

노동판례리뷰

사내하도급과 묵시적 근로계약 법리

— 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결 —

[판결요지] 원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다. (...) ○○기업은 형식적으로는 피고 회사와 도급계약을 체결하고 소속 근로자들인 원고들로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도, 실질적으로는 업무 수행의 독자성이나 사업 경영의 독립성을 갖추지 못한 채 피고 회사의 일개 사업 부서로서 기능하거나 노무 대행 기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 피고 회사가 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고 임금을 포함한 제반 근로 조건을 정하였다고 봄이 상당하므로, 원고들과 피고 회사 사이에는 직접 피고 회사가 원고들을 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약 관계가 성립되어 있었다고 보는 것이 옳다.

사내하도급 근로 관계에서 하도급 근로자와 도급인(원사업주) 사이에 근로계약 관계가 성립하기 위해서는 어떤 조건이 필요한가? 민감한 질문이면서 어려운 질문이다. 이

* 노동판례리뷰의 대상 판결들은 한국노동연구원 인터넷 홈페이지(<http://www.kli.re.kr>) 「노동판례」에서 전문을 보실 수 있습니다.

질문에 관련된 사건들이 1심과 2심 법원에 계류중이거나 대법원의 판단을 받기 위해서 기다리고 있는 가운데, 2008년 7월 10일의 대법원 판결은 판단의 기본적인 틀을 확립하였다는 평가를 내릴 수 있다.

이 판결이 제시한 이른바 ‘목시적 근로계약 법리’는 새로운 것은 아니다. 하급심 판결 대부분이 목시적 근로계약 법리에 따라서 사안을 판단하고 있으며, 대법원도 2002년 11월 26일의 판결(2002도649)과 2003년 9월 23일의 판결(2003두3420)에서 목시적 근로계약 법리를 적용한 바 있다. 그럼에도 불구하고 2008년 대법원 판결이 중요한 의미를 갖는 것은 사실 관계의 미묘한 차이 때문이다. 2002년의 판결은 이른바 ‘소사장 법인’의 근로자와 원사업주 사이에 근로계약 관계를 인정한 것이고, 2003년의 판결은 그룹 내 사회사의 근로자와 모회사 사이에 근로계약 관계를 인정한 것이다. 그리고 2008년의 대법원 판결은 개인 하도급 업자의 근로자와 도급인 사이에 근로계약 관계를 인정한 것이다.¹⁾ 이 세 건의 판결을 종합하면, 대법원은 사내하도급 관계가 발생하는 모든 유형에 대해서 목시적 근로계약 법리를 적용하고 있다고 말할 수 있다.

그런데 목시적 근로계약 관계가 성립하기 위해서는 수급인이 “업무 수행의 독자성”이나 “사업 경영상의 독립성”을 갖추지 못하여 도급인의 노무 대행 기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 않아야 한다. 쉽게 말하면 ‘허깨비’여야 한다는 것이다. 그러나 사업 경영상의 독립성을 갖추는 것은 또는 인정해 주는 것은 의외로 쉽다. 판결례를 검토하다 보면 일부 하급심 법원이 생각하는 사업 경영상의 독립성이란 온전한 독립성이 아니라 ‘약간의 독립성’이라는 결론에 이르기 때문이다.²⁾ 수급인에게 그 약간의 독립성만 있으면 비록 하도급 근로자와 도급인 사이에 종속 관계가 인정된다 하더라도 근로계약 관계는 부정될 수 있다는 점에서 목시적 근로계약 법리는 결정적인 문제점을 안고 있다. 마치 근로자성 판단에서 법원이 근로자성을 긍정하는 징표를 주욱 나열하고 나서도 몇 개의 부정적 징표를 이유로 근로자성을 송두리째 부정한 것과 유사하다고 할 수 있다. 지금의 목시적 근로계약 법리는 “종속 있으면 근로계약 있다”라는, 대법원이 확립한 실질주의 판단 원칙에 반하는 것이다.

우리 법에서 이 ‘종속 효과’를 억제할 수 있는 기제는 노동조합에 의한 근로자 공급을 제외하면 “근로자파견계약”뿐이다. 근로자파견계약은 “종속 있지만 근로계약 없다”라는

-
- 1) 원심(부산고법 2005. 11. 9. 2004나9787)이 목시적 근로계약 관계의 성립을 부정하면서 도급인과 수급인 관계가 “지배구조의 관련이 없는 별개의 사업자인 점”을 하나의 이유로 들고 있는 것은 분명히 앞 선 두 개의 대법원 판결을 염두에 둔 것으로 보인다.
 - 2) 코스콤 사내하도급 사건에서 목시적 근로계약 관계를 인정한 판결(서울남부지원 2008. 7. 18. 2007가합10338)과 부정한 판결(서울남부지원 2008. 7. 18. 2007가합13702)의 결정적 차이점은 수급인이 다른 회사하고도 거래 실적을 갖고 있는지 여부이다. 두 사건에서 사내하도급 근로자에 대한 인사 노무 관리 방식은 다르지 않다.

말을 가능하게 한다. 이것을 근로자파견계약의 억제 효과라 할 수 있다. 이 억제 효과는 파견법에 의하여 창설된 효과이다. 파견법이 근로자파견계약을 요식 행위로 규정(제20조)하고 있는 까닭이다. 종속 효과를 억제하는 기제가 도급(사내하도급을 포함)에서는 없다. 그러므로 사내하도급이 진정한 도급으로 인정되기 위해서는 종속 관계가 형성되지 않아야 한다. 다시 말하면, 도급인이 하도급 근로자의 근로 제공과 관련하여 지휘명령을 해서는 안 되는 것이다. 설령 진정한 도급으로 출발했지만 나중에라도 종속 관계가 형성되는 한 근로계약의 성립을 부정할 수는 없다. 요컨대, 종속은 근로계약 성립의 필요충분조건이다. 수급인의 독립성 운운은 사족에 불과하다. 사족은 사물의 본질을 왜곡한다. 사내하도급에서 하도급 근로자와 도급인 사이에 근로계약 관계가 성립하는지 여부는 둘 사이에 종속 관계가 존재하는지 여부만을 놓고 판단하면 족하다. **KLI**

박제성(한국노동연구원 연구위원)

근로조건 개선 요구와 근로계약의 합의 해지

— 서울행정법원 2008. 5. 2. 선고 2007구합24357 판결 —

[판결요지] 일급 금액은 그대로 유지하되 1일 근로시간만 1시간 줄여줄 것을 요청하는 근로자의 요구를 회사가 받아들이지 않자 최초 일용 근로계약에서 정한 근로조건으로는 더 이상 근무하지 않겠다는 의사를 표시한 뒤 출근하지 않았다면, 근로자 스스로가 근로 제공을 하지 않겠다는 의사표시를 하고 출근하지 않은 것이므로 근로 관계가 사직 처리에 따라 합의 해지된 것으로 봄이 상당하다.

계속적·쌍무적 채권 계약인 근로계약은 당사자 소멸(근로자의 사망 또는 사용자의 소멸), 근로계약에서 예정한 소멸 사유의 발생(만료 기간의 도래 또는 계약 목적의 실현 등) 및 당사자 의사표시에 의한 법률행위(사직, 합의 해지, 해고 등)라는 3가지 원인에 기초하여 종료된다. 이 중에서도 사직과 합의 해지(근로자의 사직서 제출에 따른 사용자의 퇴직 처리)는 근로자의 자유로운 의사표시에 기초한 법률행위라는 점에서 노동 관계법에서 이를 직접 규율하지는 않고 있다. 그러나 해고는 근로자의 의사와 무관하게 사용자가 일방적으로 근로계약 관계를 단절시키는 법률행위라는 점에서 “정당한 이유”가 있는 예외적인 경우가 아닌 한 금지되고 있다(근로기준법 제23조 제1항 참조).

특히 종래 판례와 학설에서는 겉으로 드러난 근로관계 종료 사유가 기업의 소멸, 만료 기간의 도래 또는 사직이나 합의 해지의 모습을 갖추고 있더라도 그 실질적 내용이

해고에 해당할 경우에는 이를 엄격히 규제함으로써 근로자의 고용 보호에 만전을 기하려고 노력하고 있다. 외형상으로 꾸며진 사용자의 탈법적 의도를 봉쇄하고 근로자의 인간다운 삶을 적극 보장하는 노동기본권을 실현하기 위한 노력의 결과라고 하겠다.

평석 대상 판결은 이러한 기본 전제 위에서 출발하는 듯하지만, 사실 관계 인정에 있어서 종전 근로조건 하에서의 취로 거부 의사표시 및 근로조건 변경 협상 결렬에 따른 출근 거부를 “사직”의 “의사표시”로 이해한 점에서 차이가 난다. 즉, 근로자들이 “일방적”으로 근로계약에서 정한 본질적 근로조건인 1일 근로시간을, 일급 금액을 유지한 상태에서, 1시간 줄여달라는 요구를 하였고, 회사가 이를 받아들이지 않자 “최초 근로계약상 근로조건으로는 더 이상 근무하지 않겠다는 의사표시”를 한 뒤 “스스로” 출근하지 않았다는 것이다. 그런데 과연 이러한 취로 거부의 의사표시와 출근 거부 행위가 사직, 즉 당해 근로 관계의 종료·단절을 진정으로 의욕·희망하는 것이었을까? 오히려 좀 더 나은 근로조건을 얻기 위한 “협상의 전술”로는 이해될 수 없는 것일까? 취로와 출근을 거부하고 있는 근로자들에게 “사직 의사”가 있는지를 명확히 확인하는 절차는 불필요한 것일까? 울산 지역 플랜트 노조의 방침에 따른 근로조건 개선 요구가 사직의 의사표시로 “확대 해석”되는 근거에, 비정규직 근로자에 대한 부정적 사고가 존재하는 것은 아닐까? 용돈 투쟁 하느라 가출을 시도한 작은 아들을 아예 호적에서 빼버린 격이 아닐까 싶다.

근로 관계에서 발생하는 다양한 사정 변경들을 노사 당사자의 의사와 연계시키면서 유연하게 근로계약 관계에 반영할 수 있는 새로운 틀이 필요하다는 논의들은 상당한 의미가 있다. 독일·프랑스 등에서 발견할 수 있는 이른바 변경해지 제도가 없는 상황 하에서는 종전 근로조건을 유지하기 힘든 상황이 발생하더라도 당사자 사이에 근로조건 변경 합의가 없는 한 종전 근로조건은 유지· 존속되어야 하며, 이 상황을 벗어나기 위한 방법은 근로자가 스스로 그 기업을 떠나거나 사용자가 상당한 위험·부담을 안고 이른바 정리해고를 감행할 수밖에 없기 때문이다. 그러나 이러한 경제적 결과를 타개하기 위한 입법적 대안 모색 노력과는 별도로, 사법부가 먼저 나서서 해결하려는 ‘사법입법’을 시도하는 모습에는 다소 무리가 있어 보인다. **KL**

문무기(경북대학교 교수)

시말서 제출 명령과 양심의 자유

— 서울행정법원 2008. 7. 17. 선고 2007구합46005 판결 —

[판결요지] 시말서 제출 명령이 단순히 사건의 경위를 보고하는 데 그치지 않고 더 나아가 근로 관계에서 발생한 사고 등에 관하여 자신의 잘못을 반성하고 사죄한다는 내용이 포함된 사죄문 또는 반성문을 작성하여 제출하도록 하는 취지라면, 이는 우리 헌법상 보장하고 있는 양심의 자유 즉, 양심에 반하는 행동을 하지 않을 자유를 침해하는 것으로서 위법한 업무 명령이다.

사회복지 시설에 근무하는 근로자가 사용자의 파견 근무 명령을 따르지 않자 사용자가 시말서 제출을 요구하였는데도 불응하여, 사용자가 그 근로자를 파견 근무 명령에 불응한 행위 및 그에 따른 시말서 제출 명령에 불응한 행위를 징계 사유로 삼아 해고한 사건을 다룬 판결이다.

서울행정법원은, 파견 근무 명령은 정당한 업무 명령이므로 파견 근무 명령의 불이행은 징계 사유가 되지만, 사죄문 또는 반성문을 작성하여 제출하도록 하는 취지의 시말서 제출 명령은 위법하므로 이에 불응한 행위는 독립한 징계 사유 또는 징계 양정의 가중 사유가 되지 않으므로, 이 사건 징계가 정당하지 않다고 판단하였다.

일반적으로 ‘시말서’는 “잘못을 저지른 사람이 사건의 경위를 자세히 적은 문서”를 말한다. 직장에서 시말서 한 두 번 제출해보지 않은 사람이 없다는 말도 있지만, 시말서는 보통 자신의 잘못을 전제로 하여 작성되고 나중에 불리하게 사용될 수도 있어 시말서를 쓰고 나면 기분이 좋을 리가 없다. 그래서 최근에는 선입견을 배제하기 위해 책임 소재와 무관하게 중립적으로 일이 벌어진 경위를 적은 서류라는 의미에서 ‘경위서’로 언어가 순화되어 사용되고 있는 추세이다.

시말서나 경위서나 명칭이 어떻든 간에 단순히 사건의 경위 등을 기재하여 보고하도록 하는 취지라면, 근로자에게는 근로계약에 부수하는 신의칙상 의무로서 근로 관계와 관련한 사고 등이 발생한 경우 사용자의 조사에 협조하여야 할 의무가 있다. 이러한 시말서 제출 명령은 정당한 업무 명령이므로 이에 불응하여 시말서를 제출하지 않는 것은 징계 사유에 해당한다.

그러나 이 사건의 인사 규정을 보면, 직원이 행한 행위가 징계 사유에 미치지 아니하고 조직의 질서 유지에 위배될 수 있는 경미한 행위를 한 경우 해당 직원에게 지적 사항을 시정하고 반성의 계기가 되도록 시말서를 제출하도록 명령을 내리고 있다. 이 근로자는 파견 근무 명령이 위법한 업무 명령이라 생각하고 따르지 않았던 것인데도 그 명령을 따르지 않은 점을 반성·사죄한다는 내용의 일종의 반성문을 제출하라는 것이므로

로, 이 시말서 제출 명령은 양심에 반하는 행위를 강요하여 헌법상 보장되는 양심의 자유를 침해하는 위법한 업무 명령에 해당한다(헌법 제19조 : 모든 국민은 양심의 자유를 가진다). 그래서 법원은 이 시말서 제출 명령에 불응하였음을 독립된 징계 사유로 삼은 것은 위법하다고 판단하였다.

중전의 대법원 판례로서, “취업규칙 등에 징계 처분을 당한 근로자는 시말서를 제출하도록 규정되어 있는 경우 징계 처분에 따른 시말서의 불제출은 그 자체가 사용자의 업무상 정당한 명령을 거부한 것으로서 징계 사유가 될 수 있으므로 시말서 제출을 통보받은 근로자들이 기한 내에 시말서를 제출하지 아니한 것은 징계 사유가 된다”라는 판결이 있다(대법원 1991. 12. 24. 90다12991).

징계 이전의 업무 명령이든 징계 처분으로서의 명령이든 간에 근로자에게 반성문·사죄문을 제출하도록 명령하는 것은 양심의 자유를 침해한다. 자발적인 반성·사죄를 징계의 감경을 위한 참작 사유로 삼을 수 있겠으나 반성·사죄가 없다는 것을 징계의 가중 사유로 삼는 것도 양심의 자유를 침해한다.

근로계약 관계는 일과 보수가 대가로 연결된 대등한 계약 관계이다. 사용자는 근로자를 반성·사죄라는 내심까지 조종하려는 명령을 내릴 권한이 없다. 합리적인 경영은 근로자의 잘못을 공정하고 투명하게 지적하고 향후 같은 잘못이 발생하지 않도록 주의시키는 것이다. 이 사건 행정법원 판결은 양심의 자유가 중요함을 지적하여 우리 사회의 근로계약 관계가 좀 더 합리적으로 발전하기를 기대하고 있다고 평가할 수 있겠다. **KLI**

김홍영(성균관대학교 교수)

고용 보장을 요구하는 1인 시위

— 울산지방법원 2008. 6. 10. 선고 2008고정204 판결 —

[판결요지] 1인 시위는 집시법에서 신고 대상으로 규정하는 ‘시위’에 해당하지 않는다./ 집회 또는 시위의 경우 그 개념상 당연히 2인 이상 다수인의 결함을 전제로 하는 것인바, (...) 공모공동정범 이론을 그대로 적용하여 미신고 옥외 집회나 시위에 참가한 사람들 모두를 정범, 즉 집회나 시위의 주최자로 보는 것은 죄형법정주의에 반하는 무리한 해석이라 할 것이다.

이 사건의 피고인들은 ○○주식회사의 협력업체 소속 근로자들이다. ○○주식회사는 브라운관 등 적자 사업 부문에 대한 구조 조정을 단행하기로 하고, 해당 공정의 협력업

체와의 도급계약을 해지한다는 통고를 하였다. 고용 조정의 위협에 처한 피고인들은 교대로 ○○주식회사 남문 앞에서 고용 보장을 요구하는 취지의 피켓을 들고 총 17회에 걸쳐 1인 시위를 하였다. 검찰은 1인 시위 당시 피고인 중 1명이 피켓을 들고 나머지 피고인들이 그 옆에 서 있었던 점을 들어 이를 시위로 파악하고, 그들이 서로 공모하여 미신고 옥외 집회를 하였다고 공모공동정범(共謀共同正犯)으로 기소하였다.

“시위”의 정의를 규정하고 있는 집시법 제2조 제2호를 해석함에 있어서는 집회 및 시위의 자유의 헌법적 의미, 기능 및 그 가치를 충분히 고려해야 한다. 무분별한 법률의 적용으로 인하여 국가가 도리어 집회 및 시위의 자유를 침해하거나 억압하여서는 안 된다. 왜냐하면 집회 및 시위의 자유는 1차적으로는 개인의 자기 결정과 인격 발현에 기여하는 기본권이고, 2차적으로는 사회·정치 현상에 대한 불만과 비판을 공개적으로 표출케 함으로써 정치적 불만이 있는 자를 사회에 통합하고 정치적 안정에 기여하는 기능을 하기 때문이다(헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌바67, 83 결정). 이 사건 판결에서 판시한 바와 같이, 민주 국가에서 집회와 시위는 헌법상 보장된 표현의 자유를 실현하는 하나의 방법일 뿐만 아니라 국가에 대해 특정한 의사 표시를 공개적으로 함으로써 참여 민주주의를 실현하는 유효적절한 수단이기도 하다. 이러한 점을 고려할 때 헌법상 보장된 집회 및 시위의 자유는 엄격한 요건 하에 그 본질적인 부분을 해하지 않는 범위 내에서 제한이 가능할 뿐이고, 집시법의 확장 해석을 통하여 무리하게 이를 제한해서는 아니된다. 이런 점에 기초하여 법원은 유사한 사건에서 1인 시위는 집시법상 신고 대상인 “시위”에 해당하지 않는다고 판결한 바 있으며(서울중앙지법 2003. 5. 21. 2002나 60701), 이 사건 판결은 기존 판례 법리를 재확인시켜 주고 있다.

한편, 공모공동정범(共謀共同正犯)이란 2인 이상의 공모자가 공동으로 모의하여 그 공모자 중 일부만이 공모한 바에 따라 범죄를 실행한 경우에 실행 행위를 하지 아니한 나머지 공모자도 공동정범의 죄책을 진다는 이론을 말한다. 이 이론은 판례에 의하여 인정되고 있다. 그러나 공모만 있는 사람에게 실행 정범의 행위 전부에 대하여 정범으로 책임을 지우는 것은 개인 책임의 원칙에 반한다. 또한 공동정범의 처벌 범위가 지나치게 확장될 우려가 있다. 나아가 공모(共謀)는 공모자들 사이에 존재하는 내심의 의사 연락이기 때문에 공모를 입증하기 위하여 수사 기관이 자백을 강요하는 사태가 빚어질 수 있다. 공모공동정범 이론은 형법에서 예상하고 있지 않은 새로운 형태의 공동정범을 해석론을 통하여 새로 만드는 것으로서 권력 분립의 원칙 및 개인 책임의 원칙에 비추어 받아들일 수 없다. 형법 제30조의 해석에 의하면 실행 행위를 분담한 경우에만 공동정범이 성립하며 어떠한 의미에서도 실행 행위를 분담하지 아니한 공모자는 범죄에 대한 가공 정도에 따라 교사범이나 방조범의 책임을 지게 될 뿐이다. 공모만 있고 실행 행위의 분담이 없다면 공동정범은 성립할 수 없다.

특히 법원은 공모공동정범과 관련하여 그 모의의 구체적인 일시, 장소, 내용 등을 상세하게 판시하여야 할 필요도 없다고 보고 있는바(대법원 2006. 8. 25. 2006도3631), 범죄 입증의 이러한 편리성 때문에 법원과 검찰은 노동조합의 파업이나 집회와 같은 집단적 행동에 대하여 공모공동정범 이론을 자주 적용하고 있다. 집회와 시위에 대하여 공모공동정범 이론을 적용할 때 공모공동정범 이론의 위헌성은 더욱 분명하게 드러난다(판결요지 후반부 참조).¹⁾

이 사건에서 검찰은 공모공동정범 이론의 편의성에 기대어 1인 시위의 현장에 있지도 않은 피고인들까지도 공범으로 기소하였고, 법원은 집회·시위의 본질적 특성을 고려하여 공모공동정범 이론의 적용을 거부하였다. 이는 타당하다. 다만 공모공동정범 이론을 전면적으로 거부하지 않았다는 점에서 아쉬움이 남는다. **KL**

도재형(이화여자대학교 교수)

“노동조합”이라는 명칭의 사용

— 헌법재판소 2008. 7. 31 선고 2004헌바9 결정 —

[판결요지] 노동조합 설립 신고 제도를 기초로 하는 이 사건 노조법 조항(제7조 제3항)은 기본적으로 노조법에 따른 적법한 노동조합의 설립을 유도하기 위한 것이므로 그 목적의 정당성이 인정된다. 또한 이 조항은 형식적인 요건을 갖추지 못한 단결체에 대하여 노동조합이라는 명칭을 사용하지 못하게 함으로써 합법적인 노동조합의 설립을 촉진하기 위한 것이므로 그 수단의 적정성 또한 인정된다. 그리고 이 조항으로 인하여 근로자들이나 단결체가 입는 손해에 비해 보호되는 공익이 매우 커서 법익의 균형성도 갖추었고, 형벌이라는 제재 수단을 사용할 것인가는 입법자의 판단에 맡겨야 할 사항이다. 따라서 이 조항은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반되지 않는다.

1) 이 사건 판결에서는 집회와 시위에 대하여 공모공동정범 이론을 적용할 수 없는 이유로서 촛불집회의 예를 들었다. 그 내용은 다음과 같다, “예를 들어, 최근 촛불집회의 경우처럼 다수인이 공동의 목적을 추구한다는 내적인 유대 관계를 전제로 모여 있다고 하더라도, 주최자가 없이 자발적으로 모이거나 주최자의 주도가 아니라 참가자들 간의 자발적인 의사에 따라 집회의 방법(구호 제창, 행진 여부)이나 시기 및 종기, 태양 등을 결정하고 집회의 질서를 유지하는 형태의 집회를 충분히 상정할 수 있고 이러한 경우 모든 참가자를 주최자로 볼 수는 없는 것이다.”

노조법 제7조 제3항은 “이 법에 의하여 설립된 노동조합이 아니면 노동조합이라는 명칭을 사용할 수 없다.”라고 규정하고, 같은 법 제93조 제1호는 앞의 규정에 위반한 자에 대해서는 500만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 그런데 노동조합의 설립을 준비하는 근로자 단체(이하 “헌법상 단결체”)가 노조법에 의해 설립되기 전에 자신의 이름에 노동조합이라는 명칭을 붙여 사용하면 어떻게 될까? 실제로 이번 헌법소원 사건의 청구인들은 검찰에 의해 노동조합의 창립 총회 때(1999. 8. 30.)부터 행정관청으로부터 설립 신고증을 교부받은 때(2000. 5. 31.)까지 위의 관련 규정들(이하 “이 사건 조항”)에 위반하여 노동조합이라는 명칭을 사용하였다는 등의 이유로 기소되어 1심과 항소심에서 모두 유죄가 인정되어 형벌을 선고 받았다. 항소심 계속 중 위 규정들의 위헌 여부가 헌법소원심판의 형식으로 청구되었고, 헌법재판소는 위 규정들이 제반 측면에서 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다.¹⁾

먼저 헌법재판소는 노조법 제7조 제3항에서 말하는 “이 법에 의하여 설립된 노동조합”은 행정관청에 의해 설립 신고증을 교부받은 노동조합이라는 점과 노동조합의 설립 신고 제도가 합헌이라는 점을 전제하였다. 즉 “이 사건 노조법 조항은 노동조합의 설립에 따른 효과 중의 하나를 규정한 것으로서, 이는 노동조합의 설립 신고 또는 그에 대한 심사와 밀접한 관련이 있다.”라고 하면서, “노조법이 노동조합의 설립에 관하여 신고주의를 택하고 있는 것은 소관 행정 당국으로 하여금 노동조합의 조직 체계에 대한 효율적인 정비·관리를 통하여 노동조합이 자주성과 민주성을 갖춘 조직으로 존속할 수 있도록 보호·육성하고 그 지도·감독에 철저를 기하기 위한 노동정책적인 고려에 그 취지가 있고(대법원 1997. 10. 14. 선고 96누9829 판결; 대법원 1993. 2. 12. 선고 91누12028 판결 등 참조), 노동조합 설립 신고에 대한 심사도 단순히 행정관청에 신고하는 것만으로 성립을 허용할 경우 민주성 및 자주성이라는 실질적인 요건조차 갖추지 못한 노동조합이 난립하는 것을 허용함으로써 노동조합이 어용조합이 되거나 조합 내부의 민주성을 침해할 우려가 있으므로 이를 방지하고 근로자들이 자주적이고 민주적인 단결권 등을 행사하도록 하는 데 그 취지가 있다.”라고 하였다.

둘째, 이러한 노동조합 설립 신고 제도를 전제로 한 이 사건 조항은 목적의 정당성과 수단의 적정성이 인정된다고 하였다. 즉 이 사건 조항은 “노조법상의 실질적인 요건과 형식적인 요건을 모두 갖춘 노동조합에 한하여 노동조합이라는 명칭을 사용하도록 함으

1) 이 사건 헌법소원의 청구인은 “노동조합법 조항이 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위배하여 헌법상 단결체를 이룬 근로자들의 단결권을 침해하였다.”라는 주장 이외에 같은 조항들이 (법내) 노동조합과 헌법상 단결체를 차별함으로써 평등권을 침해하였다는 주장도 하였으나, 이에 대해서도 헌법재판소는 ‘자의금지원칙에 의한 심사’를 적용하여 이 조항에 합리성이 있기 때문에 헌법 위반이 아니라고 판단했다. 이 글에서는 후자에 대해서는 다루지 않는다.

로써 (...) 기본적으로 노조법에 따른 적법한 노동조합의 설립을 유도하기 위한 것이므로 그 목적의 정당성이 인정”되고, 또한 “이는 형식적인 요건을 갖추지 못한 단결체에 대하여 노동조합이라는 명칭을 사용하지 못하게 하고 이를 위반하는 경우 형사상의 불이익을 가함으로써 합법적인 노동조합의 설립을 촉진하기 위한 것이므로” 그 수단의 적정성도 인정된다고 보았다.

셋째, 이 사건 조항은 피해의 최소성과 법익의 균형성도 갖추고 있다고 보았다. 즉 이 사건 조항으로 인하여 “근로자들이나 단결체가 입는 손해는 노동조합의 명칭을 사용하지 못하고 그 명칭을 사용하기 위하여는 실질적인 요건을 갖추어 노동조합 설립 신고를 해야만 하는 불이익이나 불편함의 정도인 데 반하여, 이 사건 노조법 조항으로 인하여 실질적인 요건을 갖추지 못한 여러 단결체가 난립하는 것을 막을 수 있고, 노동조합의 명칭을 사용하는 단결체는 법이 정한 정당한 요건을 모두 갖춘 노동조합이라는 공신력을 줄 수 있어 근로자들의 단결권을 강화하는 효과도 있으며, 노동행정에 있어서도 관리, 감독, 지원에 편의를 기할 수 있는 등 그로 인한 공익이 매우 커서 법익의 균형성을 갖추었다”라고 보았다.

마지막으로, 노동조합이라는 명칭 사용을 제한하기 위해 형벌이라는 제재 수단이 필요한지는 기본적으로 입법자의 재량에 속하는 것이고, 우리의 노동 현실 아래에서는 행정적 제재 수단만으로는 효과적으로 명칭 사용을 금지하기 어려우며, 500만 원 이하의 벌금형만을 정하고 있고 책임에 걸맞는 형벌의 선고도 가능하기 때문에 형벌의 필요성과 적정성도 인정된다고 보았다.

헌법재판소의 이번 결정에도 불구하고 이 사건 조항은 건전한 상식으로는 이해하기 어려운 규정이다. 순수한 사적인 단체의 명칭 사용에 형벌이라는 가장 강력한 수단으로써 제한을 두는 것은 확실히 전근대적이거나 전체주의적이다. 이 점은 이 사건 조항이 연원을 두고 있는 제정 노동조합법(1953. 3. 8. 법률 제280호)에서 더욱 분명하다. 같은 법 제7조에서는 “①노동조합은 그 명칭 중에 노동조합이라는 문자를 사용하여야 한다. ②본법에 의한 노동조합이 아니고는 그 명칭 중에 노동조합임을 표시하는 문자를 사용할 수 없다.”라고 규정하여 노동조합이라는 명칭의 사용을 양면적으로 강제하였다. 1953년 이 규정이 제정될 당시에 선진국 중 어느 국가에서도 노동조합이라는 명칭의 사용을 강제한 경우가 없을 뿐더러, 실제로 다수의 노동조합에서 노동조합 이외의 용어를 사용 하였던 사실을 감안하면 참으로 이상한 입법이었다. 이 사건 조항은 노동조합 명칭의 사용을 강제하지는 않지만, 기본적으로는 제정 노동조합법의 기형을 이어받고 있다. 비교법적으로 보면 영국의 노동조합 등록 제도가 가장 유사한 것이라고 할 수 있겠지만, 영국의 그것은 이미 등록되어 있는 단체와 명칭이 같은 경우에 한정하여 ‘등록을 거부하는 것’에 불과하기 때문에 이 사건 조항과는 차이가 크다.

재미있는 것은 이런 몰상식에도 불구하고, 이 사건 조항이 위헌이 아니라는 이번 결정이 법 논리적으로는 크게 문제가 없다는 점이다. 왜냐하면 위헌법률심판 제도의 본질은 해당 법률 규정이 헌법에서 정한 마지노선을 넘었는가를 판단하는 것이기 때문이다. 즉 그 규정이 ‘올바르지 않다’고 하더라도 적어도 ‘헌법에는 위반되지 않는다’고 할 수는 있다. 다만 헌법재판소는 합헌 결정을 위해 몇 가지 지나친 논리를 사용한 것 같다. 예를 들어, 겨우 턱걸이로 합헌의 평가를 받고 있는 노동조합 설립 신고 제도를 상당히 합리성을 가진 제도로 전제한 점, 설립 신고와 그 심사를 통해 실질적 요건을 갖춘 노동조합이라는 점을 확인할 수 있는 듯이 표현한 점, 끊임없이 위헌의 의심을 받고 있는 복수노조금지 규정을 원용한 점, 정당과 노동조합을 비교한 점 등은 ‘작은 것’의 합리화를 위해 너무 크거나 문제가 많은 도구를 사용한 것이다. **KLI**

강성태(한양대학교 교수)