

민주노총 법률원 부설 노동자권리연구소

개소기념 국제토론회

노동법을 모든 노동자에게

The Future of
Workers' Rights
Advocacy

2021.4.30.금.18:00-21:30

민주노총 교육장(경향신문사 15층)

온라인(zoom)

 민주노총 법률원



노동법을
모든 노동자에게

The Future of
Workers' Rights
Advocacy

민주노총 법률원 부설 노동자권리연구소
개소기념 국제토론회

노동법을 모든 노동자에게

The Future of
Workers' Rights
Advocacy



민주노총 법률원 부설 노동자권리연구소 개소기념토론회

“노동법을 모든 노동자에게”

○ 일시: 2021. 4. 30.(금) 18:00 ~ 21:30

○ 장소: 민주노총 대회의실(경향신문사 12층) / 온라인(ZOOM)

■ 1부: 노동자권리연구소 출범을 알리며 (18:00 ~ 19:40)

[사회] 신인수(민주노총 법률원장)

[축서] 내빈

[발제1] 노동자권리연구소의 비전(권두섭 민주노총 법률원 대표변호사)

[발제2] 단체교섭권 실현을 위한 ‘사용자’ 찾기(윤애립 노동자권리연구소 상임연구위원)

[지정토론] 김기선(한국노동연구원 연구위원), 여연심(법무법인 지향)

■ 휴식 (19:40 ~ 20:00)

■ 2부: 노동법을 모든 노동자에게 (20:00 ~ 21:30) ※한영동시통역

2019년 국제노동기구(ILO) 100주년 선언에서 천명한 “고용상 지위와 상관없이 모든 노동자에게 노동3권을 비롯한 노동기본권, 적절한 보수, 장시간 노동으로부터의 보호, 안전과 보건의 권리 보장”을 법제도적으로 실현하기 위한 국제적 노력들을 탐구하고 노동법률가단체의 과제를 토론

[사회] 윤애립(노동자권리연구소 상임연구위원)

[패널토론]

○ Nicola Countouris 유럽노총 부설연구소(ETUI) 소장, University College London 교수

○ Valerio de Stefano 루벵 대학 노동법연구소 교수, ILO의 「세계의 비정규노동」 주저자

○ Jeffrey Vogt 국제노동법률가네트워크(ILAW) 상임활동가, 국제노총 법규국장 역임

초청의 말씀

오는 4월 30일 오후 6시, 민주노총 법률원 부설 노동자권리연구소의 개소기념 토론회를 개최합니다.

민주노총 법률원은 2002년 2월 출범한 이후 2021년 현재 금속노조, 공공운수노조, 서비스연맹 등 6개 산별노조와, 대전, 충북, 광주, 울산, 경남, 충남, 경주 등 7개 지역에 법률원을 두고 98명(변호사 42명, 공인노무사 29명, 송무지원 27명)이 일하는 최고의 노동법률원으로 성장해왔습니다.

이제 노동자권리를 옹호하는 법률활동의 법리 연구, 정책 개발, 국제교류를 수행할 노동자권리연구소를 법률원 부설기관으로 설립합니다. 이번 개소기념 토론회를 통해 노동자권리연구소의 비전을 밝히고, 노동기본권을 모든 노동자에게 실질적으로 보장하기 위한 이론적·정책적 방향에 관해 국내·외 전문가들과 함께 토론하고자 합니다. 많은 관심과 성원 부탁드립니다.

민주노총 법률원 권두섭(대표 변호사), 신인수(법률원장)

| 차례 |

〈발제 1〉

- 노동자권리연구소의 비전
권두섭 (민주노총 법률원 대표변호사)

〈발제 2〉

- 단체교섭권 실현을 위한 ‘사용자’ 찾기 9
윤애립 (노동자권리연구소 상임연구위원)

〈토론 1〉

- 토론문 61
김기선 (한국노동연구원 연구위원)

〈토론 2〉

- 단체교섭의 상대방으로서의 사용자 71
여연심 (변호사, 법무법인 지향)

〈발제〉

단체교섭권 실현을 위한 ‘사용자’ 찾기

윤애림(노동자권리연구소 상임연구위원)

〈목차〉

- I. 시작하며- 보편적 권리로서의 단체교섭권
 1. 인권으로서의 단체교섭권
 2. 보편적 노동권으로서의 단체교섭권
 3. 변화하는 노동세계의 규범으로서의 단체교섭권

- II. 단체교섭권 실현을 위한 ‘사용자’ 찾기
 1. 근로계약관계론과의 단절
 2. 지배력설의 한계
 3. 접근법의 전환: ‘사업’의 측면에서 지배력을 파악하기
 4. 기업간 관계망 전체를 조망하기

- III. 단체교섭‘권’ 보장의 다른 쟁점들
 1. 헌법상 단체교섭권 - 단체교섭 응낙의무 - 단체교섭거부 형사처벌의 관계
 2. 이른바 단체교섭의 ‘대상사항’ 문제
 2. 단체협약의 ‘규범적 효력’
 4. 교섭창구 단일화제도의 폐해

- IV. 요약과 결론

I. 시작하며 - 보편적 권리로서의 단체교섭권

1. 인권으로서의 단체교섭권

‘결사의 자유(freedom of association)’는 그 출발부터 노동자들의 노동조합을 결성할 자유를 위한 투쟁 속에서 태동하였다. 서유럽에서는 18세기 제1차 산업혁명 시기로부터 노동자들의 결사의 자유 요구가 제기되기었고, 유럽 각국에서 노동조합 활동을 사용자의 계약의 자유나 개별 노동자의 노동의 자유를 침해하는 것으로 파악하여 단결금지입법이 제정되었다. 그러나 제1차 세계대전을 전후하면서 노동조합에 대한 입법정책이 억압 내지 소극적 용인으로부터 적극적 보호로 변화하게 되는데, 이를 상징적으로 보여주는 것이 1919년 국제노동기구(ILO)의 성립이다. 제1차 세계대전을 마무리한 베르사이유 조약 제13편에 해당하는 ILO헌장은 전문에서 결사의 자유 원칙을 불의·고난·궁핍을 가져다주는 노동조건을 개선하고 항구적 평화를 확보하는 수단으로 천명하였다.¹⁾ 1944년 발표돼 1946년 ILO헌장의 부속서가 된 「국제노동기구의 목적에 관한 필라델피아 선언」은 “표현의 자유와 결사의 자유는 지속적인 진보에 필수적”이며, 결사의 자유가 “ILO가 기초하고 있는 근본적 원칙들의 하나”임

을 확인하고 있다.¹⁾

제2차 세계대전 종결 이후 3년간은 국제기구에서 인권규범을 형성하기 위한 노력이 집중되었던 시기이다. 수년간의 논의를 거쳐 ILO는 1948년 「결사의 자유 및 단결권 보장 협약」(제87호 협약)을 채택하였고, 5개월 뒤 국제연합(UN)은 「세계인권선언」을 채택하였다. 같은 시기에 서로 영감을 주고 받는 논의가 진행된 결과, 결사의 자유에 관한 두 인권규범의 텍스트는 본질적으로 서로 일치한다.²⁾

가장 대표적 국제인권법인 「세계인권선언」(1948 Universal Declaration of Human Rights)은 노동조합을 결성·가입할 권리를 기본적 인권의 하나로써 확인하고 있다.³⁾ 한국이 비준한 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」(International Covenant on Civil and Political Rights, 다자조약 제1007호) 제22조⁴⁾와 「경제적·

1) 19세기 후반에 이르러 노동자들의 국제적 조직들이 국제적 노동입법을 마련하기 위한 다양한 노력을 전개하였다. 1919년 베르사이유 강화회의에서는 노·사·정 대표자로 구성된 국제노동입법위원회(Commission on International Labour Legislation)를 구성하고, 국제노동기구 헌장 초안을 제안한 이 위원회의 보고서가 베르사이유 강화회의의 승인을 받아 평화조약의 일부가 되었다. 관련하여, 세계인권선언의 주요 입안자였던 René Cassin은, ILO헌장이 개인의 근본적 자유에 관한 국제법의 계약적 기초의 첫번째 국면을 대표한다고 서술한 바 있다(Valticos, "International labour standards and human rights", *International Labour Review*, Vol.137, No.2, 1998, p.135).

2) Swepston, *The Universal Declaration of Human Rights and ILO standards*, ILO, 1998.

3) 제23조 제4항 모든 사람은 자신의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 결성하고, 가입할 권리를 가진다.

4) 제22조

1. 모든 사람은 자기의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 결성하고 이에 가입하는 권리를 포함하여 다른 사람과의 결사의 자유에 대한 권리를 갖는다.

2. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니된다. 이 조는 군대와 경찰의 구성원이 이 권리를 행사하는 데 대하여 합법적인 제한을 부과하는 것을 방해하지 아니한다.

3. 이 조의 어떠한 규정도 결사의 자유 및 단결권의 보호에 관한 1948년의 국제노동기구협약의 당사국이 동 협약에 규정하는 보장을 저해하려는 입법조치를 취하도록 하거나 또는 이를 저해하려는 방법으로 법률을 적용할 것을 허용하는 것은 아니다.

사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 다자조약 제1006호) 제8조⁵⁾ 역시 결사의 자유를 기본적인 권리의 하나로서 확인하고 있다.

2차대전 후 냉전 상황 속에서 세계인권선언을 구체화하는 국제인권규약이 ‘정치적·시민적 권리’와 ‘경제적·사회적·문화적 권리’로 나누어져 채택됨으로 인해 두 인권의 성격과 상호관계에 관한 정치적 논쟁이 생겨난 것과 달리, ILO는 처음부터 ‘사회적 정의’라는 개념을 강조하면서, 물질적 진보와 시민적·정치적 권리 사이의 내재적 관련성을 강조해왔다.⁶⁾ ILO는 특히 결사의 자유 원칙은 시민적 권리이자 경제적 권리라는 점을 명확히 해 왔다. 일례로 1970년 ILO 국제노동총회가 채택한 ‘노동조합의 권리 및 시민적 자유와의 관계에 관한 결의’는 노동조합의 권리 실현이 시민적 자

5) 제8조

1. 이 규약의 당사국은 다음의 권리를 확보할 것을 약속한다.

(a) 모든 사람이 그의 경제적, 사회적 이익을 증진하고 보호하기 위하여 관계단체의 규칙에만 따를 것을 조건으로 노동조합을 결성하고, 그가 선택한 노동조합에 가입하는 권리. 그러한 권리의 행사에 대하여는 법률로 정하여진 것 이외의 또한 국가안보 또는 공공질서를 위하여 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과할 수 없다.

(b) 노동조합이 전국적인 연합 또는 총연합을 설립하는 권리 및 총연합이 국제노동조합조직을 결성하거나 또는 가입하는 권리

(c) 노동조합은 법률로 정하여진 것 이외의 또한 국가안보, 공공질서를 위하거나 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 제한 이외의 어떠한 제한도 받지 아니하고 자유로이 활동할 권리

(d) 특정국가의 법률에 따라 행사될 것을 조건으로 파업을 할 수 있는 권리

2. 이 조는 군인, 경찰 구성원 또는 행정관리가 전기한 권리들을 행사하는 것에 대하여 합법적인 제한을 부과하는 것을 방해하지 아니한다.

3. 이 조의 어떠한 규정도 결사의 자유 및 단결권의 보호에 관한 1948년의 국제노동기구협약의 당사국이 동 협약에 규정된 보장을 저해하려는 입법조치를 취하도록 하거나, 또는 이를 저해하려는 방법으로 법률을 적용할 것을 허용하지 아니한다.

6) “모든 인간은 인종, 신앙, 성별에 상관없이 자유와 존엄과 경제적 안정 속에서 그리고 평등한 기회로써 자신의 물질적 진보와 정신적 발전을 추구할 권리를 가진다”라고 선언하고 있는 필라델피아 선언은 그러한 통합적 접근법을 잘 보여준다.

유의 존중과 불가분의 관계가 있음을 명확히 하고 있다.⁷⁾

이처럼 시민적·정치적 인권과 경제적·사회적 인권 사이에는 본질적 차이가 없으며, 전자는 오직 국가의 소극적 의무만을 부과하고, 후자는 오직 국가의 적극적 의무만을 부과한다는 전통적 구분은 타당하지 않다는 것이 오늘날 국제인권법학계의 주류적 견해이다. 즉, 인권의 실효적 보장을 위한 국가의 의무를 존중(respect), 보호(protect), 충족(fulfil) 등 다층적 구조로 인식하고, 시민적·정치적 인권이든 경제적·사회적 인권이든 이를 국가가 제대로 보장하기 위해서는 여러 가지 층위에서 여러 가지 의무를 충족시켜야만 한다는 것이다.⁸⁾

결사의 자유를 보장하기 위한 국가의 의무 역시 다층적 구조를 가진다. 결사의 자유를 부당하게 국가가 간섭·침해하지 않을 존중의무, 결사의 자유에 대한 제3자의 부당한 방해·간섭을 방지할 보호의무, 결사의 자유 실현을 촉진하고 권리 수준을 증진시킬 충족의무 등이 그것이다.

결사의 자유에 관련된 국제노동기준 중 기본적인 것이 「결사의 자유 및 단결권 보장 협약」(Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention, 1948, No. 87, 이하 '제87호 협약')과 「단결권 및 단체교섭권 협약」(Right to Organize and Collective Bargaining Convention, 1949, No. 98, 이하 '제98호 협약')이다. 이 두 협약이 갖는 의의는, ILO헌장의 결사의 자유 원칙을 법과 실천을 통해 이행할 수 있는 구체적 권리로 전환시킨 것이라 할 수 있다. 위의 두 협약의 이름에서

7) ILO, "The Resolution concerning Trade Union Rights and their Relations to Civil Liberties", *Record of Proceedings*, International Labour Conference, 54th Session, 1970, 733.

8) 여기서 '존중의무'란 어떤 자유나 권리를 향유하는 데에 있어 부당하게 국가가 개입하는 것을 하지 못하도록 하는 데에 초점을 맞춘다. '보호의무'는 권리 보유자들이 어떤 자유권을 향유하는 것을 제3자에 의해 부당하게 방해받고 있을 때 이를 방지할 국가의 책임을 가리킨다. '충족의무'란 국가가 권리 실현을 촉진하고 필요한 자원을 제공하며 권리 수준을 증진할 의무 등을 진다는 것이다. 이에 관해 자세히는, International Commission of Jurists, *Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights*, 2008 참조.

부터 드러나는 것처럼 단체교섭권은 결사의 자유를 구성하는 기본 요소이다.

경제적, 사회적 및 문화적 권리 위원회(Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 이하 'CESCR') 역시 경제·사회·문화적 권리규약 제8조 제1항(C)의 노동조합의 자유로운 활동의 권리에는 단체교섭권이 포함된다고 일관되게 해석해왔다.⁹⁾ 그리고 인권이사회(Human Rights Committee) 역시 시민적·정치적 권리 규약 제22조에 단체교섭권¹⁰⁾과 파업권이 포함되는 것으로 해석해왔다.

2. 보편적 노동권으로서의 단체교섭권

주지하다시피 「노동의 권리 및 근본적 원칙들에 관한 1998년 ILO 선언」(Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 이하 '1998년 ILO 선언')은 ILO의 기본협약인 결사의 자유 및 단결권·단체교섭권의 보장, 차별 금지, 강제 노동 및 아동노동 금지 등은 비준 여부와 관계없이 ILO 회원국 일반이 준수해야 할 의무를 가진다는 점을 확인하였다. 1998년 ILO선언이 결사의 자유 보장을 모든 ILO 회원국의 의무로 확인한 것은, 결사의 자유가 가지는 기본적 인권으로서의 속성에서

9) 일례로 CESCR은 2001년 한국의 제2차 정부보고서에 대한 최종견해에서 "위원회는 규약 8조의 규정 즉 모든 사람들이 자유로이 노동조합을 결성하고 참여할 권리, 자신들의 경제적 및 사회적 이해를 증진하고 보호하기 위해 노동조합을 통한 단체교섭을 할 권리, 그리고 파업권을 한국정부에 상기시킨다"고 밝혔다(E/C.12/1/Add.59, para.39). 2001년 프랑스 정부보고서에 관해서는, 노조가 대표성이 있어야 한다는 요건이, 노조의 규모와 상관없이 단체교섭을 포함한 자유로운 노조 활동의 권리 행사를 방해하지 않도록 규약 제8조(c)에 부합하도록 보장할 것을 권고하였다(E/C.12/1/Add.72, para.29). A규약 제8조의 결사의 자유가 단체교섭권 및 파업권을 포함하는 것이라는 CESCR 견해를 1996년 짐바브웨 정부보고서 검토(E/C.12/1/Add.12), 2002년 아일랜드 정부보고서 검토(E/C.12/1/Add.77, para.29) 등에서도 볼 수 있다.

10) 일례로 1999년 캐나다 정부보고서에 대한 최종견해에서 인권이사회는, 캐나다 온타리오 주에서 'workfare' 프로그램 참가자들에게 노조 가입 및 단체교섭권을 금지한 것이 결사의 자유 침해라고 판단하였다(CCPR/C/79/Add.105, para.17). 1999년 코스타리카 정부 보고서에 관해서는, 단체교섭권을 포함하는 결사의 자유가 규약 제22조에 부합하도록 적절히 보장되지 않고 있다는 우려를 표하였다(CCPR/C/79/Add.107, para.17).

비롯된 것이다. 즉, ILO현장으로부터 직접 도출되는 결사의 자유 및 단결권·단체교섭권은 기본적 인권이자 핵심적 국제노동법임을 확인하고 있다.¹¹⁾

ILO는 8개 기본협약에 규정된 권리와 원칙들은 자영노동자(self-employed worker)를 포함한 노동자 모두에게 보편적으로 적용된다는 입장을 견지해왔다. 즉, 제87호(결사의 자유와 단결권 보장 협약, 1948), 제98호(단결권과 단체교섭권 협약, 1949), 제29호(강제노동 협약, 1930) 및 보충협약(2014), 제105호(강제노동철폐 협약, 1957), 제100호(동등보수 협약, 1951), 제111호(고용과 직업상 차별 협약, 1958), 제138호(최저연령 협약, 1973), 제182호(가혹한 형태의 아동노동 협약, 1999)은 고용관계의 존재 여부와 상관없이 모든 노동자에게 보장되어야 한다.

ILO 결사의 자유 위원회(Committee on Freedom of Association), 기준적용위원회(Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, CEACR) 등 ILO의 감독기구들은 “결사의 자유 원칙에 비추어, 군인과 경찰을 제외한 모든 노동자는 그들 자신의 선택에 따른 단결체를 결성하거나 가입할 권리를 가진다”, “결사의 자유 원칙에 의한 권리를 보장받는 사람의 범위는 고용관계의 존재 여부에 따라 결정되지 않는데, 흔히 고용관계가 존재하지 않는 농업 노동자, 자영 노동자 혹은 자유직업종사자 역시 단결권을 누려야 한다”는 견해를 밝혀왔다.¹²⁾

2019년 ILO 출범 100주년을 맞아 ILO총회에서 채택된 「노동의 미래를 위한 ILO 100주년 선언」¹³⁾에서는 모든 노동자가 (i) 노동자 기본권: 결사의 자유 및 단체교섭

11) Macklem, “The right to bargain collectively in international law”, Alston (ed.), *Labour Rights as Human Rights*, OUP, 2005, p.69.

12) Committee on Freedom of Association, *Freedom of Association: Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association* (ILO 2018, 6th edition) para 387; ILO, *Giving globalization a human face General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, 2008 (ILO 2012) para 53.

13) ILO, *ILO Centenary Declaration for the Future of Work* adopted by the Conference at its

권의 효과적 인정, 강제·아동노동 및 차별로부터 자유 (ii) 법률 혹은 단체협약에 따른 적정 최저임금, (iii) 최장 노동시간에 대한 제한, (iv) 노동 안전과 보건에 관한 적절한 보호를 받아야 한다고 천명하였다.¹⁴⁾ 관련하여 최근 기준적용위원회는, 고용상 지위와 관계없이 플랫폼 노동자를 비롯한 모든 노동자에게 결사의 자유를 비롯한 노동의 기본원칙 및 권리의 전체 내용을 다른 노동자와 동일하게 보장해야 한다는 점을 재확인하였다.¹⁵⁾

고용상 지위와 관계없이 모든 노동자가 단체교섭권을 보장받아야 한다는 ILO의 원칙은, 한국의 간접고용, 특수고용 노동자의 결사에 자유 보장에 관한 ILO 결사의 자유 위원회의 권고를 통해서도 여러 차례 확인되었다.¹⁶⁾

첫 번째, 건설일용노동자를 조직한 지역건설노조가 원청을 상대로 단체교섭을 요구하고 단체협약을 체결한 것에 대해 2003~2007년 검찰과 법원이 형법상 공갈·협박죄를 적용한 사건이다. 결사의 자유 위원회는 “노동자들의 이익을 방어하기 위한 활동과 연루되었다는 이유로 노조 지도자들과 조합원들을 구금하는 것은 일반적인

one hundred and eight session, Geneva, 21 June 2019, III(B).

- 14) ILO 100주년 총회에 맞춰 노동의 미래에 관한 독립적 보고서를 제출하기 위해 조직된 ‘노동의 미래 위원회’는 보고서에서 “계약형태나 고용상 지위에 관계없이 모든 노동자는 인간적인 노동환경을 보장하는 적절한 노동 보호를 차별없이 누릴 수 있어야 한다”(강조는 필자)고 강조하면서 “전일제 고용이거나, 온라인에서 미세업무(microtasks)를 수행하거나, 집에서 글로벌 공급망을 위한 생산 활동에 종사하거나, 임시 계약직에 종사하는지 여부와 관계없이 모든 노동자에게 적절한 사회보호를 제공하기 위한 새로운 방법을 찾아야 한다”고 권고하였다. 위원회는 이를 “보편적 노동 보장”(Universal Labour Guarantee)이라고 천명하였다(ILO, *Work for a Bright Future- Global Commission on the Future of Work*, 2019: 38~39).
- 15) ILO, *Promoting Employment and Decent Work in a Changing Landscape*, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. ILC109/III(B), 2020, Para. 327.
- 16) ILO 결사의 자유 위원회에 진정된 한국 사례(case)들의 경과와 위원회의 권고에 관해 자세히는 윤애림, “ILO 결사의 자유 원칙의 국내법적 수용 과제”, 『노동법학』 제64호, 2017 참조.

시민적 자유는 물론 특히 노조할 권리를 심각하게 침해한다는 사실을 환기한다. 노조 활동가들의 구속은 정상적인 노조 활동의 발전에 불리한, 위협적이고 공포스러운 분위기를 조성할 수 있다. 이러한 위협 효과는 단결권 및 단체교섭권을 최근에 행사하기 시작한, 불안정하며 취약한 노동자들에게 훨씬 강력할 수 있다”고 지적하면서, 정부가 적절한 명령을 통해 노조 활동가들에 대한 협박과 탄압을 즉각 중단시킬 것, 법원이 노조 간부들에 대한 유죄 판결 및 징역형을 재검토함으로써, 기소·구금·투옥에 따른 고통과 손실에 대해 노조 간부들에게 보상할 것 등을 권고하였다. 또한, 건설 현장에서 원청업체가 갖는 지배적인 위치와 아울러 지역 및 산업 수준에서 단체교섭이 부재한 상황을 감안하면, 원청업체와의 단체협약 체결은 전체 건설 현장에서 효율적인 단체교섭 및 단체협약 체결을 위해 실현 가능한 선택임이 분명하다고 하면서, 비정규직·일용직 노동자들을 포함하여 건설산업에서 고용조건에 관한 자유롭고 자발적인 단체교섭을 증진시키기 위해 정부가 추가적인 노력을 다할 것을 요청하였다.¹⁷⁾

두 번째, 사내하청 노동자의 노동3권 침해 사건이다. 2007년 전국금속노동조합 등은 결사의 자유 위원회에, 현대자동차 사내하청 등 불법파견 노동자들이, △부당노동행위, 특히 노동조합 설립을 가로막을 목적으로 자행되는 빈번한 해고, △원청 사용자의 지속적 단체교섭 거부, △쟁의행위 시 업무방해죄의 적용과 해고, 구속, 과도한 손해배상청구, △원청 사용자에 의한 물리적 폭력 및 해고당한 노동자가 노조 활동을 위해 원청 사업장으로 들어오는 것을 가로막을 목적으로 신청하는 각종 가처분·명령 등으로부터 보호받지 못하는 상태에 놓여 있다고 진정하였다.

이에 대해 결사의 자유 위원회는, 모든 노동자가 정규직이든 비정규직이든 그 어떤 차별도 없이 자신들의 자주적인 선택에 따라 노조를 결성하고 가입할 수 있는 권리를 가져야 한다는 점을 강조하면서, 사내하청 노동자들의 노조 설립에 대응하여 원청이 하도급업체와의 계약 해지를 통해 반노조적 차별 행위와 지배개입 행위를 하였다는 진정에 대해 정부가 독립적인 수사를 진행할 것을 요청하였다. 그리고 만약 이러한 진

17) Case No.1865. 결사의 자유 위원회 340차 보고서(2006), 779항; 346차 보고서(2007), 806항 (q); 353차 보고서(2009), 749항 (j) 및 (k) 등.

정 내용이 확인된다면, 최우선적 구제책으로서 해고된 노조 간부들과 조합원들이 복직될 수 있도록 모든 필요한 조치를 취할 것을 요구하였다.

또한 위원회는, 원청업체는 사내하청 노동자들과 고용관계가 없다면서 교섭을 거부하고, 하청업체 역시 자신이 사내하청 노동자의 고용 기간과 노동조건을 통제하지 않는다면 교섭을 거부하는 “진퇴양난의 상황”에 사내하청 노동자가 빠져 있으며, 정부가 이러한 상황을 암묵적으로 지지하고 있다는 진정 내용에 관해서 정부의 답변이 없는 점에 대해 유감을 표했다. 그러면서 위원회는, 적절한 조치를 통해 노동법 상 보장된 결사의 자유를 회피하는 수단으로 하도급이 사용되지 않도록 하고, 하청노동자를 조직한 노동조합이 자신들이 대표하는 이들의 생활·노동 조건의 개선을 추구할 수 있는 권리를 실제적으로 행사할 수 있도록 하는 것이 한국정부의 역할에 속하는 것이라고 판단하였다.

또한 위원회는 원청회사에 단체교섭 성사를 위해 노조 인정을 요구하는 목적의 사내하청 노동자의 파업이 불법이 아니라고 판단하면서,¹⁸⁾ 이러한 파업 참여를 이유로 노동자를 해고한 것은 적법한 노조 활동을 이유로 한 심각한 고용 상의 차별이며, 이는 ILO 제98호 협약을 위반한 것이라고 강조하였다. 그리고 만약 이들 노동자들이 “제3자” 즉 원청회사를 대상으로 단체행동을 했다는 이유 때문에 해고된 것으로 판명된다면, 이들에 대한 임금 손실 없는 원직복직 내지 적절한 보상이 이루어져야 하며, 반노조적 차별행위를 단념시킬 수 있는 충분한 제재를 사용자에게 가함으로써 향후 이러한 행위가 재발하지 않도록 하여야 한다고 요청하였다.

결론적으로 위원회는 결사의 자유와 단체교섭 권리의 행사를 피하기 위한 방책으로 하도급이 남용되는 것을 막기 위한 적절한 기제를 정부가 강구해야 할 필요가 있으며, 관련 노조와 파견·하청노동자의 고용기간과 조건을 결정하는 당사자 사이의 단체교섭이 항상 가능해야 한다는 점을 강조하고 있다.¹⁹⁾

18) “피고용자(employee) 또는 노동조합이 당사자인 노동쟁의와 관련되지 않은 파업행위를 금지하는 것을 결사의 자유 원칙에 반한다.” (ILO, Digest, 2006. paras 521, 535 and 538 등 참조).

19) Case No.2602, 결사의 자유 위원회 350차 보고서(2008), 703항; 355차 보고서(2009), 678항;

세 번째, 삼성전자서비스의 협력업체 노동자들의 결사의 자유 침해 건이다. 금속노조 등은 삼성전자서비스가 하청 노동자들의 노조 결성에 대해 하청업체와의 계약 해지·노조 탈퇴 위협, 노조 간부의 해고 등 “무노조” 정책을 관철시키고 있으며, 지회와의 단체교섭 거부 및 단체협약 불이행을 하며 정부가 이러한 상황을 묵인하고 있다는 진정을 2013년 결사의 자유 위원회에 제기했다.

결사의 자유 위원회는, 특정 노동관계가 한국 법에 따른 ‘불법파견’에 해당한다는 결론에 이르지 않았더라도 이러한 노동관계가 모든 노동자가 단결권·단체교섭권을 효과적으로 누리는데 장애가 되는지 살필 필요가 있다고 보았다. 이런 점에서 위원회는, 정부가 이 사건에서 제기된 결사의 자유에 대한 다양한 장애물을 충분히 고려하여 노사단체와 협의하여 하청노동자들의 결사의 자유와 단결권 보호를 강화하기 위한 적절한 메커니즘을 개발하기 위해 취한 조치에 관한 정보를 제공할 것을 요청하였다.

네 번째, 2009년 이후 노동부가 특수고용 노동자를 노조법상 ‘근로자’가 아닌 자로 보아 건설노조, 운수노조(화물연대본부)에 자율시정명령을 한 사건이다. 결사의 자유 위원회는, 결사의 자유 원칙에 따라 군인과 경찰만을 예외로 하여 모든 노동자들이 자신의 선택에 따라 노동조합을 결성하고 가입할 권리를 가져야 한다는 점을 상기시키면서, 이러한 권리가 보장되어야 할 사람인지 결정하는 기준은 고용관계의 존재 여부를 근거로 하는 것이 아님을 강조하였다.

그러므로 위원회는 정부에 대하여, 화물차 차주점 기사와 같은 자영 노동자를 포함한 모든 노동자들이 자신들의 권익의 증진·방어를 위해 스스로의 선택에 따른 노동조합을 통해, 결사의 자유를 전적으로 향유할 수 있도록 하는데 필요한 조치를 취할 것을 요청하였다.²⁰⁾ 또한 위원회는 자영노동자들이 단체교섭이라는 수단을 포함하여 ILO 협약 제87호와 제98호에 따른 노조할 권리를 전적으로 향유할 수 있도록 하며, 조합원들이 자신들을 대표하는 노조에 가입하는 것을 가로막는 그 어떤 조치도 전국

359차 보고서(2011), 370항(e); 363차 보고서(2012), 467항; 374차 보고서(2015), 48항 등.

20) Case No.2602, 결사의 자유 위원회 359차 보고서(2011), 370항(b); 363차 보고서(2012), 467항(e); 374차 보고서(2015), 31항 (e) 및 (f) 등 참조.

건설노조와 전국운수노조에 대해 취하지 않을 것을 정부에 요청하였다.

3. 변화하는 노동세계의 규범으로서의 단체교섭권

지구적 공급사슬(global supply chain)의 확산, 간접고용·특수고용 등을 통한 노동력의 외부화, 플랫폼노동의 확산 등 변화하는 노동세계에서, 단체교섭은 기본권이자 특히 큰 변화의 시기에 경제적 성공과 사회적 형평성을 달성하는데 있어 강력한 수단이 된다.²¹⁾ 단체교섭은 기업별, 산업별, 전국적 차원에서 생겨나는 예측하기 어려운 노동 문제에 대응하는 유연한 수단이기도 하다.²²⁾

단체교섭에 내재되어 있는 유연성과 감응성은 플랫폼노동을 비롯하여 새롭게 출현하는 비정규직 노동자에게 공정한 노동조건을 보장하는 효과적 방식이기도 하다. 노동자측의 필요와 사업주측의 요구가 해당 업종·직종에 맞춤형 방식으로 조정되어 규범을 형성할 수 있다는 점이 단체교섭의 중요한 장점이기 때문이다.²³⁾

단체교섭을 통한 자율적 규제는 포용적이며 유연한 노동시장의 선결조건 중 하나이며, 국가의 법령은 이러한 노사 자치가 발전할 수 있는 공간을 열어주어야 한다.²⁴⁾

21) · ILO, 2019, p.42.

22) · OECD, *Negotiating our way up*, 2019, p.232.

23) · Prassl, *Collective voice in the platform economy*, ETUC, 2018,

24) · OECD, *Employment Outlook*, 2017, p.166.

II. 단체교섭권 실현을 위한 '사용자' 찾기

1. 근로계약관계론과의 단절

(1) 근로계약관계론과의 단절의 시도

2000년대까지 판례는 노조법상의 사용자를 근로자와 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자로 보는 견해가 지배적이었다.²⁵⁾ 이 시기의 판례들은 묵시적 근로계약관계의 존재를 노조법상 사용자책임 인정의 전제로 놓고, 그러한 관계를 인정함에 있어 첫째, 사용사업주가 업무수행에 대한 구체적·직접적인 지휘감독 권한, 채용·배치·징계·해고 등에 관한 직접적 개입이나 결정 권한, 임금의 결정이나 직접지불 권한 등을 가지는가 여부를 사용종속관계 판단의 중점에 놓으며, 둘째, 공급사업

25) 노조법상의 사용자라 함은 “근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자, 그 근로자와의 사이에 그를 지휘·감독하면서 그로부터 근로를 제공받고 그 대가로서 임금을 지급하는 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자”라고 한 판례가 대표적이다(대법원 1995. 12. 22. 선고 95누3565 판결; 대법원 1997. 9. 5. 선고 97누3644 판결; 대법원 2008. 9. 11. 2006다40935 판결 등).

주가 가지는 인사권과 업무지휘명령권이 모두 배제 내지 형식화되고 있는지를 함께 고려하는 ‘근로계약관계론’이 주를 이루고 있다. 따라서 사용사업주와 노동자 사이에 ‘사용종속관계’가 인정된다고 해도 중간에 존재하는 공급사업주가 조금이라도 지휘·감독을 하였다면 사용사업주의 사용자성을 인정하지 않는 경우가 많았다. 한 마디로 말해, 근로자가 하나의 사용자와만 노동관계를 형성하고, 그 하나의 사용자가 노동관계 전반에 관해 통제하는 이면적(二面的) 고용관계만을 전제로 삼는 법리였다.

1990년대말 이후 간접고용 노동자들로 조직된 노동조합이 자신들의 노동조건을 실질적으로 지배하는 원청(내지 사용사업주)을 상대로 단체교섭을 요구하거나 단체행동을 진행하는 사례가 증가하면서, 기존의 법리는 도전을 받게 된다. 간접고용 노동자들이 노조를 결성하면, 조합원들에 대한 징계와 해고, 노조 탈퇴 강요, 조합원이 속한 하청업체와의 계약해지, 하청업체 폐업이라는 일련의 부당노동행위 ‘공식’을 주도한 것은 원청이었다. 반면 간접고용 노동자들이 원청을 상대로 이러한 문제의 해결이나 노동조건 개선을 요구하면, 원청은 자신들은 노동법상 사용자가 아니라고 법제도 뒤로 숨을 수 있었다. 이러한 노동현실에 대응하여 2000년대 중반 이후 근로계약의 당사자가 아닌 자를 노조법의 사용자로 인정하는 판결들이 나오기 시작한다.²⁶⁾

26) 울산지방법원 2006. 2. 1.자 2005카합935 결정(현대중공업사내하청지회가 현대중공업을 상대로 노조활동 방해금지를 구한 사건에서 조정을 통해 방해받지 않는 조합활동의 범위를 결정함); 전주지방법원 군산지원 2006. 4. 1.자 2005카합411 결정(원기업체가 하청업체의 노동자에 대하여 실질적 사용종속관계를 가지고 영향력 또는 지배력을 행사할 수 있는 경우에는 원기업체 역시 단체교섭의 상대방이 된다고 봄); 서울남부지방법원 2007. 12. 10.자 2007카합2731 결정(불법파견 근로관계에 해당한다고 볼 여지가 있는 사건에서 원청이 비정규직노조의 단체교섭에 응할 의무가 있다고 보았고, 비정규직노조의 직장점거도 쟁의행위의 태양으로 인정함); 대구고등법원 2007.4.5. 선고 2006노595 판결(건설일용노동자로 조직된 지역건설노조가 원청을 상대로 단체교섭을 요구하고 단체협약에 근거하여 노조 전임비를 지급받은 것이 공갈죄가 되지 않는다고 봄); 서울고등법원 2007. 4. 11. 선고 2006누13499 판결(그 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 부분적이기는 하더라도 근로계약상의 사용자와 같이 볼 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배, 결정할 수 있는 지위에 있는 경우에 단체교섭 명령, 부작위 명령 등과 같은 구체명령의 이행의무자로서의 부당노동행위의 주체가 될 수 있음) 등.

2010년 대법원이 현대중공업 사내하청 노동자에 대한 원청의 부당노동행위를 인정하는 판결을 내놓은 데에는 이와 같은 간접고용 노동자들의 고통과 투쟁이 가로놓여 있었다. 2010년 대법원 판결은 부당노동행위의 주체인 사용자에 관해 법원의 변화된 인식을 보여주는 leading case라 할 만하므로 좀더 자세히 살펴볼 필요가 있다.

▣ 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결

법 제1조는 “헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건을 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다”고 규정하고 있다. 그리고 법 제81조는 ‘사용자는 그 각 호에서 정하는 부당노동행위를 할 수 없다’고 하고, 제82조 제1항은 “사용자의 부당노동행위로 인하여 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다”고 하며, 제84조 제1항은 “노동위원회는 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 구제명령을 발하여야 하며, 부당노동행위가 성립하지 아니한다고 판정한 때에는 그 구제신청을 기각하는 결정을 하여야 한다”고 규정하는 등, 법 제81조 내지 제86조는 헌법이 규정하는 근로3권을 구체적으로 확보하고 집단적 노사관계의 질서를 파괴하는 사용자의 행위를 예방·제거함으로써 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 확보하여 노사관계의 질서를 신속하게 정상화하기 위하여 부당노동행위에 대한 구제제도에 관하여 규정하고 있다(대법원 1993. 12. 21. 선고 93다11463 판결, 대법원 1998. 5. 8. 선고 97누7448 판결 등 참조). 이에 의하면 부당노동행위의 예방·제거는 노동위원회의 구제명령을 통해서 이루어지는 것이므로, 구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 한 그 한도 내에서는 부당노동행위의 주체로서 구제명령의 대상자인 사용자에게 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

나아가 법 제81조 제4호는 ‘근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’ 등을 부당노동행위로 규정하고 있고, 이는 단결권을 침해하

는 행위를 부당노동행위로서 배제·시정하여 정상적인 노사관계를 회복하는 것을 목적으로 하고 있으므로, 그 지배·개입 주체로서의 사용자인지 여부도 당해 구제신청의 내용, 그 사용자가 근로관계에 관여하고 있는 구체적 형태, 근로관계에 미치는 실질적인 영향력 내지 지배력의 유무 및 행사의 정도 등을 종합하여 결정하여야 할 것이다. 따라서 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자가, 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 법 제81조 제4호 소정의 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에 해당한다.

이 판결의 특징은 첫째, 부당노동행위의 주체로서 사용자를 판단할 때, 노동3권을 보장하는 헌법과 노동조합법의 ‘목적’에 대한 고찰로부터 시작하고 있다는 점을 꼽을 수 있다. 종전 판례가 근로계약관계의 당사자인지 여부에서부터 사용자 찾기를 시작하는 것과는 달리, ‘근로3권을 구체적으로 확보하고 집단적 노사관계의 질서를 파괴하는 행위의 예방·제거’ 및 ‘근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 확보하여 노사관계의 질서를 신속하게 정상화’하기 위한 부당노동행위제도의 목적에서부터 출발하여, ‘부당노동행위 구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 자’가 누구인가를 찾는 것으로 관점의 변화가 있음이 드러난다.

둘째, 근로자를 고용한 사업주 이외에 ‘근로자의 기본적인 노동조건에 관하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자’ 역시 부당노동행위의 주체가 될 수 있다고 하여, 중첩적 사용자성을 인정했다는 점이다. 사용자가 분화 혹은 중첩적으로 존재하는 다면적 근로관계의 성격을 인식한 접근법이라 할 수 있다.

그럼에도 2010년 대법원 판결은 종전의 ‘근로계약관계론’을 온전히 극복한 것이라고 하기는 어렵다. 우선 이 사건의 사실관계 자체가, 원청과 사내하청 노동자 사이에 근로계약관계 성립을 다룰 수 있을 정도로 사용종속관계가 강하게 드러난 예외적인 경우였다.²⁷⁾ 게다가 대법원 스스로 ‘근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지

위에 있는 자'라고 실시하여, 이러한 예외적인 사례 이외의 경우에 적용할 수 있는 가능성을 좁힌 측면이 있다.²⁷⁾

(2) 2010년 대법원 판례(현대중공업 사건)의 한계

2010년 대법원 판결의 이러한 한계는 그 이후 노조법의 사용자에게 관한 새로운 법리의 발전을 상당히 지연시켰다. 2010년 이후에도 대부분의 법원과 노동위원회는 수급인의 노동자가 사용사업주를 상대로 단체교섭을 요구하거나 단체행동을 하는 것에 대해 제한하는 태도를 견지했다. 일례로 수자원공사와 청소용역계약을 체결한 업체 소속 노동자들로 조직된 노조가 수자원공사를 상대로 단체교섭응낙가처분 신청을 한 사건에서 1심 법원(대전지방법원 2011.10.6.자 2011카합782 결정)은 “비록 근로계약관계의 당사자가 아니라고 하더라도 단체교섭의 대상이 되는 근로조건에 관한 사항의 전부 또는 일부에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있으면 단체교섭의 당사자로서의 사용자에게 해당한다”고 실시하면서 신청을 받아들였다. 그런데 이 가처분에 대한 이의사건에서 법원(대전지방법원 2012.3.15.자 2011카합1209 결정)은 “근로계약상 사용자 이외의 사업주도 그 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 근로계약상의 사용자와 같이 볼 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배, 결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는 그 한도 내에서 단체교섭의무가 있는 사

27) 대법원이 인정한 사실관계만 살펴봐도 △'원청'이 사내하청업체 소속 노동자들이 해야 할 작업내용 전반에 관해 직접 관리하고 있었고, 개별도급계약을 통해 작업 일시, 작업 시간, 작업 장소, 작업 내용 등에 관해 실질적·구체적으로 결정하였고, △'사내하청업체'는 이와 같이 작업 일시·장소·내용 등이 확정되어 있는 개별도급계약에 따라, 어느 노동자를 해당 업무에 종사시킬지 여부에 관해서만 결정하고 있었고, △사내하청노동자는 원청이 제공한 도구·자재를 사용하여 원청의 사업장 내에서 원청 소속 직영노동자와 함께 선박건조업무에 종사하고 있었고, △작업의 진행방법, 작업시간 및 연장·휴식·야간근로 등에 관해 실질적으로 원청의 공정관리자의 지휘·감독 하에 놓여 있었던 점 등이 인정되었다.

용자에 해당”한다고 하면서도, 수자원공사가 용역업체 소속 노동자들에 대해 이러한 지위에 있지 않다고 판단하였다.²⁸⁾

요컨대, 단체교섭에 응할 의무가 있는 사용자의 범위를 판단할 때, ‘고용사업주의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적·구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위’라는 식으로, 근로계약관계(내지 사용종속관계)와의 유사성 정도를 판단하는 방식으로 다시 좁혀지고 있는 것이다.

심지어 이러한 제한적 태도는 불법파견 노동자의 사례와 같이, 대법원이 사내하청 노동자들과 원청 사이에 사용종속관계의 성립을 인정한 경우에도 동일하게 나타났다. 사내하청 노동자로 조직된 비정규직노조가 현대자동차를 상대로 단체교섭을 요구하고 쟁의조정신청을 할 수 있는가²⁹⁾ 등이 다투어진 사건에서 현대자동차를 상대로 한 노동3권의 행사를 인정하지 않은 것이다.

28) 1심의 가처분 결정이 나온 후 원래의 용역업체와의 도급계약이 기간만료되었고, 수자원공사는 새로운 용역업체와 도급계약을 체결하면서 수자원공사 소속 관리원의 권한에 관한 규정을 새로운 도급계약서에서 삭제하였다. 항소심은, 수자원공사의 업무 관련 지시는 도급계약 목적의 달성을 위해 불가피한 것으로 이를 사용종속관계의 징표로 볼 수 없고, 도급계약을 새로이 체결하면서 원청 관리자가 용역업체 노동자에게 직접 지시할 수 있는 권한을 삭제하고 긴급한 경우로 한정했다는 점 등을 들었다.

29) 중앙노동위원회는 금속노조 현대자동차비정규직지회가 금속노조 명의로 현대자동차를 사용자로 하여 신청한 조정신청에 대하여 “본 노동쟁의 조정신청 사건은 당사자인 현대자동차 주식회사와 사내하청 업체 소속 근로자 사이에 직접적인 고용관계가 있는 것으로 단정할 수 없어, 노동조합 및 노동관계조정법상 노동쟁의 요건을 충족하고 있지 않아 조정대상이 아니”라고 결정하였다(중앙노동위원회 2010.11.15. 2010조정53). 대법원이 현대자동차의 사내하청을 불법파견으로 인정한 판결이 확정된 이후 금속노조 현대자동차비정규직지회가 신청한 조정신청에 대하여도 부산지방법노동위원회는 “본 노동쟁의 조정신청사건은 노동조합 및 노동관계조정법상 노동관계 당사자 간의 노동쟁의라고 단정할 수 없어 우리 위원회의 조정대상이 아니라”고 결정하였다(부산지노위 2012.7.10. 부산2012조정28). 2020년 금속노조(비정규직지회)들이 현대자동차(주) 외 8개사를 상대로 신청한 조정신청에 대하여 중노위는 노조법상 노사관계 당사자 간의 노동쟁의라고 단정하기 어려워 조정대상이 아니라고 하면서도, 노조와 피신청인 사용자들이 하도급 근로자들의 안전보건 등 근로조건 개선을 위하여 사업장 상황에 맞게 하도급 사용자들과 공동 노력할 것을 권고하였다(중앙노동위원회 2020.6.1. 중앙2020조정24).

2. 지배력설의 한계

(1) 지배력설의 사정(射程)

2010년 대법원 판례가 제시한 '노동조건 등에 관하여 실질적·구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위'라는 기준(이른바 '지배력설')의 한계는 특히 단체교섭에 응할 의무가 있는 사용자의 범위와 교섭사항을 판단할 때 두드러진다.

1990년대 말 이후 국내 많은 학자들이 노조법상의 사용자 범위가 근로계약의 당사자를 넘어 확장될 수 있다는 의견을 피력해왔다.³⁰⁾ 그런데 부당노동행위 주체로서의 사용자를 이렇게 고용주보다 넓은 것으로 이해하더라도, 그 확장의 기준으로서의 '영향력 내지 지배력'을 어떻게 이해할 것인가에 대해서는 의견이 엇갈렸다. 특히 단체교섭 요구에 응해야 하는 사용자와 교섭사항을 판단할 때에는 또다시 근로계약관계론으로 회귀하는 의견이 대두되었다. '업무도급' 관계(진정도급)에 있는 도급인과 수급인 소속의 근로자 사이에는 근로계약관계 또는 법률상의 근로관계가 존재할 수 없으므로 이를 전제로 하는 단체교섭관계는 성립할 수 없다고 하는 김형배 교수의 견해가 대표적이다³¹⁾.

일각에서는 2010년 대법원 판결은 지배·개입의 부당노동행위 주체의 범위를 확장한 것으로만 해석해야 하고, 단체교섭 거부의 부당노동행위 주체는 여전히 근로계약관계의 존부를 근거로 판단해야 한다고 주장하기도 한다.³²⁾ 2010년 대법원 판결은 지배·개입이 다투어진 사안이며, 단체교섭 거부의 부당노동행위 주체를 지배력 여부로 판단해야 한다는 점을 '명시'한 대법원 판결이 아직 없다는 것이다. 그러나 앞에서

30) 김유성, 「노동법II: 집단적 노동관계법」, 법문사, 1996; 김형배 『노동법』, 박영사, 1998; 임종률, 『노동법』, 박영사, 2002; 이병태, 『최신노동법』, 중앙경제, 2002 이후 이러한 견해가 다수설이 되었다.

31) 김형배 교수는 도급인과 수급인 소속 근로자 사이에 파견관계 또는 묵시적 근로관계가 성립되어야만, 근로조건에 대하여 실질적 지배력 내지 영향력이 미치는 경우라고 해석하여 결국 근로계약관계론으로 수렴하는 태도를 보인다(김형배, 『노동법강의(전정판)』, 2013, 신조사, 515~516쪽).

32) 권혁, "사용자개념 확대론에 관한 재검토", 「노동법논총」 제26집, 2012, 113쪽.

지적인 것처럼 2010년 대법원 판결은 ‘부당노동행위 구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 자’가 누구인가에 관해 설치하고 있다. 그리고 이후 다수의 하급심과 노동위원회가 2010년 대법원 판결의 기준을 단체교섭 거부의 부당노동행위 판단, 노조법 제43조 등에 적용하고 있다는 점에서 볼 때, 이러한 주장은 그 근거가 희박하다.³³⁾

우리의 판례·학설에 커다란 영향을 준 일본에서도 유사한 논의 지형과 쟁점을 발견할 수 있다. 우리의 법과 달리 일본의 『労働組合法』(이하 ‘노동조합법’)은 사용자에 대한 정의의 규정을 두고 있지 않다. 한편 노조법 제7조 제2호에서는, ‘사용자가 고용하는 노동자의 대표자와 단체교섭을 하는 것을 정당한 이유 없이 거부하는 것’을 부당노동행위의 한 유형으로 금지하고 있다.

노조법 제7조 제2호에서 ‘사용자가 고용하는 노동자의 대표자’라고 한 문언 때문에, 2차 대전 이후 한때 노조법의 사용자를 노동계약관계상의 사용자로 이해하는 견해가 학설과 실무에서 지배적이었다(노동계약설). 그러나 1970년대 경제위기를 겪으면서 기업 구조조정으로 인한 노사분쟁이 빈발하자, 노동계약관계를 뛰어 넘은 차원

33) 일례로 “고용주가 아닌 사업주라 하더라도 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는 그러한 한도 안에서는 단체교섭의 의무를 부담하는 사용자에게 해당한다”고 실시하였다(서울서부지방법원 2019. 11. 21. 선고 2019노778 판결; 이 판결은 상고 기각으로 확정되었음[대법원 2020. 4. 9. 선고 2019도18524 판결]). 앞에서 언급한 수자원공사 사건 항소심(대전지방법원 2012.3.15.자 2011카합1209 결정)도 지배력을 가진 자가 단체교섭 응낙의무가 있음을 인정하면서 사실관계 판단에서 수자원공사가 그러한 지배력을 갖지 않았다고 본 것이다.

택배회사-집배점주-특수형태노무제공자인 택배기사의 다면적 근로관계에서 택배회사가 택배기사와 관련하여 노조법상 사용자에 해당하는가가 다투어진 사안에서 법원은 “회사는 택배기사의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 택배기사를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있다고 판단되므로, 노동조합법 제43조 소정의 ‘사용자’라고 봄이 타당하다”고 실시하였다(울산지방법원 2020. 12. 16. 선고 2018고단3498, 2019고단2055[병합], 2020고단2840[병합] 판결).

에서 노조법 제7조 제2호를 해석할 필요성이 인식되었다.³⁴⁾ 그리하여 학설상으로는 “노동관계상의 제반 이익에 실질적인 영향력 내지 지배력을 미칠 수 있는 지위에 있는 자”라고 하는 해석(지배력설)³⁵⁾, 혹은 “노동자의 자주적인 단결과, 단결목적에 관련하여 대향(對向)관계에 서 있는 자”라는 해석(대향관계설)³⁶⁾이 지배적이 되었다. 그밖에 노조법상의 사용자는 노동계약의 당사자로서의 고용주와는 다르다고 하면서도, 단체적 노사관계도 노동자의 노동관계상의 제이익에 대한 교섭을 중심으로 전개되는 것이므로, 노동계약관계 내지는 그에 근사(近似)내지 인접한 관계를 그 기반으로 필요로 한다는 설(노동계약기본설)이 1980년대 중반 이후 유력하게 제기되었다.³⁷⁾

그런데 최고재판소가 1995년 朝日放送사건에서 “고용주 이외의 사업주이더라도 고용주로부터 노동자를 파견 받아 자기의 업무에 종사하게 하여 그 노동자의 기본적인 노동조건에 대해서 고용주와 부분적으로라도 동일시할 수 있을 정도로 현실적이고도 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는 그 한도에서” 노조법 제7조의 사용자에 해당한다고 판시하였다.³⁸⁾

이후 朝日放送사건 최고재판소 판결이 제시한 판단기준을 어떠한 경우에 적용할 수 있는가를 둘러싸고 견해 대립이 이어졌다. 노동계약기본설을 주창하는 菅野和夫 교수는, 노조법상 사용자로 인정되기 위해서는, 해당 노동자의 노동조건뿐만 아니라 고용 그 자체(채용, 배치, 고용의 종료 등)에 대하여 현실적·구체적 지배를 하고 있는 것이 필요하다고 한다.³⁹⁾

34) 米津孝司, “日本法における集团的労働法上の『使用者』”, 西谷 敏/ 和田 肇/ 朴 洪圭 編著, 『労働法の基本概念』(日韓比較労働法 1), 旬報社, 2014, 146쪽.

35) 岸井貞男, 『不当労働行為の法理論』, 総合労働研究所, 1978, 145쪽 이하; 片岡昇, 『労働法(1) [第3版補訂]』, 有斐閣, 1998, 323쪽; 伊藤博義, “親子会社における使用者概念”, 『日本労働法学会誌』 42호, 67쪽 등.

36) 外尾健一, 『労働団体法』, 1975년, 208쪽; 本多淳亮, “不当労働行為論における労働者と使用者の概念”, 『季刊労働法』 148호, 1988, 21쪽 등.

37) 菅野和夫 교수가 『労働法[初版]』(弘文堂, 1985) 이래 이 견해를 주장하고 있다.

38) 朝日放送事件 最高裁判決, 最三小判決, 1995. 2. 28.

반면³⁹⁾西谷敏 교수는, 노조법 제7조에서 말하는 사용자란 “노동관계에 대해서 부당노동행위법의 적용을 필요로 할 정도의 실질적인 지배력 내지 영향력을 미칠 수 있는 지위에 있는 자”라고 해석해야 하며, 그때의 ‘부당노동행위법의 적용을 필요로 할 정도’는 노조법 제7조 각호에 따라 구체적으로 판단해야 한다고 한다. 또한 사용자성의 외연이 문제가 되는 유형을 파견 등 노무이용의 경우, 기업간의 지배관계의 경우 등으로 구분하여 각각의 유형에 따라 사용자성 판단기준을 검토해야 한다고 한다. 그리고 朝日放送 사건 최고재판소 판결은 노무이용형의 사실관계를 전제로 판단한 것이므로, 그 문구를 그대로 기업간 지배관계형 등에 기계적으로 적용하려는 판례와 노동위원회 명령의 태도에는 중대한 문제가 있다고 지적한다.⁴⁰⁾

(2) 단체교섭관계와 근로계약관계를 동일시하는 한계

지배력설의 이러한 한계는 헌법상 보장된 단체교섭권을 근로계약의 연장선에서 이해하는 관점과 연관된다. 단체교섭거부의 부당노동행위의 주체는 근로계약관계 내지는 이와 유사·근접한 관계(파견근로관계, 묵시적 근로계약관계 등)에 있는 자로 국한된다는 견해⁴¹⁾는, 단체교섭을 개별 근로자와 사용자 간의 근로계약 내용을 노동조합이 당

39) 菅野和夫, 위의 책, 756쪽.

40) 西谷敏, 『労働組合法(第3版)』, 有斐閣, 2012, 149쪽 이하.

41) 박지순 교수는 단체교섭은 단체협약의 체결을 목적으로 하는 행위이므로 노동조합은 근로계약관계가 없는 제3자인 사용자를 상대로 단체교섭을 요구하고 단체협약의 체결을 관철하는 것은 타당하지 않다고 한다. 다만, 근로자파견의 경우에는 사용사업주가 법률에 의하여 파견근로자에 대하여 일정한 근로조건에 대한 준수 의무를 부담하기 때문에 논의의 여지가 있다고 한다(하경효 외, 「사내하도급과 노동법」, 신조사, 2007, 256~259쪽). 최근에는 단체교섭의 상대방으로서 사용자는 근로계약의 일방 당사자일 것이 원칙이며, 예외적으로 사실상 근로계약관계와 동일시할 수 있는 사례에 대하여 사용자개념 확대가 가능하다고 한다(박지순, “단체교섭 상대방으로서 사용자”, 「2021년 한국비교노동법학회, 강원대학교 비교법학연구소 특별공동학술대회」[2021. 3. 19.].

권혁 교수는 단체교섭은 개별 근로자와 사용자 간의 근로계약 내용을 노동조합이 당사자가 되어서 사용자와 확정하는 제도적 수단으로 본다. 따라서 단체교섭제도는 근로계약의 상대방인 사용자

사자가 되어서 사용자와 확정하는 제도적 수단으로 본다. 따라서 단체교섭제도 상의 사용자개념은 기본적으로 근로계약관계를 기반으로 하게 된다.

그러나 이는 단체교섭권 보장의 법제도적 원리나 실태에 비추어 볼 때 매우 비현실적 주장이다. 헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”고 천명하고 있으며, 노조법 제29조 제1항은 “노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다”고 규정하고 있다. 즉, 단체교섭권을 비롯한 노동3권의 보장 목적은 ‘근로조건의 향상’에 있는데, 여기서 근로조건의 향상은 개별 근로자가 개별 사업주와 맺은 근로계약의 내용을 보다 유리한 내용으로 변경하는 것에 국한되지 않는다. 여기서 ‘근로조건’은 ‘근로자의 경제적·사회적 지위’(노조법 제1조)와 관련된 광의의 개념으로 이해하는 것이 타당하다.

더욱이 노조법은 단체교섭의 상대방으로서 사용자 이외에 ‘사용자단체’도 호명하고 있다.⁴²⁾ 사용자단체도 단체교섭 및 단체협약의 당사자가 된다는 점은 단체교섭의 상대방이 근로계약상 고용주에 한정되지 않는다는 것을 다시 한번 확인해주는 것이다.

실사 ‘근로조건’을 협의의 ‘노무제공의 조건’으로 이해한다고 하더라도, 오늘날 노무제공의 조건이 근로계약관계로만 지배 내지 결정되지 않는다는 점에서 근로계약관계론은 타당하지 않다. 근로계약이 아닌 도급 등의 계약형식을 취하지만 노동자의 노

의 존재를 반드시 필요로 하며, 결국 단체교섭제도 상의 사용자 개념은 기본적으로 근로계약관계를 기반으로 한다고 본다(권 혁, “사용자개념 확대론에 관한 재검토”, 『노동법논총』 제26집, 2012, 108~109쪽).

42) 제29조(교섭 및 체결권한) ①노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다.

제30조(교섭등의 원칙) ①노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 신의에 따라 성실히 교섭하고 단체협약을 체결하여야 하며 그 권한을 남용하여서는 아니된다.

②노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 정당한 이유없이 교섭 또는 단체협약의 체결을 거부하거나 해태하여서는 아니된다.

무제공의 조건을 결정하는 특수형태노동의 증가, 근로계약의 당사자가 아닌 자가 노동자에 대한 지휘·명령을 하며 자신을 위한 근로에 종사하게 하는 파견근로관계(근로자파견법 제2조 제1호)의 법적 인정 등이 그 단적인 사례이다.

특히 한국과 일본에서 단체교섭관계와 근로계약관계를 동일시하는 견해가 대두된 데에는, 수십 년간 기업 내지 사업장 단위의 노조조직형태가 지배적이었던 역사적 배경도 작용했다. 이는 하나의 기업 내지 사업장에서 하나의 사업주에게 고용된 종업원들이 노조를 구성하는 기업별 노사관계만을 ‘정상적’ 노사관계로 보는 시각과 관련된다.⁴³⁾ 그러나 1997년 『노동조합 및 노동관계조정법』이 노조설립자유주의(제5조)를 확인하였고, 노조도 기업별 조직형태에서 직종·지역·산업·여성·세대 등 다양한 초기 기업별 조직형태로의 변화를 추구하여 왔다. 노조로 조직된 노동자의 60%가 이러한 초기 기업별 노조에 속해 있으며⁴⁴⁾, 단체교섭도 산업별교섭, 집단교섭, 대각선교섭 등 초기 기업단위에서 다양하게 전개되고 있다. 현행법으로 뒷받침되지는 않지만, 특수형태 노동자들이 가입한 노조의 직종·업종별 교섭, 간접고용 노동자들과 원청과의 단체교섭도 꾸준히 증가하고 있다.

다양한 노동형태의 증가와 초기기업단위 노조 증가에 따라 법원과 노동위원회도 근로계약관계에 있지 않은 자와의 단체교섭의 필요성을 인정하는 판결을 계속 내놓고 있다.

▣ 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두33712 판결(전국자동차판매노동자연대지부 사건)

“카마스터들이 현대자동차 이외의 다른 회사 자동차도 판매하는 등으로 독립사업자의 성격을 가지고 있다고 하더라도, 위에서 살펴 본 바와 같이 원고와 경제적·조직

43) 일본에서도 1980년대 신노동계약기본설이 유력하게 대두된 배경에는, 오일쇼크 후의 경제성장 둔화 속에서 생산성을 강조하는 협조적 기업내 노사관계로 재편된 흐름이 존재한다는 지적이 있다(米津孝司, 위의 글, 154쪽).

44) 고용노동부, 『2019년 전국노동조합 조직현황』, 2020.

적 종속관계가 있는 이상, 카마스터들에게 대등한 지위에서 노무제공계약의 내용을 결정할 수 있도록 노동3권을 보장할 필요가 있다.”

■ 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결(한국방송연기자노조 사건)

“앞서 든 사정을 통해 알 수 있는 방송연기자와 참가인 사이의 노무제공관계의 실질에 비추어 보면, 방송연기자로 하여금 노동조합을 통해 방송사업자와 대등한 위치에서 노무제공조건 등을 교섭할 수 있도록 할 필요성이 크므로, 전속성과 소득 의존성이 강하지 아니한 측면이 있다 하더라도 이를 들어 방송연기자가 노동조합법상 근로자임을 부정할 것은 아니다.”

■ 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 2014두12604(병합)

“노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니다.”

■ 부산고등법원 2020. 8. 26. 선고 2019나58639 판결(부산대리운전산업노조 사건)⁴⁵⁾

“경제적 약자의 지위에서 원고에게 노무를 제공하는 피고에게 일정한 경우 집단적으로 단결함으로써 노무를 제공받는 원고와 대등한 위치에서 노무제공조건 등을 교섭할 수 있는 권리 등 노동3권을 보장하는 것이 헌법 제33조의 취지에도 부합한다.”

■ 서울행정법원 2010. 11. 18.자 2010구합28694 결정(청년유니온 사건)

“초기업적 노동조합의 경우에는 일시적으로 실업상태에 있거나 구직 중인 사람이라고 하더라도 자신의 노동력을 제공하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입을 받아 생활할 의사나 능력이 있다면 헌법 제33조제1항에서 보장하는 단결권의 주체가 되

45) 1심은 부산지방법원 동부지원 2019. 11. 14 선고, 2019가합100867 판결.

어야 할 필요성이 있다고 보아야 하고, 장차 취업할 회사 등을 단체교섭의 상대방으로 하여 채용 그 자체 내지 채용조건 등을 주된 교섭사항으로 단체교섭을 할 수 있으므로 설립신고 당시 사용자 내지 사용자단체가 특정되지 아니한다거나 사용자의 수가 너무 많다는 이유만으로 단체교섭권 내지 단체행동권을 보장할 필요성이 없다고는 볼 수 없다.”

■ 중앙노동위원회 2020. 12. 9. 중앙2020교섭59 (카카오모빌리티 교섭요구사실공고 시정신청)

“경제적 약자의 지위에서 대리업체에 노무를 제공하는 대리 기사들에게 집단적으로 단결함으로써 노무를 제공받는 사업자인 대리 업체와 실질적으로 대등한 위치에서 노무제공조건 등을 교섭할 수 있는 권리 등 노동3권을 보장하는 것이 헌법 제33조의 취지에도 부합한다.”

요컨대 단체교섭관계의 사용자를 근로계약관계의 사용자와 같은 차원으로 바라보는 견해는 이론적·현실적 타당성이 없을 뿐 아니라, 실천적으로는 단체교섭권을 비롯한 노동3권의 범위를 축소시키는 결과를 낳는다. 헌법상 보장되는 단체교섭권을, 고용주와의 단체협약 체결 가능성이 있을 때만 보장되는 권리로 이해하지 않고 노동자의 경제적·사회적 지위의 향상 및 노사가 실질적으로 대등하게 노동조건을 결정하도록 하기 위한 권리로서 이해하는 사고의 재정립이 필요하다. 자영노동자(self-employed worker)를 포함한 특수형태노무제공자, 삼면적 노동관계(triangular employment relationship)의 노동자, 가사노동자(domestic worker)에 관한 최근 ILO의 협약·권고는, 전통적 고용관계가 아닌 노무제공관계의 노동자들의 권리 보호를 위하여 단체교섭제도의 조성 및 촉진을 중요한 방안으로 제시하고 있다.⁴⁶⁾

46) ILO의 『단체교섭촉진에 관한 협약(제154호, 1981)』은 단체협약 체결을 위한 교섭 이외에 노사간의 질서조정을 위한 협의도 단체교섭의 내용에 포함시키고 있다. 그리고 『고용관계에 관한 권고(Employment Relationship Recommendation)』(제198호, 2006)의 제18조, 『가사노동자 협

3. 접근법의 전환: '사업'의 측면에서 지배력을 파악하기

(1) '사용자'의 분할과 지배 기업으로의 재통합

역사적으로 노동법은 '대등한 개인 간의 자유로운 계약'이라는 근대 시민법의 원리를 자본주의의 현실에 맞게 수정할 필요에서 출발했다. 자신의 노동력을 팔아야만 생존을 유지할 수 있는 노동자가 사용자와 맺는 계약은 결코 대등한 개인 간의 자유로운 계약일 수 없다는 인식 위에서, 노동자가 사용자의 지휘명령 하에서 노무를 제공하는 관계를 '종속노동' 또는 '사용종속관계'라고 표현해 왔다. 다시 말해 근로계약관계는 종속노동을 법적으로 인정하는 계기이자 노동법이 개입하는 지점으로서 근대 노동법의 핵심지표로 기능했다. 이러한 근로계약관계 논리 속에는 노동자와 사용자 사이의 거래 관계, 즉 노동자가 사용자에게 종속되어 노동력을 제공하고 사용자가 총체적인 지휘감독권한을 행사하는 대신, 사용자로부터 기본적인 노동조건을 보장받는 관계라는 이념이 깔려 있다.

그러나 다면적 근로관계나 특수형태 노동의 등장은 이러한 노동법의 기초에 균열을 가져왔다. 전형적 근로계약관계에서 사용자가 담당하는 기능은 1)노동자를 고용하거나 계약을 해지, 2)보수를 지급하고 기타 부가적 급여를 제공, 3)고용관계 및 노동 과정을 관리, 4)자신의 사업에 노무제공자를 사용하는 기능들이 하나의 사용자(내지 기업)에게 통합되어 있었다.⁴⁷⁾ 20세기 후반 수직적으로 통합된 법인기업이 탈통합되어 위계적으로 연관된 기업 간 네트워크 모델로 변화하면서, 하나의 기업에 통합되어 있던 사용자 기능도 여러 기업으로 분산된다. 여기서 기업 간 관계는 수직적으로 통합된 하나의 위계도 아니고 상호독립적인 기업 간의 개방적이고 대등한 거래로서의 '시장'도 아닌 종속적 네트워크형 기업조직이라 할 수 있다.⁴⁸⁾ 위에서 본 사용자의 기능

약(Domestic Workers Convention), (제189호, 2011)의 제3조 등도 단체교섭권의 실효성 있는 보장을 주요하게 규정하고 있다.

47) Freedland, *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, 2003, 40쪽.

중 4)는 지배기업(lead company)이 보유하지만, 나머지 기능들은 점차 노동자공급업체나 하청업체들이 분담하거나 노무제공자와의 개별적 계약의 내용으로 물화(物化)하게 된다.⁴⁸⁾

이 과정에서 하나의 통합된 사용자를 노동법의 수급자로 설정했던 법리들은 위기에 처하게 된다. 근로계약의 당사자가 아닌 자가 노동자의 노무를 통해 이윤을 얻지만 기존의 근로계약법리로는 실제 사용자에게 노동법상 책임을 부여하기 곤란하기 때문이다. ‘법인격부인의 법리’나 ‘묵시적 근로계약설’은 이러한 변화에 대응하는 나름의 시도라 할 수 있지만, 하청 내지 노동자 공급업체가 명목적 존재가 아니거나 원청 내지 사용업체가 간접적·구조적으로 노동조건을 지배하는 경우 더 이상 적용되기 어려운 한계를 가지고 있다.

그러나 기업이 탈(脫)근로계약화 방식으로 노동력을 활용하고 있다면, 노동법의 적용이 반드시 근로계약관계의 존재 여부에 고착될 이유가 없다. 더더군다나 이를 ‘누가 근로자에 대한 지휘·감독을 하고 있는가’로 좁혀서 판단해야 할 이유도 없다. 기업은 필요로 하는 노동력을 종업원으로 고용하여 사용하건, 파견근로자로 사용하건, 특수형태노무제공자로 사용하건 노동력의 사용 그 자체가 아니라 노동력의 사용을 통한 결과의 향유에 관심을 갖는다. 사용자가 근로자에 대해 지휘·명령권을 행사하는 것은 지휘·명령 그 자체에 관심이 있어서가 아니라 지휘·명령이라는 방식으로 노동력을 사용하여 그 결과를 얻고자 함이다.⁴⁹⁾ 따라서 지휘·명령권의 직접적 행사가 아닌 다른 방식으로 노동의 결과를 얻을 수 있다면 굳이 하나의 방식만을 고수할 이유가 없다. 전형적 근로계약관계에서는 이 ‘노동력 사용의 결과’를 얻기 위해서는 노동력의 담지자, 즉 근로자에 대한 지휘·감독이 필요했다. 그러나 현대에 이르러서는 전형적 근로계약관계에서조차 근로자의 업무수행 자체에 대한 지휘·명령은 약화되고 업무수행의

48) Harrison 저, 최은영 외 옮김, 「세계화시대 대기업의 진화」, 한울 아카데미, 2007 참조.

49) 조임영 교수는 “근로계약의 본질은 무엇인가. 바로 계약당사자 일방이 상대방에게 자신의 노동력을 이용하고 그 결과물을 향유할 권리를 부여하는 것이다. 이러한 근로계약의 본질에 비추어 보면 사용자의 지시권은 ‘하나의 수단’ 또는 ‘하나의 결과’에 불과한 것”(조임영, “근로계약의 본질과 근로자 개념”, 「노동법연구」 제15호, 2003, 187쪽)이라고 지적하는데 정확한 분석이다.

결과에 대한 통제가 더 중요한 의미를 가지게 되었다.⁵⁰⁾

그렇다면 '노무제공에 대한 지휘·감독의 여부'는 노동법상 근로자와 사용자를 판별해낼 때 더 이상 예전과 같은 의미를 가질 수 없다. 노무제공에 대한 지휘·감독이 존재한다면 노동법상 근로자와 사용자를 판별하는데 적극적 요소가 될 수 있겠지만, 이것이 발견되지 않는다고 하여 노동법 적용을 부정해서는 안 된다. 노조법의 사용자를 찾을 때에도 마찬가지이다. 판례와 다수설이 제시하는 '기본적 노동조건 등에 관하여 실질적·구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위'에 있는 자를 찾을 때에도 마찬가지이다. '지배·결정'이라고 쓰고 사실은 좁은 의미의 '지휘·감독'에 주안점을 두는 태도를 극복해야 한다.

필자는 노동법의 '근로자' 및 '사용자'를 판단할 때 지금까지 '노무제공에 대한 지휘·감독의 여부'가 놓여 있던 자리에 대신, '사업 또는 사업장에서의 노무 제공'이라는 판단기준을 배치할 것을 제안한다. 즉 노무공급자가 자신의 계산으로 독자적 사업 목적에 따라 일하는 것이 아니라 타인의 사업목적에 따라 노무를 제공하고 있다면 노동법의 '근로자'로 인정해야 한다. 자신의 사업장에서 혹은 자신의 사업을 위해 노동력을 이용하고 있다면 노동법의 '사용자'에 포함되어야 한다.

이는 지금까지 노동법의 적용 여부를 판단할 때 '어떤 노무제공자가 종속성을 보이는가'에서 출발했던 질문을, '어떤 사용자가 자신의 사업을 위해 해당 노무제공이 필요한가'에서 출발하는 것으로 논증의 순서를 전환하자는 제안이기도 하다.

노동법 적용의 기준점으로서 '사업 또는 사업장에서의 노무 제공'이라는 판단기준을 중시한다 해도 구체적으로 개별 노동법을 적용할 때에는 개별 법령의 입법취지, 규율 방식에 따라 그 적용범위를 각각 구체적으로 검토하여야 한다. 따라서 개별적 근로관계법에서의 근로자·사용자와 집단적 노동관계법에서의 근로자·사용자는 그 범위가

50) 노동법 적용의 출발점이 되는 '근로자'인지 여부를 판단할 때 판례가 활용하는 징표 중 하나인 지휘·감독 기준이 '업무수행과정에 있어서 사용자로부터 구체적·개별적인 지휘 감독을 받는지 여부'에서 '상당한 지휘·감독'으로 완화된 것(대법원 2006. 12. 7. 2004다29736 등)이 바로 이러한 노동력 활용 양태의 변화에 조응한 법리라고 볼 수 있다.

다를 수 있다. 그러나 이것은 전자가 근로계약관계를 기초로 하는 반면 후자는 그것보다 범위를 널리 인정할 수 있다는 논리는 아니다. 개별적 근로관계법의 근로자·사용자도 근로계약의 당사자로 한정되지 않는 것은 마찬가지이기 때문이다.

(2) 노동법에서 '타인의 사업을 위한 노동'의 재개념화

노동법에서 권리·의무의 분배 기준으로서 '사업 또는 사업장예의 노무 제공'을 판단기준은 이미 많은 연구자들과 국내외의 판례, 입법례에서 인정되고 있다. 조임영 교수는 근로계약의 목적은 '타인을 위한 노동'이고, 이에 해당하는지를 판단하기 위해서는 노무제공이 타인을 위한 것인지 노무제공자 자신의 계산을 위한 것인지, 이윤에 대한 기대 속에서 손실의 위험을 부담하고 있는지 등을 검토할 것을 제시한다.⁵¹⁾ 강성태 교수는 근로자인가 아닌가의 문제는 노무공급자의 노무가 노무이용자의 사업을 위한 것으로서 그것에 밀접하게 결합되어 있는가의 여부('사업결합성')에 의하여 구별하는 것이 타당하고 한다. 그리고 복수의 사업자들이 한 노동자의 고용, 임금지급, 사용 등에 관한 권한과 의무를 분배하고 있다면 그 노동자에 대한 관계에서는 그들 모두를 사업주로 보아 그 분리에 상응하는 노동법적 책임을 지울 수 있다고 설명한다.⁵²⁾ 박제성 박사는 노동법에서 '사용자'란 '사업을 지배하는 자'로 보아야 하고, 이 때의 '사업'은 사용자에 의해 결정되는 사업의 법적 형태에 구애되지 않고, 법의 요구에 따라 표현을 달리 하는 '동태'(動態)로 이해해야 한다는 제안한다. 예를 들면 사내하도급에서 도급인의 사업과 수급인의 사업을 하나의 사업 내지 기업집단으로 보아, 사업 내지 기업집단을 지배하는 사업주에게 노조법뿐 아니라 근기법상 사용자로서의 제반 책임을 지울 수 있다고 본다.⁵³⁾

대법원은 노조법상 근로자를 판단하는 기준의 하나로 '사업자의 사업 수행에 필수

51) 조임영, 앞의 글.

52) 강성태, "지금 왜 사용자인가", 「노동법연구」 제24호, 2008, 16쪽.

53) 박제성, 「하청노동론」, 2018, 제15장 참조.

적인 노무 제공'을 들고 있다.⁵⁴⁾ 이는 노조법의 근로자를 판단할 때의 기준으로 명시한 것이지만, 뒤집어 생각하면 노무제공자의 노무를 자신의 사업에 이용하는 자는 노조법의 사용자에게 포함된다고 볼 수 있다. 이와 유사한 접근법을 다수의 판결에서 발견할 수 있다.

■ 대법원 2019. 2. 14. 선고 2016두41361 판결(코레일관광개발 교섭요구사실공고)
 “대등한 교섭력의 확보를 통해 근로자를 보호하고자 하는 노동조합법의 입법취지를 고려하면, 코레일유통의 사업에 필수적인 노무를 제공함으로써 코레일유통과 경제적·조직적 종속관계를 이루고 있는 매점운영자들을 노동조합법상 근로자로 인정할 필요성이 있다.”

■ 대전지방법원 2019. 10. 16. 선고 2017가단221850 판결(방문판매·점검원)[퇴직금]

“노무제공의 상당 부분이 사업장 밖에서 이루어지는 변화하는 산업구조에서는 근로자가 사용자에게 의존하는 ‘인적 종속성’보다 사용자가 그 사업을 영위하기 위하여 해당 노무제공자에게 의존하는 ‘사업종속성’이 더 중요한 지표로 기능하여야 한다. 기업 수익의 상당 부분이 당해 노무제공자의 서비스에 의존한다면, 즉 사용자가 그 사업을 영위하기 위하여 해당 노무제공자에게 의존해야 한다면, 당해 노무제공자는 근로자에 해당한다고 보는 것이 타당하다.”

“해당 노무제공자를 사용하는 자가 그의 작업방식과 목적을 달성하기 위한 수단을 통제할 지배권을 가지고 있는지 여부를 판단하는 경우에도 통제의 핵심은 사용자가 해당 노무제공자에게 실제로 얼마나 간섭했는지, 실제로 어떤 행동을 했는지가 아니라 그 행위와는 별도로 그런 행위를 할 권리가 있느냐가 중요하다.”

54) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 2014두12604(병합) 판결 등.

▣ 중앙노동위원회 2020. 12. 9. 중앙2020교섭59 (카카오모빌리티 교섭요구사실공고 시정신청)

“이 사건 사용자는 이 사건 앱을 통해 모바일 대리운전서비스를 제공하는데, 이 사건 앱은 고객과 대리 기사의 위치정보를 실시간으로 수집하여 고객과 대리기사 간 대리운전 이용 서비스의 요청과 승낙을 증개하는 한편, 고객의 결제내역, 대리기사의 보수정산 내역 및 운행 이력 등을 관리하는 기능을 수행한다. 나아가 이 사건 사용자는 자신의 사업 수행에서 시장점유율과 수익 제고를 위해 충분한 등록 대리기사 확보, 대리운전 서비스의 질 관리 등을 위해 이 사건 앱을 활용한 단독배정권 제도, 기사보상 제도, 고객만족 관련 업무모니터링 및 이용(운행) 제한 등을 시행하고 있다. 따라서 이 사건 사용자는 이 사건 앱을 통해 고객과 대리기사를 연결하고 여기에 대리운전이라는 노무를 결합하여 이 사건 사용자의 대리운전사업을 운영할 수밖에 없는 구조이고, 대리 기사가 제공하는 대리운전이라는 노무는 이 사건 사용자의 사업 수행에 필수적이다.”

외국 법제에서도 이와 유사한 접근법을 찾아볼 수 있다.

일본에서는 노동조합법의 ‘노동자’에 관한 leading case라 할 CBC관현악단 사건⁵⁵⁾ 이후, ‘사업조직에의 편입’이 노동조합법상 근로자 판단에 핵심 지표로 등장하였다.⁵⁶⁾ 이후 최고재판소는 新國立劇場合唱團사건(2011. 4. 12), INAX메인터넌스사건(2011. 4. 12), 빅터서비스엔지니어링사건(2012. 2. 21)에서 ①노무공급자가 사업수행에 불가결한 노동력으로서 회사의 조직에 편입되어 있었던 점(사업조직에 편입), ②회사가 계약내용을 일방적으로 결정하고 있었던 점(계약의 일방적 결정), ③노무공급자가 받는 보수가 노무 제공에 대한 대가로서의 성격을 지니고 있는 점(보수의 노무 대가성), ④각 당사자의 인식과 계약의 실제 운용에 있어서, 노무제공자가 회사의 의뢰에 응해

55) 最高裁 1小法廷 1976. 5. 6. (CBC管絃樂團 사건)

56) 이하 일본에서의 논의는 정영훈, “일본의 특수고용노동자의 노동기본권 보장”, 「특수고용 노동기본권 보장에 관한 해외법제도와 한국적 함의」, 민주노총 법률원, 2020을 참조하였음.

야 할 관계에 있었던 점(업무요청에 응해야 하는 관계), ⑤노무제공자가 회사가 지정하는 사업수행방법에 따라서 그 지휘감독아래 노무를 제공하고, 동시에 업무에 대해 장소와 시간의 면에서 일정한 구속을 받고 있었던 점(지휘 감독 하의 노무 제공)⁵⁷⁾ 등 다섯 가지의 지표를 종합적으로 판단하였다.

이후 2011년 7월 25일에 발표된 노사관계법연구회의 보고서(“노동조합법상의 근로자성의 판단기준에 대해서”)는, 학설·노동위원회 명령·최고재판소의 판결 등을 종합적으로 정리하여 노동조합법상의 근로자성의 판단기준을 제시하였다.⁵⁸⁾ 이 보고서에서는 “노동조합법에서의 노동자는, 노동조건을 최저기준을 실제법상 강행적으로 벌칙의 담보를 통해 설정하는 노동기준법의 노동자와, 노동계약에서의 권리의무관계를 실제법상으로 설정하고 일부에서는 강행법규를 포함하고 있는 노동계약법상 노동자와는 달리, 단체교섭의 조성을 중핵으로 하는 노동조합법의 취지에 비추어, 단체교섭법제에 의한 보호를 해야 하는 대상자라는 관점에서 검토해야 할 필요(강조는 필자)가 있다”고 강조하면서, 기본적 판단요소로서 ①사업조직에 편입, ②계약내용의 일방적·정형적 결정, ③보수의 노무 대가성을 제시하고, 보충적 판단요소로서 ④업무의 요청에 응해야 하는 관계, ⑤넓은 의미의 지휘 감독 하의 노무 제공, 일정한 시간적·장소적 구속을 제시하고, 소극적 결정 요소로서 ⑥현저한 사업자성을 제시하였다.

특히 ①은 노무제공자가 상대방의 업무 수행에 불가결하거나 긴요한 인력으로 조직에 확보되어 있으며, 노동력의 이용을 둘러싸고 단체교섭을 통해 문제를 해결해야 할 관계가 있다는 것을 보여준다. ②는 노무제공자에게 단체교섭 보호 법제를 보장해야

57) “사업조직으로 편입”은 노무제공자가 필연적으로 지휘감독을 받을 수밖에 없다는 것을 의미하므로, 여기서의 ‘지휘명령’의 요소도 노동기준법에서 요구되는 엄격한 것이 아니라 어느 정도의 구속이 발생한다면 긍정되는 요소”라고 한다(荒木尚志의 토론, 特輯鼎談 “労働組合法の労働者性をめぐって”, 『ジュリスト』第1426号, 2011, 38쪽).

58) 労使関係法研究会, 賃労使関係法研究会報告書 (労働組合法上の労働者性の判断基準について) (2011. 7.) 이 연구회는 후생노동성이 노동조합법상의 근로자성의 판단기준을 명확히 정리하기 위하여 노동법 전문가로 구성된 자문기구이다. 그 구성원은 荒木 尚志(좌장), 有田 謙司, 竹内(奥野)寿, 橋本 陽子, 原 昌登, 水町 勇一郎, 山川 隆一 이다.

할 협상력의 격차가 있다는 것을 보여준다. ③은 노동조합법 제3조 노동자 정의 규정 에 명시된 “임금, 급료 기타 이에 준하는 수입”에 대응한 것으로, 노무제공자가 자신의 노동력을 제공하고 보상을 얻고 있다는 것을 보여준다.

그리고 “①사업조직에 편입”의 지표로서 △계약의 목적, △조직에의 편입 상황, △ 제3자에 대한 표시, △전속성⁵⁹⁾ 등을, “②계약 내용의 일방적·정형적 결정”의 지표로 서 △일방적인 노동조건 결정, △정형적인 계약양식의 사용 등을 들고 있다. 그리고 “④업무의 요청에 응해야 하는 관계”가 인정되면 “①사업조직에 편입”을 강화하는 요 소로 본다.

요컨대, 단체교섭관계의 당사자인가를 판단할 때, 노무제공자가 타인의 사업을 위 해 필요한 노동력을 제공한다는 점이 기본적 판단요소이며, 노무제공자가 상대방에 대해 갖는 경제적 의존성 및 교섭력의 격차, 단체교섭법제에 의한 보호의 필요성이 기 초적 논거(rationale)가 되는 것이다.

미국에서도 노동법의 인적 적용대상을 판단하는데 유사한 접근법이 제시돼왔다. 먼저 공정노동기준법상 근로자(employee)에 해당하는지를 판단하기 위해 연방노동 시간·임금국이 2015년 발표한 근로자 오분류 지침(Administrator’s Interpretation No. 2015-1)⁶⁰⁾은, 공정노동기준법상 근로자인지 독립사업자인지를 판단할 때 법원 이 활용해온 경제적 현실 심사(economic realities test)⁶¹⁾에서 궁극적 질문은 해당

59) 그러나 전속성이 존재하지 않는다고 하여도 곧바로 사업조직에의 편입이 부정되는 것은 아니다(중앙 노동위원회 2010. 7. 7. 소크하이 사건 결정 참조).

60) U.S. Department of Labor Wage and Hour Division, Administrator’s Interpretation No. 2015-1: *The Application of the Fair Labor Standards Act’s “Suffer or Permit” Standard in the Identification of Employees Who Are Misclassified as Independent Contractors*, July 15, 2015.

61) 연방대법원과 연방항소법원들은 어떤 노무공급자가 공정노동기준법상 근로자인지 독립사업자인지 를 정하기 위해 다음과 같은 복수의 징표들로 구성된 경제적 현실 테스트를 발전시켜왔다: (A) 제공 된 노무가 해당 사용자 사업에 통합된 정도, (B) 자신의 경영상 기술에 의존하는 기회 또는 손실과 관

노무공급자가 해당 사용자에게 경제적으로 종속되어 있는지 아니면 자신의 사업에 종사하는지에 있다는 점에 있다고 설명한다. 그리고 경제적 현실 심사 테스트에 반드시 포함되어야 할 징표 중 첫 번째로 “해당 노동이 해당 사용자의 사업에 통합되어 있는가”를 꼽는다.

이를 좀 더 구체적으로 살펴보면, 어떤 노무제공자의 노동이 사용자의 사업에 통합되어 있다면, 그 노무제공자가 해당 사용자에게 경제적으로 의존적일 가능성이 더 많다고 볼 수 있다. 노무제공자의 노동이 사업의 단지 일부 구성 요소에 불과하거나 수많은 다른 노무제공자가 동일한 노무를 수행하고 있는 경우에도, 해당 노무제공자의 노동이 사용자의 사업에 통합돼 있을 수 있다. 또한 노무제공자의 노동이 사용자의 사업장 외부, 노무제공자의 집, 또는 해당 사용자의 고객(소비자)이 있는 장소에서 수행되더라도, 해당 노무제공자의 노동이 사용자의 사업에 통합돼 있을 수 있다.

현재 미국 50개 주 중 캘리포니아를 비롯한 절반 이상의 주에서 실업보험 또는 임금/근로시간(wage and hours)법의 적용 여부를 판단하기 위해 사용하고 있는 ABC 테스트에서도 유사한 접근법을 볼 수 있다. 이는 모든 노무제공자를 근로자로 추정하는 가운데, 이하의 세 가지 조건을 모두 만족하는 경우에만 해당 노동자를 개인사업자로 보는 방식으로 입증책임을 전환한 심사 방식이다. 각각의 요건은 (a)해당 노무제공자가 계약상으로도 실제적으로나, 업무 수행에 관해 사용자로부터 어떠한 통제나 지시를 받지 않고, (b)해당 노무제공자의 노동이 그를 이용하는 자의 사업 수행의 통상적 범위를 넘어서는 일이며, (c)독립 자영업으로 형성된 직종, 직업, 사업에서 일해 온 방식과 동일하게 해당 노무제공자가 고객(기업)을 위해 일한다는 점이다.⁶²⁾ 여기서 눈



련한 해당 노무공급자의 기회, (C) 해당 사용자와 노무공급자가 한 상대적 투자의 범위, (D) 제공된 노동에 특별한 기술과 주도성이 요구되는지 여부, (E) 해당 관계의 지속성, (F) 해당 사용자가 행사하거나 보유했던 지배의 정도.

62) “(a) that the worker is free from the control and direction of the hirer in connection with the performance of the work, both under the contract for the performance of the work and in fact; and (b) that the worker performs work that is outside the usual course of the hiring entity’s business; and (c) that the worker is customarily

여겨 볼 지점은 노무제공자의 노동이 진정한 개인사업자로서 자신의 사업을 위한 것인지, 그를 이용하는 자의 사업의 통상적 범위(the usual course of the hiring entity's business) 내에서 이루어진 것인지를 살피는 관점이다.

최근 증가하는 플랫폼노동 관련 판결들에서도 유사한 관점이 발견된다. 특히 온라인플랫폼기업들은 자신은 노무제공자와 플랫폼이용자 사이를 연결해주는 중개인(intermediary)에 불과할 뿐 노동법상 사용자가 아니라고 주장하기에, 플랫폼노동 관련 판결들은 이 글의 주장에 주는 시사점이 많다. 일례로 프랑스 파기원은 2020. 3. 4. 우버(Uber) 기사와 우버 회사 사이에 체결된 계약을 고용계약으로 인정하였다.⁶³⁾ 파기원은 “플랫폼기업이 플랫폼노동자의 노무의 이행조건을 일방적으로 결정하는 경우에 노무제공자가 플랫폼기업의 사업에 편입되어 근로를 제공한다는 사실이 종속관계를 긍정하는 하나의 징표를 구성할 수 있다”고 하면서, 구체적으로 우버기사는 우버 회사가 만들고 관리하는 운송서비스 제공사업에 편입되었다는 점, 이 운송서비스는 우버회사의 플랫폼에 의해서만 존재한다는 점, 우버기사는 스스로의 고객을 전혀 개척하지 않으며, 운송서비스의 가격 및 이행조건을 자유롭게 결정할 수 없다는 점 등을 인정하였고, 우버기사가 우버 플랫폼에 접속함으로써 우버회사의 사업에 편입되어 있는 한, 우버기사가 운행일과 운행시간을 선택할 수 있다는 사정은 종속적 근로관계의 성립을 배척하지 않는다고 설시하였다.

이렇게 ‘사업 또는 사업장예의 노무제공’이라는 기준을 기본적 판단요소로 삼으면, ‘기본적 노동조건 등에 대한 지배력·영향력’을 가진 자의 범위가 무한정 확대되는 것을 피할 수 있다. 그리고 ‘지배력·영향력’이라고 하면서도 또다시 ‘지휘·명령 관계의

engaged in an independently established trade, occupation, or business of the same nature as that involved in the work performed.”(DYNAMEX OPERATIONS WEST, INC. v. THE SUPERIOR COURT OF LOS ANGELES COUNTY [THE SUPREME COURT OF CALIFORNIA, 2018. 4. 30.] p.7)

63) Cour de cassation - Chambre sociale, 2020. 3. 4., No. 19-13316.

존부'로 회귀하는 경향을 극복하고 '지배 관계'의 구조적 차원을 규명하기 위해서도 '사업 또는 사업장예의 노무제공'이라는 판단기준의 정립이 필요하다.

4. 기업간 관계망 전체를 조망하기

'사업 또는 사업장예의 노무 제공'이라는 기준을 누가(단독으로 혹은 공동으로) 단체교섭의 상대방이 되는가를 판단하는데 활용할 때, 노무제공관계의 유형에 따라 그 구체적 내용은 달라질 수 있다.

(1) 노무이용 유형

1998년 근로자파견법의 제정은 근로계약관계를 맺지 않은 사용사업주가 파견노동자를 지휘·명령하면서 자신을 위한 근로에 종사하게 하는 것(근로자파견법 제2조 제1호)을 일정한 요건 하에 허용한 것이다. 이는 파견노동자의 노무제공은 사용사업주를 위한 것이며, 사용사업주가 파견노동자의 노동조건 등을 지배할 수 있는 지위에 있는 자라는 점을 드러낸다. 따라서 도급 등의 형식을 취하였더라도 그 실질이 노무이용형에 해당한다면, 사용사업주가 자신이 지배권을 갖는 노동조건 등에 관한 단체교섭에 응하여야 할 사용자에게 포함된다. 여기서 다음과 같은 지점을 유의해야 할 것이다.

첫째, 노무이용형에 해당하는지 판단할 때 '사용사업주의 지배권 보유' 여부는, 사용자의 기능이 분화하는 다면적 근로관계의 특성을 고려하여 판별해야 한다. 사용사업주의 지배권은 직접적·구체적으로 행사될 수도 있지만 간접적·포괄적으로 작용할 수도 있다. 또한 사용사업주가 이러한 지배권을 노동자를 상대로 직접 행사할 수도 있지만, 파견계약의 내용에 포함시켜 사전적(事前的)·구조적으로 보유하고 있을 수도 있다. 특히 전속적 사내하청·협력업체와 같이 노무공급 사업주가 사실상 사용사업주에게 종속되어 사용사업주의 노무관리부서와 같은 역할을 하는 경우라면, 사용사업주의 지배권은 더더욱 사용사업주와 고용사업주의 계약내용으로 물화(物化)되어 나타난다.

이에 관해 시사점을 얻을 만한 법적 논리로 미국 연방노동관계위원회(NLRB)의 브

라우닝 페리스 사건 결정을 볼 수 있다.⁶⁴⁾ 이 사건에서 NLRB는 공동사용자(joint employer)로 인정되기 위한 지배권(right to control)이 반드시 직접적·즉각적(direct and immediately)으로 행사되어야 한다는 종전의 법리를 변경하여, 간접적 지배뿐만 아니라 계약서상 유보된 권한까지도 함께 고려해야 한다고 제시하였다. 그리고 “사용사업주가 사업장의 재산을 소유하고, 작업의 필수적 성격을 규정하고, 작업의 광범위하고 전반적인 측면을 규율하며, 공급사업주는 사용사업주의 지시에 따라 구체적인 인사 관련 사항을 결정하고 매일매일 작업성과를 관리한다면, 해당 근로자들의 고용 조건은 이러한 이중의 지배를 통하여 형성된 결과물이라고 보아야 한다. ‘직접적이고 즉각적인 지배’를 요구하는 입장은, 공급사업주가 행사하게 되는 가장 가까운 측면의 권한만을 강조하는 것이다. 그러나 이 입장에 의하면 사용사업주가 고용조건에 대해 행사하는 상당한 정도의 지배를 무시하고 있는 것이다”라고 하여 다면적 근로관계에서 지배권의 실태를 예리하게 포착하였다.

둘째, 사용사업주가 단체교섭에 응할 의무가 있는 사항은 그가 실질적으로 지배할 수 있는 고용 및 노동조건 전체로 보아야 한다. 근로자파견법 제20조(근로자파견계약의 내용), 제21조(차별적 처우의 금지), 제22조(계약의 해지), 제34조(근로기준법의 적용에 관한 특례), 제35조(산업안전보건법의 적용에 관한 특례) 등에서 명시적으로 사용사업주의 책임으로 정하고 있는 부분들이 일응 그 기준이 될 수 있다. 그러나 이뿐만 아니라 사용사업주가 실질적으로 지배권을 보유하고 있는 부분은 모두 교섭사항이 될 수 있다.⁶⁵⁾

(2) 기업간 지배관계 유형

모·자회사, 지주회사, 기업집단 관계와 같이 기업간 자본·주식 소유관계, 임원 파견 등 긴밀한 상호관계로 얽혀 있고 자회사의 경영에 관한 모회사의 지배가 존재한다면,

64) *Browning-Ferris Industry of California Inc.* (Case 32-RC-109684, 2015. 8. 27.).

65) 같은 취지로 조정배, 「비정규 노동과 법」, 순천향대학교출판부, 2011, 83쪽; 西谷敏, 위의 책, 152-153쪽 등.

자회사의 노동자에 대하여 모회사도 단체교섭의 상대방이 될 것이다.⁶⁶⁾

또한 주문기업과 전속하도급기업의 관계와 같이, 자본관계와 임원 등에 대해서 지배종속의 관계가 없다고 하더라도 주문기업 등이 도급계약 해지나 계약변경을 통해서 사실상 하청기업의 생사여탈권을 장악하고 있다고 보이는 경우에는 그 실태에 따라 주문기업이 종속기업 노동자의 단체교섭의 상대방이 될 것이다.⁶⁷⁾ 특히 지배기업의 반조합적 의사에 따라 종속기업 노동자에게 해고와 같은 중대한 불이익이 초래하였고 그러한 결과의 시정과 원상회복에 지배기업이 실질적 권한이나 책임이 있는 경

66) 일례로 중앙일보 사례를 들 수 있다. 중앙일보의 신문인쇄를 담당하는 노동자들은 애초 중앙일보 직원들이었으나 분사 후 설립된 (주)중앙기획, (주)동양기획 소속이 되었다. 중앙기획·동양기획은 신문인쇄용역업으로 등록되어 있었지만 중앙일보 건물 안에 인쇄공장이 있었고 주된 인쇄장비를 중앙일보사로부터 임대 받아 사용하였으며 운영자금도 중앙일보로부터 받았다. 2000. 6 중앙신문인쇄 노동조합이 결성되어 중앙기획 등과 단체교섭을 진행하여 노사가 잠정합의에 이르렀는데, 사측이 중앙일보와의 협의 후 “1)조합은 산별노조로 가지 않는다, 2)조합은 민주노총, 언론노련과의 관계를 단계적으로 끊는다, 3)조합은 현재의 조합원 수를 유지하는 선에서 세 확장을 피하지 않는다”는 내용의 부속합의문 서명을 요구하여 단체교섭이 결렬되었다. 이후 노동조합이 쟁의행위에 돌입하자 중앙기획은 폐업하였고 중앙일보는 J-Printing이라는 별도법인을 설립하여 조합원 및 비조합원을 선별하여 재채용하였다. 2000. 9. 노조와 중앙기획·동양기획은 노조 간부 13명을 제외한 110명을 J-Printing에 고용승계시키고 노조 간부는 6개월내에 복직시키기로 합의하였으나, 노조 간부의 복직약속은 지켜지지 않았다. 결국 중앙일보를 상대로 한 2년여의 투쟁 끝에 2002. 8. 노사는 노조 간부 6명의 복직에 합의하였다.

67) 西谷敏, 위의 책, 157쪽. 같은 취지로 土田道夫, “純粹支柱會社と労働法上の諸問題”, 『日本労働研究雑誌』 451호, 1997, 2쪽; 盛誠吾, “純粹支柱會社解禁と労働法上の問題点”, 『労働法律旬報』 1411호, 1997, 6쪽; 和田肇, “企業買受・再編と労働法”, 『法律時報』 79권 5호, 2007, 46쪽; 竹内(奥野) 壽, “企業組織再編と親會社の『使用者』性・團體交渉義務”, 毛塚勝利 편, 『企業組織再編における労働者保護』, 中央經濟社, 2010, 107쪽, 126~129쪽; 萬井隆令, “複數關係企業間における労働條件の決定と變更”, 日本労働法學會 편, 『講座21世紀の労働法 제3권』 有斐閣, 2000, 207쪽, 216~218쪽 등. 일본에서는 일찍부터 지배기업이 종속기업을 전체적으로 지배하고 그 경영의 존립과 기본적 경영방침에 강한 영향력을 미치고 있는 경우, 종속기업의 폐쇄와 노동조건의 유지·개선 문제에 대해서 지배기업이 단체교섭의무를 부담한다는 학설, 노동위원회 명령, 판례들이 축적되어 왔다. 일례로 기업재편 과정에서 순수지주회사가 된 회사가 성실히 단체교섭에 응하지 않았던 것을 부당노동행위로 확인한 NTT사건(中勞委, 2006. 3. 23.) 등이 있다.

우 지배기업이 그에 관한 단체교섭의무를 부담한다고 보아야 할 것이다. 이 경우 지배기업이 노조법상 사용자로 인정되기 위해서는 종속기업의 존립을 좌우할 정도의 지배력을 미치고 있다는 사실만으로 충분하다 할 것이다.⁶⁸⁾

(3) 공급사슬 유형

최근에는 기업간 자본 소유관계가 없더라도 도급 등 관계로 공급사슬(Supply Chain)과 같은 관계망을 형성하고 있는 경우⁶⁹⁾, 이러한 기업간 관계망의 지배회사가 종속회사의 노동자들에 대하여 단체교섭의 상대방이 될 수 있는가가 중요한 문제로 대두되고 있다. 여기서 지배기업은 종속기업의 노동자에 대해 지휘·명령을 하지 않고도, 생산·서비스의 표준설정 및 종속기업의 경영에 대한 통제를 통해 실질적으로 종속기업 노동자의 노동조건을 결정한다.

오늘날 물류·운송산업은 지배기업의 공급사슬 관리가 가장 발전된 부문이다. 공급사슬의 최정점에 있는 대형유통업체, 온라인포털 등 지배기업은 사업 운영에 필수적인 물류·운송사업을 외부기업에 맡기지만, 직·간접적 방식으로 공급사슬 전체를 통제한다. GPS, 업무매뉴얼 등을 통해 공급사슬의 말단에서 실제 운송을 담당하는 노동자의 업무수행을 직접 통제하기도 하고, 하청기업과의 계약내용을 일방적으로 결정하여 하청기업에 소속된 노동자의 노동조건을 간접적으로 지배하기도 한다. 이러한 공급사슬 통제에 대응하여 국제운수노련(International Transport Workers'

68) 조경배, 위의 책, 83쪽, 343쪽.

69) 오늘날 기업간 관계망의 변화를 보여주는 대표적 사례가 전자산업이다. 전자산업에서는 '모듈생산 네트워크(modular production network)'라는 새로운 산업조직 모델이 나타나고 있는데, 여기에서 지배 대기업은 최종제품 시장의 창출 및 방어, 이를 위한 서비스의 제공에 집중하면서 생산기능 전반을 외주화한다. 이처럼 생산의 외부화와 분산화가 진행되지만 하위기업의 활동에 대한 지배기업의 통제력은 유지되는데, 이는 가치실현을 위한 핵심지점(연구개발, 디자인, 브랜드, 마케팅)을 지배기업이 장악하고 있기 때문이다(김철식, "상품연쇄와 고용체제의 변화", 서울대학교 사회학과 박사학위논문, 2009, 9~10면).

Federation, ITF)은 '경제적 사용자'(economic employer)란 개념을 사용하고 있다. '경제적 사용자'란 '계약 네트워크를 통제하는 기업'을 일컫는데, 복잡한 공급사슬(다단계 하청구조)에서 노동자의 노동조건을 실질적으로 통제하는 자에게 노동법상 책임을 부과하는 것이다.⁷⁰⁾ 도로운송부문의 노사정 대화를 거쳐 ILO가 2019년 채택한 「도로안전 및 양질의 일자리를 증진하기 위한 지침」에서도 운송노동자의 운임을 비롯한 노동조건에 대하여 경제적 사용자를 포함한 도로운송망 당사자(road transport chain parties)의 책임을 제시하고 있다.⁷¹⁾

유럽연합(EU)의 사업이전(transfer of undertaking) 법리에서도 유사한 접근법을 발견할 수 있다.⁷²⁾ 이 법리의 기본적 취지는 사업 자체가 기능적 의미에서 동일성을 유지한 채 계속되고 있음에도 불구하고 그 사업의 주체가 변경되었다는 이유로 근로자를 사업으로부터 배제하거나 노동조건을 저하시키는 것은 허용되지 않는다는 것이다. 즉, 사업이 이전되는 원인이 법률행위에 의한 것이든 아니든 관계없이 경제적 실체(economic entity)로서 동일하거나 유사한 형태로 계속되고 있는 경우에는 해당 노동자의 고용 및 노동조건이 자동적으로 승계된다는 것을 의미한다. 나아가, 유럽사법재판소는 2002년의 템코서비스 사건에서 유럽사법재판소는 신·구 하청업체 사이에 직접적인 계약관계가 없다고 하더라도 “계약관계망(the web of contractual relations)”의 일부를 구성하는 한 사업이전으로 보는 데 문제가 없다고 판단하였다.⁷³⁾



70) International Transport Workers' Federation, *Worker power in supply chains: the ITF 'Economic Employer' strategy* (Policy & strategy briefing: inland freight and passenger transport), 2020.

71) ILO, *Guidelines on the promotion of decent work and road safety in the transport sector*, 2019.

72) 사업이전 법리는 1977년 유럽연합의 입법지침(Directive 77/187)으로 법제화된 이후 부분적 수정을 거치면서 EU회원국들의 국내법령이나 판례에 의하여 일반적 준칙으로서 정립되었다(조경배, “아웃소싱과 고용승계에 관한 유럽공동체의 법과 판례”, 「법제연구」 제40호, 2011 참조).

73) Judgement of the Court (Sixth Chamber) 24 January 2002, Case C-51/00 (Temco Service Industries SA vs Samir Imzilyen)

III. 단체교섭‘권’ 보장의 다른 쟁점들

1. 헌법상 단체교섭권 - 단체교섭 응낙의무 - 단체교섭거부 형사처벌의 관계

단체교섭의 상대방으로서의 사용자를 사실상 근로계약관계의 당사자 내지 그와 유사한 자로 한정하려는 견해는, 단체교섭거부의 부당노동행위에 대해 벌칙이 규정되어 있는만큼 근로계약관계의 당사자가 아닌 자가 법 해석을 통해 형사처벌을 받는 상황은 죄형법정주의에 반한다고 주장한다.⁷⁴⁾

그러나 형벌부과대상자인 사용자는 부당노동행위 금지명령의 수범자와 반드시 일치하는 것은 아니다. 노조법 81조 내지 85조의 부당노동행위 구제수단을 적용하는 경우에는 노사관행 등 노사제도의 전반적 측면을 종합적으로 고려하여야 하는 반면, 제90조의 형벌부과의 경우에는 형법상의 엄격한 범죄구성요건을 충족시켜야

74) 일본의 부당노동행위제도는 행정적 구제제도만 두고 있다는 점에서 일본의 통설인 지배력설을 우리의 부당노동행위제도에 적용하기 어렵다는 주장도 제기된다(「2021년 한국비교노동법학회, 강원대학교 비교법학연구소 특별공동학술대회」[2021. 3. 19.] 참조).

한다.⁷⁵⁾

나아가 헌법상 기본권인 단체교섭권의 행사로서 면책효과가 인정되는 범위와 사용자의 단체교섭응낙의무가 인정되는 범위는 다르다고 보는 것이 타당하다.⁷⁶⁾ 그동안 단체교섭의 상대방인 사용자의 범위 문제가 주로 부당노동행위제도와 관련하여 논의되어 왔기에 사용자에 대한 형사처벌의 '가능성'이 부각되었으나, 실제 현실에서는 사용자가 아닌 자를 대상으로 단체교섭·단체행동을 하였다는 이유로 노동자가 형사처벌 받는 '실제 사례'가 더 많다.⁷⁷⁾ 따라서 헌법상 기본권인 단체교섭권의 행사로서 면책효과가 인정되는 범위는 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 위한 집단적 결정권을 보장의 관점에서 보아야 하고, 부당노동행위제도의 적용이 가능한 범위로 제한해서는 안 된다.

2. 이른바 단체교섭의 '대상사항' 문제

사용사업주 내지 지배기업의 단체교섭 응낙의무를 인정하는 입장 중에서도 단체교

75) 대법원 노동법실무연구회, 「노동조합 및 노동관계조정법 주해 III」, 박영사, 2015, 17쪽.

“사용자의 단체교섭 거부행위가 원인과 목적, 과정과 행위태양, 그로 인한 결과 등에 비추어 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인될 수 없다고 인정되는 경우에는 부당노동행위로서 단체교섭권을 침해하는 위법한 행위로 평가되어 불법행위의 요건을 충족하는바, 사용자가 노동조합과의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하다가 법원으로부터 노동조합과의 단체교섭을 거부하여서는 아니 된다는 취지의 집행력 있는 판결이나 가처분결정을 받고도 이를 위반하여 노동조합과의 단체교섭을 거부하였다면, 그 단체교섭 거부행위는 건전한 사회통념이나 사회상규상 용인할 수 없는 행위로서 헌법이 보장하고 있는 노동조합의 단체교섭권을 침해하는 위법한 행위이므로 노동조합에 대하여 불법행위가 된다.”(대법원 2006. 10. 26. 선고 2004다11070 판결)

76) 같은 취지로 西谷敏, 위의 책, 285쪽; 中山和久, “団体交渉權とその法的構造”, 「現代労働法講座」 4권, 17쪽.

77) 2000년대 이후 다단계 하도급이 구조화된 건설산업에서 비정규직 노동자를 조직한 건설노조가 원·하청을 상대로 단체교섭을 요구하고 집회 등을 벌인 것을 공동공갈·협박·강요죄 등을 적용하여 처벌하는 판결들이 나오고 있다(대법원 2006. 5. 25. 선고 2004도6579 판결; 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007도3165 판결; 대법원 2019. 10. 31. 선고 2017도9474 판결).

섭에 응해야 할 사항은 사용사업주가 법령상 결정권한을 가지는 근로조건에 한정된다는 견해가 있다. 근로자파견법상의 사용자책임 분배의 구도를 근거로 사용사업주가 법상 책임을 지는 부분(근로시간, 사업장 안전보건 등)에 한해서 단체교섭을 요구할 수 있다는 견해가 대표적이다.⁷⁸⁾ 그러나 이것은 다면적 근로관계의 현실을 충분히 헤아리지 못한 논리이다.

원청 내지 지배기업이 경기변동 등에 대응하여 외주·용역화의 물량을 조정하는 경우 간접고용 노동자들은 실질적으로 경영상해고의 위협에 처하게 된다. 이 때 간접고용 노동자들로 조직된 노동조합이 지배기업과 하청·용역업체와의 계약해지에 대해 단체교섭을 요구할 수 있는가라는 문제가 제기된다. 사용사업주가 파견법상의 직접고용의무조항을 회피하기 위해 파견노동자가 2년간 근무하면 해당 노동자의 교체(사실상 계약해지)를 요구하는 경우가 많은데, 이 때 노동조합이 사용사업주를 상대로 고용보장을 요구할 수 있는가도 문제이다. 또 동일한 업무를 동일한 파견·용역노동자들이 수행하는데 사용사업주의 지시로 다른 용역업체로 전적이 강요되거나 혹은 고용승계가 이루어지지 않는 경우도 많다. 이러한 이유들로 인해 간접고용노동자들이 사용사업주를 상대로 '직접고용' 혹은 '정규직화'를 내걸고 단체교섭을 요구하는 경우가 많다.

지배기업과 공급기업의 형식적인 계약내용이나 근로자파견법상의 사용자 책임 분배에 얽매일 것이 아니라, 사용사업주 내지 지배기업이 해당 노동관계 및 기본적인 노동조건에 지배력을 미치는 사항에 대해서 단체교섭을 요구할 수 있다고 보아야 한다. 현실에서는 파견·공급사업주와 간접고용 노동자 사이의 단체교섭 자체를 사용사업주가 통제하여 좌우하거나 원청·사용사업주의 승인 내지 후견 속에 간접고용 노동자의 고

78) 관련하여 박수근 교수는 임금 및 원청회사에 직접고용 또는 고용승계를 요구하는 사항은 의무적 교섭사항이 아니라고 본다. 다만 임금이나 고용승계에 관한 사항에 교섭을 거부한 경우 부당노동행위가 성립하기 어렵다는 것이지, 노조가 이러한 사항에 대해 단체교섭을 요구할 수 없거나 또는 이를 이유로 정의행위를 하면 위법하다는 것은 아니라고 한다(박수근, “간접고용근로자의 집단적 노동분쟁과 쟁점의 검토”, 『노동법연구』 제24호, 2008, 49쪽). 같은 취지로 박종희, 「비정규직, 간접고용 근로자의 노동단체권 행사에 관한 법리 연구」(노동부, 2005), 72~73쪽.

용보장 및 노조인정이 합의되는 경우도 비밀비재하다.⁷⁹⁾

요컨대 단체교섭의 대상사항은 그것이 사용자에게 사실적인 처분권한도 없는 것을 요구하는 것처럼 내재적 한계를 벗어났을 때를 제외하고는 노사의 자율에 의해 결정되어야 할 부분이다.⁸⁰⁾ 또한 간접고용 노동자들의 단체교섭 요구로서의 직접고용화 혹은 고용승계 요구는 사법(司法)상 권리의 확인을 요구하는 쟁송이 아니며, 노동위원회나 법원이 이러한 사안에 대한 단체교섭 응낙의무를 확인하는 것 역시 부당노동행위제도의 취지에 비추어 얼마든지 적절하다. 단결권 침해의 방지와 회복이라는 부당노동행위제도의 관점에서 판단할 때, 지배기업과 종속기업 노동자 사이의 근로계약 관계의 존부가 초점이 아니라, 지배기업의 노동3권 침해를 방지·회복하기 위한 단체교섭 응낙의무의 확인이 초점이 되어야 하기 때문이다.⁸¹⁾ 더군다나 지배기업이 부담하는 단체교섭 응낙의무는 이러한 사안에 대한 단체교섭 요구에 응하여 성실히 교섭할 의무에 지나지 않을 뿐,⁸²⁾ 노조의 요구를 반드시 수용할 것까지를 요구하는 것이

79) 2004년 2월 현대중공업 사내하청노동자 박일수 열사의 분신을 계기로 노조의 투쟁이 가열되자, 현대중공업사내하청노동조합과 현대중공업은 2004년 4월 7일 △하청노조 활동보장, △하청노조 활동 관련 해고자 복직, △하청업체 노동관계법 준수 지도, 감독, 불응시 제계약 금지, △현대중공업노조와 단협 통해 하청노동자 처우개선, △민형사상 책임 불문 등 9개항에 합의한 바 있다. 금속노조 기아자동차 비정규직분회도 2006년 원청이 단체교섭에 참여하여 회의록 형태의 고용보장합의서를 이끌어냈다. 금속노조 현대하이스코비정규직지회도 2005년 원·하청과 금속노조·비정규직지회 등이 참여하여 협약서 형식의 협약을 체결한 바 있다. 특히 금속노조 소속 사업장의 경우 정규직노조·비정규직노조가 함께 원청과의 단체교섭을 진행하는 것이 확대되고 있다.

80) 관련하여 本多淳亮은 “사용자측의 단체교섭 응낙의 능력과 타결 내지 협약체결의 능력과는 이론적으로는 물론 실제적으로도 떼어놓고 생각할 만하다. 모회사 기타 직접적 고용관계 없는 사용자와의 교섭의 경우 등은 그 사용자에게 당해 요구사항에 관한 타결권한이 있는가 여부를 사전에 판단하기 어려운 것도 많고, 타결권한이 있는 것이 판명되지 않으면 교섭에 응할 의무가 없다고 하게 되면 단체교섭권의 내용을 협소하게 만들어 버릴 위험성도 있다”고 지적한다(本多淳亮, “親會社等の使用者性と團交應諾義務”, 個人法と團體法(1983), 292-293쪽).

81) 같은 취지로 조경배, 위의 책, 342~343쪽; 萬井隆命, 위의 글 참조.

82) “이 사건 조항은, 노동관계 당사자가 상반된 이해관계로 말미암아 대립의 관계로 나아가지 않고 대등한 교섭주체의 관계로 발전하게 하여 분쟁을 평화적으로 해결하게 함으로써 근로자의 이익과 지위의

아니므로 지배기업에게 지나친 부담을 지우는 것도 아니므로, 노동위원회가 탄력적으로 구제명령을 내리는 것이 충분히 가능하고 적절하다.⁸³⁾

앞서 설명한 미국 브라우닝 페리스 사건 결정에서도, NLRB의는 원청과 하청이 자신이 지배권을 보유한 노동조건들이 단체교섭 사항이 된다고 밝혔다. 그리고 원청인 브라우닝 페리스가 지배권을 보유한 노동조건들로 채용, 해고, 징계, 작업 감독, 작업 지시 및 작업시간, 임금 등을 예시하였다.

ILO 감독기구, 단체교섭의 대상사항을 “임금, 부가급여 및 수당, 노동시간, 연차 휴가, 경영상 해고 대상자의 선정, 단체협약의 적용범위, 사업장내 조합활동을 비롯한 노동조합에 대한 편의제공 등 입법에서 보장하는 것 이상으로 개별적 및 집단적 노동관계에 부여되는 사항”을 포괄하는 것으로 해석한다. 따라서 노동조건과 관련된 특정한 사안을 단체교섭의 범위에서 제외하는 것은 단체교섭권을 침해하는 것이다⁸⁴⁾. 2021년 4월 20일 ILO 제89호, 제98호 협약을 비롯한 기본협약의 비준서를 기탁한 만큼, 종래 법원, 노동위원회의 단체교섭 대상사항에 관한 협소한 이해를 바로잡지 않으면 안된다.

향상을 도모하고 헌법상의 근로3권 보장 취지를 구현한다는 공익을 위한 것인데 비해, 이 사건 조항으로 인하여 초래되는 사용자의 자유의 제한은, 단지 정당한 이유 없는 불성실한 단체교섭 내지 단체협약체결의 거부 금지라는 합리적으로 제한된 범위 내의 기본권 제한에 그치고 있으므로, 법익간의 균형성이 침해된 것이라 할 수 없다.”(헌재 2002. 12. 18. 선고 2002헌바12 결정)

83) 이에 관해 萬井隆命은 “노동위원회의 사명은, 노동기본권의 침해가 있는 경우, 가능한 한 그 침해가 없었던 것에 가까운 상태의 회복을 꾀하기 위해 필요한 일정한 구체적인 작위 내지 부작위를 명하고, 노동기본권의 보장의 취지를 실현하는 것이다. 단체교섭거부사건의 경우, 단체교섭거부에 의해 노동조합이 받는 피해는 심대한 한편, 단체교섭을 명하여도 사용자에게 현격한 부담을 과하는 것은 아니므로, 형평을 고려하여도 노동위원회는 단체교섭응낙을 명하는 것에 주저할 필요는 없다”고 일갈한다(萬井隆命, 위의 글, 47쪽).

84) ILO, *Compilation of Decisions of the Committee on the Freedom of Association*. 2018, para. 1291.

3. 단체협약의 '규범적 효력'

지배기업과 종속기업 노동자 사이의 단체교섭 결과 체결한 단체협약에 노조법상의 규범적 효력을 인정하기 어렵다는 점을 이유로, 지배기업의 단체교섭 응낙의무를 부정하는 견해도 있다.⁸⁵⁾ 그러나 단체협약의 규범적 효력 문제는 협약자치를 위해 노조법이 보장하는 것으로 이해해야지, 이것이 헌법상 보장된 노동3권의 범위를 제한하는 것으로 해석되어서는 안 될 것이다. 비록 현행 노조법 하에서는 개별 노동자의 노동조건을 직접 규율하는 규범적 효력을 인정받기 어려운 단체협약의 내용일지라도 비정규직 노동자의 노동권을 실질화하는데 의미가 적은 것이 아닌 만큼, 이를 이유로 원청의 단체교섭 의무를 부인해서는 안 될 것이다.⁸⁶⁾

앞에서 소개한 일본의 노사관계법연구회의 보고서는 이에 관해 참조할 만한 견해를 밝히고 있다. 노동조합법상의 노동자 개념이 노동기준법상의 노동자 개념보다 넓다면, 근로기준법상의 노동자에는 해당하지 않지만 노동조합법상의 노동자에는 해당하는 사람이 체결하는 노무공급계약이 노동조합법 제16조(기준의 효력)에서 말하는 근로계약에 해당하는지에 관한 논점을 언급하고 있다. 이에 대해서 보고서는 노동조합법 제16조의 근로계약의 개념은 노동기준법(1947년 제정)이 제정되기 이전의 구 노동조합법(1946년 제정) 당시부터 존재하고 있었다는 점을 고려할 때 노동조합법 제16조의 근로계약은 노동기준법상의 노동자에 해당하지 않는 노무공급자가 체결하는 노무공급계약도 포함하는 것으로 해석하여야 한다고 한다. 따라서 노동기준법상의 노동자가 아니지만 노동조합법상의 노동자에는 해당하는 사람을 조직한 노동조합이 체결

85) 권혁, 위의 글, 108쪽.

86) 실정법적으로도 「교원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률」은 단체협약의 내용 중 법령·조례 및 예산에 의하여 규정되는 내용 등은 단체협약으로서 효력을 가지지 않는다고 규정하고 있지만(제7조 제1항), 그렇다고 하여 이러한 사항에 대한 단체교섭 그 자체를 금지하고 있지는 않다. 또한 사용자도 위 규정에 의하여 단체협약으로서의 효력을 가지지 않는 내용에 대하여도 그 내용이 이행될 수 있도록 성실하게 노력하여야 한다(제7조 제2항). 즉 단체협약의 규범적 효력 문제와 단체교섭권의 보장 문제는 서로 별개의 문제로 바라볼 수 있다.

한 단체협약에 규범적 효력이 발생한다고 해석하는 것은 충분히 가능하다고 한다. 그리고 만약 이렇게 해석하지 않는다고 하여도 채무적 효력만을 가지는 단체협약도 단체교섭의 목적이 될 수 있다는 점, 노사관계는 단체교섭이 이루어지는 것 그 자체로 노사 간에 의사 소통이 이루어져 분쟁의 해결에 기여한다고 하는 의의가 인정된다고 하는 점을 고려할 때 규범적 효력이 발생하지 않기 때문에 단체교섭이 무의미하다고 할 수는 없다고 한다.

4. 교섭창구 단일화제도의 폐해

2010년 노조법 개정으로 강제된 단체교섭 창구단일화제도는 하나의 사업 또는 사업장에서 조직형태에 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우 창구단일화를 강제함으로써, 사실상 기업 내지 사업장 단위 교섭만을 허용하고 있다. 이로써 1990년대 말 이후 초기업단위 노조가 진행해온 산업별·지역별·직종별 초기업단위교섭의 발전을 억압했을 뿐 아니라, 복수의 기업이 기본적 노동조건을 지배·결정하는 비정규직 노동자의 단체교섭권의 행사를 실질적으로 가로막고 있다.

이와 관련하여 ILO는 단체교섭의 단위(level)는 노·사가 자율적으로 결정한 문제이며, 국가가 특정한 단체교섭의 단위를 강제하는 것은 삼가야 한다고 강조한다.⁸⁷⁾ 결사의 자유 위원회는, 가장 대표적인 노조가 배타적인 권리를 지니는 단체교섭제도와 한 사업장 내에서 복수의 노조가 복수의 단체협약을 체결하는 것이 가능한 제도 양자 모두 결사의 자유 원칙에 부합한다는 점을 인정하였다. 그러나 가장 대표적인 노조에 대한 결정은 편파성과 남용의 가능성을 피하기 위해 객관적이고 사전에 정해진 정확한 기준에 근거해야 하며,⁸⁸⁾ 노조간 구별은 단체교섭, 당국과의 협의, 국제기구에

87) ILO, Collective Bargaining Recommendation, 1981 (No. 163)

88) 관련하여 ILO는 배타적 교섭대표를 선정하는 규정에 관하여 (a) 그러한 선정은 독립된 기구에 의해 이루어져야 하고, (b) 해당 교섭단위 내의 모든 근로자의 과반수 투표(a majority vote of the employees in the unit concerned)로 대표노조를 선택하며, (c) 충분한 다수표를 얻지 못한 노조가 일정 기간 후에는 새로운 대표노조 선정 투표를 요구할 권리를 부여해야 하며, (d) 대표노조 이

의 파견 대표의 임명 목적 등을 위해서 일정정도의 우선권을 인정하는 것에 국한되어야 한다. 따라서 위원회는, 배타적 교섭대표를 선임하는 제도 하에서 요건을 충족하는 대표 노조가 없을 경우 단체교섭권은 해당 교섭 단위 내 모든 노조에게 부여되어야 하며, 단체교섭권을 부여받지 못한 노조도 자체 활동을 수행할 수 있어야 하며 최소한 자기 조합원을 대변하고 개별적인 이의제기에서 조합원을 대표할 수 있도록 정부가 조치를 취할 것을 권고하였다. 또한 결사의 자유 위원회는 진정한(민주노총)이 적시한 교섭창구 단일화에 따라 발생한 수많은 부당노동행위에 대해 정부 답변이 없다는 점에 대해 유감을 표시하면서, 정부가 이러한 부당노동행위를 예방 또는 제재하기 위해 모든 관련 사회적 파트너들과 함께 제기된 사건들을 재검토할 것을 요청하였다.⁸⁹⁾

또한 위원회는 파업권은 단체협약 체결을 통해 해결될 수 있는 노동쟁의에만 국한되어서는 안 되며, 노동자와 노동자조직은 필요하다면 보다 넓은 맥락에서 조합원들의 이해에 영향을 미치는 사회·경제적 사안에 대한 불만을 표현할 수 있어야 한다고 강조하였다.⁹⁰⁾ 따라서 위원회는 정부가 이러한 원칙에 따라 파업행위가 단체협약 체결을 위한 노동쟁의에 국한되지 않도록 하고, 파업의 정당성이 노동조합이 교섭대표 지위를 가지고 있는지 여부에 따라 판단되지 않도록 하기 위해 필요한 조치를 취할 것을 요구하였다.⁹¹⁾

그러므로 헌법과 국제노동기준에 부합하지 않는 현행 교섭창구 단일화제도는 철폐하는 것이 옳다. 설령 잠정적으로 교섭창구 단일화제도를 유지한다 하더라도, 초기업 단위 교섭은 창구단일화 대상에서 제외하는 조치가 필요하다.

의 새로운 노조도 합리적 기간(종종 12개월)이 경과한 후에는 새로운 대표노조 선출투표를 요구할 권리를 부여해야 한다고 권고하고 있다(ILO, *Freedom of Association and Collective Bargaining*, 1994, para. 240; *Digest*, 2006, para. 969).

89) ILO, *Digest of Decisions of the Committee on the Freedom of Association*, 2006, paras. 354, 950 and 976 참조.

90) ILO, 위의 책, paras. 531 and 535 참조.

91) Case No. 1865, 결사의 자유 위원회 363차 보고서(2012), paras. 115~118.

IV. 요약과 결론

국제인권헌장이자 한국이 가입·비준한 「국제노동기구의 목적에 관한 필라델피아 선언」, 「세계인권선언」, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」, 「경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」 등은 노동조합을 결성·가입할 권리(결사의 자유)를 기본적 인권의 하나로서 확인하고 있다. 그리고 단체교섭권은 결사의 자유를 구성하는 기본 요소이다. 또한 단체교섭권을 비롯한 결사의 자유는 고용관계의 존재여부와 관계없이 모든 노동자에게 보장되어야 하는 보편적 노동권이다. 이러한 ILO의 원칙은, 한국의 간접고용, 특수고용 노동자의 결사에 자유 보장에 관한 ILO 결사의 자유 위원회의 권고를 통해서도 여러 차례 확인되었다.

반면 2000년대까지 우리 판례는 노조법상의 사용자를 근로자와 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자로 한정적으로 보는 견해가 지배적이었다. 1990년대말 이후 간접고용 노동자들로 조직된 노동조합이 자신들의 노동조건을 실질적으로 지배하는 원청(내지 사용자)을 상대로 단체교섭을 요구하거나 단체행동을 진행하는 사례가 증가하면서, 기존의 법리는 도전을 받게 된다. 마침내 2010년 현대중공업 사건에서 대법원은 근로자를 고용한 사업주 이외에 '근로자의 기본적인 노동조건에 관하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자' 역시 부당노동행위의 주체가 될 수 있다고 하여, 중첩적 사용자성을 인정했다.

그러나 대법원이 제시한 '노동조건 등에 관하여 실질적·구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위'라는 기준(이른바 '지배력설')은 '고용사업주의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적·구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위'라는 식으로, 근로계약관계(내지 사용종속관계)와의 유사성 정도를 판단하는 방식으로 다시 좁혀질 가능성을 내재하고 있다. 이는 특히 단체교섭에 응할 의무가 있는 사용자의 범위와 교섭 사항을 판단할 때 두드러진다.

이 글은 이러한 지배력설의 한계를 극복하기 위해 '사업'의 측면에서 지배력을 파악할 것을 제안한다. 노동법의 '근로자' 및 '사용자'를 판단할 때 지금까지 '노무제공에 대한 지휘·감독의 여부'가 놓여 있던 자리에 대신, '사업 또는 사업장예의 노무 제공'이라는 판단기준을 배치하자는 것이다. 즉 노무공급자가 자신의 계산으로 독자적 사업 목적에 따라 일하는 것이 아니라 타인의 사업목적에 따라 노무를 제공하고 있다면 노동법의 '근로자'로 인정해야 한다. 자신의 사업장에서 혹은 자신의 사업을 위해 노동력을 이용하고 있다면 노동법의 '사용자'에 포함되어야 한다.

그리고 '사업 또는 사업장예의 노무 제공'이라는 기준을 누가(단독으로 혹은 공동으로) 단체교섭의 상대방이 되는가를 판단하는데 활용할 때, 노무제공관계의 유형에 따라 그 구체적 내용은 달라질 수 있다.

첫째, 노무이용 유형의 경우, 사용사업주가 자신이 지배권을 갖는 노동조건 등에 관한 단체교섭에 응하여야 할 사용자에 포함된다.

둘째, 모·자회사, 지주회사, 기업집단 관계와 같이 기업간 자본·주식 소유관계, 임원 파견 등 긴밀한 상호관계로 얽혀 있는 기업간 지배유형의 경우, 종속회사의 노동자에 대하여 지배회사도 단체교섭의 상대방이 될 것이다. 또한 자본관계와 임원 등에 대해서 지배종속의 관계가 없다고 하더라도 주문기업 등이 도급계약 해지나 계약변경을 통해서 사실상 하청기업의 생사여탈권을 장악하고 있다고 보이는 경우에는 그 실태에 따라 주문기업이 종속기업 노동자의 단체교섭의 상대방이 될 것이다.

셋째, 기업간 자본 소유관계가 없더라도 도급 등 관계로 공급사슬과 같은 관계망을 형성하고 있는 경우 오늘날 기업간 관계망의 변화를 보여주는 대표적 사례가 전자산업이다. 이러한 기업간 관계망의 지배회사가 종속회사의 노동자들에 대하여 단체교섭의 상대방이 될 수 있다.

그리고 단체교섭의 대상사항은 그것이 사용자에게 사실적인 처분권한도 없는 것을 요구하는 것처럼 내재적 한계를 벗어났을 때를 제외하고는 노사의 자율에 의해 결정되어야 할 부분이다. 계약관계나 법령의 근거가 존재하지 않더라도 사용사업주 내지 지배기업이 실질적으로 지배권을 보유하고 있는 부분은 모두 교섭사항이 될 수 있다.

단체교섭의 상대방과 대상사항을 검토할 때, 헌법상 단체교섭권의 보장 범위와 부당노동행위제도 적용의 범위를 구분하는 것이 필요하다. 헌법상 기본권인 단체교섭권의 행사로서 면책효과가 인정되는 범위는 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 위한 집단적 결정권을 보장의 관점에서 보아야 하고, 부당노동행위제도의 적용이 가능한 범위로 제한해서는 안 된다.

〈토론 1〉

토론문

김기선(한국노동연구원 연구위원)

I. 근로기준법과 노조법상 사용자는 동일한 개념인가?

1. 근로기준법상의 사용자

- 근로기준법상 사용자는 그 정의와 해석상 근로조건 이행주체로서의 사용자를 말하고, 근로조건 이행주체로서 사용자는 근로자와 계약관계에 있는 자를 의미함
 - 근로기준법상의 근로자는 “임금을 목적으로 근로를 제공하는 자”를 말하는데, 임금과 근로제공은 쌍무계약상 견련관계에 있음
 - 근로계약은 명시적으로 성립할 수도 있고, 묵시적으로 성립할 수도 있지만, 이는 근로를 제공하는 자와 근로제공을 받는 자 사이에 근로계약관계가 존재한다는 것을 전제로 하는 것임
 - 또한 노동관계법령에서는 임금 및 최저임금과 관련한 도급인의 연대책임, 파견근로자보호등에관한법률(이하 ‘파견법’이라 함)상의 사용사업주의 사용자로서의 책임, 산업안전보건에 대한 도급사업주의 책임 등을 규정함으로써, 직접적인 근로계약관계에 있지 않는 자에 대하여도 예외적으로 그 책임을 지도록 규정하고 있음
 - 이에 대한 반대해석상 개별적 노동관계에서의 사용자는 근로를 제공하는 자

와 근로계약관계 있는 자를 의미하는 것으로 해석됨

- 결국, 근로자 정의 규정의 문언적 해석, 근로관계에 있지 않은 자에 대한 책임을 예외적으로 인정하는 노동관계법의 구조, 근로기준법상 사용자의 정의가 다른 개별적 노동관계법에 준용되고 있다는 점 등에서 볼 때, 개별 노동관계법의 사용자는 개별 계약관계에 있는 자로 이해됨

2. 집단적 노동관계에서의 사용자

- 개별적 노동관계에서 있어서와 달리 집단적 노동관계에서의 사용자는 개별적 근로관계에 있는 사용자에 국한되지 않음
 - 이는 개별적 노동관계법과 집단적 노동관계법의 입법목적이 다르다는 점에서 비롯되는 것이라 할 수 있음
 - 개별적 노동관계법에서의 사용자가 계약관계에 있는 자로 하여금 국가가 법률로 정한 최소한도의 근로조건을 준수하도록 하기 위하여 규정된 것이라면, 집단적 노동관계법의 사용자는 헌법에 보장된 노동 3권을 최대한 보장하기 위해 이를 침해하는 행위에 대한 의무주체를 확정하기 위해 규정된 것이라 할 수 있음
 - 이에 따라 노동 3권을 침해할 가능성이 있는 주체는 집단적 노동관계의 사용자가 될 수 있고, 집단적 노동관계에서의 사용자는 개별적 계약관계에 있는 사용자에 국한되지 않음
 - 2010년 대법원 판결(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결)이 인정한 바와 같이, 노동조합의 조직 또는 운영과 관련해서는 소위 '실질적 지배력' 있는 자가 이에 지배·개입하는 경우에 부당노동행위의 사용자가 될 수 있다고 판시하여 이를 확인하고 있음

II. 노조법상 사용자는 통일적인 개념인가?

- 집단적 노동관계법상의 사용자 개념이 근로계약관계에 있는 자에 국한되지 않는다 하더라도, 집단적 노동관계법에서 규정하고 있는 사용자는 통일적으로 해석 또는 이해되어야 하는 개념인가, 아니면 각 규정의 목적과 취지에 따라 다르게 이해되어야 하는 개념인가가 문제됨
- 집단적 노동관계법상의 사용자 개념은 통일적으로 이해되어야 한다는 견해에 의하면 노동조합의 조직 및 운영에 있어 지배·개입의 사용자와 단체교섭상의 사용자는 동일하게 이해되게 됨
 - 이에 따르면, 지배·개입의 부당노동행위의 사용자와 관련한 현대중공업 판결은 단체교섭에 응해야 할 사용자의 범위를 확정함에 있어도 원용할 수 있는 중요한 기초가 될 수 있음
- 그러나 집단적 노동관계에서의 사용자 개념을 통일적으로 해석되지도, 그렇게 이해될 이유도 없다고 판단됨
 - 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 침해하는 행위는 다양하고도 각각 다를 수 있고, 이에 따라 노동3권을 침해하는 행위로부터 노동3권을 보장하는 방

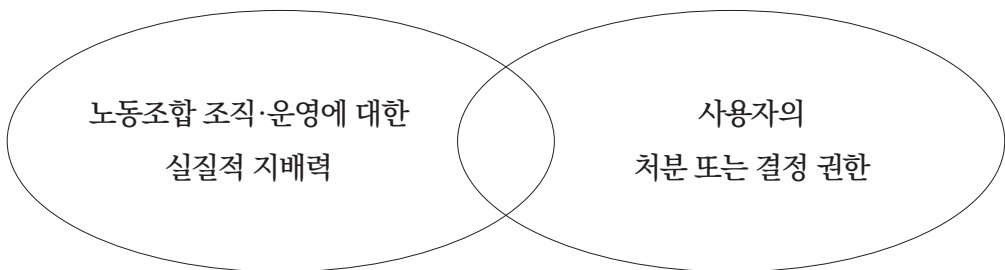
식도 다를 수밖에 없기 때문임

- 노조법은 제81조에서 노동3권의 침해하는 행위에 대해 규정하고 있는데, 이때 사용자 개념 또한 부당노동행위가 금지하고자 하는 취지에 따라 사용자 개념도 달리 해석되어야 함
- 이에 따라 지배·개입 부당노동행위의 사용자와 단체교섭 거부 부당노동행위의 사용자는 달리 이해되어야 함
- 단체교섭상의 사용자는 근로계약상의 사용자이어야 한다는 견해가 있을 수 있지만, 단체교섭상의 사용자는 근로계약관계에 있는 자에 국한되지 않음
- 단체교섭은 근로조건의 유지 및 개선에 그 본질이 있다는 점에서, 단체교섭의 상대방으로서의 사용자에 있어서는 노동조합의 요구사항에 대한 ‘처분권한 또는 결정권한’을 가지고 있는지가 결정적인 기준이 됨
- 노동조합의 요구사항에 대한 처분권한 또는 결정 권한은 계약관계 이외의 관계에서도 발생할 수 있음
- 파견법이 파견근로자와 근로계약관계에 있지 않은 사용사업주에게 사용자로서의 일정한 책임을 부담토록 하는 것은 해당 사항에 처분권한 또는 결정 권한을 실질적으로 사용사업주가 가지고 있기 때문임

노조법상의 사용자 개념

지배·개입 부당노동행위의 사용자

단체교섭 거부 부당노동행위의 사용자



III. 단체교섭상의 사용자 개념

1. 처분권한 또는 결정권한의 발생형태에 따른 단체교섭상의 사용자

- 단체교섭상의 사용자가 처분권한 또는 결정권한은 발생형태의 측면에서 보면 크게 다음과 같은 형태가 있을 수 있음
 - 단체교섭의 상대방으로서 단체교섭에 대한 의무를 부담하는 경우로는, ① 근로계약 등 노무제공계약의 체결에 의한 경우, ② 노무제공의 이행과 관련된 경우, ③ 사업에 대한 장소적 지배권에 의한 경우로 나누어 볼 수 있음

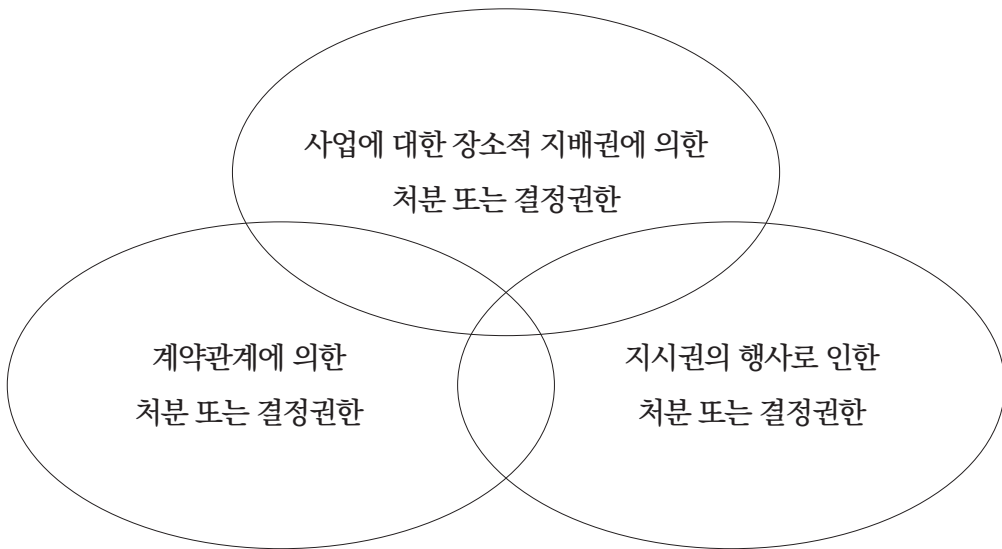
- 근로계약 등 노무제공계약의 체결 등 계약관계의 성립에 의해 단체교섭의 상대방으로서 단체교섭의무를 부담하는 경우가 있음
 - 법률에 의해 극히 예외적으로 관계가 성립되는 경우가 있으나, 이러한 경우를 제외하고 근로계약 등 노무제공계약의 체결에 의해 노무제공계약 양 당사자 간에는 노무제공의무와 이에 대한 반대급부로 보수지급의무가 발생함
 - 노무제공의무와 관련해서는 노무제공시간의 길이, 휴일, 휴무 등 노무제공의무의 내용 등이 문제됨
 - 한편, 노무제공자에 대해 보수지급의무와 관련해서는 보수의 지급시기, 지급

방법 등이 문제됨

- 근로계약 등 노무제공계약의 성립에 의해 노무제공의무의 성립과 관련된 채용 등은 계약당사자의 권리의무의 내용 중 하나가 됨
 - 또한 근로계약 등 노무제공계약의 성립에 의해 해지 또는 해고 등 그 종료에 대한 사항도 계약의 내용이 됨
- 또한 단체교섭상의 상대방으로서 단체교섭 의무를 부담하는 경우로는 노무 제공자에 대한 ‘지시권의 행사’ 또는 ‘사업으로의 편입’으로 인해 처분권한 또는 결정권한을 가지는 경우를 들 수 있음
- 이러한 경우에는 당사자 간에 계약관계가 존재할 것이 요구되지 않으며, 노무제공자가 지시권 하에서 노무를 제공하고 있다는 사실이 존재하는 것으로 족함
 - 근로시간의 배치, 휴게시간 등 실제 근로제공과 관련된 사항이 여기에 해당할 수 있음
 - 근로제공 중 발생한 손해에 대한 손해배상책임의 제한 등에 대한 사항도 근로제공 또는 지시권의 행사와 관련된 사항에 해당함
 - 또한 근로제공 중 지켜야 할 근무수칙 등에 대한 사항도 근로제공의 이행과 관련된 사항에 포함됨
- 또한 계약관계가 존재하지 않거나 노무제공자에 대해 지시권이 행사되지 않거나 노무제공자가 사업에 편입되지 않는 경우에도 단체교섭상의 사용자가 되는 경우가 존재할 수 있는데, 이러한 경우로는 사업에 대한 지배권으로 인해 처분권한 또는 결정권한이 발생하는 경우가 이에 해당함
- 사업 내에서 노무를 제공하는 자에 대한 안전보호의무는 노무제공자와 계약관계가 있을 것이나 이에 대해 지시권이 행사될 것을 요구하지 않음. 산업안전보건법이 제62조 이하에서 도급사업주에게 수급인 근로자에 대해 노무지시권을 가지지 않음에도 불구하고 안전보건조치를 비롯한 일련의 조치의무를 부과하는 이유는 도급사업주가 사업에 대한 지배권을 가지고 있다는 사실

- 에서 비롯되는 것임. 작업환경에 대한 개선도 이에 포함됨
- 또한 사업에 대한 지배권을 가지고 있다는 것에 의해사업 내에서 노무를 제공하는 자의 인격권 보호의무가 도출될 수 있음
 - 사업에 대한 지배권에 의해 사업 내에서의 노조활동에 대한 승인, 노조사무실 제공 등도 처분 또는 결정의 대상이 될 수 있음
 - 사업장 방문자를 포함하여 사업 내 체류하는 모든 자가 준수해야 할 수칙도 사업에 대한 지배권에서 비롯되는 것이라 할 수 있음

〈단체교섭상의 사용자 개념〉



2. 단체교섭의 대상사항에 따른 단체교섭의 상대방

- 단체교섭상의 사용자로서 노동조합의 중요 요구사항에 대해 단체교섭의 대상으로 이에 대한 교섭의무를 부담하는지는 그 발생형태에 따라 다음과 같이 판단해 볼 수 있음
 - 노무제공관계의 성립 및 종료는 계약관계를 전제로 하는 것으로 계약관계에 있는 자에 대해 단체교섭의 대상이 되는 것으로 판단됨
 - 임금 등 보수, 근로시간 등 노무제공시간, 휴가 등도 계약관계의 내용으로 정해지는 것으로 계약관계에 있는 자의 관계에서도 단체교섭의 대상이 된다고 판단됨
 - 근로시간의 배치, 휴게 등은 근로제공 또는 노무지시권의 행사와 관련된 것으로 계약관계가 전제되지 않더라도 실제 지시권을 행하는 자가 단체교섭의 상대방이 됨
 - 복지기금 등은 그 구체적인 내용에 따라 판단되어야 할 것이지만 대체로 계약상의 관계에서 지급되는 것으로 판단될 수 있음
 - 성과급이 특정 시점에 재직하는 자를 대상으로 지급되는 경우에는 이는 계약관계가 전제로 하는 것으로 계약관계에 있는 자와 관련된 것인 반면, 성과급이 근로제공의 성과 또는 결근 유무 등과 연동되어 있는 경우에는 지시권의 행사와 관련된 것이라 할 수 있음
 - 작업환경의 개선을 포함한 안전보건은 사업에 대한 장소적 지배권과 관련된 것으로 계약관계가 있거나 노무제공자에 대한 지시권의 행사 또는 노무제공자가 사업으로 편입될 것으로 요구하지 않음
 - 휴게실, 구내식당 등 이용은 사업에 대한 장소적 지배권의 하나로 이해될 수 있음
 - 노조활동에 대한 승인, 노조사무실 제공 또한 노무제공계약관계가 있거나 지시권을 보유하는 것과는 관련성을 가지고 있지 않음

	계약관계의 존재	지시권의 행사 (사업으로의 편입)	사업에 대한 장소적 지배권
채용 등 노무제공관계의 성립	○		
임금 등 보수	○		
복지기금	○		
성과급	○ (재직자 기준)	○ (성과기준)	
근로시간 등 노무제공시간	○		
휴가	○		
휴일	○		
근로시간의 배치		○	
휴게		○	
근로제공 수칙		○	
사업장 방문수칙			○
작업환경 개선 등 안전보건			○
휴게실, 구내시설의 이용			○
해고 등 노무제공관계의 종료	○		
사업장 내 조합활동, 노조 사무실 제공			○

〈토론 2〉

단체교섭의 상대방으로서의 사용자

여연심(변호사, 법무법인 지향)

단체교섭권 실현을 위한 사용자를 찾는 문제에 대한 연구위원님의 발제를 감사히 잘 들었습니다. 단체교섭권의 기본적이고 보편적인 권리성으로부터 출발하여, 변화하는 현실에서 실질적인 단체교섭권의 실현을 위해 어떻게 접근해야 하는지에 관해 고민할 수 있는 기회가 되었습니다. 토론문에서는 현재의 규정과 판례에 대한 짧은 생각과 함께, 연구위원님의 생각을 현재 진행중인 사건에서 어떻게 구현하여 구체적으로 접근해야 할지에 관한 실무가로서의 고민을 말씀드리고자 합니다.

1. 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’)의 관련 규정과 단체교섭 관련 판례

(1) 노동조합법의 관련 규정

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

2. “사용자”라 함은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다.

제29조(교섭 및 체결권한) ①노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을

위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다.

제30조(교섭등의 원칙) ① 노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 신의에 따라 성실히 교섭하고 단체협약을 체결하여야 하며 그 권한을 남용하여서는 아니 된다.

② 노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 정당한 이유없이 교섭 또는 단체협약의 체결을 거부하거나 해태하여서는 아니된다.

③ 국가 및 지방자치단체는 기업·산업·지역별 교섭 등 다양한 교섭방식을 노동관계 당사자가 자율적으로 선택할 수 있도록 지원하고 이에 따른 단체교섭이 활성화될 수 있도록 노력하여야 한다.

제81조 (부당노동행위) ① 사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위(이하 “不當勞動行爲”라 한다)를 할 수 없다.

1. 근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위

2. 근로자가 어느 노동조합에 가입하지 아니할 것 또는 탈퇴할 것을 고용조건으로 하거나 특정한 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 행위. 다만, 노동조합이 당해 사업장에 종사하는 근로자의 3분의 2 이상을 대표하고 있을 때에는 근로자가 그 노동조합의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 단체협약의 체결은 예외로 하며, 이 경우 사용자는 근로자가 그 노동조합에서 제명된 것 또는 그 노동조합을 탈퇴하여 새로 노동조합을 조직하거나 다른 노동조합에 가입한 것을 이유로 근로자에게 신분상 불이익한 행위를 할 수 없다.

3. 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약 체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위

4. 근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위와 근로시간 면제한도를 초과하여 급여를 지급하거나 노동조합의 운영비를 원조하는 행위. 다만, 근로자가 근로시간 중에 제24조제2항에 따른 활동을

하는 것을 사용자가 허용함은 무방하며, 또한 근로자의 후생자금 또는 경제상의 불행 그 밖에 재해의 방지와 구제 등을 위한 기금의 기부와 최소한의 규모의 노동조합사무소의 제공 및 그 밖에 이에 준하여 노동조합의 자주적인 운영 또는 활동을 침해할 위험이 없는 범위에서의 운영비 원조행위는 예외로 한다.

5. 근로자가 정당한 단체행위에 참가한 것을 이유로 하거나 또는 노동위원회에 대하여 사용자가 이 조의 규정에 위반한 것을 신고하거나 그에 관한 증언을 하거나 기타 행정관청에 증거를 제출한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위

☞ 노조법상 사용자가 누구인지에 대한 정의규정은 없음. 사업 내부에서 누가 사용자인가에 대한 정의일 뿐, 노동조합에 대한 대외적 관계에서 누가 사용자인지를 정의하거나 확정하는 의미의 규정은 아니라고 볼 수 있음

(2) 판례 : 단체교섭의 상대방으로서의 사용자에 대한 판결

대법원 1986. 12. 23. 선고 85누856 판결

노동조합법 제33조 제1항에 의하면 노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 단체협약의 체결 기타의 사항에 관하여 교섭할 권한이 있다고 규정되어 있는 바, 여기에서 사용자라 함은 근로자와의 사이에 사용종속 내지 노동종속관계가 있는 자 즉, 근로자는 사용자의 지휘·감독아래 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 그 대가로서 근로자에게 임금을 지급하는 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 노동계약관계가 있는 자를 말하는 것이고, 또한 사용자단체라 함은 노동관계에 관하여 그 구성원인 사용자를 조정 또는 규제할 수 있는 통제력을 가진 단체를 지칭한다 할 것이다.

원심이 적법히 확정된 사실에 의하면 군산시와 옥구군내의 원예업자들로 구성된 원고조합은 조합원들이 재배한 청과물의 공동판매를 위하여 판시 위판장을 설치·운영하고 있고 한편 동 위판장에서의 청과물의 상하차, 운반 등 노무 작업은 소외 군산항운노동조합(이하 “소외 노동조합”이라 한다) 소속 근로자들이 수행하고 있는데 소외 노동조합은 위의 위판장내에 연락사무소를 설치해 두고 필요한 노무원을 그 조합소속 근로자 중에서 임의로 선발하여 파견할 뿐만 아니라 이와 같이 소외 노동조합에서 선발 파견된 노무원들은 같은 노동조합원인 연락소장의 지휘·감독아래 판시 위판장으로 반입되거나 위판장 밖으로 반출되는 청과물을 그 각 하주들의 요청에 따라 상하차, 선별, 진열 또는 운반해 주고 각 작업시마다 작업을 의뢰한 하주들로부터 직접 노임을 지급받고 있으며 원고조합으로서서는 단지 위판장내에서 행하여지는 노무원들의 작업내용과 작업량에 따른 노임액을 균등화하여 노임에 관한 질서를 유지할 목적으로 위 연락소장과 노임에 관하여 협의를 할 뿐 그 이외의 노무원의 파견여부나 파견되어 오는 노무원의 수, 특성 등 개인적 조건은 물론 그들의 작업일시, 작업방법, 작업조건 등에 관하여도 일체 관여하지 않고 있다는 것이고 나아가 원고조합은 조합원들의 권익향상과 소득증대 등 공동이익을 도모하기 위한 사업수행을 그 목적으로 하고 있음에 그치고 조합원들의 노동관계에 관여하거나 노동관계에 관하여 조합원들을 조정 또는 규제할 수 있는 권한은 가지고 있지 않다는 것이니 사실이 이와 같다면 원고조합과 소외 노동조합 또는 그 소속 노무원들과의 간에 사용종속 내지 노동종속관계가 있다고 할 수 없고 또한 원고조합을 그 조합원들에 대하여 노동관계에 관한 통제력을 행사할 수 있는 단체라고도 볼 수 없으므로 원심이 같은 취지에서 원고조합을 노동조합법 제33조 제1항 소정의 노동조합과 단체협약을 체결할 상대방이 될 사용자 또는 사용자단체에 해당되지 아니한다고 판단한 조처는 정당하고 거기에 소론과 같은 채증법칙위배 내지 판단유탈의 위법이 있다거나 노동조합법의 법리오해 및 이유불비의 위법이 있다고 할 수 없다.

☞ 군산향운노동조합의 조합원과 지휘·감독관계가 없는 지역의 원예협동조합은 단체협약을 체결할 당사자인 사용자 또는 사용자단체라 할 수 없다고 본 사례. 원예업자의 사용자성에 대해서는 판단하지 아니하였음.

대법원 1995. 12. 22. 선고 95누3565 판결

1. 노동조합법 제33조 제1항 본문은 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 단체협약의 체결 기타의 사항에 관하여 교섭할 권한이 있다고 규정하고 있고, 같은 법 제39조 제3호는 사용자가 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하는 행위를 부당노동행위의 하나로 규정함으로써 사용자를 노동조합에 대응하는 교섭당사자로 규정하고 있는바 위 법 규정 소정의 사용자라 함은 근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자, 즉 근로자와의 사이에 그를 지휘·감독하면서 그로부터 근로를 제공받고 그 대가로서 임금을 지급하는 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자를 말한다 할 것이다(당원 1986. 12. 23. 선고 85누856 판결 등 참조).

2. 원심이 적법히 인정한 사실과 기록에 의하면, 피고 보조참가인인 전국향운노동조합연맹 전남남부향운노동조합(원래는 전국향운노동조합연맹 여수향운노동조합이었으나 위와 같이 그 명칭이 변경되었다(기록 385면의 노동조합설립신고사항변경신고증, 기록 601면의 등기부등본 각 참조). 이하 참가인 조합이라고 한다)은 소외 전국향운노동조합연맹(이하 소외 연맹이라 한다) 산하 지역단위노동조합으로서(위 변경신고증 및 갑 제6호증, 을 제4호증의 각 단체협약서 기재 참조), 여수·여천(광양향남포부두)지역의 향만·철도·육상·농수산물의 하역업(荷役業), 운수업, 보관업 및 이와 관련된 부대업 또는 기타 사업에 종사하는 근로자를 조합원으로 하여 구성된 노동조합인데(노동조합규약(기록 386면 이하) 참조) 직업안정및고용촉진에관한법률(1994. 1. 7. 법률 제4733호 직업안정법으로 전문 개정되

기 전의 것) 제17조 제1항에 의하여 1991. 3. 1.부터 1994. 2. 28.까지 근로자 공급사업허가를 받아(을 제6호증 참조: 기록 393면에 첨부된 근로자공급사업허가증에 의하면 위 허가기간은 다시 1994. 3. 1.부터 1997. 2. 28.까지로 갱신되었다) 일반항만하역사업면허를 취득하여 일반항만하역업을 영위하는 사업체 등과 용역계약 등의 명칭으로 노무공급계약을 체결하고 그 사업체가 지정하는 사업장(그 사업체의 당해 사업장이나 그 사업체가 다시 작업계약·하역운송계약 등을 체결한 다른 특정 사업장)에 소속 조합원들을 노무원으로 파견하여 운송물의 하역작업(荷役作業) 등을 하도록 한 사실(갑 제9호증의 1 내지 6, 갑 제10호증, 갑 제11호증의 3의 각 기재 및 원심증인 소외 1, 소외 2, 소외 3의 각 증언 등 참조), 한편 기초화학제품 및 비료의 원료가 되는 인광석, 고체유황, 염화카리 등을 수입하여 비료 등의 제품을 생산한 다음 이를 일부 국내 농가에 공급하고 나머지를 외국에 수출하는 것을 주된 업무로 하고 있는 원고는 항만시설을 이용하여 수입하는 원료를 하역(荷役)하고 생산된 제품을 선적(船積)하며(이하 하역 선적작업이라 한다), 아울러 생산된 제품을 원고 회사의 창고 내에서 상하차하거나 적치하고(이하 창고 내 작업이라 한다) 위와 같은 작업과 관련하여 낙하산물 등을 수거하고 선박내부를 청소하는 작업(이하 부수작업이라 한다) 등을 수행하기 위하여 1976. 12.경 항만운송사업법 제4조 제3항에 따른 한정하역업면허를 취득하였는데 위 하역선적작업은 하역기(UNLOADER)와 선적기(LOADER)를 설치하여 수행하고, 위 창고 내 작업은 1976년경 일반하역업면허를 갖고 있는 소외 대한통운 주식회사(이하 대한통운이라 한다)와 도급계약을 체결하여 대한통운이 참가인 조합으로부터 그 소속 조합원들을 노무원으로 공급받아 이를 수행하다가 1989. 3. 9.경 소외 여천항운노동조합이 참가인 조합으로부터 분리 독립한 이후부터는 대한통운이 여천항운노동조합으로부터 그 소속 조합원들을 노무원으로 공급받아 이를 수행하여 왔으며, 위 부수작업도 1976. 12.경 대한통운과 도급계약을 체결하여 대한통운이 참가인 조합으로부터 그 소속 조합원들을 노무원으로 공급받아 이를 수행하여 오다가 1977. 11.경 참가인 조합이 대한통운에 대하여 소속 조합

원들을 노무원으로 공급하는 것을 중단하게 되어 대한통운이 위 작업의 수행이 불가능함을 통보하자 원고는 1978. 1.경부터 원고 회사의 제품포장 협력업체인 소외 대륙기업 주식회사 소속 근로자 일부를 차출하여 위 작업을 수행하여 오다가 1994. 2. 1.부터는 위 작업을 수행하던 위 대륙기업소속 근로자를 원고 회사의 직원으로 채용하여 위 부수작업을 수행하였던 사실이 인정된다.

사실관계가 위와 같다면 원고는 참가인 조합 소속 조합원들과의 사이에 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있다고 할 수 없고 달리 원고와 위 조합원들 사이에 사용종속관계가 존재한다고 볼 아무런 자료가 없는 터이므로 원고는 참가인 조합 소속 조합원들에 대하여 노동조합법 제33조 제1항, 제39조¹⁾ 소정의 사용자의 지위에 있지 않다 할 것이다(위 당원 85누856 판결, 1993. 11. 23. 선고 92누13011 판결 등 참조).

비록 피고측 주장과 같이 원고가 항만운송사업법에 의한 항만하역업면허를 받은 사업자를 회원으로 하여 1978. 7. 1. 설립된 단체인 소외 사단법인 한국항만운송협회(이하 소외 협회라고 한다)에 1984. 3. 12. 가입하여 그 회원이 되었고, 소외 협회의 정관에 의하면 협회의 사업의 하나로 “노사간의 단체교섭과 임금 및 후생에 관한 협약의 체결”을 규정하고 있으며, 소외 협회가 1981년부터 소외 연맹과 단체협약을 체결하여 왔고 소외 협회와 소외 연맹 사이에 체결된 1993년도 단체협약(갑 제6호증 참조) 제4조 제1항에서 “상용 및 일용노동자의 고용권은 소외 협회의 회원사가 보유한다. 다만 소외 연맹이 공급하는 근로자에 대하여는 그러하지 아니하다.”고 규정하고, 같은 조 제2항에서 “소외 연맹의 작업권에 속하는 업무에 있어서는 소외 연맹의 조합원 외에는 취업기회를 주지 아니한다.”고 규정하고 있다 하더라도 위 단체협약의 규정이 소외 협회 소속 회원사의 하역작업(荷役作業) 전반에 관한 노동력은 위 조합원만을 활용하여

1) 부당노동행위 규정임

야 하고 회원사가 그 자체 인력 내지 노동력을 통하여 하역사업을 수행하는 것을 금지하는 취지의 것으로 볼 수 없고, 오히려 회원사가 그 자체 인력 내지 노동력만으로 하역사업의 수행이 어렵거나 곤란한 사정이 있어 그 사업수행을 위하여 자체 인력이 아닌 외부 인력 내지 노동력을 활용할 필요가 있을 경우 소외 연맹 산하 단위노동조합에 소속된 조합원을 공급받기로 하는 내용의 노무공급계약을 체결함으로써 소외 연맹이나 산하 단위노동조합이 구체적으로 작업권을 갖게 되어 이에 따라 회원사의 사업장에 공급하는 근로자의 채용, 선정, 교체 등의 권한을 근로자를 공급받는 회원사가 아닌 소외 연맹이나 산하 단위노동조합이 갖는다는 취지의 것이고, 아울러 이와 같이 소외 연맹이나 산하 단위노동조합이 구체적인 작업권을 갖게된 업무에 있어서는 회원사는 소외 연맹의 조합원 외에 다른 근로자를 활용하여 그 작업을 수행함으로써 위 조합원들의 취업기회를 방해하여서는 아니된다는 취지의 규정에 불과하다 할 것이므로 소외 연맹이나 산하 단위노동조합이 위 규정을 근거로 위와 같은 구체적인 노무공급계약을 체결함이 없이 소외 협회의 회원사에 대하여 그 소속 조합원을 하역작업에 공급할 수 있는 권리를 주장할 수 있다거나 소외 연맹 산하 단위노동조합의 조합원과 소외 협회의 회원사와의 사이에 사용종속적인 근로계약관계가 성립된다고 할 수는 없다.

그 밖에 소론 주장의 사유나 소론이 내세우는 단체협약의 규정들만으로 원고와 참가인 조합의 조합원들과의 사이에 사용종속적인 근로계약관계가 성립되었다고 할 수 없다.

그렇다면, 원고는 참가인 조합 소속 조합원들에 대하여 노동조합법 제33조 제1항, 제39조 소정의 사용자의 지위에 있지 않다 할 것이고, 또한 위 단체협약의 규정들에 근거하여 원고가 참가인 조합에 대하여 단체교섭의무를 부담한다고 할 수도 없으므로 참가인 조합이 원고에게 하역작업과 관련하여 단체교섭을 요구함에 대하여 원고가 이를 거부하였다 하더라도 이는 부당노동행위에 해당하지 아니한다 할 것이므로 같은 취지의 원심판단은 옳고 거기에 논지가 주장하는 바와 같은 위법이 있다고 할 수 없다.

☞ 사단법인 향만운송협회의 회원사가 전국향운노동조합연맹 산하 단위노동조합에 대하여 단체교섭의무를 부담하는 사용자에게 해당하지 않는다고 한 사례임. 원고가 근로자를 공급받은 사실관계만 나열되어 있고, 참가인 조합 소속 조합원들 사이의 관계에 관한 별다른 판단이 없음. 또한 참가인 조합은 연맹과 협회의 단체협약(독점적 근로자 공급)을 근거로 사용종속관계가 있다고 주장했던 것으로 보임.

☞ 위 판결이 인용한 대법원 92누13011 판결은 그 원문을 찾기 어려움. 다만 여러 자료에 따르면 창고사업주가 향만노조(조합원)에 대한 사용자인지 여부가 문제된 사건으로, 원심은 창고사업주가 사용종속관계 없는 부산향운노조에 대해 단체협약체결의 무가 있는 사용자에게 해당하지 않는다는 이유로, 협약체결을 거부한 행위가 부당노동행위에 해당하지 않는다고 판단하였고 대법원은 이를 수긍한 판결이라고 함.

대법원 1997. 9. 5. 선고 97누3644 판결

1. 구 노동조합법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지되기 전의 것, 이하 같다) 제33조 제1항 본문은 “노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 단체협약의 체결 기타의 사항에 관하여 교섭할 권한이 있다.”고 규정하고 있고, 같은 법 제39조 제3호는 사용자가 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하는 행위를 부당노동행위의 하나로 규정함으로써 사용자를 노동조합에 대응하는 교섭당사자로 규정하고 있는바, 여기서 사용자라 함은 근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자를 말한다고 할 것이다(대법원 1993. 11. 23. 선고 92누13011 판결 참조).

2. 원심판결 이유에 의하면, 원심은, 피고 보조참가인은 향만, 철도, 수산물의 하역업, 운송업, 보관업 및 이와 관련된 부대업 또는 기타 사업체에서 단순 육체노동에 종사하는 근로자들을 조합원으로 하여 1980. 12. 1. 설립된 노동조합으로서 전국향운노동조합연맹 산하의 지역 노조이고, 원고들은 부산지역

에서 수산물을 냉동·냉장 보관하는 창고업자들인 사실, 피고 보조참가인은 당국으로부터 근로자 공급사업의 허가를 받아 원고들과의 사이에 원고들의 창고에 입·출고되는 수산물의 상하차, 선별작업을 독점적으로 수행하는 용역계약을 체결하고 이에 따라 피고 보조참가인 소속 조합원들을 원고들에게 파견하여 그 작업을 수행해 오고 있는 사실, 조합원들에 대한 임용, 해임, 징계 등의 인사권은 피고 보조참가인이 전적으로 행사하고, 피고 보조참가인이 일방적으로 원고들의 창고에 파견되는 조합원들의 인원수, 구성원을 결정하며, 파견된 조합원들은 피고 보조참가인에 의하여 임명된 같은 조합원인 작업반장의 지시에 따라 상하차, 선별작업 등을 수행하되, 경우에 따라서는 작업반장의 지시에 따라 작업물량이 많은 다른 작업장에 일시 파견되어 작업을 하기도 하고, 상하차 작업 과정에서의 화물 파손 등에 따른 책임은 피고 보조참가인이 부담하는 사실, 작업노임은 각 작업장에 파견되어 서기직을 맡고 있는 조합원이 작업인원과 작업량을 매일 파악하여 소외 부산수산센터 중매인협회와 피고 보조참가인 사이에 체결한 노임협약이 정한 요율에 따라 화주로부터 수령하여 적립하였다가 정해진 임금지급기일에 각 조합원들의 작업량에 따라 분배, 지급하는 사실 등을 인정한 다음, 이를 기초로 하여 그 판시와 같이 원고들이 피고 보조참가인 소속 조합원들에 대하여 작업수행과정상 구체적·개별적인 지휘·감독을 하였다고 할 수 없다는 등의 이유로 원고들은 구 노동조합법 제33조 제1항, 제39조의 규정에 따라 피고 보조참가인과 단체협약을 체결할 의무가 있는 사용자의 지위에 있지 않다고 판단하였다.

3. 기록에 의하여 살펴보면, 원심의 사실인정 및 판단은 옳고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 사실오인 또는 사용종속관계에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

☞ 냉동·냉장창고 회사가 전국항운노동조합연맹 산하 단위노동조합에 대하여 단체교섭의무를 부담하는 사용자에게 해당하지 않는다고 한 사례. 판결에서 나열한 원심 판

단 부분은 모두, 피고 보조참가인인 항운노조가 사용자라는 취지로 보임.

대법원 2008. 9. 11. 2006다40935 판결

‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제2조 제2호는 “사용자라 함은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다”고 규정하면서, 같은 법 제29조 제1항에서는 “노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다”고 규정하고, 같은 법 제81조 제3호에서는 사용자가 노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하는 행위를 부당노동행위의 하나로 규정함으로써 사용자를 노동조합에 대응하는 단체교섭의 당사자로 규정하고 있는바, 위와 같은 법조항에 규정한 ‘사용자’라 함은 근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자, 즉 근로자와의 사이에 그를 지휘·감독하면서 그로부터 근로를 제공받고 그 대가로서 임금을 지급하는 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자를 말한다 할 것인데(대법원 1995. 12. 22. 선고 95누3565 판결, 대법원 1997. 9. 5. 선고 97누3644 판결 등 참조), 국가의 행정관청이 사법상 근로계약을 체결한 경우 그 근로계약관계의 권리·의무는 행정주체인 국가에 귀속되므로, 국가는 그러한 근로계약관계에 있어서 같은 법 제2조 제2호에 정한 사업주로서 단체교섭의 당사자의 지위에 있는 사용자에 해당한다 할 것이다. , 국가의 행정관청이 사법상 근로계약을 체결한 경우 그 근로계약관계의 권리·의무는 행정주체인 국가에 귀속되므로, 국가는 그러한 근로계약관계에 있어서 같은 법 제2조 제2호에 정한 사업주로서 단체교섭의 당사자의 지위에 있는 사용자에 해당한다 할 것이다.

원심은, 원고는 전국 155개 노동부 고용안정센터에서 취업알선, 실업급여 지급 등의 업무를 담당하는 공무원이 아닌 직업상담원을 조합원으로 한 노동조

합인 사실, 노동부장관의 하위 행정관청인 각 지방노동청장이 위 각 직업상담원들과 사법상 근로계약을 체결하여 그들을 지휘·감독하고 있는 사실을 인정한 다음, 각 지방노동청장이 ‘노동조합 및 노동관계조정법’상의 사업주라고 판단하여, 피고가 단체교섭의 상대방인 사용자 지위에 있다는 원고의 주장을 배척하였다.

그러나 위 법리에 비추어 원심이 인정한 사실관계를 살펴보면 각 지방노동청장이 그 이름으로 직업상담원들과 사법상 근로계약을 체결하였다고 하더라도, 이는 각 지방노동청장이 행정주체인 국가 산하의 행정관청으로서 근로계약체결사무를 처리한 것에 지나지 아니하므로, 사법상 근로계약관계의 권리·의무는 행정주체인 국가에 귀속된다 할 것이고, 이에 따라 피고가 ‘노동조합 및 노동관계조정법’ 제2조 제2호 소정의 사업주인 사용자로서 원고에 대응하는 단체교섭의 상대방 당사자의 지위에 있다고 보아야 할 것이다.

☞ 노동부 고용안정센터에서 근무하는 상담원들로 구성된 노동조합이 대한민국을 상대로 “피고는 원고의 단체교섭 상대방의 지위에 있음을 확인한다.”는 청구를 한 사건임. 원심은 각 지방노동청장이 사용자라는 취지로 원고의 청구를 배척하였으나, 대법원이 이를 파기한 사건임.

(3) 단체교섭의 상대방으로서의 사용자에 대한 판례에 대한 정리와 의문

우리 대법원이 단체교섭의 당사자가 되는 노동조합법의 사용자 개념을 근로자에 한정하는 것을 보인다고 평가하는 견해는 대체로 위에서 본 판례들을 인용하고 있습니다. 그런데 위 판례들을 그와 같은 일반론으로 이해할 수 있는지는 다소 의문이 있습니다. 대법원 2006다40935 판결을 제외한 나머지 사건은 모두 향운노동조합과 관련된 사건으로, 향운노동조합이 수행하는 근로자공급사업의 특수성에 따른 판단으로 해석할 여지가 있습니다. 대법원 2006다40935 판결은 근로계약관계의 상대방인

대한민국이 단체교섭에 응해야 한다는 당연한 판단이고, 제3자(도급인이나 원청)가 개입된 사안이 아니므로 그다지 고려할 필요는 없다고 생각합니다.

* [의문] 판례의 논리를 향운노조의 특수성에 따른 것이라고 보고, ‘개별적 근로관계의 직접 사용자인 향운노조가 하역업자나 창고업자 등 근로자공급을 받는 자에게 교섭을 요구하는 경우, 근로자공급을 받는 자는 교섭에 응할 의무가 없다’는 취지로 한정하여 이해하는 것은 불가능한 것일지? (만약 이렇게 이해한다면, 향운노조 사건을 제외한 다른 사건에서 판례변경 절차 없이 ‘단체교섭 상대방으로서의 사용자’에 대한 결론을 이끌어낼 여지도 있는 것이 아닌지?)

우리 대법원은 개별적 근로관계에서 향운노동조합이 개별 조합원의 사용자라는 취지의 판단을 다수 해 왔습니다(예를 들어 대법원 1996. 3. 8. 선고 94누15639 판결 등). 이런 논리에 입각해서 보면, 향운노조는 개별 노동자에 대해 근로자공급사업을 하는 사용자가 되는데, 사용자가 자신의 소속 근로자를 위한 노동조합으로 교섭요구를 할 수 있는지 의문이 있습니다.

2. 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결

……부당노동행위의 예방·제거는 노동위원회의 구제명령을 통해서 이루어지는 것이므로, 구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 한 그 한도 내에서는 부당노동행위의 주체로서 구제명령의 대상자인 사용자에 해당한다고 볼 수 있을 것이다. ☞ **일반론**

나아가 법 제81조 제4호는 ‘근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’ 등을 부당노동행위로 규정하고 있고, 이는 단결권을 침해하는 행위를 부당노동행위로서 배제·시정하여 정상적인 노사관계를 회복하는 것을 목적으로 하고 있으므로, 그 지배·개입 주체로서의 사용자인지 여부도 당해 구제신청의 내용, 그 사용자가 근로관계에 관여하고 있는 구체적 형태, 근로관계에 미치는 실질적인 영향력 내지 지배력의 유무 및 행사의 정도 등을 종합하여 결정하여야 할 것이다. 따라서 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자가, 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 법 제81조 제4호 소정의 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에 해당한다. ☞ **제81조 제4호의 법리**

위 판결에 대해 연구위원님이 발제문에서 짚은 한계가 분명히 존재합니다. 하지만

직접적인 근로관계가 없는 사안이고, 파견근로관계 성립 여부도 불분명한 사안에서 원청이 부당노동행위의 주체로서 사용자일 수 있다고 본 위 판례 법리는 앞서 본 향운노조 판결들에서 한발 더 나아간 판결이라고 평가할 수 있다고 생각합니다(앞서 본 향운노조 판결들은 일반론에서는 마치 사용종속관계가 없으면 부당노동행위 규정 전체가 배제되는 것처럼 판시하고 있음).

다만 위 판례는 일견 지배·개입 부당노동행위에 한정된 판례인 것처럼 보이는 측면도 분명히 있습니다. 만약 단체교섭 거부나 해태를 포함한 부당노동행위 전체에 대한 일반 법리라면 기존의 판례(앞서 본 향운노조 관련 판례들)를 변경했을 것인데, 판례 변경 절차를 거치지 않은 점에 비추어 보면 이 판례는 지배·개입에 한정된 판례에 해당한다고 볼 여지가 있는 것입니다.²⁾

2) 최근 선고된 삼성전자서비스 사건의 대법원 판결(2020도11559)은 삼성전자서비스의 사용자 지위와 관련하여, 노동조합법 제81조 제4호에 한정하여 판시하였음.

3. 단체교섭의 상대방으로서의 사용자 개념 확장 또는 확정을 위해 해명되어야 할 문제 : 부산고법 2018. 11. 14. 2018나53149 판결 사안³⁾

(1) 사안의 소개

위 사건은 **중공업의 사내 하청업체 소속 근로자들로 조직된 노동조합이 **중공업을 상대로 아래 각 사항에 대해 단체교섭을 청구한 사건입니다.

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. 조합활동 보장에 대한 사항 2. 조합원의 산업안전 및 재해보상에 관한 사항 3. 고용보장에 관한 사항 4. 단체교섭에 관한 사항 5. 노사협의회에 관한 사항 6. 노동쟁의에 관한 사항 7. 하청업체 폐업 시 고용보장, 근속 등 근로조건 승계에 관한 사항 8. 기타 단체협약의 효력 등에 관한 사항. 끝. |
|---|

3) 대법원 2018다296229호로 계속증임

제1심과 제2심은 모두 원고 노동조합의 청구를 기각하였습니다. 그 근거를 간략히 요약하면 다음과 같습니다.

① 노동3권에 대한 침해행위로서의 지배·개입은 반드시 명시적·묵시적 근로계약관계에 있는 사용자에게 의해서만 발생하는 것이 아니다. 사용자 개념을 실질적 지배력을 행사하는 주체로 확대할 필요가 있다.

② 반면 단체교섭제도는 단체협약을 통해 근로계약의 내용을 집단적으로 형성·변경할 수 있는 기능과 가능성을 본질로 한다. 따라서 개별 근로계약관계의 존재 여부와 밀접한 관련성을 가질 수밖에 없다.

③ 노조법은 노동3권의 보장과 실현을 위해 단체교섭제도와 부당노동행위제도를 이중적으로 규율하고 있다. '사용자'의 개념을 도출함에 있어서도 위 각 제도가 각기 다른 목적과 기능을 가진다는 점을 충분히 고려해야 한다.

④ 결국 부당노동행위 주체로서의 '사용자'와 단체교섭 당사자로서의 '사용자'를 동일한 개념으로 해석하기는 어렵다.

⑤ 단체교섭 당사자로서의 '사용자' 지위에 있는지 여부는, 소속 근로자들과 피고 사이에 적어도 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가할 수 있을 정도로 사용종속관계가 있는지 여부에 따라 결정된다.

⑥ 이 사건의 경우 사내 하청업체가 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하는지 등을 살펴보면, 묵시적 근로계약관계가 성립되었다고 평가할 수 없다.

(2) 위 판결의 문제점 및 해명되어야 할 문제(*의문)

가. 근기법상 근로자와 구분되는 노동조합법상 근로자의 존재를 인정한 일련의 판결(특히 학습지 교사에 관한 판결, 근기법상 근로자성은 부인하였으나 노조법상 근로자성 긍정)과 위 판결의 법리는 배치되어 보이는 면이 있습니다. 학습지 교사로 구성된 노동조합이 학습지 회사에 단체교섭을 요구할 때, 학습지 회사가 묵시적 근로관계가 없다는 이유로 이를 거부할 수 있다고 보기는 어려울 것입니다.

그렇다면 학습지 교사와 같은 이른바 특수고용근로자 노조의 교섭 상대방으로서의 사용자와, 사내하청근로자 노조의 교섭 상대방으로서의 사용자의 법적 의미를 구분하여 다르게 파악해야 한다는 논리가 가능한 것인지? 만약 이를 구분해야 한다면 그 이유는 사내하청근로자 노조에게 단체교섭에 나서야 하는 복수의 사용자를 인정할 수 없기 때문인지?

나. 위 판결은 단체교섭제도는 근로계약의 내용을 집단적으로 형성·변경할 수 있는 기능과 가능성을 본질로 한다는 점을 핵심 근거로 들었습니다. 그러나 이 사건에서 노동조합이 교섭을 요구한 목록 중에는 근로계약의 내용의 형성이나 변경에 관한 내용은 없습니다. 다만, 원청의 단체교섭의무를 긍정할 때에도 교섭 요구가 가능한 부분과 불가능한 부분(내재적 한계)은 존재할 수밖에 없을 것입니다. 교섭 요구가 가능한 사항의 범위를 설정하는 문제도 중요한 과제라고 봅니다. 특히 교섭요구가 거부되어 재판을 구하는 경우에는, 노동조합이 무엇에 대한 교섭을 요구하는지 여부도 청구의 당부를 판단하는 중요한 요소가 될 것입니다.

다. 노조법 제81조는 ‘사용자’로 하여금 각 호의 (부당노동)행위를 하지 못하도록 하는 방식을 취하고 있습니다. 규정의 체계로만 보면 제81조 각호에 해당하는 사용자의 범위를 각 호별로 달리 파악할 수 있을지 의문입니다. 제81조의 ‘사용자’를 각 호별로 다르지 않은 단일 개념으로 보고, 2010년 현대중공업 판결을 그대로 적용해야 할 문제라고 볼 수는 없을지? 그렇게 본다면 “근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자”는 당연히 그 기본적인 노동조건 등에 대해 교섭의무를 부담한다고 볼 수 있을 것입니다(이와 반대로 본다면, 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있으면서 교섭의무는 부담하지 않는 자가 존재한다는 결론에 이르는데, 헌법과 노동조합법의 전체 취지상 허용될 수 없다고 생각합니다). 물론 단체교섭의 대상이 오로지 ‘기본적인 노동조건 등’에 한정된다고 보는 것은 아닙니다.

라. 원청의 단체교섭의무를 인정한다고 가정할 때에, 창구단일화 조항이나 쟁의행위에 관한 제반 법률규정이 어떻게 적용되는 것인지, 별 문제가 없는지에 대해서도 설명이 필요하고 생각합니다. 관련하여 사내하청업체의 단체교섭 요구나 쟁의행위 인

한 손해배상 사건 중에서 이 쟁점과 직접 연관이 있는 사건이 있는지도 점검해 볼 필요가 있다고 생각합니다.

민주노총 법률원 부설 노동자권리연구소
개소기념 국제토론회

노동법을 모든 노동자에게

The Future of
Workers' Rights
Advocacy

