟁점을 제기하고 있는지 등에 대해서 확인한 뒤에 그 의의를 발전시키고 문제점을 보완하려는 목적에서 기본권으로서 단체교섭권의 법적 구조와 권리 내용 등에 대해서 검토하고자 한다. 즉, 위의 판결과 판정이 보여주고 있는 노동3권에 대한 이해를 기본권 및 노동3권 이론 틀에서 논리적으로 설명·검토하고 이를 기초로 기본권으로서의 단체교섭권의 구조와 보장 내용을 명확하게 하는 것이다. 이 논문은 이와 같은 작업을 통해서 헌법의 가장 핵심적인 규범인 기본권으로서의 노동3권의 법적 효력이 현실적으로 관철됨으로써 ‘헌법현실’<sup>4)</sup>을 확장하는 데 기여하는 것을 궁극적인 목적으로 한다. 사회적·민주적 법치국가에서는 기본권의 법적 효력을 현실적으로 관철함으로써 ‘헌법현실’을 확장하는 것은 학계와 법조계의 핵심적 임무이자 과제<sup>5)</sup>이기 때문이다.

본 논문에서는 먼저 “전교조 법외노조통보사건 대법원 판결”과 “CJ

---

로 인정한 중앙노동위원회 판정의 의미”, 『노동법연구』, 제51호, 2021, 393-426면; 이광선, “원청을 교섭상대방으로 인정한 중노위 결정의 문제점”, 『노동법률』, 제367호, 2021, 42-46면). 그런데 전교조 법외노조통보사건 대법원 판결에 관해서 이채로운 점이 발견되는데 헌법학, 행정법학, 나아가 기초법학의 학술연구도 있다는 점이다(김선화, “법해석론의 관점에서 본 전교조 법외노조 통보처분 취소 판결 - 대법원 2016두32992 전원합의체 판결을 중심으로”, 『사법』, 제55호, 2021, 781-861면; 김중권, “전교조 법외노조통보 판결의 문제점: 대법원 2020.9.3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결”, 『인권과 정의』, 제495호, 2021, 165-184면; 장영수, “대법원 전교조 합법화 판결의 법리적 문제점”, 『고시계』, 제65권 제10호, 2020, 2-4면; 정남철, “전교조 법외노조통보처분 취소소송의 법적 쟁점과 문제점”, 『행정판례연구』, 제25권 제2호, 2020, 69-107면).

4) ‘헌법현실’의 개념은 ‘규범’과 ‘현실’의 이원적 구별과 대립이란 의미에서가 아니라 헌법규범의 현실화란 의미에서의 ‘실현된 헌법’을 의미한다(콘라드 헛세(게히열 역), 『독일헌법원론』, 박영사, 2001, 31면.

5) 김주환, “구조화 법규범이론과 그 방법론”, 『헌법논총』, 제12집, 2001, 444면.

대한통운 부당노동행위사건 중노위 판정”이 전개하고 있는 노동3권론의 의의 및 문제점, 그리고 이론적 과제를 분석·분석한다(Ⅱ.). 이러한 과제를 검토하기 위한 이론적 작업으로서 기본권으로서 기본권으로서의 단체교섭권의 구조에 관해서 검토한다(Ⅲ.). 이러한 이론적 작업을 바탕으로 기본권으로서 권리 내용에 대해서 검토한다(Ⅳ.). 마지막으로 이들 내용을 정리하고 향후의 과제를 확인하는 것으로 한다(Ⅴ.).

## Ⅱ. “전교조 법외노조통보사건 대법원 판결”과 “CJ대한통운 부당노동행위사건 중노위 판정”의 노동3권론 검토

### 1. “전교조 법외노조통보사건 대법원 판결”의 노동3권론 검토

#### (1) 다수의견<sup>6)</sup>의 노동3권론의 의의와 문제점

##### 1) 의의

다수의견이 취하고 있는 논증의 핵심은 법외노조 통보에 관한 노동조합 시행령 제9조 제2항은 헌법상 법률유보의 원칙에 위반되어 그 자체로 무효이므로 그에 기초한 위 법외노조 통보는 법적 근거를 상실하여 위법하다는 것이다. 다수의견은 이 논증구조에서 핵심적인 논거로서 노동3권에 관한 이론을 전개하고 있다. 다수의견의 노동3권론에서 주목되는 점은 크게 두 가지이다. 첫째는 “노동3권은 법률의 제정이라는 국

6) 이 사건 대법원 판결에는 다수의견 외에도 대법관 2인의 별개 의견(대법관 김재형 대법관, 대법관 안철상), 대법관 2인의 반대의견(대법관 이기택, 대법관 이동원), 그리고 다수의견에 대해서 대법관 5인의 보충의견(대법관 박정화, 대법관 민유숙, 대법관 노정희, 대법관 김상환, 대법관 노태약)이 존재한다. 그만큼 이 사건 사안에는 이론적으로 풀기 어려운 쟁점이 여러 법학 영역에 걸쳐서 존재하고 있다는 점을 잘 보여준다. 하지만 이 논문의 관심은 노동3권론에 있기 때문에 노동3권에 관한 흥미로운이론을 전개하고 있는 다수의견과 대법관 김재형의 별개의견만을 검토하는 것으로 한다.

가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리”라고 법적 성격을 명확히 규정한 점이다. 둘째는 “노동조합법상 노동조합으로 인정되는지 여부는 헌법상 노동3권의 실질적인 행사를 위한 필수적 전제”가 되고 있고, 결국 “법외노조 통보는 형식적으로는 노동조합법에 의한 특별한 보호만을 제거하는 것처럼 보이지만 실질적으로는 헌법이 보장하는 노동3권을 본질적으로 제약하는 결과를 초래한다.”는 판단이다. 다수의견의 노동3권론은 “법외노조 통보”가 “헌법상 노동3권을 본질적으로 제한”하는 중대한 침입적 처분이라는 점을 논증하는 위한 논거로서 제시된 것이라고 할 수 있다.

다수의견의 이와 같은 노동3권에 대한 이해는 노동3권을 사회적 기본권으로 보려는 이해 또는 “자유권적 기본권으로서의 성격보다는 생존권 내지 사회권적 기본권으로서의 측면이 보다 강한 것”이라는 이해<sup>7)</sup>에 조종을 울리고 노동3권 보장 강화를 위한 논의의 초석이 될 것이라는 점에서 매우 큰 의의가 있다. 소위 노동3권의 법적 성격론에 있어서 노동3권을 “구체적 권리”라고 파악한 견해<sup>8)</sup>는 일찍부터 있었지만, 법원의 판결이 이를 전면적으로 명확히 인정한 것은 처음일 것이다. 사립학교 교원의 노동운동을 금지한 법조항의 헌법적합성이 다투어진 사건의 헌법재판소 결정<sup>9)</sup>이 보여주듯이 노동3권에 사회권적 성격을 인정하려는 시도는 노동3권의 보장을 실질적으로 강화하는 데 기여하기보다는 노동3권의 제한을 정당화하는 논거로 활용됨으로써 오히려 노동3권의 보장을 약화시킬 위험성을 안고 있다.<sup>10)</sup> 이러한 위험성의 극단적인 버

7) 헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 420.

8) 김유성, 『노동법 II』, 법문사, 1996, 20면; 임종률, 『노동법』, 박영사, 2020, 22면.

9) 헌재 1991.7.22. 89헌가106, 판례집 3, 387.

10) 강희원, “근로자의 쟁의(행위)권의 행사와 공공복리”, 『헌법실무연구』, 제3권, 2002, 108면; 김선수, 『헌법의 현장에서』, 오월의 봄, 2018, 347-348면; 이흥재, “근로3권에 대한 헌법재판소 판례의 검토”, 『서울대학교 법학』, 제43권 제2호, 2002, 249면; 정태호, “사회적 기본권과 헌법재판소의 판례”, 헌법논총, 제9집, 1998, 622면

전이 바로 구노동조합법 제81조 제2호의 유니온샵조항의 위헌성을 부정한 헌법재판소 결정<sup>11)</sup>이다. 이 결정에서는 근로자가 노동조합을 결성하지 아니할 자유나 노동조합에 가입을 강제당하지 아니할 자유, 그리고 가입한 노동조합을 탈퇴할 자유(이른바 소극적 단결의 자유)는 근로자에게 보장된 단결권의 내용에 포섭되는 권리로서가 아니라 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동의 자유 또는 제21조 제1항의 결사의 자유에서 그 근거를 찾을 수 있다고 하면서 소극적 단결의 자유 박탈을 합헌이라고 논증하기 위해서 노동3권의 사회권적 성격을 핵심적인 논거로 활용하고 있다. 헌법재판소가 노동3권에 사회적 기본권성을 인정함으로써 근로자의 자유를 극단적으로 억압하는 상황이 정당화되는 결과가 초래된 것이다.

## 2) 문제점

다수의견의 노동3권에 대한 이해와 결론에 이르는 논증은 노동3권의 발전에서 중요한 의의가 있다는 점은 틀림없지만, 각각의 논거들을 전체 논증 구조에서 살펴보면 논리적으로 의아한 점이 발견된다.

첫째로 다수의견은 노동3권을 법률의 제정이라는 국가의 개입이 없이도 그 자체로서 실현될 수 있는 권리라고 하면서도 마치 헌법상 노동3권이 실질적으로 행사될 수 있기 위해서는 ‘노동조합법상 노동조합’으로 인정될 수 있어야 한다고 한다. 이를 다소 거칠게 읽어보면 노동3권은 노동조합“법”이라는 입법부가 국회의원의 과반수로 제정한 법률이 있어야만 비로소 제대로 기능할 수 있는 기본권이라고 읽힐 수 있다. 나아가 다수의견은 “법외노조가 되더라도 노동조합으로서의 지위 자체를 상실하는 것은 아니므로 노동3권의 일반적인 행사는 가능하다”고 하면서도 “결국 법외노조 통보는 형식적으로는 노동조합법에 의한 특별한 보호만”을 제거하는 것이 아니라 “실질적으로는 헌법이 보장하는 노동3권을 본질적으로 제약”하는 것이라고도 한다. 이렇게 보면 노동조합법

<sup>11)</sup> 헌재 1991.7.22. 89헌가106, 판례집 3, 387.

없는 노동3권의 헌법적 보장은 별다른 의미가 없는 것처럼 이해된다. 이는 마치 노동3권이 노동조합법에서 규정하고 있는 많은 보호나 권한 등이 있어야만 현실적으로 보장될 수 있는 기본권이라는 이해로 빠져들게 한다. 기본권으로서의 자유가 ‘제도 속의 자유’로 변질되어서는 아니 된다는 점에서 이와 같은 논리를 어떻게 이해할 것인지에 대한 검토가 필요할 것이다. 이러한 변질의 위험성은 노동3권을 사회적 기본권 또는 생존권적 기본권으로서 이해하는 태도에서 이미 확인된 바 있기 때문이다.<sup>12)</sup>

이렇게 보면 “헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리”라는 것은 도대체 무엇을 의미하는 것인가라는 의문을 가지게 한다. 이와 같은 의문은 다수의견이 법외노조도 노동3권의 일반적인 행사가 가능하다고 하면서도 법외노조의 통보는 헌법상 노동3권을 본질적으로 제한한다는 판단하고 있는 점에서 더욱 강해진다. 법외노조의 통보가 노동3권을 본질적으로 제한하는 상황에서 법외노조도 노동3권을 일반적으로 행사할 수 있다는 이해는 논리적으로 모순이기 때문이다. “헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리”가 왜 이토록 입법부가 제정한 법률에 의존하여서만이 보장될 수 있는 것인지라는 의문이 들지 않을 수 없다.

“노동3권은 ... 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리”라는 노동3권에 대한 이해는 CJ대한통운 부당노동행위 사건 중노위 판정에서도 “2) 관련 법리”의 첫머리에 등장할 정도로 매우 중요한 의의가 부여되고 있기 때문에 노동3권이 “직접 법규범으로서” 누구에게 어떠한 내용의 효력을 발휘할 수 있는가가 구체적으로 해명될 필요성이 제기된다.<sup>13)</sup>

12) 노동3권을 사회적 기본권으로 이해하는 태도에 대한 비판에 대해서는 정영훈, “헌법재판 30년과 노동권 보장”, 저스티스 제170권 제3호, 2019, 104-107면; 정태호(1998), 앞의 논문, 622면.

13) 이와 같은 문제의식으로서 박제성, 앞의 논문, 202-203면.

## (2) 대법관 김재형의 별개의견의 의의

대법관 김재형의 별개의견이 다수의견 및 다른 별개의견, 반대의견에 비하여 특별히 주목되는 이유는 이 의견에서 밝히고 있는 것처럼 “문제의 핵심을 우회”하거나 “문제의 핵심을 비켜”가면서 결론을 도출하지 않고 문제의 본질을 확인하고 그에 대한 해결 방안을 제시하고자 하기 때문이다. 이 별개의견은 구 노동조합법(법률 제17864호, 2021. 1. 5., 일부개정 이전의 법률) 제2조 제4호 라목의 해석에 있어서 노동3권을 고려하여 “실질적인 법형성적 기능”을 통해서 문제를 해결하고자 한다. 이 별개의견은 이것을 “실질적 법치주의의 요청”이라고 한다.

이 별개의견에서도 가장 주목되는 점은 노동3권의 보장 내용과 취지에 맞게 “법”을 선언한다는 논리이다.<sup>14)</sup> 특정한 상황에서 노동3권이 보장되는 것이 실질적 법치주의에 의해서 요구되는 경우에는 실제 개별 법률의 상황에도 불구하고 개별 법률상의 법적 지위를 인정할 수 있다는 것이다. 이 별개의견은 이것이 “법률”이 아니라 “법”을 선언하는 것이라고 한다. 이와 같은 내용의 “법”을 선언할 수 있는 것은 명확히 노동3권이라는 기본권이라는 “법”이 있기 때문이다. 기본권 규범을 통해서 “있어야 할 법”을 확인하고 개별 법률상의 법적 지위를 확인하고 있는 것이라고 할 수 있다. 이를 이 사건에서 말하면, 노동3권이라는 기본권 규범을 통해서 이 사건과 같은 상황에서 ‘있어야 할 법’을, 즉 노동조합법상의 노동조합으로서의 법적 지위를 선언한 것이라고 할 것이다. 이러한 점은 “그 실질이 ‘근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 위한 단체’일 수밖에 없는 결사를 단지 현직 근

14) 대법관 김재형의 별개의견과 대법관 안상철의 별개의견의 의의에 대해서 전자는 드위킨의 법원리론적 법해석론을, 후자는 하트의 법실증주의적 법해석론을 기초로 하고 있지만, 구체적인 논증의 국면에서는 법해석의 준거가 될 ‘법원리’를 탐색하는 과정에서, 그리고 수익적 행정행위의 철회 제한에 관한 사법재량이 적절하게 행사되었는지를 비교·교량하는 과정에서 법현실주의적 법해석론과 결합함으로써 양자가 수렴하고 있다는 평가도 있다(김선화, 앞의 논문, 852면).

로자 외에 해직 근로자가 구성원으로 포함되어 있다는 사정만으로 단결권의 보호대상에서 제외하는 것은 헌법의 취지에 어긋난다.”라는 설시에서도 잘 드러나 있다. 단결권에서 의해서 보호되는 결사체는 실정법상의 법적 지위도 가진다는 것을 법의 선언을 통해서 확인하고 있는 것이다. 물론, 대법관 김재형의 별개의견은 현재 존재하는 노동조합법을 전제로 그 노동조합법상의 법적 지위를 승인하고 있다는 점에서 볼 때 법을 선언한다고 하지만 완전한 무(無)의 상황에서 유(有)를 창조하는 수준의 법형성을 의도하는 것은 아닐 것이다.

이와 같이 법의 선언을 통한 문제 해결 방식은 노동3권을 “헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리”라고 보는 이해와 상당히 친화적이라고 할 수 있다. 이렇게 보면 이 별개의견은 노동3권의 내용을 보다 적극적으로 이해하고 해석할 수 있는 가능성을 높인다.

## 2. “CJ대한통운 부당노동행위 사건 중노위 판정”의 단체교섭권론 검토

### (1) 의의

전교조 법외노조통보사건 대법원 판결은 그 사안이 연혁적·개념적으로 자유의 본질적 특성이 강한 단결권의 보장에 관한 것이기 때문에 “직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리”라는 단결권의 법적 성격론에 입각하여 결론을 논증하기가 상대적으로 용이한 점이 있다. 이 점은 전교조 법외노조통보사건 대법원 판결의 다수의견이 단결권에 있어서는 ‘국가에 의한 자유’가 아니라 ‘국가로부터의 자유’가 보다 강조되어야 하기 때문에 노동관계법령을 입법할 때에는 이러한 단결권의 헌법적 의미와 직접적 규범력을 존중하여야 하고, 이렇게 입법된 법령의 집행과 해석에 있어서도 단결권의 본질과 가치가 훼손되지 않도록 하여야 한다고 실시하고 있는 점에서도 잘 나타나 있다. 개인의 행위 가능성을 보장하는 것을 본질로 하는 자유권은 이러한 행위 가능성

에 대한 국가의 개입과 간섭에 대한 방어, 즉 배제를 주된 기능으로 가지고 있기 때문에 당해 자유권적 기본권이 보호하는 행위 가능성을 국가가 제한하는 행위를 하였을 경우에 자유권적 기본권은 법규범으로서 국가의 제한 행위를 배제하는 효력을 발휘한다. 여기서 기본권에 의해서 보호되는 행위 가능성의 영역<sup>15)</sup>은 해당 기본권의 해석에서 확정될 수 있고<sup>16)</sup>, 따라서 그 가능성에 대한 국가의 제한 행위도 쉽게 확인될 수 있다는 점에서 자유와 그에 대한 방어권은 언제나 “구체적인” 권리라고 할 수 있다. 이는 자유권이 가장 잘 보장되는 상태는 기본권에 의해서 보호되는 행위 가능성의 영역에 대해서 국가가 개입하지 않는 상태를 의미한다는 점에서 역시 구체적인 권리로서의 직접적인 규범력을 확인하는 것이 매우 용이하다. 하지만 단결권에 비하여 단체교섭권은 그 실질적인 보장과 실현에서 있어서 ‘국가로부터의 자유’ 못지않게 ‘국가에 의한 자유’도 중요할 수 있다는 점에서 구체적인 권리로서의 직접적인 규범력의 내용이 무엇인지를 밝히고 그 법적 효력을 관철하기 위한 이론 구성이 상대적으로 어렵다.

이와 같은 이론적 여건에서 CJ대한통운 부당노동행위사건 중노위 판정은 종래 현대중공업 사건 대법원 판결<sup>17)</sup>이 제시한 법리를 단체교섭 의무를 지는 사용자 여부에 관한 판단에 적용하여 근로조건을 실질적으로 지배할 수 있는 지위에 있는 원청이 단체교섭 의무를 지는 사용자

15) 이러한 영역을 헌법재판소는 보호영역(Schutzbereich))이라고 부른다. 보호영역의 밖에 있는 행위는 당해 기본권에 의해서 보호되지 못하기 때문에 각 기본권의 보호영역을 확정하는 것은 매우 중요하다(최갑선, “자유권적 기본권의 침해여부 판단구조 및 판단기준”, 헌법논총 제10집, 1999, 389면). 개인의 행위가 이러한 보호영역에 속한다고 하는 것은 개인의 행위가 일단 헌법적으로 보호된다고 추정되는 것을 의미하며, 만약 국가가 기본권의 보호영역을 제한하는 경우 국가는 그 제한의 정당성을 입증할 의무를 지기 때문에 보호영역을 확정하는 문제는 자유권의 보장에 있어서 매우 중요한 의미가 있다(한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2020, 431면).

16) 어떠한 행위가 기본권에 의해서 보호되는 영역에 포함되는지를 확정하는 문제에 대해서는 김하열, 『헌법강의』, 박영사, 2018, pp.266-268을 참조.

17) 대법원 2010. 3. 25 선고 2007두8881 판결.

라는 것을 인정하고 있다. 직접적인 고용관계가 없는 원청의 단체교섭 의무를 인정하였기 때문에 단체교섭권 보장을 강화하였다는 점에서 큰 의의가 있다.<sup>18)19)</sup> CJ대한통운 부당노동행위 사건 중노위 판정은 기본권으로서의 단체교섭권의 해석으로부터 노동조합법상 단체교섭 의무를 부담하는 사용자의 범위를 정하고 이에 비추어 이 사건 CJ대한통운이 노동조합법상 단체교섭 의무를 부담하는 사용자인지 여부를 논증하고 있다는 점에서 구체적인 권리로서 단체교섭권의 직접적인 규범력의 내용이 무엇인지에 관한 문제를 풀어나갈 중요한 이론적 실마리를 제공하고 있다. 단체교섭권은 ‘노동조건을 결정할 수 있는 자’와 교섭할 관한 권리이기 때문에, 여기서 ‘노동조건을 결정할 수 있는 자’가 누구인지, 즉 사용자가 누구지에 관한 해석은 헌법 제33조 제1항의 단체교섭권의 권리 내용에 관한 해석이다. 이와 같은 해석이 없으면 “직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리”라는 이해는 공염불에 지나지 않을 것이다.

이 사건 판정은 이에 관한 중요한 해석을 전개하고 있다. 이 사건 판정은 “이와 같이 해석하지 않는다면, 원사업주가 아닌 사업주가 노동조

18) 하급심 중에는 하청 노동조합에 대한 원청의 단체교섭 의무에 관한 가처분 사건에서 이를 인정한 결정이 있다(서울남부지방법원 2007.12.10. 선고 2007카합2731 결정, 대구고법 2007.4.5. 선고 2006노595 결정; 대전지방법원 2011.10.6. 선고 2011카합782 결정 등). 하지만 본안 사건 판결 중에서는 원청의 단체교섭 의무를 인정하지 않은 사례도 있다(울산지방법원 2018.4.12. 선고 2017가합20070 판결, 부산고등법원 2018.11.14. 선고 2018나53149 판결).

19) 참고로 중앙노동위원회는 2020. 5. 20. 민주노총 소속 전국금속노조(중앙2020조정24 전국금속노동조합 노동쟁의 조정신청 사건), 전국공공운수사회서비스노조(중앙2020조정23 전국공공운수사회서비스노동조합 노동쟁의 조정신청 사건), 전국민주연합노조(중앙2020조정25 전국민주연합노동조합 노동쟁의 조정신청 사건)가 사내하청 근로자의 교섭요구를 거부한 원청 사용자를 상대로 중앙노동위원회에 노동쟁의 조정을 신청한 사건에서 이들 간의 분쟁을 노조법상 노동관계 당사자의 노동쟁의라 단정하기 어려워 조정대상이 아니라고 판단하였다. 이들 사건의 판단 내용을 보면 중노위는 대법원 2010. 3. 25 선고 2007두8881 판결의 법리를 적용하여 이들 사건의 원청과 노조가 노조법상 노동관계 당사자 관계에 있는지를 판단하고 있음을 알 수 있다.

건 등을 일정 부분 지배·결정함에도 불구하고 근로자는 자신의 노동조건 등에 대해 단체교섭권을 행사할 수 없게 되고, 그 노동조건 등에 대한 근로자의 단체교섭권이 본질적으로 제약된다.”라고 하고 있다. 여기에서 ‘단체교섭권의 본질적 제약’의 언급은 “원사업주가 아닌 사업주가 노동조건 등을 일정 부분 지배·결정”하는 사업주라면 단체교섭의무가 있는 사용자에게 포함되어 있다는 것을 전제로 하지 않으면 논리적으로 성립할 수 없을 것이다. 즉, 이러한 사업주가 사용자의 개념에 포함되어 있어야만, 그것도 본질적인 부분을 구성하고 있어야만 단체교섭권이 라는 기본권의 “본질”적 내용에 대한 “제약”을 언급할 수 있는 것이다. 다음의 기술도 동일하게 이해될 수 있다. “노동조합법상 사용자를 근로계약관계 내지 사용종속적 노무제공계약관계에 있는 원사업주로 한정하는 것은 법률상 명시적·구체적인 근거나 위임 등이 없이 노동3권의 헌법적 의미와 직접적 규범력이 제한되는 부당한 결과를 초래한다.”고 한다. 즉, 노동조합법상 사용자의 범위를 근로계약을 체결하고 있는 사업주(이른바 원사업주)로 제한적으로 이해하는 것은 곧 노동3권의 직접적 규범력을 제한한다는 것인데, 이는 논리적으로 볼 때 직접적 규범력의 범위에는 ‘원사업주가 아닌 사업주로서 노동조건 등을 일정 부분 지배·결정’하는 사업주도 단체교섭의 상대방으로서의 사용자라는 점이 포함되어 있다는 것을 전제로 하여야만 성립할 수 있을 것이다.

이상과 같이 이 사건 판정은 단체교섭권의 권리 내용이 무엇인지를 확인하고 이로부터 단체교섭의 사용자 범위를 확정함으로써 기본권으로서의 단체교섭권을 풍부하게 해석할 수 있는 가능성을 논리적으로 아주 잘 보여주고 있다. 실제 사례에서 기본권으로서의 단체교섭권이 그 구체적인 내용을 바탕으로 법적 권리로서 효력을 발휘할 수 있다는 점을 보여주고 있는 것이다. 더구나 이와 같은 단체교섭권론에 따라서 직접 노무제공계약관계가 없는 사업자와 노무제공자 사이에 단체교섭관계를 인정하고 전자가 후자의 사용자라는 점을 인정한 점은 기본권으로서의 단체교섭권의 확대·강화에 크게 기여할 수 있을 것이다.

## (2) 문제점

이상과 같은 의의에도 불구하고 이 판정의 단체교섭권론은 논리적인 면에서 다소 불안정하다. 이러한 불안정의 가장 큰 원인은 기본권으로서 단체교섭권을 ‘직접 범규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리’라고 하면서도 이러한 권리 내용을 구성하는 핵심적인 요소인 “사용자”의 범위에 대해서 먼저 밝히지 않고 있기 때문이다. 노동조합법 제81조 제1항 제3호의 사용자의 의미를 해석하기에 앞에서 헌법 제33조 제1항의 단체교섭권의 권리 내용을 구성하는 “사용자”의 범위를 먼저 명확히 하고, 이를 대전제로 논증을 전개하였어야 했다. 기본권으로서의 단체교섭권의 권리 내용을 명확히 하고 이를 대전제 삼아서 논증하지 않으면 국회의원의 과반수 동의에 의해서 개폐되는 법률의 규정 내용에 의해서 헌법이 규정하는 기본권의 권리 내용이 좌우될 위험성이 있다.

다음으로 드는 의문은 “근로자와 직접 근로계약 내지 사용종속적 노무제공계약을 체결한 원사업주가 아닌 사업주가 부분적이다라든 원사업주 소속 근로자의 기본적인 노동조건 등을 지배·결정하는 법률적 또는 사실적인 권한과 책임을 가지는 이상 그 권한과 책임에 상응하여 노동조합법상 사용자로서 단체교섭 의무를 부담”한다고 해석하지 않으면 단체교섭권이 침해되는 결과가 된다는 평가와 관련된 것이다. 이와 같은 평가가 가능하려면 ‘사용자의 교섭 의무’가 기본권으로서 단체교섭권의 권리 내용을 이루고 있다고 하여야 한다. 사법상 의무이든 공법상 의무이든 교섭 의무가 단체교섭권의 권리 내용에 포함되어야 할 것이다. ‘근로자와 직접 근로계약 내지 사용종속적 노무제공계약을 체결한 원사업주가 아니지만 부분적이다라든 원사업주 소속 근로자의 기본적인 노동조건 등을 지배·결정하는 법률적 또는 사실적인 권한과 책임을 가지는 사업주’도 헌법 제33조 제1항의 단체교섭권의 권리 내용에 있어서 사용자에 포함된다는 것과 교섭 의무가 단체교섭권의 권리 내용에 포함된다는 것은 각각 구별하여 확인되어야 한다. 이 문제는 단체교섭응낙가처분을 인정하는 법적 근거에 관련된 것이기도 한데, 이 판정에서는

단체교섭권의 침해라고 단언함으로써 마치 ‘사용자의 교섭 의무’가 기본권으로서 단체교섭권의 권리 내용에 포함되어 있다는 점을 이미 전제하고 있는 듯하다.

셋째로 단체교섭권의 권리 내용 중에서 본질적 영역과 그 주변적 영역의 구분에 관한 의문이다. 이는 단순히 용어 사용법의 엄밀성 부족이라고 볼 수도 있겠지만, 기본권의 보장 내용과 제한의 정당화에 있어서 그 본질은 매우 중요한 의미를 가진다. 이 판정에서는 ‘단체교섭권이 본질적으로 제약’된다고 하고 있는데, ‘근로자와 직접 근로계약 내지 사용종속적 노무제공계약을 체결한 사용자’와의 단체교섭 및 단체협약 체결이 헌법 제33조 제1항의 단체교섭의 본질적인 영역에 속하고, ‘부분적이더라도 원사업주 소속 근로자의 기본적인 노동조건 등을 지배·결정하는 법률적 또는 사실적인 권한과 책임을 가지는 사업주’와 단체교섭 등은 주변적 영역에 속할 수도 있는 것이다. ‘사용자의 교섭 의무’가 기본권으로서 단체교섭권의 권리 내용에 속한다고 하더라도 이것은 본질적 영역이 아니라 그 주변적 영역일 수도 있는 것이다.

### 3. “전교조 법외노조통보사건 대법원 판결”과 “CJ대한통운 부당노동행위사건 중노위판정”이 단체교섭권론에 제기하는 과제

이상에서 검토한 결과로부터 볼 때 두 판결과 판정으로부터 기본권으로서 단체교섭권론에 있어서 다음과 같은 과제를 확인할 수 있다.

첫째는 오래된 쟁점으로 헌법 제33조 제1항의 헌법적 개념으로서의 근로자, 사용자, 근로조건 등의 개념을 해석하는 문제이다. CJ대한통운 부당노동행위사건 중노위 판정은 기본권으로서의 단체교섭권에 관한 이론적 접근으로부터 사용자 개념을 확대하였다는 점에서 큰 의의가 있다. 기본권으로서 노동3권 및 단체교섭권의 보호영역을 넓게 해석할 수 있는 단초를 제시하고 있다. 이러한 해석적 노력은 변화하는 노동현실과 노동3권이라는 법규범 간의 간극을 좁힘으로써 노동3권의 규범력을

유지하도록 기여하였다는 점에서 매우 중요한 의미가 있다.<sup>20)</sup> 헌법이 제정된 이후 상당한 시간의 경과에 따른 헌법환경의 변화, 즉 변화된 헌법현실을 긍정적으로 평가하는 가운데 헌법규범과 헌법현실 사이에 벌어진 지나친 간극을 축소할 필요가 있는 것이다.<sup>21)</sup> 이러한 간극을 방치하면 헌법과 기본권에 대한 불신으로 이어질 수 있기 때문에 헌법과 기본권의 규범적 효력을 유지할 수 없다.

둘째로는 역시 오래된 쟁점으로서 노동3권 제한의 헌법적 정당성의 판단에 있어서 자유의 최대 보장의 원칙에 맞게 제한의 정당성을 엄격하게 인정할 수 있도록 논증을 강화하는 것이다. 특히 노동3권의 침해 여부를 심사함에 있어서 헌법재판소가 논증을 치밀하게 하지 않는 경향에 대해서는 철저한 비판이 필요하다. 2017년의 청원경찰법사건 결정<sup>22)</sup>, 교수노조사건 결정<sup>23)</sup>, 경비원조의 부당노동행위에 관한 사건 결정<sup>24)</sup>과 같이 종래와는 달리 논증을 엄밀하게 하면서 노동3권 침해를 긍정한 결정도 있지만, 이러한 예는 여전히 소수에 불과하다. 심지어 교원노조법 제2조가 전국교직원노동조합의 단결권을 침해하는지를 심사한 결정<sup>25)</sup>을 보면 헌법적 문제를 법률의 해석·적용의 차원으로 격하시켜 법원에 떠미는 듯한 태도를 취함으로써 노동3권 보장에 있어서 별다른 역할을 하지 못하였다. 전교조 법외노조통보사건 대법원 판결과 CJ대한통운 부당노동행위사건 중노위 판정은 상대적으로 진전된 이해

20) 법규범과 그 규범의 현실(사실)이 완전히 일치할 수 있다는 것은 매우 극단적인 가정에 불과하다(권영성, “헌법규범과 헌법현실 - 국가학과 헌법학의 대상으로서의 -”, 『서울대학교 법학』, 제37권 제1호, 1977, 116면(권영성 교수는 헌법학의 과제를 “헌법규범과 헌법현실과의 대립관계 내지 충돌이 헌법의 합리적이고 적절한(sachgemäß) 해석을 통해서 지양되게끔 규범체계와 헌법현실을 헌법의 영역에서 서로 결합시키는 것”이어야 한다고 한다). 이는 헌법규범과 헌법현실(Verfassungswirklichkeit)과의 관계도 마찬가지이다.

21) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2017, 48면.

22) 헌재 2017. 9. 28. 2015헌마653, 판례집 29-2상, 485.

23) 헌재 2018. 8. 30. 2015헌가38, 판례집 30-2, 206.

24) 헌재 2018. 5. 31. 2012헌바90, 공보 제260호, 825.

25) 헌재 2015. 5. 28. 2013헌마671 등, 판례집 27-1하, 33.

와 논증을 하고 있지만, 위에서 본 바와 같이 일정 부분 논증의 공백이 있다.

셋째로는 노동조합법에서는 노동3권의 보호와 촉진 등을 위한 다양한 제도적 요소들을 규정하고 있는 점, 그리고 이러한 제도 위에서 노동3권이 기능하는 상황을 어떻게 이해할 것인지를 논하는 점이다. 앞에서도 언급한 것처럼 단결권, 단체교섭권, 단체행동권이 방어권으로서 기능하는 장면에서는 이들 기본권은 “법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘”할 수 있다고 할 수 있다. 그러나 부당노동행위제도나 단체협약제도와 같은 제도적 요소들을 구체적인 권리의 내용에 어떻게 포섭할 수 있을 것인지는 기본권이론을 바탕으로 심도 있는 검토가 필요하다. CJ대한통운 부당노동행위사건 중노위 판정에 관한 검토에서 지적한 것처럼 이론적인 측면에서 나타나는 불안정함도 이러한 심도 있는 이론적 검토를 통해서 극복될 수 있을 것이다. 사용자의 개념 확대는 첫 번째 과제이지만, 사용자의 응낙의무나 확대된 사용자의 의무를 구체적으로 권리를 내용으로 포섭할 수 있는지는 세 번째 과제에 해당할 것이다.

아래에서는 본 논문의 주제인 단체교섭권을 중심으로 이상의 세 가지 과제에 대해서 검토하는데, 단체교섭권의 권리 내용을 해석하여 체계적으로 확인하기 위해서는 주관적 권리인 기본권에 관한 이해가 필요하다. 즉 기본권이론이 필요하다. 권리에 관한 이론들은 많지만, 아래에서는 알렉시(Robert Alexy)의 기본권이론을 바탕으로 단체교섭권의 구조에 대해서 검토한다.<sup>26)</sup>

26) 알렉시(Robert Alexy)의 기본권이론에 관한 저서인 『기본권이론』(이준일역, 한길사, 2007)를 보면 벤담(Jeremy Bentham), 예링(Rudolf von Jhering), 엘리네크(Georg Jellinek), 호펠드(Wesley Newcomb Hohfeld) 등의 권리 이론으로부터 적지 않은 영향을 받았음을 알 수 있다; 호펠드의 권리론에 따라서 단체교섭권을 분석한 연구로서는 孫昌熹, “団体交渉の法的構造：その權利性の分析を中心にして”(上智大學 博士학위논문), 1977; 孫昌熹, “団体交渉の法的構造-1：その權利性の分析を中心にして”, 『日本労働協會雜誌』, No.19(7), 1977, 19~33면.

### Ⅲ. 기본권으로서의 단체교섭권의 구조

#### 1. 주관적 권리로서의 기본권의 구조에 대한 알렉시(Alexy)의 이해<sup>27)</sup>

##### (1) 자유·권리·권한

알렉시(Alexy)는 일상적 또는 전문적 언어로 “권리(subjektive Rechte)”라고 불리는 것에 대해서 세 가지의 “법적 기본적 지위(rechtliche Grundposition)”로 나누어 분석하는데, 이것이 자유(Freiheit), 권리(Recht auf etwas), 권한(Kompetenz)이다. 기본권도 권리가기 때문에 권리라는 것이 무엇인지를 분석하는 것이 필수적이다.

자유라는 법적 지위란 일정한 행위를 할 수도 있고 하지 않을 수도 있는 자유로운 결정의 상태, 즉 자유방임의 상태에서 개인이 누리는 주관적 지위라고 한다. 이러한 상황은 누군가의 저해 행위가 없는 것에 의해서 충족된다. 국가의 부작위만이 필요한 것이다. 이러한 의미에서 법적 자유는 소극적 자유이다. 자유는 법적인 자유 상황 그 자체를 의미하기 때문에 이에 대한 저지나 방해가 있는 경우에 이를 배제할 수 있는 법적 지위를 포함하지 않는다. 알렉시는 이러한 자유를 “보강되지 않은 자유(unbewehrte Freiheit)”라고 부른다. 하지만, 보강되지 않은 자유라고 하여 이 자유에 대한 보호가 전혀 없다는 것을 의미하지 않는다. 즉, 보강되지 않은 자유는 ‘권리’와 ‘권한’이라는 법적 지위와 결합함으로써 직접적으로 보강될 수 있다고 한다(이른바 보강된 자유(bewehrte Freiheit)).

다음으로 권리는 상대방에게 어떠한 행위를 요구하는 법적 지위인데, 행위의 유형에 따라서 소극적 행위(부작위)를 요구하는 권리, 적극적 행위(작위)를 요구하는 권리, 평등권으로 구분된다. 알렉시는 부작위를 요

27) 이하의 내용은 로베르트 알렉시, 앞의 책, 230-299면을 정리한 것이다.

구하는 권리를 방어권(Abrwehrrecht)이라고 하고 작위를 요구하는 권리를 급부권(Leistungsrecht)이라고 한다.<sup>28)</sup> 이들 권리 중에서 단체교섭권에 대한 이해와 가장 밀접한 관련이 있는 것이 급부권이기 때문에 아래에서는 급부권에 대해서만 간단하게 살펴본다. 급부권은 권리의 대상에 따라서 사실적 급부권(Recht auf eine faktische positive Handlung)과 규범적 급부권(Recht auf staatliche Normsetzungsakte)으로 구분된다. 사실적 급부권은 국가의 사실적인 적극적 행위를 내용으로 하는데 여기서 사실적인 적극적 행위는 현금·현물·시설·서비스 등과 같은 행위이다. 그리고 규범적 급부권은 국가의 규범적인 적극적 행위를 작위의 내용으로 하는데, 규범적 적극적 행위란 입법행위, 즉 법률제정행위를 말한다. 다음으로 급부권은 그 내용에 따라서 ‘보호권’, ‘조직과 절차에 관한 권리’, ‘좁은 의미의 급부권’으로 나뉜다. 보호권이란 국가가 기본권 주체를 제3자의 제약으로부터 보호하도록 기본권 주체가 국가에 대해서 사실적 행위 또는 규범적 행위를 청구하는 것이다. 이러한 기본권 주체의 권리에 상응하여 국가는 기본권을 보호할 의무를 진다. 조직과 절차에 관한 권리는 그 대상에 따라서 네 가지로 나뉜다. 첫째로 사법(私法)상의 행위에 관한 중요한 규정과 사법(私法)상의 법적 지위에 대한 성립, 변경, 소멸에 관한 중요한 사항에 관한 입법을 요구하는 권리이다. 둘째로, 기본권을 효과적으로 보장하기 위한 행정절차나 사법(司法)절차에 관한 입법을 요구하는 권리이다. 셋째로 기본권이 조직적인 형태로 이루어지는 경우(결사의 자유, 언론의 자유, 학문의 자유 등)에 그 조직이 기본권 실현에 적합한 조직이 될 수 있도록 입법을 요구하는 권리이다. 넷째로 국가의사형성의 절차에 필수적인 입법을 요구하는 권리이다. 마지막으로 ‘좁은 의미의 급부권’이란 개인이 충분한 재정적 수단을 가지고 있고 시장에 공급만 충분하다면 시장의 사인(私人)에게서도 구매할

28) 알렉시는 소극적 행위에 관한 권리, 즉 방어권을 행위의 비저해에 관한 권리, 권리 주체의 특성과 상황에 대한 불간섭·불침범에 관한 권리, 법적 지위의 비박탈에 관한 권리로 구분한다.

수 있는 것을 대상으로 하여 이의 급부를 국가에 청구하는 권리이다. 이 급부권은 사실적인 적극적인 행위를 대상으로 하는 것으로서 알렉시는 이를 ‘사회적 기본권’이라고 한다.

권한이라고 하는 법적 지위란 법적 상태를 변화시킬 수 있도록 법적으로 부여된 권능을 말한다. 권한에는 사법(私法)적 권한도 있고 공법적 권한도 있다. 권한은 법적 상황의 변경을 이끌어내는 법적 행위의 가능성에 대한 보장이라는 점에서 단순히 행위의 가능성을 보장하는 자유와 구별되고, 상대방에게 소극적 행위나 적극적인 행위를 요구하는 것도 아니기 때문에 권리와도 구별된다.

## (2) 자유·권리·권한의 총체로서의 기본권

이상의 자유, 권리, 권한이라는 법적 지위를 기본권의 차원에서 이야기하면 기본권적 지위라고 할 수 있다. 그런데 이들 세 가지 법적 지위는 상호 밀접하게 연관되어 있다. ‘보장된 자유’에서 언급한 바와 같이 자유는 권리 및 권한과 결합할 때에 완전한 것이 된다. 즉, 권리와 권한이 자유와 결합할 때 자유는 더욱 확장될 수 있다. 이 점은 우리가 흔히 기본권이라고 부를 때 세 가지의 개별적 법적 지위의 총체로서의 기본권(Grundrecht als Ganzes)을 상정하고 있다는 점에서도 쉽게 알 수 있다. 예를 들어 표현의 자유나 결사의 자유와 같은 기본권에 대해서 말할 때 보통 이들 세 개의 개별적인 법적 지위 중에 어느 하나에 대해서 말하는 것이 아니라 이들 개별적 지위의 총체로서의 기본권을 말하는 것이다.<sup>29)30)</sup>

29) 호펠트는 권리라는 용어가 각각 독특성을 가지는 네 가지 법률적 관계를 지칭하는 것으로 사용되고 있으며 각각의 용법에 논리적으로 대응하는 관계개념이 있다고 하는데, 이 네 가자의 권리 형식은 청구권(claim-rights), 자유(liberty), 권한(Powers), 면제권(immunities)이다(호펠트의 권리 이론에 관한 자세한 소개로는 김도균, “법적 권리에 관한 연구(I)”, 서울대학교 법학, 제43권 제4호, 2002 182-195면). 호펠트는 특정한 권리가 이들 네 개의 권리 형식 중에 어느 하나로 이해될 수 있지만, 어느 하나의 형식으로만 해석하고 추론한다면 잘못

물론 이것이 헌법의 어느 조항에서 규정하고 있는 어떠한 기본권에 이들 세 가지 법적 지위가 모두 결합되어 있다는 것을 의미하는 것은 아니다. 어떠한 법적 지위가 개별 기본권에 결합하고 있는지는 당해 기본권 조항의 문언, 입법사, 헌법 제정자의 의도, 헌법의 전체 기본권 체계 등을 바탕으로 판단하여야 할 것이다. 여기서 특히 중요한 것은 앞에서 본 바와 같이 ‘권리’라는 법적 지위는 매우 다양하기 때문에 당해 기본권 조항에 어떠한 유형의 권리라는 법적 지위가 포함되어 있는지를 헌법 해석을 통해서 판단하여야 한다.<sup>31)</sup> 즉, ‘보호권’, ‘조직과 절차에 관한 권리’, ‘좁은 의미의 급부권(사회적 기본권)’중에 어떠한 권리가 당해 기본권에 결합되어 있는지를 판단하는 것이다.

### (3) 알렉시의 기본권 이론의 의의

알렉시의 기본권이론의 가장 큰 특징 중에 하나는 기본권의 다양한 주관적인 법적 지위를 논증하고 있는 것이다. 알렉시는 기본권의 객관적 규범 내지 가치질서의 내용이라고 이해되는 국가의 기본권보호의무, 제도보장, 기본권의 제3자적 효력 등<sup>32)</sup>도 보호권 등과 같은 주관적 법적 지위의 측면에서 체계적으로 파악하고 설명한다. 이와 같은 기본권 이론은 다양한 행위를 대상으로 다양한 기본권적 지위가 하나의 기본권

---

된 결론에 이를 수 있음을 경계하였다(조성민, 『권리의 근거 - 호펠트의 권리 유형에 따른 계약론적 접근』, 한국학술정보, 2021, 8, 55면).

30) 개별적 지위의 총체로서 기본권 관념은 국제인권법 이론에서도 발견된다(김하열, 앞의 책, 195-197면). 즉, 적극적 권리와 소극적 권리의 이분법을 극복하고 기본권에 대응하는 국가의 의무를 기본권 존중(respect)·보호(protect)·실현(fulfill)으로 구성하여 기본권의 통합적으로 이해하는 것이다.

31) 김하열, 앞의 책, 196면.

32) 기본권이 개인의 주관적 권리일 뿐만 아니라 객관적 가치질서(또는 개관적 규범)이라는 점(이론상 기본권의 이중성 또는 양면성)에 대해서는 현재 학설과 판례에서 이론이 없다(김하열, 앞의 책, 191-192면). 기본권의 객관적 규범 또는 객관적 가치질서의 내용에 관한 설명으로는 정문식, 『독일헌법 기본권 일반론』, 전남대학교출판부, 2009, 58-86면.

조항에서 규정하고 있는 기본권에 결합됨으로써 당해 기본권의 권리 내용을 풍부하게 이해할 수 있도록 한다. 물론 국가의 기본권보호의무 등이 객관적 법규범(또는 객관적 가치질서)에서 유래하는 것이라고 이해하여도 이러한 의무 등은 법적으로 직접 국가를 구속하는 효력이 부인되는 것은 아니다.<sup>33)</sup> 그러나 그것을 주관적 법적 지위, 즉, 권리로 이해할 때 더 많은 실현 가능성이 있다는 점은 매우 중요하다.<sup>34)</sup>

종래의 노동3권에 관한 논의를 보면 노동3권에 결합되어 있는 다양한 주관적 기본권적 지위를 자유권과 사회적 기본권이라고 하는 기존의 기본권 분류 방식에 따라서 일률적으로 어느 하나에 귀속시키는 방법으로 노동3권을 이해하는 태도가 강하다.<sup>35)36)</sup> 이러한 태도는 근로자의 결사체의 권리로서 노동3권에 결합되어 있는 주관적인 기본권적 지위와 다양한 적극적 행위에 관한 권리의 내용을 체계적으로 탐구하여 기술하기보다는 노동3권의 법적 성질, 노동3권의 효과, 노동3권의 내용을 나

33) 헌법재판소는 국가의 기본권 보호의무를 기본권의 객관적 가치질서의 내용이라고 이해한다(헌재 1995. 6. 29. 93헌바45, 판례집 7-1, 873, 879-880(“국민의 기본권은 국가권력에 의하여 침해되어서는 아니된다는 의미에서 소극적 방어권으로서의 의미를 가지고 있을 뿐만 아니라, 헌법 제10조에서 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 선언함으로써, 국가는 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 보호할 의무를 부담하고 있다는 의미에서 기본권은 국가권력에 대한 객관적 규범 내지 가치질서로서의 의미를 함께 갖는다. 객관적 가치질서로서의 기본권은 입법·사법·행정의 모든 국가기능의 방향을 제시하는 지침으로서 작용하므로, 국가기관에게 기본권의 객관적 내용을 실현할 의무를 부여한다.”).

34) 알렉시, 앞의 책, 532면(“아주 일반적으로 말해서 주관적 권리를 인정하는 것이 단순히 객관적 명령으로만 규정하는 것보다 더 최대로 실현될 수 있다”); 이준일, 『헌법학강의』, 홍문사, 291면(“기본권은 국민의 권리로 이해되는 경우에 국가의 의무로 이해되는 경우보다 최대실현의 요청에 더 가까이 접근할 수 있다”).

35) 노동3권의 성격론을 둘러싼 논의 상황에 대해서는 정영훈, 『헌법상 근로3권 보장과 제한의 한계』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2013, 12-26면

36) 노동3권의 객관적 법규범(또는 객관적 가치질서)으로부터 사인에 대한 제3자적 효력을 인정하는 것이 통설이지만, 직접적용설과 간접적용설을 둘러싸고 여전히 논란이 있다.

누어서 기술하는 경향으로 이어진다. 이러한 기술 방식에서 노동3권의 권리 내용에 관한 기술은 노동3권의 법적 성질 및 효과에 관한 기술과 논리적으로 밀접하게 연결되지 못한다. 나아가 노동3권이 근로자 또는 근로자의 결사체의 주관적 권리임에도 그 범규범적 내용을 권리의 문법이 아니라 객관적 의무의 문법으로 기술하는 경우도 발견된다.<sup>37)38)39)</sup> 대법원과 중앙노동위원회는 종래의 이러한 성격론과 결부된 노동3권에 대한 이해와 결별하고 노동3권을 ‘법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 범규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적인 권리’라고 한 점에서 큰 의의가 있지만, 앞에선 본 바와 같이 역시 “직접 범규범으로 효력”을 발휘한다는 점이 무엇을 의미하는지에 대해서 해석론적 과제를 남겼다.

이와 같은 이론적 상황에서 알렉시의 기본권이론은 노동3권을 기본권이론에 입각하여 노동3권이라는 기본권이 어떠한 주관적 기본권적 지위의 총체인지를 체계적으로 잘 이해할 수 있도록 한다는 점에서 큰 의의가 있다. 이와 같은 체계적인 이해는 노동3권의 권리 내용을 파악

37) 임종률, 앞의 책, 23면(“노동3권은 국가가 그 정책 목표인 집단적 자치를 허용·조성하기 위한 입법조치를 할 의무가 있음을 선언하면서 그와 같은 입법을 수권하는 효과를 지닌다”).

38) 이와 같이 노동3권의 범규범적 내용을 국가의 의무로 기술하는 경향은 사회적 기본권을 이른바 ‘추상적 권리’로 이해하는 태도의 쌍생이자 잔재라고도 할 수 있다. 추상적 권리설은 과거 헌법학계의 지배적 견해였다고 평가되었지만(권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2011, 648면), 적어도 현행 헌법에서 헌법재판을 규정하여 헌법소원심판이 도입된 1988년 이후로는 소위 사회적 기본권에 관한 헌법소원심판이 활발히 제기되면서 학계에서 자취를 감추었다고 할 수 있다.

39) 사회적 기본권을 주관적 권리로 보지 않고 객관적 의무로 보는 견해가 존재한다(한수웅, 앞의 책, 935-940면). 객관적 의무설을 취하는 견해는 헌법 조항에서 권리의 형태로 사회적 기본권이 기술되어 있다고 하더라도 사회적 기본권은 주관적 권리로서 관철될 수 없기 때문에 이들 조항은 주관적 권리를 보장하고 있는 기본권 조항이 아니라 입법부를 법적으로 구속하는 국가목표조항이자 입법위임조항으로 본다. 종래 독일 학계에서도 이러한 이해가 상당히 유력하였다(정태호, “원리로서의 사회적 기본권”, 『법과 인간의 존엄(청암정경식박사 화갑기념논문집)』, 박영사, 1997, 248-250면).

하는 데도 도움이 될 것이다.

## 2. 주관적 권리로서 단체교섭권의 구조

### (1) 자유·권리·권한의 총체로서의 단체교섭권

앞에서 본 바와 같이 알렉시는 기본권이라고 하는 주관적 법적 지위를 자유, 권리, 권한으로 나누어서 분석하였고, 기본권을 이들 주관적 기본권적 지위의 총체로서 이해하였다. 따라서 헌법 제33조 제1항에서 규정하고 있는 ‘단체교섭권’에 대해서도 이들 세 주관적 법적 지위가 결합되어 있는지가 검토되어야 한다.

먼저 단체교섭권에 있어서 단체교섭권의 주체가 근로조건에 관해서 사용자와 교섭할 수도 있고 하지 않을 수도 있는 결정의 자유가 결합되어 있음은 별다른 논증이 필요 없을 정도로 쉽게 파악할 수 있다.

이에 비하여 권리의 경우에는 위에서 본 바와 같이 권리의 대상에 따라서 다양한 권리로 분류되기 때문에 검토도 필요하다. 위에서 본 권리의 유형 중에서 그나마 가장 쉽게 긍정될 수 있는 것은 방어권이다. 자유라는 법적 지위가 결합되어 있다면 이 자유는 제1차적으로 방어권에 의해서 보장되지 않으면 실질적으로 보장될 수 없을 것이기 때문이다.<sup>40)</sup> 이와 같이 방어권은 소극적 행위를 대상으로 하기 것이 때문에 소극적 자유를 본질로 하는 법적 자유와 표리부동의 관계를 가진다.

하지만 적극적 행위를 대상으로 하는 급부권의 경우에는 좀 더 검토가 필요하다. 알렉시는 급부권을 ‘보호권’, ‘조직과 절차에 관한 권리’, ‘좁은 의미의 급부권’으로 분류하고 있는데, 개념적으로 볼 때 이 중에서 좁은 의미의 급부권은 단체교섭권과 결합되기는 어려울 것이다. 위에서 본 바와 같이 좁은 의미의 급부권을 충분한 재정적 수단을 가지고 있고 시장에 공급만 충분하다면 시장의 사인(私人)에게서도 구매할

40) 이준일, 앞의 책, 290면.

수 있는 것을 대상으로 하여 이의 급부를 국가에 청구하는 권리라고 보는 이상 단체교섭권 보장의 역사와 취지로부터 볼 때 단체교섭의 자유와 권한이 국가에 대한 현금·현물·시설·서비스 등과 같은 사실적 행위를 요구할 수 있는 권리에 의해 보장된다고 이해되기는 어렵다.<sup>41)</sup> 이와 같은 의미에서 단체교섭을 포함한 노동3권에 사회적 기본권은 결합되어 있다고 볼 수 없을 것이다.

‘좁은 의미의 급부권’에 비하여 보호권은 단체교섭권과 결합되어 있음을 비교적 쉽게 논증할 수 있을 것이다. 보호권은 그 대상에 있어서 생명과 건강뿐만 아니라 개인의 존엄, 자유, 가족, 재산 등 기본권의 측면에서 보호할만한 가치가 있는 모든 것을 보호법익으로 하며, 그 보호의 방법·형태도 형법규범, 불법행위 규범, 소송법 규범, 행정행위 규범 등 매우 다양하기 때문이다.<sup>42)</sup> 단체교섭권은 특히 사용자라고 하는 제3자에 의하여 단체교섭권 주체가 제약을 받을 가능성이 매우 높고, 이러한 제약에 대해서 국가가 적절하고 충분한 보호규범을 입법하지 않으면 단체교섭권은 실질적으로 보장되기 어렵기 때문에 단체교섭권에 보호권이 결합되는 것이 정당화된다. 그런데 여기에서 보호권과 관련하여 핵심적인 것은 단체교섭권에 보호권이 결합되어 있는지 여부보다는 이 보호권이 단체교섭권의 보장에 있어서 보호하고자 하는 법적 이익이 무엇이고 그 보호의 방법·형태가 무엇인지이다. 특히 그 보호의 법적 방법·형태가 무엇인지를 특정하는 것은 매우 어렵다. 예를 들어 부당노동행위에 대한 형사처벌과 구제명령은 단체교섭권에 관한 보호권을 구체화한 것이라고 말하는 경우에도<sup>43)</sup> 부당노동행위에 대해서 형사처벌이라는 제재가 없는 상황이 보호권을 침해하는 것이라고 할 수 있는지는 보호권이라고 하는 급부권의 침해 여부에 관한 면밀한 검토가 필요하다. 이는 보호권으로서의 권리 내용이 무엇인지와 그것의 침해 여부를 판단하

41) 이준일, 앞의 책, 754-755면.

42) 알렉시, 앞의 책, 527-528면.

43) 이준일, 앞의 책, 752면.

는 것은 다른 차원이라는 것을 의미하는데, 이에 대해서 단체교섭권의 권리 내용을 검토하면서 살펴본다.

마지막으로 ‘조직과 절차에 관한 권리’에 대해서 보면, 위에서 본 조직과 절차에 관한 네 가지의 권리 중에서 ‘기본권에 합치하는 조직 규범을 제정하도록 요구하는 권리’와 ‘국가의사형성의 절차에 필수적인 입법을 요구하는 권리’는 단체교섭권과 결합된다고 보기 어렵다. 근로조건에 관한 단체교섭의 실시와 단체협약의 체결을 통한 근로조건의 규율에 있어서 ‘조직’이라는 것은 별다른 의미를 갖지 못하며, 단체교섭은 국가의 사형성과는 무관하기 때문이다. 하지만 사법적 권한(privatrechtliche Kompetenzen)에 관한 권리와 사법 및 행정절차(Gerichtliche und behördliche Verfahren)에 관한 권리는 단체교섭권과 매우 밀접하게 결합될 것이다. 전자에 관해서 보면 단체교섭에서 있어서는 근로자와 사용자 간의 법적 관계를 노사자치에 따라서 형성할 수 있는 절차가 매우 중요하다는 점, 구체적으로는 단체협약을 통해서 근로자가 사법적 지위를 획득할 법적 가능성과 획득된 지위는 기본권에 의해서 보호되어야 한다는 점에서 볼 때 사법적 권한에 관한 권리는 단체교섭권과 결합되어야 한다.<sup>44)</sup> 단결권 및 단체행동권에 비하여 협약자치가 규범적 복합

44) 독일의 학설을 보면, 기본법 제9조 제3항이 보장하고 있는 단결의 자유(Koalitionsfreiheit)의 내용에 국가에 대한 방어권뿐만 아니라 단결의 자유에 대한 국가의 보호나 단결의 자유가 그 보장의 목적에 맞도록 실질적 기능을 하기 위한 법규범의 형성도 포함된다고 보는 것이 지배적인 견해이다. 여기서 협약자치를 실현하기 위한 법규범의 제정에 관해서 효력의 근거에 대해서는 견해가 나뉜다. 객관법적 내용으로 보는 견해(Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, München 2006, S. 2053f; “특히 단결체의 활동의 자유로 분류되는 이른바 ‘단체협약의 자유’는 객관적 법적 차원을 갖는다.”), 객관법적 내용의 하나인 제도보장으로 보는 견해(M. Kemper, M. Kemper, Art. 9, in : v. Mangoldt/Klein/Starck(Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl., München 2010, Rdnr. 84; “규범설정권(Normsetzungsrecht)의 보장에 의해서 권한을 의미하는 전형적인 “법적인 능력(rechtliches Können)”이 보장되는 단체협약의 자유는 전통적인 의미에서의 제도보장을 포함한다.”), 주관적 권리 내용으로 보는 견해(Höfling, Art. 9, in : Michael Sachs(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl., München 2009, Rdnr. 77f; “기본법 제9조 제

체라는 점에서 사법적 권한에 관한 권리는 단체교섭권에서 필수적으로 결합되어야 한다. 다음으로 사법 및 행정절차에 관한 권리는 본질적으로 기본권 주체의 실체적인 권리를 효과적인 보호에 관한 권리이기 때문에 실체적인 권리로서 단체교섭권과 결합된다고 할 것이다. 이러한 결합은 노동3권이라는 실체적 권리에 대한 효과적인 보호와 보호의 증대를 위해서는 절차규범이 필요하다는 점에서 더 잘 이해될 수 있을 것이다. 물론 이로부터 노동3권의 보호를 위한 어떠한 특별한 사법절차나 특별한 행정절차에 관한 권리가 확정적으로 요구될 수 있는 것은 아니다. 위에서 보호권의 침해 여부에서 언급한 것처럼 노동3권의 보호를 위한 어떤 특별한 사법절차나 특별한 행정절차의 부재나 불비가 사법 및 행정절차에 관한 권리를 침해하는 것이라고 단언할 수는 없는 것이다.

단체교섭권에는 자유와 권리라는 주관적인 기본권적 지위에 더하여 권한도 당연히 존재한다. 단체교섭권에 권한이라라는 법적 지위가 박탈된다면, 단체교섭을 요구하거나 단체협약을 체결할 수도 없다.<sup>45)</sup> 나아가 단체교섭권을 효과적으로 보호하기 위한 부당노동행위구제제도와 같은 행정절차에서 침해의 배제 등과 같은 보호를 요구할 수도 없을 것이다.

---

3항은 기본법에서 보장되는 내용의 실현을 위하여 절대적으로 필요한 규범의 형성과 통용에 관한 주관적 권리를 보장한다. 협약자치 및 쟁의행위는 법적 형성을 필요로 한다. 단결체에게 규범적 규정의 설정에 관한 권한(Befugnis)을 부여하는 협약자체에 있어서 이점은 명백하다.”)가 그것이다

- 45) 헌법재판소는 “비록 헌법이 위 조항에서 ‘단체협약체결권’을 명시하여 규정하고 있지 않다고 하더라도 근로조건의 향상을 위한 근로자 및 그 단체의 본질적인 활동의 자유인 ‘단체교섭권’에는 단체협약체결권이 포함되어 있다고 보아야 한다.”고 하고 있는데(헌법재판소 1998.2.27. 94헌바13등, 판례집 10-1, 32, 42), 이러한 이해는 단체교섭권에 권한이라는 주관적 기본권적 지위가 결합하고 있다는 것이 전제되어 있는 것이다.

## (2) 단체교섭권이 “구체적 권리”라는 것의 의미

이상에서 검토한 바와 같이 기본권, 즉 주관적 기본권적 법적 지위는 ‘법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리’가 아니다. 물론 보는 관점에서 따라서는 국가의 적극적 행위 없이 기본권 주체가 누릴 수 있는 기본권적 법적 지위는 ‘자유’와 ‘방어권’ 밖에 없다고 생각할 수도 있을 것이다. 앞서서도 본 바와 같이 ‘자유’라는 주관적인 기본권적 지위는 국가의 방임상태를 의미하고, 방어권은 이러한 방임상태에 대한 국가의 개입에 대한 배제를 요구하는 기능을 하기 때문이다. 그러나 급부권에 대해서 보았듯이 이 권리는 처음부터 사실적 행위든 규범적 행위든 국가의 적극적인 행위를 권리의 객체로 하는 것이고, 이러한 권리는 헌법재판이라는 사법절차를 통해서 그 침해에 대한 구제가 가능하기 때문에 ‘법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있다’고 할 수 있다. 아마도 독일 등과 같이 법원의 재판이 헌법소원의 대상이었다면 이 점은 더욱 완전하게 명확했을 것이다. 사실 자유와 방어권조차도 그에 대한 침해를 배제하기 위해서는 국가가 입법한 사법적 절차에 따라서 침해의 배제를 주장하여야 한다는 점에서 보면, 법률의 제정이라는 국가의 개입 없이 비로소 실현될 수 있는 권리라는 것은 존재하지 않을 것이다. 계약의 자유도 계약에 관한 사법적 권한을 국가가 입법하지 않으면 비로소 실현될 수 없는 것도 마찬가지다.

따라서 주관적 권리로서의 기본권을 ‘법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 권리’라고 하는 말은 그 법적 지위가 주관적인 기본권적 지위임이 부정되지 않는 이상 너무나도 당연한 것이다. 만약 헌법의 규정만으로는 직접 법규범적으로 효력을 발휘할 수 없다고 한다면 그 헌법 규정은 본래 기본권 규정이 아닌 것이다. 결국 중요한 것은 단체교섭권을 ‘법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 권리’라고 할 때 이러한 주관적인 기본권적 지위에 근거하여 기본권 주체가 국가에 대해

서 무엇을 주장할 수 있는지, 보다 정확하게는 사법적 절차를 통해서 국가에 대해서 무엇을 관철할 수 있느냐이다. 단체교섭권을 비롯한 노동3권이 “구체적인 권리”라는 점은 바로 여기서 더욱 명확히 드러날 것이다. 이하에서는 지면의 제약이 있기 때문에 알렉시의 원리모델에 따라서 단체교섭권에 있어서 방어권과 보호권·절차 및 조직권에 관한 권리의 내용이 무엇인지에 관해서 관련 쟁점을 중심으로 살펴본다.

#### IV. 기본권으로서 단체교섭권의 권리 내용

##### 1. 알렉시의 원리모델에 따른 기본권의 권리 내용에 관한 이해<sup>46)</sup>

앞에서 언급한 바와 같이 기본권적 법적 지위가 어떠한 내용을 가지고 있는지와 그것의 침해 여부를 판단하는 것은 다르다. 이는 기본권의 권리 내용에 있어서 국가에 대해서 주장될 수 있는 것과 실제로 관철될 수 있는 것이 다르다는 점을 의미한다. 이는 자유에 대한 방어권이 라고 하여 다르지 않다. 물론 생명권과 같은 절대적 권리는 다를 수 있지만, 거의 모든 기본권은 이러한 속성을 가지고 있다.

이러한 점을 알렉시의 원리모델에 의한 기본권론은 이러한 점을 잘 이해할 수 있도록 해준다. 알렉시는 방어권이나 급부권 모두 법적 가능성과 사실적 가능성에 따라서 ‘상대적으로’ 최대한 실현되기를 요구하는 규범, 즉 최적화 명령(Optimierungsgebot)으로서의 “원리(Prinzipien)”로 이해한다. 이러한 원리로서의 기본권은 그와 충돌하는 사실적 가능성 및 법적 가능성과의 형량을 거친 뒤에야 권리의 “확정적 내용”이 도출된다고 한다. 즉, 알렉시는 원리로서의 기본권은 일단 잠정적으로

46) 알렉시의 원리모델에 관해서는 자세한 것은 이준일, “사회적 기본권”, 『헌법학연구』 제10권 제1호, 2004, 461-470면; 정태호(1997), 앞의 논문, 246-251면; 알렉시, 앞의 책, 584-602면.

(prima facie) 개인에게 주관적 권리를 부여하지만, 이는 어디까지나 잠정적인 것이고, 그것이 확정적인 것으로 되려면 충돌하는 사실적 및 법적 원칙과의 형량을 거쳐야 한다고 한다. 원리모델에 따르면 주관적 권리의 보호영역은 최적화 명령에 따라서 상대적으로 최대한 실현되기를 요구하는 기본권의 잠정적인 권리 내용으로 이해될 수 있다는 것이다.

이러한 원리모델에 의하면 급부권을 주관적 권리로 이해할 때 발생하는 난점이 매우 잘 논리적으로 해명될 수 있다. 최적화 명령에 따라서 무한히 팽창될 수 있는 급부권의 보호영역도 급부권의 잠정적인 권리 내용으로 이해될 수 있기 때문이다. 알렉시에 의하면 이러한 기본권의 잠정적인 권리 내용은 ‘과잉된 것(etwas überschießendes)’으로서 이는 입법자에게 과잉된 것을 잠정적으로 요구하고 있는 것이라고 한다.<sup>47)</sup> 이로부터 “확정적 내용”을 도출하기 위해서는 한편에는 당해 급부권이 실현하고자 하는 법익을 놓고 다른 한편에는 민주적 정당성을 부여받은 입법자의 결정 권한과 권력분립의 원칙 같은 형식적 원칙, 다른 사람의 법적 자유 그리고 다른 기본권과 전체 이익과 같은 실질적 원칙을 놓고 형량하여 확정적인 권리 내용을 도출한다.

알렉시에 의하면 기본권의 확정적 권리를 도출하기 위한 형량은 비례성원칙에 의하여 이루어진다. 자유에 관한 방어권의 확정적 권리 내용은 비례성원칙 중에서 과잉금지원칙에 의해서 도출되고, 급부권의 확정적 권리 내용은 비례성원칙 중에서 과소금지원칙에 의해서 도출되는 것이다. 알렉시는 급부권의 권리 내용 중에서 최소수준의 내용은 형량의 천칭의 다른 한편에 올려진 원칙들을 합친 것보다 더 큰 비중을 차지하기 때문에 이러한 최소수준의 권리에 대해서 개인은 항상 확정적인 급부권을 갖는다고 한다.<sup>48)</sup>

47) 알렉시, 앞의 책, 600-601면(“원리에 상응하는 잠정적 권리는 항상 과잉된 내용을 가진다”).

48) 과소금지원칙에 관한 다양한 이해와 논증구조에 대해서는 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 『인하대학교 법학연구』 제17집 제2호, 2014, 58-60면; 장영철, “과소보호금지원칙에 관한 연구, 『헌법학연구』 제14권 제1호,

## 2. 방어권으로서의 단체교섭권의 내용

### (1) 법적 자유로서의 단체교섭권과 관련 쟁점

단체교섭권은 헌법 제33조 제1항의 노동3권의 보장 목적에 해당하는 사항에 관해서 사용자와 자유롭게 교섭하고 이러한 교섭을 통하여 단결체에 소속된 근로자와 사용자와의 사이의 근로조건을 규율하는 행위 가능성에 대한 국가의 간섭으로부터 보호한다. 이러한 점에서 단체교섭권은 즉 방어권으로서 기능한다고 할 수 있다.

구체적으로 보면 단체교섭권은 단결체가 단체교섭의 방법 및 절차를 선택할 자유, 그리고 헌법 제33조 제1항의 근로조건에 해당하는 목적 사항이라면 어떠한 사항에 대해서도 사용자와 교섭하고 단체협약을 체결할 것인지에 관한 자유를 보호한다.

이러한 자유 보호 대상에 있어서 종래 문제가 된 것은 주체로서의 근로자의 범위, 상대방으로서 사용자의 범위, 목적 사항으로서 근로조건의 범위라고 할 수 있다. 이들 세 가지 개념은 헌법에서 보장하고 있는 단체교섭권의 필수적인 구성요소로서 이들 개념에 대한 이해는 곧 헌법에 대한 이해이다. 법률에 의해서 주체로서의 근로자의 범위를 제한하는 것, 단체교섭과 단체협약 체결의 상대방인 사용자의 범위를 제한하는 것, 목적 대상인 근로조건의 의미를 제한하는 것은 결국 단체교섭의 자유를 제한하는 것과 마찬가지이다. 이러한 자유가 정당한 것인지는 과잉금지원칙에 의해서 판단되어야 한다.

이 세 가지 주체 중에서 근로자의 의미에 대해서는 판례와 노동위원회의 결정례를 통해서 많은 발전을 이루어왔기 때문에 아래에서는 근로

---

2008, 119-123면; Lotar Michael, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, JuS 2001, S.152; Markus Möstl, Problem der verfassungsprozessualen Geltundmachung gesetzgeberlicher Schutzpflichten, in: DÖV 1998, S.1038f; Tobias Aubel, Der verfassungsrechtliche Mutterschutz, S.267ff.

조건의 범위와 사용자의 범위에 대한 이해에 대해서 보도록 한다.

## (2) 근로조건의 범위에 대한 이해

단체교섭권이 보호하는 목적 사항으로서 근로조건의 범위에 대해서는 대법원 판결의 경영권 이해<sup>49)</sup>를 극복하는 것이 가장 중요한 과제일 것이다. 특히 이른바 경영권 사항을 둘러싸고 종래 많은 논의가 있었지만 단체교섭권의 보호영역의 확정이라는 관점에서 다루어지고 있지 못하다.

헌법상 기본권 규정은 자신이 보호하고자 하는 생활영역을 매우 추상적이고 간결하게 표현하고 있는 경우가 대부분이기 때문에 보호영역은 헌법해석의 일반원칙에 따라서 확정된다. 즉 문리적 해석에서 출발하여 헌법 조문 간의 체계적 연관성, 당해 기본권 보장의 의미와 목적, 헌법제정권자의 객관적 의사, 입법사 등을 고려하여 보호영역은 객관적으로 확정되어야 한다. 그럼에도 불구하고 의문이 남는 경우에는 당해 기본권 규범이 가장 크게 효력을 발휘하도록 하는 해석을 선택하여야 한다.<sup>50)</sup> 따라서 기본권을 행사했을 때 다른 법익과 충돌하는 기본권의 행사도 일단 기본권의 보호를 받도록 하고 상충하는 법익 간의 조정은 기본권 제한의 정당성 단계에서 이루어지도록 하여야 한다. 그래야만 기본권의 보호영역이 넓게 설정될 수 있어서 기본권 보장에 기여할 수 있다. 만약 상충하는 법익을 비교형량하여 실제로 보호받아야 할 기본권의 행사만을 보호영역에 포함시키고자 한다면 헌법 제37조 제2항에 의한 기본권 제한의 헌법적 정당성 심사가 무의미하게 될 위험성이 있다. 나아가 보호영역이 상대적이고 개별적으로 확정될 수밖에 없기 때문에 기본권 주체로서는 자신의 행위가 기본권에 의해서 보호받을 수 있는가에 관해서 예측하기가 어렵게 된다.

단체교섭권의 보호영역 확정에 있어서 핵심적인 개념인 근로조건의

49) 대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5380 판결.

50) 최갑선, 앞의 논문, 390면; 한수웅, 앞의 책, 434면.

의미를 확정할 때에도 역시 이와 같은 방법을 취하여야 한다. 근로조건에 대해서 미치는 영향의 중대성에 관계 없이 일단 영향을 미친다고 하면 이러한 의사결정에 관해서 교섭을 요구하는 단체교섭의 행위는 단체교섭권의 보호영역에 포함시키고, 어느 범위까지 이를 포함시킬지의 문제는 구체적이고 개별적인 상황을 고려하여 해결되어야 할 것이다. 즉 이 문제는 사용자인 기업의 자유와 단체교섭권의 충돌 문제이기 때문에 보호영역의 확정 문제와 분리되어서 고찰되어야 한다. 이에 관해서 헌법재판소는 명확한 입장을 제시하고 있지 않다.<sup>51)</sup> 이에 비하여 대법원은 명확한 입장을 확립하고 있다. 대법원은 처음에는 “정리해고나 사업조직의 통폐합 등 기업의 구조조정의 실시 여부는 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로서 이는 원칙적으로 단체교섭의 대상이 될 수 없다”고만 하였으나<sup>52)</sup>, 그 뒤의 판결에서 이 문제를 사용자의 경영권과 근로3권의 충돌 문제로 파악한 뒤에 구조조정이나 합병 등 기업의 경쟁력을 강화하기 위한 경영주체의 경영상 조치는 원칙적으로 단체교섭이나 쟁의행위의 대상이 될 수 없다고 판단하였다.<sup>53)</sup> 대법

51) 헌법재판소는, 노조의 대표자는 노조에 관한 사항 또는 조합원의 보수·복지 그 밖의 근무조건에 관한 사항에 대하여 정부교섭대표와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다고 하면서 “정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항”을 단체교섭의 대상에서 제외시키고 있는 공무원노동조합법 제8조 제1항 단서가 단체교섭권을 침해하는지의 여부를 판단하면서 “민간부문의 이른바 ‘인사·경영사항’이 의무적 교섭사항인가가 문제”라고 하고만 언급하고 있을 뿐이다 (헌재 2013. 6. 27. 2012헌바169, 판례집 25-1, 519).

52) 대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5380 판결.

53) 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003도687 판결(“헌법 제23조 제1항, 제119조 제1항, 제15조 규정들의 취지를 기업활동의 측면에서 보면, 모든 기업은 그가 선택한 사업 또는 영업을 자유롭게 경영하고 이를 위한 의사결정의 자유를 가지며, 사업 또는 영업을 변경(확장·축소·전환)하거나 처분(폐지·양도)할 수 있는 자유를 가지고 있고, 이는 헌법에 의하여 보장되고 있는 것인데, 이러한 경영권이 노동3권과 서로 충돌하는 경우 이를 조화시키는 한계를 설정함에 있어서는 기업의 경제상의 창익과 투자이익을 훼손시키지 않고 오히려 이를 증진시키며 기업의 경쟁력을 강화하는 방향으로 해결책을 찾아야 하는바, 이와 같은

원의 이러한 이해는 앞에서 보호영역을 확정하는 방법 중 보호영역을 상대적으로 좁게 확정하는 방법을 취하고 있는 것으로 보인다. 그러나 앞에서 언급하였듯이 보호영역 확정의 문제와 당해 노동3권 제한 법률의 헌법적 정당성의 문제는 분리하는 것이 타당하기 때문에 일단 경영권 사항도 근로조건의 유지·향상과 관련이 있다면 단체교섭의 대상이 될 수 있음을 인정한 뒤에서 당해 사건의 구체적인 상황을 고려하여 단체교섭의 대상이 될 수 있는지를 판단하는 것이 타당하다고 생각된다. 이렇게 되면 후자의 판단은 단체교섭권의 제한의 헌법적 정당성의 판단과 본질적으로 동일하게 될 것이다.

### (3) 사용자의 범위에 관한 이해

근로조건의 의미를 확정하는 방법은 사용자의 의미를 확정하는 방법에 대해서도 적용할 수 있다. 즉, 단체교섭권의 권리 내용을 이해하는 때 사용자의 의미는 최대한 넓게 이해하고, 구체적인 상황에서 단체교섭옹박의무가 있는 사용자인지의 여부를 확정할 때는 당해 사용자의 계약의 자유, 기업활동의 자유 등과의 형량을 통해서 판단할 수 있을 것이다.

사용자의 의미를 최대한 넓게 이해하기 위해서는 앞에서 본 CJ대헌통은 부당노동행위 사건 중노위 판정이 제시한 기준을 적용할 수 있을 것이다. 어떠한 근로자의 기본적인 노동조건 형성, 사업장의 유해·위험요소 관리, 작업배치나 업무방법의 기준 설정 등에 대해 일정한 지배력·결정권 등을 보유·행사하는 자는 단체교섭권 보장 영역에서 모두 사용자라고 보는 것이다. 이렇게 직접 노무계약에 없는 사업주를 단체교섭의 의무를 지는 사용자로 해석하는 것은 노동현실과 노동3권이라는 헌법규범의 간극을 메우는 것이다. 앞서서도 언급하였지만, 헌법규범과 헌법현실과의 간극이 발생하면 이를 메워야 한다. 성문의 헌법규범을

---

관점에서 볼 때 구조조정이나 합병 등 기업의 경쟁력을 강화하기 위한 경영주체의 경영상 조치는 원칙적으로 노동쟁의의 대상이 될 수 없다).

개정하지 않고 이 간극을 해결하는 방법은 다양하게 존재한다. 예를 들어 헌법현실을 헌법에 적합하도록 조정하는 개별 법령의 제·개정 또는 헌법해석의 변경을 비롯한 다양한 헌법정책적 방법을 통하여 헌법규범의 규범력을 유지할 수 있다. 심지어는 변화된 헌법현실을 헌법규범이 수용하여 헌법규범의 내용을 헌법현실에 따라서 변경함으로써 이러한 괴리를 해소하는 방법도 있다. CJ대한통운 부당노동행위 사건 중노위 판정은 헌법해석의 변경이라고도 할 수 있을 것이다.

### 3. 보호권 및 절차 및 조직에 관한 권리로서 단체교섭권과 그 권리 내용

#### (1) 보호권으로서의 단체교섭권의 내용

단체교섭에 있어서 단체교섭권의 주체인 근로자와 근로자의 결사체를 제약하는 사인(私人)의 전형은 사용자이다. 물론 사용자가 아닌 사인도 단체교섭권의 주체를 제약할 수는 있는데, 이 경우에는 민법상의 불법행위책임이나 형법상의 업무방해죄 등으로 국가는 기본권 주체를 그 제약으로부터 보호한다. 사용자가 아닌 사인의 경우에는 이와 같은 법적 보호 규범의 입법은 과소금지원칙이 요구하는 최소수준을 충족할 것이다.

하지만 제약의 주체가 사용자인 경우에 더욱 강력한 보호 방법이 필요할 수 있다. 더욱 강력한 보호 방법으로는 불법행위책임과 형벌에 더하여 부당노동행위제도와 같은 행정적 구제제도에 의한 보호가 생각될 수 있다. 이러한 행정적 구제제도에 의한 보호는 단체교섭권의 주체를 보호하는 데 적합한 방법이기 때문에 이러한 보호 규범 입법 요구는 단체교섭권에 결합된 보호권의 권리 내용이 될 수 있을 것이다.

하지만 위에서 본 바와 같이 이는 어디까지나 잠정적인 것이다. 단체교섭권의 주체를 제약하는 것이 사용자인 경우에 있어서 부당노동행위제도와 같은 행정적 구제제도에 의한 보호입법의 요구가 보호권의 확정

적인 권리 내용이 되려면 이것이 과소금지원칙이 요구하는 최소수준이라는 것이 논증되어야 할 것이다.

## (2) 절차에 관한 권리로서의 단체교섭권의 내용

절차에 관한 권리에 관해서는 앞에서 본 바와 같이 사법적 권한에 관한 권리와 사법 및 행정적 절차에 관한 권리가 단체교섭권과 결합한다.

먼저 사법적 권한에 관한 권리의 내용을 보면 단체교섭을 통하여 단체협약을 체결하고 이로써 근로조건을 규율할 수 있는 것에 관한 중요한 규정과 단체협약의 성립, 변경, 소멸에 관한 중요한 사항에 관한 입법 요구가 권리 내용이 될 것이다. 위에서 언급한 바와 같이 단체교섭 및 단체협약제도는 사법적 권한에 관한 규범복합체로서의 성격을 가지고 있다는 점에서 여기서 협약자치를 기능하기 위해서 최소수준으로 요구되는 것들이 상정될 수 있다. 여기서 학설 등에서 공통적으로 인정하고 있는 두 가지를 들 수 있다. 하나는 사용자에 대해서 단체교섭에 응하도록 요구하는 권한이다. 사용자에 대해서 단체교섭에 응하도록 요구하는 권한에 대한 입법적 요구의 법률적 실현이 바로 노동조합법 제30조의 사용자의 단체교섭응낙의무라고 할 것이다.<sup>54)</sup> 반대로 말하면 사용자의 단체교섭응낙의무가 입법적으로 실현되지 않는 상황은 단체교섭권에 결합한 사법적 권한에 관한 권리가 침해되는 상황이라고 할 것이다. 또 다른 하나는 단체협약의 규범적 효력을 들 수 있다.<sup>55)56)</sup> 단체협약의

54) 사용자의 단체교섭응낙의무가 법원에서 다투어지는 경우에는 기본권의 대사인적 효력의 문제로 다루어지는 경향이 있다. 익히 알고 있는 바와 같이 이론적으로는 직접적 적용설 또는 간접적 적용설의 어느 하나를 취하여 해결하고자 한다. 이에 관한 자세한 검토는 권창영, “단체교섭권을 피보전권리로 하는 가처분 판례의 동향”, 『법조』, 제564호, 2003, 250-275면; 박종희, “협약자치의 견지에서 본 단체교섭응낙 가처분결정인용에 관한 비판적 고찰”, 『안암법학』, 제31호, 2010, 133-148면; 이준희, 이준희, 앞의 논문, 54-57면.

55) 단체협약의 규범력 효력에 헌법적 보장에 관해서 독일의 학설에 대해서 위에서 간략하게 살펴보았는데, 독일 연방헌법재판소(BVerfG)도 역시 “자유로이 조직된 단결체에게는 기본법 제9조 3항에 의해서 ... 핵심영역에서, 특히 임금과

법적 효력으로서 규범적 효력에 대한 입법 요구의 실현이 노동조합법 제33조의 “기준의 효력”인 것이다. 역시 마찬가지로 단체협약의 규범적 효력이 입법적으로 실현되지 않는 상황은 단체교섭권에 결합한 사법적 권한에 관한 권리가 침해되는 상황이라고 할 것이다.

다음으로 사법 및 행정절차에 관한 권리에 대해서 보면 그 권리 내용은 사법적 제도 및 행정적 구제제도가 단체교섭권의 실체적 권리의 보호에 적합하게 형성되도록 요구하는 것이다. 구체적으로는 현재의 법원에 의한 노동3권 침해에 관한 쟁송절차와 노동위원회의 부당노동행위 구제절차가 단체교섭권의 실체적 권리의 보호에 적합하게 형성될 것을 요구한다. 이 권리의 잠정적 권리 내용에는 단체교섭권을 보호하는 데 있어서 효과적인 입법에 대한 광범위한 요구가 포함될 것이다. 노동법원과 같은 특별법원의 설치 및 노동사건에 관한 소송 특례 등이 그 예이다. 하지만, 노동법원의 설치와 같은 요구가 이 권리의 확정적인 권리 내용이 되려면 보호권에서 언급한 것과 같이 이것이 과소금지원칙이 요구하는 최소수준이라는 것이 논증되어야 할 것이다. 노동위원회의에 의한 부당노동행위 구제 절차도 마찬가지로 이해될 것이다.

## V. 결론

이상에서는 전교조 법외노조통보사건 대법원 판결과 CJ대한통운 부당노동행위사건 중노위 판정에서 제시된 노동3권의 법적 성격론과 단체교섭론이 무엇인지를 확인하고 그 의의와 한계, 가능성에 대해서 검토

---

그 밖의 실질적인 근로조건을 국가의 법적 규율이 없는 영역에서 자기의 책임 하에 그리고 실질적으로 국가의 개입 없이 강행적인 단체협약(unabdingbare Gesamtvereinbarungen)을 통해서 효과적으로 규율하는 것이 보장되어 있다”고 하고 있다(BVerfGE 43, 322 [340, 341]).

- 56) 단체협약의 규범적 효력과 헌법 제33조의 관계에 관한 상세한 검토로는 강선희, 앞의 논문, 63-89면.

하였다. 그리고 이를 토대로 기본권으로서 단체교섭권이 “구체적 권리”로서 어떠한 내용을 가지고 규범력을 가질 수 있는지에 관해서 검토하였다.

이러한 검토에 있어서도는 무엇보다도 이론적 정교함과 정합성이 중요할 것이다. 특히 노동3권론 및 단체교섭권론을 기본권 일반론과의 정합성을 확보하면서 전개하는 것이 중요한데, 이는 노동법학의 중요한 과제일 것이다. 기본권론에 입각한 노동3권에 대한 철저한 해명의 노력 없이 헌법학과 노동법학은 각각의 학문 영역에서 종래의 이론과 견해를 답습하여 왔다고 할 수 있다. 전교조 법외노조통보사건 대법원 판결의 다수의견과 별개의견은 노동법학과 헌법학이 각각의 영역에서 노동3권을 이해하고 답습하는 상황을 극복하는 시발점이라고 할 것이다. CJ대 한통운 부당노동행위사건 중노위 판정은 이러한 이론적 토대 위에서 단체교섭권의 보장 내용을 더욱 명확히 확인하는 데 기여하고 있다고 할 수 있다. 이들 판결과 판정이 노동3권을 “구체적 권리”라고 함으로써 노동3권의 보장 내용은 노동조합법이라는 입법자가 제정한 법률의 문언과 범위에서 이해되어서는 아니 되고 헌법 제33조 제1항의 기본권 규범에 근거하여 이해되어야 한다는 매우 당연한 사실이 환기된 것이다.

권리의 내용이 구체적이지 않으면 법적 힘으로서 관철될 수 없기 때문에 모든 법적 권리는 당연히 구체적인 권리 내용을 가지고 있다는 점에서 볼 때 노동3권을 구체적인 권리라고 한 것은 매우 당연한 것을 확인하고 있을 뿐이다. 헌법이 기본권으로서 명확히 보장하고 있는 권리에 대해서 “구체적인”이라는 말을 붙이는 것 자체가 불필요하다. 이러한 불필요함을 다시 확인한 것조차 의미 있는 것으로 만든 것은 위에서 언급한 노동법학과 헌법학에서의 종래의 노동3권론에 관한 논의 상황이었다. 단결권, 단체교섭권, 단체행동권에 대한 연구가 심화되어 각각의 내용이 보다 명확히 확인되고 그것의 법적 효력이 헌법재판소 및 법원과 노사관계에서 관철된다면 “구체적”이라는 수식어를 달아서 노동3권의 보장을 논증해야 할 필요가 없어질 것이다.

다만 지면의 한계상 보호권 및 절차 및 조직에 관한 권리로서 단체교섭권이 사법절차, 특히 헌법재판을 통해서 어떻게 보장되어야 하는지에 관해서는 다루지 못하였다. 후일의 과제로 남겨둔다.

(논문발표 2021. 10. 16. 논문접수 2022. 3. 1. 심사의뢰 2022. 3. 3. 게재확정 2022. 3. 18.)

## 참고문헌

- 강선희, 단체협약 효력의 정당성 기초와 내용(고려대학교 대학원 박사학위 논문), 2010
- 강희원, “근로자의 쟁의(행위)권의 행사와 공공복리”, 『헌법실무연구』, 제3권, 2002
- 권영성, “헌법규범과 헌법현실 - 국가학과 헌법학의 대상으로서의 -”, 『서울대학교 법학』, 제37권 제1호, 1977
- 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2011
- 권창영, “단체교섭권을 피보전권리로 하는 가치분 판례의 동향”, 『법조』, 제564호, 2003
- 김도균, “법적 권리에 관한 연구(Ⅰ)”, 서울대학교 법학, 제43권 제4호, 2002
- 김선수, 『헌법의 현장에서』, 오월의 봄, 2018
- 김영문, “전교조 합법화에 관한 판례평석”, 『노동법률』, 제353호, 2020
- 김유성, 『노동법 Ⅱ』, 법문사, 1996
- 김하열, 『헌법강의』, 박영사, 2020
- 김홍영/강주리, “택배회사를 대리점 택배기사에 대해 단체교섭의무를 지는 사용자로 인정한 중앙노동위원회 판정의 의미”, 『노동법연구』, 제51호, 2021
- 김선화, “법해석론의 관점에서 본 전교조 법외노조 통보처분 취소 판결 - 대법원 2016두32992 전원합의체 판결을 중심으로”, 『사법』, 제55호, 2021
- 김주환, “구조화 범규범이론과 그 방법론”, 『헌법논총』, 제12집, 2001
- 김중권, “전교조 법외노조통보 판결의 문제점: 대법원 2020.9.3.선고 2016두32992 전원합의체 판결”, 『인권과 정의』, 제495호, 2021
- 노상현, “전교조에 대한 법외노조 통보는 위법하다”, 『노동리뷰』, 제187호, 2020
- 박제성, “법원은 법률이 아닌 법을 선언해야 한다 - 전교조 사건 대법원 전원합의체 판결에 대한 사설(僞說) - 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결”, 『노동법학』, 제76호, 2020

- 박종희, “협약자치의 견지에서 본 단체교섭응낙 가치분결정인용에 관한 비판적 고찰”, 『안암법학』, 제31호, 2010
- 이광선, “원청을 교섭상대방으로 인정한 중노위 결정의 문제점”, 『노동법률』, 제367호, 2021
- 이부하, “국가의 기본권보호의무와 과소보호금지원칙”, 『인하대학교 법학연구』 제17집 제2호, 2014
- 이준희, 단체교섭권에 관한 연구(고려대학교 대학원 박사학위 논문), 2014
- 이흥재, “근로3권에 대한 헌법재판소 판례의 검토”, 『서울대학교 법학』, 제43권 제2호, 2002
- 임종률, 『노동법』, 박영사, 2020
- 장영철, “과소보호금지원칙에 관한 연구, 『헌법학연구』 제14권 제1호, 2008
- 조성민, 『권리의 근거 - 호펠드의 권리 유형에 따른 계약론적 접근』, 한국학술정보, 2021
- 정남철, “전교조 범외노조통보처분 취소소송의 법적 쟁점과 문제점”, 『행정판례연구』, 제25권 제2호, 2020
- 정문식, 『독일헌법 기본권 일반론』, 전남대학교출판부, 2009
- 정영훈, 『헌법상 근로3권 보장과 제한의 한계』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2013
- 정영훈, “헌법재판 30년과 노동권 보장”, 저스티스 제170권 제3호, 2019
- 정태호, “원리로서의 사회적 기본권”, 『법과 인간의 존엄(청암정경식박사 화갑기념논문집)』, 박영사, 1997
- 정태호, “사회적 기본권과 헌법재판소의 판례”, 『헌법논총』, 제9집, 1998
- 장영수, “대법원 전교조 합법화 판결의 법리적 문제점”, 『고시계』, 제65권 제10호, 2020
- 최갑선, “자유권적 기본권의 침해여부 판단구조 및 판단기준”, 『헌법논총』, 제10집, 1999
- 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2020
- 허 영, 『한국헌법론』, 박영사, 2017

로베르트 알렉시, (이준일역)『기본권이론』, 한길사, 2007

콘라드 헛세(계희열 역), 『독일헌법원론』, 박영사, 2001

孫昌熹, “団体交渉の法的構造 : その権利性の分析を中心にして”(上智大學 박사학위 논문), 1977

孫昌熹, “団体交渉の法的構造-1 : その権利性の分析を中心にして”, 『日本労働協會雑誌』, No.19(7), 1977

Höfling, Art. 9, in : Michael Sachs(Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl., München 2009

Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, München 2006

Lotar Michael, Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: JuS 2001

M. Kemper, Art. 9, in : v. Mangoldt/Klein/Starck(Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl., München 2010

Markus Möstl, Problem der verfassungsprozessualen Geltundmachung gesetzgeberlicher Schutzpflichten, in: DÖV 1998

Tobias Aubel, Der verfassungsrechtliche Mutterschutz, Berlin 2003

<Abstract>

## A Study on Right to Collective Bargaining as Fundamental Rights

Jung, Younghoon\*

This article examines that the theory on three basic labor rights recently developed by the Supreme Court and National Labor Relations Commission is related to the understanding of the three basic labor rights in Article 33 (1) of the Constitution, especially the right to collective bargaining. The purpose of this article is to logically explain and review the understanding of the three basic labor rights shown by the above judgment and decision in the framework of the basic rights and the three basic labor rights , and based on this, clarify the contents of the guarantee of the three basic labor rights. The right to collective bargaining will be strengthened only when the theory of basic labor rights is deepened.It

This article first analyzes the significance and limitations of the theory on the three basic labor rights developed by the Supreme Court and National Labor Relations Commission(II.). These judgment and decision have very epochal significance in that they judged the three basic labor rights as specific rights. However, it does not clearly state what kind of content it has as a subjective right. This is the most important theoretical task to be elucidated in this article. A theory of fundamental rights is needed to elucidate this task. This is because,

---

\* Korea Labor Institute, Research Fellow, LL.D.

based on the interpretation and application of the Trade Union Act, it is impossible to understand the contents of the three basic labor rights. In this article, based on Alexy's theory of basic rights, the contents of the right to collective bargaining will be analyzed in detail. Alexy's theory of basic rights will provide a systematic and logical way of understanding the various functions and operations of the three basic labor rights. To do this, we first briefly review Alexy's theory of basic rights, and then examine how the right to collective bargaining as a basic right works based on this, that is, the structure of the right (Ⅲ). Based on these theoretical work, the right to collective bargaining as freedom, the right to defense, the right to protection, and the right to collective bargaining as the right to procedure and organization will be reviewed (Ⅳ). Finally, this article summarizes the results of the above review and future issues(V).

Key Words: fundamental rights, three basic labor rights, collective bargaining, collective agreements, right to collective bargaining, bargaining obligation, unfair labor practice