

〈5차 미래노동개혁포럼 - 발제문〉

노란봉투법의 쟁점과 과제

- 노조법 2·3조 개정 동향 -

2024. 10. 14(화)

이승길

미래노동개혁포럼 대표
(전)아주대 법학전문대학원 교수

목 차

노란봉투법(노조법 제23조)의 쟁점과 과제

I. 노란봉투법의 입법 경과 / 1	
II. 노란봉투법 개정 추진 / 3	
1. 노란봉투법 개정 추진 배경	3
2. 제22대 국회 노란봉투법 개정 추진	6
III. 노란봉투법의 쟁점 / 9	
1. 노조법 개정안 제2조 검토	9
2. 노조법 개정안 제3조 검토	11
IV. 노란봉투법의 과제 / 13	

[참고자료]

원청의 사용자성

원청의 사용자성 관련 최근동향(대법원 전합)

<요약> / 14	
I. 문제의 소재 / 15	
II. 노조법 개정안 제2조 제2호 검토 / 16	
1. 사용자 개념의 확대	16
2. 사용자 개념 확대의 문제점	18
3. 경영계 입장	20
III. 원청의 사용자성 검토 / 22	
1. 문제의 소재	21
2. 학설의 대립	23
3. 원청의 단체교섭 의무에 대한 재검토	29
4. 결론	35

노란봉투법의 쟁점과 과제

노동조합법 제2조/제3조의 개정 동향

I. 노란봉투법의 입법 경과

- 21대 국회 : 압도적인 야당은 여당과 경제계의 반대에도 노동조합 및 노동관계조정법(이하 '노조법') 제2조·제3조(노란봉투법) 개정안을 통과시켰음. 이에 윤석열 대통령은 국회에 재의요구권(거부권)을 행사, 최종 부결로 법안 폐기됨.
- 노조법 개정안 계기 ① 2003년 두산중공업 조합원(배달호) 손해배상·가압류로 분신한 사건, ② 2009년 쌍용자동차 불법파업 이후 금속노조 등에 손해배상 청구 사건을 계기로 노동조합에 대한 손해배상·가압류 제한(제3조) 논의가 시작됨.
- (노무현 정부) 제17대 국회(단병호 민주노동당 의원안¹⁾(2004.7.12.발의)를 시작해, 문재인 정부 시절²⁾까지 노조법 개정을 위한 계속 요구됨. 하지만 법치주의의 근간을 해치고, 시장경제의 훼손을 우려해 법안 처리를 보류.
- (윤석열 정부) 2022년 5월 10일 윤석열 정부 출범 후, 21대 국회(문재인 정부)는 야당을 중심으로 본격적인 노조법 제2조·제3조 개정을 추진함.
 - 21대 국회는 야당 중심으로 (i) 손해배상·가압류 제한+(ii) 사용자 범위 확대, (iii) 노동쟁의 개념 확대 등의 총 11건의 노조법 개정안을 발의함.

법 개정 내용	대표발의한 국회의원
사용자 범위 확대	강은미('20.9.29), 이수진('22.7.18), 강민정('22.8.31), 윤미향('22.9.1), 양경숙('22.9.1), 이은주('22.9.14), 노용래('22.9.16), 고민정('22.11.4) 의원안
노동쟁의 개념 확대	임종성('21.3.4), 이은주('22.9.14), 노용래 의원안('22.9.16), 고민정 의원안('22.11.4) 의원안
노조의 불법쟁의행위에 대한 손배·가압류 제한	강병원('20.6.19), 강은미('20.9.29), 임종성('21.3.4), 이수진('22.7.18), 강민정('22.8.31), 양경숙('22.9.1), 이은주('22.9.14), 노용래('22.9.16), 고민정('22.11.4) 의원안

- 제21대 국회 환노위 법안소위는 노조법 개정안의 위원회안(대안)을 상정해, 여당 단독 의결로 환노위 전체회의를 통과함.

1) 주요 내용 : ① 사용자 범위를 근로계약의 체결 여부와 상관없이 당해 근로자의 근로조건 등의 결정에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자까지 확대, ② 폭력이나 파괴행위로 인하여 발생한 것이 아닌 한 노동조합과 근로자에 대한 손해배상청구 면제 등
2) 강병원 민주당 의원안('20.6.19. 발의), 강은미 정의당 의원안('20.9.29. 발의), 임종성 민주당 의원안('21.3.4. 발의)

- 그 후 법사위에 회부된 노조법 개정안(대안)은 법체계 심사를 중에도 법안 계류 60일 경과로 환노위 전체회의에서 여당 단독으로 국회 본회의 직회부를 의결함.
- 국회 본회의(2023.11.9.)에서 야당 단독으로 개정안이 통과
- 이에 윤석열 대통령은 국회에 재의요구권(거부권)을 행사(12.1).
- 2023. 12. 8. 재의(재적의원 과반수 출석과 출석의원 2/3 이상의 찬성을 요함)에 부쳐진 노조법 개정안 부결(가 175표, 부 115표, 기권 1표)되어 법안이 폐기됨.
- 22대 국회 개원 직후, 야당은 당초 총선 공약으로 예고했던 노조법 제2조·제3조 개정 재입법 추진을 감행함.
 - 22대 국회가 출범한 2024년 ①박해철 의원안('24.5.30.), ②김태선 의원안('24.6.10)(이상 더불어민주당), ③이용우·신장식·윤종오 의원안('24.6.1 7. 조국혁신당), ④김주영 의원안('24.6.26. 더불어민주당)이 상정
 - 야당인 더불어민주당은 김주영 의원안을 **당론으로** 노조법 개정을 추진함.
 - 야당은 경영계와 여당의 반대에도 국회 환노위 고용노동법안심사소위원회에서 일방적으로 개정안 통과(7.16)
 - 야당은 국회 환노위 전체회의에서 법안 통과(7.22)
 - 야당 단독으로 법안 국회 법사위 통과(7.31)
 - 야당 단독으로 국회 본회의 통과(재적의원 179명 중 찬성 177명, 반대 2명)(8.5)
 - 윤석열 대통령 노조법 개정안 재의요구안 재가(8.16)
 - 제22대 국회 본회의 재의 부결(재적의원 299명 중 가 113명, 부 113명, 무효 1명, 기권 2명)(9.26)

II. 노란봉투법 개정 추진

1. 노란봉투법 개정 추진 배경

- 노조법상 노조에 대한 손해배상·가압류 제한 입법(제3조)의 연역적인 논의의 과정으로는 (i) 2003년 두산중공업 조합원(배달호)이 손해배상·가압류로 인한 어려움을 호소하며 분신한 사건과 (ii) 2009년 쌍용자동차 불법파업 이후 금속노조 등에 손해배상이 청구된 사건을 계기로 시작되었다. 그리고 (iii) 17대 국회에서 최초로 노조법 개정안이 발의된 적이 있었다.
- ▷ 최근에 손해배상·가압류의 입법 주장이 제기된 배경은 민주노총 금속노조 대우조선해양 하청지회의 불법쟁의행위 및 농성과 밀접하게 관련되어 있다.
 - ❖ 대우조선해양 하청지회는 2022.6.22.-7.22. 건조 중인 선박을 점거하고 사실상 근로조건을 결정하는 원청에 임금인상과 노조활동 인정 등을 요구하며 51일간의 불법파업, 31일간의 점거농성을 진행했으며, 같은 해 8월 26일 대우조선해양은 하청지회를 상대로 **470억 원**의 손해배상청구 소송을 제기하였다.
 - ❖ CJ대한통운 소속 택배종사자들은 사회적 합의 이행을 요구하며 CJ대한통운 본사를 한 달 가까이 점거 농성을 진행했으며, 이 투쟁 이후 택배노조는 **20여억 원**의 손해배상 소송이 진행 중이다.
- 그 후 범노동계(노조법 제2·3조 개정운동본부)에서는 손해배상·가압류 제한뿐만 아니라 노조의 쟁의행위가 불법이 될 소지를 축소해야 한다는 명분으로 노조법 제2조의 근로자·사용자 개념, 노동쟁의 개념 확대 등이 노조법개정안에 포함해 주장하기 시작했다.
- 정치권과 제도권 정당의 정치지형은 더욱 양극화되어 무조건적 거부, 반대를 위한 반대라는 정치의 실종(거부권 정치)은 정치를 통한 갈등의 해소를 요원하게 하고 있다. 지난 제21대 국회 환경노동위원회에는 노조법 제2조와 제3조를 개정하는 내용의 노조법 개정안 11건이 계류되었다.³⁾

3) ① 강은미(2020. 9. 29), 이수진(2022. 7. 18.), 강민정(2022. 8. 31.), 윤미향(2022. 9. 1.), 양경숙(2022. 9. 1.), 이은주(2022. 9. 14.), 노용래(2022. 9. 16.), 고민정(2022. 11. 4.), 의원안 등이 사용자 개념 확대를, ② 임종성(2021. 3. 4), 이은주, 노용래, 고민정 의원안이 근로자 개념 확대를 포함하고 있으며, ③ 임종성, 이은주, 노용래, 고민정 의원안 등이 노동쟁의 개념 확대를 위한 노조법 제2조 개정 사항을 포함하고 있음. 고민정의원안은 '노조법 2·3조 개정운동본부'가 민주노총과 함께 작성해 공개한 개정안과 동일한 내용이다.

〈표 1〉 제21대 국회의 노란봉투법 개정안 현황〉

대표 발의 의원	근로자 개념 확대		사용자 개념 확대			노동쟁의 개념 확대
	모든 노무 제공자	노조를 조직·가입한 자	사실상의 영향력·지배력이 있는 자	파견·도급 사용사업주	노조의 상대자로 인정되는 자	
강은미 (20.9.29)	○		○			
임종성 (21.3.4)						○
이수진 (22.8.12)	○		○	○	○	
강민정 (22.8.31)			○	○		
윤미향 (22.9.1.)			○	○		
양경숙 (22.9.1)			○			
이은주 (22.9.14)	○		○		○	○
노용래 (22.9.16)			○			○
고민정 (22.11.4)		○	○		○	○

○ 그 후 제21대 국회 환경노동위원회에서는 노란봉투법(노조법 2·3조 개정)안이 의결되었다(2023.2.1.).⁴⁾ 정부와 여당(국민의힘), 경제계가 반대하는 가운데 절대야당인 더불어민주당이 단독으로 표결처리해 국회 본회의를 통과했다(2023.11.9.). 그리고 이른바 노란봉투법 개정안은 대통령이 재의요구권(거부권)을 요구해 입법이 멈추었다(2023.12.1.).⁵⁾ 재의 처리결과로 부결되었다.

4) 2015년 관련 법안이 발의되는 등 제19대-제20대 국회에서 관련 내용의 법안이 발의되었으나 임기 만료로 폐기되었다. 그 후 2022년 (i) 노조법 2·3조 개정운동본부에서 노란봉투법 국민동의청원 5만 명을 돌파함(2022.10), (ii) 국가인권위원회 상임위원회에서 노조법 2·3조 개정해 노동자 사용자 범위 확대, 쟁의행위에 대한 손해배상 가압류 제한 의견을 표명하기로 의결함(2022.12), (iii) 경총 등 경제단체에서 노조법 2·3조 개정안 심의 중단 및 야당의 법안 폐기를 요구하는 공동성명을 발표하였다(2023.2).

5) (이정식) 고용노동부장관은 위헌 논란 소지, 손해배상 원칙을 적용하는데 형평성 문제가 있기 때문에 매우 신중한 접근이 필요하다는 입장이다. “위낙 노사 관계가 다층, 복잡해 다양한 해석이 가능하다. 실태조사 결과는 법원에 의해 (손해배상소송이) 상식으로 걸러지는 과정이다. “이게 대부분 노사관계 현상은 아니다. 일부 거대 노조에 집중 발생한 이런 부분의 해결을 위해 (노란봉투법으로) 접근하는 듯한 부정적 여론은 바람직하지 않다.” (국정감사장 답변 중 2022.10.9.) “부당노동행위에 대한 적극적인 해석과 적용 등 규율을 통해 개선할 수 있다.”

아울러 (한동훈) 법무부장관은 헌법상 평등권 위반으로 ‘정교한 입법 추진 필요’하다”고 밝혔다. 이에 대하여 대통령실은 국회 통과시 (헌법에 어긋나면) ‘대통령의 법률안 거부권 행사(재

〈표 2〉 노란봉투법 개정안

	현행	개정안
사용자 범위 확대 (제2조 제2호)	‘사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자’로 정의 (후단 신설)	‘근로계약 체결의 당사자가 아니더라도 <u>근로자의 근로조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 자</u> ’까지 확대
노동쟁의 개념 확대 (제2조 제5호)	……‘ <u>근로조건에 관한 주장의 불일치</u> ’로 인하여 발생한 분쟁상태로 정의	……‘ <u>근로조건에 관한 주장의 불일치</u> ’로 인하여 발생한 분쟁상태로 확대
배상의무자별 손해배상책임 제한 (제3조 제2항)	〈신설〉	법원이 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노조의 활동 등으로 인한 손해배상책임을 인정하는 경우, 각 손해의 <u>배상의무자별로 귀책사유와 기여도에 따라 개별적으로 책임 범위를</u> 정하도록 명시
신원보증인 배상책임 면제 (제3조 제3항)	〈신설〉	<u>신원보증인은 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노조의 활동으로 인하여 발생한 손해에 대해서는 배상할 책임이 없음</u> 을 명시

2. 제22대 국회 노란봉투법 개정 추진

- 2024년 4월 10일 제22대 총선 이후에 절대 야당(더불어민주당 등)은 노란봉투법 개정안 입법화를 위해 ‘노동계’⁶⁾와 연대해 최우선 과제로 연내 입법을 발표했다. 야당은 여야의 입장 차이가 상반되지만, 총선 후 논란은 있지만 제22대 국회에서 야당은 노동입법 1순위로 초기에 입법화를 추진할 것으로 예상되었다.

의결 요구’의 검토가 필요하다(헌법 제53조 2항)는 의견이었다.

6) 민주노총도 2024년 5월 9일 ‘윤석열 정권 출범 2년 기자회견’에서 ‘노조법 2·3조 개정(노란봉투법 제정)’ 등을 요구하고 있다.

〈표 3〉 노란봉투법 개정에 대한 여야 입장

여당	야당
<ul style="list-style-type: none"> • 노사관계의 불안정성 증가 우려 • <u>사용자 범위를 모호하게 확대해 헌법상 죄형법정주의의 명확성 원칙 위배 소지 존재</u> • 노조의 불법행위만 민법상 원칙의 예외인정 개정안은 피해자 배상을 우선하는 대법원 판례와 충돌 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>노조법상 사용자 및 근로자 개념을 확대</u> • 노조의 노동기본권 행사에 대한 민사상 손해배상 청구 및 가압류의 제한 • 노란봉투법 개정으로 노동자에게 과도한 손해배상 청구 제한 등 노동자 권리 보호

<p>❖ 노란봉투법의 별칭</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ 여당 : <u>황건적 보호법, 민주노총 방탄법·구제법·면책특권·구원투수, 불법파업 조장법·방조법, 황색 포퓰리즘법, 금전적 면죄부법, 노조방탄법, 노조면죄부법, 피해자 희생 강요법, 노조편향적 발의 등으로 불렸다.</u> ○ 야당 : <u>진짜 사장법, 흥길동 법, 교섭활성화법, 노사대화촉진법 등으로 불렸다.</u>

■ 제22대 국회 환경노동위원회에는 4건이 발의됨- 부결됨

- 제22대 국회가 개원하자, 환경노동위원회에 야당(더불어민주당, 조국혁신당)은 노조법 개정안(박해철 대표발의 2024.6.3 ; 김태선 대표발의 2024.6.10. 이용우·신장식·윤종오 대표발의, 김주영 대표발의 2024.6.26)을 4건 발의하였다.
- ❖ 2024년 6월 26일(수) 국회 환경노동위원회 회의장에서 노란봉투법 입법공청회를 개최해 전문가 및 관련 이해관계자의 의견을 청취했다.
- 민주당은 김주영 의원안을 당론으로 노조법 개정을 추진함.
- 야당은 경영계와 여당의 반대에도 국회 환노위 고용노동법안심사소위원회에서 일방적으로 개정안 통과(7.16)
- 야당은 국회 환노위 전체회의에서 법안 통과(7.22)
- 야당 단독으로 법안 국회 법사위 통과(7.31)
- 야당 단독으로 국회 본회의 통과(재적의원 179명 중 찬성 177명, 반대 2명)(8.5)
- 윤석열 대통령 노조법 개정안 재의요구안 재가(8.16)
- 제22대 국회 본회의 재의 부결(재적의원 299명 중 가 113명, 부 113명, 무효 1명, 기권 2명)(9.26)

<표 4> 22대 국회 상정된 노조법 개정안(김주영) 비교

	현행법	22대 개정안(김주영 의원안)
사용자 범위 확대 (제2조 제2호)	‘사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자’로 정의 (후단 신설)	‘근로계약 체결의 당사자가 아니더라도 근로자의 근로조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 자 까지 확대
노동조합 범위 확대 (제2조 제4호)	근로자가 아닌 자의 노조 가입 금지	노조가입자 제한요건 삭제 (근로자가 아닌 자의 노조 가입 금지 삭제)
노동쟁의 개념 확대 (제2조 제5호)	… …‘ 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치 ’로 인하여 발생한 분쟁상태로 정의	… …‘ 근로조건에 관한 주장의 불일치 ’로 인하여 발생한 분쟁상태로 확대
손해배상 청구 제한 (제3조 제1항)	이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위 로 인한 손해의 경우 배상청구 금지	이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인한 손해의 경우 배상청구 금지
사용자의 불법행위에 대한 정당방위 (제3조 제2항)	(신설)	사용자의 불법행위에 대하여 노동조합 또는 근로자의 이익을 방위하기 위해 부득이 손해를 가한 경우 배상책임 면제
배상의무자별 손해배상책임 제한 (제3조 제3항)	(신설)	법원이 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동 등으로 인한 손해배상책임을 인정하는 경우, 각 손해의 배상의무자별로 귀책사유와 기여도에 따라 개별적으로 책임 범위를 정하도록 명시
신원보증인 배상책임 면제 (제3조 제4항)	(신설)	신원보증인은 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인해 발생한 손해에 대해서는 배상할 책임 없음 을 명시
사용자의 손해배상 책임 면제권 (제3조의2)	(신설)	사용자의 손해배상책임 면제권 규정 신설 (단체교섭 또는 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인한 노동조합 또는 근로자의 손해배상 등 책임 면제 가능)

<표 5> 22대 국회 상정된 노조법 개정안 비교

구 분	현 행	21대 국회 통과 법안 22대 박해철 의원안	22대 김태선 의원안	22대 이용우·신장식·윤종오 의원안
근로자 개념 확대 (2조1항)	임금 등 수입에 의해 생활하는 사람	(현행 유지)	(추가)노무제공자, 그밖에 보호필요성 있는 자	노조를 조직하거나 가입한 자를 근로자로 추정 (노조가입자 제한요건 삭제)
사용자 개념 확대 (2조2항)	사업주(근로계약의 당사자) 및 사업경영담당자, 노무관리자 등	(추가) 이 경우 근로계약 체결의 당사자가 아니더라도 근로자의 근로조건에 대하여 실질적이고 구체적인 지배·결정할 수 있는 자도 그 범위에 있어서는 사용자로 본다.	(추가) 근로계약 당사자가 아니더라도 근로자의 근로조건, 노조 활동 또는 노사관계에 관하여 실질적·구체적인 지배력이나 영향력을 행사하거나 행사할 수 있는 지위에 있는 자	(추가) ① 노조 상대방 지위에 있는 자 ② 노동조건, 수행업무, 노조활동 등에 관해 사실상 영향력을 행사하는 자 ③ 사내 하도급의 원사업주
노동쟁의 범위 확대 (2조5항)	임금·근로시간·복지·해고 기타 대우등 근로조건의 결정에 관한 분쟁	근로조건에 관한 분쟁		① 경영상 이유에 의한 해고 포함 ② 근로조건에 관한 분쟁 ③ 근로조건 외 근로자의 지위, 노동관계 당사자 사이의 관계, 근로자의 사회·경제적 지위 향상에 관한 분쟁 ④ 쟁의행위 최후수단 요건 삭제
손해배상 청구 제한	이 법에 의한 쟁의행위로 인한 손해 청구 제한	(현행 유지)	쟁의행위로 인한 손해(폭력·손괴행위로 인한 손해 제외) 청구 제한	① 헌법에 의한 쟁의행위로 인한 손해 청구 제한 ② 사용자의 부당노동행위 등 불법행위로 인한 노조의 쟁의행위에 대해 손해청구 제한 ③ 사용자 불법행위, 노무제공 거부, 적법한 쟁의행위에 의한 불가피한 손해 청구 제한 ④ 노조활동 위축, 근로자 괴롭힘 수단으로 손해배상 청구 금지
개인에게 배상청구	허용	(현행 유지)	노조의 결의에 따른 경우 금지	노조의 의사결정 수행 과정에서 발생한 손해의 경우 개인 손해 청구 금지
손해배상액 제한/감면	규정없음	배상의무자별 귀책사유와 기여도에 따라 개별적으로 책임 범위를 정함	① 노조 존립 및 활동에 과도한 부담이 되는 손해 배 청구 금지 ② 노조 규모 등 고려해 상한액 산정	① 배상의무자별 귀책사유와 기여도에 따라 개별적으로 책임 범위를 정함 ② 노조 존립이 불가능한 수준의 손해배상 청구금지 ③ 배상액 감면청구 허용 ④ 사용자의 손해배상책임 면제권
신원보증인 손해책임 면제	피용자 고의·중과실로 인한 손해 배상할 책임 유	단체교섭, 쟁의행위 및 노조활동으로 인한 손해배상책임은 면제		

Ⅲ. 노란봉투법의 쟁점

1. 노조법 개정안 제2조 검토

(근로자 개념 · 사용자 개념 · 노동쟁의 개념, 노조 확대 관련)

□ 주요 내용

- 노조법상 사용자 정의에 '근로조건에 사실상의 영향력 또는 '지배력'이나 실질적구체적인 지배력이나 영향을 행사하는 자' 및 '도급파견의 원사업주 등을 확대 추가함.

※ (현행) 노조법 제2조 2. "사용자"라 함은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다.

- 노조법상 근로자 정의에 '모든 노무 제공자'/'노조를 조직하거나 가입한 자'까지 확대 추가함.

※ (현행) 노조법 제2조 1. "근로자"라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다.

※ (판례) 노조법상 근로자는 대법원 판례에 따라 노무제공의 실질관계, 사용종속관계 등을 감안하여 노동3권의 주체가 될 수 있는 근로자로 한정되고 있음.

- 노조 범위의 개정안은 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우에도 노조로 인정해, 조합원 가입 범위를 대폭 확대함.

- 노동쟁의의 개념을 현행 '근로조건에 관한 주장의 불일치'에서 '근로조건 및 근로관계 당사자 사이의 관계에 관한 주장의 불일치'로 개정하고, 노동쟁의의 최후수단성 요건을 삭제함.

※ (현행) 노조법 제2조 5. 노동쟁이라 함은 근로관계 당사자간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우등 근로조건에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 말한다. 이 경우 주장의 불일치라 함은 당사자간에 합의를 위한 노력을 계속하여도 더이상 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없는 경우를 말한다.

※ 이 경우 주장의 불일치라 함은 당사자간에 합의를 위한 노력을 계속해도 더이상 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없는 경우를 말함.

□ 검토 의견

○ 사용자 개념 확대 (개정안 제2조 제2호)

- 개정안은 노조법상 사용자 정의 규정에 '근로조건에 사실상의 영향력 또는 지배력 이 있는 자'이나 실질적구체적인 지배력이나 영향을 행사하는 자' 및 노조의 상대방의 지위에 있는 자, 노동조건, 수행업무, 노조활동 등에 관해 사실상 영향력을 행사하는 자, '도급파견의 원사업주'등을 확대 추가함.

❖ 21대 국회에서는 ① 도급·파견관계 등에서 노무수령자(이수진, 강민정, 윤미향 등 3건), ② 상대방으로서의 지위를 인정할 수 있는 자(이수진, 이은주, 고민정 등 3건) 등의 요건을 규정하기도 함.

- 22대 국회에서는 (i) 근로조건, 노동활동 등에 관해 실질적 지배력이 있는 자(김태선), (ii) 노조의 상대방의 지위에 있는 자, 노동조건, 수행업무, 노조활동 등에 관해 사실상 영향력을 행사하는 자, '도급파견의 원사업주'등(이우영·신장식·윤종오), (iv) 근로조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배결정할 수 있는 자 추가(김주영) 확대함

- 현재 대법원은 사용자를 근로자와 '명시적 또는 묵시적으로 근로계약관계'에

있는 자로 판단함

- 사용자의 범위가 모호하고 객관적이지 못하고 판단기관의 주관적 해석에 따라 광범위하게 확장될 수 있어 '죄형법정주의'(법률의 명확성 원칙)에 위배되고, 법적 안정성을 침해함.

○ **근로자 개념 확대 (개정안 제2조 제1항)**

- 개정안은 노조법상 근로자 정의 규정에 '모든 노무 제공자' '그밖에 보호필요성이 있는 자' 또는 '노조를 조직하거나 가입한 자'까지 확대 추가함.

- 근로자의 범위가 모든 노무제공자(특수형태고용종사자, 자영업자 등)로 확대됨에 따라 헌법 제33조에서 보호하고자 하는 근로자의 범위나 단체교섭 상대방인 사용자의 범위가 모호해지는 등으로 법적 안정성을 침해하고 시장 및 노사관계 질서를 심각하게 교란함.

○ **노조 범위 확대(개정안 제2조 제4호)**

- 개정안은 '근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우'(노조가입자 제한 요건 삭제)에도 노조로 인정해, 조합원 가입 범위를 대폭 확대함.

- 개정안은 사용자-근로자-노조의 범위를 매우 확대해 모든 사람이 노동관계 당사자의 범위로 포섭되어 무한정으로 확대해, 노동쟁의를 유발하게 해 노조법의 입법목적에 어긋나고, 산업현장의 노사관계 질서 규정을 형해화해, 산업과 국민경제에 막대한 악영향을 미칠 수 있음.

○ **노동쟁의 개념 확대 및 최후수단성 요건 삭제 (개정안 제2조 제5호)**

- 현행법상 노동쟁의는 단체협약 체결을 목적으로 하는 '이익분쟁'으로 정의되나, 개정안은 '권리분쟁'을 포함해 노조가 요구하는 모든 사항이 노동쟁의의 대상이 될 수 있도록 확대함.

- 현행 노조법은 노동쟁의를 "근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태"로 정의하여, 노동쟁의가 단체협약 체결을 목적으로 하는 '이익분쟁'임을 명확화함.

- 개정안은 노동쟁의의 개념을 "근로조건 및 근로관계 당사자 사이의 관계에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태"(권리분쟁)로 확대하여, 어떤 사안에 대해서라도 노사 당사자 간 주장이 다르기만 하면 노동쟁의를 할 수 있도록 함.

- 개정안은 노동쟁의의 개념을 '해고(근로기준법상 해고 포함) 기타 대우 등 노동조건과 지위(사업재편 등에 따라 영향을 받는 노동조건과 근로자 지위 포함), 노동관계 당사자 사이의 관계에 관한 사항, 그 밖에 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상에 관한 주장의 불일치로 인한 분쟁상태'로 확대

- 현행법상 노동쟁의는 노사합의를 위한 노력이 선행된 후에 최후수단이 되어야 함을 명시하고 있으나, 개정안은 최후수단성 '삭제.'

- 현행 노조법은 노동쟁의를 "당사자간에 합의를 위한 노력을 계속하여도 더 이상 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없는 경우"로 한정해, 노동쟁의의 최후수단성을 명시하고 있으나, 개정안은 해당 부분을 삭제함.

- 쟁의행위의 최후수단성 원칙을 형해화시키고 노사간 모든 사항을 쟁의행위를 통해서만 해결하려는 풍토를 조장함으로써 노사관계를 크게 후퇴시킬 것으로 우려됨.

2. 노조법 개정안 제3조 검토

(불법쟁의행위에 대한 손해배상·가압류 청구 금지 및 제한 관련)

□ 주요 내용

- 개정안은 폭력·파괴행위를 동반하지 않는 불법쟁의행위에 대해 노조 및 조합원에 대한 손해배상 청구를 금지하고, 폭력·파괴행위도 노조가 계획한 쟁의행위는 노조 임원, 조합원, 그 밖의 근로자 등 개인에 대한 손해배상 청구를 금지.

※ (현행) 노조법 제3조, 사용자는 이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위로 인하여 손해를 입은 경우에 노조 또는 근로자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다.

- (일부 법안) 폭력·파괴행위도 노조의 존립이 불가능할 정도의 손해배상·가압류 청구를 금지하며, 노조에 대한 손해배상액의 상한을 사업 또는 사업장별 조합원 수, 조합비, 그 밖의 노조의 재정 규모 등을 고려하여 대통령령으로 정함.
- (일부 법안) 쟁의행위 등의 원인과 경위, 배상의무자의 재정 상태 등을 고려해 법원에 손해배상액의 경감 및 감면 청구 가능하도록 허용함.
- 노조의 쟁의행위 기타 행위가 사용자의 부당노동행위 등 불법행위로 인해 발생한 것이라면 손해배상청구 금지
- 노조의 의사결정으로 발생한 손해에 대해 근로자 개인에게 배상청구 금지, 노조 또는 근로자의 노무제공 거부에 따른 손해, 정당한 단체교섭이나 쟁의행위를 했더라도 불가피하게 발생했을 손해는 배상청구 금지 (제3조 제3항)
- 신원보증인에 대한 손해배상 책임 금지 (제3조 제4항)
- 사용자의 소권 남용 금지

□ 검토 의견

- 사용자의 불법행위에 대한 정당방위·현행법상 사용자의 부당노동행위 등 불법행위에 대해 구제절차가 있는데도, 일종의 자력구제금지 원칙에 예외로 노동조합의 불법행위를 보호해 부적당함-헌법 제13조의 금지하는 ‘이중처벌’에 해당
- 배상의무자별 손해배상책임 제한 - 공동불법행위에 따른 손해배상을 개인별로 구분해 책임을 지우는 것은 무리, 노조의 불법파업을 조장 확산시킴.
- 신원보증인 배상책임 면제 - 신원보증계약의 목적에 따라 신원보증인이 배상책임을 지는 것은 당연하며, 이미 법원이 여러 사정을 고려해 신원보증인의 손해배상액을 산정하고 있어(신원보증법 제6조 제3항), 노조 활동으로 손해배상책임만을 특별히 면책할 이유가 없음.
- 개정안의 위헌성 - 노조의 불법행위로 손해가 발생했음에도 사용자의 손해배상청구권 제한은 헌법상 보장된 기본권인 재산권의 지나친 제한·침해임.
- 손해배상청구 및 가압류 제한 - 불법쟁의행위에 대해 노조, 노조 임원, 조합원 등에 대한 손해배상청구의 제한은 민법상 불법행위에 대한 손해배상 책임 원칙에 위배됨.
- 국제노동기준 - 불법쟁의행위에 대한 손해배상청구의 면책 입법례는 세계적으로 유례가 없어 국제노동기준에 부합하지 않음.
- 산업현장 혼란 및 국내외 기업경쟁력 저하 - 기업의 경영효율성과 노동생산성은 고사하고 급변하는 산업환경에 대처하기 곤란함.

[참고] 불법 쟁의행위 관련 선진국 입법례

국가	불법 쟁의행위 책임 규정										
ILO	<ul style="list-style-type: none"> • ILO 결사의자유위원회는 노조의 권한 행사 중 불법행위는 보호되지 않는다는 점을 지속적으로 확인하고 있음. 										
일본	<ul style="list-style-type: none"> • 정당성을 상실한 쟁의행위는 민·형사상 처벌대상이 됨 <ul style="list-style-type: none"> - 근로제공의무 불이행 관련 손해배상(민법 제415조) - 불법행위에 의한 손해배상(민법 제709조) 										
독일	<ul style="list-style-type: none"> • 노조가 정당하지 않은 파업을 행한 경우, 노조는 물론, 파업에 참가한 근로자에 대해 사용자는 영업권 침해를 이유로 손해배상청구 가능. ※ 정당한 쟁의행위로 요건을 갖춘 경우에도 파업 개시 당시 행위가 정당하지 못한 경우, 노조는 손해배상책임이 있음. • 불법파업 참가자에 대해서 '이행의 소와 '가처분신청'을 통해 업무로 복구할 것을 청구할 수 있음(민사소송법 제935조, 제940조). 										
프랑스	<ul style="list-style-type: none"> • 민법전 제1246조에 따른 불법행위에 대한 손해배상 규정을 인용하여, 노조 및 조합대표, 조합원은 행위에 대한 책임을 짐. • 1982년 모든 단체행동에 대한 손해배상청구를 할 수 없도록 법률이 개정되었으나, 곧바로 위헌 결정을 내리며 삭제함. ※ 프랑스 헌법위원회(Conseil Constitutionnel)는 국회를 통과한 법률이 공포되기 전에 사전적으로 위헌법률심사가 가능함. 										
영국	<ul style="list-style-type: none"> • 단체행동이 면책요건에 해당하지 않는 경우 민사상 불법행위책임 대상이 됨(경제관계불법행위 등). • 노조의 규모에 따라 손해배상 상한액이 정해져 있음(상향 조정). <table border="1" style="margin-left: auto; margin-right: auto;"> <thead> <tr> <th style="text-align: center;">노조 조합원 수</th> <th style="text-align: center;">상한액 (단위 : 파운드)</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td style="text-align: center;">5,000명 미만</td> <td style="text-align: center;">40,000</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">5,000명 ~ 24,999명</td> <td style="text-align: center;">200,000</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">25,000명 ~ 99,999명</td> <td style="text-align: center;">500,000</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">100,000명 이상</td> <td style="text-align: center;">1,000,000</td> </tr> </tbody> </table> <ul style="list-style-type: none"> • 타인의 생명이나 재산을 침해하는 등 근로자 개인의 불법행위에 대해서는 형사처벌 가능(노동조합 및 노동관계법 제240조 내지 제241조) • 사용자는 불법 단체행동에 대해 '임시금지명령'을 법원에 신청할 수 있고, 이를 위반하면 법원 모독죄로 벌금 및 노조의 재산이 기압류 될 수 있음. 	노조 조합원 수	상한액 (단위 : 파운드)	5,000명 미만	40,000	5,000명 ~ 24,999명	200,000	25,000명 ~ 99,999명	500,000	100,000명 이상	1,000,000
노조 조합원 수	상한액 (단위 : 파운드)										
5,000명 미만	40,000										
5,000명 ~ 24,999명	200,000										
25,000명 ~ 99,999명	500,000										
100,000명 이상	1,000,000										
미국	<ul style="list-style-type: none"> • 불법행위에 대한 손해배상 가능(연방노동관계법 제303조) 										

IV. 노란봉투법의 과제 : 정부-국회의 역할

- 야당 중심으로 기존과 동일한 노란봉투법을 통과시키면 재차 대통령은 거부권을 행사할 것으로 예상되었고, 행사했다. 하지만 여전히 (i) 노란봉투법 개정의 필요성 논란, (ii) 노동법 체계 전환 및 경제계에 미치는 영향, (iii) 취약계층인 하청 근로자의 보호를 위한 합리적인 개선 방안을 다양한 차원에서 모색해야 한다.
- 국회 중심으로 노동의제 중 핵심문제에 대해 노사 양측 대표 선수, 전문가들을 초청해 논쟁의 장을 마련함. 접점을 통해 입법 가능한 방안을 도출해 낼 수 있다.
- 정부, 국회(여당, 야당)의 협치 - '중용의 미덕', 타협의 정신이 필요하다.
 - (정부의 역할) 정부는 토론을 통해 국회가 결정해야 할 정책과 입법의 방향과 내용을 사전에 조율함으로써 국회의 효과적인 토론을 지원할 수 있음. 결국 국회의 법 통과(승인)와 정책에 대한 국내외 '여론'에 따른 정치적인 평가를 받으면 된다.
 - (여당의 역할) 현명한 여당(지도자)는 (국익을 증진하는 노력하는) 야당과 협의해 의안을 결정하고 토의 시간을 배정해 야당과 협의해 '협치'(condominium, 양치(dyarchy), 주고받기(give & take), 균형의 미덕)해야 한다.
 - (야당의 역할) 현명한 야당(지도자)은 견고하고 영구적인 언제라 정권을 인수받을 준비가 되어 있는 존재라는 사실을 인정하고, 적극적으로 여당에 맞서고 상식(양식)있고 건설적으로 반대해야 한다.
 - (타협의 정치 ; 이해-양보-타협) 양당이 정치의 연속선을 확보하면서 각각 자신의 장점(견해)을 표명하고 자신의 장점이 결합해야 한다. 이러한 토론에 토론을 거듭한 결과 최종적으로 타협, 사회적 합의를 이끌어낼 수 있음. 선제적인 인프라로써 각종 정치법제도가 타협의 정치가 가능하도록 구축되어 있어야 한다.
- ❖ "국회의 정당들은 마주 보니까 대화(토론, 협의)가 가능하고 서로 이해(comprehension)하고, 양보(concession)하고, 타협(compromise)하고 급기야 어느 타협점에 도달하게 되는 것이다."
- 사실 노란봉투법안은 노조법상의 근로자의 개념 확대, 노동조합의 설립, 파업에 따른 손해배상 문제 중에서 특히 원청의 사용자성을 인정하는 법체계로 해결할 것인지 상생지원이나 원하청간 합리적인 도급지 수준 유지 등의 정책적인 방법으로 해소할 것인지 등의 법체계상 문제 및 경제계에 미치는 영향이 크다.
 - 노란봉투법의 개정은 노동법의 기본 체계를 동요시키는 변혁적인 입법이다. 하지만 정치권 및 노동계에서는 법 개정의 재추진을 요구하고 있다.
- 아울러 사법부는 입법권을 존중해 '바람직한 방향'으로 판결을 내릴 것으로 예상할 수도 있다. 노란봉투법과 관련한 논란에서 충분히 연구와 검토가 필요하며 사회적 합의의 도출, 정책적 대응방안을 마련하는 것도 시급한 사안이다.

(보완자료) 원청의 사용자성

원청의 사용자성 관련 최근동향(대법원 전합)

요 약

- 최근 노사 현장의 집단적 노사관계 분야에서 ‘노조법의 사용자’의 확장 여부에 대한 논의가 활발하다. 2021년 중노위 CJ대한통운 판정은 2010년 현대중공업의 대법원 판례 법리(실질적 지배설)를 참조했고, 현대중공업 판례 법리는 ‘일본의 아사히방송 사건의 최고 재판소 판결 법리’(1995년)를 참조한 것으로 이해된다. 그런데 일본에서도 아사히방송 사건과 관련해 원청(사용자)의 하청노조의 단체교섭을 거부한 것인지에 대하여 중노위(인정), 행정소송 2심(부정), 최고재판소(역전 승소)에 대한 장기간 논란의 견해 대립이 있었다.
- HD현대중공업 사건에서 민주노총 금속노조 현대중공업 사내하청지회는 2017년 1월 원청인 HD현대중공업(당시 현대중공업)을 상대로 단체교섭에 응하라는 취지의 ‘단체교섭청구의 소’를 제기함. 1심과 2심은 원청과 하청업체 소속 근로자들 사이에 ‘묵시적 근로계약관계’가 성립되어 있다고 보기 어렵다는 이유로 원청인 HD현대중공업의 단체교섭 당사자로서의 사용자성을 부정해, 회사가 승소해, 현재 대법원 전원합의체 계류 중이다. 그 판결 결과는 산업계에 미치는 영향이 매우 크므로 그 귀추가 매우 주목받고 있다.
- 일본 아사히 방송 사건의 최고재판소 판결 당시 일본은 파견법이 제정되지 않았던 시기에 우리 파견법상 파견관계와 같이 하청업체 소속 근로자들의 근로조건에 대하여, 마치 고용주와 동일시할 정도로 현실적·구체적으로 의사결정을 하였던 것에 대한 판결이다. 그리고 일본은 우리나라와 달리 노조법상의 사용자의 정의 규정이나 사용자의 부당노동행위에 대한 형사처벌 규정이 없다. 따라서 이러한 노조법 체계의 배경과 차이점 등을 고려하여 곧바로 ‘실질적 지배력’을 적용하는 것에는 무리가 있다.
- 원·하청 관계에서 실질적 지배력을 바탕으로 원청을 단체교섭의 주체로 인정할 경우 단체교섭을 이행하는 일련의 과정에서 다양한 문제가 발생하게 된다. (i) 하청노조는 현행 노조법상의 교섭창구단일화 절차를 거치지 않고도 원청과 교섭을 이행할 수 있는 결과를 발생하며, (ii) 원·하청이 단체교섭 대상의 구분 방법이 문제된다. 그리고 (iii) 노동쟁의 조정의 당사자 적격 문제, (iv) 대체근로 금지 규정(노조법 제43조)의 사용자 확대도 문제된다.
- 노조법상 사용자의 개념은 법체계 내에서 유기적으로 해석하고 적용해야 한다. 단체교섭에 한정해 사용자의 개념을 ‘확대’해 적용하는 것은 적절하지 않다. 하지만 제한적인 해석에 맡겨 논란이 가중되기만 한다면, 차선책으로 입법론적 해결방안을 고려해 볼 수가 있다. 노조법의 전체적인 체계에서 ① 교섭창구단일화 절차, ② 단체교섭의 대상, ③ 조정절차 당사자적격, ④ 쟁의행위 대체근로 금지 조항 등과 맞물려 각 조항별로 종합적인 입법적 개선방안을 마련해야 한다.
- 차선책인 입법론적 해결방안은 현행 노란봉투법 제2조 2호 개정안(사용자 개념의 확대- 근로조건에 사실상의 영향력 또는 지배력이 있는 자 및 원청 사업주 등을 추가)은 사용자의 범위가 객관적이지 못하고 해석에 따라 폭넓게 확장될 수 있어 ‘죄형법정주의’에 위배되고 법적 안정성을 침해할 것이다. 이에 노조법상 사용자의 개념에 대해서는 향후의 검토 내지 연구 과제로 남겨둔다.

I. 문제의 소재

- 간접고용 및 다면계약 형태에서 노동법상 사용자의 부당노동행위의 주체 논의는 원·하청 관계에서 하청노조가 원청회사에 단체교섭을 요구하면서 활성화되고, 이것은 노조법상 '사용자의 개념 확대' 여부로 논란 중이다.
- 최근 경영환경에 변화(산업화/정보화/디지털화-기술발전-인터넷, 인공지능(의 고도화) 및 자동화, 네트워크 영향)에 따른 생존을 위한 치열한 경쟁으로 정치제도, 경제체제, 산업구조, 국가정책 등의 중대한 변혁이 도래되고, 또한 복잡·다양한 사회구조에서 제조업과 서비스업 분야에서는 플랫폼노동 등 노동혁신이 범위가 급격하게 확대되고 있다.
- ▷ 이에 패러다임의 거대한 전환이 추동되어 기존의 제도와 조직, 현상이 정합적이지 않고 괴리되면서 갈등과 혼란의 장이 되며 사회적 비용도 증가시키고 있다. 미래 사회에 필요한 제도의 형태와 내용이 필요하다. 근로관계는 종전 쌍무 모습에서 탈피해 다면화·중층적인 근로관계를 구축하고 있다.⁷⁾ 이러한 상황에서 그 종사자의 보호방안을 강구하는데,⁸⁾ 원하청 관계에서 '불법파견'과 '위장도급 문제'와 병행해 산업현장에서 핵심 쟁점이다.
- 최근 대법원(전원합의체)에 계류 중인 '원청의 사용자성'에 대한 판정이 임박함에 따라 자동차조선·철강산업 등의 현장과 생산 경쟁력에 미치는 영향을 법적으로 검토해 문제점을 진단하고 그 대응방안을 강구해야 한다.
- ▷ 만일 원청의 사용자성이 인정하는 판결이 내려진다면, 원하청 단체교섭대상이 확대되어 상시적인 교섭의 부담과 파업의 발생으로 산업현장의 혼란과 미래차 시대에서의 생산경쟁력이 훼손될 것으로 크게 우려된다.
- 원·하청 관계에서 원청사업주가 하청노조의 부당노동행위 금지의 수급자로서 사용자의 지위 여부와 관련해 '사용자 개념의 확대 문제'는 여전히 논란이 많다.
- ▷ 노동조합및노동관계조정법(이하 '노조법'이라 한다)상 본래 사용자는 근로자와 근로계약을 맺고 있는 자를 말한다. 하지만 (i) 직접 근로자와 근로계약을 체결한 사용자를 포함해, (ii) 간접고용 등과 같이 다면적 근로계약 관계에 있는 자 또는 (iii) 근로자의 노동력을 이용하는 제3자도 부당노동행위의 주체로 확대될 수 있다

7) 권혁, "실질적 지배력을 가지는 원청의 노조법상 지위", 「노동법논총」 제51집, 한국비교노동법학회, 2021. 87쪽; 권오성, "하청노조의 단체교섭에 관한 쟁점", 「노동법률」, 중앙경제, 2021, 51쪽(다면화되고 중층적인 근로관계는 ①(적법한)근로자 공급, ②(적법한)근로자파견 ③도급의 법형식을 가장한 불법파견 ④적법한 도급계약으로서의 진정도급의 4개 유형); 강주리, "다면적 노무제공관계에서 단체교섭 응낙의무자-일본법의 논의를 중심으로-", 「서울법학」 제29권 제4호, 서울시립대 법학연구소, 2022, 323쪽.

8) 전별, "단체교섭에 있어서 원청기업의 사용자성", 「한국사회법학회·한국 NCP 2022년 하계공동학술대회」, 2022, 99쪽.

는 ‘학설’⁹⁾과 ‘판례’가 있다.

- 노동3권의 침해를 막고 노사관계의 정상화를 회복해 공정한 질서를 확립하기 위한 부당노동행위제도에서는 원하청과 같이 직접적 근로계약이 없어도 근로자의 노무제공을 받는 자는 노동3권을 침해할 경우에 부당노동행위의 주체가 될 수 있다.¹⁰⁾
- ▷ 이에 부당노동행위의 주체는 근로계약 이행의 주체나 단체교섭의 주체보다 넓게 볼 수 있다.¹¹⁾ 이와 같이 근로계약상 직접적 사용자는 아니지만, 실무에서 이와 유사한 지위에 있다면 부당노동행위 금지 규정의 수급자로서 사용자일 수 있다.
- 원·하청은 기본적으로 ‘도급계약’(민법 제664조¹²⁾)을 맺는데, 도급계약은 그동안 적법한 도급계약 관계를 전제로 개별 사안마다 사실관계를 근거로 하여 불법파견 여부를 판단했다.¹³⁾
- ▷ 파견법을 적용해 근로계약을 맺지 않은 제3자(수급인 근로자)에게 직접고용의무를 부과하는 등 노동법상 책임을 부과하는 판례 법리가 형성되어왔다.¹⁴⁾
- 사내 원하청(하도급) 관계에서 하청노조가 원청을 상대로 단체교섭을 요구할 때 원청은 진정 도급계약을 근거로 응낙의무가 없다고 하나, 법리적으로 원청이 하청노조의 단체교섭 요구에 응낙 의무가 있는 사용자인지가 문제된다.¹⁵⁾ 답론 형성의 중요성이 놓여 있다. 이에 대한 대응책 마련이 절실한 상황이다.

9) 하갑래, 「집단적 노동관계법」전정 제7판, 중앙경제, 2021, 529쪽.

10) 김영문·이상윤·이 정, 「부당노동행위제도와 원·하청 관계」, 법문사, 2012, 23쪽.

11) 김형배, 「노동법」 제27판, 박영사, 2021, 1477쪽(“근로계약관계를 맺고 있는 고용주만이 노조법에서 규정하고 있는 사용자라는 주장은 옳지 않다고 본다”).

12) 민법상 도급계약은 “당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 효력이 생기는 것”을 말한다.

13) 김미영, “사내도급 고용관계에서 부당노동행위 책임-미국 공동사용자 원리와 비교-”, 「노동법포럼」 제21호, 노동법이론실무학회, 2017. 54쪽.

14) 권오성, “하청노조의 단체교섭에 관한 쟁점”, 51쪽.

15) 김희성, “하청업체 노동조합의 단체교섭 상대방으로서의 원청사업주의 사용자성 -제조업에서의 최근 하급심판결과 중앙노동위원회 판정을 중심으로-”, 「한국고용노사관계학회 2022년 하계학술대회」, 2022. 134쪽.

II. 노조법 개정안 제2조 제2호 검토

1 사용자 개념의 확대

(1) 현행 노조법 규정

✓ 현행법 제2조(정의) 제2호

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

(2) 노조법 개정안

■ 개정안은 노조법상 사용자 정의 규정에 ‘근로조건에 실질적 지배력이 있는 자’(사내하청) 등을 추가함.

- 제21대 국회에서는 ‘근로조건에 사실상의 영향력 또는 지배력이 있는 자’(사내하청) 그 외에 ① 도급·파견관계 등에서 노무수령자(이수진, 강민정, 윤미향 등 3건), ② 상대자로서의 지위를 인정할 수 있는 자(이수진, 이은주, 고민정 등 3건) 등의 요건을 규정하기도 함.
- ❖ 제2조 2호(사용자)-근로조건에 사실상 지배력 또는 영향력이 있는 자(사내하청)
(사내하청* 교섭창구단일화 절차(29조의2)상 다양한 문제, 위헌 소지)

- ▶ 사용자 범위를 ‘근로자 또는 노조에 대해 노동관계의 상대방으로서의 지위에 있는 자’ 로 확대
- ▶ 사용자 범위를 ‘근로자의 노동조건, 수행업무 또는 노조활동에 대해 사실상의 영향력 또는 지배력을 행사하거나 보유하고 있는 자’ 로 확대
- ▶ 사용자 범위를 ‘근로계약의 당사자가 아니더라도 근로자의 근로조건, 노조 활동 또는 노사 관계에 관해 실질적·구체적인 지배력이나 영향력을 행사하거나 행사할 지위에 있는 자’ 까지 확대
- ▶ 사용자 범위를 도급·파견의 원사업주까지 확대
 - ※ 22대 국회의 개정안은 사용자의 범위를 ‘명칭에 관계없이 원사업주가 자신의 업무의 전부 또는 일부를 다른 사업주에게 맡기고 자신의 사업장(원사업주가 제공하거나 지정한 경우 또는 원사업주가 지배·관리하는 장소 포함)에서 해당 업무를 이행하도록 하는 경우의 원사업주(업무가 여러 차례에 걸쳐 맡겨진 경우 상위 원사업주 포함)’ 까지 확대

〈참고〉 노조법상 사용자 정의에 대한 의원별 법개정안의 비교

현행	21대 이은주 의원 개정안	21대 고민정 의원 개정안	21대 국회 통과법안 22대 박해철 의원안	22대 김태신 의원안	22대 이용우/ 신장식/윤종오 의원안
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.	제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.	제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.		제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.	제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
2. “使用者”라	2.“사용자”라 함	2.“사용자”라 함	2.“사용자”라 함	2. “사용자”란	2.“사용자”라 함

<p>합은 事業主, 사업의 經營擔當者 또는 그 사업의 勤勞者에 관한 사항에 대하여 事業主를 위하여 행동하는 者를 말한다.</p>	<p>은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위해 행동하는 자를 말한다. 이 경우 근로계약 체결의 당사자가 아니더라도 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자는 사용자로 본다.</p>	<p>은 근로자 또는 노조에 대하여 노동관계의 상대방으로서의 지위에 있는 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다. 이 경우 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자는 사용자로 본다.</p>	<p>은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위해 행동하는 자를 말한다. 이 경우 근로계약 체결의 당사자가 아니더라도 근로자의 근로 조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자도 그 범위에 있어서는 사용자로 본다.</p>	<p>다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 사람을 말한다. 단, 나 목에 해당하는 자는 그 지배력 또는 영향력을 행사하는 범위에 있어서만 사용자로 본다.</p>	<p>은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다. 이 경우 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자는 사용자로 본다.</p>
	<p>가. 근로자의 근로조건이나 수행업무에 대하여 사실상의 영향력 또는 지배력을 행사하는 자</p>	<p>가. 근로자의 노동조건 수행업무 또는 노조 활동에 대하여 사실상의 영향력 또는 지배력을 행사하거나 보유하고 있는 자</p>		<p>가. 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자</p>	<p>가. 노조 상대방 지위에 있는 자</p>
	<p>나. 그 사업의 노조에 대하여 상대방으로서의 지위를 인정할 수 있는 자</p>	<p>나. 명칭에 관계 없이 원사업주가 자신의 업무의 전부 또는 일부를 다른 사업주에게 맡기고 자신의 사업장(원사업주가 제공하거나 지정한 경우 또는 원사업주가 지배·관리하는 장소를 포함한다)에서 해당 업무를 이행하도록 하는 경우의 원사업주(업무가 여러 차례에 걸쳐 맡겨진 경우 상위 원사업주도 포함한다)</p>		<p>나. 근로계약의 당사자가 아니더라도 근로자의 근로조건, 노조 활동 또는 노사관계에 관하여 실질적·구체적인 지배력이나 영향력을 행사하거나 행사할 지위에 있는 자</p>	<p>나. 노조조건, 수행업무, 노조활동 등에 관해 사실상의 영향력을 행사하는 자 다. 사내 하도급의 원사업주</p>

2 사용자 개념 확대의 문제점

■ 사용자 개념 확대의 문제점 사용자 지위 인정기준이 객관적이지 못하고 예측하기 어려워, 죄형법정주의에 위배되고 법적 안정성을 침해함.

○ 사용자 지위 인정에 있어 '사실상의 영향력 또는 지배력' 또는 '노조의 상대자로 인정될 수 있는 자'라는 기준은 구체적인 판단기준이 되기 어려움.

- '사실상의 영향력 또는 지배력'은 기업 간 경제력과 시장지배력의 차이로 발생하는 것이지 근로조건 당사자성과는 전혀 무관하며, 시장 상황에 따라 언제든지 유동적으로 변할 수 있는 요소임.

※ 예를 들어, 전문 사내하도급 업체가 기술개발로 품질향상 또는 타 업체와의 추가 도급계약 체결 등을 할 경우, 기존의 원청업체는 사내하도급 업체에 대한 영향력이 감소할 것임.

- '노동관계의 상대방으로서의 지위에 있는' 자도 기존 유사 개정안의 '사실상의 영향력 또는 지배력'과 마찬가지로 판단하는 사람에 따라 해석의 결과가 달라질 수 있어 법률 요건으로 사용되기에 적절하지 못하며, 오히려 기존의 개정안보다 더욱 넓은 범위의 경제관계 상대방에 대하여 사용자 개념을 주장할 수 있게 함으로써 죄형법정주의를 심각하게 위배됨.

- 또한, 이러한 기준들은 어떠한 객관적 판단 요소도 갖추지 못하고 있어, 추가적인 해석이 필요하고, 판단하는 사람에 따라 해석의 결과가 달라질 수 있어 법률 요건으로 사용되기에 적절하지 못함.

※ 사실상의 영향력 또는 지배력이라는 기준을 적용할 경우

① 원하청 관계에서의 원청,

② 특수형태근로종사자의 사업주

③ 기업집단의 지주회사,

④ 공공입찰시 정부 등이 하청·자회사·용역업체 노조의 사용자가 되어야 한다는 주장이 제기될 수 있음.

○ 이와 같이 불명확한 판단기준은 판단 기관의 주관이 개입될 수밖에 없어 죄형법정주의에 어긋나며, 법적 안정성을 심각하게 침해할 것임.

- 특히 우리 노조법은 사용자에 대한 다수의 형사처벌 조항을 포함하고 있으므로 사전에 특정될 수 없는 다수의 경제 주체가 노조의 사용자 지위 인정 요구로 인해 형사처벌 대상이 된다면, 이는 죄형법정주의 원칙에 위배됨.

〈 참고 〉 ‘사실상의 영향력 또는 지배력’ 요건의 연원

- 개정안이 차용한 ‘사실상의 영향력 또는 지배력’은 개별 사건에서 원청 회사의 부당노동행위에 대한 부분적 책임을 논하기 위해 제시된 요건으로, 노조법상 사용자 개념을 일괄적으로 확대하는 기준으로는 적절하지 못함.
 - 우리나라에서의 ‘사실상의 영향력 또는 지배력’ 요건은 부당노동행위에 대한 2010년 대법원 판결에서 비롯된 것임(현대중공업 사건, 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결).
 - 당시 대법원은 단결권 침해 상태의 신속한 회복을 위해 조합 활동에 실질적인 지배력을 미칠 수 있는 자에게 일부 책임(지배·개입의 부당노동행위)을 묻은 것임.
 - ※ “부당노동행위 구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 한 그 한도 내에서 구제명령의 대상자인 사용자임을 인정할 수 있다”

■ 근로조건의 결정과 그 이행을 담보할 능력이 없는 자에게 형사처벌을 동반한 이행의무를 부과하는 모순이 발생함.

○ 단체협약의 본질은 근로조건 결정에 있으며, 노조법상 사용자는 이러한 근로조건을 결정하고 그 이행을 담보할 능력을 보유하여야 함.

- 노조법상 사용자는 임금·급료 기타 이에 준하는 급여를 지급하는 자로서, 근로자의 근로조건을 결정할 수 있어야 함.

※ 노조법 제2조 제1호는 “근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다.”라고 규정하고 있으므로, 사용자는 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 대한 결정권과 지급의무가 있어야 함.

○ 개정안과 같이 근로조건의 결정 당사자가 아니거나 결정 권한과 이행 능력이 없는 자에게 노조법상 사용자 지위를 부여하는 것은 타당하지 않음.

- 기업 간 계약관계에서 우위를 점한 사업주나 도급에서의 원청 사업주는 근로계약의 당사자도 아니며 하청업체 근로자에 대한 근로조건을 변경시킬 권한도 없음.

- 사실상의 영향력이 존재하는 도급 관계의 경우에도 원청 사업주는 도급업체에 대한 단가 인상 등 계약내용을 변경할 능력만 있을 뿐, 임금지급 및 휴일·휴가 부여 등 하청업체 근로자들에 대한 단체협약상 근로조건의 이행은 하청업체 사업주에게 달려 있음.

■ 도급·파견 등 기업 간 도급계약 및 근로계약의 실체를 부정하고, 하청업체 근로자의 직접 채용을 강제하는 것과 동일한 결과를 초래할 것임.

○ 도급관계에서 단체협약 사항에 대한 이행 능력이 없는 원청 사업주가 하청업체 근로자와의 단체협약 사항의 실현을 담보하기 위해서는 도급관계를 해지하고 해당 근로자를 직접 채용하는 수밖에 없음.

- 현행 노조법 제92조는 사용자에게 대하여 임금, 근로시간, 징계 등 단체협약 사항에 대한 이행의무를 부과하고 있음.

- 이는 결국 도급 등 기업 간 계약을 통한 경제적 관계를 형해화시키고, 소수의 대기업이 대다수 근로자를 직접 채용·관리하는 대기업 중심의 노동시장으로 수렴하는 결과를 초래할 것임.
 - 결국, 대기업의 외주·하도급 업무를 수주하여 사업을 수행하는 **중소기업의 해체를 초래하여 영업의 자유를 침해함.**
- ILO 핵심협약도 원청 회사 사용자와 하청회사 근로자 사이의 직접 단체교섭 여부는 당사자 자율로 정할 사항이지, 법률로 강제해야 한다는 취지는 아님.
- ILO 제87호(결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약)와 제97호(단결권 및 단체교섭의 원칙의 적용에 관한 협약) 협약 등과 같이 핵심협약(기본협약) 문구의 해석상 원청회사 사용자와 하청회사 노조 사이의 직접 단체교섭 의무를 직접 도출할 수는 없음.
 - 원하청 관계의 교섭과 관련하여서 ILO 결사의 자유 위원회는 **당사자의 자율에 따라 원청이 하청노조와 교섭할 수 있고, 이를 정부가 막아서는 안 된다**는 입장이지, 원청과 하청노조 간 교섭이 강제되어야 한다고 보는 것은 아님.

ILO 결사의 자유 위원회 결정 (ILO, Compilation 2018 para. 1414)
<ul style="list-style-type: none"> • para. 1414. 원청사용자가 하도급업체 근로자를 대표하는 노조와 교섭할 의무가 없다하더라도 이러한 사용자가 자발적으로 단체교섭을 하고 협약을 체결하는 것을 금지해서는 안 된다. 또한 해당 노조도 각 하도급업체와 교섭하는 것이 불가능한 경우 자발적으로 선택한 사용자와의 교섭을 요청할 수 있어야 한다.

3 경제계 입장

- 사용자 개념 확대는 단체교섭 질서를 교란하고, 죄형법정주의에 위배되며, 법적 안정성을 침해하는 동시에 노사관계를 후퇴로 우려되어 노조법 입법안을 반대함.
 - 노조법상 사용자의 범위도 무한정 확대해 법적 정의로서의 기능을 하지 못하게 할 우려가 있음.
 - ‘사실상의 영향력 또는 지배력’요건 등을 통해 일률적으로 **노조법상 사용자 개념을 확대하는 것은 ① 사용자에 대한 다수의 형사처벌조항을 규정하고 있는 우리 노조법 체계에서 사용자 개념 인정기준이 객관적이지 못하여 죄형법정주의에 위배되고, ② 기업간 협업을 위한 계약의 실체를 부정하고, 소수의 대기업이 대다수 근로자를 직접 채용·관리하는 대기업 중심의 노동시장으로 수렴하는 결과를 초래할 것임.**¹⁶⁾

16) 한국경총, 노동조합법 제2조, 제3조 개정안에 대한 경영계 입장, 2022.11. 35면.

○ 사용자 개념 확대는 노조가 상대방이라고 주장하면 그 누구라도 단체교섭의 상대방이 될 수 있기 때문에, 사용자의 범위가 객관적이지 못하고 해석에 따라 광범위하게 확장될 수 있어 '죄형법정주의'에 위배되고 법적 안정성을 침해함.

- 특히 현행 노조법은 사용자에 대한 다수의 형사처벌 조항을 규정하고 있어, 권리·의무의 주체를 명확히 정의하지 않을 경우 죄형법정주의 원칙에 위배됨.

■ **노조법 개정을 통한 원청의 단체교섭 당사자로서의 사용자성 확대는 노사관계 질서를 크게 훼손하고 노사분규를 확산시킬 것임.**

○ 국회의 노조법 제2조 2호 개정안의 내용은 단체교섭 당사자로서의 사용자 개념 확대를 통해 원청을 하청업체 노조의 교섭 상대방으로 인정하고, 나아가 단체교섭 및 쟁의행위 대상을 확대하는 것임.

- 이에 많은 원·하청 관계로 이뤄진 산업생태계에서 적법한 원·하청 계약을 맺은 원청이 수십, 수백개 교섭단위의 단체교섭상 사용자로서 교섭을 수행해야 함.

○ 이는 복수노조를 허용하면서 산업현장의 혼란을 방지코자 1사 1교섭을 원칙으로 한 **현행 노조법상 교섭창구단일화 제도를 형해화 결과의 초래가 우려됨.** 또한, 원하청 및 노조과 관련된 **교섭방식·대상 등에 대한 논의가 끊임없이 발생해 노사분규가 확산되고 현행 단체교섭 제도가 사실상 붕괴될 것임.**

■ **대등한 노사관계 구축을 위해 노동권만 강화하는 법제도 개선이 아니라, 노사균형적인 법제도 개선이 필요함.** 특히 쟁의행위시 대체근로 허용, 사업장 점거 금지 등 최소한의 사용자 대항권을 국제노동기준에 맞게 개선해야 함.

Ⅲ. 원청의 사용자성 검토

1. 문제의 소재

■ 최근 중노위는 대법원 판례의 법리를 적극적으로 확장해서 적용하였다. 이에 현행 노조법상의 부당노동행위 유형 중 단체교섭 이행 주체로서 '원청의 사용자성 확장'과 관련된 논의가 촉발되고 있다.¹⁷⁾

○ 고등법원은 전국택배노조가 CJ대한통운을 대상으로 제기한 부당노동행위 사건에 대해 택배노조의 교섭 요구에 대한 원청기업의 교섭 거부를 부당노동행위로 인정한 판결을 내렸다.

- 이에 대해 한국경총은 비판적인 코멘트를 내놓았다.¹⁸⁾

17) 박지순, “단체교섭의 당사자로서의 사용자 개념”, 112쪽 ; 김희성, “미국의 공동사용자 법리와 단체교섭의 당사자로서의 사용자”, 212-213쪽.

○ 위와 같은 논의 배경을 전제로 하여 ‘원·하청 관계에서 원청의 단체교섭 의무’와 관련해,¹⁹⁾ 현행 노조법 체계상 적절한 해석을 확인한다.²⁰⁾

■ 2021년 CJ대한통운 사건 및 2022년 현대제철 사건의 판정은 ‘2010년 현대중공업 판례는 노조법상 지배·개입의 부당노동행위 구제명령 대상인 사용자에게 해당하느냐가 문제된 사건으로 대법원 판결’의 ‘실질적 지배력’ 법리를 적용하고 있다. 이러한 실질적 지배력의 개념은 일본 아사히방송(朝日放送) 사건의 일본최고재판소 판결²¹⁾이 나오면서 구체화된 것이다.²²⁾

- 대법원은 “근로자의 기본적인 근로조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자가 노조를 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 ‘노조법’제81조 제4호에서 정한 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구제명령을 이행해야 할 사용자에게 해당한다”고 판단하였다(대법원 2007다8881 판결 등).

■ HD현대중공업 사건(1심과 2심 - 회사 승소) / 3심 대법원 전원합의체 계류 중임

- 민주노총 금속노조 현대중공업 사내하청지회는 2017년 1월 원청인 HD현대중공업(당시 현대중공업)을 상대로 단체교섭에 응하라는 취지의 ‘단체교섭청구의 소’를 제기함.
- 1심(울산지법 2018. 4. 12. 선고 2017가합20070 판결)과 2심(부산고법 2018. 11. 14. 선고 2018나53149 판결)은 모두 회사가 승소했음.

18) 한국경총, CJ대한통운의 택배노조 교섭 요구 거부를 부당노동행위로 인정한 서울고등법원 판결에 대한 코멘트, 2024.1.24. (“기존 대법원의 입장과 정면으로 배치되는 것임. 대법원은 명시적·묵시적 근로계약 관계가 없는 원청기업은 하청노조의 단체교섭 상대방이 아니라는 입장을 분명히 하고 있음. 단체교섭에서는 임금 및 근로조건이 의무적 교섭대상이므로 근로계약 관계 있는 자가 교섭 상대방이 되는 것이 당연함. 이번 판결에 따르면 교섭창구단일화 제도의 취지가 몰각될 뿐만 아니라, 산업현장은 하청노조의 원청기업에 대한 교섭 요구와 파업, 그리고 ‘실질적 지배력’ 유무에 대한 소송으로 몸살을 앓게 될 것임. 따라서 법원은 이제라도 기존 대법원 판결을 존중하고 산업현장의 현실을 살펴 단체교섭 상대방은 근로계약 관계가 전제되어야 한다는 점을 분명히 해야 함.”)

19) ‘대법원 판결(현대중공업 사건, 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결)’ 및 2개의 ‘중노위 판정(CJ대한통운 및 현대제철 사건)’ 1심 및 2심 판결(CJ대한통운- 대법원 계류 중(특별제3부) 및 ‘일본의 아사히방송 사건의 최고재판소 판결’의 내용은 지면 관계상 생략한다.

20) 단체교섭의 주체로서 원청을 사용자로 인정할 경우의 문제들과 관련해 ‘교섭창구단일화 절차’, ‘단체교섭 대상 확정성’, ‘조정절차 당사자 적격’, ‘쟁의행위 대체근로’의 쟁점을 종합적으로 검토할 필요가 있다.

21) 最三小判 1995. 2. 28. 労働判例 668号. 民集 49권 2호, 559쪽.

22) 米津孝司, “日本法における集团的労働法上の「使用者」”, 「労働法律旬報」 1792号, 2013, 252쪽; 강주리, “다면적 노무제공관계에서 단체교섭 응낙의무자-일본법의 논의를 중심으로-”, 330쪽,

- 대법원 상고 접수일은 2018.12.6.자이었으나, 현재 2024.3.11.자로 (3심) 대법원 제1부에서 대법원 전원합의부에 바뀌어 심리 중임(대법원 2018다296229, 단체교섭청구의 소).²³⁾

☒ <1심, 2심 판결 요지>

- 현대중공업이 하청업체 소속 근로자들과의 관계에서 단체교섭 의무가 있는 사용자에 해당하는지는 현대중공업과 하청업체 소속 근로자들 사이에 적어도 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가할 정도로 사용종속관계의 여부에 따라 결정됨.
- 원청과 하청업체 소속 근로자들 사이에 '묵시적 근로계약관계'가 성립되어 있다고 보기 어렵다는 이유로 원청인 HD현대중공업의 단체교섭 당사자로서의 사용자성을 부정함.

- 현 시점에서 논의되는 원·하청 관계에서 원청이 단체교섭의 주체로서 사용자인지에 관한 판단 논거로 작용한 '실질적 지배력'의 개념은 아사히방송 사건의 최고재판소 판결을 참조하였다.²⁴⁾ 이에 아사히방송 사건과 관련된 법리 구성을 논증해 본다.

■ 아사히방송(朝日放送) 사건-일본 최고재판소(1995.2.2.28) 판결 요지²⁵⁾

- 아사히방송(朝日放送) 사건은 협력업체에서 파견된 근로자들로 조직된 노조가 원청인 아사히방송에 단체교섭을 요구했으나 아사히방송이 사용자가 아님을 이유로 거부하자 노조가 부당노동행위 구제신청을 한 사건이다.
- 최고재판소는 노조법상의 '사용자'에 대하여 다음과 같은 판단을 일반론으로 나타냈다. “노조법 제7조에서 말하는 '사용자'의 의의에 대하여 검토하기에, 일반적으로 사용자는 근로계약상의 고용주를 의미하는 것이지만, 같은 조가 단결권의 침해에 해당하는 일정한 행위를 부당노동행위로서 배제, 시정하여 정당한 노사관계를 회복하는 것을 목적으로 하는 점에서 보면, 고용주 이외의 사업주라 해도 고용주로부터 근로자를 파견을 받아 자기 업무에 종사시키고, 그 '근로자의 기본적인 근로조건 등'에 대하여 고용주(하청기업)과 부분적으로라도 동일시할 수 있는 정도로 현실적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는 '그 범위 내'에서 그 사업주는 같은 조의 '사용자'에 해당한다고 해석하는 것이 상당하다”

23) <원고> 전국금속노동조합 (대리인) 법무법인 여는, <피고> 현대중공업(주) (대리인) 법무법인 태평양, 김앤장

24) 김형배, 「노동법」 제27판, 1480쪽 ; 임종률, 「노동법」 제20판, 286쪽 ; 박지순, “단체교섭의 당사자로서의 사용자개념”, 120쪽 ; 강성태, “사내하청에 관한 세 가지 판단 -Browning-Ferris, 현대중공업 그리고 KTX”, 「노동법연구」 제40호, 서울대학교 노동법연구회, 2016, 68쪽.

25) 最三小判 1995. 2. 28. 労働判例 668号. 民集 49권 2호, 559쪽. ; 김영문·이상윤·이정, 「부당노동행위제도와 원·하청 관계」, 278쪽.

2. 학설의 대립

■ 일본에서 아사히방송 사건을 이해하는 견해는 **시대의 변천과정**에서 ‘지배력설’과 ‘근로계약기본설’로 크게 나뉘 논의할 수 있다.²⁶⁾ 어느 견해에 서는가에 따라 사안 해석에 대하여 복잡한 법리 다툼을 전개하고 있다.

(1) 지배력설

■ **첫째, ‘지배력설’은 근로계약상의 사용자에게 한정하지 않고, 근로조건 등 근로관계상의 여러 이익이나 ‘근로관계에 대하여 부당노동행위법의 적용을 필요로 할 정도로 ‘실질적인 지배력 내지 영향력’(또는 ‘직접적인 영향력과 구체적인 지배력’)을 미칠 수 있는 지위에 있는 자’가 ‘사용자’라는 견해이다.**²⁷⁾

○ 노조법상의 사용자를 부당노동행위 구제제도에 독특한·특수한 개념으로 이해하고, 이에 지배력(영향력) 유무의 판단 기준으로 포괄적인 정의를 부여하는 학설을 말한다. 노동관계상의 노동분쟁 등과 같은 여러 사안에 대하여 **실질적으로 지배력(영향력)을 미쳐서 이를 해결할 수 있는 지배적인 지위 또는 권한을 보유하고 있**

26) 학설의 논의 상황에 대해서는 竹内(奥野) 壽, “派遣労働者の直接雇用, 他の就業機会確保についての団体交渉にかかる派遣先事業主の労組法7條の使用者性”, 211쪽 ; 김영문·이상윤·이정, 「부당노동행위제도와 원·하청 관계」, 276쪽.

27) 本多淳亮 외, 不當労働行爲論, 法律文化社, 1969, 30쪽; 岸正貞男, 不當労働行爲法の原理(上), 148쪽; 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, 274쪽 ; 西谷敏, 「労働組合法」 第3版, 有斐閣, 2012, 149쪽(西谷敏(김진국 외 역), 『일본노동조합법』, 182쪽). ; 外尾健一編, 「不当労働行為の法理」, 有斐閣, 1985. ; 浜村彰, “発注元(派遣先)による直用化問題と労働組合法上の使用者: 発注元(派遣先)の団体交渉義務をめぐって”, 「労委労協」 713卷, 2016. 23쪽. ; 諸方桂子, “労働組合法における派遣先企業の使用者性”, 「労働者派遣と法」, 日本評論社, 2013, 143쪽 이하 ; 米津孝司, “日本法における集团的労働法上の「使用者」”, 「労旬」 1792号, 2013. 152-153쪽 ; 또한 최근 논고로서 萬井降令, “純粹持株會社による資産處理をめぐる団体交渉と‘使用者’”, 「労旬」 1944号, 2019, 55쪽 ; 이 학설에 공감하면서, 노조법 제7조의 사용자를 ‘부당노동행위의 보호법익은 근로자의 자주적인 단결과 단결 목적에 관하여 대항관계에 있는 자’로 보는 ‘**대항관계설**’(外尾健一, 「労働団体法」, 岩摩書房, 1975, 209쪽 ; 萬井降令, 「労働者派遣法」, 318쪽)도 이 계보에 속한다. 다만 지배력에 대하여 사용자의 지배력이 미치는 근로관계상의 여러 이익은 인사와 근로조건에 관한 지배력으로 귀결된다는 점을 비판한다. ; 김유성, 「노동법Ⅱ」, 법문사, 129-131쪽 ; 김형배, 「노동법」 제27판, 1212, 1480쪽 ; 임종률, 「노동법」 제20판, 박영사, 2022, 286쪽; 강성태, “사내하청에 관한 세 가지 판단-Browning-Ferris, 현대중공업 그리고 KTX”, 65-72쪽. ; 강주리, “다면적 노무제공관계에서 단체교섭 응낙의무자”, 329쪽 ; 강주리, 「사업 네트워크와 사용자 책임」, 성균관대학교 박사학위논문, 2021.6, 86쪽 ; 윤애림, “지배기업의 단체교섭 응낙의무에 관한 한국과 일본의 법리 비교”, 295쪽. ; 같은 취지인 듯하나, 단체교섭 사항에 관한 처분 가능성이 존재하는 자를 단체교섭 거부 부당노동행위의 주체로서의 사용자성을 인정해야 한다는 견해이다(김기선, “원청사업주에 대한 사내하청 노동조합의 단체교섭 요구 가부”, 월간 노사 FOCUS, 162호, 한국공인노무사회, 2020, 10-11쪽) ; 김홍영·권오성·김린·노호창·방강수, “노동분쟁에서 당사자 적격의 판단기준에 관한 연구”, 중앙노동위원회, 2021, 167-175쪽.

는 자를 단체교섭에 응낙 의무가 있는 사용자로 본다.²⁸⁾

- 지배력은 노조법상의 ‘사용자’가 근로계약상의 고용주와는 다른 독자적인 개념이라는 것을 명확하게 제시한 것으로 고용주라고는 할 수 없는 기업의 부당노동행위 책임을 추궁하는 사건을 다루었던 일본 노동위원회에서 1970년대 중반부터 1980년대 중반까지 한 시기 넓게 사용되어 TV프로그램 제작현장 등의 사내하청 업무와 관련한 사건이 많이 계류되어 있었다. 대표적인 사례로 朝日放送 사건(大阪지노위, 중노위 명령), 近畿放送 사건(京都지노위) 등은 지배력설의 영향을 받은 명령이 내려졌다.²⁹⁾
- 이러한 ‘지배력설’은 아사히방송 사건에 대하여 “고용주와 부분적으로라도 동일시할 수 있을 정도”에 기초해 노조법상의 사용자가 중첩적으로 존재할 수 있다는 점을 인정한 것으로 평가된다.³⁰⁾
- 이와 관련해 외부 노동력을 이용하는 유형 중 파견관계에 대해서는 형식과 무관하게 사실상 지휘명령을 하거나 실질적으로 여러 근로조건을 결정하는 자는 그 범위 내에서 부당노동행위의 사용자로서의 책임을 져야 하고, 사용사업주는 근무시간 등과 같이 파견근로자의 노동력을 사용하는 사항에 대하여 단체교섭 의무를 가진다고 본다.
- 그 밖에도 사용사업주의 우월적 지위를 이용해 다양한 근로조건을 결정하는데 영향을 미치는 경우에 그 근로조건의 범위에 대해서도 단체교섭 의무를 진다고 본다.
- 그리고 ‘도급계약’과 같이 기업간 지배관계가 형성되는 유형도 기업을 지배하고 있는 기업이 종속된 기업의 경영 전반을 지배뿐만 아니라 간접적으로 근로자의 근로조건을 결정하는 실질적 영향력을 행사하는 경우에 지배기업과 종속기업은 각각의 사실상 영향력과 책임에 따라 중첩적으로 단체교섭을 이행해야 한다고 본다.³¹⁾
- ‘지배력설’에 대하여 부당노동행위의 금지 규정의 ‘사용자’는 근로계약상의 ‘고용주’와는 다른 독자적인 개념이다.
- 그런데 지배력설에 대하여 다음과 같이 비판이 있었다.³²⁾
 - (i) 부당노동행위 금지 규정의 사용자는 근로계약상의 고용주는 다른 독자적인

28) 지배력설의 그 구체적인 적용은 “최고재판소 판결의 한마디 문구에 얽매이지 말고 사안에 따라 실질적으로 판단해야 한다”고 표명하기도 했다(西谷敏(김진국 외 역), 『일본노동조합법』, 182쪽).

29) 朝日放送 사건(大阪지노위 1981.10.23, 중노위 명령), 近畿放送 사건(京都지노위 1975.11.7.)

30) 米津孝司, “日本法における集团的労働法上の「使用者」”, 『労働法律旬報』 1792号, 2013. 152-153쪽; 윤애림, “지배기업의 단체교섭 응낙의무에 관한 한국과 일본의 법리 비교”, 295쪽.

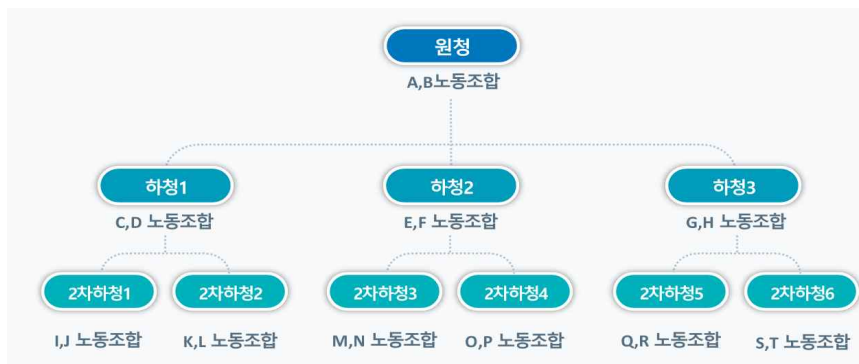
31) 윤애림, “지배기업의 단체교섭 응낙의무에 관한 한국과 일본의 법리 비교”, 300- 302쪽.

32) 菅野和夫(이정 역), 『일본노동법』, 781쪽.

개념이라고 하나, '기본형'은 고용주이어야 하는데, 지배력설에서는 그러한 점이 정의 속에 명시되지 않은 것은 사용자의 정의가 기본형을 가지지 못하는 '탄력 개념'이 되었다. 외연이 얼마든지 확대되는 개방적 개념이다.³³⁾

- (ii) 사용자의 개념은 기본적으로 근로계약의 '상대방' 내지는 이에 '근사' 내지 '인접' 관계에 있어야 하는데, 사용자성이 문제되는 기업 사례와 구별되지 않고, 동일한 기준에서 판단하는 정리되지 않은 상태에 빠져 있었다.
- (iii) 노조법상 전체의 사용자 개념이며, 단체적 노사관계의 일방 당사자인 사용자의 개념이기도 한데, 이러한 '사용자' 개념은 '지배개입의 행위자(부당노동행위의 현실의 행위자)와는 별개의 개념인데, 혼동된 논의로 빠져 있다.

〈표〉 원하청의 다양한 관계상



(2) 근로계약기본설

- **둘째**, '근로계약기본설'은 노조법의 '사용자'를 단체적 노사관계의 일방 당사자를 가리키는 독자적인 개념으로 파악하면서, 단체적 노사관계는 기본적으로 근로계약 관계를 기반으로 성립하고, 그렇지 않더라도 근로계약관계에 근사(近似) 및 인접(隣接)한 관계를 기반이 필요하다고 주장하는 견해이다.³⁴⁾

33) 朝日放送事件最裁の調査官解説(最高裁判所判例解説(民事篇), 1995年度, 222쪽(福岡右式 집필)는 '외연이 얼마든지 확대되는 개방적인 개념'이라고 말한다.

34) 菅野和夫(이정 역), 「일본노동법」, 781-782쪽; 荒木尙志, 「労働法」第3版, 有斐閣, 2016. 733쪽. 최근 荒木尙志 교수는 '근로계약관계 또는 이와 근접 내지 동일시할 수 있는 관계'라는 표현을 사용하지만 거의 같은 취지라고 이해된다(菅野和夫(이정 역), 「일본노동법」, 782쪽); 直井春夫, “朝日放送事件最高裁判決(最3小判 1995.2.28.)の讀まれ方”, 中労 1062호(2006), 6쪽; 山川隆一, “労組法7條と'部分的使用者'概念”, 15쪽 등. 또한 朝日放送事件最裁の調査官解説(最高裁判所判例解説(民事篇), 1995年度, 224쪽(福岡右式 집필)도 같은 취지이다; 권혁, “사용자개념 확대론에 대한 재검토”, 107-110쪽; 박지순, “단체교섭의 당사자로서 사용자개념”, 133-141쪽; 하갑래, 「집단적 노동관계법」 전정 제7판, 225쪽(근로계약상 사용자와 근접해 있거나 유사한 지위에 있는 자도 일정한 범위 내에서 당사자로 볼 수 있다).

○ 단체협약의 규범적 효력에 중점을 두고 단체교섭을 통해 맺어지는 단체협약에서 결국 근로계약을 규정하는 규범적 효력이 예정되기 때문에 단체교섭 응낙 의무(사용자인 지위)가 부여되는 사용자는 근로계약의 상대방(근로계약관계) 또는 이와 근사 내지 인접한 관계를 기반으로 성립한다고 해석한다.³⁵⁾ 이러한 근로계약기본설은 아사히방송 사건의 판결문 중에서 “근로자의 기본적인 근로조건 등에 대하여” “현실적·구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위”에 기초해 노조법상의 사용자를 인정하는 요건은 근로계약관계로 볼 수 있는 ‘유사한 관계성’을 확인하는 것이 필요하다.³⁶⁾

● 먼저 ‘근로계약관계에 근사(近似)한 관계를 기반으로 하는 사용자’와 관련해, 외부 노동력을 이용하는 유형 중 파견관계에서 ‘사용사업주의 단체교섭상의 사용자성’에 대해서는 파견사업주와 파견근로자가 직접 근로계약을 맺고 있고, 근로계약에 근거해 파견근로자의 근로조건이 결정되기 때문에 원칙적으로 ‘파견사업주’가 단체교섭의 주체가 된다고 본다. 다만 구체적 개별 사안에 대하여 누가 단체교섭에 응해야 하는 입장에 있는지를 노동위원회 또는 법원에서 판단된다.³⁷⁾

▷ 파견법에서 노조법 등의 노동보호 법규에서 일정 기준은 ‘사용기업’을 사용자로 보아 법이 적용되기 때문에(노동기준법=파견법 제44조 제2항, 전형적으로는 ‘노동기준법상의 근로시간 규정의 준수’) 이러한 기준의 위반 문제가 발생하면 그 문제가 중요한 근로조건 사항으로 그 사항에 대한 사용사업주가 현실적·구체적인 지배를 행하는 사안에 한하여 사용사업주가 단체교섭에 응해야 한다고 본다.³⁸⁾

❖ 검토할만한 사례로서는 ‘① 발주기업(‘사내업무위탁도급(사내하청)의 유형), ② 모회사(‘모자회사의 유형’)의 부분적 사용자성, ③ ‘취업실태가 파견법의 구조 또는 근로자파견계약에서 정해진 기본적 사항을 일탈하여 행해진 근로자파견, ④ ‘업무도급의 계약형식으로 행해진 근로자파견’(‘위장도급)’에 대해서도 원청이 하청업체 근로자의 취업과 관계된 여러 조건에 그치지 않고, 고용 그 자체(채용, 배치, 고용종료 등)에 대하여 현실적·구체적으로 지배하고 있는 경우에 원청의 단체교섭 응낙 의무를 인정한다.³⁹⁾ 그 밖에 ⑤ 근로계약관계에 근사한 그 밖에 사례(여행대리

35) 菅野和夫(이정 역), 「일본노동법」, 783-785쪽 ; 菅野和夫, 「労働法」 제12판, 弘文堂, 2019, 1007-1010쪽; 寺田博, “团体交渉権論”, 「戦後労働法學說史」, 旬報社, 1996, 384쪽.

36) 菅野和夫(이정 역), 「일본노동법」, 783쪽; 김영문·이상운·이정, 「부당노동행위제도와 원·하청관계」, 279쪽(아사히방송 사건은 근로계약기본설의 입장을 명확히 취한 것이라고 본다).

37) 菅野和夫(이정 역), 「일본노동법」, 289-290쪽.

38) 菅野和夫(이정 역), 「일본노동법」, 289-291쪽(291쪽). 그 밖에도 노동안전위법법(제45조) 또는 남녀고용기회균등법(제47조의2) 등도 마찬가지이다.

39) 菅野和夫(이정 역), 「일본노동법」, 289-290쪽, 782-791쪽 ; 菅野和夫, 「労働法」 제12판, 418쪽. ; 이러한 것은 최근 일본 중노위의 일련의 명령에서 취하고 있는 사고방식이다(菅野和夫, 「労働法」 제12판, 418쪽 각주 60) 참조). ; 윤애림, “지배기업의 단체교섭 응낙의무에 관

점(상용형파견)의 파견업자, 버스가이드 소개기업)가 있다.⁴⁰⁾

▷ 다만, 모회사(친자회사)에서 지배력의 강약·양상은 다양하다. 그리고 기업 그룹에서 그룹 기업에 걸친 노사협의 등의 노사관계가 형성되어 있는 사례도 ‘정책적인 문제’로 되었다. 이에 자회사가 모회사와는 별개의 경영체로서 자주적인 관리 운영을 하며 근로조건도 모회사의 개입 없이 독자적으로 결정한다면 모회사의 사용자성이 부정된다.⁴¹⁾

❖ 또한 ‘근로계약과 인접(隣接)한 관계를 기반으로 하는 사용자’와 관련해, ‘가까운 장래’ 및 ‘과거’(근로관계가 종료된지 장기간을 경과한 후의 단체교섭의 신청 사례)의 근로계약관계의 가능성을 기반으로 하는 사용자’로서 현 시점에서 고용주가 아니지만 근로계약관계의 전후에 있는 기업에 대하여 문제되는 사례들이 있다. ‘가까운 장래 및 과거의 사용자성’(근로계약관계 성립의 현실적·구체적 가능성)을 검토해 판단할 수 있다.⁴²⁾

(3) 소결

■ 원·하청 관계에서 원청이 ‘단체교섭 응낙 의무’가 있는지에 관한 판단과 같이 제3자와 근로관계가 형성되는 유형에 따라 학설에 따라 그 판단기준이 상이함을 알 수 있다. 즉 ‘지배력설’과 ‘근로계약기본설’이 주장하는 논거를 비교해 보면 다음과 같이 정리할 수 있다(〈표 1〉 참조).

○ 요약하면, 지배력설과 근로계약기본설은 직접적인 근로계약관계를 맺고 있는 파견 관계뿐만 아니라, 도급계약과 같은 ‘삼자간 노무도급 유형’의 기업간 지배력이 형성된 관계에서 단체교섭의 당사자성에 관한 견해의 차이가 분명하게 확인되었다. 또한 지배력설은 단체교섭의 사용자를 폭넓게 포함시키고자 함을 알 수 있다.

〈표 1〉 일본의 학설 비교 검토

구분	지배력설	근로계약기본설
파견 이용형	<ul style="list-style-type: none"> 근로자파견의 경우 파견사업주와 파견근로자가 근로계약을 직접 맺고 있음. 	<ul style="list-style-type: none"> 근로자파견의 경우 파견사업주와 파견근로자가 근로계약을 직접 맺고 있음.

한 한국과 일본의 법리 비교”, 300-302쪽.

40) 菅野和夫(이정 역), 「일본노동법」, 787쪽. : 일본 아사히방송 사건 최고재판소 판례를 인용하는 하급심 판례는 ‘근로자와 그 근로자와 근로계약상의 ‘사용자’(고용주) 이외, 그것 이외의 ‘사업주’(위탁자(수급자), 사용사업주 또는 모회사)가 등장하는 ‘삼자관계’의 사안을 다루고 있다. 달리 말하면, 하급심 판례 중에서 예를 들어 근로자의 퇴직(내지 해고) 후 또는 채용 전에서 과거 또는 장래에서 사용자가 노조법상의 사용자에 해당하는지 여부가 다루어진 ‘양자 관계’의 사안에서는 인용하고 있지 않다. 이 점을 명확하게 지적하는 견해도 있다(池田悠, “不當労働行爲における使用者”, 123쪽).

41) 菅野和夫(이정 역), 「일본노동법」, 786쪽.

42) 菅野和夫(이정 역), 「일본노동법」, 788-789쪽.

구분	지배력설	근로계약기본설
	<ul style="list-style-type: none"> • <u>형식과 무관하게 사실상 지휘명령을 하거나 실질적으로 여러 근로조건을 결정하는 자는 그 범위 내에서 부당노동행위의 사용자 책임을 져야 함.</u> 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>파견근로와 관련한 근로조건은 파견사업주와 근로자 간에 체결한 근로계약에 근거한 것임.</u>
	<ul style="list-style-type: none"> • <u>사용사업주는 근무시간 등 파견근로자의 노동력을 사용하는 사항에 대하여 단체교섭 의무를 가짐.</u> 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>파견근로자의 노조와 단체교섭을 수행해야 하는 사용자는 원칙적으로 파견사업주임.</u>
	<ul style="list-style-type: none"> • <u>사용사업주가 우월적 지위를 이용해 다양한 근로조건을 결정하는데 영향을 미치는 경우에 그 근로조건 범위내 대해서도 단체교섭 의무를 가짐.</u> 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>다만, 파견법상 규정된 사용사업주의 사용자 의무 조항과 관련해 사용사업주의 현실적·구체적인 지배가 인정되는 경우에 한하여 사용사업주는 단체교섭에 응해야 함.</u>
기업간 지배관계형	<ul style="list-style-type: none"> • <u>다른 기업을 지배하고 있는 기업이 종속된 기업의 경영 전반을 지배할 뿐만 아니라, 간접적으로 근로자의 근로조건을 결정하는 실질적 영향력을 행사하는 경우에 지배기업과 종속기업은 각각의 사실상 영향력과 책임에 따라 중첩적으로 단체교섭을 이행해야 함.</u> 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>아사히방송 최고재판소 판결에 따라, 원청이 하청업체 근로자의 취업의 여러 조건뿐만 아니라 고용 그 자체(채용, 배치, 고용종료 등)에 대하여 현실적·구체적으로 지배하고 있는 것이 필요함.</u>

출처: 윤애림, “지배기업의 단체교섭 응낙의무에 관한 한국과 일본의 법리 비교”, 300-302쪽 참조 보완함.

3. 원청의 단체교섭 의무에 대한 재검토

- 2010년 ‘현대중공업 사건’에서 대법원은 ‘부당노동행위’의 유형 중 ‘지배·개입’에 대하여 실질적 지배력설에 기초해 원청의 사용자성을 인정하였다.⁴³⁾
- ▷ 그 후 12년이 경과한 시점에 하청노조가 원청에게 단체교섭을 요구한 2021년 ‘CJ 대한통운 사건’에 대하여 중노위는 현대중공업 사건의 판례 법리를 기초로 확장 해석해 부당노동행위의 지배·개입이 아닌 ‘단체교섭’에서도 ‘원청’을 단체교섭의 사용자라고 판단하였다.⁴⁴⁾
- 현대중공업 사건의 판례 법리는 ‘일본 아사히방송 사건’(1995년)의 최고재

43) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881판결.

44) 권혁, “실질적 지배력을 가지는 원청의 노조법상 지위”, 86-87쪽; 김희성, “미국의 공동사용자 법리와 단체교섭의 당사자로서의 사용자”, 212-213쪽.

판소 판례 법리를 원용한 것으로 알고 있다. 하지만 앞에서 치밀하게 살펴본 바와 같이, 일본에서는 ‘지배력설’과 ‘근로계약기본설’로 구분되고, 일본 아사히방송 사건의 **최고재판소 판결은 근로계약기본설을 전제로 하면서 지배력을 포섭한 ‘절충설’에 있다고 이해된다.**

○ 그리고 일본 노조법 제7조 제2호를 보면 “사용자가 **고용하는** 근로자의 대표자”라고 단체교섭의 당사자를 명문화하고 있고, 아사히방송 판결은 이러한 법조문을 고려해 ‘**고용주와 부분적으로라도 동일시할 정도로**’라는 표현을 통해 근로계약관계가 형성되거나 형성된 것으로 볼 수 있는지를 판단 징표로 삼고 있음을 유념해야 한다.

○ 그러나 현대중공업 판결은 명확하게 어떠한 입장인지 알 수 없다.⁴⁵⁾ 오히려 “그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 **일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로**”라고 판시해 **일본 아사히방송 판결 법리를 보다 ‘확장하여 해석한 것으로 이해된다.** 이와 관련해 노조법상의 ‘단체교섭’은 ① ‘근로조건 사항’을 논의·결정하는 과정이며, ② 단체협약의 규범적 효력을 고려하면 ‘근로계약관계’가 전제될 필요가 있다고 본다.

○ 현대중공업 판례 법리와 같이 ‘실질적 지배력’의 표현은 **구체적인 판단 기준을 제시하지 않았다.** 이에 **사안별로 이러한 판례 법리를 적용하는 것은 판단자의 자의에 따라 그 결과가 달라질 수 있기 때문에 ‘법적 안정성’을 해칠 수 있다.**⁴⁶⁾

▷ 원청회사는 노조법상 부당노동행위(제81조 제1항-제5항), 단체협약 위반 등 노조법에서 정한 형벌법규의 수범자(제90조, 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금)가 되는데, 이러한 수범자가 ‘실질적이고 구체적으로 지배·결정’, ‘영향력 행사’와 같은 모호한 개념으로 정의되면 누가 형벌법규의 수범자가 되는지 알기 어려운 상황이 되고 이는 ‘**죄형법정주의(에서 파생된 명확성의 원칙)**⁴⁷⁾ 위반’되고, 법적 안정성이 침해됨.

45) 정영훈, “간접고용노동자 단체교섭권리 보장 방안 토론회”, 2020, 70쪽.

46) 김희성, “하청업체 노동조합의 단체교섭 상대방으로서의 원청사업주의 사용자성”, 145쪽.

47) 헌법재판소의 위헌법률심판에서 ‘법률의 제한’으로 ‘**명확성의 원칙**’은 그 정도가 개개의 법률(법조항)의 성격에 따라 차이가 있고, 각각의 구성요건의 특수성과 그 법률이 제정된 배경/상황에 따라 달라질 수 있다. 법제정 목적과 다른 규범과의 연관성을 고려해 합리적인 해석이 가능한지 여부에 따라 명확성의 구비 여부를 가려져야 한다. 특히 **죄형법정주의에서 파생된 명확성의 원칙**은 입법자의 의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미한다. **이에 다소 광범위하고 어느 정도의 범위에서 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용해 규정했더라도 그 적용 단계에서 다의적으로 해석될 우려가 없는 이상 명확성의 원칙에 위배되지 않는다고 본다(헌재 2021.12.20. 헌가 2001헌바9 등).**

- 현재 대법원의 입장은 사용자는 근로자와의 ‘명시적 또는 묵시적으로 근로계약관계’에 있는 자라고 판단한다고 보는 것이 타당하며, 오히려 사용자 범위는 근로계약관계 존재 유무와 관계없이 판단 기관의 주관이 개입될 수 있어 객관적인 기준이라 보기 어렵다고 보여짐. ‘실질적인 지배력과 영향력’은 기업 간 경제력과 시장 지배력의 차이로 발생하는 것이지 근로조건의 당사자성과는 관계없으며, 시장 상황에 따라 항상 유동적으로 변화할 수 있는 것임.
- 여기서 노조법상 부당노동행위 금지 규정이 헌법상의 ‘죄형법정주의’(‘명확성의 원칙’ 등)에 위배되는지 여부가 중요한 법적 문제가 된다. 먼저 죄형법정주의란 “일정한 행위를 범죄로 하고 이에 대하여 일정한 형벌을 부과하기 위하여 반드시 행위시 이전에 명확히 제정·공포된 성문의 법률을 필요로 한다는 원칙”을 뜻한다(헌법 제13조 제1항, 형법 제1조 제1항).⁴⁸⁾ 이러한 죄형법정주의는 국가 권력의 자의적인 형벌권의 행사 및 남용으로부터 국민의 자유와 권리를 보장하기 위한 형법의 대원리로서 헌법적 지위를 가지는 원칙이다. 또한 “(죄형법정주의에서 파생되는) 명확성 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미한다.”⁴⁹⁾ 즉 ‘명확성 원칙’은 법률이 처벌하는 행위, 형벌의 예견, 구성요건의 명확성이 요구한다. 그런데 범죄가 성립하는지 여부가 판사의 해석에 맡겨져서는 죄형법정주의를 통해 국민(근로자 및 노동조합)의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념을 실현할 수 없다.
- 이에 (i) 부당노동행위의 개념이 불명확한 점, (ii) 형사범죄에 대한 구성요건의 명확성이 결여된 점, (iii) 부당노동행위에 대한 본질적인 구제를 할 수 없다는 점, (iv) 처벌주의는 사건 처리가 지연되고 근로자 보호에도 타당하지 않다는 점 등을 고려해 부당노동행위 조항에 의한 처벌주의는 헌법상 죄형법정주의(명확성의 원칙, 과잉금지 원칙 등)에 위배되는 위헌성이 있다고 보여진다(⁴⁸⁾이에 따라 부당노동행위의 형사처벌 규정을 ‘삭제’를 적극적으로 검토하고, 그 대안으로 ‘원상회복주의’로 전환할 필요가 있다).

○ 실질적 지배력에 관한 판단이 불명확하기에 결국 책임 소재를 제한하지 못

48) 강희원, 「노사관계법」, 749면; 강희원, 「부당노동행위제도-입법론적 연구」, 250-253면.; 임웅, 형법총론, 법문사, 2019, 17면. 헌법 제12조 제1항에서는 “누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다” 및 형법 제1조 제1항에서 “범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 의한다”고 죄형법정주의를 규정하고 있다.

49) 현재 2017. 11. 30, 2015헌바300; 2017. 11. 30, 2015헌바336; 2000. 6. 29, 98헌가10. 또한 헌법재판소는 ‘법률의 명확성원칙은 입법자가 법률을 제정함에 있어서 개괄 조항이나 불확정 법개념의 사용을 금지하는 것이 아니다. 행정부가 다양한 과제를 이행하고 각 개별적 경우의 특수한 상황을 고려하며 현실의 변화에 적절하게 대처할 수 있도록 하기 위하여 입법자는 불확정 법개념을 사용할 수 있으나 이로 인한 법률의 불명확성은 법률해석의 방법을 통하여 행정청과 법원의 자의적인 적용을 배제하는 객관적인 기준을 얻는 것이 가능하다면 법률의 명확성 원칙에 부합한다’고 판시하였다(헌재 2004. 7. 15, 2003헌바35등).

한 채 무한히 '확장'될 수 있다.⁵⁰⁾ 이러한 법논리는 사용자 개념의 '**외연이 얼마든지 확대되는 개방적인 개념**'으로 해석할 우려가 크다. 단체교섭의 당사자와 부당노동행위의 주체인지 여부를 판단할 수 없고, 이러한 불명확성은 '**법적 불안정성**'을 초래할 수밖에 없다.⁵¹⁾

○ 우리나라는 조선업, 자동차, 건설업 등과 같이 다단계 협력업체(하청업체)와의 협업체제로 구성되어 있음. 그런데 실질적 지배설이라는 판례와 같이 사용자 범위를 무한정 확대하게 되면, 순환논리에 빠져 원·하청 구조로 되어 있는 산업생태계를 무너뜨리고, 산업과 국민경제에 막대한 영향을 미칠 뿐만 아니라 우리나라의 산업현장은 극심한 혼란을 초래하며 산업 경쟁력을 크게 떨어뜨릴 것이며, 아울러 경영상 법적 리스크가 크게 확대되어 국내 투자가 축소되고, 국내 기업의 해외 이전할 우려가 커지는 한 요인이 될 것임.

○ 이에 따라 문제가 되는 것을 지적해 보면,

- (i) 중노위의 사실관계가 판정을 위해 인용한 현대중공업 판결의 사실관계와 상이함에도 동일한 사안으로 보고서 '실질적 지배력 법리'를 적용한 것이 잘못되었다.
- (ii) 중노위의 판정은 파견과 도급을 구분해 불법파견 여부의 판단 법리를 기준으로 하였기 때문에 마치 불법파견의 판단 징표를 부당노동행위의 판단 기준으로 삼은 잘못이 있다.⁵²⁾
- (iii) 사용자가 단체교섭을 거부하면 노조법상 정당한 이유 없는 단체교섭의 거부(제81조 제1항 3호), 즉 부당노동행위로 형사책임을 부담하게 되는 사용자인지가 문제된다(일본의 경우는 부당노동행위로 '형사처벌' 규정이 없다). 부당노동행위에 대하여 노조법은 벌칙(형사처벌)조항을 두어 규제한다(제90조, 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금).⁵³⁾이것을 고려한다면, 원청이 단체교섭을 거부한 것에 대하여 부당노동행위를 적용할 때는 원청은 '**실질적 지배력**'에 대한 범위와 내용을 획정하기 곤란한 상황에서

50) 박종희, 「비정규·간접고용 근로자의 노동단체권 행사에 관한 법리 연구」, 68쪽.

51) 김영문, 「외부노동력 이용과 노동법」, 305쪽.

52) 김영문, “원청의 하청근로자 노동조합에 대한 단체교섭의무”, 104쪽.

53) 그 밖에서 (i) 부당노동행위 벌칙에는 확정된 구제명령에 위반하는 경우에 적용되는 벌칙(제89조), (ii) 미확정의 구제명령에 대한 법원의 이행명령에 위반하는 경우에 적용되는 벌칙(제95조)이 있다. 하지만, 미확정의 구제명령에 위반한 것만으로는 처벌되지 않는다(중전의 벌칙은 위헌 결정이 삭제되었다). 또한 처벌대상은 부당노동행위 금지 규정에 위반한 자, 즉 부당노동행위의 '현실적 행위자'인 '경영담당자 또는 관리자'가 처벌된다. 하지만 병행해 '양벌규정'에 따라 그 사업주에게도 벌금형을 부과한다(제94조(양벌규정)).

본인이 알지 못하는 위법행위로 처벌받는 결과가 되어버린다.⁵⁴⁾

■ 한국·일본의 부당노동행위 비교			
○ 우리나라 관점에서 일본 노조법상의 부당노동행위제도와 관련한 '시사점'			
▪	(i) 부당노동행위의 실효적인 대처방식은 '처벌주의'보다 '원상회복주의'이다. 일본은 다이쇼(大正) 시대의 노조법안에서 논의되었던 처벌주의를 계승해 1945년 제정 노조법은 '처벌주의'를 채택하였다. 하지만, 부당노동행위의 개념이 불명확한 점, 형사범죄에 대한 구성요건의 명확성이 결여된 점, 부당노동행위에 대한 본질적 구제를 할 수 없다는 점, 처벌주의는 사건 처리가 지연되고 근로자 보호에도 타당하지 않다는 점 등을 고려해 '원상회복주의'로 전환해 현재까지 유지하고 있다.		
▪	(ii) 부당노동행위의 대응은 '원상회복주의'만으로도 충분하다. 부당노동행위의 예방·억제 기능은 노동위원회의 실효성있는 구제명령과 확정된 명령 불이행시 처벌 등의 입법적 규율로도 충분한 방증(傍證)이다.		
▪	(iii) 부당노동행위의 처벌도 노동위원회 구제제도와 관계를 분리해야 한다. 일본 노조법은 부당노동행위 금지규정을 위반한 행위의 처벌 규정도 형벌을 부과하려면 '노동위원회의 청구'가 요건이다. 즉 노동위원회에 검찰에 처벌을 청구하는 형태로 형사처벌과 노동위원회 구제제도와 형사처벌의 병용에 따른 운용상의 문제점을 없었다.		
▪	(iv) 부당노동행위에 대한 형사벌이 아닌 '행정벌'을 부과할 수도 있다. 일본 다이쇼 시대의 노조법안의 부당노동행위 위반자는 '과태료'를 부과하는 입법적 규율을 검토하였다.		
<표 > 한국·일본의 부당노동행위 처벌주의의 비교			
	구분	일본	한국
공통점	부당노동행위제도	와그너법의 영향	
	부당노동행위 구제제도	노조법 제정 전 논의	
	부노 유형+처벌조항	동일함	
	처벌조항→원상회복주의	동일함	
	구제명령위반시-처벌조항	동일함	
상이점	벌칙+형벌 부과	노동위원회 청구절차	사용자
	구제제도	처벌주의→'구제주의'	처벌주의→구제주의- '병용주의'
	반의사불범죄	없음	도입→삭제

○ 산업 현장의 혼돈을 방지하기 위해 노조법상 '사용자 개념'은 단체교섭제도의 틀을 전제로 해석해야 한다. 이때에 단체교섭의 당사자는 단체협약 체결의 주체이자 이행의무자이며, 단체협약의 규범적 효력이 미치는 자로

54) 김미영, “사내도급 고용관계에서 부당노동행위 책임”, 62쪽(형사처벌의 대상이 되는 부당노동행위에 대한 책임을 사업주 사이에 연대해 연대책임으로 배분할 수 있는지 문제를 제기한다); 권혁, “사용자 개념 확대론에 대한 재검토”, 115쪽. ; 반면에, 사용자 책임의 확대가 죄형법정주의의 원칙과 조화하기 어렵다면 입법을 통해 처벌을 수정할 수 있다. 다만 형사처벌이 부적절하기 때문에 단체교섭의 이행 주체나 교섭사항의 축소는 부적절하다는 견해도 있다(윤애림, “지배기업의 단체교섭 응낙의무에 관한 한국과 일본의 법리 비교”, 323쪽).

이해해 적용해야 한다.⁵⁵⁾

- ▷ ‘근로계약기본설’에 따라 근로계약관계가 형성되었거나 형성된 것으로 볼 수 있는 지위에 있는 자를 ‘사용자’로 보아야 한다.
- ▷ 또한 ‘근로계약기본설’에 따라 제3자인 원청을 단체교섭의 주체로 적용하더라도 현행 노조법 체계에서 (i) 교섭창구단일화 문제, (ii) 단체교섭의 대상성 확정 문제, (iii) 노동쟁의 당사자성 문제, (iv) 쟁의행위시 사용자의 대체근로 제한 규정의 문제는 여전히 남아있다.
- 집단적 노사관계 분야에서 부당노동행위 유형 중 ‘단체교섭 거부’의 사용자 주체로서 ‘원청’에 ‘확장’해 적용하는 사안은 신중해야 한다. 부당노동행위제도에서 원·하청 문제는 ‘단체교섭’에 한해 판단해서는 안된다. 이것 보다는 노조법 체계내 단체교섭의 수행을 위한 전·후 일련의 과정에서 발생할 수 있는 문제점을 종합적으로 고려해 판단해야 한다. 따라서 행정기관인 중노위가 기존의 관련한 대법원 판례 법리를 빌미로 무한히 ‘확장’해 판정하는 것은 노사관계 안정의 측면에서도 결코 바람직하지 않다.⁵⁶⁾
- 원청에게 단체교섭 거부의 부당노동행위 주체로 단체교섭 의무자로 사용자 성을 확대·해석해 인정하는 것은 매우 신중하고 제한적으로 해석해야 한다.⁵⁷⁾ 오히려 해석론에 맡겨두면 불안정한 노사관계를 더욱더 불안하게 하고 더 큰 사회적 혼란이 계속된다. 그러면 법률에서 단체교섭 대상을 명확하게 구분해 모호함을 방지하기 위한 노조법 개정안을 검토해야 한다.⁵⁸⁾

55) 박지순, “단체교섭의 당사자로서의 사용자개념”, 142쪽.

56) 2018년 12월 발생한 태안화력발전소 하청근로자 사망사고를 계기로 2019년 1월 15일 ‘산업안전보건법’이 전면적으로 개정되었다. 그 후 유사한 사고가 계속 발생하자 추가해 제도를 개선할 필요성이 있었다. 한편 국가인권위원회는 2018년 ‘간접고용노동자 노동인권 실태조사’를 실시한 뒤 2019년 1월 16일 ‘간접고용노동자 노동인권실태 정책 토론회’를 거쳐 ① 위험의 외주화 개선, ② 위장도급(불법파견)근절, ③ 사내하청근로자의 노동3권 보장을 고용노동부 장관에게 권고했다.

이 중 사내하청근로자의 노동3권에 대하여 구체적으로 권고한 내용은 “원청의 단체교섭 의무를 부여할 수 있도록 관련 규정을 개정해야 한다”고 했다. 구체적으로 “노조에서 요구한 교섭요구 사항을 구분하여 원·하청의 단체교섭 응낙의무를 규명할 수 있다.

원·하청 관계에서 ① 근로계약의 이행 사항(임금과 그 지급방법, 근로관계 종료 사항), ② 근로 제공 중에 노무지시권의 행사(근로시간, 휴게, 휴일 등), ③ 사업장에 대한 지배와 관계 있는 사항(사업장 내 노조활동, 사업장 내 노무 제공시 산업안전보건, 직장내 괴롭힘 금지 및 예방, 균등 대우, 강제근로 금지, 폭행 금지와 같은 기본 인권 및 인격권 보장 등의 사항)에 대해서는 원청업체가 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는지를 살피서 단체교섭 응낙 의무의 주체를 규명해야 한다”고 권고했다(2019.10.17. 인권위 권고, 국가인권위원회, “노동자의 기본적 권리인 생명과 안전보장을 위해 위험의 외주화 문제 개선 시급”, 보도자료, 2019.11.5. 참조).

57) 근로계약기준설에 따라 단체협약의 규범적 효력을 증시해 ‘단체교섭의 응낙 의무’는 근로계약의 상대방 내지는 이에 ‘근사·인접 관계를 기반으로 형성’하는 것이 적절하다.

노조법상의 사용자 개념은 법체계 내에서 유기적으로 해석하고 적용해야 한다. 단체교섭에 한정해 사용자의 개념을 '확대'해 적용하는 것은 적절하지 않다.

- 그런데 제한적인 해석에 맡겨 논란이 가중되기만 한다면, 차선책으로 입법론적 해결방안을 고려해 볼 수가 있다.⁵⁹⁾ 하지만 입법이 되면 노조법 전체 체계에 맞추어서 (i) 교섭창구단일화 절차, (ii) 단체교섭의 대상성 확정 문제, (iii) 조정절차의 당사자 적격, (iv) 쟁의행위시 사용자의 대체근로 금지 등과 맞물려 각 조항별로 종합적인 입법적인 해결방안을 논의해야 한다.⁶⁰⁾

4. 결 론

- 최근 노사 현장의 집단적 노사관계 분야에서 '노조법의 사용자'의 확장 여부에 대한 논의가 활발하다. 2021년 중노위 CJ대한통운 판정은 2010년 현대중공업의 대법원 판례 법리(실질적 지배설)를 참조했고, 현대중공업 판례 법리는 '일본의 아사히방송 사건의 최고 재판소 판결 법리'(1995년)를 참조한 것으로 이해된다. 그런데 일본에서도 아사히방송 사건과 관련해 원청(사용자)의 하청노조의 단체교섭을 거부한 것인지에 대하여 중노위(인정), 행정소송 2심(부정), 최고재판소(역전 승소)에 대한 장기간 논란의 견해 대립이 있었다.
- HD현대중공업 사건에서 민주노총 금속노조 현대중공업 사내하청지회는 2017년 1월 원청인 HD현대중공업(당시 현대중공업)을 상대로 단체교섭에 응하라는 취지의 '단체교섭청구의 소'를 제기함. 1심과 2심은 원청과 하청업체 소속 근

58) 물론 입법 개선으로도 여전히 해석상 다툼은 발생하며 적절한 개선을 위해 꾸준한 연구가 필요하다. 노조법 전체 체계상 사용자의 정의를 중심으로 유기적인 해석이 가능한 방안을 찾아야 한다.

59) 교섭의무로서 원청의 사용자 확대보다는 대기업 노사의 사회적 책임, 즉 ESG(환경, 사회, 지배구조) 중 사회적 책임의 실현과 장기적으로 바람직한 일자리 생태계 조성의 면에서 초기업 단위·업종별·지역별 노사대표들이 현안을 협의하는 '중층적 협의시스템'의 구축, 즉 이러한 노사협의 시스템 방안의 도입을 제안하는 입장도 있다. 나아가 지역·산업별 인적자원위원회 또는 지역노사민정협의회의와의 연계, 일본식 '기업협의회' 사례를 소개하고 있다(이기권, 노동시장 빅스텝, 중앙경제, 2022, 363쪽, 444-447쪽).

60) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다40935 판결("노조법 제2조 제2호, 제29조 제1항, 제81조 제1항 제3호의 전체 취지를 고려해야 한다"고 하여 노조법 전체 체계 내 유기적 해석이 필요함을 판시했다).

로자들 사이에 '묵시적 근로계약관계'가 성립되어 있다고 보기 어렵다는 이유로 원청인 HD현대중공업의 단체교섭 당사자로서의 사용자성을 부정해, 회사가 승소했다. 현재는 **대법원 전원합의체 계류 중이다**. 그 판결 결과는 산업계에 미치는 영향이 매우 큼으로 그 귀추가 매우 주목받고 있다.

- 일본 아사히방송 사건에 대하여 최고재판소가 판결할 당시에는 ① 일본은 파견법이 제정되지 않았던 시기에 우리 파견법상 파견관계와 같이 하청업체 소속 근로자들의 근로조건에 대하여, 마치 고용주와 동일시할 정도로 현실적·구체적으로 의사결정을 하였던 것에 대한 판결이다. 그리고 일본은 ② 우리나라와 달리 노조법상의 사용자의 정의 규정이나 사용자의 부당노동행위에 대한 형사처벌 규정이 없다. 따라서 우리나라와 일본의 이러한 노조법 체계의 배경과 차이점 등을 고려하면 곧바로 '실질적 지배력'을 적용하는 것에는 무리가 있다.
- 원·하청 관계에서 실질적 지배력을 바탕으로 원청을 **단체교섭의 주체**로 인정할 경우 단체교섭을 이행하는 일련의 과정에서 다양한 문제가 발생하게 된다. (i) 하청노조는 현행 노조법상의 교섭창구단일화 절차를 거치지 않고도 원청과 교섭을 이행할 수 있는 결과를 발생하며, (ii) 원·하청이 단체교섭 대상의 구분 방법이 문제된다. 그리고 (iii) 노동쟁의 조정의 당사자 적격 문제, (iv) 쟁의행위시 대체근로 금지 규정(노조법 제43조)의 사용자 확대도 문제된다.
- 노조법상 사용자의 개념은 법체계 내에서 유기적으로 해석하고 적용해야 한다. 단체교섭에 한정해 사용자의 개념을 '확대'해 적용하는 것은 적절하지 않다. 하지만 제한적인 해석에 맡겨 논란이 가중되기만 한다면, 차선책으로 입법론적 해결방안을 고려해 볼 수가 있다.
- 노조법의 전체적인 체계에서 ① 교섭창구단일화 절차, ② 단체교섭의 대상, ③ 조정절차 당사자 적격, ④ 쟁의행위 대체근로 금지 조항 등과 맞물려 각 조항별로 종합적인 입법적 개선방안을 마련해야 한다.
- 차선책인 입법론적 해결방안은 현행 노란봉투법 제2조 2호 개정안(사용자 개념의 확대- 근로조건에 사실상의 영향력 또는 지배력이 있는 자 및 원청사업주 등을 추가)은 사용자의 범위가 객관적이지 못하고 해석에 따라 폭넓게 확장될 수 있어 '죄형법정주의'에 위배되고 법적 안정성을 침해할 것이다. 이에 노조법상 사용자의 개념에 대해서는 향후의 검토 내지 연구 과제로 남겨둔다.