

노동판례리뷰

해고무효확인을 위한 소의 이익

- 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012다14036 판결 -

【판결요지】

근로자에 대한 해고가 무효임의 확인을 구함과 아울러 근로를 제공할 수 있었던 기간 동안의 임금을 청구하는 경우, 해고무효확인 소는 근로계약상의 지위 회복을 목적으로 하는 것임이 명백하므로, 사실심 변론종결 당시 이미 인사규정에 의한 당연해직 사유인 정년을 지났다면 근로자로서의 지위를 회복하는 것은 불가능하게 되었으므로 해고무효확인 소는 확인의 이익이 없다. 그러나 그러한 사실이 없었더라면 해고가 부당하다고 판단될 경우, 계속 근무하였더라면 받을 수 있었을 임금에 대한 근로자의 청구의 이익은 여전히 남아 있다.

위 요지의 판결(이하, 검토대상 판결)에 대해서는 ‘해고무효확인’에 대한 것과 ‘임금청구’에 대한 것 두 가지 점을 언급하고자 한다.

첫째, 이미 오래 전에 확인이 된 바와 같이 ‘해고무효확인 소’라는 것은 “해고, 즉 근로계약관계를 종료시킨 사용자의 일방적인 의사표시라는 과거의 법률행위가 무효라는 점에 대하여 판결로써 공적 확인을 해달라는 것이므로, 그 확인심판의 대상(소송물)은 소장 청구취지에 표시된 해고의 무효 여부 그 자체로 보아야 할 것이고, 판결의 기판력에 의하여 확정되는 사항도 심판의 대상으로서 판결 주문에 포함된 해고처분의 무효 여부에 관한 법률적 판단의 내용”(대법원 1993. 1. 15. 선고 92다20149 판결)이다. 그러나 해고무효확인 소가 해고무효의 확인을 위해 언제나 허용되는 것은 아니고, “근로계약관계에 기한 원래의 지위를 회복하기 위하여 또는 해고로 인하여 그 외의 권리 또는 법률상의 지위에 대한 현존하는 위협이나 불안을 제거하기 위하여 위와 같은 과거의 법률행위인

해고에 대하여 무효확인 판결을 받는 것이 유효적절한 수단이 되는 경우에 한하여 확인의 소에 있어서의 적법 요건인 이른바 즉시 확인의 이익이 있다고 인정”(대법원 1993. 1. 15. 선고 92다20149 판결)되는 경우에 비로소 허용된다. 그렇다면 여기에서 다시 과거의 법률행위인 해고에 대하여 확인소송을 구할 수 있는 이유에는 어떤 것이 있는가에 대하여 법원은 ‘법률상의 이익’을 평가한다. 사실상의 이익 또는 불이익은 소송을 통한 법적 평가의 대상이 아니다. 확인의 소는 “현재의 권리 또는 법률상 지위에 관한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 허용되는 것이지만, 과거의 법률관계라 할지라도 현재의 권리 또는 법률상 지위에 영향을 미치고 있고 현재의 권리 또는 법률상 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위하여 그 법률관계에 관한 확인판결을 받는 것이 유효적절한 수단이라고 인정될 때”(대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다36407 판결) 확인의 이익이 있는 것이다. 따라서 “확인소송을 구하는 이유가 단순히 사회적인 명예의 손상을 회복하기 위한 것이 라면 이는 현존하는 권리나 법률상의 지위에 대한 위험이나 불안을 제거하기 위한 것이라고 할 수 없고, 그것이 재취업의 기회가 제한되는 위험을 제거하기 위한 것이라 하여도 이러한 재취업 기회의 제한이 법령 등에서 규정되어 있는 등의 특별한 사정이 없는 한 이는 사실상의 불이익이지 법률상의 불이익이라고 할 수 없어 이를 두고 권리나 법률상의 지위에 현존하는 위험이나 불안이 있는 것이라고 할 수도 없”는 것이다(대법원 1995. 4. 11. 선고 94다4011 판결).

그러므로 ‘현재의’ 권리 또는 법률상 지위에 관한 위험이나 불안이 없을 때에는 해고무효확인 이익은 존재하지 않고, 대법원 2013. 6. 13. 선고 2012다14036 판결(이하, ‘검토 대상 사건’)은 정년이 지남으로써 현재 설사 해고의 무효가 확인된다 할지라도 근로자의 권리나 법률상 지위에 변화가 없을 때에는 해고무효확인 이익이 없다고 본다. 이와 같은 논리는 종업원지위확인(혹은 근로자지위확인)의 소에서도 마찬가지로 이용된다. 예컨대 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다21494 판결은 개정 전 취업규칙에 의하더라도 이미 인사규정 소정의 정년이 지난 경우에는 개정된 취업규칙이 무효로 확인된다 하더라도 근로자로서의 지위를 회복하는 것이 불가능한 경우 종업원지위확인 청구는 확인의 이익이 없다고 본다.

그런데 여기에서 의문이 발생한다. 법원은 종업원지위확인 소나 해고무효확인 소나 별 차이가 없다고 보는 듯하다. 판결문 가운데 인용하는 참조판례도 종업원지위확인 소와 해고무효확인 소가 혼용된다(예컨대 위 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005다21494 판결(종업원지위확인 청구)은 대법원 1993. 1. 15. 선고 91누5747 판결(면직처분무효확인)을 인용하고 있다). 이는 확인의 결과적 측면에서 차이가 없다고 보기 때문인 듯하다. 종업원지위확인을 청구한 근로자나 해고무효확인을 청구한 근로자나 대개는¹⁾ 일반적인 고

1) ‘대개는’이라는 표현을 이용한 이유는, 해고무효확인 청구와 달리 종업원지위확인 청구는 예컨대 하

용관계하에 놓여있지 않은 자이고, 확인청구의 이유는 그 고용관계를 회복시키기 위함이기 때문일 것이다. 특히 해고무효확인 청구는 해고기간 중 받을 수 있었을 임금에 대한 권리의 확인에 대한 청구도 함께 이루어지는 경우들이 있는데, 이 임금에 대한 권리확인 청구가 받아들여질 수 있기 위해서는 해고의 효력이 검토되어야 한다. 검토대상 사건에서도 정년의 도래로 인하여 해고무효확인 청구 부분의 소는 확인의 이익이 없지만, 그 해고는 무효였기 때문에 근로자에게 사용자가 해고기간 중 받을 수 있었을 임금상당액을 지급할 의무는 있다고 판단하였다. 해고가 무효임을 확인할 이익은 없지만 해고는 무효라는 논리가 만들어지는 것이다.

그러나 임금상당액을 청구할 수 있는 권리 자체가 해고무효확인 이익이 될 수는 없는 것일까? 해고무효확인 청구는 말 그대로 해고의 무효를 확인받고자 하는 것인데, 해고의 무효를 확인받고자 하는 이유는 다양해서 해고무효확인을 통해 근로자로서의 지위를 회복시키고자 하는 때가 많기는 하겠지만, 그것만이 법률상의 이익이라고는 생각하지 않는다. 임금에 대한 권리를 회복하는 것도 법률상의 이익이고, 또 예컨대 정년까지 유지할 수 있었을 사회보장법상의 지위 및 급여와 같은 것도 분명한 법적 이익일 것이다. 다만 이와 같이 무효확인 청구에 대한 소의 이익의 범위에 대해서는 행정법학계에서도 학설의 대립이 있는 것으로 보인다(판결확정이익설과 법적보호이익설의 대립). 그러므로 이 의문은, 위와 같은 소의 이익에 대한 법원의 입장이 소의 이익을 비교적 협소하게 보는 판결확정이익설의 입장이고, 이 설에 대하여는 비교적 넓은 범위에서 소의 이익을 인정할 것을 주장하는 법적보호이익설 등의 학설 대립이 있음을 확인하는 정도로 마무리지어야 할 듯하다.

둘째, 검토대상 사건과 같이 해고무효확인 청구와 함께 임금에 대한 권리확인 청구가 이루어지는 경우가 있다. 그리고 검토대상 사건과 같이 해고무효확인 청구에 대한 소의 이익이 부인되더라도, 임금에 대한 권리확인 은 인정될 수 있다. 소송물이 별개이기 때문이다. 이 점에 대해서는 위 검토대상 사건에 대하여 말하고자 하는 것은 아니다. 노동위원회 제도의 문제를 말하고자 하는 것이다.

노동위원회를 통한 부당해고구제심판에서도 근로자들은 해고의 부당함과 함께 해고기간 중의 임금을 청구하는 것이 대부분이지만(부당해고 등 구제신청 취지에 밝혀진다), 검토대상 사건과 같이 정년의 도과나 기간제 근로계약의 기간의 만료 등으로 해고 구제의 실익이 없을 경우 각하된다.²⁾ 임금청구 부분이 신청취지에 포함되어 있더라도 임금의 지급을 독립된 구제명령으로 내리지 않는다. 사법기구가 아닌 행정기구로서 노동위원회의

청근로자가 원청사업주에게 하는 경우와 같을 때에는 양자간의 관계가 유지되면서도 확인청구가 제기될 수 있기 때문이다.

2) 중노위 2013. 7. 8. 2013부해385/부노61 병합 등 참조.

한계가 있기는 하겠지만, 구제명령의 내용과 종류는 사실상 노동위원회의 재량에 맡겨져 있다는 점, 더욱이 원직복직 대신 해고보상금 지급명령(근로기준법 제30조 제3항)을 가능하게 한 점을 고려했을 때 정년의 도과 등으로 해고 구제의 실익이 없더라도 해고기간 중의 임금에 대한 지급명령을 독립적으로 부과하는 것이 불가능하다고는 보이지 않는다. 이에 대한 노동위원회 구제명령의 발전적 모색이 필요한 시점이 아닌가 생각한다. **KL**

박은정(인제대학교 법학과 부교수)

소수 노동조합에 대한 조합사무실 제공 거부와 공정대표의무

- 서울행정법원 2013. 6. 26. 선고 2013구합50777 판결 -

【판결요지】

단체협약에서 회사가 교섭대표 노동조합에게만 조합사무실을 제공하고 다른 노동조합에게는 이를 제공하지 않았다면, 이러한 단체협약이 체결된 경위, 창구단일화 절차에 참여한 노동조합의 조합원 수 및 그 사업장별 분포, 기업시설의 공간적 여건, 교섭대표로 선정되지 않은 노동조합의 교섭요구사항의 내용 등을 종합적으로 고려하여 그 차별에 합리적인 이유가 있는지를 판단하여야 하고, 다른 특별한 사정이 없으면 조합원 수가 극히 적은 소수 노동조합에 대해서까지 교섭대표 노동조합과 동일하게 일률적으로 조합사무실을 제공할 의무가 있는 것은 아니라고 볼 것이지만, 단체교섭 창구단일화 제도 아래에서는 교섭대표 노동조합에 의해 단체협약이 체결되면 창구단일화 절차에 참여한 다른 노동조합은 자신이 요청한 교섭사항이 반영되지 않더라도 쟁의행위가 불가능하여 이를 수인할 수밖에 없는 점, 회사 내에서 주로 이루어지는 노동조합 활동의 특성상 회사가 조합활동의 공간을 보장해 주지 않을 경우 기본적인 조합활동조차 진행하기 어려운 점 등을 고려한다면, 교섭대표 노동조합과 회사는 이러한 소수 노동조합에 대하여 독립적인 사무실 공간까지는 아니더라도 소수 노동조합의 조합원 수, 회사의 여건 등에 따라 일부 집기나 비품(책상, 캐비닛 등) 등을 제공한다거나 노동조합이 필요할 때마다 임시로라도 사용할 공간을 제공하는 등 소수 노동조합에도 비례적으로 보장할 의무를 부담한다고 해야 한다.

참가인 회사는 상시근로자 4,797명을 고용하여 생명보험업 등을 영위하는 회사이고, 원고 노동조합은 참가인 회사 소속 근로자를 조직대상으로 하여 2011. 7. 1. 설립된 사업장 단위 노동조합으로 조합원 수는 27명(2012년 8월 말 기준)이며, 상급단체에는 가입되어 있지 않다. 소외 노동조합은 참가인 회사 소속 근로자를 조직대상으로 하여 1987. 7.

8. 설립된 사업장 단위 노동조합으로 조합원 수는 3,132명(2012년 8월 말 기준)이다.

소의 노동조합은 원고 노동조합이 설립되기 전인 2010. 7. 14. 참가인 회사와 유효기간을 2012. 3. 31.까지로 하는 단체협약을 체결하고 있었는데, 이 단체협약의 만료일이 다가오자 원고 노동조합은 2012. 1. 12. 참가인 회사에 단체교섭을 요구하였고, 참가인 회사는 원고 노동조합과 소외 노동조합을 교섭요구 노동조합으로 하여 교섭창구 단일화 절차를 진행하여 2012. 2. 8. 소외 노동조합을 교섭대표 노동조합으로 확정하였다. 소외 노동조합과 참가인 회사는 2012. 5. 31. 유효기간을 2012. 5. 31.부터 2014. 3. 31.까지로 하는 단체협약(이하, ‘이 사건 단체협약’)을 체결하였는데, 이 사건 단체협약은 회사시설의 사용과 관련하여 제19조에서 “조합은 조합활동에 필요한 제반시설을 회사와 협의하여 이용할 수 있다”고 규정하였다. 2012. 6. 14. 이 규정을 근거로 원고 노동조합은 참가인 회사에게 노동조합 사무실 제공과 관련한 협의를 요청하였으나 참가인 회사는 위 조항은 노동조합 사무실에 관한 것이 아니라는 이유로 협의에 응하지 않았다. 한편 참가인 회사는 1987년 12월경부터 소외 노동조합에게 노동조합 사무실을 제공해 왔다.

노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노조법’)은 교섭대표 노동조합과 사용자는 교섭창구 단일화 절차에 참여한 노동조합 또는 그 조합원 간에 합리적 이유 없이 차별을 하여서는 아니 된다는 공정대표의무를 부과하고 있다. 또한 공정대표의무의 실효성을 확보하기 위해서 교섭대표 노동조합과 사용자가 합리적 이유 없이 다른 노동조합과 그 조합원을 차별한 경우에는 그 행위가 있는 날(단체협약의 내용의 일부 또는 전부가 공정대표의무를 위반하는 경우에는 단체협약 체결일을 말한다)부터 3개월 이내에 노동위원회에 그 시정을 요청할 수 있으며, 노동위원회는 노동조합의 신청에 대하여 합리적 이유 없는 차별이 있다고 인정한 때에는 그 시정에 필요한 명령을 하여야 한다고 규정하고 있다(제29조의 4 참조).

원고 노동조합은 위 노조법 제29조의 4를 근거로, 소외 노동조합과 참가인 회사가 복수노조 창구단일화 절차가 개시되기 직전에 소외 노동조합에만 2012년도 근로시간면제를 인정하고, 이 사건 단체협약 등을 체결하면서 원고 노동조합에게 노동조합 사무실을 제공하는 내용을 포함시키지 않고 해외문화체험사업의 주관을 소외 노동조합에만 맡긴 것은 모두 원고 노동조합을 합리적 이유 없이 차별함으로써 소외 노동조합과 참가인 회사는 공정대표의무를 위반하였다고 주장한다.

주된 쟁점은 조합사무실 제공과 관련된 이 사건 단체협약 제19조의 해석문제이다. 대수판결은 단체협약의 해석문제에 관련하여 “이 사건 단체협약 제19조와 같이 단체협약이 세부적인 내용을 단체협약에서 정하지 않고 사용자와 개별 노동조합 간의 협의에 따르도록 한 경우, 협의의 결과에 따라 노동조합 사이에 차별된 결과가 발생하였다면, 단체협약만 놓고 보아 모든 노동조합을 동일하게 취급하였다고 하여 곧바로 공정대표의무를 위반

하지 않았다고 볼 수는 없고, 그 협의의 성격을 따져 조합사무실 제공과 같이 그 협의가 애초부터 단체교섭 과정에서 교섭대표 노동조합에 의해 논의될 수 있는 성질의 것이라면 단체협약뿐 아니라 협의결과까지 포함하여 공정대표의무 위반 여부를 판단하여야 한다 (참가인 회사는 이 사건 단체협약 제19조가 조합사무실 제공의 근거조항이 아니라는 이유로 원고 노동조합과의 협의를 거절하였으나, 조합사무실은 위 조항이 말하는 ‘조합활동에 필요한 제반시설’에 포함되므로 이 사건 단체협약에서 조합사무실 제공에 관한 규정을 따로 두고 있지 않다면 위 제19조가 조합사무실 제공에 관한 규정이라고 볼 것이다)”고 하였다.

대상판결은 이와 같은 조합사무실 제공과 관련된 공정대표의무의 법리에 따라 “2012년 8월 말 기준 원고 노동조합의 조합원은 27명, 소외 노동조합의 조합원은 3,132명으로 원고 노동조합원 수는 소외 노동조합원 수의 0.9%에 불과하고 그 절대적 숫자도 적은 점을 고려하면 소외 노동조합이 참가인 회사와 이 사건 단체협약을 체결하면서 원고 노동조합에게 조합사무실을 제공하는 내용을 포함시키지 아니하거나 참가인 회사가 원고 노동조합에게 조합사무실을 제공하지 않은 것을 두고서 공정대표의무를 위반하였다고 볼 수 없고, 또한 원고 노동조합이 단체교섭 과정에서 자신이 필요로 하는 시설제공 등의 내용을 소외 노동조합에 전달하지 않아 소외 노동조합으로서는 원고 노동조합이 조합활동 공간과 관련하여 구체적으로 어떤 것을 필요로 하는지 파악할 수 없었던 상황이었다는 점 등을 고려하면, 소외 노동조합이 원고 노동조합을 위하여 조합사무실 이외의 다른 보장책을 마련하지 않았다 하여 이것이 공정대표의무를 위반한 것이라고 보기도 어렵다”고 판단하였다.

대상판결이 판시한 소수 노동조합에 대한 조합사무실 제공에 관한 공정대표의무론과 이에 따른 결론은 긍정할 수 있다. 특히 “단체협약뿐 아니라 협의결과까지 포함하여 공정대표의무 위반 여부를 판단하여야 한다”는 해석은 노조법 취지에 부합한다. 다만, 이 사건 단체교섭 제19조에서 규정한 ‘조합’이 단체협약 당사자인 소외 노동조합으로 한정된 것인지, 아니면 교섭대표 노동조합을 포함한 다른 노동조합도 협의 당사자가 될 수 있는지, 그 범위를 명확하게 규명한 다음 원고 노동조합과 참가인 회사의 구체적 대응을 살펴 보았다면, 판결의 취지가 보다 명확할 수 있었다는 점에서 아쉬움이 남는다. **KLI**

노상헌(서울시립대학교 법학전문대학원 교수)

행정관청에 대한 노동조합의 자료제출의무와 과태료 부과에 대한 합헌 판단의 타당성

- 헌법재판소 2013. 7. 25. 2012헌바116 결정 -

【주문】

노동조합및노동관계조정법 제96조 제1항 제2호 중 ‘제27조의 규정에 의한 보고를 하지 아니한 자’에 관한 부분은 헌법에 위반되지 아니한다.

1. 헌법재판소의 판단

사안은 노조법 제96조 제1항 제2호와 제27조 전부에 대한 헌법소원심판 청구이다. 사안에서 헌법재판소는 심판대상을 제96조 제1항 제2호로 한정하고, 쟁점은 노조법 제96조 제1항 제2호가 과잉금지 원칙을 위반하여 노동조합의 단결권을 침해하는지 여부라고 하였다. 나아가 노동조합 내부사항 서류의 행정관청 보고제도는 행정관청의 조사방법과 조사사유가 제한되고 그 위반 시에 형사처벌이 과태료 부과로 바뀌긴 했지만, 1953년 이래 현행법까지 유지되었음을 확인한다. 또한 헌법 제33조 제1항 근로3권을 실질적으로 보장하기 위해서 노동조합의 자주성과 민주성 모두가 필요하며, 행정관청 보고제도는 그 필요에 근거한다고 한다. 그리고 과잉금지원칙 위반 여부를 판단하면서 다음의 이유로 노동조합 단결권을 침해하지 않는다고 한다. ① 노동조합 재정 집행과 운영의 적법성과 민주성 확보를 위해서는 조합자치(또는 규약자치)로는 부족하여 행정관청의 감독이 보충적으로 필요하고, ② 행정관청이 노동조합 규약 및 결의처분의 적법성 내지 정당성을 확인할 수 있는 별도의 방안이 필요하며, ③ 노조법 제26조는 실제로 조합원들의 관심 부족으로 그 실효성에 의문이 있고, ④ 2008년부터 2012년까지 실제 과태료 부과횟수가 5건에 불과하며, ⑤ 행정관청이 필요하다고 인정한 경우에만 예외적으로 보고의무를 부과하는 것이고, ⑥ 제26조에 의해 노동조합은 관련자료 공개의무를 부담하기 때문에 행정관청에 보고의무로 추가부담이 크지 않으며, ⑦ 500만원 이하 과태료는 비교적 가벼운 제재이고, ⑧ 제96조 제1항 제2호가 달성하려는 노동조합 운영의 적법성과 민주성이란 공익은 중대하고 노동조합 운영의 자유가 제한되는 정도는 크지 않다는 것이다.

2. 헌법재판소 판단에 대한 평가

(1) 당해 헌법재판소가 심판대상에서 노조법 제27조를 제외하면서 노동조합이 행정관

청에 대해 부담하는 자료제출의무는 당연한 것으로 전제되었다. 단지 행정관청의 조사방법과 사유, 처벌의 정도만이 단결권 침해 판단과 관련하여 부각되었다. 사실에서 규범을 당연히 도출할 수 없듯이, 노동조합의 자료제출의무 규정이 1953년 이래 현행법까지 존재했다라도 그 자체로 노조의 자료제출의무가 정당하다는 논증은 될 수 없다. 당해 재판소는 노동조합의 행정관청 보고제도가 노동조합의 자주성과 민주성에 근거한다고 하는 주장만 한다. 노동조합의 자주성과 민주성은 노조법상 노동조합의 정체성 판단의 실체적 기준이다. 노조법의 노동조합은 근로자가 자유로이 노동조합을 설립하거나 가입하고, 민주적 의사결정 절차로 노동조합의 단체의사를 형성하고 결정한다는 구성위에 있다. 따라서 어떤 노동조합이 노조법의 기본원리인 자주성과 민주성을 갖추지 못하면, 근로3권 주체로서의 정체성이 부인될 것이다. 이 과정에서 행정관청이 노동조합의 자주성과 민주성을 사전에 갖추어 주기 위해서 자료제출을 명하고, 그 위반 시에 과태료를 부과하는 식의 단속적 단계는 불필요하다고 본다.

(2) 또한 당해 재판소는 현실적으로 노동조합의 내부 운영에 조합원이 참여·감시·통제하지 못하는 것 같으니, 조합자치(또는 규약자치)만으로 부족하고 행정관청의 보충적 감독이 필요하다고 한다. 그리고 노조법 제26조는 그 실효성이 의문스럽다고 한다. 그러나 이런 주장은 노동조합의 자주성과 민주성의 필요라는 당해 재판소의 전제와는 맞지 않는다. 국가가 법률로 노동조합의 자주성과 민주성을 보장하려 한다면, 노동조합의 자료공개 의무는 행정관청이 아니라 그 조합원 또는 이해관계 있는 근로자집단에 대해 부담하도록 해야 하지 않는가? 조합원이나 일정한 조건을 충족한 근로자집단에게 정보공개청구권 내지 자료공개청구권을 인정하는 규정도 가능할 것이다. 현행 제27조와 제96조 제1항 제2호는 노동조합이 행정관청에 대해 자료제출의무를 지고, 조합원은 노동조합이 아니라 그 행정관청에 노동조합의 내부정보 공개를 청구하는 형태이다. 이는 국가 자체도 아닌 하나의 행정관청이 사적 자치단체인 노동조합을 지나치게 후견적으로 보호하고 있는 형상이 된다. 당해 재판소의 기본논리는 노동조합의 재정 투명성과 민주성을 법률로 보장할 필요가 있다는 것이다. 그러나 이는 사안의 심사대상조항이 노조법 제26조 위반의 경우에 적용하는 과태료 부과(현행 노조법에는 없지만)에 관한 것이었다면 일면 타당했을 것이다. 그리고 과거 법률이 그 위반 시에 형사처벌한 것에 비하면 현행법의 500만 원 이하 과태료 처분은 가벼운 제재라는 논리는 설득력이 낮다. 법률상 금지행위 위반에 대한 형사처벌 내지 과태료 처분 여부는 국회의 재량에 속한다. 그러나 법률이 정한 처벌의 적절한 형태와 수위는 그 금지행위의 실체에 비추어 타당성을 판단해야지, 과거 법률의 수준과 비교할 문제가 아니다.

(3) 마지막으로 당해 재판소는 노동조합 운영의 적법성과 민주성이란 공익의 중대함에

비하면, 노조법 제96조 제1항 제2호로 인해 노동조합 운영의 자유가 제한되는 정도는 크지 않다고 한다. 노동조합의 자주성과 민주성은 우리 노조법의 근간이 되는 중대한 공익이며, 법률이 노동조합의 자유와 권리를 제한할 수 있음은 당연하다. 다만, 노조법 제27조와 제96조 제1항 제2호가 노조법의 기본원리 안에서 어떤 역할을 하는지 혹은 노조의 자료제출의무가 사회 공동체에게 왜 필요한 것인지에 대한 질문이 없고 답도 없다는 것이 문제이다. 헌법재판소는 노조법에서 노동조합은 근로자의 경제적 이해관계에 직접적인 영향을 주기 때문에 규제가 필요하다는 논리이다. 그러나 조합원들이 노동조합 내부에서 정보공개와 열람권을 행사하도록 보장하는 규정방식도 있다. 이는 노동조합 운영의 자유가 제한되는 결과는 같지만 단체자치를 더 보장하는 방식이 될 것이다. 또한 노동조합의 규모, 산업과 업종, 조합원 범위, 대표노조 지위 등을 묻지 않고 ‘행정관청의 요구가 있으면’ 제출해야 하는 노동조합의 결산 결과와 운영상황이 우리 사회의 공익에 어느 정도 기여할지도 의문이다. 사안에서 밝혔듯이 2008년부터 2012년까지 실제 과태료 부과횟수가 5건에 불과하다면, 제96조 제1항 제2호는 노조법의 목적 실현에 실질적으로 필요한 규정인지 따져보아야 한다. **KLI**

김미영(이화여대 SSK 고진로 사회권연구단 전임연구원)

근로자파견 대상업무 위반 형사처벌규정은 합헌

- 헌법재판소 2013. 7. 25. 2011헌바395 결정 -

【주문】

구 ‘파견근로자보호 등에 관한 법률’(1998. 2. 20. 법률 제5512호로 제정되고 2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 것) 제43조 제1호 중 제5조 제4항을 위반하여 근로자파견 사업을 행한 자 부분 및 ‘파견근로자보호 등에 관한 법률’(2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정된 것) 제43조 제1호 중 제5조 제5항을 위반하여 근로자파견사업을 행한 자 부분은 모두 헌법에 위반되지 아니한다.

파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 “근로자파견법”이라 함)은 파견사업주와 사용자업주의 기본권을 과도하게 제한하는 ‘나쁜’ 법률인가. 구 근로자파견법상의 직접고용간주규정,³⁾ 현행 근로자파견법의 직접고용의무규정⁴⁾ 등 근로자파견법에 대하여는 현재 다

3) 헌법재판소 2010헌바474 사건명 구 파견근로자보호 등에 관한 법률 제6조 제3항 위헌소원; 헌법재

수의 헌법소원이 제기되어 있다. 이 사건도 그 중 하나이다.

근로자파견법은 대통령령이 정한 32개 업무 이외의 직접생산공정업무 등에 대하여 근로자파견을 금지하고 이에 위반한 파견사업주와 사용자주주를 형사처벌하는 규정을 두고 있다. 이 사건 청구인은 원청회사와 타이어 포장 도급계약을 체결하고 소속 근로자로 하여금 원청회사에서 타이어 포장업무를 수행토록 하였는데, 이 사건 하청근로자가 원청회사에서 수행한 타이어 포장업무는 실질적으로는 근로자파견이고, 타이어 포장업무는 직접생산공정업무에 해당하기 때문에 근로자파견법이 정한 대상업무 위반을 이유로 기소되어 벌금이 선고되었다. 이에 청구인은 항소를 하였고, 항소심 계속 중 법원에 위헌법률심판을 제청하였으나 법원이 이를 기각하자 헌법소원을 제기하였다. 즉, 이 사건은 근로자파견법상의 대상업무 위반으로 인해 형사처벌을 받게 된 파견사업주가 헌법소원을 제기한 것으로서, 이 사건에서는 대통령령이 정하고 있는 32개의 업무 이외 직접생산공정업무 등에 근로자파견을 금지하고 이에 위반한 파견사업주에 대해 형사처벌을 규정하고 있는 구 근로자파견법 및 현행 근로자파견법상의 규정이 헌법에 위반되는지 여부가 다투어졌다.

이에 대해 헌법재판소는 근로자파견법이 정한 허용대상업무 이외의 근로자파견에 대한 형사처벌규정은 헌법에 위반되지 않는다고 판단하였다. 이 사건 청구인인 파견사업주가 근로자파견법이 정한 허용대상업무 이외의 근로자파견에 대한 형사처벌규정이 헌법에 위반된다는 논거는 크게 3가지인데, 헌법재판소는 다음과 같은 이유에서 허용대상업무 위반 근로자파견에 대한 형사처벌규정의 합헌성을 긍정하였다.

첫째, 이 사건 청구인은 근로자파견과 도급, 특히 사내하도급과의 구별기준이 불명확하기 때문에 죄형법정주의가 요구하는 명확성의 원칙에 위반된다고 주장한다. 이에 대해 헌법재판소는 근로자파견과 도급에 대한 법률상의 정의, 근로자파견과 도급의 법적 성질의 차이, 법원에 의한 근로자파견과 도급의 판단기준 등을 통해 충분히 합리적인 해석이 가능하기 때문에 명확성 원칙에 위반되지 않는다고 판단하였다.

둘째, 청구인은 파견사업주의 직업선택의 자유를 과도하게 침해한다고 주장한다. 이에 대해 헌법재판소는 파견근로자의 고용안정과 복지증진에 이바지하고 인력수급을 원활하게 하고자 하는 법률의 목적상 제조업의 직접생산공정업무 등 허용대상을 제한하는 것은 직접고용을 증진하고 파견근로자의 적정임금 등을 보장하기 위한 것으로 입법목적이 정당하다는 점, 일시적 필요의 경우에는 제조업의 직접생산공정업무에도 근로자파견이 허용되는 등 근로자파견의 상당히 넓은 범위에서 허용되고 있다는 점, 제조업 등 직접생산공정업무에 근로자파견을 허용할 경우 전체 근로자의 상당수의 근로자가 종사하는 제조

판소 2011헌바64 사건명 구 파견근로자보호 등에 관한 법률 제6조 제3항 위헌소원.

4) 헌법재판소 2011헌바45 사건명 파견근로자보호 등에 관한 법률 제6조의2 제1항 제4호 위헌소원.

업이 간접고용형태로 바뀌어 고용불안 및 근로조건이 악화될 가능성이 있어 이를 허용대상업무에서 제외시킬 필요가 있다는 점, (구) 근로자파견법상의 직접고용간주규정이나 직접고용의무규정, 차별처우의 시정에 관한 규정만으로 파견근로자의 적정 근로조건 보장에 미흡하다는 점, 과태료나 이행강제금 등 행정상의 제재수단은 입법 목적을 달성하는데 불충분할 수 있기 때문에 형사제재를 할 필요가 있고 징역형 이외에 벌금형이 선택적으로 규정되어 있어 형벌이 과다하지 않은 점, 직접고용 및 파견근로자에 대한 적정 근로조건 보장 등 공익은 큰데 반해 이로 인해 제한되는 파견사업주의 기본권 침해는 적다는 점 등으로부터 합헌성을 인정하였다.

셋째, 이 사건 청구인은 부당해고의 경우 사용자에 대한 형사처벌규정이 삭제된데 반해 근로자파견의 경우 허용대상업무를 위반한 파견사업주를 처벌하는 것은 부당해고를 한 사용자와 근로자파견 허용대상업무를 위반한 파견사업주를 합리적 이유 없이 달리 취급하는 것으로서 평등대우 원칙에 위반된다고 주장한다. 이에 대해 헌법재판소는 자신이 고용한 근로자를 부당하게 해고한 사용자와 파견근로자를 직접 사용하지 않고 사용사업주에게 제공하는 파견사업주는 기본적 지위에 차이가 있기 때문에 이를 달리 취급하더라도 차별이라 할 수 없다고 판단하였다.

다르게 이해하는 견해가 있을지 모르겠으나, 타인의 노동력을 이용하고자 하는 자는 타인을 직접 고용하는 것이 원칙이다. 근로자를 사용하여 이로부터 이익을 얻는 자는 그에 대하여 직접적인 책임을 부담해야 한다는 것이다. 이러한 점에서 보면 고용과 사용이 분리되는 근로자파견은 예외적인 것만 허용되어야 할 고용형태이다. 근로자파견사업을 하고자 하는 자는 고용노동부장관의 허가를 받아야 하고(근로자파견법 제7조 제1항), 법률에서 정한 업무에 한하여 근로자파견이 허용되며(근로자파견법 제5조), 파견기간은 최대 2년으로 제한(근로자파견법 제6조)되는 등 근로자파견법이 간접고용이 내재적으로 가지고 있는 사회·경제적 부정적 효과를 고려하여, 근로자파견사업을 하고자 하는 자로 하여금 고용노동부장관의 허가를 받도록 하고(근로자파견법 제7조 제1항), 법률에서 정한 업무에 한해 근로자파견을 허용하며(근로자파견법 제5조), 근로자파견의 기간을 최대 2년으로 (근로자파견법 제6조) 하는 등 근로자파견에 여러 가지 제한을 가하는 이유가 바로 여기에 있다. 직접고용의 원칙 및 파견근로자의 고용안정 및 근로조건 확보를 위한 필요최소한의 장치라 할 수 있는 근로자파견법이 파견사업주와 사용사업주의 기본권을 과도하게 제한한다는 위헌 주장은 이러저러한 규제를 받지 않고 자유롭게 인력을 활용할 수 있게 해달라는 말에 다름 아니다. **KLI**

김기선(한국노동연구원 부연구위원)