

병원사업에 있어서 “필수유지업무”에 관한 법리적 검토

박 경 춘*

- I. 서론
- II. 필수공익사업 및 필수유지업무의 개념
 - 1. 필수공익사업의 개념
 - 2. 필수유지업무의 개념
- III. 필수유지업무의 법적 의미
 - 1.쟁의행위 기간 중 필수유지업무의 유지 강제
 - 2. 대체근로 허용
- IV. 필수유지업무 협정 체결 또는 결정 절차 및 불복방법
 - 1. 필수유지업무 협정 체결 또는 결정 절차
 - 2. 법적 효과
- V. 죄형법정주의 위반론에 대한 검토
 - 1. 논의 배경
 - 2. 죄형법정주의 위반론의 요지
 - 3. 죄형법정주의 위반론에 대한 검토
- VI. 병원사업 실무상 쟁점 및 해결방안
 - 1. 필수유지업무협정의 요식행위성
 - 2. 노동위원회에 결정신청전 사전협의 필요성
 - 3. 동일병원 내 의료인력 이동배치 가능성
 - 4. 인근 지역병원 간의 지역 대체 가능성
 - 5. 중환자의 개념

[별첨 1] 직권중재 제도와 필수유지업무 제도

[별첨 2] 필수유지업무 협정서(예)

* 논문접수: 2009. 10. 30. * 심사개시: 2009. 11. 10. * 게재확정: 2009. 12. 10.

* 대구지방검찰청 부장검사, 금융정보분석원 심사분석실장 파견

I. 서 론

“보건의료노조는 서울지방노동위원회(이하 서울 지노위)가 4개 병원에 필수유지업무를 결정한 것에 강력히 규탄하며 반발하고 나섰다.

20일 보건의료노조에 따르면 지난 14일 서울 지노위가 한양대의료원, 이화의료원, 한국원자력의학원, 경희의료원 4개 병원이 신청한 필수유지업무 유지운영 수준에 대해 결정을 내렸다.

이번 결정은 병원 노동자의 파업권을 전면 봉쇄했으며 현재 해당 지부들은 노동쟁의 조정신청 등 파업을 위한 어떠한 절차도 진행하지 않고 있는데도 서울 지노위가 사측의 요청을 받아들여 신속하게 필수유지업무결정을 내린 것은 납득하기 어렵다는 것이 노조 측 입장이다.

또한 서울 지노위가 결정한 필수유지업무 유지운영 수준을 준수하면서 하는 파업은 사용자에게 단체교섭 타결을 압박하는 어떠한 수단도 되지 못하고 있다는 것.

이에 대해 보건의료노조 관계자는 “우리는 필수유지업무 결정을 규탄하며 필수유지업무제도 폐기 투쟁과 더불어 즉시 중노위에 재심을 신청할 예정”이라며 “필수유지업무 폐기투쟁에 적극적으로 나설 것”이라고 말했다.”

(메디컬투데이신문 2009. 8. 21.)

2008년 1월 1일부터 시행되고 있는 필수공익사업중 하나인 병원사업에 대한 필수유지 업무제도가 도입된 이후 의료현장에서는 위 제도 시행을 둘러싼 노사 간 갈등이 계속되고 있다. 위 제도 시행이전에는 직권중재제도가 시행되고 있었다.

직권중재제도는 1953년 「노동쟁의조정법」이 제정되면서부터 존재하던 제도로 노동 3권의 과도한 제약이라는 측면에서 위헌 논란과 함께 국제노동기구(ILO) 등에서 지속적으로 개선권고를 받는 등 문제점이 있었다. 이러한 논란 속에서 2003년 5월 15일, 헌법재판소 전원재판부는 노동조합및

노동관계조정법 제62조 제3호 등 위헌제청사건에서 필수공익사업에서 노동쟁의가 발생한 경우에 노동위원회 위원장이 직권으로 중재회부결정을 할 수 있도록 한 노동조합및노동관계조정법 제62조 제3호 및 제75조가 기본권제한 방법이 부적절하여 과잉금지의 원칙에 위배하여 근로자의 단체행동권을 침해하는 것인지 여부와 이 사건 법률조항들이 공익 목적 달성을 위하여 반드시 필요한 한도 내로 기본권 제한을 최소화하지 못함으로써 과잉금지의 원칙에 위배하여 근로자의 단체행동권을 침해하는 것인지 여부에 관하여 청구인의 청구를 모두 기각하면서 합헌결정을 하였다.¹⁾ 그러나, 위 합헌결정에 대하여도 4명의 재판관이 위헌의견을 제시하는 등 많은 논란이 예고되었다.

【합헌의견】

1. 필수공익사업장에서의 노동쟁의로 인하여 국민생활 영위에 필수적인 재화와 용역의 공급이 갑자기 중단된다면 중대한 사회적 혼란이 야기되고 국민의 기초적 일상생활이나 심한 경우 그 생명과 신체에까지 심각한 해악을 초래하며 나아가 국민경제를 현저히 위태롭게 할 수 있다. 이러한 위험 상황을 방지하여 공익과 국민경제를 유지할 필요가 발생하는 경우에는 노동위원회의 직권에 의한 중재를 사전에 거치게 하는 것이 극단적으로 치닫는 노동쟁의를 상호간 감정의 대립을 더 이상 격화시키지 아니한 채 합리적 방향으로 신속하고 원만하게 타결하도록 하는 효과적 수단이 될 수 있다. 또한 법상 별도로 인정되고 있는 긴급조정과 이에 따른 강제중재의 제도는 단체행동권이 행사되어 파업 등이 진행되고 난 이후에만 발동될 수 있으며 이때에는 이미 국민에 대한 필수서비스가 전면 중단되어 사회기능이 마비

1) 헌법재판소 2003.05.15, 2001헌가31, 헌법재판소 판례집 제15권 1집, 484(<http://library.court.go.kr/>) 그 이외에 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 90헌바19, 92헌바41, 94헌바49 사건에서도 동일한 취지의 판결을 한 바 있다(당시 현재 결정은 현재 재판관 중에서 위헌 의견이 5인이고 합헌의견이 4인으로 위헌의견이 다수였지만, 위헌결정의 정족수에 1인이 모자라 결국 합헌 결정을 한 것임)

되고 난 이후일 것이므로 이미 공익과 국민경제에 대한 중대한 타격이 가하여지고 난 다음의 사후 구제책으로서의 기능을 할뿐이고 이러한 사후적 제도만으로는 국민생활과 국가경제를 안정시키기에 충분하지 못하다. 따라서 이 사건 법률조항들이 필수공익사업장에서의 노동쟁의를 노동위원회의 직권으로 중재에 회부함으로써 파업에 이르기 전에 노사분쟁을 해결하는 강제중재제도를 채택하고 있는 것은 그 방법상 헌법상 정당한 목적을 추구하기 위하여 필요하고 적합한 수단의 하나가 된다고 할 것이므로 과잉금지 원칙상의 수단의 적합성이 인정된다.

2. 이 사건 법률조항들에 의한 직권중재의 대상은 도시철도를 포함한 철도, 수도, 전기, 가스, 석유정제 및 석유공급, 병원, 한국은행, 통신의 각 사업에 한정되어 있다. 태업, 파업 또는 직장폐쇄 등의 쟁의행위가 이러한 필수공익사업에서 발생하게 되면 비록 그것이 일시적이라 하더라도 그 공급중단으로 커다란 사회적 혼란을 야기함은 물론 국민의 일상생활 심지어는 생명과 신체에까지 심각한 해악을 초래하게 되고 국민경제를 현저히 위태롭게 하므로, 현재의 우리나라의 노사여건 하에서는 위와 같은 필수공익사업에 한정하여 쟁의행위에 이르기 이전에 노동쟁의를 신속하고 원만하게 타결하도록 강제중재제도를 인정하는 것은 공익과 국민경제를 유지·보전하기 위한 최소한의 필요한 조치로서 과잉금지의 원칙에 위배되지 아니한다.

【위헌의견】 - 재판관 한대현, 재판관 하경철, 재판관 김영일, 재판관 송인준의 반대의견

1. 이 사건 법률조항들에 의한 중재회부 결정의 과정에서는 근로자가 참여하여 의견을 제시할 수 있는 기회가 법상 전혀 보장되어 있지 아니하고, 중재 재정의 과정에서도 충분한 사실조사와 그에 필요한 청문절차 등이 법상 규정되어 있지 아니하는 등 관계 당사자에 대한 절차적 보장이 미흡하다. 또한 중재재정에 대한 불복은 중재재정이 ‘위법이거나 월권에 의한 것’이라고 인정되는 경우에 한하고, 중재재정이 단순히 노사 어느 일방에게

불리하여 부당하거나 불합리하다는 사유만으로는 불복이 허용되지 아니하므로 관계당사자는 중재재정의 내용이 부당함을 이유로 중재재정에 불복하여 사법심사를 받을 길마저 존재하지 아니한다. 이렇게 볼 때 이 사건 직권 중재제도는 그 회부과정이나 중재재정과 정, 중재재정후의 불복과정에서 모두 관계당사자의 절차적 참여권이 충분히 보장되지 아니하여, 근로자의 단행동권을 제한하는 것에 대한 대상조치로서 적절하고 충분한 정도의 것이라고 보기 어렵다.

2. 이 사건 법률조항들에 따르면, 필수공익사업장에서 이루어지는 쟁의 행위에 대해 그 경위와 경중 등 구체적인 사정을 전혀 살피지 않고서, 중재 회부절정이라는 행정처분에 의해 일률적으로 모든 쟁의행위를 금지하고 그 위반시 불법쟁의행위로 간주하여 처벌하는 것이 가능하며, 입법목적상 규제하고자 하였던 필수공익사업의 전면적인 파업뿐만 아니라 부분파업, 태업, 부분적·일시적 직장점거, 피케팅 등 가벼운 형태의 모든 쟁의행위를 무차별적으로 제한하고 있다. 이러한 제한은 기초적 국민생활의 유지와 국민경제의 보호라는 입법목적에 비추어 보더라도 과잉된 것이므로 이 사건 법률조항들은 기본권을 제한하는 법률이 준수하여야 할 최소침해의 원칙에 반하여 헌법에 위반된다.

이에 「노사관계제도선진화연구위원회」²⁾는 필수공익사업에서의 직권중재제도와 관련하여 “직권중재제도 폐지”와 “필수유지업무 개념의 도입”을 제안하였다.³⁾ 이 제도의 도입은 2006년 9월 11일 ‘노사정 대타협’에서 비롯

2) 우리나라 노사관계법과 제도를 국제기준과 우리의 현실여건에 부합되도록 개선하는 방안을 마련하기 위해 구성된 위원회로서, 노동부의 요청에 의하여 한국노동연구원에서 노사관계 분야의 학자 등 전문가15명으로 구성하였고, 2003년 5월 10일 발족하여 그해 12월까지 운영되었다. 2003년 12월 노동조합 및 노동조합조정법, 근로기준법, 노동위원회법, 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률 등 4개법 34 분야에 대해 “노사관계법·제도 선진화 방안”을 제시하였다. http://epic.kdi.re.kr/epic/epic_view_source.jsp?num=64214&menu=1 참조.

3) 『노사관계제도 선진화 연구위원회 최종보고서』, <http://blog.naver.com/uuuuu/40006551567> 참조, 논의 배경 등에 관하여는 문무기, “파업시 최소서비스 유지의무: 파업권과 공익의 조화”, 『국제노동브리프』, Vol.3(No.9), 한국노동연구원, 2005. 제2면 참조.

된다. 노사정은 대타협을 통해 그간 공익사업장 쟁의권을 과도하게 제한한다고 비판받아 온 직권중재를 폐지하는 대신 필수공익사업에 혈액공급, 항공, 폐·하수도 처리, 증기·온수공급업을 추가하였다. 노사정 합의 이후 관계부처 간의 협의를 거쳐 11월 7일 관련 법안이 국회에 제출되었다. 그러나 민주노총은 이 노사정 합의에 참여하지 않았다.⁴⁾ 2006년 12월 30일 「노동조합 및 노동관계조정법」(이하 「노조법」이라고 약칭한다) 개정에서 직권중재제도(제62조 제3호)를 폐지하고 필수유지업무 개념을 도입(동법 제42조의 2)하고 대체근로를 허용하는 규정(동법 제43조 제3항 및 제4항)을 신설⁵⁾하여 2008년 1월 1일부터 시행되었다.⁶⁾ 개정 「노조법」은 직권중재제도를 폐지하되, 필수공익사업에 대하여 대체근로를 허용하고(제43조 제3항 및 제4항), 필수공익사업의 업무 중 그 업무가 중지 또는 폐지되는 경우 “공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무”에 대하여 쟁의행위기간 중에도 정당한 유지·운영 의무를 부과하였다(제42조의 2 제1항 및 제2항). 즉, 공익보호를 위한 쟁의권에 제한이 사업장 중심에서 업무중심으로 전환되게 되었다.⁷⁾ 또한 노사 당사자에 대하여 쟁의행위 기간 동안 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 위한 필요 최소한의 유지·운영수준, 대상 직무 및 필요인원 등을 정한 필수유지업무협정을 체결하도록 하고 있다(제42조의 3).⁸⁾ 위와 같은 필수유지업무 제도가 시행되는 시점인 2008년 1월 1일을 앞두고 2007년 11월 28일 한국수자원공사 노사가 필수공익사업 사업장 중에서 가장 먼저 필수유지업무협

4) 노조법 개정 논의 과정과 이후 상황에 대하여는 장홍근·김가람·강병식, 「필수유지업무제도 도입과 쟁점」, 『노동리뷰』, 통권 제47호, 한국노동연구원, 2008, 제52면 참조.

5) 개정제안이유에 관하여는 국회 홈페이지 http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=PRC_G0I6I1V2Q2V1Q2A1B5P0V2D5H1C6K0 참조.

6) 비교법적 검토에 관하여는 유성재, “노사관계 선진화 입법에 대한 법리적 검토”. 『중앙대 법학논문집』, 제31집 제1호, 중앙대학교, 2007, 제385~387면, 문무기, “파업시 유지되어야 할 필수업무의 범위”, 『2006 노동법의 쟁점』, 한국노동연구원, 2006, 제351~385면 참조.

7) 유성재, 전계논문, 제384면.

8) 직권중재 제도와 필수유지 업무제도의 비교에 관하여는 [별첨 1] 참조.

정을 체결하였다.⁹⁾ 파업권과 공익(公益)의 조화를 도모한다는 취지 아래 종래 유지되어 온 노조법상 필수공익사업 개념과 직권중재제도는, 그 나름대로의 명분과 현실적 필요성에도 불구하고 노사 간에 발생한 분쟁상태를 자주적으로 해결하지 못하는 노사관계 공멸(lose-lose)의 결과를 초래해 온 것이 사실이다. 필수유지업무제도는 공익적 사업영역에서 최소한의 서비스가 유지되는 파업이 진행되도록 함으로써, 파업에도 불구하고 사회적으로 용인되는 상황을 설정할 수 있게 도와준다. 즉, 근로자에게 파업권의 행사를 실질적으로 보장하는 동시에, 노사 간에 발생한 분쟁을 자주적으로 해결토록 함으로써 노사관계의 안정과 상생(win-win)을 이룰 수 있는 기회를 부여할 것이다. 파업이 계속되는 동안 노동위원회 등을 통한 공정하고 신뢰성 있는 조정서비스는 제공되어야 하겠지만, 노사 모두에게 쟁의행위 상황에서도 자율적인 타협을 모색하는 노력의무가 기본적으로 부과된다. 일반국민 역시 자연권¹⁰⁾의 하나인 노동기본권의 실질적 보장을 위해 어느 정도의 피해·불편을 감수하면서, 이해관계자로서의 건전한 비판과 평가 등을 통해 여론을 형성하는 역할이 부여되는 것이다.¹¹⁾

한편, 위 제도 시행 이후에도 노사 간에는 많은 부분에 쟁점이 있고¹²⁾, 심지어는 노조 측에서 필수유지업무제도 철폐 주장까지 나오고 있는 현실이다.¹³⁾

9) 노동부, 2007, 11.28. 보도자료(http://seoulnambu.molab.go.kr/local/view.jsp?cate=2&sec=1&mode=view&bbs_cd=201&seq=1196228810343).

10) 노동기본권이 헌법상 자연권이라기보다는 사회권적 기본권으로 보는 것이 일반적인 견해이다.

11) 문무기, 전계논문, 제385~386면, 자세한 제도 도입 배경과 의의에 관하여는 문무기, “2007 노동법의 쟁점(1)”, 『2007 상반기 노동법·법경제 포럼 논문집』, 한국노동연구원, 2008, 제82~91면 참조.

12) 대한병원협회, “쟁의행위시 중환자보호 어떻게 할 것인가?”, 『대한병원협회 토론회 자료집』, 2008.

13) 메디컬투데이, “노동위가 노조의 파업권을 박탈한다?”, 2009, 8.25. 기사 참조.

II. 필수공익사업 및 필수유지업무의 개념

1. 필수공익사업의 개념

노조법은 제71조 제1항에서 공익사업¹⁴⁾을, 제2항에서 필수공익사업을 정의하고 있다. 필수공익사업이란 “공익사업 중에서 그 업무의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하거나 국민경제를 현저히 저해하고 그 업무의 대체가 용이하지 아니한 사업”으로서, “① 철도사업, 도시철도사업 및 항공운수사업, ② 수도사업, 전기사업, 가스사업, 석유정제사업 및 석유공급사업, ③ 병원사업 및 혈액공급사업, ④ 한국은행사업, ⑤ 통신사업”을 말한다고 규정하고 있다. 따라서 노조법 제71조 제1항의 규정에 의한 공익사업으로서 동법 제71조 제2항 각호의 규정에 의한 사업이라는 형식적 요건과 업무의 정지 또는 폐지가 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하거나 국민경제를 현저히 저해하고 그 업무의 대체가 용이하지 않은 실질적 요건을 구비하여야 한다. 그리고 형식적 요건은 ‘한국표준산업분류’(통계청 발행)에 따른 산업정의 및 분류와 각 사업시행의 근거법률을 기초로 판단한다.¹⁵⁾ 필수공익사업의 개념은 직권중재제도가 존재하던 종전 노조법에서는 파업권의 ‘사전적·전면적·강제적 규제’를 결정짓는 ‘직접적’

14) “공익사업”이라 함은 공중의 일상생활과 밀접한 관련이 있거나 국민경제에 미치는 영향이 큰 사업으로서 다음 각호의 사업을 말한다고 규정.

15) 필수공익사업 근거법률로는 철도사업법, 도시철도법, 항공법, 인천국제공항공사법, 한국공항공사법, 수도법, 전기사업법, 도시가스사업법, 석유사업법, 한국은행법, 의료법, 혈액관리법, 전기통신사업법, 우편법 등이 있다. 한편 필수공익사업의 범위와 관련하여 개정 노조법이 취한 입법자의 판단이 합리적인 것이었는가에 대한 부분과 관련해서는 여러 가지 입장이 있을 수 있다고 생각된다. 다만, 논자에 따라서는 “몇 가지 언급하고 싶은 것으로 첫째, 당해 사업에서 제공하는 서비스가 비록 공중의 일상생활 및 국민경제에 큰 영향력을 가진 경우라 하더라도, 그 사업의 장기적 발전 내지 경쟁력 제고방안을 고려한 접근방법상의 근본적인 재검토가 필요하다는 점이다. 이 부분은 특히 이번 새롭게 포함된 항공운수사업의 경우가 이에 해당된다고 하겠다. 또한 이번 노조법 개정에도 불구하고 필수공익사업의 범위가 아직도 매우 추상적인 수준에 머무르고 있다는 점이다. 노조법에서 규정하고 있는 ‘사업’의 범위가 구체적인 산업 현장에서 존재하는 수많은 사업을 모두 포괄할 수 있다는 측면에서 보다 구체적인 ‘보완’이 필요할 것으로 생각된다.”라고 주장하는 견해가 있다(문무기, 전계논문, 제97면).

인 매개체로서의 역할을 수행했기 때문에 매우 중요한 의미를 지나고 있었다. 즉, 필수공익사업에서 수행하는 모든 업무가 파업권 사전규제의 대상으로 곧바로 인정되는 결과가 초래되었다. 그러나 개정법에서는 직권중재 제도가 폐지되었기 때문에 상대적으로 그 중요성은 반감되었다. 다만, 필수유지업무를 설정하여야 할 사업의 범위를 획정하는, 즉, 파업권의 ‘사전적·부분적·자율적 규제’의 ‘간접적’인 매개체로서의 역할을 수행한다는 측면에서의 의미는 그대로 가지고 있다고 하겠다. 비록 필수공익사업에서 수행하는 업무 중에서 ‘필수유지업무’에 해당하는 ‘핵심업무’만이 파업권의 자율적 규제 대상에 포함되는 구조이기는 하지만, 이 역시 핵심적인 노동기본권의 사전적 규제에 해당한다.¹⁶⁾

2. 필수유지업무의 개념

노조법 제42조의 2는 필수유지업무라 함은 “필수공익사업에 해당하는 업무 중 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무로서 대통령령으로 정하는 업무”를 말한다고 규정하고 있다.¹⁷⁾ 따라서, 필수공익사업의 모든 업무가 필수유지업무에 해당하는 것은 아니며, 필수공익사업의 정의개념으로 사용되는 ‘국민경제 저해 여부’는 필수유지업무 판단기준으로 삼지 않고 있음을 유의할 필요가 있다. 먼저, 개정 전 노조법에서는 필수공익사업의 개념을 설정하고 이를 노동위원회 위원장의 중재회부결정제도(직권중재제도)와 연계시키고 있었다. 그러나 직권중재제도를 폐지한 개정 노조법에서 새롭게 정의된 ‘필수유지업무’의 개념은, 필수공익사업의 업무 중에서 공공의 이익과 노동기본권(파업권)의 조화를 모색하기 위하여 파업시에도 유지

16) 문무기, 전계논문, 제96~97면.

17) 우리나라의 필수유지업무가 ILO가 제시하는 필수서비스 또는 최소서비스 중 어느 개념에 해당하는가를 명확하게 설명하기 어렵다고 하면서 양자 간의 개념구별에 관한 상세한 설명을 한 문헌은 이준희, “필수유지업무제도에 대한 법리 검토”, 『노동정책연구』, 제8권 제2호, 한국노동연구원, 2008, 제85~88면 참조.

되어야 하는 ‘핵심적 업무’를 설정하기 위한 ‘도구 개념’으로 이해할 수 있다. 즉, 파업시에도 ‘공공의 이익’을 위해 반드시 계속되어야 할 ‘최소서비스(minimum service)’를 결정하는 도구 개념을 도입하였다고 하겠다.¹⁸⁾

개정 노조법 제42조의2 제1항에서 규정하고 있는 필수유지업무의 개념 요소는, 노조법 제71조 제2항의 필수공익사업의 업무 중에서 당해 업무의 정지·폐지가 ① ‘공중의 생명·건강 또는 신체의 안전’이나 ② ‘공중의 일상생활’을 ‘현저히 위태롭게 하는 업무’라고 할 수 있다. 한편, 구법에서부터 규정하고 있던, 직권중재제도의 대상이었고, 필수공익사업의 개념 요소 가운데 하나인 ‘국민경제에 대한 저해성’은 제외되고 있다. 따라서 해당 필수공익사업(장)의 경제적 측면, 즉 ‘효율성’이나 ‘수익성’ 등은 고려하지 않는 것이 마땅하다.¹⁹⁾

한편 병원사업에 관하여는 노조법시행령 22조의2에서 “가. 응급의료에 관한 법률 제2조제2호에 따른 응급의료 업무, 나. 중환자 치료·분만(신생아 간호를 포함한다)·수술·투석 업무, 다. 가목과 나목의 업무수행을 지원하기 위한 마취, 진단검사(영상검사를 포함한다), 응급약제, 치료식 환자급식, 산소공급, 비상발전 및 냉난방 업무”를 필수유지업무로 규정하고 있다. 물론 구체적인 내용은 각각 사업장에서 노사 간의 합의를 통해 결정하게 될 것이다.

III. “필수유지업무”의 법적 의미²⁰⁾

1. 쟁의행위 기간 중 필수유지업무의 유지 강제

노조법 제42조의2 제2항은 “필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·

18) 문무기, 전계논문, 제97~98면.

19) 문무기, 전계논문, 제98면.

20) 이준희, 전계논문, 제88면.

폐지 또는 방해하는 행위는 정의행위로서 이를 행할 수 없다”고 규정하고 있다. 따라서 노동조합은 그 유지·운영 임무를 수행하는 조합원을 정의행위에 참가하게 함으로써 필수유지업무의 유지·운영을 정지·폐지하는 행위를 할 수 없고, 조합원 또는 비조합원이 그러한 임무를 수행하는 것을 방해할 수도 없다. 이에 위반할 경우에는 노조법 제89조 제1호에 따라 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

최근 전국보건의료노조에 의하면 “2008년 각 병원 별로 진행된 필수유지업무 관련 교섭에서 핵심 쟁점은 필수부서와 유지운영 수준이었다. 고신대병원, 제일병원, 지방의료원 등 66개 병원은 노조가 종전 파업 시 자율적으로 유지해왔던 필수유지업무 수준을 존중해 노사 자율타결이 이뤄졌다. 반면, 노사 자율타결이 이뤄지지 못한 병원들은 사용자측에서 일방적으로 지방노동위원회에 결정신청을 진행했다. -(중략)- 경북·경기·서울·전북지노위가 결정한 유지운영수준은 ▲응급의료업무 100% ▲중환자치료업무 100% ▲분만업무 60% ▲신생아업무 60% ▲수술업무 70% ▲투석업무 70% ▲상기업무 지원을 위한 진단검사업무, 영상검사업무 70% ▲상기업무 지원을 위한 응급약제업무 100% ▲상기업무 지원을 위한 치료식 환자급식 업무는 70% ▲산소공급, 비상발전, 냉난방업무는 60%이다. 단순계산으로 보더라도 해당 지부는 부서 총 인원의 90%가 파업에 참가할 수 없는 상황이다.”라고 주장하고 있다.²¹⁾

2. 대체근로 허용

노조법 제43조 제3항과 제4항은 필수공익사업의 경우 정의행위 기간 중 파업참가자의 100분의 50 범위 내에서 대체근로를 허용하고 있다. 다만, 파견 근로자의 사용은 파견근로자 보호 등에 관한 법률 제16조제1항에 따라 허용되지 아니한다. 개념상 필수공익사업에는 필수유지업무가 포함되므

21) http://bogun.nodong.org/xe/?document_srl=109313

로 필수유지업무에 대해서도 대체근로가 허용된다고 보아야 한다.²²⁾ 따라서 필수공익사업에서 파업참가 근로자의 100분의 50을 판단하는 기준은 제43조 제4항의 법문에 따라 전체 “사업 또는 사업장 단위로 판단”할 수밖에 없겠지만, 사실상 업무별로 구분하여 판단할 필요가 있을 것이다.²³⁾ 사전으로는 위 “100분의 50”을 결정하는 방법에 관하여 입법적으로 해결하는 것이 바람직하고, 필수유지업무 협정을 체결하면서 100분의 50을 결정하는 방법을 규정할 수도 있다고 본다. 어쨌든 현행법 하에서는 대체근로 사용 한도로서 파업참가자 수 100분의 50 기준의 충족 여부는 사업 또는 사업장 단위 파업참가자 수를 기준으로 판단한다. 따라서, 사업 또는 사업장 단위 별로 파업참가자수의 100분의 50 범위를 초과하지 않는 한 특정 업무에 대체근로를 100분의 50 이상 사용하더라도 법에 위반되지 아니한다고 해석하여야 한다. 파업참가자 수는 근로의무가 있는 근로시간 중 파업참가를 이유로 근로의 일부 또는 전부를 제공하지 아니한 자로서 1일 단위로 산정한다.²⁴⁾ 근무시간 중 일시적으로 파업에 참가한 자는 파업참가로 산정하여 대체근로사용 가능인원을 판단한다. 그리고 파업이 아닌 태업 등의 쟁의행태 참가자는 파업참가자 수 산정에서 제외되며, 단체협약 등에 의해 관행적으로 연장근로를 하고 있는 사업장에서의 연장근로 거부는 파업으로 간주된다. 특정일을 기준으로 어느 하루라도 100분의 50 사용한도를 넘어서면 대체근로 위반으로 볼 수밖에 없다. 파업참가자 수 산정에 있어 노사간 다툼의 발생 소지를 방지하는 등 필요한 경우 사용자는 파업참가자 수 산정을 위하여 노동조합에 협조를 요청할 수 있다.²⁵⁾ 여기서 유의할 점은

22) 문무기, “필수유지업무의 범위와 법적 해석”, 『노동리뷰』, 한국노동연구원, 제63면은 필수유지업무제도의 기본취지상 파업권의 본질적 침해가 발생하여서는 안 되므로 필수유지업무 등 핵심 업무에 대체근로가 집중됨으로써 파업권 행사가 유명무실화되어서는 곤란하다고 본다. 혹자는 필수유지업무의 유지가 강제되는 필수유지업무에 대해서도 대체근로를 허용하는 것은 단체행동권에 대한 지나친 제한이 아닌가 하는 의문이 제기하면서, 이러한 문제로 인해 필수유지업무 해당사업장에는 대체근로자를 투입할 수 없다는 주장이 있으나, 이러한 주장은 현행법의 해석론으로서는 받아들이기 어렵다.

23) 문무기, 전계논문, 제63면.

24) 노조법 시행령 제22조의4제1항.

위 100분의 50 사용한도는 정의행위 자체가 정당한 경우에 적용되므로, 정의행위 자체의 정당성이 부인되는 경우에는 대체근로 규정의 적용을 받지 않으므로 100분의 50을 넘어서는 대체근로 사용도 가능하고, 신규채용 또는 도급을 통한 대체근로는 쟁의기간 중에 한하여 가능하다고 명시하고 있으므로 파업을 이유로 한 영구적인 대체근로는 허용되지 아니한다.²⁶⁾ 필수유지 업무협정 또는 노동위원회 결정상 유지·운영 수준은 대체근로 사용을 포함하지 않은 상태에서 충족하여야 할 최저기준의 성격이 있으므로 정의행위시 대체인력을 사용하여 동 유지·운영 수준을 상회하여 사업을 운영하는 것은 가능하다. 따라서, 대체근로 투입에 따른 필수유지업무 유지·운영을 이유로 필수유지업무 조합원이 정의행위에 가담하는 경우 노동법 제42조의2 제2항에 따른 필수유지업무 불이행 책임이 발생한다. 이는 협정 또는 결정에 따른 필수유지업무 유지·운영수준은 노동조합 및 필수유지업무 조합원에게 수행의무가 부과되는 최소기준 성격으로 보아야 하며 대체인력은 사용자의 경영상 판단에 의하여 투입여부가 결정되는 것으로 필수유지업무의 필요최소한의 유지·운영을 위한 필요인원에 포함되지 않는다고 보아야 하기 때문이다.²⁷⁾

IV. 필수유지업무 협정 체결 또는 결정 절차 및 불복방법

1. 필수유지업무 협정 체결 또는 결정 절차

가. 협의에 의한 절차: 노사 간 필수유지업무협정 체결 방법 (제1의 방법)

노동법 시행령²⁸⁾은 필수유지업무의 분야만을 기술할 뿐 개별 사업 또는

25) 노동법 시행령 제22조의4제2항.

26) 김형배, 『노동법』, 박영사, 2007, 제866면.

27) 노동부, 『필수유지업무제도 운영 매뉴얼』, 2008, 제53면.

사업장의 규모와 특성을 고려한 필수유지업무의 내용과 유지 수준을 구체적으로 규정하고 있지는 않는다. 따라서 실제로 쟁의행위가 금지되는 구체적인 범위와 규모에 대해서는 노동관계 당사자가 자율적으로 협정을 체결하여 준수하여야 한다.²⁹⁾ 노조법 제42조의 3은 “필수유지업무협정이란 노동관계 당사자가 쟁의행위 기간 동안 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 위하여 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준, 대상 직무 및 필요 인원 등을 정하여 당사자 쌍방이 서명 또는 날인하여 서면으로 체결한 협정”을 말한다고 규정하고 있다.³⁰⁾ 노동관계 당사자란 “노동조합과 사용자 또는 사용자단체”를 말한다. 현행 노조법에 의하면 노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 갖는다(제29조 제1항). 또한 노동조합과 사용자 또는 사용자단체로부터 교섭 또는 단체협약의 체결에 관한 권한을 위임받은 자는 그 노동조합과 사용자 또는 사용자단체를 위하여 위임받은 범위 내에서 그 권한을 행사할 수 있다(제29조 제2항). 노동조합의 조직과 관련하여 근로자가 직접 그 구성원이 되는 단위노동조합은 기업별 조직이든 산업별 조직이든 간에 단체교섭당사자가 되며, 이것은 조직원리상 노동조합의 조직유형을 근로자가 자율적으로 결정할 수 있는 자유설립주의에 기초하고 있기 때문이다(노조법 제10조 제1항 참조). 따라서 노동조합이 기업별로 조직되어 있는 경우에는 기업별 노동조합이, 산업별로 조직되어 있는 경우에는 산업별 노동조합이 단체교섭당사자의 적격성을 보유하게 된다.³¹⁾

필수유지업무협정은 당사자 쌍방의 서명이나 날인이 있어야 효력이 발생

28) 노조법 시행령 제22조의2 [별표 1].

29) 김형배, 전계서, 제845면.

30) 이는 단체협약의 경우와 마찬가지로 위 협정이 노사관계를 규율하는 규범계약으로서 성질을 가지므로, 그 내용을 명확히 함으로써 후일에 분쟁이 생기는 것을 방지하기 위한 것이다(김형배, 전계서, 제759면 참조).

31) 김형배, 전계서, 제734면 참조. 필수유지업무협정이 단체교섭은 아니라고 하더라도 그 체결 당사자는 상호 동일하다고 보아야 할 것이다(필자 주). 다만, 산별노필조 형태라고 하더라도 각 사업장 노사에 교섭권을 위임하여 유지·운영 수준을 정하도록 하는 것이 바람직하다(노동부, 전계서, 제40면 참조).

한다.³²⁾ 서명 또는 날인이 없는 경우 필수유지업무협정으로서의 효력은 인정되지 않으나, 협정의 진정성과 명확성이 인정되면 무인도 유효하다.

필수유지업무협정은 그 체결이 의무화되어 있고, 근로조건에 관한 사항을 포함하지 않고 있으며, 교섭거부가 부당노동행위 제재대상이 될 수 없고, 쟁의행위의 기준으로서 주기적 갱신의 필요성이 인정되지 않는다는 점 등에서 노조법상 단체협약과는 다르다. 따라서, 노조법상 단체협약을 전제로 적용되는 단체협약 신고 및 시정명령(제31조), 단체협약 유효기간(제32조), 단체협약 위반 시 벌칙(제92조) 등의 규정은 적용되지 않는다. 즉, ① 단체협약은 근로조건을 정하는 것이고, 그러한 근로조건에 관한 분쟁이 쟁의행위인 반면 협정체결을 위한 교섭결렬은 쟁의행위 요건에 해당되지 아니하므로 이를 이유로 한 쟁의행위는 위법하다³³⁾고 할 것이고 ② 단체협약과 달리 노동관계 당사자가 필수유지업무협정을 행정관청에 신고할 의무는 없고 필수유지업무협정의 내용이 법령에 위반된 것을 이유로 행정관청에서 시정명령을 할 수 있는 근거가 없으므로 이를 위한 시정명령권도 부인된다고 할 것이다.³⁴⁾ 나아가 필수유지업무협정은 일반적인 단체협약과 성격·내용이 다르므로 단체협약서와 별도로 체결할 필요가 있을 것이다.

이에 대하여 필수유지업무협정도 노사가 합의한 내용을 서면으로 작성하여 서명 또는 날인한 것이라면 단체협약이라고 부를 수밖에 없다고 하면서 판례(대법원 2002.11.26. 선고 2001다36504 판결)도 ‘단체협약은 노동조합이 사용자 또는 사용자단체와 근로조건 기타 노사관계에서 발생하는 사항

32) 김형배 전제서, 제845면, 위와 같은 요식을 따르지 않은 단체협약의 효력에 대하여는 후술한다.

33) 이러한 경우, 노사는 노동위원회에 필수유지업무 결정 신청을 하는 방안을 강구하여야 할 것이다.

34) 예컨대, 당연히 필수유지업무에 포함되어야 할 업무를 노사합의로 필수유지업무로 분류하지 아니한 채 협정을 체결한 경우 평상시 또는 쟁의행위가 임박한 시점 등에서 근로감독관 등에 의해 행정지도를 통해 지적되어 질 수 있을 것이다. 만약, 명백한 법령 위반을 담고 있는 협정을 가지고 그대로 쟁의행위에 돌입한다면 결국 무효인 협정을 가진 채 쟁의행위를 한 것과 동일한 법적효력이 있어 이에 따른 법적 책임을 져야 할 것이다.

에 관하여 체결하는 협정'이라고 한 것을 근거로, 단체협약과 협정을 다른 개념으로 보고 있는 것은 아니라고 주장하는 견해가 있다.³⁵⁾ 또한 “노사관계 당사자의 자율적 협상(negotiation)의 결과물로서 도출된다는 주체·방법(형식)적 측면을 고려하고, 그 법적 성격을 달리 볼 명시적인 실정법 근거도 강하지 않거나 최소한 타당하지 않다는 점에서 이를 일용 단체협약으로 이해하는 것이 타당할 것으로 보인다. 비록 법문상 ‘협정’이라고 표현되고 있지만, 표현 형식에 앞서서 구체적인 ‘실체’에 근거하여 판단할 필요가 있기 때문이다. 아울러 노사에게 협정체결 및 교섭 결렬시 노동위원회로 그 결정을 신청토록 ‘강제’하는 것도 필수유지업무의 공익보호 필요성에 근거한 것이지, 그 법적 성격을 별도로 설정하려는 취지로 볼 필요도 없다. 그러므로 필수유지업무 협정을 위반하여 근로제공을 하지 않은 근로자는 단체협약(채무적 부분) 위반으로서의 책임을 지는 것이 아니라, 동 협정에 근거한 사용자의 업무명령권(노무지휘권)에 따르지 않은 책임을 지게 될 것이다. 또한, 단체협약의 일부분으로 체결되는 경우를 포함하여 그 법적 성격을 단체협약(보다 구체적으로는 쟁의관련 사항을 규정한 ‘평화조항’의 하나)으로 보되, 공익성을 적극 고려하여야 하는 특성이 존재하는 노사자치의 영역으로 이해하는 것이 타당할 것이다.”라고 주장하는 견해도 있다.³⁶⁾ 그러나, 단체협약으로 보는 견해는 앞에서 살펴 본 바와 같이 현행법 규정상 양자의 차이점을 설명하는데 어려움이 있어 이를 받아들이기 어렵다고 본다.

35) 박제성, “필수공익사업의 쟁의행위에 대한 새로운 규율: 필수유지업무와 대체근로”, 『노동정책연구』, 제7권 제3호, 한국노동연구원, 2007, 제152면.

36) 문무기, “2007 노동법의 쟁점(1)”, 『2007 상반기 노동법·법경제 포럼 논문집』, 한국노동연구원, 2008, 제101~102면.

나. 노동위원회의 결정에 의한 절차: 노동위원회의 필수유지업무결정 방법(제2의 방법)

(1) 법률규정

노조법 제42조의4 제1항은 필수유지업무협정이 체결되지 아니하는 때에 노동관계 당사자 쌍방 또는 일방이 노동위원회에 “필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준, 대상 직무 및 필요인원 등”에 대한 결정을 신청하여야 한다³⁷⁾고 규정하고 있다.

(2) 노동위원회 필수유지업무 결정의 성격³⁸⁾

노동위원회의 필수유지업무결정이 심판으로서의 성격을 갖는가, 조정으로서의 성격을 갖는가, 아니면 중재로서의 성격을 갖는가가 문제된다. 조정으로서의 성격이 강조되면, 조정중지결정 등이 인정될 수 있고 조정안의 수용 여부의 임의성이 강조될 수 있다. 심판으로서의 성격이 강조된다면 당사자의 결정신청이 있으면 화해 등으로 해결되지 않는 한 노동위원회는 반드시 결정을 내려야 하고, 그 결정의 구속력이 강조되는 결론에 이르게 된다. 또한, 중재로서의 성격을 갖는다고 보면 신청 당사자들에 대한 결정의 구속력이 강조되고, 노조법 제42조의 4 제5항이 필수유지업무결정의 효력에 대하여 중재재정의 효력을 준용하고 있는 것에 대한 설명이 용이해지게 된다.

노동위원회의 필수유지업무결정을 특별조정위원회에서 담당한다는 점, 노동관계 당사자의 협의가 선행되어야 한다는 점 등을 보면 기본적으로 노조법의 입법자들은 노동위원회의 필수유지업무결정이 조정으로서의 성격을 갖는다고 판단한 것으로 생각된다. 반면 노동위원회의 결정의 효력에 관하여 노조법 제84조, 제85조 등 부당노동행위 구제명령에 관련된 규정들

37) 구체적인 신청 시 제출서류에 관하여는 노조법시행규칙 제12조의 2.

38) 이준희, 전계논문, 제90~91면.

이 아닌, 제69조와 제70조 제2항 등 중재제정의 규정들이 준용되고 있는 것과, 신청의 당사자가 근로자에 국한되지 않는다는 점 등을 고려하면 입법자들이 필수유지업무결정을 심판으로는 보지 않았다는 것을 알 수 있다. 그러나 조정의 경우와는 달리 특별조정위원회의 필수유지업무결정이 단체협약과 동일한 효력을 갖는 것으로 당사자를 구속한다는 점에서 중재로서의 성격을 갖는다고 볼 수 있는 부분도 분명히 있다.

결국 노동위원회의 필수유지업무결정은 조정으로서의 성격과 중재로서의 성격을 모두 가지고 있으며, 조정으로서의 성격이 조금 더 강하다고 판단하는 것이 적절할 것이라고 생각한다.³⁹⁾

(3) 결정 절차

필수유지업무협정이 노동관계 당사자의 자율적인 협의를 통해 체결되지 않을 경우 당사자 쌍방 또는 일방의 신청으로 노동위원회에 결정을 신청할 수 있다.⁴⁰⁾ 이와 같은 노동위원회의 결정은 노조법 제72조에 의한 특별조정위원회⁴¹⁾가 담당하며, 그 결정의 해석 또는 이행방법에 관하여 관계당사자 사이에 의견이 일치하지 아니하는 경우에도 특별조정위원회의 해석에 따른다. 이 해석은 노동위원회의 결정과 동일한 효력을 갖는다.⁴²⁾ 필수유지업무무신청이 있으면 노동위원회는 결정할 의무가 있으며, 노사 간 교섭미진을 이유로 한 종결처분은 허용되지 아니한다.⁴³⁾ 필수공익사업 및 사업장

39) 이준희, 전계논문, 제91면. 최근 부산지방법노동위원회가 부산교통공사의 필수유지업무 결정 신청에 대하여 필수유지업무의 유지 수준 등을 결정하지 않은 채 당사자 사이의 성실한 추가교섭을 요구하는 결정을 내린 것은 조정으로서의 성격을 강조한 것이라고 보인다고 한다.

40) 사전에 당사자 사이의 협의를 거치지 않은 경우에는 노동위원회에 필수유지업무결정을 신청할 수 없는가에 대하여는 논란이 있는바, 이에 대하여는 후술한다.

41) 특별조정위원회는 특별조정위원 3인으로 구성하며, 특별조정위원은 노동위원회의 공익을 대표하는 위원(공익위원)중에서 노동조합과 사용자가 순차적으로 배제하고 남은 4인 내지 6인 중에서 노동위원장이 지명하고, 노동관계 당사자가 합의로 당해 노동위원회의 위원이 아닌 자를 추천하는 경우에는 그 추천된 자를 지명한다.(노조법 제72조)

42) 김형배, 전계서, 제847면.

43) 노동부, 전계서, 제45면. 다만, 당사자의 신청이후 임의조정 등 절차를 거치는 등 자율

의 경우 필수유지업무를 외주업체가 수행하고 있는 경우에는 필수공익사업 사업주가 아닌 외주업체 사업주와 외부업체 노동조합간의 신청에 의하여 결정을 하여야 한다.⁴⁴⁾

(4) 불복 절차

노동위원회의 필수유지업무결정에 위법이 있거나 기타 하자가 있어 불복하고자 하는 당사자는 중앙노동위원회 또는 행정법원을 통하여 그 결정에 대하여 다툴 수 있다. 지방노동위원회 결정에 대해서는 결정서를 송달받은 날로부터 10일 이내에 중앙노동위원회에 재심신청을 할 수 있다. 중앙노동위원회의 결정에 대해서는 결정서를 송달받은 날로부터 15일 이내에 행정소송을 제기할 수 있다.

노동위원회의 필수유지업무결정이나 재심결정은 중앙노동위원회에 대한 재심의 신청이나 법원에 대한 행정소송의 제기로 인하여 그 효력이 정지되지 않는다. 재심신청 등으로 필수유지업무결정의 효력이 정지되지 않도록 한 것은 필수유지업무제도의 취지상 필수유지업무가 중단되지 않고 유지되도록 하여야 하기 때문이다.⁴⁵⁾ 불복을 할 수 있는 제척기간 내에 재심(10일)이나 행정소송(15일)을 제기하지 않은 때에는 필수유지업무결정 또는 그 재심결정은 그대로 확정되며, 관계당사자는 확정된 결정을 준수하여야 한다.

교섭 촉구는 가능하다고 판단된다.

44) 한국노동연구원, “주요노동동향”, 『노동리뷰』, 통권 제47호, 2008, 제113면 참조. 2008. 10. 28. 서울지방노동위원회가 서울대병원의 시설용역업체인 ○○개발(산소공급, 비상발전, 냉난방업무)에 대한 필수유지업무 운영·유지 수준결정에 대하여 전국공공서비스노조는 ‘필수공익사업장이 아님에도 필수공익사업 중 외주화된 필수유지업무를 수행하는 업체까지 필수유지업무제도의 적용대상으로 하였다’고 비판하였다고 함.

45) 이준희, 전계논문, 제93면.

2. 법적 효과

가. 필수유지업무 근무 근로자 지명

노동조합은 필수유지업무협정이 체결되거나 노동위원회의 결정이 있는 경우 사용자에게 필수유지업무에 근무하는 조합원 중 쟁의행위 기간 동안 근무하여야 할 조합원을 통보하여야 하고, 사용자는 노동조합의 통보에 따라 근로자를 지명하고 이를 노동조합과 그 근로자에게 통보하여야 한다. 노동조합이 쟁의행위 개시 전까지 필수유지업무 근무 근로자를 통보하지 아니한 경우에는 사용자가 필수유지업무에 근무하여야 할 근로자를 지명하고 이를 노동조합과 그 근로자에게 통보하여야 한다(노조법 제42조의6).⁴⁶⁾ 위의 '통보'의 방법에 관하여 관련 법률에 특별한 규정은 없으나, 분쟁의 소지를 최소화하기 위하여 서면에 의한 통보가 원칙이라고 보아야 할 것이다.⁴⁷⁾ 사건으로는 서면에 의한 통보를 하지 아니하고 구두로 통보하였다고 하더라도 무효는 아니라고 판단된다. 다만, 실무상 분쟁의 소지가 있으므로 통보방법을 서면에 의하도록 규정하는 것이 바람직 할 것이다. 이러한 점에서 노동부가 제시하는 필수유지업무협정서(안) 제10조 제1항은 매우 바람직한 형태를 제시한 것으로 보인다. 위 제10조 제1항은 "조합은 이 협정 체결일로부터 ○일 이내에 필수유지업무 조합원의 명단을 [별지 2호]서식으로 회사에 통보하여야 한다."라고 규정하고 있다.⁴⁸⁾ 필수유지업무 근무자로 지명된 조합원은 쟁의행위 참여가 허용되지 않으며, 사용자의 지휘·명령에 따라 필수유지업무를 수행해야 한다. 지명된 조합원이 정당한 사유 없이 필수유지업무에 근무하지 않을 경우에는 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 것으로 볼 수 있다.

46) 해석상 비조합원은 쟁의행위에 참여할 수 없으므로 비조합원의 근무를 전제로 나머지 인원만 조합원 중에서 필요인원을 지명·통보하면 될 것이다.

47) 이준희, 전계논문, 제93면.

48) 노동부, 전계서, 제97면. [별첨 2] 필수유지업무 협정서 제9조 제2항 참조.

나. 필수유지업무협정 또는 노동위원회 결정에 따른 쟁의행위의 정당성

노조법 제42조의 5는 노동위원회의 결정에 따라 쟁의행위를 한 때에는 필수유지업무를 정당하게 유지·운영하면서 쟁의행위를 한 것으로 본다고 규정하고 있다. 이 규정의 취지를 고려하면, 필수유지업무협정에 따라 쟁의행위를 한 경우에도 필수유지업무를 정당하게 유지·운영하면서 쟁의행위를 한 것으로 보아야 할 것이다.⁴⁹⁾

V. 죄형법정주의 위반론에 대한 검토

1. 논의 배경

노조법 제42조의2 제2항에서는 “필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다”라고 규정하면서, 제89조에서 그 위반에 대해서는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 형벌을 적용하고 있다. 그리고 필수유지업무에 관하여 제42조의2가 규정하고 있는데 위 규정들이 죄형법정주의의 파생원칙인 법률주의, 포괄 위임입법금지, 명확성의 원칙 등에 반한다는 취지의 주장이 있어 이를 검토할 필요가 있다.

2. 죄형법정주의 위반론의 요지

위 규정에 대하여 두 가지 관점에서 죄형법정주의에 반하지 않는가하는 의문을 제기한다.⁵⁰⁾

첫째, ① 구성요건의 한 요소인 필수유지업무의 내용이 법률로 정해지는

49) 이준희, 전계논문, 제94면.

50) 박제성, 전계논문, 제149~151면 참조.

것이 아니라 대통령령으로 정해지는데(노조법 제42조의2 제1항 참조), 이것이 죄형법정주의의 한 내용인 ‘법률주의’에 반하는 것이 아닌가 의심된다. 왜냐하면 대통령령에서 정하는 필수유지업무의 범위에 따라서 쟁의행위가 금지되는 범위가 달라질 수 있기 때문이다. 즉 법률의 단계에서 구성요건이 명확하게 정해지지 않는 것이다. 헌법재판소의 표현을 빌리자면, “처벌법규의 일반적이고 포괄적인 위임은 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름이 없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되므로, 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 한다.” 그런데 필수유지업무를 대통령령으로 정해야 할 긴급한 필요가 있거나 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있다고 보기는 힘들다. ② ‘공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무’ 등 지나치게 포괄적인 용어를 사용함으로써 명확성의 원칙에 반한다.

둘째, 형벌 적용의 대상이 되는 것은 ‘필수유지업무 그 자체’에 대한 쟁의행위가 아니라 필수유지업무의 “정당한 유지·운영”에 대한 정지 등이라는 점을 분명히 할 필요가 있다. 우리 노조법에 따르면 그것은 노사가 필수유지업무협정을 체결하여 정하도록 하고 있다(노조법 제42조의 3). 다시 헌법재판소의 표현을 빌리자면, 노조법 제89조와 그 구성요건의 알맹이를 정한 제42조의 2 제2항은 “범죄구성요건의 외피만 설정하였을 뿐이고 구성요건의 실질적 내용에 관하여는 스스로 아무런 규정을 하고 있지 아니한 채 단체협약[여기서는 필수유지업무협정]의 내용에 모두 내맡기고 있는바, 결국 처벌법규의 내용을 형성할 권한을 노사에 넘겨준 것이나 다름없다.” 그리고 협정이 체결되지 못하면 노동위원회가 결정하도록 하고 있다(노조법 제42조의4). 요컨대, 노조법은 필수유지업무의 정당한 유지·운영의 정지 등을 처벌하면서, 처벌의 기준이 되는 정당한 유지·운영의 내용을 노사의 협정 또는 노동위원회의 결정에 맡기고 있는 것이다.

위 위헌론을 정리하자면, 노조법은 “필수유지업무의 정당한 유지·운영을

정지·폐지 또는 방해하는 행위”를 처벌하면서, 일차적으로 “필수유지업무”의 내용을 대통령령으로 정하도록 하고 있으며, 이차적으로 “정당한 유지·운영”의 내용을 노사의 협정 또는 노동위원회의 결정으로 정하도록 맡기고 있다는 점에서, 이종으로 죄형법정주의를 위반한 혐의가 짙다고 할 수 있다는 것이다.

3. 죄형법정주의 위반론에 대한 검토

가. 쟁점

먼저, ① 노조법 제42조의2 제1항은 필수유지업무를 규정하면서 “이 법에서 필수유지업무라 함은 제71조제2항의 규정에 따른 필수공익사업의 업무 중 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무를 말한다”고 규정하고 있는데, 결국 구체적인 필수유지업무는 ‘대통령령’으로 정하도록 되어 있어 포괄위임금지원칙에 반하는 것이 아닌지에 대한 검토가 필요하고, ② 노조법 제89조제1호가 제42조의2 제2항(필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다)을 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있는데, 구체적인 필수유지업무는 필수유지업무협정(노조법 제42조의3)을 맺거나 노동위원회의 결정에 의하여 확정되는 것이므로, 결국 구성요건은 노사가 체결한 필수유지업무 협정이거나 노동위원회의 결정이 되므로 이는 형벌법규 법률주의에 반하는 것이 아닌지(사실상 당사자 간의 합의 등으로 구성요건을 위임하는 ‘포괄위임금지의 원칙’에 반하는 것이 아닌지)에 대한 검토가 필요하며, ③ 일부 포괄적, 추상적 용어 즉 ‘공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무’ 등이 명확성의 원칙에 반하는 것이 아닌지에 대한 검토를 할 필요가 있다.

나. 포괄위임금지의 원칙 위반인지 여부

(1) 위임입법의 필요성 및 그 한계

(가) 헌법재판소 결정

2005.9.29. 헌법재판소 전원재판부(2003헌바94)는 도로교통법 제107조의2제1호 위헌소원심판사건⁵¹⁾에서

『헌법 제12조 제1항은 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌받지 아니한다고 규정하고, 헌법 제13조 제1항은 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니한다고 규정하여 죄형법정주의의 원칙을 선언하고 있는 바, 죄형법정주의는 이미 제정된 정의로운 법률에 의하지 아니하고는 처벌되지 아니한다는 원칙으로서 이는 무엇이 처벌될 행위인가를 국민이 예측 가능한 형식으로 정하도록 하여 개인의 법적 안정성을 보호하고, 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가 형법의 기본원칙이다.

그러나 아무리 권력분립이나 법치주의가 민주주의의 원리라 하더라도 형

51) 2005.9.29. 2003헌바94 전원재판부 결정(『헌법재판소 판례집』, 제17권 2집, 무 152~159면) 위 결정은 “먼저 위임의 필요성에 관하여 구 법 제41조 제1항에 규정된 “술에 취한 상태”에 관한 기준을 설정함에 있어서 화학적, 생리학적 개념이 사용될 수밖에 없고, 이를 규정하는 방법에는 혈중알코올농도를 기준으로 하는 것 외에도 다른 방법이 있을 수 있으며, 이는 과학기술의 발전에 따라 달라질 수 있다. 나아가 ‘운전이 금지되는 술에 취한 상태의 기준’도 교통량이나 도로의 상황 등에 비추어 사회현상의 변화에 대하여, 그 대응이 느릴 수밖에 없는 입법부가 일일이 개입하는 것 보다는 사회상황, 기술상황의 변화에 근접한 행정부의 수반에게 그 구울을 위임할 필요성을 부인할 수 없다.” 다음으로 예견가능성에 관하여 보면, 이 사건에서 핵심적인 물음은, 대통령령에 의하여 정해지, “운전이 금지되는 술에 취한 상태의 기준”의 범위나 한계의 대강을 예측할 수 있겠는가 하는 것인데 -(중략)- 양자를 체계적으로 해석하면, 이 사건 법률조항은 ‘술에 취한 상태’, 즉 술에 취하여 정상적인 운전을 할 수 없는 상태로 볼 수 있는 주기정도로서 대통령령에 정해진 기준 이상의 알코올을 체내에 보유한 상태로 운전을 하여서는 아니 된다는 의미로 이해된다. 따라서 위 제4항에 따라 대통령령에 정해질 기준은 술에 취하여 정상적인 운전을 할 수 없는 상태로 볼 수 있는 주기정도 이상만이 정당한 것이 된다. 그러므로 이 사건 법률조항은 내재적 위임의 범위와 한계를 객관적으로 확정할 수 있는 경우에 해당하여 포괄위임금지원칙 또는 포괄위임을 이유로 한 죄형법정주의에 반하지 아니한다.”고 결정하였다.

벌법규를 법률에 의하여 규정하라는 원칙을 예외 없이 관철한다는 것은 사회현상이 갈수록 복잡다기해져가는 현대국가의 실정에 비추어 볼 때 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 아니하므로 형벌법규에 대하여도 행정부의 명령에 위임하는 것을 허용하지 않을 수 없다 할 것이다.

이와 같이 현대사회에서 위임입법의 필요성은 누구도 부인할 수 없으나, 의회입법의 원칙, 법치주의의 원리에 입각하여 헌법 제75조는 법률에서 구체적으로 범위를 정하여서만 위임할 수 있도록 그 한계를 설정하고 있고, 특히 형벌법규의 위임에 있어서는 죄형법정주의의 명확성, 예측성의 원칙에 의하여 위임법률이 그 적용을 받는 국민에 대하여 범죄의 구성요건과 형벌의 예측 가능한 구체적 내용을 규정하고 있어야 한다. 그러나 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이다(헌재 1994.6.30. 93헌가15등 ; 1994.7.29. 93헌가 12).』

한편, 2003.9.25. 헌법재판소 전원재판부(2001헌가22)는 군인연금법 제5항 제2호 위헌제청사건⁵²⁾에서

『1. 퇴역연금수급권은 전체적으로 재산권적 보호의 대상이기는 하지만 기본적으로 그 목적이 퇴직 후의 소득상실보전에 있고 그 성격이 사회보장적인 것이므로, 퇴역연금수급권자에게 임금 등 소득이 퇴직 후에 새로 생겼다면 이러한 소득과 연계하여 퇴역연금 일부의 지급을 정지함으로써 지급정도를 입법자가 사회정책적 측면과 국가의 재정 및 기금의 상황 등 여러 가지 사정을 참작하여 폭넓은 재량으로 축소하는 것은 원칙적으로 가능한 일이어서 퇴역연금 지급정지제도 자체가 위헌이라고 볼 수는 없다.

52) 헌재 2003.09.25, 2001헌가22, 『판례집』, 제15권 2집(상), 제231면.

2. 구체적인 지급정지대상기관을 국방부령으로 선별, 결정함에 있어서는 누구든지 예측가능한 일정한 기준이 있어야 함에도 불구하고 심판대상조항은 물론 그 밖의 어느 규정도 이에 관한 아무런 기준을 제시하지 아니함으로 말미암아 천태만상의 정부투자의 전범위에 걸쳐 비록 아무리 투자의 비율 또는 규모가 작더라도 투자가 이루어지기만 하면 국방부령이 정하는 바에 따라 지급정지대상기관이 될 수 있게 위임의 범위가 너무 넓어져버렸고, 결과적으로 연금지급정지의 대상이 되는 정부투자·재투자기관의 확정을 실질적으로 행정부에 일임한 것이 되었다. 따라서 심판대상조항은 퇴역연금 지급정지의 대상이 되는 정부투자기관·재투자기관에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 아니하고 포괄적으로 국방부령으로 정하도록 위임하여 헌법상 입법위임의 한계를 일탈한 것으로서 헌법 제75조 및 제95조에 위반된다.

3. 지급정지제도의 본질에 비추어 지급정지의 요건 및 내용을 규정함에 있어서는 소득의 유무뿐만 아니라 소득의 수준에 대한 고려는 필수적인 것임에도 불구하고 이 사건 심판대상조항은 이를 규정함에 있어 지급정지와 소득수준의 상관관계에 관하여 아무런 정함이 없이 대통령령에 포괄적으로 규정을 위임하고 있다. 나아가 퇴역연금 중 본인의 기여금에 해당하는 부분은 임금의 후불적 성격이 강하므로 재산권적 보호가 강조되어야 하는 점을 고려하여, ‘퇴역연금의 2분의 1의 범위 안에서’라는 구체적 범위를 정하여 위임하여야 함에도 불구하고 심판대상조항은 그러한 범위를 정하지 아니한 채 위임하고 있다는 점에서도 위헌이라고 보아야 한다. 따라서 심판대상조항은 퇴역연금 지급정지의 요건 및 내용에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 아니하고 포괄적으로 대통령령으로 정하도록 위임하여 헌법상 입법위임의 한계를 일탈한 것으로서 헌법 제75조 및 제95조에 위반된다.』라고 위헌결정하였다.

(나) 검토

우리 헌법 제75조는 위임명령에 관하여 ‘구체적인 범위를 정한’ 개별적·구체적인 사항에 관한 것이어야 한다고 위임명령의 한계를 명시하고 있다. 위임명령이라 함은 헌법을 근거로 법률에서 위임한 사항에 관하여 규율하는 법규명령을 말한다. 대통령의 위임명령은 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’에 국한된다. 위임명령은 법률에서 위임받은 사항에 관해서는 국민의 권리·의무에 관해서도 규율할 수 있고 대외적·일반적 효력을 갖는 법규범(실질적 의미의 법률)이기 때문에 국민의 기본권에 매우 심각한 영향을 미칠 수 있다. 위임명령의 제정에 있어서 본질성 이론에 따라 일반적·포괄적 위임입법이 금지되는 이유도 그 때문이다.⁵³⁾ 또한, 헌법 재판소는 『헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하여 위임입법의 근거를 마련함과 아울러 위임입법의 범위와 한계를 명시하고 있다. 그리고 헌법 제75조는 대통령에 대한 입법권한의 위임에 관한 규정이지만, 국무총리나 행정각부의 장으로 하여금 법률의 위임에 따라 총리령 또는 부령을 발할 수 있도록 하고 있는 헌법 제95조의 취지에 비추어 볼 때, 입법자는 법률에서 구체적으로 범위를 정하기만 한다면 대통령령뿐만 아니라 부령에 입법사항을 위임할 수도 있음은 당연하다고 할 것이다. 위 규정에서 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 위임입법의 위와 같은 구체성 내지 예측가능성의 요구정도는 규제대상의 종류와 성질에 따라 달라질 것인데 특히 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 처벌법규 등에서는 그 위임의 요건과 범위가 보다

53) 허영, 『한국헌법론』, 제3판, 박영사, 제927면 참조.

엄격하게 제한적으로 규정되어야 할 것이나 그 예측가능성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이다(헌재 1994.6.30. 93헌가15등; 1994.7.29. 93헌가12; 1997. 5. 29. 94헌바22 등 참조).』라고 결정⁵⁴⁾하였다.

먼저 위임입법의 필요성에 관하여 살펴보면, 필수유지업무의 구체적인 내용은 필수공익사업의 업무 중 일부에 관하여 정의행위 시 필요 최소한의 업무를 수행하여야 할 사항으로 이루어질 것이다. 그런데 필수공익사업은 노조법 제71조에 의해 정기노선 여객운수사업 등 대분류로 5가지, 소분류로는 14가지를 규정⁵⁵⁾하고 있다. 따라서, 위 필수공익사업들은 사업성격상 공통사항을 추출하기 어렵고, 각 사업마다 특성이 뚜렷하며, 필수유지업무 성격상 이를 사전에 전부 예측하여 대비한다는 것은 불가능할 뿐만 아니라 사회경제 상황의 변동에 따라 행정부가 위임의 범위 내에서 업무의 범위를 탄력적으로 조정할 필요가 있다고 할 것이므로 위임입법의 필요성이 인정된다.⁵⁶⁾ 헌법재판소도 “사회현상이 갈수록 복잡다기해져가는 현대국가의 실정에 비추어 볼 때 — 형벌법규에 대하여도 행정부의 명령에 위임하는 것을 허용하지 않을 수 없다 할 것이다.”라고 판시하였다. 결국 위임입법의 한계를 지켰는지 여부가 중요하다고 할 것이다. 역시 헌법재판소는 “이와 같이 현대사회에서 위임입법의 필요성은 누구도 부인할 수 없으나, 의회입

54) 헌재 1998.02.27. 97헌마64, 『판례집』, 제10권 1집, 제187면. 공중위생법시행규칙 [별표 3] 중 2의 나외 (2)의 (다)목 위헌확인 사건.

55) 다만, 노조법시행령 제22조의 2는 철도사업 등 10가지 사업의 필수유지업무를 규정하고 있다.

56) 헌재 1998. 3.26. 96헌가20.(각주 52) 참조)결정은 “—처벌법규의 위임은 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 한다.”고 결정한 바 있는데, 노조법 제42조의2제1항이 ‘미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우’에 해당한다고 사료된다.

법의 원칙, 법치주의의 원리에 입각하여 헌법 제75조는 법률에서 구체적으로 범위를 정하여서만 위임할 수 있도록 그 한계를 설정하고 있고, 특히 형벌법규의 위임에 있어서는 죄형법정주의의 명확성, 예측성의 원칙에 의하여 위임법률이 그 적용을 받는 국민에 대하여 범죄의 구성요건과 형벌의 예측가능한 구체적 내용을 규정하고 있어야 한다. 그러나 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이다”라고 판시⁵⁷⁾하고 있다. 노조법 42조의2는 구체적인 필수유지업무의 내용은 대통령령에 위임하면서도 “제71조 제2항의 규정에 따른 필수공익사업의 업무 중 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무로서 —”라고 함으로써 향후 대통령령으로 정해질 사항에 대하여 한계를 분명히 하고 예측 가능한 구체적인 내용을 규정하였으므로 죄형법정주의에 반하지 않는다고 판단된다. 더구나, 노조법 제71조 제2항에서 필수공익사업의 종류를 명확히 규정⁵⁸⁾하고, 그러한 사업들 중에서 어떠한 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는지 수범자인 당해 사업 종사자들 간에는 쉽게 파악할 수 있고, 법률의 해석기관인 법원이 제3자적 입장에서 쉽게 인식할 수 있는 영역이라고 할 것이다. 앞에서 살펴본 2001헌가22 사건처럼 법률에 아무런 한계를 규정함이 없이 곧바로 하위 법률에 위임한 것은 위헌의 소지가 크겠지만, 노조법 제42조의2 제1항과 같이 구체적인 한계범위를 명확히 하여 하위 법령에 위임한 것은 위헌의 소지가 없다고 생각한다.

57) 각주 46) 기재, 현재 2005. 9. 29. 2003헌바94 결정.

58) 어떤 사업이 필수공익사업인지 여부는 그 사업을 규율하는 특별법 등에 의하여 분명해진다는 점은 기히 설명하였다(각주 12) 참조).

(2) 처벌법규의 근거를 ‘협정’ 또는 ‘결정’ 내용에 맡기는 것이 법률주의에 반하는지 여부

(가) 헌법재판소 결정

헌법재판소는 1998.3.26. 96헌가20 결정⁵⁹⁾으로 “…… 단체협약 ……에 위반한 자는 1,000만 원 이하의 벌금에 처한다”고 규정하고 있던 구 노동조합법(1986.12.31. 법률 제3925호로 개정되고, 1996.12.31. 법률 제5244호로 개정되기 전의 것) 제46조의3 중 단체협약 위반에 관한 부분⁶⁰⁾이 죄형법정주의의 원칙에서 요구되는 법률주의와 명확성의 원칙에 반하여 헌법에 위반된다고 선언⁶¹⁾하였는데, 그 결정의 주요내용은 다음과 같다.

『이 사건 법률조항은 형벌 구성요건의 실질적 내용을 법률에서 직접 규정하지 아니하고 모두 단체협약에 위임하고 있어 죄형법정주의의 기본적인 요청으로서 범죄와 형벌에 관하여는 입법부가 제정한 형식적 의미의 “법률”으로써 정하여야 한다는 법률주의에 위배된다는 의심이 있다. 범죄구성요건의 실질적 알맹이, 즉 금지의 실질을 단체협약의 내용에 모두 내맡기고 있는바, 단체협약은 근로조건에 관한 노동조합과 사용자 또는 사용자단체 간에 체결되는 계약에 불과하므로 결국 처벌법규의 내용을 형성할 권한을 노사(勞使)에 넘겨준 것이나 다름없다 할 것이다. 이 사건 법률조항의 “단체협약 ……에 위반한 자”라는 구성요건은 지나치게 애매하고 광범위하여 죄형법정주의의 또 다른 요청인 명확성의 원칙에 위배된다. 단체협약에 위반하기만 하면 구성요건이 충족되게 되는데, 단체협약이란 것은 그 체결의 주

59) 현재 1998.03.26. 96헌가20, 『판례집』, 제10권 1집, 제213면. 노동조합법 제46조의3 위헌제청 사건

60) 구 노동조합법(1986. 12. 31. 법률 제3925호로 최종 개정되었다가 1996. 12. 31. 법률 제5244호로 공포된 노동조합및노동관계조정법의 시행으로 폐지된 것) 제46조의3(벌칙) 제34조 제1항의 규정에 의한 체결된 단체협약 또는 제38조의 규정에 의한 결정에 위반한 자는 1,000만원 이하의 벌금에 처한다.

61) 위와 같은 헌법재판소의 위헌결정이 있자, 위헌으로 선언된 법률조항과 동일한 내용을 규정하고 있던 구 노조법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 제정) 제92조 제1호에 대해서 위헌결정의 취지에 따른 개정 논의가 진행되었고 그 결과 2001. 3. 28. 법률 제6456호로 개정되었다. 노조법에서 이 사건 법률조항이 만들어졌다.

체, 방식, 효력에 관하여만 노동조합법 제33조, 제34조에서 규정하고 있을 뿐 그 내용에 관하여는 아무런 규정이 없다. 따라서 개별적 및 집단적 노사 관계의 모든 사항에 관하여 노사는 자율적으로 특별한 제약 없이 단체협약을 체결할 수 있는 것이어서(단체협약은 조합활동, 임금 및 퇴직금, 근로시간, 휴가, 산업안전 및 재해보상, 인사, 교육 및 복지후생, 단체교섭, 노동쟁의, 경영협의 등 노사 간에 문제되는 사항을 폭넓게 다루고 있는 것이 보통이다), 단체협약에 위반하는 행위란 전혀 특정이 불가능할 정도로 그 범위가 넓고 단체협약 위반행위의 처벌 가능한 범위가 이렇듯 포괄적이고 광범위하므로 과연 처벌되는 행위가 무엇인지 예측하기 어려워 죄형법정주의의 본질적 요소인 예측가능성을 전혀 보장하지 못하고 있다.』고 판시하였다. 그 이후 노동조합 및 노동관계조정법(2001.3.28. 법률 제6456호로 개정된 것)은 다음과 같이 개정되었다.

제92조(벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제31조 제1항의 규정에 의하여 체결된 단체협약의 내용 중 다음 각 목의 1에 해당하는 사항을 위반한 자
 - 가. 임금·복리후생비, 퇴직금에 관한 사항
 - 나. 근로 및 휴게시간, 휴일, 휴가에 관한 사항
 - 다. 징계 및 해고의 사유와 중요한 절차에 관한 사항
 - 라. 안전보건 및 재해부조에 관한 사항
 - 마. 시설·편의제공 및 근무시간 중 회의참석에 관한 사항
 - 바. 쟁의행위에 관한 사항
2. 제61조 제1항의 규정에 의한 조정서의 내용 또는 제68조 제1항의 규정에 의한 중재조정서의 내용을 준수하지 아니한 자

그 이후 이에 대하여 2007.7.26.헌법재판소 전원재판부는 노동조합 및

노동관계조정법 제92조 제1호 다목에 대한 위헌제청 사건(2006헌가9)에 대하여 합헌결정⁶²⁾을 하였다.

이 사건 결정요지는

『1. 이 사건 법률조항은 징계에 관한 중요한 절차에 대한 사항을 단체협약으로 체결하고도 그 단체협약을 지키지 않은 자를 처벌함으로써 징계의 중요한 절차에 관한 단체협약의 이행을 확보하여 궁극적으로는 산업평화를 유지하고 헌법이 보장하고 있는 근로3권의 실현에 기여하고자 하는 것으로 볼 수 있다. 단체협약의 일반적 효력에 근거한 사법상 권리·의무에 대한 제한이나 근로기준법상의 행정상 제재와 같은 수단들은 단체협약의 이행을 직접 강제하거나 그 이행 의무 위반에 대한 직접적인 구제조치가 될 수 없음은 물론 이행에 대한 심리적 강제 또한 그리 크다고 볼 수 없어 단체협약의 이행 확보 수단으로서 불완전하다. 그렇다면 이행을 확보하고자 하는 단체협약의 내용과 그 단체협약의 이행 여부가 산업평화의 유지와 근로3권의 실현에 미치는 영향, 단체협약 위반의 내용에 대한 비난가능성 등을 입법자가 종합적으로 고려한 결과, 근로자를 징계함에 있어 거쳐야 할 중요한 절차에 관한 단체협약만큼은 반드시 준수되어야 한다고 판단하여, 징계의 중요한 절차에 관한 단체협약을 위반한 자에 대해서는 형사처벌을 가하도록 규정한 것이 자의적인 입법이라고 볼 수는 없다.⁶³⁾』

62) 현재 2007.07.26, 2006헌가9, 『판례집』, 제19권 2집, 제12면.

63) 헌법재판소는 위 결정 이유에서 “어떤 행위를 범죄로 규정하고 이를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉, 범죄의 설정과 법정형의 종류 및 범위의 선택은 행위의 사회적 악성과 범죄의 죄질 및 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관과 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량이 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 행위를 범죄로 규정하고 그 법정형을 정한 것이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 이탈하는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니된다”고 실시하고 있다.

2. 단체협약 위반행위에 대한 처벌규정의 주된 수범자는 사용자와 근로자인데, 이와 같이 수범자들이 일정한 범위로 제한되어 있는 경우에는 그 규정의 명확성에 대한 요구가 다소 완화될 수 있다. 이 사건 법률조항의 주된 수범자인 사용자는 단체교섭에 참여하고 단체협약의 체결에 관여한 일방 당사자로서 단체협약의 내용이 된 ‘징계의 절차 중에서 중요하다고 볼 수 있는 사항’이 무엇인지를 충분히 파악하거나 예측할 수 있는 지위에 있다.

이 사건 법률조항의 입법취지와 입법경위에 비추어 볼 때, 여기서 “중요한 절차”에 관한 사항이란 기본적으로 징계의 효력에 영향을 미칠 수 있는 절차로서 당해 단체협약의 체결과정에서 고려하기로 한, 근로자의 근로권과 그 방어에 중요한 영향을 줄 수 있는 절차에 관한 사항 등으로 그 의미를 제한하여 확정할 수가 있을 것이며, 그러나 궁극적으로는 법관이 개별적인 사건들에서 이 사건 법률조항을 합헌적으로 해석·적용하여 판례를 축적해 감으로써 이 사건 “중요한 절차”에 관한 사항의 의미를 보다 구체화해야 한다.

따라서 법원이 입법목적과 입법경위 등을 종합적으로 고려하여 이 사건 법률조항의 수범자가 그 구체적인 의미를 충분히 예측할 수 있는 내용으로 합리적이고 객관적인 해석의 기준을 충분히 마련할 수 있을 것으로 보이므로, 이 사건 법률조항이 명확성의 원칙에 반한다고 볼 것은 아니다.

3. 이 사건 법률조항은 헌법재판소 96헌가20 결정의 대상이 되었던 개정전의 법률조항과는 달리 처벌의 대상이 될 단체협약 위반행위를 6가지로 분류하고 구체화하여 이를 직접 법률로써 규정한 것 중의 하나로서, 형벌을 통해 금지하고자 하는 행위의 실질을 법률 스스로 직접 규정하고 있으므로 위 헌법재판소의 결정의 취지에 반하는 것으로 볼 수 없다.』고 결정하였다.

(나) 검 토

필수유지업무 협정의 법적성질에 관하여 단체협약이라는 견해와 단체협약과는 전혀 성질이 다른 협정이라는 견해가 있다는 점은 기히 살펴보았

다.⁶⁴⁾ 다만, 필수유지업무 협정을 곧바로 단체협약으로 보고 법적효과나 불복절차 등도 단체협약에 준하여 설명하는 견해에는 동의하기 어렵다고 하더라도, 협정체결의 당사자, 방식, 법적효과 및 규범력 등이 단체협약과 유사하다고 할 것이므로 위 단체협약에 관한 헌법재판소 결정을 분석해 보는 것은 매우 적절한 것이라고 생각한다.

먼저 개정 전 노조법상 단체협약을 위반하면 곧바로 형사처벌을 하는 규정에 대하여 96헌가20 사건의 위헌결정 핵심은 “단체협약에 위반하는 행위란 전혀 특정이 불가능할 정도로 그 범위가 넓고 단체협약 위반행위의 처벌 가능한 범위가 이렇듯 포괄적이고 광범위하므로 과연 처벌되는 행위가 무엇인지 예측하기 어려워 죄형법정주의의 본질적 요소인 예측가능성을 전혀 보장하지 못하고 있다.”는 데 있다. 물론 위 결정은 논리전개 과정에서 ‘단체협약은 당사자 간의 계약에 불과하므로 결국 처벌법규의 내용을 형성할 권한을 노사에게 넘겨준 것이나 다름없다.’고 하거나 ‘범죄구성요건의 외피만 설정하였을 뿐 실질적 알맹이는 단체협약의 내용에 모두 내맡기고 있다’고 설시하고 있다. 이를 두고 논자에 따라서는 당사자 간의 합의에 불과한 단체협약을 근거로 형벌규정을 규정한 것 자체가 포괄적 위임입법 금지 위반으로 보고 위헌이라는 것이 위 결정의 핵심인 것처럼 오해하고 있다. 위 결정의 핵심은 단순히 형벌법규를 사실상 당사자 간의 합의내용에 연계하여 법률주의를 위반하였다는 것은 방론적인 것이고 오히려 그러한 입법방식으로 인하여 앞에서 살펴본 바와 같이 죄형법정주의의 본질적인 요소인 예측가능성을 전혀 갖추지 못하였기 때문에 위헌이라는 것이었다. 다시 말하면, 단체협약 위반을 형사처벌하는 것이 위임입법금지 원칙에 어긋나서 위헌이라기보다는 무제한적인 형사처벌이 가해질 소지가 있는 단체협약의 다양성 때문에 위헌이라는 것이었다. 헌법재판소가 입법자에게 단체협약중 형사처벌을 통해 특별히 보호하여야 할 사항을 특정하여 입법을 함으로써

64) 위 IV.1.가. 참조.

터 명확성의 원칙, 예측가능성의 원칙을 지켜달라는 주문을 하였다고 보아야 한다.

이러한 입론은 그후 나온 2006헌가9 사건의 결정을 보면 분명해 진다. 즉 96헌가20 위헌 결정이후 노조법을 개정하여 단체협약 중 중요한 사항 6가지를 특정하여 그 위반행위에 대하여만 형사처벌을 하도록 하였다. 이러한 개정에도 불구하고, 법원⁶⁵⁾이 “—이 사건 법률조항에 의하여 처벌해야 할 필요성이 있는 경우는, 단체협약상 해고 및 징계의 사유나 중요한 절차에 관한 사항을 위반하였으나, 사용자에게 부당한 징벌을 가할 의사가 전혀 없고, 부당노동행위에 해당하지 아니하는 경우인데, 이러한 사용자의 행위를 처벌하는 것은 형벌권의 과잉행사가 아닌가 하는 의심이 든다. 결국 이 사건 법률조항의 입법취지가 근로자의 권익보호, 노사관계의 안정 및 산업평화의 유지에 있다고 하더라도, 노사가 노동관계를 자율적으로 형성하는데 있어 최소한의 의사소통적 기초조건을 침해하는 행위만을 불법유형으로 수용하여 처벌하는데 그치지 아니하고, 이를 초과하여 단체협약위반행위 자체를 처벌하는 것은 과잉금지의 원칙에 위반된다는 의심이 있다.”는 이유로 위헌 제정한 것에 대하여 입법재량 영역에 속한다는 이유로 합헌 결정을 하였다. 또한 위 2006헌가9 사건에서는 96헌가20 사건에서와는 달리 포괄적 위임입법의 논란은 없었다. 다시 말하면, 법률이 위임의 한계를 명확히 하였다면 그 위임의 대상이 당사자의 합의에 해당하는 단체협약이라도 상관없다는 취지라고 할 것이다. 따라서, 위임의 대상이 단체협약이라는 이유만으로 법률주의를 위반하였다고 볼 수 없고, 결국 위임입법의 한계에 관한 문제로 귀착될 것이다.

노조법 제42조의2 제1항의 경우 필수유지업무의 구체적인 내용을 대통령령에 위임하면서 “그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무”로

65) 대전지방법원 2006고정25 노동조합 및 노동관계조정법 위반 사건.

그 위임의 범위를 명확히 하였다고 할 것이므로 위헌의 여지는 없다고 할 것이다.

다. 명확성의 원칙에 반하는지 여부

(1) 헌법재판소 결정

2002.4.25. 헌법재판소 전원재판부(2001헌가27)는

『죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은, 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정 지을 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미한다.

여기에서 구성요건이 명확하여야 한다는 것은, 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정되어져야 한다는 것을 의미하는 것이 아니라, 입법자의 입법의도, 즉 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지에 관하여 건전한 일반상식과 통상적인 법감정을 가진 자에 의하여 일의적(一義的)으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미한다고 본다.

다만, 처벌법규의 구성요건을 일일이 세분하여 명확성의 요건을 모든 경우에 요구하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하므로, 당해 법률이 제정된 목적과 다른 법률조항과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 명확성의 요건을 갖추었는지의 여부를 가릴 수밖에 없는 것이고(헌재 1996.12.26. 93헌바65, 판례집 8-2, 785, 796-797 참조), 또한 자의를 허용하지 않는 통상의 해석방법에 의하더라도 당해 처벌법규의 보호법익과 그에 의하여 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 누구나 알 수 있도록 규정되어 있어야 하므로, 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는가는 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다(헌재 1992.4.28. 90헌바27 등, 판례집 4,

255, 269-270; 헌재 1993.3.11. 92헌바33, 판례집 5-1, 29, 47-48; 헌재 1994.7.29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 32-33; 헌재 1995.5.25. 93헌바 23, 판례집 7-1, 638, 647-648; 헌재 2000.11.30. 99헌바95, 판례집 12-2, 298, 310; 헌재 2001.8.30. 99헌바92 등, 공보 60, 825, 838 등 참조).

따라서, 다소 광범위하고 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하여 규정하였다고 하더라도 그 적용단계에서 다의적(多義的)으로 해석될 우려가 없는 이상 그 점만으로 헌법이 요구하는 명확성의 요구에 배치된다고는 보기 어려운바(헌재 1989.12.22. 88헌가13, 판례집 1, 357, 383; 헌재 1994.7.29. 93헌가4등, 판례집 6-2, 15, 32; 헌재 1996.12.26. 93헌바65, 판례집 8-2, 785, 793; 헌재 2000.6.29. 98헌가10, 판례집 12-1, 741, 748; 헌재 2001.12.20. 2001헌가6등, 공보 64, 26, 31; 헌재 2002.1.31. 2000헌가8 등 참조), 그렇지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다.』라고 하고

2002헌바69, 2003헌바41(병합) 증권거래법 제207조의2 위헌소원사건에서는

『죄형법정주의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며, 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다(헌재 1997.3.27. 95헌가17, 판례집 9-1, 219, 232). 이러한 명확성의 원칙은 특히 처벌법규에 있어서 엄격히 요구되는 것이지만 이것은 입법권자가 처벌법규의 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것을 의미하는 것은 아니며, 처벌의 종류와 정도에 대한 법규에 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념이 사용되었다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것이라고는

볼 수 없다.

—(중략) 우선 이 사건 규정에 사용된 ‘위반행위’, ‘얻은’, ‘이익’ 등의 개념 자체는 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 일반인이라면 누구라도 손쉽게 그 의미를 파악할 수 있는 것들로서 애매하거나 모호한 점이 없다. 다만 앞서 본 바와 같이 ‘위반행위로 얻은 이익’이 구체적으로 무엇을 의미하는지에 관하여 서로 다른 해석의 여지가 있다는 문제점은 있으나 이러한 사정만으로 곧바로 이 사건 규정이 헌법상의 명확성의 원칙 위반으로 연결되는 것이 아님은 위에서 본 바와 같다. —(중략)— 물론 명확성의 원칙을 확실히 하기 위해서는 법규정을 규범적 요소는 배제한 채 순수하게 기술적(記述的) 요소로만 규정하여야 할 것이나, 실제로 이것은 입법기술상 불가능한 일이며 어느 정도 가치개념을 포함하는 일반적·규범적인 언어를 사용하는 것은 불가피하다. 따라서 이 사건 규정에서 말하는 ‘위반행위로 얻은 이익’의 의미가 구체적이지 못하여 해석상 이견이 있을 수 있다 하여도 그와 같은 법률의 해석·적용의 필요성은 모든 법규정이 본질적으로 안고 있는 문제이며, 관련법 규정 및 법률이론에 입각한 법관의 보충적 해석과 판례를 통하여 충분히 해결될 수 있는 것이므로, 이 사건 규정이 죄형법정주의가 요구하는 처벌법규의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.』라고 결정하고,

2007.7.26. 헌법재판소 전원재판부는 노동조합 및 노동관계조정법 제92조 제1호 다목에 대한 위헌제청 사건(2006헌가9)에서

『(1) 헌법 제12조 및 제13조를 통해 보장되는 죄형법정주의원칙은 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하며, 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 의미한다. 그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하더라도 입법권자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적 확정개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은

아니고, 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성원칙에 배치되는 것은 아니다. 만일 모든 구성요건을 단순한 서술적 확정개념으로만 규정할 것을 요구한다면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다(헌재 2005.6.30. 2002헌바83, 판례집 17-1, 812, 821 참조). 따라서 법규범이 불확정개념을 사용하는 경우라도 법률해석을 통하여 법원의 자의적인 적용을 배제하는 합리적이고 객관적인 기준을 얻는 것이 가능한 경우는 명확성의 원칙에 반하지 아니한다(헌재 2004.7.15. 2003헌바35등, 판례집 16-2상, 77, 88).

(2) 이 사건 법률조항 중 “중요한” 또는 “중요한 절차” 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부에 대해 살펴본다.

단체협약은 노동조합과 사용자가 단체교섭의 결과 합의한 사항을 서면으로 작성한 것을 말하고 단체협약위반행위에 대한 처벌규정의 주된 수범자는 사용자와 근로자인데 이와 같이 수범자들이 일정한 범위로 제한되어 있는 경우에는 그 규정의 명확성에 대한 요구가 다소 완화될 수 있다. 이 사건 법률조항의 주된 수범자인 사용자(법문상으로는 근로자도 수범자에서 배제되지 않았으나 징계에 관한 절차를 준수할 것을 요구받는 대상은 주로 사용자일 것이다)는 단체교섭에 참여하고 단체협약의 체결에 관여한 일방 당사자로서 단체협약의 내용이 된 ‘징계의 절차 중에서 중요하다고 볼 수 있는 사항’이 무엇인지를 충분히 파악하거나 예측할 수 있는 지위에 있다.

또 이 사건 법률조항의 입법취지는 사용자로 하여금 단체협약으로 체결된 징계의 절차를 준수하도록 하여 징계의 객관성과 공정성을 확보하고 나아가 사용자의 징벌권 남용을 방지하고자 하는 것으로 보인다. 그리고 이 사건 법

률조항은, 그 입법과정에서 처벌의 대상이 되는 위반행위의 범위를 제한하려는 사용자측(경영계)의 요구가 반영되어 모든 절차의 위반이 아닌 “중요한” 절차에 관한 사항에 대한 위반만을 처벌하도록 규정하게 되었던 것이다. 이와 같은 입법취지와 입법경위에 비추어 볼 때, 여기서 “중요한 절차”에 관한 사항이란 기본적으로 징계의 효력에 영향을 미칠 수 있는 절차로서 당해 단체협약의 체결과정에서 고려하기로 한, 근로자의 근로권과 그 방어에 중요한 영향을 줄 수 있는 절차에 관한 사항 등으로 그 의미를 제한하여 확정할 수가 있을 것이며, 그러나 궁극적으로는 법관이 개별적인 사건들에서 이 사건 법률조항을 합헌적으로 해석·적용하여 판례를 축적해 감으로써 이 사건 “중요한 절차”에 관한 사항의 의미를 보다 구체화해야 할 것이다.

(3) 따라서 법원이 이 사건 법률조항의 “중요한 절차” 부분을 해석함에 있어, 이 사건 법률조항의 입법목적, 수범자의 범위, 단체협약의 특성과 그 체결과정 및 통상의 운용실태, 구 노동조합법 조항에 대해 위헌선언한 헌법재판소 결정의 취지, 이 사건 법률조항의 입법과정에서 논의된 내용을 비롯한 입법경위 등을 종합적으로 고려하여, 이 사건 법률조항의 수범자가 그 구체적인 의미를 충분히 예측할 수 있는 내용으로 합리적이고 객관적인 해석의 기준을 충분히 마련할 수 있을 것으로 보이므로, 이 사건 법률조항이 명확성의 원칙에 반한다고 볼 것은 아니다(헌재 2007.3.29. 2006헌바 69, 공보 126, 310, 315 참조).』라고 결정하였다.

그 이외에도 같은 취지의 헌법재판소 결정이 다수 있다.⁶⁶⁾

(2) 검 토

명확성의 원칙은 어떠한 범죄가 어떠한 형벌로 처벌되는가를 누구나 사전에 알 수 있도록 구성요건과 형벌위하부분은 모두 형법 전에 명확히 기술되어야 함을 의미한다.⁶⁷⁾ 형법해석은 현행 형법질서의 규범내용을 체계적

66) 헌재 2005.11.24, 2003헌바108, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제3조 위헌소원 사건 『판례집』, 제17권 2집, 제409면 등.

으로 인식하는 것을 임무로 하며, 재판에 의한 법의 구체적 실현을 위해서 합리적이고 정당한 해명을 어떻게 할 것인가를 문제 삼는다. 그런데 법의 해석이란 일반적 법률을 문언적, 역사적, 체계적 또는 목적론적으로 고찰하고, 구체적인 규범의미를 발견해서 정의롭게 해석하는 이론적·법기술적 조작이다. 따라서 형법해석의 경우도 역시 그것에서 크게 벗어날 수는 없을 것이다. 다만 형법의 보충성 내지 최후수단성 원칙과 형벌의 본질적 성격 때문에, 형법의 해석은 책임주의 내지 죄형법정주의 원칙에 충실해야 된다. 왜냐하면 형법전의 해석을 통하여 기존의 법규가 죄형법정주의의 원칙을 준수하지 못하고 결과적으로 행위자에 불리하게 작용하게 되면, 이는 인간의 예측가능성에 근거한 자기결정권과 함께 책임주의를 근본적으로 부정하는 것이 되고, 따라서 인간의 자유와 인권을 유린하게 되므로 형법에 대한 올바른 해석론이 될 수 없기 때문이다.

물론 법률이라는 것은 언제나 문자로 표현되어야 하기 때문에, 법 규정은 법률용어로 표현되며, 이 법률용어로 표현된 法文言을 해석할 때에는 그 법문언이 함축하고 있는 어의의 한계를 넘어서는 해석은 올바른 해석이 아닌 것이다. 더욱이 형법해석에서 법문언을 넘어서는 것은 죄형법정주의에도 반하게 된다. 그 이유는 죄와 벌을 다룰 때에는 죄형법정주의가 의미하는 바인 죄와 벌에 대해서는 법정되어야 하고, 이런 점에서 죄형법정주의는 법문언상 규정된 죄의 성립요건과 형벌의 종류와 정도에 관해 법문의 가능한 의미와 내용을 부당하게 능가할 수 없다는 것을 의미하기 때문이다. 그렇다 하더라도 法文은 단순히 죽은 문자에 그치는 것이 아니며, 사회문화에 걸맞은 탄력성을 본질적으로 상실해서도 아니 되고, 중국적으로는 법의 목적에 기여해야 된다. 이런 점은 법문에서 사용된 언어는 항구 불변하게 같은 의미와 내용으로만 사용되는 것이 아니며, 지역 간, 계층 간 또는 시간의 경과에 따라서 달리 사용되어 왔다는 데서 찾아볼 수 있다. 더구나 적

67) 보다 상세한 설명은 이형국, 『형법총론』, 제4판, 법문사, 제23면 및 신동운, 『형법총론』, 제3판, 법문사, 제26면 참조.

법절차를 통해서 성립되고, 또한 정의의 이념에 지향된 특정한 법률은 단순한 죽은 문자 내지 화석이 아니고, 사회생활관계를 정의롭게 규율하여 사회평화를 담보하는 데 기여할 수 있는 생명력을 가져야 하는 것이다. 따라서 법문언의 내용은 고정 불변의 것으로 단정할 수 없으며, 사회생활의 변동에 따라 그 의미와 내용은 법의 목적이나 이념에 따라 다소간 달라질 수 있는 것이다.⁶⁸⁾

결국 죄형법정주의는 전제정치 하에서 행해졌던 죄형전단주의에 대립되는 개념으로서 국가의 자의적 형벌로부터 시민의 자유와 인권을 보호하기 위하여 주장되고 발전되어 온 근대형법의 지도원리이다. 즉 수범자인 국민으로 하여금 “불의타”를 입지 않도록 법률에 명확히 규정하여야 한다는 것이다. 추상적으로 규정될 수밖에 없는 법문을 종합적으로 해석하여 과연 국민으로 하여금 불의타를 입을 가능성이 있는지 여부를 중심으로 판단하면 될 것이다.

라. 소결

필수유지업무 협정은 “당사자가 쟁의행위 기간 동안 필수유지업무의 정당한 유지·운동을 위하여 필수유지업무의 필요 최소한의 유지·운영 수준, 대상직무 및 필요인원 등을 정한 것이다(노조법 제42조의3). 결국 위 협정의 핵심은 ‘필수인원’이라고 본다. 그 필수인원은 노조법 제42조의6의 규정에 의한 ‘통보절차’에 의해 구체화된다. 구체화는 노조원 중 필수유지업무에 종사할 인원이 특정된다는 의미이다. 구체적으로 정해진 필수유지업무 수행 인원은 신의성실의 원칙에 따라 자신의 직무를 충실히 수행하는 것은 당연하다고 할 것이다. 따라서, 선정된 필수인원의 직무수행과 관련하여 그 직무의 적절한 수행을 방해하는 어떠한 행위도 용납될 수 없을 것이다.

68) 허일태, “자백거부와 선고유예 및 ‘개전의 정상’에 관한 상고심의 대상 여부”, 『형사판례연구』, 제11권, 박영사, 2003, 제450~452면 참조.

그러한 의무의 주체는 필수인원 자신뿐만 아니라 제3자(단체 포함)도 포함된다고 해석된다. 따라서 노조법 제42조의 2 제2항은 필수유지업무의 정당한 유지·운영을 정지·폐지 또는 방해하는 행위는 쟁의행위로서 이를 행할 수 없다”는 규정을 적절하게 해석하면 ① 필수유지업무 협정을 체결하거나 노동위원회의 결정이 있기 이전에 쟁의행위에 돌입한 경우 ② 협정과 결정이 있더라도 필수유지업무 조합원을 통보하거나 회사가 지명하지 아니한 상태에서 쟁의행위에 돌입한 경우 ③ 협정과 결정에 따라 필수유지업무 조합원을 통보하거나 회사가 지명하지 아니한 상태에서 쟁의행위에 돌입한 경우 및 ④ 협정과 결정에 따라 필수유지업무 조합원을 통보하거나 회사가 지명한 후 당해 조합원이 정해진 필수유지업무를 수행하지 아니하거나 신의성실의 원칙에 현저히 반하여 사실상 직무수행을 이행하지 아니한 것과 같은 상태를 야기한 경우 등을 모두 포함한다고 본다. 따라서, 위 노조법 제42조의2 제2항은 관련 규정의 합리적 해석에 의하여 법관의 인식범위 내에 있고 수범자인 국민의 행동규범 인식범위 내에 있다고 할 것이므로 죄형법정주의에 어긋나지 아니한다고 생각된다.

VI. 병원사업 실무상 쟁점 및 해결방안⁶⁹⁾

1. 필수유지업무협정의 요식행위성

가. 쟁점

쟁의행위 등이 임박한 상황에서 필수유지업무에 관하여 노사가 구두로 합의한 경우 그 효력을 인정할 수 있는지 의문이다. 만약, 그러한 협정이 유효하다면 그 협정을 위반한 쟁의행위는 위법이지만, 협정이 무효인 경우

69) 필수유지업무 실시 2년 동안 다행히 해당 사업장의 분규가 극심하지 아니한 관계로 사례분석이 어렵다. 다만, 그동안 실무에서 논란이 된 부분을 추출하여 나름대로의 해석론을 전개한 것으로 개인적인 사견임을 분명히 한다.

에는 그 협정내용대로 업무를 수행하면서 쟁의행위를 하더라도 유효한 협의 체결이 없는 경우에 해당하여 이 또한 위법한 쟁의행위가 될 것이기 때문이다.

나. 실무상 착안사항

단체협약의 당사자는 최종적 합의 내용을 명확히 서면화하고, 특히 규범적 부분에 관한 합의에 있어서는 그 객관적 해석근거가 되도록 해야 한다. 그런데 위와 같은 요식행위를 갖추지 않은 단체협약의 효력에 관하여 견해가 갈라져 있다.⁷⁰⁾ 첫째의 견해는 단체협약상의 요식을 법이 정한 것은 정책적인 배려에서 나온 것이기 때문에 이러한 요식을 따르지 않은 단체협약이라고 하더라도 그 본래적인 효력인 규범적 효력은 인정해야 하고, 다만 정책적 제도인 단체협약의 효력확장은 이를 부인해야 한다는 것이다. 둘째의 견해는 노조법 제31조가 정한 요식행위가 단체협약의 효력발생요건이라고 함으로써 이 요식행위에 따르지 않은 단체협약은 아무 효력이 없다고 한다. 판례는 대법원 2005.3.11. 2003다27429 사건에서 “단체협약은 노동조합이 사용자 또는 사용자단체와 근로조건 기타 노사관계에서 발생하는 사항에 관한 협정을 문서로 작성하여 당사자 쌍방이 서명날인함으로써 성립하는 것이고—”라고 판시하여 후자의 입장에 서있는 것으로 보인다.

다. 결 론

필수유지업무협정의 법적성질에 관하여 여러 가지 견해가 있을 수 있으나, 위 협정은 단체협약과 유사한 것이므로 단체협약에 준하여 해석함이 상당하다고 판단된다. 따라서, 서면에 의하지 아니한 협정은 무효라고 해석하여야 한다.

70) 김형배, 전게서, 제759면 참조, 협정의 요식행위성에 관하여도 같은 논란이 있을 수 있으므로 이를 상세히 살펴본다.

2. 노동위원회에 결정신청전 사전협의 필요성

가. 쟁 점

사전에 당사자 사이의 협의를 거치지 않은 경우에는 노동위원회에 필수유지업무결정을 신청할 수 없는지가 문제된다. 왜냐하면 사전협의를 반드시 필요하다고 한다면 이를 거치지 아니한 결정 신청은 기각되어야 하기 때문이다.

나. 실무상 착안사항

사전협의 필요설은 노조법 제42조의 3, 제42조의 4 등 관련 규정의 취지상 당사자 사이의 성실한 협의를 위한 노력을 노동위원회에 대한 결정신청의 전제 요건으로 삼는 것이 타당하다고 생각하면서 부산지방노동위원회의 부산교통공사 필수유지업무결정을 보면 “노사 양 당사자가 필수유지업무협정 체결을 위한 노력을 다하지 아니한 채 노동위원회에 필수유지업무결정의 신청을 하는 것은 노조법 제42조의 3이나 동조의 4 규정의 요건을 충족하지 못하여 부적법한 것으로 판단된다”고 하여 당사자의 사전협정 체결 노력을 요건으로 인정하고 있는 듯한 판단을 하고 있다고 한다. 그리고 당사자 사이의 성실한 사전교섭을 기대하기 어려운 경우로서는 “노사 양 당사자가 필수유지업무협정 체결을 위한 노력을 다하기를 기대하기 어려운 경우”, 즉 “노동조합이 곧 쟁의행위에 돌입할 태세를 보이고 있는 한편 필수유지업무협정 체결을 위한 시간적 여유가 충분치 않고 급박한 경우”를 예외적으로 인정할 수 있다고 주장한다.⁷¹⁾ 나아가 필수유지업무협정을 노사가 자율적으로 체결하도록 하고 있는 노조법 제42조의 3 이하의 입법취지를 고려할 때, 비록 필수유지업무협정 체결을 위한 협의를 개최되지는 못했다 할지라도, 최소한 노사 당사자가 협정을 체결하기 위한 노력을 기울였어야 한다

71) 이준희, 전계논문, 제92면.

는 것이 결정신청의 전제로서 요구되어야 한다고 하면서, 필수유지업무협정 체결을 위한 노력을 하였는가는 여러 가지 자료를 통해 파악이 가능할 것인데, 단체교섭 과정에서 노사가 주고받는 '교섭요구 공문'과 같이 협의를 진행하기 위해 진행된 과정에 대한 자료들을 확보할 수 있을 것이기 때문이라고 주장한다.⁷²⁾

이에 대하여 사전협의 불요설은 필수유지업무협정을 단체교섭으로 보면서, 단체교섭은 강제할 수 있어도 타결 및 단체협약의 체결 자체를 강제할 수 없는 것이 당위론적 요청인 이상, 자율적 선택사항으로 볼 수밖에 없을 것이라고 하면서, 동 협정을 체결하지 않는 경우는 물론, 처음부터 자율적인 협정 체결을 스스로 포기하고 노동위원회에 그 결정을 신청하는 것 역시 가능하다고 보고 있다.⁷³⁾

다. 결 론

이러한 이상론에도 불구하고 사전협의 필요설처럼 사전협의를 없으면 결정 신청이 부적법하게 되는 것은 다소 무리가 있어 보인다. 어느 정도의 외부적 표징과 행위가 존재하는 경우 이것이 사전협의를 해당하는지는 불분명한 반면 그에 대한 법적효과가 크기 때문이다. 따라서, 현 단계에서 사전협의 불요설은 해석론으로는 다소 무리가 있다고 본다. 다만, 사전협의 불요설처럼 사전 협의가 필요하지 않다는 논거를 필수유지업무협정이 단체협약의 일종이라는 전제하에서 이론을 전개하는 것에도 동의하기 어렵다. 앞서 살펴 본 바와 같이 단체협약과 필수유지업무협정은 전혀 다른 성질의 것이기 때문이다.

따라서, 사전에 필수유지 업무협정 체결을 위한 노력을 하고, 이러한 자율적인 협정체결이 어려운 경우에 노동위원회의 개입을 요청하는 것이 바

72) 이준희, 전계논문, 제92면.

73) 문무기, 전계논문, 제102면.

람직할 것이다.

3. 동일병원 내 의료인력 이동배치 가능성

가. 쟁점

일상시기가 아닌 파업이라는 특수한 상황이라는 점, 즉 일상적인 병원의 정상적인 운영상황이 아니라는 점을 고려하여 업무의 정상적인 운영의 어려운 특수한 파업상황에서 응급실, 중환자실의 업무대체성이 없어 환자의 건강과 안전을 보호를 위한 최소한의 업무로 한정되어야 하고, 일반수술, 외래, 병동 업무가 중단 또는 대폭 축소하고 담당 의사 등이 응급실, 중환자실 등으로 업무 이동하고 이와 관련된 검사업무, 지원업무가 대폭 감소한다는 주장이 있다.⁷⁴⁾

이에 대하여는 다음과 같은 반론이 있다. 즉, “쟁의행위로 인해 중환자실이나 수술실 등에서 간호사에 공백이 생긴다면 일반병동이나 외래진료실의 간호사를 배치하면 될 것이 아니겠느냐는 반문을 하는 경우가 있는데 이는 아마도 중환자실이나 수술실 간호사와 일반병동간호사 그리고 외래간호사 모두 표면상으로는 보건복지가족부 장관이 발행하는 면허를 소지했다는 점을 의식했기 때문인 것으로 보인다. 그러나 병원의 직무는 곧바로 환자들의 생명과 연계되어 있기 때문에 단 한순간의 실수도 용납될 수 없다. 따라서 특정 업무를 수행하기 위해서는 기본적으로 상당기간동안의 직무훈련이 수반되어야 하는 것이므로 단순히 동일한 자격이나 면허를 소지했다는 점만으로 대체가능성을 논하는 것은 결코 있을 수 없는 일이다.”⁷⁵⁾라는 반론이 있다.

74) 『대한병원협회 토론회 자료집』, 노조측 토론포문 부분.

75) 『대한병원협회 토론회 자료집』, 병원측 토론포문 부분.

나. 실무상 고려사항

병원은 각 전문분야마다 세분화되어 있고 동일 전문과목 중에서도 더 세분화되어 발전하고 있다. 이러한 상황에서 의료인력을 단순 숫자로 계산하여 대체가능성을 논하는 것은 무리이다.

4. 인근 지역병원 간의 지역대체 가능성

가. 쟁점

병원은 민간중심으로서 업무 독점성보다는 민간중심 경쟁 체제 하에서 업무 대체성이 높은 산업이므로, 사전 파업 예고와 사전 환자 진료대책을 통해 지역 내 진료 업무 대체가 가능하다는 점이 반드시 전제되고 확인되어야 한다는 주장이 있다.⁷⁶⁾ 이에 대하여 지역대체성이라 함은 특정 병원에서 쟁의행위가 개시되는 경우 인근지역의 의료기관이 상당수 존재하기 때문에 이들 의료기관으로 환자들을 이송하게 된다면 공익에 큰 피해가 발생하지 않는다는 것이다. 그러나, 당해 환자나 보호자들도 인근병원으로 이송 가는 경우 처음부터 또다시 방사선 촬영이나 임상검사 등을 실시해야 하기 때문에 경제적인 사정이나 시간상으로도 손해라는 반론이 있다.⁷⁷⁾

나. 실무상 고려사항

지역대체성은 인근 병원이 정상적으로 운영된 상황에서 극히 일부 병원만 파업을 하는 경우에 이론적으로 성립할 수 있을 것이다. 그러나 사업장별 단위 노조형태가 아닌 산별노조 형태에 가입되어 있는 것이 다수인 현실에서는 성립하기 어려운 것이라고 생각된다. 즉, 이론적으로 지역 내 병상수 기준으로 약 30% 이상의 병원에서 파업이 발생하면 지역 내 환자 분산

76) 『대한병원협회 토론회 자료집』, 노조측 토론편 부분.

77) 『대한병원협회 토론회 자료집』, 병원측 토론편 부분.

이 사실상 어려울 것이다. 또한 병원 간 의료공급 형태가 매우 다양하기 때문에 일률적인 대체가능성을 논할 수 없다.

5. 중환자의 개념

가. 쟁점

필수유지업무협정에 중환자 개념 자의적 확대하여 중환자실이 아닌 병동 환자까지 범위 대폭 확대하는 것은 중환자의 범위를 일반 병동환자에까지 자의적으로 확대하여 파업권을 봉쇄하려는 의도로 판단할 수밖에 없으므로, 필수유지업무제도의 입법취지상 중환자실 업무로 제한되어야 한다는 주장이 있다.⁷⁸⁾

이에 대하여는 첫째, 노동부(노사관계법제팀-35, 2008.1.4)는 이와 관련하여 “중환자는 의학적으로 위중한 경우의 환자”라 하였으며, 대한중환자의학회(대중-31, 2008.6.25)는 이를 좀 더 구체적으로 살펴 “중환자란 생리적으로 불안정하고 스스로의 보상능력이 제한된 장기부전(臟器不全)환자들이나 장기부전(臟器不全)의 발생 위험에 있는 환자로서 중환자관리팀에 의하여 종합적이고 집중적인 치료와 간호가 필요한 환자”로 해석하였고, 둘째, 대한중환자의학회의 정의를 좀 더 쉽게 정의해 보면 ‘호흡, 맥박, 체온 등과 같은 생리적 작용이 불안정하여 환자 스스로 정상적인 생리적 활동을 할 수 없을 정도로 장기(臟器)가 손상된 환자들이나 장기(臟器)손상이 발생할 위험이 있는 환자들로서 중환자를 진료하는 의사나 간호사들의 집중적인 치료와 간호가 필요한 환자’가 바로 중환자라는 것이다. 그렇다면 현재 병원에서 진료 받고 있는 중환자는 단순히 집중치료실(ICU)에 수용된 환자만을 의미하는 것이 아니라 결론에 쉽게 접근해 갈 수 있다. 생리적으로 불안정하고 스스로의 보상능력이 제한된 장기부전(臟器不全)환자들이나 장기부전(臟器不全)의 발생 위험에 있는 환자는 일반병동에도 얼마든지 존재할 수

78) 『대한병원협회 토론회 자료집』, 노조측 토론문 부분.

있으며 현실적으로도 그런 환자들이 집중치료실에 수용된 환자수보다 더 많기 때문이라는 반론이 있다.⁷⁹⁾

나. 실무상 고려사항

입원진료중인 환자들 중에는 중환자실 이외의 일반병동에도 중환자실에 수용되어 있는 환자들보다 훨씬 더 위중한 경우가 많고 실제로 이들 환자의 수는 중환자실에서 진료 받고 있는 환자들의 수보다 더 많고, 일시적인 인가받은 중환자실에 대하여 병상수를 대폭 증설하기 매우 곤란하고, 중환자 치료관련 인력도 일시적으로 대폭 증원시킬 수 없는 현실을 고려하면 중환자의 개념을 중환자실에 입원중인 환자로 국한하는 것은 무리라고 생각한다.

주제어 : 필수공익사업, 필수유지업무, 필수유지업무 협정, 필수유지업무 결정, 대체근로

79) 『대한병원협회 토론회 자료집』, 병원측 토론문 부분.

[별첨 1] 직권중재 제도와 필수유지 업무제도

	직권중재제	필수유지업무제도
대상 사업	<ul style="list-style-type: none"> 철도(도시철도 포함), 수도, 전기, 가스, 석유정제 및 석유공급, 병원, 한국은행, 통신사업(우정 포함) 	<ul style="list-style-type: none"> 항공운수사업, 혈액공급 사업추가
쟁의권 제한	<ul style="list-style-type: none"> 사전제한 노동위원회 직권중재 결정 → 쟁의행위 전면금지 	<ul style="list-style-type: none"> 쟁의권 보장 다만, 필수유지업무 종사자는 쟁의행위 제한
필수유지업무 내용	<ul style="list-style-type: none"> 관련규정 없음 	<ul style="list-style-type: none"> 법령의 범위내에서 단체 협약으로 결정
위반시 효과	<ul style="list-style-type: none"> 불법파업 → 민·형사·징계책임 	<ul style="list-style-type: none"> 필수유지업무 위반 → 민·형사·징계책임
대체근로	<ul style="list-style-type: none"> 외부인력에 의한 대체근로 금지 불법 파업시 외부인력에 의한 대체근로 허용 	<ul style="list-style-type: none"> 외부인력에 의한 대체근로 허용(파업참가자의 100분의 50까지) 불법 파업시 제한없이 허용
긴급조정	<ul style="list-style-type: none"> 동부장관 긴급조정 결정(긴급조정 → 직권중재) 	<ul style="list-style-type: none"> 현행 유지

[별첨 2]

필수유지업무 협정서

2008. ○○. ○○.

의료법인 ○○의료재단
◇ ◇ 병 원

전국○○노동조합
◇◇ 병원 지부

의료법인 ○○의료재단 ◇◇병원(이하 “병원”이라 한다)과 전국 ◎◎노동조합 ◇◇병원 지부(이하 “조합”이라 한다)는 쟁의권을 보호하면서 쟁의행위 시 환자들의 생명을 존중하며 최소한의 응급진료가 될 수 있도록 신뢰와 협력에 기초하여 다음과 같이 필수유지업무협정을 체결한다.

제1조 (목적) 본 필수유지업무협정(이하 “협정”이라 한다)은 노동조합 및 노동관계조정법(이하 “노조법”이라 한다.)제42조 2 내지 제42조의6 및 동법 시행령 제22조의 2 내지 제22조의 4에서 정하는 바에 따라 필수유지업무의 내용, 대상 직무, 필요최소한의 유지운영비용, 쟁의행위 기간 중 근로자 지명절차 등 필수유지업무제도의 원활한 운영에 필요한 사항을 정하는 것을 목적으로 한다.

제2조 (용어의 정의) 본 협정에서 사용하는 용어의 정의는 아래 각 호와 같다.

1. 「필수유지업무」라 함은 병원의 업무 중 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무를 말한다.
2. 「필수유지업무 조합원」이라 함은 필수유지업무에 종사하는 근로자로서 이 협정이 정하는 절차에 의해 쟁의행위 기간 중 쟁의행위에 참가하는 것이 금지되는 조합원을 뜻한다.
3. 「필수유지대상직무」라 함은 노조법 시행령 제22조의 2가 정하는 필수유지업무를 수행하기 위한 하부단위의 직무로서 그 직무를 수행하는 직종별로 구분한다.
4. 「필요최소한의 유지운영비용」이라 함은 해당업무의 평상시 운영수준에 비하여 쟁의행위 기간 중에 당해 업무를 정당하게 유지 운영되어야 할 비율을 의미한다.
5. 「응급의료업무」라 함은 응급환자의 발생으로부터 심신상의 중대한 위해가 제거되기까지의 과정에서 응급환자를 위하여 행하여지는 상담, 구조, 이송, 응급처치 및 진료 등의 조치를 의미한다.

6. 「중환자」라 함은 원내 입원환자 중 의료인의 집중적이고 상시적인 간호 및 진료가 없는 경우 생명이 위독해질 수 있거나 감염 등의 증상이 현저히 진행될 환자를 의미한다.

제3조 (적용범위) 본 협정은 병원을 대상으로 필수유지업무의 유지운영 수준, 대상 직무 및 근무자 지정 등의 필수유지업무제도 운영에 관한 사항에 적용된다.

제4조 (필수유지업무의 범위 및 인원유지비율) ① 병원의 필수유지업무 범위 및 인원유지비율(조합원에 한한다)은 다음 각 호로 하되 직무별 세부내역은 [별표 1]과 같다.

필 수 유 지 업 무	인원유지비율(%)
1. 응급의료에 관한 법률 제2조 제2호에 따른 응급의료업무	100
2. 중환자 치료업무(신생아 및 신경계 중환자실 포함)	100
3. 분만업무	60
4. 수술업무(중앙공급업무 포함)	67
5. 투석업무	67
6. 전 1호 내지 5호 및 10호의 업무를 지원하기 위한 마취업무	71
7. 전 1호 내지 5호 및 10호의 업무를 지원하기 위한 진단영상검사업무	63
8. 전 1호 내지 5호 및 10호의 업무를 지원하기 위한 응급약제업무	100
9. 전 1호 내지 5호 및 10호의 업무를 지원하기 위한 치료식환자급식업무	50
10. 병동간호업무	48
11. 진료지원업무	42

② 파업 시 병원은 병동 입원환자의 전원을 적극 유도하며 제①항 10호 병동간호업무에 대한 인원유지비율은 아래와 같이 단계적으로 운영한다.

1. 파업 1주차 : 48%(인원유지비율의 100%)
2. 파업 2주차 : 24%(인원유지비율의 50%)
3. 파업 3주차 이상 : 12%(인원유지비율의 25%)

제5조 (필수유지업무 근무자의 산정방법) ① 필수유지업무 근무자의 수는 부(팀)별 조합원 현원에 유지비율을 곱하여 산정한다.

② 소수점 이하는 사사오입의 방식으로 산정한다.

③ 제1항과 제2항의 방법을 적용하여 산출한 필수유지업무 근무자가 1인 미만일 때에는 1인으로 본다.

제6조 (병원의 의무) 병원은 합리적인 사유 없이 필수유지업무 근무자와 비 필수유지업무 근무자간에 차별하거나 불이익 처분 하여서는 아니 된다.

제7조 (조합의 의무) ① 조합은 쟁의행위를 하는 경우 필수유지업무 조합원이 쟁의행위에 참가하는 것을 방지하기 위하여 적극 노력하여야 한다.

② 조합은 필수유지업무 조합원과 비 필수유지업무 조합원을 차별하거나 불이익 처분하여서는 아니 된다.

③ 조합은 이 협정에 의한 필수유지업무의 필요 최소한의 유지운영을 정지하거나 방해하여서는 아니 된다.

제8조 (필수유지업무 조합원의 의무) ① 필수유지업무 조합원은 쟁의행위에 참가 하여서는 아니 된다.

② 필수유지업무 조합원은 신의성실의 원칙에 따라 노사가 합의한 필수유지업무를 유지·운영하여야 한다.

제9조 (필수유지업무 조합원의 통보 및 지명) 조합은 쟁의행위 개시 5일 전까지는 본 협정이 정하는 필수유지업무 조합원 명단을 병원에 서면 등으로 통보해야 한다.

② 조합은 쟁의행위 기간 중 근무해야 할 필수유지업무 근무자로 통지 받은 조합원이 휴가, 결근 등의 사유로 필수유지업무에 종사할 수 없는 사유가 발생하는 경우 대체할 조합원 명단을 사전에 병원에 서면 등으로 통보해야 한다.

③ 조합이 제1항 내지 제2항의 규정을 이행하지 아니한 경우 병원은 쟁의행위 기간 중 필수유지업무분야에서 종사할 조합원을 임의로 지정할

수 있고 이 경우 조합과 조합원은 거부할 수 없다.

④ 병원은 제1항에 의거 조합으로부터 통지받은 필수유지업무 조합원 중 쟁의행위 기간에 근무해야 할 조합원을 지명하여, 이를 쟁의행위 개시 전까지 조합과 당해 조합원에게 서면 등으로 통보해야 한다.

⑤ 병원은 제2항에 의거 조합으로부터 대체할 조합원 명단을 통보받게 되는 경우 즉시 필수유지업무분야에서 종사할 조합원을 지명하여 조합과 당해 조합원에게 서면 등으로 통보해야 한다.

⑥ 병원은 당초 필수유지업무 근무자로 지명된 조합원이 그 의무를 면하게 되는 경우 그 사실을 조합과 당해 조합원에게 서면 등으로 통보해야 한다.

제10조 (쟁의행위 시 파업참가자 수 확인) ① 병원은 노조법 제43조 제4항의 규정에 따른 대체근로 사용의 적정을 기하기 위하여 조합이 파악하고 있는 파업참가자 수의 확인을 요구할 수 있다.

② 조합은 전항의 요구를 받은 경우 즉시 파업참가자 수를 확인하여 서면 등으로 병원에 통보해야 한다.

제11조 (재난 발생 시 협조의무) 쟁의행위 기간 중이라 하더라도 재난 및 안전관리기본법 제3조에 의한 재난이 발생하는 경우 조합은 동 법에 규정된 업무를 수행하기 위하여 적극 협조하여야 한다.

제12조 (협정의 개정) ① 노사 양측은 사업의 중대한 변경, 법령의 개정 등 이 협정의 변경을 위한 정당한 사유가 있는 경우에는 상대방에게 서면으로 협정의 변경을 위한 교섭을 요구할 수 있다. 다만, 단체교섭 또는 쟁의행위 중에는 그러하지 아니한다.

② 전항에 근거하여 노사 일방이 협정의 변경을 상대방에게 요구하였으나 상대방이 정당한 이유 없이 이에 응하지 않거나, 교섭 상 이견으로 협정체결이 곤란한 경우 노사 일방 또는 쌍방이 노동위원회에 필수유지업무 결정을 신청할 수 있다.

제13조 (협정의 유효기간) 본 협정은 노사의 합의로 새로운 협정이 체결되거나 노사의 신청에 따른 노동위원회의 필수유지업무 결정에 의하여 협정의 내용이 대체되지 아니하는 한 그 효력이 계속 유지된다.

제14조 (협정위반 시 조치) 본 협정 제6조, 제7조, 제8조의 사항을 위반한 행위자 및 대표자에 대한 노사 어느 일방의 민·형사상의 조치에 대하여 다른 일방은 이의를 제기하지 않는다.

제15조 (해석) 본 협정의 해석적용과 관련하여 다툼이 있는 경우 노사관행에 따르되 자율적 해결이 곤란한 경우 노동위원회의 결정에 따른다.

제16조 (협정서의 보관) 본 협정서는 2부를 작성하여 협상의 대표자가 서명 날인한 후 각 1부씩 보관한다.

제17조 (경과조치) 본 협정 체결 이전에 단체협약 제89조 1호, 2호, 3호에 규정된 협정 근로자 규정은 효력을 상실한다.

부 칙

본 협정은 협정체결일로부터 시행한다.

2008. 00. 00.

의료법인 ○○의료재단
◇ ◇ 병 원
원 장 △ △ △ (인)

전국○○ 노동조합
◇ ◇ 병 원 지 부
위원장 ▽ ▽ ▽ (인)

[별표 1] 필수유지업무 직무별 인원유지 비율

직무명	부서명	직종	조합원 총인원	인원유지 비율	최소유지 인원	비고
응급의료 업무	응급의료센터	간호사	15	100	15	
		간호조무사	2	100	2	
	총무과	운전원	2	100	2	
	외래과(수납)	사무직	3	100	3	
	소계			22	100	22
중환자치료 업무	내과집중치료실	간호사	13	100	13	
		간호조무사	2	100	2	
	외과집중치료실	간호사	13	100	13	
		간호조무사	2	100	2	
	신경계병동	간호사	5	100	5	준중환 자실
	신생아중환자실	간호사	5	100	5	
소계			40	100	40	
분만업무	분만실	간호사	5	60	3	
수술업무	수술실	간호사	15	73	11	
		간호보조원	3	67	2	
	물자관리과 (중앙공급실)	간호사	1	100	1	
		간호조무사	5	40	2	
	소계			24	67	16
투석업무	인공신장실	간호사	6	67	4	
마취·회복실 업무	마취통증의학과	간호사	7	71	5	
진단검사 업무 및 영상검사 업무	진단검사의학과, 병리과	임상병리사	15	60	9	
		임상병리보조원	1	100	1	
	영상의학과	방사선사	16	63	10	
		간호사	2	50	1	
		방사선사보조원	2	50	1	
	핵의학과	임상병리사	2	50	1	
		방사선사	1	100	1	
		간호사	1	100	1	
	심혈관조영실	방사선사	1	100	1	
		간호사	2	50	1	
소계			53	63	34	
응급약제 업무	약제팀	약사	-	-	-	
		약사보조원	1	100	1	
	소계			1	100	1

[단위: 명, %]

직무명	부서명	직종	조합원 총인원	인원유지 비율	최소유지 인원	비고
치료식 환자급식 업무	노무과	영양사	2	50	1	
		조리사	-	-	-	
	소계			2	100	2
응급의료 업무	내과병동	간호사	23	57	13	
	성형외과병동	간호사	8	38	3	
	소아산부인과병동	간호사	9	44	4	
	신경계병동	간호사	13	31	4	
	외과계병동	간호사	18	50	9	
	정형외과병동	간호사	9	44	4	
	혼합병동	간호사	20	55	11	
	화상병동	간호사	9	44	4	
소계			75	48	36	
진료지원 업무	정보시스템과(전산)	기술직	5	40	2	
	정보시스템과(통신)	기술직	3	33	1	
	의공과	기술직	2	50	1	
	물자관리과	사무직	2	50	1	
	소계			109	42	53
총계			271	65	176	

※ 위 인원은 2008년 9월말 현원 기준으로 작성됨

※ 총 조합원 인원(394명) 대비 : 인원유지비율 45%

[참 고 문 헌]

1. 단행본

- 허 영, 『한국헌법론』, 제3판, 박영사, 2005.
이형국, 『형법총론』, 제4판, 법문사, 2005.
신동운, 『형법총론』, 제3판, 법문사, 2008.
김형배, 『노동법』, 박영사, 2007.
노동부, 『필수유지업무제도 운영 매뉴얼』, 노동부, 2008.

2. 논문

- 문무기, “파업시 최소서비스 유지의무: 파업권과 공익의 조화”, 『국제노동브리프』, Vol.3, No.9, 한국노동연구원, 2005.
_____, “파업시 유지되어야 할 필수업무의 범위”, 『2006 노동법의 쟁점』, 한국노동연구원, 2006.
_____, “2007 노동법의 쟁점(1)”, 『2007 상반기 노동법·법경제 포럼 논문집』, 한국노동연구원, 2008.
_____, “필수유지업무의 범위와 법리적 해석”, 『노동리뷰』, 통권 제30호, 한국노동연구원, 2007.
장홍근·김가람·강병식, “필수유지업무제도 도입과 쟁점”, 『노동리뷰』, 통권 제47호, 한국노동연구원, 2008.
유성재, “노사관계 선진화 입법에 대한 법리적 검토”. 『법학논문집』, 제31집 제1호, 중앙대학교, 2007.
이준희, “필수유지업무제도에 대한 법리 검토”, 『노동정책연구』, 제8권 제2호, 한국노동연구원, 2008.
박제성, “필수공익사업의 정의행위에 대한 새로운 규율: 필수유지업무와 대체근로”, 『노동정책연구』, 제7권 제3호, 한국노동연구원, 2007.
한국노동연구원, “주요노동동향”, 『노동리뷰』, 통권 제47호, 2008.
허일태, “자백거부와 선고유예 및 ‘개전의 정상’에 관한 상고심의 대상 여부”, 『형사판례연구』, 제11권, 박영사, 2003.
대한병원협회, “쟁의행위시 중환자보호 어떻게 할 것인가?”, 『대한병원협회 토

론회 자료집』, 2008.

3. 판례집

『헌법재판소 판례집』, 제10권 제1집.

『헌법재판소 판례집』, 제15권 제1집, 제2집 상.

『헌법재판소 판례집』, 제17권 제2집.

『헌법재판소 판례집』, 제19권 제2집.

4. 인터넷 사이트

<http://library.ccourt.go.kr/>

<http://epic.kdi.re.kr>

<http://likms.assembly.go.kr>

<http://seoulnambu.molab.go.kr>

<http://bogun.nodong.org>

Legal review on essential business of hospital business

Kyung Choon PARK

Deputy Commissioner of KoFIU (Senior Prosecutor)

=ABSTRACT=

This paper is to discuss essential business of hospital business. While the labor world and ILO made continuous recommendation for improvements towards the compulsory arbitration system along with the controversy over unconstitutionality of the system, the Constitutional Court ruled that the system is constitutional on December 23, 1996(90hunba19) and on May 15, 2003 (2001hunga31). Despite this decision from the Constitutional Court, there has been much controversy over whether the compulsory arbitration system infringes the rights of collective action against the principle of trade union & labor relations adjustment which allows Commissioner of the Labor Relations Commission to decide on submission of arbitration by virtue of his/her authority in case where industrial disputes take place in the essential public-service businesses. The revision on the above provision was closely examined from the year 2003 and an agreement was made on the abolition of the compulsory arbitration system and the introduction of essential business with a grand compromise among labor unions, employers and the government on September 11, 2006 followed by revision(Essential business system enacted on January 1, 2008) of the Trade Union & Labor Relations Adjustment Act on December 30 in the same year. Accordingly, in order to perform the essential business, parties to labor relations must have an agreement or obtain a decision by the Labor Relations Commission before taking industrial actions. This paper firstly examined the concept of essential public-service businesses and essential business, legal meaning of essential business, procedures for making agreement and decision and legal effects. Secondly it intensively explored a theory against the

principle of the legality which was raised from some part of society. In other words, it is claimed that a theory against the principle of the legality is not consistent with the rule of legislation and some abstract wording is against void for vagueness doctrine because part of crime constitution requirements is delegated to the Presidential Decree or to consultation among parties to labor relations. But analysis on the rule of legislation and void for vagueness doctrine reflected in the decision by the Constitutional Court led that argument for a theory against the principle of the legality is not reasonable. Close examination was done on a formal act of essential business agreement and necessity of prior agreement before submission of decision to the Labor Relations Commission which might have difficulties in performing work. In addition, an example agreement on hospital essential business is attached to help you understand this paper better.

Keyword : Essential business of hospital business, compulsory arbitration system, Trade Union & Labor Relations Adjustment Act, essential business agreement, the principle of the legality, void for vagueness doctrine