노총연구원 연구서 91

공무원노동자에 대한 법적 보호

- 집단적 노동관계를 중심으로 -

徐 章 權

한국노총 중앙연구원

• • •

발 간 사

공무원의 노동기본권보장에 대한 논의가 무르익고 있습니다. 일반적으로 공무원은 법제도상의 신분보장을 통하여 우리 사회에서 대접받는 위치에 있으므로 노동법상의 보호의 주요 대상에서 제외된다는 사고는 이제 낡은 것이 되고 있는 것 같습니다. 공무원을 바라보는 국민들의 시각은 반드시 일치하고 있지는 않지만, 이 사회에서 공무원도 노동자로서 노동기본권을 보장받아야 된다는 데에는 일치하고 있으며 주권자인 국민의 뜻을 수렴하여 하루빨리 공무원노동자의 보호입법을 추진해야 할 때입니다. 그 입법은 공무원의 노동조합결성과 그 활동권의 법적 보장을 바탕으로 힘있게 전개되어야 합니다.

이번에 출간되는 연구서는 총론에서 공무원도 노동자라는 시각을 확립하고, 노동법상 보호가 어떻게 전개되어야 하는 지를 규명하고 있습니다. 그리고 각론에서 공무원에 대한 노동법상 보호의 체계를 확립함에 있어서 공무원의 집단적 노동관계의 권리인 공무원 노동조합결성과 그 활동의 법적 보장을 중점적으로 고찰하고 있습니다.

아무쪼록 이 연구서가 우리 사회에서 공무원도 노동자로서 헌법이 보장하는 노동기본권을 향유하고 또 노동보호입법을 통하여 구체적으로 노동법상의 권리를 누릴 수 있도록 이론적 근거를 제공하는데 조금이나마 도움이 되길 바랍니다. 마지막으로 이 연구를 맡아 수고한 서장권 박사의 노고를 치하하며, 이 연구서에 실

린 내용은 전적으로 연구자의 개인적 견해이며 한국노총의 공식적 입장과는 무관함을 밝혀둡니다.

2001년 12월

한국노동조합총연맹
위원장 이남순

목 차

Ⅰ. 머리말 ····· 1
1. 연구의 배경 ····· 1
2. 연구의 목적과 범위 ····· 3

Ⅱ. 공무원의 노무제공과 공무원노동법 ····· 5
1. 공무원 노무제공의 성격 ····· 5
1) 노동으로서의 보편성 ····· 5
2) 공무로서의 특수성 ····· 6
2. 공무원노동법의 구성 ····· 8
1) 일반노동법과의 관계 ····· 8
2) 공무원노동법의 성격과 구성 ····· 9
3. 공무원노무제공 법률관계의 전개 ····· 10
1) 근로자 ····· 10
2) 사용자 ····· 13
3) 개별적 노동관계 ····· 15
4) 집단적 노동관계 ····· 16

Ⅲ. 집단적 노동관계에서의 권리보호 ····· 17
1. 헌법상의 보호 ····· 17
1) 헌법규정의 내용 ····· 17
2) 공무원의 노동기본권 ····· 19
3) 공무원의 노동3권 ····· 22
2. 법률상의 보호 ····· 35
1) 총 설 ····· 35
2) 국가공무원법 및 지방공무원법 ····· 35

3) 공무원직장협의회법
(공무원직장협의회의설립·운영에관한법률) ····· 36
4) 교원노조법(교원의노동조합설립및운영등에관한법률) ···· 36
5) 기타 법령 및 조례·규칙 ····· 37
6) 기존의 "사실상의 노무에 종사하는 공무원"에 대한
법적 보호 ····· 38
3. 국제노동법상의 보호 ····· 38
4. 바람직한 보호입법모델 ····· 45
1) 총 설 ····· 45
2) 단결권 ····· 49
3) 단체교섭권 ····· 50
4) 단체행동권 ····· 53
5) 분쟁해결제도 ····· 54
6) 입법부·사법부·행정부의 역할 ····· 56
7) 입법안의 내용 ····· 57

Ⅳ. 맺음말 ····· 60
1. 정 리 ····· 60
2. 향후 전개방향 ····· 62

참고문헌 ····· 65

Ⅰ. 머리말

1. 연구의 배경

한국사회에서 공무원노동자[1)]의 노동기본권보장 특히 노동3권 보장의 문제는 이제 더 이상 미룰 수 없는 입법사항이 되고 있다. 많은 국가의 입법례나 국제적 노동기준에 비추어 보더라도 공무원의 노동조합의 결성과 그 활동의 권리는 현대복지국가에서는 당연히 인정되는 노동자의 본질적 기본권이라고 할 수 있다.

1948년 제헌헌법은 공무원의 노동3권[2)]에 대한 제한을 두지 않았으나 그 이후로 지난 반세기동안 공무원의 노동3권은 줄곧 제한의 길을 걸어 왔다.[3)] 공무원은 공무를 제공하는 공무원이라는 신분을 가지고 있다는 이유로 지난 반세기동안 한국사회에서 노동법의 보호대상에서 제외되어 온 것이 현실이다. 그러나 그러한

---

1) 공무원 근로자와 공무원 노동자라는 용어가 함께 쓰이고 있다. 근로자라는 용어는 현행노동2법에서 쓰이는 법률상의 용어이며, 노동자는 자본가에 대응하는 신분상의 용어다. 이 글에서는 노동자를 근로자와 다름없이 혼용하여 쓰기로 한다.

2) 헌법은 노동자라는 표현대신 근로자, 노동 대신 근로라는 용어를 선호하는 경향이 있다. 마찬가지로 노동3권이라는 표현도 흔히 근로3권으로 표현되는 경우가 많다. 본고에서는 둘다 구별않고 사용하기로 한다.

3) 1953년의 노동조합법에서도 군인 및 군속, 경찰공무원, 교정공무원, 소방공무원에 단결권을 제한했으며, 최초의 노동쟁의조정법에서는 단순한 노무에 종사하는 공무원에게만 쟁의행위를 할 수 있도록 규정하였다. 그 이후 장면정권 때 구테타로 집권한 군사정권에 의해 국가공무원법의 개정되기까지는 위의 군인과 경찰 등을 제외한 모든 공무원에게 단결권과 단체행동권을 보장하고 있었다.

상태가 바람직한 모습이냐 하는 것은 현실에 대한 분석과 충분한 법리적 검토를 필요로 한다.

우리 헌법 제32조는 제1항에서 “모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 실시하여야 한다”고 규정하고 있으며, 동 제3항에서 “근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다”고 규정하고 있다. 또 우리 헌법 제33조는 제1항에서 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 규정하고 있으며, 동 제2항에서 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 규정하고 있다. 이 조항들은 노동기본권의 일반조항으로서 공무원의 경우도 개별적으로나 집단적으로 노도기본권의 향유주체가 된다는 것을 밝히고 있다.

공무원도 노동기본권의 향유주체라는 점에는 이견이 없다. 그러나 그러한 당위성에 머물것이 아니라 헌법상의 원칙의 선언에만 그치느냐 구체적인 기본권으로서 보장받느냐 하는 것이 중요한 문제가 된다. 그런데 현행 법률상 공무원에 대하여는 기존 노동법의 보호보다는 헌법상의 직업공무원제도를 바탕으로 하는 공무원관계특별법에 의한 보호가 중심이 되고 있으며, 공무원에 대하여 헌법이 정하고 있는 법률유보를 노동관계법에서 제대로 법규정화 하고 있지 못하고 있는 현실이다. 나누어 보면 개별노동관계법상으로는 기존의 공무원관계특별법에 의하여 폭넓게 규정되어 있으나, 집단노동관계법상으로는 공무원에 대하여 법은 거의 침묵하고 있는 불균형이 존재하고 있다. 아직도 ‘노동조합원으로서의 공무원’에 대하여는 거리감을 느끼는 국민들이 있다는 것은 물론 그 공무원 노동3권의 당위성여부의 주된 기준이 될 수는

없고 단지 오랫동안 공무원노동조합법이 법제화되지 못한 것이 한 이유가 된다고 생각한다.

현재 한국사회에서 중요한 이슈가 되고 있는 공무원노동기본권 문제는 기존의 한국사회의 노동법의 법리만으로는 그 해결이 쉽지 않음이 사실이다. 물론 이 사회에서 공무원도 노동자인 것은 분명하지만 공무원노동자의 노동관계에 대한 기존의 법리 및 정서와 의식을 고려하여 노동법의 본질적 체계를 존중하여 자연스럽게 자리잡도록 법제를 마련하여야 할 것이다.[4)]

2. 연구의 목적과 범위

집단적 노동관계에서 노동자로서 공무원에 대한 법적 보호를 위한 입법안 제시가 본 연구의 주된 목적이 된다. 먼저 공무원도 노동자라는 시각을 확립하고, 노동법상 보호가 어떻게 전개되어야 하는 지를 규명한다. 그리고 공무원에 대한 노동법상의 보호의 체계를 확립함에 있어서 공무원의 집단적 노동관계의 권리인 노동3권[5)]의 법적 보장방안을 중점적으로 고찰하고자 한다. 아울러 우리 사회에서 공무원도 노동자로서 헌법이 보장하는 노동기본권을 향유하고 또 노동보호입법을 통하여 구체적으로 노동법상의 권리를 누릴 수 있도록 이론적 근거를 제시하고자 한다. 즉,

---

4) 기존의 노동관계법제에 흡수하느냐, 특별법을 만두냐의 두 가지 방법이 있다. 그런데 교원노조법의 경우도 그러했지만 공무원노동법의 경우에도 시급성을 강조하여 충분하나 검토없이 입법을 하는 경우는 지양해야 한다.

5) 공무원노동조합결성과 그 활동권으로 표현하는 경우가 있는데 이 경우 그 '활동권'에 단체행동권이 포함되느냐가 단체행동권의 범위와 관련하여 문제될 수 있다.

공무원의 기존 보호법제와 노동법의 법리와의 관계설정, 공무원 노동법의 체계제시, 공무원의 노동조합을 통한 근로조건유지·개선 및 경제적·사회적 권리의 향상 등을 주된 연구범위로 한다. 연구방법에 있어서는 기존의 문헌을 바탕으로, 외국의 제도 및 법리를 참고한다.

논의는 공무원의 경우 공무원이 아닌 일반 노동자의 노동3권 보장과 어떤 이동(異同)이 있으며 그것이 공무원의 노동3권 보장 법제형성에 어떻게 반영되어야 하는 가를 밝혀 가는 것으로 시작된다. 이 문제가 가장 큰 선결과제가 된다. 그리고 이 문제의 세부적 내용으로서 공무원의 단결권, 단체교섭권, 단체행동권이 있고, 쟁의조정의 문제 등이 있다.

Ⅱ. 공무원의 노무제공과 공무원노동법

1. 공무원 노무제공의 성격

1) 노동으로서의 보편성

공무원이 제공하는 노무는 노동으로서의 보편성과 공무로서의 특수성을 공유하고 있다.

공무원의 노무제공은 '노동'으로서의 공무라는 점에서 일반노무제공과 다름없는 보편성을 가지고 있고, '공무'로서의 노동이라는 점에서 일반노무제공과 구별되는 특수성을 가지고 있다. 공무원 노무제공의 성격규명은 공무원노무제공에 대한 노동법적 규율의 정도를 결정하는데 중요한 자료가 된다.

공무원이 수행하는 공무가 권력적 행정행위이든 비권력적 행정행위이든, 고유한 국가의 행정업무이든 아니든, 사경제의 주체로서 행하여지는 업무이든 아니든, 그 근로의 형태가 사적부문의 근로자가 수행하는 업무와 동일하거나 그에 상당하는 업무라면, 공무라는 이유만으로 그 근로조건의 결정에 있어서 사적부문의 근로자와 차별을 둔다면, 그 차별이 과연 공무원이 감수할 수 있는 정도의 것인지를 기본권의 법리에 비추어 결정해야 한다.[6] 공무원만이 특별한 희생을 감수해야 한다고 할 수 있는 합리적 근거를 찾기 어렵다면, 사적 부문의 근로자와 동등한 대우를 하는 것이 현대복지국가[7]의 바람직한 정책이라고 할 수 있다.

---

6) 평등권은 공무원노동기본권의 문제의 핵심이라고 할 수 있다.

7) 독일에서는 사회적 법치국가로 표현한다.

공무원의 노동관계가 사적 부문의 근로자의 노동관계와 다른 점은 첫째, 경영의 위험성이 거의 없어서 사업체의 소멸은 없다는 점,[8)9)] 둘째, 따라서 정리해고와 같은 것을 생각하기 어렵다는 점,[10)] 셋째, 공적 행정서비스의 특성상 해당 공무원에게 적지 않은 책임감과 명예가 따른다는 점등을 들 수 있다. 그러나 이러한 점은 공무원 뿐만 아니라 기타 공공부문에서 부분적으로도 나타나는 현상이기 때문에 이런 점이 공무의 보편성을 본질적으로 침해하는 것은 아니라고 생각한다. 즉, 공무원도 노동자라는 점은 공무가 노동으로서 보편성을 가지기 때문에 도출되는 당연한 결론이다.

2) 공무로서의 특수성

공무로서의 특수성은 공무원의 입장에서 볼 때 장점과 단점을 함께 가진다. 공무원의 신분측면에서 볼 때 장점은 고용의 안정성으로 일반화되는 공무원의 신분보장이며, 단점은 공무이기 때문에 공무원에 가해지는 각종 제한을 말한다.[11)] 이는 공무 자체가 국가사무로서 기본적으로 국가의 존속에 필수적인 업무라는 성격을 가진다는 점을 말하며, 그 업무의 정지나 폐지가 국가의 존립과 안전에 부정적인 영향을 미친다는 것이다.

---

8) 그 신분의 정치적 보장으로 사실상 고용계속이 보장되고 있다는 점이다.
9) 다만, 최근 들어 공무원사회에도 인원감축과 조직통합 등의 움직임이 현실화되고 있지만 아직도 민간부문에 비할 정도는 아니라고 본다.
10) 인원감축을 한다고 해도 사적부문의 경우와 달리 유명무실하거나 제대로 이루어지지 않는 경우가 적지 않다.
11) 종래의 노동3권의 제한 같은 것이 가장 전형적인 예가 된다. 기타 국가공무원법상의 각종 의무도 마찬가지다.

공무원노동법의 정립에 있어서 공무원이 하는 노동으로서 공무라는 측면뿐만 아니라 공무원이라는 자연인의 신분에 대한 일반노동자와는 다른 특수성도 함께 검토되어야 한다. 그 중 중요한 한가지로서 넓게는 직업공무원제도, 좁게는 직업공무원의 신분보장을 들 수 있다.

직업공무원의 신분보장은 공무원의 신분보장을 통하여 정당정치에 따르는 엽관주의의 폐단을 없애고 공무원이 정권교체기는 물론 같은 정권 하에서도 정당한 이유없이 해임되지 않는 등으로 신분을 유지하여 국민전체에 대한 봉사자로서의 의무를 다하게 하려는 취지에서 헌법이 직업공무원제도라는 제도적 보장의 일환으로 보장되고 있다. 국가공무원법 제68조는 "공무원은 형의 선고·징계처분 또는 이 법에 정하는 사유에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 휴직·강임 또는 면직을 당하지 아니한다. 다만 1급 공무원은 그러하지 아니하다"고 규정하고 있으며, 동법 제78조는 동조항에서 규정하는 사유[12]에 해당하는 경우가 아니면 징계처분을 할 수 없음을 규정하고 있다. 또한 공무원은 정년제도의 적용을 받는데, 헌법재판소는 정년제도의 목적을 두 가지, 즉 정년연령까지의 근무계속을 보장함으로써 안심하고 직무에 전념하게 하고 공무원의 계획적인 교체에 의하여 연령구성의 고령화를 방지하고 조직을 활성화하여 공무능률을 유지·향상시킨다고 하는 목적을 들어 헌법 제7조에 합치된다고 판시하고 있다.[13] 요컨대 정년제도는 공무원의 근로관계의 계속유지를 제도적으로 보

---

12) 1. 이 법 및 이 법에 의한 명령에 위반하였을 때. 2. 직무상의 의무(다른 법령에서 공무원의 신분으로 인하여 부과된 의무를 포함한다)에 위반하거나 직무를 태만한 때. 3. 직무의 내외를 불문하고 그 체면 또는 위신을 훼손하는 행위를 한 때.

13) 헌재 1997. 3. 27 선고, 96 헌바 86, 헌법판례집 제9권 1집, 325면 이하; 김철수, 헌법학개론, 2001, 201면.

장하는 것으로서 헌법 제32조 1항의 근로권의 한 내용인 근로계속유지청구권이 일반근로자와는 달리 공무원의 경우에 폭넓게 보장됨을 규정하고 있는 것이다. 이 점은 노동시장에서 공무원에 대한 우대정책의 한 표현이라고 할 수 있다. 이 점이 공무원이 일반 근로자에 비하여 가지는 가장 큰 차이점이라고 할 수 있다.[14] 그러나 이 점이 집단적 노동관계에 있어서 공무원의 노동3권 제한의 주된 이유가 될 수 없음은 물론이다.

2. 공무원노동법의 구성

공무원 노동권규율의 법체계는 헌법의 노동조항을 정점으로 하여 법률과 명령 그리고 기타 하위규범으로 구성된다. 그리고 노동법의 영역에 있어서도 국내법 뿐 만 아니라 국제노동기구의 협약, 외국법 및 기타 국제노동기준이 영향을 주고 있다.[15]

1) 일반노동법과의 관계

기존의 노동관계법의 공무원에 대한 적용은 극히 제한적인 범

---

14) 교원의 경우는 정년을 단축한 바 헌재는 그것을 합헌이라고 판시한 바 있다(헌재 2000. 12. 14 선고 99 헌마 112·137 (병합) 헌재공보 제52호 25); 김철수, 앞의 책, 2001, 201면.

15) ILO조약을 비롯한 국제노동기준이 한국사회의 공무원 노동3권 보장의 당연한 조건이 될 수 있는 것은 아니다. 조약의 경우 그것이 국내법수용절차를 거쳤는지가 중요하다. 다만 그것을 국제사회의 보편적 법원리로서 주장하여 우리나라의 공무원의 노동3권보장의 당위성의 근거로 삼는 것은 바람직하다.

위 내에서 이루어지고 있다. 이는 공무원의 신분 및 근로조건에 대하여는 국가공무원법 및 지방공무원법 등 공무원관계 특별법에 의하여 규율되고 있기 때문이다.[16]

개별노동자로서 공무원의 근로조건은 공무원신분의 법적 보장의 일환으로서 결정되며 기존의 법규정이 중요한 역할을 한다.

2) 공무원노동법의 성격과 구성

공무원의 노동과 마찬가지로 공무원노동법도 노동법일반의 보편성과 공무원노동법의 특수성을 함께 가진다고 할 수 있다. 공무원 노동법의 구성방향은 기존의 노동법률로 흡수되느냐 또는 특별노동법으로서의 병존하느냐의 두 가지 방법이 있다. 이는 또한 기존의 노동법의 법리에 공무원노동의 법리를 어떻게 배치할 것인가의 문제이기도 하다.[17]

공공부문 노사관계의 특수성 또한 공무원노동법의 구성에 고려되어야 한다. 공무원노동법의 성격과 구성은 공무원노동법의 체계수립을 위한 불가피한 작업이라고 할 수 있다.

전통적으로 노동보호법이 사적부문의 근로자를 보호대상으로 하여 발달해온 것은 사실이지만, 이제 국가와 사회의 관계와 국민과 인간의 관계를 재조명하면서 각각 사회와 인간의 중요성이 부각됨으로서 노동법도 사회 속의 인간이라면 그 인간이 제공하

---

16) 이는 기존의 노동법의 초창기에 사적부문 특히 제조업부문의 노동자를 염두에 두고 만들어졌다는 유래를 무시할 수 없다.

17) 공무원의 임용과 근무관계에 대하여 그 법적 성격을 규명하면서 노동법의 법리가 침투할 수 있는 여지를 알아보는 것이 중요하다.

는 노동에 대하여 그 적용을 거부할 수 없다는 것이 철칙으로 인식되어가고 있다. 행하는 노동이 공무라면 그러한 성격에 따른 불가피한 제한과 함께 필요한 보호도 따라야 한다는 것이다.

어떤 현상에 대한 노동법의 태도는 법적 개입과 자치보장의 두 시각이 적절히 조화를 이루어야 한다. 공무원노동에 대하여도 마찬가지다. 그리고 법적 개입도 보호적 시각이냐 통제적 시각이냐도 결정되어야 한다.

공무원노동에 대한 국가의 입법태도는 자치보장보다는 법적 개입 그리고 법적 개입도 통제적 시각에 기울어져 있음은 분명하다. 그러한 입법태도는 공무원 노동기본권보장문제의 어려움을 나타내주고 있다.

3. 공무원노무제공의 법률관계의 전개

1) 근로자

공무원은 일반적으로 공법상의 근무관계를 기초로 국가나 지방자치단체로부터 보수를 지급 받고 근로를 제공하는 자라고 할 수 있는데[18], 국가 또는 지방자치단체에 고용되어 공무를 수행하는 자로서 집단적 노동관계에서의 근로자측을 구성하고 있다.[19][20]

---

18) 공무원의 채용과 신분유지를 행정영역에서 즉 사용자의 관점에서 보면 공법적 성격을 갖고 있지만, 공무원 개인의 입장에서 보면 공무의 제공과 보수의 지급이 중시되므로 사법적 성격도 함께 갖는다고 할 수 있다.

19) 국가공무원법은 공무원을 경력직공무원과 특수경력직공무원으로 나누고 있다. 경력직공무원은 다시 일반직공무원, 특정직공무원, 기능직공무원으로 나누고, 특수경력직공무원은 정무직공무원, 별정직공무원, 계약직공무

공무원이 사적부문의 근로자와 다른 점은 행하는 노동이 공무라는 점과 공무원이라는 신분을 가지고 있다는 점이며, 또한 사적부문의 동일가치의 노동에 대하여 일반적으로 경제적 대우가 낮다는 점이다.[21] 그러나 분명한 것은 대부분의 공무는 사적부문에서 업무의 형태가 비슷하거나 적어도 동등가치의 노동이 행해지고 있다는 점이다.

근로기준법은 근로자의 정의를 '직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 자를 말한다'고 규정하고 있고[22], 노동조합및노동관계조정법은 '직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자'[23]라고 규정하고 있다. 이 정의규정에 비추어 보면 공무원도 노동법상의 근로자임을 부인하기는 어려울 것이다. 다만 공무원은 그 근무관계가 공법에 의하여 규율된다는 점에서 근로기준법

원, 고용직공무원으로 나누며, 정무직공무원은 대통령, 국회의원, 국무위원 등등을 말한다.

20) 민경식교수는 "공무원법상의 공무원의 개념은 광의로 사용되고 있음에도 불구하고 통상 공무원은 '국가 또는 지방자치단체의 피용자로서의 지위를 가지고 있다는 사실에 맞추어 이 관념을 국가·지방자치단체에 의하여 임명되어 그 공무에 종사하는 자'로 협의적으로 파악하고 있다"고 하는데(민경식, 공무원의 노동기본권, 법학논문집 제24집, 중앙대학교 법학연구소, 1999년, 29면; 민경식, 헌법상의 공무원제도, 법학논문집 제17집, 중앙대학교 법학연구소, 1992년, 73-74면) 노동3권의 향유주체로서의 공무원의 경우도 이 협의의 공무원으로 파악하는 것이 보통이다.

21) 정부는 공무원의 처우개선을 위하여 지난 수년간 보수수준을 민간부문의 그것에 근접하는 수준으로 인상해오고 있지만, 아직도 상당한 차이가 있음은 물론이다.

22) 근로기준법 제14조.

23) 노동조합및노동관계조정법 제2조 1호.

의 적용이 그만큼 줄어들게 되는 것이다. 특별법 우선 적용으로 보아도 무방할 것이다. 다만, 공무원은 그 신분이 공무원임용처분에 의하여 행해지므로, 사적부문에서와 같은 업종별이나 산업별 노동조합의 조합원으로서 실업근로자의 경우는 상정하기 어렵다고 생각한다. 즉, 전직 공무원이 조합원으로 공무원노동조합에 가입하는 것은 불가능하다고 본다. 그리고 공무원 중에서는 업무의 성격상 노동조합결성이 바람직하지 못한 공무원도 있으므로, 공무원노동법이 입법될 경우 근로기준법상의 공무원근로자의 범위가 노동조합및노동관계조정법상의 공무원근로자의 범위보다 넓을 것임은 물론이다.

공무원의 노무제공법률관계의 양당사자는 근로자측의 공무원과 사용자(사업주)측의 국가 내지는 정부 및 지방자치단체라고 할 수 있다. 이는 전통적인 사적부문의 근로관계의 양당사자와는 상당한 차이가 있다. 사업주로서의 사용자는 공무원의 근로제공에 대한 임금지급의 책임을 지고, 사실상의 처분권을 가진 당사자라고 할 수 있다. 그렇지만 공무원의 경우는 그 급여에 대하여 국회나 지방의회가 예산결정권을 가지고 있으므로 이 점에서 책임이 분산된다고 보아야 한다.

근로자단체인 노동조합의 활동범위도 문제된다. 주된 활동은 사용자(사업주)를 상대로 한 근로조건 개선활동에 집중된다. 근로조건이외의 사항에 관한 것이나 사회일반의 문제에 대한 것은 부수적인 것이 된다.

공무원의 근로관계의 개시는 임용처분이라는 권력적 행위로 이뤄지지만, 이는 국가가 제시하는 근로조건을 공무원이 수용하는 수의계약의 일종이라고 볼 수 있다. 근로관계의 종료 또한 공무원근로자가 원하는 경우가 아닌 국가의 처분에 의하는 경우는 역

시 권력적 행정행위로 보아야 한다. 따라서 공무원근로자의 근로관계는 그 개시와 종료에 있어서 사적부문의 근로관계와 뚜렷이 구별된다.

2) 사용자

헌법 제78조는 “대통령은 헌법과 법률이 정하는 바에 의하여 공무원을 임면한다”고 규정하고 있다. 즉 대통령은 공무원임면권자로서 공무원에 대한 최고·최종의 인사권자가 된다. 공무원 노동관계의 사용자에 있어서 최고경영담당자에 해당된다고 할 수 있다.

공무원의 근로제공에 대한 보수지급은 국가나 정부가 한다는 점에서 근로계약관계의 당사자인 사용자는 국가나 지방자치단체다. 그러나 국가 및 지방자치단체를 특수공법인으로 본다면, 법인기업의 경우와 같이 대표이사격에 해당하는 대통령이나 지방자치단체장이 사용자에 해당된다. 그런데 국가공무원의 경우 대통령의 국가원수로서의 지위를 고려하면 국무총리가 대표이사격의 사용자가 된다고 보아도 무방할 것이다. 이는 단체교섭의 담당자 정도로 볼 수 있을 것이다. 국가공무원의 경우 중앙인사위원회위원장을 사용자로 하자는 의견이 있지만, 인사위원회의 본래적 기능에 비추어 볼 때 적절하지 못한 견해로 생각한다.

공무원노동관계의 사용자범위는 노동법의 사용자정의인 ‘사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 관하여 사업주를 위하여 행동하는 자’[24]의 세 가지를 기준으로 파

악할 수 있을 것이다. 첫째, '사업주'의 경우는 국가공무원의 경우는 국가가 지방공무원의 경우는 해당 지방자치단체가 사업주에 해당한다. 이들을 반드시 특수 공법인으로 보지 않더라도 최소한 공적 실체에 해당하기 때문에 사업주로 보는 것에는 무리가 없다. 사업주는 법이론상 근로계약 및 단체교섭과 단체협약의 사용자측 당사자가 되지만, 법인기업의 경우와 같이 실제로는 대표이사에 해당하는 자연인이 그 권한을 가지게 된다. 둘째, '사업의 경영담당자'란 보통 사업의 경영에 관한 고위급 책임자를 말한다. 법인기업의 대표이사가 이에 해당된다. 공무원의 경우는 국가의 경우는 대통령이나 국무총리, 지방자치단체장, 기타 헌법기관의 경우 해당기관장이 여기에 해당된다. 즉, 이들이 실질적으로 사업주의 역할을 수행한다고 볼 수 있다. 셋째,'근로자에 관한 사항에 관하여 사업주를 위하여 행동하는 자'란 보통 중간관리자를 말하는데 인사나 노무관리 담당자, 예산이나 회계담당자 등을 말하는데 직급이나 그 직위에 관계없이 실질적으로 그러한 역할을 수행하고 있으면 여기서 말하는 사용자로 볼 수 있다. '근로자에 관한 사항에 관하여 사업주를 위하여 행동하는 자'는 근로기준법상으로 근로자의 지위도 함께 가지나, 그 업무의 성격상 노동조합원이 될 수는 없다.[25]따라서 노동조합의 가입대상 공무원을 직급에 따라 제한하는 것은 부적절하며 노동조합의 법리와 노사자치에 따라 결정하여야 할 것이다.[26]

공무원의 근로조건의 결정자로서 사용자는 궁극적으로 예산을

---

24) 근로기준법 제15조, 노동조합및노동관계조정법 제2조 2호.

25) 노동조합의 결격요건으로서 노동조합및노동관계조정법 제2조 4호 가의 '그(사용자)의 이익을 대표하여 행동하는 자'에 해당되기 때문이다.

26) 물론 5급 이하 또는 6급 이하의 공무원을 가입범위로 하자는 주장이 있다. 이는 다분히정책적인 문제이지만, 공무원노동관계의 현실을 고려하면 5급 이하로 하는 것이 합당하다고 생각한다.

결정하는 국회나 지방의회지만, 그 입법기관을 사용자로 보기에는 무리가 있다. 공무원노동관계의 사용자범위는 단체협약의 당사자와 담당자의 구별과 같은 방식으로 나누어 볼 수 있다. 국가 내지는 정부가 사용자가 되지만 해당 기관의 장, 인사담당자 등이 단체교섭의 담당자가 될 것이다.

3) 개별적 노동관계

개별적 노동관계는 공무원 개인의 노무제공에 대한 법적 규율의 측면에서 고찰되는 것으로서, 공무원 개인과 국가 또는 기타 공적 실체와의 관계를 말한다.

일단 공무원으로서 근로관계가 지속되는 동안의 근로조건은 법령과 기타 제도에 의하여 규율된다고 할 수 있다. 그렇지만 대부분의 주요 근로조건은 법령에 의하여 정하여지고, 궁극적으로 의회의 예산확정을 통하여 그 현실화가 담보되기 때문에 궁극적으로는 의회가 결정한다고 할 수 있다. 이점에서 공무원에 대한 보수지급의 처분권은 행정부가 전적으로 가지고 있는 것은 아니기에 문제의 복잡성이 있다.

공무원의 개별적 노무제공법률관계에는 근기법적용의 여지가 거의 없으며, 공무원노동법의 독립체계로 구성된다고 볼 수 있다.

공무원의 개별적 노무관계의 개시는 공무원임용처분이라는 행정행위를 통하여 이루어지며, 그 관계의 종료 또한 일방적으로 행해지는 경우가 많다.

4) 집단적 노동관계

집단적 노동관계는 공무원 집단에 대한 법적 규율의 측면에서 고찰될 수도 있는 것으로서 공무원 집단(노동조합)과 국가 또는 기타 공적 실체[27]와의 관계를 말한다.

그 목적이 어떻든 공무원의 집단적 행동은 특히 사용자의 시각에서 볼 때 부정적으로 여겨온 것이 사실이다. 국가공무원법에서 공무원은 공무수행 이외에 일체의 집단적 행동을 하여서는 아니 된다고 규정하고 있는 것도 그러한 흐름을 반영한다고 할 수 있다. 그러나, 공무원의 집단행동도 그것이 사회법의 법리에 비추어 공무원자신들의 근로조건의 유지·향상과 경제적·사회적 지위의 향상을 목적으로 하는 경우에는 그 타당성을 인정하지 않을 수 없을 것이다. 문제는 그러한 권리의 행사의 범위 내지는 한계의 문제인데, 공무원의 직무가 공무수행이라는 점에서 헌법 제37조 1항의 국가안전보장·질서유지·공공복리라는 기본권제한원칙의 적용을 폭넓게 받을 가능성이 크다는 점이다. 그러나 이점도 수행하는 공무의 종류에 따라서 선별적으로 적용해야 할 것이다. 일반적으로 군사·경찰·교정·공안관련 공무원의 경우는 노동3권의 행사가 제한되어야 한다고 본다.

---

27) 중앙정부, 지방자치단체, 기타 헌법기관 등이 이에 해당한다.

Ⅲ. 집단적 노동관계에서의 권리보호

1. 헌법상의 보호

1) 헌법규정의 내용

공무원의 신분보장은 헌법상 직업공무원제도의 보장에서 비롯된다. 공무원의 지위·책임·신분·정치적 중립성을 규정한 우리 헌법은 제7조 1항에서 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다”고 규정하고 있으며, 2항은 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”고 규정하고 있다. 이 조항은 공무원의 근로조건을 포함하여 공무원의 대우에 관하여 법으로 정한다는 것으로 공무원근로조건 법정주의로 표현된다. 헌법 제11조 1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정하고 있다. 이 조항을 근거로 공무원이라는 이유만으로 근로조건이나 기타 대우에 있어서 공무원이 동일한 가치의 노동을 제공하면서 사적부문의 근로자에 비하여 낮은 대우를 받는다면 일단 평등조항위반을 검토하여 볼 필요가 있다. 헌법 제15조는 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”고 규정하고 있다. 직업선택의 자유는 일반적으로 자기가 선택한 직업에 종사하여 이를 영위할 수 있는 자유로 인정되고 있으며 따라서 직업선택의 자유는 영업의 자유 내지 선택한 직업에 종사할 자유를 포함한다고 한다.[28] 국가가 직업공무원제도를 운영함에 있어

서 노동3권의 현저한 제한으로 공무원이 그 직업에 계속 종사하는 것에 장애를 제공하는 경우 이는 공무원의 직업선택의 자유를 침해한다고 볼 수 있을 것이다. 그리고 우리 헌법의 개별적 노동관계의 노동기본권의 일반조항인 헌법 제32조 1항은 "모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다"고 규정하고 있다. 동조 3항은 "근로조건의 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다"고 규정하고 있다. 이 조항은 모든 근로자의 노동기본권 보장을 선언한 것으로 공무원의 경우 직업공무원제도를 통한 보호에 앞서 적용된다.

집단적 노동관계의 노동기본권일반조항인 헌법 제33조 1항은 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다"고 규정하고 있으며, 동조 제2항은 "공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다"고 규정하고 있다. 그리고 동조 제3항은 "법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다"고 규정하고 있다. 법문 상으로는 공무원인 근로자의 경우 방위산업체의 근로자보다 더 제한적으로 노동3권을 인정하려는 듯한 입법태도로 보인다.

헌법 제37조 1항은 "국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다"고 규정하고 있다.[29] 동조 제2항

---

28) 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2001, 519면.

29) 노동3권의 내용이 부분적으로 헌법에 열거되어 있지 않은 기본권으로서 인정될 수 있는 경우도 있을 수 있다고 본다. 이 경우 헌법재판소가 그러한 기본권을 확인하는 역할을 할 수 있을 것이다.

은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 규정하고 있다.[30]

공무원도 근로자로서 공무원 개인의 교섭력만으로 자신의 근로조건보호가 불충분하다면 집단적 행위를 통하여 보다나은 근로조건을 얻어낼 수 있다는 것은 물론이다. 그러나 그 방법 내지는 절차에 있어서 접근은 사용자측이 국가 내지는 정부라는 점에서 몇 가지 고려가 필요하다.

2) 공무원의 노동기본권

공무원의 노동기본권은 헌법상의 보호로서 ‘공무원의 노동기본권보호’라고 할 수 있고 주된 내용은 근로권과 노동3권 및 공무원노동에 대한 기타 헌법규정으로 구성된다. 그 권리의 실현을 확보하기 위하여 법률을 통하여 구체화된다.[31]

---

30) 이상의 헌법조항 외에도 공무원의 노동기본권보장과 관계되는 조항으로 헌법 제34조 1항은 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다”고 규정하고 있으며, 동 제2항은 “국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다”고 규정하고 있다. 그리고 헌법 제35조 1항은 “모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가지며, 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다”고 규정하고 있다.

31) 공무원의 노동3권 보장에 관한 논의에서 ‘노동기본권’이라는 용어를 자주 쓴다. 대부분의 경우 노동3권을 의미하고 있는 것 같다. 그런데 노동기본권은 헌법상의 근로권과 노동3권 및 기타 노동관련조항을 통틀어 특정 또는 전체의 노동자에 주어지는 헌법상의 기본권차원의 노동자보호 전체를 가리킨다고 볼 수 있다. 따라서 노동기본권이라는 용어를 노동3권 대

공무원의 노동기본권에 관한 국제적 기준이 있고, 국내의 상황이 이 기준에 맞지 않다고 하여 무비판적 시각으로 잘못된 것으로 보는 것도 문제다. 노동법의 경우도 한 국가의 국내법이며, 국제법은 자국의 국내법으로 수용된 경우에만 효력을 가진다. 따라서 한국정부가 국제법의 국내법으로의 수용에 적극적 자세를 가질 것을 촉구하는 것이 우선되어야 한다.

공무원 노동기본권 보호의 문제는 먼저, 국가 공무원의 노동기본권은 어느 차원까지 보호되어야 하는가의 문제, 둘째, 공무원의 노동기본권의 제한에는 합리적인 근거가 있는가의 문제, 셋째, 공무원이 사적 부문의 근로자와 노동기본권의 향유에 있어서 구별되어야 하는 근거는 어디에 있는가 등의 문제로 나눠 고찰할 수 있다. 그런데 노동기본권이란 용어가 갖는 포괄성 때문에 공무원의 노동기본권이라고 할 때 수반되는 논의의 확장을 초래할 수 있다.[32] 따라서 집단적 노동관계를 중심으로 논의할 때는 노동3권이라는 표현이 더 적합함은 물론이다.

공무원의 노동3권을 헌법에 열거되어 있지 않은 천부인권 내지는 자연권적 시각으로만 접근하는 것도 바람직한 것이 아니다. 노동법은 사회정책적 입법으로서 기본적으로 실정성문법의 성격을 가지고 있다. 또한 기존질서에 대한 수정법의 성격을 가지기 때문에 제정법의 규정을 통하여 법규내용의 명확성을 가져오고 또한 법적 안정성의 유지에도 도움을 주기 때문이다.

노동3권이 보장되는 공무원의 범위를 정함에 있어서 공무원이

신에 사용하는 것은 자칫 그 뜻이 모호해질 수도 있음을 알아야 한다.

32) 노동기본권은 일반적으로 노동3권을 의미하는 용어로 쓰이지만, 본래는 근로권도 포함하는 개념이다. 근로권의 근로의 기회청구권과 근로계속유지청구권을 포함하는데 취업 중에 있는 공무원의 경우는 근로계속유지의 청구 즉 고용보장이 해당될 것이다.

라는 신분, 공무원이 하는 업무의 성격 등 2가지를 기준으로 판단하여야 한다. 공무 중에서도 국가기관(지자체포함)의 고유한 업무이냐, 권력적 행정행위수행의 일부분으로서 사적부문의 행위와 달리 취급해야 할 합리적 이유가 있느냐 여부 등이 잣대가 될 수 있다. 공무원의 정치적 중립성의 취지도 공무원근로자의 노동3권 보장형태의 선택에 있어서 고려하여야 한다. 공무원도 노동자라는 당위성에는 이론의 여지가 없으며, 공무원의 근무는 일반적으로 종속노동의 개념범위에 포함됨은 물론이다.

공무원에 대한 노동기본권제한의 일반적인 논거는 첫째, 공무원은 공무수행에 있어서 국가에 대한 충성의무가 있고, 이 의무와 집단적 권리주장은 상반된다는 점, 둘째, 공무라는 업무의 성격상 사용자로서 국가에 대응하는 집단적 권리주장은 부적절하다는 점, 셋째, 국민 일반의 정서가 공무원노동권보장의 입법에 대하여 부정적이라는 점, 넷째, 공무원자신의 노동권에 대한 인식이 불확실하다는 점 등을 들 수 있다. 그리고 헌법을 통한 직업공무원제도의 보장을 통하여 일반 노동자보다 더 두터운 신분상 보호를 받고 있는 공무원에 대하여 노동3권을 보장하는 것은 특혜라는 시각이 있다. 그런데 이 점은 그러한 공무원에 대하여 상대적으로 제한된 노동3권의 인정이라는 방향으로 해결해 나가야 할 것이다.

헌법규정의 합목적적 해석 즉 직업공무원제도보장과 공무원의 노동기본권보장의 관계설정이 공무원노동권보호에서 중요하다. 즉, 공무원은 헌법상의 직업공무원제도의 보장이라는 공무원노동자에게 특별한 헌법적 보호가 따르고 있는 만큼 일반노동자와 비교되는 공무원노동자의 노동기본권보장논의에는 그러한 점이 고려되어야 한다. 물론 직업공무원제도의 보장이 공무원노동자에

긍정적 및 부정적인 양면적 효과를 가지는 점이 검토되어야 한다.

3) 공무원의 노동3권[33]

(1) 헌법 제33조 2항은 공무원인 근로자의 경우 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다[34]고 규정하고 있고, 국가공무원법 제66조 1항 및 지방공무원법 제58조 1항은 "공무원은 노동운동 기타 공무이외의 일을 위한 집단적 행위를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다"고 규정하고 제2항에서 그 사실상의 노무에 종사하는 공무원의 범위는 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 또는 대통령령으로 정한다고 규정하고 있다.[35][36] 노동조합및노동관계조정법 제5조는 "근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다. 다만, 공무원과 교원에 대하여는 따로 법률로 정한다"고 하고 있다. 따라서 현행

---

33) 공무원의 노동3권 문제는 공공부문노사관계가 차지하는 중요성과 비중에 비추어 볼 때 한국의 공공부문 노동운동 뿐 만 아니라 전체 노동운동의 방향에 영향를 미치는 중요한 문제이다. 자율을 바탕으로 하되 필요한 부분에 있어서 국가의 정책적 지원을 받아야 할 것이다.

34) 헌법 제33조 2항이 공무원의 경우는 "법률이 정하는 자에 한하여"라는 표현을 사용하고 있는 점을 본다면 현행헌법은 공무원에 대한 단결권등의 인정에 소극적인 입장에 서 있다는 느낌을 준다.

35) 사실상의 노무에 종사하는 공무원이라는 기준도 그 개념범위를 따져볼 실익이 있다. 다만 현재는 현업부서에서 사실상 노무에 종사하는 철도청, 정보통신부, 국립의료원소속의 기능직, 고용직 공무원이 이에 포함되고 있을 뿐이다.

36) 여기서 말하는 '노동운동'은 일반적으로 집단적 노동관계에서 공무원의 근로조건의 유지·향상을 위한 노동조합결성과 그 활동을 말하는 것으로 해석하고 있다.

법상으로는 이 사실상의 노무에 종사하는 공무원을 제외하고는 노동3권이 인정되지 않고 있다. 다만, 1999년 1월 1일부터 시행된 공무원직장협의회의 설립·운영에 관한 법률에 따라 일정범위의 공무원에게 직장협의회를 설립하여 근무환경개선 등 일정범위의 사항에 대하여 기관장과 협의할 수 있도록 하고 있다. 이 법의 성격을 공무원의 단결권보장의 준비단계로서의 성격을 가진다고도 볼 수 있는 여지가 있다.

공무원의 노동3권은 현행법하에서는 헌법에서 법률로 정하는 경우에만 공무원의 노동3권을 허용하는 것으로 되어 있고, 사실상의 노무에 종사하는 공무원(현업공무원)외에 다른 공무원(일반공무원)의 노동3권을 허용하는 법규정이 없으므로 사실상의 노무에 종사하는 공무원이 아닌 한 법률상 허용되지 않고 있다고 할 수 있다.[37] 공무원직장협의회의 설립·운영에 관한 법률만으로 그치지 않고 공무원의 단결권인정을 위한 후속적 법률제정이 필요한 상황이다. 그런데 노동3권의 하나인 단결권은 아직 입법이 되지 않았다 하더라도 헌법 제21조 1항의 결사의 자유보장에 따른 공무원 결사의 자유를 실질적으로 보장할 의무는 충분히 있는 것이다.

헌법 제37조 1항은 "국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다"고 규정하고 있다. 동조 제2항은 "국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할

---

37) 공공부문의 노동조합은 민간부문에 비해 높은 조직률과 업무(사업)의 성격상 독과점(특허등)으로 경제적으로 안정된 지위를 가져온 점을 생각한다면, 공무원이기 때문에 노동3권에 대하여 합리적인 범위 내에서 제한을 받는다는 점을 부정적으로만 평가할 수는 없는 것이다.

수 없다"고 규정하고 있다. 이 조항에서 말하는 공공복리가 공무원의 노동3권 제한의 근거가 될 수 있다는 주장과 오히려 노동3권 보장의 근거가 되어야 한다는 주장이 병존한다.

(2) 공무원의 노동기본권제한의 이론적 근거로는 공공복리설, 특별권력관계설, 공공역무설, 국민전체봉사자설, 대상조치설, 예산규정설 또는 재정민주주의설, 국민생활 전체의 이익확보설 등이 주장되어왔다.[38] ①공공복리설은 공무원이 가지는 특수성으로서의 직무의 공공성 공공복리의 이념하에 공무원의 노동기본권을 일반근로자와 달리 특별 취급하는 것은 당연하다는 견해이다. 그런데 신인령교수는 "현대 헌법이 인권보장과 관련하여 공공복리를 대두시킨 목적은 자본주의 경제의 자유시장적 조절기구에 대한 수정·중재에 있기 때문에 공공복리에 의하여 제한당하는 인권의 대상은 인권 일반이 아니고 고전적 자유권으로, 소유권을 비롯한 경제적 기본권이며 그것은 생존권보장을 기하는 데 초점이 있는 것이다. 즉 자유권에 관하여는 공공복리가 그 제약사유로 되는데 반하여 생존권적 기본권에 관하여는 공공복리가 그 실천목표로 되어 있는 것이다. 따라서 공공복리란 생존권적 기본권을 촉진하는 법리로 존재하는 것이어서 그 제한의 논거가 될 수 없음은 물론, 공무원을 일반 근로자와 달리 취급할 이유로 원용될 수 없다. 공무원 근로자의 차별적 '희생'보다는 동등취급을 '보호'하는 것이 오히려 공공복리에 적합하다"고 한다.[39] 즉 기본권제한의 근거로서 공공복리론은공무원 노동기본권의 제한의 논거가 아니라 보장의 논거가 되어야 한다는 것이다. 물론 현대복지국가에서 공공복리론을 반드시 공무원 노동기본권의 보장의 논거

---

38) 이하의 각 견해의 내용은 『신인령, 노동인권과 노동법, 녹두, 1999』의 53-60면을 참고하였음.

39) 신인령, 앞의 책, 53-54면.

로만 해석하는 것은 무리가 없지 않지만, 적어도 일반공무원의 노동3권을 부정하고 있는 우리 상황에서는 적어도 일반공무원의 단결권과 단체교섭권의 보장은 자본주의시장경제질서의 수정으로서의 공공복리론에 부합되고, 자본주의시장경제질서의 법제의 수정법으로서의 노동법제의 해석에도 부합된다고 할 수 있다. ②특별권력관계설은 공무원은 그 자유의사에 의해 국가와 특별권력관계에서 포괄적 지배를 받는 지위에 있으므로 국가와 일반 국민간의 일반권력관계에서 보장되는 기본권은 그 범위 내에서 제한이 불가피하고 공무원의 노동기본권은 바로 그러한 이유에서 제한된다는 견해이다. 이 견해는 전통적으로 단체주의와 국가주의 전통의 독일에서 주장되어온 이론으로서 갈수록 그 타당성을 잃어가고 있는 이론이다. 이제 행정법학계에서는 특별권력관계라는 용어가 가지고 있는 권위주의적 색채에 대한 반발로서 "특별행정법관계"라 표현하는 것이 일반적이다. 물론 공무원이 공무수행에 있어서 일반국민과 달리 근무관계에 있어서 특별한 지위에 서있는 것은 분명하나 그것이 공무라는 노무제공과 그에 대한 보수지급으로 표현되는 공무원노동관계의 본질을 좌우하는 것은 아님이 분명하다. 따라서 공무원 노동3권의 제한의 논거로 특별권력관계설을 주장하는 것은 시대착오적 발상에 불과하다. ③공공역무설은 공무원은 공법상의 계약에 의해 국가기관에 편입되고 국가의 공권력하에서 공적 요구를 충족시키기 위해 공공역무에 협력하는 자인바, 공공역무는 계속성과 질적 동일성이 항상 요구되므로 공무원의 단결이나 단체교섭, 특히 쟁의행위는 용납되지 않는 개념이기 때문에 결국 공무원의 노동기본권은 제한이 당연하다는 견해이다. 물론 국가의 공권력수행의 한 표현인 공공역무의 수행이 이 곧 공무원의 노동으로 나타나지만, 공무원의 노동3권 특히 단결권과 단체교섭권 보장의 경우는 공공역무 수행의 계속성과 질

적 동일성보장과 양립되지 않는다고는 보기 어렵다는 점에서 이 견해는 공무원의 단체행동권제한의 논거로만 그 의의가 있다고 생각한다. ④국민전체봉사자설은 공무원은 국민 전체의 봉사자이며 국민에 대하여 책임을 진다는 헌법규정 제7조 1항에서 그 제한의 근거를 찾을 수 있다고 한다. 그런데 여기서 말하는 국민에 대한 책임 또한 공무원의 노동3권 보장과 반드시 양립되지 않는다고 볼 수는 없을 것이다. 왜냐하면 공무원에 주어지는 보수에 대응하는 공무제공의 의무는 엄격한 법적 의무로서 이 의무에 헌법 제7조 1항에서 말하는 '국민에 대한 책임'이라는 의무가 동등한 가치로 포함되어 있다고는 볼 수 없다. 즉 동조항의 의무는 다분히 정치적 색채가 강한 의무로서 이미 그 내용은 국가공무원법과 같은 법률에 표현되어 있는 것이다. 즉 노동3권은 노동자이면 누구나 행사할 수 있는 노동자의 본질적 권리로서 동헌법조항을 노동3권제한의 근거로 삼는 것은 상당히 빈약한 주장이라 할 것이다. ⑤대상조치설은 근로자의 노동3권은 그 자체가 목적이 아니라 근로조건유지·개선 기타 경제적·사회적 지위향상을 위한 것이므로 다른 제도상의 기술(예컨대 공무원법상의 각종 특별보호·배려)에 의하여 대상조치가 이루어지면 특별한 제한이 가능하다는 견해이다. 물론 공무원은 헌법상의 직업공무원제도의 보장에 의하여 일반근로자에게는 부여되지 않는 특별보호를 받는 것은 분명하지만 그것이 노동3권을 대신할 정도가 되지는 않고 있다. 특히 오늘날 노동시장에서 공적부문과 사적부문의 경계가 희미해지고 공무원의 노동 자체는 본질적으로 사적부문의 노동과 차이가 없다는 점에서 공무원에게도 사적부문의 노동자와 같은 노동3권을 보장하는 것이 타당하다고 본다. 더구나 전통적으로 고용계속이 보장되는 안정된 직장이라는 공무원사회도 현대사회에서 공경영의 효율성추구의 일환으로 행해지는 인력감축 등의

의하여 그 대상조치의 보호수준도 하향되고 있는 것이 현실이다. ⑥예산규정설 또는 재정민주주의설은 의회에서 확정되는 정부예산에 의해 공무원의 대우 즉, 공무원의 근로조건 등이 규정된다는 이유로 공무원을 일반 근로자와 달리 취급할 수밖에 없다는 견해이다. 이 견해에 대하여 신인령교수는 "정부예산이란 정부내에서의 준칙에 불과하고 행정관청 상호간에 구속력이 있을 뿐, 대외적으로 공무원이나 국민의 권리·의무를 제약하는 준칙은 결코 아니며, 예산에 관계없이 공무원이나 국민은 국가에 대하여 보수청구권 기타 정당한 권리행사를 할 수 있으며, 국회가 공무원에 대한 근로조건결정을 할 때 영향력 행사를 위해서도 공무원 근로자는 단결권이 요청된다. 그리고 일반 근로자도 근로조건 기타 대우가 그 사업의 지불능력에 사실상 상당히 구속된다는 점에서 공무원과 다를 바 없다. 뿐만 아니라 재정민주주의란 국가의 예·결산에 대한 국민참여의 취지를 가진 것이므로 공무원의 노조결성권 행사는 국가의 예산편성에 노동조합의 의사반영을 가능하게 함으로써 재정민주주의의 요청과 조화되어 오히려 적극적으로 요구된다"고 한다.[40] 즉, 예산에 의한 공무원의 근로조건결정의 취지가 결코 공무원의 단결권행사와 이를 통한 근로조건개선요구와 양립될 수 없는 것은 아니며, 오히려 공무원의 근로조건개선의 요구를 예산에 반영시킬 수 있는 장치를 마련하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 재정민주주의 또한 마찬가지라고 할 수 있다. ⑦국민생활 전체의 이익확보설은 노동기본권 특히 쟁의권 제한은 신중을 기해야 한다는 전제 아래, 노동기본권 제한은 근로자가 담당하는 직무 또는 업무의 성질이 공공성이 강하여 그 정폐가 국민생활 전체의 이익을 해치고 국민생활에 중대한 장해

40) 신인령, 노동인권과 노동법, 녹두, 1999, 57면.

를 가져올 염려가 있는 것에 대하여 이를 피하기 위해 불가피한 경우에 고려될 수 있는 바, 공무원은 그에 해당한다는 견해이다. 물론 공무 자체가 국민생활 전체의 이익확보를 위한 것임은 분명하나 그것이 공무원의 단결권과 단체교섭권의 부정의 논거로 사용될 수는 없다고 본다. 다만 쟁의권제한에 있어서 본 견해의 논거는 타당성을 갖고 있다고 본다. 다만 구체적으로 국민생활 전체의 이익을 해치고 국민생활에 중대한 장해를 가져올 염려가 있는 업무의 범위를 정하는 데 있어서는 여전히 불확실한 측면이 있다. ⑧필수적 사업유지설은 공공부문의 사업은 일반 국민의 건강, 안전, 복지 등 필수적인 서비스를 제공하기 때문에 이에 대항하는 동맹파업은 이러한 사업의 유지를 위태롭게 하므로 금지된다는 견해이다. 이 견해는 공무원의 단결권과 단체교섭권을 전제하면서 단체행동권에 제한을 가하고 있는데, 그 필수적 사업의 범위를 어떻게 정할 것인가는 간단하지 않는 문제이다. 이상의 견해들을 종합적으로 살펴보면 어느 견해나 적어도 공무원의 단결권과 단체교섭권을 부정하는 논거로 사용될 수 없고, 다만 단체행동권의 경우에 구체적으로 범위를 정하여 그 인정여부나 행사의 한계를 결정하는데 도움을 줄 수 있는 견해라고 할 수 있다. 그리고 예산규정설의 경우에 공무원의 근로조건의 주요부분이 예산에 의하여 결정되는 점에서, 예산에 의하여 결정되는 부분을 단체교섭의 대상에서 제외하는 것을 문제가 있다고 생각한다. 즉 일반 근로자와 마찬가지로 단체교섭의 범위를 정하되 그 결과를 예산에 반영하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 오늘날의 일반적인 견해는 군인, 경찰, 소방관, 형무소관리의 경우에는 단결권부터 부정하고 있으나, 그 외의 공무원의 경우에는 단결권부터 부정하는 견해는 없다. 즉 현재의 논의의 중심은 단체교섭권과 단체행동권에 있다. 신인령교수는 “공무원 근로자의 쟁의권은

쟁의조정법상 공익사업에 준하는 특별취급으로 국가 전체의 이익을 위해 필요한 경우 정당한 절차에 의한 제한이 가능하도록 개정하는 것이 현대국가의 헌법상의 보편적 요구에 부합된다"고 한다.[41]

군인과 경찰을 제외하고는 단결권을 인정하는 ILO 제87호 조약에 비추어 볼 때 공무원의 노동조합설립을 금지하는 것은 잘못된 것이다. 공공부문의 노사관계에 관한 ILO 제151호 조약에서도 정책입안 등의 고위직 공무원과 고급기밀취급공무원의 경우만 예외를 두고 있을 뿐이다.

공무원의 노동3권 제한 특히 단체행동권의 제한에 있어서는 노동3권의 본질적 내용 침해에 해당한다는 견해가 적지 않다.[42] 생각건대 노동3권은 그 전체가 한 덩어리로서 노동3권의 본질적 내용을 이룬다고 생각하며, 그 제한의 경우에도 제한에 대한 동등가치의 대상수단이 마련되어 있지 않는 한 그 제한은 노동3권의

---

41) 신인령, 앞의 책, 61면.

42) 김대환교수는 "근로3권의 본질적 내용은 단결권을 포함하는 그 이상으로서 단체교섭권과 단체행동권의 핵심영역을 포함한다고 할 수 있다. 따라서 근로자의 자주적 조직의 형성과 운영 그리고 그 활동을 전면금지하는 것은 근로3권의 본질적 내용의 침해라 할 것이다"고 하면서, "근로3권의 본질적 내용은 본질적 내용의 확정을 통하여 보다 분명히 보장될 수 있다"고 한다. 그리고 본질적 내용의 침해라고 볼 수 있는 경우로서 "근로3권을 제한한 후 아무 것도 남지 않는 겨우, 근로3권제한의 법적 통제가능성이 상실되는 경우, 근로자의 인격적 가치와 결부하여 근로자가 국가적 제한의 단순한 수단에 불과하게 되는 경우, 근로자 개인적 관점에서 근로3권이 영원히 박탈되는 경우, 근로3권제한의 요건을 근로자가 충족시키는 객관적으로 불가능한 경우, 근로3권제한의 과잉금지원칙은 충족하지만 그 회피가능성이 객관적으로 존재하지 않는 경우"를 들고 있다(김대환, 근로3권의 본질적 내용 침해금지에 관한 소고, 공법연구 제29집 제3호, 한국공법학회, 2001).

본질적 내용을 침해하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 공무원의 경우 단결권과 단체교섭권을 인정하되 단체행동권을 제한하는 경우는 단체행동권제한에 상응하는 대상수단이 주어져야 하고, 단체교섭권의 경우도 단체교섭과 단체협약체결의 두 단계로 나누어 전자만을 보장하거나, 단체협약체결의 범위를 법령이나 예산에 의해 결정되는 부분을 제외하는 경우는 그에 합당한 대상수단이 제공되어야 할 것이다.

헌법은 공무원의 경우 제33조 2항에서 '법률로 정하는 자에 한하여' 근로3권을 가질 수 있도록 하고 있다. 공무원의 근로3권을 제한하고 있는 이유는 앞에서 언급한 공무 및 공무원이라는 신분의 특수성에서 비롯되지만, 기본권제한의 일반조항인 헌법 제37조 2항도 함께일반적으로 언급되고 있다. 즉 동조항은 "국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용은 침해할 수 없다"고 규정하고 있다. 물론 이 조항이 생존권적 기본권으로서 특히 시민법질서의 수정인 사회법상의 권리에 적용될 수 있느냐는 논란이 계속되고 있지만, 일단 헌법상 '모든 권리'라고 표현되어있다는 점, 그리고 노동3권의 성격의 현대적 변용[43]을 생각한다면 이를 긍정적으로 파악하여도 무리가 없을 것이다. 과거 헌법재판소

---

43) 노동법 초기의 노사대립적 상황의 노동3권의 성격이 기본적으로 오늘날에도 유지됨은 물론이지만, 그것이 노사간의 협력 내지는 이익조절의 성격을 가지는 노사관계도 출현함으로써 경우에 따라서 노동3권의 성격이 변용되어 해석될 여지도 있는 것이다. 그러한 경우에는 '공공복리'라는 개념이 폭넓게 적용될 수 있을 것이다. 즉 특정 사업장의 노동자가 아닌 일반국민, 노동자가 아닌 일반국민, 소비자, 다수기업주 등등의 이익을 공공복리라는 개념에 포함시킬 여지도 있는 것이다.

는 모든 공무원에 대하여 단체행동권을 전면적으로 금지한 구노동쟁의조정법 제12조 2항에 대하여 헌법 불합치결정을 내린 바 있다. 이는 당시 헌법원칙에 비추어 볼 때 당연한 결정으로서 이 결정에서 헌법재판소는 "입법자는 어떠한 형태로든 법률을 만들어 일정한 테두리의 공무원인 근로자가 단체행동권을 갖도록 하여 헌법불합치인 현재의 상태를 제거할 의무가 있다 할 것이므로, 이러한 의미에서 빠른 시일 안에 헌법불합치의 제거를 위한 입법촉구를 하는 바이다"라고 하였다.[44]

그런데 국가공무원법 제66조 1항은 "공무원은 노동운동 기타 공무 이외의 일을 위한 집단적행위를 하여서는 아니된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다"고 하고 있는데 이 조항이 헌법상의 공무원노동3권 제한에 대한 법률차원의 규정이다. 그런데 문제는 이러한 법률내용이 헌법의 위임입법으로서는 헌법의 공무원노동3권 관련조항에 대한 지극히 불충분한 내용을 담고 있다는 점이다. 이 점과 관련하여 공무원의 헌법상의 지위를 살펴볼 필요가 있다.[45] 헌법 제7조 1항은 "공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다"고 하고 있다. 이 조항이 공무원의 지위에 대한 헌법의 기본조항이라 할 수 있다. 이는 헌법 제1조의 민주공화국과 국민주권주의에 관한 규정에서 오는 당연한 법리라고 할 수 있다. 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이다. 현대복지국가에서 이는 국민전체 내지는 국민일반의 이익을 위한 봉사이며 정당을 통한 대의정치제도 하에서 대부분의 경우는 다수결원칙에 따라 국회 내의 다수의견에 따라 행동하는 것을 말한다. 그러나 정당과의 관계에서 반드시 다수당이

---

44) 헌재 1993. 3. 11 선고, 88 헌마 5, 헌재판례집 제5권 1집, 59면 이하; 김철수, 앞의 책, 739면 참조.

45) 김철수, 앞의 책, 196-199면 참조.

라 하여 그 당의 의견을 따라야만 한다는 의미는 아니라고 본다. 그리고 헌법 제7조 1항에서 말하는 국민에 대한 책임에 대하여는 법적 책임설과 정치적·이념적 책임설이 대립한다. 법적 책임설은 "공무원은 주권을 가진 국민의 수임자이므로 언제든지 국민에 대하여 책임을 진다고 본다. 즉 공무원의 책임은 주권자인 국민에 대하여 지는 책임이고 공무에 대하여 지는 책임이며 그 직무의 수행에 관하여 비판과 제재를 받을 책임이므로, 따라서 공무원의 책임은 국민에 대한, 국무에 관한 법적 책임이라고 한다." 정치적·이념적 책임설은 "공무원이 국민의 수임자라고 하지만, 국민과 공무원간에 엄격한 법상의 위임관계가 존재하지 않고 최소한 국민의 공무원파면권이 인정되지 않는 이상 공무원은 엄격한 법적 의미에서의 국민의 수임자는 아니며, 따라서 공무원의 책임이란 정치적·윤리적 책임으로서는 인정되나 엄격한 의미에서의 책임은 성립될 수 없다고 본다." 양 학설에 대하여 김철수 교수는 "생각건대 국민소환제도가 없기 때문에 공무원의 국민에 대한 책임은 법적 책임이 아니라 정치적·윤리적 책임이라고 주장하나 이는 헌법의 규정을 무시한 것이라고 하겠다. 우리 헌법과 같이 실정헌법에서 「공무원은 국민에 대하여 책임을 진다」라고 규정하고 있는 나라에서는 공무원의 국민에 대한 책임은 헌법적 책임이며, 따라서 법적 책임이라고 보아야 할 것이다"고 한다. 그리고 헌법상 공무원에 대한 직접적인 책임추궁제도(국민소환)는 없지만, 공무원의 위법·위헌행위에 대한 간접적인 책임추궁제도가 있다고 하고 있다.[46] 그런데 적어도 노동관계에 있어서

---

46) 선거를 통한 책임, 탄핵에 의한 책임, 해임건의에 의한 책임, 공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민에 대한 국가배상책임, 공무원의 파면청원, 임면권자에 의한 징계책임·해임권, 변상책임, 형사책임 등을 들고 있다(김철수, 앞의 책, 198면).

근로자가 사용자(사업주)에 대하여 지는 책임에 비유하여보면 공무원노동관계에 있어서는 적어도 공무원이 국민에 지는 책임을 사업주로서의 사용자에 상당하는 것으로 보기는 어려울 것이다. 왜냐하면 여기서 공무원의 국민에 대한 책임은 엄격한 법적 책임이라기 보다는 헌법상의 책임[47] 또는 정치적 책임에 가까운 것으로 보아야 할 것이다. 공무를 수행하는 공무원은 자연인이자 또한 노동자이기도 하기 때문에 그에게 공무제공대가인 보수에 상당하는 법적 책임만을 지우는 것이 타당하다고 생각한다.[48] 즉 공무원이라고 하여 과중한 책임을 지우는 것은 과잉조치가 된다.

공무원에게 노동3권을 보장한다고 할 때 그 구체적인 범위가 문제된다. 우리 헌법상의 노동3권은 단결권, 단체교섭권, 단체행동권으로 구성되어 있다.[49] 단결권은 단체교섭권의 바탕을 이루는 권리로서 집단적 노동관계에서 기본적인 권리이며, 이 단결권을 바탕으로 단체교섭권이 성립할 수 있고, 단체행동권을 행사할 수 있다는 가능성이 단체교섭권의 현실화를 확보해 준다고 할 수 있다. 즉, 단체행동권이 없는 단체교섭권은 그 실효성이 확보되기 어렵다. 비록 법에서 쟁의조정제도를 두고 있지만, 실질적으로 대상수단이라고 볼 수 있느냐는 별도의 판단이 필요한 문제이기 때문이다. 그래서 원천적으로 단체행동권을 금지하는 것보다는 단체행동권을 원칙적으로 인정하면서 그 예외를 폭넓게 두거나, 사실상 그 행사를 하지 않는 것이 관습법화[50] 되어 있는 것이 훨

47) 책임추궁도 헌법차원에서 행해져야 한다는 의미에서.

48) 법적 책임은 구체화될 수 있는 것이어야 하며, 헌법규정이 말하는 책임은 그러한 구체성요건을 갖추지 못한 것이다.

49) 입법례에 따라서는 단결권만 두고 거기에 단체교섭권과 단체행동권을 포함시키는 경우도 있고, 관습법이나 판례법과 같이 불문법으로 보장하는 경우도 있다.

씬 바람직한 상태라고 생각한다. 이 문제는 헌법의 기본권제한의 일반조항인 제37조 2항 후단의 "... 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다"의 '본질적 내용'을 어떻게 볼 것인가 와도 관련된다. 노동3권은 그것이 전체로서 인정될 때만 그 권리의 내용을 제대로 실현할 수 있다는 점을 고려할 때 노동3권에서 본질적 내용은 노동3권 모두에 걸쳐있다고 할 수 있다. 다만 예외적인 경우 그 일부가 제한될 수 있으나 이 경우에도 노동3권 전체를 보장하는 원칙 위에 서 있어야 하며, 단체행동권 행사의 현실화가 늘 잠재되어 있어야 하는 것이다. 따라서 공무원의 노동3권도 원칙적으로 이를 모두 인정하면서 필요한 경우 제한범위를 두는 것이 바람직할 것이다. 그리고 단체교섭권을 단체교섭의 권리와 단체협약체결의 권리로 나누는 경우가 있는데 이 경우에도 그것이 단체협약체결의 권리를 부정하려는 의도로 행해져서는 안된다고 본다.

공무원 노동3권의 권리의 성격을 자유권으로 볼 것인가, 생존권으로 볼 것인가에 따라 권리보장의 방법이 달라진다. 성격상 자유권은 그 권리의 내용을 제한없이 보장하는 것이 원칙이라는 생각에서 공무원 노동3권의 성격을 자유권으로 설명하는 시각이 많아지고 있다. 그러나 그 권리를 자유권으로 볼 때는 그 권리보장이 국가가 소극적으로 그 권리의 침해를 하지 않는 권리로서 그 권리보장의 내용이 소극적 성격을 갖게 된다. 반면에 생존권으로 볼 때는 국가가 그 권리의 실현을 적극적으로 보장해야 하므로, 공무원 노동3권의 성격을 생존권으로 보면서 공무원의 노동3권의 인정범위를 확장하여 가는 것이 옳다고 본다.

---

50) 사회적 합의의 결과로 이루어지는 경우도 마찬가지이다. 그 사회의 관행으로 굳어져 있는 것도 같다.

2. 법률상의 보호

헌법 제7조 2항은 “공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”고 하여 직업공무원제도를 규정하고 있다. 공무원의 근로조건에 대한 법률상의 보호는 헌법상의 직업공무원제도보장의 내용의 일부가 되고 있다.

공무원의 근로조건에 대한 법률상의 보호규정은 편의상 ‘공무원노동관계법’이라고 부를 수 있을 것이다.

1) 총 설

헌법상의 공무원근로조건 관련 규정과 기존의 법률상의 규정은 앞으로 공무원노동법의 전개와 어떤 관계 하에서 정리되어야 하나가 주된 문제가 된다.

2) 국가공무원법 및 지방공무원법

공무원의 근로조건을 포함하는 제반 신분보장에 관하여는 일반법으로서 국가공무원법과 지방공무원법에 규정을 두고 있다. 이러한 법률들은 기존의 근로기준법 및 노동조합및노동관계조정법에 대한 특별법의 성격을 가지며 내용이 광범위하여 양법이 적용될 여지가 거의 없다고 할 수 있다.

3) 공무원직장협의회법(공무원직장협의회의설립·운영에 관한법률)

1999년 1월 1일부터 시행되고 있는 공무원직장협의회의 설립·운영에 관한 법률은 노동조합법의 준비단계라는 유래 내지는 시각과 아울러 공무원노사협의회법의 성격도 가지고 있다는 시각이 있다.[51] 분명한 것은 이 법률이 공무원의 노동3권 보장의 준비단계로서의 역할을 제대로 하지 못하고 있다고 생각되며 입법당시부터 과연 그러한 입법의도가 반영되었는지에 대하여는 상당한 의문을 가지지 않을 수 없다.

공무원 노동조합을 인정함에 있어서 기존의 공무원직장협의회를 존속시킬 것인가의 문제가 있다. 공무원직장협의회가 노동조합의 준비단계의 유래를 가진다는 점을 고려하면 공무원 노동조합이 허용되는 상황에서는 동 협의회를 폐지하는 것이 바람직할 것이다. 물론 노사협의회로서의 성격을 갖는다는 시각에서는 동 협의회를 존속하는 것이 바람직하다고 하지만, 이는 먼저 동협의회가 명실상부한 노사협의회로서 제대로 기능할 수 있도록 동법률을 수정하는 것이 우선되어야 한다. 현재의 모습으로는 동협의회는 자칫 공무원노동조합의 결성을 저해하는 이유가 될 수 있기 때문이다.

4) 교원노조법(교원의노동조합설립및운영등에관한법률)

1999년 7월 1일부터 시행된 교원의 노동조합설립 및 운영 등에

---

51) 관련 참고문헌으로는: 김상호, 공무원직장협의회에 관한 비교법적 고찰, 한국노총중앙연구원, 2000.

관한 법률은 공무원으로서의 교원(초·중등교원)에게 적용되는 법으로서 국립 및 공립 그리고 사립를 불문하고 적용되는 법으로서 교원의 노동3권 보장의 출발로서 의의를 가진다. 그러나 단체행동권제한과 강제중재제도 그리고 불완전한 내용의 단체교섭권 등 적지 않은 문제점을 가지고 있다.

이 법은 교원인 공무원에 적용되는 법인만큼 일반공무원의 노동조합결성에 관한 입법에 있어서도 두 법의 상호간의 법체계상의 조율을 위하여 참고할 필요가 있다.[52] 이 법은 교원에 대하여 단결권과 단체교섭권을 인정하고 있으며, 노동법 전체의 체계내에서 보면 노동조합및노동관계조정법의 특별법의 성격을 가진다고 할 수 있다. 그런데 단체협약의 체결과 관련하여서는 예산·법령·조례 등에 의하여 결정되는 사항에 대하여 단체협약의 효력을 부인하고 있으므로 그 한도에서 실질적인 단체교섭권의 범위가 줄어드는 문제점을 안고 있다. 또한 노동조합측의 교섭창구단일화를 요하는 교섭구조의 문제와 단체행동권의 제한과 그에 대한 대상조치의 미흡 등은 여전히 이 법의 문제점으로 남아있다.

5) 기타 법령 및 조례·규칙

경찰에 적용되는 경찰공무원법이나 군인에 대한 군인사법과 같이 행정의 영역에 따른 특별공무원법이 존재한다.

---

52) '교원의노동조합설립및운영등에관한법률"은 공무원 중 교원에 대한 단결권을 최초로 인정한 입법으로서 나름의 의미를 가지지만, 노동조합및노동관계조정법과의 관계에 있어서는 특별법과 보통법의 관계를 가진다고 할 때 노동법체계상으로 충분한 검토가 이뤄지지 않은 불충분한 입법으로 보인다.

6) 기존의 “사실상의 노무에 종사하는 공무원”에 대한 법적 보호

제공하는 노무의 형태로 보아 사실상의 노무에 종사하는 공무원임에도 국가공무원법 제66조 2항에서 말하는 각 기관의 규칙 내지 대통령령으로 지정되지 않고 있는 경우가 입법부작위로서 문제가 될 수 있다. 지방공무원법 제58조에서는 사실상의 노무에 종사하는 공무원의 범위를 조례로 정하도록 하고 있는데 이를 정하지 않고 있는 것도 문제가 된다.

3. 국제노동법상의 보호

한 나라의 노동법은 다른 법과 마찬가지로 그 나라의 법이 중심이 되어 있다. 물론 법의 영역에 따라서 외국의 법과 비슷하거나 동일한 내용의 법을 가지게 되기도 하지만, 그것은 그 나라가 해당 외국의 법을 국내법으로 유권적으로나 학리적으로 수용하는 절차를 가졌지 때문이다.

노동법의 영역 또한 세계화가 진행되는 국제사회에서 그 내용에서 우리나라 독자의 법을 고집할 수는 없다. 그러나 분명한 것은 외국법의 내용이 어떠하다고 해서 그것이 바로 우리나라의 법의 내용이 되어야 한다는 당위성으로 연결되는 논리는 위험하다는 것이다. 마찬가지로 국제노동기구의 조약에 많은 나라들이 가입해 있다고 해서 그것이 바로 우리나라의 기준이 되어야 한다는 것도 문제가 있는 논리이다. 국제 간의 조약의 체결이나 가입의 문제는 때로는 국제사회의 정치적 이유로 그 여부가 결정되는 부분이 있는 것이다.

문제는 자국의 노동기준을 국제사회의 흐름을 감안하여 양적으로나 질적으로 향상되는 방향으로 전개하려는 행정부·입법부·사법부의 노력이다. 해당되는 몇몇 ILO 조약[53]에 반드시 가입해야 되느냐를 떠나서 공무원의 지금 문제가 되는 조약은 ILO 제87호 조약과 ILO 제151호 조약이다. 이하에서 양 조약(협약)의 내용을 살펴보고 우리나라 공무원노동법제의 형성을 위한 시사점을 찾고자 한다.[54]

ILO 제87호 협약인 '결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약(1948년)'[55]은 근로자와 사용자는 각자의 이익을 보호·증진하기 위한 목적으로 어떠한 차별도 없이 스스로 선택하여 단체를 설립하고 가입할 수 있는 권한을 가진다고 하고 있다. 이 권한은 집단적 노동관계에서 근로자의 생존권보장을 위한 지극히 원초적인 권리이며 노동3권에서 본질적인 권리의 한 부분을 이룸은 물론이다. 이 권리는 노동자라면 누구나 가질 수 있는 권리로서 공무원의 노동자성을 인정하는 한 당연히 인정되어야 할 권리이다. 동 협약의 주요 내용을 보면: (1) 근로자 단체 및 사용자 단체는 규약과 규칙을 작성하고 자유로이 대표자를 선출하며 관리 및 활동에 대하여 결정하고 그 계획을 수립할 권리를 가진다. 공공기관은 이 권리를 제한하거나 합법적인 행사를 방해하고자 하는 어떠한 간섭도 중단하여야 한다. (2) 근로자 및 사용자는 관할기관(competent authorities)[56]에 의하여 해산되거나 활동이 정지되어

---

53) 다수당사자간의 조약을 협약이라고 부르는 경우도 있다. ILO의 경우 대부분이 그런 의미에서 협약으로 불리기도 한다. 그러나 이하에서는 조약과 협약을 구분없이 사용하고자 한다.

54) 이하 양 조약의 주요내용은 「노동부, ILO 주요협약집, 2000」을 주로 참고/인용하였음.

55) 1950년 7월 4일부터 효력이 발생했으며 2000년 현재 127개국이 비준하고 있는 상황이다.

서는 안된다. (3) 근로자 단체 및 사용자 단체는 이들 단체와 동일한 권리 및 보장을 받는 연합단체와 총연합단체를 설립하고 이에 가입할 권리를 가진다. 동 협약에 의하여 이들 단체들은 국제근로자 단체 및 사용자 단체에 가입할 권리를 갖는다. (4) 이상의 모든 단체들의 법인격 취득은 제한적인 조건들의 적용을 받지 않는다. (5) 이 협약에서 규정한 권리를 행사하는데 있어서 근로자 및 사용자 그리고 그 단체는 다른 국내법령을 존중하여야 한다. 그러나 국내법령과 그 법령의 적용으로 인하여 협약에 규정한 보장내용이 침해되어서는 아니된다.[57] (5)의 내용은 비준국의 국내법과 해당조약과의 상호존중원칙을 명시한 것으로 양자는 대등한 효력이 있음을 명시한 것으로 구체적으로는 동 협약에 반하는 내용의 입법이 있으면 그것을 개정하고 또한 동 협약내용에 반하는 입법을 하는 것을 금지하는 것으로 해석할 수 있다. 동 협약의 채택에 있어서 동기구는 국제노동기구 헌장 전문에서 '결사의 자유원칙의 승인'은 근로조건을 향상시키고 평화를 확립하는 수단이라고 선언하고 있음과 필라델피아선언에서 "결사의 자유 및 표현의 자유는 부단한 진보에 필수적"이라고 재확인하고 있음을 고려한다고 하고 있다. 동협약 제2조는 "근로자 및 사용자는 사전인가를 받지 아니하고 스스로 선택하여 단체를 설립하고 그 단체의 규약에 따를 것만을 조건으로 하여 그 단체에 가입할 수 있는 권리를 어떠한 차별도 없이 가진다"고 하고, 제4조는 "근로자단체 및 사용자단체는 행정당국에 의하여 해산되거나 활동이 정지

56) 동 협약집은 '권한있는 기관'이라고 번역하고 있다. 주무관청이나 감독관청으로도 번역할 수 있을 것이다.

57) 동 협약 제8조의 내용으로서 2호는 "국내법령은 이 협약에서 규정하는 보장사항을 저해하거나 저해할 목적으로 적용되어서는 아니된다"고 규정하고 있다.

되어서는 안된다"고 하며, 제5조는 "근로자단체 및 사용자단체는 연합단체와 총연합단체를 설립하고 이에 가입할 권리를 가지며, 이러한 단체, 연합단체 또는 총연합단체는 국제적인 근로자단체 및 사용자단체에 가입할 권리를 갖는다"고 하고 있다. 그리고 제11조는 "이 협약의 적용을 받는 국제노동기구의 각 회원국은 근로자 및 사용자가 단결권을 자유롭게 행사할 수 있도록 확보하기 위해서 필요하고 적당한 모든 조치를 취할 것을 약속한다"고 하고 있다.

제151호 협약 '공공부문에서의 단결권보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약(1978년)'[58]은 그 내용이 제98호 협약 '단결권 및 단체교섭권 원칙의 적용에 관한 협약(1949년)'과 유사한 것으로 노조 차별행위로부터 적절한 보호를 받을 것을 규정하고 있다. 그 주요내용은: (1) 공공부문 근로자 단체는 단체설립·기능·행정에 있어서 공공기관의 간섭으로부터 적절히 보호받아야 한다. 공공부문 근로자 단체는 공공기관으로부터 완전히 독립되어야 한다. (2) 공공부문 근로자는 다른 부문의 근로자들과 마찬가지로 결사의 자유를 통상적으로 행사하는 데 반드시 필요한 시민권·정치권을 누려야 하며 공무원으로서 지위와 역할의 성격으로 인해 발생되는 의무에만 구속된다. (3) 공인받은 공공부문 근로자 단체의 대표들이 그 역할을 근로시간내외에 관련행정이나 업무의 효율적인 수행과 동시에 방해받지 않으며 즉각적이고 효율적으로 수행할 수 있도록 여건을 마련해 주어야 한다. (4) 국내 상황에 적합한 조치를 통해 공공부문 근로자의 고용계약 및 근로조건을 위한 협상을 촉진하고 이러한 분재해결 과정에 근로자 대표들이 참여하도록 하는 방법을 강구하여야 한다. 분쟁해결은 각

58) 1981년 2월 25일부터 효력이 발생했으며 2000년 현재 36개국이 비준하고 있다.

주체들의 협상을 통하여 혹은 독립적이고 공정한 기구를 통하여 모색되어야 한다. 동협약의 채택문에서 ILO는 “1949년 단결권 및 단체교섭권 협약이 특정종류 공공부문 근로자에게 적용되지 아니하고, 1971년 근로자대표 협약 및 권고가 기업의 근로자대표에게 적용된다는 점을 상기하고, 많은 국가에서 공공부문 활동의 광범위한 확대에 유의하고, 공공기관과 공공근로자단체 사이의 건전한 근로관계의 필요성에 유의하며, 회원국간의 정치·사회·경제 제도상의 다양성 및 회원국간의 관행상의 차이(예컨대 중앙, 지방, 연방 정부, 주, 군 등 지방자치단체, 국영기업 및 다양한 형태의 공공자치단체, 준 자치단체 등의 각각의 기능 및 고용관계의 성격에 관한 차이)를 고려하고, 많은 국가에서 민간부문에서의 고용과 공공부문에서의 고용간에 차이가 존재하기 때문에 국제기준의 적용범위 및 용어의 정의에서 발생하는 특수한 문제, 1949년 단결권 및 단체교섭권 협약의 관련 규정의 공무원에 대한 적용에 관하여 발생하는 해석상의 곤란, 그리고 몇몇 정부가 다수의 공공부문 근로자의 집단을 이 협약의 적용범위에서 제외하고 있다는 국제노동기구의 감독기관이 종종 표명한 의견을 고려하여 ... 채택한다”고 하고 있다. 주목할 만한 것을 보면 제1조 1호는 “정책결정 또는 관리에 관련이 있는 것으로 통상 간주되는 직무를 수행하는 고위직 근로자 또는 고도의 기밀적 성격의 업무를 수행하는 근로자에 관하여 이 협약에서 규정하는 보장을 적용하는 범위는 국내법령으로 정한다”고 하고, 제3조는 “이 협약에서 ‘공공부문 근로자단체’라 함은 구성여하를 막론하고, 공공부문 근로자의 이익을 증진·옹호하는 것을 목적으로 하는 단체를 말한다”고 하고 있다. 그리고 제4조는 “1. 공공부문 근로자는 고용에 관한 반조합적 차별대우로부터 충분한 보호를 받아야 한다. 2. 1항에서 말하는 보호는 특히 다음 각호를 목적으로 하는 행위에

관하여 적용되어야 한다. (가) 근로자단체에 가입하지 아니하거나 또는 근로자단체로부터 탈퇴할 것을 고용조건으로 하는 행위 (나) 공공부문 근로자단체의 조합원이라는 이유 또는 공공부문 근로자단체의 정상적인 활동에 참가하였다는 것을 이유로 공공부문 근로자를 해고하거나 기타 불리한 대우를 하는 행위"라고 규정하고 있으며, 제5조는 "1. 공공부문 근로자단체는 공공기관으로부터 완전한 독립을 보장받아야 한다. 2. 공공부문 근로자단체는 그 설립·활동·운영에 관하여 공공기관의 간섭으로부터 충분한 보호를 받아야 한다. 3. 특히 공공부문 근로자단체를 공공기관의 지배하에 두기 위하여 공공기관의 지배를 받는 근로자단체의 설립을 꾀하거나 또는 근로자단체에 재정상 원조 기타 원조를 하는 행위는 이러한 의미에서 간섭으로 간주하여야 한다"고 규정하고 있다. 또 제7조는 "관련 공공기관과 공공부문 근로자단체 사이의 고용조건의 교섭을 위한 절차 또는 고용조건의 결정에 대하여 공공부문 근로자대표의 참여를 가능하게 하는 여타 방법의 충분한 개발 및 이용을 장려·촉진하기 위하여 필요한 경우에 국내사정에 적합한 조치를 취하여야 한다", 제8조는 "고용조건의 결정과 관련하여 발생하는 분쟁은 당사자간의 교섭 또는 알선·조정·중재 등 관련 당사자의 신뢰를 확보할 수 있는 방법으로 설정된 절차를 통하여 국내사정에 적합한 방법으로 해결이 도모되어야 한다", 제9조는 "공공부문 근로자는 여타 근로자와 마찬가지로 결사의 자유의 정상적 행사에 필수적인 시민적·정치적 권리를 가지며, 그 신분 및 직무의 성질에서 기인하는 의무에만 구속된다"고 하고 있다. 여기서 특히 제8조의 경우를 보면 공공부문의 노동분쟁에 대하여는 그 공공부문의 성격상 법으로 단체행동권의 행사가 제한되거나 기타 그 행사가 적절하지 않는 경우 그리고 그 행사가 가능하다고 해도 가능하면 그 단체행동권의 행사를 자

제하고 비파업적인 수단으로서 당사자간의 교섭 또는 알선·조정·중재 등 관련 당사자의 신뢰를 확보할 수 있는 방법으로 설정된 절차 즉 대체적 분쟁해결수단[59]을 통한 해결을 권장하고 있다는 점이 주목할 만 하다.[60]

이상의 두 협약에 대하여 비록 우리나라가 비준하고 있지는 않지만[61], 국제사회에서 상당수의 국가가 비준하고 있고, 또 해당 조약을 비준하고 있지 않은 국가도 상당수가 그 조약에 준하는 입법과 운영을 하고 있다는 사실만으로도 국제노동법의 일반원칙으로 보아도 큰 무리가 없을 것이다. 즉 그러한 경우는 우리나라의 노동법의 법원(法源)으로서의 역할을 할 수 있다고 생각한다. 국회가 입법의무를 미루는 것은 국제사회의 일원인 한국사회의 위상과 잠재력을 떨어뜨릴 수 있다는 점이 고려되어야 하는 것이다. 최소한 공무원들이 명실상부한 노동조합을 결성하는 권리가 인정되어야 하고, 공무원의 근로조건의 결정에 있어서도 단체교섭을 통한 교섭력의 대등을 도모하고 단체협약을 체결하는 권리[62]까지 인정되어야 할 필요가 있는 것이다.[63]

---

59) 영미에서는 Alternative Dispute Resolution이라고 표현되며, 대체적 분쟁해결은 일본의 번역 예인데 우리나라의 경우도 그대로 사용해도 무리가 없다고 본다.

60) 단지 대체적 분쟁해결수단이 있다는 것만으로는 단체행동권제한의 대상조치(quid pro quo)라고 할 수 없다. 현재 그 대체적 분쟁해결제도가 어떻게 운영되고 또 그 제도에 대하여 당사자가 얼마나 신뢰하고 있으며 앞으로 얼마나 이용될 수 있느냐를 기준으로 그 대상성을 판단해야 할 것이다.

61) 공무원의 노동3권인정은 특히 우리나라와 같은 정치제도가 불안한 구조로 되어있는 경우 집권정당의 이익이나 기타 정치적 논리에 의하여 결정되는 경우가 없지 않다고 할 것이다. 장기적인 안목에서 공무원노동분야를 바라보고 전향적으로 접근하는 노력이 필요한 시점이다.

62) 공무원 단체교섭권의 인정에 있어서 이를 단체교섭의 권리와 단체협

4. 바람직한 보호입법모델

1) 총 설

법제화 문제에 있어서는 입법범위를 정하는 것이 주된 내용이 된다. 가장 최소한의 입법은 기존의 법률상의 공무원의 노동3권 제한규정을 허용규정으로 개정하는 것이 되며, 나머지 부분은 노사자치에 맡겨두는 방법이다. 그러나 계속 입법을 논의하여 단결권의 내용 및 단체교섭의 단위와 절차 등을 법으로 정하려고 하는 이유는 자치적 논의가 쉽지 않을 것이기 때문이다. 따라서 적어도 공무원노동조합의 활동에 관한 기본적 형식은 법으로 정해

약체결의 권리를 나누어 별도로 인정여부를 논하는 견해가 있지만, 이는 단체교섭권의 본질을 망각한 견해라고 생각한다. 단체협약체결에 이르지 못하는 단체교섭은 단체교섭이라고 볼 수 없다. 단체교섭권은 단체협약체결의 권리를 본질적으로 포함하기 때문에 이를 분리할 수 없다. 물론 법령·예산·조례에 의하여 결정되는 부분을 정부가 단체협약의 당사자로서 협약체결로 그 준수를 강제당하는 것이 무리가 없는 것은 아니다. 또 실제로 의회에서 그 협약내용에 이르지 못하는 예산안을 통과시킬 수도 있는 것이다. 그러한 상황을 단지 그럴 수 있는 부분에 대하여 단체협약체결의 범위에 포함시키지 않는 것으로 문제를 해결할 것이 아니라, 단체협약체결범위에 포함시키고 그것을 어떻게 법령이나 예산에 반영하느냐하는 장치를 마련하는 것이 바람직하다고 생각한다.

63) 공직사회의 부패개혁이 공무원의 노동3권 보장의 한 논거로 주장되고 있다. 물론 공무원노동조합의 결성으로 기존의 하향적 내지는 수직적 공무원사회에서 부패구조를 견제할 가능성을 가지고 있으나 그것이 공무원노동조합의 본연의 목적은 아니며, 노동조합활동의 한 긍정적 기능이라고 할 수 있을 것이다.

져야 할 사항으로 보인다.

공무원의 노동3권에 대하여는 어느 범위까지 법으로 정하고 나머지는 노사자치에 맡길 것인가 생각해 보아야 한다. 일반적으로 생각해보면 현행 노조법이 정하고 있는 정도 외에는 법규정으로 관여해서는 안된다고 생각한다.[64][65] (1) 즉 공무원의 단결권을 인정한다고 하면 되는 것이지 그 구체적인 단결단위까지 법으로 규율해서는 안된다는 기본적 사고를 바탕으로 하여 공무원단결권의 법리를 전개해 나가야 할 것이다. 단위사업장과 단위노조의 기본적 범위를 정하는 것도 중요하다. 물론 그것은 실무단계에서 논의해도 될 상황이지만 말이다. (2) 단체교섭의 대상사항(의무적 교섭사항)의 범위, 단체교섭의 당사자와 담당자, 교원노조법의 경우같은 교섭창구의 통일 등을 기존노조법의 항목별로 공무원노조의 경우에는 어떻게 인정해야 할 것인가를 생각해 보아야 한다. 단체교섭의 단계와 단체협약의 체결도 마찬가지다. (3) 단체행동권의 경우 이를 필수 공익사업으로 하는 것도 한 방법이고, 쟁의조정의 경우를 어떻게 할 것인가, 단체행동금지의 경우 대상조치는 무엇인가, 사적 조정은 어려운 문제가 있을 수 있다는 것 등등 생각해 보아야 할 것이 적지 않다.

---

64) 법은 한 시대와 상황의 산물이라고 하지만, 공무원 노동조합의 경우는 장기적 안목으로접근해야 한다. 공무원노동조합법제의 형성은 어떠한 기준에 따라서 이루어져야 하는가에 대하여 올바른 접근이 필요하다. 여기서 국가주도의 노사관계형성이 아니라 진정 노사자치의 공무원노사관계가 형성될 수 있도록 노력하여야 한다. 법으로 정하여야 하는 경우와 굳이 법으로 정할 필요가 없는 경우를 생각해 보아야 할 이유가 여기에 있다.

65) 무엇을 법으로 정하고, 무엇을 노사자치에 맡겨야 하는 가를 정하는 것은 어느 가치관에 서 있느냐에 따라 가변적이다. 그 가치관은 크게는 자유냐 제한이냐 또는 인간에 대하여 어떠한 가치관을 가지고 있느냐에 좌우된다. 자유주의냐 질서주의냐로 표현할 수도 있다.

바람직한 보호입법모델은 “공무원의 노동조합결성과 그 활동에 관한 권리”의 법제화의 모델이다. 그 모델에는 첫째, 한국사회의 공무원노동의 특징이 입법론에 반영되어야 하고, 둘째, 현재의 보호장치도 미흡하지만, 특정집단의 이기주의에 대한 규율장치도 미흡하므로 공무원의 이익과 일반국민의 이익 사이에서의 조절이 중요하고, 여기서 과연 국민전체의 이익이란 무엇인가도 규명될 필요가 있다.[66] 기술적으로는 국회에서 국회의원 다수의 의사에 의하여 입법되겠지만, 그 의사가 국민전체의 의사로 간주된다는 점이 중요하다.[67]

공무원들은 대부분 헌법상의 노동기본권이 제대로 법적 권리로 실현되어있지 못하고 있다고 생각하며, 그 실현을 위하여 공무원 개인으로서는 한계를 가지기 때문에, 교섭력의 강화와 대등성확보를 위하여 공무원 집단차원의 권리보장 즉, 전통적인 노동조합

---

66) 한국노총은 2001년 5월 30일부터 6월 15일까지 공무원직장협의회 및 노동조합에 대한 의식조사를 설문조사했다. 동 조사는 공무원직장협의회 회원을 대상으로 했으며 기관별, 지역별 분포를 감안하여 임의추출하였다. 동 조사에서 응답자의 대다수가 직장협의회의 개선이 아닌 노조설립을 원하고 있었고, 공무원노조를 합법화하려는 결의가 강고하고, 특히 장기근속 공무원일수록 더욱 강하고 적극적인 모습을 보여주고 있었다. 또한 대다수가 공무원노조허용은 시기상조가 아니며 현정권 임기내에 허용되어야 한다는 의견이었으며, 공무원노조가 허용안되면 법외노조가 급성장할 것이고, 다수가 5급이하 소방직 및 교정직에 노조를 허용해야 한다고 생각하고 노동2권만의 허용에 대하여는 부정적이었다. 물론 공무원의 의사만을 기준으로 공무원 노동3권 보장의 입법을 할 수는 없지만, 당해 입법에 중요한 참고자료가 됨은 물론이다(참조: 공무원 직장협의회 및 노동조합에 대한 의식조사 결과발표, 공무원 노동기본권 보장에 관한 토론회자료, 2001. 7, 한국노총).

67) 여론조사가 흔히 쓰이는 방법이지만, 입법에 대한 사회적 논의구조를 갖는 것도 중요하다. 그 논의구조가 탄탄하면 할수록 입법의 실수 및 법집행의 오류는 상당부분 입법단계에서 예방될 수 있기 때문이다.

결성과 그 활동보장이 해결책이라고 생각하고 있다. 국가는 더 이상 여기에 소극적으로 대처할 수 없다는 것은 분명하다. 적극적 대처는 기존 법제의 변화로 귀결되어야 할 것이다. 그리고 국가와 사회의 문제가 있다. 공무원의 노동3권은 국민의 권리이지만 또한 인간의 권리이기도 하다. 이에는 두 관점을 아우를 수 있는 합목적적 해석이 요청된다. 공무원도 인간이라는 점은 물론이고 단지 공무원이라는 이유로 부당히 그 권리가 침해되어서는 안된다.

교원노조법과 같은 개별법을 두느냐 기존의 노조법의 규정에 포함시켜 규정하느냐의 두가 방법이 있다. 물론 전체 노동법의 체계를 고려한다면 후자가 더 효율적인 방법이 되겠지만, 기존의 교원노조법과의 균형을 고려하고 공무원노동관계의 법질서가 아직 형성 중에 있음을 고려할 때, 교원노조법과 같이 개별법으로 규정하고 장기적으로 교원노조법과 함께 기존의 노조법에 통합시켜 규율하는 방법이 현실적이라고 생각된다.

노동3권의 보장은 단결권과 단체교섭권 및 단체행동권 사이의 상호 연결관계를 생각해보지 않으면 안된다. 단결권이 제한을 받지 않아야 단체교섭권이 제대로 행사되고, 단체행동권을 바탕으로 하지 않는 단체교섭권은 유명무실해질 우려가 크다는 것을 고려하여야 한다. 즉 노동3권은 그 전체가 한 덩어리로서 함께 행사될 때 의미가 있다.

공무원 노동조합법형성에 대한 접근은 실정헌법 뿐만 아니라 자본주의 경제질서에서 노동자가 가지는 천부인권으로서 기본적 인권의 차원에서도 접근도 병행할 필요가 있다. 또한 국민정서의 문제도 신중하게 접근하여야 한다. 사회적 약자, 소수의 보호에 있어서 다수결이 있어서는 안 되는 것과 마찬가지이다.

2) 단결권

단결권에는 단결의 형태 즉 노조결성의 단위[68]가 먼저 주요한 입법사항이 된다. 노조결성의 단위범위는 노조결성의 용이성과 교섭력의 크기에 영향을 미친다. 그리고 단위범위가 크면 클수록 이슈의 보편성이 강화된다고 할 수 있다. 즉 해당근무장소의 특수한 문제를 다루기가 힘들어 진다는 점이다. 공무원의 경우 공무원신분의 효력을 다투는 자의 경우는 별론으로 하고 일반노동조합원의 자격에서의 실업자의 경우는 포함되지 않는다고 보아야 한다.

노동조합원이 될 자격범위를 법으로 제한하는 것은 바람직한 방법이라고 볼 수 없다. 노사자치로 해결할 내용인 것이다. 그러나 현실적으로 그 자율적인 합의를 할 수 있는 구조가 만들어지기 쉽지 않은 상황임을 고려할 필요가 있다. 또한 직급에 관계없이 현실적으로 근로자로서 보호받을 위치에 있으면 노동조합원이 될 자격을 가진다고 보아야 한다. 물론 현실적으로나 다수의 견해는 5급 또는 6급 이하로 보고 있는 것 같다. 다만5급 또는 6급 이하라도 관리자의 위치에 있는 경우는 노동조합의 조직대상에서 제외된다고 보아야 할 것이다.

조직대상을 군인·경찰·교정공무원·소방공무원을 제외하는 견해가 일반적이다. 물론 일률적으로 이를 정할 것이 아니라, 담당하는 업무의 성질에 따라 제한할 수도 있겠지만, 그것이 현실적으로 어렵다는 점을 감안한다면 일률적인 제한하는 입법을 하여 당분간 유지하는 것이 최선으로 보인다.

공무원의 노동기본권의 보장범위는 공무원노동기본권의 권리

68) 전국단위냐 지역단위냐 또 기관단위냐 등이 문제될 수 있다.

로서의 보장실현의 관건이 된다. 헌법 제33조 2항은 '법률이 정하는' 공무원에 한하여 노동3권을 누리게 된다. 즉 노동3권의 주체가 될 수 있는 공무원의 범위는 입법자가 법률로 정하게 된다.[69] 가능한 넓은 범위의 공무원이 노동3권을 보장받게 되어야 한다는 것은 물론이다.[70]

3) 단체교섭권

공무원의 단체교섭권에 있어서도 교섭단위, 교섭의 당사자와 담당자, 교섭대상의 범위, 단체협약체결권 등이 노사자치적 결정이 어렵다는 전제 하에서는 입법적으로 해결될 사항이 된다.[71] 단체교섭의 구조는 노사가 자율적으로 결정하는 것이 가장 바람직하다. 그러나 그것이 기대되지 않는 경우에는 국가가 노동조합

---

69) 즉, 입법사항이다. 입법사항의 경우 그 입법에 있어서 지켜져야 할 원칙이 있다. 즉 헌법의 공무원 노동3권 보장의 원칙을 헌법의 전조항을 통틀어 합목적적으로 해석하여 노동기본권보장의 정신이 법률단계에서 충분히 실현될 수 있도록 입법하여야 할 것이다.

70) 공무원노동3권에 관한 현행법제 하에서 "헌법노조"라는 용어를 쓰는 경우가 있다. 그러나 기존의 공무원노조를 헌법노조라는 용어로 부르는 것도 그렇게 적절한 것은 아니라고 본다. 법내노조, 법외노조, 불법노조로 3분되어 있는 기존의 개념에 혼란을 초래할 뿐이다. 헌법노조는 장식적 느낌을 강하게 주고 있을 뿐 실질적으로 도움이 되는 용어는 아니다. 헌법의 정신은 법률을 통하여 구현되며, 관련법률과 유기적 관련 하에 헌법을 해석하여야 한다. 관련법률이 없는 경우는 물론 헌법규정만으로 해석할 수 있다. 우리 헌법도 헌법판례와 함께 종합적 해석을 하여야 한다. 정확히는 헌법노조가 아니라 헌법해석의 한 쪽 입장을 취하는 경우 그 해석론에 따른 노조라고 할 수 있을 것이다.

71) 단체교섭의 단위와 절차 등을 법으로 정하는 이유는 자율(자치)적 논의가 쉽지 않을 것이기 때문이다.

제도를 헌법상 제도적으로 보장하는 차원에서 적극적인 보호의 노력을 해야 할 것이다. 국가가 공무원노사관계가 성숙해 질 때까지 보호와 육성의 차원에서 입법 및 정책적인 지원을 하는 방법이 바람직하다. “건전한 노사관계의 육성”이라는 전근대적이고 국가 권위주의적인 노사관계의 형성이 아니라, 노사가 진정 자율적으로 노력할 수 있는 노사관계를 위하여 국가가 정책적으로 지원할 수 있는 시스템을 마련하는 것이 좋을 것이다.

단체교섭권에는 단체교섭의 방식, 단체교섭의 대상사항, 단체교섭의 당사자와 담당자 등이 주된 입법내용이 된다.

(1) 단체교섭의 방식은 반드시 법으로 정하여야 할 사항은 아니지만, 법문화한다면 공무원의 보수 등 근로조건이 법령과 예산 및 조례에 의하여 일률적으로 결정되는 부분이 대부분이기 때문에 국가공무원의 경우는 전국단위, 지방공무원의 경우는 지방자치단체인 광역시나 도별로 행해지는 것이 바람직하다고 생각한다. 그리고 교원노조법의 경우와 같이 교섭창구를 단일화하는 것이 바람직하다고 생각한다.[72]

(2) 단체교섭의 대상사항은 공무원의 근로조건을 모두 포함하는 것이어야 한다. 구체적으로는 첫째, 법령과 예산에 의하여 결정되는 것과 그렇지 않은 것과의 구별의 문제가 있고,[73] 둘째, 법령과 예산에 의하여 결정되는 것은 예산(입법의 형식)으로 결정되는 것을 의미하므로 그만큼 단체교섭대상사항의 범위가 좁아질 수밖에 없다는 점을 들 수 있다. 이 법령과 예산 및 조례에 의하여 결정되는 부분을 단체교섭의 대상에서 제외한다면 어떤 내용

---

72) 교원의노동조합설립및운영등에관한법률 제6조 3항은 “조직대상을 같이하는 2이상의 노동조합이 설립되어 있는 경우에는 노동조합은 교섭창구를 단일화하여 단체교섭을 요구하여야 한다”고 규정하고 있다.

73) 교원노조법 관련조항 참조.

이 남으며 그것의 의미도 생각해보아야 한다. 기존의 교원노조가 갖는 단체교섭권이라는 것이 사실상 유명무실하게 되어있는 상황도 참고할 필요가 있다. 즉 예산 및 법령에 의하여 정해지는 부분에 대하여 단체교섭대상에서 제외하는 것도 문제가 있다. 근로조건의 주요부분이 빠지기 때문이다. 실질적인 단체교섭이 이루어질 수 있는 제도적 장치의 마련이 필요하다.

실질적으로 단체교섭이 이루어질 수 있을 것인가 아니면 그냥 장래를 위한 준비의 의미에서 형식성이 강조되는 단체교섭장치를 둘 것인가 하는 점도 생각해 보아야 한다. 단체교섭과 단체협약체결은 단계적으로 연결되는 일체로서의 단체교섭제도의 부분이 된다. 즉, 주요 근로조건을 협약내용으로 하는 단체협약체결로 귀결되지 않는 구조의 단체교섭은 노동3권의 중핵인 단체교섭권 자체를 형해화하는 것이라고 판단된다.

근로조건의 주요내용이 예산과 법령에 의하여 정하여 지는 만큼 그 예산과 법령의 형성과정에 공무원노동조합이 참여하는 문제를 생각해볼 수 있다. 가장 바람직한 것은 그러한 예산과 법령의 형성이전에 공무원 노사가 근로조건의 기준을 합의하여 그것을 예산과 법령에 반영하는 것이라고 할 수 있다.[74][75]

단체교섭의 대상사항에 대하여는 보수와 근로시간 기타 근로조건에 관한 사항으로 하고 단체협약체결의 내용범위도 이에 따르는 것이 합당하다고 본다. 다만 법령이나 조례 및 예산에 의하여 결정되는 부분은 그 법령 등에 반영될 수 있도록 제도적 장치를 마련하는 것이 필요하다고 본다.

(3) 단체교섭의 당사자와 담당자는 먼저 당사자의 경우는 근로

---

74) 외국의 사례 참조. 독일이나 미국의 경우가 이에 속한다고 볼 수 있다.

75) 기존의 국가공무원법과 지방공무원법의 이원화로 되어있는 근로조건의 규율은 이점에서 하나의 참고가 된다고 할 수 있다.

자측은 당해 노동조합이 당사자가 되고 노동조합의 대표가 담당자가 되며, 사용자측은 국가 및 지방자치단체 기타 기관 자체가 당사자가 되고 국무총리와 지방자치단체장 기타 기관장이 담당자가 될 수 있을 것이다. 단체교섭과 단체협약의 체결권한은 노동자측은 공무원노동조합의 대표자가 되고 사용자측은 국가공무원의 경우는 행정부소속의 경우는 국무총리, 입법부 소속은 국회사무처장, 사법부 소속은 법원행정처장이 되고, 각 지방자치단체의 경우는 특별시·광역시·도의 각 지방자치단체장이 가지는 것이 법논리에 합당하다고 본다. 다만 실제 단체교섭의 단계에서는 위임에 따라 실무자급이 단체교섭의 담당자로 교섭할 수 있다고 본다.

4) 단체행동권

단체행동권의 경우 일률적으로 금지한다는 태도보다는 원칙적으로 인정하면서 부분적으로 제한하는 태도가 더 바람직할 것이다. 즉, 공무원의 단체행동권인정문제에 대한 접근은 원칙적으로 인정하는 것을 바탕으로 하여 필요한 경우 제한하는 경우에도 개방적 태도를 견지하여야 할 것이다. 물론 구체적으로 어떻게 범위를 정하여 인정할 것인지에 대하여는 직무의 성격과 범위가 그 기준이 될 수 있을 것이다.

단체행동권에는 인정원칙조항, 제한의 경우 제한의 사유와 방법[76]등이 입법이 필요한 사항이 된다. 공무원의 단체행동권에 대하여는 이를 제한적 시각으로 바라보는 것이 일반적이다. 공무라는 업무의 성격으로 인한 제한, 공무원이라는 신분으로 인한 제

76) 제한에는 사전적 제한과 사후적 제한으로 나눌 수 있을 것이다.

한이 주요한 두 이유가 된다. 그리고 그 각각의 경우에도 중앙정부의 업무인지 지방정부의 업무인지 또 어떤 기관의 어떤 업무인지에 따라 달리 볼 여지가 있다.

공무원의 집단적 행동이 국가기능의 수행이 아닌 공무원집단의 근로조건유지·향상이라는 목적을 가지고 행하여지지만, 그것이 국가기능수행 자체에 대한 허용할 수 없는 제한이라고는 볼 수 없을 것이다.

일반적으로 세계 주요 국가의 입법례는 공무원노동자에 대한 단체행동권인정에 부정적이라고 파악된다. 특히 권력적 행정행위를 행하는 공무원의 경우는 더더욱 그러하다. 그러나 비권력적 행정행위를 담당하는 공무원의 경우는 단체행동권인정에 개방적인 입장에서 고려해볼 필요가 있다.

단체행동의 종류에 따른 제한의 한계도 생각해 보아야 한다. 쟁의행위가 아닌 노조활동을 단체행동의 범위에 포함시켜 보는 것은 무리가 있다고 생각한다.

즉, 단체행동권의 경우도 원칙적으로 이를 인정하는 바탕 위에서 담당업무에 따라 제한하는 것이 이상적이겠으나, 현실적인 어려움이 따르는 점을 감안할 때, 제한은 하되 적절한 대상조치를 취하는 것이 옳다고 본다.

5) 분쟁해결제도(쟁의조정제도)

공무원노동관계에서의 노동쟁의 즉, 공무원의 근로조건의 결정에 있어서 정부와의 의견의 불일치는 어떤 절차를 통하여 해결되어 나가야 하는가가 문제다 된다. 크게는 기존의 노동위원회 중심의 공적 조정제도는 공무원노동분쟁의 해결에 적당한가[77] 아

니면 별도의 기구를 만들어 해결해 나가야 하는가의 문제이다.[78] 즉, 공무원노동조합과 정부와의 노동분쟁해결은 일반노동조합의 경우와 같은 노동위원회제도를 이용하는 것이 한 방법이다. 그런데 노동위원회제도는 정부가 노사관계의 공정한 제3자로서 후견적 지위에서 마련한 것인데 이 제도가 정부자신을 일방당사자로 하는 공무원노사분쟁에도 적용시킬 수 있는가가 문제가 될 수 있다. 별도의 제도를 마련하는 것이 가장 바람직하겠지만,[79] 기존의 노동위원회제도를 명실상부한 독립적 국가기관으로 하여 정부의 이익으로부터 자유로울 수 있다면 제3의 제도가 만들어지기까지 한시적으로 기존의 노동위원회제도를 이용하는 것도 한 가지 방법이라고 생각한다. 교원노조법의 경우처럼 공무원노동관계에 대해서도 특별조정위원회를 노동위원회에 두는 방법도 있을 것이다. 그리고 거기서 다루는 공무원노동분쟁의 범위를 어디까지로 정할 것인가 하는 것도 생각해 보아야 할 것이다.[80] 그리고 공무

---

77) 무엇을 분쟁으로 볼 것 인가도 문제가 된다. 기존의 노동조합및노동관계조정법에서 이익분쟁만을 노동쟁의로 보는 것도 참고가 된다. 그리고 무엇을 분쟁해결로 볼 것인가도 문제가 된다. 법을 통한 분쟁해결은 대부분 사후적이며, 분쟁해결의 근본구조를 변화시킬 수 없다는 점이 근본적인 한계로 여겨진다.

78) 공무원 노사분쟁의 법적 구조는 먼저 누구를 단체교섭과 단체협약의 당사자로 볼 것인가를 규명하는 것이 선결과제가 된다. 이론적으로 사용자측의 당사자는 국가공무원의 경우는 국가, 지방공무원의 경우는 실체로서의 해당 지방자치단체가 될 것이지만, 법인기업의 경우 법인의 대표가 그 기능을 수행한다고 볼 때 국가의 경우는 대통령 및 국무총리 지자체의 경우는 해당 자치단체장이 그 기능을 수행한다고 보아야 할 것이다.

79) 공무원의 노동쟁의를 조정 및 중재하는 별도의 기관을 설립하거나 교원의 경우와 같이 중앙노동위원회에 별도의 조정위원회를 두는 방법이 있을 것이다.

80) 현행 노동조합및노동관계조정법에 따르면 쟁의조정의 대상이 되는 노동쟁의에는 동법 제2조 5호에서 말하는 이익분쟁에만 국한되기 때

원노동분쟁 해결절차로는 기존의 절차[81]와 집단적 분쟁의 해결절차의 상호기능의 조절필요성이 있다.[82]

6) 입법부·사법부·행정부의 역할

한 나라의 노동법은 노동제도와 노동문화와 별개일 수 없다. 입법부는 노동법을 만들고, 행정부와 사법부는 법의 틀 안에서 노동제도를 형성하고 유지하는 기능을 맡고 있다. 그리고 공무원사회 및 근로자로서의 국민일반은 노동문화를 만들어내고 유지한다. 이 세 부분이 제대로 기능하여야 공무원노동법이 올바른 기능을 할 수 있는 것이다.

(1) 입법부는 헌법이 위임한 내용대로 법률을 입법하고 개정해야할 의무가 있다. 공무원노동조합에 대한 입법을 게을리하는 것은 국회가 헌법이 규정하는 공무원근로자의 노동3권에 대한 입법의무를 행하지 않는 것이 된다.

(2) 사법부는 사법부독립의 원칙에 따라 올바른 법해석에 따른 판결을 할 의무가 있다. 따라서 공무원노동조합법이 입법되고 난 후 그 해석에 있어서 공무원노사관계의 노사대등성의 확립과 헌법상의 노동조합제도의 보장의 정신에 따라 법률을 해석할 필요가 있다.[83]

문이다.

81) 소청심사 등 개인적 차원의 권리구제를 말한다.

82) 원칙적으로 공무원노동조합법상의 권리구제와 기존의 공무원법상의 권리구제는 상호 배척되는 것이 아니라 함께 병행될 수 있도록 하는 것이 법체계상의 혼란을 피하고 공무원의 권리를 두텁게 보호하는데 합당하다고 생각한다.

83) 헌법상의 직업공무원제도보장의 해석 또한 공무원노동조합에 대한

(3) 행정부는 법의 올바른 집행을 할 의무가 있으며 이는 행정지도(근로감독 포함)에서도 나타나야 한다.[84]

(4) 법률을 만드는 권리는 국회가 가지고 있지만[85], 모든 권력은 주권자인 국민으로부터 나온다[86]는 점을 고려하면, 기존의 공무원의 근로조건 및 경제적·사회적 지위의 향상은 국민의 의사에 기초하고 있다고 할 수 있다. 그러나 국민의 뜻이 어떤 것인지를 안다는 것은 기술적으로 쉽지 않은 문제이기 때문에, 여기에는 다양한 척도가 사용될 수 있다. 여론조사도 중요하고, 기존의 헌법재판소 및 법원의 판결도 입법에 중요한 참고가 될 수 있다.

7) 입법안의 내용

이상의 논의를 바탕으로 법이론 및 현실을 고려하여 공무원노동조합의 내용으로 되어야 하는 것을 정리한다.

(1) 현재 공무원 노동조합법안으로 일반적으로 주장되는 내용은 먼저 조속한 입법을 하여야 하고 즉시 시행보다는 6개월 정도의 유예기간을 주는 것으로 되어있다. 그리고 조직대상은 대체로 6급 이하의 공무원을 대상으로 하며 군인·경찰·소방·교도행정·국가정보원 소속공무원을 제외하며, 노동3권에서는 단결권과 단체교섭권(단체협약체결권포함)을 인정하고,단체행동권은 원칙적으로 인정하면서 광범위하게 제한하고 향후 허용범위를 넓혀 가

보호와 조화되도록 해석하여야 할 것이다.

84) 정부가 또한 사용자이기 때문에 제대로 근로감독을 할 수 있는지가 의문시 된다. 따라서 다른 적절한 제도적 장치가 마련되어야 할 것이다.

85) 헌법 제40조.

86) 헌법 제2조 1항.

는 방향으로 되어있다. 노동조합의 조직형태에 대하여는 법적 제한은 두지 않고, 기관별이나 전국형태나 모두 가능하고, 정부측 교섭권한은 전국단위는 국무총리가, 지역단위는 지방자치단체장이 가지는 것으로 되어있다. 교섭대상은 보수, 근로시간, 기타 근로조건 등 일반적 단체교섭의 대상사항범위과 같고, 노조전임자 문제는 인정이나 금지규정을 두지 말고, 노사자치에 맡기는 의견이 일반적이다. 그리고 복수노조문제는 교섭창구단일화를 전제하여 허용하고, 입법형식에서는 교원노조법과 같은 특별법형식이나 장기적으론 노동조합법으로 흡수되어야 할 것이라는 견해이며, 분쟁조정은 노동위원회가 맡지만 역시 장기적으론 노동위원회의 운영상황에 따라 별도의 기구설립하는 것이 바람직하고, 직장협의회는 폐지하는 것이 바람직하다는 의견이다.

(2) 본 연구를 바탕으로 하여 공무원 노동조합법안의 내용이 될 것으로는 그 허용시기는 즉시 입법하여 시행전 유예기간을 6개월 정도로 두고, 조직대상은 5급 이하를 대상으로 하되 노동조합법상의 사용자개념인 사업주, 사업의 경영담당자, 기타 근로자에 관한 사항에 관하여 사업주를 위하여 행위하는 자에 해당하는 기관의 책임자, 관리직, 정책결정자 등은 5급이하라도 제외되어야 한다. 군인의 경우는 노동3권을 부인한다. 그러나 경찰이나 소방 및 교정공무원의 경우는 단결권은 인정되어야 한다고 생각한다. 노동3권인정범위에 있어서는 단결권과 단체교섭권을 인정하고, 단체행동권은 원칙적으로 인정하면서 필요한 범위로 제한하고 향후 허용범위를 넓혀 가는 방향으로 하고, 조직형태는 제한 없이 기관별이나 전국형태나 모두 가능하도록 하고, 정부측 교섭권한은 전국단위는 국무총리에게 지역단위 지방자치단체장이 가지는 것이 적절하다고 생각한다. 단체교섭대상에는 보수, 근로시간, 기타 근로조건 등 일반적 단체교섭의 대상사항범위과 같고, 그 내

용을 협약으로 체결하도록 하나 법령·조례·예산의 내용이 되는 부분은 행정책임자가 최대한 반영되도록 노력하도록 하는 것이 바람직하다고 본다. 그리고 노조전임자문제는 인정이나 금지규정을 두지 말고, 노사합의로 할 수 있도록 함. 즉, 노조전임자문제는 법으로 규정할 성격이 아니라 공무원노동관계에서 노사자율적으로 결정할 문제라고 본다. 복수노조문제는 교원노조의 경우와 같이 교섭창구단일화를 전제하여 허용하고, 입법형식은 교원노조법과 같은 특별법형식으로 하고 장기적으론 노동조합법으로 흡수되어야 할 것이며, 분쟁조정은 노동위원회로 하고 장기적으론 노동위원회의 운영상황에 따라 별도의 기구설립이 바람직할 것이다. 별도 기구 설립 전에 교원노조의 경우처럼 중앙노동위원회에 공무원노동관계조정위원회를 두는 방법도 생각해 볼 수 있을 것이다. 그리고 직장협의회는 폐지하는 것이 불필요한 논란을 방지하는 길이라고 생각한다.

공무원 노동조합법제의 입법과 운영의 성공여부는 법이론적 당위성 및 권리보장의 실현가능성의 병존여부에 달려있다. 법과 국가의 관계에 있어서 국가는 법을 만들고 그 실현을 제도적으로 보장해야 할 책임이 있다. 따라서 공무원의 노동3권 보장법제의 형성에 있어서도 국가는 법의 내용결정에 있어서 법의 실현과정을 고려하지 않을 수가 없는 것이다. 즉, 입법에 있어서 고려해야 할 사항을 제대로 고려함으로써 유명무실한 법이 제정되지 않도록 해야 할 것이다.

Ⅳ. 맺음말

1. 정 리

공무원도 기본권의 주체로서 한 인간이다. 한 국가의 국민이지만, 보편성을 가지는 사회의 한 자연인으로서의 인간이다. 공무원이라고 해서 합리적인 이유없이 노동3권 향유에 제한을 받는 것은 헌법제정권력자의 입법정신에 반하는 차별이다. 헌법이 비록 소극적인 듯한 태도를 바탕으로 하고 있지만 노동3권이 인정되는 공무원의 범위를 법률로 정하도록 하고 있는 정신을 제대로 법률에서 입법하고 있지 못하다는 것은 분명한 사실이다.

공무원인 근로자의 경우 기본적으로 일반근로자와 다름없는 노동3권을 향유하여야 한다고 할 수 있으나 이것은 일반근로자에 있어서 고용불안 등 근로환경을 고려하여 공무원의 경우의 근로환경에 비추어 이와 조화되는 노동3권의 부여가 필요하다. 정리해고나 사업의 양도·폐지에 따른 해고가 거의 허용되지 않고 신분을 정치적으로 보장받는 공무원인 근로자의 경우 오히려 민간부문의 근로자보다 우대되는 경우는 바람직하다고 할 수 없다.

한국사회도 공무원의 노동3권 인정에 예외일 수는 없다. 다만 공무가 가지는 공공성에 비추어 단체행동권은 합리적인 범위 내에서 제한하는 것이 바람직할 것이다. 단체교섭권의 경우 이를 단체교섭할 권리와 단체협약을 체결할 권리로 나누어 파악하는 예가 있는데, 단체협약체결권이 없는 단체교섭의 권리는 단체교섭제도자체를 형해화할 우려가 있다는 것을 명심해야 할 것이다.

공무원의 근로조건의 결정은 종래 법령·조례 및 예산 등에 의하여 주된 내용이 결정되어왔지만, 교원노조법의 경우와 같이 그러한 부분을 단체협약의 효력 범위에서 제외시키는 것은 단체교섭제도의 의미를 퇴색시키는 결과를 가져올 것이다.[87]

공무원도 노동자라는 것은 당연한 사실이고, 이 사실로부터 공무원이라는 이유만으로, 공무를 수행한다는 이유만으로, 노동3권이 과도하게 제한되는 경우는 없어야 한다. 다만, 노동3권의 인정 정도에 따라 공무수행을 통해 이루어지는 국가기능이 훼손될 수 있으므로, 그 점에서 합리적이고 적절한 범위 내에서 제한이 따라야할 것이다.[88] 제한을 위한 제한이냐, 허용을 위한 제한이냐는 노동3권의 인정범위를 공무원 내지는 공무에 따라 일괄적으로 제한하느냐, 아니면 세부적으로 규정하여 제한의 폭을 줄이느냐로 그 입법의 의도를 알 수 있을 것이다. 물론 후자와 같은 입법은 법집행에 있어서 상당한 인적·물적 비용이 수반된다. 따라서 과연 그러한 비용을 지출할 형편이 되어 있느냐도 입법에 있어서 고려하여야 할 것이다. 어떤 사회에서 어떤 그룹의 노동자들에게 노동3권 인정을 함에 있어서 그러한 권리의 인정이 정책의 우선

---

87) 공무원의 보수결정을 현재와 같은 경직적인 시스템(법령과 예산 등)으로 하는 것은 앞으로 행정이 지향해야 하는 공경영 내지는 효율성의 추구와는 상충된다고 볼 수 있다.

88) 민경식 교수는 “공무원의 직무의 공공성도 공무원의 종류 및 직급의 성질에 따라 다르므로 직무의 공공성 여하에 따라 노동기본권의 보장을 단계화·구체화하는 것이 요청된다. 다시 말해 공무원이 수행하는 공무의 성격이 국가 기본질서의 유지·발전에 필수 불가결한 것일 때에는 단체행동권의 인정을 부인하여야 할 것이다. 그러나 공무원의 공무가 이와 직접 관련이 없는 것인 경우에는 단체행동권을 포함하여 노동기본권 전부를 폭넓게 인정하는 것이 타당하다고 생각한다”고 한다(민경식, 공무원의 노동기본권, 법학논문집 제24집, 중앙대학교 법학연구소, 1999, 49면).

순위에 맞는 지도 검토해 봐야 할 것이다. 물론 그 작업은 주로 정책결정자의 몫이 될 것이다.국민정서에 공무원노동조합이 긍정적으로 받아들여지는 것은 물론 그것이 시급한 과제로 인식되고 있느냐도 중요한 판단기준이 될 것이다. 하여튼 공무원노동조합의 입법은 향후 노동조합활동을 개방적으로 인정할 수 있도록 그 입법의 틀을 정하고 향후 상황에 따라 권리인정의 폭을 넓힐 수 있도록 그 틀을 짜야 할 것이다.[89][90]

2. 향후 전개방향

공무원노동자보호를 위한 종합적인 공무원노동관계법의 입법을 위하여 공무원노동관계의 법적 규율을 위한 향후전개의 바람직한 틀은 입법 후에도 계속 논의되어야 한다. 단지 공무원이라는 이유만으로 노동3권의 제한을 받는 다는 것은 불합리한 것이다. 단지 공무원이라는 이유만으로 특별한 희생을 강요당해서는 안 된다는 것도 현대복지국가의 국민의 기본적 권리보호에도 부합되는 것이다. 그리고 특별한 희생을 당해서는 안 되는 것은 물론 특별한 우대를 받는 것도 문제가 된다.[91] 단지 공무원의 노동

89) 법이론적 결정이면서도, 상황을 고려한 정치적 결정도 되는 그런 결론을 도출하는 것이 입법을 목전에 둔 현시점에서 필요한 결론이라고 생각한다.

90) 공무원의 노동조합결성에는 어느 정도 국민적 공감대가 형성되어 있고, 국제노동기준에 비추어 볼 때도 긍정적 방향으로 나아갈 것임은 분명하다. 다만, 어떤 형식과 내용으로 공무원의 노동3권을 보장하느냐에 정부와 공무원집단간의 의견이 차이가 날 뿐이다.

91) 일반론으로서 만약 특별한 우대는 특별한 희생의 대가로 주어지고 있고, 대상성이 인정될 정도라면 문제가 없다고 보지만, 공무원의 노동3권

3권 입법에 있어서는 어떠한 권리가 있고, 어떠한 의무가 있다고 선언하는데서 그치지 않고 향후 그러한 권리를 실현하는 절차까지도 권리의 형태로 법규정화 하여야 한다.[92] 그리고 현대사회에서 이제 행정의 영역만이 노무제공과 보수지급이라는 자본주의 시장경제시스템으로부터 자유로울 수는 없고, 노동법의 법리가 적용되지 않을 수 없다. 이 점에서 공공부문의 특수성은 이제 결정적인 기준이 될 수 없다는 점도 고려되어야 한다.

공무원 노동자의 집단노동관계법상 권리보장은 단지 법리의 문제만은 아니다. 이 사회가 감당할 수 있는 그리고 감당해야 하는 정도가 어디까지인지를 체계적으로 제시해 나가는 절차를 정하는 것이다.

공무원의 노동기본권은 집단적 노동관계상에서는 노동조합의 결성과 그 활동의 법적 보장이 중심이 됨은 물론이다. 노동조합을 결성할 때 어느 정도의 범위를 기본적인 조직단위로 할 것인가. 그리고 전임자는 어느 정도까지 인정할 것인가. 사용자인 정부는 누가 협상의 담당자로 나와서 협상에 임할 것인가 등은 간단히 결정할 수 있는 문제가 아니다.

지나치게 많은 변수를 고려할 때 쉽게 결론이 나지 않고, 또 논의의 전개가 제대로 될 수 없다. 이 경우는 감당할 수 있는 정도의 변수를 가지고, 즉 변수를 한정시켜서 사고가 전개될 필요가 있다.[93]

의 제한의 경우는 충분한 검토가 필요한 문제이다. 현행 직업공무원제도가 노동3권제한의 대상조치라고 볼 수는 없으며, 차원을 달리하는 문제다.

92) 1차적으로 어떤 권리가 있다고 선언하는 것과, 그 권리를 실질적으로 보장해 줄수 있는 제도를 국가가 책임지고 관리하고 있다는 것은 상당한 차이가 있다.

한국사회가 감당할 수 있는 정도의 공무원 노동조합권리의 보장은 어떠한 모습을 띄어야 하나. 권리의 보장에는 비용이 든다. 무엇이 가장 합리적인 범위내의 권리의 보장인가. 어떠한 권리의 보장이 국가의 예산상의 부담을 준다면 그 권리의 인정은 국가가 그러한 예산상의 부담을 질 여건이 되어 있느냐를 아울러 검토해야 할 것이다. 공무원노조의 인정과 그 활동(단체교섭권과 단체행동권을 포함)의 보장은 정부에게 어떠한 부담을 주며, 국민생활에 어떠한 부담이 되는 것인가를 함께 검토할 필요가 있다. 즉, 기존의 급여지급과 노무제공(공무수행)의 구조에 제3의 절차가 개입된다는 얘기가 된다.

노동법의 준수여부에 대한 근로감독행정자원의 부족도 고려해야 한다. 또한 노사자율적 협상이라는 것도 협상문화가 제대로 정착되어있지 않고, 상대방이 정부인 경우 제대로 협상이 될 수 있느냐는 점도 생각해보아야 한다. 물론 아직 까지도 자율보다는 성문법에 의하여 규율하는 것이 공무원노사관계의 현실에 부합된다는 측면이 있다. 그것을 정부시각의 용어로 정부계도적 노사관계라고 부르든 부르지 않든 말이다. 그러나 최대한 노사자치에 의하여 만들어 가는 노력을 포기하여서는 안 된다.

---

93) 전체적으로 보면 법과 이익의 고려를 통한 판단이 한 기준이 된다. 이익은 행동의 동기다. 인간의 행동의 동기는 이익이다. 법은 그것을 파악하고 사회적 힘을 제공한다. 공무원노동자의 법적 보호는 공공의 이익을 바탕으로 한 전체질서 내에서 추구되어야 한다.

참고문헌

김대환, “근로3권의 본질적 내용 침해금지에 관한 소고”, 공법연구(제29집 3호), 한국공법학회, 2001.

김상호, 공무원직장협의회에 관한 비교법적 고찰, 한국노총중앙연구원, 2000.

김유성, 노동법Ⅱ, 법문사, 1999.

김철수, 헌법학개론, 박영사, 2001.

김형배, 노동법, 박영사, 2000.

_____, 근로기준법, 박영사, 2000.

노동부, ILO 주요협약집, 2000.

민경식, “헌법상의 공무원제도”, 법학논문집(제17집), 중앙대학교 법학연구소, 1992.

_____, “공무원의 노동기본권”, 법학논문집(제24집), 중앙대학교 법학연구소, 1999.

석종현, 일반행정법(하), 삼영사, 2001.

신인령, 노동인권과 노동법, 녹두, 1999.

유성재, “독일법상 공무원의 노동기본권”, 노사정위원회 노사관계소위 발표자료, 2001.

이상윤, 노동법, 법문사, 2000.

_____, “미국의 공무원노조”, 노사정위원회 노사관계소위 발표자료, 2001.

이승욱, “일본의 노동기본권 보장시스템”, 노사정위원회 노사관계소위 발표자료, 2001.

임종률, 노동법, 박영사, 2000.

조용만, “프랑스의 공무원노동관계법: 노동3권을 중심으로”, 노사

정위원회 노사관계소위 발표자료, 2001.

최영호, “공무원 노동조합 설립을 둘러싼 노동법상 문제 -제한원리의 재검토를 중심으로-”, 노동법학(제13호), 2001.

한국노총, “공무원 직장협의회 및 노동조합에 대한 의식조사 결과발표”, 공무원 노동기본권 보장에 관한 토론회(2001. 7. 국회도서관강당) 자료.

허 영, 헌법이론과 헌법, 박영사, 2001.

Stone & Siedman & Sunstein & Tushnet, Constitutional Law, Little Brown and Company, 1996.

K. Sullivan & G. Gunther, Constitutional Law, Foundation Press, 2001.

Rabin & Silverstein & Schatzki, Labor and Employment Law, West Publishing, 1995.

Twomey, P. David, Labor and Employment Law(11th. ed), West Legal Studies in Business, South-Western College Publishing, 2001.

〔저자약력〕

【주요경력】

- 경북대 법과대학 사법학과 졸업
- 경북대 대학원 법학석사, 법학박사
- University of Connecticut School of Law, LL.M.
- 한국노총 중앙연구원 연구위원

【주요연구논문】

- 근로관계에 있어서 내외국인 평등대우의 법리
- 미국노동법상의 연령차별금지법리
- 교육현장에서의 노동법상 법률관계
- 노동분쟁해결제도에 대한 서론적 고찰
- 미국의 노동분쟁해결제도 등

노총연구원 연구서 91

공무원노동자에 대한 법적 보호

- 집단적 노동관계를 중심으로 -

2001년 12월 21일 인 쇄 2001년 12월 31일 발 행	
발 행 인	이 남 순
발 행 처 주 소	한국노동조합총연맹 서울시 영등포구 여의도동 35번지 (代) 02-782-3884
등 록	81. 8. 21 (13-31호)
인 쇄	성 문 사 (代) 02-2268-0520

가격 : 5,000원