

헌법상 노동기본권의 변천과정과 개정(안)에 대한 검토

조상균* · 박종록** · 박윤성***

목차

- | | |
|-----------------------------|---------------------------------|
| I. 들어가며 | III. 헌법 개정안에 대한 비교·검토 |
| II. 헌법상 노동기본권의 변천
과정과 해석 | IV. 나오면서-개정(안)의 평가와
과제를 중심으로 |
-

I 국문초록 I

최근 1987년 대통령 직선제 개헌으로 대표되는 9차 개헌 이후 30여년 만에 개헌 논의가 본격화되고 있다. 소위 87년 체제가 더 이상 현실을 반영하기 어렵다는 문제의식에서 비롯된 것이라고 할 수 있다.

본 연구에서는 이러한 개정논의에 대한 평가를 통해서 이후 전개될 재논의에 기초자료를 제공하는 것을 목적으로, 현행 노동기본권 관련 조항을 개별적, 집단적 두 항목으로 분류하여 그동안의 변천과정과 해석을 둘러싼 문제점을 도출해 비판해 보고, 이번에 국회와 청와대에서 논의된 헌법개정(안)의 내용에 현행 헌법 노동기본권 조항의 문제점이 얼마만큼 반영되어 있는지 살펴보았다.

* 전남대학교 법학전문대학원 교수

** 전남대학교 일반대학원 법학과 석사과정

*** 전남대학교 일반대학원 법학과 석박사통합과정, 노무사

논문접수일 : 2018. 7. 31., 심사개시일 : 2018. 8. 2., 게재확정일 : 2018. 8. 21.

이번 국회와 대통령의 헌법개정안은 기본적으로 노동자의 권리를 크게 강화하는 내용으로 이루어졌다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다. 구체적으로 ‘근로’라는 용어를 ‘노동’으로 수정하고, ‘동일가치 노동에 대한 동일 임금’ 지급원칙에 대한 헌법적 근거를 마련하였다. 그리고 종래의 ‘고용증진’에 더해 ‘고용안정’과 ‘일과 생활의 균형’에 국가의 정책 시행의무도 신설하였다. 또한 근로조건 결정과정에서 ‘노사대등 결정의 원칙’을 명시하고 단체행동권의 행사 범위를 종래의 ‘근로조건 향상을 위해서’에서 확대하고 있다.

이와 별도로 국회(안)에서는 대통령(안)에서 볼 수 없는 ‘직접·무기고용 원칙’이나 ‘노동자의 사업운영 참가권’ 등 변화된 시기에 대응할 수 있는 개혁적인 안을 내오고 있어서 앞으로의 개정논의에 많은 시사점을 주고 있다고 할 수 있을 것이다.

결론적으로 이번의 개정(안)은 내용적인 부분만 살펴보면 개혁적이고 참신한 내용을 담고 있는 것은 분명하다. 그러므로 하루빨리 국회차원에서의 재논의가 이루어지기를 기대해 본다.

주제어 : 헌법 개정, 노동기본권, 근로의 권리, 노동3권, 헌법 개정 발의

I. 들어가며

최근 1987년 대통령 직선제 개헌으로 대표되는 9차 개헌 이후 30여년 만에 개헌 논의가 본격화되고 있다. 처음 시작은 최순실 국정농단 의혹이 제기된 직후 국면전환용으로 박근혜 전대통령이 개헌 필요성을 언급한 이후이지만, 결국은 대통령 선거과정에서 모든 후보자들이 개헌에 동감하였고, 문재인대통령도 지난 3월 26일 헌법 개정안을 직접 발의하게 되었던 사정을 종합해 보면, 소위 87년 체

제가 더 이상 현실을 반영하기 어렵다는 문제의식은 모든 국민의 공감대를 사기에 충분했던 것으로 보인다.¹⁾

현재 지방선거일에 맞춰 개헌안을 국민투표에 부의하겠다는 개헌일정은 야당의 반대로 무산되었고, 그에 따라 개헌논의는 더 이상의 진전 없이 수면 아래로 들어간 것은 사실이지만, 다시금 7월 7일 문희상 국회의장이 제헌절 기념사에서 올해 말까지 국회의 개정안을 마련하겠다고 밝히면서 개헌은 새로운 국면을 맞이하고 있다.²⁾

헌법상 노동기본권이라 함은 근로자 개인의 최소한의 생존권을 보장하는 근로의 권리와 그들의 집단적 활동을 보장하는 근로3권을 총칭하는 개념이다.³⁾ 특히 우리나라의 노동기본권은 다른 나라와 달리 제정 헌법에서부터 헌법상 기본권의 하나로 보장받고 있고, 총 9번의 개정을 거쳐 오늘날 많은 노동관계법의 헌법상 근거로서 작용하고 있다. 그러나 국가의 최고법으로서의 헌법이 현실을 반영하지 못하고 있다고 한다면 사실상 거기에 따라 제정된 법규범도 방향성이 없는 공허한 규범에 불과할 수 있다는 문제의식 속에서 보면, 현행 헌법상의 노동기본권조항이 현재의 노동현실을 반영하고 있는지 의문이 드는 것이 사실이다. 특히, 노동관계에서 최근에 가장 문제시되는 비정규직 문제, 고용유지, 차별문제를 살펴보면 더욱 그러할 것이다.

본고는 이러한 문제의식 속에서 현행 헌법 제32조, 제33조로 대표되는 노동기본권의 그동안의 변천과정을 항목별로 분석·평가하

1) 다만 국민들의 관심은 대부분 정부형태에 집중되어 있다는 점은 부정하기 어렵다.
 2) 최근의 헌법개정논의의 배경에 대한 구체적인 설명을 하고 있는 논문으로 정만희, “헌법개정논의에 대한 재검토” 『공법학연구』 제19권 제1호, 2018. 이 있다.
 3) 권영성, 『헌법학개론』 법문사, 2005. 657쪽 참조.

여 그 한계를 도출해 보고, 최근 제기된 헌법 개정의 움직임으로 가장 대표적인 국회와 대통령이 제기한 헌법개정(안)을 비교·분석하면서 앞으로 더 진행될 헌법 개정에 대한 논의에 일정한 시사점을 제공하는 것을 목적으로 한다. 이를 위해서 우선 2장에서는 그동안 9차에 걸쳐 개정된 헌법상 노동기본권 변천과정을 살펴보고, 3장에서는 국회와 대통령에 의해 발의된 개정(안)에 대하여 각각의 안의 공통점과 특이점을 비교·검토해 본다.

II. 헌법상 노동기본권의 변천과정과 해석

〈표 1〉 노동기본권의 변천과정

구분		공포일자	개별적 근로관계	집단적 근로관계
①	제헌헌법	1948.7.17 (1948.7.12. 제정)	제17조 모든 국민은 근로의 권리와 의무를 가진다.	제18조 근로자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 자유는 법률의 범위내에서 보장된다. 영리를 목적으로 하는 사기업에 있어서는 근로자는 법률의 정하는 바에 의하여 이익의 분배에 균점할 권리가 있다.
②	1차개헌 (발췌개헌)	1952.7.7 (제2대국회)	근로조건에 기준은 법률로써 정한다.	
③	2차개헌 (4사5입 개헌)	1954.11.29 (제3대국회)	여자와 소년의 근로는 특별한 보호를 받는다.	
④	3차개헌 (2공화국)	1960.6.15 (제4대국회)		
⑤	4차개헌	1960.11.29 (제5대국회)		
⑥	5차개헌 (전문개정) (3공화국)	1962.12.26 (국가재건 최고회의)	제28조 ①모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회	제29조 ①근로자는 근로조건에 향상을 위하여 자주적인 단

구분		공포일자	개별적 근로관계	집단적 근로관계
⑦	6차개헌 (3선개헌)	1969.10.21 (제7대국회)	<p>적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진에 노력하여야 한다.</p> <p>②모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의 원칙에 따라 법률로 정한다.</p> <p>③근로조건은 법률로 정한다.</p> <p>④여자와 소년의 근로는 특별한 보호를 받는다.</p>	<p>결권·단체교섭권 및 단체행동권을 갖는다.</p> <p>②공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외하고는 단결권·단체교섭권 또는 단체행동권을 가질 수 없다.</p>
⑧	7차개헌 (전문개정) (유신헌법)	1972.12.27 (비상국무회의)		<p>제29조 ①근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권은 법률이 정하는 범위안에서 보장된다.</p> <p>②공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외하고는 단결권·단체교섭권 또는 단체행동권을 가질 수 없다.</p> <p>③공무원과 국가·지방자치단체·국영기업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는</p>

구분	공포일자	개별적 근로관계	집단적 근로관계
			<p><u>근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.</u></p>
<p>⑨ 8차개헌 (전문개정) <5공화국></p>	<p>1980.10.27 (대통령제안)</p>	<p>제30조 ①모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 <u>적정임금의 보장</u>에 노력하여야 한다.</p> <p>②모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의 원칙에 따라 법률로 정한다.</p> <p>③근로조건의 기준은 <u>인간의 존엄성을 보장하도록</u> 법률로 정한다.</p> <p>④여자와 소년의 근로는 특별한 보호를 받는다.</p> <p>⑤<u>국가유공자·상이 균경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.</u></p>	<p>제31조 ①근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다. <u>다만, 단체행동권의 행사는 법률이 정하는 바에 의한다.</u></p> <p>②공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외하고는 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가질 수 없다.</p> <p>③국가·지방자치단체·국공영기업체·방위산업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.</p>

구분	공포일자	개별적 근로관계	집단적 근로관계
<p>⑩ 9차개헌 (전문개정) 〈현행〉</p>	<p>1987.10.29 (제12대국회)</p>	<p>제32조 ① 모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 시행하여야 한다.</p> <p>② 모든 국민은 근로의 의무를 진다. 국가는 근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의 원칙에 따라 법률로 정한다.</p> <p>③ 근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.</p> <p>④ 여자의 근로는 특별한 보호를 받으며, 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별을 받지 아니한다.</p> <p>⑤ 연소자의 근로는 특별한 보호를 받는다.</p> <p>⑥ 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 근로의 기회를 부여받는다.</p>	<p>제33조 ① 근로자는 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.</p> <p>② 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.</p> <p>③ 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.</p>

1. 의의

본장에서는 헌법상 노동기본권의 내용을 크게 개별적 근로관계와 집단적 근로관계에 적용되는 기본권으로 분류하고,⁴⁾ 각 항목에 포함된 기본권의 구체적 내용을 헌법 제정시부터 현재까지의 변천 과정을 기술해 보고, 그 내용의 해석을 둘러싼 논점을 도출하여 이후 헌법개정안의 내용을 분석할 때 그 논의의 기초자료로 삼는다.

2. 개별적 근로관계

가. 근로의 권리의 주체

개별적 근로관계의 헌법상 근거로 작용하는 근로의 권리의 주체는 다른 기본권 주체와 마찬가지로 헌법 제정시부터 현재까지 ‘모든 국민’으로 규정하고 있다. 이와 같이 근로의 권리의 주체는 ‘모든 국민’이기 때문에 근로의 성질상 법인과 노동조합은 제외되고,⁵⁾ 원칙적으로 외국인도 국민이 아니므로 근로의 권리의 주체로 될 수 없다. 다만 우리 헌법재판소는 근로의 권리의 법적 성격을 사회적인 기본권뿐만 아니라 ‘일할 환경에 관한 권리’ 즉 자유권적 기본권의 성격도 있다는 전제하에 외국인 근로자에게도 “자본주의 경제 질서하에서 근로자가 기본적 생활수단을 확보하고 인간의 존엄성을 보장받기 위하여 최소한의 근로조건을 요구할 수 있는 권리”가

4) 노동기본권은 통상적으로 현행 헌법 제32조(근로의 권리)와 제33조(노동3권)을 의미하기 때문에 2개의 조항에 한정하여 분석하는 것으로 한다. 다만, 헌법 제정 당시에는 제17조(근로의 권리), 제18조(노동3권), 제19조(근로능력상실자의 생활보호) 등 3개의 조항이 함께 논해지고 있었다. 이흥재, “노동기본권에 관한 제헌의회 심의회 쟁점 -기업운영참가권 보장논의를 중심으로-” 『노동법연구』 제27호, 2009. 170쪽 참조.

5) 현재 2009.2.26. 2007헌바27

있다고 판단하여,⁶⁾ 근로의 권리의 내용에 따라 기본권주체성을 인정하고 있다.

나. 국가의 고용증진 노력의무

‘국가의 고용증진 노력의무’가 처음 헌법상 등장한 것은 1962년 제3공화국의 국가재건 최고회의에 의한 5차 개헌부터이다. 5차 개헌에서 근로의 권리와 의무를 별도의 항으로 구분하면서 근로의 권리에 대한 국가의 구체적인 의무사항으로 종전의 ‘근로조건 법정주의’, ‘여자와 소년의 특별 보호’와 더불어 ‘국가의 고용증진 노력의무’를 신설하였던 것이다. 또한 이를 실현하기 위한 방법으로 ‘사회적·경제적 방법’을 제시하고 있었고, 이 규정은 현행헌법에도 그대로 존재하고 있다.

이러한 ‘국가의 고용증진 노력의무’는 결국 국민의 근로의 권리를 실현하는 한 방편으로서 구체화되었다고 볼 수 있으며, 여기서 이를 실현하기 위한 방법으로 제시된 ‘사회적·경제적 방법’이란 국가의 강제적인 방법이 아닌 사회정책 또는 경제적 정책을 통한 노동시장의 정비를 의미하는 것으로 이해된다.⁷⁾

다. 적정임금·최저임금제의 헌법상 근거

현행 헌법은 근로관계에서 임금의 중요성을 감안하여 국가의 의무로서 ‘적정임금의 보장 노력과 최저임금제 시행의무’를 규정하고 있다. 이러한 규정이 헌법상 처음 등장한 것은 우선 ‘적정임금의 보장 노력의무’의 경우 제5공화국의 8차 개헌부터이고, ‘최저임금제 시행의무’는 현행 헌법인 9차 개헌부터이다.

6) 헌재 2007.8.30. 2004헌마670

7) 임종률, 『노동법(제16판)』 박영사, 2018.3. 19쪽 참조.

여기에서 말하는 ‘적정임금’이 무엇을 의미하는지에 관해서는 일반적으로 ‘근로자가 인간다운 생활을 하는 데 필요한 정도의 임금’을 의미하는 것으로 해석되고 있지만,⁸⁾ 사실상 이를 구체화하는 법률에 명확한 개념정의가 없는 관계로 단순히 임금을 근로계약이나 단체협약 등 당사자에게만 맡기지 않겠다는 정책적 의지의 표명으로써 해석될 수 없는 한계가 있다. 반면에 ‘최저임금’은 사용자가 근로자에게 지급해야 할 임금의 최저한도를 법적으로 강제하는 것으로 1953년 「근로기준법」 제정시부터 ‘필요에 따라’ 정할 수 있다는 규정을 두어 최저임금제 실시 근거를 법률에서 먼저 보장하고 있었던 것을 헌법상 국가의 의무로 격상시켜 헌법에 근거를 마련한 것이다.⁹⁾ 다만 국가에 의한 강제적 개입을 규정한 「최저임금법」이 1986년 12월에 제정된 것을 감안하면 헌법이 법률의 정당성을 뒷받침하고 있다고 할 수 있다.¹⁰⁾

라. 근로의 의무

현행 헌법은 모든 국민에게 근로의 의무가 있음을 명기하고 있다. 종래 제정 헌법에서 근로의 권리와 의무를 하나의 조문체제에서 규정하고 있던 것을 5차 개헌시 근로의 의무를 별도의 항으로 분류하고 거기에 ‘근로의 의무의 내용과 조건을 민주주의 원칙에 따라 법률로 정한다’는 내용을 추가하여 현재에 이르고 있다.

근로의 의무의 내용이 무엇인가에 대해서는 현재 대부분의 학설

8) 임종률, 앞의 책, 21쪽.

9) 헌법에 최저임금실시의무를 규정하고 있는 것은 전 세계적으로 매우 드문 경우로, 대표적인 국가로 멕시코를 들 수 있다. 최저임금위원회, 『주요 국가의 최저임금제도』 2017.5. 참조.

10) 우리나라 최저임금제의 발전연혁에 관해서는 조상균, “최저임금의 적용 차등화 방안 연구” 『노동법학』 제66호, 2018.6. 79~83쪽 참조.

은 국가는 ‘근로할 의사가 없는 자를 위하여 인간다운 생활을 확보하기 위한 시책을 강구할 의무가 없다’는 점을 반어적으로 표현하고 있다는 점에 일치하고 있다.¹¹⁾ 이에 대한 유력한 근거로서 「고용보험법」상 구직급여를 근로의 의사를 가지고 구직활동을 할 것을 요건으로 하고 있다는 점을 들고 있다. 그러나 근로의 의무가 등장한 헌법제정시의 시대적·경제적 상황, 그리고 강제노역을 금지하고 있는 현행 헌법 제12조제1항과의 관계에서 보면 굳이 헌법상 ‘근로의 의무’를 국민의 의무의 하나로 둘 필요가 있는지에 관해서는 반론도 존재하고 있다.

마. 근로조건 법정주의

현행 헌법은 “근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다”고 규정하여 근로조건 법정주의를 표명하고 있다. 즉 “근로자의 인간다운 존엄성을 보장할 수 있도록 계약기준의 최저선을 법정하여 이를 지키도록 강제”하고 있는 것이다.¹²⁾ 헌법상 근로조건 법정주의는 제정 헌법에서부터 규정되어 근로조건에 의한 유보를 목적으로 하고 있었지만, 어떠한 기준으로 근로조건을 법률에 유보할지에 관해서는 아무런 규정이 없었다. 이에 대한 개선으로 8차 개헌시 법적규율에 관한 기준 내지 원칙으로서 ‘인간의 존엄성을 보장하도록’ 이라는 내용이 추가되어 오늘에 이르고 있다.

결국 헌법에서 근로조건 법정주의를 두고 있는 취지는 기본적으로 근로조건은 근로자와 사용자가 자유롭게 정하는 것이 원칙이지만, “사용자에 비하여 경제적·사회적으로 열등한 지위에 있는 개별 근로자의 인간존엄성 실현에 중요한 사항일 뿐만 아니라, 근로자와

11) 김형배, 『노동법(제24판)』 박영사, 2015.2. 120~121쪽; 임종률, 앞의 책, 20쪽.

12) 헌재 1991.7.22. 89헌가106

그 사용자들 사이에 이해관계가 첨예하게 대립될 수 있는 사항이어서 사회적 평화를 위해서도 민주적으로 정당성이 있는 입법자가 이를 법률로 정할 필요성이 있으며, 인간의 존엄성에 관한 판단기준도 사회 경제적 상황에 따라 변화하는 상대적 성격을 띠는 만큼 그에 상응하는 근로조건에 관한 기준도 시대상황에 부합하게 탄력적으로 구체화하도록 법률에 유보한 것”으로 이해되고 있다.¹³⁾ 그러므로 이러한 원칙하에서 이에 위반되는 즉 국민의 존엄성을 보장받지 못할 정도의 국가의 입법은 위헌·무효로 되는 자유권적 효과를 가진다고 이해된다.¹⁴⁾

바. 여자·연소근로자에 대한 특별보호

여자와 연소자(소년)의 근로에 대한 특별보호원칙은 헌법 제정시부터 헌법상 국가의 의무로 기술되어 있었으나, 현행 헌법인 9차 개헌시 여자의 근로와 연소자의 근로를 각각 별도의 항으로 구분하고, 특히 여자의 근로에 대해서는 근로관계에서 여성을 차별대우하는 관행에 대한 개선이 좀처럼 이루어지지 않고 있는 상황을 감안하여 특별보호 원칙 외에 고용·임금 및 근로조건에 있어서 부당한 차별금지원칙을 추가하여 오늘에 이르고 있다.

사. 우선적 근로기회 보장

국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족에 대해서는 국가적 보상의 일환으로 법률이 정하는 바에 의하여 우선적 근로기회를 보장받는다. 이러한 우선적 근로기회 보장규정이 헌법에 처음 등장한 것은 1980년 8차 개헌시 부터이며 현재까지 이어지고 있다.

13) 현재 1996.8.29. 95헌바36 전원재판부

14) 같은 취지로 김형배, 앞의 책, 119~120쪽; 임종률, 앞의 책, 20쪽 참조.

헌법재판소는 이 규정의 의미에 대해 “국가 유공자 등에 대한 보호의 한 방법을 구체적으로 예시한 것일 뿐이고 전체로서의 이 규정이 가지는 의미는 국가가 국가유공자 등을 예우할 포괄적인 의무를 지고 있음을 선언하는 데 있다고 해석된다”고 판단하고 있다.¹⁵⁾

그러나 개별 사안에서 헌법재판소는 이 규정의 의미를 한정적으로 해석하여 국가적 보상의 대상을 국가유공자·상이군경 본인과 전몰군경의 유가족에 한하는 것으로 보아, 국가유공자의 가족은 헌법상 우선적 근로의 기회제공 대상에서 제외된다고 판단하고 있으며,¹⁶⁾ 또한 국가적 보상의 내용도 국가유공자에 대한 근로기회의 우선보장에 한하여, 이를 넘어서 우선보직·우선승진의 시행에 관한 입법의를 도출할 수는 없다고 판단하고 있다.¹⁷⁾ 결국 이 규정의 의미와 개별사안에서의 판단이 반드시 일치하는 것은 아니라고 할 것이다.

3. 집단적 근로관계

가. 노동3권의 주체

노동3권의 주체는 헌법제정시부터 일관되게 모든 국민이 아닌 근로자로 되어 있다. 헌법상 결사의 자유에 대한 특별법적인 지위를 승인받고 있는 상황¹⁸⁾에서 결사의 자유가 국민의 권리인 것과 비교해 보면 그 차이가 명확해 진다고 할 수 있다. 또한 여기서의 근로자는 집단적으로 단결하여 근로조건을 향상시킬 수 있는 주체를 의미하므

15) 헌재 2001.6.28. 99헌마516

16) 헌재 2012.11.29. 2011헌마533

17) 헌재 2003.7.24. 2002헌마378

18) 헌재 2005.11.24. 2002헌바95,96, 2003헌바9(병합)

로 반드시 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자로 한정할 필요는 없다. 그러므로 노동3권을 보호할 필요성이 있다면 실업자나 구직중인 자도 노동3권의 주체로 인정된다.¹⁹⁾ 또한 개인의 근로자의 단체도 권리의 주체로 될 수 있다. 이에 대해 헌법재판소는 “비록 명문의 규정상 개인으로서의 근로자만을 규정하고 있다 하더라도 단체의 존속과 활동을 억압할 수 있다면 근로자 개인의 권리 보장은 무의미하기 때문이다”는 논거를 들고 있다.²⁰⁾

나. 노동3권의 법적성격-규정상 ‘자유’에서 ‘권’으로

헌법상 노동3권 규정이 제정 헌법에 처음 규율되어 5차 개헌에 의해 오늘날과 같이 “단결권·단체교섭권 및 단체행동권”으로 되기 이전에는 “근로자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 자유”로 표현되어 있었기 때문에 노동3권의 법적성격을 자유권적 기본권으로 보고 있었다고 할 수 있다.²¹⁾ 그러나 오늘날과 같은 형태의 5차 개헌 이후, 자유권적 기본권으로 보아야 하는지 아니면 사회권적 기본권으로 보아야 하는지 많은 논란이 있었다고 할 수 있다.

이 문제에 대해서 헌법재판소와 대법원은 초기에는 “근로기본권은 근로자의 근로조건을 개선함으로써 그들의 경제적·사회적 지위의 향상을 기하기 위한 것으로서 자유권적 기본권으로서의 성격보다는 생존권 내지 사회권적 기본권으로서의 측면이 강한 것²²⁾” 또는 “근로3권은 시민법상의 자유주의적 법원칙을 수정하는 신시대적

19) 법원 2004.2.27. 2001두8568

20) 헌재 1999.11.25. 95헌마154

21) 제정 헌법에 따라 제정된 제정 「노동조합법」은 기본적으로 노동3권의 자유로운 보장을 위해 제정되어야 할 것이라는 기본인식하에서 제정되었다고 한다. 이홍재, “노동조합법제정사의 법사회학적 조명” 「법학」 제46권 제2호, 2005. 189쪽.

22) 헌재 1991.7.22. 89헌가106

정책으로서 등장한 생존권적 기본권의 하나이다²³⁾”라고 하여 사회권적 성격을 더 강조하는 입장이었다고 할 수 있으나, 최근에는 입장을 통일화하여 “근로3권은 사회적 보호기능을 담당하는 자유권 또는 사회권적 성격을 띤 자유권”으로 보아 혼합설 또는 자유권적 기본권을 더 강조하고 있다고 할 수 있다²⁴⁾.

다만 노사관계의 형성에서 사회적 균형을 이루어 근로조건에 관한 노사간의 실질적인 자치를 보장하려는 노동3권의 헌법적 보장의 의의에서 보았을 때²⁵⁾, 노동3권의 법적성질은 생존권적 성격을 갖는다는 점에 이론은 없다.

다. 노동3권의 보장 목적에 대한 한계

노동3권의 보장 목적에 관한 한계를 짓는 명시적인 규정은 제정 헌법에는 보이지 않다가 5차 개헌에 이르러 “근로조건을 향상을 위하여”라는 규정이 추가되어 오늘에 이르고 있다. 이러한 노동3권의 행사목적의 한계를 짓고 있는 이 규정은 결국 개별 법률에서 노동조합의 개념이나 단체교섭의 대상, 쟁의행위의 목적의 정당성 등을 판단할 때 그 판단 근거로 작용되어 근로자들의 노동3권 행사에 제약이 되는 문제가 발생할 여지가 있다.

라. 공무원의 노동기본권²⁶⁾

공무원에 대한 노동기본권과 관련해서 제정 헌법에서는 단순히

23) 대법원 1990.5.15. 90도357

24) 헌재 1998.2.27. 94헌바13·26, 95헌바44 참조.

25) 헌재 1998.2.27. 94헌바13·26, 95헌바44 참조.

26) 헌법상 공무원의 노동기본권 제한의 연혁에 대한 자세한 설명은 조성혜, “공무원의 노동기본권 제한의 연혁과 헌법재판소의 태도” 「노동법학」 제43호, 2012. 참조.

“근로자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 자유는 법률의 범위 내에서 보장된다”고 규정하여 헌법상 공무원의 노동기본권에 대해서 특별히 제한하는 규정은 두고 있지 않았고, 다만 당시의 「노동조합법」, 「노동쟁의조정법」, 「국가공무원법」 등에서 법률로서 단결권, 쟁의 행위, 집단적 행동 금지 등의 규정을 통하여 제한하는 입법태도를 보였다.

이후 헌법에 공무원에 대한 노동기본권 제한 규정이 5차 개헌을 통해서 처음으로 등장하여 “공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외하고는 단결권·단체교섭권 또는 단체행동권을 가질 수 없다”는 방식으로 규율되면서 공무원의 근로자성을 부인하지 않으면서도²⁷⁾ 법률로 인정된 자를 제외한 공무원의 근로기본권을 제한하는 방식으로 규율되기 시작하였다. 그리고 유신헌법으로 알려진 7차 개헌 시에 위의 제한규정과 더불어 “공무원의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다”고 하여 앞에서 공무원의 노동3권에 대한 법률유보조향을 두고 있는 상황에서 별도로 단체행동권에 대한 제한 규정을 추가하여 이중적 제한이 가해졌다고 할 수 있다.

또한 8차 개헌에서는 앞에서 언급한 바와 같이 불필요하게 공무원에 대한 단체행동권의 특별유보조향을 두었던 것에서 공무원을 삭제하여 일반적인 법률유보조향에 의해 규제를 받게 되었고²⁸⁾, 현행 헌법은 그 이전의 “공무원인 근로자는 법률로 인정된 자를 제외

27) 헌법재판소는 헌법에 “공무원인 근로자”로 표현함으로써 공무원도 노무의 대가로 얻는 수입에 의존하여 생활하는 근로자라는 점을 명확히 하고 있다. 현재 1992.4.28. 90헌바27내지34, 36내지42, 44내지46, 92헌바15 전원재판부; 현재 2008.12.26. 2005헌마971, 1193, 2006헌마198(병합) 전원재판부

28) 다만 “국가·지방자치단체”에 종사하는 근로자에 대한 단체행동권 제한은 그대로 유지되었기 때문에 결과에 있어서는 동일하다고 할 수 있을 것이다.

하고는”규정을 개정하여 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여”로 개정하여 공무원의 노동기본권에 대한 제한이 다소 완화되었다.

이와 같이 5차 개헌 이후에는 헌법에 명시적으로 공무원의 노동3권에 대한 제한규정을 다양한 방식으로 규율하고 있다. 이러한 공무원에 대한 노동3권제한의 근거로는 종래 국민 전체의 봉사자설, 직무성질성, 특별권력관계설 등이 제기되었으나, 헌법재판소는 “공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지위 및 그 직무상의 공공성, 합리적인 공무원 제도의 보장, 주권자인 국민의 공공복리 등”으로 판단하여²⁹⁾ 특별권력관계설을 제외한 다양한 논거를 들어 그 제한의 정당성을 설명하고 있다.

마. 단체행동권에 대한 법률유보

근로자 또는 공무원의 노동3권에 대한 일반적인 법률유보조항 이외에 별도로 단체행동권을 특정하여 제한하는 헌법상 규정은 7차 개헌시에 발견된다. 즉 “공무원과 국가·지방자치단체·국영기업체·공익사업체 또는 국민경제에 중대한 영향을 미치는 사업체에 종사하는 근로자”에 대한 제한 규정이 그것이다. 이후 8차 개헌시 공무원이 삭제되고, 현행헌법에서 “법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자”로 범위를 축소하여 단체행동권에 대한 법률에 의한 제한이 가능하도록 하는 규정을 두고 있다. 특히 이 규정에 따라 주요방위산업체에 종사하는 근로자에 대해서는 단체행동권을 전면 금지할 수 있도록 하였다.³⁰⁾

29) 헌재 1992.4.28. 90헌바27 내지 34, 36내지42, 44내지46, 92헌바15 전원재판부

30) 노조법 제41조제2항에서는 현행 헌법 제33조제3항을 근거로 「방위사업법」에 의하여 지정된 주요방위산업체에 종사하는 근로자중 주로 방산물자를 생산하는 업무에 종사하는 근로자로 단체행동권 전면금지 대상을 규정하여 그 제한범

4. 현행 헌법의 평가와 한계

가. 근로의 권리와 의무

개별적 근로관계의 헌법적 근거로 작용하고 있는 현행 헌법 제32조는 근로자 개인과 사용자간의 관계를 규율하는 기본적 원칙과 권리를 규율하고 있다. 이 규정은 제정 당시 근로의 권리·의무, 근로조건 법정주의, 여성과 연소자 특별보호원칙 등 크게 3개항으로부터 출발하여 권리와 의무의 내용을 보다 구체화하는 방향으로 개정되어 현재에는 총6개 조항으로 이루어져 있다. 이는 다른 기본권조항과 비교해 다른 점이라고 할 수 있을 것이다. 다만, 근로의 의무의 해석을 둘러싸고 제정 당시와 현재의 다른 상황에서 강제근로의 금지와 관련하여 해석의 논란이 여전히 남아 있고,³¹⁾ 적정임금이라고 하는 법률상 어디에도 없고 해석상 애매한 개념을 등장시켜 최저임금과의 사이에 논란의 여지가 남아 있으며, 제6항의 우선적 취업기회의 보장과 관련하여 그 대상범위와 그 해석을 둘러싸고 논란은 여전히 진행 중이라는 한계가 있다고 생각된다. 게다가 최근 개별적 근로관계에서 가장 현안이라고 할 수 있는 비정규직 근로자의 노동기본권에 대해서는 아무런 보장규정이 발견되지 않는다는 점도 지적하지 않을 수 없다.

위를 축소하고 있다.

31) 근로의 의무에 대하여 “헌법상의 근로의 의무는 진정한 의무라고 보기 어렵고, 경제적 발전 단계에 비추어 보았을 때 헌법에 정할 필요는 사라졌다고 보아야 하고, 더구나 다른 헌법상 의무와 혼동하게 하는 문제가 발생하므로 폐지하는 것이 타당하다”고 보는 대표적인 견해로 정종섭, 『헌법학원론』 박영사, 2016. 910~911쪽 참조.

나. 노동3권

노사관계의 집단적 자치를 존중하면서 더 나은 근로조건의 획득을 위해서 헌법상 보장된 노동3권은 근로자의 단결, 단체교섭, 단체행동할 권리를 말하며, 제정 헌법에서부터 현행 헌법까지 집단적 근로관계의 헌법적 근거로서 기능하고 있다. 헌법에서 노동3권을 직접 보장하고 있는 비교법적 예가 드문 상황에서 우리나라는 제정 헌법에서 현행 노동3권과 더불어 이익균점권을 포함하는 노동4권을 보장하고 있었으나, 이를 구체화하는 법률의 제정을 보지 못한 채, 5차 개헌으로 인하여 헌법에서 삭제되고, 공무원에 대한 개별적 법률유보, 단체행동권에 대한 법률유보 조항이 추가·변형되어 오늘날의 노동3권으로 정착하고 있다. 다만 근로자들의 노동3권의 행사 목적을 ‘근로조건의 향상’에만 있는 것으로 규정하여 그 행사가 정당하지 여부를 판단시 가이드라인으로 작용하여 종국에는 그 행사를 어렵게 만드는 요인의 하나로 작용하고 있다는 한계가 존재하고 있고, 공무원의 노동기본권의 경우 법률에서 단결권과 단체교섭권을 제한적으로 허용하고는 있지만, 헌법에서 원칙적 보장이 아닌 직접 제한규정을 두고 있어 과도한 제한이라는 지적도 있다.

Ⅲ. 헌법 개정안에 대한 비교·검토

이하에서는 최근 헌법 개정 논의과정 속에서 제기된 대표적인 헌법개정(안)이라고 할 수 있는 국회의 국회헌법개정특별위원회 자문위원회가 자문활동을 마무리하면서 그 결과로서 2018.1.제시된 안(이하 ‘국회(안)’이라 한다)과 대통령이 2018.3.26.에 발의한 안³²⁾

(이하 ‘대통령(안)이라 한다’)의 내용을 간략히 개관해 보고, 각각의 개정(안)의 내용을 공통점과 특이점을 중심으로 검토해 본다.

1. 각각의 헌법개정(안)의 내용

〈표 2〉 헌법 개정안의 비교

국회 헌법개정특별위원회 자문위원회 안(2018.1.)	대통령 발의안(2018.03.26.)
<p>제35조 ① 모든 사람은 일할 권리를 가진다.</p> <p>② 국가는 고용의 증진에 노력하고, 고용안정을 위한 정책을 시행해야 한다. 노동자를 고용할 때는 정당한 이유가 없는 한 기간의 정함이 없이 직접고용하여야 한다.</p> <p>③ 국가는 적정임금의 보장에 노력하며, 법률이 정하는 바에 따라 최저임금제를 시행한다. 동일한 가치의 노동에 대하여는 동일한 임금이 지급되어야 한다.</p> <p>④ 노동조건은 노동자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 공동으로 결정하되, 그 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.</p> <p>⑤ 노동자는 정당한 이유 없는 해고로부터 보호받을 권리를 가진다.</p>	<p>제33조 ① 모든 국민은 일할 권리를 가지며, 국가는 고용의 안정과 증진을 위한 정책을 시행해야 한다.</p> <p>② 국가는 적정임금을 보장하기 위하여 노력해야 하며, 법률로 정하는 바에 따라 최저임금제를 시행해야 한다.</p> <p>③ 국가는 동일한 가치의 노동에 대해서는 동일한 수준의 임금이 지급되도록 노력해야 한다.</p> <p>④ 노동조건은 노동자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하되, 그 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.</p> <p>⑤ 모든 국민은 고용·임금 및 그 밖의 노동조건에서 임신·출산·육아 등으로 부당하게</p>

32) 대통령 개헌안이 발의되기 이전 3월 20일부터 22일까지 3일에 걸쳐 청와대 춘추관에서 조국 수석은 노동기본권 부분을 브리핑하며 “노동자에 대한 정당한 예우와 양극화 해소, 지속가능한 성장을 위한 노동자의 기본권을 획기적으로 강화하는 내용”이라고 설명하였다. 뉴시스, “[전문] 文대통령 헌법개정안 발표문-전문·기본권·국민주권 강화” 2018.3.20.자

국회 헌법개정특별위원회 자문위원회 안(2018.1.)	대통령 발의안(2018.03.26.)
<p>⑥국가유공자·상이군경과 전몰군경의 유가족은 법률이 정하는 바에 의하여 우선적으로 노동의 기회를 부여받는다.</p> <p>⑦국가는 모든 사람이 일과 생활을 균형 있게 영위할 수 있도록 정책을 실시하여야 한다.</p>	<p>차별을 받지 않으며, 국가는 이를 위해 여성의 노동을 보호하는 정책을 시행해야 한다.</p> <p>⑥ 연소자(少者)의 노동은 특별한 보호를 받는다.</p> <p>⑦ 국가유공자·상이군경 및 전몰군경(戰歿軍警)·의사자(義死者)의 유가족은 법률로 정하는 바에 따라 우선적으로 노동의 기회를 부여받는다.</p> <p>⑧ 국가는 모든 국민이 일과 생활을 균형 있게 할 수 있도록 정책을 시행해야 한다.</p>
<p>제36조 ① 노동자는 자주적으로 단결할 자유를 가진다.</p> <p>② 노동자는 단체교섭권 및 단체협약 체결권과 대표를 통하여 사업운영에 참여할 권리를 가진다.</p> <p>③ 노동자는 경제적·직업적 이익에 관한 주장을 관철하기 위하여 파업 기타 단체행동을 할 권리를 가진다. 현역군인과 경찰공무원의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 이를 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.</p>	<p>제34조 ① 노동자는 자주적인 단결권과 단체교섭권을 가진다.</p> <p>② 노동자는 노동조건 개선과 그 권익의 보호를 위하여 단체행동권을 가진다.</p> <p>③ 현역 군인 등 법률로 정하는 공무원의 단결권, 단체교섭권과 단체행동권은 법률로 정하는 바에 따라 제한하거나 인정하지 않을 수 있다.</p> <p>④ 법률로 정하는 주요 방위산업체에 종사하는 노동자의 단체행동권은 필요한 경우에만 법률로 정하는 바에 따라 제한하거나 인정하지 않을 수 있다.</p>

2. 개정(안)의 공통사항

가. 개별적 근로관계

(1) ‘근로의 권리’에서 ‘일할 권리’로

양 개정안 모두 공통적으로 종래 ‘근로의 권리’를 ‘일할 권리’로 수정한 개헌(안)을 제시하고 있다. 이는 ‘근로’라는 용어가 일제나 군사 독재 시대의 잔재로 만들어졌다는 점, ‘근로’라는 사전적 의미가 ‘부지런히 일함³³⁾’이라는 의미를 갖는 것으로 권리적 측면에서 바람직하지 않는 점, 그리고 우리 헌법재판소도 근로의 권리를 ‘일할 자리에 관한 권리’, ‘일할 환경에 관한 권리’로 표현하고 있다는 점 등을 감안하여 ‘일할 권리’로 개선하여 제시하고 있는 것으로 보인다.³⁴⁾

(2) 고용안정에 대한 의미

현행 헌법 제32조 제1항에서는 ‘사회적 경제적 방법에 의한 고용 증진’에 대한 국가 노력의무를 규정하고 있지만, 개정(안)에서는 ‘사회적 경제적 방법’이라는 제한적 정책수단을 삭제하고 ‘고용증진’과 더불어 ‘고용안정’에 관한 내용을 추가하여 국가의 정책시행의무를 확대하였다. 특히 국회(안)에서는 이를 위하여 근로자를 고용할 때 직접·무기 고용원칙을 명기하여 국가의 고용안정 정책시행의무를 구체화하고 있다고 할 수 있을 것이다. 이는 최근 UN사회권위원회가 한국정부에 ‘사용자가 합리적 이유 없이 계약갱신을 거부하는 것을 금지하는 입법 및 규제를 취할 것’, ‘근로감독을 통해 비정규직 남용을 효과적으로 감시할 것’을 권고한 것³⁵⁾을 감안하면 이러한

33) 국립국어원 표준국어대사전 참조.

34) 국회헌법개정특별위원회 자문위원회, 『국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서』 2018.1. 89쪽 참조.

권고에 대한 적절한 이행의 의미도 갖는 것으로 평가할 수 있을 것이다.

(3) 근로의 의무의 삭제

양 개정(안) 모두 국민의 4대 의무의 하나로 규정하고 있었던 근로의 의무 규정을 삭제하고 있다. 종래 근로의 의무의 해석을 둘러싼 논란 가운데 강제근로금지 원칙에 반할 위험성이 있다는 지적을 받아들인 결과라고 할 수 있고, 특히 전술한 바와 같이 고용보험과 관련하여 ‘근로할 의사가 없는 자를 위하여 인간다운 생활을 확보하기 위한 시책을 강구할 의무가 없다’는 점을 반어적으로 표현하고 있다는 해석³⁵⁾도 결국은 국가의 의무를 국민의 의무로 전환시키는 것이기 때문에 삭제하는 것이 바람직하다고 생각된다.

(4) 동일가치노동 동일임금원칙의 헌법상 기본권화

임금에 관해서는 현행 적정임금과 최저임금보장규정과 더불어 새롭게 ‘동일가치노동 동일임금원칙’을 양 개정(안) 모두 헌법에 명기하고 있다. 다만 대통령(안)의 경우 국가의 노력의무의 하나로 규정하고 있고, 국회안의 경우 문언상으로도 보면 그 시행주체가 불명확하여 그 효력의 문제가 남아 있긴 하지만, 명확히 ‘지급하여야 한다’로 규정하고 있다는 점이 특징이다. 특히 대통령(안)의 경우에는 단지 국가의 노력의무를 선언적으로 규정하고 있기 때문에 실질적 권리성에 한계가 있다는 점은 부인하기 어렵고, 또한 성별을 넘어서서 모든 노동을 동일가치인지 여부를 판단하기 어려운 상황을

35) UN 경제적 사회적 문화적 권리 위원회, 『대한민국의 네 번째 정기보고서에 관한 최종 견해』2017.10.9. 참조.

36) 김형배, 앞의 책. 120~121쪽; 임종률, 앞의 책, 20쪽.

감안하면 후속 입법에 어려움이 예상된다. 다만 그러한 한계 및 어려움이 있다 하더라도 헌법질서로서 동일가치의 노동에 대해서 동일한 임금을 지급해야 한다는 원칙을 규정하는 것은 결국은 근로자의 존엄성을 보장하기 위해 노동의 가치를 차별 없이 인정해야 한다는 점을 확인해 주고 있다는 점에서 의미가 크다고 할 수 있다.

(5) 근로조건 대등 결정 원칙의 확인

양 개정(안)모두 현행 헌법의 근로조건 법정주의에 추가하여 종래 「근로기준법」 제4조에서 규정하고 있었던 근로조건 대등 결정 원칙을 헌법상 내용으로 명기하고 있다.

(6) 일과 생활의 양립

양 개정안에서는 장시간 노동으로부터 해방되어 생활을 영위할 권리를 보장하기 위하여 국가의 의무의 하나로 종래 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(이하 ‘남녀고용평등법’이라 한다)」에서 보장하고 있었던 내용을 헌법에서 보장하려고 하고 있다는 점에 의의가 있다. 또한 이 문제는 남녀고용평등법이 남녀의 일과 가정에 대한 양립을 목표로 하는 것에서 그 범위를 일반화 하여 모든 사람(국민)의 그리고 가정을 넘어서 모든 생활의 양립을 목표로 하고 있다는 점에서 더 큰 의의가 있다고 생각된다.

나. 집단적 근로관계

(1) 근로자에서 노동자로

오늘날 국내의 정치·사회적 상황하에서 이데올로기적 의미를 갖고 편향적으로 사용되는 법률상 용어가 다수 존재하고 있다. 그 대표적인 것이 바로 ‘근로’, ‘근로자’라고 할 수 있고, 이번 개정(안)에

서는 헌법상 용어를 종래 ‘근로’, ‘근로자’에서 ‘노동’, ‘노동자’라는 개념으로 변경하였다. 굳이 사전적 의미를 구분할 필요가 없는 상황임에도 ‘노동’, ‘노동자’가 주는 투쟁적 어감을 피하고, 순응적 의미를 부여하기 위하여 ‘근로’, ‘근로자’라는 용어를 계속해서 사용해왔던 상황을 개선하고자 하는 것으로 이해된다.³⁷⁾ 게다가 헌법상 용어와 별도로 법률에서 ‘근로조건’, ‘노동쟁의’, ‘노동조합’ 등으로 통일화되지 못한 점을 극복할 필요성도 그 변경의 근거의 하나로 될 수 있을 것이다.³⁸⁾

(2) 노동3권의 보장형식 변경 및 보장목적 삭제

현행 헌법은 헌법 제33조에서 노동3권을 모두 병렬적으로 명시하여 보장하고 있고, 그 목적도 ‘근로조건향상의 향상’이라는 제한범위를 설정하여 규정하고 있다. 그러므로 우리 대법원도 “노동3권은 다 같이 존중 보호되어야 하고 그 사이에 비중의 차등을 둘 수 없는 권리들임에는 틀림없지만 근로조건향상의 향상을 위한다는 생존권적 존재목적에 비추어 볼 때 위 노동3권 가운데에서도 단체교섭권이 가장 중핵적 권리임은 부정할 수 없다³⁹⁾”고 하여 그 권리간의 상호관계를 상호의존적으로 설명하면서도 단체교섭중심설의 입장에서 설명하고 있다.

그런데 개정(안)에서는 종래의 형식에서 벗어나 국회(안)에서는 단결권을, 대통령(안)에서는 단결권과 단체교섭권을 별도의 조항으로 기술하여 그 독자성을 강조하고 있고, 그리고 이들 권리의 보장목적인 ‘근로조건향상의 향상’이라는 내용을 삭제하여 단결권과 단체교

37) 같은 취지로 이승천, “헌법상 노동기본권과 사회적 헌안에 관한 소고” 「국제법무」 제5집 제2호, 2013. 132쪽.

38) 임종률, 앞의 책, 3쪽 참조.

39) 대법원 1990.5.15. 90도357.

섭권의 보장목적이 반드시 근로조건의 향상에만 있지 않다는 점을 확인해주고 있다. 그리고 국회(안)에서는 ‘경제적·직업적 이익에 관한 주장을 관철하기 위하여’, 대통령(안)에서는 ‘근로조건의 개선과 그 권익의 보호를 위하여’라는 단체행동권의 행사목적은 규정하여 종전보다 그 행사목적의 정당성범위가 정리하고 등까지 확대되었다는 점은 분명하다. 그러므로 이후 교섭대상, 쟁의행위의 목적의 정당성 판단과 관련하여 개정(안)의 ‘경제적·직업적 이익’과 ‘권익’의 해석을 둘러싸고 앞으로 많은 논의가 진행되어야 할 것이지만, 기본적으로 국민적 욕구와 의식에 알맞은 실질적 국민주권의 실현을 보장하기 위해서라는 헌법의 해석원칙은 언제나 견지되어야 할 것이다.⁴⁰⁾

3. 양 개정(안)의 특이점

가. 근로의 권리의 주체 - 모든 사람인가, 모든 국민인가

대통령(안)의 경우 다른 기본권 주체에 대해서는 국적을 떠나 보편적으로 보장되는 천부인권적 성격을 갖는 기본권은 그 주체를 ‘국민’에서 ‘사람’으로 확대하였지만, 유독 ‘일할 권리’에 대해서는 종래대로 ‘모든 국민’으로 하고 있다. 이는 ‘일할 권리’를 여전히 ‘사회권적 성격이 강한 권리’로 인식하고 있다는 방증으로 보인다. 다만 이러한 인식은 우리 헌법재판소의 결정에서 외국인의 근로기본권 주체를 부분적으로 인정하고 있는 현실에 비추어 문제가 될 소지가 있다.⁴¹⁾ 반면에 국회(안)에서는 일할 권리의 주체를 ‘모든 사람’으로 확대하여 헌법재판소의 결정을 반영하고 있다고 할 수 있을 것이다.

40) 헌법 해석 원칙에 대한 헌법재판소 결정으로서 현재 1989.9.8. 88헌가6 참조.

41) 현재 2007.8.30. 2004헌마670

나. 비정규직 문제 해결의 근거조항

국회(안)에서는 최근의 시대적 상황을 반영하여 비정규직 문제의 해소를 목적으로 한 ‘노동자를 고용할 때는 정당한 이유가 없는 한 기간의 정함이 없이 직접고용 하여야 한다’는 무기·직접고용원칙을 명시하고 있다. 다만 ‘정당한 이유’의 제한적 내용에 대한 해석은 일면에서는 사실상 무기고용을 넘어 종신고용에 해당할 소지가 있다는 견해와 현재 우리 사회에서 심각한 비정규직 문제를 해소하기 위해 헌법적 차원에서 원칙을 명확히 할 필요가 있고, 얼마든지 융통성 있게 대처할 수 있다는 긍정론이 대립하고 있다.⁴²⁾ 그러나 이러한 규정은 비정규직문제의 해결과제인 ‘고용보장’측면의 대응에는 적합하다고 할 수 있으나, 또 하나의 핵심과제인 차별문제에 대한 해결방안으로는 기능하지 못한다. 이 문제에 대해서는 헌법상 평등원칙을 규정한 조문시안 제14조에서 기존의 성별, 종교 등 전통적인 차별금지사유와 더불어 ‘고용형태’를 추가하여 이 차별문제에 접근하고 있는 것으로 보인다.

반면에 대통령(안)에서는 고용의 안정과 증진을 위한 정책 시행 의무만 국가에 부여할 뿐 비정규직 문제 해결을 위한 관련 규정은 발견되지 않는다.

다. 노동3권의 개별화와 단결권의 자유권성 강화

앞에서 설명한 양 개정(안)에서는 노동3권의 보장형식을 상호연관성을 강조하여 병렬적으로 나열하고 있던 점을 변경하여 개별화하고 있다는 점에서 공통성을 갖으나, 특히 국회(안)에서는 국가나 사용자에 의한 노동조합 설립 및 운영에 관한 부당한 간섭과 개입

42) 국회헌법개정특별위원회 자문위원회, 앞의 보고서, 90쪽 참조.

이 일상화되어 있는 한국의 현실을 감안하여⁴³⁾ 제정헌법시 취했던 기술방식으로 변경하여 단결권의 경우 ‘단결의 자유’로 변경하여 단결권의 자유권성을 강조하고 있다는 점이 특징이라고 할 수 있다. 결국 단결권의 자유권적 성격의 강화는 종래 헌법상의 단결권을 근거로 노동조합에 대한 엄격한 심사를 통한 설립주의를 채택하고 있는 현행 법률의 개정을 이끌어 노동조합 설립에 대한 행정관청의 개입을 완화시킬 것으로 예상된다.⁴⁴⁾

라. 여성과 연소자에 대한 특별보호 규정의 이동

현행 헌법 제32조에 규정되어 있는 여성과 연소자에 대한 특별보호 규정이 대통령(안)에서는 보다 구체화하여 여전히 남아 있는 것에 반해, 국회(안)에서는 현행 여성에 대한 특별보호규정을 ‘일할 권리’영역에서 삭제하고, 대신에 별도의 일반적 성평등 규정에 이 내용을 포함시켜 ‘국가는 고용, 노동, 복지, 재정 등 모든 영역에서 성평등을 보장한다’는 규정으로 수정하여 이동시켰다. 이와 함께 연소근로자에 대한 특별보호규정은 ‘일할 권리’ 영역에서 삭제되어 아동의 권리조항으로 이동하였다.

마. 공무원의 노동기본권

현행 헌법상 공무원인 근로자의 노동3권은 ‘법률이 정하는 자에 한하여’ 보장되고 있기 때문에 원칙적으로 인정되지 않지만 예외적으로 법률의 규정에 따라 보장된다는 입장을 취하고 있는 것으로

43) 국회헌법개정특별위원회 자문위원회, 앞의 보고서, 92쪽 참조.

44) 노동조합의 설립에 대한 행정관청의 지난친 심사가 노동3권의 자유권적 성격을 해칠 우려가 있다고 지적하고 있는 것으로, 김성률·정순형, “헌법상 단결권과 노동관계법상 노동조합에 대한 비교 연구” 「법학연구」 제17권 제2호(통권 66호), 2017. 163쪽.

보인다. 이번 국회(안)에서는 공무원 일반에 대한 노동3권에 대한 법률유보조항을 삭제하는 대신에 현역군인과 경찰공무원의 단체행동권에 한정된 법률유보조항을 두어 일단 문언상으로 공무원에 대한 노동3권 등 노동기본권은 원칙적으로 보장되지만, 현역군인과 경찰공무원에 대해서는 법률이 정하는 바에 따라 단체행동권이 제한된다는 예외적 제한의 입장으로 변화하였다. 그 이외에 공무원에 대한 제한은 일반적 법률유보조항으로 충분하다는 입장으로 보인다.

바. 방위산업체 근로자의 단체행동권의 법률유보조항 삭제

현행 제33조에 포함된 방위산업체 근로자의 단체행동권 제한규정은 우선 국회(안)에서는 유신헌법(7차 개헌) 이전에는 존재하지 않았던 조항이라는 점, 그리고 제한 필요성이 존재한다 하더라도 이는 현행 「노동조합 및 노동관계조정법」에 포함된 필수공익사업 또는 필수유지업무 등으로 규율하는 것으로 충분하다는 점을 들어 삭제되었다.⁴⁵⁾ 반면에 대통령(안)에서는 ‘필요한 경우’만 제한된다는 내용이 추가되어 여전히 존재하는 것으로 하였다.

사. 단체교섭·단체협약 체결권

국회(안)에는 노동자의 단체교섭권 및 단체협약 체결권을 명시하고 있다. 일반적으로 단체교섭권속에 단체협약체결권이 포함되어 있다고 보는 입장에서 별도로 노동자의 단체협약 체결권을 기술할 필요가 있는가라는 의문이 제기될 수 있으나, 자문위원회에서는 ‘공공부문 등의 영역에서 단체협약의 효력을 부정하는 입법 또는 지침 등이 남용되고 있다’는 점 등을 들어 명시하고 있다고 밝히고 있다. 그러나 현행 헌법과 달리 국회(안)에서 공무원에 대한 노동3권의

45) 국회헌법개정특별위원회 자문위원회, 앞의 보고서, 93쪽 참조.

원칙적 보장 원칙이 이미 개정안에 포함되어 있는 상황에서 과도한 기우라고 생각되어 되어 굳이 기술할 필요는 없는 것으로 보인다.

아. 노동자의 사업 운영 참가권 보장

국회(안)에는 제정 헌법에서 노동4권의 하나로 등장했던 ‘이익균점권⁴⁶⁾’과 비슷한 ‘사업 운영 참가권’이 포함되어 있다. 다만 ‘이익균점권’은 노동자가 기업 이윤의 일부를 가질 권리가 있다는 것 즉 경제적 균등생활 확보를 의미하는 것이고, 국회(안)에 포함된 ‘사업 운영 참가권’은 기업 운영 민주주의원칙을 이루어 낸다는 의도하에서 기존의 법률에서 인정하는 경영참가권⁴⁷⁾에 더하여 노동조건의 집단적 결정에 참여할 권리를 뜻하므로 구별된다고 할 수 있을 것이다. 프랑스 헌법 제8조에서도 “모든 노동자는 자신의 대표를 통하여 노동조건의 집단적 결정과 기업의 경영에 참가한다”는 규정을 두고 있다.

자. 우선적 근로기회 보장의 대상 확대

국회(안)은 우선적 근로기회 보장의 대상과 범위를 현행 헌법규정 그대로 두고 있는 반면에⁴⁸⁾ 대통령(안)에는 그 대상범위를 기존

46) 이익균점권의 제정배경과 성격에 관해서는 황승홍, “근로자 이익균점권의 탄생 배경과 법적 성격 논쟁” 『노동법연구』 제36호, 2014. 참조.

47) 근로자의 ‘경영참가권’도 헌법 제정시 ‘이익균점권’과 함께 제안되었지만, ‘경영 참가권’은 제헌 의회에서 부결되었고, ‘이익균점권’만이 통과되었다. 자세한 심의경위에 대해서는 신권철, “노동법에 있어 경영권의 비판적 고찰” 『노동법학』 제63호, 2017. 25~26쪽, 이홍재, 앞의 논문(노동기본권에 관한 제헌의회 심의의 쟁점-기업운영참가권 보장논의를 중심으로-), 171~178쪽 참조.

48) 다만 국회(안)도 현행 헌법규정이 이를 부정하는 헌법재판소의 판단(현재 2012.11.29. 2011헌마533)이 있음에도 불구하고, 문언상으로는 국가유공자·상이 균경의 유가족도 우선 근로제공 대상자로 해석될 여지가 있어 조문정비의 필요성에 따라 개정(안)에서는 ‘국가유공자·상이균경과 전문균경의 유가족’으로 수정하였다. 헌법개정 및 정치개혁 특별위원회, 『2017년 개헌특위 집중토론자료 수정본』 2018.2. 175쪽 참조.

의 국가유공자·상이군경과 전몰군경의 유가족에 의사자의 유가족을 포함하여 그 대상범위를 확대하고 있다.

차. 정당한 이유 없는 해고로부터 보호

국회(안)에서는 종래 「근로기준법」 제23조제1항에 규정되어 있는 사용자로부터의 자의에 의한 해고로부터 근로자를 보호하기 위한 규정을 명기하고 있다. 이 규정에 대해서 굳이 헌법에 「근로기준법」과 동일한 규정을 규정할 필요가 있는지 여부에 대한 반론도 있을 수 있겠지만, 규정상 정당한 이유 없는 해고로부터 보호받을 ‘권리’로서 규정하고 있기 때문에 사용자에게는 ‘의무’로 해석된다는 점에 의의가 있다고 생각된다.

IV. 나오면서-개정(안)의 평가와 과제를 중심으로

본 연구에서는 현행 노동기본권 관련 조항을 개별적, 집단적 두 항목으로 분류하여 그동안의 변천과정과 해석을 둘러싼 문제점을 도출해 비판해 보고, 이번에 논의된 국회와 청와대에서 논의된 헌법개정(안)의 내용에 현행 헌법 노동기본권 조항의 문제점이 얼마만큼 반영되어 있는지를 살펴보았다.

이번 국회와 대통령의 헌법개정안은 기본적으로 노동자의 권리를 크게 강화하는 내용으로 이루어졌다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다.⁴⁹⁾ 구체적으로 양 개정(안) 모두 우선 일제와 군사독재 시대 사용자의 관점에서 만들어진 ‘근로’라는 용어를 ‘노동’으로 수

49) 반면에 경영계에서는 기업활동의 위축을 우려하는 목소리도 있는게 사실이다. 뉴시스, “대통령개헌안 ‘노동지평 넓혀’ vs ‘기업 투자유욕 저하’ 2018.3.21.자

정하고 임금에 있어서 종전의 적정임금, 최저임금과 더불어 ‘동일가치 노동에 대한 동일임금’ 지급원칙에 대한 헌법적 근거를 마련하였다. 또한 종래의 ‘고용증진’에 더해 변화된 시대상황을 반영하여 ‘고용안정’과 ‘일과 생활의 균형’에 대한 국가의 정책 시행의무를 신설하였다. 근로조건 결정과정에서 ‘노사대등 결정의 원칙’을 명시하고 단체행동권의 행사 범위를 종래의 ‘근로조건 향상을 위해서’에서라는 한정된 범위에서 탈피하여 노동기본권 행사 범위를 확대하고 있다.

이와 별도로 국회(안)에서는 대통령(안)에서 볼 수 없는 ‘직접·무기고용 원칙’이나 ‘노동자의 사업운영 참가권’ 등 개혁적인 안을 내오고 있어서 앞으로의 개정논의에 많은 시사점을 주고 있다고 할 수 있을 것이다.

결론적으로 이번의 개정(안)은 내용적인 부분만 살펴보면 개혁적이고 참신한 내용을 담고 있는 것은 분명하다. 그러나 그보다도 더 중요한 것은 헌법개정 과정에서 헌법 제정권자인 국민의 공감대를 어떻게 이끌어 내는가이다. 다만 다행스러운 것은 헌법 개정의 필요성에 대한 국민의 의지가 그 어느 때보다 높은 편이고, 양 개정(안)이 발표된 후 시기가 흐르면서 자연스럽게 그 내용이 국민들 사이에 공유되고 있다.

문제는 정치적 이해관계에 따라 개헌논의가 진행되어온 지금까지의 상황에 비추어 정치권의 상황이 유동적인 것은 사실이지만, 양 개정(안)으로 인하여 본격적인 개헌논의의 틀은 갖추어졌다고 할 수 있기 때문에 하루빨리 재논의가 이루어지기를 기대해 본다.

참 고 문 헌

- 권영성, 『헌법학개론』 법문사, 2005.
- 김형배, 『노동법(제24판)』 박영사, 2015.
- 임종률, 『노동법(제16판)』 박영사, 2018.
- 정종섭, 『헌법학원론』 박영사, 2016.
- 국회헌법개정특별위원회 자문위원회, 『국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서』 2018.1.
- 헌법개정 및 정치개혁 특별위원회, 『2017년 개헌특위 집중토론자료 수정본』 2018.2.
- 최저임금위원회, 『주요 국가의 최저임금제도』 2017.5.
- UN 경제적 사회적 문화적 권리 위원회, 『대한민국의 네 번째 정기보고서에 관한 최종 견해』 2017.10.9.
- 김성률·정순형, “헌법상 단결권과 노동관계법상 노동조합에 대한 비교 연구” 「법학연구」 제17권 제2호(통권 66호), 2017.
- 신권철, “노동법에 있어 경영권의 비판적 고찰” 「노동법학」 제63호, 2017.
- 이승천, “헌법상 노동기본권과 사회적 현안에 관한 소고” 「국제법무」 제5집 제2호, 2013.
- 이흥재, “노동조합법제정사의 법사회학적 조명” 「법학」 제46권 제2호, 2005.
- _____, “노동기본권에 관한 제헌의회 심의회 쟁점 -기업운영참가권 보장 논의를 중심으로-” 「노동법연구」 제27호, 2009.
- 정만희, “헌법개정논의에 대한 재검토” 「공법학연구」 제19권 제1호, 2018.
- 조상균, “최저임금의 적용 차등화 방안 연구” 「노동법학」 제66호, 2018.6.
- 조성혜, “공무원의 노동기본권 제한의 연혁과 헌법재판소의 태도” 「노동법학」 제43호, 2012.
- 황승흠, “근로자 이익균점권의 탄생 배경과 법적 성격 논쟁” 「노동법연구」 제36호, 2014.

<Abstract>

Review of the Process of Transition and the Amendment(draft) of Fundamental Labor Rights in the Constitution

Cho Sang-kyun* · Park Jong-lock** · Park Yun-Seong***

Recently, the revision of the constitution is in full swing after 30 years since the 9th amendment of the presidential election system in 1987. It can be said that the so-called 1987 system is no longer able to reflect reality.

The purpose of this study is to provide basic data for the re-discussion. The current basic labor rights clause is categorized into two categories: individual labor relations and collective labor relations, criticizing the problems surrounding the process of transition and its interpretation, and The revision of the constitutional amendment (draft) discussed in the National Assembly and the Blue House reviewed how the problems of the current basic constitutional labor rights provisions were improved and reflected.

The revision of the Constitution by the National Assembly and the President can be evaluated positively in the sense that it essentially reinforces workers' rights. Specifically, the term 'diligent labor' was changed to 'labor', and the principle of 'equal pay for work of equal value' was laid down in the Constitution. In addition to the previous 'employment

* Chonnam National Univ. Law School, Professor

** Chonnam National Univ. Graduate School Master's Course

*** Chonnam National Univ. Graduate School Combined Master's & Doctorate Course

enhancement’, it was faithful as a duty of the nation to enforce ‘employment stability’ and ‘balance of work and life’. In addition, in the process of determining working conditions, ‘Principle of labor-management equality’ is specified, and the range of exercise of the right to collective action is extended in the past to improve working conditions.

On the other hand, the “principle of direct and non-period employment” and “the right to participate in the business operation of workers” are only in the revision of the National Assembly. These are reformative provisions that can cope with the changed working environment, and they can be said to give many implications for future revisions.

In conclusion, it is obvious that this amendment contains reformative and fresh contents. But what is more important in the process of amending the Constitution is how to bring about the consensus of the people who are constitutional right. Therefore, the process of deliberation will be needed to ensure the participation of the people in the discussion process.

Key Words : constitutional amendments, fundamental labor rights, the right to work, labor’s three primary rights, proposal of constitutional amendment

