

# 대 법 원

## 판 결

사 건 2016두32992 법외노조통보처분취소  
원고, 상고인 전국교직원노동조합  
소송대리인 법무법인 여는 외 4인  
피고, 피상고인 고용노동부장관  
소송대리인 정부법무공단 외 2인  
원 심 판 결 서울고등법원 2016. 1. 21. 선고 2014누54228 판결  
판 결 선 고 2020. 9. 3.

## 주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

### 1. 사건의 개요

원심판결 이유와 기록에 의하면 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

#### 가. 원고의 설립신고 및 수리

1) 원고는 교원 노동조합이 허용되지 않던 1989. 5. 28. 전국의 국·공립학교와 사립

학교의 교원을 조합원으로 하여 설립되었다. 설립 당시 원고의 규약 제6조는 "본 조합원은 전국의 유치원, 초등학교, 중고등학교, 대학교, 문교부 및 기타 교육기관에 종사하는 교직원으로 하되, 사용자를 위해 일하는 자를 제외한다."(제1항), "교육부나 시도교육청, 재단의 부당한 처사에 의하여 해직(파면, 해임, 직권면직 등), 임용제외된 교직원도 조합원이 될 수 있다."(제2항)라고 규정하여 조합원의 자격에 관하여 '현직 교원'뿐만 아니라 '해직 교원'도 포함하고 있었다.

2) 그 후 그동안 제한되어 왔던 교원의 노동기본권을 보장함으로써 보편화된 국제노동기준을 준수할 수 있도록 하고, 노사정위원회에서 합의한 교원의 노동기본권 보장방안을 존중하여 그 보장범위와 단체교섭의 구조 등을 정하려는 목적에서 1999. 1. 29. 법률 제5727호로 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」(이하 '교원노조법'이라 한다)이 제정되어 1999. 7. 1. 시행됨에 따라 실정법상 교원 노동조합의 설립이 허용되었다. 교원노조법은 교원 노동조합에 관하여 일부 특례를 규정하면서, 그 밖의 사항에 관하여는 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 '노동조합법'이라 한다)의 규정을 따르도록 하였는데(제14조 제1항), 노동조합법 제2조 제4호 단서가 '근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우(라.목)'에는 노동조합으로 보지 아니한다고 규정하고 있으므로, 교원 노동조합에 해직 교원 등 '교원이 아닌 자'의 가입은 허용되지 않았다[교원노조법 제2조는 법상 '교원'을 '현직 교원'으로 한정하고(본문), 다만 '해고된 사람으로서 노동조합법에 따라 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 사람은 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지 교원으로 본다'고 규정하고 있다(단서). 한편 교원노조법 제2조 본문은 헌법재판소의 헌법불합치결정(헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2015헌가38 결정) 취지에 따라 2020. 6. 9. 법률 제17430호로 일부 개정되었는데, 이하 '교원노조법

제2조'라 함은 개정 전 조항을 의미한다].

3) 이러한 내용의 교원노조법이 제정·시행됨에 따라 원고는 1999. 6. 27. 전국대의원대회를 개최하여 규약 제6조에서 제1항은 기본적으로 유지하고 제2항은 삭제하기로 의결하였다. 원고는 1999. 7. 1. 피고(당시에는 '노동부장관'이었다가 2010. 6. 4. 법률 제10339호로 정부조직법이 개정되어 현재의 '고용노동부장관'으로 변경되었다)에게 설립신고를 하면서 위와 같이 개정된 규약을 제출하였다. 피고는 원고가 제출한 개정규약을 기초로 원고가 교원노조법 및 노동조합법상 설립요건에 위배되는 점이 없다고 판단하여 1999. 7. 2. 설립신고를 수리하고 원고에게 신고증을 교부하였다.

#### 나. 1차 시정명령

1) 위 설립신고 수리 이후 피고는 원고의 규약 부칙 제5조에 "규약 제6조 제1항의 규정에 불구하고 부당 해고된 교원은 조합원이 될 수 있다." (제1항), "종전 규약에 의거 조합원 자격을 갖고 있던 해직교원 중 복직되지 않은 조합원 및 이 규약 시행일 이후 부당 해고된 조합원은 규약 제6조 제1항의 규정에 불구하고 조합원 자격을 유지한다." (제2항)라는 조항이 포함되어 있는 사실을 확인하였다.

2) 피고는 2010. 2. 12. 서울지방노동위원회에 원고의 규약 중 노동관계법령에 위반된다고 판단하는 사항에 대하여 시정명령 의결을 요청하였고, 서울지방노동위원회는 2010. 3. 10. 원고의 규약 중 제9조, 부칙 제5조 등이 교원노조법 제2조에 위반된다고 의결하였다(서울2010의결6호). 이에 피고는 2010. 3. 31. 원고에 대하여 교원노조법 제14조 제1항, 노동조합법 제21조 제1항, 제3항에 따라 원고의 규약 중 제55조 제4항과 부칙 제5조 등 일부를 2010. 5. 3.까지 시정할 것을 명하였다(이하 '1차 시정명령'이라 한다).

3) 원고는 2010. 6. 29. 1차 시정명령이 위법하다고 주장하면서 그 취소를 구하는 소를 제기하였으나, 법원은 1차 시정명령 중 원고의 규약 제55조 제4항에 관한 부분만 취소하고 부칙 제5조를 비롯한 나머지 부분에 관한 청구를 기각하는 판결을 선고하였다. 위 판결은 원고의 항소와 상고가 모두 기각됨으로써 그대로 확정되었다(서울행정법원 2010. 11. 5. 선고 2010구합27110 판결, 서울고등법원 2011. 9. 9. 선고 2010누43725 판결 및 대법원 2012. 1. 12.자 2011두24231 판결).

#### 다. 2차 시정명령

1) 원고는 2010. 8. 14. 규약을 개정하면서 부칙 제5조의 제1항을 삭제하고 제2항을 "부당하게 해고된 조합원은 규약 제6조 제1항의 규정에 불구하고 조합원 자격을 유지한다."라고 개정하였다(이하 이와 같이 개정된 부칙 제5조를 '이 사건 부칙 조항'이라 한다).

2) 피고는 2012. 8. 3. 서울지방노동위원회에 원고의 규약에 대한 시정명령 의결을 요청하였고, 서울지방노동위원회는 2012. 9. 3. 원고의 규약 중 이 사건 부칙 조항 부분이 교원노조법 제2조에 위반된다고 의결하였다(서울2012의결7호). 이에 피고는 2012. 9. 17. 원고에 대하여 1차 시정명령과 같은 이유로 이 사건 부칙 조항을 2012. 10. 18. 까지 시정할 것을 명하였다(이하 '2차 시정명령'이라 한다).

#### 라. 법외노조 통보

1) 피고는 2013. 9. 23. 원고에 대하여 '두 차례에 걸쳐 해직자의 조합원 가입을 허용하는 규약을 시정하도록 명하였으나 이행하지 않았고, 실제로 해직자가 조합원으로 가입하여 활동하고 있는 것으로 파악된다'는 이유로 교원노조법 제14조 제1항, 노동조합법 제12조 제3항 제1호, 제2조 제4호 라.목 및 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에

관한 법률 시행령」(이하 '교원노조법 시행령'이라 한다) 제9조 제1항, 「노동조합 및 노동관계조정법 시행령」(이하 '노동조합법 시행령'이라 한다) 제9조 제2항에 의하여 2013. 10. 23.까지 이 사건 부칙 조항을 교원노조법 제2조에 맞게 시정하고 조합원이 될 수 없는 해직자가 가입·활동하지 않도록 조치할 것을 요구하였다(이하 '시정요구'라 한다). 피고는 그 시정요구서에 원고의 조합원으로 가입하여 활동하고 있는 해직 교원 9명을 구체적으로 특정하고, "만약, 위 기한까지 시정요구를 이행하지 아니하는 경우에는 교원노조법에 의한 노동조합으로 보지 아니함을 통보할 예정이니 유념하시기 바랍니다."라고 기재하였다.

2) 그러나 원고는 시정요구에 따른 이행을 하지 않았고, 이에 피고는 2013. 10. 24. 교원노조법 제14조 제1항, 노동조합법 제12조 제3항 제1호, 제2조 제4호 라.목 및 교원노조법 시행령 제9조 제1항, 노동조합법 시행령 제9조 제2항에 의하여 원고를 '교원노조법에 의한 노동조합으로 보지 아니함'을 통보하였다(이하 줄여 쓸 때에는 노동조합법 또는 교원노조법에 의하여 설립된 노동조합을 '법상 노동조합', 법상 노동조합이 아닌 노동조합을 '법외노조'라 한다. 그리고 노동조합법 또는 교원노조법에 의한 노동조합으로 보지 아니함을 통보하는 것을 '법외노조 통보', 원고에 대한 위 2013. 10. 24.자 법외노조 통보를 '이 사건 법외노조 통보'라 한다).

3) 교육부장관은 2013. 10. 25. 각 시·도 교육청에 "전국교직원노동조합 '노조아님 통보'에 따른 휴직사유 소멸 통보 및 후속조치 이행 협조 요청"이라는 제목의 공문을 보냈다. 그 주요 내용은 이 사건 법외노조 통보에 따라 원고가 노동조합 명칭 사용, 단체교섭 등과 같은 노동조합으로서의 지위 및 권한을 상실하게 되었으니, 각 시·도교육청은 ① 노동조합 전임자에 대한 휴직허가 취소 및 복직 발령, ② 원고에게 지원한

사무실 퇴거 및 사무실 지원금 반환 요청, ③ 기존에 체결된 단체협약의 2013. 10. 24. 이후 효력 상실 및 현재 진행 중인 단체교섭의 중지, ④ 조합비 급여 원천징수 금지, ⑤ 각종 위원회 위원 중 단체협약에 의하여 원고 조합원이 위원으로 참여한 경우 단체협약의 효력 상실로 인한 위원 자격 상실 등과 같은 후속조치를 이행하고, 2013. 12. 2.까지 이행 결과를 교육부에 보고하라는 것이었다.

2. 이 사건 법외노조 통보의 적법 여부(상고이유 제1점, 제2점)

가. 관계 법령

1) 교원노조법에 의하면, 교원 노동조합을 설립하고자 하는 자는 피고에게 설립신고서를 제출하여야 하고(제4조 제2항), 교원 노동조합에 관하여 교원노조법에서 정하지 아니한 사항은 제14조 제2항에서 정하는 경우를 제외하고는 노동조합법에서 정하는 바를 따른다(제14조 제1항).

2) 노동조합법에 의하면, 노동조합이란 '근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건을 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체'를 말하며(제2조 제4호 본문), 다만 '근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우(라.목)'에는 노동조합으로 보지 아니한다(제2조 제4호 단서, 이하 노동조합법 제2조 제4호 단서 "다만, 다음 각목의 1에 해당하는 경우에는 노동조합으로 보지 아니한다."를 '이 사건 법률 규정'이라 하고, 라.목을 포함하여 "다만, 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우에는 노동조합으로 보지 아니한다."를 '이 사건 법률 규정 라.목'이라 한다). 설립하고자 하는 노동조합이 제2조 제4호 단서 각목의 어느 하나에 해당하는 경우 행정관청은 설립신고서를 반려하여야 한다(제12조 제3항 제1호).

3) 교원노조법 시행령 제9조 제1항은 교원 노동조합에 관하여 교원노조법 시행령에서 정하지 아니한 사항은 제9조 제2항에서 정하는 경우를 제외하고는 노동조합법 시행령에서 정하는 바에 따르도록 규정하고 있다.

4) 노동조합법 시행령 제9조 제2항은 "노동조합이 설립신고증을 교부받은 후 노동조합법 제12조 제3항 제1호에 해당하는 설립신고서의 반려사유가 발생한 경우에는 행정관청은 30일의 기간을 정하여 시정을 요구하고 그 기간 내에 이를 이행하지 아니하는 경우 해당 노동조합에 대하여 노동조합법에 의한 노동조합으로 보지 아니함을 통보하여야 한다."라고 규정하고 있다(이하 '이 사건 시행령 조항'이라 한다).

#### 나. 헌법상 법률유보원칙과 행정입법의 한계

1) 헌법 제37조 제2항은 "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."라고 규정하고 있다. 헌법상 법치주의는 법률유보원칙, 즉 행정작용에는 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 원칙을 그 핵심적 내용으로 한다. 나아가 오늘날의 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적이고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권 실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니고 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구, 즉 의회유보원칙까지 내포하는 것으로 이해되고 있다. 여기서 어떠한 사안이 국회가 형식적 법률로 스스로 규정하여야 하는 본질적 사항에 해당되는지는, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 또는 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 하지만, 규율대상이 국민의 기본권과

관련한 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 또는 상충하는 이익 사이의 조정 필요성이 클수록, 그것이 국회의 법률에 의하여 직접 규율될 필요성은 더 증대된다. 따라서 국민의 권리·의무에 관한 기본적이고 본질적인 사항은 국회가 정하여야 하고, 헌법상 보장된 국민의 자유나 권리를 제한할 때에는 적어도 그 제한의 본질적인 사항에 관하여 국회가 법률로써 스스로 규율하여야 한다(대법원 2007. 10. 12. 선고 2006두14476 판결, 대법원 2015. 8. 20. 선고 2012두23808 전원합의체 판결 및 헌법재판소 2009. 2. 26. 선고 2008헌마370 등 결정 등 참조).

2) 헌법 제75조는 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다."라고 규정하고 있다. 따라서 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여만 대통령령을 발할 수 있으므로, 법률의 시행령은 모법인 법률에 의하여 위임받은 사항이나 법률이 규정한 범위 내에서 법률을 현실적으로 집행하는 데 필요한 세부적인 사항만을 규정할 수 있을 뿐, 법률에 의한 위임이 없는 한 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 규정할 수는 없다(대법원 1990. 9. 28. 선고 89누2493 판결, 대법원 1995. 1. 24. 선고 93다37342 전원합의체 판결 등 참조).

다. 이 사건 시행령 조항의 위헌성

법외노조 통보는 적법하게 설립된 노동조합의 법적 지위를 박탈하는 중대한 침익적 처분으로서 원칙적으로 국민의 대표자인 입법자가 스스로 형식적 법률로써 규정하여야 할 사항이고, 행정입법으로 이를 규정하기 위하여는 반드시 법률의 명시적이고 구체적인 위임이 있어야 한다. 그런데 이 사건 시행령 조항은 법률의 위임 없이 법률이 정하



지 아니한 법외노조 통보에 관하여 규정함으로써 헌법상 노동3권을 본질적으로 제한하고 있으므로 그 자체로 무효이다. 구체적인 이유는 아래와 같다.

1) 법외노조 통보는 적법하게 설립되어 활동 중인 노동조합에 대하여 더 이상 노동조합법상 노동조합이 아님을 확정하는 형성적 행정처분이라고 보아야 한다.

노동조합법은 노동조합에 관한 설립신고 제도를 두고 있고, 법상 노동조합이 되려면 법이 정한 설립요건을 갖추는 외에 설립신고도 함께 구비하여야 하므로, 노동조합법상 노동조합은 설립신고서를 소관 행정관청에 제출하고 그 행정관청으로부터 그에 대한 신고증을 교부받음으로써 성립한다(대법원 1979. 12. 11. 선고 76누189 판결, 대법원 1996. 6. 28. 선고 93도855 판결 등 참조). 예컨대, 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하지 않는다고 하여 곧바로 법상 노동조합의 지위를 가진다거나 근로자가 아닌 자의 가입을 허용한다고 하여 그 즉시 법상 노동조합이 아니라고 볼 수는 없다. 이 사건 법률규정의 '노동조합으로 보지 아니한다'는 규정은 그 자체로 법률효과를 가지는 것이 아니라 노동조합법에 의한 노동조합인지에 관한 판단기준을 밝히고 있을 뿐이다.

행정관청은 법상 설립요건을 갖추지 못한 단체의 설립신고서를 반려하는데, 이러한 반려는 설립신고의 수리를 거부하는 것이므로 해당 단체의 법적 지위에 직접적인 영향을 미치는 행정처분이다. 즉 결격사유가 있는 단체는 이 사건 법률규정에 따라 노동조합으로 보지 아니하나, 그러한 법적 효과는 위와 같은 설립신고서의 반려를 통하여 비로소 실현된다.

법외노조 통보는 이와 같은 절차를 거쳐 적법하게 설립되어 활동 중인 노동조합에 대하여 행정관청이 더 이상 노동조합법상 노동조합이 아님을 고권적으로 확정하는 행정처분으로서, 단순히 법률에 의하여 이미 법외노조가 된 것을 사후적으로 고지하거나

확인하는 행위가 아니라 그 통보로써 법외노조가 되도록 하는 형성적 행위이다. 즉 법상 노동조합에 결격사유가 발생한 경우, 이 사건 법률 규정에 의하여 곧바로 법외노조가 되는 것이 아니라, 이를 이유로 한 법외노조 통보가 있을 때 비로소 법외노조가 된다.

2) 노동조합법은 노동조합법에 의하여 설립된 노동조합에 대하여 특별한 보호를 규정하고 있다. 즉 법상 노동조합은 법인격을 취득할 수 있고(제6조), 노동위원회에 노동쟁의의 조정 및 부당노동행위의 구제를 신청할 수 있으며(제7조 제1항), 조세를 면제받을 수 있다(제8조). 무엇보다도 법상 노동조합만이 '노동조합'이라는 명칭을 사용할 수 있다(제7조 제3항). 노동조합 설립신고의 수리는 법에서 정한 설립요건을 갖춘 노동조합을 법상 노동조합으로 인정함으로써 노동조합법이 정한 권리와 혜택을 향유할 수 있는 법적 지위를 부여하는 것이고, 법외노조 통보는 이미 적법하게 설립된 노동조합에 결격사유가 발생하였다는 이유로 그 노동조합으로부터 위와 같은 법적 지위를 박탈하는 것이다.

법외노조 통보를 받은 노동조합은 더 이상 노동조합이라는 명칭을 사용할 수 없고, 사용자가 단체교섭을 거부하는 등 부당노동행위를 하더라도 적절히 대응할 수 없게 되는 등 노동조합으로서의 활동에 지장을 받게 된다. 물론 법외노조가 되더라도 노동조합으로서의 지위 자체를 상실하는 것은 아니므로 노동3권의 일반적인 행사는 가능하다고 볼 수 있으나(대법원 1997. 2. 11. 선고 96누2125 판결, 대법원 2016. 12. 27. 선고 2011두921 판결 및 헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2011헌바53 결정 등 참조), 그렇다 하더라도 현실적인 제약과 불이익을 피할 수는 없다. 노동3권은 노동조합을 통하여 비로소 실질적으로 보장될 수 있는데, '노동조합'이라는 명칭조차 사용할 수 없는 단체가

노동3권을 실효적으로 행사할 수 있다고 기대하기는 어렵기 때문이다. 결국 법외노조 통보는 형식적으로는 노동조합법에 의한 특별한 보호만을 제거하는 것처럼 보이지만 실질적으로는 헌법이 보장하는 노동3권을 본질적으로 제약하는 결과를 초래한다.

헌법 제33조 제1항은 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."라고 규정함으로써 노동3권을 기본권으로 보장하고 있다. 노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다. 노동조합법 제1조가 '이 법은 헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여' 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 도모함을 목적으로 한다고 규정하고 있는 것도 이러한 차원에서 이해할 수 있다. 특히 노동3권 중 단결권은 결사의 자유가 근로의 영역에서 구체화된 것으로서(헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2011헌바53 결정 등 참조), 연혁적·개념적으로 자유권으로서의 본질을 가지고 있으므로, '국가에 의한 자유'가 아니라 '국가로부터의 자유'가 보다 강조되어야 한다. 따라서 노동관계법령을 입법할 때에는 이러한 노동3권, 특히 단결권의 헌법적 의미와 직접적 규범력을 존중하여야 하고, 이렇게 입법된 법령의 집행과 해석에 있어서도 단결권의 본질과 가치가 훼손되지 않도록 하여야 한다.

한편, 헌법은 위 제33조 제1항과 달리 제2항에서 "공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."라고 규정하고 있고, 교육공무원인 국·공립학교 교원은 물론 사립학교 교원 역시 노동3권의 행사가 제한된다(사립학교법 제55조, 헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정 등 참조). 이에 노동

조합법 제5조는 본문에서 "근로자는 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입할 수 있다."라고 규정하면서도, 단서에서 "다만, 공무원과 교원에 대하여는 따로 법률로 정한다."라고 규정하고 있다. 결국 교원의 노동3권은 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 비로소 실질적으로 보장될 수 있고(대법원 2016. 12. 27. 선고 2011두921 판결, 헌법재판소 2008. 12. 26. 선고 2005헌마971 등 결정 등 참조), 이에 관한 법률이 바로 교원노동조합법이다. 교원노동조합법은 제1조에서 "이 법은 「국가공무원법」 제66조 제1항 및 「사립학교법」 제55조에도 불구하고 「노동조합 및 노동관계조정법」 제5조 단서에 따라 교원의 노동조합 설립에 관한 사항을 정하고 교원에 적용할 「노동조합 및 노동관계조정법」에 대한 특례를 규정함을 목적으로 한다."라고 규정하고 있다. 따라서 교원 노동조합에 대하여 '교원노동조합에 의한 노동조합으로 보지 아니함'을 통보하는 것은 단순히 '법상 노동조합'의 지위를 박탈하는 것이 아니라 사실상 '노동조합'으로서의 존재 자체를 부정하는 것이 될 수 있다.

3) 이와 같이 노동조합법상 노동조합으로 인정되는지 여부는 헌법상 노동3권의 실질적인 행사를 위한 필수적 전제가 되고, 이미 적법한 절차를 거쳐 설립된 노동조합에 대한 법외노조 통보는 아직 법상 노동조합이 아닌 단체에 대한 설립신고서 반려에 비하여 그 침익성이 더욱 크다. 따라서 이처럼 강력한 기본권 관련성을 가지는 법외노조 통보에 관하여는 법률에 분명한 근거가 있어야 한다고 보는 것이 헌법상 법률유보원칙에 부합한다. 그런데 현행 노동조합법(1997. 3. 13. 법률 제5310호로 제정되고, 2020. 6. 9. 법률 제17432호로 최종개정된 것)은 그 제정 당시부터 현재까지 설립신고서 반려에 관하여는 이를 직접 규정하면서도 그보다 더 침익적인 법외노조 통보에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않고, 이를 시행령에서 규정하도록 위임하고 있지 않다.

원래 구 「노동조합법」(1953. 3. 9. 법률 제280호로 제정되고, 1996. 12. 31. 법률 제 5244호로 폐지된 것)은 제32조에서 행정관청이 규약의 취소, 변경명령을 내린 후 이를 이행하지 아니한 노동조합에 대하여 노동위원회의 의결을 얻어 그 해산을 명할 수 있도록 하는 노동조합 해산명령 제도를 규정하고 있었다(제정 당시에는 '노동위원회의 의결'만을 제한조건으로 하였다가, 1986. 12. 31. 개정을 통하여 '규약의 취소, 변경명령 불이행'이라는 제한조건을 부가하였다). 그러나 이미 적법하게 설립되어 활동 중인 노동조합을 행정관청이 임의로 해산시킬 수 있도록 하는 것은 근로자의 단결권과 노동조합의 자주성을 침해한다는 이유에서 1987. 11. 28. 위 제도는 폐지되었다(법률 제3966호).

그런데 위와 같은 노동조합 해산명령 제도의 폐지 이후 불과 약 5개월 만인 1988. 4. 15. 법정요건을 결여한 노동조합이 존립할 수 없도록 한다는 이유에서 구 「노동조합법 시행령」(1953. 4. 20. 대통령령 제782호로 제정되고, 1997. 3. 27. 대통령령 제 15321호로 폐지된 것) 제8조 제2항으로 법외노조 통보 제도가 새로이 도입되었고(대통령령 제12429호), 이 제도가 바로 이 사건 시행령 조항을 통하여 현재까지도 그대로 유지되고 있다. 그러나 이러한 법외노조 통보 제도는 행정관청이 규약의 시정을 요구 하고 이를 이행하지 아니한 노동조합에 대하여 법외노조 통보를 함으로써 법상 노동조합으로서의 지위를 박탈할 수 있도록 한다는 점에서 사실상 노동조합 해산명령 제도와 그 주체, 대상, 절차 및 효과 등이 모두 동일하다. 오히려 구법과 달리 노동위원회의 의결 절차를 두지 않음으로써 행정 내부적 통제의 가능성이 축소되어 행정관청의 자의가 개입될 여지가 확대되었을 뿐이다.

즉 법외노조 통보 제도는 본래 법률에 규정되어 있던 것으로서 국민의 대표자인 입

법자의 결단에 따라 폐지된 노동조합 해산명령 제도를 행정부가 법률상 근거 내지 위임 없이 행정입법으로 부활시킨 것이다. 이 사건 시행령 조항의 위헌성을 판단함에 있어서는 위와 같은 제도의 연혁을 마땅히 고려하여야 한다.

4) 요컨대, 법외노조 통보는 이미 법률에 의하여 법외노조가 된 것을 사후적으로 고지하거나 확인하는 행위가 아니라 그 통보로써 비로소 법외노조가 되도록 하는 형성적 행정처분이다. 이러한 법외노조 통보는 단순히 노동조합에 대한 법률상 보호만을 제거하는 것에 그치지 않고 헌법상 노동3권을 실질적으로 제약한다. 그런데 노동조합법은 법상 설립요건을 갖추지 못한 단체의 노동조합 설립신고서를 반려하도록 규정하면서도, 그보다 더 침익적인 설립 후 활동 중인 노동조합에 대한 법외노조 통보에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않고, 이를 시행령에 위임하는 명문의 규정도 두고 있지 않다. 더욱이 법외노조 통보 제도는 입법자가 반성적 고려에서 폐지한 노동조합 해산명령 제도와 실질적으로 다를 바 없다. 결국 이 사건 시행령 조항은 법률이 정하고 있지 아니한 사항에 관하여, 법률의 구체적이고 명시적인 위임도 없이 헌법이 보장하는 노동3권에 대한 본질적인 제한을 규정한 것으로서 법률유보원칙에 반한다.

라. 이 사건 법외노조 통보의 위법성

피고는 이 사건 시행령 조항이 유효함을 전제로 이에 근거하여 이 사건 법외노조 통보를 하였다. 앞서 본 바와 같이 이 사건 시행령 조항은 헌법상 법률유보원칙에 위반되어 그 자체로 무효이다. 따라서 이 사건 시행령 조항에 기초한 이 사건 법외노조 통보는 그 법적 근거를 상실하여 위법하다고 보아야 한다.

그런데도 원심은 이 사건 시행령 조항을 유효하다고 보아 이 사건 법외노조 통보를 적법하다고 판단하였다. 이러한 원심 판단에는 헌법상 법률유보원칙에 관한 법리를 오

해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

### 3. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여, 주문과 같이 판결한다. 이 판결에는 대법관 김재형의 별개의견, 대법관 안철상의 별개의견, 대법관 이기택, 대법관 이동원의 반대의견이 있는 외에는 관여 법관의 의견이 일치하였고, 다수의견에 대한 대법관 박정화, 대법관 민유숙, 대법관 노정희, 대법관 김상환, 대법관 노태악의 보충의견이 있다.

### 4. 대법관 김재형의 별개의견

가. 이 사건의 어려움은 시행령이 아닌 법률 자체에 있다.

노동조합법은 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 '노동조합으로 보지 아니한다'고 정하고 있다(이 사건 법률 규정 라.목). 노동조합법 시행령은 이 경우 노동조합이 아니라고 '통보'하도록 정하고 있다(이 사건 시행령 조항). 교원노조법과 그 시행령은 위와 같은 노동조합법과 그 시행령 규정을 교원 노동조합에 관해서도 그대로 적용하도록 하고 있다.

이러한 법률과 시행령에 따르면, 교원이 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 교원 노동조합이 아니라고 통보해야 한다는 해석은 당연한 것처럼 보인다[다만 적법한 노동조합으로 설립된 이후에 근로자가 아닌 자의 가입을 허용했다고 해서 노동조합으로서의 존재 자체를 부정할 수는 없기 때문에, 법률이 인정하지 않는 노동조합이라는 의미에서 법외노조(法外勞組)라는 용어를 사용한다]. 원고가 해직 교원의 조합원 가입을 허용하

고 있다면, 교원노동조합에 따라 원고를 교원 노동조합으로 볼 수 없으므로, 피고가 원고에게 법외노조 통보를 한 것은 적법하다는 결론에 이르게 된다. 이러한 판단이 법령의 규정을 이 사건에 그대로 적용하는 법률적 삼단논법이라고 볼 수 있다.

그러나 적법하게 설립된 노동조합에 해고 근로자가 한 사람이라도 포함되어 있으면 그 노동조합을 노동조합으로 보지 않는다는 법률이 정당한가? 이 사건에서 전체 약 6만 명의 조합원 중 단 9명이 해직 교원이라는 이유만으로 원고로부터 교원 노동조합의 지위를 박탈하는 것이 타당한가? 조합원으로 활동하던 중에 교원의 지위를 잃은 이들을 교원 노동조합의 구성원에서 배제하지 않았다고 해서 원고를 교원 노동조합이 아니라고 해야 하는가? 원고가 해직 교원의 조합원 활동을 묵인하는 것에 머무르지 않고 규약에 이를 명시하고 있기 때문에 피고의 조치는 타당하다고 보아야 하는가? 이 사건의 어려움은 바로 여기에 있다. 법령의 문언에 따른 해석과 그 적용이 과연 정당한 결론인지 의문이 제기되는 것이다.

다수의견은 헌법상 노동3권에 중대한 제약을 초래하는 법외노조 통보 제도가 특별한 법률의 근거 내지 위임 없이 법률이 아닌 시행령에 규정되어 있으므로 법률유보원칙에 위반되어 무효이고, 따라서 이 사건 법외노조 통보는 법적 근거를 상실하여 위법하다고 한다. 그러나 노동조합법에 따라 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 노동조합은 적법한 노동조합이 아니고 법외노조에 지나지 않는다면, 이 사건 법외노조 통보는 위와 같은 법률 규정에 따른 효과를 알려주는 것이기 때문에 적법하다고 볼 수밖에 없을 것이다.

이 사건의 관건은 법외노조 '통보'의 당부가 아니다. 만일 원고가 '법외노조'에 해당한다면 그러한 사실을 통보하는 것은 피고가 당연히 할 일이고 오히려 필요하다고 할



수 있다. 문제의 핵심은 원고가 법상 노동조합인지 아닌지, 즉 법외노조인지 여부에 있다.

이 사건 법률 규정 라.목에 따라 원고를 법외노조로 보아야 하는가? 해직자의 조합원 가입을 허용한다는 것이 노동조합의 본질과 운명을 좌우할 문제인가? 이 문제는 법률 해석이 아니라 헌법재판소의 위헌법률심판이나 국회의 입법을 통하여 해결할 문제인가? 헌법재판소는 해직 교원을 교원 노동조합의 조합원에서 배제하는 교원노조법 제2조를 합헌이라고 판단하였다(헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌마671 등 결정). 해직자의 노동조합 가입을 허용하는 국회의 입법은 수년째 답보 상태에 있고, 정부는 원고가 법외노조라는 입장을 고수하고 있다. 이 문제는 이제 법원의 판단만을 기다리고 있는 상황인데도 법원으로서 원고를 구제할 방법이 없다고 해야 하는가?

이 사건은 로널드 드워킨이 표현한대로 이른바 '어려운 사건(hard case)'이다. 어려운 사건에 관하여는 그에 걸맞는 속고가 필요하다. 이를 위하여 오랜 시간 이 사건을 검토하였고 공개변론도 열었다. 문제의 핵심을 우회하여 결론을 도출할 수 없는 사건이 있다. 이 사건이 바로 그러한 사건이다.

항을 바꾸어 이 사건 법령의 해석상 난점을 살펴보고 이 사건의 본질과 그에 대한 정당한 해결방안을 제시하고자 한다.

나. 이 사건 시행령 조항의 의미는 명백하다.

1) 이 사건 시행령 조항은 "노동조합이 설립신고증을 교부받은 후 법 제12조 제3항 제1호에 해당하는 설립신고서의 반려사유가 발생한 경우에는 행정관청은 30일의 기간을 정하여 시정을 요구하고 그 기간 내에 이를 이행하지 아니하는 경우에는 당해 노동조합에 대하여 노동조합법에 의한 노동조합으로 보지 아니함을 통보하여야 한다."라고

정하고 있다.

그 의미는 명백하다. 이미 설립신고를 마친 노동조합에 결격사유가 발생했다면 행정관청은 시정을 요구하고 기한 내에 시정되지 않는 경우 '노동조합법에 의한 노동조합으로 보지 아니함'을 통보해야 한다. 이 사건에서는 이미 설립신고를 마친 교원 노동조합이 교원이 아닌 자의 가입을 허용하는 것이 발견된 경우 행정관청은 시정을 요구하고 기한 내에 시정되지 않았다면 법외노조라고 통보해야 한다. 이는 '법이 요구하는 설립요건을 갖추지 못한 노동조합'에 대하여 '법에 의한 노동조합이 아님'을 통보하도록 하는 것으로서 매우 자연스럽고 당연한 규정이다. 이러한 통보는 단순히 그러한 사정을 알려주는 것에 지나지 않아 특별한 형성적 의미가 없다. 오히려 통보의 의미는 해당 노동조합의 법적 지위를 명확히 확인함으로써 관련 당사자와 이해관계인의 법률관계를 명확히 한다는 점에서 찾아야 한다. '법률에 따른 노동조합은 아니지만 법률에 따른 노동조합이 아님을 알려줄 수는 없다'고 보는 것은 그 자체로 모순이다. 이는 결국 '적법한 노동조합이 아니지만 적법한 노동조합이다'라고 하는 것과 다르지 않기 때문이다. 따라서 이 사건 시행령 조항은 이 사건 법률 규정에 직접 근거를 두고 법률의 취지와 의미를 구체화하는 것으로서 적법·유효하다고 보아야 한다. 이 사건 시행령 조항은 사실 별다른 의미를 부여하기 힘든 조항이라고 볼 수 있다. 설령 법외노조 '통보'를 하지 않더라도 법률에 정한 결격사유가 발생한 노동조합을 더 이상 '법률에 따른 노동조합'으로 볼 수는 없기 때문이다.

이러한 법리는 이 사건 시행령 조항이 일정한 시정절차를 거치고 이에 불응하는 것을 법외노조 통보의 조건으로 하고 있다고 해서 달라지지 않는다. 이 사건 시행령 조항이 정하고 있는 시정요구 절차는 행정법의 일반법리 또는 행정절차법에 따라 법외노

조 통보에 관한 사전 통지를 하고 의견제출 기회를 부여함으로써, 이를 통하여 위법사항이 발생한 노동조합에 자율적 시정의 기회를 부여하는 것이다. 법외노조 통보 이전에 시정요구를 하고 이에 불응하는 것을 통보 조건으로 하는 것은 법외노조 통보의 정당성을 강화할 뿐이다.

2) 다수의견은 법외노조 통보가 결격사유가 발생한 노동조합을 비로소 법외노조로 만드는 형성적 행정처분이고, 이러한 중대한 침익적 처분은 마땅히 법률에 근거가 있거나 법률의 위임이 있어야 하는데, 이 사건 시행령 조항은 그러한 근거나 위임 없이 독자적으로 법외노조 통보를 규정하고 있으므로 법률유보원칙에 반하여 무효라고 한다.

그러나 위에서 보았듯이 법외노조 통보는 '법률에 따른 노동조합이 아님'을 알려주는 것일 뿐이므로, 이를 행정처분으로 보더라도 확인적 행정작용에 불과할 뿐 새로운 권리·의무를 창설하는 형성적 행정작용이 아니다. 다시 말해서 어떤 노동조합이 법률에 따라 법외노조가 된 이상 반드시 이를 통보하지 않더라도 그 노동조합은 법외노조인 것이고, 결격사유가 해소되지 않는 한 설령 법외노조 통보를 했다가 이를 취소·철회 하더라도 그 노동조합이 법외노조인 사실은 달라지지 않는다.

다수의견은 이 사건 법률 규정에서 '노동조합으로 보지 아니한다'는 부분이 그 자체로 법률효과를 가지는 것이 아니라 노동조합법에 따른 노동조합인지에 관한 판단기준이 될 뿐이라고 하면서도, 아무런 근거를 제시하지 않고 있다. 그러나 간주규정을 위와 같이 해석한 예는 없다. 노동조합법에 따라 노동조합이 성립하려면 설립신고가 수리되어야 하지만, 이것이 노동조합에 결격사유가 발생한 경우 법외노조 통보가 있어야만 비로소 법외노조가 된다고 볼 근거가 될 수는 없다. 노동조합법은 노동조합 설립신고

에 관해서는 명시적으로 규정하고 있는 반면 법외노조 통보에 관해서는 아무런 규정을 두고 있지 않기 때문이다. 따라서 노동조합 설립신고를 노동조합의 성립요건으로 본다고 하더라도, 그러한 노동조합의 지위를 부정하는 데 반드시 법외노조 통보라는 별도의 요건이 필요하다고 볼 수는 없다.

가령 어떤 노동조합이 문서를 위조하거나 행정관청을 기망하는 등의 방법으로 설립신고를 했다면 행정관청이 노동조합의 법적 지위를 부정하기 위한 조치를 취할 수 있어야 할 것이다. 이러한 경우에 행정관청이 시정명령, 그리고 그 불이행에 대하여 벌금 500만 원 이하의 형사처벌(노동조합법 제93조, 제21조)만을 할 수 있다고 보는 것은 위와 같은 노동조합을 제재하는 데 불충분함은 말할 것도 없다. 이 사건 시행령 조항이 무효라거나 아예 없다고 하더라도 법률상 결격사유가 발생한 노동조합에 대하여 행정관청은 법외노조 통보 등과 같은 조치를 할 수 있어야 한다.

다수의견은 이 사건 시행령 조항이 무효라는 선언 외에 결격사유가 발생한 노동조합의 법적 지위는 무엇인지, 이 사건의 구체적 법률관계는 어떻게 된다는 것인지 제대로 설명하지 않고 있다. 이는 문제의 핵심을 비껴가는 것이고 실질적 판단을 회피하는 것이다.

3) 이 사건 시행령 조항이 무효라고 하더라도, 그러한 사정만으로 즉시 이 사건 법외노조 통보가 위법한 것은 아니고, 수익적 행정처분의 직권취소·철회 제한 법리에 따라 비로소 위법하게 되는 것인지 문제된다.

원래 행정행위를 한 처분청은 그 처분에 하자가 있는 경우 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소할 수 있고, 비록 그 처분 당시에 별다른 하자가 없었고 또한 그 처분 후에 이를 철회할 별도의 법적 근거가 없더라도 원래의 처분을 존속시킬 필요

가 없게 된 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상 필요가 발생한 경우에는 그 효력을 상실시키는 별개의 행정행위로 이를 철회할 수 있다. 다만 당초의 행정행위가 수익적인 것이었다면 그에 따른 처분상대방의 기득권을 고려해야 한다는 일정한 제한이 있을 뿐이다(대법원 1986. 2. 25. 선고 85누664 판결, 대법원 2004. 11. 26. 선고 2003두 10251, 10268 판결 등 참조). 노동조합의 설립신고 수리는 법률상 설립요건을 갖춘 노동조합을 적법한 노동조합으로 인정함으로써 노동조합법에 따른 특별한 보호를 부여하는 수익적 행정처분이므로, 결국 법외노조 통보는 이러한 설립신고 수리를 사후적으로 직권취소하거나 철회하는 것에 해당한다. 따라서 행정관청은 별도의 법적 근거가 없더라도 기존의 수리처분을 직권취소·철회하는 의미에서 법외노조 통보를 할 수 있고, 다만 그 과정에서 해당 노동조합의 기득권을 고려해야 하는 일정한 제한이 있을 뿐이다.

그런데 이 사건 시행령 조항은 시정요구에 불응하면 반드시 법외노조 통보를 하도록 정하고 있다. 노동조합법이 노동조합의 적법요건을 명확히 규정하고 있으므로 이에 위반되는 경우 반드시 법외노조 통보를 하도록 한 것이다. 이는 직권취소 또는 철회의 예외적 제한을 불허하는 취지라고 보아야 한다. 이처럼 직권취소·철회의 제한을 부정하는 명문의 규정이 있는 경우에는 그 규정의 위헌 또는 위법 문제는 별론으로 하고 수익적 행정처분의 직권취소·철회 제한에 관한 일반법리를 적용할 수 없다. 그리고 위에서 보았듯이 이 사건 시행령 조항은 이 사건 법률 규정에 직접 근거한 것으로서, 해당 노동조합에게 자율적 시정의 기회를 부여하는 취지라고 볼 수 있으므로, 이를 무효로 볼 이유도 없다.

4) 요컨대, 이 사건 시행령 조항은 결격사유가 있는 노동조합에 대하여 법외노조 통

보를 하도록 규정하고 있다. 여기에 예외는 없다. 위 조항은 이를 기속적으로 규정하고 있을 뿐 재량의 여지를 남겨두고 있지 않다. 따라서 이 사건 시행령 조항에 따르면 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 노동조합에 대하여 행정관청은 시정요구 절차를 거치지 시정되지 않는 경우 반드시 법외노조 통보를 하여야 한다.

이 사건 시행령 조항의 의미는 위와 같이 매우 명확하며, 법률이 규정한 바를 구체화하는 것으로서 합헌적이고 정당하다. 문제의 핵심은 이 사건 시행령 조항이 아니라 이 사건 법률 규정의 의미를 어떻게 파악할 것인지에 있다.

다. 이 사건 법률 규정을 어떻게 해석해야 하는가?

1) 이 사건 법률 규정 라.목은 "근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우에는 노동조합으로 보지 아니한다."라고 정하고 있다.

'노동조합으로 보지 아니한다'는 것은 이른바 간주규정으로서 추정규정과 달리 반증을 허용하지 않는다고 보아야 한다(민법 제28조에 관한 대법원 1995. 2. 17. 선고 94다 52751 판결 등 참조). '본다'는 표현을 사용하는 규정이든 '보지 아니한다'는 표현을 사용하는 규정이든 모두 간주규정에 해당하고 이 둘을 달리 볼 이유가 없다. 따라서 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 노동조합으로 볼 수 없다.

다수의견은 이 사건 법률 규정을 법상 노동조합을 판단하는 기준이고 그 기준에 따라 법외노조 통보를 하게 된다고 하면서, 결격사유가 발생하더라도 법외노조 통보를 하지 않는 한 그 노동조합은 아직 법외노조가 아니라고 한다. 그러나 간주규정은 일정한 전제요건이 충족되면 법률이 정한 사실이나 효과의 존재 또는 발생을 예외 없이 인정하는 것으로서, 이는 설령 실제 사실이나 법적 상태와 맞지 않게 되더라도 마찬가지이다. 오히려 이러한 무조건적 의제(擬制)에 간주규정의 본질이 있다. 법조항이 법률의

어느 곳에 위치하고 있는지에 따라 그 의미와 효력이 달라지는 것은 아니므로, 간주규정이 법률에서 사용하는 용어에 관한 정의(定義) 부분에 있다고 해서 그 의미와 효력이 달라진다고 볼 수도 없다. 따라서 이 사건 법률 규정 라.목에 따르면, 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 그 노동조합은 더 이상 적법한 노동조합이 아니다.

위와 같은 상황은 설립신고 전후에 따라 달라지지 않는다. 노동조합법의 어느 규정을 보더라도 노동조합의 개념을 설립신고 전후에 따라 달리 취급하고 있지 않다. 노동조합법 제2조는 노동조합에 관한 정의규정으로서 그에 따라 법률의 적용대상이 결정되므로 설립신고 여부와 상관없이 적용된다고 보아야 한다.

한편 노동조합법 제2조는 "이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다."라고 하면서, 제1호에서 "근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다."라고 정하고, 제4호 단서 라.목(이 사건 법률 규정 라.목)에서 "근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우. 다만, 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다."라고 정하고 있다. 이러한 노동조합법의 규정에 따르면, 해고된 사람은 '노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 하여 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는' 근로자에 해당하지만, 재심판정 이후에는 더 이상 근로자가 아니다.

결국 이 사건 법률 규정 라.목에 따르면, 이미 설립신고를 마친 노동조합이라 하더라도 해직자의 조합원 가입을 허용하는 경우 더 이상 법상 노동조합으로 볼 수 없다. 이것이 노동조합법의 문언에 따른 해석이라고 할 수 있다.

2) 위에서 보았듯이 간주규정은 반증을 허용하지 않는다. 결국 간주규정 형식을 취

하고 있는 이 사건 법률 규정 라.목에 따르면, 적법하게 설립된 노동조합이 해직자를 단 한 명이라도 조합원으로 받아들일 경우 그 노동조합은 노동조합법에서 말하는 노동조합이 아니라는 결론에 이르게 된다. 그러나 이러한 결론이 과연 타당한가? 문제는 여기서 시작된다.

이 사건에서 원고가 단순히 일부 해직자의 조합원 가입을 묵인하는 것에 그치지 않고 규약을 통하여 이를 명시적으로 허용하고 있는 것이 문제라는 견해가 있다. 그러나 노동조합이 해직자를 조합원으로 받아들이는 것을 규약에서 정하고 있는지 그렇지 않은지는 본질적인 문제가 아니다. 어떤 노동조합에서 해직자의 조합원 가입을 허용하는 규약을 두지는 않았으나 실제로 해직자를 조합원으로 두고 있다면 그러한 노동조합은 법외노조가 아닌 것인가? 반대로 해직자의 조합원 가입을 허용하는 규약을 가지고 있지만 실제로 해직자 조합원이 없는 경우라면 어떠한가? 해직자의 가입을 허용하는 노동조합이 법외노조인지 여부를 판단할 때 그것이 규약에 정해져 있는지 여부가 결정적인 것은 아니다. 노동조합이 해직자의 가입을 허용하는 것을 규범적으로 어떻게 평가할 것인지에 따라 결론이 달라질 수 있다.

이 문제를 노동조합의 '자주성'이라는 관점에서 해결하는 방안을 생각해볼 수 있다. 즉, 노동조합 설립신고 단계에서 해직자의 조합원 가입을 허용하는 것이 드러난 경우에는 설립신고를 반려해야 하지만(대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두6998 판결 등 참조), 이미 설립신고를 마친 노동조합이 해직자의 조합원 가입을 허용하는 경우에는 그로 말미암아 노동조합의 자주성이 훼손된 경우에 한하여 결격사유의 존부를 판단하는 것이다. 그러나 이러한 방안은 법률의 취지에 반할 뿐만 아니라 현실성도 부족하다. 우선 노동조합법이 근로자가 아닌 자의 가입을 예외 없이 허용하지 않는 것은 근로자가



아닌 자의 가입이 허용되는 경우 그 즉시 또는 적어도 가까운 장래에 노동조합의 자주성이 훼손될 우려가 크다는 점을 감안한 예방적 조치라고 보아야 한다. 이것은 설립신고를 마친 노동조합이라고 해서 달리 보아야 할 이유가 없다. 또한 행정관청이 노동조합의 자주성을 심사하고 판단하는 것은 매우 어려운 문제이다. 더욱이 노동조합 설립신고를 관할하는 행정관청은 설립신고 이후에는 설립신고 단계와 달리 자주성 심사를 위한 별도의 조사 권한이나 특별한 조사 방법도 없다. 행정관청으로 하여금 법외노동조합을 위하여 노동조합의 자주성을 별도로 심사·판단하도록 한다는 것은 노동조합법이 예정한 바가 아니고 노동행정의 현실에도 맞지 않는다.

이 사건 법률 규정 라.목에서 '가입' 부분을 엄격하게 해석하는 방법도 생각해 볼 수 있다. 이 규정은 해직자를 포함하여 근로자가 아닌 자가 조합원으로 신규 가입하는 것을 금지하는 취지일 뿐 기존에 조합원이었던 자가 해직된 경우 그 조합원 자격을 유지하는 것까지 금지하는 취지는 아니라고 보는 것이다. 이것이 조직이나 단체 따위에 들어간다는 '가입(加入)'의 사전적(辭典的) 의미에 맞는다고 볼 수 있다. 단체의 가입 요건과 탈퇴 요건을 반드시 동일하게 보아야 하는 것도 아니다. 이와 같은 견해를 따른다면, 원고가 해직자의 조합원 지위를 유지하도록 했을 뿐 해직자의 조합원 신규 가입을 허용한 것은 아니기 때문에 원고는 법외노동조합이 아니라는 결론을 쉽게 도출할 수 있다.

그러나 일반적으로 이 사건 법률 규정 라.목은 근로자가 아닌 자의 신규 가입뿐만 아니라 근로자가 아닌 자의 조합원 자격 유지를 허용하는 경우도 포함하는 것으로 이해되고 있다. 위에서 보았듯이 이 사건 법률 규정 라.목 단서가 "다만, 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있

을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다."라고 정하고 있으므로, 해직자는 부당노동행위 구제신청을 하여 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지만 근로자에 해당하고, 그 밖의 경우에는 근로자로 볼 수 없으며, 따라서 근로자가 아닌 해직자가 가입되어 있는 경우에는 이 사건 법률 규정 라.목의 요건을 충족한다는 것이다. 이는 교원노조법 제2조에서도 마찬가지로인데, 헌법재판소는 위 규정이 해직 교원을 교원 노동조합의 조합원에서 배제하고 있음을 전제로 판단하고 있다(위 2013헌마671 등 결정). 이러한 사정에 비추어 보면, 이 사건 법률 규정 라.목 본문의 '가입'이라는 문언을 신규 가입으로 한정하는 해석은 같은 목 단서의 존재와 의미를 설명할 수 없어 채택하기 어렵다.

3) 이 사건 법률 규정 라.목에 관한 종래의 견해에서는 해석론으로써 원고에 대한 법외노조 통보에 관하여 다른 결론을 내릴 여지는 없는 것처럼 보인다. 이러한 관점에서 해직자의 조합원 자격 문제는 설령 현행법에 부당한 부분이 있더라도 입법으로 개선할 문제이지 법률의 해석으로 해결할 수 있는 문제가 아니라는 견해가 적지 않다.

헌법재판소는 해직 교원을 교원 노동조합의 조합원에서 배제하는 교원노조법 제2조를 합헌으로 판단하면서 해직자를 조합원으로 인정하는 교원 노동조합에 대한 법외노조 통보는 '교원 노동조합에서 활동하는 자격 없는 조합원의 수, 그러한 조합원들이 교원 노동조합의 활동에 미치는 영향, 자격 없는 조합원의 노동조합 활동을 금지 또는 제한하기 위한 행정당국의 적절한 조치 여부, 해당 노동조합이 이를 시정할 가능성이 있는지 여부' 등을 종합하여 행정관청과 법원이 재량적으로 판단할 수 있다고 하였다(위 2013헌마671 등 결정). 그런데 해직자를 조합원에서 배제하는 것이 합헌이라면 해직자를 조합원으로 허용하는 노동조합은 적법한 노동조합이라고 할 수 없다. 그러한

노동조합에 대한 법외노조 통보를 재량적으로 할 수 있다는 것은 위에서 보았듯이 이 사건 시행령 조항이 해직자의 조합원 가입을 허용하는 노동조합에 대하여 법외노조임을 '통보하여야 한다'고 규정하고 있는 것과 부합하지 않는다. 또한 해직자의 노동조합 가입을 허용하는 국회 입법은 수년째 답보 상태에 있다. 정부는 스스로 해직자의 노동조합 가입을 허용하는 개정 법률안을 국회에 제출하면서도 이 사건에서 원고가 법외노조라는 입장은 거두지 않고 있다. 이 문제는 이제 대법원의 판단만을 기다리고 있다.

법률은 법률규정의 문언에 충실하게 해석하는 것이 원칙이나, 그 예외를 인정해야 하는 경우가 있다. 법률 제정 당시에 입법자가 전혀 예상하지 못했기 때문에 법률로 규정되지 않았거나 불충분하게 규정된 경우도 있고, 법률에 명문의 규정이 있지만 시대가 바뀌고 사회가 달라짐에 따라 법률과 실제 생활 사이에 불가피하게 간격이 생기는 경우도 있다. 만일 명문규정의 엄격한 적용만을 고집한다면 법적 안정성이 유지될 수는 있어도 사회의 변화와 발전에 대한 적응성이 떨어지는 문제가 생길 수 있으므로 이를 실제 생활에 부합하게 해석할 필요가 있다. 이러한 경우 법원은 형식적인 자구 해석에 얽매일 것이 아니라 법률이 구현하고자 하는 입법목적이 무엇인가를 헤아려서 입법목적을 실현하는 방향으로 법의 의미를 부여해야 하고, 그 실현을 위하여 필요한 한도에서 명문규정의 의미를 확대하거나 축소·제한하는 해석을 함으로써 실질적인 법형성적 기능을 발휘해야 한다. 법규정의 의미와 본질을 바꾸는 정도가 아닌 한도에서 이를 합리적으로 해석함으로써 뒤쳐진 법률을 앞서가는 사회현상에 적응시키는 것이 필요하고, 그 뒤쳐진 법규정의 전통적 해석·적용이 부당한 결과를 초래한다는 것을 알면서도 법률 개정이라는 입법기관의 조치가 있을 때까지는 이를 그대로 따를 수밖에 없다고 체념해서는 안 된다(대법원 1978. 4. 25. 선고 78도246 전원합의체 판결, 대법

원 1998. 4. 23. 선고 95다36466 전원합의체 판결 등 참조).

법규범이 현실에서 일어나는 모든 사안을 완벽하게 규율할 수는 없다. 법은 그 일반적·추상적 성격으로 말미암아 본질적으로 흠결을 내포할 수밖에 없다. 따라서 법률의 해석은 단순히 존재하는 법률을 인식·발견하는 것에 그치는 것이 아니다. 일정한 경우 유추나 목적론적 축소를 통하여 법률의 적용범위를 명확히 함으로써 적극적으로 법을 형성할 필요가 있다. 이것이 실질적 법치주의의 요청이다. 법원은 '법률'이 아닌 '법'을 선언해야 한다.

법을 해석·적용할 때에는 그 결과를 고려해야 한다. 만일 해석의 결과 심히 불합리하거나 부당한 결론이 도출된다면 그러한 해석을 배제하는 방안을 강구해야 한다. 통상 이를 위하여 문언적 해석 외에 논리적·체계적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석 등 여러 해석방법이 동원된다. 이러한 시도에도 불구하고 불합리와 부당함이 교정되지 않는다면 법원은 법의 문언을 넘어서는 해석, 때로는 법의 문언에 반하는 정당한 해석을 해야 한다.

이러한 해석방법은 전혀 새로운 것이 아니다. 대법원은 형법 제55조 제1항 제6호의 "벌금을 감경할 때에는 그 다액의 2분의 1로 한다."는 문언에서 '다액의 2분의 1'을 '금액의 2분의 1'이라고 해석하여 그 상한과 함께 하한도 2분의 1로 감경된다고 보았다(대법원 1978. 4. 25. 선고 78도246 전원합의체 판결). 어음법 제75조 제6호가 어음의 요건으로 "발행일과 발행지"를 규정하고 있는데도 대법원은 '어음면상 발행지의 기재가 없더라도 기타 어음면의 기재 자체로 보아 어음이 국내에서 어음상 효과를 발행시키기 위하여 발행된 것임이 인정된다면 무효의 어음으로 볼 수 없다'고 해석하였다(대법원 1998. 4. 23. 선고 95다36466 전원합의체 판결).

법률의 해석은 헌법 규정과 그 취지를 반영해야 한다. 어떤 법률조항에 대하여 여러 갈래의 해석이 가능한 경우에는 우선 그중 헌법에 부합하는 의미를 채택함으로써 위헌성을 제거하는 헌법합치적 해석을 해야 하고, 나아가 헌법에 부합하는 해석 중에서도 헌법의 원리와 가치를 가장 잘 실현할 수 있는 의미를 채택하는 헌법정향적 해석을 해야 한다. 어떤 법률조항을 그 문언, 체계와 입법경위 등에 비추어 해석한 결과 불합리하거나 부당한 결론이 도출된다면 이와 같이 헌법을 고려하는 합헌적 해석을 통하여 교정할 수 있다.

4) 그렇다면 과연 이 사건이 헌법을 고려하여 법문을 넘어서거나 심지어 법문에 반하는 해석이 필요한 경우인가?

가) 헌법은 제33조 제1항에서 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."라고 정하여 근로자의 단결권을 보장하고 있다. 이를 위하여 노동조합법 제1조는 "이 법은 헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다."라고 정하고 있다. 그리고 헌법 제37조 제2항은 "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."라고 정하여 기본권 제한의 한계를 명확히 하고 있다.

단결권에는 개별 근로자가 노동조합 등 근로자단체를 조직하거나 그에 가입하여 활동할 수 있는 개별적 단결권뿐만 아니라 근로자단체가 존립하고 활동할 수 있는 집단

적 단결권도 포함된다(헌법재판소 1999. 11. 25. 선고 95헌마154 결정 등 참조). 따라서 노동조합의 단결권은 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에만 제한할 수 있고, 그 경우에도 단결권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다. 입법자는 노동조합법 등 노동관계법을 입법할 때 이러한 헌법 규정과 원리를 존중해야 하고, 법원 역시 노동관계법을 해석할 때 그러한 헌법 규정과 원리가 최대한 실현될 수 있도록 해야 한다.

노동조합의 결성과 가입은 단결권의 행사 그 자체이고 노동조합은 노동기본권을 행사하기 위한 필수적 토대가 되므로 노동조합의 설립과 존속은 최대한 보장되어야 한다. 노동조합법은 노동조합의 단결권을 최대한 보장하는 방향으로 해석·적용해야 하고, 노동기본권을 보장하기 위한 노동조합법이 오히려 노동조합의 단결권을 제한하는 부당한 결과가 되지 않도록 해야 한다.

한편 이 사건에서 문제되는 사항은 위와 같은 단결권 이전에 결사(結社)의 자유 차원에서 중요한 문제가 있다. 헌법 제21조는 제1항에서 모든 국민에게 결사의 자유를 보장하면서, 제2항에서 결사에 대한 허가는 인정되지 않는다고 정하고 있다. 여기서 결사란 자연인 또는 법인의 다수가 상당한 기간 동안 공동목적을 위하여 자유의사에 따라 결합하고 조직화된 의사형성이 가능한 단체를 말한다(헌법재판소 2002. 9. 19. 선고 2000헌바84 결정 등 참조). 결사의 자유는 단체의 목적에 대하여 중립적이므로, 결사의 목적과 관계없이 모든 단체의 결성이 보호된다. 결사의 범위와 형태를 정하는 것 역시 자유이므로, 어떤 사람들이 어떤 형태로 단체를 결성할 것인지는 국가가 관여할 문제가 아니다. 결사의 목적, 범위, 형태를 이유로 한 제한은 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권 제한의 엄격한 한계를 준수하고 그 본질을 침해하지 않는 범위에서만 가능하다.

노동3권 중 단결권은 이러한 결사의 자유가 근로의 영역에서 구체화된 것이다(헌법재판소 2008. 12. 26. 선고 2006헌마518 결정 등 참조). 따라서 근로자의 단결에 대한 허가는 인정될 수 없고, 그 목적, 범위, 형태 역시 헌법상 한계를 넘지 않는 한 함부로 제한할 수 없다.

노동조합법상 노동조합 설립신고 제도를 결사에 대한 허가제로 볼 수는 없다(헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2011헌바53 결정 등 참조). 그런데 이 사건 법률 규정 라.목은 결국 현직 근로자와 해직 근로자가 노동조합을 결성하는 것을 금지하고 있다. 이처럼 '현직 근로자와 해직 근로자가 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 위하여 노동조합의 형태로 단체를 결성하는 것'을 금지하는 것은 결사의 자유에 대한 부당한 제한이 될 수 있다. 결사의 자유는 특별한 사정이 없는 한 그 목적, 범위, 형태에 따라 제한할 수 없기 때문이다.

이 사건 법률 규정 라.목은 현직 근로자와 해직 근로자가 '노동조합'을 결성하는 것을 금지하는 것일 뿐 '노동조합이 아닌 단체'를 결성하는 것을 금지하는 것이 아니므로 부당하지 않다고 생각할 수 있다. 그러나 헌법이 노동3권과 같은 특별 규정을 두어 별도로 단결권을 보장하는 것은 근로자의 단결에 대해서는 일반적인 결사의 경우와 달리 특별한 보장을 해준다는 취지이다(위 2011헌바53 결정 등 참조). 그 실질이 '근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 위한 단체'일 수밖에 없는 결사를 단지 현직 근로자 외에 해직 근로자가 구성원으로 포함되어 있다는 사정만으로 단결권의 보호대상이 될 수 없고 결사의 자유에 의해서만 보호될 수 있다고 보는 것은 위와 같은 헌법의 취지에 어긋난다. 또한 이러한 해석은 마치 단결권만을 제한하는 것 같은 외형에도 불구하고 실질적으로는 결사의 자유를 무의미하게 만들 수 있다. 현직

근로자와 해직 근로자의 단결을 예외 없이 제한하는 것은 결사의 목적, 범위, 형태를 제한하는 것과 마찬가지로이다.

결사의 자유란 누구든지, 어떤 목적으로도, 스스로의 선택에 따른 형태로 단체를 결성할 수 있다는 것을 뜻한다. 개인은 자유롭게 단체를 결성할 수 있고 단체 스스로 그 활동이나 존속을 결정할 수 있어야 한다. 이로써 결사를 통하여 추구하고자 하는 목적과 활동이 보장된다. 결사는 인정하되 그 결사가 추구하는 목적을 불허하는 것은 결사를 인정하지 않는 것과 같다. 노동조합으로서 활동하고자 하는 단체를 노동조합으로 인정하지 않는다면 결국 결사의 자유를 제한하는 결과가 된다. 위와 같은 제한은 헌법 제37조 제2항이 정하는 '국가안전보장·질서유지 또는 공공복리'를 위하여 반드시 필요하다는 것이 증명되지 않는 한, 결사의 자유에 대한 과도한 제한이자 결사의 자유의 본질적 내용을 위협하는 것이다. 헌법상 노동3권의 충실한 보장을 위하여 존재하는 노동조합법이 이 사건 법률 규정 라.목을 통하여 결사의 자유마저 침해하게 되는 결과를 방지해서는 안 된다.

나) 노동조합의 존재의의를 고려할 때 해직자를 노동조합의 조합원에서 일률적으로 배제하도록 하는 것은 노동조합의 본질에 부합하지 않는다. 일반적으로 해직자는 일시적 실업자 또는 구직자일 뿐 사용자에 해당하지는 않는다. 노동조합법상 근로자는 '노무공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요가 있는가'라는 관점에서 판단해야 하고, 일시적으로 실업 상태에 있는 자나 구직 중인 자도 노동3권을 보장할 필요성이 있는 한 그 범위에 포함된다고 보아야 한다. 대법원은 이 사건 법률 규정 라.목 단서("다만, 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다.")는 기업



별 노동조합이 아닌 산업별·직종별·지역별 노동조합의 경우에는 적용되지 않는다고 제한적으로 해석함으로써 해직자의 산업별·직종별·지역별 노동조합 가입을 인정하였는데(대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결 등 참조), 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.

특히 원래 조합원이었던 근로자를 단지 해고되었다는 이유만으로 노동조합의 조합원이 될 수 없도록 하는 것은 정당성을 인정하기 어렵다. 법률이 부당노동행위 구제신청 등과 관련하여 일정한 예외를 두고 있다고 하더라도 마찬가지이다. 해직자의 노동조합 가입을 불허하는 것은 헌법에서 직접 도출되는 것이 아니라 노동조합법에 따른 입법정책적 선택일 뿐이다. 만일 노동조합법이 없다면 해직자의 조합원 가입을 허용하는 노동조합도 정당한 노동조합으로 성립할 수 있을 것이다. 그런데 노동조합법의 존재로 말미암아 해직자의 조합원 가입을 허용하는 노동조합은 그 지위가 부정되는 결과가 된다. 이러한 결론을 그대로 용인해서는 안 된다. 이는 헌법상 노동3권을 보장하기 위한 노동조합법의 존재이유와 근본적으로 배치된다.

국제사회의 보편적 기준에 비추어 보더라도 해직자의 노동조합 가입을 불허하는 것은 부당하다. 미국, 영국, 일본, 독일, 프랑스 등 주요 국가에서는 해고자나 퇴직자의 노동조합 가입을 금지하거나 제한하고 있지 않다. 더욱이 해직자가 조합원으로 가입했다는 이유로 그의 조합원 지위를 부정하는 것을 넘어 해당 노동조합의 법적 지위를 아예 부정하는 입법례는 역사적으로도 찾아보기 어렵다. 우리나라와 가장 유사한 제도를 가지고 있는 일본에서도 노동조합법 제2조 제4호 단서 가.목, 나.목, 다.목, 마.목과 유사하게 '사용자의 이익을 대표하는 자의 참가를 허용하는 경우', '단체의 운영을 위한 경비의 지출에 대하여 사용자의 경리상 원조를 받는 경우', '공제사업 기타 복리사업만

을 목적으로 하는 경우', '주로 정치운동 또는 사회운동을 목적으로 하는 경우'는 노동조합에 해당하지 않는다고 보고 있으나, 이 사건 법률 조항 라.목, 즉 '근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우'는 노동조합의 개념에서 배제하고 있지 않다. 이처럼 노동 관련 국제기구 차원에서뿐만 아니라 개별 국가의 실정법 차원에서도 해직자의 노동조합 가입을 인정하는 것은 국제사회의 표준이라 할 수 있다.

위와 같은 사정을 종합하면, 이 사건 법률 규정 라.목, 즉 '근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우'에 '원래 조합원이었던 자가 해직되더라도 조합원 자격을 유지하도록 하는 경우'는 포함되지 않는다고 제한적으로 해석할 필요가 있다.

이러한 해석은 이 사건 법률 규정 라.목 단서와 교원노조법 제2조 단서의 문언을 벗어나는 것처럼 보인다. 그러나 여기서 위에서 본 헌법재판소 2013헌마671 등 결정의 취지를 고려할 필요가 있다. 이 결정은 해직 교원을 조합원에서 배제하는 교원노조법 제2조를 합헌으로 보면서도, 교원노조법 제2조 단서에 해당하지 않는 해직 교원이 조합원으로 가입되어 있다고 해서 무조건 법외노조 통보를 할 수는 없고, 그러한 이유만으로 법외노조 통보를 하는 것은 위헌적이라고 한다. 이는 결국 교원노조법 제2조 단서에 해당하지 않는 해직 교원의 교원 노동조합 가입이 허용될 수 있다는 것을 의미한다. 위 결정은 비록 외형상으로는 '법외노조라 하더라도 법외노조 통보를 할 수 없는 경우가 있다'는 것처럼 보이지만, 그 근본적 취지는 '해직자가 조합원으로 가입되어 있다는 이유만으로 법외노조라고 해서는 안 된다'는 것에 있다고 보아야 한다. 왜냐하면 '법외노조에게 법외노조 통보를 할 수는 없다'는 것은 그 자체로 모순이자 명백히 부당하기 때문이다. 한편 교원노조법 제2조 단서는 이 사건 법률 규정 라.목의 특별규정이라는 점에서 위와 같은 법리는 이 사건 법률 규정 라.목의 해석에도 그대로 적용될 수

있다. 따라서 노동조합이 해직자의 조합원 자격을 유지하도록 하는 것은 허용될 수 있다고 해석해야 한다. 이것이 법체계의 근간을 훼손하지 않으면서도 위헌적인 결과를 배제하는 해석이다.

다) 일반 노동조합의 경우 '근로자'란 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말하고(노동조합법 제2조 제1호), '근로자가 아닌 자'의 가입을 허용하는 경우 노동조합으로 보지 않으며(노동조합법 제2조 제4호 단서 라.목 본문), 다만 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석해서는 안 된다(노동조합법 제2조 제4호 단서 라.목 단서).

교원 노동조합의 경우 '교원'이란 초·중등교육법 제19조 제1항에서 규정하고 있는 교원을 말하고(교원노조법 제2조 본문), 다만 해고된 자로서 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 자는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지 교원으로 보며(교원노조법 제2조 단서), '교원이 아닌 자'의 가입을 허용하는 경우 교원 노동조합으로 보지 않는다(교원노조법 제14조 제1항, 노동조합법 제2조 제4호 단서 라.목 본문).

일반 노동조합과 교원 노동조합에 관한 위 규정들은 동일한 것처럼 보이지만 차이가 있다. 일반 노동조합의 경우 해고된 자는 근로자의 정의에서 배제되는 것이 아니라, '근로자가 아닌 자'를 정하는 과정에서 배제된다. 그런데 교원 노동조합의 경우 해고된 자는 아예 교원의 정의에서 배제된다. 즉 교원노조법은 해고된 자의 노동조합 가입에 관하여 노동조합법보다 더 불리하게 규정하고 있다. 일반 노동조합의 경우 해고된 자라 하더라도 일정한 경우 해석에 따라 노동조합 가입이 허용될 여지가 있지만(기업별 노동조합이 아닌 산업별·직종별·지역별 노동조합의 경우 해고된 자의 노동조합 가입

을 인정한 위 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결이 그 예이다. 한편 1996. 12. 31. 폐지된 구 「노동조합법」은 "다만, 해고의 효력을 다투고 있는 자를 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다."라고 정하고 있었으므로 더욱 다양한 해석의 가능성이 있었다), 교원 노동조합의 경우 해고된 자는 교원이 아닌 자로 간주되므로 원칙적으로 위와 같은 해석의 가능성이 차단되어 있다.

이러한 차별은 합리적 이유가 없는 부당한 차별이다. 교원 노동조합을 인정하는 이상, 헌법상 교육의 중요성 또는 교원지위의 특수성 등을 감안하여 일반 노동조합과 달리 단체행동권 등을 제한할 수 있는 것은 별론으로 하고, 해고된 자의 조합원 자격에 관하여 일반 노동조합과 달리 규율할 만한 별다른 이유나 근거가 없다. 이러한 문제를 해소할 수 있는 방안을 모색할 필요가 있다. 위와 같은 법문의 차이를 강조하여 해고된 근로자의 일반 노동조합 가입은 허용될 여지가 있으나 해고된 교원의 교원 노동조합 가입은 허용될 수 없다고 해석할 것이 아니다. 그러한 법문의 차이에도 불구하고 해고된 근로자의 일반 노동조합 가입이 허용될 수 있는 것과 마찬가지로 해고된 교원의 교원 노동조합 가입도 허용될 여지가 있다고 해석하는 것이 부당한 차별을 시정할 수 있는 해석방법이다. 교원 노동조합은 기업별 노동조합이 아니라 산업별·직종별·지역별 노동조합에 대응하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 이에 관한 노동조합법의 규정 및 관련 판례의 법리와 유사하게 해직 교원의 교원 노동조합 가입을 허용하는 해석이 필요하다.

라) 어떤 노동조합을 법외노조로 취급하는 것은 결국 그 노동조합의 법적 지위를 박탈하는 것이다. 그러나 설령 해직자의 조합원 자격을 부정하는 것이 타당하다고 하더라도, 해직자의 조합원 가입을 금지하거나 해당 노동조합에 일정한 제재를 하는 것을

넘어 노동조합의 법적 지위까지 박탈할 수는 없다고 보아야 한다.

일반적으로 법인 또는 비법인사단은 그 인적 구성원과는 독립하여 권리·의무의 주체가 되고, 구성원의 가입·탈퇴에 따른 변경과 무관하게 단체 그 자체로서 존속한다(대법원 1992. 7. 10. 선고 92다2431 판결, 대법원 1997. 12. 12. 선고 97누11027 판결, 대법원 2005. 7. 15. 선고 2003두5754 판결 등 참조). 노동조합법 제6조에 따르면 노동조합은 법인격을 취득할 수 있고(원고는 1999. 7. 7. 설립등기를 마치고 법인격을 취득하였다), 노동조합법 제2조 제4호, 제10조, 제11조 등을 종합하면 법인격을 취득하지 않은 노동조합은 비법인사단의 실체를 가진다(노동조합의 정의, 설립신고사항, 규약기재사항 등에 비추어 보면 노동조합의 단체성과 독립성에는 의문의 여지가 없다). 해직자의 조합원 가입을 이유로 노동조합으로서의 지위를 박탈하는 것은 이러한 법인 또는 비법인사단의 일반 법리에 반한다.

마) 이 사건 법률 규정에서 결격사유가 있는 경우 '노동조합으로 보지 아니한다'고 정하고 있는 의미가 과연 무엇인지 다시 한 번 생각해 볼 필요가 있다. 통상 이 조항에 근거하여 결격사유가 있는 근로자단체는 법상 노동조합이 아니라는 의미에서 '법외노조'라고 부른다. 그러나 법률 규정에 엄밀하게 따른다면 결격사유가 있는 근로자단체는 '노동조합'이 아닌 것이지 법외노조인 것이 아니다. '법외노조'라는 개념과 용어를 사용하는 것이 이미 이 사건 법률 규정의 엄격한 적용으로 인한 피해를 막기 위하여 '노동조합으로 보지 아니한다'는 법문언을 벗어나 있다고 볼 수 있다.

바) 결격사유의 존재를 이유로 노동조합을 법외노조화하는 것은 해당 결격사유에 관한 시정명령 불이행을 이유로 노동조합법 제93조, 제21조에 따른 형사처벌을 하는 것을 훨씬 넘어서는 가혹한 침익적 처분이다. 따라서 해직자의 조합원 가입을 이유로 법

외노조 통보를 하기 위해서는 보다 엄격한 해석이 필요하다. 이 사건 법률 규정 라.목을 단순히 그 문언에 따라 해석함으로써 불합리하고 부당한 결과가 도출되는 것을 부득이한 결론이라고 해서는 안 된다.

이 사건 법률 규정 라.목은 '원래 조합원이었던 근로자가 해직되더라도 조합원 자격을 유지하도록 하는 경우'에는 적용되지 않는다고 보아야 한다. 이러한 목적론적 축소가 헌법 규정과 법의 원리에 부합하고 이를 최대한 실현하는 합헌적 해석이다. 이와 달리 '원래 조합원이었던 근로자가 해직되더라도 조합원 자격을 유지하도록 하는 경우' 역시 '근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우'에 해당하고, 이를 이유로 노동조합으로서의 법적 지위를 원천적으로 박탈할 수 있다고 해석하는 것은 노동조합의 단결권을 본질적으로 침해하고 일반 노동조합과 교원 노동조합을 부당하게 차별하는 것일 뿐만 아니라 단체 또는 법인에 관한 일반 법리에도 어긋난다.

5) 위와 같은 법리에 비추어 이 사건에 관하여 본다. 이 사건 부칙 조항은 "부당하게 해고된 조합원은 규약 제6조 제1항의 규정에 불구하고 조합원 자격을 유지한다."라고만 규정하고 있다. 원고는 교원이 아닌 제3자를 제한 없이 조합원으로 받아들이고 있는 것이 아니고, 과거 교원이었다는 이유만으로 무조건 조합원 가입을 허용하고 있는 것도 아니다. 원래 조합원이었던 교원이 부당하게 해고된 경우에 한정하여 조합원 자격을 유지하도록 하고 있을 뿐이다. 물론 '부당해고'의 의미에 다소 불분명함이 있고, 이 사건 해직 교원들은 사법적 판단에 따라 그 직을 상실하였거나 부당해고가 아님이 확정된 사람들이다. 그러나 위에서 본 법리에 비추어 원고가 이 사건 해직 교원들의 조합원 자격을 유지하도록 했다고 해서 원고로부터 노동조합의 지위를 박탈해서는 안 된다. 이 사건 부칙 조항과 일부 해직 교원 조합원에도 불구하고 여전히 원고는 교원

노조법상 노동조합이라고 보아야 한다.

#### 라. 결론

이 사건은 기존 법해석의 방법론에 의문을 제기하는 이른바 '어려운 사건'이다. 그 어려움은 법령의 난해한 문언이나 복잡한 구조에 있지 않다. 단순하고 명확한 규정을 그 문언과 구조에 따라 해석할 때 상식에 반하는 결과가 야기된다는 것이 문제의 핵심이다.

법률의 해석은 그 해석의 결과도 고려해야 한다. 법률을 문언대로 해석한 결과 부당한 결론이 도출된다면 그것이 정당한 해석인지 의문을 제기해 보아야 한다. 다수의견은 이 사건에 내포되어 있는 문제의 핵심을 건드리지 않은 채 이 사건 시행령 조항이 무효라는 판단만으로 결론을 내리고 있다. 그러나 이는 쟁점에 대한 실질적 판단을 회피하는 것이다.

이 사건의 진정한 쟁점은 법외노조 통보를 하도록 규정한 시행령에 있지 않다. '근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 노동조합으로 보지 아니한다'는 이 사건 법률 규정 라.목, 즉 이미 적법한 노동조합으로 설립된 이후에도 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 순간 더 이상 적법한 노동조합이 아니라고 정한 법률 규정에 이 사건의 본질적 문제가 있다.

헌법은 노동3권을 기본권으로 보장하고 있고 노동조합법은 이를 최대한 실현하기 위하여 존재한다. 그런데 이 사건 법률 규정 라.목은 노동3권의 실질적인 행사를 위한 근본적 토대를 허물어 버리는 것으로서 노동조합법의 존재이유에 배치된다. 이 경우 법원은 헌법 규범과 법의 원리에 따라 정당한 해석을 통하여 이러한 부당한 결과를 시정해야 한다.

노동조합과 아무런 관련이 없는 제3자의 조합원 가입을 허용할 수는 없다. 한때 근로자였다는 이유만으로 모든 해직자를 조합원으로 받아들일 수도 없다. 그러나 헌법상 노동3권, 특히 단결권의 의미와 취지에 비추어 볼 때 조합원으로 활동하다가 해고된 근로자의 조합원 자격을 부정하고, 이를 이유로 해당 노동조합의 법적 지위까지 박탈해서는 안 된다.

도덕의 잣대로 이 사건을 판단하려고 해서는 안 된다. 이 사건은 교원 노동조합으로서 원고의 활동 전반에 대한 사회적 평가를 하는 것이 아니다. 원고가 노동조합의 지위를 유지할 수 없도록 하는 법조항에 대하여 헌법을 비롯한 법질서 전체의 관점에서 정당한 해석이 무엇인지가 문제될 뿐이다.

원고는 교원과 무관한 제3자의 조합원 가입을 허용하거나, 모든 해직 교원의 조합원 자격을 제한 없이 인정하는 것이 아니다. 단지 조합원으로 활동하다가 해직된 교원의 조합원 자격이 유지되도록 하고 있을 뿐이다. 원고의 이러한 행위는 헌법상 기본권의 보장 범위를 벗어난 것이 아니라고 보아야 한다. 이 사건 법률 규정 라.목이 위와 같은 행위까지 금지한다고 보는 것은 헌법 규범에 반하는 해석이다.

요컨대, 원고에 대한 법외노조 '통보'의 당부를 판단하기에 앞서 원고를 '법외노조'로 보는 것 자체에 잘못이 있으므로, 이를 전제로 한 이 사건 법외노조 통보는 위법하다. 이와 달리 판단한 원심판결은 파기되어야 한다.

이상과 같이 다수의견과 결론은 같지만 그 이유와 논거가 달라 별개의견을 개진한다.

## 5. 대법관 안철상의 별개의견

### 가. 이 사건 법외노조 통보의 법적 성질



1) 다수의견의 요지는, 이 사건 시행령 조항은 헌법상 법률유보원칙을 위반한 것이어서 무효이고, 따라서 이 사건 시행령 조항에 기초한 이 사건 법외노조 통보는 그 법적 근거를 상실하여 위법하다는 것이다. 이러한 다수의견의 태도는 오랜 기간 동안 사회적 논란이 되어 온 이 사건 법외노조 통보 문제를 정면으로 대처하여 판단하지 않고 헌법상 일반원칙을 들어 그 결론을 내린 것으로서 '헌법 원칙으로 도피'한 것으로 보인다. 다시 말하면, 다수의견은 그동안 논란이 되어 왔던 문제에 대한 근본적인 해답을 제시한 것이라고 보기 어렵다.

삼권분립의 원칙을 근간으로 하여 민주적 기본질서로 표현되는 국가운영질서는 '민주적인 절차를 거쳐 국민의 대표가 만든 이성적인 법'의 존재를 대전제로 하고 있다. 국민의 대표기관인 국회에서 제정된 법률에 근거하지 않고 대통령령의 규정만으로 국민의 자유와 권리를 제한하는 행정처분을 하는 것은 법치행정의 원리에 어긋나는 것으로서 무효임은 널리 알려진 원칙이다. 이러한 일반원칙을 바탕으로 법률적 근거 없이 국민의 자유와 권리를 제한하는 행정처분을 할 수 없다는 태도는 지극히 타당하고 이 점에 대해서는 의문의 여지가 없다. 그러나 이 사건 시행령 조항의 효력 여부에 관하여 이러한 헌법 원칙을 적용할 것인지는 그 조항의 성격과 관련하여 검토할 여지가 있다고 생각한다.

특히 다수의견은 이 사건 시행령 조항의 위헌성의 근거로 '강력한' 기본권 관련성과 '중대한' 침익성을 들고 있다. 그러나 국민의 자유와 권리는 법률에 의해서만 제한될 수 있는 것이고, 법률에 의하지 아니한 국민의 자유와 권리의 제한은 아무리 사소한 것이라고 하더라도 허용될 수 없다. 즉, 헌법상 법률유보원칙을 위반한 시행령 조항이라면 기본권 관련성이 강력하든 그렇지 않든, 침익성이 중대하든 그렇지 않든 그 효력

이 없다고 보아야 한다. 다수의견은 국민의 자유와 권리에 대한 제한의 정도에 따라 그 결론을 달리 할 수 있는 양(量)의 문제를 헌법상 법률유보원칙의 위반 여부라는 질(質)의 문제로 본 것으로서 적절하다고 보기 어렵다. 또한 다수의견에 따라 이 사건 처분이 위법하여 취소된다고 하더라도 교원노조법 제2조가 위헌이 아닌 이상(헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌마671 등 결정), 원고의 법률위반 문제는 해소되지 아니한 채 그대로 남아 있게 된다.

2) 노동조합 설립신고가 있는 경우 행정청은 법상 설립요건에 부합하는 한 이를 수리하여야 한다. 다수의견에 따르면, 노동조합 설립신고가 일단 수리되었다면 현행법상으로는 어떠한 경우에도 노동조합으로서의 지위를 부인할 수 없다는 것이 된다. 그런데 헌법상 설립이 자유인 정당도 그 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 해산될 수 있다(헌법 제8조 제4항)는 점에 비추어 볼 때, 노동조합의 권리도 민주적 기본질서와 같은 헌법 질서 아래에서 보장된다고 보아야 한다. 따라서 노동조합이 어떠한 범위반행위를 하더라도 현행법상으로는 그 법적 지위를 부인할 수 없다는 태도는 받아들이기 어렵다. 예컨대, 노동조합이 중대한 결격사유가 있음에도 의도적으로 행정청을 기망하여 설립신고 수리를 받아낸 경우에도 이미 설립신고가 수리된 이상 절대로 그 수리처분의 효력을 배제할 수 없다고 할 것인가? 노동조합이 사용자의 이익을 대표하는 자를 중심으로 구성되고 사용자의 경비 원조에 전적으로 의존하는 경우, 노동조합이 근로조건 유지·개선 문제는 제쳐두고 오로지 정치적 이념을 추구하면서 정당 활동·선거운동 등에 전념하는 경우 등과 같이 해당 노동조합의 불법성이 명백한 경우라면 어떠한가? 아무리 중대한 결격이 있더라도 일단 한번 부여된 지위는 절대로 회수할 수 없다고 보는 것은 타당하지 않다. 이는 매우 사소한 결격사유가 있을 뿐인데도

일단 위법이 있는 이상 무조건 그 지위를 박탈할 수 있다고 보는 것이 타당하지 않은 것과 마찬가지로이다.

법외노조 통보는 노동조합에 대한 불이익한 처분이고, 이 사건과 같이 10여년 이상 적법한 노동조합으로 존속해 온 원고의 경우에는 더욱 그러하다고 할 수 있다. 그런데 법외노조 통보는 행정청의 시정명령 위반이나 시정요구 불이행에 대한 제재가 아니다. 노동조합 설립신고를 수리하는 처분을 하였다가 법이 정한 노동조합의 요건을 결여하였다는 이유로 그 처분 이전의 상태로 되돌리는 것일 뿐이다. '법외노조 통보'라는 용어를 사용한다고 하더라도 그 실질은 노동조합 설립신고 수리처분의 직권취소 또는 철회에 해당한다고 볼 수 있다(이 사건 처분사유는 설립신고 수리 이후 법상 결격사유가 발생하였다는 것이므로, 이하 철회를 중심으로 본다). 이렇게 본다면, 이 사건 시행령 조항은 법외노조 통보의 '근거'가 되는 조항이 아니라 노동조합 설립신고 수리처분 철회의 '절차'를 규정한 조항에 해당하게 된다. 즉, 이 사건 시행령 조항은 행정법의 일반 원칙에 따라 이루어질 수 있는 노동조합 설립신고 수리처분의 철회를 제한하는 것으로서, '시정요구'를 통하여 행정절차법상 불이익 처분에 관하여 요구되는 사전통지와 의견진술의 기회를 부여하고 이로써 해당 노동조합에게 자율적 시정의 기회를 제공하는 가중적 절차규정이라고 보아야 한다. 결국 이 사건 처분이 적법한지 여부는 이 사건 시행령 조항의 유·무효 문제가 아니라 이와 같은 철회의 적법성 문제라고 봄이 타당하다.

3) 행정청이 어떤 처분을 한 경우 사후에 그 효력을 존속시킬 수 없는 새로운 사정이 발생하였음을 이유로 이를 철회할 수 있는지, 특히 명시적인 법적 근거가 없는 경우에도 철회가 가능한지 문제된다. 비록 당초 처분에 의하여 부여한 지위를 원래의 상

태로 되돌리는 것이라고 하더라도, 아무런 법적 근거 없이 임의로 기존 처분을 철회하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다고 할 수 있다. 그러나 그러한 법적 근거는 가급적 명문으로 규정하는 것이 바람직하지만 현대국가의 복잡하고 다양한 행정작용 속에서 모든 경우에 명문의 규정을 둔다는 것은 쉬운 일이 아니다.

이에 대법원 판례는, 비록 그 처분 당시에 별다른 하자가 없었고, 또 그 처분 후에 이를 철회할 별도의 법적 근거가 없다고 하더라도, 원래의 처분을 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정처분으로 당초 처분을 철회할 수 있고, 다만 수익적 행정처분을 철회하는 경우에는 이미 부여된 처분상대방의 기득권을 침해하는 것이 되므로, 수익적 행정처분을 철회하여야 할 중대한 공익상 필요와 그 철회로 인하여 처분상대방이 입게 될 기득권과 신뢰보호 및 법률생활 안정의 침해 등 불이익을 비교·형량한 후 공익상 필요가 처분상대방이 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 한하여 철회할 수 있다고 한다(대법원 1986. 2. 25. 선고 85누664 판결, 대법원 2004. 11. 26. 선고 2003두10251, 10268 판결 등 참조).

그런데 다수의견은, 입법자가 반성적 고려에서 노동조합 해산명령 제도를 폐지한 것을 강조하면서 이 사건 시행령 조항은 무효이므로 법외노조 통보는 불가능하다고 한다. 헌법이 근로자의 단결권을 기본권으로 보장하고 있는 점에 비추어 볼 때 법외노조 통보를 허용하지 않으려는 다수의견의 태도에도 수긍이 가는 점이 있다.

그러나 노동조합 설립신고 수리처분에 불가침의 절대적 효력이 있다고 할 수는 없으므로, 노동조합 해산명령 제도를 폐지한 취지를 고려하더라도 노동조합 설립신고 수리처분을 직권취소·철회할 수 없다고 볼 것은 아니다. 행정행위 직권취소·철회 법리는

명시적인 법적 근거가 없는 경우를 전제로 하고 있고, 처음부터 근거가 없었던 경우이든 원래 있었던 근거가 없어진 경우이든 달리 볼 이유가 없다. 이는 '입법의 미비'를 보충하기 위한 것이 아니라 '행정의 법적합성'을 확보하기 위한 것이기 때문이다. 종래 판례가 개별 법령에서 취소·철회 사유를 명시하고 있는 경우에도 그 법정사유가 아닌 다른 공익상의 필요 등을 이유로 한 직권취소·철회가 가능하다고 보고 있는 점 역시 이러한 맥락에서 이해할 수 있다(대법원 2002. 11. 26. 선고 2001두2874 판결, 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006두6505 판결, 대법원 2014. 7. 10. 선고 2013두7025 판결 등 참조).

한편, 다수의견은 법외노조 통보 제도가 '법률'이 아닌 '시행령'에 규정되어 있으므로 무효라고 한다. 법률은 법외노조 통보를 규정한 바 없고, 이를 시행령에 위임하지도 않았다는 것이다.

그러나 법률이 직접 법외노조 통보를 규정한다면 그 자체로 모든 문제가 해결되는 것인지 의문이다. 다수의견이 헌법상 법률유보원칙과 법률상 노동조합 해산명령 제도의 폐지 연혁을 강조하는 것을 고려하면, 만일 법률에 규정되어 있다면 그에 따른 법외노조 통보가 가능할 것처럼 보인다. 반면, 다수의견이 법외노조 통보의 중대한 침익성을 강조하면서 이는 결국 헌법상 노동3권을 본질적으로 제약한다고 하는 점에 비추어 보면, 설령 법률에 규정되어 있더라도 단결권을 침해하는 법외노조 통보는 허용될 수 없을 것 같기도 하다.

바로 여기에 다수의견의 난점이 있다. 언뜻 보기에는 법외노조 통보가 '법률'이 아닌 '시행령'에 규정되어 있는 것이 근본적 문제인 것 같지만, 설령 법률에서 직접 규정하더라도 법외노조 통보 자체가 가지는 실질적 위헌성 문제는 고스란히 남는 것이다. 노

동조합법이 노동조합의 적법요건과 결격사유를 규정하면서 설립신고 제도를 두고 있는 이상, 법외노조 통보의 직접적인 근거가 법률에 있는지 시행령에 있는지는 중요한 문제가 아니다. 문제는 과연 어떤 경우에 법외노조 통보를 할 수 있는지에 있고, 여기서 분명한 것은 결격의 실질과 정도, 추구하는 공익의 존부와 성격, 침해되는 노동조합의 기득권과 법적 안정성 등을 전혀 고려하지 아니한 채 일률적으로 법외노조 통보를 할 수 있다고 볼 수는 없다는 점이다. 그리고 바로 이 부분을 강조하는 것이 수익적 행정행위 직권취소·철회 제한 법리이다. 법외노조 통보를 법률에 규정한다고 하여 문제가 해소되지는 않는다. 어떤 경우에 법외노조 통보가 허용될 수 있는지를 규명하여야 한다. 설령 법외노조 통보가 법률에 규정되어 있더라도, 그것이 결격사유의 발생만을 이유로 아무런 제한조건 없이 일률적으로 법외노조 통보를 하도록 하는 내용이라면, 아마도 다수의견 역시 그러한 법률은 위헌적이라고 보게 될 것이다.

요컨대, 법률이 노동조합의 개념을 정의하고 그 적법요건과 함께 결격사유를 명백히 규정하면서 이를 관철하기 위하여 설립신고 제도를 두고 있는 이상, 입법자가 법률상 노동조합 해산명령 제도를 폐지한 채 별도로 법외노조 통보에 관한 법률 규정을 두지 않았다고 하더라도, 결격사유의 발생이 인정되는 한 노동조합 설립신고 수리처분의 직권취소·철회로서 법외노조 통보를 할 수 있다고 보아야 한다. 다만 노동조합 설립신고의 수리는 수익적 행정처분이므로 수익적 행정행위 직권취소·철회 제한 법리에 따라 일정한 제한이 가해질 뿐이다. 문제는 통보의 '가능성'이 아니라 통보의 '타당성'이다. 즉, 과연 어떤 경우에 법외노조 통보를 할 수 있는지가 문제이다.

4) 결국 이 사건 시행령 조항의 유·무효와 무관하게, 이 사건 시행령 조항이 없더라도 현행 법률규정과 행정법의 일반원칙에 따라 노동조합 설립신고 수리처분을 철회

하는 의미에서 법외노조 통보를 할 수 있으므로, 다수의견과 같이 이 사건 시행령 조항을 무효로 보는 의미는 없어지거나 반감되고, 이 사건 법외노조 통보의 적법 여부를 실질적으로 판단해 주어야만 분쟁이 해결된다고 할 수 있다. 그리고 이렇게 본다면, 이 사건 시행령 조항의 성격을 적극적으로 해석하여 이는 수익적 행정처분인 노동조합 설립신고 수리처분의 사후적 철회 절차를 규정한 것으로서 무효가 아니라고 보는 것이 온당한 태도라고 생각한다. 다시 말하면, 이 사건 시행령 조항은 결격사유가 있는 경우 "노동조합으로 보지 아니한다"라는 이 사건 법률 규정에 근거한 것으로서, 행정청이 법외노조임을 통보하기 전에 반드시 시정요구를 거치도록 하는 절차적 가중요건을 규정한 것으로 봄이 타당하다. 이 사건 시행령 조항을 무효로 보는 것은 위와 같은 시정요구 절차를 제거함으로써 오히려 노동조합에 더 불리한 결과를 초래할 뿐이다.

이와 같이 이 사건 법외노조 통보의 법적 성질을 노동조합 설립신고 수리처분의 철회라고 본다면, 이 사건의 쟁점은 이 사건 시행령 조항이 유효한지 여부에서 법외노조 통보를 통하여 달성하려는 공익상 필요와 이로 인하여 원고가 입게 될 불이익을 비교·형량할 때 과연 이 사건 법외노조 통보가 적법한지 여부로 옮겨가게 된다. 이러한 공익과 사익의 비교·형량은 비례의 원칙으로 표현되고, 불이익처분인 이 사건 법외노조 통보를 하는 경우에도 비례의 원칙이 준수되어야 함은 당연하다. 따라서 원고가 해직 교원의 조합원 가입을 허용하고 있다는 사정만으로 그 즉시 법외노조 통보의 요건이 충족된다고 볼 것은 아니다. 결국 이 사건 법외노조 통보의 적법성은 원고 내 해직 교원의 수와 그 해직 교원들이 원고의 활동에 미치는 영향, 원고가 해직 교원을 조합원으로 받아들이고 있는 것이 헌법 질서에 반하거나 노동조합의 본질을 훼손하는지 여부, 원고에 대한 법외노조 통보를 통하여 달성되는 공익, 법외노조 통보로 인하여 원고

가 입게 되는 불이익 등 여러 사정을 종합하여 판단하여야 한다.

나. 이 사건 법외노조 통보의 적법 여부

1) 헌법은 결사의 자유를 보장하고 있고, 특히 근로자의 단결권을 보장하고 있다. 노동3권을 구성하는 단결권, 단체교섭권, 단체행동권은 각자 독자적인 의미를 가지고 근로조건 유지·개선이라는 동일한 목적을 지향하면서 상호 유기적 일체로 작동한다. 노동조합의 결성과 운영은 이러한 단결권의 행사 그 자체로서 노동기본권의 실질적 보장을 위한 현실적 토대가 되므로, 근로자가 자유로이 노동조합을 조직하거나 이에 가입하는 것은 특별한 사정이 없는 한 금지되거나 제한되어서는 아니 되고, 노동조합법이 규정한 설립신고 제도는 이러한 노동조합의 헌법적 의미와 기능을 부당하게 침해하지 않는 범위에서 이해되고 운용되어야 한다.

노동조합의 단결권을 과도하게 제한하면, 그 단체로서는 이 점에 대한 저항이 당면한 주요 목표가 되고, 이념에 충실한 투쟁적인 사람들이 단체의 주도권을 잡게 되며, 아울러 모든 정책 방향도 과격하게 될 수 있다. 눈앞에 강력한 장애물이 있으면 단체 구성원의 다양한 의견은 사라지고 오로지 그 장애물 제거에 온 힘을 쏟게 되는 것이다. 어떤 단체가 이념에 매몰되지 않도록 하기 위해서는 이념 문제가 다툼의 대상이 될 수 있는 소지를 없애는 것이 필요하다. 합리적 의견이 설 수 있는 자리를 제공하는 것은 다양성과 유연성으로 대화하고 토론하는 문화의 정착에도 도움이 된다.

2) 해직자를 노동조합의 조합원에서 배제하는 것은 아래와 같은 세계 보편적 기준에 반한다.

선진 각국과 국제사회는 해직자의 노동조합 가입을 허용하고 있고, 해직자가 조합원으로 가입하고 있다는 이유로 해당 노동조합의 지위를 부정하지도 않는다. 지금까지



동료였던 조합원을 단지 사용자로부터 해고되었다는 이유만으로 노동조합으로부터 배제하도록 강제하는 법제는 우리나라를 제외하고는 찾기가 쉽지 않다. 이는 노동조합의 본질과 정신에 정면으로 반하는 것이다. 이러한 세계 보편적 기준은 일시적으로 막을 수는 있지만 건강한 사회라면 언젠가는 도달하게 되는 것이다.

국제노동기구(International Labour Organization, ILO)는 2020년 6월 현재 전체 190개 협약 중 가장 기본적인 노동권에 관한 4개 분야의 8개 협약을 '핵심협약(Fundamental Conventions)'으로 지정하고 모든 회원국에 대하여 그 비준 및 준수를 강력히 권고하고 있다. 그 중 「결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약(제87호 협약)」은 제2조에서 "근로자 및 사용자는 어떠한 차별이나 사전 허가 없이 스스로의 선택에 따라 단체를 설립하고 그 단체의 규약에 따를 것을 조건으로 단체에 가입할 권리를 가진다."라고 규정하고 있다. 이는 일체의 차별과 정부의 사전 허가 없는 단결권의 보편적 보장 원칙을 국제노동기준으로 확립한 것이라고 할 수 있다.

실제로 국제노동기구 제320차 이사회는 2014. 3. 26. 우리나라 정부의 결사의 자유 위반에 관한 권고를 담은 결사의 자유 위원회 제371차 보고서를 채택하였는데, 여기서 위원회는 '노동조합법 제2조 제4호 단서 라.목(이 사건 법률 규정 라.목)에 의한 해직자의 노동조합 가입금지가 결사의 자유에 위배된다'는 입장을 밝힌 바 있다. 나아가 위 결사의 자유 위원회는 2017. 6. 17. 제382차 보고서에서 이 사건과 직접 관련하여 같은 취지의 의견을 제시하면서 '해직자가 조합원이 되는 것을 금지하고 있는 법률의 관련 조항을 지체 없이 폐지하기 위하여 필요한 조치를 취하고, 이에 관한 상세한 정보를 제공할 것을 한국 정부에 다시 한 번 강력히 요청한다'고 권고하였다.

한편, 유럽연합(European Union, EU)은 2011년 발효된 「대한민국과 유럽연합 및 그

회원국 간의 자유무역협정」에 근거하여 우리나라의 국제노동기구 핵심협약 비준 노력이 미흡하다는 이유로 분쟁해결절차를 개시하는 등 지속적으로 우리나라 정부에 노동기본권 보장과 관련한 문제를 제기하고 있다. 최근 2019. 7. 4. 유럽연합은 우리나라 정부에 위 자유무역협정 제13장(무역과 지속가능한 발전) 제14조 제1항에 따른 전문가 패널의 소집을 공식 요청하여 우리나라 정부가 노동기본권을 침해함으로써 자유무역협정을 위반하였다고 주장하고 있는데, 여기서도 '노동조합법 제2조 제4호 단서 라.목(이 사건 법률 규정 라.목)에 따라 해직자의 조합원 가입을 이유로 해당 노동조합의 자격을 부인'하는 점을 주요 위반사항의 하나로 들고 있다.

우리나라는 1991년 국제노동기구에 가입한 이후 국내법과의 관계를 고려하여 단계적으로 협약을 비준하여 왔는데, 아직까지 위 핵심협약 8개 중 결사의 자유와 강제노동 금지 관련한 4개 협약(제29호, 제87호, 제98호, 제105호)을 비준하지 않고 있다. 그러나 정부(소관 : 고용노동부)는 2019. 5. 22. 위 4개 협약 중 제87호 협약을 포함한 3개 협약에 관하여 비준 절차에 착수한다고 발표하였고, 현재 그 후속작업이 진행되고 있다. 나아가 정부는 지난 20대 국회에서 실업자·해고자의 노동조합 가입을 인정하는 관련 법률 개정안을 제출한 바 있고, 21대 국회에서도 같은 내용의 개정안을 다시 제출한 상태이다.

3) 이상에서 살펴본 바를 전제로 하여 구체적으로 이 사건에 관하여 보면 아래와 같다.

해직 교원의 조합원 가입은 앞서 본 확립된 국제기준과 헌법상 단결권의 가치에 비추어 볼 때 입법적·정책적으로 조속히 인정되어야 할 문제이지, 형식적인 법적용을 통하여 노동조합의 존재 자체를 와해시킬 문제가 아니다. 관련 입법적·정책적 개선이

지연되고 있는 이상 이 사건의 사법적 판단을 통하여 해결의 실마리를 찾아야 한다.

이 사건에서 문제된 해직 교원은 9명으로서 원고의 전체 조합원 약 6만 명 중 극히 일부인바, 위 해직교원 9명으로 인하여 원고의 활동이나 자주성에 영향을 미쳤다거나 미칠 가능성이 있음을 인정할 자료가 없다. 오히려 기록에 의하면, 이 사건 해직교원 9명 중 원고의 주요 의사결정기구인 대의원대회, 중앙위원회, 중앙집행위원회 구성원은 전혀 없는 것으로 보일 뿐이다. 한편, 원고는 기업별 노동조합이 아니라 산업별·직종별·지역별 노동조합에 대응한다. 그런데 교원이 아닌 일반 근로자의 경우 산업별·직종별·지역별 노동조합은 해직자를 조합원으로 둘 수 있다(대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결 등 참조). 집단적 노사관계에서 단결권을 보장할 필요가 있기 때문이다. 이러한 사정에 비추어 보면 원고가 해직 교원을 조합원으로 두고 있는 것이 헌법 질서에 반하거나 노동조합의 본질을 훼손한다고 보기는 어렵다.

이 사건 법외노조 통보를 통하여 달성되는 공익도 불분명하다. 피고는 헌법 제31조 제6항의 교원지위법정주의와 교원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 지위를 언급하면서, 이러한 교원 지위의 특수성과 직무의 중요성에 비추어 교원과 교원 노동조합에게 요구되는 특별한 도덕성과 사회의 신뢰 등을 거론하고 있으나, 오히려 기존 조합원이 해직되었다는 이유만으로 노동조합에서 배제하는 것이 과연 위와 같은 가치에 부합하는 것인지 의문이 없지 않다. 반면에, 이 사건 법외노조 통보로 인하여 원고에게 발생하는 불이익은 매우 크다. 노동조합법상 명시적으로 규정된 내용만 보더라도, 법외노조 통보를 받은 노동조합은 더 이상 노동조합이라는 명칭을 사용할 수 없고(제7조 제3항), 법인격을 유지할 수 없으며(제6조), 노동위원회에 노동쟁의의 조정 및 부당노동행위의 구제를 신청할 수도 없고(제7조 제1항), 조세를 면제받을 수도 없다(제8조). 이러한 상

황에서 원고가 노동조합으로서 제대로 기능할 수 없음은 말할 필요도 없다. 원고는 이 사건 법외노조 통보로써 사실상 노동조합으로서 존재 의의와 가치를 상실하였다고 할 것이다.

한편, 이 사건 법외노조 통보의 정당성과 관련하여, 법외노조 통보는 분명 현행 법령상 제도이지만 과연 이 제도가 실제로 기능하고 있는지, 규범적 정당성을 확보하고 있는지에 관하여도 생각해 볼 점이 있다. 피고의 주장에 의하더라도 실제로 피고가 행한 법외노조 통보는 현재까지 전국공무원노동조합에 대한 2009. 10. 20.자 통보와 이 사건 2013. 10. 24.자 통보 외에는 없었던 것으로 보인다. 그런데 법외노조 통보 제도가 '법정요건을 결여한 노동조합이 존립할 수 없도록 한다'는 이유에서 1988. 4. 15. 도입된 제도라는 점을 고려하면(대통령령 제12429호), 그로부터 30년이 넘게 지나도록 피고가 행한 법외노조 통보가 오직 2건뿐이라는 것은 이 제도의 사문화 또는 자의적 선별적용을 시사한다. 우리 산업계에서 현직 근로자가 아닌 해직자가 가입 상태를 유지하고 있는 노동조합은 적지 않은 것으로 보이는바, 이 사건 법외노조 통보가 비례·평등의 원칙에 부합하는 것인지 의문이 아닐 수 없다.

4) 헌법은 우리 국민이 자유롭고 문화적인 민주복지국가를 이룩하여 향구적인 세계 평화와 인류공영에 이바지함을 그 이념으로 하고 있다. 이러한 헌법이념을 실현하기 위해 교육기본법은 제2조에서 "교육은 홍익인간의 이념 아래 모든 국민으로 하여금 인격을 도야하고 자주적 생활능력과 민주시민으로서 필요한 자질을 갖추게 함으로써 인간다운 삶을 영위하게 하고 민주국가의 발전과 인류공영의 이상을 실현하는 데에 이바지하게 함을 목적으로 한다."라고 규정하고, 특히 제6조 제1항에서 "교육은 교육 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 정치적, 파당적 또는 개인적 편

견을 전과하기 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다."라고 규정하고 있다.

그런데 오늘날 교육은 조직화·제도화된 학교교육이 중심을 이루고 있고, 학교교육을 수행하는 사람이 교원이라는 점에서 교원은 사용자에 고용되어 근로를 제공하고 임금 등 반대급부를 받는 일반 근로자와 다른 특성이 있다. 이에 교원노동조합은 교원 노동조합 및 그 조합원의 일체의 쟁의행위를 금지하고(제8조), 교원 노동조합의 일체의 정치활동을 금지하고 있으며(제3조), 그 밖에 교육공무원법 제51조 제1항, 국가공무원법 제78조 제1항, 제65조, 사립학교법 제55조, 제58조 제1항, 정당법 제6조, 공직선거법 제60조 제1항 등에서 교원의 정당가입, 선거운동 등 정치적 행위를 광범위하게 금지하고 있다. 이러한 현행법 체계를 감안하면 교원 노동조합의 활동은 사실상 교원의 근로조건 향상을 위한 단체교섭에 한정되고, 교원 노동조합의 정치화 또는 그로 인하여 교육의 공공성이나 국민의 교육받을 권리가 저해되는 결과가 초래될 위험은 이미 차단되어 있다고 볼 수 있다.

이러한 점에 비추어 보면, 해직 교원의 교원 노동조합 가입을 이유로 하는 이 사건 법외노동조합 통보의 적법성 문제를 교육의 중요성이나 교원지위의 특수성 문제로 치환하거나 이를 중심으로 판단할 것은 아니다. 우리 법제는 교원 노동조합이 국민 전체의 이익과 어긋나지 않도록 충분히 제도화되어 있고, 우리 사회는 해직 교원의 교원 노동조합 가입을 수용할 만한 충분한 저력이 있다고 본다.

5) 법위반행위를 장려할 일은 아니다. 실정법이 존재하는 한 지켜져야 하는 것은 당연하므로 그 위반행위를 한 자에게 제재가 가해지는 것은 마땅한 일이다. 그러나 그 제재가 적절한 수준을 넘어 해당 단체의 단결권 자체를 제약하는 것이라면 이는 다른 문제이다. 법은 언제나 합법적이지만 그렇다고 그 자체로 정당한 것은 아니다. 법은 자

기목적적일 수 없으며 그 타당성을 검증받아야 한다. 또한 법은 영원할 수 없다. 법이 처음부터 잘못된 경우도 있지만 시대의 변화에 따라 잘못되게 된 경우도 우리가 흔히 경험하는 바이다.

국민은 불합리한 법령이나 제도에 반대의 의사를 표현할 자유가 있다. 이러한 개선 요구를 위하여 폐지 청원을 하거나 폐지를 구하는 소송을 하는 방법도 있지만, 그 과정에서 범위반행위가 발생한 경우 그에 따른 책임을 다투는 과정에서 잘못된 법이 바로잡아지는 것도 그리 드문 일이 아니다.

이 사건에서도 원고는 부당한 노동조합 법제에 대한 항의의 표시로 이 사건 부칙 조항을 시정하지 않고, 해직 교원 9명을 배제하지 않고 있는 것으로 볼 수 있다. 만일 원고가 목전의 제재만을 피하고자 하였다면 형식적으로 규약을 개정하거나 일시적으로 해직 교원을 배제할 수도 있었을 것이다. 그러나 원고는 그렇게 하지 않았다. 오히려 원고는 시정명령에 대한 불복소송은 물론 이 사건에서도 심대한 불이익을 감수하면서 노동조합의 가치와 관련 법제의 개선을 주장하고 있다. 원고는 '법률'이 아닌 '법'을 주장하고 있는 것이다. 이 경우 이를 이유로 단체의 존재를 부인할 것이 아니라 문제되는 행위에 대한 적절한 수준의 법적 제재를 통하여 상황을 바로잡을 수 있다. 미래 세대의 삶에 지대한 영향을 미치는 교육과 관련하여 교원 단체의 과격성향이나 이념편향이 문제라고 하더라도, 자유로운 사상의 경쟁시장을 통하여 그리고 국민의 건전한 상식과 균형감각을 바탕으로 제자리를 찾도록 하는 것이 바람직하고, 단체의 단결권을 제한함으로써 해결할 일은 아니라고 생각한다. 사법적 판단은 분쟁과 갈등을 해소하고 법적 평화를 통하여 사회통합을 이루는 것을 지향하여야 한다.

다. 결론

법외노조 통보는 수익적 행정처분인 노동조합 설립신고 수리의 직권취소 또는 철회를 의미하므로, 이 사건 시행령 조항의 무효 여부와 관계없이 이 사건 법외노조 통보의 적법 여부를 판단하여야 한다. 즉, 원고의 위법사항이 과연 원고의 노동조합으로서의 지위 자체를 박탈할 정도의 것인지 살펴보아야 한다. 이 사건의 핵심적 쟁점은 여기에 있고, 이 사건 판결의 규범적 의미 역시 여기서 찾을 수 있다.

헌법은 근로자의 단결권을 기본권으로 보장하고 있다. 노동조합은 노동3권의 행사를 위한 기본적 토대가 되고, 해직자 역시 스스로 사용자가 되지 않는 한 근로자의 지위를 벗어날 수 없으므로 노동3권의 보장이 필요하다. 세계적으로 해직자를 노동조합에서 배제하도록 하는 법제는 현재로서는 물론 과거의 역사를 돌아보더라도 그 유례를 찾기 어렵다. 해직자의 노동조합 가입을 허용하는 것은 이미 국제사회의 확고한 표준으로 자리잡았고, 우리나라 역시 같은 방향으로 가고 있다. 그렇다면 이 사건에서 문제는 이 사건 법률 규정 라.목에도 불구하고 원고가 해직 교원의 조합원 자격을 유지하도록 하고 있는 것을 과연 어떻게 평가할 것인지에 있다.

이 사건의 경우, 법을 위반한 것이 명백하고 그 위반사항에 대한 시정명령과 시정요구까지 거부하고 있는 원고에 대하여 법외노조 통보를 한 것은 적법하며, 법외노조 통보가 노동조합 설립신고 수리처분의 철회에 해당한다는 점을 들어 이를 위법하다고 볼 수는 없다는 취지의 의견도 경청할 점이 있다. 그러나 앞서 본 것처럼 세계 보편적 기준은 해직 교원의 교원 노동조합 가입을 허용하는 것으로 정립되어 있다. 이는 교육의 중요성과 교원지위의 특수성을 고려하더라도 해직 교원의 교원 노동조합 가입을 불허할 필연적인 이유는 없다는 것을 보여준다. 원고가 해직 교원을 조합원으로 받아들이고 있다고 하여 그러한 사정만으로 원고의 노동조합으로서의 법적 지위 자체를 박탈할

것은 아니다. 원고의 노동조합으로서의 정당성은 그 활동에 따라 평가할 문제이지 해직 교원이 조합원으로 가입되어 있는지 여부에 따라 결정할 문제가 아니다.

요컨대, 이 사건 법외노조 통보가 위법한 것은 이 사건 시행령 조항이 무효이기 때문이 아니라 원고의 위법사항에 비하여 과도한 것이기 때문이다. 따라서 이와 다른 전제에서 이 사건 법외노조 통보를 적법하다고 본 원심의 판단에는 수익적 행정처분의 철회 제한에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 원심판결은 파기되어야 한다.

위와 같이 원심판결이 파기되어야 한다는 결론은 다수의견과 같이하나, 그 파기이유는 다르므로 별개의견으로 이를 밝혀둔다.

## 6. 대법관 이기택, 대법관 이동원의 반대의견

### 가. 이 사건 법외노조 통보의 정당성에 관하여(상고이유 제1점, 제2점)

교원노조법 제14조 제1항에 의하여 교원 노동조합에 적용되는 이 사건 법률 규정라.목 본문은 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 "노동조합으로 보지 아니한다."라고 규정하고, 이 사건 시행령 조항은 이 경우 행정관청은 시정을 요구하고 기간 내에 노동조합이 이를 이행하지 아니하면 "노동조합으로 보지 아니함을 통보하여야 한다."라고 규정하고 있다.

위와 같은 규정에 대하여 다수의견은, 법외노조 통보는 이미 적법하게 설립된 노동조합에 대한 법적 보호를 박탈하거나 제한하는 것으로서 이에 대하여는 원칙적으로 법률로 규정하여야 하고, 행정입법으로 규정하기 위하여는 반드시 법률의 명시적이고 구체적인 위임이 있어야 하는데, 이 사건 시행령 조항은 법률의 위임 없이 법률이 정하지도 아니한 법외노조 통보에 관하여 규정하고 있으므로 무효이고, 이 사건 법외노조



통보는 이와 같이 무효인 이 사건 시행령 조항에 기초한 것이어서 위법하다는 것이다.

그러나 앞서 본 규정에 의하면 이미 설립신고를 마친 노동조합이라 하더라도 근로자가 아닌 자의 가입을 허용한다면 더 이상 노동조합으로 볼 수 없고, 이를 시정하지 않는 이상 행정관청은 노동조합으로 보지 아니함을 통보하여야 한다. 이러한 명확하고 일의적인 법령을 달리 해석할 여지는 없다. 이 사건에서 원고는 설립신고 당시부터 규약을 통하여 해직 교원의 조합원 가입을 전면적으로 허용하고 있었으므로 이 사건 법률 규정 라.목 본문에 해당하고, 이에 관한 피고의 시정요구를 이행하지 아니하였다. 따라서 피고가 앞서 본 규정에 따라 원고에게 법외노조 통보를 한 것은 적법하다. 그 상세한 이유는 다음과 같다.

1) 법은 불특정 다수인에 대하여 동일한 구속력을 갖는 사회의 보편타당한 규범이므로 이를 해석함에 있어서는 법의 표준적 의미를 밝혀 객관적 타당성이 있도록 하여야 하고, 가급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일관성을 유지함으로써 법적 안정성이 손상되지 않도록 하여야 한다. 법률의 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 동원하더라도, 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하여야 하고, 법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결, 대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다83431 전원합의체 판결 등 참조).

헌법 제75조는 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다."라고 규정하고

있는바, 그 취지는 모든 대통령령의 제정에 있어서 법률의 위임이 있어야 한다는 것이 아니고, 대통령은 국민의 기본권 제한 등 헌법이 반드시 법률에 의하여서만 규율할 수 있도록 하는 것을 제외하고는 법률의 집행을 위한 구체적인 방법과 절차 등에 관하여 대통령령을 제정할 수 있다는 것이다(대법원 2007. 1. 11. 선고 2004두10432 판결 등 참조). 그리고 법률의 시행령이나 시행규칙은 그 법률에 의한 위임이 없으면 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률이 규정하지 아니한 새로운 내용을 정할 수는 없지만, 법률의 시행령이나 시행규칙의 내용이 모법의 입법 취지와 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴보아 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 아니하거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 모법의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없으므로, 모법에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 아니하였다고 하더라도 이를 무효라고 볼 수는 없다(대법원 2014. 8. 20. 선고 2012두19526 판결, 대법원 2017. 2. 16. 선고 2015도16014 전원합의체 판결 등 참조).

2) 노동조합법 제2조 제4호 본문은 '노동조합'을 "근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체"라고 정의한다. 노동조합법은 위와 같이 근로자가 노동조합의 주체라고 명시하면서, 제2조 제1호에서 근로자에 관하여 직업의 종류를 묻지 않고 임금·급료 그 밖에 이에 준하는 수입으로 생활하는 사람이라고 별도로 정의하고 있다. 이에 따라 노동조합법상 근로자는 사용자와 사용종속관계에 있으면서 노무에 종사하고 대가로 임금 등을 받아 생활하는 사람을 말하고, 사용자와 사용종속관계가 있는 한 노무제공계약이 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없는 것이지만(대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두33712 판결 등 참조), 노동조합법상

근로자가 아닌 자는 노동조합법이 정한 적법한 노동조합을 조직할 수 없는 것으로 귀결된다(대법원 1992. 5. 26. 선고 90누9438 판결 등 참조).

나아가 노동조합법이 제2조 제4호 본문에서 규정하는 '자주적으로 조직하는 단체'라 함은 대내적으로 근로자가 스스로의 의사에 의하여 조직하고 대외적으로는 그 운영에서 사용자를 비롯한 제3자의 간섭이나 개입이 배제되어야 한다는 의미이다. 이와 관련하여 이 사건 법률 규정은 '사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하는 경우(가.목)', '경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받는 경우(나.목)', '근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우(라.목 본문)'를 열거함으로써 이에 해당하는 단체를 노동조합법상의 노동조합으로 보지 아니한다고 규정하고 있다.

한편 노동조합법 제5조는 본문에서 근로자의 자유로운 노동조합 조직·가입을 허용하면서도, 그 단서에서 공무원과 교원에 대하여는 따로 법률로 정하도록 규정하고 있다. 이에 교원노조법은 교원의 노동조합 설립에 관한 사항을 정하고 교원에 적용할 노동조합법에 대한 특례를 규정하면서 그 제2조에서 '교원'을 정의하고 있는데, 이는 교원노조법이 적용되는 교원의 범위를 정함과 동시에 교원 노동조합의 설립 주체 및 그 조합원 자격을 제한하는 강행규정이다. 따라서 교원 노동조합의 조합원이 될 수 있는 교원은 현실적으로 교원으로 근무하고 있거나, 해고되었지만 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 하고 그에 관한 중앙노동위원회의 재심판정이 있기 전인 사람에 한정되고(대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두6998 판결, 대법원 2016. 1. 14. 선고 2012도10066 판결 등 참조), 그 외의 사람은 교원 노동조합의 조합원이 될 수 없다. 교원 노동조합이 위와 같이 조합원 자격이 없는 자의 가입을 허용하게 되면 이 사건 법률 규정 라.목 본문의 '근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우'에 해당하게 된다. 교원노

조법상의 '교원'을 원칙적으로 위와 같이 재직 중인 교원으로 한정할 것인지, 아니면 아직 교원으로 임용되지 않은 교사자격 소지자나 해고된 교원 등에 대하여까지 폭넓게 문호를 개방할 것인지를 선택은 궁극적으로 입법정책의 문제라고 볼 수 있겠지만, 앞서 본 바와 같이 현행법은 교원 노동조합의 활동과 직접적이고 실질적인 이해관계를 가지는 '재직 중인 교원'에 한정하여 조합원이 될 수 있는 자격을 부여하는 입장을 명확히 하고 있다. 이는 교원이 아닌 사람들이 교원 노동조합의 의사결정 과정에 개입함으로써 현직 교원의 근로조건에 영향을 주어 교원 노동조합의 자주성을 해치는 것을 방지하고자 하는 데 그 목적이 있다 할 것이므로, 적어도 현 시점에서 이를 해석·적용함에 있어서는 '해고된 교원'은 조합원 가입이 허용될 경우 도리어 부당한 간섭 내지 개입을 통하여 교원 노동조합의 자주성을 해칠 수 있는 '제3자'에 해당한다고 보아야 한다.

3) 이 사건 법률 규정은 법상 결격사유에 해당하는 경우에는 "노동조합으로 보지 아니한다."라고 규정하면서, 라.목 본문에서 "근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우"를 들고 있다. 여기서 '노동조합으로 보지 아니한다'는 것은 곧 '노동조합이 아닌 것으로 본다'는 취지이다. 그리고 법에서 '본다'는 규정은 원칙적으로 추정과 달리 반증이 허용되지 않는 간주를 의미하거나 적어도 위 규정이 직접적으로 대외적인 효력을 가지는 것을 의미한다. 따라서 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 노동조합은 명칭과 달리 더 이상 노동조합법상 노동조합이 될 수 없고, 이른바 '법외노조'에 해당할 뿐이다. 행정관청이 이를 간과한 나머지 설립신고를 수리하였더라도 이 사건 법률 규정에 의하여 처음부터 노동조합이 아닌 것으로 보게 되는 법적 효과가 발생·유지되고, 이와 달리 설립신고가 수리된 이후에 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우에는 사후적으

로 노동조합이 아닌 것으로 보는 효력이 발생하여 노동조합법상 노동조합의 지위가 그 무렵 상실된다고 보아야 한다. 이러한 효과는 이 사건 법률 규정이 '정의규정'이라는 점에 근거하는 것이 아니라 '간주규정'이라는 점에 근거하는 것이다. 즉 이 사건 법률 규정이 정한 요건에 해당하는 경우 그에 따른 법률관계가 즉시 형성되고, 이것이 간주 규정이 가지는 의미이다. 이 사건 법률 규정이 정의규정이라고 하여 위와 같은 간주의 효력이 달라지는 것은 아니다.

위와 같이 이 사건 법률 규정이 직접적으로 대외적인 효력을 갖는다고 새겨야 하는 것은, 위 단서 부분이 같은 호의 본문 부분과 결부되어 근로자가 노동조합의 주체인 지위를 상실하거나 노동조합이 자주성을 상실하는 것을 실효성 있게 방지하기 위한 규정이라는 점을 고려할 때 더욱 그러하다. 만일 어느 노동조합이 '사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하는 경우(가.목)'나 '경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받는 경우(나.목)'에 해당하는 경우, 이는 그 자체로 노동조합법상의 노동조합이 되기 위한 본질적 요건인 자주성을 심각하게 흠결한 것이어서 법상 노동조합의 지위가 부여되어서는 아니 되고, 행여 그 노동조합의 설립신고가 행정관청에 의해 이미 수리되었다고 하여 수리 전과 다르게 보아서는 아니 된다. 이와 같이 이 사건 법률 규정 가.목 또는 나.목에 해당하는 경우를 놓고 도출되는 해석은 라.목 본문인 '근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우'에 대하여도 동일하게 적용되어야 한다. 앞서 본 바와 같이 라.목도 가.목 또는 나.목과 마찬가지로 근로자가 아닌 제3자가 부당한 간섭 내지 개입으로 노동조합의 자주성을 해치는 것을 방지하기 위하여 마련된 규정이기 때문이다. 대법원이 1997. 10. 14. 선고 96누9829 판결에서 무자격 노동조합의 설립신고가 수리된 경우 해당 회사는 항고소송으로 위 수리처분 자체를 다룰 수 있는

원고적격은 없으나, 신고증을 교부받은 노동조합이 부당노동행위 구제신청을 하는 등 법이 허용하는 절차에 구체적으로 참가한 경우에는 그 절차에서 노동조합의 무자격을 직접 주장하여 다룰 수 있다는 취지로 판시한 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있다.

또한 노동조합법은 이 법에 따른 보호는 '노동조합법에 의하여 설립된 노동조합'에 한한다는 취지를 분명히 하면서(제7조 제1항, 제3항), ① 행정관청은 노동조합 설립신고서 또는 규약이 기재사항의 누락 등으로 보완이 필요한 경우 대통령령이 정하는 바에 따라 20일 이내의 기간을 정하여 보완을 요구하여야 한다고 규정하고 있고(제12조 제2항), ② 행정관청으로 하여금 제2조 제4호 단서 각 항목의 결격사유가 있는 단체의 노동조합 설립신고서를 반려하도록 규정하고 있으며(제12조 제3항 제1호), ③ 노동조합의 규약이 노동관계법령에 위반한 경우 행정관청은 노동위원회의 의결을 얻어 그 시정을 명할 수 있고(제21조 제1항), 이러한 시정명령을 받은 노동조합은 원칙적으로 30일 이내에 이를 이행하여야 하며(제21조 제3항), 이에 위반한 때에는 500만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(제93조 제2호). 이와 같이 노동조합법에 의하면 행정관청은 결격사유가 있는 단체의 설립신고서를 반려하여야 하고, 결격사유가 발생한 노동조합에 대하여 그 시정을 명할 수 있는바, 노동조합법 제12조 제2항의 위임에 따라 노동조합법 시행령은 행정관청이 노동조합의 설립신고에 대하여 보완을 요구하여야 하는 사유 중 하나로 '설립신고서에 규약이 첨부되어 있지 아니하거나 설립신고서 또는 규약의 기재사항 중 누락 또는 허위사실이 있는 경우'를 들고 있다(제9조 제1항 제1호). 그리고 이 사건 시행령 조항인 노동조합법 시행령 제9조 제2항의 법문 중 '노동조합이 설립신고증을 교부받은 후 법 제12조 제3항 제1호에 해당하는 설립신고서의 반려사유가 발생한 경우에는 행정관청은 30일의 기간을 정하여 시정을 요구하고'까지의 부분은,

앞서 본 노동조합법 제12조 제3항 제1호 및 제21조 제1항, 제3항의 내용을 그대로 반복한 것이거나 이를 정확히 이어받은 것으로 볼 수 있다.

이러한 관련 규정들의 내용과 체계를 종합하여 보면, 노동조합법은 설립신고가 수리된 후 활동 중인 노동조합의 경우에도 설립 단계의 노동조합과 마찬가지로 근로자가 아닌 자의 가입이 허용되지 아니함을 분명히 하고 있다. 따라서 노동조합법에 의한 노동조합이 되려면 그 설립 당시뿐만 아니라 설립된 이후에도 법이 정하고 있는 요건을 갖추어야 하고, 이미 설립신고를 마친 노동조합이라 하더라도 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하면 그 때부터 더 이상 적법한 노동조합이 아니라는 점에는 의문의 여지가 없다. 이 경우 앞서 본 대법원 96누9829 판결의 판시에 따라 해당 회사가 그 노동조합은 무자격 노동조합이라는 주장을 직접 개진할 수 있는 것과 마찬가지로, 행정관청은 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 단체를 노동조합으로 보아서는 아니 되며, 오히려 노동조합으로 취급하면 그것이 위법이라고 볼 수 있다.

4) 이와 같이 근로자가 아닌 자의 가입이 허용되는 경우 노동조합으로 볼 수 없게 되는 효과는 이 사건 법률 규정, 즉 "노동조합으로 보지 아니한다."라는 규정 자체에 기하여 주어진다고 볼 수 있다.

그런데 위와 같이 법의 규정은 매우 명백하지만, 구체적으로 어떤 노동조합이 현재 법외노조인지, 언제 어떠한 사유로 법외노조가 되었는지 등은 그리 명확하지 않을 수 있고, 이로 인하여 그 노동조합은 물론이고 관련 이해관계자들에게 불필요한 혼란이 야기될 수 있다. 이에 결격사유가 발생한 노동조합을 더 이상 적법한 노동조합으로 취급하지 않을 책임이 있는 행정관청이 관련 법률관계를 보다 명확히 하기 위하여 법외노조 통보를 하여야 할 필요성이 대두되고, 이에 관한 규정이 바로 이 사건 시행령 조

항이다. 즉 이 사건 시행령 조항은 노동조합법에 의하여 법외노조가 되는 효과를 실현하기 위한 구체적인 방법과 절차에 관한 규정으로서 매우 자연스러운 집행명령에 해당한다.

다만 노동조합법과 시행령은 위법한 규약 등의 시정명령 제도를 두고 있을 뿐 아니라 법외노조 통보 이전에 위법한 규약 등에 대한 시정요구 절차를 거치도록 규정하고 있다. 이 또한 행정관청이 결격사유가 발생한 노동조합에 대하여 적법한 노동조합으로 복귀할 수 있는 자율적 시정의 기회를 부여하려는 취지로서 순리에 맞는다고 볼 수 있다. 따라서 이러한 시정 기회가 부여되었음에도 끝내 시정되지 아니한 채 법위반 상태가 지속되는 경우에 비로소 이 사건 법률 규정에 따른 효력이 확정적으로 발생하고, 이때에는 해당 회사와 같은 이해관계인은 물론이고 행정관청 역시 결격사유가 있는 노동조합에 대하여 더 이상 노동조합법에 따른 보호가 주어지지 아니한다는 입장을 취할 수 있음은 당연하다. 즉 법상 결격사유가 발생한 노동조합은 "노동조합으로 보지 아니한다."라는 규정에 따라 법외노조가 되는 것이지만, 그와 같은 효력은 시정명령 및 시정요구의 절차가 남아 있는 동안에는 추상적·잠재적이었다가 결격사유에 대한 시정명령 및 시정요구에 응하지 아니한 때에 비로소 구체적·확정적인 것으로 된다. 행정관청은 이러한 노동조합으로 보지 아니하는 효력의 확정에 따라 법외노조가 된 노동조합을 상대로 더 이상 노동조합법에 따른 노동조합으로 보지 아니한다는 취지의 법외노조 통보를 하게 되는 것이다.

이렇게 본다면, 이 사건 시행령 조항 중 '그 기간 내에 이를 이행하지 아니하는 경우에는 당해 노동조합에 대하여 이 법에 의한 노동조합으로 보지 아니함을 통보하여야 한다'는 부분은, 비록 모법인 노동조합법에서 구체적인 위임이 이루어지지 않는 않지만



노동조합법에 위배된다거나 무효라고 할 수 없다. 앞에서 이미 언급한 바와 같이, 법률의 시행령은 그 모법에 의한 위임이 없으면 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 모법이 정하지 아니한 새로운 내용을 정할 수 없는 것이 원칙이지만, 시행령은 모법에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항뿐만 아니라 모법을 집행하기 위하여 필요한 사항도 규정할 수 있으므로, 해당 시행령 규정이 개인의 권리·의무에 관한 내용을 직접 변경·보충하는 것이 아니라면 위와 같은 제한을 받지 않기 때문이다. 따라서 모법을 시행하거나 집행하기 위하여 필요한 사항 내지 지침이나 준칙으로서의 규정을 두는 것은 모법의 규율 범위를 벗어나지 않는 한 얼마든지 허용되고, 나아가 시행령의 내용이 모법의 입법 취지와 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴 보아 모법의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 아니하거나 모법 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 모법의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다.

구체적으로 앞서 3)항에서 본 관련 규정들의 내용과 체계에 비추어 살펴보면, 행정관청이 법상 결격사유가 있는 노동조합에 대하여 시정요구 등을 하였으나 끝내 시정되지 아니한 경우 이 사건 법률 규정에 따라 적법한 노동조합으로 보지 아니한다는 내용의 통보를 하도록 이 사건 시행령 조항이 규정하는 것은, 이 사건 법률 규정에 따라 노동조합으로 보지 않게 되는 법적 효과가 이미 발생하였고 행정관청도 그와 같은 입장을 취하게 되었음을 공식적으로 알려주기 위한 조치의 일환이다. 이는 행정관청의 노동조합에 대한 효율적인 조직체계 정비·관리를 위하여 필요할 뿐 아니라 노동조합이 자주성과 민주성을 갖춘 조직으로 존속할 수 있도록 보호·육성하기 위한 차원에서도 바람직하다. 설립신고를 마친 단체가 이 사건 법률 규정 각 항목의 결격사유에 해

당하여 노동조합의 본질에 반하거나 노동조합으로서의 자주성과 민주성을 갖추지 못한 경우에도 행정관청이 시정명령 또는 시정요구를 하는 것 외에는 아무런 조치도 취할 수 없다고 보게 되면, 노동조합법에 따른 법적 보호를 받을 자격이 없고 받아서도 아니 되는 단체가 노동조합임을 자처하면서 난립하는 상황을 방지할 수 없게 된다. 따라서 노동조합법이 법외노조 통보에 관하여 시행령에서 정하도록 직접 위임하는 규정을 두지 아니하였다 하더라도, 이 사건 법률 규정에 따라 발생하는 효력이 현실적으로 집행될 수 있도록 행정관청이 위 조항에 따른 효력의 발생 사실을 알리는 것이 허용되지 않을 이유가 없고, 이 사건 시행령 조항은 바로 이러한 취지에서 마련된 것이라고 볼 수 있다.

그런데 다수의견은 이 사건 법률 규정은 적법한 노동조합의 판단기준일 뿐이므로, 이 사건 시행령 조항이 법외노조 통보를 규정한 것은 법이 규정하거나 위임하지 않은 사항을 새로이 규정한 것이어서 무효라고 한다. 그러나 앞서 본 바와 같이 이 사건 법률 규정은 결격사유가 있는 경우 적법한 노동조합이 아님을 규정한 것으로서, 그 자체로 요건과 효과를 모두 명시하고 있는 완결적 규정이다. 따라서 이러한 법규정에 의하여 법외노조가 된 노동조합에게 그 사실을 통보하는 것은 전혀 새로운 것이 없는 사항이고 특별한 위임이 필요한 문제도 아니다. 그럼에도 다수의견은 마치 이 사건 법률 규정에 어떤 미비나 흠결이라도 있는 것처럼 전제하고, 이에 기초하여 이 사건 시행령 조항을 법률상 근거 내지 법률의 위임이 없는 전혀 새로운 규정이라고 단정하고 있다. 이러한 다수의견의 입장은 이 사건 법률 규정이 그 자체로 완결적인 규정임을 간과한 것이거나 이 사건 시행령 조항이 무효라는 결론을 위하여 법규정의 의미를 임의로 축소하는 편의적 해석일 뿐이다.

5) 한편 노동조합법 제12조 제1항에 의하면, 행정관청은 설립신고를 접수한 때 설립 신고서 또는 규약의 기재사항 누락 등으로 보완이 필요하거나 설립하고자 하는 노동조합에 법이 정한 결격사유가 있는 경우 등을 제외하고는 3일 이내에 신고증을 교부하여야 한다. 이에 따라 설령 어떤 노동조합이 법외노조 통보를 받더라도 그 결격사유를 시정하여 다시 설립신고를 하면 늦어도 3일 내에 적법한 노동조합으로서의 지위를 회복할 가능성이 열려 있다. 일반적으로 건축허가의 취소 등과 같이 수익적 행정행위를 취소하는 처분은 그 취소처분으로 인하여 비로소 효과가 발생하고, 처분의 효력이 종국적이어서 설령 처분상대방이 처분사유를 해소하더라도 다시 종전과 같은 수익적 처분을 받게 되리라고 장담할 수 없으므로 처분상대방에게 회복하기 어려운 손해를 야기할 수 있다. 그러나 법외노조 통보의 경우에는 이 사건 법률 규정에 따라 노동조합으로 보지 않게 되는 효력이 기정사실로서 이미 발생하였고, 그 노동조합에게 법에 맞게 규약과 조직을 정비할 때까지는 적법한 노동조합으로 인정할 수 없음을 알리면서 합법으로 회귀할 것을 촉구하는 데 그칠 뿐이므로 일반적인 수익적 행정행위 취소처분과는 다른 특성을 가지고, 이는 철회의 경우에도 마찬가지이다. 이러한 사정을 고려하면 법외노조 통보가 침익적인 속성을 가진다는 시각에 매몰되어 이를 가급적 자제하여야 한다는 쪽으로 치우쳐 바라보는 것은 타당하지 않다. 이는 앞서 언급한 바와 같이 어느 노동조합이 이 사건 법률 규정 중 '사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하는 경우(가.목)'나 '경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받는 경우(나.목)'에 해당하는 경우, 행정관청으로서의 그와 같이 노동조합으로서의 자주성과 민주성을 갖추지 못한 단체에 대하여 법외노조임을 통보하는 적극적인 조치를 취하는 것이 마땅하다는 점을 상기하여 보더라도 그러하다.

노동조합법상 법외노조 통보의 침익적인 측면은, 노동조합법이 정한 요건이 흠결되었을 뿐 아니라 그에 관한 행정관청의 시정명령과 시정요구에도 끝내 불응함으로써 이 사건 법률 규정에 따라 노동조합으로 보지 아니하는 효력이 발생하게 된 단체가, 스스로 노동조합법이 정한 요건을 다시 갖추으로써 얼마든지 적법한 노동조합으로 회복할 수 있는 길이 열려 있음에도 이를 거부한다는 자가당착에서 비롯되었을 따름이다. 다시 말해, 위와 같은 단체가 노동조합법이 정한 법의 보호만 선별적으로 받기 위한 요량으로 이 사건 법률 규정이 없는 셈치고 노동조합법상의 노동조합으로 취급하여 달라는 식의 모순된 요구를 하기 때문에 생기는 문제인 것이지, 침익적 행정처분으로부터 국민을 어떻게 보호할 것인가의 문제로 치환하여 살펴볼 성질의 문제가 아니다.

6) 앞서 본 바와 같이 원고는 이 사건 법률 규정에 의하여 법외노조가 된 것이고, 이 사건 시행령 조항에 따른 법외노조 통보에 의하여 법외노조가 된 것이 아니므로 법외노조 통보 자체에 특별한 의미를 부여할 것은 아니지만, 설령 이와 달리 보더라도 피고가 원고에 대하여 한 법외노조 통보는 적법한 것으로 볼 수 있다.

주지하다시피 행정행위를 한 처분청은 그 처분에 하자가 있는 경우 별도의 법적 근거가 없더라도 스스로 이를 취소할 수 있고, 비록 그 처분 당시에 별다른 하자가 없었고 또한 그 처분 후에 이를 철회할 별도의 법적 근거가 없다 하더라도 원래의 처분을 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정행위로 이를 철회할 수 있다. 다만 당초의 행정행위가 수익적인 것이었다면 일정한 경우 수익적 행정처분의 취소·철회 제한 법리에 따라 그러한 취소·철회가 허용되지 않을 여지가 있을 뿐이다(대법원 1986. 2. 25. 선고 85누664 판결, 대법원 2004. 11. 26. 선고 2003두10251, 10268 판결 등 참

조).

노동조합 설립신고의 수리는 크게 보아 노동조합법 제2조 제4호에서 정한 설립요건을 갖춘 노동조합을 법상 노동조합으로 인정함으로써 노동조합법이 정한 권리와 혜택을 향유할 수 있는 법적 지위를 부여하는 수익적 행정처분에 해당한다. 따라서 피고는 특별한 제한사유가 없는 한 별도의 법령상 근거규정이 없더라도 철회사유가 발생한 교원 노동조합에 대하여 노동조합 설립신고의 수리를 사후적으로 철회하는 의미에서 법외노조 통보를 할 수 있고, 이 사건 시행령 조항은 이러한 행정법의 일반법리에 따라 당연히 도출되는 행정관청의 철회 권한을 주의적·확인적으로 규정한 것에 불과하다는 결론에 이를 수 있다. 이는 앞서 본 바와 같이 노동조합법 제12조 제3항 제1호가 설립 신고서를 제출한 단체에 대하여 이 사건 법률 규정의 각 항목에 해당하는지를 심사하여 이에 해당하는 경우 그 설립신고를 반려하도록 규정하고 있다는 점과도 일맥상통한다. 위 규정은 노동조합으로서의 실질적 요건을 갖추지 못한 노동조합의 난립을 방지함으로써 근로자의 자주적이고 민주적인 단결권 행사를 보장하려는 데 그 취지가 있고, 이에 따라 행정관청은 해당 단체가 이 사건 법률 규정의 각 항목에 해당하는지 여부를 실질적으로 심사할 수 있는 권한을 가지게 되는데(대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두6998 판결 등 참조, 다만 위 대법원 2011두6998 판결에 의하면 설립신고 단계에서의 실질적 심사권한은 전면적인 것이 아니라 일부 제한된다), 이러한 실질적 심사권한은 노동조합의 설립신고가 수리된 이후에도 노동조합법 제21조에 규정된 바와 같이 행정관청에 지속적으로 유보되어 있어, 행정관청은 심사 결과 이 사건 법률 규정 각 항목의 결격사유가 발생한 노동조합에 대하여는 시정명령 등을 통하여 적법한 노동조합으로 복귀하도록 조치할 수 있게 되어 있다. 그럼에도 끝내 적법한 노동조합으로 복귀

하는 것을 거부하는 경우 행정관청으로 하여금 법외노조 통보를 하도록 한 이 사건 시  
행령 조항은 행정관청이 가진 위와 같은 실질적 심사권한이 현실에서 구현되는 모습을  
규정하고 있을 따름이다.

이는 결격사유가 있는 단체의 노동조합 설립신고를 행정관청이 수리하기 전과 수리  
한 후의 각 상황을 규범적으로 비교·평가하여 보더라도 그러하다. 만일 행정관청이  
설립신고서가 접수된 후 이 사건 법률 규정의 각 항목에 해당하는지 여부를 실질적으  
로 심사하는 과정에서 어느 항목 소정의 결격사유가 있음을 발견하였고 최종적으로 그  
보완이 이루어지지 않아 노동조합 설립신고를 반려하거나 그 수리를 거부하기에 이르  
렀다면, 이러한 조치는 앞서 본 노동조합법 제12조에 기초한 것으로서 적법하고, 따라  
서 설립신고의 수리가 거부된 해당 단체에 대하여는 노동조합법에 따른 법적 보호 내  
지 이른바 법내노조로서의 지위가 부여되는 법적 효과가 주어지지 않을 것이다. 그런  
데 동일한 사안에서 행정관청이 결격사유가 있음을 미처 발견하지 못한 나머지 설립신  
고를 그대로 수리하였으나 곧바로 그 결격사유를 발견하여 이 사건 시행령 조항에 정  
하여진 절차를 거쳐 법외노조 통보를 하게 되었다고 상정하면, 이는 설립신고가 수리  
되기 전에 결격사유가 발견된 경우와 실질적으로 동일한 상황이므로 그와 균형 잡힌  
결과를 도출하기 위한 적법·타당한 조치라고 보아야 하는 것이지, 이와 달리 설립신  
고가 수리되었다는 사정만으로 마치 해당 단체의 실체가 변화하여 설립신고가 수리되  
기 전과 본질적으로 성격이 달라졌다거나 특별한 법적 보호가 주어져야 한다는 시각에  
서 사법심사의 기준을 훨씬 엄격하게 설정하는 것은 옳지 않다. 설령 행정관청이 설립  
신고를 수리한 것 자체에 상당한 의미를 부여하여 해당 단체의 기득권 내지 설립신고  
수리에 대한 신뢰를 보호할 필요가 있다고 보더라도, 이 사건 시행령 조항은 행정관청

으로 하여금 결격사유가 발견되는 경우 곧바로 법외노조 통보를 할 수 있도록 한 것이 아니라, 30일의 기간을 정하여 시정을 요구하고 그 기간 내에 이를 이행하지 아니한 경우에 비로소 법외노조 통보를 하도록 정하고 있으므로, 법외노조 통보 이전의 이러한 조치만으로도 해당 단체의 기득권 내지 종전 신뢰를 보호하기 위한 절차적인 보장은 충분히 주어진 것으로 보아야 한다.

더욱이 수익적 행정처분을 취소하는 경우, 그 처분의 하자가 당사자의 사실은폐나 기타 사위의 방법에 의한 신청행위에 기인한 것이라면 당사자는 그 처분에 의한 이익이 위법하게 취득되었음을 알아 그 취소가능성도 예상하고 있었다고 할 것이므로, 그 자신이 위 처분에 관한 신뢰의 이익을 원용할 수 없음은 물론이고 행정청이 이를 고려하지 아니하였다고 하여도 재량권의 일탈·남용이 되지 않는다(대법원 1991. 4. 12. 선고 90누9520 판결 등 참조). 원심이 인정한 사실에 의하면, 원고는 설립신고 당시 해직 교원의 가입을 허용하는 규약을 가지고 있으면서도 설립신고서에 그와 같은 내용이 삭제된 허위의 규약을 제출하여 설립신고가 수리되었고, 그 후 피고가 이를 확인하여 시정명령과 시정요구를 하였음에도 이에 불응하였음을 알 수 있으며, 또한 기록에 의하면 원고는 앞으로도 노동조합법이 정하는 노동조합의 요건을 갖추 의사가 없음을 명확히 표시하고 있다. 즉 원고는 처음부터 노동조합법이 정한 요건을 갖추지 않았고, 행정관청을 의도적으로 기망하여 설립신고가 수리되었으며, 그것이 문제가 되어 두 차례의 시정명령과 한 차례의 시정요구를 받았음에도 그 시정을 거부하였고, 앞으로도 시정할 의사가 전혀 없다는 것이다. 이와 같은 상황을 고려할 때 원고는 이 사건 법외노조 통보의 처분사유를 가지고서 행정에 대한 자신의 신뢰 내지 법적 안정성이 저해된다고 다룰 수 없다 할 것이다. 오히려 이와 같이 당초의 설립신고가 처음부터 거짓이나 부

정한 방법으로 이루어진 경우, 이를 수리한 뒤에 발견한 행정관청으로서는 이 사건 시행령 조항의 문언에 따라 반드시 법외노조 통보를 하여야 하고, 위와 같은 통보 이후에도 법이 정한 요건을 갖추기만 하면 언제든지 적법한 노동조합으로 회복될 수 있는 것이므로, 여기에 수익적 행정처분의 취소·철회 제한 또는 재량권의 일탈·남용에 관한 논의는 처음부터 들어설 자리가 없다.

대법관 안철상의 별개의견은 법외노조 통보 제도가 남용되어서는 아니 된다는 차원에서 입법을 위한 논의로서는 경청할 만한 것이지만 현행법의 해석으로서서는 받아들일 수 없다. 이 사건 법률 규정은 결격사유가 있음에도 적법한 노동조합으로 인정될 수 있는 예외를 규정하고 있지 않다. 이에 이 사건 시행령 조항은 시정의 기회를 부여하되 이에 불응하는 노동조합에 대하여는 반드시 법외노조 통보를 '하여야 한다'고 규정하고 있다. 결격사유가 있는 노동조합에 대한 법외노조 통보는 그 전제가 되는 시정명령 내지 시정요구에 문제가 있지 않는 한 필연적인 것이다. 그런데 이 사건에 관하여 보면, 이 사건 1차 시정명령의 적법성이 다투어진 행정소송에서 그 적법성을 인정하는 대법원 판결이 확정되었고(서울행정법원 2010. 11. 5. 선고 2010구합27110 판결, 서울고등법원 2011. 9. 9. 선고 2010누43725 판결, 대법원 2012. 1. 12.자 2011두24231 판결), 위 1차 시정명령의 불이행에 관한 형사 유죄판결도 대법원에서 확정되었으며(서울남부지방법원 2011. 12. 1. 선고 2011고단131 판결, 서울남부지방법원 2012. 7. 26. 선고 2011노1798 판결, 대법원 2016. 1. 14. 선고 2012도10066 판결), 이 사건 시정요구 직후 제기된 헌법소원 사건에서 헌법재판소는 교원노조법의 적용을 받는 교원의 범위를 초·중등학교에 재직 중인 교원으로 한정하고 있는 교원노조법 제2조에 관하여 청구인 전국교직원노동조합 및 해직 교원들의 단결권을 침해하지 않는다는 등의 이유로



합헌결정(헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌마671 등 결정)을 하였다. 즉 원고가 해직 교원의 조합원 가입을 허용하는 것이 위법함은 이미 수차례 반복적으로 확인되었다. 이러한 상황에서 원고의 기득권 주장을 허용하는 것은 현행법에 의한 규율을 포기하는 것이다.

7) 이 사건 처분사유는 원고가 해직 교원의 조합원 가입을 허용하는 규약을 가지고 있고, 실제로 9명의 해직 교원이 원고의 조합원으로 활동하고 있는데, 행정관청인 피고가 이를 시정하라고 요구하였음에도 불응하였다는 것이다.

우선 이 사건 법외노조 통보 당시 9명의 해직 교원이 원고의 조합원으로 활동하고 있었던 것은 엄연한 사실이고, 원고 역시 이를 부정하지 못하고 있으므로, 이 부분 처분사유만으로도 이 사건 법외노조 통보의 적법성을 인정하기에 부족함이 없다.

더욱이 원고는 위와 같은 해직 교원의 조합원 가입을 이 사건 부칙 조항을 통하여, 즉 규약으로써 공식화하고 있다. 정관 내지 규약은 단체의 설립과 존속 및 활동에 있어 가장 기본적이고 중요한 근거가 되는 것으로서 그 단체의 동일성을 식별하고 정체성을 형성·유지하는 핵심적 사항이다. 원고는 바로 이러한 규약 자체에서 해직 교원의 조합원 가입을 허용하고 있는 것이다. 그것도 단순히 과거 한때의 일이거나 현재의 일시적인 상황이 아니라 장래에 대하여 앞으로도 계속 해직 교원의 조합원 가입을 허용하겠다는 의사를 표시하고 있다. 노동조합이 근로자가 아닌 자의 조합원 가입을 허용하고, 조합원으로서 활동할 수 있도록 하는 것은 법을 위반하는 것이다. 그와 같은 상황이 단순한 업무착오 등에 기하여 일시적으로 발생한 것이 아니라 노동조합의 명시적 의사결정에 따른 것이라면 그와 같은 노동조합은 법에 의한 노동조합이기를 스스로 포기한 것이다. 하나의 법을 두고, 그 법에서 정한 요건은 갖추지 않겠다면서, 그 법에

의한 효과만을 누리겠다고 하는 것은 모순이다. 이는 비단 노동조합법만의 문제가 아니다. 공법이든 사법이든, 실체법이든 절차법이든 모든 법에서 마찬가지이다. 예컨대, 의료법이 규정하는 필수적 설비는 갖추지 않겠다면서 의료법에 의한 병원으로서의 지위를 부여해 달라고 하는 주장을 받아들일 수는 없다. 이와 같이 모순된 입장을 허용하는 법질서는 애당초 있을 수 없는 것이다.

다시 강조하건대, 이 사건에서 원고는 단순히 해직 교원의 조합원 가입을 소극적으로 묵인한 것이 아니다. 원고의 진정한 의사와 달리 일시적으로 해직 교원이 조합원으로 활동한 것도 아니다. 원고는 공식적인 규약을 통하여 교원이 아닌 자의 조합원 가입을 명시적으로 허용함으로써 교원노조법상 설립요건을 정면으로 위반하였고, 피고의 반복적인 시정명령과 그 시정명령의 적법성을 인정한 법원의 확정판결에도 불구하고 위법한 규약의 보유를 정당하다고 주장하였으며, 앞으로도 교원이 아닌 자의 조합원 가입 문제를 시정할 의사가 전혀 없음을 명백히 표시하고 있다. 그러면서도 원고는 교원노조법에 의한 노동조합으로서의 지위와 보호를 요구하고 있는 것이다. 이와 같이 이율배반적인 주장은 늘상 배척되어 왔고 또 그래야만 한다. 준법 의사가 없는 단체를 그 단체가 거부하고 있는 법에 의하여, 법이 정한 요건을 갖추지 못하였음에도 그 법에 따라 적법한 단체라고 인정해 줄 수는 없다.

대법관 김재형의 별개의견은 일반론으로서는 타당할 수 있으나 이 사건에 관한 해석론으로서는 적절하다고 보기 어렵다. 노동조합법 및 동법 시행령은 해직자의 노동조합법상 근로자성을 명시적으로 부정하면서도, 부당해고와 관련한 일정한 예외를 인정하고, 예기치 못한 부당한 결과를 방지하기 위하여 시정명령 제도와 시정요구 절차를 규정함으로써 사후적 시정 기회까지 부여하고 있다. 이러한 입법자의 명확한 의사와 배

려에도 불구하고 발생하는 상황은 위 별개의견이 전제하는 바와 같이 '상식에 반하는 부당한 결과'가 아니다. 즉 '법령에 의한 단결권의 보호가 미흡한 상황'이 아니라 '노동조합이 현행법을 준수하지 않는 상황'일 뿐이다. 이 사건에서 법문과 다른 해석은 필요하지 않다. 한편 설령 이 사건에서 법문과 다른 해석이 필요하다고 보더라도, 이 사건 시행령 조항을 '기속'이 아닌 '재량'으로 해석하거나, 이 사건 법률 규정에 의한 '간주'의 효력을 완화하거나, 이 사건 법률 규정 라.목 본문을 노동조합의 '자주성' 훼손 여부를 기준으로 판단하거나 또는 근로자가 아닌 자의 '가입'을 신규 가입만으로 한정하는 등의 방법으로도 얼마든지 위 별개의견과 같은 결론을 도출할 수 있다. 그럼에도 위 별개의견은 위와 같은 해석의 가능성은 '명확한 법문에 반한다'는 취지로 모두 배척하면서, 유독 해직 조합원의 조합원 자격 유지에 관하여만 '법문과 다른 해석이 필요하다'고 한다. 이러한 견해는 결론을 전제하여 두고 이에 맞추어 법을 자의적·선택적으로 해석하였다는 비판을 면하기 어렵다.

8) 다수의견은 현행 법외노조 통보 제도를, 대통령령에 의하여 구법상 노동조합 해산명령 제도를 부활시킨 것이라고 비판한다.

그러나 노동조합 해산명령 제도가 존재하던 당시의 법은 노동조합을 정의하면서 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 등 결격사유가 있는 경우에 관하여 "다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다."라고 규정하였다. 이는 현행법의 "다음 각목의 1에 해당하는 경우에는 노동조합으로 보지 아니한다."라는 규정과는 큰 차이가 있다. "그러하지 아니하다."라는 것은 단순히 소극적인 의미를 가지는 쪽에 가깝고 그로부터 적극적인 효력이 발생하는지 여부가 명확하지 아니하나, "노동조합으로 보지 아니한다."라는 것은 그 자체로 적극적인 효력이 부여된다고 보아야 하기 때문이

다.

또한 노동조합 해산명령의 사유는 "노동관계법령에 위반하거나 공익을 해할 염려가 있다고 인정하는 경우"인데 반하여[구 노동조합법(1987. 11. 28. 법률 제3966호로 개정되기 전의 것) 제32조], 법외노조 통보의 사유는 이 사건 시행령 조항이 규정한 바대로 "법 제12조 제3항 제1호에 해당하는 설립신고서의 반려사유가 발생한 경우", 즉 "법 제2조 제4호 단서 각목의 1에 해당하는 경우"를 말하고, 결국 '노동조합으로 보지 아니하는 결격사유가 발생한 경우'를 뜻한다(노동조합법 시행령 제9조 제2항, 노동조합법 제12조 제3항 제1호, 제2조 제4호). 이와 같이 노동조합 해산명령 제도는 그 위반의 성격이나 경중을 따지지 아니한 일체의 범위반, 나아가 심지어 단순히 공익을 해할 염려가 있다는 사유만으로도 해당 노동조합의 해산을 명할 수 있도록 한 것이었으나, 법외노조 통보 제도는 노동조합법의 정의규정상 노동조합으로 인정될 수 없는 경우, 즉 애당초 법의 적용대상 자체가 될 수 없는 경우만을 통보의 사유로 엄격히 한정하고 있다.

여기에 앞서 본 바와 같이 법외노조 통보는 그 통보로써 비로소 법외노조가 되게 하는 것이 아니라 이미 노동조합법에 의하여 법외노조가 되었음을 사후적으로 알려주는 것에 불과하다는 점을 보태어 보면, 과거의 노동조합 해산명령 제도 하에서는 행정관청이 자의적으로 적법한 노동조합의 지위를 부당하게 박탈하거나 침해할 위험이 있었으나, 현재의 법외노조 통보 제도 하에서는 행정관청이 노동조합법상 노동조합에 해당하지 않게 된 단체에 대하여 소정의 절차를 거쳐 법 자체에 의하여 발생한 효과를 명확히 인식할 수 있도록 알려줄 뿐이어서 여기에 그 어떤 부당한 자의가 개입될 여지는 전혀 없다.

입법자가 노동조합 해산명령 제도를 폐지한 취지는 노동조합의 단결권에 대한 부당한 침해를 방지하는 데 있는 것이지, 불법 노동조합의 영구적 존속을 보장하는 데 있는 것이 아니다. 노동조합 해산명령 제도가 폐지되었다고 하여 적법요건을 결여한 노동조합에 대한 법외노조 통보까지 금지된다고 볼 아무런 이유가 없다.

이러한 사정을 종합하면, 현행 법외노조 통보 제도는 노동조합에 관한 정의규정의 실효성 확보를 위한 필수적 장치로서 노동조합법에 이미 내재되어 있다 할 것이다. 이를 구법상 노동조합 해산명령 제도와 같은 평면에 놓거나 입법자에 의하여 폐지된 제도를 행정부가 임의로 부활시킨 것이라고 치부할 수는 없다.

9) 지금까지 살펴본 바에 의하면, 어느 단체가 노동조합법이 규정한 요건을 갖추면 적법한 노동조합이 되고, 해당 요건을 갖추지 못할 경우에는 법외노조가 되며, 이는 이 사건 법률 규정 자체에 의하여 직접적으로 주어지는 법적 효과임을 알 수 있다. 행정관청으로서 법에서 정한 요건을 갖추지 못한 단체의 노동조합 설립신고를 반려하여야 하고, 설립신고가 수리된 이후 그와 같은 사정이 밝혀지면 시정명령과 그 불이행에 대한 형사처벌 등을 통하여 시정을 유도하되 그럼에도 불구하고 끝내 시정이 이루어지지 않는 경우에는 시정요구 절차를 거쳐 법외노조 통보를 하여야 한다.

이는 법이 일정한 의무를 부과하면서도 그 의무위반에 대한 대처방법에 관하여 침묵하고 있는 경우와는 상황이 다르다. 노동조합법 및 동법 시행령은 노동조합으로서의 요건을 갖추지 못한 경우 "노동조합으로 보지 아니한다."라고 규정함으로써 그 위반의 효과를 명백히 규정하고 있고, 나아가 설립신고 반려와 법외노조 통보를 규정함으로써 위와 같은 법률효과의 실현을 보장하고 있기 때문이다.

이와 같이 이 부분 법체계에는 전혀 흠결이 없다. 오히려 법령 자체를 놓고 보면 아

무런 문제가 없는 완벽한 규정이다. 그럼에도 다수의견은 이와 같이 아무런 흠결이 없는 완벽한 법체계에 흠결이 있음을 기본 전제로 하여 해석을 시작한다. 그러나 이 사건은 위헌법률심판이 아니고, 입법론을 다루는 것도 아니다. 이 사건에서는 사법(司法)이 문제될 뿐이다. 법원으로서의 완결된 법체계를 그 자체로 해석·적용하여 요건이 충족된 경우 그에 관한 법률효과를 부여하면 된다. 다수의견은 불필요하게 문제를 복잡하게 보고 있다. 만일 법에 정당성이 부족하다고 본다면 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하거나 국회에 법개정을 청원하여야 할 것이다.

한편, 다수의견은 법학방법론의 관점에서조차 받아들이기 어렵다. 이 사건의 해결은 이 사건 법률 규정, 즉 "노동조합으로 보지 아니한다."라는 규정의 해석으로부터 출발하여야 한다. 그런데 위 규정은 노동조합법이 정한 결격사유에 해당할 경우 더 이상 적법한 노동조합이 아니라는 것으로서 너무도 명확하다. 즉 노동조합법이 정한 결격사유에 해당한다는 '요건'을 충족한 경우 더 이상 적법한 노동조합이 아니라는 '효과'가 발생하는 것이다. 이러한 자족적이고 완결적인 규정에 대하여 더 이상 해석의 여지는 있을 수 없다. 이를 달리 보는 것은 법해석의 한계를 넘는 것이다. 그럼에도 다수의견은 위와 같은 명백한 문언적 의미를 의도적으로 외면하고 위 규정을 적법한 노동조합의 판단기준에 불과하다면서 분명한 해석을 회피한 채 이 사건 시행령 조항의 유·무효를 논하고 있다. 어떤 사항에 관하여 헌법, 법률, 대통령령이 있는 경우 대통령령의 정당성이 문제될 때에는 먼저 대통령령이 법률에 위반되는지 여부를 살피고, 만일 위법사항이 없다면 다음으로 대통령령이 헌법에 위반되는지, 애당초 법률이 헌법에 위반되는 것은 아닌지를 살펴 판단하여야 한다. 더욱이 이 사건 법외노조 통보서(갑 제5호증)에는 근거법령으로 이 사건 시행령 조항(노동조합법 시행령 제9조 제2항)과 함께 이 사

건 법률 규정 라.목(노동조합법 제2조 제4호 단서 라.목)이 분명히 적시되어 있다. 따라서 이 사건 시행령 조항의 무효 여부는 기본적으로 이 사건 법률 규정의 해석을 통하여 도출되어야 한다. 모법의 의미를 확정하지도 아니한 채 그에 관한 대통령령의 정당성을 판단할 수는 없다.

또한 다수의견의 입장은 설립신고 이후 결격사유가 발생한 경우에 결과적으로 이 사건 법률 규정을 무의미한 것으로 만들어 버린다는 점에서도 문제이다. 노동조합의 설립신고 단계에서 결격사유가 발견되면 "노동조합으로 보지 아니한다."라는 규정에 의하여 법상 노동조합으로 인정할 수 없게 되므로 행정관청은 그 설립신고를 반려하여야 하고, 여기서 위 규정은 분명한 의미를 가진다. 이는 설령 다수의견과 같이 위 규정을 단순히 적법한 노동조합의 판단기준이라고 보더라도 크게 다르지 않다. 그러나 설립신고가 수리된 이후 결격사유가 발생한 경우에 다수의견과 같이 해석하면 위 규정은 아무런 의미를 가지지 못하게 된다. 앞서 본 바와 같이 행정법의 일반법리에 의하면 행정관청은 기왕의 행정행위를 직권으로 취소하거나 철회할 수 있고, 이는 노동조합의 설립신고 수리에 관하여도 마찬가지이기 때문이다. 즉 "노동조합으로 보지 아니한다."라는 규정이 없더라도 행정관청은 결격사유가 발생한 노동조합에 대하여 기존의 설립신고 수리처분을 직권으로 취소하거나 철회할 수 있다. 다수의견 역시 이 사건에서의 취소·철회는 반대할지언정 행정처분의 취소·철회에 관한 일반법리와 이에 기초한 대법원의 확립된 선례마저 부정하지는 않을 것이다. 다수의견과 같이 위 규정이 가지는 독자적 의미를 부정한 채 단지 적법한 노동조합의 판단기준일 뿐이라고 하는 것은, 결국 '노동조합에 결격사유가 발생하면 기존의 설립신고 수리처분을 취소·철회할 수 있다'는 것이 되고, 이는 당연한 내용을 굳이 반복하는 것에 불과하므로, 결과적으로 위

규정은 아무런 실질적 의미를 가지지 못하는 것이다. 법을 문언에 반하여 해석하는 것도 부당하지만, 이와 같이 엄연히 존재하는 법을 무의미한 것으로 만드는 해석 역시 부당함은 다언을 요하지 않는다.

헌법상 법치주의 원리를 구현하기 위하여 구체적인 사건에서 이상적인 법질서를 찾아가는 것은 법원의 가장 중요한 사명이다. 하지만 이는 법원만의 몫이 아니다. 헌법질서에 따라 국회, 정부, 헌법재판소와 함께 나누어 갖는 것이다. 따라서 국회의 입법, 대통령 및 행정부의 법집행과 행정입법, 헌법재판소의 위헌법률심판 등과의 조화 속에서 더 이상적인 법질서로 나아가야 한다. 국회가 법률을 개정하지 않고 있고, 대통령 및 행정부가 법집행을 보류하거나 행정입법을 개선하지 않고 있으며, 헌법재판소가 그와 같은 법령과 제도의 합헌성을 인정하고 있다면 이러한 상황은 마땅히 존중되어야 한다. 법원이 독자적인 판단에 따라 이러한 법령과 제도에 의하여 형성되고 유지되어 온 기존의 법상태를 일거에 뒤집는 것은 설령 그와 같은 해석이 결과적으로 옳은 방향이라 하더라도 그 방식에 있어서는 결코 바람직하지 못하다. 더욱이 그것이 명확한 법령의 문언과 완결적인 제도의 체계를 도외시한 상태에서 이루어진 것이라면 두 말할 나위가 없을 것이다. 법원이 합헌적인 법령과 제도에 의한 질서를 무시한 채 자신만의 정의를 일방적으로 선언하고 다른 국가기관에게 이를 따르도록 강제하는 것은 사법의 한계를 훨씬 뛰어넘는 것으로서 오히려 입법에 가깝다. 다수의견은 법을 해석하지 않고 스스로 법을 창조하고 있다. 설령 다수의견이 궁극적으로 우리 사회가 나아가야 할 곳을 가리키고 있다 하더라도 적어도 현재로서는 다수의견의 이유와 결론을 받아들이기 어렵다.

10) 요컨대, 법은 사회의 보편타당한 규범이므로 원칙적으로 그 문언에 따라 객관적



타당성과 일관성을 유지하여 해석하여야 한다. 노동조합법은 노동조합을 근로자로 구성된 단체로 정의하고 있고, 노동조합법의 특별법인 교원노조법은 교원 노동조합의 조합원이 될 수 있는 '교원'을 정의하면서 해직 교원을 명시적으로 배제하고 있다. 나아가 이 사건 법률 규정은 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 "노동조합으로 보지 아니한다."라고 규정하고 있고, 이는 설립 중인 노동조합은 물론 설립 후의 노동조합의 경우에도 마찬가지로 할 것이므로, 이미 설립신고를 마친 노동조합이라 하더라도 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하게 되면 더 이상 적법한 노동조합으로 보지 아니하는 법적 효과가 위 규정 자체로 인하여 발생한다. 이와 관련하여 이 사건 시행령 조항은 이 사건 법률 규정의 집행을 위하여 행정관청으로 하여금 그 노동조합에게 시정을 요구하되 이를 이행하지 아니하면 "노동조합으로 보지 아니함을 통보하여야 한다."라고 규정하고 있으므로, 설립 후 활동 중인 노동조합이 근로자가 아닌 자의 가입을 허용한 사실이 밝혀졌고 그에 관한 행정관청의 시정요구에도 응하지 않았다면 행정관청은 그 노동조합에게 재량의 여지 없이 법외노조임을 통보하여야 하고, 만일 통보하지 않는다면 근로자의 자주적이고 민주적인 단결권 행사를 보장하여야 할 책무를 오히려 방기한 셈이 되어 위법하다. 이러한 명확하고 완결적인 법령을 달리 해석할 여지는 없으며, 현행 규율 체계 및 내용에 동의할 수 없는 부분이 있다면 이는 입법을 통하여 해결할 문제일 것이다. 다수의견은 완벽한 법체계를 애써 무시하면서 입법과 사법의 경계를 허물고, 이 사건 법률 규정에 관한 분명한 해석을 회피한 채 이 사건 시행령 조항의 정당성을 부정하고 있다. 한편 행정관청은 행정법의 일반법리에 따라 법률에 명시적 근거규정이 없더라도 결격사유가 있는 노동조합에 대하여 그 설립신고의 수리를 사후적으로 취소·철회할 수 있고, 이를 주의적·확인적으로 규정한 이 사건 시행령 조항은

모법인 노동조합법의 구체적 위임이 없더라도 적법·유효하다고 보아야 한다. 더욱이 원고는 규약을 통하여 해직 교원의 조합원 가입을 정면으로 허용하고 있고, 설립신고 당시 그러한 규약의 존재를 숨긴 채 행정관청을 기망하여 수리를 받았으며, 이를 지적하는 피고의 반복적인 시정명령과 시정요구에도 응하지 아니하였으므로, 원고에게 법적으로 정당화될 수 있는 기득권 내지 신뢰는 처음부터 존재하지 않는다. 법이 정한 요건은 지키지 않으면서 그 요건을 충족하였을 경우에 주어지는 법적 지위와 보호만 달라는 식의 억지 주장이 받아들여지는 법체계는 법치주의에 기반한 현대 문명사회에서 존재한 바 없고 앞으로도 있어서는 아니 된다. 피고가 원고에게 법외노조 통보를 한 것은 정당하다. 이것이 관계법령의 문언과 그에 관한 합헌적 해석에 의하여 도출되는 법의 마땅한 요구이자 정의이다.

나. 나머지 상고이유에 관하여(상고이유 제3점 내지 제7점)

원심은 그 판시와 같은 이유로 이 사건 시행령 조항은 죄형법정주의 원칙에 위배되지 않는다고 보고, 원고가 이 사건 부칙 조항을 통하여 해직 교원에게 조합원 자격을 부여한 것은 이 사건 법률 규정 라.목에 해당할 뿐 아니라, 원고는 피고로부터 이 사건 법외노조 통보를 받기 전에 사전통지와 충분한 의견진술의 기회를 부여받았으므로 이 사건 법외노조 통보에 실체적·절차적 하자는 존재하지 아니하며, 판시 사정들에 비추어 이 사건 법외노조 통보가 비례의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 실권의 법리를 위반한 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.

앞서 본 법리 및 관련 법리에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단에 죄형법정주의, 노동조합의 소극적 설립요건, 행정절차법상 사전통지 및 의견청취, 비례의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 실권의 법리 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없

다.

#### 다. 결론

그러므로 원심이 위와 같은 취지에서 원고의 청구를 기각한 제1심판결을 유지한 것은 정당하다. 원고의 상고는 기각되어야 한다.

이상과 같은 이유로 다수의견에 반대하는 취지를 밝힌다.

7. 다수의견에 대한 대법관 박정화, 대법관 민유숙, 대법관 노정희, 대법관 김상환, 대법관 노태악의 보충의견

헌법 제107조 제2항은 "명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다."라고 규정하고 있다. 다수의견은 헌법 제107조 제2항에 근거하여 이 사건 시행령 조항이 위헌이므로 무효라고 판단하였다. 이는 이 사건 시행령 조항의 위헌 여부가 이 사건의 선결적이면서도 중대한 헌법적 쟁점임에 주목하면서 헌법이 대법원에 부여한 본연의 역할 중 하나인 행정입법의 통제에 충실함으로써 이르게 된 결론이다. 아래에서는 별개의견과 반대의견의 문제제기와 논증을 경청하면서, 다수의견의 취지와 의미를 보충하고자 한다.

#### 가. 법원이 하는 헌법재판의 중요성

1) 법에 구속되어 재판하는 법관에게, 그 법의 위헌·무효 여부를 판단하는 일은 매우 어려운 과제이다. 헌법 제107조 제2항이 대통령령·총리령·부령 등 행정부가 제정한 법규명령(이하 '행정입법'이라 한다)의 위헌·위법 심사권한을 법원에 부여한 것은 다른 한편으로 법원이 매우 어렵지만 중요한 헌법적 임무를 맡게 되었음을 뜻한다.

2) 법원에게 주어진 위 권한과 임무를 제대로 수행하기 위해서는, 법원의 행정입법

통제가 갖는 헌법적 의미와 기능을 이해하고 그에 따를 필요가 있다.

가) 헌법은 입법·행정·사법의 모든 국가작용이 헌법이 설정한 권력분립의 체계 내에서 작동되도록 규정하고 있다. 가령 법률유보원칙은 행정작용의 통제원리로서, 행정작용은 국민의 대표자인 국회가 민주적인 절차를 거쳐서 만든 법률에 근거를 둘 것을 요구한다. 행정입법의 경우 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 한하여 발할 수 있다고 규정한 것(헌법 제75조, 제95조) 역시 같은 맥락이다. 이처럼 헌법은 자신을 최고규범으로 하여 행정입법에 대한 관계에서 국회입법(법률)의 우위를 정하고 있다.

나) 결국 헌법 제107조 제2항이 법원으로 하여금 행정입법이 헌법과 법률에 반할 경우 이를 무효로 선언하여 법질서에서 배제할 수 있도록 한 것은 ① 헌법의 최고규범성을 지키고 상위법 우선의 원칙이라는 법규 상호간의 관계를 유지하여 법의 통일성과 정합성을 제고함과 동시에, ② 행정입법을 통하여 국회입법권이 침해되는 상황을 없애므로써 국회와 행정부의 관계를 헌법이 상정한 견제와 균형의 권력분립관계로 회복시키고, ③ 궁극적으로는 국민의 자유와 권리에 대한 합헌적 제한은 민주적 입법자인 국회가 숙고와 토론을 거친 의결로 결정하도록 함으로써 자의적인 행정작용을 방지하고 국민의 기본권 보장의 든든한 토대를 제공하기 위함이다.

법원의 행정입법 통제, 즉 규범통제가 객관적 법질서 보호의 측면을 중시하는 일종의 객관소송의 특징이 있다고 언급되는 것은 바로 위와 같은 이유 때문이다.

한편 법원의 행정입법 통제가 갖는 위와 같은 헌법적 중요성은, 현대국가에서 행정의 역할과 기능이 확장되고 이에 따라 행정부에 의한 입법기능 또한 강화되는 상황에서 그만큼 행정부가 혹여나 자신의 행위를 법치행정(법률에 근거한 행정)으로 분식하

면서 실제로는 헌법이 상정한 규범질서를 어길 가능성도 생긴다는 점에서 더욱 강조될 필요가 있다.

다) 다음과 같은 점을 특히 주목하여야 한다. 법원의 행정입법 통제가 이루어지는 과정은, 행정입법에 의하여 법적 지위에 영향을 받는 국민 스스로가 공개된 법정에서 행정입법의 헌법적 정당성에 관한 자신의 목소리를 직접 개진하고 중립적 심판기관인 법원의 답변을 들을 수 있는 매우 의미 있는 제도적 공간이다. 모든 국가권력의 원천인 주권자로서의 국민은 응당 자신의 기본권과 관련된 법률 및 행정입법의 제정 과정에 관여할 정치적 가능성을 갖고 있다고 볼 수 있는데, 법원의 위와 같은 재판과정을 통해서 더 나아가 행정입법의 헌법적 정당성을 보다 구체적으로 다룰 수 있는 규범적 가능성을 갖게 된다는 점에서 그 실천적 의의가 작지 않다.

법원이 재판 당사자가 제기한 의미 있는 주장에 귀 기울이고 나아가 헌법과 법률의 정당한 해석을 근거로 행정입법의 문제점을 확인하여 그 효력을 배제하면, 결국 법원의 재판을 통하여 국민의 타당한 의견이 국가기관에 전달되는 셈이 되고 이로써 국민에게 영향을 주는 규범들이 헌법적 가치에 보다 더 부합하는 방향으로 바뀔 수 있기 때문이다.

3) 그런데 법원은 행정입법을 통제하는 재판을 하면서 무엇에 근거하고 무엇을 중시할 것인가? 법원의 행정입법 통제가 갖는 헌법적 의미와 기능에 충실한 재판이 되기 위해서 법원은 무엇보다도 헌법이 보장하는 핵심인 국민의 기본권 및 기본권적 가치를 중시하여 '기본권 수호자'로서의 역할을 다하여야 한다.

헌법 제10조는 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의

무를 진다."라고 규정하고 있는데, 헌법 제101조에 근거하여 사법권을 부여받은 법원이 헌법 제10조에 따라 국민의 기본권을 확인하고 이를 보장할 의무를 지는 것에는 이론이 있을 수 없기 때문이다. 또한 헌법 제103조는 "법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다."라고 규정함으로써 법원이 재판을 할 때 헌법을 으뜸의 준거로 삼도록 하고 있다. 그런데 헌법은 대표적으로 제2장에서 '국민의 권리와 의무'라는 제목 하에 여러 기본권을 예시하면서 헌법의 핵심 구성요소로서 공동체 구성원의 자유와 권리를 보장하고 있으므로, 결국 법원은 '입법과 행정의 간과하기 쉬운 기본권 및 기본권적 가치에 대한 진지한 주목과 평가'를 그 중요한 권한이자 임무로 삼아야 한다.

#### 나. 이 사건의 선결적 헌법 쟁점

1) 2013. 10. 24. 이 사건 법외노조 통보가 이루어진 후 현재까지 벌어진 원·피고 사이의 법정 공방 중 주된 부분은 이 사건 시행령 조항 자체의 근본적 문제점에 관한 것이었다.

2) 어떤 행정입법이 과연 상위규범인 법률에 근거한 것인지, 근거 법률에 대한 정당한 이해에 터 잡아 이루어진 것인지, 나아가 그 내용 자체가 헌법과 법률의 취지에 부합하는 것인지에 관해서는 상이한 관점 및 이해에 따라 달리 평가될 가능성이 있다. 이 사건에서도, 원고는 이 사건 시행령 조항이 노동조합의 단결권 등 기본권적 가치를 제대로 고려하지 않은 채 법률의 위임 없이 입법되었다고 주장하면서 그러한 시행령 조항에 근거한 피고의 조치는 헌법적 정당성을 결여한 것이라고 일관되게 다투었고, 피고는 다양한 반론을 제기하였다.

3) 규범통제의 측면에서 이 사건 처분의 법률적 근거 중 하나로 제시된 이 사건 법

를 규정 라.목 자체의 위헌 여부와 별개로 이 사건 시행령 조항의 위헌 여부는 법원이 중시하여 그 당부를 판단하여야 할 의미 있는 헌법적 쟁점이자 이 사건 처분의 적법 여부를 평가하는 선결적 쟁점이다. 따라서 법원은 헌법 제107조 제2항에 따라 이 사건 재판의 전제가 된 쟁점, 즉 이 사건 시행령 조항의 위헌 여부를 심사하여야 한다.

4) 원고가 이 사건 법률 규정의 문언에 반하여 해고 등에 따라 교원의 지위를 상실한 사람을 노동조합의 구성원으로 유지한 것 자체에 대해서는 '법률의 엄격한 준수'라는 관점에서 비난할 여지가 물론 있을 수 있지만, 그렇다고 해서 반대의견의 지적처럼 헌법과 법률을 근거로 한 원고의 위와 같은 문제 제기가 이율배반적이거나 모순된 태도라고 평가할 수는 없으며, 법원은 의연히 원고 주장의 당부를 객관적으로 판단하여야 할 뿐이다. 법원의 행정입법 통제가 객관적 법질서 보호의 측면을 중시하는 일종의 객관소송의 특징이 있음을 상기하면 더욱 그렇다.

다. 이 사건 시행령 조항을 위헌으로 보는 이유의 보충

1) 다수의견은 이 사건 시행령 조항이 법률유보원칙에 반하는 이유를 상세하게 밝혔다. 아래에서는 그러한 판단에 이르는 과정에서 특별히 고려되어야 할 몇 가지 사정들을 강조의 의미로 반복하거나 덧붙이고자 한다.

2) 먼저 헌법상 기본권인 단결권의 의의를 강조하고자 한다.

가) 헌법 제33조 제1항은 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."라고 하여 근로자의 노동3권을 규정하고 있다. 이러한 노동3권 중 단결권은 다른 노동기본권의 실현을 위하여 반드시 전제되어야만 하는 우선적인 권리로서 자유권의 성격이 가장 강하다. 그리고 헌법 제33조 제1항은 근로자 개인의 단결권만이 아니라 단체 자체의 단결권도 보장하고 있다고 보아야 한다. 근로

자 개인의 단결권만을 보장하고 조직된 단체의 단결권을 인정하지 않는다면 개인의 단결권 보장은 무의미하게 될 수 있기 때문이다.

즉 헌법 제33조 제1항의 단결권은 조직된 단체의 권리이기도 하므로, 위 규정은 근로자단체의 존속, 유지, 발전, 확장 등을 국가공권력의 부당한 간섭이나 개입으로부터 보호하고(단체존속의 권리), 근로자단체의 조직과 의사형성절차에 관하여 규약의 형태로 자주적으로 결정하는 것을 보장하며(단체자치의 권리), 근로조건을 유지와 향상을 위한 근로자단체의 활동, 즉 단체교섭, 단체협약 체결, 단체행동, 단체의 선전 및 단체 가입의 권유 등을 보호한다(단체활동의 권리)고 보아야 한다(헌법재판소 1999. 11. 25. 선고 95헌마154 결정 등 참조).

나) 이와 같이 헌법은 결사의 자유의 특수한 형태인 자유권으로서의 단결권을 기본권으로 보장함으로써 국가가 법률·시행령 등을 통하여 근로자단체인 노동조합의 결성뿐만 아니라 존속에 대하여 부당하게 간섭하거나 개입해서는 안 된다는 점을 분명히 하고 있고, 노동조합의 결성과 존속 등이 노동조합과 그 조합원의 자주적인 선택에 따라 이루어지도록 적극적으로 보장해 주어야 함을 밝히고 있다.

사람마다 각자의 입장에 따라 노동조합에 대한 현실적인 이해와 태도가 다를 수는 있지만, 헌법이 제21조에서 결사에 대한 허가 금지를, 제33조에서 단결권을 포함한 노동3권을 명시하여 보장하고 있다는 점 자체의 규범적 의미를 결코 가볍게 보아서는 안 된다. 따라서 '헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건을 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 도모'할 목적으로 제정된 노동조합법과 같은 법 시행령을 해석할 때에는 이와 같은 단결권 보장의 취지가 훼손되지 않도록 하여야 하며, 단결권을 비롯한 노동3권이 최대한 존중될 수 있도록 하



여야 한다.

다) 한편 헌법 제33조 제2항은 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 노동3권을 가진다고 정하고 있다. 이는 공무원이라는 신분과 담당하는 업무의 특수성 등을 고려한 규정이지만, 공무원의 노동3권은 헌법상 원칙적으로 부인된다는 의미가 아니라 일정한 범위 내의 공무원은 노동3권을 가짐을 전제로 그 구체적인 범위를 법률에 위임한 것이다(헌법재판소 1993. 3. 11. 선고 88헌마5 결정 등 참조). 이는 공무원인 교원의 경우에도 마찬가지이다.

헌법의 위와 같은 명시적 위임에 따라 제정된 교원노조법은 기본적으로 교원의 단결권 등을 보장하기 위한 법률로서의 성격을 가진다. 실제로 교원노조법은 교원노조법상 특칙이 있는 경우를 제외하고는 노동조합법을 준용하고 있어(제14조) 근로자의 노동3권을 보장하기 위한 노동조합법의 특별법의 지위에 있다고 이해된다.

결국 공무원인 교원에 대한 헌법 제33조 제2항 등의 규율 형태상 특수성에도 불구하고 교원노조법 및 같은 법 시행령의 해석에서도 마땅히 앞서 본 단결권 보장의 취지가 훼손되지 않도록 하여야 하며, 교원의 단결권이 최대한 존중될 수 있도록 하여야 한다.

라) 이는 법상 노동조합의 지위를 박탈하여 단체존속의 권리를 해치는 법외노조 통보 제도를 정한 이 사건 시행령 조항이 헌법상 법률유보원칙을 준수하였는지 여부를 판단할 때에도 마찬가지이다. 법외노조 통보는 적법하게 설립되어 활동 중인 법상 노동조합의 단결권을 본질적으로 제약하는 것으로서 강한 기본권 관련성을 가지기 때문이다.

3) 이 사건 시행령 조항이 기본권인 단결권에 미치는 불이익은 매우 중대하다.

가) 이 사건 시행령 조항이 적용되면 노동조합법에서 정한 노동조합의 법적 지위가

전면 부정된다. 행정관청은 이 사건 시행령 조항을 근거로 결격사유의 경증과 그 밖의 구체적인 사정에 대한 그 어떠한 고려도 없이 일률적으로 법외노조임을 통보한다. 노동조합과 구성원이 받는 불이익과 피해가 심대할 것임은 분명하다.

나) 또한 이 사건 시행령 조항은 행정관청이 언제 어떠한 상황에서 이 사건 시행령 조항의 적용을 위해 조사권한을 발동할 것인지, 법외노조 통보의 효과가 무엇이고 통보의 실효성은 어떤 방법으로 확보하여야 하는지에 관하여 구체적으로 규정하지 않았다.

그렇다 보니 법외노조 통보 권한의 발동 여부와 후속 집행이 모두 행정관청의 임의적 판단에 맡겨져 있다고 보아도 과언이 아니다. 행정관청이 그동안 이 사건 시행령 조항에 근거하여 법외노조 통보를 한 사례가 매우 드문 것은 행정관청이 신중하게 자신의 권한을 행사하였다는 점을 드러낸다고 볼 수도 있으나, 법외노조 통보 제도에 행정부의 입장이나 해석 여하에 따라 자의적으로 혹은 과도하게 남용될 위험이 내포되어 있다는 점도 부인하기 어렵다.

4) 그런데도 이 사건 시행령 조항을 뒷받침할 법률의 위임 근거는 찾기 어렵다.

가) 행정입법이 기본권에 미치는 영향이 크고 중대할수록 그 행정입법은 그에 비례하여 보다 명시적인 국회입법에 근거하여야 한다. 그런데 다수의견이 지적하는 바와 같이, 이 사건 시행령 조항에서 규정한 법외노조 통보가 노동조합 구성원 각각의 헌법상 기본권인 단결권을 제한함은 물론 단결권의 향유 주체로서 인정되는 법상 노동조합의 지위를 박탈하는 제도임이 명백함에도, 법률에서 이 사건 시행령 조항의 규율 사항을 위임하는 명시적 규정은 존재하지 않는다.

나) 그 신설 경위까지 함께 참작하면, 이 사건 시행령 조항이 법률의 위임 없이 제정

된 것임이 더욱 분명해진다. 폐지되기 전 구 노동조합법의 노동조합 해산명령 제도는 그나마 법률에 명문의 근거가 있었을 뿐만 아니라 노동위원회의 의결을 얻어 신중히 그 권한을 행사하도록 규정하였는데, 이 사건 시행령 조항에서 정한 법외노조 통보 제도의 경우에는 법률에 명시적 근거가 없을 뿐만 아니라 독립적이고 공정한 위원회의 심의·의결 절차도 없이 행정관청의 선언만으로 과거 해산명령과 같은 효과를 발생시키고 있다.

1988년 '행정부'가 이 사건 시행령 조항을 신설하여 법외노조 통보 제도를 마련한 것은 반성적 고려에서 노동조합 해산명령 제도를 폐지한 1987년 '국회'의 분명한 의사를 사실상 저버린 것으로 볼 수 있는 유력한 정황이다.

5) 이 사건 시행령 조항을 법률의 집행명령으로 보는 반대의견에 동의하기 어렵다.

가) 헌법 제75조가 상정한 행정부의 집행명령이란, 법률에서 정한 내용을 단순히 집행하기 위하여 제정되는 명령, 즉 법률의 집행에 필요한 구체적 절차나 방법 등 세칙을 정하는 행정입법이다. 법률이 정하고 있지 않은 새로운 내용이나 국민의 새로운 권리나 의무를 집행명령이 규정할 수는 없다. 입법자가 법률에서 이미 구체적인 행위지침을 행정부에 제공하였음을 전제로 행정부로서는 단지 위 행위지침의 범위 내에서 이를 집행하기 위한 세칙만을 정할 수 있을 뿐이다. 달리 말하면, 행정부에게는 법률에 담긴 국회의 의사를 집행명령을 통하여 독자적으로 보충하거나 구체화할 수 있는 여지가 주어지지 않는다.

따라서 이 사건 시행령 조항을 적법한 집행명령으로 평가할 수 있으려면, 법률에서 법외노조 통보 제도의 내용에 관한 구체적인 규율이 먼저 존재하여야 한다. 그런데 과연 그런가? 긍정하지 못하는 이유를 항을 각각 나누어 밝히고자 한다.

나) 반대의견은 이 사건 시행령 조항을 법률에 규정된 '노동조합의 정의규정'을 집행하는 적법한 행정입법으로 이해할 수 있다는 취지이나, 이는 정의규정의 의미에 관한 보편적인 이해와 부합하지 않는 것이어서 받아들이기 어렵다.

(1) 이 사건 법률 규정이 포함된 노동조합법 제2조(정의)는 "이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다."라고 규정하고 있다. 그리고 같은 조 제4호에서 "'노동조합'이라 함은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체 또는 그 연합단체를 말한다. 다만, 다음 각목의 1에 해당하는 경우에는 노동조합으로 보지 아니한다."라고 규정함으로써 '노동조합'에 대해 '정의'하고 있다.

일반적으로 '정의(定義)'는 '어떤 말이나 사물의 뜻을 분명하게 정하여 밝히는 것'을 의미한다. 법제이론에서도, 정의규정은 해당 법률에서 사용하는 용어의 뜻을 명확히 밝혀 법률 해석과 적용상의 혼란 및 분쟁을 방지하고, 법률에서 자주 사용되는 용어를 미리 하나의 조문에서 설명하여 됨으로써 법령문을 간결하게 표현하는 기능을 하는 규정으로 이해되고 있다. 각종 법률에서 대상의 본질적인 성질을 밝히는 방식의 정의규정과 함께 대상의 일부 또는 전부를 적극적, 소극적으로 열거하는 방식의 정의규정도 드물지 않게 사용되고 있다.

즉 노동조합법 제2조 제4호는, 헌법 제33조 제1항에 근거하여 그 집단적 단결권이 보장되는 근로자단체의 본질적 성질을 구체화하면서 노동조합법에 의한 보호를 받을 수 있는 근로자단체인 노동조합을 '정의'함으로써 그 실질적 요건을 규정하고 있다. 그 중 본문은 법상 노동조합이 갖춰야 할 적극적 요건의 하나로서 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하였을 것을 규정하고, 이 사건 법률 규정은 그 단서 가.목, 나.목, 라.

목을 통하여 근로자단체가 위 주체성, 자주성을 결여한 것으로 판단될 수 있는 대표적인 경우를 열거하고 있다.

(2) 노동조합법은 이러한 정의규정에서 정한 기준, 즉 실질적 요건을 기초로 그 입법 목적에 따라 노동조합의 설립신고의 수리와 반려, 규약의 시정명령과 위반 시의 벌칙 등을 규정하고 있다. 즉 노동조합법은 행정관청으로 하여금 실질적 요건을 갖춘 노동조합의 설립신고를 수리하되 소극적 요건이 확인되는 경우 설립신고서를 반려하도록 하고(제10조 제1항, 제12조 제1항, 제12조 제3항 제1호), 노동조합의 규약이나 결의가 소극적 요건에 해당하는 내용을 포함하여 위법한 경우에는 행정관청이 노동위원회의 의결을 얻어 해당 규약이나 결의에 대한 시정을 명할 수 있도록 하는(제21조) 등의 규정을 두고 있는데, 이는 이 사건 법률 규정을 포함한 노동조합법 제2조 제4호 정의규정에서 정한 기준을 전제로 그에서 나아가 행정관청에 의한 사전, 사후심사의 내용과 절차, 효과 등을 법률에서 별도로 규정한 것이다.

결국 노동조합법 제2조 제4호만에 의하여 곧바로 법상 노동조합의 지위를 인정할 수 없는 것과 같이, 노동조합에 관한 정의규정의 일부에 불과한 이 사건 법률 규정 자체만으로 법상 노동조합의 법적 지위 상실 여부가 즉시 확정된다고 볼 수는 없다. 또한 이 사건 법률 규정만에 의하여 행정관청에게 노동조합 설립신고에 대한 수리나 반려 권한이 주어진다고 할 수 없듯이, 이 사건 법률 규정의 직접적인 법적 효과에 기하여 행정관청의 법외노조 통보 권한이 인정된다고 보기도 어렵다. 이 사건 법률 규정은 법상 노동조합인지에 관한 판단기준을 밝히고 있을 뿐이라는 다수의견은 이러한 점에서 옳다.

다) 위와 같이 노동조합법이 설립신고제를 채택함으로써 법상 노동조합이 되기 위해

서는 이 사건 법률 규정 등에 의한 실질적 요건 외에 형식적 요건, 즉 설립신고의 수리를 필요로 한다. 그러므로 실질적 요건을 갖추었다더라도 설립신고를 마치지 못한 노동조합은 법상 노동조합이라고 할 수 없고, 한편 실질적 요건을 갖추지 못한 노동조합은 설립신고증을 교부받았더라도 법상 노동조합으로 인정되지 아니할 수 있음은 반대의견이 언급하는 바와 같다(대법원 1996. 6. 28. 선고 93도855 판결, 대법원 1997. 10. 14. 선고 대법원 96누9829 판결 등 참조). 그러나 이는 노동조합법이 정한 부당노동행위 구제신청의 자격 등이 문제되는 경우 노동위원회, 최종적으로는 법원에 의한 실질적 요건의 심사를 거쳐 그 법률관계가 확정될 수 있다는 의미일 뿐이다. 이를 들어 이 사건 법률 규정에 따라 법상 노동조합으로 보지 않게 되는 법률효과가 곧바로 발생하므로 행정관청은 이 사건 법률 규정만에 의하여도 얼마든지 법외노조 통보를 할 수 있다고 보는 것은 법상 노동조합의 성립요건에 관한 체계적 이해를 도외시한 것이다. 또한 행정관청이 이 사건 법률 규정에 따른 추상적·잠재적 법률효과를 법외노조 통보의 사전절차로서 시정명령과 시정요구를 통하여 구체적·확정적인 것으로 할 수 있다면, 이는 결국 법외노조 통보 제도의 형성적 행정처분성을 긍정하는 것과 그리 다르지 않다.

라) 반대의견은 이 사건 법률 규정이 노동조합으로 '보지 아니한다'라는 간주규정 형식을 취하고 있음을 강조한다. 그런데 이 사건 법률 규정의 '보지 아니한다'는 표현은 1963. 4. 17. 개정된 구 노동조합법에서부터 1997. 3. 13. 현행 노동조합법이 제정되기 전까지 노동조합의 정의규정에서 사용된 '그러하지 아니하다'는 표현이 변경된 것이다. 이러한 입법 변천에 담긴 입법자의 의사를 확인하기는 쉽지 않다.

그러나 노동조합의 정의규정에서 '보지 아니한다'라는 표현으로 입법된 기간 동안에

는 설립되어 활동 중인 노동조합이 이 사건 법률 규정에서 정한 소극적 요건에 해당하면 그 즉시 당연히 법외노조가 되고, '그러하지 아니하다'라는 표현을 사용한 기간 동안에는 그와 같이 곧바로 법외노조가 되는 효과가 발생하지 않는다고 해석하는 것은 지나치게 형식적이어서 납득하기 어렵다. 게다가 앞서 본 바와 같이 이 사건 시행령 조항은 노동조합의 정의규정에서 '보지 아니한다'는 규정 형식을 취하기 전부터 이미 존재하여 왔다. 위와 같은 입법 연혁을 보더라도 이 사건 법률 규정이 간주규정의 형식을 띠고 있다는 사정만을 지나치게 강조하여 이 사건 시행령 조항을 주의적·확인적 규정이라고 해석하는 것은 타당하지 않다.

마) 법률에서 노동조합 설립신고 반려 제도를 구체적으로 규정하고 있는 것과 달리 법외노조 통보 제도에 관해서는 별도로 규율하지 않은 차별적 상황을 중시할 필요가 있다. 법외노조 통보 제도에 관한 법률 차원의 규율 공백은 입법자의 의사에 따른 것으로 볼 수 있다.

(1) 정의규정에 담긴 입법취지를 실현할 입법정책은 다양할 수 있다. 정의규정에 반하는 사유, 위반의 경위와 정도 등은 다양할 수밖에 없고 그에 따라 입법취지가 침해되는 수준도 다를 수밖에 없으므로, 입법자는 그에 대응한 입법정책을 강구하게 된다. 노동조합 설립신고 반려 제도가 법률(노동조합법 제12조 제3항)에 규정된 것도 노동조합에 관한 정의규정의 입법취지를 실현하기 위한 입법자의 정책 모색의 결과로 보아야 한다. 위 반려 제도를 정의규정의 단순한 집행으로 보기는 어렵다.

(2) 이처럼 입법자가 법률을 통하여 노동조합 설립신고 반려 제도를 구체적으로 형성한 사정에 주목하면, 만일 입법자가 법외노조 통보 제도를 도입하려는 의사 또한 가졌다면 더구나 위 통보 제도와 유사한 기능의 노동조합 해산명령 제도를 폐지하는 즈

음에 위와 같은 입법의사를 가졌다면, 입법자는 아마도 법률 자체에서 법외노조 통보 제도의 기본적인 윤곽 즉 법외노조 통보라는 행정권한 발동의 요건과 한계 및 그 절차와 효과의 핵심적인 부분을 따로 정하였을 것이라고 봄이 자연스럽다. 왜냐하면 노동조합 설립신고 반려 제도와 법외노조 통보 제도는 규율대상 등의 특성에 있어서 의미 있는 차이가 있기 때문이다.

(3) 즉 노동조합의 설립신고 단계에서는 이 사건 법률 규정 라.목에서 정한 사유가 인정되는 경우 행정관청은 설립신고를 반려하여야 하고, 근로자가 아닌 자의 가입으로 인하여 실제로 그 노동조합의 자주성이 훼손되었는지를 별도로 심사할 것은 아니다(대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두6998 판결 등 참조). 이는 이 단계에서는 아직 해당 단체의 실체가 불분명하고 자주성 여부를 판단하기 위한 구체적 심사의 대상과 범위를 설정하기도 어려우므로 행정관청의 심사의 대상과 범위를 명확히 하고 자의를 방지함으로써 자칫 자주성 심사를 빌미로 노동조합의 자유설립을 전제로 한 신고제가 사실상 허가제로 운용될 수 있는 위험을 차단하기 위한 것이지, 근로자가 아닌 자의 가입이 허용되면 그 자체로 노동조합의 자주성이 부정된다는 취지는 아니라고 보아야 한다.

그러나 이미 적법하게 설립되어 활동 중인 노동조합의 경우에는 그 실체가 형성되어 있으므로 구체적인 조직구성·활동내역 등을 통하여 근로자가 아닌 자의 가입이 허용됨으로써 실제로 노동조합의 자주성이 훼손되었는지 여부를 충분히 심사할 수 있다. 설령 심사의 과정이나 결론에 다툼이 발생하더라도 법원의 판단 등을 통하여 충분히 시정이 가능한 이상 이 경우의 심사는 노동조합의 자주성 및 노동조합의 자유설립에 관한 헌법과 법률의 취지를 훼손할 위험도 크지 않다.

(4) 사정이 위와 같다면 법외노조 통보 제도에 관한 법률 차원의 규율 공백은 입법



자의 분명한 의사 내지 의도에 따른 것으로 볼 수 있으므로, 법원은 이를 비중 있게 고려할 필요가 있다.

6) 수익적 행정처분 직권취소·철회에 관한 일반 법리가 뚜렷한 법률의 위임 없이 시행령을 통하여 법외노조 통보 제도를 입법할 충분한 근거가 될 수는 없다.

가) 별도의 법률적 근거가 없어도 수익적 행정처분의 직권취소·철회가 가능하다고 보는 것은, 법률로부터 자유로운 시원적인 행정권력을 인정한다는 취지가 아니라, 입법자가 법률로써 행정청에게 수익적 행정처분을 발급할 권한을 부여하였다면 그 수권규정에는 이미 발급한 수익적 행정처분을 더 이상 그대로 유지하기 어려운 사정이 확인되었을 때 직권취소하거나 철회할 권한까지도 묵시적으로 포함하여 부여한 것으로 입법자의 합리적 의사를 추단한 결과이다. 통상의 경우에는 입법자의 합리적 의사를 그와 같이 추단하는 것이 타당할 수 있다.

나) 그러나 입법자가 반성적 고려에서 노동조합 해산명령 제도를 폐지한 연혁 등 앞서 본 여러 사정들을 고려하면, 입법자는 설립신고서 반려사유가 존재한다는 이유만으로 그 설립신고 수리처분의 직권취소·철회로서 법외노조 통보라는 방식을 통하여 행정관청의 일방적인 결정에 따라 법상 노동조합의 지위를 박탈할 수 있는 권한을 부여하지 않았다고 보는 것이 타당하다.

라. 이 사건 시행령 조항을 위헌으로 평가하는 것의 의미

1) 다수의견은 법원의 행정입법 통제가 갖는 헌법적 중요성을 인식하면서 이 사건 분쟁의 배후에 있는 근본적 쟁점이 '원고가 주장하는 헌법상 기본권의 의미 등에 비추어 국회입법과 행정입법의 관계가 헌법에 부합되게 설정되어 있는지 여부'에 있음을 중시하여 헌법 제107조 제2항을 근거로 그에 대한 판단을 하는 데 집중하였다.

2) 민주적 법치국가에서 국가권력은 국민의 대표자가 민주적 절차를 거쳐서 만듦으로써 주권자의 의사가 집약되어 있는 법률에 의하여, 다시 말해 직접 법률에 근거하여 또는 법률의 위임에 따라 구체화된 행정입법에 근거하여 행사되어야 하는 것이 원칙이다. 이러한 법률유보원칙이 실현되어야, 주권자인 국민에 의해 선출된 대표자가 만든 정당한 법에 의하여 기꺼이 구속되는 '국민의 자가지배'가 가능해진다.

3) 이 사건 시행령 조항의 법외노조 통보 제도는 노동조합과 구성원의 단결권에 미치는 불이익이 매우 중대함에도 불구하고 이를 뒷받침할 국회의 의사가 확인되지 않은 상황에서 즉 법률의 수권 없이 행정입법을 통하여 도입된 것이다. 이는 헌법이 상정하고 있는 국회입법과 행정입법의 상하관계를 어긴 것이다. 즉 이 사건 시행령 조항은, 그 내용이 과연 정당한 것인지 여부와 무관하게, 헌법상 법률유보원칙에 반하는 행정입법이므로 이를 국민에 대한 기본권 제한조치의 법적 근거로 삼을 수 없다.

4) 법률유보원칙에 반하는 이 사건 시행령 조항이 무효로 선언됨에 따라, '행정관청'이 노동조합의 자격을 심사하여 노동조합법에서 정한 노동조합의 법적 지위를 전면 부정할 수 있는 근거는 상실된다. 이제 이 사건 시행령 조항이 설계한 바와 같은 법외노조 통보 제도에 법률적 근거를 부여할 것인지 여부는 궁극적으로 국민의 대표자인 국회가 대처하는 것이 옳다고 본다. 법률의 차원에서 법외노조 통보 제도를 도입하는 것이 과연 타당한지, 도입한다면 어떤 국가기관으로 하여금 어떤 사유가 있을 경우에 어떠한 절차를 거쳐 법외노조로 평가하도록 할 것인지, 법외노조에 대하여 어떤 수준의 제재를 가하는 것이 비례적일 것인지 등은 결국 관련 헌법 규정에 관한 국민의 다양한 의견을 수렴하고 이해관계인들의 공개적 토론과 숙고를 거쳐 국회가 민주적인 절차를 거쳐 결정하는 것이 그야말로 헌법상 법률유보원칙에 전적으로 부합하기 때문이다.

5) 법원이 하는 헌법재판의 의의를 거듭 강조하고자 한다. 국민들의 헌법, 특히 기본권에 기대는 주장이 그 어떠한 제한도 없이 무조건적으로 관철될 수는 없을 것이다. 다만 법원이 기본권에 근거한 국민의 주장을 그 소리가 강력하든 미미하든 빠짐없이 늘 진지하게 경청하고 검토하면서 국민의 기본권이 법원의 재판과정에서 보장될 가능성이 항상 확보되어 있다는 믿음을 준다면 이로써 헌법이 법원에게 부여한 기본권 보장의 과제는 실현되기 시작할 것이라고 생각한다.

마. 처분사유의 추가·변경 제한에 관한 원심의 법리오해

1) 원심과 반대의견은 이 사건 법외노조 통보의 처분사유를 오해하고 있음을 언급하고자 한다. 수익적 행정처분의 '직권취소'와 '철회'는 구분하여야 한다. 행정처분의 직권취소는 일단 유효하게 성립한 행정처분을 그 처분에 위법한 하자가 있음을 이유로 소급하여 그 효력을 소멸시키는 행정처분을 말하고, 행정처분의 철회는 그 처분 당시에 적법요건을 구비하여 완전한 효력이 발생한 행정처분을 사후적으로 그 효력의 전부 또는 일부를 장래에 향해 소멸시키는 행정처분을 말한다. 행정처분의 '취소 사유'는 원칙적으로 행정처분의 성립 당시에 존재하였던 하자를 말하고, '철회 사유'는 행정처분이 성립된 이후에 새로 발생한 것으로서 행정처분을 효력을 존속시킬 수 없는 사유를 말한다(대법원 2018. 6. 28. 선고 2015두58195 판결 등 참조).

2) 이 사건 시행령 조항은 '노동조합이 설립신고증을 교부받은 후 노동조합법 제12조 제3항 제1호에 해당하는 설립신고서의 반려사유가 발생한 경우'에 적용되는 규정이고, 이 사건에서 피고는 원고에게 노동조합 설립신고증 교부 후에 비로소 이 사건 법률 조항 라.목에서 정한 사유가 발생하였음을 이유로(이하 '당초 처분사유'라고 한다) 이 사건 시행령 조항을 적용하여 법외노조 통보를 하였다. 따라서 이 사건 법외노조

통보는 후발적 사유를 이유로 노동조합 설립신고 수리처분을 장래를 향하여 소멸시키는 '철회'에 해당한다.

3) 그런데도 원심은 피고의 소송상 주장을 그대로 받아들여 노동조합 설립신고 당시 이미 이 사건 법률 조항 라.목에서 정한 사유가 있었음에도 원고가 허위 규약을 제출하여 설립신고가 수리되었다고 판단하였는데(이하 '추가된 처분사유'라고 한다), 이는 이 사건 법외노조 통보를 노동조합 설립신고 수리처분의 원시적 하자를 이유로 소급적으로 소멸시키는 '취소'로 파악한 것이다. 위와 같은 당초 처분사유와 추가된 처분사유는 기본적 사실관계의 동일성이 인정되지 않으므로 실질적 법치주의와 처분상대방의 신뢰보호라는 견지에서 처분사유의 추가·변경이 허용되지 않으며, 법원은 추가된 처분사유의 당부를 심리·판단할 수 없다(대법원 2001. 9. 28. 선고 2000두8684 판결 등 참조). 따라서 원심 판단에는 처분사유의 추가·변경 제한 법리도 오해한 잘못이 있다.

이상과 같이 다수의견에 대한 보충의견을 밝힌다.

재판장	대법원장	김명수
	대법관	권순일
	대법관	박상옥
	대법관	이기택

대법관 김재형

대법관 박정화

대법관 안철상

대법관 민유숙

대법관 이동원

대법관 노정희

대법관 김상환

주 심 대법관 노태악