

간접고용과 노동쟁의 조정의 쟁점*

장영석**

— 목 차 —

- I. 들어가며
- II. 노동쟁의 조정의 당사자
- III. 교섭창구단일화 절차
- IV. 노동쟁의 조정대상
- V. 나오며

I. 들어가며

노동관계 당사자 사이에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 근로 조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 발생한 분쟁상태, 즉 노동쟁의 상태가 되면(노동조합 및 노동관계조정법(이하 “노조법”이라 한다) 제2조 제5호), 노동조합은 그 상태의 해소를 위해 쟁의행위를 할 수 있다. 그런데 노조법은 노동조합이 쟁의행위를 하려면 반드시 노동쟁의 조정절차를 거치도록 하였다(제45조 제2항. 조정전치주의).

헌법으로 노동3권을 보장한 규범체계에서 하위 법률(노조법)로 창설한 노동쟁의 조정절차나 조정전치주의의 목적은 쟁의행위 자체의 금지에 있

투고일 2020. 8. 20, 심사일 2020. 9. 2, 게재확정일 2020. 9. 8.

* 심사를 통해 배움의 기회와 소중한 의견을 주신 심사위원과 노동쟁의 조정의 실제와 관련하여 도움 말씀을 주신 몇 분의 조정담당 위원에게 감사드린다.

** 전국언론노동조합, 법학박사.

지 않고, 노동쟁의 조정을 통한 쟁의행위 회피 기회의 부여에 있다는 이해는 자연스럽다.¹⁾ 그리고 노동관계 당사자 사이의 고유한 집단적 분쟁을 비롯하여 집단화된 개별적 분쟁을 쟁의행위를 하지 않고서도 해결하기 위해서는, 노동쟁의 조정이 활성화될 필요가 있다.

한편, 하청업체(수급업체) 노동자가 조직한 노동조합이 간접고용관계²⁾에 있는 원청업체(도급업체)(이하 “하청업체” “하청업체 노동조합” “원청업체”라고 한다)가 아닌 직접고용관계에 있는 하청업체만을 조정신청의 상대방으로 명시한 노동쟁의 조정에서는, 노동쟁의 조정대상과 관련한 쟁점을 빼고는 특별히 논의될 만한 쟁점은 없다. 그런데 하청업체 노동자의 노동조건 결정이나 노동과정에 원청업체가 가진 지배력을 절대적으로 부정하기는 어렵다. 그런데도 노동쟁의 조정의 실제에서, 원청업체를 상대방으로 명시한 하청업체 노동조합의 조정신청은 거의 없었다.³⁾ 그러다가 2020. 6. 원청업체를 상대방으로 명시한 하청업체 노동조합의 조정신청이 있었는데, 중앙노동위원회는 단체교섭 및 노동쟁의 조정에서 원청업체로까지 사용자 개념의 확대를 인정할 수 있다는 취지의 결정을 하였다.

이 글은, 노동쟁의 조정이 더욱더 활성화될 필요가 있는데, 그러한 필요는 간접고용에서도 마찬가지라고 할 때(도급관계(원하청관계)에 한정한다), 노동쟁의 조정의 실제에서 간접고용과 관련한 쟁점에 대한 논의가 반드시 있어야 한다는 생각에서 출발하였다

이 글에서 논의되는 노동쟁의 조정과 관련한 쟁점은 세 가지이다(중재

- 1) 대법원 1992. 12. 8. 선고 92도1645. 조정전치주의는 제정 노동쟁의조정법(1953. 3. 8.)부터 현재까지 사실상 그대로 유지되고 있다. 제정 당시부터 그 목적은 “... 노동쟁의가 발생하였을 때에는 직접 그 피해를 노동자가 받고 있기 때문에 ... 조정의 기간을 두어서 될 수 있는 대로 쟁의행위에 들어가지 않고 원만하게 해결하자는 것”이었다(당시 논의는 이흥재, “노동쟁의조정법 제정심의의 주요쟁점”, 『법학』제49권 제1호, 2008. 3, 서울대 법학연구소, 36-38쪽).
- 2) 하청업체 노동자와 직접고용관계에 있는 사업주가 아닌 원청업체. 파견 노동자와 사용자와의 법률관계를 간접고용관계라고 한다. 그러한 고용 현상을 간접고용이라고 한다. 이 글에서는 둘을 특별히 구분하여 쓰지는 않았다.
- 3) 필자는 어느 지방노동위원회 조정위원으로 여러 해 동안 그 ‘실제’를 경험하고 있다. 이 글에서는 필요한 만큼만 그 실재를 언급하였다.

는 제외한다). 첫 번째 쟁점은, 간접고용 노동자의 노동조건 결정이나 노동과정에 지배력을 가진 제3자(이하 그러한 지배력을 가진 제3자를 “확대된 개념의 사용자”라고 한다)도 노동쟁의 조정에서 노동관계 당사자인 사용자가 될 수 있는가이다(Ⅱ). 여기에서 위 2020. 6. 조정사건 결정의 의의와 그 결정이 남긴 과제도 살펴본다. 두 번째 쟁점은, 그렇게 확대된 개념의 사용자의 사업 또는 사업장 교섭단위(이하 “사업장 교섭단위”라고 한다) 교섭창구단일화 절차에 ‘법제도적으로 또는 사실상’ 참여할 수 없는 간접고용 노동자의 노동조합이 그 절차를 거치지 않고서도 노동쟁의 조정의 당사자가 될 수 있는가이다(Ⅲ). 이는 교섭창구단일화 절차가 직접고용관계에 있는 사용자와의 기업별 교섭구조만을 법제도적으로 또는 사실상 강제하고 있기에 발생하는 쟁점이다. 세 번째 쟁점은, 노동쟁의 조정대상이 임금 등 개별적 노동관계에 관한 사항과 그것의 ‘결정’에 관한 사항으로 한정되어야 하는가, 나아가 간접고용에서 조정대상은 무엇인가이다(Ⅳ).⁴⁾

그리고 위 세 가지 쟁점은 노동쟁의 조정에서 당사자적격(Ⅱ 및 Ⅲ)과 조정대상에 관한 쟁점으로, 모두 조정위원회의 규범적 판단을 필요로 한다. 또한 이 세 쟁점이 순서대로 그리고 모두 논의(해결)되어야만 노동쟁의 조정기능이 비로소 작동된다.⁵⁾ 따라서 이 세 쟁점을 순서대로 모두 살펴본다. 나아가 현행 노조법의 해석론만으로는 각 쟁점에서 제기된 문

4) 간접고용에서 노동쟁의 조정의 당사자 및 교섭창구단일화 절차와 관련한 쟁점(Ⅱ 및 Ⅲ)을 직접 다룬 판례는 없고, 앞의 쟁점과 관련해서는 2020. 6. 조정사건 결정만이 확인된다(Ⅱ. 2. 2)). 단체교섭권 관련 제도개선 방향을 총괄한 경제사회노동위원회 노사관계제도·관행개선위원회, 『ILO 기본협약 비준을 위한 노사관계제도·관행 개선 방향에 관한 공의위원 입장』(2019. 4. 15.)에서도 두 쟁점에 관한 언급은 없다. 노동위원회 조정실무 매뉴얼도 마찬가지이다. 선행연구도 많지 않은데, 위의 쟁점과 관련한 선행연구로는 장영석, “간접고용과 교섭창구단일화 절차 - 사업 또는 사업장 교섭단위의 적용을 중심으로 -”, 『노동법학』 제73호, 한국노동법학회, 2020. 3, 47-58쪽 참고.

5) 이 조정기능은 노동관계 당사자(당사자적격), 그 당사자가 주장하는 사항(노동쟁의 조정대상) 및 그 주장의 불일치 상태(자주적 교섭으로 합의의 여지가 없는 상태)라는 세 가지 요건이 충족되어야 작동된다. 세 요건 중 어느 하나라도 충족되지 않으면, 노동위원회는 노동쟁의 ‘조정’의 대상’으로 보지 않고 행정지도 결정을 한다.

제해결에 한계가 있으므로, 입법 및 제도 개선의 필요성과 그 방향도 함께 제시하여 본다.

II. 노동쟁의 조정의 당사자

노동쟁의 조정은 노동쟁의 상태⁶⁾에 있는 노동관계 당사자의 신청이 있으면 곧바로 개시된다(노조법 제53조 제1항)(이하 모든 논의에서 중재는 제외한다). 이때 직접고용관계에 있는 노동자의 노동조합과 사용자와의 노동쟁의 조정에서는 당사자적격과 관련한 문제가 발생할 일은 없다.

그러나 간접고용(하청업체) 노동자의 노동조합이 간접고용관계에 있는 사용자(원청업체)를 상대방으로 명시한 조정신청을 하였을 때, 그 조정에서 원청업체에게 당사자적격이 있는지는 논란이 되고 있다.

1. 간접고용에서 단체교섭의 당사자

단체교섭의 당사자와 노동쟁의 조정에서 노동관계 당사자는 일치하여야 한다. 그러므로 간접고용에서 노동쟁의 조정의 당사자적격과 관련한 문제는 원청업체가 간접고용(하청업체) 노동자의 노동조합과 단체교섭을 하여야 하는 당사자(사용자)가 될 수 있는가의 문제라고 할 수 있다.

그리고 위 문제는 사용자 개념의 확대와 관련한 논의를 반드시 필요로 한다. 따라서 아래에서는 사용자 개념의 확대와 관련한 논의를 살펴본다.⁷⁾

1) 사용자 개념의 확대

-
- 6) 노동쟁의는 노동관계 당사자 사이에 ‘주장의 불일치’라는 상태(자주적 교섭으로 합의의 여지가 없는 상태) 개념이므로, 사용자의 정당한 이유 없는 교섭거부로 단 한 차례의 단체교섭이 이루어지지 않았더라도 주장의 불일치 상태를 인정하여야 한다. 따라서 교섭 횟수의 많고 적음은 상태 개념의 측면에서 볼 때 큰 의미를 갖지 못한다.
 - 7) 장영석, 앞의 논문, 47-52쪽(파견계약관계 부분 제외)을 참고하고 보완하였다.

사용자 개념의 확대와 관련한 논의는 이제 우리에게도 꽤 오래된 익숙한 논의라고 할 수 있다. 그리고 그러한 논의는 사용자 개념을 원청업체 사용자로까지 확대하여, 하청업체 노동자의 노동조건 결정이나 노동과정에 영향력 또는 지배력을 가진 원청업체 사용자를 지배·개입의 부당노동행위 주체로 인정하는 대법원 판결(현대중공업 판결)을 이끌어 내기도 하였다(실질적 지배력설).⁸⁾

나아가 원청업체를 단체교섭의 당사자로도 인정하여야 한다는 주장과 논의도 계속되고 있다.⁹⁾ 이에 대하여 원청업체는 하청업체 노동자에 대하여 단체교섭의 당사자가 될 수 없다는 문제 제기가 있을 수 있다. 그 문제 제기의 취지는 대체로 다음과 같다.

부당노동행위는 실질적인 지배·개입이라는 사실행위로서 얼마든지 발생할 수 있으므로, 노동조건에 대하여 실질적인 지배력을 행사하는 주체로 사용자 개념을 확대할 필요가 있지만, 단체교섭 제도는 단체협약을 통해 노동계약의 내용을 집단적으로 형성·변경할 수 있는 기능과 가능성을 본질로 하므로, 노동자와 사용자 사이의 개별 노동계약관계의 존재 여부와 밀접한 관련성을 가질 수밖에 없고, 또한 단체교섭 제도는 단체교섭질서의 유지를 그 목적으로 한다는 점에서, 지배·개입의 부당노동행위 주체로서 사용자와 단체교섭 당사자로서 사용자는 서로 다르다는 것이다.¹⁰⁾

8) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881(현대중공업 판결)

9) 대표적으로 박수근, “간접고용근로자의 집단적 노동분쟁과 쟁점의 검토”, 『노동법연구』 제24호, 서울대 노동법연구회, 2008. 3, 49쪽에서는, 고용관계 없이도 노무제공을 이용하는 사람 사이에 집단적 노동관계를 인정하려는 목적은, 일정 사항에 관해 단체교섭의무를 그 사람에게 부과하고, 그 사람이 그 의무를 거부하면 노동쟁의 조정, 쟁의행위 그리고 부당노동행위로 연결하기 위함이라고 한다. 한편, 현대중공업 판결이 핵심적으로 참고한 일본 아사히방송(朝日放送) 판결(最高裁 平成7年 2月 28日 平成5(行ツ)17)이라고 할 수 있다. 아사히방송 판결이 원청 사용자의 단체교섭 거부를 부당노동행위로 인정한 사안이라는 점에서도, 대법원은 원청 사용자를 지배·개입의 부당노동행위 주체로만이 아니라 실질적으로 단체교섭의 상대방으로도 인정한다는 전제에서 판결로 나아간 것이라고 해석할 수 있다(강상태, “사내하청에 관한 세 가지 판단 - Browning-Ferris, 현대중공업 그리고 KTX”, 『노동법연구』 제40호, 서울대 노동법연구회, 2016. 3, 68-69쪽).

그러나 “기업이 탈(脫)근로계약화의 방식으로 노동력을 활용하고 있다면, 노동법의 적용이 반드시 근로계약관계의 존재 여부에 고착될 이유가 없다”¹¹⁾는 기본적인 문제의식에서 사용자 개념에 대해 고찰할 필요가 있다. 그리고 노조법 제2조의 정의 규정은 노조법 전체에 적용되는 규정이므로 같은 조에서 정의하는 사용자 개념도 노조법 전체에 적용되고, 따라서 부당노동행위에 관한 제81조의 사용자도 제2조에서 정의하는 사용자의 범주를 벗어날 수 없다.¹²⁾ 또한 하청업체 노동자의 노동조건 결정과 노동과정에 지배력을 가진 원청업체에게 하청업체 노동조합과 단체교섭을 해야 할 의무를 부담 지우는 것이, 하청업체 노동자에게 보장된 단체교섭권의 헌법적 의의에도 부합한다. 따라서 사용자 개념의 확대를 통해 원청업체를 단체교섭의 당사자로 인정할 수도 있다고 생각한다.

-
- 10) 울산지법 2018. 4. 12. 선고 2017가합20070 판결도, 단체교섭에서 사용자는 “적어도 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가할 수 있을 정도로 사용종속관계가 있는지”에 따라 결정된다고 하였는데, 결국 하청업체 노동자와 묵시적 노동계약관계에 있다고 볼 수 있는 원청업체만이 단체교섭의 당사자가 될 수 있다는 것이다(항소심(부산고법 2018. 11. 14. 선고 2018나53149)도 같다. 2020. 8. 현재 상고심(대법원 2018다296229) 계류 중). 위 울산지법 판결에 대한 평석 및 같은 취지의 견해로는 방준식, “단체교섭 당사자로서의 사용자와 부당노동행위 주체로서의 사용자 - 대상판결 : 현대중공업 사건, 울산지방법원 2018. 4. 12. 선고 2017가합20070 판결 -”, 『노동법논총』 제46집, 한국비교노동법학회, 2019. 8. 327-339쪽); 또한 이러한 견해는, 사용자는 노동3권의 다양한 발현 국면에 맞게 탄력적·다면적으로 적용하여야 한다는 견해로서, 현대중공업 판결의 의미를 지배·개입의 부당노동행위 주체로서 사용자 개념의 확대로 제한하고, 단체교섭의 당사자인 사용자로까지 확대할 수 없다는 결론으로 이어지게 된다; 어쨌든 위 판결이 대법원에서 그대로 확정되고 게다가 교섭창구단일화 절차마저 존속된다면, 간접고용 노동자의 단체교섭은 소속 사업장에 간헐 가능성이 크다. 그렇다면 결국 산업별 노동조합 등 초기업별 노동조합과 초기업별 단체교섭을 통해 노동조건 향상을 도모하여야 할 것으로 보인다(산업별 등 초기업별 단체교섭과 교섭창구단일화 절차 등과 관련하여서는 장영석, “단체교섭권 보장과 교섭창구단일화 제도”, 한양대 박사학위논문, 2019. 8., 140-150쪽 참고).
- 11) 윤애림, “노동조합 및 노동관계조정법”의 ‘근로자’와 ‘사용자’, 『민주법학』 제56호, 민주주의법학연구회, 2014. 11, 235쪽
- 12) 박제성, “사내하청의 담론과 해석”, 『노동법연구』 제40호, 서울대 노동법연구회, 2016. 3, 8-9쪽

2) 공동사용자

사용자 개념의 확대와 관련한 많은 논의¹³⁾ 중 눈여겨보아야 할 하나를 꼽으라면 공동사용자(Joint Employer)와 관련한 논의이다.

공동사용자와 관련한 논의의 핵심은, 어느 한 노동자에 대하여 하나의 사용자만이 아니라 다수 사용자가 존재할 수 있음을 전격적으로 인정하고, 다수 사용자 사이의 연대책임을 핵심으로 그들에게 사용자책임을 물을 수 있다는 것이다. 한편 공동사용자 논의와 관련하여 브라우닝-페리스(Browning-Ferris of California Inc.) 사건 결정이 우리의 시선을 끌었다.

브라우닝-페리스 사건 결정에 따르면, 기본적인 고용조건에 관한 사항에 대한 권한을 원고용주와 공유하거나 공동결정하는 사람이라면 누구라도 공동교섭의 상대방이 될 수 있는데, 공동사용자로 인정하는 판단기준은 간접적으로 지배력을 행사하거나 또는 계약서에 적힌 유보된 권한이나 부분적(제한적)이고 관행적인 지배 등을 통해 지배력을 행사하는 즉 제한적, 관행적 또는 간접적 통제권 또는 단순히 보유한(행사하지 않은) 통제기준이라고 할 수 있다. 그 지배를 인정하는 방식이 달라지면 단체교섭의 당사자 범위도 당연히 달라질 수밖에 없다고 할 때, 현대중공업 판결은 브라우닝-페리스 사건 결정이 폐기한 종래의 기준 즉 직접적이고 즉각적인 지배권을 현실적으로 행사할 것을 요구한 판단기준과 흡사하다.¹⁴⁾ 브라우닝-페리스 사건 결정이 우리의 시선을 끌었던 이유는 바로 현대중공업 판결과 대비되는 그 판단기준이었다. 현재 그 판단기준은 미국에서는 폐기되고 말았지만,¹⁵⁾ 여전히 되새겨볼 만한 타당한 판단기준

13) 관련 논의는 참고 문헌 외에도 상당하나, 기존 학설과 판례법리에 대한 검토 및 새로운 법리의 모색과 관련한 글로는 특히 박제성·강성태·김진·신권철·조경배, 『사내하청노동 노동관계의 법해석론』, 한국노동연구원, 2016 참고.

14) 강성태, 앞의 논문, 70쪽

15) 브라우닝-페리스 사건 결정(2015. 8. 27.) 이후 들어선 트럼프 정부는 해당 결정의 판단기준을 폐기하고 종전 기준(직접적이고 즉각적인 통제 기준)으로 되돌아가려는 여러 시도를 하였다. 그 결과 NLRB는 『공동사용자에 대한 최종 결정』(National Labor Relations Board(2020. 2. 25), “NLRB Issues Joint-Employer Final Rule,” Retrived on March 18th, 2020. 시행 2020. 4. 27.)을 발표하였다. 그에 따르면, 사용자사업주들이 공동사용자로 간주되기 위해서는 “고용관계의 핵심조건(essential terms and conditions of employment)”에 대

이라고 생각한다.

3) 소결

사용자 개념의 확대와 관련한 논의로부터 얻은 결론은 다음과 같다.

간접고용 노동자는 그의 노동조건 향상을 위하여, 그의 노동조건 결정이나 노동과정에 직접 또는 간접적으로 지배력을 행사하거나 또는 계약서에 적힌 유보된 권한이나 부분적(제한적)이고 관행적인 지배 등을 통해 지배력을 가진 - 그러나 직접고용관계에 있지 않은 - 확대된 개념의 사용자를 단체교섭의 당사자로 하여 단체교섭을 할 수 있어야 한다(사용자 개념의 확대).

따라서 하청업체 노동자의 노동조건 결정이나 노동과정에 지배력을 가진 원청업체도 하청업체 노동조합과의 단체교섭에서 당사자가 될 수 있어야 한다는 것이다.¹⁶⁾

2. 간접고용에서 노동쟁의 조정의 당사자

— 2020. 6. 조정사건 결정을 중심으로 —

1) 2020. 6. 이전 조정사건 결정 : 사용자 개념 확대의 부정

현대중공업 판결 이후에도 노동위원회는 “사내하청업체 소속 근로자 사이에 직접적인 고용관계”가 있는 자, 즉 “노조법 제29조의 제1항의 ...

한 “실질적인 수준에서의 직접적이고 즉각적인 통제(substantial direct and immediate control)”를 행사한 경우여야만 한다(이 최종 결정에 대해서는 김정명, “미국 프랜차이즈 업체의 공동사용자 지위에 대한 연방 노사관계위원회의 결정”, 『국제노동브리프』 2020년 6월호, 한국노동연구원, 57-62쪽 참고).

16) 원청업체가 하청업체로부터 작업계획서를 제출받아 승인함으로써 작업범위를 확정하고, 특히 하청업체에게 지급되는 도급금액(용역대금)의 증감이 하청업체 소속 노동자의 임금 등 제반 노동조건에 간접으로 영향을 미친다면, 원청업체와의 직접고용관계까지 인정할 수는 없더라도, 위 사항들에 대해서는 원청업체를 교섭의무를 부담하는 (공동)사용자로 인정할 수도 있을 것 같은데, 법원은 그러한 인정에 소극적이다(대법원 2020. 4. 9. 선고 2019도18524(홍익대 사건)).

사용자라 함은 근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자, 즉 근로자와의 사이에 그를 지휘·감독하면서 그로부터 근로를 제공받고 그 대가로서 임금을 지급받는 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자¹⁷⁾만이 노동쟁의 조정에서 사용자라고 하였다.

그럼에도 노동쟁의 조정의 실제에서는, 노동관계 당사자의 자주적인 조정을 조력함으로써 쟁의행위를 예방하고 노동쟁의의 신속·공정한 해결에 노력하여야 한다는 노동위원회에 요구되는 책무(노조법 제49조)와 원청업체의 실질적인 또는 직간접적인 영향력을 고려하여, 노동쟁의 조정의 당사자로 명시되지도 않은 원청업체에게 조정회의 참석, 조정대상에 대한 의견 제출 또는 하청업체와의 의견 조율 등을 요청하거나, 원청업체 사업장에서 원청업체의 의견 청취, 조정회의 개최 등을 통해 원청업체의 관여를 요구하기도 한다. 그러나 이는 원청업체가 노동쟁의 조정의 당사자라는 규범적 판단을 전제한 것은 아니었다.

2) 2020. 6. 조정사건 결정 : 사용자 개념 확대의 긍정

2020. 6. 중앙노동위원회는 노동쟁의 조정에서 사용자 개념의 확대를 긍정하는 첫 결정¹⁸⁾(이하 “2020. 6. 결정”이라고 한다)을 하였다.

중앙노동위원회는 해당 조정사건의 쟁점을 “노동관계 당사자에 해당하느냐”라면서 “단체교섭 당사자로서의 사용자라 함은 ... 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자”라는 판례^(㉠)와 “단체교섭에서의 사용자는 일반적으로 근로계약상의 사용자를 말하는 것이지만 ... 근로계

17) 각각 중노위 2010. 11. 15. 중앙2010조정53, 중노위 2019. 6. 19. 중앙2019조정59·65. 그밖에 충남지노위 2017. 9. 22. 충남2017조정59, 중노위 2019. 6. 20. 중앙2019조정63 등이 있다. 그동안 원청업체를 당사자로 명시한 조정신청이 흔치 않았던 데에는 이러한 노동위원회의 태도가 한몫했을 것이다.

18) 민주노총 공공운수노조, 금속노조, 민주일반노조연맹의 조정신청 사건에 대한 중노위 2020. 6. 1. 중앙2020조정23(한국지역난방공사 등), 같은 날 중앙2020조정24(현대자동차 등), 2020. 6. 4. 중앙2020조정25(환경부, 고양시 등) 결정을 말한다. 세 노동조합이 같은 날에 조정신청을 하였으나, 일반사업장과 공익사업장(세 번째 사건)이 함께여서 조정기간이 달라 결정일도 다른데, 그 의의가 같으므로 하나로 묶어 첫 결정이라고 하였다.

약상 사용자 이외의 사업주도 ... 근로자를 자기의 업무에 종사시키고 그 근로자의 근로조건에 대해서 현실적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는 그 한도 내에서 사용자성이 인정될 수 있”다거나 “근로계약관계의 당사자가 아니더라도 단체교섭의 대상이 되는 근로조건에 관한 사항의 전부 또는 일부에 대하여 구체적·실질적 영향력 내지 지배력을 미치는 자도 단체교섭의 의무를 부담하는 사용자에게 해당 ... 형식적인 근로계약을 맺지 아니한 원청업체들도 ... 실질적인 사용종속관계를 맺고 있는 당사자로서 하수급업체와 중첩적으로 사용자로서 지위에 있다고 인정된다”는 판례(㉒)를 제시하였다.¹⁹⁾ 다만 해당 사건의 자료 검토 결과, 원청업체와 하청업체 소속 노동조합 조합원들과 “직접적인 ... 목시적인 근로계약관계의 성립 여부를 인정하기 어렵”고 또한 “노동조합 조합원의 근로조건을 구체적이고 실질적으로 지배·결정하고 있는지 여부를 사실조사 및 조정회의를 통해 다각적으로 확인하고자 하였으나, 노동조합의 주장에 대한 입증이 부족하여 이를 확인하기 어려웠다”거나 “사실상 지배·결정하는 사용자로 인정하기 어렵다”는 이유로, 노동관계 당사자 사이의 노동쟁의로 단정할 수 없다며 행정지도 결정을 하였다.²⁰⁾

19) 판례(㉑)은 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다40935 판결, 판례(㉒)는 서울남부지법 2007. 12. 10. 선고 2007카합2731 결정과 대구고법 2007. 4. 5. 선고 2006노595 판결이다. 2020. 6. 결정에서는 노동조합의 주장에서 핵심적인 현대중공업 판결이 제시되지 않았다. 그런데 해당 결정이 현대중공업 판결이 지배·개입의 부당노동행위에 관한 사례였으므로 그 판결을 제시하지 않음으로써 그 의미를 둘러싼 논쟁은 피하되, 대신 원청업체를 단체교섭의 당사자로 직접 인정한 판례를 제시한 것으로부터 원청업체가 단체교섭 또는 노동쟁의 조정의 당사자가 될 수 있음을 인정하려고 한 의도를 엿볼 수 있다. 이에 대하여 해당 사건의 쟁점도 아닌 목시적 근로관계와 관련한 판례를 인용하면서 그러한 관계를 인정할 수 없다고 판단하였고, 실질적 지배력과 관련하여 가장 핵심적인 현대중공업 판결은 인용조차 하지 않은 채 입증부족을 이유로 실질적 지배력의 인정 여부에 대한 판단 자체를 회피하였다는 평가도 있다(조연민, “집단지적 노사관계와 사용자 - 공공기관 자회사를 중심으로 -”, 노동법의 미래 ㉒ : 사용자, 2020년 서울대 법학연구소·서울대 노동법연구회 공개학술대회 자료집, 97쪽).

20) 노동위원회는 조정신청 내용이 조정대상이 아니라고 인정되면 그 사유와 다른 해결방법을 알려주어야 하는데(노조법 시행령 제24조 제2항), 당사자적격이 인정되지 않거나, 조정신청 사항이 노동조건 결정에 관한 사항이 아닌 조정신

3) 2020. 6. 결정의 의의와 문제 제기에 대한 검토

가) 의의

2020. 6. 결정의 결론은 원청업체를 하청업체 노동조합에 대하여 단체교섭의무가 있는 단체교섭의 당사자로 인정하기 어렵다는 것이었다.

그럼에도 2020. 6. 결정은, 첫째 간접고용에서 사용자 개념의 확대를 긍정하고 노동쟁의 조정에서도 확대된 사용자 개념을 적용하였다는 점(단체교섭의 측면에서 말하면, 해당 사건에서 원청업체가 하청업체 노동조합에 대하여 단체교섭의 당사자가 될 수도 있음을 긍정한 점), 둘째 그러한 규범적 판단도 조정위원회의 권한(기능)으로 보았다는 점에서 의의가 있다.

나) 의의에 대한 문제 제기와 검토

첫 번째 의의와 관련하여서는, 원청업체는 하청업체 노동자에 대하여 단체교섭의 당사자가 될 수 없다는 문제 제기가 있을 수 있다.

그러나 앞서 본 것처럼, 사용자의 노동력 이용이 탈노동계약화되고 있는 현실에서 사용자 개념이 노동계약의 존재 여부에 고착될 이유는 없는 점, 하청업체 노동자의 노동조건이나 노동과정에 지배력을 가진 원청업체에게 하청업체 노동조합과 단체교섭을 해야 할 의무를 지게 하는 것이 하청업체 노동자에게 보장된 단체교섭권의 헌법적 의의에도 부합한다는 점에서, 이 문제 제기에 동의하기 어렵다.

두 번째 의의와 관련하여서는, 두 가지 측면에서 문제 제기가 있을 수 있다. 그리고 이 문제 제기는 결국 조정위원회는 2020. 6. 결정에서와 같은 판단 자체를 하여서는 안 된다는 결론으로 이어질 수 있으므로, 검토가 필요하다.

① 노동위원회의 조정기능과 판정기능을 구분하면서, 노동쟁의 조정에서 당사자적격에 관한 판단은 규범적 판단이 필요한 판정기능에 속하는 사항으로 조정기능을 담당하는 조정위원회의 권한이 될 수 없다는 문제 제기이다.²¹⁾ 이 문제 제기에서 판정기능은 조정위원회의 조정기능과 대

청이면, 조정위원회의 의결로 행정지도를 할 수 있다(노동위원회규칙 제127조).

비되는 심판위원회의 심판기능을 의미하는 것으로 보이기는 한다. 엄격히 말하면 조정위원회의 판정기능은 심판기능과 달라 사용자에게 어떤 법적 의무를 부여하지는 못한다. 노동쟁의 조정 제도가 조정기간 동안 쟁의행위 금지 외에 노동관계 당사자에게 어떤 법적 의무를 부여할 수 있도록 설계된 제도는 아니어서이다. 그렇더라도 노동쟁의 조정에서 당사자적격 등 이 글의 세 가지 쟁점과 관련한 조정위원회의 판정기능은 조정기능 작동의 전제가 되는 기능이다. 물론 하청업체 노동조합이 조정신청 전에 단체교섭 거부의 부당노동행위 구제신청, 교섭의무 존재 확인의 소(보전 처분으로 교섭 당사자 지위 확인이나 교섭 응락 가처분 등) 등을 통해 원청업체도 단체교섭의 당사자임을 확정짓고 나서 조정신청을 할 수도 있다. 그러나 현행 노조법의 조정체계에서 그러한 확정을 미리 하지 않았다고 하여 노동위원회가 조정신청을 거부할 수는 없다. 따라서 당사자적격 등에 대한 판정기능도 노동위원회에 요구되는 책무(노조법 제49조), 조정절차의 개시의무 등을 이행하여야 하는 조정위원회의 권한에 속한다고 보아야 한다. 그럼에도 규범적 판단이 필요한 사항이라며 조정위원회가 그러한 판정기능을 스스로 회피해 버린다면 조정기능 자체가 작동되지 못하고, 결국 노동쟁의 조정의 목적은 그 의미를 잃어버리고 만다. 그러므로 조정위원회는 구체적 사건에서 판정기능을 통해 당사자적격 등을 판단한 다음, 그 판단에 따라 조정기능을 작동시켜 조정안 제시나 조정 종료(조정중지) 또는 행정지도를 할 수 있어야 한다. 따라서 이 문제 제기에 선뜻 동의할 수 없다. ② 조정위원의 전문성과 공정성에 대한 문제 제기이다.²²⁾ 조정위원의 전문성과 공정성은, 그들의 자격과 능력 등의 제

21) 사단법인 중앙법학연구소(책임연구원 유성재), 『노동위원회 정책연구 포럼』, 중앙노동위원회 용역보고서, 2018. 11., 43쪽

22) 어쩌면 이 문제 제기는, 특히 노사 조정위원의 공정성에 대한 문제 제기일 수도 있다. 그런데 1953년 노동위원회법(노동위원회는 노동쟁의 조정과 중재, 노동조합법에서 정한 사항의 심사 결의 기능 담당) 제정 당시 중요 쟁점 중에는 공익위원의 공정성에 대한 지적이었는데(이흥재, 『노동법 제정과 전진한의 역할』, 서울대학교출판문화원, 2010, 제5장 참고), 그러한 지적이 지금은 완전히 사라졌다고 단언할 수 있을까? 그렇다면 조정위원 전체의 문제로 보고, 그러한 지적의 해소를 노동위원회의 과제로 제시하는 것이 더 적절한 문제 제기라고 생각한다.

고를 통해 확보되어야 한다. 그리고 그 확보는 노동위원회가 쫓아질 과제 중 하나이지, 지금 당장 그러한 문제 제기가 있다고 하여 조정기능 작동의 전제가 되는 판정기능을 부정하는 것은 절대 타당하다고 할 수 없다. 따라서 이 문제 제기에도 쉽게 동의할 수 없다.

다) 실효성에 대한 문제 제기와 검토

2020. 6. 조정사건에서 조정위원회가 원청업체의 당사자자격 여부를 최종 결정으로 판단하였다는 것은 조정기능이 아예 작동되지 못하였다는 것을 의미한다. 그런데 설령 조정위원회가 중간 결정으로 원청업체의 당사자적격을 인정하였더라도 조정기능이 제대로 작동되기를 기대하기 어려울 수 있다. 짐작컨대 원청업체는 단체교섭의 당사자가 아니라며 조정신청 이전까지 교섭에 단 한 번도 나타나지 않을 것이기에, 그리고 조정에 이르러서야 비로소 첫 교섭을 하는 것과 마찬가지로 일 것이기에, 그럴 수 있다. 그러므로 조정기능이 제대로 작동되지 못하고 최종 결정 또는 중간 결정만이 남게 될 조정의 실효성에 문제 제기를 할 수도 있다.

그러나 하청업체 노동조합의 노동쟁의 조정신청이 어떻게 하면 실효성을 가질지에 대한 고민과 해결책의 제시를 우선하지 않은 채, 원청업체가 단체교섭 또는 노동쟁의 조정에서 당사자적격을 부정하고 교섭의무 등을 회피함으로써, 하청업체 노동조합이 노동쟁의 조정 제도를 활용할 수 없게 된, 그러한 결과적 현상에만 주목한 위와 같은 문제 제기는 타당하다고 할 수 없다. 따라서 이 문제 제기에도 동의하기 어렵다.

3. 소결 및 과제

1) 간접고용에서 노동쟁의 조정을 통한 쟁의행위 회피 기회의 부여라는 노동쟁의 조정의 목적을 달성하려면, 간접고용 노동자의 노동조건 결정이나 노동과정에 직접 또는 간접적으로 지배력을 행사하거나 또는 계약서에 적힌 유보된 권한이나 부분적(제한적)이고 관행적인 지배 등을 통해 지배력을 가진 - 그러나 직접고용관계에 있지 않은 - 확대된 개념의 사용자도 노동쟁의 조정에서 당사자가 될 수 있도록 하여야 한다(사용자

개념의 확대).

그런데 사용자 개념의 확대를 해석론에만 맡겨둘 수 없다면, 위와 같이 확대된 사용자 개념을 사용자 정의 규정(노조법 제2조 제2호)에 그대로 반영하는 입법이 필요할 수 있다.²³⁾ 반대로 일본처럼 사용자의 정의 규정을 두지 않기로 하는 즉 사용자 정의 규정을 ‘의도적으로’ 삭제하는 입법을 할 수도 있을 것이다.²⁴⁾

2) 2020. 6. 결정은 확대된 사용자 개념이 노동쟁의 조정에서 노동관계 당사자인 사용자에게도 적용될 수 있음을 긍정하였다는 데에 의의가 있다. 그러나 2020. 6. 결정처럼 조정기능을 제대로 작동시키지도 못한 채 조정절차가 종료될 수도 있다. 그러한 조정절차의 종료는 노동쟁의 조정의 목적이 어긋나는 결과이다. 따라서 2020. 6. 결정은 노동쟁의 조정의 실제에서, 어떻게 하면 판정기능의 작동을 넘어 조정기능도 작동되게 할 수 있을까와 관련하여 다음과 같은 과제를 남겼다고 할 수 있다.

노동위원회는 노동쟁의 조정에서 사용자 개념의 확대와 관련한 사례, 법리 등을 분석하고 판단기준을 도출하여, 그에 따른 업무처리 방침과

23) 현행 노조법의 사용자 정의 규정은 사용자 개념을 정의한 것이 아니라 그 범위를 정한 것에 불과하다. 한편 (확대된) 사용자 개념은 해당 규정 중 사업주와 관련한 해석과 관련 있다. 그러므로 사업주에 관한 해석을 개념화하여 사용자 정의 규정에 그대로 반영하자는 것이다.

24) 장영석, 앞의 논문, 52쪽. 일본에서 사용자의 정의 규정을 두지 않은 이유는, 노동3권의 보호를 위해 그 권리 주체인 노동자의 정의 규정은 필요하지만, 사용자의 범위는 집단적 노동관계의 여러 상황에서 노동자 및 노동조합의 대응 관계에 따라 정해지므로, 굳이 사용자의 정의 규정을 둘 필요가 없기 때문이다(조경배, “사내하도급에서의 원청의 사용자성 - 현대중공업 부당노동행위 사건을 중심으로”, 『노동법연구』 제25호, 서울대 노동법연구회, 2008. 12, 218-219쪽); 한편 단체교섭의 당사자를 특정하지 않는 경우에도 노동자는 경제적, 사회적 지위 향상을 위하여 단결의 자유와 단체행동의 자유를 향유할 수 있어야 하고, 노동조합을 만들었다고 하여 반드시 단체교섭을 해야 하는 것도 아니므로, 노조법에서 노동자와 사용자의 정의 규정을 모두 삭제하는 것이 바람직하다는 견해도 있다(박제성, “근로자, 보편주의적 접근”, 『노동법의 미래 ① : 노동자』, 2019년 서울대 노동법연구회 추계공개학술대회 자료집, 50-52쪽).

기준을 마련하고,²⁵⁾ 노동현장에 널리 안내하여야 한다. 또한, 노동쟁의 조정의 실제에서 그 방침과 기준이 관철될 수 있도록 사용자 개념의 확대에 따른 당사자적격의 판단기준 체크리스트 등을 반영한 조정실무 매뉴얼을 만들고, 그 매뉴얼이 사전조사나 조정위원의 판단에 활용될 수 있도록 하여야 한다. 그리고 조정전문 조사관을 배치하고, 조정위원의 전문성과 공정성을 제고하여야 한다. 이를 통해 간접고용에서도 노동쟁의 조정을 활성화시켜 노동쟁의 조정의 목적이 달성되도록 하여야 한다. 아울러 조정기간이 10일 또는 15일(기간 연장으로 최대 20일 또는 30일)에 불과하므로, 조정신청 전이라도 원활한 조정을 위하여 교섭을 주선하는 등 노동관계 당사자의 자주적인 분쟁 해결을 지원할 필요도 있다(노조법 제53조 제2항).

Ⅲ. 교섭창구단일화 절차

2020. 6. 결정에서는 하청업체 노동조합에 대하여 원청업체의 당사자적격을 인정할 수 있는지만이 쟁점이었다. 따라서 원청업체 사업장 교섭창구단일화 절차에 하청업체 노동조합이 참여할 수 있는지, 그 절차에 참여하지 않았음에도 원청업체를 당사자로 하는 노동쟁의 조정이 가능한지 등 교섭창구단일화 절차와 관련한 쟁점은 아예 드러나지 못하였다.²⁶⁾

25) 중앙노동위원회도 2020. 3. 노동쟁의 조정·중재신청의 당사자로서 사용자성에 관한 사례, 법리 및 판례를 분석하여 적정한 판단기준 도출, 노조법 등의 권리구제에서 당사자적격과 조정·중재신청권자로서 당사자적격을 구분 검토 등을 목적으로 『노동분쟁에서의 당사자 적격 합리화 방안 연구』를 시작하였다고 한다.

26) 해당 결정 사건에서 노동위원회는 원청업체의 당사자적격 여부, 원청업체 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차 이행 여부, 원청업체에게 교섭의무가 있는 교섭사항 즉 조정대상의 범위 등에 대해 사전 검토를 하였을 것으로 보인다. 그러나 해당 사건은 첫 번째 쟁점에서 종결되었으므로 두 번째와 세 번째 쟁점을 굳이 언급할 필요가 없었을 것이다. 그렇지만 조정위원회의 재량으로 가능한 권고사항을 덧붙여 특정 사항에 대하여 원청업체의 관여를 주문한 것으로부터, 그러한 사전 검토 가능성을 추정할 수 있다.

그런데 하청업체 노동조합에 대하여 원청업체가 단체교섭의 당사자로 인정되면, 이제 단체교섭과 노동쟁의 조정에서 교섭창구단일화 절차와 관련한 쟁점이 뒤따라 드러날 수밖에 없다. 그 쟁점은 구체적으로, 하청업체 노동조합의 교섭요구에 원청업체가 단체교섭의 당사자임을 스스로 인정하면서도 원청업체 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차 이행을 거부할 수 있는가, 하청업체 노동조합이 원청업체 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차에 참여하지 못하였는데, 하청업체 노동조합이 원청업체를 노동쟁의 조정의 당사자로 명시한 조정신청에서 노동위원회는 그 절차를 거치지 않았다고 조정을 거부할 수 있는가 등이다.

한편 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차는, 헌법의 규정과 규범체계, 단체교섭권의 헌법적 보장의 의의 등에 비추어 노동자의 단체교섭권을 본질적으로 침해할 뿐만 아니라, 교섭창구단일화 제도 시행 이후 노동3권 침해라는 제도 운영의 실재를 더하여 보면, 헌법적 정당성을 인정하기 어려우므로 폐지되어야 할 절차이다.²⁷⁾ 그런데도 실제하는 현행 제도이므로 아래에서는 그 실재를 전제로 살펴본다.

1. 간접고용에서 교섭창구단일화 절차

1) 교섭창구단일화 절차에서 노동관계 당사자

노동쟁의는 노동조합과 사용자 또는 사용자단체(노동관계 당사자) 사이의 분쟁이라는 노동쟁의 정의 규정과 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차를 강제하고 교섭대표노동조합을 노동조합으로 보는 규정(제29조 제2항, 제29조의2부터 제29조의5)을 더하여 보면, 노동조합은 사업장 교섭단위에서 교섭요구 노동조합으로 확정 공고된 노동조합,²⁸⁾ 또는 교섭대표노동조합 결정절차를 거친 교섭대표노동조합(공동교섭단 포함)을 말한

27) 장영석, 앞의 논문, 35-47쪽. 2020. 2. 민주노총과 소속 조직에서 교섭창구단일화 제도에 대해 위헌소송을 제기하였고(노조법 제29조 제2항 등 위헌확인(2020헌바235)), 2020. 8. 현재 심리 중이다.

28) 교섭요구 노동조합으로 확정 공고된 노동조합으로서 단수노동조합 또는 사용자의 동의로 개별교섭을 하게 된 각 노동조합(복수의 노동조합)을 말한다.

다.²⁹⁾ 그리고 사용자는, 해당 사업장 교섭단위의 사용자이다(사용자단체는 그 사용자의 단체이다).

사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차에서 교섭단위와 관련하여, 사업이란 경영상 일체를 이루는 기업체 그 자체를 말하며, 경영의 일체를 이루면서 유기적으로 운영되는 기업조직은 하나의 사업이라거나, 사업장은 장소적으로 분산된 사업의 하부조직이라는 이해³⁰⁾에 따르면, 또한 교섭창구단일화 절차는 복수의 노동조합 사이의 창구단일화 절차로서 이미 하나의 사용자를 전제하는 것이라는 이해³¹⁾에 따르면, 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차는 결국 직접고용 노동자의 노동조합과 그 노동자를 직접고용한 (하나의) 사용자와의 기업별 교섭만을 ‘법제도적으로 또는 사실상’ 강제한다.³²⁾ 그렇다면 간접고용 노동자의 노동조합과 확대된 개념의 사용자와의 단체교섭에서 교섭창구단일화 절차는 어떻게 이행되어야 하는지에 관한 문제가 발생할 수밖에 없다.

29) 고용노동부는, 교섭창구단일화 절차에 참여할 수 있는 노동조합은 해당 교섭단위의 사용자에게 직접고용된 노동자가 가입한 법내노동조합(설립신고를 마친 노조법상 노동조합)이라고 한다(고용노동부, 『사업(사업장) 단위 복수노조 업무 매뉴얼』, 2010. 12., 9쪽).

30) 대법원 1993. 10. 12. 선고 93다18365 판결.

31) 복수노조가 독자적인 단체교섭권을 행사할 경우 발생할 수 있는 노동조합 간 혹은 노동조합과 사용자 간 반목·갈등, 단체교섭의 효율성 저하 및 비용증가 등의 문제를 효과적으로 해결함으로써 효율적·안정적인 단체교섭 체계를 구축하려는 것이 창구단일화 제도의 주된 목적이라면(대법원 2017. 10. 31. 선고 2016두36956 판결), 결국 사업장 교섭단위에서 단체교섭 당사자인 사용자는 하나일 수밖에 없다(교섭단위 분리에 따라 분리된 교섭단위별 사용자(=분리 전 사용자)도 하나일 수밖에 없다).

32) 이승욱, “교섭창구단일화제도 시행 3년의 평가와 제도 개선 방향”, 『노동법포럼』 제14호, 노동법이론실무학회, 2015. 2., 25쪽 이하에서는, 교섭단위는 교섭구조와 직접적인 관계는 없다고 하면서도 현실적으로는 교섭구조에 영향을 미칠 수밖에 없고, 다른 형태의 교섭구조에 대하여 제도적 배려가 이루어지지 않으면, 현행 제도는 기업별 교섭을 “사실상” 조장(강제)하는 결과(효과)를 발생시킨다고 하였다. 경제사회노동위원회 노사관계제도·관행개선위원회, 『ILO 기본협약 비준을 위한 노사관계제도·관행 개선 방향에 관한 공익위원 입장』 (2019. 4. 15.), 7쪽에서는 ‘법에 의해 기업별 교섭구조를 사실상 부과하는 효과’라고 표현하고 있다.

2) 간접고용에서 교섭창구단일화 절차

앞서 본 것처럼 간접고용 노동자의 노동조건 결정이나 노동과정에 지배력을 가진 확대된 개념의 사용자는, 간접고용 노동자의 노동조합과 단체교섭을 하여야 한다(사용자 개념의 확대). 즉 확대된 개념의 사용자도 단체교섭의 당사자가 될 수 있어야 한다.

그리고 위에서 본 것처럼 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차는, 하청업체 노동자에게 그를 직접고용한 사용자와의 기업별 교섭만을 법제도적으로 또는 사실상 강제한다. 그렇다면 결국 원청업체 사업장 교섭창구단일화 절차에 참여할 수 없게 된 하청업체 노동조합은 확대된 개념의 사용자(원청업체)와 교섭창구단일화 절차를 거쳐 원청업체와 단체교섭을 할 수 없게 된다. 그래서인지 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차의 시행 이후, 간접고용 노동자의 노동조합이 확대된 개념의 사용자의 사업장 교섭창구단일화 절차를 거쳐, 둘 사이에 단체교섭이 진행된 사례를 현재까지 확인할 수 없었다.

이처럼 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차가 하청업체 노동자에게 그를 직접고용한 사용자와의 기업별 교섭만을 법제도적으로 또는 사실상 강제한다면, 사업장 교섭창구단일화 절차를 직접고용을 전제로 하는 기업별 교섭에만 적용하는 절차로 이해하여야 한다. 그러한 이해에 따라 하청업체 노동자(노동조합)와 확대된 개념의 사용자와의 단체교섭은, 그 사용자의 사업장 교섭창구단일화 절차를 거치지 않고도 가능하다고 하여야 한다. 간접고용 노동자의 단체교섭권 최소 침해를 위한 그 어떠한 절차나 제도도 마련하지 않고서, 직접고용관계를 전제로 하는 사업장 교섭창구단일화 절차의 미이행(실제로는 이행 불가능한)을 이유로, 간접고용 노동자와 확대된 개념의 사용자 사이의 단체교섭을 제한 금지하는 것은, 간접고용 노동자의 단체교섭권을 본질적으로 침해하기 때문이다.³³⁾

정리하면, 간접고용 노동자의 노동조합이 확대된 개념의 사용자의 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차에 참여하는 것이 법제도적으로 또는 사실상 불가능하다면, 간접고용 노동자의 노동조합은 확대된 개념의 사용

33) 장영석, 앞의 논문, 53쪽(파견 노동자에 관한 논의와 같다).

자의 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차에 참여하지 않고도 그 사용자와 단체교섭을 할 수 있어야 한다.³⁴⁾ 따라서 하청업체 노동조합은 확대된 개념의 사용자로 인정된 원청업체 사업장 교섭창구단일화 절차에 참여하지 않고도 원청업체와 단체교섭을 할 수 있다는 것이다.

2. 간접고용에서 노동쟁의 조정과 교섭창구단일화 절차

1) 문제의 소지

노조법 제29조의5는 교섭대표노동조합이 조정신청을 하도록 정하고 있다. 그런데 2020. 6. 결정 사건에서처럼 원청업체는 단체교섭의 당사자가 아니라며 하청업체 노동조합의 교섭요구에 응하지 않을 가능성이 매우 크다. 설령 사용자 개념의 확대로 원청업체가 사용자로 인정되더라도, 교섭창구단일화 절차가 법제도적으로 또는 사실상 직접고용관계를 전제로 하는 기업별 교섭을 강제한다면, 원청업체는 하청업체 노동조합의 교섭요구가 있더라도 자기 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차를 진행하지 않을 것임은 불 보듯 뻔하다. 2020. 6. 결정 사건에서도 그러하였다.

2) 간접고용에서 노동쟁의 조정과 교섭창구단일화 절차

하청업체 노동조합이 원청업체를 당사자로 명시한 노동쟁의 조정신청을 한다면, 담당 조사관은 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차가 진행되었는지를 조사하여 조정위원회에 보고하게 될 것이다. 이때 하청업체 사업장 교섭창구단일화 절차가 진행되었는지는 의미 없고, 원청업체 사업장 교섭창구단일화 절차가 진행되었는지가 의미 있다. 하청업체 노동조합의 교섭요구 상대방은 원청업체이기 때문이다.

34) 현행 교섭창구단일화 절차는 직접고용 노동조합과 사용자 사이의 기업별 교섭에만 적용된다. 따라서 교섭창구단일화 절차에서 예외적인 제도, 즉 하나의 사업장 교섭단위에는 하나의 교섭단위여야 한다는 것의 예외인 교섭단위 분리 제도나, 사용자의 동의로 특정 교섭에는 창구단일화 절차를 적용하지 않는 절차 적용 자체의 예외인 개별교섭 제도를 통해, 하청업체 노동조합과 원청업체가 교섭하는 것도 불가능하다.

그런데 원청업체 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차에 하청업체 노동조합이 법제도적으로 또는 사실상 참여할 수 없어서 결국 그 절차가 진행되지 못하였음에도, 노동위원회는 고용노동부의 태도대로 노동쟁의 조정에서 하청업체 노동조합의 당사자적격을 인정하지 않으려고 할 수도 있다. 그러나 앞서 본 것처럼 하청업체 노동조합은 확대된 개념의 사용자로 인정된 원청업체 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차에 참여하지 않고도 원청업체와 단체교섭을 할 수도 있다. 따라서 하청업체 노동조합이 원청업체 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차에 참여하지 못하였다 라도, 노동쟁의 조정에서는 하청업체 노동조합의 당사자적격을 인정하여 조정절차를 진행하는 것이 타당하다.

그럼에도 원청업체 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차를 거친 노동조합에게만 노동쟁의 조정에서 원청업체에 대하여 당사자적격이 인정된다면, 그 절차에 참여할 수 없는 하청업체 노동조합은, 확대된 개념의 사용자로 인정된 원청업체와의 단체교섭 이후 노동쟁의 조정절차를 거치지 않고도 쟁의행위를 할 수 있어야 한다. 이때 조정전치주의 위반을 이유로 그 쟁의행위의 정당성이 부정되지 않음은 당연하다고 할 것이다.

3. 소결 및 과제

1) 간접고용 노동자는 그의 노동조건 결정이나 노동과정에 직접 또는 간접적으로 지배력을 행사하거나 또는 계약서에 적힌 유보된 권한이나 부분적(제한적)이고 관행적인 지배 등을 통해 지배력을 가진 - 그러나 직접고용관계에 있지 않은 - 확대된 개념의 사용자를 상대로도 단체교섭을 할 수 있어야 한다.

그리고 간접고용에서 노동쟁의 조정의 목적을 달성하려면, 노동쟁의 조정에서도 사용자 개념의 확대가 긍정되어야 한다.

2) 그런데 확대된 개념의 사용자의 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차에 간접고용 노동자의 노동조합이 참여하는 것이 법제도적으로 또는 사실상 불가능하고, 따라서 그 절차가 이행되지 못하였는데도, 그 절차의

미이행(실제로는 이행 불가능한)을 이유로 간접고용 노동자의 노동조합이 노동쟁의 조정에서 당사자가 될 수 없다면, 결국 그들 사이의 노동쟁의 조정은 교섭창구단일화 절차 때문에 불가능하게 되고 만다. 그렇게 되면 노동쟁의 조정의 목적은 간접고용에서는 아무런 의미를 가질 수 없게 된다.

따라서 첫째 현행 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차를 폐지하여야 한다. 둘째 현행 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차를 유지한 채 간접고용에서 노동쟁의 조정의 목적을 달성하려면, 먼저 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차는 직접고용을 전제로 하는 기업별 교섭에만 적용됨을 명시하는 입법이 필요할 수도 있다. 그에 따라 간접고용 노동자의 노동조합과 확대된 개념의 사용자와의 단체교섭 및 노동쟁의 조정은 교섭창구단일화 절차를 거치지 않고도 가능하도록 제도 운영을 하여야 한다.

나아가 직접고용 사업장 교섭단위를 넘어 확대된 개념의 사용자와의 단체교섭이 가능한 교섭단위의 확정에 대한 검토 및 그에 따른 제도 마련, 그렇게 확정된 교섭단위 교섭창구단일화 절차를 규율할 수 있는 제도 마련 등이 필요하다.

IV. 노동쟁의 조정대상

노조법은 설립신고를 마친 노조법상 노동조합만이 노동쟁의 조정신청을 할 수 있도록 정한 점(제7조 제1항),³⁵⁾ 노동쟁의 정의 규정의 발자취로부터 알 수 있듯이 쟁의행위대상(제2조 제6호)보다 노동쟁의 조정대상을 좁게 정의하고 있는 점을 보면,³⁶⁾ 노동쟁의 조정의 행정 서비스적 성격을 쉽게 이해할 수 있다. 그렇다면 노동쟁의 조정(조정전치주의)과 쟁

35) 노동쟁의 조정의 목적을 달성하려면, 설립신고를 마친 노조법상 노동조합(법내노동조합)만이 아니라 법외노동조합도 노동쟁의 조정신청을 할 수 있도록 할 필요가 있다. 그러려면 법외노동조합만 노동쟁의 조정신청을 할 수 있게 한 노조법 제7조 제1항도 개정되어야 한다.

36) 노동쟁의 조정대상을 직접 정한 규정은 없다. 그러나 노동쟁의 정의 규정에서 그 대상을 정한 것으로 볼 수 있다.

의행위의 정당성을 연결 지어서는 곤란한데도 한동안 노동쟁의 조정대상이 아닌 사항으로 쟁의행위를 하였을 경우, 그 쟁의행위의 정당성이 부정되기도 하였다.³⁷⁾ 그에 따라 노동쟁의 조정의 실체는 노동쟁의 조정의 목적에 어긋나는 모습을 보여주기도 한다. 그런데 그러한 실체가 도리어 노동쟁의 조정대상을 단체교섭대상 또는 쟁의행위대상과 일치시켜야 한다는 주장의 근거가 되기도 한다.

1. 관련 규정

1) 관련 규정의 발자취 : 조정대상의 축소

1953. 3. 구 노동쟁의조정법 제정 이후 노동쟁의 정의 규정의 내용은 일부 용어의 변경 외에 그대로 유지되다가 해당 법률이 폐지되면서 커다란 변화가 있게 된다. 그 폐지 법률의 “임금·근로시간·후생·해고 기타 대우 등 근로조건에 관한 ... 주장의 불일치”는 현행 노조법에서 “임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치”로 바뀌어 현재에 이르고 있다.³⁸⁾

37) 대법원 2000. 10. 13. 선고 99도4812 판결은, 조정절차를 거치지 않은 쟁의행위이더라도 무조건 그 정당성이 부정될 것은 아니라고 하면서도, 그 위반행위로 말미암아 사회·경제적 안정이나 사용자의 사업 운영에 예기치 않는 혼란이나 손해를 끼치는 등 부당한 결과를 초래할 우려가 있는지 등에 따라 정당성 유무를 판단하여야 한다고 하였다. 현행 노조법에서 조정전치주의의 목적에 그러한 우려의 방지가 포함되어 있다고 볼 수는 없다는 비판 등이 판결에 대한 평석으로 박종희, “조정전치주의의 이론적 기초와 운용방향”, 『노동법학』 제14호, 한국노동법학회, 2002. 6, 218-219쪽 참고.

38) [노동쟁의조정법 1953. 3. 8. 제정] 제2조(노동쟁의의 정의) 본법에서 노동쟁의라 함은 근로관계 당사자 간의 임금, 근로시간, 후생, 해고 기타 대우 등 근로조건에 관한 주장의 불일치로 인한 분쟁상태를 말한다.

[노동쟁의조정법 1987. 11. 28. 개정] 제2조(노동쟁의의 정의) 이 법에서 노동쟁의라 함은 임금·근로시간·후생·해고 기타 대우 등 근로조건에 관한 노동관계 당사자 간의 주장의 불일치로 인한 분쟁상태를 말한다.

[노조법 1997. 3. 13. 제정] 제2조(정의) 5. “노동쟁의”라 함은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체(이하 “노동관계 당사자”라 한다) 간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발

현행 노조법에서 노동쟁의를 ‘근로조건의 결정’에 관한 분쟁상태라고 정의함으로써 ‘근로조건의 결정’에 관한 사항 즉 이익분쟁에 관한 사항만이 노동쟁의 조정대상이 된다는 것을 명확히 하였다. 권리분쟁에 관한 사항을 조정대상에서 제외하려는 목적에 충실한 정의라고 할 수 있다. 그렇게 권리분쟁에 관한 사항을 조정대상에서 제외함으로써 구 노동쟁의 조정법보다 조정대상을 축소하였다.

그런데 당시의 입법 취지를 통해서는 그러한 축소 변화의 이유를 확인할 수는 없었다. 다만 구 노동쟁의조정법 아래에서 노동쟁의 조정대상에 관한 판례의 혼란이 있었는데, 그 혼란 속에서 직권중재대상을 명확히 하려는 목적에 따른 변화라는 주장을 정리하면 다음과 같다.³⁹⁾

구 노동쟁의조정법의 노동쟁의 개념에서 ‘근로조건’에 관한 분쟁에는 이익분쟁과 권리분쟁(체불임금 청산, 해고자 복직, 단체협약 이행, 부당노동행위 구제 등)도 포함된다는 판례는, 권리분쟁 등의 사항이 노동쟁의 조정대상이 되어 공익사업의 직권중재대상이 된다고 하였다. 그렇게 함으로써 직권중재 위반의 쟁의행위에 형사책임을 인정하기 위함이었다. 그런데 또 다른 판례는, 노동쟁의 조정대상은 노동계약관계에서 노동자의 대우에 관한 사항에 한정될 뿐 노동조합 전임자에 관한 사항은 그 대상이 아니라고도 하였다. 그렇게 함으로써 중재제정에 노동조합 전임자에 관한 사항이 담겨 있음을 위법 무효라고 판단하기 위함이었다.⁴⁰⁾ 이러한 판례의 일치되지 않는 태도를 정리하고 그 대상을 명확히 하기 위해 노조법에 그 대상을 명시하였다는 것, 다시 말해 당시 조정체계에서 노동위원회가 직권 개시하는 직권중재 제도가 존재하였으므로 강제적인 직권중재 개시 대상을 명확히 할 필요에 따라 그 대상을 명시하였다는 것이다. 그

생한 분쟁상태를 말한다. 이 경우 주장의 불일치라 함은 당사자 간에 합의를 위한 노력을 계속하여도 더 이상 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없는 경우를 말한다.

39) 김홍영, “노동쟁의조정에서의 조정전치주의의 검토”, 『법학연구』 제13권 제1호, 충남대 법학연구소, 2002. 12, 244-245쪽

40) 앞의 판례로는 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357, 대법원 1990. 9. 28. 선고 90도602, 대법원 1991. 3. 29. 선고 90도2528(구 서울지하철공사 사건), 뒤의 판례로는 대법원 1996. 2. 23. 선고 94누9277(한발택시 사건)이 있다.

런데 결과적으로 조정(調停)의 대상마저도 축소되고 말았다는 것이다.

2) 조정대상 축소의 결과적 의미 : 단체교섭대상(쟁의행위대상)의 축소

위와 같은 조정대상의 축소 정의가 단체교섭대상, 즉 헌법 제33조 제1항과 노조법 제29조에서 단체교섭권을 보장한 취지에 비추어, 일반적으로 노동조합 구성원인 노동자의 노동조건 기타 노동자의 대우 또는 단체적 노동관계에 관한 사항으로서 사용자가 처분할 수 있는 사항⁴¹⁾의 축소까지 의도하였는지는, 당시의 입법 취지를 통해서도 확인할 수 없었다. 그러나 아래의 결과적 의미는 지금도 되짚어볼 만하다.⁴²⁾

판례나 행정해석에 따르면, ‘근로조건의 결정’에 관한 사항=의무적 교섭사항=쟁의행위대상=조정대상’으로 이해하고 있다. 이는 노조법에 의무적 교섭사항 및 쟁의행위대상의 구체적 기준 또는 한계를 정한 규정은 없지만, 조정대상이 되는 사항을 정한 노동쟁의 개념에서 ‘근로조건의 결정’에 관한 사항으로 조정대상을 한정하고, 결국 그것을 쟁의행위대상, 단체교섭대상으로 동일시하려는 것이다. ‘근로조건의 결정’에 직접 해당되지 않는다는 이유로 권리분쟁 사항, 본질적 내지 핵심적 인사경영 사항, 조합활동 사항(전임자, 조합비공제, 교섭절차 등)에 관해, 사용자에게는 교섭의무가 없으니 굳이 교섭에 임하지 않아도 법적 책임을 지지 않으며, 반대로 노동조합에게는 그러한 사항을 관철하기 위하여 쟁의행위를 하면 정당한 쟁의행위가 되지 않으므로 민사 또는 형사책임을 지워야 한다는 메시지를 전달하는 것이다.⁴³⁾

41) 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003두8906 판결.

42) 김홍영, “노동위원회의 노동쟁의조정 대상의 확대”, 『노동법연구』 제19호, 서울대 노동법연구회, 2005. 12, 33-34쪽. 같은 글 33쪽에서는 현행 노조법 개정은, 단지 조정대상을 축소하려는 데에 그치지 않고, (정당한) 쟁의행위대상, (사용자에게 교섭의무가 있는) 단체교섭대상을 축소하려는 데에 본래의 의도가 있다고 한다.

43) 다만 현재에 이르러서는 단체적 노동관계에 관한 사항에 대한 그러한 메시지(의도)는 상당히 퇴색되었다고 보아도 될 것 같다. 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003두8906 판결 등 여러 판결이 단체적 노동관계에 관한 사항도 단체교섭대

2. 조정대상의 재검토

1) 판례

노동쟁의 조정의 실제에서 조정대상인지 아닌지 주로 논란이 되는 경우는, 단체교섭대상인 단체적 노동관계에 관한 사항이 조정의 주된 쟁점 사항 중 일부 또는 전부일 경우이다.

판례는, 노동조합 전임자 및 근무시간 중 조합활동, 시설 및 편의제공, 출장 취급에 관한 부분은 노동조건 이외의 사항으로서 이에 관한 노동관계 당사자 사이의 주장 불일치는 노동쟁의라고 할 수 없고, 따라서 이를 중재재정의 대상으로 할 수 없다고 하여 노동쟁의 조정대상을 좁게 해석하면서도, 다만 중재절차는 노동쟁의의 자주적 해결과 신속한 처리를 위한 넓은 의미의 노동쟁의 조정절차의 일부분이므로, 노사관계 당사자 모두가 합의하여 단체협약의 대상이 될 수 있는 사항에 대하여 중재해 줄 것을 신청한 경우이거나 이와 동일시할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 노동조건 이외의 사항에 대하여도 중재재정을 할 수 있다고 한다.⁴⁴⁾ 이러한 판례는, 노동쟁의 조정대상이 아닌 사항에 대해서도 조정대

상으로 인정하고 있고, 헌법에서 노동3권을 보장하는 취지는 노동자가 사용자와 대등한 지위에서 단체교섭을 통해 자율적으로 단체협약을 체결할 수 있도록 하여 노동조건에 관한 노사의 실질적 자치를 실현하기 위함이므로, 노동3권을 보다 더 구체적으로 보장하기 위해 제정된 노조법도 노사 사이의 협약 자치를 인정하고 존중하는 취지를 실현하기 위한 규정 체계를 마련하면서 단체교섭 및 단체협약에 관한 여러 사항을 규율하고는 있지만, 단체협약에 어떤 내용을 포함시켜야 한다거나 어떤 내용은 포함되지 않아야 한다는 등의 규정을 두지 않음으로써, 노사가 단체협약의 구체적인 내용을 단체교섭을 통해 자치적으로 정할 수 있도록 하였다는 대법원(전원합의체) 2020. 8. 27. 선고 2016다248998 판결의 취지를 보태면, 더욱더 그러하다.

- 44) 대법원 2003. 7. 25. 선고 2001두4818 판결은, 기존 단체협약에는 조합활동에 관한 조항이 포함되어 있었고, 사용자는 임금 등 노동조건에 관한 사항과 함께 조합활동에 관한 사항을 포함하여 교섭을 진행했을 뿐 아니라, 중재절차에서 조합활동에 관한 사항이 중재대상에서 제외되어야 한다는 의사를 밝힌 적이 없고, 오히려 조합활동 중 일부 조항의 개정에 관하여 적극적으로 의사를 밝혔으며, 조합활동에 관한 중재조항 중 사용자의 의사대로 기존 단체협약 내용이 유지된 부분에 대하여는 중재대상이 되지 않음을 들어 문제로 삼지 않

상으로 할 수 있음을 인정하고 있는데, 이는 단체적 노동관계에 관한 사항도 법해석상 또는 사실상 단체교섭대상 및 조정대상(판례에서 중재제정의 대상)으로 다루어지고 있다는, 단체교섭 등의 실재를 반영한 것으로 이해할 수 있다.

그런데 판례에 따르면, 사용자가 단체교섭에서 단체적 노동관계에 관한 사항에 대하여 어떤 주장도 내놓지 않거나 하여 결국 주장의 불일치가 있게 되는 경우, 노동위원회는 단체교섭대상 중에서도 노동쟁의 조정대상이 무엇인지를 구별해서 조정을 하여야 한다. 또한 판례에 따르면, 위와 같이 노동쟁의 조정대상이 아닌 사항에 대해서도 조정을 할 수 있는 극히 특별한 경우가 아니면, 노동조합은 노동쟁의 조정대상이 아닌 단체교섭대상에 대하여는 조정 서비스를 받을 수 없게 될 수도 있다.

2) 조정대상과 조정의 실제

노동쟁의 정의 규정과 판례의 태도로 말미암아 노동쟁의 조정의 실제에서는 노동쟁의 조정의 목적에 어긋나는 모습이 발견되기도 한다. 다음과 같은 모습을 예로 들 수 있다.

노동조합이 노동쟁의 조정대상이 아닌 사항과 관련한 쟁의행위의 정당성 논란을 피하고자, 개별적 노동관계에 관한 사항은 노사 사이에 자주

고 있는데, 이는 직권으로 이루어진 중재절차에서 노사관계 당사자 모두가 조합활동에 관한 사항에 대하여 중재해 줄 것을 신청한 경우와 동일시할 수 있는 사정에 해당한다고 하였다. 반면 이 판결의 원심인 서울고법 2001. 5. 11. 선고 2000누13251 판결은, 단체교섭의 대상 사항에는 좁은 의미의 노동쟁의에 포함되는 노동조건에 관한 사항뿐 아니라 노동조합 전입자·유니언샵·조합비 공제제도·노동조합 사무실과 게시판 제공·취업시간 중 조합활동 등 노동조합활동을 위한 편의제공에 관한 사항, 단체교섭절차에 관한 사항, 쟁의행위 게시절차에 관한 사항, 조정·중재에 관한 사항 등 집단적 노동관계의 운영에 관한 사항이 널리 포함되는데, 강제중재의 대상을 좁은 의미의 노동쟁의에 포함되는 노동조건에 관한 사항으로만 제한한다면, 단체교섭을 통하여 단체협약을 성사시킬 수 있는 사항 전부에 관한 것이 아니라, 그 일부 사항에 관하여만 대상조치를 마련한 채 헌법이 보장한 단체행동권을 제한함으로써 헌법에 위반하는 것이 아닌가 하는 의심이 있으므로, 강제중재의 대상은 좁은 의미의 노동조건에 관한 사항뿐만 아니라, 집단적 노동관계의 운영에 관한 사항을 포함하는 것으로 넓게 해석하여야 한다고 하였다.

적으로 합의에 이를 수 있음에도, 일부러 단체적 노동관계에 관한 사항과 묶어 주장의 불일치가 있다며 조정신청을 하기도 한다. 사용자가 그러한 조정신청에 시비 걸지 않으면 조정을 진행하여 조정안(서)에 단체적 노동관계에 관한 사항까지를 넣기도 한다.⁴⁵⁾ 만약 조정이 성립되지 않으면 노동조합은 개별적 노동관계에 관한 사항에 대한 조정이었음을 강조하며 쟁의행위의 정당성을 주장하게 된다. 한편 사용자가 그러한 조정신청에 시비 걸더라도 사용자를 설득하여 조정을 진행하기도 하지만, 사용자가 계속 시비 걸면 조정기간 중에 단체적 노동관계에 관한 사항에 대하여는 노사가 자주적으로 해결하도록 별도의 교섭을 촉구하기도 한다. 이처럼 노사 사이에 자주적으로 해결되지 않아 조정신청에 이른 사항을 자주적으로 해결하도록 촉구하는 아이러니한 상황이 발생하기도 한다.

사용자의 시비 여부와 상관없이 단체적 노동관계에 관한 사항은 조정대상이 아니라고 이해하는 조정위원은, 특히 노동조합에게 양보를 요구할 때 그러한 이해를 활용하기도 한다.⁴⁶⁾ 예를 들어 단체적 노동관계에 관한 사항은 조정대상이 아니므로 그 사항에 대하여는 조정을 할 수 없다거나 행정지도를 할 수도 있다고 말하는 등으로 그 사항을 중요하게 여

45) 조정위원회가 제시한 조정안에 노사가 모두 수락의 의사표시를 하면(조정성립) 그 조정안은 조정서가 되고, 그 조정서의 내용은 단체협약과 동일한 효력이 있다(노동법 제60조, 제61조). 노동쟁의 조정의 실제에서, 노사 모두 또는 어느 일방이 조정안 제시 자체를 반대하거나 조정안 제시가 향후 교섭에서 노사 모두에게 도움이 되지 않을 것으로 판단되면, 조정안 제시 없이 조정종료(조정중지) 결정을 한다. 그런데 조정안 제시가 향후 교섭에서 노사 모두 또는 어느 일방에게 도움이 될 것으로 판단되면, 노사 모두 또는 어느 일방의 조정안 수락 의사가 명백하지 않더라도 조정안을 제시할 수 있을 것이다.

46) 물론 그와 달리 이해하는 조정위원도 있다. 예를 들어 중노위 2016. 2. 23. 중앙2016조정5 조정사건에서는, 적정 근로시간면제시간(무급 전임자 포함)에 관한 사항에 대해 조정을 통한 합의를 시도하다가 당사자 사이에 주장의 차이가 커 조정안을 제시하지 않기로 하면서도, 노동조합이 성실한 단체교섭 등을 진행하는 데 필요한 적정 근로시간면제시간(무급 전임자 포함)을 사용할 수 있도록 허용할 것을 사용자에게 권고하는 주문을 담은 조정중지 결정이 있었다(참고로 해당 사건의 사용자는, 단체협약의 해지 이후에도 노동조합의 약체화를 노려 조합활동의 기초가 되는 노동조합 전임자 등 기본적인 편의제공에 대한 동의를 거부하였고, 그 거부 행위는 부당노동행위라는 판정을 받았다(중노위 2017. 2. 10. 중앙2016부노202. 소 취하 확정)).

기는 노동조합을 곤란한 상황에 놓이게 하고는, 노동조합에게 일정한 양보를 요구하는 조정을 진행하는 것이다. 그러면 쟁의행위로 나아가지 않고 조정절차에서 모든 주장의 불일치 사항이 해결되기를 바라는 노동조합은 일정한 양보를 고려할 수밖에 없다.

노동쟁의 정의 규정과 관례의 태도가 사용자의 시비 여부나 조정위원의 이해에 영향을 미친 결과, 위와 같은 모습으로 조정이 진행되기도 한다. 또한 조정절차에서 모든 분쟁이 해결되기를 바라는 노동조합에게 상대적으로 많은 양보가 강제될 우려도 없지 않아 있다. 그런데 위와 같은 모습은 노동쟁의 조정을 통한 쟁의행위 회피 기회의 부여라는 노동쟁의 조정의 목적에 비추어, 바람직한 모습이라고 할 수는 없다.

3) 조정대상의 재검토 : 조정대상의 확대

노동쟁의 조정을 통한 쟁의행위 회피 기회의 부여라는 노동쟁의 조정의 목적을 달성하기 위해서는 노동쟁의 조정대상을 넓혀야 한다.

이익분쟁과 권리분쟁, 개별적 노동관계에 관한 사항과 단체적 노동관계에 관한 사항을 각각 구별하여, 그 중 일부를 조정대상에서 배제하는 것은 노동쟁의 조정의 목적에 비추어 타당하다고 하기 어렵다.⁴⁷⁾ 그리고 노동쟁의 조정의 목적에 비추어, 쟁의행위의 목적이 되는 사항 즉 노동관계 당사자가 주장하고 관철하려는 사항 모두를 조정대상으로 하는 것이 자연스럽다. 따라서 노동쟁의를 노동관계 당사자 사이에 ‘노동관계에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태’로 규정(개정)하고,⁴⁸⁾ 노동위원회는 그 주장의 불일치 사항 모두를 조정대상으로 삼으면 된다. 그렇게 하면 단체교섭대상(쟁의행위대상)⁴⁹⁾인데도 노동쟁의 조정대상인지 아닌지를 따지는 등 노동쟁의 조정의 목적에 어긋나는 지금의 모습도 사

47) 조정대상의 축소 변화에 영향을 미친 것으로 설명되는 직권중재 제도도 폐지 되었으므로(2008. 1. 1.), 이제 조정대상을 예전으로 되돌려도 될 것이다.

48) 김홍영, “노동분쟁에 대한 노동위원회의 역할과 개선과제”, 『노동법학』 제21호, 한국노동법학회, 2005. 12, 111쪽

49) 단체교섭대상은 헌법 제33조 제1항과 노조법 제29조에서 단체교섭권을 보장한 취지에 비추어 노동조합이 노동조합 또는 조합원을 위하여(제29조) 주장 관철하려는 사항이라고 하면, 쟁의행위대상(제2조 제6호)과 다르지 않다.

라질 것이다.

3. 간접고용에서 노동쟁의 조정대상

간접고용 노동자는 그의 노동조건 향상을 위하여, 그의 노동조건 결정이나 노동과정에 지배력을 가진 확대된 개념의 사용자를 상대로도 단체교섭과 노동쟁의 조정신청을 할 수 있어야 한다. 그렇다면 간접고용 노동자의 노동조합과 확대된 개념의 사용자와의 단체교섭과 노동쟁의 조정의 대상이 되는 사항은, 위와 같은 지배력이 미치는 모든 사항일 것이다. 다만 그 대상을 일률적·구체적으로 말하기는 어려운 일일 수 있다. 여기서는 사례를 통해 그 대상을 가늠하여 본다.

현대중공업 판결에서는 작업일시, 작업시간, 연장·휴식·야간 노동, 작업장소, 작업내용, 조합활동 시간 보장, 노동조합 간부의 유급 조합활동 시간 보장, 작업의 진행방법 등이었다. 브라우닝-페리스 사건 결정에서는 채용, 해고, 징계, 작업 감독, 작업 지시, 작업 시간, 임금 등이었다. 그리고 원하청 계약에 따르면 원청업체는 감독원을 지정해 용역업무 전반을 점검평가, 시정지시, 인원 배치 조정, 업무 부적격자 조치 요구, 휴가자 수 제한, 정원 및 근무인원 가감조정, 폐지 등 재할용품 수익금 처분 권한을 가지고, 근무시간까지 규정하고 있고 실제로 업무수행상태 점검, 청소용역원의 감축 요청, 작업요청서를 통해 작업일시, 작업시간, 작업장소, 작업내용에 관해 실질적·구체적 결정, 지하휴게시설에 TV, 전화, 개인옷장, 냉장고 설치 등을 하였으므로, 폐지처분, 휴게공간 개선, 노동조합 사무실 제공, 연장노동 조정, 업무범위 조정에 관한 사항은 단체교섭의무가 있다고 한 사례,⁵⁰⁾ 적어도 휴일노동의 제한, 작업일정 사전 통보, 본사 조합원의 본사 출입카드 사용보장, 비정규직 지부 조합원들이 노동하는 장소의 사무공간을 확장하고 컴퓨터 등 사무기기를 개선해 줄 것을 요구하는 사항, 증권선물거래소 구내식당 및 주차장 이용시 정규직원들과 동일한 처우를 해달라는 사항, 복지후생시설인 휘트니스룸의 장비 개선 요구에 대한 사항도 단체교섭의무가 있는 사항이라고 한 사례⁵¹⁾가 있다.

⁵⁰⁾ 대전지법 2011. 10. 6. 자 2011카합782 결정.

한편 2020. 6. 결정 사건에서, 노동조합의 요구는 상시지속 업무 정규직 전환, 위협의 외주화 금지 : 원·하청 공동 산업안전보건위원회 구성, 임금 및 노동조건 개선 등이었는데, 조정위원회는 사건별로 각각 노동조건 개선을 위한 모자회사 공동운영 방안과 산업안전문제 논의를 위한 자회사 노동조합의 참여 보장 노력 등을, 도급사업주의 배려와 협력 요구, 노동조건 개선을 위하여 원청이 하도급 사용자들과 공동노력 등을, 정부의 민간위탁 노동자 근로조건 보호 가이드라인 등의 취지를 고려하여 지자체의 상황에 맞게 생활폐기물 처리 등 대행업체 사용자를 포함한 정례적인 공동협의 등을 통해 노동자의 처우 및 안전보건 등 노동조건 개선 노력 등을, 권고 형식으로 덧붙였다.⁵²⁾

4. 소결 및 과제

1) 노동쟁의 조정을 통한 쟁의행위 회피 기회의 부여라는 노동쟁의 조정의 목적을 달성하려면, 노동쟁의 정의 규정을 노동관계 당사자 사이에 ‘노동관계에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태’로 규정(개정)하여야 한다. 그렇게 함으로써 단체교섭대상(쟁의행위대상) 모두가 노동쟁의 조정대상이 되도록 하여, 노동쟁의 조정을 통해 쟁의행위를 회피할 수 있는 기회를 노동관계 당사자에게 부여하여야 한다.

그리고 간접고용 노동자는 그의 노동조건 향상을 위하여, 그의 노동조건 결정과 노동과정에서 지배력을 가진 확대된 개념의 사용자와 단체교섭을 할 수 있으므로, 그 지배력이 미치는 사항 모두는 단체교섭대상이면서 또한 노동쟁의 조정대상이 될 수 있다.

2) 한편 현행 노동쟁의 정의 규정과 조정전치주의를 그대로 유지한다면, 노동쟁의 조정(조정전치주의)과 쟁의행위의 정당성을 연결 짓지 않아야 한다. 그러한 연결 지음으로 말미암아 노동쟁의 조정이 그 목적에 맞

51) 서울남부지법 2007. 12. 10. 자 2007카합2731 결정.

52) 순서대로 중앙2020조정23, 중앙2020조정24, 중앙2020조정25. 최소한 해당 권고사항에 대해서는 원청업체의 영향력이 미친다고 본 것이라고 추정할 수 있다.

지 않게 운영되는 실체가 만들어지고 있기 때문이다.

그리고 노동쟁의 조정대상은 아니지만 단체교섭대상인 사항에 대하여는, 노동관계 당사자의 합의를 전제로 하는 조정절차가 따로 마련되어 있지 않으므로, 노동쟁의 조정절차를 거치지 않고도 쟁의행위가 가능하다는 것을 분명히 하는 노동쟁의 조정전치의 예외 규정을 마련함으로써, 단체행동권이 제약되지 않도록 하여야 한다.

V. 나오며

1. 간접고용 노동자는 그의 노동조건 향상을 위하여, 그의 노동조건 결정이나 노동과정에 직접 또는 간접적으로 지배력을 행사하거나 또는 계약서에 적힌 유보된 권한이나 부분적(제한적)이고 관행적인 지배 등을 통해 지배력을 가진 - 그러나 직접고용관계에 있지 않은 - 확대된 개념의 사용자를 상대로도 단체교섭을 할 수 있어야 한다. 그리고 그렇게 확대된 개념의 사용자를 노동쟁의 조정의 당사자로 인정하여야 한다.

그러한 측면에서, 간접고용 노동자의 노동조건 결정과 노동과정에 지배력을 가진 확대된 개념의 사용자도 간접고용 노동자의 노동조합과의 단체교섭 및 노동쟁의 조정에서 당사자가 될 수 있음을 인정하였다는 데에, 중앙노동위원회의 2020. 6. 결정의 의의가 있다. 그러나 2020. 6. 결정은 조정기능을 제대로 작동시키지도 못한 채 종결되고 말았다. 따라서 간접고용관계에 있는 노동관계 당사자 사이의 노동쟁의 조정에서 어떻게 하면 조정기능까지 작동시킬 수 있을까와 관련한 과제가 남아 있다. 노동위원회는 노동쟁의 조정에서 사용자 개념의 확대와 관련한 판단기준, 그에 따른 업무처리 방침과 기준 마련 등을 통해, 간접고용관계에 있는 당사자도 노동쟁의 조정을 통해 집단적 분쟁의 해결을 도모할 수 있도록 하여야 한다.

2. 사용자 개념이 확대되더라도, 간접고용 노동자의 노동조합이 확대된 개념의 사용자의 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차에 참여하는 것이

제도적으로 또는 사실상 불가능하고, 그런데도 그 절차를 이행하지 않았으므로 노동쟁의 조정신청을 할 수 없다면(당사자자격 부정), 위 둘 사이의 노동쟁의 조정은 교섭창구단일화 절차 때문에 불가능하다. 간접고용에서 노동쟁의 조정의 목적은 교섭창구단일화 절차 때문에 무의미하게 된 것이다.

그러므로 첫째 간접고용에서 노동쟁의 조정의 목적을 달성하려면 간접고용 노동자에 대한 사용자 개념의 확대와 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차의 폐지가 필요하다. 둘째 그럼에도 사업장 교섭단위 교섭창구단일화 절차를 그대로 유지한다면, 그 절차는 직접고용관계를 전제로 하는 사업장 교섭단위의 기업별 교섭구조를 기초로 설계되고 운영되는 절차라는 것, 즉 기업별 교섭구조에만 적용됨을 명시하는 입법, 그에 따라 간접고용 노동자의 노동조합과 확대된 개념의 사용자와의 단체교섭 및 노동쟁의 조정은 교섭창구단일화 절차를 거치지 않고도 가능하도록 제도 운영, 나아가 직접고용 사업장 교섭단위를 넘어 확대된 개념의 사용자와의 단체교섭을 가능하게 하는 교섭단위의 확정에 대한 검토 및 그에 따른 제도 마련, 그렇게 확정된 교섭단위 교섭창구단일화 절차를 규율할 수 있는 제도 마련 등이 필요하다.

3. 노동쟁의 조정의 목적을 달성하려면, 노동쟁의 정의 규정을 노동관계 당사자 사이에 ‘노동관계에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태’로 규정(개정)하여, 조정대상을 확대하여야 한다. 그렇게 함으로써 단체교섭대상(쟁의행위대상) 모두가 조정대상이 될 수 있도록 하여, 노동쟁의 조정을 통해 쟁의행위를 회피할 수 있는 기회를 노동관계 당사자에게 부여하여야 한다.

그리고 간접고용 노동자는 확대된 개념의 사용자와 단체교섭을 할 수 있으므로, 그 사용자의 지배력이 미치는 사항은 단체교섭대상이면서 또한 노동쟁의 조정대상이 될 수 있어야 한다.

한편 현행 노동쟁의 정의 규정과 조정전치주의를 그대로 유지한다면, 첫째 조정전치주의와 쟁의행위의 정당성을 연결 짓지 않아야 한다. 둘째 노동쟁의 조정대상은 아니나 단체교섭대상인 사항에 대하여는, 노동관계

당사자의 합의를 전제로 하는 조정신청이나 그 절차 등이 마련되어 있지 않으므로, 노동쟁의 조정절차를 거치지 않고도 쟁의행위가 가능하다는 것을 분명히 함으로써(노동쟁의 조정의 예외 규정 마련), 단체행동권이 제약되지 않도록 하여야 한다.

주제어: 노동쟁의, 노동쟁의 조정, 간접고용관계, 교섭창구단일화 절차, 노동쟁의 조정대상

참고문헌

1. 논문

- 강성태, “사내하청에 관한 세 가지 판단 - Browning-Ferris, 현대중공업 그리고 KTX”, 『노동법연구』 제40호, 서울대 노동법연구회, 2016. 3.
- 김정명, “미국 프랜차이즈 업체의 공동사용자 지위에 대한 연방 노사관계위원회의 결정”, 『국제노동브리프』 2020년 6월호, 한국노동연구원, 2020. 6.
- 김홍영, “노동쟁의조정에서의 조정전치주의의 검토”, 『법학연구』 제13권 제1호, 충남대 법학연구소, 2002. 12.
- _____, “노동분쟁에 대한 노동위원회의 역할과 개선과제”, 『노동법학』 제21호, 한국노동법학회, 2005. 12.
- _____, “노동위원회의 노동쟁의조정 대상의 확대”, 『노동법연구』 제19호, 서울대 노동법연구회, 2005. 12.
- 박수근, “간접고용근로자의 집단적 노동분쟁과 쟁점의 검토”, 『노동법연구』 제24호, 서울대 노동법연구회, 2008. 3.
- 박제성, “사내하청의 담론과 해석”, 『노동법연구』 제40호, 서울대 노동법연구회, 2016. 3.
- 박종희, “조정전치주의의 이론적 기초와 운용방향”, 『노동법학』 제14호, 한국노동법학회, 2002. 6.
- 방준식, “단체교섭 당사자로서의 사용자와 부당노동행위 주체로서의 사용자 - 대 상판결 : 현대중공업 사건, 울산지방법원 2018. 4. 12. 선고 2017가합 20070 판결 -”, 『노동법논총』 제46집, 한국비교노동법학회, 2019. 8.
- 윤애림, “노동조합 및 노동관계조정법’의 ‘근로자’와 ‘사용자’”, 『민주법학』 제56호, 민주주의법학연구회, 2014. 11.
- 이승욱, “교섭창구단일화제도 시행 3년의 평가와 제도 개선 방향”, 『노동법포럼』 제14호, 노동법이론실무학회, 2015. 2.
- 이홍재, “노동쟁의조정법 제정심의를 주요쟁점”, 『법학』 제49권 제1호, 서울대 법학연구소, 2008. 3.
- 장영석, “단체교섭권 보장과 교섭창구단일화 제도”, 한양대 박사학위논문, 2019. 8.
- _____, “간접고용과 교섭창구단일화 절차 - 사업 또는 사업장 교섭단위의 적용을 중심으로 -”, 『노동법학』 제73호, 한국노동법학회, 2020. 3.
- 조경배, “사내하도급에서의 원청의 사용자성 - 현대중공업 부당노동행위 사건을

중심으로”, 『노동법연구』 제25호, 서울대 노동법연구회, 2008. 12.

2. 단행본

박제성·강성태·김진·신권철·조경배, 『사내하청노동 노동관계의 법해석론』, 한국노동연구원, 2016.

이홍재, 『노동법 제정과 전진한의 역할』, 서울대학교출판문화원, 2010.

3. 보고서, 토론회 자료집 등

경제사회노동위원회 노사관계제도·관행개선위원회, 『ILO 기본협약 비준을 위한 노사관계제도·관행 개선 방향에 관한 공익위원 입장』, 2019. 4. 15.

고용노동부, 사업(사업장) 단위 복수노조 업무 매뉴얼, 2010. 12.

박제성, “근로자, 보편주의적 접근”, 『노동법의 미래 ① : 노동자』, 2019년 서울대 노동법연구회 추계공개학술대회 자료집.

사단법인 중앙법학연구소(책임연구원 유성재), 『노동위원회 정책연구 포럼』, 중앙노동위원회 용역보고서, 2018. 11.

조연민, “집단적 노사관계와 사용자 - 공공기관 자회사를 중심으로 -”, 『노동법의 미래 ② : 사용자』, 2020년 서울대 법학연구소·서울대 노동법연구회 공개학술대회 자료집.

<Abstract>

The Issues of Labor Disputes Adjustment in Indirect Employment Relations

Chang, Young Seok*

Labor dispute adjustment needs to be more active. The same goes for the adjustment of labor disputes in indirect employment relations. To do so, it is necessary to review issues related to the adjustment of labor disputes in indirect employment(limited to subcontract relations). Meanwhile, in June 2020, NLRC made a decision to recognize the expansion of the concept of employers in collective bargaining and adjustment of labor disputes.

There are three issues. The first issue is whether an employer with an expanded concept of control over the labor process and the determination of the working conditions of indirectly employed workers can become employers in the adjustment of labor disputes(expanding the concept of employers). In addition, the significance of the NLRC decision in June 2020 is reviewed(II). The second issue is whether the labor union of indirectly employed workers can participate in the procedure for the single bargaining channel of the bargaining unit of the expanded employer's workplace(III). The third issue is whether the objects to be adjusted in the adjustment of labor disputes are should be limited to objects related to decisions such as wages, and what are the objects to be adjusted in indirect employment(IV).

In collective bargaining and adjustment of labor disputes, employers

* National Union Of Mediaworkers, Ph.D. in Law(Labor Law)

do not mean only employers in direct employment relationships (expanding the concept of employers). In addition, it should be understood that the procedure for the single bargaining channel is applied only to the bargaining unit at the workplace of the employer in direct employment relationship. Therefore, the labor union of indirectly employed workers can collectively bargain with the expanded concept of the employer without going through the process of the single bargaining channel. Meanwhile, objects to be adjusted in the adjustment of labor disputes must be the same as those to be dealt with in collective bargaining or to be resolved through industrial action. Furthermore, it is necessary to improve the legislation and system reflecting the above understanding.

Key Words: labor dispute, labor dispute adjustment, indirect employment relations, the single bargaining channel procedure, the objects of labor dispute adjustment