




# 공무원, 교원노조법의 위헌성 및 개선방안

4월 22일(목) 10:00  
한국노총 6층 대회의실

< 공동주최 >

 한국노동조합총연맹, 공공서비스노동조합총연맹, 교육청노동조합연맹,  
전국광역시도공무원노동조합연맹, 교사노동조합연맹, 전국통합공무원노동조합,  
 더불어민주당 김영배 의원, 송옥주 의원, 안호영 의원, 오영환 의원, 윤영덕 의원,  
이수진 의원(비례), 이형석 의원, 임호선 의원,  국민의힘 박대수 의원, 김형동 의원



공무원 교원 노동자의 헌법상 노동기본권 보장 !!!  
공무원 교원 노동자의 정치기본권 보장 !!!

# 공무원, 교원노동조합의 위헌성 및 개선방안 토론회

일시 2021.4.22(목). 10:00 장소 한국노총 6층 대회의실

유튜브(Youtube)에서 '한국노총' 검색후 한국노총 채널에서 바로 온라인 시청가능!!!

**좌장** 김인재 교수 (인하대 법학전문대학원)

## 발제

1. 공무원 정치활동 금지의 문제점과 개선방안 - 정태호 교수 (경희대 법학전문대학원)
2. 교원의 정치적 기본권 제한, 쟁점과 개선방안 - 정필운 교수 (한국교원대 일반사회교육과)
3. 공무원, 교원의 실질적 노동기본권 보장방안 - 정영훈 연구위원 (한국노동연구원)

## 토론

- 이민열 교수 (한국방송통신대 법학과)
- 이광주 위원장 (대구광역시교육청공무원노동조합)
- 이장원 사무총장 (교사노동조합연맹)
- 유정엽 본부장 (한국노총 정책2본부)
- 문성덕 변호사 (한국노총 중앙법률원)
- 양성필 국장 (고용노동부 공공노사정책관)



- 주최** 한국노동조합총연맹, 공공서비스노동조합총연맹, 교육청노동조합연맹,  
전국광역시도공무원노동조합연맹, 교사노동조합연맹, 전국통합공무원노동조합
- 특별어민주랑** 김영배 의원, 송옥주 의원, 안호영 의원, 오영환 의원, 윤영덕 의원,  
이수진(비례) 의원, 이형석 의원, 임호선 의원
- 국민의힘** 박대수 의원, 김형동 의원



# 프로그램

시 간	세 부 내 용
09:40~10:00	사전등록
10:00~10:10	개회 및 인사말 (한국노총 임원 및 공동주최 의원) ※ 사회(좌장) : 김인재 교수 (인하대 법학전문대학원)
10:10~10:30	발제1. 공무원 정치활동 금지의 문제점과 개선방향 - 정태호 교수 (경희대 법학전문대학원)
10:30~10:50	발제2. 교원의 정치적 기본권 제한, 쟁점과 개선방안 - 정필운 교수 (한국교원대 일반사회교육과)
10:50~11:10	발제3. 공무원·교원의 실질적 노동기본권 개선방안 - 정영훈 연구위원 (한국노동연구원)
11:10~12:10	종합토론 - 이민열 교수 (한국방송통신대학교 법학과) - 이광주 위원장 (대구광역시교육청공무원노동조합) - 이장원 사무총장 (교사노동조합연맹) - 유정엽 본부장 (한국노총 정책2본부) - 문성덕 변호사 (한국노총 중앙법률원) - 김은화 사무관 (고용노동부 공무원노사관계과)
12:10~12:25	종합토론 및 질의응답
12:25~12:30	폐회 및 마무리



# 목 차

## ■ 개회사

김 동 명_한국노동조합총연맹 위원장 .....	9
이 충 재_공공서비스노동조합총연맹 위원장 .....	11
이 관 우_교육청노동조합연맹 위원장 .....	13
김 현 진_전국광역 시도공무원노동조합연맹 위원장 .....	15
김 용 서_교사노동조합연맹 위원장 .....	16

## ■ 축사

송 옥 주_더불어민주당 국회의원(국회 환경노동위원회 위원장) .....	18
안 호 영_더불어민주당 국회의원(국회 환경노동위원회 간사) .....	20
김 영 배_더불어민주당 국회의원(국회 행정안전위원회) .....	22
오 영 환_더불어민주당 국회의원(국회 행정안전위원회) .....	24
윤 영 덕_더불어민주당 국회의원(국회 교육위원회) .....	25
이 수 진_더불어민주당 국회의원(비례대표/국회 환경노동위원회) .....	27
이 형 석_더불어민주당 국회의원(국회 행정안전위원회) .....	29
임 호 선_더불어민주당 국회의원(국회 행정안전위원회) .....	31
박 대 수_국민의힘 국회의원(국회 환경노동위원회) .....	33
김 형 동_국민의힘 국회의원(국회 행정안전위원회) .....	35

## ■ 발제문

공무원 정치활동 금지의 문제점 및 개선방향 .....	39
정 태 호_법학박사, 경희대학교 법학전문대학원 교수	
교원의 정치적 기본권 제한, 쟁점과 과제 .....	87
정 필 운_한국교원대학교 일반사회교육과 교수	
공무원·교원의 실질적 노동기본권 보장방안 .....	105
정 영 훈_한국노동연구원 연구위원	

## ■ 토론문

이 민 열_한국방송통신대학교 교수, 법학박사, 변호사 .....	137
이 광 주_대구광역시교육청공무원노동조합 위원장 .....	143
이 장 원_교사노동조합연맹 사무총장 .....	150
유 정 엽_한국노총 정책2본부 본부장 .....	161
문 성 덕_한국노총 중앙법률원 변호사 .....	170
양 성 필_고용노동부 공공노사 정책관 .....	174

## ■ 참고자료

헌법소원심판청구서\_한국노총 중앙법률원(2021.2.)



| 개 회 사 |



**김 동 명**  
한국노동조합총연맹  
위원장

반갑습니다. 한국노총 위원장 김동명입니다.

올해로써 공무원노조법이 시행된지 16년, 교원노조법이 시행된 지는 무려 23년이 되었지만, 아직도 현실은 달라진 것이 없습니다. 다행히 작년말 ILO 협약비준을 위해 공무원노조법과 교원노조법이 개정되고, 4월 20일, 국회 비준동의를 거친 ILO 핵심협약 비준절차가 마무리 되어 1년후 발효를 앞두고 있습니다. 개정된 공무원-교원노조법은 아직도 국제기준에 턱없이 부족한 내용입니다. 법개정에 이은 시행령 개정안도 협약비준 취지에 반하는 내용까지 포함되어 있기도 합니다.

지난 세월동안 공무원노조법과 교원노조법은 입법취지가 무색할 정도로 공무원과 교원의 정당한 노조활동을 가로막고, ‘국민’으로서의 기본권 행사를 억압하는 근거법률이었습니다. 최근 노조법 개정으로 전임자 보수지급 규정이 삭제되었음에도 공무원·교원노조법에는 해당 규정이 그대로 남아있고, 노조법과 달리 근로시간면제제도 규정 조차 적용되지 않고 있습니다. 뿐만 아니라 정치활동 금지조항, 정의행위 금지조항 등 공무원과 교원의 노동기본권과 평등권을 침해하는 위헌적인 독소조항들로 가득 차 있습니다. 이제는 구시대적인 공무원노조법과 교원노조법을 박물관으로 보내고, ILO 협약비준 취지와 부합하며 모든 노동자에게 노동3권을 보장하고 있는 헌법적 이념과 가치를 따르는 공무원노조법과 교원노조법을 새로 써나가야 합니다.

한국노총은 지난 2월 여러 공무원노조와 공동으로 공무원노조법의 위헌 여부를 다투는 헌법소원심판청구서를 헌법재판소에 접수하였고, 조만간 교원노조법에 대하여도 위헌

여부를 가리는 심판청구를 할 예정입니다.

이를 기점으로 한국노총은 공무원노조법과 교원노조법 전면 개정을 위한 법제도 개선투쟁에 앞장서 나갈 것입니다. 오늘 토론회는 공무원과 교원의 실질적 노동기본권을 실현하는 법 개정투쟁의 중요한 분기점이 될 것이라 믿어 의심치 않습니다.

바쁜 의정활동 속에서도 오늘 토론회에 많은 도움을 주신 더불어민주당 김영배 의원님, 송옥주 의원님, 안호영 의원님, 오영환 의원님, 윤영덕 의원님, 이수진 의원님, 이형석 의원님, 임호선 의원님, 국민의힘 박대수 의원님, 김형동 의원님 대단히 감사드립니다.

오늘 행사를 공동으로 주최하신 공공노총 이충재 위원장님, 교육연맹 이관우 위원장님, 광역연맹 김현진 위원장님, 교사연맹 김용서 위원장님, 통합노조 안성은 위원장님께도 따뜻한 연대의 인사를 드립니다.

아울러 오늘 토론회 진행을 위해 먼 길 마다 않고 귀한 발걸음 해주신 김인재 교수님 감사합니다.

바쁘신 일정 속에서도 오늘 발제문을 준비해 주신 정태호 교수님, 정필운 교수님, 정영훈 위원님께도 깊이 감사드립니다.

말씀해주시는 고견 잘 새겨들겠습니다.

마지막으로 종합토론을 맡아주신 이민열 교수님, 이광주 위원장님, 이장원 총장님, 김은화 사무관님 모두 감사드립니다.

오늘 토론회가 공무원과 교원의 노동기본권 보장을 위한 발전적인 논의의 장이 될 수 있기를 기대합니다. 감사합니다.

| 개 회 사 |



**이 충 재**  
공공서비스노동조합  
총연맹 위원장

안녕하십니까.

공공서비스노동조합총연맹 위원장 이충재입니다.

공무원·교원의 노동기본권 확보와 정치기본권 보장을 위한 국회토론회에 참여해 주신 여러분께 깊은 감사를 드립니다.

금일 토론회는 향후 공무원·교원 노동조합법 개정을 논의 하는데 있어 큰 시사점이 될 것입니다. 아시다시피 공무원 그리고 교원의 단체교섭은 지난 10여 년간 진행되어 오면서 술한 시행착오의 과정을 거쳐 왔습니다. 정권이 바뀔 때마다 흔들리고, 정부 사용자가 교체될 때마다, 노사교섭은 다시 처음부터 시작되었습니다.

그러는 동안 공무원, 교원 노사 갈등·노노 갈등은 더 깊어졌습니다. 최근 10년 동안 경우를 살펴볼 때 공무원·교원의 정부와의 교섭은 교섭구조의 문제로 인해 서로를 신뢰하지 않는 지경까지 이르렀습니다.

특히, 현행 공무원·교원 노사교섭구조는 정부 대표가 불분명합니다. 실제 공무원·교원의 근무여건에 가장 많은 관여를 하는 기재부와 행안부가 공식적인 교섭구조에 빠져 있는 것은 큰 문제가 있습니다.

공공서비스노동조합총연맹과 한국노동조합총연맹이 함께 가고자 하는 사회적 신뢰프로세스가 깨어지고 소통과 화합, 그리고 통합의 시대정신마저 흔들리고 있습니다.

더구나 지금은 코로나19 팬데믹 시대입니다. 우리는 팬데

믹 시대를 함께 극복해야 합니다. 또한 팬데믹 이후 한국사회의 변화를 준비해야 합니다. 공공부문이 주도적으로 이 역할을 자임해야 합니다.

이러한 변화는 일선 현장에 있는 공무원·교원들의 봉사와 희생 없이는 불가능한 일입니다. 공무원·교원 노사교섭구조 또한 이러한 역량을 끌어내는 데 중점을 두어야 합니다.

따라서 오늘 이 자리를 통해 공공부문 노사상생을 위한 합리적인 대안이 제시되기를 바랍니다. 참석자 분들과 토론자 분들의 모든 지혜를 모아주시길 기대합니다.

공무원·교원 노동자의 개정입법에 많은 국회의원님께서 함께 해주시고 깊은 관심과 애정이 있어 큰 힘이 됩니다. 더불어민주당 김영배 의원님, 송옥주 의원님, 안호영 의원님, 오영환 의원님, 윤영덕 의원님, 이수진 의원님, 이형석 의원님, 임호선 의원님, 국민의힘 박대수 의원님, 김형동 의원님들의 주최로 더욱 뜻깊은 자리가 될 것이라 확신합니다.

귀한 시간 내주시어 이 자리에 참석해 주신 모든 분들에게 다시 한 번 감사의 말씀 전하며, 공무원·교원 노동기본권에 대한 실효적인 개선안이 마련될 수 있도록 저도 힘껏 돕겠습니다.

감사합니다.

| 개 회 사 |



**이 관 우**  
교육청노동조합연맹  
위원장

대한민국 현행 「공무원노조법」은 공무원 노동자의 노동 기본권이 무시되고 각종 노동조합 활동에 규제를 가하는 내용들로 가득합니다.

2021. 1. 5. 개정되어 2021. 7. 6. 시행되는 「노동조합법」 제24조에 따르면 노조 전임자는 사용자로부터 급여를 지급받으면서 노동조합의 업무에 종사할 수 있습니다. 그러나 공무원노조의 전임자는 전임기간 중 보수를 지급받을 수가 없도록 「공무원노조법」으로 막아 놨습니다. 또한 「노동조합법」과 달리 근로시간면제 규정조차 두고 있지 않고 있습니다.

공무원인 노동자는 노동기본권(헌법 제33조 제2항), 평등권(헌법 제11조)이 침해되어도 당연합니까?

공무원이라서 ▲정치활동도 금지되어 있고 ▲노조 전임자의 급여도 사용자로부터 받으면 안되고 ▲쟁의행위도 하여서는 안된다면, 공무원인 국민은 정치의사 표현 행위의 가장 기본적인 선거에의 참여도 하지 말아야 합니까? 결국 모순입니다.

공무원인 노동자도 한 사람의 국민이고, 자유로운 정치의사를 표현할 수 있는 지극히 정상적인 국민입니다. 대단한 정책을 결정하는 고위 공무원이 아닌바에야 거의 대부분의 공무원은 결국 일반 노동자와 전혀 다르지 않게 노무를 제공하고 그에 따른 급여를 받는 노동자임에 다르지 않습니다.

공무원인 노동자가 비 공무원인 노동자와 다른 대우를 받아

야 할 타당한 그 어떠한 근거가 아무것도 없습니다. 이에 이번 공무원노조법 헌법소원 심판청구의 이유가 있습니다. 사회의 건전한 구성원으로써 공무원 노동자의 노동기본권 만큼은 확립해야 합니다. 더 이상 차별을 ‘공무원이라서’ 당연시 할 수는 없습니다.

끝까지 투쟁하여 승리하겠습니다. 투쟁!

| 개 회 사 |



**김 현 진**  
전국광역시도공무원  
노동조합연맹 위원장

전국광역시도공무원노동조합연맹 위원장 김현진, 투쟁으로 인사드립니다.

공무원·교원은 국민인 동시에 노동자이고 헌법상 기본권 향유의 주체임에도 노조활동에 대한 기본권이 침해되고 있습니다. 공무원노조 설립 이후 20여년 동안 국회가 열릴 때마다 공무원·교원노조법의 개정을 요구해왔고, 입법발의가 있었으나 모두 구호에 그치고 말았습니다. 뿐만 아니라, 국제노동기구(ILO)의 수차례 권고와 국회의 개정안 발의가 있었음에도 21대 국회에서는 논의조차 안되고 법안이 자동 폐기 되는 아픔을 겪어야만 했습니다.

광역연맹은 올해 한국노총으로 상급단체를 변경하였습니다. 가입 후 짧은 시간이지만 공무원·교원 노동자의 헌법상 기본권과 노조할 권리에 대해 지난 2월 한국노총과 함께 공무원 노조법 헌법소원심판청구서를 헌법재판소에 접수하였고, 오늘 그 연장선상에서 정책토론회를 개최하게 되었습니다.

헌법상 노동기본권 보장과 법·제도 개선을 위해서는 한국노총과 오늘 이 행사를 공동주최하는 더불어민주당(노동존중실천 국회의원단)의 적극적인 도움과 협력이 필요합니다. 노동자로서의 차별 해소에 대해 한국노총의 연대는 물론 국민으로서의 기본권 침해에 대해 더불어민주당의 법안 개정에 대한 관심이 필요합니다.

오늘 토론회를 시작으로 노동기본권을 쟁취하는 그날까지 한 걸음 한 걸음 같이 나아갔으면 합니다. 감사합니다.

| 개 회 사 |



**김 용 서**  
교사노동조합연맹  
위원장

반갑습니다.

교사노동조합연맹 위원장 김용서입니다.

먼저 노동자의 경제, 사회, 정치적 지위 개선을 위해 애쓰시고 우리 교사노조연맹과 함께 이번 정책토론회 공동주최를 위해 애써주신 한국노동조합총연맹 김동명 위원장님, 공공서비스노동조합총연맹 이충재 위원장님, 전국광역시도공무원노동조합연맹 김현진 위원장님, 전국통합공무원노동조합 안성은 위원장님, 그리고 교육청노동조합연맹 이관우 위원장님께 따뜻한 감사와 연대의 인사를 드립니다.

노동 존중 사회 실현을 위해 늘 의정활동에 바쁘신 가운데도 이번 토론회를 공동주최하고 이 자리에 함께하고 계신 더불어민주당 김영배, 송옥주, 안호영, 오영환, 윤영덕, 이수진, 이형석, 임호선 국회의원과 국민의힘 박대수, 김형동 국회의원님께 깊은 감사 인사드립니다.

오늘 토론회는 인하대 김인재 교수님을 좌장으로 정태호, 정필운 교수님과 정영훈 연구위원 세 분의 발제와 한국방송통신대 이민열 교수님, 김은화 고용노동부 공무원노사관계과 사무관님까지 여섯 분의 열띤 토론이 진행됩니다. 그간의 공무원 교원 노동자의 정치기본권에 관한 토론회 가운데 가장 깊이 있고 내실있는 정책토론회가 될 것으로 믿어 의심치 않습니다.

우리 헌법은 제7조 제1항과 제2항에서 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이자, 국민에 대하여 책임지고, 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 따라 보장된다고



규정하고 있습니다. 이처럼 공무원의 신분보장 및 정치적 중립성을 헌법이 보장하고 있음에도 불구하고 현행 국가공무원법, 지방공무원법, 정당법, 정치자금법, 공직선거법 등은 교원·공무원의 ‘정치적 자유’를 철저히 제한하고 있는 것이 현실입니다. 따라서 대한민국의 최상위법인 헌법을 각종 하위법이 불일치한 위헌적 법률체계와 모순은 한시라도 빨리 개선해야 합니다.

현행 교원노조법에는 교원노조의 정치 활동을 일절 금지할 뿐만 아니라, 쟁의행위 금지조항, 근로시간 면제제도 미적용, 유·초·중등 사립교원의 단체교섭권 사실상 불허 등 독소조항이 곳곳에 남아있어 개선이 절실합니다. 더불어 정치적 금지산자와 같이 국민과 시민으로서 누려야 할 기본적인 권리마저 빼앗는 교원, 공무원에 대한 각종 정치적 규제는 과거 권위적인 시대의 유산으로 청산해야 합니다.

모쪼록, 오늘 토론회가 교원, 공무원의 정치기본권과 노동기본권 제한에 대한 위헌적 요소를 명확히 규명하고 개선방안에 대한 사회적 합의와 여론을 모으는 뜻깊은 자리가 되기를 기대합니다.

감사합니다.

| 축 사 |



**송옥주**  
환경노동위원회  
위원장

안녕하세요, 국회 환경노동위원회 위원장 송옥주입니다.

먼저, 소중한 시간을 내어 「공무원·교원노조법의 위헌성 및 개선방안」 토론회에 참석해주신 여러분께 감사드립니다.

오늘 토론회를 위해 더불어민주당 김영배·안호영·오영환·윤영덕·이수진(비례)·이형석·임호선 의원님, 국민의힘 박대수·김형동 의원님께서 함께 뜻을 모아주셨습니다. 아울러 한국노총 김동명 위원장님·공공서비스노동조합총연맹 이충재 위원장님·교육청노동조합연맹 이관우 위원장님·전국광역시도공무원노동조합연맹 김현진 위원장님·교사노동조합연맹 김용서 위원장님, 전국통합공무원노동조합 안성은 위원장님을 비롯한 토론회 관계자 여러분께도 감사의 마음을 전합니다.

작년 12월 국회 본회의에서 결사의 자유를 담은 「공무원노조법」·「교원노조법」 개정안이 통과되어 올해 7월 시행될 예정입니다. 그러나 노동조합 가입 범위가 일부 확대되는 정도로 개정되어 공무원·교원은 여전히 노동3권 행사에 제약을 받고 있습니다. 「공무원노조법」과 「교원노조법」 개정안은 노동권 보호의 국제기준을 제시하는 ILO 핵심협약을 받아들이기 위한 준비단계였습니다. 지금도 ILO에서는 지속적으로 공무원·교원의 단체교섭 및 협약 체결과 단체행동권 보장의 확대를 권고하고 있는 만큼, 우리나라가 노동선진국으로 한 걸음 더 나아가기 위해 모든 노동자에게 어떠한 차별도 없는 노동법 마련이 시급합니다.

우리나라의 공무원·교원은 노동기본권 뿐만 아니라 정

치적 활동의 자유 보장도 광범위한 제한을 받고 있습니다. 공무원의 정치활동을 직무 성격과 성격과 권한 범위에 따라 허용한 영국이나 교원의 직무 밖 범위에서 정치 활동을 인정한 독일·프랑스의 상황과 비교되는 부분입니다.

공무원·교원 노동조합의 노동 및 정치적 활동을 엄격하게 규정하는 국내법 규정으로 인하여, 우리나라 법원도 공무원·교원의 노동 및 정치적 기본권 보장에 소극적인 자세를 취하고 있습니다. 결국, 근본적인 문제 해결을 위해서는 입법이 반드시 필요합니다.

오늘 토론회에서 제시된 공무원·교원노조법의 개선에 대한 다양한 의견을 귀담아 듣고, 향후 노동·정치적 기본권 확보를 위한 입법 방향을 수립하고 추진하는 노력을 기울이도록 하겠습니다.

다시 한번, 「공무원·교원노조법의 위헌성 및 개선방안」 토론회에 참석하신 귀빈 여러분께 감사드리며, 오늘 이 자리가 공무원·교원의 노동 및 정치적 기본권 정책 방향을 세우는 데 의미 있는 시간이 되길 바랍니다.

감사합니다.

| 축 사 |



**안 호 영**  
환경노동위원회  
간사위원

안녕하십니까.

전북 완주·진안·무주·장수 국회의원이자 국회 환경노동위원회 간사위원 안호영입니다.

먼저 공무원 교원노동자의 헌법상 ‘노동기본권’ 및 ‘정치기본권’ 보장을 위한 오늘 토론회 개최에 힘써주신 김동명 한국노총 위원장님께 감사드립니다. 바쁘신 와중에도 고견을 나누기 위해 이 자리에 모여주신 내외빈 여러분들께도 감사의 말씀을 전합니다.

고용노동부의 <2019년 전국 노동조합 조직현황>에 따르면 공무원 노동조합의 조직률은 86.2%에 육박한다고 합니다. 전체 노동조합 조직률이 12.5%인 것에 비해 월등히 높은 수치로 전국광역시도공무원노조, 전국공무원노조는 설립 이후 치열한 연대의 힘을 길러왔습니다.

공무원노동조합의 역사는 그 자체로 공무원의 노동·정치기본권을 확대하는 과정이기도 했지만, 그 길이 순탄치만은 않았습니니다. 때로는 법외노조로서 법 바깥에서 투쟁해오기도 했고, 특별법으로 규제된다는 이유로 노동 3권이 보장되지 않아 교섭이 어그러져도 행동하지 못하기 일쑤였습니다. 또 아직 136명의 해직공무원이 노조 활동의 이유로 부당해고돼 일터로 돌아가지 못하고 있습니다.

최근 한국노총은 위헌 소지가 있는 공무원 노조법에 대한 헌법소원을 제기하였고, 오늘 토론회를 함께 주최한 한국노총, 광역연맹, 공공노총, 전국통합공무원노조 역시 교원·공무원의 노동·정치기본권 확보를 위해 긴 노력을 해오고

있습니다. 이제 국회가 움직일 차례입니다.

특히 교원·공무원에게 정치기본권을 차별 없이 보장하라는 국제연합(UN) 인권위원회의 권고가 있음에도 불구하고, 여전히 해결책이 나오지 않아 국회 차원의 엄중한 검토를 통해 그 해결과정을 진척시켜야 할 때입니다.

오늘 그 과정을 위해 발제자 및 토론자분들이 모여주셨다고 생각합니다. 저 또한 오늘 모여주신 발제자 및 토론자분들의 말씀을 귀담아 교원·공무원노조의 정당한 노조활동 보장을 위해 최선을 다해 노력하겠습니다.

감사합니다.

| 축 사 |



**김 영 배**  
더불어민주당  
국회의원  
<행정안전위원회>

안녕하십니까.

국회 행정안전위원회 소속, 더불어민주당 국회의원 김영배입니다. 오늘 이렇게 ‘공무원·교원노조법의 위헌성과 그 개선방안’을 위한 정책 토론회가 열리기까지 힘써주신 한국노동조합총연맹, 공공서비스노동조합총연맹, 교육노동조합연맹 그리고 또 여러 노동조합 연맹들과 동료 의원분들께 이 자리를 빌려 감사의 말씀을 전합니다.

공무원 교원 노동자들은 국가의 봉사자이기 이전에 대한민국의 국민으로서 엄연히 정치기본권의 주체입니다. 우리 사회는 공무원의 정치적 중립성 가치와 국민의 정치적 기본권, 둘 중 어느 것도 과잉 금지되거나 과소 보호되지 않도록 주의를 기울여야 합니다.

87년 민주항쟁 이후 한국사회에도 인권의 진보가 이루어지고 있다지만 여전히 더딘 분야가 여럿 있습니다. 공무원과 교원분들이 미처 못 누리고 있는 노동기본권, 정치기본권이 그 중 큰 부분을 차지합니다. 작년에 공무원과 교원의 정치기본권 보장법 개정 요청이 국민청원에 올라간지 23일 만에 10만 명이 넘었습니다. 약 110만 명에 이르는 공무원 교원 노동자 분들이 하루 속히 개선된 기본권을 누릴 수도 있도록 하는 데 입법기관인 국회의 노력이 절실하다는 점에 책임감을 느끼고 있습니다.

87년 민주항쟁 이후 한국사회에도 인권의 진보가 이루어지고 있다지만 여전히 더딘 분야가 여럿 있습니다. 공무원과 교원분들이 미처 못 누리고 있는 노동기본권, 정치기본권이 그 중 큰 부분을 차지합니다.

작년에 공무원과 교원의 정치기본권 보장법 개정 요청이 국민청원에 올라간지 23일 만에 10만 명이 넘었습니다. 약 110만 명에 이르는 공무원 교원 노동자 분들이 하루 속히 개선된 기본권을 누릴 수도 있도록 하는 데 입법기관인 국회의 노력이 절실하다는 점에 책임감을 느끼고 있습니다.

근래 헌법재판소의 여러 불합치 판결에 이어 ILO도 2019년과 2021년 한국 정부가 초·중·고 교사들의 정당가입과 선거운동 참여와 같은 정치활동을 금지하는 것은 고용과 직업에 따른 차별을 금지한 111호 협약에 위배된다며 그 개선을 권고한 바 있습니다. 영국, 미국, 프랑스, 독일 등 주요 국가에서는 공무원의 정당가입과 정당활동은 물론 정치자금 기부도 허용하고 있다는 점 역시 우리가 입법을 개선해 갈 때 참고 해야 할 것입니다.

현재 공무원 교원 정치기본권 보장 관련 법 개정안이 21대 국회에 계류 중입니다. 이번 토론회를 통해 공무원과 교원 정치기본권 보장에 여러 각도의 공감대가 형성되길 바랍니다.

다시 한번 오늘 토론회에 함께 해주신 모든 분들의 건승을 기원합니다. 감사합니다.

| 축 사 |



**오영환**  
더불어민주당  
국회의원  
<행정안전위원회>

안녕하십니까? 더불어민주당 의정부시 갑 국회의원 오영환입니다.

먼저 오늘 ‘공무원·교원노조법의 위헌성 및 개선방안 정책토론회’를 공동주최하게 돼 뜻깊게 생각합니다. 토론회 개최를 위해 애써주신 관계자 여러분께 감사의 인사를 드립니다.

작년 12월, ILO(국제노동기구) 핵심협약 기준을 위한 일명 ‘노조3법 개정안’이 국회 본회의를 통과했습니다.

해당 개정안을 통해 소방공무원을 노조가입 대상에 포함하는 것을 비롯하여, 노조 가입이 가능한 공무원의 범위에서 직급 기준을 삭제해 5급 이상 고위 공무원도 원칙적으로 노조에 가입할 수 있게 됐습니다. 이와 더불어 해고자와 실업자의 노조 가입도 허용됐습니다.

하지만 ILO 핵심협약의 기준으로 심사가 이뤄져, 근로시간 면제제도 미적용 등의 법 개정이 이뤄지지 않아 아쉬움이 남았습니다. 헌법적 이념과 가치 관점에서 개선방안을 모색해야 할 시점입니다.

오늘 공무원·교원노조법과 관련한 전문가분들이 함께 해주신 만큼 좋은 정책 제안들이 반영될 수 있도록 노력하며, 해당 개정안 논의과정을 꼼꼼하게 챙겨보도록 하겠습니다.

다시 한 번 바쁘신 와중에도 ‘공무원 교원노조법 위헌성 및 개선방안 정책토론회’에 함께 해주신 모든 분들께 감사의



인사를 드립니다. 감사합니다.

| 축 사 |



**윤영덕**  
더불어민주당  
국회의원  
<교육위원회>

안녕하십니까.

광주 동구남구갑 국회의원 더불어민주당 윤영덕입니다.

공무원과 교원의 정치기본권 보장을 확보하기 위한 「공무원, 교원노조법의 위헌성 및 개선방안」에 대한 정책토론회가 열리게 된 것을 진심으로 축하드립니다.

뜻깊은 자리를 마련해주신 한국노동조합총연맹, 공공서비스노동조합총연맹, 교육청노동조합연맹, 전국광역시도공무원노동조합연맹, 교사노동조합연맹, 전국통합공무원노동조합 관계자 여러분께 감사의 마음을 전합니다.

공무원과 교원의 정치기본권은 헌법적 권리입니다. 모든 시민이 누릴 수 있고 누려야 하는 권리입니다. 그러나 시대가 변하고 시민들의 정치의식이 성장했음에도 여전히 공무원과 교원은 정치적 중립의 굴레에 갇혀 있습니다.

대한민국 헌법 제7조에서 보장하고 있는 공무원의 정치적 중립성은 공무원이 국민 전체의 봉사자로서의 임무를 제대로 수행할 수 있도록 외부의 정치적인 강압으로부터 보호하겠다는 취지입니다. 헌법상 정치적 중립성이 공무원과 교원의 정치적 기본권을 제한할 수 있는 근거는 아닙니다.

국제노동기구(ILO) 산하 전문가위원회는 공무원과 교원의 정치활동을 금지하는 국가공무원법 제65조가 차별을 금지하는 ILO 11호 협약에 위배된다고 판단하여 정부에 관계 법령 개정과 피해자의 불이익 해소를 건의했습니다.

또한 국가인권위원회도 공무원과 교원의 정치활동 전면 금지는 인권침해에 해당한다며 법령을 개정하는 것이 바람직하다는 의견을 표명했습니다.

오늘 토론회가 공무원과 교원의 정치기본권 보장을 위한 실질적인 대안을 마련하는 자기가 되길 바랍니다.

다시한번 「공무원, 교원노조법의 위헌성 및 개선방안」 마련을 위한 정책토론회 개최를 진심으로 축하드리며, 이 자리에 함께하신 모든 분의 행복을 기원하겠습니다. 공무원과 교원도 정치 활동의 기본권을 누릴 수 있는 사회가 되길 바랍니다.

감사합니다.

| 축 사 |



**이수진**  
더불어민주당  
국회의원(비례)  
<환경노동위원회>

안녕하십니까. 노동존중 국회의원 이수진입니다.

「공무원·교원노조법의 위헌성 및 개선방안 토론회」를 존경하는 여야 선배·동료 의원님들과 그리고 한국노총, 전국광역 시도공무원노동조합연맹, 공공서비스노동조합총연맹, 교사노동조합연맹, 전국통합공무원노동조합과 함께 주최하게 되어서 대단히 기쁘게 생각합니다.

공무원·교원의 정치기본권과 노동기본권 관련 논의는 참으로 오래되었습니다. 현장을 다니면서 공무원노조와 교원노조 조합원들의 뜨거운 목소리를 들은 지 오래되었고 국회 토론회도 여러 차례 열렸지만, 아직도 달라진 게 없는 현실이 참으로 애통합니다.

대한민국 공무원과 교사도 시민의 한 사람이기 때문에 직업과 관계없이 민주주의 원칙과 헌법정신을 침해받아서는 안 됩니다.

국가인권위원회에서는 “국가공무원법 등이 정치적 자유를 과도하게 제한한다”며 관련법 개정을 지속해서 권고해왔고, 국제노동기구(ILO)에서도 공무원·교원의 단체행동권을 포함하여 노동3권이 최대 보장 최소 제한의 원칙에 따라 폭넓게 허용되어야 하고 전임자의 활동보장도 노사 당사자가 자유롭게 결정해야 한다고 권고한 바 있습니다.

이에 저도 지난해 「공무원노조법」 개정안과 「교원노조법」 개정안을 각각 대표 발의하여 결사의 자유를 확대하고 근로시간면제제도를 도입하는 제도개선을 추진한 바 있습니다.

최근 더불어민주당 안호영 의원님께서도 5월 1일 ‘근로자의 날’을 ‘노동자의 날’로 변경하고 교육공무원을 포함한 공무원도 이날을 유급휴일로 설 수 있게 하자는 법안을 대표 발의하셨고 저도 그 법안에 공동발의를 하였습니다.

이렇듯 국회에서 여러 회기에 걸쳐서 공무원·교원의 정치기본권과 노동기본권 보장을 위한 법안들이 꾸준히 발의되어 왔고 사회적 논의가 무르익은 만큼 이제는 가시적 성과를 국회가 내놓아야 할 때가 아닌가 생각합니다.

아무쪼록 오늘 토론회가 헌법 제11조의 “모든 국민은 법 앞에 평등하다”는 문구의 의미를 다시 상기시키며, 시대전환기를 맞아 ‘공무원과 교원의 기본권 보장’이라는 합당한 요구에 관련 주체들이 부응하는 출발선이 되길 바랍니다.

끝으로 오늘 토론회의 사회를 맡아주신 김인재 교수님과 발제를 해주시는 정태호 교수님, 정필운 교수님, 정영훈 연구위원님께 감사 말씀을 드립니다. 아울러 토론자로 참여해주시는 이민열 교수님, 이광주 위원장님, 이장원 사무총장님, 유정엽 본부장님, 문성덕 변호사님, 양성필 국장님께도 고맙다는 인사를 드립니다.

이번 토론회에 함께 해주신 모든 분의 건강과 건승을 기원합니다.

감사합니다.

| **축 사** |



**이 형 석**  
더불어민주당  
국회의원  
<행정안전위원회>

안녕하십니까.

더불어민주당 광주 북구을 국회의원 이형석입니다.

직업으로 인해 헌법에 규정된 정치기본권을 보장받지 못하는 이들이 있습니다. 민주주의 사회에 있어 가장 기본이 되는 정치기본권이 제한되니 노조 활동을 비롯한 노동기본권 역시 침해받고 있습니다.

공무원과 교원, 이들은 국민 누구나 누려야 할 권리를 박탈당하고 있습니다. 직업을 이유로 자신의 삶에 영향을 끼치는 정치와 노동에 있어 발언권을 가지지 못하는 것은 이해하기 어렵습니다.

이러한 문제에 있어 국제사회 역시 여러 차례 개선을 요구해 왔습니다. ILO(결사의자유위원회)는 정치 활동 전면금지, 근로시간면제제도 미적용, 단체협약 교섭 및 체결 권한 제한, 쟁의행위 전면금지 등에 있어 문제를 제기했습니다.

대한민국 국민이라면 마땅히 보장받아야 하는 것이 정치기본권과 노동기본권입니다. ‘모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.’라는 대한민국 헌법 제11조1항은 예외 없이 적용되어야 합니다.

당연히 보장받아야 할 기본권을 주제로 이런 토론회가 열리는 것이 한편으로 개탄스럽습니다. 헌법에 규정된 기본권을 온전히 보장받을 수 있도록 국회 행정안전위원회 위원

으로서 노력하겠습니다.

오늘 토론회를 위해 노력해주신 한국노총은 물론 함께해주신 조합원 여러분께 깊이 감사드립니다. 또한, 좌장을 맡으신 김인재 교수님을 비롯해 발제를 맡아주신 정태호 교수님, 정필운 교수님, 정영훈 연구위원님과 종합토론자로 나서주신 이민열 교수님, 유정엽 본부장님, 문성덕 변호사님, 이광주 위원장님, 이장원 사무총장님, 김은화 사무관님께 다시 한번 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

감사합니다.

| **축 사** |



**이형석**  
더불어민주당  
국회의원  
<행정안전위원회>

반갑습니다. 더불어민주당 증평·진천·음성 국회의원 임호선입니다.

지난 3월, <교원·공무원 정치기본권 토론회>에 이어서 오늘은 공무원과 교원 노조법의 위헌성을 검토하고 개선방안에 대해 고민하는 <공무원·교원노조법의 위헌성 검토와 개선방안>을 위한 정책토론회를 주최하게 되었습니다.

헌법은 공무원과 교원의 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 보장하고 있지만, 우리 사회는 하위법령인 공무원법, 정당법, 노조법 등에 의해 노동기본권이나 정치적 자유가 제한되고 있는 현실입니다.

실제로 헌법재판소가 사실상 노무에 종사하는 공무원에게만 단결권과 단체행동권을 인정하면서 모든 공무원의 노동3권은 박탈된 건 아닌지에 대한 논란이 있습니다. 또한 공무원과 교원을 국민 전체에 대한 봉사자로 여기고 정치적 중립성을 강조하며 정치적 자유를 제한하는 것은 과도한 처사라는 의견도 있습니다.

반면에 공무원과 교원의 성실의무와 직무 전념 의무 등을 고려한다면 공무원 다수의 결집된 행위를 금지하는 것과 정치적 중립성은 불가피하다는 입장도 있습니다. 공무원의 단체행동과 정치적 편향은 공익에 반하는 행위가 될 수 있으며 공무에 대한 국민의 신뢰에 손상을 가져올 수 있다는 이유 때문입니다.

ILO는 5급 이상 공무원과 소방관을 포함한 모든 공무원에



대해 결사의 자유와 직무를 이유로 노조 가입 제한을 받는 공무원의 단결권을 보장하도록 했습니다. 또한 단체교섭의 주체를 국가운영에 대한 권한이 없는 공무원 등으로 지정하고 교섭대상을 제한하도록 권고했습니다.

이와 관련해 국회는 ILO 개선 권고사항을 고려하여 지난 2월 ILO협약 「제29호 강제 또는 의무노동에 관한 협약」, 「제87호 결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약」, 「제98호 단결권 및 단체교섭권 원칙의 적용에 관한 협약」 비준동의안을 의결했으며, 조만간 정부가 ILO에 비준서를 기탁할 예정입니다.

오늘 토론회에서 공무원과 교원의 노동 3권과 정치적 기본권이 어떻게 하면 보장될 수 있을지 함께 논의하고 법과 제도 등의 개선방안을 마련하는 성과를 얻기를 기대합니다.

대한민국 국민이 개인적·사회적 신분에 제약받지 않고 헌법에 따라 자유와 권리를 보장받을 수 있도록 입법정책을 통해 노력해 나가도록 하겠습니다.  
감사합니다.

| 축 사 |



**박대수**  
국민의힘 국회의원  
<환경노동위원회>

안녕하십니까? 국회의원 박대수입니다.

「공무원·교원노조법의위헌성 및 개선방안」 정책토론회에 참석해주신 모든 분들께 진심으로 감사드립니다.

특히 토론회 공동주최를 위해 애써주신 환경노동위원회 송옥주 위원장님과 동료위원님들 그리고 한국노총, 광역연맹, 공공노총 관계자 여러분께도 깊은 감사의 인사를 드립니다.

노동3권이라고 통칭되는 단결권·단체교섭권·단체행동권은 노동자의 인간다운 생활을 보장하기 위해 헌법이 보장한 국민 기본권입니다. 공무원과 교원도 일반노동자와 마찬가지로 노동3권의 주체임에도 근로시간면제제도의 미적용, 단체협약 교섭 및 체결 권한의 제한, 쟁의행위 전면금지 등 정당한 노조 활동이 어려운 실정입니다.

이에 국제노동기구(ILO)에서는 공무원·교원의 노동권을 과도하게 제한하는 자국의 행태를 비판하며, 수십 차례 권고 조치를 내리는 등 핵심협약 비준을 촉구한 바 있습니다.

우리는 이번 토론회에서 직업공무원의 정치적 표현의 자유와 헌행법을 어떻게 조화시킬 것인지, 정치적 중립성이 요구되는 공무원에게 어떻게 정치적 자유를 보장할 것인지 치열하게 고민하고 또 숙고해야 할 것입니다.

오늘 정책토론회는 여러 전문가들을 모시고 이 같은 문제들에 대하여 하나하나 짚어보고 개선 방향을 찾는 자리입니다. 의미 있는 시간이 되리라고 확신합니다.

토론회에 참석하시어 자리를 빛내주시는 모든 분들께 다시 한번 깊은 감사의 말씀을 드리며, 저 역시 신뢰와 청렴을 바탕으로 당당하게 일하는 공무원·교원의 노동문화를 만들기 위해 최선의 노력을 다하겠습니다.

감사합니다.

| 축 사 |



**김형동**  
국민의힘 국회의원  
<행정안전위원회>

존경하는 공무원·교원 노동자 여러분!  
반갑습니다. 국민의힘 국회의원 김형동입니다.

장기화되는 코로나 19사태로 심신이 지쳐계신 와중에도 <공무원·교원노조법의 위헌성 및 개선방안> 정책토론회에 참석해주신 여러분께 환영의 인사를 드립니다.

오늘 뜻깊은 자리를 함께 만들어주신 한국노총을 포함한 6개 공무원노동단체와 토론회의 좌장을 맡아주신 김인재 인하대 법학전문대학원 교수님, 발제를 맡아주신 정태호 경희대 법학전문대학원 교수님, 정필운 한국교원대 교수님, 정영훈 한국노동연구원 연구위원님, 그리고 토론자로 참석해주신 많은 분들께 고마운 마음을 전합니다.

그동안 공무원·교원 노동자분들은 대민업무, 교육현장에서 국민의 편의 증진과 우리나라 경제·교육·사회적 지위 향상을 위해 애써왔지만 정작 공무원·교원의 처우개선, 노동자로서의 권리에 대한 국민적 관심은 부족했습니다.

노동 관련 권리는 원칙적으로 제한 없이 부여돼야 하지만 국민의 세금으로 운영되는 공무원·교원의 업무 특수성 때문에 선별적으로만 권리를 허용받아 왔습니다.

지난 2월 공무원노조법 및 교원노조법 등 이른바‘ILO 3법’ 개정안이 국회 본회의를 통과하여 공무원·교원 노동자의 기본적 노동권 보장에 한걸음 다가가게 됐으나 국내 노동관계법이 여전히 핵심협약을 따라가지 못하고 있는 실정입니다.

이제 시대의 요구에 걸맞는 공무원·교원 노사관계의 정립과 아울러 책임 있는 노동조합활동의 보장을 위한 제도적 보완이 필요한 시점입니다.

이번 토론회를 통해 공무원·교원 노동기본권 등 권익보호에 대한 여러 방안들이 도출되어 공무원·교원 노동자분들이 더 나은 환경에서 국민을 위한 소임을 다할 수 있기를 기대합니다. 저 또한 국회에서 할 수 있는 가능한 모든 정책 및 입법 활동에 최선을 다 하겠습니다.

다시 한번 참석해주신 모든 분께 진심으로 감사의 말씀을 드리며 여러분들의 지혜를 모아주시길 당부드립니다.

감사합니다.

공무원·교원노조법의 위헌성 및 개선방안 정책토론회

| 발제문 1 |

# 공무원의 정치활동 금지의 문제점 및 개선방향

정 태 호 (법학박사, 경희대학교 법학전문대학원 교수)



# 공무원 정치활동 금지의 문제점과 개선방향<sup>1)</sup>

정 태 호 (법학박사, 경희대학교 법학전문대학원 교수)

## I. 왜 영혼 없는 공무원이 되는가?

2007년 12월 대통령선거를 통해 이명박 정권이 들어서면서 직전 정권인 노무현 정부와 불편한 관계를 형성했던 언론매체들은<sup>2)</sup> 기자실의 정상화 등 노무현 정부의 언론정책을 충실히 뒷받침한 직업공무원을 향해 정권의 요구에 충실히 따를 뿐 공익실현자로서의 역할을 다하지 않는 이른바 “영혼 없는” 공무원은 존재의미가 없다는 질타를 한 바 있다. 당시 언론매체들은 막스 베버<sup>3)</sup>적 사고에서 유래하는 것으로 보이는 “영혼 없는 공무원”이라는 담당 공무원의 자조적이고도 책임회피적인 발언을 꼬투리 삼아 취재와 관련한 자신들의 특권을 박탈했던 정책에 대해<sup>4)</sup> 신분상의 불이익을 무릅쓰고 부당

1) 본 발제문은 좋고, 한국에서 직업공무원 및 교원의 정치적 자유: 정권의 도구로 전락하고 있는 한국의 직업공무원, 헌법연구 제3권 1호(2016), 1-36을 토대로 세미나 주제에 맞게 수정·보완한 것임을 밝혀둔다.

2) 가령 2008년 1월 5일 중앙일보 사설 “영혼이 있는 공무원이 나라를 살린다”; 2008년 1월 5일 서울신문 사설 “영혼 없는 공무원’은 필요 없다”.

3) Max Weber, *Wirtschaft Und Gesellschaft*, 1980 참조.

4) 일부 언론인들이 자신들의 언론의 자유를 침해하고 있다는 이유로 노무현 정부의 취재지원선 진화방안에 대해 헌법소원을 제기하였으나, 이 헌법소원은 이명박 정권의 원상회복조치로 권리보호이익이 없다는 이유로 각하되었다(헌재 2008. 12. 26. 2007헌마775, 판례집 20-2하, 844). 그러나 이 결정에 대한 별개의견은 “언론사 기자들이 취재활동을 위하여 정부청사 내에 있는 기사송고실이나 브리핑룸을 이용하거나 정부청사에 출입하는 것은 정부가 제공한 편의



한 권력자의 요구와 지시를 거부하지 않았던 공무원들에게 훈수를 둔 것이었다.

우리 직업공무원들이 그러한 훈수를 충실히 따른 적은 드물다. 정권의 서슬이 시퍼런 정권 초기에 고위급 직업공무원들이 인사권을 가진 권력자에 맞서 소신을 펼친 경우는 더욱더 드물다. 그들은 이명박 정권하에서 경제성도 없을 뿐 아니라 환경만 파괴하는 정책이라는 비판을 받았던 4대강 정비사업이나 채산성에 대한 신중한 고려나 조사 없이 진행되어 국가에 막대한 손실을 입힌 것으로 드러난 자원외교를 이렇다 할 문제 제기 없이 뒷받침했다. 그들은 이처럼 부조리한 정책을 추진하는 임면권자의 명령에만 순응한 것이 아니다. 그들은 심지어는 명백히 불법적인 명령에도 순순히 따랐다. 올 2월 9일 ‘국가정보원 댓글 사건’ 항소심에서 원세훈 전 국가정보원장은 국가정보원 소속 심리전단으로 하여금 북한의 사이버심리전에 대응한다는 명분하에 인터넷에 여당에 우호적인 글을 올리거나 야당 정치인 등을 원색적으로 비난하도록 하는 등 해당 직원들을 조직적·계획적으로 18대 대통령 선거에 개입하도록 지시한 사실이 인정되어 국정원법 및 공직선거법 위반으로 실형을 선고받고 법정에서 구속됐다.<sup>5)</sup> 지난 5월 15일에는 대선 전후인 2011년 11월~2013년 10월 소속 부대원 121명과 공모해 1만2,844회에 걸쳐 인터넷에 특정 정당과 정치인을 비판 또는 지지하는 댓글을 올린 혐의를 받아 왔었던 군 사이버사 이모 전 심리전단장이 징역 2년을 선고받고 역시 법정에서 구속되었다.<sup>6)</sup>

---

를 누리는 것에 불과하고 언론의 자유로서 보장되는 것이라고 볼 수 없다”는 이유로 이 사건 헌법소원청구를 각하하여야 한다고 보았다.

5) ‘국정원 대선개입’ 원세훈 징역 3년... 정치권 강타라는 제하의 2015.02.06.자 경향신문 기사 ([http://news.khan.co.kr/kh\\_news/khan\\_art\\_view.html?artid=201502092211455&code=940301](http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201502092211455&code=940301))

6) “대선 댓글’ 사이버사령부 前 심리전단장 징역 2년... 법정 구속”이라는 제하의 2015.05.15.자 한국일보 기사  
(<http://www.hankookilbo.com/v/53779e5994c745faba60cfc80bbba552>).

이 사건들은 우리 민주주의의 취약성을 노정시켰을 뿐 아니라 직업공무원 제의 존립가치에 대한 의문을 던지고 있다. 국민 전체에 대한 봉사자로서 법치행정의 원칙에 따라 법을 준수해야 하는 다수의 직업공무원들이 상관의 불법적인 명령을 묵묵히 따랐기 때문이다. 현장에서 불법적인 명령을 실행했던 요원들은 엄격한 상명하복의 위계체계에서 업무를 수행한다는 이유로 기소조차 되지 않았다. 검찰의 조치는 정권에 충성하며 불법을 자행하는 상관의 불법적 명령을 따르더라도 법적 책임을 추궁당하지 않겠다는 사인을 보내는 것이고, 궁극적으로 우리 법치주의 및 민주주의의 기반을 대단히 위태롭게 하는 처사가 아닐 수 없다.

반면, 영혼의 울림을 따라 정권의 교육정책을 비판한 다수의 교원들, 여객선이 근해에서 침몰하여 수학여행을 가던 한 고등학교 학생들 포함하여 300명을 넘는 인명이 수장되었던 비극적 재난사태에 대한 대통령의 무능하고도 무책임한 대처를 비판하면서 대통령직에서 물러날 것을 요구하는 글을 청와대 게시판에 올린 교원들은 공무원법상의 집단행위 금지 위반을 이유로 징계를 받을 위기에 몰리고,<sup>7)</sup> 적지 아니한 교원들은 형사처벌까지 받았다.<sup>8)</sup>

장기간 지속되었던 권위주의정권하에서 직업공무원들은 헌법이 기대하는 직업공무원으로서의 두 가지 역할, 즉 선거에서 승리한 정권의 지시를 충실히 따르는 기술관료의 역할과 전문성과 객관성에 의거하여 공익에 헌신하는 국민 전체에 대한 봉사자라는 역할이 충돌할 때 대부분 전자의 역할에 충신했다. 특히 경찰, 검찰, 국가정보원, 국세청과 같은 주요 권력기관들은 독재 내지 권위주의적 정권의 수호기관으로 전락했었다.<sup>9)</sup> 1987년 이후 한국의

7) 세월호 시국선언 교사 200여명 '난데없는 징계위기

(<http://www.hani.co.kr/arti/society/schooling/800126.html#csidx959d3bd1c621cfc956ecce77b02498d>) (2021.04.12 검색).

8) '세월호 시국선언' 교사들 벌금형·집행유예... "시대착오적 판결" 법원 "정치적 중립 위반에 해당"... 전교조대전지부 "표현의 자유 억압한 국가폭력"

([http://www.ohmynews.com/NWS\\_Web/View/at\\_pg.aspx?CNTN\\_CD=A0002709291](http://www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002709291)) (2021.04.12. 검색)

민주화 이후에도 이들 기관의 정상화, 즉 이들 기관이 법치행정의 원칙에 따라 정권의 권력유지를 위한 도구가 아닌 법에 충성하며 법을 공정하게 집행하는 본연의 역할을 충실히 수행하도록 하는 것은 아직도 미완의 과제로 남아 있다.

우리 직업공무원이 이처럼 정권의 도구로 오용되고 있는 근본원인 중의 하나는 공무원법제가 권위주의적 정권이 직업공무원집단을 효과적으로 장악할 수 있도록 공무원이 시민으로서 누려야 할 정치적 자유를 과도하게 제한하고 있는 것과 무관하지 않다고 생각한다. 이하에서 이를 논증하기 위하여 먼저 직업공무원제도를 간략히 설명하고(II), 이어서 직업공무원 및 그에 준하는 지위를 가지고 있는 사립학교 교원의 정치적 자유에 대한 제한의 현황과 특징, 관련 공무원법 등의 규율에 대하여 합헌성을 인증해 주고 있는 헌법재판소 판례를 구미의 주요국가의 관련 법제와 비교해 가면서 비판적으로 검토해 보고(III), 직업공무원의 정치적 자유에 대한 포괄적 제한의 헌법적 정당성을 뒷받침해 온 핵심논거인 “공무원의 정치적 중립성”에 대한 헌법재판소 논증의 문제점을 분석하고(IV), 그와 같은 제한의 정치적·사실적 부작용을 개관한다(V). 끝으로 이를 토대로 공무원의 정치적 표현의 자유를 과도하게 제한하고 있는 현행 법제의 개선방향을 제시하는 것으로 결론을 대신하고자 한다(VI).

## II. 직업공무원제와 특별신분관계로서의 공무원근무관계

### 1. 직업공무원제의 제도적 보장

---

9) 참여정부 정책보고서 “권력기관 제자리 찾기 - 권력기관을 국민의 품으로 -, 2008, 99쪽 이하; 정태호, 민주화 이후의 ‘검찰개혁’에 대한 반추와 검찰개혁 방안에 대한 평가, 조기숙·정태호 외 지음, 「한국 민주주의 어디까지 왔나」, 2012, 257쪽 이하; 김희수/서보학/오창수/하대훈, 검찰공화국, 대한민국, 2011; 김인회, 참여정부 검찰 및 경찰개혁 평가, 노무현재단/한국미래발전연구원(편), 「진보와 권력」, 2011.

직업공무원은 실적과 자격에 따라 임용되고 그 신분이 보장되며 정년까지 공무원으로 근무할 것이 예정되는 공무원을 말한다(국가공무원법 제2조 제1항, 지방공무원법 제2조 제2항 참조). 우리 공무원법에 의하면 직업공무원은 국가나 지방자치단체가 임용하는 기술·연구 또는 행정 일반에 대한 업무를 담당하는 공무원인 일반행정공무원, 교육공무원, 군인, 검사, 경찰공무원, 외교관, 소방공무원, 지방소방공무원, 자치경찰공무원 등을 포함하는 특정직 공무원을 포함한다(국가공무원법 제2조 제1항 제1, 2호, 지방공무원법 제2조 제2항 제1, 2호 참조).

국가공무원법이 특정직 공무원으로 분류하고 있는 법관이나 헌법재판소 연구관은 행정이 아닌 사법작용을 담당하거나 이를 보조하는 공무원이므로 행정을 담당하는 협의의 직업공무원은 아니나, 엄격한 자격기준에 의하여 임명되고 헌법이나 법률에 의하여 직업공무원 이상으로 강한 신분보장을 받고 있다. 또한 그들도 정치적 표현의 자유에 대한 매우 광범위한 제한을 받고 있다. 유의할 것은 사립학교교원의 복무에 대해서도 원칙적으로 국·공립학교의 교원에 관한 규정이 준용되고(사립학교법 제55조 제1항), 따라서 사립학교교원의 정치활동에 대해서는 공무원법의 관련 규정이 준용된다는 점이다. 그 예외는 국공립이나 사립을 불문하고 대학교원에게만 인정된다. 이 때문에 이하에서는 편의상 직업공무원 또는 공무원이라는 용어는 별도의 언급이 없더라도 법관, 헌법재판소 연구관, 사립학교교원을 포함하는 개념으로 사용한다.

직업공무원제가 헌법에 의하여 그 존속을 보장받고 있다고 보는 다수설<sup>10)</sup>과 판례<sup>11)</sup>는 그 헌법적 근거를 무엇보다도 헌법 제7조 “① 공무원은 국민 전

10) 물론 직업공무원제도를 헌법적 제도로 보지 않는 소수설도 있다. 가령 정종섭, 헌법학원론, 2014, 970.

11) 헌재 1992. 11. 12. 91헌가2, 판례집 4, 713, 724; 헌재 1997. 3. 27. 96헌바86, 판례집 9-1, 325, 330-331; 헌재 1997. 4. 24. 95헌바48, 판례집 9-1, 435, 442-443 등 참조.

체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다. ② 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”고 규정하고 있는 헌법 제7조, 특히 제7조 제2항에서 찾고 있다. 이 규정은 1962년 헌법에서 처음 채택된 이래 조문의 위치만 바뀌었을 뿐 내용에 대한 수정 없이 그대로 유지되고 있다. 그밖에 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다”고 규정하고 있는 헌법 제25조도 직업공무원제의 핵심내용인 업적주의 내지 능력주의의 근거로 해석되고 있다.

한편, 헌법 제7조 제1항의 공무원과 헌법 제7조 제2항의 공무원은 그 개념이 다르다는 것이 국내의 통설과 판례이다. 헌법 제7조 제2항의 공무원은 직업공무원만을 의미하지만, 헌법 제7조 제1항의 공무원은 국가의 과제를 이행하기 위하여 국가조직에 편성되어 있는 모든 공직자를 의미한다. 따라서 직업공무원만이 아니라 선거로 취임하거나 임명할 때 국회의 동의가 필요하거나 기타 정치적 고려에 의해 임명되는 정무직공무원, 별정직공무원 등 특수경력직공무원도 공직을 수행할 때는 국민전체에 대한 봉사자로서 사익이나 부분이익, 특히 당파적 이익이 아니라 공익을 추구하여야 한다.<sup>12)</sup>

직업공무원제의 핵심을 이루는 요소는 “공무원의 국가에 대한 특별한 충성의무”, “능력 및 실적에 의한 인사”,<sup>13)</sup> “정년보장을 비롯한 신분보장”,<sup>14)</sup> 공무원의 경제적 독립성을 보장할 수 있을 정도의 “충분한 경제적 보상의 보장”<sup>15)</sup> 등이다.

12) 헌재 2004.3.25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422, 436 - 초중등교원의 정치활동 제한; 헌재 2004.5.14. 2004헌나1 - 노무현 대통령 탄핵.

13) 헌재 1999.12.23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 797 - 제대군인 가산점제도.

14) 헌재 2004.11.25. 2002헌바8, 판례집 16-2 하, 282, 292 - 지방공무원에 대한 직권면직.

15) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50 등, 판례집 17-2, 238, 253: “공무원에게는 특별한 신분상의 권리와 재정상의 권리를 가지는 한편 국민전체의 봉사자로서 공공의 이익을 위하여 근무하는 특수한 신분과 지위에 따르는 의무를 부담한다.”; 헌재 2002. 8. 29. 2001헌마788 등, 판례집 14-2, 219, 228; 2007. 3. 29. 2005헌바33, 판례집 19-1, 211, 220는 공무원에 대한 충분한 경제적 보장을 경제적 독립성이 아니라 사회국가원리의 관점에서 이해하고 있다.

1962년 헌법에 직업공무원의 신분보장 및 정치적 중립성 보장 규정이 채택될 당시에는 현대식 직업공무원제도의 전통이 형성되어 있었다고 보기는 어려울 것이다. 고려시대와 조선시대에도<sup>16)</sup> 과거제도를 통해, 즉 시험을 통해 국왕을 보좌하는 관리를 선발하는 제도가 있었지만, 음서제도 등 신분에 의거한 관리채용이 여전히 존재했을 뿐 아니라 관리의 신분보장 등 현대적 직업공무원제도의 핵심요소의 공고한 발전은 확인되지 않는다. 일제치하에서도 식민지 경영의 수단으로 이식된 직업공무원제도와 접하기는 하였으나, 이를 우리 헌정의 전통으로 볼 수는 없다. 따라서 당시의 헌법규정은 입법자가 직업공무원제를 구체적으로 형성할 때 준수해야 하는 헌법적 지침을 제시하고 있는 것으로 보는 것이 옳았다고 본다. 그러나 직업공무원제가 정착된 지도 어언 50년 이상 되었고, 그 후 여러 차례 있었던 헌법개정 내지 헌법의 새로운 제정에서도 변함없이 유지되어 온 헌법 제7조 제2항을 단순한 제도형성 지침을 넘어 독일식 제도보장론의 인식에 기대어 법률에 의해 형성되어 내려오는 직업공무원제의 전형적인 내용에 대한 헌법적 보장으로 이해하는 것도 가능하게 되었다고 본다.

공무원의 국민 전체에 대한 봉사 의무, 공무원의 신분보장 및 정치적 중립성보장이 헌법에 명시되기 이전부터 직업공무원제의 근간은 공무원법제를 통해 구체화되어 있었다. 1945년 일제로부터 해방된 후 1948년 제정·시행된 건국헌법에 의거하여 1949년 제정된 국가공무원법(법률 제44호)은 이미 국가직 직업공무원의 국민전체에 대한 봉사자 지위(제1, 30조), 고시성적 또는 전형성적에 의한 공무원의 임명원칙(제5, 6조), 일반생활비, 민간의 임금기타사정을 고려하는 가운데 직무와 책임에 적응하는 보수의 보장(제22조 이하), 직무전념의무(제28조) 및 영리업무종사금지(제36조), 정치운동 및 공무 외의 집단적 행위의 금지(제37조), 신분보장(제39조)을 명시하고 있

16) 김판석/윤주희, 고려와 조선왕조의 관리등용제도 - 과거제도의 재해석 -, 한국사회와 행정연구 11권 2호, 2000. 12, 139면 이하 참조.

었다. 그 후 1960년에는 공무원의 경제적 독립성을 제고하기 위하여 공무원 연금법이 시행되면서 퇴직공무원의 노후보장을 위한 연금제도가 출범한 뒤 지속적으로 발전하면서 국민 일반에 대한 노령보호가 취약한 현실에서 모범적인 연금제도로 굳건한 뿌리를 내렸다. 1962년 개정된 국가공무원법은 실적주의에 의한 인사원칙을 보다 명확히 하고<sup>17)</sup>, 직급정년제를 채택함으로써<sup>18)</sup> 정년보장의 근거를 확고히 하였다. 1963년 기존의 국가공무원법을 폐지하고 새로 제정된 국가공무원법을 통해 능력주의 및 실적주의에 의한 인사체계가 보다 정교하게 정립되었다. 1963년 처음 제정된 지방공무원법도 국가공무원법의 기초를 그대로 이어받고 있다. 직업공무원제는 이처럼 해방과 전쟁, 4·19 민주혁명, 5·16 군사쿠데타 등 혼란한 정정으로 국가가 제대로 자리를 잡지 못한 혼란기에도 적어도 규범차원에서는 그 기본골격이 형성되었고 그 후 시대의 변화에 적응하기 위한 다수의 개정을 거치면서도 그 전형적인 내용을 유지하면서 발전해 왔다.

## 2. 특별신분관계로서의 직업공무원 근무관계와 기본권제한의 특수성

국가나 지방자치단체는 직업공무원과 공법상의 근무관계를 형성하고 있다. 과거 독일의 영향으로 공무원근무관계를 수형자복역관계, 군복무관계, 국공립대학생 재학관계 등과 더불어 특별권력관계의 일종으로 규정하면서 직업공무원들의 기본권주체성은 물론 법치국가적 원칙의 적용을 부정하였다.<sup>19)</sup> 특별권력관계론은 점차 ‘관헌국가(Obrigkeitsstaat)의 잔재’ 라는 등

17) 1963년 4월 17일의 국가공무원법(법률 제1325호) 제26조 “公務員의 任用은 試驗成績·勤務成績 기타 能力의 實證에 의하여 행한다.”

18) 1963년 4월 17일의 국가공무원법(법률 제1325호) 제74조 참조.

19) 특별권력관계에서는 기본권이 적용되지 못하는 것 이외에 行政의 合法性의 原則도 배제되고 특별권력관계에서의 명령은 행정내부규칙이나 지시의 형식으로 행해지며 그러한 행정규칙과 지시는 사법적 심사의 대상이 되지 않는다고 보았다.

의 비판을 받았으며, 마침내 1972년 독일연방헌법재판소가 이른바 수형자 결정에서 수형자의 기본권도 법률에 의하거나 법률에 기초해서만 제한될 수 있음을 명백히 함으로써 근본적인 수정을 받게 된다. 우리 헌법재판소도 군사법원에 피소된 군인(헌재 1996. 10. 31. 93헌바25, 판례집 8-2, 443)이나 미결수용자(헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546 - 유치장내 화장실설치 및 관리행위 위헌확인)의 기본권침해여부를 판단함으로써 간접적으로 이른바 특별권력관계하에 있는 자도 기본권의 주체이며, 그 기본권제한에도 과잉금지원칙 등이 적용됨을 분명히 하였다.

그러나 특별권력관계론이 근본적인 수정을 받은 것이지 특별권력관계가 국가와 일반 국민의 법적 관계에 비추어 볼 때 특수성을 띠는 것까지 부정된 것은 아니다. 일반국민이 국가에 대해 갖는 통상적 권리·의무관계를 넘어 개인이 국가와 보다 밀접한 관계를 가짐으로써 특별한 의무를 발생시키거나 부분적으로 특별한 권리도 발생시키는, 공동체생활을 위하여 불가결한 여러 가지 특별한 관계의 존재와 이러한 관계 설정의 목적의 달성을 위하여 각 관계의 특성에 맞는 특별한 질서가 필요하다는 점은 부인할 수 없다. 오늘날 이와 같은 특별한 관계를 설명하기 위하여 국가의 포괄적 지배와 관련 개인의 포괄적 복종을 그 개념적 요소로 함으로써 관헌국가시대의 정치이념에 충신했던 특별권력관계론 대신 특수신분관계(Sonderstatusverhältnis)(K. Hesse)론이 지지를 얻고 있다.

특수신분관계론에 따르면 특수신분관계에 있는 자들의 기본권은 그 설정 목적을 달성하는 데 필요한 한도 내에서만 제한될 수 있으며, 그들의 기본권과 특별신분관계의 설정 목적 모두 다 최적의 실효성을 얻을 수 있도록 비례적으로 정서되어야 한다. 국가와 지방자치단체의 행정적 과제를 법에 따라 전문적·안정적으로 수행할 수 있도록 신분보장과 충분한 경제적 보상을 해주는 한편, 국가와 헌법질서에 대한 충성의무, 직무전념의무, 품위유지의무 등을 공무원에게 부과하는 공무원근무관계의 설정목적과 직업공무원들의



기본권도 비례적으로 정서되어야 한다. 전자의 중요성만을 일방적으로 강조하면서 후자를 희생시키는 것은 위헌이라는 평가를 면하기 어렵다. 공무원의 정치적 자유에 대한 제한도 마찬가지로이다. 공무원이 자신에게 부여된 공직 및 권한에 의거하여 법에 따라 직무를 수행하는 직무영역, 공무원이 직무수행이 이뤄지지 않는 시간 및 장소이지만 제한적이거나 개인의 삶도 전개되는 근무영역, 근무지 및 근무시간 밖에서 사생활이 전개되는 비근무영역 별로 공무원관계의 설정목적과 공무원의 정치적 자유를 조화시키기 위한 세분화된 규율이 필요하다.

### III. 직업공무원의 정치적 표현의 자유의 제한에 대한 현황과 특징

#### 1. 현행 공무원법 등에 의한 직업공무원의 정치적 자유의 제한의 실태와 헌법적 문제점

현행 헌법은 정치영역의 기본권으로 정당설립·활동의 자유(헌법 제8조 제1항), 언론·출판·집회·결사의 자유(헌법 제21조), 선거권(헌법 제24조), 공무담임권(헌법 제25조) 등을 보장하고 있으나, 공무원법, 정당법, 공직선거법 등은 공무원이 국민전체의 봉사자로서 정치적 중립을 지켜야 하는 특별한 신분을 가지고 있다는 이유로 공무원의 정치적 자유에 대하여 포괄적인 제한을 가하고 있고, 헌법재판소도 그러한 제한에 대하여 대부분 합헌성을 인정해 왔다는 것이다. 특별권력관계론이 사실상 유지되고 있는 것이나 마찬가지로인 상황이다. 그나마 대행인 것은 헌법재판소 재판관 중 현행 규율의 위헌성을 지적하고 있는 재판관들의 수가 늘어나고 있다는 점이다.

이하에서는 현행 공무원법 등이 공무원의 정치적 활동의 자유에 대하여 어떤 제한을 가하고 있는지를 영역별로 구분하여 살펴보기로 한다. 다만, 공무원법상의 품위유지의무나 비밀유지의무는 영역을 불문하고 공무원의 정치

적 표현의 자유를 내용적인 측면에서 제한한다. “공무원은 직무의 내외를 불문하고 그 품위가 손상되는 행위를 하여서는 아니 된다”(국가공무원법 제63조, 지방공무원법 제55조). 품위유지의무는 공무원의 표현은 물론 그의 행동양식을 규제한다. 공무원이 근무영역은 물론 비근무영역에서 정치적 의사표시를 할 경우 공무원의 품위가 손상되지 않도록 신중하고 절제된 표현을 해야 한다.<sup>20)</sup> 공무원법상의 비밀유지의무(국가공무원법 제60조, 지방공무원법 제52조)도 공무원의 표현의 내용에 대한 결정의 자유를 제한한다.

### 1) 직무수행영역

공무원의 직무수행은 그의 기본권을 행사하는 것이 아니라, 공직 및 공적과제의 수행을 위해 필요한 공법상의 권한을 행사하는 것이다. 따라서 이 영역에서 공무원은 기본권을 주장할 수 없으며, 기본권에 구속된다.

### 2) 근무영역

근무시간에 근무지에서의 정치활동은 국민전체에 대한 봉사자로서의 공무원의 직무전념의무를 내용으로 하는 성실의무(국가공무원법 제56조, 지방공무원법 제48조)에 비추어 볼 때 매우 제한적으로만 인정될 수 있다. 따라서 이를 확인하고 있는 관련 법령은 헌법적으로 문제삼기 어려울 것이다. 직

---

20) “법관이 그 품위를 손상하거나 법원의 위신을 실추시킨 경우”를 징계사유로 명시하고 있는 법관징계법 제2조 제2호에 대하여 헌법재판소는 “표현행위가 이루어진 시기와 장소, 표현의 내용 및 방법, 행위의 상대방 등 제반사정을 종합하여 볼 때 법관으로서의 품위를 손상하거나 법원의 위신을 실추시킨 행위에 해당하는 경우에 한하여 징계사유가 되는 것”이라는 이유로 법관의 표현의 자유에 대한 과잉제한이 아니라고 판단하였다(헌재 2012. 2. 23. 2009헌바 34, 판례집 24-1상, 80, 90). 이에 대하여 상세한 것은 한수용, 공무원의 기본권 제한- 정치적 표현의 자유에 대한 제한의 헌법적 문제점을 중심으로 -, 인권과 정의 434호(2013.06), 83 이하 참조.

무전념의무에 비추어 볼 때 근무시간에는 인터넷 사이트의 토론방에 정치적 글을 올리거나 댓글을 달거나 찬반표시를 하는 것도 허용되지 않는다.

성실의무의 구체적 표현인 직장이탈금지(국가공무원법 제58조, 지방공무원법 제50조)도 근무시간에 직장을 벗어나서 정치활동을 하는 것의 금지를 수반하고 또 헌법적으로 정당화된다.

한편, “공무원은 직무를 수행할 때 ... 근무기강을 해치는 정치적 주장을 표시 또는 상징하는 복장을 하거나 관련 물품을 착용해서는 아니 된다”(국가공무원복무규정 제8조 제2항, 지방공무원 복무규정 제1조의 3 제2항). 헌법재판소는 이 규정에 대해서도 역시 공무원의 정치적 중립성을 이유로 필요성을 인정하였다.<sup>21)</sup>

요컨대, 공무원은 근무시간에는 근무에 지장을 초래하지 않는 범위에서 그리고 근무기강을 해치지 않는 범위에서 동료들과 가벼운 정치적 담화 정도만 할 수 있고, 이 경우에도 품위유지의무 때문에 공무원으로서의 품위와 절제를 지켜야 한다고 할 것이다.

### 3) 비근무(사적) 영역

비근무영역에서는 공무원근무관계 설정의 목적과 공무원의 개인의 정치적 표현의 자유가 충돌할 가능성은 근무영역에 비하여 현저히 감소하는 반면, 공무원이 정치적 표현의 자유를 행사할 수 있는 여지는 그만큼 넓어진다. 물론 공무원의 국가와 헌법질서에 대한 충성의무, 공직의 신뢰성 등은 이 영역에서도 공무원의 정치적 활동에 대한 제한을 요구할 수는 있다. 직업공무원의 정치적 표현의 자유에 대한 제한이 불가피한 것인지에 의문이 제기되는 영역도 주로 이 영역이다.

---

21) 헌재 2012. 5. 31. 2009헌마705 등, 판례집 24-1하, 541.

(1) 정당설립·활동의 자유에 대한 제한

직업공무원은 주도적으로 정당을 창설하거나 이에 관여하는 것은 물론 기성의 정당에 가입할 수 없다(정당법 제22조 제1항 제1호, 국가공무원법 제65조 제1항, 지방공무원법 제57조 제1항, 사립학교법 제55조). 그러므로 직업공무원은 정당의 발기인만이 아니라 이미 설립된 정당을 지도하는 당의 간부는 물론 평당원도 될 수 없다. 설립이나 가입이 금지된 정당의 범위에 아무런 제한이 없다. 즉 자유민주적 기본질서를 부인하는 정당의 설립, 가입만 금지되어 있는 것이 아니다. 따라서 정당가입금지가 헌법 내지 자유민주적 기본질서에 입각한 국가에 대한 충성의무를 확보하기 위한 것이라고 할 수도 없다.

현행 공무원법은 성실의무, 공정의무, 직장이탈금지, 종교중립의무, 명령복종의무 등을 부과하고 그 위반행위를 징계사유로 삼음으로써(국가공무원법 제7장, 지방공무원법 제6장 복무 참조) 공무수행과 관련한 공무원의 정치적 중립성을 확보하고 근무기강을 확립하는 방안을 넘치도록 마련하고 있다. 더구나 오늘날 법치행정의 원칙에 따라 공무원의 직무수행은 대부분 법령 및 행정규칙에 엄격히 구속되는 가운데서 이루어진다. 그러므로 직업공무원이 정당에 가입하여 정당활동을 할 수 있도록 허용하는 것만으로는 ‘직무’의 수행에서 국가에 대한 봉사자가 아니라 정당에 대한 봉사자가 될 위험이 크다고 보기 어렵다.

비교법적으로 보더라도 모든 직업공무원에 대하여 정당 가입 자체를 금지한 민주국가는 일본을 제외하고는 찾기 힘들다.<sup>22)</sup> 오히려 중요한 것은 직업공무원이 야당에 가입했다는 이유로 인사상 불이익을 받지 않도록 인사관리체계를 확립하는 것이다. 프랑스는 공무원채용에서 정당가입이나 소속정당

---

22) 주요 국가의 공무원의 정치적 자유의 폭에 대한 비교에 대해서는 정영태, 교원(교육공무원)의 정치적 자유 보장의 논거와 효과를 중심으로, 2008년 전국교원노동조합 참교육연구소 연구과제, 2009, 6쪽 이하 참조.

을 물을 수 없을 뿐 아니라 인사기록카드에 정당 관련 기재를 일체 할 수 없도록 하고 있다.<sup>23)</sup> 이처럼 인사관리를 해야 정당가입의 자유 및 정당 내에서의 활동의 자유가 실효성 있게 그리고 공정하게 보장될 수 있는 기초가 확보되기 때문이다.

그럼에도 헌법재판소는 모든 직업공무원을 비롯한 사립 유치원 교원, 사립 초중등교원의 정당가입을 금지하고 있는 법률규정까지도 헌법적으로 정당성을 갖는다고 보았다.<sup>24)</sup> “공무원의 정치적 중립성을 확보하여 공무원의 국민 전체에 대한 봉사자로서의 근무기강을 확립하고, 나아가 정치와 행정의 분리를 통하여 공무집행에서의 혼란의 초래를 예방하고 국민의 신뢰를 확보하여 헌법상 직업공무원제도를 수호”하기 위하여<sup>25)</sup> 그리고 “교원의 활동이 미성숙한 학생들의 가치판단에 중대한 영향을 주고 있으므로 교육자로서의 특별한 처신이 요구되고, 피교육자인 학생들의 기본권 또는 학부모들의 자녀에 대한 교육권과의 갈등을 예방하기”<sup>26)</sup> 위하여 그와 같은 정도의 정당활동의 자유에 대한 제한은 불가피하다는 것이다.

그러나 공무원이나 교원의 직무와 관련이 없거나 그 지위를 이용한 것으로 볼 수 없는 결성 관여행위 및 가입행위를 금지하고 위반행위를 형사처벌하는 것은 과잉금지원칙에 위배되어 정당설립의 자유 및 정당가입의 자유를 침해한다고 보는 헌법재판소의 소수의견<sup>27)</sup>이 타당하다.

23) 이에 대해서 상세한 것은 한견우, 프랑스 공무원의 정치적 표현의 자유와 노동기본권, 공법연구 제40집 제3호(2012), 266쪽 이하 참조.

24) 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489(위헌으로 보는 3인의 소수의견 있음); 헌재 2014. 3. 27. 2011헌바42, 판례집 26-1상, 375(4인의 소수의견이 있음); 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710, 판례집 16-1, 422.

25) 헌재 2014. 3. 27. 2011헌바42, 판례집 26-1상, 375, 387.

26) 헌재 2014. 3. 27. 2011헌바42, 판례집 26-1상, 375, 387; 또한 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710 참조.

27) 공무원의 정당가입 금지에 대한 헌재 2014. 3. 27. 2011헌바42, 판례집 26-1상, 375 합헌 결정에 대한 4인의 소수의견; 교원의 정당가입금지와 관련하여 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489에 대한 3인의 소수의견.

특기할 것은 교원 중에서는 대학교원에게만 정당가입금지에 대한 예외가 인정된다는 점이다(정당법 제22조 제1항 제2호). 헌법재판소는 이를 “합리적 차별”로 보았다. 대학교수도 “학생을 교육하기는 하나 그 주된 직무는 연구기능이므로, 이 점에서 매일매일을 학생과 함께 호흡하며 수업을 하고 학생을 지도해야 하는 초·중등학교 교원보다 상대적으로 많은 학문연구와 사회활동의 자유가 인정된다(헌재 1993. 7. 29. 91헌마69 참조). 그뿐만 아니라 초·중등학교의 교육은 일반적으로 승인된 기초적인 지식의 전달에 중점이 있는 데 비하여, 대학의 교육은 학문의 연구·활동과 교수기능을 유기적으로 결합하여 학문의 발전과 피교육자인 대학생들에 대한 교육의 질을 높일 필요성이 있기 때문에 대학교원의 자격기준도 이와 같은 기능을 수행할 수 있는 능력을 갖출 것이 요구된다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바33등 참조)”는 이유로 그 차별을 합리적 차별이라고 평가하였다.<sup>28)</sup> 반면에 3인의 소수의견에 의하면 교원이 사인으로서 정치적 자유권을 행사하게 되면 직무수행에 있어서도 정치적 중립성을 훼손하게 된다고 보기 어렵고, 학생들을 민주시민으로 양성하기 위한 교육과 훈련은 초·중등학교에서부터 이루어지는 것이므로, 직무의 본질이나 내용을 고려하더라도 정당의 설립·가입과 관련하여 대학 교원과 교원을 달리 취급할 합리적 사유가 있다고 보기 어렵다고 한다.<sup>29)</sup>

정당활동의 자유가 현대 정당민주주의에서 본질적 의미를 갖는 기본권임에 비추어 볼 때 헌법재판소가 분화·발전시켜 온 평등권심사기준에 의하더라도 자의금지가 아닌 비례성심사기준이 적용되어야 했으며, 개방적 정치질서로의 자유민주적 기본질서에서 정치적 평등이 갖는 의미에 비추어 볼 때는 보다 정확하게는 국적 이외의 요소에 의한 차별은 원칙적으로 허용되지

28) 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489; 헌재 2014. 3. 27. 2011헌바42, 판례집 26-1상, 375, 389-390.

29) 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489에 대한 3인의 소수의견.

않으며, 그 예외는 헌법적 지위를 갖는 매우 중대한 공익의 실현을 위하여 불가피한 경우에만 허용하는 엄격평등, 기계적 평등의 원칙이 관철되어야 했다.

### (2) 정당 이외의 정치적 결사 결성·가입의 금지

직업공무원은 정당만이 아니라 여타 정치적 결사의 결성에 관여하거나 기존 정치적 결사에의 가입도 할 수 없다(국가공무원법 제65조 제1항, 지방공무원법 제57조 제1항, 사립학교법 제55조). 가입이나 결성의 금지대상이 되는 정치적 결사가 정당에 준하는 것이라는 한정도 없고 또 정치라는 개념의 다의성에 비추어 볼 때 그 금지대상은 한량없이 넓어질 수 있음을 감안하면 이처럼 막연한 구성요건에 의해서 다원화된 대중민주주의에서 핵심적 의미를 갖는 결사의 자유를 제한하는 것이 헌법적으로 정당화될 수 있는지는 의문이었다.

헌법재판소가 정치단체라는 구성요건적 요소가 지나치게 불명확하다는 이유로 위헌으로 선언한 것<sup>30)</sup>은 만시지탄이기는 하지만 입법자가 개선시도를 하지 않고 있는 상황에서 헌법해석투쟁이 성과를 낸 의미 있는 진전이라고 본다.

### (3) 정당이나 정치인을 지지하기 위한 일련의 행위에 대한 금지

직업공무원은 특정 정당이나 특정 정치인을 지지하기 위하여 공무원법이 정하는 일련의 행위를 할 수 없다(국가공무원법 제65조 제2, 3항, 지방공무원법 제57조 제2, 3항, 사립학교법 제55조). 즉 투표를 하거나 하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것,<sup>31)</sup> 서명 운동을 기도(企圖)·주재(主宰)하거나 권유하는 것, 문서나 도서를 공공시설 등에 게시하거나 게시하게 하는 것, 기부

30) 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489.

31) 그 합헌성을 확인하고 있는 헌재 2012. 7. 26. 2009헌바298, 판례집 24-2상, 37, 52 이하.

금을 모집 또는 모집하게 하거나,<sup>32)</sup> 공공자금을 이용 또는 이용하게 하는 것, 타인에게 정당에 가입하게 하거나 가입하지 아니하도록 권유 운동을 하는 것,<sup>33)</sup> 다른 공무원에게 이와 같은 행위 및 창당에 관여하도록 요구하거나, 그에 대한 보상 또는 보복으로서 이익 또는 불이익을 약속하는 것도 금지되어 있다. 이와 같은 금지들은, 각각 상술한 정당활동의 자유에 대한 제한, 선거와 관련된 정치적 의사표현의 자유 내지 선거권에 대한 제한, 정치자금 제공을 통한 정치적 의사표현의 자유에 대한 제한에 해당한다.

한편, 공직선거법은 공무원법에 의하여 금지된 공무원의 정당 내지 정치인에 대한 지지·반대 활동 중 선거와 관련된 행위를 보다 구체화하고 있다. 즉 공무원의 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 포괄적으로 금지하고(제9조 제1항), 이러한 원칙의 연장선 위에서 당내경선운동(제57조의 3)을 비롯한 선거운동을 금지하고 있으며(제60조 제1항 제4호),<sup>34)</sup> 직무와 관련하여 또는 지위를 이용하여 선거에 부당한 영향력을 행사하는 등 선거에 영향을 미치는 행위를 하거나, 그 지위를 이용하여 선거운동을 하는 것을 별도로 금지하는 한편(제85조 제1, 2항, 제86조<sup>35)</sup>), 그 위반행위에 대해서는 가중처벌하고 있다(제255조 제3, 5항).

공무원이 근무영역에서 정치활동, 특히 선거운동을 하지 못하도록 한 것은

32) 그 합헌성을 확인하고 있는 헌재 2012. 7. 26. 2009헌바298, 판례집 24-2상, 37, 54 이하.

33) 지방공무원법상의 관련규정의 합헌성을 확인하고 있는 헌재 2021. 2. 25. 2019헌바58, 공보 제293호, 405.

34) 교육공무원의 선거운동의 금지의 합헌성을 확인하고 있는 헌재 2012. 7. 26. 2009헌바298, 판례집 24-2상, 37. 선거운동이 금지되는 자의 범위는 직업공무원만이 아니라 여타 공공단체의 상급 임직원에게까지 광범위하게 확장되고 있다(공직선거법 제60조 제1항 각호 참조). 국민건강보험법에 의하여 설립된 국민건강보험공단의 상급 임·직원의 선거운동금지(제9호)의 합헌성을 확인하고 있는 헌재 2004. 4. 29. 2002헌마467, 판례집 16-1, 541.

35) 공직선거법 제86조 제1항 제2호 선거운동의 기획이나 그 실시에 관여하는 행위의 금지에 대하여는 헌재 2005. 6. 30. 2004헌바33, 판례집 17-1, 927에서는 헌법재판소는 그 합헌성을 확인하였으나(3인의 반대의견), 헌재 2008. 5. 29. 2006헌마1096, 판례집 20-1하, 270에서는 그 규정을 공무원의 지위를 이용하지 아니한 행위에 대하여 적용하는 한 헌법에 위반된다고 한정위헌결정을 내린바 있다(합헌취지의 2인의 반대의견 있음).



국가 및 직업공무원의 중립성을 확보하기 위하여 필요하다고 볼 수 있으나, 미국의 신 해치법이 보여주는 것처럼 근무영역 밖에서 그와 같은 활동의 금지가 모두 불가피하다고 보아야 하는 것은 아니다. 더구나 “선거운동”<sup>36)</sup>의 개념적 윤곽이 선명한 것도 아니다. 판례가 그 개념요소로 제시한 당선 내지 득표(반대후보자의 낙선)에의 목적성, 그 목적성의 객관적 인식가능성, 능동성 및 계획성 등도 상대화되고 있거나 그다지 선명한 경계를 제시하지 못하고 있고, 따라서 선거에 관한 단순한 의견개진과 금지된 선거운동을 뚜렷하게 구별해 주지 못한다.<sup>37)</sup>

행정안전부가 발행한 공직선거법 등과 관련하여 공무원이 지켜야 할 행위의 기준에 따르면 근무영역을 불문하고 SNS를 통해서도 특정 정당·후보자 지지, 반대/선거에 영향을 미칠 게시물을 직접 게시하는 행위는 물론 선거 관련 게시물에 ‘공유하기’, 응원 댓글, ‘좋아요’를 계속적·반복적으로 클릭할 수도 없으며(1회 정도 관련 클릭을 할 수는 있다고 한다), 특정 후보자에게 유·불리한 영상 업로드 등, 특정 정당·후보자의 홈페이지 URL을 게시하거나 리트윗하는 행위 등을 할 수도 없다. 결국 사적 영역에서 오늘날 보편화된 SNS를 통해서도 단 1회 정도의 클릭을 통한 호오의 표시 이외에는 후보자나 정당에 대한 지지나 반대의 의견을 표시할 수 없다.<sup>38)</sup>

정치자금법도 공무원법에 의해서 금지된 특정 정당이나 정치인을 위한 정치기부금을 모집하거나 모집하도록 하는 행위 이외에도 공무원으로 하여금 정치인 후원회의 회원이 되는 것을 금지함으로써(제8조 단서) 그 회원으로서 후원금을 내는 것도 금지하고 있다. 그 밖에도 공무원은, 후원회의 회원

36) 대판 2007. 3. 30. 선고 2006도9043 판결; 헌재 1994. 7. 29. 93헌가4 등, 판례집 6-2, 15, 33; 헌재 2001. 8. 30. 2000헌마121 등, 판례집 13-2, 263, 272-273 등 참조.

37) 김래영, 선거운동의 자유와 한계에 관한 연구, 한양대학교 법학박사학위논문, 2006 참조.

38) 이 문제에 관련한 미국과 한국의 관련 판례의 비교에 대해서는 김재선, 공무원의 소셜미디어를 활용한 의사표현의 허용범위에 관한 고찰- 공무원의 정치적 중립 논의를 중심으로 -, 법조 2019, 통권 733호 42 이하 참조.

이 아니면서 후원회에 후원금을 낼 수도 없다(국가공무원복무규정 제27조 제2항 제5호 참조).<sup>39)</sup> 단, 공무원이 기탁금을 선거관리위원회에 기탁하는 것은 허용된다(정치자금법 제22조 참조).

직역, 지위고하를 불문하고 모든 직업공무원에게 정치인 내지 정당에 대한 후원을 획일적으로 금지하는 것이 과연 헌법적으로 정당화될 수 있는지는 의문이다. 이 문제에 대해서는 정당가입금지에 대한 비판 논거가 준용될 수 있을 것이다.

#### (4) 공무 외의 집단행위 금지

현행법은 사실상 노무에 종사하는 공무원 이외의 공무원에게 근무시간 내 외를 불문하고 공무 외의 집단행위를 금지하고 있다(국가공무원법 제66조 제1항, 지방공무원법 제58조 제1항). 단, ‘공무원노동조합 설립 및 운영에 관한 법률’, ‘교원노동조합 설립 및 운영에 관한 법률’에 따른 조합활동은 할 수 있다(공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제1조, 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률 제1조 참조).

헌법재판소는 ‘공무 외의 일을 위한 집단행위’는 언론·출판·집회·결사의 자유를 보장하고 있는 헌법 제21조 제1항과 국가공무원법의 입법취지, 국가공무원법상 공무원의 성실의무와 직무전념의무 등을 종합적으로 고려할 때, ‘공익에 반하는 목적을 위하여 직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져 오거나, 공무에 대한 국민의 신뢰에 손상을 가져올 수 있는 공무원 다수의 결집된 행위’를 의미한다고 한정해석해야 할 필요가 있다고 하면서도 공무원의 정치적 중립성 확보와 결부되어 있는 공익실현을 위하여 그러한 행위의 금지는 불가피하다고 판단하였다.<sup>40)</sup>

39) “그 밖에 어떠한 명목으로든 금전이나 물질로 특정 정당 또는 정치단체를 지지하거나 반대하는 행위”. 후원회에 후원금을 내는 것은 후원회라는 정치단체에 대한 지지를 의미한다고 보아야 한다.

40) 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마550, 판례집 32-1상, 477(2인의 반대의견 있음); 헌재 2014.

그러나 소수의견은 공무 외의 집단행위 금지를 ‘공익에 반하는 목적을 위하여 직무전념의무를 해태하는 등의 영향을 가져오는 집단적 행위’라고 축소 해석한다고 하더라도, 공익개념의 모호성 때문에 그 금지의 범위가 지나치게 불명확하며, 집단행위와 정치적 중립성과의 관련성, 공무원의 직무와 직급 등을 구분하지 않고 일률적·전면적으로 기본권을 제한하고, 시민 또는 정부의 편향성을 시정하는 공무원으로서 의견과 전문성을 표현할 가능성을 거의 허용하지 않는 등 다양한 견해가 공존하는 사회를 위해 보장되어야 할 집단적 의사를 표현할 자유를 필요 이상으로 제한하여 위헌이라고 본다.<sup>41)</sup>

#### (5) 국가나 지방자치단체의 정책에 대한 집단적인 반대의 금지

공무원은 근무 중이거나 직장 내외를 불문하고 국가나 지방자치단체의 정책을 집단으로, 연명에 의하여 또는 단체의 명의를 사용하여 ‘방해’하는 것은 물론 단순한 ‘반대’의 의사표시도 할 수 없다(국가공무원 복무규정 제3조 제2항, 지방공무원 복무규정 제1조의2 제2항 참조). 따라서 공무원이 국가나 지방자치단체의 정책에 대하여 집단적인 반대의 의사표시를 하려면 다른 공무원들과 상호 의사 연락 없이 개인적·개별적으로 비공무원이 주도하는 집회에 참가하는 수밖에 없다.

헌법재판소는 역시 공무원의 정치적 중립성 보장을 이유로 그러한 제한의 불가피성을 확인하고 있다.<sup>42)</sup> 그러나 3인의 재판관의 반대의견이 지적하고 있는 것처럼 금지대상인 공무원의 범위가 지나치게 광범위하며, 그 행위가 근무시간 밖에서 행해지는 것인지도 가리지 않고 있고, 그 표현의 내용이나 방식이 공무원으로서의 품위나 전문성을 반영하고 있는지 여부를 가리지 않

8. 28. 2011헌바32 등, 판례집 26-2상, 242.

41) 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마550, 판례집 32-1상, 477, 484 이하(이석태, 김기영 재판관의 반대의견); 헌재 2014. 8. 28. 2011헌바32 등, 판례집 26-2상, 242(김이수, 이정미 재판관의 반대의견).

42) 헌재 2012. 5. 31. 2009헌마705 등, 판례집 24-1하, 541.

는다는 점에서 공무원의 정치적 표현의 자유에 대한 과잉제한으로서 위헌이라고 본다. 나아가 직업공무원이 국민전체에 대한 봉사자로서 정권의 명백히 비합리적·반공익적 정책을 강행하려는 시도로부터 공익을 지키기 위해 여론에 호소할 수 있는 가장 효과적인 길을 차단하는 것이라는 점에서 헌법정책적으로 바람직한 것인지도 의문이다.

#### (6) 공무원 및 교원 노동조합의 정치행위 금지

개개 공무원들에 대한 공무 외 집단행위 금지는 공무원노동조합이나 교원노동조합이라는 공무원의 결사에 대한 정치행위 금지로 이어지며(「공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」 제4조, 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」 제3조) 공무원 집단을 근무영역 밖에서도 정치적으로 무력화시키기 위한 빈틈없는 체계가 형성되고 있다.

근로조건 개선과 무관한 노동조합의 정치활동과 근로조건 개선을 위한 노동조합의 활동이 구분이 가능하다면, 전자는 헌법 제33조 제1항이 아니라 헌법 제21조 제1항의 결사의 자유에 의해 보호된다고 보아야 하고, 그렇다면 공무원이나 교원의 노동조합에 대한 정치행위 금지는 결사의 자유에 대한 제한으로 평가하여야 한다.

교원노동조합에 대한 일체의 정치행위 금지에 대하여 헌법재판소<sup>43)</sup>는 현대국가에서 표현되는 모든 의견이나 활동은 그 정치성의 강약에 차이가 있을 뿐 일정 부분 정치적 주장이 될 수밖에 없어 ‘정치활동’의 범위를 한정하지 않는다면 금지되는 행위가 무한정 확장될 가능성이 있음을 인정하면서도 교원노동조합은 원칙적으로 임금·근무조건·후생복지 등 경제적·사회적 지위 향상을 위한 활동만을 할 수 있으며, 이에 더해 초·중등교육을 직접 담당하는 교원으로 구성된 교육 전문가 집단인 교원노동조합에게는 초·중등교육

43) 헌재 2014. 8. 28. 2011헌바32 등, 판례집 26-2상, 242, 258 이하(과잉금지원칙 위반을 인정한 2인의 반대의견이 있음).

교육정책과 관련된 정치적 의견표명을 그것이 정치적 중립성을 훼손하지 않고 학생들의 학습권을 침해하지 않을 정도의 범위 내에서 허용된다고 판단하였다. 교원의 정치적 표현행위가 교원노동조합과 같은 단체의 이름으로 교원의 지위를 전면에 드러낸 채 대규모로 행해지는 경우 다양한 가치관을 조화롭게 소화하여 건전한 세계관·인생관을 형성할 능력이 미숙한 학생들에게 편향된 가치관을 갖게 할 우려가 있는 점과 교육의 중립성 확보를 위해서는 교원이 정치적 중립성을 지켜야 할 필요가 있다는 점을 지적하면서 그 금지의 불가피성을 논증하고 있다.

그러나 정치라는 개념의 불명확성에 비추어 볼 때 금지되는 정치활동의 범위가 막연할 뿐 아니라 지나치게 광범위하고, 공무원(교원) 노동조합의 정치활동이 전개되는 시간과 장소, 방법 등을 불문하고 이를 일체 금지하는 것은 공직 수행에서의 정치적 중립성, 공직의 신뢰성 보호를 위하여 필요한 범위를 넘어가는 과잉제한이어서 위헌이라는 의견이 보다 설득력이 있다고 본다.<sup>44)</sup>

#### (6) 공무담임권의 제한

직업공무원은 선거일 전 90일까지 그 직에서 퇴직하지 않으면 대통령선거 등 공직선거에 출마할 수 없다(공직선거법 제53조 제1항 제1호). 그에 따라 공무원은 휴가를 얻거나 휴직을 한 상태에서 출마할 수 없다. 직업공무원은 직업공무원으로서의 경력을 일단 끝내고 당선이 불확실한 선거에 나가기보다는 출마 자체를 포기할 가능성이 높다. 그러나 헌법재판소는 이에 대해서도 선거의 공정성 보장, 공무원의 직무전념의무 등을 이유로 그 정당성을 인정하고 있다.<sup>45)</sup>

44) 헌재 2014. 8. 28. 2011헌바32 등, 판례집 26-2상, 242에 대한 2인의 반대의견 참조.

45) 가령 헌재 2008. 10. 30. 2006헌마547, 판례집 20-2상, 1061; 헌재 2014. 3. 27. 2013헌마185, 판례집 26-1상, 560, 563 이하도 참조.

## 2. 공무원법 등에 의한 직업공무원의 정치적 자유 제한의 특징

### 1) 직업공무원의 정치적 자유에 대한 포괄적 제한

상술한 스케치를 통해 직업공무원이 근무영역 밖에서도, 즉 공무원이 아닌 사인의 지위에서 누리는 정치적 자유의 폭이 극히 협소하다는 것이 드러났다. 요컨대, 근무영역 내외를 불문하고 그들의 정치활동은 원칙적으로 금지되고, 그것이 허용되는 경우는 예외가 된다.

이처럼 근무영역 밖에서도 현행법상 직업공무원에게는 다른 공무원들과 집단적으로 국가 또는 지방자치단체의 정책에 반대하는 의사표시를 하는 것은 물론 그와 같은 정책반대가 아니더라도 집단적 형태로는 정치적 의사를 표시할 수 없고, 당원으로서 정당활동을 하거나 당비를 내거나 소속 정당 소속 후보자를 후원할 수도 없음은 물론 정당에 가입하지 않은 상태에서도 정당이나 정치인을 금전적으로 후원하는 방식의 정치적 의사표시도 할 수 없으며, 특정 정당이나 정치인을 지지하거나 반대하기 위한 법정의 다른 일련의 행위도 할 수 없고, 정당이 아닌 정치단체에 가입할 수도 없다. 개별 공무원에 대한 정치적 활동의 금지는 공무원이 근로조건 개선을 위해 결성한 노동조합의 원칙적 정치활동 금지로 귀결되고 있다.

결국 현행법상 직업공무원이 근무영역 밖에서 할 수 있는 정치활동은 한 시민으로서 다른 공무원들과의 연대나 의사의 연락 없이 개별적으로 절제하면서 정치적 담화를 나누는 것, 비공무원이 주도하는 정치집회에 개별적으로 참석하는 것, 각종 공직선거나 국민투표 또는 주민투표 등에서 투표권을 행사하는 것뿐이다.

비교법적으로 보더라도 우리나라는 직업공무원의 정치적 활동의 자유에 대한 규제가 가장 심한 나라로 평가된다.<sup>46)</sup> 이와 같은 공무원법제는 1939,

1940년의 미국 Hatch Act(공식명칭은 An Act to Prevent Pernicious Political Activities) 및 세계 제2차 대전 종전 후 미군 점령하에서 만들어진 일본의 국가공무원법의 영향을 강하게 받은 것으로 알려지고 있다.<sup>47)</sup> 미국은 1939년 표면적으로는 엽관제 대신 실적주의 채택을 위하여 Hatch Act를 제정하는 한편, 이를 통해 선거에서의 공무원 동원을 막으려 하였다. 그러나 Hatch Act 제정의 본래의 목적은 임금과 노동조건의 개선을 강력하게 요구했던 당시 최대의 공무원집단이었던 체신공무원들의 집단적인 활동 규제로 분석되고 있다. 제2차 세계대전 종전 후 엄습한 냉전 상황에서 미군정은 일본에서 좌익세력을 중심으로 한 반정부활동이 우려되자 공무원의 쟁의권, 단체교섭권 등의 노동기본권 및 정치활동을 전면적으로 금지하도록 일본에 영향력을 행사하였고, 그 결과 당시 자국의 Hatch 법보다도 공무원의 정치적 자유를 훨씬 강도 높게 제한한 1948년 일본 국가공무원법이 탄생하였다고 한다. 그런 일본조차도 지방공무원법은 국가공무원법에 비하여 유연한 규율을 담고 있으며, 법원은 근년에 공무원법의 규제가 과도하다고 보고 이를 해석을 통해서 완화하는 경향을 보이고 있다. 한편, 미국은 1993년 연방공무원도 일반시민들처럼 정치활동의 자유를 향유할 수 있도록 하면서 그것이 제한되는 경우를 예외로 열거하는 방향으로 Hatch 법을 대폭 개정하였다.<sup>48)</sup>

## 2) 형사범죄화

46) A. Mtheson/B. Weber/N. Manning/E. Arnould, Study on the Political Involvement in Senior Staffing and on the Delineation of Responsibilities Between Ministers and Senior Civil Servants, OECD Working Papers on Public Governance, 2007/6, OECD Publishing. doi:10.1787/136274825752, p. 17.

47) 이에 대해서 자세한 것은 임재홍, 공무원의 정치적 중립의무 비판 - 미국 공무원법제와의 비교법적 검토 -, 민주법학 제32호(2006), 248쪽 이하; 손형섭, 일본에서 교원의 정치적 활동에 관한 연구, 공법학연구 제14권 제3호(2013), 239쪽 이하 참조.

48) 이에 대해서 상세한 것은 임재홍, 전제논문, 263쪽 이하 참조.

현행 공무원법은 공무원의 정치활동의 원칙적 금지의 실효성을 확보하기 위하여 그 금지를 위반한 공무원에 대하여 파면, 해임, 정직과 같은 징계처분을 할 수 있도록 하는 것에 그치지 않고(국가공무원법 제78조 제1항, 지방공무원법 제69조 제1항), 벌금형은 물론 자유형으로 제재할 수 있도록 하였다(국가공무원법 제84조, 84조의 2, 지방공무원법 제82, 83조, 정당법 제53조 등 참조). 우리 사회의 고질인 과잉형사화 현상이 이 영역에서도 여지없이 나타나고 있는 것이다.

내란행위나 그 선동처럼 공무원이 정치활동으로 다른 범죄를 범하지 않는 한 정치적 표현이나 활동만을 이유로 행정적 징계 이외에 형사처벌까지 해야 할 필요가 있는지는 의문이다. 검찰의 정치적 중립성이 여전히 의문시된다는 점을 고려하면, 형사범죄화는 정치적 악용의 위험성까지 키우는 것이다.<sup>49)</sup>

### 3) 금지규정의 부분적 불명확성

민주주의에 대한 정치적 표현의 자유의 창설적 의미에 비추어 볼 때 중대한 공익에 대한 명백하고 현존하는 위협이 있을 경우에만 꼭 필요한 범위에서 제한되어야 하고 또 금지되는 표현의 기준을 명확히 함으로써 수범자에게 예측가능성을 부여하는 한편, 법집행기관의 자의적 내지 편파적 법집행을 방지하여야 한다.<sup>50)</sup> 그 금지규범을 위반할 경우에 행정상의 징계만이 아

---

49) 야당에 '후원당원'으로 가입해 당비 명목으로 후원금을 낸 국가공무원과 사립학교 교원들에 대해서는 신속하게 수사과 기소가 이루어졌지만, 집권당에 한나라당 국회의원 개인에게 후원금을 낸 현직 교사 7명에 대해서는 검찰이 무혐의로 내사종결했다. 이에 대해서는 "검찰, 한나라당 의원 후원금 낸 현직 교사 '무혐의' 처분"이라는 제하의 2010.06.11.자의 프레시안 기사 (<http://www.pressian.com/news/article.html?no=101105>) 참조.

50) 현재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 342 참조.



나라 형사제재까지 예정되어 있다는 점을 감안하면 명확성 요청은 더욱 강화된다.

그러나 현행 공무원법은 상술한 것처럼 이러한 원칙을 상당한 정도로 외면하고 있다. 가령 정치운동금지 규정 중 “그밖의 정치단체”의 결성이나 가입을 금지하는 부분(국가공무원법 제65조 제1항)은 “정치”라는 개념의 다의성에 비추어 볼 때 그 범위를 한정하기 어렵다는 이유로 헌법재판소에 의해 위헌으로 선언되었다.<sup>51)</sup>

공무 외의 일을 위한 집단행위 금지규정에서도 금지된 “집단 행위”의 광범성을 감안하면 입법자가 금지하고 있는 집단행위를 합리적으로 계산하기 어렵고, 그렇게 되면 공무원의 정치적 표현을 억제하는 위축효과는 매우 커질 수밖에 없기 때문이다. 헌법재판소는 금지에서 제외되는 집단행위의 기준으로 직무전념성 및 공익부합성을 제시하고 있지만<sup>52)</sup> 2인의 소수의견이 지적하고 있는 것처럼<sup>53)</sup> 가치가 다원화된 다원사회에서 모호한 공익개념이 공무원에게 예측이 가능한 금지기준을 제시할 수는 없다. 실제로 교사들이 전국교직원노동조합 간부들과 함께 2009년 1, 2차 시국선언과 ‘교사·공무원 시국선언 탄압 규탄대회’를 추진하고 적극적으로 관여하여 ‘공무 외의 일을 위한 집단행위’를 하였다고 하여 기소된 사안에서 대법원의 대법관들의 견해는 갈렸다. 다수의견과는 달리 5인의 소수의견은 시국선언의 내용이 공익에 반한다고 볼 수 없다는 이유로 집단행위금지에 위반되지 않았다고 판단한 바 있다.<sup>54)</sup>

51) 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551, 판례집 32-1상, 489.

52) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50 등; 헌재 2008. 4. 24. 2004헌바47를 원용하면서 헌재 2014. 8. 28. 2011헌바50, 판례집 26-2상, 274, 280-281; 헌재 2014. 8. 28. 2011헌바32 등, 판례집 26-2상, 242, 254 이하 참조. 이와 같은 논거에 입각하고 있는 관련 하급심의 판례에 대한 비판으로는 장철준, 교원 및 교원단체의 표현의 자유: 교육의 정치적 중립성과 공익의 관계를 중심으로, 언론과 법 제10권 제1호(2011), 281 이하 참조.

53) 헌재 2014. 8. 28. 2011헌바32 등, 판례집 26-2상, 242, 265 이하; 헌재 2014. 8. 28. 2011헌바50, 판례집 26-2상, 274, 287 이하.

대통령령인 국가공무원복무규정이나 국가공무원행동강령도 이처럼 금지된 행위의 범위를 명확히 하는 데 별다른 도움이 되지 못한다. 이에 비하여 일본은 국가공무원법상의 정치행위 제한규정(제120조)의 불명확성을 해소하기 위하여 인사원 규칙(14-7)을 통해 금지되는 행위의 태양을 상세하게 구체화했다. 미국도 해석규칙(5 Code of Federal Regulations)을 통해 Hatch Act에 의해 금지된 ‘정치의 운영(political management) 또는 정치적 선전(political campaign)에의 적극적 참가’를 명확하게 구체화함으로써 공무원에게 법적 안정성을 부여하였다.

#### IV. “공무원의 정치적 중립성”에 의거한 합헌논증의 문제점

헌법재판소는 공무원의 정치적 자유를 제한하는 상술한 일련의 법규정의 합헌성에 대해 의문이 제기된 대부분의 사건에서 무엇보다도 직업공무원의 정치적 중립성 내지 전체국민에 대한 봉사자 지위에 의거하여 그러한 제한이 정당화된다고 보았다.

직업공무원의 공무외의 집단행위에 대해서는 “정치적 중립성의 훼손으로 공무의 공정성과 객관성에 대한 신뢰를 저하시킬 수 있다”<sup>54)</sup>거나 “공무원의 정치적 중립에 대한 요청은 중요한 ‘공익’에 해당하므로, 공무원의 집단적인 정치적 표현행위가 공익을 표방한다고 하여도 공무원의 정치적 중립에 대한 요청을 충족시키지 못하는 한, 이 사건 (...) 공무원법 규정의 적용이 배제되는 ‘공익’을 위한 행위에 포함된다고 볼 수는 없다”<sup>55)</sup>고 한다.

54) 대법원 2012.04.19. 선고 2010도6388 전원합의체 판결 참조.

55) 헌재 2014. 8. 28. 2011헌바32 등, 판례집 26-2상, 242, 257 - 국가공무원의 공무외 집단행위금지; 헌재 2014. 8. 28. 2011헌바50, 판례집 26-2상, 274, 283 - 지방공무원의 공무외 집단행위금지.

56) 헌재 2014. 8. 28. 2011헌바32 등, 판례집 26-2상, 242, 258 - 국가공무원의 공무외 집단행위금지; 헌재 2014. 8. 28. 2011헌바50, 판례집 26-2상, 274, 283, 284 - 지방공무원의

국가나 지방자치단체의 정책에 대한 공무원의 집단적인 반대 등에 대한 금지에 대해서는 “공무원의 행위는 근무시간 내외를 불문하고 국민에게 중대한 영향을 미친다고 할 것이므로, 직무 내에서의 집단적 행위에 대한 규제만으로 공무원의 근무기강을 확립하고 정치적 중립성을 확보하는 데 충분하다고 할 수도 없다”<sup>57)</sup>고 판시하였다.

공무원의 정당가입금지에 대해서도 “공무원의 정당가입이 허용된다면, 공무원의 정치적 행위가 직무 내의 것인지 직무 외의 것인지 구분하기 어려운 경우가 많고, 설사 공무원이 근무시간 외에 혹은 직무와 관련 없이 정당과 관련한 정치적 표현행위를 한다 하더라도 공무원의 정치적 중립성에 대한 국민의 기대와 신뢰는 유지되기 어렵다. 나아가 공무원의 행위는 근무시간 내외를 불문하고 국민에게 중대한 영향을 미친다고 할 것이므로, 직무 내의 정당 활동에 대한 규제만으로 공무원의 근무기강을 확립하고 정치적 중립성을 확보하는 데 충분하다고 할 수 없다”고 한다.<sup>58)</sup>

요컨대, 공무원의 정치활동에 대한 광범위한 금지는 공무원의 정치적 중립 자체의 유지만이 아니라 공무원의 정치적 중립성에 대한 국민의 신뢰 내지 기대를 보호하기 위해서도 필요하다는 것이 헌법재판소의 판례이다.

## 1. 공무원의 정치적 중립성 개념의 복잡성과 그 실현구조에 대한 피상적 이해

가치가 다원화되고 원칙적으로 어떤 이익이나 생각을 주장하든 누구나 정치과정에 자유롭게 참여할 수 있게 열려 있는 개방적 정치과정인 자유민주적 정치질서에서 ‘정치적 중립 의무’ 자체는 공무원이 구체적인 결정을 내리

---

공무의 집단행위금지.

57) 헌재 2012. 5. 31. 2009헌마705 등, 판례집 24-1하, 541, 561 - 국가공무원 복무규정 및 지방공무원 복무규정상의 국가정책 등에 대한 집단적 반대 등의 금지.

58) 헌재 2014. 3. 27. 2011헌바42, 판례집 26-1상, 375, 388 - 공무원의 정당가입금지.

는 데 필요한 구체적 지침을 제공하기 어렵다. 가령 방송의 정치적 중립은 방송내용의 다원성과 균형을, 교육의 정치적 중립성은 국정교과서를 통한 획일화된 교육이 아니라 다양한 세계관, 가치관, 이념에 대한 국가의 중립성과 관용적 태도를 의미하는 것처럼 정치적 중립성도 다양하게 변동하는 구체적 의미와 내용을 구체적인 법적 상황에서 비로소 획득하는 ‘관계개념’이기 때문이다.

그러나 헌법재판소는 헌법 제7조 제2항에 의해 보장되는 공무원의 정치적 중립의 개념을 주로 비당파성으로만 정의하는 것처럼 보인다. 즉, “정치적 중립이란 대립하는 편이 있음을 전제로 어느 편에도 속하지 않거나 모든 편을 동등하게 대우하는 것으로서, 정치적 중립을 지켜야 할 주체에게 소극적으로는 어느 편에도 치우치지 아니하는 태도나 자세를 요구하고, 적극적으로는 공정하게 처신할 것을 요청하는 것이 그 본질이며, 이것이 요구되는 분야가 정치와 관련된다는 것을 의미한다.”<sup>59)</sup> 공무원의 정치적 중립성을 이처럼 정파성, 불공정성의 대립개념으로 파악하고 있다.

그러나 헌법재판소는 정당민주주의의 현실에서 공무원의 정치적 중립이 실현되는 구조나 정치적 중립의 본질에 대해 천착하거나 비정파성, 불편부당성 자체가 공익 자체의 실현을 보장하는 것인지를 검토조차 한 적이 없다. 선거를 통해 정권이 교체되는 정당국가적 현실에서 비당파성과 공정성은 공무원이 개인적으로 지지하는 후보자나 정당과는 무관하게 집권한 대통령 내지 정부의 지시를 충실히 집행한다는 것을 의미할 수도 있다. 이러한 의미의 정치적 중립 의무는 결국 정권에 대한 충성의무를 의미하고, 직업공무원제도는 사실상 집권세력의 충실한 도구로 변질될 수도 있다. 정치적 중립성에 대한 이와 같은 이해는 직업공무원제도의 정당성을 크게 훼손할 뿐 아니라 우리 헌법 제7조 제1항에서 명시하고 있는 국민 전체에 대한 봉사자의 지위

59) 헌재 1999. 12. 23. 99헌마135를 원용하면서 헌재 2014. 8. 28. 2011헌바32 등, 판례집 26-2상, 242, 257; 헌재 2014. 8. 28. 2011헌바50, 판례집 26-2상, 274.

와 조화될 수 없다. 그렇기 때문에 직업공무원이 이 역할을 온전히 수행하려면 정치적 중립성은 단순한 비당파성, 즉 특정 정당정치적 방향의 추종 거부, 정당의 지시로부터의 자유, 공무원직을 공무원의 능력 및 실적이 아닌 정치적 논공행상의 대상으로 삼는 것의 금지 이상의 것을 의미해야 한다.

오늘날 공무원의 정치적 중립성 개념에 국가를 국가답게 유지해야 할 의무, 법치행정 내지 법치주의에 대한 각별한 헌신, 공공복리 지향성, 배정되는 공적 과제와 이 과제 수행의 전문성과 객관성 등 다양한 요소 내지 요청들이 유입되고 있는 것도<sup>60)</sup> 이 때문이다. 칼 슈미트(C. Schmitt)가 정치적 중립성의 다양한 의미를 체계적으로 개관하면서 직업공무원의 중립성에 대하여 명확한 좌표를 설정해 주지 못한 것도<sup>61)</sup> 직업공무원의 정치적 중립성 개념이 이처럼 복합적이라는 사실에 기인할 것이다. 그에 따르면 직업공무원의 정치적 중립성은 소극적 중립(당파에 대한 중립)만이 아니라 승인된 규범에 입각한 과제수행의 객관성과 사리적합성을 의미하는 적극적 중립성, 이기심이 아닌 전문성에 입각하여 과제를 처리할 것을 요구하는 중립성, 상호 대립하는 집단들을 포괄하는, 따라서 이 모든 대립을 자체 안에서 조정해 내야 하는, 통일성과 전체성을 의미하는 중립성의 요소를 포함하고 있다고 한다.

헌법재판소도 정치적 중립성을 비당파성으로만 이해하는 것으로는 충분하지 않다는 것을 어느 정도 의식한 것으로 보인다. 공무원의 정치적 중립성이 필요한 이유에 대한 헌법재판소의 실시에서 이를 엿볼 수 있다. “공무원은

60) K. Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 46 참조. 공무원의 정치적 중립의 복합적 의미에 관한 행정학계의 글로는 박천오, 공무원의 정치적 중립: 의미와 인식, 행정논총 제49권 제4호(2011.12), 25쪽 이하; 윤건수/한승주, 정치적 중립의 경험적 범주에 관한 연구: 지방자치단체 중하위직 공무원을 중심으로, 행정논총 제50권 제3호(2012.9), 237쪽 이하 참조.

61) C. Schmitt, Der Hüter der Verfassung, S. 111 ff., in: Der Begriff des Politischen S. 97 ff.; Ders., Das Problem der innerpolitischen Neutralität, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze S. 47 f., ; ders., Hüter der Verfassung S. 149 ff.

국민 전체에 대한 봉사자이므로 중립적 위치에서 공익을 추구하고(국민 전체의 봉사자설), 행정에 대한 정치의 개입을 방지함으로써 행정의 전문성과 민주성을 제고하고 정책적 계속성과 안정성을 유지하며(정치와 행정의 분리설), 정권의 변동에도 불구하고 공무원의 신분적 안정을 기하고 엽관제로 인한 부패·비능률 등의 폐해를 방지하며(공무원의 이익보호설), 자본주의의 발달에 따르는 사회경제적 대립의 중재자·조정자의 기능을 적극적으로 담당하기 위하여 요구되는 것(공적 중재자설)이라고 일반적으로 설명하고 있는 바, 공무원의 정치적 중립성 요청은 결국 위 각 근거를 종합적으로 고려하여 공무원의 직무의 성질상 그 직무집행의 중립성을 유지하기 위하여 필요한 것이다(헌재 1995. 5. 25. 91헌마67; 헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710 참조).”<sup>62)</sup>

문제는 정치적 중립성에 내재하는 이러한 여러 가지 요청들이 상호충돌하는 경우, 가령 정권이 명백히 공익에 반하거나 부조리한 정책을 강행하려 하거나 심지어 불법적인 지시를 내리는 경우에 발생한다. 이러한 문제상황은 민주주의와 직업공무원제도 사이에 존재하는 긴장관계를 확인시켜 준다. 직업공무원집단이 자신을 국가와 동일시하고 정권과의 직접적인 세대결을 통해서 자신들의 입장을 관철시킬 수는 없다. 이는 현실성도 없고 민주적 선거를 통해 정권을 교체하고, 행정조직에도 인적·조직적 민주적 정당성을 매개하는 우리 헌법의 구조에도 맞지 않는다.<sup>63)</sup>

그렇다고 행정을 순수 법집행기능으로 규정하면서 정치로부터 분리하는 이미 극복된 이론을 따라 직업공무원은 정권 차원에서 이미 결정된 정책을 그것이 아무리 부조리하더라도 기계적으로 집행해야 한다는 주장을 따를 수

62) 헌재 2014. 3. 27. 2011헌마42, 판례집 26-1상, 375, 386 - 공무원의 정당가입금지.

63) 직업공무원이 그 전문성을 정책결정과정에서 발휘할 수 있는 정도는 법적 문제라기보다는 최고정책결정권자의 능력과 리더쉽 스타일, 상층행정조직에서 정무직공무원이 점하는 비율, 그 사회의 정치문화, 시민사회가 정권에 의한 부당하고 부조리한 정치적 결정을 막아낼 수 있는 역량 등 다양한 정치적·문화적 요인에 달려 있다.

도 없다. 조직적으로는 행정과 정치가 분리되어 있을지 모르지만 실질적으로 행정과 정치를 분리할 수는 없으며,<sup>64)</sup> 합법성 및 법치주의의 수호는 직업공무원의 특별한 기능 중의 하나임에 틀림이 없기 때문이다. 직업공무원에 대한 신분보장, 수행하는 직무에 적용하여야 할 법에 대한 지식, 전문성은 직업공무원으로 하여금 법의 수호를 위해, 때에 따라서는 정치권의 부당한 압력에 대해 대항하는 것을 어느 정도는 가능하게 하지만, 한계가 있을 수밖에 없다. 더구나 정치적 중립성 자체는 공무원에게 법치국가성을 수호해야 할 의무를 상기시켜 줄 뿐 이 갈등상황을 해소할 수 있는 길을 제시해 주지는 않는다.<sup>65)</sup>

이러한 국면을 민주적으로 타개할 수 있는 동력을 기대할 수 있는 것은 정부정책의 부조리를 질타하는 여론의 조성일 것이다. 직업공무원이 행정조직 내에서 어떤 정책의 부조리를 지적하며 시정을 호소하는 등의 노력이 무위에 그친 경우에는 공무원의 지위에서가 아니라 근무영역 밖에서, 즉 시민의 지위에서 정부정책의 부조리함을 고발하면서 여론에 주의를 환기하는 길을 걸을 수밖에 없을 것이다. 그런데 그러한 여론환기는 공무원이 개별적인 사적 담화를 통해서 하는 것보다는 공무원 노동조합을 비롯한 공무원 관련 단

64) U. Scheuner, Der Bereich der Regierung, in: Rechtsprobleme in Staat und Kirche, FS Smend, 1952, S. 273 ff. 참조.

65) K. Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, S. 54-55. 공무원에게 집행해야 하는 법령에 대한 심사권과 제소권을 부여하는 것처럼 갈등상황에서 공무원이 합법성 내지 공익을 지킬 수 있는 길을 제시하여야 하는 것은 입법자이다. 현행 법은 행정공무원이 아닌 법원에게만 법령의 위헌·위법에 대한 심사권 내지 제소권을 부여하고 있다(헌법 제107조 제1, 2항). 상관의 부당한 지시에 대해서는 일부 개별법에서 이의제기권이나(검찰청법 제7조 제2항, 국가정보원법 제11조 제3항 전단) 직무거부권(국가정보원법 제11조 제3항 후단)을 인정하는 한편, 내부고발자에 대한 신분보장을 통해서 내부 비리 고발을 활성화하는 제도(부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률 제5장 참조), 상급자 부당한 지시에 대한 거부 및 상담(공무원행동강령 제4조), 정치인이나 정당의 부당한 압력이나 청탁 보고 및 상담 후 처리 의무(공무원행동강령 제4, 8조) 등이 있다. 그러나 이 제도들은 정무직 공무원 개인의 일탈을 방지하는 데는 효과가 있을지 모르지만 정권 차원의 전횡에 대한 실효성 있는 견제장치가 될 수는 없다.

체나 집회를 통해서 하는 것이 효과적이다. 그러나 우리 공무원법제는 근무 영역 밖에서조차 그러한 활동을 할 수 있는 가능성을 남겨 놓지 않고 있다.

헌법재판소는 공무원의 정치적 중립성 개념의 복합성을 간과한 채 공무원의 정치적 중립을 비당파성으로만 이해하는 한편, 이를 절대화하여 근무영역 밖에서까지 정치활동의 자유를 포괄적으로 제한하고 있는 공무원법상의 규율을 거의 모두 합헌으로 선언함으로써 직업공무원집단을 정치적으로 거세하고 명백히 부조리한 정책을 강행하는 정권의 도구로 전락시키는 일에 사법의 권위를 빌려주고 말았다.

## 2. 직업공무원의 정치적 중립성의 절대가치화 및 그 정치적 활동의 위헌성의 과장

헌법재판소는 “공무원의 정치적 중립의 확보가 헌법상 정당한 공익이라는 점에서는 의문의 여지가 없고, 이러한 공익은 매우 중요한 것”<sup>66)</sup>이라고 하여 공무원의 정치적 중립에 대해 높은 위상을 부여하였다. 다른 한편, 헌법재판소는 이에 대립하는 정치적 의사표현의 자유<sup>67)</sup>가 자유민주적 기본질서에 본질적인 의미를 갖는다면서도 공무원이나 교원의 경우 “그 신분과 지위의 특수성에 비추어 경우에 따라서는 일반 국민에 비하여 표현의 자유가 더 제한될 수 있다”<sup>68)</sup>고 하여 공무원의 특별신분관계 때문에 그의 정치적 자유에 대한 강도 높은 제한이 필요하다고 보았다.

---

66) 헌재 1999. 12. 23. 99헌마135를 원용하면서 헌재 2014. 8. 28. 2011헌바32 등, 판례집 26-2상, 242, 258; 헌재 2014. 8. 28. 2011헌바50, 판례집 26-2상, 275.

67) 가령 “오늘날 정치적 표현의 자유는 자유민주적 기본질서의 구성요소로서 다른 기본권에 비하여 우월한 효력을 가지므로(헌재 2004. 3. 25. 2001헌마710) 함부로 그 제한을 정당화해서는 안된다”(헌재 2014. 8. 28. 2011헌바32 등, 판례집 26-2상, 242, 256 - 국가공무원의 집단행위 금지).

68) 헌재 2014. 8. 28. 2011헌바32 등, 판례집 26-2상, 242, 256 및 260 - 국가공무원 및 교원의 집단행위 금지.



그러나 상술한 것처럼 특별신분관계하에 있는 자의 기본권에 대한 제한도 해당 특별신분관계 설정의 목적을 달성하는 데 필요한 범위에서만 정당화될 수 있다.<sup>69)</sup> 그렇다면 헌법재판소는 입법자가 두 가치들 사이의 충돌을 실제적 조화의 원리에 따라 해소하고 있는지에 대하여 의당 심도 높게 심사를 했어야 했다. 그러나 헌법재판소는 입법자가 공무원의 정치적 표현의 자유를 이러한 원리에 따라 제한하고 있는지에 대하여, 이 자유가 갖는 중대한 의미에 합당한, 질적·양적으로 밀도 높은 심사를 하지 않았다.<sup>70)</sup> 사건에 따라서는 헌법재판소가 심사를 가장해서 합헌성 인증서를 혈값에 발행해 주었다는 평가를 해도 지나침이 없을 것이다.<sup>71)</sup> 정치적 자유가 자유민주적 기본질서를 구성하는 본질적 요소로서의 위상을 갖는 것이라면 공무원의 정치적 자유와 공무원의 정치적 중립성을 조화시키는 대안의 존재여부를 진지하게 모색했어야 했다.<sup>72)</sup>

69) 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51 등, 판례집 19-2, 213, 229.

70) 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51 등 사건이나 이 판례를 인용하고 있는 헌재 2014. 8. 28. 2011헌바32 등 사건에서 헌법재판소는 이 중대한 문제에 대한 판단을 위해 단 한 쪽만(각기 판례집 19-2, 213, 229, 256-257)을 할애하고 있을 뿐이다. 공무원의 정당가입금지가 과잉금지원칙에 위반되는지에 대한 판단도 2쪽이 갖 넘을 뿐이다(헌재 2014. 3. 27. 2011헌바42, 판례집 26-1상, 375, 387-389).

71) 가령 공무원의 공무원외의 집단행위금지와 관련하여 헌법재판소는 다음과 같이 간략하게 그 정당성을 인정하고 있다. “헌법이 집회의 자유 등을 통해 집단적인 정치적 의사표현을 보장하는 것은 이것이 민주정치 실현에 불가결한 기본권으로서 국민의 정치적·사회적 의사형성 과정에 효과적인 역할을 하는 것에 기인하는 것이지만, 다수의 집단행동은 그 행위의 속성상 의사표현 수단으로서의 개인행동보다 공공의 안녕질서나 법적 평화와 마찰을 빚을 가능성이 크고, 특히 공무원이 집단적으로 정치적 의사표현을 하는 경우에는 이것이 공무원이라는 집단의 이익을 대변하기 위한 것으로 비취질 수 있으며, 정치적 중립성의 훼손으로 공무의 공정성과 객관성에 대한 신뢰를 저하시킬 수 있다. 따라서 이 사건 국가공무원법 규정이 정치적 표현행위를 포함하여 공무원의 집단 행위를 제한하더라도 이것이 표현의 자유에 대한 과도한 제한이라고 볼 수 없다”(헌재 2014. 8. 28. 2011헌바32 등, 판례집 26-2상, 242, 256).

72) 가령 초중고교원의 정치적 중립성을 확보하기 위해 입법자가 이미 마련해 둔 다양한 대책들을 지적하면서 그들에 대한 정당가입금지는 필요 이상의 불필요한 제한이라고 지적하고 있는 4인의 재판관의 반대의견(헌재 2014. 3. 27. 2011헌바42, 판례집 26-1상, 375, 394-395) 참조.

구미의 공무원법제는 양자의 조화를 다양한 방식으로 모색할 수 있음을 보여준다.<sup>73)</sup> 특히 독일의 공무원법제는 공무원에게 국민전체에 대한 봉사자로서 공공복리를 지향할 의무를 부과하는 한편, 정치활동에 있어서 중용과 절제를 지킬 것과 자유민주적 기본질서에 대한 존중과 헌신을 요구하는 이외에는 공무원의 정치적 자유를 제한하지 않고 있다(연방공무원법 제60조<sup>74)</sup> 참조). 그렇기 때문에 연방헌법재판소 재판관을 비롯한 모든 법관까지도 정당에 가입할 수 있다. 그렇다고 독일의 직업공무원제가 정당정치에 의해 흔들리는 것도 독일의 사법부의 정치적 중립성이 불신을 받고 있지는 않다. 독일의 법제는 직업공무원의 전체국민에 대한 봉사의무 내지 공공복리 지향의무가 곧바로 그들에 대한 정치활동금지로 귀결되지 않는다는 것을 명확히 보여준다. 독일만이 아니라 직업공무원들에게 비근무영역에서 상당히 폭넓은 정치적 활동의 자유를 허용하는 구미 민주국가의 법제도 마찬가지로 이다.

직업공무원의 적극적 정치적 중립의무, 다시 말해 공익지향의무가 독자적인 의미를 발휘하는 것, 따라서 직업공무원이 자신의 공익에 관한 견해를 관철하려고 노력해야 할 필요는 제한적임을 상기할 필요가 있다. 개방적 정치과정인 자유민주주의적 기본질서에서 공익의 발견과 이 공익 실현을 위한

73) 이에 대해서는 위에서 정영태, 교원(교육공무원)의 정치적 자유 보장의 논거와 효과를 중심으로, 2008년 전국교원노동조합 참교육연구소 연구과제, 2009, 6쪽 이하; 정영태, 공무원의 정치적 자유에 대한 헌법재판소의 논거와 문제점, 한국정치연구 제19집 제1호(2010), 71 이하; 위종욱, 공무원의 정당가입 자유에 대한 헌법적 고찰 - 정당법 제22조 당원의 자격 조항을 중심으로 -, 서강논총 제7권 1호(2018), 113 이하; 이정진/고선국, 공무원의 정치적 중립성과 정치참여, 입법과 정책 제10권 제3호(2018), 99 이하; 한건우, 프랑스 공무원의 정치적 표현의 자유와 노동기본권, 공법연구 제40집 제3호(2012), 266쪽 이하 등 참조

74) 제60조 ① 공무원은 당파가 아니라 전체 국민에 봉사하여야 한다. 공무원은 그 임무를 불편 부당하고 정의롭게 수행하여야 하고 그 직무를 수행할 때 일반의 복리를 고려하여야 한다. 공무원은 그 활동 전체를 통해서 기본법이 의미하는 자유민주적 기본질서를 고백하고 그 유지를 위하여 헌신하여야 한다.

② 공무원은 정치적 활동을 할 때 일반에 대한 자신의 지위와 그 직무상의 의무에 대한 배려로부터 나오는 중용과 절제를 지켜야 한다.

정책을 입법화하는 과정에는 다수의 국가기관과 정당, 이익단체들, 시민단체들이 참여한다. 엄밀히 말하면 입법과정에서 선재하는 것으로의 공익이 발견되는 것이 아니라 토론, 절충과 타협의 과정을 거치면서 형성되는 것이다. 또 이렇게 법률의 도움을 얻어 실현되어야 할 공익을 실현하는 행정작용은 행정의 합법률성의 원칙에 따라 매우 촘촘한 법망 안에서 수행된다. 하급 공무원들의 직무수행은 법률, 법규명령, 행정규칙, 상급자의 개별적인 지시에 의하여 세세하게 한정되어 있다.<sup>75)</sup> 공무원법은 정치활동금지 이외에도 이 시스템을 지키기 위한 충분한 도구를 확보하고 있다.<sup>76)</sup>

더구나 법령상의 불확정개념의 해석도 사법적으로 통제를 받고, 법령에 의해 재량권이 주어진 경우조차도 담당공무원이 재량권을 유월했는지, 자의적으로 행사했는지, 그 재량권행사에 하자가 없는지를 사법적으로 통제받는다.

그렇기 때문에 공무원에게 근무영역 밖에서 정치적 활동을 허용하면 공무원의 직무수행이 정파성을 띠게 된다는 우려는 근거가 박약한 것이다. 문제는 직업공무원의 정치활동의 자유에 대한 제한이 아니라 민주주의의 온전한 실현을 통한 법의 공정한 제정·적용·집행의 확보이다.

## V. 직업공무원의 정치적 자유에 대한 포괄적 제한의 헌법정책적 문제점

75) “공무원은 소속 장관의 직무상 명령에 복종하여야 하는데, 고위 공무원 직군을 이루고 있는 선출직 공무원의 정당 가입 및 정당 관련 활동을 허용하면서, 그 아래 직군 공무원들의 정당 가입을 금지함으로써 공무원의 정치적 중립을 유지하는 데 큰 역할을 하리라고 기대하는 것은 무리이다”(헌재 2014. 3. 27. 2011헌바42, 판례집 26-1상, 375, 394 - 공무원의 정당가입 금지에 대한 4인의 위헌취지의 소수의견).

76) 국가공무원법은 공무원에 대해 법령 준수와 성실한 직무수행의 의무를 규정하고(제56조), 장관의 지시에 대한 복종의무(제57조), 공정의무(제59조), 직무 내외를 불문하고 품위를 유지할 의무를 부과하고 있다(제63조). 이러한 의무와 금지 규정을 위반할 경우에는 징계처분을 할 수 있다(제78조).

## 1. 정당의 인적·재정적 기반의 취약화와 정책의 품질 저하

공직선거가 명사들의 경쟁의 장에서 집권을 노리는 정당들 사이의 경쟁의 장으로 바뀌고 또 정당이 소속 당원인 대통령 또는 국회의원들을 통해 각종 국가기관의 구성에 관여하는 정당국가적 현실에서 국민주권의 이념(헌법 제 1조)은 국민이면 누구나 원칙적으로 정당의 설립·활동의 자유를 향유하도록 보장할 것을 요구한다. 그러나 입법자는 이 점을 간과한 채 공무원법과 정당법에서 대학교원을 제외한 모든 직업공무원과 유치원 및 초·중등교원의 정당가입을 금지함으로써 정당정치의 인적 기반을 취약하게 만들고, 궁극적으로는 국민주권의 이념의 충실한 구현을 저해하고 있다. 2020년 기준 공무원 연금법 적용대상 공무원(국가공무원, 지방공무원) 약 119만 5천명<sup>77)</sup> 중 국립대학교원 약 20,000명<sup>78)</sup>을 제외한 109만명, 2020년 기준 사립 유치원·초·중등학교 교원 약 11만명<sup>79)</sup> 등 대략 120만 명 내외를 배제된 채 정당정치가 이루어지고 있는 실정이다. 여기에 직업공무원은 아니지만 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제3조에 의하여 정당활동을 할 수 없는 사병 약 39만명 정도가 추가된다.

직업공무원들이 각 직무영역에서 전문성을 보유하고 있고, 민주정치의 메카니즘을 대체로 잘 이해하고 있다는 사정을 감안하면 이들 없이 진행되는 우리 정당정치가 양질의 정책을 생산해 낼 가능성이나 민주주의의 효능도 그만큼 떨어질 가능성이 높다.

어느 나라나 정당정치가 국민으로부터 높은 신뢰를 받는 것은 아니지만,

---

77) 2019년 12월 31일 기준 「행정부 국가공무원 인사 통계」 중 전체 공무원 정·현원(정원의 임기제 포함), 3쪽.

78) 교육부가 발표한 2019년 간추린 교육통계에 의하면 대학교원 총수는 89,345명이고 그 중 국립대학교원 19,919명, 공립대학교원 646명, 사립대학교원은 68,780명이다.

79) 2020년 교육통계서비스 참조.

한국의 경우 정당정치의 위기현상은 특히 심각한 것으로 평가되고 있다. 그 원인 중의 하나는 직업공무원을 비롯한 다수의 직능집단이 법이나 취업규칙<sup>80)</sup> 등에 의하여 정당으로부터 배제되어 있고 또 자신들이 기성의 정당에 의해 제대로 대표되지 않고 있다고 느끼고 있다는 것이다.<sup>81)</sup> 이 점에서도 직업공무원 집단을 그 지위 고하를 막론하고 모두 정당정치에서 배제하는 것은 헌법정책적으로도 바람직하지 않다고 할 것이다.

이는 우리 정당의 자생력이 약화의 원인이기도 하다. 현재 우리나라 정당의 경우 당비를 내는 당원의 비율이 매우 낮은 편이다. 중앙선거관리위원회가 제시한 자료에 의하면<sup>82)</sup> 2019년 여야 34개 정당의 총 당원은 약 866만 명이었고, 이 중 당비를 낸 당원은 약 157만 명으로 당비 납부율은 18% 정도이다. 주목할 것은 집권 경험이 있는 양대 정당의 당비납부율도 그다지 높지 않다는 사실이다. 더불어민주당이 총당원 약 406.5만 명 중 당비 납부 당원이 102.6만 명으로 25.3%, 자유한국당(현 국민의힘)은 총당원 약 347.5만 명 중 당비 납부 당원이 37.3만 명으로 10.7%에 불과했다. 이 때문에 정당의 재정수입에서 당비의 비중은 전국단위 선거가 없던 2019년조차 평균 28%에 그쳤고, 당원의 수도 비교적 많고 공직선거에서 당선자를 많이 낸 더불어민주당은 42%로 상당히 높은 편이었으나 자유한국당은 25%으로 평균에 미달했다. 양대정당 모두 국가가 지급하는 선거비용보전 및 국고보조금에 대한 의존비율이 전국단위 선거가 없음에도 36-40%에 달하고 있다. 이는 정당 수뇌부가 당의 운영과 관련하여 평당원에 의존할 필요가 적다는 것,

80) 금융사 14곳 취업규칙으로 정당가입 금지...노조

"시정돼야"(https://www.yna.co.kr/view/AKR20180523122400008) (2021년 4월 8일 검색) 참조.

81) 박원호/송정민, 정당은 유권자에게 얼마나 유의미한가?: 한국의 무당파층과 국회의원 총선거, 한국정치연구 제21권 2호(2012), 115쪽 이하; 신진욱, 정치위기와 사회운동의 새로운 주기: 2008년 촛불시위 이후 한국 민주주의의 이중적 과제, 기억과 전망 제19권(2008), 119쪽 이하 등 참조.

82) 2019년도 정당의 활동개황 및 활동보고(중앙선거관리위원회) 참조.

그만큼 정당의 과두화가 초래되기 쉽다는 것을 말해준다. 사립학교 교원을 포함해 약 120만 명 내외의 공무원들 대부분이 정당에 가입하여 당비를 내며 활동할 수 있는 여력이 있음을 고려하면 그들에 대한 정당가입금지는 정당의 인적 기반은 물론 재정자립도, 따라서 정당의 자생력과 당내민주주의에도 부정적인 영향을 미칠 수밖에 없는 것이다.

## 2. 민주주의 후퇴 시기에 직업공무원단의 정권도구화 촉진

직업공무원이 누리는 신분보장, 그 전문성과 현장성, 사회국가·행정국가 현실에서의 행정의 비중 확대는 직업공무원단에게 국민으로부터 한시적으로 그리고 복지부동과 같은 소극적 방식으로 권력을 위임받은 정권에 맞설 수 있는 어느 정도의 힘의 원천이 될 수는 있다. 직업공무원에 대한 정치적 중립성 보장은 이처럼 직업공무원단에게 잠재하는 권력요인을 헌법질서 내에 편입시키려는 것이다.

그러나 직업공무원단이 자력으로 선거를 통해 민주적 정당성을 획득하고 인사권을 쥔 정치권력과 맞서는 것은 현실성이 없다. 이명박 정권이 무리하게 밀어붙였던 4대강사업이나 자원외교가 말해주는 것처럼 대통령을 중심으로 한 집권세력이 공익에 반하는 정책을 고집할 경우 직업공무원집단이 그것을 견제하는 것은 사실상으로도 어렵다. 정치적 책임을 지지 않는 직업공무원집단이 민주적 정당성을 확보한 정치권력과 직접 대결하는 것은 대의제의 원리에도 부합하지도 않는다.

직업공무원집단에게 남아 있는 것은 근무영역 밖에서 시민으로서 정책의 부조리성, 유해함을 비판하며 정책을 폐기 내지 수정하도록 하는 국민적 여론을 일으키는 것뿐이다. 그러나 현행법상 공무원들이 집단으로 그러한 행위를 할 경우 징계와 형사처벌이 기다릴 뿐이다. 그렇기 때문에 대부분의 직업공무원들은 자신의 전문성과 사명감에 입각해서 인사상의 불이익이나 징

계와 형사처벌의 위험을 감수하고 정책의 부조리를 사회에 고발하기보다는 부당한 정책을 집행하라는, 심지어는 명백히 위법적인 명령에도 순응하는 길을 택하게 된다.

직업공무원단을 정치적으로 거세할 경우 직업공무원에게 전문성에 입각한 공익에 대한 헌신과 같은 적극적 정치적 중립성은커녕 소극적 정치적 중립성, 즉 행정에서의 불편부당성조차도 온전히 실현하기 어렵다. 모두에서 언급했던 일련의 사건들이나 정권수호기구로 전략해 법을 편파적으로 집행해 왔던 경찰과 검찰이 그러한 실패를 증명하고 있다. 과거 독재정권 내지 권위주의적 정권들은 냉전상황에서 일본과 미국의 영향 속에서 형성된 공무원법을 통해 직업공무원단의 정치세력화를 막고 이를 효과적으로 통제해 왔다.

### 3. 소수엘리트에 의한 정치독과점 조장

정치를 불신하는 것을 넘어 혐오하는 우리의 반정치문화의 영향 때문인지 전문가들이 정치참여에 소극적이다. 그런 상황에서 공무원법제는 공무원집단을 일상 정치에서 배제하고 있다. 그에 따라 소수 엘리트들의 정치독점현상은 가중되었다.

다른 한편, 선거의 공정성을 빌미로 직업공무원이 공직선거에 출마하려면 그들의 직무의 내용과 성격을 불문하고 90일 전에 공직에서 사퇴하도록 하는 것도 정치공동체가 유능한 인재를 선출직에 충원하는 것을 어렵게 만든다.<sup>83)</sup> 사전사퇴제도가 적용되는 직업공무원 등은 확실한 현재의 직업과 성공이 불확실한 퇴직 후의 선거 출마를 놓고 선택을 해야 하고, 따라서 출마를 포기할 가능성이 높기 때문이다. 퇴직이 아닌 휴직상태나 휴가 중에 공직선

---

83) 이에 대해서 상세한 것은 Jason C. Miller, The Unwise and Unconstitutional Hatch Act: Why State and Local Government Employees Should Be Free to Run for Public Office, Southern Illinois University Law Journal, Vol. 34(2010), pp. 319

거에 출마할 수 있도록 허용하는 것이 직무전념성과 선거의 공정성을 확보하면서도 유능한 직업공무원들의 선거직 진출을 촉진하고, 이를 통해 보다 양질의 정책을 생산할 수 있는 길이다. 그럼에도 현행 공무원법과 공직선거법은 공직사전사퇴제도를 직업공무원만이 아니라 정부투자기관의 상근직원, 각종 협동조합의 상근임원과 그 조합들의 중앙회장 등 공공단체의 임원에게까지 확장함으로써(공직선거법 제53조 제1항 제3~9호) 기성정치인들의 정치독과점을 조장하고 있다.

## VI. 현행 관련 공무원법제의 개선방향

### 1. 경로의존성과 단계적 개선의 필요성

위의 고찰을 통해 직업공무원의 정치적 표현의 자유를 포괄적으로 제한함으로써 공무원이 영혼의 떨림에 따라 활동할 수 있는 여지를 극도로 좁혀 놓고 있는 현행 현행 공무원법 및 정치관련 법제는 헌법해석론에서는 물론 헌법정책의 관점에서도 정당화되기 어렵다는 것을 확인하였다.

그러나 공무원이 공복이라는 이유로 직업공무원의 정치적 표현의 자유를 과도하게 희생시키는 제도가 잘못된 것임에도 그러한 제도가 좋은 제도인 것처럼 국민의 의식 속에 매우 깊이 뿌리를 내렸다. 이승만 정권이나 군사정권 하에서 공무원이 동원된 관권선거의 경험도 공무원의 정치적 자유의 확대를 주저하게 만들 것이다. 더구나 전체국민에 대한 봉사자로서의 공무원의 정치적 중립성이라는 가치가 대중에게는 매우 매력적으로 보일 것이며, 공무원의 정치적 자유의 확대를 위해 이 가치를 쉽게 양보하려 하지 않을 것이다. 이 제도를 개혁할 경우 공행정 조직이 흔들리면서 혼란에 빠질지도 모른다는 막연한 두려움도 적지 않다. 게다가 국민의 정치에 대한 심각한 불신 및 혐오 때문에 국민의 대다수가 직업공무원단 전체의 정치적 거세를 당연



하고도 바람직한 것으로 생각하는 경향이 있다.

이 때문에 이 영역에서의 제도 개선을 위한 시도는 여론의 환영을 받지 못할 가능성이 높다. 따라서 당장은 만족스럽지 않더라도 다음과 같은 원칙에 따라 단계적으로 접근하는 것이 현실적이라고 본다. 낮은 단계의 공무원의 정치적 자유의 확대에 이렇다 할 부작용이 발생하지 않는다면, 공무원의 정치적 자유를 좀 더 넓게 부여하려는 시도나 공무원노동조합의 정치적 활동 포괄적 금지의 해제 내지 완화 시도도 정치적·사회적으로 수용될 수 있게 될 것이다.

첫째, 수사기관, 법원이나 국가정보원처럼 고도의 정치적 중립성을 요구하는 업무를 수행하는 기관에 소속된 공무원은 정치적 자유의 확대에서 제외하거나 여타 기관 소속 공무원의 정치적 자유의 확대범위에 비하여 좁힐 것을 제안한다. 미국의 해치법은 연방공무원에게 폭넓은 정치적 자유를 인정하면서도 중립성이 고도로 요구되는 기관 소속 공무원의 정치적 활동 가능성을 별도로 좁게 인정하고 있다.

둘째, 영국이 고위직, 중위직, 하위 내지 현업 공무원의 정치활동의 가능성의 정도에 차이를 두고 있는 것처럼<sup>84)</sup> 중하위직 공무원의 정치적 표현의 자

84) 영국은 공무원의 정치활동의 범위를 직무의 성격과 권한의 범위, 책임의 정도를 기준으로 구분해서 허용하고 있다(4.4 Conduct: Political Activities of the Civil Service management code: November 2016) ([https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/566900/CSMC\\_November\\_2016.docx](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/566900/CSMC_November_2016.docx)). 영국은 먼저 국가차원에서 의회나 유럽의회의 장에서 전개되는 정당정치에 전반적으로 또는 주로 영향을 미치는 직위의 보유, 국가 차원의 정치적 쟁점에 대한 공개적 발언, 그러한 쟁점에 대하여 전단, 책, 또는 언론매체에 보내는 서간을 통한 견해의 표명, 의회나 유럽의회의 후보 출마, 의회나 유럽의회의 후보자나 정당을 위한 선거운동, 그리고 지방자치단체의 차원에서는 지방정부 선거에 출마 또는 지방 정치에 전체적으로 또는 주로 영향을 미치는 직위의 보유, 지방 차원의 정치적 쟁점에 대한 공개적 발언, 그러한 쟁점에 대하여 전단, 책, 또는 언론매체에 보내는 서간을 통한 견해의 표명, 지방정부로 지방정치조직 선거 후보자를 위한 선거운동을 규제대상으로 명시하고 있다.

현업공무원을 포함한 하급공무원(civil servants in industrial and non-office grades)에게는 모든 정치활동을 허용하고 있다. 상급공무원 및 차상급공무원(members of the Senior

유부터 확대할 것을 제안한다. 고위급 공무원의 정파적 활동은 대중에게 공무원의 직무수행의 공정성에 대한 의문을 품게 할 가능성이 크고 또 직무상 부여되는 권한 내지 재량권의 크기에 비추어 볼 때 정파적 직무수행의 위험성이 상대적으로 큰 반면, 중하위직급은 법령, 행정규칙, 상관의 명령에 의해 공무를 수행하는 것이 보통이므로 정파적 직무수행의 위험성이 낮기 때문이다.

셋째, 미국의 해치법처럼 허용된 정치활동과 금지된 정치활동을 명확히 세분해서 규정함으로써 공무원에게 법적 안정성을 부여할 것을 제안한다. 그 래야 정치적 자유를 행사하는 데 위축되지 않을 뿐 아니라, 불공정한 법 적용의 위험성을 줄일 수 있다.

넷째, 정당가입, 정당원으로서의 활동, 소액 정치후원금 제공, 비근무영역에서 선거운동 이외의 SNS를 통한 정치적 표현 등과 같이 비근무영역에서 대중에게 현저하지 아니한 정치적 활동 금지부터 해제할 것을 제안한다. 또 정당활동을 허용할 경우 프랑스에서처럼 공무원인사기록카드에 정당가입 여부나 소속정당 등을 기재하지 못하도록 함으로써 정당활동으로 인한 인사상의 불이익을 입지 않도록 하여야 함은 물론이다.

다섯째, 개방적 정치질서로서의 자유민주적 기본질서를 전복하기 위한 활동을 하거나 폭력을 행사한 경우가 아닌 한 법령에 의한 정치적 활동의 금지의 실효성을 확보하기 위해서는 행정적 징계수단으로 충분하므로 형벌처벌을 포기하여야 한다. 구미 민주국가에서 비교법적으로도 우리처럼 이 영역에서 형벌을 규범 관철을 위한 수단으로 광범위하게 활용하는 나라는 찾기 어렵다.

---

Civil Service and civil servants at levels immediately below the Senior Civil Service)은 입당 이외에는 상술한 방식으로 국가차원의 정치에 관여할 수 없으며, 지방 차원의 정치 관여는 관할관청의 허가를 받아야 가능하다. 여타 공무원은 사전에 허가를 받은 범위 안에서 그리고 활동 전에 이를 고지한 후에 국가 또는 지방 차원의 상술한 정치활동을 할 수 있다.

여섯째, 공무원은 정치적 표현을 함에 있어 공직에 대한 국민의 신뢰에 금이 가지 않도록 신중하고 절제된 방식으로 할 것을 명시할 것을 제안한다. 이는 현행 공무원법상의 품위유지의무를 정치적 표현행위와 관련하여 구체화한 것에 불과하지만, 보다 구체적 규율을 통해 공무원에게는 법적 안정성을 제고하고, 국민에게는 공무원에게 정치활동의 폭을 넓혀주는 개혁으로 인한 불안감을 덜어줄 수 있을 것이다.

미국 1993년 수정 해치법에 따른 ‘약한 규제대상’ 연방공무원의 정치활동  
(Permitted and Prohibited Activities for Most Federal Employees)<sup>85)</sup>

허용된 정치활동	금지된 정치활동
1. 비정파적 선거( 입후보 2. 원하는 후보에의 투표 3. 유권자 등록 운동 보조 4. 후보자와 이슈에 대한 의견 표현 5. 정치조직에 대한 헌금 6. 정치모금 행사 참여 7. 정치집회와 모임 참여 및 활동 8. 정당이나 정파적 정치집단에 가입 및 활동 9. 무소속 후보의 선거 추천인 등록 10. 국민투표 사안, 헌법 개정, 지방자치단체 조례에 대한 찬·반 운동 11. 정파적 선거에서 당선·낙선 운동	1. 선거에 관여할 목적으로 공적 지위를 이용하거나 영향력 행사 2. 정치헌금 권유, 수수 (연방공무원노조원들 상호 간은 직장상사와 부하의 관계가 아닌 경우 가능) 3. 정파적 선거에 입후보 4. 정부와 업무상 연관된 사람에게 정치 활동을 하게 하거나 못하게 권유 5. 허용된 정치활동이라도, - 근무 중이거나 - 연방 건물, 시설 내이거나 - 근무복을 입거나 공무원임을 알 수 있는

85) osc.gov. U.S. Office of Special Counsel. September 2017. Retrieved August 5, 2020 참조. 또한 ‘강한규제를 받는 미국의 연방공무원’(Permitted and Prohibited Activities for Federal Employees Subject to Further Restrictions)은 연방의 각종 수사기관 및 정보기관 소속 공무원, 연방선거위원회 소속 공무원 등으로 투표를 위한 유권자등록 및 투표, 유권자등록운동 지원, 후보자와 정치쟁점에 대한 의견 개진, 비정파적 선거운동 참여, 정치조직에의 헌금이나 정치자금 모금 행사 참여, 정치집회나 회합 참석, 정치단체나 정당 가입, 무소속 정치인 공직선거 추천서 서명, 국민투표안·헌법개정·지방자치단체 조례에 대한 찬·반 운동을 할 수 있다(이에 대해서도 osc.gov. U.S. Office of Special Counsel. September 2017. Retrieved August 5, 2020).

12. 정파적 선거에서 후보자를 위한 연설	표시를 한 경우이거나
13. 정파적 선거에서 선거운동용 인쇄물 배포	- 정부가 소유 또는 임대한 차량을 이용하는 행위
14. 정당, 정파적 정치단체의 직원으로 근무	

## 2. 헌법해석투쟁의 병행

위에서 설명한 경로의존성에 비추어 볼 때 정치권은 공무원의 정치적 중립성만을 일방적으로 강조하면서 공무원의 정치적 표현의 자유를 극단적으로 제한해 온 기존 공무원 법제의 개혁에 대해 소극적일 가능성이 크다. 그밖에 제도 개선의 정치적 유불리에 대한 계산의 차이로 정파 간에 합의 내지 절충이 어려울 수도 있다.

그렇기 때문에 헌법소원 등을 의한 헌법해석투쟁은 향후에도 지속되어야 한다. 현행 공무원법제가 비근무영역에서조차 과도하게 공무원의 정치적 표현의 자유를 제한하고 있어 헌법해석투쟁의 성공가능성이 낮지만은 않다. 최근 헌법재판소의 판례도 이와 같은 전망을 뒷받침한다. 공무원의 정당가입금지, 집단행위의 금지, 정부나 지방자치단체의 정책에 대한 집단적 반대의 금지와 관련하여 일부 위헌의견을 내는 재판관의 수가 늘어나고 있고, 마침내 정당 이외의 기타 정치단체에의 가입이나 활동 금지는 지나친 불명확성을 이유로 그 위헌성을 확인하기도 하였다. 한국 민주주의의 쌓이는 연륜과 함께 국민의 민주역량에 대하여 긍정적으로 평가하는 헌법재판소 재판관의 수가 점차 늘어나면서 정치권이 주저하는 제도개선을 강제하는 결정이 헌법재판소에 의해 내려질 가능성이 점차 높아지고 있다.

다만, 헌법해석투쟁이 성공하는 시기를 조금이라도 앞당기려면 좀 더 섬세하고 심도 있는 위헌 논거를 개발하고 제시하여야 한다. 가령 공무원이 소속되어 있는 국가기관의 성격이나 종류, 공무의 종류와 특성, 직위의 고하, 공

무원의 활동영역(직무영역, 근무영역, 비근무영역), 정치적 표현활동의 방식과 현저성의 정도를 불문한 무차별적·포괄적 규제의 문제점을 지적하는 한편, 합헌논이 전가의 보도로 활용하고 있는 공무원의 정치적 중립성 논거나 공익 논거의 허점을 공략하는 것이 필요하다고 본다.

공무원·교원노조법의 위헌성 및 개선방안 정책토론회

| 발제문 2 |

# 교원의 정치적 기본권 제한, 쟁점과 개선방안

정 필 운 (한국교원대학교 일반사회교육과 교수)

# 교원의 정치적 기본권 제한, 쟁점과 과제

2021. 4. 22 [목]

정 필 운 (한국교원대 교수)

## 차 례

- I. 문제 제기
- II. 쟁점
- III. 현황과 개선방안
- IV. 결론

## I. 문제 제기

- 교사는 무엇을 하는 사람일까?



-3-

## II. 쟁점 1. 교원의 의의

- **교원**이란 교육현장에서 학생을 교육하고 지도하는 자를 말한다(「초·중등교육법」제20조 제4항, 「고등교육법」제15조 제2항 참고). 따라서 국공립·사립의 유치원 및 초·중등학교의 교사(teacher), 대학의 교수(professor) 등을 포괄하는 개념이다.
- 이 발표에서는 초·중등학교의 교사만을 대상으로 한다.
- 초·중등학교는 국공립학교 교사, 사립학교 교사 두 종류가 있다.

-4-



## II. 쟁점 2. 관련 헌법 규정

### 헌법 제31조

- ① 모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.
- ② 모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다.
- ③ 의무교육은 무상으로 한다.
- ④ 교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.
- ⑤ 국가는 평생교육을 진흥하여야 한다.
- ⑥ 학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영, 교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.

### 헌법 제7조

- ① 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.
- ② 공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.

-5-

## II. 쟁점 2. 관련 헌법 규정

제24조 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다.

제25조 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다.

제8조 ① 정당의 설립은 자유이며, 복수정당제는 보장된다.

제21조 ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.

-6-

## II. 쟁점 2. 교원의 정치적 기본권 관련 법제 현황



-7-

## II. 쟁점 2. 교육의 정치적 중립성이란 무엇인가?

- 우리 헌법 제31조 제4항은 “교육의 자주성·전문성·정치적 중립성 및 대학의 자율성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다.”라고 규정하고 있다.
- 우리 학계의 압도적 다수설과 헌법재판소는 이를 우리 헌법이 근대 교육의 본질을 충분히 인식하고 교육이 국가 및 정치영역 등 다른 영역의 영향을 받고 예속적으로 기능이 수행되는 것을 방지하기 위하여 특별히 규정한 중요한 원칙이라고 이해한다. 그리고 이를 교원의 기본권을 제한하는 근거로 원용하고 있다.
- 여기서 교육의 정치적 중립성이란 교육은 당파적 이해에 영향을 받지 않고 중립적으로 이루어져야 하므로, 국가나 특정 정치세력으로부터 부당하게 간섭을 받지 않아야 하는 한편, 교육도 정치에 부당하게 영향력을 행사해서는 안 된다는 것이다.
- 원래 교육의 목적 중 하나는 민주시민의 양성이기 때문에 정치와 밀접한 연관을 갖는다. 따라서 교육의 정치적 중립성을 정치에 대한 무관심과 거리유지로 이해하여서는 안되며, 교육의 당파성 배제로 이해하여야 한다. 예를 들어, 교육의 정치적 중립성은 검찰 개혁의 타당성에 관하여 교육과정에서 다룰 필요가 있는 경우에도 이를 다루지 말라는 명령이 아니라, 이것을 다루되 이에 대한 여러 견해를 균형있게 제시하라는 명령이다.

-8-

## II . 쟁점 2. 교육의 정치적 중립성이란 무엇인가?

- 교육기본법 제6조는 이와 같은 교육의 정치적 중립성을 다음과 같이 적절히 구체화하여 제시하고 있다.

### 교육기본법 제6조(교육의 중립성)

- ① 교육은 교육 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 정치적·파당적 또는 개인적 편견을 전파하기 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다.
- ② 국가와 지방자치단체가 설립한 학교에서는 특정한 종교를 위한 종교교육을 하여서는 아니 된다.

-9-

## II . 쟁점 3. 교육의 정치적 중립성과 교사의 기본권 제한의 관계

- 정치적 중립성 유지를 위하여 필요한 한도 내에서 교사의 정치적 자유를 제한할 수 있다고 해석할 수 있다. 다만, 정치적 중립을 위하여 교사의 정치적 자유를 제한하는 것에는 한계가 있다는 것도 동시에 강조되어야 한다. 그 이유는 교육의 정치적 중립성은 교육 목적을 달성하기 위한 것이고, 이 조항의 1차적 취지가 교사를 정치적 영향력으로부터 보호하기 위한 것이지 교사의 정치적 기본권을 제한하기 위한 것이 아니기 때문이다.
- 결국 교육의 정치적 중립성은 교사의 정치적 기본권을 제한하는 주요한 이유가 될 수 있지만 그것만으로 모든 정치적 기본권을 어느 범위라도 제한할 수 있는 것은 아니다. 따라서 교사의 정치적 기본권 제한의 정당성 여부는 개별적인 사례에서 당해 기본권의 성격, 직무와 당해 기본권의 관련성과 밀접성, 교사로서 직무 행위와 시민으로서 행위의 구별 가능성 등 다양한 기준을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

-10-

## II . 쟁점 4. 교사도 공무원인데 일반 공무원과 다른 규율이 가능한가?

1. 이런 주장의 전제는 공무원이 아닌 교사인 사립학교 교사는 다른 규율을 할 수 있다는 것이 전제되어 있다.
2. 공무원이라고 모든 기본권의 제한을 일률적으로 하지 않는다. 노동3권 행사에 있어서 일반공무원과 현업공무원을 다르게 규율하는 것이 그 예이다.



<참고> 국가공무원법 제66조(집단 행위의 금지) ① 공무원은 노동운동이나 그 밖에 공무 외의 일을 위한 집단 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 사실상 노무에 종사하는 공무원은 예외로 한다.  
 ② 제1항 단서의 사실상 노무에 종사하는 공무원의 범위는 대통령령으로 정한다. (- 우정직공무원)

## II . 쟁점 5. 교사의 정치적 기본권 제한의 의도하지 않은(?) 폐해

- 교사는 무엇을 하는 사람일까?



- 교사의 정치적 기본권 제한은 민주시민교육 또는 정치교육의 부실 또는 정치혐오의 확산이라는 의도하지 않은(?) 폐해를 야기한다. 그리고 정치 발전을 위한 지역정치인 양성 기회를 잃게 된다.



## II. 쟁점 5. 교사의 정치적 기본권 제한의 의도하지 않은(?) 폐해

### • 교사는 무엇을 하는 사람일까?

**1 정치란 무엇일까?**

**정치적 의미** 사람들은 정치라고 하면 흔히 대통령이나 국회 의원과 같은 정치인들이 하는 활동을 떠올린다. **좁은 의미의 정치**란 이처럼 "정치권력을 획득하고 행사하는 활동으로, 국회에서 법률을 만들거나 고치는 활동, 정부가 정책을 수립하여 집행하는 활동 등이 이에 해당한다."

**넓은 의미의 정치**란 사회 구성원 간의 대립과 갈등을 조정하여 합의 또는 타협을 하는 과정을 말한다. 이러한 관점에서 정치를 바라보면, 일상생활 속에서 가족끼리나 학교 교직원들 통해 의견을 조율하여 문제를 해결하는 활동도 정치 활동이라고 할 수 있다.

**정치적 기능** 인간은 사회 속에서 다른 사람들과 상호 작용하면서 살아간다. 그런데 사회에는 사람들이 가지고 싶어 하는 가치들이 제한되어 있고, 서로 충족시키는 자원으로 만나서 항상 제한과 갈등이 발생한다. 이러한 대립과 갈등을 조정해서 사회적 차이는 조율해 줄 수 있다.

정치는 개인이나 집단 간에 발생하는 **대립과 갈등을 조정**하여 사회적 통합하고 **사회 질서를 유지**하는 기능을 한다. 또한 이 과정에서 여러 가지 사회 문제의 해결책을 마련하고, 사회가 나아가야 할 방향을 제시하기도 한다.



중학교 사회1(비상교육)

**정치 참여의 유형**

현대 민주주의에서 일반적으로 대표적인 정치 참여 방법은 선거에 참여하는 것이다. 선거 참여는 투표하기, 선거 운동에 참여하기, 공직 선거에 후보로 직접 출마하기 등 다양한 방법이 있다. 특히 시민은 선거를 통해 국가 기권을 구성하고 주요 공약에 대한 견해를 밝힐 뿐 아니라 정부나 정당에 대해 지지 여부를 표명할 수 있다.

개인적으로 정부 정책에 대한 자신의 견해를 언론사에 **독자 투고**하거나 정부에 **청원** 및 **청원서 제출**, **정치 후원회 참가** 등의 방법으로 정치에 참여할 수도 있다. 또한 **입회나 시위 참가**, **서명 운동** 등을 통해 집단으로 정치 의사를 표명할 수 있으며, **청담이나 참여에 회원으로 가입**하여 활동할 수도 있다.

최근에는 인터넷과 1인 미디어 발달로 **정보 통신 매체**를 이용한 개인이나 집단적 정치 참여가 활발하게 이루어지고 있다. 특히 누리소통망 서비스(SNS)를 이용하여 특정 사안에 대해 개인의 정치적 견해를 밝히고 다른 사람들의 동향을 유도하는 활동이 증가하고 있다.



고등학교 정치와 법(천재교육)

- 교사의 정치적 기본권 제한은 민주시민교육 또는 정치교육의 부실 또는 정치혐오의 확산이라는 의도하지 않은(?)폐해를 야기한다. 그리고 정치 발전을 위한 지역정치인 양성 기회를 잃게 된다.

## II. 쟁점 6. 개선방안

### • All or Nothing?

- “교사의 정치적 기본권 제한의 정당성 여부는 개별적인 사례에서 당해 기본권의 성격, 직무와 당해 기본권의 관련성과 밀접성, 교사로서 직무 행위와 시민으로서 행위의 구별 가능성 등 다양한 기준을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”

→ **Something**이 있다.

- 예를 들어,

단기적으로 정치적 표현의 자유 확대, 정치자금 제공을 허용하고,

중기적으로 정당 가입 허용하며,

장기적으로 선거운동 허용, 직을 유지하며 입후보하고 당선 후 퇴직 등을 허용하는 방식으로 단계적 접근을 할 수 있다.

### Ⅲ. 현황과 개선방안 1. 교사의 공무담임권 제한

- 우리 공직선거법 제53조 제1항은 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 후보자가 되려는 사람은 선거일 전 90일까지 그 직을 그만두어야 한다”고 규정하고, 제1호에서 “「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 「지방공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 「정당법」 제22조(발기인 및 당원의 자격)제1항 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.”, 제7호에서 “「정당법」 제22조제1항 제2호의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 사립학교교원”을 규정하여 공립, 사립 초중등학교 교원이 공직선거에 입후보하기 위해서는 선거일 전 90일전까지 그 직을 그만두도록 하고 있다. 이것은 제1호 단서에 의하여 그 직을 유지하며 입후보할 수 있는 대학의 교수와 비교되는 태도이다.

-15-

### Ⅲ. 현황과 개선방안 1. 교사의 공무담임권 제한

- 공직선거법 제53조 제1항 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 후보자가 되려는 사람은 선거일 전 90일까지 그 직을 그만두어야 한다. (생략)
  1. 「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 「지방공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 「정당법」 제22조(발기인 및 당원의 자격)제1항 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.
  7. 「정당법」 제22조제1항 제2호의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 사립학교교원
- 공립, 사립 초중등학교 교원이 공직선거에 입후보하기 위해서는 선거일 전 90일전까지 그 직을 그만두도록 하고 있다. 이것은 제1호 단서에 의하여 그 직을 유지하며 입후보할 수 있는 대학의 교수와 비교되는 태도이다.

-16-

### Ⅲ. 현황과 개선방안 1. 교사의 공무담임권 제한

- 이러한 우리 공직선거법의 태도는 아마도 교육의 연속성을 보장하여 그 기간 동안 교육공백을 막는다는 공익을 중요시 여긴 것으로 추측된다(오동석, 2013: 6). 그러나, 과연 대학교수와 초중등학교 교원의 이러한 차별이 합리적인 이유가 있는지 의심스럽다는 견해가 조금 더 우세한 것으로 보인다(오동석, 2013: 6-7). 이러한 견해에 따르면 초중등학교 교원에게도 그 직을 유지하며 입후보할 수 있도록 하는 것이 타당하다(오동석, 2013: 6-7).
- 미국(김경윤, 2013: 129), 프랑스(전학선, 2013: 171) 등 주요국에서도 교원의 공무담임권을 이와 같이 과도하게 제한하지 않는다. 따라서, 당선 후 휴직 등을 통한 검직 금지 등 좀 더 덜 제한적인 방법으로 입법목적달성을 하는 것이 타당하다.

-17-

### Ⅲ. 현황과 개선방안 2. 교사의 선거운동의 제한

- 공직선거법 제60조 제1항은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 선거운동을 할 수 없다.
  4. 「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 국가공무원과 「지방공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 지방공무원. 다만, 「정당법」 제22조(발기인 및 당원의 자격)제1항 제1호 단서의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 있는 공무원(국회의원과 지방의회의원외의 정무직공무원을 제외한다)은 그러하지 아니하다.
  5. 제53조(공무원 등의 입후보)제1항 제2호 내지 제8호에 해당하는 자(제4호 내지 제6호의 경우에는 그 상근직원을 포함한다)
- 위와 규정하여 공립, 사립 초중등학교 교원이 선거운동을 할 수 없도록 규정하고 있다.
- 한편, 공립 초중등학교 교원은 “공무원 기타 정치적 중립을 지켜야 하는 자(기관·단체를 포함한다)는 선거에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 선거결과에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다.”는 제9조 제1항에 따라 중립의무도 부담하고 있다.

-18-

### Ⅲ. 현황과 개선방안 2. 교사의 선거운동의 제한

- 우리 공직선거법은 교육의 정치적 중립성을 관철하고자 이와 같이 규율하고 있는 것으로 짐작된다.
- 그러나, 민주주의 원리를 구현하는 제도로 대의제를 취하고 주요한 공직자를 선거로 선출하는 현대 입헌민주국가에서 일체의 선거운동을 금하는 것은 정치적인 영향력을 무력화시키는 과도한 입법이다.
- 미국(김경윤, 2013: 130), 프랑스(전학선, 2013: 173) 등 주요국에서도 교원의 선거운동을 이와 같이 과도하게 제한하지 않는다. 좀 더 덜 제한적인 방법으로 개선이 필요하다.

-19-

### Ⅲ. 현황과 개선방안 3. 교사의 정당활동의 제한

- 국가공무원법 제65조 제1항 공무원은 정당이나 그 밖의 정치단체의 결성에 관여하거나 이에 가입할 수 없다.
- 정당법 제22조 제1항은 국회의원 선거권이 있는 자는 공무원 그 밖에 그 신분을 이유로 정당가입이나 정치활동을 금지하는 다른 법령의 규정에 불구하고 누구든지 정당의 발기인 및 당원이 될 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 그러하지 아니하다.
  1. 「국가공무원법」 제2조(공무원의 구분) 또는 「지방공무원법」 제2조(공무원의 구분)에 규정된 공무원. 다만, 대통령, 국무총리, 국무위원, 국회의원, 지방의회의원, 선거에 의하여 취임하는 지방자치단체의 장, (출임) 「고등교육법」 제14조(교직원의 구분)제1항·제2항의 규정에 의한 총장·학장·교수·부교수·조교수인 교원을 제외한다.
  2. 총장·학장·교수·부교수·조교수를 제외한 사립학교의 교원.
  3. 법령의 규정에 의하여 공무원의 신분을 가진 자.

-20-



### Ⅲ. 현황과 개선방안 3. 교사의 정당활동의 제한

- 위와 같이 규정하여 공립, 사립 초중등학교 교원은 정당가입, 정당의 발기인 및 당원이 될 수 없다.
- 공직선거법 제57조의6 제1항은 “제60조 제1항에 따라 선거운동을 할 수 없는 사람은 당내경선에서 경선운동을 할 수 없다. 다만, 소속 당원만을 대상으로 하는 당내경선에서 당원이 될 수 있는 사람이 경선운동을 하는 경우에는 그러하지 아니하다.”, 제2항은 “공무원은 그 지위를 이용하여 당내경선에서 경선운동을 할 수 없다”고 규정하여 당내경선에서 경선운동도 할 수 없다.
- 공직선거법 제57조의6 제1항 제60조 제1항에 따라 선거운동을 할 수 없는 사람은 당내경선에서 경선운동을 할 수 없다. 다만, 소속 당원만을 대상으로 하는 당내경선에서 당원이 될 수 있는 사람이 경선운동을 하는 경우에는 그러하지 아니하다.
- 제2항 공무원은 그 지위를 이용하여 당내경선에서 경선운동을 할 수 없다.
- 위와 같이 규정하여 당내경선에서 경선운동도 할 수 없다.

-21-

### Ⅲ. 현황과 개선방안 3. 교사의 정당활동의 제한

- 우리 국가공무원법과 공직선거법은 아마도 교육의 정치적 중립성을 관철하고자 이와 같이 규정한 것으로 짐작된다.
- 그러나, 민주주의 원리를 구현하는 제도로 정당제도를 취하고 있는 현대 입헌민주국가에서 정당을 설립하고 활동하는 것은 정치적인 영역에서 매우 중요한 의미를 갖는다. 이러한 의미에서 교원에게 정당설립과 가입, 일체의 활동을 금지하고 있는 현행 법령은 그 목적에 비추어 과도한 입법이다.
- 미국(김경윤, 2013: 129), 프랑스(전학선, 2013: 173) 독일(배건이, 2013: 83-84) 등 주요국에서도 교원의 정당활동을 이와 같이 과도하게 제한하지 않는다. 좀 더 덜 제한적인 방법으로 개선이 필요하다.

-22-

### Ⅲ. 현황과 개선방안 4. 교사의 정치자금 제공의 제한

- 정치자금법 제8조 제1항 누구든지 자유의사로 하나 또는 둘 이상의 후원회의 회원이 될 수 있다. 다만, 제31조 제1항의 규정에 의하여 기부할 수 없는 자와 「정당법」 제22조의 규정에 의하여 정당의 당원이 될 수 없는 자는 그러하지 아니하다.
- 위와 같이 규정하여 국공립, 사립 초중등학교 교원은 후원회의 회원이 될 수 없다.
- 다만, 제22조 제1항에서 “기탁금을 기탁하고자 하는 개인(당원이 될 수 없는 공무원과 사립학교 교원을 포함한다)은 각급 선거관리위원회(읍·면·동선거관리위원회를 제외한다)에 기탁하여야 한다.”고 규정하여 기탁금은 기탁할 수 있다.
- 요컨대, 공립 초중등학교 교원은 제한적으로만 정치자금을 기부할 수 있다.

-23-

### Ⅲ. 현황과 개선방안 4. 교사의 정치자금 제공의 제한

- 미국(김경윤, 2013: 130), 프랑스(전학선, 2013: 173-174) 등 주요국에서는 교원의 정치자금 기부를 이와 같이 과도하게 제한하지 않는다. 정당가입을 전제로 하는 당비는 별론으로 하더라도 후원회의 회원이 되어 특정 정치인을 후원하는 것조차 전면적으로 금지하는 것은 과도하다.
- 현행 정치자금법상 기탁금은 특정 정치세력에게 자금을 제공하는 것이 아니므로, 적어도 교원 개인이 특정 정치세력에게 제한된 범위에서 자금을 제공할 수 있는 길은 열어주는 것이 타당하다. 그렇더라도 입법목적은 충분히 달성될 수 있다.

-24-

### Ⅲ. 현황과 개선방안 5. 교사의 표현의 자유의 제한

- 우리 현행 법령상 초중등학교 교원의 일반적인 정치적 표현을 직접적으로 제한하는 법령은 없다.
- 다만, 교육기본법 제6조 제1항에서 “교육은 교육 본래의 목적에 따라 그 기능을 다하도록 운영되어야 하며, 정치적·파당적 또는 개인적 편견을 전파하기 위한 방편으로 이용되어서는 아니 된다.”고 규정하여 교원의 일반적인 정치적 표현의 내용과 한계를 설정할 수 있는 기준을 제시하고 있을 뿐이다.
- 그리고 공무원으로서 일반적인 정치적 표현을 제한하는 각종 법령의 제한을 받는다. 따라서 「국가공무원 복무규정」제3조 제2항 “공무원(「국가공무원법 제3조 제3항의 공무원의 범위에 관한 규정」에 따른 공무원은 제외한다)은 집단·연명(連名)으로 또는 단체의 명의를 사용하여 국가의 정책을 반대하거나 국가정책의 수립·집행을 방해해서는 아니 된다.”, 제8조 제2항 “공무원은 직무를 수행할 때 제3조에 따른 근무기강을 해치는 정치적 주장을 표시하거나 상징하는 복장 또는 관련 물품을 착용해서는 아니 된다.” 등에 따른다.

### Ⅲ. 현황과 개선방안 5. 교사의 표현의 자유의 제한

- 대법원은 교사인 피고인들이 전국교직원노동조합 간부들과 공모하여 2009년 1, 2차 시국선언과 ‘교사·공무원 시국선언 탄압 규탄대회’를 추진하고 적극적으로 관여한 것은 국가공무원법 제66조 제1항에서 금지하는 ‘공무 외의 일을 위한 집단행위’에 해당하므로 피고인들에게 유죄를 인정한 원심판단을 정당하다고 결론지었다(대법원 2012.4.19, 2010도6388)
- 학계에서는 현행 법령과 이를 집행하는 집행부, 사법부의 태도가 교원의 일반적인 정치적 표현의 자유를 지나치게 제한하고 있다고 보는 것이 조금 더 우세하다(오동석, 2013: 9-10). 그러나, 구체적으로 어떻게 법령을 개정하고 이를 집행하는 것이 타당할지에 관해서는 아직 정치한 이론이 제시되지 못하고 있다. 미국의 판례 등 주요국가에서 정립된 이론(김영천, 2002: 244; Kern Alexander, M. David Alexander, 2005: 830 이하 참고) 등을 동원하여 좀 더 정치한 이론을 제시하여야 할 것이다.

## IV. 결론

1. 교육의 정치적 중립성의 의미는 교육의 정치적 무관심 또는 거리두기가 아니라 교육의 당파성 배제를 의미한다.
2. 교육의 정치적 중립성에 근거해 교사의 기본권 제한이 가능하지만, 그것은 개별적인 사례에서 당해 기본권의 성격, 직무와 당해 기본권의 관련성과 밀접성, 교사로서 직무 행위와 시민으로서 행위의 구별 가능성 등 다양한 기준을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.
3. 교사의 정치적 기본권 제한은 학교 교육의 핵심이념 중 하나인 민주시민교육의 부실을 낳는다는 점에서 시급하게 변화되어야 하는 당면 문제이다.

-27-

## IV. 결론

구더기 무서워서 장 못 담글까!

No Bees, No Honey, No Work, No Money.

정치적 편향성이 무서워 민주시민교육 못해서야!

교사의 정치적 편향성이 무서워 교사의 정치적 기본권을 과하게 제한해서야!

-28-



## <참고문헌>

- 김경윤. (2013). "미국 교원의 정치적 기본권과 시사점", 「법치주의와 교원의 정치활동의 제한: 비교법적 관점에서의 고찰」, 한국교육법학회. 한국법제연구원. 한국외국어대학교 법학연구소 공동학술대회 자료집, 2013.5.4.
- 김영천. (2002). "교원의 지위와 권리", 「한국교육법연구」, 한국교육법학회.
- 배건이. (2013). "독일교원의 정치활동의 자유와 제한", 「법치주의와 교원의 정치활동의 제한: 비교법적 관점에서의 고찰」, 한국교육법학회. 한국법제연구원. 한국외국어대학교 법학연구소 공동학술대회 자료집, 2013.5.4.
- 안성경. (2017). "교육에서 정치적 중립성이란 무엇인가? - 독일 바이텔스바흐 합의의 함의 -", 「법과인권교육연구」, 한국법과인권교육학회 제10권 제1호.
- 오동석. (2013). "한국의 법치주의와 교원의 정치활동의 제한", 「법치주의와 교원의 정치활동의 제한: 비교법적 관점에서의 고찰」, 한국교육법학회. 한국법제연구원. 한국외국어대학교 법학연구소 공동학술대회 자료집, 2013.5.4.
- 이중수. (2010). "공무원교원의 정치적 기본권이 지닌 헌법적 의미와 한계", 「연세 공공거버넌스와 법」, 제1권 제2호.
- 전학선. (2013). "프랑스 법치주의와 정치활동의 제한", 「법치주의와 교원의 정치활동의 제한: 비교법적 관점에서의 고찰」, 한국교육법학회. 한국법제연구원. 한국외국어대학교 법학연구소 공동학술대회 자료집, 2013.5.4.
- 정필운. (2013). "공립학교 초중등교원의 헌법적 지위", 「한국부패학회보」, 한국부패학회.
- 정필운. (2019). "공무원의 정치적 중립성", 한국헌법판례연구학회, 서울시립대학교 공동학술대회 자료집. 2019.1.19.
- Erwin Chemerinsky. (2020). *Constitutional Law*, Aspen.
- Kern Alexander & M. David Alexander. (2018). *American Public School Law*, Thomson West.

-29-

경청해 주셔서  
감사합니다.

[pwjung@knue.ac.kr](mailto:pwjung@knue.ac.kr)

30

공무원·교원노조법의 위헌성 및 개선방안 정책토론회

| 발제문 3 |

# 공무원·교원의 실질적 노동기본권 보장방안

정영훈 (한국노동연구원 연구위원)

# 공무원·교원의 실질적 노동기본권 보장방안

정 영 훈 (한국노동연구원 연구위원)

## I. 공무원 및 교원의 노동기본권 보장의 현재와 원칙

### 1. 극복하여야 할 점

#### ○ 잘못된 기원 - 사립학교 교원 및 공무원의 노동3권 박탈의 헌법적 정당화

우리나라의 법체계상 교원과 공무원은 그 근무관계의 창설·조건·종료 등을 법률에서 정하고 있음. 헌법 제31조 제6항(이른바 교원지위법정주의)와 헌법 제7조 제2항(직업공무원제도 및 공무원근로조건법정주의)이 각각 그것의 근거로 되어 있기 때문에 노동3권의 보장에 있어서 근로자이긴 하지만 여타의 근로자와는 다른 취급을 받아왔음. 나아가 공무원이 아닌 교원도 공무원과 동일한 취급을 받아왔음. 노동3권에 대한 대폭적인 제한은 이러한 특별한 헌법적 근거를 통해서 정당화하다고 논증되었음

교원과 공무원에 대해서 각각 개별 법률의 제정을 통해서 노동조합의 설립을 가능하게 하기 이전에 헌법재판소는 사립학교교원노조사건 결정과 국가공무원법 및 지방공무원법의 관련 조항을 심사한 결정들에서 교원과 공무원

의 노동3권을 일체 인정하지 않는 것도 노동3권을 침해하지 않는다고 판단. 이들 결정에서 헌법재판소는 과잉금지원칙을 적용하지 않고 위에서 언급한 헌법상의 특별한 근거 등을 내세워서 입법자의 폭넓은 재량을 강조하여 합헌이라는 결론을 도출

○ 극복 대상 1 : 공무원 및 교원의 노동3권 보장에 관한 헌법 제33조에 대한 이해

헌법 제33조 제1항은 모든 근로자에게 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 보장하고 있고, 제2항에서는 “공무원은 근로자는 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 하고 있음

헌법 제33조 제2항에서 “법률이 정하는”이라는 의미를 과대하게 해석하여 국회가 법률로써 공무원의 노동3권을 제한할 수 있는 입법재량이 매우 넓다는 취지로 이해하는 경향이 강함(이른바 헌법유보론)

이러한 태도는 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 기본권 제한의 한계, “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.”는 원칙을 형해화하고 있음

○ 극복대상 2 : 노동3권의 법적 성격에 대한 이해의 오류

노동3권의 법적 성격에 대해서는 자유권설, 사회권설, 혼합권설 등이 존재함. 현재는 자유권설이 학계의 많은 지지를 받고 있지만, 초기에는 사회권적 성격과 자유권적 성격을 함께 가지고 있다는 혼합권설이 학계의 다수 지지를 받았는데, 헌법재판소와 대법원은 여전히 혼합권설을 취하고 있는 듯함



노동3권이 사회권적 성격을 가지고 있다는 입장은 그 의도는 어쨌든간에 노동3권 보장의 약화로 이어질 우려가 있음

실제로 노동3권 박탈을 헌법적으로 정당화하는 논거로 활용된 전례가 있음. 가장 많이 지적되고 있는 전례로서 헌법재판소가 사립학교교원노조사건 결정<sup>86)</sup>에서 제시한 ‘사회권적 성격이 더 강한 기본권’이라는 이해임. 이 결정에서 노동3권의 사회권적 성격을 인정하면서, 나아가 이 성격이 자유권적 성격보다 강하다고 한 이해한 결과 “국가가 특수한 일에 종사하는 근로자에 대하여 헌법이 허용하는 범위 안에서 입법에 의하여 특별한 제도적 장치를 강구하여 그들의 근로조건을 유지·개선하도록 함으로써 그들의 생활을 직접 보장하고 있다면, 이로써 실질적으로 근로기본권의 보장에 의하여 이룩하고자 하는 목적이 달성될 수”있기 때문에 “이러한 특정 근로자는 비록 일반근로자에게 부여된 근로기본권의 일부가 제한된다고 하더라도 실질적으로 그들에게 아무런 불이익을 입히지 아니한다는 결과에 이를 수도 있다.”고 함 노동3권에 사회권적 성격을 인정하는 것이 노동3권의 보장을 실질적으로 강화하는 데 기여하기 보다는 노동3권의 박탈을 정당화하는 논거로 활용됨으로써 오히려 노동3권의 보장을 약화시킴.

다른 법률에 의해서 근로조건이 상당 정도의 수준으로 보장되어 있는 근로자라고 한다면 근로조건을 유지·개선을 위해서 보장된 노동3권은 필요 없을 수도 있다는 논리와 다를 바가 없음. 이러한 논리의 폐해를 여실히 보여주는 결정이 바로 2008년의 청원경찰법 결정<sup>87)</sup>임. 청원경찰의 복무에 대해서 국가공무원법을 준용함으로써 청원경찰의 노동3권을 전면적으로 박탈할 수 있도록 하고 있는 청원경찰법 제5조 제4항의 위헌성에 대해서 5인의 위헌의

86) 헌재 1991.7.22. 89헌가106, 판례집 3, 387.

87) 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바9, 판례집 20-2상, 50.

견에 대해서 4인의 합헌의견은 바로 이 사립학교교육노조사건 결정의 논거를 거의 그대로 인용하고 있음.<sup>88)</sup>

다행스럽게도 이 조항은 2017년에 헌법재판소에 의해서 헌법불합치 결정을 받았지만, 사립학교교원노조사건 결정의 위와 같은 이해가 헌법재판소에 의해서 공식적으로 폐기되었는지는 여전히 불명확. 이 점은 고등교육법상 교원의 노동3권을 부정한 교원노조법 제2조 등의 위헌성을 확인한 결정<sup>89)</sup>에서도 발견됨. 이 결정에서는 “심판대상조항은 교육공무원이 아닌 대학 교원에 대하여 교원노조법의 적용을 배제함으로써 단결권을 비롯한 일체의 근로3권을 인정하지 않으므로, 자유권적 측면의 근로3권과 관련이 깊다(헌재 2017. 9. 28. 2015헌마653참조).”고 하면서 “단결권은 근로자의 다른 권리들을 진정한 권리로 만들어주는 근로기본권의 핵심으로서, 단결의 자유를 통해 노조의 조직·운영 및 제반 단결활동을 보장하는 권리라는 점에서도 자유권적인 성격이 강하다.”라는 점을 지적하고 있음. 여기서 “자유권적인 성격이 강하다.”라는 설시가 무엇을 의미하는지 도무지 알 수 없음. 특히 단결권에 대해서만 유독 “자유권적인 성격이 강하다.”고 하고 있는 것으로부터 볼 때 헌법재판소는 단체교섭권이나 단체행동권은 ‘자유권적 성격이 상대적으로 약한 것’이라고 이해하고 있는 것처럼 보이기도 함. 노동3권의 보장을 강화하기 위해서든 아니면 노동3권 제한 법률의 합헌성을 긍정하기 위해서든 그 논거로서 ‘자유권적 성격이 강하다.’거나 ‘사회권적 성격이 강하다.’는

88) 합헌의견은, 청원경찰의 신분이나 업무의 내용을 보면 경찰공무원과 유사한 점, 보수의 측면에서 보면 적어도 국가나 지방자치단체에 소속된 청원경찰의 경우에는 그 보수를 국가나 지방자치단체가 부담하는 것으로서 실질적으로 국민전체의 부담이 되는 점에서는 공무원과 같고, 이러한 국가기관에 근무하는 청원경찰의 비율이 60%를 상회하며, 여기에 국영기업체까지 포함하면 그 비율은 80%에 이른다는 점, 업무의 공공성이 매우 큰 영역에 근무하는 근로자인 청원경찰에 대하여는 근로3권이 전부 제한될 수도 있어야 한다는 점, 청원경찰 업무의 특성상 단결권행사나 단체교섭권한의 행사만으로도 시설의 경비 업무에 지장을 초래할 가능성이 높기 때문에 근로3권을 전면적으로 제한하여야 할 필요가 있다는 점을 들고 있음.

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

주장은 폐기되어야 할 것임

○ 극복대상 3 : 교육·공무원의 노동기본권을 법률적 권리로 격하

첫째로 노동3권을 전혀 인정하지 않는 것조차 합헌이라고 함으로써 현재 교원과 공무원이 누리고 있는 단결, 단체교섭에 관한 법적 지위는 그것이 헌법에서 보장하고 있는 노동3권에 근거한 것이 아니라 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(이하 ‘교원노조법’이라고 한다.)과 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(이하 ‘공무원노조법’이라고 한다.)에 의해서 인정된 실정법적 지위로 격하될 위험성과 헌법적 지위와 실정법적 지위 상의 모순을 내포. 논리적으로 볼 때 아무것도 보장하지 않는 상황조차 합헌이라고 한다면 노동3권의 일부분이 제한되더라도 그 제한의 정도와 관계없이 합헌일 수밖에 없음

헌법재판소는 교원과 공무원의 단결권이 인정된 이후에도 교원과 공무원의 노동3권을 심대하게 제약하는 법률의 헌법적 정당성을 재차삼차 확인함으로써 이들 집단의 노동3권의 보장 강화를 저해<sup>90)</sup>

---

90) 법률의 개정과 해석을 통해서 문제를 해결하지 못하다 보니 결국 개헌 의제가 됨. 국회 헌법개정특별위원회의 자문기구로서 2017년 2월에 발족한 헌법개정특별위원회 자문위원회의 제1소위원회(기본권·총강 분과)가 2017년 10월에 제출한 자문보고서에서 제안된 개정안이나 김선수 변호사가 제시한 개정안은 근본적인 해결책으로서 현행 헌법 제33조 제2항과 같이 노동3권을 포괄적으로 금지하는 것을 정당화시키는 데 원용되는 문언을 삭제하고 “현역군인과 경찰공무원”의 단체행동권만을 법률이 정하는 바에 따라서 제한하거나 인정하지 않을 수 있도록 하자고 제안하고 있음(노동계(민주노총 및 한국노총)와 진보적 노동법률가(김선수, 강성태, 김홍영, 박제성, 신권철)의 헌법 제33조 개헌에 관한 다양한 제안 및 의견은 ‘국회노동포럼 헌법 제33조 위원회’가 2017년 11월 16일에 주최한 토론회(“노동헌법개헌 국회토론회”)의 자료집 및 국회의원 이인영 의원실·한국공법학회·노동법연구소 해밀이 2017년 9월 20일에 주최한 심포지엄(“노동헌법을 논(論)함”) 자료집)

둘째로 헌법재판소는 과잉금지원칙을 적용하지 않고 위에서 언급한 헌법상의 특별한 근거 등을 내세워서 입법자의 폭넓은 재량을 강조하여 합헌이라는 결론을 도출

공무원의 노동3권 침해 여부의 심사에 있어서 과잉금지원칙의 적용을 부정하는 입장이 더욱 확고해지고 있음.<sup>91)</sup> 최근 내려진 교수노조사건 결정에서 헌법재판소는 교육공무원인 대학 교원에 대해서는 “입법형성의 범위를 일탈하였는지 여부를 기준으로 심사”하지만 “교육공무원이 아닌 대학 교원에 대해서는 과잉금지원칙 위배 여부를 기준”으로 심사한다고 하고 있음. 사립 학교교원노조사건 결정에서는 공무원이 아님에도 불구하고 과잉금지원칙의 적용 없이 입법자의 광범위한 입법형성재량만을 강조한 것에 비하면 나름 상당한 진전이라고 할 수 있음. 하지만 공무원의 경우에는 여전히 과잉금지원칙의 적용을 부정하고 있음

공무원과 교원의 노동3권 보장 수준에 대한 이해가 일관되지 못함. 이러한 문제는 여러 결정에서 발견됨. 교수노조사건 결정을 보면 노동3권의 침해 여부에 관한 심사에서 공무원과 교원을 구분하여 심사기준을 달리 적용하고 있지만 헌법재판소가 이를 엄밀하게 구분하여 적용하고 있지 않음. 헌법재

---

91) 과잉금지원칙을 적용하여야 한다는 주장을 의식한 헌법재판소는 “헌법 제33조 제2항이 규정되지 아니하였다면 공무원인 근로자도 헌법 제33조 제1항에 따라 근로3권을 가진다 할 것이고, 이 경우에 공무원인 근로자의 단결권·단체교섭권·단체행동권을 제한하는 법률에 대해서는 헌법 제37조 제2항에 따른 기본권제한의 한계를 준수하였는가 하는 점에 대한 심사를 하는 것이 헌법원리로서 상당할 것이나 헌법 제33조 제2항이 직접 ‘법률이 정하는 자’만이 근로3권을 향유할 수 있다고 규정하고 있어서 ‘법률이 정하는 자’ 이외의 공무원은 근로3권의 주체가 되지 못하므로 근로3권이 인정됨을 전제로 하는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙은 적용이 없는 것으로 보아야 할 것이다”라고 반박하고 있음(헌재 2007. 8. 30. 2003헌마51, 판례집 19-2, 213, 225; 헌재 2008. 12. 26. 2005헌마971등, 판례집 20-2 하, 666, 685-686).

판소는 국가 또는 지방자치단체의 정책결정에 관한 사항이나 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항을 공무원 노동조합의 단체교섭대상에서 제외하고 있는 공무원노조법의 관련 조항이 공무원의 노동3권을 침해하는지 여부를 심사한 적이 두 번 있는데, 2008년도에 내린 결정에서는 과잉금지원칙의 적용에 대해서는 아무런 언급도 없이 단지 합리적 근거 없이 입법형성권의 범위를 일탈하였는지 여부만을 심사하였지만 2013년도에 내린 결정에서는 과잉금지원칙의 위반 여부를 심사하고 있음.<sup>92)</sup> 물론 후자의 결정에서도 선례를 인용하면서 입법자의 광범위한 입법형성의 자유를 긍정하고 있지만, 어쨌든 명확히 과잉금지원칙의 위반 여부를 심사할 것이라는 점을 명확히 밝히고 있음. 2013년의 결정이 2008년의 결정을 인용하고 있음에도 과잉금지원칙의 적용에 관해서는 아무런 언급이 없음. 그런데 헌법재판소는 교원노조법 제2조가 전국교직원노동조합의 단결권을 침해하는지 여부를 심사한 결정(이하 ‘전교조사건 결정’이라고 한다.)에서는 과잉금지원칙을 적용하고 있는데, 전국교직원노동조합은 공무원인 교원과 공무원이 아닌 교원을 조합원으로 하고 있다는 점에 대해서는 아무런 언급이 없음. 헌법재판소는 공무원노조의 가입범위를 제한하는 공무원노조법상의 관련 조항의 위헌 여부에 관한 심사에서는 분명히 과잉금지원칙에 의한 심사를 부정하고 있다는 점과 비교해 보면 공무원노조의 경우가 부당하게 취급 받고 있는 것임.

## 2. 비정상의 정상화 - 헌법 제33조의 의미와 노동기본권 제한의 한계

### ○ 노동3권이 자유권이라는 점을 확인

92) 2013. 6. 27. 2012헌바169, 판례집 25-1, 519.

노동3권은 근로조건의 유지·개선이라는 특정한 목적을 지향하기 때문에 사회적 성격이 있다는 점을 부정할 수는 없지만, 이러한 사회적 성격이 자유권성을 부정하는 근거가 될 수는 없음

공무원과 교원이 근로자인 이상 단결할 자유, 사용자와 집단적으로 교섭하여 근로조건을 정할 자유, 쟁의행위를 할 자유가 보장되어야 하는 것이 원칙

○ 노동기본권 제한의 정당화 논거로서 신분관계적인 논증의 폐기

교원지위법정주의(헌법 제31조 제6항)와 직업공무원제도 및 공무원근로조건법정주의(헌법 제7조 제2항)에 기대어 안일하게 노동3권의 박탈이나 대폭적인 제한을 정당화하려는 논증은 극복되어야 함

교수노조사건 결정에서 “교육공무원은 교육을 통해 국민 전체에게 봉사하는 공무원의 지위를 가지고 있기는 하지만, 그 직무수행은 ‘교육’이라는 근로를 제공하여 교육을 받을 권리를 향유하는 국민들의 수요를 충족시킴으로써 국민의 복리를 증진시키는 특수성을 가지고 있는 것이고, 직업공무원관계의 특성인 공법상의 근무·충성 관계에 입각하여 국민과 국가의 관계 형성에 관하여 중요하고 독자적인 결정권한을 갖는다고 볼 수는 없다.”고 한 판단에 주목

○ 최대 보장- 최소 제한 원칙의 확립

- 교원지위법정주의(헌법 제31조 제6항)와 직업공무원제도 및 공무원근로조건법정주의(헌법 제7조 제2항)가 추구하는 목적과 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위에서 노동3권이 제한되어야 함

공무원노조법이 제정되기 전부터 공무원의 노동3권 침해 여부에 관한 헌법재판소의 심사에서 과잉금지원칙이 적용되어야 한다는 의견<sup>93)</sup>이 존재하였

음.

이들 반대의견은 헌법 제10조, 제11조, 제37조 제2항의 규정들을 “조화롭게 풀이해 본다면 공무원도 근로기본권의 향유주체임이 분명한 만큼 그들에게도 근로기본권을 최대한 보장하는 것이 헌법의 원칙 내지 기본정신에 합치하는 것이고 공무원이 다른 근로자에 비하여 갖는 특성에 비추어 근로기본권을 보장받는 공무원의 범위를 정하는 것을 입법자에게 위임하고 있다고 하더라도 그 입법형성권은 무제한의 재량이 아니라 헌법 제37조 제2항에서 정하는 원칙, 즉 기본권의 최소제한의 원칙과 본질적 내용 침해금지의 원칙에 따라야 하는 한계가 있는 것이다”라고 하고 있음

최대 보장과 최소 제한을 관철하기 위해서는 제한을 정당화할 수 있는 논거가 중요함. 노동3권 제한의 정도가 중대하다면 입법의 기초사실 및 입법효과에 관한 객관적이고 엄밀한 평가가 제시되어야 함

### 3. ILO 제87호 및 제98호 협약의 준수

#### ○ 제87호 및 제98호 협약 비준

국회는 2월 26일 국제노동기구(ILO) 협약 제29호·제87호·제98호를 비준. 정부는 4월 중으로 비준서를 ILO에 기탁할 예정에 있으며, 협약은 기탁한 날로부터 1년 후 국내법과 동일한 효력을 가지게 됨

87호 및 98호 협약이 국내법과 동일한 효력을 가지게 되는 경우 현행 교원노조법과 공무원노동조합법이 87호 및 98호 협약에 위반된다는 주장이 제기될 가능성이 매우 높음<sup>94)</sup>

93) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50 등, 판례집 17-2, 238, 263 【재판관 전효숙, 재판관 조대현, 재판관 송인준, 재판관 주선회의 반대의견; 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51, 판례집 19-2, 213, 244-245 【재판관 송두환의 반대의견】

94) 전국민주노동조합총연맹 법률원, 『ILO 핵심협약 비준의 의미와 과제』 (법률원 이슈페이퍼)

ILO 87호 및 98호 협약의 국회 비준 동의를 위하여 교원노조법과 공무원노동조합법을 개정하였지만 개정의 수준은 가입 범위를 다소 확대하는 정도에 그쳤는데<sup>95)</sup>, 이제까지 ILO 결사의 자유위원회가 우리나라의 교원 및 공무원의 노동3권 보장에 관해서 제시한 권고 등에서는 단결권, 단체교섭권, 단체행동권의 대폭적인 보장을 내용으로 하고 있다는 점에서 향후 많은 논란이 예상된다

ILO 핵심협약 미이행시 진정(Representation)처리 절차 또는 고충(Complaint)처리 절차가 있기 때문에 이를 통해서 ILO는 회원국에 협약 이행을 위하여 필요한 사항을 권고

---

이퍼 2021-01), 2021.4., pp.28-29.

95) 개정 교원노조법에서는 노조에 가입할 수 있는 사람의 범위에 “교원으로 임용되어 근무 하였던 사람으로서 노동조합 규약으로 정하는 사람”을 추가하였음. 개정 공무원노조법에서는 가입범위에 관해서 “6급 이하의 일반직공무원 및 이에 상당하는 일반직공무원”을 “일반직 공무원”으로, “특정직공무원 중 6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 외무행정·외교정보관리직 공무원”을 “특정직공무원 중 외무영사직렬·외교정보기술직렬 외무공무원, 소방공무원 및 교육공무원(다만, 교원은 제외한다)”으로, “6급 이하의 일반직공무원에 상당하는 별정직공무원”을 “별정직공무원”으로 하여 가입 범위를 넓히고, “공무원이었던 사람으로서 노동조합 규약으로 정하는 사람”을 추가하였음. 나아가 공무원 노조에 가입할 수 없는 사람의 범위를 다소 축하였음. “다른 공무원에 대하여 지휘·감독권을 행사하거나 다른 공무원의 업무를 총괄하는 업무에 종사하는 공무원”을 “업무의 주된 내용이 다른 공무원에 대하여 지휘·감독권을 행사하거나 다른 공무원의 업무를 총괄하는 업무에 종사하는 공무원”으로, “인사·보수에 관한 업무를 수행하는 공무원 등 노동조합과의 관계에서 행정기관의 입장에서 업무를 수행하는 공무원”을 “업무의 주된 내용이 인사·보수 또는 노동관계의 조정·감독 등 노동조합의 조합원 지위를 가지고 수행하기에 적절하지 아니한 업무에 종사하는 공무원”으로, “교정·수사 또는 그 밖에 이와 유사한 업무에 종사하는 공무원”을 “교정·수사 등 공공의 안녕과 국가안전보장에 관한 업무에 종사하는 공무원”으로 하였음. 다만, 개정 공무원노조법에서는 교섭의무를 명확히 하는 취지로 개정하였음. 현행 공무원노조법 제9조 제4항은 “정부교섭대표는 제2항과 제3항에 따라 교섭을 요구하는 노동조합이 둘 이상인 경우에는 해당 노동조합에 교섭창구를 단일화하도록 요청할 수 있다.”고 하고 있는데, 개정 공무원노조법 제9조 제4항은 “정부교섭대표는 제2항과 제3항에 따라 교섭을 요구하는 노동조합이 둘 이상인 경우에는 해당 노동조합에 교섭창구를 단일화하도록 요청할 수 있다. 이 경우 교섭창구가 단일화된 때에는 교섭에 응하여야 한다.”고 개정하였음.



진정처리나 고충처리 외에 ILO 회원국이 핵심협약을 비준하는 경우, 그 이행 여부에 관하여 감독체계(일반감독체계 및 특별감독체계)가 가동되기 때문에 감독체계에서 미이행 여부가 지적될 수 있음<sup>96)</sup>

예외적인 경우<sup>97)</sup>를 제외하고 ILO가 회원국을 제재할 수 있는 권한을 갖는 것은 아니기 때문에 87호 및 98호 협약의 법적 효력은 제한적이지만, 협약 위반이 인정되면 국내외적으로 정치적·외교적 압박은 상당할 것임

### ○ 87호 및 98호 협약과 교원노조법·공무원노조법과 상충 문제

정부는 개정 교원노조법과 공무원노조법에 의해서 87호 및 98호 협약과 상충 문제는 해소되었다고 보고 있는 듯함

법원과 헌법재판소에서 개정 교원노조법과 공무원노조법이 87호 및 98호 협약과 상충되는지가 재판의 전제로서 되어 다투어지게 되면 상충 여부가 법적으로 최종 확인될 것인데, 법원에서 다투어지는 경우과 헌법재판소에서 다투어지는 경우로 나누어서 살펴볼 필요가 있음

먼저 법원의 재판 중에 공무원노조법이 87호 및 98호 협약과 상충되는지가 재판의 전제로서 되어 다투어지는 경우에 원칙적으로 법원은 국회 동의를 받은 조약과 법률이 저촉할 경우 신법우선원칙, 특별법우선 원칙에 따라 판단해야 할 것임. 그러나 87호 및 98호 협약의 조항은 그 적용을 위해서 각 조

---

96) 이에 관한 자세한 내용은 박명준 외, 『국제규범에 부합하는 국내 노사관계제도 정비의 쟁점과 전망』, 경제·인문사회연구회, 2020, p.59 이하; 김근주/이승욱, 『ILO 결사의 자유 핵심협약과 사회적 대화』, 한국노동연구원, 2018, p.8 이하; 국제노동기구 사무국편, 이승욱 역 『결사의 자유, 결사의 자유 위원회 결정 요약집』 (제6판), 2018, 한국노동연구원, p.401 이하 등을 참조.

97) 예외적인 경우로 ILO는 협약을 위반한 회원국을 상대로 국제사법재판소(The International Court of Justice)에 제소하는 경우가 있음. 그러나 실제 발동 사례는 100년 동안 ILO 설립 직후인 1919년 칠레에 대해서 단 1회에 불과, 자문 의견을 구한 것으로 실제 활용되지 않았음.

항의 해석이 필요한 경우가 대부분임. 이 경우 87호 및 98호 협약을 국내 재판에서 적용하기 위한 해석 권한이 법원에 있다고 판단할 것임

다음으로 헌법재판소가 개정 교원노조법과 공무원노조법의 심판대상조항이 노동3권의 침해 여부를 심사한다고 할 때, 헌법재판소는 노동3권의 해석에 있어서 87호 및 98호 협약의 기준을 원용할 가능성이 있음(87호 및 98호 협약을 비준한 이상 헌법재판소가 이를 원용하여 노동3권을 해석하여야 할 의무가 있다고도 볼 수 있음). 이 경우 87호 및 98호 협약의 기준을 원용하기 위해서는 역시 해석이 필요함. 이 때 헌법재판소는 그 해석 권한이 헌법재판소에 있다고 판단할 것임

종래 노동관계법령의 노동3권 침해를 다루는 헌법재판에서 ILO 협약에 반함으로써 노동3권을 침해한다는 주장이 종종 제기되었음. 이에 대해서 헌법재판소는 ILO 협약을 비준하지 않았다는 점 등을 들어서 위헌 주장을 배척한 경우가 종종 있었음. 예를 들어서 “국제노동기구 제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보장에 관한 협약), 제98호 협약(단결권 및 단체교섭권에 대한 원칙의 적용에 관한 협약), 제151호 협약(공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약)에 대하여는 우리나라가 비준한 바 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만한 근거도 없으므로, 이 사건 심판대상조항에 대한 위헌심사의 척도가 될 수 없다(헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 265 ; 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238, 259 ; 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 판례집 19-2, 215, 235 참조).” 라고 하였음(헌재 2008. 12. 26. 2006헌마462, 판례집 20-2하, 748). 또한 “국제노동기구 ‘결사의 자유위원회’, 국제연합 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리위원회’, 또는 경제협력개발기구(OECD) ‘노동조합자문위원회’ 등이 우리나라에 대하여 가능한 한 빨리 모든 영역의 공무원들에게 근로3권을 보장할 것을 권고하고 있다고 하더라도 이는 권고에 불과한 것으로서 이를 심

판대상조항의 위헌심사 척도로 삼을 수는 없다(헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238, 259 ; 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 판례집 19-2, 215, 235-236 참조).”라고 하였음

- 87호 및 98호 협약을 비준한 상황에서 동 협약의 기준이 “심판대상조항의 위헌 심사 척도”가 될 수 가능성이 있을 것인데, 이 점에 대해서도 향후 연구가 필요 함

ILO의 구조상 ILO 협약의 최종적인 구속력 있는 해석을 할 수 있는 기관은 명확히 존재하지 않음. 다만, “결사의 자유 원칙에 관련한 ILO의 구체적인 국제노동기준은 전문가위원회, 결사의 자유위원회, 조사위원회가 지금까지 결정한 선례로 형성된 것이다. 특히 결사의 자유 원칙의 해석과 관련하여 가장 중요한 두 개의 기관인 전문가위원회와 결사의 자유위원회는 상호 연계를 가지면서 결사의 자유에 관한 해석이 수렴하고 있다.”고 평가됨<sup>98)</sup> 따라서 종래 결사의 자유위원회가 우리나라의 공무원과 교육의 노동3권 보장에 관해서 내린 권고에 더욱 주목할 필요가 있을 것임

○ 우리나라 공무원·교원 노조와 관련한 ILO의 입장 정리<sup>99)</sup>

98) 김근주/이승욱, 『ILO 결사의 자유 핵심협약과 사회적 대화』, pp.10-11.

99) 결사의 자유위원회 1865호 사건은 1995. 12. 14. 진정된 이후 현재까지 20년 이상 지속되고 있고 총 15번의 보고서(중간보고서 및 권고이행상황 검토보고서) 제출 및 관련 권고가 이어지고 있는 사건임. 공무원 노조법 관련 권고, 노조 전임자의 급여지급에 관한 권고, 필수유지업무 관련 권고, 긴급조정 관련 권고, 조합원 자격(해고자, 실업자) 및 비조합원의 노동조합 임원후보 출마금지 조항에 관한 권고, 업무방해죄 관련 권고, 등 우리나라의 결사의 자유 관련 현안들이 거의 망라되어 있음. 결사의 자유 위원회 제1865호 사건에서 주로 공무원·교원 문제가 함께 논의되고 있음. 이하의 내용은 이 사건에 관한 Committee on Freedom of Association, 346호 보고서(중간보고서), Committee on Freedom of Association, 371호 보고서(권고이행상황검토보고서), Committee on Freedom of Association, 382호 보고서(권고이행상황검토보고서)에서 교원과 공무원에 관한 내용을 요약한 것임

- 단결권 관련

· 5급 이상 공무원 및 소방관을 포함한 모든 공무원에 대한 결사의 자유 보장할 것

· 조합활동이 무급휴직으로서 처리되어야 하는지 여부에 대해서는 공무원 노조와 사용자인 정부가 스스로 결정하도록 할 것

· 5급 이상 고위 공무원, 직무를 이유로 노조 가입 제한을 받는 공무원, 소방, 교정, 지방공무원, 교육공무원, 근로감독관의 단결권을 보장할 것

· 관리 또는 정책결정상 책임이 있는 고위 공무원 관련하여 다른 공무원과 동일한 노동조합에 가입하는 것을 제한하는 것은 무방. 그러나 ① 독자적인 노동조합 설립은 가능하여야 하며 ② 그 범위가 지나치게 넓어 다른 공무원이 가입한 노조의 단결력을 약화시켜서는 안됨.

· 해고된 근로자에 대한 조합원 자격을 부정하는 노조법, 교원노조법, 공무원노조법의 관련 조항을 삭제할 것: 정부는 해고근로자에 대해 조합원 자격을 부정하고 있는 노조법, 공무원노조법, 교원노조법 조항을 지체없이 (without delay) 폐지하기 위한 조치를 취할 것을 다시 한번 강력하게 요구 (firmly request)

· 설립신고제도 개선, 노조아님 통보 제도 폐지: 종래 우리나라 설립신고제도에 대해서는 결사의 자유 위원회 판단이 없었으나, 공무원노조에 대한 수차례에 걸친 설립신고증 교부 거부, 전교조에 대한 노조아님 통보를 계기로, 우리나라 설립신고제도가 결사의 자유 원칙에 반한다는 점을 명백히 함.

- 단체교섭 및 단체협약 관련

· 단체교섭 주체

① 국가운영에 대한 권한이 없는 공무원(who are not acting in the capacity of agents of the state administration) : 사용자와의 자유롭고 임의적인 협의를 행할 수 있어야 하며 그 경우 당사자의 교섭자치가 우선

적으로 적용되어야 하고 법령, 조례 또는 예산에 기한 제약을 받아서는 안된다는 점을 강조. 보다 중요한 것으로서, ① 입법부의 예산권 유보는 당국에 의하여 또는 당국을 위하여 체결된 단체협약에 대한 이행을 저지하는 효과를 가지고 있어서는 안되며 ② 공공기관에 의해 이미 체결된 단체협약의 이행을 저지하거나 제한하는 방식의 공적 당국의 재정상 권한 행사는 자유로운 단체교섭 원칙에 부합하지 않음

② 국가운영에 대한 권한이 있는 공무원: 제한이 가능하지만, ㉠ 급여와 관련된 상한과 하한을 정하는 것, ㉡ 예산 총액 범위 내에서 협의하도록 하는 것, 또는 ㉢ 교섭에 예산당국이 참가하는 것은 허용하여야 함

· 교섭대상의 제한

- \* 정책결정사항, 관리운영사항에 대한 명확한 개념 정의를 할 것
- \* 국가 운영에 종사하지 않는 공무원에 대해서는 이러한 사항에 대해서도 교섭을 허용할 것

· 단체협약 이행 확보 수단

- \* 법령, 예산과 관련되는 것이라고 하더라도 협약 이행을 확보하기 위한 조치를 강구하여야 함

- 파업권 관련

· 공무원에 의한 일체의 집단행위에 대하여 형사처벌과 벌금을 부과하도록 한 공무원노조법 제18조와 관련하여 위원회는, 제소인의 주장이 국가의 이름으로 권한을 행사하는 자로서 간주되지 않을 수 있는 일정한 공무원(예컨대 버스기사나 양호교사와 같이 공립학교에 종사하는 공무원)과 관련되어 있어 있다는 점을 유념하면서 다시 한번 정부에 대하여 공무원노조법상 파업권의 제한은 국가의 이름으로 권한을 행사하는 공무원 및 엄격한 의미에서 필수서비스에 종사하는 자로 제한된다는 것을 보장하도록 요청.

### Ⅲ. 단결권 보장의 과제

#### 1. 가입 범위

##### ○ 공무원

개정 공무원노조법 제6조는 공무원의 가입 범위를 대폭 확대하였다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있음

그러나 여전히 단결권을 보장하는 것이 직업공무원제도의 목적과 공무원의 기능수행성을 저해하는지가 설득력 있는 근거에 바탕으로 두고 판단되지 않은 채 막연하고 추상적인 위헌성만으로 금지되고 있는 직종이 존재함  
단결권은 본질적으로 결사의 자유와 유사하기 때문에 극히 예외적인 경우를 제외하고는 단결권의 행사가 제3자의 기본권과 충돌하거나 국가안전보장이나 사회질서 등의 공익과 충돌하는 경우를 상정할 수 없음

2017년의 청원경찰법사건 결정에서 헌법재판소는 “청원경찰에 대하여 직접행동을 수반하지 않는 단결권과 단체교섭권을 인정하더라도 경비하는 시설의 안전 유지라는 입법목적 달성에 반드시 지장이 된다고 단정할 수 없다.”고 하였는데, 2008년의 청원경찰법사건 결정의 법정의견을 보면 노동3권 제한의 정도가 중대함에도 불구하고 입법의 기초사실 및 입법효과에 관한 객관적이고 엄밀한 평가를 결하고 있었음. 즉 동 의견은 “청원경찰 업무의 특성상 단결권행사나 단체교섭권의 행사만으로도 시설의 경비업무에 지장을 초래할 가능성이 높다.”라고 할 뿐 단결권과 단체교섭권의 행사만으로도 어떻게 정상적인 업무가 저해 받을 수 있는지에 관해서는 아무런 객관적인 근거를 제시하고 있지 않음. 즉, 청원경찰법의 관련 조항은 청원경찰들이 관리하는 국가 등의 중요시설의 안전을 기한다는 목적을 가지고 있고 이러한

목적은 정당하다고 할 수 있겠지만 이러한 목적을 실현하기 위해서 단결권과 단체교섭권까지도 박탈되어야 하는지에 관한 객관적인 근거를 제시하고 있지는 않음

개정 공무원노조법은 특정직공무원 중에서 법관, 검사, 경찰공무원, 군무원, 헌법연구관 등을 제외하고 있지만, 이들에게 단결권이 보장되는 것에 의해서 직업공무원제도의 목적과 공무원의 기능수행성의 보장이 저해되는 것인지는 불명확함

이는 업무적 특성을 이유로 노조의 가입을 금지하는 공무원노조법 제6조 제2항에 대해서 마찬가지임. 교정·수사 등 공공의 안녕과 국가안전보장에 관한 업무에 종사하는 공무원에게 단결권을 보장하는 것만으로 직업공무원제도의 목적과 공무원의 기능수행성의 보장에 심각한 문제가 있는지가 명확하지 않음. 막연한 추측에 불과함

ILO 결사의 자유위원회도 법관, 검사, 교정·수사 업무에 종사하는 공무원의 단결권 보장을 권고하고 있음

## ○ 교원

개정 교원노조법 제4조의2에서 “교원으로 임용되어 근무하였던 사람으로서 노동조합 규약으로 정하는 사람”을 추가하였다는 점은 긍정적으로 평가할 수 있음

그러나 교원으로 임용되어 근무하였던 사람에 대해서는 노조의 자주적인 판단으로 가입을 가능하게 하면서, 유아교육법, 초·중등교육법, 고등교육법에 따른 교육의 자격을 갖추고 있는 사람에 대해서는 노조의 자주적인 판단에 의한 가입조치 일체 금지하는 것은 단결권을 심각하게 제한하는 것은 임노동조합의 가입 범위에 대해서는 노동조합이 자주적으로 결정할 수 있어야 한다는 점은 단결권의 보호내용의 핵심에 속하는 함. 이러한 판단의 자유가

지도 부정하여야 하는 정당한 목적 등이 무엇인지 의문임

## 2. 설립단위

### ○ 공무원

단결권의 보호영역은 노동조합의 결성과 가입, 그리고 구성원의 범위, 설립 단위나 조직형태에 대한 자유로운 결정도 포함. 따라서 원칙적으로 공무원 노조의 설립단위(조직형태)도 일반 근로자들의 노동조합과 마찬가지로 공무원들의 자주적 선택에 맡기는 것이 바람직하다고 할 수 있음. 즉 공무원노동조합의 조직 형태 및 조직대상과 범위는 자주적인 노동조합의 고유권한으로서 공무원노조의 자체 규약으로 정하거나 필요시 단체협약을 통하여 정할 사항이라고 할 수 있음

산업별·직종별 노동조합에 의한 산업별·직종별 근로조건 설정이 바람직하기는 하지만, 이를 법으로 강제하는 것이 헌법적으로 정당한 것인지는 다른 차원의 문제임

헌법재판소는 공무원 노동조합 설립의 최소단위를 규정한 것은 조합활동 및 단체교섭 체계의 효율화를 위해 입법목적에 합리성이 인정되고 그 제한의 정도가 과하다고 보기 어렵다는 점에서, 공무원의 단결권을 침해하지 않는다고 판단<sup>100)</sup>

현실적으로 일반 근로자들의 경우에 ‘근로조건 결정권이 있는 사업·사업장’ 단위가 노동조합의 실질적인 최소 설립단위로 되는 점을 고려할 때, 지방자치단체의 경우에 시·구를 최소 설립단위로 하는 것은 크게 문제되지 않으나, 행정부의 경우에 행정부 단위를 최소 설립단위하는 경우에 문제가 발생할 수 있음

100) 헌재 2008. 12. 26. 2006헌마518, 판례집 20-2하, 768



물론 지부·분회를 설치할 수 있고<sup>101)</sup>, 정부교섭대표는 효율적인 교섭을 위하여 필요한 경우 정부교섭대표가 아닌 관계 기관의 장으로 하여금 교섭에 참여하게 할 수 있고, 다른 기관의 장이 관리하거나 결정할 권한을 가진 사항에 대하여는 해당 기관의 장에게 교섭 및 단체협약 체결 권한을 위임할 수 있기 때문에 지부 교섭이 가능하지만(공무원노조법 제8조 제4항), 이는 정부교섭대표의 동의가 있어야 가능한 것이라는 점에서 최소 설립단위를 제한함으로써 발생할 수 있는 문제를 해소하기에는 한계가 있음

설립단위를 제한함으로써 발생하는 가장 현실적인 문제는 단체교섭 당사자가 제한되는 것임. 특히 행정부를 최소단위로 하고 있는 경우에 문제가 발생할 수 있음. 행정부의 경우에 복수노조가 존재하는 경우에 중앙교섭을 위한 교섭위원을 각 조합의 조합원 수에 따라서 선임하게 되지만<sup>102)</sup>, 지부교섭을 하는 경우에 중앙교섭의 조합원 수와 지부교섭의 조합원의 수가 다를 수 있기 때문에 대표성의 문제가 발생할 수 있음

국공립대학의 조교의 경우에도 대표의 문제가 발생할 수 있음. 개정 공무원노조법에서 특정직 공무원 중에서 교육공무원이 노조 가입이 허용됨에 따라서 국공립대학의 조교(교육공무원법에 따른 조교)도 노동조합 가입이 가능하게 되었지만, 현행 법률과 개정 법률에서는 국공립대학을 단위로 노조를 설립하는 것이 불가능하므로, 결국 행정부 단위로 설립된 노동조합에 가입

---

101) 노동조합이 지부·분회를 설치하는 경우에 설치 사실을 고용노동부장관 또는 지방고용노동관서의 장에게 통보하여야 하는데, 이 경우에는 소정 서식의 노동조합 산하조직 설치통보서에 노동조합의 규약 또는 지부·분회 등의 운영규정을 첨부하여야 함

102) 현행 법에서는 교섭창구의 단일화 방법에 대해서 구체적으로 정하지 않고 있지만, 고용노동부가 2021년 3월 2일 입법예고한 공무원노조법 시행령 입법예고에 따르면, ① 조합원 수의 기준(교섭노동조합 공고일 이전 1개월 동안 전자지급수단의 방법으로 조합비를 납부한 조합원), ② 조합원 수 확인 신청 절차와 방식, ③ 복수노동조합에서의 협의 기간(20일 내) 등을 규정하고 있음. 기본적으로 [2018년 행정부 교섭에서의 고용노동부의 행정해석] + [시행령 입법예고안]의 방식으로, 향후 예상되는 교섭창구 단일화의 문제들은 어느 정도 해결될 것임.

하여 지부나 분회의 설치를 통하여 노동조합 활동 등을 할 수밖에 없음(아니면 현재의 실질은 조교이면서도 가입 대상을 행정부 단위로 하는 노동조합을 설립 신고하는 방법도 있을 수 있음). 개정 교원노조법에 따라서 국공립 대학의 교원은 교육공무원이지만 대학을 단위로 노조를 설립할 수 있고 대학의 장과 교섭할 수 있지만, 각 대학 단위에서만 총장이나 학장의 영향력 하에서 1년 단위로 임용되는 조교가 행정부 단위의 노동조합의 틀에서만 자기의 이익이 대변되어야 함

이와 같은 문제는 교섭방법(교섭의 위임, 개별 교섭의 인정 등)의 차원에서 해결을 모색할 수도 있겠지만, 최소설립단위가 가지고 있는 난점은 계속될 것임

#### ○ 교원

설립단위와 형태에 관해서 법에서 일정한 단위와 형태를 제한하는 것은 단결권 보장의 취지에서 바람직하지 않다는 점은 공무원의 경우와 동일함 헌법재판소는 교원 노조의 최소단위를 규정한 것에 대해서 단결권을 침해하지 않는다고 판단<sup>103)</sup>

---

103) 헌법재판소는 “교원들에게 단결권과 단체교섭권을 허용한다 하더라도, 이 경우에 개별 학교단위에까지 교원노조를 허용해야만 합헌이 될 수 있다는 것을 의미하지는 않는다. 일반 사업장의 경우 임금 기타 근로조건이 사업장별로 결정되고 있어 사업장별 노동조합의 설립이 일반적인 형태라고 할 수 있지만, 국·공립학교 교원의 경우에는 임금·근무조건 등이 전국 단위에서 획일적으로 결정되며 임용권도 시·도 교육감이 갖고 있는 등 교원의 특수성을 고려해야 한다. 사립학교의 경우에는 개별 학교법인이 교원의 임용권을 갖고 있으나 현행 교육법제는 공적인 제도보장으로서의 교육을 담당하는 교원을 그 소속을 묻지 아니하고 일반 국민에 대한 봉사자로 보고 있고, 교육의 전문성과 관련하여 공·사립학교 교원을 가리지 아니하고 동등한 처우를 하도록 규율하고 있어 국가가 교원임금에 대하여 재정지원을 함으로써 공·사립이 모두 보수를 비슷한 수준에서 유지하고 있다. 또한 학교 단위에서 교원노조를 허용할 경우에는 교원노조의 활동으로 인하여 학생들의 학습권이 침해될 우려가 있기 때문에, 학교단위별 교원노조의 설립을 금지한 것이 위헌이라고 할 수는 없다고 할 것이다.”고 하고 있다(헌재 2006. 12. 28. 2004헌바67, 공보 제123호, 34). 다만, 이 사건은 노동조합의 설립 단위를 규

산업별·직종별 노동조합에 의한 산업별·직종별 최저 근로조건 설정이 바람직한 방향이기도 함. 나아가 공무원과 달리 교원의 경우에는 사립학교 교원이 포함되어 있다는 점에서 개별 학교 단위 노조 설립이 제한되는 것이 오히려 노조의 자주성을 담보하는 데 도움이 될 수 있음. 사립학교 단위의 노조 결성이 인정되면 사학 재단의 막강한 영향력으로 인하여 노조의 자주적인 설립과 운영에 문제가 발생할 가능성이 있기 때문임

이러한 점에서 교원노조법 제4제 2항에서 고등교육법상 교원에 대해서는 개별 학교 단위로 노동조합을 설립할 수 있도록 하는 것에 대해서 비판적인 의견이 있음<sup>104)</sup>. 하지만 원론적인 입장을 견지하는 견해도 있음<sup>105)</sup>

공무원과 교원의 신분관계의 특수성을 강조하는 특별법 체제에 의한 노동기본권 보장에 대해서 비판적인 입장에서는 공무원과 교원도 일반 근로자와 같은 노동법의 체계에서 노동3권의 보장하여야 한다고 주장하지만, 설립단위에 있어서는 이해관계에 따라서 입장이 다를 수 있음

교원의 경우에도 교섭방법(교섭의 위임, 개별 교섭의 인정 등)의 차원에서 해결을 모색할 수 있는 가능성이 있을 것임

### 3. 전임자의 지위

전임자의 활동보장과 법적 지위는 ILO의 권고 등에 따라서 공무원과 교원의 경우에도 노사 당사자가 자유롭게 결정할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것

---

정하고 있는 교원노조법 제4조 제1항의 위헌성이 다투어진 것이 아니라, 제6조 제2항(“사립학교 설립·경영자는 전국 또는 시·도 단위로 연합하여 교섭에 응하여야 한다.)의 위헌성이 다투어진 사건에서 방론으로 실시된 것임.

104) 배지현, “교원과 대학교원의 노동기본권 보장을 위한 교원노조법 개정”, 『교원이 노동기본권 보장과 교육 혁신을 위한 교원노조법 개정 방안과 국회토론회 자료집』 (2020.8.), pp.10-11.

105) 김인재, “교수노동조합 설립의 당위성과 법적 문제”, 『대학교수 노동조합 설립의 합법화 문제에 관한 정책토론회(국가인권위원회 주최)』 (2006.8.), pp.23-24.

임

하지만, 현재 노동조합법의 전임자 관련 법제도 존재를 고려할 때 적어도 공무원 노조법 교원노조법도 노동조합법과의 동일한 수준에서 전임자의 활동 보장과 법적 지위를 인정하는 것이 타당할 것으로 생각됨

공무원 신분인 전임자에게 타임오프제도를 적용하는 것이 공무원제도, 공무원신분관계법, 공무원근무조건제도가 달성하려는 공익과 충돌한다고 생각하는 것은 법규범적인 타당한 근거 없이 소위 국민 감정을 빌미로 공무원의 노동3권을 부당하게 제한하는 것이며, 합리적인 이유 없는 차별이라고 할 수 있음

## IV. 단체교섭권 보장의 과제

### 1. 교섭 대상

#### ○ 비교섭사항을 둘러싼 논란

공무원노조법은 노동조합법과 달리 소위 비교섭사항(“법령 등에 따라 국가나 지방자치단체가 그 권한으로 행하는 정책결정에 관한 사항, 임용권의 행사 등 그 기관의 관리·운영에 관한 사항으로서 근무조건과 직접 관련되지 아니하는 사항은 교섭의 대상이 될 수 없다.”)을 규정하고 있음(공무원노조법 제8조 제1항 단서)

교원노조법은 공무원노조법과 달리 비교섭사항을 규정하고 있지 않음 하지만 노동조합법에서는 “노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다.”라고 있는 것과 달리 “노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원의 임

금, 근무 조건, 후생복지 등 경제적·사회적 지위 향상에 관하여 다음 각 호의 구분에 따른 자와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다.”고 하고 하여(교원노조법 제6조 제1항) 노동조합법에 비하여 교섭사항을 명확히 기술하고 있음

교원노조법에도 비교섭사항이라는 것이 존재하는지에 대해서 의견 대립이 있지만, 과거 고용노동부는 교원노조의 단체교섭에서 교섭·비교섭사항 구분은 노조법에 따라 처리할 수밖에 없다고 하면서 공무원노조법상의 비교섭사항에 대한 기준을 준용하여 분류한 바 있음<sup>106)</sup>

단체교섭 대상에 관한 이와 같은 법규정으로 인하여 공무원노조의 경우에는 당해 교섭의제가 공무원노조법 제8조 제1항 단서에 해당되는지 여부가, 교원노조의 경우에는 당해 의제가 교원노조법 제6조 제1항 본문에 해당되는 여부가 예비교섭 과정에서 첨예하게 다투어지고 있음

공무원의 경우 비교섭사항에 대해서는 공무원노조법 제8조 제1항과 같은 법 시행령 제4조 제1항 등이 상세하게 규정하고 있고, 판례도 상당 부분 축적되어 있음에도 불구하고 노사갈등이 지속되고 있음.<sup>107)</sup> 이 점은 단체교섭의 역사가 공무원보다 훨씬 교원의 경우에도 역시 유사한 상황임.<sup>108)</sup>

공무원과 교원의 단체교섭에서 비교섭사항을 둘러싼 논란하기 위해서 여러 해결책이 제시되고 있지만, 크게 보면 추가적인 입법을 통해서 기준을 명확히 하자는 방안, 노동위원회가 교섭의제를 둘러싼 분쟁을 해결하는 방안, 노

---

106) 노동부, 『교원노조 단체협약 분석』, 2010.3.; 과거 교육과학기술부가의 교원단체협력팀이 작성한 『교원노사관계 선진화를 단체교섭 업무 매뉴얼』(2011.12.)을 보면 교원노조법에서 정하고 있는 사항을 제외하고는 모두 비교섭사항으로 볼 수 있다고 하면서 “비교섭사항 판단에 있어 공무원노조법에 명시되어 있는 내용을 참고할 수 있다.”고 하고 있음.

107) 대법원 2017. 8. 18. 선고 2012두10017 판결; 대법원 2017. 1. 12. 선고 2011두13392 판결; 대법원 2014. 12. 11. 선고 2010두5097 판결 등

108) 이정 외, “공무원·교원노조의 단체교섭 관련 실태조사 및 제도개선방안 연구”, 2015. 고용노동부 연구보고서 참조

사의 자율적 교섭과 관행의 축적에 맡겨야 한다는 방안으로 구분될 수 있음

### ○ 개선 방향

위에서 본 ILO 결사의 자유위원회의 권고 등에서 볼 때 공무원노조법 제8조 제1항 단서와 같이 교섭 그 자체의 범위를 좁히려는 것은 교섭을 통한 근로조건의 형성과 교섭의 축적을 목적으로 87호 협약과 98호 협약의 목적 등에 부합하지 않는 면이 있음

공무원노조법 제10조 제1항 교원노조법 제7조 제1항은 모두 “단체협약의 내용 중 법령·조례 또는 예산에 의하여 규정되는 내용과 법령 또는 조례에 의하여 위임을 받아 규정되는 내용은 단체협약으로서의 효력을 가지지 아니한다.”고 규정하고 있어서 국회와 지방의회의 헌법적 권한 및 재정민주주의와 충돌하는 경우에 단체교섭권이 그 범위에서는 후퇴하도록 하고 있음. 이러한 제한은 헌법적으로 정당화될 수 있음.

따라서 교섭의제를 근로조건 관련성으로 포괄적으로 이해한다고 하더라도 국회와 지방의회에게 헌법이 부여한 권한 및 재정민주주의가 침해되는 일이 발생하지는 않음(우리나라의 경우에는 예산법률주의를 채택하고 있지 않기 때문에 예산관련 사항이 교섭의제가 된다는 것만으로 국회의 예산심의권이 침해되지는 않을 것임)

문제는 교섭의제가 많아짐에 따라서 교섭의 효율성이 낮아지면서 사용자의 비용이 증가한다는 점임. 하지만 교섭의 효율성 확보나 사용자의 비용 감소라는 목적을 들어서 단체교섭 자유가 대폭 제한되는 것을 정당화하기 어려울 것임. 교섭이 지연되고 단체협약 체결이 늦어지게 되면 노동조합도 그에 따른 불이익을 당하는 것이기 때문에 일방적으로 사용자의 비용 감소라는 점을 강조하여 단체교섭의 자유를 제한하려는 것은 신중하여야 할 것임. 이 점은 사용자가 국가일지라고 다르게 생각할 필요가 없을 것임

따라서 적어도 현행 공무원노조법 제8조 제1항은 교원노조법 제6조 제1항의 문언과 같이 교섭 의제를 포괄적으로 규정하는 방식으로 개정하여야 할 것임. 공무원노조법 제8조 제1항의 존재는 교원노조법에도 부정적인 영향을 미침.

## 2. 복수노조와 단체교섭의 방법

### ○ 공무원노조법 및 교원노조법의 창구단일화의 문제점

현행 공무원노조법 및 (입법예고된) 동 법 시행령과 교원노조법 및 동 법 시행령은 단체교섭을 요구하는 노조가 복수로 존재하는 경우에 자율적으로 교섭위원을 선임하되, 그렇지 못한 경우에 교섭노조의 조합원 수에 따라서 선임되는 교섭위원으로 근로자측 교섭 주체를 형성하도록 하고 있음. 노동조합법과 달리 사용자의 판단에 따라서 개별 노조와 교섭할 수 없음. 위에서 본 바와 같이 최소설립단위라는 제한에 더하여 창구단일화가 강제되고 있기 때문에 소수 노조와 그 노조에 속한 조합원의 지위가 매우 불리함. 창구단일화는 본질적으로 하나의 사업장을 단위로 하여 교섭창구를 단일화하는 제도라고 할 수 있는데, 현재 공무원노조법과 교원노조법은 법정 설립단위보다 작은 단위에서 노조를 조직할 수 없도록 하면서도 교섭단위의 분리도 인정하지 않고 있음.

### ○ 개선 방향

ILO 결사의 자유위원회는 가장 대표적인 노동조합이 배타적인 권리를 지니는 단체교섭 제도와 한 사업장 내에서 복수의 노동조합이 복수의 단체협약을 체결하는 제도 모두를 결사의 자유와 교섭자율의 원칙상 허용된다고 본

다는 점에서 공무원노조법 및 교원노조법에 의한 창구단일화가 87호 및 98호 협약에 위반되지는 않을 것임

하지만 우리 헌법 제33조는 근로자의 단체교섭권을 인정하고 있는 이상, 최소설립단위와 창구단일화에 의해서 소수 노조와 그 노조에 속한 조합원의 지위를 매우 불리한 상황은 단체교섭권에 대한 지나친 제한이라고 할 수 있음

따라서 최소설립단위를 존치한다고 하면 복수 노조 병존 시 개별 교섭을 보장하는 방법을 강구하는 것이 바람직할 것으로 생각됨

## V. 단체행동권 보장의 과제

### ○ 공무원과 교원의 단체행동권 보장에 관한 ILO의 입장

위에서 본 바와 같이 ILO 결사의 자유위원회는 교원과 공무원을 어떠한 특별한 신분관계에 있는 것으로 보면서 일률적으로 단체행동권을 포괄적으로 제한하려고 하지 않음. 고권적 권력작용을 하는 사람과 엄격한 의미에서 필수서비스에 종사하는 자를 제외하고는 단체행동권이 보장되어야 한다고 보고 있음

현행 공무원노조법과 교원노조법은 이와 같은 ILO의 입장과 배치되기 때문에 향후 공무원과 교원이 단체행동을 하였을 때 이를 이유로 하는 이루어지는 징계나 형사처벌의 헌법적 정당성이 법원과 헌법재판소에서 매우 치열하게 다투어질 것으로 예상됨

### ○ 모든 공무원에 대해서 일률적으로 단체행동권을 부정하는 것은 위헌



헌법재판소는 “국가·지방자치단체 및 방위산업에 관한 특별조치법에 의하여 지정된 방위산업체에 종사하는 노동자는 쟁의행위를 할 수 없다”고 규정한 구 노동쟁의조정법 제12조 제2항의 위헌성을 판단하면서 “헌법의 개정 경위와 현행 헌법 제33조 제2항의 해석상 구 헌법과는 달리 국가공무원이든 지방공무원이든 막론하고 공무원의 경우에 전면적으로 단체행동권이 제한되거나 부인되는 것이 아니라 일정한 범위내의 공무원인 근로자의 경우에는 단결권·단체교섭권을 포함하여 단체행동권을 갖는 것을 전제하였으며, 다만 그 구체적 범위는 법률에서 정하여 부여하도록 위임하고 있는 것”이기 때문에 동 조항에 의하여 “헌법 제33조 제2항이 예정하는 일정 범위의 공무원까지 쟁의권이 제한·금지”당하게 되면 이는 현행 헌법 제33조 제2항의 규정과는 충돌·저촉된다고 하였음<sup>109)110)</sup>

○ 어떠한 공무원에게 단체행동권이 보장되어야 할까?

헌법재판소는 사실상 노무에 종사하는 공무원 외에는 노동운동을 금지한 국가공무원법 및 지방공무원의 법조항에 대해서 합헌이라고 판단하였음<sup>111)</sup> 그러나 그렇다고 하여 사실상 노무에 종사하는 공무원에게만 단체행동권이 보장되어야 하는 헌법적 요청이 존재하지 않음  
사실상 노무에 종사하는 공무원도 공무원이라는 신분관계이 있는데, 사실상

109) 헌재 1993. 3. 11. 88헌마5, 판례집 5-1, 59.

110) 이 사건 청구인은 체신부 소속의 공무원으로서 전국체신노동조합에 소속된 조합원으로서 전국공무원노동조합협의회회장직에 있는 사람이었는데, 노동쟁의조정법 제12조 제2항의 쟁의금지규정으로 인하여 청구인과 같은 현업공무원 즉, 사실상 노무에 종사하는 공무원 자신의 단체행동권이 현재 직접적으로 침해당하고 있는 것이므로 이의 구제를 받기 위하여 1988. 10. 27. 헌법재판소에 위 법규에 대하여 헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원을 청구하였음.

111) 헌재 1992. 4. 28. 90헌바27, 판례집 4, 255; 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50 등, 공보 제109호, 1109

노무에 종사하는 공무원에 대해서만 단결권을 보장하고 그 이외의 국가공무원법 제2조 및 지방공무원법 제2조에서 규정하고 있는 모든 종류의 공무원에 대해서 단체행동권을 박탈하고 있는 현행 법조항의 헌법적 정당성을 긍정하는 논거<sup>112)</sup>를 발견하는 것은 쉽지 않음

직업공무원제도라는 틀을 가지고 단체행동권 박탈의 헌법적 정당성을 논증하는 것은 그 근무관계법을 형성하는 구조적 요소, 즉 충실의무, 법률에 의한 공무원근무관계의 형성, 적절한 보수의 보장, 신분보장과 단체행동권이 상충하다는 점임

사실상 노무에 종사하는 공무원에 대해서는 충실의무, 법률에 의한 공무원 근무관계의 형성, 적절한 보수의 보장, 신분보장이 적용되지 않는 것인가? 현재 대통령령으로 지정된 “과학기술정보통신부 소속 현업기관의 작업 현장에서 노무에 종사하는 우정직공무원”은 충실의무나 신분보장이 적용되지 않는 것인지?

“사실상 노무에 종사하는 공무원”은 누구인지? 어떤 기준으로 정하는 것인지? 이에 대해서 헌법기관 인사 규칙, 지방자치단체 조례가 존재하지 않음 (일본 공무원노동관계법에서는 이른바 “협업”공무원에 대해서는 국가공무원 및 지방공무원법과는 다른 법률에서 노동기본권 보장을 다루고 있음(단체행동은 금지). 우리나라에서도 협업 공무원이라는 용어를 사용하지만 일본에서 사용하는 협업의 의미와는 다름)

위에서 본 사건에서 헌법재판소는 현행 헌법 제33조 제2항도 국가공무원이든 지방공무원이든 막론하고 모든 공무원에게 노동3권을 준다는 취지는 아니라는 이유에서 사건 결정에서 헌법불합치 결정을 하면서 “공무원의 단체

---

112) 종래의 합헌론과 위헌론에 관한 상세한 연구로서는 박덕배, 『사회법서설과 노동법』, 민중서관, 1956, pp.102-105; 신인령, 『노동인권과 노동법』, 도서출판 녹두, 1999, pp.54-60면; 이철수/강성태, 『공공부문의 노사관계법』, 한국노동연구원, 1997, pp.11-17; 최영호, “공무원 노동조합 설립을 둘러싼 노동법상 문제”, 노동법학 제13호 (2001), pp.106-110 등을 참조.

행동권과 헌법합치의 방안”으로 다음의 세 가지 방안을 제시하고 있음

·첫째로, 공무원 가운데 사실상 노무에 종사하는 공무원인 근로자에게 그 범위를 한정하여 단순하게 단체행동권을 부여하는 방안

·사실상 노무에 종사하는 공무원인 근로자에게 단체행동권을 부여하되 헌법 제33조 제1항, 제37조 제2항에 입각하여 그 행사요건과 절차를 구체적으로 설정하는 입법방안, 예를 들면 단체행동권의 남용방지를 위하여 그 행사 목적이 근로조건향상을 위한 것이어야지 인사정책 등 근로조건 외적인 사항에 관여를 위한 것이어서는 안된다는 등의 명확한 한계의 확정, 단체교섭권의 행사 등 목적달성에 다른 선택할 수단이 없을 때에 한하여 쟁의권의 행사가 정당화될 수 있다는 것의 명시, 혹은 그들의 쟁의행위가 사회통념에 비추어 부당하게 장기화할 우려가 있거나 그 규모로 보나 성질의 특수성에 비추어 국민의 생존권적 이익을 해치고 국민생활에 중대한 장애를 가져 올 현저한 우려가 있는 경우에는 전체이익의 보호의 견지에서 금지시키되, 그와 같은 우려의 유무는 불편부당한 위치의 중립적 지위의 기관 등으로 하여금 판정케 하는 등 조절·통제조치를 병설하는 입법방안

·국가공무원이나 지방공무원 중 단체행동권을 부여할 자를 사실상 노무에 종사하는 자에서 기준을 찾지 않고 이와는 다른 기준에 따르는 방안(사무직과 노무직간의 구분인 화이트칼라 근로자와 블루칼라 근로자의 구분(비현업공무원과 현업공무원의 구분)이 오늘날에 이르러서는 반드시 엄격한 것이 아니고 점차로 불투명해지고 상대화하는 경향으로 가고 있기 때문임). 어떠한 부류의 공무원이 단체행동권을 갖기에 적합한가를 정함에 있어서는 사실상 노무에 종사하는가의 여부와는 다른 기준 즉, 종사하는 업무가 경찰·군인·교도관·소방관과 같은 직접적인 국가안전보장이나 질서의 유지와의 관련성, 국민경제와 국민의 정상생활에 미치게 될 해악의 정도, 환자치료나 간호와 같은 공중보건과의 직결성, 수도·에너지·생필품·쓰레기청소 등 국민의 생존권 문제와 관계되는 본질적인 것인가의 여부 등을 표준으로 하는 방안도

상정할 수 있을 것임. 이 때의 국가의 기본적 활동과의 관계에서 직무의 중요성·본질성의 여부나 필요불가결한 인원의 범주에 속하는가의 여부는 제3의 중립기관으로 하여금 판단토록 할 수도 있을 것임

공무원인 근로자의 노동3권의 보장 범위는 공무원이라는 신분관계에서 유래하는 특별한 법률관계와 공무원이 수행하는 업무의 기능적 특성에서 유래하는 특별한 헌법적 요청을 받아 들여 공무원이 아닌 근로자의 노동3권의 보장 범위 보다 제한적으로 설정될 수 있거나 설정되어야 함

헌법학계의 어느 견해에 따르면 침해행정의 영역뿐만 아니라 합리적인 과제의 이행이 직업공무원제도의 특성에 의하여서만 담보될 수 있는 행정의 영역, 즉 국가의 공권력을 행사하거나 국가정책결정과정과 관계되는 영역이거나 국가와 국민의 관계를 형성하는 영역에서는 공무원에게 노동3권은 인정될 수 없다는 이해에 근거하여 국민과 국가의 관계의 형성에 관하여 중요하고 독자적인 결정권한이 없는 공직자는 국가의 공권력을 행사하는 자가 아니므로 공법상의 근무·충실관계에 위치할 필요가 없다고 하여 이러한 공무원들에게는 일반적으로 노동3권이 인정될 수 있다고 함<sup>113)</sup>

---

113) 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2020, p.1014.



공무원·교원노조법의 위헌성 및 개선방안 정책토론회

# 토론문



## 토론문

이 민 열 (한국방송통신대학교 교수, 법학박사, 변호사)

공무원은 공무 수행시에는 중립성과 공익의 보장에 헌신하여야 하는 공직자이지만 그 외의 영역에서는 국민으로서 기본권 주체라는 점을 고려하여 기본권 보장의 원칙 하에 법규가 정립되어야 하므로, 세 분 발제자의 기조에 동의합니다. 이러한 기본적인 동의를 전제로, 아래에서는 두 가지 생각해볼 점만 이야기하고자 합니다.

### 1. 공무원의 정치활동 금지의 문제점 및 개선 방향에 관하여

말미에서 발제자는 대중이 막연한 두려움과 정치적 거세를 바람직하다고 생각하는 경향이 있으므로 단계적 접근 원칙을 제안한다고 언급하며 여섯 가지 원칙을 제시하였다.

그러나 공무원의 정치활동에 대한 우려는 오로지 막연한 두려움이나 정치적 거세를 일률적으로 바람직하다고 생각하는 경향 때문에 생긴다고 단정할 수 없는 것 같다. 다음과 같은 가상적인 세 가지 사안만을 생각해보자.

Case1: A검사는 연일 SNS와 검사 게시판을 통해서 단지 법무부 정책뿐만 아니라 교육부터 보건, 재정에 이르기까지 모든 정부 정책을 강렬하게 찬동하며 야당을 적대하는 언어를 써가며 연일 공격적으로 비하하며, 더 나아가 야당을 지지하는 사람들도 제대로 머리가 돌아가는 사람이 아니며 축출해야



하는 사람이라고 반복해서 역설한다. A검사는 실제로 직무집행도 언제나 정부의 구체적인 사건처리에 대한 소망과 일치하는 방향으로 처리하지만, 그것은 정부의 소망이 객관적으로 타당하기 때문이지 자신이 친정부적 당파성을 갖고 있기 때문은 결코 아니라고 한다. A검사를 지지한다고 공개적으로 표명한 B, C, D 검사가 있으며 이들은 인사이동 때마다 요직에 발탁되었다. 반면에 Q검사는 A검사의 이러한 태도를 비판한 바 있으며, 그리하여 여당의 지지자들에 의해 축출되어야 할 대표적인 검사로 표적화된 적이 있으며 결국 한직으로 가게 되었다. 이러한 인사는 객관적인 평정에 의한 것임이 정부에 의해 공언되었다. A검사는 야당 인사의 범죄혐의를 수사하는 사건을 맡게 되었다. A검사는 제기된 모든 범죄혐의에 대하여 공소를 제기하였으며, 이는 법에 의한 엄정한 직무집행이라고 이야기하였다. 한편 A검사는 여당 또는 행정부 인사의 범죄혐의를 수사하는 사건도 맡게 되었다. A 검사는 모든 혐의에 대하여 무혐의 의견으로 불기소처분을 하였으며, 이는 법에 의한 엄정한 직무집행이라고 이야기하였다. (비슷한 내용으로 법관의 경우를 상상해볼 수 있겠다.)

Case2: 시장은 자신이 지지하는 정당의 정책에 반대하는 집회에 대하여, 근무시간 외에 인터넷 게시판을 통하여 자신이 시장임을 밝히며 ‘제 정신을 가진 사람이라면 그 집회에 참석하지 않을 것이다. 시민이라면 그 집회에 참석해서는 안 되며, 더 나아가 그 집회에 맞불을 놓는 반대집회에 참석해야 한다’고 독려하고 같은 내용으로 언론과 인터뷰도 하였다. 실제로 그 말을 듣고 많은 수의 시민들이 반대집회에 참석하였고 이에 위축되어 원래의 집회에는 사람들이 많이 참석하지 않았다. 자치경찰제에 의해 운영되는 해당 지역 경찰은 시장이 제정신이 아닌 사람만 참여한다고 한 그 기조의 다음 번 집회신고를 반려했는데 그 이유는 순수하게 교통혼잡의 우려 때문이라고 하였다.

Case3: S부의 공무원들 중 많은 수는 여당에 가입해 있고 많은 수는 야당1, 야당2에 가입해 있다. 당의 활동을 공개적으로 하고 또 언론이 이를 자주 보도하면서 누가 어느 당에 가입해 있는지를 자연히 서로 알게 되었다. 사회의 전반적 문화는 매우 정치화되어, 자신이 지지하는 당을 지지하지 않는 사람은 시민으로서 무언가 크게 결함 있는 존재로 보는 것이 당연시되었다. S부의 K부서의 상관 p는 여당의 당원이고, 그 아래에서 인사평가를 받는 r은 여당, t는 야당1, z는 야당2의 당원임이 자연스레 공지의 사실이 되었다. r이 좋은 인사평가를 받고 승진을 하게 되었는데 이는 철저히 객관적인 인사평정에 의한 것이라고 p는 주장하며, 여당 당원이 아닌 사람이 승진된 경우도 있다는 점을 들었다.

이러한 상황에 대한 우려는 오로지 막연한 두려움이나 일률적인 정치적 거세를 바라는 어리석음 때문만이고 이러한 사태가 규범적으로 모두 다 허용되는 것이 원리적으로 만족스러우나, 다만 현 단계에서 여론을 고려하여 일시적으로만 억제할 일로 단정하기는 어려운 것 같다.

특히 통치구조상 다른 독립적인 기관에 의해 추가로 통제를 받지 아니하게 되는 작용을 하는 경우—수사기관의 수사와 기소, 법원과 헌법재판소의 법령과 헌법의 해석, 행정청의 재량과 판단여지의 행사—에는 그러한 작용 담당자가 기본권을 동요시키는 효과나 우려를 갖는 중립성 위반의 정파적인 외관을 형성<sup>114)</sup>하거나 객관적 사실성의 원칙<sup>115)</sup>을 위배한다면 이는 국민의 기본권 침해가 될 수 있는 규범적 문제를 제기하기도 한다. 따라서 이 여섯가지 원칙 또는 이와 유사한 어떤 것은 그저 사실적 과도기의 전략적 지침이 아니라 어떤 타당한 규범적 원리에 맞닿아 있는 것으로 보인다.

즉, 이 원칙을 보다 구체적으로 세심히 정교화하고 다듬는 것이 공무원의 정

114) 송현정, “법관윤리에서 외관의 중요성—미국을 중심으로—”, 『법학논총』 43권, 2019, 103-138면 참조.

115) 계인국, “공무원의 정치적 표현에 대한 법적 판단—최근(2017) 독일 연방행정법원 판례의 분석과 동향—”, 『고려법학』 제94호, 2019, 207-239면 참조.

치적 기본권의 진전을 이루는 중요한 계기가 됨과 동시에 실질적 근거가 있는 규범적 우려를 불식시킬 수 있는 토대가 되리라 생각한다. 예를 들어 인사기록카드에는 적지 않도록 규정이 되더라도, 공무원 임용 전 포괄적인 신원조회에서 이를 조사한다면 원칙 구현에 흠결이 있을 것이다. 또한 인사기록카드에는 나와 있지 않더라도 정당소속이나 정파적 성향이 그 이외의 방식으로 사실상 공지의 사실이 된다면 이 또한 원칙 구현에 흠결이 있을 것이다. 이러한 정교화는 위에서 든 가상적 사례, 또는 이와 유사한 사례로서 (i) 직무집행의 공정성이 의심 받는 외관을 창출하는 것 (ii) 공무원 조직 내에서 당파적인 성향이 사실상 공지되어 있어 이를 계속하여 의식하는 문화가 조성되어 일반적인 직무집행의 공정성이 의심되는 것 (iii) 국가 공직 담당자가 자신의 직위를 활용하여 국민의 여론을 위에서 아래로 유도하거나 조종하는 것 등 국민과 공무원 자신의 기본권이 부당하게 침해받는 경우가 없으리라는 점을 보여줄 수 있는 구체화를 의미하게 될 것이라고 생각된다. 또한 이러한 원칙들의 구체화로 부족한 경우에는 국민의 기피권을 보다 넓게 인정할 수 있는 실체적 요건과 절차적 요건을 마련하는 것도 필요하다.

## 2. 공무원·교원의 실질적 노동기본권 보장 방안에 대하여

(1) 노동3권의 법적 성격에 대한 이해의 오류를 지적하고 있다. 그런데 여기서 결정적인 오류는 노동3권이 자유권과 사회권의 복합적 성격이 있다고 파악하는 데 있는 것 같지는 않다. 오히려 개별 기본권 자체의 고유한 기능과 효력을 무시하고 기본권적 지위가 서로 피자나 파스타처럼 맞교환되는 한낱 재화처럼 본 데에 있다고 보인다. 같은 자유권이라 할지라도 거주·이전의 자유가 보장되었다고 하여 사생활의 비밀의 자유를 부인할 근거가 되지 못한다. 이와 마찬가지로 같은 사회권이라 할지라도 인간다운 생활을 할 권리가 보장되었다고 하여 보건권이 심각하게 부당하게 제한되었는데 이를 침해가 아니라고 할 근거가 되지 못한다. 단결권에 비해 단체교섭권이나 단체행동

권은 단체교섭의무를 사용자에게 부과하고 단체행동으로 인한 손해배상으로부터 일정한 경우 면제하는 등의 국가의 적극적 규범급부를 필요로 하므로, 사회권적 성격이 더 있는 것은 사실로 보인다. 그러나 그러한 사회권적 성격은 노동3권의 고유한 기능과 효력을 위한 것이지, 그것이 어떤 소득의 적정성이나 근로조건적 적정성이라는 다른 제도보장이나 기본권으로 인해 간접적으로 달성되는 다른 사실상의 이익의 한낱 수단적 지위에 서는 것은 아니다. 논증을 보강하기 위해 이러한 점을 지적하는 것도 유익할 수 있겠다 생각된다.

(2) 교원과 공무원의 노동기본권을 법률적 권리로 격하하였다는 비판을 전개하고 있다. 그런데 헌법재판소는 제33조 제2항과 같이 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”와 같은 해당 기본권 주체의 범위를 법률에 위임하는 헌법유보조항이 있는 경우에는 그에 관한 법률을 입법형성권 범위에 대한 비합리적 일탈 여부 심사도 판단하고 있다. 따라서 이에 대하여 비판이 설득력이 있으려면, 그와 같은 형식의 헌법유보조항의 해석론에 대한 일반적 이론이 무엇인지 이야기 되어야 할 것으로 생각된다.

(3) 단체행동권 보장의 과제에서 ‘고권적 권력작용을 하는 사람’과 ‘엄격한 의미에서 필수서비스에 종사하는 자’가 누구를 의미하는지 좀 더 해명이 필요한 것 같다. 고권적 권력작용은 공무원 조직 내에서 외부적으로 의사표시를 할 권한 있는 자만이 오롯이 행하는 것은 아니며 행정청 전체가 권한 있는 자의 결정에 보조를 하며 권한 있는 자가 내린 결정을 분업에 의거해서 집행한다고 생각될 수도 있기 때문이다. 또한 필수서비스에서 ‘필수’가 무엇을 의미하는지 여기에서 ‘엄격한 의미에서’는 무엇을 의미하는지 추가적 해명이 필요한 것 같다. 이는 단지 단어의 의미를 밝히는 것에 그치지 아니하고, 거기서 경계를 그어야 할 헌법규범적 이유가 제시되어야 함을 뜻한다. 그러

한 해명이 제시된다면, 노동기본권 확대 주장의 설득력이 보강될 것으로 생각된다.

## 토론문

이 광 주 (대구광역시교육청공무원노동조합 위원장)

시대정신에 부합되는 공무원노동기본권 보장

지난 2.25. 한국노동조합총연맹은 소속 산별 공무원노조는 공무원노조법에 대한 헌법소원심판을 청구한데, 이어 오늘 이렇게 개선 방안 정책토론회까지 마련해 주시는 등 각별한 연대에 대해 김동명 위원장 및 관계자 여러분들께 먼저 감사의 말씀을 드립니다.

저는, 오늘 공무원노조법에 대한 합헌이나 위헌이냐는 다양한 학설과 관점이 있겠습니다만 저는 일반인의 건전하고 보편적인 법 상식의 관점에서 말씀드릴까 합니다.

### I. 현황

□ 공무원노조법의 입법목적

○ 헌법 제33조제2항의 규정에 의한 공무원의 노동기본권을 보장하기 위함이라고 규정하고 있는데,

- 헌법 제33조에 규정된 노동기본권의 내용을 먼저 살펴보면,
  - 제1항 : 근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.
  - 제2항 : 공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.
  - 제3항 : 법률이 정하는 주요방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다. 라고 규정하고 있습니다.

## II. 즉, 근로자의 노동기본권에 대해 우리 헌법은

- 모든 근로자는 노동기본권을 가진다.
- 공무원인 근로자도 법률로 정하는 자는 노동기본권인 노동 3권을 가진다.

라는 사실은 부정할 수 없는 우리 헌법이 추구하는 명백한 가치입니다.

- 그리고, 우리 헌법에서는 국가안전 보장 또는 공공복리를 위해 노동기본권의 일부를 제한하는 규정도 있는데, 주요 방위산업체에 종사하는 근로자의 단체행동권의 일부 또는 전부를 제한하거나 인정하지 않을 수 있다. 는 명시규정입니다.

- 그렇지만, 공무원 근로자에 대한 노동기본권 일부 또는 전부 제한 규정은 어디에도 없습니다.

- 이를 종합하면,

- 우리 헌법 제33조제2항에서 법률에서 정하는 공무원인 근로자는 단

결권, 단체교섭권, 단체행동권을 가진다. 라며 노동 3권을 일일이 모두 열거하고 있습니다.

이는 무엇을 의미하겠습니까?

- 노동기본권이 인정되는 공무원에게는 노동 3권을 온전히 보장하라는 것입니다.

- 즉, 공무원근로자의 노동기본권은 필요성의 원칙, 비례성의 원칙, 보충성의 원칙 및 상당성의 원칙에 따라 기본권의 주체를 제한할 수는 있지만(현행 공무원노조법은 담당 직무를 기준으로 기본권의 주체를 제한하고 있습니다만), 법률로 정하는, 노동기본권이 인정되는 공무원 근로자에 대해서는 노동기본권 즉 노동 3권을 온전히 보장하라는 것이 대한민국의 헌법임을 확인하여야 할 것입니다.

- 만약, 공무원근로자에게도 노동기본권의 일부 또는 전부를 제한하고자 하였다면, 헌법 제33조제3항(방위산업체에 종사하는 근로자의 경우 단체행동권은 법률이 정하는 바에 의하여 제한하거나 인정하지 아니할 수 있다.)과 같이 별도의 명문규정이 있어야만 노동기본권의 일부 제한의 정당성을 인정받을 수 있다. 할 것입니다.

그렇다면,

### III. 위헌성

□ 현행 공무원노조법은 대한민국 헌법을 어떻게 훼손하고 있는지 살펴보



겠습니다.

○ 편향된 입법권자가 마음대로 단결권을 쪼개고, 단체교섭권을 쪼개서 선심 쓰듯 하나씩 던져 주며 핵심적인 조각은 규제해 왔습니다. 기본권 제한의 일반원칙인 필요성의 원칙, 비례성의 원칙, 상당성의 원칙, 보충성의 원칙은 깡그리 무시되고 있는 위헌성이 있습니다.

○ 그래서, 공무원노조법은 노동기본권을 보장하는 법이 아니고, 노동기본권을 규제하는 법이라는 오명을 듣고 있는 것입니다.

○ 우리 헌법은 노동기본권의 주체를 제한할 수 있다는 것이지, 공무원 근로자에게 입법권자가 임의로 기본권의 본질을 난도질하여 제한할 수 있다는 것이 아님을 오늘 이 자리를 빌려 분명히 밝히고자 합니다.

○ 노동기본권인 노동 3권은 상호 유기적이면서 보충적인 불가분의 기본권인데, 입법권자는 이를 각자 독립적이고 개별적인 권리로 구분하고, 또 다시 단결권을 쪼개고 단체교섭권을 쪼개고, 단체행동권을 몰수함으로써 헌법상 기본권을 제한하고 있는 현행 공무원노조법은 입법 재량권을 오남용하여 우리 헌법에 규정된 공무원 근로자의 노동기본권을 심각하게 침해하고 있다는 것입니다.

○ 이제 공무원 근로자의 노동기본권도 위헌적 법률로 규제하고 통제할 것이 아니라, 시장원리에 따라 합리적으로 통제되고 자생할 수 있는 작동기제를 만들어야 하는 것이 이 시대의 정신이고 추구하여야 할 가치임을

감히 주장하고 싶습니다.

□ 입법권자의 입법 부작위 위헌성(정치적 프레임에 의한 위헌성)에 대해 지적하고자 합니다.

○ 지금까지 입법권자나 위정자들은

- 국민세금으로 봉급 받는 공무원에게 단체행동권을 쥐서는 안 된다.라는 위헌적 프레임을 덧 쉬워 국민여론을 조성해 왔습니다.

- 이로 형성된 프레임을 기화로 단결권을 쪼개고, 교섭권을 쪼개고, 단체행동권을 몰수해 왔던 것이 현실이었습니다. 이는 권력자와 입법권자의 이해관계만 중시되었을 뿐 국민전체의 이익을 위해 존재하는 공무원의 존재가치와 국민의 올바른 판단 여지는 정치적 프레임에 의해 왜곡되었기에 위헌적 법률이 입법화될 수 있는 환경이 조성되었던 것입니다.

○ 그러나, 이러한 왜곡된 정치적 프레임도 이제 한계에 직면하였음을 직시하여야 할 때가 되었습니다.

- 개발지상주의가 지배하던 시대에는 가능하였으나, 정의와 공정의 가치가 성숙된 현 시대에서는 분명한 한계점에 직면했다는 사실을 밝히고 싶습니다.

- 이미, 국민의 공복이라는 프레임은 구시대적 사고가 되어 가고 있습니다. 본인이 재직 중인 대구교육청을 예로 들면, 2,500여 명의 지방공무원과 10,000여 명의 교육공무직이 한 조직 내에서 다 같이 국민의 세금으로

봉급을 받고 있다는 현실이 이를 증명하고 있다.

- 노동 3권중에 노동 1권도 제대로 보호받지 못하는 현실과 노동 3권을 온전히 누리며 공직사회를 변화시키려는 조직이 혼재하고 있다는 사실은 더 이상 세금으로 봉급 받는 근로자, 국민의 공복이라는 정치적 프레임으로 공무원과 교원의 노동기본권을 제한할 수 없을 것이다. 라는 논거를 제공하고 있습니다.

□ 나아가, 입법권자의 부작위 위헌에 따른 정치·경제·사회적 비용을 따져 보겠습니다.

○ 국민의 공복이란? 임용권자나 권력에 충성하는 것이 아니라, 주권자인 국민 전체의 이익을 위해 충성하는 것을 의미하는 것입니다.

○ 지난 과거를 돌이켜 보면, 공복의 진정한 의미를 오인하여 임용권자나 권력에 기대어 자신의 욕구를 충족시키려한 오만한 일부 공직자들에 의해 우리는 국가적으로 엄청난 혼란과 함께 국민에게는 막대한 비용을 부담시키는 일이 비일비재 했던 사실에서 시대적 교훈을 찾아야 합니다.

○ 하위직 수사관 1명의 양심선언으로 인해 온 국민이 촛불을 들고 거리로 나오는 계기가 되었고, 부덕한 기관장 1명이 계기가 되어 공공기관의 부패행위가 적나라하게 표출됨으로써 전 국민의 분노를 야기하고 선량한 시민들의 가슴을 찢어 놓는 결과를 지켜보고 있습니다.

○ 이는, 공직 내부에 자정·정화시스템의 부재에서 적폐가 싹틀 수 있는 토양이 형성되었고, 임용권자나 권력자에 기대어 자신의 욕구를 충족시킬 수 있는 환경을 방치한 입법권자의 부작위 위헌성에 그 원인이 있다고 진단합니다.

#### IV. 개선방안

□ 공무원 노동조합이 자정·정화시스템의 중추 역할을 수행할 수 있습니다.

○ 태평양을 향해하는 배가 흔들림 없이 평온할 수만은 없습니다. 공무원 노동조합 활동이 항상 국민 전체의 이익에 부합할 수도 없을 것입니다.

○ 그러나, 합리적 갈등은 조직을 건강하게 만들 수도 있듯이

○ 이제, 공무원노동조합도 시장원리에 따라 존재가치가 올바르게 설정될 수 있도록 하여야 할 것입니다. 국민의 격려와 질타라는 수요와 공급의 원리에 따라 공무원노조가 자생력을 가질 수 있도록 지혜를 모을 때라고 생각합니다.

○ 아울러, 더 이상 편향된 정치프레임에 갇혀 국민도 속이고 공무원도 속이는 위헌적 입법행위는 지양되어야 할 것이라 생각합니다.

○ 감사합니다.

## 토론문

### - 교원의 시급한 정치·노동기본권 개선방안 -

이 장 원 (교사노동조합연맹 사무총장)

#### ■ 시급한 정치기본권 개선 방안

정태호 교수의 ‘공무원 정치활동 금지의 문제점과 개선방안’에 대한 발제와, 정필운 교수의 ‘교원의 정치적 기본권 제안, 쟁점과 과제’에 대한 발제는, 교원과 공무원의 정치적 자유 제한이 얼마나 촘촘한지, 그리고 그 촘촘한 정치적 자유 제한이 얼마나 모순도된 허구적 논리로 뒷받침 되어 왔는지를 여실히 드러내는 훌륭한 발제였다고 봅니다.

두 분께서 꼼꼼히 짚어주신, 교원, 공무원의 정치활동 금지의 위헌성에 대한 논리가 헌법재판소에서도 인용되어 교원과 공무원이 정치적 금치산자에서 해방되는 날이 빨리 왔으면 합니다.

이와 관련하여 교원의 정치적 자유 확대를 위해서는 단계적 접근이 현실성 있다는 정태호 교수의 제안에 상당한 일리가 있다고 생각하면서 우선적으로 해결되었으면 하는 것 몇 가지를 말씀 드리고 싶습니다.

첫째는 교원의 노동조합의 정치활동 금지 문제가 해결되어야 합니다.

현재의 교원노조법 제3조는 ‘교원의 노동조합은 어떠한 정치활동도 하여서는 아니된다’고 규정하고 있습니다.

현행 교원노조법은 정치적 자유를 가진 교원인 대학교수의 노조 결성과가

입을 허용하고 있고, 교원 신분이 아닌, 따라서 정치적 자유를 가지고 있는 ‘교원이었던 자’의 노조 가입을 허용하고 있습니다. 그러면서 교원노조에 대해 모든 정치활동을 금지시키는 것은 상식적으로 이해할 수 없는 모순으로 위헌성이 다분합니다.

두 분 발제에서 보듯 유·초·중등 교원의 정치활동은 공직선거법, 정당법, 국가공무원법, 교육공무원법, 정치자금법 등 다른 법률에 의해 금지되고 있고, 그것도 중대 범죄 이상의 강력한 처벌을 받을 정도로 제한되고 있습니다. 그런데 교원노조법에서 다시 교원의 노동조합에 대해 일체의 정치활동을 금지한 것은 전형적인 과잉금지입니다.

그리고 이 규정은 정부나 정당의 정책 정강이 교원의 근무조건 등 교원의 권익을 침해하고 교원의 사회경제적 지위 하락을 가져올 때 이를 비판하고 개선을 요구하는 행위까지 제한할 수 있다는 점에서 노동조합의 활동에 대한 과도한 규제이며, 일반 노동조합에 대한 규제와 비교할 때 심각한 차별이기도 합니다.

또한 ‘일체의 정치활동’이라는 표현은 그 의미 해석이 고무줄처럼 해석될 수 있다는 점에서 ‘명확성의 원칙’에 반해 위헌성을 갖는 측면도 있습니다.

따라서, 교육공무원법 등에서의 교원에 대한 정치활동 금지의 위헌성 여부와 별개로 교원노조의 일체의 정치적 활동을 금지하도록 한 교원노조법 제3조는 즉각 폐지되어야 합니다.

**둘째로, 유초중등교원의 교육감 선거 출마 자격 제한 문제가 해결되어야 합니다.**

정필운 교수께서 지적했듯이 공직 선거 출마에 대학교원과 유초중등교원을 차별하는 것도 합리성을 띠고 있지 못하지만, 정당인 등 정치인의 출마를 금지하고 있는 교육감 선거에까지 유초중등교원의 출마 자격을 박탈하고 있는 공직선거법은 더욱더 합리성이 없다고 할 것입니다. 특히 유초등교육을 관장하는 교육감의 경우 유초중등교원이 더 그 직무를 잘 수행할 가능성이

높다고 할 수 있다는 점에서, 유초중등교원의 출마 자격을 박탈은 상식적으로 이해할 수 없는 차별이라 아니할 수 없습니다.

**셋째는 교원의 정치후원금 금지가 해제되어야 합니다.**

정필운 교수께서 말씀하셨듯이 유초중등교원의 정당 가입을 금지하는 것은 별론으로 하더라도 후원인이 되어 특정 정치인을 후원하는 것조차 금지하는 것은 과도한 규제입니다. 교사도 교육자의 일원으로서 또 시민의 일원으로서 특정 정치인 또는 정당을 후원하여 교육을 위한 정책과 입법 또는 자신의 권리 향상을 위한 정책과 입법 추진을 요구하고 이를 수행할 있도록 하는 정도의 권리는 부여되어야 합니다.

## ■ 시급한 노동기본권 개선 방안

공무원 및 교원의 노동기본권 제한과 그의 실질적 보장 문제 대해서는 정영훈 한국노동연구원 연구위원께서 잘 정리해주셨습니다.

이와 관련하여 저는 교원의 노동기본권 제한과 관련하여 우선적으로 해결되어야 할 것 몇 가지를 말씀드리고자 합니다.

**첫째, 시행령으로 교원노조의 교섭권을 제한하는 위헌성 문제가 해결되어야 합니다**

일반노동조합법은 교섭창구 단일화 절차와 방법 등에 대하여 법에 자세한 내용을 담고 있는 데 반해, 교원노조법에서는 교섭창구 단일화의 절차와 방안을 시행령에 위임하고 있습니다. 이는 위헌적입니다.

노동조합의 교섭권은 헌법에서 규정하고 있는 노동자의 기본권입니다. 권리의 제한, 특히 기본권의 제한은 법률로 이루어져야 합니다. 따라서 교섭창구 단일화를 강제하면서 그 절차를 시행령에 위임한 것은 위헌적이며 부당합니다.

그리고 교섭창구단일화를 조합원수에 비례하여 하도록 하고 있는 교원노조법 시행령은 노동조합의 자주성을 심각하게 훼손하며, 교원의 노동조합 가입을 심하게 위축시킬 소지가 있습니다. 사용자에게 교섭 편의를 제공하기 위하여 노동조합의 중요한 정보는 물론 조합원의 개인정보까지 노출하게 하는 제도이기 때문입니다.

따라서 교사노조연맹은, 교섭대상 노동조합이 많아 교섭창구 단일화가 불가피하다면, 위와 같이 노동조합과 조합원에게 불이익을 주는 그런 불합리한 문제를 해결하면서 노동조합 활성화를 촉진하는 방법으로서, 노동위원회에서 조합원수를 확인하는 방법이 아니라 교섭을 요구하고 교섭안을 제출한 노동조합들에 대해 전체 조합원이 투표를 통해 교섭위원수를 결정하는 ‘조합원 투표에 의한 창구단일화 방안’을 제안하고 있습니다.

이 경우 복수노조 가입자에 대해 이를 확인하여 1/2, 1/3식으로 복잡하게 계산하는 ‘낭비적 행정 낭비’ 문제도 해결할 수 있고, 노동조합 간 선의의 경쟁 강화로 노동조합이 활성화되는 효과도 거둘 수 있습니다.

**둘째, 유·초·중등 사립교원의 사실상의 단체교섭권 박탈 문제가 해결되어야 합니다.**

20년 교원노조법 역사에서 유·초·중등 교원의 사립 단체교섭이 거의 불가능하였습니다. 유·초·중등 사립교원은 시도단위 또는 전국단위로만 노동조합을 만들 수 있고, 유·초·중등 사립 교원의 노동조합이 단체교섭요구 시 사립학교설립경영자가 시도단위 또는 전국단위로 연합하여 교섭에 임하게 한 법 규정 때문입니다.

단위학교에 대한 구속력을 갖고 있는 시도단위 또는 전국단위 사립학교설립경영자의 연합체가 존재하지 않는 상황에서, 임용권자도 아닌 그 연합체와 단체교섭을 하도록 한 것은 사실상 사립 교원의 단체교섭권을 박탈하고 있는 것이나 다름 없습니다.

개정된 교원노조법이 대학 사립학교 교원에게 학교별 노동조합 결성권과



단체교섭권을 인정하고 있듯이, 유·초·중등 사립교원도 대학교원과 마찬가지로 학교별 단체교섭이 허용되어야 합니다.

또한 사립교원의 교육부장관과 시도교육감과의 교섭권을 인정하고, 유초중등교원의 노동조합이 맺은 단체협약이 사립교원에게 적용될 수 있도록 이를 법에 명문화해야 합니다. 지금 교육부나 노동부 등은 교원의 노동조합이 교육부장관 및 시도교육감과 맺은 단체협약이 사립교원에게는 적용되지 아니한다고 해석하고 있습니다. 이는 사립교원이 교육공무원에 준하는 대우를 받고 있다는 이유로 노동기본권과 정치기본권을 제한하는 것을 합리화하는 논리와 모순되는 법 해석입니다. 사립교원은 교육공무원에 준하는 처우를 받기 때문에 당연히 사립교원은 교육부장관 및 교육감과 교섭할 권한이 주어져야 하며, 교원의 노동조합이 교육부장관 및 교육감과 맺은 단체협약은 사립교원에게도 적용되어야 합니다.

셋째로 교원노조에 근로시간 면제제도 적용 배제 문제가 해결되어야 합니다.

교원노조법 제14조는 노동조합법 제24조 및 제24조의2의 적용을 배제하여, 교원노동조합에 대하여 근로시간면제를 받을 수 없도록 하는 차별 조항을 그대로 유지하게 하고 있습니다.

근로시간면제 제도는 사용자가 부담하여야 할 노무관리 업무의 일부를 노동조합이 대항하는 측면이 인정되어 도입된 제도입니다.

교원의 노동조합은 이번 코로나-19 위기 상황에 대한 대처에서 확인되듯이 교육부와 긴밀한 협의를 통해 교육부가 행해야 할, 학교 현장 교원의 의견 수렴 및 고충 처리 등의 노무관리 역할을 상당부분 담당하고 있는 바, 여타 노동조합과 마찬가지로 근로시간면제 제도의 혜택을 누릴 권리를 갖고 있습니다. 교원노조에 대해서만 근로시간면제제도를 적용 배제하는 것은 위헌적 차별입니다.

## 붙임. 교원·공무원노조 근로시간면제 제도 도입의 당위성

### 1. 교원과 공무원 노동조합에만 근로시간면제를 적용하지 아니하는 것은 위 노동조합 조합원에 대해 헌법에서 금지하고 있는 차별임

○ 헌법은 ‘모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.’(헌법 제11조제1항)고 규정하고 있는 바, 교원과 공무원의 노동조합에 대해서만 근로시간 면제제도를 적용하지 아니하는 것은, 교원과 공무원 노동조합 조합원에 대해 헌법에서 금지하고 있는 차별임.

○ 헌법 제33조제2항은 ‘공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다’고 규정하여, 공무원인 근로자에 한하여, 단결권, 단체교섭권, 단체행동권의 부여 문제를 법률로 정할 수 있도록 하고 있지만, 근로시간면제제도는 단결권이 부여된 노동조합 조합원의 노동조합 활동과 관련된 내용으로 단결권에 관한 사항이 아니므로, 법률로 이의 적용을 배제하는 것은 부당한 것임.

### 2. 근로시간면제 제도 도입 취지로 볼 때, 교원과 공무원 노동조합에만 이 제도의 적용을 배제할 합리적인 이유가 없음

○ 근로시간 면제제도는 근로자의 고충처리, 산업안전 활동 등의 업무와 합리적인 노사관계 발전을 위한 노동조합 유지 발전을 위한 업무를 위해 도입되었음

· 노동조합법 근로시간면제제도 도입 취지 : 2010년 노동조합법 개정 이유  
“노동조합의 전임자 급여의 사용자 지급 금지 원칙 하에 예외적으로 임금의

손실 없이 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등과 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무를 할 수 있도록 함으로써 합리적인 노사관계가 산업현장에 정착되도록 하려는 것임.”

· 노동조합법의 근로시간면제도 규정 : 노동조합법 제24조제4항

“제2항에도 불구하고 단체협약으로 정하거나 사용자가 동의하는 경우에는 사업 또는 사업장별로 조합원 수 등을 고려하여 제24조의2에 따라 결정된 근로시간 면제 한도를 초과하지 아니하는 범위에서 근로자는 임금의 손실 없이 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 등이 법 또는 다른 법률에서 정하는 업무와 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무를 할 수 있다.”

○ 헌법재판소는 근로시간면제도가 사용자의 노무관리업무를 담당하는 것에 노동조합의 순기능적 측면을 인정해 도입한 것이라 함.

· 사용자의 노조전임자 급여 지급의 역사성 인정 : 2010헌마606

“기업별 노동조합이 주를 이루어온 우리나라의 노동환경에서, 사용자의 입장에서는 근로자 중에서 사용자의 노무관리업무 중 일부를 대행할 사람이 필요하고, 근로자의 입장에서 사용자와 대립적인 입장에서 조합원을 대표하여 노동조합의 업무만을 책임지고 담당할 사람이 필요하기 때문에, 기업 내에 노조전임자를 두고 이들의 급여를 사용자가 부담하는 노조전임자 제도가 안정된 노사관계의 형성 및 유지를 위한 노사 관행의 일부로 존재해 왔다.”

· 근로시간면제제도의 도입 취지 : 010헌마606

“노동조합의 업무만 담당하는 노조전임자가 사용자로부터 급여를 지급받는 것은 노동조합의 자주성이라는 측면에서 불합리한 노사관행으로 그 시정

의 필요성이 있었으나, 한편 사용자의 노무관리업무를 담당함으로써 안정된 노사관계 형성에 기여한다는 노조전임자 제도의 순기능적 측면을 고려하여, 노동조합 활동을 일정 수준 계속 보호·지원해야 할 필요성에서 위와 같은 ‘노조전임자 급여의 원칙적 금지, 예외적 근로시간면제 한도 허용’이라는 구조를 수용한 것이다.”

○ 교원의 노동조합과 공무원의 노동조합은, 일반노동조합과 마찬가지로, 사용자의 노무관리업무를 담당하여, 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 및 건전한 노사관계 발전을 위한 노동조합의 유지·관리업무를 수행하고 있음.

○ 따라서 교원과 공무원 노동조합에만 근로시간면제를 적용 배제할 합리적인 이유가 없으며, 이의 적용을 배제하여, 사용자가 부담하여야 할 사용자와의 협의·교섭, 고충처리, 산업안전 활동 및 건전한 노사관계 발전을 위한 활동에 대한 비용을 노동조합 조합원이 부담하게 하는 것은 오히려 역차별임

3. ILO협약에 따르면 노동조합전임자 급여 지급 문제도 법으로 금지할 사항이 아니라 권고하고 있는 바, 교원·공무원노조의 근로시간면제 제도 도입을 법으로 금지하는 것은 정부의 ILO협약 비준 취지에 어긋남

○ ILO는 1998년부터 최근까지 여러 차례에 걸쳐 노조전임자에 대한 사용자의 급여지급 사항은 입법적 개입 대상이 아니며 노사 당사자들이 그에 관하여 자유롭게 자주적인 교섭을 할 수 있도록 결사의 자유 원칙에 따라 신속하게 문제를 해결할 것을 우리 정부에게 권고하였고, 이에 따라 정부와 국회는 2021년 노조법에서 전임자 임금 금지 조항을 삭제함.

○ 근로시간면제 제도는 ILO가 폐지를 권고한 노동조합 전임자 급여 지급가 존속하는 상황에서도 법적으로 존치되고 있었는 바, 일부 노동조합에 한해서라도, 근로시간면제 제도의 도입을 법적으로 금지하는 것은 정부가 추진하는 ILO협약 비준 취지와 상반되는 것임. 따라서 정부는 교원의 노동조합과 공무원의 노동조합에 대해 노동조합법상의 근로시간면제 제도 적용을 배제하는 법 규정을 개정할 필요가 있음.

#### 4. 현행 노동조합법상 근로시간면제제 적용은 사용자의 동의가 필요 조건인 바, 이를 원천 금지하는 것은 노동조합의 권리에 대한 과잉금지임

○ 노동조합법 제24조제4항은 “제2항에도 불구하고 단체협약으로 정하거나 사용자가 동의하는 경우에는 사업 또는 사업장별로 조합원 수 등을 고려하여 제24조의2에 따라 결정된 근로시간 면제 한도를 초과하지 아니하는 범위에서 근로자는 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.”고 규정하여, 근로시간면제 제도는 사용자의 동의가 있을 경우에 적용될 수 있게 하고 있음

○ 현행 노동조합법상 근로시간면제 제도 적용이 사용자의 동의가 필요 조건임에도 유독 교원과 공무원의 노동조합에 대해서는 이의 적용을 원천 금지하는 것은 노동조합의 권리에 대한 과잉금지임

#### 5. 교원·공무원 노동조합에 대한 근로시간면제 제도 도입 배제는, 이 제도의 도입 역사성을 간과한 역차별이며, 눈속임 법 개정의 결과임

○ 전임자 임금지급 조합은 1997년 노사정합의에 의해 당시 노동조합법 개정의 핵심적 쟁점인 복수노조 허용과, 교섭창구 단일화, 전임자 임금 지급

금지 문제를 연동하여 3년 유예하는 조건으로 노동조합법에 도입되었음

그리고 1998년 노사정 합의로 교원노조를 허용하기로 하면서, 복수노조 허용과, 창구단일화, 전임자 임금 지급률 교원노조에 선 적용하기로 하면서 이들 복수노조를 허용하고 창구 단일화를 강제하며 전임자 임금 지급을 금지하는 조항이 들어간 교원노조법이 제정되었음

○ 2005년 ‘공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률(이하 공무원노조법)’이 제정되면서 교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률‘을 준용하여 복수노조 허용과 노조전임자 임금 금지 조항이 적용됨.

○ 일반 노동조합에 대한 복수노조 허용과 노조전임자 임금 지급 금지 조항의 적용 유예가 2010년까지 3차례에 걸쳐 적용이 유예되며, 교원의 노동조합은 계속하여 전임자 임금 금지 조항의 불이익을 받아옴.

○ 2010. 1. 1. 노동조합법 개정시, 노조전임자 임금지급 금지와 복수노조 허용 유예조항을 삭제('노조전임자 임금지급 금지' 유예 2010년 7월 1일까지, 복수노조 허용 유예 2011년 7월 1일까지)하는 대신, 노조전임자와 구별되는 개념으로 임금 손실 없이 노동조합의 유지 관리 업무를 하는 ‘근로시간 면제’를 도입함(노동조합법 24조4항 신설).

○ 2010.3.17. 정부와 국회는 어려운 용어를 쉬운 우리말로 풀어 써 국민의 언어생활에도 맞는 법률이 되도록 법을 개정한다면서, 교원노조법과 공무원노조법에 노동조합법 ‘24조의2’ 적용배제 조항(교원노조법 14조2항, 공무원노조법 17조3항)을 슬쩍 끼워 넣어 개정함.

○ 2021년 ILO 협약 비준을 위해 노동관계법을 개정하면서 노동조합법에서 전임자 임금지급 금지 조항 자체가 삭제되고, 근로시간면제제도는 존속

되었으나, 교원노조법에서는 전임자 임금지급 금지와 근로시간면제에 적용 배제가 그대로 존속됨.

○ 위와 같은 과정에서 교원의 노동조합과 공무원의 노동조합이 근로시간면제제도를 적용 받지 못하게 되었는데, 이는 1997년 노사정 합의 정신과 상충되는 것임.

1997노사정 합의는 노동조합법에 복수노조 도입과 전임자임금지급 금지를 도입하며 그를 3년 유예하는 대신 교원노조법에는 이를 먼저 도입하기로 한 것인데, 이후 2010년 노동조합법에 교원노조처럼 복수노조가 도입되고, 전임자임금 지급 금지 유예조항이 사라지는 대신 근로시간면제제도가 도입되었으므로 교원노조법과 그에 준해 제정된 공무원노조법에는 근로시간면제제도가 적용될 수 있어야 함이 마땅함.

## 토론문

### - 공무원·교원 노조법의 위헌성과 제도개선방향 -

유 정 업 (한국노동조합총연맹 정책2본부장)

#### 1. 머리말

- 「교원의노동조합설립및운영등에관한법률」(제정 1999. 1. 29, 시행 1999. 7. 1. ‘교원노조법’이라 함)이 시행된 지 22년, 「공무원의 노동조합설립 및 운영 등에 관한 법률」(제정 2005. 1. 27, 시행 2006. 1. 28. ‘공무원노조법’이라 함)이 따라 시행된 15년이 되어가고 있음.
- 최근(2020. 12. 9) 노조법 및 공무원노조법, 교원노조법의 일부 개정과 함께, 2021. 2. 26. 결사의 자유에 관한 협약(제87호, 제98호), 강제노동금지에 관한 협약(제29호) 비준동의안이 국회에서 의결되었고, 조만간 정부가 ILO에 관련 협약비준서를 기탁하면 1년 후 협약이 발효될 예정임.
- 한국노총은 2021. 2. 25. 공무원노조법에 대한 헌법소원 심판청구를 제기한데 이어 교원노조법에 대한 헌법소원 청구를 조만간 제기할 예정임.
- 2021년 개정 공무원노조법과 교원노조법은 공무원 직급에 의한 노조가입 제한을 삭제하고, 조합가입 범위를 규약으로 정하도록 하는 한편 소방관의 조합가입도 허용됨
- 여전히 공무원의 직무에 의한 조합가입을 제한함으로써 직급에 따른 노조가입 근거조항이 삭제되었음에도 노조가입 대상이 종전과 거의 다를 바 없게 되었고, 법령과 예산에 관한 사항에 대한 단체교섭 제한, 쟁의권 금



지는 여전히 유지함.

- 또한 △공직선거법, 국가공무원법·지방공무원법, 정당법, 정치자금법으로 공무원·교사의 정치적 기본권을 과도하게 제한 △공무원노조법과 교원노조법에서도 공무원노조 및 교원노조의 정치활동을 포괄적으로 금지하고 있음.
- 국회의 동의를 거쳐 이루어진 우리정부의 ILO 핵심협약 비준은 헌법상 노동3권의 실질적 구현, 국제노동기준에 부합하는 제대로 된 노동기본권 보장을 실현해야 책무가 생기는 것이며, 국내 노동법, 제도 및 관행에도 변화가 불가피함.
- 한국노총은 현행 공무원노조법 및 교원노조법의 위헌성에 대한 문제제기와 함께 ILO 기준에 위배되는 법과 제도, 관행을 개선하는 측면에서 공무원노조법 및 교원노조법의 입법적 개선방향을 촉구하는 바임.

-

## 2. 공무원·교원 노조법의 문제점 및 개선방향

### 1) 공무원·교사의 정치적 기본권 및 관련 노조의 정치활동 금지

#### □ 현행 법률의 문제점

- 공무원노조법 제4조(정치활동의 금지)는 “노동조합과 그 조합원은 정치활동을 하여서는 아니된다.”고 규정
- 교원노조법 제3조(정치활동의 금지)는 “교원의 노동조합은 어떠한 정치활동도 하여서는 아니된다”라고 규정
- 공직선거법, 국가공무원법·지방공무원법, 정당법, 정치자금법에서도 공무원·교사의 정치적 기본권을 이중·삼중으로 과도하게 제한
  - 공무원노조법 제4조나 교원노조법 제3조는 공무원노조와 조합원의 정

치적 의사표현의 자유를 과도하게 제약되는 방향으로 해석될 여지가 있음.

- 국가공무원법 제65조와 제66조는 공무원의 정치활동과 공무원외의 집단 행위를 금지하고, 국가공무원복무규정 제27조와 공직선거법, 정당법, 정치자금법 등의 정치관계법에서는 공무원의 정당가입, 선거관여행위, 정치자금후원 등의 정치활동을 제한함.
- 이와 같은 정치활동 뿐만 아니라 공무원노조원의 집회참가와 시국선언 등과 같이 정치적 표현의 자유가 문제되고 있음.<sup>116)</sup> 법원은 공무원 및 공무원노조의 정치활동은 공무원의 정치적 중립성(헌법 제7조 제2항)과 국가공무원법 등에 위반되고, 또 집회참가는 국가공무원법 제66조의 공무원외의 집단행위 금지에 위반된다고 함.
- 시국선언 사건 이후 정부는 공무원의 집단적 의사표현과 관련하여 「공무원복무규정」을 개정하여(개정 2009.11.30 대통령령 제21861호), “공무원은 집단·연명으로 또는 단체의 명의를 사용하여 국가의 정책을 반대하거나 국가정책의 수립·집행을 방해해서는 아니 된다”는 규정을 신설하였음(제3조 제2항).

#### □ ILO의 기준과 입장

##### ○ 정치활동 금지에 대한 ILO결사의자유위원회 판단<sup>117)</sup>

- “공무원노조의 정치활동을 금지한 공무원노조법 제4조와 관련하여, 위원회는, 일체의 정치활동에 노조가 관여하지 못하도록 하는 일반적 금지는 결사의 자유 원칙에 부합하지 않을 뿐만 아니라 실제에 있어서도 비현실적이라는 점을 상기한다. 따라서 위원회는 공무원노조가 그 조합원의 이익에 직접적인 영향을 미치는 광범위한 경제적 및 사회적 정책

116) 정부(행정안전부)는 전교조의 시국선언(2009.5) 이후에 시국선언과 관련된 신문광고 등을 이유로 3개 공무원노조 위원장 등 16명을 형사고발하고 105명의 징계를 요구하였다.

117) ILO 결사의자유위원회, 제346차 보고서, paras. 749-750.

에 관하여 공개적으로 자신의 의견을 표명할 가능성을 보장하도록 요청한다.”

□ 개선방향

- 공무원-교원노조의 정치활동 금지조항 삭제 및 합리적 범위조정
  - 공무원·교원의 지위를 이용하여 공직선거에 영향을 미치는 행위 등을 제외한 공무원 및 교원의 정치적 의사표현 자유 및 정치기본권이 제약되지 않도록 명확하게 금지되는 정치활동의 범위를 규정하여야 함.
  - ※ 2020.4.23. 헌법재판소는 「국가공무원법」, 「정당법」 상 교원의 정당 가입제한은 합헌으로, 정당외 정치단체 결성과 가입제한은 위헌으로 결정함. 즉, 교원의 정당가입은 여전히 금지되지만 정당 외 정치단체에 대해서는 가입·결성금지는 명확하지 않은 제한이 되어 위헌이라고 함. 본 결정은 교원의 정치단체에의 가입이나 결성을 포괄적으로 금지하는 것을 위헌으로 확인한 의의가 있음.
- 공무원-교원노조의 조합활동을 제약할 가능성이 있는 40여개의 법령에 산재되어 있는 공무원·교원의 법령상 의무에 관하여 재검토도 요구됨.

2) 공무원·교사의 노동기본권 보장을 위한 개선과제활동 금지

□ 현행 법률의 문제점

- 2021년 개정 공무원노조법은 공무원 직급에 의한 노조가입 제한을 삭제하고, 조합가입 범위를 규약으로 정하도록 하는 한편 소방관의 조합가입 허용, 교원노조법의 경우도 조합가입 범위를 규약으로 정하도록 함.
- 직급에 따른 노조가입 근거조항이 삭제되었으나 공무원의 직무에 의한 조합가입을 제한함으로써 실질적으로 노조가입 대상이 종전과 거의 다를 바 없게 되었고, 법령과 예산에 관한 사항에 대한 단체교섭 제한, 일

체의 쟁의권 금지는 여전히 유지함.

□ ILO의 기준과 입장

- (단결권) ILO 결사의 자유위원회는 “그 업무에 관계없이 5급 이상, 6급, 7급 공무원, 소방관, 교정직 공무원, 지방공무원, 근로감독관을 포함한 모든 공무원에 대하여 자신의 이익을 옹호하기 위한 자신의 단체를 설립할 권리를 부여할 수 있도록 공무원노조법 및 그 시행령에서 결사의 자유에 관한 적용제외를 검토할 것을 정부에 대하여 다시 한 번 요청한다.”라고 거듭 권고해 옴.
- (단체교섭 및 단체협약) 국가운영의 권한이 없는 공무원은 예산 또는 법령의 제약보다는 단체교섭이 우선되어야 함. 국가운영에 대한 권한이 있는 공무원은 제한이 가능하지만, ① 급여 관련 상한과 하한을 정하는 것, ② 예산 총액 범위 내에서 협의하도록 하는 것, 또는 ③ 교섭에 예산 당국이 참가하는 것이 허용되어야 함. 법령·예산과 관련되는 것이라고 하더라도 협약 이행을 확보하기 위한 조치를 강구해야 함. 공공기관에 의해 이미 체결된 단체협약의 이행을 저지하거나 제한하는 방식의 공적 당국의 재정상 권한 행사는 자유로운 단체교섭 원칙에 부합하지 않음
- (단체행동권) 공무원노조법상 파업권의 제한은 국가의 이름으로 권한을 행사하는 공무원 및 엄격한 의미에서의 필수서비스에 종사하는 자로 제한된다는 것을 보장하도록 요청함.

□ 개선방향

- 노조 가입 범위
  - 직급에 따른 노조가입 근거조항이 삭제되었으나 공무원의 직무에 의한 조합가입을 제한함으로써 실질적으로 노조가입 대상이 종전과 거의 다를 바 없게 되었음.

- 현행 공무원노조법의 과도한 제한을 해소하기 위해서 일반노조법상 ‘사용자’, ‘사용자의 이익대표자’ 개념에 의거한 해결이 바람직하다고 봄.
- 일반 노조법 제2조 제4호의 “사용자” 또는 “사용자의 이익을 대표하여 행동하는 자”의 기준에 있어서, 여기서 보통 사용자의 이익대표자는 노동조합에 가입하여 조합원으로서 행하는 업무와 본인이 담당하는 업무가 서로 충돌하는 지위에 있는 자를 의미하며, 보통 노동조건 사항에 대하여 구체적인 결정권이 있는 자를 의미하는 것으로 해석됨.

○ 노조의 설립단위 : 노조설립 자유원칙에 부합해야 할 것

- 국가공무원의 경우 전국단위, 지방공무원의 광역단위로 노조설립원칙을 제시하는 것 자체가 노조설립 자유원칙에 부합하지 않기 때문에 이에 관한 규정을 별도로 두지 않는 것이 바람직하지 않음.
- 다만, 현행법은 공무원 임명권 및 그 근무조건 결정권을 보유하고 있는 기관단위를 고려하여 노조설립의 최소단위를 정하고 있다고 보이나 이 역시 노사자율에 맡겨야 할 사항임.

○ 노동조합에 대한 편의제공(노조전임자 및 근로시간면제 제도)

- 노조전임자를 인정할 것인지 여부나 노조전임자의 대우를 어떻게 할 것인지 하는 점은 원칙적으로 노사가 자주적으로 단체교섭을 통해 결정할 문제이고, 이를 법률이 일방적으로 강제할 성질의 것은 아님.
- ILO 제151호 협약(공공부문 단결권보호 및 고용조건 결정절차)에 따르면, 노동조합의 대표자에게는 근무시간 중이나 근무시간 외에 그 직무를 신속하고 효과적으로 수행할 수 있도록 적절한 편의제공이 보장되어야 하지만, 이러한 편의제공에 의해 관련 행정이나 서비스의 효율적 운영이 저해되어서는 아니 되고 편의제공의 종류와 범위는 단체교섭이나 기타 적절한 방법에 의해 결정가능하다고 규정

- 현행 공무원노조법 및 교원노조법은 노조전임자 부분이 노사자율 교섭에 원칙에 따라 결정되지 않을 뿐만 아니라 근로시간면제제도 조차도 일반 노조법을 준용할 수 없도록 하고 있음.
- 현행법이 일반 노조법에 따른 근로시간면제한도를 공무원 및 교원 노동조합에 대해서는 전면적으로 배제해야 할 타당한 근거는 없음.
- 전임자에 대한 근로시간면제 제도의 미적용은 공무원노조의 특수성을 인정하더라도 차별적 대우에 해당한다고 볼 수 있음. 공무원노조의 근로시간면제 제도 도입은 노조활동을 실질적으로 보장하는데 있어 선결과제임.

○ 단체교섭 대상

- 공무원노조법 및 교원노조법은 보수, 근무환경 그 밖의 근무조건에 관한 사항으로 하되 정책결정·조직·인사·예산편성 등 관리 사항을 명시적으로 제외하고 있으나 교섭대상사항과 관련하여 확일적으로 결정할 것이 아니라 근로조건과 관련된 사항, 사회적·경제적 지휘향상에 관한 사항, 공직사회의 민주화에 관한 요구 등에 대해 교섭대상은 실질적, 탄력적으로 판단해야지 확일적으로 제한해서는 아니 됨.
- 공무원노조는 당연히 공무원의 경제적·사회적 지위향상과 근무조건 유지·개선과 관련이 있는 사항에 대해서 결정권이 있는 상대방과 단체교섭을 할 수 있어야 하며, 그와 같은 사항이 정책결정에 관한 사항이나 조직·인사·예산편성 등 관리에 관한 사항이라고 해도 교섭조차도 하지 못하도록 강제하는 것은 타당하지 않음.
- 더구나 사용자 지위에 있는 행정관청이 ‘근무조건과 직접 관련성’이 있는가에 대한 구체적인 기준도 없이 일방적 지침에 따라 ‘① 위법사항, ② 비교섭사항, ③ 부당한 사항, ④ 기타 불합리한 사항’으로 분류하고, 시정명령과 행정지도를 내리는 것은 부당함.

- 정부와 공무원노조간에 합의된 단체협약은 특별히 불가피한 사유가 아니라면 준수되어야 하고, ILO에서도 “일반적으로는 예산상 제약과 관련한 사항에 관한 협의와 관련하여 정부에 대하여, 단체교섭에 중요한 역할이 부여되도록 해야 한다”라고 지적하고 있음.
- 단체협약의 내용이 법령조례 및 예산에 의해 규정되는 내용이라고 해서 단체협약의 효력을 일률적으로 부인하는 것은 타당하지 않으며, 단체협약 합의사항이 존중되도록 제도적 장치마련도 강구되어야 함

○ 쟁의권의 전면적 금지 해소

- 현역군인·경찰공무원·교정공무원·소방공무원의 경우에는 직무의 특수성을 고려할 때 파업권 제한할 수 있으나 일반공무원의 경우에는 쟁의행위 자체를 전면적으로 금지하는 것은 기본권에 관한 과잉침해라고 할 수 있음.
- 노동조합과 그 조합원은 파업, 태업 또는 그밖에 업무의 정상적인 운영을 방해하는 어떠한 행위도 금지되며(제11조), 이를 위반할 경우 5년 이하의 징역 또는 5천 만원 이하의 벌금에 처하게 됨(제18조).
  - ※ 교원의 경우, ‘중재재정’을 따르지 않는 경우에도 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처하고 있음.
- 쟁의행위의 대상·방법·수단·절차 등에 대한 구체적인 판단없이 일체의 쟁의행위를 제한하고, 이를 위반할 경우 형벌에 처하는 것은 과도한 기본권 제한이므로 삭제되어야 함.
- 특히 사립학교 교원에 대한 전면적인 쟁의행위 금지는 과도한 노동기본권 제한에 해당됨.
- 노조법 제38조 제2항과 제42조 제2항에서 쟁의행위 중의 보안작업과 안전보호시설의 가동이 중지되지 않도록 규율하고 있는 것과 마찬가지로, 쟁의행위기간 중이라 하더라도 필수적인 서비스가 중단되지 않도록 규

을하는 방식이 합리적인 해결책이 될 수 있음.

### 3. 마치며

- 공무원·교원노조의 정치적 기본권 보장되고, 실질적인 노조활동이 가능할 때, ‘정권의 공무원’이 아닌 ‘국민의 공무원’이 될 수 있음.
- 권력기관과 관료사회가 권위주의 정권하에서 권력유지를 위한 수단으로 전락하는 것이 아닌 법치행정의 원칙에 따라 법에 충성하며 법을 공정하게 집행하는 본연의 역할에 충실하도록 하기 위해서도 공무원·교원의 정치적 기본권 보장 필요
- 공무원 노동자의 기본권과 노조활동 권리가 보호될 때 공직사회 내부에서 건전한 비판과 문제제기가 가능해져 오히려 공직사회 개혁과 공공성 강화에도 기여할 것임. <끝>



## 토론문

문 성 덕 (한국노총 중앙법률원 변호사)

### 1. 발제 1.2(공무원·교원의 정치적 기본권 제한과 개선방안)에 대하여

정태호 교수님과 정필운 교수님의 공무원·교원의 정치적 기본권 제한에 대한 문제의식과 개선방안에 대하여 전적으로 동의합니다. 특히 헌법소원 등을 통한 헌법해석투쟁이 향후에도 지속적으로 병행되어야 한다는 말씀에 공감합니다. 공무원과 (특히 초중등) 교원 또한 정치적 기본권의 주체인 이상, 공무원의 정치적 중립성·교육의 정치적 중립성을 아무리 강조하더라도 현재와 같이 제한의 영역과 정치활동의 밀도를 가리지 않고 포괄적으로 제한하는 것은 헌법적으로 정당화되기 어렵습니다.

사건으로는 가장 밀도 높은 정치활동인 선거운동의 경우에도 지위를 이용하여 선거에 영향을 미치는 행위가 불가능한 공무원의 경우는 금지하여야 할 필요가 없다고 봅니다. 선거운동에 이르지 않은 단순한 정치적 의사표현이 허용되어야 함은 물론입니다.

정당가입은 정치적 활동을 할 잠재성을 징표하지만 아직 정치활동을 실제

하는 것은 아니라는 점에서 선거운동과는 그 성격이 다르고, 따라서 규율의 형태도 달라야 한다고 생각합니다. 공무원과 초중등교원의 정당가입을 금지하는 현행 법률 규정들이 명백히 헌법에 위반된다고 단언할 수는 없습니다. 그러나 정당가입 금지가 헌법필연적으로 요청되는 것도 아닙니다.

이하에서는 정영훈 연구위원님의 ‘공무원·교원의 실질적 노동기본권 보장 방안’ 발제에 더해 토론자가 최근 노동조합 입장에서 공무원노조법 헌법소원심판을 청구한 사례를 곁들여 나름의 의견을 제시하고자 합니다.

## 2. 헌법 제33조 제2항 관련

헌법 제33조 제2항에서 “법률이 정하는”이라는 의미를 과대하게 해석하여 국회가 법률로써 공무원의 노동3권을 제한할 수 있는 입법재량이 매우 넓다는 취지로 이해하는 경향이 강하고, 그 결과 헌법 제37조 제2항에 따른 과잉금지원칙이 공무원의 노동3권과 관련해서는 형해화되고 있다는 진단에 동의합니다.

그럼에도 불구하고 헌법 제33조 제2항의 문리해석상 노동3권이 보장되는 공무원과 부인되는 공무원의 구분, 그리고 노동3권이 인정되는 경우 노동3권 모두를 보장할 것인가 부분적으로 보장할 것인가에 대한 입법적 형성이 필요하다고 보입니다. 이에 대한 발제자의 의견을 여쭙습니다.

### 3. 노동3권의 법적 성격에 대하여

노동3권의 사회권적 성격을 인정하는 것이 노동3권의 박탈을 정당화하는 논거로 활용되었으며, 기본권 보장의 약화로 이어질 우려가 있다는 발제자의 문제의식에 동의합니다.

다만, 노동자(또는 노동조합)가 사용자와 자유롭게 교섭할 수 있는 상태는 자연적으로 실현될 수 없으며, 노동자가 자유권을 행사하기 위한 조건을 제도적으로 형성하기 위한 헌법적 필요성을 강조하는 측면에서 노동3권의 성격을 사회권으로 보는 시각<sup>118)</sup>이 존재합니다. 이에 대한 발제자의 의견은 어떠신지요.

### 4. 전임자의 지위에 대하여

공무원 신분인 전임자에게 타임오프제도를 적용하는 것이 공익과 충돌한다고 생각하는 것은 법규범적인 타당한 근거 없이 소위 국민감정을 빌미로 공무원의 노동3권을 부당하게 제한하는 것으로서 합리적인 이유 없는 차별이라는 발제자의 분석에 전적으로 동감합니다.

공무원노조법은 공무원의 단체행동권을 박탈하고, 단체교섭권 또한 비교섭대상 규정 및 예산사항에 대한 단체협약 효력 부인 등으로 광범위하게

---

118) 예컨대 전광석, 「한국헌법론」, 집현재, 2018, 제455면

제한하고 있습니다. 따라서 공무원의 단결권만이라도 상대적으로 보장의 폭을 넓혀주는 것이 공무원의 노동3권을 실질화하는 방안이 될 수 있기 때문입니다<sup>119)</sup>.

이런 문제의식에서 최근 한국노총 중앙법률원은 광역연맹, 교육연맹, 통합 공무원노조와 해당 노조 전임자들을 대리하여 공무원노조법 제7조 제3항과 같은 법 제17조 제3항 중 제24조, 제24조의 2 적용 제외 규정에 대한 헌법소원심판을 청구하였습니다. 교원노조법의 전임자 급여 지급 금지, 근로시간 면제 미부여 관련 조항에 대해서도 조만간 헌법소원 등을 통해 헌법해석투쟁에 나설 계획입니다. 끝.

---

119) 같은 의견으로 김인재, 「공무원노동조합에 대한 근로시간면제제도 적용의 법적 검토」, 서울법학 제27권 제4호, 2020

## 토론문

김 은 화 (고용노동부 공무원노사관계과 사무관)

공무원·교원노조법의 위헌성 및 개선방안 정책토론회

# 참고자료