creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학박사 학위논문

사내하청에 대한 노동법적 규율

- 단체교섭권의 실현을 중심으로 -

2023년 8월

서울대학교 대학원

법 학 과

김 민 기

사내하청에 대한 노동법적 규율

- 단체교섭권의 실현을 중심으로 -

지도교수 이 철 수

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함

2023년 5월

서울대학교 대학원

법 학 과

김 민 기

김민기의 박사 학위논문을 인준함

2023년 7월

위 원 장 최 석 환 (인)

부위원장 조 용 만 (인)

위 원 박 귀 천 (인)

위 원 노 호 창 (인)

위 원 이 철 수 (인)

국문초록

사내하청에 대한 노동법적 규율
- 단체교섭권의 실현을 중심으로 -

서울대학교 대학원 법학과
김민기

우리나라에서 사내하청은 이미 1970년대에 조선, 철강 등 금속산업 부문에 도입되었고, 1980년대에 정부의 하청계열화 정책이 강력하게 추진되면서 자동차, 기계 등 제조업 전반으로 확산되었으며, 1997년 경제위기를 거치면서 체계화, 구조화되어 현재는 제조업은 물론 유통, 통신, 서비스업 등 전 사업 영역에서 2차 주변부 노동시장을 형성하고 있다.

원청이 사내하청을 활용하는 주된 원인으로는 노동유연성 제고, 비용 절감, 노동조합의 회피 등이 거론되는데, 이는 하청근로자의 지위와 직결되어 고용 불안정, 근로조건의 저하 및 차별, 노동3권의 형해화 등 많은 노동법적 문제점을 야기한다. 사내하청의 문제는 하청근로자 개인에 그치지 않고, 더 나아가 노동시장의 이중구조화, 대화의 단절이 초래한 장기(長期)의 극심한 하청노사분규로 인한 산업평화의 훼손, 경제적 손실 등 우리 사회 전체의 문제로 심화되었다.

그럼에도 사내하청은 전통적으로 도급으로 허용되어 왔기에 근로기준법, 산업안전보건법 등에서 원청에 임금 및 산업안전에 관한 제한적인 책임을 부여하고 있을 뿐이고, 판례법리에 의해 그 실질이 위장도급이거나 불법파견에 해당하는 경우를 제외하고는 달리 노동법적 규율이 이루어지지 않고 있다. 사내하청이 도급으로서 갖는 특성과 그 적법유효성을 감안하면 향후에도 근로기준법에 준하는 정도의 입법을 추진하기란 쉽지 않을 것이다.

이러한 상황에서, 사내하청을 계속 유지하여 기업의 경쟁력을 강화하려는 사용자의 필요와 근로조건의 개선을 도모하려는 하청근로자간의 균형점을 찾을 수 있는 가장 바람직한 방안은 하청근로자의 원청을 상대로 한 단체교섭권을 보장, 실현하는 것이다.

이 글은 이를 법리적으로 논증한다.

원청과 하청근로자 사이에는 전형적인 이면적 노무제공관계에서 상정하였던 근로계약관계가 존재하지 않기에 하청근로자(하청노조)가 원청을 상대로 단체교섭을 요구할 수 있는지가 문제되는데, 다음과 같은 이유에서 이를 인정하기에 충분하다.

첫째, 헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 규정함으로써 단체교섭권을 기본권으로 보장하고 있다. 근로자가 단체교섭권의 행사를 통하여 ‘근로조건의 향상’을 도모하기 위해서는 근로조건을 실질적으로 지배·결정하거나 그렇게 할 법률상·사실상 권한이 있는 사용자와 단체교섭을 하여야 한다. 하청근로자의 단체교섭권 실현은 정책적 필요가 아니라 규범적 요청이다.

둘째, 노동조합 및 노동관계조정법은 “헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함”을 입법목적으로 한다. 원청과 하청근로자 사이의 단체교섭질서의 회복을 통해 노조법의 입법목적을 달성할 수 있다. 노조법 어디에도 단체교섭의 당사자가 근로계약관계를 맺고 있는 자들에 한정된다는 규정을 찾을 수 없다. 단체협약의 규범적 효력은 단체교섭권의 실현을 강화하기 위한 규정이다. 위 규정에 대한 해석이 거꾸로 단체교섭권을 제한하는 결론에 이른다면 그것은 헌법에 합치하지 않는 잘못된 해석을 한 것이다.

셋째, 사내하청과 유사한 구조로 다면적 노무제공관계를 형성하는 고용형태로는 근로자공급과 근로자파견이 있다. 직업안정법은 제정 당시부터 중간착취 배제를 위해 근로자공급을 엄격히 금지하였고, 이후 파견법 제정으로 제한된 범위 내에서만 근로자파견이 허용되었다. 사내하청에 대하여도 노동법적 규율이 필요하고, 그것이 입법자의 의사에 부합한다.

넷째, 단체교섭의 구체적인 실현 과정에서 형량을 통해 하청근로자의 단체교섭권과 원청의 직업의 자유, 재산권 등은 조화를 이룰 수 있다. 원청은 하청근로자를 직접 고용한 사용자와 다를 바 없이 전부의 사용자책임을 부담하는 것이 아니라 자신이 실질적으로 지배·결정하거나 법률상·사실상 권한이 있는 근로조건에 한하여만 단체교섭에 응하면 족하다. 도급의 유효성 자체를 부인하거나 그에 대한 과도한 수정을 요하는 사항까지 단체교섭의 대상으로 삼기는 어렵고, 단체행동에도 사내하청 특유의 일정한 제한이 따를 수밖에 없다.

다섯째, 하청근로자의 단체교섭권이 인정되면 노사분규가 더욱 증가하고 산업현장이 혼돈될 것이라는 우려는 오해이다. 교섭석상에서 마주하고 대화와 타협으로 길을 찾다보면 때론 갈등이 있더라도 평화로 나아갈 수 있다는 믿음이 단체교섭제도가 존재하는 이유이기 때문이다.

주요어 : 사내하청, 단체교섭권, 헌법 제33조 제1항,
ILO, 실질적 지배력설
학번 : 2007-30349

목 차

제1장 서 론 ····· 1

제1절 연구의 목적 ····· 1

제2절 연구의 범위와 방법 ····· 3

제2장 사내하청에 대한 노동법적 규율의 필요성 ····· 5

제1절 사내하청의 개념 및 특징 ····· 5

1. 사내하청의 개념 ····· 5
가. 민법상 도급의 한 유형 ····· 5
나. 용어의 통일—'하청' ····· 7
다. 사내하청의 개념에 관한 설명들 ····· 8
2. 유사 형태의 노무제공관계와의 구별 ····· 9
가. 근로자공급 ····· 9
나. 근로자파견 ····· 11
다. 각 유형의 상호관계 ····· 12
3. 사내하청의 특징 ····· 12
가. 노무 제공의 공간적 구속력 ····· 12
나. 원청과 하청 사이의 기업간 시장계약관계 ····· 13
다. 다면적 노무제공관계의 형성 ····· 14
라. 비정규근로의 특성 ····· 20

제2절 사내하청의 실태와 노동법적 문제점 ····· 22

1. 사내하청의 형성과 전개 ····· 22
가. 1970년대 중화학공업화 정책—조선, 철강 업종의 사내하청 도입 ····· 22
나. 1979～1980년 경제위기와 하청계열화 정책—자동차 업종 등으로 사내하청 확산 ····· 26
다. 1987년 노동체제가 사내하청에 미친 영향 ····· 30
라. 1997년 경제위기와 주변부 노동으로서 사내하청의 구조화 ····· 35

2. 사내하청의 규모와 현황 ····· 38
가. 규모 ····· 38
나. 현황 ····· 39
3. 사내하청의 노동법적 문제점 ····· 44
가. 열악한 근로조건 ····· 44
나. 고용 불안 ····· 46
다. 위험의 외주화 ····· 47
라. 위장도급, 불법파견의 증가 ····· 48
마. 노동3권 행사의 제약 ····· 49
바. 2차 주변부 노동시장의 형성 ····· 52
사. 극심한 하청노사분규로 인한 산업평화의 훼손 ····· 53

제3절 다면적 노무제공관계에 대한 규율 현황 ····· 54
1. 근로자공급 ····· 54
가. 직업안정법의 제정 및 변천 ····· 54
나. 근로자공급의 원칙적 금지 ····· 57
다. 노동조합에 의한 근로자공급의 예외적 허용 ····· 59
라. 근로자공급과 단체교섭권 ····· 64
마. 직업안정법에 의한 규율의 한계와 시사점 ····· 72
2. 근로자파견 ····· 73
가. 파견법 제정의 의의 경과 ····· 73
나. 파견법의 주요 내용 ····· 76
다. 근로자파견과 단체교섭권 ····· 84
3. 사내하청 ····· 88
가. 개관 ····· 88
나. 개별적 입법에 의한 규율 ····· 89
다. 행정지도를 통한 규율 ····· 95
라. 판례법리에 의한 규율 ····· 99
마. 하청근로자의 단체교섭권 보장을 통한 규율 법리의 모색 ····· 103

제3장 사내하청과 단체교섭권 ····· 105

제1절 단체교섭권의 헌법적 보장 ····· 105
1. 단체교섭의 개념과 기능 ····· 105

가. 단체교섭의 개념 ····· 105
나. 단체교섭의 기능 ····· 106
2. 헌법 제33조 제1항의 규범적 의의 ····· 108
나. 집단적 근로조건 대등결정 원칙의 헌법적 승인 ····· 110
다. 단체교섭권의 보장 목적—근로조건의 향상 ····· 111
3. 단체교섭권의 법적 성격과 권리 내용 ····· 112
가. 논의의 의의 ····· 112
나. 노동3권의 사회권적 성격의 함의 ····· 113
다. 자유권, 구체적 권리로서의 단체교섭권 ····· 115

제2절 ILO 국제노동기준과 단체교섭권 ····· 117
1. 중간착취 배제를 위한 ILO의 대응 ····· 117
가. 고한제도(苦汗制度, sweating system) 및 내부청부제 ····· 117
나. 중간착취 우려에 대한 ILO의 대응 ····· 117
2. 다양한 형태의 고용관계 출현에 대한 ILO의 대응 ····· 121
가. 단체교섭권의 실효성 있는 보장 ····· 121
나. 단체교섭권을 행사할 수 있는 노동자의 범위 ····· 122
3. 하청근로자의 단체교섭권에 관한 ILO의 입장 ····· 124
가. 결사의 자유위원회 결정 ····· 124
나. 하청근로자의 단체교섭권에 관한 ILO 문헌 ····· 127
다. ILO 협약 비준과 국내 노동관계 법률의 해석 ····· 128

제3절 일본의 관련 논의와 朝日放送 판결 분석 ····· 134
1. 검토의 필요성 ····· 134
2. 학설 ····· 135
가. 지배력설 ····· 136
나. 대향관계설 ····· 137
다. 근로계약기준설 ····· 138
3. 朝日放送 최고재판소 판결 ····· 139
가. 사실관계 ····· 139
나. 노동위원회의 판단 ····· 141
다. 법원의 판단 ····· 142
라. 평가와 시사점 ····· 147

제4절 미국의 공동사용자 법리의 현황과 시사점 ····· 150
1. 개관 ····· 150
2. 브라우닝-페리스 판정과 D.C. 항소법원 판결의 주요 내용 ····· 153
가. 브라우닝-페리스 판정의 요지 및 이후 경과 ····· 153
나. D.C. 항소법원 브라우닝-페리스 판결의 요지 ····· 158
3. 2020년 규칙의 주요 내용 ····· 159
가. 제정 경과 ····· 159
나. 실질적이고 직접적이고 즉각적인 지배권의 보유 및 행사 요건 ····· 160
다. 핵심적인 고용조건과 그에 대한 직접적이고 즉각적인 지배 ····· 160
4. 2022년 규칙안 ····· 162
가. 규칙 발의의 경과 및 취지 ····· 162
나. 제안된 규칙안의 주요 내용 ····· 163
5. 브라우닝-페리스 판정과 2022년 규칙안의 시사점 ····· 166
가. 2020년 규칙의 문제점과 역설적 성과 ····· 166
나. 법현실 및 위원회의 역할 등에 대한 브라우닝-페리스 판정의 인식 ····· 167
다. 브라우닝-페리스 판정, 집단적 노사관계의 형성 ····· 168
라. 브라우닝-페리스 판정이 던지는 두 가지 질문 ····· 170

제4장 원청의 단체교섭 응낙의무 관련 판례의 경향과 학설의 전개 ····· 171

제1절 개관 ····· 171
1. 법원 및 중앙노동위원회 판단의 추이 ····· 171
2. 학계의 논의 양상 ····· 172

제2절 항운노조 등 사건의 대법원 판결과 학계의 논의 ····· 174
1. 항운노조 등 단체교섭 사건의 대법원 판결 ····· 174
가. 항운노조 등 사건 ····· 174
나. 노동부 직업상담원 사건 ····· 174
다. 제1기 대법원 판결에 대한 평가 ····· 176
2. 사용자 개념의 외부적 확대에 관한 논의 ····· 178
가. 실질적 지배력설 ····· 178
나. 대향관계설 ····· 180

다. 동태적 사업 개념론 ····· 181
라. 평가 ····· 182

제3절 현대중공업 대법원 판결의 의의—실질적 지배력설 ····· 186
1. 현대중공업 대법원 판결 선고 이전의 하급심 판결 등 ····· 186
가. 전주지법 군산지원 2006. 4. 12.자 2005카합411 결정 ····· 186
나. 대구고법 2007. 4. 5. 선고 2006노595 판결 ····· 187
다. 서울남부지법 2007. 12. 10.자 2007카합2731 결정 ····· 188
라. 평가 ····· 190
2. 현대중공업 대법원 판결 ····· 190
가. 사건의 경과 ····· 190
나. 제1심 및 항소심의 판단 ····· 192
다. 대법원의 판단 ····· 193
라. 평가 ····· 193

제4절 원청의 단체교섭 응낙의무를 둘러 싼 학설의 전개 ····· 197
1. 학설 대립의 지점—사내하청과 단체교섭권 ····· 197
2. 실질적 지배력설 ····· 199
가. 헌법상 보장된 단체교섭권의 실현 ····· 199
나. ILO 국제노동기준의 적용 ····· 199
다. 근기법과 구별되는 노조법의 입법 목적 ····· 200
라. 부당노동행위 제도의 취지 및 법 규정의 구조 ····· 201
마. 노조법의 규정 및 체계에 대한 고찰 ····· 202
바. 노조법상 근로자 개념의 확대에 조응하는 사용자 개념의 정립 ····· 203
사. 구체적 타당성의 고려—하청근로자 보호의 필요성 ····· 204
2. 근로계약관계설 ····· 204
가. 문언적·체계론적 해석 ····· 204
나. 대법원 판례법리의 확립 ····· 207
다. 원청 및 하청의 권리 침해 ····· 208
라. 실질적 지배력 또는 영향력 기준의 문제점 ····· 210
마. 죄형법정주의 위반 ····· 210
바. 교섭창구 단일화 절차 위반 ····· 211
사. 교섭 실무의 혼란과 노사분규 등에 대한 우려 ····· 212

제5절 하급심의 대립 및 중앙노동위원회 판정의 진전 ····· 213
1. 실질적 지배력설을 채택한 하급심 판결 및 결정 ····· 213
가. 대전지법 2011. 10. 6.자 2011카합782 결정 ····· 213
나. 대전지법 2012. 3. 15.자 2011카합1209 결정 ····· 214
다. 서울서부지방법원 2019. 11. 21. 선고 2019노778 판결 ····· 215
라. 서울고등법원 2020. 8. 10. 선고 2020노115 판결 ····· 216
마. 서울행정법원 2023. 1. 12. 선고 2021구합71748 판결 ····· 218
2. 근로계약관계설을 채택한 하급심 판결 ····· 224
3. 실질적 지배력설을 채택한 중앙노동위원회의 판정 ····· 226
가. 중노위 씨제이대한통운 판정 ····· 226
나. 중노위 현대제철 판정 ····· 227
다. 중노위 롯데글로벌로지스 판정 ····· 232
라. 중노위 대우조선해양 판정 ····· 234

제5장 사내하청과 단체교섭권의 실현 ····· 238

제1절 실질적 지배력설에 기초한 원청의 사용자성 인정 ····· 238
1. 헌법에 근거한 규범적 요청—하청근로자의 단체교섭권 보장 ····· 238
2. 법률 해석의 준거로서 ILO 국제노동기준의 적용 ····· 238
3. 법학방법론에 기초한 노조법상 사용자 개념의 해석 ····· 240
가. 법학방법론의 기초 ····· 240
나. 노조법상 사용자 개념의 해석 ····· 247
4. 기본권 형량의 관점에서 본 원청의 노조법상 사용자성 ····· 252
가. 기본권 충돌의 구조 ····· 252
나. 이익형량의 정당성 판단기준 ····· 253
다. 단체교섭권 對 직업의 자유 등 ····· 256
5. 죄형법정주의 원칙 위반 여부 ····· 257
가. 헌법재판소의 명확성 원칙에 관한 해석 및 판단 기준 ····· 257
나. ‘실질적 지배 내지 영향력’ 표지가 명확성 원칙에 반하는지 여부 ····· 261

제2절 실질적 지배·결정의 의미 및 판단요소 ····· 263
1. 판례가 제시하는 기준 ····· 263
2. 실질적 지배·결정의 판단요소의 정립 ····· 265
가. 논의의 전제 ····· 265

나. 지배·결정의 의미 ····· 271
다. 지배·결정의 대상—근로조건 등 ····· 272
라. 원청의 사업에의 편입 요건에 관한 검토 ····· 276
마. 처분가능성 기준의 원용 ····· 278
바. 간접적 지배의 인정 여부—브라우닝-페리스 판정 등이 주는 시사점 ····· 279
3. 일반 법리의 제시 ····· 282

제3절 원청을 상대로 한 단체교섭권의 실현 ····· 285
1. 교섭창구 단일화 절차의 이행 ····· 285
가. 논의의 배경 ····· 285
나. 견해의 대립 ····· 287
다. 검토 ····· 288
2. 단체교섭의 대상 ····· 289
가. 논의의 필요성 ····· 289
나. 단체교섭사항의 구분—3분론 ····· 290
다. 원청의 부분적 사용자성 및 사내하청 특유의 한계 ····· 291
라. 구체적 검토 ····· 292
3. 단체협약의 체결 및 효력 ····· 295
가. 원청의 단체협약 체결의무 ····· 295
나. 원청의 단체협약 체결의무를 부정하는 견해에 대한 검토 ····· 297
다. 원청이 단체협약 체결의무를 지는 교섭사항 ····· 302
라. 원청과 체결한 단체협약의 효력 ····· 302
4. 단체행동권의 행사 ····· 305
가. 쟁의행위의 대상 ····· 305
나. 쟁의행위의 정당성에 관한 판단 기준 ····· 306
다. 쟁의행위 유형별 구체적 분석 ····· 310

제6장 결 론 ····· 312

참 고 문 헌 ····· 315

보존용 학위논문 정오표

페이지	정정 전	정정 후
p. ⅴ : 20	파견법 제정의 의의 경과	파견법 제정의 의의
p. ⅵ : 3~4 사이	<목차 일부 누락>	가. 독자적 기본권으로서 단체교섭권 보장 108
p. 2 : 27	실질적 지배력설	실질적 지배력설은
p. 12 : 2	사용자업주	사용사업주
p. 29 : 7	반자동하였다.	반자동화하였다.
p. 35 : (각주) 12	이우	이후
p. 68 : 13	비급	지급
p. 71 : 13	항면하역근로자	항만하역근로자
p. 83 : 23	제5조(,	제5조(사업주 등의 의무),
p. 85 : 13	는는	는
p. 86 : 6	사용사업주의 간의	사용사업주 간의
p. 97 : 10	대한실태를	대한 실태를
p. 98 : 16	이유로해당	이유로 해당
p. 100 : (각주) 13	소사장 법인을 의 대표이사가	소사장 법인을 분리, 설립하였는데, 경기화학공업의 대표이사가
p. 102 : 2	월레브투어	웰리브투어
p. 102 : 7	묵시적은	묵시적인
p. 102 : (각주) 9	실제가	실체가
p. 137 : 2	사항 과	사항과
p. 138 : 1	사용족속관계	사용종속관계
p. 140 : 7	하청 33사	하청 3사
p. 140 : 12	임금차별 차별	임금차별
p. 140 : 29	합	조합
p. 143 : 13	'고용되는 노동자'에에	'고용되는 노동자'에
p. 145 : 3	별단 의견을	의견을
p. 145 : 4	지배력이라고 면으로부터	지배력이라고 하는 면으로부터
p. 148 : 4	대항관계설	대향관계설
p. 148 : 9	대항관계설	대향관계설
p. 148 : 14	고 있고	도 있고
p. 148 : 19	우리나라 문헌들의 대부분은 朝日放送 최고재 판결을 소개한 문헌들은 대부분	우리나라에서 朝日放送 최고재 판결을 소개한 문헌들은 대부분
p. 150 : (각주) 6	불법책임을	불법행위책임을
p. 152 : (각주) 16	Determinig	Determining

p. 157 : 14	하라 수	할 수
p. 157 : 18	확립하다는	확립한다는
p. 160 : 17	그 직권과의	그 직원과의
p. 161 : 2	§ 03.40(d)	§ 103.40(d)
p. 162 : 17	행사기만	행사하기만
p. 162 : (각주) 1	Determinig	Determining
p. 164 : 16	"핵심적인 노동조건은"은	"핵심적인 노동조건"은
p. 165 : 8	6) 제안된 §103.40(e)	6) 제안된 §103.40(f)
p. 170 : 3	리드포인트(하청)이	리드포인트(하청)가
p. 172 : (각주) 2	각주 167.	각주 416.
p. 178 : (각주) 3	사용자(고용주)인지만	사용자(고용주)이지만
p. 203 : (각주) 6	시업별	기업별
p. 214 : 19	채무자 사업장	공사 사업장
p. 218 : 17	잡화 및 배송	집화 및 배송
p. 238 : 10	근로관계로 전제로 하였던	근로관계로 전제하였던
p. 243 : 7	특시	특히
p. 246 : 8	임법자	입법자
p. 259 : 8	처벌법규가 명확성이	처벌법규의 명확성이
p. 259 : 14	사람이며	사람이
p. 281 : (각주) 1	민주법학 제56호, 236.	「민주법학」 제56호, 민주주의법학연구회(2014. 11.), 236면.
p. 281 : (각주) 2	271.	271면.
p. 281 : (각주) 3	강성태, "왜 지금 사용자인가", 노동법연구 제24호, 15.	강성태, 앞의 글(2008. 3.), 15면.
p. 303 : 18	가) 단체협약의 거부	가) 단체협약 체결 등의 거부
p. 313 : 2	어려움 입법적 조치가	어렵고, 입법적 조치가

제1장 서 론

제1절 연구의 목적

우리나라에서 사내하청은 이미 1973년 중화학 공업화 선언으로 대표되는 국가 정책으로 금속산업 부문에 대한 집중적인 육성이 이루어진 시기에 조선, 철강 등 업종에서 조업 초기부터 도입되었고, 1980년대에 이르러 정부의 하청계열화 정책이 강력하게 추진되면서 자동차, 기계 등 제조업 전반으로 확산되었으며, 1997년 경제 위기를 거치면서 주변부 노동시장으로서 체계화, 구조화되어 현재는 유통, 통신, 서비스업 등 전 사업 영역에서 2차 주변부 노동시장을 형성하고 있다.

사내하청은 기본적으로 원청과 하청 사이의 도급관계이나, 통상의 기업간 시장계약관계와는 달리 하청은 거래상 우월적 지위에 있는 원청에 경제적·조직적으로 종속되어 있으며, '사내'하청이란 용어에서 알 수 있듯 하청이 고용한 근로자들이 원청의 사업장 내에서 노무를 제공 내지 업무를 수행한다. 그 결과 사내하청은 원청과 하청근로자 사이에 하청을 매개로 한 다면적 노무제공관계(간접고용관계)를 형성한다.

원청이 사내하청을 활용하는 주된 원인은 노동유연성 제고, 비용 절감, 노동조합의 회피 등이 거론되는데 이는 곧바로 하청근로자의 지위와 직결되어 고용 불안정, 근로조건의 저하 및 차별, 노동3권의 형해화 등 많은 노동법적 문제점을 야기한다. 이러한 현상은 근로자공급, 근로자파견과 같이 사내하청과 유사한 구조의 다면적 노무제공관계에서 고용과 사용이 분리됨으로 인하여 발생하는 공통된 것들이다.

그런데 근로자공급은 1961년 직업안정법이 제정된 이래 원칙적으로 금지해왔고, 근로자파견은 파견근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '파견법'이라 한다)에 의하여 부분적이나마 근로기준법을 준용하는 규제가 이루어지고 있다. 반면, 사내하청은 전통적으로 도급으로 허용되어 왔기에 근로기준법(이하 '근기법'이라 한다), 산업안전보건법 등에서 원청에 임금 및 산업안전에 관한 제한적인 책임을 부여하고 있을 뿐이고, 판례법리에 의해 사내하청의 외양을 띠고 있으나 실질적으로는 위장도급 또는 불법파견에 해당하는 경우를 규율하는 것 외에 달리 노동법적 규율이 이루어지고

있지 않다. 사내하청이 도급으로서 갖는 특성과 그 적법 유효성으로 말미암아 근로기준법에 준하는 정도의 내용을 담은 입법을 추진하는 것도 쉽지 않을 것이다.

이러한 배경에서 원청을 상대로 한 하청근로자의 노동3권, 특히 단체교섭권을 보장함으로써 집단적 노사자치의 틀 안에서 하청근로자의 근로조건을 개선할 필요성이 대두되었다. 그러나 원청과 하청근로자 사이에는 전형적인 이면적 노무제공관계에서 상정하였던 근로계약관계가 존재하지 않기에 하청근로자가 원청을 상대로 단체교섭을 요구할 수 있는지, 그 근거는 무엇인지, 원청은 이에 응할 의무가 있는지, 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노조법'이라 한다)이 정한 절차 내에서 단체교섭이 가능한지 등에 관한 학계의 논의도 활발해졌다. 학설은 이를 긍정하는 실질적 지배력설과 부정하는 근로계약관계설이 대립하고 있다.

한편, 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결은, 원청이 사내 하청업체들의 폐업을 유도하는 등의 방법으로 사내 하청업체의 노동조합 활동을 방해한 사례에서 '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 해당하며, 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 부당노동행위(노조법 제81조 제1항 제4호)를 하였다면, 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에 해당한다'라고 판시한 후 원청의 위와 같은 행위를 지배·개입의 부당노동행위로 인정하였다. 위 판결은 이른바 '실질적 지배력설'을 취한 것으로, 다면적 노무제공관계에 대한 인식을 바탕으로 근로계약관계를 전제로 하지 않는 노조법의 사용자 개념 및 범위를 본격적으로 다룬 판결로 평가된다. 그런데 위 대법원 2007두8881 판결은 지배·개입의 부당노동행위 사안에서 내려진 판결이었기에 위 판결의 판례법리가 단체교섭 거부의 부당노동행위 사안에도 적용되어 원청의 사용자성을 인정할 수 있는지가 문제된다. 실질적 지배력설 위 판례법리의 원용을 긍정하고 근로계약관계설은 이를 부정하며, 하급심의 결론도 엇갈리고 있다.

이 글은, 위와 같은 논의의 지점에서 헌법 제33조 제1항의 규범적 의의, ILO 국제노동기준의 내용, 관련 판례의 경향과 학설의 전개 상황 등을 검토하였고, 실질

적 지배력설에 입각하여 원청의 단체교섭 상대방으로서 사용자성을 인정하는 것이 해석론적으로 타당하다는 결론을 도출하였다.

이 글은, 위와 같은 검토 과정을 담아 원청에 대하여 단체교섭의 상대방으로서 사용자성을 인정하는 논거를 일반 법리로 제시하고자 한다. 나아가 실질적 지배의 판단기준을 정립하고, 하청노조가 실제 원청을 상대로 단체교섭권을 행사함에 있어 실무상 문제될 수 있는 교섭창구 단일화 절차의 이행 방법, 단체교섭대상의 구체적 확정, 하청노조가 원청과 체결한 단체협약의 효력, 단체교섭 결렬 시 원청을 상대로 한 쟁의행위의 정당성 판단 기준 등의 문제에 관하여도 현행 노조법의 체계 안에서 합리적인 답을 제시하고자 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

사내하청에서 원청의 단체교섭 상대방으로서 사용자성을 인정할 수 있는지의 문제에 관한 해석론적 검토에 앞서 크게 세 가지 방향에서 연구를 진행하였다.

첫째, 사내하청의 형성과 전개과정을 살펴보고, 현황과 규모, 그리고 하청근로자의 근로조건 등 실태에 관한 실증적 분석을 시도하였다. 우리나라에서 사내하청이 어떻게 도입되었고 확산되어 현재에 이르렀는지, 그리고 현황과 실태가 어떠한지를 정확히 파악하여야 사내하청에 대한 규율의 올바른 방향을 찾을 수 있다고 생각했기 때문이다. 이 과정에서 인접 경제학과 사회학의 기존 연구성과로부터 많은 도움을 받았다(제2장).

둘째, 근로자공급과 근로자파견에 관한 규율 현황, 쟁점법리, 한계 등을 살펴보았다. 근로자공급과 근로자파견은 사내하청과 유사한 구조로 다면적 노무제공관계를 형성하고 있을 뿐만 아니라 그 규율 법리에 있어서도 상호 밀접한 관련이 있다(제2장).

셋째, 사내하청의 규율에 관한, 보다 폭넓은 시야를 갖추기 위하여 ILO 국제노동기준, 일본의 관련 논의와 주요 판결, 미국 공동사용자법리의 현황을 검토하였다. 근로자공급을 규제해 온 직업안정법의 제정과 변천 및 파견법의 제정 과정은 ILO의 기조와 맥을 같이 해 왔다. 또한, 우리나라는 2021년 4월 ILO의 제98호「단결권 및 단체교섭권 협약」(1949년)(C98 Right to Organize and Collective Bargaining Convention)을 비준하였다. 따라서 ILO 국제노동기준이 하청근로자의 단체교섭권에

관하여 어떤 입장을 취하고 있는지는 우리나라에서 해석의 준거로서 기능한다. 이어 외국의 법제 중에서는 우리나라와 유사하게 단체교섭권을 실정법(헌법, 법률)의 차원에서 보장하고, 그 실현을 위해 부당노동행위 제도를 두고 있는 일본과 미국을 중심으로 두 나라에서 하청근로자의 단체교섭권에 관하여 어떠한 논의가 전개되고 있는지를 살펴보았다(제3장).

헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 규정함으로써 단체교섭권을 기본권으로 보장하고 있다. 이처럼 단체교섭권은 국가의 최고규범이자 근본규범인 헌법 차원에서 인정되고 보호받는 기본권이므로 단체교섭권에 관한 모든 논의는 헌법의 규정으로부터 출발하여야 한다. 이에 단체교섭권의 헌법적 의의와 법적 성격, 구체적 권리성을 검토하였다(제3장).

제4장에서는 현재까지 원청의 단체교섭 응낙의무와 관련한 실무의 경향 및 학설(실질적 지배력설, 대향관계설, 동태적 사업 개념론, 근로계약관계설)의 전개를 검토, 분석하였다. 법원 및 중앙노동위원회 판단은 크게 세 시기로 구분하였다. 제1기는 1980년대부터 2000년대 초까지 단체교섭의 상대방인 사용자는 근로자와 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자라고 판시한 일련의 대법원 판결들이 선고된 시기이다. 제2기는 2000년대 초부터 2010. 3. 25. 현대중공업 지배·개입 부당노동행위 사건에서 실질적 지배력설을 수용한 대법원 2007두8881 판결이 선고된 때까지의 시기이다. 제3기는 위 현대중공업 대법원 판결 이후 현재까지이다.

제5장에서는 먼저 법학방법론의 관점에서 실질적 지배력설에 입각하여 원청의 단체교섭 상대방으로서 사용자성을 인정할 수 있다는 결론을 도출하였다. 나아가 실질적 지배·결정의 의미 및 판단요소를 검토한 후 원청의 단체교섭 상대방으로서 사용자성을 인정하는 ‘일반 법리’를 제시하였다. 끝으로 하청노조가 실제 원청을 상대로 단체교섭권을 행사함에 있어 실무상 문제될 수 있는 단체교섭 창구 단일화 절차의 이행 방법, 단체교섭대상의 구체적 확정, 하청노조가 원청과 체결한 단체협약의 효력, 단체교섭 결렬 시 원청을 상대로 한 쟁의행위의 정당성 판단 기준 등의 문제에 관하여 검토하였다.

제2장 사내하청에 대한 노동법적 규율의 필요성

제1절 사내하청의 개념 및 특징

1. 사내하청의 개념

가. 민법상 도급의 한 유형

사내하청(사내하도급)의 개념에 관하여는 법령상 정의된 바 없고,[1] 학계에서 다각도의 설명이 이루어지고 있는데, 그 법률관계의 형식(외양) 내지는 실질(내용)을 민법상 '도급'으로 파악하는 것에는 대체로 견해가 일치한다.

민법이 규정한 전형계약 중 채무자의 노무제공이 이루어지는 유형으로는 고용(제655조), 도급(제664조), 현상광고(제675조), 위임(제680조), 임치(제693조)가 있다.[2] 이들 계약은 각 그 목적과 성립요건, 그에 따른 법률관계 등의 측면에서 구별된다. 그중 현상광고와 임치는 그 목적의 특수성으로 인해 비교적 구분이 용이하고, 도급과 고용(근로계약)의 경우도 이론적으로는 도급이 일의 완성을 목적으로 하며 수급인은 도급인에 대하여 독립적 지위를 갖는다는 점에서 사용자에 대한 근로자의 종속적 노무제공을 전제로 하는 고용과 다르다. 그러나 특히 도급의 목적 자체가 노무의 제

---

1) 고용노동부의 행정지침인 「사내하도급 근로자 고용안정 및 근로조건 보호 가이드라인」에서는 사내하도급을 '명칭에 관계없이 도급사업주가 물건의 제조·건설·수리 또는 서비스의 제공, 그 밖의 업무를 다른 사업주에게 맡기고 자신의 사업장(도급사업주가 제공하거나 지정한 경우로서 도급사업주가 지배·관리하는 장소)에서 해당 업무를 이행하도록 하는 것(다만, 파견근로자보호 등에 관한 법률에 따른 근로자파견은 제외한다)'이라 하고, 사내하도급을 준 사업주를 '도급사업주', 사내하도급을 받은 사업주를 '수급사업주', 수급사업주가 사내하도급계약을 이행하기 위해 고용한 근로자를 '사내하도급 근로자'라고 정의한다.

2) 민법은 위 각 계약의 의의에 관하여 '고용'은 당사자 일방이 상대방에 대하여 노무를 제공할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써(제655조), '도급'은 당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써(제664조), '현상광고'는 광고자가 어느 행위를 한 자에게 일정한 보수를 지급할 의사를 표시하고 이에 응한 자가 그 광고에 정한 행위를 완료함으로써(제675조), '위임'은 당사자 일방이 상대방에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써(제680조), '임치'는 당사자 일방이 상대방에 대하여 금전이나 유가증권 기타 물건의 보관을 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써(제693조) 각 그 효력이 생긴다고 규정하고 있다.

공이나 업무의 수행을 내용으로 하는 '노무도급 내지 업무도급'인 경우는 실제 사례에서 이를 고용과 구별하기란 쉽지 않다.[3]

민법은 도급에서 '일의 완성'이라는 추상적인 개념만을 정하고 있을 뿐이고, 그 목적이 일의 완성을 통한 결과물(상품, 제작물 등)의 인도만을 대상으로 하는지, 아니면 노무의 제공도 대상이 될 수 있는지에 관하여는 명확하게 규정하고 있지 않다. 그런데 상법 제46조 제5호는 '작업 또는 노무의 도급의 인수'를 기본적 상행위의 하나로 열거하고 있으며, 판례도 '노무도급'의 개념을 인정한다.[4] 학계 역시 도급의 유형을 '작업도급'(수급인이 완성한 일이 유형적인 형태로 나타나는 경우)과 '노무도급'(수급인의 노무제공을 내용으로 하는 경우)[5] 또는 '제작도급'(도급의 대상이 물리적 완성품 즉 물질적 급부인 경우)과 '노무도급'(도급의 대상이 비물질적 급부 내지 완성인 경우)으로 구분하며,[6] 노무도급을 대체로 '업무도급'(도급의 대상이 일정한 업무의 수행 내지 완수인 경우)[7]과 같은 의미로 본다.[8]

한편, 수급인은 특약이 있거나 일의 성질상 수급인 자신이 직접 수행하지 않으면 채무의 본지에 따른 이행이 될 수 없는 등의 특별한 사정이 있는 경우 외에는, 일의 완성을 위해 이행보조자를 사용(고용)하여도 무방하다.[9] 고용관계 하에서 사용자는 근로자에 대하여 '지휘·명령권'을 행사하고 근로자는 사용자에 대하여 종속적인 지위에 서게 되는 반면, 도급에서는 수급인이 도급인에 종속되지 않고 원칙적으로 독립적인 지위에 있으므로 도급인은 수급인 내지 수급인의 이행보조자에게 지휘·명령권을 행사할 수 없다. 다만, 도급인은 일의 완성을 위해 당사자 간의 약정

---

3) 김봉수, "노무도급의 법적 성질—도급계약과 고용계약의 구별을 중심으로—", 「법학논총」 제26집 제3호, 조선대학교 법학연구원(2019. 1.), 142면.

4) 도급인의 민법상 불법행위책임 성립 여부가 문제된 사례에서 대법원 1965. 10. 19. 선고 65다1688 판결, 대법원 1983. 2. 8. 선고 81다428 판결 등은, 도급인이 수급인에 대하여 특정한 행위를 지휘하거나 특정한 사업을 도급시키는 경우를 노무도급이라고 하였다.

5) 김봉수, 앞의 글(2019. 1.), 146～149면.

6) 성대규, "도급계약에서 '일의 완성'의 의미", 「법과 정책」 제26권 제2호, 제주대학교 법과정책연구원(2020. 8.), 278～279면.

7) 권혁, "도급의 대상으로서 '업무'와 위장도급 논쟁", 「노동법포럼」 제1호, 노동법이론실무학회(2013. 10.), 101～102면.

8) 김봉수, "노무도급과 위장도급", 「사내하도급의 법적 쟁점과 과제」, 무지개문화사(2012), 257면; 성대규, 앞의 글, 278면. 조경배, "KTX 대법원 판결과 파견과 도급의 구별기준", 「노동법학」 제56호, 한국노동법학회(2015. 12.), 318면에서도 '업무처리(노무) 도급'이라 표현하여 사실상 노무도급과 업무도급을 같은 의미로 쓴다. 다만, 이정환, "제조업에서의 파견과 도급의 구별 법리", 「민사판례연구」 제41권, 박영사(2019), 878～879면에서는 노무도급이 진정한 도급인지에 관하여 다른 견해가 가능하므로 수급인이 도급인에게 제공하는 특정 업무에 타인의 노동력 제공을 포함하여 이를 일의 완성이라는 도급의 목적에 포섭할 수 있다면 도급의 법리에 따라 규율되는 업무도급으로 볼 수 있다고 한다.

9) 곽윤직(편집대표)·김용담(집필), 「민법주해」 ⅩⅤ 채권(8), 박영사(1997), 438면.

이나 일의 성질에 따라 '지시권'을 행사할 수 있을 뿐이다.[10]

그런데 도급인의 '사업장 내에서' 수급인이 고용한 근로자(이행보조자)에 의해 노무제공 내지 업무수행이 이루어지고 그 과정에서 도급인이 지시권을 행사하는 경우에는, 도급인으로서 지시권을 행사한 것인지 사용자로서 지휘·명령권을 행사한 것인지 판단하기가 더더욱 어렵고, 실상은 지휘·명령권의 행사로 평가할 수 있는 사례도 많다. 이 때문에 도급인의 사업장 내에서 이행되는 노무도급 내지 업무도급은 그 형식이 아니라 실질을 파악될 필요가 있다.

나. 용어의 통일—'하청'

'하청'(下請)의 사전적 의미는 수급인이 맡은 일의 전부나 일부를 다시 제3자가 하수급인으로서 맡는 것이다. 하청은 하청부(下請負)의 약어로서, 청부(請負, 이는 도급을 뜻하는 일본의 용례이다)를 받은 자로부터 그 일의 전부 또는 일부를 재차(下) 청부받는 것,[11] 즉 도급인→수급인→하수급인의 단계에서 수급인이 하수급인에게 일을 맡기는 '하도급'을 의미한다. 그러나 현재 노동법 학계나 실무, 노동현장에서는 도급인이 수급인에게 일을 맡기는, 도급인→수급인의 단계도 하청 내지 하도급이라고 표현하여 청부와 하청, 즉 도급과 하도급을 엄격히 구별하지 않고, 오히려 도급인→수급인 단계를 하청(1차 하청) 내지 하도급으로, 수급인→하수급인 단계를 2차 하청으로 칭하는 것이 더 일반적이다.[12] 본 논문에서도 위와 같이 일반화된 용례에 따라 하청 내지 하도급을 원칙적으로 도급인(원청)→수급인(하청)의 단계를 의미하는 것으로 사용한다.

---

10) 김봉수, "도급인의 지시권에 관한 연구—도급지시권과 근로지시권의 구별—",「고려법학」제108호, 고려대학교 법학연구원(2023. 3.), 166면. 민법 제667조는 목적물의 하자가 있더라도 그 하자가 도급인의 지시로 인한 것인 경우 수급인은 그에 대한 하자담보책임을 지지 않는다고 규정하고 있는데 이는 도급인에게 지시권이 있음을 전제로 한다. 김봉수, 앞의 글(2023. 3.), 161~164면에서는 도급인의 지시권의 근거를 사적자치 내지 계약자유의 원칙 및 도급의 유형이나 일의 성질에 따른 지시권 행사의 필요성 등에서 찾는다.

11) 김영문,「외부 노동력 이용과 노동법」, 법문사(2010), 35면.

12) 하도급거래 공정화에 관한 법률 제2조 제1항은 '하도급거래'를 ① 원사업자가 수급사업자에게 제조위탁(가공위탁 포함)·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 하거나 ② 원사업자가 다른 사업자로부터 제조위탁·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 받은 것을 수급사업자에게 다시 위탁한 경우, 그 위탁을 받은 수급사업자가 위탁받은 것을 제조·수리·시공하거나 용역수행하여 원사업자에게 납품·인도 또는 제공하고 그 대가(하도급대금)를 받는 행위를 말한다고 규정하여 도급거래(①)와 하도급거래(②)를 구별하지 않고 있다. 또한, 위 규정에서는 원사업자와 수급사업자라는 용어를 사용하고 있으나, 통상 실무에서는 원사업자를 도급사업주, 원청업체, 원청 등으로, 수급사업자를 수급사업주, 하청업체 내지는 협력업체, 하청 등으로 표현한다.

또한 민법, 상법, 하도급거래 공정화에 관한 법률 등에서 사용되고 있다는 점에서 도급 또는 하도급이 법령상 용어에 더 가깝다고 할 수 있지만, 하청 역시 판례나 연구자료 등에서 널리 쓰이고 있고, 노동현장은 물론 일반인 사이에서는 더 익숙한 용어인 데다가 어떤 측면에서는 이로써 형성되는 법률관계의 실태, 즉 원청의 거래상 우월적 지위, 하청의 경제적 종속성, 하청근로자의 열악하고 불안정한 지위 등을 직관적으로 파악할 수 있게 한는 점 등을 고려하여, 이하에서는 특별히 구별할 필요가 있는 경우를 제외하고는 하청이라는 용어를 사용한다.[13]

다. 사내하청의 개념에 관한 설명들

사내하청(사내하도급)의 개념에 관하여는 학자마다 설명이 조금씩 차이가 있다. 즉, ① 사업주와 고용관계를 맺은 근로자가 제3자의 사업장에서 도급 형식으로 일하는 것,[14] ② 원사업자가 자신의 사업의 일부를 다른 사업자에게 위탁하여 완성품을 납품받는 하도급거래 중에서 원사업자의 사업장 내에서 작업이 이루어지는 경우,[15] ③ 원청기업의 사업목적을 실현하기 위하여 하청기업의 근로자를 투입하여 원청기업이 그 사업수행의 전반에 대하여 권한과 책임을 가지고 또한 관리권한을 가지는 장소에서 그의 노무를 이용하는 관계,[16] ④ 외부 근로자를 사내 업무 공정에 투입하는, 노무 활용 중심의 외주화(사내업무수행형 하청),[17] ⑤ 타인의 근로를 자

---

13) 강성태, "사내하청의 새로운 규율방안",「비정규직 대책의 현황과 과제」, 한국노동연구원(2018), 179면에서는 '사내하도급'이 법적 명칭으로서는 더 나은 측면이 있으나 '사내하청'이라는 용어를 쓰겠다고 밝히면서, 그 이유를 사회적으로 일상화된 용어를 그대로 사용함으로써 일반인의 인식과 법·정책의 대상을 같게 하며, 지위의 불안정성을 보여주기 위해서는 법적으로 안정된 용어보다는 모호성을 가진 일반 용어가 더 효과적이기 때문이라고 한다. 신권철, "하청노동관계의 법적 구성—판례분석을 중심으로",「노동법학」제56호, 한국노동법학회(2015. 12.), 225면에서는 민법상 전형계약인 도급만으로 전제하거나 축소하지 않고 사실관계도 함께 포착할 필요가 있다는 점에서 도급 또는 하도급이라는 법령상 용어를 쓰지 않고 '하청관계'라는 용어를 사용한다고 한다. 반면, 은수미, "사내하도급 활용 : 유형과 사례",「사내하도급과 한국의 고용구조」, 한국노동연구원(2011), 39~40면에서는 원청이나 사내하청은 실무에서 사용하는 용어여서 상대적으로 이해하기 쉽긴 하지만, 주로 제조업 현장에서의 실무 용어이고, 사내하청을 민간위탁, 용역, 외주화, 아웃소싱 등으로 부르고 있는 여타 산업의 사내하도급을 포괄하는 데는 약점이 있다고 지적한다.

14) 도재형,「노동법의 회생」, 이화여자대학교출판문화원(2016), 146면.

15) 조성재·박지순,「사내하도급 활용실태 및 개선방안」(노동부 수탁연구과제 보고서), 노동부(2007), 1면. '원하청관계의 일종으로 그 업무의 수행을 도급인 회사 내에 들어와서 하게 되는 경우'라고 보는 권혁,「단체교섭질서와 원하청관계」, 법문사(2012), 45면도 같은 취지이다.

16) 박지순, "비정규직법의 쟁점과 입법정책적 과제",「산업관계연구」제19권 제2호, 한국노사관계학회(2009. 6.), 57면.

17) 이영면·박지순·권혁,「원하청 도급관계에서의 노동법적 쟁점 및 과제」(노동부 수탁연구과제 보고서), 노동부(2007. 10.), 279~280면. 같은 책, 26~27면에서는 위 업무수행형 하청에 대비되는 유형으로, 일정한 부품 등의 생산을 외부 기업에 맡김으로써 해당 부품생산작업이 외부 근로자에

신의 사업장에 직접적으로 편입시켜 사용하여 사용주 혹은 원청기업이 직간접적인 이익을 향유하는 근로형태,[18] ⑥ 타인이 고용한 근로자를 자신의 사업장에서 자신의 사업을 위하여 직접적으로 편입시키거나 결합시켜 사용 또는 이용하는 형태로서 그 근로자에 대해 그 자신이 직접적인 지휘감독을 하지 않는 경우,[19] ⑦ 근로계약이나 근로자파견이나 근로자공급을 제외하고 도급이나 위임 등을 통해 타인에게 고용된 자의 노무를 이용하는 계약의 이행이 자기의 사업 내에서 이행되는 경우[20] 등이다. 이렇게 정의하는 바가 다양한 것은 사내하청이란 민법상 노무도급(업무도급) 중에서 후술하는 바와 같은 특징들을 지닌 관계를 특별히 구별하여 개념화한 것인데, 학자마다 각 그 특징에 관하여 의견을 달리하거나 주목하는 정도에 차이가 있기 때문이다. 이를 좀 더 잘 이해하기 위해서는 먼저 사내하청과 유사한 형태의 노무제공관계를 살펴 볼 필요가 있다.

2. 유사 형태의 노무제공관계와의 구별

사내하청에 관계된 주체는 원청과 하청, 하청근로자로, 원청과 하청근로자 사이에서 하청을 매개로 하는 다면적 노무제공관계가 형성된다. 이와 유사한 형태의 노무제공관계로는 근로자공급(사용사업주, 공급사업주, 근로자)과 근로자파견(사용사업주, 파견사업주, 파견근로자)이 있다.

가. 근로자공급

직업안정법 제2조의2 제7호는 '근로자공급사업'을 '공급계약에 따라 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업'이라고 규정하고 있다. 대법원 1999. 11. 12. 선고 99도3157 판결은, 근로자공급사업에 해당하기 위해서는 ㉮ 공급사업자(공급사업주)와 근로자간에 고용 등 계약에 의하거나 사실상 근로자를 지배하는 관계가 있어야 하

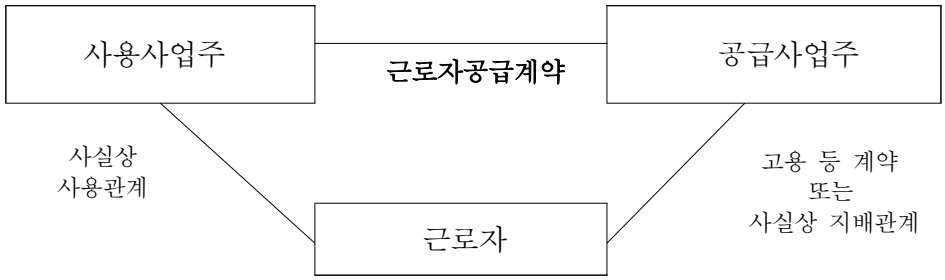
게 맡겨지게 되는 '납품형 하청'을 든다. 자동차 산업, 전기전자 산업 등 제조업에서 형성된 외주 하청이 납품형 하청에 해당할 것이다.

18) 은수미 · 조효래 · 박제성 · 강병식(이하 '은수미 외 3인'), 「2007년도 노사관계 실태분석 및 평가 : 사내하청 노사관계를 중심으로」, 한국노동연구원(2007. 12.), 6면.

19) 강성태, "간접고용 입법론", 「간접고용 실태 및 법 · 제도 개선 과제」(전태일 주간기념 민주노총 정책토론회 자료집), 전국민주노동조합총연맹(2008. 11.), 59면.

20) 은수미 외 3인, 앞의 책, 133면.

고, ㉯ 공급사업자(공급사업주)와 공급을 받는 사용사업자(사용사업주)간에 제3자의 노무제공을 내용으로 하는 공급계약이 있어야 하며, ㉰ 근로자와 공급을 받는 자간에는 사실상 사용관계가 있어야 한다고 한다.[21]



근로자공급은 실제 근로자를 사용하는 사용사업주가 근로자를 직접 고용하지 않고, 제3자인 공급사업주가 근로자의 노무제공에 개입한다는 점에서 근로의 강제, 중간착취 등의 폐해를 수반하기 때문에 직업안정법에 의해 원칙적으로 금지된다(제33조 제1항).

근로자공급은 구인 또는 구직의 신청을 받아 구직자 또는 구인자를 탐색하거나 구직자를 모집하여 구인자와 구직자 간에 고용계약이 성립되도록 알선하는 '직업소개'(직업안정법 제2조의2 제2호)와 구별된다. 즉, 직업소개는 그 목적이 고용관계의 성립에 있기 때문에 구인자와 구직자 간의 취업알선 기능에 한정되는 반면, 근로자공급사업은 공급사업주가 근로자를 고용 또는 이와 유사한 관계에서 사실상 지배하고 있다는 점에 차이가 있다. 직업소개의 경우에는 구직자와 소개자의 관계가 일시적이고, 구직자가 구인자와 고용계약을 체결하면 그 계약상대방인 구인자가 사용자의 지위에 있게 되므로,[22] 다면적 노무제공관계가 형성되지 않는다.

한편, 직업안정법은 1998. 2. 20. 파견법 제정에 맞추어 근로자공급사업의 정의규정(제2조2 제7호)에서 "다만, 파견근로자보호등에관한법률 제2조 제2호의 규정에 의한 근로자파견사업을 제외한다."라는 단서 규정을 신설함으로써 근로자파견을 근로자공급사업에서 제외하였다. 이로써 근로자공급 중 공급사업주와 근로자 사이에 고용관계가 있는 경우는 근로자파견으로 분리되어 직업안정법상 근로자공급은 근로계

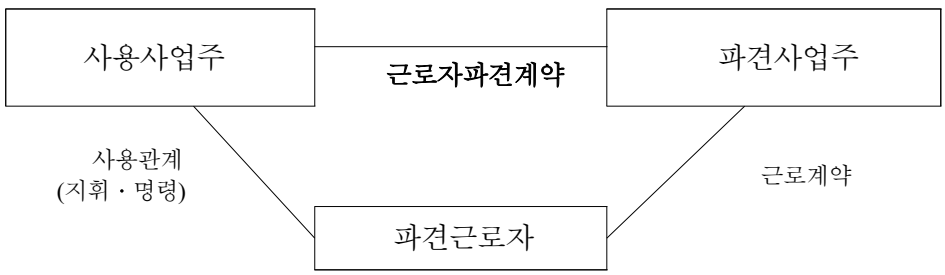
21) 여종업원을 고용하여 다방을 운영하면서 단란주점, 노래방 등의 접객업자들과 미리 의사연락을 해 두었다가 그 접객업자들로부터 손님을 접대할 여종업원을 보내달라는 요청을 받으면 이에 응하여 여종업원을 그 접객업소에 보내어 유흥접대부로 일하게 하고 봉사료를 받아 오게 하는 방법의 속칭 티켓다방영업이 직업안정법상 무허가 근로자공급사업에 해당한다고 판단한 사례이다.

22) 노상헌, "근로자공급사업과 유료직업소개의 구별—대법원 2012. 7. 5. 선고 2011도13346 판결", 「노동법학」 제44호, 한국노동법학회(2012. 12.), 323면.

약을 전제로 하지 않고 근로자를 사실상 지배하는 경우로 한정되기에 이르렀다고 설명하는 견해가 있으나,[23] 직업안정법 제2조의2 제7호 단서 규정은 근로자공급과 근로자파견의 대상을 구분하는 의미라기보다는, 파견법에서 정한 요건들을 갖춘 적법한 근로자파견에 한하여 그때까지 원칙적으로 금지하였던 근로자공급의 예외로 보아 이를 허용한다는 취지로 이해하여야 할 것이다. 위 대법원 99도3157 판결도 파견법 시행 후에 선고된 사안으로, 근로자공급사업에서 공급사업주와 근로자간에 고용 등 계약에 의한 관계가 성립한 경우를 배제하지 않고 있다.[24]

나. 근로자파견

파견법 제2조는 '근로자파견'이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것으로서(제1호), 이때 '파견사업주'란 근로자파견사업을 하는 자를(제3호), '사용자업주'란 근로자파견계약에 따라 파견근로자를 사용하는 자를(제4호), '파견근로자'란 파견사업주가 고용한 근로자로서 근로자파견의 대상이 되는 사람(제5호)을 뜻한다고 정의하고 있다.



위와 같은 개념들로부터 근로자파견은 직업안정법상 근로자공급에 해당하며,[25] 세 주체에 의한 다면적 노무제공관계를 형성하여 고용과 사용이 분리되어 있음을

23) 노동법실무연구회,「근로기준법주해」(제2판) Ⅰ, 박영사(2020), 821면; 권오성, "중간착취의 지옥도(地獄道)와「'다음 소희' 방지법」의 필요성", 「간접고용노동 중간착취 제도 개선 토론회」자료집, 더불어민주당 정책위원회, 한국노동조합총연맹, 전국민주노동조합총연맹 공동주최(2023. 3.), 40면.

24) 권영환, "'파견과 도급의 구별'이라는 틀의 재검토",「노동법연구」제30호, 서울대학교 노동법연구회(2011. 3.), 290면; 박제성·강성태·김진·신권철·조경배,「사내하청 노동관계의 법해석론」, 한국노동연구원(2015), 6~7면.

25) 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결. '근로자파견은 원래 근로자공급의 한 형태인데 파견법이 제정되면서 근로자파견사업이 근로자공급사업의 범위에서 제외되게 되었다'라고 판시하여 이 점을 분명히 하고 있다.

알 수 있다. 즉 파견근로자는 파견사업주와 근로계약을 체결하고(고용), 파견사업주는 사용자업주와 근로자파견계약을 체결하며, 사용사업주는 근로자파견계약에 따라 파견근로자를 사용(지휘·명령)한다. 따라서 한 사람이 파견근로자와 파견사업주의 지위를 동시에 가지는 것, 즉 파견근로자가 파견사업주로서 자신을 다른 사용자에게 파견하는 이른바 '자기파견'은 근로자파견에 해당하지 않는다.[26]

다. 각 유형의 상호관계

근로자공급, 근로자파견, 사내하청은 위와 같이 주체 및 형태, 관계성의 측면에서만 유사한 것이 아니라 이를 규율하는 법리도 상호 밀접한 관련이 있다(그 규율법리에 관한 상세한 내용은 후술한다).

근로자공급은 다면적 노무제공관계의 가장 전형적이고 일반적인 유형으로 직업안정법에 의해 원칙적으로 금지되어 왔다. 그런데 파견법이 제정됨으로써 근로자공급의 한 형태인 근로자파견이 예외적으로 허용되었다. 사내하청은 도급의 한 유형으로 근로자공급 내지 근로자파견과 구별되나, 그 외양이 도급일 뿐 실질은 파견에 해당하는 경우에는 판례법리에 의해 불법파견으로 인정되어 파견법상 직접고용에 관한 규정이 적용된다.[27] 또한, 근로자파견이 근로자공급의 한 유형이라는 점은 파견법의 해석이나 위 불법파견에 관한 판례법리를 검토함에 있어서 중요한 의의가 있다.

3. 사내하청의 특징

가. 노무 제공의 공간적 구속력

'사내'하청이란 용어에서 알 수 있듯이, 사내하청은 하청업체가 도급계약을 이행하는 모습이, 하청업체가 고용한 하청근로자들이 원청의 '사업장 내에서' 노무를 제공 내지 업무를 수행하는 형태로 나타난다. 그리고 노무제공 내지 업무수행 과정

---

26) 강성태, "파견근로자보호등에관한법률의 제정과 과제",「노동법학」제8호, 한국노동법학회(1998. 12.), 163면.

27) 강성태, "위법파견의 사법적 효과",「노동법연구」제29호, 서울대학교 노동법연구회(2010. 9.), 89면에서는 위 불법파견에 관한 판례법리의 적용을 둘러 싼 판단 기준, 사실 인정, 해석 등이 현재 우리나라에서 하청근로자 보호를 위한 거의 유일한 수단이라고 해도 과언이 아니라고 한다.

에서 대부분 원청 소유의 설비와 원청으로부터 제공받은 원·부자재 등을 이용한다. 이러한 특징을 반영하여 사내하청의 개념을 정의하는 것에는 학설이 대체로 일치한다(위 ① 내지 ⑥의 설명). 이 점에서 하청업체의 독립적인 별개의 사업장에서 도급업무가 수행되는 '외주하청'(외부하청, 사외하청, 사외도급, 사외하도급)과 다르다.[28]

대법원 2007. 10. 26. 선고 2005도9218 판결은 근로기준법이 적용되는 사업장인지 여부가 다투어진 사안에서, 사업장을 '하나의 활동주체가 유기적 관련 아래 사회적 활동으로서 계속적으로 행하는 모든 작업이 이루어지는 단위 장소 또는 장소적으로 구획된 사업체의 일부분'이라고 판시한 바 있다. 사내하청의 공간적 특수성은 제조업 내 대공장의 모습에서 전형적으로 나타나지만 그에 국한되는 것은 아니다. 운송, 유통, 서비스업 등에서도 도급, 용역, 위임, 위탁, 외주화, 아웃소싱 등의 이름으로 광범위하게 사내하청이 활용되고 있다. 예컨대 유통업의 판매장, 숙박업의 객실, 서비스업의 고객센터, 택배업의 물류센터나 터미널 등은 원청의 사업장으로 볼 수 있다.

또한, 원청의 사업장 내에서 업무를 수행한다는 것은 사내하청이 원청의 사업에 직접적으로 '편입'되어 있다는 강력한 징표이다. 위 ⑤, ⑥의 설명은 이 점을 사내하청의 개념에서 명확히 하고 있다.

나. 원청과 하청 사이의 기업간 시장계약관계

사내하청은 기본적으로 원청과 하청 사이의 도급, 즉 기업간 시장계약관계이다.[29] 위 ②, ④의 설명은 시장계약관계의 측면을 사내하청의 개념에 반영하였다고

---

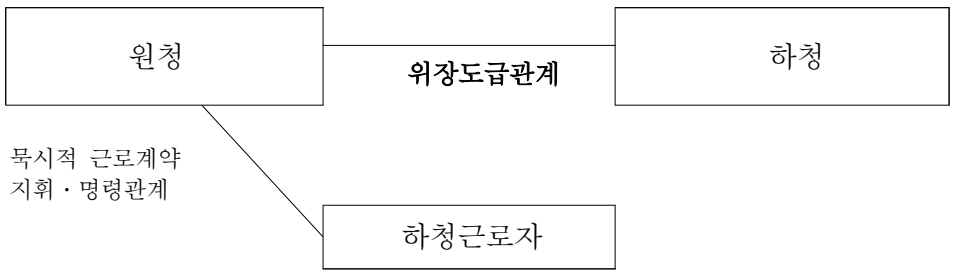
28) 조희연,「계급과 빈곤」, 한울(1993), 278면에서는 '외부하청'은 생산과정의 일부를 별개의 독립적인 외부기업에 위탁하는 것으로 별개의 작업에서 별개의 생산통제 하에 생산이 이루어진 것인데 반해, '내부하청'은 외부하청에서와 같은 생산의 위탁현상이 동일한 작업장 내에서 이루어지는 것을 말한다고 한다. 박준식,「한국의 대기업 노사관계연구」, 백산서당(1992), 182, 205면에서는 '구내하청'이라고 표현한다. 외주하청의 법적 구조는 사내하청과 동일하다. 즉 원청과 외주하청 사이에서 계약관계가 성립하고, 법적인 고용관계는 외주하청과 하청근로자 사이에서만 성립한다. 외주하청업체 역시 원청과의 관계에서 경제적으로 열위에 있을 가능성이 높다. 그러나 외주하청은 사내하청과 달리 외주하청업체가 자신의 사업장과 생산수단을 보유하고 다수의 원청을 상대로 생산할 수 있으며 원청에 인도하기 전까지 생산품은 외주하청업체의 소유이다[이효수, "노동시장 환경변화와 노동시장의 구조변동",「경제학연구」제50집 제1호, 한국경제학회(2002. 3.), 252면]. 사내하청을 위 ④와 같이 사내업무수행형 하청이라 칭하는 견해에서는 그에 대비되는 유형으로, 일정한 부품 등의 생산을 외부 기업에 맡김으로써 해당 부품 생산작업이 외부 근로자에게 맡겨지게 되는 '납품형 하청'을 들고 있는데(이영면·박지순·권혁, 앞의 책, 26~27면) 자동차, 전기전자 등 제조업에서 형성된 외주하청이 납품형 하청에 해당할 것이다.

29) 이영면·박지순·권혁, 앞의 책, 26면에서는 하청을 특정 작업을 완성하기로 한 사람 또는 기업이 업무를 완성시킨 대가로 일정한 대가를 지불받게 되는 계약관계로 본다.

할 수 있다.

그런데 사내하청은 통상의 시장계약관계와는 다르다. 즉, 사내하청에서는 원청과 하청 사이에서 일회성 시장 교환이 아닌 상대적으로 장기의 전속거래가 이루어지며, 원청은 거래상 우월적 지위에 있고, 하청은 원청에 경제적·조직적으로 통합, 종속되어 있다.[30]

이러한 종속성이 극심하여 하청이 사업주로서 독자성, 독립성을 결하고 원청의 노무대행기관에 다를 바 없는 등 형식적, 명목적인 존재에 불과한 정도에 이르렀다면 법형식만 도급(사내하청)으로 위장한 것일 뿐 실제로는 원청이 하청근로자를 직접 고용하여 그 업무 수행을 지휘·명령하는 것과 다를 바 없다(이를 협의의 '위장도급'이라 한다). 판례는 이 경우 원청과 하청근로자 사이에서 '묵시적 근로계약관계'가 성립한 것으로 본다.



다. 다면적 노무제공관계의 형성

사내하청은 노자간 임노동관계, 즉 원청과 하청근로자 사이에 하청을 매개로

30) 손정순,「금속산업 비정규 노동의 역사적 구조 변화—산업화 이후 금속산업 사내하청 노동을 중심으로—」, 고려대학교 대학원 경제학박사 학위논문(2009. 6.), 5면. 홍장표,「한국에서의 하청계열화에 관한 연구」, 서울대학교 대학원 경제학박사 학위논문(1993. 8.), 222~224면에서는 하청기업의 유형별 존재양태를 거래의 안정성을 기준으로 부동적(浮動的) 하청기업과 유기적 하청기업으로, 유동적 하청기업은 다시 모기업(원청)에 대한 의존성을 기준으로 종속적 하청기업과 자립적 하청기업으로 분류하고, 종속적 하청기업은 다시 자본 소유와 경영의 면에서 모기업에 직접 통합되어 있는 수직적 통합기업과 소유와 경영에서 모기업에 직접 통합되어 있지는 않지만 생산과 판매에서 모기업에 대한 의존도가 높은 준수직적 하청기업으로 분류하며, 자립적 하청기업은 독자적인 제품개발능력 등 구상(構想)기능을 보유하고 있고 유통과정에서 특정 모기업에 대한 의존도가 낮아 다수의 모기업과 거래하는 기업으로, 다시 주로 하청판매를 하는 수평적 하청기업과 독자적 시장을 가지고 있어서 하청판매 비중이 크지 않은 수평적 독립기업으로 분류한다. 이러한 분류에 의할 때 사내하청 관계에서 대부분의 하청은 유기적, 종속적, 준수직적 하청기업에 해당할 것이다.

한, 다면적 노무제공관계(간접고용관계)를 형성한다.

‘다면적 노무제공관계’란 노무제공자가 자신과 근로계약 내지 사용종속적인 노무제공계약을 체결한 상대방인 사용자 외에 다른 사용자의 지휘명령이나 지배·영향 아래서 그 다른 사용자에게 노무를 제공함으로써, 한 근로자의 노무제공에 대해 복수의 사용자가 대응하는 관계를 뜻한다.[31] 한편, ‘간접고용’은 ‘직접고용’과 대비되는 개념으로, 기업의 필요에 의해 타인의 노무를 이용하지만 노무제공자와 근로계약을 체결하지 않고 제3자에게 고용된 근로자를 사용하는 고용형태[32]를 뜻하며, 노무제공자—그를 고용한 사용자—노무를 이용(사용)하는 사용자라는 다면적 노무제공관계를 형성한다. 즉, 다면적 노무제공관계는 노무제공자의 측면에서 노무제공을 둘러싼 관계가 다층적이라는 점을 포착한 개념이고, 간접고용은 실제 노무를 제공받는 사용자의 측면에서 그가 근로자를 직접 고용하지 않았다는 특징에 주목한 개념이라 할 수 있다.

전통적인 노동법이 상정해 온 전형적인 근로관계는 근로자가 그와 근로계약을 체결한 사용자에게 노무를 제공하는 것이었다. 이는 한 근로자의 노무제공에 대해 한 사용자만이 대응한다는 점에서 ‘이면적 근로관계’이다.[33]

그런데 일찍이 1980년대 후반부터 세계화와 그에 따른 경쟁의 심화, 기술의 발전, 산업구조 개편 등의 영향으로 임시직, 파트타임, 파견 등 고용형태의 다양화를

---

31) 중앙노동위원회 2021. 6. 2.자 중앙2021부노14 판정 참조. 이승욱, “다면적 노무제공관계에서 부분적·중첩적 사용자성—중앙노동위원회 결정의 의의와 과제—”, 「노동법학」 제80호, 한국노동법학회(2021. 12.), 103면에서는 ‘위 판정이 도급, 위임 등 계약형식을 불문하고 직접 노무제공계약을 체결한 당사자 외에 제3자 사이에 노무제공이 이루어지고 있는 관계를 다면적 노무제공관계라고 표현하고 있다’라고 설명한다. 권오성, 앞의 글(2023. 3.) 39면에서는 이를 ‘다면적 또는 중층적 고용관계’라 칭하며, 노동력을 사용하는 기업이 노동력을 직접 고용하지 않고, 노동력을 제공하는 매개자를 권유하여 노동력을 제공받는 일체의 노동관계를 포괄하는 개념이라고 설명한다.

32) 조규식, “간접고용하의 부당노동행위 사례와 보호방안”, 「노동법논총」 제19호, 한국비교노동법학회(2010. 8.), 440~441면. 간접고용의 개념 역시 법령상 정의되어 있지 않고, 학자들마다 ‘타인이 고용한 근로자(의 근로)를 자신의 사업에 직접 편입시키거나 결합시켜 사용 또는 이용하는 고용’[강성태, “지금 왜 사용자인가”, 「노동법연구」 제24호, 서울대학교 노동법연구회(2008. 3.), 6면], ‘사용자가 근로자와의 사이에 중간업자를 근로계약의 형식적 당사자로 개입시키고 노동법상 사용자에게 부과되는 책임을 회피하려는 고용’[윤애림, “간접고용에서 사용자 책임의 확대 : 집단적 노동관계를 중심으로”, 「노동법연구」 제14호, 서울대학교 노동법연구회(2003. 6.), 147면], ‘타인의 노동력을 상시적으로 필요로 하는 자가 직접 근로자를 고용하지 않고 타인에게 고용된 근로자를 마치 자신이 고용한 것처럼 사용하는 것’[조경배, “직접고용의 원칙과 파견근로”, 「민주법학」 제19호, 민주주의법학연구회(2001. 2.), 33면], ‘노무제공자인 근로자와 노무수령자인 사용자 사이에 근로계약의 (형식적) 당사자인 제3자를 개입시키는 고용형태’[문무기, “간접고용의 합리적 규율을 위한 법리”, 「노동정책연구」 제5권 제1호, 한국노동연구원(2005. 3.), 160면] 등으로 달리 설명하고 있다.

33) 강성태, “다면적 근로관계와 사업주책임”, 「노동법연구」 제7호, 서울대학교 노동법연구회(1998. 5.), 190면.

수반한 노동시장의 변화가 시작된 이래 1997년 국가적 경제위기 상황을 거치는 과정에서 경영합리화, 노동시장의 유연화를 추구하는 기업의 필요에 의하여 한편으로는 근로계약을 체결하지 않고서도 노무를 제공받을 수 있는 파견, 용역, 도급, 위탁, 사내하청 등의 방식을 병용하며 사업을 영위하는 구조가 급격히 확산되었고, 다른 한편으로는 기존 근로자와 체결한 근로계약 자체를 전환하여 이른바 특수형태근로종사자[34]와 도급, 위탁 등의 형식으로 계약을 체결하고 노무를 제공받는 형태가 증가하였다. 위 두 경향은 모두 사용자의 근로계약으로부터의 이탈 내지는 근로계약 배제를 통해 전형적인 근로(고용)관계를 완화, 회피하기 위한 시도라는 점에 공통점이 있다.[35] 특히 전자의 경우 근로자의 노무제공에 대해 둘 이상의 사용자(예컨대 사용사업주—파견사업주 내지 공급사업주, 도급사업주—수급사업주, 원청—하청 등)가 대응하는 '다면적 근로관계'[36]가 형성되며, 후자의 경우에도 특수형태근로종사자가 도급,

---

34) 이른바 특고, 특수고용직, 특수형태노무제공자 등으로 불리우며, 2003년 노사정위원회에 '특수형태근로종사자 특별위원회'가 만들어지면서 정부와 노사정위원회에서 특수형태근로종사자라는 용어를 공식적으로 사용하기 시작하였다. 2007. 12. 14. 법률 제8694호로 산업재해보상보험법(이하 '산재보험법'이라 한다) 전부개정 당시 특수형태근로종사자에 대한 특례규정(제125조)이 신설되면서 실정법에 '특수형태근로종사자'라는 용어로 그 개념이 처음 명문화되었고, 이후 2019. 1. 15. 법률 제16272호로 전부개정된 산업안전보건법에서도 위 특수형태근로종사자 개념을 차용하고 있다(제77조). 윤애림, "특수형태노무제공자 고용보험 적용의 쟁점 —기업의 경계변화에 조응하는 종속노동의 보호라는 관점에서—", 「노동법학」 제70호, 한국노동법학회(2019. 6.)에서는 '특수형태노무제공자'라는 용어를 사용하고 있고, 295~300면에서 산재보험법에서 규정한 특수형태근로종사자의 개념은 상당 부분 판례에서 근기법상 근로자 여부를 판단하는 지표에 해당하는 점, 산재보험법 시행령에서 법 규정을 보다 제한적으로 해석하고 있을 뿐만 아니라 직종을 한정하는 열거적 규정 방식을 택하고 있다는 점 등에서 보호의 범위를 지나치게 제한하는 문제가 있다고 지적한다.

35) 한국비정규노동센터, 「민간부문 비정규직 인권상황 실태조사—특수형태근로종사자를 중심으로」 (국가인권위원회 연구용역보고서), 국가인권위원회(2015. 11.), 4～6, 20～21면. 한편, 한국비정규노동센터, 「간접고용 노동자 인권상황 실태조사」 (국가인권위원회 연구용역보고서), 국가인권위원회(2018. 11.), 12면에서는 노동시장 유연화의 양태를, 정년이 보장되는 정규고용을 계약기간을 설정한 기간제나 임시직으로 사용하는 '고용의 임시화', 사용하는 노동력의 일부를 기업 외부를 통해 조달하는 간접고용 형태인 '고용의 원거리화', 근로자성을 배제한 채 개인도급 형식으로 사용하는 특수고용 형태인 '고용의 파편화'로 구분하고 있는데, 이를 통해서도 다면적 노무제공관계의 확산이 노동시장 유연화의 결과임을 알 수 있다.

36) 윤애림, 「다면적 근로관계에서 사용자의 책임」, 서울대학교 대학원 법학박사 학위논문(2003. 2.), 9면. 강성태, 앞의 글(1998. 5.), 190면에서는 다면적 근로관계를 '중간자를 매개로 하여 근로계약의 상대방이 아닌 자가 노동력을 사용하는 관계'로 정의한다. 다면적 노무제공관계는 특수형태근로종사자는 물론 더 나아가 가맹점근로자, 플랫폼노동자 등 새로운 형태의 노무제공자를 포섭할 수 있도록 근로자 및 위 특수형태근로종사자 등을 근로자보다 넓은 의미에서 '노무제공자'로, 근로계약 내지 위 특수형태근로종사자 등이 체결하는 도급, 위탁 등의 계약을 그 형식을 불문하고 '사용종속적인 노무제공계약'으로 각 포괄함으로써 다면적 근로관계의 개념에 확장성을 부여한 것이며, 그 실익은 노무제공자가 계약의 직접 상대방이 아닌 실제로 자신의 노무를 이용(사용)하는 제3자를 상대로 단체교섭권을 행사할 수 있는지 여부를 판단함에 있어 노무제공자가 근로자인지 특수형태근로종사자 등인지를 특별히 구분하지 않고 같은 논증구조 하에서 모두 아울러 검토할 수 있다는 데에 있다.

위탁 등의 계약을 체결한 직접 상대방이 아니라 제3자를 위해 노무를 제공하는 형태에서는 유사한 관계가 형성된다.[37]

파견법 제정 이후 이루어진 선행연구에서는 실태조사를 토대로 사내하청 노동이 하청근로자가 원청의 지휘·명령 하에서 업무를 수행하는 '파견노동'의 실질을 가진다는 점에 주목하였다.[38] 이는 매우 의미있는 성과로 사내하청의 외양을 띠고 있으면서도 그 실질은 근로자파견에 해당하는 경우 '불법파견'으로 보아 파견법에 의해 규율(직접고용)하는 판례법리의 확립으로 이어졌다. 불법파견에 해당하는 사내하청 역시 도급의 형식을 가장한 것이라는 점에서 '위장도급'이다(앞서 본 협의의 위장도급과 구별하여 불법파견까지 포함한다는 의미에서 이를 광의의 위장도급이라 하되, 이하 '위장도급'이란 용어는 특별히 구별하지 않는 한 협의의 위장도급을 의미하는 것으로 사용한다).[39] 그런데 앞서 본 협의의 위장도급의 경우에도 원청이 하청근로자의 업무 수행을 지휘·명령한다는 점은 불법파견의 경우와 동일하다. 결국 위장도급과 불법파견의 차이는 불법파견의 경우 하청이 사업체로서 실체를 가진다는 것이다.[40]

---

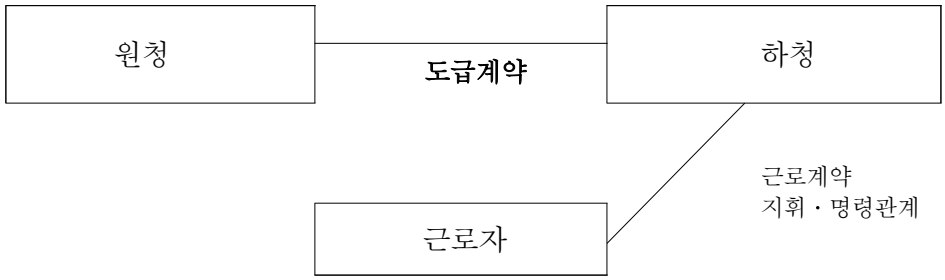
37) 이른바 특수고용과 간접고용이 결합된 유형으로, 중앙노동위원회 2021. 6. 2.자 중앙2021부노14 판정 및 중앙노동위원회 2022. 12. 6.자 중앙2022부노156 판정의 사안이 그러하다. 중앙2021부노14 판정은 특수형태근로종사자인 택배기사—<위수탁계약>—택배 대리점주—<위수탁계약>—택배회사인 씨제이대한통운 주식회사(이하 '씨제이대한통운'이라 한다)의 관계에서, 중앙2022부노156 판정은 특수형태근로종사자인 지입차주—<위수탁계약>—개별 운송사—<운송도급 기본계약>—롯데글로벌로지스 주식회사(이하 '롯데글로벌로지스'라 한다)의 관계에서 각 택배기사, 지입차주로 조직된 노동조합이 계약의 직접 상대방인 아닌 씨제이대한통운, 롯데글로벌로지스를 상대로 단체교섭을 요구할 수 있는지가 다투어졌다.

38) 전국금속산업노동조합연맹·전국금속노동조합·한국비정규노동센터,「금속산업 비정규직 규모 현황 및 불법파견 실태 조사보고서」, 2004. 위 조사보고서는 자동차, 자동차부품, 철강, 조선, 기계 등 주요 금속부문의 종업원 400인 이상 사업장을 일차적 대상으로 하여 총 75개 사업체에 대한 실태조사를 한 결과를 분석하고, 주요 금속부분 사업장의 사내하청 노동이 대부분 불법적인 파견노동이며, 원청에 의해 구조적으로 제약될 수밖에 없는, 전형적 비정규 노동이라는 결론에 이르고 있다. 노자간 임노동 관계로서의 사내하청을 강조하는 손정순, 앞의 학위논문, 6~7면에서도 사내하청 노동을 사실상의 파견노동이라는 관점에서 고찰하고 있다.

39) 전형배, "대법원 판례의 위장도급 유형 판단기준".「노동법학」제36호, 한국노동법학회(2010. 12.), 509면에서는 '위장도급'을 그 실질이 진정도급이 아닌데도 계약의 형식을 도급으로 정하면서 기업 외부에서 근로자를 취하여 사용하는 노동력 사용방식을 포괄적으로 지칭하는 의미로 사용하면서, 도급인이 수급인의 근로자를 실질적으로 '고용'하고 있는 것과 같이 사용하면서도 고용의 형식을 취하지 않는 경우를 '근로계약 위장도급'으로, 실질적 고용이라고 평가할 정도는 아니지만 파견근로에 있어 사용사업주의 노무지휘에 상당하는 사용을 하는 경우를 '불법파견 위장도급'으로 분류한다. 이때 위 위장도급은 본 논문에서 사용하는 '광의의 위장도급'에, 근로계약 위장도급은 '협의의 위장도급'에, 불법파견 위장도급은 '불법파견'에 각 해당한다.

40) 강성태, 앞의 글(2018), 183~184면. 고용노동부의 '근로자 파견의 판단기준에 관한 지침'은 외부인력을 실질적으로 활용함에도 도급 등 다른 형식의 계약을 체결함으로써 파견법 적용을 회피하는 사례에 대응하여 근로자파견에 해당하는지 여부에 대한 명확한 판단기준을 제시하려는 목적으로 제정되었고, 2019. 12. 30. 개정되었다. 위 지침에서는 우선적으로 다음과 같은 판단 순서를 제시한다. 즉, 파견법상 근로자파견에 해당하는지를 판단함에 있어서는 ① 먼저 수급인등이 사업주로서 실체가 인정되는지 여부를 검토하고, 수급인등이 사업주로서 실체가 인정되지 않는 경우

위장도급이나 불법파견에 해당하지 않는 사내하청에서는 하청에 사업주로서 실체가 인정될 뿐만 아니라 원청은 도급인의 지시권을 행사할 수는 있으나 하청근로자의 업무 수행을 지휘·명령하지 않는다. 위장도급이나 불법파견은 그 외관만 사내하청일 뿐이므로, 사내하청은 진정도급임을 전제로 한다. 위 ⑥과 ⑦의 설명은 사내하청의 개념에서부터 이 점을 명확히 하고 있다.



이상의 논의를 정리하면, 사내하청의 외형을 띤 관계는 ㉮ 하청에 사업주로서 실체가 인정되지 않을 뿐만 아니라 원청이 하청근로자에 대하여 지휘·명령을 하는 묵시적 근로관계(직접고용관계), ㉯ 하청에 사업주로서 실체가 인정되지만 원청이 하청근로자에 대하여 지휘·명령을 하는 파견관계, ㉰ 하청에 사업주로서의 실체가 인정될 뿐만 아니라 원청은 도급인의 지시권을 행사할 수는 있으나 하청근로자에 대한 지휘·명령은 하지 않는 진정도급관계로 분류할 수 있다.[41]

그렇다면 진정도급인 사내하청에서도 원청과 하청근로자 사이에 간접고용관계(다면적 노무제공관계)가 형성된다고 볼 수 있는지가 문제된다. 이에 관하여는 학설이 일치하지 않고, 어떤 견해를 취하느냐에 따라 사내하청에 대한 노동법적 규율의 필요성이나 규율 방법 등에 대한 입장도 나뉜다.

이를 부정하는 견해는, 진정도급인 사내하청(합법적인 사내하도급)의 경우 하청근로자에 대한 고용주와 사용주는 동일하며(하청) 두 개의 근로관계가 발생하는 것이 아니므로 진정도급을 간접고용 내지 다층적 고용관계라고 분류할 수 없고, 산업안전보건법(이하 '산안법'이라 한다)에서 원청의 안전보건조치의무를 도입한 것과 같이

에는 수급인등 소속 근로자와 도급인등 사이에 직접적인 근로계약관계가 존재하는 것으로 보아(묵시적 근로계약관계 성립) 각종 노동관계법상 사용자·근로자로서 관련 규정이 적용될 수 있다. ② 다음으로 수급인 등의 사업주로서 실체가 인정되는 경우에는 수급인등이 소속 근로자와 고용관계를 유지하면서 도급인등이 수급인등 소속 근로자를 실제로 지휘·명령하여 종속적인 관계에서 사용하는지를 검토하여 도급인등과 수급인등 사이의 실질적인 법률관계가 근로자파견에 해당하는지 여부를 판단한다. 이러한 판단 순서는 사내하청의 외양과 실질을 고려한 것이다.

41) 강성태, 앞의 글(2018), 185면.

입법을 통해 원청의 사용자책임을 확대할 수 있을 뿐이라고 한다.[42] 진정도급인 사내하청에 대해서는 전통적인 공정거래정책의 적용을 받으면서 부수적으로 중소기업정책, 그리고 인력 및 훈련정책의 대상이 되는 것으로 충분할 것이라고 한다.[43]

반면, 진정도급인 사내하청에서도 간접고용관계를 포착할 수 있다는 견해는, 그 근거로 사내하청은 적법이나 위법 여부와 무관하게 원청이 타인의 근로를 직접적으로 자신의 사업에 편입시켜 활용한 이익을 지배적으로 향유한다는 점에서 일반적인 도급과 차이가 있고, 진정도급의 경우에도 고용관계의 변화가 없으며 이에 따라 발생하는 문제는 여전히 해결되지 않기 때문에 위장도급이나 불법파견과 같이 불법적인 사내하청만을 정의하는 것으로는 사내하청의 실체를 파악할 수 없고, 사내하청을 고용(근로계약)관계로 파악할 필요가 있다고 한다.[44]

사내하청에서도 원청, 하청, 하청근로자라는 세 주체가 등장하지만, 근로자공급이나 근로자파견과는 달리 진정도급인 사내하청은 하청이 독자적으로 자신의 책임과 재량에 따라 자신이 고용한 근로자를 직접 사용하여 일을 완성한다는 점에서 고용과 사용은 오직 하청과 그 이행보조자인 하청근로자 사이에만 존재한다. 그러나 사내하청이라는 외양에서 위장도급과 불법파견을 걷어낸다 하더라도 사내하청은 일반적인 진정도급(외주하청)과는 다른 특징을 가지고 있다. 즉, 하청근로자가 수행하는 ‘노동’은 '원청의 작업장'에서 ‘노무제공’의 방식으로 이루어지며, 원청의 생산과정에 직간접적으로 결합하여 근로 여부가 원청의 생산 유무 및 생산량과 직접적으로 연동된다.[45] 원청과 하청근로자 사이에서 형성되는 이러한 특징을 도급이라는 원하청간 시장계약적 관계만으로는 설명할 수 없다.[46] 또한, 하청근로자의 노무 제공에 대해 일부는 원청이 일부는 수급인이 지휘·명령을 하는 경우 등[47] 불법파견으로서의 요소와 진정도급으로서의 요소가 병존하여 구별이 어렵고, 불법파견과 진정도급인 사내하청으로만 양자택일하여 어느 하나의 유형으로 규율하는 것이 과연 바람직한 것인지 의문이 드는 사례도 대다수 존재할 수밖에 없다.[48] 한편, 후술하는

---

42) 박지순, “단체교섭의 당사자로서 사용자개념”,「노동법논총」제51집, 한국비교노동법학회(2021. 4.), 115면

43) 조성재·박지순, 앞의 책, 2면.

44) 은수미·이병희·박제성,「사내하도급과 한국의 고용구조」, 한국노동연구원(2011), 9면.

45) 도재형, 앞의 책, 147면.

46) 강성태, “사내하청에 관한 세 가지 판단—Browning-Ferris, 현대중공업 그리고 KTX—”,「노동법연구」제40호, 서울대학교 노동법연구회(2016. 3.), 76면에서는 하청근로자가 수행하는 ‘업무의 상시성’은 일의 완성, 완료, 마침을 전제로 하는 도급과는 친하지 않은 특성이라고 한다.

47) 강성태, “사내하도급 삼부작 판결의 의의”,「노동법학」제35호, 한국노동법학회(2010. 9.), 5면.

48) 이영면·박지순·권혁, 앞의 책, 29면에서는 노무도급 형태의 원하청계약관계의 대다수는 도급계약인지 불법파견인지 대단히 모호한, 이른바 회색지대에 놓여 있다고 한다.

각종 통계수치나 실태조사에 의하면, 사내하청의 적법 여하를 불문하고 하청근로자는 저임금, 열악한 근로조건, 차별적 처우, 고용불안정 등의 상황에 처해 있음을 확인할 수 있는데, 이는 바로 고용과 사용이 분리된 간접고용에서 드러나는 전형적인 문제점들이다. 뿐만 아니라 후술하는 바와 같이 우리나라에서 사내하청이 도입되어 구조화된 역사는, 원하청간 시장계약관계가 정립되어 온 과정이라기보다는 원청이 노자(勞資)간 관계에서 노무관리의 용이함, 인건비 절감, 고용의 유연화 등을 실현해 온 과정이었음을 알 수 있다. 사내하청의 본질을 이루는 한 축은 원하청간 시장계약관계이고, 다른 한 축은 원청과 하청근로자 사이의 임노동 관계이다.[49] 후자의 측면에서 사내하청은 고용의 한 형태인 간접고용에 해당하며, 다면적 노무제공관계를 형성하고 있다고 보아야 한다.[50] 따라서 진정도급인 사내하청의 경우에도 그에 따른 노동법적 문제를 해결하기 위한 노력을 기울여야 한다.

라. 비정규근로의 특성

이러한 논의는 사내하청근로를 비정규근로, 즉 하청근로자가 하청업체에 정규직으로 고용된 경우에도 비정규직 근로자로 볼 수 있는지에 관한 문제와도 관련되어 있다.

비정규근로, 비정규직이라는 개념 역시 법령상의 용어가 아니고, 그 정의 및 범위, 분류 기준도 학자마다 매우 상이하나, 대체로 고용형태와 고용상 지위를 기준으로 비정규근로를 파악한다.[51]

고용형태를 기준으로 하는 경우 비정규직은 정규직의 잔여적 범주로 개념화된다. 포드주의적인 생산방식이 산업의 중심을 차지하던 시기의 경제 및 노동환경 하에서 설정된 전형적인 근로자가 형성하는 통상적인 근로관계 모습을 정규근로라 하고, 그중에서 어느 한 요소라도 덜 갖추거나 다른 모습을 띠는 경우를 비정규근로, 이러한 비정규근로를 수행하는 자를 비정규근로자라 한다. 이 시기의 전형적인 근로관계는 근로자가 ㈀ 기간의 정함이 없이, ㈁ 전일제로, ㈂ 사용자에 대해 직접 근

49) 손정순, 앞의 학위논문, 6～7면. 신권철, 앞의 글, 228～229면에서는 하청노동관계를 하청관계에 노동관계가 더해져 하청업자의 종속과 하청근로자의 종속이라는 중첩적인 종속이 이루어지는 관계로 파악한다. 즉, 원청은 하청근로자에 대해서는 노무수령자가 가진 사실적 권한으로서 지배하고, 하청업자에 대해서는 계약당사자가 가진 법적 권한으로서 지배하게 된다고 한다.

50) 은수미・이병희・박제성, 앞의 책, 8～9면.

51) 정이환, “비정규노동의 개념정의 및 규모추정에 대한 하나의 접근”, 「산업노동연구」 제9권 제1호, 한국산업노동학회(2003. 1.), 73～76면.

로를 제공하는 것이었다.[52] 그러므로 이들 3가지 요소 중 어느 한 요소라도 갖추지 못하였다는 소극적 관점에서, ㉠ 기간의 정함이 없는 경우라는 요소가 배제된 기간제, ㉡ 전일제 근무가 아닌 부분적인 단시간 근로를 행하는 단시간근로, ㉢ 근로자가 자신과 근로계약을 체결한 상대방인 사용자가 아니라 그 사용자가 지정한 다른 제3자에게 노무를 제공하는 경우를 지칭하는 파견근로를 비정규근로의 전형적인 유형으로 본다.[53] 앞서 본 바와 같이 사내하청의 임노동관계의 측면에 주목하는 견해에서는 고용형태를 기준으로 할 경우 하청근로자를 ㈐의 요소를 결여한 간접고용 비정규근로자로 분류한다.[54]

고용상 지위를 기준으로 하는 경우에는 정규근로에 대비되는 결여 요소의 규범적인 의미 내용과 비중을 중시한다.[55] 즉, 고용의 안정성, 근로조건의 수준, 노동법의 적용가능성 등을 기준으로, 임금이나 복지 등 근로조건이 상대적으로 열악한 지위에 있는 근로자, 언제든지 해고될 수 있는 고용의 불안정 상태에 놓여 있는 근로자, 그 사회에서 보편적으로 적용되는 노동법의 적용을 받지 못하는 근로자 등이 행하는 노동을 비정규근로라고 정의한다. 고용형태의 측면에서 정규근로에 포함되는지가 논란이 되는 하청근로자나 특수형태근로종사자 등도 고용상 지위를 기준으로 할 경우에는 전형적인 비정규근로의 범주에 속한다.[56]

---

52) 김성환,「비정규노동에 관한 연구」, 한국노동연구원(1992), 15~16면에서는 이를 더 세분하여 정규근로의 전형적인 요소를 ① 사용자에 대한 종속관계, ② 특별한 사유가 없는 한 기간을 정하지 않는 상용고용, ③ 전일제 근로, ④ 통상 노동일의 근로일수, ⑤ 월급제 임금, ⑥ 법과 단체협약에 의한 임금지급의 보장과 해고 등으로부터의 고용 보장, ⑦ 기술과 기업 내 근속년수에 따른 임금수준, ⑧ 대표체제에 의한 집단적인 이해관계의 보호라고 하고, 이러한 요소 중의 일부를 결여한 근로를 비정규근로라고 정의한다. 손정순, 앞의 학위논문, 7~8면에서는 위 3가지 요소(고용기간, 근로시간, 고용주체) 외에도 '계약 형식'을 추가하며, 정규직은 노무 수취를 위한 계약관계의 형태가 사적 계약이 아닌 노동법 체계상의 근로계약이라고 한다. 이러한 계약 형식을 결여한 비정규직은 특수형태근로종사자가 될 것이다.

53) 박종희,「비정규·간접고용 근로자의 노동단체권 행사에 관한 법리 연구」(노동부 연구용역보고서), 고용노동부(2005. 9.), 2면 및 "한국의 비정규고용의 실태와 법률적 쟁점—비정규고용의 현황, 대응과정 및 향후 개선방안을 중심으로—", 외법논집 제35권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소(2011. 11.), 26면

54) 은수미·이병희·박제성, 앞의 책, 12~14면; 손정순, 앞의 학위논문, 7~8면.

55) 조경배,「비정규 노동과 법」, 순청향대학교 출판부(2011), 19면.

56) 박종희, "한국의 비정규고용의 실태와 법률적 쟁점—- 비정규고용의 현황, 대응과정 및 향후 개선방안을 중심으로—", 외법논집 제35권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소(2011. 11.), 26~27면에서는 비정규근로자의 개념을 형식적·소극적으로 파악하는 입장과 실질적·적극적으로 파악하는 입장으로 나눠, 전자는 기간제, 단시간근로, 파견근로의 경우를 비정규근로관계의 전형적인 유형이자 전부라고 보는 반면, 후자는 비정규근로자의 범주를 가능한 한 넓게 파악하여 그 형식뿐만 아니라 실질에서도 정규직근로자로서의 지위를 갖는 자를 제외하고는 모두 비정규근로자 범주로 포섭하여 사내하청근로자, 특수형태근로자, 그 밖의 새로운 복합적인 고용형태 모두를 포함한다고 설명한다.

제2절 사내하청의 실태와 노동법적 문제점

1. 사내하청의 형성과 전개

가. 1970년대 중화학공업화 정책—조선, 철강 업종의 사내하청 도입

1973년 중화학 공업화 선언[57]으로 대표되는 국가정책으로 금속산업 부문에 대한 집중적인 육성이 이루어진 시기에 철강, 조선 등의 부문에서 조업 초기부터 사내하청이 본격적으로 도입되었다. 이는 현재 금속산업 부문의 사내하청의 직접적 원형이라 할 수 있다.[58]

1968년 설립된 철강 업종의 포항종합제철 주식회사(이하 '포항제철'이라 한다)[59]가 대표적인 사례이다. 포항제철은 정부 주도 하에 성사된 일본의 자본 활용[60] 및 기술 도입을 토대로 1970년부터 일관제철소를 건설하기 시작하였는데, 일본 주요 철강사로 구성된 이른바 '일본 그룹(Japan Group)'[61]이 설비 배치 및 공정 설계, 건설

57) 박정희 대통령은 1973. 1. 12. 연두기자회견을 통해 "정부는 이제부터 중화학공업 육성의 시책에 중점을 두는 중화학공업정책을 선언하는 바입니다.....80년대 초에 우리가 100억 달러의 수출 목표를 달성하려면 전체 수출상품 중에서 중화학제품이 50%를 훨씬 더 넘게 차지해야 되는 것입니다. 그러기 위해서 정부는 지금부터 철강, 조선, 석유화학 등 중화학공업 육성에 박차를 가해서 이 분야에 제품수출을 목적으로 강화하려고 추진하고 있습니다."라는 내용의 중화학 공업화 선언을 하였다(국가기록원 기록정보서비스 '중화학공업화선언' 부분 참조). 이는 1960년대 노동집약적인 경공업 부문을 중심으로 한 산업화 과정과는 질적으로 다른, 대규모 자본이 일시에 동원되는 형태의 산업화였고, 이에 조응하는 노동력 또한 대규모 단위로 동원, 집적될 수밖에 없었기에 이를 통제하는 인사 및 노무관리 체제의 확립도 필수적으로 요구되었다. 손정순, "후발 산업화와 금속부문 대공장내 사내하청 노동의 도입과 전개—철강업종의 포항제철 사례를 중심으로—",「산업노동연구」제17권 제1호, 한국산업노동학회(2011), 182～183면.

58) 손정순, 앞의 학위논문, 88～89면.

59) 포항제철은 출범 당시 상법상 주식회사 형태를 취했지만, 최초 자본금 4억 원 가운데 재무부가 3억 원, 대한중석이 1억 원을 불입해 정부의 직접 투자가 75%에 달하는 정부투자기관이었다. 포스코홀딩스 홈페이지에 게시(https://www.posco-inc.com:4453/resource/v3/file/History_of_POSCO.pdf)된「포스코 50년사 통사」, 151면.

60) 한일 정부는 1969. 12. 3. '포항종합제철 건설자금 조달을 위한 한일 간의 기본협약'을 체결하였고, 그 주요 내용은 일본 측이 '재산 및 청구권에 관한 대한민국과 일본의 협정' 및 그 관련 문서에 의거하여 한국의 종합제철 건설을 위한 협력을 제공한다는 것으로서 당시 협의된 일본 자금의 총액은 1억 2,370만 달러(청구권 자금 : 7,370만 달러, 일본 수출입 은행 연불 융자: 5,000만 달러)이다. 위「포스코 50년사 통사」, 66면.

61) 포항제철은 위 '포항종합제철 건설자금 조달을 위한 한일 간의 기본협약' 체결 직후인 1969. 12. 15. 일본의 후지(富士)제철, 야와타(八幡)제철, 일본강관 3개 철강사와 예비 기술용역계약을 체결하였고[이 계약에 따라 기술용역을 제공한 일본 팀을 JG(Japan Group)라 하였다], 이후 1970. 7. 15. 1단계 기술용역계약을(1970. 3. 31. 후지제철과 야와타제철의 합병으로 신일본제철이 발족하여 기술용역 제공업체는 2개사로 되었다), 1971. 5. 14. 2단계 기술용역계약을 각 체결하였다. 연인원

비 산정, 작업장 건설, 완공 후 제철소 운영을 위한 조업 지도, 기간요원(사무직) 및 조업 요원(생산 기능직)에 대한 교육과 훈련, 보수·정비 분야를 포함한 기술 이전 등에 이르기까지 제철소 건설과 초기 운영의 전 과정을 주도하였다.[62]

포항제철의 인사 및 노무관리 체계도 당시 일본 철강 업종의 내부노동시장 관리 방식 및 사내하청의 활용 양상을 도입하여, 한편으로는 사무직, 생산기능직 등 직영 근로자를 대상으로 한 내부승진제, 인사고과 및 이에 기초한 임금의 차등 지급, 직무직능급제 시행 등을 통해 엄격한 관료제적 위계를 기반으로 한 내부노동시장을 형성하였고, 다른 한편으로는 외부 협력업체를 통한 직영—사내하청 체계를 갖추었다.[63] 특히 후자의 경우, 포항제철은 포항 사업장이 완공되기도 전인 1971년 2월 '협력사업부'를 신설하였고, 같은 해 6월에는 조업에 대비한 협력사업 유치계획을 확정하여 작업장 내에서 활용할 협력업체(사내하청업체)를 선정, 육성하였다. 그러나 대형 제철소의 운영 자체가 처음이었기에 적합한 업체 선정에 상당한 곤란을 겪었고, 제철소 핵심 공정의 경우 포항제철이 직접 자본 및 설비 공여를 통해 일부 사내하청업체를 설립하였으며, 일본 그룹이 사내하청업체에 직접 조업 방법 등 기술을 이전하기도 하였다. 첫 조업 당시의 하청업체 수는 16개 업체, 하청업체 소속 근로자 수는 2,700명을 넘어 이미 1973년 당시 포항제철 전체 정규직 직원(사무직 포함) 3,973명의 69% 수준이었다. 이들 사내하청업체가 주로 담당한 업무는 운송·하역 업무와 포장, 그리고 주 생산공정과 직간접적으로 연계된 부수적인 영역에 해당되지만, 철강재 가공·절단, 고로 정비·보수 등 철강 생산공정의 핵심 설비와 업무를 담당하는 사내하청업체 또한 존재하였다.[64] 이 시기 포항제철은 사내하청업체를 '협력작업'으로 지칭하면서, 그 도입 이유를 주변부적 부대 업무의 협력화를 통한 핵심 업무 집중 가능, 노무비 부담 경감을 통한 원가 절감 등을 들고 있는데, 이는 현재에도 유지되는, 노동의 이원화(핵심인력—주변인력)와 비용절감 논리에 입각한 것이다.[65]

같은 시기 조선 업종의 현대조선중공업 주식회사(이하 '현대중공업'이라 한다)[66]

을 기준으로 일본그룹이 1단계 계약에 따라 파견한 인원은 일일 710명, 2단계 계약에 따라 건설공사를 지도하기 위해 파견한 인원은 월 1만 8000명, 조업과 수탁시험을 위해 파견한 인원은 월 1만 8666명에 이른다. 위「포스코 50년사 통사」, 76~78면.

62) 손정순, 앞의 글(2011), 186면.

63) 손정순, 앞의 학위논문, 71~73면. 위「포스코 50년 통사」, 152면 및 163면에서는 포항제철이 창립 당시부터 '소수정예주의, 내부승진 원칙, 능력주의' 등 세 가지의 인사관리 기본방침을 유지했으며, 주 생산공정과 관련된 작업은 현장 직원이 직접 수행하고, 조업라인 지원 등 단순 부대작업과 정비작업은 협력회사에 위임하였다고 밝히고 있다.

64) 손정순, 앞의 글(2011), 190~193면.

65) 손정순, 앞의 학위논문, 89면.

도 정부의 중화학공업 육성정책에 힘입어 출범하여 성장한 회사이고,[67] 현대중공업이 사내하청을 도입한 계기 또한 인사 및 노무관리의 구축이라는 측면에서는 포항제철의 사례와 유사하나,[68] 현대중공업은 설립 초기 경영자의 역량 부족과 작업능률에 대한 직접적 통제능력 등이 결여된 상태에서 간접적 노무관리의 일환으로 사내하청을 선택할 수밖에 없었다는 점에 특징이 있다.[69]

현대중공업은 1972년 조선소 건설과 1973년 대형유조선(VLCC) 2척의 건조를 동시에 진행하였고, 그에 필요한 대규모 기능인력을 빠른 시간 내에 충원하기 위해 기능공을 모두 정규직(사원 대우)로 채용하였다. 건설이나 조선 업종에서 기능공을 정규직으로 모집하는 일은 흔치 않은 기회였기 때문에 전국에서 노동자들이 구름같이 몰려들었다고 한다.[70] 1973년 7월 기준 울산조선소에 고용된 직종별 인원수는 기술직 580명, 사무직 280명, 기능직 4,800명 등 5,600명에 이른다.[71] 그러나 현대중공업은 대형 조선소의 경영이나 선박 건조를 위한 기술과 경험 등이 사실상 전무하였기 때문에 위와 같은 대규모 인력을 효율적으로 관리할 수 없었고, 현장의 작업과정 또한 제대로 규율하지 못하여 작업과정의 혼선과 비능률, 자재의 부실관리, 산재사고의 빈발, 단기간 훈련에 그친 대다수 반숙련공들과 숙련공들 사이의 기능 격차, 일부 근로자의 근무 태만 등 여러 문제점들이 드러났다.[72] 이에 현대중공업은

---

66) 현대중공업의 전신은 1969년 초 신설된 '조선사업 추진팀'으로 현대건설 기획팀 직원 등 12명이 차출되어 조선사업 실무작업에 착수하였고, 1970년 3월 '조선사업부'로 정식 발족한 이후 사업계획 수립과 차관 도입, 부지 선정, 조선소 건설 등을 본격적으로 추진하였다. 1973. 12. 28. 조선사업부를 독립법인으로 등기하여 현대조선중공업 주식회사가 설립되었다. HD현대중공업 홈페이지에 게시(https://www.hhi.co.kr/About/about10)된「현대중공업그룹 50년사」1권 통사편, 68면.

67) 1973년 여름 본격적으로 개시된 포항제철의 선철 및 조강 생산은 철강 소재를 기초원료로 활용하는 전방 연관 산업부문인 조선, 기계, 자동차 등의 업종이 성장하는 원동력이 되었다(손정순, 위 학위논문, 55면).

68) 손정순, 앞의 학위논문, 74면.

69) 신원철, "사내하청공 제도의 형성과 전개 : 현대중공업 사례",「산업노동연구」제9권 제1호, 한국산업노동학회(2003), 107면. 현대중공업은 1972년 12월 일본의 가와사키(川崎) 중공업으로부터 23만톤급 VLCC 2척을 수주함과 동시에 기술협약을 맺고 선박 건조 기술의 이전과 감독, 지원을 받았는데(위「현대중공업그룹 50년사」1권, 55~56면), 손정순, 앞의 학위논문, 95~96면은 이 과정에서 포항제철과 유사하게 현대중공업도 당시 일본의 조선 업종에서 널리 활용되던 사내하청을 도입하였을 개연성이 높다고 본다.

70) 김준, "1974년 현대조선 노동자 '폭동'의 연구 : 문헌 및 구술자료에 기초한 재구성",「사회와 역사」제69호, 한국사회사학회(2006. 3.), 93면. 핵심 숙련공은 타조선업체 및 관련 직종에서 스카웃 형식을 통해 모집했지만, 대다수 반·미숙련공은 무경력자를 공채를 통해 모집, 사내 훈련소에서 관련 직무를 습득한 후 현장에서 수습사원 경력을 거쳐 본공 정규직으로 채용하였다[김준, "1970년대 조선산업의 노동자 형성 : 울산 현대조선을 중심으로",「1960-1970년대 한국의 산업화와 노동자 정체성」, 한울(2004), 32면]

71) 위「현대중공업그룹 50년사」1권, 57면.

72) 당시 작업 현장의 구체적 실태로는 신원철, 앞의 글(2003), 114면; 김준, 앞의 글(2004), 40~41면 참조.

‘인력관리의 효율화와 작업관리의 능률화’를 내세워 1973년 7월 직영체제에서 ‘위임관리제’라는 이름으로 기능직에 대한 하청화를 도입하고 용접, 조립 등 16개 분야의 기능공들을 단계적으로 하청기능공으로 전환시켰고,[73] 그 결과 1974. 9. 24. 기준 전체 근로자 수 13,156명 중 위임관리 기능직이 7,011명에 이르렀다.[74] 위임관리제 하에서 위임관리자는 현대중공업과 구두 또는 서면으로 도급계약을 체결하고, 근로자는 위임관리자와 구두 또는 서면으로 근로계약을 체결하였다.[75] 직영 근로자와 위임관리 근로자 사이에는 임금 수준, 상여금, 식사비, 작업복과 안전화 지급 등에서 차별이 있었고, 특히 임금은 위임관리자를 통하여 간접 지불되어 중간착취의 문제가 제기되었으며, 위임관리자의 구두 통고만으로 해고가 이루어졌기 때문에 고용안정성 면에서도 매우 취약한 상태였다.[76] 결국 1974. 9. 19. 위임관리제 시행에 반대하는 근로자들의 대규모 시위와 농성이 발생하여 국회 차원에서 위임관리제의 문제점이 논의되는 등 사회적으로 큰 주목을 받았으나 근본적 대책이 수립되지는 못하였고,[77] 현대중공업은 위임관리제 시행을 고수하여 불과 한 달 후인 1974년 10

---

73) 신원철, 앞의 글(2003), 113면. 위임관리제에 반대하여 1974. 9. 19. 발생한 현대조선소 노동자 투쟁 직후인 1974. 9. 25. 현대중공업은 주요 일간지 1면 광고로 ‘현대노사분규에 대한 해명서’를 게재하였는데, 위 해명서에서 ‘선진국가의 조선사업에서는 직영관리제보다 계열별 도급제를 채택하고 있습니다. 다만 우리나라에서는 기술적, 객관적 여건의 미성숙으로 완전한 도급방식은 채택할 수 없습니다. 그러나 계열별 도급화는 우리가 지향하는 방향이기는 하지만 현재로서는 직영관리제와 계열별 도급제의 중간형태로서 위임관리제를 채택할 수밖에 없는데 이것은 단적으로 말하면 인력관리의 효율화와 작업관리의 능률화를 위한 것입니다’라고 하여 위임관리제의 도입 목적이 ‘인력관리의 효율화와 작업관리의 능률화’를 위한 것이라고 밝혔다(1974. 5. 25.자 조선일보 1면).

74) 제9대 국회 1974. 10. 16.자 보건사회위원회회의록 제5호, 5면.

75) 신원철, 앞의 글(2003), 120면.

76) 김준, 앞의 글(2006. 3.), 93면.

77) 제9대 국회의 보건사회위원회는 1974. 9. 25., 9. 26., 10. 16. 3회에 걸쳐 ‘울산현대조선사건보고’라는 안건 하에 이 문제를 논의하였다. 특히 1974. 10. 16. 회의에서는 노동청 근로기준관이 출석하여 1974. 9. 23.부터 9. 28.까지 조사한 현대중공업 근로관리실태 조사 및 노사분규 조치 결과를 보고하였는데, 사태의 원인으로 위임관리제 근로자와 직영제 근로자 간의 차등대우와 신분상 불안, 기업의 급격한 성장과 대규모화에 알맞은 노무관리가 제대로 뒷받침되지 못한 점 등을 들고 있다(제9대 국회 1974. 10. 16.자 보건사회위원회회의록 제5호, 18면). 또한, 이날 회의에서 김유덕 의원은 위임관리제의 존폐에 관하여, 최용수 의원은 근로기준법상 중간착취 배제 조항의 보호가 이루어지는 정식의 용역회사 설립 등의 조치에 관하여 질의하였는데, 그에 대한 노동청장의 다음과 같은 진술에서 당시 위임관리제에 대한 정부의 대응과 인식을 엿볼 수 있다. ‘(김유덕 위원의 질의와 관련하여) 저희가 보는 위임관리제의 문제는 위임관리제 자체는 현대조선에서 운영을 하는데 있어서의 하나의 독자적인 관리방법이기 때문에 저희가 위임관리를 철폐해라 또는 존치를 시켜라 그런 입장에는 있지 않습니다. 다만 저희들로서는 직영근로자나 위임관리하에 있는 근로자나 불구하고 채용으로부터 신분유지나 퇴직이나 처우문제에 있어서 직영근로자가 위임관리제의 근로자가 하등 차등대우를 받지 않도록 저희가 적극적으로 이것을 감독해 나가고 보호를 하겠다는 것을 분명히 말씀드리겠습니다. …(중략)… (최용수 위원의 질의와 관련하여) 현재로서 위임관리자가 회사의 사원으로 돼가지고 이 사람이 맡고 있기 때문에 지금 위임관리제하에 있는 근로자들이 불만이 있었고 지난 번에 그와 같은 사태가 발생했습니다. 회사측에서도 앞으로는 선진

월말 기준 기능직 근로자 중 직영 근로자는 3,929명(26.6%), 위임관리제 근로자는 10,852명(73.4%)에 이르렀으며, 이후 1970년대 말까지 위임관리제 근로자의 비중은 기능직 중 60% 이상을 유지하였다.[78]

한편, 이 시기 현대중공업이 노동자들의 거센 저항에도 불구하고 위임관리제를 고수한 또 다른 이유는 고용조절의 필요성과 인건비 절감을 위한 것이었다는 점이 주목된다. 현대중공업은 1974년 3월 일본의 재팬라인사에서 2척의 VLCC를 수주한 것을 마지막으로 1974년 11월 소형 다목적 화물선을 수주할 때까지 1척의 선박도 수주하지 못했다. 즉 일거리가 부족한 상태에서도 인건비를 부담해야 하고, 해고하고자 할 경우에도 그 부담을 경영자가 안게 되는 직접고용 방식을 회피해야 할 이유가 당시 이미 발생하고 있었던 것이다.[79]

나. 1979～1980년 경제위기와 하청계열화 정책—자동차 업종 등으로 사내하청 확산

우리나라는 1979~1980년 대외적으로는 2차 오일쇼크, 주요 곡물 흉작으로 인한 수입원자재 가격의 급등, 세계 경제의 불황, 국제금리 상승 등이, 대내적으로는 중화학공업 부문에 대한 과잉 투자와 이윤율 하락, 그 과정에서 유입된 과다한 해외자금 상환에 대한 부담의 누적, 박정희 대통령 서거 후 정치적·사회적 불안 등이 원인이 되어, 고도성장을 시작한 1960년대 초 이래로 경험하지 못한 심각한 경제적 위기를 맞게 되었다.[80] 1979～1980년의 경제위기는 단순히 주기적으로 반복되는 순환적 위기가 아니라 1997년 경제위기와 더불어 우리나라 경제 발전 과정에서 자본축적구조상의 변화와 재편을 가져온 구조적 위기의 성격을 띠고 있다고 평가되고 있다.[81] 정부는 이를 극복하기 위한 정책의 일환으로 중화학공업 투자조정[82] 및 하

제국과 같은 완전히 독립된 용역회사를 설립해서 운영하는 그 과정의 하나로써 우선 회사의 사원으로 하여금 위임관리를 시키고 있다 이런 얘기였습니다. 따라서 이 점은 시간이 조금 걸리면은 자동적으로 해결이 될 것으로 보고 있습니다'(제9대 국회 1974. 10. 16.자 보건사회위원회회의록 제5호, 26면).

78) 신원철, 앞의 글(2003), 120면.

79) 신원철, 앞의 글(2003), 115면.

80) 이종규,「경제위기 : 원인과 발생과정」, 한국은행 특별연구실(2000. 11.), 174면. 1980년 불변가격의 GNP 성장률은 -4.8%를 기록하였는데 이는 우리나라에서 본격적인 산업화가 시작된 이후 최초의 마이너스 성장이었다. 1980년의 물가는 전년 대비 30% 가까이 폭등하였고, 기업의 연쇄도산 등으로 인하여 실업률은 5.2% 수준으로 대폭 상승하였다[김두얼·이명휘·박기주·박원암·전성인·백웅기,「한국의 경제 위기와 극복」, 대한민국역사박물관(2017), 115～117면].

81) 안정화,「한국 노동시장 구조변화에 관한 연구 : 자본축적, 자본이동, 해외 아웃소싱의 추세와 영향」, 고려대학교 경제학 박사학위논문(2006), 51～53면.

청계열화로 대표되는 일련의 중소기업 육성정책을 시행하였고, 그 영향으로 1970년대 철강, 조선 업종에서 비롯된 사내하청은 자동차, 기계, 전자 등 제조업의 전 업종으로 확산되기 시작하였다.[83]

중소기업 육성정책의 구체적 내용을 살펴보면, 먼저 정부는 구 중소기업사업조정법[84](1978. 12. 5. 법률 제3127호로 전부개정된 것)에 의거하여 1979년부터 중소기업 고유업종을 지정하여 대기업의 진입을 규제하고, 구 중소기업진흥법[85]에 따라 중소기업의 시설 근대화에 소요되는 자금을 지원하였는데, 주로 중화학공업 소재와 부품의 제조와 관련된 중소기업에 집중적으로 자금을 지원함으로써 중소기업의 생산체제를 대기업과 직접 연계하는 기반을 조성하였다. 특히 정부 주도로 강력하게 추진되었던 하청계열화 정책은, 구 중소기업계열화촉진법[86] 전부개정(1978. 12. 5. 법률 제3128호로 전부개정된 것)을 거쳐 계열화 업종과 품목을 지정하면서 시작되었고, 중공업 가공형 산업에 계열화가 집중되었으며, 지정된 품목에 대해서는 대기업의 자체 생산을 제한하고 외주생산을 의무화하는 방법으로 하청거래를 확대하였다. 이는 단지 하청거래의 확대를 도모한 것에 그친 것이 아니라 조립 부문 대기업과 부품 부문 중소기업간 하청거래를 '수직적 계열화'라는 형태로 재편한 것에 특색이 있다.[87] 즉, 원청으로 하여금 특정 하청기업에 계속 발주하도록 유도하였으며, 원청과

---

82) 1976년부터 중화학공업 투자조정의 전 과정을 개관할 수 있는 총괄표는 박영구, 「한국 중화학공업화 연구 총설」, 해남(2008), 406~409면. 이 시기 구조조정은 발전설비, 중전기기, 엔진, 동제련 등 당시 주력 중화학공업 분야 전반 및 자동차 산업을 대상으로 이루어졌다. 1979년부터 1981년까지 정부 주도 하에 26개 재벌그룹의 631개 계열 기업 중 166개가 처분되었다[이명휘, "1950—80년 한국 금융시장의 위기와 대응", 「사회과학연구논총」 제22권, 이화여자대학교 이화사회과학원(2009. 12.), 107면].

83) 손정순, 앞의 학위논문, 41면.

84) 구 중소기업사업조정법은 1995. 1. 5. 법률 제4898호로 구 중소기업의 사업영역보호 및 기업간 협력증진에 관한 법률이 제정되면서 폐지되었다. 구 중소기업의 사업영역보호 및 기업간 협력증진에 관한 법률은 2006. 3. 3. 법률 제7864호로 대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률이 제정되면서 폐지되었다.

85) 구 중소기업진흥법은 1994. 12. 22. 구 중소기업진흥 및 구매촉진에 관한 법률이 제정되면서 폐지되었다. 구 중소기업진흥 및 구매촉진에 관한 법률은 2009. 5. 21. 법률 제9685호로 중소기업제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률이 제정됨에 따라 법률 명칭이 중소기업진흥에 관한 법률로 변경되었고 중소기업제품의 구매 촉진과 판로 확대 등을 규정한 부분은 삭제되었다.

86) 구 중소기업계열화촉진법은 구 중소기업사업조정법과 함께 1995. 1. 5. 법률 제4898호로 구 중소기업의 사업영역보호 및 기업간 협력증진에 관한 법률이 제정되면서 폐지되었다.

87) 특히 자동차산업에서 수직적 계열화란 완성업체별로 부품당 한 곳 또는 두 곳의 부품업체를 선정하여 지속적인 거래관계를 맺는 것으로 완성차업체를 중심으로 거래관계가 형성된다. 이에 비해 수평적 계열화는 다수의 완성차업체와 동시에 거래관계를 맺는 방식으로 이 경우에는 부품업체를 중심으로 거래관계가 형성된다[홍장표, "한국 하청계열화의 구조적 특질에 관한 연구—자동차산업의 사례를 중심으로—", 「중소기업연구」, 제17권 제1호, 한국중소기업학회(1995. 6.), 341면].

하청간의 협력관계를 촉진하기 위해 1982. 12. 31. 법률 제3652호로 구 중소기업계열화촉진법 개정 시 원청에 수급기업체협의회를 구성하도록 법제화하였다.[88] 위와 같은 계열화를 통해 대기업은 한편으로는 안정적 거래와 유기적 협력관계를 통해 하청거래를 생산력 증진에 기여하는 효율적인 형태로 재편하고, 다른 한편으로는 하청기업을 효과적으로 통제할 수 있었다.[89] 유의할 것은 이 시기의 하청계열화 정책 결과 확대된 하청의 형태는 주로 외주하청이라는 점이다.[90] 그러나 하청계열화 정책은 사내하청에도 상당한 영향을 미쳐 특히 자동차, 기계 등 업종에서 사내하청이 양적으로 그 외연을 확장하는 계기가 되었다.[91]

자동차 산업은 포드주의적 대량생산체제가 전형적으로 관철된 대표적인 가공형 산업이자 하청계열화가 가장 역동적으로 진행된 부문으로,[92] 부품 생산부터 납품, 그리고 조립을 통한 완성차 생산에 이르기까지 다단계의 중층적 하청구조를 형성한 것이 특징이다.[93]

우리나라 자동차 업종 역시 1973년 중화학공업화 선언 후 중점육성산업으로 선정됨에 따라 수입부품을 단순 조립생산하던 단계에서 벗어나 국내 직접제조 단계로 발전할 수 있는 기초를 마련하였다. 자동차산업 육성정책은 1974년 5월 '자동차

88) 홍장표, 앞의 학위논문, 66~69면.

89) 홍장표, 앞의 학위논문, 77면.

90) 홍장표, 앞의 학위논문, 221면에서는 우리나라에서 외주하청은 원청과 하청이라는 이질적인 두 생산과정 부문을 창출하고 부문간 노동시장의 분단화를 초래하였다고 지적한다. 또한, 조성재·정흥준, "자동차산업의 원하청관계", 「산업과 고용구조 정상화를 위한 정책과제—원하청관계를 중심으로」, 한국노동연구원(2015. 4.), 191~211면에서는 자동차 부품산업을 둘러싼 외주하청의 구조와 문제점으로 원·하청업체의 전속적 관계와 원청인 완성차업체의 강한 교섭력으로 말미암아 납품단가 인하, 원자재가격 상승분 미반영 등 불공정거래의 관행이 개선되지 않고 있고, 그에 따라 완성차업체와 부품업체 사이의 근로조건 격차가 심화되고 있는 점 등을 들고 있으나, 외주하청은 본 연구의 범위를 넘어서므로 추가적인 검토는 하지 않는다.

91) 손정순, 앞의 논문, 231면. 자동차 부품산업은 엔진, 변속기 등 자동차를 구성하는 2만 여개의 부품을 제조하는 종합 기계산업이다[정흥준·권순식·이문호·박시영, 「자동차부품업종 노사관계 발전방안에 관한 연구」(고용노동부 연구보고서), 고용노동부(2019. 12.), 10면. 같은 보고서, 11면의 주요 자동차 부품의 구분과 기능에 관한 설명을 보면 자동차 부품산업이 기계산업 외에도 광범위한 산업 부문을 포괄하고 있음을 알 수 있다]. 한편, 조희연, 앞의 책, 233~305면에서는 1982년 3월부터 1983년 8월까지 의류 제조 및 수출업체를 대상으로 실시한 조사를 토대로 외부하청(외주하청)과 내부하청(사내하청)의 실태를 확인하면서 특히 조사업체들의 사내하청이 본격화된 시기를 1981년경부터라고 설명하고 있다. 그중 한 업체의 1983년 1월 현재 하청근로자 비율은 총 근로자의 56%에 달한다. 이어 이와 같이 내부하청 체제가 성립된 이유를 노자대립의 분절화, 인적 관리의 용이성, 관리비용의 절감, 하청의 자발적인 노동강도 강화를 통한 생산성 증대, 퇴직금, 의료보험 등 사회보장비용의 회피 등을 들고 있다.

92) 홍장표, 앞의 학위논문, 87면

93) 조돈문·정흥준·황선웅·남우근, 「다시 묻는 사용자 책임—간접고용 비정규직 실태와 정책대안」, 매일노동뉴스(2021), 162면.

공업 장기진흥계획’에서 구체화되었는데, 위 계획은 장기적으로는 자동차산업의 수출공업화를 지향하고 있었지만, 소형차 중심의 대량생산체제를 구축하고 부품의 국산화율을 제고함으로써 국내 생산기반을 확보하는 것을 당면 과제로 설정하였다. 기아산업 주식회사[94]는 1973년 소하리 공장을 완공하면서 대규모 컨베이어 시스템을 최초로 도입하였고, 현대자동차 주식회사(1967년 12월 설립, 이하 ‘현대자동차’라 한다)는 1975년 울산공장 완공에 이어 1976년에 컨베이어를 이용한 조립라인을 반자동하였다. 1970년대에 부품 국산화 차원에서 외주하청을 통한 생산이 도입되었으며,[95] 외주하청의 경향은 1980년대 하청계열화 정책 시행 이후 더욱 심화되었다.

한편, 자동차 업종에서 사내하청이 도입된 계기나 시기는 앞서 본 철강, 조선 업종의 경우와 달리 분명하지 않으나, 대체로 위와 같이 대량생산체제가 확립되고 하청계열화 정책이 추진된 1980년대 중반으로 보고 있다.[96] 현대자동차의 경우 1982년 일본 미쓰비시 자동차공업 주식회사(三菱自動車工業, Mitsubishi Motors Corporation)와 기술협력 관계를 통해 조립라인 컨트롤(Assembly Line Control) 시스템으로 대표되는 메인 컨베이어 라인과 서브 라인의 자동화가 완료된 데 이어, 하청계열화 정책 이후 외주업체에서 생산된 다양한 부품들이 완성차 공장에 집적되어 조립을 거치면서 하청근로자들이 원청인 현대자동차의 작업장 내에서 부품 관리, 서열(序列) 등의 업무를 담당하기 시작하였는데 이것이 하청의 시초로 보인다.[97] 이 시기에 부품 서열 외에도 설비 보수 및 관리, 시설 등과 같은 간접적인 생산지원 업무에서 사내하청이 활용되었고, 이후 생산라인의 자동화・합리화가 급속도로 진행되면서 1990년대에 들어 직접 생산공정(프레스, 차체, 도장, 의장 등의 공정)까지 사내하청이 도입되었으며, 현대자동차의 경우 1990년 12월에 하청근로자가 2,788명으로 전체 생산직 인원의 약 10%에 해당하는 규모에 이르렀다.[98]

또한, 부품조달체계 하에서 완성차업체와 부품업체 간의 관계는 주로 외주하청이지만[99] 부품업체 자체의 내부 생산과정에서도 광범위하게 사내하청이 활용되

94) 그 전신인 경성정공은 1944년 12월 창립총회를 개최하였으며, 1952년 2월 기아산업㈜로 상호를 변경하였고, 이후 1990년 3월 다시 기아자동차㈜로 상호를 변경하였다. 우리나라 자동차산업의 재편과정과 상세 연표는「2022 자동차산업편람」, 한국자동차산업협동조합(2022), 8면 및 354～366면.

95) 자동차 부품 국산화 추진 결과 1960년대 후반 재료비의 69.5%에 달하였던 부품 수입비율이 1970년대 후반에는 24.2%로 대폭 줄어들었다(홍장표, 앞의 논문, 90면).

96) 손정순, 앞의 학위논문, 82면; 이병훈, 앞의 글, 95면.

97) 손정순, 앞의 학위논문, 100～101면.

98) 박준식, 앞의 책(1992), 204～205면. 박영삼, “금속산업 사내하청 실태조사 결과와 노사정의 과제”,「비정규노동」제3권 제20호, 한국비정규노동센터(2003. 4.), 39면.

99) 조성재, “자동차산업 사내하청 실태와 개선방향—H사 사례를 중심으로”,「민주사회와 정책연

고,[100] 1차 부품업체와 하도급계약을 맺은 하청업체가 완성차 공장에 상주하며 부품서열이나 단순가공 등의 업무를 수행하는 형식의 2차 사내하청, 2차 하청업체의 수행업무 일부를 재하도급받아 수행하는 3차 하청업체 등이 등장하여 현재는 원청인 완성차업체의 작업장 내에 완성차 정규직 근로자, 1차 사내하청 근로자, 2, 3차 사내하청 근로자들이 함께 근무하는 모습이 일반화되었다고 할 수 있다.[101]

다. 1987년 노동체제가 사내하청에 미친 영향

1987년 노동체제는 1987년 노동자 대투쟁부터 1997년 경제위기 전까지 대략 10년간[102]의 노동시장과 노동과정, 노동력 재생산구조, 그리고 이러한 구조를 유지

구」 제10호, 한신대학교 민주사회정책연구원(2006), 1면.

100) 전국금속산업노동조합연맹・전국금속노동조합・한국비정규노동센터, 「금속산업 비정규직 규모 현황 및 불법파견 실태조사 보고서」(2004), 34면에서는 자동차 조향, 완충, 제동장치 등 핵심 부품을 제조하여 주요 완성차업체에 납품하는 부품업체 A사의 사례를 들며 위 업체의 주물공장에서는 1992년경부터 사내하청이 도입되기 시작하였다고 한다. 조성재・정흥준, 앞의 글, 203～204면에서는 2014년 발표된 고용노동부의 고용형태 공시자료를 활용하여 현대자동차 계열 1차 부품회사 8곳의 비정규직 고용현황을 아래 <표>와 같이 분석하고 있다. '소속 외 근로자'가 사내하청 근로자에 근사한 수치인 점을 감안하면 자동차 부품업체에서 사내하청의 활용이 일반화되었음을 알 수 있다.

	총인원	정규직	기간제	소속 외 근로자 수	비정규직 비율(%)
현대모비스(주)	7,604	7,387	217	6,179	84.11
현대위아(주)	2,793	2,746	47	1,967	72.11
현대파워텍	1,820	1,796	24	28	2.86
현대다이모스	1,420	1,317	103	26	9.08
현대엠시트(주)	358	346	12	83	26.54
(주)현대케피코	1,168	1,168	0	12	1.03
아이아주식회사	327	325	2	184	56.88
현대메티아(주)	353	342	11	168	50.71

** 출처 : 2014년 고용노동부 고용형태 공시정보(조성재・정흥준, 앞의 글, 204면에서 재인용)

101) 조성재 외 4인, 앞의 책, 4～6면. 조돈문 외 3인, 앞의 책, 162면에서 재인용.

102) 장귀연, "노동운동에서 1987년의 유산과 새로운 도전들", 「경제와 사회」 제116호, 비판사회학회(2017. 12.), 101면은 '1987년 노동체제'에 이어 1997년 경제위기 이후의 시기를 '1997년 노동체제'라 한다. 그런데 이와 같은 시기적 구분에 대하여는 반론이 있다. 이미 1990년대 초 세계경제의 위기와 함께 개방화에 따른 대외의존도의 심화가 시작되었고, 노동시장의 유연화 역시 김영삼 정부 이후 지속적으로 확대되어 왔다는 점 등을 이유로 1997년 노동체제는 독자성을 갖기보다는 1987년 노동체제의 연속 과정에서 일정 정도의 위기가 심화된 국면으로 보는 것이 타당하다고 한다(신은종, "1987년 노동체제 이후의 새 노동체제의 규범적 가치에 관한 탐색 : 공정의 가치론적 재구성을 중심으로", 「한국 노사관계 시스템 진단과 발전방향 모색」, 한국노동연구원(2013), 139～140면). 배규식, "1987년 노동체제를 넘어선 신노동체제의 부상(浮上)", 「노동리뷰」 제148호, 한국노동연구원(2017. 7.), 3면에서도 같은 취지에서 '1997년 금융위기 이후 1987년 노동체제가 적지 않은 변화를 겪었고 그에 따라 많은 모순을 내재하고 있었음에도 불구하고 그 근본적인 틀은 바뀌지 않았다는 인식이 오히려 지배적'이라고 한다. 김세움, "1987 노동체제하의 노동시장 및 노동력 재생산 구조의 변동", 「노동리뷰」 제148호, 한국노동연구원(2017. 7.), 38면 역시 1987년 노동체제를 1987년 이후 현재까지 지속되는 노동체제의 의미로 서술하고 있다. 반면, 이병훈, "노동시장

혹은 변화시키려는 주체들의 상호작용인 노동정치 등을 포괄적으로 분석하는 광범위한 논의이나,[103] 이하에서는 1987년 노동체제가 사내하청에 미친 영향을 중심으로 살펴본다.

1987년 7월부터 9월까지 전개된 이른바 '노동자 대투쟁'은 우리나라에서 근대적 산업화가 시작된 이후 최대 규모의 파업이었다. 3개월 남짓의 위 기간 동안 발생한 쟁의건수는 3,311건으로 1986년 한 해 동안의 쟁의건수 276건의 12배에 이르는 엄청난 규모였다. 집계된 총 참가인원은 122만 명으로 1997년 8월말 당시 상용근로자 10인 이상 사업체 소속 근로자 333만 명의 약 37%에 달하였다.[104] 노동자 대투쟁의 직접적인 결과는 노동조합과 조합원수 그리고 조직률의 급속한 증가였다. 1987년 6월 말 2,742개였던 단위 노조의 수는 1989년 7,883개로 거의 세 배로 늘었고 조합원 수도 1986년 103만 명에서 1989년 193만 명으로 약 두 배가 되었다. 노동조합 조직률은 같은 기간 12.3%에서 18.6%로 6.3% 증가하였다.[105]

1987년 노동자 대투쟁의 특징은 1970년대 민주노조를 이끌었던 경공업의 여성 근로자들이 아니라 중화학공업 부문 대기업의 생산직 남성 근로자들이 주체가 되었다는 것이다. 당시 근로자들의 요구사항은 임금 및 제 수당의 인상, 유급휴가 보장, 근무환경 개선 등의 경제적 요구 외에도 두발자유화 등 군대식 노동통제의 완화, 생산직—사무직간의 작업복, 명찰 차별 철폐, 관리직과 동일한 버스와 식당 이용, 인격보장, 민주화 요구에 이르기까지 매우 다양하였는데,[106] 특히 장기적이고 안정된 고용, 능력이나 성과에 영향을 받지 않는 자동적 임금 인상, 근속기간에 기초한 평가와 승진 등을 내용으로 하는 연공 모델에 가까운 고용관계를 지향하였다.[107]

유연화와 노사관계의 변화 : 1997년 노동체제의 진단과 개혁과제", 「한국사회학회 심포지움 논문집」, 한국사회학회(2007. 9.), 29～30면은 1997년 경제위기가 우리나라 노동체제에 심대한 영향을 미치면서 그 성격 변화를 초래하였음을 이유로 '1997년 노동체제'라는 용어를 사용하고 있으며, 이전과 구별되는 1997년 노동체제의 특징을 양극화와 분절성이라 한다. 앞서 본 바와 같이 우리나라 경제 발전과정에서 1997년 경제위기는 1979～1980년 경제위기와 함께 자본 축적구조상의 변화와 재편을 가져온 구조적 위기였다는 점을 감안하여, 여기에서는 1987년 노동체제를 단기(1987년 노동자 대투쟁부터 1997년 경제위기까지 10년)의 의미로 사용한다.

103) 장홍근, "'1987 노동체제'의 동학과 사회적 대화의 전개", 「노동리뷰」 제148호, 한국노동연구원(2017. 7.), 9면에서는 노동체제를 위와 같이 정의하면서, 노동체제란 거시구조적 맥락에서 노동문제를 총체적으로 살펴보고 행위주체의 전략적 개입에 의한 체제 변화의 동학을 분석하기 위한 개념 도구라고 설명한다. 노동체제의 개념과 유형에 관한 보다 상세한 내용은 장홍근, 「한국 노동체제의 전환과정에 관한 연구, 1987～1997」, 서울대학교 사회학과 문학박사 학위논문(1998), 27～30면.

104) 김동춘, 「한국사회 노동자 연구—1987년 이후를 중심으로」, 역사비평사(1995), 100면.

105) 노중기, "87년 노동자대투쟁의 역사적 의의와 현재적 의미", 「경제와 사회」 제96호, 비판사회학회(2012. 12.), 1834～184면.

106) 김동춘, 앞의 책, 102～103면, 손정순, 앞의 학위논문, 110면 참조.

107) 박준식, 「세계화와 노동체제」, 한울아카데미(2001), 28면.

이러한 노동자들의 요구가 관철되면서 대기업에서는 단체교섭에 의해 임금, 근로조건 등이 결정되는 단체교섭 중심적 노사관계가 일정한 수준 형성되었다.[108]

이 시기 사내하청 문제도 주요한 쟁점이 된 바 있다. 1987. 7. 28.부터 같은 해 9. 21.까지 56일간 지속된 현대중공업 파업에서 근로자들이 회사에 대하여 개선을 요구한 사항 중 '하도급 직영화'가 포함되어 있었고, 1988년 노사간 '하도급 직영화에 관한 별도합의서'가 작성되어 1989년에는 현대중공업 내 사내하청업체가 모두 정리되어 사내하청이 존재하지 않는 시기가 일시적으로 도래하기도 하였다.[109] 그러나 이는 개별기업 차원의 노사문제로 그쳤고 전국적 움직임으로 확대되거나 법·제도적 개선으로 이어지지는 못하였다.[110] 나아가 현대중공업에서도 이듬해인 1990년 다시 사내하청이 늘어나 직영 기능직 근로자 대비 사내하청 근로자의 비율이 11.9%에 달하였고, 이후 1992년에는 13.1%, 1994년에는 26.4%, 1996년에는 31.7%로 늘어났다.[111]

한편, 서구의 선진 자본주의 국가들은 이미 1970년대 중반부터 생산성의 증가가 현저히 둔화되고 자본의 수익성이 악화되며 실업이 증가하는 등 경제적 위기를 겪게 되었다. 그 주요 원인으로 노동시장의 경직성이 부각됨에 따라 신자유주의의 영향력이 급속히 확대되면서 1980년대부터는 구조조정 정책이 노동시장의 지배적

---

108) 박준식, "대기업의 신경영 전략과 작업장 권력관계의 변화",「사회비평」제7호, 나남(1992. 5.), 354면. 송호근,「한국의 노동정치와 시장」, 한울(1991), 228면에서는 1987년 노동자 대투쟁은 상대적으로 경쟁력을 소유한 중화학공업의 근로자들이 시장의 경쟁 메커니즘으로부터 자신을 보호하는 내부노동시장을 구축하려고 한 시도로 보아도 무방하다고 한다.

109) 신원철, 앞의 글(2003), 127～128면. 1989년 직영 정규직화된 사내하청 근로자들은 1974년 위임관리제 도입과 함께 설립된 근로자들이다(손정순, 앞의 학위논문, 149면). 1987년 이전부터 현대중공업은 위임관리제와는 무관한 사내하청도 활용하고 있었고 이러한 하청업체들은 여전히 현대중공업의 중요한 노무관리수단이 되었다[정이환,「제조업 내부노동시장의 변화와 노사관계」, 서울대학교 사회학과 문학박사 학위논문(1992), 112면]. 위 논문, 110～113면에서는 위임관리제 시행으로 설립된 업체를 '하도급업체'라 하고, 별도의 사내하청업체를 '외주업체'로 표현하면서, 전자의 하도급업체는 법인은 다르지만 실제로는 현대중공업이 운영하는 업체로 임금도 사실상 현대중공업에서 지급되었고, 후자의 외주업체는 모두 현대중공업에서 발주를 받아 현대중공업의 구내에서 작업을 하지만 독립적인 기업체이므로 후자의 외주업체가 본래적인 의미의 사내하청업체라고 한다. 위임관리제는 현대중공업 특유의 제도였고 현재 사용되는 용례와 다르므로 당시 통계 등을 살펴 볼 때는 이를 유의할 필요가 있다.

110) 은수미, "한국의 사내하도급 : 원인과 대책",「한국사회정책」제18권 제3호, 한국사회정책학회(2011. 9.), 23면.

111) 신원철, 앞의 글(2003), 127～128면. 신자유주의의 자본축적 전략은 유연성을 특징으로 한다. '유연성 축적'은 포디즘적 축적체제의 대안으로 등장한 자본의 새로운 축적전략으로, 포디즘의 경직된 조직을 재구조화하여 핵심 인원은 조직의 중심부에 두면서 불황에 대비하여 부차적인 기능은 일용직이나 부분고용, 하청노동 등으로 담보한다[이효식, "신자유주의와 한국의 구조조정에 대한 연구",「산업경제연구」제14권 제3호, 한국산업경제학회(2001. 6.), 228～229면].

모델로 대두하였는데, 그 핵심은 '노동시장의 유연성'을 저해하는 제도적 장치와 관행의 제거를 통해 직간접적인 노동비용을 줄이는 것에 있었다.[112]

노동시장의 유연성(노동유연성)이란 시장의 수요 변화 등 외부환경 변화에 대응하여 인적 자원을 신속하고 효율적으로 분배 및 재분배할 수 있는 노동시장 내지 기업의 능력을 뜻하는 개념이다. 이는 크게 인적 자원의 질적 측면(지식, 기능, 기술, 배치전환)에서 인식되는 기능적 유연성, 양적 측면(고용량, 근로시간, 고용형태)으로 파악되는 수량적 유연성, 그리고 노동력의 가격 측면(임금의 결정방식, 임금조정 등)과 관련되는 임금 유연성으로 나눌 수 있다.[113] 또한, 기업이 노동유연성을 획득하는 방식(유연화)을 기준으로, 노동유연성을 획득하는 노동시장의 종류에 따라 내부적 유연화와 외부적 유연화로, 노동유연성을 획득하는 수단의 특성에 따라 기능적 유연화, 수량적 유연화, 임금유연화로 구분할 수도 있다. 이러한 구분에 따르면 정리해고, 기간제 근로, 파견근로, 사내하청 등 외부노동시장을 활용하는 것은 노동력 수요의 변화에 수량적인 방식으로 대응하는 '외부적 수량적 유연화'에 해당한다.[114]

우리나라에서는 1997년 경제위기에 앞서 이미 1990년대 초중반부터 기업의 구조조정에 의해 비정규 근로자의 규모가 증가세를 보였다. 1993년 경총이 실시한 설문조사에 의하면 조사대상 업체의 65.6%가 이미 고용조정을 실시한 바 있었는데 그 비율은 대기업이 70.7%, 중소기업이 63.0%로 양자 모두 매우 높은 수치였으며, 고용조정의 방법 또한 근로시간 및 근로관행 조정(정규근로시간 단축, 잔업 축소, 임시근로제나 파트타임 근로제 실시), 근로자 수 조정(신규채용의 중지 또는 축소, 비정규근로자 재계약 중지, 조기퇴직 유도, 정리해고), 조직개편, 노동력재배치(배치전환, 파견, 전적, 하청·외주가공 실시) 등 노동시장의 유연성과 관련한 고용조정 방법들이 사실상 모두 시행되고 있었다.[115]

당시 우리나라는 급변하는 세계경제 환경에서도 1994년부터 1996년까지 연 평

112) 이우관, "노동시장의 구조조정과 사회적 위기",「아세아연구」제106호, 고려대학교 아세아문제연구원(2001. 12.), 178~180면.

113) 장혜현, "한국에서의 국가-자본의 노동 유연화 전략과 그 결과 : 노동시장과 조직화의 분절 및 비정규 노동 문제에의 함의노동시장의 구조조정과 사회적 위기",「한국정치학회보」제44집 제3호, 한국정치학회(2010. 9.), 207면.

114) 윤윤규·정승국·노용진·이상민,「산업별 노동유연성에 대한 국제비교 연구—기업사례 비교를 중심으로—」, 한국노동연구원(2008), 5~6면.

115) 박동운, "노동환경 변화와 노동시장의 유연성 제고",「노동경제논집」제20권 제1호, 한국노동경제학회(1997. 7.), 260~261면. 신은종, "노동시장 유연성과 유연화 정책에 관한 시론적 검토 : 유연화 정책의 고용효과를 중심으로", 한국노사관계학회 정책세미나 자료집, 한국고용노사관계학회(2009. 3.), 13면에서는 성과급, 연봉제 등 성과주의 임금체계가 확산되기 시작한 것도 1990년대 중반 이후로 본다. 다만, 성과급의 비중 등을 면밀히 고려할 필요가 있기 때문에 성과배분제의 도입만으로 임금 유연성을 판단하는 데는 다소 무리가 따른다고 한다.

균 7.5%의 높은 경제성장률을 유지해 왔다. 그럼에도 위와 같이 구조조정이 실시된 것은 우리나라에서도 1990년대 초반을 전후하여 노동경직성에 관한 논의가 대두되면서[116] 경쟁력 강화가 주요 이슈로 등장하였고,[117] 1987년 노동자 대투쟁 이후 대기업들을 중심으로 노동조합의 강화된 교섭력에 대한 대응전략으로 구조조정이 광범위하게 활용되었기 때문이다. 그 결과 1990년대 초반부터 사내하청이 두드러지게 확대되기 시작하였다. 즉, 대기업들은 경제상황 변화에 대한 신축적 대응의 필요성뿐만 아니라 노동조합에 대한 대응책의 일환으로 정규직 근로자 채용을 대폭 축소하거나 감원하는 대신 기존의 라인들을 대규모로 하청화하였다.[118]

당시 현황을 살펴보면, 현대자동차의 경우 1990년대 들어서면서부터 사내하청이 증가하기 시작하여 1990년에 2,700여명이었던 하청근로자가 1995년에는 3,700여명, 1996년에는 4,700여명에 달할 정도로 증가하였다. 위와 같이 사내하청이 급격히 증가한 것은 1995년 전주공장, 1997년 아산공장이 가동하면서 신설공장의 가동에 필요한 신규인력을 사내하청으로 대거 조달하였기 때문이다.[119] 하청근로자들은 그 이전까지 주로 청소, 경비, 포장, 운송 및 설비 보수 등 간접 부문의 업무를 담당해 왔던 것과는 조립 라인의 직접 생산공정에서도 노무를 제공하였다.[120] 포항제철의 경우도 1990년대에 사내하청이 증가하였는데 1987년부터 제2제철소로 광양제철소가 본격 가동되면서 사내하청이 활용되었기 때문이다. 포항제철소만 가동되던 때(1982년부터 1986년까지)와 광양제철소가 완공된 이후(1993년부터 1995년까지)의 각 전체 정규직과 사내하청 규모의 연간 평균을 비교해보면 정규직의 경우는 13,033명에서 22,891명으로 76% 증가한 반면, 하청근로자는 7,851명에서 15,999명으로 104%가 증가하였다.

1987년 노동체제의 중요한 변화는 이 시기에 비로소 대기업을 중심으로 전형적인 내부노동시장이 본격적으로 자리잡게 되면서 노동시장의 이중구조[121]가 시작

116) 장혜현, 앞의 글, 207면.
117) 박동운, 앞의 글, 242~243, 259면.
118) 박준식, 앞의 책(2001), 311~312면. 다만, 정이환, 앞의 학위논문, 117~118면에서는 대부분 기업들이 사내하청의 이용을 확대할 것을 계획하고 있었으나 당시까지만 해도 사내하청이 실제로 큰 규모로 증가하지는 않았다고 분석하면서 그 주된 이유를 노동조합의 반대에서 찾는다. 고용된 노동자 수가 감소하면 조합원 수도 아울러 감소하므로 당시까지만 해도 노동조합이 본공(정규직)의 유지나 확대에 힘을 쏟았기 때문이라고 한다.
119) 박영삼, 앞의 글, 39면.
120) 손정순, 앞의 학위논문, 150면.
121) 박준식, 앞의 글, 358~359면, 이중노동시장(二重勞動市場, dual labor market)이란 상대적으로 안정된 고용상태와 높은 임금, 양호한 노동조건 등을 보장받는 1차 노동시장과 열악한 임금과 노동조건을 가진 2차 노동시장으로 양분되는 노동시장의 이중구조를 말하는 것으로서 분절노동시장(分節勞動市場, segmented labor market)과 유사하게 사용하고 있다. 이중노동시장을 논의할 때 자

되었다는 것이다.[122] 1987년 노동자 대투쟁 이후 특히 중화학공업 부문 대공장 내에 노동조합이 조직되면서 기업은 과거의 단순 기술적 통제와 병영적 전제 구조 하의 저임금, 장시간 노동에 입각한 포디즘적 생산체제를 더 이상 유지하기가 어려워지자 이에 대응하여 이른바 '신경영 전략'을 추진하였다.[123] 이는 사내하청을 더욱 확산시켰을 뿐만 아니라 사내하청의 작업장 내 역할과 구조 역시 새롭게 변화하여 외부노동시장, 주변부 노동의 양태로 재편되기 시작하였고,[124] 이때 형성되기 시작한 대기업—중소기업(하청기업)간 노동시장의 이중구조화 경향은 1997년 경제위기를 계기로 전면화된다.

라. 1997년 경제위기와 주변부 노동으로서 사내하청의 구조화

1997년말 외환·금융위기로부터 야기된 국가적 경제위기로 인하여 전례없는 대량실업이 발생하였다. 실업률은 1996년 2.0%에서 1999년 1/4분기에는 8.4%까지 치솟았으며 공식 집계된 실업자수만도 180만 명에 달하였다.[125]

주 등장하는 개념이 내부노동시장과 외부노동시장인데, 내부노동시장(內部勞動市場, internal labor market)이란, 기업은 보통 여러 가지 기준에 따라 노동자의 배치, 훈련, 승진 등을 통해 노동력을 편성하고 임금을 관리하는데, 이처럼 기업 내의 기준이나 관리가 노동시장의 기능을 대신하는 것을 말하며, 대체로 내부노동시장은 1차 노동시장적 성격이 강하다고 할 수 있다. 외부노동시장(外部勞動市場, external labor market)은 임금, 직위체계 등이 기업 외부에서의 노동력 거래와 그 수급에 따라 결정되는 구조 또는 그러한 공간을 말하며, 대체로 외부노동시장은 2차 노동시장적 성격이 강하다고 할 수 있다[임상훈·최영기·박용철·이성희, 「노동시장 이중구조 해소를 위한 개혁과제」(국민경제자문회의 용역과제 보고서), 국민경제자문회의지원단(2020), 3면]. 우리나라에서 1차 노동시장은 주로 대기업과 공공부문의 직접고용 정규직이 주를 이루며 유노조 사업장이 다수인 반면, 2차 노동시장은 간접고용, 비정규직, 사내하청, 특수고용 등으로 구성된다(박명준, "노동시장 이중구조화와 노사관계의 균열 및 갈등 해법으로서 '비제도적 사회적 합의 모델'", 「노동리뷰」 제212호, 한국노동연구원(2022. 11.), 9면. 우리나라 노동시장의 이중구조화는 이우 더욱 심화되어 현재 노동정책과 사회정책에서 주요한 쟁점이 되고 있다.

122) 우리나라 노동시장에서 내부노동시장이 언제 형성되었다고 볼 것인지에 관하여는 학자마다 견해가 다르다. 정이환, 「한국 고용체제론」, 후마니타스(2013), 244～262면에서는 관련 논의를 소개, 분석하면서 내부노동시장이 1987년을 계기로 한 번에 형성된 것은 아니더라도 1987년이 패러다임 전환의 시기였음은 분명하다고 한다.

123) 대표적인 예로 현대중공업은 1990년에 들어서면서 생산 합리화(흐름생산체계로의 전환, 균형생산체계의 확립, 적기생산방식을 통한 물류개선 등)를 통한 작업과정의 통제, 유연한 노동력의 이용(하청화, 다기능화), 현장감독자를 통한 노동통제 강화, 기업문화 전략의 확대 도입 등을 주된 내용으로 하는 신경영 전략을 추진하였다. 자세한 내용은 강석재, "조선산업 대기업의 신경영전략과 노사관계의 변화—현대중공업 사례를 중심으로", 「이론」 제13호, 이론(1995. 11.), 107～123면.

124) 손정순, 앞의 학위논문, 164～165, 231～232면. 송호근, 「한국의 노동정치와 시장」, 한울(1991), 228면에서는 1987년 노동자 대투쟁을 상대적으로 경쟁력을 소유한 중화학공업의 근로자들이 시장의 경쟁 매커니즘으로부터 자신을 보호하는 내부노동시장을 구축하려고 한 시도로 보아도 무방하다고 한다.

125) 이종선, "한국의 신자유주의적 구조개혁과 노동시장 변화 : 유연화의 패러독스", 「한국사회

IMF(국제통화기금)는 양해각서에서 구제금융의 조건 중 하나로 우리나라 노동시장의 유연성 개선, 즉 정리해고 제한 규정의 완화 및 파견법 제정을 요구하였다.[126] 당시 김대중 정부가 경제위기를 극복하기 위하여 핵심적인 개혁과제로 설정한 금융개혁, 공공개혁, 기업개혁, 노동개혁은 부실금융기관의 퇴출과 합병, 빅딜과 워크아웃, 민영화 및 구조조적, 정리해고제와 파견근로제 등의 내용을 포함하고 있었고, 이는 모두 근로자들에 대한 인력 감축, 고용조정을 수반하는 조치들이었다. 정부는 이후 3년에 걸쳐 공공부문 전체 고용의 20%를 감축하였고, 민간 부문에서도 광범위한 고용조정이 이루어져 1998년 한 해 동안에만 민간기업의 절반 이상에서 고용인원의 10% 정도를 감원하였으며 1999년과 2000년을 지나면서 정도는 덜하였지만 신규채용 동결, 희망퇴직, 정규직의 비정규직으로의 대체, 하도급과 아웃소싱을 통한 고용조정 등의 인력감축 뿐만 아니라 잔업 축소, 근로시간 단축, 일시휴업, 비정규직 감축, 사업부서 축소와 분사, 배치전환, 생산라인 축소 등 다양한 형태의 구조조정과 인력조정이 일상화되었다.[127]

현대자동차의 경우 대규모 구조조정 과정에서 하청근로자들이 최우선적으로 해고의 대상이 되었다. 울산공장의 경우 1997년 4,500명 규모였던 하청근로자 수는 1998년 정리해고 과정을 거치면서 1999년 6월에는 797명만 남게 되었지만, 이후 2002년 11월 회사측 관계자를 대상으로 실시된 면접조사 2022년 7월을 기준으로 직접 생산공정 3,400여 명, 간접부문 4,400여 명을 포함하여 약 7,800여 명의 하청근로자들이 종사하고 있는 것으로 확인되었다. 이를 통해 정리해고를 전후로 모두 하청근로자를 이용하여 인력을 운용하였음을 알 수 있다.[128]

1997년 경제위기 이후 노동시장 구조의 주요한 변화는 비정규직의 급격한 증가이다. 전체 임금근로자 중 비정규 근로자들이 차지하는 비중은 1993년을 계기로 증가세로 반전하여 꾸준히 늘어나다가 1998～1999년 경제위기 상황에서 급격히 증

학」 제36집 제3호, 한국사회학회(2002. 6.), 35면.

126) 조선일보의 1997. 12. 8.자 보도로 공개된 양해각서 전문 중 해당 부분은 “31. 급변하는 경제환경에 대응, 노동시장의 능력을 증진시키기 위해, 현재 법원결정에 달려 있는, 기업 인수합병(M&A)이나 기업 구조조정에 따른 해고 제한 규정을 완화해 노동시장의 유연성을 개선한다. 해고부담을 줄이고 인력 재배치를 촉진하기 위해 고용보험제도를 강화할 필요가 있으며, 개인 직업소개소와 일시적인 고용알선기관의 설립을 허용함으로써 활발한 노동시장 정책을 마련한다.”이다. 김상조 교수는 1997. 12. 14. 한국노동이론정책연구소 및 민주와 진보를 위한 지식인연대가 공동주최한 정세토론회에서 이 부분을 ‘노동시장 유연화 : 정리해고 제한 완화, 파견근로제 도입’으로 요약하였다. 김상조, “IMF 구제금융과 한국 경제의 미래”, 「IMF 구제금융과 노동운동의 대응방향」 정세토론회 발표자료, <표 3> IMF 구제금융에 따른 한국의 양허안내용 부분 참조.

127) 임영일, “신자유주의적 구조조정과 노동체제 전환”, 「신자유주의적 구조조정과 노동운동 : 1997-2001」 경상대학교 사회과학연구원 엮음, 한울아카데미(2003), 40～43면.

128) 박영삼, 앞의 글, 39면.

가하였다. 특히 통계청 경제활동인구 조사자료에서 임시・일용직으로 분류된 비정규직의 비중은 1996년의 43.2%에서 1999년에 51.6%로 증가함으로써 정규직 근로자의 비중을 능가하였다.[129]

이 시기에 기업들은 노동의 수량적 유연성 증대와 인건비 삭감, 정규직 노동조합의 이해와 맞물린 정규직의 고용안정[130] 등을 이유로 사내하청을 적극적으로 도입하였다.[131] 조선, 철강, 자동차 등 금속 부분이나 기타 제조업 부분에서는 임시직, 일용직, 단시간근로자의 비중보다 사내하청이나 외주화 방식의 노동시장 구조가 더욱 보편화되었다.[132] 이러한 경향 하에서 현대중공업의 경우 1996년에 31.7%였던 사내하청 근로자의 비율이 1997년 경제위기 이후인 2000년에는 50.5%까지 급격히 증가하였다.[133]

주목할 점은, 1997년 경제위기를 계기로 우리나라 노동시장에서는 비정규직의 문제와 기업 또는 사업체 규모간 격차의 문제가 함께 나타나고 있다는 것이다. 즉, 1987년 노동체제에서 진행되기 시작한 대—중소기업간 노동시장 이중구조화에 더하여 1997년 경제위기 이후 노동시장 유연화의 진전으로 고용형태에 따른 노동시장의 분절화가 겹쳐서 진행되고 있다고 볼 수 있다.[134]

---

129) 이병훈・김유선, “노동생활 질의 양극화에 관한 연구—정규・비정규의 분절성을 중심으로”, 「경제와 사회」 제60권, 비판사회학회(2003. 12.), 131～132면.

130) 손정순, 앞의 학위논문, 184～185면에서는 대기업 내 노동조합은 1997년 경제위기 이후의 경기 회복과정에서 정규직 직영 근로자의 고용안정을 위해 단체협약을 통해 ‘고용안정 협약’을 체결하는 등의 방법으로 사실상 차별적 저임금의 사내하청 노동의 확산을 용인하였고, 이는 금속산업의 작업장 내 비정규 근로자를 배제함으로써 작업장 내 사내하청 근로자를 구조화하는 효과를 낳았다고 평가한다.

131) 이진동・주무현, “기업구조조정과 노동생활의 변화”, 「신자유주의적 구조조정과 노동문제 : 1997-2001」, 경상대학교 사회과학연구원 엮음, 한울아카데미(2003), 40～43면.

132) 이호근, “한국적 「유연안정성」 모델의 정착을 위한 조건”, 「한국사회정책」 제13권 제1호, 한국사회정책학회(2006. 12.), 141면.

133) 신원철, 앞의 글(2003), 129면. 은수미, “원청의 노사관계 전략”, 「노동정책연구」 제8권 제3호, 한국노동연구원(2008), 131면에서는 1997년 경제위기 이후 대기업 제조업을 중심으로 사내하청의 수와 비중이 2배가량 늘어났다고 하는데, 구체적인 통계자료는 제시하지 않고 있다.

134) 전병유・황인도・박광용, “노동시장의 이중구조와 정책대응 : 해외사례 및 시사점”, 「BOK 정책연구」 제2018—40호, 한국은행(2018. 12.), 176면. 이호근, 앞의 글, 131면에서는 우리나라 노동시장 구조는 유연화하는 개념보다는 다양한 분할선에 의해 특징지워지는 노동시장의 ‘파편화’, ‘분절화’라는 개념에 의해 더 잘 이해될 수 있다고 본다.

2. 사내하청의 규모와 현황

가. 규모

사내하청의 규모는 현재 정부에서 정기적으로 시행하는 통계자료로는 정확히 추산하기 어렵다. 통계청의 경제활동인구조사 부가조사에서 사내하청만을 따로 구분하고 있지 않고, 고용노동부에서 시행하는 고용형태공시제도[135]에 따라 상시 300인 이상의 근로자를 사용하는 사업주가 공시하는 '소속 외 근로자'가 사내하청에 근사하나, 이는 300인 이상의 사업체만을 대상으로 하고 있을 뿐만 아니라, 사업주의 고용형태 공시에 지침이 될 수 있도록 고용노동부가 발표한 <고용형태별 근로자 분류 기준>에 의하면 '소속 외 근로자'란 "공시의무 사업주의 '사업장 내'에서 사업주간 파견, 용역, 도급 계약에 의해 근무하는 근로자"를 의미하고, "사업장 밖의 근로자, 사업장 내 임대매장 근로자, 납품업자 근로자는 제외"하고 있기 때문에 결국 파견, 용역, 사내하청 근로자가 모두 포함되어 각각의 정확한 규모를 확인하기 어렵다.[136] 민간기업에 대해 고용형태공시제도가 적용된 것은 2014년부터이므로 그 이전의 관련 통계는 고용노동부가 2008년, 2010년, 2012년 세 차례에 걸쳐 300인 이상 사업체를 대상으로 실시한 사업장 고용실태조사 결과로부터 사내하청의 규모를 확인할 수 있을 뿐이다. 그에 의하면, 2008년도에 사내하청(사내하도급)을 활용하는 사업장 및 하청근로자 수는 962개소(54.6%), 368천명(21.8%)이었고, 2010년도에는 사내하청을 사용하는 사업장이 799개소(41.2%), 하청근로자는 326천명(24.6%), 2012년도에는 사내하청을 활용하는 사업장이 1,167개소(61.6%), 하청근로자는 389천 명(19.6%)인 것으로 조사되었다.[137]

---

135) 고용형태공시제도는 사업주에게 매년 근로자의 고용형태를 공시하도록 함으로써 비정규직을 과도하게 사용하는 사업주에 대해 자율적으로 개선하도록 하고자(법제처 제공 제개정 이유) 2012. 12. 28. 법률 제11568호로 고용정책기본법을 개정하면서 제15조의2를 신설하여 도입된 제도이다(현행 고용정책기본법 제15조의6). 이로써 민간기업에 대해 2014년부터 적용되어(공공기관에 대해서는 위 개정 전인 2007년부터 시행 중이었다), 상시 300인 이상의 근로자를 사용하는 사업주는 근로계약기간의 정함이 없는 근로자, 기간제근로자, 단시간근로자, 소속 외 근로자의 수를 공시하여야 한다.

136) 이 때문에 고용형태공시제도 도입 초기부터 사내하청 영역은 분리하여 공시하여야 한다는 지적이 있었으나[권혁·우창수, "기업의 고용형태공시제도에 대한 입법정책적 평가와 개선방향", 「노동법논총」 제29집, 한국비교노동법학회(2013. 12.), 28~29면], 현재까지 개선되고 있지는 않다.

137) 고용노동부의 2008년, 2010년, 2012년 원자료를 직접 확인하지 못하여 정영훈, "하도급 노동자 보호를 위한 노동법정책에 관한 연구", 「산업관계연구」 제28권 제3호, 한국고용노사관계학회(2018. 9.), 87면에서 재인용한다. 위 재인용 부분에서는 고용형태공시제도의 집계 결과와 비교할 때 사

나. 현황

고용형태공시제도에 따라 2022. 3. 31.기준 공시대상 3,688개 기업 중 3,687개 기업이 고용형태공시를 완료하였고(공시율 99.9%), 고용형태는 82.1%가 소속 근로자이며, 소속 외 근로자의 규모는 2014년도 87만 8,000명에서 2022년 93만 5,000명으로 증가하였다(각 년도 3월 1일 기준).

〈표1〉 고용형태공시 현황

(단위: 천명, %, %p)

연도	구분	전체 근로자 수(소속+소속 외)	소속 근로자(기간정함없음+기간제)						소속 외 근로자
				단시간	기간정함없음	단시간	기간제	단시간	
2014	근로자수(비중)	4,364	3,486 (79.9)		2,738 (78.5)		675 (19.4)		878 (20.1)
2015	근로자수(비중)	4,593	3,676 (80.0)	195 (5.3)	2,834 (77.1)	56 (2.0)	842 (22.9)	139 (16.5)	918 (20.0)
	비중증감		-0.1		-1.4		+3.5		+0.1
2016	근로자수(비중)	4,737	3,805 (80.3)	207 (5.4)	2,905 (76.3)	69 (2.4)	900 (23.7)	138 (15.3)	931 (19.7)
	비중증감		+0.3	+0.1	-0.8	+0.4	+0.8	-1.2	-0.3
2017	근로자수(비중)	4,755	3,852 (81.0)	234 (6.1)	2,925 (75.9)	87 (3.0)	928 (24.1)	147 (15.9)	902 (19.0)
	비중증감		+0.7	+0.7	-0.4	+0.6	+0.4	+0.6	-0.7
2018	근로자수(비중)	4,865	3,959 (81.4)	248 (6.3)	3,028 (76.5)	98 (3.2)	931 (23.5)	150 (16.1)	906 (18.6)
	비중증감		+0.4	+0.2	+0.6	+0.2	-0.6	+0.2	-0.4
2019	근로자수(비중)	4,859	3,979 (81.9)	252 (6.3)	3,093 (77.7)	102 (3.3)	886 (22.3)	150 (17.0)	881 (18.1)
	비중증감		+0.4	0.0	+1.2	+0.1	-1.2	+0.8	-0.4
2020	근로자수 (비중)	5,002	4,089 (81.7)	234 (5.7)	3,165 (77.4)	86 (2.7)	924 (22.6)	148 (16.0)	913 (18.3)
	비중증감		-0.2	-0.6	-0.3	-0.6	+0.3	-1.0	+0.2
2021	근로자수 (비중)	4,973	4,109 (82.6)	245 (6.0)	3,172 (77.2)	84 (2.6)	937 (22.8)	161 (17.2)	864 (17.4)
	비중증감		+0.9	+0.3	-0.2	-0.1	+0.2	+1.2	-0.9
2022	근로자수	5,234	4,299	294	3,248	95	1,051	199	935

내하도급근로자의 수에 차이가 많이 나는 이유를 2017년 고용형태 공시제도에서는 고용형태를 공시한 기업은 3,407곳(공시율 99.7%)으로 전체 근로자수가 4,755천 명인 데 비하여 2012년의 고용노동부 사업장 고용실태조사에서는 조사대상 기업은 1,895곳, 근로자 수는 1,986천 명이었기 때문이라고 설명한다.

	(비중)		(82.1)	(6.8)	(75.6)	(2.9)	(24.4)	(19.0)	(17.9)
	비중증감		-0.5	+0.8	-1.6	+0.3	+1.6	+1.8	+0.5

* 2014년은 소속 근로자를 '기간정함 없음, 기간제, 기타'로 공시, '기타'(73천명, 재택, 가내 근로자, 일일근로자)는 미표기 * 단시간 근로자는 2015년부터 공시

* 자료 : 고용노동부(2022), 2022년 고용형태 공시결과, 10면.

한편, 고용노동부가 공시한 근로자파견사업 현황을 보면, 파견법이 시행된 1998년 이후 2022년 상반기까지 연도별 파견사업체수, 파견근로자수, 파견근로자 평균임금 등을 확인할 수 있는데(2021년을 제외하고는 각 연도 하반기 기준), 이와 관련하여 공식적인 파견근로자의 수가 10만 명도 채 되지 않는다는 것은 오히려 위 통계에 포함되지 않은 하청근로자들의 규모가 훨씬 많고, 상당 수 불법파견의 상황에 처해 있음을 보여주고 있다는 평가가 있다.[138]

〈표2〉 연도별 근로자파견사업 현황

(단위: 개소, 명, %, 천원)

연도별	파견사업체		사용업체수	파견근로자수	실적업체당 평균		파견근로자 평균임금
	허가업체수	실적업체수			파견근로자수	사용업체수	
2022 (상)	2,210	1,419(64.2)	14,112	99,887	70	9.9	2,263
2021	2,196	1,403(63.9)	13,420	97,371	69	9.6	2,173
2020	2,218	1,425(64.2)	13,419	96,628	68	9.4	2,134
2019	2,283	1,440(63.0)	14,070	97,061	67	10	2,093
2018	2,342	1,524(65.0)	14,675	100,907	66	9.6	1,988
2017	2,468	1,642(66.5)	15,846	112,774	69	9.7	1,824
2016	2,515	1,690(67.2)	16,195	118,065	70	9.6	1,775
2015	2,492	1,754(70.3)	14,421	117,348	67	8.2	1,731
2014	2,468	1,772(71.8)	15,009	132,148	75	8.5	1,754
2013	2,314	1,663(71.8)	15,587	132,108	79	9.4	1,538
2012	2,087	1,468(70.3)	13,917	120,347	82	9.5	1,517
2011	1,813	1,298(71.5)	12,811	106,601	82	9.9	1,460
2010	1,595	1,145(71.8)	11,333	99,418	87	9.9	1,420
2009	1,419	1,065(75.1)	11,018	83,775	79	10.3	1,366
2008	1,326	995(75.0)	10,835	77,691	78	10.9	1,277
2007	1,208	915(75.7)	10,670	75,020	81	11.7	1,232
2006	1,076	860(79.9)	10,055	66,315	77	11.7	1,168
2005	1,153	890(77.2)	9,056	57,384	64	10.2	1,134
2004	1,061	829(78.1)	8,081	49,589	60	9.7	1,111
2003	1,114	859(77.1)	8,512	53,369	62	9.9	1,104
2002	1,243	901(72.4)	7,784	63,919	71	8.7	1,182

138) 권오성, 앞의 글(2023. 3.), 43～44면.

2001	1,257	868(69.0)	7,187	57,763	67	8.3	910
2000	1,357	820(60.0)	7,054	53,029	65	8.6	869
1999	1,244	832(67.0)	6,488	53,218	64	7.8	814
1998	789	564(71.0)	4,302	41,545	74	7.6	829

* 자료 : 고용노동부(2022), 2022년 고용형태 공시결과, 10면.

산업별 고용형태를 보면, 소속 외 근로자 비중이 높은 업종은 예술스포츠(58.8%), 건설(47.3%), 제조(18.8%) 순이며, 하수폐기물(1.7%), 보건복지(6.6%) 등은 소속 외 근로자 비중이 상대적으로 낮은 것으로 나타난다. 다만, 예술스포츠업의 경우 삼성물산이 건설·리조트·패션·상사 중 본사를 리조트로 등록하여 예술스포츠업으로 분류되었고, 삼성물산을 제외하면 소속 외 근로자 비중은 9.3%에 불과하므로, 결국 건설, 제조 순으로 소속 외 근로자 비중이 높다고 평가할 수 있다.

〈표3〉 산업별 고용형태(2022년 고용형태 공시자료)

(단위: 천명, %)

구분	전체 근로자 수(소속+소속 외)	소속 근로자(기간정함없음+기간제)						소속 외 근로자
			단시간	기간정함없음	단시간	기간제	단시간	
전 체	5,234	4,299	294	3,248	95	1,051	199	935
		(82.1)	(6.8)	(75.6)	(2.9)	(24.4)	(19.0)	(17.9)
광업	0.8	0.6	-	0.6	-	0	-	0.1
		(81.3)	-	(91.2)	-	(8.8)	-	(18.7)
제조업	1,528	1,240	6	1,169	3	72	3	288
		(81.2)	(0.5)	(94.2)	(0.3)	(5.8)	(4.3)	(18.8)
전기, 가스, 증기 및 공기조절 공급업	6	6	0	5	0	0.2	0	0.9
		(85.7)	(0.3)	(96.3)	(0.2)	(3.7)	(3.4)	(14.3)
수도, 하수 및 폐기물 처리, 원료 재생업	11	11	0	9	0	2	0	0.2
		(98.3)	(0.8)	(84.5)	(0.0)	(15.5)	(5.1)	(1.7)
건설업	466	246	7	97	0.4	149	7	221
		(52.7)	(2.9)	(39.4)	(0.4)	(60.6)	(4.5)	(47.3)
도매 및 소매업	414	344	43	288	29	56	14	70
		(83.0)	(12.5)	(83.7)	(10.2)	(16.3)	(24.4)	(17.0)
운수 및 창고업	272	223	3	177	1	46	2	48
		(82.2)	(1.4)	(79.3)	(0.6)	(20.7)	(4.8)	(17.8)
숙박 및 음식점업	154	128	53	86	26	42	27	26
		(83.2)	(41.4)	(67.0)	(30.5)	(33.0)	(63.6)	(16.8)
정보통신업	278	255	8	234	4	20	4	23
		(91.6)	(3.1)	(92.0)	(1.5)	(8.0)	(21.0)	(8.4)
금융 및 보험업	321	262	6	231	1	31	5	59
		(81.5)	(2.2)	(88.1)	(0.6)	(11.9)	(14.8)	(18.5)
부동산업	112	99	6	42	1	57	5	13

		(88.6)	(6.5)	(42.6)	(2.3)	(57.4)	(9.5)	(11.4)
전문, 과학 및 기술 서비스업	205	171	8	137	4	34	4	34
		(83.4)	(4.8)	(80.2)	(2.8)	(19.8)	(12.7)	(16.6)
사업서비스 관리, 사업 지원 및 임대 서비스업	692	638	42	337	14	301	29	54
		(92.2)	(6.7)	(52.8)	(4.1)	(47.2)	(9.5)	(7.8)
공공행정 * 알리오 공시 공공기관 제외	27	24	2	18	0.1	5	1	3
		(87.3)	(6.5)	(77.9)	(0.8)	(22.1)	(26.9)	(12.7)
교육서비스업	261	238	36	139	0.8	99	35	23
		(91.2)	(15.1)	(58.5)	(0.6)	(41.5)	(35.5)	(8.8)
보건업 및 사회복지 서비스업	324	302	53	203	8	99	45	21
		(93.4)	(17.6)	(67.3)	(3.7)	(32.7)	(46.0)	(6.6)
예술, 스포츠 및 여가관련 서비스업	72	30	2	22	0.1	8	2	43
		(41.2)	(8.0)	(72.9)	(0.5)	(27.1)	(28.2)	(58.8)
협회 및 단체, 수리 및 기타 개인 서비스업	89	83	18	53	3	30	15	6
		(93.2)	(21.5)	(64.0)	(4.9)	(36.0)	(51.0)	(6.8)

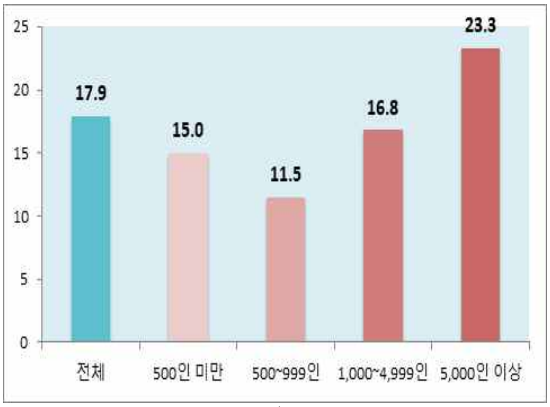
* 자료 : 고용노동부(2022), 2022년 고용형태 공시결과, 7면.

한편, 제조업을 대상으로 한국표준산업 중분류 기준에 따라 고용형태 현황을 분석하면 소속 외 근로자는 조선(62.3%), 철강금속(32.6%), 화학물질(21.4%), 음식료(17.9%) 순으로 그 비중이 높은 것으로 조사되었다.

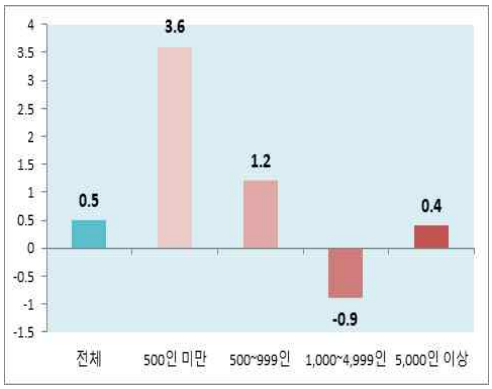
제조업 중분류 소속 외 근로자 비중(%)

또한, 위 조사 결과에 의하면 기업규모가 클수록 상대적으로 소속 외 근로자의 비중이 높고, 2021년과 비교하여 소속 외 근로자 비중은 소폭 증가(+0.5%p)하였으며, 500인 미만 기업(+3.6%p)에서 가장 크게 증가하였다.

규모별 소속 외 근로자 비중(%)

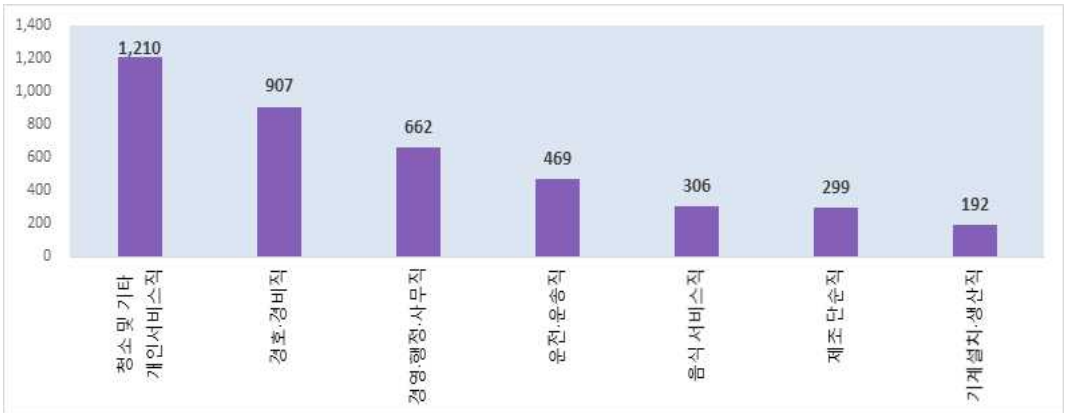


규모별 소속 외 근로자 비중 증감(%p)



1

소속 외 근로자의 주요 업무 내용에 관하여는 2021년까지는 상시 1,000인 이상 기업만 이를 공시하였던 것을 2022년부터 상시 300인 이상 공시의무기업 전체로 확대하였다. 공시기업 3,687개소 중 소속 외 근로자가 있는 사업장은 2,134개소이고, 소속 외 근로자를 청소(1,210), 경호·경비직(907), 경영·행정·사무직(662), 운전·운송직(469) 순으로 많이 사용하고 있는 것으로 나타났다. 특히 소속 외 근로자 비중이 높은 조선업은 기계 설치·정비·생산직, 금속·재료 설치·정비·생산직(판금·단조·주조·용접·도장 등), 전기·전자 설치·정비·생산직, 제조 단순직 등에서 소속 외 근로자를 사용하는 것으로 공시되었는데, 이는 조선업의 경우 사내하청이 폭넓게 활용되고 있음을 알 수 있다.



3. 사내하청의 노동법적 문제점

가. 열악한 근로조건

하청근로자의 노동 상황에서 가장 일반적이고 근본적인 문제는 원청의 정규직 근로자들에 비하여 임금, 복리후생, 휴식·휴가, 근로시간 등과 같은 근로조건이 상당히 열악하다는 점이다. 기업은 간접고용을 통해 인건비를 절감할 수 있다. 원청은 하청업체에 도급계약에서 확정된 도급금액 등만을 지급하면 되고, 직접 근로계약을 체결함으로써 발생하는 사용자로서 져야 할 복리후생 등의 부담은 하청업체에 전가된다. 하청업체의 규모가 대부분 영세하고 특히 사내하청의 경우에는 제대로 된 사무실을 갖추지 못하고 원청의 사업장에서 일을 하는 경우도 많기 때문에 하청근로자들은 충분한 복리후생을 제공받지 못하고 있다.

2006년부터 2015년까지의 통계청 자료 등을 토대로 원하청 간의 임금격차를 분석한 비교적 최근의 연구는, 원청에 비해 1차 하청은 20.9%, 2차 이하 하청은 27.9% 정도 낮은 것으로 추정되어 원하청기업 간에 상당한 수준의 임금격차가 존재하고, 제조업의 경우 원청기업에 비해 1차 하청기업은 24.9%, 2차 이하 하청기업은 30.2% 낮은 것으로, 비제조업의 경우는 1차 하청기업은 유의한 차이가 없었으나, 2차 이하 하청에서는 원청에 비해 30.2% 낮은 것으로 분석하였다.[139] 하청 구조가 1차 하청, 2차 하청 등으로 심화되면 지불능력와 임금 격차가 더욱 커지는 것을 알 수 있다.

또한, 고용노동부가 조사한 2011～2012년 사내하도급 실태조사에 따르면, 사내하도급을 활용하는 498개소(원청 77개소, 하청 412개소)의 원하청근로자의 임금을 비교한 결과, 하청근로자의 임금은 원청근로자의 임금의 64.5%～86.5% 수준으로 조사되었다. 구체적인 임금 구성항목을 살펴보면, 기본급과 법정수당의 경우 차이가 없거나 경우에 따라 원청 근로자에 비해 높은 수준을 보이는 산업(조선, 서비스 등)도 보이지만, 상여금, 기타수당, 특별 급여에서는 큰 격차를 보이고 있다.

---

139) 통계청의 기업활동조사(2006년~2015년)와 부경대 SSK산업생태계 연구단에서 구축한 한국기업정보 DB를 병합 사용하였으며, 원·하청 거래네트워크 위치에 따라 독립기업 14,270개(32.5%), 원청 3,220개(7.3%), 1차 하청 20,037(45.6%), 2차 이하 하청 6,405개(14.6%)를 표본기업으로 한 연구이다. 문영만·홍장표, "원·하청기업 간의 임금격차 및 임금결정요인", 「Journal of The Korean Data Analysis Society」 제19권 제3호, 한국자료분석학회(2017), 1408, 1415면.

〈표4〉 업종별 원하청 근로자의 임금비교

연도	업 종	구분	임금		임금항목별 격차(%)				
			임금	하/원 (%)	기본급	법정 수당1)	상여금2)	기타 수당3)	특별 급여4)
'11년 조사	자동차	원청	43,236	72.3	80.6	83.5	80.8	78.0	72.2
		하청	31,249						
	조 선	원청	43,114	78.2	111.0	165.0	51.3	48.7	58.8
		하청	33,722						
	전 자	원청	29,348	77.6	68.5	115.5	47.0	105.9	31.5
		하청	22,787						
	서비스	원청	30,903	68.1	93.2	201.0	20.4	42.2	43.0
		하청	21,056						
'12년 조사	철강·금속 제조	원청	42,559	64.5	93.2	92.2	25.0	120.6	22.5
		하청	27,456						
	기계·전기 장비제조	원청	38,057	65.5	96.6	120.6	26.1	36.8	15.0
		하청	24,923						
	공단지역	원청	30,055	86.5	102.3	84.2	61.1	76.0	30.7
		하청	25,989						

* 자료 : 고용노동부(2013), 간접고용실태 및 정책과제, 28면.[140]

고용노동부의 업종별 사내하도급 실태조사 결과에 의하면, 근로시간, 사회보험 가입 여부, 복리후생시설 이용 등에 있어서는 원하청 근로자간 차이가 크지 않은 것으로 조사되었다. 다만, 학자금지원, 휴가비, 사내복지기금 및 주택구입자금 지원에서는 격차가 크게 나타나고 있다.

〈표5〉 업종별 원하청 근로자의 근로시간 및 복리후생 비교

(단위 : 개소)

연도	업 종	구분	근로시간	대학 학자금	휴가비	명절 여비	사내복지 기금	주택구입 자금
'11년 조사	자동차	원청(8)	223(184/39)	7(88%)	7(88%)	7(88%)	3(38%)	6(75%)
		하청(52)	220(177/43)	0 (0%)	45(87%)	46(88%)	0 (0%)	0 (0%)
	조 선	원청(6)	227(185/42)	4(80%)	4(67%)	4(67%)	3(50%)	4(67%)
		하청(66)	251(182/69)	51(79%)	34(52%)	34(52%)	3 (5%)	25(38%)
	전 자	원청(11)	208(178/30)	8(80%)	4(36%)	5(45%)	3(27%)	6(55%)
		하청(52)	212(178/34)	2 (4%)	13(25%)	9(17%)	2 (4%)	2 (4%)
	서비스	원청(8)	189(176/13)	6(75%)	4(50%)	3(38%)	2(25%)	1 (3%)
		하청(40)	203(176/27)	2 (5%)	5(13%)	10(25%)	3(38%)	3 (8%)
'12	철강·금속	원청(12)	196(171/25)	12(100%)	10(83%)	5(42%)	3(25%)	8(67%)

140) 권혁 · 김기선, "사내하도급 근로자에 대한 보호 방안"(일자리기획단 연구보고서), 일자리위원회(2017. 12.), 9면에서 재인용.

년 조 사	제조	하청(64)	207(174/33)	8(13%)	25(39%)	32(50%)	2 (3%)	0 (0%)
	기계·전기 장비제조	원청(12)	205(172/33)	10(83%)	6(50%)	6(50%)	7(58%)	7(58%)
		하청(47)	216(175/41)	2(4%)	26(55%)	27(57%)	3 (6%)	1 (2%)
	공단지역	원청(20)	223(174/49)	6(30%)	9(45%)	6(30%)	2(10%)	5(25%)
		하청(91)	248(186/62)	23(26%)	23(25%)	17(19%)	5 (6%)	3 (3%)

* 자료 : 고용노동부(2013), 간접고용실태 및 정책과제, 29면.[141]

나. 고용 불안

기업이 사내하청을 활용하는 주요 원인은 앞서 본 인건비 절감의 필요성 외에도, 정규직 고용 경직성이나 노동조합의 고용보호에 대응한 고용 유연화의 필요성, 시장 수요의 변동에 따른 고용 조정의 필요성 등을 들 수 있다.[142] 또한, 원청은 단기적으로 추가인력이 필요한 경우 고용 조정에 따른 위험부담을 안지 않으면서도 간접고용을 활용하여 이를 해소할 수 있다.[143] 이는 하청근로자의 고용 불안정성으로 이어진다.[144]

고용안정성을 판단하는 지표로 근로자의 평균 근속년수를 살펴보면, 고용노동부의 2011년~2012년 사내하도급 실태조사 결과 원청 근로자의 평균근속년수는 4.1년~15.2년인 반면, 하청근로자는 2.5~3.7년으로 하청근로자의 고용이 상대적으로 불안한 것으로 나타났다. 하청근로자들 사이의 평균근속년수를 업종으로 비교하면 3년 안팎으로 큰 차이를 보이지 않지만, 이를 원청근로자와 상대적으로 비교하면 조선, 철강·금속제조업의 경우 5배 정도 짧은 것으로 나타났다.

〈표6〉 업종별 원하청 근로자의 평균근속년수 비교

연도	업 종	평균근속년수(단위: 년.월)		
		원청	하청	하/원(%)
2011년 조사	자동차	11.5	3.7	32.2

141) 권혁·김기선, 앞의 보고서, 10면에서 재인용.
142) 이병희, "사내하도급의 활용 원인과 고용 성과", 「산업노동연구」 제18권 제1호, 한국산업노동학회(2012), 10면; 은수미, 앞의 글(2011. 9.), 24~26면.
143) 김기선, "간접고용의 현황과 정책방향", 「2014 사회정책연합 공동학술대회 : 한국사회의 사회안전망을 점검한다」 학술대회 발표논문집, 비판과 대안을 위한 사회복지학회(2014. 10.), 572면.
144) 신원철, "한국 조선 산업의 사내하청과 고용관계", 「산업노동연구」 제12권 제2호, 한국산업노동학회(2006), 349면.

	조 선	15.2	3.3	21.7
	전 자	6.6	3.0	45.5
	서비스	7.8	2.7	34.6
2012년 조사	철강·금속제조	14.7	3.2	21.8
	기계·전기장비제조	14.6	3.7	25.3
	공단지역	4.1	2.5	61.0

* 자료 : 고용노동부(2013), 간접고용실태 및 정책과제, 31면.[145]

다. 위험의 외주화

생명과 신체는 인간에게 가장 중요한 것이고 인간존엄성의 기초가 되므로, 국가는 모든 국민의 생명과 신체가 일상생활을 영위하거나 근로를 제공하는 중에 침해당하지 않도록 안전한 환경을 유지하고, 재해를 예방할 책무를 지고 있다. 헌법 제32조 제1항은 “모든 국민은 근로의 권리를 가진다.”고 규정하고 있고, 이 때 ‘근로의 권리’는 ‘일할 자리에 관한 권리’만이 아니라 ‘일할 환경에 관한 권리’도 함께 내포하고 있으며, 후자는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 ‘건강한 작업환경을 요구할 수 있는 권리’ 등을 포함한다.[146] 나아가 헌법 제34조 제6항은 “국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.”고 규정하고 있으며, 이에 국가는 특히 근로자에 대한 재해예방의무와 보건의무를 구체화하기 위하여 근기법과 산안법 등을 제정・시행하고 있다.[147]

그런데 하청근로자들은 일반적으로 원청의 작업장 내에서 원청근로자들이 기피하는 고강도작업, 유해물질에 의한 질병발생 가능성이 높은 작업, 고소작업과 같이 위험한 작업을 전담하는 경우가 많다. 의도했던 것이라고까지 할 수는 없겠지만 원청노조와 원청근로자의 입장에서는 힘들고 위험한 일을 피할 수 있고, 원청의 입장에서는 사업장 내 재해율을 낮출 수 있었기에 이러한 현상은 더욱 확산되었다.

145) 권혁・김기선, 앞의 보고서, 11면에서 재인용.

146) 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2004헌마670 결정, 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2014헌마367 결정.

147) 노동법실무연구회, 「근로기준법주해」 (제2판) Ⅲ권, 박영사(2020), 439~440면. 한수웅, 「헌법학」 (제11판), 법문사(2021), 1068면에서는 자연재해를 비롯하여 현대산업사회에서 발생하는 재해의 위험을 방지하고 그 위험으로부터 국민을 보호하는 것이 사회국가의 과제에 속한다고 전제하면서 헌법 제34조 제6항을 산업사회에서 생명과 건강을 위협하는 산업시설로부터 국민을 보호해야 할 국가의 의무를 부과한 규정으로 설명한다.

하청업체는 원청의 지원 없이는 자체적으로 안전 활동을 추진할 수 있는 기술력·관리능력·자금력 등 산업재해 예방을 위한 자원이 절대적으로 부족한 실정이다.

특히 사내하청에서는 하청근로자들의 작업장소가 원청의 사업장 내에 있기 때문에 하청업체의 자율적 노력만으로는 충분한 재해방지 효과를 거둘 수 없는 측면이 있다.[148] 결국 실제 현장에서 하청근로자들이 유해·위험요인에 무방비 상태로 노출되어 산업재해의 피해자가 되는 경우가 많음에도 그에 대한 원청의 책임 소재가 불분명하다는 이유로 하청근로자들과 직접 고용관계를 맺고 있는 하청업체만 책임을 지게 되는 '위험의 외주화'로 이르게 되었다.[149] 우리나라 산재사고 사망률은 OECD 국가 중 가장 높다. 고용노동부에 따르면, 매해 전체 산재 사망근로자 중 하청근로자 사망 비율이 약 40%에 이른다. 특히 건설 및 조선 업종에서 하청근로자 사망 비율은 약 90%이며, 최근 5년간 5개 발전회사의 산업재해 사망자 20명 전원이 하청근로자로 조사되었다. 이처럼 위험의 외주화로 인한 산재·사망사고가 하청근로자에게 집중되어 인권의 가장 기본적이고 핵심적 가치인 생명과 안전이 하청근로자에게 보장되지 않고 있다.[150]

라. 위장도급, 불법파견의 증가

파견법 제정으로 근로자파견이 합법화된 이래로 근로자파견을 가장한 도급을 둘러싼 논란이 계속되고 있다. 고용노동부가 2016년 7월부터 12월까지 파견사업체 및 사용사업체 1,346개사를 대상으로 근로감독을 실시한 결과를 보면, 파견근로자 사용사업체 775개사 중 100개사에서 총 2,624명의 근로자를 불법파견으로 사용하고 있는 것으로 확인되었다. 이 근로감독에서 적발된 불법파견 유형 등을 구체적으로 살펴보면, ① 일시·간헐적 사유없이 파견근로자를 상시적으로 사용한 경우가 54개사 1,434명, ② 형식적으로는 도급계약을 체결하였으나 실질은 파견(무허가 파견)인 형태가 33개소 1,166명, ③ 파견대상 업무 외의 업무에 파견근로자를 사용한 경우가

148) 박종식, "한국의 사내하도급 노동자들의 산업안전 현황 : 조선업을 중심으로",「강원법학」제48권, 105~106면.

149) 김한균, "안전·보건확보의무의 형법적 부과—중대재해처벌법과 그 제정의 형사정책적 평가—",「형사정책」 제33권 제1호, 한국형사정책학회(2021), 108~109면에서는 '위험의 위주화'를 사다리에 비유하여 설명한다. 즉, 재해위험에 대한 부담은 하도급의 사다리를 타고 하청업체로 내려가고 결국 가장 유해하고 위험한 업무는 안전조치의 보호를 받기 어려운 하청 노동자, 비정규직 노동자에게 집중되는 반면, 재해피해에 대한 형사책임의 사다리는 최종책임자에게까지 올라가지 않거나 중간관리업무자에서 끊겨 버림으로써, 원청의 경영책임자등이 부담하는 책임이 하도급을 통해 수급인에게로 '전가' 처리된다고 한다.

150) 국가인권위원회 2019. 8. 30.자 '간접고용노동자 노동인권 증진을 위한 제도개선 권고' 중 7면.

11개사 21명, ④ 파견기간(2년) 위반이 2개사 3명으로 확인되었다.[151]

이러한 위장도급은 노동법상 규제를 회피하기 위한 시도이다. 근로자파견이 합법화된 이후에도 도급을 가장하여 노무를 제공받는 것은, 파견대상업무 및 파견기한의 제한, 차별적 처우 금지, 근기법 적용 특례 등을 규정한 파견법상의 사용자책임조차 회피하고자 함이다.[152]

마. 노동3권 행사의 제약

다면적 노무제공관계의 핵심적인 특징은 중간매개자의 존재로 인하여 고용과 사용이 분리된다는 것이다. 그 결과 중간자가 노무제공자와 실제 노무 사용자를 매개하는 구조 자체에서 비롯되는 문제는 물론 중간매개자이든 실제 노무를 사용하는 자이든 어느 누구도 노동법상 사용자책임을 온전히 부담하지 않는 문제가 중첩적으로 발생한다. 전자의 문제가 중간착취, 근로조건의 저하 등으로 나타난다면, 후자의 문제가 가장 극명하게 드러나는 것이 노동3권의 형해화이다.

사내하청의 구조는 노동법적 규율을 어렵게 한다. 사내하청(진정도급)에서 원청은 하청근로자와 직접 근로계약관계를 맺고 있지 않고, 노무제공 과정에서 지휘명령도 하지 않기 때문에 하청근로자는 원청의 노동3권 침해행위가 있더라도 부당노동행위 제도를 통해 적절한 보호를 받기 어렵다.

한국비정규노동센터가 국가인권위원회의 연구용역을 받아 수행한 2018년도 '간접고용노동자 노동인권 실태조사'에서는 자동차, 조선, 철강, 유통, 통신 등 5개 업종의 정규직과 간접고용 비정규직을 대상으로 설문조사를 시행하였는데, 그중 간접고용 근로자의 노동기본권 침해 실태를 비교한 아래 <표7>의 결과가 주목된다. 실로 다양한 형태의 노동3권 침해 행위가 행해지고 있을 뿐만 아니라 원청과 하청근로자 사이에 단체교섭이 전무함은 물론, 노사협의회를 통한 고충처리 등도 전혀 진행되고 있지 않아 대화가 완전히 단절되어 있음을 알 수 있다.

〈표7〉 노동기본권 침해 실태 설문조사 결과

	자동차	조선	철강	유통	통신
다단계 하도급	○	○	×	×	△
불법파견	○	△	○	○	△
업체변경에 따른 고용불안	○	○	○	○	○

151) 고용노동부, 2016. 12. 23.자 보도자료, 1~2면.
152) 강성태, 고용노동부, 2016. 12. 23.자 보도자료, 1~2면.

원청 정규직과의 노동조건 차별	○	○	○	○	○
노동조합의 활성화 정도	△	×	○	×	○
원청과 노사협의회를 통한 논의	×	×	×	×	×
노조활동 관련 계약해지 경험	○	○	○	노조 없음	○
노조활동 관련 불이익 혹은 블랙리스트 존재	○	○	○	노조 없음	○
원청과의 단체교섭	×	×	×	×	×
정규직 노조와의 연대 수준	△	×	△	△	○

* 자료 : 한국비정규노동센터,「간접고용 노동자 인권상황 실태조사」(국가인권위원회 연구용역보고서), 국가인권위원회(2018. 11.), 92면.

하청근로자들이 노동조합에 가입하거나 노동조합을 결성하는 경우 원청은 해당 근로자들이 소속되어 있는 하청업체와 도급계약을 해지하거나 하청업체에 업무수행에서 해당 근로자의 교체를 요구하는 경우가 대부분이다. 도급계약 해지나 교체 요구는 근로자에게는 해고와 다를 바 없다. 원청의 위와 같은 행위는 부당노동행위로 금지되고 그에 따른 책임을 져야 함에도 원청의 노조법상 사용자성이 쉽게 인정되지 않는다.

2022년 8월 고용형태별 노동조합 조합원 수, 조직률 및 조합원 수는 아래 <표8>와 같다. 파견근로자의 경우 정규직 근로자의 노동조합 가입률의 3분의 1 수준에 불과하다. 그 원인은 다양하겠지만, 간접고용 근로자들의 조직률이 미약하고 그나마 조직된 노동조합도 유지되기 어려운 것은 다면적 노무제공관계의 특성에서 비롯된 것일 뿐만 아니라 원청의 부당노동행위로부터 보호받기 어려운 측면도 있음은 부인할 수 없을 것이다.[153]

〈표8〉 고용형태별 노동조합 조직률 등

	수(천 명)				비율(%)			
	노조 없음	노조 유, 가입대상 아님	노조 유, 가입대상, 미가입	노 조 가 입	노조 없음	노조 유, 가입대상 아님	노조 유, 가입대상, 미가입	노 조 가 입
임금근로자	15,750	1,475	1,807	3,692	72.5	6.8	8.3	12.4
정규직	8,018	737	1,558	2,411	63.0	5.8	12.2	18.9
비정규직	7,732	738	249	281	85.9	8.2	2.8	3.1
파견용역	677	25	25	18	89.7	3.3	2.4	4.6
(파견)	165	8	8	3	87.8	4.3	1.6	6.4
(용역)	512	16	16	15	90.3	2.8	2.6	4.2

* 김유선, 앞의 글, 26면의 [표22] 중 임금근로자, 정규직, 비정규직, 파견용역 부분만을 발췌하여 작성한 표이다

153) 윤애림, 앞의 학위논문, 136면.

또한, 하청근로자의 근로조건 유지·향상에 대한 실질적인 결정력이 원청에 있는 경우에도, 원청은 자신이 사용자가 아니라는 이유로 하청근로자들의 단체교섭 요구를 거부하고, 하청은 하청대로 자신에게 실질적 결정 권한이 없다는 이유로 책임을 회피하여 하청근로자들로서는 하청과 단체교섭을 하여도 성과를 거두기 힘든 상황이다.

위 실태조사에서는 간접고용 근로자들이 원청의 노동조건 결정력에 대하여 어떠한 인식을 갖고 있는지에 대한 설문도 이루어졌다. 그 결과 아래 <표9>과 같이 간접고용 비정규직 노동자들의 업무 및 근로조건과 관련하여 영향력을 행사하는 주체들 가운데, 원청사장의 영향력이 55%로 가장 높게 나타났다. 업종별로 보면, 원청사장 영향력의 크기는 철강 업종이 70%로 가장 높게 나타났고, 그 다음은 자동차 55%, 통신 54%, 유통 52%로 비슷한 수준으로 뒤를 이었다. 조선업종은 원청사장 영향력 크기가 41%로 가장 낮게 나타난 반면, 하청·용역·파견·도급 등 고용업체 사장 영향력이 54%로 원청 사장 영향력보다 더 높게 나타났다. 원청의 단체교섭 상대방으로서 사용자성을 둘러싼 논의에서 원청의 노동조건 결정력에 대한 노동현장의 인식과 체감을 진지하게 돌아볼 필요가 있다.

〈표9〉 간접고용 비정규직의 업종별 근로조건 영향력 주체(%)

근로조건 영향력	자동차	조선	철강	유통	통신	전체
원청 사장	55.0	41.1	70.2	51.6	54.3	54.7
하청·용역·파견·도급 사장	17.0	53.5	18.3	25.3	26.7	28.0
원청 노조	21.0	3.0	1.0	11.0	3.4	7.6
하청·용역·파견·도급 사장	7.0	2.0	10.6	12.1	15.5	9.6
합계	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0

* 자료: 한국비정규노동센터, 위 실태조사, 72면.

한편, 간접고용 비정규직의 고용업체 유형별 원청사장 영향력을 보면, 아래 <표10>과 같이 사내하청 근로자 57%, 용역·위탁업체 노동자 52%, 파견업체 노동자 50%의 순서로 나타났으며, 고용업체 유형간 차이는 크지 않았다.

〈표10〉 간접고용 비정규직고용업체 유형별 근로조건 영향력 주체(%)

근로조건 영향력	사내하청	용역위탁	파견업체	전체
원청 사장	55.9	57.1	44.4	54.7
하청·용역·파견·도급 사장	27.8	27.5	30.2	28.0
원청 노조	7.9	3.3	12.7	7.6
하청·용역·파견·도급 사장	8.4	12.1	12.7	9.6
합계	100.0	100.0	100.0	100.0

* 자료: 한국비정규노동센터, 위 실태조사, 72~73면.

바. 2차 주변부 노동시장의 형성

지난 2월 9일 대통령 소속 경제사회노동위원회 산하에 '노동시장 이중구조 개선 연구회'가 발족하였다. 위 연구회에서는 현재 5인 미만 사업장에서 근기법의 단계적 적용 확대와 노무제공자 문제를 주로 다루고 있으나, 사내하청 문제나 파견으로 인한 문제를 해소할 방안에 대해서도 논의하고 있다고 한다.[154]

노동시장이 고임금과 높은 직장안정성(job security), 양호한 근로조건으로 대표되는 1차 부문(primary sector)과 저임금과 낮은 직장안정성, 열악한 근로조건으로 대표되는 2차 부문(secondary sector)으로 분단되어(segmented) 있으며, 후자에서 전자로의 진입 내지 이동성(mobility)에 제약이 있을 경우 이를 노동시장의 이중구조로 파악한다. 우리나라의 노동시장 역시 이러한 의미에서 1차 부문(핵심부)과 2차 부문(주변부)으로 분단되어 그러한 이중구조가 고착화되고 있다.[155] 1차 노동시장에 속하는 일자리들은 대체로 대기업과 공공부문에 존재하는 직접고용 정규직들이 주를 이루며 유노조 사업장들이 다수이고, 2차 노동시장에 속하는 일자리들은 간접고용 비정규직, 사내하청, 특수고용 등으로 불리는 일자리들이인데, 우리나라에서 후자의 비중은 계속 커져 왔고, 전자와 후자의 격차도 계속 벌어져 왔다.[156] 특히 우리나라에서는 기업 규모와 노조 유무, 그리고 정규—비정규의 고용형태에 따라 노동시장이 중층적으로 분단되어 있다. 노동시장 이중구조화가 문제인 근본적인 이유는 원하청, 대중소기업간 불공정거래의 문제가 내재되어 있어 이를 방치할 경우 사회통합력과 국가경쟁력을 저하시킬 것이라는 데 있다.[157]

사내하청의 하청근로자들은 2차 주변부 노동시장에 자리잡고 있다. 이는 사내하청의 노동법적 문제점이 단지 하청근로자 개인에게 그치는 것이 아니라 우리 사회 전체의 문제로 심화되었음을 보여준다.

---

154) 이철수 · 박귀천 · 조용만, "노동시장 이중구조 해소를 위한 사회적 약자 보호", 사회적 대화 특별 대담, 「사회적 대화」 제1호, 경제사회노동위원회(2023. 6.), 110～111면.

155) 김훈, "노동시장 이중구조 해소를 위한 고용법제 개선 방향", 「노동리뷰」 제188호, 한국노동연구원(2015. 1.), 59～60면.

156) 박명준, "노동시장 이중구조화와 노사관계의 균열 및 갈등 : 해법으로서 '비제도적 사회적 합의 모델'", 「노동리뷰」 제212호, 한국노동연구원(2022. 11.), 9～10면.

157) 박명준, 앞의 글, 11면.

사. 극심한 하청노사분규로 인한 산업평화의 훼손

하청노사분규는 이미 2000년대 초반부터 거의 매년 발생하여 연간 노동쟁의 중 상당수에 이른다.[158] 하청노사분규는 한 번 발생하면 장기간 격렬하게 이어지는 경우가 많은데 이는 원청의 교섭 거부로 대화 자체가 단절되어 좀처럼 해결의 실마리를 찾을 수 없기 때문이다. 2022년 대우조선해양 하청노조의 파업, 하이트진로 화물연대 파업 등 최근의 하청노사분규 역시 장기화로 이어졌고, 이에 대하여 국가인권위원회는 '노동조건 결정에 있어 실질적 지배력이 있는 원청이 근로계약 당사자가 아니라는 이유로 단체교섭을 계속 거부함으로써 원·하청 관계 간의 단체교섭을 통한 노동조건 개선이 실질적으로 불가능했던 구조가 주요 원인'이었음을 지적한 바 있다. 극한 대립으로 이어지는 하청노사분규는 노조법(제1조)이 지향하는 산업평화를 훼손하고 국민경제의 발전을 저해한다.[159]

158) 은수미, 앞의 글(2011. 9.), 11면.
159) 국가인권위원회 2022. 12. 28.자 결정,「노동조합 및 노동관계조정법」에 대한 의견표명, 8~9면.

제3절 다면적 노무제공관계에 대한 규율 현황

1. 근로자공급

가. 직업안정법의 제정 및 변천

1) 제정 경과

직업안정법은 근로자 개인에 대한 취업기회의 제공과 직업의 안정을 도모하기 위하여 1961. 12. 6. 법률 제807호로 제정되었고(제1조)[160], 직업소개사업, 근로자공급, 직업지도 등에 대한 규율을 그 주된 내용으로 한다.

제정 직업안정법은 ⅰ) 지방자치단체 산하에 직업안정소를 설치하고(제3조, 1962. 2. 27. 각령 제496호로 제정된 직업안정법 시행령 제3조), ⅱ) 허가를 받아 비영리 법인이 영위하는 사설직업소개사업(제8조 제1항) 및 허가를 받아 미술·음악·연예 기타 특별한 기술을 요하는 직업을 유료로 소개하는 사업 외에는 민간의 유료직업소개사업 자체를 원칙적으로 금지하였으며(제9조), ⅲ) 근로자공급업 역시 원칙적으로 금지하여 허가를 받은 경우에만 예외로 하였다(제16조).

이는 노동시장 중개 내지는 고용서비스 제공 영역에서 민간의 역할을 금지·억제하고 국가독점원칙을 채택한 것인데, 본격적인 산업화에 따른 대공장 시스템의 출현으로 인한 노동시장의 변화가 그 배경이라 할 수 있다. 즉, 그 이전까지의 노동시장은 지역(local)에 한정되어 있었기에 노동력 제공을 둘러싼 정보 비대칭, 거래비용 등이 그리 큰 문제가 되지 않았지만 노동시장이 지역을 넘어 전국화(national)되면서 19세기 후반 무렵부터 노동시장 중개기구(Labor Market Intermediaries)[161]가 등장하

160) 헌법재판소 2005. 3. 31. 선고 2004헌바29 결정.

161) 고용서비스업체(기관), 직업안정기관 등이라 하며, 그 개념, 범위, 기능 등에 관하여는 다음과 같이 ILO 협약에서 규정한 바를 참조할 수 있다. 직업소개업체가 대표적 유형이라 할 수 있다. 첫째, ILO의 1933년 'Fee-Charging Employment Agencies Convention'(제34호, 국내에서 '유료직업소개소 협약', '유료민간고용서비스기관에 관한 협약', '유료직업소개 및 근로자공급서비스업체에 관한 협약' 등으로 번역되고 있다) 제1조는 Fee-Charging Employment Agencies란 (a) 수익을 목적으로 수행되는 고용서비스업체(기관)로서 사용자 또는 근로자로부터 금전적 또는 기타 물질적 이득을 직접 내지 간접적으로 얻기 위해 근로자를 사용자에게 공급하거나 근로자가 고용되게 하기 위해 중간인으로서 활동하는 개인, 회사, 기관, 에이전시 또는 기타 조직(모집공고 등을 실을 수 있는 일반신문이나 출판물은 제외)이나, (b) 수익을 목적으로 수행되지 않는 고용서비스업체(기관)으로서 금전적 또는 기타 물질적 이득을 얻기 위해 활동하지는 않지만 고용확보나 근로자공급의

기 시작하였는데, 특히 영리를 추구하는 민간이 위 기능과 역할을 담당하게 되면서 그 본질적·구조적 특성상 노동력의 거래 과정에 제3자로 개입하여 이윤을 획득하였기 때문에 중간착취와 노동력의 상품화 경향이 심화되는 등의 문제점이 드러났고, 이에 대응하여 사회적·국가적 차원에서 강력한 규제를 택한 것이다.[162]

2) 규제 완화와 파견법 제정까지

그러나 직업안정법의 위와 같은 엄격한 규제는 얼마 지나지 않아 완화되어 1967. 3. 30. 전부개정(법률 제1952호)을 통해 민간 노동력 중개기구의 대표적 유형인 유료직업소개업을 법적·제도적으로 공식 인정하기에 이른다. 특히 유료직업소개업에 대한 조문을 제정 당시와 비교하면 허가사항인 것은 동일하나, 문언상 금지와 예외를 규정하는 형식에서 큰 차이가 있을 뿐만 아니라 실제 운용에 있어서도 유료직업소개업에 대한 허가는 위와 같이 직업안정법이 전부개정 후에야 비로소 이루어졌다.

1961. 12. 6. 제정 직업안정법 (법률 제807호)	1967. 3. 30. 전부개정된 직업안정법 (법률 제1952호)
제9조 (유료직업소개사업의 금지) 누구든지 유료의 직업소개사업을 행하지 못한다. 단, 미술, 음악, 연예 기타 특별한 기술을 요하는 직업을 소개하는 경우에 한하	제10조 (유료직업소개) ① 유료직업소개를 하고자 하는 자는 노동청장의 허가를 받아야 한다. ② 전항의 규정에 의한 허가의 범위 및 기

서비스에 대해 사용자 또는 근로자에게 가입비, 정기 기부금 또는 기타 비용을 부과하는 회사, 기관, 에이전시 또는 기타 조직을 모두 포함한다고 규정하였다. 둘째, ILO의 1948년 'Employment Service Convention'(제88호, 고용노동부가 2002년 발간한 ILO 협약집에서는 '직업안정기관 구성에 관한 협약'으로 번역하고 있다) 제6조에서는 Employment Service의 기능과 역할을 (a) 구인과 구직의 연결지원, (b) 노동이동의 촉진, (c) 노동시장 정보의 확보와 평가, (d) 실업보험 및 실업자 구호활동과의 협조, (e) 적절한 고용상태의 형성을 위한 사회·경제적 계획 추진의 지원 등으로 본다. 셋째, ILO의 1997년 'Private Employment Agencies Convention'(제181호, 고용노동부의 위 ILO 협약집에서는 '민간 직업소개업체 협약'으로 번역하였고, 전윤구, 앞의 글, 745면에서는 '민간 고용서비스업체에 관한 협약'으로 번역한다) 제1조는 Private Employment Agency의 개념에 관하여 공공기관으로부터 독립하여 (a) 구직·구인의 수요를 연결시켜 주되, 그로 인해 발생한 고용관계의 당사자가 되지는 않는 서비스, (b) 근로자에게 업무를 할당하고 업무수행을 감독하는 자연인 또는 법인인 제3자(사용사업체, user enterpris)가 근로자를 사용할 수 있도록 근로자들을 고용하는 서비스, 권한있는 기관(competent authorities)이 대표적 노사단체와 협의 후에 결정하는, 특정한 구직 및 구인 수요를 연결시키는 기능이 없는(예컨대 정보의 제공) 구직과 관련된 기타 서비스를 1개 이상 제공하는 자연인 또는 법인이라고 규정하고 있다. 본 논문에서는 노동력 거래에서 중간매개자의 역할을 한다는 점이 부각되도록 노동시장 중개기구란 용어를 사용한다. ILO의 노동력 중개기구에 대한 규제의 흐름에 관하여는 후술하는 제4장에서 자세히 살펴보기로 한다.

162) 손정순, "산업화 이후 민간 노동시장 중개기구의 전개과정과 구조적 역할 변화: 1961년 직업안정법 제정 이후 시기를 중심으로", 「사회와 역사」 제99집, 한국사회사학회(2013), 162～163면

여 주무부장관의 허가를 얻었을 때에는 예외로 한다.	타 필요한 사항에 관하여는 대통령령으로 정한다.

당시 노동청 직업안정국의 입장을 알 수 있는 자료에 따르면, 위 전부개정된 직업안정법과 1968. 6. 25. 대통령령 제3491호로 공포된 직업안정소 직제에 의하여 노동청 산하기관인 국립직업안정소를 전국 25개소에 설립함으로써, 국내 직업안정조직(노동력 중개기구)을 노동청 직업안정국—국립직업안정소—지방자치단체가 운영하는 무료직업소개소—사설유료직업소개소로 재편하고, 전국 80개소에 민간 유료직업소개업 허가를 하였음을 확인할 수 있다.[163] 이어 1971. 11. 1. 보건사회부령 제382호로 직업안정법 시행규칙을 개정하여 민간 유료직업소개업체의 직업소개가 가능한 대상 직종을 종전 16개 직종에서 62개 직종까지 대폭 확대하였고, 그 범위도 일반사무원, 판매원, 서비스종사자, 부두노동자 및 화물취급인부, 자동차 및 수송장비 운전사, 단순노무자 등을 망라하여 실제로는 거의 아무런 제한 없이 직업소개가 가능하게끔 하였다.

이후 '공적' 노동력 중개기구에 대한 정책적 노력의 부족과 더불어 인적, 재정적 자원 투여마저 결여되면서 고용서비스 영역 내에서 '민간' 부문이 규모나 취업실적 등의 측면에서 압도적 우위를 점하게 되었으나, 그 과정에서 소개료 과다 징수, 접객·유흥업소에 대한 강압 소개, 강제노역, 인신매매, 미성년 유인·약취, 무허가 브로커의 이중 소개 등 각종 부작용도 뒤따르게 되어 결국 노동청은 1979년부터 1989년까지 10년간 유료직업소개업체의 허가를 중단하기도 하였다.[164]

1989년 하반기부터 유료직업소개업체에 대한 허가가 재개된 이래 민간 유료직업소개업체는 더욱 급증하였는데 이는 1980년대 후반의 3저 호황에 따른 노동시장 내 인력 부족 현상과 1993년 김영삼 정부 출범과 함께 마련된 '신인력 정책'에 따른 노동력의 기능적 유연성 촉진 등이 주원인이었다. 이후 1997년 경제위기는 직업안정법의 규율 체계에 결정적인 변화를 초래하였다. 즉, 한편으론 1998. 2. 20. 파견법의 제정으로 그동안 원칙적으로 금지해 온 근로자공급사업의 한 유형으로서 근로자파견사업이 합법화되었고, 다른 한편으론 1999. 2. 8. 직업안정법 개정(법률 제5884호)을 통하여 민간 유료직업소개업을 종전의 허가제에서 등록제로 변경함으로써 사실상 민간 노동력 중개기구에 대한 진입을 자유화하였다.[165]

---

163) 전영배, "우리나라의 직업안정조직", 「산업과 노동」 제2권 제5호, 노동청(1968), 22～23면(저자는 당시 노동청 직업안정국 소속 직업안정과장이다).

164) 손정순, 앞의 글, 172～174면.

165) 손정순, 앞의 글, 175～178면.

파견법의 제정은 그때까지의 민간 노동력 중개기구에 대한 규제 완화와는 질적으로 다른 변화임에 주목할 필요가 있다. 직업안정법은 제정 이래 근로자공급사업을 원칙적으로 금지한다는 점에서는 일관된 기조를 유지해 왔기 때문이다. 무엇보다 직업소개와 근로자공급의 한 유형인 근로자파견은 전혀 상이한 구조이다. 즉, 직업소개는 근로자와 그로부터 실제 노무를 제공받는 사용자 사이에 중간매개자가 존재하나, 어디까지나 근로자와 사용자의 고용계약이 성립되도록 알선하는 기능에 그치므로 근로자와 사용자는 직접고용관계에 있게 된다. 그러나 근로자파견은 근로자와 그로부터 실제 노무를 제공받는 사용자(사용사업주) 사이의 중간매개자(파견사업주)가 고용을 알선하는데 그치지 않고 중간매개자 자신이 직접 근로자를 고용하는 사용자의 지위에 서게 됨으로써 근로자—파견사업주—사용사업주라는 간접고용관계가 형성된다. 이처럼 파견법은 우리 노동법제 하에서 최초로 간접고용을 승인하여 합법화한 것이다.

나. 근로자공급의 원칙적 금지

직업안정법은 "누구든지 고용노동부장관의 허가를 받지 아니하고는 근로자공급사업을 하지 못한다."(제33조 제1항)라고 규정하여 근로자공급사업을 원칙적으로 금지하였다, 이는 직업안정법이 제정될 당시부터 규정된 것으로,[166] 그 취지에 관하여 대법원은 제3자가 타인의 취업에 개입하여 영리를 취하거나 임금 기타 근로자의 이익을 중간에서 착취하는 종래의 폐단을 방지하고 근로자의 자유의사와 이익을 존중하여 직업의 안정을 도모하고 국민경제의 발전에 기여하는 데 있다고 보고 있다.[167] 헌법재판소 역시 근로자공급사업은 사실상 또는 고용계약에 의하여 자기의 지배하

166) 제정 직업안정법은 제16조에서 '근로자공급업의 금지'라는 표제 하에 "누구든지 근로자 공급업을 행하지 못하며 사용자는 그로부터 근로자의 공급을 받아서는 아니된다. 단, 주무부장관의 허가를 얻은 자는 예외로 한다"라고 규정하고, 1962. 2. 27. 각령 제496호로 제정되어 같은 날 시행된 직업안정법 시행령 제2조 제5항에서 근로자 공급업을 '타인에게 근로자를 공급하여 사용하게 하는 것'이라고 정의하는 형식을 취하였다. 이후 1967. 3. 30. 법률 제1952호로 직업안정법이 전부개정되면서 위와 같이 시행령에서 정의하였던 근로자공급업을 법 제3조 제1항에서 "이 법에서 '근로자공급사업'이라 함은 노동조합이 공급계약에 의하여 근로자를 타인에게 사용시키는 것을 말한다."라고 하여 법률로 규정하고 그 명칭도 근로자공급사업으로 변경하는 한편, 제17조에서 '근로자 공급사업의 금지'라는 표제 하에 "누구든지 근로자 공급사업을 행하지 못한다. 다만, 노동조합법에 의한 노동조합이 노동청장의 허가를 받아 무료의 근로자 공급사업을 행할 때에는 예외로 한다."(제1항)라고 규정하였다.

167) 대법원 1993. 10. 22. 선고 93도2180 판결.

에 있는 근로자를 타인의 지휘 아래 사용하게 하는 사업이므로 이를 자유로이 할 수 있도록 맡겨둘 경우 중간착취, 강제근로 및 인권침해의 가능성이 높을 뿐 아니라 약취·유인 및 인신매매 등 범죄와 연계될 수도 있으므로, 법은 이를 전면 금지하고 허가를 얻은 자에 대하여만 이를 인정하면서 국가의 엄격한 감독을 받게 하고 있는 것이라고 하였다.[168]

근로자공급사업은 성질상 인격체인 사람 자체를 거래 내지 대여의 대상으로 하므로 상품의 거래 내지 대여와 달리 엄격히 금지되는 것이다. 이는 '인간의 노동은 상품이 아니다'라는 1944년 필라델피아 선언에 뿌리를 두고 있다. 이 선언은 인간의 노동은 상품이 아니어서 인간의 노동을 상품으로 취급하는 기존의 모든 관행, 즉 제3자를 통한 인력공급 등 인간의 노동력을 시장에서 마음대로 사고파는 것을 금지하는 세계적 합의이며, 근대적 노동법의 기초이다. 근대적 근로계약관계는 근로자가 사용자에게 종속되어 법에 근거한 노동력을 제공하며 사용자는 노동력을 이용하는 대가로 적정한 임금과 근로조건 및 사회보장에 대한 책임을 지는 2자관계 또는 직접적인 근로계약관계이다. 이러한 연유로 근로자공급사업은 전 세계적으로 이를 금지하되 엄격한 요건 하에 예외적으로 허용하였고,[169] 우리나라의 직업안정법 또한 제정 이래 이후 파견법이 제정되기까지 위와 같은 기조를 유지하였다.[170]

---

168) 헌법재판소 1998. 11. 26. 선고 97헌바31 결정. 이 사건은 무허가 근로자공급사업자들이 직업안정법위반으로 공소 제기되어 재판을 받던 중 구 직업안정법(1994. 1. 7. 법률 제4733호로 전문개정되고 1997. 12. 24. 법률 제5478호로 개정되기 전의 것)에서 근로자공급사업의 경우 노동부장관의 허가를 받도록 하되 허가의 대상과 요건은 대통령령으로 정하도록 한 조항(제33조 제1항, 제3항)과 무허가 근로자공급사업을 한 자를 처벌하는 벌칙 조항(제47조 제1호)에 대하여 위헌법률심판 제청신청을 하였으나 법원에서 기각되자 헌법소원심판을 청구한 사건으로, 헌법재판소는 노동부장관의 허가를 받은 자만이 근로자공급사업을 할 수 있도록 제한하는 것은 그 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성 등에 비추어 볼 때 합리적인 제한이고, 과잉금지의 원칙에 위배되어 직업선택의 본질적인 내용을 침해하는 것으로 볼 수 없으며, 그 처벌 규정 또한 죄형법정주의 원칙 등에 위배되지 않는다는 등의 이유로 위 각 조항이 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 하였다.

169) 박종희·강선희·전형배·정영훈·박종식, 「근로자공급사업에 따른 근로자의 안전보건관리 연구」(한국산업안전보건공단 연구용역보고서), 한국산업안전보건공단 산업안전보건연구원(2013), 17~18면.

170) 이희균, "직업안정사업의 전망", 「산업과 노동」 제2권 제5호, 노동청(1968), 27~28면에서는 노동시장의 형태를 노동의 수요와 공급이 자동적으로 결합하는 것으로 방치해둘 수는 없으며, 이는 일반 상품시장과는 달리 노동은 항상 인격을 가진 인간과 결합되어 있기 때문이라고 한다. 저자는 노동청 직업안정국장으로 위와 같은 지적에서 직업안정법 제정을 전후한 당시의 시대 인식을 엿볼 수 있다.

다. 노동조합에 의한 근로자공급의 예외적 허용

1) 예외적 허용의 취지 및 의미

직업안정법 제33조 제3항은 근로자공급사업을 공급대상이 되는 근로자가 취업하려는 장소를 기준으로 국내 근로자공급사업과 국외 근로자공급사업으로 구분하고, 같은 항 제1호에서 국내 근로자공급사업의 경우는 노조법에 따른 노동조합이 사업의 허가를 받을 수 있다고 규정함으로써 국내에서 근로자공급사업을 합법적으로 영위할 수 있는 주체를 노동조합만으로 제한하고 있다.

사실 노동조합만이 근로자공급사업을 허가받을 수 있다는 논리필연적인 이유는 없다.[171] 그럼에도 예외적으로 노동조합에 한하여 근로자공급사업을 허가하는 취지에 관하여 ① 고용노동부는, 근로자공급사업은 성질상 인격체인 사람을 대상으로 하므로 중간착취, 강제근로 및 인권침해의 가능성이 있고 약취·유인 및 인신매매 등 범죄와 연계될 수도 있기 때문에 질서유지와 공공복리를 위하여 일반적으로 금지한 다음 위험성이 적은 노동조합에만 허용하는 것이라 한다.[172] ② 김형배 교수는, 사실상 광범위하게 존재하고 있는 근로자공급사업을 전면 금지하게 되면 종래의 노동력 수급체계에 많은 지장을 주게 되고 이를 다른 합법적인 공공직업소개만으로는 대체할 수 없으며, 근로자공급에 대한 수요가 있음에도 불구하고 합법적인 공급이 이루어지지 않는다면 결국 위법한 근로자공급사업이 만연할 우려가 있으므로, 금지된 근로자공급을 노동조합에 의하여 수행하도록 함으로써 종래 근로자공급사업에 따른 폐해를 줄이고 근로자공급사업 금지라는 목적 달성을 촉진하는 것이라고 본다.[173] ③ 이승욱 교수는, 노동조합은 근로자들만의 자주적이고 민주적인 결합체로서 그 요건에 따라 적정하게 운영되는 경우에는 근로자의 권리가 침해될 우려가 없고, 노동조합이 근로자공급사업을 하는 것은 근로자 자신의 손에 의해 자신을 공급하는 것이어서 금지의 대상으로 되는 근로자공급사업과는 그 성격을 완전히 달리 하기 때문에 중간착취의 우려가 없는 노조법상 노동조합에 대하여는 달리 근

171) 헌법재판소 1998. 11. 26. 선고 97헌바31 결정에서 재판관 이재화, 조승형의 반대의견 중에는 '도대체 직업안정법의 입법취지나 모든 법률조항을 살펴보아도 노동조합만이 근로자공급사업을 할 수 있다고 예측할 수 있는 단서를 찾을 수 없다'고 지적한 부분이 있다.

172) 헌법재판소 1998. 11. 26. 선고 97헌바31 결정 중 관계기관의 의견 중에서 노동부장관 부분 발췌

173) 김형배, 「항운노조 조합원과 사용자 사이의 법적 관계」, 무지개(1996), 249~250면.

로자공급사업을 금지하지 않고 허가제로 이를 인정하는 것이며, 다른 한편으로는 근로자공급사업이 요구되는 불가피한 경제적 요청을 충족시키면서 국가의 직업소개 기능의 보완적 역할을 노동조합으로 하여금 수행하도록 함으로써 근로자의 직업의 안정과, 산업이 필요로 하는 노동력의 충족에 기여하는 데 그 취지가 있다고 설명한다.[174]

노동조합은 근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직하는 단체(노조법 제2조 제4호 본문)로서 그 조합원과 원칙적으로 이해관계가 일치한다. 따라서 위 설명 중 특히 '노동조합이 근로자공급사업을 하는 것은 근로자 자신의 손에 의해 자신을 공급하는 것이어서 금지의 대상으로 되는 근로자공급사업과는 그 성격을 완전히 달리 한다'는 지적에 주목할 필요가 있다. 노동조합이 공급사업주가 되어 그 조합원을 공급한다는 의미는 마치 한 사람이 파견근로자와 파견사업주의 지위를 동시에 가지는 것, 즉 파견근로자가 파견사업주로서 자신을 다른 사용자에게 파견하는 이른바 '자기파견'은 근로자파견에 해당하지 않는 것과 마찬가지로, 근로자공급에 해당하지 않는다고 볼 여지가 있다.

2) 노동조합에 의한 근로자공급사업의 실태

고용노동부가 공표한 2022년 9월 기준 근로자공급 사업자 현황에 의하면 아래와 같이 현재 근로자공급사업의 허가를 받은 노동조합은 45개로 그중 항운노동조합(이하 '항운노조'라 한다)이 압도적 다수를 차지하고 있고,[175] 그 외 시장노동조합, 청과도매시장노동조합, 전국예능인노동조합연맹 등이 있으며, 공급 분야는 예능인을 제외하고는 항만하역, 육상하역, 상하차 등과 관련된 작업이 대부분이다.[176]

---

174) 이승욱, "항만근로자의 근로조건 결정",「해양시대의 노동법적 과제 : 한국노동법학회 2022년도 하계학술발표회」, 한국노동법학회(2004. 3.), 27면. 최정호, "항만하역근로자의 법적 지위에 대한 소고",「동북아법연구」제15권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소(2021. 9.), 285면도 근로자가 자신의 손으로 자신을 공급하므로 중간착취의 우려가 없다고 한다.

175) 고용노동부가 발간한「2020 전국노동조합 조직현황」에 의하면 2020. 12. 31.현재 전국항운노동조합연맹 소속 조합수는 39개이고, 조합원 수는 20,808명이다. 이는 노조법상 설립신고된 노동조합이 관할 행정관청에 신고한 '2020년 말 기준 현황자료'를 바탕으로 작성된 자료이다.

176)

순번	사업장명	공급 분야
1	충북세종항운노동조합	항만육상하역, 운송, 기타 대부
2	전국예능인노동조합연맹	예능인
3	서울농수산항운노동조합	농수산물 상하차

직업안정법이 시행된 이래 현재까지 여러 산업 부문에서 조직된 노동조합들 중

4	서울경기항운종합노동조합	상, 하역 작업
5	동부지역시장노동조합	농수산물 하역, 배송
6	서울지역시장노동조합 경동광성상가분회	농수산물 상하역
7	청량리청과도매시장노동조합	물품 운송 및 상하역
8	인천항운노동조합	항만하역 등
9	인천지역공공부문노동조합 인천가족공원지부	사초, 축대, 관리비 개장, 매장, 납골
10	경남항운노동조합	항만하역, 철도하역, 농수산물하역
11	진해항운노동조합	항만하역, 철도하역, 농수산물하역
12	울산항운노동조합	연해안 일원 항만, 철도, 농수산물, 시장, 정기화물, 창고, 육상 등 하역업
13	진주항운노동조합	육상운송, 농수산물 상하역 및 기타 부대 작업
14	여수수산물항운노동조합	수산물 하역 등
15	서울건해산물노동조합	건해산물 상하역, 운송/배송
16	서울경기항운노동조합	상하역, 운송/배송
17	서울종합수산항운노동조합	수산물 상하역, 운송/배송
18	서울청과노동조합	상하역, 운송/배송
19	고흥항운노동조합	항만하역 농수산물 하역
20	동해항운노동조합	하역 및 적재 단순종사원
21	강릉시항운노동조합	항만상하역 운반 및 노무공급
22	고성군항운노동조합	항만 상하역
23	속초항운노동조합	항만, 수산물, 시장 상하역
24	전국항운농산물노동조합	농산물 상하차
25	대전세종충남항운노동조합	철도육상, 운송, 보관, 상하역 및 관련업
26	충남서부항운노동조합	항만 하역관련 노무공급
27	당진항만항운노동조합	항만하역 및 고박 강취 등 관련작업
28	서산항운노동조합	항만 하역
29	전북서부항운노동조합	하역
30	광주전남항운노동조합	철도/육상운송업, 보관 및 하역/운반작업
31	전남서부항운노동조합	항만, 철도, 육상, 농수산물 하역, 보관업
32	완도항운노동조합	항만육상운송 창고업관련 하역/운반
33	광양항만항운노동조합	항만하역
34	순천항운노동조합	항만하역, 농산물 하역
35	여수항운노동조합	항만, 농수산물 하역
36	여수종합항운노동조합	남해화학 비료출하
37	영일만신항항운노동조합	항만하역
38	대구경북항운노동조합	철도 운송, 창고보관, 농수산물 하역
39	경북항운노동조합	항만, 수산물 조작
40	전국보조출연자노동조합	보조출연자 공급사업
41	영일만포항항운노동조합	항만하역
42	전국항운노동조합연맹 부산항운노동조합	항만, 철도, 농수산
43	제주도항운노동조합	항만하역
44	민주가락하역노동조합	농산물 상차, 하차, 이적
45	부산시항만노동조합	수산물 하역, 선별, 상차 및 부대작업

* 자료 : 고용노동부(2022), 근로자공급 사업자 현황

항운노조가 주로 근로자공급사업의 허가를 받아 온 것 또한 논리적으로 설명하기는 어렵다.[177] 이는 항만하역근로의 특성과 항운노조의 설립 배경, 역할 등 역사적 배경을 이해할 필요가 있다.

항만하역사업이란 화물주 내지 선박운항업자의 위탁을 받아 항만에서 선박을 이용하여 운송된 화물을 선박으로부터 인수하거나 화물주에게 인도하는 행위 또는 선박을 이용하여 운송될 화물을 화물주로부터 인수하거나 선박에 인도하는 행위 및 그에 선행하거나 후속하여 이루어지는 일련의 하역, 운송, 적재, 보관 등의 행위를 하나로 연결하여 하는 사업을 말하고(항만운송사업법 제3조 제1호, 제2조 제1항 제1호 내지 제13호), 위 사업을 수행하는 데 소요되는 근로에 종사하는 사람을 항만하역근로자라 한다.

항만하역사업은 화물의 적하(積荷) 등이 계절이나 기후 등의 영향을 크게 받고, 물동량도 무역회사, 화주의 위탁에 의존되어 결정되기 때문에 매우 불규칙하고 단속적인 특성(파동성)을 지닌다. 이에 따라 항만하역업체는 제조업 등 다른 산업과는 달리 최소한의 필수 인력만을 상용직으로 확보하고, 노동력의 수요에 탄력적으로 대응하기 위해 필요한 인력은 외부에서 일용 근로자를 공급받는 방식을 활용하였다. 그 과정에서 일용 근로자들은 항운노조라는 형태의 특수한 조직을 결성하였고,[178] 이해관계를 공유하는 하역업체와 항운노조는 안정적이고 지속적인 사업을 영위하기 위해 클로즈드숍(closed shop)을 체결하였다. 정부는 직업안정법상 근로자공급사업의 허가를 통해 이를 용인함으로써 하역업체는 항운노조가 공급하는 조합원을 항만하역근로자로 사용하며, 하역근로에 종사하기 위해서는 항운노조의 조합원이 되어야 하는, 항운노조의 항만하역근로에 대한 독점적·배타적 노무공급권이 확립되었다. 이러한 배경에서 1998년 파견법 제정 과정에서도 항만, 철도, 운송 등 하역운송 업무에는 근로자파견사업을 금지함으로써 항운노조의 독점적 노무공급권은

177) 이승욱, 앞의 글(2004. 3.), 51면.

178) 항만하역근로의 연혁을 보면, 1876년 개항 이후 일본의 하역업체들이 진출하면서 이들의 비호를 받는 수신조(守信組), 창신조(昌信組) 등이 부두노동자들을 모집해 노동력을 공급하기 시작하였고, 이들은 하역업체와 하역작업에 대한 도급계약을 체결하여 노동력을 공급하는 중간기관으로서 역할을 하였다. 수신조, 창신조 등은 다시 '십장'(什長)이나 '도반장'(都班長)이라는 제도를 두고 노무감독을 하였는데, 이들과 항만하역근로자들의 관계는 수직적·위계적 노무조직으로 조제도적(組制度的) 고용형태였던 것으로 평가된다. 이후 항만하역근로자들은 하역작업에 대한 기득권을 지키고자 공동운명체적이고 봉건적인 노동관계를 특징으로 하는, 특수한 형태의 부두노동조합을 설립하였고, 하역업체가 십장과 결탁해 노동력 공급권을 일방적으로 행사하는 것에 제동을 걸고 노동조합으로서 노동력 공급권을 부여받는데 성공함으로써 클로즈드숍(closed-shop) 제도의 기반을 마련했다. 항만하역근로의 연혁에 관한 자세한 내용은 이정원, "항만하역근로자의 법적 지위에 대한 고찰", 「한국해법학회지」 제33권 제1호, 한국해법학회(2011. 4.), 296~298면.

계속 유지되었다.[179]

그러나 2005. 12. 23. 항만운송사업자 등이 항운노조원을 직접 상시 고용하는 방식으로의 전환을 주요 내용으로 하는 '항만인력공급체제의 개편을 위한 지원특별법'(법률 제7759호)이 제정되고, 2011. 7. 1.부터 복수노조 설립이 허용되면서 항운노조의 독점적 노무공급권에는 큰 변화가 있게 되었고,[180] 2021년 현재 항만하역업체에 직접 고용된 상용근로자는 13,464명(70.8%), 항운노조 조합원은 5,565명(29.2%)으로 상당한 규모로 항만인력 구조의 개편이 이루어졌다.[181]

179) 진명구,「노무공급 관계의 체계적 규율에 관한 연구—직업안정법상 '근로자공급사업'의 재구조화를 중심으로—」, 고려대학교 대학원 법학박사 학위논문(2020. 2.), 187～188면.

180) 이는 2005년 전국항운노동조합연맹 소속 지역 항운노조의 대규모 취업비리 수사 결과 노조간부 30여명이 구속되는 사태를 빚는 등 항운노조의 독점적 노무공급권에 따른 취업 비리와 조합원들에 대한 횡포 등이 심각해진 상황을 배경으로 한다. 최윤희, "항운노조의 지위와 관련한 법리 연구",「저스티스」제155호, 한국법학원(2016. 8.), 345～347면.

181) 연도별 소속별 하역종사자 현황은 다음과 같다(사단법인 한국항만물류협회가 발간한 「항만하역요람 2012」및 「항만하역요람 2022」, 각 16면 참조).

소속별 / 연도별	합 계	하역업체 소속 상용근로자		항운노조 조합원 일용근로자	
		인 원 (명)	점 유 율(%)	인 원 (명)	점 유 율(%)
1999	21,938	11,139	50.8	10,799	49.2
2000	23,191	12,396	53.5	10,795	46.5
2001	22,771	11,972	52.6	10,799	47.4
2002	21,603	10,958	50.7	10,645	49.3
2003	22,527	11,679	51.8	10,848	48.2
2004	23,063	12,260	53.2	10,803	46.8
2005	23,824	13,213	55.5	10,611	44.5
2006	23,875	14,640	61.3	9,235	38.7
2007	22,014	14,978	68.0	7,036	32.0
2008	20,783	14,035	67.5	6,748	32.5
2009	19,349	13,067	67.5	6,282	32.5
2010	18,513	12,421	67.1	6,092	32.9
2011	18,773	12,662	67.4	6,111	32.6
2012	18,684	12,573	67.3	6,111	32.7
2013	17,660	11,550	65.4	6,110	34.6
2014	17,714	11,638	65.7	6,076	34.3
2015	17,914	11,812	65.9	6,102	34.1
2016	18,347	12,117	66.0	6,230	34.0
2017	19,681	13,582	69.0	6,099	31.0
2018	19,630	13,641	69.5	5,989	30.5
2019	19,697	13,881	70.5	5,816	29.5
2020	19,317	13,678	70.8	5,639	29.2
2021	19,029	13,464	70.8	5,565	29.2

라. 근로자공급과 단체교섭권

1) 개별적 근로관계

대법원은 일관되게 항운노조의 조합원(항만하역근로자)과 그들이 노무를 제공하는 하역업체, 운수회사 또는 냉동창고회사 사이에는 근기법상 사용종속적인 근로계약이 인정되지 않는다는 이유로 근기법상 개별적 근로관계의 성립을 부정하고 있다.[182] 오히려 대법원은 조합원과 단위 항운노조 사이의 근로관계에 관하여 사용종속관계를 긍정하여 조합원이 항운노조와 근로계약관계를 맺은 근로자에 해당하는 것으로 보고 있다.[183]

2) 하역업체 등이 항운노조의 단체교섭 요구에 응하여야 할 노조법상 사용자에 해당하는지 여부

대법원은 항운노조가 그 소속 조합원을 공급받은 사용사업주(원예업자로 구성된

182) 대법원 1980. 12. 9. 선고 79다2147 판결[사용업체의 퇴직금 지급의무를 부정, 전국운수노동조합(항운노동조합의 전신으로서 1980. 9. 부두노동조합과 통합하여 전국항운노동조합으로 개편되었다)의 조합원으로 철도운송하역근로자인 원고들이 노동조합과 피고 회사 사이에 체결된 단체협약에 따라 피고 회사의 화물을 계속 취급하여 오다가 퇴직하면서 피고 회사를 상대로 퇴직금을 청구한 사안), 대법원 1996. 6. 11. 선고 96누1504 판결[산업재해보상보험법상의 사용자성을 부정, 전국항운노련 산하 서울특별시농산물종합시장노동조합 소속의 근로자들을 공급받아 사업장에서 하역작업을 시켜 온 원고(농업협동조합중앙회)와 근로자들 사이에 사용종속관계가 있는지 여부가 다투어진 사안], 대법원 1987. 2. 10. 선고 86다카 1949 판결[사용업체에 대한 작업비 채권의 최우선변제권을 부정, 전북항운노동조합 김제분회가 소외 회사와 하역작업에 따른 도급계약을 체결하는 한편, 그와 별도로 위 노조분회의 소외 회사에 대한 작업비 청산에 관한 권한을 원고가 대위행사할 수 있도록 하는 계약을 체결하고, 원고가 소외 회사의 위 노조분회에 대한 작업비 채무를 대신하여 지급하였는데, 피고들의 소외 회사에 대한 경매신청에 따른 배당절차에서 원고가 자신의 소외 회사에 대한 채권은 노임채권으로 근로기준법에 의하여 우선변제권이 있다고 주장하면서 배당이의를 한 사안] 등.

183) 대법원 1996. 3. 8. 선고 94누15639 판결[단위노동조합에 대한 산업재해보상보험금청구를 인용, 원고의 남편인 망인은 소외 조합(전국항운노련 산하 경북항운노동조합)에 가입하여 종철연락소 제7반에 소속된 조합원으로서, 사단법인 한국항만운송협회(한국항만하역협회의 전신이다)의 회원사인 소외 회사로부터 부두에 접안되어 있던 선박에 물건을 싣기 위한 부대작업을 할 사람을 보내달라는 요청을 받은 소외 조합의 지시로 자신 소유의 오토바이를 타고 노동조합 항만내부 대기실로 가던 중 부두 도로 상에서 중앙선을 넘어 맞은 편 차선으로 들어가 그 곳에 정지 중이던 지게차를 들이받아 그 무렵 사망하였고, 이에 원고가 피고(근로복지공단)에게 산업재해보상보험법에 의한 유족급여 및 장의비 등의 지급을 구하였으나, 피고는 망인의 사망이 업무상 재해에 해당하지 않는다는 이유로 보험금 지급을 거절하는 처분을 하자, 원고가 피고를 상대로 유족급여 및 장의비 등을 청구한 사안] 등.

협동조합, 냉동창고회사 등)를 상대로 단체교섭을 요구하였으나 거부당하자 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 한 아래의 사건들(이하 '항운노조 단체교섭 사건'이라 한다)에서, 일관하여 단체교섭의 상대방인 사용자는 '근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자, 즉 근로자와의 사이에 그를 지휘·감독하면서 그로부터 근로를 제공받고 그 대가로서 임금을 지급받을 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자'를 의미하는데, 하역업체 등과 항만근로자 사이에 명시적 또는 묵시적 근로계약관계를 인정할 수 없어 하역업체 등은 단체교섭의 상대방이 될 수 없다고 보고 있다. 위 대법원 판결들은 단체교섭의 상대방인 사용자의 개념에 관하여 일반론을 설시하고 있어, 하청근로자가 원청을 상대로 단체교섭을 요구할 수 있는지 여부가 다투어진 사안에 적용되는 선례가 될 수 있는지가 문제되고 있으므로, 이하 각 사건의 경과 및 법원의 판단을 상세히 살펴보면 다음과 같다.

① 군산항운노조 사건(대법원 1986. 12. 23. 선고 85누856 판결)

[사건의 경과]

군옥원예협동조합(이하 '협동조합'이라 한다)은 군산시와 옥구 군내의 원예업자들로 구성된 조합으로 조합원들이 재배한 청과물의 공동판매를 위해 위판장을 설치, 운영하고 있고, 위 위판장의 청과물 상하차, 운반 등 노무작업은 군산항운노동조합(이하 '군산항운노조'라 한다) 소속 근로자들이 수행하였다.

군산항운노조는 협동조합이 수회에 걸친 단체협약 체결 요구를 거부하자 1984. 8. 14. 전북지방노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하였고, 위 위원회는 1984. 10. 11. 위 단체협약 체결 거부행위를 부당노동행위로 판정함과 아울러 단체협약 체결 요청에 즉시 응하라고 명령하였다. 이에 협동조합은 중앙노동위원회에 재심신청을 하였으나 1984. 12. 7. 기각되자 다시 불복하여 서울고등법원 84구1315호로 재심판정 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다.[184] 서울고등법원은 1985. 10. 15. 재심판정을 취소하는 판결을 선고하였고, 이에 중앙노동위원회가 대법원 85누856호로 상고하였으나 1986. 12. 23. 상고 기각되었다.

[법원의 판단]

대법원은 "노동조합법[185] 제33조 제1항에 의하면 노동조합의 대표자는 그 노동

184) 구 행정소송법(1994. 7. 27. 법률 제4770호로 개정되기 전의 것) 제9조 제1항은 "취소소송의 제1심관할법원은 피고의 소재지를 관할하는 고등법원으로 한다.", 제2항은 "고등법원의 재판에 대하여는 대법원에 상고할 수 있다."라고 규정하여 행정청의 위법한 처분등을 취소 또는 변경하는 취소소송에서 고등법원과 대법원의 2심제를 채택하고 있었다.

185) 1997. 3. 13. 법률 제5310호로 노동조합 및 노동관계조정법이 제정되기 전의 구 노동조합법으

조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 단체협약의 체결 기타의 사항에 관하여 교섭할 권한이 있다고 규정되어 있는 바, 여기에서 사용자라 함은 근로자와의 사이에 사용종속 내지 노동종속 관계가 있는 자, 즉 근로자는 사용자의 지휘, 감독 아래 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 그 대가로서 근로자에게 임금을 지급하는 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계가 있는 자를 말하는 것"이라고 하여 단체교섭의무의 상대방인 사용자 개념에 관한 법리를 판시한 뒤, ㉠ 군산항운노조는 위판장 내에 연락사무소를 설치해두고 필요한 노무원을 소속 근로자 중에서 임의로 선발하여 파견하는 점, ㉡ 파견된 노무원들은 같은 노조원인 연락소장의 지휘·감독아래 위판장으로 반입·반출되는 청과물을 각 그 하주들의 요청에 따라 상하차, 선별, 진열 또는 운반해주고 하주들로부터 작업시마다 직접 노임을 지급받고 있는 점, ㉢ 협동조합으로서는 단지 위판장 내에서 행하여지는 노무원들의 작업 내용과 작업량에 따른 노임액을 균등화하여 노임에 관한 질서를 유지할 목적으로 위 연락소장과 노임에 관하여 협의를 할 뿐[186] 그 이외에 노무원의 파견 여부나 파견되어 오는 노무원의 수, 특성 등 개인적 조건은 물론 그들의 작업시기, 작업방법, 작업조건 등에 관하여 일체 관여하고 있지 않다는 점 등을 이유로 협동조합이 군산항운노조와 단체협약을 체결할 상대방이 될 사용자에 해당되지 않는다고 판단하였다.

② 부산항운노조 사건Ⅰ(대법원 1993. 11. 23. 선고 92두13011 판결)

[사건의 경과]

전국항운노동조합연맹 부산항운노동조합(이하 '부산항운노조'라 한다)은 부산지역에서 수산물을 냉동, 냉장 보관하는 창고업을 영위하는 삼원어업 주식회사 등 22개 회사(이하 '냉동창고회사들'이라 한다)와 도급계약을 맺고 소속 조합원들을 냉동창고회사들이 경영하는 창고에 노무원으로 파견하여 수산물의 상, 하차 및 선별작업을 해왔다.

부산항운노조는 냉동창고회사들이 단체교섭 요구를 거부하자 1990. 3. 8. 부산지방노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하였고, 위 위원회는 1990. 5. 22. 위 단체협약 체결 거부행위를 부당노동행위로 판정함과 아울러 단체협약 체결 요청에

로 1987. 11. 28. 법률 제3966호로 개정되기 전의 것.

186) 제1심인 서울고등법원 84구1315 판결에서는 협동조합과 항운노조 사이에 작업노임의 기준이 되는 하역노임표를 협의하여 결정하기는 하나, 이는 노무원들이 노임을 함부로 올려받지 못하도록 노임을 일정 수준으로 통일시킴으로써 위판장 내의 질서를 유지하기 위함일 뿐 다른 목적은 없다고 보았다.

즉시 응하라고 명령하였다. 냉동창고회사들은 중앙노동위원회에 재심신청을 함과 동시에 일단 위 구제명령에 따르는 취지에서 부산항운노조와 단체협약을 체결하였는데, 중앙노동위원회는 1990. 8. 17. 위 단체협약의 체결로 초심 신청취지가 모두 달성·해소되어 부당노동행위의 구제실익이 없다는 이유로 재심신청을 각하하였다. 이에 냉동창고회사들이 불복하여 서울고등법원 90구14197호로 재심판정 취소소송을 제기하였고, 서울고등법원은 1991. 8. 23. 냉동창고회사들에게 재심을 신청할 이익이 있다고 판단하여 위 재심판정을 취소하는 판결을 선고하였다. 중앙노동위원회는 위 취소판결의 취지에 따라 재심신청 사건의 본안에 관하여 심리한 후 1991. 11. 26. 냉동창고회사들은 부산항운노조의 조합원에 대하여 사용자의 지위에 있으므로 부산항운노조와 단체협약을 체결할 의무가 있다는 이유로 냉동창고회사들의 재심신청을 기각하였다(90부노138 판정).[187] 냉동창고회사들은 다시 불복하여 서울고등법원 91구29448호로 재심판정 취소소송을 제기하였다. 서울고등법원은 1992. 7. 10. 아래와 같은 이유로 재심판정을 취소하는 판결을 선고하였고, 이에 중앙노동위원회가 대법원 92두13011호로 상고하였으나 대법원은 1993. 11. 23. 자세한 이유는 설시함이 없이 '사실관계가 원심이 확정한 바와 같다면 원심이 냉동창고회사들과 부산항운노조의 조합원들과 사이에는 사용종속 내지 노동종속의 관계가 존재하지 아니한다고 봄이 상당하고, 따라서 냉동창고회사들은 부산항운노조와 단체협약을 체결할 의무가 있는 사용자에 해당되지 아니한다고 판시한 것은 정당하다'고 보아 상고를 기각하였다.

[법원의 판단]

이 사건의 원심인 서울고등법원 91구29448 판결은 위 대법원 85누856 판결의 사용자 개념에 관한 법리를 인용하고, 이어 ㉠ 부산항운노조가 조합원들에 대한 임용, 해임, 징계 등의 인사권을 전적으로 행사하고, 조합원들의 작업통제와 노임수령을 위하여 작업반장, 부반장, 서기를 임명하는 사실, ㉡ 냉동창고회사들과 부산항운

187) 중앙노동위원회는 ① 냉동창고회사와 부산항운노조 조합원 사이에 직접적 근로계약관계가 체결된 바 없고 임금은 부산공동어시장 중매인협회와 체결한 노임협약에 따라 결정된다 하더라도 냉동창고회사 사업주들이 중매인을 겸하고 있으면서 위 중매인협회의 의사결정에 절대적 영향력을 행사하여 직·간접적으로 임금결정에 관여하고 있고, ② 냉동창고회사들에서 작업지시를 않는다고 하나 조합원들은 정시 출퇴근체제에 따르면서 회사의 작업지시가 있는 경우 야간 또는 공휴일에도 작업을 수행하고 있으므로 곧 조합원들이 냉동창고회사들의 지배 하에서 계속 노무를 제공하는 것이고, ③ 기타 항운노조가 단체교섭권을 가진다는 노동부장관의 질의회시가 있으며, 업종이 같은 다른 냉동창고회사들 또한 과거에 단체협약을 체결했다는 사실, ④ 초심 지방노동위원회의 판정이 있은 후 냉동창고회사들이 단체협약을 체결한 사실 등은 냉동창고회사들이 단체교섭 당사자로서의 사용자 지위에 있음을 말해 주는 것이라고 보았다. 김형배, 『항운노조 조합원과 사용자 사이의 법적 관계』, 무지개, 1996., 343~344면에서 재인용.

노조가 체결한 용역계약에서는 냉동창고회사들이 작업태도 불성실 등을 이유로 창고에 파견된 조합원의 교체, 해임을 요구할 수 있고 부산항운노조는 즉시 요구에 응하기로 약정하였으나 그 후 위 약정에 따라 인사조치가 이루어진 예는 전혀 없었고, 부산항운노조에서는 작업반장 교체 외에는 냉동창고회사들에 일체 통보하지 아니한 채 임의로 조합원을 증원 또는 감원하거나 다른 작업장으로 전보하여 냉동창고회사들의 작업장마다 상주하는 조합원이 유동적인 사실, ㉣ 조합원들은 작업반장의 지시에 따라 작업을 수행하고 작업물량이 많은 다른 작업장에 일시 파견되어 작업하기도 하는 사실, ㉤ 조합원들은 냉동창고회사들로부터 임금을 받는 것이 아니라 각 작업장별로 서기직을 맡고 있는 조합원이 작업인원과 물량을 매일 파악하여 부산공동어시장 중매인협회와 부산항운노조 사이에 체결한 노임협약에서 정한 요율에 따라 상하차 또는 선별작업을 한 물건의 품목과 그 작업량에 비례한 노임을 화주로부터 그날그날 직접 수령하여 적립하였다가 정해진 임금지급일에 해당 조합원들에게 작업량에 따라 분배, 비급하고 있는 사실, ㉥ 부산항운노조가 부산공동어시장 중매인협회와 노임협약을 체결하는 이유는 가장 많은 조합원을 파견하여 노무를 제공하는 상대방이 부산공동어시장의 중매인들이기 때문이고, 위 협회에 소속된 중매인은 130명가량인데 그중 냉동 또는 냉장창고를 경영하는 사업주는 냉동창고회사들 중 2곳뿐이어서 결국 냉동창고회사들은 중매인협회와 부산항운노조가 노임협약을 체결하는데 거의 영향력을 행사하지 못하는 사실, ㉦ 용역계약에 따르면 안전관리, 장비운용과 교육 등은 부산항운노조 측이 맡아서 하고, 작업수행 중 발생하는 제반 사고에 대해서도 냉동창고회사의 귀책사유로 발생한 것이 명백한 경우를 제외하고는 냉동창고회사들에 배상을 청구할 수 없으며, 산재보험가입 등에 관한 사항도 원칙적으로 부산항운노조에서 책임지기로 되어 있는 사실, ㉧ 냉동창고회사들에 직접 고용된 근로자들에게 적용되는 복무규율 등은 부산항운노조의 조합원들에게는 적용되지 않는 사실 등을 인정한 다음, 이에 의하면 부산항운노조 조합원들이 냉동창고회사들에 채용되어 그 근무체계나 지휘감독 하에 편입되었다고 보기 어렵고, 임금이나 근로조건에 관하여도 냉동창고회사들이 사실상 아무런 결정권이나 지배력을 가지고 있지 않는 점 등에 비추어 보면, 냉동창고회사들과 부산항운노조 조합원들 사이에는 사용종속관계가 존재하지 아니하고, 냉동창고회사들은 부산항운노조와 단체협약을 체결할 의무가 있는 사용자에 해당하지 않는다고 판단하였다.

③ 전남항운노조 사건(대법원 1995. 12. 22. 선고 95누3565 판결)

[사건의 경과]

남해화학 주식회사(이하 '남해화학'이라 한다)는 비료 생산, 공급, 수출업 등을 영위하는 회사로서 생산제품의 창고 내 상하차 및 적치 작업, 선박 내부 청소 등의 부수작업을 수행하기 위하여 대한통운 주식회사(이하 '대한통운'이라 한다)와 도급계약을 체결하였고, 대한통운은 전국항운노동조합연맹 산하의 지역단위노동조합인 전남남부항운노동조합(변경전 명칭은 여수항운노동조합으로 이하 '전남항운노조'라 한다)로부터 근로자를 공급받아 이를 수행해왔다. 전남항운노조는 대한통운에 대하여 작업환경의 개선 및 안전대책을 요구하였으나 받아들여지지 않자 1977년 11월경 부수작업에 대한 근로자공급을 중단하였다. 이에 남해화학은 1978년경부터 협력업체인 대륙기업 주식회사(이하 '대륙기업'이라 한다) 소속 근로자 일부를 차출하여 부수작업을 수행하다가 1994. 2. 1.부터 위 대륙기업 소속 근로자들을 남해화학의 정식 직원으로 채용하였다.

전남항운노조는 남해화학에 부수작업에 대한 작업권 이양을 위한 단체교섭을 요구하였으나 거부당하자 1993. 11. 1. 전남지방노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하였고, 위 위원회는 1993. 12. 5. 위 단체교섭 거부행위를 부당노동행위로 판정함과 아울러 단체교섭 요구에 성실히 응하여야 한다는 구제명령을 하였다.

이에 남해화학은 중앙노동위원회에 재심신청을 하였으나 1994. 2. 23. 기각되자 다시 불복하여 서울고등법원 94구8497호로 재심판정 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다. 서울고등법원은 1995. 1. 27. 재심판정을 취소하는 판결을 선고하였고, 중앙노동위원회가 대법원 95누3565호로 상고하였으나 1995. 12. 22. 상고 기각되었다.

[법원의 판단]

대법원은, 위 대법원 85누856 판결의 사용자 개념에 관한 법리를 인용한 다음, 남해화학이 전남항운노조 소속 조합원들과의 사이에 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있다고 할 수 없고 달리 사용종속관계가 존재한다고 볼 아무런 자료가 없으므로 남해화학은 전남항운노조 소속 조합원들에 대하여 단체교섭 상대방인 사용자의 지위에 있지 않다고 판단하였다.

④ 부산항운노조 사건Ⅱ(대법원 1997. 9. 5. 선고 97누3644 판결)

[사건의 경과]

전국항운노동조합연맹 부산항운노동조합(이하 '부산항운노조'라 한다)은 부산지역에서 수산물을 냉동, 냉장 보관하는 창고업을 영위하는 동원어업 합명회사 등 4개 회사(이하 '냉동창고회사들'이라 한다)와 용역도급계약을 맺고 소속 조합원들을 냉동창고회사들이 경영하는 창고에 노무원으로 파견하여 수산물의 상, 하차 및 선별작업

을 해 왔다.

부산항운노조는 냉동창고회사들이 단체교섭 요구를 거부하자 1995. 2. 2. 부산지방노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하였고, 위 위원회는 1995. 3. 29. 위 단체협약 체결 거부행위를 부당노동행위로 판정함과 아울러 단체협약 체결 요청에 즉시 응하라고 명령하였다.

이에 냉동창고회사들은 중앙노동위원회에 재심신청을 하였으나 1995. 7. 7. 기각되자 다시 불복하여 서울고등법원 95구22322호로 재심판정 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다. 서울고등법원은 1997. 1. 14. 재심판정을 취소하는 판결을 선고하였고, 중앙노동위원회가 대법원 97누3644호로 상고하였으나 1997. 9. 5. 상고 기각되었다.

[법원의 판단]

이 사건의 원심인 서울고등법원 95구22322 판결은, ㉠ 부산항운노조가 조합원들에 대한 임용, 해임, 징계 등의 인사권을 전적으로 행사하여 파견되는 조합원들의 인원수, 구성원도 일방적으로 결정하는 사실, ㉡ 창고에 파견된 조합원들은 부산항운노조에 의하여 임명된 같은 조합원인 작업반장의 지시에 따라 상하차, 선별작업 등을 수행하되, 경우에 따라서는 작업반장의 지시에 따라 작업물량이 많은 다른 작업장에 일시 파견되어 작업하기도 하고, 상하차 작업 과정의 화물 파손 등에 따른 책임은 부산항운노조가 부담하는 사실, ㉢ 작업노임은 각 작업장에 파견되어 서기직을 맡고 있는 조합원이 작업인원과 작업량을 매일 파악하여 부산수산센터 중매인협회와 부산항운노조 사이에 체결한 노임협약이 정한 요율에 따라 화주로부터 수령하여 적립하였다가 정해진 임금지급기일에 각 조합원들의 작업량에 따라 분배, 지급하는 사실 등을 인정한 다음, 냉동창고회사들이 부산항운노조 소속 조합원들에 대하여 작업수행과정상 구체적·개별적인 지휘·감독을 하였다고 할 수 없다는 등의 이유로 부산항운노조와 단체협약을 체결할 의무가 있는 사용자의 지위에 있지 않다고 판단하였다. 이에 대하여 대법원은 자세한 이유는 설시함이 없이 위 대법원 85누856 판결과 같은 내용의 사용자 개념에 관한 법리를 인용한 다음 원심의 위와 같은 사실인정과 판단을 수긍하였다.

3) 검토

대법원이 개별적 근로관계에서 항운노조의 조합원과 하역업체 등 사이에는 근기법상 사용종속적인 관계가 없고, 오히려 항운노조와 조합원 사이의 사용종속관계

를 인정하여 조합원이 항운노조와 근로계약관계를 맺은 근로자에 해당한다고 보는 것에 대하여, 대부분의 학설은 그 법리는 물론, 사실 인정에서도 대법원의 판단이 타당하지 않다고 비판한다.[188] 특히 이승욱 교수는, 판례의 태도는 결국 항운노조가 근로자공급사업이라는 인력공급업을 영위하는 사업서비스업을 목적으로 근로자를 채용하고 관련 기업에 인력을 제공하는 사업체에 다름 아니라는 것인데 이는 직업안정법의 취지에 반하며, 판례의 논리대로라면 항운노조 조합원은 '노동조합의 조합원'이 아니라 항운노조라는 '사업체의 근로자'이고 항운노조는 노동조합이 아니라 '사업체'이기 때문에 항운노조의 대표자가 사용자이고, 결국 항운노조는 노조법상 노동조합이 될 수 없게 되어 결국 직업안정법에 의해 합법적인 근로자공급사업을 할 수 없다는 이상한 결과가 된다고 비판한다.[189]

대법원이 항운노조 단체교섭 사건에서 내린 판단은 항운노조를 조합원에 대한 근기법상 사용자로 보는 대법원의 위 결론과 같은 맥락이다. 즉, 대법원은 하역회사—항운노조—조합원이라는 구조 속에서 항운노조를 오직 항면하역근로자와 근로계약을 체결한 공급사업주로만 파악할 뿐 노동조합으로서 지위를 가지고 있다는 점은 고려하지 않고 있다. 항운노조는 노동조합으로서 하역회사 등을 상대로 단체교섭을 요구하고 있는 것인데 대법원은 항운노조가 사용자라고 답하는 셈이다. 대법원은 항운노조가 근기법상 사용자로서 조합원에 대한 지휘·명령은 물론, 조합원의 근로조건 등에 관하여도 거의 완전한 실질적 지배력을 보유·행사하고 있기 때문에[190] 하역회사를 상대로 단체교섭을 요구할 수 없거나 요구할 필요도 없다고 보고 있는 것이 아닌가 싶다. 이러한 결론은 사실 조합원이 아니라 항운노조만을 놓고 본다면 과연 부당한 것인지 의문이 들기도 한다. 항운노조는 굳이 '단체교섭'의 형식을 취하지 않더라도 하역회사와 체결하는 '공급계약'을 통하여 조합원의 권리와 이익을 대변할 수 있기 때문이다. 더구나 항운노조는 독점적 노무공급권을 가지고 있으므로 하역회사 등과의 관계에서 경제적으로 종속되어 있다고 보기도 어렵다. 결국 현실에서는 항운노조가 하역회사 등을 상대로 조합원의 권리와 이익을 충실히 대변하

188) 이에 관한 자세한 내용은 최환, "항운노동조합이 그 조합원인 항만근로자에 대하여 근로기준법상 퇴직금지급의무를 지는 사용자에 해당하는지 여부—대법원 2007. 3. 30. 선고 2004다8333 판결—", 「판례연구」 제20집, 부산판례연구회(2007. 3.), 324~325면.

189) 이승욱, 앞의 글(2004. 3.), 25~31면.

190) 과연 그러한지는 의문이다. 최환, 앞의 글, 333면에서는 '적어도 하역업체가 실질적인 영향력을 미칠 수 있는 부분인 근무시간의 배정, 작업환경, 하주로부터 수령하는 하역요금의 분배 비율 등과 같은 근로조건에 관하여는 부분적인 사용자성을 인정할 수 있을 것이고, 하역업체로서는 그와 같이 스스로 결정이 가능한 근로조건에 관한 한 단위 항운노조의 단체교섭요구를 거부할 수 없는 것으로 보는 것이 타당하다'고 한다.

는지가 문제될 뿐이고, 이를 담보할 수 없는 현실이 앞서 본 바와 같이 특별법의 제정으로 이어졌을 것이다. 중간착취의 폐해를 막고자 예외적으로 항운노조에 근로자공급사업을 허가한 것이 역설적으로 항운노조의 노동조합으로서 지위나 항만하역 근로자들의 단체교섭권을 왜곡하고 있다.[191]

마. 직업안정법에 의한 규율의 한계와 시사점

근로자공급은 다면적 노무제공관계를 가장 일반화한 유형이다. 그러나 직업안정법은 근로자공급사업 금지규정을 위반할 경우 공급사업주만을 처벌할 뿐 사용사업주를 처벌하고 있지 않고, 그 위반의 효과(예컨대 직접고용관계의 설정)에 관하여도 아무런 규정을 두고 있지 않다. 이는 기본적으로 직업안정법이 민간 유료직업소개업을 규제하고, 근로자공급을 원칙적으로 금지하는 등 중간매개자를 규제하는 데 초점이 맞춰져 있기 때문에 갖는 한계이다. 직업안정법의 실제 운용에 있어서도 노동조합, 특히 노무공급권을 독점하며 조합원들을 지휘·명령 내지 지배하는 항운노조에만 근로자공급을 허가함으로써 다면적 노무제공관계에서 사용사업주의 사용자책임 회피 문제가 거의 드러나지 않는다.[192] 뿐만 아니라 근로자공급의 한 유형인 근로자파견을 허용하는 파견법이 제정되어 간접고용에 대한 규율의 중심이 파견법으로 이동하면서 직업안정법의 규범력은 더욱 약화되었다.[193]

그러나 다른 한편, 직업안정법은 민간 유료직업소개업에 대한 규제를 완화하면서도 파견법이 제정되기까지 근로자공급에 대하여는 엄격한 태도를 유지하며 원칙적으로 금지하였고, 이를 통해 중간착취 배제의 원칙을 실현해 왔다. 이러한 직업안정법의 취지는 간접고용이 하나의 질서로 자리 잡은 현재에도 유효하며, 파견법을 해석하고 나아가 사내하청에 대한 규율방안을 모색함에 있어서 그 방향성을 제시해 준다. 여기에 직업안정법의 현재적 의의가 있다.

---

191) 이승욱, 앞의 글(2004. 3.), 25~31면.

192) 진명구, 앞의 학위논문, 121면에서는 근로자공급사업의 위와 같은 폐쇄적 운영 실태는 다면적 근로관계의 규율체계로서의 근로자공급의 의미를 사장시키고 해당 규정을 사실상 사문화한 것과 다름없게 되었다고 평가한다.

193) 박종희, 앞의 글(2011. 11,), 42면은 근로자공급사업이 명칭에 불구하고 실질 알맹이는 —파견법의 독립된 구축으로 인하여— 비어 있는 공허한 법적 도구개념으로 자리 잡고 있다고 평가한다.

2. 근로자파견

가. 파견법 제정의 의의

1) 파견법의 제정 경과

이미 1980년대 후반경부터 파견근로를 비롯한 임시직, 파트타임 등 비전형적 근로의 확산으로 우리나라의 취업구조와 고용형태는 큰 변화를 보이기 시작하였다.[194] 특히 파견근로의 경우 1991년경부터 법제화의 필요성이 제기되었고, 정부(노동부)가 입법예고 및 의견수렴을 거쳐 1993. 10. 28.[195] 제14대 국회에 '근로자파견사업의 규제 및 파견근로자 보호에 관한 법률안'(의안번호 140474, 이하 '93년 법안'이라 한다)을 제출[196]하는 과정에서 이를 둘러싼 노사 및 학계의 논의가 본격적으로 이루어졌으나,[197] 당시에는 노동계의 반대로 입법에 이르지 못하였다.[198]

이후 정부(통상산업부)는 1995. 11. 3. 제14대 국회에 '중소기업 구조개선 지원을 위한 특별조치법안'(의안번호 141292)을 제출하였는데, 위 법안은 근로자파견사업에 관한 특례조항(제11조), 직업안정법 준용규정(제12조), 권한의 위임·위탁규정(제13조),

194) 김소영,「고용형태 변화에 따른 노동법적 대응」, 한국노동연구원(1995), 1~3면.

195) 노상헌,「고용시장에 관한 법제개선방안 연구」, 한국법제연구원(2004. 11.), 36면 등 다수 문헌에서 1993. 10. 29.로 기재하고 있으나, 현 국회 의안정보시스템에는 그 제안일자가 1993. 10. 28., 환경노동위원회 회부일이 1993. 10. 29.로 등재되어 있으므로 이에 따른다.

196) 93년 법안에서는 제안이유를 "근로자의 고용안정을 저해하지 아니하는 범위 안에서 제한적으로 근로자파견사업을 허용하고, 파견근로자의 근로조건 보호를 위한 제도적 장치를 마련하려는 것임"이라고 밝히고 있다. 93년 법안은 근로자파견의 법제화를 둘러싼 논의에서 정부의 입장을 대변하였던 것으로, 근로자파견사업의 적정한 운영의 확보를 한 축으로, 파견근로자의 보호를 다른 한 축으로 하여 규율하고 있다는 점에서 현행 파견법과 기본적인 구조가 동일하고, 규정 내용도 거의 유사하다는 점에서 현행 파견법의 기초가 되었다고 평가된다. 강성태, 앞의 글(1998. 12.), 164~165면.

197) 93년 법안을 둘러싼 논의는 물론 이후 파견법의 제정에 이르기까지의 정부, 노동계, 경영계, 학계의 논의에 관하여는 윤광희,「파견근로의 법리에 관한 연구—입법론을 중심으로—」, 동국대학교 대학원 법학박사 학위논문(1997), 186~191면 참조.

198) 정부는 1991. 10. 29. 중앙직업안정위원회에서 근로자파견사업 허용의 필요성을 합의하였고, 1992. 제7차 경제사회발전 5개년 계획 및 1993. 3. 경제행정규제완화계획, 1993. 7. 신경제 5개년 계획에서 근로자파견법 제정을 확정하였으며, 1993. 7. 30. 정부안을 입법예고하였다. 이후 정부는 1993. 8. 3.부터 1993. 9. 6.까지 노동부, 경실련 등이 주관하는 수차례 공청회, 토론회 등을 개최하여 노사간 의견수렴을 한 뒤 위 정부안의 수정을 거쳐 1993. 10. 28. 제14대 국회에 "근로자파견사업의 규제 및 파견근로자보호에 관한 법률안"을 제출하였다. 그러나 한국노총은 1993. 11. 3. 국회에 법제정 반대 청원을 제출하였고, 같은 달 전국노동조합대표자회의도 법제정 반대 농성에 돌입하였다. 국회노동위원회 법안심사소위원회는 1993. 11. 25.부터 위 법률안에 관한 심사를 시작하였으나, 1993. 12. 14. 법제정을 보류하기로 결정하였고, 위 법률안은 이후 제14대 국회 임기 만료로 폐기되었다. 노상헌,앞의 책, 36면 참조.

벌칙조항(제14조)을 두어 중소기업에 한하여 일정한 요건 하에 근로자파견사업을 할 수 있도록 하는 내용을 포함하고 있었다.[199] 이에 관하여 환경노동위원회는 93년 법안이 계류 중인 상황에서 통상산업부 주관 하에 법안을 상정한 것 자체에 대하여 강한 반대의 입장을 표명하였고,[200] 통상산업위원회의 심의과정에서도 전문위원 및 소속 위원의 반대 의견이 주류를 이루었기에[201] 본회의에 상정된 위 법안의 정부대안[202]에서는 근로자파견에 관한 위 조항들이 모두 삭제되었다.

상황이 급변하여 파견법이 제정된 결정적 계기는 1997년말 외환·금융위기로 야기된 국가적 경제위기 상황에서 IMF(국제통화기금)의 구제금융을 받게 되면서부터이다. IMF는 구제금융의 조건 중 하나로 우리나라 노동시장의 유연성 개선, 즉 정리해고 제한 규정의 완화 및 파견법 제정을 요구하였다. 1998. 1. 15. 대통령 직속 자문기구로 출범한 노사정위원회는 1998. 1. 20. '경제위기 극복을 위한 노사정간의 공정한 고통분담에 관한 공동선언문'을 발표하였고, 이어 1998. 2. 9. 위 공동선언문을 구체화하기 위한 10대 의제를 담은 '경제위기극복을 위한 사회협약'에 합의하였는데, 그중 7항의 내용이 노동시장의 유연성 제고라는 제목 하에 정부가 근기법 개정을 추진하여 정리해고를 법제화하는 것과 국회에 파견법 법률안을 제출하는 것이었다. 이에 따라 정부는 1998. 2. 7. 제15대 국회에 '파견근로자 보호 등에 관한 법

199) 정부는 '중소기업이 일시적이고 전문적인 노동수요에 신축적으로 대응할 수 있도록 하기 위하여' 이를 제안한다고 밝혔고(위 법안의 주요골자 사.항 참조), 통상산업부장관은 1995. 11. 21. 통상산업위원회에 출석하여 "(근로자 파견) 제도 자체가 기업의 발전을 위해서 대단히 필요한 제도이기 때문에 그것을 기다리고 있었는데 오랫동안 유예가 되고 진전이 되지 않기 때문에 중소기업에 한해서라도 우선 이 제도를 도입하는 것이 필요하다 이렇게 판단해서 이 법에 포함을 시킨 것입니다. … (중략) … 저희들로서는 기업의 관점에서 특히 중소기업을 지원하는 관점에서 이 법을 제안한 것입니다."라는 의견을 개진하였다. 제177회 국회 통상산업위원회 회의록 제5호(회의일시 1995. 11. 21.), 72면.

200) 당시 환경노동위원회 소속 김말룡 위원은 근로자 파견 문제와 그에 따르는 근로조건에 관한 사항은 노동부 소관이 분명함에도 통상산업부에서 법안을 제안한 것 자체가 정부조직법에 명백히 위반되며 대단히 잘못된 것이라고 강하게 비판하였다. 제177회 국회 환경노동위원회 회의록 제16호(회의일시 1995. 11. 20.), 19~20면.

201) 1995. 11. 20. 개최된 제177회 국회 통상산업위원회 회의에서 전문위원은 근로자파견제도에 관한 입법은 단일입법의 형식을 취하는 것이 바람직하고, 93년 법안과의 관계 및 위 제도를 입법할 위원회의 소관에 관한 논란이 예상되어 입법절차상의 신중한 검토가 필요하다는 등의 의견을 제시하였고, 임광태 민주당 위원은 '93년 법안과 동질의 법을 통상산업위원회에서 별도로 만들어 제청하면 위원회간의 문제나 법의 성질의 문제 또 근로자들의 입장의 문제가 충분히 고려되지 않고, 이런 상태에서 졸속하게 되어서는 안 된다'라는 취지의 의견을, 류승규 민주자유당 위원은 '근로자파견법은 사용사업체의 노동력 확보는 물론 파견근로자를 실질적으로 보호할 수 있도록 노동관계법으로 규정되어야 하므로 11조 이하는 삭제하는 것이 바람직하다'는 의견을 제시하였다. 위 제177회 국회 통상산업위원회 회의록 제5호(회의일시 1995. 11. 21.), 26면, 67~68면.

202) 중소기업의 구조개선 및 경영안정지원을 위한 특별조치법안(대안)이 그것으로, 위 법안과 1995. 11. 20. 손세일의원등 7인 외 58인이 발의한 중소기업 경영안정지원을 위한 특별조치법안(의안번호 141359)을 통합한 단일안이다.

률안'(의안번호 150953)을 제출하였고,[203] 심사과정에서 일부 내용의 수정을 거쳐 1998. 2. 14. 제188회 국회(임시회) 제5차 본회의에서 가결됨으로써 1998. 2. 20. 파견법이 제정되어 1998. 7. 1.부터 시행되기에 이르렀다.

2) 파견법 제정의 의의

우리나라는 노동조합에 의한 근로자공급사업 및 특별법에 의하여 허용된 일부 사업[204]을 제외하고는 직업안정법을 통해 어떠한 형태의 근로자공급도 금지하는 엄격한 입법태도를 취해 왔다. 근로자파견은 그 개념상 근로자공급에 해당하며, 이는 우리 법제 하에서 원칙적으로 금지되어 온 고용형태이다.

그러나 비정형적인 고용형태가 확산되어 가는 현실과 기업의 노동시장 유연성에 대한 강력한 요구, 그에 더하여 외환위기 및 IMF 구제금융이라는 외적 요인이 강력히 작용하는 시대적 상황 하에서 파견법이 제정되었고, 그에 맞춰 직업안정법도 개정되어 근로자공급사업의 정의 규정(제2조의2 제7호)에서 근로자파견사업을 명시적으로 제외하는 단서 규정을 신설하였다. 파견법의 제정으로 일정한 범위의 근로자파견사업을 허용한 것은 직업안정법이 '근로자공급사업'을 원칙적으로 금지하고 노동조합에 대해서만 허용하는 것과 배치되기 때문에 법체계적 정합성 차원에서 원칙적 금지에 대한 예외를 단서 조항으로 입법화한 것이다. 즉, 근로자파견은 근로자공급사업의 원칙적 금지에 대한 예외로 허용된 영역으로, 금지되지 않는 근로자공급사업, 다시 말해 적법한 근로자공급사업을 별도의 허가 대상으로 범주화한 것으로 이해하는 것이 타당하다.[205]

직업안정법의 입법취지, 파견법의 제정 배경 및 경과, 법제화를 둘러싼 논의 과정에서 파견 자체의 합법화 여부를 놓고 노동계와 경영계의 의견이 가장 심하게 대립하였던 사정을 감안하면, 파견법 제정의 일차적 의의는 직업안정법상 금지되던 근로자공급 중 일부를 근로자파견으로 범주화한 후 이를 합법화한 데 있다고 할 수

---

203) 당시 정부는 법률안 제안이유를 '최근 산업구조 및 노동시장의 여건변화에 따라 자기가 고용한 근로자를 타인에게 파견하여 근로하게 하는 파견근로가 빠르게 확산되고 있으나, 관련 법규의 미비로 파견근로자의 권익보호가 제대로 이루어지지 아니하고 기업의 탄력적인 인력관리에 제약요인이 되고 있으므로 근로자파견제를 법제화함으로써 파견근로자의 근로조건을 개선하고 기업의 인력관리에 신축성을 제고하려는 것'이라고 밝혔다.

204) 종래 경비는 용역경비업법(경비업법으로 변경됨)에서, 청소는 공중위생법(공중위생관리법으로 변경됨)에서 그 용역사업의 형태를 인정하고 있었으나, 이는 모두 진정도급을 전제로 한 것으로서 위장도급이나 근로자공급사업이 허용되었던 것은 아니라는 점에 유의할 필요가 있다. 노동법실무연구회, 앞의 「근로기준법주해」 (제2판) Ⅰ, 823면.

205) 진명구, 앞의 학위논문, 122면.

있다. 다른 한편, 파견법 제정의 또 다른 의의는 파견법의 강행적 규율을 통해 어느 정도나마 파견근로자의 보호를 도모한 데 있다.[206]

파견법 제1조는 “이 법은 근로자파견사업의 적정한 운영을 도모하고 파견근로자의 근로조건 등에 관한 기준을 확립하여 파견근로자의 고용안정과 복지증진에 이바지하고 인력수급을 원활하게 함을 목적으로 한다.”라고 규정하여 위와 같은 두 측면에서의 파견법 제정의 의의를 반영하고 있고, 파견법의 체계와 내용 또한 같다. 즉, 파견법은 제1장에서는 필요한 개념을 정의한 후 제2장에서 근로자파견의 합법화에 따른 근로자파견사업의 적정한 운영을 확보하기 위한 규정들을 한 축으로, 제3장에서 파견근로자의 보호를 위한 규정들을 다른 한 축으로 하여 구성되어 있다.

나. 파견법의 주요 내용

1) 근로자파견 허용업무의 제한

파견법은 제조업의 직접생산공정 업무를 제외하고 전문지식·기술·경험 또는 업무의 성질 등을 고려하여 적합하다고 판단되는 업무로서 대통령령이 정하는 업무에 한정하여 근로자파견을 허용하고 있다(원칙적 불허, 제한적 열거허용, 제5조 제1항). 특히 제조업의 경우 근로자파견에 적합하지 않아서가 아니라 직접생산공정에 파견근로를 허용하면 제조업 전체가 간접고용 형태의 근로자로 바뀜으로써 고용이 불안해지는 등 근로조건이 열악해질 가능성이 높기 때문에 이를 우려하여 명시적으로 제외한 것이다.[207] 파견법 시행령 제2조 제1항은 [별표1][208]로 근로자파견대상업무

206) 이철수, “아웃소싱과 노동법적 과제—사용자 책임의 확대, 전환을 중심으로—”, 「법학논집」 제4권 제1·2호, 이화여자대학교 법학연구소(1999), 154면에서는 파견법의 제정의 의의로, 근로계약의 형식적 당사자에게만 사용자책임을 한정시키고자 하는 이론 구성은 학설상의 영역은 물론 제정법의 영역에서 더 이상 설득력을 지닐 수 없게 되었다고 평가한다.

207) 헌법재판소 2013. 7. 25. 선고 2011헌바395 결정. 이정환, 앞의 글, 922면.

208) [별표1] 근로자파견대상업무 (개정 2019. 10. 29.)

한국표준직업분류 (통계청고시 제2000-2호)	대 상 업 무	비 고
120	컴퓨터관련 전문가의 업무	
16	행정, 경영 및 재정 전문가의 업무	행정 전문가(161)의 업무는 제외한다.
17131	특허 전문가의 업무	
181	기록 보관원, 사서 및 관련 전문가의 업무	사서(18120)의 업무는 제외한다.
1822	번역가 및 통역가의 업무	
183	창작 및 공연예술가의 업무	
184	영화, 연극 및 방송관련 전문가의 업무	

가 가능한 32개 업무를 열거하고 있다. 다만, 위 32개 대상업무에 해당하지 않더라도, 출산·질병·부상 등으로 결원이 생긴 경우 또는 일시적·간헐적으로 인력을 확보하여야 할 필요 있는 경우에는 근로자파견사업을 행할 수 있다(제5조 제2항). 하지만 위의 어느 경우라도, 건설공사현장 업무, 하역업무, 선원업무 등과 같이 유해하거나 위험한 업무에는 근로자파견을 절대적으로 금지하였다(제5조 제3항).

2) 직접고용의무

가) 2006년 개정 전 구 파견법과 직접고용간주

2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되기 전의 구 파견법은 '사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우 — 파견근로자의 명시적인 반

220	컴퓨터관련 준전문가의 업무	
23219	기타 전기공학 기술공의 업무	
23221	통신 기술공의 업무	
234	제도 기술 종사자, 캐드 포함의 업무	
235	광학 및 전자장비 기술 종사자의 업무	보조업무에 한정한다. 임상병리사(23531), 방사선사(23532), 기타 의료장비 기사(23539)의 업무는 제외한다.
252	정규교육이외 교육 준전문가의 업무	
253	기타 교육 준전문가의 업무	
28	예술, 연예 및 경기 준전문가의 업무	
291	관리 준전문가의 업무	
317	사무 지원 종사자의 업무	
318	도서, 우편 및 관련 사무 종사자의 업무	
3213	수금 및 관련 사무 종사자의 업무	
3222	전화교환 및 번호안내 사무 종사자의 업무	전화교환 및 번호안내 사무 종사자의 업무가 해당 사업의 핵심 업무인 경우는 제외한다.
323	고객 관련 사무 종사자의 업무	
411	개인보호 및 관련 종사자의 업무	
421	음식 조리 종사자의 업무	「관광진흥법」 제3조에 따른 관광 숙박업에서의 조리사 업무는 제외한다.
432	여행안내 종사자의 업무	
51206	주유원의 업무	
51209	기타 소매업체 판매원의 업무	
521	전화통신 판매 종사자의 업무	
842	자동차 운전 종사자의 업무	
9112	건물 청소 종사자의 업무	
91221	수위 및 경비원의 업무	「경비업법」 제2조 제1호에 따른 경비업무는 제외한다.
91225	주차장 관리원의 업무	
913	배달, 운반 및 검침 관련 종사자의 업무	

대의사 표시가 없는 한 — 그 2년의 기간이 만료된 다음날부터 해당 파견근로자를 고용한 것으로 간주하는' 이른바 직접고용간주 규정(구 파견법 제6조 제3항)을 두고 있었다.

불법파견에 대하여도 위 직접고용간주 규정이 적용되는지가 큰 논란이 되었는데, 당시까지만 해도 직접고용간주 규정이 불법파견에는 적용되지 않는다는 견해가 상당히 유력하였고, 이에 따르는 하급심 판결들도 다수 선고되었다. 이에 관하여 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결은 직접고용간주 규정이 위법한 근로자파견에도 적용됨을 분명히 함과 아울러 근로자파견이 2년을 초과하여 계속되는 사실의 효과로서 사용사업주의 별도 고용 의사표시나 파견근로자의 고용 청구 의사표시 등을 매개로 하지 않고서도 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접근로관계가 형성된다고 판시하였다.

위 개정 전 구 파견법은 직접고용간주 규정이 적용되어 직접근로관계가 성립할 경우 그 구체적 근로조건에 관하여 명시하지 않았으나, 대법원 2016. 1. 28. 선고 2012다17806 판결은 '사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 동종 또는 유사업무를 수행하는 근로자가 있을 경우 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정한 근로조건과 동일하다고 보는 것'이 타당하다는 입장을 밝힌 바 있다.[209] 또한, 위 대법원 2007두22320 전원합의체 판결에 의하면, 직접근로관계의 근로기간은 특별한 사정이 없는 한, 원칙적으로 기한의 정함이 없는 것이 된다.

나) 현행 파견법과 직접고용의무

현행 파견법은 '일정한 사유에 해당하는 경우 — 파견근로자의 명시적인 반대의사표시나 사용사업주의 파산·사업 계속 불능 등의 정당한 이유가 없는 한 — 사용사업주가 해당 파견근로자를 직접 고용하도록 하는' 이른바 직접고용의무 규정(파견법 제6조의2)으로 전환하였다.[210]

이러한 직접고용의무 규정의 법적 성격에 관하여 대법원 2015. 11. 26. 선고

209) 대법원 2016. 1. 14. 선고 2013다74592 판결 등도 같은 취지이다.

210) 그 구체적인 사유는, (i) 근로자파견 대상업무가 아님에도 파견근로자를 사용하는 경우(파견법 제6조의2 제1항 제1호, 제5조 제1항), (ii) 근로자파견 금지업무에 파견근로자를 사용하는 경우(파견법 제6조의2 제1항 제2호, 제5조 제3항), (iii) 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우(파견법 제6조의2 제1항 제3호, 제6조 제2항), (iv) 일시적 근로자파견 허용업무에서 가능한 파견기간을 초과하여 파견근로자를 사용하는 경우(파견법 제6조의2 제1항 제4호, 제6조 제4항), (v) 허가를 받지 않고 근로자파견사업을 하는 파견사업주로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 경우(파견법 제6조의2 제1항 제5호, 제7조 제3항)이다.

2013다14965 판결은 “파견기간 제한을 위반한 사용사업주는 직접고용의무 규정에 의하여 파견근로자를 직접 고용할 의무가 있으므로, 파견근로자는 사용사업주가 직접고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용사업주를 상대로 고용 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 그 판결이 확정되면 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다. 또한 파견근로자는 이와 아울러 사용사업주의 직접고용의무 불이행에 대하여 직접고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다.”라고 판시하였다. 나아가 위 판결은 부가적으로 “직접고용간주 규정이나 직접고용의무 규정의 내용은 파견사업주와 직접적인 관련이 없고, 그 적용 요건으로 파견기간 중 파견사업주의 동일성을 요구하고 있지도 아니하므로, 사용사업주가 파견기간의 제한을 위반하여 해당 파견근로자로 하여금 대상업무를 계속 수행하도록 한 경우에는, 특별한 사정이 없는 한 그 파견기간 중 파견사업주가 변경되었다는 이유만으로 직접고용간주 규정이나 직접고용의무 규정의 적용을 배제할 수는 없다.”라고 판단하였다. 이후 대법원 2017. 3. 22. 선고 2015다232859 판결은 위와 같은 법리를 다시금 확인한 바 있다.[211]

3) 서면에 의한 근로자파견계약의 체결

파견사업주와 사용사업주는 근로자파견계약의 당사자로서 근로자파견계약을 서면으로 체결하여야 하며 그 내용 중에는 ① 파견근로자의 수, ② 파견근로자가 종사할 업무의 내용, ③ 파견 사유(파견법 제5조 제2항에 따라 근로자파견을 하는 경우), ④ 파견근로자가 파견되어 근로할 사업장의 명칭 및 소재지 그 밖에 파견근로자의 근로 장소, ⑤ 파견근로 중인 파견근로자를 직접 지휘·명령할 사람에 관한 사항, ⑥ 근로자파견기간 및 파견근로 시작일에 관한 사항, ⑦ 업무 시작 및 업무 종료의 시각과 휴게시간에 관한 사항, ⑧ 휴일·휴가에 관한 사항, ⑨ 연장·야간·휴일근로에 관한 사항, ⑩ 안전 및 보건에 관한 사항, ⑪ 근로자파견의 대가, ⑫ 그 밖에 고용노동부령으로 정하는 사항(파견사업관리책임자 및 파견법 제32조에 따른 사용사업관리책임자의 성명·소속 및 직위를 말한다. 파견법 시행규칙 제11조 제2항)이 포함되어야

211) 현행 파견법 제6조의2 제3항은 직접고용의무 규정 적용으로 사용사업주가 파견근로자를 직접고용하게 될 경우 파견근로자의 근로조건을 명시적으로 규정하고 있다. 구체적으로는, (i) 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 있는 경우에는 그 근로자에게 적용되는 취업규칙 등에서 정하는 근로조건에 의하게 되고, (ii) 사용사업주의 근로자 중 해당 파견근로자와 같은 종류의 업무 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자가 없는 경우에는 해당 파견근로자의 기존의 근로조건의 수준보다 낮아져서는 아니 된다.

한다(파견법 제20조 제1항).

4) 차별적 처우의 금지 및 시정[212]

파견법 제21조에 의하면 파견사업주와 사용사업주가 모두 차별적 처우 금지 규정의 수범자이다. 한편, 파견법 제34조 제1항은 근기법상 사용자로서 져야 할 책임에 대하여, 해고, 퇴직급여제도, 임금, 연장·야간·휴일근로, 연차유급휴가, 재해보상은 파견사업주가, 근로시간과 연장근로의 제한, 휴게·휴일 등은 사용사업주가 각 책임을 부담한다고 규정하고 있다. 이에 따라 파견근로자가 차별시정을 신청하는 경우 누구를 피신청인으로 할 것인지, 노동위원회는 누구를 대상으로 시정명령을 발하여야 하는지가 논란이 되었다.

종래 노동위원회는 파견법 제34조 제1항에서 규정하는 책임영역을 기준으로 피신청인적격 및 차별시정의 주체를 구분하여, 임금 등의 차별에 대해서는 파견사업주를, 근로시간이나 휴게·휴일 등의 차별에 대해서는 사용사업주를 피신청인적격이 있는 것으로 판단하였다(책임영역 구별설).[213] 이에 대하여는 파견사업주와 사용사업주가 연대책임을 부담하여야 한다는 학계의 비판이 지속적으로 제기되었으며,[214] 이후 노동위원회는 견해를 변경하여 파견법 제21조 제1항이 차별적 처우의

---

212) 노동법실무연구회, 위 「근로기준법주해」 (제2판) Ⅰ, 671～672면(김민기 집필 부분).

213) 중앙노동위원회 2009. 4. 27.자 중앙2009차별2 판정. 위 사건에서 근로자들은 사용사업주와 파견사업주 모두를 피신청인으로 하였으나, 위 판정의 초심인 전남지방노동위원회 2009. 2. 9.자 전남2008부해3 판정에서는 시정을 구하는 차별적 처우가 임금에 관한 사항으로 사용사업주에게는 차별시정명령 이행의무가 없다는 이유로 사용사업주를 상대로 한 차별시정 신청은 각하하였고, 중앙노동위원회는 이 부분 초심의 결론을 수긍하였다.

214) ① 박종희, “고용형태를 이유로 하는 차별금지제도의 현황과 과제”, 「안암법학」 제53권, 고려대학교 안암법학회(2017. 5.), 314~315면에서는 파견법 제34조는 파견법 제정 당시부터 존재했던 규정이고, 제21조는 차별금지제도를 도입하면서 신설된 규정이어서 제34조가 제21조를 전제로 한 규정이라고 보기 어려운 점, 제34조는 법의 적용과 관련하여 사용자에 해당하는 자를 구체적으로 정한 것이어서 차별적 처우에 대한 시정명령 이행의무자를 전제한 것으로 보기 어려운 점, 제21조와 제34조는 모두 파견사업주와 사용사업주를 대상으로 규정하고 있는 점, 임금의 경우 사용사업주를 배제하고 파견사업주만을 대상으로 해서는 실효성을 거두기 어려워 파견근로자 보호라는 제도 취지에 반하는 점 등을 근거로 파견사업주와 사용사업주가 연대하여 함께 시정책임을 지는 자로 보는 것이 타당하다고 한다. ② 조상균, “비정규직 차별시정제도의 쟁점 및 전망”, 「동아법학」 제64호, 동아대학교 법학연구소(2014. 8.), 9~10면은 일반적으로 사용사업주에 비해서 재정 상황이 열악한 파견사업주가 임금 등에 대하여 시정명령을 받았다 하더라도 실질적인 구제가 이루어지지 않을 가능성이 크다는 점에서 책임영역을 구별하는 노동위원회의 입장은 차별시정제도의 실효성 측면에서 적합한지 의문이며, 구제명령의 실효성을 강화하는 방향으로 사용사업주에게 입법론 또는 해석상 책임을 부과하여야 한다고 주장한다. ③ 조용만, “비정규직 차별금지의 쟁점과 과제”, 「노동법학」 제42호, 한국노동법학회(2012. 6.), 10~12면에서는 파견법을 개정하여 임금차별에 대한 사용사업주의 연대책임을 추가적으로 명문화하는 입법적 개선을 고려할 필요가 있다고

금지의무를 파견사업주와 사용사업주에게 동시에 부여하고 있다는 점, 사용사업주는 차별행위가 있음을 충분히 알 수 있었다는 점, 파견사업주들이 파견근로자들의 근로조건을 독립적·자율적으로 정할 수 없었던 점, 파견수수료를 수입원으로 하는 파견사업주에게만 책임을 부과할 경우 차별시정제도의 실효성을 확보하기가 어렵다는 점 등을 들어 사용사업주와 파견사업주 모두에게 피신청인적격이 있고, 나아가 연대하여 차별적 처우 시정의 책임이 있음을 인정하였다(연대책임설).[215]

법원 역시 임금 등 파견사업주에게 일차적 책임이 인정되는 영역에서 사용사업주에게도 차별시정 신청의 피신청인적격을 인정하고, 나아가 '파견근로자가 사용사업주의 근로자와 동등한 임금을 지급받지 못한 귀책사유가 사용사업주와 파견사업주 중 어느 쪽에 있는지를 가려서, 사용사업주 또는 파견사업주 중 한 쪽에 있는 경우에는 그에게만 시정의무 및 배상의무를 부담하도록 하여야 할 것이나, 양쪽 모두에 있는 경우 차별시정 신청자인 파견근로자의 구제를 위하여 사용사업주와 파견사업주가 연대하여 책임을 부담한다'고 판단하였다.[216] 이에 대하여 법원이 차별에 대한 귀책사유가 누구에게 귀결되느냐에 따라 피신청인적격을 판단한 것이라고 해석하는 견해도 있으나,[217] 그보다는 피신청인적격의 문제와 시정책임의 귀속 문제를 구별하여 전자의 경우는 본안 판단 이전의 문제로서 사용사업주와 파견사업주 모두에게 피신청인적격을 인정하되, 후자의 경우인 본안 판단에 있어서는 사용사업

제안한다.

215) 중앙노동위원회 2015. 6. 30.자 중앙2015차별3~11 병합판정(파견근로자의 상여금과 연차휴가를 고의로 반복 차별한 것에 대해, 사용사업주와 파견사업주가 연대하여 손해액의 2배를 지급하라고 명령한 사례), 중앙노동위원회 2016. 1. 7.자 중앙2015차별26 판정(사용사업주와 파견사업주가 연대하여 차별적 처우 시정의 책임이 있으나, 문제된 성과상여금은 2014년 근무실적에 대한 것이고, 파견사업주는 2015년 1월부터 업무를 수행하였으므로 결론적으로는 파견사업주에게 성과상여금에 대한 차별적 처우 시정의 책임이 없다고 판단한 사례).

216) 서울행정법원 2016. 11. 18. 선고 2015구합70416 판결(위 중앙노동위원회 2015. 6. 30.자 중앙2015차별3~11 병합판정에 대한 행정소송이다). 항소심인 서울고등법원 2017. 5. 17. 선고 2016누79078 판결에서도 위 판단이 유지되었다(2017. 6. 10. 확정). 위 서울고등법원 2016누79078 판결은, 파견근로자의 임금에 대한 실질적 지배권이 사용사업주에게 있음을 확인하면서 '파견근로자가 사용사업주의 귀책사유에 의하여 사용사업주의 근로자보다 낮은 수준의 임금을 지급받게 될 위험이 있으므로, 이를 방지하기 위해서는 파견사업주뿐 아니라 사용사업주에게도 임금 등의 영역에 대한 차별금지의무를 부과할 필요성이 있음'을 판시하고 있는 점은 시사하는 바가 크다고 평가하는 견해로는 박은정, "파견근로자 차별적 처우금지영역과 차별시정책임자 그리고 징벌적 손해배상", 「노동판례리뷰 2017」, 한국노동연구원(2018), 292~293면. 사용사업주가 실질적으로 임금차별을 시정할 수 있는 경제력을 가지고 있으며, 영세한 파견사업주가 노동위원회의 시정명령이 확정되기 전에 폐업하는 경우도 많아 파견사업주에게만 내린 시정명령은 실효성이 없을 수 있다는 점을 들어 위 서울고등법원 2016누79078 판결의 판단에 찬성하는 견해로는 조용만, "경영상 해고기준의 설정방식·내용·적용에 관한 연구", 「노동법학」 제19호, 한국노동법학회(2004. 12.), 51면.

217) 조상균, "비정규직 차별시정 10년의 사례 분석—성과와 과제—", 「노동법학」 제63호, 한국노동법학회(2017. 9.), 111면.

주 또는 파견사업주 어느 일방이 불리한 처우에 합리적인 이유가 있다는 점을 증명하거나 자신에게는 귀책사유가 없다는 점을 증명한다면 차별시정에 대한 연대책임의 부담에서 벗어날 수 있음을 밝힌 것이라고 보아야 할 것이다.[218]

5) 근기법 및 산안법 적용에 관한 특례

파견법 제34조 제1항은 파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여는 파견사업주 및 사용사업주를 근기법 제2조 제1항 제2호의 사용자로 보아 근기법을 적용한다고 규정하되, 다만 그 특례를 두어 파견사업주를 근기법상 사용자로 보는 경우와 사용사업주를 근기법상 사용자로 보는 경우를 열거하고 있는데 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

사용자책임의 소재	근기법의 해당 조항
파견사업주 (파견법 제34조 제1항 단서 전문, 제3항)	제15조(법 위반 근로계약의 효력), 제16조(근로계약기간), 제17조(근로조건의 명시), 제18조(단시간근로자의 근로조건), 제19조(근로조건의 위반 제재), 제20조(위약 예정의 금지), 제21조(전차금 상계의 금지), 제22조(강제 저금의 금지), 제23조(해고 등의 제한), 제24조(경영상 이유에 의한 해고의 제한), 제25조(우선 재고용), 제26조(해고의 예고), 제27조(해고사유 등의 서면통지), 제28조 내지 제33조(부당해고 등의 구제신청절차, 노동위원회의 구제명령 등), 제34조(퇴직급여 제도), 제36조(금품 청산), 제39조(사용증명서의 발급), 제41조(근로자 명부 작성), 제42조(계약 서류의 보존), 제43조(임금지급의무), 제43조의2(체불사업자 명단 공개), 제43조의3(임금 등 체불자료의 제공), 제44조(비상시 지급), 제46조(휴업수당), 제47조(도급 근로자의 임금 보장), 제48조(임금대장 작성 및 임금명세서 교부), 제56조(연장·야간 및 휴일근로),[219] 제60조(연차 유급휴가), 제64조(취직 최저 연령과 취직인허증), 제66조(연소자 증명서), 제67조(미성년자의 근로계약), 제68조(미성년자의 임금 청구), 제78조 내지 제92조(재해보상 관련 제규정)[220] 주휴일·생리휴가·출산전후휴가에 관한 근기법 규정(제55조, 제73조, 제74조 1항)에 따라 사용사업주가 파견근로자에게 유급휴일 또는 유급휴가를 주는 경우 그 휴일 또는 휴가에 대하여 유급으로 지급되는 임금의 지급
사용사업주 (파견법 제34조 제1항 단서 후문)	제50조(근로시간), 제51조(탄력적 근로시간제), 제52조(선택적 근로시간제), 제53조(연장근로의 제한), 제54조(휴게), 제55조(휴일), 제58조(근로시간 계산의 특례), 제59조(근로시간 및 휴게시간의 특례), 제62조(유급휴가의 대체), 제63조(근로시간·휴게·휴일 규정의 적용 제외), 제69조(15세 이상 18세 미만인 사람의 근로시간), 제70조(야간근로와 휴일근로의 제

218) 강선희, "파견관계에서의 차별시정 책임주체 및 책임내용", 「노동법률」 제316호, 중앙경제(2017. 9.), 155면.

	한), 제71조(산후 1년이 지나지 아니한 여성에 대한 시간외근로의 제한), 제72조(갱내근로의 금지), 제73조(생리휴가), 제74조(임산부의 보호), 제74조의2(태아검진 시간의 허용), 제75조(육아 시간)
파견사업주와 사용사업주 (파견법 제34조 제2항, 제4항)	파견사업주가 사용사업주의 귀책사유로 근로자의 임금을 지급하지 못한 경우에는 사용사업주는 그 파견사업주와 연대하여 책임을 지며, 이 경우 근기법 제43조(임금의 지급방법), 제68조(미성년자의 임금 청구) 적용 시 파견사업주 및 사용자업주를 근기법상 사용자로 봄 파견사업주와 사용사업주가 근기법을 위반하는 내용을 포함한 근로자파견계약을 체결하고 그에 따라 파견근로자를 근로하게 함으로써 근기법을 위반한 경우 파견사업주 및 사업사용주 모두에 대하여 근기법상 해당 벌칙규정을 적용

파견법은 파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여는 원칙적으로 사용사업주를 산안법 제2조 제4호의 사업주로 본다(파견법 제35조 제1항). 다만, 일부 규정에 대하여는 사용자업주와 파견사업주를 함께 산안법의 사업주로 보고 있다. 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

사용자책임의 소재	산안법의 해당 조항
사용사업주	원칙적으로 사용사업주를 산안법상 사용자로 봄
파견사업주	제129조(일반건강진단) 및 제130조(특별건강진단)에 따라 사업주가 정기적으로 실시하여야 하는 건강진단 중 고용노동부령으로 정하는 건강진단
파견사업주와 사용사업주	제5조(, 제132조 2항 단서(본인의 동의 없는 개별 근로자의 건강진단 결과 공개 금지), 같은 조 제4항(작업장소 변경, 작업 전환 및 근로시간 단축의 경우로 한정한다), 제157조 제3항(감독기관의 신고를 이유로 한 불리한 처우 금지) 파견사업주 및 사용사업주가 산안법을 위반하는 내용을 포함한 근로자파견계약을 체결하고 그에 따라 파견근로자를 근로하게 함으로써 산안법을 위반한 경우 파견사업주 및 사업사용주 모두에 대하여 산안법상 해당 벌칙규정을 적용

이러한 파견법의 특례규정에 의한 사용자책임 분배의 법적 성격에 관하여 '일

219) 이에 대하여 근로시간 등에 관한 직접적 지휘감독권자가 사용사업주인 점, 연장근로 등은 사용사업장의 일시적 필요에 기한 것이어서 이를 사전에 특정하기 곤란한 점, 연장근로 등은 파견근로자의 본래의 근로의무의 내용이 아니라는 점 등에 비추어 보면, 가산임금의 지급에 대해서는 사용사업주가 부담하는 것이 타당하다는 견해로는 강성태, 앞의 글(1998. 12), 174면.

220) 이에 대하여 재해가 발생한 곳이 사용사업장이라는 점과 산안법 상 의무를 사용사업주가 기본적으로 부담한다는 점에 비추어, 재해보상 등에 관해서는 사용사업주도 파견사업주와 연대책임을 지도록 할 필요가 있다는 견해로는 강성태, 앞의 글(1998. 12.), 175면.

부 면제'로 해석하는 견해가 있다. 일반적인 노동법이론에 의할 때 실질적인 지휘·명령권을 행사하고 당해 근로의 사용에 의해 직접 이익을 향유하는 사용사업주는, 파견사업주와 연대하여 또는 단독으로(당해 파견근로관계의 실질에 따라) 노동법상 사용자책임을 져야 하지만, 파견근로자의 고용안정과 복지증진 및 인력수급의 원활화(파견법 제1조 참조)를 위해 제반 법적 요건을 갖춘 근로자파견에 있어서는 이를 조건으로 하여 사용사업주의 사용자책임을 일부 면제하여 준 것으로서, 사용사업주가 파견근로자를 사용하면서도 파견법의 적용을 받아 자신의 사용자책임을 면제받으려면 당해 파견근로자의 사용이 파견법에 의해 적법하고 정당화되는 경우에 한정될 뿐이라고 본다.[221]

다. 근로자파견과 단체교섭권

1) 문제의 소재

파견근로자로 조직된 노동조합(이하 '파견노조'라 한다)이 파견근로자와 근로계약을 체결한 파견사업주에 대하여 단체교섭을 요구할 수 있음에는 의문이 없고, 사용사업주에 대하여 단체교섭을 요구할 수 있는지가 문제된다.[222]

2) 학설의 대립

파견근로자의 사용사업주에 대한 단체교섭권을 부인하는 견해가 있다. 그 근거로는 파견근로관계는 노동력 이용자와 노동력 공급자의 근로자파견계약으로부터 출발하고, 파견계약을 통해 파견의 대가를 포함하여 제반의 노무공급조건이 정해지는데 사용사업주와 파견근로자 사이의 단체교섭을 허용하게 되면 근로자파견계약은 아무 의미가 없게 된다는 점을 근거로 든다.[223]

그러나 학설의 다수는 파견노조가 사용사업주를 상대로 단체교섭을 요구할 수

---

221) 강성태, "위법한 파견근로와 사용사업주의 책임",「노동법연구」제13호, 서울대학교 노동법연구회(2002. 12.), 180~190면.

222) 강성태, 앞의 글(2002. 12.), 175면. 93년 법안을 평가하면서 파견근로자의 노동기본권 보장을 위하여 일정한 경우 사용사업자도 집단적 노사관계법상의 사용자로서 취급됨을 명백하게 규정할 필요가 있다는 견해를 제시한 글로는 김유성, "근로자파견의 의의와 근로자파견법(안)의 검토",「법학」제37권 제2호, 서울대학교 법학연구소(1996. 9.), 77면. 강성태, 앞의 글(1998. 5.), 230면.

223) 김영문, 앞의 책, 334~335면.

있고, 사용사업주는 이에 응하여야 한다고 본다. 다만, 사용사업주의 단체교섭의무를 인정하는 근거는 아래와 같이 학자마다 다소 상이하고, 무엇보다 단체교섭의 범위, 즉 교섭사항을 한정할 것인지 여부에 따라 한정적 긍정설과 전면적 긍정설로 나눌 수 있다. 한정적 긍정설이 다수의 견해이다.

김형배 교수는, 근로자파견에서 노무제공을 받는 사용사업주는 근로계약의 당사자는 아니지만 파견근로자들의 노무공급을 중심으로 취업에 관한 근로조건에 관하여 지배력과 영향력을 행사하고 있으며, 그러한 한도에서 사용사업주는 제2의 사용자라 아니할 수 없고, 따라서 노동조합은 사용사업주에 대해서도 단체교섭을 요구할 수 있으나. 다만, 사용사업주에 대해서는 실제로 노무를 공급함으로써 발생되는 작업조건, 즉 근무시간의 배정, 휴식, 작업환경 등 취업과 관련되는 제반 조건에 관하여 단체교섭을 요구할 수 있다고 보면서 파견법 제34조 제1항 단서 후단에서 파견근로자의 사용과 관련된 사항에 관해서는 사용사업주를 사용자로 규정하고 있는는 점을 든다.[224]

박종희 교수는, 사용사업주는 근로자파견계약으로 파견사업주로부터 노무지휘권을 양도받아 그 한도에서 파견근로자의 노무제공과 관련하여 직접적이고 온전한 지휘·감독권을 행사할 수 있는 파견사업주에 갈음하는 지위에 서게 되므로 파견사업주의 파견사업에서 파견근로자의 노무제공과 관련된 사항에 대하여 파견사업주를 위하여 혹은 대행하여 행동하는 자, 즉 노조법 제2조 제2호에서 규정한 사용자 개념 중 '그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자'에 포함될 수 있으며, 이를 전제로 사용사업주 역시 단체교섭의 당사자 지위를 갖게 되며, 설령 위와 같이 해석하지 않더라도 파견법에 의하여 사용사업주와 파견근로자는 특정한 부분적 근로조건에 관해서 근로관계 성립이 법적으로 의제되므로 이 점에 있어서도 사용사업주는 단체교섭의 당사자 지위를 갖는다고 한다. 다만, 사용사업주의 단체교섭 의무 범위는 사용사업주가 전적으로 결정하는 제반 파견근로조건, 즉 파견법 제34조에 의해 사용자책임을 부담해야 하는 근로조건에 한한다는 입장이다. 특히 파견근로자의 임금 수준을 정하는 단체교섭 요구는 사용사업자가 거부할 수 있다고 보는데, 이러한 단체교섭에 사용사업주를 참여하게 하는 경우 사용사업주가 파견사업주에게 지불하는 근로자파견의 대가를 직접 교섭 대상으로 하는 결과와 같고, 이는 사용사업주와 파견사업주의 계약관계에 제3자인 노동조합이 관여하는 양상으로 비춰질 수 있는 점, 근로자파견제도를 합법적인 것으로 수용한 이상

224) 김형배, 「노동법」 (제27판), 박영사(2021. 9.), 994면.

파견사업주와 사용사업주 간의 사적 자치 관계는 노조의 협약자치에 혼재시키지 않는 것이 타당하다는 점을 근거로 한다.[225]

이상윤 교수는, 파견법이 개별 근로기준에 따라 사용자를 파견사업주 또는 사용사업주로 구분하고 있으므로, 각 개별 근로기준에 따라 해당 사업주를 상대로 하여 단체교섭 및 단체행동을 할 수 있을 것이라고 하면서도 파견근로자의 근로조건은 파견사업주와 사용사업주의 간의 파견계약에 의하여 간접적으로 결정되는 것이 원칙이기 때문에 사용사업주와 파견근로자 간의 단체교섭을 통하여 근로조건을 직접적으로 결정하는 것은 신중한 접근이 필요하다고 한다.[226]

박지순 교수 역시 파견법상 근로자파견관계에서 사용사업주에게 법률상 사용자성이 간주되는 부분에 대해서는 그 사용사업주를 부분적 사용자로 인정하고 고용주인 파견사업주가 결정할 수 없는 조건에 대해서는 예외적으로 단체교섭권을 인정할 필요가 있다고 본다.[227]

반면, 교섭사항 전면긍정설을 취하는 강성태 교수는, 단체교섭의 범위에는 일반적인 의무적 교섭사항 전부가 포함된다고 한다. 그 근거로는 근로자파견의 본질에 비추어 사용사업주도 파견사업주와 함께 파견근로자의 사용자라는 점, 근로자파견계약의 당사자인 파견사업주와 사용사업주는 근로자파견계약에 '파견근로자의 수, 파견근로자가 종사할 업무의 내용, 파견사유, 파견근로자가 파견되어 근로할 사업장의 명칭 및 소재지, 그 밖에 파견근로자의 근로 장소, 파견근로 중인 파견근로자를 직접 지휘·명령할 사람에 관한 사항, 근로자파견기간 및 파견근로 시작일에 관한 사항, 업무 시작 및 업무 종료의 시각과 휴게시간에 관한 사항, 휴일·휴가에 관한 사항, 연장·야간·휴일근로에 관한 사항, 안전 및 보건에 관한 사항, 근로자파견의 대가, 그 밖에 고용노동부령으로 정하는 사항'을 서면으로 정하는데(파견법 제20조 제1항) 결국 이러한 사항들은 두 사용자가 공동으로 정한다는 점, 사용사업주는 파견사업주와 함께 파견근로자에 대한 차별적 처우를 하여서는 아니 되는 강행적 의무를 부담하며(파견법 제21조 제1항), 여기서 '차별적 처우'가 금지되는 사항에는 '근기법 제2조 제1항 제5호의 임금, 정기상여금, 명절상여금 등 정기적으로 지급되는 상여금, 경영성과에 따른 성과금, 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항'(파견법 제2조 제7호) 등 근로조건 전반이 포함되는 점, 파견사업주와 사용사업주는 원칙

225) 박종희, "파견근로관계의 집단적 노사관계 법리 구성", 「고대 법대 100년의 학문적 성과와 미래 : 고려대학교 법학과 100주년 기념논문집」 제1권, 고려대학교법과대학 100주년 기념논문집 발간위원회(2005), 425~427면.

226) 이상윤, 「노동법」 제17판, 법문사(2022).

227) 박지순, 앞의 글(2021. 4.), 139면.

적으로 근기법의 모든 사항에 대해 사용자로서 책임을 공유한다는 점을 근거로 든다.[228]

윤애림 박사 역시 전면긍정설을 취하고 있는데, 파견법이 규정하고 있는 사용자책임의 분담은 근기법의 실효성있는 보호를 위해 파견사업주와 사용사업주의 책임을 분명히 한 규정이라고 보아야 하고, 파견근로자들이 자주적으로 단결하고 단체교섭을 할 사항까지 구분하고 있다고 볼 근거는 없다는 점을 근거로 한다. 단체교섭의 대상사항은 그것이 사용자에게 사실적인 처분권한도 없는 것을 요구하는 것처럼 내재적 한계를 벗어났을 때를 제외하고는 노사의 자율에 의해 결정될 수 있는 부분이라고 한다.[229]

3) 검토

파견노조가 사용사업주를 상대로 단체교섭을 요구할 수 있는지 여부가 쟁점이 된 판례나 노동위원회의 판정례는 찾기 어려웠다. 이는 앞서 본 바와 같이 파견업체의 노동조합 조직률이 미미하고, 파견기간의 제한이 있기 때문에 사용사업주를 상대로 단체교섭을 요구하고 이를 거부당하더라도 구제절차까지 나아가기 어려웠던 사정에 기인한 것이 아닌가 생각한다.

파견노조가 사용사업주를 상대로 단체교섭을 할 수 없다는 견해는 타당하지 않다. 부정설은 파견법이 사용사업주에게도 근기법, 산안법상의 일정한 책임을 부과하고 있다는 점에 부합하지 않는다.[230] 나아가 단체교섭의 범위에 관하여는 전면적 긍정설이 타당하다.

근로자파견은 앞서 수차 강조하였듯이 원칙적으로 금지되어 오던 것을 예외적으로 허용한 것이다. 원칙적 금지의 의미는 실제 노무를 제공받은 사용자가 근로자를 직접 고용하고 사용자로서의 책임을 온전히 부담한다는 것을 의미한다. 파견법에서 근기법상 사용자책임을 사용사업주와 파견사업주에게 분담하고 있는 제34조의 규정 형식을 보더라도 곧바로 근기법의 각 해당 조항을 열거하여 그 책임의 주체를 정한 것이 아니라, '파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여는 파견사업주 및 사용사업주를 근기법 제2조 제1항 제2호의 사용자로 보아 같은 법을 적용한다'라고 하고

228) 강성태, 앞의 글(2018), 233～234면.
229) 윤애림, "파견·용역 근로자의 노동3권", 「노동법연구」 제9호, 서울대학교 노동법연구회(2000. 12.), 115면.
230) 최홍엽, "근로자파견과 집단적 노사관계",「노동법학」 제10호, 한국노동법학회(2000. 8.), 238～239면.

단서 규정으로 책임을 분담하는 근기법상 조문을 열거하고 있다. 이는 최소한 국가가 강행적으로 규율하는 근기법의 영역에서는 위 파견법 제34조 단서 규정을 통해 사용사업주의 책임이 축소(강성태 교수의 표현에 의하면 일부 면제)된다고 하더라도, 집단적 노사관계의 영역에서 단체교섭의 범위까지 제한하는 취지의 규정이라고는 보기 어렵다. 사용사업주가 파견사업주와 함께 파견근로자에 대한 차별적 처우를 하여서는 아니 되는 강행적 의무를 부담하는 것도 강력한 근거가 될 수 있다. 앞서 본 바와 같이 차별적 처우가 금지되는 사항에는 근로조건 전반이 포함되어 있는데, 위 규정에 근거하여 파견노조는 근로조건 전반에 대한 차별시정을 요구하며 사용사업주를 상대로 단체교섭을 요구할 수 있다고 보아야 한다.

3. 사내하청

가. 개관

사내하청에 대한 합법성 문제가 노사관계의 쟁점으로 부각된 최초의 사건은 앞서 본 1974년 위임관리제 시행에 반대하는 현대중공업 소속 근로자들의 대규모 시위였으나, 당시 국회 차원의 논의에도 불구하고 사내하청을 노동법적 차원에서 규율하는 정책은 실시되지 못하였다.

1980. 12. 31. 법률 제3349호로 구 근기법 개정 시 비로소 도급사업의 경우 하수급인의 근로자 임금보장을 위하여 직상수급인에게 연대책임을 부과하도록 하는 규정이 신설되었는데, 이것이 사내하청에 대한 최초의 노동법적 규율이라 할 수 있다. 이후 개별적 입법에 의한 하청근로자의 보호는 다소 확대되어 현행 법령 중 근기법, 최저임금법, 산안법, 중대재해처벌 등에 관한 법률(이하 '중대재해처벌법'이라 한다)이 임금 및 산업안전 영역에서 원청의 책임을 일부 인정하고 있다. 또한, 고용노동부는 행정지도의 일종인 2011. 7. 18. '사내하도급 근로자의 근로조건 보호 가이드라인'을 제정하여 운용하고 있다. 그러나 위와 같은 경우를 제외하고는 사내하청에 대하여 노동법적 관점에서 이를 직접 규율하는 법규정이나 제도를 찾아보기는 어렵다.

한편, 대법원은 사내하청의 외형을 띤 관계 중에서 실제로는 원청과 하청근로자 사이에 묵시적 근로계약이 성립하였다고 볼 수 있거나 근로자파견관계를 형성하고 있다고 볼 수 있는 경우를 준별하여, 전자의 경우는 원청과 하청근로자 사이에

직접 고용관계가 성립된 것으로 보며, 후자의 경우는 파견법을 적용, 그에 따라 원청에 하청근로자를 직접고용할 의무(개정 전 파견법에 따를 경우 직접고용 간주)가 있다고 보고 있다.

나. 개별적 입법에 의한 규율

1) 임금

가) 연대책임에 의한 임금 지급 보장

근기법 제44조 제1항은 사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우 하수급인이 직상 수급인의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못할 경우에는 그 직상 수급인은 그 하수급인과 연대하여 하수급인의 근로자에 대한 임금 지급 책임을 지고(본문), 그 직상 수급인의 귀책사유가 그 상위 수급인의 귀책사유에 의하여 발생한 경우에는 그 상위 수급인도 연대하여 책임을 지도록(단서)규정하고 있다. 1980. 12. 31. 법률 제3349호로 구 근기법 개정 시에는 본문의 규정만이 신설되었는데, 연대책임을 지는 사람에 상위 수급인을 추가하여 근로자의 임금채권 보호를 강화하고자 2012. 2. 1. 법률 제11270호로 근기법 개정 시에 단서의 규정이 신설되었다. 이때 귀책사유의 범위는 ㉮ 정당한 사유 없이 도급계약에서 정한 도급 금액 지급일에 도급 금액을 지급하지 아니한 경우, ㉯ 정당한 사유 없이 도급계약에서 정한 원자재 공급을 늦게 하거나 공급을 하지 아니한 경우, ㉰ 정당한 사유 없이 도급계약의 조건을 이행하지 아니하여 하수급인이 도급사업을 정상적으로 수행하지 못한 경우를 의미한다(근기법 제44조 제2항, 근기법 시행령 제24조). 이 규정은 상시 4명 이하 근로자를 사용하는 사업·사업장에도 적용된다(근기법 제11조 제1항, 제2항, 근기법 시행령 제7조, [별표1]).

여러 차례 이루어지는 도급관계에 따라 행해지는 사업은, 대개 하수급인이 도급인이나 직상 수급인 내지 상위 수급인에 대한 종속도가 높고 영세하여 근로자에게 임금을 지급하지 못할 위험성이 상대적으로 크다. 이에 근기법은 하수급인의 근로자들에 대한 임금채권을 보장하기 위해 귀책사유 있는 직상 수급인과 그 상위 수급인의 임금 지급 연대책임을 규정한 것이다.[231]

231) 노동법실무연구회, 「근로기준법주해」 (제2판) Ⅲ, 박영사(2020), 109~110면.

한편, 하도급이 일상화되어 있는 건설업에 대하여 근기법은 제44조의2에서 건설업에서 임금 지급의 연대책임을, 제44조의3에서 건설업의 공사도급에 있어서의 임금에 관한 특례를 각 규정하고 있는데 위 각 규정은 2007. 7. 27. 법률 제8561호로 개정 시에 신설되었다. 특히 근기법 제44조의2는 건설산업기본법을 위반한 불법 하도급으로 인하여 건설일용근로자에 대한 임금체불이 많이 발생하고 있는 현실을 반영하여 건설 하도급 관계에서 발생하는 임금지급방식을 개선함으로써 건설근로자의 권리를 보장하기 위한 규정으로,[232] 건설업에서 사업이 2차례 이상 도급이 이루어진 경우에 건설산업기본법 또는 다른 법률에 따라 등록 등을 한 건설사업자가 아닌 하수급인이 그가 사용한 근로자에게 임금(해당 건설공사에서 발생한 임금으로 한정한다)을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인에게 하수급인과 연대하여 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 지도록 하였다. 근기법 제44조의3은 건설공사의 직상 수급인 또는 원수급인이 하수급인 소속 근로자에게 임금을 직접 지급해야 하는 또 다른 경우를 규정하고 있다. 즉 제1항은 직상 수급인과 하수급인 사이의 합의나 이에 준하는 직상 수급인의 인정, 집행권원의 존재 등 일정 요건 하에서 직상 수급인에게 임금 직접지급 의무를 지우고 있고, 2항은 집행권원이 존재하는 경우 원수급인에게 임금 직접지급 의무를 지우고 있다.

나) 최저임금 보장

최저임금법도 근로기준법과 유사한 규정을 두고 있다. 최저임금법 제6조 제7항은 도급으로 사업을 행하는 경우 도급인이 책임져야 할 사유로 수급인이 근로자에게 최저임금액에 미치지 못하는 임금을 지급한 경우 도급인은 해당 수급인과 연대하여 책임을 지도록 규정하고 있고, 제8항은 도급인이 책임져야 할 사유의 범위를 ㉮ 도급인이 도급계약 체결 당시 인건비 단가를 최저임금액에 미치지 못하는 금액으로 결정하는 행위, ㉯ 도급인이 도급계약 기간 중 인건비 단가를 최저임금액에 미치지 못하는 금액으로 낮춘 행위로 규정하고 있다. 두 차례 이상의 도급으로 사업을 행하는 경우에 있어서는 제6항 및 제7항의 수급인을 하수급인으로, 도급인을 직상 수급인으로 본다(최저임금법 제6조 제9항). 위 규정은 2005. 5. 31. 법률 제7563호로 최저임금법 개정 당시 신설되었다.

---

232) 법제처 제공 제·개정 이유 참조.

2) 산업안전

가) 원수급인의 재해보상 책임

근기법 제90조 제1항은 “사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우의 재해보상에 대하여는 원수급인을 사용자로 본다.”라고 규정하고 있다.

토목, 건설업 등에서는 하도급이 많이 행해지는데 근로자와 직접 고용관계를 맺는 하수급인은 자력이 없는 경우가 많아 근로자가 재해보상을 제대로 받지 못할 수 있기 때문에 이런 상황을 방지하기 위해 상대적으로 자력이 있는 원수급인에게 재해보상 책임을 지우려는 규정이다.[233] 1953. 5. 10. 근기법 제정 당시 규정된 조항으로 현재까지 실질적인 개정 없이 그대로 유지되고 있다.[234]

원수급인이 서면상 계약으로 하수급인에게 보상을 담당하게 하는 경우에는 그 수급인도 사용자로 본다. 다만, 원수급인은 2명 이상의 하수급인에게 똑같은 사업에 대하여 중복하여 보상을 담당하게 하지 못한다(근기법 제90조 제2항). 이와 같이 하수급인을 사용자로 보는 경우에도 원수급인이 재해보상 책임에서 벗어나는 것은 아니다.[235] 원수급인이 보상 청구를 받았을 때 보상을 담당한 하수급인에게 우선 최고할 것을 근로자에게 청구할 수 있을 뿐이다(법 제90조 제3항 본문). 하수급인이 파산 선고를 받거나 행방이 알려지지 아니하는 경우에는 우선 최고할 것을 청구할 수 없다(근기법 제90조 제3항 단서).

나) 산안법에 의한 도급인의 책임

1981. 12. 31. 법률 제3532호로 제정된 산안법은 기본적으로 사업주와 소속 근로자의 관계를 보호대상으로 하였는데, 1990. 1. 13. 법률 제4220호로 전부 개정 시 제29조를 신설하여 도급인에게 그가 사용하는 근로자와 그의 수급인이 사용하는 근로자가 동일한 장소에서 작업을 할 때에 생기는 산업재해를 예방하기 위한 안전·보건조치 의무를 명시적으로 부여하였다. 그러나 이후에도 수급인 소속 근로자의

---

233) 노동법실무연구회, 위 「근로기준법주해」(제2판) Ⅲ, 666면.

234) 제정 근기법 제91조 제1항은 ‘그 원도급인을 사용자로 본다’라고 규정하였는데 대법원 1975. 12. 9. 선고 75도2599 판결은 이 때의 ‘원도급인’을 ‘당초 도급을 맡은 원래의 수급인’으로 해석하였다. 1974. 12. 24. 법률 제2708호로 근기법 개정 시에 ‘원도급인’이란 용어를 ‘원수급인’으로 변경하였다.

235) 노동법실무연구회, 위 「근로기준법주해」(제2판) Ⅲ, 666면.

산업재해가 빈번하게 발생하였고, 특히 2018년 12월 충남 태안 화력발전소 협력업체의 비정규직 노동자 고 김용균씨가 운송설비 점검 중 사고로 숨지는 사건이 발생하였다. 이 사건이 계기가 되어 도급인의 책임을 대폭 강화하는 내용의 2019. 1. 15. 법률 제16272호로 산안법 전부 개정이 이루어졌다.

개정된 산안법은 도급과 관련하여, 먼저 도급, 도급인, 건설공사발주자 등의 정의 규정을 두어 개념을 명확히 하고, 도급인의 의무를 강화하는 대신 건설공사발주자를 도급인에서 분리하여 별도의 의무 규정을 두었으며, 도급인의 책임을 제한하는 도급의 유형(일부 도급 또는 전문분야 공사의 전부 도급에 해당하는지 등)에 관한 규정을 삭제하였으며, 개정 전 산안법 제29조 제1항의 해석상 '본래 사업과 그 사업의 목적 달성을 위해 반드시 수반되는 업무'에 해당하는 경우만 도급인의 책임이 발생했던 것과 달리 '도급인의 사업장'이라면 사업의 목적 여부 등에 관계없이 도급인에게 안전보건조치의무가 발생하도록 하는 등 도급인의 책임을 대폭 확대하였다. 나아가 사업주에 대한 처벌의 법정형을 상향하면서 이를 도급인에게도 적용하도록 하였고, 도급인 사업주의 안전보건조치의무 위반으로 수급인 근로자가 사망한 경우를 처벌대상에 포함시켰다.

현행 산안법은 제5장에서 '도급 시 산업재해 예방'에 관하여 규정하고 있는데 그 주요 내용을 살펴보면 아래와 같다.

먼저 제1절(제58조 내지 제61조)에서는 도급의 제한에 관하여, 도금작업이나 수은, 납 또는 카드뮴을 제련, 주입, 가공 및 가열하는 작업에 대해서는 원칙적으로 도급을 금지하고, 예외적으로 일시·간헐적으로 하는 작업을 도급하는 경우나 수급인이 보유한 기술이 전문적이고 도급인 사업주의 사업 운영에 필수 불가결한 경우로서 고용노동부장관의 승인을 받은 경우에 한하여 도급할 수 있도록 하고(제58조 유해한 작업의 도급금지), 그 밖에 급성 독성, 피부 부식성 등이 있는 물질의 취급 작업 등의 도급에 대해서는 고용노동부장관의 승인을 받도록 하며(제59조 도급의 승인), 승인받은 도급 작업에 관하여 하도급을 금지하고(제60조 도급의 승인 시 하도급 금지), 도급인에게 산업재해 예방을 위한 조치를 할 수 있는 능력을 갖춘 사업주에게 도급할 의무를 부과하고 있다(제61조 적격 수급인 선정 의무).

제2절(제62조 내지 제66조)에서는 도급인의 안전 및 보건조치에 관하여, 도급인의 사업장에서 수급인 근로자의 작업이 이루어지는 경우 도급인에게 도급인 근로자와 수급인 근로자의 산재 예방을 위한 업무를 총괄하여 관리하는 안전보건총괄책임자를 지정하도록 하고(제62조), 산재 예방을 위한 안전 및 보건 시설의 설치 등 필요한

안전조치 및 보건조치를 할 의무를 부과하고 있으며(제63조 도급인의 안전 및 보건조치의무), 구체적인 예방조치로서 '1. 도급인과 수급인을 구성원으로 하는 안전 및 보건에 관한 협의체의 구성 및 운영, 2. 작업장 순회점검, 3. 관계수급인의 안전보건교육을 위한 장소 및 자료의 제공 등 지원, 4. 관계수급인이 근로자에게 하는 안전보건교육의 실시 확인, 5. 발파작업이나 붕괴 또는 지진에 대비한 경보체계 운영과 대피방법 등 훈련, 6. 위생시설 등 고용노동부령으로 정하는 시설의 설치 등을 위하여 필요한 장소의 제공 또는 도급인이 설치한 위생시설 이용의 협조, 7. 같은 장소에서 이루어지는 도급인과 관계수급인 등의 작업에 있어서 관계수급인 등의 작업시기 내용, 안전조치 및 보건조치 등의 확인, 8. 제7호에 따른 확인 결과 관계수급인 등의 작업 혼재로 인하여 화재 폭발 등 대통령령으로 정하는 위험이 발생할 우려가 있는 경우 관계수급인 등의 작업시기 내용 등의 조정'을 규정하고 있다(제64조 도급에 따른 산업재해 예방조치). 또한 도급인의 특정 화학물질 등과 관련한 작업, 질식 또는 붕괴의 위험이 있는 작업 등에서 수급인에게 안전 및 보건에 관한 정보를 제공할 의무를 부과하고(제65조 정보 제공 등), 관계수급인 또는 관계수급인 근로자가 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반하면 도급인이 관계수급인에 대해 그 위반행위를 시정하도록 필요한 조치를 할 수 있게 하였다(제65조 시정조치).

제3절에서는 특히 도급이 빈번하게 이루어지는 건설업 등의 산재 예방에 관하여, 도급인과 구별하여 건설공사발주자에게 산업재해 예방조치, 안전보건조정자의 지정, 공사기간 단축 및 공법변경 금지 등의 의무를 부과하고(제67조 내지 제72조), 일정 공사금액에 해당하는 건설공사에서 건설재해예방전문지도기관의 지도를 받도록 하며(제73조, 제74조), 일정 공사금액 이상 규모의 건설공사도급인은 해당 건설공사 현장에 근로자위원과 사용자위원이 동수로 구성되는 안전 및 보건에 관한 노사협의체를 구성·운영할 수 있고(제75조), 타워크레인 등 기계 기구 또는 설비 등이 설치되어 있거나 작동하고 있는 경우, 이를 설치 해체 조립하는 등의 작업이 행해지는 경우 필요한 안전 및 보건조치를 할 의무를 부과하고 있다(제76조).

다) 중대재해처벌법에 의한 도급인의 책임

위와 같이 산안법 개정을 통해 도급인의 책임이 강화되었지만, 2020년 한익스프레스 물류창고 건설현장 화재사고, 삼표시멘트 컨베이어벨트 사망사고, 폐자재 재활용품 파쇄기 사망사고 등 중대한 피해를 가져 온 산업재해가 여전히 계속되는 등 실제 재해예방 효과로 이어졌다고는 보기 어렵다. 또한, 산안법이 규정한 안전보건

조치의무는 대부분 노동현장에서 준수되어야 할 구체적이고 직접적인 의무이기 때문에 산안법상 안전보건 조치의무를 위반하여 산업재해가 발생한 경우에도 주로 현장을 관리하는 현장소장, 공장장 등 안전보건관리책임자(산안법 제15조) 등만이 산안법위반죄로 처벌을 받아왔다. 현장의 안전보건관리책임자 등에게 최종적인 의사결정권이 부여되어 있지 아니하고, 담당자 또한 주기적으로 교체되는 사정 또한 산업재해의 발생을 효과적으로 예방하지 못하는 하나의 원인이라 할 수 있다. 이에 사업을 대표하고 총괄하는 경영책임자등에게 사업 전체를 아우르는 안전보건관리체계를 마련하여 안전 및 보건에 관한 제반 조치가 제대로 이행될 수 있도록 관리하여야 할 의무를 부과하고 이를 위반할 경우에는 형사책임을 지움으로써 중대산업재해를 실질적으로 예방하는 효과를 제고하기 위해 2021. 1. 26. 중대재해처벌법이 제정되었다(2022. 1. 27.부터 시행).[236]

중대재해처벌법은 특히 도급인의 안전 및 보건 확보의무와 관련하여, '종사자'의 개념을 도입하여 사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우에는 각 단계의 수급인 및 수급인의 종사자를 모두 포함시키고(제2조 제7호), 제4조에서 경영책임자등에게 법인이 실질적으로 지배·운영·관리하는 사업 또는 사업장에서 위 종사자에 대한 안전 및 보건 확보의무를 부과하는 한편, 제5조에서 '도급, 용역, 위탁 등 관계에서의 안전 및 보건 확보의무'라는 제목 하에 "사업주 또는 경영책임자등은 사업주나 법인 또는 기관이 제3자에게 도급, 용역, 위탁 등을 행한 경우에는 제3자의 종사자에게 중대산업재해가 발생하지 아니하도록 제4조의 조치를 하여야 한다. 다만, 사업주나 법인 또는 기관이 그 시설, 장비, 장소 등에 대하여 실질적으로 지배·운영·관리하는 책임이 있는 경우에 한정한다."라고 규정하고 있다.[237]

---

236) 이에 관한 자세한 내용은 김민기, "중대재해처벌법의 합헌성", 「중대재해처벌법연구Ⅰ」 권창영 외 16인, 법문사(2022), 323～325면.

237) 고용노동부는 제4조와 제5조의 관계에 관하여, 제4조는 '개인사업주나 법인 또는 기관이 여러 차례의 도급을 주는 경우에도 그 법인 등이 실질적으로 지배·운영·관리하는 사업 또는 사업장에서 도급 등 업무가 이루어지는 경우 개인사업주와 경영책임자등에게 각 단계의 수급인 및 수급인의 종사자에 대한 안전 및 보건 확보의무를 부과한 것'이고, 제5조는 '개인사업주나 법인 또는 기관이 제3자에게 도급, 용역, 위탁 등을 한 경우 사업 또는 사업장에 대하여 실질적으로 지배·운영·관리하고 있지 않는 경우에도 해당 시설, 장비, 장소 등에 대해 실질적으로 지배·운영·관리하는 책임이 있다면, 개인사업주와 경영책임자등에게 제3자인 수급인과 수급인의 종사자에 대한 안전 및 보건 확보의무를 부과한 것'이라고 설명하고 있다[고용노동부, 「해설 중대재해처벌법—중대산업재해—」 (2021. 11.), 108면]. 다만, 제5조는 그 문언상 '제3자의 종사자'라고 규정하고 있어 제3자 본인은 보호대상에서 제외되고 있는데, 이에 대하여는 '종사자'라는 새로운 개념을 도입하면서 충분한 검토 없이 입법이 이루어져 문제가 발생한 것으로 보이기는 하나, 법률이 개정되기 전까지는 명문의 규정에 반하지 않도록 제5조의 보호대상을 제3자를 제외한 '제3자의 종사자'로 한정하여 해석하는 것이 불가피하다는 견해로는 김·장 법률사무소 중대재해대응팀, 「중대재해처벌법」, 박영사(2022), 124면.

3) 평가

임금 지급의 보장과 안전한 작업환경의 확보는 하청근로자에게 매우 중요한 기본적 근로조건이라 할 수 있다. 따라서 이에 관하여 제한적이나마 강행적 규율이 이루어지고 있는 것은 긍정적이다. 그러나 현행 근기법과 최저임금법은 원청(도급인)의 귀책사유로 하청(수급인)이 하청근로자에게 임금을 지급할 수 없는 경우에만 원청의 책임을 인정하고 있기 때문에 보다 근본적인 문제, 즉 하청근로자와 원청근로자의 임금 격차 등을 해결하는 데는 한계가 있다. 산안법의 개정과 중대재해처벌법의 제정으로 원청의 책임이 강화되었으나, 이에 대하여는 산업안전과 재해예방은 어차피 원청근로자들에게도 적용되는 것이어서 특별히 하청근로자들을 위해 부과되는 책임이라고 볼 수 없다는 지적이 있다.[238]

다. 행정지도를 통한 규율

1) 사내하도급 가이드라인의 제정 경과

박종희 교수는 2010년경 이후부터 사내하청 문제가 비정규직 문제의 중심으로 자리잡게 되었으며, 이와 같은 배경에는 후술하는 판례법리의 형성이 결정적 영향을 미쳤다고 평가한다. 즉, 예스코 사건에서 불법파견에 대해서도 구 파견법 제6조 제3항의 직접고용간주규정이 적용된다고 판단한 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결, 현대미포조선 사건에서 사내하청업체의 독립성을 부인하면서 원청과 하청근로자 간에 직접적인 (묵시적) 근로관계의 형성을 인정한 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결, 현대중공업 사건에서 사내하청이 독립성을 갖춘 회사라 하더라도 원청을 부당노동행위의 주체인 사용자로 인정할 수 있다고 본 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결 등 판례를 통해 사내하청에 대한 노동법적 규율이 이루어지면서 정부도 종래의 소극적인 태도에서 벗어나 향후 사내하청 문제를 해결하지 않고서는 비정규문제를 풀어갈 수 없다는 인식 하에 2010. 10. 12.

238) 조성혜, "사내하도급과 근로관계", 「노동법학」 제39호, 한국노동법학회(2011. 9.), 319면. 신권철, 앞의 글, 260면에서는 사후적으로 임금 체불이 있거나 산업재해가 발생한 산재사고 이후에 원청의 책임문제가 불거지는 것이어서 당해 근로자의 근로관계 지속 중에는 원청의 책임이 표면으로 드러나지는 않는다고 지적한다.

발표한 ‘2020 국가 고용전략’에서 사내하도급 문제를 비정규문제의 하나로 다루게 되었다는 것이다.[239]

위 2020 국가 고용전략에서는 기업의 비용절감 노력과 대·중소기업간의 불공정 거래 관행 등으로 중소기업의 고용여건 악화 및 노동시장의 이중구조화가 심화되고 있다고 진단한 후, 이에 대한 대책 및 추진방안으로 ① 사내하도급 다수 활용 사업장의 실태 점검을 통한 불법파견 의법 조치 및 원청기업에 대한 직접 고용 지도, ② 사내하도급 근로자의 근로조건 보호 가이드라인 등 종합대책 마련, ③ 건설업의 고질적 문제 해결을 위한 건설근로자 고용개선방안 마련 등을 제시하고 있다.[240] 이후 정부는 2011. 1. 25. 경제사회발전노사정발전위원회 산하에 ‘노동시장 선진화위원회’를 설치하고 동 위원회에서 ‘사내하도급 근로자의 근로조건 보호 가이드라인’의 초안을 마련하여 노사합의를 도출하기 위해 노력하였으나 이견을 좁힐 수 없자 2011. 7. 8. 공익위원안에 노사의견을 병기하여 이를 정부에 이송하였고, 고용노동부는 이송된 안을 토대로 2011. 7. 18. ‘사내하도급 근로자의 근로조건 보호 가이드라인’을 확정, 공포하였다. 위 가이드라인은 2016. 4. 7. 및 2020. 11. 19. 두 차례 개정을 거쳐 현재에 이르고 있고, 2020. 11. 19. 개정 당시 그 명칭이 ‘사내하도급 근로자 고용안정 및 근로조건 보호 가이드라인’으로 변경되었다(이하 ‘사내하도급 근로자 보호 가이드라인’이라 한다).

2) 주요 내용

현행 사내하도급 근로자 보호 가이드라인은 크게 목적, 용어의 정의, 사내하도급계약의 체결 및 운영상 기본원칙, 사내하도급 근로자의 고용안정, 근로조건 등 개선, 안전과 건강 보호의 6개 부분으로 구성되어 있고, 각 부분에서 도급사업주와 수급사업주가 준수하여야 할 사항, 노력하여야 할 사항, 조치하여야 할 사항을 구분하여 규정하고 있다. 도급사업주(원청)에 해당하는 부분을 중심으로 그 주요 내용을 살펴보면 아래와 같다.

[사내하도급계약의 체결]
- 도급사업주와 수급사업주는 사내하도급계약을 체결할 때 사내하도급 근로자의 처우가 개

239) 박종희, 앞의 글(2011. 11.), 33~34면. [관계부처 합동 발표 자료, “「성장·고용·복지」의 선순환을 위한 2020 국가고용전략—일자리 희망 5대 과제—”(2010. 10. 12.), 2면, 9～10면].

240) 관계부처 합동 발표 자료, “「성장·고용·복지」의 선순환을 위한 2020 국가고용전략—일자리 희망 5대 과제—”(2010. 10. 12.), 2면, 9～10면.

선될 수 있도록 상호 노력한다.
- 도급사업주는 사내하도급 근로자의 정당한 노동조합 활동을 이유로 사내하도급계약을 중도에 해지하거나 계약 갱신을 거부하지 않는다.
- 도급사업주의 귀책사유로 사내하도급 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 도급사업주는 수급사업주와 연대하여 책임을 진다.

[사내하도급 운영]

- 도급사업주와 수급사업주는 근로기준법, 산업안전보건법 등 노동관계법령에서 규정하고 있는 사업주의 의무와 조치사항 등을 준수한다.
- 도급사업주와 수급사업주는 안전하고 쾌적한 작업환경을 조성하기 위해 상호 협력하여 도급사업주의 사업장의 유해·위험요인에 대한실태를 조사·평가하고, 관리·개선 등 필요한 조치를 한다.
- 도급사업주와 수급사업주는 도급사업주 근로자와 사내하도급 근로자간에 임금 등 근로조건 및 복리후생에 있어 불합리한 격차가 발생하지 않도록 소통기구를 만드는 등 적극적으로 협력한다.
- 도급사업주와 수급사업주는 사내하도급 근로자의 정당한 노동조합 활동을 존중하고, 사내하도급 근로자는 도급사업주의 시설관리권 등을 존중한다.
- 도급사업주와 소속 근로자대표는 필요하다고 인정될 경우 사내하도급 근로자대표에게 도급사업주의 노사협의회 또는 간담회에서 상생협력방안에 관한 의견을 개진할 수 있는 기회를 부여한다.

[사내하도급 근로자의 고용안정]

- 도급사업주는 사내하도급계약이 종료하거나 중도에 해지되어 수급사업주가 변경되는 경우에 고용승계 등의 방법으로 직전 수급사업주의 사내하도급 근로자에 대한 고용 및 근로조건이 유지될 수 있도록 노력한다.
- 도급사업주는 소속 근로자를 채용하는 경우에 업무 내용, 채용 규모 등 정보를 수급사업주와 사내하도급 근로자에게 사전에 제공하여 사내하도급 근로자 중 적격자가 채용될 수 있도록 노력한다.

[사내하도급 근로자의 근로조건 등 개선]

1. 적정임금 보장

- 도급사업주는 수급사업주에게 도급대금의 단가를 부당하게 인하하거나 낮은 단가를 강요하지 않으며, 도급대금은 사내하도급계약에서 정한 바에 따라 적기에 적정한 방법으로 지급한다.
- 도급사업주는 사내하도급 근로자의 직무·능력, 복리후생 수준 등을 고려한 인건비가 보장될 수 있도록 도급대금을 협의하고, 소속근로자와 사내하도급 근로자 간에 임금 등 근로조건 및 복리후생에 있어 불합리한 격차가 발생하지 않도록 노력한다.
- 도급사업주는 수급사업주가 최저임금, 사회보험료 등 인상을 도급대금에 반영시켜 줄 것을 요청하는 경우에 해당 인상 내용을 도급대금에 반영하도록 적극 노력한다.
- 도급사업주는 사내하도급계약을 갱신하는 경우에 도급사업주의 성과와 수급사업주의 기여가 도급대금 및 사내하도급 근로자의 임금 등에 반영되도록 노력한다.
- 도급사업주 소속 근로자대표는 도급사업주와 소속 근로자의 근로조건 등을 협의·결정하는 경우에 사내하도급 근로자의 근로조건 등에 대해서도 배려하도록 노력한다.

2. 근로자복지 증진

- 도급사업주와 소속 근로자는 사내하도급 근로자가 우리사주조합에 가입(직전 연도 연간 총

매출액의 100분의 50 이상을 도급사업주와 거래하는 수급사업주의 근로자가 가입하는 경우를 말한다)하도록 함으로써 사내근로복지기금의 혜택을 받을 수 있도록 노력한다.
- 도급사업주는 수급사업주 등과 공동근로복지기금을 조성하거나 수급사업주 등이 조성한 공동근로복지기금에 출연함으로써 사내하도급 근로자의 복지 증진을 위해 노력한다.
- 도급사업주는 소속 근로자가 이용하는 휴게공간, 샤워시설, 직장어린이집 등 복리후생시설을 사내하도급 근로자도 이용할 수 있도록 가능한 범위에서 편의를 제공한다. 이 경우 도급사업주 소속 근로자는 사내하도급 근로자가 복리후생시설을 이용할 수 있도록 적극 협조한다.

3. 괴롭힘 및 성희롱 예방・대응조치

- 도급사업주는 소속 근로자가 사내하도급 관계에서의 우위를 이용하여 업무상 적정한 범위를 넘어 사내하도급 근로자에게 신체적・정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위(이하 “괴롭힘” 이라 한다)와 성희롱을 예방하고 괴롭힘이나 성희롱이 발생하는 경우 조치 등에 관한 내용을 취업규칙에 규정한다.
- 도급사업주는 사내하도급 근로자에 대한 소속 근로자의 괴롭힘 또는 성희롱 발생 사실이 확인된 때에는 해당 소속 근로자에 대한 근무장소 변경 등 필요한 조치를 한다.
- 도급사업주는 괴롭힘 또는 성희롱에 대한 신고 또는 주장을 이유로해당 사내하도급 근로자 및 수급사업주에 대하여 불이익한 조치를 하지 않는다.

4. 직업능력개발

- 도급사업주는 수급사업주가 사내하도급 근로자의 직업능력개발을 위하여 요청하는 경우에 교육 프로그램·교재·기자재 및 교육장소등에 대하여 적절한 편의를 제공할 수 있도록 노력한다.

5. 고충처리

- 도급사업주는 수급사업주가 사내하도급 근로자의 고충을 해결하기 위해 협조 또는 지원을 요청하는 경우에 그 고충이 원만하게 해결되도록 노력한다.

[사내하도급 근로자의 안전과 건강 보호]

- 도급사업주는 유해하거나 위험한 작업에 대해서는 직접 이행하는 것을 원칙으로 하되, 사내하도급이 필요한 경우에는 산업재해 예방을 위한 충분한 설비와 조치능력을 갖춘 사업주와 계약을 체결한다.
- 도급사업주는 사내하도급 근로자의 안전과 건강 보호를 위하여 수급사업주와 사내하도급 근로자에게 안전 및 보건에 관한 정보를 제공하고 필요한 안전・보건 조치를 하여야 한다.

3) 평가

사내하도급 근로자보호 가이드라인은 앞서 본 근기법, 산안법 등에서 규정하고 있는 원청(도급사업주)의 책임을 준수하여야 함을 확인하는 것 외에도 노동법적 관점에서 사내하청에서 문제될 수 있는 부분에 관하여 원청이 조치할 수 있는 사항을 거의 전부 망라하고 있다. 사내하도급 근로자보호 가이드라인은 하청근로자의 근로조건 보호와 개선을 도모하며, 적정한 사내하청의 운영을 위해 원청이 준수하거나 노력할 사항에 대한 기준 내지 방향을 제시하고 이를 자율적으로 지키도록 한 데에

의의가 있다.[241] 그러나 위 가이드라인은 행정지도의 일종으로 법적 구속력이 없다는 점이 결정적인 한계로 지적된다.[242] 또한, 사내하청을 기업간관계로만 파악하여 사내하청의 문제점을 개선하는 주체를 원청과 하청만으로 상정하고, 하청근로자의 참여나 권리는 거의 고려하고 있지 않다는 점에서도 한계가 있다.

라. 판례법리에 의한 규율

1) 묵시적 근로계약관계 법리의 적용

가) 판례법리의 형성

대법원 1999. 7. 12.자 99마628 결정(은마아파트 입주자대표회의 사건)은 입주자대표회의와 위수탁관리계약을 체결한 아파트관리업체 소속 근로자들이 입주자대표회의를 상대로 피용자 지위의 보전, 아파트 출입과 근로에 대한 방해 금지 등을 구하였으나, 위수탁관리업체 내지는 그 대리인인 관리사무소장이 근로계약 당사자로서 갖는 인사권과 업무지휘명령권이 모두 배제 내지 형해화되어 위 근로자들과 체결한 근로계약이 형식적인 것에 지나지 않는다고 할 수 없고, 입주자대표회의가 위 근로자들의 업무내용을 정하고 업무수행 과정을 구체적·개별적으로 지휘·감독하였다고 볼 수도 없다는 이유로 가처분 신청이 기각된 사건이다. 위 대법원 99마628 결정에서는 '아파트입주자대표회의가 직원들에 대하여 임금지급의무가 있는 사용자로 인정되기 위해서는 그 직원들이 관리사무소장을 상대방으로 하여 체결한 근로계약이 형식적이고 명목적인 것에 지나지 않고, 직원들이 사실상 입주자대표회의와 종속적인 관계에서 그에게 근로를 제공하며, 입주자대표회의는 그 대가로 임금을 지급하는 사정 등이 존재하여 관리사무소 직원들과 입주자 대표회의와 사이에 적어도 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가되어야 한다'라고 판시하고 있으나 그 법리를 일반화하여 제시하지는 않았다.

대법원은 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결(경기화학공업 사건Ⅰ)에서 '원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하

241) 최홍기, "사내하도급근로자 가이드라인의 개선과제—개정된 산안법의 내용을 중심으로",「노동법논총」제48집, 한국비교노동법학회(2020. 4.), 512면.
242) 정영훈, 앞의 글(2018. 9.), 91면.

여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다'라고 판시하여, 묵시적 근로계약관계 법리의 일반론 내지 판단기준을 구체적으로 제시하였다.[243]

이후 위 법리에 기초하여, 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도649 판결(경기화학공업 사건Ⅱ)은 기존 기업(원사업주)이 일부 생산부문의 인적 조직을 이른바 소사장 법인으로 분리한 사건에서 소사장 법인에 고용되어 기존 사업의 사업장에서 기존 기업의 생산업무에 종사한 근로자와 원사업주 사이에 근로계약관계가 성립한다고 판단하였고,[244] 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결(SK인사이트코리아 사건)은 그룹 내 자회사에 고용된 근로자와 모회사 사이의 근로계약관계의 성립을 인정하였다.

나) 사내하청과 묵시적 근로계약관계 법리

대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결(현대미포조선 사건, 종업원지위확인)은 위와 같이 종래 채택해 온 묵시적 근로계약관계 법리를 조선업 부문의 사내하청관계에 최초로 적용하였다.[245] 즉, 선박의 수리 및 개조, 수리선(修理船) 건조 전문 조

---

243) 경기화학공업 주식회사(이하 '경기화학공업'이라 한다)와 비료의 원재료 및 제품 상·하차작업에 대한 노무공급계약을 체결한 흥일개발 소속 근로자들 및 이들이 가입한 서울경기항운종합노동조합이, 위 근로자들의 실질적 사용자는 경기화학공업이고 위 노무공급계약의 해지 및 작업 중단 등은 노동조합 가입을 이유로 한 부당노동행위에 해당한다고 주장하며 노동위원회에 구제신청을 하였으나 받아들여지지 않자 위 노동조합만이 원고가 되어 중앙노동위원회 재심판정의 취소를 구한 사건이다. 원심인 서울고등법원 1997. 11. 13. 선고 96구42750 판결은 '흥일개발 소속 근로자들은 경기화학공업의 상·하차 작업물량에 대하여 독점적으로 작업을 하여 왔을 뿐 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공한 것이라고 할 수 없으므로 실질적으로 경기화학공업의 근로자라고 할 수 없고, 경기화학공업이 위 근로자들에게 편의시설이나 작업용 중기를 제공하였다거나 연 2회 작업복을 지급하였다고 하여 사정이 달라질 것은 아니며, 경기화학공업의 상·하차 작업을 독점적으로 담당하기 위하여 설립된 흥일개발은 근로자공급사업체라고 할 수 없다'는 이유로 그 청구를 기각하였고, 위 노동조합의 상고도 기각되었다.

244) 경기화학공업은 경영합리화 명목으로 독립된 법인인 4개의 소사장 법인을 의 대표이사가 근기법위반, 노조법위반 등으로 공소 제기된 사건이다.

245) 현대미포조선 주식회사는 1975. 4. 28. 현대중공업이 선박 건조 기술 등을 지원받은 일본 카와사키 중공업과 합작으로 설립한 선박의 수리 및 개조, 수리선(修理船) 건조 전문 조선소로 2003. 11. 30. 기준 3,800여 명의 상시 근로자가 근무하였고, 2,400여 명의 근로자를 고용하고 있는 53개의 협력업체를 두고 있었다. 용인기업은 현대미포조선이 설립된 다음 해인 1976년 설립된 하청업체로 현대미포조선 사업장 내에서 선박의 주 엔진, 보조기기 등의 수리 업무를 주로 수행해 왔으

선소인 현대미포조선 주식회사(이하 '현대미포조선'이라 한다)의 하청업체인 용인기업은 형식적으로는 현대미포조선과 도급계약을 체결하고 소속 근로자들로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채, 현대미포조선의 일개 사업부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 현대미포조선이 용인기업 소속 근로자들(하청근로자들)로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하므로, 하청근로자들과 현대미포조선 사이에는 직접 현대미포조선이 하청근로자들을 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있었다고 보았다. 위 판결은 원청과 하청업체가 동일한 지배구조에 속해 있지 않은 경우에도 묵시적 근로계약관계의 성립을 인정하여 앞서 본 대법원 판결들을 보완하였다는 데 의미가 있다.[246]

한편, 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결(현대자동차 사건, 근로자지위확인)은 현대자동차 주식회사(원청, 이하 '현대자동차'라 한다)의 사내협력업체(하청)들이 그 소속 근로자들에 대하여 사용자로서의 권리·의무를 행사하지 않았다고 보이지는 않을 뿐만 아니라 사내협력업체가 소속 근로자에 대한 인사권·징계권을 행사함에 있어 원청이 직접 관여하였다는 점을 인정할 만한 구체적인 자료가 없어 사내협력업체가 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 상실하였다고 볼 수 있을 정도로 그 존재가 형식적·명목적인 것이라고 할 수는 없다는 이유로, 하청근로자들과 현대자동차 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립하였다고 단정할 수 없다고 판단하였다.

대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다267013 판결(대우조선해양의 자회사, 근로자지위확인)은 대우조선해양 주식회사(이하 '대우조선해양'이라 한다)의 자회사인 주식회사 웰리브(이하 '웰리브'라 한다)가 대우조선해양으로부터 단체급식, 수송, 시설물유지관리, 경비업 등의 업무를 도급받아 수행하다가 웰리브의 전(前) 직원이 설립한 웰리브투어(이후 영업양도 등을 거쳐 상호가 웰리브수송으로 변경됨)에 위 수송업무를 맡기는 내용의 도급계약을 체결하였는데, 웰리브투어와 근로계약을 체결하고 통근버스 운행 등 수송업무를 수행한 근로자가 웰리브를 상대로 근로자지위확인 등을 구한 사안에서, 웰리브투어 내지 웰리브수송은 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채 웰리브의 일개 사업부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 수행

며, 현대미포조선이 수리선 분야에서 신조선(新造船) 분야로 주력 분야를 변경하면서 2003년 1월경 폐업하였다.

246) 박제성·노상헌·유성재·조임영·강성태, 앞의 책, 24면.

하였을 뿐이고, 오히려 웰리브가 웰리브투어 등 소속 근로자로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 정함으로써 월레브투어 등 소속 근로자를 직접 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립된다고 판단하였다.[247]

다) 평가

묵시적 근로계약관계 법리는 원청이 하청근로자를 직접 채용한 것과 같은 묵시적은 근로계약관계의 성립을 인정하여 원청으로 하여금 근로계약의 당사자인 사용자로서 노동법상 책임을 전부 부담하게 한다는 점에서 도급의 형식을 위장한 사내하청에 대한 가장 효과적인 규율이다. 그러나 판례법리가 제시하는 기준이 매우 엄격하여 실제 실무에서 인정될 가능성은 그다지 크지 않다. 게다가 법원이 하청업체에 최소한의 인적·물적 독립성이 구비되어 있는 경우에는 묵시적 근로계약관계의 성립을 인정하는 데 소극적인 경향을 보이고 있기 때문에 원청과 하청이 묵시적 근로계약관계 법리를 회피하기 위해 하청에 어느 정도 독립성을 갖추는 장치들을 마련하게 되면 위 법리의 적용이 어려울 수 있다는 한계가 있다.[248]

2) 파견법리의 형성—불법파견과 직접고용

대법원은 예스코 사건에서 불법파견에 대해서도 구 파견법 제6조 제3항의 직접고용간주규정이 적용된다고 판단한 것[249]에 이어 현대자동차 사건에서 파견과 도급의 구별에 관한 일반법리를 아래와 같이 제시하였다.[250]

---

247) 권오성, "다시 소환된 위장도급으로서 묵시적 근로계약관계—대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다267013 판결—",「노동리뷰」제185호, 한국노동연구원(2020. 8.), 99면에서는 위 대법원 2019다267013 판결에 대하여 '대법원이 현대미포조선 사건 판결 이후 원청회사와 하청업체 소속 근로자 사이의 묵시적 근로관계의 성립을 인정한 사례를 찾기 어려웠으나, 대상판결은 종래의 위장도급으로서 묵시적 근로계약관계 성립 인정 기준 내지 판단 법리를 변경한 것은 아니지만, 원청업체와 하청업체 소속 근로자 사이의 묵시적 근로계약관계의 판단 법리가 아직도 유효하다는 점을 다시금 확인시켰다는 점에서 의의가 있다'라고 평가한다.

248) 권오성, 앞의 글(2020. 8.), 100~101면. 박제성·노상헌·유성재·조임영·강성태, 앞의 책, 27면에서는 수급인(하청)이 실제가 있는지 여부는 도급인(원청)과 (하청)근로자들 사이에 종속관계, 즉 근로계약이 성립하는지 여부와는 무관하고 도급인과 하청근로자들 사이의 실질적 문제임에도 묵시적 근로계약관계 법리는 '종속 있으면 근로계약 있다'라는 대법원이 확립한 실질주의 판단 원칙에도 반하는 것이라고 비판한다.

249) 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결.

250) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결.

『원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, ① 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, ② 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, ③ 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, ⑤ 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.』

위 파견과 도급의 구별 법리에 따라 사내하청의 실질이 파견으로 인정되면 구 파견법상 직접고용간주 규정 또는 현행 파견법상 직접고용의무 규정이 적용되어 종국적으로는 원청과 하청근로자 사이에 근로계약관계가 성립된다.

마. 하청근로자의 단체교섭권 보장을 통한 규율 법리의 모색

현재 사내하청에 대한 실질적인 노동법적 규율은 위와 같은 판례법리가 주도하고 있다고 할 수 있다. 그러나 판례법리에 의해 묵시적 근로계약관계 내지 파견관계가 인정되지 않는, 적법한 진정도급인 사내하청에서도 원청의 우월적 시장지배력, 고용과 사용의 분리로부터 비롯되는 문제점들이 해결되지 않고 있기 때문에 여전히 하청근로자에 대한 노동법적 보호의 필요성이 제기된다.

사내하도급 근로자보호 가이드라인 제정 당시 고용노동부 고용차별개선과장이 그 제정 배경에 관하여 아래와 같이 정부의 입장을 밝힌 부분도 이 점을 방증한다.[251]

『사내하도급은 종종 불법 파견 논란으로 이어지고 사회적 이슈로 부각돼 왔다. 그럼에도 사내하도급은 원칙적으로 개별 기업간의 민사상 계약관계이므로 노동관계 법률로 규율하는 것이 타당한지 여부에 대한 논쟁이 있어서 입법적 규율이 쉽

251) 양성필, “사내하도급 가이드라인의 제정 배경 및 주요 내용”, 「노동법률」 제244호, 중앙경제(2011. 9.), 68면.

지 않은 측면이 있었다.

이러한 상황에서 정부는 사내하도급 문제가 도급·파견의 구별을 둘러싼 논란에 매몰돼서는 아니 되고, 사내하도급 근로자의 근로조건이 개선될 수 있도록 각 조치를 취할 필요가 있다는 점에 주목했다. 즉 사내하도급 근로자는 원청의 사업장 내에서 원사업주의 영향 아래에서 근로를 제공하면서 원청의 성과에 기여하고 있다는 점을 직시해 수급사업주가 사내하도급 근로자의 사용자로서 노동법상 책임과 근로조건 개선을 위해 노력해야 하는 것과 더불어 원사업주도 사내하도급 근로자의 근로조건 보호와 고용 안정을 위해 일정한 역할을 해야 하고, 원·하청 근로자간에 임금 등 근로조건 격차 해소를 위한 노력도 필요하다는 인식을 하게 된 것이다. 따라서 원·하청 사업주가 협력해 노동법적 책임을 다하는 동시에 기업의 사회적 책임 차원에서 사내하도급 근로자의 근로조건 개선과 고용 안정을 위해 노력하도록 하는 계기를 마련하기 위해 사내하도급 가이드라인이 제정된 것이다.』

사내하청은 전통적으로 도급의 한 유형으로 허용되어 왔기에 해석론으로 원청과 하청근로자 사이의 노무제공 관계에 대하여 근기법에 준하는 강행적 규율이 가능하다고 보기 어려운 측면이 있다. 별도의 입법적 조치 역시 용이한 일은 아니다. 그렇다고 원청의 자발적 협력이나 기업의 사회적 책임에 호소하는 것만으로 사내하청 문제의 해결을 기대하기도 어렵다. 이러한 상황에서, 사내하청을 계속 유지하여 기업의 경쟁력을 강화하려는 사용자의 필요와 근로조건의 개선을 도모하려는 하청근로자간의 균형점을 찾을 수 있는 가장 바람직한 방안은 바로 하청근로자의 원청에 대한 단체교섭권을 보장하는 것이다. 원청과 하청근로자가 집단적 노사자치를 통해 사내하청 문제의 해결을 도모할 수 있는 길을 열어주되, 원청에 단체교섭 응낙의무를 부여함으로써 그 실효성을 법적으로 확보하는 것이다.

이것은 단순한 현실적 필요나 정책적 고려의 문제가 아닌, 규범적 요청이다. 헌법 제33조 제1항에서 하청근로자에게 근로조건 향상을 위한 단체교섭권을 보장하고 있기 때문이다. 원청의 단체교섭 응낙의무를 인정할 수 있는지, 그 근거와 요건은 무엇인지, 하청근로자의 단체교섭권은 구체적으로 어떻게 실현될 수 있는지 등에 관한 논의가 헌법 제33조 제1항으로부터 시작되어야 하는 이유이기도 하다. 이하 장을 바꿔 검토한다.

제3장 사내하청과 단체교섭권

제1절 단체교섭권의 헌법적 보장

1. 단체교섭의 개념과 기능

가. 단체교섭의 개념

헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”라고 규정하고 있으나, 단체교섭의 개념에 관하여는 달리 정의하지 않고 있다.

단체교섭은 가장 넓게는 노동조합을 포함한 근로자단체(예컨대 종업원위원회)와 사용자 또는 사용자단체가 행하는 일체의 집단적 대화를 의미하지만 좁게는 근로조건 기타 노사관계의 제반 사항에 관하여 노동조합과 사용자 간에 행하는 집단적 교섭을 의미한다.[252]

ILO 제98호「단결권 및 단체교섭권 협약」(1949년)(C98 Right to Organize and Collective Bargaining Convention) 제4조는 “필요한 경우에는 단체협약으로 고용조건을 규제하기 위하여 사용자 또는 사용자단체와 근로자단체 사이에 자발적 교섭을 위한 메커니즘을 충분히 발전시키고 이용하도록 장려·촉진하기 위하여 국내 사정에 적합한 조치를 취하여야 한다”고 규정하고 있다. ILO 제98호 협약의 중요성과 그 목적을 고려하고, 그 원칙에 기초하여 단체교섭을 촉진하기 위하여 채택된 제154호 단체교섭 협약(1981년)(C154 Collective Bargaining Convention) 제2조는 이 협약의 적용에서 “단체교섭이라 함은 다음 각 호의 목적을 위하여 개별 사용자, 다수의 사용자로 이루어진 그룹, 또는 하나 혹은 둘 이상의 사용자단체를 일방 당사자로 하거나 혹은 둘 이상의 근로자단체를 다른 당사자로 하여 양당사자 사이에 이루어지는 모든 교섭을 말한다. ㈎ 근로조건과 고용조건 결정 ㈏ 사용자와 근로자 간의 관계의 규율 ㈐ 사용자 또는 사용자단체와 하나의 근로자단체 또는 복수의 근로자단체 간의

252) 이철수,「노동법」, 현암사(2023), 474면.

관계의 규율"이라고 규정하고 있다.

ILO 제154호 협약과 제98호 협약을 비교하면, 제154호 협약에서 단체교섭의 개념은 제98호 협약의 "고용조건을 규제하기 위하여" 단체협약을 체결하려는 것(제4조)에서 "양당사자 사이에 이루어지는 모든 교섭"(제154호 제2조 각 호), 결국 "자유롭고 임의적인"(협약 전문) 단체교섭으로까지 확대되었다는 것을 알 수 있다.

나. 단체교섭의 기능

1) 근로자 보호

단체교섭은 근로자를 보호하는 기능을 한다. 근대 산업사회에서 계약의 자유란 경제력이 없는 개별 근로자의 입장에서는 실질적으로 사용자에 의하여 일방적으로 결정되는 내용의 계약을 체결하도록 강요받는 것이었고, 이러한 불합리와 사실상의 불법을 근로자의 단결에 의해 집단적으로 바로잡기 위해 단체교섭권이 보장되기 시작하였다는 점을 고려하면 단체교섭의 일차적인 기능은 근로자 보호에 있다고 보아야 한다.[253] 제헌헌법 제18조에 대한 논의 과정에서도 헌법 초안 기초자인 유진오 박사는 단체교섭권의 의의에 대하여 "단체를 만들어서 단체교섭을 할 수 있으며 그 단체교섭으로써 근로자의 지위를 보호할 수 있게 된 것"이라고 설명하여 단체교섭의 근로자보호 기능을 강조하였다.[254]

2) 집단적 자치 원리의 구현

단체교섭은 집단적 자치의 원리를 구현하는 기능을 한다. 문제를 노동관계 당사자 사이의 자율적인 교섭과 협의를 통해 형성하고 실현해나가는 기능이 바로 집단적 자치의 원리를 구현하는 기능을 말한다. 집단적 자치란 노동조합과 사용자 또는 사용자단체가 집단적 차원에서 국가나 외부세력의 개입 없이 근로조건 또는 근로조건에 밀접한 영향을 주는 다양한 문제들에 대하여 합의를 형성하고 이 합의를 통하여 자신들의 문제를 자율적으로 해결해나가는 것을 말한다. 이러한 기능을 "집단적·자율적 이익조정시스템"이라고 하면서 "집단적 자치"라고 지칭하기도 한다. 또한 단체교섭의 이와 같은 기능을 "협약자율 또는 협약자치"라는 용어를 사용하여

253) 이준희,「단체교섭법론」, 신조사(2017), 91면.
254) 이흥재,「노동법 제정과 전진한의 역할」, 서울대학교출판문화원(2010), 49면.

설명하기도 한다. 협약자율 또는 협약자치는 독일어인 Tarifautonomie의 번역어인데, 독일에서는 단결권으로부터 파생되는 노동기본권의 보장을 위해 가장 중요한 역할을 하는 것이 단체협약이므로 집단적 자치를 협약자치 내지 협약자율로 인식하는 것이 자연스럽다. 그러나 단체교섭을 통해 합의된 결과를 토대로 단체협약을 체결하는 것이 일반적이기는 하지만, 단체교섭이 반드시 단체협약 체결을 목적으로 해야만 하는 것은 아니므로 단체교섭을 중심으로 이루어지는 집단적 자치 원리를 협약자율 또는 협약자치라고 칭하는 것이 언제나 타당한 표현이라고 하기는 어렵다.[255]

3) 노사분쟁의 평화적인 해결 수단

단체교섭은 집단적 노사관계에 관한 노사간의 광범위한 대화와 정보공유를 전제로 하여 진행되기 때문에 노사간의 의사소통기능을 수행하고, 이를 통하여 노사간 갈등과 분쟁의 사전적 예방이나 사후적 해결을 위한 평화적인 제도로서 기능한다.[256] 미국의 경우 부당노동행위 제도를 마련하여 가장 강력한 형식으로 근로자에게 단체교섭권을 보장하게 된 것은 사용자의 교섭거부로 인하여 빈번하게 발생하는 노사분규, 즉 노사 양측에 의한 파업, 해고, 직장폐쇄 등의 쟁의행위를 방지하려고 한 데에 주목적이 있었다고 한다. 즉, 사용자의 불필요한 반발을 막고 단체교섭의무를 부여하여 단체교섭 제도를 확립함으로써 근로자의 단체행동권의 행사를 상대적으로 감소시켜 산업평화를 유지하려고 하는 정책에 의한 것이었다.[257] 단체교섭은 근로자, 사용자, 국가 모두에게 이익을 가져다준다. 근로자 측에서 보면 근로조건을 유지하고 개선함으로써 근로자의 생활을 향상시킨다. 사용자측에서 보면 근로자들의 불만이나 요구사항을 하나의 창구로 흡수하여 한꺼번에 처리하고, 근로조건의 기준을 통일적으로 설정하여 일정한 기간 평화롭고 안정된 분위기 속에서 일할 수 있도록 하여 생산성을 높인다. 국가의 측면에서 보면 노사의 갈등을 정리하여 사업장의 질서를 확립하게 함으로써 산업평화를 보장하고 사회를 안정시키며 국민경제의 성장에 기여한다.[258]

---

255) 이준희, 앞의 책, 91~92면
256) 김유성, 「노동법Ⅱ—집단적 노사관계법—」(전정판), 법문사(1997), 124면.
257) 이영희,「노동기본권의 이론과 실제」, 까치(1990), 153면.
258) 하갑래,「집단적 노동관계법」, 전정제7판, 중앙경제(2021), 217면.

4) 결정과정의 민주화 수단

단체교섭은 근로자의 근로조건 등이 사용자에 의하여 일방적으로 결정되는 것이 아니라 관계당사자의 합의에 의하여 결정되는 제도로서 그 결정에 스스로 관여하는 것 자체가 인간의 존엄과 가치에 기초한 인간다운 생활을 인간다운 수단에 의하여 보장하는 기능을 수행하는 것이라 할 수 있다. 단체교섭이 결정과정의 민주화 수단으로서 제대로 기능하기 위해서는 해결권한이 있는 자가 직접적으로 교섭당사자로 참여할 필요가 있다.[259]

2. 헌법 제33조 제1항의 규범적 의의

가. 독자적 기본권으로서 단체교섭권 보장

헌법 제33조 제1항은 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."라고 규정함으로써 단체교섭권을 기본권으로 보장하고 있다.[260] 위 규정의 구체적인 문언과 개별적 법률유보 여부 등에 관하여 몇 차례 개정을 거치기는 하였으나, 단체교섭권을 비롯한 노동3권을 헌법상 기본권으로 보장하는 기조는 1948년 제헌헌법 이래 일관되게 유지되었다.[261]

---

259) 김선수, "단체교섭 상대방으로서의 사용자 개념의 확대", 「노동법의 쟁점과 과제 : 김유성 교수 화갑기념」, 법문사(2000. 12.), 343면.

260) 헌법재판소는, 헌법이 노동3권을 보장한 취지에 관하여 '원칙적으로 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 하는 시장경제의 원리를 경제의 기본질서로 채택하면서, 노동관계당사자가 상반된 이해관계로 말미암아 계급적 대립·적대의 관계로 나아가지 않고 활동과정에서 서로 기능을 나누어 가진 대등한 교섭주체의 관계로 발전하게 하여 그들로 하여금 때로는 대립·항쟁하고, 때로는 교섭·타협의 조정과정을 거쳐 분쟁을 평화적으로 해결하게 함으로써, 결국에 있어서 근로자의 이익과 지위의 향상을 도모하는 사회복지국가 건설의 과제를 달성하고자 함에 있다'라고 한다(헌법재판소 1993. 3. 11. 선고 92헌바33 결정, 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바23 결정).

261) 제헌헌법 이래 현행 헌법까지 노동3권 규정의 개정 경과 및 내용에 관하여는 노동법실무연구회, 「노동조합 및 노동관계조정법 주해」(제2판) Ⅰ, 박영사(2023), 97~98면 참조. 가장 두드러진 개정은 5·16 쿠데타 후 1962. 12. 26. 헌법 제6호로 개정된 제3공화국헌법이다. 제헌헌법 제18조 전문은 "근로자의 단결, 단체교섭 및 단체행동의 자유는 법률의 범위 내에서 보장한다."라고 규정하고 있었는데, 제3공화국헌법은 제29조 제1항에서 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."라고 규정하여 '단결, 단체교섭 및 단체행동의 자유'라는 문언을 '단결권·단체교섭권 및 단체행동권'으로 바꾸고, 일반근로자의 노동3권에 대한 개별적 법률유보를 삭제하였다. 이에 관하여 '1960년대 군사정권이 들어서면서 국가에게 부담으로 작용하게 되는 노동3권을 사실상 무력화시키기 위해 권리의 성격을 자유권에서 사회권으로 바

단체교섭이 단결금지의 시대를 거쳐 제도적으로 승인된 방식은 국가마다 다른데,[262] 우리나라는 단체교섭권을 헌법에서 독자적인 기본권으로 규정하여 보장함으로써 가장 적극적인 형태로 단체교섭을 촉진하는 국가에 속한다.[263]

우리 헌법이 단체교섭권을 별도의 기본권으로 보장한 것은, 노동조합의 역량이 충분하지 않고 사용자가 쉽게 단체교섭을 거부하는 태도로 나아가려는 상황에서 단체교섭권을 헌법상 기본권으로 명백하게 부각시키고 그 법률상 보호를 위한 기초를 마련한 것으로 특별한 의미가 있다.[264] 또한, 단체교섭권은 국가의 최고규범이자 근본규범인 헌법 차원에서 인정되고 보호받는 기본권이므로 단체교섭권에 관한 모든 논의는 헌법의 규정으로부터 출발하여야 한다.

꾼 것은 아닐까 의심도 해 볼 수 있지만 자료의 부재로 입증할 길이 없다'라는 지적이 있고[김종서, "노동3권 소고", 「민주법학」 제71호, 민주주의법학연구회(2019. 1.), 188면], 제3공화국헌법의 초안을 마련하기 위해 국가재건최고회의의 의결로 발족한 헌법심의위원회의 산하 소위원회가 1962. 7. 24. 당시 시행 중이던 헌법의 문제점으로 12가지 항목을 확정하면서 '기본권의 내용과 보장 방식'도 포함시켰던 점[오동석 · 권혜령 · 이춘열, 「유신헌법이 남긴 입법과제」(국회법제사법위원회 연구용역보고서), 국회법제사법위원회(2012. 12.), 16면에서 재인용]을 감안하면 위 지적이 단순한 의심에 그치는 것만은 아닐 수 있다. 그러나 위와 같이 노동3권 규정의 문언이 개정된 구체적인 이유를 확인할 수 있는 기록이 없는데다가, 제헌헌법이 시행되던 때에도 학계는 제헌헌법 제18조 전문이 '단결권, 단체교섭권 및 쟁의권'의 보장을 선언한 것으로 이해하고, 각 그 '권리'의 내용을 설명하는 것이 일반적이었던 점[홍영표, 「노동법론」, 법문사(1962), 114～125면; 박덕배 · 김진웅, 「노동법」, 일산사(1962), 167, 183～217면], 역으로 현행 헌법의 '단결권 · 단체교섭권 및 단체행동권'이라는 문언으로부터도 '단결할 자유', '단체교섭을 할 자유', '단체행동을 할 자유'의 보장을 도출할 수 있는 점[정영훈, 「헌법상 근로3권 보장과 제한의 한계」, 헌법재판소 헌법재판연구원(2013), 41면] 등에 비추어 보면, 현행 헌법의 노동3권 규정을 논의함에 있어 '단결, 단체교섭 및 단체행동의 자유'에서 '단결권 · 단체교섭권 및 단체행동권'이라는 용어로 개정된 사정이나 그 문언 자체로부터 노동3권의 법적 성격, 보장의 내용, 범위 등에 유의미한 차이가 있다고 단정하기는 어렵다.

262) 영국이나 독일과 같이 단체교섭 그 자체에 대하여 법이 관여하지 않는 '방임형'과 미국이나 일본과 같이 단체교섭권을 법적 권리로 인정함으로써 단체교섭을 적극적으로 보호하는 '조성형'으로 나눌 수 있다(김유성, 앞의 책, 125면). 조성형을 취하는 국가 중 일본은 헌법 제28조에서 '근로자의 단결할 권리 및 단체교섭 그 밖의 단체행동을 할 권리는 이를 보장한다'라고 규정하여 헌법 차원에서, 미국은 연방노동관계법(National Labor Relations Act, 일명 와그너법) 제7조에서 '근로자는 자치조직에 관한 권리, 근로자단체를 설립, 가입 또는 지원할 권리, 스스로 선택한 대표를 통하여 단체로 교섭할 권리, 그리고 단체교섭 또는 그 밖의 상호부조 또는 보장을 목적으로 단체행동에 참여할 권리를 가지며…"라고 규정하여 법률 차원에서 각 단체교섭권을 보호하고 있다. 이준희, 「단체교섭법론」, 신조사(2017), 26～29면에서는 단체교섭권을 별도로 명시한 우리나라 헌법 제33조 제1항의 규정 방식이 직접적으로는 일본 헌법의 영향을 받았으며, 더 거슬러 올라가면 일본 헌법에 영향을 미친 미국의 노동법제로부터 연유한 것으로 설명하고 있다.

263) 김유성, 앞의 책, 125면.

264) 노동법실무연구회, 「노동조합 및 노동관계조정법 주해」(제2판) Ⅰ, 박영사(2023), 130면, 김형배, 「노동법」 제27판, 박영사(2021), 157면.

나. 집단적 근로조건 대등결정 원칙의 헌법적 승인

헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌마629, 630(병합) 결정은, 최저임금 산입을 위하여 임금지급 주기에 관한 취업규칙을 변경하는 경우 노동조합 또는 근로자 과반수의 동의를 받을 필요가 없도록 정한 최저임금법상 규정이 노동조합 및 근로자의 단체교섭권을 침해하는지 여부가 문제된 사안에서, '사회적·경제적 열위에 있는 개별 근로자의 입장에서는 사용자의 의사에 따라 정해진 근로조건을 강요받을 수밖에 없어 계약자유의 원칙이 형해화될 우려가 있는바, 근로자에 대해서도 계약자유의 원칙이 실현되기 위해서는 근로자들이 단결체를 조직하고 집단적으로 교섭함으로써 사용자와 실질적으로 대등한 관계에서 근로조건을 결정·개선할 수 있어야 한다. 이러한 배경에서 헌법 제33조 제1항은 근로3권을 기본권으로 보장하는 것이고, 여기에는 근로조건의 집단적 결정은 대등한 위치에 있는 노사 간의 교섭과 합의를 통해 이루어져야 한다는 이른바 집단적 근로조건 대등결정의 원칙이 내포되어 있다'라고 판시하였다. 이는 헌법이 특히 단체교섭권을 기본권으로 보장한 취지가 사용자와 실질적으로 대등한 관계에서 근로조건을 집단적으로 결정·개선하기 위한 것임을 분명히 한 것이다.

근기법 제4조는 "근로조건은 근로자와 사용자가 동등한 지위에서 자유의사에 따라 결정하여야 한다."라고 하여 근로조건 대등결정의 원칙을 규정하고 있었고, 위 규정이 집단적 노사관계에서도 적용되는지 여부에 관하여 논란이 있었다.[265] 위 2018헌마629, 630(병합) 결정은 근기법 제4조를 명시적으로 거론하며 위 규정이 개별 근로계약을 체결하거나 변경하는 경우뿐만 아니라 집단적 근로조건을 결정하는 내용의 취업규칙이나 단체협약에 대해서도 적용된다는 점을 명확히 하였고, 이로써 '집단적 근로조건 대등결정의 원칙'을 헌법적으로 승인하였다.[266]

집단적 근로조건 대등결정의 원칙은 사내하청에서 이루어지는 단체교섭 절차에서도 적용되어야 한다. 원청이 하청근로자의 근로조건에 관하여 실질적으로 지배·결정하는 부분이 있음에도 단지 근로계약관계를 맺지 않은 사용자가 아니라는 이유를 들어 해당 근로조건에 관하여 단체교섭을 거부하고, 하청은 해당 근로조건에 관하여 자신에게 결정 권한이 없다 등의 이유로 단체교섭을 거부하거나 성실하

265) 노동법실무연구회,「근로기준법 주해」(제2판) Ⅰ, 박영사(2020), 379~380면.
266) 박제성, "집단적 근로조건 대등결정 원칙의 헌법적 승인—헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌마629, 630(병합) 결정—", 「노동리뷰」 제206호, 한국노동연구원(2022. 2.), 93면.

게 응하지 않는다면, 이런 상황에서 하청근로자와 하청만의 단체교섭으로는 대등한 지위에서 근로조건을 결정할 수 없고, 교섭은 좌초된다. 이에 대하여 간접고용 하에서 원고용주가 아닌 제3자의 근로조건 결정 참여(제3자가 실질적으로 근로조건을 결정하고 있다는 의미로 보인다)는 열위한 근로자의 지위를 더 열악하게 하여 근로조건 대등결정의 원칙과 배치되므로, 근기법 제4조의 규범적 의미를 적극적으로 확장하여 '근로자의 근로조건의 결정 과정에 깊게 개입하는 자'를 사용자로 인정할 필요성이 크다는 견해가 있다.[267] 원청과 하청의 위와 같은 태도로 말미암아 집단적 근로조건 대등결정의 원칙이 훼손되었다는 사정만으로 곧바로 원청을 단체교섭의 상대방인 사용자로 인정할 수 있을지는 의문이나, 원청의 사용자성을 인정하는 논거, 즉 '실질적으로 대등한 관계에서 근로조건을 결정·개선할 수 있는 자와 단체교섭을 할 필요성과 당위성'이라는 관점에서 위 원칙을 원용할 수 있을 것이다.

다. 단체교섭권의 보장 목적—근로조건의 향상

헌법 제33조 제1항은 근로자가 '근로조건의 향상을 위하여' 단체교섭권을 가진다고 규정하여 헌법이 단체교섭을 보장하는 목적이 근로조건의 향상에 있음을 헌법 규정 자체에서 명확히 하고 있다. 그동안 학계는 단체교섭의 보장 목적에 관한 논의를 '근로조건의 향상'의 의미와 범위에 국안하여 주로 '단체교섭 대상사항'의 문제로 다루어 왔다. 즉, 근로조건에 해당하는 사항이 무엇인지, 집단적 노사관계에서 실체적 또는 절차적 각종 규율에 관한 사항도 포함되는지, 경영권도 단체교섭 대상사항으로 삼을 수 있는지 등이 그것이다.

오늘날 다면적 노무제공관계의 확산으로 누가 단체교섭의 상대방인 사용자인지가 모호하여 법적 다툼이 되고 있는 상황에서 단체교섭권의 보장 목적에 관한 논의의 범주를 단체교섭 상대방의 문제로 확대할 필요가 있다. 단체교섭권은 근로자가 단결하여 그 대표자를 통해 근로조건에 관하여 사용자 또는 사용자단체와 집단적으로 교섭할 수 있는 권리이고,[268] 근로자가 단체교섭권의 행사를 통하여 '근로조건의 향상'을 도모하기 위해서는 근로조건을 실질적으로 결정할 수 있는 자와 단체교섭을 하여야만 의미가 있기 때문이다.

---

267) 이태현, "미국 공동사용자 법리의 현황과 시사점—브라우닝 팰리스 결정과 그 이후의 전개를 중심으로—", 「노동법학」 제86호, 한국노동법학회(2023. 6.), 138～139면.

268) 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌마629, 630(병합) 결정.

3. 단체교섭권의 법적 성격과 권리 내용

가. 논의의 의의

단체교섭권을 비롯한 노동3권은 자유권적 기본권의 성격과 사회권적 기본권의 성격을 모두 갖고 있다는 혼합권설이 현재 헌법학계와 노동법학계의 다수설이고,[269] 헌법재판소의 입장도 그러하다.[270] 그런데 학자마다 그중 어느 기본권적 성

269) 혼합권설을 취하면서 ① 자유권적 기본권의 측면이 보다 강하다고 보는 견해로는 계희열,「헌법학 (中)」신정2판, 박영사(2007), 786면; 박일경,「제6공화국 신헌법」, 법경출판사(1990), 287면(일차적으로 자유권이고 제2차적 내지 부차적으로 생존권이라고 한다); 정종섭,「헌법학원론」제13판, 박영사(2022), 788면(서술의 편제 자체에서 노동3권을 자유권적 기본권으로 분류하여 설명하고 있다). 한수웅,「헌법학」제12판, 법문사(2022), 1037면; 김유성,앞의 책, 23～25면(국가권력으로부터 자유라는 연혁적 자유권성은 현재도 노동3권의 핵심적 내용이라고 한다), ② 사회권적 기본권의 측면이 보다 강하다고 보는 견해로는 권영성,「헌법학원론」개정판, 법문사(2010), 684면; 성낙인,「헌법학」제23판, 법문사(2023), 1554～1555면; 정재황,「헌법학」제2판, 박영사(2022), 1199면. ③ 특별히 어느 기본권에 강조점을 두지 않고 혼합권설을 취하는 견해로는 김하열,「헌법강의」제5판, 박영사(2023), 710면; 허영,「한국헌법론」전정19판, 박영사(2023), 596면(자유권적인 면과 생활권적인 면을 함께 내포하고 있는 하나의 복합적인 성질의 기본권이라고 하여 사회권 대신 생활권이라는 용어를 사용한다); 김형배,「노동법」제27판, 박영사(2021), 127～129면; 임종률,「노동법」제20판, 박영사(2022), 23면; 이상윤,「노동법」제17판, 법문사(2022), 68면; 이철수, 앞의 책, 23～24면; 하갑래, 앞의 책, 7면.

270) 헌법재판소는 초기에는 "근로기본권은 근로자의 근로조건을 개선함으로써 그들의 경제적·사회적 지위의 향상을 기하기 위한 것으로서 자유권적 기본권으로서의 성격보다는 생존권 내지 사회권적 기본권으로서의 측면이 보다 강한 것으로서 그 권리의 실질적 보장을 위해서는 국가의 적극적인 개입과 뒷받침이 요구되는 기본권"이라고 판시한 바도 있으나(헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정), 이후 다수의 결정에서 "노동3권은 근로자가 자주적으로 단결하여 근로조건의 유지·개선과 근로자의 복지증진 기타 사회적·경제적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 단체를 자유롭게 결성하고 이를 바탕으로 사용자와 근로조건에 관하여 자유롭게 교섭하며 때로는 자신의 요구를 관철하기 위하여 단체행동을 할 수 있는 자유를 보장하는 자유권적 성격과 사회·경제적으로 열등한 지위에 있는 근로자로 하여금 근로자단체의 힘을 배경으로 그 지위를 보완·강화함으로써 근로자가 사용자와 실질적으로 대등한 지위에서 교섭할 수 있도록 해주는 기능을 부여하는 사회권적 성격도 아울러 지닌 기본권"이라고 하여 혼합권설을 취하고 있음을 분명히 하였다(헌법재판소 1998. 2. 27. 선고 94헌바13 등 결정, 헌법재판소 2005. 11. 24. 선고 2002헌바95 등 결정, 헌법재판소 2017. 9. 28. 선고 2015헌마653 결정 등). 또, 헌법재판소는 "노동3권은 근로자가 국가의 간섭이나 영향을 받지 아니하고 자유롭게 단체를 결성하고 그 목적을 집단으로 추구할 권리를 보장한다는 의미에서 일차적으로 자유권적 성격을 가지나, 고전적인 자유권이 국가와 개인 사이의 양자관계를 규율하는 것과는 달리 국가·근로자·사용자의 3자 관계를 그 대상으로 한다. 따라서 노동3권은 국가공권력에 대하여 근로자의 단결권의 방어를 일차적인 목표로 하지만, 노동3권의 보다 큰 헌법적 의미는 근로자단체라는 사회적 반대세력의 창출을 가능하게 함으로써 노사관계의 형성에 있어서 사회적 균형을 이루어 근로조건에 관한 노사 간 실질적인 자치를 보장하려는 데 있다. 경제적 약자인 근로자가 사용자에 대항하기 위해서는 근로자단체의 결성이 필요하고 단결된 힘에 의해서 비로소 노사관계에 있어서 실질적 평등이 실현된다. 다시 말하면 근로자는 노동조합과 같은 근로자단체의 결성을 통하여 집단으로 사용자에 대항함으로써 사용자와 대등한 세력을 이루어 근로조건의 형성에 영향을 미칠 수 있는 기회를 가지게 되므로 이러한 의미에서

격을 더 주된 것으로 이해하는지가 다르기도 하고, 특히 사회권적 기본권의 성격을 갖는다는 구체적 의미에 관하여는 상당한 견해 차이가 있다.

노동3권이 근로자의 단결, 단체행동에 대한 국가로부터의 불간섭 즉 형사면책으로부터 형성·발전되어 온 대 국가적 방어권으로서 자유권적 기본권이라는 데는 크게 이견이 없다. 현재 유일하게 사회권적 기본권설을 취하고 있는 견해는 노동3권이 '다른 사회적 기본권과는 달리 국가의 급부행위가 아니라 근로조건의 향상을 위하여 필요한 제도·절차 및 조직을 형성하는 과제를 갖기 때문에 그 실현구조는 다르지만, 사용자와 대등한 관계에서 자유롭게 교섭을 할 수 있도록 노사관계에 적극적으로 개입하여 근로자를 지원한다는 점에서 자유권적 기본권과는 뚜렷한 차이가 있어 자유권적 성격을 갖는 사회적 기본권으로 이해하는 것은 옳지 않고 이러한 이해방법이 갖는 의미가 무엇인지 명확하지 않다며, 사회적 기본권의 성격을 가지고 구체적인 내용은 법률에 의하여 형성된다'고 본다.[271] 그런데 자유권적 성격을 갖는다고 이해하는 것이 왜 옳지 않다고 보는 것인지는 분명치 않고, 노동3권의 자유권적 성격을 포착하는 이해방법이 갖는 의미는 여전히 크다.

노동3권의 법적 성격이 자유권적 기본권에 해당하는지 아니면 사회권적 기본권에 해당하는지에 따라 그 보장 내용, 실현 방식, 효력, 권리 제한의 허용 정도, 위헌심사기준 등이 상이하며, 헌법 제33조 제1항을 기초로 제정된 노조법의 체계와 규정에 대한 이해와 해석원리 등이 달라질 수 있기 때문이다.[272]

나. 노동3권의 사회권적 성격의 함의

혼합권설에서는 단체교섭권을 포함한 노동3권의 사회권성에 관하여 대체로 인간다운 생활의 확보라는 이념으로부터 비롯된 권리이기에 생존권으로 볼 수 있다는

노동3권은 '사회적 보호기능을 담당하는 자유권' 또는 '사회권적 성격을 띤 자유권'이라고 말할 수 있다. 이러한 노동3권의 성격은 국가가 단지 근로자의 단결권을 존중하고 부당한 침해를 하지 아니함으로써 보장되는 자유권적 측면인 국가로부터의 자유뿐이 아니라, 근로자의 권리행사의 실질적 조건을 형성하고 유지해야 할 국가의 적극적인 활동을 필요로 한다. 따라서 노동3권의 사회권적 성격은 입법조치를 통하여 근로자의 헌법적 권리를 보장할 국가의 의무에 있다. 이는 곧 입법자가 근로자단체의 조직, 단체교섭, 단체협약, 노동쟁의 등에 관한 노동조합 관련법의 제정을 통하여 노사 간 세력균형이 이루어지고 근로자의 노동3권이 실질적으로 기능할 수 있도록 하기 위하여 필요한 법적 제도와 법규범을 마련하여야 할 의무가 있다는 것을 의미한다"라고 판시하였다(헌법재판소 1998. 2. 27. 선고 94헌바13 등 결정, 헌법재판소 2009. 2. 26. 선고 2007헌바27 결정 등).

271) 전광석, 「한국헌법론」 제17판, 집현재(2023), 473면.

272) 박종희, "노동3권의 보장의의와 내용", 「고려법학」 제48호, 고려대학교 법학연구원(2007. 4.), 107면.

점,[273] 경제적 약자인 근로자가 국가적 배려와 보호를 요구할 수 있다는 측면에서 사회권적 성격을 가진다는 점,[274] 근로자가 사용자와 대등한 관계에서 단체협약을 체결하고 이를 준수하도록 국가에 대하여 요구할 수 있는 권리라는 점,[275] 노동3권의 실현은 국가의 제도적인 뒷받침에 의해서 비로소 가능하다는 점,[276] 근로자 및 그 단체가 노동3권을 실제로 행사하기 위하여 필요한 법적 제도와 법규범을 마련할 국가의 의무로부터 사회권적 요소를 찾을 수 있다는 점[277] 등을 든다.

그런데 혼합권설에서 이해하는 노동3권의 사회적 기본권으로서의 성격, 즉 노동3권의 실현을 위하여 필요한 법적 제도와 법규범을 마련할 국가의 의무 내지는 국가에 대하여 이러한 제도와 규범 내지 배려와 보호를 요구할 수 있는 권리는 노동3권의 법적 성격을 자유권적 기본권으로 파악하여도 도출될 수 있는 것이다.[278] 기본권에 대한 국가의 보호의무는 자유권이 보호될 수 있는 모든 법익과 관련하여서도 발생할 수 있는 것이기 때문이다[279] 오히려 노동3권의 사회적 기본권성이 노동3권을 제한하는 논리로 활용되는 예를 보아 왔고,[280] 사회권성을 강조하여 노동3권의 구체적 내용이 입법을 통해서 '비로소' 형성된다고 보게 되면 헌법의 규범력을 망각하고 노동3권을 노조법의 틀 안에서만 이해하는 오류를 범할 우려가 있다. 그런 의미에서는 자유권적 기본권설이 타당해 보인다.[281] 다만, 논리적 우위의 문제

---

273) 김유성, 앞의 책, 23～25면; 정재황, 앞의 책, 1199면(열악한 지위에 있던 근로자들에게 생존의 힘을 부여하기 위한 것), 성낙인, 앞의 책, 1554면(근로자의 근로조건을 개선함으로써 그들의 경제적·사회적 지위의 향상을 기하기 위한 것)도 같은 취지이다.

274) 권영성, 앞의 책, 684면. 장영수, 앞의 책, 812면(근로자들의 활동이 부당하게 억압되지 않도록 국가가 각종 입법이나 처분 등을 통해 적극적인 보호조치를 취하도록 요구하는 권리)도 같은 취지이다.

275) 계희열, 앞의 책, 786면, 임종률, 앞의 책, 23면(노동3권의 행사를 국가가 적극적으로 보호·조장하여 주도록 요구할 수 있는 생존권)도 같은 취지이다.

276) 허영, 앞의 책, 595～596면; 이상윤, 앞의 책, 68면.

277) 한수웅, "근로3권의 법적 성격과 한계",「법과 인간의 존엄」(청암 정경식박사 화갑기념논문집), 박영사(1997), 220～221면.

278) 혼합권설 역시 노동3권을 국가에 대하여 구체적인 급부를 요구하는 사회적 기본권과는 구별하고 있다(장영수, 앞의 책, 812～813면; 계희열, 786면 등).

279) 정영훈, 앞의 책, 32～36면; 김진곤, "기본권 심사기준의 이해와 통합—노동3권의 구조와 위헌심사기준의 체계성—",「공법연구」제50집 제3호, 한국공법학회(2022. 2.), 73～74면.

280) 헌법재판소가 노동3권의 사회적 기본권성을 논거로 들어 노동3권을 제한하는 규정을 합헌으로 본 결정으로는 구 사립학교법 제55조에 관한 헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정, 구노동조합법 제81조 제2호의 유니온샵조항에 관한 헌법재판소 결정이 있다.

281) 자유권적 기본권설을 취하는 견해로는 정영훈, 앞의 책, 36면; 정태호, "사회적 기본권과 헌법재판소의 판례", 「헌법논총」제9집, 헌법재판소(1998), 622면. 제헌헌법 제정에 중추적 역할을 하였던 유진오 박사는 옐리네크의 이론에 따라 제헌헌법상 기본권을 자유권, 수익권, 참정권으로 나눠 설명하면서 근로자의 단결, 단체교섭과 단체행동의 자유(제18조)를 자유권으로 분류하였다[유진오,「新稿 憲法解義」, 일조각(1954), 61～63면. 강병두,「신헌법」, 수학사(1963) 185면 각주1)에서는 유진오 박사 역시 '근로자의 권리는 역시 경제적 민주주의의 원칙으로부터 나오는 수익권

로 접근하기보다는 노동3권의 사회권성을 수긍할 때 장점도 없지 않은 이상[282] 혼합권설을 폐기하지 않더라도 기본적으로 노동3권에 관한 논의는 자유권적 성격 안에서 규명하는 것이 타당하다.

다. 자유권, 구체적 권리로서의 단체교섭권

대법원은 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결에서 『노동3권은 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리라고 보아야 한다. 특히 노동3권 중 단결권은 결사의 자유가 근로의 영역에서 구체화된 것으로서, 연혁적·개념적으로 자유권으로서의 본질을 가지고 있으므로, '국가에 의한 자유'가 아니라 '국가로부터의 자유'가 보다 강조되어야 한다. 따라서 노동관계법령을 입법할 때에는 이러한 노동3권, 특히 단결권의 헌법적 의미와 직접적 규범력을 존중하여야 하고, 이렇게 입법된 법령의 집행과 해석에 있어서도 단결권의 본질과 가치가 훼손되지 않도록 하여야 한다』라고 판시하였다.[283]

위 판결은 단체교섭권의 자유권성과 구체적 권리성을 분명히 하였다는 데 의의가 있다.[284] 구체적 권리성은 자유권으로부터 연유하는 것으로, 단체교섭권이 구체적 권리라는 의미는 입법자에 의한 별도의 형성행위 없이 헌법규정만으로도 국가권력의 부당한 침해를 배제하거나 국가에 대하여 보호 내지 규제를 요구할 수 있는 권리임을 의미한다.[285] 학계에서는 이미 자유권으로서의 노동3권을 구체적 권리로 파악하는 견해가 다수 있었지만,[286] 한편으론 사회적 기본권의 권리성에 대한 논의

의 일종이라 하여야 할 것이다'(유진오, 86면)라고 하여 생존권적 기본권설을 취하는 것으로 인용하고 있으나, 유진오, 앞의 책, 86면은 제헌헌법 제18조 제2항에 규정된 이익균점권에 관한 설명이므로 잘못된 인용이다].

282) 김종서, 앞의 글, 192～195면은 노동3권의 사회권성을 '자유 + α'를 의미하는 것으로 이해할 것을 제안한다.

283) 대법원은 1990. 5. 15. 선고 90도357 판결, 1992. 2. 14. 선고 90도2310 판결 등에서 노동3권의 법적 성격을 '시민법상 자유주의적 법원칙을 수정하는 신시대적 정책으로서 등장된 생존권적 기본권'이라 판시한 바 있다. 김진곤, 앞의 글, 75면에서는 위 대법원 2016두32992 전원합의체 판결에 대하여 기존의 생존권 관념을 많이 퇴색시키면서 자유권 중심으로 논리를 구성하고 있다고 평가한다.

284) 권오성, "단체교섭권 또는 단체교섭의 자유", 구체적 권리로서의 노동3권의 의의와 부당노동행위제도 재정립에 관한 연구」, 한국노동연구원(2022), 68면.

285) 계희열, 앞의 책, 786면

286) 계희열, 앞의 책, 786면; 김유성, 앞의 책, 24면; 임종률, 앞의 책, 23면; 한수웅, 앞의 글, 220면.

와 혼선의 여지도 있었던 차에[287] 대법원이 이를 명확히 한 것에 큰 의의를 찾을 수 있다.

또한, 위 판결은 노조법의 집행과 해석에 있어서도 단체교섭권의 본질과 가치가 훼손되지 않도록 하여야 한다고 밝혀 법학방법론의 관점에서도 매우 유의미한 해석기준을 제시하고 있다. 노조법은 헌법상 기본권인 단체교섭권의 실질적 보장을 위해 제정되어, 노동조합의 대표자의 단체교섭 및 단체협약체결권(제29조 제1항), 교섭창구 단일화 절차(제29조의2 내지 제29조의5), 정당한 이유 없는 단체교섭 거부 및 해태의 금지(제81조 제1항 제3호, 부당노동행위) 등 여러 규정을 두고 있다. 단체교섭권에는 단체협약체결권이 포함되어 있으므로[288] 노조법 규정 중 단체협약의 작성(제31조)이나 단체협약의 규범적 효력(제33조)에 관한 규정 등도 단체교섭권의 실현을 위한 규정된 것이라 할 수 있다. 따라서 이와 같은 단체교섭과 관련한 노조법상 규정들을 해석함에 있어서 단체교섭권이 제한되는 결과에 이른다면, 그러한 해석이 단체교섭권의 본질과 가치를 훼손하는 것은 아닌지 한 번 더 숙고해 보아야 한다. 이 때 단체교섭권의 본질과 가치가 훼손되었다 함은, 그 해석의 결과로 말미암아 단체교섭권이 유명무실한 것이 되어 버릴 정도로 형해화되는 경우는 물론, 헌법이 단체교섭권을 기본권으로 보장하면서 이루고자 한, 집단적 근로조건 대등결정의 원칙에 위배되는 상황을 초래하는 경우를 의미한다.

---

287) 사회권적 기본권은 국가에 대하여 일정한 물질적 급부와 적절한 배려를 요구할 수 있는 권리(계희열, 앞의 책, 704면)로서, 그 실질적 보장은 국가정책의 입법적 반영을 통하여 비로소 이루어질 수 있다는 점에서 과연 권리로 볼 수 있는지, 권리성을 인정하더라도 법률의 제정되어야만 권리를 행사할 수 있는지 등을 둘러싸고 입법방침설, 국가목표설, 추상적 권리설, 구체적 권리설 등으로 견해가 나뉘어 있다. 그러나 노동3권은 그 내용상 국가에 대하여 일정한 급부를 요구하는 권리가 아니므로 노동3권에 사회권적 기본권으로서의 성격이 인정된다 하여 이러한 논의의 범주에 포함되지 않는다[박제성, “노동3권의 규범적 의의”, 「구체적 권리로서의 노동3권의 의의와 부당노동행위제도 재정립에 관한 연구」, 한국노동연구원(2022), 23～25면]. 사회적 기본권의 구체적 권리성을 부정하면서도 노동3권은 연혁적으로나 태생적으로나 다른 사회적 기본권과는 다르므로 이를 제외하고 보아야 한다는 견해로는 김종보, “사회적 기본권의 구체적 권리성 여부”, 「법학연구」 제49권 제1호, 부산대학교 법학연구소(2008. 8.), 19～20면.

288) 헌법재판소 1998. 2. 27. 선고 94헌바13헌법재판소 94헌바13·26, 95헌바44(병합) 결정은 헌법 제33조 제1항이 근로자에게 ‘단결권, 단체교섭권, 단체행동권’을 기본권으로 보장하는 뜻은 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 임금 등 근로조건에 관한 단체협약을 체결할 수 있도록 하기 위한 것이므로, 비록 헌법이 위 조항에서 '단체협약체결권'을 명시하여 규정하고 있지 않다고 하더라도 근로조건의 향상을 위한 근로자 및 그 단체의 본질적인 활동의 자유인 '단체교섭권'에는 단체협약체결권이 포함되어 있다고 보아야 한다고 판시하였다.

제2절 ILO 국제노동기준과 단체교섭권

직업안정법의 제정과 변천 및 파견법의 제정 과정은 ILO가 중간착취 배제에 대응해 온 기조와 맥을 같이 해 왔다. 우리나라는 2021년 4월 ILO의 제98호 단결권과 단체교섭권 협약을 비준하였다. ILO 국제노동기준이 하청근로자에 대한 단체교섭권에 관하여 어떤 입장을 취하고 있는지는 우리나라 노조법을 해석함에 있어서 준거로 기능한다.

1. 중간착취 배제를 위한 ILO의 대응

가. 고한제도(苦汗制度, sweating system) 및 내부청부제

고한제도는 과거 영국에서 발전한 것으로 원래 도매상이나 중매상으로부터 하청일감을 맡은 생산자가 좁은 작업장에서 저임금노동력을 이용해 제품을 생산하는 방식을 말한다. 이는 산업화의 진전과 함께 내부청부제(사내청부제)로 변모하였다. 이러한 고한제도는 우두머리 근로자가 자신이 고용하거나 관리하는 근로자에게는 시간급 임금을 주면서 사용자로부터는 생산의 일부를 담당하는 조건으로 도급 유사의 하청을 받는 형식을 취한다. 고한제도의 확대 및 존속은 시장수요의 변화에 대응하면서 저임금으로 생간단가를 낮추려는 기업적 동기에서 비롯된 것이다. 공장, 광산, 조선, 건설업 등에서의 고한제도나 이에 유사한 내부하청제도의 이용・확산은 빈곤층인 근로자들의 생활상을 파괴하거나 착취하는 것으로서 사회적으로 문제가 된다는 인식은 이미 일찍이 자리 잡고 있었다.[289]

나. 중간착취 우려에 대한 ILO의 대응

ILO는 가입 회원국 정부와 노사 대표가 동등한 자격으로 의사결정에 참여하는 국제기구로서, 열악한 근로조건을 개선하기 위한 국제노동기준의 채택을 목적으로

289) 전윤구, “중간착취 배제규정의 기원과 현재적 의의 Ⅰ—노무도급의 적법성에 관한 논증책임의 소재 규명을 위한 법제사적 검토—”,「노동법논총」제50집, 한국비교노동법학회(2020. 12.), 739~741면.

하여 1919년에 창설되었다. ILO는 앞서 본 고한제도나 사내청부제도 등의 문제점을 인식하고, 타인에 의한 중간착취를 방지하려는 국제적 대응의 일환으로 1933년 제34호 유료직업소개소 협약[Fee-Charging Employment Agencies Convention, 1933(No.34)]과 1949년 제96호 (개정)유료직업소개소 협약[Employment Service Convention, 1948(No.88)]을 마련하였다.

1) 1933년 유료직업소개 및 근로자공급 서비스업체에 관한 협약

ILO의 1933년 제34호 유료 직업소개소 협약은 유료직업소개 및 근로자모집과 공급업체에 대한 통제를 위하여 최초로 제정된 국제 협약이다. 이 협약은 회원국으로 하여금 위 협약 발효일인 1936. 10. 18.로부터 3년 이내에 영리를 목적으로 하는 직업소개소(fee-charging employment agencies)를 폐지하도록 하였다. 그리고 그 폐지 이전까지는 이미 존재하는 영리 목적의 직업소개소는 관할 당국의 감독을 받아 당국이 승인한 정도의 수수료와 비용만을 부과하도록 하는 한편 영리 목적으로 수수료를 부과하는 새로운 직업소개소는 설립하지 못하도록 하였다(제2조). 이는 타인에 의한 중간착취를 방지하려는 목적의 자연스러운 국제적 대응이라 할 수 있다.[290]

위 협약은 규율 대상인 직업소개소의 범위에 ⓐ 수익을 목적으로 수행되는 고용서비스업체(기관)로서 사용자 또는 근로자로부터 금전적 또는 기타 물질적 이득을 직간접적으로 얻기 위해 근로자를 사용자에게 공급하거나 근로자가 고용되도록 하여 중개인으로서 활동하는 개인, 회사, 기관, 에이전시 또는 기타 조직(모집공고 등을 실을 수 있는 일반신문이나 출판물은 제외)이나, ⓑ 수익을 목적으로 하지 않은 고용서비스업체(기관)로서 금전적 또는 기타 물질적 이득을 얻기 위해 활동하지는 않지만 고용확보나 근로자공급의 서비스에 대해 사용자 또는 근로자에게 가입비, 정기 기부금 또는 기타 비용을 부과하는 회사, 기관, 에이전시 또는 기타 조직을 모두 포함시키고 있다(제1조).

2) 1949년 (개정)유료 직업소개및근로자공급서비스업체에 관한 협약

1948년 제88호 직업안정기관의 구성에 관한 협약이 제정되어 회원국으로 하여금 무료의 공공고용서비스기관(공공직업안정기관)을 설립·유지하도록 하고 영리를

290) 전윤구, 앞의 글, 741～742면.

목적으로 하지 아니하는 민간직업소개소간의 효율적인 협력 확보를 위한 필요한 조치를 취하도록 하였다. 이듬해에는 1949년 제96호 (개정)유료 직업소개소 협약[Fee-Charging Employment Agencies Convention(Revised), 1949(No.96)]이 마련되고 1951. 7. 18. 발효되었다. 위 개정 협약은 유료직업소개소의 의미에 관하여 종전 협약과 동일하게 정의하면서, 종전 협약이 영리를 목적으로 하는 유료 직업소개소를 '3년 내에 폐지'하도록 했던 것을 완화하여 점진적으로 폐지하도록 하고, 그 밖의 비영리 기관에 대해서는 규제하도록 하였다(제3조~제9조). 이는 유료직업소개소의 폐지를 공공고용서비스기관 설립과 연계하여 연착륙시키는 의미가 있다.

3) 1997년 민간고용서비스사업 협약

종래 ILO의 입장은 근로자파견을 비롯한 간접고용에 관련된 사업을 유료직업소개사업의 하나로 파악하여 이를 금지하여야 한다고 보았다. 그러나 그 후 사회경제적 현실의 변화에 따라 노동시장에는 다양한 고용관련서비스업이 생성·발전하였다. 공적 직업소개가 불필요하게 된 것은 아니지만, 유료직업소개소 폐지 주장은 시장의 수요에 응하지 못했고 규제내용도 시대에 맞게 개혁할 필요가 있었다. 그리하여 1994년 ILO 총회에서는 "노동시장의 기능에 있어 민간고용서비스사업의 역할(The role of private employment agencies in the functioning of labour markets)"이라는 일반토론을 거쳐, 1997년 제181호 민간고용서비스사업협약[Private Employment agencies Convention, 1977(No.181)] 및 같은 이름의 권고(제188호)가 채택되었다.[291]

이 협약은 ① 직업소개소, ② 근로자를 고용하여 제3자의 이용에 공급하는 (근로자파견)사업, ③ 기타 구직관련서비스(특정한 구인·구직의 결합을 목적으로 하지 않는 정보제공 등)로 유권기관이 노사단체와 협의를 거쳐 결정한 사업 등 3종을 민간고용서비스사업으로 정의하고(제1조), 그 영업을 원칙적으로 승인하였다(제2조). 그 법적 지위는 국내법·관행에 맡기되 반드시 허가(인가)제로 할 필요는 없다(제3조)고 하여, 국가와 민간고용서비스사업 사이의 협력을 강조하고 있다. 또한 각국 정부는 민간고용기관에 의해 고용된 근로자들이 근로조건에 대한 정보를 제공받도록 보증해야 하며, 그 중요한 목표는 2급(second class) 임금·급여(benefit)를 받는 2급 노동력이 양산되지 않도록 하는 것에 있다. 그리고 '고용에의 접근에 있어 기회와 대우의 평등'이 임시직 근로자에게도 제공되도록 하였다(제5조). 이러한 반차별 규정은 연령, 장

291) 문무기, 앞의 글, 167면.

애, 정치적 견해와 사회적 출신에 무관하게 임시직 근로자를 보호하고, 근로자들에게는 결사의 자유를 포함한 일련의 적절한 보호가 주어지도록 한 것이다.[292]

이러한 ILO의 입장 변화는 탄력적 고용형태를 허용하는 한편, 불안정 노동력의 보호 필요성은 인정하는 것이다. 즉 탄력적 노동관행이 기계산업 부문(mechanical sector)에서 기업의 경쟁력과 고용전망을 촉진할 것임을 인정하면서도, 사회적 보호와 기업번영 사이의 균형의 필요성을 중시하여 단체교섭과 기술혁신이 이 균형의 도달에 있어 중요한 역할을 할 것으로 본 것이다.[293]

〈ILO 협약에 따른 민간고용서비스의 영역〉[294]

범위	유형
구인 및 구직의 연결	- 국내 및 국외 구인 및 구직 알선 - 헤드헌팅
간접고용의 알선	- 근로자파견, 노무도급, '근로자공급사업
기타 고용서비스	- 구인정보, 노동시장 정보, 직업정보 등의 제공 - 직업상담, 취업 지원 등 - 직업능력 진단 및 취업에 필요한 직업교육훈련 알선 또는 제공 - 취업관련 부대 서비스 - 근로자모집대행 - 기업 내 인력관리 컨설팅, 근로자 경력개발 및 교육훈련 등 HR관련 서비스

4) 1997년 ILO 총회 및 2006년 ILO 총회

신자유주의 사조의 확산과 노동시장의 유연화 경향 등에 따라 고용형태가 다양해짐에 따라 새로운 노동보호의 필요성을 인식하고 대응하기 시작하였다. 1997년 ILO 총회는'도급노동(contact work)'에 대한 논의를 시작하여 1998년「도급노동의 보호에 관한 결의안」을 채택하였고, 2000년「보호를 필요로 하는 노동자에 관한 전문가회의의 공동성명」을 발표하였다. 이 성명은 "전 세계적으로 노동의 성격이 급격히 변화함에 따라 노동자 보호 및 고용관계를 규정한 법이 근로자를 보호하는데 충분하지 못하다는 사실에 주목하고, 각국의 노사정이 투명한 방식으로 적절한 검토과정을 거쳐 노동자를 보호할 수 있는 방안으로 법과 정책을 마련해야 한다."라

292) 문무기, 앞의 글, 167면.
293) 문무기, 앞의 글, 168면.
294) 금재호・유길상・강순희・신현구,「민간고용서비스 활성화 방안」(고용노동부 연구용역보고서), 한국노동연구원(2013. 11.), 22면.

고 밝혔다.

2006년 ILO 총회는「고용관계에 관한 권고」를 채택하여 “고용형태의 다양화에 따라 보호가 필요함에도 불구하고 노동법 적용범위 밖에 놓여 있어 보호를 받지 못하는 노동자가 증대하고, 사용자로서의 법적 책임을 회피할 의도를 갖고 외양상 민법 상법계약을 통해 고용관계를 은폐하는 이른바 ‘위장된 고용관계’(disguised employment relationship) 문제를 해소하기 위한 법적 절차 및 조치를 마련할 것”을 권고했다.[295]

2. 다양한 형태의 고용관계 출현에 대한 ILO의 대응

가. 단체교섭권의 실효성 있는 보장

노동법의 적용 대상이 공장의 범위를 넘어서 확대되는 과정에서 종속노동론은 큰 역할을 하였지만 대공장제를 바탕으로 발전한 노동법은 현대에 이르러서는 그 한계를 노출하고 있다. 그 이유는 신자유주의 기조가 전 세계로 확산되고 사회적 분업이 계속적으로 심화되며 새로운 서비스산업이 발달함에 따라 근로자의 노무제공 형태가 다양하게 변화하고 있기 때문이다. 이러한 상황 아래 ILO는 단체교섭권이 다양한 노무제공 형태에 관하여 현재의 노동법이 가지는 단점이나 흠결을 메울 수 있는 중요하고 보완적인 규범적 수단(important complementary regulatory means)이라는 입장을 취하여 왔다.[296]

단체교섭권의 실효성 있는 보장은 1919년 헌장에 뿌리를 두고 있고, 그것은「노동에서의 기본원칙과 권리에 관한 ILO 선언(ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work)」(1998)에서 재확인되었다. 그에 따르면, 모든 ILO 회원국들은 비록 기본협약들(fundamental Conventions)[297]을 비준하지 않았다 하더라도 회원국으로서 단체교섭권의 실질적 보장을 포함하여 이러한 (노동의) 권리들을 신의성

295) 국가인권위원회, “간접고용노동자 노동인권 증진을 위한 제도개선 권고”, 국가인권위원회 상임위원회 결정문(2019. 11. 5.), 5면; 진명구, 앞의 학위논문, 11～12면.

296) ILO, “Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects”(2016. 11. 16.), 281면.

297) ‘핵심협약’이라고도 한다. 결사의 자유/강제노동금지/차별금지/아동노동금지 4개 분야의 8개 협약을 의미한다. ILO 187개 회원국 중 약 76%가 8개 협약을 모두 비준했고, 85%가 7개 또는 8개 협약을 비준하였다.

실로(in good faith) 존중하고 발전시키며 실현할 의무를 부담한다. 단체교섭권에 관한 국제 노동 협약들을 비준한 회원 국가들은 자국 내에서 비준서(instruments)를 집행할 의무가 있다.[298]

핵심적인 의무는「1949년(제98호) 단결권 및 단체교섭권 협약」[the Right to Organize and Collective Bargaining Convention, 1949(No. 98)] 제4조에 명확히 기술되어 있다. 제4조는 "필요한 경우에는 단체협약으로 고용조건을 규제하기 위하여 사용자 또는 사용자단체와 근로자단체 사이에 자발적 교섭을 위한 매커니즘을 충분히 발전시키고 이용하도록 장려·촉진하기 위하여 국내사정에 적합한 조치를 취하여야 한다."고 규정한다. 제98호 협약은 회원국이 이러한 의무를 어떻게 이행하여야 하는지에 관하여 구체적으로 명기하고 있지는 않다. 그리하여 일반적으로 당사국들은 국내 입법과 단체교섭 당사자들이 자율적으로(ILO 2012, para 169) 만든 교섭원칙들을 결합하여 이를 해결하고 있다. 단체교섭에서 생기는 많은 부분들이 당사자들에 의하여 함께(jointly) 결정되어야 하고, 실제로 결정되고 있는 것이다.[299]

제98호 협약은 두 가지 핵심 요소들을 인정하고 있다. 단체교섭을 증진시킬 공공기관의 조치와 당사자 자치를 시사하는 교섭의 자발성이 그것이다. 위 협약의 적용 대상에서 제외되는 일정 범주의 노동자(이른바, 무장 군인, 경찰 및 국가 행정사무에 종사하는 공무원)를 제외하면, 위 협약 제5조 및 제6조에서 규정된 바와 같이 단체교섭권의 승인은 그 범위 측면에서 일반적(general)인 것이고, 모든 다른 공적 및 사적 부문의 노동자단체들은 그에 따른 혜택을 누릴 수 있어야 한다.[300]

나. 단체교섭권을 행사할 수 있는 노동자의 범위

ILO는 단체교섭권에 관하여 중요한 범주의 노동자들을 계속 제외하는 것은 포용적이고 효율적인 노동의 규율에 기여할 수 있는 단체교섭의 잠재력을 저해한다고 본다. ILO가 최근 단체교섭권에 관하여 주목하는 영역은 공공부문 노동자, 단체교섭권이 계속적으로 제한되어 온 부문이나 직업군의 노동자, 비공식적 경제(informal economy) 영역의 노동자, 다양한 형태의 노무제공약정을 체결한 노동자(workers in diverse forms of work arrangements) 등 4가지이다.

ILO는 위 마지막 형태의 노동자에는 임시 고용(temporary employment), 파트타임

298) ILO, "Social Dialogue Report 2022", 40.
299) ILO, "Social Dialogue Report 2022", 40.
300) ILO, "Social Dialogue Report 2022", 40.

근로(part time work) 및 호출 대기 근로(on-call work), 다수 당사자 고용관계(multi-party employment relationships), 종속적인 자영업(dependent elf-employment)[301] 및 가장 최근에 나타난 다양한 노동 및 고용관계 하의 플랫폼 노동(platform work) 등을 포함시킨다.

최근 ILO는 일반적으로는 다양한 형태의 노무공급약정, 특별하게는 다양한 형태의 자영업 노동자들의 단체교섭에 대한 접근 방식에 초점을 맞추어 왔다. ILO 이행감독기구(ILO supervisory bodies)는 기본협약들에 명시되어 있는 원칙과 권리들의 보편적 특성들을 반복하여 언급하였다. 2019년 「ILO 노동의 미래를 위한 100주년 선언」은 모든 회원국들이 모든 노동자들에게 적절한 보호를 보장할 수 있는 조치의 도입을 강화하도록 요구하였다. 위 선언은 모든 노동자들이 갖는 기본권[fundamental rights, ILO 2019b, Part III(B)]을 고려할 때, 「양질의 노동 의안」(Decent Work Agenda)에 따라 적절한 보호를 누릴 수 있어야 한다고 강조하였다. 특히 ILO 이행감독기구는 「결사의 자유와 단결권 보호 협약」(제87호)과 「단결권과 단체교섭 협약」(제98호)이 계약상 지위(contractual status) 유무에 따라 좌우됨이 없이 모든 사용자와 노동자에게 적용된다는 점을 언급하였다(lLO 2018b, paras 1277-1278, 1283, 1285; ILO 2012, para. 209; see also ILO 2016, 208-215).[302]

「ILO 결사의 자유 위원회」(ILO's Committee on Freedom of Association, CFA)와 「협약 적용에 관한 전문가위원회」(Committee of Experts on the Application of Conventions, CEACR)에 의하면, 자영업 노동자는 단체교섭 등을 통하여 자신의 이익을 증진하고 지키는데 긴요한 노동조합권(trade union rights)을 향유하여야 한다. 이 점에 관하여, 결사의 자유 위원회는 정부에게 관련 사회적 파트너들(social partners)과의 협의를 통하여 단체교섭과 관련이 있는 자영업 노동자들의 특수성을 식별함으로써, 적절하다면 관련 자영업 노동자들에게 적합한 구체적인 단체교섭 매커니즘을 개발하여야 한다고 요구하였다. 마찬가지로 ILO 이행감독기구는 다양한 사례에서 기간제 및 임시 노동자, 파트타임 노동자, 실습생 및 아웃소싱 혹은 하청근로자(outsourced or contract workers)에 관하여 단체교섭권을 재확인하였다. 특히 플랫폼 노동자(platform workers)와 관련하여, 전문가위원회는 노동에서의 모든 기본원칙과 권리는 그들의 고용상 지위(employment status)와 관계없이 노동자와 동일한 방식으로 플랫폼 노동자에게도 적용될 수 있는 것이라고 강조하였다(ILO 2020a, para. 327).[303]

---

301) 여기에는 진정한 사업을 경영하고 상업적 이익을 추구하는 자영업자(self-employed persons)는 제외된다.

302) ILO, "Social Dialogue Report 2022", 51.

303) ILO, "Social Dialogue Report 2022", 52.

ILO는 다양한 형태의 노무제공약정이 증가하는 상황에서, 그러한 노동관계 하의 사람들에게 노동법과 다른 법률에 의한 보호가 보장될 수 있도록 기존의 규범체계를 국가적 차원에서 재검토할 필요가 있다는 입장이다. 여기에는 다양한 형태의 노무공급약정을 체결한 노동자들에게 고용상 지위(employment status)에 관한 법적 명확성을 제공하기 위하여 고용관계의 인적 범위(personal scope of employment relationship)에 관한 평가가 포함된다.「고용관계 권고」[Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198)]에 따라, 고용관계의 존재(existence of employment relationship) 유무를 결정하기 위하여 다양한 가능한 지표들이 고려될 수 있다고 한다. 전문가위원회는 “분쟁 발생 시, 법적으로 정립된 지표들에 따라 고용관계가 존재하는지를 사안별로 결정하는 것은 법원 또는 다른 분쟁해결기구이다[...]”(ILO 2020a, para. 249)라고 하면서, 다른 한편 현재의 지표들은 미래 고용관계(future employment relationship)의 존재 유무를 결정하는데 더 이상 유용하지 않다고 한다. 그리하여 회원국들은 새로운 기준을 정립하거나 기존의 기준들을 적절하게 개정하여야 하며, 이는 고용관계에 있는 노동자에게 효율적인 보호를 보장하기 위하여 정기적으로 관련 법률들을 재검토하고 명확히 하며 수정하여야 할 필요[...]에 따라 이루어져야 한다고 한다(ILO 2020A, para. 250).[304]

3. 하청근로자의 단체교섭권에 관한 ILO의 입장

가. 결사의 자유위원회 결정

ILO 결사의 자유위원회에서 하청근로와 관련되어 나온 결정은 모두 우리나라의 사건에 관한 것이다. ILO는 하청근로자들이 고용조건을 실질적으로 결정할 권한이 있는 원청에 대하여 단체교섭권을 행사할 수 있고, 원청의 사업장 안팎에서 단체행동권을 행사할 수 있다는 입장으로 요약할 수 있다.[305]

결사의 자유 위원회 결정 요약집(2018)
772. (하청노조가) 노동조합 승인을 위하여 파업하는 것은 근로자 및 그 단체에 의해 옹호

304) ILO, “Social Dialogue Report 2022”, 52.
305) 김동현 · 이혜영,「결사의 자유에 관한 국제노동기구(ILO) 기본협약 비준과 노동법의 쟁점」, 사법정책연구원(2022), 134, 361, 352면.

될 수 있는 정당한 이익이다.306)

774. 원청 회사에 대하여 단체교섭 목적의 인정을 요구하는 파업은 불법이 아니다.307)

1082. 사용자가 결사의 자유와 단체교섭의 권리를 사실상 회피하기 위한 하나의 수단으로서 하청을 이용할 수 있다면, 반조합적 차별행위로부터의 보호는 충분치 못한 것으로 보일 수 있다.308)

1283. 관련 노동조합과 하청 및 파견 근로자의 고용조건을 결정할 수 있는 자 사이의 단체교섭은 항상 가능하여야 한다.309)

1413. 정부가 할 일은, 하청이 법에서 규정된 결사의 자유 보장의 적용을 회피하는 하나의 수단으로 이용되지 않도록 보장하는 것, 그리고 하청 근로자를 대표하는 노동조합이 자신이 대표하는 근로자의 생활조건 및 근로조건의 개선을 추구할 수 있도록 보장하는 것이다.310)

1414. 사용자 및 원청은 하청업자에 의해 고용된 근로자를 대표하는 노동조합(또는 원청 근로자의 가입이 확인되지 않은 노동조합)과 교섭할 의무가 없을 수도 있지만, 어떠한 경우에도 그러한 사용자가 자발적으로 단체교섭을 하고 단체협약을 체결하는 것을 방해하여서는 안 된다.

나아가 특히 각각의 하청 회사 모두와 단체교섭을 하는 것이 불가능해 보이는 경우에는 해당 노동조합은 자신이 선택하는 사용자와의 자발적인 교섭을 요구할 수도 있어야 한다. 사실, 건설현장에서 원청이 지배적인 지위를 가지고 있다는 점, 지부 또는 산업별 차원의 단체교섭이 일반적으로 존재하지 않는다는 점 등을 감안할 때 원청과의 단체협약 체결은 전체 건설현장에 대하여 충분히 일반적인 적용범위를 갖는 효과적인 단체교섭과 단체협약 체결을 가능하게 하는 유용한 선택지로 보인다.

위 결정의 거의 대부분은 모두 ILO 결사의 자유위원회 Case No. 2062에서 이루어진 것이다. 위 사건에서 '① 하청근로자들이 원청을 상대로 단체교섭할 권리가 있는지', ② 하청근로자들이 원청의 사업장 안팎에서 원청에 단체교섭을 요구하며 파업할 권리가 있는지' 등이 쟁점이 되었다.

먼저 ① 단체교섭권 쟁점과 관련하여, 하청근로자들은 '원청은 신청인들이 원청에 직접 고용된 노동자가 아니므로 단체교섭을 할 의무가 없다며 단체교섭을 회피한다. 하청은 자신은 하청근로자들의 근로조건에 관하여 의사결정을 할 권한이 없다며 단체교섭을 회피한다'고 주장하였다. 우리나라 전경련측은 '원청과 하청근로자들 사이에는 고용관계(employment relationship)가 존재하지 않으므로 하청근로자들

306) ILO CFA, 346th Report (2007), Case No. 2473 (Republic of Korea), para. 1537; ILO CFA, 350th Report (2008), Case No. 2602 (Republic of Korea), para. 681; ILO CFA, 355th Report (2009), Case No. 2602 (Republic of Korea), para. 662; and ILO CFA, 363rd Report (2012), Case No. 1865 (Republic of Korea), para. 118.

307) ILO CFA, 350th Report (2008), Case No. 2602 (Republic of Korea), para. 681.

308) ILO CFA, 355th Report (2009), Case No. 2602 (Republic of Korea), para. 654.

309) ILO CFA, 363rd Report (2012), Case No. 2602 (Republic of Korea), para. 457. 원문은 "Collective bargaining between the relevant trade union and the party who determines the terms and conditions of employment of the subcontracted/agency workers should always be possible."이다.

310) ILO CFA, 350th Report (2012), Case No. 2602 (Republic of Korea), para. 677.

과 단체교섭을 할 의무가 없다'고 주장하였다. 이에 대하여 결사의 자유 위원회는 '원청이 하청근로자들과 단체교섭을 할 의무를 부담하는지 여부는 한국 법원에 의하여 사법적으로 결정될 문제이다'라고 보았다. 하지만 위원회는 '노사관계의 조화로운 발전·유지를 위해서 신의성실로 교섭할 의무는 중요성을 지닌다. 단체교섭을 통해 근로조건을 규율하기 위하여 사용자나 사용자 기구 및 노동자나 노동자 기구 사이에 자율적 협상 시스템이 충분히 발전·활용하는데 필요한 조치가 권장·촉진되어야 한다. 근로조건에 관하여 사용자와 교섭할 권리는 결사의 자유의 본질적인 요소를 구성하는 것으로 노동조합은 노동자의 근로조건을 향상시키기 위하여 단체교섭권을 가져야 한다'라고 판시하였다. 그리하여 위원회는 원청이 단체교섭의무를 부담하는지에 관한 판단을 유보하면서도, 우리 정부에 대하여는 '금속업 특히 원청의 하청근로자들이 신의성실로 단체교섭을 통하여 근로조건을 향상시킬 수 있는 권리를 효율적으로 행사할 수 있도록 단체교섭의 역량 제고를 포함하여 단체교섭을 할 수 있도록 모든 필요한 조치를 취하여야 한다'라고 권고하였다.

다음으로 ② 단체행동권 쟁점과 관련하여, 하청근로자들은 '원청과 하청으로부터 단체교섭을 거부당한 후 하청근로자들의 노동조합은 실질 사용자인 원청을 상대로 단체교섭을 승인하라며 단체행동을 개시하였다. 이러한 단체행동은 원청의 공장에서 할 수밖에 없다. 하지만 이러한 단체행동이 관계없는 당사자(원청)를 상대로 한 불법행위라는 이유로 노동조합의 대표와 구성원들은 부당 해고되었다'라고 주장하였다. 우리나라 정부는 '하청근로자들은 원청의 사업장 안팎에서 원청과의 단체교섭을 일방적으로 요구하며 단체행동을 하였다. 하청근로자들의 노동조합은 일방적으로 원청이 교섭 당사자라고 주장하면서 장기간 원청의 사업장을 점거하여 단체행동을 하였다.'고 주장하였다. 위원회는 '노동자와 노동조합의 파업권은 그들의 경제적·사회적 이익을 향상시키고 지키는데 필수적인 권리이다. 노동조합의 승인을 요구하며 파업하는 것은 노동자와 노동조합의 정당한 이익을 지키기 위한 것이고, 단체행동 금지가 사용자 또는 노동자가 일방 당사자인 집단 분쟁임을 고려하지 않은 것이라면 결사의 자유 원칙에 위배된다. 원청을 상대로 한 단체교섭 목적의 승인을 요구하는 것은 그 파업을 위법하게 하지 않는다. 파업을 한 하청근로자를 해고하는 것은 적법한 조합활동을 이유로 노동자를 해고하는 것으로 고용상의 중대한 차별에 해당하고 협약 제98호에 위배된다.'라고 판시하였다. 나아가 위원회는 '정부로 하여금 원청의 하청근로자들 해고에 관하여 독립적인 조사를 진행하고, 그 결과 하청근로자들이 이른바 원청을 상대로 파업을 하였다는 사정만으로 해고된 것으로 밝혀진다면, 소득의 상실 없이 원칙에 복귀될 수 있도록 조치하여야 한다'라고 권고

하였다.

위원회가 위 결정에서 '원청이 하청근로자들과 단체교섭을 할 의무를 부담하는지'의 문제는 우리 법원이 결정할 문제라고 판단을 유보하면서, 정작 우리 정부에 대하여는 '원청의 하청근로자들이 원청 내에서 성실한 단체교섭을 통하여 근로조건을 향상시킬 수 있도록 필요한 조치를 취하고, 하청근로자들이 원청에 대하여 단체교섭 목적의 승인을 요구하며 원청의 사업장 안팎에서 단체행동을 하는 것은 정당하므로 이를 이유로 해고하는 ILO 협약에 위배된다'라고 판시한 것은 언뜻 모순된 듯이 보인다. 그러나 이는 ILO 이의절차(complaint procedure)의 특성 때문에 비롯된 것으로 이해된다. 즉 ILO 헌장(Constitution) 제26조, 제29조, 제30조, 제34조 등에 의하면, ILO의 이의절차는 사인간의 권리의무 존부의 문제를 판정하는 것이 아니라, 정부의 ILO 협약 불이행 여부 판정 및 그에 대한 시정권고의 문제를 다루기 때문에, ILO는 원청의 하청근로자들에 대한 단체교섭의무의 존부에 대한 판단을 유보하면서, 정부에 대하여는 그것이 존재함을 전제로 위와 같이 판단한 것으로 풀이된다.

나. 하청근로자의 단체교섭권에 관한 ILO 문헌

ILO는 2016년 11월 "전 세계 비전형 고용관계: 도전에 대한 이해과 전망의 형성"이라는 문헌[ILO, "Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects"(2016. 11. 16.)] 을 발간하였다. ILO는 비전형 고용관계(non-standard employment)가 전 세계 노동시장의 현대적 특징이 되었다고 하면서, 비전형 고용관계의 유형으로 임시고용(temporary employment), 파트타임 노동(part-time work) 및 호출대기 근로(on-call work), 위장 고용(disguised employment) 및 종속적 자영업(dependent self-employment), 파견근로(temporary agency work) 및 다수 당사자 고용관계(multi-party employment relationships)를 열거하고 있다. 그중 마지막 유형인 다수 당사자 고용관계는 다수 당사자 즉 노동자, 노동이 제공되는 경제 주체, 제3자를 포함하는 계약적 약정(contractual arrangement)으로서, 노동자들이 용역을 제공하는 회사에 의해 직접적으로 고용되지 않는 계약 유형을 말한다. 여기에는 파견근로(temporary agency work, labor dispatch, labor brokering), 아웃소싱 혹은 하청 근로(outsourcing or subcontracting of a service)가 포함된다.[311]

위 문헌은 법률의 개정을 통하여 현존하는 법률의 흠이나 단점을 메울 수 있지

311) ILO, "Multi-party work relationships; concepts, definitions and statistics"(2018. 10. 19.), 1-3.

만, 또 다른 중요하고 보완적인 규범적 수단(important complementary regulatory means)은 단체협약이라고 한다. 그리고 단체협약은 산업분야나 개별 기업의 특정 상황을 고려할 수 있는 탄력성이 있어 적절히 조정될 수 있고, 현재의 비전형 노동에 대한 흠결을 메우기에 매우 적합하다고 한다.[312] 이어 다음과 기술한다. "개별 기업과의 교섭은 그 개별 기업의 고용된 노동자들에 한정되기 때문에 제한된 숫자의 노동자들만 커버한다. 산업분야 또는 국가 차원에서의 다수 사용자(multi-employer) 단체교섭은 더 많은 노동자들을 커버할 뿐만 아니라, 실제 단체협약을 체결한 사용자 단체의 구성원이 아닌 사용자를 포함하여 모든 사용자들에게 단체협약의 효력이 미친다. …… 비전형 노동자들에게 있어서 개별 기업을 상대로 한 단체교섭은, 사용자가 그 단체교섭에서 실질적으로 더 강력한 교섭력을 갖고 있기 때문에 힘들 수 있다. 특히 하청근로자(contract worker)들에게 있어서 개별 기업 차원에서의 교섭은, 궁극적으로 근로조건에 관하여 지시하는 원청회사(principal employer)와 교섭할 수 있는 역량에 달려 있다."[313] "사회적 파트너들은 비전형 노동의 근로조건을 개선하기 위하여 다양한 규범적 전략들을 고안해 왔다. …… 많은 경우에 국가 법령의 부재나 기존 법령의 단점은 사회적 파트너들로 하여금 단체교섭을 통하여 이러한 쟁점들을 다루도록 촉진하였다. 이러한 초기 단계의 규범적 대응은 법령을 포함하여 차후 개선 노력의 디딤돌이 되기 때문에, 단체교섭의 중요성은 결코 과소평가되어서는 아니 된다."[314]

다. ILO 협약 비준과 국내 노동관계 법률의 해석

1) 우리나라의 ILO 협약 비준 상황

우리나라는 1991년 국회의 동의를 받아 ILO 헌장을 비준하였고, 1991. 12. 9.부터 ILO 회원국으로서 ILO 헌장을 준수할 국제법적 의무를 부담하게 되었다. 그 후 우리나라는 ILO 8개 기본협약 중 차별금지, 아동노동금지 2개 분야의 4개 협약만을 비준하다가,「제29호 강제 또는 의무노동에 관한 협약」,「제87호 결사의 자유 및

312) ILO, "Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects"(2016. 11. 16.), 281.
313) ILO, "Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects"(2016. 11. 16.), 285.
314) ILO, "Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects"(2016. 11. 16.), 290.

단결권 보호에 관한 협약」, 「제98호 단결권 및 단체교섭권 원칙의 적용에 관한 협약」을 국회의 비준동의를 거쳐 비준하여 총 7개 기본협약을 비준하였다. 마지막에 비준한 제29호, 제87호, 제98호 각 협약은 2022. 4. 20. 발효되었다.

2) 국회의 비준동의를 받은 ILO 협약의 효력

헌법 제6조 제1항은 "헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다."고 규정한다. 이 헌법 규정에서 "국내법과 같은 효력"의 의미는 국내 "법률"과 같은 효력 또는 "법률적 효력"을 지닌다는 것이다. 국회의 비준동의를 받지 않은 조약에 대하여는 법률 하위의 효력이 인정된다는 다수설과 법률 동위의 효력을 인정된다는 소수설이 대립하나, 국회의 비준동의(헌법 제60조 제1항)를 받은 조약에는 법률 동위의 효력이 인정된다는 점에 별다른 이론이 없다.[315] 따라서 단결권과 단체교섭권에 관한 ILO 제87호, 제98호 각 협약은 단순히 추상적인 선언에 그치는 것이 아니라 단결권과 단체교섭권에 관한 보호 등에 관한 구체적인 규정을 두고 있으므로, 노동자의 단결권과 단체교섭권에 관한 권리의무관계에 직접 적용될 수 있다.

한편, 우리나라 국회의 비준동의를 거쳐 1980. 1. 27. 발효된 「조약법에 관한 비엔나협약」(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제26조는 "유효한 모든 조약은 그 당사국을 구속하며 또한 당사국에 의하여 성실하게 이행되어야 한다."라고 규정하고, 제27조는 "어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법규정을 원용해서는 아니된다. 이 규칙은 제46조를 침해하지 아니한다."라고 규정하며, 제46조 제1항은 "조약 체결권에 관한 국내법 규정의 위반이 명백하며 또한 근본적으로 중요한 국내법 규칙에 관련되지 아니하는 한, 국가는 조약에 대한 그 기속적 동의를 부적법화하기 위한 것으로 그 동의가 그 국내법 규정에 위반하여 표시되었다는 사실을 원용할 수 없다.", 제2항은 "통상의 관행에 의거하고 또한 성실하게 행동하는 어느 국가에 대해서도 위반이 객관적으로 분명한 경우에는 그 위반은 명백한 것이 된다."라고 규정하고 있다. 따라서 근로자의 단결권과 단체교섭권에 관한 ILO 제87호, 제98호 각 협약이 2020. 4. 20. 발효된 이상, 국내법을 이유로 위 각 협약에 위배되는 행동을 하는 것은 비엔나협약 위반에 해당할 수 있다.

헌법재판소는 원칙적으로 ILO 협약의 구속력을 인정하면서도 위 협약 위반은

315) 장태영, "자유권규약의 효력, 적용, 해석—대법원 2016도10912 전원합의체 판결에 대한 평석을 중심으로—", 「국제법학회논총」 제65권 제2호, 대한국제법학회(2020. 6.), 275면.

헌법 제67조 제1항의 헌법원칙인 “국제법 존중주의 원칙”위반에 해당할 수 있다는 입장에서 국내 법률에 대한 위헌심사를 하고 있다. 즉, 헌법재판소는 “우리 헌법은 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규를 국내법과 마찬가지로 준수하고 성실히 이행함으로써 국제질서를 존중하여 항구적 세계평화와 인류공영에 이바지함을 기본이념의 하나로 하고 있으므로(헌법 전문 및 제6조 제1항 참조), 국제적 협력의 정신을 존중하여 될 수 있는 한 국제법규의 취지를 살릴 수 있도록 노력할 것이 요청됨은 당연하다.”라고 판시한 데 이어[316] “국제노동기구협약 제135호 ‘기업의근로자대표에게제공되는보호및편의에관한협약’은 1971년 국제노동기구에서 채택된 것으로 2002. 12. 27. 우리나라도 비준하여 발효되었으므로 국내법과 마찬가지로 이를 준수할 의무가 있다. 위 협약 제2조 제1항은 ‘근로자대표에 대하여 그 지위나 활동을 이유로 불리한 조치를 할 수 없고, 근로자대표가 직무를 신속·능률적으로 수행할 수 있도록 기업으로부터 적절할 편의가 제공되어야 한다’라고 정하고 있는데, 노조전임자에 대한 급여 지급 금지에 대한 절충안으로 근로시간 면제 제도가 도입된 이상, 이 사건 노조법 조항들이 위 협약에 배치된다고 보기 어렵다. 따라서 이 사건 노조법 조항들은 국제법 존중주의 원칙에 위배되지 않는다.”라고 판시하였다.[317]

다) ILO 협약 비준 회원국에 대한 ILO의 감독

1) 정기감독

ILO 협약 비준국은 ILO 헌장 제22조에 따라 비준한 협약의 규정을 시행하기 위하여 취한 조치에 관한 보고서를 정기적으로 제출할 의무가 있다. 이 보고서는 각 비준국의 정부가 작성·제출하는데, 여기에는 자국의 법제도 및 관행에 관한 내용이 모두 포함되어야 하며, 법원에서 선고한 관련 사법결정이 있다면 반드시 포함되어야 한다. 정부가 제출한 보고서 및 노사단체에서 제출한 견해는 ILO 전문가위원회에 의해 1차적으로 심의된다. 전문가위원회는 당사국의 법제도 및 관행 등이 협약상 구체적 의무에 위반하는지를 심사하여 ‘의견’(observation)을 발표한다.[318]

비준 회원국은 자국의 법제도 및 관행 등이 비준협약에 부합하는지에 관하여

316) 헌법재판소 2014. 5. 29. 선고 2010헌마606 결정.
317) 헌법재판소 2014. 5. 29. 선고 2010헌마606 결정.
318) 김동현 · 이혜영, 앞의 책, 171면.

총회 기준적용위원회에 의한 2차 심사를 받게 될 수 있다. 총회 기준적용위원회의 노사정 대표들은 전문가위원회의 보고를 바탕으로 회원국들이 어떻게 국제노동기준상 의무를 준수할지에 관하여 공동 심의한다. 비준협약상 의무가 잘 준수되지 않고 있는 가장 심각한 사례를 선정하고, 그러한 사례에 관하여 당사국 정부와 의견교환 과정을 거친 후 회원국이 협약을 준수하였는지 및 어떠한 조치를 취하여야 하는지에 관하여 위원회의 최종 의견을 표명한다.[319]

2) 특별감독

협약을 비준한 회원국은 ILO 헌장 제24조에 따른 진정제기와 제26조에 따른 조사위원회에서의 이의제기 절차, 결사의 자유 위원회에서의 이의제기 절차의 대상이 된다.[320] ILO 이사회는 ILO 헌장 제26조에 따라 스스로의 발의나 총회 대표로부터의 이의를 접수받아 조사위원회 절차에 회부할 수 있고, 조사위원회를 구성하여 필요한 조사를 하도록 한다. 조사위원회가 내린 결정은 단순히 권고적 효력을 넘어서서 법적 구속력을 진다. ILO 헌장 제29조 제2항은 조사위원회의 보고서에 포함된 권고를 송부 받은 정부가 그 권고사항을 수락하지 않을 경우에는 국제사법재판소에 이의를 회부하여 다투도록 한다. ILO 헌장 제31조는 국제사법재판소에 회부된 이의 또는 사항에 관한 재판소의 판결은 최종적이라고 정하고 있다. ILO 헌장 제33조는 회원국이 조사위원회의 보고서 또는 국제사법재판소의 판결에 포함된 권고사항을 지정기간 내에 이행하지 아니하는 경우 이사회로 하여금 ILO 헌장 제33조에 따라 그 이행을 보장하기 위하여 현명하고 합당한 조치를 총회에 권고할 수 있도록 정한다.

3) ILO 이행감독기구의 견해 및 결정의 법적 효력

ILO의 전문가위원회, 총회기준 적용위원회, 노사정 임시·특별위원회, 결사의 자유 위원회, 조사위원회 등 ILO의 여러 이행감독기구들도 ILO 협약의 보편적 이행을 담보하기 위해 설치된 기구들이다. ILO가 매년 발표하고 있는 일반조사, 결사의 자유 위원회가 다룬 사건들에 관한 조사결과를 보고하는 결사의 자유 위원회 보

319) 김동현·이혜영, 앞의 책, 172면.
320) 다만 이 중 결사의 자유위원회는 협약 당사국인지를 불문하고 ILO 모든 회원국에 대하여 심사권한을 가진다.

고서, 전문가위원회 연례보고서, 총회기준적용위원회의 의견(observation) 등은 이러한 이행감독기구들이 생산하는 문서들로서 ILO 협약의 해석을 위한 매우 중요한 자료가 된다.[321]

ILO 헌장 제37조 제1항에 의하면, ILO 헌장 및 협약에 관한 최종 사법해석 권한은 UN 산하의 국제사법재판소에 부여되어 있다. 그러나 지금까지 국제사법재판소에 ILO 협약의 해석이 공식적으로 회부된 바는 없고, 실제로는 ILO 이행감독기구들이 협약의 해석 및 적용 임무를 담당해 왔다. 사건이 국제사법재판소에 회부되었을 때에도 재판소는 이러한 해석을 토대로 재판을 할 가능성이 높다.[322] 앞서 본 바와 같이 조사위원회는 사법기구로서의 성격을 가지며, 조사위원회의 최종결론 및 권고는 법적 구속력이 있다. ILO 헌장은 회원국이 조사위원회의 권고사항을 이행하지 않는 경우에 국제사법재판소에 회부하는 선택권을 제공하는 조건으로 이행보장을 위한 조치의 대상이 될 수 있도록 하고, 회원국이 조사위원회의 보고서 또는 국제사법재판소의 판결에 포함된 권고사항을 지정기간 내에 이행하지 아니하는 경우에, 이사회는 그 이행을 보장하기 위하여 합당한 조치를 총회에 권고할 수 있기 때문이다.[323]

한편 조사위원회를 제외한 다른 ILO 이행감독기구들(전문가위원회, 총회 기준적용위원회, 결사의 자유 위원회 등)의 결정 및 권고는 원칙적으로 법적 구속력이 없으며, 권고적 효력을 가질 뿐이다. 그러나 이들은 가장 권위 있는 해석으로 인정되고 있고, ILO 헌장에 비추어 ILO 이행감독기구들의 해석은 달리 반대되는 입증이 있지 않는 한 타당한 것으로 간주된다. ILO 헌장은 회원국들이 ILO 협약에 관한 이행감독기구의 해석을 받아들일 수 없는 경우 분쟁을 국제사법재판소에 의뢰할 수 있도록 보장하고 있는데, 만일 회원국들이 이러한 이의제기 권한을 포기하고 사건을 국제사법재판소에 의뢰하지 않는다면 이행감독기구의 해석을 받아들인 것과 다를 바 없다.[324] 최근 세계 학계의 논의와 여러 국가들의 실무는 국제조약 이행감독기구들의 해석에 설득적 권위(persuasive authority)를 인정하고, 당사국 국내법원이 재판과정에서 이행감독기구의 해석을 '성실하게 규범적으로 연계할 의무'(duty to engage)가 있다고 본다.[325] 연계의무는 국내법원이 국제기구의 공식적 해석을 충실

321) 김동현, "결사의 자유에 관한 ILO 기본협약 비준과 노사관계법의 과제". 「노동법연구」 제54호, 서울대학교 노동법연구회(2023. 3.), 11면.
322) 김동현, 앞의 글, 12면.
323) 김동현, 앞의 글, 12～13면.
324) 김동현, 앞의 글, 13～14면.
325) 김동현・이혜영, 앞의 책, 229면; 김동현, 앞의 글, 12～14면.

하게 숙지하고 최대한 이를 신의성실하게 존중할 의무(Duty to Consider and Respect) 및 그럼에도 불구하고 그 해석의 충실한 반영이 어렵다는 결론에 이를 경우, 그 이유 및 어떤 점에서 국내법원의 해석이 국제기구의 해석보다 더 타당하고 우월한지를 설득력 있게 설명할 의무(Duty to Explain)를 말한다.[326]

우리나라 헌법재판소도 이행감독기구의 해석에 법적인 구속력이 없는 것으로 보면서도 그 해석의 권위를 인정하고 이를 토대로 국내법의 위헌 여부를 심사하고 있다. 앞서 본 헌법재판소 2014. 5. 29. 선고 2010헌마606 전원재판부 결정은 ILO 산하 결사의 자유위원회의 권고는 국내법과 같은 효력이 있거나 일반적으로 승인된 국제법규라고 볼 수 없다고 하면서도, ILO 제135호 협약을 해석하는 데 참고가 되는 국제노동권고 제143호'기업의근로자대표에게제공되는보호및편의에관한권고' 제10조를 보더라도 위 제135호 협약에서 말하는 '적절한 편의'에는 '근로시간 면제(the necessary time off from work)'가 포함됨을 알 수 있는데, 위 권고 제10조 제3항은 이에 대해 "합리적인 제한(reasonable limits)을 가할 수 있다"라고 규정하고 있으므로, 근로시간 면제의 최대한을 사전에 입법으로 총량으로 설정하여 규율하는 이 사건 노조법 조항들이 위 협약 및 권고와 충돌된다고 보기 어렵고, 이 사건 노조법 조항들은 헌법상 국제법 존중주의원칙에 위배되지 않는다고 판시하였다.

대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결에서는 해직자의 조합원 가입을 이유로 해당 노동조합의 자격을 부인하던 구 노동조합법 제2조 제4호 단서 (라)목의 해석 등이 쟁점이 되었다. 당시는 ILO 제87호 협약이 아직 비준되지 않은 터라 다수의견은 위 협약에 관하여 언급이 없었지만 별개의견은 위 협약에 관하여 언급하고 있다. 즉 'ILO 제87호 협약 제2조는 일체의 차별과 정부의 사전 허가 없는 단결권의 보편적 보장 원칙을 국제노동기준으로 확립한 것'이라고 하면서, 'ILO 제320차 이사회는 2014. 3. 26. 우리나라 정부의 결사의 자유 위반에 관한 권고를 담은 결사의 자유 위원회 제371차 보고서를 채택한 점, 위 결사의 자유 위원회가 2017. 6. 17. 제382차 보고서에서 같은 취지의 의견을 제시하며 권고한 점, 우리나라가 제87호 협약을 포함한 3개 협약에 관하여 비준 작업이 진행되고 있는 점' 등을 근거로 '세계 보편적 기준은 해직 교원의 교원 노동조합 가입을 허용하는 것으로 정립되어 있다. 이는 교육의 중요성과 교원지위의 특수성을 고려하더라도 해직 교원의 교원 노동조합 가입을 불허할 필연적인 이유는 없다는 것을 보여준다'라고 설시한다.

326) 김동현 · 이혜영, 앞의 책, 229～230면.

제3절 일본의 관련 논의와 朝日放送 판결 분석

1. 검토의 필요성

일본은 우리나라와 유사하게 헌법에서 노동3권을 보장하고,[327] 노조법 제7조는 부당노동행위를 금지하며 그 유형을 규정하고 있다.[328] 노조법상 사용자 개념, 특히 단체교섭의 상대방으로서 사용자 개념을 어떻게 확정할 것인지에 관한 우리나라 학계의 논의는 일본의 학설들을 상당 부분 수용하였고, 대법원 2007두8881 판결 또한 일본 朝日放送 사건의 최고재판소 판결로부터 영향을 받았다고 보는 데 대체로 견해가 일치한다. 따라서 일본의 학설들과 판례의 법적 추론을 살펴보면 이를 통해 여러 시사점을 얻을 수 있다.

다만, 유의해야 할 점은 일본의 노조법 체계, 특히 부당노동행위 제도는 우리나라와 몇 가지 차이가 있다는 것이다.

첫째, 일본의 노조법에는 사용자 개념에 대한 정의규정이 없다. 따라서 일본에서는 노조법 제7조에서 규정한 부당노동행위의 주체로서 사용자 개념을 어떻게 이해할 것인지를 중심으로 논의가 이루어졌다. 우리나라에서도 대체로 노조법상 사용자 개념을 부당노동행위의 주체 내지는 단체교섭의 당사자 측면에서 논의하고 있는데 이는 위와 같은 일본 학계의 논의 방향으로부터 영향을 받은 것으로 보인다. 그런데 우리나라 노조법 제2조는 '이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다'라고 밝힌 후 제2호에서 사용자의 개념을 정의하고 있다. 이러한 차이점에 주목하여 우리나라에서는 노조법상 사용자의 정의 규정으로부터 출발하여 논의를 전개하여야 한다는 지적이 있다.[329]

---

327) 일본국헌법 제28조는 "근로자의 단결권 및 단체교섭 그 밖의 단체행동을 할 권리는, 이를 보장한다."라고 규정하여 노동3권을 기본권으로 보장하고 있다.

328) 일본 노조법 제7조는 사용자의 부당노동행위를 금지하고 있는데, 그 유형은 제1호부터 제4호까지 4가지 유형이다. 제1호는 우리나라 노조법 제81조 제1항 제1호 및 제2호에, 제2호는 우리나라 노조법 제81조 제1항 제3호에, 제3호는 우리나라 노조법 제81조 제1항 제4호에, 제4호는 우리나라 노조법 제81조 제1항 제5호에 각 해당한다.

329) 박제성, "사내하청의 담론과 해석", 2~11면에서는, 예컨대 김유성 교수의 교과서는 노조법 제2조의 사용자 정의 규정에 대한 일반적 설명은 하지 않은 채 부당노동행위 제도 부분에서 사용자 개념의 외부적 획정 문제를 제기하고, 김형배 교수도 2015년 제24판 교과서[김형배, 「노동법」 제24판, 박영사(2015)]에서야 비로소 노조법 제2조의 사용자 정의 규정에 관한 설명을 하는 등 기존의 학설은 사용자의 정의 규정에 대한 해석론적 근거를 우선하지 않고 부당노동행위 제도에 한정하여 사용자의 범위를 확장하려고 시도하기 때문에 사용자 개념의 재해석이 사실적 영역에만 머물고 규범적 영역으로 확장되지 못하는 한계를 안고 있다고 비판한다.

둘째, 일본은 부당노동행위의 유형 중 단체교섭 거부의 요건이 우리나라 해당 조항의 문언과 다르다. 즉, 우리나라 노조법 제81조 제1항 제3호에 해당하는 일본의 노조법 제7조 제2호는 “사용자가 고용하는 노동자[330]의 대표자와 단체교섭을 하는 것을 정당한 이유 없이 거부하는 것”을 부당노동행위로 규정하고 있다. 위 ‘고용하는’이라는 문언으로 인해 일본에서는 2차 세계대전 이후 노조법상 사용자를 근로계약관계상의 사용자로 엄격히 한정하는 견해(근로계약설)가 한때 학설과 실무에서 지배적이었다고 한다.[331] 이와 관련하여 조경배 교수는 일본 노조법의 위와 같은 입법구조상 특징이 노조법상 사용자 개념을 ‘근로계약의 당사자’에 초점을 맞추도록 한계를 설정하는 요인이 되었다고 평가한다.[332] 우리나라의 논의에서는 적어도 이러한 문언적 구조로부터는 자유로울 수 있다.

셋째, 우리나라의 부당노동행위 구제제도는 처벌주의와 원상회복주의를 병용하고 있는 반면 일본은 원상회복주의만을 채택하고 있다는 점이다. 우리나라에서 노조법상 사용자 개념을 논의함에 있어 죄형법정주의의 문제가 계속 제기되는 것과는 상황이 다르다.

2. 학설

일본에서는 전후 고도성장기를 지나 1970년대 경제위기를 겪으면서 기업 구조조정 등으로 인한 노사 분쟁이 빈발하자 근로계약관계를 넘어서는 차원에서 노조법 제7조 제2호의 사용자 개념을 해석할 필요성이 본격적으로 제기되기 시작하였다.[333] 학설은 대체로 사용자를 근로계약의 당사자로 한정하지 아니하고 이를 확장하는 데는 견해가 일치하나, 그 근거와 확장의 정도, 판단기준 등에 따라 지배력설, 대향관계설, 근로계약기준설로 대별할 수 있다.[334]

---

330) 일본 노조법, 그리고 우리나라 근로기준법에 대응하는 일본의 노동기준법에서는 ‘노동자’, ‘노동계약’, ‘노동조건’, ‘노동시간’, ‘노동관계’ 등의 용어를 사용한다. 당연히 일본 학계도 위 용어에 따르고 있는데, 이하 일본 판례의 판시 내용을 직접 인용하는 경우를 제외하고는 편의상 우리나라에서 통용되는 근로자, 근로계약, 근로조건, 근로시간, 근로관계 등으로 바꿔 쓴다.

331) 윤애림, 사용자 찾기, 92면.

332) 조경배, “비정규직 근로자의 노동단체권 보장에 관한 연구”, 「민주법학」 제23호, 관악사(2003), 369면.

333) 米津孝司, “日本法における集団的労働法上の「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, 146면.

334) 馬渡 淳一郎 교수는 부당노동행위 주체로서 사용자 개념에 대한 일본의 학설을 근로계약설(당해 근로자와 근로계약관계에 있는 자), 사용종속관계설(당해 근로자와 근로계약관계가 없더라도 사

가. 지배력설

지배력설은 근로계약의 유무에 관계없이 '근로관계상의 제 이익에 대하여 실질적인 지배력 내지 영향력을 가진 자'를 부당노동행위의 주체 내지 단체교섭의 상대방인 사용자로 보는 견해이다.[335] 부당노동행위 제도는 공정한 노사관계질서를 유지하는 것을 목적으로 하고 있고, 사용자 측에 근로계약상의 책임을 묻는 것은 아니므로 근로계약의 당사자로서 사용자에 한정할 필요가 없고,[336] 부당노동행위법의 취지·목적에 비추어 볼 때 가장 중요한 것은 법형식과 무관하게 근로관계에 실질적으로 지배력·영향력을 행사하는 자의 노동조합에 대한 부당한 침해를 배제하는 것이라는 점을 근거로 한다.[337] 고도성장기 이후 사업의 하청화나 파견근로자 등과 같이 고용형태가 복잡해진 상황에서 위와 같이 해석하지 않으면 부당노동행위 제도의 취지를 충분히 살릴 수 없으며,[338] 근로계약기준설과 같이 사용자의 범위를 좁게 한정하는 것은 책임을 부담하여야 하는 자의 책임을 면하게 하여 부당노동행위 제도를 공동화(空同化)시키는 것이라고 한다.[339]

西谷 敏 교수는 넓은 의미의 사용자성이 문제되는 경우를 ① 다른 기업의 근로자를 이용하는 경우, ② 장래 또는 과거의 근로계약 당사자인 경우, ③ 다른 기업을 사실상 지배하는 경우로 유형화하고, ①에 해당하는 관계로 파견법에 근거한 근로자파견, 두 기업 간의 도급계약에 근거한 하청근로자의 사용(사업장내 하청, 사외공), 전출(出向) 등을 들며, 이 경우 근로계약의 당사자는 아니더라도 다른 기업에 속한 근로자를 받아들여 사실상 지휘명령을 하거나 또는 제반 근로조건을 실질적으로 결정하는 자는 그 한도에서 부당노동행위법상의 사용자로서 책임을 진다고 해석한다.[340] 나아가 구체적으로 문제되는 단체교섭과 관련하여, 사용기업(사용사업주, 원청)

실상의 사용종속관계가 있는 자), 대향관계설(근로자의 자주적인 단결과 단결목적에 관련하여 대향관계에 있는 자), 지배력설(근로계약상의 제 이익에 대한 지배력을 가지는 자)로 구분하고 있다. 馬渡 淳一郎, "朝日放送사건판결의 의의와 그 판결이 항운노조 근로자의 집단적 노사관계에 미치는 영향",「노동법학」제6호, 한국노동법학회(1996. 12.), 2면.

335) 東京大學労働法研究會,「註釋労働組合法」上卷 , 有斐閣(1983), 339면. 西谷 敏,「労働組合法」(第3版) , 有斐閣(2012), 150면에서는 좀 더 구체적으로 노조법 제7조의 사용자는 '근로관계에 대하여 부당노동행위법의 적용을 필요로 할 정도의 실질적인 지배력 내지 영향력을 미칠 수 있는 지위에 있는 자'로 넓게 해석하는 것이 타당하다고 한다.

336) 香川孝三, "団体交渉の当事者と使用者概念の拡大",「季刊 勞働法」제134호(1985. 1.), 18면

337) 西谷 敏,「労働組合法」(第3版) , 有斐閣(2012), 150면.

338) 片岡昇(村中孝史補訂),「労働法」(1) 總論·労働団体法, (제4판), 有斐閣(2007), 274면. 西谷 敏,「労働組合法」(第3版) , 有斐閣(2012), 150면.

339) 西谷 敏,「労働法」(第3版) , 有斐閣(2020), 150면.

은 근무시간의 편성, 노무제공의 태양, 작업・직장환경 등 지휘명령이나 취로조건에 관계되는 사항 과 같이 자신이 결정할 수 있는 사항에 관하여는 단체교섭의무를 지고, 성희롱 문제도 당연히 단체교섭사항이 되며, 파견근로자의 임금 등 근로조건의 결정이나 그 지위 상실 등에 강한 영향력을 미치고 있다고 보이는 경우에는 단체교섭에 응하여야 한다고 한다. 예컨대 사용사업주에 의한 파견계약의 해제나 교체 요구는 근로자의 해고로 이어져 파견근로자의 지위에 직접 관계되는 문제로 되기 때문에 사용사업주의 단체교섭응낙의무를 인정하여야 하고, 사정에 따라서는 사용사업주 등에 대한 직접고용 요구에도 단체교섭에 응하여야 한다고 본다.[341]

나. 대향관계설

이 견해는 헌법상 보장된 노동3권을 구체화한 집단적 노사관계법의 사용자 개념을 정립한다는 관점에서 지배력설을 비판, 발전시킨 것이다. 지배력설이 사용자의 지배력 내지 영향력이 미치는 노동관계상 제 이익의 중점을 결국 인사와 근로조건에 두고 있기 때문에 차별대우 등 불이익 취급의 부당노동행위를 추급하는데 어려움이 있을 수 있고 단체교섭의 대상도 한정하게 되는 등의 문제점이 있다는 점을 지적하며, 부당노동행위의 보호법익은 일반적인 근로자의 단결활동 그 자체이므로 부당노동행위 일반의 사용자 요건을 인사와 근로조건 등에 지배력을 가진 자로 한정할 이유는 없다고 한다.[342]

本多淳亮 교수는 종래 지배력설을 주장하였으나 그 견해를 수정하여,[343] 집단적 노사관계법의 사용자란 '근로자의 단결에 대향하는 사용자측의 진영에 속하고 간접적으로라도 당해 근로관계에서 노동조합 내지 조합원의 제 이익에 지배력 내지 영향력을 미칠 수 있는 지위에 있는 자'라고 보아야 하고, 이와 같이 단체교섭이나 부당노동행위에서 사용자 개념을 넓게 파악하는 것이 집단적 노사관계의 실질에 부합한다고 한다.[344]

이 견해는 단체교섭에 응하여야 할 사용자를 획정함에 있어 '대향관계'라는 관

340) 西谷 敏, 앞의 책(2012), 151면.
341) 西谷 敏, 앞의 책(2012), 152～153면.
342) 本多淳亮, "不當勞働行爲論における勞働者と使用者の概念",「季刊 勞働法」제148호(1988. 7.), 20면.
343) 本多淳亮, 앞의 글, 26면. 각주(9)에서 종래 자신이「不當勞働行爲論」(1969년 法律文化社에서 발간된 공동연구 저서이다)에서 지배력설을 취하였으나 그 문제에 대한 자각이 충분하지 않았음을 반성한다고 밝히고 있다.
344) 本多淳亮, 앞의 글, 21면.

념을 설정하면서 이는 근로계약관계나 사실상 사용족속관계와 구별되며 단체교섭권에만 관련되는 독자적인 관념이라고 설명한다. 집단적 노사관계에서 사용자의 지위는 단체교섭권이 있는 근로자 또는 노동조합과의 상대적 관계에서 결정되어야 하는데(대향성), 그것은 근로계약상의 당사자라는 개별적인 근로관계법 상의 계약주체는 물론 실질적 사용종속관계라는 구체적 취업과정에서 지휘명령관계의 당사자와도 다르며, 단체교섭을 본래 근로조건의 유지·개선에 관한 노사의 대등한 거래관계로 이해하는 한 개별 근로자가 취업과정에서 누구와 직접적인 사용종속관계에 있는가는 대향성과 직접적으로 관계된 문제는 아니라는 것이다. 나아가 단체교섭은 노동시장에서 근로조건의 기준 설정을 목적으로 하므로 사용자가 근로조건 등의 문제에 대한 결정권을 가져야 한다고 할 때 그 결정권은 법률상 권리의 유무가 아니라 사회적 사실에서 그 힘을 보유하고 있고 현실적으로도 그것을 좌우할 수 있으면 족하다고 한다.[345]

다. 근로계약기준설

이는 菅野和夫 교수가 1985년「労働法」(初版) 출간 이래 주장해 온 견해로,[346] 노조법상 사용자를 '근로계약관계 내지는 그에 인접한 관계를 기반으로 하여 성립하는 단체적 노사관계의 일방 당사자'로 정의한다. 그 근거로는 노조법상 사용자는 노조법이 조성하는 단체교섭을 중심으로 한 단체적 노사관계의 당사자로 근로계약의 당사자인 고용주와는 차이가 있으나, 단체적 노사관계라고 하더라도 근로자의 근로관계상 제 이익에 대한 교섭을 중심으로 하여 전개하는 것이므로 근로계약관계를 그 기반으로 하여 성립하는 것이 통상적이고, 그렇지 않더라도 근로계약관계에 근사(近似) 내지 인접한 관계를 필요로 하는데, 이는 노조법 7조가 금지하는 행위가 고용, 그 밖의 근로관계상의 불이익취급, 고용하는 근로자의 대표자와의 단체교섭 거부 등이라는 점과 단체교섭의 결과 체결된 단체협약에서 정한 근로자의 대우 등 기준에는 근로계약을 규율하는 규범적 효력이 예정되어 있다는 점에서 분명하다고 한다.[347] 한편, 부당노동행위 금지규정의 사용자는 근로계약의 고용주와는 다른 독자적인 개념이라고는 하나, 기본형은 고용주여야 하는데 지배력설에서는 그러한 점

345) 菊池高志, "團體交涉における當事者概念"(上·下),「勞働判例」제253, 254호(1976), 10면 이하. 김형배, 앞의 책, 421~423면에서 재인용.
346) 菅野和夫,「労働法」제12판, 弘文堂(2022), 1006면에서 스스로 이 점을 밝히고 있다.
347) 菅野和夫, 앞의 책, 1006면.

이 정의 속에 명시되어 있지 않기 때문에 지배력설의 사용자 정의는 기본형을 가지지 못하는 탄력개념이 되었다고 비판한다.[348]

菅野和夫 교수는 후술하는 朝日放送 사건의 최고재판소 판결이 근로계약기준설을 취한 것으로 보고 있으며, 사내업무도급(사내하청)이 근로계약관계에 근사한 것으로서 발주기업(원청)이 도급근로자(하청근로자)의 노동조합에 대하여 단체교섭을 해야 하는 사용자의 지위에 있는지가 문제되는 경우에는 위 최고재판소 판결의 취지에 따라 발주기업이 도급기업 근로자의 기본적 근로조건의 일부를 '고용주와 동일시할 수 있는 정도로 현실적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위'에 있는지 여부에 따라 판단해야 할 것이라고 한다. 나아가 사내업무도급에서 발주기업의 업무를 전속적으로 도급받아 온 기업(하청)이 발주기업에 의한 대폭적인 단가의 절하나 도급계약의 해지에 의하여 사업의 계속을 단념하고 해산하여 도급기업의 근로자가 발주기업을 상대로 고용의 확보 등에 대한 단체교섭을 요구하는 사안의 경우, 위 최고재판소 판결의 취지에 따르면 발주기업이 그러한 단체교섭 요구에 응해야 하는 사용자라고 할 수 있기 위해서는 도급기업 근로자의 취업의 제 조건에 그치지 않고, 그러한 근로자의 고용 그 자체(채용, 배치, 고용종료 등)에 대하여 현실적이고 구체적으로 지배를 하는 것이 필요하다고 본다.[349]

3. 朝日放送 최고재판소 판결

朝日放送 사건은 총 5회에 걸쳐 노동위원회와 법원에서 朝日放送을 노조법 제7조(부당노동행위)의 사용자로 인정할 수 있는지 여부에 대한 판단이 이루어졌는데, 각 그 결론이 상이할 뿐만 아니라 제시한 논거에 단체교섭의 상대방으로서 사용자 개념을 둘러 싼 일본의 위 학설들이 망라되어 있음을 알 수 있다.[350]

가. 사실관계

朝日放送(원청)은 3개의 하업업체(하청업체, 이하 '하청 3사'라 한다)로부터 텔레비전 프로그램 제작을 위한 촬영, 조명, 음향 등 업무를 담당하는 근로자를 공급받아

348) 菅野和夫, 앞의 책, 1006면.
349) 菅野和夫, 앞의 책, 1006～1008면.
350) 이하 각 노동위원회의 판정 및 판례의 정영훈 교수의 미발간 번역자료를 참고하였다.

사용했다. 하청 3사로부터 약 70～80명의 근로자가 朝日放送에 파견되어, 朝日放送의 연출자의 지휘・감독 아래 작업에 종사했다. 해당 근로자의 실제 작업 진행, 작업시작, 휴게의 예정과 변경 등은 모두 朝日放送의 연출자의 지휘・감독 하에 이루어졌다. 한편 하청 3사는 매월 파견근로자의 신고에 따라 잔업시간의 계산을 한 후 임금을 지급하고, 각각 취업규칙을 가지며 노조와 임금 등에 대해 교섭하여 단체협약을 체결하고 있었다.

하청 33사에서 朝日放送으로 파견된 근로자들 중 7명이 가입한 노동조합(일본민간방송노동조합연합회의 近畿地區 노동조합)은 1974년부터 1976년까지 수차례에 걸쳐 아래와 같은 내용을 교섭의제로 하여 단체교섭을 요구하였지만, 朝日放送은 자신이 위 노조 조합원의 사용자가 아니라는 이유로 모두 거부하였다.

교섭요구일	교섭의제
1974. 9. 24	차별고용·임금차별 차별 인플레이션 수당 지급 조합원 1의 배치전환 철회 상주(常駐) 폐지 반대 등
1974. 11. 1.	상여금 지급 하청회사 종업원 전원 직접 고용(정사원화) 하청 및 프로그램 제작 외주화 금지 근로조건의 개선 등
1975. 3. 5.	최저임금 보장 완전 주휴 2일제 실시 휴게실 설치 등
1975. 5. 16	조합원 1 및 5의 고용 조합원 1 및 5에 대한 근로조건 차별금지
1975. 12. 14	연말상여금 지급 12월 14일 아침에 이루어진 점거 농성의 배제 건
1976. 1. 23	근로조건의 개선 미지급임금, 위자료 등의 지불 등

한편, ① 朝日放送의 조명과장은 노동조합의 조합원 수 명에 대해서 수차례 합탈퇴를 권유하였고, 결과적으로 조합원은 2명밖에 남지 않았다. ② 1975. 7. 7.에는 노동조합이 朝日放送의 단체교섭 거부에 대해 항의하던 중 朝日放送의 관리부 차장이 노조 분회장의 안면을 때리는 사건이 발생하였다. ③ 1975. 12. 4.에는 노동조합

이 부조정실을 점거하여 농성하자 朝日放送은 경비원 등이 농성자 전원을 부조정실로부터 배제하였다.

노동조합은 朝日放送의 단체교섭 거부는 노조법 제7조 제2호에서 규정한 단체교섭 거부의 부당노동행위에 해당하며, 위 ①, ②, ③ 등의 朝日放送의 행위는 노조법 제7조 제3호에서 규정한 지배개입의 부당노동행위에 해당한다고 주장하며, 1976. 1. 29. 大阪府지방노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 하였다.

나. 노동위원회의 판단

1) 1978. 5. 26. 大阪地노동위원회의 결정[351]

가) 朝日放送의 사용자성(인정)

조합원의 근무 실태, 출퇴근 및 휴가 등의 관리 실태, 임금 결정 및 지불, 조합원의 채용・배치전환・근무배정 등에 대하여 사실인정을 거쳐 조일방송이 '본건 조합원의 취로, 출퇴근의 관리를 포함하여 노무의 내용에 대해서는 직접적인 지배력을 가지고 있고 이러한 지배력을 통하여 노동력의 대가로서의 임금에 큰 영향력을 미치고 있는 것이기 때문에 그 한에서 본 건 조합원에 대한 사용자책임을 면할 수 없다.

나) 단체교섭 거부의 부당노동행위 성립 여부(인정 : 배치전환 철회 및 직접고용 요구 부분은 제외)

조일방송은 한정된 사항에 대해서 그 관여하는 정도에 따라서 본 건 조합원에 대한 사용자 책임을 진다고 인정되기 때문에, 조합의 단체교섭 요구 사항 중에서 '배치전환 철회 및 직접고용 요구에 관한 사항을 제외한 근무 내용' 등 朝日放送이 관여하는 사항에 대해서는 회사는 당연히 해결할 능력 내지 책임을 가지고 있어서 이들에 대해서 본 건 조합원의 사용자가 아니라고 하는 이유로 일체 단체교섭을 거부하는 것은 노조법 제7조 제2호에 해당하는 부당노동행위에 해당한다.

---

351) 労働判例 제301호, 90면 이하.

다) 지배·개입의 부당노동행위 성립 여부(일부 인정)

노동조합이 문제삼은 위 ①, ②, ③의 행위 중 ①, ②에 대하여 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다.

2) 1986. 9. 17.자 중앙노동위원회의 결정[352)]

가) 朝日放送의 사용자성(인정)

위 인정사실에 비추어 보면, 하청3사는 사업주로서 독립성을 갖추고 있고 명실공히 본 건 조합원들의 고용주이다. 그런데 朝日放送 또한 본건 조합원들의 TV프로그램 제작 업무에 관해서는 본 건 조합원들을 자신의 종업원과 마찬가지로 지휘·감독하고 그 취로에 관한 제 조건을 실질적으로 결정한 것이기 때문에 조일방송은 본 건 조합원들의 취로에 관한 제 조건에 관해서는 노조법 제7조 제2호의 사용자에 해당한다고 해야 한다.

나) 단체교섭 거부의 부당노동행위 성립 여부(인정 : 근무배정 등 취로에 관한 제 조건에 한하여)

본 건 조합원들의 고용주는 하청 3사이고 朝日放送은 아니므로, 노동조합의 교섭요구사항 중 朝日放送이 임금 인상, 하계·동계상여금 지급, 직접 고용, 배치전환의 철회 등 이른바 노동조건에 관한 사항에 대해서 단체교섭을 거부하여도 이를 가지고 부당노동행위라고 할 수는 없다.

그러나 본 건 조합원들의 근무배정 등 취로에 관한 제 조건에 관해서는 朝日放送이 위 조합원들에 대해서 그 사용자로서 행동한 것이기 때문에 조일방송이 단체교섭을 거부하는 것은 노조법 제7조 제2호의 부당노동행위에 해당한다.

다. 법원의 판단

1) 제1심 법원의 판단—동경지방재판소 1990. 7. 17.자 판결(조일방송의 청구

352) 別冊中労 제1037호 145쪽

기각)[353]

가) 노동조합법 제7조 제2호의 사용자 해당 여부의 판단 기준

부당노동행위제도의 목적은 노동계약의 당사자에 대해서 그 계약책임을 추급하는 것에 있는 것이 아니고 노동자의 단결권 등에 대한 침해행위를 배제하고 이에 의하여 발생한 사실상태를 제공하는 것에 의하여 노동자가 단체교섭 기타의 단체행동을 위하여 노동조합을 조직하고 운영하는 것을 옹호하는 것과 함께 단체협약의 체결을 주된 목적으로 하여 단체교섭을 하는 것을 조성하는 것에 있다. 따라서 노조법 제7조 제2호의 '사용자'를 노동계약의 일방 당사자인 고용주에 한정하는 것은 정당하지 않고 위에서 설시한 부당노동행위제도의 취지, 목적 외에 노조법 제1조에서 정하고 있는 동 법의 목적 및 사용자에게 부과되어 있는 법률상의 의무 등도 종합적으로 고려하여 이를 결정하여야 한다.

위와 같은 관점에서 집단적 노사관계상의 일방의 지위에 있는 당사자가 '사용자'에 해당하고, 그 상대방이 '고용되는 노동자'에에 해당한다고 하는 것이 상당하기 때문에, 노조법 제7조 제2호에서 말하는 '고용되는 노동자'이기 위해서는 고용계약관계에 있는 자에 한정되지 않는다고 해야 한다.

나) 朝日放送이 노조법 제7조 제2호의 사용자에 해당하는지 여부(인정)

이와 같이 노조법 제7조 제2호의 사용자에 해당하는지 여부는 부당노동행위 제도의 취지, 목적 외에 노조법 제1조에서 정하는 목적 및 사용자에 대해서 부과되는 법률상의 의무 등도 종합적으로 고려하여 결정되는 것인데, 구체적으로는 개개의 사안에 따라서 개별적으로 판단할 수밖에 없다.

이상의 제 사실에 비추어보면 하청3사는 명실공히 기업으로서의 독자성을 가지고 본 건 조합원들의 고용주로서 도급계약 또는 재하청계약에 근거하여 본 건 조합원들을 위 계약의 이행보조자로서 각각 원고에게 배속하고 있기 때문에 조합원들과의 관계에서 노조법 제7조 제2호의 사용자에 해당한다는 것은 분명하다.

그러나 朝日放送은 TV프로그램의 제작 업무에 관해서는 도급계약 등의 조항에도 불구하고 본 건 조합원들을 자신의 종업원과 동일하게 지휘・감독하고 그 노무

353) 労働判例 제556호, 17면 이하.

의 제공과정에서 문제되는 제 사항, 즉 근무시간의 배정, 휴게, 작업환경 등을 실질적으로 결정하고 직접 지배하고 있기 때문에 본 건 조합원들과 朝日放送과의 사이에는 노무의 제공과 이에 대한 지휘, 감독이라고 하는 직접적인 관계가 존재하게 되고, 따라서 위와 같은 사항에 대해서는 朝日放送은 노조법 제7조 제2호의 사용자에 해당하는 보는 것이 상당하다. 본 건 (중앙노동위원회) 명령이 '취로에 관한 제 조건'이라 한 것은 명령 전체의 취지를 감안하면 위와 같은 근무시간의 배정, 휴게, 작업환경 등을 가리키는 것이라고 이해되고, 朝日放送으로부터 대여 또는 지급되는 업무수행에 필요한 기자재도 위 조건의 하나에 포함될 수 있다.

이들 사항에 대해서는 실질적인 결정권한이 없는 하청 3사에 단체교섭의무를 지워도 의미가 없고, 오히려 이를 실질적으로 결정하고 직접 지배하고 있는 朝日放送에 조합과의 단체교섭에 응하도록 하는 것이 단체교섭을 노동자의 기본적인 권리로서 보장하고 있는 노조법의 목적에 적합한 것이라고 해야 한다.

한편, 본 건 조합원들의 고용주는 하청3사이고 원고가 아니기 때문에 조합의 요구 사항 중에서 임금 인상, 하계·동계 상여금의 지급, 직접 고용, 배치전환 철회 등에 대해서는 朝日放送에 단체교섭에 응해야할 의무가 없고, 원고가 이를 거부하였다고 하여 부당노동행위에 해당한다고 할 수 없다.

2) 항소심 법원의 판단—동경고등재판소1992. 9. 16.자 판결(제1심판결 취소)[354]

가) 노조법 제7조 제2호의 사용자 해당 여부의 판단 기준

노조법 제7조의 사용자는 반드시 근로자와 사이에 고용계약을 체결한 고용주에 한정되어야 하는 것은 아니고, 고용계약이 없어도 계약상의 당사자인 고용주와 동일시할 수 있는 정도로 근로자의 노동관계상의 제 이익에 집적적인 영향력 내지 지배력을 미칠 수 있는 지위에 있는 자를 포함한다고 해석하는 것이 상당하다. 그리고 이를 판단할 때에는 노조법의 취지를 충분히 배려하여야 하고, 부당노동행위 제도의 목적이 노동계약의 당사자에 대해서 그 계약책임을 추급하는 것에 있는 것이 아니고 노동자의 단결권 등에 대한 침해행위를 배제하고 이에 의하여 발생한 사실상태를 제거하는 것에 의하여 노동자가 단체교섭 기타의 단체행동을 위하여 노동조합을 조직하고 운영하는 것을 옹호하는 것과 함께 단체협약의 체결을 주된 목적

354) 労働判例 제624호, 64면 이하.

으로 하여 단체교섭을 하는 것을 조성하는 것이나 사용자에게 부과되어 있는 법률상의 의무 등도 종합적으로 고려하여 이를 결정하여야 한다는 것은 당 재판소도 원심(제1심)과 별단 의견을 달리하는 것은 아니다. 이 점을 고려하여 근로자의 노동관계상의 제 이익에 영향력 내지 지배력이라고 면으로부터 실질적으로 판단을 해야 한다고 보는 것이다.

그러나 이것은 고용계약의 유무라고 하는 형식을 애초부터 부정해도 좋다는 것까지 의미하는 것은 아니다. 사안을 형식적으로 파악할 뿐만 아니라 실질적으로 파악해야 한다고 하여도 노동관계의 일방 당사자가 되어야 하는 사용자라고 함은 어떠한 자를 말하는가를 결정하는 판단 기준이 되어야 하기 때문에 객관적인 기준으로 가능한 한 알기 쉬운 것(많은 사람들이 상식적으로 판단할 수 있는 것)이 바람직하다. 이를 고려하면, 현재 노동자와 고용계약을 체결하고 있는 자가 있는 경우에는 그것 자체가 하나의 징표로서의 의미를 갖는 것이기 때문에 그것이 형식에 지나지 않고 실질은 고용계약상의 고용주 이외의 자가 임금이나 근로시간, 직장 배치 등의 기본적인 근로조건을 결정하고 근로자의 노무 제공을 지휘명령하고 있다고 상식적으로 판단하는 것이 가능한 경우에는 비로소 그 자를 사용자라고 인정할 수 있다고 해야 한다. 노동자와 현재 근로계약을 체결하고 있는 자가 고용계약을 체결하고 있다고 하는 것뿐만 아니라 근로자의 임금이나 근로시간, 직장 배치 등의 기본적인 근로조건도 결정하고 있는 외형이 있는 경우에는, 역시 단순한 외형에 지나지 않고 실은 고용주 이외의 자가 이러한 기본적인 노동조건의 결정 자체에 직접적인 영향력 내지 지배력을 미치고 있다고 상식적으로 판단할 수 있는 경우에 비로소 그 자를 사용자라고 인정할 수 있다고 해야 한다. 나아가 고용계약상의 고용주가 이러한 근로조건의 결정에 대해서 현재 노동조합과의 사이에 단체교섭을 하고 단체협약도 체결하고 있는 것과 같은 경우에는 통상적이라면 고용계약이 단순한 형식이라고는 생각하기 어렵기 때문에 매우 특별한 사정이 인정되지 않는 한 고용계약상의 고용주가 사용자에 해당한다고 보는 것이 오히려 상식적인 판단이라고 생각된다. 따라서 이와 같은 경우에는 그렇다고 하여도 여전히 고용주 이외의 자가 근로자의 노동관계상의 제 이익에 직접적인 영향력 내지는 지배력을 미치고 있다는 것을 명확히 할 수 있는 구체적인 사실이 증명될 때 비로소 그 자를 사용자라고 인정할 수 있다고 하는 것이 상당하다. 이러한 점을 고려하지 않고 집단적인 노사관계의 일방의 지위에 있는 사용자에 적합한 자가 사용자에 해당하고 그 상대방이 근로자에 해당한다고 하는 것과 같은 원심의 해석은 항소인도 지적한고 있는 것처럼 질문으로써 질문에 답하는 것이라고 하는 비난을 피할 수 없어서 당 재판소는 채용할 수 없다

나) 朝日放送이 노조법 제7조 제2호의 사용자에 해당하는지 여부(부정)

위 인정사실에 의하면 하청3사는 각각 기술을 가지고 있는 종업원을 고용하여 朝日放送만이 아니라 적지 않은 다른 방송사 등에도 파견하는 등 독자의 영업활동을 하고 있어서 사업주체로서의 독립성을 가지고 있고 세 회사 모두 그 종업원과의 사이에는 각각 독자의 취업규칙을 가지고 있는 것과 함께 조합과의 사이에 임금 인상, 하계·동계 상여금 등에 대한 교섭을 하고 타결한 사항에 대해서 협약을 체결하는 등 명실공히 본 건 조합원들의 고용주로서 행동하고 있다. 이로부터 보면, 하청3사는 각각의 종업원과의 관계에서 실질적으로 노조법 제7조 제2호에서 말하는 사용자에 해당한다고 인정된다. 이것은 본 건에서 朝日放送이 단체교섭을 명령하여야 할 상대방인 사용자에 해당하는지 여부를 판단할 때 무시할 수 없는 중요한 포인트라고 해야 한다. 위의 사실이 인정되는 이상 특별한 사정이 없는 한 하청3사가 사용자라고 해야 한다.

3) 최고재판소의 판단— 最三小判 1995. 2. 28.자 판결[355]

노조법 제7조에서 말하는 사용자의 의의에 대해서 검토하면, 일반적으로 사용자라 함은 노동계약상의 고용주이지만, 동 조가 단결권의 침해에 해당하는 일정한 행위를 부당노동행위라고 하여 배제, 시정하여 정상적인 노사관계를 회복하는 것을 목적으로 하고 있는 점에 비추어보면, 고용주 이외의 사업주라고 하더라도 고용주로부터 근로자의 파견을 받아서 자기의 업무에 종사시키고 그 근로자의 기본적인 근로조건 등에 대해서 고용주와 부분적일지라도 동일시할 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배, 결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는 그 한에서 위 사업주는 동 조의 사용자에 해당한다고 보는 것이 상당하다.

이를 본 사건에 대해서 보면, 하청3사는 朝日放送과는 별개의 독립적 사업주체로서 TV 프로그램 제작 업무에 대해서 朝日放送과 도급계약에 근거하여 그가 고용하는 종업원을 朝日放送 하에 파견하여 그 업무에 종사시키고 있던 것으로 본래 朝日放送은 위 종업원에 대한 관계에서 근로계약상의 고용주에 해당하지 않는다.

그러나 위의 사실관계에 의하면 朝日放送은 하청3사로부터 파견되는 종업원

355) 民集 제49권 제2호, 559면 이하.

이 종사하여야 할 업무의 전반에 대해서 편성일정표, 대본, 제작진행표의 작성을 통해서 작업일시, 작업시간, 작업장소, 작업내용 등 세부에 이르기까지 스스로 결정하고 있는 점, 하청3사는 단지 거의 고정되어 있는 일정한 종업원 중에서 누구를 어느 프로그램 제작업무에 종사시킬 것인지를 결정하고 있던 것에 지나지 않은 점, 朝日放送 하에 파견되어 있는 하청 3사의 종업원은 이와 같이 결정된 업무에 종사하고 朝日放送으로부터 지급 내지 대여 받은 기자재 등을 사용하여 朝日放送의 작업질서에 편입되어 朝日放送의 종업원과 함께 프로그램 제작업무에 종사하고 있던 점, 朝日放送의 종업원의 작업 진행은 작업시간대 변경, 작업시간 연장, 휴게 등에 대해서도 모두 朝日放送의 종업원인 디렉터의 지휘감독 하에서 놓여 있던 점이 명확하다. 이들 사실을 종합하면, 朝日放送은 실질적으로 볼 때 A, B, C로부터 파견되는 종업원의 근로시간 배정, 노무제공의 태양, 작업환경 등을 결정하고 있었고, 위 종업원의 기본적인 근로조건 등에 대해서 고용주인 A, B, C와 부분적이라고 할지라도 동일시할 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배, 결정할 수 있는 지위에 있었다고 해야 하기 때문에 그러한 한에서 노조법 제7조에서 말하는 사용자에 해당하는 것으로 이해하는 것이 상당하다.

그렇다면 朝日放送은 스스로 결정할 수 있는 근무시간의 배정, 노무제공의 태양, 작업환경 등에 관한 정당한 이유가 없으면 하청 3사의 종업원이 조직한 노동조합에 대하여 단체교섭을 거부할 수 없다고 해야 한다.

라. 평가와 시사점

1) 각 노동위원회 결정 및 판례에 대한 평가

大阪地노동위원회 결정은 사용자성 판단에 관한 일반적 기준을 제시하고 있지는 않지만 지배력설과 상당히 유사한 기준을 적용하고 있다. 위 결정에서 주목할 만한 점은 '임금'과 관련한 교섭 요구에 대하여 朝日放送의 사용자성을 인정하였다는 것이다.

중앙노동위원회도 역시 일반적 기준을 설시하고 있지는 않지만, '실질적인 결정력'을 기준으로 하였다는 점에서는 지배력설을 취한 것처럼 여겨지기도 하고, '지휘·감독'을 고려하였다는 점에서는 근로계약기준설에 가깝다고 이해될 여지도 있다. 지휘·감독은 사용종속관계의 핵심적인 징표이며, 사용종속관계는 근로계약관계의 핵심적인 징표이기 때문이다. 중앙노동위원회는 大阪地노동위원회와 달리 임금

과 관련한 교섭 요구는 인정하지 않았는데, 이는 중앙노동위원회가 사용종속관계를 중심으로 사용자성을 판단하고, 하청업체의 독자성에 주목하였기 때문인 것으로 보인다.

제1심인 동경지방재판소의 판결은 대항관계설에 입장에 있다고 평가할 수 있을 것이다. 특히 동경고등재판소의 비판, 즉 "집단적인 노사관계의 일방의 지위에 있는 사용자에 적합한 자가 사용자에 해당하고 그 상대방이 근로자에 해당한다고 하는 것과 같은 원심의 해석은 항소인도 지적하고 있는 것처럼 질문으로써 질문에 답하는 것"이라는 비판을 보면, 동경고등재판소 역시 동경지방재판소의 판단 기준을 대항관계설로 파악한 듯하다.

동경고등재판소의 항소심 판결은 판단 기준을 설시한 내용으로는 지배력설을 취하고 있는 것처럼 보이기는 하지만, 그 적용에 있어서는 사용자의 중첩적 존재의 가능성을 매우 엄격하게 인정하다.

최고재판소 판결에 대하여는 최고재판소가 지배력설을 취하였다고 보는 견해고 있고 근로계약기준설을 취하였다고 보는 견해도 있다. 위 최고재판결의 조사보고서를 작성한 최고재판소 조사관의 판례해설에는 근로계약기준설을 취한 것이라고 밝히고 있다.[356]

2) 시사점

朝日放送 최고재 판결은 일본 노조법 제7조의 사용자개념에 대한 일반론을 최초로 명확히 제시한 데 의의가 있다. 우리나라 문헌들의 대부분은 朝日放送 최고재 판결을 소개한 문헌들은 대부분 위 판결이 단체교섭 거부의 부당노동행위에 관한 것이라고 소개하고 있다. 그런데 앞서 본 바와 같이 노동조합은 단체교섭 거부 외에 지배·개입의 부당노동행위에 관하여도 구제신청을 하였고, 항소심인 동경고등재판소에서는 朝日放送이 노조법 제7조 제2호(단체교섭 거부)의 사용자에 해당하지 않는다고 판단하고 노조법 제7조 제3호(지배·개입)의 사용자성 여부에 관하여는 더 나아가 판단하지 않았다. 이에 최고재판소 판결은 노조법 제7조 제2호의 사용자성에 관해서는 상세히 판단한 뒤에 중앙노동위원회의 결정과 제1심 판단이 정당하다는 결론을 내리고 이 부분은 원심(항소심) 판결을 파기하면서 자판하였고, 노조법 제7조 제3호(지배·개입) 부분에 관해서는 朝日放送이 노조법 제7조 제3호의 사용자에

356) 福岡右武, "最高裁裁判所判例解說",「法曹時報」第50卷 第3號(1998), 188~189면

해당하는 것을 전제로 하여 지배·개입 여부를 다시 심리, 판단하도록 원심에 사건을 환송한 것이다. 일본에서 朝日放送 최고재 판결의 판단기준이 너무 엄격하다는 등의 비판이 있으나 이는 판단기준 자체, 지배력의 적용 범위를 문제삼고 있는 것이다. 일본에서 노조법상 사용자성을 둘러싼 논쟁의 역사는 상당히 오래되었지만, 우리나라에서와 같이 단체교섭의 상대방으로서 사용자는 다른 법조항의 사용자와는 그 개념을 달리 이해하여야 한다는 주장은 제기되지 않는다.[357]

또한, 朝日放送 사건의 최고재 판결을 근로계약기준설의 입장으로 이해하고, 근로계약기준설을 취하는 견해에서도 최고재 판결의 판시 내용인 '현실적이고 구체적으로 지배, 결정할 수 있는 지위'의 범위를 비록 매우 협소하게 보고는 있으나 판단의 기준 자체로는 존중하고 있다는 것이다. 이 점은 '지배력'의 관념 자체를 전혀 인정하지 않고 있는, 후술하는 우리나라의 근로계약관계설이 취하는 태도와는 사뭇 다르다.

357) 정영훈, "노동조합 및 노동관계조정법상 원청 사업주의 사용자성에 관한 검토", 부산판례연구회 발표자료(2023. 5.), 8~9면.

제4절 미국의 공동사용자 법리의 현황과 시사점

1. 개관

미국의 공동사용자 법리(joint employment doctrine)는, 한 근로자의 핵심적인 고용조건에 대해 복수의 사용자가 관여할 경우 일정한 기준이 충족되면 복수의 사용자 모두를 해당 근로자의 사용자로 간주하여 노동관계법상의 책임을 부과하는 이론으로, 문제되는 해당 노동법규의 취지나 목적 등에 따라 때로는 상이한 판단기준에 근거하여 공동사용자의 지위를 인정한다는 데 특징이 있다.[358]

미국에서도 간접고용이 확산되면서 공동사용자 지위 문제가 교섭단위의 획정, 부당노동행위 사건 등 연방노동관계법(National Labor Relations Act)이 적용되는 영역에서 제기되었고, 미국 법원과 연방노동관계위원회(National Labor Relations Board, 이하 '위원회'라 한다)는 커먼로상 에이전시 법리(common-law agency principles)[359]로부터 비롯된 사용자의 '지배(control, 통제)' 개념을 기준으로 삼아 원청 내지 사용사업주를 하청근로자의 공동사용자로 인정할 수 있는지에 관한 법리를 발전시켜 왔다.[360]

공동사용자 법리의 기본적 틀은 1964년 연방대법원 판례와 1965년 위원회의 판정을 통해 구축되었다. 즉, 버스터미널을 운영하는 Greyhound(사용사업주)와 터미널 청소업체를 청소업체 소속 근로자의 공동사용자로 볼 수 있는지가 문제된 사건

---

358) 박현희, "공동사용자 개념과 논의의 한국적 함의",「노동법포럼」제23호, 노동법이론실무연구회(2018. 2.), 316~317면.

359) 미국에서 고용은 커먼로상 개념인 주인(master, 사용자)과 하인(servant, 근로자) 관계에서 출발하였고, 주인에게 하인의 제3자에 대한 불법행위책임을 물을 수 있는지와 관련하여 대위책임 법리가 발전하였다. 주인이 하인을 지배(control, 통제)하였다면 그 정도에 따라 하인의 제3자에 대한 불법책임을 주인에게 물을 수 있다. 이것이 근대적 고용관계로 발전하면서 이른바 사용자—근로자 관계가 성립하였고, 근로자가 그 고용관계의 범위 내에서 업무와 관련된 불법행위를 하여 제3자에게 손해를 입힌 경우에는 사용자도 책임을 부담한다는 법리로 발전하였다[강현주, "미국 고용법과 노동법에서 사업주 책임법리('공동사용자원칙' 등)의 의미와 역할",「서울법학」제22권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소(2015. 2.), 171면 참조].

360) 이와 달리 미국 법원은 공정근로기준법(Fair Labor Standard Law)의 적용이 문제되는 사안에서 주로 경제적 실체 기준(economic reality test)을 활용하여 공동고용(공동사용자) 여부를 판단한다. 이는 근로자의 사용자에 대한 경제적 의존성을 고려하여 고용관계 전체를 종합적으로 판단하는 기준으로, 연방노동관계법에서 '지배' 유무나 정도를 중심으로 판단하는 기준보다 상당히 완화된 것이라 할 수 있다(공정근로기준법 하의 공동사용자 법리에 관한 자세한 내용은 강현주, 앞의 글, 171~180면 및 강주리, "미국에서 공동사용자 법리의 형성과 전개",「성균관법학」 제30권 제3호, 성균관대학교 법학연구원(2018), 230~235면 참조]. 다만, 미국 법원의 위와 같은 입장은 우리나라의 근로기준법과는 달리 공정근로기준법의 규율대상은 최저임금과 근로시간, 아동노동에 한정된다는 전제 하에서 이해할 필요가 있다(강현주, 앞의 글, 175면).

인 Boire v. Greyhound Corp., 376 U.S. 473, 481(1964)에서, 연방대법원은 Greyhound가 (청소업체와) '공동사용자로 볼 수 있을 정도로 '근로자들의 업무에 대하여 충분한 지배(sufficient control)를 보유(행사)하였는지' 여부는 본질적으로 위원회가 판단하여야 하는 '사실인정의 문제'라고 판시하였다. 이어 위원회는 Greyhound Corp., 153 NLRB 1488(1965), enfd. 368 F.2d 776(5th Cir. 1966) 사건에서, '독립된 복수의 사용자가 핵심적인 고용조건(essential terms and conditions of employment)을 공유(share) 또는 공동결정(co-determine)하고 있는지 여부'를 판단기준으로 정식화(formulation)하였고, 이를 지배(control, 통제)의 문제로 다루기 시작하였다.[361]

이후 위원회가 구체적인 판단기준에 관하여 어떠한 입장을 취하였는지는 논란이 있으나,[362] 적어도 1984년 TLI, Inc., 271 NLRB 798(1984) 사건의 판정[363]과

361) 위원회는, ① Greyhound와 청소업체가 체결한 용역계약에 청소업체에 고용된 근로자가 수행해야 할 작업 명세와 작업 지시가 명시되어 있는 점, ② Greyhound는 작업스케줄을 정하고 작업인원을 할당할 수 있는 계약상 권리를 보유하고 있고, 실제로 이를 관리한 점, ③ 초과근로 여부 결정 및 이에 따른 임금 상한 설정에 관한 권리도 계약상 Greyhound에 있는 점 등을 이유로 Greyhound의 공동사용자 지위를 인정하였고, 연방 제5항소법원은 이를 수긍하고 확정하였다(Greyhound Corp., 153 NLRB at 1495).

362) 위원회는 브라우닝-페리스 판정에서 연방대법원은 지배력이 행사되었는지 또는 어떻게 행사되었는지에 대한 언급 없이 계약상 '유보된' 지배력에 기초하여 커먼로의 사용자—근로자 관계를 확립하였으며, 위원회 또한 유보된 지배 기준을 확립하였으나 1984년 TLI 판정을 계기로 종래 커먼로의 법리와 확립된 판례에서 '이탈'한 것이라고 평가한다. 반면, 이와 반대의 입장에 선 2020년 규칙에서는 1984년 이전에도 직접적·즉각적 지배를 요구한 판정이 존재함을 들어 간접적 지배를 요하는 법리가 확립된 법리가 아니며 유보된 지배 기준 역시 마찬가지로 사안에 따라 달리 적용되었다고 본다. 신은종, "미국 공동사용자 원리의 변화와 간접고용관계에 대한 함의 : '브라우닝-페리스 사건' 결정(2015)을 중심으로",「노동정책연구」제16권 제1호, 한국노동연구원(2016. 3.), 96~97면에서는 1965년부터 1983년까지를 제1시기로 구분하고, 이 시기를 특징짓는 요소는 지휘통제권(지배권)의 보유 문제이며, 행사 여부는 공동사용자 지위를 판단하는 데 보완적·부차적 기준이었다고 설명하는데, 이는 위 글 작성자의 독자적 분석이라기보다는 브라우닝-페리스 판정 당시 위원회의 입장에 따른 것으로 보인다.

363) 파견계약에 따라 TLI(파견사업주)로부터 운전자를 공급받아 제지사업을 운영하는 크라운(사용사업주)의 공동사용자 지위가 문제된 사안에서, 위원회는 크라운의 공동사용자 지위를 부정하였는데 그 주된 이유는 다음과 같다.① 파견근로자에 대한 크라운의 지배권이 계약에 명시되어 있는 것은 사실이다. 그러나 이 사실만으로 고용조건에 실질적인 영향력을 행사했다고 보기 어렵다. 크라운의 감독자가 배달 등 작업을 지시했으나, 파견 운전사들이 스스로 연공서열에 따라 업무를 자체적으로 배분했다는 점을 고려할 때, 크라운의 작업 지시는 '일상적이고 정형화된 지시'(daily and routine directions)에 불과할 뿐 공동사용자 지위에 이를 만큼 충분하지 않다. ② 크라운이 파견근로자에 대한 징계에 간접적으로 관여한 것은 사실이다. 그러나 이를 충분한 지배력 행사로 보기 어렵다. 크라운이 파견 운전사에 대해 직접 제재조치를 취한 것은 아니었고, TLI에게 통보해 그로 하여금 해당 운전사를 징계토록 처리하였기 때문이다. ③ 크라운의 대표가 TLI와 노동조합 간 단체교섭 과정에 출석해 당사의 경영상황을 설명하고 경쟁력 유지를 위해서는 노동비용을 약 20만 달러 정도 삭감하여야 하고, 이를 삭감하지 않고서는 TLI와의 파견계약을 유지할 수 없으며, 다른 사업자와의 계약도 고려하고 있다는 점 등을 설명한 것은 사실이다. 그러나 이를 사업관계상 우월적 지위를 이용한 영향력 행사로 볼 수 없다. 크라운은 자신의 회사의 입장을 표명한 것일 뿐 임금삭감액 등을 구체적으로 제시하지 않았기 때문이다. 계약과 단체교섭은 전적으로 TLI와 그 노동조합의 문제일 뿐이므로, 크라운이 고용조건에 관한 핵심 사안에 대해 공유하거나

Laerco Transportation, 269 NLRB 324 (1984) 사건의 판정[364] 이후부터 2015년경까지 엄격한 판단기준을 고수해 왔다는 점에 관하여는 이견이 없다. 이 시기에 위원회는 원청 내지 사용사업주가 고용, 해고, 징계, 감독, 지시 등을 포함한 근로자의 핵심적인 고용조건(노동조건)에 대하여 ⅰ) 실질적인(substantial) 지배를 행사할 것, ⅱ) 그와 같은 지배가 직접적이며 즉각적으로(direct and immediate) 행사될 것, ⅲ) 그와 같은 지배가 제한적이고 관례적이지(limited and routine) 않을 것이라는 요건을 충족하는 경우에 한하여 공동사용자의 지위를 인정하였다.[365]

그러던 중 2015년, 종전의 기준을 대폭 완화한 판단기준(간접적·유보적 지배)을 채택한 브라우닝-페리스(Browning-Ferris) 판정[366]이 내려졌으나, 2020년 트럼프 행정부 하에서 엄격한 판단기준(직접적·즉각적 지배)으로 회귀하는 내용의 행정규칙(이하 '2020년 규칙'이라 한다)[367]이 제정·공포되었고, 이어 다시 2022년 바이든 행정부가 위 2020년 규칙을 폐지하기 위해 새로운 위원회규칙 제정안(이하 '2022년 규칙안'이라 한다)[368]을 마련하여 규칙제정통지를 하는 등(아직 시행되지는 않고 있다) 미국의 공동사용자 법리는 여전히 상당한 부침을 겪고 있다. 한편, 사용자 측이 제기한 불복절차에서 컬럼비아 특별구 항소법원(United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 이하 'D.C. 항소법원'이라 한다)은 브라우닝-페리스 판정을 파기환송하였는데, 그 파기환송사유에 대한 해석을 둘러싸고도 논란이 있다.

이하 브라우닝-페리스 판정을 계기로 더욱 심화된 논의를 중심으로 미국 공동사용자 법리의 현황을 검토하기로 한다. 연방노동관계법 하의 공동사용자 법리는 간접고용 하의 집단적 노사관계에서 원청 내지 사용사업주의 사용자성 인정 여부를

공동으로 결정했다고 보기 어렵다(NLRB, 1984, 778～779).

364) CTL Inc.로부터 운전사를 공급받아 사용한 Laerco에 대하여 설령 운전사의 업무에 대한 교육(배달경로 등에 대한 지시) 등을 행하였다 하더라도 이는 일상적이고 제한되며 정형화된 지시로서 공동사용자 지위에 설 만큼 충분한 지배권의 행사로 보기 어렵다고 판단하였다(신은종, 앞의 글. 99면에서 재인용)

365) 이후 같은 취지의 판정으로는 AM Property Holding Corp., 350 NLRB 998, 999-1003 (2007); Service Employees International Union, Local 32BJ v. NLRB, 647 F.3d 435 (2d Cir. 2011); Airborne Express, 338 NLRB 597, 597 (2002); Flagstaff Medical Center, 357 NLRB 659, 666-667 (2011)].; Southern California Gas Co., 302 NLRB 456, 461-462 (1991); Goodyear Tire and Rubber Co., 312 NLRB 674, 677-678 (1993).

366) Browning-Ferris Industries of California. Inc., 362 NLRB No. 186(2015). 박제성·강성태·김진·신권철·조경배,「사내하청 노동관계의 법해석론」, 한국노동연구원(2015), 320～357면에 브라우닝-페리스 판정의 다수의견 전문이 번역되어 있어 이를 상당 부분 참고하였다.

367) Joint Employer Status Under the National Labour Relations Act[NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD 29 CFR(Code of Federal Regulations) Part 103, Final rule.

368) Standard for Determinig Joint-Employer Status[NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD 29 CFR Part 103]

‘지배’의 개념을 중심으로 판단하고 있다는 점에서 우리나라의 논의 상황과 그 구조가 유사한 부분이 있으므로 이를 통해 여러 시사점을 찾을 수 있다.

2. 브라우닝-페리스 판정과 D.C. 항소법원 판결의 주요 내용

가. 브라우닝-페리스 판정의 요지 및 이후 경과

1) 사안의 개요

브라우닝-페리스(사용사업주, 이하 회사 자체를 지칭하는 경우에는 ‘BFI’라 한다)는 폐기물 처리업체로 2009년 이후 파견사업주 리드포인트와 노무공급계약을 맺고 파견근로자를 통해 폐기물의 분류, 세척 및 시설관리 등의 업무를 수행하였다. 파견계약 및 실제 작업과정에 대한 지휘통제 등에 관한 주요 내용은 다음과 같다.

① 파견계약에 규정된 사항은 다음과 같다(괄호안은 실제 일어난 사실이다).

㉮ 리드포인트는 파견인력에 대해 독립된 단독사용자(sole employer)이다.

㉯ BFI와 파견근로자 간에는 어떠한 고용관계도 없다.

㉰ BFI와 리드포인트 중 일방은 30일의 예고기간을 두어 파견계약을 해지할 수 있다.

㉱ 리드포인트는 면접 등 모든 채용과정을 독자적으로 수행하고, BFI는 이 과정에 개입할 수 없다. 다만 리드포인트는 적정한 기능과 자격을 갖춘 인력을 채용하여 공급할 의무가 있고, 모든 구직신청자들은 약물테스트를 통과하여야 하며, 리드포인트가 채용한 인력이 BFI의 채용기준과 검증(test)에 부합하지 않을 경우 BFI는 이를 거부할 수 있다.

㉲ 파견근로자의 해고 등 징계에 관한 사항은 리드포인트의 독립된 권한이다(그러나 실제 BFI가 리드포인트에게 근로자의 비행을 알리면서 해고를 요구하고, 이에 따라 리드포인트가 근로자를 해고한 사례가 두 건 있음이 확인되었다). BFI는 리드포인트가 추천한 근로자를 어떠한 이유에서이든(아무런 이유 없이도) 사업장에서 사용하는 것을 거부할 권한이 있다.

㉳ 임금과 부가복지에 관련된 사항은 리드포인트가 독자적으로 정한다. 그러나 리드포인트는 BFI의 승인 없이 유사한 작업을 수행하는 BFI의 근로자보다 높은 수준의 임금이나 복지를 제공할 수 없다. BFI와 리드포인트가 체결한 원가가산계약

(cost-plus contract)과 관련하여, 리드포인트 근로자의 임금 인상에 관하여 BFI의 승인을 요한다.

㉮ 근로시간과 작업일정은 BFI가 정하고, 리드포인트는 이에 따라 근로자를 배치해야 한다. BFI는 작업에 필요한 인원수를 리드포인트에 통보하며, 리드포인트는 그 수만큼 작업인원을 투입한다. 교대제변경에 대해서 리드포인트는 관여할 수 없으며, 초과근무 일정은 BFI가 결정한다(실제 BFI는 분류작업대의 속도 및 분류를 위한 특별한 생산성 기준을 결정하였다). BFI 매니저들은 근로자들에게 직접 좀 더 빠르고 스마트하게 작업할 것을 요청하고, 반복적으로 생선성을 위하여 혹은 분류작업대의 중단에 관해 근로자들과 상담하였다. 또한 BFI는 요구되는 근로자의 수를 결정하고, 근로자의 교대시간을 정하며, 연장근로가 필요한 시기를 정하였다(리드포인트 근로자들은 BFI 담당자로부터 각 주마다 노무공급시간에 관한 서명을 받아야 했다. 만일 그렇게 하지 않을 경우 BFI는 리드포인트 근로자의 근로시간에 대한 리르포인트의 지급 요구를 거불할 수 있다).

㉯ 훈련과 안전에 관한 사항은 리드포인트에게 책임이 있다(실제 작업시작 전 오리엔테이션을 포함해 작업에 필요한 사전 설명/훈련은 모두 리드포인트가 파견한 감독자에 의해 행해졌다. 그러나 주기적으로 리드포인트의 감독자들은 BFI로부터 필요한 직무훈련 등에 대해 조언을 받았다).

② 리드포인트는 자사의 감독자를 BFI에 파견해 작업스케줄 관리, 작업과정 지도 및 감독 등 별도로 수행했고, 두 회사는 인사관리 부서를 따로 두고 독립적으로 운영했다.[369]

2) 위원회의 판단

가) 공동사용자 판단기준의 재정립

위원회는 먼저 연방노동관계법 제1조에 천명된 바와 같이 연방노동관계법의 가장 중요한 목적은 단체교섭의 실시와 절차를 촉진하는 것이라는 점을 분명히 하고 있다. 연방대법원이 판시한 대로 연방노동관계법의 일차적인 목적은 노사관계의 분쟁을 협상의 중재적 영향력 하에 둠으로써 산업분쟁을 평화롭게 해결하는 것이고, 이러한 정책을 가장 잘 살리기 위해서는 커먼로상 허용되는 한 공동사용자 법

369) NLRB, 2015, 3-6.

리는 의미 있는 단체교섭이 가능하도록 고용관계의 다양한 측면을 모두 포괄하여야 한다는 것이다.

또한, 1984년 TLI 판정 이래 유지되어 온 엄격한 판단기준은 확립된 커먼로상 agency 원칙이나 그 이전 시기의 위원회 선례에 근거를 두지 않고 근거 없이 제한적 요건들을 추가한 것일 뿐만 아니라 그러한 추가적 제한 요건들은 공동고용관계가 인정될 수 있는 상황을 심각하고 부당하게 좁히고 있고, 위원회의 공동사용자 법리를 변화하는 경제적 상황으로부터 점점 멀어지게 만들고 있으며, 특히 최근의 드라마틱한 불안정 고용관계의 성장을 외면하게 만든다고 지적하며, 이러한 (법과 현실의) 단절은 잠재적으로 위와 같은 경제적 변화에 노출된 근로자들에 대한 법의 핵심적인 보호를 침식한다고 하였다.

위원회는 공동사용자 법리를 변경한다는 점을 명백히 하면서 새로운 공동사용자 기준을 다음과 같이 제시하였다. 즉, 만약 둘 이상의 사용자들이 모두 커먼로상 사용자들이면서 핵심적인 고용조건을 규율하는 사항들을 공유하거나 공동으로 결정하는 경우에는 그들은 하나의 노동력(근로자)에 대한 공동사용자이다. 사업장에서 지배(권)를 보유하고 실행했는지를 판단함에 있어 공동사용자들이 고용조건에 관해 지배권을 공유하거나 공동결정하는 다양한 방식들을 고려할 것이다. “핵심적인 고용조건”을 정의함에 있어서는 위원회의 포괄적인 접근을 그대로 사용한다. 위원회의 기존 공동사용자 법리는 “채용, 해고, 징계, 감독, 지시와 같은 고용관계와 관련된 사항”을 교섭사항의 예시로 언급하였다. 임금과 근로시간이 필수적인 조건들에 포함된다는 것은 법 그 자체에서 명시하고 있어 이견이 없다. 핵심적 고용조건에 관한 지배의 다른 예로는, 위원회가 증거로서 인정한 바와 같이, 공급되어야 할 근로자 수의 지시, 작업계획과 연공 및 초과근로의 지배, 직무의 배당과 작업수행방식의 결정 등이다.

나아가 위원회는, 커먼로상 지배의 권한은 직접적이든 간접적이든 지배의 실질적 행사와 마찬가지로 공동사용자 지위를 인정하는 증거가 됨을 분명히 하고, “더는 공동사용자가 근로자들의 핵심적인 고용조건을 지배할 권한을 가질 뿐만 아니라 그 권한을 실제로 행사하여야 하고, 직접적이고 즉각적으로, 또한 제한적이고 관례적이지 않은 방식으로 지배해야 한다고 요구하지 않는다”라고 하면서 이와 반대되는 1984년 이후의 판정들을 다수 폐기하였다.[370]

370) 362 NLRB, 1614. 폐기된 판정은 AM Property Holding Corp., 350 NLRB 998 (2007); Service Employees Int’l Union, Local 32BJ v. NLRB, 647 F.3d 435 (2d Cir. 2011); Airborne Express, 338; NLRB 597 (2002), TLI, Inc., 271 NLRB 798 (1984), enfd. mem. 772 F.2d 894 (3d Cir. 1985); and

나) 구체적 사실관계에 대한 판단—새로운 판단기준의 적용

위원회는, BFI가 리드포인트 근로자의 핵심적인 고용조건을 규율하는 사항을 공유하거나 공동결정하였다고 판단하여 공동사용자 지위를 인정하였다. 각 고용조건별로 위원회가 판시한 내용은 아래와 같다.

① 채용과 해고

계약상 채용에 관한 모든 권한은 리드포인트에 있으나, BFI가 자사의 기준에 부합하는 근로자를 채용토록 요구한 것은 리드포인트의 채용결정에 특별한 조건들을 부과함으로써 그 절차의 결과를 공동결정한 것이다. BFI는 리드포인트가 추천한 근로자를 어떠한 이유에서이든(아무런 이유 없이도) 사업장에서 사용하는 것을 거부할 권한이 있다.

BFI가 파견근로자 중 비위 행위에 연루된 자 두 명을 리드포인트에 통보하고 해고토록 하였는데, 비위 행위에 대한 조사 및 처분이 리드포인트에 의해 이뤄졌다 하더라도, 이는 BFI가 사업장에서 근무할 근로자를 정할 수 있도록 한 계약 규정에 따라 BFI가 가지는 궁극적인 권한에 의하여 미리 정해진 것이라고 보아야 한다.

② 감독, 작업지시 및 시간

BFI는 리드포인트 근로자들의 일상적인 작업을 구체화하는 과정을 지배하였다. 특히 분류작업 과정의 작업속도를 조절한 것은 BFI가 핵심적 고용조건에 대해 의미있는 영향력을 행사한 것이다. 이는 BFI와 관련 근로자들 사이의 분쟁의 주요 원인이었다. 이러한 사안들에 대한 BFI의 궁극적 지배를 고려할 때, 휴게시간, 안전, 작업속도, BFI의 생산성 기준에 따른 연장근로의 필요성 등 핵심 고용조건에 관하여 리드포인트가 독자적으로 의미 있는 단체교섭을 어떻게 할 수 있는지 의문이다. BFI 매니저들은 완성될 필요가 있는 특별한 과업을 배당하기도 하고, 리드포인트 근로자들이 어디에 위치해야 하는지를 특정하기도 하며, 근로자의 직무수행을 거의 상시적으로 감독하고 있다. 그들이 내리는 지시의 다수가 리드포인트 감독자들과의 대화를 통하여 이루어진다는 사실이 BFI가 단독으로 이러한 결정을 하였다는 점을 위장할 수 없다. 더욱이 수많은 사례에서 BFI는 중개자를 완전히 없앴다. BFI 매니

Laerco Transportation, 269 NLRB 324 (1984)이다.

저들은 근로자들에게 직접 좀 더 빠르고 스마트하게 작업할 것을 요청하고, 반복적으로 생선성을 위하여 혹은 분류작업대의 중단에 관해 근로자들과 상담하였다. 또한 BFI는 요구되는 근로자의 수를 결정하고, 근로자의 교대시간을 정하며, 연장근로가 필요한 시기를 정하였다, 리드포인트 근로자들은 BFI 담당자로부터 각 주마다 노무공급시간에 관한 서명을 받아야 했다. 만일 그렇게 하지 않을 경우 BFI는 리드포인트 근로자의 근로시간에 대한 리르포인트의 지급 요구를 거부할 수 있다. 이러한 형태의 직접적인 지배와 간접적인 지배들은 사용자—근로자 관계의 징표이다.

③ 임금

계약에 의하면, 리드포인트가 근로자들의 임금률을 정하고, 임금지불을 관리하며 임금대장 기록을 보유하고 단독으로 부가급여의 제공과 관리를 책임진다. 그러나 BFI가 직접 고용한 근로자의 임금수준을 상회할 수 없도록 제한하였다. 또한 BFI와 리드포인트는 원가가산계약을 체결하였는데, 그에 따르면 BFI는 리드포인트에 노동원가에 일정한 비율의 이윤을 더한 금액을 지급하게 된다. 이 계약의 규정은 그 자체만으로는 공동사용자 관계를 형성하기에 반드시 충분하다고 하라 수 없지만, 이 규정은 근로자의 임금 인상에 관해 BFI의 승인을 요한다는 명시적인 규정이 결합되어 있다. 이러한 사정 등은 BFI가 리드포인트의 임금결정에서도 상당한 역할을 한 것이다.[371]

3) 브라우닝-페리스 판정 이후의 경과[372]

D.C. 항소법원은 2018. 12. 28. 브라우닝-페리스 판결을 선고하였는데, 공동사용자 판단기준으로 간접적 지배가 고려요소임을 인정하면서도 위원회가 이를 커먼로에 따라 일관되게 제한하지 못하였으므로 그 기준을 명확히 하여야 한다는 등의 이유로 사건을 위원회에 환송하였다. 그러나 트럼프 행정부 하의 위원회는 간접적 통제에 대한 고려요소를 구체화하지 아니하고 2020. 7. 29. 새로운 공동사용자 판단기준을 브라우닝—페리스 사건에 소급적용하는 것은 부당하다는 내용의 판정을 하였다(이하 앞선 판정과 구별하기 위해 '브라우닝-페리스 제2판정'이라 한다)[373]. 이에 대하여 노동조합은 재검토를 요청했지만 위원회는 이를 기각하였고(이하 '브라우닝-페리스

371) NLRB, 2015. 16～20.
372) 이에 관하여는 이태현, 앞의 글,「노동법학」제86호, 한국노동법학회(2023. 6.), 105～108면.
373) Browning-Ferris Indus. of Cal., Inc., 369 NLRB No. 139, (2020).

제3판정'이라 한다)[374], 노동조합은 D.C. 항소법원에 브라우닝-페리스 제2, 3판정에 대한 사법심사를 구하였다.

D.C. 항소법원은 2022. 7. 29. 위와 같이 소급적용이 부당하다고 본 브라우닝-페리스 제2판정에 오류가 존재한다며 사건을 다시 위원회로 환송하였지만,[375] 그 사이 2020. 4. 27. 2020년 규칙이 발효되었다. 이후 2022. 9. 7. 바이든 행정부 하의 위원회는 브라우닝-페리스 판정과 D.C. 항소법원의 판결을 반영한 새로운 규칙의 제정을 위해 제안된 규칙제정통지를 한 상태이다.

나. D.C. 항소법원 브라우닝-페리스 판결의 요지

D.C. 항소법원은 2018. 12. 28. BFI 판결을 선고하였다.[376]

먼저 판결은 유보된 지배권과 간접적 지배는 모두 공동사용자를 결정함에 있어 관련된 요건이 될 수 있다는 브라우닝-페리스 판정이 커먼로와 충분히 일치하는 것이라 확정하였다. 즉, 항소법원은 '대법원과 연방항소법원의 선례에 따라 공동사용자 지위에 관한 법의 판단 기준은 커먼로상 agency 원칙에 따라 결정된다'라고 확인하였다. 덧붙여, 법원은 '권한을 받았거나 유보된 사용자의 지배권이 공동사용자 관계의 관련성 있는 증거라는 위원회의 결론이 전통적인 커먼로상 agency 원칙과 전적으로 일치한다'라고 판시하였다. 나아가 항소법원은 브라우닝-페리스 판정이 커먼로에 따라 '간접적 지배가 공동사용자 분석에서 관련성 있는 하나의 요인이 될 수 있다'는 점을 '정확하게 식별했다'라고 판시하였다.

D.C. 항소법원은 위원회의 브라우닝-페리스 판정의 공동사용자 기준을 폭넓게 지지하였고, 이로써 브라우닝-페리스 판정이 법원에서 판례로 수용된 점에 큰 의의가 있다. 다만, D.C. 항소법원은 위원회가 커먼로상 agency 원칙 하에서 '통상적으로 3자간 계약관계에 내재하고 있다고 보는 간접지배'와 '핵심적인 고용조건들에 대한 간접지배'를 구별하지 않았다는 이유로 브라우닝-페리스 판정을 파기환송하였다. D.C. 항소법원은 사건을 위원회에 환송하면서 "커먼로 원리 하에서 공동사용자의 지배—그것이 직접적이든 간접적이든, 행사되든 유보되든—는 반드시 '핵심적인 고용조건'과 관련되어야 하며... (이는) 회사 간 계약의 통상적인 구성요소가 아니

374) Browning-Ferris Indus. of Cal., Inc., 370 NLRB No. 86, (2021)

375) Sanitary Truck Drivers and Helpers Local 350, International Brotherhood of Teamsters v. NLRB, 45 F.4th 38(D.C. Cir. 2022).

376) Browning-Ferris Industries of California, Inc. v. NLRV (BFI), 911 F.3d 1195 (D.C Cir. 2018). 위 판결에 관한 보다 자세한 내용은 이태현, 앞의 글, 114~117면 참조.

다.”라고 하면서, 위원회는 BFI의 감독자들이 고용기간이나 조건을 지시했을 수 있는 현장 직원들에게 상세한 업무 지시를 전달했다는 증거와 BFI와 리드포인트가 제3자 계약 및 하청 관계에서 자주 사용되는 원가가산계약을 체결했다는 점을 공동사용자 지위를 판단함에 있어서 동등하게 취급하였는데, 계약 비용에 대한 매우 일반적인 상한선이나 계약에 따라 수행해야 할 업무에 대한 사전 설명과 같은 일상적인 계약 조건은 회사간 계약의 일상적인 측면에 너무 가깝기 때문에 공동사용자 판단에서 큰 비중을 차지하지 않을 수 있다는 점을 지적하였다.

또한 D.C. 항소법원은, 위원회가 브라우닝-페리스 판정에서 단체교섭의무는 의미 있는 교섭이 될 수 있도록 충분한 지배를 하고 있는 고용조건에 대해서만 인정된다고 언급했을 뿐, 단체교섭을 의미 있는 것으로 만들기 위해 어떤 고용조건이 핵심적인 것인지 명확히 밝히지 않은 채 핵심적인 고용조건의 대해 포괄적인 접근방식을 고수하고 있으나, 커먼로에 따라 사용사업주가 공동사용자로 인정되는 경우에도 의미 있는 단체교섭을 할 수 있을 만큼 근로자의 핵심적인 고용조건에 대하여 충분한 지배를 하고 있는지 여부는 재검토할 필요가 있다고 보았다.

3. 2020년 규칙의 주요 내용

가. 제정 경과

트럼프 행정부 집권 이후 위원회는 브라우닝-페리스 판정이 D.C. 항소법원에 소송 계속 중인 상태에서 새로운 공동사용자 기준을 확립하다는 이유로 2018. 9. 14. 공동사용자 지위 규칙안에 대하여 규칙제정통지를 공표하였다. 이는 공동사용자 지위의 판단에 있어 더 제한적이었던 기준, 즉 브라우닝-페리스 판정 이전의 접근법으로 돌아갈 것을 의도한 것이다. 위 규칙은 공동사용자는 ‘제한적이고 관례적이지’ 않은 방식으로 근로자들의 핵심적인 고용조건에 대하여 ‘실질적이고 직접적이며 즉각적인’ 지배를 가지고 있어야 하고 또 ‘실제로’ (지배를) 행사하여야 한다는 종래의 엄격한 판단기준을 명문화한 것으로 2020. 4. 27.부터 시행되고 있다.[377] 2020년 규칙은 그 의미와 정의, 그리고 핵심적인 노동조건별로 공동사용자의 징표로 사용될 수 없는 사정들을 예시하여 이를 배제한다.

377) Joint Employer Status Under the National Labour Realtions Act. NATIONAL LABOR RELATIONS BOARD 29 CFR Part 103, Final rule.

나. 실질적이고 직접적이고 즉각적인 지배권의 보유 및 행사 요건

2020년 규칙 §103.40(a)는 어느 사용자가 다른 사용자의 근로자의 핵심적인 고용조건을 공유하거나 공동 결정한다는 것을 증명하기 위해서는, 기업이 그 근로자의 핵심적인 고용조건의 하나 또는 그 이상에 대하여 실질적이고 직접적이고 즉각적인 지배권을 보유 및 행사하여야 함을 증명할 것을 요구한다. 따라서 단순히 간접적인 지배권을 보유하는 것만으로는 이 요건을 충족할 수 없고, 사용자의 간접적 지배(indirect control), 계약상 유보하고 있지만 행사된 적이 없는 다른 사용자의 근로자의 핵심 고용조건에 대한 권한은 공동사용자의 지위를 증명하는 사정이 될 수 있기는 하나, 이 경우에도 단지 사용자의 직접적이고 즉각적인 지배권 보유 또는 행사에 대한 증거를 보완하거나 강화하는 범위 내에서만 그러하다.

(a) 연방노동관계법의 제2조 제2항에 정의된 사용자는, 두 사용자가 근로자의 고용의 핵심조건을 공유하거나 공동으로 결정하는 경우에만 별도의 사용자의 근로자의 공동사용자로 간주될 수 있다.

기업이 다른 사용자의 근로자의 핵심조건을 공유하거나 공동 결정한다는 것을 증명하기 위해서는, 기업이 그 근로자의 핵심 근로조건의 하나 또는 그 이상에 대하여 실질적이고 직접적이고 즉각적인 지배권(substantial direct and immediate)을 보유하고 행사(possess and exercise)한다는 점을 증명하여야 하며, 이는 그 직권과의 고용관계에 관련된 사항에 유의미하게 영향을 미친다는 점을 보장할 수 있는 정도여야 한다.

다른 사용자의 근로자의 핵심 고용조건에 대한 기업의 간접적 지배(indirect control), 기업이 계약상 유보하고 있지만 행사된 적이 없는(contractually reserved but nerver excercised) 다른 사용자의 근로자의 핵심 고용조건에 대한 권한(authority), 또는 핵심 고용조건 이외의 의무적 교섭 사항(mandatory sujects of bargaining)에 대한 기업의 지배 등에 대한 증거는 공동사용자 지위를 증명할 수 있지만, 이는 특정한 핵심 고용조건에 대한 기업의 직접적이고 즉각적인 지배권 보유 또는 행사에 대한 증거를 보완하거나 강화하는 범위 내에서만 그러하다.

공동사용자 지위는 각각의 특정한 고용 환경에서 관련된 사실의 총체에 따라 결정되어야 한다. 기업이 공동사용자라고 주장하는 당사자에게 그 증명책임이 있다.

다. 핵심적인 고용조건과 그에 대한 직접적이고 즉각적인 지배

규칙 §103.40(b)는 핵심적인 고용조건에 관하여 열거하면서 어떠한 경우가 “직접적이고 즉각적인 지배”에 해당하고, 어떠한 경우가 그렇지 아니한가를 구체적으로 예를 들어 규정한다. 이는 D.C. 항소법원이 브라우닝-페리스 판정을 파기하면서 ‘커먼로상 agency 원칙 하에서 통상적으로 제3자간 계약관계에 내재하고 있다고 보

는 간접지배와 핵심적인 고용조건들에 대한 간접지배를 구별하여야 한다’라는 판시를 염두에 둔 것으로 보인다. 특히 규칙 § 03.40(d)는 “실질적인 지배” 요건을 정의하는데, 고용조건에 정기적이거나 지속적이며 중요한 영향을 미칠 것을 요구하고 있다.

(b) "핵심 고용조건"은 임금, 복리후생, 근무 시간, 고용, 해고, 징계, 감독 및 지시를 의미한다.

(c) "직접적이고 즉각적인 통제"는 각각의 핵심 고용조건과 관련하여 다음을 의미한다.

(1) 임금 : 기업이 실제로 다른 사용자의 개별 근로자 또는 작업 분류에 대해 지급되는 임금률, 급여 또는 기타 비율을 결정하는 경우 임금에 대한 직접적이고 즉각적인 지배권을 행사하는 것이다. 기업이 원가가산계약(cost-plus contract)(최대 지급가능한 임금률 유무에 관계없이)을 체결하는 것은 임금에 대한 직접적이고 즉각적인 지배를 행사하는 것이 아니다.

(2) 혜택 : 기업이 다른 사용자의 근로자에게 제공되거나 제공될 부가 혜택을 실제로 결정하는 경우 혜택에 대한 직접적이고 즉각적인 통제권을 행사하는 것이다. 여기에는 복리후생 계획(예 : 건강 보험 및 연금 계획) 및/또는 다른 사용자의 근로자에게 제공되는 복리후생 수준을 선택(selecting)하는 것이 포함된다. 기업이 다른 사용자와의 대등한 계약에 따라 다른 사용자가 기업의 혜택 계획(benefit plan)에 참여하도록 허용하는 것은 혜택에 대한 직접적이고 즉각적인 지배를 행사하는 것이 아니다.

(3) 근무시간 : 기업이 실제로 다른 사용자의 근로자의 근무 일정 또는 초과 근무를 포함한 근무 시간을 결정하는 경우 근무시간에 대한 직접적이고 즉각적인 통제권을 행사하는 것이다. 기업이 기업의 운영 시간을 설정하거나 다른 사용자의 용역 제공이 필요한 시간을 설정하는 것은 근무시간에 대한 직접적이고 즉각적인 지배를 행사하는 것이 아니다.

(4) 고용 : 기업이 실제로 어떤 특정 근로자를 고용하고 어떤 근로자를 고용하지 않을지 결정하는 경우 고용에 대한 직접적이고 즉각적인 통제권을 행사하는 것이다. 기업이 업무 수행을 위해 인력 수준(staffing level)의 변경을 요구하거나 정부 규율에서 요구하는 것과 같은 최소한의 고용기준을 설정하는 것은 고용에 대한 직접적이고 즉각적인 지배를 행사하는 것이 아니다.

(5) 해고 : 기업이 실제로 다른 사용자의 근로자를 해고하기로 결정한 경우 해고에 대한 직접적이고 즉각적인 통제권을 행사하는 것이다. 기업이 실제 해고 결정을 내린 다른 사용자에게 위법 행위 또는 저조한 성과를 알리거나, 다른 사용자의 근로자에 대한 부정적인 의견을 표명하거나, 다른 사용자의 근로자가 계약에 따라 업무를 계속 수행하는 것을 거부하거나, 정부 규율에서 요구하는 것은 같은 최소한의 성과 또는 행동 기준을 설정하는 것은 해고에 대한 직접적이고 즉각적인 지배를 행사하는 것이 아니다.

(6) 징계 : 기업이 실제로 다른 사용자의 근로자를 정직시키거나 징계하기로 결정한 경우 징계에 대한 직접적이고 즉각적인 통제권을 행사하는 것이다. 기업이 실제 징계 결정을 내리는 다른 사용자에게 위법행위 또는 저조한 성과를 알리거나, 다른 사용자의 근로자에 대한

부정적인 의견을 표명하거나, 다른 사용자의 근로자가 구내에 접근하거나 계약에 따라 업무를 수행하는 것을 거부하는 것은 징계에 대한 직접적이고 즉각적인 지배를 행사하는 것이 아니다.

(7) 감독(Supervision) : 기업이 실제로 다른 사용자의 근로자에게 업무 수행 방법을 지시하거나 실제로 근로자 성과 평가표를 작성, 교부하는 것은 감독에 대한 직접적이고 즉각적인 지배를 행사하는 것이다. 기업이 지시(instructions)가 제한적이고 일상적이며(limited and routine), 주로 다른 사용자의 근로자에게 어떤 작업을 수행해야하는지, 언제 어디서 작업을 수행해야 하는지 이야기(telling) 하지만, 수행 방법을 이야기하지 않는 경우 감독에 대한 직접적이고 즉각적인 지배를 행사하는 것이 아니다.

(8) 지휘(Direction) : 기업이 특정 근로자에게 개별 작업 일정, 직위 및 작업을 할당하는 것은 지휘에 대한 직접적이고 즉각적인 지배를 행사하는 것이다, 기업이 프로젝트 완료 일정을 설정하거나 프로젝트에서 수행할 작업을 기술(describing)하는 것은 지휘에 대한 직접적이고 즉각적인 제어를 행사하는 것이 아니다.

(d) "실질적이고 직접적이고 즉각적인 지배"는 다른 사용자의 고용조건에 정기적이거나 지속적이며 중요한 영향(regular or continuos consequential effect)을 미치는 직접적이고 즉각적인 지배를 의미한다. 이러한 지배가 산발적이거나(sporadic), 고립되거나(isolated) 최소한으로(minimal basis) 행사기만 한다면, 이는 "실질적"이 아니다.

(e) "간접지배"는 다른 사용자의 근로자의 핵심 고용조건에 대한 간접적인 지배를 의미하지만 계약에 따른 다른 사용자의 성과에 대한 목표(objectives), 기본 규칙(basic ground rules) 또는 기대치(expectations)를 설정하는 것에 대한 통제나 영향력을 의미하지 않는다.

(f) "핵심 고용조건에 대한 계약상 유보된 권한"은 기업이 다른 사용자와의 계약 조건에 따라 다른 사용자의 근로자의 핵심 고용조건에 대해 자체적으로 보유하지만 행사된 적이 없는 권한을 의미한다.

4. 2022년 규칙안[378]

가. 규칙 발의의 경과 및 취지

위원회는 2020년 규칙을 폐지하고 이를 다시 제정하는 작업에 착수하여 2022. 9. 7. 2022년 규칙안에 대하여 규칙제정통지를 한 다음 2022. 12. 21.까지 의견 수렴 절차를 밟았으나 아직 발효되지는 않은 상태이다.

위원회는, 2020년 규칙이 커먼로를 불필요하게 편협하게 하고, 연방노동관계법

378) Standard for Determinig Joint-Employer Status(NLRB 29 CFR Part 103), 2022

의 목표들을 훼손할 위험이 있는, 실질적 지배에 기초한 제한(control-based restrictions)을 추가한 것으로 판단하였다. 2022년 규칙안은 공동사용자 기준이 근로자의 핵심적 노동조건과 관련된 유보되고 간접적인 지배 형태에 적절하게 초점을 맞추도록 하여야 한다는 D.C. 항소법원의 판시에 부응하려는 것도 목표 중의 하나이다.

위원회는 공동사용자들의 교섭의무와 잠재적인 부당노동행위 책임에 관한 규칙, 즉 "단체교섭의 실행과 절차를 장려"할 뿐만 아니라, 근로자의 핵심적 고용조건이나 그 밖의 상호 부조 내지 상호 보호를 교섭하기 위해 근로자들의 결사의 자유 등을 극대화하는 법리 및 법상 공공정책을 올바르게 반영할 수 있는 규칙을 재확립하는 데 규칙안의 목적이 있다고 한다. 위원회는 법적 판단 시 사실관계가 중요한 의미를 가지는 분야(in this fact-intensive area of law)에서 예상되는 모든 분쟁가능성을 제거할 수는 없더라도, 새로운 규칙 제정을 통하여 공동사용자 관계의 핵심 요소를 성문화함으로써, 제안된 규칙이 공동사용자 지위에 관한 불확실성과 분쟁, 소송을 줄일 수 있기를 기대한다고 밝혔다.

나. 제안된 규칙안의 주요 내용

1) 제안된 §103.40(a)

연방노동관계법 제2조 제2항에서 정의하고 있는 사용자가, 제2조 제2항에서 정의하고 있는 근로자와 커먼로상의 agency 원칙에 따른 고용관계에 있다면, 그 근로자의 사용자라고 규정한다. 이는 공동사용자를 결정함에 있어 커먼로상 에이전시 원칙에 확실한 토대를 두려는 조항이다.

2) 제안된 §103.40(b)

제안된 §103.40(b)는 "만일 사용자들이 근로자의 핵심 고용조건과 관련한 문제들을 공유하거나 공동결정한다면 동일한 특정 근로자들의 둘 이상의 사용자들이 그 근로자들의 '공동 사용자'들이다"라고 규정한다. 이는 지배기준에 대하여 어느 견해를 취하든 공통적으로 인정하는 정식으로 공동사용자 심사에 있어 확립된 핵심 법리를 성문화한 것이다.

3) 제안된 §103.40(c)

제안된 §103.40(c)는 제안된 103.40(b)에서 규정한 “근로자의 핵심 고용조건과 관련한 문제들을 공유하거나 공동결정한다”라는 개념을 정의한다. 제안된 규칙은 “공유하거나 공동결정한다”란 “사용자가 (직접이든 간접이든 또는 직접과 간접이든) 지배권을 보유하거나, 또는 (직접이든 간접이든 또는 직접과 간접이든) 근로자의 핵심 고용조건들 가운데 하나 이상에 대하여 지배권을 행사하는 것”을 의미하는 것으로 정의한다. 제안된 §103.40(c)는, 중개자(intermediary)를 통한 지배를 포함하여, 직접 또는 간접으로 지배를 행사하는 증거는 물론 권한을 위임받은 또는 유보된 지배의 증거 역시, 공동 사용자 지위를 인정하는 데 필요한, 근로자의 핵심적 고용조건에 대한 지배의 증거가 될 수 있다고 본다. 이는 위원회의 브라우닝-페리스 판정과 D.C. 항소법원의 관점을 수용한 것이다. 또한, 제안된 §103.40(c)는 공동사용자가 지배를 보유하거나(or) 근로자의 핵심적 고용조건들 가운데 하나 이상에 대하여 지배를 행사하는 경우, 그와 같은 지배가 직접적이든 간접적이든 공동사용자 심사와 관련된 요소라는 점을 명확히 하고 있다.

4) 제안된 §103.40(d)

제안된 §103.40(d)에 의하면, “핵심적인 노동조건은”은 “일반적으로, (이에 한정되는 것은 아니다) 임금, 복리후생, 노동시간과 근로 스케줄, 채용 및 해고, 징계, 사업장 건강 및 안전, 감독, 할당, 업무 수행의 방법과 수단에 대한 업무 규칙 및 지시를 포함한다.

위원회는 공동사용자 기준이 시간이 지남에 따라 사업장의 환경이 변하는 것과 특정 산업이나 직업의 특수성을 반영할 수 있도록 하기 위해서는 핵심적인 고용조건을 정의하는데 있어 원칙적으로 포괄적 접근법이 타당하다고 본다. 따라서 제안된 규칙은 일반적으로 핵심적인 것으로 간주되는 조건을 식별하고, 제출된 의견들을 통해 핵심적인 고용조건의 목록을 구체화할 수 있을 것으로 기대하고 있다. 그에 따라 위원회는 일반적으로 핵심적인 것으로 간주해야 하는(또는 간주되어서는 안 되는) 특정 노동조건을 포함하여 핵심 노동조건 전반에 대해 의견을 요청하고 있다.

5) 제안된 §103.40(e)

제안된 §103.40(e)에 따르면 사용자가 근로자의 핵심적인 노동조건들 중 하나 이상을 지배할 수 있는 권한을 보유하는지 또는 지배권을 행사하는지는 커먼로의 사용종속성 원칙이 결정한다고 정한다. 위원회는 광범위한 커먼로상의 사용자-근로자 관계와 함께 연방노동관계법의 공공정책이 공동사용자의 핵심 노동조건에 대한 지배권의 존재에 결정적인 비중을 두도록 하는 것으로 이해하면서, 이러한 지배가 행사되었는지 또는 이러한 지배가 직접적으로 행사되었는지, 중개자를 통하는 등으로 간접적으로 행사되었는지를 고려하지 아니하도록 한다.

6) 제안된 §103.40(e)

제안된 §103.40(f)는 D.C. 항소법원이 브라우닝-페리스 판결에서 "커먼로의 사용종속성 원칙에 따른 고용관계 존재에 중요하지 않은 문제나 근로자의 핵심 근로조건들과 관련이 없는 문제에 대한 사용자의 지배는 공동사용자인지와 관련이 없다"라고 한 판시를 포섭한다. 제안된 규칙은 위원회가 "커먼로상의 사용종속성이 고려하는 통상적인 제3자 계약관계에 내재된 간접 지배와 핵심 근로조건에 대한 간접지배를 충분히 구분하지 못했다"라는 D.C. 항소법원의 비판에 응하기 위하여 "사용자 자신의 재산을 지배하거나 보호하기 위해서" 또는 "제3의 계약자의 기대, 기본 원칙과 목적을 설정하기 위해서", "계약된 용역의 결과를 지시하는 것"에 한정된 계약 조건은 일반적으로 공동사용자인지 여부와 관계가 없다는 D.C. 항소법원 법원의 견해에 동의한다고 밝힌다. 또한 위원회는 "계약 원가에 대한 매우 일반화된 상한선"이나 "계약에 따라 수행되어야 할 업무에 대한 사전 설명"과 같은 "회사 간 계약의 관례적인 구성부분"이 일반적으로 커먼로의 사용종속성 원칙에 따른 고용관계 존재에 중요하지 않을 것이라는 데 동의한다면서 공동사용자 분석과 관련하여 고려하지 말아야 할 "회사 간 계약의 관례적인 구성부분"을 다루기 위하여 의견 제출을 구하고 있다.

7) 제안된 §103.40(g)

제안된 §103.40(g)는, 브라우닝-페리스 판정과 마찬가지로, 사용자가 특정 근로자의 공동사용자라고 주장하는 자가 증거의 우월 기준에 의하여 관계 확립에 대한 증명책임을 진다는 것을 확인한다.

5. 브라우닝-페리스 판정과 2022년 규칙안의 시사점

가. 2020년 규칙의 문제점과 역설적 성과

현재 미국 연방노동관계법 하에서 공동사용자 인정 여부를 판단하는 기준은 시행 중인 2020년 규칙이다. 이를 폐지하려는 2022년 규칙안이 향후 제안된 내용대로 시행될 것인지, D.C. 항소법원이 브라우닝-페리스 제2, 3판정을 파기환송함에 따라 위원회의 브라우닝-페리스 제4판정이 어떤 내용으로 내려질지 아직은 알 수 없다.

그런데 현재 시행 중인 2020년 규칙에서 정하고 있는 지배 기준을 살펴보면, 원청 내지 사용사업주가 근로자에 대한 임금, 복지혜택, 근무시간, 고용, 해고, 징계, 감독, 지휘 등 모든 근로조건을 직접 그리고 실제로 행사하여야만 공동사용자로 인정된다. 2020년 규칙은 지배로 볼 수 있는 예외적 상황까지 상세히 규정하여 일체의 간접적 지배를 인정하지 않고 있다. 이는 우리나라의 묵시적 근로계약관계와 다를 바 없고,[379] 이러한 기준에 따를 경우 원청 내지 사용사업주가 공동사용자로 인정되는 사례는 거의 전무하게 될 것이다. 2020년 규칙에서 위원회는 엄격한 판단기준이 지난 30여년에 걸쳐 정착되었으며 2020년 규칙이 다양한 사업관계에서 공동사용자 지위 결정에 대한 예측가능성과 일관성을 촉진하여 노사 안정성을 향상시킬 것이라고 밝히고 있다. 공동사용자의 지위를 인정하기가 거의 불가능한 법리를 제시하면서 예측가능성, 일관성, 특히 노사 안정성을 운운하는 것은 결국 현상을 유지하겠다는 것과 다를 바 없고, 미국 사회 내에서도 만연하고 있는 간접고용의 확산으로 인한 문제를 외면하려는 태도이다.

또한, 간접적 지배의 개념은 우리나라 대법원이 파견법리에서 이미 적용하고 있다. 즉, 대법원은 불법파견 여부가 문제되는 사안에서, 근로자파견에 해당하는지 여부를 판단하는 기준 중 하나로 '제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지'를 주요 징표 중의 하나로 삼고 있고, 이러한 기준 하에 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결(현대자동차 불법파견 사건)에서는 '하청근로자들이 수행하는 업무

379) 김희성, "미국의 공동사용자 법리와 단체교섭의 당사자로서의 사용자—사용자성의 확장의 준거틀로서 공동사용자 법리 도입에 대한 비판을 중심으로—",「사회법연구」제43호, 한국사회법학회(2021. 1.), 243면에서도 2020년 규칙을 우리나라의 경우 묵시적 근로계약이 인정되는 경우로 한정되는 것이라고 평가한다.

의 특성 등을 고려하면, 사내협력업체의 현장관리인 등이 원고들에게 구체적인 지휘명령권을 행사하였다 하더라도 이는 원청이 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나 그러한 지휘명령이 원청 등에 의해 통제되어 있는 것에 불과하다'고 사내협력업체의 현장관리인 등을 통한 간접적 지배를 지휘·명령의 한 요소로 보았다. 현대중공업 대법원 판결에서도 "개별도급계약을 통하여 작업 일시, 작업 시간, 작업 장소, 작업 내용 등에 관하여 실질적·구체적으로 결정한 점, 사내 하청업체는 위와 같은 작업 일시, 장소, 내용 등이 개별도급계약에 의해 확정되기 때문에 사실상 이미 확정되어 있는 업무에 어느 근로자를 종사시킬지 여부에 관해서만 결정하고 있던 것에 지나지 않는 점"을 원청이 하청근로자의 작업시간과 작업 일정을 관리·통제하고 있다는 간접지배의 징표로 보고 있다. 이는 2020년 규칙 § 103.40(c)(3) 근무시간에 관한 항목에서 '기업이 기업의 운영 시간을 설정하거나 다른 사용자의 용역 제공이 필요한 시간을 설정하는 것은 근무시간에 대한 직접적이고 즉각적인 지배를 행사하는 것이 아니다'라고 규정한 것과는 사뭇 다른 입장인 것이다.

그런데 역설적으로 여기에서 2020년 규칙안이 우리나라 사내하청과 단체교섭권에 관한 논의에서 유의미하게 시사하는 바를 발견할 수 있다. 바로 2020년 규칙이 간접지배 목록을 제시하고 있다는 점이다. 그중에는 우리나라 판례의 파견법리에 적용할 수 있는 사항(예컨대 감독, 지휘 등)도 있고, 단체교섭의 대상사항으로 논의되는 근로조건(예컨대 임금, 근무혜택, 근무시간, 해고, 징계 등)에 관한 사항도 있다. 물론 2020년 규칙의 간접지배 목록을 예외 없이 원용할 수는 없고 구체적인 사안에 따라 판단하여 할 문제이지만, 위 목록으로부터 실질적 지배력설의 기준이 모호하다는 비판은 일정 정도 퇴색할 것이다.

나. 법현실 및 위원회의 역할 등에 대한 브라우닝-페리스 판정의 인식

위원회는 브라우닝-페리스 판정의 판정문에서 당시 노동시장의 실태를, "위원회는 공동사용자의 법리를 점차 폐쇄적으로 좁혀갔지만, 그동안 현실에서의 고용형태는 오히려 그 다양성이 훨씬 확장되었다. TLI 판정 이래로 용역업체와 하도급을 통한 근로자의 공급, 그리고 비정규직의 고용은 꾸준히 증가하였다. 2005년부터 최근까지를 조사한 노동통계청의 자료에 의하면 비정규직은 570만 명에 달하며 전체 고용의 4.1%를 차지한다. 1990년부터 2008년 사이에 비정규직의 일종인 용역 근로자들은 110만 명에서 230만 명으로 증가했다. 2014년 8월 기준으로 공급업체를 통해 고용된 근로자는 287만 명으로 파악되었는데, 이는 전체 미국 노동인구의 2%에

해당한다. 같은 기간에 임시고용이 여러 다른 직종으로 퍼져나갔다. 최근의 연구에 의하면 직업소개업체와 용역업체를 포함하여 전체 고용서비스 산업에서 창출될 일자리 수는 2022년까지 약 400만 개로 증가할 것으로 예측되며, 이는 고용 측면에서 최대 규모와 최고 속도로 팽창하고 있는 산업 중의 하나다."라고 상세히 적고 있다. 이어 이러한 변화가 공동사용자 법리를 재검토해야 하는 중요한 이유이며, 만일 현재의 공동사용자 법리가 법의 요청보다 협소하다면, 그리고 공동사용자가 등장하는 계약이 점차 늘어나고 있다면, "변화하는 산업현실에 법을 맞게 적용할" 위원회가 역할을 다하지 못하는 위험을 저지르는 것이라며 엄격한 기준을 채택한 공동사용자 법리는 법에 부합하는 것이 아니며, 입법목적을 잘 실현하고 있는 법리가 아니라는 결론을 내린다. 위원회의 위와 같은 법현실과 본연의 역할에 대한 인식 앞에서, 우리나라 노동위원회와 법원도 사내하청의 길고도 황막한 역사와 실태에 시선을 두기를 소망해본다.

다. 브라우닝-페리스 판정, 집단적 노사관계의 형성

미국 연방노동관계법 하에서 공동사용자 기준은 커먼로 원리에 기초하여 개별 근로자—사용자 관계에서 출발한다. 그러나 지배(control) 개념의 확장, 특히 '간접지배'(indirect control)라는 도구를 통하여 '하청 또는 파견사업주'를 '원청 또는 사용사업주'의 중개자(intermediary)로 보고, '원청 또는 사용사업주'의 그 중개자를 통한 근로자에 대한 지배를 인정하는 방법으로 개별 근로관계를 뛰어넘는 집단적 노사관계에 대한 규율의 근거를 확보하는 점이 주목할 만하다.

특히 브라우닝-페리스 판정은 변화된 노동환경에 부합하는 공동사용자 판단 기준을 새롭게 정립함으로써 단체교섭 활성화 등 미국 연방노동관계법의 취지를 달성할 수 있는 기반을 마련했다는 점에서 의의가 크다. 종래 유지되어 온 엄격한 지배기준을 폐기함으로써 실질적 지배력을 행사하는 공동사용자에게 합당한 법적 책임을 부과하고, 공동사용자 간 거래관계에 내재하는 힘의 불균형이 노사관계에서의 힘의 불균형으로 전이되는 것을 차단하는 간접적 효과를 발휘하였다는 평가를 받는다.[380]

브라우닝-페리스 판정과 2022년 규칙안(이하 '브라우닝-페리스 판정 등'이라 한다)은 커먼로 원칙에 따라 개별 근로자—사용자 관계에서 출발하여 그 이론을 심화하

380) 신은종, 앞의 글, 106, 108면.

고 있다. 그러나 이는 개별 근로관계 하에서의 '최저임금, 근로시간, 아동노동' 의 문제를 한정하여 다루는 공정근로기준법(Fair Labor Standards Act, FLSA)[381]과는 달리 집단적 노사관계를 규율할 목적을 염두에 두고 공동사용자 법리를 발전시킨 것이라는 점을 유념할 필요가 있다. 즉, 근로자—사용자 관계와 사용종속성을 논의의 출발점으로 삼지만, 지배(control) 개념의 확장, 특히 '간접지배'(indirect control)라는 개념설정을 통하여 '하청 또는 파견사업주'를 '원청 또는 사용사업주'의 중개자(intermediary)로 보고 '원청 또는 사용사업주'의 그 중개자를 통한 근로자에 대한 지배를 인정함으로써, 개별 근로관계를 뛰어넘는 집단적 노사관계에 대한 규율의 근거를 확보한 것이 특징인 것이다.

브라우닝-페리스 판정 등이나 미국 판례에서 이와 같이 간접지배가 인정될 경우 '원청 또는 사용사업주'와 '하청 또는 파견사업주의 근로자' 사이에 개별 근로계약관계가 성립하였다고 판시한 바는 한 차례도 없다. 이러한 점에서 브라우닝-페리스 판정 등에 대한 정확한 이해는, '계약법적 관점에서의 개별 근로관계'를 초월하여 '집단법적 관점에서의 집단적 노사관계'가 형성될 수 있음을 인정한 것으로 보아야 한다. 이는 브라우닝-페리스 판정이 "연방노동관계법의 1차적인 목적은 노사관계의 분쟁을 협상의 중재적 영향력 하에 둠으로써 산업분쟁을 평화롭게 해결하는 것이다. 이러한 정책을 가장 잘 살리기 위해서는 커먼로상 허용되는 한 공동사용자 법리는, 의미 있는 단체교섭이 가능하도록 고용관계의 다양한 측면을 모두 포괄하여야 한다."고 판시한 부분에서 잘 드러난다.

이에 비추어 보면, 브라우닝-페리스 판정 등을 참조하여 우리나라에서도 "묵시적 근로관계를 폭넓게 인정할 필요가 있다."고 주장하면서 "사용종속성에 근거한 근로계약 법리를 수정할 수 있는 이론적 기획이 가능함을 시사한다"라고 평가하는 견해[382]는 논리의 비약으로 보인다. 오히려 브라우닝-페리스 판정 등은 집단적 노사관계를 다룸에 있어서는 개별 사용자와 근로자 간의 계약법적 근로관계에 구애받지 않고 사용자 개념을 설정하는 것이 가능하다는 것을 보여주는 법리라고 봄이 타당하다.

라. 브라우닝-페리스 판정이 던지는 두 가지 질문

381) 강현주, 앞의 글, 168～169면.
382) 신은종, 앞의 글, 120면.

브라우닝-페리스 판정은 “브라우닝-페리스의 궁극적 지배를 고려할 때 휴게시간, 안전, 작업속도, 브라우닝-페리스의 생산성 기준에 따른 연장근로의 필요성 등 기본적인 고용조건들에 관해 리드포인트(하청)이 홀로 의미 있는 단체교섭을 어떻게 할 수 있을지” 묻고 있다. 질문은 더 깊어져 엄격한 지배기준을 고수하려는 반대의견에 대하여 “단체교섭이 가능한 고용조건들에 관해 하나의 사용자를 넘어 지배가 이루어지는 경우에 (연방노동관계법의 입법취지에 따라) ‘단체교섭의 관행과 절차를 촉진’하기 위해 어떻게 하는 것이 최선인가?”에 답하기를 촉구한다. 그리고는 반대의견이 답을 하는 대신 입법목적의 인식과 동떨어진 기존 상태의 유지를 고집한다고 비판한다.

우리나라의 논의에서도 같은 질문이 가능하다. 원청이 하청근로자의 근로조건을 실질적으로 지배하고 있는 경우 그와 같은 근로조건에 대하여 하청이 홀로 의미 있는 단체교섭을 어떻게 할 수 있는가? 사용자의 이슈만 없다면 단체교섭이 가능한 근로조건들에 관하여 하나의 사용자를 넘어 지배가 이루어지는 경우에 헌법상 기본권인 하청근로자의 단체교섭권을 보장하기 위해 어떻게 하는 것이 최선인가? 답은 의외로 간명할 수 있다.

제4장 원청의 단체교섭 응낙의무 관련 판례의 경향과 학설의 전개

제1절 개관

1. 법원 및 중앙노동위원회 판단의 추이

단체교섭의 상대방으로서 사용자를 근로계약관계에 있지 않은 제3자로 확장할 수 있는지에 관한 법원 및 중앙노동위원회 판단은 크게 세 시기로 대별할 수 있다.

제1기는 1980년대부터 2000년대 초까지 단체교섭의 상대방인 사용자는 근로자와 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자라고 판시한 일련의 대법원 판결들이 선고된 시기이다. 위 대법원 판결들의 대부분은 앞서 본 항운노조 단체교섭 사건에서 선고된 것이다.

제2기는 2000년대 초부터 2010. 3. 25. 현대중공업 지배·개입 부당노동행위 사건에서 실질적 지배력설을 수용한 대법원 2007두8881 판결(이하 특별히 사건번호를 표시할 필요가 없는 경우를 제외하고는 '현대중공업 대법원 판결'이라 한다)이 선고된 때까지의 시기이다. 이 시기에 위 현대중공업 대법원 판결의 선고에 앞서 이미 실질적 지배력설을 수용한 하급심 판결이 등장하였다.

제3기는 현대중공업 대법원 판결 이후 현재까지이다. 현대중공업 대법원 판결은 이른바 실질적 지배력설을 채택하면서 다면적 노무제공관계에 대한 인식을 바탕으로 근로계약관계를 전제로 하지 않는 노조법상 사용자의 개념과 그 범위를 본격적으로 다룬 판결로서 큰 의미를 가지는 것이었음에도 해당 사안이 지배·개입의 부당노동행위에 관한 것이었기 때문에 그 후 원청의 단체교섭 거부가 문제된 사건들에서 선례로서 자리 잡지 못하였다. 이 시기에 단체교섭 거부 사건의 경우 현대중공업 대법원 판결의 법리가 적용되지 않음을 분명히 한 하급심 판결이 선고되었는데, 그와 달리 최근에는 씨제이대한통운이 위 중앙2021부노14 판정의 취소를 구

한 행정소송의 제1심 판결은 위 재심판정을 적법하다고 보아 씨제이대한통운의 청구를 기각하였다. 이처럼 서로 결론을 달리하는 하급심 판결들이 선고되었고, 중앙노동위원회는 위 중앙2021부노14 판정 이후 일련의 후속 판정들에서 일관되게 원청을 단체교섭의 상대방으로 인정하는 한편, 교섭창구 단일화 절차의 이행 방법, 단체협약 체결의 가부 등과 관련하여서도 구체적인 판단을 더하면서 법리를 더욱 심화시키고 있다.

2. 학계의 논의 양상

현대중공업 대법원 판결의 제1심판결인 서울행정법원 2005구합11968 판결이 2006. 5. 16. 선고되기 전까지,[383] 학계는 사용자 개념의 외부적 획정 내지 확장이라는 주제 하에 제1기 대법원 판례법리에 대한 비판적 논의를 전개하며 집단적 노사관계에서 부당노동행위의 주체 내지는 단체교섭의 상대방인 사용자는 근로자와 명시적 내지 묵시적 근로계약관계를 맺고 있는 자로 한정되지 않는다는 데에 대체로 견해가 일치하였다. 다만, 사용자 개념에 대한 이해, 외연 확장의 요건과 범위, 판단기준 등을 달리한다는 점에서 실질적 지배력설, 대향관계설, 동태적 사업 개념론으로 대별할 수 있다.

위 서울행정법원 2005구합11968 판결은 이후 상고심인 현대중공업 대법원 판결에서 수용된 실질적 지배력설에 기초한 법리를 상세히 판시하고 있었기에[384] 학계의 상당한 주목을 받았다. 노조법상 사용자 개념의 외부적 확장을 인정하였다는 점에서는 기존에 위 학설들 중 무엇을 취하였든 학계로부터 두루 긍정적인 평가를 받았지만,[385] 이를 비판하며 제1기 대법원 판례법리를 지지하는, 즉 근로자와 명시적·묵시적 근로계약관계를 맺고 있는 자만이 단체교섭의 상대방인 사용자로 인정

383) 실질적으로 사실관계와 쟁점이 동일한 현대중공업 사건에서 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두9075 판결의 제1심판결인 서울행정법원 2005구합11951 판결은 2006. 5. 18. 선고되었다(각주 167. 참조).

384) 위 서울행정법원 2005구합11968 판결의 항소심인 서울고등법원 2007. 4. 11. 선고 2006누13970 판결은 사실인정 부분을 일부 고쳐 쓰는 외에는 행정소송법 제8조 제2항, 민사소송법 제420조에 따라 제1심판결의 이유를 그대로 인용하였다.

385) 도재형, 「상시적 구조조정에 따른 고용 법리의 재조명」, 서울대학교 법학박사 학위논문(2007. 8.), 162～163면; 박제성·노상헌·유성재·조임영·강성태, 「사내하도급과 노동법」, 한국노동연구원(2009), 77～78면; 조경배, "사내하도급에 있어서 원청의 사용자성—현대중공업 부당노동행위 사건을 중심으로—", 「노동법연구」 제25호, 서울대학교 노동법연구회(2008. 12.), 215면.

될 수 있다는 근로계약관계설 또한 본격적으로 제기되었다.[386] 이때부터 비로소 노조법상 사용자 개념을 둘러싸고 뚜렷하게 결론을 달리하는 학설들이 대립하기 시작하였다.

386) 하경효 공저, 앞의 책, 242～267면(박지순 교수가 집필한 부분이다); 김영문, 앞의 책, 262～264, 303～321면; 김영문, "제3자관련 근로관계의 노동법적 문제와 해결방안",「기업법연구」제21권 제1호, 한국기업법학회(2007. 3.), 14～39면(이 글은 서울행정법원 2005구합11951 판결을 검토대상으로 삼고 있다).

제2절 항운노조 등 사건의 대법원 판결과 학계의 논의

1. 항운노조 등 단체교섭 사건의 대법원 판결

가. 항운노조 등 사건

대법원은 1986. 12. 23. 선고 85누856 판결, 1993. 11. 23. 선고 92두13011 판결, 1995. 12. 22. 선고 95누3565 판결, 1997. 9. 5. 선고 97누3644 판결, 2008. 9. 11. 선고 2006다40935 판결 등 일련의 판결들에서 단체교섭의 상대방인 사용자는 '근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자, 즉 근로자와의 사이에 그를 지휘·감독하면서 그로부터 근로를 제공받고 그 대가로서 임금을 지급받을 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자'를 의미한다는 법리를 판시하였다. 특히 대법원 92두13011 판결을 제외한 나머지 판결들은 모두 판결이유에서 위 인용 부분을 일반론으로 설시하였다.

다만, 위 대법원 판결들 중 대법원 2006다40935 판결을 제외한 나머지 판결들은 앞서 살펴 본 바와 같이 모두 항운노조가 그 소속 조합원을 공급받은 사용사업주(원예업자로 구성된 협동조합, 냉동창고회사 등)를 상대로 단체교섭을 요구하였으나 거부당하자 노동위원회에 부당노동행위 구제신청을 한 사건이다(구체적인 사안의 경과와 법원의 판단은 앞서 본 바와 같다).

나. 노동부 직업상담원 사건[387]

[사건의 경과]

노동부직업상담원 노동조합(이하 '직업상담원노조'라 한다)은 전국의 노동부(현 고용노동부) 고용안정센터에서 취업알선, 실업급여 지급 등 고용정책 관련 업무에 종사하고 있는 직업상담원들로 구성된 노동조합으로 2002. 7. 15. 설립되었고, 2002년과 2003년 직업상담원과 근로계약을 체결한 상대방인 서울, 경인, 부산 등 6곳의 지방노동관청과 단체협약을 체결하였는데 그 과정에서 대한민국 산하 노동부 고용정책국장 등이 참여하기도 하였다.

---

387) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다40935 판결(노동부직업상담원 노동조합 사건, 사용자지위 확인의 소)

한편, 노동부는 1998. 6. 19. 직업상담원들의 채용 및 근무조건과 관련하여 노동부훈령인 직업상담원규정을 제정하였는데, 위 규정은 직업상담원의 정원(예산의 범위 내에서 노동부장관이 확정), 채용절차, 근로계약 체결의 주체(지방노동청장), 봉급 보전수당, 성과상여금의 지급 기준(예산의 범위 내에서), 노동부장관에 의한 특근매식비의 배정, 직업상담원의 근무시간, 근태관리, 휴일 및 휴가, 출장여비, 경력평정, 인사기록 작성 등에 관한 시행기준 및 방법, 승진, 근로계약의 해지, 재계약, 전보, 징계절차, 휴직, 복직 등 인사에 관한 제반 사항들을 규정하고 있다.

직업상담원노조는 2004년 2월경부터 수차례 대한민국(노동부)과 6곳의 지방노동관청에 2004년도 임금교섭 요구를 하였으나 각 지방노동청장은 정부예산이 확정되기 전까지는 임금을 결정하기 어렵다는 이유로 교섭에 불응하였고, 대한민국은 아무런 답변도 하지 아니하자, 대한민국이 직업상담원들과 직접 근로계약을 체결하지는 아니하였더라도 직업상담원들의 근로조건에 관하여 구체적·실질적 영향력 내지 지배력을 미치고 있는 단체교섭 상대방의 지위에 있다고 주장하며 대한민국을 상대로 사용자 지위 확인의 소를 제기하였다.

[제1심 및 환송 전 원심의 판단]

이에 대하여 제1심인 서울중앙지방법원 2005. 7. 28. 선고 2004가합56795 판결과 환송전 원심인 서울고등법원 2006. 6. 2. 선고 2005나80266 판결은 직업상담원들의 채용과 업무지시 등은 원칙적으로 각 지방노동청별로 정해지는 것으로 각 지방노동청장이 직업상담원들을 직접 채용하여 그 명의로 근로계약을 체결하고, 직업상담원들에 대한 임금지급의 일차적 책임을 가지며, 그 업무에 관하여 구체적이고 직접적인 지시권한을 가지고 있는 사업주에 해당하는 자는 지방노동청장이라고 보아 직원상담원노조의 청구를 받아들이지 않았다.

[대법원의 판단]

직원상담원노조는 대법원 2006다40935호로 상고하였고, 대법원은 2008. 9. 11. 아래와 같은 이유로 원심판결을 파기하였다.

대법원은, 위 대법원 85누856 판결 등에서 설시한 노조법상 사용자 개념에 관한 법리 및 '국가의 행정관청이 사법상 근로계약을 체결한 경우 그 근로계약관계의 권리·의무는 행정주체인 국가에 귀속되므로, 국가는 그러한 근로계약관계에 있어서 노조법 제2조 제2호에 정한 사업주로서 단체교섭의 당사자의 지위에 있는 사용자에 해당한다'라는 법리를 설시하였다.

이어 원심이 인정한 바와 같이 각 지방노동청장이 그 이름으로 직업상담원들과 사법상 근로계약을 체결하였다고 하더라도 이는 각 지방노동청장이 행정주체인 국

가 산하의 행정관청으로서 근로계약체결사무를 처리한 것에 지나지 아니하므로, 사법상 근로계약관계의 권리·의무는 행정주체인 국가에 귀속되고, 이에 따라 대한민국이 노조법 제2조 제2호 소정의 사업주인 사용자로서 직업상담원노조에 대응하는 단체교섭의 상대방 당사자의 지위에 있다고 보아야 한다면서 원심판결을 파기하였다.

[환송 후 원심의 판단]

환송 후 원심인 서울고등법원 2009. 4. 3. 선고 2008나86845 판결은 환송 전 원심에서 직업상담원의 업무에 관하여 구체적이고 직접적인 지시권한을 가지고 있는 사업주가 누구인지에 관하여 명시적인 판단을 한 것과는 달리, 환송판결의 취지에 따라 국가의 행정관청이 체결한 사법상 근로계약에 따른 근로계약관계에서 국가가 단체교섭의 당사자 지위에 있는 사용자에 해당하는지 여부만을 판단하여 직업상담원노조의 청구를 인용하여 대한민국이 직업상담원노조의 단체교섭 상대방의 지위에 있음을 확인한다는 판결을 선고하였다(상고 부제기로 2009. 4. 28. 확정).

다. 평가

1) 항운노조 등 사건

위 사건은 모두 항운노조의 근로자공급사업이 문제된 사안들로 대법원은 항운노조로부터 그 조합원을 공급받아 업무를 수행하는 회사는 항운노조 조합원과 명시적 내지 묵시적 근로계약관계를 맺고 있지 않다는 이유로 단체교섭의무가 없다고 판단한 것이다.

근로자공급은 다면적 노무관계의 전형이다. 그런데 앞서 본 바와 같이 직업안정법은 근로자공급을 원칙적으로 금지하고, 노동조합에 한하여 예외적으로 이를 허용하였다. 노동조합이 근로자공급사업을 하게 되면 중간착취 배제의 우려가 적어짐을 고려한 입법적 조치이나, 노동조합은 영리를 추구하는 사경제의 주체가 아니라 조합원의 근로조건 유지와 개선, 기타 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로 조직된 단체로서 조합원과 원칙적으로 이해관계가 일치하기 때문에, 그 조합원을 사용사업주에 공급하는 것은 자신을 다른 사용자에게 파견하는 '자기파견'과 마찬가지여서 근로자공급에 해당하지 않는다고 볼 수 있다.[388] 역설적인 결과가

388) 윤애림, 앞의 글(2022. 9.), 81면에서도 항운노조 판결에서 인정된 사실관계는 근로계약관계의 사용자 이외의 사업주가 해당 근로자의 노동조건에 지배력·영향력을 가지는 다면적 노동관계의

아닐 수 없다. 더구나 항만하역근로의 특수성과 항운노조의 설립 배경, 역할 등으로 항운노조는 사용사업주에 대하여 독점적 노무공급권을 행사하면서 사용사업주와 사실상 대등한 경제적 지위에 있다. 대법원 판결 중에는 항운노조를 조합원에 대한 근기법상 사용자의 지위에 있다고 본 사례도 있다.

이러한 사정들을 고려하면 항운노조 등 사건은 고용과 사용이 분리되거나 사용사업주의 실질적 지배력이 당초부터 인정될 수 없는 사안이고,[389] 오히려 조합원이 항운노조의 이행보조자적 지위에 있는 진정도급에 가깝다.[390] 따라서 위 항운노조 등 사건의 대법원 판결들이 사내하청에서 원청의 단체교섭 당사자로서 사용자성을 판단하는 데 있어 선례적 가치가 있다고는 보기 어렵다.[391]

2) 노동부 직업상담원 사건

위 사건은 대법원이 국가의 행정관청이 사법상 근로계약을 체결하였더라도 이는 사무처리에 지나지 않고 그 권리·의무는 행정주체인 국가에 귀속된다는 이유로 행정관청이 아닌 국가가 사용자의 지위에 있다고 판단한 사안이다.

대법원의 판시 내용을 보면, 단체교섭 상대방인 사용자의 개념에 관한 일반 법리를 설시하고는 있으나 위 법리에 기초한 판단은 하지 않고, '국가의 행정관청이 사법상 근로계약을 체결한 경우 그 근로계약관계의 권리·의무는 행정주체인 국가에 귀속되므로, 국가는 그러한 근로계약관계에 있어서 노조법 제2조 제2호에 정한 사업주로서 단체교섭의 당사자의 지위에 있는 사용자에 해당한다'라는 법리를 설시한 다음 위 법리에 따라 사건을 살펴본 후 원심판결을 파기하였다. 환송 후 원심판

경우가 아니라고 본다.

389) 이승욱, 앞의 글(2021. 12.), 111면에서도 제1기 대법원 판례의 결론은 사실관계의 특수성에 기인하거나 보다 일반적으로 기업별 노조체제를 중심으로 한 전통적인 노사관계의 성격을 반영한 것이라고 평가한다.

390) 조경배, 앞의 책, 73면.

391) 근로계약관계설을 취하는 김영문 교수도 위 항운노조 등 사건의 대법원 판결은 씨제이대한통운 사건과 사안이 다르다고 한다. 즉, 항만운송회사와 근로자공급계약을 체결하는 항운노조는 조합원들과 근로관계가 없고, 노조와 조합원은 근로관계가 아니라 대 사용자관계에서 근로조건의 개선이라는 공동의 목적을 실현해야 하는 일종의 합동행위에 의해서 법률관계를 형성한 것으로 보이는데, 그러한 관계에서 항만운송회사와 항운노조의 단체교섭을 인정한다면 항만운송회사와 항운노조가 맺은 근로자공급계약은 무용지물이 되기 때문에, 이와 같은 상황에서 법원이 선택할 수 있는 방법은 명시적·묵시적 근로관계가 있을 것을 전제로 하여 항운노조와 항만운송회사의 단체교섭을 부정하는 것이어서 대법원이 항운노조 단체교섭 사건에서 근로계약관계설을 취한 것은 항만 분야의 근로자공급사업의 특성을 고려한 불가피한 선택이라고 한다[김영문, 앞의 글(2022. 8.), 244~245면]

결 역시 직원상담원의 업무에 관하여 구체적이고 직접적인 지시권한을 가지고 있는 사업주가 누구인지에 관하여 사실인정이나 판단은 전혀 하지 않았다.

대법원이 사용자 개념에 관한 일반 법리를 설시한 것은 환송전 원심판결에서 이 부분 법리를 들어 판단하였기에 이를 단순히 기재한 것으로 보인다. 이 사안은 그 내용과 대법원의 판단 자체가 제1기 대법원 판결의 법리를 적용한 것이라고 볼 수 없다.[392]

2. 사용자 개념의 외부적 확대에 관한 논의

가. 실질적 지배력설

실질적 지배력설은 노조법상 사용자는 근로계약의 당사자인 사용자보다 넓은 개념으로 근로계약관계의 존부에 구애되지 않으며, 특히 단체교섭의 상대방인 사용자는 근로계약상 사용자(고용주)만으로 한정되지 않고, 근로조건이나 노동관계에 대하여 실질적 지배력 내지 영향력을 가지는 자를 포함한다고 보는 견해이다.

김유성 교수는, 부당노동행위가 현실적 근로계약관계가 없거나 또는 한 사업의 외부에서 발생한 경우 사용자 개념의 외부적 획정이 문제되는데, 부당노동행위는 집단적 노사관계법에 특유한 위법행위이기 때문에 현실적인 근로계약의 당사자인지 여부로 사용자 개념의 기준을 정할 수 없고, '근로관계상의 제 이익에 대해 실질적 영향력 내지 지배력을 가질 수 있는 지위'에 있는 자를 기준으로 판단하는 것이 부당노동행위제도의 목적에 비추어 가장 타당하다고 한다.[393] 또한, 단체교섭이 노사간 주장이 대립하는 사항에 관하여 합의를 형성하려는 사실행위라는 점을 감안하면 단체교섭의 상대방이 되는 사용자를 근로계약의 당사자에 한정할 필요는 없고, 단체교섭의 원래 목적에 적합한 근로조건의 실효성 있는 규제를 위해서 단체교섭의 대상사항이 되는 근로조건 기타 노동관계상의 제이익에 대하여 실질적 영향력 내지 지배력을 행사하고 있는 자를 널리 단체교섭의 상대방인 사용자로 인정하여야 한다고 본다.[394]

---

392) 김영문, 앞의 글, 242~243면에서도 이 판결 역시 근로계약관계설이 인용하기에 적합한 것은 아니라고 한다. 씨제이대한통운 사건에서는 원청과 하청이 상호 독립된 주체로서 하청기업이 하청노동자들의 사용자(고용주)인지만, 직업상담원의 경우 고용노동부는 국가기관의 일부에 지나지 않고 국가가 단체교섭 당사자로서 사용자라는 점에서 다르다고 한다.

393) 김유성, 「노동법Ⅱ—집단적 노사관계법—」(전정판), 법문사(2001), 318~320면.

김형배 교수는, 부당노동행위 구제제도와 관련하여 부당노동행위를 해서는 안 될 사용자라 함은 근로자가 노동조합의 조직·운영을 통하여 단체교섭 기타 단체행동을 함으로써 궁극적으로 협약자치를 실현하는 것을 방해하는 자, 즉 근로3권 보장질서를 침해하는 집단적 노사관계법상의 사용자이므로, 그 범위를 '근로계약상의 당사자 내지 이와 동등시할 수 있는 자'와 동일시해서는 안 되며, 그 이유는 근로계약을 중심으로 하는 근기법상의 사용자와 집단적 노사관계를 중심으로 하는 사용자는 그 기능과 법률관계를 달리하는 당사자로서 파악되어야 하기 때문이라고 한다.[395] 또한, 원칙적으로 단체교섭의 당사자로서 사용자 개념은 개별적 근로계약상의 사용자 개념은 구별되어야 하고, 단체교섭의 당사자로서 사용자란 외부적인 계약형식에 관계없이 해당 근로자들과의 실제적 관계를 고려할 때 '실질적으로 사용자 권한을 행사하는 자로서 근로조건의 전부 또는 일부에 대하여 구체적 영향력 내지 지배력(처분적 권한)을 미치는 자'라고 해석한다.[396]

임종률 교수는, 근로계약상의 사용자(고용주)가 아닌 자가 단체교섭 거부나 지배개입 등의 행위를 하여 노동 3권의 행사에 방해가 된 경우에 고용주가 아니라는 이유로 사용자성을 부인하고 구제명령을 할 수 없다고 하면 노동조합이나 그 구성원인 근로자에 대한 사용자의 노동3권 침해 행위를 예방·제거하여 노동3권을 구체

394) 김유성, 앞의 책, 131~132면.

395) 김형배, 앞의 책(2021), 1476~1477면.

396) 김형배, 앞의 책(2021), 1212면. 학계에서는 대체로 김형배 교수의 견해를 실질적 지배력설로 보고 있으나[강성태, 앞의 글(2010. 9.), 27면; 노동법실무연구회, 「노동조합 및 노동관계조정법 주해」(제2판) Ⅰ, 박영사(2023), 355면 등], 의문이 없는 것은 아니다. 왜냐하면 김형배 교수는, 위 책(2021)의 1480면에서 사내하청의 경우 원칙적으로 진정 업무도급관계에 있는 도급인인 사업주와 수급인 소속의 근로자 사이에는 근로계약관계 또는 법률상의 근로관계가 존재할 수 없으므로 이를 전제로 하는 불이익취급의 문제나 단체교섭관계는 성립할 수 없고(단체교섭이 근로계약관계의 내용인 근로조건의 개선을 목적으로 하는 것이기 때문이라고 한다. 같은 면 각주 2.), 다만, 도급인이 사외근로자(하청근로자)의 근로조건에 대하여 사실상의 지시권을 행사하여 지배력 내지 영향력을 미치는 경우에는 그 범위 내에서 근로자에 대하여 단체교섭상의 사용자 지위에 있다고 할 수 있으나, 그와 같은 지배력 내지 영향력 관계가 발생하기 위해서는 사실상 업무도급관계의 실질이 의문시되어 묵시적 근로관계의 추단이 인정되는 경우가 대부분이라고 보고 있기 때문이다. 또한 노조법 제2조 제2호의 사용자 개념은 궁극적으로 단체협약의 내용인 근로조건의 기준을 이행해야 할 의무를 지는 협약상의 당사자 개념으로 집약될 수 있다고 설명하기도 한다(1049면). 박지순, 앞의 글(2021. 4.), 130면에서는 김형배 교수의 견해를 지배력설과 구분하여 '실질적 근로계약설'로 분류한다. 그러나 김형배 교수의 위 서술 내용만을 놓고 보더라도 사내하청에서 위장도급 외에 원청이 하청근로자의 근로조건에 지배력 내지 영향력을 미칠 수 있는 상황을 전혀 배제하고 있는 것은 아닌 점, 김형배 교수는 집단적 노사관계법상의 사용자의 범위를 '근로계약상의 당사자' 뿐만 아니라 '이와 동등시할 수 있는 자'와도 동일시해서는 안 된다고 밝히고 있는 점(1477면), 김형배 교수가 설령 집단적 노사관계법상 사용자의 인정 범위를 좁게 보고 있는 것이라 하더라도 지배력 내지 영향력의 관념을 긍정하고 있다는 점에서, 위 관념 자체를 단체교섭에서 전혀 상정하지 않고 있는 근로계약관계설과는 분명히 구별되는 점 등을 고려하면, 김형배 교수의 견해는 실질적 지배력설로 분류하는 것이 합당하다.

적으로 확보하고 정상적인 노사관계 질서를 유지·회복하려는 부당노동행위 구제제도의 취지가 몰각될 수 있다는 점을 이유로, 부당노동행위의 주체이자 단체교섭의 당사자로서 사용자는 고용주로 한정되지 않고 '해당 근로자의 근로조건(고용 보장·안정 포함)에 실질적인 영향력 내지 지배력을 가지는 자'도 포함된다고 보아야 할 경우가 있다면서 그 예로 원청회사와 하청업체의 사례로 현대중공업 대법원 판결을 언급하고 있다.[397]

김형배, 임종률 교수는 지배력의 대상사항을 '근로조건'에 한정하고 있는 반면, 김유성 교수는 근로조건을 포함한 '근로관계상의 제 이익'으로 넓히고 있다는 점에서 차이가 있고, 이를 기준으로 전자를 '협의설', 후자를 '광의설'로 분류하기도 한다.[398]

나. 대향관계설

대향관계설은 앞서 본 바와 같이 일본에서 실질적 지배력설을 비판, 발전시킨 학설로 우리나라에서는 윤애림 박사가 이를 수용하여 구체화하고 있다.[399]

윤애림 박사는, 실질적 지배력설이 주로 근로조건에 관한 지배력을 중심으로 노조법상의 사용자 책임을 판단하고 있으나, 노조법상 사용자 책임, 특히 부당노동행위 책임이 근로계약상 사용자 책임을 묻는 연장선 위에 있는 것이 아니라 노동3권을 실제 침해할 수 있는 지위에 있는 자에게 노조법상 사용자 책임을 부과하는 것이라면, 해당 근로조건뿐만 아니라 노동3권 행사와 관련된 노동관계 전반에 지배

---

397) 임종률, 「노동법」 (제20판), 박영사(2022), 132, 285~286면. 종래 임종률 교수는, 근로계약상의 사용자는 아니지만 '이와 근접하거나 비슷한 지위에 있는 자'도 교섭을 요구한 노동조합의 조합원의 근로조건에 대하여 현실적·구체적인 지배력을 행사하는 예외적인 경우에는 단체교섭상의 사용자가 될 수 있다고 보며, 사외근로자(하청근로자)의 경우를 사례로 들었다. 즉, 어느 기업(제공기업)이 업무도급계약이나 근로자파견계약 등에 근거하여 자기가 고용하고 있는 근로자(사외근로자)를 다른 기업(사용기업)의 사업장에 보내 그 업무에 종사하게 하는 경우, 사용기업이 사외근로자의 근로조건에 대하여 현실·구체적으로 지배력을 행사해 왔다면 사용기업도 사외근로자에 대하여 단체교섭상의 사용자로 인정되고, 제공기업이 기본적인 근로조건(임금)만 지배·결정하고, 사용기업이 취업에 관한 근로조건(근로시간, 작업방법 등)을 지배·결정하는 경우에는 사용자의 지위는 이들 지배력의 비율에 따라 분담해야 한다고 설명하였다[임종률, 「노동법」 제8판, 박영사(2009), 114~115면, 202면]. 이러한 설명은 앞서 본 일본 菅野和夫 교수의 견해(근로계약기준설)와 거의 유사하고, 이 때문에 임종률 교수의 위 입장을 유사근로관계설로 분류하는 견해도 있었다[강성태, 앞의 글(2010. 9.), 26면]. 그러나 이후 임종률 교수는 위 서술 부분을 모두 삭제하였고, 현재의 서술 내용으로 보면, 임종률 교수도 실질적 지배력설을 취한 것으로 보인다.

398) 노동법실무연구회, 앞의 「노동조합 및 노동관계조정법 주해」 Ⅰ, 355면.

399) 김선수, 앞의 글, 352~354면에서는 일본의 대향관계설을 소개하며, 이 견해가 단체교섭 또는 부당노동행위 제도의 본질에 가장 부합하는 것으로 보인다고 평가한다.

력을 가진 자, 즉 '근로자 및 노동조합의 자주적 단결활동에 영향을 미침으로써 노동3권을 침해할 수 있는 자'를 노조법상 사용자로 보아야 한다고 주장하며, 이를 '실질적 대향관계론'이라고 명명한다.

이어 '해당 근로자·노동조합의 자주적 단결활동에 영향을 미치는지 여부'는 근로조건 내지는 근로계약상의 제 이익에 한정되는 것이 아니라 널리 근로자의 경제적·사회적 지위향상을 위한 자주적 단결활동 전반에 미치는 영향력을 중심으로 보아야 하고, '노동3권을 침해할 수 있는 지위'에 있는 자는 여럿일 수 있으며, 특히 간접고용에서는 사용사업주·공급사업주 양자가 모두 부당노동행위를 할 수 있는 관계에 있으므로 부분적·병존적 사용자성을 인정할 필요가 있다고 한다.[400]

다. 동태적 사업 개념론

집단적 노동관계법상 사용자 책임 확대론은 적법한 사내하청, 즉 하청근로자가 원청에 대하여 종속적 관계에 놓여 있지 아니한 경우에만 유의미한 논의임을 전제한 후, 이때는 동태적(動態的) 사업 개념에 근거하여 사업(기업집단)을 '지배'하는 원청(지배기업)이 하청(피지배기업)의 근로자의 단체교섭 요구가 원청의 지배적 영향력 하에 놓여 있는 사항이라면 그에 응하여 집단법상 의무를 부담하여야 한다는 이론으로 박제성 박사가 주장하고 있다.[401] 이를 '지배권' 법리라고도 하면서, 그 핵심내용은 사업을 지배하는 자가 사업주로서 노동법상 사용자책임을 져야한다는 것으로 현재 우리나라의 노동관계 상황에서 연대책임 법리의 한계를 극복하고 좀 더 적극적으로 원청의 책임을 묻고자 하는 법리라고 설명한다.[402]

이에 따르면 종래 학설은 '사업'을 하나의 경제적 소여(所與)로서 '기업'이라고 하는 단일하고 고정된 경제적 실체인 정태적(情態的) 개념으로 해석하는 경향이 강하였으나, 노동법에서 사업은 가능태(可能態)로서 법의 요구에 따라 표현을 달리하는 동태적 개념으로, 경우에 따라 기업 그 자체(하나의 기업으로 나타나는 사업) 또는 기업의 하부 단위(하나의 기업을 구성하는 복수의 사업) 또는 기업의 상부 단위(복수의 기업으로 구성되는 하나의 사업)를 가리키는 말로 사용된다는 것이다.[403] 그리고 독점규

400) 윤애림, "간접고용에서 사용자 책임의 확대 : 집단적 노동관계를 중심으로",「노동법연구」제14호, 서울대학교 노동법연구회(2003. 6.), 156~157면.

401) 박제성, "사내하도급과 사용자 개념의 위기",「노동판례 비평 : 대법원 노동사건 판례 경향 분석 및 주요 판례 평석」제15호, 민주사회를 위한 변호사모임(2011), 362~363면.

402) 박제성, "사내하청의 담론과 해석",「노동법연구」제40호, 서울대학교 노동법연구회(2016. 3.), 25~26면.

403) 박제성, "기업집단과 노동법 : 노사협의와 단체교섭",「노동법연구」제21호, 서울대학교 노동법

제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라 한다) 제2조에서 규정하고 있는 ‘기업집단’, ‘동일인’의 개념으로부터 그 논의를 전개하여 기업집단에서 지배기업 내지 동일인을 노동법상 사용자로 해석할 수 있다고 한다. 즉, 공정거래법 제2조는 ‘동일인이 대통령령이 정하는 기준에 의하여 사실상 그 사업 내용을 지배하는 회사의 집단’을 기업집단으로 정의하고 있고, 공정거래법 시행령 제4조에서는 이를 판단하는 구체적 기준으로 주식의 소유 관계라는 경제적 기준과 ‘지배적인 영향력의 유무’라는 사회적 기준을 규정하고 있는데, 특히 후자의 기준 및 지금까지의 여러 실태조사 결과들을 보면, 사내하청 관계에서는 원청과 하청을 하나의 기업집단, 즉 하나의 사업으로 구성할 수 있는 가능성이 매우 높다고 한다.[404] 따라서 기업집단에서 피지배기업의 근로자가 지배기업을 상대로 단체교섭을 요구할 때 그것이 지배기업의 지배적 영향력 하에 놓여 있는 사항이라면 지배기업은 교섭에 응해야 할 의무를 부담하는데 이러한 방식의 교섭은 기존의 단체교섭에 관한 법리를 통해서 충분히 규율할 수 있기 때문에 특별한 문제를 야기하지 않는다고 한다.[405]

나아가 박제성 박사는 노조법 제2조 제2호가 정의하고 있는 사용자, 즉 사업주는 말 그대로 사업의 주인으로 ‘사업을 지배하는 자’를 의미하고,[406] 이는 근기법상 사용자와 같은 개념으로 보아야 한다고 한다. 사용자 개념에 대한 근기법과 노조법의 정의 형식이 동일할 뿐만 아니라, 단체교섭을 하는 것은 노조법상 사용자이고 이를 통하여 구체화된 근로조건의 실질적인 이행과 관련한 책임을 지는 것은 근기법상 사용자인데 이를 다른 개념으로 파악하면 근로조건을 실질적으로 결정하는 자와 근로조건의 이행에 대한 책임을 지는 자가 분리되는 결과가 되어 타당하지 않기 때문이라고 한다.[407]

라. 평가

1) 대향관계설의 한계

대향관계설은 ‘근로자 및 노동조합의 자주적 단결활동에 영향을 미침으로써 노

연구회(2006. 12.) 176～177면.

404) 박제성, 앞의 글(2006. 12.) 180～181, 192～193면. 예컨대 모회사의 사업주와 자회사의 근로자들 사이에 직접 근로계약관계가 존재한다는 것은 전자가 후자를 밀어내고 그 자리에 사업으로 등장한다는 것이 아니라 두 기업이 하나의 사업을 구성한다는 의미라고 한다.

405) 박제성, 앞의 글(2006. 12.) 180～181, 191면.

406) 박제성, 앞의 글(2016. 3.), 25～27면.

407) 박제성, 앞의 글(2006. 12.) 190～191면.

동3권을 침해할 수 있는 자'를 노조법상 사용자로 보고 있는데, 이는 노동3권의 내용을 먼저 확정한 후 그에 대향하는 상대방이 누구인가를 정하는 구조로서, 노동3권을 권리로 파악하고 기본권의 지위를 부여하고 있는 헌법에 보다 충실한 해석론이라 할 수 있다.[408] 또한 대향관계설은 단체교섭의 독자적인 측면을 강조하고 나아가 사용자가 행사하는 지배력의 범위를 개별적 근로조건의 제 이익에 한정하지 않고 나아가 노동단체법적인 측면까지 포함하여 전반적인 영역까지 넓혔다는 의미가 있다.[409]

노조법상 사용자 개념은 적극적으로는 부당노동행위 책임의 주체를 정하고, 소극적으로는 제3자와 사이의 경계선을 획정하는 역할을 한다. 제3자는 노조법상 사용자 책임을 부담하지 않는다. 그러나 '근로자 및 노동조합의 노동3권을 침해할 수 있는 자'라는 징표만으로 사용자의 범위를 정할 경우에는 노조법상 책임의 주체가 제3자의 영역으로 계속 확장될 수 있는 문제가 있다.[410] 朝日放送 사건의 항소심 판결이 대향관계설을 취한 제1심 판결에 대하여 '집단적인 노사관계의 일방의 지위에 있는 사용자에 적합한 자가 사용자에 해당하고 그 상대방이 근로자게 해당한다고 하는 것과 같은 원심(제1심판결)의 해석은 질문으로써 질문에 답하는 것이라고 하는 비난을 피할 수 없다'고 한 것은 바로 이 점을 지적한 것이다.

결국 대향관계설을 취하더라도 어떤 자가 근로자 및 노동조합에 대하여 대향관계가 있는지에 관한 기준 내지는 한계의 설정이 필요할 수밖에 없다. 윤애림 박사 역시 해당 근로조건뿐만 아니라 노동3권 행사와 관련된 노동관계 전반에 '지배력을 가진 자'를 널리 노조법상 사용자로 보아야 할 것이라고 하여 그 내용에서는 지배력설을 받아들인 것으로 보인다.[411] 다만, 차이가 있다면 지배력이 미치는 대상을 '근로조건' 내지는 '근로계약상의 제 이익'에 한정하는 것이 아니라 '근로자의 경제적·사회적 지위향상을 위한 자주적 단결활동 전반'으로 보고 있다는 것이다. 결국 대향관계설은 실질적 지배력설과 본질적으로 다른 견해라고 하기는 어렵다.

2) 동태적 사업 개념론에 대한 문제 제기

동태적 사업 개념론은 노동법상 사업주 개념을 노조법 제2조 제2호의 정의 규

408) 노동법실무연구회, 앞의「노동조합 및 노동관계조정법 주해」Ⅰ, 355면.
409) 김선수, 앞의 글, 354면.
410) 도재형, 앞의 책, 125~126면.
411) 윤애림, "'노동조합 및 노동관계조정법'의 '근로자'와 사용자'",「민주법학」제56호, 민주주의법학연구회(2014. 11.), 205면.

정으로부터 도출하여 ‘사업을 지배하는 자’로 단일하게 제시하고, ‘사업’이라는 틀 안에 원청과 하청을 아우름으로써 원청의 단체교섭 상대방으로서 사용자성 인정 여부를 둘러 싼 논쟁에서 간명한 결론에 이르는 장점이 있다.

그런데 동태적 사업 개념론에서는 ‘여러 실태조사에 비추어 사내하청의 경우 원청과 하청을 하나의 기업집단으로 구성할 수 있는 가능성이 높다’고만 하여 사내하청에서는 언제나 원청과 하청이 하나의 기업집단으로 구성된다는 것인지, 사안에 따라서는 달리 볼 수 있다는 것인지, 하나의 기업집단이 아닌 경우도 있다면 이를 구별하는 근거와 기준은 무엇인지 명확히 서술하고 있지 않다.

또한, ‘기업집단에서 피지배기업의 근로자가 지배기업을 상대로 단체교섭을 요구할 때 그것이 지배기업의 지배적 영향력 하에 놓여 있는 사항이라면 지배기업은 교섭에 응해야 할 의무를 부담한다’라고 하는데, 이 문장은 실질적 지배력설을 토대로 ‘원청이 하청의 근로자가 단체교섭을 요구할 때 그 요구 사항에 실질적 지배력 내지 영향력을 행사하고 있다면 원청은 교섭에 응해야 할 의무를 부담한다’라고 바꿔 쓸 수도 있다. 동태적 사업 개념론이 그 주장을 전개하면서 집단적 노동관계법상 사용자 책임 확대론은 적법한 사내하청, 즉 하청근로자가 원청에 대하여 종속적 관계에 놓여 있지 아니한 경우에만 유의미하다는 점을 강조하는 사정에 비추어 보면, 지배기업을 구성하는 판단 기준인 ‘지배적 영향력’은 원청과 하청 사이의 시장계약적 관계에서 나타나는 종속성만을 염두에 두고 있는 것으로 여겨진다. ‘지배적 영향력’이라는 개념을 기업법의 전형인 공정거래법에서 원용하고 있는 것으로 보아도 그러하다. 아마 이 점에서 유사해 보이는 위 두 문장 사이에 본질적 차이가 있지 않나 싶다. 그런데 그것만으로 충분할까, 진정도급인 사내하청에서도 하청근로자와 원청의 노무제공 관계를 고려하지 않고 원청과 하청 사이의 ‘지배적 영향력’이라는 기준만으로 사내하청에 대한 노동법적 규율이 가능한 것인지 의문이 든다. 동태적 사업 개념론에서 보다 정치하게 이론적으로 규명할 지점이다.

동태적 사업 개념론의 장점은 오히려 원청이 하청노조와 단체교섭을 한 후 이를 이행하는 절차에서 드러난다. 후술하는 바와 같이 원청이 하청노조와 체결한 단체협약이 하청과 하청근로자 사이에 체결한 근로계약에 직접 효력을 미칠 수 있는가 여부는 명쾌하게 답하기 어려운 문제이다. 이 어려움을 들어 근로계약관계설은 아예 원청과 하청노조는 단체교섭을 할 수도 없고, 단체협약을 체결할 수도 없다고 본다. 동태적 사업 개념론에서는 노조법상 사용자와 근기법상 사용자를 동일한 개념으로 보는 것으로 이 문제를 해결한다. 이렇게 보아야만 근로조건을 실질적으로 결정하는 자와 근로조건의 이행에 대한 책임을 지는 자가 분리되지 않는다고 한다.

그러나 단체교섭을 하고 단체협약을 이행하는 문제와 근기법상 사용자 책임을 지는 것은 전혀 차원이 다르다. 적어도 이 부분과 관한 동태적 사업 개념론의 주장은 해석론의 범위를 넘어선다. 이에 관하여 박제성 박사는, 개별법과 집단법에서 사용자 개념이 동일하다는 의미가 구체적인 맥락과 무관하게 언제나 동일한 외연을 가진다거나 한 번 집단법상의 사용자로 인정되면 개별법의 모든 문제에 대해서 사용자로 인정되어야 한다는 것은 아니고, 개별법상의 사용자 책임 범위가 집단법상의 수준으로 확대되어야 한다는 문제의식을 담고 있는 것이라 설명한다.[412] 또한 '근로자와 사용자는 각자가 단체협약, 취업규칙과 근로계약을 지키고 성실하게 이행할 의무가 있다'라고 규정한 근기법 제5조의 규정을 들고 있기도 하다.[413] 이러한 주장에 더하여 사업의 동태성을 고려하면, 하청노조와의 단체교섭 결과 단체협약이 체결된 사항 내지는 그러한 특정 상황에서 지배기업인 원청을 하청근로자에 대한 근기법상 사용자로 의제할 수 있다는 주장일지도 모르겠다. 이 부분 또한 향후 동태적 사업 개념론이 명확히 해야 할 부분이다.

3) 소결

결론적으로 노조법상 사용자 개념의 외부적 확장을 인정하는 위 학설들 중에는 실질적 지배력설이 가장 타당하다. 대향관계설은 실질적 지배력설과 본질적으로 다른 주장이라고 보기 어려우나 사용자 개념의 범위가 지나치게 확대될 수 있다는 한계가 있고, 동태적 사업 개념론은 실무에 바로 적용하기에는 아직 그 내용이 불명확하거나 해석론상 수용하기 어려운 부분이 있기 때문이다. 실질적 지배력설은 근로계약관계가 없는 제3자까지 확장되는 노조법상 사용자 개념을 정립하기 위해 '근로조건 또는 근로계관계상의 제 이익에 대한 실질적 지배력'이라는 한계 개념을 설정하고 있다. 실질적 지배력설 또는 '실질적 지배력'의 구체적인 판단 기준이 아직 체계화되지 못하였으나, 이는 실질적 지배력설 자체가 갖는 이론적 한계라기보다는 향후 보다 깊이 있는 연구와 실무례의 축적으로 보완, 발전할 수 있는 문제이다. 그 과정에서, 사용자 개념의 외부적 확장을 인정함에 있어서는 결론을 같이 하는 대향관계설과 동태적 사업 개념론의 주장도 적극 참작할 수 있을 것이다.

412) 박제성, 앞의 글(2011), 363면.
413) 박제성, 앞의 글(2006. 12.), 191면.

제3절 현대중공업 대법원 판결의 의의—실질적 지배력설

1. 현대중공업 대법원 판결 선고 이전의 하급심 판결 등

가. 전주지법 군산지원 2006. 4. 12.자 2005카합411 결정

[사건의 경과—출입금지 및 업무방해금지 가처분, 금속노조 사건]

4개의 하청업체와 도급계약을 체결하고 자동차용 시트를 생산하는 원청회사가 하청업체 소속 근로자들이 가입한 산업별 노동조합인 전국금속노동조합에 소속된 노조간부 및 노조원들을 상대로, 위 노동조합이 하청업체의 도급회사로서 제3자의 지위에 있을 뿐인 원청회사를 상대로 단체교섭에 응할 것을 요구하며 공장 건물 및 부지에 무단으로 출입하고 시설물을 파괴하거나 정문을 봉쇄하는 등 업무를 방해하고 있다는 이유로 출입금지 및 업무방해금지 가처분 신청을 한 사건이다.

[법원의 판단]

"단체교섭 당사자로서의 사용자는 근로자와 근로계약을 체결한 근로계약의 당사자가 되는 것이 보통이고, 도급 또는 하청의 경우 원기업체는 하청업체의 근로자와 직접 근로계약을 체결하고 있지 아니하므로 원기업체가 단체교섭의 당사자가 될 수는 없을 것이나, 다만 하청업체의 근로자가 원기업체의 생산과정에 투입되어 원기업체의 지휘, 명령 하에 근로를 제공하고 있고, 원기업체가 하청업체의 근로자에 대하여 실질적인 사용종속관계를 가지고 영향력 또는 지배력을 행사할 수 있는 경우에는 원기업체 역시 단체교섭의 상대방이 된다."라는 법리를 설시한 후[414] 사실인정을 거쳐 위 4개의 하청업체는 그 소속 근로자들에 대한 인사노무관리상의 독립성 및 사업경영상의 독립성을 가지지 않고, 오히려 원청회사가 업무도급의 형식으로 사용종속관계에 있는 하청업체 소속 근로자들을 직접 지휘, 감독하면서 실질적인 영향력 또는 지배력을 행사하고 있으므로 하청업체 소속 근로자들의 실질적인 사용자로서 금속노조의 단체교섭 요구에 응할 의무가 있음에도 일관하여 이를 거부한 이상 노동조합 측 교섭위원과 일부 소수의 조합원들이 공장에 출입하려 한 것을

414) 위 전주지법 군산지원 2005카합411 결정은 이러한 법리를 설시하면서 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결 등을 인용하였는데, 위 대법원 2003두3420 판결은 모회사인 사업주가 업무도급의 형식으로 자회사의 근로자들을 사용하였으나, 실질적으로는 위장도급으로서 사업주와 근로자들 사이에 직접 근로계약관계가 존재한다고 판단한 사례이다.

위법하다고 볼 수 없으며, 그밖에 금속노조 간부나 조합원 등이 시설물을 파괴하는 등 원청의 업무를 방해하였다고 볼 증거도 부족하다는 등의 이유로 원청회사의 가처분 신청을 기각하였다.

나. 대구고법 2007. 4. 5. 선고 2006노595 판결

[사건의 경과—대구·경북건설노조 간부들에 대한 형사사건]

대구·경북 지역 건설일용직 근로자로 조직된 노동조합의 간부들이 총파업 결의 후 여러 건설현장들의 공사 업무를 방해하고, 공사관계자들 및 경찰관 등에게 상해를 가하거나 공사기물 등을 파손하였으며, 원청업체들을 상대로 노조 전임비 지급 등을 주된 내용으로 하는 단체협약 체결을 강요하여 위 업체들로부터 노조 전임비 명목의 금원을 지급받았다는 등의 이유로 공소 제기된 사건이다. 위 공소사실 중 단체협약 체결을 강요하여 금원을 지급받은 행위가 공갈죄에 해당하는지 여부와 관련하여 원청이 노조법상 사용자에 해당하는지가 문제되었으므로 이하 그에 한하여 살펴본다.

[법원의 판단]

공소사실 중 공갈의 점에 관하여, 제1심인 대구지법 2006. 11. 17. 선고 2006고합441, 459(병합), 476(병합) 판결은 모두 유죄를 인정하였으나, 항소심인 대구고법 2007. 4. 5. 선고 2006노595 판결은 무죄를 선고하였다.

항소심 법원은, 비록 근로계약관계의 당사자가 아니더라도 단체교섭의 대상이 되는 근로조건에 관한 사항의 전부 또는 일부에 대하여 구체적·실질적 영향력 내지 지배력을 미치는 자도 단체교섭의무를 부담하는 사용자에 해당하며, 현장을 중심으로 이루어지는 건설근로의 특성상 원청업체는 건설일용 근로자들과 직접적인 근로계약관계를 맺고 있지는 않지만 근로자들의 노무 제공의 모습, 작업 환경, 근무시간의 배정 등을 실질적으로 결정하는 등으로 기본적인 근로조건 등에 관하여 고용주인 하도급업자, 재하도급업자 등과 동일시할 수 있을 정도로 현실적이고 구체적인 지배를 하는 지위에 있다고 볼 수 있고, 특히 법률상 원청업체의 책임이 인정되는 임금지급에 대한 연대책임(근기법 제43조 제1항), 산업안전·보건관리에 관한 조치의무(산안법 제29조 제1항), 퇴직공제가입(건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률 제10조 제1항) 등에 대한 부분과 원청업체가 실질적인 권한을 행사하는 부분에서는 최소한 원청업체에 단체교섭 당사자로서의 지위를 인정할 수 있다고 판단한 후, 사실인정을 거쳐 비록 피고인들이 단체협약을 체결함에 있어 건설현장의 환경, 산업안전 등의

문제에 대한 고발 내지 고발 태세를 취하였다고 하더라도 이는 교섭과정에서 노동조합의 통상적이고 일상적인 업무를 수행한 것일 뿐이고, 이와 같이 정당한 노동조합 활동에 통상 수반될 수 있는 정도의 재산상 손실이나 집단의 위력 등으로 인한 위압감은 사회통념상 사용자측이 당연히 수인해야 할 범위 내에 있다고 볼 수 있으므로, 그것이 공갈죄의 수단으로서의 상대방에 대한 협박에 해당한다고 볼 수 없다는 점 등을 무죄의 근거로 들었다.[415]

다. 서울남부지법 2007. 12. 10.자 2007카합2731 결정

[사건의 경과—전국사무금융노련 등 사건, 방해금지가처분]

증권망 서비스업을 목적으로 하는 원청회사와 단말기 유지보수 위임도급계약을 체결한 하청업체(협력업체)에 소속된 근로자들 및 금융기관에 종사하는 근로자들로 조직된 노동조합들의 연합단체인 전국사무금융노동조합연맹, 증권 관련 업무에 종사하는 근로자들을 조합원으로 하는 산업별 노동조합인 전국증권산업 노동조합, 위 노동조합의 원청회사 내 비정규지부(이하 서술의 편의상 통틀어 '하청근로자들', '하청노조'라 한다)가 원청회사를 상대로 아래 10가지 사항에 관한 단체교섭을 요구하였으나, 원청회사는 하청근로자들의 사용자가 아니라는 이유로 이를 거부하고, 하청근로자들 및 하청노조로 하여금 회사 사옥 등을 점거하는 행위, 회사가 정한 출입절차를 거치지 아니한 채 사옥에 출입하거나 제3자를 출입시키는 행위, 회사 임원이나 종업원 등의 사옥 출입을 방해하는 행위, 회사의 승인 없이 게시물을 부착하거나 게시하는 행위, 소음을 발생시키는 행위 등을 금지할 것을 명하는 내용의 가처분을 신청한 사건이다.

① 고용안정 : 위장도급 불법파견에 대한 시정(정규직으로 직접 고용하여 줄 것)
② 휴일근로의 제한
③ 작업일정 사전 통보
④ 본사 조합원의 본사 출입카드 사용보장
⑤ 비정규직 지부 조합원들이 근로하는 장소의 사무공간을 확장하고 컴퓨터 등 사무기기를 개선해 줄 것을 요구하는 사항
⑥ 증권선물거래소 구내식당 및 주차장 이용시 정규직원들과 동일한 처우를 해달라는 사항

415) 다만, 이러한 무죄 판단에 대하여 상고심인 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007도3165 판결은 '안전시설 미비에 관한 고발 등을 내세워 원청회사들에 대하여 단체협약 체결 및 노조전임비 지급을 종용한 것은 공갈죄에 있어서의 해악의 고지가 될 수 있다'라고 하면서 유죄 취지로 원심판결을 파기 환송하였는데, 판결이유 중에서 원심이 원청을 단체교섭 당사자인 사용자로 인정한 부분에 관하여는 달리 언급하지 않고 있다.

⑦ 복지후생시설인 휘트니스룸의 장비 개선 요구 ⑧ 노조사무실과 집기 제공, 홍보활동을 위한 게시판 설치, 사내통신망에 노동조합 비정규직 지부공간의 개설 허용 등 노동조합 활동에 관한 기본사항 ⑨ 시간외 수당의 지급 ⑩ 부당한 임금체불 사례를 지적하면서 적법한 기준에 의한 임금지급을 요구하는 부분

[법원의 판단]

서울남부지법 2007. 12. 10.자 2007카합2731 결정은, 원청회사의 위 가처분 신청을 대부분 인용하였으나, 아래와 같은 이유로 원청회사가 하청노조에 대하여 단체교섭 상대방인 사용자에 해당한다고 보아 하청노조가 지정한 5인 이하의 인원이 단체교섭을 위한 목적(단체교섭의 요구, 촉구를 목적으로 하는 경우를 포함)으로 사옥을 출입하는 것에 한하여는 이를 금지하지 않았다.

즉, 위 서울남부지법 2007카합2731 결정은 '노조법은 사용자가 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하거나 해태하는 행위를 부당노동행위로 규정하고 있는데, 단체교섭에서의 사용자는 일반적으로 근로계약상의 사용자를 말하는 것이지만 위 노조법의 규정이 단결권의 침해에 해당하는 일정한 행위를 부당노동행위로서 배제·시정하여 정상적인 노사관계를 회복할 것을 목적으로 하고 있는 점을 감안하면, 근로계약상 사용자 이외의 사업주도 근로계약상의 사용자와 직접 근로계약관계를 맺고 있는 근로자를 자기의 업무에 종사시키고, 그 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 부분적이기는 하더라도 근로계약상의 사용자와 같이 볼 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는 그 한도 내에서 위 부당노동행위 규정에서 정하는 사용자에 해당한다'라는 법리를 설시한 후, 사실인정을 거쳐 이 사건의 원청회사가 하청근로자들에 대하여 그 작업 내용·시간을 구체적으로 지정하고 공구, 자재, 사무용품 등을 지급해 온 점, 하청근로자들은 사옥의 식당, 주차장 등 부대시설을 사용해 왔는데 이들에게 그 부대시설에 대한 사용권한을 부여할지 여부에 대한 결정권은 원청회사에 있는 점, 노동부는 근로감독 결과 이 사건 원청회사와 하청업체 사이의 위임도급계약을 불법파견에 해당한다고 판단한 점 등을 종합하여 볼 때, 원청회사는 적어도 하청근로자들의 근무시간 할당, 노무제공의 양태, 작업환경 등을 결정하고 있었던 것이어서, 위와 같은 사항에 관하여는 부분적이나마 하청업체와 동일시 할 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있었던 지위에 있다고 판단하였다. 나아가 하청노조의 10가지 교섭요구 사항과 관련하여서도 구체적으로 판단을 하였는데, 즉 원청회사는 위 ② 내지 ⑦항에 대하여는 하청노조와 사이에 단체교섭의무를 부담하고, ①, ⑧ 내지 ⑩항

의 경우 원청회사와 하청근로자들 사이의 근로자지위확인 등 소송의 본안판결 확정 시까지 원청회사에 위와 같은 사항에 대하여 단체교섭에 대하여 응할 의무가 있다고 단정할 것은 아니더라도, 원청회사와 하청업체 사이의 위임도급계약이 불법파견에 해당한다고 볼 여지를 배제할 수 없는 이 사건에서, 하청노조가 위와 같은 사항에 대하여 교섭 자체를 요구하는 것을 위법하다고 보기는 어려우므로, 원청회사의 가처분 신청 중 사옥의 출입금지를 구하는 부분은 위 인정 범위(하청노조가 지정한 5인 이하의 인원이 단체교섭을 위한 목적으로 출입하는 경우)에 한하여서는 이를 받아들이지 아니하였다.

라. 평가

현대중공업 대법원 판결이 선고되기 전 이미 하급심에서는 제1기 대법원 판결의 법리를 원용하지 않고 실질적 지배력설을 기초로 원청의 노조법상 사용자성을 판단한 판결들이 등장하였다. 다만, 그중 위 전주지법 군산지원 2005카합411 결정은 '실질적 영향력 또는 지배력'이라는 표현을 쓰고는 있으나, 위장도급으로 인하여 형식적 사용자인 회사의 법인격을 부인한 대법원 2003두3420 판결을 인용하고 있다는 점에서 실질적 지배력설을 취한 것으로 보기는 어렵다.

대구고법 2006노595 판결에서는 '특히 법률상 원청업체의 책임이 인정되는 임금지급에 대한 연대책임(근기법 제43조 제1항), 산업안전·보건관리에 관한 조치의무(산안법 제29조 제1항), 퇴직공제가입(건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률 제10조 제1항) 등에 대한 부분과 원청업체가 실질적인 권한을 행사하는 부분에서는 최소한 원청업체에 단체교섭 당사자로서의 지위를 인정할 수 있다'고 판단하여 실질적 지배력의 판단기준을 구체적으로 제시하였다는 점에 의의가 있다.

2. 현대중공업 대법원 판결

가. 사건의 경과

선박건조 및 수리판매업 등을 영위하는 현대중공업 주식회사(이하 '현대중공업'이라 한다)와 도급계약을 체결하고 현대중공업의 사업장 내에서 도장, 용접, 취부 등의 업무를 수행하던 사내하청업체들에 고용된 근로자들이 현대중공업사내하청노동

조합(이하 '하청노조'라 한다)을 결성한 이후 사내하청업체들이 잇따라 위 노동조합에 가입한 근로자들을 해고하고 폐업을 하자, 하청노조 및 해고 근로자 4인은 위 사내하청업체들은 경영상 독립성이 없는 회사로서 현대중공업이 해고 근로자들의 실질적 사용자이고, 현대중공업은 노동조합의 조합원으로 활동하였다는 이유로 사내하청업체들을 폐업시키는 등의 방법으로 근로자들을 부당해고하였으며, 이는 불이익취급 및 지배·개입의 부당노동행위에도 해당한다고 주장하면서 현대중공업을 상대로 부산지방노동위원회 2003부해246, 2003부노94호로 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 하였으나, 위 지방노동위원회는 2004. 3. 24. 현대중공업이 해고 근로자들의 사용자가 아니라는 이유로 위 신청을 모두 각하하였다.

하청노조 및 해고 근로자 4인은 이에 불복하여 중앙노동위원회에 2004부해292-1 내지 6, 2004부노68-1 내지 6호로 각 재심신청을 하였는데, 중앙노동위원회는 2005. 3. 3. 위 초심판정 중 지배·개입의 부당노동행위 각하 부분을 취소하고 이 부분 구제신청을 인정하였고, 부당해고 및 불이익취급의 부당노동행위 각하 부분은 위 초심판정과 같은 이유로 재심신청을 기각하였다.

현대중공업은 이에 불복하여 서울행정법원 2005구합11968호로 위 재심판정 중 지배·개입의 부당노동행위를 인정한 2004부노68-1 내지 6 판정의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였으나 2006. 5. 16. 그 청구가 기각되었고, 서울고등법원 2006누13970호로 항소하였으나 2007. 4. 11. 항소 기각되었고, 다시 대법원 2007두8881호로 상고하였으나 2010. 3. 25. 상고 기각되었다.[416]

---

416) 같은 날 선고된 대법원 2007두9075 판결도 사실관계, 당사자의 주장, 법률적 쟁점과 판단 등이 실질적으로 동일하다. 즉, 위 사건과는 별도로 다른 하청업체 소속 해고 근로자 2인과 하청노조가 현대중공업 및 해당 하청업체를 상대로 부산지방노동위원회 2004부해30, 2004부노4호로 현대중공업에 대하여는 실질적 사용자에 해당한다는 이유로, 하청업체에 대하여는 위장폐업이라고 주장하면서 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 하였고, 위 지방노동위원회는 2004. 6. 4. 현대중공업이 위 해고 근로자들의 사용자가 아니라는 이유로 현대중공업에 대한 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 각하하는 한편 하청업체에 대하여는 부당해고 및 부당노동행위 구제신청을 인용하였다. 이에 불복하여 해고 근로자 2인과 하청노조는 2004. 7. 1. 중앙노동위원회 2004부노99, 2004부해449호로 현대중공업을 상대로, 하청업체는 중앙노동위원회 2004부노94, 2004부해430호로 해고 근로자 2인과 하청노조를 상대로 각 재심신청을 하였는데, 중앙노동위원회는 2005. 3. 3. 위 초심판정 중 현대중공업의 지배·개입의 부당노동행위 각하 부분을 취소하고 이 부분 구제신청을 인정하는 한편, 현대중공업에 대한 부당해고 및 불이익취급의 부당노동행위 각하 부분과 하청업체의 재심신청은 초심판정과 같은 이유로 모두 기각하였다. 현대중공업은 이에 불복하여 서울행정법원 2005구합11951호로 위 재심판정 중 현대중공업에 대한 지배·개입의 부당노동행위를 인정한 2004부노99 판정의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였으나 2006. 5. 18. 그 청구가 기각되었고, 서울고등법원 2006누13499호로 항소하였으나 2007. 4. 11. 항소 기각되었고, 다시 대법원 2007두9075호로 상고하였으나 2010. 3. 25. 상고 기각되었다.

나. 제1심 및 항소심의 판단

제1심인 서울행정법원 2006. 5. 16. 선고 2005구합11968 판결은, 해고 근로자들이 속한 각 사내하청업체들을 형식적, 명목적 존재로 보기는 어렵고, 오히려 경제활동적인 측면에서나 그 지배구조, 의사결정의 구조상 현대중공업으로부터 독립성을 가진 사용자라고 인정하면서도, 지배·개입의 부당노동행위 주체로서 사용자는 일반적으로 근로계약상의 사용자를 말하는 것이지만, '근로자와 사이에 직접적 또는 묵시적 근로계약관계가 성립되지 않은 자의 경우'에도 근로계약상의 고용사업주로부터 근로자를 공급받아 자기의 업무에 종사시키고, 그 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 고용사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 현실적이면서 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는 그 한도 내에서 사용사업주는 지배·개입의 부당노동행위 주체인 사용자에 해당한다고 보아야 한다는 법리를 판시한 다음, 사실인정을 거쳐 ① 현대중공업이 공정의 원활한 수행 및 품질관리 등을 위해서 해고 근로자들을 포함한 사내 하청업체 소속 근로자들이 해야 할 작업 내용 전반에 관하여 직접 관리하고 있었고, 또 개별도급계약을 통하여 작업 일시, 작업 시간, 작업 장소, 작업 내용 등에 관하여 실질적·구체적으로 결정하는 등 작업시간과 작업 일정을 관리·통제하고 있기 때문에 근로자들이 노동조합의 총회나 대의원대회 등을 개최하기 위하여 필요한 노조활동 시간 보장, 노조간부의 유급 노조활동시간 보장 등에 대하여 실질적인 결정권을 행사하게 되는 지위에 있는 점, ② 사내 하청업체는 위와 같은 작업 일시, 장소, 내용 등이 개별도급계약에 의해 확정되기 때문에 사실상 이미 확정되어 있는 업무에 어느 근로자를 종사시킬지 여부에 관해서만 결정하고 있던 것에 지나지 않았던 점, ③ 사내 하청업체 소속 근로자는 현대중공업이 제공한 도구 및 자재를 사용하여 현대중공업의 사업장 내에서 작업함으로써 현대중공업이 계획한 작업 질서에 편입되고 현대중공업 직영근로자와 함께 선박건조업무에 종사하고 있었던 점, ④ 작업의 진행방법, 작업시간 및 연장, 휴식, 야간근로 등에 관하여서도 위 근로자들이 실질적으로 현대중공업 공정관리자인 직영반장이나 팀장의 지휘·감독 하에 놓여 있었던 점 등을 종합하여, 현대중공업이 사내 하청업체 소속 근로자들의 기본적인 노동조건 등에 관하여 고용사업주인 사내 하청업체의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이면서 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있다고 보고, 사내 하청업체의 사업폐지를 유도하는 행위 및 그로 인하여 노동조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 지배·개입 행위를 한 현대중공업을 지배·개입의 부당

노동행위 시정을 명하는 구제명령을 이행할 주체로서의 사용자에 해당한다고 판단하였다.[417]

다. 대법원의 판단

대법원은, 노조법 제1조의 입법목적과 노조법이 헌법에서 보장한 노동3권을 구체적으로 확보하고 집단적 노사관계의 질서를 파괴하는 사용자의 행위를 예방·제거함으로써 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 확보하여 노사관계의 질서를 신속하게 정상화하기 위하여 부당노동행위에 대한 구제제도를 규정하고 있는 점, 노조법에 따라 부당노동행위의 예방·제거는 노동위원회의 구제명령을 통해서 이루어지므로, 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.

나아가 지배·개입의 부당노동행위는 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 것이므로 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 부당노동행위를 하였다면 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에 해당한다고 판시하였다.

대법원은 위와 같은 법리에 비추어 원심의 사실인정과 판단을 정당한 것으로 수긍하고, 현대중공업의 상고를 기각하였다.

라. 평가

현대중공업 대법원 판결은 노조법상 사용자를 "근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있

417) 항소심인 서울고등법원 2007. 4. 11. 선고 2006누13970 판결은 사실인정을 일부 추가한 것 외에는 민소법 제420조 본문에 따라 위 제1심판결의 이유를 인용하였다.

다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자"라고 하여, ① '사업주'의 판단기준으로 실질적 지배력설을 취하였고, ② 근로계약상 고용주가 아닌 자도 고용주와 함께 노조법상 사업주가 될 수 있음을 분명히 하였으며(중첩성), ③ '일정 부분'이라는 표현을 통해 고용주 외의 사업주는 고용주와는 달리 부분적으로 지배력을 행사하는 것만으로도 충분함을 명시하였다(부분성). ④ 이 판결은 지배력은 그 정도가 '실질적'이고 '구체적'이어야 하고, 그 성격이 '고용주의 권한'과 유사해야 할 것을 요구하고 있으나, ⑤ '근로관계'나 '근로조건 등'이라는 표현을 사용하고 있다는 점과 원청이 지배력을 가지는 대상으로 근로조건인 '작업시간, 휴식, 연장, 야간근로' 외에도 근로조건에 해당하지 않는 '노조활동 시간보장'이나 '노조간부의 유급노조활동시간 보장'을 적시하고 있다는 점에서 지배력이 미치는 대상을 근로조건으로 한정하지는 않았다.[418]

현대중공업 대법원 판결은 앞서 본 일본의 朝日放送 최고재판결의 영향을 받은 것으로 알려져 있다. 이와 관련하여 위 일본 朝日放送 최고재판결은 당시 일본의 파견법이 제정되지 않았던 시기에 우리나라 파견법상 파견관계와 같이 하청업체 근로자들의 '기본적인 근로조건 등'에 대하여 마치 고용주와 동일시할 정도로 현실적·구체적으로 의사결정을 하였던 사실관계에 대한 판결로서[419] 진정도급 관계에 실질적 지배력의 법리를 곧바로 대입하기에는 법논리적으로 검토할 여지가 많으며, 현대중공업 대법원 판결은 일본 朝日放送 최고재판결에서 판시한 '고용주와 동일시할 정도'와 달리 '권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도'라고 하여 판단기준에서 법리 전개의 엄청난 차이가 있고, 이는 정치한 법리의 전개를 통한 판단이 아닌 원청의 사용자성을 더욱더 확대해 해석·적용한 것이라는 지적이 있다.[420]

위 지적은 현대중공법 대법원 판결에 대한 비판적 시각에서 나온 것이지만, 오히려 위 지적으로부터 현대중공업 대법원 판결의 의의를 찾을 수 있다. 앞서 본 바와 같이 대법원은 파견과 도급의 구별 법리를 통해 사내하청에서 그 실질이 파견관

418) 노동법실무연구회, 위 「노동조합 및 노동관계조정법 주해」(제2판) Ⅰ, 359면. 이병한, "지배·개입의 부당노동행위의 주체인 사용자 개념", 「대법원판례해설」 제83호, 법원도서관(2010), 860면은 직접고용 시대에 정착된 노조법상 사용자론을 간접고용 시대에도 계속 유지하기는 어렵다고 보아 새로운 해석론을 제기한 판례라고 평가한다.

419) 박지순, 앞의 글(2021. 4.), 139면에서도 조일방송 사건은 우리나라 파견법에서 규정하고 있는 파견관계에서의 사용사업주로서 근로자들의 근로조건에 대하여 현실적이고 구체척으로 지배·관리하는 사실관계에 따른 법리 적용으로 볼 수 있다고 한다.

420) 임동환·이승길, 앞의 글(2022. 8.), 117~118면.

계에 해당하는 사안을 포착해 왔다. 파견관계가 인정되면 원청은 하청근로자에 대하여 직접고용의무를 부담하며 개별적 근로계약법에 따른 사용자로서 책임을 지게 된다(앞서 '근로자파견과 단체교섭권'에서 논의한 바와 같이 노조법상 사용자책임도 부담한다). 그렇다면 파견관계에 이르지 않는 진정도급인 사내하청의 경우 원청은 아무런 사용자책임을 부담하지 않는 것인지가 문제되고, 이에 대하여 현대중공업 대법원 판결은 진정도급인 사내하청이라 하더라도 원청이 하청근로자의 기본적인 노동조건 등을 실질적으로 지배·결정하고 있다면 부당노동행위의 주체, 즉 노조법상 사용자책임을 부담한다고 판단한 것이다. 즉, 현대중공업 대법원 판결은 진정도급인 사내하청의 '집단적 노사관계'를 규율하는 법리로서 실질적 지배력설을 채택한 것이다.

위 지적과 달리, 현대중공업 대법원 판결의 이러한 법리 전개는 오히려 '정치'하다. 헌법 제33조 제1항은 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."라고 규정하고 있고, 노조법은 '헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모'하기 위하여 제정되었다(제1조). 실질적 지배력설은 헌법 제33조 제1항 및 노조법의 입법목적으로부터 그 논거를 직접 도출할 수 있기 때문이다. 근로자가 근로조건의 향상을 위하여 노동3권을 행사하려면 바로 근로조건에 관하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자를 상대로 하여야만 가능하기 때문이다.

일본 朝日放送 사례와 같이 실질적 지배력설을 파견관계에 적용하는 것에는 무리가 없다. 파견관계에서의 '지휘명령'은 곧 '근로조건에 대한 실질적 지배'로 드러나기 때문이다. 그러나 반대로 '근로조건에 대한 실질적 지배·결정'을 한다 하여 그것만으로 파견관계를 인정할 수 있는 것은 아니다.

한편, 위 현대중공업 사건에서 해고 근로자들도 중앙노동위원회의 재심판정 중 부당해고 및 불이익취급의 부당노동행위 재심신청을 기각한 부분의 취소를 구하는 행정소송을 개별적으로 각 제기하였고,[421] 그 소송에서 해고 근로자들과 현대중공업 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 현대중공업이 위 근로자들의 실질적인 사용자이며, 현대중공업이 하청업체와의 도급계약 해지에 의한 폐업을 초래하여 실질적으로 근로자들을 해고한 것은 부당해고 및 불이익취급의 부당노동행위에 해당한다고 주장하였으나, 제1심 및 항소심에서 모두 그 주장이 받아들여지지 않았으며,

421) 6인(본문 및 각주 참조)의 해고 근로자들 중 2인이 함께 소를 제기하여 총 제기된 행정소송은 5건이다.

이에 상고하였으나 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두9068 판결,[422] 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두9136 판결,[423] 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두9143 판결,[424] 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두9150 판결,[425] 대법원 2010. 4. 29. 선고 2007두9051 판결[426]로 상고 기각되었다.

대법원은 위 각 판결들에서 "원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다"라는 법리를 설시한 후, 원심이 그 판시와 같은 사정을 들어 해고 근로자들과 고용계약을 체결한 사내하청업체들이 형식적·명목적 존재로 보기는 어렵다고 보고, 이와 달리 하청업체들과 현대중공업 간의 도급계약이 위장도급임을 전제로 현대중공업이 해고 근로자들의 직접 고용주라는 주장을 배척한 것을 정당하다고 수긍하였다.[427]

이와 같이 동일한 사실관계의 현대중공업 사건에서 대법원이 실질적 지배력설에 입각하여 원청의 지배·개입의 부당노동행위 주체로서의 사용자성을 인정한 반면, 불이익취급의 부당노동행위 주체로서의 사용자성은 인정하지 않았기에, 단체교섭 거부의 부당노동행위 주체로서의 원청의 사용자성 인정 여부에 관하여는 여전히 논란의 여지가 남게 되었고, 이후 하급심의 결론도 엇갈리고 있다.

---

422) 서울행정법원 2006. 5. 18. 선고 2005구합12190 판결(제1심), 서울고등법원 2007. 4. 11. 선고 2006누13505 판결(항소심). 실질적인 판단은 제1심판결에서 다루어졌고, 항소심은 사실인정을 일부 추가한 것 외에는 민소법 제420조 본문에 따라 제1심판결의 이유를 인용하였다.

423) 서울행정법원 2006. 5. 16. 선고 2005구합12206 판결(제1심), 서울고등법원 2007. 4. 11. 선고 2006누14065 판결(항소심).

424) 서울행정법원 2006. 6. 16. 선고 2005구합12213 판결(제1심), 서울고등법원 2007. 4. 11. 선고 2006누15983 판결(항소심).

425) 서울행정법원 2006. 5. 18. 선고 2005구합12220 판결(제1심), 서울고등법원 2007. 4. 17. 선고 2006누13512 판결(항소심).

426) 서울행정법원 2006. 6. 16. 선고 2005구합12213 판결(제1심), 서울고등법원 2007. 4. 11. 선고 2006누15983 판결(항소심).

427) 위 사건의 제1심 판결 중 서울행정법원 2005구합12190 판결, 2005구합12213 판결, 2005구합12220판결에서는 구제명령의 이행 측면에서도 '현대중공업은 해고 근로자들이 구하는 구제명령(원직복귀명령 및 소급임금지급명령)을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적 권한이나 능력을 가지고 있지 않아(직접적인 근로계약관계에 있는 사용자만이 그러한 권한이나 능력을 가지고 있다 할 것이고 간접적인 근로계약관계에 있는 사업주는 그러한 권한이나 능력을 가지고 있다고 보기 어렵다) 이 사건 구제신청에 있어서 상대방이 될 수 있는 적격이 있는 사용자라고 할 수 없다'라는 판단을 하였다.

제4절 원청의 단체교섭 응낙의무를 둘러 싼 학설의 전개

1. 학설 대립의 지점—사내하청과 단체교섭권

근로계약관계설은, 지배·개입의 부당노동행위는 근로계약관계에 직접 영향을 미치는 것이 아니라 주로 사실행위로 이루어지기 때문에 근로계약관계를 맺고 있지 않은 제3자에 의해서도 발생할 수 있으며, 이는 근로자의 일반적 권리를 위법하게 침해하여 불법행위 책임을 물을 수도 있다는 점 등을 근거로 지배·개입의 부당노동행위 사안에서는 현대중공업 대법원 판결의 법리가 적용될 수 있음을 수긍하면서도[428] 위 판결을 비판하며 그 초점을 단체교섭 상대방인 사용자의 범위 문제에 맞추었다.[429] 이러한 방향성을 취한 이유는 부당노동행위 제도의 구조상 사용자 개념은 통일되어 있고 사용자 개념은 부당노동행위 유형에 관계없이 동일하게 적용되어야 한다는 것이 현대중공업 대법원 판결의 당연한 확대적용의 결과가 될 것이기 때문이라고 한다.[430]

앞서 본 바와 같이 현대중공업 대법원 판결과 동일한 사실관계의 사건에서 대법원 2007두9136 판결 등이 지배·개입 부당노동행위의 경우와는 달리 원청에 대하여 불이익취급의 부당노동행위 책임을 물을 수 없다고 한 원심의 판단을 수긍한 것을 보면, 과연 현대중공업 대법원 판결이 부당노동행위의 모든 유형을 아우르는

428) 권혁, "실질적 지배력을 가지는 원청의 노조법 상 지위", 「노동법논총」 제51집, 한국비교노동법학회(2021. 4.), 100면; 김영문, "원청의 하청기업 노무제공자 노동조합에 대한 단체교섭의무—씨제이대한통운 사건에 대한 중앙노동위원회의 결정을 중심으로—", 「노동법논총」 제55집, 한국비교노동법학회(2022. 8.), 267면; 박지순, 앞의 글(2021. 4.), 142면; 임동환·이승길, "원·하청 관계에서 원청의 단체교섭 의무", 「노동법논총」 제55집, 한국비교노동법학회(2022. 8.), 117면. 반면, 김희성, "원청은 하청노동조합의 단체교섭의 상대방으로서 사용자인가?—택배노동조합사건에 대한 중앙노동위원회의 판정을 중심으로", 「노동법포럼」 제34호, 노동법이론실무학회(2021. 11.), 73～74면은 부당노동행위를 형사처벌하고 있는 우리나라 법제 하에서 단체교섭의 당사자인 사용자를 제3자인 원청업체까지 확대하는 경우는 물론 지배·개입의 부당노동행위 주체인 사용자에 원청업체를 포함시키는 것도 모두 유추에 해당하여 죄형법정주의에 위반된다고 본다.

429) 이는 근로계약관계설이 제1심판결인 서울행정법원 2005구합11968 판결을 다룬, 앞서 든 글들에서도 마찬가지이다.

430) 김영문, "사내하도급 근로자들의 원청기업에 대한 단체교섭 가부", 「노동법학」 제36호, 한국노동법학회(2010. 12.), 159～160면. 이에 대하여 박제성, "사내하도급과 사용자 개념의 위기", 「노동판례 비평 : 대법원 노동사건 판례 경향 분석 및 주요 판례 평석」 제15호, 민주사회를 위한 변호사모임(2011), 354～355면에서는 대상판결 그 자체에 대한 비판이 아니라 대법원이 그렇게 할지 안 할지 모르는 상황에서 대상판결이 초래할 것으로 예상되는 문제에 대한 비판을 하는 것이라고 지적한다.

사용자 개념을 제시한 것인지도 검토의 대상이지만, 여하튼 근로계약관계설의 위와 같은 방식의 문제 제기 결과, 현대중공업 대법원 판결 선고 후에는 그 판시 법리가 단체교섭의 상대방으로서 사용자 개념을 판단함에 있어서도 적용될 수 있는지 여부가 논의의 주된 쟁점이 되었다.

한편, 종래 실질적 지배력설을 취한 견해에서는 근로자공급이나 근로자파견 등과 같이 근로계약관계와 유사한 영역까지 포함하여 사용자 개념의 외부적 확장의 문제로 다루는 경향이 일부 나타나고 있었다.[431] 그러나 이후 논의를 거듭하면서 노조법상 사용자 개념의 외부적 확장은 사내하청, 그중에서도 진정도급으로 인정되는 사안에서 문제되는 것이라는 점이 분명해졌다. 사내하청에서 묵시적 근로계약관계가 인정되는 위장도급 사례는 본래 직접적 근로계약관계 하에 있던 사용자 지위를 명확히 하는 의미를 가지므로 사용자 개념의 확장으로 보기 어렵고, 불법파견 사례는 굳이 사용자 개념의 외부적 확장을 전제하지 않더라도 파견법의 해석을 토대로 원청(사용사업주)을 상대로 단체교섭을 요구할 수 있는지 여부에 관한 논의가 가능하기 때문이다. 근로계약관계설 역시 직접적 또는 형식적인 근로계약관계가 없더라도 현실의 노동시장에서는 사실상 근로계약관계와 마찬가지의 사용종속관계가 발생하는 예외적 상황이 존재한다면서 이를 근로계약관계와 실질적으로 동일시할 수 있는 관계라 보고, 그 예로 근로자공급사업이 허용되는 경우, 파견법상 근로자파견관계, 사내하청 중 위장도급이나 불법파견으로 평가되는 경우를 들고 있다.[432]

요컨대 현재 학설이 대립하는 지점은 진정도급인 사내하청에서 하청근로자와 근로계약관계가 없는 원청을 하청노조에 대하여 단체교섭 상대방으로서 노조법상 사용자로 인정할 수 있는지 여부, 그리고 이를 판단함에 있어 현대중공업 대법원 판결의 법리가 적용될 수 있는지 여부이다.

---

431) 예컨대, 김형배, 「노동법」 (제27판), 박영사(2021), 1213면에서는 단체교섭의 상대방인 사용자 개념의 확장을 인정하며 그 유형으로 ① 가장 일반적인 유형으로서 근로계약상의 고용주가 동시에 단체교섭의 사용자인 경우, ② 예컨대 업무대행업체로부터 근로자들을 자기 기업의 업무수행에 조직적으로 편입시켜 직접 지시·감독하는 경우와 같이 그 근로자들과 사용자 사이에 묵시적 근로관계가 성립한 경우, 근로계약상의 고용주와 현실적으로 취업을 시키는 사용자로 분열되어 있는 경우(도급의 경우에도 도급인이 공사에 필요한 장비 및 시설을 제공함을 물론 하도급근로자의 작업을 실질적으로 지휘·감독하는 경우), ③ 근로계약상의 고용주가 없으면서 노조법상의 사용자만 있는 경우(예컨대 항운노동조합의 조합원의 노무제공관계) 등을 든다.

432) 박지순, 앞의 글(2021. 4.), 138~141면.

2. 실질적 지배력설

사내하청에서 원청이 하청노조에 대하여 단체교섭 당사자로서 사용자에 해당한다고 보는 견해는, 특히 현대중공업 대법원 판결 선고 이후 주로 실질적 지배력설을 기초로 하여 그 논의를 진전시키고 있으며, 단체교섭권이 헌법상 기본권으로 보장되어 있다는 점으로부터 출발한다. 또한, 근로계약관계설에 대한 비판적 검토로 단체교섭 상대방인 사용자 개념을 확정함에 있어서는 근로계약관계를 요하지 않는다는 논거들을 제시한다. 그 주요 내용은 다음과 같다.

가. 헌법상 보장된 단체교섭권의 실현

원청이 노조법상 단체교섭의무를 부담하는 사용자에 해당하는지는 하청근로자의 헌법상 기본권인 단체교섭권을 구체적으로 실현하는 관점에서 판단하여야 한다. 노무제공관계의 실질에 비추어 단체교섭의 대상인 노동조건 등을 지배·결정하는 자와 단체교섭이 이루어지지 않는다면 단체교섭권을 온전히 실현할 수 없다.[433] 그런데 사내하청의 경우 원청이 하청근로자들의 기본적인 근로조건, 사업장의 유해·위험요소 관리, 작업배치나 업무방법의 기준 등을 일정 부분 지배·결정하고 있음에도 불구하고, 단체교섭의 상대방인 사용자를 개별적 근로관계법상 사용자와 동일시하여 명시적이든 묵시적이든 근로계약관계가 존재할 것을 요구하게 되면 하청근로자의 노동3권이 사실상 무력화되는 결과를 초래하며, 이러한 문제를 해결하기 위해서는 하청근로자 및 노동조합이 원청에 직접 단체교섭을 요구할 수 있도록 허용하고, 이를 통하여 하청근로자들의 근로조건 개선과 고용 안정 등을 도모할 필요성이 있다.[434]

나. ILO 국제노동기준의 적용

우리나라는 2021. 4. 20. ILO의 '결사의 자유 및 단결권 보장 협약'(87호 협약), '단결권과 단체교섭권 협약'(98호 협약)을 비준하였다. 그 결과 위 각 협약은 국내법

433) 김홍영·강주리, "택배회사를 대리점 택배기사에 대해 단체교섭의무를 지는 사용자로 인정한 중앙노동위원회 판정의 의미",「노동법연구」제51호, 서울대학교 노동법연구회(2021. 9.), 395면

434) 권오성, "하청노조의 단체교섭에 관한 쟁점",「노동법률」제361호, 중앙경제(2021. 6.), 51~52면; 윤애림, 앞의 글(2022. 9.), 105면.

체계로 편입되었는데,국제노동기준은 단체교섭권의 주체 및 그 상대방을 근로계약관계의 당사자로 한정하지 않고 있다. 단체교섭권을 비롯한 결사의 자유는 고용관계(employment relationship)의 존부와 무관하며, 단체교섭의 대상 사항 역시도 근로계약상 노동조건으로 제한되지 않는다. 오히려 ILO는 다면적 노동관계와 같은 비전형적 노동관계에서 노동자 보호를 위해 회원국이 실효성 있는 단체교섭제도를 조성·촉진할 것을 국제노동기준으로 정립하고 있다.[435]

다. 근기법과 구별되는 노조법의 입법 목적

노조법의 입법 목적에 비추어 보면 집단적 노사관계에서 근로계약관계를 반드시 전제하는 것은 아님을 알 수 있다. 개별적 근로관계를 규율하기 위해 제정된 근기법에서 국가가 법률로 정한 최소한의 근로조건을 준수하도록 근로계약관계에 있는 자를 사용자로 보는 것과는 달리, 집단적 노사관계법인 노조법은 헌법에 의한 근로자의 노동3권 보장을 통해 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상 등을 목적으로 제정되었으므로, 노동3권을 침해할 가능성이 있는 주체 역시 사용자로 확정할 필요가 있고, 그렇다면 노조법상 사용자는 개별적 근로계약관계에 있는 사용자에 국한되지 않는다.[436] 근로계약을 중심으로 하는 근기법상 사용자와 집단적 노사관계를 중심으로 하는 노조법상 사용자는 그 기능과 법률관계를 달리하는 당사자로서 파악되어야 한다.[437]

또한, 노동쟁의 예방과 산업평화 유지라는 노조법의 또 다른 입법 목적(제1조 후단)은, 집단적 노사관계상의 다양한 요구사항을 방치하거나 억압하지 아니하고 제도적으로 수용하여 노사가 제도적 공간에서 자율적으로 해결하도록 할 때에 달성될 수 있는데, 이는 사내하청에서 하청근로자의 근로조건이나 노동관계 등에 대하여 실질적인 권한을 가지는 원청으로 하여금 하청근로자와 노동조합의 단체교섭에 응하도록 함으로써 그 권한에 상응하는 책임을 부여할 때만이 가능하다.[438]

---

435) 윤애림, 앞의 글(2022. 9.), 104면.
436) 김홍영·권오성·김린·노호창·방강수,「노동분쟁에서 당사자 적격의 판단기준에 관한 연구」, (중앙노동위원회 연구용역보고서), 중앙노동위원회(2020), 146～147면.
437) 김형배, 앞의 책(2021), 1477면.
438) 노동법실무연구회, 위「노동조합 및 노동관계조정법 주해」(제2판) Ⅰ, 367면.

라. 부당노동행위 제도의 취지 및 법 규정의 구조

부당노동행위는 근로계약상의 위법행위가 아니라 집단적 노사관계법에 특유한 위법행위이기 때문에 현실적인 근로계약의 당사자인지 여부로 사용자 개념의 기준을 정할 수 없다.[439] 근로계약상의 사용자가 아닌 자의 부당노동행위로 인하여 노동3권의 행사에 방해가 된 경우에 고용주가 아니라는 이유로 사용자성을 부인하고 구제명령을 할 수 없다고 하면 노동조합이나 그 구성원인 근로자에 대한 사용자의 노동3권 침해 행위를 예방·제거하여 노동3권을 구체적으로 확보하고 정상적인 노사관계 질서를 유지·회복하려는 부당노동행위 구제제도의 취지가 몰각될 수 있다.[440]

위와 같은 부당노동행위 제도의 취지는 단결권과 관련된 지배·개입의 부당노동행위뿐만 아니라 단체교섭권과 관련된 단체교섭 거부의 부당노동행위에도 마찬가지로 인정되어야 하며, 노조법 제81조 제1항은 "사용자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 수 없다."라고 규정하여 조문 구조상 동일한 사용자 개념을 전제하고 있으므로, 현대중공업 대법원 판결의 법리는 단체교섭 거부의 부당노동행위의 사용자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서도 적용되어야 한다.[441] 부당노동행위의 각 유형은 내용과 성질을 달리 하는 측면이 있으나, 부당노동행위를 금지하고자 하는 취지는 모두 동일하고, 특히 독일 등 부당노동행위제도가 없는 다른 나라와 달리 우리 법체계에서 단체교섭 제도는 부당노동행위 제도와 적극적으로 연동되어 기능하고 있기 때문에 부당노동행위 유형별로 사용자 개념을 달리 파악하는 것이 오히려 노조법 체제의 정합성을 파괴하는 것이다.[442]

---

439) 김유성, 앞의 책, 318면.

440) 임종률, 앞의 책(2022), 285~286면.

441) 김홍영·강주리, 앞의 글, 395~396면. 윤애림, "헌법이 보장하는 단체교섭권 실현을 위한 '사용자' 찾기",「노동법연구」제53호, 서울대학교 노동법연구회(2022. 9.), 84~85면은 위 현대중공업 대법원 판결은 헌법과 노조법의 목적에 비추어 부당노동행위의 주체인 사용자를 어떻게 보아야 하는지를 먼저 설시한 후에, 해당 사건에서 특히 쟁점으로 제기된 지배·개입의 부당노동행위 주체인 사용자에 해당하는지를 판단하는 논리적 구조를 취하고 있으므로, 이를 지배·개입의 부당노동행위 사건에 한정된 법리라고 보기 어렵고, 오히려 위 현대중공업 대법원 판결은 부당노동행위 주체인 사용자성을 판단함에 있어서는 계약상 또는 법상 사용자책임을 부담하는 자에 한정할 것이 아니라 단결권·단체교섭권·단체행동권을 침해할 사실적 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 자도 포함된다는 점을 분명히 하고 있다고 본다.

442) 이승욱, 앞의 글(2021. 12.), 118면. 이에 대하여는 원청의 단체교섭 상대방으로서 사용자성을 인정하는 견해들 사이에서도 이론(異論)이 있다. 즉, 김홍영·권오성·김린·노호창·방강수, 앞의 책, 162~163면에서는 노조법상 사용자 개념을 반드시 통일적으로 이해하거나 해석하여야 할 당위성이 있는지는 의문이라고 하면서, 노조법 제81조 제1항 각호가 규정하고 있는 노동3권 침해행위에 있어서 각 규정의 목적과 취지에 따라 부당노동행위자이자 구제신청의 상대방이 되어야 하는

마. 노조법의 규정 및 체계에 대한 고찰

노조법의 규정 내용을 보더라도 노조법이 반드시 근로계약관계를 전제로 하고 있다고 볼 수 없다. 노조법은 근로계약관계가 전제되지 않는 '사용자단체'와의 단체교섭과 단체협약을 인정하고 있으며(제29조 제1항), 계약관계 없이 단순히 '당해 지역에 종업'하고 있다는 이유만으로 제3자가 체결한 단체협약을 다른 근로자와 사용자에게도 적용하는 '지역적 구속력' 제도를 규정하고 있다(법 제36조).[443]

단체교섭 또한 항상 근로계약과 관련되어야만 하는 것은 아니다. 단체교섭은 근로자의 근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 사항만이 아니라 노동조합과 사용자 사이의 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항도 대상으로 한다. 교섭요구사항은 비종업원인 조합원의 사업장 내 조합활동 등 근로계약과 관계없는 사항도 있다. 특히 근로자들이 직종별노조, 일반노조 등과 같이 기업 횡단적인 노동조합을 조직한 경우에는 그 분쟁에 관한 사항은 근로계약을 전제로 하지 않는다.[444]

단체협약도 마찬가지이다. 우리나라의 경우 독일 등 단체협약을 중심으로 단체협약법제를 구축한 나라들과 달리 단체교섭권을 헌법 차원에서 보장하고 있다. 헌법에서 보장하는 단체교섭권을 단지 단체협약 체결을 위한 수단적 권리라고 보기는 어렵다.[445] 노조법 제33조에서 단체협약의 규범적 효력을 규정하고 있으나, 이는 근로계약 또는 취업규칙이 단체협약에서 정한 기준에 위반할 경우의 효력을 정할 뿐이고(제1항), 근로계약에서 정하는 또는 정할 수 있는 내용만을 단체협약으로 규정할 수 있다거나 근로계약에서 정할 수 있는 내용만을 규정해야 단체협약이라는 의미는 아니다.[446] 노조법 제33조 제2항은 근로계약에 규정되지 아니한 사항에 대해서도 규범적 효력이 미친다고 명시적으로 규정하고 있는데, 이 점에서도 규범적 효

사용자의 개념은 달리 해석되는 것이 타당하다고 본다. 그 근거로는 첫째, 노조법상 사용자 개념은 그 종류가 3가지로 규정되어 있어서 근로자나 노동조합이 지목하는 상대방에 대하여 부당노동행위 책임을 지울 수 있느냐 아니냐를 판단해야 하는 점, 둘째, 헌법상 보장된 노동3권인 단결권, 단체교섭권, 단체행동권은 그 각각에 있어서 침해하는 행위는 서로 다르고 다양하며 그러한 침해로부터 각각의 기본권을 보장하는 방식이 다를 수밖에 없다는 점을 든다. 이러한 이유로 실질적 지배력설을 일률적으로 적용할 수 있는 것은 아니고 부당노동행위 유형별로 개별적으로 검토하되 유형에 따라서는 실질적 지배력설로부터 일정 부분 참조를 할 수는 있을 것이라고 한다.

443) 이승욱, 앞의 글(2021. 12.), 118～120면; 윤애림, 앞의 글(2022. 9.), 105～106면.

444) 강주리, "단체교섭 응낙의무를 둘러싼 쟁점",「노동법연구」제54호, 서울대학교 노동법연구회(2023. 3), 319면.

445) 강주리, "단체교섭 응낙의무를 둘러싼 쟁점",「노동법연구」제54호, 서울대학교 노동법연구회(2023. 3), 319면.

446) 이승욱, 앞의 글(2021. 12.), 120～121면.

력이 단체교섭의 당사자가 근로계약의 당사자로 한정되어야 한다는 결정적 근거가 될 수 없다.[447]

바. 노조법상 근로자 개념의 확대에 조응하는 사용자 개념의 정립

대법원은 일시적으로 실업 상태에 있는 자나 구직 중인 자의 노조법상 근로자성을 인정한 데[448] 이어 특수형태근로종사자를 노조법상 근로자로 볼 수 있는지 여부가 쟁점이 된 일련의 사안에서 '노조법상 근로자는 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자를 말하고, 개별적 근로관계를 규율하기 위해 제정된 근기법과 달리, 헌법에 의한 근로자의 노동3권 보장을 통해 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상 등을 목적으로 제정된 노조법의 입법 목적과 근로자에 대한 정의 규정 등을 고려하면, 노조법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하며, 반드시 근기법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니다'라고 판시하여 노조법상 근로자 개념은 근기법상 근로자 개념과 준별되는 독자적인 것임을 분명히 하면서 이를 판단함에 있어 근로계약의 체결이나 존재를 전제로 하지 않고 계약의 형태와 관계없이 사용종속관계에 있는지 여부를 중시하고 있다.[449] 이처럼 노조법상 근로자 개념의 외연이 확대되면 그 상대방인 사용자 개념의 외연도 그에 조응하여 확대될 수밖에 없으며, 노무제공의 주체와 상대방 사이의 법률관계가 반드시 근로계약관계에 근거하여야 할 필연성은 없다.[450]

---

447) 노동법실무연구회, 위「노동조합 및 노동관계조정법 주해」(제2판) Ⅰ, 368면.

448) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결, 이 판결에서 대법원은 '근기법은 현실적으로 근로를 제공하는 자에 대하여 국가의 관리·감독에 의한 직접적인 보호의 필요성이 있는가라는 관점에서 개별적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것인 반면에, 노조법은 노무공급자들 사이의 단결권 등을 보장해 줄 필요성이 있는가라는 관점에서 집단적 노사관계를 규율할 목적으로 제정된 것으로 그 입법목적에 따라 근로자의 개념을 상이하게 정의하고 있는 점, 시업별 노동조합의 경우와는 달리 산업별·직종별·지역별 노동조합 등의 경우에는 원래부터 일정한 사용자에의 종속관계를 조합원의 자격요건으로 하는 것이 아닌 점 등을 근거로 구직 중인 여성 노동자 역시 노조법상 근로자에 해당하므로, 구직중인 여성 노동자가 구성원에 포함되어 있다는 이유로 노동조합 설립신고를 반려한 처분을 위법하다'라고 판단한 원심의 결론을 수긍하였다.

449) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604 판결(학습지 교사, 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결(방송연기자), 대법원 2019. 2. 14. 선고 2016두41361 판결(철도매점 운영자), 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두33712 판결(자동차판매 대리점 카마스터) 등.

450) 이승욱, 앞의 글(2021. 12.), 114~115면.

사. 구체적 타당성의 고려—하청근로자 보호의 필요성

형식적인 근로계약관계를 중심으로 집단적 노사관계를 해석하게 되면 하청근로자들에 대한 보호가 지나치게 미흡하게 된다.[451] 사내하청에서 하청근로자와 원청 사이에 근로계약관계가 매개되지 않는데도 계약의 유무만을 기준으로 삼아 사용자 책임을 논의하겠다는 것은 하청근로자를 보호하지 않겠다는 말과 다름없다. 문제된 법률관계에서 존재하지 않는 것을 기준 삼아 그 법률관계를 해결할 수는 없다.[452]

2. 근로계약관계설

가. 문언적 · 체계론적 해석

근로계약관계설은 제3자를 상대로 노동조합이 단체교섭을 요구하고 단체협약을 체결할 수 있는가 그리고 그 제3자를 부당노동행위의 수규자인 사용자로 볼 수 있는지 여부는 노조법상 사용자에 관한 정의규정의 문언과 함께 노조법의 전체 체계 내지 규율구조 안에서, 특히 단체교섭 및 단체협약제도와 유기적 · 통일적인 해석을 통해 판단하여야 한다고 한다.[453]

이를 토대로 근로계약관계설은 노조법상 사용자가 근로계약관계를 전제로 한다는 점을 다음과 같은 측면에서 논증하며, 하청근로자와 근로계약관계에 있지 않은 원청은 하청노조에 대하여 단체교섭의무를 부담하지 않는다는 결론에 이른다.

첫째, 노조법 제2조 제1호는 사용자를 '사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자'라고 정의하고 있으며, 근기법 제2조 제1항 제2호는 사용자를 '사업주 또는 사업 경영 담당자, 그 밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자'라고 정의하고 있다. 근기법에서 사용자 정의규정을 둔 취지는 '근로계약관계'에 있는 근로자의 보호를

451) 김홍영 · 권오성 · 김린 · 노호창 · 방강수, 앞의 책, 146면.
452) 도재형, 앞의 책, 128면. 같은 취지에서 박수근, 앞의 글, 51면은 근로관계의 존재를 요구하는 것은 고용과 사용이 일치하는 통상적인 노동력 이용형태에서 가능한 것이고, 이것이 처음부터 분리되는 간접고용 형태에서는 헌법상 노동기본권과 노조법상 제도를 잘못 해석하는 것이라고 한다.
453) 박지순, 앞의 글(2021. 4.), 129면; 김희성(2021. 11.), 앞의 글, 51면; 임동환 · 이승길, 앞의 글, 133면.

위하여 근기법이 정한 최저근로조건을 준수하고 실행할 사용자의 범위를 정한 것이고, 노조법에서 사용자 정의규정을 둔 취지는 근로자 및 노동조합과의 관계에서 그 상대방이 되는 당사자, 즉 집단적 노사관계의 일방 당사자를 정한 것인데, 위 각 규정의 문언은 사실상 동일하고, 근기법과 노조법은 노동법이라는 하나의 범주 내에 있는 법률들로서 사용자(특히 사업주)라는 같은 용어를 사용하고 있음에도 이를 각 법률의 목적에 따라 나누어 별개의 개념이라고 해석하는 것이 반드시 옳다고 할 수 없으며, 오히려 인위적 또는 자의적으로 다르게 해석 내지 구성하여 근기법에서는 근로계약관계를 전제한 것이고 노조법에서는 아니라고 하는 것은 논리적으로 모순이다.[454]

둘째, 노조법상 사용자 정의규정 중 '사업주'의 의미는 '그 사업의 경영주체로 근로자를 사용하여 사업을 운영하는 자로서 개인기업의 경우에는 기업주 개인, 법인기업의 경우에는 법인 그 자체'이며, 이에 비추어 볼 때 사업주는 근로자와 근로계약관계 또는 실질적인 근로관계에 있어야 한다.[455] 한편, 산안법 제2조 제4호는 '사업주'를 '근로자를 사용하여 사업을 하는 자'라고 명시적으로 정의하고 있는데, 이때 '근로자를 사용'한다는 것은 근로자 내지 그 노무제공에 대하여 지휘명령권을 행사하는 자를 의미하는 것으로 근로관계를 전제로 한다.[456]

셋째, 노조법상 근로자를 "직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자"로 정의하고 있는 노조법 제2조 제1호의 해석에 상응하여 노조법상 사용자는 적어도 근로자에게 임금·급료 기타 이에 준하는 금품을 지급할 의무를 부담하는 주체여야 하고, 이러한 법률상 의무를 부담하지 않는 사람은 노조법상 사용자의 범위에 포함되지 않는다. 사내하청 관계에서 원청은 하청업체에 도급료를 지급하고, 도급료는 하청업체가 그에 소속된 근로자에게 임금을 지급하는 기초가 되지만, 이러한 관계를 토대로 원청이 하청업체 근로자에게 임금을 지급하는 관계라고는 할 수 없다. 하청업체 소속 근로자에게 임금·급료 기타 이에 준하는 금품을 지급할 의무를 부담하는 주체는 하청업체 사용자이고, 원청은 하청업체에 대하여 도급계약의 내용에 따라 대가를 지급하는 의무를 부담할 뿐이므로 원청을 하청업체 소속 근로자의 사용자로 볼 수 없다.[457]

---

454) 박지순, 앞의 글(2021. 4.), 116~118면; 성기정, "노동조합 및 노동관계조정법상 사용자", 「노동법논총」 제15집, 한국비교노동법학회(2009. 4.), 110면.

455) 김희성, 앞의 글(2021. 11.), 56면.

456) 박지순, 앞의 글(2021. 4.), 118면. 김형배·박지순, 「노동법강의」 제12판, 신조사(2023), 39면도 같은 이유에서 사업주는 근로계약상의 사용자와 동일한 의미라고 하며, 임금채권보장법 제2조 제2호에서 '사업주'를 '근로자를 사용하여 사업을 하는 자'라고 규정하고 있는 점도 지적하고 있다.

457) 김희성·이준희, "하청업체 노동조합의 단체교섭 상대방으로서의 원청사업주의 사용자성—제

넷째, 노조법상 사용자 개념은 단체교섭제도의 틀, 협약자치의 구조, 단체협약의 규범적 효력 등 노조법의 전체 체계의 관점에서 해석되어야 한다. 노조법상 단체교섭은 근로조건 사항을 논의·결정하는 과정이며, 단체협약의 규범적 효력을 고려하면 근로계약관계가 전제될 필요가 있다.[458] 즉, 헌법 제33조는 '근로조건'의 향상을 위하여 단체교섭권을 보장하고 있고, 노조법은 이를 구체적으로 실현하고자 협약자치에 기초하여 노동조합과 사용자의 단체교섭 및 단체협약을 통해 근로조건의 유지·개선을 도모하고 있으며, 나아가 단체협약에 정한 근로조건 등에 관한 기준에 대해서는 '규범적 효력'을 인정하여 이에 위반하는 취업규칙 또는 근로계약의 부분을 무효로 하고, 무효로 된 부분 또는 근로계약에 규정하지 아니한 사항은 단체협약에 정한 기준에 의하도록 규정하고 있다(제33조). 이처럼 단체협약은 교섭의 결과물로서 근로계약의 내용인 근로조건을 대상으로 그 규범적 효력이 미치며, 이 효력은 단체협약의 핵심이자 개념본질적 구성요소이다. 따라서 노조법상 사용자는 궁극적으로는 단체협약에서 정한 근로계약의 내용인 근로조건의 기준을 이행하여야 할 협약상의 당사자 개념으로 집약되어 근로계약의 당사자일 수밖에 없다.[459] 사용자의 개념을 이와 달리 이해하는 것은 단체협약의 근로관계 관련성을 고려하지 않은 것이므로 객관적 근거를 갖지 못한다. 근로계약에 기초한 사용자 개념과 협약능력을 결부시키는 것은 근로계약의 당사자인 근로자와 사용자의 구조적 비대등성에 대한 반작용으로 단체협약을 통해 적정한 근로조건의 유지·개선을 도모하는 노조법상 협약자치의 기능과 부합한다.[460]

조업에서의 최근 하급심판결과 중앙노동위원회 판정을 중심으로—", 「노동법포럼」 제36호, 노동법이론실무학회(2022. 7.), 99면. 김용문, "사내하도급 관계에서 도급인(원청)의 단체교섭의무 인정 여부—중앙노동위원회 2022.3.24. 중앙2021부노268 판정—", 「노동법포럼」 제37호, 노동법이론실무학회(2022. 11.), 361면도 같은 취지에서 노조법상 사용자 개념은 기본적으로 '해당 근로자로부터 직접 노무를 제공받고 그에 상응하는 보수를 지급하는 관계'를 전제한 것으로 해석함이 문언상 자연스럽기 때문에 독립적 실체를 갖춘 협력업체(하청업체)와 근로계약을 체결한 근로자와 사이에서 제3자인 원청이 노조법상 사용자에 해당한다고 해석하는 것은 노동관계법상 근로자와 사용자 개념에 부합하지 않는 문제가 있다고 한다.

458) 임동환·이승길, 앞의 글, 129면. 권혁, 앞의 책, 14면에서도 단체교섭질서가 근로계약과 그 효과(규범적) 효력 면에서 밀접하게 관련되어 있으므로 집단적 노사관계법상 사용자 개념과 개별적 근로관계법상 사용자 개념이 그리 구별될 여지가 없어 보이며, 단체교섭을 한다는 것은 곧 근로계약의 내용을 새롭게 형성하거나 그 내용을 변경하는 과정이라는 점에서 교섭의 당사자로서 사용자와 근로계약의 상대방으로서 사용자의 개념이 다르다고 보기는 어렵다고 한다.

459) 박지순, 앞의 글(2021. 4.), 116, 135～137, 141면; 김희성, 앞의 글(2021. 11.), 60～61면. 박재우, "단체교섭의 당사자 판단기준으로서 실질적 지배력설 적용 가부", 「노동법률」 제380호, 중앙경제(2023. 1.), 122면도 단체교섭의 결과 단체협약이 체결되면 그 내용 중 근로조건에 관한 것은 곧 개별 근로자의 '근로계약'의 내용으로 체화되므로, 단체교섭은 노동조합이 '근로계약의 상대방'인 사용자를 상대로 '근로계약의 내용'을 구체적으로 확정하는 작업이고, 단체교섭에 응하는 행위는 성질상 근로계약관계와 밀접한 관련이 있을 수밖에 없다고 한다.

따라서 근로계약의 당사자가 아닌 제3자와는 근로조건을 규율하는 규범으로서의 단체협약을 체결할 수 없으며, 제3자를 단체협약의 당사자로 인정한다면 기존 근로계약관계 자체가 무의미하게 되거나 단체협약이 적용되는 법률관계가 존재하지 않게 되는 결과가 된다.[461] 근로조건에 대한 기준(규범적 부분)을 포함하지 아니하거나 규범적 효력이 없는 채무적 효력만을 갖는 단체협약은 단순히 계약일 뿐 노조법상 고유한 의미를 갖는 단체협약으로 인정할 수 없으며, 이를 부당노동행위로 강제할 수 없다.[462]

결국 사내하청 관계에서 사실상 하청근로자의 근로조건에 대한 원청의 영향력이 클 수밖에 없다 하더라도 그것만으로 근로계약관계가 없는 원청을 단체교섭의 상대방인 사용자로 인정하기 어렵다. 원청이 하청노조와 협정을 체결하더라도 그 협정이 하청노조의 조합원과 원고용주(하청업체)의 근로계약에 대하여 규범적 효력을 가진다고 단정할 수 없기 때문이다.[463]

나. 대법원 판례법리의 확립

근로계약관계설은, 단체교섭의무가 있는 사용자의 의미와 그 대외적 범위에 관해서는 대법원이 이미 일관되게 그 견해를 밝힌 바 있다고 하면서 앞서 제1기로 분류한 대법원 1995. 12. 22. 선고 95누3565 판결, 대법원 1997. 9. 5. 선고 97누3644 판결, 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다40935 판결을 든다. 이에 의하면 대법원은 단체교섭의 당사자 또는 단체교섭의무를 부담하는 사용자에 관한 한 노조법상 사용자 개념을 제3자에게 확장하는 것을 인정하지 않고, 부당노동행위의 주체로서 사용자로 인정되려면 해당 근로자에 대하여 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계가 있어야 하며, 그와 같은 근로계약관계가 인정되지 아니하는 한 관련 근로자로 조직된 노동조합에 대하여 단체교섭 거부의 부당노동행위가 성립할 여지가 없다고 판단하고 있다고 한다.[464]

또한, 대법원 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결을 근로계약관계설의 입장을 취

460) 박지순, 앞의 글(2021. 4.), 128면.
461) 박지순, 앞의 글(2021. 4.), 137면.
462) 박지순, 앞의 글(2021. 4.), 141~142면; 김희성, 앞의 글(2021. 11.), 61면.
463) 박지순, 앞의 글(2021. 4.), 140면.
464) 박지순, 앞의 글(2021. 4.), 118~119면. 김희성, "원청회사의 하청노동조합에 대한 단체교섭 및 쟁의행위의 상대방으로서의 사용자 여부와 대체근로—대상판결: 대구지방법원 2021. 8. 11. 선고 2020노820 판결; 부산고등법원 2018. 11. 14. 선고 2018나53149 판결—", 「법학연구」 제67집, 전북대학교 법학연구소(2021. 12.), 78면에서도 같은 대법원 판결들을 들고 있다.

한 판례로 보는 견해도 있다.[465] 위 사건은 한국수자원공사의 시설관리 및 청소 용역업체 소속 근로자들이 가입한 노동조합이 용역업체를 상대로 단체교섭을 하였으나 결렬되어 한국수자원공사의 사업장 일부를 점거하는 등의 방법으로 파업에 돌입하자 이후 그에 참여한 노조원들을 업무방해 및 퇴거불응죄로 공소 제기한 것으로 쟁의행위의 정당성, 위법성 조각 여부 등이 다투어졌는데, 대법원은 '도급인은 원칙적으로 수급인 소속 근로자의 사용자가 아니므로, 수급인 소속 근로자의 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 일어나 도급인의 형법상 보호되는 법익을 침해한 경우에는 사용자인 수급인에 대한 관계에서 쟁의행위의 정당성을 갖추었다는 사정만으로 사용자가 아닌 도급인에 대한 관계에서까지 법령에 의한 정당한 행위로서 법익 침해의 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다'고 판시하였다. 근로계약관계설은 위 판시 내용 중 '도급인은 원칙적으로 수급인 소속 근로자의 사용자가 아니다'라는 부분에 주목하여 도급인인 원청이 쟁의행위의 당사자로서 사용자가 아니라면 단체교섭의 당사자로서 사용자도 아니라고 해야 할 것이므로,[466] 대법원이 이 판결로써 원청이 단체교섭 및 쟁의행위의 당사자로서의 사용자는 아니라는 점을 분명히 하였다고 평가한다.

다. 원청 및 하청의 권리 침해

근로계약관계설은 하청근로자들이 노동3권을 향유하는 것과 마찬가지로 원청과 하청도 기본권을 향유하는 주체들이므로, 원청에 단체교섭의무가 있는지를 판단함에 있어서는 하청근로자의 노동3권과 원하청의 기본권 충돌이 발생한다는 점을 고려하여야 한다고 지적한다.[467]

---

465) 김영문, 앞의 글(2022. 8.), 248~250면; 김희성, 앞의 글(2021. 11.), 67~68면; 이정우, "노조법상 사용자 개념 판단 방식에 대한 비판적인 고찰—중노위 판정 검토를 중심으로—", 「노동법포럼」 제36호, 노동법이론실무학회(2022. 7.), 42면. 한편, 김영문, 앞의 글, 247~248면에서는 서울서부지법 2019. 11. 21. 선고 2019노778 판결은 원청인 홍익대학교가 청소용역업체 근로자들에 대해 노조법상 사용자의 지위에 있지 않다고 보았고, 위 판결이 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019도18524 판결로 확정되었으므로, 대법원도 근로계약관계설의 입장에 있다고 설명하고 있으나, 이는 의문이다. 앞서 본 바와 같이 서울서부지법 2019노778 판결은 홍익대학교가 청소용역업체 소속 근로자들에 대하여 직접적으로 노동조합법상 사용자 지위에 있다고 보기 어려운 측면은 있다고 하여 그 사용자성 여부를 분명하게 판단하지 않았고, 오히려 현대중공업 대법원 판결을 명시적으로 원용하고 있다.

466) 김영문, 앞의 글(2022. 8.), 248~250면. 김희성, 앞의 글(2021. 11.), 68면에서 쟁의행위의 상대방인 사용자는 단체교섭 당사자로서의 사용자와 동일한 개념이기 때문에 노조법 제43조의 사용자는 단체교섭 당사자로서의 사용자 즉 단체협약을 통해 근로조건을 형성·변경할 수 있는 사용자를 의미한다고 한다.

우선, 원청은 노동력이 필요할 때 직접고용 방식을 취할 것인가, 타 기업의 노동력을 이용할 것인가, 사업장의 인사조직을 어떻게 관리하고 인력 활용을 어떤 조직적 구조로 수행할 것인가 등을 스스로 결정할 수 있고, 이는 원청의 기본권, 즉 헌법 제10조의 행복추구권으로부터 도출되는 자기결정권, 기업의 조직 및 법형태 선택 등을 포함하는 직업의 자유, 경영권 등에 속한다고 본다. 그런데 원청이 근로계약관계가 없는 하청노조와 단체교섭을 하여야 한다는 근거로서 노동3권의 직접적 규범력[468]을 원용하는 것은 기본권 충돌의 문제, 기본권의 대 사인적 효력 문제를 도외시하고 노동3권만을 강조하는 일방적인 근로자 보호에 지나지 않는다고 한다.[469]

특히 원청의 단체교섭의무를 인정하는 것은 헌법상의 과잉침해금지원칙, 비례성 원칙에 위반될 소지가 크다고 한다.[470] 원청의 단체교섭의무가 인정되면 하청노조는 단체교섭 결렬을 이유로 쟁의행위를 할 수 있고, 하청근로자와 지휘명령관계는 물론 아무런 법률관계도 없다고 생각했던 원청은 노동위원회의 판정이나 법원의 판결이 있기 전까지는 구체적으로 어떤 근로조건에 대해서 실질적 지배력이 있어 단체교섭을 해야 하는지를 알 수 없는 상황에서 파업의 효과를 감수해야 함으로써 막대한 손실을 입을 수 있고, 경쟁기업과의 관계에서 잠재적 시장에서의 지위를 상실하여 기업의 존립 위험까지 감수해야 하는 일이 발생할 수도 있다.[471] 이처럼 실질적 지배력설은 기본권 충돌 시 실질적인 조화의 차원에서 노동력 이용자인 원청과 노동력 제공자인 하청근로자의 이해관계를 비교형량한 것이 아니라 일방적으로 원청에 부담을 주는 것으로서 침해의 최소성을 넘는 해석이다.[472]

또한, 제3자인 원청이 단체교섭의 당사자로서 개입하는 경우 하청의 노사간 대등성 원칙이 침해될 우려가 있으며,[473] 원청이 하청노조의 요구를 수용하여 교섭이 타결되면, 하청업체로서는 소속 근로자의 근로조건에 관하여 전혀 결정권을 행사하지 못한 채 원청업체가 결정한 단체협약 사항을 그저 이행해야 하는 법적 의무만 지게 되어 하청업체의 경영주체성을 침해하는 결과가 되고,[474] 원청이 단체교섭을

---

467) 김영문, 앞의 글(2022. 8.), 234면.
468) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결.
469) 김영문, 앞의 책, 317면에서는 이 경우 원청의 경영권에 대한 본질적 침해보다는 주로 비례성 원칙의 일탈이 문제될 것이라고 한다.
470) 김영문, 앞의 글(2022. 8.), 234～235면.
471) 김영문, 앞의 글(2022. 8.), 238～239면.
472) 김영문, 앞의 책(2022. 8.), 319면.
473) 권혁, 앞의 글(2021. 4.), 102～103면.
474) 임동환・이승길, 125면. 권혁, 앞의 글(2021. 4.), 103～104면에서는, 반대로 원청이 단체교섭에 참여하여 하청을 지원하는 경우 역시 원하청의 연대를 통해 하청노조와의 관계에서 힘의 대등성

거부한 결과 하청노조의 집단행동이 발생하면, 원청과 하청 사이의 도급계약, 위수탁계약 등은 정지되고 하청의 기업활동의 자유가 파탄이 날 수도 있다고 한다.[475]

라. 실질적 지배력 또는 영향력 기준의 문제점

근로계약관계설은, 실질적 지배력 또는 영향력은 법적 개념이라기보다는 사실관계에 대한 관념으로서 그 자체가 하청근로자에 대한 원청의 단체교섭의무를 인정할 수 있는 정당화 사유가 되기에 불충분하다고 본다. 구체적 사안에서 실질적 지배력이 존재한다거나 구체적·현실적으로 지배·결정한다는 사실이 인정되어도 그것만으로는 왜 원청이 단체교섭의무를 부담하는지를 근거가 될 수 없는데, 이는 실질적 지배력이나 영향력이 일종의 묘사나 기술에 지나지 않는 것이어서 원청과 하청근로자의 법률관계가 무엇인지 내지는 무엇이 되어야 하는지를 설명하지 못하기 때문이라고 한다.[476]

나아가 실질적 지배력 또는 영향력을 하나의 기준으로 설정하더라도 그 내용이 불명확하거나 지나치게 개방적이어서 법적 안정성이나 수범자의 예측가능성을 침해할 가능성이 높고,[477] 책임소재를 제한 없이 확장할 우려가 있다고 한다.[478] 또한, 근로자의 근로조건에 대한 지배력 또는 영향력은 기업간 경제력과 시장지배력의 결과이지 근로관계의 당사자로서의 권한과 거의 관련없는 경우가 대부분이므로, 개별 사안별로 제3자의 지배력 유무가 일관성 없이 판단될 가능성이 있으며,[479] 판단자의 자의에 따라 결론이 달라질 수 있다는 점에서도 법적 안정성을 해친다고 한다.[480]

마. 죄형법정주의 위반

노조법은 부당노동행위를 한 자를 처벌하는 규정을 두고 있으므로(제90조),[481]

을 훼손할 수 있다는 점에서 결국 하청노사 간에 힘의 대등성을 전제하고 있는 상황에서 원청이 실질적 지배력을 바탕으로 단체교섭에 개입하는 것은 그것이 하청노조를 위한 것이든 하청사용자를 위한 것이든 상관없이 노사간의 단체협약자치질서를 훼손할 수 있다고 한다.

475) 김영문, 앞의 글(2022. 8.), 239면.

476) 김영문·이상윤·이정,「부당노동행위제도와 원하청관계」, 법문사, (2012), 106면.

477) 박지순, 앞의 글(2021. 4.), 142면. 김용문, 앞의 글, 359면.

478) 김영문, 앞의 책, 331면.

479) 박지순, 앞의 글(2021. 4.), 133면.

480) 임동환·이승길, 129면; 김희성·이준희, 앞의 글, 87면.

481) 이처럼 노조법이 부당노동행위에 관하여 처벌주의를 채택하고 있는 것에 대하여는 찬반의 논

사용자가 정당한 이유 없이 단체교섭을 거부하면 형사처벌을 받게 된다. 근로계약관계설은, 앞서 본 실질적 지배력 내지 영향력이라는 판단 기준의 모호성, 수범자의 예측가능성 결여, 법적 안정성 침해 등을 이유로 실질적 지배력설에 입각하여 노조법상 사용자 개념을 확대하여 원청을 단체교섭의 상대방인 사용자로 인정하고 단체교섭을 거부할 경우 원청을 처벌하는 것은 법률 명확성의 원칙에 반하며 유추에 해당하여 죄형법정주의에 위반한다고 한다.[482]

바. 교섭창구 단일화 절차 위반

근로계약관계설은, 원청의 단체교섭의무를 인정할 경우 현행 교섭창구 단일화 절차와 양립할 수 없다고 한다.[483]

특히, 하청노조가 원청노조와 교섭창구 단일화 절차를 거치지 않고 원청과 직접 단체교섭이 가능하다고 보게 되면 하청업체가 운영하는 사업 또는 사업장을 넘어서 교섭단위를 설정하는 것이 되어 현행 노조법에 위반된다고 한다.[484] 원청은 다수의 하청업체의 노동조합들이 단체교섭을 요구하는 경우 공동 교섭을 요청하지 않는 한 모든 하청업체의 노동조합들과 개별 교섭을 할 수밖에 없는데 이는 교섭창구 단일화 제도의 존재 자체를 무력화시킬 수 있다고 한다.[485]

란이 있다. 이에 관한 자세한 내용은 노동법실무연구회, 「노동조합 및 노동관계조정법 주해」(제2판) Ⅲ, 박영사(2023), 271～273면 참조.

482) 김영문, 앞의 글(2022. 8.), 290～292면; 성기정, 앞의 글, 113면; 이정우, 앞의 글, 59～60면. 임동환·이승길, 130면에서는 원청이 단체교섭을 거부한 것에 대하여 부당노동행위를 적용하면 원청은 '실질적 지배력'에 대한 범위와 내용을 획정하기 곤란한 상황에서 본인이 알지 못하는 위법행위로 처벌받는 결과가 되어버리는 문제점이 있다고 지적한다. 한편, 김희성, 앞의 글(2021. 11.), 73～74면 및 우희숙, "부당노동행위의 형사책임 주체로서 사업주의 의미—제3자의 지배·개입 행위를 중심으로—", 「외법논집」 제41권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소(2017. 5.), 266～269면은 대법원이 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결을 통해 원청이 지배·개입의 부당노동행위 주체가 될 수 있다고 판단한 것 또한 유추에 해당하여 죄형법정주의에 위반된다고 본다. 황태윤·류문호·안성호·양랑해, "원청 사업주의 부당노동행위에 대한 형사처벌과 죄형법정주의", 「홍익법학」 제14권 제4호, 홍익대학교 법학연구소(2013. 1.), 784면은 현대중공업 대법원 판결에 따라 원하청 관계에서 노조법상 사용자의 개념을 확대·해석할 경우 죄형법정주의에 반할 수 있으므로 부당노동행위제도에 있어서 '실질적 지배력설'이나 '사용자 개념 확대론'이 노동3권의 보장이라는 목적을 실현하기 위해서는 좀 더 구체적이고 명확한 판단 기준을 설정하고, 법의 기본원리를 심각하게 침해하지 않을 수 있는 해석론을 발전시켜 나가는 것이 필요하다고 지적한다.

483) 이광선, "원청을 교섭상대방으로 인정한 중노위 결정의 문제점", 「노동법률」 제363호, 중앙경제(2021. 8.), 46면에서는 이 문제 때문에라도 노조법 관련 규정을 전면개정하여야 한다고 주장한다.

484) 김희성, 앞의 글(2021. 11.), 83～84면; 임동환·이승길, 앞의 글, 121～123면; 이정우, 앞의 글, 47～49면.

485) 이정우, 앞의 글, 48면.

원청노조와 하청노조 사이에서 교섭창구 단일화 절차가 필요하다고 보더라도, 원청노조의 조합원보다 하청노조 조합원이 다수인 경우 하청노조를 교섭대표 노동조합으로 인정하여야 하는지, 교섭창구 단일화를 원하지 아니하는 원청노조나 하청노조는 교섭창구 분리를 신청하는 것이 가능한지 또 그것이 인용될 수 있는지, 원청과 하청업체 간에는 어떻게 교섭의무를 조정할 것인지, 하나의 단체협약을 체결하여야 하는지 아니면 복수의 단체협약을 체결하여야 하는지 등 많은 의문점이 남고 이에 대하여는 어느 누구도 명쾌한 답변을 내리지 못하고 있는데, 결국 이와 같은 새로운 논란과 부작용이 발생하는 이유는 입법자가 노조법상 사용자를 제3자까지 확장하는 것을 고려하지 아니하였음에도 이를 무리하게 확장 해석하기 때문이라고 한다.[486]

사. 교섭 실무의 혼란과 노사분규 등에 대한 우려

근로계약관계설은, 실질적 지배력에 입각하여 원청의 사용자성을 인정하여 단체교섭 대상을 분별해 원하청 사용자가 이를 각기 교섭하면 교섭대상의 구분도 불명확하며 적용방식과 이행과정도 불분명해 오히려 단체교섭이 원활하게 실시되지 않을 수 있음을 지적한다. 이 때문에 실무적으로 원청은 하청노조가 요구한 교섭의제에 직접 결정권을 행사할 수 있는지에 대한 판단을 받기 위해 최소한 중앙노동위원회의 판정을 거칠 필요가 있고, 그 과정만큼 단체교섭은 진행되지 않을 뿐만 아니라, 산업현장에서는 원청을 상대로 한 하청노조의 단체교섭 요구 → 원청의 교섭요구 불이행 → 부당노동행위 구제신청 및 고소·고발 → 조정절차 → 쟁의행위로 이어지는 노사분규가 더욱 증가할 것으로 예상되므로, 이러한 산업 현장의 혼돈을 방지하기 위해서라도 근로계약관계설에 따라 노조법상 사용자 개념을 해석할 필요가 있다고 한다.[487]

---

486) 이정우, 앞의 글, 49면. 김영문, 앞의 글(2022. 8.), 305면은 중첩적 단체교섭론은 겉모습만 그럴 듯하지 실제로 발생할 수 있는 문제에 대해선 아무런 답을 주지 못한다고 혹평한다. 이것은 결국 입법적으로 해결해야 할 문제로서 중첩적 단체교섭론은 법형성으로는 불가능한 제도라고 한다.

487) 임동환·이승길, 앞의 글, 120, 125, 130면.

제5절 하급심의 대립 및 중앙노동위원회 판정의 진전

1. 실질적 지배력설을 채택한 하급심 판결 및 결정

가. 대전지법 2011. 10. 6.자 2011카합782 결정

[사건의 경과]

한국수자원공사는 용역업체와 청소 및 시설관리 도급계약을 체결하였고, 위 용역업체와 근로계약을 체결한 청소용역 근로자들이 한국수자원공사의 사업장에 근무하고 있으며, 그중 일부 근로자가 공공 및 사회서비스 업종에 종사하는 근로자들을 조직대상으로 하여 설립된 산업별 노동조합인 전국공공운수사회서비스노동조합에 가입하여 위 노동조합 대전지역일반지부 수자원공사지회로 편성되었다. 전국공공운수노조가 한국수자원공사를 상대로 아래와 같은 내용을 교섭의제로 하여 단체교섭을 요구하였으나 거부당하자 단체교섭응낙가처분을 신청하였다.

① 폐지처분
② 휴게공간 개선
③ 노동조합 사무실 제공
④ 연장근로 조정
⑤ 정년 연장
⑥ 업무범위 조정

[법원의 판단]

위 결정은 “단체교섭의 당사자로서의 사용자라 함은 근로계약관계의 당사자로서의 사용자에 한정하지 않고 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 사용자에 해당한다.”라는 법리를 판시하였다.[488]

나아가 구체적인 판단에 있어서는 한국수자원공사가 청소용역업체와 청소 및 시설관리 도급계약을 체결하면서 약정한 ‘시설관리 및 청소용역 계약특수조건’에 공사가 용역에 관한 제반사항을 감독하고 관리하며 본 용역전반에 대해 포괄적으로

488) 다만, 위 현대중공업 대법원 판결을 직접 인용하고 있지는 않다.

지시할 수 있는 권한을 가진 감독원을 지정할 수 있고, 용역업체의 종업원에 대한 인원배치 조정을 요구할 수 있으며 용역업체는 상당한 이유가 없는 한 이에 응하여야 하며, 폐지 등 재활용품은 분리수거하여 공사가 지정하는 장소에 별도 보관하고 공사의 지시에 따라 처리하여야 하고, 발생 수익금은 공사의 자산으로 귀속되며, 공사가 필요하다고 판단할 경우 용역업체의 용역업무수행 성과에 따른 용역원의 포상비, 복리후생비로 집행할 수 있고, 용역업체가 계약이행을 위하여 건물 내에서 사용하는 사무실, 탈의실, 창고, 전력 및 용수 등은 공사가 제공하는 것으로 규정되어 있고, 공사가 작성한 2011년 시설관리 및 청소용역 과업지시서에도 위 계약특수조건과 동일한 취지의 내용이 규정되어 있으며, 특히 청소원들의 근무시간까지 규정하고 있는 점, 실제로도 공사는 위 과업지시서에 근거하여 감독원을 통해 공사 사업장에서 근무하는 용역업체 소속 근로자들의 업무수행상태를 점검하고 있고, 공사의 직원이 배석한 가운데 청소용역원이 폐지 및 고철을 매각하여 그 매각대금을 사용하는 것에 관한 논의를 하였으며, 용역업체와 소속 근로자들 사이의 근로조건 등에 관한 충남지방노동위원회 조정사건에 참고인으로 참석하여 협의를 하기도 하였고, 용역업체에 청소용역원의 감축을 요청하기도 하였으며, 용역업체에 대한 작업요청서 등을 통하여 용역업체 소속 근로자들의 작업 일시, 작업 시간, 작업 장소, 작업 내용에 등에 관하여 실질적·구체적인 결정을 하였고, 용역업체 소속 근로자들을 위한 지하휴게시설에 TV케이블 및 전화케이블, 개인옷장, 냉장고 등을 설치하여 주기도 하였다는 점을 인정한 후, 위와 같이 공사가 감독원을 통해 채무자 사업장에 근무하는 용역업체 소속 근로자들에 대하여 구체적인 업무지시 및 업무감독을 하고 있고, 위 근로자들의 근로조건을 실질적으로 결정하고 있는 점 등을 고려하면, 공사는 용역업체 소속 근로자들에 대하여 적어도 위 ① 내지 ④의 교섭사항에 대하여는 용역업체의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이면서 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있다고 판단하였다. 다만, ⑤ 정년연장에 관한 건의 의제에 관하여는 공사가 단체교섭의 당사자로서의 사용자에 해당한다고 하더라도 직접 고용관계가 없는 용역업체 소속 근로자들에 대한 관계에서 임금, 정년 등의 직접고용과 관련된 사항은 단체교섭의무의 대상이 되지 않는다고 보아 가처분 신청을 일부 인용하였다.

나. 대전지법 2012. 3. 15.자 2011카합1209 결정

위 결정은 대전지법 2011. 10. 6.자 2011카합782 결정(이하 '제1심 결정'이라 한

다)에 대한 이의사건에서 내려진 결정이다.

위 결정에서는 “근로계약상 사용자 이외의 사업주도 근로계약상의 사용자와 직접 근로계약관계를 맺고 있는 근로자를 자기의 업무에 종사시키고, 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 사용자에 해당한다.”라는 법리를 설시하였다.[489]

다만, 구체적인 사실인정 및 판단에 있어서는 제1심 결정과는 달리 한국수자원공사가 노동조합이 요구하는 교섭사항에 해당하는 용역업체 소속 근로자들의 근로조건에 대하여 근로계약상의 사용자와 같이 볼 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배, 결정할 수 있는 지위에 있다고 보기 어렵다고 보아 한국수자원공사의 사용자성을 부정하고 제1심 결정을 취소하였다.[490]

다. 서울서부지방법원 2019. 11. 21. 선고 2019노778 판결

[사건의 경과]

서울 지역 대학 및 빌딩의 미화, 보완, 시설관리 직종 노동자들로 구성되어 있는 전국공공운수노조 서울경인지역공공서비스지부(이하 ‘서경지부’라 한다) 간부 및 조합원들이, 학교법인 홍익대학교(이하 ‘홍익대학교’라 한다)와 용역계약을 체결하고 청소, 경비 용역을 제공하는 주식회사 씨앤에스자산관리가 위 서경지부 소속 조합원들의 임금을 올려주지 않는 것이 홍익대학교의 책임이라고 주장하며 홍익대학교 문헌관 사무처에 들어가 연좌농성 등을 한 행위에 대하여 업무방해, 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동주거침입)으로 공소 제기되어 유죄 판결이 확정된 사건이다

[법원의 판단]

항소심인 위 판결에서는 홍익대학교가 노조법상 사용자에 해당하여 쟁의행위를 수인할 의무가 있다는 피고인들의 주장에 대하여, ‘고용주가 아닌 사업주라고 하

489) 위 결정에서도 현대중공업 대법원 판결을 직접 인용하고 있지는 않다. 이에 대하여 구미영, “원청업체의 단체교섭 응낙의무와 교섭대상사항 ―대전지방법원 2012. 3. 15.자 2011카합1209 결정”, 「노동법학」 43호, 한국노동법학회, 2012. 9., 308면은 위 대전지법 2011카합1209 결정에서 사용자의 권한과 책임을 설시함에 있어 현대중공업 대법원 판결이나 제1심 결정과는 달리 ‘부분적으로’라는 표현을 하지 않고 있는 점에 주목하며, 이러한 해석은 실질적 지배력설의 본래 입장조차 축소 적용하여 부분적, 중첩적 사용자 개념을 사실상 부인하는 방향으로 이어질 수 있다는 우려를 표시한다.

490) 이에 노동조합이 대전고법 2012라42호로 항고하였다가 2013. 1. 12. 항고를 취하함으로써 위 이의사건의 결정이 확정되었다.

더라도 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 사용자에 해당한다'라는 법리를 설시하면서 위 현대중공업 대법원 판결을 원용하였다.

다만, 홍익대학교가 피고인들의 사용자에 해당하는지 여부에 관해서는 명시적으로 판단하지 않고,[491] 피고인들의 쟁의행위가 홍익대학교의 재산권 등 권리 내지 이익과 조화를 이루는 범위 내에서 행하여졌다고 볼 수 없다는 이유로 위 주장을 받아들이지 않았다.[492]

라. 서울고등법원 2020. 8. 10. 선고 2020노115 판결

[사건의 경과]

삼성전자서비스 주식회사(이하 '삼성전자서비스'라 한다)의 협력업체 소속 근로자(수리기사)들이 전국금속노동조합 삼성전자서비스 지회를 설립하자, 삼성그룹 미전실, 삼성전자 주식회사, 삼성전자서비스, 삼성전자서비스의 협력업체의 각 임직원 등이 순차 공모하여 삼성그룹의 비노조 경영 방침을 관철하기 위해 노조 와해 전략을 수립한 후 이를 실행하는 과정에서 협력업체 폐업, 노조 탈퇴의 회유·종용, 단체교섭 해태, 노조원에 대한 표적감사, 노조원에 대한 개인정보의 제공·수집, 노조원 취업 방해 목적의 통신, 뇌물 공여 등의 행위를 하여 노동조합및노동관계조정법 위반 및 노동조합및노동관계조정법위반방조, 개인정보보호법위반, 근로기준법위반, 업무상횡령, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) 등으로 공소 제기된 사건이다.

이하에서는 원청인 삼성전자서비스의 지배·개입 또는 단체교섭 해태의 부당노동행위가 인정된 노조법위반죄 부분[493]을 중심으로 살펴본다.

[법원의 판단]

---

491) 홍익대학교가 청소용역업체 소속 근로자들에 대하여 직접적으로 노동조합법상 사용자 지위에 있다고 보기 어려운 측면은 있으나 그렇다고 홍익대학교가 노조법 제38조 제1항의 '쟁의행위와 관계없는 자'에 해당한다고 보기도 어렵다고 하면서 쟁의행위의 정당성 여부에 대한 판단으로 나아가고 있다.

492) 피고인들이 상고하였으나 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019도18524 판결로 상고 기각되었다. 위 대법원 2019도18524 판결도 "원심의 판단에 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 업무방해죄와 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(공동주거침입)죄의 성립, 공모공동정범, 정당행위 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다."라고 판시하였을 뿐 홍익대학교의 노조법상 사용자성 여부에 관하여는 판단하지 아니하였다.

493) 노조법상 양벌규정에 의하여 삼성전자서비스에 대하여도 공소가 제기되었다.

당초 검사는, 소속 수리기사들의 사용자는 협력업체이고 삼성전자서비스가 아님을 전제로 삼성전자서비스 임직원들이 사용자인 협력업체의 부당노동행위에 공모하여 가담한 것으로 보아 형법 제33조를 적용하여 공소를 제기하였으나, 제1심인 서울중앙지방법원 2019. 12. 17. 선고 2018고합557 등(병합) 판결은 삼성전자서비스가 협력업체를 사실상 자신의 하부조직처럼 운영하였고 협력업체 소속 수리기사들에게 근로자파견 관계에 해당할 정도로 실질적이고 구체적인 지배력을 행사하였다고 보아 협력업체 수리기사들과의 관계에서 노조법상 사용자에 해당한다고 판단하여 형법 제30조를 적용하여 노조법위반죄를 유죄로 인정하였다.

특히 제1심판결은 '근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자는 노조법상 사용자에 해당할 수 있다'고 하며 현대중공업 대법원 판결을 원용하였고, 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 규정한 우리 헌법과 이를 보장하기 위해 제정된 노조법의 입법목적에 비추어, 법률에 규정된 '사용자'의 개념을 문언의 가능한 의미를 벗어나지 않는 범위 내에서 위와 같이 해석한 것이므로 죄형법정주의 원칙상 금지되는 유추해석에 해당하지 않음을 분명히 하였다.

항소심인 서울고등법원 2020. 8. 10. 선고 2020노115 판결은 제1심과는 달리 삼성전자서비스와 협력업체 소속 수리기사들의 관계를 파견법에 따른 근로자파견으로 인정하기는 어렵다고 판단하였다. 그러나 나아가 '파견법과 노동조합법의 입법목적과 사용자, 근로자에 대한 정의, 근로자파견 및 노조법상 사용자성에 관한 법리 등에 비추어 보면, 노조상의 사용자는 개별적 근로관계를 규율하기 위한 근기법과도 차이가 있고, 파견법에 따른 근로자파견 관계에 해당하는지 여부의 판단 기준과도 상당한 차이가 있으며, 노조법상의 사용자와 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 한다'라고 전제한 후 현대중공업 대법원 판결을 인용하면서 사실인정을 거쳐 삼성전자서비스는 협력업체를 사실상 하부조직처럼 운영하였다거나 협력업체 소속 수리기사들에 대하여 직·간접적으로 실질적인 상당한 지휘·명령을 하였다고 할 수는 없으나, 협력업체 소속 수리기사들의 기본적인 근로조건 등에 관하여 고용사업주인 협력업체의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 현실적이면서 구체적으로 지배, 결정할 수 있는 지위에 있으므로, 삼성전자서비스는 그 한도 내에서 노동조합법 제81조에서 정하는 부당노동행위의 주체로서 사용자에 해당한다고 판단하였다.

상고심인 대법원 2021. 2. 4. 선고 2020도11559 판결에서도 원심의 판단은 유지되었다. 다만, 대법원은 지배·개입의 부당노동행위로 인한 노조법위반죄 성립 여부와 관련하여서는 현대중공업 대법원 판결을 인용하여 삼성전자서비스를 부당노동행위의 주체인 사용자로 본 원심의 판단이 정당하다고 하였으나, 단체교섭 해태의 부당노동행위로 인한 노조법위반죄 성립 여부와 관련하여서는 현대중공업 대법원 판결의 인용 없이 공모공동정범에 있어서 공모의 내용 및 판시의 정도에 관한 법리를 설시한 후 이어 원심의 판단에 단체교섭 해태와 관련한 정당한 이유, 공모, 부당노동행위의사, 부당노동행위의 죄수관계, 형법 제16조가 정한 정당한 이유 있는 법률의 착오에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 오인한 잘못이 없다고 설시하였다.[494]

마. 서울행정법원 2023. 1. 12. 선고 2021구합71748 판결

[사건의 경과]

화물운송업 등을 영위하는 씨제이대한통운 주식회사(이하 '씨제이대한통운'이라 한다)는 특정 지역의 택배 대리점주(집배점주)와 특정 배송구역(책임배송구역)의 택배화물 운송에 관한 위수탁계약을 체결하고, 집배점주들은 책임배송구역을 세분화하여 택배기사들과 택배화물 운송에 관한 위수탁계약을 체결하여 각 구역의 택배화물 잡화 및 배송 업무를 집배점 택배기사들에게 재위탁하고 있다. 씨제이대한통운의 택배사업부는 전국을 6개 권역으로 나누어 사업담당을 두고 있고, 각 사업담당 아래 전국에 68개 지점을 두고 있으며, 전국에 13개의 허브터미널과 약 270개의 서브터미널을 운영하고 있고, 각 서브터미널당 평균 8개의 집배점을 두어 약 1,800개의 집배점과 위수탁계약을 체결하고 있다.

택배노동조합은 택배기사 등 전국의 택배와 관련된 모든 노동자를 대상으로 하여 조직된 전국단위 산업별 노동조합으로, 조합원 수는 약 5,500명이며, 씨제이대한

494) 최정은, 611면에서는 대법원이 '원청의 불이익 취급 행위, 단체교섭 거부 행위에 대해서는 원심과 달리 선례 법리(현대중공업 대법원 판결)를 명시적으로 인용하지 않고 유죄가 인정된 협력업체의 부당노동행위에 가공하여(형법 제33조) 공동정범의 죄책을 지는 것으로 보았다'라고 서술하고 있으나, 대법원은 형법 제30조를 적용한 원심의 판단을 정당한 것으로 보았고, 공모공동정범에 있어서 공모의 내용 및 판시의 정도에 관한 법리를 설시하면서 원용한 대법원 1993. 3. 23. 선고 92도3327 판결, 대법원 1994. 10. 11. 선고 94도1832 판결 역시 형법 제30조가 적용된 사안이므로, 위 서술 중 형법 제33조를 기재한 것은 오해의 여지가 있다. 최정은, 같은 면 각주58)의 내용에 비추어 볼 때 위 서술은 대법원이 명확한 선례가 있는 지배·개입 부당노동행위에 대해서는 상고이유를 정면으로 판단한 반면, 나머지 유형의 부당노동행위에 대해서는 명시적 판단을 회피하였다는 점을 강조한 취지로 보인다.

통운의 167개 집배점 소속 택배기사를 포함한 약 1,200명의 택배기사들이 조합원으로 가입되어 있다.

택배노동조합은 2020. 3. 12. 씨제이대한통운을 상대로 아래 6가지 사항을 교섭의제로 하여 단체교섭을 요구하였으나 거부당하자 서울지방노동위원회에 2020부노92호로 부당노동행위 구제신청을 하였다.

① 서브터미널에서 배송상품 인수시간 단축
② 서브터미널에서 집화상품 인도시간 단축
③ 서브터미널 작업환경 개선(택배기사 1인당 1주차장 보장, 우천시 상품 보호 시설 설치)
④ 주5일제 실시
⑤ 급지수수료 인상・개선
⑥ 사고부책 개선에 관한 건

서울지방노동위원회는 2020. 11. 30. ‘씨제이대한통운은 노조법 제2조 제2호의 사용자에 해당하지 않는다’라는 이유로 구제신청을 각하하였고, 택배노동조합은 이에 불복하여 중앙노동위원회 2021부노14호로 재심신청을 하였는데, 중앙노동위원회는 2021. 6. 2. 위 초심판정을 취소하고, 씨제이대한통운이 택배노동조합의 교섭요구에 대해 노조법상 사용자가 아니라는 이유로 교섭요구에 응하지 아니하고 그 사실을 공고하지 않은 것은 단체교섭 거부의 부당노동행위에 해당하며, 노사의 자율적 선택에 따라 단독 내지 대리점(집배점)주와 공동으로 노동조합과의 단체교섭에 성실히 응하라는 내용의 구제명령을 하였다.

이에 씨제이대한통운이 불복하여 서울행정법원 2021구합71748호로 위 중앙노동위원회 재심판정의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였으나 2023. 1. 12. 그 청구가 기각되었다.[495]

[법원의 판단]

대상판결은 현대중공업 대법원 판결을 인용하면서 단체교섭 거부의 부당노동행위 주체로서의 사용자에는 지배・개입의 부당노동행위 주체로서의 사용자와 마찬가지로 근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자뿐만 아니라 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자도 포함된다고 해석하는 것이 노조법의 입법 목적 및 정의와 형평의 관념에 부합하고, 노동3권[496]을 실질적으로 보장하며, 법률유보원칙, 과잉금지원칙에 위배되는 결과를

495) 위 제1심판결에 대하여 씨제이대한통운이 서울고등법원 2023누34646호로 항소하여 현재 항소심 계속 중이다.

초래하지 않는다는 측면에서 합헌적 법률해석이라고 한다. 위 판결이 설시한 구체적인 논거는 아래와 같다.

① 기업의 기능적 분업과 다층적 계약관계망을 통해 재화, 서비스 등의 생산·유통·공급이 이루어지고, 원사업주에 비해 거래상 우월적 지위를 가지는 원사업주 이외의 사업주가 사업상의 필요에 의해 원사업주 소속 근로자의 노무를 자신의 지배 또는 영향 하에서 이용하는 계층적, 다면적 노무제공관계가 확산되면서 해당 근로자의 근로조건에 대한 지배·결정권도 다면적으로 분화하고 있다. 그 결과 본래 원사업주가 근로조건에 대하여 온전히 책임을 져야 함에도 다층적 사업주 간의 종속성의 정도에 따라 근로조건 일부에 대하여만 권한과 책임을 갖게 되는 문제가 발생한다.

② 이처럼 일정한 근로조건에 대하여 지배력과 결정권이 없거나 그 권한이 한정적인 원사업주는 단체교섭능력 또한 없거나 한정적일 수밖에 없으므로 노동조합이 원사업주와 단체교섭을 하더라도 성과를 기대하기 어렵고, 쟁의행위 역시 아무런 효과를 발휘할 수 없다. 결국 하청 근로자는 근로조건 등의 개선 등을 목적으로 하는 단결권, 단체교섭권과 단체행동권 등 노동3권 자체를 보호받지 못하고 불완전한 권리 또는 제한적 권리로서의 노동권(특히 단체교섭권, 단체행동권)을 향유할 수 있을 뿐이다.

③ 헌법 제37조 제2항 본문은 '국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다.'고 규정하고 있으나, 노조법상의 사용자 규정이 위와 같이 하청 근로자의 권리를 제한하는 규정이라고 보기는 도저히 어렵다. 다층적으로 형성된 노무관계에서 노조법상 사용자를 근로계약관계에 따른 사용종속적 지위에 있는 사용주로만 한정하는 명시적인 규정이 없을 뿐만 아니라 하청 근로자의 단체교섭권, 단체행동권 등의 상대방으로서의 사업주 범위를 근로계약관계로만 한정해야 할 필요성과 정당성을 인정할 만한 사정을 발견하기 어렵고, 그러한 제한이 기본권 제한 사유인 '국가안전보장, 질서유지, 공공복리'를 위하여 필요한 경우에 해당한다고 볼 만한 사정도 찾기 어렵다.

④ 오히려 계약관계의 밀접성의 정도 또는 존부에 따라 기본권 행사 자격 여부를 결정하는 것은 그러한 자격을 가지지 못하는 하청 근로자에게는 해당 근로조건에 대한 기본권 행사 기회조차 박탈하는 것이어서 기본권의 본질적 내용을 침해할 소지가 크다. 하청 근로자는 원청 사업주가 실질적으로 지배하거나 결정하는 근로

496) 판결에서는 '근로3권'이라고 표현하고 있으나, 이 부분 서술의 용어상 통일을 위해 '노동3권'이라 기재한다. 이하 같다.

조건에 대해서는 근로조건의 향상을 기대할 수 없어 단체교섭권, 단체행동권이 유명무실해지거나 형해화되어 헌법이 단체교섭권과 단체행동권을 기본권으로서 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이를 수 있기 때문이다.

⑤ 원청 사업주가 경영상의 필요나 효율성을 위하여 사업이나 업무의 일부를 하도급 주는 것은 기업의 자유 영역에 속한다. 그러나 원청 사업주의 우월적 지위를 고려하면 하청 근로자의 근로조건에 대한 지배·결정의 범위는 원청 사업주의 의사결정에 따라 좌우될 수밖에 없고 그에 따라 하청 근로자의 노동3권 행사 범위도 좌우되는데, 원청 사업주가 실질적으로 지배·결정하는 근로조건의 범위가 넓을수록 하청 근로자가 원사업주에 대하여 요구할 수 있는 근로조건 향상의 범위는 축소될 수밖에 없다. 이는 하청 근로자의 단체교섭권과 단체행동권의 행사 범위가 오로지 원청 사업주의 의사에 따라 좌우되는 것으로, 사실상 하청 근로자의 노동3권 보장 범위나 제한의 정도가 원청 사업주에 의해 결정되고, 그 제한의 정도에 따라서는 유지·개선을 기대할 수 없는 근로조건 하에서의 노무제공을 합법화하는 것과 같다. 노조법상 '사용자'와 관련한 노동3권의 제한 해석은 목적의 정당성이나 방법·수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성 등 과잉금지원칙에 비추어 정당성이 인정된다고 보기 어렵고, 오히려 법률유보원칙, 과잉금지원칙 등의 기본권 제한의 헌법상 원칙들을 위반할 소지가 크다. 또한 원청 사업주의 복합적 노무관계의 형성이라는 경영상 방침이나 사업구조의 설계에 의해 노동3권의 효력이 일부 실질적으로 제한되는 부당한 결과가 초래되는 이상 그 원인과 책임은 원청 사업주에게 있음을 부정할 수 없으므로, 부당노동행위의 사용자를 해석함에 있어 기본권 침해적 상황을 초래한 자가 누구인지도 고려하여 해석함이 타당하다.

나아가 대상판결은 다음과 같은 일반적 판단기준을 제시하였다.

『 노조법상 단체교섭 의무를 부담하는 사용자에 해당하는지는 사업주가 근로조건인 교섭요구사항에 대하여 실질적으로 결정하거나, 근로자가 해당 근로조건을 사업주의 의사대로 또는 정해진 대로 복종하여 따를 수밖에 없어 사업주가 해당 근로조건을 지배하고 있는지를 기준으로 판단해야 하고, 그러한 판단을 함에 있어서는 씨제이대한통운와 집배점의 관계, 집배점 택배기사의 업무가 상시적·필수적인 업무인지, 씨제이대한통운의 사업체계의 일부로 편입됨으로써 근로조건을 지배하거나 결정하는 씨제이대한통운의 지위가 지속적인지 등을 종합적으로 고려하여야 한다.』

이어 아래와 같이 개별적 교섭의제에 관하여 판단하였다.

교섭요구의제	법원의 판단
① 서브터미널에서 배송상품 인수시간 단축(분류작업 시작 후 일정 시간 내까지만 인수작업을 하고 그 이후에 전달된 배송상품은 익일 배송하며, 익일 배송에 대하여는 불리한 처우를 하지 않을 것) ② 서브터미널에서 집화상품 인도시간 단축(집화상품 인도작업을 위한 대기시간을 30분 이내로 제한할 것) 구체적 요구사항은 중노위 판정문 47～49면 참조	- 집배점 택배기사들의 주요 업무인 배송 및 집화 업무로, 배송상품 인수시간이나 집화상품 인도시간은 서브터미널의 설비(컨베이어벨트, 자동분류장치인 휠소터, 분류레일의 수, 택배차량의 접안 공간 등), 씨제이대한통운과 별도 도급계약을 체결한 간선차량의 수 및 출발시각, 협력업체 소속 분류인력들의 작업 속도, 씨제이대한통운에 의한 분류인력 투입 규모 등에 절대적으로 영향을 받을 수밖에 없으므로 이는 씨제이대한통운이 실질적·구체적으로 지배·결정할 수 있는 사항에 해당함
③ 서브터미널 작업환경 개선(택배기사 1인당 1주차장 보장, 우천시 상품 보호 시설 설치)	서브터미널의 설비에 관한 것으로, 서브터미널 시설의 소유자인 원고가 실질적·구체적으로 지배·결정할 수 있는 사항에 해당
④ 주5일제 실시	- 집배점 택배기사들은 집배점 위수탁계약의 일부인 부속계약서 제13조에 따라 주6일제로 근무하는데, 위 조항은 씨제이대한통운이 집배점주들과 위수탁계약을 체결하기에 앞서 일방적으로 정해둔 것으로, 집배점 위수탁계약 체결 과정에서 그 내용이 변경될 가능성이 없음 - 개별 집배점주들이 이를 준수하지 않을 경우 부속계약서 제19조에 따라 집배점 위수탁계약이 해지될 수도 있기 때문에 개별 집배점주들은 집배점 택배기사들과 운송 위수탁계약을 체결할 때에도 대부분 주6일제 근무를 명시하고 있고, 계약서에 주6일제 근무를 명시하지 않았더라도 집배점 택배기사들은 주6일제로 근무하고 있음 - 씨제이대한통운은 부속계약서 제13조에도 불구하고 2018년 추석 연휴 당시 연휴 직전 토요일을 휴무일로 결정하기도 하는 등 집배점주 및 집배점 택배기사들의 근무일을 결정할 재량을 가지고 있음. - 다만, 집배점에서 개별 집배점 택배기사들의 근무일을 조정함으로써 부분적 주5일제를 시행하는 것이 불가능하지는 않은 점을 감안하면, 씨제이대한통운과 집배점주가 중첩적인 지배·결정 권한을 가진다고 봄이 타당함
⑤ 급지수수료 인상·개선	- 집배점 택배기사가 집배점주로부터 지급받는 수수료는 집배점 위수탁계약에서 정한 '택배집배송 수수료 기준표'에서 정한 급지수수료에 배달 건수를 곱하고, 여기에 다시 운송 위수탁계약에서 정한 수수료율을 곱하여 산정되므로, 급지수수료가 인상될 경우 집배점 택배기사들이 집배점주로부터 받는 수수료 또한 증가하게 됨

	- 위 기준표에 따른 급지수수료는 씨제이대한통운이 개별 집배점주들과 위수탁계약을 체결하기에 앞서 일방적으로 정해둔 것으로, 집배점 위수탁계약 체결 과정에서 그 내용이 변경될 가능성이 없음 - 위 기준표에 따른 따른 급지수수료는 부속계약서 제9조 제3항에 따른 씨제이대한통운과 개별 집배점주들 사이의 서면 합의가 이루어지지 않는 이상 집배점 위수탁계약 체결 이후에도 변경이 불가능하고, 개별 집배점주들이 이를 준수하지 않을 경우 부속계약서 제19조에 따라 집배점 위수탁계약이 해지될 수도 있음 - 위 기준표에 따른 급지수수료는 원고가 자신의 우월한 경제적 지위를 이용하여 일방적으로 정해둔 것으로서 원고가 실질적·구체적으로 지배·결정할 권한이 있다고 보아야 함 - 집배점의 배송급지를 규정하고 있는 배송급지 기준표 또한 원고가 개별 집배점주들과 위수탁계약을 체결하기에 앞서 일방적으로 정해둔 것으로, 집배점 위수탁계약 체결 과정에서 그 내용이 변경될 가능성이 없음 - 개별 집배점주들은 부속계약서 제3조 제2항에 따라 배송급지 기준표를 준수할 의무를 부담하고, 이를 준수하지 않을 경우 이 사건 부속계약서 제19조에 따라 집배점 위수탁계약이 해지될 수도 있음 - 개별 집배점주들과 집배점 택배기사들이 운송 위수탁계약 체결 과정에서 수수료 비율을 달리 정할 수 있더라도 원고가 설정한 고정금액에 의하여 한계가 있을 수밖에 없고, 급지수수료가 인상, 개편될 경우 집배점 택배기사들이 종국적으로 지급받게 될 수수료 금액 또한 증가하므로, 이러한 사정은 씨제이대한통운과 집배점주가 중첩적인 지배·결정 권한을 가지고 있음을 인정할 사유가 될 수 있을 뿐임.
⑥ 사고부책 개선에 관한 건	- 사고부책은 집배점 위수탁계약 및 운송 위수탁계약에 따른 택배상품 배송 과정에서 택배상품이 도난·분실·멸실·파손·오염되는 등의 택배사고가 발생한 경우 씨제이대한통운, 집배점주 및 집배점 택배기사의 손해배상책임 분담 비율을 정한 것으로, 집배점 택배기사들이 집배점주로부터 지급받게 될 수수료와 밀접하게 관련되어 있고, 택배기사들로서는 사고부책이 개선될 경우 택배사고가 발생하더라도 배상금의 감액을 기대할 수 있음 - 사고부책은 씨제이대한통운이 개별 집배점주들과 위수탁계약을 체결하기에 앞서 일방적으로 정해둔 것으로, 집배점 위수탁계약 체결 과정에서 그 내용이 변경될 가능성이 없음

	- 집배점주와 집배점 택배기사는 택배사고가 발생할 경우 사실상 사고부책에서 정한 과실 비율에 구속됨 - 사고부책은 씨제이대한통운이 자신의 우월한 경제적 지위를 이용하여 일방적으로 정해둔 것으로서 실질적·구체적으로 지배·결정할 권한이 있음 - 다만, 사고부책에 따른 기준을 벗어나지 않는 범위 내에서 집배점주와 집배점 택배기사의 합의로 택배사고에 관한 손해배상책임 분담 비율을 변경하는 것이 가능하므로, 씨제이대한통운과 집배점주가 중첩적인 지배·결정 권한을 가지고 있다고 봄이 타당함

2. 근로계약관계설을 채택한 하급심 판결

부산고법 2018. 11. 14. 선고 2018나53149 판결(단체교섭청구의 소)은 근로계약관계설에 입각하여 원청의 단체교섭의무를 인정하지 않았다. 특히 위 사건의 제1심인 울산지법 2018. 4. 12. 선고 2017가합20070 판결은 실질적 지배력설을 취한 현대중공업 대법원 판결이 단체교섭 거부의 부당노동행위 사건에서는 적용되지 않음을 분명히 하고 있다.

[사건의 경과]

전국 단위 산업별 노동조합인 전국금속노동조합(이하 '금속노조'라 한다)이 선박건조 및 수리판매업 등을 영위하는 원청업체인 현대중공업 주식회사(이하 '현대중공업'이라 한다)를 상대로 위 노동조합 산하 사내하청지회 소속 근로자들의 노동조건과 관련한 아래와 같은 내용의 교섭의제에 관하여 단체교섭 요구에 응할 것을 청구한 사건이다.

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 사항

[법원의 판단]

제1심인 울산지법 2018. 4. 12. 선고 2017가합20070 판결은, 단체교섭의 상대방

인 노조법상 사용자란 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 의미한다고 판단하면서, 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다40935 판결, 대법원 1995. 12. 22. 선고 95누3565 판결 등을 인용하였다.

나아가 금속노조가 실질적 지배력설을 채택한 현대중공업 대법원 판결을 들며 현대중공업이 단체교섭에 응할 의무가 있는 사용자에 해당한다고 주장한 것에 대하여, 근로자의 단결권에 대한 침해행위를 예방하고 그 침해를 회복하는 기능을 수행하는 부당노동행위제도의 관점에서 노동3권에 대한 침해행위는 반드시 명시적·묵시적 근로계약관계에 있는 사용자에 의해서만 발생할 수 있는 성격이 아니고, 실질적인 지배·개입행위라는 사실행위로서 얼마든지 발생할 수 있다는 점에서 그 '사용자'의 개념을 해당 근로자의 근로조건에 대하여 실질적인 지배력을 행사하는 주체로 확대할 필요가 있는 반면, 단체교섭제도는 단체협약을 통해 근로계약의 내용을 집단적으로 형성·변경할 수 있는 기능과 가능성을 본질로 하므로, 근로자와 사용자 사이의 개별 근로계약관계의 존재 여부와 밀접한 관련성을 가질 수밖에 없는 점, 노조법은 노동3권의 보장과 실현을 위해 단체교섭제도와 부당노동행위제도를 이중적으로 규율하고 있는데, 전자는 단체교섭에 대한 기본적인 절차와 방법론을 제공하며 근로조건을 형성·변경함으로써 단체교섭질서를 유지하는 것을 그 목적으로 하지만, 후자는 집단적 노사관계질서를 악의적으로 무력화하거나 침해하는 사용자의 행위를 규율함을 목적으로 하므로 부당노동행위제도와 단체교섭제도 속에서 '사용자'의 개념을 도출함에 있어서도 위 각 제도가 각기 다른 목적과 기능을 가진다는 것을 충분히 고려할 필요가 있는 점 등을 근거로, 부당노동행위 주체로서의 '사용자'와 단체교섭 당사자로서의 '사용자'를 동일한 개념으로 해석하기는 어렵다는 입장을 취하였다.

이어 위 판결은 원청업체가 제3자로서 사내 하청업체 소속 근로자에 대하여 노동3권을 침해하는 사실적인 지배·개입행위를 할 수 있는 지위에 있다는 사정만으로 단체교섭을 포함한 집단적 노동관계 일반에 있어 원청업체의 사용자성이 당연히 인정된다고 볼 수는 없고, 앞서 본 바와 같은 단체교섭제도 안에서의 개별 근로계약관계가 갖는 의미, 단체교섭제도의 목적과 기능 등을 고려할 때, 현대중공업이 사내 하청업체 소속 근로자들과의 관계에서 단체교섭 의무가 있는 사용자에 해당하는지는 사내 하청업체 소속 근로자들과 피고 사이에 적어도 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가할 수 있을 정도로 사용종속관계가 있는지 여부에 따라 결정

되고, 이를 판단함에 있어서는 사내 하청업체가 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시 할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하는지, 사내 하청업체 소속 근로자들이 사실상 피고와 종속적인 관계에 있는지, 실질적으로 임금을 지급하는 자와 근로제공의 실질적인 상대방이 피고인지 여부 등을 살펴볼 필요가 있다고 한 뒤, 사실인정을 통해 현대중공업과 사내하청업체 소속 근로자들 사이의 묵시적 근로계약관계를 인정하기 어렵다고 보아 금속노조의 청구를 기각하였다.

이에 금속노조가 항소하였으나 항소심인 부산고법 2018. 11. 14. 선고 2018나53149 판결은 일부 판단을 추가한 외에는 민소법 제420조 본문에 따라 위 제1심판결을 인용하여 항소를 기각하였다. 위 사건은 현재 대법원 2018다296229호로 상고심 계속 중이다.

3. 실질적 지배력설을 채택한 중앙노동위원회의 판정

가. 중노위 씨제이대한통운 판정[497]

위 판정은 앞서 본 서울행정법원 2021구합71748 판결의 심판대상 판정으로, 노동3권을 보장한 헌법 제33조 제1항의 규정 및 그 규범적 의미, 노조법의 입법취지, 실질적 지배력설을 취한 현대중공업 대법원 판결의 법리, 노조법상 근로자의 범위를 확대해 온 일련의 대법원 판결의 법리, 노동3권의 실현이라는 관점에서 노조법상 사용자의 범위를 해석·적용해야 할 당위성, 다면적 노무제공관계 하에서의 단체교섭권 보장의 필요성 등을 종합적으로 검토한 다음, '노조법상 단체교섭의무를 부담하는 사용자에 해당하는지는 헌법상 기본권인 단체교섭권을 구체적으로 실현하는 관점에서 노무제공관계의 실질에 비추어 단체교섭의 대상인 노동조건 등을 지배·결정하는 자가 누구인지를 기준으로 판단하여야 한다. 따라서 노조법상 노동조합의 단체교섭 요구에 응낙할 의무와 이와 관련한 단체교섭 거부·해태의 부당노동행위 금지의무의 수규자인 사용자는 기본적으로 노무제공자와 근로계약 내지 사용종속적인 노무제공계약을 체결한 원사업주라 할 것이나, 원사업주 이외의 사업주라 할지라도 원사업주 소속 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 일정 부분 실질

497) 중노위 2021. 6. 2.자 중앙2021부노14 판정.

적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자는 그 법률적 또는 사실적인 권한과 책임의 한도 내에서 노동조합법상 단체교섭 의무를 부담하는 사용자로 인정된다'라는 결론에 이르고 있다.

또한, 위 판정은 원사업주 이외의 사업주가 원사업주 소속 근로자의 기본적인 노동조건 형성, 사업장의 유해·위험요소 관리, 작업배치나 업무방법의 기준 설정 등에 대해 일정한 지배력·결정권 등을 보유·행사하는 경우, 그 범위 내에서 노조법상 '부분적'인 사용자 책임을 원사업주와 '중첩적'으로 분담하여야 한다고 판단하였다.

나아가 위 판정은 구체적으로 씨제이대한통운이 노조법상 단체교섭의무를 부담하는 사용자에 해당하는지는 노동조합의 각 교섭요구 의제에 대해 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는지를 기준으로 하되, 이에 더해 대리점 택배기사의 노무가 씨제이대한통운의 사업 수행에 필수적이고 그 사업체계에 편입되어 있는지 여부, 대리점 택배기사의 노동조건 등을 단체교섭에 의해 집단적으로 결정하여야 할 필요성과 타당성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다는 기준을 제시하였고, 이에 비추어 노동조합이 요구한 위 여섯 가지 교섭의제 중 ①, ②, ③ 의제는 씨제이대한통운이 압도적인 지배력, 영향력을 행사하고 있다는 점을 인정하였고, 나머지 ④, ⑤, ⑥ 의제는 씨제이대한통운과 집배점주가 중첩적으로 지배력, 영향력을 가진다고 하여 씨제이대한통운의 부분적 지배력, 영향력을 인정하였다.

다만, 위 판정은 원사업주 이외의 사업주가 단체교섭 당사자로 인정되는 경우의 교섭방식과 절차 등에 관해서는 현행 노조법에서 이를 구체적으로 규정하지 못하고 있는 입법 흠결 상황이 있다고 보고, 헌법 제33조 제1항과 제37조 제2항, 노조법 제29조 내지 제29조의3 등의 취지를 고려하여 근로자의 노동3권을 실질적으로 보장하고 그 본질적 내용이 침해되지 않도록 해석·적용하여야 한다는 원론적인 입장만을 밝혔다.

나. 중노위 현대제철 판정[498]

1) 사건의 경과

498) 중노위 2022. 3. 24.자 중앙2021부노268 판정.

현대제철 주식회사(이하 ‘현대제철’이라 한다)는 철근, 형강, 강관 등 철강제품을 제조하는 회사로, 25개(재심신청일 기준)의 사내하청업체들과 주요 제조공정의 직·간접적 지원 업무들에 관하여 도급계약을 체결하였고, 사내하청업체 소속 근로자들은 현대제철의 사업장인 당진공장, 포항공장, 순천공장 등에서 노무를 제공하고 있다.

전국금속노동조합(이하 ‘금속노조’라 한다)은 전국의 금속 관련 산업 등에 종사하는 근로자를 조직 대상으로 하는 전국단위 산업별 노동조합으로, 충남지부 산하에 당진공장에서 노무를 제공하고 있는 사내하청업체 소속 비정규직 근로자 3,756명으로 조직된 현대제철비정규직지회(이하 ‘비정규직지회’라 한다)를 두고 있다.

금속노조는 2021. 7. 9. 현대제철을 상대로 비정규직지회 소속 근로자들의 노동조건과 관련한 아래와 같은 내용을 교섭의제로 하여(크게 ① 산업안전보건, ② 차별시정, ③ 불법파견 해소, ④ 자회사 전환 관련 등 사항으로 나눌 수 있다) 단체교섭을 요구하였으나 거부당하자 충남지방노동위원회에 2021부노46호로 부당노동행위 구제신청을 하였다.

제1조(산업안전보건) 회사는 간접고용비정규직노동자들의 안전하게 일할권리 보장을 위해 간접고용비정규직노동자를 포함한 안전관리 시스템을 구축한다.
1. 원·하청 공동 산업안전보건위원회를 구성하고 정기적으로 운영한다.
2. 원청과 동일하게 작업중지권을 보장하고 불이익 처우를 하지 않는다.
3. 유해·위험작업을 외주화하지 않는다.
4. 현장 내 휴게 공간 확보 및 필요용품(정수기, 냉·난방기, 공기청정기 등) 설치한다.
5. 작업성 질병 판정에 대한 전수조사와 예방대책 수립 및 보상을 위한 협의체를 구성하고 논의한다.
제2조(차별시정) 회사는 19년 1월 국가인권위원회 차별시정 권고 결정에 따라 복지후생에 있어 정규직과 차별하지 않고 아래의 항목에 대해 정규직과 동일하게 지급한다.
1) 의료비 지원 및 의료시설 이용
2) 복지카드
3) 장애 자녀 교육비 지원 등
4) 학자금 지원
5) 차량구입비 지원(차량 출입증 등)
6) 경조비 지원
7) 주택자금 대출(독신자 숙소 지원)
8) 하계휴양소
9) 임금, 성과급, 격려금, 교섭타결금, 상품권, 통상임금(과거분, 미래분)
10) 노동절 선물 등
제3조(직접고용 원칙 및 불법파견 정규직 전환) 회사는 상시·지속업무는 정규직으로 전환하며, 불법파견 해결방안을 조합과 논의하여 결정한다.
1. 해고자를 즉각 원직 복직시킨다.

2. 사내하청 노동자들을 현대제철 정규직으로 전환한다. 3. 2021년 내 불법파견 문제 해결을 위해 비정규직지회를 포함한 교섭틀을 만들고 성실하게 임한다. - 별도 요구안 현대제철은 일방적인 자회사 채용을 중단하고 비정규직지회와 협의하여 결정한다.

충남지방노동위원회는 2021. 11. 11. 위 부당노동행위 구제신청을 기각하였고, 금속노조가 이에 불복하여 중앙노동위원회 2021부노268호로 재심신청을 하였다.

2) 중앙노동위원회의 판단

중앙노동위원회는 2022. 3. 24. 위 씨제이대한통운 판정에서 설시한 법리와 판단 기준을 재차 확인한 다음, '산업안전보건 의제'에 대하여는 현대제철이 사내하청 근로자들의 작업내용과 작업환경에 대해 상당한 정도의 지배·결정력을 보유·행사해 왔으므로 노조법상 사용자의 지위에 있으나, 나머지 교섭요구 의제들에 대해서는 현대제철의 교섭의무가 인정된다고 보기 어렵다고 판단하였다. 나아가 소속 근로자들에 대해 기본적인 안전배려 의무를 부담하는 사내하청업체 또한 위 산업안전보건 의제에 대하여 상당 부분 지배·결정권을 가지므로, 산업안전보건 의제에 대한 교섭의무는 현대제철과 사내하청 사용자에게 중첩적으로 귀속된다고 보았다.[499]

교섭요구의제	중앙노동위원회의 판단
① 산업안전보건 의제 ㉮ 원·하청 공동 산업안전보건위원회 구성 및 운영 ㉯ 원청과 동일한 작업중지권 보장 및 불이익 처우 금지 ㉰ 유해·위험 작업 외주화 금지 ㉱ 현장 내 휴게 공간 확보 및 필요용품(정수기, 냉·난방기, 공기청정기 등) 설치 ㉲ 작업성 질병 판정에 대한 전수조사와 예방대책 수립 및 보상을 위한 협의체 구성	- 근로자들의 안전 및 보건의 유지·증진, 산업재해의 예방과 보상 등에 관한 사안으로 노동조건에 해당함 - 이 사건 하청근로자들은 현대제철의 사업장 내에서 노무를 제공하고 있고, 노무제공의 대상은 현대제철의 주요 제조공정을 직·간접적으로 지원하는 업무들이므로 원청의 사업 수행에 필수적이고 철강 제조공정 체계에 상시·지속적으로 편입되어 있다고 볼 수 있음 - 원청 근로자들과 사내하청 근로자들이 수행하는 '작업내용'이 구조적·기능적으로 연동 내지 연계되어 있으며, 원청 근로자들과 사내하청 근로자들은 원청인 현대제철이 전체적인 시설관리권을 보유·행사하는 같은 사업장 내에서 부분적이라도 복잡·다양한 산업재해 위험원에 함께 노출될 수 있는 공통의 '작업환경'에 놓여 있음 - 현대제철은 하청 근로자들에게도 적용되는 안전 관련

499) 원청업체인 현대제철 주식회사가 이에 불복, 행정소송을 제기하여 현재 서울행법 2022구합69230호로 제1심 계속 중이다.

	절차 내지 지침을 정하여 준수하게 하였고, 사내하청업체를 대상으로 한 지속적인 안전점검 및 평가기준 등을 마련해왔으며, 상당수 사내하청업체들이 원청 소유의 크레인, 특수 궤도차량, 각종 전산 장비, 롤 등 생산수단을 이용하여 수급업무를 수행하고 있음 - 사업장 내 복잡·다양한 유해·위험 요인에 대한 포괄적이고 종합적인 관리·통제가 필요하며, 이 사건 사업장 내 사내하청 근로자들의 사망·상해 등 산업재해가 끊임없이 발생하고 있는 점 등에 비추어 보면, 원청인 현대제철이 사내하청 근로자뿐만 아니라 원청 근로자를 조합원으로 하는 금속노조의 관련 단체교섭 요구에 사내하청업체 사용자와 함께 응함으로써 노사 공동으로 원·하청 근로자들의 생명과 건강에 관한 노동조건을 더불어 개선할 필요성과 타당성도 큼.
② 차별시정 의제 ㉮ 의료비 지원 및 의료시설 이용 ㉯ 복지카드 ㉰ 장애 자녀 교육비 지원 등 ㉱ 학자금 지원 ㉲ 차량구입비 지원(차량 출입증 등) ㉳ 경조비 지원 ㉴ 주택자금 대출(독신자 숙소 지원) ㉵ 하계휴양소 ㉶ 임금, 성과급, 격려금, 교섭타결금, 상품권, 통상임금(과거분, 미래분) ㉷ 노동절 선물 등	- 차별시정의 대상이 되는 임금, 성과급, 기타 복리후생적 금품 제공에서의 합리적 이유 없는 차별이 존재하고, 당해 차별시정 대상 항목들에 대한 원청의 실질적이고도 구체적인 지배·결정력이 인정되어야 하는데 그에 관한 증명이 부족하므로, 현대제철이 '차별시정 의제'에 관하여 교섭의무를 부담한다고 볼 수 없음 - 투입인력과 생산물량에 대한 원청의 결정력이 존재한다는 노조의 주장을 수용하더라도, 원청과 사내하청업체 간 체결한 도급계약이 실제 투입 인원 수에 따라 도급대금이 결정되는 인력중심의 용역계약 내지 단순 노무도급이라는 점이 구체적으로 증명되지 않았고, 그 외 도급대금에서 하청 근로자들의 인건비가 차지하는 비중이나 생산물량에 따른 하청 근로자들의 인건비 증감 간의 상관관계가 불명확하므로 현대제철에 의한 사내하청 근로자들의 임금 등의 지배·결정력을 단언할 수 없음 - 현대제철이 하청 근로자들에 대한 성과급을 결정하였다는 점이 명확히 증명되었다고 보기는 어려움 - 금속노조는 임금 등에 관한 원청의 지배·결정력을 전제로 복리후생 또한 사내하청업체 단독으로 결정할 수 없음을 주장하고 있을 뿐, 구체적으로 복리후생에 관한 세부 내용을 특정하여 원청의 실질적이고도 구체적인 지배·결정력의 행사 등에 관하여 주장·증명하지 않음
③ 불법파견 해소 ㉮ 해고자 즉시 원직 복직 ㉯ 사내하청 노동자들의 정규직(현대제철) 전환 ㉰ 불법파견 문제 해결을 위해 비정규직지회를 포함한 교섭틀	- 이는 사내하청 근로자들의 지위에 중대한 변화를 초래할 수 있는 가장 중요한 노동조건임 - 불법파견 해소 교섭의제는 원청과 사내하청체들 간 체결된 도급계약의 실질이 사실상 근로자파견계약에 해당하고, 원청의 직접고용의무가 존재함으로써 이 사건 사용자에게 '불법파견 해소 의제'에 관해서 구체적으로 지배·결

을 만들고 성실하게 임할 것	정할 수 있는 지위가 있음을 전제로 인정될 수 있는데, 현재 이 사건 사용자를 상대로 한 별건 불법파견 소송이 계속 중이고 확정판결은 없는 점, 그 밖에 이 사건 노동조합이 재심신청과 관련하여 근로자 파견관계 내지 불법파견관계에 관한 명확한 주장을 한 바 없고, 달리 이를 인정할 만한 입증자료 또한 제출하지 않은 점 등을 고려할 때, 현대제철에 '불법파견 해소 의제'에 대한 실질적이고 구체적인 지배·결정력이 인정된다고 보기 어려워 교섭의무를 부담한다고 단정할 수 없음
④ 자회사 전환 관련 등 - 일방적인 자회사 채용을 중단하고, 비정규직지회와 협의하여 결정	- 이 부분 의제는 이 사건 사용자가 자회사 고용 시 제시하는 '임금 수준 등 근로조건'과 '현재 진행 중인 근로자지위확인 소송의 취하 및 부제소 특약 체결' 등과 연계되어 있다는 점500)에서 하청 근로자들의 중요한 노동조건에 관한 사항에 해당함 - 이 사건 사용자와 하청 근로자들 간의 근로자파견관계가 인정되고, 사용자의 직접고용의무가 존재할 경우, '자회사 전환 의제'에 관해서도 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있어 당해 의제에 대한 교섭의무를 부담한다고 인정할 여지가 있음 - 그러나 별건 불법파견 소송의 1심이 계류 중이고 그 외 확정판결은 존재하지 않으며, 달리 이 사건 사용자가 자회사로 전환을 원치 않는 하청 근로자들의 고용 등에 관한 사항에 대해 실질적이고 구체적인 지배·결정력을 보유·행사했는지에 관해서는 증명이 충분하게 이루어지지 않은 점 등을 고려할 때, 이 사건 사용자가 '자회사 전환 의제'에 관하여 교섭의무를 부담한다고 단정할 수 없음.

한편, 중앙노동위원회는 씨제이대한통운 판정의 원론적 입장에서 더 나아가 원청의 하청노조에 대한 단체교섭의무가 인정될 경우 어떻게 교섭창구 단일화 절차를 거칠 것인지에 관하여도 입장을 분명히 하였다. 즉, 교섭창구 단일화 제도는 사용자가 아니라 교섭단위인 '사업 또는 사업장'을 대상으로 적용되는 제도로서, 하청노조의 단체교섭 상대방이 하청 사용자뿐만 아니라 원청 사용자까지 확대되더라도 단체교섭 대상은 하청근로자들의 노동조건임에는 변화가 없으며 근로자들의 이해관계의

500) 금속노조는 노동위원회 심문회의에서 '자회사 전환은 현대제철이 하청 근로자들의 정규직 전환 요구를 봉쇄하기 위한 수단으로 설립하였다고 볼 수 있다. 이 사건 사용자는 50% 수준의 임금을 80%로 상승시키는 조건으로 계속 중인 근로자지위확인 소송을 취하하고 부제소특약을 체결하며 고용의무 이행에 관한 확약서 제출을 요구하였다. 현대제철은 자회사에 의한 고용을 추진하면서 14개 사내하청업체들과 도급계약을 해지하였는데, 자회사로의 고용을 원치 않은 하청 근로자들은 기존에 소속된 사내하청업체들로부터 사업종료 및 근로관계 종료 통지를 받게 되었다'라고 주장하였다.

공통성을 기반으로 교섭대표노동조합을 정해야 하는 교섭단위는 하청 근로자들이 종사하는 '하청 사업'으로 그대로 유지되므로, 하청노조가 '하청 사업'이라는 교섭단위에서 교섭창구 단일화 절차를 거쳤다면 노조법에서 요구되는 교섭창구 단일화 의무를 충족한 것이고, 이러한 절차를 거쳐 확정된 교섭대표노동조합은 하청 사용자뿐만 아니라 하청 근로자의 노동조건에 대해 실질적이고 구체적인 지배·결정력을 가지는 원청 사용자에게도 교섭을 요구할 수 있다고 하였다.

다. 중노위 롯데글로벌로지스 판정[501]

1) 사건의 경과

롯데글로벌로지스 주식회사(이하 '롯데글로벌로지스'라 한다)는 전국 롯데슈퍼 점포로 식료품, 공산품 등 각종 상품을 운송하는 업무를 수행하기 위해 약 11개의 개별 운송사들과 2년 단위로 운송도급 기본계약을 체결하고 지역별·상품별 운송업무 일체를 위탁해오고 있다.

롯데글로벌 로지스틱스 노동조합(이하 '지입차주 노동조합'이라 한다)은 개별 운송사들(9곳)과 '화물자동차 운송사업 표준 위·수탁계약'을 체결하고 롯데글로벌로지스가 운영하는 물류센터로부터 상품을 인수하여 전국 각지의 롯데슈퍼로 배송하는 지입차주들로 구성된 전국단위 노동조합이다.

지입차주 노동조합은 2022. 4. 4. 롯데글로벌로지스를 상대로 단체교섭을 요구하였으나 거부당하자 경기지방노동위원회에 2022부노44호로 부당노동행위 구제신청을 하였다. 다만, 지입차주 노동조합은 단체교섭을 요구하면서 교섭의제를 구체적으로 특정하여 제시하지 않았다.

경기지방노동위원회는 2022. 8. 3. 구제신청을 기각하였고, 지입차주노동조합은 이에 불복하여 중앙노동위원회 2021부노156호로 재심신청을 하였다.

2) 중앙노동위원회의 판단

중앙노동위원회는, 기본적으로 지입차주들이 제공하는 노무는 롯데글로벌로지스의 운송업무 수행에 본질적인 요소로서 필수적이고 사용자의 물류 배송 체계에

501) 중노위 2022. 12. 6.자 중앙2022부노156 판정.

상시·지속적으로 편입되어 있다고 볼 수 있고, 롯데글로벌로지스가 업무합의서 형태를 통해 지입차주들의 노동조건의 대략적 내용을 결정하고, 이후 합의된 조건을 개별 운송사들과 체결하는 운송도급계약을 토대로 구체화 한 점, 통상의 동종 업계의 거래구조와는 달리 이 사건에서는 개별 운송사들과 지입차주들이 체결한 위·수탁계약의 내용에 노동조건에 관한 규정이 거의 없는 점, 롯데글로벌로지스가 대다수 물류센터에서 일일배차표를 직접 작성하여 지입차주들에게 공지한 것으로 인정되고, 지입차주들이 참여하고 있는 카카오톡 단체대화방을 통해 결행 등 약정 위반 방지 촉구, 상차 매뉴얼과 상차 조정시간 등에 관한 회사의 공지사항과 주의사항 등을 전달해 오는 등 개별 운송사들이 수행하는 수급업무의 결과에 대한 검수·통제를 넘어서 지입차주들의 배송업무 수행 과정에 대하여 개입하여 온 점 등을 종합적으로 고려한다면, 지입차주 노동조합 조합원들의 노동조건을 실질적·구체적으로 지배·결정하는 자로서 위 노동조합에 대한 단체교섭의무를 부담하는 노조법상 사용자에 해당하나, 지입차주 노동조합이 교섭요구 당시 구체적인 교섭 의제를 제시하지 않았다는 점 등을 종합적으로 고려한다면, 단체교섭 요구를 거부한 것에 정당한 이유가 존재한다고 볼 수 있다는 이유로 지입차주 노동조합의 재심신청을 기각하였다.[502]

3) 평가

위 사건은 앞선 씨제이대한통운 및 현대제철 사건에서 원청이 노조법상 단체교섭의무를 부담하는 사용자에 해당하는지는 노동조합의 각 교섭요구 의제에 대해 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는지를 기준으로 하여야 한다는 입장에 따라 노동조합이 교섭의제를 특정하지 않은 채 단체교섭을 요구할 경우에는 이를 거부할 수 있다고 판단한 것이다. 다만, 교섭의제를 기준으로 하는 것이 원칙이라면 교섭의제가 특정되지 않는 상태에서 노조법상 사용자에 해당하는지 여부를 더 들어가 판단하지 않는 것이 논리적으로 일관되고, 이 경우에도 하청근로자들의 근로조건 전반을 살펴 노조법상 사용자인지 여부를 판단하게 된다면 실질적 파견의 법리로 회귀할 여지가 있어 기준의 혼란을 초래할 수 있다.

---

502) 이 사건에서는 지입차주들이 노조법상 근로자에 해당하는지 여부도 다투어졌는데(신청인적격), 중앙노동위원회는 이를 인정하였다.

라. 중노위 대우조선해양 판정[503]

1) 사건의 경과

대우조선해양 주식회사(이하 '대우조선해양'이라 한다)는 조선업을 영위하는 회사로, 69개의 하청업체들과 후행도장·탑재·발판·조립·선행의장 등의 제조 관련 업무에 관한 도급계약을 체결하고, 약 30개의 하청업체들과 그 외 설계 및 생산지원 등의 업무에 관한 도급계약을 체결하였다,

전국금속노동조합은 그 산하에 전국금속노동조합 거제통영고성조선하청지회(이하 '사내하청 지회'라 한다)를 두고 대우조선해양과 후행도장·탑재·발판·조립·선행의장 등의 제조 관련 업무에 관한 도급계약을 체결한 22개의 사내하청업체 소속 근로자 약 400명이 가입하여 활동하고 있다.

금속노조는 2022. 4. 22. 대우조선해양에 아래 6가지 교섭의제에 관하여 단체교섭을 요구하였으나 거부당하자 경남지방노동위원회 2022부노14호로 부당노동행위 구제신청을 하였다.

> 제2조(성과급 지급)
> ① 회사는 대우조선해양 경영 성과에 따른 성과금을 모든 노동자(물량팀 포함)에게 매년 5월 중에 지급한다.
> ② 성과급 지급 기준 및 지급액은 단체교섭으로 정한다.
> 제3조(학자금 지급)
> ① 일당제 노동자도 시급제 노동자와 동일한 기준으로 자녀 학자금을 지급한다.
> ② 학자금 지급 기준 근무기간은 대우조선해양 전체 근무기간으로 한다.
> 제4조(노동조합 활동 보장)
> ① 회사는 전국금속노동조합 거제통영고성조선하청지회(이하 '조선하청지회'라 한다) 임원, 집행위원, 대의원의 ㈜대우조선해양 출입을 사내하청업체 소속 여부와 무관하게 자유로이 허용한다.(단, 지회 집행위원, 대의원의 경우 사전에 회사에 통지한다)
> ② 회사는 노동조합 활동 보장을 위해 조선하청지회가 지정하는 방송차(1톤 윙바디 탑차) 1대와 업무용 승합차 1대의 ㈜대우조선해양 출입과 사내 운행을 자유로이 허용한다.
> ③ 회사는 ㈜대우조선해양 사내에 조선하청지회 사무실을 제공하며, 사무실의 기본적인 유지관리비를 부담한다.
> 제5조(노동안전)
> ① 회사는 산업안전보건위원회 회의 개최시 전국금속노조 대우조선지회와 동등한 자격으로 조선하청지회의 참석을 보장한다.
> ② 회사는 사내외에서 재해가 발생하여 사고조사를 할 경우, 또한 사고 재발 방지를 위해 RCA 회의를 개최할 경우, 전국금속노조 대우조선지회와 동등한 자격으로 조선하청지회의

503) 중노위 2022. 12. 30.자 중앙2022부노139 판정.

사고조사 참여 및 RCA 회의 참석을 보장한다. 제6조(취업방해 금지) ① 회사는 노동조합 활동, 산재신청 등 어떤 이유로든 하청노동자의 자유로운 취업을 방해하지 않는다. ② 회사는 하청노동자에 대한 블랙리스트는 존재하지 않으며, 앞으로도 작성하지 않음을 확약한다.

경남지방노동위원회는 2022. 6. 23. 위 부당노동행위 구제신청을 기각하였고, 금속노조가 이에 불복하여 중앙노동위원회 2022부노14호로 재심신청을 하였다.

2) 중앙노동위원회의 판단

중앙노동위원회는 2022. 12. 30. 대우조선해양이 사내하청 지회에 대하여 단체교섭의 상대방인 노조법상 사용자에 해당한다고 판단하고, 이를 거부한 행위를 부당노동행위로 인정하였으나 앞선 판정들과는 다른 기준으로 사용자성 여부를 판단하고 있으며, 단체교섭에 있어서 원청의 지위를 매우 제한적으로 확정하고 있다.

먼저, 위 판정은 사내하청 근로자들의 근로조건 결정에 원청 사용자가 도급계약을 매개로 하여 간접적인 방법으로서, 그러나 결정적으로 관여하는 경우라면 하청업체가 아무리 노동조합과 단독으로 합의하더라도 그 이행 자체를 기대할 수 없으며 실효성 있는 합의를 기대하기 위해서는 원청 사용자의 단체교섭에서의 당사자 지위를 인정하여 당해 교섭에 임하도록 함으로써 원하청의 불대등성 관계나 원청근로자들과 하청근로자들 간의 근로조건 격차의 정도를 조금이나마 줄일 필요가 있다는 점을 인정하면서도, 이때 원청의 사용자성을 판단하는 기준으로 작용하는 실질적 지배력이란 그 의미가 추상적이고 판단 주체에 따라서 다의적이거나 심지어는 자의적으로 사용될 여지가 있어 법적 안정성을 해할 우려가 있음을 지적한다. 이에 근로계약관계 내지 근로자파견관계에 관한 실질적 판단기준으로서가 아니라 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598 판결(학습지교사 판결) 등에서 노조법상 근로자 여부를 판단하기 위해 사용되는 완화된 판단요소를 사용하여 원청과 하청근로자들이 하청업체를 매개로 이와 유사한 관계를 형성하고 있는지를 종합하여 하청근로자들로 조직된 노동조합이 원청에 대하여 단체교섭을 요구할 수 있는지 여부를 판단하여야 한다는 새로운 법리를 제시하였다.

나아가 이와 같은 법리를 기초로 사실인정을 거쳐 '사내하청 근로자들은 사내하청 협력사와 함께 전적으로 원청 사용자에 경제적으로 종속되는 관계에 놓여 있

으며, 그와 더불어 선박 건조의 전체 공정 진행과 균등한 품질 유지를 확보하기 위한 원청 사용자의 간접적인 통제 관리 하에서 사내하청 근로자들의 노무제공이 이루어지고 있음을 인정할 수 있으므로, 노조법상 근로자의 지위에 준하는 관계가 사내하청 협력사를 매개로 하여 원청과 사내하청 근로자들 사이에서도 형성'되어 대우조선해양은 사내하청지회에 대한 단체교섭의무를 부담하는 노조법상 사용자의 지위를 보유하고 있다는 결론에 이른다.

또한, 위 판정은 원청에 단체교섭에서의 당사자 지위가 인정되더라도 독자적인 교섭의무가 인정되거나 단체협약을 체결할 수 있는 의무가 인정되는 것은 아니라고 본다. 그 근거로는 중층적 노무제공관계에서의 사용자의 외연을 노조법의 해석을 통해서 확장하더라도 노조법상 사용자 개념의 확장의 문제가 아직 입법적으로 해결되지 않은 상황에서 이는 최소한에 머무는 것이 바람직하며, 단체교섭 의무를 부담하는 사용자의 범위를 넘어서 노동조합법상 다른 체계에까지 이러한 해석의 틀을 적극 확대하는 것은 적절하지 않고, 단체협약 체결 당사자 문제나 교섭이 결렬되었을 때 전개되는 쟁의권 확보 및 단체행동의 후속 문제들에 대해서는 원사업주인 사내하청 협력사를 중심으로 판단하여야 하고, 그렇게 하는 것이 현재로서는 불가피하기 때문이라고 한다.

위 판정은 원청과 하청근로자 사이에 노조법상 근로자의 지위에 준하는 관계가 인정되는 이상 교섭의제별로 구분하여 의무의 존재 여부를 판단할 필요가 없다고 보아 앞선 판정들과는 달리 교섭의제별로 구체적인 판단을 하지 않았다.

3) 평가

이 사건에서 중앙노동위원회는 '실질적 지배력'이라는 판단기준이 추상적이고 불명확하여 "단체교섭 당사자의 지위 확정을 위한 법적 기초로 삼기에는 적절하기 않은 점"을 들어서 "적어도 실질적 지배력을 긍정하는 입장이 내세우는 지향점을 고려하더라도 단체교섭의 당사자 확정과 관련한 판단에서는 좀 더 구체적인 기준 제시가 불가피"하다고 본다. 그리고 그 기준으로 노조법상 근로자성을 상대적으로 넓게 인정하는 있는 법해석적 관점과 파견법 제정을 통하여 비로소 근로계약 관계 당사자가 아닌 제3자로서 사용사업주에게 사용자의 책임을 인정할 수 있게 된 파견법의 입법취지를 결합하여 "노조법상 근로자 판단에 사용되는 완화된 요소에 기초하여, 직접 법률관계의 당사자가 아니지만 집단적 자치의 보호 필요성이 인정되는 경우 원청의 단체교섭 의무를 인정함으로써 원청과 사내하청 근로자들 간에도 집단

적 자치 관계가 확대 적용할 수 있도록 유추해석함이 타당하다"고 하고 있다. 이러한 논리가 하청근로자가 원청에 대하여 단체교섭을 요구함에 있어 노조법상 근로자로서의 지위를 새로이 획득해야 한다는 것인지, 원청과 하청근로자 사이에 파견에 준하되 다만 집단적 노사관계 차원에 한정되는 어떠한 새로운 법률관계를 의제해야 한다는 것인지, 대법원이 제시하는 노조법상 근로자 개념의 판단요소를 '실질적 지배력'이라는 판단기준을 대체하는 수단으로 활용하자는 것인지, 그 의미를 정확히 파악하기 어렵다.

위 중앙노동위원회 판정이 제시하는 판단기준이 현대중공업 대법원 판결, 앞선 다른 중앙노동위원회 판정들의 판단기준보다 사용자성 판단의 엄격성을 완화 또는 강화려고 하는 것인지, 지배·개입의 주체로서의 사용자보다 그 범위를 좁히려는 것인지, 아니면 단체교섭의 당사자라는 지위의 확정이라는 점을 고려하여 논증의 정확도를 제고하려고 한 것인지도 명확하지 않다.[504]

여하튼 위와 같은 논리구조로 원청의 사용자성 판단에 노조법상 근로자성 판단기준을 사용하게 되면, 씨제이 대한통운사건 제1심 판결과 중앙노동위원회 판정과 같이 '교섭의제별'로 원청 사용자가 실질적으로 구체적인 지배·결정할 수 있는 지위에 있는지를 판단할 필요가 없어진다. 실제로 중앙노동위원회 위 판정은 교섭의제별로 원청이 교섭의무를 지는지를 판단하여야 한다는 원청의 주장을, 원청은 하청근로자에 대해서 단체교섭의 상대방으로서 사용자의 지위가 인정된다는 이유로 간단히 배척하고 있다. 이에 따르면 교섭의제별로 지리한 법적 공방을 하지 않더라도 전면적 단체교섭이 가능해진다.

그런데 문제는 중앙노동위원회의 위 판정은 더 나아가 원청은 단지 하청과 공동으로 교섭에 참여하여야 할 의무만을 부담할 뿐 독자적으로 단체교섭의 당사자가 되지 않는다고 보고 있다는 것이다. 결국 하청노조는 원청과 단체교섭만이 가능할 뿐 단체협약을 체결하거나 단체행동을 할 수 없다는 것인데, 이는 현행 노조법 체계에서는 불가피한 결론이라 한다. 노조법의 사용자 개념은 노조법 전체를 관통하는 개념이고, 노조법상 사용자는 집단적 노사관계에서 근로자나 노동조합과의 관계에서 그 상대방이 되는 당사자임에도 오직 단체교섭의 상대방으로서 사용자성만을 인정하겠다는 이러한 결론 자체가 현행 노조법 체계에 맞지 않을 뿐만 아니라 헌법이 보장하고 있는 하청근로자의 단체행동권을 부당하게 제한하는 해석이어서 받아들이기 어렵다.

504) 정영훈, 앞의 글(2023. 5.), 26면.

제5장 사내하청과 단체교섭권의 실현

제1절 실질적 지배력설에 기초한 원청의 사용자성 인정

1. 헌법에 근거한 규범적 요청—하청근로자의 단체교섭권 보장

헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”라고 규정하고 있다.

단결권과 단체행동권이 그 권리행사의 상대방에게 일정한 수인의무를 발생시키는 것과 달리, 단체교섭권은 그 권리행사의 상대방에게 단체교섭 응낙의무라는 작위의무를 부담시킨다. 그런데 노동3권의 행사 목적은 ‘근로조건의 향상’을 위한 것임을 헌법에서 규정하고 있다. 그렇다면 단체교섭의 상대방은 근로조건을 결정할 수 있는 자여야 한다. 이면적 고용관계를 전형적인 근로관계로 전제로 하였던 기존의 노동법 해석에서는 근로자의 근로조건을 결정할 수 있는 자를 근로계약을 체결한 직접 상대방인 사용자로 상정해왔지만, 간접고용 하에서는 원청 내지 사용사업주도 근로조건을 결정하는 범위 내에서는 단체교섭의 상대방이 되어야 한다.

하청근로자의 단체교섭권은 자유권으로서 ‘기본권의 최소제한의 원칙’내지 ‘기본권의 최대한 보장’이라는 원칙이 적용되고, 근로조건의 결정에 아무런 실질적 권한이 없는 하청을 단지 근로계약관계의 당사자라는 이유만으로 하청만이 단체교섭의 상대방인 사용자라고 해석한다면, 하청근로자의 단체교섭권은 유명무실해진다.

하청근로자의 단체교섭권을 보장할 필요성은 단순히 결과적 타당성이나 정책적 필요성에 기인한 것이 아니라 헌법에 근거한 규범적 요청이다.

2. 법률 해석의 준거로서 ILO 국제노동기준의 적용

앞서 본 바와 같이 결사의 자유 위원회 결정 요약집(2018)에 기재된 결정 요지, 결사의 자유위원회의 Case No. 2062에서의 구체적 판시 및 권고, 그 밖에 하청근로자를 비롯한 다양한 형태의 고용관계 출현에 대한 ILO의 대응(입법적 흠결을 보완

하기 위한 단체교섭권의 필요성과 효율성 강조) 등을 종합하면, ILO는 하청근로자가 자신의 고용조건을 결정할 수 있는 원청에 대하여 단체교섭권이 있다고 인정하는 한편, 단체교섭권 인정 여부에 계약상 지위(contractual status) 유무는 중요한 고려 요소가 아니라는 입장을 취하고 있다.

따라서 원청이 하청근로자에 대한 단체교섭의 상대방이 될 수 있는지 여부에 관한 근로계약관계설과 실질적 지배력설의 대립 중 ILO의 입장과 친화력을 지닌 것은 실질적 지배력설이라고 볼 수 있다.

신자유주의 사조의 확산과 노동시장의 유연화 경향, 분업의 고도화 등에 따라 고용형태가 다양해지고 그에 따른 노동보호가 약화됨에 따라 그 대처 방법은 국제사회가 함께 풀어가야 할 중요한 문제로 대두되었다. 기업이 경영의 효율성을 기하기 위하여 다양한 형태의 고용관계를 활용하는 것 자체를 나무랄 수 없지만, 그렇다고 하여 그 과정에서 발생하는 노동보호의무 자체를 면하거나 회피할 수는 없다. 예컨대 원청이 하청근로자의 근로조건을 결정할 수 있는 실질적인 지배력을 갖고 있는 한 그 한도에서 원청에 필연적으로 내재할 수밖에 없는 '사용자성'을 벗어버리는 것은 불가능하기 때문이다.

ILO는 이 점에 주목하여 1990년대 후반부터 계속 양자 사이의 균형점을 찾기 위한 노력을 계속하여 온 것이다. ILO는 각국 정부에 대하여 입법의 개선 및 정부조치의 필요성을 계속 주문하면서도, 다른 한편으로는 고용관계 변화를 따라가지 못하는 입법의 흠결을 메추기 위하여 노동자와 사용자가 상호 간에 자발적으로 근로조건을 결정할 수 있는 단체교섭권의 중요성과 효율성을 강조하고 있다. 세계경제 속에서 우리나라가 차지하는 위상이나 비중을 고려하면, 이러한 ILO의 입장이 지나치게 노동자 편향적이라거나 우리나라 국내 경제실정상 아직은 이를 따르기 어렵다고 반론하기는 쉽지 않고, 이러한 주장은 국제사회로부터 호응을 받지 못할 가능성이 높다.

우리 헌법재판소는 헌법 제6조 제1항에 따라 국제법존중 원칙을 위헌심사의 기준으로 채택하고 있다. 또한 무엇보다도 우리나라 헌법 제33조 제1항은 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."고 규정하고 있다. 고용형태의 다양화라는 세계적 추세 속에서 기업의 경영 다각화와 노동보호의 균형점을 찾으려고 노력하며, 그 대안으로 탄력적인 단체교섭권의 활용을 중시하는 ILO의 입장은 헌법 제6조 제1항과 제33조 제1항의 규정 취지에 비추어, 수용가능한 타당성은 물론 수단의 적절성, 침해의 최소성과 법익 균형성 등도 모두 갖추고 있다고 판단된다.

나아가 이러한 ILO의 입장은 우리 법원이 관련 분쟁에서 노동조합법의 단체교섭권 관련 조항을 해석함에 있어서도 마찬가지의 이유로 충분히 참작되어야 할 것이다.[505] 이와 달리 노조법이 더 구체적인 내용을 규정하고 있어 특별법에 해당하므로 ILO 협약과 저촉문제가 발생하면 노조법에 따라야 하고, ILO 협약합치적 해석은 법관의 법형성권을 행사하는 것과 다를 바 없다는 주장[506]이 있기는 하나, 이는 노동 보호의 필요성 문제가 제기된 역사적 흐름과 현재의 문제 상황에 대한 인식이 결여된 주장일 뿐만 아니라, 법학방법론적 측면에서도 필요한 해석 방법을 제대로 고려하지 않은 것으로 보이므로, 타당하다고 할 수 없다.

3. 법학방법론에 기초한 노조법상 사용자 개념의 해석

가. 법학방법론의 기초

1) 법학방법론의 출발[507]

법학방법론은 법관이 법률을 해석하고 그 의미를 탐구할 때 준수하여야 할 규칙들에 관한 이론이다.[508] 한때는 법관이 완결된 체계를 갖춘 법전으로부터 삼단논법적 포섭[509]에 의한 연역을 통하여 합당한 결론에 이르는 것이 가능하다고 여긴 적도 있으나,[510] 완결되고 무흠결한 법체계는 성취 불가능한 것이고 법의 비완결성

505) 김동현 · 이혜영, 앞의 책, 230면.
506) 김희성 · 이준희, 앞의 글, 103～105면.
507) 이하 김민기, “법관의 직무상 권한 및 그 한계”, 「우리법연구회 논문집」 제6집, 우리법연구회(2010), 4～5면.
508) 에른스트 A. 크라머(Ernst A. Kramer)/최준규 옮김, 「법학방법론」, 박영사(2022), 3면.
509) 이른바 삼단논법이란 대전제와 소전제가 있을 때, 그로부터 결론을 도출하는 것을 말한다. 대전제는 일반명제의 형태로, 소전제는 구체적 조건의 형태로, 그리고 결론은 개별명제의 형태로 되어 있다. 법적 삼단논법이란 위와 같은 일반적인 삼단논법을 법학의 영역에서 구체화한 것이다. 대전제에 해당하는 것으로 일반적 법률이 있고, 소전제로는 사안(case)이 주어지며, 그에 대한 결론으로 판결이 나온다. 이준일, 「법학입문」, 박영사(2004), 173면. 이와 같은 추론이 ‘포섭’이다. 법적 삼단논법에 대한 보다 자세한 고찰로는 심헌섭, “법률적 삼단논법—논리적 · 철학적 소고—”, 「분석과 비판의 법철학」, 법문사(2003), 278～322면 참조.
510) 특히 19세기를 풍미한 실정법론자들은 성문법전의 편찬과 함께 제정법률의 완전성에 대한 신봉으로 제정 법률만이 유일한 법원이며 제정법률의 적용만으로 모든 법률문제가 해결될 수 있다고 믿었다. 그들은 법원의 기능은 입법자들이 제정한 법률을 단순히 적용하는 것으로만 제한되어야 한다고 생각했다[김욱곤, “판례의 법원성”, 「현대민법학의 제문제 : 청헌김증한박사회갑논문집」, 청헌 김증한 박사 회갑논문집 간행위원회 편, 박영사(1981), 3면].

이 보다 본질적이며, 변화하는 현실에 적응하여야 할 법은 오히려 보충의 여지를 가진 것이라고 이해되기까지는 그리 오랜 시간이 걸리지 않았다.[511] 법해석의 가장 기본적인 형태에서조차 판단주체인 법관의 인식과 평가 활동이 불가결하게 작용한다는 사실 또한 일찍부터 시인되었다.[512] 그렇다면 법의 해석이란 무엇이며 법은 어떻게 발견하는 것인가, 법률의 불명확성에 직면하였을 때, 입법자가 전혀 예측하지 못하였던 새로운 문제가 제기되었을 때, 법률의 흠결이 존재할 때 법관은 어떻게 그 의미를 확정하고, 무엇을 근거로 판단하여야 하는가, 법관은 법률문언의 경계 안에 구속되는가, 아니면 경우에 따라서는 법 문제의 해결을 '법문 밖에서'(praeter verba legis), 심지어는 '법문에 반하여'(contra verba legis) 도모할 수 있는가 또는 도모하여야 하지 않은가, 권력분립의 원칙은 법의 정립 및 해석·운용에 있어서 어떻게 관철되어야 하는가,[513] 법관의 법형성의 한계는 어디인가. 법학방법론은 이러한 물음들로부터 출발하고 있으나,[514] 법학방법론 그 자체로 법률의 내용과 의미를 인식할 수 있는 것은 아니다. 법학방법론은 법을 해석함에 있어 따라야 할 방법의 유형을 제시하는 메타규율로서, 목적에 이르는 길이지 목적 그 자체는 아니기 때문이다.[515]

---

511) 강경선, "입법과 해석학적 법인식 방법—특히 헌법의 경우를 중심으로", 「법제」 제152호, 법제처(1986. 3), 35~36면.

512) 이에 관하여 허성욱, "정치와 법—법원의 법률해석 기능에 대한 실증적 고찰에 관하여—", 「서울대학교 법학」 제46권 제2호, 서울대학교 법학연구소(2005. 6.), 352면에서는 "주어진 법률규정의 문언에 여러 가지 해석의 여지가 있는 경우에, 그 중의 하나의 선택을 하여 법률해석을 하는 것은 그것 자체가 사실상 입법 과정의 일부라고 볼 수 있다. 왜냐하면, 법원에 의해 당해 법률문언에 대한 해석이 있기 전까지는 실질적인 규범력을 가진 법률 문언은 아직 완성되지 않았다고도 볼 수 있기 때문이다."라고 설명한다.

513) 양창수, "법해석의 다양한 양상 또는 실정법학자의 법학방법론—크라머의 「법학방법론」—", 「민법연구」 제6권, 박영사(2001), 15~17면.

514) 위 질문들을 되새기면 다음과 같은 설명을 보다 잘 이해할 수 있다. 남기윤, 「법학방법론」, 고려대학교 출판부(2014), 111면에서는 법학방법론, 법철학, 법해석학의 상호관계에 관하여 "법학의 인식목표는 시간적·공간적으로 유효성을 가진 법의 발견에 있기 때문에 법학은 구체적 법적 사례에서 실질적 판단이라는 실제적인 결과 추구를 목표로 한다. 법학방법론은 이 과정에서 올바른 법발견의 방법 그리고 그 법적 판단의 정당화의 방법을 체계적으로 모색하는 논의이다. 그런데 법을 발견함에 있어 먼저 전제되어야 할 사항은 '법이란 무엇인가'라는 법의 본질·개념에 관한 인식의 확정이다. 이 문제는 법철학상의 주요 쟁점으로 법절학에서 발생하였던 여러 思潮들은 실제로 법의 본질·개념을 둘러싸고 전개되었던 논의의 소산이라고 할 수 있다. 결국 이제까지 주장되어 왔던 방법론들은 법개념을 어떻게 보느냐는 각자의 법철학적 사고를 그 배경으로 하여 그 사고에 적합한 절차와 방법을 발전시켜 온 것으로, 여기서 방법론과 법철학의 연관성을 알 수 있다. 한편, 법학방법론은 구체적으로 법적 사례에서의 법적 판단의 획득에 관한 절차·방법을 논하는 것이기 때문에 실정법의 해석·적용을 그 전제로 한다. 그런데 실정법에 대한 해석은 '무엇을 법으로 보는가'라는 法源에 관한 이론, 즉 법원론으로 귀결하기 때문에 결국 법학방법론은 법원론을 매개로 하여 법철학과 법해석학의 가교역할을 하게 된다".라고 설명한다.

515) 에른스트 A. 크라머, 앞의 책, 9면.

2) 해석의 기준

전통적인 법학방법론은 문리적 해석(법률의 문언에 따라), 논리적·체계적 해석(법률의 체계에 따라), 역사적 해석(입법자의 의사에 따라), 목적론적 해석(법률의 목적에 따라)이라는 해석의 기준을 제시한다.[516]

'문리적 해석'은 법 문언을 해석의 대상으로 삼아 그 의미를 탐구하는 것으로, 해석의 출발점이자 한계이다. 문리적 해석은 법 문언의 통상적 의미에서 시작하여 법 문언의 가능한 의미에서 종료된다. 문언적 해석이 법 문언의 가능한 의미를 넘는 순간 해석이 아니라 법형성이 된다.[517]

'논리적 해석'은 개념의 의미와 그것들의 맥락 및 관련을 논리적으로 탐구하는 것이고, '체계적 해석'이란 논리적 해석의 연장선상에서 법체계의 일관된 원리를 통하여 법규와 법질서의 모순을 방지하는 것이다.[518] 체계적 해석은 세 가지 차원으로 구분할 수 있는데 ① 개별 규범은 각 법률의 맥락에 놓여 있고, 이를 넘어서 ② 법질서의 다른 법률과의 관련성도 고려하여야 하며,[519] 무엇보다도 ③ 법질서의 상위에서 직접 또는 간접적으로 작용하는 헌법의 가치평가가 중요한 역할을 한다. 헌

---

516) 사비니(Friedrich Carl von Savigny)는「오늘날의 로마법의 체계」(System des heutigen Romischen Rechts) 제1권(1840)에서 일찍이 로마 시대의 법률가들이 단편적으로 다루어 온 법해석의 기준을 체계화하였다[남기윤, "사비니의 법학 방법론—한국 사법학의 신과제 설정을 위한 법학방법론 연구(8-2)—",「저스티스」제126호, 한국법학원(2011. 10.), 7～8면, 사비니가 법률해석의 규준을 '창안'하였다는 주장은 오해라고 한다]. 또한, 사비니는 법률해석을 법률에 내재하는 사고의 재구성으로 정의하면서, 법률해석의 네 가지 요소로 문리적, 논리적, 역사적 그리고 체계적 요소를 제시하였는데, 이는 현재의 법학방법론적 관점들과 크게 다르지 않다[이성범, "사비니의 법률해석론",「강원법학」제61권, 강원대학교 비교법학연구소(2020. 10.), 354～355면]. 다만, 흔히 사비니는 목적론적 해석기준을 염두에 두지 않았다고 설명되고 있으나[김영환, "한국에서의 법학방법론의 문제점—법발견과 법형성 : 확장해석과 유추, 축소해석과 목적론적 축소 간의 관계를 중심으로—",「법철학연구」제18권 제2호, 한국법철학회(2015. 8.), 138면], 이성범, 앞의 글, 341면에서는 이 또한 오해라고 지적한다. 즉, 사비니는 위 네 가지 요소를 온전한 상태의 법률을 해석하는 기준으로 전제하였고, 흠결있는 상태의 법률을 해석함에 있어서는 추가적인 보조수단이 필요하다고 보았는데, 입법의 내적 연관성, 법률의 근거 내지 목적과의 관련성, 그리고 해석으로부터 도출되는 결과에 담긴 내적 가치의 검토가 그것이다. 그중 특히 두 번째 보조수단인 '법률의 근거 내지 목적과의 관련성'은 법률 내용이 갖는 목적론적 요소에 대한 고찰과 크게 다르지 않다. 사비니의 법률해석론과 목적론적 관점에 관한 자세한 고찰로는 이성범, 앞의 글, 356～360, 364～370면 참조.

517) 오세혁, "법 문언의 언어적 의미—'일상적 의미'와 '가능한 의미'를 위한 변론",「경희법학」제56권 제3호, 경희대학교 법학연구소(2021. 9.), 33면.

518) 김유환, "행정법 해석의 원리와 해석상의 제 문제",「한국 법질서와 법해석론」한국법철학회, 김도균 엮음, 세창출판사(2013), 498면.

519) 에른스트 A. 크라머, 앞의 책, 69면은 이를 '전체법률의 구조, 법질서 일부영역의 구조, 전체법질서의 구조에서 개별 법률 규율의 체계적 위치는 규범의미와 직접적 관련성을 갖는다'라고 설명한다.

법의 가치 평가에 부합하는 법률해석의 방법으로서 헌법합치적 해석은 체계적 해석의 특수한 경우라 할 수 있다. 법질서의 내적 체계는 기본적으로 법원리들로 구성되어 있는데 법원리에 기초한 개별 법규 적용의 제한, 배제도 체계적 해석의 한 경우이다.[520]

'역사적 해석'이란 법문 제·개정 시의 역사적 맥락을 고려하여 의미귀속을 하는 해석형식이다. 역사적 맥락을 확인하는 데는 여러 자료들을 활용할 수 있는데 그중 특시 입법자가 법률의 제·개정시에 염두에 두었던 바를 드러내주는 문헌들을 참조하는 방식을 특히 '발생사적 해석'이라 한다.[521]

'목적론적 해석'은 해당 법문의 취지와 의도를 고려하여 법적 의미귀속을 하는 형식으로, "법의 이성(ratio legis)에 대한 탐구"라 할 수 있다. 목적론적 해석은 두 가지 형식으로 구분될 수 있다. 하나는 역사적 입법자가 염두에 둔 취지와 목적을 원용하는 형식이고, 다른 하나는 해당 법문이 현재의 시점에서 법질서 안에서 수행하는 목적과 기능 등을 추론하여 이를 원용하는 형식이다. 전자를 '주관적 목적론적 해석', 후자를 '객관적 목적론적 해석'이라 한다. 주관적 목적론적 해석은 다분히 '발생사적 해석'과 접근하게 된다. 해당 법문의 목적을 고려하고자 할 때 그 목적의 추상은 층위가 다양할 수 있다. 개별 법조문의 목적 외에, 법조문이 위치한 법률의 일반적 목적일 수 있고, 더 나아가 해당 법영역의 일반적 목적도 존재할 수 있다. 통상 이는 해당 법률들이 실현시키고자 하는 법원리 및 법이념의 형식을 취하기도 한다. 현대의 헌법규범이 법질서가 지향하는 원리와 가치를 중심으로 파악되는 한 '헌법합치적 해석', '기본권의 대사인적 효력'은 법해석을 법질서에 내재하는 가치 및 이념과 연동시키는 기제로 작용하게 된다. 법해석이 지향하는 목적의 층위가 올라갈수록, 그리고 법해석이 조화되고자 하는 범규범의 추상도가 높아질수록 목적론적 해석과 체계적 해석은 상호접근하게 된다.[522]

한편, 위와 같은 해석 외에 보충적 해석기준으로 비교법적 해석, 결과고려해석, 선례를 고려한 해석, 학설을 고려한 해석 등이 거론되는데,[523] 그중 어떤 해석을 택했을 때 그것이 낳을 수 있는 사회적인 결과를 고려하는 방식인 '결과고려 해석'과 관련하여 과연 법원이 판결을 내릴 때 사안이 구성요건에 해당하는지를 넘어 그 결과를 고려하는 것이 정당화될 수 있을 것인지에 관하여는 논란이 있다.[524]

---

520) 김대휘, 「법철학과 법이론 입문」 제2판, ㈜도서출판 성안당(2023), 267~269면.
521) 이계일, "독일의 법해석론에 대한 연구—법철학적 교차지점 및 우리 법학에 대한 함의를 포함하여", 「연세법학」 제38호, 연세법학회(2021. 12.), 670면.
522) 이계일, 앞의 글, 671~672면.
523) 각 해석방법에 관한 구체적 내용은 이계일, 앞의 글, 674~678면.

3) 해석기준의 우선순위 및 해석의 목표

해석기준들의 서열, 적용의 우선순위 등을 인정할 것인지에 관하여는 아직도 일치된 결론에 이르고 있지 않으나, 구체적인 사건의 상황과 맥락을 고려해야 하는 재판이론으로서 법해석론을 염두에 둘 때는 해석기준들 사이의 서열관계를 확정하기란 거의 불가능하다. 재판절차에서는 하나의 결론을 지지하는 여러 논거들에 의해 얻게 되는 종합적인 설득력으로 우열을 가리게 되고, 개별 논거들이나 그 논거를 획득한 방법을 기준으로 우열을 결정하지 않는다. 또한, 하나의 해석기준을 통해 서로 다른 결론을 지지하는 논거가 제시되기도 한다. 이러한 상황에서는 각 결론들이 모두 같은 해석기준을 활용하고 있으므로 해석기준 자체의 우열을 따질 수 없게 된다. 다수의견과 소수의견이 모두 '입법취지'에 관하여 논하면서도 그 구체적 내용은 서로 다르게 해석하는 모습을 종종 볼 수 있다. 그러므로 전통적인 법학방법론의 관점에서 법률의 해석기준과 법해석론을 연결시키려는 논의는, 해석기준들 사이의 확고한 우열관계를 정하려는 시도라기보다는, 어떠한 해석기준을 중심에 두는 것이 상대적으로 타당한지를 결정하려는 것으로 이해해야 할 것이다. 이러한 관점에서 문언중심적 법해석론, 체계중심적 법해석론, 의도중심적 법해석론, 목적중심적 법해석론으로 분류할 수 있다.[525]

해석이 궁극적으로 무엇을 목표로 하여야 하는가, 즉, 최종적인 해석목표인 법률의 실질적 내용은 '과거의 역사적 입법자의 의사에 의해 확정되어 있어서 해석자가 법사학자와 같은 탐구를 해야 하는지', 아니면 '법률 자체에 그리고 법률의 의지 속에 객관적 의미로서 근거하고 있기 때문에 역사적 입법자의 주관적인 생각과 의지와는 상관이 없고 객관적 정신에 참여하는 모든 것들이 그렇듯이 자유롭게 활동하고 독자적으로 발전할 능력을 내포하고 있는 것인지'의 문제를 둘러싸고,[526] 주관적 해석론(전자)과 객관적 해석론(후자)이 대립한다. 주관적 해석론은 법해석의 목표를 법규정의 문언을 통해 역사적인 입법자의 의사를 확인하는 데에 둔다는 점에서 문언적 해석, 역사적 해석에 친화적인 반면, 객관적 해석론은 법해석의 목표를 해석

524) 이계일, 앞의 글, 677～678면.

525) 공두현, "우리 대법원 법해석론의 흐름 : 법실증주의, 법현실주의, 법원리론",「법철학연구」제22권 제2호, 한국법철학회(2019. 8.), 186, 191～192면. 위 글, 196～270면에서는 법철학적 전통에 따라 법실증주의적 법해석론, 법현실주의적 법해석론, 법원리론에 기초한 법해석론으로 구분하여 설명한다.

526) 칼 엥기쉬(Karl Engisch)/안법영・윤재왕 옮김,「법학방법론」, 세창출판사(2011), 147면.

자(법관)가 이해하는 입법목적을 확인하는 데에 둔다는 점에서 목적론적 해석에 친화적이다.[527]

4) 법발견과 법형성

법학방법론에 따르면 법관의 법획득은 두 가지 방법, 즉 법발견과 법형성에 의해 이루어진다. 법관이 법문언의 가능한 의미 안에서의 법해석을 통해 해당 사안에 대한 답을 찾는 것은 '법발견'(Rechtsfindung)이다. 반면, 해당 사안에 대한 법적 결정이 "법문언의 가능한 의미"를 넘어선 것이라면, 이는 바로 규율되어야 할 사안에 적합한 법규정이 존재하지 않는 이른바 "법의 흠결"로서 그에 대한 보충은 법관의 '법형성'(Rechtsfortbildung)을 통해 이루어진다.[528]

라렌쯔(Larenz)는, '협의의 법해석'은 문언의 가능한 의미의 한계 내에서 이루어지는 것이고, 문언의 가능한 의미를 능가하지만 법률의 본래 구상의 범위 내에 있을 뿐만 아니라 목적론적 방법론의 범위 내에서 도출되는 '협의의 흠결보충'이라 할 수 있는 법형성을 '법률내재적 법형성(gesetzesimmanente Rechtsfortbilding)'이라 하며, 이 한계 또한 넘어서지만 전체 법질서의 범위 내에 있거나 또는 그 지도적 원리의 범위 내에서 행해지는 법형성을 '초법률적 법형성(gesetesubersteigende Rechtsfortbildung)'이라고 한다. 다만, 법해석과 법형성은 본질적으로 상이한 것이 아니라 오히려 동일한 사고과정의 다른 단계로 볼 수 있다고 한다. 법관에 의한 단순한 법해석조차 이미 그것은 법형성으로 다양한 법문의 가능한 의미 중 하나를 적합한 것으로 특징지우고 그렇게 함으로써 의미에서 법형성이기 때문이라고 한다. 그럼에도 비록 이를 명확히 구별하는 것이 어렵다 하더라도 그 한계를 구별하는 것은 각각의 행위를 합리적으로 견제하기 위해 필요하다고 한다.[529]

---

527) 최봉철, "법해석방법의 우선순위에 대한 시론적 고찰",「중앙법학」제21집 제4호, 중앙법학회(2019. 12.), 389면.

528) 김영환, 앞의 글, 137면.

529) 라렌츠(Karl Larenz)·카나리스(Claus-Wilhelm Canaris)/허일태 옮김,「법학방법론」, 세종출판사(2000), 246면. 크라머(Ernst A. Kramer)는, 법률흠결(Gesetzeslucke)을 '실정적 법의, 계획에 반하는 불완전성'이라고 정의하고, 이를 세 가지 유형, 즉 일반조항 등과 같이 실정법률 자체가 법적용자에게 법형성을 위임한 '법문 안의(intra verba legis) 흠결', 법률을 어의의 가능한 한도까지 해석하여도 당해 법문제에 대한 해결을 발견할 수 없어서 이를 법문 밖에서 찾을 수밖에 없는 '법문 밖의(praeter verba legis) 흠결', 법문의 어의에는 포함되나 법규범의 목적에 의하면 당해 법문제가 해결될 수 없어 주로 목적론적 축소해석(teleologische Reduktion)이 문제되는 '법문에 반하는(contra verba legis) 흠결'로 분류한다(양창수, 앞의 글, 25면).

5) 흠결보충—유추와 목적론적 축소

‘흠결보충’의 대표적인 방법은 유추와 목적론적 축소이다. ‘유추’는 어느 사태에 대한 규율이 규범 문언이 포섭하지 않는 동등한 또는 유사한 다른 사태에 적용되는 것이고, 목적론적 축소는 규범 문언에 포함되는 사태가 규범 목적에 맞지 않고 다르기 때문에 이를 적용 제외하는 것이다. 양자는 모두 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’ 취급하는 정의의 요청에 기초하고 있으며, 입법자가 예상하지 못하거나 간과하여 규범 문언에 포섭시키지 못한 사태에 대하여 해석자가 법체계 내에서 규범 목적에 따라 문언을 넘어서는 법적용을 하는 것이며, 이때 보충의 기준은 기존 법규의 규범 목적 내지 법리이므로 임법자의 의사나 계획에 포함되는 것이다.[530] 유추와 목적론적 축소는 문언의 가능한 의미를 벗어난다는 점에서, 문언의 가능한 의미 범위 내에서 개념의 주변영역에 속하는 ‘확장해석’, 개념의 핵에 국한하는 ‘축소해석’과 구분된다.[531]

형사법의 영역에서는 죄형법정주의 원칙상 유추가 엄격히 금지된다. 이와 관련하여 대법원 2020. 8. 27. 선고 2019도11294 전원합의체 판결은 ‘법 해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데에 두어야 한다. 그리고 그 과정에서 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하고, 나아가 법률의 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써, 법 해석의 요청에 부응하는 타당한 해석이 되도록 하여야 할 것이다. 형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 확장해석하거나 유추해석[532]을 하여서는 안 되는 것이지만, 문언이 가지는 가능한 의미의 범위 안에서 규정의 입법 취지와 목적 등을 고려하여 문언의 논리적 의미를 분명히 밝히는 체계적 해석을 하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 어긋나지 않는다’고 판시하였다.

---

530) 김대휘, 앞의 책, 291면.

531) 정확한 표현은 ‘유추’이다. 또한, ‘확장해석’과 유추는 전혀 다른 개념이다. 김영환, 앞의 글, 155～157면에서도 이 점을 지적하며 대법원이 법학방법론의 기초적인 개념을 구별하지 않고 있는 것이 대단히 유감스럽다고 한다.

532) 김대휘, 앞의 책, 291면.

나. 노조법상 사용자 개념의 해석

1) 정의 규정의 문언

노조법 제2조는 “이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.”라고 한 뒤 이어 제2호에서 사용자란 ‘사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자’라고 규정하고 있다.

그런데 위 내용은 용어의 ‘정의’라고는 하나, 사용자의 뜻을 명확히 하거나 개념을 특징짓는 표지에 관하여는 아무런 정함이 없고, 다만 사용자로 분류될 수 있는 지위 내지 역할의 유형을 열거하고 있을 뿐이다.[533]

근로계약관계설에서는 ‘사업주’의 의미는 ‘그 사업의 경영주체로 근로자를 사용하여 사업을 운영하는 자로서 개인기업의 경우에는 기업주 개인, 법인기업의 경우에는 법인 그 자체’이며, 이에 비추어 볼 때 사업주는 근로자와 근로계약관계 또는 실질적인 근로관계에 있어야 한다고 한다. 그러나 위 ‘사업주’라는 용어만으로는 해당 사업의 사업주만을 의미하는지, 외부의 사업주도 포함하는지 일의적으로 해석할 수 있다고 보기 어렵고, 반드시 근로계약관계가 있어야 한다고 해석할 근거가 부족하다.

오히려 동태적 사업 개념론을 취하는 박제성 박사는 앞서 본 바와 같이 위 조항 중 ‘사업주’란 용어의 문언적 의미로 사업의 주인, 즉 ‘사업을 지배하는 자’라는 해석을 도출한다. 박종희 교수는 우리나라 노조법은 일본의 노조법과 달리 사용자에 관한 정의 규정을 두고 있으므로 사용자 개념의 외연 획정을 위한 첫걸음도 정의 규정에서 출발해야 하고, 위 ‘사업주를 위하여 행동하는 자’라는 용어에서 ‘외부적으로 사업주의 사업에 종사하는 근로자들에 대해 사업주를 대신하거나 사업주를 대행하여 근로조건에 관한 사항을 결정할 수 있는 지위에 있는 자’라는 해석을 도출할 수 있다고 한다.[534]

---

533) 강성태, 앞의 글(2008. 3.), 15면 및 김희성, 앞의 글(2021. 11.), 56면도 노조법 사용자 정의규정은 그 개념적 징표나 구체적 의미를 기술하지 않고 다만 그 종류 내지 유형을 나열하고 있을 뿐이라고 본다. 법학방법론에 있어서 개념(Begriff)은 유형(Typus)과는 다른 법학체계이다. 즉 개념은 추상적인 법적 체계를 형성하는 것이고, 다양한 판단표지(Merkmal)를 통해 구체화하는 것이다. 그에 반해 유형은 현상학적으로 나타나는 구체적인 징표(Indizien)를 통한 접근이라는 점에서 차이가 있다. 이러한 개념체계과 유형체계의 비교에 관해서는 라렌츠/카나리스 저(허일태 역), 앞의 책, 343면 이하 참조.

534) 박종희, 앞의 글(2005), 421～424면. 다만, 박종희 교수는 이러한 해석을 근로자파견의 사용사업주에 한하여 적용하고 있다.

결국 위 규정의 (협의의) 문언적 해석으로는 사용자 개념의 확장을 둘러싼 논의에서 유의미한 결론을 도출하기 어렵다.

2) 체계적 해석

근로계약관계설에서는 노조법상 근로자를 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”로 정의하고 있는 노조법 제2조 제1호의 해석에 상응하여 노조법상 사용자는 적어도 근로자에게 임금·급료 기타 이에 준하는 금품을 지급할 의무를 부담하는 주체여야 하고, 이러한 법률상 의무를 부담하지 않는 사람은 노조법상 사용자의 범위에 포함되지 않는다고 한다. 그러나 노조법상 사용자의 개념은 근로계약관계에서 임금 지급이라는 반대급부의무를 부담하는 주체가 아니라 헌법상 근로자의 노동3권을 보장하는 주체라는 점에서 차이가 있다.

또한 근로계약관계설은, 노조법상 사용자 개념은 단체교섭제도의 틀, 협약자치의 구조, 단체협약의 규범적 효력 등 노조법의 전체 체계의 관점에서 해석되어야 하고, 특히 단체협약의 규범적 효력을 고려하면 근로계약관계가 전제될 필요가 있으며, 원청의 단체교섭 상대방으로서의 사용자성을 인정하는 것은 입법의 영역이라고 한다.

그러나 노조법의 체계 전반을 보더라도 노조법은 노동조합에 가입한 근로자와 사용자 사이에 반드시 직접적인 근로계약관계가 존재하는 경우에 한하여 단체교섭과 단체협약 체결이 가능함을 전제로 하고 있지 않다. 즉, 노조법은 산업별 단체교섭, 단체협약은 물론, 노동조합에 가입한 근로자와 직접적인 근로계약관계가 존재하지 않는 사용자단체와의 단체교섭, 단체협약을 인정하고 있고(제29조 제1항), 근로계약관계가 전혀 존재하지 않음에도 단순히 하나의 지역에 종사하고 있다는 이유만으로 제3자가 체결한 단체협약을 다른 근로자와 사용자에게도 적용하도록 하는 지역적 구속력 제도를 규정하고 있다(제36조 제1항).

무엇보다 대법원은 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결에서‘ 노동관계법령을 입법할 때에는 이러한 노동3권, 특히 단결권의 헌법적 의미와 직접적 규범력을 존중하여야 하고, 이렇게 입법된 법령의 집행과 해석에 있어서도 단결권의 본질과 가치가 훼손되지 않도록 하여야 한다’라고 판시함으로써 노조법상 사용자 개념을 해석함에 있어서 헌법의 규정이 갖는 의미와 위상을 분명히 하고 있다. 근로계약관계설은 체계적 해석을 우위에 두면서도 체계적 해석에서 반드시 고려하여

야 할 헌법적 가치에 관한 논증은 전혀 하지 않고 있다. 또한 노조법 체계 내에서의 해석에서도 단체협약과 그 규범적 효력에만 초점을 두고, 다른 법조항에 대한 고려는 하지 않고 있다.

3) 노조법의 입법 목적—목적론적 해석

노조법상 사용자 개념을 해석함에 있어서는 노조법의 입법 목적을 고려하여야 한다. 특히 대법원은 노조법상 근로자 개념의 판단요소를 설시한 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604 판결 등에서 노조법은 개별적 근로관계를 규율하기 위해 제정된 근로기준법과 달리, 헌법에 의한 근로자의 노동3권 보장을 통해 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상 등을 목적으로 제정된 것이어서 근기법상 입법 목적과는 구별됨을 분명히 하였다. 입법 목적은 노동법 영역의 여러 사안에서 대법원이 법해석론의 주요한 기준으로 삼아 온 것이다.

구 파견법상 직접고용간주조항이 불법파견에도 적용된다고 판단한 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결은 노동법의 영역에서 대법원이 취해 온 해석론점 관점을 잘 보여주고 있는 사례이다. 당시 구 파견법상 직접고용간주조항은 불법파견에는 적용되지 않는다는 부정설의 입장에 선 하급심 판결 중에는 부정설에 따른 결론의 문제점을 인정하면서도 '해석론상의 불가피성'을 '이러한 결론을 따를 경우 해당 근로자의 권익 보호에 미흡하게 될 우려가 있는 것은 사실이나, 위법한 근로자파견의 경우 파견사업주와 사용사업주 중 누구와 사이에 고용관계가 성립하는 것으로 의제할 것인지에 관하여 명시적으로 규정하고 있는 일부 입법례와는 달리, 파견법은 이 점에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하므로, 현행법의 해석상으로는 위법한 근로자파견의 경우 파견근로자와 사용사업주 사이에 고용관계가 성립하는 것으로 의제할 수는 없다.'라고 밝힌 판결(SK와이번스 사건 서울고법 2006. 2. 10. 선고 2004누14399 판결)이 있는데 이는 아래 긍정설을 취한 대법원 2007두22320 전원합의체 판결의 해석과 뚜렷이 대비된다.

> 이와 같은 **파견근로자보호법의 입법 경위와 그 입법 목적 및 근로자파견사업의 적정운영을 위한 위 법 규정들의 내용 등을 살펴보면**, 직접고용간주 규정은 사용사업주가 파견기간에 관한 제한 규정을 위반하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 행위에 대하여, 행정적 감독이나 형사처벌과는 별도로 사용사업주와 파견근로자 사이의 사법(사법)관계에서도 직접고용관계 성립을 의제함으로써 근로자파견의 상용화·장기화를 방지하고 그에 따른 파견근로자의 고용안정을 도모하는 데에 그 입법 취지가 있다고 할 것이다.

한편, 파견근로자보호법 제6조 제3항은 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 … 파견근로자를 고용한 것으로 본다”고 규정하고 있을 뿐 근로자파견이 파견근로자보호법 제5조에 정한 파견의 사유가 있는 경우라거나 또는 파견근로자보호법 제7조에 정한 근로자파견사업의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 근로자파견에 해당할 것을 그 고용간주의 요건으로 들고 있지 않을 뿐만 아니라, 파견근로자보호법은 위에서 살펴본 바와 같이 제6조 제1항, 제2항에 파견업무에 따라 그 기간을 달리 정하여 근로자파견기간의 제한에 관한 규정을 두고, 제3항에 직접고용간주 규정을 둠으로써 위 직접고용간주 규정에 의한 사용사업주와 파견근로자 간의 고용성립의제는 사용사업주가 파견기간의 제한을 위반한 데 따른 것임을 분명히 하고 있다. 이러한 직접고용간주 규정의 문언과 체계 및 그 입법 취지 등을 종합하여 보면 위 규정은 파견근로자보호법 제2조 제1호에서 정의하고 있는 ‘근로자파견’이 있고 그 근로자파견이 2년을 초과하여 계속되는 사실로부터 곧바로 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접근로관계가 성립한다는 의미이고, 이 경우 그 근로관계의 기간은 기한의 정함이 있는 것으로 볼 만한 다른 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 기한의 정함이 없다고 보아야 할 것이다.

2. 따라서 이와 달리 직접고용간주 규정이 파견근로자보호법 제5조에 정한 파견의 사유가 있고 파견근로자보호법 제7조의 허가를 받은 파견사업주가 행하는 **이른바 ‘적법한 근로자파견’의 경우에만 적용된다고 축소하여 해석하는 것은 위와 같이 위 규정의 문언이나 입법 취지 등에 비추어 아무런 근거가 없을 뿐만 아니라, 나아가 다음과 같은 점에서도 합리적이라거나 타당하다고 볼 수 없다.**

또한, 직접고용간주 규정이 적법한 근로자파견에만 적용된다고 보면, 파견근로자보호법이 규정한 제한을 위반하여 근로자파견의 역무를 제공받은 사용사업주는 오히려 직접고용성립의제의 부담을 지지 않는 결과가 되어 **법적 형평에 어긋나고,** 특히 위 제5조 제1항에 정한 근로자파견대상업무에 해당하거나 같은 조 제2항에 정한 근로자파견사유가 있기만 하면, 위 제7조에 의한 근로자파견사업의 허가를 받지 아니한 파견사업주로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 사용사업주는 형사처벌을 받지 아니하게 되는데(제44조 제1호), 이 경우 사용사업주가 직접고용간주 규정조차도 적용을 받지 아니한다면 사용사업주로서는 당연히 근로자파견사업의 허가를 받지 아니한 파견사업주로부터 근로자파견을 받는 쪽을 더 선호하게 될 것이므로, 파견근로자보호법에 위반하는 행위를 조장하고 **근로자파견사업 허가제도의 근간을 무너뜨릴 염려가 있으므로 타당하지 않다.**

한편, 직접고용간주 규정은 파견근로자보호법이 2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되어 제6조의2로 신설된 ‘직접고용의무 규정’으로 대체되었는데, 이와 같이 개정된 직접고용의무 규정은 사용사업주가 근로자파견사업이 원칙적으로 허용되지 않는 업무에 파견근로자를 사용하는 경우와 근로자파견사업의 허가를 받지 않은 파견사업주로부터 근로자파견의 역무를 제공받은 경우에 대해서도 사용사업주에게 당해 파견근로자의 직접고용의무를 부과하고 있는바(같은 조 제1항 각 호), 이 규정 역시 파견근로의 상용화·장기화를 방지하기 위한 것으로서 직접고용간주 규정과 그 입법 취지가 같다고 할 것이므로, 이러한 입법 연혁에 비추어 보아도 직접고용간주 규정의 적용범위를 축소하려는 해석은 부당하다.

4) 역사적 해석—입법자의 의사

근로계약관계설에서는, 새로운 형태의 노무제공방식 확산은 노조법 입법자가 예상하지 못한 노무제공방식의 진화로서 입법의 후발적 흠결에 해당하고, 이에 상응하여 이 흠결을 법원이 판결로 보충할 수 있는지에 대해서는 논란이 있을 수 있다고 한다.[535] 그러나 법의 흠결이 존재한다는 견해에는 동의하기 어렵다. 입법자는 일찍이 근기법상 중간착취 배제조항의 규정과 직업안정법 제정을 통하여 다면적 노무제공관계인 근로자공급사업을 엄격히 금지해 왔다. 이처럼 고용과 사용이 분리되는 간접고용의 특성으로부터 비롯되는 노동법적 문제점을 규율하려는 것이 입법자의 진정한 의사였고, 노조법상 사용자 개념을 해석함에 있어서도 이러한 점이 고려되어야 한다.

5) 노조법상 사용자 개념의 통일적 이해

근로계약관계설은 지배·개입의 부당노동행위 주체로서 사용자 개념과 단체교섭의 상대방인 사용자 개념은 부당노동행위 제도와 단체교섭 제도는 각기 다른 목적과 기능을 가지는 점을 주된 근거로 한다. 현대중공업 단체교섭 거부 사건의 제1심 판결이 취한 견해이기도 하다. 원청의 단체교섭 상대방으로서 사용자성을 인정하는 견해에서도 부당노동행위 유형별로 사용자 개념을 달리 파악할 필요가 있다는 견해가 있다.

그러나 노조법은 제2조에서 '이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다'라고 밝힌 후 제2호에서 사용자의 개념을 정의하고 있다. 즉 노조법 전체를 관통하는('이 법에서 사용하는') 용어로서 사용자에 관한 정의 규정을 두고 있는 것이다. 노조법 내에서 부당노동행위 주체로서 사용자 개념과 단체교섭 상대방으로서 사용자 개념을 달리 파악하거나 부당노동행위 유형별로 사용자 개념이 달라질 수 있다면 위와 같이 노조법 제2조의 정의 규정은 전혀 무의미해진다. 노조법 제81조 제1항에서 부당노동행위의 유형 별로 사용자의 개념을 달리 규정하고 있지도 않다. 노조법상 '사용자' 개념의 해석 문제는 단결권과 관련한 지배·개입 행위에 한정되는 문제가 아니라 단체교섭권, 단체행동권 등 전반적인 노동3권의 보장과 유기적으로 연

535) 김영문, 앞의 글, 257면.

결되어 있고, 이를 통한 노조법의 입법목적 실현과도 직접적으로 관련되어 있다.

무엇보다 이를 구별하여 파악할 실익이 무엇인지 의문이 아닐 수 없다. 근로계약관계설은 현대중공업 판결의 법리를 원청의 단체교섭 상대방으로서 사용자성이 문제되는 사안에 적용하지 않고, 단체교섭의 상대방인 사용자는 근로계약관계를 요한다는 결론에 이르기 위해 부득이하게 이와 같은 논거를 들고 있는 것으로 여겨진다. 단체교섭 제도에 있어서의 사용자와 부당노동행위 주체로서의 사용자가 다른 개념이라면, 단체교섭 거부 및 해태 행위를 부당노동행위로 규정한 법의 취지를 설명하기 어렵다. 노조법은 단체교섭 제도와 부당노동행위 제도를 적극적으로 연동하여 기능하도록 설계하고 있고, 그렇다면 노조법상 제2조 제2호의 사용자 개념은 문언적, 체계적, 목적론적, 역사적 해석 기준을 통해 이를 정의하여 노조법 전체에 적용되는 통일된 개념이라고 이해하는 것이 타당하다.

4. 기본권 형량의 관점에서 본 원청의 노조법상 사용자성

가. 기본권 충돌의 구조[536]

실정법을 구성하는 법규범 중에는 구성요건이 명확하지 아니하고 법률효과가 잠정적·추상적이며 이상적인 가치를 담고 있기 때문에 전통적인 포섭 추론만으로는 곧바로 합당한 결론에 이를 수 없는 규정들이 존재한다. 이러한 규정들을 '법원리'(principle)라고 하는데 이는 구성요건과 법률효과가 비교적 명확하게 정해진 '확정적 법규범'(rule)에 대비된다.[537] 헌법의 기본권 규정들은 대체로 이러한 법원리로서의 법규범적 성격을 가지고 있다.[538] 그 외에도 공익, 민법상 신의성실의 원칙,

536) 이하 김민기, 앞의 글(2010), 9~13면.

537) 김도균, "법적 이익형량의 구조와 정당화문제", 「법학」 제48권 제2호, 서울대학교 법학연구소(2007. 6.), 33면. 알렉시(R. Alexy), 「기본권이론」/이준일 옮김, 한길사(2007)에서는 이를 규칙(Regel)과 원칙(Prinzip)으로 번역하였다. 원칙이라는 용어 대신에 원리라는 용어를 사용한 예로는 정태호, "원리로서의 사회적 기본권 : R. Alexy의 원리모델을 중심으로", 정경식박사 화갑기념 논문집, 박영사(1997). 이하 김도균, 앞의 글에서의 용례에 따른다.

538) 노동3권 규정도 그러하다. "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다."라는 헌법 제33조 제1항의 규정은 근로자라면 노동3권이 인정되어야 한다는 확정적 법규범의 형식을 취하고 있는 것 같지만, 노동3권이라는 법률효과가 과연 어느 정도 실현되어야 하는지에 대해서는 사실 명확하지 않다. 근로3권을 제한하는 기타의 사유들, 경제적·정치적 여건 등과 같이 주어진 현실적 조건이나 또는 공공질서, 국가안보, 사용자의 재산권 등 기타의 법적 가치들과 견주어서 그 실현 정도를 달리 할 수 있는 것이다. 알렉시의 기본권이론을 바탕으로 단체교섭권의 구조에 대하여 검토한 글로는, 정영훈 "기본권으로서 단체교섭권에 관한

사정변경의 원칙, 세법상의 공평의 가치 등도 같은 특징을 가지고 있는 법원리에 해당한다. 법원리는 가능한 한 최대로 실현될 것을 요청하고 있는 가치를 담고 있는 법규범이다. 이에 비하여 확정적 법규범은 그 효력 발생이 전부 아니면 무(all-or-nothing)의 방식을 취한다. 즉 명확하게 정해진 구성요건을 충족하였다면 반드시 그에 대응하는 법적 효과가 발생하여야 하며, 구성요건이 충족되지 않았다면 법적 효과는 발생하지 않는다.[539]

오늘날 법해석의 영역에서 가장 논란이 되고 있는 것은 위와 같은 법원리들 사이의 충돌, 즉 기본권 상호간의 충돌, 공익과 사익의 조정, 공익과 공익의 충돌 등을 어떻게 이해하고 조정할 것인가에 있다고 해도 과언이 아니다. 이는 비단 헌법재판의 영역에서뿐만 아니라 행정재판, 민사재판, 형사재판의 전 영역에서 광범위하게 문제되고 있다. 더욱 난점에 부딪히는 것은 전통적인 규범 충돌의 해소 방법으로는 이를 해결할 수 없다는 것이다. 즉, 확정적 법규범 상호간의 충돌이 있는 경우에는 그러한 충돌을 제거하는 예외조항이 충돌을 일으킨 확정적 법규범들 가운에 하나에 부가되거나 확정적 법규범 중 하나가 무효가 됨으로써 해결될 수 있다. 신법우선과 특별법우선과 같은 규칙을 사용하는 것이 전형적인 예이다.

그러나 법원리의 충돌은 전혀 다르다. 두 개의 법원리가 충돌하는 경우 그 중 하나는 뒤로 물러나게 된다. 하지만 이 경우 뒤로 물러난 법원리가 무효로 선언되어야 한다든지 예외조항이 부가되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 그것은 하나의 법원리가 다른 법원리보다 일정한 사정에서 우선한다는 것을 의미할 뿐이고, 사정이 바뀌면 우선권의 문제는 정반대로 해결될 수도 있다. 결국 이것은 법원리가 구체적인 사안에 따라 상이한 비중(weight)을 가진다는 것, 그리고 그때그때 더 높은 비중을 가진 법원리가 우선한다는 것을 의미한다.[540] 결국 문제의 핵심은 각각의 법원리가 가지는 비중을 비교하고 형량(balancing)하는 데 있다.

나. 이익형량의 정당성 판단기준

먼저, 충돌하는 법익 또는 기본권들 상호간에 일정한 위계질서를 인정하여 그 우열을 결정하는 추상적 형량을 상정해 볼 수 있다. 이는 구체적인 사실관계를 고

일고찰”,「노동법연구」제32호, 서울대학교 노동법연구회(2022. 3.), 137～156면 참조.

539) 김도균, 앞의 글, 34～35면 참조.

540) 알렉시, 앞의 책, 118～121면. 이처럼 법원리 사이의 충돌은 ‘어느 법원리가 해당 사안에서 더 큰 비중을 차지하는가’라는 ‘비중의 비교차원’ (dimension of weight)에서 해결된다.

려하지 않은 상태에서 특정 법원리에 상대적 우위성을 부여하는 것으로서[541] 특히 대립되는 기본권의 경우 그 중 어느 하나가 규범적으로 보다 높은 서열에 있다는 것을 증명하여 보다 약한 기본권을 후퇴시키고 보다 강한 기본권을 실현시키려는 이론이다.[542] 예컨대, 금연구역의 지정에 관하여 규정하는 국민건강증진법시행규칙 해당 조항에 대한 위헌확인 사건에서 헌법재판소는 "흡연권은 사생활의 자유를 실질적 핵으로 하는 것이고 혐연권은 사생활의 자유뿐만 아니라 생명권에까지 연결되는 것이므로 혐연권이 흡연권보다 상위의 기본권이라 할 수 있다. 이처럼 상하의 위계질서가 있는 기본권끼리 충돌하는 경우에는 상위기본권우선의 원칙에 따라 하위기본권이 제한될 수 있으므로, 결국 흡연권은 혐연권을 침해하지 않는 한에서 인정되어야 한다."고 판시하여 위 이론에 입각한 형량을 시도하였다.[543] 인간의 존엄과 가치, 생명권과 같이 해석론상 법률에 의해서도 제한할 수 없는 소위 절대적 기본권을 상정하거나 일반적으로 정신적 자유가 그 밖의 기본권보다 우월하다는 주장이 있는 점을 감안한다면, 실은 우리 헌법 체계 내에서 어느 정도까지는 각 기본권에 대하여 상이한 규범적 평가가 이루어지고 있다는 것을 알 수 있다. 그러나 문제는 기본권 상호 간에 어느 것이 상위이고 어느 것이 하위인지 획일적으로 그 가치 서열을 정한다는 것이 쉽지 않다는 것이다. 따라서 상위 기본권 우선의 원칙에 따라 이익형량이 이루어질 수 있는 경우는 극히 제한적일 수밖에 없다.[544] 따라서 전체 기본권 내지 각각의 법원리에 대하여 그 서열을 미리 정하여 판단의 준거로 삼는 것은 곤란하며, 아직 형량을 거치지 않은 기본권은 원칙적으로 서로 동등한 비중과 중요성을 가지는 것으로 추정된다.

결국 문제가 되는 것은 구체적인 상황을 고려한 개별적 이익형량이라 할 것인데 이와 관련하여 R. Alexy(알렉시)는 형량의 기준으로 삼을 수 있는 '형식적' 규칙을 제시하였다. 즉 "하나의 법원리가 실현되지 않는 정도 또는 침해되는 정도가 높으면 높을수록 다른 법원리가 실현되어야 할 중요성이 더 커야 한다."는 것이다.[545]

---

541) 김도균, 앞의 글, 34~35면 참조.

542) 성정엽, "기본권충돌에 대한 헌법이론적 접근",「공법학연구」창간호, 영남공법학회(1999. 3), 95면.

543) 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2003헌마457 결정.

544) 이영우, "헌법재판에 있어서 이익형량론",「토지공법연구」제18집, 한국토지공법학회(2003. 6.) 121~122면.

545) 알렉시, 앞의 책, 199면. 알렉시는 그 후 위 기준을 좀 더 정치하게 발전시켜 i) 침해(제한)의 강도, ii) 실현의 중요도, 그리고 iii) 양 변수의 관계(비율)를 판별할 수 있는 공식을 제시하려는 목표 하에서 침해의 강도와 실현의 중요도를 3단계로 구분할 것을 제안한다. 어느 법원리가 침해(제한)되는 정도를 '경미한 침해(제한)'(light/minor /weak interference), '중간의 침해(제한)'(moderate interference), '중대한 침해(제한)'serious/high/strong interference)의 3등급으로 구분하자는 것이다.

이익형량 과정에서는 한편으로는 실현하고자 하는 법원리(가령 하청근로자의 단체교섭권)의 중요도와 더불어 다른 한편으로는 이에 충돌하는 상대방의 법원리(가령 원청 내지 하청의 직업의 자유나 경영권 등)가 침해됨으로써 발생할 해악의 정도가 측정되어야 한다. 알렉시에 따르면 각 법원리가 침해되는 강도와 실현되어야 할 법원리의 중요도를 합리적으로 판단하는 것이 가능하며, 침해의 강도와 실현의 중요도 양자의 관계(비율)에 대한 합리적 판단 역시 가능하다.[546]

이처럼 이익형량이 충돌하는 가치들의 최적 실현을 목표로 한다면 그것은 필연적으로 비례성 원칙에 따라서 이루어질 수밖에 없다.[547] 비례성의 원칙이란 달성하고자 하는 목적이 정당하고 제한되어야 할 가치 역시 정당하다는 전제 하에서 '서로 대립하는 가치들이 주어진 현실 조건 하에서 그리고 주어진 법적 조건 하에서 가능한 한 동시에 최대한 실현되도록 하라'는 최적실현화의 요청을 지향하고 있으며, 다음과 같은 부분 요청으로 이루어져 있다.[548] ① 적합성 원칙—목적의 실현에 적합한 수단을 사용하라, ② 피해 최소성의 원칙—목적의 실현으로 발생하는 다른 목적에 대한 피해를 최소화하는 수단을 선택하라, ③ 좁은 의미의 비례성의 원칙—실현하려는 이익과 침해되는 이익을 비교·형량할 때 실현하려는 이익이 월등하게 더 커야 한다. 여기에 다음의 두 가지 대화이론적 요청을 덧붙이기도 한다. ④ 최대고려의 요청—이익형량에서 중요하게 고려되어야 할 사항들, 이해당사자들의 욕구, 관점, 주장들을 가능한 한 최대한 산입하여 형량하라, ⑤ 민주주의의 요청—이익형량과정에 이해당사자들이 가능한 한 최대한 참여하는 의사소통구조를 제도화하라."[549] 대법원 역시 비례성의 원칙에 근거하여 이익형량이 이루어져야 함을 '공익과 사익 사이에서는 물론, 공익 상호간과 사익 상호간에도 정당하게 비교·교량하여야 하고 그 비교·교량은 비례의 원칙에 적합하도록 하여야 하는 것이므로, 만약 이익형량을 전혀 하지 아니하였거나 이익형량의 고려대상에 포함시켜야 할 중요한 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하기는 하였으나 그것이 불완전한 경우에는 비례의 원칙에 어긋나는 것'이라는 일반론으로 제시한바 있다.[550] 이익형량이란 서로 충돌하는 법원리의 비중과 중요성을 평가하는 과정을 의미한다. 이 과정은 수량화될 수 없다는 점에서 경험적 판단영역이 아니라 규범적 판단영역에 속한다. 다시 말해

알렉시, "중요도 공식", 「법학」 제44권 제3호, 서울대학교 법학연구소(2003), 327~352면.

546) 김도균, 앞의 글, 75면.

547) 김도균, 앞의 글, 71면.

548) 김도균, 위의 글, 71~72면, 이준일, "헌법재판의 법적 성격 - 헌법재판소의 논증도구인 비례성 원칙과 평등원칙을 예로", 「헌법학연구」 제12권 제2호, 한국헌법학회(2006. 6.), 322~325면.

549) 김도균, 앞의 글, 71면.

550) 대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096 판결.

형량의 과정에서 서로 충돌하는 법원리의 비중과 중요성은 결국 각각의 법원리의 비중과 중요성이 더 크다고 주장하는 '논거의 질'에 따라 결정된다. 따라서 형량의 과정은 각각의 법원리에 찬성하는 논거를 주고받는 과정으로 이해된다.[551]

다. 단체교섭권 對 직업의 자유 등

근로계약관계설은, 원청은 노동력이 필요할 때 직접고용 방식을 취할 것인가, 타 기업의 노동력을 이용할 것인가, 사업장의 인사조직을 어떻게 관리하고 인력 활용을 어떤 조직적 구조로 수행할 것인가 등을 스스로 결정할 수 있는데, 하청근로자의 원청에 대한 단체교섭권을 인정할 경우 원청의 기본권, 즉 직업의 자유, 재산권 내지 경영권 등을 침해한다고 한다.

하청근로자의 단체교섭권 행사가 원청이 자신의 사업을 영위하면서 사내하청관계를 형성한 것 자체를 제한하거나 침해하는 것이 아님은 분명하다. 원청과 하청노조 사이의 단체교섭은 이미 형성된 사내하청관계를 전제로 하청근로자의 근로조건 향상을 위한 교섭의제를 대상으로 한다. 실질적 지배력설에 의하면, 하청근로자가 원청에 직접 고용된 것과 마찬가지의 지위에서 모든 근로조건에 대하여 무제한의 단체교섭을 요구할 수 있다고 인정하는 것이 아니라 원청이 하청근로자의 교섭요구사항을 실질적으로 결정하거나 해당 근로조건을 지배하고 있는 경우로 그 범위를 한정하여 단체교섭권을 인정하고 있으므로, 그 주장에서 이미 기본권의 조화로운 해석을 도모하고 있다. 또한, 단체교섭은 말 그대로 교섭일 뿐 원청에 어떠한 강행적 규율이나 법적 의무를 부과하는 것이 아니므로, 그 점에 있어서도 원청의 직업의 자유나 경영권의 제한을 초래한다고 보기 어렵다. 실질적 지배력설이 기본권 충돌의 문제를 도외시하고 노동3권만을 강조하는 일방적인 근로자 보호에 지나지 않는다는 주장은 타당하지 않다.

오히려 사내하청관계는 원청의 경영상 필요, 즉 노동의 유연화, 인건비 절감 등을 위하여 도입된 경우가 대부분이고, 원청이 하청근로자의 근로조건 중 일정 범위를 실질적으로 지배·결정하고 있음에도 하청근로자와 근로계약관계가 없다는 이유를 내세워 단체교섭을 거부하면, 하청근로자로서는 원청이 실질적으로 지배하거나 결정하는 근로조건에 대해서는 근로조건의 향상을 전혀 기대할 수 없어 결국 노동3권을 행사할 수 없게 된다. 근로계약관계설의 주장과 같이 사내하청관계에서 기본

551) 이준일, 앞의 글, 329면.

권 충돌의 문제를 고려한다면 오히려 원청에 의해 하청근로자의 노동3권이 제한되고 있는 현실을 드러낼 뿐이다. 씨제이대한통운 사건의 제1심 판결도 '노조법상 사용자 개념과 관련하여 어떠한 경우든 원청을 배제하는 제한적 해석은 하청근로자의 노동3권을 제한하여 목적의 정당성이나 방법·수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성 등 과잉금지원칙에 비추어 정당성이 인정된다고 보기 어렵다'고 판시하여 이 점을 명확히 지적하고 있다.[552]

근로계약관계설은, 원청과 하청노조의 단체교섭이 타결되면 하청업체로서는 소속 근로자의 근로조건에 관하여 전혀 결정권을 행사하지 못한 채 원청이 결정한 단체협약 사항을 그저 이행해야 하는 법적 의무만 지게 되어 하청업체의 경영주체성을 침해하는 결과가 된다고 하나, 실질적 지배력설은 원청과 하청노조의 단체교섭에서 해당 교섭사항에 대하여 하청의 결정권이 전혀 없거나 부분적으로밖에 행사할 수 없는 영역에서 작동하므로, 하청업체로서는 자신이 전혀 결정할 수 없거나 원청과 함께 결정하여야 하는 근로조건에 대하여 단체교섭이 타결되면 오히려 하청의 안정적 경영에 도움이 되는 것이지 이를 하청의 경영주체성을 침해한다고 보는 것은 현실과는 동떨어진 견해이다.

5. 죄형법정주의 원칙 위반 여부

가. 헌법재판소의 명확성 원칙에 관한 해석 및 판단 기준[553]

1) 명확성 원칙의 의의

명확성 원칙은 법치국가 원리의 한 표현으로서 기본권을 제한하는 법규범의 내용은 명확하여야 한다는 헌법상의 원칙이다.[554] 이는 법규범을 명확하게 규정함으

552) 이준일, "이른바 '노란 봉투 법'과 기본권충돌 : 노동3권의 확대와 손해배상청구권의 축소를 담은 법률안에 대한 헌법적 평가",「헌법학연구」제29권 제1호, 한국헌법학회(2023. 3.) 276~278면에서는 사용자 개념의 확정 문제를 평등권의 관점에서 검토하고 있다. 즉, '형식상 근로계약을 체결하는 사용자뿐만 아니라 임금 등 근로조건에 실질적인 영향력이나 지배력을 행사하는 사람에 대해서도 노동3권을 주장할 수 있어야만 평등권 보장의 취지와 일치한다'고 하면서 그 근거로 '근로자와 근로계약을 체결한 사용자와 근로조건에 실질적인 영향력이나 지배력을 행사하는 사람은 본질적 차이가 없는 동일한 비교대상으로 동등한 대우를 받아야 하기 때문'이라고 한다.

553) 이하 김민기, 앞의 글(2022), 346~351면.

554) 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2009헌바128 결정 등.

로써 적용 대상자, 즉 수범자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법 집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석 및 집행을 예방하기 위한 원칙이다.[555]

한편, 죄형법정주의는 이미 제정된 정의로운 법률에 의하지 아니하고는 처벌되지 아니한다는 원칙으로, 이는 무엇이 처벌될 행위인가를 예측가능한 형식으로 정함으로써 개인의 법적 안정성을 보호하고, 성문의 형벌법규에 의한 실정법 질서를 확립하여 국가형벌권의 자의적 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가형법의 기본원리이다.[556]

죄형법정주의에서 명확성 원칙이 적용되는 영역은 주로 형벌법규로서 형사처벌의 대상이 되는 범죄의 구성요건과 관련되어 있다. 즉, 죄형법정주의의 명확성 원칙은 형벌법규가 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.[557] 형벌법규의 내용이 모호하거나 추상적이어서 불명확하다면 무엇이 금지된 행위인지 알 수 없어 법을 지키기 어려울 뿐만 아니라, 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져 죄형법정주의에 의해 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념을 실현할 수 없기 때문이다.[558]

2) 명확성의 판단 주체

명확한지 여부는 정도의 문제인데 이는 판단의 주체에 따라 다를 수밖에 없다. 일반적인 행위규범의 경우에는 일차적으로는 그 규범의 '수범자'가, 그리고 재판의 단계에 이르러서는 그 규범을 해석하고 적용하는 '법관'이 판단의 주체가 된다. 그러므로 판단 기준으로서 명확성이 요구된다는 것은 일차적으로는 건전한 일반상식을 가진 수범자에 의하여 법규정의 의미의 범위가 대체로 파악될 수 있는 정도여야 하고, 종국적으로는 법관이 관계 법규 전반에 대한 종합적이고 유기적인 이해를 기초로 이를 해석하여 그 의미의 범위를 일의적으로 귀결시킬 수 있는 정도여야 한다는 요청으로 보아야 한다.[559]

---

555) 헌법재판소 2010. 10. 28. 선고 2008헌마638 결정; 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2009헌바34 결정; 헌법재판소 2021. 10. 28. 선고 2020헌바488 결정 등.

556) 헌법재판소 1991. 7. 8. 선고 91헌가4 결정.

557) 헌법재판소 2021. 10. 28. 선고 2020헌바488 결정.

558) 헌법재판소 2010. 4. 29. 2008헌바118 결정.

559) 이부하, "법적 안정성의 의미에서 명확성의 원칙",「세계헌법연구」, 제20권 제1호, 세계헌법학회 한국학회(2014), 8~9면. 헌법재판소는 역시 '건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람으로

특히 헌법재판소는 어느 법규범의 수범자가 특정 집단인 경우와 관련하여, '수범자에 대한 행위규범으로서의 법령이 명확하여야 한다는 것은 일반 국민 누구나 그 뜻을 명확히 알게 하여야 한다는 것을 의미하지는 않고 사회의 평균인이 그 뜻을 이해하고 위반에 대한 위험을 고지받을 수 있을 정도면 충분하며, 일정한 신분 내지 직업 또는 지역에 거주하는 사람들에게만 적용되는 법령의 경우에는 그 사람들 중의 평균인을 기준으로 하여 판단하여야 한다'고 보고 있다.[560]

3) 명확성의 판단 기준

헌법재판소는 처벌법규가 명확성이 의미하는 바에 관하여, '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 요구한다. 그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 모든 구성요건을 단순한 서술적 개념으로 규정하여야 하는 것은 아니다. 다소 광범위하여 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 통상의 해석방법에 의하여 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이며 당해 처벌법규의 보호법익과 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있도록 규정하였다면 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 배치되는 것은 아니다'라고 하여,[561] 죄형법정주의에서 요구되는 명확성의 정도에 대하여 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 하되, 다만 입법자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적인 개념에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니라고 보고 있다.

즉, 입법자가 처벌법규의 구성요건을 일일이 세분하여 명확하게 하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하기 때문에 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관이 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용할 수 있다.[562] 만일 모든 구성요건을 단순한 서술적 확정개념으로만 규정할 것을 요구한다면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다

하여금 그 적용 대상자가 누구이고 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지를 충분히 알 수 있도록 규정하고 있다면 명확성 원칙에 위배되지 않는다고 보아야 한다'고 판시하고 있다. 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 93헌바65 결정; 헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 2001헌바26 결정; 헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2004헌바68 결정; 헌법재판소 2010. 4. 29. 선고 2008헌바118 결정 등.

560) 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2009헌바34 결정.

561) 헌법재판소 2017. 11. 30. 선고 2015헌바336 결정; 헌법재판소 2011. 10. 25. 선고 2010헌가29 결정.

562) 헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 98헌바95 결정.

양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다.[563] 따라서 법규범이 불확정개념을 사용하는 경우라도 법률해석을 통하여 법원의 자의적인 적용을 배제하는 합리적이고 객관적인 기준을 얻는 것이 가능한 경우는 명확성의 원칙에 반하지 아니한다.[564] 이 때 법규의 의미내용은 그 문언뿐만 아니라 입법 목적이나 취지, 입법연혁, 그리고 법규범의 체계적 구조 등을 종합적으로 고려하는 해석방법에 의하여 구체화되므로, 결국 법규범이 명확성 원칙에 위배되는지 여부는 위와 같은 해석방법에 의하여 그 의미내용을 합리적으로 파악할 수 있는 해석기준을 얻을 수 있는지 여부에 달려 있다.[565]

한편, 헌법재판소는 앞서 본 바와 같이 어느 법규범의 수범자가 특정 집단인 경우, 즉 수범자가 일정한 범위로 제한되어 있는 경우에는 그 규정의 명확성에 대한 요구가 다소 완화될 수 있다고 본다.[566] 이에 관하여 구체적으로 살펴보면, 헌법재판소는 2007. 7. 26. 선고 2006헌가9 결정에서 징계에 관한 중요한 절차에 대한 사항을 단체협약으로 체결하고도 그 단체협약을 지키지 않은 자를 처벌하는 구 노동조합 및 노동관계조정법(2001. 3. 28. 법률 제6456호로 개정된 것) 제92조 제1호 다목의 규정이 명확성 원칙에 위배되지 않는다고 판단하면서, “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”고 판시하였다. 또, 금융투자업자가 투자권유를 함에 있어서 ‘불확실한 사항에 대하여 단정적 판단을 제공하거나 확실하다고 오인하게 할 소지가 있는 내용을 알리는 행위’를 처벌하는 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 제정된 것) 제445조 제6호의 규정이 명확성 원칙에 위반되지 않는다고 판단하면서 그 근거 중 하나로 위 처벌조항의 수범자는 금융투자업자로 한정되어 있고, 금융투자에 관한 전문가인 금융투자업자는 자신에게 금지되는 행위의 의미를 충분히 알고 이에 비추어 자신의 행위를 결정할 수 있다는 점을 들고 있다.[567]

---

563) 헌법재판소 2005. 6. 30. 2002헌바83 결정.
564) 헌법재판소 2004. 7. 15. 2003헌바35 등 결정.
565) 헌법재판소 2015. 4. 30. 2014헌바179 등 결정; 헌법재판소 2017. 5. 25.선고 2014헌바459 결정.
566) 이황희, “중대재해처벌법에 대한 헌법적 검토-헌법재판소 판례의 입장에 기초한 위헌 여부 판단을 중심으로-”, 새정부 법조공약 평가 토론회(①중대재해처벌법에 대한 헌법적 검토) 자료집, 서울지방변호사회·한국헌법학회·아주경제 공동 주최(2022. 4.), 30면.
567) 헌법재판소 2017. 5. 25. 선고 2014헌바459 결정.

수범자가 법률전문가의 도움을 받아 무엇이 금지되는 행위인지에 관하여 예측하는 것이 가능한지 여부나 학설, 행정해석 및 판례 등을 통하여 법집행자에게 신뢰할 수 있는 합리적인 해석과 판단 기준이 확립되어 있는지도 명확성 원칙의 위반 여부를 판단하는 한 기준이 될 수 있다. 헌법재판소는 '정당한 이유'없이 근로자를 해고한 사용자를 처벌하는 근로기준법 제110조의 규정이 명확성 원칙에 위반되지 않는다고 판단하면서 그 근거 중 하나로, '비록 법문상으로는 정당한 이유라는 일반 추상적 용어를 사용하고 있으나 일반인이라도 법률전문가의 도움을 받아 무엇이 금지되는 것인지 여부에 관하여 예측하는 것이 가능한 정도라고 할 것이어서 수범자인 사용자가 해고에 관하여 자신의 행위를 결정해 나가기에 충분한 기준이 될 정도의 의미내용을 가지고 있으며, 학설, 행정해석 및 판례의 집적을 통하여 실무적 기준이 충분히 확립되어 있으므로 그 집행자가 정당한 사유를 자의적으로 해석하는 것을 허용하지 아니하고 있다'는 점을 들었다.[568]

나. '실질적 지배 내지 영향력' 표지가 명확성 원칙에 반하는지 여부

앞서 본 바와 같이 근기법에서 부당해고 제한에 관하여 '정당한 이유'라는 불확정 개념을 쓰고 있으나 헌법재판소는 '정당한 이유' 부분이 명확성 원칙에 위반되지 않는다고 판단하면서 학설, 행정해석 및 판례의 집적을 통하여 실무적 기준이 충분히 확립되었음을 근거 중의 하나로 들고 있다.

'실질적 지배 내지 영향력'이라는 표지 역시 학설, 행정해석, 판례에 의해 구체화될 수 있고, 그 작업이 도저히 명확성 원칙을 충족할 수 없을 만큼 어려운 것도 아니다. 왜냐하면 하청근로자가 단체교섭을 요구하는 사항은 '근로조건'에 관한 것인데, 각 해당 근로조건이 결정되는 기제를 검토하여 충분히 구체적 기준을 세워나갈 수 있다.

또한 앞서 본 바와 같이 헌법재판소는 수범자가 특정 집단인 경우 처벌법규의 명확성에 대한 요구가 다소 완화될 수 있다고 보고 있는데, 하청노조가 요구하는 교섭사항에 대하여 누구에게 '실질적 지배 내지 영향력'이 있는지 여부는, 해당 업무의 내용, 근로조건, 작업환경 등을 공유하는 노사당사자가 가장 잘 알고 있고, 원청으로서도 자신에게 교섭요구사항에 대한 결정권이 있는지 여부를 용이하게 파악할 수 있다.

---

568) 헌법재판소 2005. 3. 31. 2003헌바12 결정.

뿐만 아니라 이미 현대중공업 대법원 판결은 ‘지배력’에 관한 기준으로 ‘그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있을 것’과 ‘실질적이고 구체적으로 지배·결정할 것’을 제시함으로써 원청의 지배력이 단지 도급계약상 우월적 지위에 기한 거래관계에서의 막연한 지배력에 머물지 않고 하청근로자에 대한 ‘실질적이고 구체적’인 지배력일 것을 요구함으로써 지배력의 내용이 지나치게 확장되지 않도록 하였고,[569] 이후 씨제이대한통운의 제1심 판결은 이에 더 나아가 ‘노조법상 단체교섭 의무를 부담하는 사용자에 해당하는지는 사업주가 근로조건인 교섭요구사항에 대하여 실질적으로 결정하거나, 근로자가 해당 근로조건을 사업주의 의사대로 또는 정해진 대로 복종하여 따를 수밖에 없어 사업주가 해당 근로조건을 지배하고 있는지를 기준으로 판단해야 하고, 그러한 판단을 함에 있어서는 원청과 하청의 관계, 하청근로자의 업무가 상시적·필수적인 업무인지, 원청의 사업체계의 일부로 편입됨으로써 근로조건을 지배하거나 결정하는 원청의 지위가 지속적인지 등을 종합적으로 고려하여야 한다’는 취지로 판시하여 보다 구체화된 기준을 제시하고 있다.

실질적 지배 내지 영향력이라는 개념이 명확성의 원칙에 반하여 죄형법정주의 원칙에 반한다는 주장은 타당하지 않다.

569) 노동법실무연구회, 「노동조합 및 노동관계조정법 주해」(제2판) Ⅰ, 박영사(2023), 370~371면.

제2절 실질적 지배·결정의 의미 및 판단요소

1. 판례가 제시하는 기준

씨제이대한통운 사건의 제1심 판결은 현대중공업 대법원 판결의 법리를 원용하여 단체교섭 거부의 부당노동행위 주체인 사용자에는 지배·개입의 부당노동행위 주체인 사용자와 마찬가지로 근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자뿐만 아니라 '기본적인 노동조건 등'에 관하여 그 근로자를 '고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도'로 '실질적이고 구체적으로 지배·결정'할 수 있는 지위에 있는 자도 포함된다고 판단하면서, 이어 노조법상 단체교섭 의무를 부담하는 사용자에 해당하는지는 사업주가 '근로조건인 교섭요구사항'에 대하여 '실질적으로 결정'하거나, 근로자가 해당 근로조건을 '사업주의 의사대로 또는 정해진 대로 복종하여 따를 수밖에 없어' 사업주가 해당 근로조건을 '지배'하고 있는지를 기준으로 판단해야 하고, 그러한 판단을 함에 있어서는 ① 씨제이대한통운(원청)과 집배점(하청)의 관계, ② 집배점 택배기사(하청근로자)의 업무가 '상시적·필수적인 업무'인지, ③ 씨제이대한통운의 사업체계의 일부로 '편입'됨으로써 근로조건을 지배하거나 결정하는 씨제이대한통운의 지위가 '지속적'인지 등을 종합적으로 고려하여야 한다고 하여 실질적 지배·결정의 의미 및 그 판단요소를 구체화하고 있다. 위 제1심 판결의 심판대상이 된 씨제이대한통운 사건의 중노위 판정은 실질적 지배·결정의 판단요소와 관련하여, ③ 대리점(집배점) 택배기사의 노무가 사용자의 '사업 수행에 필수적이고 그 사업체계에 편입'되어 있는지 여부, ④ 대리점 택배기사의 '노동조건 등을 단체교섭에 의해 집단적으로 결정하여야 할 필요성과 타당성' 등을 제시하였다. 위 제1심판결과 중노위 판정은 공통적으로 원청의 사업에 편입되었는지 여부를 판단요소로 고려하고 있다.

씨제이대한통운 사건의 제1심 판결 선고 이전의 관련 판결들은 위와 같이 판단요소를 일반화하여 제시하고 있지는 않았지만, 각 그 사실 인정의 내용을 보면 주로 ① 도급계약 등을 통한 근로조건의 결정, ② 원청 사업에의 편입(원청 사업장에서 노무 제공, 주요 재료나 도구 등 생산 수단의 제공, 공동작업 등), ③ 근무장소와 근무시간 등의 관리·통제, ④ 업무의 지휘·감독 등에 중점을 두고 실질적 지배·결정 여부를 판단하였음을 알 수 있다.

〈표11〉 실질적 지배·결정의 판단요소 관련 사례

사건	판시 사실 인정의 내용	실질적 지배·결정의 판단요소
서울남부지법 2007. 12. 10. 선고 2007카합2731 결정 코스콤 사건	ⓐ 고객(증권사)의 전산망 유지보수 요구 접수시 업무협조 방식으로 작업시간(야간 또는 휴일 포함)과 내용을 정하여 통보함	근무시간 관리·통제
	ⓑ 출장소별로 업무량과 소속 인원을 파악한 후 하청근로자들의 근무지를 이동시키거나 담당고객 지정 및 관리에 대한 지침을 작성함	근무장소 관리·통제
	ⓒ 원청의 연휴 및 당번근무조 편성에 하청근로자들도 함께 배치하고 당번근무 수행 후 결과를 보고하도록 함	원청 사업에의 편입
	ⓓ 원청 영업관리시스템에 시간외 근로시간 신청 등을 하도록 관리	근무시간 관리·통제
	ⓔ 원청 사옥 내 사무공간 제공, 작업에 필요한 공구 및 자재 제공	원청 사업에의 편입
	ⓕ 원청회사 네트워크사업부 지침에 따라 3직급체계 동일 적용, 하청근로자의 업무평가를 통한 용역단가 승인여부 결정	도급계약 등을 통한 근로조건 결정
현대중공업 대법원 판결	ⓐ 원청이 공정의 원활한 수행 및 품질관리 등을 위해 하청근로자의 작업 내용 전반을 직접 관리함	업무 지휘·감독
	ⓑ 개별도급계약을 통하여 작업 일시, 작업 시간, 작업 장소, 작업 내용 등에 관하여 실질적·구체적으로 결정함	도급계약 등을 통한 근로조건 결정
	ⓒ 하청업체는 개별도급계약에 의해 작업 일시, 장소, 내용 등이 확정되기 때문에 사실상 이미 확정되어 있는 업무에 어느 근로자를 종사시킬지 여부에 관해서만 결정하고 있던 것에 지나지 않음	
	ⓓ 하청근로자는 원청이 제공한 도구 및 자재를 사용하여 원청의 사업장 내에서 작업함으로써 원고 회사가 계획한 작업 질서에 편입되고 원고 회사 직영근로자와 함께 선박건조업무에 종사함	원청 사업에의 편입
	ⓔ 하청근로자들은 작업의 진행방법, 작업시간 및 연장, 휴식, 야간근로 등에 관하여 실질적으로 원청의 공정관리자의 지휘·감독 하에 놓여 있었음	업무 지휘·감독
대전지법 2011. 10. 6.자 2011카합782 결정 (한국수자원공사 사건)	ⓐ 도급계약서, 과업지시서 등을 통해 용역업체 근로자들의 근무시간을 지정함	도급계약 등을 통한 근로조건 결정
	ⓑ 용역업체에 대한 작업요청서 등을 통하여 용역근로자들의 작업일시, 작업시간, 작업 장소, 작업 내용 등에 관하여 실질적·구체적 결정을 함	
	ⓒ 도급계약서에 하청은 원청으로부터 인원배치 조정 요구가 있을 경우 이에 응하여야 한다는 규정을	도급계약 등을 통한 근로조건 결정

	두었고, 실제 인원 감축을 요청한 사실도 있음	
	ⓓ 청소 용역업무 수행 시 발생하는 폐지 등 재활용품 발생수익금을 원청의 자산으로 귀속함	원청 사업에의 편입
	ⓔ 청소 용역업무 수행을 위한 전력 및 용수의 제공	
	ⓕ 감독원을 지정하여 업무수행 상태 점검, 구체적 업무지시 및 감독이 이루어짐	업무 지휘·감독

위 판결들에서도 모두 '원청 사업에의 편입 여부'를 실질적 지배·결정의 판단요소로 하였음이 주목된다. 위 요건은 대법원이 근로자파견과 도급을 구별하는 판단요소로 들고 있는 것이고, 노조법상 근로자성 여부를 판단하는 요소 중의 하나로도 제시하는 것이다.[570] 그 의의와 단체교섭의 당사자로서 사용자성을 판단함에 있어서도 '원청 사업에의 편입 여부' 요건이 필요한지에 관하여는 아래에 따로 항목을 나눠 검토한다. 또한, 위 판결들은 원청이 도급계약이나 하청업체에 대한 작업요청서, 과업지시서 등을 통해 하청근로자의 근로조건을 실질적으로 지배·결정할 수 있음을 인정하였다. 대부분의 사내하청에서는 원청이 하청과 도급계약을 매개로 하청근로자의 노무제공 내용이나 근로조건 등을 결정하는 구조임을 고려한 것이라 할 수 있다.

2. 실질적 지배·결정의 판단요소의 정립

가. 논의의 전제

1) 업무의 지휘·명령 판단요소의 보충성

한편, 위 <표11> 실질적 지배·결정의 판단요소 관련 사례에서는 업무의 지휘·감독을 판단요소로 들고 있다. 이에 대하여는 원청사업주의 지휘·명령이 있는지 여부는 불법파견 여부를 판단하는 데 의미가 있을 뿐이므로 실질적 지배력 판단

570) 이정훈, 앞의 글, 422면. 김유성 교수는, 실질적 영향력 내지 지배력이라는 기준이 추상적이어서 실제 문제의 해결에 어려움이 있을 수 있으나, 예컨대 노무도급사업이나 근로자파견사업 등에서는 '실질적 지휘감독관계의 존재'를 영향력 내지 지배력의 징표를 정하는 구체적 기준으로 활용하는 등의 방법으로 보충하여 나가면 된다고 하고(앞의 책, 320면), 김형배 교수도 업무에 대한 지휘 명령권을 판단기준의 하나로 제시하나[김형배, 앞의 책(2021), 1212~1213면], 이는 위장도급, 불법파견 등이 문제되는 사안에서 고려할 수 있는 판단요소라 할 것이다.

요소로 보기 어렵다는 견해가 있다.[571] 사내하청에서 원청의 단체교섭 응낙의무가 문제되는 사안은 진정도급에 해당하는 경우로서, 원청이 하청근로자의 업무 수행에 대하여 지휘·명령을 하지 않는다는 사실이 이미 논의의 전제라 할 수 있다는 점에서는 위 견해가 타당하다. 실제 사안에서 이 점이 어떻게 달리 나타나는지를 잘 보여주고 있는 사례가 제3기 판결들 중 하나인 아래 서울고등법원 2020노115 판결(삼성전자서비스 수리기사 사건)이다.

위 판결은 삼성전자서비스(원청)과 협력업체 소속 수리기사들의 관계를 묵시적 근로관계나 근로자파견으로 인정하기는 어렵지만(파견법위반죄 부분은 무죄), 위 수리기사들의 기본적인 근로조건 등에 관하여 현실적이면서 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있어 부당노동행위 주체로서 사용자에 해당한다고 판단하였다(노조법위반죄 부분은 유죄).

근로자파견 여부에 관한 판단	지배·개입 및 단체교섭 해태의 부당노동행위 주체로서 사용자성 판단
① 삼성전자서비스가 협력업체 소속 수리기사들에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하였는지 여부(부정) - 수리기사들의 배치, 업무배정은 협력업체의 독자적인 기준에 따라 이루어졌고, 근무일정 조정, 수리업무 재배정 등도 협력업체가 해당 조치를 취함 - 삼성전자서비스가 전산시스템인 케이존을 통하여 제공한 기술정보나 노하우는 수리기사들이 수리업무를 수행하는 데 참고하는 일응의 기준이 될 뿐이지 반드시 그에 따라 수리업무를 진행해야 하는 것은 아니어서 삼성전자서비스가 케이존을 통해 수리기사들에 대하여 업무수행에 관한 구속력 있는 지시를 한 것으로 볼 수 없음 - 업무 매뉴얼 등을 제공하였으나 이 또한 수리업무를 수행하는 데 일응의 기준이 될 뿐이지 이를 통하여 수리기사들에 대한 구속	

571) 이정훈, 앞의 글, 422면. 김유성 교수는, 실질적 영향력 내지 지배력이라는 기준이 추상적이어서 실제 문제의 해결에 어려움이 있을 수 있으나, 예컨대 노무도급사업이나 근로자파견사업 등에서는 '실질적 지휘감독관계의 존재'를 영향력 내지 지배력의 징표를 정하는 구체적 기준으로 활용하는 등의 방법으로 보충하여 나가면 된다고 하고(앞의 책, 320면), 김형배 교수도 업무에 대한 지휘 명령권을 판단기준의 하나로 제시하나[김형배, 앞의 책(2021), 1212~1213면], 이는 위장도급, 불법파견 등이 문제되는 사안에서 고려할 수 있는 판단요소라 할 것이다.

력 있는 지시를 한 것으로 보기 어렵고, 수리기사들이 이에 따르지 않았다는 이유로 직·간접적으로 불이익을 받았다고 볼 만한 사정도 발견되지 않음	
② 협력업체 소속 수리기사들이 삼성전자서비스 소속 근로자들과 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 삼성전자서비스의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지 여부(부정) - 협력업체의 수리센터와 삼성전자서비스의 직영센터는 장소적으로 분리되어 있어 같은 공간에서 근무하지 않았음 - 삼성전자서비스의 직영센터 소속 수리기사들은 신제품 등 기술교육, 품질개선정보활동, 프리미엄 신제품 및 VIP 고객 수리, 난(難)수리 지원 등 협력업체 수리기사들의 업무와 구별되는 업무를 수행함	- 업무위탁계약서에 삼성전자서비스는 협력업체에 필요시 위탁업무를 원활하게 수행하기 위한 시설 및 전산장비, 기타 공구를 임대하거나 사용하게 할 수 있다고 규정되어 있음(업무위탁계약서 제11조 제1항). 이에 따라 삼성전자서비스는 수리업무 수행에 필요한 기본적인 시설과 장비 등을 협력업체에 무상으로 대여하거나 이존, 애니존, 케이존, G-ERP와 같은 전산시스템을 제공하였고, 협력업체 소속 수리기사들은 삼성전자서비스가 제공한 시설과 장비, 전산시스템을 사용하여 업무를 수행함
③ 협력업체가 근로조건 및 근태관리 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하였는지 여부(부정) - 협력업체마다 독자적인 취업규칙을 제정하여 취업규칙에 따라 수리기사들의 고용형태, 근로시간 및 휴일, 근로시간의 운영방법, 휴가, 임금, 복리후생, 승진, 정년, 포상, 징계 등을 달리 정하고 있고, 수리기사들의 출퇴근 및 휴가 사용 등에 대해서도 협력업체가 독자적으로 관리함 - 삼성전자서비스가 작성한 공수단가표에 제품별 수수료가 정해져 있었고 업무위탁계약서에 첨부된 부속서인 '서비스 수수료 기준'에 구체적인 수수료 산정 방식이 정해져 있었으며, 삼성전자서비스는 건강보험료, 산재보험료 등 사회보장요율의 변동 등을 서비스 수수료에 반영해 주었으나, 이는 업무위탁계약에 따른 서비스 수수료 기준을 정하기 위하여 산정의 기초가 되는 원가를 계산한 것으로 보이고, 각 협력업체는 위 서비스 수수료 기준에 따라 삼성전자서비스로부터 지급받은 수수료 중 직접수수료(수리 건수 물량	- 삼성전자서비스는 업무위탁계약의 '위탁비 지급 기준' 및 단가에 따라 산정한 위탁비를 협력업체에 지급하고, 위 수수료 기준 및 단가에는 협력업체 수리기사들에 대한 인건비와 사회보장 비용 등이 포함되어 있다. 한편 협력업체는 삼성전자서비스로부터 받은 위탁비의 범위 내에서 수리 실적에 따라 소속 수리기사들에게 임금을 지급하므로, 삼성전자서비스가 정한 위탁비 기준 및 단가는 협력업체 소속 수리기사들의 임금에도 **간접적으로 영**향을 미칠 수밖에 없었음 - 서비스 업무 수행 시간(요일과 시간)은 업무위탁계약에 정해져 있고 그 조정이 필요한 경우 삼성전자서비스와 협의하여야 한다고 규정되어 있음(업무위탁계약서 제6조 제3항). 이러한 협력업체의 서비스 업무 수행 시간은 삼성전자서비스의 서비스 정책에 따라 결정·변경된 것으로 보이고, 이에 따라 협력업체 소속 수리기사들의 기본적인 근무 요일과 시간도 결정됨 - 협력업체는 소속 수리기사들의 능력 향상

에 비례하여 산정되는 수수료) 상당의 금원을 그대로 수리기사들에게 임금으로 지급한 것이 아니라 협력업체마다 독자적인 임금체계를 갖추고 그에 따라 산정한 임금을 수리기사들에게 지급하였음. 따라서 삼성전자서비스가 마련한 공수단가표와 서비스 수수료 기준 등으로 실질적으로 삼성전자서비스가 협력업체 소속 수리기사들에 대한 임금을 산정·지급하였다고 보기는 어려움	을 위해 자체교육 프로그램을 통해 지속적으로 교육을 실시하여야 하고, 삼성전자서비스가 인정한 수리 자격이 있는 수리기사에게 위탁업무 수행을 맡겨야 함(업무위탁계약서 제6조 제5항). 이에 따라 수리기사들이 수리업무에 투입되기 위해서는 수리의 종류별로 필요한 교육을 이수하고 삼성전자서비스가 요구하는 일정한 자격을 갖추어야 함
④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지 여부(긍정) - 삼성전자서비스 직영센터 수리기사들은 프리미엄 신제품 및 VIP 고객 수리, 난(難)수리 등 특수 수리업무만을 처리하였고, 협력업체 소속 수리기사들은 삼성전자서비스 직영센터 수리기사들이 수행하는 업무 외의 일반 수리업무를 담당하여 각 업무가 서로 구별되고 원칙적으로 각기 해당 영역의 업무만을 수행함	
⑤ 협력업체가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있었는지 여부(긍정) - 협력업체는 내근 수리기사 사무실을 삼성전자서비스에서 사용대차하여 무상으로 사용하였고, 외근 수리기사 사무실은 자체적으로 임차하였으나 관련 비용을 모두 삼성전자서비스로부터 위탁수수료 명목으로 보전받았고, 수리업무 수행에 필요한 일부 장비를 삼성전자서비스로부터 무상으로 대여받기도 하였음. 그러나 이는 삼성전자서비스가 협력업체들에 업무위탁계약에 따라 위탁수수료를 지급하여야 하고 이러한 무상 제공, 대여 등의 약정에 따라 지급하여야 할 위탁수수료에 변동이 생기므로 그 위탁수수료의 산정 기준을 정하는 데 있어 반영된 것으로 보임 - 협력업체는 자기 자본으로 설립 자본금을 마련하였고, 협력업체 소유의 자산을 보유하	- 업무위탁계약서에 따라 협력업체가 수행해야 할 위탁업무는 '위탁비 지급 기준'에서 정한 제품에 대한 수리업무로 정해져 있고, 협력업체는 삼성전자서비스의 사전 서면동의 없이는 제3자와 동일·유사한 계약을 체결할 수 없도록 규정하고 있으므로, 협력업체의 업무는 전적으로 삼성전자서비스와의 위탁업무 계약에 의존하고 있음. 또한 삼성전자서비스와 협력업체 사이의 업무위탁계약은 1년 단위로 체결되고 계약 기간 중 계약해지 사유를 광범위하게 규정하고 있음 - 삼성전자서비스는 계약 종료 후 재계약 체결을 거부하거나 계약을 해지하는 등으로 협력업체와의 계약을 일방적으로 종료시킬 수 있었고, 이 경우 삼성전자서비스와의 업무위

고 있으며, 삼성전자서비스가 대여하여 준 장비 외에 수리업무 수행에 필요한 공구, 소모품 등을 자체적으로 구입하여 사용함	탁계약에 전적으로 의존하는 협력업체 사장으로서는 그의 의사와 무관하게 사업을 포기할 수밖에 없었음 - 삼성전자서비스는 협력업체에 대하여 계약의 유지·존속과 폐지 여부를 정함에 있어 우월한 지위에 있었고, 이를 이용하여 협력업체를 통하여 수리업무 처리 실적을 압박하고 수리기사 자격을 제한하는 등 협력업체의 구체적인 업무에 관여하기도 함

위 판결은 파견 여부를 판단함에 있어서 삼성전자서비스가 협력업체 소속 수리기사들에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하였는지 여부에 관하여 상세히 판단하였으나, 삼성전자서비스의 부당노동행위 주체로서 사용자성을 판단함에 있어서는 이를 전혀 고려하지 않았다. 후자의 경우 원청의 실질적 지배·결정이 문제되는 것은 업무상 지휘·감독이 이루어지는 영역이 아니라 하청근로자의 '근로조건'임을 인식한 것이라고 평가할 수 있다.

그러나 소송과정에서 근로자들이 원청에 의한 '업무의 지휘·감독'이 있었음을 주장하고 만일 그것이 인정된다면 해당 근로조건에 대한 실질적 지배·결정이 있었음을 인정하는 데 유력한 정황이 되는 경우도 있을 수 있다. 논리적, 개념적으로는 '업무의 지휘·감독' 요소를 명백히 배제할 수 있는 것으로 보이지만, 사안에 따라 구별이 분명하지 않은 경우도 있을 수 있다. 따라서 '업무의 지휘·감독'이 인정되면 해당 근로조건에 대한 실질적 지배·결정 유무를 판단하는 정황사실로 다루되, '업무의 지휘·감독'이 인정되지 않는다고 하여 실질적 지배·결정도 부인하여서는 아니 된다는 정도의 의미에서 보충적, 부차적으로 고려될 요소라고 보는 것이 실제 사안의 해결에 더 도움이 될 것이다.

한편, 위 판결의 '임금'에 관한 판단 부분도 주목할 만하다. 파견 여부를 판단함에 있어서는 협력업체마다 독자적인 임금체계를 갖추고 그에 따라 산정한 임금을 수리기사들에게 지급한 사정을 중시하였으나, 노조법상 사용자성 여부를 판단함에 있어서는 삼성전자서비스가 정한 위탁비 기준 및 단가가 협력업체 소속 수리기사들의 임금에도 '간접적으로 영향'을 미칠 수밖에 없는 사정을 실질적 지배·결정의 징표로 인정하였다. 물론 파견의 경우에는 직접적 지배가 요구되고, 노조법상 사용자성 판단의 경우에는 간접적 지배도 가능하다는 의미는 아니다. 오히려 후술하는 바와 같이 대법원은 불법파견을 인정한 사안에서도 간접적 지배(지휘·감독)의 사정

을 불법파견을 인정할 수 있는 징표로 고려하고 있다. 위 판결의 이 부분 판단에서 중요한 것은 설령 하청업체가 독자적인 임금체계를 갖추고 그에 따라 산정한 임금을 하청근로자들에게 지급한 사정이 있더라도 도급(위탁)계약 등에 정한 도급금액, 수당, 수수료 등에 의해 하청근로자의 근로조건(임금)에 원청의 지배력이 미칠 수 있다는 점이다.

또한, 하청업체의 독자성 여부에 관한 판단도 눈에 띈다. 하청업체가 독자적인 실체를 가지고 있는 사정들(자기 자본으로 설립 자본금 마련, 그 소유의 자산 보유, 업무 수행에 필요한 일부 재료를 자체적으로 구입하여 사용 등)이 인정되더라도 하청업체의 업무 및 사업 존속이 전적으로 원청과의 위탁업무계약에 의존하고 있다면, 이러한 경제적 종속성으로부터 원청의 하청근로자에 대한 실질적 지배력 내지 영향력이 미칠 수 있다는 점이 파견 여부의 판단과 노조법상 사용자성 여부의 판단에서 대조를 이루며 잘 나타나고 있다.

다만, 위 판결은 파견 여부를 판단함에 있어서는 원청의 사업에의 편입을 인정하지 않았는데, 이는 주로 협력업체 소속 수리기사들이 삼성전자서비스 소속 근로자들과 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는지 여부에 초점을 두었기 때문으로 보이고, 노조법상 사용자성을 판단함에 있어 고려한, 삼성전자서비스가 협력업체에 수리업무 수행에 필요한 기본적인 시설과 장비 등을 무상으로 대여하거나 전산시스템을 제공하였고, 협력업체 소속 수리기사들이 위 시설과 장비, 전산시스템을 사용하여 업무를 수행한 사실 또한 원청의 사업에로 편입된 사정으로 인정할 수 있을 것이다.

2) 교섭의제별 판단의 필요성

현대중공업 대법원 판결은 '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 (제1항) 제4호 소정의 부당노동행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에 해당한다'라고 판시하여 근로계약의 당사자가 아닌 자도 '부분적으로' 사용자가 될 수 있다는 사실, 달리 말하면 한 근로자에 대해 둘 이상의 사용자가 '중첩적으로' 존재할 수 있다는 사실을 인정하였다.[572]

이와 같이 부분적·중첩적 사용자론에 입각할 경우에는 교섭의무를 부담하는

사용자 해당성을 판단할 때 교섭사항(근로조건 등)별로 교섭의무를 부담하는 사용자가 달라질 수 있게 된다. 각 교섭사항에 대한 지배·결정의 유무와 정도가 상이하기 때문에 교섭사항별로 교섭의무를 부담하는 사용자를 판단하는 것이 타당하다.[573]

씨제이대한통운 사건의 제1심 판결과 그 심판대상이 된 중노위 판정도 모두 이와 같이 교섭의제(근로조건) 별로 단체교섭 상대방으로서 사용자성을 판단하였다.

나. 지배·결정의 의미

먼저 사전적 의미에 관하여 살펴보면, '지배'는 '어떤 사람이나 집단, 조직, 사물 등을 자기의 의사대로 복종하게 하여 다스리거나' 내지는 '외부의 요인이 사람의 생각이나 행동에 적극적으로 영향을 미치는' 것이다. '결정'은 '행동이나 태도를 분명하게 정한다'는 의미이다.

위와 같은 사전적 의미에 비추어보면, 원청의 '지배'는 하청근로자 내지 하청업체에 대한 지배력(영향력)을 통해 근로조건을 결정하거나 원청의 사업장에서 하청근로자의 노무 제공이 이루어지거나 원청의 사업에의 편입으로부터 비롯되는 근로조건을 의미한다고 해석할 수 있다. 그리고 '결정'은 원청이 스스로 '결정'할 수 있다는 것, 즉 원청이 처분가능성을 가지는 경우로 해석할 수 있다.

동태적 사업 개념론이 주장하는 박제성 교수는 '지배'의 개념을 다음과 같이 설명한다. 즉, 지배란 '사전적(事前的) 행위 제어'와 '자의적 개입 권능'이 결합된 것으로, 타인의 행위에 대해서 구체적이거나 직접적인 지시를 매개하지 않고서도 의도하는 행위를 강제할 수 있고, 의도에서 벗어나는 경우에는 언제라도 개입하고 수정하고 제재할 수 있는 권한이 유보되어 있을 때를 의미하며, 예컨대, 원청이 목표를 사전에 설정하고 그 성과 여부를 평가해서 재계약 여부를 결정하거나, 제3자를 통해 노동과정을 제어하면서 필요한 경우 제3자를 교체하는 방식으로 원하는 조직관리를 실현하거나, 원청의 이익 실현에 최적화된 구조를 만들어 놓음으로써 그 구조 안에 들어오는 자는 자신의 의지와 상관없이 구조적으로 원청의 이익에 복무되도록 하는 것 등이라고 한다. 이러한 지배는 직접적일 수도 있고 간접적·유보적일 수도 있는데 간접적 지배가 사내하청에 좀 더 잘 대응할 것이라고 한다.[574]

---

572) 강성태, 앞의 글(2010. 9.), 25면.
573) 이승욱, 앞의 글(2021. 12.), 127면.
574) 박제성, 앞의 글(2016. 3.), 127면.

다. 지배·결정의 대상—근로조건 등

1) 근로조건

원청이 하청근로자의 근로조건 등을 실질적으로 지배·결정한다고 할 때, 먼저 '근로조건'이 무엇인지를 살펴볼 필요가 있다.

현행 법제 하에서 헌법,[575] 근기법,[576] 노조법,[577] 기간제법,[578] 파견법,[579] 산안법,[580] 근로복지기본법[581] 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률[582] 등 여러 법령의 다수 규정에서 '근로조건'이라는 용어를 사용하고 있지만, 헌법을 비롯한 어느 법령에서도 근로조건이 무엇인지에 관한 일반적 정의 규정을 두고 있지는 않다.

근기법, 노조법 등에서는 근로조건 해당 사항을 규정하고 있는데, 먼저 근기법 제17조 제1항은 '근로조건의 명시'라는 표제 하에 사용자로 하여금 근로계약 체결 시 근로자에게 명시하여야 할 사항을 규정하고 있고, 같은 항 제5호의 위임에 따른 근기법 시행령 제8조의 규정 및 시행령 제8조 제3호에서 인용하는 근기법 제93조(취업규칙의 작성·신고)의 규정을 종합하면, 아래와 같이 근로조건에 해당하는 사항을 비교적 구체적으로 파악할 수 있다.

근기법 제17조 제1항	1호	임금
	2호	소정근로시간
	3호	제55조에 따른 휴일
	4호	제60조에 따른 연차 유급휴가
	5호	그 밖에 대통령령으로 정하는 근로조건

575) 헌법 제32조 제3항(근로조건의 기준), 제4항(여자의 근로 보호), 제33조 제1항(노동3권).

576) 근기법 제1조(목적), 제3조(근로조건의 기준), 제4조(근로조건의 결정), 제5조(근로조건의 준수), 제6조(근로조건에 대한 차별적 처우 금지), 제15조 제1항(근기법 위반 근로계약의 효력), 제17조(근로조건의 명시), 제18조 제1, 2항(단시간근로자의 근로조건), 제19조 제1항(근로조건의 위반), 제67조 제3항(미성년자의 근로계약 대리), 제97조(취업규칙 위반 근로계약의 효력), 제101조 제1항(근로감독관).

577) 노조법 제1조(목적), 제2조 제4호(노동조합의 정의), 제5호(노동쟁의의 정의), 제29조의3 제2항(교섭단위 분리), 제33조 제1항(단체협약의 규범적 효력), 제47조(자주적 조정의 노력).

578) 기간제법 제1조(목적), 제2조 제3호 라.목(차별적 처우의 정의), 제13조 제1항(조정·중재 또는 시정명령의 내용), 제17조(근로조건의 서면명시), 제24조 제2항 제2호(과태료).

579) 파견법 제1조(목적), 제2조 제7호 라.목(차별적 처우의 정의), 제6조의2 제3항(직접고용 시 근로조건), 제23조(파견근로자의 복지 증진).

580) 산안법 제5조 제1항 제2호(사업주 등의 의무), 제139조 제2항(유해·위험작업에 대한 근로시간 제한 등).

581) 근로복지기본법 제3조 제1항(근로복지정책의 기본원칙).

582) 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률 제4조 제1항(노사협의회의 설치 단위).

583) 2019. 1. 15. 법률 제16270호로 개정 시 근기법 제6장의2로 직장 내 괴롭힘의 금지 규정들이

근기법 시행령 제8조	1호	취업의 장소와 종사하여야 할 업무에 관한 사항
	2호	(근기)법 제93조 제1호부터 제12호[583]까지의 규정에서 정한 사항
	3호	사업장의 부속 기숙사에 근로자를 기숙하게 하는 경우에는 기숙사 규칙에서 정한 사항
근기법 제93조	1호	업무의 시작과 종료 시각, 휴게시간, 휴일, 휴가 및 교대 근로에 관한 사항
	2호	임금의 결정·계산·지급 방법, 임금의 산정기간·지급시기 및 승급에 관한 사항
	3호	가족수당의 계산·지급 방법에 관한 사항
	4호	퇴직에 관한 사항
	5호	근로자퇴직급여 보장법 4조에 따라 설정된 퇴직급여, 상여 및 최저임금에 관한 사항
	6호	근로자의 식비, 작업 용품 등의 부담에 관한 사항
	7호	근로자를 위한 교육시설에 관한 사항
	8호	출산전후휴가·육아휴직 등 근로자의 모성 보호 및 일·가정 양립 지원에 관한 사항
	9호	안전과 보건에 관한 사항
	9호의2	근로자의 성별·연령 또는 신체적 조건 등의 특성에 따른 사업장 환경의 개선에 관한 사항
	10호	업무상과 업무 외의 재해부조에 관한 사항
	11호	직장 내 괴롭힘의 예방 및 발생 시 조치 등에 관한 사항
	12호	표창과 제재에 관한 사항
	13호	그 밖에 해당 사업 또는 사업장의 근로자 전체에 적용될 사항

다음으로, 노조법 제2조 제5호는 노동쟁의를 '노동조합과 사용자 또는 사용자단체 간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태'를 말한다고 정의하고 있다. 이에 의하면 '임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등에 관한 사항'은 근로조건이라 할 수 있다.

법령 중에는 어떤 사항을 근로조건과 구별하여 규정하고 있는 경우가 있으나, 이러한 사정만으로 그 사항이 근로조건에 해당하지 않는다고 볼 수는 없다. 즉, 차별적 처우의 대상이 되는 사항을 규정한 파견법 제2조 제7호 라.목 및 기간제법 제2조 제3호 라.목에서는 '그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항'을 들고 있는데, 앞서 본 바와 같이 노조법 제2조 제5호에서 '복지'에 관한 사항을 근로조건

신설되면서 근기법 제93조 제11호로 '직장 내 괴롭힘의 예방 및 발생 시 조치 등에 관한 사항'이 추가되었고, 위 개정 전 근기법 제93조 제11호의 '표창과 제재에 관한 사항'은 제12호로, 제12호의 '그 밖에 해당 사업 또는 사업장의 근로자 전체에 적용될 사항'은 제13호로 조문 위치가 바뀌었다. 이처럼 직장 내 괴롭힘 관련 사항이 추가된 것 외에는 위 개정 전 근기법 제93조 제1호 내지 제12호의 내용은 그대로 유지되고 있으므로 이에 맞춰 근기법 시행령 제8조 제2호도 '(근기)법 제93조 제1호부터 제12호까지의 규정에서 정한 사항'에서 '(근기)법 제93조 제1호부터 제13호까지의 규정에서 정한 사항'으로 개정되어야 함에도 현재까지 개정되지 않고 있는데 이는 단순 누락으로 향후 근기법 시행령 개정 시 보완이 필요한 부분이다.

사항으로 예시하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이 때 복리후생에 관한 사항을 근로조건에 관한 사항과 병렬적으로 규정하고 있다는 형식만으로 복리후생에 관한 사항이 근로조건에 해당하지 않는다고 볼 수는 없다.[584]

한편, 대법원은 근로조건에 관하여 취업규칙과 관련한 사안에서 '사용자와 근로자 사이의 근로관계에서 임금·근로시간·후생·해고 기타 근로자의 대우에 관하여 정한 조건'이라고 판시한 바 있고,[585] 노동쟁의와 관련한 사안에서 '사용자와 근로자 사이의 근로계약관계에 있어서 근로자의 대우에 관하여 정한 조건을 말하고, 구체적으로는 근기법에 정하여진 임금·근로시간·후생·해고뿐만 아니고 같은 법 제94조(현행 근기법 제93조), 같은 법 시행령 제7조(현행 시행령 제8조) 소정의 사항이 포함된다'라고 판시한 바 있다.[586] 헌법재판소는 헌법 제32조에서 규정한 근로의 권리가 문제된 다수의 결정례에서 근로조건이란 '임금과 그 지불방법, 취업시간과 휴식시간, 안전시설과 위생시설, 재해보상 등 근로계약에 의하여 근로자가 근로를 제공하고 임금을 수령하는 것에 관한 조건들'이라고 하였다.[587]

또한, 근로복지기본법 제3조 제1항은 '근로복지(임금·근로시간 등 기본적인 근로조건은 제외한다)정책은 근로자의 경제·사회활동의 참여기회 확대, 근로의욕의 증진

584) 노동법실무연구회,「노동조합 및 노동관계조정법 주해」(제2판) Ⅱ, 박영사(2023), 371면.

585) 대법원 1992. 6. 23. 선고 91다19210 판결(부서별·직급별 정원 배치의 기준을 정한 정원표는 근로관계를 직접 규율하는 내용이 아니라 근로자들의 적정한 운영과 배치를 위한 일응의 기준을 정한 것에 불과하여 근로조건에 해당하지 않는다고 본 사례), 대법원 2022. 9. 29. 선고 2018다301527 판결(은행에서 시행한 임금피크제도 개선안 중 근로자가 특별퇴직을 선택할 경우 계약직별정직원으로 재채용하기로 한 부분과 관련하여, 재채용 행위 자체는 특별퇴직자와 은행 사이의 종전 근로관계가 종료된 후에 이루어지는 것이기는 하나, 재채용 부분은 특별퇴직하는 근로자와 은행 사이에 존속하는 근로관계와 직접 관련되는 것으로서 특별퇴직하는 근로자의 대우에 관한 근로조건을 정한 것이므로 취업규칙의 성질을 가진다고 본 사례). 위 각 판결에서 사용하는 '후생'이란 용어는 폐지된 구 노동쟁의조정법 제2조에서 "이 법에서 노동쟁의라 함은 임금·근로시간·후생·해고 기타 대우등 근로조건에 관한 노동관계당사자간의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태를 말한다."라고 규정한 것에 따른 것으로 보이며, 현행 노조법 제2조 제5호에서는 '복지'라는 용어를 사용하고 있다.

586) 대법원 1996. 2. 23. 선고 94누9177 판결.

587) 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2002헌바51 결정[구 산재보험법(1999. 12. 31. 법률 제6100호로 개정된 것) 제5조 단서에서 일정 범위의 사업을 산재보험법의 적용 대상에서 제외하면서 그 적용제외사업을 대통령령으로 정하도록 규정한 것이 근로조건의 기준에 관한 헌법 제32조 제3항에 위반되지 않는다고 본 사례], 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2014헌마367 결정[출국만기보험금은 퇴직금의 성질을 가지고 있어서 그 지급시기에 관한 것은 근로조건의 문제이므로 외국인에게도 기본권 주체성이 인정되나, 구 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률(2014. 1. 28. 법률 제12371호로 개정된 것) 제13조 제3항에서 그 지급시기를 출국 후 14일 이내로 정한 것이 평등권을 침해한다고 보기는 어렵다고 판단한 사례], 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌마629, 630 결정[매월 1회 이상 정기적으로 지급하는 상여금 등 및 복리후생비의 일부를 최저임금에 산입하도록 한 구 최저임금법(2018. 6. 12. 법률 제15666호로 개정된 것) 제6조 제2항 제2호 등 및 그 부칙 조항이 근로의 권리를 침해하지 않는다고 본 사례] 등.

및 삶의 질 향상을 목적으로 하여야 한다'라고 규정하여 임금과 근로시간 등이 '기본적인 근로조건'임을 명시하고 있다. 통상임금 해당 여부에 대한 판단 기준을 제시한 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결은 근로자가 사용자로부터 지급받는 임금이 근로자가 기본적 생활을 유지하는 재원으로서 가장 중요한 근로조건 중의 하나라고 판시하였다. 헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌마629, 630(병합) 결정에서도 임금이 근로조건의 핵심적 부분이며, 특히 최저임금은 최소한의 근로조건에 해당한다고 하였다. 또한, 대법원 2003. 6. 10. 선고 2001다673 판결은 근로관계의 당연 소멸에 관한 사항을 근로자들에게 가장 중대한 문제라고 보았다.[588] 헌법재판소 2015. 12. 23. 선고 2014헌바3 결정은 해고가 근로조건의 핵심적 부분이며, 해고예고제도는 근로자의 인간 존엄성을 보장하기 위한 합리적 근로조건이자 최소한의 근로조건 가운데 하나에 해당한다고 판시하였다.[589]

다만, 위와 같이 법령이나 대법원 판례 및 헌법재판소 결정례에서 들고 있는 사항들이 근로조건에 해당한다는 점은 분명하지만 근로조건이 반드시 그에 한정되는 것이라고 볼 수 없고, 위 사항들은 예시에 불과하다.[590]

2) 근로조건 외의 사항

근로조건 외의 사항으로는 특히 사내하청에서 직접고용 및 자회사 전환 중단 등 고용상 지위에 관한 사항과 노동조합 활동에 관한 사항이 거론된다. 앞서 본 바와 같이 현대중공업 대법원 판결에서는 '근로관계'나 '근로조건 등'이라는 표현을 사용하였고, 원청이 지배력을 가지는 대상으로 근로조건인 '작업시간, 휴식, 연장, 야간근로' 외에도 근로조건에 해당하지 않는 '노조활동 시간보장'이나 '노조간부의 유급노조활동시간 보장'을 적시하고 있다는 점에서 지배력이 미치는 대상을 근로조건으로 한정하지는 않았다. 다만, 위와 같은 사항을 원청과 하청노조 사이의 단체교섭에서 '의무적 교섭사항'으로 볼 수 있는지에 관하여는 논란이 있다. 이에 관하여

588) 아파트 위수탁관리계약의 기간만료나 중도해지를 근로계약관계의 당연 종료사유로 규정한 취업규칙에 관하여, 이는 근로자들에게 있어서 가장 중대한 문제인 근로관계의 당연 소멸에 관한 것을 그 내용으로 하는 것이므로 그 제정 또는 개정이 근로자집단의 동의를 받지 않아도 될 만한 사회통념상 합리성이 있다고 볼 수 없다고 판단한 사례이다.

589) 월급근로자로서 6개월이 되지 못한 자를 해고예고제도의 적용예외 사유로 규정하고 있는 근로기준법(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부개정된 것) 제35조 제3호가 근무기간이 6개월 미만인 월급근로자의 근로의 권리를 침해하고, 평등원칙에 위배된다고 판단한 사례이다.

590) 노동법실무연구회, 위「노동조합 및 노동관계조정법 주해」Ⅱ, 372면. 예컨대 스톡옵션(Stock Option)이나 복지포인트 등은 근기법상 임금에 해당하지 않더라도 사용자와 근로자 사이의 권리의무관계에 관한 사항을 규율하는 이상 근로조건에 해당한다고 본다.

는 후술한다.

라. 원청의 사업에의 편입 요건에 관한 검토

앞서 본 바와 같이 씨제이대한통운 사건의 제1심판결과 중노위 판정은 공통적으로 원청의 사업에 편입되었는지 여부를 실질적 지배·결정의 판단요소로 제시하고 있고, 나머지 관련 사안들에서도 사업에의 편입 여부가 사실인정에서 비중있게 다루어졌다. 위 요건은 대법원이 근로자파견과 도급을 구별하는 판단요소로 들고 있는 것이고, 노조법상 근로자성 여부를 판단하는 요소 중의 하나로도 제시하는 것이다.

1) 편입의 의의

근로자가 '사업에 편입'되었다는 개념은 우리나라 현행법에서 규정하고 있는 개념은 아니지만 독일 근로자파견법(Arbeitnehmerüberlassungsgesetz)에 규정되어 있는 개념이다. 즉, 독일 근로자파견법은 근로자파견의 개념에 대해 "근로자가 사용사업주의 노동조직에 편입되어 사용사업주의 지시에 따르는 경우"에 근로자는 근로하기 위해 파견된 것이라고 규정하고 있다(독일 근로자파견법 제1조 제1항 2문). 이 규정은 2017년 개정법에서 신설된 것으로 연방노동법원이 오랫동안 파견과 도급의 구별기준으로서 제시했던 '사용사업주 조직에의 편입(Eingliederung)' 및 '사용사업주의 지시(Weisungen)'라는 두 개념을 사용해 규정한 것이다.[591]

'편입'이란 근로를 제공하는 다수의 근로자와 사용자로 구성된 회사라는 하나의 조직체에 그 일원으로서 포섭되는 현상으로, 독일 연방노동법원 판례에 따르면 종래 일정한 업무가 계속하여 원청의 근로자에 의해 직영으로 수행되어 왔으나 이를 하청근로자들이 인수받아 업무를 수행하는 경우, 원청근로자와 하청근로자들이 동일한 업무를 혼재하여 작업하거나 계약 이외의 업무에 수시로 투입되는 경우, 하청이 업무와 관련한 관리감독자를 따로 배정하지 않고 원청의 관리인만 존재하는 경우, 원청 사업장에서 동일한 작업복을 제공하여 동질감을 부여한 경우 등에는 편입이 되었다고 인정될 수 있다고 한다.[592]

---

591) 박귀천, "원청의 단체교섭의무를 인정한 택배노조판결의 의미와 향후 과제", 「노동법률」 제382호, 중앙경제(2023. 3.), 156면.

592) 권혁, "독일에서의 위장도급 관련 논의와 주요 판례 분석", 「사내하도급의 법적 쟁점과 과

2) 사업에의 편입 요건의 유용성

대법원이 제시하는 파견과 도급의 구별 법리를 자세히 분석한 선행 연구에서는, 편입 요건 즉 '당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지 여부'와 관련하여 이 요건은 사용자가 위장하거나 잘 드러나지 않는 파견적 요소들과는 달리 공동작업 등 객관적 사업의 실질적 편입 여부에 주목하여 지휘·명령의 본질을 파악하게 해 준다고 설명하고 있다. 이어 실질적 편입을 긍정하는 요소로 '① 수급인의 근로자와 도급인의 근로자가 속한 작업집단이 동일, ② 수급인의 근로자가 도급인의 근로자와 분업적 협업 관계, ③ 수급인 근로자 업무가 도급인의 근로자 업무와 단일한 목적을 위하여 기능적으로 밀접하게 결합, ④ 수급인의 근로자가 종전에 도급인 근로자의 업무를 수행, ⑤ 수급인의 근로자가 도급계약에서 정한 것 이외의 업무를 수행, ⑥ 수급인의 근로자가 도급인 근로자 공백 시 대체하거나 함께 수행, ⑦ 도급업무 이행을 위한 주요 재료나 도구 등 생산 수단을 도급인이 제공, ⑧ 도급인이 도급인 근로자와 수급인 근로자의 인력계획, 인력배치, 근무현황을 총체적으로 파악하고 관리'하는 사정을 들고 있다.[593]

위와 같은 사업에의 편입 요건은 사내하청(진정도급)의 경우에도 다양하게 표출되는 지배력의 구조적 원천을 비교적 객관적으로 살필 수 있어 유용한 도구가 될 수 있다.[594] 특히 사내하청의 경우에는 하청근로자의 노무 제공이 원청의 사업장 내에서 이루어지기 때문에 원청의 실질적 지배력이 보다 강력히 추단된다.[595] 다만, 사업에의 편입 요건이 원청의 실질적 지배력을 판단하는 유일한 요건이 될 수는 없고, 교섭요구사항인 근로조건 별로 판단이 이루어져야 할 것이다.[596]

제」 박지순 외 4인, 무지개문화사(2012면).

593) 이정환, 앞의 글, 908~911면.

594) 윤애림, 앞의 글(2022. 9.), 114면.

595) 이정훈, 앞의 글, 423면. 다만, 이정환, 앞의 글, 911면에서는 원청의 사업장에서 노동력을 제공하는 것은 사내하도급에 공통된 현상이므로 공동작업 요건이 추가적으로 필요하다는 입장이나 이는 위 글이 다루고 있는 주제가 '파견'에 해당하는지 여부이기 때문일 것이다.

596) 윤애림, 앞의 글(2014. 5.), 201~211면에서는 사업결합성 여부를 판단할 수 있는 기준으로 첫째, 공급되는 노동이 사용사업주의 사업과 명확히 구분·특정되어 있는지 여부, 둘째, 공급되는 노동과 사용사업주의 사업에서 이용되는 다른 노동과의 관련성 정도(혼재작업, 팀작업 등), 셋째, 사용사업주가 공급사업주의 근로자의 근로조건 등 결정에 미치는 지배력의 정도를 살필 것을 제시한다.

마. 처분가능성 기준의 원용

1) 처분가능성 기준설

단체교섭의 대상사항이 되는 판단기준에 관한 대법원 판결을 기초로 단체교섭 거부의 부당노동행위에 있어서 사용자성 여부를 판단하는 견해가 있다. 이는 최근의 연구에서 새로이 제시된 학설로 '처분가능성 기준설'이라 할 수 있다. 즉, 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003두8906 판결에서 '단체교섭의 대상이 되는 단체교섭사항에 해당하는지 여부는 헌법 및 노조법에서 근로자에게 단체교섭권을 보장한 취지에 비추어 판단하여야 하므로 일반적으로 구성원인 근로자의 노동조건 기타 근로자의 대우 또는 당해 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항으로 사용자가 처분할 수 있는 사항은 단체교섭의 대상인 단체교섭사항에 해당한다'라고 보고 있는 점에 착안하여, 단체교섭 거부의 부당노동행위에 있어서 사용자성이 인정되기 위해서는 해당 단체교섭요구에서 문제되는 사항에 대해서 처분할 수 있어야 할 것이라고 한다. 이 때 처분할 수 있어야 한다는 것, 즉 처분가능성은 법률상 처분가능성 외에도 사실상 처분가능성도 포함하며, 실제로 처분하였느냐 혹은 처분가능하였느냐 여부에 관계없이 객관적으로 보아 처분가능한 지위에 있느냐의 여부를 기준으로도 판단할 수 있는 것이라고 본다.[597]

2) 처분가능성에 관한 유형별 검토

처분가능성 기준설에서는 유형별로 처분가능성을 가지게 되는 근거를 제시한다.[598]

첫째, 근로계약에 의해 '처분가능성'을 가지게 되는 경우로, 근로계약의 성립과 관련된 사항, 임금 및 그 지급방법 등 근로계약의 이행과 관련된 사항, 근로자의 해고 등 근로계약의 종료와 관련된 사항이다. 하청근로자와 원청 간에 명시적이든 묵시적이든 근로계약관계의 존재를 확인할 수 있다면 원청에게 단체교섭의무가 인정된다고 본다.

둘째, 근로제공에 있어 노무지시권의 행사에 의해 '처분가능성'을 가지게 되는 경우이다. 연장근로를 포함한 근로시간, 휴게, 휴일 등이 이에 해당하며 파견법에서

597) 김홍영 · 권오성 · 김린 · 노호창 · 방강수, 앞의 책, 166～168면.
598) 김홍영 · 권오성 · 김린 · 노호창 · 방강수, 앞의 책, 166～168면.

사용사업주에게 근기법상 의무를 부과한 부분에 대해서는 원하청 관계에서도 이를 확인할 수 있다.

셋째, 근로제공에 있어서 노무지시권 행사 내지 노무지시의 모습이 없다고 하더라도 사업장 공간에 대한 '처분가능성'으로, 사업장 내에서의 노동조합 활동, 직장 내 괴롭힘 금지 등 사업장 내에서 노무를 제공하는 자에 대한 인격권 보호, 사업장 내에서 노무를 제공하는 자에 대한 산업안전보건 등을 들 수 있다.

3) 처분가능성 기준의 원용

처분가능성 기준설은 그 기준이 상당히 명확하여 실질적 지배력 개념이 가지고 있는 추상성, 모호성의 문제를 극복할 수 있다는 점에서 장점이 있다. 그러나 앞서 본 바와 같이 근로계약에 의해 '처분가능성'을 가지게 되는 근로계약의 성립, 임금 등의 이행, 종료 등의 사항에 대해서는 하청근로자와 원청 간에 명시적이든 묵시적이든 근로계약관계의 존재를 요구하고 있기 때문에 하청근로자의 단체교섭권이 인정되는 범위가 지나치게 협소할 수 있다. 또한, 위 견해는 단체교섭 거부의 부당노동행위에 있어서 사용자성을 판단하는 데 특화된 학설이므로, 부당노동행위 주체로서의 사용자를 통일적으로 보는 입장에서는 그 전제에 동의하지 않으면 받아들이기 어려울 수 있다.

실질적 지배력설에서도 위 견해에서 제시하는 사용자성 판단 기준인 '처분가능성'을 실질적 지배·결정, 특히 '결정'의 지표로 원용할 수 있다. 위 견해에서도 처분가능성이란 현대중공업 대법원 판결이 판시한 '실질적으로 지배하거나 영향을 미치는 것'과 반드시 같다고는 할 수 없지만 개념상 유사한 측면이 있고 그 범위나 크기에 있어서 중첩되는 부분이 있을 수 있다고 본다.[599]

바. 간접적 지배의 인정 여부—미국 브라우닝-페리스 판정 등이 주는 시사점

우리나라 사내하청의 구조적 특성과 본질적 한계는 이미 앞서 대법원 판례의 사안에서 반복하여 드러나고 있고, 이러한 사내하청에서 원청이 하청근로자의 근로조건에 대한 직접 혹은 간접적 지배를 하는 것은 특별한 사정이 없는 사내하청의

599) 김홍영·권오성·김린·노호창·방강수, 앞의 책, 169~171면.

구조적 특성과 본질적 한계에서 도출되는 자연스러운 귀결이라고 볼 수 있다.

사내하청에서 하청근로자들이 수행하는 업무는 일반적으로 원청이 마련한 사업장에서 원청이 제공한 도구 및 자재를 가지고 이루어지고, 원청이 마려한 스케줄에 따른 작업시간, 작업속도, 작업방식, 생산 및 매출계획 등에 얽매어 수행될 수밖에 없다. 원청이 이러한 구체적 업무수행 방식 등을 하청의 감독자 등을 통하여 하청근로자에게 전달하였다 하더라도, 그것이 원청의 지배 하에서 놓인 근로조건이라는 사정은 변하지 않는다.

이 과정에서 원청이 하청근로자들의 업무수행이 원청이 마련한 생산계획과 작업 스케줄에 상응하는지, 다른 원청 직원들과의 유기적 협력 속에 이루어지는 등을 점검하고 문제가 있는 경우 수정을 요구하는 것은 원청의 입장에서 보면 당연하고 불가피한 조치이다. 그러나 이러한 사항을 원청이 직접 하청근로자에게 전달하든 하청의 감독자를 통하여 간접적으로 전달하든, 그것이 원청의 이해와 직결된 사항으로서 원청이 하청근로자에 대하여 통제하려는 근로조건이라는 점에서는 본질적인 차이가 없다.

사내하청의 특성상 하청근로자들이 수행하는 작업은 대부분 단순·반복적으로 행해지는 것으로서, 고도의 전문성과 기술이 필요한 경우는 극히 드물다. 하청이 지급받는 하도급대금은 대부분 기성고(완성된 물량)에 기초하여 산정하는 것이 아니라, 하청이 투입한 근로자의 인원·근로시간 등을 기초로 산정되는 경우가 대부분이다. 하청은 사업의 독립성이 떨어지고 원청에 대한 경제적 의존도가 심하므로, 원청 이외의 다른 회사와의 병존적인 혹은 대체적인 계약을 체결하고 이를 위하여 자신의 근로자를 그곳에 투입하는 것은 원칙적으로 상정하기 곤란하다. 이러한 상황에서 원청은 종속적인 하청을 상대로 원청의 요구를 듣지 않을 경우, 도급계약을 해지할 수도 있다고 위협할 수 있고, 실제 그러한 일이 발생할 수도 있다, 이는 하청의 계속기업으로서의 존속을 불투명하게 하고, 하청근로자들의 해고로 이어져 그 생계를 위협할 수 있다. 이러한 사정을 종합하여 보면, 사내하청에서는 이러한 원청의 우월적 지위나 권한이 도급계약서에 명시되지 않았다고 이를 부정할 것이 아니라, 오히려 그 반대의 반증이 없는 한 원청이 하청근로자의 핵심 근로조건을 지배한다는 점이 사실상 강하게 추정된다고 보는 것이 경험칙에 부합한다.

만일 사내하청의 경우, 하청이 고도의 전문성과 기술을 갖추고 있고, 원청에 의존하지 않는 경제적 독립성을 갖추고 있으며, 원청 외의 다른 업체와 병존적인 혹은 대체적인 도급계약을 체결하여 사업을 수행할 수 있는 등 계속기업으로 독자 생존하는 데 전혀 문제가 없다면, 앞서 말한 상황은 180도 뒤집어질 수 있다. 하청은

도급의 본연의 성질에 따라 원청으로부터 일의 완성 정도(기성고)에 따른 대금을 지급받기만 하면 되므로, 굳이 자신의 근로자의 근로조건에 대한 지배를 원청에 이양할 이유가 없고, 그에 관한 원청의 요구에 굴복할 이유가 없기 때문이다. 그러나 우리나라에서 과연 이러한 형태의 사내하청이 존재할 수 있는지는 심히 의문이다.

브라우닝-페리스 판정 등은 이러한 경우 원청의 하청근로자의 근로조건에 대한 직·간접지배를 근거로 하청근로자가 원청에 대하여 단체교섭을 요구할 수 있다고 보았다. 이는 우리나라의 사내하청의 경우에도 동일하게 적용될 수 있다고 본다. 이 이론의 핵심 근거는 원청의 하청을 통한 하청근로자의 근로조건에 대한 직·간접지배이므로, 전통적인 노무제공에 대한 지휘명령의 기본 틀을 이탈하지 않고, 그간 직·간접지배의 근거가 되는 사정에 해당하는지 여부는 그간 우리 판례를 통하여 상당 부분 축적되어 있으므로 그 요건 및 외연의 확정도 어렵지 않다는 점에서 큰 장점이 있다. 반면, 우리나라 학설 중에는 원청의 사용자성 인정에 대한 근거로 "노무제공에 대한 지휘감독 여부"에서 벗어나 "사업 또는 사업장에서의 근로제공"을 지표로 삼아야 한다는 견해[600]가 있다. "원청의 사업과 하청의 사업을 '하나의 사업'으로 보아 이를 지배하는 원청에게 노동관계법상 책임을 부과하여야 한다"는 견해[601]도 이와 궤를 같이 하는 것으로 보인다. 한편, "근로자의 노동이나 핵심 고용조건에 대하여 권한과 책임을 분배하고 있는지"를 근거로 "사용자에게 책임을 부과하여야 한다"는 학설[602]도 있다. 이들 학설의 저변에 깔린 사고와 결론은 근본적으로 위 간접지배 이론과 크게 다르지 않다고 보인다. 그러나 위 각 학설은 전통적인 "노무제공에 대한 지휘감독 여부"라는 기준을 벗어났다는 점에서 각기 주장하는 사용자성 인정 요건, 사용자 책임 부과 요건, 사용자 지배 요건의 내용을 어떻게 구체화하고, 그것이 인정되지 않는 경우와의 구획 내지 외연을 어떻게 설정할 것인지는 쉽지 않아 보인다.

원청이 하청근로자의 핵심 근로조건에 대한 직· 간접지배를 통하여 실질적인 영향력을 행사하고 있음이 인정된다면, 하청근로자가 자신의 근로조건에 대하여 직·간접지배를 하는 원청을 상대로 그 근로조건에 관하여 단체교섭을 요구할 수 있다고 보는 것은 지극히 자연스럽고 합리적인 결론이다. 이는 노사관계를 단체교섭의 통하여 평화롭게 해결하는 노조법의 입법취지와도 부합한다. 특히 사내하청에서는 하청이 자신의 근로자에 대한 임금 등 근로조건을 단독으로 결정할 수 없는 경우가

600) 윤애림, "노동조합 및 조동관계조정법의 근로자와 사용자", 민주법학 제56호, 236.
601) 박제성, "동태적 사업개념과 그 현실적 적용", 서울대 노동법연구회 콜로키움(2007. 10.), 271.
602) 강성태, "왜 지금 사용자인가", 노동법연구 제24호, 15.

대부분일 것인데, 이러한 경우 하청의 근로자로 하여금 실질적 결정권이 없는 하청을 상대로 하여 임금 등에 관하여 단체교섭을 하라는 밀어내는 것은 사실상 근로자에게 헌법상 보장된 노동3권을 포기하라고 요구하는 것과 다를 바 없어 심각한 문제가 있다. 앞서 보았듯이 이는 우리나라 다수의 학설이 강조하듯이 '계약법적 관점에서의 개별 근로관계'를 뛰어넘는 '집단법적 관점에서의 집단적 노사관계'의 문제로 접근하여야 한다.

3. 일반 법리의 제시

이상의 검토를 토대로, 하청노조의 원청에 대한 단체교섭권의 일반 법리를 제시하면 다음과 같다.

『노동조합 및 노동관계조정법(이하 '법'이라 한다) 제1조는 "이 법은 헌법에 의한 근로자의 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 보장하여 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다."고 규정한다. 법 제2조 제2호는 "「사용자」라 함은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다."고 규정하고, 제29조 제1항은 "노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다."고 규정한다.

현대에 이르러 산업이 고도로 발전하면서 기업의 구조조정이나 비용절감 등의 목적으로 기업의 일부 사업이나 업무 부문을 분리하여 외주화하는 등의 방법이 드물지 않게 활용되고 있다. 그에 따라 근로자의 근로제공 형태는 다양한 방식의 노무제공계약을 통하여 전통적인 공장제 근로자의 그것에서 이탈하는 비전형적인 모습을 띠는 경우가 자주 발생하였고, 그 과정에서 근로자에게 보장되었던 노동3권은 약화되거나 형해화될 위험에 처하게 되었다. 기업(이하 '원청'이라 한다)의 일부 업무를 분리하여 별도의 사업체(이하 '하청'이라 한다)와 도급계약을 체결하고 하청이 고용한 근로자로 하여금 원청의 사업장에서 원청의 업무를 수행하도록 하는 내용의 도급계약(이하 '사내하청'이라 한다)을 체결하는 것도 이러한 형태 중의 하나에 속한다. 근로자의 노동3권을 보호하려는 헌법 제33조와 노동3권의 보장을 통하여 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모하고, 노동관계

를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지하려는 법 제1조의 입법취지, 사용자의 정의에 관한 법 제2조 제2호의 문언, 근로자의 기본적인 근로조건에 관하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 자는 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 수 있는 점(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결 참조), 근로조건에 관하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 자가 그 근로조건에 관한 단체교섭의 상대방이 되는 것은 당연한 논리적 귀결인 점 등 여러 사정을 종합하여 보면, 사내하청에서 원청이 하청근로자의 기본적인 근로조건에 관하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정하거나 그렇게 할 법률상·사실상의 권한이 있는 경우에는, 원청은 하청과 함께 법 제2조 제2호, 제29조 제1항에서 규정하는 사용자에 해당하고, 하청근로자로 조직된 노동조합(이하 '하청노조'라 한다)은 하청뿐만 아니라 원청을 상대로 하여 원청이 실질적이고 구체적으로 지배·결정하는 근로조건에 관하여 교섭하고 단체협약을 체결할 수 있다고 봄이 타당하다. 이 경우 원청은 하청근로자의 기본적 근로조건에 대한 실질적 지배를 근거로 법 제2조 제2호, 법 제29조 제1항에서 정한 사용자에 해당하여 하청노조에 대하여 단체교섭의무를 지는 것이므로, 원청과 하청근로자 사이에 반드시 개별 근로계약이 체결되어 있거나 혹은 체결된 것과 동일시할 정도의 사정이 있어야 하는 것은 아니다.

사내하청에서 원청이 하청근로자의 기본적인 근로조건에 관하여 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는지 여부는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라 원청과 하청, 그리고 하청근로자 사이에 실제로 행해지는 근로관계 및 지배관계의 실질에 따라 판단하여야 한다. 이를 판단하기 위해서는 하청이 하청근로자의 근무시간, 휴식시간, 휴가, 근무일정, 작업방식, 작업속도, 생산량 및 생산계획 등을 독자적으로 결정하는지 아니면 원청이 이에 관하여 직간접적으로 개입할 수 있는지, 하청이 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 근무태도 점검 내지 평가 등에 관하여 독자적으로 결정하는지 아니면 원청이 이에 관하여 직간접적으로 개입할 수 있는지, 하청이 하청근로자의 임금 수준이나 증액 여부를 하청노조와의 교섭을 통하여 독자적으로 결정할 수 있는지, 하청의 도급대금이 도급받은 일의 성과에 의하여 결정되는지 아니면 투입된 하청근로자의 수나 근무시간의 길이에 좌우되는지 등을 구체적으로 살펴보아야 한다. 원청이 하청근로자의 기본적인 근로조건에 관하여 하청근로자를 상대로 직접적으로 개입하거나 지시하는 것은 물론이고, 하청의 관리자나 감독자를 통하여 간접적으로 개입·지시하거나 그

렇게 할 법률상·사실상의 권한이 있다면, 이 역시 원청의 실질적 지배를 인정하는 근거가 될 수 있다. 특히 하청이 도급받은 업무가 전문성·기술성을 결여한 채 대부분 근로자의 단순 노무제공으로 구성되고 있고, 원청을 갈음하거나 원청과 병존하여 다른 업체와 도급계약을 체결·이행할 능력이 없으며, 원청과의 도급계약이 해지당할 경우 독자적인 계속기업으로서의 존속이 불투명해지고 하청근로자 역시 실직의 위험에 처하게 되는 등 하청이 원청에 경제적으로 사실상 종속되어 있다면, 하청은 원청의 하청근로자의 근로조건에 대한 직간접적인 개입이나 결정을 쉽게 거부할 수 없게 된다. 만일 사내하청이 이와 같은 구조적 특성과 한계를 갖고 있다면, 이러한 사정은 원청이 하청근로자의 기본적인 노동조건에 관하여 하청을 통하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정을 하거나 그렇게 할 사실상의 권한이 있는지 여부를 판단하는 데 무겁게 고려되어야 한다.』

제3절 원청을 상대로 한 단체교섭권의 실현

1. 교섭창구 단일화 절차의 이행

가. 논의의 배경

노조법 제29조의2 제1항은 “하나의 사업 또는 사업장에서 조직형태에 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우 노동조합은 교섭대표노동조합(2개 이상의 노동조합 조합원을 구성원으로 하는 교섭대표기구를 포함한다. 이하 같다)을 정하여 교섭을 요구하여야 한다. 다만, 제3항에 따라 교섭대표노동조합을 자율적으로 결정하는 기한 내에 사용자가 이 조에서 정하는 교섭창구 단일화 절차를 거치지 아니하기로 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하여, 단체교섭에 있어 하나의 사업 또는 사업장에 복수의 노동조합이 존재하는 경우에는 원칙적으로 교섭창구를 단일화하고 특정 노동조합에게만 교섭권을 부여하는 교섭창구 단일화 제도를 채택하고 있다.

교섭창구 단일화 제도는 2010. 1. 1. 법률 제9930호로 노조법이 개정되면서 복수노조 허용과 함께 신설되어 2011. 7. 1.부터 시행되고 있으나, 도입 이전부터 소수노동조합의 단체교섭권을 침해한다는 등의 논란이 있었고, 헌법재판소는 제도 시행 직후인 2012. 4. 24. 한국노총 등 130여개 노동조합이 제기한 헌법소원 사건에서 교섭창구 단일화 제도를 규정한 노조법 제29조의 2 제1항, 제29조 제1항을 합헌으로 결정하면서, 그 근거로 교섭창구 단일화 제도는 효율적이고 안정적인 교섭체계 구축과 근로조건의 통일이라는 정당한 목적이 있고, 노사대등의 원리에 따라 적정한 근로조건의 구현이라는 단체교섭권의 실질적인 보장을 위한 불가피한 제도인 점, 교섭창구 단일화를 이루어 교섭에 임하게 되면 교섭대표노동조합이 획득한 협상의 결과를 동일하게 누릴 수 있어 소속 노동조합에 관계없이 조합원들의 근로조건을 통일할 수 있게 됨으로써 얻게 되는 공익은 큰 반면, 이로 인해 발생하는 소수 노동조합의 단체교섭권 제한은 교섭대표노동조합이 그 지위를 유지하는 기간 동안에 한정되는 잠정적인 것인 점, 사용자 동의에 따른 자율교섭, 교섭단위 분리, 공정대표의무 등을 통해 그 문제점을 보완할 수 있다는 점 등을 근거로 들었다.[603] 대법원

603) 헌법재판소 2012. 4. 24. 선고 2011헌마338 결정. 이에 대하여 조용만, “헌법상 단체교섭권의 보장과 교섭창구단일화제도 : 헌법재판소 2012. 4. 24. 선고 2011헌마338 결정”, 「노동법학」 제42

역시 헌법재판소와 마찬가지로 교섭창구 단일화 제도의 목적의 정당성을 인정함으로써 합헌성을 긍정하고 있다.[604]

그러나 위와 같은 헌법재판소의 합헌 결정에도 불구하고 교섭창구 단일화 제도 시행 이후 위헌성 논란은 계속되고 있으며,[605] 특히 노조법 제29조의3 제1항에서 '교섭대표노동조합을 결정하여야 하는 단위(교섭단위)는 하나의 사업 또는 사업장으로 한다'라고 규정하고 있기 때문에 직접고용관계를 전제로 하는 기업별 교섭구조를 제도적으로 또는 사실상 강제하는 결과를 초래하고,[606] 이는 종래 복수노조를 금지하던 시기에도 인정되어 왔던 초기업별 노동조합이나 조직대상이 중복되지 않았던 노동조합의 단체교섭권마저 부인하는 결과를 야기하고 있다는 문제가 제기되었다.[607]

원청을 하청노조의 단체교섭 상대방으로 인정할 경우에도 같은 문제가 제기된다. 즉 하청노조가 교섭창구 단일화 절차를 거쳐야 하는지, 거친다면 어떤 방식으로 하여야 하는지, 이때 "하나의 사업 또는 사업장"은 원청의 사업 또는 사업장을 의미하는지, 하청의 사업 또는 사업장을 의미하는지에 관하여 다양한 견해가 대립하고 있다.

호, 한국노동법학회(2012. 6.), '우리나라의 경우 헌법상 노동3권의 보장은 노동조합이 전체 근로자의 대표가 아니라 소속 조합원의 대표임을 전제로 한 것이기 때문에 헌법재판소가 언급하고 있는 교섭창구단일화에 따른 공익이 헌법적으로 정당화될 수 있는 것인지 의문이며, 교섭창구단일화로 인한 소수 노동조합의 교섭권 제한은 교섭대표노동조합 이외의 노동조합을 원칙적으로 교섭에서 배제하는 것이기 때문에 그러한 제한이 소정 기간에 한정되는 잠정적인 것이라는 이유로 침해되는 이익이 적다고 보기 어렵다'고 비판하고 있다.

604) 대법원 2017. 10. 31. 선고 2016두36956 판결, 대법원 2019. 10. 31. 선고 2017두37772 판결 등.

605) 민주노총 소속 노동조합들이 교섭창구 단일화 제도의 위헌 여부에 관하여 다시 판단을 받고자 2020. 2. 14. 헌법재판소에 2020헌마237호로 헌법소원을 제기하였고, 현재 심리 중이다.

606) 장영석, "간접고용과 교섭창구단일화절차—사업 또는 사업장 교섭단위의 적용을 중심으로—", 「노동법학」 제73호, 한국노동법학회(2020. 3.), 45면; 노재철 · 고준기, "복수노조 · 교섭창구단일화 제도하에서의 합리적 교섭방안 연구—항운노조, 청소용역, 건설노조를 중심으로—", 「영남법학」 제41호, 영남대학교 법학연구소(2015. 12.), 224면 등. 고용노동부의 업무매뉴얼에서는 '산업별 노동조합 등 초기업단위 노동조합의 지부 · 분회도 사용자와 교섭하기 위해서는 기업별노동조합과 동일하게 교섭창구 단일화 절차를 거쳐 교섭대표노동조합으로 결정 또는 확정되어야 하며, 교섭대표노동조합으로 결정 또는 확정되지 못한 초기업단위 노동조합의 지부 · 지회나 기업별노동조합은 사용자와 교섭할 수 없고', '초기업단위 노동조합은 사용자와 집단적으로 교섭하기 위해서는 개별사업(장)에서 해당 노동조합의 지부 · 지회가 교섭대표노동조합으로 결정되거나 사용자가 개별교섭에 동의한 사업장을 대상으로 해야 한다'고 보고 있다[고용노동부, 「사업(사업장) 단위 복수노조 업무매뉴얼」 (2010), 30면].

607) 조상균, "개정노조법상 '교섭창구 단일화 방안'을 둘러싼 문제", 「노동법논총」 제18집, 한국비교노동법학회(2010. 4.), 167면.

나. 견해의 대립

1) 현행 노조법상 교섭창구 단일화 절차의 이행이 불가능하다는 견해

하청노조가 원청노조와 교섭창구 단일화 절차를 거치지 않고 원청과 직접 단체교섭이 가능하다고 보게 되면 하청업체가 운영하는 사업 또는 사업장은 넘어서 교섭단위를 설정하는 것이 되어 현행 노조법에 위반된다고 보는 견해로 근로계약관계설의 논거이기도 하다.[608] 위 견해는 이 점에 비추어 보더라도 원청을 하청노조에 대한 단체교섭 상대방으로서 사용자로 인정할 수 없다는 결론에 이른다.

2) 교섭창구 단일화 절차를 거칠 필요가 없다는 견해

교섭창구 단일화 절차를 거칠 필요가 없다는 견해는 사업 또는 사업장 단위 교섭창구 단일화 절차는 직접고용관계를 전제로 하는 기업별 교섭에만 제도적으로 또는 사실상 적용되는 것이며,[609] 하청노조가 원청만을 상대로 단체교섭을 요구하는 것은 당초 교섭창구 단일화 제도가 예상한 교섭방식이 아니라는 점[610]을 이유로, 하청근로자들이 조직한 노동조합은 원청의 사업 또는 사업장 단위 교섭창구 단일화 절차에 참여하지 않고 원청과 단체교섭을 할 수 있다고 한다.[611]

3) 교섭창구 단일화 절차를 거쳐야 한다는 견해

하청노조 역시 교섭창구 단일화 절차를 거쳐야 한다고 보는 견해는 다시 교섭단위를 무엇으로 볼 것인지에 관하여 견해가 나뉜다.

원청의 사업 또는 사업장을 교섭단위로 보는 견해는, 원청의 단체교섭 당사자로서의 지위가 있다고 인정되는 경우에는 직접고용 근로자들로 구성된 노동조합(원

608) 이광선, 앞의 글, 46면; 이정우, 앞의 글, 48면.
609) 장영석, 앞의 글, 54면.
610) 권오성, 앞의 글(2021. 6.), 55면.
611) 이정현, “교섭단위의 결정법리와 교섭단위의 확대”, 「노동법포럼」 제27호, 노동법이론실무학회(2019. 7.), 25~27면에서는 하청근로자들이 원청에 단체교섭을 요구하고 교섭을 행할 수 있는 실효성 있는 방안은 교섭단위를 확대하는 것이고, 사업 또는 사업장을 교섭단위로 정하도록 한 노조법 제29조의3 제1항은 최소 교섭단위를 정하는 의미에서 강행적 효력을 갖는 규정이며, 교섭단위를 사업 또는 사업장 단위보다 확대하는 영역에서는 임의규정으로 해석하여야 한다는 입장인데, 이러한 주장은 하청노조가 원청과 단체교섭을 함에 있어서는 현행 노조법상의 교섭창구 단일화 절차를 거치지 않아도 됨을 전제로 한다.

청노조)의 교섭대표노동조합의 확정절차에 하청노조도 참여할 수 있다고 본다.[612]

다음으로 하청의 교섭단위에서 교섭창구 단일화 절차를 거쳐 교섭대표노동조합이 되었다면 원청과는 별도의 창구단일화 절차를 거치지 않고 교섭하는 방법이 가능하다고 보는 견해가 있다.[613] 중앙노동위원회가 취하고 있는 견해이다. 중앙노동위원회는 현대제철 판정에서 하청노조의 상대방이 원청까지 확대되더라도 단체교섭 대상은 하청 근로자들의 노동조건임에는 변화가 없으며 근로자들의 이해관계의 공통성을 기반으로 교섭대표노동조합을 정해야 하는 교섭단위는 하청 근로자들이 종사하는 '하청 사업'으로 그대로 유지되므로, 하청노조가 '하청 사업'이라는 교섭단위에서 교섭창구 단일화 절차를 거쳤다면 노조법에서 요구되는 교섭창구 단일화 의무를 충족한 것이고, 이러한 절차를 거쳐 확정된 교섭대표노동조합은 하청 사용자뿐만 아니라 하청 근로자의 노동조건에 대해 실질적이고 구체적인 지배·결정력을 가지는 원청 사용자에게도 교섭을 요구할 수 있다고 하였다.

다. 검토

현행 노조법상 교섭창구 단일화 절차의 이행이 불가능하기 때문에 결국 하청근로자들은 원청을 상대로 단체교섭을 요구할 수 없다는 결론에 이르는 견해는 찬성하기 어렵다. 노동3권은 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리이므로(대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결), 교섭창구 단일화 절차에 포섭될 수 있는지에 따라 하청근로자의 단체교섭권의 인정 여부가 좌우된다고 해석하는 것은 본말이 전도된 것이다.

또한, 현행 노조법이 교섭창구 단일화 절차를 명문으로 규정하고 있는 이상 하청노조와 원청 사이의 단체교섭 절차에서도 위 규정이 적용된다고 봄이 타당하다. 이 경우에는 교섭창구 단일화 절차가 필요하지 않다는 견해에 따르게 되면 하청의 사업 또는 사업장에 복수의 하청노조가 존재하는 경우 교섭창구 단일화 제도의 도입한 취지에 반하게 된다.

하청노조 역시 교섭창구 단일화 절차를 거치되 교섭단위는 '개별 하청'으로 보아야 한다. 교섭단위를 '원청'으로 보아 원청노조와 하청노조가 모두 교섭창구 단일화 절차를 거쳐야 한다고 보게 되면, 통상 원청의 사업규모가 하청보다 훨씬 크다

612) 조상균, 앞의 글, 169면.
613) 김홍영·강주리, 앞의 글, 412면. 그밖에 원사업주 소속 근로자와 관련하여 원사업주가 아닌 사업주의 교섭단위를 분리하여 창구단일화 절차를 거치는 방법도 상정하고 있다.

는 점을 고려하면 하청노조가 교섭대표노동조합으로 확정되는 경우는 거의 없을 것이고, 교섭대표노동조합에 공정대표의무가 부여되어 있기는 하지만 하청노조의 이해관계가 교섭과정에서 제대로 반영되지 않을 가능성도 있다. 교섭단위를 '개별 하청'으로 보는 것이 노조법의 문리해석에 어긋나지 않고, 헌법이 하청근로자의 단체교섭권을 보장하는 취지를 고려하여 하청근로자의 근로조건에 관하여 실질적인 단체교섭이 가능할 수 있도록 하는 방안이라고 생각한다.

한편, 복수의 하청업체가 있는 경우 하청의 교섭단위를 기준으로 할 때 복수의 하청 전체를 하나의 교섭단위로 볼 것인지, 개별 하청별로 하나의 교섭단위로 보아 개별 하청기업 차원에서 하청노조 간 교섭창구 단일화 절차를 진행하여 교섭대표노조를 결정할 것인지도 문제될 수 있는데, 개별 하청별로 교섭단위를 구성한다고 보는 것이 타당하다. 하청이 도급계약에 따라 수행하는 업무의 내용이나 그에 따른 하청근로자의 근로조건이 상이하고, 하청업체의 규모도 천차만별이기 때문이다. 근로계약관계설에서는 원청이 다수의 하청업체 노동조합과 개별 교섭을 하게 되면 교섭창구 단일화 절차 자체를 무력화시킬 수 있다고 하나, 이는 원청 스스로 다수의 사내하청관계를 형성한 이상 불가피하고, 교섭창구 단일화 제도 자체를 둘러 싼 위헌성 논의를 감안하면 그리 우려할 만한 상황은 아니다.

2. 단체교섭의 대상

가. 논의의 필요성

노동조합은 일반적으로 사용자에 대하여 근로조건 그 밖의 노사관계 모든 사항에 대하여 단체교섭을 요구할 수 있으나 사용자가 노동조합이 단체교섭을 요구한 모든 사항에 관하여 단체교섭의무를 지는 것은 아니며, 단체교섭 자체의 성질이나 전체 법질서와의 정합성이라는 측면에서 단체교섭대상이 되는 단체교섭사항의 범위에는 일정한 한계가 존재하게 된다.[614] 노동조합 등 근로자단체가 어떠한 사항에 대하여 사용자 또는 사용자단체에 단체교섭을 요구할 수 있는가, 사용자 또는 사용자단체가 노동조합 등의 단체교섭 요구에 대하여 응하여야 할 의무를 부담하는 사항은 어느 범위까지 인정될 수 있는가가 단체교섭대상의 문제이다.

614) 김유성, 앞의 책, 132면.

노조법 제29조 제1항, 제2항은 노동조합 또는 교섭대표노동조합의 대표자가 관련 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 단체교섭을 진행하고 단체협약을 체결할 권한을 가진다고 하여 단체교섭사항이 조합원을 위한 사항과 노동조합을 위한 사항에 미치는 것임을 규정하고 있으나, 미국[615]과는 달리 구체적인 단체교섭사항에 대하여는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 이와 같이 단체교섭사항을 당사자에게 맡기고 있는 노조법의 태도는 위법한 사항이 아닌 한 단체교섭사항에 제한을 두지 아니함으로써 근로조건의 자유로운 결정과 노사관계의 자주적 규제를 겨냥하는 단체교섭 본래의 취지에 따르게 하려는 것이다.[616] 하지만 우리나라의 경우 단체교섭대상에 대한 단체교섭 요구에 사용자가 응하지 아니하면 부당노동행위 책임을 지게 되고, 우리나라의 부당노동행위제도는 원상회복주의와 함께 형벌주의를 채택하고 있어 단체교섭대상에 해당하는지 여부가 범죄의 구성요건과 관련되므로 그 범위와 기준을 명확히 할 필요가 있다.[617]

판례는 "단체교섭의 대상이 되는 단체교섭사항에 해당하는지 여부는 헌법 제33조 제1항과 노동조합법 제29조에서 근로자에게 단체교섭권을 보장한 취지에 비추어 판단하여야 하므로 일반적으로 구성원인 근로자의 노동조건 기타 근로자의 대우 또는 당해 단체적 노사관계의 운영에 관한 사항으로 사용자가 처분할 수 있는 사항은 단체교섭의 대상인 단체교섭사항에 해당한다고 봄이 상당하다."라는 취지로 일반적인 범위와 기준을 제시하고 있다.[618]

나. 단체교섭사항의 구분—3분론

우리나라의 경우 '임금 · 근로시간 그 밖의 근로조건'을 단체교섭사항으로 규정하고 있는 미국 전국노동관계법 §8 (d)의 해석과 관련하여 정립된 이론인 단체교섭사항 3분론을 받아들여 단체교섭사항의 기준을 설명함이 일반적이다.

미국 전국노동관계법 §8 (d)는 '임금 · 근로시간 그 밖의 근로조건'을 단체교섭사항의 일반적 기준으로 설정하고 있으며, 미국의 판례는 통상 이를 토대로 단체교섭사항을 의무적 교섭사항, 임의적 교섭사항 및 위법(불법)적 교섭사항으로 구분하고 있다.

---

615) 연방노동관계법 8조 (d)는 임금(wages), 근로시간(hours), 그 밖의 고용조건(other terms and conditions of employment)을 단체교섭사항의 일반적 기준으로 설정하고 있다.

616) 김유성, 앞의 책, 132면.

617) 노동법실무연구회, 앞의「노동조합 및 노동관계조정법 주해」Ⅱ, 18면.

618) 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003두8906 판결, 대법원 2022. 12. 16. 선고 2015도8190 판결.

특히, 단체교섭이 허용되는 것 중에서 사용자에게 단체교섭의무가 있는 사항을 의무적 교섭사항이라 한다. 임금·근로시간과 그 밖의 근로조건으로서 취업규칙 등의 직장규율·안전·위생·작업량·휴일·휴가·병가·선임권·승진·전근·징계·해고·복지후생·채용 시의 제 조건 등 고용관계에 관한 사항, 조합활동 보장에 관한 사항이 이에 해당한다. 의무적 교섭사항은 노동조합이 그 대상에 대한 단체교섭 제의를 하는 경우 사용자가 그 단체교섭을 정당한 이유 없이 거부하면 부당노동행위가 성립되고, 그 사항에 대한 단체협약의 내용을 단체교섭에 의하지 아니하고는 일방적으로 결정·변경할 수 없으며, 그 사항에 대한 단체교섭이 결렬되는 경우 쟁의행위를 할 수 있는 단체교섭사항을 말한다. 한편, 사용자에게 단체교섭의무는 없으나 사용자가 임의로 단체교섭에 응할 수 있는 사항, 즉 당사자가 제안(propose)할 수는 있으나 고집(insist)할 수는 없는 사항을 임의적 교섭사항이라고 한다. 일반적으로 사용자와 제3자의 관계, 노동조합과 근로자의 내부관계 등에 관한 사항이 이에 해당한다. 임의적 교섭사항은 의무적 교섭사항과는 달리 그 사항에 대한 노동조합의 단체교섭 제의를 사용자가 거부하여도 부당노동행위가 성립하지 않으며, 양당사자가 합의하는 경우에만 단체협약을 체결할 수 있고, 노동조합은 단체교섭이 결렬되는 경우에도 단체행동을 할 수 없다.

미국과 법체계가 다른 우리나라에 미국의 3분설을 무비판적으로 수용함으로써 단체교섭권과 단체행동권을 과도하게 제한한다는 비판이 있고 이에 충분히 공감하나, 단체교섭사항에 대한 사용자의 단체교섭 거부를 부당노동행위라고 하여 형사처벌까지 가하는 우리나라의 현실에서 위법적 교섭사항과 의무적 교섭사항의 중간에 임의적 교섭사항의 영역을 설정함은 현실적으로는 불가피한 측면이 있다.[619]

다. 원청의 부분적 사용자성 및 사내하청 특유의 한계

하청노조가 원청을 상대로 어떠한 사항에 대하여 단체교섭을 요구할 수 있는가, 원청이 하청노조의 단체교섭 요구에 대하여 응하여야 할 의무를 부담하는 사항은 어느 범위까지 인정될 수 있는가를 검토함에 있어서는 단체교섭대상에 관한 일반적 논의 외에도 원청의 부분적 사용자성 및 사내하청 특유의 한계를 고려하지 않을 수 없다.

우선 원청은 하청근로자의 근로조건 등에 실질적 지배·결정을 하는 범위 내에

619) 노동법실무연구회, 앞의「노동조합 및 노동관계조정법 주해」Ⅱ, 22~27면.

서만 '부분적'으로 사용자성을 갖게 되므로, 이를 넘어서는 단체교섭사항은 의무적 교섭사항이라고 보기 어렵다.

다음으로 단체교섭사항을 확정함에 있어 사내하청이 원하청 간의 도급계약관계로서 유효, 적법하다는 점을 고려하여야 한다. 원청이 결정권을 갖거나 원청의 처분범위 내에 속하고 하청근로자들의 지위에 영향을 미치는 사항이라 하더라도 그것이 도급의 유효성 자체를 부인하거나 그에 대한 과도한 수정을 요하는 것이라면 원청에 대하여 그와 같은 단체교섭 요구에 응할 의무를 인정하기 어렵다. 만일 그러한 사항까지 의무적 교섭사항으로 보아 단체교섭 결렬 시 하청노조가 쟁의행위에 나아갈 수 있다고 보게 되면, 원청이 적법하게 사내하청을 활용하는 것에 대한 과도한 제약이 되기 때문이다. 결국 불가피하게 원청과 하청노조 사이의 단체교섭은 사내하청의 근간을 용인함을 전제하지 않을 수 없고, 그 결과 전형적인 근로자와 사용자 사이의 단체교섭보다 그 대상사항이 좁아질 수 있다.

라. 구체적 검토

1) 임금, 근로시간 등 근로조건에 관한 사항

원청과 하청노조의 단체교섭에서, 근로계약의 성립으로 발생하는 각종 권리의무관계 중 임금은 의무적 단체교섭사항으로 파악하기 어렵다는 견해가 있다.[620] 실질적 지배력설을 취한 대전지법 2011카합782 결정은 원청의 인원배치조정 요구, 작업지시, 근무시간과 과업지시서, 휴게공간 등에 대해서는 단체교섭을 명하였으나 하청근로자의 정년과 임금 등 직접적 고용과 관련된 사항은 단체교섭사항이 되지 않는다고 판단하였다. 이 견해는 임금과 정년은 하청이 법적으로 결정할 수 있음을 전제하고 있으나, 원청이 하청근로자의 임금과 근로시간, 정년 등에 관하여 도급금액의 증액이나 근무시간의 조정, 투입되는 근로자의 나이 제한 등을 통해 실질적 지배력을 행사할 수 있다.[621]

구체적 사실관계를 고려하지 않은 채 임금이나 정년 등의 문제를 단체교섭사항에서 배제하는 것은 타당하지 않고, 앞서 살펴 본 '근로조건'에 관하여는 원청의 실

620) 박수근, 앞의 글, 49면. 다만, 원청이 임금이나 고용승계에 관한 사항에 관하여 단체교섭을 거부한 경우 부당노동행위가 성립하기 어렵다는 점을 규범적 시각에서 판단한 것이고, 사용자의 성실교섭의무를 반드시 의무적 교섭사항에 한정할 필요는 없으며, 하청노조가 이러한 사항에 대해 단체교섭을 요구할 수 없거나 또는 이를 이유로 쟁의행위를 하면 위법하다는 것은 아니라고 한다.
621) 신권철, 앞의 글, 253면.

질적 지배력이 인정된다면 의무적 교섭사항으로 보아야 할 것이다. 결국 '근로조건'의 단체교섭사항 해당성 여부는 사실인정의 문제로 귀착된다.

파견법이 적용된 사안이기는 하나, 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다239024 판결에서는 사용사업주가 파견근로자의 임금을 결정하는 관여하거나 영향력을 행사하였음을 인정한 바도 있다. 이와 관련하여 원심(서울고등법원 2016. 6. 24. 선고 2014나2036786 판결)은 사용사업주인 한국도로공사가 설계한 '임률산정' 방식(노무비, 복리후생비, 법정비용, 일반관리비, 이윤 등을 고려하여 정한 도급단가에 총 근로시간을 곱하는 방식)에 따라 용역대금이 결정되었고, 용역대금 대부분은 근로자의 인건비가 차지하는 등 한국도로공사가 주도적으로 용역업체 소속 근로자들의 임금을 설계하였던 점, 외주사업주는 한국도로공사의 노임단가 설계를 기초로 소속 안전순찰원에 대한 임금을 책정하여 지급한 후 한국도로공사에 임금항목별로 지급 내역을 보고하였고, 한국도로공사는 이를 기초로 기성검사를 한 다음 외주사업주에 용역대금(기성금)을 지급하였던 점, 한국도로공사는 시정조치나 제재 등을 통하여 외주사업주의 소속 근로자들에 대한 임금 지급 수준 등을 통제하였던 점, 외주사업주와 한국도로공사의 관계, 용역계약의 이행관계, 외주사업주의 경제적인 능력이나 지위 등을 고려하면, 한국도로공사가 용역대금을 포함하여 그 대부분을 차지하고 있는 파견근로자의 인건비 비율이나 구체적인 액수 결정까지 실질적인 영향력을 행사하였다고 보는 것이 타당하고 인정하였다. 대법원은 이러한 원심의 판단을 정당하다고 보았다. 이러한 대법원의 판단은 향후 원청이 하청근로자의 임금에 대한 간접지배를 하였는지를 판단하는 데 있어서 선례적 가치가 있다고 보인다.

2) 작업환경, 산업안전에 관한 사항

하청근로자는 원청의 사업장 내에서 노무를 제공하고 있고, 원청은 사업장의 환경과 위험원 등을 관리, 지배하고 있다. 산안법과 중대재해처벌법은 원청에게 안전 및 보건에 관한 의무를 부과하고 있기도 하다. 하청근로자들은 자신들이 노무를 제공하는 작업환경 등의 개선을 위하여 원청을 상대로 단체교섭을 요구할 수 있고, 이는 의무적 교섭사항이라 할 것이다.

현대제철 사건의 중앙노동위원회 판정은 '현대제철이 원청으로서 사내하청 근로자들이 근무하는 사업장 전체에 대한 시설관리권에 근거하여 사업장 내 시설, 장비, 장소, 위해물질 등 각종 유해·위험요인을 관리·통제하고 있고, 도급계약상 우월적 지위에서 사내하청 협력업체에게 일정한 산업안전보건 기준을 설정·준수하게

하고 이를 점검·평가라는 등 하청근로자들의 작업환경에 대해 실질적·구체적으로 일정한 지배·결정력을 보유·행사해 온 것'으로 판단하였는데 타당한 결론이다.

3) 하청근로자의 고용상 지위에 관한 사항

하청근로자가 직접고용, 정규직화 등에 관하여 원청을 상대로 단체교섭을 요구하는 경우 원청이 이에 따라야 할 의무가 있는지가 문제된다.

의무적 교섭사항에 해당하지 않는다는 견해[622]와 의무적 교섭사항으로 보아야 한다는 견해가 대립하고 있다. 후자의 견해는 하청근로자들에게 있어서 근로조건의 핵심은 '고용'일 수밖에 없고, 하청근로자들이 직접고용, 정규직화를 요구하는 것은 그것이 근로조건, 노동3권 보장의 가장 결정적 지점이라는 점,[623] 이 부분 교섭사항에 대하여 하청업체에게는 처음부터 지배·결정 권한이 없고 원청만이 이를 해결할 수 있다는 점[624] 등을 근거로 든다.

직접고용, 정규직화 등의 의제가 하청근로자들의 지위에 매우 중대한 영향을 미치고, 이에 대한 결정권한이 원청에 있는 것은 사실이나, 이는 앞서 본 사내하청의 특유의 한계를 고려할 때 원청이 이를 거부할 경우 단체행동으로 나아갈 수 있는 의무적 교섭사항으로 인정하기는 어렵다. 임의적 교섭사항으로 대화와 타협을 통해 타결할 수 있음은 물론이다.

이와 달리 도급계약의 해지나 하청업체 변경 시의 고용승계, 고용보장 등의 교섭사항에 대하여는 원청이 이를 실질적 지배·결정하는 사안이 있을 수 있으므로, 구체적인 사실관계를 고려하지 않고 일률적으로 의무적 단체교섭사항이 아니라고 볼 것은 아니다.

4) 하청노조의 조합활동에 관한 사항

하청근로자들이 노동조합 활동의 공간으로 원청의 사업장을 사용해야 할 현실적인 필요가 매우 크다는 점은 인정된다. 또한, 원청은 사업장 시설의 소유자 또는 관리자로서 하청근로자들이 총회나 교육장소, 노동조합 사무실, 게시판 기타 홍보공간 등으로 사업장 시설을 사용하는 것에 대하여 법적 허가권한을 가지고 있다. 다

622) 박수근, 앞의 글, 49면.
623) 윤애림, 앞의 글(2003. 6.), 185면.
624) 강주리, 앞의 글, 338면.

만, 이러한 사항이 의무적 교섭사항인지에 관하여 서울남부지법 2007. 12. 10.자 2007카합2731 결정은 노조의 조합사무실 제공, 게시판 설치, 사내통신망 중 노조공간의 개설요구에 대해서 원청의 단체교섭 의무가 있다고 단정하기는 어렵다고 판단하였고, 대전지법 2011. 10. 6.자 2011카합782 결정은 노동조합 사무실 제공과 휴게공간 개선에 대해서 단체교섭 의무가 있다고 판단하여 하급심의 견해가 나뉘고 있다.

원청은 하청근로자의 근로조건 등에 대하여 실질적 지배력 내지 영향력을 행사하는 경우에 한하여 부분적으로 사용자성을 갖게 된다는 점을 고려하면, 원청이 사업장 시설의 소유자 또는 관리자라고 하여 하청노조의 조합활동에 관한 사항을 일률적으로 의무적 교섭사항이라고 인정하기는 어려워 보인다. 현대중공업 대법원 판결은 원청이 하청근로자의 작업시간과 작업 일정을 관리·통제하고 있기 때문에 근로자들이 노동조합의 총회나 대의원대회 등을 개최하기 위하여 필요한 노조활동 시간 보장 등에 대하여 실질적인 결정권을 행사하게 되는 지위에 있다고 판단하였는데, 이에 비추어 보면 하청노조의 조합활동에 관한 사항이 의무적 교섭사항인지 여부도 결국 구체적 사실관계에 따라 판단하여야 할 문제로 볼 수 있다.[625]

3. 단체협약의 체결 및 효력

가. 원청의 단체협약 체결의무

사내하청에서 원청이 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 수 있는 정도로 하청근로자의 기본적인 노동조건에 관하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정하거나 그렇게 할 법률상·사실상의 권한이 있는 경우에는, 원청은 하청과 함께 노조법 제2조 제2호, 제29조 제1항에서 규정하는 사용자에 해당하고, 하청노조는 하청뿐만 아니라 원청을 상대로 하여 원청이 실질적이고 구체적으로 지배하는 근로조건에 관하여 교섭하고 단체협약을 체결할 수 있다. 이 경우 원청은 하청근로자의 기본적 근로조건에 대한 실질적 지배를 근거로 노조법 제2조 제2호,

625) 이 점에서 지배·개입의 부당노동행위 사건에서 원청의 사용자성(실질적 지배력의 존부)이 단체교섭 사건에서의 그것보다 넓게 인정될 여지가 있다. 다만 이는 실질적 지배력의 유무 및 행사의 정도 등을 판단하는 국면에 관한 것이지 부당노동행위 유형별로 사용자의 개념 자체를 달리 보아야 한다는 의미는 아니다.

법 제29조 제1항에서 정한 사용자에 해당하여 하청노조에 대하여 단체교섭 응낙의 무를 지는 것이므로, 원청과 하청근로자 사이에 반드시 개별 근로계약의 체결되어 있거나 혹은 체결된 것과 동일시할 정도의 사정이 있어야 하는 것은 아니다.

근로자의 기본적인 근로조건에 관하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정하거나 그렇게 할 법률상·사실상의 권한이 있는 자가 그 근로조건에 관한 단체교섭의 상대방이 되는 것은 너무나 자연스럽고 당연한 논리적 귀결이라 할 수 있다. 근로자가 근로조건의 유지·개선을 도모하려면 바로 근로조건에 관하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정하거나 그렇게 할 법률상·사실상의 권한이 있는 자를 상대로 하여야만 가능하기 때문이다. 이 경우 원청이 그와 같이 실질적 지배를 하는 지위에 있음에도 단체교섭을 거부하거나 해태하는 것은 근로자의 노동3권을 보장한 헌법 제33조 제1항과 노조법 제1조의 입법취지에 반하고, 노조법 제30조 제1항, 제2항의 규정에 위배되므로 허용되어서는 안 된다.

나아가 위와 같이 사내하청에서 하청근로자의 근로조건에 관하여 실질적 지배·결정을 하는 원청이 하청노조에 대하여 단체교섭의무를 부담한다면, 단체협약 체결의무 역시 부담하는 것 또한 당연한 논리적 귀결이라 할 수 있다. 노조법 제30조 제1, 2항은 이를 명시하지만, 이는 입법 조치 이전에 이미 헌법 제33조 제1항으로부터 도출되는 결론이기도 한다. 근로자에게 사용자에 대한 단체교섭권을 인정하면서 단체협약 체결권을 부정하거나 사용자의 단체협약 체결의무를 부정하려 드는 것은 그 자체로 헌법에 위배되는 위헌적 발상인 것이다.

헌법재판소도 같은 취지에서 『헌법 제33조 제1항이 "근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 가진다"고 규정하여 근로자에게 "단결권, 단체교섭권, 단체행동권"을 기본권으로 보장하는 뜻은 근로자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통하여 자율적으로 임금 등 근로조건에 관한 단체협약을 체결할 수 있도록 하기 위한 것이다. 비록 헌법이 위 조항에서 '단체협약체결권'을 명시하여 규정하고 있지 않다고 하더라도 근로조건의 향상을 위한 근로자 및 그 단체의 본질적인 활동의 자유인 '단체교섭권'에는 단체협약체결권이 포함되어 있다고 보아야 한다』 고 판시한 바 있다.[626]

나아가 헌법재판소는 사용자가 "노동조합의 대표자 또는 노동조합으로부터 위임을 받은 자와의 단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태"하지 못하도록 한 노조법 제81조 (제1항) 제3호의 위헌 여부에 관한 판단에서도

626) 헌법재판소 1998. 2. 27. 선고 94헌바13·26,95헌바44(병합) 결정.

“노사간에는 단체협약을 체결할 의무가 헌법에 의하여 주어져 있는 것”이라고 판시하여 이러한 입장을 재확인함과 아울러, 사용자의 단체협약 체결의무는 “노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지하지 하는 것”이라고 판시하였다.[627] 즉 헌법재판소는 『헌법은 제33조 제1항에서 “근로자는 근로조건의 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”고 명시적으로 규정하고 있는바, 이 사건 조항은 단체교섭권을 실효성 있게 보장하기 위한 것으로서 정당한 입법목적을 가지고 있다. 단체교섭 및 단체협약 체결 과정에 대하여는 법률로 규율하지 않고 노사간에 자율적인 사항으로 남겨둘 수도 있으나, 사용자의 불성실한 태도에 따라서는 헌법상 명시적으로 보장된 단체교섭권이 유명무실해질 우려가 있는바, 입법자는 이 사건 조항의 마련을 통하여 사용자에게 보다 성실한 태도로 단체교섭 및 단체협약 체결에 임하도록 하는 수단을 택했다고 볼 것인데, 이러한 수단은 사용자로 하여금 단체교섭 및 단체협약 체결을 부당하게 거부하거나 해태하지 않도록 하는 일반예방적 효과를 지니는 것이라 볼 수 있으므로 그 입법목적의 달성에 적합한 것이다. 나아가 이 사건 조항은 헌법상의 근로3권을 실질적으로 보장하기 위하여 입법자가 시대적 상황을 종합하여 정책적으로 마련한 조항으로서, 그 내용이 사용자로 하여금 단체교섭 및 단체협약 체결을 일방적으로 강요하는 것은 아니며 “정당한 이유 없이 거부하거나 해태”하지 말 것을 규정한 것일 뿐이고, 어차피 노사간에는 단체협약을 체결할 의무가 헌법에 의하여 주어져 있는 것이므로, 결국 이 사건 조항은 단지 그러한 의무를 제대로 이행하도록 하는 의미를 지닐 뿐이며, 이로써 “노동관계를 공정하게 조정하여 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지하고자”(노조법 제1조) 하는 것이다』라고 판시하였다.

나. 원청의 단체협약 체결의무를 부정하는 견해에 대한 검토

1) 부정설의 내용 및 근거

단체협약의 핵심은 규범적 효력에 있는데, 원청이 하청노조와 하청근로자의 근로조건에 관하여 합의한다 하더라도 근로계약에 영향을 미치지 못하므로, 이러한 합의는 단체협약이라 할 수 없고, 따라서 원청은 하청노조의 요구에 응하여 단체협

627) 헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2002헌바12 결정,

약을 체결할 의무가 없을 뿐만 아니라 단체협약을 체결할 수도 없다는 견해가 있다.

제1설은 앞서 본 근로계약관계설로, “단체협약은 교섭의 결과물로서 근로계약의 내용인 근로조건을 대상으로 그 규범적 효력이 미치며, 이 효력은 단체협약의 핵심이자 개념본질적 구성요소이다. 따라서 노조법상 사용자는 궁극적으로는 단체협약에서 정한 근로계약의 내용인 근로조건의 기준을 이행하여야 할 협약상의 당사자 개념으로 집약되어 근로계약의 당사자일 수밖에 없다. 사용자의 개념을 이와 달리 이해하는 것은 단체협약의 근로관계 관련성을 고려하지 않은 것이므로 객관적 근거를 갖지 못한다. 따라서 근로계약의 당사자가 아닌 제3자와는 근로조건을 규율하는 규범으로서의 단체협약을 체결할 수 없으며, 제3자를 단체협약의 당사자로 인정한다면 기존 근로계약관계 자체가 무의미하게 되거나 단체협약이 적용되는 법률관계가 존재하지 않게 되는 결과가 된다. 근로조건에 대한 기준(규범적 부분)을 포함하지 아니하거나 규범적 효력이 없는 채무적 효력만을 갖는 단체협약은 단순히 계약일 뿐 노조법상 고유한 의미를 갖는 단체협약으로 인정할 수 없다.”라고 한다.

제2설[628]은 또 다른 견해로, “협약당사자로서의 적격성을 가진다는 것은 단체협약상의 권리·의무의 주체가 되는 것이며, 단체협약의 내용 중 근로계약에 대해 규범적 효력이 미치는 ‘근로조건 기타 근로자의 대우에 관한 기준’은 근로계약관계가 전제되거나 이와 동일시할 수 있는 관계이어야 한다. 그렇지 않다면 근로조건의 결정관계와 이행관계가 분리되는 부조화가 발생된다. 따라서 협약당사자와 근로계약 당사자가 다르다면 그 약정은 규범적 효력을 가질 수 없게 되며, 그 약정은 단체협약으로서의 법적 성질을 가진다고 볼 수 없게 된다. 협약능력은 노사자치 상대방과 단체협약체결을 통해 그 구성원에게 직접적·강행적 효력을 미치게 하는 규범을 제정하는 능력이므로 근로계약 당사자 내지 이에 준하는 지위에 있지 않은 자는 협약능력이 없는 것이다. 원청과 하청근로자 간에 명시적·묵시적 근로관계가 형성되어 있다면 당연히 원청회사가 협약능력을 가질 수 있으며, 또한 근로계약 당사자에 준하는 지위를 갖는 경우에도 마찬가지이다. 그렇지 않다면 원청회사가 협약당사자가 되기 위해서는 별도의 법적 근거가 있어야 한다.”라고 한다.

제1설은 원청이 하청노조와 체결한 합의가 규범적 효력이 없다는 점을 중심으

628) 강선희, “원청회사와 사내하청노동조합이 체결한 합의의 법적 성질과 효력”, 「안암법학」 제41호, 안암법학회(2013), 203~204면.

로 설명하는 반면, 제2설은 이를 근거로 아예 원청의 단체협약 체결능력 결여(당사자적격 부정)라는 논리 확장을 도모하고 있는 점에서 특색이 있지만, 대체로 그 논거에서 유의미한 차이는 없다.

2) 검토

부정설은 노동3권을 보호하려는 헌법 제33조 제1항과 노조법의 입법 취지 및 그것을 위협하는 노동시장의 현실을 도외시한 점에서 근본적인 문제가 있지만, 이론적으로도 '단체협약의 의미 및 효력'을 그 스스로의 결론 도출에 맞게 작위적으로 '축소·조작'한 다음, 그 '축소·조작'을 근거로 원청의 단체협약 체결능력 내지 의무를 부정하는 논리적 오류를 범하고 있다. 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 단체협약이 되기 위해서는 반드시 '규범적 효력'을 지니는 사항이 있어야 한다는 논거는 전혀 전거가 없는 것으로서 부당한 논리적 전제이다. 헌법 제33조 제1항이나 노조법의 규정 어디에도 '규범적 효력'을 갖지 않는 노사간 합의는 단체협약이 아니라는 조항은 존재하지 않는다. 단체협약에는 규범적 효력이 있는 부분도 있을 수 있고, 채무적 효력이 있는 부분도 있을 수 있다. 그 중 규범적 효력은 노조법이 협약자치의 실효성을 확보하기 위하여 특별히 인정한 것인데, 오히려 규범적 효력이 있는 부분이 없다는 사정을 들어 단체협약이 아니라거나 단체협약의 체결능력 자체를 부정하는 논거로 사용하는 것은 노동 3권을 보호하려는 헌법 제33조 제1항이나 노조법 규정의 의도적인 축소·조작이고, 그 논리적 연결성도 결여한 것으로서 그 자체로 설득력이 없다.[629]

둘째, 노사간에 채무적 효력만으로 구성된 합의는 단체협약이 아니라는 부정설의 주장은 채무적 효력에 관한 일반적인 이해와도 배치된다. 즉, 단체협약 중 협약당사자 사이의 집단적 노동관계에 관한 사항을 정한 부분은 채무적 효력만이 인정된다는 의미에서 채무적 부분이라고 한다. 채무적 부분은 주로 노동조합과 사용자 사이의 집단적 노동관계에 관한 질서를 둘러싼 권리·의무에 관하여 규정한 단체협약 조항을 말한다. 비조합원의 범위에 관한 조항, 숍(shop) 규정 등 조합 조직에 관한 조항, 취업시간 중이나 사업장 내 조합 활동에 관한 조항, 사업장 내 조합 사무실의 이용, 노조전임자나 근로시간면제 등 노동조합에 대한 편의제공에 관한 조항, 단체교섭의 절차와 방식에 관한 조항, 노동쟁의의 조정 또는 중재방법에 관한 조항,

629) 최정은, 앞의 글, 615면.

또는 쟁의행위의 절차와 방식 등에 관한 조항 등이 그것이다.[630] 채무적 부분에 관한 협약당사자(노사)간의 합의도 노조법이 적용되는 집단적 노동관계에 관한 합의이다. 이에 관한 사항을 단순히 사용자와 개별 근로자가 수많은 일시와 장소에서 각기 개별 계약으로 체결하기보다는 단체협약을 통하여 체결하는 것이 노사관계의 증진에 실효적인 수단이기 때문이다.

무엇보다도 노조법 제92조(벌칙)는 "다음 각 호의 1에 해당하는 자는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다."고 정하면서 제2호에서 "제31조 제1항의 규정에 의하여 체결된 단체협약의 내용 중 다음 각목의 1에 해당하는 사항을 위반한 자"라고 정하고, 마.목에서는 "시설·편의제공 및 근무시간 중 회의참석에 관한 사항"을 규정하고 있다. 위 마.목이 채무적 효력에 관한 부분에 해당함은 분명하다. 이는 노조법이 채무적 효력이 있는 사항을 단체협약으로 인정하면서 그 위반을 형사처벌로 제재하는 등 강력한 준수의무를 부과하고 있음을 나타낸다(후술하는 바와 같이 원청과 하청노조가 체결한 '임금에 관한 사항' 위반 역시 노조법 제92조에 해당할 여지가 있다). 또한 단체협약 중 채무적 부분은 협약당사자 간에 실행의무가 인정되고, 협약당사자가 채무적 부분을 위반한 당사자를 상대로 이행의 청구나 손해배상의 청구를 할 수 있으며, 간접강제 등 강제집행을 할 수 있다는 점도 일반적으로 인정된다.[631] 나아가 협약당사자들은 단체협약의 유효기간 중에 협약에서 정한 사항의 개폐를 목적으로 한 쟁의행위를 하지 않을 의무, 즉 평화의무를 부담하는데, 채무적 부분에 관하여도 평화의무가 인정된다는 점에 이론이 없으며, 평화의무 위반 시 개인인 조합원이 아니라 협약당사자인 노동조합에게 채무불이행책임이 발생한다.[632]

이는 모두 집단적 노사관계에 관한 내용과 효력으로서 그 효율적 규율을 위해서는 단체협약의 체결이 긴요함을 알 수 있다. 그렇다면 채무적 효력에 관한 내용만을 담은 노사 간의 합의는 단순한 계약에 지나지 않을 뿐, 단체협약이라고 볼 수 없다는 부정설은 도대체 어떠한 합리적 논거에 기반하는 것인지 이해할 수 없다.

셋째, 부정설은 단체협약에 '근로조건에 관한 사항'이 담겨야 한다고 주장하면서 이를 금과옥조처럼 여기고 있다. 그러나 사내하청에서 원청이 하청노조에 대하여 단체교섭 의무를 부담하여야 한다고 보는 법적 근거는 "원청이 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 수 있는 정도로 하청근로자의 기본적인 노동조건에 관하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정하거나 그렇게 할 법률상·사

630) 노동법실무연구회, 앞의「노동조합 및 노동관계조정법 주해」 II, 467~468면.
631) 노동법실무연구회, 앞의「노동조합 및 노동관계조정법 주해」 II, 471, 479~481면.
632) 노동법실무연구회, 앞의「노동조합 및 노동관계조정법 주해」 II, 474, 476~477면.

실상의 권한이 있다"는 점이다. 하청근로자의 원청에 대한 단체교섭 및 단체협약 체결은 근로조건을 개선하기 위함에 있는 것인데, 부정설은 이를 어떻게 볼 것인지에 관하여 일언반구의 고려조차 없다. 원청이 하청근로자의 근로조건에 대하여 실질적 지배·결정을 하고 있는 상황에서, 하청근로자로서는 그 실질적 지배·결정권자인 원청을 상대로 자신들의 근로조건의 향상을 요구할 수밖에 없다. 앞서 본 ILO 결사의 자유위원회 Case No. 2062에서, 『하청근로자들이 "원청은 신청인들이 원청에 직접 고용된 노동자가 아니므로 단체교섭을 할 의무가 없다며 단체교섭을 회피한다. 하청은 자신은 하청근로자들과 근로조건에 관하여 의사결정을 할 권한이 없다며 단체교섭을 회피한다"고 주장』 한 것은 원청과 하청 및 하청근로자들이 처한 현실을 적나라하게 드러낸다. 이러한 상황에서 하청근로자들이 원청에 대하여 단체교섭과 단체협약 체결을 요구하는 것을 가리켜 과연 부정설처럼 "단체협약의 근로관계 관련성을 고려하지 않은 것"이라고 말할 수 있는 것인지 비판하지 않을 수 없다. 원청이 하청근로자의 근로조건을 실질적으로 지배·결정하는 상황에서 하청노조가 원청과 사이에 하청근로자의 근로조건에 관하여 단체교섭을 하고 단체협약을 체결하는 것은 하청근로자와 하청 사이의 근로계약의 내용에 '직접' 효력을 발생시키는 것은 아니지만, 그 근로계약의 내용에 개선된 근로조건을 반영하기 위하여 필수불가결한 절차임과 동시에 그 근로계약의 '동기'로서 근로계약의 '내용'을 형성하는 것으로 매우 '밀접한 관련성'을 갖고 있다. 이러한 절차와 내용 형성에 있어서의 '밀접한 관련성'에 비추어 볼 때, 부정설과 같이 원청과 하청노조의 단체교섭이나 단체협약 체결을 하청근로자의 근로조건이나 근로계약의 내용과 무관한 것처럼 평가하는 것은 결코 타당하지 않다.

넷째, 부정설에 대하여는 전 세계가 현재 공통적으로 처하고 있는 노동시장의 현실에 대한 의도적 외면과 헌법 제33조 제1항 및 노조법의 입법취지에 대한 노골적인 무시라고 비판할 수 있다. 신자유주의 사조의 확산과 노동시장의 유연화 경향, 기업간 분업의 고도화 등에 따라 고용형태가 다양해지고 그에 따른 노동보호가 약화됨에 따라 그에 대한 대처 방법은 국제사회가 함께 풀어가야 할 중요한 문제로 대두되었다. 기업이 경영의 효율성을 기하기 위하여 다양한 형태의 고용관계를 활용하는 것 자체를 비난할 순 없지만, 그렇다고 하여 그 과정에서 발생하는 노동보호의무 자체를 면하거나 회피할 수는 없다. ILO를 비롯하여 미국의 BFI 결정 등은 바로 이점에 주목하여 양자 사이의 균형점을 찾기 위한 노력을 계속하여 온 것이다. 원청과 하청노조 사이의 단체교섭 등이 문제되는 것은 원청이 하청근로자의 근로조건을 실질적으로 지배·결정하는 반면, 근로조건에 관한 근로계약은 형식적으

로 하청이 담당하는 이중적 상황에서 비롯되는 것이다. 사용자성이 원청과 하청으로 나뉘어져 분화(分化)되는 현실을 그대로 방치하면, 헌법 제33조 제1항과 노조법이 보호하려는 노동3권의 약화는 명약관화하다. 하청노조의 단체교섭권 등을 인정하는 것은 이러한 모순적인 상황을 해결하고 헌법 제33조 제1항과 노조법에 부합하는 결과를 도출하려는 헌법합치적·법률합치적 해석이다. 이러한 이중적 상황과 노동보호의 약화를 외면한 채 '근로조건에 관한 근로계약은 형식적으로 하청이 담당한다'는 논리만을 내세우는 부정설은 현실의 노동 상황에 대한 개선 노력의 포기이자 헌법 제33조 제1항과 노조법의 규정 취지를 도외시라고 하는 것이라고 비판할 수밖에 없다

다. 원청이 단체협약 체결의무를 지는 교섭사항

사내하청에서 원청이 하청노조에 대하여 단체교섭 응낙의무와 단체협약 체결의무를 지는 근거는 앞서 본 바와 같이 하청근로자의 기본적인 근로조건에 관하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정하거나 그렇게 할 법률상·사실상의 권한이 있다는 데에 있다. 따라서 원청은 자신이 실질적이고 구체적으로 지배·결정하거나 그렇게 할 법률상·사실상의 권한이 있는 근로조건에 관한 사항에 한하여 하청노조와 교섭하고 단체협약을 체결할 의무가 있다. 그 외의 사항에 관하여도 원청과 하청노조가 임의로 교섭하고 단체협약을 체결할 수도 있음은 물론이다.

실제 원청과 하청노조 사이에서 단체교섭을 함에 있어서는 원청이 실질적으로 지배·결정하거나 할 수 있는 근로조건에 영향을 미치는 사항인지가 중요한 문제로 대두될 수 있다. 여기에는 임금, 원청 사업장의 사업 설비, 작업환경에 관한 사항, 휴게공간 등에 관한 사항이 포함될 수 있다.[633]

라. 원청과 체결한 단체협약의 효력

1) 단체협약의 체결 과정

사내하청에서 원청이 하청의 원가, 이윤, 하청근로자의 임금수준, 작업시간, 물가상승률 등을 고려하여 하청의 도급대금을 결정하고, 하청은 원청에 종속되어 독

633) 노동법실무연구회, 앞의「노동조합 및 노동관계조정법 주해」 II, 382~386.면

자적으로 하청근로자의 임금을 올려줄 능력이 없는 경우를 상정하여 살펴본다.

이 경우 대체적으로 다음과 같은 절차를 통하여 원청과 하청노조의 단체협약, 하청과 하청 노조의 단체협약이 완성될 수 있다.

① 하청노조는 원청에 대하여 물가상승률을 반영하여 하청이 하청근로자의 임금을 올려줄 수 있도록 도급대금에 반영하여 달라며 단체교섭을 요구한다. → ② 원청은 하청노조와의 단체교섭 결과 도급대금 결정 시 하청근로자의 임금을 연 5% 인상하여 반영하기로 합의하고, 이를 원청이 단체협약 체결일로부터 3영업일 이내에 하청에 통지하기로 하는 내용의 단체협약을 체결한다. → ③ 원청은 하청노조와의 단체협약 체결일로부터 3영업일 이내에 하청에 대하여 향후 하청에 줄 도급대금에 하청근로자의 임금 인상분 5%를 반영하기로 하는 단체협약이 체결되었다는 사실과 이를 이행할 의사를 통지한다. → ④ 하청노조는 하청을 상대로 위 ②, ③을 이유로 연 5%의 임금 인상에 관하여 단체교섭을 요구한다. → ⑤ 하청은 하청노조의 요구를 받아들여 하청노조와 사이에 연 5%의 인금인상안에 합의한다. → ⑥ 하청근로자의 임금 인상에 관한 분쟁은 이러한 단체교섭과 단체협약을 통하여 원만하고 평화롭게 해결되고, 이로써 헌법 제33조 제1항과 노조법의 규정 목적은 달성된다.

2) 원청과 하청노조가 체결한 단체협약의 효력

가) 단체협약의 거부·해태의 부당노동행위와 단체행동

원청과 하청노조가 체결한 단체협약에도 서면형식(노조법 제31조 제1항)을 갖추어야 하고, 유효기간의 제한(제32조)도 적용된다. 위 사안에서 만일 원청이 하청노조의 대표자 또는 하청노조로부터 위임을 받은 자와 단체협약 체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위는 부당노동행위에 해당할 수 있다.

원청이 하청노조의 임금인상 요구안을 거부할 경우에는 하청노조는 원청이 지배·결정하는 하청근로자의 임금 향상을 위하여 원청의 사업장에서 단체행동을 할 수 있다. 그러나 원청의 사업장에는 하청근로자 외에 원청 근로자도 근무하고 있으므로, 하청근로자의 단체행동권은 원청 근로자의 업무를 방해하지 않는 한도에서 그 균형점을 찾아 적정하게 행사되어야 한다.

나) 원청의 단체협약 불이행

위 사안에서 원청이 하청노조와 체결한 단체협약은 원청이 하청노조와의 관계에서 하청을 위하여 도급대금을 인상하여 주기로 하는 일종의 '제3자를 위한 계약'의 성질을 갖는다.[634] 이는 단체협약의 '채무적 효력'에 해당하는 부분이지만, 장차 하청노조가 하청과 근로조건에 관하여 체결할 단체협약과 '밀접한 관련성'을 갖고 있다. 만일 원청이 위 단체협약의 내용을 위반한 경우에는 노조법 제92조 제2호 가목의 '임금·복리후생비, 퇴직금에 관한 사항'에 해당하여 벌칙 규정이 적용될 여지가 있다. 위 조항에서 '관한'이라는 의미는 그 자체(임금) 뿐만 아니라 그와 밀접한 관련이 있는 사항(도급대금)도 포함하는 개념으로 볼 수 있고, 하청노조와 원청 사이에 임금에 관하여 체결한 단체협약의 내용은 하청근로자의 근로조건 향상을 위하여 필수적인 사항이므로, 여기서 말하는 '임금에 관한 사항'에 해당한다고 볼 여지가 충분하기 때문이다.

나아가 하청노조는 원청이 단체협약을 불이행할 경우에는 원청을 상대로 채무불이행책임을 물을 수 있다. 원청이 하청과의 도급계약 체결 시 임금 인상을 반영하지 않은 채 불이행한다면, 하청노조는 원청을 상대로 간접강제의 방법에 의한 이행을 구할 수도 있고, 손해배상책임을 물을 수도 있다.

한편, 하청은 원청과 하청노조와의 단체협약 체결에 따라 제3자를 위한 수익자의 지위에 있다. 따라서 하청도 원청에 대하여 도급계약 체결 시 임금 인상을 반영하여 달라고 이행을 구할 수 있고, 불이행 시 간접강제를 한다거나 손해배상책임을 물을 수 있다.

3) 진전된 형태의 일괄 단체협약의 체결

앞의 1)은 하청이 원청과 하청을 상대로 각각 이시(異時)에 단체협약을 체결하는 것을 상정한 것이지만, 만일 위 1)과 같은 형태의 단체협약 체결의 관행이 정착된다면, 이후에는 원청과 하청은 하청노조와 같은 일시, 장소에서 같은 협상 테이블에 앉아 일괄하여 단체협약을 체결하는 것도 충분히 상정할 수 있고, 오히려 그것이 더 간편하고 효율적일 수 있다.

이 경우 원청을 가리켜 단체협약의 협약당사자가 아니고 제3자를 위한 계약의

634) 강선희, 앞의 글(2013), 203~204면.

수익자에 불과하다는 견해[635]가 있으나, 원청도 엄연히 하청노조와의 관계에서 협약당사자임이 분명하므로, 이와 같이 볼 수는 없다. 일괄 단체협약의 경우에도 각각의 단체협약이 일시에 체결된 것일 뿐 그 성질은 대체로 위 2)에서 본 것과 같다고 볼 수 있다. 다만, 일괄 단체협약이 하나의 서면으로 작성된 경우, 즉 하나의 서면에 원청, 하청 및 하청노조 등 3자의 서명날인이 모두 있는 경우, 하청은 원청에 대한 관계에서 단순히 '수익자'의 지위가 아니라 삼면적 관계의 '협약당사자'(계약당사자)로서 원청에 대하여 단체협약 사항의 이행을 구할 수 있다고 해석할 여지가 있다.

4. 단체행동권의 행사

가. 쟁의행위의 대상

사내하청에서 원청이 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 수 있는 정도로 하청근로자의 기본적인 노동조건에 관하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정하거나 그렇게 할 법률상·사실상의 권한이 있는 경우에는, 하청노조는 하청뿐만 아니라 원청을 상대로 하여 원청이 실질적이고 구체적으로 지배하는 근로조건에 관하여 교섭하고 단체협약을 체결할 수 있으며, 나아가 원청의 사업장에서 단체행동권도 행사할 수 있다.

헌법재판소는 "쟁의행위는 노동관계 당사자가 임금 및 근로조건 등을 정하는 단체협약을 체결함에 있어서 보다 유리한 결과를 자신에게 가져오게 하기 위하여 행사하는 최후의 강제수단이다. 따라서 쟁의행위는 주로 단체협약의 대상이 될 수 있는 사항을 목적으로 하는 경우에만 허용되는 것이고, 단체협약의 당사자가 될 수 있는 자에 의하여서만 이루어져야 하는 것이다."라고 판시하고 있다.[636] 대법원도 같은 취지에서 '쟁의행위가 정당하기 위해서는 그 목적이 노사의 자치적 교섭을 조성하기 위하여 하는 것이어야 하고, 그 방법에 있어서 폭력의 행사는 법질서의 기본원칙에 반하므로 이는 어떠한 경우에도 허용되지 않는다 할 것인데, 이 중 노사의 자치적 교섭을 조성하기 위한 목적에 적합하다고 하기 위해서는 노조법 제3조에서 말하는 노동관계 당사자의 주장이 같은 법 제2조 소정의 임금, 근로시간, 후생,

635) 강선희, 앞의 글(2013), 208면.
636) 헌법재판소 1990. 1. 15. 선고 89헌가103 결정.

해고 기타 대우 등 근로조건에 관한 주장 모두를 가리키고 반드시 임금 등 근로자의 경제적 지위의 유지, 향상에 국한되는 것은 아니다'라고 판시하고 있다.[637]

그런데 앞서 본 바와 같이 진정도급인 사내하청에서 하청근로자는 원청에 대하여 일반 사용자와 근로자의 관계처럼 전면적인 지휘명령관계에 있는 것이 아니다. 원청이 하청근로자의 근로조건에 대하여 실질적인 지배·결정을 하거나 그렇게 할 사실상·법률상의 권한이 있음을 근거로 원청을 상대로 단체교섭을 하고 단체협약을 체결할 수 있는 것이다. 따라서 하청근로자가 원청을 상대로 쟁의행위를 할 수 있는 사항은 일반적인 근로자가 사용자에 대하여 할 수 있는 모든 사항에 걸쳐 있다고 할 수 없고, 보다 제한적으로 보아야 한다. 사내하청의 적법성이 인정되고, 원청의 입장에서 하청근로자의 노무를 제공받는 것은 하청과의 도급계약에 기한 것이므로, 이러한 측면도 고려하지 않을 수 없다. 결국 하청 근로자가 원청을 상대로 쟁의행위를 벌일 수 있는 범위는 원청이 실질적인 지배·결정을 하거나 그렇게 할 수 있는 사실상·법률상의 권한을 갖고 있는 하청 근로자의 근로조건에 관한 사항에 한정된다고 봄이 타당하다.

나. 쟁의행위의 정당성에 관한 판단 기준

1) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결의 검토

가) 사안의 개요

위 대법원 판례의 사안은 청소용역 하청근로자들이 하청과의 임금협상이 결렬되자 하청 노조의 찬반투표를 거쳐 하청에 대한 파업에 돌입하였는데, 그 실제 행동은 원청의 사업장에서 파업을 벌이면서 원청의 본관 건물과 다른 건물 사이 인도에 모여 차량에 설치된 확성기를 틀어놓고 하청에 대하여 임금인상, 성실교섭 촉구 등을 요구하며 구호를 외치고 율동과 함께 노동가를 제창한 것이다. 검찰은 하청근로자들이 원청의 업무를 방해하였다는 이유로 업무방해죄로 기소하였으나, 무죄가 확정되었다.

이 사안은 원청이 하청근로자의 근로조건을 실질적으로 지배·개입하였는지 여부가 쟁점이 되어 사용자성을 갖는지 여부가 심리되거나 판시된 바가 없고, 하청

637) 대법원 1992. 5. 12. 선고 91다34523 판결.

노조 역시 원청과의 단체교섭 결렬을 이유로 원청을 상대로 쟁의행위를 벌인 것이 아님을 유의할 필요가 있다.

나) 대법원이 제시한 일반 법리

대법원은 위 판결에서 먼저 “단체행동권은 헌법 제33조 제1항에서 보장하는 기본권으로서 최대한 보장되어야 하지만 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리 등의 공익상의 이유로 제한될 수 있고 그 권리의 행사가 정당한 것이어야 한다는 내재적인 한계가 있다. 쟁의행위가 정당행위로 위법성이 조각되는 것은 사용자에 대한 관계에서 인정되는 것이므로, 제3자의 법익을 침해한 경우에는 원칙적으로 정당성이 인정되지 않는다. 그런데 도급인은 원칙적으로 수급인 소속 근로자의 사용자가 아니므로, 수급인 소속 근로자의 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 일어나 도급인의 형법상 보호되는 법익을 침해한 경우에는 사용자인 수급인에 대한 관계에서 쟁의행위의 정당성을 갖추었다는 사정만으로 사용자가 아닌 도급인에 대한 관계에서까지 법령에 의한 정당한 행위로서 법익 침해의 위법성이 조각된다고 볼 수는 없다.”고 판시하였다(① 법리).

나아가 대법원은 “그러나 수급인 소속 근로자들이 집결하여 함께 근로를 제공하는 장소로서 도급인의 사업장은 수급인 소속 근로자들의 삶의 터전이 되는 곳이고, 쟁의행위의 주요 수단 중 하나인 파업이나 태업은 도급인의 사업장에서 이루어질 수밖에 없다. 또한 도급인은 비록 수급인 소속 근로자와 직접적인 근로계약관계를 맺고 있지는 않지만, 수급인 소속 근로자가 제공하는 근로에 의하여 일정한 이익을 누리고, 그러한 이익을 향수하기 위하여 수급인 소속 근로자에게 사업장을 근로의 장소로 제공하였으므로 그 사업장에서 발생하는 쟁의행위로 인하여 일정 부분 법익이 침해되더라도 사회통념상 이를 용인하여야 하는 경우가 있을 수 있다. 따라서 사용자인 수급인에 대한 정당성을 갖춘 쟁의행위가 도급인의 사업장에서 이루어져 형법상 보호되는 도급인의 법익을 침해한 경우, 그것이 항상 위법하다고 볼 것은 아니고, 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당하는 경우에는 형법 제20조의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’로서 위법성이 조각된다. 이러한 경우에 해당하는지 여부는 쟁의행위의 목적과 경위, 쟁의행위의 방식·기간과 행위 태양, 해당 사업장에서 수행되는 업무의 성격과 사업장의 규모, 쟁의행위에 참여하는 근로자의 수와 이들이 쟁의행위를 행한 장소 또는 시설의 규모·특성과 종래 이용관계, 쟁의행위로 인해 도급인

의 시설관리나 업무수행이 제한되는 정도, 도급인 사업장 내에서의 노동조합 활동 관행 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다."고 판시하였다(② 법리).

다) 평가

대법원이 판시한 ① 법리는 당연한 것이라고 볼 수 있다. "도급인은 원칙적으로 수급인 소속 근로자의 사용자가 아니므로"라는 것은 일반적인 도급을 전제로 하면 당연한 법리이다. 대법원이 이러한 판시를 한 것은 당해 사안에서 원청이 하청근로자의 근로조건에 대하여 실질적으로 지배·결정하는 등의 사정이 전혀 밝혀지거나 심리된 바가 없기 때문이다. 따라서 근로계약관계설에서 ① 법리에 비추어 대법원이 근로계약관계설을 취하고 있다거나 ① 법리가 원청이 하청근로자의 근로조건에 대하여 실질적으로 지배·결정하는 사내하청의 사안에도 적용된다고 보는 것은 타당한 분석이 아니다.

무엇보다 대법원은 그럼에도 ② 법리를 선언하였는데, 이는 원청이 하청근로자의 근로조건에 대하여 실질적으로 지배·결정하는 등의 사정이 없는 상황에서도 하청근로자들이 원청 사업장에서 정당하게 쟁의행위를 할 수 있는 경우가 있음을 인정하고, 그에 관한 기준을 제시한 데에 의미가 있다. 당해 사안에서 원청의 사용자성이 인정된 바 없기 때문에 노조법 제4조는 적용하지 아니한 채 형법 제20조의 '사회상규에 위배되지 아니하는 행위'에 해당하는지 여부를 기준으로 위법성조각사유 해당 여부를 판단하였다. 다만 그와 같이 제시한 기준은 사내하청에서 하청근로자들이 그 근로조건에 대하여 실질적으로 지배·결정하는 원청의 사업장에서 쟁의행위를 어떠한 범위에서 정당하게 할 수 있는지에 관련하여 시사하는 바가 적지 않다.

2) 하청근로자의 원청을 상대로 한 쟁의행위의 정당성에 관한 판단기준

대법원은 "근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위해서는 첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사 간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 등 법령이 규정한 절차를 거쳐

야 하고, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다. 한편, 쟁의행위에서 추구되는 목적이 여러 가지이고 그중 일부가 정당하지 못한 경우에는 주된 목적 내지 진정한 목적의 당부에 의하여 그 쟁의행위 목적의 당부를 판단하여야 하고, 부당한 요구사항을 뺐더라면 쟁의행위를 하지 않았을 것이라고 인정되는 경우에는 그 쟁의행위 전체가 정당성을 가지지 못한다."라고 보고 있다.[638]

하청근로자가 하청을 상대로 쟁의행위를 할 경우에는 위와 같은 기준이 전면적으로 적용된다는 데에는 이론의 여지가 없다. 그러나 하청근로자가 원청을 상대로 쟁의행위를 하는 경우에는 그중 둘째, 셋째, 넷째 요건과 관련하여 간과할 수 없는 상이점이 존재한다.

먼저 둘째 요건과 관련하여, 하청근로자가 쟁의행위를 할 수 있는 사항은 원청이 실질적인 지배·결정을 하거나 그렇게 할 수 있는 사실상·법률상의 권한을 갖고 있는 하청근로자의 근로조건에 관한 사항에 제한된다는 점은 앞서 살펴보았다.

다음으로 셋째 요건과 관련하여, 하청근로자가 원청 사업장에서 쟁의행위(예컨대 직장점거)를 할 경우에는 그 영향이 원청에 미침은 물론 원청근로자에게도 불이익이 있을 수 있다. 그런데 하청근로자는 자신들의 찬반투표를 거쳐 쟁의행위를 결정하였겠지만, 원청근로자는 하청근로자의 쟁의행위에 관한 의사결정 과정에 참여한 바 없다. 따라서 하청근로자의 쟁의행위로 인하여 원청근로자에게 중대한 불이익을 미치는 경우에는 원칙적으로 정당성을 인정하는 데 소극적인 요소로 작용할 여지가 있다.

마지막으로 넷째 요건과 관련하여, 원청의 입장에서 하청근로자는 일반적인 사용자, 근로자와 마찬가지로 자신이 전면적인 지휘명령권을 갖고 있는 근로자가 아니며, 하청근로자의 입장에서도 원청은 자신의 근로조건에 대한 실질적인 지배·결정을 근거로 부분적인 사용자성을 갖는 사업주라고 할 수 있다. 사내하청의 적법한 도급으로서의 측면도 고려되어야 한다. 이러한 특성은 "수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함"을 판단함에 있어서 이익형량적 요소로 작용될 수 있다고 본다.

결국 셋째 및 넷째 요건과 관련하여서는, 위 대법원 2015도1927 판결의 법리가 참조될 수 있다고 본다. 원청을 상대로 한 하청근로자의 쟁의행위가 정당한지 여부는 쟁의행위의 목적과 경위, 방식·기간과 행위 태양, 해당 사업장에서 수행되는 업

638) 대법원 2017. 4. 7. 선고 2013두16418 판결

무의 성격과 사업장의 규모, 쟁의행위에 참여하는 근로자의 수와 이들이 쟁의행위를 행한 장소 또는 시설의 규모·특성과 종래 이용관계, 쟁의행위로 인해 도급인의 시설관리나 업무수행이 제한되는 정도, 도급인 사업장 내에서의 노동조합 활동 관행 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

다. 쟁의행위 유형별 구체적 분석

하청근로자의 쟁의행위가 어떠한 범위에서 허용되는지는 구체적인 개별 사정에 따라 다를 수 있지만, 대략적으로 다음과 같이 볼 수 있다.

1) 파업 및 태업

하청근로자가 원청과의 단체교섭 결렬을 이유로 적법한 절차를 거쳐 원청 사업장에서 파업이나 태업을 벌인 경우 이는 정당행위로서 허용된다. 이는 하청근로자의 원청 사업장에서의 파업이나 태업이 정당행위로서 적법한 이상 원청이 이를 이유로 하청과의 도급계약을 해지하는 것은 허용되지 않는다는 중대한 의미를 갖는다. 이를 인정하게 되면 하청근로자가 정당한 단체행동을 이유로 근로자 지위를 실질적으로 박탈하는 등 하청근로자의 노동3권을 침해하는 결과를 가져온다는 점도 원청의 도급계약 해지를 부정하는 근거가 될 수 있다.

2) 직장점거

하청근로자가 원청과의 단체교섭 결렬을 이유로 자신의 작업장을 벗어나 원청의 사업장을 점거하며 농성하는 행위는 앞서 본 셋째 및 넷째 요건과 관련한 이익형량의 관점에서 원청과 원청근로자의 수인한도를 넘는 행위로서 원칙적으로 허용되지 않는 경우가 많을 것이다. 다만, 직장점거의 목적이나 양태에는 다양한 행위들이 복합되어 있으므로 사안에 따라 사실인정의 문제로 다루어야 할 것이다.

3) 피켓팅, 구호 제창

하청근로자가 원청과의 단체교섭 결렬을 이유로 자신의 작업장소를 벗어나 원청의 사업장 주변에서 원청근로자의 작업에 별다른 지장을 주지 않는 한도에서 피

켓팅이나 구호를 제창하는 행위는 앞서 본 셋째 및 넷째 요건과 관련한 이익형량의 관점에서 원청과 원청근로자의 수인한도를 넘지 않는 행위로서 원칙적으로 허용된다고 보아야 할 것이다.

4) 대체근로

대법원은 2020. 9. 3. 선고 2015도1927 판결은 “사용자는 쟁의행위 기간 중 그 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다(노조법 제43조 제1항). 사용자가 당해 사업과 관계없는 자를 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 채용 또는 대체하는 경우, 쟁의행위에 참가한 근로자들이 위법한 대체근로를 저지하기 위하여 상당한 정도의 실력을 행사하는 것은 쟁의행위가 실효를 거둘 수 있도록 하기 위하여 마련된 위 규정의 취지에 비추어 정당행위로서 위법성이 조각된다. 위법한 대체근로를 저지하기 위한 실력 행사가 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위로서 정당행위에 해당하는지는 그 경위, 목적, 수단과 방법, 그로 인한 결과 등을 종합적으로 고려하여 구체적인 사정 아래서 합목적적·합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단하여야 한다.”고 판시한다.

하청근로자가 원청 사업장에서 쟁의행위를 한 경우, 위 법리에 따라 원청은 쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 당해 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체할 수 없다. 그럼에도 원청이 이를 채용 또는 대체한 경우 하청근로자는 위법한 대체근로를 저지하기 위하여 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 실력행사를 할 수 있다.

제6장 결 론

사내하청에서 원청의 사용자책임은 근로기준법과 최저임금법(예외적인 임금연대지급 책임), 산안법 및 중대재해처벌법(산업안전 등에 관한 도급인의 책임) 등에 의해 예외적·제한적으로만 인정되고 있다. 나아가 사내하청의 외형을 띠고 있으나 그 실질은 위장도급 또는 불법파견으로 인정되는 경우는 판례법리에 의해 규율이 이루어지고 있다. 그러나 이러한 규율만으로는 충분하지 않다. 사내하청의 적법 여하를 불문하고 하청근로자는 저임금, 열악한 근로조건, 차별적 처우, 고용불안정 등의 상황에 처해 있음을 확인할 수 있고, 이는 바로 고용과 사용이 분리된 간접고용에서 드러나는 전형적인 문제점들로서 우리 사회가 사내하청에 대한 노동법적 규율을 통해 해결해야 할 과제이다.

그 원인과 해법을 찾기 위해서는 사내하청이 시장계약관계(진정도급)와 임노동관계(간접고용)라는 양면적 특징을 가지고 있음에 주목할 필요가 있다. 시장계약적 측면에서, 하청업체는 법적 혹은 형식적인 독립성이 존재하더라도 그 정도가 상대적으로 약하고, 이는 하청업체의 이익이 스스로의 독립적인 기술이나 경영능력 등에 의한 것이기 보다는 원청에 의해 결정되는 하도급 단가 중 이윤 부분에 의해 경계가 지워지며, 도급계약의 체결 및 존속이 원청의 의사에 좌우되기 때문에 그 결과 구조적으로 하청업체가 실질적으로 결정할 수 없는 하청근로자의 근로조건이 존재하게 된다. 임노동관계의 측면에서, 하청근로자는 하청업체와 근로계약을 체결한 근로자임에도 원청의 사업장 내에서 노무를 제공하고 있으며 원청의 사업에 직접적으로 편입되어 다면적 노무제공관계를 형성하고 있다.

또한, 진정도급인 사내하청의 경우에도 하청근로자의 임금 및 근로조건 저하, 차별적 대우, 고용불안정 등의 노동법적 문제가 여전히 해결되지 않고 있는데, 이는 원청이 하청업체에 대한 우월적 지위에서 노동유연성의 제고와 인건비 절감 등을 위해 사내하청을 '고용의 한 형태'로서 활용하고 구조화하기 때문이다. 특히 우리나라 경제성장을 주도해 온 조선, 철강, 자동차 등 금속산업 부분에서 사내하청이 어떻게 형성, 전개되어 구조화되었는지를 살펴보면, 우리나라의 경우 사내하청의 임노동관계 측면이 시장계약관계를 압도하고 있음을 확인할 수 있다. 그럼에도 사내하청의 시장계약적 측면, 즉 진정도급으로서의 유효성은 오래 전부터 인정되어 왔기에, 하청근로자의 근로조건 개선을 위해 원청에 대하여 개별적 근로관계법의 영역

인 근로기준법과 같은 정도의 강행법적 규율을 하기 위해서는 법령상 근거가 필요하며, 결국 이는 법해석론으로는 해결하기 어려움 입법적 조치가 선행되어야 할 것이다.

그러나 집단적 노사관계법의 영역은 다르다. 단체교섭권은 이미 하청근로자에게 보장되어 있는 헌법상 기본권이고, 이를 누구를 상대로 행사해야 가장 실효성이 있는가의 문제이므로, 헌법이 규정한 단체교섭권의 규범적 의의와 노조법상 사용자 개념의 해석론을 통하여 원청을 단체교섭의 상대방인 사용자로 인정하는 결론을 도출할 수 있다.

헌법 제33조 제1항은 근로자는 '근로조건의 향상을 위하여' 단체교섭권을 가진다고 규정하고 있다. 사내하청에서 원청이 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 수 있는 정도로 하청근로자의 기본적인 근로조건에 관하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정하거나 그렇게 할 법률상·사실상의 권한이 있는 경우에는, 하청노조는 하청업체뿐만 아니라 원청을 상대로 하여 원청이 실질적이고 구체적으로 지배하는 근로조건에 관하여 단체교섭을 요구할 수 있다고 보아야 한다. 근로자의 기본적인 근로조건에 관하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정하거나 그렇게 할 법률상·사실상 권한이 있는 자가 그 근로조건에 관한 단체교섭의 상대방이 되는 것은 너무나 자연스럽고 당연한 논리적 귀결이라 할 수 있다. 사내하청에서 하청근로자가 헌법이 보장한 단체교섭권의 실현을 통하여 근로조건의 향상을 도모하려면 바로 근로조건에 관하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정하거나 그렇게 할 법률상·사실상의 권한이 있는 자와 단체교섭을 하여야만 가능하기 때문이다. 원청은 자신이 하청근로자와 근로계약관계를 맺고 있지 않아 단체교섭에 응할 수 없다고 주장하려면 스스로 하청근로자의 근로계약을 형성하는 모든 국면과 절연하여야 한다. 원청이 경영상 필요에 의하여 사내하청을 온전히 자유롭게 활용하려면 하청근로자에 대한 지휘·명령은 물론 그 근로조건에 대한 실질적 지배·결정권 또한 행사하여서는 안 된다.

대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결은 '단체교섭권을 포함한 노동3권이 법률의 제정이라는 국가의 개입을 통하여 비로소 실현될 수 있는 권리가 아니라, 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적 권리이며, 입법된 법령의 집행과 해석에 있어서도 단결권의 본질과 가치가 훼손되지 않도록 하여야 한다'라고 판시하였다. 국가의 최고규범이자 근본규

범인 헌법에서 노동3권을 보장한 의의를 고려하지 않고, 하위 법규인 노조법의 틀 안에서의 완결성만을 강조하는 근로계약관계설이 그 논거의 기초인 체계론적 해석론마저 제대로 전개하고 있는지 의문이다. 단체교섭권의 실현을 강화하기 위해 노조법에 규정된 단체협약의 규범적 효력이 거꾸로 헌법상 기본권으로 보장된 단체교섭권을 유명무실하게 한다면 그것은 헌법에 합치하지 않는 잘못된 해석을 한 것이다. 법학방법론이 제시하는 해석의 기준에 서열이 있는 것은 아니나, 어떠한 해석기준을 중심에 두는 것이 더 타당한 결론을 도출하는지는 중요하다. 따라서 목적중심적 법해석론, 법원리에 기초한 법해석론을 토대로 노조법상 사용자 개념을 검토할 필요가 있고, 이러한 해석론이 그동안 노동법 분야에서 확인할 수 있는 대법원 판례의 흐름(노조법상 근로자개념의 확대, 불법파견의 경우에도 파견법상 직접고용 규정의 적용 등)에도 부합한다.

단체교섭의 기능에 대한 새로운 시각도 필요하다. 진정도급인 사내하청 그 자체에 대한 입법적 개선이 이루어지지 않고 있는 상황에서 원청과 하청근로자 사이에서 단체교섭질서를 회복하는 것은 가장 효과적인 분쟁해결 수단이다. 단체교섭의 구체적인 실현 과정에서 형량을 통해 하청근로자의 단체교섭권과 원청의 직업의 자유, 재산권 등은 조화를 이룰 수 있다. 원청은 하청근로자를 직접 고용한 사용자와 다를 바 없이 전부의 사용자책임을 부담하는 것이 아니라 자신이 실질적으로 지배·결정하거나 법률상·사실상 권한이 있는 근로조건에 한하여만 단체교섭에 응하면 족하다. 도급의 유효성 자체를 부인하거나 그에 대한 과도한 수정을 요하는 사항까지 단체교섭의 대상으로 삼기는 어렵고, 단체행동에도 사내하청 특유의 일정한 제한이 따를 수밖에 없다. 하청근로자의 단체교섭권이 인정되면 노사분규가 더욱 증가하고 산업현장이 혼돈될 것이라는 우려는 오해이다. 교섭석상에서 마주하고 대화와 타협으로 길을 찾다보면 때론 갈등이 있더라도 평화로 나아갈 수 있다는 믿음이 단체교섭제도가 존재하는 이유이기 때문이다.

참 고 문 헌

[단행본]

강병두,「신헌법」, 수학사, 1963.

계희열,「헌법학 (中)」신정2판, 박영사, 2007.

고용노동부, 사업(사업장) 단위 복수노조 업무매뉴얼」, 2010.

고용노동부,「해설 중대재해처벌법—중대산업재해—」, 2021. 11.

곽윤직(편집대표),「민법주해」ⅩⅤ 채권(8), 박영사, 1997.

권영성,「헌법학원론」개정판, 법문사, 2010.

권혁,「단체교섭질서와 원하청관계」, 법문사, 2012.

금재호・유길상・강순희・신현구,「민간고용서비스 활성화 방안」(고용노동부 연구용역보고서), 한국노동연구원, 2013. 11.

김대휘,「법철학과 법이론 입문」제2판, ㈜도서출판 성안당, 2023.

김동춘,「한국사회 노동자 연구—1987년 이후를 중심으로」, 역사비평사, 1995.

김동현・이혜영,「결사의 자유에 관한 국제노동기구(ILO) 기본협약 비준과 노동법의 쟁점」, 사법정책연구원, 2022.

김두얼・이명휘・박기주・박원암・전성인・백웅기,「한국의 경제 위기와 극복」, 대한민국역사박물관, 2017.

김성환,「비정규노동에 관한 연구」, 한국노동연구원, 1992.

김소영,「고용형태 변화에 따른 노동법적 대응」, 한국노동연구원, 1995.

김・장 법률사무소 중대재해대응팀,「중대재해처벌법」, 박영사, 2022.

김영문,「외부 노동력 이용과 노동법」, 법문사, 2010.

김영문・이상윤・이정,「부당노동행위제도와 원하청관계」, 법문사, 2012.

김유성,「노동법Ⅱ—집단적 노사관계법—」(전정판), 법문사, 1997.

김하열,「헌법강의」제5판, 박영사, 2023.

김형배,「항운노조 조합원과 사용자 사이의 법적 관계」, 무지개, 1996.

김형배,「노동법」제19판(전면개정증보판), 박영사, 2010. 2.

김형배,「노동법」제27판, 박영사, 2021.

김홍영・권오성・김린・노호창・방강수,「노동분쟁에서 당사자 적격의 판단기준에 관한 연구」, (중앙노동위원회 연구용역보고서), 중앙노동위원회, 2020.

남기윤,「법학방법론」, 고려대학교 출판부, 2014.

남성일,「한국의 인력파견에 관한 연구」, 서강대경제연구소, 1993.

노동법실무연구회,「근로기준법주해」(제2판) Ⅰ, Ⅱ, Ⅲ, 박영사, 2020.

노동법실무연구회,「노동조합 및 노동관계조정법 주해」(제2판) Ⅰ, Ⅱ, Ⅲ, 박영사, 2023.

노상헌,「고용시장에 관한 법제개선방안 연구」, 한국법제연구원, 2004. 11.

도재형,「노동법의 회생」, 이화여자대학교출판문화원, 2016.

박덕배 · 김진웅,「노동법」, 일산사, 1962.

박영구,「한국 중화학공업화 연구 총설」, 해남, 2008.

박일경,「제6공화국 신헌법」, 법경출판사, 1990.

박제성 · 노상헌 · 유성재 · 조임영 · 강성태,「사내하도급과 노동법」, 한국노동연구원, 2009.

박제성 · 강성태 · 김진 · 신권철 · 조경배,「사내하청 노동관계의 법해석론」, 한국노동연구원, 2015.

박종희,「비정규 · 간접고용 근로자의 노동단체권 행사에 관한 법리 연구」(노동부 연구용역보고서), 노동부, 2005. 9.

박종희 · 강선희 · 전형배 · 정영훈 · 박종식,「근로자공급사업에 따른 근로자의 안전보건관리 연구」(한국산업안전보건공단 연구용역보고서), 한국산업안전보건공단 산업안전보건연구원, 2013.

박준식, 「한국의 대기업 노사관계연구」, 백산서당, 1992.

박준식,「세계화와 노동체제」, 한울아카데미, 2001.

성낙인,「헌법학」제23판, 법문사, 2023.

송호근,「한국의 노동정치와 시장」, 한울, 1991.

오동석 · 권혜령 · 이춘열,「유신헌법이 남긴 입법과제」(국회법제사법위원회 연구용역보고서), 국회법제사법위원회, 2012. 12.

유진오,「新稿 憲法解義」, 일조각, 1954.

은수미 · 이병희 · 박제성,「사내하도급과 한국의 고용구조」, 한국노동연구원, 2011.

은수미 · 조효래 · 박제성 · 강병식,「2007년도 노사관계 실태분석 및 평가 : 사내하청 노사관계를 중심으로」, 한국노동연구원, 2007. 12.

이상윤,「노동법」제17판, 법문사, 2022.

이영면 · 박지순 · 권혁,「원하청 도급관계에서의 노동법적 쟁점 및 과제」(노동

부 수탁연구과제 보고서), 노동부, 2007. 10.

이영희,「노동기본권의 이론과 실제」, 까치, 1990.

이정희 · 김종진 · 정경은,「서비스산업의 원 · 하청 관계와 노사관계—통신업종 · 전자제품수리업 중심으로—」, 한국노동연구원. 2015.

이종규,「경제위기 : 원인과 발생과정」, 한국은행 특별연구실, 2000. 11.

이준일,「법학입문」, 박영사, 2004.

이준희,「단체교섭법론」, 신조사, 2017.

이철수,「노동법」, 현암사, 2023.

임종률,「노동법」제8판, 박영사, 2009.

임종률,「노동법」제20판, 박영사, 2022.

전광석,「한국헌법론」제17판, 집현재, 2023.

전국금속산업노동조합연맹 · 전국금속노동조합 · 한국비정규노동센터,「금속산업 비정규직 규모현황 및 불법파견 실태 조사보고서」, 2004.

정영훈, 「헌법상 근로3권 보장과 제한의 한계」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2013.

정인수 · 윤진호,「근로자 파견업의 현황과 정책과제」, 한국노동연구원, 1996.

정종섭,「헌법학원론」제13판, 박영사, 2022.

정재황,「헌법학」제2판, 박영사, 2022.

정흥준 · 권순식 · 이문호 · 박시영,「자동차부품업종 노사관계 발전방안에 관한 연구」(고용노동부 연구보고서), 고용노동부, 2019. 12.

조경배,「비정규 노동과 법」, 순청향대학교 출판부, 2011.

조돈문 · 정흥준 · 황선웅 · 남우근,「다시 묻는 사용자 책임—간접고용 비정규직 실태와 정책대안」, 매일노동뉴스, 2021.

조성재 · 박지순,「사내하도급 활용실태 및 개선방안」(노동부 수탁연구과제 보고서), 노동부, 2007.

조희연,「계급과 빈곤」, 한울, 1993.

하갑래,「집단적 노동관계법」전정제7판, 중앙경제, 2021.

하경효 외 공저,「사내하도급과 노동법」, 신조사, 2007.

한수웅,「헌법학」제12판, 법문사, 2022.

한국비정규노동센터,「민간부문 비정규직 인권상황 실태조사—특수형태근로종사자를 중심으로」(국가인권위원회 연구용역보고서), 국가인권위원회, 2015. 11.

한국비정규노동센터,「간접고용 노동자 인권상황 실태조사」(국가인권위원회 연구용역보고서), 국가인권위원회, 2018. 11.

허영,「한국헌법론」전정19판, 박영사, 2023.

홍영표,「노동법론」, 법문사, 1962.

알렉시(R. Alexy),「기본권이론」/이준일 옮김, 한길사, 2007.

에른스트 A. 크라머(Ernst A. Kramer)/최준규 옮김,「법학방법론」, 박영사, 2022.

칼 엥기쉬(Karl Engisch)/안법영·윤재왕 옮김,「법학방법론」, 세창출판사, 2011.

라렌츠(Karl Larenz)·카나리스(Claus-Wilhelm Canaris)/허일태 옮김,「법학방법론」, 세종출판사, 2000.

[학위논문]

강선희,「단체협약 효력의 정당성 기초와 내용」, 고려대학교 대학원 법학박사 학위논문, 2009. 12.

도재형,「상시적 구조조정에 따른 고용 법리의 재조명」, 서울대학교 법학박사 학위논문, 2007. 8.

손정순,「금속산업 비정규 노동의 역사적 구조 변화—산업화 이후 금속산업 사내하청 노동을 중심으로—」, 고려대학교 대학원 경제학박사 학위논문, 2009. 6.

안정화,「한국 노동시장 구조변화에 관한 연구 : 자본축적, 자본이동, 해외 아웃소싱의 추세와 영향」, 고려대학교 경제학 박사학위논문, 2006.

윤광희,「파견근로의 법리에 관한 연구—입법론을 중심으로—」, 동국대학교 대학원 법학박사 학위논문, 1997.

윤애림,「다면적 근로관계에서 사용자의 책임」, 서울대학교 대학원 법학박사 학위논문, 2003. 2.

장홍근,「한국 노동체제의 전환과정에 관한 연구, 1987～1997」, 서울대학교 사회학과 문학박사 학위논문, 1998.

정이환,「제조업 내부노동시장의 변화와 노사관계」, 서울대학교 사회학과 문학박사 학위논문, 1992.

진명구,「노무공급 관계의 체계적 규율에 관한 연구—직업안정법상 '근로자공

급사업'의 재구조화를 중심으로—」, 고려대학교 대학원 법학박사 학위논문, 2020. 2.

홍장표,「한국에서의 하청계열화에 관한 연구」, 서울대학교 대학원 경제학박사 학위논문, 1993. 8.

[논문]

강경선, "입법과 해석학적 법인식 방법—특히 헌법의 경우를 중심으로",「법제」제152호, 법제처, 1986. 3.

강선희, "원청회사와 사내하청노동조합이 체결한 합의의 법적 성질과 효력",「안암법학」제41호, 안암법학회, 2013.

강선희, "파견관계에서의 차별시정 책임주체 및 책임내용",「노동법률」제316호, 중앙경제, 2017. 9.

강성태, "다면적 근로관계와 사업주책임",「노동법연구」제7호, 서울대학교 노동법연구회, 1998. 5.

강성태, "파견근로자보호등에관한법률의 제정과 과제",「노동법학」제8호, 한국노동법학회, 1998. 12.

강성태, "위법한 파견근로와 사용사업주의 책임",「노동법연구」제13호, 서울대학교 노동법연구회, 2002. 12.

강성태, "지금 왜 사용자인가",「노동법연구」제24호, 서울대학교 노동법연구회, 2008. 3.

강성태, "간접고용 입법론", 「간접고용 실태 및 법·제도 개선 과제」(전태일 주간기념 민주노총 정책토론회 자료집), 전국민주노동조합총연맹, 2008. 11.

강성태, "위법파견의 사법적 효과",「노동법연구」제29호, 서울대학교 노동법연구회, 2010. 9.

강성태, "사내하도급 삼부작 판결의 의의",「노동법학」제35호, 한국노동법학회, 2010. 9.

강성태, "사내하청에 관한 세 가지 판단—Browning-Ferris, 현대중공업 그리고 KTX—",「노동법연구」제40호, 서울대학교 노동법연구회, 2016. 3.

강성태, "사내하청의 새로운 규율방안",「비정규직 대책의 현황과 과제」, 한국노동연구원, 2018.

강주리, "미국에서 공동사용자 법리의 형성과 전개",「성균관법학」 제30권 제3호, 성균관대학교 법학연구원(2018

강주리, “단체교섭 응낙의무를 둘러싼 쟁점”,「노동법연구」제54호, 서울대학교 노동법연구회, 2023. 3.

강현주, “미국 고용법과 노동법에서 사업주 책임법리(‘공동사용자원칙’ 등)의 의미와 역할”,「서울법학」제22권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2015. 2.

공두현, “우리 대법원 법해석론의 흐름 : 법실증주의, 법현실주의, 법원리론”,「법철학연구」제22권 제2호, 한국법철학회, 2019. 8.

권오성, “다시 소환된 위장도급으로서 묵시적 근로계약관계—대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다267013 판결—”,「노동리뷰」제185호, 한국노동연구원, 2020. 8.

권오성, “하청노조의 단체교섭에 관한 쟁점”,「노동법률」제361호, 중앙경제, 2021. 6.

권오성, “단체교섭권 또는 단체교섭의 자유”, 구체적 권리로서의 노동3권의 의의와 부당노동행위제도 재정립에 관한 연구」, 한국노동연구원, 2022.

권오성, “중간착취의 지옥도(地獄道)와「‘다음 소희’ 방지법」의 필요성”, 「간접고용노동 중간착취 제도 개선 토론회」자료집, 더불어민주당 정책위원회, 한국노동조합총연맹, 전국민주노동조합총연맹 공동 주최, 2023. 3.

권혁, “도급의 대상으로서 ‘업무’와 위장도급 논쟁”,「노동법포럼」제1호, 노동법이론실무학회, 2013. 10.

권혁, “실질적 지배력을 가지는 원청의 노조법 상 지위”,「노동법논총」제51집, 한국비교노동법학회, 2021. 4.

권혁 · 우창수, “기업의 고용형태공시제도에 대한 입법정책적 평가와 개선방향”,「노동법논총」제29집, 한국비교노동법학회, 2013. 12.

구미영, “원청업체의 단체교섭 응낙의무와 교섭대상사항—대전지방법원 2012. 3. 15.자 2011카합1209 결정”,「노동법학」43호, 한국노동법학회, 2012. 9.

김기선, “간접고용의 현황과 정책방향”,「2014 사회정책연합 공동학술대회 : 한국사회의 사회안전망을 점검한다」학술대회 발표논문집, 비판과 대안을 위한 사회복지학회, 2014. 10.

김도균, “법적 이익형량의 구조와 정당화문제”,「법학」제48권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2007. 6.

김동현, “결사의 자유에 관한 ILO 기본협약 비준과 노사관계법의 과제”.「노동법연구」제54호, 서울대학교 노동법연구회, 2023. 3.

김민기, “중대재해처벌법의 합헌성”,「중대재해처벌법연구Ⅰ」권창영 외 16인, 법문사, 2022.

김봉수, “노무도급과 위장도급”,「사내하도급의 법적 쟁점과 과제」, 무지개문화사, 2012.

김봉수, “노무도급의 법적 성질—도급계약과 고용계약의 구별을 중심으로—”,「법학논총」제26집 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2019. 1.

김봉수, “도급인의 지시권에 관한 연구—도급지시권과 근로지시권의 구별—”,「고려법학」제108호, 고려대학교 법학연구원, 2023. 3.

김상민, “도급인의 단체교섭의무 관련 분쟁 및 법적 쟁점”, 한국고용노사관계학회 2022년 동계학술대회 자료집, 2022. 2.

김세움, “1987 노동체제하의 노동시장 및 노동력 재생산 구조의 변동”,「노동리뷰」제148호, 한국노동연구원, 2017. 7.

김상조, “IMF 구제금융과 한국 경제의 미래”,「IMF 구제금융과 노동운동의 대응방향」정세토론회 발표자료, 한국노동이론정책연구소 및 민주와 진보를 위한 지식인연대가 공동 주최, 2007. 12. 14.

김선수, “단체교섭 상대방으로서의 사용자 개념의 확대”,「노동법의 쟁점과 과제 : 김유성 교수 화갑기념」, 법문사, 2000. 12.

김성진, “경영권의 단체교섭대상여부—기본권충돌이론의 적용을 통한 해결—”,「노동법학」제45호, 한국노동법학회, 2013. 3.

김영문, “제3자관련 근로관계의 노동법적 문제와 해결방안”,「기업법연구」제21권 제1호, 한국기업법학회, 2007. 3.

김영문, “사내하도급 근로자들의 원청기업에 대한 단체교섭 가부”,「노동법학」제36호, 한국노동법학회, 2010. 12.

김영문, “원청의 하청기업 노무제공자 노동조합에 대한 단체교섭의무—씨제이대한통운 사건에 대한 중앙노동위원회의 결정을 중심으로”,「노동법논총」제55집, 한국비교노동법학회, 2022. 8.

김영환, “한국에서의 법학방법론의 문제점—법발견과 법형성 : 확장해석과 유추, 축소해석과 목적론적 축소 간의 관계를 중심으로—”,「법철학연구」제18권 제2호, 한국법철학회, 2015. 8.

김용문, “사내하도급 관계에서 도급인(원청)의 단체교섭의무 인정 여부—중앙노동위원회 2022.3.24. 중앙2021부노268 판정—”,「노동법포럼」제37호, 노동법이론실무학회, 2022. 11.

김욱곤, “판례의 법원성”,「현대민법학의 제문제 : 청헌김증한박사회갑논문집」, 청헌 김증한 박사 회갑논문집 간행위원회 편, 박영사, 1981.

김유선, “비정규직 규모와 실태—통계청, ‘경제활동인구조사 부가조사’(2022. 8.) 결과—”,「KLSI 이슈페이퍼」제180호, 한국노동사회연구소, 2022. 12.

김유성, “근로자파견의 의의와 근로자파견법(안)의 검토”,「법학」제37권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 1996. 9.

김유환, “행정법 해석의 원리와 해석상의 제 문제”,「한국 법질서와 법해석론」한국법철학회, 김도균 엮음, 세창출판사, 2013.

김종서, “노동3권 소고”,「민주법학」제71호, 민주주의법학연구회, 2019. 1.

김준, “1970년대 조선산업의 노동자 형성 : 울산 현대조선을 중심으로”,「1960-1970년대 한국의 산업화와 노동자 정체성」, 한울, 2004.

김준, “1974년 현대조선 노동자 ‘폭동’의 연구 : 문헌 및 구술자료에 기초한 재구성”,「사회와 역사」제69호, 한국사회사학회, 2006. 3.

김진곤, “기본권 심사기준의 이해와 통합—노동3권의 구조와 위헌심사기준의 체계성—”,「공법연구」제50집 제3호, 한국공법학회, 2022. 2.

김진희, “미국 노동시장 중개기구 규제: 역사적 형성, 현재의 과제”,「미국학논집」제45권 제1호, 한국아메리카학회, 2013.

김홍영 · 강주리, “택배회사를 대리점 택배기사에 대해 단체교섭의무를 지는 사용자로 인정한 중앙노동위원회 판정의 의미”,「노동법연구」제51호, 서울대학교 노동법연구회, 2021. 9.

김희성, “미국의 공동사용자 법리와 단체교섭의 당사자로서의 사용자—사용자성의 확장의 준거틀로서 공동사용자 법리 도입에 대한 비판을 중심으로—”,「사회법연구」제43호, 한국사회법학회, 2021. 1.

김희성, “원청은 하청노동조합의 단체교섭의 상대방으로서 사용자인가?—택배노동조합사건에 대한 중앙노동위원회의 판정을 중심으로”,「노동법포럼」제34호, 노동법이론실무학회, 2021. 11.

김희성, “원청회사의 하청노동조합에 대한 단체교섭 및 쟁의행위의 상대방으로서의 사용자 여부와 대체근로—대상판결: 대구지방법원 2021. 8. 11. 선고2020노820 판결; 부산고등법원 2018. 11. 14. 선고 2018나53149 판결—”,「법학연구」제67집, 전북대학교 법학연구소, 2021. 12.

김희성 · 이준희, “하청업체 노동조합의 단체교섭 상대방으로서의 원청사업주의 사용자성—제조업에서의 최근 하급심판결과 중앙노동위원회 판정을 중심으로—”,「노동법포럼」제36호, 노동법이론실무학회, 2022. 7.

남기윤, “사비니의 법학 방법론—한국 사법학의 신과제 설정을 위한 법학 방법

론 연구(8-2)—”,「저스티스」제126호, 한국법학원, 2011. 10.

노상헌, “근로자공급사업과 유료직업소개의 구별—대법원 2012. 7. 5. 선고 2011도13346 판결”,「노동법학」제44호, 한국노동법학회, 2012. 12.

노재철 · 고준기, “복수노조 · 교섭창구단일화 제도하에서의 합리적 교섭방안 연구—항운노조, 청소용역, 건설노조를 중심으로—”,「영남법학」제41호, 영남대학교 법학연구소, 2015. 12.

노중기, “87년 노동자대투쟁의 역사적 의의와 현재적 의미”,「경제와 사회」제96호, 비판사회학회, 2012. 12.

문무기, “간접고용의 합리적 규율을 위한 법리”,「노동정책연구」제5권 제1호, 한국노동연구원, 2005. 3.

박귀천, “원청의 단체교섭의무를 인정한 택배노조판결의 의미와 향후 과제”,「노동법률」제382호, 중앙경제, 2023. 3.

박동운, “노동환경 변화와 노동시장의 유연성 제고”,「노동경제논집」제20권 제1호, 한국노동경제학회, 1997. 7.

박수근, “간접고용근로자의 집단적 노동분쟁과 쟁점의 검토—최근 발생한 중요한 사례를 중심으로—”,「노동법연구」제24호, 서울대학교 노동법연구회, 2008. 3.

박영삼, “금속산업 사내하청 실태조사 결과와 노사정의 과제”,「비정규노동」제3권 제20호, 한국비정규노동센터, 2003. 4.

박은정, “파견근로자 차별적 처우금지영역과 차별시정책임자 그리고 징벌적 손해배상”,「노동판례리뷰 2017」, 한국노동연구원, 2018.

박준식, “대기업의 신경영 전략과 작업장 권력관계의 변화”,「사회비평」제7호, 나남, 1992. 5.

박재우, “단체교섭의 당사자 판단기준으로서 실질적 지배력설 적용 가부”, 「노동법률」제380호, 중앙경제, 2023. 1.

박제성, “기업집단과 노동법 : 노사협의와 단체교섭”,「노동법연구」제21호, 서울대학교 노동법연구회, 2006. 12.

박제성, “사내하도급과 사용자 개념의 위기”,「노동판례 비평 : 대법원 노동사건 판례 경향 분석 및 주요 판례 평석」제15호, 민주사회를 위한 변호사모임, 2011.

박제성, “사내하청의 담론과 해석”, 「노동법연구」제40호, 서울대학교 노동법연구회, 2016. 3.

박제성, “집단적 근로조건 대등결정 원칙의 헌법적 승인—헌법재판소 2021. 12. 23. 선고 2018헌마629, 630(병합) 결정—”, 「노동리뷰」제206호, 한국노동연구원,

2022. 2.

박종희, “파견근로관계의 집단적 노사관계 법리 구성”,「고대 법대 100년의 학문적 성과와 미래 : 고려대학교 법학과 100주년 기념논문집」제1권, 고려대학교법과대학 100주년 기념논문집 발간위원회, 2005.

박종희, “노동3권의 보장의의와 내용”,「고려법학」제48호, 고려대학교 법학연구원, 2007. 4.

박종희, “한국의 비정규고용의 실태와 법률적 쟁점—비정규고용의 현황, 대응과정 및 향후 개선방안을 중심으로—”, 외법논집 제35권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011. 11.

박종희, “고용형태를 이유로 하는 차별금지제도의 현황과 과제”,「안암법학」제53권, 고려대학교 안암법학회, 2017. 5.

박지순, “비정규직법의 쟁점과 입법정책적 과제”,「산업관계연구」제19권 제2호, 한국노사관계학회, 2009. 6.

박지순, “단체교섭의 당사자로서 사용자개념”,「노동법논총」제51집, 한국비교노동법학회, 2021. 4.

박현희, “공동사용자 개념과 논의의 한국적 함의”,「노동법포럼」제23호, 노동법이론실무연구회, 2018. 2.

방준식, “사용자의 개념정립과 그 확장범위에 관한 법적 연구”,「노동법포럼」제10호, 노동법이론실무학회, 2013. 4.

배규식, “1987년 노동체제를 넘어선 신노동체제의 부상(浮上)”,「노동리뷰」제148호, 한국노동연구원, 2017. 7.

성기정, “노동조합 및 노동관계조정법상 사용자”,「노동법논총」제15집, 한국비교노동법학회, 2009. 4.

성대규, “도급계약에서 ‘일의 완성’의 의미”,「법과 정책」제26권 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2020. 8.

성정엽, “기본권충돌에 대한 헌법이론적 접근”,「공법학연구」창간호, 영남공법학회, 1999. 3.

손정순, “후발 산업화와 금속부문 대공장내 사내하청 노동의 도입과 전개—철강업종의 포항제철 사례를 중심으로—”,「산업노동연구」제17권 제1호, 한국산업노동학회, 2011.

신권철, “하청노동관계의 법적 구성—판례분석을 중심으로”,「노동법학」제56호, 한국노동법학회, 2015. 12.

신원철, “사내하청공 제도의 형성과 전개 : 현대중공업 사례”,「산업노동연구」 제9권 제1호, 한국산업노동학회, 2003.

신원철, “한국 조선 산업의 사내하청과 고용관계”,「산업노동연구」제12권 제2호, 한국산업노동학회, 2006.

신은종, “노동시장 유연성과 유연화 정책에 관한 시론적 검토 : 유연화 정책의 고용효과를 중심으로”, 한국노사관계학회 정책세미나 자료집, 한국고용노사관계학회, 2009. 3.

신은종, “1987년 노동체제 이후의 새 노동체제의 규범적 가치에 관한 탐색 : 공정의 가치론적 재구성을 중심으로”,「한국 노사관계 시스템 진단과 발전방향 모색」, 한국노동연구원, 2013.

신은종, “미국 공동사용자 원리의 변화와 간접고용관계에 대한 함의 : ‘브라우닝-페리스 사건’ 결정(2015)을 중심으로”,「노동정책 연구」제16권 제1호, 한국노동연구원, 2016. 3.

심헌섭, “법률적 삼단논법—논리적・철학적 소고—”,「분석과 비판의 법철학」, 법문사, 2003.

알렉시, “중요도 공식”,「법학」제44권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2003.

양창수, “법해석의 다양한 양상 또는 실정법학자의 법학방법론—크라머의「법학방법론」—”,「민법연구」제6권, 박영사, 2001.

오세혁, “법 문언의 언어적 의미—‘일상적 의미’와 ‘가능한 의미’를 위한 변론”,「경희법학」 제56권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2021. 9.

우희숙, “부당노동행위의 형사책임 주체로서 사업주의 의미—제3자의 지배・개입 행위를 중심으로—”,「외법논집」제41권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2017. 5.

윤애림, “파견・용역 근로자의 노동3권”,「노동법연구」제9호, 서울대학교 노동법연구회, 2000. 12.

윤애림, “간접고용에서 사용자 책임의 확대—집단적 노동관계를 중심으로—”,「노동법연구」제14호, 서울대학교 노동법연구회, 2003. 6.

윤애림, “다면적 근로관계에서 사용자 책임의 확대 : 노조법의 ‘사용자’를 중심으로”,「민주법학」제44호, 민주주의법학연구회, 2010. 11.

윤애림, “‘노동조합 및 노동관계조정법’의 ‘근로자’와 사용자’”,「민주법학」제56호, 민주주의법학연구회, 2014. 11.

윤애림, “지배기업의 단체교섭 응낙의무에 관한 한국과 일본의 법리 비교”,「노

동법연구」 제41호, 서울대학교 노동법연구회, 2016. 9.

윤애림, “특수형태노무제공자 고용보험 적용의 쟁점 ―기업의 경계변화에 조응하는 종속노동의 보호라는 관점에서―”, 「노동법학」 제70호, 한국노동법학회, 2019. 6.

윤애림, “헌법이 보장하는 단체교섭권 실현을 위한 ‘사용자’ 찾기”, 「노동법연구」 제53호, 서울대학교 노동법연구회, 2022. 9.

윤윤규 · 정승국 · 노용진 · 이상민, 「산업별 노동유연성에 대한 국제비교 연구―기업사례 비교를 중심으로―」, 한국노동연구원, 2008.

은수미, “원청의 노사관계 전략”, 「노동정책연구」 제8권 제3호, 한국노동연구원, 2008.

은수미, “한국의 사내하도급 : 원인과 대책”, 「한국사회정책」 제18권 제3호, 한국사회정책학회, 2011. 9.

이계일, “독일의 법해석론에 대한 연구―법철학적 교차지점 및 우리 법학에 대한 함의를 포함하여”, 「연세법학」 제38호, 연세법학회, 2021. 12.

이광선, “원청을 교섭상대방으로 인정한 중노위 결정의 문제점”, 「노동법률」 제363호, 중앙경제, 2021. 8.

이명휘, “1950―80년 한국 금융시장의 위기와 대응”, 「사회과학연구논총」 제22권, 이화여자대학교 이화사회과학원, 2009. 12.

이병한, “지배 · 개입의 부당노동행위의 주체인 사용자 개념”, 「대법원판례해설」 제83호, 법원도서관, 2010.

이병훈, “노동시장 유연화와 노사관계의 변화 : 1997년 노동체제의 진단과 개혁과제”, 「한국사회학회 심포지움 논문집」, 한국사회학회, 2007. 9.

이병훈 · 김유선, “노동생활 질의 양극화에 관한 연구―정규 · 비정규의 분절성을 중심으로”, 「경제와 사회」 제60권, 비판사회학회, 2003. 12.

이병희, “사내하도급의 활용 원인과 고용 성과”, 「산업노동연구」 제18권 제1호, 한국산업노동학회, 2012.

이부하, “법적 안정성의 의미에서 명확성의 원칙”, 「세계헌법연구」, 제20권 제1호, 세계헌법학회 한국학회, 2014.

이성범, “사비니의 법률해석론”, 「강원법학」 제61권, 강원대학교 비교법학연구소, 2020. 10.

이승욱, “항만근로자의 근로조건 결정”, 「해양시대의 노동법적 과제 : 한국노동법학회 2022년도 하계학술발표회」, 한국노동법학회, 2004. 3.

이승욱, “다면적 노무제공관계에서 부분적·중첩적 사용자성—중앙노동위원회 결정의 의의와 과제—”,「노동법학」제80호, 한국노동법학회, 2021. 12.

이영우, “헌법재판에 있어서 이익형량론”,「토지공법연구」제18집, 한국토지공법학회, 2003. 6.

이우관, “노동시장의 구조조정과 사회적 위기”,「아세아연구」제106호, 고려대학교 아세아문제연구원, 2001. 12.

이정우, “노조법상 사용자 개념 판단 방식에 대한 비판적인 고찰—중노위 판정 검토를 중심으로—”,「노동법포럼」제36호, 노동법이론실무학회, 2022. 7.

이정원, “항만하역근로자의 법적 지위에 대한 고찰”,「한국해법학회지」제33권 제1호, 한국해법학회, 2011. 4.

이정현, “교섭단위의 결정법리와 교섭단위의 확대”,「노동법포럼」제27호, 노동법이론실무학회, 2019. 7.

이정훈, “원청사업주의 실질적 지배력 판단지표”,「노동법연구」제54호, 서울대학교 노동법연구회, 2023. 3.

이준일, “헌법재판의 법적 성격 - 헌법재판소의 논증도구인 비례성원칙과 평등원칙을 예로”,「헌법학연구」제12권 제2호, 한국헌법학회, 2006. 6.

이진동 · 주무현, “기업구조조정과 노동생활의 변화”,「신자유주의적 구조조정과 노동문제 : 1997-2001」, 경상대학교 사회과학연구원 엮음, 한울아카데미, 2003.

이태현, “미국 공동사용자 법리의 현황과 시사점—브라우닝 팰리스 결정과 그 이후의 전개를 중심으로—”,「노동법학」제86호, 한국노동법학회(2023. 6.)

이황희, “중대재해처벌법에 대한 헌법적 검토-헌법재판소 판례의 입장에 기초한 위헌 여부 판단을 중심으로-”, 새정부 법조공약 평가 토론회(①중대재해처벌법에 대한 헌법적 검토) 자료집, 서울지방변호사회·한국헌법학회·아주경제 공동 주최, 2022. 4.

이호근, “한국적「유연안정성」모델의 정착을 위한 조건”,「한국사회정책」제13권 제1호, 한국사회정책학회, 2006. 12.

이효수, “노동시장 환경변화와 노동시장의 구조변동”,「경제학연구」제50집 제1호, 한국경제학회, 2002. 3.

이효식, “신자유주의와 한국의 구조조정에 대한 연구”,「산업경제연구」제14권 제3호, 한국산업경제학회, 2001. 6.

임동환 · 이승길, “원 · 하청 관계에서 원청의 단체교섭 의무”,「노동법논총」제55집, 한국비교노동법학회, 2022. 8.

임영일, “신자유주의적 구조조정과 노동체제 전환”,「신자유주의적 구조조정과 노동운동 : 1997-2001」경상대학교 사회과학연구원 엮음, 한울아카데미, 2003.

장귀연, “노동운동에서 1987년의 유산과 새로운 도전들”,「경제와 사회」제116호, 비판사회학회, 2017. 12.

장영석, “간접고용과 교섭창구단일화절차—사업 또는 사업장 교섭단위의 적용을 중심으로—”,「노동법학」제73호, 한국노동법학회, 2020. 3.

장태영, “자유권규약의 효력, 적용, 해석—대법원 2016도10912 전원합의체 판결에 대한 평석을 중심으로—”,「국제법학회논총」제65권 제2호, 대한국제법학회, 2020. 6.

장혜현, “한국에서의 국가-자본의 노동 유연화 전략과 그 결과 : 노동시장과 조직화의 분절 및 비정규 노동 문제에의 함의노동시장의 구조조정과 사회적 위기”,「한국정치학회보」제44집 제3호, 한국정치학회, 2010. 9.

장홍근, “‘1987 노동체제’의 동학과 사회적 대화의 전개”,「노동리뷰」제148호, 한국노동연구원, 2017. 7.

전별, “노동조합법상 원청기업의 사용자성에 대한 연구”,「사회법연구」제47호, 한국사회법학회, 2022. 8.

전병유・황인도・박광용, “노동시장의 이중구조와 정책대응 : 해외사례 및 시사점”,「BOK 정책연구」제2018—40호, 한국은행, 2018. 12.

전윤구, “중간착취 배제규정의 기원과 현재적 의의 Ⅰ—노무도급의 적법성에 관한 논증책임의 소재 규명을 위한 법제사적 검토—”,「노동법논총」제50집, 한국비교노동법학회, 2020. 12.

전형배, “대법원 판례의 위장도급 유형 판단기준”.「노동법학」제36호, 한국노동법학회, 2010. 12.

정영훈, “하도급 노동자 보호를 위한 노동법정책에 관한 연구”,「산업관계연구」제28권 제3호, 한국고용노사관계학회, 2018. 9.

정영훈 “기본권으로서 단체교섭권에 관한 일고찰”,「노동법연구」제32호, 서울대학교 노동법연구회, 2022. 3.

정영훈, “노동조합 및 노동관계조정법상 원청 사업주의 사용자성에 관한 검토”, 부산판례연구회 발표자료, 2023. 5.

정이환, “비정규노동의 개념정의 및 규모추정에 대한 하나의 접근”,「산업노동연구」제9권 제1호, 한국산업노동학회, 2003. 1.

정태호, “원리로서의 사회적 기본권 : R. Alexy의 원리모델을 중심으로”, 정경

식박사 화갑기념 논문집, 박영사, 1997.

조상균, “개정노조법상 ‘교섭창구 단일화 방안’을 둘러싼 문제”, 「노동법논총」 제18집, 한국비교노동법학회, 2010. 4.

조성재, “자동차산업 사내하청 실태와 개선방향—H사 사례를 중심으로”, 「민주사회와 정책연구」 제10호, 한신대학교 민주사회정책연구원, 2006.

조성재 · 정흥준, “자동차산업의 원하청관계”, 「산업과 고용구조 정상화를 위한 정책과제—원하청관계를 중심으로」, 한국노동연구원, 2015. 4.

조경배, “직접고용의 원칙과 파견근로”, 「민주법학」 제19호, 민주주의법학연구회, 2001. 2.

조경배, “사내하도급에 있어서 원청의 사용자성—현대중공업 부당노동행위 사건을 중심으로—”, 「노동법연구」 제25호, 서울대학교 노동법연구회, 2008. 12.

조규식, “간접고용하의 부당노동행위 사례와 보호방안”, 「노동법논총」 제19호, 한국비교노동법학회, 2010. 8.

조상균, “비정규직 차별시정제도의 쟁점 및 전망”, 「동아법학」 제64호, 동아대학교 법학연구소, 2014. 8.

조상균, “비정규직 차별시정 10년의 사례 분석—성과와 과제—”, 「노동법학」 제63호, 한국노동법학회, 2017. 9.

조성혜, “사내하도급과 근로관계”, 「노동법학」 제39호, 한국노동법학회, 2011. 9.

조성혜, “국가의 사용자성(단체교섭)”, 「노동판례백선」, 한국노동법학회, 2015.

조용만, “경영상 해고기준의 설정방식 · 내용 · 적용에 관한 연구”, 「노동법학」 제19호, 한국노동법학회, 2004. 12.

조용만, “비정규직 차별금지의 쟁점과 과제”, 「노동법학」 제42호, 한국노동법학회, 2012. 6.

조용만, “헌법상 단체교섭권의 보장과 교섭창구단일화제도 : 헌법재판소 2012. 4. 24. 선고 2011헌마338 결정”, 「노동법학」 제42호, 한국노동법학회(2012. 6.)

최봉철, “법해석방법의 우선순위에 대한 시론적 고찰”, 「중앙법학」 제21집 제4호, 중앙법학회, 2019. 12.

최윤희, “항운노조의 지위와 관련한 법리 연구”, 「저스티스」 제155호, 한국법학원, 2016. 8.

최정은, “노동조합 및 노동관계조정법상 원청의 사용자성—단체교섭 의무 인정 여부를 중심으로(부산고등법원 2018. 11. 14. 선고 2018나53149 판결)”, 「사법」 제

63호, 사법발전재단, 2023. 3.

최정호, “항만하역근로자의 법적 지위에 대한 소고”,「동북아법연구」제15권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2021. 9.

최홍기, “사내하도급근로자 가이드라인의 개선과제—개정된 산안법의 내용을 중심으로”,「노동법논총」제48집, 한국비교노동법학회, 2020. 4.

최홍엽, “근로자파견과 집단적 노사관계”,「노동법학」제10호, 한국노동법학회, 2000. 8.

최환, “항운노동조합이 그 조합원인 항만근로자에 대하여 근로기준법상 퇴직금 지급의무를 지는 사용자에 해당하는지 여부—대법원 2007. 3. 30. 선고 2004다8333 판결—”,「판례연구」제20집, 부산판례연구회, 2007. 3.

한수웅, “근로3권의 법적 성격과 한계”,「법과 인간의 존엄」(청암 정경식박사 화갑기념논문집), 박영사, 1997.

홍장표, “한국 하청계열화의 구조적 특질에 관한 연구—자동차산업의 사례를 중심으로—”,「중소기업연구」, 제17권 제1호, 한국중소기업학회, 1995. 6.

허성욱, “정치와 법—법원의 법률해석 기능에 대한 실증적 고찰에 관하여—”,「서울대학교 법학」제46권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2005. 6.

황태윤・류문호・안성호・양랑해, “원청 사업주의 부당노동행위에 대한 형사처벌과 죄형법정주의”,「홍익법학」제14권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2013. 1.

Abstract

Labor Law Regulations on In-house Subcontracting

- Focusing on the realization of the right to collective bargaining -

Kim Min Gi
Department of Law
Graduate School
Seoul National University

In Korea, in-house subcontracting was already introduced to shipbuilding and steel metal sectors in the 1970s, and spread to manufacturing industries such as automobiles and machinery in the 1980s.

The main reasons for the main contractors to take advantage of in-house subcontracting are labor flexibility, cost reduction, and animosity toward labor union, which directly ill-affect the status of subcontractors' workers, causing many labor-related legal problems such as employment instability, deterioration of working conditions, labor discrimination and debilitation of fundamental labor rights prescribed by the Constitution. The problems of in-house subcontracting are not just confined to a matter of individual workers employed by subcontractors. Those problems also have been intensified as a dilemma of our society as a whole, revealiing the issues such as the dual structure of the labor market, the disruption of industrial peace

caused by the long-term labor disputes due to the disconnection of dialogue between the main contractors and workers of subcontractors, and economic losses, etc.

Nevertheless, since traditionally in-house subcontracting has long been considered as a legitimate contract, the Labor Standards Act and the Occupational Safety and Health Act merely hold limited responsibility for wages and industrial safety to the maim contractors. Considering the characteristics of in-house subcontracting of which legitimacy and validity are confirmed as a type of contract, it might not be easy to enact relevant provisons as sophisticated as those of the Labor Standards Act in the future.

In this situation, the most desirable way to strike a balance between the needs of main contractors to maintain in-house subcontracting to strengthen business competitiveness and the needs of subcontractors' workers to improve working conditions is to ensure and realize the collective bargaining rights held by subcontractors' workers against main contractors.

This article argues these issues on the jurisprudential basis.

Since there is no labor contractual relationship between the main contractors and subcontractors' workers, it raises a question of whether subcontractors' workers can claim the right to collective bargaining against the main contractors and, if possible, by what procedures and to what extent.

First, Article 33 (1) of the Constitution guarantees the right to collective bargaining as a fundamental right by stipulating that "workers have the rights of the independent organization, collective bargaining, and collective action to improve working conditions." In order for workers to promote "improvement of working conditions" through the exercise of the right to collective bargaining, they could engage in collective bargaining with employers who have de jure/de facto authorities to effectively control and decide on working conditions or who have actually exercised such authorities. The realization of the right of subcontractors' workers to collective bargaining is not a mere policy matter, but a normative logical necessity.

Second, the Labor Union and Labor Relations Adjustment Act aims to "maintain industrial peace and contribute to the development of the national economy by maintaining and improving working conditions and improving workers' economic and social status by guaranteeing workers' right to organization, collective bargaining,

and collective action under the Constitution." The legislative goal of the Labor Union and Labor Relations Adjustment Act can be achieved through the construction or restoration of the collective bargaining system between the main contractors and subcontractors' workers. There is no provision in the Labor Union Act which prescribes that parties to collective bargaining should be defined to those who have a labor contract relationship between themselves. Here, we need to keep in mind that the normative effect of collective agreements is provided to ensure and strengthen the realization of collective bargaining rights. If the above-mentioned provisions are construed in a way that limits the right to collective bargaining, it is certainly a misconstruction and does not conform to the Constitution and the Labor Union and Labor Relations Adjustment Act.

Third, labor supply or worker dispatch is a type of employment that forms multi-layered labor relationships with a structure similar to in-house subcontracting. Since the enactment of the Employment Security Act, the Act strictly has prohibited the supply of workers in order to exclude intermediate exploitation. Later, the Worker Dispatch Act was enacted, permitting workers to be dispatched only to the limited extent under the strict requirements. Likewise, Regulations on in-house subcontracting are also necessary from the view point of Labor Law as a whole, which is in line with the purpose of the legislators.

Fourth, in the realization process of collective bargaining, the freedom of occupation and property rights of the main contractors can be harmonized with the right of subcontractors' workers to collective bargaining through balancing conflicting interests. Unlike typical employers directly hire workers, main contractors does not bear all responsibilities for subcontractors' workers. Main contractors are only obliged to engage in collective bargaining on working conditions that they effectively controls and decides or have de jure/de facto authority to do so. Through the collective bargaining procedure, subcontractors' workers can neither deny the validity of the subcontract between contractors and subcontractors, nor put the excessive revision of the subcontract provision on the collective bargaining table. In addition, collective action by subcontractors' workers against main contractors is subject to restrictions to some degree due to characteristics of in-house subcontracting.

Lastly, Some disputants might argue that if subcontractors' right to collective bargaining is recognized, labor disputes will increase further and industrial sites will fall into chaos. However that is a spurious argument. A collective bargaining system itself is firmly based on the reciprocal trust and belief that once the employer and workers sit down together at the bargain table, they can resolve the conflicts and problems through dialogue and compromise. Thereby they can move forward peacefully forming win-win relationships.

Key words: in-house subcontracting, collective bargaining rights, ILO, Article 33 (1) of the Constitution, effective control theory

Student number: 2007-30349