
윤석열 정부
건설노조 탄압의 위헌성 · 위법성
검토 보고서

2023. 8. 17.

민주사회를 위한 변호사 모임
노동위원회

윤석열 정부 건설노조 탄압의 위헌성·위법성

민변 노동위원회 정책기획부

목 차

1. 들어가며.....	1
2. 불법다단계 하도급 등 건설현장에 만연한 구조적 문제와 이에 대한 건설노조 투쟁의 역사.....	2
가. 건설현장에 만연한 구조적 문제.....	2
1) 불법 다단계 하도급.....	2
2) 건설현장에 만연한 산업재해.....	4
3) 불안정한 고용 구조.....	4
4) 빈번한 임금체불.....	5
나. 건설노조 조직 및 법적 지위 관련 투쟁의 역사.....	6
1) 건설노조 조직의 역사.....	6
2) 건설노조의 법적 지위 관련 투쟁의 역사.....	7
다. 건설사업장 노사관계의 특수성.....	8
1) 건설기계, 타워크레인 등 건설노동자의 업무수행 방식.....	8
2) 일시적 고용과 실업을 반복하는 노사관계의 특성.....	10
3. 건설노조 및 건설노동자의 노동조합법상 지위와 교섭요구의제의 법적 성격.....	11
가. 건설노조 및 건설노동자의 노동조합법상 지위와 권리.....	11
나. 단체교섭 목적사항으로서의 정당성.....	12
1) 채용.....	12
2) 전임비·운영비.....	15
다. 노동조합법상으로 예정되어 있는 건설노조의 노사교섭.....	16
4. 사용자의 ‘계약의 자유’ 오·남용을 과잉보호하고 있는 수사기관의 건설노조에 대한 전면적 수사탄압.....	18
가. 협박죄·공갈죄·강요죄 등의 보호법익.....	18

나. 노사관계에서 사용자의 ‘의사결정의 자유’에 대한 헌법적·노동법적 제한	18
다. 헌법상 노동기본권의 취지와 국가의 기본권 보호의무를 무시하며 사용자의 ‘의사결정의 자유’를 과잉보호하는 탄압수사	22
라. 민주노총 건설노조와 무관한 사건을 뭉뚱그려 발표하는 경찰 보도의 악의성	23
5. 노사관계에 대한 공정거래위원회 개입의 위헌성·부당성	24
가. 노동3권에 관한 흔들림 없는 헌법 원칙	24
나. 노무제공 실질로 확인되는 건설기계 노동자들의 노동자성	26
다. 노동자(외형상 사업자 포함) 및 노동조합의 행위에는 공정거래법 등 경쟁법 적용을 배제하는 세계적 추세	27
1) 미국	27
2) 일본	28
3) 유럽연합(EU)	29
4) ILO	30
라. 공정거래위원회의 개입은 자체 심사지침과도 모순됨	30
마. 노동조합에 공정거래법 등 경쟁법을 적용하는 순간 모든 노동조합 활동이 불가능해짐	32
바. 헌법과 예규 및 국제적 추세에 반하는 공정거래위원회의 노동조합 제재	32
6. ILO 핵심협약을 포함한 국제인권법에 따른 ‘채용 요구’의 단체교섭 사항으로서의 정당성 및 국제인권법 위반 소지가 다분한 건설노조 강압수사와 공정거래법 적용	34
가. 관련 ILO 핵심협약 및 국제인권규범	34
나. 노동3권을 향유하는 주체의 범위	35
다. 유사 사례에서의 ILO 판단	36
라. 구체적인 제87호 협약 위반 사유	38
마. 구체적인 제98호 협약 위반 사유	39
바. 무역 분쟁에 따른 무역 축소의 위험	41
사. ILO 핵심협약 비준에도 불구하고 국제노동규준을 위반하고 있는 한국	42
7. 결론	43

1. 들어가며

- 윤석열 정부는 2022. 9. 28. ‘건설현장 불법행위 근절 위한 일제 점검·단속’을 지시하면서, ‘국토교통부·고용노동부·공정거래위원회·경찰청 등 가용인원을 총동원’할 것을 지시하였음.
- 공정거래위원회는 2022. 12. 28. 민주노총 전국건설노동조합(이하 ‘전국건설노조’ 또는 ‘건설노조’로 약칭함) 부산건설기계지부에 대해 공정거래법상 사업자단체 금지 행위 규정을 적용하여 시정명령 및 과징금 1억 원을 부과하는 처분을 한 데 이어, 2023. 3. 30.에는 같은 노동조합에 대해 같은 취지로 시정명령 및 과징금 1억 6,900만원을 부과하는 처분을 하였음.
- 경찰은 전국 각 지역에서, 건설노조가 건설사업자를 상대로 ‘조합원 채용’ 및 ‘전임자 급여 지급’ 등을 의제로 단체협약의 체결 및 이행을 요구한 것에 대해 형법상 ‘공갈죄’ 등의 혐의를 적용하여 대대적인 압수·수색 등 강제수사를 진행하고 있음.
- 정부의 건설노조에 대한 이와 같은 전방위적인 탄압은, 불법다단계 하도급 등 건설현장에 만연한 구조적 문제와 이로 인해 형성된 건설산업 노사관계의 특수성을 도외시한 것이고(2.항), 건설노조 및 건설노동자가 헌법상 노동3권의 주체라는 점과 이들의 교섭요구의제가 노동조합법상 단체교섭권 행사의 대상이라는 점을 무시하는 것임(3.항). 수사기관의 건설노조에 대한 전면적인 수사탄압은 헌법상 기본권인 노동3권의 요청으로 인해 그 제한이 헌법적·법률적으로 예정되어 있는 사용자의 계약의 자유를 과잉보호하고 있는 것이고(4.항), 노사관계에 대한 공정거래위원회 개입은 헌법뿐만 아니라 공정거래위원회 스스로 제정한 예규에도 어긋나

는 것이며 노사관계에 대해 경쟁법 적용을 배제하고 있는 국제적인 추세에도 반하는 것임(5.항). 나아가 한국은 2021년 국제노동기구(International Labour Organization, 이하 ‘ILO’) 핵심협약을 비준하고 그에 따라 노동조합법 제30조 제3항(“국가 및 지방자치단체는 기업·산업·지역별 교섭 등 다양한 교섭방식을 노동관계 당사자가 자율적으로 선택할 수 있도록 지원하고 이에 따른 단체교섭이 활성화될 수 있도록 노력하여야 한다.”)을 신설하는 등으로, 건설노동자 등 특수고용노동자들의 노동기본권 보장을 위하여 필요하고 적절한 모든 조치를 취할 의무를 부담함에도 불구하고 오히려 노동조합 활동을 형사별·행정별로 탄압하고 있어, 국제노동규준을 심각하게 위반하고 있음(6.항).

2. 불법다단계 하도급 등 건설현장에 만연한 구조적 문제와 이에 대한 건설노조 투쟁의 역사

가. 건설현장에 만연한 구조적 문제

1) 불법 다단계 하도급

- 건설현장은 공사를 발주하는 발주처가 원청건설사(종합건설업체)에 일을 맡기고, 원청은 다시 분야별로 세분화된 하청건설사(전문건설업체)에 하도급을 주는 구조로 이루어져 있음.
- 한편, 건설산업기본법은 원도급사가 공사의 일부를 하도급하는 것은 원칙적으로 허용하나, 시공역량이 없는 업체의 수주를 차단하기 위해, 공사 전체의 일괄 하도급, 동일업종 간의 하도급, 무자격자에 대한 하도급은

금지하고 있음. 또한 하도급사가 공사의 일부를 다시 재하도급 하는 것은 원칙적으로 금지하고 있고, 예외적으로 발주자의 승낙을 받아 신기술, 특허를 가진 업체에 공사금액의 20%까지 재하도급하는 것만 허용하고 있음. 따라서 건설현장의 원칙적인 모습은 원도급사로부터 공사를 하도급받은 전문건설업체가 건설노동자들과 근로계약을 직접 체결하는 것임.

- 이처럼 재하도급을 원칙적으로 금지하는 이유는 불법적인 다단계 하도급 과정에서 현저한 공사비 누수 현상이 발생하고, 이같이 삭감된 공사비에 맞추기 위해 무리한 원가 절감으로 부실시공이 유발되고, 사고 위험이 증가하기 때문임.

- 그런데 현실에서는 하청건설사인 전문건설업체들이 또다시 다른 업체에 재하도급을 하고, 해당 하도급업체가 건설(기계)노동자와 계약을 체결하는 다양한 형태의 불법적인 하도급이 빈번하게 발생하고 있음. 또한 발주를 받은 원청건설사나 전문건설업체는 사실상 공사를 진행할 수 있는 시공능력을 보유하지 않고 있기 때문에, 가장 낮은 단계의 하도급 회사가 건설노동자를 채용하게 되고 이 과정에서 현장노동자를 팀원으로 두고 공사 현장에 인력을 공급하는 소위 십장(오야지)이 개입하게 됨. 결국, 불법 노무재하도급의 형태를 띠게 되고, 결과적으로 건설노동자의 임금이 중간착취되며, 사용자가 누구인지 불분명하게 되는 상황까지 발생하게 되는 구조임.

- 이처럼 시공책임과 위험부담을 아래로 전가하는 불법 하도급은 이하에서 살펴보는 바와 같이 건설 노동자의 안전을 위협하는 주요 원인이 되고 있을 뿐만 아니라 이로 인해 건설 노동자들은 고용불안과 임금체불을 겪을 수밖에 없음.

2) 건설현장에 만연한 산업재해

- 불법 하도급이 만연하는 현실에서 건설현장에서는 삭감된 공사비에 맞추어 최대한의 이윤을 창출하기 위해서 무리하게 공기를 단축하고, 인건비를 줄일 수밖에 없음. 이 때문에 근로기준법상 노동시간·휴게·휴일 규정은 무시되고, 안전조치를 생략하고 노동안전 기준을 준수하지 않은 채 작업을 강행하는 경우가 빈번함.
- 이는 결국 건설현장에서의 빈번한 산업재해로 이어지고 있음. 2022년(1월~12월) 기준 건설업에서 산업재해로 인한 사망자(사고사망 + 질병사망)는 총 539명이고, 이는 전 업종 사망자 2,223명 중 24.2%로서 가장 사망자가 많이 발생한 업종이 건설업임. 특히 건설업 산업재해 사망자 539명 중 중 5인 미만 사업장에서 가장 많은 사망자가 발생하였음(224명). 산업재해로 인한 사망 중 (질병사망을 제외하고) 사고사망 부분만을 살펴봐도, 모든 업종 중 건설업에서 사고사망 재해가 가장 많이 발생하고 있음(402명, 전체 사고사망자 874명의 46.0%).¹⁾

3) 불안정한 고용 구조

- 건설현장은 업종의 특성상 진행되는 공정에 따라 해당 공정에 필요한 인력이 투입되므로, 건설노동자들은 대체로 단기간 고용 후 실업 및 다른 현장에의 고용이 반복되는 형태임. 이 때문에 건설노동자들은 월단위계약(월대계약), 일용계약(일대계약) 방식으로 건설사와 계약을 맺어 일을 하고 있고, 건설사는 일방적으로 중도에 계약을 해지하거나 재계약을 하지 않는 방식으로 손쉽게 건설노동자를 해고하고 있음. 뿐만 아니라, 건설사용자들은 공정이 장기간 예정되어 있는 경우에도 의도적으로 단기간 조

1) 고용노동부, 『2022. 12월말 산업재해 발생현황』, 2023. 3. 2.

개기 계약을 반복하여 체결하기도 하는 등²⁾ 현장에서 건설노동자들의 고용안정은 매우 요원한 상황임.

- 노동자가 하나의 건설현장에서 일하는 총 기간을 살펴보면, 대체로 한 현장에서 30일에서 180일 미만으로 근무하는 비율이 가장 높게 나타남. 대체로 현장 규모가 커질수록 30일 미만의 비중이 줄고 평균 근로일수가 늘어 동일한 현장에 머무는 기간이 길어짐.³⁾
- 노동자들의 구직 경로를 살펴보면, ‘팀·반장의 인맥을 통해’가 72.1%로 구직 경로의 대부분을 차지하고, 그 외 ‘밴드·온라인 카페 등을 통해’ (9.0%), ‘유료 직업소개소를 통해’ (8.3%), ‘노동조합을 통해’ (3.2%), ‘온라인 앱을 통해’ (2.4%) 등의 순서임.⁴⁾ 추정컨대 인맥을 통한 고용의 상당수는 오야지 등을 통한 불법 하도급계약일 가능성이 큼.⁵⁾
- 이처럼 건설현장 노동력 공급의 특성 자체가 단기고용과 실업을 반복하는 형태여서 노동조합이 없으면 결국 노동자들은 인맥에 의존하거나 유료 직업소개소 등을 통해 취업할 수밖에 없고, 일자리 소개를 명목으로 임금의 중간착취가 발생해 임금 단가는 계속 낮아질 수밖에 없음.

4) 빈번한 임금체불

- 건설 현장에서는 영세, 무등록 건설업체, 오야지(팀장, 십장)가 중간에 임금을 착복하고 지급하지 않는 문제가 있고, 임금 직접 지급제가 시행된

2) 뉴시스 2019. 6. 14.자 기사, <고용부, 건설사 계약직 쪼개기 계약 제동>

https://newsis.com/view/?id=NISX20190614_0000680908&cID=10201&pID=10200

3) 건설노동자공제회, 『건설노동자 수급실태 및 훈련수요 조사』, 2022, 77면.

4) 건설노동자공제회, 『건설노동자 수급실태 및 훈련수요 조사』, 2022, 124면.

5) 권두섭, “건설현장 고용관련 노사관계의 안정화를 막는 한국의 법 제도와 개선방안”, 『건설산업 고용 문제와 해법은 무엇인가?』 자료집, 2023, 41면.

이후에도 건설노동자들의 통장과 카드를 팀장이 가지고 다니면서 중간착취 및 체불을 하는 문제가 있음.⁶⁾

- 이 때문에 건설노동자들의 임금체불은 매우 빈번하게 발생하고 있는데, 건설업은 모든 업종 중 임금체불 노동자 수 1위인 실정임. 2022. 11. 기준 건설업 체불액은 총 2,683억 원으로 전년(2,353억원) 대비 12.1% 증가함.⁷⁾

나. 건설노조 조직 및 법적 지위 관련 투쟁의 역사

1) 건설노조 조직의 역사

- 민주노총 건설산업연맹 전국건설노동조합은 토목건축, 전기, 타워크레인, 건설기계 총 4개의 업종별 분과위원회를 두고 있는 노동조합임.
- (토목건축) 1988. 3. 서울건설일용노동조합이 결성되어 건설노동자 최초의 노동조합이 결성됨. 이후 서울남부, 인천, 성남, 서산, 대전 등 지역에서 노동조합이 결성되었고, 1989. 4. 전국건설일용노동조합이 창립되게 됨. 이후 1999년 기업노조 중심이던 전국건설노동조합연맹과 통합하여 ‘전국건설산업노동조합연맹’을 창립함.
- (전기) 1989년 전남전기원노동조합에서 전국 최초로 송배전노동조합이 설립되었고, 이후 4개 지역에서 노조가 설립되어 1998년에는 이들의 전국연대조직인 전국전기원노동조합협의회가 창립됨. 1999년 위 전국건설산업노동조합연맹에 전국전기원노동조합협의회가 가입하여 전기분과위원회로

6) 권두섭, “건설현장 고용관련 노사관계의 안정화를 막는 한국의 법 제도와 개선방안”, 『건설산업 고용 문제와 해법은 무엇인가?』 자료집, 2023, 41면.

7) 고용노동부, 2023. 1. 30.자 보도자료

재편됨.

- (타워크레인) 2000. 8. 전국타워크레인기사 노동조합이 설립되었음.
- (건설기계) 2000. 9. 사업자등록증을 가지고 있는 레미콘노동자 13명이 건설운송노동조합을 설립함. 2004. 9. 덤프노동자들이 결성한 덤프연대도 2005. 1. 전국건설운송노동조합 덤프연대로 가입.
- 이후 2007. 3. 전국건설운송노동조합 소속의 건설기계노동자들(레미콘노동자, 덤프노동자)과 전국건설산업노동조합연맹 소속이었던 토목건축, 전기노동자들, 전국타워크레인노동조합 소속인 타워크레인노동자들이 조직전환을 하여 전국건설노동조합을 설립하게 됨.

2) 건설노조의 법적 지위 관련 투쟁의 역사

- 건설노조 창립 이후 2008년 대한건설협회, 한국레미콘협회 등 사용자단체는 ‘근로자가 아닌 덤프 및 레미콘 차주 등이 전국건설산업노동조합에 가입한 것은 노동조합법 시행령 제9조를 위반한 것’이라며 그 시정을 요구하는 진정을 제기하였고, 노동부는 ‘노조에서 설립신고증 반려사유에 해당하는 덤프, 레미콘 등 차주의 노조가입 문제를 해결함에 있어 내부 의결절차 등 시일이 필요한 것으로 판단되어 우선 자율적으로 해결할 수 있도록 기회를 부여’ 하니 2009. 2. 2.까지 해당 사항을 시정하고 증빙 자료를 제출하라는 내용의 ‘자율 시정명령’을 내림(2009. 1. 2., 노사지원과-16105). 건설노조가 이 시정요구에 응하지 않자, 고용노동부는 2009. 3., 2009. 9., 2010. 2. 건설노조에 즉시 적법하게 시정하고 증빙자료를 제출할 것을 재차 요구하였음.

- 건설노조는 이를 받아들이지 않은 상태에서, 대표자 변경신고를 하였으나 계속해서 노동자가 아닌 조합원이 있다는 이유로 반려되었는데, 고용노동부는 2021. 4.에 건설노조의 대표자 변경신고를 수리하였음. 고용노동부가 건설노조를 노동조합법에 의한 ‘노동조합’으로 인정한 것이라고 볼 수 있음.
- 한편, 건설노조가 시정명령을 이행하지 않는 상태가 계속되자, 타워크레인 임대업체인 준경타워는 2013. 5., 서울지방고용노동청 서울남부지청에 건설노조에 노동자가 아닌 자가 포함되어 있으므로 ‘노동조합법상 노조 아님’ 통보를 할 것을 촉구하는 진정서를 제출하였음. 나아가 2014. 7. 같은 취지로 고용노동부를 상대로 부작위위법확인소송을 제기하였으나 각하되었음.⁸⁾
- 이처럼 건설노조의 경우 타워크레인, 레미콘 등 건설기계를 소유하고 있는 자들이 가입되어 있다는 이유로 2007년 창립 이후 지속적으로 노동조합성에 대한 다툼이 있어왔음. 2023년에는 공정거래위원회가 건설노조를 ‘둘 이상의 사업자가 공동의 이익을 증진할 목적으로 조직한 결합체’로 보아 사업자단체라고 규정하는 상황까지 발생하였음.

다. 건설사업장 노사관계의 특수성

1) 건설기계, 타워크레인 등 건설노동자의 업무수행 방식

8) 서울고등법원은 ‘노동조합법의 규정은 노동조합의 설립의 자유를 보장하면서 소관 행정당국으로 하여금 노동조합에 대한 효율적인 조직체계의 정비·관리를 통하여 노동조합이 자주성과 민주성을 갖춘 조직으로 존속할 수 있도록 노동조합을 보호·육성하고 그 지도·감독에 철저를 기하게 하기 위한 노동정책적인 고려에서 마련된 것’이므로, 노동조합의 설립과정이나 행정적 지도·감독을 위한 과정에 근로자와 이해관계가 상반되는 사용자의 관여를 허용하거나 사용자의 이익을 고려한 규정을 둘 이유가 없는바, 사용자에게 노조아님 통보를 해줄 것을 요구할 법규상·조리상 신청권이 있다고 보기 어렵다고 판시하였음(서울고등법원 2016. 4. 21. 선고 2015누41670 판결). 이후 2016. 8. 18. 대법원 2016두38464 판결로 심리불속행 기각되어 확정됨.

- 건설현장의 건설기계는 각 건설사의 중기사업부에서 보유하고 조종사도 직접 고용하여 운영하여 오다가, 1980년대 이후 건설사들은 건설기계를 직영으로 고용된 기사에게 불하하는 방식으로 외주화를 시작하였음. 그 이후 건설기계대여업 등록기준이 마련되면서 건설기계 차주 겸 기사들은 건설기계를 주차할 수 있는 주기장 확보 문제 등을 해결하는 방법으로 건설기계 임대업체에 지입, 연명하는 형태로 등록하고 각 건설사와 임대 계약(조종사 파견 포함)을 체결하고 해당 업무를 수행하게 됨.⁹⁾
- 그러나 위와 같이 계약의 형식이 달라졌다 하더라도, 건설사의 작업계획과 건설사 관리자의 업무지시에 따라 건설기계를 운전하며 노무를 제공하는 업무수행방식은 달라진 바 없음.
- 타워크레인 기사의 경우에도 타워 임대업체와 사이에 근로계약을 체결하고, 원청사 또는 전문건설업체는 타워 임대업체와 사이에 타워크레인 기사를 포함한 타워 임대계약을 체결하고 있음. 그런데 실제 현장에서 타워크레인 기사에게 작업지시를 하는 사람은 원청사 또는 전문건설업체이므로 이들은 공기를 단축할 목적으로 타워크레인 기사에게 과도한 업무요구를 하고 있고, 이로 인해 타워기사들은 월레비를 건설업체로부터 받는 노동의 대가로 인식하고 있음.
- 한편, 위 월레비와 관련하여, 건설업체가 타워크레인 기사에게 월레비 명목으로 금원을 지급한 것에 대해 부당이득 반환청구를 한 사건에서, 우리 법원은 “하청업체인 철근콘크리트 업체의 타워크레인 기사들에 대한 월레비 지급은 수십 년간 지속하여 온 관행으로서, 타워크레인 기사들에게 월레비는 사실상 근로의 대가인 임금의 성격을 가지게 되었다” 고 하며 하청업체와 타워크레인 기사들 사이에 월레비 상당의 돈을 증여하기로

9) 권두섭, “공정위 노동사건 개입문제의 해외사례와 공정위 조사의 법률적 문제점”, 『공정위의 노동사건 개입, 과연 정당한가?』 토론회 자료집, 2022, 52면.

하는 내용의 묵시적인 계약이 성립하여, 타워크레인 기사들이 법률상 원인이 없이 월레비 상당의 이익을 취하였다고 보기 어렵다고 하며 원고 청구를 기각하였음.¹⁰⁾

- 결국 이와 같은 월레비 관행을 개선하기 위해서는 먼저 타워크레인 기사를 건설사가 직접 상용으로 고용하고, 건설사가 안전작업기준을 준수하며 공기단축을 위한 무리한 작업지시를 하지 않는 것이 전제되어야 함.

2) 일시적 고용과 실업을 반복하는 노사관계의 특성

- 건설현장은 일자리가 불안정하고 임금체불이 빈번하게 발생하기 때문에 건설노동자에게는 안정적인 구직을 할 수 있고 임금체불 시 개인의 위험 부담을 줄이고, 집단적 대응이 가능한 노동조합이 필요할 수밖에 없음. 따라서 조합원들의 가장 우선적인 요구인 안정적인 일자리의 확보 등이 건설노조의 가장 기본적인 활동이 되고 있음.
- 건설노조는 초기업형태의 산별노조이고, 건설노동자는 특정 회사가 아니라, 각 건설현장을 돌아다니면서 고용과 실업을 반복하는 형태로 일을 하므로 이러한 노동자들을 조직대상으로 하는 노조는 일반적인 기업별 노동조합과 비교하였을 때 그 활동의 방식과 단체교섭의 내용이 다를 수밖에 없음.¹¹⁾ 따라서 건설노조의 조합활동과 관련하여서는 건설사업장 노사관계의 특수성에 기반하여 이해되어야 할 것임.

10) 광주고등법원 2023. 2. 16. 선고 2021나22465 판결. 이후 2023. 6. 29. 대법원 2023다226897 판결로 심리불속행 기각되어 확정되었음. 그러나 국토교통부는 2023. 7. 1. 보도자료를 통하여, 대법원의 심리불속행 기각 판결은 구체적 심리를 하지 않은 것이고 타워크레인 월레비가 임금이라고 판단한 것이 아니라는 해명을 하기도 하였음.

11) 권두섭, “건설현장 고용관련 노사관계의 안정화를 막는 한국의 법 제도와 개선방안”, 『건설산업 고용 문제와 해법은 무엇인가?』 자료집, 2023, 37면.

3. 건설노조 및 건설노동자의 노동조합법상 지위와 교섭요구의제의 법적 성격

가. 건설노조 및 건설노동자의 노동조합법상 지위와 권리

- 노동조합법은 ‘근로자’를 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”라고 정의하고 있고(노동조합법 제2조 제1호), 노동조합법상 ‘근로자’에 해당하기 위하여 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있을 것을 요하지 않는다는 것이 확립된 판례 법리임.¹²⁾
- 불법다단계 하도급으로 인하여 고용이 불안정할 수밖에 없는 건설노동자들의 경우, 고용 자체는 물론 근로조건의 향상을 위하여 ‘노무공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성’이 뚜렷하고, 따라서 건설노동자 중 실업 상태에 있는 자나 구직 중인 자 역시도 노동3권 보장의 필요성이 인정되어 노동조합법상 ‘근로자’에 해당함. 이들로 구성된 건설노조

12) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결

“원심판결 및 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 근로기준법은 ‘현실적으로 근로를 제공하는 자에 대하여 국가의 관리·감독에 의한 직접적인 보호의 필요성이 있는가’라는 관점에서 개별적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것인 반면에, 노동조합및노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 한다)은 ‘노무공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가’라는 관점에서 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것으로 그 입법목적에 따라 근로자의 개념을 상이하게 정의하고 있는 점, 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 기업별 노동조합의 경우와는 달리 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에는 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 것이 아닌 점에 비추어, 노동조합법 제2조 제4호 (라)목 단서는 ‘기업별 노동조합’의 조합원이 사용자로부터 해고됨으로써 근로자성이 부인될 경우에 대비하여 마련된 규정으로서, 이와 같은 경우에만 한정적으로 적용되고, 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 필요로 하지 않는 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우까지 적용되는 것은 아닌 점 등을 근거로, 노동조합법 제2조 제1호 및 제4호 (라)목 본문에서 말하는 ‘근로자’에는 특정한 사용자에게 고용되어 현실적으로 취업하고 있는 자뿐만 아니라, 일시적으로 실업 상태에 있는 자나 구직 중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함되고, 따라서 지역별 노동조합의 성격을 가진 원고가 그 구성원으로 ‘구직 중인 여성 노동자’를 포함시키고 있다 하더라도, ‘구직 중인 여성 노동자’ 역시 노동조합법상의 근로자에 해당하므로, 구직 중인 여성 노동자는 근로자가 아니라는 이유로 원고의 이 사건 노동조합설립신고를 반대한 이 사건 처분을 위법하다고 판단하였는바, 이러한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 노동조합법에 정한 근로자의 개념에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.”

는 당연히 헌법상 노동3권과 노동조합법상 권리들을 행사할 수 있는 ‘노동조합’에 해당함. 즉, “근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체”에 해당함(노동조합법 제2조 제4호).

- 따라서 건설노조는 건설업을 영위하는 사용자를 상대로 건설노동자들의 ‘근로조건의 유지·개선 기타 경제적·사회적 지위의 향상’을 위하여 헌법상 보장된 단체교섭권을 행사할 수 있고, 사용자는 단체교섭을 거부하거나 해태하는 등의 부당노동행위를 할 수 없음(노동조합법 제81조 제1항 제3호). 아래 나.항에서 살펴볼 바와 같이, 최근 건설노조가 사용자들을 상대로 단체협약의 체결 및 이행을 요구하고 있는 의제들은 노동조합법상 단체교섭의 대상으로 예정되어 있는 것들임.

나. 단체교섭 목적사항으로서의 정당성

1) 채용

- 건설현장의 토목건축, 타워크레인, 건설기계 노동자들은 일반적인 공장·사무실에서 근무하는 노동자와 달리 일시적인 고용과 실업을 반복하는 고용구조를 가지고 있음. 건설노동자들로 조직된 건설노조가 고용의 불안정성을 해소하고 더 많은 고용기회를 요구하는 것은 소속 조합원의 ‘근로조건의 유지·개선 기타 경제적·사회적 지위의 향상’을 위한 것으로서 지극히 당연한 것임.
- 앞서 밝힌 바와 같이, 대법원은 현실적으로 취업하고 있지 않은 실업자·구직자의 경우에도 (‘근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사

회적 지위 향상' 이라는) 노동3권 보장의 필요성이 인정될 경우 노동조합 법상 '근로자'로서 권리를 행사할 수 있음을 명확히 하고 있는바, 실업자·구직자가 조합원으로 포함되어 있는 노동조합이 그 조합원의 채용을 사용자에게 요구하는 것은 '근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위 향상' 자체를 위한 것으로서, 위 판례 법리가 실시한 내용에 전적으로 부합함. 반대로, 노동조합이 (실업 상태인) 그 조합원의 채용을 사용자에게 요구하지 못한다고 보는 것은 노동조합법이 '근로자'의 범위를 근로기준법보다 넓게 보고 있는 취지(노동3권의 보장)를 무시하는 것임.

- “사용자의 경영권에 속하는 사항이라 하더라도 노사는 임의로 단체교섭을 진행하여 단체협약을 체결할 수 있고, 그 내용이 강행법규나 사회질서에 위배되지 않는 이상 단체협약으로서의 효력이 인정된다.”는 대법원 판례¹³⁾를 따르더라도, 원칙적으로 사용자의 '의사결정의 자유'에 속하는 영역인 채용 여부에 대한 결정에 대해서도 단체교섭을 요구하는 것은 문제될 것이 없음.

- 보다 직접적으로 '채용 요구'와 관련하여서는, “(사용자에게 채용에 관련된 의사결정의 자유가 있다고 하더라도) 사용자는 스스로 이러한 자유를 제한할 수 있는 것이므로, 노동조합과 사이에 근로자 채용에 관하여 임의로 단체교섭을 진행하여 단체협약을 체결할 수 있다”는 대법원 판례,¹⁴⁾ “초기업적 노동조합의 경우에는 일시적으로 실업상태에 있거나 구직 중인 사람이라고 하더라도 자신의 노동력을 제공하고 임금, 급료, 기타 이에 준하는 수입을 받아 생활할 의사나 능력이 있다면 헌법 제33조 제1항에서 보장하는 단결권의 주체가 되어야 할 필요성이 있다고 보아야 하고, 장차 취업할 회사 등을 단체교섭의 상대방으로 하여 채용 그 자체

13) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두20406 판결.

14) 대법원 2020. 8. 27. 선고 2016다248998 전원합의체 판결.

내지 채용조건 등을 주된 교섭사항으로 단체교섭을 할 수 있다.”는 하급심 판례¹⁵⁾ 등이 존재하는바, 건설노조가 건설업 사용자에게 그 조합원의 채용을 요구하는 것이 그 자체로 위법하다고 보는 것은 판례 법리에 반하는 것임.

- 미국의 경우 건설산업의 노사는 조합원 채용 협약을 적극적으로 활용해 왔음. 1959년 연방노동관계법(NLRA)에 제8조(f) 특례 규정이 도입되었는데, 이에 따르면 ① 건설노동자들이 조합원인 노동조합과 해당 건설 공사의 현장에서 장래에 고용될 노동자를 적용대상으로 하는 단체협약을 체결할 수 있으며, ② 소위 ‘사전채용 협약’은 법률에 따른 다수결 지위를 확정하지 않은 노동조합도 당사자가 될 수 있으며, ③ 노동자가 고용된 날 7일 이후에 노동조합에 가입하도록 하여 고용의 조건으로 조합원 지위를 정할 수 있고, ④ 해당 건설 현장에서 결원이 발생한 경우, 노동조합에 먼저 통지하거나, 노동조합에 지원자 배치를 요청할 것을 사용자의 의무로 정할 수 있으며, ⑤ 특정한 지리적 영역 또는 산업에서 그 사용자와 근속한 기간을 고용기회 우선권 부여의 기준으로 정할 수 있음 .¹⁶⁾¹⁷⁾

- 우리 노동조합법은 건설노동조합의 채용 관련 단체협약 체결 가부에 관해 구체적·명시적으로 정하고 있지는 않으나, 위와 같은 미국 연방노동법의 개정 경위와 건설산업에 만연한 고용불안 및 ‘근로조건의 개선 및 근로자의 사회적·경제적 지위 향상’이라는 노동3권의 존재의의 등을 고려할 때, 채용 관련 단체협약의 체결이 금지된다고 볼 수 있는 법적 근

15) 서울행정법원 2010. 11. 18. 선고 2010구합28694 판결.

16) 1935년 제정 당시 연방노동법은 조합원채용 협약(closed shop)이나 노조가입 협약(union shop)에 관해 명시적으로 정하지 않았다가, 1927년 개정을 통해 조합원채용 협약의 효력을 부인하고 그 체결을 목적으로 하는 교섭을 노동조합과 사용자의 부당노동행위로 정하였으나, 위 1959년 개정을 통해 만성적인 고용불안이 구조화된 건설산업의 특수성을 반영하여 채용 관련 단체협약 체결권을 부여한 것임.

17) 권오성, 법치의 자살, 고용교섭 등 건설노조 단체협약의 정당성과 정부 건설노조 탄압의 문제점 국회 토론회, 제62쪽~제63쪽.

거는 없다고 할 것임. 특히 노동조합 조합원에 대한 채용기피 문제를 방지하기 위해 해당 지역의 노동조합 가입률과 비례한 채용을 요구하는 등의 경우에는, 오히려 위법한 차별(노동조합 가입을 이유로 한 고용에서의 차별)에 대한 방어적 성격의 요구이기 때문에, 더더욱 위법하다고 볼 수 없음.

2) 전임비 · 운영비

- 노동조합법은 근로시간면제 제도를 두면서 근로시간면제자에 대한 급여(전임비) 지급이 노사합의에 따라 가능함을 전제로 하고 있음.¹⁸⁾ 즉, 단체협약을 통해 사용자와 합의한 바에 따라 전임자는 사용자로부터 급여를 지급받으면서 노동조합 활동을 할 수 있는 것임.
- 고용노동부 역시, “상급단체 파견자의 경우 상급단체(연합단체 등)도 노동조합법상 노동조합에 포함되며, 상급단체 파견 활동이 사업(장) 활동과 무관하지 않으므로 상급단체 파견 활동도 사업(장)별 근로시간 면제 한도 내에서 사용 가능” 하다고 보고 있음.¹⁹⁾
- 이처럼 노동조합법상 ‘근로자’에 해당하는 실업자·구직자들이 가입되어 있는 초기업별 노조가 그 전임자의 전임비를 지급해달라고 요구할 수 있는 상대방을 해당 전임자가 형식적으로 고용되어 있는 사업장의 사용

18) 노동조합법 제24조(근로시간 면제 등) ① 근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의를 있는 경우에는 사용자 또는 노동조합으로부터 급여를 지급받으면서 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에 종사할 수 있다.

② 제1항에 따라 사용자로부터 급여를 지급받는 근로자(이하 “근로시간면제자”라 한다)는 사업 또는 사업장별로 종사근로자인 조합원 수 등을 고려하여 제24조의2에 따라 결정된 근로시간 면제 한도(이하 “근로시간 면제 한도”라 한다)를 초과하지 아니하는 범위에서 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등 이 법 또는 다른 법률에서 정하는 업무와 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무를 할 수 있다.

③ 사용자는 제1항에 따라 노동조합의 업무에 종사하는 근로자의 정당한 노동조합 활동을 제한해서는 아니 된다.

④ 제2항을 위반하여 근로시간 면제 한도를 초과하는 내용을 정한 단체협약 또는 사용자의 동의를 그 부분에 한정하여 무효로 한다.

19) 고용노동부, 「근로시간 면제 한도 적용 매뉴얼」(2013. 7.) 10면 참조.

자로 한정하거나, 전임자가 노조활동을 할 수 있는 사업장을 해당 전임자가 고용되어 있는 사업장에 한정할 수 있는 법적 근거는 전혀 없음. 이는 헌법과 노동조합법이 고용 여부와 상관없이 노동3권을 보장하고 있는 데 따른 필연적인 결론임.

- 운영비와 관련하여, 헌법재판소는 “사용자의 노동조합에 대한 운영비 원조에 관한 사항은 대등한 지위에 있는 노사가 자율적으로 협의하여 정하는 것이 근로3권을 보장하는 취지에 가장 부합한다. 따라서 운영비 원조 행위에 대한 제한은 실질적으로 노동조합의 자주성이 침해되었거나 침해될 위험이 현저한 경우에 한하여 이루어져야 한다.” 라고 하면서, “운영비원조금지조항으로 인하여 오히려 노동조합의 활동이 위축되거나 노동조합과 사용자가 우호적이고 협력적인 관계를 맺기 위해서 대등한 지위에서 운영비 원조를 협의할 수 없게 되는데, 이는 실질적 노사자치를 구현하고자 하는 근로3권의 취지에도 반한다.” 라고 하며 구 노동조합법의 운영비원조금지조항에 대하여 헌법불합치 결정을 하였음.²⁰⁾ 따라서 건설노조가 건설업 사용자에게 노조 운영비의 지급을 요구하는 것 자체가 단체교섭 목적사항이 될 수 없다고 보는 것은 위헌적인 해석임.

다. 노동조합법상으로 예정되어 있는 건설노조의 노사교섭

- 건설노조에 실업자·구직자가 가입되어 있다 하더라도 이들이 노동3권의 보장 필요성이 인정되는 노동조합법상 ‘근로자’에 해당하는 이상, 초기업별 노조인 건설노조는 헌법과 노동조합법이 보장하는 단체교섭권을 건설업 사용자 모두에 대하여 행사할 수 있음. 실업자·구직자의 채용과 전임자에 대한 전임비 및 노조에 대한 운영비의 지급은 헌법상 노동3권의 보장 취지와 노동조합법의 규정, 대법원과 헌법재판소의 판례 등에 비추

20) 헌법재판소 2018. 5. 31. 선고 2012헌바90 전원재판부 결정.

어볼 때, 당연히 단체교섭의 목적사항으로서 건설노조가 사용자에게 단체협약의 체결을 요구할 수 있는 의제에 해당한다 할 것임.

○ ILO 결사의 자유 위원회의 결정에 따르면 ‘당국이 일방적으로 단체교섭사항의 범위를 정하는 조치는 국제노동협약 제98호(단결권 및 단체교섭권 원칙의 적용에 관한 협약)와 배치’ 됨.²¹⁾ 이러한 측면에서 보면, 건설노조가 조합원의 채용을 내걸고 단체교섭을 요구하는 것을 ‘강요죄’²²⁾로, 전임비와 복지비의 지급을 내걸고 단체교섭을 요구하는 것을 ‘공갈죄’²³⁾로 의율하여 형사처벌하려고 하는 것은, 당국이 형사적 수단을 통하여 교섭사항의 범위에 영향을 끼치려는 시도로서, 위 핵심협약에 반하는 위법한 것임.

○ 미국의 경우 건설산업의 노사는 조합원 채용 협약을 적극적으로 활용해 왔음. 1959년 연방노동관계법(NLRA)에 제8조(f) 특례 규정이 도입되면서 건설노동자들이 조합원인 노동조합과 해당 건설 공사의 현장에서 장래에 고용될 노동자를 적용대상으로 하는 단체협약을 체결할 수 있으며, 소위 ‘사전채용 협약’은 법률에 따른 다수결 지위를 확정하지 않은 노동조합도 당사자가 될 수 있으며, 노동자가 고용된 날 7일 이후에 노동조합에 가입하도록 하여 고용의 조건으로 조합원 지위를 정할 수 있고, 해당 건설 현장에서 결원이 발생한 경우, 노동조합에 먼저 통지하거나, 노동조합에 지원자 배치를 요청할 것을 사용자의 의무로 정할 수 있으며, 특정한 지리적 영역 또는 산업에서 그 사용자와 근속한 기간을 고용기회 우선권

21) ILO, Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO (5th edition), 2006, para. 912. 이 국제노동기구 협약 제98호(단결권 및 단체교섭권 원칙의 적용에 관한 협약)은 한국이 2021. 4. 20. 비준하기도 하였다.

22) 강요죄는 “폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무없는 일을 하게 한 자”를 처벌하고 있는데(형법 제324조 제1항), 수사기관이 건설노동자들에 대해 ‘강요죄’ 혐의를 적용하는 것은 건설노조가 소속 조합원의 채용을 요구한 것이 “사용자로 하여금 ‘의무없는 일’인 조합원 채용을 하게끔 강제한 것”이라는 판단을 그 전제로 하고 있음.

23) 공갈죄는 “사람을 공갈하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자”를 처벌하고 있는데(형법 제350조 제1항), 수사기관이 건설노동자들에 대해 ‘공갈죄’ 혐의를 적용하는 것은 건설노조가 전임비·복지비의 지급을 요구한 것이 “사용자로부터 법률상 원인 없이 부당하게 재물의 교부를 받고자 하는 것”이라는 판단을 전제로 하고 있음.

부여의 기준으로 정할 수 있음.²⁴⁾

4. 사용자의 ‘계약의 자유’ 오·남용을 과잉보호하고 있는 수사기관의 건설노조에 대한 전면적 수사탄압

가. 협박죄·공갈죄·강요죄 등의 보호범의

- 정부의 건설노조에 대한 전면적 강압수사는 협박죄·공갈죄·강요죄 혐의로 이루어지고 있는데, 이에 관한 형법 규정 및 그 판단 기준에 관한 판례 법리는 다음과 같음.

<p>제30장 협박의 죄</p> <p>제283조(협박, 존속협박)²⁵⁾ ① 사람을 협박한 자는 3년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.</p> <p>③ 제1항 및 제2항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.</p> <p>제37장 권리행사를 방해하는 죄</p> <p>제324조(강요)²⁶⁾ ① 폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무없는 일을 하게 한 자는 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>제39장 사기와 공갈의 죄</p> <p>제350조(공갈)²⁷⁾ ① 사람을 공갈하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.</p> <p>전항의 방법으로 제삼자로 하여금 재물의 교부를 받게 하거나 재산상의 이익을 취득하게 한 때에도 전항의 형과 같다.</p>
--

24) 권오성, 법치의 자살, 고용교섭 등 건설노조 단체협약의 정당성과 정부 건설노조 탄압의 문제점 국회 토론회, 제62쪽~제63쪽.

- 결국 협박죄·공갈죄·강요죄 등은 모두 “사람의 의사결정의 자유”를 그 보호법익으로 하여, 이를 침해하는 행위를 한 자를 처벌하기 위한 범죄임. 강학상으로도 이른바 ‘개인적 법익을 침해하는 죄’로 분류됨.

나. 노사관계에서 사용자의 ‘의사결정의 자유’에 대한 헌법적·노동법적 제한

- 사용자와 노동자 개인 사이의 법률관계를 양 당사자 간의 ‘의사결정의

25) 대법원 2007. 9. 28. 선고 2007도606 전원합의체 판결 (다수의견)

“협박죄가 성립하려면 고지된 해악의 내용이 행위자와 상대방의 성향, 고지 당시의 주변 상황, 행위자와 상대방 사이의 친숙의 정도 및 지위 등의 상호관계, 제3자에 의한 해악을 고지한 경우에는 그에 포함되거나 암시된 제3자와 행위자 사이의 관계 등 행위 전후의 여러 사정을 종합하여 볼 때에 일반적으로 사람으로 하여금 공포심을 일으키게 하기에 충분한 것이어야 하지만, 상대방이 그에 의하여 현실적으로 공포심을 일으킬 것까지 요구하는 것은 아니며, 그와 같은 정도의 해악을 고지함으로써 상대방이 그 의미를 인식한 이상, 상대방이 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부와 관계없이 그로써 구성요건은 충족되어 협박죄의 기수에 이르는 것으로 해석하여야 한다. 결국, 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 위헌범이라 볼이 상당...”

참고로 위 전원합의체 판결의 소수의견은 다음과 같다.

“해악의 고지에 의해 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부나 그 정도는 사람마다 다를 수 있다고 하더라도 이를 판단할 수 없거나 판단을 위한 객관적인 척도나 기준이 존재하지 않는다고 단정할 것은 아니며, 사람이 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부를 판단할 만한 객관적인 기준 및 개별 사건에서 쌍방의 입증과 그에 의하여 인정되는 구체적인 사정 등을 모두 종합하여, 당해 협박행위로 상대방이 현실적으로 공포심을 일으켰다는 점이 증명된다면 협박죄의 기수에 이르렀다고 인정하고, 이에 대한 증거가 부족하거나 오히려 상대방이 현실적으로 공포심을 일으키지 않았다는 점이 증명된다면 협박죄의 미수에 그친 것으로 인정하면 될 것이다. 기수에 이르렀는지에 대한 의문을 해결하기 어렵다고 하여 모든 경우에 기수범으로 처벌하는 것은 오히려 “의심스러울 때는 피고인의 이익으로”라는 법원칙 등 형사법의 일반원칙과도 부합하지 아니하며 형벌과잉의 우려를 낳을 뿐이다. 결국, 현행 형법의 협박죄는 침해범 ...”

다수의견과 소수의견 사이의 차이는, 협박죄의 ‘기수’와 ‘미수’의 구분기준을 어떻게 설정할 것인가에 대한 것으로, 협박행위의 상대방이 고지된 해악의 의미를 인식하였는지 여부(다수의견), 협박행위의 상대방이 해악의 고지로 인해 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부(소수의견)를 각각 그 기준으로 제시하고 있음.

26) 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003도763 판결

“강요죄라 함은 폭행 또는 협박으로 사람의 권리행사를 방해하거나 의무 없는 일을 하게 하는 것을 말하고, 여기에서의 협박은 객관적으로 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악을 고지하는 것을 말한다.”

27) 대법원 2005. 7. 15. 선고 2004도1565 판결

“공갈죄의 수단으로서 협박은 사람의 의사결정의 자유를 제한하거나 의사실행의 자유를 방해할 정도로 겁을 먹게 할 만한 해악을 고지하는 것을 말하고, 해악의 고지는 반드시 명시적 방법에 의할 것을 요하지 아니하며 언어나 거동 등에 의하여 상대방으로 하여금 어떠한 해악을 입을 수 있을 것이라는 인식을 갖게 하는 것이면 족하고, 또한 직접적이 아니더라도 피공갈자 이외의 제3자를 통해서 간접적으로 할 수도 있으며, 행위자가 그의 직업, 지위, 불량한 성행, 경력 등에 기하여 불법한 위세를 이용하여 재물의 교부나 재산상 이익을 요구하고 상대방으로 하여금 그 요구에 응하지 아니할 때에는 부당한 불이익을 초래할 위험이 있을 수 있다는 위구심을 야기하게 하는 경우에도 해악의 고지가 된다.”

자유’에만 입각하여 형성할 수 있도록 한다면 상대적으로 약자의 지위에 처해 있는 노동자의 근로조건 개선이 어려워질 수밖에 없음. 이에 헌법은 “근로조건을 개선하는 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.”고 규정하고 있고(제32조 제3항), 이의 위임을 받아 제정된 근로기준법은 “이 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 근로조건을 정한 근로계약은 그 부분에 한정하여 무효”로 하도록 하며, 이로 인해 “무효로 된 부분은 이 법에서 정한 기준에 따른다.”라고 규정하고 있는바(제15조 제1항·제2항), 노사관계에서의 근로조건을 당사자 간의 ‘의사결정의 자유’에만 맡겨두지 않는 것은, 자본주의 사회에서의 노사관계의 불균형을 해소하기 위한 헌법적 결단에 근거한 것임.

- 나아가 헌법 제33조 제1항은 “근로조건을 향상하기 위하여” 노동자에게 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 기본권으로서 보장하고 있는데, 이 역시 근로조건을 개별적인 노동자가 사용자와의 계약을 통해서만 형성할 경우 생길 수 있는 불균등과 불합리를 방지하기 위해, 노동자들이 연합체를 구성하여 비로소 사용자와 균등해진 협상력을 토대로 사용자를 상대로 근로조건에 관한 협상을 하도록 한 것임.
- 헌법재판소는 “근로3권은 자유권적 기본권으로서의 성격과 사회권적 기본권으로서의 성격을 모두 포함하는 것이어서 근로 3권이 제대로 보호되기 위하여는 근로자의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동 즉 적절한 입법조치를 필요로 한다. 이때 국가의 적극적인 활동이라 함은 입법자가 근로자단체의 조직, 단체교섭, 단체협약, 노동쟁의 등에 관한 노동조합 관련법의 제정을 통하여 노·사간의 세력균형이 이루어지고 근로자의 근로 3권이 실질적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 필요한 법적 제도와 범규범을 마련하여야 할 의무가 있다는 것을 의미하는 것”²⁸⁾이라고 판시하고 있는바, 노사 세력균형의 달성을

통하여 노동3권을 보장하기 위해서는 국가기관의 적극적인 조치가 필요함을 역설하고 있음.²⁹⁾

○ 위 헌법재판소 판례를 통해서 확인할 수 있는 바와 같이, 노동3권의 존재의의는 불균등한 노사관계에서 세력균형을 달성하는 것에 있음. 사용자가 노동자들의 단결을 허용하지 않거나 노동조합의 단체교섭 요구를 거부하는 등의 경우에는 노사관계에서 세력균형이 달성될 수 없을 것임. 따라서 노동3권의 진정한 보장을 위해서는 사용자로 하여금 노동3권을 존중하고 이를 침해하지 않도록 국가가 적극적인 조치를 취해야 함. 즉, 국가에 의한 침해로부터 노동3권을 보호해야 하는 것(자유권적 기본권으로서의 성격) 외에 사용자에 의한 침해로부터도 노동3권을 보호하기 위한 국가의 적극적인 조치(사회권적 기본권으로서의 성격)가 당연히 요구됨.³⁰⁾

○ 애초에 노동3권은 사용자와 노동자 개인 사이의 형식적인 ‘계약의 자유’에만 입각하여 근로관계를 형성할 경우 발생할 수 있는 불균등을 해소하고자 보장된 권리임. 오히려 불균등한 개별적 근로관계 하에서, 노동3권의 보장을 통해 집단적 노사관계의 균형을 회복함으로써 (그렇지 않았다면 유명무실한 자유에 불과하였을) 노동자의 ‘계약의 자유’를 사용자와 동일한 수준으로 보장할 수 있는 것임. 따라서 노동자와 노동조합이 노동3권을 진정으로 보장받고 이를 통해 ‘계약의 자유’ 역시 사용자와 대등한 수준으로 보장받기 위해서는, 기본권 보호의무를 부담하는 국가가 사용자의 ‘계약의 자유’ 오·남용에 대하여 제한을 가할 필요

28) 헌법재판소 2009. 2. 26. 선고 2007헌바27 전원재판부 결정.

29) 물론 “노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리”라 할 것 이나(대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결), 그렇다고 하여 노동3권을 보장하기 위한 구체적인 입법조치를 취해야 하는 국가의 의무가 감해지는 것은 아님.

30) 미국, 독일 등 선진 각국에서는 이미 산업사회의 발달과 더불어 사적 집단이나 세력에 의한 기본권 침해가 증대될 수 있다는 측면을 중시하여 이른바 ‘국가행위이론(state action doctrine)’이나 ‘기본권의 대사인(對私人)적 효력 이론’ 등을 들어서 헌법상 기본권이 사인 상호 간의 법률관계에도 적용될 수 있는 방안을 모색하고 있는 추세임. 법원 역시 기본권의 대사인적 효력에 따라 양 당사자의 기본권을 법률 해석의 지점으로 삼아야 함.

가 있음. 이와 같이 보지 않고 노사관계에서 사용자의 ‘의사결정의 자유’를 절대시한다면, 노동3권을 기본권으로 보장하고 있는 취지 자체가 몰각됨.

○ 이처럼 사용자에게는 노동자와 노동조합이 노동3권을 행사하는 것을 수
인해야 할 헌법상 의무가 존재하고, 노동조합법은 이를 구체화하여 사용
자의 ‘의사결정의 자유’를 제한하는 부당노동행위 제도를 마련하고 있
음(노동조합법 제81조).³¹⁾³²⁾

○ 이처럼 노동조합법상 사용자의 ‘의사결정의 자유’는 절대적인 자유가 결코 아니고, 헌법이 노동자의 근로조건 향상을 위하여 보장하고 있는 노
동3권의 행사를 위하여 제한되는 것이 예정되어 있는 상대적인 자유에
불과함.

다. 헌법상 노동기본권의 취지와 국가의 기본권 보호의무를 무시하며 사용자의 ‘의사결정의 자유’를 과잉보호하는 탄압수사

○ 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 지므로(헌법 제10조 후문), 국가기관에 해당하는 수사기관 역시 기본권 보호의무를 부담한다 할 것임.

○ 기본권 보호의무를 부담하는 수사기관의 입장에서 노사 간의 법률관계에
대하여 판단하고 조치를 취할 때에도 노동3권의 보장의무를 부담하는 주

31) ‘부당노동행위’로 규정되어 금지되는 것들은 ① 불이익 취급, ② 불공정 고용계약의 체결, ③ 단체교섭 거부·해태, ④ 노동조합에 대한 지배·개입, ⑤ 노동조합원에 대한 보복적 불이익 취급 등임바. 이는 모두 특정 노동자와의 근로계약 체결 여부 및 그 내용의 형성, 특정 노동조합과의 단체교섭 체결 여부 및 그 내용의 형성 등에 관한 사용자의 ‘의사결정의 자유’를 제한하고 있는 것들임.

32) 한편, 「경기도 지역건설산업 활성화 촉진 조례」 등 지자체 조례에 따르면, “지역건설산업체는 지역건설노동자의 우선고용 및 지역건설기계우선사용을 위하여 노력하여야 한다.”라고 정하고 있는 등으로, 건설산업체의 건설노동자 채용에 대하여 일정한 의무를 부과하고 있는바, 건설업체의 채용의 자유 역시 애초에 결코 무제한의 자유가 아님.

체라는 점을 항상 염두에 두어야 하며, 노동3권은 사용자의 ‘의사결정의 자유’에 대한 적절한 제한을 통해서만 보장될 수 있다는 점에 대한 고려 역시 반드시 이루어져야 함.

- 최근 수사기관이 건설노조에 대한 전방위적 수사 과정에서 일반적으로 적용하고 있는 협박죄·공갈죄·강요죄들은, 앞서 살핀 바와 같이 사인(私人)의 ‘의사결정의 자유’를 그 보호법익으로 하고 있는 범죄임. 그런데 노동조합법상 사용자는 헌법상·법률상 노동3권 수인의무를 부담하고 필연적으로 이에 수반하여 ‘의사결정의 자유’를 제한받는바, 노사관계에서 노동자 및 노동조합의 활동에 대해 협박죄·공갈죄·강요죄 등 사인(私人)의 ‘의사결정의 자유’를 보호법익으로 하는 죄목을 적용하는 것은 신중을 기해야 할 것임. 주지하듯이, 노동조합법상 사용자는 단순한 사인(私人)이 아니라 ‘의사결정의 자유’를 제한받음으로써 노동3권에 대한 수인의무를 이행해야 하는 주체이기 때문임.

- 그럼에도 불구하고 현재 경찰은 ‘의사결정의 자유’가 침해되었다고 피해를 호소하고 있지도 않은 사용자들에게 적극적으로 고발을 사주 하는 등으로,³³⁾ 국가기관으로서 노동3권의 보장 의무를 이행하기는커녕, 노동3권에 대한 수인의무를 부담하는 사용자의 ‘의사결정의 자유’를 과잉보호하고 있음.³⁴⁾ 이는 노동3권을 보장해주어야 하는 국가기관이 적극적으로 노동3권의 형해화를 추구하고 있는 것임.

라. 민주노총 건설노조와 무관한 사건을 뭉뚱그려 발표하는 경찰 보도의 악

33) 민중의 소리 2023. 2. 16.자 기사, <“이 정도면 고소·고발사주” 변호사도 놀란 경찰의 건설노조 ‘표적수사’ - 노조에 불리한 내용으로 진술서 미리 작성해 서명 강요, 역지로 피해사실 만들어 조사하기도> <https://vop.co.kr/A00001628279.html>

34) 형사법이 당사자의 의사에 반하면서까지 그 ‘의사결정의 자유’를 보호하는 예로는 미성년자에 대하여 간음한 자를 처벌하는 경우가 있는데(형법 제305조 제1·2항은 미성년자와의 사이에서 합의에 의하여 성관계를 한 경우에도 이를 ‘간음’으로 규정하여 처벌하고 있음), 이처럼 그 ‘의사결정의 자유’를 두텁게 보호해주어야 하는 예외적인 경우도 아니고, 심지어 노동3권에 대한 수인의무의 차원에서 ‘의사결정의 자유’를 제한받아야 하는 사용자에게 대해서 고발사주까지 하면서 강압적으로 수사하고 있는 것은, 국가기관이 노동조합법상 사용자를 미성년자 취급하고 있는 것이나 다름없음.

의성

- 한편, 경찰의 수사 대상이 되는 사람들 중 일부는 실제 민주노총 건설노조 조합원이 아니라 노동조합을 빙자하여 부당한 이득을 취하고 있는 자 들임에도, 경찰은 민주노총 건설노조와 무관한 사건까지 ‘건설노조’ 로 뭉뚱그려 발표하는 등 합법적이고 정당한 노동조합 활동에 대한 혐오를 의도적으로 조장하고 있음.³⁵⁾
- 민주노총 건설노조의 정당한 조합활동에 대한 강압적인 수사 자체가 문제인 것과 별개로, 이처럼 노동조합을 빙자한 자들의 불법행위에 대해서 까지 마치 ‘건설노조’ 의 일반적인 행위인 것처럼 악의적으로 보도하는 것은, 노동기본권에 대한 보호의무를 부담하는 국가기관의 태도로서는 매우 부적절한 것임.

5. 노사관계에 대한 공정거래위원회 개입의 위헌성 · 부당성

가. 노동3권에 관한 흔들림 없는 헌법 원칙

- 대법원은 “노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리” 라는 입장임.³⁶⁾
- 헌법재판소 또한 “근로3권의 보다 큰 헌법적 의미는 근로자단체라는 사

35) 미디어오늘 2023. 4. 6.자 기사. <조플 사진 보도자료 내고 ‘의문의 건설노조’로 발표하는 경찰>
<http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=309484>

36) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결.

회적 반대세력의 창출을 가능하게 함으로써 노사관계의 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근로조건에 관한 노사간의 실질적인 자치를 보장하려는데 있다. 경제적 약자인 근로자가 사용자에 대항하기 위해서는 근로자단체의 결성이 필요하고 단결된 힘에 의해서 비로소 노사관계에 있어서 실질적 평등이 실현된다. 다시 말하면, 근로자는 노동조합과 같은 근로자단체의 결성을 통하여 집단으로 사용자에 대항함으로써 사용자와 대등한 세력을 이루어 근로조건에 영향을 미칠 수 있는 기회를 가지게 되므로 이러한 의미에서 근로3권은 '사회적 보호기능을 담당하는 자유권' 또는 '사회권적 성격을 띤 자유권'이라고 말할 수 있다.” 는 입장을 일관되게 견지하고 있음.³⁷⁾

- 위 판례에서 헌법재판소는, 나아가 “근로3권의 성격은 국가가 단지 근로자의 단결권을 존중하고 부당한 침해를 하지 아니함으로써 보장되는 자유권적 측면인 국가로부터의 자유권이 아니라, 근로자의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다.” 는 점을 명확히 하고 있음.

- 위와 같은 최고 사법기관의 해석에 기초하면, 입법부에는 노동3권의 실질적 조건을 형성하고 유지하기 위한 내용의 법률을 제정할 의무, 사법부에는 국민의 노동3권을 보장하기 위하여 합헌적으로 법률을 해석할 의무, 행정부에는 국민의 노동3권을 침해하지 않는 범위에서 법률을 집행하고, 나아가 적극적으로 노동3권에 대한 보장을 향상하기 위한 활동을 의무가 있음. 나아가 위 각 의무는 개별 법률이 존재하지 않더라도 헌법 자체만으로도 도출될 수 있음.

- 행정부 특히 공정거래위원회는 적극적으로 노동3권을 존중·형성·유지

37) 헌법재판소 1998. 2. 27. 선고 94헌바13·26, 95헌바44(병합) 결정.

할 의무를 이행하기는커녕 오히려 자의적이고 위헌적인 법률 해석과 집행으로 국민의 기본권을 침해하고 있음.

나. 노무제공 실질로 확인되는 건설기계 노동자의 노동자성

- 대법원 판례에 따라 특수고용노동자인 건설기계 차주 겸 기사(이하 ‘건설기계 노동자’)들에게 노동조합법상 노동자 지위가 인정된다는 점은 앞서 살핀 바와 같음.
- 건설기계 노동자들의 노무제공의 실질을 살펴보아도 노동자성은 명백함. 건설기계 노동자들은 건설기계임대업체에 지입 형태로 등록하고 각 건설사와 1) 건설기사 근로계약과 2) 건설기계 임대 계약을 통합한 계약을 체결하여 노무를 제공함.
- 구체적으로, 건설기계 노동자들은
 - ① 건설사 관리자의 지휘·감독을 받고 건설사 작업계획에 따라 노무를 제공함.
 - ② 원청 건설사, 전문건설업체가 시행하는 건설공사에 투입되는 방식으로만 노무를 제공할 수 있음(시장에 접근 가능).
 - ③ 근무시간(08:00~17:00), 휴게시간 또한 건설사가 정한대로 따라야 함.
 - ④ 연장근로, 휴일근로, 근무장소, 휴일 모두 건설사의 지시를 받음
 - ⑤ 건설기계 노동자들이 노무를 제공할 때 타인을 사용하지 않음.
- 이상의 사정을 볼 때, 건설기계 노동자가 형식상 사업자의 외형을 일부 지닌다고 하더라도 실질적으로 ‘임금을 지급 받고 타인에게 노무를 제공’ 한다는 점에서 노동조합법상 노동자이므로, 그 자체로 공정거래법상 사업자 또는 사업자 단체 규율 규정의 적용이 배제되어야 함.

다. 노동자(외형상 사업자 포함) 및 노동조합의 행위에는 공정거래법 등 경쟁 법 적용을 배제하는 세계적 추세

1) 미국

- 미국 의회는 19세기 후반에 등장한 대규모 기업집단(industrial trust)의 시장지배력을 억제하고 경쟁을 보존하려는 취지에서 1890년 셔먼법(Sherman Act)³⁸⁾를 제정함. 그러나 그 입법 취지와는 달리 셔먼법은 시행 초기에 노동조합 활동을 탄압하는데 주로 쓰임.³⁹⁾ 이에 대한 반성적인 고려⁴⁰⁾로 1914년 제정된 클레이튼법(Clayton Act) 제6조, 제20조(Section 6, 20)와 1932년 제정된 Norris-LaGuardia Acts는 “반독점법은 노동조합에는 적용되지 않음(Antitrust laws not applicable to labor organizations)” 을 분명히 함. 이는 이후 미국법전(USC, United States Code) Title 15, Chapter1 Section17로 체계화되었고 현재도 유효함.⁴¹⁾⁴²⁾
- 특히 위 클레이튼법(Clayton Act) 제6조는, ‘인간의 노동은 상품 또는 통상의 품목이 아니’ 라는 이유를 들어, 이 독점금지법을 ‘노동단체 개인 회원의 합법적 목적을 수행하기 위한 활동을 금지하거나 제한하는 것’

38) 미국의 공정거래법령은 셔먼법(Sherman Act), 클레이튼법(Clayton Act), 연방거래위원회법(Federal Trade Commission Act) 등으로 이뤄짐.

39) Loewe v. Lawlor, 208 U.S. 274, 301, 28 S.Ct. 301, 52 L.Ed. 488(1908) 등. 노동조합의 피켓팅, 파업을 셔먼법으로 규제하고 법에 따라 노동조합에 3배의 징벌적 손해배상금을 부과

40) 반성적인 고려와 더불어 셔먼법을 강화하기 위한 취지로 클레이튼법, 연방거래위원회법이 함께 제정됨(1914).

41) **§17. Antitrust laws not applicable to labor organizations** The labor of a human being is not a commodity or article of commerce. Nothing contained in the antitrust laws shall be construed to forbid the existence and operation of labor, agricultural, or horticultural organizations, instituted for the purposes of mutual help, and not having capital stock or conducted for profit, or to forbid or restrain individual members of such organizations from lawfully carrying out the legitimate objects thereof; nor shall such organizations, or the members thereof, be held or construed to be illegal combinations or conspiracies in restraint of trade, under the antitrust laws.

42)

<https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2021-title15/html/USCODE-2021-title15-chap1-sec17.htm>

으로 해석할 수 없다는 점, 노동단체가 ‘독점금지법 규정에 의한 불법적 결합 또는 거래를 제한하는 공모를 한 것’으로 해석할 수 없다는 점을 명시하고 있음.⁴³⁾

2) 일본

○ 일본은 2021. 3. 내각관방, 공정거래위원회, 중소기업청, 후생노동성 연명으로 “프리랜서로서 안심하고 일할 수 있는 환경을 정비하기 위한 가이드라인”을 채택함. 위 가이드라인 제2조는 제1항(프리랜서의 정의)에서 “ ‘프리랜서’란 실제 점포가 없고 고용인도 없는 자영업자나 1인 사장으로서 자신의 경험이나 지식, 스킬을 활용하여 수입을 얻는 자를 가리킨다.”고 정의함.⁴⁴⁾ 나아가 제2항(독점금지법, 하청법, 노동관계법령과 프리랜서의 적용관계) 후문은 “프리랜서더라도 발주사업자의 지휘명령을 받아 업무에 종사하고 있다고 판단되는 경우 등 현행법상 ‘고용’에 해당하는 경우에는 노동관계법령이 적용되고, 독점금지법이나 하청법(하도급법)상 문제되는 사업자(위 프리랜서를 의미)의 행위가 노동관계법령의 규율을 받는 행위인 경우 해당 노동관계법령이 적용되며, 해당 행위는 독점금지법이나 하청법상 문제로 삼지 않는다.”고 규정함.⁴⁵⁾

○ 일본에서는 노동조합의 활동은 독점금지법의 대상이 아님. 즉 노동조합법상 노동자이면 독점금지법이 적용되는 사업자가 아님. 일본 공정거래위원회 ‘인재와 경쟁정책에 관한 검토회 보고서’에 따르면, 노동조합법상 노동자는 (이들이 외관상 형식적으로 사업자로 분류된다 하더라도) 노동

43) 권두섭, 화물연대, 건설노조 등 특수고용 비정규직의 노조 활동에 대한 공정거래위원회 개입의 문제점, 공정위의 노동사건 개입 과연 정당한가 긴급 토론회, 제63쪽

44) 「フリーランス」とは法令上の用語ではなく、定義は様々であるが、本ガイドラインにおける「フリーランス」とは、実店舗がなく、雇人もいない自営業主や一人社長であって、自身の経験や知識、スキルを活用して収入を得る者を指すこととする。

45) この場合において、独占禁止法や下請法上問題となり得る事業者の行為が、労働関係法令で禁止又は義務とされ、あるいは適法なものとして認められている3行為類型に該当する場合には、当該労働関係法令が適用され、当該行為については、独占禁止法や下請法上問題としない。

<https://www.meti.go.jp/press/2020/03/20210326005/20210326005-1.pdf>

법제로 규율되는 분야(예를 들면 단체교섭, 단체협약 체결, 이를 위한 단체행동권 행사)에 관하여 독점금지법의 적용을 받지 않음.⁴⁶⁾

3) 유럽연합(EU)

- 유럽연합 집행위원회(European Commission)는 2022. 9. 30. “1인 자영인의 단체협약 보호를 위한 가이드라인(Guidelines on collective agreements by solo self-employed people)” 을 채택함.⁴⁷⁾ EU 회원국들은 2년 이내에 자국의 법령을 위 입법지침에 부합하도록 정비해야 함.
- 유럽연합 각국에서는 자영인 취급을 받는 특수형태고용노동자들이 단결하여 사용자(또는 플랫폼 등 거래상대방)와 (단체)협약을 체결하는 경우가 많았는데, 위 가이드라인 채택 전에는, 이들이 노동법상 노동자로 판단 받지 못하는 경우 이들의 행위는 경쟁법상 담합으로 취급되어 제재를 받았음(자동 무효화 포함).
- 그런데 위 가이드라인은, ① 노동자(worker)와 유사한 상황에 있는 1인 자영업자들(solo self-employed persons)이 그 상대방과 체결한 단체협약은 TFEU(Treaty on the Functioning of the European Union) 101조(유럽연합의 경쟁법)의 적용을 받지 않는다는 것(노동법상 노동자로 판단 받을 필요가 없음⁴⁸⁾), ② 위원회는 협상력이 약한 1인 자영업자들이 그 상대방과 체결한 단체협약에 대하여 개입하지 않겠다는 점을 명확히 하고 있음.⁴⁹⁾ 즉, 노동법상 노동자라는 판단을 받지 못하더라도, 기업과의 관계에

46) 박수경, 일본에서의 일하는 방식의 다양화에 따른 노동조합법상 근로자 개념에 대한 연구, 강원대학교 노동법논총(2021), 335면

47) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022XC0930%2802%29>

48) 3. (20) In instances where solo self-employed persons are in a situation comparable to that of workers, their collective agreements will be considered to fall outside the scope of Article 101 TFEU, regardless of whether the persons would also fulfil the criteria for being false self-employed persons (see point (7) of these Guidelines)

49) 1. (8) Guidelines clarify: (a) that collective agreements by solo self-employed persons who are in a situation comparable to that of workers fall outside the scope of Article 101

서 교섭력이 약한 1인 자영업자들도 단체교섭과 단체협약을 통해 스스로 노동조건을 개선할 수 있도록 그동안의 법적 제약을 해제하는 조치를 담고 있음.⁵⁰⁾

4) ILO

- ILO는 2011년부터 수차례에 걸쳐 한국 정부에 “화물차/건설기계 차주 겸 기사와 같은 특수고용 노동자를 포함한 모든 노동자들이 자신들의 권익의 증진·방어를 위해 스스로의 선택에 따른 노동조합을 통해 결사의 자유를 전적으로 향유할 수 있도록 하는데 필요한 조치를 취할 것”을 요청해왔음.⁵¹⁾
- 대한민국이 2021. 4. 20. 비준한 ILO 제87호, 제98호 협약 또한 ‘고용상 지위와 관계없이 특수고용노동자를 포함한 모든 형태의 노동자를 worke^r로 지칭’ 하며 협약의 적용 대상으로 보고 있음.

라. 공정거래위원회의 개입은 자체 심사지침과도 모순됨

- 공정거래위원회는 2007. 7. 25. “특수형태 근로종사자⁵³⁾에 대한 거래상 지위 남용행위 심사지침”(이하 ‘이 사건 지침’)을 제정하고 지속적으로 개정해 옴(2023. 7. 1.자로 “노무제공자에 대한 거래상 지위남용행위 심사지침”으로 개정됨).

TFEU; and (b) that the Commission will not intervene against collective agreements of solo self-employed persons who experience an imbalance in bargaining power vis-à-vis their counterparty/-ies.

50) 권두섭, 화물연대, 건설노조 등 특수고용 비정규직의 노조 활동에 대한 공정거래위원회 개입의 문제점, 공정위의 노동사건 개입 과연 정당인가 긴급 토론회, 제63쪽~제64쪽

51) Case No. 2602, 결사의 자유 위원회 359차 보고서(2011), 370항 (c) 및 (d); 363차 보고서(2012), 467항 (e) 및 (f); 374차 보고서(2015), 31항 (e) 및 (f); Case No. 3237 결사의 자유 위원회 368차 보고서(2016), 209항 등.

52) 근로기준법상 노동자가 아니라, 자영업자, 특수고용노동자, 프리랜서 등 일하는 모든 노동자를 의미

53) 본 항에 한정하여 법률용어인 “특수형태 근로종사자”라 함

- 이 사건 지침의 목적(I.항)은 ‘사업자들의 특수형태 근로종사자들에 대한 거래상 지위의 남용 등 불공정거래행위를 예방하는 것’ 임.
- 이 사건 지침은 그 적용(보호) 대상(II. 3.항)을 “계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공하는데도 「근로기준법」 등 노동관계법이 적용되지 아니하여 보호할 필요가 있는 자로서 주로 하나의 사업 또는 사업장에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하고, 노무를 제공함에 있어 타인을 사용하지 아니하는 자 중 산업재해 보상보험법 시행령 제125조 각 호에 해당하는 자” 로 규정함.⁵⁴⁾
- 심지어 지침 II. 4.항는 “이 지침과 특수형태 근로종사자 보호를 위한 노동관계법의 적용이 경합하는 경우 노동관계법을 적용” 하고, “경합되는 내용의 신고를 받거나 인지하는 경우 관계부처(노동부)로 이첩하여 처리” 할 것을 규정함.⁵⁵⁾
- 이 사건 지침은 주로 특수형태 근로종사자를 사용하여 영업을 영위하는 건설사, 하도급사, 재하도급사 등 사업자가 특수형태 근로종사자에게 “구입 의사가 없는 상품 또는 용역을 자기 또는 자기가 지정하는 사업자로부터 구입하게 하는 등의 구입강제행위”, “이익제공 강요” 등 불공정거래행위를 하는 것을 규율하기 위함임. 즉 특수형태 근로종사자(노조의 조합원)를 사업자(건설사 등)로부터 보호하기 위함임.
- 위 지침의 각 규정은, 공정거래위원회 스스로 특수형태 근로종사자에게

54) 2023. 7. 1.자로 다음과 같이 개정. 이 지침에서 노무제공자라 함은 자신이 아닌 다른 사람의 사업을 위하여 사업주로부터 직접 노무제공을 요청받거나 사업주로부터 일하는 사람의 노무제공을 중개, 알선하기 위한 전자적 정보처리시스템을 통해 노무제공을 요청받아 자신이 직접 노무를 제공하고 그 대가를 지급받는 자 중 산업재해보상보험법 시행령 제83조의5 각 호에 해당하는 자를 말한다.

55) 개정 지침 또한 이와 동일한 내용임. II. 6.

노동자로서의 지위(노동관계법 우선 적용)가 인정된다는 점, 특수형태 근로종사자는 협상력이 약하여 거래상 지위가 있는 사업자(건설사, 도급사 등)로부터 불공정거래행위에 노출되어 있으므로 보호할 필요가 있다는 점을 정확히 인지하고 있다는 것을 보여줌.

- 즉 공정거래위원회의 노동조합의 행위에 대한 개입은 앞서 본 것처럼 헌법은 물론, 스스로 제정한 예규에도 위반되는 행위인 것임.⁵⁶⁾

마. 노동조합에 공정거래법 등 경쟁법을 적용하는 순간 모든 노동조합 활동이 불가능해짐

- 노동조합에 공정거래법 등 경쟁법이 전면적으로 적용되는 순간 특수고용 노동자들의 노동조합은 사업자단체로 취급됨. 그 결과 노동조합으로서의 적법한 활동은 불가능해짐.
- 노동조합이 단체협약(안)을 내부적으로 준비하는 행위부터 ‘사업자단체의 가격 및 거래조건 결정’ 행위로 취급되므로 아예 단체협약을 체결할 수 없게 되는 것임.
- 실제로 공정거래위원회는 전국건설노조 울산건설기계지부가 그 동안 단체협약을 체결한 행위를 ‘사업자단체의 가격 및 거래조건 결정’ 행위로 보고 과징금 등을 부과해야 하는 위법행위라는 심사보고서를 제출한 상태임(사건번호 : 2021부사1078, 2022부사0517, 2022부사17453).

바. 헌법과 예규 및 국제적 추세에 반하는 공정거래위원회의 노동조합 제재

⁵⁶⁾ 참고로, 공정거래법 규율 대상인 “사업자”의 범위에 노동조합법상 근로자를 제외하도록 규정하는 개정안이 발의되어 있음. 공정거래법 개정안(2023. 2. 20. 의안번호 20126)

- 노동조합법상 노동자에 해당함에도(따라서 이들의 조합은 ‘노동조합’임에도) 이를 사업자/사업자단체로 보아 공정거래법을 적용하면, 노동3권 및 노동조합법에 기초한 적법한 활동들이 공정거래법상 부당한 공동행위, 사업자단체의 금지행위의 규제를 받게 됨. 앞서 본 것처럼 공정거래법(경쟁법, 반독점법)은 역사적으로 그 초기에 노동조합 활동을 탄압하는데 사용되어 왔음. 세계 각국은 오래전부터 노동조합 활동에는 공정거래법의 적용을 배제하는 입법을 해왔고, 최근에는 심지어 외형상 사업자 또는 1인 자영업자들이 모인 노동조합의 행위에도 경쟁법을 적용하지 않겠다는 입법이 이어지고 있음.
- 이런 상황에서 대한민국은 세계적 흐름에 역행하여 1인 자영업자는커녕, 133년 전 미국의 상황으로 돌아가 적법한 노동조합 활동을 공정거래법으로 규제하고 있는 것임.
- 공정거래위원회의 노동조합 활동에의 개입은 헌법은 물론 자신이 제정한 지침과도 모순되는 행위이고, 세계적 흐름에 정면으로 반하는 행위임.
- 전세계 각국의 경쟁당국은 노동법의 사각지대로 내몰리는 플랫폼 노동자의 권리를 지키려는 입법, 이미 시장지배적 지위를 획득한 플랫폼 기업에 대한 효과적인 규율을 위한 연구와 입법에 온 역량을 기울이고 있음. 대한민국의 공정거래위원회는 방송통신위원회와의 권력 다툼으로 3년이 넘도록 자신들이 내놓은 온라인플랫폼공정화법조차 통과시키지 못하고, 시장 지배적 온라인 플랫폼들의 중소기업자 착취를 방치하고 있음.
- 공정거래위원회는 위헌적인 법 집행을 즉각 중지하고, ‘과도한 경제력의 집중을 방지하고, 자유로운 경쟁을 촉진함으로써 창의적인 기업활동을 조성하고 소비자를 보호’ 한다는 공정거래법 본연의 입법 취지와 목적에

맞는 활동에 매진해야 할 것임.

6. ILO 핵심협약을 포함한 국제인권법에 따른 ‘채용 요구’의 단체교섭 사항으로서의 정당성 및 국제인권법 위반 소지가 다분한 건설노조 강압수사와 공정거래법 적용

가. 관련 ILO 핵심협약 및 국제인권규범

- 대한민국은 2021년 4월 ILO 핵심 협약 중 결사의 자유와 관련된 제87호 결사의 자유 및 단결권 보호 협약(이하 ‘제87호 협약’)과 제98호 단결권 및 단체교섭 협약(이하 ‘제98호 협약’)을 비준하여 위 협약의 내용이 국내법적 효력을 지내게 되었음. 제87호 협약과 제98호 협약을 비준함으로써 협약 사항 이행에 대한 의무가 강화(전문가위원회, 총회 기준 적용위원회에 의한 중층적인 이행감독 대상)가 되었음.⁵⁷⁾
- 구체적으로 한국 정부는 제87호 협약과 제98호 협약 이행사항에 대하여 2023년부터 3년마다 보고서를 제출해야 하며 노사단체 또한 의견서를 제출할 수 있음. 정부의 이행보고서는 각 협약의 전문가위원회의 심의를 받고 심각한 위반 사례가 있을 경우 기준적용위원회에 회부될 수 있음. 또한 협약의 비준으로 노사단체는 비준 협약 위반에 대한 진정을 제기할 수 있게 되었음. 제소될 경우 사실조사위원회를 거쳐 ILO 이사회가 당사국 정부에 권고하게 되고, 당사국 정부가 권고를 수용하지 않을 시 총회 결의를 통해 직접적인 제재를 가하거나 국제사법재판소에 제소도 가능함. 결사의 자유 위원회 진정은 비준 이전에도 가능했으나, 제87호 협약, 제

57) 전다운, 국제노동기준으로 본 건설노조 단체협약의 정당성과 정부 노조탄압의 부당성, 민주노총 건설노조 토론회, 제89쪽

98호 협약 비준 후부터는 거듭된 권고에도 협약 위반행위가 지속되면 위의 사실조사위원회 절차에 회부될 수 있어, 결사의 자유 위원회의 권고의 무게 또한 중해졌음.

- 결사의 자유는 1919년 ILO 헌장에서 ILO의 기본적인 원칙으로 명시되어 있어 제87호 및 제98호 협약 비준 이전에도 대한민국은 ILO 회원국으로서 이를 충실히 준수하고 이행할 의무가 존재하였음.⁵⁸⁾ 결사의 자유는 1948년 세계인권선언 제20조, 제23조, 유엔 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(이하 ‘사회권 규약’) 제22조, 유엔 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(이하 ‘자유권 규약’) 제8조에서도 천명한 ‘기본적 인권’ 임.⁵⁹⁾

나. 노동3권을 향유하는 주체의 범위⁶⁰⁾

- ILO 제87호와 제98호 협약은 고용상 지위와 관계없이, 특수고용 노동자를 포함한 모든 형태의 노동자를 “worker”로 지칭하여 협약의 적용 대상으로 삼고 있음.
- ILO의 기본협약들은 고용관계의 존부와 무관하게 모든 노동자에게 보장되어야 한다는 ILO 감독기구들의 유권해석례가 축적되었음. 결사의 자유 위원회는 “(결사의 자유의 향유 대상이 되는 노동자들) 결정하는 기준은 고용관계의 존재를 근거로 하는 것이 아니며, 예컨대 농업 노동자, 일반적인 자영 노동자(self-employed worker) 또는 자유직업에 종사하는 자와 같이 고용관계가 존재하지 않는 경우가 많으나, 그럼에도 불구하고 단결권을 향유하여야 한다.” 고 보고 있음.⁶¹⁾

58) 앞의 글, 제89쪽

59) 앞의 글, 제91쪽

60) 권두섭, 화물연대, 건설노조 등 특수고용 비정규직의 노조 활동에 대한 공정거래위원회 개입의 문제점, 공정위의 노동사건 개입 과연 정당한가 긴급 토론회, 제59쪽~제61쪽 참조

- ILO 결사의 자유 위원회는 직접적으로 한국정부를 대상으로 2011년부터 수차례에 걸쳐 화물차주, 건설기계차주 등 자영인인 특수고용 비정규직이 노동3권을 향유하는 주체임을 명확히 하면서, 이들이 결사의 자유를 전적으로 향유할 수 있도록 하는데 필요한 조치를 취할 것을 권고하였음.⁶²⁾
- 2009년 노동부는, 노동조합법상 노동자가 아닌 레미콘덤프트럭 차주 겸 기사, 화물트럭 차주 겸 기사 등 특수고용 노동자가 조합원에 포함되어 있다는 이유로 전국건설노동조합, 전국운수산업노동조합에 규약 시정 명령을 내림. 이에 건설노조, 운수노조 및 민주노총은 결사의 자유 위원회에 진정을 제기하였음. ILO 제소 등으로 건설노조의 정당성을 알리자 고용노동부는 2021년 4월 대표자 명의변경을 받아 사실상 노동조합법상 노동조합으로 인정함.⁶³⁾

다. 유사 사례에서의 ILO 판단⁶⁴⁾

- 2003년 건설산업연맹은 ILO에 ① 원청 건설사와의 단체교섭과 단체협약 체결에 대한 정당성과 ② 노사가 자율적으로 진행한 단체협약 체결과 전임비 지급에 대하여 노동관계법이 아니라, 공갈죄를 적용하여 건설노조를 탄압한 것에 대하여 제소하였음.⁶⁵⁾ 이 중 ②항의 문제는 고용에 관한 단체교섭, 단체협약의 근로시간면제와 복지비 문제에 대해 강요죄·공갈죄를 적용하고 있는 현 정부의 기조와 유사함.

61) ILO, Promoting Employment and Decent Work in a Changing Landscape, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. ILC109/III(B), 2020, para. 327 등.

62) Case No. 2602, 결사의 자유 위원회 359차 보고서(2011), 370항 (c) 및 (d); 363차 보고서(2012), 467항 (e) 및 (f); 374차 보고서(2015), 31항 (e) 및 (f); Case No. 3237 결사의 자유 위원회 368차 보고서(2016), 209항 등.

63) 소영호, 토론2, 건설노조 등 특수고용 비정규직의 노조 활동에 대한 공정거래위원회 개입의 문제점, 공정위의 노동사건 개입 과연 정당한가 긴급 토론회, 제96쪽

64) 권두섭, 건설현장 고용 관련 노사관계의 안정화를 막는 한국의 법 제도와 개선방안, “건설산업 고용 문제와 해법은 무엇인가” 연속토론회, 제68쪽~제70쪽 참조

65) Case no. 1865, Freedom of Association Committee, Report No. 340, 2006.

- ILO는 건설연맹 간부들의 단체협약 체결과 전임비 지급에 대하여 “특별히 취약한 범주에 속한 건설 산업 노동자들의 직업상의 이해를 대표하고 방어하는 것을 목적으로 하는 합법적 노조 활동을 추구하는 조합의 자유에 대한 기초적 개념에 부합하는 정상적인 노조 활동”으로 보았음.
- 결사의 자유 위원회는 “노동자들의 이익을 방어하기 위한 활동과 연루되었다는 이유로 노조 지도자로나 노조원들을 구금하는 것이 일반적으로 시민적 자유는 물론 특히 노동조합의 권리를 심각히 침해한다[Digest, op. cit., para. 71 참조]”고 강조하고 “노조활동가들의 구속은 정상적인 노조 활동의 발전에 불리한 위협적이고 공포스러운 분위기를 조성할 수도 있다[Digest, op. cit., para. 76 참조]”고 경고하였음. 위원회는 “노조활동가들의 임의적인 억류나 구금을 위한 구실로 노조 활동이 공권력에 이용되어서는 안 된다는 사실[Digest, op. cit., para. 83 참조]”을 확인하였음.
- 위 권고에서 ILO는, 전임비 관련 단체교섭 과정에서의 노조 조합원의 행위에 대하여 공갈죄의 죄책을 인정한 판결⁶⁶⁾에 대하여 유감을 표시하고 다시 검토해야 한다고 요청하고 심지어는 해당 노동자에게 보상을 해야 한다고까지 권고하였음. 이는 ILO가 각국의 사법제도를 존중해 온 관례를 비추어 볼 때, 매우 이례적인 것임. 결사의 자유 위원회로서도 위 사건을 결사의 자유에 대한 심각한 침해로 파악하였기 때문에 이례적으로 강하게 권고한 것으로 보임.⁶⁷⁾
- 위와 같은 ILO의 권고는, “건설노조의 활동이 정당하고 이를 형법으로

66) 대법원 2006. 5. 25. 선고 2004도6579 판결.

67) 도재형, ‘전임비 약정에 대한 공갈죄 적용의 당부’, 『2005 노동판례비평』(2006), 민주사회를 위한 변호사모임, 346면

차별하는 것은 결사의 자유 협약 위반’ 이라는 점을 재확인한 것임.

라. 구체적인 제87호 협약 위반 사유⁶⁸⁾

- 공정거래위원회가 건설노조를 공정거래법의 사업자단체로 규정하고 노조의 통상적인 단체교섭 활동, 단체협약 체결과 파업, 노조의 요구를 관철하기 위한 각종 노조 활동을 금지하고 정부가 건설노조의 조합원 고용과 관련한 단체교섭, 근로시간면제, 복지비 등에 대하여 이를 강요죄·공갈죄로 의율하여 형사처벌하는 것은 사실상 건설노조의 통상적인 노조활동 자체를 불법시하고 금지하는 것으로 단결권을 부정하는 조치로서 제87호 협약 제2조⁶⁹⁾에 위배됨.

- 협약 제3조는 명시적으로 ‘근로자단체 및 사용자단체는 그들의 규약과 규칙을 작성하고, 완전히 자유롭게 대표자를 선출하며 관리 및 활동을 조직하고 계획을 수립할 권리를 가지며, 공공기관은 이 권리를 제한하거나 이 권리의 합법적인 행사를 방해하는 어떠한 간섭도 삼가야 한다.’ 고 규정하고 있음. 공정거래위원회가 임금교섭 기준을 정하고 이를 지키도록 하는 노동조합의 활동에 대하여(2021구사1312호 공정거래법 위반 사건) 공정거래법 위반으로 보고 금지하는 것, 그리고 노조가 단체교섭 요구를 관철하기 위해서 단체교섭 자리에서 발언 등을 통해서 사용자측에 압력을 가하거나, 집회 개최 및 산업안전보건법 위반 혐의 고발 등을 통해 요구안 관철을 위해 노력하는 것을 법원과 정부가 형법상 강요죄로 처벌하거나 채용절차법 위반으로 과태료 부과처분을 하는 것은 자유롭게 노조 활동을 조직하고 방침을 수립하고 활동할 수 있는 근로자단체와 사용자 단체의 권리에 적극적으로 정부와 공공기관들이 나서서 간섭한 행위로

68) 권두섭, 건설현장 고용 관련 노사관계의 안정화를 막는 한국의 법 제도와 개선방안, “건설산업 고용 문제와 해법은 무엇인가” 연속토론회, 제70쪽~제71쪽 참조

69) 제2조 근로자 및 사용자는 어떠한 차별도 없이 사전 인가를 받지 않고 스스로 선택하여 단체를 설립하고 그 단체의 규약에 따를 것만을 조건으로 하여 그 단체에 가입할 수 있는 권리를 가진다.

제87호 협약 제3조⁷⁰⁾ 위반행위임.

- 제87호 협약 제11조⁷¹⁾는 이 협약을 비준한 ILO 회원국에 대하여 이 협약상의 단결권 보장을 위한 적극적 보호의무를 부과하고 있음. 따라서 협약 당사국들은 단결권을 침해하지 않을 뿐만 아니라 모든 노동자 및 사용자가 단결권을 자유롭게 행사할 수 있도록 보장하기 위해 ‘필요하고 적절한 모든 조치를 취할’ 의무를 부담함. 그러나 한국정부는 노동조합 활동을 형법과 공정거래법 등으로 의율하여 수사하고 제재하고 있어 오히려 그 반대의 조치를 취하고 있어 제11조를 위반하고 있음.

마. 구체적인 제98호 협약 위반 사유⁷²⁾

- 건설노조는 사용자측의 고용과 관련한 반노조적 차별행위를 극복하고자 그 대안으로 단체교섭에서 조합원 고용에 관한 문제를 제기하게 되었음. 한국 정부와 법원은 조합원 고용에 관한 단체교섭 자체를 불법시하여 ‘모든 노동자는 고용과 관련한 반노조적 차별행위에 대하여 적절한 보호조치를 받아야 한다.’ 는 위 제98호 협약 제1조⁷³⁾에 위반되는 조치를 취하고 있음. 특히 해당 조항은 당사국이 “노동조합에 가입하지 않거나 노동조합으로부터 탈퇴할 것을 조건으로 한 근로자 고용 행위”에 대하여 특별한 보호를 할 것을 주문하고 있음.

70) 제3조

1. 근로자단체 및 사용자단체는 그들의 규약과 규칙을 작성하고, 완전히 자유롭게 대표자를 선출하며, 운영 및 활동을 조직하고, 계획을 수립할 권리를 가진다.
2. 공공기관은 이 권리를 제한하거나 이 권리의 합법적인 행사를 방해하는 어떠한 간섭도 삼가야 한다.

71) 제11조 이 협약의 적용을 받는 국제노동기구의 회원국은 근로자 및 사용자가 단결권을 자유롭게 행사할 수 있도록 보장하기 위해서 필요하고 적절한 모든 조치를 취할 것을 약속한다.

72) 권두섭, 위의 글 제71쪽~제73쪽 참조

73) 제1조

1. 근로자는 고용과 관련된 반노조적 차별행위에 대하여 적절한 보호를 받아야 한다.
2. 이러한 보호는 다음 각호의 행위에 대하여 보다 특별히 적용되어야 한다.
 - ㉠ 노동조합에 가입하지 않거나 노동조합으로부터 탈퇴할 것을 조건으로 한 근로자 고용행위
 - ㉡ 노동조합원이라는 이유, 근로시간외 또는 사용자 동의하에 근로시간내에 노동조합 활동에 참여하였다는 것을 이유로 근로자를 해고하거나 기타 불이익을 초래하는 행위

○ ILO 전문가위원회는 2012년 일반조사에서 ‘근로조건이 단체협약의 핵심적 사항이지만 그 대상은 노사관계의 변화를 반영해 점진적으로 확대되어 왔고(채용 수준, 안전과 보건, 구조조정 과정, 직업훈련, 차별, 보충적인 사회복지급부 등), 그 대상이 무엇이든 당국이 일방적으로 교섭 가능한 사항의 범위를 제한하는 조치를 취한다면, 이는 일반적으로 제98호 협약과 양립할 수 없다.’는 견해를 밝힌 바 있음. 또한 당사자들이 원한다면 사업양도, 해고 및 복직에 관한 문제 역시 교섭의 대상에 포함되어야 하고, 이를 오로지 법에 의해서만 결정하여서는 안 된다는 점도 강조했다.⁷⁴⁾ 건설노조의 조합원 고용 요구 자체를 불법으로 보고 있는 한국정부의 조치들은 당국이 단체교섭 사항의 범위를 일방적으로 결정하는 것과 마찬가지로 ILO 제98호 협약 위반에 해당할 것임.⁷⁵⁾

○ 제98호 협약 제4조는 당사국에 “필요한 경우에는 단체협약으로 고용조건을 규제하기 위하여 사용자 또는 사용자 단체와 근로자단체 사이에 자발적 교섭을 위한 메커니즘을 충분히 발전시키고 이용하도록 장려·촉진하기 위하여 국내사정에 적합한 조치를 취하”도록 하고 있는바, 건설노조의 조합원 고용과 관련한 단체교섭 체결 및 이행 요구를 강요죄·공갈죄로 의율하여 형사처벌하는 것은 사용자 단체와 노동조합 사이의 자발적 교섭의 범위를 ILO 제98호 협약을 위반하면서까지 일방적으로 결정하는 것으로, 자발적 교섭 메커니즘을 장려·촉진해야 할 의무를 부담하는 정부가 제4조를 위반한 것임. 한국 정부는 하루빨리 제98호 협약 제4조의 의무를 이행하여 사용자단체와 근로자단체 사이의 자발적 교섭의 범위를 축소·탄압하는 정책이 아닌 장려·촉진하는 조치를 취하여야 함.

74) ILO Compilation (2018), para. 215, 217

75) 제4조 필요한 경우에는 단체협약으로 고용조건을 규제하기 위하여 사용자 또는 사용자 단체와 근로자 단체 사이에 자발적 교섭을 위한 메커니즘을 충분히 발전시키고 이용하도록 장려·촉진하기 위하여 국내사정에 적합한 조치를 취하여야 한다.

바. 무역 분쟁에 따른 무역 축소의 위험

- 현재 한국에서 발효 중인 18건의 자유무역협정(FTA) 중 노동조항을 포함하고 있는 것이 10건임. 건설노조에 대한 탄압은 미국⁷⁶⁾, EU⁷⁷⁾ 등과 체결한 FTA 노동조항 위반 문제로 비화될 수 있음. 실제 2018. 3. EU는 한국 정부가 한-EU FTA 제13장의 의무를 이행하지 않고 있다면 문제를 제기하였고 분쟁절차가 개시되기도 하였음.⁷⁸⁾

- 유럽연합은 EU 공급망에 ‘인권, 환경 실사’ 를 의무화하는 법률을 추진하고 있음. 검토되는 유럽연합의 지속가능성 실사에 관한 법률(CSDDD)은 제품 생산부터 유통까지의 공급 과정에서 관련 회사들(공급망)에 인권 및 환경 문제가 발생하지 않도록 미리 확인할 책임을 일정 규모 이상의 기업에게 부과하고 있음. 해당 법률은 2024년에는 승인될 것으로 보이는데, 이 법률이 포괄하는 ‘인권, 환경 실사’ 의 범위에는 유통과 공급 과정에서의 ILO 제87호 협약과 제98호 협약 위반도 포함될 것으로 예상되고 있음. 정부의 노동탄압은 유럽연합 국가들 또는 유럽연합 내 기업들과 무역을 하는 한국 기업들에 리스크로 작용할 위험이 있음.

76) [한-미 FTA 제19장 제19.2조(기본 노동권)]

1. 각 당사국은 작업장에서의 기본원칙 및 권리에 관한 국제노동기구 선언과 그 후속조치 (1998년)(국제노동기구선언)에 기술된 대로 자국의 법 및 규정, 그리고 그에 따른 관행에서 다음의 권리를 채택하고 유지한다.

가. 결사의 자유

나. 단체교섭권의 효과적인 인정

다. 모든 형태의 강제적 또는 강요에 의한 노동의 철폐

라. 아동노동의 효과적인 폐지, 그리고 이 협정의 목적상 가혹한 형태의 아동 노동의 금지, 그리고

마. 고용 및 직업상의 차별의 철폐

77) [한-EU FTA 제13장 제13.4조(다자간 노동 기준과 협정)]

3. 양 당사자는 국제노동기구 회원국 지위로부터 발생하는 의무와 1998년 제86차 국제노동기구 총회에서 채택된 작업장에서의 기본원칙 및 권리에 관한 국제노동기구 선언과 그 후속조치에 따라 자신의 법과 관행에서 기본권리, 즉 다음에 관한 원칙을 존중, 증진 및 실현하기로 약속한다.

가. 결사의 자유와 단체교섭권의 효과적 인정

나. 모든 형태의 강제적 또는 강요에 의한 노동의 철폐

다. 아동노동의 효과적 폐지, 그리고

라. 고용 및 직업상의 차별의 철폐

양 당사자는 대한민국과 유럽연합 회원국이 각각 비준한 국제노동기구 협약을 효과적으로 이행하겠다는 약속을 재확인한다. 양 당사자는 국제노동기구 핵심협약뿐만 아니라 국제노동기구에 의해 “현행” 협약으로 분류된 그 밖의 협약들을 비준하기 위해 계속적이고 지속적인 노력을 할 것이다.

78) 권두섭, 위의 글 제73쪽~제74쪽 참조

사. ILO 핵심협약 비준에도 불구하고 국제노동규준을 위반하고 있는 한국

- 한국은 ILO 제87호, 제98호 협약을 비준하며 특수고용노동자들의 단결권 확대를 국제 사회에 법률적으로 약속한 것임.⁷⁹⁾ 정부의 ILO 협약 비준에 발맞춰 노동조합법에 제30조 제3항이 신설되었음. 제30조 제3항은 “국가 및 지방자치단체는 기업·산업·지역별 교섭 등 다양한 교섭방식을 노동관계 당사자가 자율적으로 선택할 수 있도록 지원하고 이에 따른 단체교섭이 활성화될 수 있도록 노력하여야 한다.” 고 규정하여 다양한 형태의 교섭을 위해 노력하여야 할 국가와 지방자치단체의 의무를 명시함.⁸⁰⁾

- ILO 제87호, 제98호 협약은 협약을 비준한 회원국에 대하여 협약상의 권리 보장을 위한 적극적 보호의무를 부과하고 있음. 따라서 협약 당사국들은 단결권을 침해하지 않을 뿐만 아니라 모든 노동자 및 사용자가 단결권을 자유롭게 행사할 수 있도록 보장하기 위해 ‘필요하고 적절한 모든 조치를 취할’ 의무를 부담함. 그러나 한국정부는 노동조합 활동을 형법과 공정거래법 등으로 의율하여 수사하고 제재하고 있어 오히려 그 반대의 조치를 취하고 있음. 특히 한국에서 노동조합 활동에 대한 형사처벌이 여전히 이루어지고 있다는 사실은 특히 국제노동계에서 매우 심각하게 받아들여지고 있으며, 국제노동총(ITUC)에서도 한국의 노동상황에 대한 평가를 ‘RATE 4’ 라고 하여 캄보디아, 앙골라 등과 같이 ‘아무런 권리보장이 없는 상황, 내전 상황보다는 나은 수준 정도’ 로 평가하고 있다는 점을 심각하게 받아들일 필요가 있음.⁸¹⁾

79) 이정훈, 토론5, 건설노조 등 특수고용 비정규직의 노조 활동에 대한 공정거래위원회 개입의 문제점, 공정위의 노동사건 개입 과연 정당한가 긴급 토론회, 제113쪽

80) 전다운, 국제노동기준으로 본 건설노조 단체협약의 정당성과 정부 노조탄압의 부당성, 민주노총 건설노조 토론회, 제91쪽

81) 김동현·이혜영, “결사의 자유에 관한 국제노동기구(ILO) 기본협약 비준과 노동법의 쟁점”, 사법정책연구원 연구총서, 2022, 431면 참조

7. 결론

- 현 정부의 하명 하에 이루어지고 있는 건설노조와 조합원들의 노동기본권 행사에 대한 강압적인 수사과 규제는, 건설자본의 탈법적인 이윤추구로 인해 야기된 건설산업 노사관계의 특수성을 외면한 것이고, 사적인 의사결정의 자유 영역에 맡겨두었을 때 발생할 수밖에 없는 노사관계의 불균등을 회복하고자 하는 헌법적 결단에 반하는 처사임. 국민의 기본권을 보호해야 할 의무가 있는 국가기관이 오히려 헌법과 노동법이 보장하고 있는 노동자들의 노동3권을 적극적으로 침해하는 것이고, 헌법과 노동법에 의한 제한이 예정되어 있는 사용자의 의사결정의 자유를 과잉보호하는 위헌적인 행정작용으로서 ILO의 국제규준에도 어긋나는 것임이 명백함. 특히 공정거래위원회의 규제는 헌법과 노동법뿐만 아니라 공정거래위원회 스스로 제정한 예규에도 반하는 것이기도 함.

- 윤석열 정부의 이러한 탄압은 노사 간의 ‘갑을’ 관계를 호도하는 것임. 건설자본에 의해 야기된 지극히 열악한 처우에 놓인 노동자들이 법적으로 보장된 권리의 행사를 통해 자신의 근로조건을 개선하고자 하는 권리 행사 행위를 마치 ‘갑질’인 것처럼 호도하는 것은, 상대적으로 약자일 수밖에 없는 노동자들에게 단결권·단체교섭권·단체행동권을 보장함으로써 ‘기울어진 운동장’을 교정하고자 하는 헌법적 가치에 정면으로 반하는 것이고, 오히려 운동장을 더욱 기울게 하려는 시도임. 노동자의 의사결정의 자유에 대한 보호는 외면한 채로 사용자의 의사결정의 자유에 대해서는 정부가 후견인의 역할까지 자처하고 있는 것임.

- 이러한 정부의 태도는 노동자들의 연대와 단결 자체를 해체하려는 근본

적인 시도인 것으로 해석됨. 노동자들의 연대와 단결은 불균등한 노사관계를 회복할 수 있도록 하기 위해 법이 노동자들에게 부여한 최소한의 권리이자 무기인데, 현 정부는 노동자 개개인의 행위에 대해 (형사벌·행정벌을 통한) 탄압으로 일관함으로써, 노동자들로 하여금 연대를 저어하게 하여 단결의 효용을 앗아가고자 하는 것임. 이렇게 노동자의 단결 자체를 해체하려는 현 정부의 장기적·근본적 탄압을 극복해내지 못한다면, 사용자와의 각각의 개별적인 관계 속에서 노동자들은 더욱 불리하고 열악한 처지로 몰리게 되고 말 것임.

- 법적인 측면에서 볼 때, 정부의 시도는 노동법 자체를 시민법으로 회귀시켜 무용지물로 만들려고 하는 것임. 신분제의 공식적인 종말을 선언한 시민법은, 그 이념적·추상적 타당성에도 불구하고, 사회 구조적으로 강제되는 역학관계를 외면한 채 개별 주체들을 모두 동등한 힘과 권한을 가진 주체들로 만연히 취급함으로써, 수많은 근대적 부조리와 불평등을 양산하고 정당화하였음. 노사관계에서 이러한 문제를 해결하고자 노동자들이 치열한 투쟁을 통해 쟁취한 것이 바로 노동법임. 노동법은 시민법의 수정으로 일컬어지며, 시민법에서 내세우는 당사자 간의 의사결정의 ‘자유’만으로 배제할 수 없는 근로조건의 하한을 설정하거나(근로기준법), 시민법에서 내세우는 교섭과 협상의 ‘자유’를 제한하여 노동자들의 단결을 용인하고 사용자에게 협상에 응할 의무를 부담시키며 사용자의 의사에 대한 노동조합의 압박까지도 법체계 내부로 끌어들이기까지 하였음(노동조합법). 정부의 폭압은 이러한 노동법의 존재 의의 자체를 무너뜨리고 모든 노사관계를 시민법을 통해 해결하겠다는 심보를 노골적으로 드러내고 있는 것인바, 이는 근대법 체계 자체에 대한 복고적 부정이라 할 것임.

끝.