

발간등록번호  
11-B551092-000003-01

이 과제는 2020년 중앙노동위원회의  
학술연구용역사업의 일환으로 연구  
되었음

# 노동분쟁에서 당사자 적격의 판단기준에 관한 연구

연구기관 / 한국노동법학회



중앙노동위원회  
National Labor Relations Commission

본 보고서의 내용은 연구진의 의견이며, 중앙노동위원회의  
공식적인 입장이 아님을 밝혀드립니다.



# 제 출 문

중앙노동위원회 위원장 귀하

본 보고서를 중앙노동위원회의 수탁연구과제 「노동분쟁에서 당사자 적격의 판단기준에 관한 연구」의 최종보고서로 제출합니다.

2020. 12

.

한국노동법학회 회장

연구진

연구책임자 김홍영 (성균관대학교 법학전문대학원 교수)  
연구원 권오성 (성신여자대학교 지식산업법학과 교수)  
김 린 (인하대학교 법학전문대학원 교수)  
노호창 (호서대학교 법경찰행정학과 교수)  
방강수 (한양대학교 법학연구소 공익소수자인권센터)



## ■ 요약문 ■

### 제1장 서론

#### [연구의 방법 및 필요성]

- 노동위원회를 통한 개별적·집단적 권리구제나 노사간 분쟁의 해결은 노동법상 노동관계의 당사자임이 우선 확인되어야 함.
  - 신청인 및 피신청인이 노동위원회가 제공하는 각종 행정 서비스를 사용할 수 있는 적격성이 존재하여야 하는바, 이것이 당사자 적격의 문제임.
  
- 산업체계의 변화로 기존 근로계약방식과 다른 다양한 고용형태가 새로이 형성되거나 확대됨에 따라, 전통적 방식·기준에 따른 노동관계 당사자 여부 확인이 한계에 봉착하고 있음.
  - 이러한 배경에서, 새로운 고용형태를 유형화하고, 노동관계의 당사자 해당 여부를 판단하기 위한 새로운 기준을 정립할 필요가 있으며, 이와 관련한 노동위원회의 업무처리 및 권한행사 방식 등에 대하여도 검토함으로써 노동위원회 위원과 조사관의 판정과 조사에 도움을 줄 수 있는 실무적 연구가 필요함.

#### [연구내용과 방법]

- 본 연구는 기본적으로 기존에 확립된 판례를 분석 및 해석하는 방법론을 사용하였으며, 심도있는 분석을 위하여 문헌연구 및 관련 자료조사를 통한 실증적 연구를 병행하였음.
  - 이러한 분석 및 해석을 통하여 도출된 결론의 타당성을 제고하기 위하여, 노동법 외 행정법적 측면에서도 제도적 적합성 및 적절성 분석하였음.

- 본 연구는 미국의 공동사용자 법리, 영국의 기능적 사용자 개념, 일본에서의 원청에 대한 하청노조의 단체교섭 등 관련 외국의 법제 및 사례 연구를 통하여 시사점을 도출하고, 관련 쟁점을 종합적으로 연구하였음.

## 제2장 당사자 적격에 관한 법리

- 제2장에서는 당사자 적격의 내용을 구성하는 신청인 적격과 피신청인 적격에 관한 일반론을 검토하였음.

### [신청인 적격]

- 신청인 적격은 노동위원회에 부당해고 구제, 부당노동행위 구제, 노동쟁의 조정 등 노동위원회가 제공하는 각종 행정 서비스를 신청할 수 있는 자격을 의미함.
  - 신청인 적격과 관련해서는 (i) 부당해고등 구제신청의 경우에는 신청인이 근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부가 문제되며, (ii) 부당노동행위 구제신청의 경우에는 신청인이 노동조합일 때에는 소위 '법내노조'에 해당하는지, 신청인이 근로자일 때에는 노동조합법상 근로자에 해당하는지 여부가 문제되고, (iii) 쟁의행위 조정신청의 경우에도 소위 '법내노조'에 해당하는지가 문제됨.

### [근로기준법상 근로자성]

- 근로기준법상 근로자성 판단에 관하여는, 대법원은 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결에서 기존의 판례법리에 비하여 다소 완화된 판단기준을 제시하여 근로자성을 판단하였고, 위 판결을 효시로 그 이후에도 동일한 취지의 판결이 반복되고 있음.

### [노동조합법상 근로자성]

- 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604 판결은 노동조합법상 근로자성을 판단하면서 여전히 '사용종속관계'라는 용어를 사용하고 있으나, '사용종속관계'의 존부를 판단하는 하위표지들에 관해서는 종전의 판결과 차이를 보이는데, 현재는 노동조합법상 근로자는 경제적 종속성 및 노동3권을 보장할 필요성이 주된 판단기준이 되어 있음.

### [노동조합법상 노동조합]

- 노동조합법은 법내 노동조합이 되기 위해서는 적극적 요건, 소극적 요건 및 절차적 요건(설립신고)을 모두 갖추어야 함을 요구하고 있음.

### [피신청인 적격]

- 부당해고등 구제신청, 부당노동행위등 구제신청, 노동쟁의 조정신청 모두 사용자를 상대로 신청할 수 있는 것이므로, 피신청인 적격의 여부는 사용자성의 판단을 주된 내용으로 함.

### [근로기준법상 사용자]

- 근로기준법상 사용자란 ① 사업주 또는 ② 사업경영담당자 및 ③ 그 밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 의미하며, 이는 근로기준법을 준수할 의무와 책임이 있는 사용자를 말함.

### [노동조합법상 사용자]

- 노동조합법상 사용자는 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말함.

### [피신청인 적격]

- 부당해고등 구제신청이나 부당노동행위 구제신청 사건의 피신청인이 될 수 있는 피신청인 적격이 있는 자는 사업주임.
- 이는 ① 부당해고등 구제신청사건의 경우 신청인인 근로자와 근로계약 관계에 있는 사업주를 말하며, ② 부당노동행위 구제신청사건의 경우 원칙적으로 노동조합원인 근로자와 근로계약관계에 있거나 노동조합과 단체교섭의무가 있는 사업주를 말함.

### [사업경영담당자 등]

- 사업경영담당자 또는 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자는 원칙적으로 피신청인 적격이 인정되지 않음.
- 다만, 사용자 개념의 내부적 확장 등에 근거하여 사업경영담당자 등에 대하여 피신청인 적격을 긍정할 필요가 있다는 견해도 있으며, 부당노동행위 구제신청의 경우 이를 인정할 하급심 판결이 있기도 함.

### [사용자 개념에 대한 다원적 이해]

- 사용자의 단일성(unitary)은 사용자가 항상 하나의 주체, 즉 근로계약에서의 근로자의 상대방이어야 한다고 가정함. 그런데, 다면적 작업방식에서 노무자가 더는 노동법상 의무를 부담하는 상대방을 쉽게 식별할 수 없게 됨에 따라, '단일 기업 사용자'(a single-entity employer)라는 일원적 사용자 개념은 이러한 노무자들을 노동법의 적용대상에서 배제하는 중요한 원인이 되었음.
- 사용자의 기능적 개념은 기업이든 기업의 결합이든 사용자의 기능을 행사하는 자에게 책임을 부과함으로써 복잡한 기업구조로 인하여 사용자의 책임이 흐려지는 것을 방지함으로써 이러한 현상을 반전시키고, 다면적 작업방식에서의 노동법의 인적 적용범위에 관한 일관성을 회복시킬 수 있다고 주장함.



- 사용자의 기능적 개념은 단체교섭의 영역이든 쟁의행위의 국면이든 집단적 노동법에도 영향을 미침.

### 제3장 부당해고등 구제신청의 당사자 적격

#### [신청인 적격]

- 대법원 판례법리는 근로기준법상 근로자성 판단기준으로 ① 지휘감독, ② 시간·장소의 구속, ③ 소유관계 또는 3자대행 등, ④ 이윤·손실의 위험부담, ⑤ 보수의 성격, ⑥ 보수의 형태, ⑧ 사회보장제도 여부를 제시하고 있음.
- 이러한 일반적인 기준을 특수고용노동자 등에게 적용함에 있어서는 이들의 노무제공형태가 전통적인 근로자와는 다른 특징들을 반드시 고려해야 할 것임.
- 특히, 플랫폼 노동의 경우에 있어서의 근로자성 판단의 국면에서는 이들이 계약의 형식을 비롯하여 다양한 측면에서 전통적인 근로자의 모습과 다르게 외관을 갖추고 있어 사용종속관계의 본질을 제대로 파악하기 어려운 경우가 있음을 고려해야 할 것임.
- 플랫폼 노동의 경우 노동중개 방식은 새로울 수 있으나, 승객운송과 배달과 같은 노동 그 자체를 보면 전통적인 노동의 모습과 다르지 않다. 또한 플랫폼 노동 종사자에게 가격선택권과 고객선택권은 전혀 없음.
  - 플랫폼 노동에서는 독립사업자성이 인정될 여지가 거의 없으므로 그 징표들(③ 소유관계 또는 3자대행, ④ 이윤·손실의 위험부담, ⑤ 보수의 성격)보다는, 인적 종속성의 징표(① 지휘감독, ② 시간·장소의 구속)가 더 중요한 핵심 요소라고 할 것이다. 또한, 배달 등의 경우에는 노무제공자의 이동 경로 등은 디지털에 의해 이미 정해져 있는 경우가 많음.

- 우버 사건에서 프랑스 대법원이 “우버기사는 플랫폼에 의해 주어진 경로를 운행한다”고 하여 근로자성을 인정하였고, 미국의 리프트 사건에서 캘리포니아 법원이 “꼭 업무의 모든 세부사항에까지 지배를 받아야만 근로자인 것은 아니고, 앱을 사용하여 수행하는 업무의 본질상 일정한 정도의 자유가 보장된다 하더라도 여전히 지배를 받는 근로자가 될 수 있다”고 판단한 사례를 고려할 때, 업무수행 과정에서 극히 일부의 재량 또는 자율성이 있다고 해서 쉽사리 지휘감독을 부정해서는 아니 될 것임.
- 플랫폼 노동의 특성에 비추어, 근무장소를 사무실이나 공장과 같은 ‘특정 장소’로 한정해서는 아니 된다. 중요한 것은 노무제공자가 일하는 ‘구역을 누가 정하느냐’가 핵심임.
- 플랫폼사가 일정 구역을 정한 것이라면 근무장소의 구속을 인정해야 할 것임.

### [피신청인 적격]

- 사내하청, 모자기업화 등의 방식으로 고용관계가 중층적으로 형성된 경우에 있어 원청기업이나 모기업 등을 상대로 부당해고등 구제신청을 할 수 있는가의 문제와 관련하여 판례는 법인격부인론(○○-○○○○코리아 사건), 묵시적 계약관계법리, 실질적 근로관계 등의 방법으로 간접고용관계에서 원청기업의 사용자 책임을 긍정한바 있음.
- 장기적으로는 사용자의 기능적 개념화를 수용하여 사용자를 다원적으로 인식하는 법리의 개발이 필요함.
- 어떤 하나의 기업을 사용자로 특정할 것인가의 국면에서 사용자 기능을 행사하는 복수의 기업들 간에 어떻게 사용자 책임을 분배할 것인가로 문제의 초점을 전환할 수 있게 될 것임.

#### 제4장 부당노동행위 구제신청의 당사자 적격

- 원하청관계에서 원청기업이 단체교섭거부의 부당노동행위의 구제명령의 상대방으로서의 당사자적격이 있는지는 (i) 원하청 간의 대등관계 여부를 판단하기 위해 하청의 원청에 대한 의존성 내지 종속성 유무 및 (ii) 원청의 하청에 대한 우월적 지위를 전제로 하여 하청 근로자의 근로조건 등에 대한 원청의 처분가능성 유무라는 두 가지 판단기준을 활용할 필요가 있음.

##### [하청의 원청에 대한 의존성 내지 종속성]

- 하청노동조합이 원청을 상대로 교섭을 요구하는 근본 이유는 자신들의 요구사항에 대한 처분가능성이 하청업체에게 없기 때문임.
  - 이는 하청업체 자체가 원청에 종속되어 있기 때문이라 할 수 있으므로, 하청이 원청에 대해 경제적으로 의존하고 있는지, 하청이 도급업무의 구체적 수행에 대한 처분권이 있는지 여부 등에 대한 판단이 요구됨.

##### [하청 근로자의 근로조건 등에 대한 원청의 처분가능성]

- 하청이 원청에게 종속되어 있더라도 법률상·사실상 원청이 하청근로자의 근로조건 등을 처분가능한지 여부에 대한 검토가 필요함.

#### 제5장 노동쟁의 조정신청의 당사자 적격

##### [조정전치주의관련]

- 노조법은 쟁의행위에 앞서 원칙적으로 조정 등을 거치도록 강제하는 '조정전치주의'를 채택하였는데, 판례는 조정전치주의가 쟁의행위 자체

를 금지하려는 것은 아니라는 취지임.

- 따라서 노동쟁의조정제도는 쟁의행위의 당부를 판단하는 준사법적 제도가 아니라 노동위원회가 제공하는 서비스의 일종일 뿐임.
- 노동위원회의 조정실무는 '행정지도'라는 주문을 통해 서비스제공기관이 아닌 고권적 기관임을 각인시키고 있다는 문제가 있으므로, 노동쟁의 조정제도가 서비스적 지위로 복원되기 위해서는 실무적 차원의 노력의 일환으로 '행정지도'라는 주문 대신 '조정불성립' 혹은 '각하' 주문을 활용할 필요가 있음.

### [당사자적격 관련]

- '당사자적격'이란 어느 분쟁에서 정당한 당사자가 누구인지, 질서유지의 관점에서 해당 분쟁해결절차를 이용하도록 하는 것이 효율적이고 합리적인지 여부를 밝히는 절차법적 개념으로 해당 분쟁절차의 성격을 고려하여 인정기준을 정하면 충분할 것임.
- 노동쟁의 조정제도는 노동관계 당사자 간의 자주적인 분쟁 해결을 지원하기 위해 국가가 제공하는 서비스로서, 조정의 결과가 강제성을 가지지 않으므로 당사자적격을 엄격하게 제한할 필요가 없는바, 구체적으로 노동조합과 사용자 사이에 어떤 관계가 있으면 노동쟁의 조정신청의 당사자적격이 볼 수 있는지가 문제되는데, 노동쟁의 조정신청은 노동조합에 의하여 이루어진다는 점에서 실무적으로는 사용자의 피신청인적격이 문제됨.
- 노조법상 사용자개념에 대해서는 (i) 근로계약설, (ii) 실질적 지배력설, (iii) 실질적 대항관계설 등이 제기되고 있다. 중노위는 종래 근로계약설의 관점을 취해 왔으나, 최근 조정신청에서는 "사용자가 노동조합 조합원의 근로조건을 구체적이고 실질적으로 지배·결정하고 있는지 여부"에 대한 확인을 시도하면서 종래보다 피신청인 적격을 확장하였음.
- 노동쟁의조정은 노동분쟁의 해결을 촉진 내지 지원하는 서비스 성격의 제도이므로 그 당사자적격은 노동쟁의의 당사자로서 유효하고 적법하

계 조정절차를 이용하여 조정안을 '수락할 수 있는' 지위에 있다면 이를 인정하더라도 무방할 것임.

○ 이러한 관점에서 볼 때 조정신청의 피신청인적격은 실질적 영향력설에서 더 나아가, 근로조건뿐만 아니라 노동3권 행사와 관련된 노동관계 전반에 지배력을 가진 자를 널리 노조법상 사용자로 보아야 한다는 대항관계설의 입장에서 파악하는 것이 합목적적임.

- 구체적으로 최근 당사자적격이 문제된 중층적 노동관계로는 ① 대표적인 유형이라 할 수 있는 원하청관계에서의 노사관계 뿐 아니라 ② 모회사를 상대로 자회사 노동조합이 단체교섭을 요구하는 사례, ③ 공공부문에서 국가나 지방자치단체가 민간사업체에 발주한 사업에 종사하는 근로자로 구성된 노동조합이 국가나 지방자치단체를 상대로 단체교섭을 요구하는 사례 중 ②, ③ 유형의 경우에도 원청의 지위에 해당하는 모회사나 공공기관의 영향력이 적지 않다는 점에서 피신청인적격을 인정할 필요성이 큼.

○ 당사자적격을 확대하여 인정되는 경우, 노동쟁의 조정의 대상은 원칙적으로 원청사업주의 영향력 내지 지배력이 미치는 사항에 한정될 것임.

- 다만, 원청의 사업주의 영향력 내지 지배력이 미치는 사항이 무엇인지는 개별 사례에 따라 차이가 있으므로, 노동위원회가 사안별로 유연하게 대응할 필요가 있음.
- 근로계약의 이행에 관한 사항: 임금 및 그 지급방법, 해고 등 근로관계 종료에 관한 사항
- 근로제공에 있어서 노무지시권의 행사: 연장근로를 포함한 근로시간, 휴게, 휴일 등
- 사업장에 대한 지배와 관계있는 사항: 사업장 내에서의 노동조합 활동, 사업장 내에서 노무를 제공하는 경우 (1) 산업안전보건, (2) 직장 내 괴롭힘금지 및 예방, 균등대우, 강제근로금지, 폭행금지 등과 같은 기본적인 인권 내지 인격권 보장 등에 관한 사항

- 중층적 노동관계에서 피신청인적격과 조정대상을 확정하더라도 실제 사건에서는 이를 노동위원회가 확인하여야 함.

### [창구단일화 관련]

- 하청노조의 원청을 상대로 한 단체교섭을 요구하는 경우 현행 노조법상 교섭창구단일화 절차와의 관계에서 사용자가 이러한 단체교섭 요구에 응할 의무가 있는지 문제될 것임.
- 노동쟁의 조정은 단체교섭을 촉진하는 제도이므로, 노동조합의 경우에도 노조법 제29조의2에 의해 결정된 교섭대표노동조합일 것을 요함.
  - 당사자적격을 확대해 하청노동조합의 원청사업주에 대한 노동쟁의 조정신청의 적격을 인정하는 경우, 하청노동조합에 대해서도 교섭대표노동조합의 지위가 있어야 하는지 문제됨.
  - 현재의 노사관행상 중층적 노동관계하에서 교섭창구단일화에 대해서는 위와 같은 이론적 난점이 존재함은 물론이고, 실무적으로도 사용자가 단체교섭을 거부하기 위한 전제로서 교섭창구단일화에 협력할 가능성이 사실상 없음.
  - 따라서 노동쟁의 조정 서비스를 이용하고자 하는 하청노동조합에게 기대가능성이 없는 지위의 획득을 요구하는 것은 부당하다는 문제제기가 있을 수 있음.
- 조정제도의 서비스적 성격, 당사자 자율에 기초한 분쟁해결이라는 제도적 취지를 고려한다면 단지 서비스를 이용하기 위해 실현불가능한 것을 요구하는 것은 문제임.
  - 교섭창구단일화를 거쳤는지 여부는 쟁의행위의 정당성을 논하는 단계에서 판단하도록 하고 조정절차 내에서는 이를 다루지 않는 방안도 적극적으로 고려할 필요가 있음.

### [노동쟁의조정과 쟁의행위의 정당성]

- 쟁의행위의 정당성은 쟁의행위에 관한 규정의 해석에 의해 판단되어야 하는 문제로서, 조정제도를 담당하는 기구가 이를 판단할 성질의 것이 아님.
- 쟁의행위가 발생한 경우 조정전치를 거쳤는지 여부는 당해 조정사건에서 판단할 문제가 아니라 쟁의행위의 정당성이 직접적인 쟁점으로 다루어지는 사건에서 판단하면 족할 것임.

### 제6장 결론

#### [향후의 전망]

- 본 연구는 현행 노조법의 규정을 전제로 노동위원회가 관할하는 각종 신청절차의 당사자 적격을 검토하였음.
- 현 정부 출범 이후 ILO 기본협약 기준을 위한 차원에서 경제사회노동위원회 ‘노사관계 제도·관행개선위원회’를 통한 노사정의 사회적 대화를 중심으로 진행되었고, 동 위원회는 2018. 7.부터 2019. 5.까지 노조법 개정에 관한 논의를 기초로 2019년 4월 ‘ILO 기본협약 기준을 위한 노사관계제도·관행 개선 방향에 관한 공익위원 입장’문을 발표하였음.
- 이후 정부는 제21대 국회가 개원한 이후인 2020. 6. 30. 정부는 노동조합법 개정법률안(의안번호: 2101184, 이하 “정부안”이라고 한다)을 국회에 제출하였으며, 이후 안호영 의원 대표발의 노조법 일부개정안(발의일: 2020. 10. 7, 의안번호: 2104441) 등 복수의 노조법 개정안이 국회에 상정되어 있음.
- 안호영 의원안은 정부안과 달리 노조법 제2조 제4호 라목 전체를 삭제하는 한편, 초기업별 교섭을 제도화하기 위해서는 업종이나 근로조건

의 유사성, 교섭 관행 등을 고려하여 여러 사업 또는 사업장을 대상으로 교섭단위를 통합하는 제도의 신설을 내용으로 하고 있음.

- 이수진 의원안(의안번호: 2104567, 제안일: 2020. 10. 19.)은 노동조합 전임자에 대한 급여지급 금지 및 근로시간면제제도를 폐지하고 노동조합 전임자에 대한 급여지급 여부는 노사자율로 결정하도록 하며, 노동조합 전임자에 대한 급여지급을 부당노동행위로 금지하는 규정을 삭제함을 내용으로 하며, 또 다른 이수진 의원안(제안일자 2020. 11. 10.; 의안번호: 2105183)은 현행 하나의 사업 또는 사업장의 교섭원칙에서 업종별 및 산업별 교섭 등 교섭구조를 다양화함으로써 유사업종의 근로조건을 통일하고 분쟁을 평화적으로 해결하기 위하여 공동교섭단위의 결정절차 등을 도입하는 내용을 두고 있음.

- 이러한 법률안들이 실제 입법에 이를 경우, 향후 각종 신청절차에서의 당사자 적격에 관한 판단기준 또한 법개정에 따라 변화되어야 할 것이다. 특히, 안호영 의원안과 이수진 의원안은 정부안에 비하여 초기업별 노사관계의 구성에 전향적인 태도를 보이고 있는바, 이런 내용의 입법이 이루어질 경우 중층적 노사관계에서의 원청에 대한 각종 구제신청의 가능성 또한 넓어질 것으로 예상된다.



# ■ 목 차 ■

<b>제1장 서론</b> .....	<b>1</b>
제1절 연구배경 및 필요성 .....	1
제2절 연구내용 및 방법 .....	1
1. 연구내용 .....	1
2. 연구방법 .....	4
<b>제2장 당사자 적격에 관한 법리</b> .....	<b>5</b>
제1절 당사자 적격에 관한 일반론 .....	5
1. 신청인 적격 .....	5
2. 피신청인 적격 .....	23
제2절 원·하청 노동관계에서의 당사자 적격에 관한 법리 .....	37
1. 논의의 배경 .....	37
2. 기본적인 접근 방향 .....	39
3. 원청 사용자 책임에 관한 국제노동기준, 해외법제 .....	40
4. 우리나라에서 간접고용에서 사용자 적격 판단 법리 .....	45
5. 실질적 지배력설 .....	60
제3절 원·하청 노동관계에서의 단체교섭에 관한 법적 쟁점 .....	62
1. 단체교섭의 범위와 내용 .....	62
2. 교섭창구단일화 절차와의 관계 .....	66
3. 공동사용자 개념의 인정과 법리적 가능성 .....	68
4. 모자회사 관계 및 공공부문에서의 노동관계의 특수성에 대한 고려 .....	69
5. 중층적 노동관계에서의 단체교섭 활성화를 위한 개선방안 .....	70
<b>제3장 부당해고 등 구제신청의 당사자 적격</b> .....	<b>74</b>
제1절 근로기준법상 근로자 적격의 판단기준 .....	74

1. 사용종속관계 판단기준 .....	74
2. 직업별 근로자성의 유형별 분석 .....	82
3. 플랫폼 노동에서 근로자성 판단 .....	94
4. 플랫폼 노동에서 '8대 판단요소'의 적용 .....	106
<b>제2절 근로기준법상 사용자 적격 판단의 특수문제 .....</b>	<b>113</b>
1. 타다 사건에서 사용자 적격 판단 .....	113
2. 아파트관리, 경비업 등에서 사용자 적격 .....	118
3. 용역업체의 변경과 근로관계의 승계 .....	121
<b>제3절 소결 .....</b>	<b>134</b>
1. 근로기준법상 근로자 .....	134
2. 근로기준법상 사용자 .....	135
<b>제4장 부당노동행위 구제신청의 당사자적격 .....</b>	<b>136</b>
제1절 부당노동행위 개관 .....	136
제2절 구제명령의 내용 및 한계 .....	139
1. 일반론 .....	139
2. 구제명령의 내용 .....	139
제3절 부당노동행위 피신청인 적격 .....	145
1. 일반론 .....	145
2. 노조법상 사용자의 개별적 검토 .....	149
3. 부당노동행위 구제신청 상대방으로서 사용자의 확대 인정 문제 및 관련 판례 .....	153
4. 지배·개입이 문제되는 사안에서 판례 법리 적용을 위한 판단기준 .....	159
5. 지배개입 이외의 부당노동행위에 대해 실질적 지배력설 적용 가부에 대한 검토 .....	162
6. 제3자에 의해 부당노동행위가 이루어지는 경우 .....	173
제4절 회사분할과 부당노동행위 .....	174
1. 문제의 소재 .....	174

2. 부당노동행위 책임의 승계 .....	175
3. 부당노동행위의 수단으로 실시된 회사분할 .....	178
4. 정리 .....	182
제5절 소결 .....	183
1. 쟁점의 정리 .....	183
2. 하청의 원청에 대한 의존성 내지 종속성 유무에 대한 판단 .....	184
3. 하청 근로자의 근로조건 등에 대한 원청의 처분가능성 유무 .....	185
<b>제5장 노동쟁의 조정신청의 당사자적격 .....</b>	<b>188</b>
제1절 노동쟁의 조정제도 개관과 문제제기 .....	188
1. 조정제도 일반 .....	188
2. 노동쟁의 조정제도의 타율성과 경직성 .....	190
3. 노동쟁의 조정의 문제점 극복 시도 - 노동위원회 실무적 관점에서 .....	191
4. 노동쟁의 조정신청에서의 당사자적격에 대한 검토 필요성 .....	199
제2절 노동쟁의 조정신청의 당사자 적격 .....	199
1. 노동쟁의 조정신청의 의의 및 요건 .....	199
2. 노동쟁의 조정신청에 있어 당사자적격 .....	201
제3절 노동쟁의 조정의 대상 .....	206
1. 당사자적격유무와 노동쟁의 조정대상의 구분 .....	206
2. 원청의 처분 또는 결정권한이 미치는 사항 .....	207
3. 원하청 사이의 유형별 관계 .....	208
제4절 개선방안 .....	211
1. 문제의 소재 - 당사자적격 유무 확인의 현실적 어려움 .....	211
2. 대안 .....	211
제5절 관련문제 - 쟁의행위 정당성 .....	215
제6절 소결 .....	217

제6장 결론 .....	221
제1절 연구내용의 요약 .....	221
1. 부당해고등 구제신청의 당사자 적격 .....	221
2. 부당노동행위 구제신청의 당사자 적격 .....	222
3. 노동쟁의 조정신청의 당사자 적격 .....	226
제2절 향후의 전망 .....	232

# 제1장 서론

## 제1절 연구배경 및 필요성

노동위원회를 통한 개별적·집단적 권리구제나 노사간 분쟁의 해결은 노동법상 노동관계의 당사자임이 우선 확인되어야 한다. 즉, 신청인 및 피신청인이 노동위원회가 제공하는 각종 행정 서비스를 사용할 수 있는 적격성이 존재하여야 하는바, 이것이 당사자 적격의 문제이다. 그런데, 산업체계의 변화로 기존 근로계약방식과 다른 다양한 고용형태가 새로이 형성되거나 확대됨에 따라, 전통적 방식·기준에 따른 노동관계 당사자 여부 확인이 한계에 봉착하고 있다.

이러한 배경에서, 새로운 고용형태를 유형화하고, 노동관계의 당사자 해당 여부를 판단하기 위한 새로운 기준을 정립할 필요가 있으며, 이와 관련한 노동위원회의 업무처리 및 권한행사 방식 등에 대하여도 검토함으로써 노동위원회 위원과 조사관의 판정과 조사에 도움을 줄 수 있는 실무적 연구가 필요하다.

## 제2절 연구내용 및 방법

### 1. 연구내용

#### 가. 부당해고 등 구제신청의 당사자 적격

제3장에서는 부당해고 등 구제신청의 당사자 적격과 관련하여 기존 및 새로운 유형의 고용형태에 대하여 근로기준법상 근로자 개념 및 사용자 개념에 한 사례, 법리, 판례 등을 분석하여 합리적 판단기준을 모색하였다.

먼저, 근로기준법상 근로자 적격의 판단기준(사용종속관계 판단을 위한 8대 요소)에 근거하여, 법리와 판례의 변화 등을 연구하여 판단기준을 도출하였다. 다음으로, 플랫폼 노동자 등 새로운 고용형태에 대하여는 개별 판결

사례 및 판단 법리 등 심층 분석을 통해 시사점 도출하였다.

구체적으로는 국내사례로 타다드라이버, 배달대행원 등에 관한 판결과 중앙노동위원회의 재심판정, 해외사례로 우버, 리프트 등에 관한 해외 판결을 분석하였다.

기존 판례에 대하여는, 직업별·고용형태별 근로자성이 ①인정, ②부정, ③혼재된 사례를 심층 분석(8대 요소 중, 핵심적 요소와 부수적 요소 구분, 우선순위 등)하고, 근로기준법상 사용자 적격의 판단기준에 근거하여 사용자 적격의 인정·불인정 사례, 사용자 적격의 확대 등을 검토하였다.

한편, 사용자 적격의 확대와 관련하여, ①하도급 관계, ② 파견(불법파견) 등, ③영업양도 및 위수탁업체 변경 등 주요 이슈별로 판례를 심층 분석하고, 주요 판례를 사용자 개념의 확대(묵시적 근로관계의 법리, 근로자 파견계약의 법리, 회사 법인격 부인의 법리) 관련 법리에 기초하여 분석하고 시사점 도출하였다.

특히, 사용자 개념의 확대와 관련하여 회사 법인격 부인(○○○○○코리아 사례), 묵시적 근로계약 관계(○○○조선 사례), 근로자 파견계약 관계(○○자동차 사례) 등을 검토하였다.

한편, 사업주(법인이 설치한 하부기관, 국가의 하부기관과 행정청, 지방자치단체의 하부기관, 법인격 없는 사단), 사업 경영 담당자, 사업주를 위하여 행위하는 자에 관해서는 제2장의 총론적 고찰에서 살펴보았다.

이러한 근로자 적격, 사용자 적격 판단결과를 바탕으로 실무에 활용 가능한 주요 판단기준 등을 종합하여 시사점 도출하였다.

#### **나. 부당노동행위 구제신청의 당사자 적격**

제4장에서는 노동조합법상 부당노동행위 구제신청의 당사자로서 사용자성에 대한 사례, 다양한 법리 및 판례 등을 분석하고, 적절한 판단기준을 모색하였다.

먼저, 부당노동행위의 사용자 적격과 관련하여 사용자 개념과 사용자 개념의 확대, 사용자성 사례, 법리 및 판례 등을 분석하여 적정 판단기준을 검토하였고, 특히 현실적인 근로계약 관계가 없는 중층적 고용구조에서 부당노동행위 피신청인적격의 원청, 모회사, 사용사업주 확대 가능 여부를 살펴보았다.

원청의 사용자성 확대에 관한 대법원 판례상 실질적 지배력설 관련 판례 법리를 지배·개입 부당노동행위 구제신청 외의 단체교섭 거부, 불이익취급 형태에도 적용할 수 있는지 검토하였으며, 불이익취급 및 단체교섭 거부·해태 관련 사항에 확대될 경우, 가능한 구제명령의 범위 및 형태를 살펴보았다.

한편, 중층적 고용구조에서 도급사업주나 모회사 등이 교섭에 응할 의무가 발생하는 대상(임금, 근로시간, 휴일·휴가, 작업환경, 복리후생, 직접고용 등)의 적격성을 검토하였다.

#### 다. 조정·중재의 당사자적격

제5장에서는 노동조합법상 노동쟁의 조정·중재신청의 당사자로서 근로자성·사용자성에 대한 사례, 다양한 법리 및 판례 등을 분석하고, 적절한 판단 기준을 모색하였다.

먼저, 제2장에서 검토한 노동조합법상 근로자성 판단 관련 기본 개념, 학설, 판례, 외국사례 및 ILO 입장 등에 대한 총론적 고찰을 토대로 특수형태 근로종사자, 플랫폼노동종사자 및 하도급 관계, 모·자회사 관계, 근로자과건 관계 등 중층적 고용구조 관련 근로자성에 대한 사례를 주로 검토하였다.

이러한 과정에서 노동조합법상 사용자성 판단 관련 기본 개념, 학설 및 사용자성 관련 판례의 변화과정을 검토하고, 지배력설과 기타 학설 간의 법리를 비교·검토하고, 이를 토대로 중층적 고용구조 및 새로운 고용형태에서의 당사자 적격성에 대한 유형별 법리 및 양태를 검토하였다. 한편, 타다 드라이버 사건을 중심으로 플랫폼노동 등 새로운 고용형태에 관한 대응방안을 모색하였고, 또한 중층적 고용구조 및 새로운 고용형태에서의 노동권 보호를 위한 조정·중재의 당사자 적격 인정에 관한 법리를 모색하였다. 이를 위하여 노동쟁의 조정·중재신청의 당사자 적격 관련 노동위원회의 과거 판단사례(중노위 2007.9.11. 중앙2007조정62 및 중노위 2019.6.19. 중앙2019조정59·65(병합) 등)를 분석하고, 향후 제도개선 방안을 제시하였다.

## 2. 연구방법

### 가. 문헌 및 사례연구

본 연구는 기본적으로 기존에 확립된 판례를 분석 및 해석하는 방법론을 사용하였으며, 심도있는 분석을 위하여 문헌연구 및 관련 자료조사를 통한 실증적 연구를 병행하였다.

이러한 분석 및 해석을 통하여 도출된 결론의 타당성을 제고하기 위하여, 노동법 외 행정법적 측면에서도 제도적 적합성 및 적절성 분석하였다.

### 나. 비교법 연구

본 연구는 미국의 공동사용자 법리, 영국의 기능적 사용자 개념, 일본에서의 원청에 대한 하청노조의 단체교섭 등 관련 외국의 법제 및 사례 연구를 통하여 시사점을 도출하고, 관련 쟁점을 종합적으로 연구하였다.



## 제2장 당사자 적격에 관한 법리

### 제1절 당사자 적격에 관한 일반론

#### 1. 신청인 적격

##### 가. 서설

신청인 적격은 노동위원회에 부당해고 구제, 부당노동행위 구제, 노동쟁의 조정 등 노동위원회가 제공하는 각종 행정 서비스를 신청할 수 있는 자격을 의미한다. 부당해고 구제, 부당노동행위 구제, 노동쟁의 조정 등을 신청한 당사자에게 이러한 신청인 적격이 없는 경우에는 그러한 당사자는 관련 행정 서비스를 이용할 법적 지위를 갖지 못하며, 따라서 노동위원회는 신청을 부적법하다고 보아 각하(却下)하고 있다.

신청인 적격과 관련해서는 부당해고등 구제신청의 경우에는 신청인이 근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부가 문제되며, 부당노동행위 구제신청의 경우에는 신청인이 노동조합일 때에는 소위 '법내노조'에 해당하는지, 신청인이 근로자일 때에는 노동조합법상 근로자에 해당하는지 여부가 문제된다. 쟁의행위 조정신청의 경우에도 소위 '법내노조'에 해당하는지가 문제될 것이다.

##### 나. 근로기준법상 근로자성

###### (1) 종래의 판례법리

1953. 5. 10. 법률 제286호 제정되어 같은 해 8. 9. 시행된 제정 근로기준법 제15조는 “본법에서 근로자라 함은 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공한 자를 말한다.”고 규정하였는바, 근로자의 정의에 관한 위 규정의 내용은 현재에 이르기까지 유지되고 있다.<sup>1)</sup> 한편,

1) 현행 근로기준법 제2조제1항제1호는 “근로자란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다.”고 규정하고 있다.

법원은 1953년 제정 근로기준법의 시행 이후 상당기간 동안 일정한 기준의 제시 없이 근로기준법상 근로자 해당여부를 각각의 사안별로 판단하여 오다가, 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결에서 최초로 근로기준법상 근로자성의 판단에 대한 판단기준을 구체적으로 제시하였는바, 그 판시내용은 아래와 같다.

「근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 그 계약의 형식이 민법상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 업무의 내용이 사용자에게 의하여 정하여지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적, 개별적인 지휘 감독을 받는지 여부, 사용자에게 의하여 근무시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품, 원자재나 작업도구 등의 소유관계, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제, 사회적조건 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.」<sup>2)</sup>

이러한 판례법리에 대해서는 ① 오늘날 전문적·능력급적 업무에 종사하는 근로자의 경우 직접적, 구체적 업무 명령권이 불필요하게 되는 현상이 심화되고 있으며, 또한 고용형태가 다양화되고 지휘명령의 형태가 간접적, 포괄적으로 변화되어 구체적인 노무공급의 시간, 장소, 내용, 태양 등에 관해서는 노무공급자의 일정한 자율에 맡기고 일정한 기한 내에 처리해야 할 업무

2) 위 판결의 선고 이후 대법원은 대법원 1996. 4. 26. 선고 95다20348 판결(학습지 상담교사 사건), 대법원 1996. 7. 30. 선고 96도732 판결(임시학원 단과반 강사 사건), 대법원 1996. 7. 30. 선고 95누13432 판결(골프장 캐디 사건), 대법원 1996. 10. 29. 선고 95다53171 판결(신문판매요원 사건), 대법원 2000. 1. 28. 선고 98두9219 판결(보험모집인 사건), 대법원 2001. 6. 26. 선고 99다5484 판결(광고영업사원 사건), 대법원 2003. 1. 10. 선고 2002다57959 판결(레미콘 지입차주 사건), 대법원 2003. 9. 26. 선고 2002다64681 판결(주식회사 명목상 임원 사건), 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003두13939 판결(택배배달원 사건), 대법원 2004. 3. 11. 선고 2004두916 판결(소사장 사건) 등에서 위 판결에서 실시한 기준을 원용하여 근로자성 인정여부를 판단하였다.

량의 지정, 업무수행결과에 대한 평가 등 포괄적인 의미에서의 지휘, 감독을 행하는 경우가 많은데, 이러한 경우 일률적으로 근로자성을 부정하는 것은 실제로 임금을 목적으로 종속적인 근로를 하는 근로자들을 전혀 구제할 수 없어 부당하다거나,<sup>3)</sup> ② 사용종속관계의 판단에서 지휘명령관계의 존부에 중점을 두고, 근로자의 독립적인 시장접근성 유무와 정도, 사업자로서의 전문성이나 경제력을 가지고 있는지, 독립적 사업수행에 필요한 도구나 시설을 실제 소유, 관리하고 있는지 등을 사실상 고려하지 않아 노무공급자의 독립사업자성에 대한 판단을 소홀히 한다거나,<sup>4)</sup> ③ 사용종속관계에 대한 각 판단 기준의 상대적 중요성에 차등을 두지 않고 병렬적으로 나열만 하고 있어, 실제 법적 안정성이 저해되고 법관의 자의적 판단에 내맡겨질 수 있다는 것이며, 구체적 사례에 있어서 취업규칙, 복무규정, 인사규정 등의 적용을 받는지, 기본급이나 고정급이 정해져 있는지, 보수(임금)의 내용과 지급방법, 세법이나 사회보장에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부 등과 같이 주로 사용자가 경제적, 사회적으로 우월한 지위에 있음을 이용하여 일방적으로 결정할 수 있는 사항은 부수적으로만 고려될 수 있는 것으로 다른 실질적 판단기준과 동일한 가치를 가질 수 없고, 이러한 요소는 근로자성을 강화하는 기준으로만 작용하여야 하고 근로자성을 약화시키는 기준으로 작용하여서는 아니 된다거나,<sup>5)</sup> ④ 노무공급자가 제공하는 노무가 사업자의 사업에 통상적으로 필요한 것이거나 당해 사업 내부 부문과 상당한 정도 이상으로 결합되어 있다면 그 제공된 노무는 타인의 업을 위하여 제공된 것으로 보아야 하므로, 노무공급자의 근로자성을 인정하여야 한다<sup>6)</sup>는 등의 이유로 이를 비판하는 견해가 많았다.

## (2) 판례의 변경

대법원은 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결에서 기존의 판례법리에 비하여 다소 완화된 판단기준을 제시하여 근로자성을 판단하였고, 위 판결을 효시로 그 이후에도 동일한 취지의 판결이 반복되었다.<sup>7)</sup> 따라서 위 판결에서

3) 강성태, “특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단”, 『노동법학』 제11호, 한국노동법학회, 2000, 47면.

4) 위의 글, 46~47면.

5) 위의 글, 48면.

6) 위의 글, 49면.

제시된 다소 완화된 근로자성 판단기준은 현재 표준적인 판례법리로 자리를 잡았다고 평가될 수 있을 것인바, 그 내용은 아래와 같다.

「근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다. 다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.」<sup>8)</sup>

이러한 변화된 판례법리는 ① 지휘·감독의 존부에 관한 판단과 관련하여 종전의 '구체적·개별적 지휘·감독'을 '상당한 지휘·감독'으로 완화하여, 업무수행자체에 대한 지휘·감독뿐만 아니라 업무의 내용이나 종류 및 업무수행의 상대방에 대한 지정, 무 완성에 대한 검사 및 수정·보완지시와 같은 간접적·포괄적 지휘도 사용종속관계의 징표로 포섭될 수 있는 길을 열어놓았다는 점, ② "독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지", "노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지" 등의 새로

7) 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005두8436 판결(종합반 입시학원 강사 사건), 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018, 13025 판결(대학교 시간강사 사건), 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다37165 판결(지입계 학원버스 운전기사 사건), 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1566 판결(채권추심원 사건) 등.

8) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결.

운 징표를 제시하여 지휘·감독의 여부 등 종속성 징표 뿐만 아니라 독자적 시장접근성, 이윤 창출에 관한 독자적 기획의 존부, 독자적 기술 및 자본의 보유 등 독립사업자성 징표도 함께 고려하여 근로자성을 판단해야 함을 명시하고 있다는 점, ③ “기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다”고 판시하여 보수의 체계, 세법 내지 사회보장법의 적용여부 등은 근로자성 판단에 있어 결정적 징표가 될 수 없음을 명시한 점에서 종래의 판례법리와 차이가 있다.<sup>9)</sup>

## 다. 노동조합법상 근로자성

### (1) 노동조합법상 근로자 개념

현행 노동조합법 제2조 제1호는 ‘근로자’를 직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자를 말한다고 정의하고 있다. 그런데 2018년 ○○교육사건 판결<sup>10)</sup>을 계기로 노동조합법상 근로자성의 판단에 관한 대법원의 태도에 중대한 변화가 생겼다. 대법원은 2005년 학습지교사가 노동조합법상의 근로자에 해당하지 않는다고 판단하였으나,<sup>11)</sup> 2018년 ○○교육사건 판결에서는 노동조합법의 적용을 받는 근로자로 인정하였다. 위 ○○교육사건 이후 대법원은 이 사건에서 확립한 법리에 입각하여 방송연기자,<sup>12)</sup> 철도매점 운영자,<sup>13)</sup> 자동차판매 대리점 카마스터(car master, 자동차 판매용역계약 체결 판매원)<sup>14)</sup> 등이 노동조합법상 근로자에 해당한다고 판단하였다.

9) 박재우, “근로자성의 판단 기준에 관한 고찰 - 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두01566 판결 사안을 중심으로-”, 『노동법 실무연구』 재판자료 제118집, 법원도서관, 2009. 6. 21~22면.

10) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604 판결

11) 대법원 2005. 11. 24. 선고 2005다39136 판결.

12) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결. 평석으로 박귀천, “방송연기자 노동조합 사건으로 본 대법원 노동조합법상 근로자성 판단기준과 경향”, 노동법률, 제331호, 중앙경제사, 2018, 140~144쪽.

13) 대법원 2019. 2. 14. 선고 2016두41361 판결.

14) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두33712 판결.

우리나라는 성문법 국가이지만 대법원 판례에 반하는 하급심 판결은 상고(上告)될 경우 취소될 위험성이 있고, 우리나라 현행법에 있어서 판례의 변경에 대해서는 상당한 제한(법원조직법 제7조제1항제3호)을 가하고 있기 때문에 대법원 판례는 사실상 큰 구속력을 가진다. 따라서, 2018년 재능교육사건 판결에서 제시한 노동조합법상 근로자성의 판단방법에 관한 논증(ratio decidendi)은 위 문단에서 열거한 일련의 대법원 판결에 의해 지지 및 강화되어 왔다는 점에서 견고한 판례로 빠르게 안착되었다고 평가된다.

#### (가) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604(병합) 판결

이 판결은 학습지 개발 및 교육 등의 사업을 하는 甲 주식회사가 전국 학습지산업노동조합 소속 조합원이면서 학습지교사들인 乙 등과 학습지회원에 대한 관리, 모집, 교육을 내용으로 하는 위탁사업계약을 체결하였다가 그 후 이를 해지하자 乙 등이 부당해고 및 부당노동행위에 해당한다는 이유로 구제명령을 신청한 사안에서, 乙 등은 노동조합법상의 근로자에 해당하고, 전국 학습지산업노동조합도 노동조합법 제2조 제4호 본문에서 정한 노동조합에 해당한다고 판단한 사례이다.

이 판결에서 대법원은 학습지교사가 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는다고 판단하면서도, “노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니다.”라고 하면서 노동조합법상의 근로자 해당 여부에 관한 구체적인 판단기준과 방법을 제시하였다. 이에 근거하여 대법원은 학습지교사가 노동조합법상 근로자에 해당하고, 따라서 조합원 자격을 계속 유지하면서 노동조합에 운영비를 지원하겠다는 의사를 밝혔다는 이유로 학습지교사들과의 계약을 해지한 사용자의 행위는 노동조합에 대한 가입을 이유로 불이익을 주는 부당노동행위 내지 노동조합에 대한 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다고 보았다.

#### (나) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2015두38092 판결

이 판결은 방송연기자를 조직대상으로 하는 甲 노동조합이 ○○○○○○

사와의 단체교섭에서 甲 노동조합 소속 조합원들인 방송연기자들과 ○○○○공사 소속의 다른 근로자들을 각각의 교섭단위로 분리하여 줄 것을 신청한 사안에서, 甲 노동조합 소속 조합원인 방송연기자는 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자에 해당한다고 봄이 타당하므로, 甲 노동조합이 노동조합 및 노동관계조정법상 노동조합으로서 교섭단위 분리를 신청할 적격이 있다고 본 원심판단이 정당하다고 한 판결이다.

이 사건에서 대법원은 “노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 한다)상 근로자는 타인과의 사용종속관계하에서 노무에 종사하고 대가로 임금 기타 수입을 받아 생활하는 자를 말하고, 타인과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약 등 어느 형태이든 상관없다. 구체적으로 노동조합법상 근로자에 해당하는지는, 노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, 노무를 제공받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지, 노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, 노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지, 사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, 노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 노동조합법은 개별적 근로관계를 규율하기 위해 제정된 근로기준법과 달리, 헌법에 의한 근로자의 노동3권 보장을 통해 근로조건의 유지·개선과 근로자의 경제적·사회적 지위 향상 등을 목적으로 제정되었다. 이러한 노동조합법의 입법 목적과 근로자에 대한 정의 규정 등을 고려하면, 노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니다.”고 판시하였는바, 이 판결을 통해 노동법상 근로자성 판단의 방법론이 더욱 명확해진 것으로 평가된다. 즉, 이 판결을 통하여 ‘경제적 종속관계’ 내지 ‘경제적 의존성’이 노동조합법상 근로자성 판단의 핵심적인 표지임이 확인되었다.

(다) 대법원 2019. 6. 13 선고 2019두33712 판결

위 판결은 자동차 판매대리점주 甲이 자신의 대리점에서 카마스터(car master, 자동차 판매원)로 근무하던 乙 등과 자동차 판매용역계약을 해지하자, 乙 등 카마스터들과 乙 등이 속한 丙 노동조합이 甲의 계약 해지와 노동조합 탈퇴 중용행위가 부당노동행위에 해당한다는 이유로 노동위원회에 구제신청을 한 사안에서, 丙 노동조합 소속 조합원인 乙 등 카마스터들은 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자에 해당한다고 본 원심판단이 정당하다고 판단한 사례이다.

이 사건에서 대법원은 “자동차 판매대리점주 甲이 자신의 대리점에서 카마스터(car master, 자동차 판매원)로 근무하던 乙 등과 자동차 판매용역계약을 해지하자, 乙 등 카마스터들과 乙 등이 속한 丙 노동조합이 甲의 계약 해지와 노동조합 탈퇴 중용행위가 부당노동행위에 해당한다는 이유로 노동위원회에 구제신청을 한 사안에서, 카마스터들의 주된 소득원은 甲에게서 받은 판매수당과 인센티브 등인 점, 甲이 미리 마련한 정형화된 형식의 자동차 판매용역계약서를 이용하여 카마스터들과 자동차 판매용역계약을 체결한 점, 카마스터들이 제공하는 노무는 甲의 자동차 판매대리점을 운영하는 데 필수적인 것인 점, 카마스터들은 여러 해에 걸쳐서 甲과 전속적·지속적으로 자동차 판매용역계약을 체결해 온 점, 카마스터들에 대한 직급체계와 근태관리, 표준업무지침 하달, 판매목표 설정, 영업 관련 지시나 교육 등이 이루어진 사정을 종합하면 甲이 카마스터들을 지휘·감독해 왔다고 평가할 수 있는 점, 카마스터들이 甲에게서 받은 판매수당이나 인센티브는 카마스터들이 甲에게 제공한 노무인 차량 판매행위의 대가라고 볼 수 있는 점, 카마스터들이 다른 회사 자동차도 판매하는 등 독립사업자의 성격을 가지고 있더라도, 甲과 경제적·조직적 종속관계가 있는 이상, 카마스터들에게 대등한 지위에서 노무제공계약의 내용을 결정할 수 있도록 노동3권을 보장할 필요가 있는 점 등을 종합하면, 丙 노동조합 소속 조합원인 乙 등 카마스터들은 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자에 해당한다고 본 원심판단이 정당하다.”고 판단하여, ‘경제적·조직적 종속관계’의 존부가 노동조합법상 근로자성 판단의 핵심적인 표지임을 재확인하였다.

요컨대, 2018년 ○○교육 사건 판결은 노동조합법상 근로자성을 판단하면



서 여전히 ‘사용종속관계’라는 용어를 사용하고 있으나, ‘사용종속관계’의 존부를 판단하는 하위표지들에 관해서는 종전의 판결과 차이를 보인다. 즉, 2018년 판결은 ‘사용자와 노무제공자 사이에 지휘·감독관계의 여부’와 ‘보수의 노무대가성 여부’를 사용종속관계를 판단하는 하위표지로 언급하고 있다는 점에서는 기존의 판례와 동일하지만, 기존의 판결에서 ‘노무의 성질과 내용’을 사용종속관계 판단의 하위표지로 언급한 것에 비하여 2018년 판결은 이러한 하위표지를 사용하지 않았다. 대신에 2018년 판결은 이전 판결에서는 언급한 적이 없는 ‘노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지’, ‘노무를 제공 받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지’, ‘노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지’, ‘노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지’를 사용종속관계 판단의 하위표지로 새로이 언급하였다.

이러한 변화는 종래 법원이 노동조합법상 근로자성이 문제된 사례에서 ‘사용종속관계’를 근로기준법상 근로성 판단에서 사용되는 ‘사용종속관계’의 하위표지들 중의 일부를 사용하여 판단하였던 것과 구별될 뿐만 아니라, 경제적·조직적 종속성을 판단하기 위한 새로운 하위표지들을 ‘사용종속관계’의 판단지표로 추가한 것이다.

## (2) 현재의 판례법리의 의의

2018년 판결에서 노동조합법상 근로자 개념의 판단기준으로 7가지 판단요소 중 ‘노동3권을 보장할 필요성’을 제외한 6가지 구성표지는 소위 유형적 개념의 하위 구성표지의 성격을 갖는다. 한편, ‘노동3권을 보장할 필요성’은 법률효과(즉, 노동조합의 조직 및 단체교섭 제도의 적용)와 의미관련성을 고려한 목적론적 개념 형성과 관련이 있다.

다음으로, 유형적 개념은 각각의 하위 개념표지들 상호간의 우열관계가 확정적이지 않음은 물론 하위 개념표지 중의 일부는 포기가 가능한바, 따라서 2018년 판결이 제시한 6가지 구성표지 중 무엇이 노동조합법상 근로자 개념의 본질적 구성표지에 해당하는지 검토할 필요가 있다. 그런데, 2018년 판결은 ‘경제적·조직적 종속성’을 추단계 하는 구성표지들을 ‘인적 종속성’을 추단

케 하는 구성표지들보다 순서상 앞에 나열하고 있다는 점 및 '노동3권을 보장할 필요성'과 주로 관련이 있는 하위표지가 '경제적·조직적 종속성'이라는 점을 고려할 때, '경제적·조직적 종속성'을 추단계 하는 4개의 구성표지들(즉, ㉠노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, ㉡노무를 제공 받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지, ㉢노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, ㉣노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지)가 본질적 구성표지에 해당하는 반면, '인적 종속성'을 추단계 하는 2대의 구성표지들(즉, ①사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, ②노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지)는 부수적 구성표지에 해당한다고 생각된다.

### (3) 일본의 판례법리<sup>15)</sup>

일본에서 노조법상 근로자성 판단에 관하여는 최고재판소 판단의 유일한 선례로서 존재한 1976년의 CBC관현악단 판결<sup>16)</sup> 이래 논의가 정체되어 왔다. 위 판결은 사업조직으로의 편입을 비롯한 당해 노동의 불가결성 등을 기초로 악단원의 노조법상 근로자성을 긍정하였다. 다만 위 판결에서는 위 불가결성 이외에도 포괄적인 지휘명령(근로시간, 출연의 요청 등)의 요소로 판단될 수 있는 여러 문제에 대해서도 구체적으로 판단하였으며, 노조법과 노기법상 근로자성 판단이 구분될 수 있다는 사례로서는 기능하였지만 이에 관한 일반론을 제시하지는 못하였으며, 이후 이 문제에 대한 논의는 활발하지 않았다.

이후 종래 직접 고용의 대상으로 하고 있던 근로자들이 도급이나 위임 등의 계약 형식으로 전환하거나 신규채용시 이러한 계약형식을 채택함으로써 직접적이고 전형적인 근로관계를 갖지 않게 되는 자들이 늘어나면서 이러한 자들의 노조법상 근로자성이 문제되었고, 2011년 최고재판소의 두 판

15) 최석환. (2014). 일본 노동조합법상 근로자성 판단의 새로운 기준. 노동법학, (52), 331면 이하의 내용을 요약하였음.

16) 最1小判昭和51. 5. 6民集30卷4号437頁.

결17)은 ① 노무공급자가 사업수행에 불가결한 노동력으로서 회사의 조직에 편입되어 있었던 점, ② 회사가 계약내용을 일방적으로 결정하고 있었던 점, ③ 노무공급자가 받는 보수가 노무 제공에 대한 대가로서의 성격을 지니고 있는 점, ④ 각 당사자의 인식과 계약의 실제 운용에 있어서 노무제공자가 회사의 의뢰에 응해야 할 관계에 있었던 점, ⑤ 노무 제공자가 회사가 지정하는 사업수행방법에 따라서 그 지휘감독 아래 노무를 제공하고 동시에 업무에 대해 장소와 시간의 면에서 일정한 구속을 받고 있었던 점 등을 이유로 노조법상 근로자성을 긍정하였다.

#### (4) 대리기사 사례

##### (가) 사실관계<sup>18)</sup>

원고 김○○은 2002. 1. 20.경부터 ‘손○○’이라는 상호로 부산 지역에서 대리운전 서비스업을 영위하는 사람, 원고 주식회사 ○○넷은 2014. 5. 7.경부터 부산 지역에서 대리운전 서비스업 등을 영위하는 법인으로서, 대리운전 접수 및 기사 배정 등에 필요한 ‘로지’라는 스마트폰 어플리케이션 프로그램(이하 ‘이 사건 프로그램’이라고 한다)을 공동으로 사용하면서, 불특정 다수의 대리운전 기사들을 상대로 동업계약서를 사용하여 동업계약을 체결하여 왔다. 한편, 피고 최○○은 2017. 9. 21.경 원고 김○○과 동업계약서에 기한 동업계약을 체결하고 원고 김○○로부터 이 사건 프로그램의 접속에 필요한 기사 ID를 부여받아 그 무렵부터 대리운전 업무를 수행하였고, 피고 김○○도 원고 김○○과 동업계약서에 기한 동업계약을 체결하고 기사 ID를 부여받아 대리운전 업무를 수행하였으며, 피고 ○○○은 2017. 10. 31.경 원고 주식회사 ○○넷과 동업계약서에 기한 동업계약을 체결하고 원고 주식회사 ○○넷으로부터 이 사건 프로그램의 접속에 필요한 기사 ID를 부여받아 그 무렵부터 대리운전 업무를 수행하였다(이하 원고들과 피고들 사이에 체결된 위 동업계약을 ‘이 사건 동업계약’이라고 한다).

17) 新國立劇場運營財團事件·最高裁2011·4·12·勞判1026-6; INAXメンテナンス事件·最高裁2011·4·12·勞判1026-27.

18) 부산지방법원 동부지원 2019. 11. 14. 선고 2019가합100867 판결에서 인용된 사실관계를 정리하였음.

## 동업계약서

### 제1조(목적과 지위)

① 본 계약은 '갑'과 '을'이 상호 신뢰와 협력으로 노력하여 친절하고 안전한 대고객 서비스로 많은 고객들을 만족, 유지시켜 상호 공동이익 추구를 목적으로 한다.

### 제3조('갑'의 책임과 의무)

① '갑'은 '을'이 대리운전을 통하여 수익활동을 할 수 있도록 단말기(PDA)프로그램 사용에 대한 인증절차(기사ID부여 및 면허자격, 대리운전보험가입 확인)를 대행한다.

② '갑'은 '을'의 대고객 서비스 정진 고양을 위하여 (비)정기적인 교육을 실시한다.

③ '갑'과 '을'은 상호 본 계약의 제4조 각 항 위반시, 2회까지는 주의조치하고, 3회 이상 위반시는 계약 해지할 수 있다.

### 제4조('을'의 책임과 의무)

① '을'은 고객에게 최선의 친절과 서비스로 안전하게 대리운전을 하여야 하며, '갑'의 이미지가 실추되는 언행이 없도록 최선을 다하여야 한다.

② '을'은 '갑'으로부터 인증받은 단말기(PDA)상의 배차시스템을 활용하여 본인이 아닌 제3자에게 대행하게 해서는 안 되며, 이를 위반하여 발생한 사고 및 사실 적발시 민,형사상의 모든 책임 및 배상은 '을'이 진다.

③ '을'은 다음과 같은 사항으로 '을' 본인은 물론이고, '갑'에게 손해되는 일이 발생해서는 안 되며, 문제 발생시 '을'이 모든 책임을 진다(정장 또는 정장에 준하는 복장, 욕설 및 폭력금지, 안전운행, 음주운전, 부당요금, 잔돈준비, 도덕적 윤리적 행동 및 품위유지, 교통범칙금 7일 이내 납부).

④ '을'은 '갑'으로부터 제공받은 기사매뉴얼 및 대고객 10대 금지사항(고객응대요령)을 숙지하여 반드시 준수해야 한다.

⑤ '을'은 '갑'이 시행하는 정책, 규칙, 업무지시 및 정기 및 비정기 교육을 반드시 참가, 이행하여야 한다.

⑥ '을'은 고객에게서 받는 서비스요금 중 일부(3,000원)를 '갑'에게 수수료로 납입하여야 하며, 그 수수료는 반드시 선납입하여야 한다. 단, 수수료는 서비스요금의 변화, 시장환경 및 지역정서를 고려해서 '갑'이 조정할 수 있다.

⑦ '을'은 대리운전 배차시스템에 필요한 단말기(PDA)를 준비하여야 하며, 출근은 자유며 출근시 프로그램비 500원, 관리비 3,000원을 선납하여야 한다.

⑩ '을'은 현장콜 운영을 하여서는 안 된다. 또한 부득이한 경우 운행 전 '갑'의 콜센터에 접수등록한 후 운행하여야 한다.

#### 제6조(영업시간과 휴일)

영업시간은 '갑'과 '을'이 자유롭게 선택할 수 있으며 상호 제약을 받지 않는다.

#### 제7조(계약의 해지)

'갑'과 '을'은 상호 어떠한 경우에도 구속되지 않으며 언제든지 계약을 해지할 수 있다.

#### 제9조(계약의 기간)

본 계약의 기간은 전적으로 '을'의 의사에 따라 결정된다.

피고는 대리 기사를 조합원으로 하여 ○○○○운전산업노동조합(이하 '이 사건 노동조합'이라고 한다)이라는 명칭으로 지역단위노동조합을 조직한 다음, 이 사건 노동조합의 대표자로서 2018. 12. 11. 부산광역시시장에게 노동조합 설립 신고를 하여 같은 달 12. 설립신고증을 받았고, 피고 김○○, 송○○는 이 사건 노동조합에 가입하였다. 그 후, 이 사건 노동조합은 2019. 1. 14.경과 2019. 2. 1.경에 걸쳐 원고들에게 단체협약 체결을 위한 단체교섭을 요구하였으나, 원고들은 위 단체교섭 요구에 불응하고, 피고들과 같은 대리운전 기사들은 원고들과 동업계약을 체결하고 그에 따라 독립적으로 대리운전 영업을

하는 사업자일 뿐, 원고들과의 사용종속관계 하에서 대리운전 업무에 종사하고 그 대가로 수입을 받아 생활하는 노동조합법상의 근로자라고 할 수 없으므로, 피고들과 같은 대리운전 기사들이 조직한 이 사건 노동조합은 노동조합법상의 노동조합에 해당하지 않는다는 이유로 피고들을 상대로 노동조합법상의 근로자의 지위에 있지 않음의 확인을 구하는 소를 제기하였다.

#### (나) 1심판결<sup>19)</sup>

원고의 청구에 대하여 1심 법원은 아래와 같은 이유로 피고들이 노동조합법상 근로자에 해당한다고 판단하였다.

##### 「가) 피고들의 원고들에 대한 소득 의존성

피고들의 대리운전 업무 내용, 대리운전이 주로 이루어지는 시간, 대리운전 업무 수행에 필요한 시간, 우선배정 방식에 의한 대리운전기사 배정 등에 비추어 볼 때, 피고들이 겸업을 하는 것은 현실적으로 쉽지 않아 보이고, 실제로 피고들은 원고들에게만 소속되어 대리운전 업무만을 수행하고 있는 것으로 보인다. 더욱이 피고들이 소속된 이 사건 노동조합은 복수의 회사와 계약을 체결하고 대리운전 업무를 수행하는 대리운전기사를 조합원의 결격사유로 정하고 있다. 나아가 피고들이 대리운전비를 고객들로부터 직접 수령하여 취득한다고 하더라도, 원고들이 피고들로부터 대리운전 1회당 3,000원의 수수료를 미리 납입받는 점, 카드 결제를 통하여 대리운전비가 지급될 경우 피고들이 원고들로부터 대리운전비 상당의 금원을 지급받게 되는 점을 고려하면, 이는 피고들이 원고들로부터 대리운전비를 지급받는 것으로 평가할 수 있다. 이러한 사정을 종합하면, 피고들은 원고들로부터 이 사건 프로그램을 통하여 요청받는 대리운전 업무를 수행하고 원고들로부터 받게 되는 대리운전비가 주된 소득원이었을 것으로 보인다.

##### 나) 원고들에 의한 이 사건 동업계약 내용의 결정

원고들은 불특정다수의 대리운전기사들을 상대로 미리 마련한 정형화된 형식의 동업계약서를 사용하여 동업계약을 체결하였는데, 그 동업계약서에는 이 사건 동업계약의 내용에서 보는 바와 같이, 대리운전기사들의 업무 수행태도 및 방식, 대리운전기사들의 피교육의무, 대리운전 수수료, 관리비 등의 납부의무 등

19) 부산지방법원 동부지원 2019. 11. 14. 선고 2019가합100867 판결.

주로 대리운전기사들의 의무 사항을 정하면서 원고들에게만 수수료 변경 권한을 부여하고 있다. 또한, 원고들만이 대리운전비를 결정하고, 피고들에게는 이를 결정할 수 있는 권한이 전혀 없다. 이러한 사정을 고려하면 원고들이 피고들 등 대리운전기사들의 수입을 비롯하여 피고들 등 대리운전기사와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하고 있다고 볼 수 있다.

다) 피고들의 원고들을 통한 대리운전 업무 수행

피고들이 제공하는 대리운전 노무는 원고들의 대리운전 영업 영위에 필수적인 것이고, 피고들 등 대리운전기사들은 원고들 등 대리운전업체를 통해서만 대리운전영업 시장에 접근할 수 있다.

라) 원고들과 피고들 사이의 이 사건 동업계약관계의 지속성·전속성

피고들이 원고들과 이 사건 동업계약을 체결한 후 상당한 기간 동안 대리운전 업무를 수행하여 온 것으로 보이고, 원고들에게 상당한 정도로 전속되어 있다.

마) 원고들의 피고들에 대한 지휘·감독의 존재

이 사건 동업계약에 의하면, 피고들은 정장 또는 정장에 준하는 복장을 착용하여야 하고, 안전운행을 하며, 부당요금을 징수해서는 안 되고, 고객응대요령을 숙지해야 하며, 원고들이 시행하는 정책, 규칙, 업무지시를 따라야 하고, 정기적 또는 비정기적 교육에 참석해야 하는데, 피고들이 이를 위반하면 2회까지는 주의조치를 하고, 3회 이상부터는 계약을 해지할 수 있게 정하여져 있다. 또한, 원고들이 우선배정 방식을 시행하고 있는데, 피고들이 우선배정을 받지 못할 경우 실제로 대리운전 배정을 제대로 받지 못하게 되므로, 결국 원고들은 우선배정을 통하여 피고들로 하여금 특정한 시간 동안 일정한 횟수 이상의 대리운전을 의무적으로 수행하도록 하고 있다. 나아가 원고들은 피고들이 대리운전기사 배정을 취소할 경우 500원의 취소 수수료를 부과하고 있고, 피고들이 직접 고객으로부터 대리운전을 요청받는 현장콜의 경우에는 사고가 나더라도 보험의 적용이 되지 않게 하고 있다. 위와 같이 피고들은 비록 근로기준법상 근로자에 해당한다고 볼 정도는 아니지만 다양한 방식으로 어느 정도 원고들의 지휘·감독을 받았던 것으로 볼 수 있다.

바) 대리운전비의 근로대가성

앞서 본 바와 같이, 피고들은 대리운전 노무에 대한 대가로 사실상 원고들로부터 대리운전비를 지급받은 것으로 평가할 수 있다.

사) 노동3권 보장의 필요성

피고들 등 대리운전기사들과 원고들 등 대리운전업체 사이의 노무제공관계의 실질과 대리운전기사들의 업무 수행 방식 및 보수 수수 방식 등에 비추어 보면,

비록 그 전속성과 소득 의존성이 약한 측면이 있다고 하더라도, 특정 사업자에 대한 소속을 전제로 하지 않을 뿐 아니라, 고용 이외의 계약 유형에 의한 노무 제공자까지도 포함할 수 있도록 규정한 노동조합법의 근로자 정의 규정과 대등한 교섭력의 확보를 통해 근로자를 보호하고자 하는 노동조합법의 입법취지를 고려할 때, 원고들의 사업에 필수적인 노무를 제공함으로써 원고들과 경제적·조직적 종속관계를 이루고 있는 피고들을 노동조합법상 근로자로 인정할 필요성이 있다. 또한 경제적 약자의 지위에서 원고들에게 노무를 제공하는 피고들에게 일정한 경우 집단적으로 단결함으로써 노무를 제공받는 원고들과 대등한 위치에서 노무제공조건 등을 교섭할 수 있는 권리 등 노동3권을 보장하는 것이 헌법 제33조의 취지에도 부합한다.」

(다) 항소심판결<sup>20)</sup>

항소심 법원은 아래의 사실관계를 추가로 인정한 외에 위 1심 법원의 판결을 그대로 인용하여 원고의 항소를 기각하였다.

「피고 송○○가 원고 주식회사 ○○넷과 체결한 동업계약에 위반하여 다른 업체와 사이에 대리운전 등에 관한 계약을 체결하였다거나 다른 업체를 통하여 대리운전을 하였다고 볼 만한 증거가 전혀 없고, 오히려 위 동업계약 제4조제12항에 따라 원고 주식회사 ○○넷의 협력업체 등의 대리운전을 하였던 것으로 보일 뿐만 아니라, 만약 피고 송○○가 원고 주식회사 ○○이나 협력업체가 아닌 다른 회사의 대리운전을 일부 하였다고 하더라도, 피고 송○○가 원고 주식회사 ○○과 경제적·조직적 종속관계가 있는 이상, 피고 송○○에게 대등한 지위에서 노무제공계약의 내용을 결정할 수 있도록 노동3권을 보장할 필요가 있다(대법원 2019. 6. 13. 선고 2019두33712 판결 등 참조).

원고 주식회사 ○○넷은 “현재 복장, 업무지시, 교육 등에 관하여 그 내용이 변경된 동업계약서를 사용하여 동업계약을 체결하고 있으므로 피고 ○○○는 원고 주식회사 ○○○의 근로자의 지위에 있지 않다”라는 취지로 주장하나, 그와 같이 원고 주식회사 ○○○이 피고 송○○ 이외의 다른 대리운전기사와 변경된 내용의 동업계약을 체결하고 있다는 사정만으로 원고 주식회사 ○○○과 피고 ○○○ 사이의 노동조합법상 사용자와 근로자 관계를 달리 볼 것은 아니다.」

20) 부산고등법원 2020. 8. 26. 선고 2019나58639 판결.



## (라) 관련 중앙노동위원회 판정

중앙노동위원회 또한 대법원 판례의 판단요소에 따라 주요 판단요소와 부수적 판단요소로 구분하여 대리기사를 노조법상 근로자로 인정하고, 이들이 조직한 노동조합의 교섭요구는 적법하므로 사용자는 그 사실을 공고하고 교섭에 응할 의무가 있다고 결정한바 있다(중앙2019교섭103).

위 사건에서 중앙노동위원회는 “노무제공자가 근로기준법에서 정하는 근로자에는 이르지 않더라도 사업자와의 노무제공관계에서 경제적·조직적 종속관계를 이루고 있고, 노무제공의 대가로 보수를 받는다면 노동3권을 보장할 필요가 있고 노동조합법상 근로자로 인정될 수 있다.”고 하면서, “대리업체는 대리기사와 체결하는 계약내용을 일방적으로 결정하고, 대리운전이라는 노무는 대리업체의 사업 수행에 필수적인 노동력으로서 대리기사는 대리업체가 구축한 대리운전사업체계에 편입을 통해서 대리운전시장에 접근할 수 있으며, 대리운전비는 대리기사가 대리운전이라는 노무를 제공하고 그 대가로 받는 보수이므로, 대리기사는 노동조합법상 근로자로 인정된다.”고 판단하였다. 나아가, “대리기사가 노동조합법상 근로자로 인정되므로 대리업체는 대리기사가 조직한 노동조합의 교섭요구 사실을 공고하고 교섭에 응할 의무가 있다.”고 보았다.

## (마) 검토

2018년 ○○교육 판결은 노동조합법상 근로자성을 근거짓는 ‘경제적·조직적 종속성’을 추단케 하는 4개의 구성표지들(즉, ㉠노무제공자의 소득이 특정 사업자에게 주로 의존하고 있는지, ㉡노무를 제공 받는 특정 사업자가 보수를 비롯하여 노무제공자와 체결하는 계약 내용을 일방적으로 결정하는지, ㉢노무제공자가 특정 사업자의 사업 수행에 필수적인 노무를 제공함으로써 특정 사업자의 사업을 통해서 시장에 접근하는지, ㉣노무제공자와 특정 사업자의 법률관계가 상당한 정도로 지속적·전속적인지)가 본질적 구성표지에 해당하는 반면, ‘인적 종속성’을 추단케 하는 2대의 구성표지들(즉, ①사용자와 노무제공자 사이에 어느 정도 지휘·감독관계가 존재하는지, ②노무제공자가 특정 사업자로부터 받는 임금·급료 등 수입이 노무 제공의 대가인지)는 부수적

구성표지에 해당한다고 판단된다.

이러한 방법론을 적용할 경우, 이 사건 대리운전기사는 위 ㉠, ㉡, ㉢, ㉣의 본질적 구성표지가 인정됨은 물론, ①과 ②의 부수적 구성표지도 어느 정도 인정될 수 있다는 점 및 이들 대리운전기사가 경영위험을 자발적으로 인수하였다고 보기 어려워 노동3권을 보장할 필요성이 긍정된다 점에서 노동조합법상 근로자에 해당한다.

따라서, 대리기사의 노조법상 근로자성에 관한 하급심 판결들 및 중앙노동위원회의 판정은 변경된 판례법리에 부합하는 것으로 적절하다.

### 라. 노동조합법상 노동조합

현행 노동조합법은 법내 노동조합이 되기 위해서는 적극적 요건, 소극적 요건 및 절차적 요건(설립신고)을 모두 갖추 것을 요구하고 있는바, 이를 표로 보면 다음과 같습니다.

<표 1> 노동조합법상 노동조합 개념(정의)

요건	실질적 요건		형식적 요건
	적극적 요건	소극적 요건	
자주성 (주체성)	근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결하여	가. 사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하는 경우 나. 경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받는 경우 라. 근로자 아닌 자의 가입을 허용하는 경우	설립 신고
목적성	근로조건을 유지·개선 기타 근로자의 경제적·사회적 지위의 향상을 도모함을 목적으로	다. 공제·수양 기타 복리사업만을 목적으로 하는 경우 마. 주로 정치운동을 목적으로 하는 경우	

단체성	조직하는 단체 또는 그 연합단체		
-----	-------------------	--	--

위 표의 세 가지 요건(적극적, 소극적, 절차적 요건)은 법내 노동조합으로 유지·존속하기 위한 요건이라 할 수 있는바, 노동조합법 제2조 제4호 단서는 위 표의 소극적 요건으로 각목에 정한 경우에 해당하는 때에는 '노동조합으로 보지 아니한다'고 규정하고 있다.

여기서 적극적 요건과 소극적 요건의 관계를 검토해 보면, 적극적 요건을 갖춘 경우라면 일단 노동조합의 실질적 요건이 추정되는 것으로 보아야 할 것이고, 적극적 요건과 소극적 요건은 서로 영향을 주는 것이어서(예컨대, 자주성(주체성) ↔ 근로자 아닌 자의 가입을 허용하거나 사용자 이익을 대표하는 자가 참가하는 경우), 결국 노동조합의 실질적 요건은 적극적 요건과 소극적 요건을 함께 검토하여 판단할 수밖에 없을 것이다.

## 2. 피신청인 적격

### 가. 서설

피신청인 적격은 신청인이 부당해고등 구제신청, 부당노동행위등 구제신청, 노동쟁의 조정신청을 하면서 그 상대방으로 특정한 당사자가 관련법률에 따라 그러한 신청의 상대방이 될 수 있지의 문제이다.

부당해고등 구제신청, 부당노동행위등 구제신청, 노동쟁의 조정신청 모두 사용자를 상대로 신청할 수 있는 것이므로, 피신청인 적격의 여부는 사용자성의 판단을 주된 내용으로 한다.

### 나. 근로기준법상 사용자와 노동조합법상 사용자

#### (1) 근로기준법상 사용자

근로기준법상 사용자란 ① 사업주 또는 ② 사업경영담당자 및 ③ 그 밖에

근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말한다. 여기서 정의된 사용자의 개념은 근로기준법을 준수할 의무와 책임이 있는 사용자를 의미한다. 근로기준법이 근로기준법의 준수 의무자로서의 사용자를 사업주에 한정하지 아니하고 사업경영담당자 등으로 확대한 이유는 노동현장에 있어서 근로기준법의 각 조항에 대한 실효성을 확보하기 위한 정책적 배려에 있다.

## (2) 노동조합법상 사용자

노동조합법 제2조 제2호는 사용자라 함은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다고 규정하고 있다.

### 다. 사용자 개념의 내부적 분화

#### (1) 사업주

사업주는 근로기준법상 법률관계가 귀속되는 근로자의 상대방 당사자로서, 근로자를 사용하는 사업의 귀속점을 의미한다. 법인(法人)인 경우에는 당해 법인, 개인사업자(개인상)의 경우에는 사업자인 개인 자신이 이에 해당한다.

부당해고등 구제신청이나 부당노동행위 구제신청 사건의 피신청인이 될 수 있는 자격(이하 “피신청인 적격”)이 있는 자는 사업주이다. 이는 ① 부당해고등 구제신청사건의 경우 신청인인 근로자와 근로계약관계에 있는 사업주를 말하며, ② 부당노동행위 구제신청사건의 경우 원칙적으로 노동조합원인 근로자와 근로계약관계에 있거나 노동조합과 단체교섭의무가 있는 사업주를 말한다.

한편, 사업주는 개인사업체인 경우에는 그 개인(흔히 개인사업체의 ‘대표자’라는 말을 사용하는데 이는 사실 정확한 표현은 아니다. 개인사업체의 경우 그러한 개인사업체가 별도의 상호를 갖더라도 이는 당해 사업을 영위하는 개인을 표시하는 것일 뿐이다)이고, 법인사업체인 경우에는 법인 그 자체이다.

## (가) 개인사업체

개인사업체를 상대로 하는 강제신청 사건에서 실경영주와 명의상 대표자가 다른 경우에는 실경영주를 피신청인 적격이 있는 사용주로 보아야 한다.

## (나) 법인과 비법인사단, 비법인재단

기본적으로 상법이나 특별법상 영리법인이건 민법상 비영리법인이건 법인은 설립등기가 있는 경우 성립하므로(법인설립법정주의) 법인등기를 경료하지 않는 단체는 법인격을 갖지 못한다. 다만, 법인등기는 하지 아니하였지만 정관을 갖추고, 대표자 등 법인으로서의 실질을 갖추고 있는 단체(소위 비법인사단, 비법인재단)은 실체법상 권리능력(법인격)은 없지만 소송상 당사자능력은 인정되므로(민사소송법 제52조21) 노동위원회 절차에서도 피신청인 적격을 긍정하는 것이 합리적이다.

## (다) 법인이 아닌 사단 등의 당사자능력

‘법인이 아닌 사단이나 재단’을 당사자로 할 때에는 민사소송법 제52조에 의하여 당사자능력 자체가 있는지의 여부를 신중히 검토하여야 한다. 판례는 이 규정에 의한 당사자능력 인정의 요건을 “일정한 목적을 가진 다수인의 결합체로서 그 결합체의 의사를 결정하고 업무를 집행할 기관들 및 대표자 또는 관리인에 관한 정함이 있는 법인 아닌 단체”이어야 한다고 판시하고 있다.<sup>22)</sup> 먼저, ‘법인이 아닌 사단’이라고 할 수 있기 위해서는 실체에 있어서 법인격 있는 사단과 같은 단체로서의 조직을 갖추어야 하고 어느 정도의 존속기간을 가지면서 구성원으로부터 독립적이어야 하며, 대표의 선임방법, 총회의 운영 기타 사단으로서의 중요한 점은 정관에 의하여 확정되어 있어야 한다. 다음으로, ‘법인이 아닌 재단’은 일정한 재산을 중심으로 하여 사회생활상 하나의 단위를 이루는 조직을 가지고 개인으로부터 독립한 관리기구(관

21) 민사소송법 제52조(법인이 아닌 사단 등의 당사자능력) 법인이 아닌 사단이나 재단은 대표자 또는 관리인이 있는 경우에는 그 사단이나 재단의 이름으로 당사자가 될 수 있다.

22) 대법원 1997. 12. 9. 선고 97다18547 판결.

리인)를 두어야 한다.

법인이 아닌 단체로서의 당사자능력이 인정된 예로는, 먼저 종교단체에 관하여 보면 개신교의 개별 교회는 일반적으로 당사자능력을 인정하나,<sup>23)</sup> 천주교단에 속한 개별 교회에 대하여는 당사자능력을 부정한다.<sup>24)</sup> 사찰의 경우에는 독립된 단체성을 갖추었는가 아니면 개인사찰이거나 불교목적시설에 불과한 것인가에 따라 당사자능력 유무의 판정이 달라지는데, 통상 단체성이 있는 일반사찰<sup>25)</sup>이나 불교신도회<sup>26)</sup> 등은 법인 아닌 사단으로, 전통사찰은 법인 아닌 재단으로 각각 권리능력이 인정되는 경우가 많으나, 이에 반해 단체성이 없는 개인사찰<sup>27)</sup>이나(이는 소유의 객체에 불과하다), 불교목적시설에 불과한 경우에는 당사자능력이 부정된다.

그 밖의 단체로서 당사자능력이 인정된 예로서는, 종종·문중 등의 종족단체,<sup>28)</sup> 제중(堤中)·보중(中)·수리근(水利根) 등의 농민단체,<sup>29)</sup> 동회·자연부락·아파트입주자대표회의 등 주민단체,<sup>30)</sup> 구 주택건설촉진법(현행 주택법)에 의하여 설립된 재건축조합과 주택조합<sup>31)</sup> 등이 있다. 또한 하부조직이라 하더라도 독자적인 규약을 가지고 독립한 활동을 하고 있는 독자적인 사회적 조직체로 인정되는 한 법인이 아닌 사단으로서 당사자능력이 있다.<sup>32)</sup> 한편, 법인이 아닌 사단 또는 재단으로서는 대학교 장학회,<sup>33)</sup> 육영회, 보육원, 유치원<sup>34)</sup> 등이 이에 해당한다.

반면, 법인이 아닌 단체로서의 당사자능력이 부정된 예로는 단체로서의 독자성 없이 단지 다른 단체의 부속기관 또는 내부조직에 지나지 않는 경우에는 당사자능력이 없다. 그러한 이유로 지방자치단체의 하부 행정구역에 불과

23) 대법원 2001. 6. 15. 선고 99두5566 판결, 1991. 11. 26. 선고 91다30675 판결.

24) 대법원 1966. 9. 20. 선고 63다30 판결.

25) 대법원 2001. 1. 30. 선고 99다42179 판결, 2000. 5. 12. 선고 99다69983 판결, 1988. 3. 22. 선고 85다카1489 판결.

26) 대법원 1996. 7. 12. 선고 96다6103 판결, 1991. 10. 22. 선고 91다26072 판결.

27) 대법원 1994. 6. 28. 선고 93다56152 판결, 1991. 2. 22. 선고 90누5641 판결.

28) 대법원 1997. 11. 14. 선고 96다25715 판결.

29) 대법원 1995. 11. 21. 선고 94다15288 판결.

30) 대법원 1999. 1. 29. 선고 98다33512 판결, 1991. 4. 23. 선고 91다4478 판결.

31) 대법원 2001. 5. 29. 선고 2000다10246 판결.

32) 대한○○○장로회총회신학연구원 이사회(대법원 1998. 7. 24. 선고 96누14937 판결), 전국○○노동조합지부(대법원 1979. 12. 11. 선고 76누189 판결), 전국○○노동조합 목포지부(대법원 1977. 1. 25. 선고 76다2194 판결), 낙농협동조합지소(대법원 1976. 7. 13. 선고 74다1585 판결). 그러나 대한상이용사회분회의 당사자능력은 부정되었다(대법원 1961. 2. 27. 선고 4294행상134 판결).

33) ○○여자대학교 장학회를 법인 아닌 사단으로 본 예로서 대법원 1961. 11. 2. 선고 60743 판결.

34) 당사자능력을 긍정한 예로는 대법원 1969. 3. 4. 선고 68다2387 판결 및 1968. 4. 30. 선고 65다. 1651 판결, 부정한 예로는 대법원 1965. 8. 31. 선고 65다693 판결.

한 읍·면,<sup>35)</sup> 단체의 기관에 불과한 노동조합선거관리위원회,<sup>36)</sup> 전국버스운송사업조합연합회 산하의 부속기관에 불과한 같은 연합회 공제조합,<sup>37)</sup> 대한불교조계종의 하부조직 또는 기구에 불과한 대한불교조계종 총무원<sup>38)</sup> 등은 모두 당사자능력이 부정된다.

민법상 조합은 독자적 존재로서의 단체성보다는 구성원의 개인성이 강하므로 독자적인 당사자능력이 인정되지 않는다.<sup>39)</sup> 법인 아닌 사단은 구성원의 개인성과는 별개로 권리의무의 주체가 될 수 있는 독자적 존재로서의 단체적 조직을 가지는 데 비하여, 조합은 구성원의 개인성이 강하게 드러나는 인적 결합체인 데 그 특성이 있다. 당사자능력을 갖는 사단이나 갖지 못하는 조합이나의 구별은 일반적으로 그 단체성의 강약을 기준으로 그 명칭에 구애받음이 없이 실질에 의하여 판단하여야 한다.

그 밖에 판례는 학교<sup>40)</sup>나 학교비(學校費)<sup>41)</sup>는 시설이나 회계에 불과하다는 이유로 당사자능력을 부정한다.

## (2) '사업경영담당자' 및 '근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자'

사업경영담당자 또는 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위는 자는 피신청인 적격이 인정되지 않는다. 따라서 학교법인 산하 사립학교 교장, 의료법인이 운영하는 병원의 원장, 회사 공장장, 현장소장, 광업소장 등은 사업주가 아니라 '근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자'에 불과하므로 피신청인 적격이 없다.

소위 사용자 개념의 내부적 확장 등에 근거하여 사업경영담당자 등에 대하여 피신청인 적격을 긍정할 필요가 있다는 견해도 있으며, 부당노동행위 구제신청의 경우 이를 인정할 하급심 판결이 있기도 하다.

35) 대법원 2002. 3. 29. 선고 2001다83258 판결.

36) 대법원 1992. 5. 12. 선고 91다37683 판결.

37) 대법원 1991. 11. 22. 선고 91다16136 판결.

38) 대법원 1967. 7. 4. 선고 67다549 판결.

39) '동백홍농계'에 관한 대법원 1974. 9. 24. 선고 74다573 판결, '원호대상자광주목공조합'에 관한 대법원 1991. 6. 25. 선고 88다카6358 판결.

40) 대법원 1977. 8. 23. 선고 76다1478 판결.

41) 대법원 1991. 4. 23. 선고 91다3987 판결.

### (가) 지점 등의 피신청인 적격

지점(支店, branch)이란 지점등기의 유무나 그 명칭 여하에 불구하고 사실상 지점과 동일한 영업활동을 하는 모든 장소를 말하는 것으로 지점의 지휘를 받으면서 부분적으로는 독립된 기능을 하는 영업소를 말한다. 한편, 영업소란 상인의 경영활동의 본거지이며 기업활동의 지휘·명령을 하는 장소를 뜻한다. 이러한 지휘·명령에 따라 사실행위를 하는데 불과한 장소(공장이나 창고 등)는 영업소가 아닌 것으로 인식되고 있다. 한편, 부가가치세법상 사업장(事業場)이란 부가가치세 납세의무 이행의 근거지로서 사업자 또는 그 사용인이 상시 거주하여 거래의 전부 또는 일부를 행하는 장소를 의미하는 것으로 규정하고 있다.

이러한 지점, 영업소, 사업장 등은 별도의 법인격을 갖는 사업주가 아니라 하나의 사업의 내부조직에 불과하므로 원칙적으로 피신청인 적격을 갖지 못한다. 다만, 지점·지부·분회 등의 명칭에도 불구하고 별도의 설립등기를 하였거나, 별도의 정관 등 독립적인 단체로서의 실질을 갖추고 있는 경우에는 사업주로 볼 수 있다.<sup>42)</sup>

### (나) 영조물(營造物)과 행정청(行政廳)의 피신청인 적격

노동위원회는 사용자로서의 국가 또는 그 기관에 대한 처분이 가능하다. 국가 또는 그 소속기관이 행정상 사법(私法) 활동을 할 때 사법상의 권리주체로서 사법상의 법인과 같은 사인(私人)으로 취급되고, 사인으로서의 국가는 공권력과 공법의 규율을 받을 수도 있으므로, 노동위원회가 행정청으로서 사인 지위에 있는 국가에 대하여 구체명령을 발령하는 것이 가능하다.<sup>43)</sup> 주의할 점은 이 경우 피신청인 적격이 있는 사업주는 국가, 지방자치단체, 영조물법인 등 법인격이 있는 공법인(公法人)이지, 국가 등이 소유하며 운영하는 영조물은 피신청인 적격이 없다. 또한, 경영담당자에 상응하는 행정청(行政廳)이 아니라 사업주에 상응하는 행정주체(국가, 지방자치단체, 공법인)를 피신청인으로 보아야 할 것이나(원칙), 법률의 규정에 따라 행정청의 피신청인

42) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다59337 판결, 대법원 2008. 10. 23. 선고 2007다7973 판결.

43) 서울행정법원 2008. 8. 30. 선고 2007구합290 판결.



적격을 인정해야 할 경우도 있다.

#### (다) 국가 하부기관의 피신청인 적격

국립대학교 또는 국립대학교병원 등 국가 소속기관(영조물)의 경우 노동위원회 구제절차의 피신청인과 구제명령의 명의를 국가(대한민국)로 하고,<sup>44)</sup> 다만 괄호에 소속기관을 명시한다. 다만, 이러한 영조물이 법인격을 획득하여 독립된 영조물법인으로 설립된 경우에는 그러한 법인 자체를 사업주로 보아야 할 것이다.

#### (라) 공무원노조 및 교원노조에 부당노동행위에서의 사건 처리

현행 공무원노조법 제17조제2항에서 노조법 중 “사용자”(동법 제30조의 “사용자”를 제외한다)는 “기관의 장, 공무원에 관한 사항에 대하여 기관의 장을 위하여 행동하는 자”라고 규정하고 있고, 현행 교원노조법 제14조제1항에서 노조법 중 “사용자”는 “교육부장관, 시·도 교육감, 사립학교의 설립 경영자 또는 교원에 관한 사항에 대하여 교육부장관, 시·도 교육감, 사립학교의 설립 경영자를 위하여 행동하는 사람”으로, 규정하고 있으므로 공무원노조 또는 교원노조와 관련된 부당노동행위 구제신청사건에서는 해당 법률의 특별한 규정에 따라 ‘해당 기관의 장’ 등을 사용자로 보아야 할 것이다.

#### (마) 지방자치단체 그 하부기관·시설

지방자치단체는 지방자치법 제3조제1항에 따라 법인(법인)으로서 사업주에 해당하고, 공립학교, 공립학교 병설유치원, 도립국악원, 읍사무소 등은 하부기관 또는 시설(영조물)에 불과하다.<sup>45)</sup> 다만, 공립학교 사업장 사건의 경우 사업주는 해당 지방자치단체이나 「지방교육자치에 관한 법률」 제18조에 따라 대표자는 교육감이 된다.

44) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다40935 판결.

45) 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다45653 판결.

## 라. 사용자 개념에 대한 다원적 이해

### (1) 사용자 개념의 중요성

지금까지 노동법의 인적 적용범위에 관한 일반적인 논쟁은 주로 근로자와 사용자 사이의 양면적 계약 패러다임 속에서 이루어져 왔다. 즉, 노동법의 적용범위의 문제는 거의 전적으로 노동법의 적용대상으로 포함함에 적합한 노무자의 범주를 정하는 것으로 여겨졌다. 근로자 개념에 대한 집중과 사용자 개념에 대한 경시는 고용관계 시나리오에서의 높은 수준의 균질성(homogeneity)을 가정하고, 그 결과 특정한 근로자 집단의 이질성(heterogeneity)을 무시한다. 또한, 노동법의 적용대상에 관한 규범적 논의에서의 근로자 개념에 대한 집중은 상대방 당사자에 대해서는 ‘하인의 주인’ 방식의 넓은 개념을 연상시키는 모호한 용어로 채워진 개념적 공백을 초래하였다.<sup>46)</sup>

사용자 개념에 대한 이러한 개념적 공백은 오늘날 기업구조 및 기업조직의 발전으로 인해 더욱 악화되었다. 회사분할, 주식의 포괄적 교환 등의 도입으로 인한 기업집단(corporate group) 형성의 용이성과 근로자과견의 허용, 위장도급 규제의 실패로 인한 외부 공급자(external provider)로부터 조달받은 노동력의 광범위한 활용 가능성으로 인하여 오늘날 복수의 기업이 작업이 언제, 어디서, 어떻게 행해지는가에 대한 통제를 행사하는 경우가 빈번하게 발생한다. 자본은 이러한 기업구조재편(corporate reorganization)과 노동집약적(labour-intensive) 공정의 외주화를 통하여 손쉽게 노동법상 책임을 회피할 수 있게 되었다. Weil의 말처럼 시간이 흐를수록 깊게 벌어지는 금이 간 바위처럼, 지난 30년 동안 일터는 균열되었다.<sup>47)</sup>

노동법의 인적 적용범위에 관한 논의가 봉착하게 되는 난관 중 일부는 근로자 개념이 아니라, 근로계약의 맥락에서의 사용자 개념에 대한 분석을 통하여 해결되거나 적어도 이해될 수 있다.<sup>48)</sup>

46) J Prassl, p.3.

47) D Weil, *The Fissured Workplace – Why Work Became so Bad for so Many, and What Can be Done to Improve It* (Harvard University Press 2014), p. 7.

48) P Davies and M Freedland, p.273.

## (2) 사용자 개념에 대한 전통적 이해방식과 그 한계

노동법의 인적 적용범위를 결정함에 있어 양면적(bilateral) 근로계약의 당사자로서의 '근로자'의 분류에만 초점을 맞추어 왔다. 현행 노동법의 제 규정은 대부분 일원적 패러다임 위에서 구성되어 있으며, 따라서 작업에 관한 주요 결정이 복수의 기업에 의해 이루어질 때도 대부분 하나의 기업에만 책임을 부과한다.

노동시장의 구성에 관한 이분법적 가정에 근거한 노동법의 적용대상의 범주화는 경제적·사회적 발전에 따라 점점 복잡해지는 기업구조의 변화 속에서 근본적인 도전을 받아왔다.<sup>49)</sup> 지난 1990년대부터 발생한 고용관계의 구조적 변화는 고용관계를 규율하는 법적 구조의 근간을 흔들었다.<sup>50)</sup> 양면적 근로계약의 당사자라는 전통적인 근로자 개념은 인적 용역을 제공하는 사람을 독립적·자율적 계약자로 분류하고 이들을 노동법에서 배제하였다. 사용자들은 수년 동안 근로자 개념에 대한 조작을 통해 노동법을 회피해 왔다. 그러나 법원과 입법부는 그러한 회피에 맞서기 위한 시도를 강화하여 왔고, 그래서 사용자들은 사용자의 정의를 조작하는 쪽으로 그들의 관심을 돌렸다.<sup>51)</sup>

비정형 노동의 확산으로 인하여 근로자가 매우 이질적인 집단이 된 것처럼 근로자를 고용하는 기업도 이질적인 집단으로 분화하였다. 기업조직의 수직적 분화(vertical disintegration)에 의한 다면적 조직 모델(multilateral organizational models)<sup>52)</sup>의 출현 및 법적으로 독립된 기업 간의 복잡한 관계(예컨대, 기업집단)는 다른 법역에서도 어려운 문제를 초래하였지만,<sup>53)</sup> 개별 근로자가 가장 기본적인 노동법상 보호조차 받지 못하게 될 수도 있다는 점에서 그 부정적인 영향이 노동법에서 특히 심할 수 있다.

49) J Prassl, p.3.

50) J Fudge, 'The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection' in G Davidov and B Langille (eds), *Boundaries and Frontiers of Labour Law* (Hart 2006), p.296.

51) G Davidov, 'Re-Matching Labour Law With Their Purpose', in Guy Davidov and Brian Langille (eds.), *The Idea of Labour Law* (OUP, 2011) 179, p.187.

52) G Teubner and H Collins, *Networks as Connected Contracts* (Hart 2011), 98ff.

53) *Ibid.* Teubner는 기업집단(corporate group)을 다기업 네트워크(polycorporate network)라고 정의하면서, 이러한 기업집단을 규율하는 법은 독립한 기업 간의 개별적 관계라는 관념과 복합조직이라는 일원적 관념 사이의 긴장으로 특징지어진다고 주장했다.

### (3) 다원적 사용자 개념의 필요성과 사용자 개념에 대한 기능적 접근

사용자의 단일성(unitary)은 사용자가 항상 하나의 주체, 즉 근로계약에서의 근로자의 상대방이어야 한다고 가정한다.<sup>54)</sup> 그런데, 다면적 작업방식에서 노무자가 더는 노동법상 의무를 부담하는 상대방을 쉽게 식별할 수 없게 됨에 따라, '단일 기업 사용자'(a single-entity employer)라는 일원적 사용자 개념은 이러한 노무자들을 노동법의 적용대상에서 배제하는 중요한 원인이 되었다.<sup>55)</sup> 즉, 복수의 기업이 공동으로 사용자 기능을 행사하는 경우, 사용자의 일원적 개념을 고수하면 근로계약에 내재한 경쟁하는 맥락들이 상충하는 결과를 제시하게 되고, 이로 인하여 적절하지 않은 기업에 의무가 부과되거나 어떤 사용자도 식별할 수 없는 상황에서는 노동법의 적용의 완전한 파탄이 발생한다.<sup>56)</sup>

이와 반대로 다기능적(multi-functional) 맥락에서는 다양한 기능이나 역할의 행사를 고려하여 사용자 개념을 정의한다. 이런 의미에서 사용자가 되기 위한 특정한 '기능'이란 근로계약의 개방된 범위 내에서 사용자가 할 수 있거나 해야 하는 행위 중 하나인바, 근로자과건으로부터 복잡한 기업집단 구조에 이르기까지 다면적 작업방식이 나타남에 따라 이러한 기능이 점점 더 복수의 기업들에 의해 행사 및 공유되고 있다.<sup>57)</sup>

사용자의 '계약적 식별'에 근거한 일원적 사용자 개념을 고수할 경우, 복수의 기업들이 사용자 기능을 행사하는 사안에서 필연적으로 이러한 기능을 행사하는 기업의 일부(또는 전부)에는 사용자 책임을 부과할 수 없게 된다. 전통적인 사용자 기능을 복수의 기업이 행사하는 경우에도 사용자에 대한 기능적 개념을 활용하면 정확하고 일관성 있게 책임을 부여할 수 있다. 따라서 급여의 지급 등 사용자성을 특징짓는 일련의 기능들을 누가 행사하는가를 통하여 사용자 또는 사용자들을 식별한다는 '기능적 개념'(functional concept)으로의 전환은 노동법의 적용대상에 있어서의 일관성(coherence) 회복을 위한 유용한 방법이 될 수 있다.<sup>58)</sup>

---

54) J Prassl, p.13.

55) J Prassl, p.1.

56) J Prassl, p.14.

57) J Prassl, p.13.

58) P Davies and M Freedland, p.274.

#### (4) 사용자 개념에 대한 기능적 접근

사용자의 기능적 개념의 개발은 노동법의 핵심적 규율 도구로서 근로자나 근로계약 개념에 대한 거부를 의미하지는 않는다.<sup>59)</sup>

근로계약의 당사자로서의 근로자 개념과 관련한 난제는 개인의 고용상 지위에 대한 정의가 순환론적인 일련의 질문 안에서 발생하는데, 이로 인하여 분석상 구별되는 두 가지 질문인 ① 근로계약의 존재 및 정의와 ② 근로계약의 당사자에 관한 질문은 서로 얽히게 된다. 사용자의 일원적 개념을 고수하는 것은 노동법의 적용범위를 매우 비포괄(*under-inclusive*)으로 만든다. Weil의 설명에 따르면 '노동자들을 보호하는 법들은 균열된 일터의 새로운 경계선을 쫓아가지 못하고 있다. 예를 들어, 작업장의 안전과 건강 및 온전한(*decent*) 근로조건을 제공하겠다는 입법자의 약속은 변하지 않았지만, 끊임 없는 외주화는 안전에 대한 책임을 흐리게 하고 근로자를 위협에 빠지게 할 수 있다'.<sup>60)</sup>

Prassl은 사용자의 기능적 개념은 기업이든 기업의 결합이든 사용자의 기능을 행사하는 자에게 책임을 부과함으로써 복잡한 기업구조로 인하여 사용자의 책임이 흐려지는 것을 방지함으로써 이러한 현상을 반전시키고, 다면적 작업방식에서의 노동법의 인적 적용범위에 관한 일관성을 회복시킬 수 있다고 주장한다.<sup>61)</sup>

Prassl은 고용 여부의 판단에 관한 커먼 로 테스트의 분석을 통하여 사용자의 전통적인 개념이 본질적으로 일원적일 필요는 없다고 주장한다.<sup>62)</sup>

계약이라는 법적 제도는 가장 분명하게는 고용 관련 커먼 로의 핵심 개념으로서 영국 노동법의 중심이다. 근로자의 법적 지위에 대한 정의는 전통적으로 다소 순환적인 일련의 질문으로 이루어지는데, 거기에서는 근로계약의 존재 및 정의에 관한 것과 그 당사자들의 정의에 관한 것이라는 분석적으로 구별되는 두 가지 질문이 서로 얽혀 있다. 즉, 한편으로는 근로자와 사용자는 모두 근로계약의 당사자로 간주될 수 있으며, 다른 한편으로는 고용계약은 그러한 계약의 양 당사자가 근로자 및 사용자로서의 필요한 특색을 보여

59) J Prassl, p.11.

60) D Weil, p.9.

61) J Prassl, p.12.

62) *Ibid.*, p.24.

주는 경우에만 성립될 수 있다. 이러한 순환론적 설명은 분석적 맥락에서는 당혹스럽지만, 근로자 개념에 대한 선언으로부터 사용자 개념에 대한 정보를 추론하는 것을 용이하게 한다.

근로자성에 관한 판결들은 근로계약의 존재에 대한 문제에 관한 것이고, 이는 결국 계약당사자들 중 단지 일방당사자(근로자)가 아니라 양 당사자 모두의 성격에 관한 것이다.<sup>63)</sup> 이는 사용자와 근로자 사이의 양면적 계약의 핵심에 놓여있는 상호성(reciprocity)의 관념에 의해 더욱 강조된다. Devonald 판결에서 항소법원은 근로자에 대한 계약상 의무로부터 사용자의 의무를 암시했다.<sup>64)</sup> 원고인 근로자는 사용자의 주석 공장(tin plant)이 폐쇄된 후 해고되었고, 통지기간 동안 사용자가 원고에게 일자리를 제공하지 못하여 발생한 손실을 청구했다. 위 판결은 법원은 그 계약이 양면적 계약이고, 사용자의 의무(duty)는 노무제공에 대한 근로자의 법적 의무(obligation)에 대한 '불가결한 암시(necessary implication)'임을 분명히 했다. 현재의 맥락으로 옮겨보면, 근로자의 의무로부터 암시된 사용자의 의무(duties)라는 발상은 한 사람을 근로자로 만드는 요인들에 대한 분석은 사용자의 개념에 관한 결론의 도출에도 동일하게 적용될 수 있음을 의미한다.<sup>65)</sup>

한편, Prassl은 법적인 관점에서 사용자의 권한들과 그에 대한 법률적 통제를 아래의 다섯 가지 '사용자의 기능'으로 분석하였다.

- ① **고용관계의 개시 및 종료** - 근로자의 선정권한에서 해고권한까지 근로자와의 관계 자체의 존재에 대한 모든 권한을 포함
- ② **노동력 및 그 산출물의 수령** - 그 노동력과 그 산출물의 제공에 관하여 근로자가 사용자에게 부담하는 의무
- ③ **작업 및 급여 제공** - 임금지급 등 사용자가 근로자에게 부담하는 의무
- ④ **내부시장에서의 기업의 경영** - 무엇을 어떻게 해야 하는지를 포함한 모든 생산요소에 대한 통제를 통한 조정
- ⑤ **외부시장에서의 기업의 경영** - 잠재적 이익을 위하여 경제활동을 수행하는 동시에 사업에서 발생할 수 있는 모든 위험을 부담

---

63) *Ibid.*

64) *Devonald v Rosser & Sons* [1906] 2 KB 728 (CA).

65) J Prassl, p.25.

Prassl은 사용자가 '다기능'이 된다는 개념의 핵심은 위에서 언급한 어떤 기능도 그 자체로는 사용자성을 표창하지 않으며, 오히려 이러한 다섯 가지 기능의 각각의 조합이 근로관계의 창출·유지 및 근로관계의 이용에 관한 필요한 한 면을 포괄하고, 따라서 이러한 기능들의 조합이 근로자를 고용하였다거나 사용자로서 행동하였다고 평가되는 법적 개념을 구성할 정도가 되면 그에 상응하는 적절한 범위에서의 노동법의 적용을 받아야 한다고 주장한다. 이러한 사용자의 기능적 개념화는 사용자의 '계약적 식별'을 하나의 기업에 의하거나 또는 복수의 기업들에 의한 사용자 기능의 행사에 대한 강조로 대체한다. 즉, 하나 이상의 사용자 기능을 통제하는 데 책임을 지는 기업은 자신의 행동에 적용되는 규정을 준수해야 한다는 것이다.

#### 마. 집단적 노사관계에서의 사용자 기능적 개념

사용자의 기능적 개념은 단체교섭의 영역이든 쟁의행위의 국면이든 집단적 노동법에도 영향을 미친다. 예컨대 사용자의 정확한 식별은 파업의 합법성을 판단하는 중요한 기준이 된다. 영국에서 소위 '황금률(Golden Formula)'로 알려진 원칙 아래 파업은 오직 노동쟁의(trade dispute)의 계획(contemplation) 또는 전개(furtherance) 중에 행해진 때에만 보호될 수 있다.<sup>66)</sup> 이는 어떤 파업도 근로자들의 직접적인 사용자를 향해서만 행해질 수 있음을 의미하는데, 이는 법원이 사용자의 일원적 개념을 명확하게 연상시키는 협소한 방식으로 계속해서 하여 해석해 온 조항이다.<sup>67)</sup>

사용자 개념의 이러한 중요성은 2차 쟁의행위(secondary action)를 금지하는 영국법에 대한 유럽인권법원(European Court of Human Rights)의 조사에서도 명확하게 나타난다.<sup>68)</sup> 여기서 유럽인권법원은 단일 기업(single-entity)에 초점을 맞추는 협소한 방식에 대하여 "사용자들이 사업장의 탈지역화(de-localising), 다른 기업으로의 업무의 외주화, 별개의 법인으로 업무의 이전이나 사업부문의 분리를 위한 복잡한 기업구조의 채택과 같은 다양한 법

66) B Simpson, 'A Not So Golden Formula: In Contemplation or Furtherance of a Trade Dispute After 1982' (1983) 46 MLR 463, p.476.

67) *Dimbleby v NUJ* [1984] IRLR 161; *UCL NHS Trust v UNISON* [1999] IRLR 31 (CA).

68) *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v United Kingdom* (Application No 31045/10) [2014] IRLR 467.

적 전략을 활용하여 법을 자신들에게 유리하게 악용하기 쉽게 할 수 있으며, ..... 노동조합은 그 조합원들의 이익 보호를 위한 합법적이고 정상적인 활동을 수행하는데 심각한 지장을 받게 될 수 있다.”고 명시적으로 언급하였다.<sup>69)</sup> 또한 위 판결에서도 인용한 바와 같이 유럽사회권위원회(European Committee on Social Rights, ECSR)도 영국법이 직접적인 사용자(immediate employer)가 아니라면 노동조합이 사실상(de facto) 사용자에게 대해 쟁의행위를 하는 것을 방해할 수 있다고 우려를 표하고, 또한 영국법원이 사업의 일부를 이전하는 맥락에서 장래의 사용자(future employer)를 상대로 장래의 고용조건에 관한 쟁의행위를 배제했다는 점을 주목하였다.<sup>70)</sup>

---

69) *RMT v UK* [98].

70) *RMT v UK* [37]: “In its previous conclusions ... the Committee found that lawful collective action was limited to disputes between workers and their employer, thus preventing a union from taking action against the de facto employer if this was not the immediate employer. It furthermore noted that British courts excluded collective action concerning a future employer and future terms and conditions of employment in the context of a transfer of part of a business (*University College London NHS Trust v. UNISON*). The Committee therefore considered that the scope for workers to defend their interests through lawful collective action was excessively circumscribed in the United Kingdom. Given that there have been no changes to the situation, the Committee reiterates its finding that the situation is not in conformity with Article 6 § 4 of the Charter in this respect.”



## 제2절 원·하청 노동관계에서의 당사자 적격에 관한 법리

### 1. 논의의 배경

전형적인 양면적 고용관계와 구별되는 간접 고용관계는 간접고용 노동자, 고용사업주, 사용사업주의 삼면관계(triangular employment relations) 혹은 그 이상의 다면적 법률관계를 특징으로 한다.

간접고용 노동자의 노동기본권 보호에 관한 논의를 위해서는 다면적 고용관계를 규범적 관점에서 유형화할 필요가 있다. 간접고용 근로자를 사용하는 유형은 크게 ① 법률에 근거한 근로자공급, ② 근로자파견, ③ 도급의 법형식을 가장한 위장도급(불법파견), ④ 적법한 도급계약으로서의 진정도급(사내 하청 포함)으로 유형화할 수 있을 것이다.

<표 1.> 간접고용관계의 유형화 및 주요 쟁점

구분		주요 쟁점
적 법 한 간접고용	근로자공급	근로자공급 사업을 하는 노동조합이 실질적인 사용자라는 특수한 구조에서의 (하역)노동자의 노동기본권 보장 방안을 강구할 필요가 있음
	근로자파견	사용사업주를 상대로 한 교섭구조를 모색할 필요가 있음
위장도급		기본적으로 파견법 등의 엄격한 적용을 통하여 직접 고용관계로 전환해야 함. 이러한 직접고용 방식으로의 전환을 의제로 원청을 상대로 한 교섭구조를 모색할 필요가 있음
진정도급		원청을 상대로 한 교섭구조 모색 필요성(공동 사용자법리 도입 필요성)

우리나라의 경우 간접고용근로자의 보호와 관련하여 종래 ① 고용기업의 실체가 없는 경우 묵시적 근로계약관계를 법리를 이용하여 사용기업에게 직접 노동법상 사용자책임을 묻거나, ② 파견법을 통하여 근로자파견으로 구성하여 사용사업주에게 직접고용의무 등 노동법상의 책임을 부과하거나, ③ 실질적 지배력이 있는 원청 사업주를 지배·개입의 부당노동행위에 있어서 사용자로 보는 등의 판례법리가 형성되어 왔다. 그러나 사용기업(원청)이 간접고용 근로자에 대한 사용자로 인정되지 않는 이상, 위 ① ~ ③의 판례법리로 간접고용근로자를 보호하는 것이 충분하지 않다.

간접고용근로자도 근로자이기 때문에 당연히 노동3권을 보장받아야 하나, 종래 노동3권의 행사와 관련해서 부당노동행위의 주체인 사용자를 개별적 근로관계법상의 사용자와 동일시해서 명시적이든 묵시적이든 근로계약관계의 존재를 요구하는 법 적용이 간접고용 노동자들의 노동3권 보호를 형해화하여 왔다. 이와 같은 원청의 사용자성 인정 문제에 더하여, 현행 노조법상 교섭창구 단일화 제도가 시행된 이후에는 간접고용근로자의 노동3권은 사실상 사문화된 상황이다. 교섭창구단일화 대상을 원청사업장이 아니라 하청업체 기준으로 하여 전국 각지에 존재하는 동일 하청업체에서 파견한 노동자들과 교섭창구를 단일화하도록 강제되고, 교섭단위가 원청사업장을 기준으로 분리되더라도 하청업체가 변경되면 기존의 단체교섭절차는 사실상 무의미한 상황이다. 나아가, 쟁의절차를 밟고 있는 중에 하청업체가 변경되는 경우에는 새로운 하청업체를 상대로 새로이 교섭창구단일화 절차를 거쳐야 한다.

단체협약이 신규 하청업체에 승계되지 않는 문제 등 사실상 현행 법제도 내에서 간접고용근로자의 노동3권은 실질적으로 보호되지 못하고 있다.

간접고용근로자는 동종·유사업무를 담당하는 직접고용근로자에 비하여 차별적인 저임금을 지급받는 경우가 대부분이며, 이러한 근로조건의 차별은 다층적 하청 구조 내의 2차, 3차 하청노동의 경우에는 그 차별이 더 크게 확대되고 있다. 이러한 상황에서 원청업체와 하청업체 간의 시장권력의 비대칭성으로 인하여 하청업체뿐만 아니라 하청업체에 속한 근로자까지 차별적 저임금의 위협에 노출되고 있다.

한편, 하청노조가 원청기업을 상대로 노동쟁의 조정신청을 하고, 원청기업이 하청노조에 대한 사용자가 아니라는 이유로 조정에 응하지 않는 경우의 기존의 사건처리 방식은 아래와 같다.

■ 중노위 2010. 11. 15. 2010조정53 ○○자동차 노동쟁의 조정신청사건: 행정지도

“1. 본 노동쟁의 조정신청사건은 당사자인 ○○자동차주식회사와 사내하청업체 소속 근로자 사이에 직접적인 고용관계가 있는 것으로 단정할 수 없어, 노동조합 및 노동관계조정법상 노동쟁의의 요건을 충족하고 있지 않아 조정대상이 아니라고 인정한다.

2. 신청인은 노동관계법상 다른 적절한 절차를 통해 해결방법을 강구할 것을 권고한다.”

■ 충남지노위 2017. 9. 22. 2017조정59 전국○○노조(○○자동차㈜ ○○공장 사내하청지회): 행정지도

“1. 이 노동쟁의 조정신청 사건은「노동조합 및 노동관계조정법」상 노동관계 당사자간의 노동쟁이라고 보기 어려워 우리 위원회의 조정대상이 아니라고 인정한다.

2. 신청인은 노동관계법상 적법한 사용자와 단체교섭을 진행하도록 권고한다.”

이와 같이 조정신청에 대한 주문에서 “당사자인 ○○자동차주식회사와 사내하청업체 소속 근로자 사이에 직접적인 고용관계가 있는 것으로 단정할 수 없다”는 규범적 판단을 제시하는 것이 조정위원회의 권한에 속하는가에 대하여 의문을 제기하는 견해가 있다.

## 2. 기본적인 접근 방향

간접고용근로자의 노동기본권 보호의 문제는 기본적으로① 사용기업(원청)의 노동조합법상 사용자성의 인정 및 ② 다면적 근로관계에 있어서의 교섭구조의 재설계의 관점에서 접근하여야 할 것이다. 이를 위하여 (i) 현행 노조법상 사용자 정의규정의 개정, (ii) 다면적 근로관계의 경우에 적용할 교섭방식에 관한 규정의 신설 등이 검토되어야 할 것이다.

### 3. 원청 사용자 책임에 관한 국제노동기준, 해외법제

#### 가. ILO의 권고

국제사회에서는 고용형태의 다양화로 인해 보호받지 못하는 노동자를 보호하기 위해, 1997년 ILO 총회에서 도급노동(contract work)에 대한 논의가 시작되었고 2000년에는 「보호를 필요로 하는 노동자에 관한 전문가회의의 공동 성명」을 통해 전 세계적으로 노동의 성격이 급격히 변화함에 따라 노동자 보호 및 고용관계를 규정한 법이 노동자를 보호하는데 충분하지 못하다는 사실에 주목하고, 각국의 노사정이 투명한 방식으로 적절한 검토과정을 거쳐 노동자를 보호할 수 있는 방안으로 법과 정책을 마련해야 한다고 천명한 바 있다.

이후 10여 년간 논의를 거쳐 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·상법 계약을 통해 고용관계를 은폐하는 이른바 위장된 고용관계(disguised employment relationship) 문제를 해소하기 위한 법적 절차 및 조치를 마련할 것을 권고하였다.

ILO 결사의 자유위원회는 한국 정부에 대해 ① 사내하청노동자의 노동조합 설립에 대해 원청의 도급계약해지 등 반노동조합적 차별행위에 대한 재발방지를 위한 모든 조치를 할 것(Report No.350, 2008), ② 원청이 노동조합의 권리 행사를 회피하기 위해 사내하청을 지속적으로 활용한다는 것에 우려를 표하며 한국 정부는 단결권과 단체교섭권 보호 강화를 위한 조치를 할 것(Report No.363, 2012), ③ 사내하청노동자에 대한 노조 탈퇴 압력, 노조 가입을 이유로 한 해고, 단체교섭 회피 등 노동기본권 침해 사안에 대해 도급계약 자체가 사내하청노동자들이 단결권과 단체교섭권을 행사하는데 장애가 되고 있음을 지적하고 소속 및 고용형태에 상관없이 모든 노동자들의 단결권과 단체교섭권 보장을 위한 적절한 법 제도적 조치를 마련할 것(Report No.381, 2017)을 권고하였다.

## 나. 미국 연방노동관계법상의 공동사용자 판단기준의 변천

### (1) 공동사용자의 판단기준

#### (가) 제1기(~1983년) : 통제권 '보유' 기준

NLRB는 연방노동관계법 제정 직후부터 근로자들이 둘 이상의 사용자를 가질 수 있다고 보았다. NLRB는 1943년 Shipyard가 현장 구내식당 업체인 M&M과의 계약상 M&M 소속 근로자의 해고, 임금 승인 등의 권한을 보유하고 있었기 때문에 현장 구내식당 M&M과 함께 식당에서 일하는 근로자들의 사용자라고 판단하였다.<sup>71)</sup> 위 사안의 경우 Shipyard가 현장 구내식당 M&M의 근로자의 고용을 통제할 권리를 실제로 '행사하지 않았더라도 그러한 권한의 보유 자체'가 판단기준이 되었다.

연방대법원도 1964년 Greyhound 사건에서 공동사용자 개념을 승인하였고, 동 판결이 현재까지 공동사용자 판단기준의 핵심으로 인식되고 있다. 이 사건에서 연방대법원은 버스터미널을 운영하는 Greyhound와 그 회사를 청소하는 하청업체가 공동사용자인지에 대하여 Greyhound가 '공동사용자로서 자격이 있을 정도로 그 근로자의 일에 대한 충분한 통제를 가지고 있는지 여부'가 판단기준이 되었다.<sup>72)</sup>

이후 1982년경까지 NLRB가 전형적으로 공동사용자 지위에 대한 근거로 본 것은 근로자의 일과 근로조건에 대한 '통제권'이었고, 통제권의 '행사'나 특정한 행사 방법을 요구하지 않았다. 이러한 원칙에 따라 NLRB는 사용자가 계약에 의해 근로자의 중요한 근로조건을 결정할 권한을 가지고 있거나, 실질적 경제적 우위성으로 인하여 일방적인 위탁대금 결정 등을 통해 '간접적'일지라도 실질적으로 임금을 결정한다고 볼 수 있다거나, 업무내용이 사업의 필수적인 부분이기 때문에 당연히 업무수행에 대한 감독을 하게 되거나 문제되는 근로자에 대해 배치를 배제하는 등 실질적인 징계를 한다거나 근로자들이 원청회사의 시설과 기구를 이용하였다는 점 등을 근거로 공동사용자로 인정하여 왔다.

71) Bethlehem-Fairfield Shipyard, Inc., 53 NLRB 1428-1429 (1943)

72) Boire v. Greyhound Corp. 376 U.S. 473 (1964)

(나) 제2기(~2014년) : 통제권 '직접 행사' 기준 (TLI 기준)

NLRB는 1984년 이후 30여 년간 공동사용자 판단기준을 좁게 인정하는 태도를 취하였다.

NLRB는 TLI 사건<sup>73)</sup>에서 운전수를 임대하여 사용한 회사에 대하여 '일상적인 감독은 제한적이고 관례적(routine)이다. 그리고 채용, 해고, 복무규율에 대한 권한도 충분하지 않다. 공동사용자라고 하기에는 충분히 통제하지 않는다'는 이유로 공동사용자성을 부정하였다.

Airborne Express 사건<sup>74)</sup>에서는 고용에 관한 사항에 대한 통제가 '직접적'이어야 한다고 판단하였다.

(다) 제3기(~2015년): '완화된 기준' 도입 (BFI 기준)<sup>75)</sup>

2015년 NLRB의 Browning-Ferris Industries of California, Inc. 결정<sup>76)</sup>은 공동사용자 기준을 '만약 둘 이상의 사업체들이 모두 common law상 사용자들이면서 기본적인 고용조건을 규율하는 사항들을 공유하거나 공동으로 결정하는 경우에는 그들은 하나의 노동력에 대한 공동사용자이다. 사업장에서 지배(권)를 보유하고 실행했는지를 판단함에 있어, 공동사용자들이 고용조건에 관해 지배권을 공유하거나 공동결정하는 다양한 방식들을 고려해야 한다.'라고 판단하였다.

(라) 트럼프 행정부의 BFI 기준 폐기

NLRB는 2020. 2. 26. 「Joint Employer Status Under the National Labor Relations Act」<sup>77)</sup>(시행: 2020. 4. 27.) 공포 ⇨ 2015 Browning Ferris 공동사용자 기준 폐기하였다. 이에 앞서 미국 노동부(Department of Labor)는 2020.

73) TLI Inc., 271 NLRB 798 (1984)

74) Airborne Express 338 NLRB 597 (2002)

75) 362 NLRB No. 186 (2015)

76) 362 NLRB No. 186 (Aug. 27 2015)

77)

<<https://www.federalregister.gov/documents/2020/02/26/2020-03373/joint-employer-status-under-the-national-labor-relations-act#h-40>>

1. 16. 「Joint Employer Status Under the Fair Labor Standards Act」를 공포하였다.<sup>78)</sup>

## (2) 공동사용자 교섭방식의 변화

NLRB는 2000년 Sturgis 결정에서 ‘사용회사의 사업장에서 제공회사와 공동으로 고용된 간접고용근로자와 직접고용근로자로 구성된 교섭단위는 사실상 다수사용자 교섭단위가 아니고, 그 사업장에서 모든 근로자는 공동고용이든 단독고용이든 사용사업주에 고용된 것이므로, 이들이 적정 교섭단위 인정의 기본적인 기준인 이익의 공통성(community of interests)을 가지는 한 사용회사의 정규근로자와 공급사업주에 의해 공동으로 고용된 근로자들로 구성된 단위와 사용회사의 교섭은 허용된다’고 판단하였다.<sup>79)</sup>

2004년 Oakwood Care Center 결정에서 사용사업주의 단독고용 근로자들과 공급사업주와 함께 사용사업주가 고용한 공동고용 근로자들은 복수사용자 교섭단위를 구성하며, 단체교섭은 모든 당사자들의 동의가 있을 때에만 가능하다고 이를 번복하였다.<sup>80)</sup>

2016년 Miller & Anderson 결정에서 다시 ‘단일의 사용사업주가 공동으로 고용한 근로자와 단독으로 고용한 근로자를 결합한 교섭단위를 위하여 사용자의 동의는 필요하지 않으며, 대신 해당 교섭단위가 적정한지 결정하기 위해 전통적인 이익공통성(community of interest) 심사를 할 것’이라고 판정하였다.<sup>81)</sup>

## 다. 일본 노동조합법상 사용자 개념

### (1) 사용자의 개념

일본 노동조합법은 ‘사용자’의 개념을 정의하고 있지 않다.

78)

<<https://www.federalregister.gov/documents/2020/01/16/2019-28343/joint-employer-status-under-the-fair-labor-standards-act>>

79) M. B. Sturgis, Inc., 331 NLRB No.173 (2000)

80) Oakwood Care Center, 343 NLRB 659 (2004)

81) Miller & Anderson, 364 NLRB No. 39 (2016)

아사히방송(朝日放送) 사건에 대한 일본최고재판소 판결<sup>82)</sup>을 계기로 근로자와 사이에 직접적인 고용계약관계가 없는 자라고 하더라도 노동관계에 '실질적인 영향력을 미치는 경우'에는 '사용자'로 평가할 수 있어야 한다는 판례가 형성되었다.

고용주 이외의 사업주도 그 근로자의 기본적인 근로조건 등에 대해 고용주와 부분적으로 하지만 동일시할 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는 그 범위 내에서 사용자에게 해당한다는 등의 판례가 축적되어 있다.

## (2) 단체교섭거부의 부당노동행위 관련

단체교섭거부의 부당노동행위 성립요건은 '사용자가 고용하는 근로자의 대표자와 단체교섭을 하는 것을 정당한 이유 없이 거부하는 것'(노동조합법 제7조 제2호)이다.

단체교섭거부의 성립요건에 관해 분명히 하여야 하는 것은 '사용자'와 '근로자대표자'의 의의인바, 기업은 자기가 고용한 근로자에 대해서만 '사용자'로서 단체교섭의무를 지는 것이 원칙이지만, 고용(근로계약)에 인접한 관계에 있는 자나 고용에 유사한 관계에 있는 자 등에 대해서는 '사용자'로서 단체교섭이 강제되는 경우가 있다.

예컨대, ① 파견노동자를 사실상 사용하는 자,<sup>83)</sup> ② 과거 또는 장래의 사용자,<sup>84)</sup> ③ 모자회사관계에 있어서의 모회사,<sup>85)</sup> ④ 전속하도급관계 등을 통

82) 日最高裁三小判 1995. 2. 28. 이 사건은 방송사에 파견된 용역업체 근로자가 가입한 노동조합이 단체교섭을 거부한 방송사를 상대로 한 구제신청사건이었다. 이에 대해 법원은 일반적으로 근로계약상이 고용주를 의미하지만, 고용주 외의 사업주라 하더라도 고용주로부터 근로자의 파견을 받아서 자기의 업무에 종사시키고 그의 근로조건에 관하여 고용주와 부분적이라 해도 현실적이면서 구체적으로 지배 결정할 수 있는 지위에 있다면 그러한 경우에 한하여 그 사업주는 사용자에게 해당한다고 보았다.

83) 사용자 이외의 사업주라고 하더라도 사용자로부터 노동자를 파견받아서 자기의 업무에 종사하게 하여 그 노동자의 기본적인 노동조건에 대해서 사용자와 부분적으로라도 동일시할 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자는 그 한도에서 노조법 제7조의 '사용자'에 해당한다는 판례로 朝日放送事件·最三小判平7·2·28、民集49卷2号559頁。

84) 노동자를 해고한 사용자는 해고에 대해서 다투어지고 있는 이상 해고된 노동자가 속한 노동조합(해고자가 해고 후 가입한 노동조합을 포함)이 해고와 퇴직조건 등의 문제에 대해서 단체교섭을 신청하면 이에 응해야 한다는 것에는 三菱電氣鎌倉製作所事件·東京地判昭63·12·12、勞判532号7頁。계절적으로 노동자를 고용하는 기업은 노동계약 체결 이전에도 고용될 노동자의 노동조합의 단체교섭에 응해야 한다는 것에는 万座硫黄事件·中勞委昭27·10·15、命令集7集181頁, 土佐清水鯉節水産加工業協同組合事件·高松高判昭46·5·25、勞民集22卷3号536頁。

85) 東京地裁2008(平20).2.27.判決: 노조법에서 말하는 사용자성을 기초 짓는 노동계약관계는 반드시 현



하여 다른 기업(종속기업)을 지배하는 자<sup>86)</sup>는 노동조합법상으로도 노동계약의 당사자인 사용자는 아니지만, 노동조합법 제7조의 사용자로 단체교섭에 응할 의무를 부담하는 경우가 있다.

#### 4. 우리나라에서 간접고용에서 사용자 적격 판단 법리

우리나라에서 원·하청 노동관계에서 원청이 하청 소속 근로자에 대해 사용자성을 인정하는 기준이 무엇인가에 대해 여러 견해가 제시되어 왔다. 이를 간략히 살펴보면 다음과 같다.

- ① 근로계약설: 당해 근로자와 근로계약관계에 있는 자를 사용자로 보는 견해로, 이 견해는 명시적이든 묵시적이든 최소한 근로계약관계가 존재해야 된다고 한다.
- ② 법인격 부인설: 하청기업의 법인격이 사실상 존재하지 않는다고 볼 수 있는 경우 하청 근로자에 대해 원청이 사용자성을 갖는다는 견해이다.
- ③ 실질적 근로계약설: 어떤 근로자에게 누가 근로기준법상 임금지급의무 등을 부담하는 사용자인가를 판단할 때에도 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여 위와 같은 여러 요소들을 종합적으로 고려하여야 한다는 취지의 판결이 있다.
- ④ 부분적 사용자설: 고용주로부터 근로자의 과전을 받아서 자기의 업무에 종사시키고, 그의 근로조건에 대해서 고용주와 부분적이긴 하지만 동일시할 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는 그에 한하여 위 사업주는 사용자에게 해당한다고 보는 견해이다.

---

실의 노동계약관계만을 말하는 것이 아니라, 이에 근접하는 과거 시점에서의 노동계약관계의 존재도 노조법상 사용자성을 근거 짓는 요소가 된다고 해석함이 상당하다.

86) 종속기업을 실질적으로 지배하는 기업에 관해 고용계약상의 사용자와 동일시할 수 있을 만큼 구체적인 영향력 내지 지배력을 미칠수 있는 지위에 있다는 점에서 노조법 제7조의 사용자에게 해당하므로 단체교섭 거부는 부당노동행위에 해당한다고 판단한 것으로 大阪地勞委(大藤生コン三田)事件·大阪地判平8·9·30、勞判708号67頁、本四海峽バス事件·神戸地判平14·12·26、勞旬1577号48頁。

- ⑤ 실질적 지배력설: 근로계약관계가 없더라도 근로조건 등에 대하여 실질적인 영향력 내지 지배력을 가진 자를 사용자로 보는 견해이다.
- ⑥ 대항관계설: 근로조건 뿐만 아니라 노동3권 행사와 관련된 노동관계 전반에 지배력을 가진 대항관계에 있는 자를 사용자로 보는 견해이다.

이하에서는 각 이론에 대해 자세히 살펴보도록 한다.

### 가. 법인격 부인 법리

법인격부인의 이론은 법인격이 형해화되고 있다든가 남용되고 있는 경우, 당해 법률관계에 있어서 독립된 법인격의 존재를 부정하는 견해인데, 일본에서 주장된 이론이다. 일본 판례에서도 이를 인정되고 있는바, 예컨대, 자회사의 종업원이 친회사(모회사)에 대하여 행한 임금청구에서 이 이론을 적용하여 인정한 바 있으며 또한 자회사의 해산에 의한 해고가 부당노동행위로 판단된 사례에서 이 이론을 적용하여 친회사와의 사이에 고용관계의 존재를 인정한 예도 등장한 바 있었다. 즉 일본에서 이 이론은 기본적으로는 계약관계에 있어서의 책임을 인정하기 위해 등장한 이론이기는 하지만 부당노동행위에 대해서도 적용이 가능하다고 주장되고 있다.<sup>87)</sup>

#### (1) 법인격부인의 본질

회사에 독립된 법인격을 부여하는 것은 커먼 로에 기원을 두고 있다.<sup>88)</sup> 단 독사업자가 자신의 사업(enterprise)을 유한책임회사로 전환하여 사실상 유일한 이사 겸 지배주주가 된 *Salomon v Salomon* 사건에서 상원(House of Lords)<sup>89)</sup>은 주주의 책임은 그들의 최초 납입금 이상으로 확장될 수 없으며, 회사는 '별개의 법적 인격(a distinct legal persona)'이라고 판단하였다.<sup>90)</sup>

87) 山口浩一郎, 80頁.

88) J Getzler and M Macnair, 'The Firm as an Entity Before the Companies Acts' in P Brand, K Costello, and W Osborough (eds), *Adventures of the Law* (Four Courts Press 2005), p.267.

89) 영국은 2009년 이전에는 상원(House of Lords)이 최고법원의 기능을 하였음. 2009년 이후 대법원(The Supreme Cour)이 설립됨.

90) *Salomon v Salomon & Co Ltd* [1897] AC 22 (HL).

Lee v Lee's Air Farming 사건에서는 원고가 그 자신이 설립하고 이사이자 지배주주로 단독으로 경영한 회사의 근로자였다는 사실을 인정하면서 이러한 법리를 확인하였다.<sup>91)</sup>

한편, 기업의 법인화(incorporation)를 통하여 주주들은 그들의 경제적·법적 위험을 주식의 가치로 제한할 수 있다. 이는 신주인수(equity subscription)를 위하여 처음에 회사에 납입한 금액이거나 또는 이후에 매입하였다면 주식의 시장가치일 것이다. 회사 재산과 주주의 개인 재산의 분리(asset partitioning)를 통한 주주의 보호는 종종 회사의 장막(corporate veil)이라고 불리는데, 이는 초기의 경제 분석을 연상시키는 방식으로 회사의 사원들을 장막 뒤로 감춘다.<sup>92)</sup>

회사의 장막은, 예를 들어 회사 뒤에 있는 주주들에게 회사의 행위에 대한 책임을 부과하기 위하여, 법원에 의해 종종 뚫리거나 벗겨질 수 있는데, 이러한 과정은 전통적인 커먼 로에 매우 반하는 과정이다. 정통적인 입장에서는 사기, 면탈(evasion) 또는 특정한 실정법 규정의 적용에 의해서만 이러한 장막을 (앞에서 설명한 의미에서) 벗겨낼 수 있다고 주장한다.<sup>93)</sup>

그러나, 회사의 주주들 모두가 자연인인 것은 아니다. 사업체는 종종 모회사가 자회사의 전체 주식을 보유한 복수의 회사들의 결합으로 구성된다. 유한책임의 원칙을 고수할 경우 회사가 일단 설립되기만 하면, 각 회사는 원칙적으로 기업집단 내 다른 회사의 채무와 책임에서 자유롭다.

Hansmann과 Kraakman은 각 회사의 독립적인 지위는 각 회사의 채권자를 관련된 경제 단위에 배정하여, 특히 더 낮은 모니터링 비용에서 비롯되는 잠재적으로 상당한 편익을 얻을 수 있도록 한다고 주장한다.<sup>94)</sup> 이러한 접근은 자발적 채권자의 경우에는 적합할 수 있다.<sup>95)</sup> 그러나 비자발적 채권자의 맥락에서는 상황이 문제가 다른데 가장 두드러지게는 불법행위의 피해자의 경우이다.<sup>96)</sup> 임금채권자를 포함한 각 자회사의 (회사)채권자나 회사 자체에

91) *Lee v Lee's Air Farming Ltd* [1961] AC 12 (PC).

92) J Prassl, *supra* note 277, p.21.

93) *Ibid.*

94) H Hansmann and R Kraakman, 'The Essential Role of Organizational Law' (2000) 110 *Yale Law Journal* 387.

95) J Prassl, *supra* note 277, p.22.

96) H Hansmann and R Kraakman, 'Towards Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts' (1991) 100 *Yale Law Journal* 1879.

부정적 영향을 줄 수 있음을 고려할 때, 이러한 맥락에서 유한책임이라는 법 형식이 남용될 가능성은 거의 의심의 여지가 없다.

법인격부인론은 그 명칭과는 달리 법인격을 부인하는 방향(즉, 주주 등의 책임을 회사에게 부담시키는 방향)이 아니라 유한책임을 부인하는 방향(즉, 회사의 책임을 주주 등에게 부담시키는 방향)으로 전개된 논의이다.

## (2) 일본의 판례법리

### (가) 개별적 근로관계에서의 법인격부인론

일본에서는 법인격부인의 법리를 개별적 근로관계에 적용하여 주주 등에게 임금채권을 부담토록 하거나 근로관계의 당사자로 긍정한 사례가 있다. 일본의 경우 카와기시 공업 사건<sup>97)</sup>과 도쿠시마 후나이전기 사건<sup>98)</sup>에서 처음으로 노동법 관계에 법인격부인의 법리가 적용되기 시작하였다.

구체적으로는 ① 법인격이 형해화된 경우(지배형)와 ② 법인격이 법률의 적용을 회피하기 위하여 남용된 경우(남용형)로 나뉘는데, ①의 경우에는 '법인격의 형해화'를 요건으로 한다는 점에서 대상이 되는 회사와 그 배후에 있는 지배회사 사이의 '실질적 동일성'이 요구되며, ②의 경우에는 '법인격 남용'의 관점에서는 지배회사가 종속회사를 자신의 의사에 따라 도구처럼 지배하고 이용하고 있다는 객관적 요건과 지배회사가 위법 또는 부당한 목적을 위하여 이러한 행위를 하였다는 주관적 요건이 필요하다.

카와기시 공업 사건은 자회사가 업적 부진 등을 이유로 해산하면서 근로자들에게 임금을 지급하지 않고 해고함에 따라 근로자들이 임금채권보전을 위하여 회사 내 업무설비와 자재들을 가압류하였고, 이에 대하여 모회사가 업무설비와 자재들은 모회사의 소유이므로 가압류할 수 없다고 항변하였는데, 여기에 대해 근로자들은 자회사가 모회사에 완전하게 지배되어 있었기 때문에 법인격부인의 법리를 적용하여 모회사가 사용자로서의 책임을 직접 부담해야 한다고 임금청구 가처분을 신청한 사건이었다.

이 사건에서 센다이 지방재판소는 자회사에 대한 모회사의 법인격의 독립

97) 川岸工業事件: 仙台地判 1970. 3. 26, 勞働民例集21卷2号33頁.

98) 徳島船井電氣事件: 徳島地判 1975. 7. 23, 別冊商事法務49号143頁.

성이 특정 채권자에 대한 관계에서 제한되어 자회사의 책임을 모회사에서 부담하기 위한 조건으로 ① 모회사가 자회사의 업무·재산을 일반적으로 지배할 수 있을 만한 주식을 소유함과 동시에 모회사가 자회사를 기업 활동의 측면에서 현실적이고 통일적으로 관리·지배하고 있을 것, ② 모회사가 회사 제도의 남용을 목적으로 하여 자회사를 설립하거나 또는 기존의 자회사를 이용하려는 등의 사정이 있었을 것을 요구하면서, 카와기시 공업은 이와 같은 법인격부인의 법리를 적용받아 자회사 근로자들에 대한 임금지급의무를 부담한다고 판결하였다.

도쿠시마 후나이 전기 사건은 자회사가 해산됨에 따라 해고된 근로자들이 모회사에 고용승계를 요구한 사건이다. 도쿠시마 지방재판소는 법인격부인이 허용되는 경우를 ① 법인격이 형해화된 경우 ② 법인격이 법률의 적용을 회피하기 위하여 남용된 경우로 나누고, ①의 요건을 충족하기 어려운 경우에는 ②의 요건을 보다 자세하게 검토하여야 한다고 보았다.

즉, ㉠ 배후의 실체인 모회사가 자회사를 현실적이고 통일적으로 지배할 수 있는 지위에 있고 자회사와 모회사가 실질적으로 동일한 경우, ㉡ 모회사가 회사의 형태를 이용함에 있어서 위법 또는 부당한 목적으로 갖고 있는 경우에는 자회사의 설립 그 자체는 위법하거나 부당한 목적을 갖지 않더라도, 자회사의 해산이 부당노동행위 의사에 기하여 모회사가 직접 여기에 가담한 때에는 해산을 이유로 자회사가 행한 근로자의 해고는 회사형태를 이용함에 있어 위법 또는 부당한 목적을 갖고 있다고 보아야 하고, 이러한 경우에는 고용관계에 대하여 자회사의 법인격이 부인되어 직접 모회사와 해고된 근로자들과의 사이에 고용관계가 존재한다고 인정해야 한다고 판단하였다.

이외에도 쿠로카와 건설사건<sup>99)</sup>과 사노 제일교통 사건<sup>100)</sup>에서도 자회사의 법인격을 부인하고 모회사에 근로계약상 책임을 긍정한 사례가 있으나, 판례는 법인격의 형해화를 인정하는 것에 대하여 소극적이다.<sup>101)</sup>

## (나) 집단적 노사관계에서의 법인격부인론

일본의 하급심 판결 중에는 모회사의 단체교섭 응낙 의무를 긍정한 사례

99) 黒川建設事件: 東京地判 2001. 7. 25, 勞判813-15.

100) 佐野第一交通事件: 大阪高判 2007. 10. 26, 勞判975-50.

101) 박제성 외, 「사내하도급과 노동법」, 한국노동연구원, 2009, 123면. [노상헌 집필부분]

가 있다.

오사카 고등재판소는 칸사이 오노다 레미콘 사건<sup>102)</sup>에서 형식적으로는 별개의 회사이지만 사실상 동일기업의 일부분으로 볼 수 있는 관계, 즉 자회사의 법인격이 형해화된 경우에는 자회사의 근로자에 대하여 모회사가 단체교섭응낙의무가 있다고 판시하였다. 이 사건은 자회사의 법인격부인 법리의 적용을 긍정한 사례이다.

한편, 후나이 전기 사건<sup>103)</sup>에서 도쿠시마 지방재판소는 모회사가 자회사 근로자를 직접적으로 지배하고 있지는 않더라도 모회사와 자회사와의 밀접한 관계에 주목하여 모회사에 단체교섭 응낙 의무를 인정하기도 하였다. 이 사건은 자회사 A는 모회사인 후나이 전기가 100% 출자하여 설립한 자회사 A가 별도의 법인 B로 분리독립 하였는데, 후나이 전기는 B회사의 주식을 제3자에게 양도하였고(이후 다시 30%를 사들였다), B회사는 이후 도쿠시마 지방재판소에 회사경정절차의 개시를 신청하였다. 이에 대하여 B회사의 노동조합은 원래의 모회사인 후나이 전기에 대하여 단체교섭을 요구하였던바, 후나이 전기는 이 단체교섭 요구에 대하여 근로계약의 당사자가 아니라는 이유로 이를 거부하였다.

이에 대하여 법원은 ① B회사는 기술과 자재의 제공을 후나이 전기의 자회사에 의뢰하고 있었다는 것, ② 제조공정도 상세하게 후나이 전기의 지시를 받았다는 것, ③ 근로자들이 예전에는 A회사에 고용되었다는 것, ④ 회사경정절차에서의 경정채권자는 후나이 전기뿐이라는 것, ⑤ 후나이 전기는 B회사와 함께 근로자의 고용확보를 보증한다는 취지의 협정을 체결하였다는 것 등을 인정하면서, “이상과 같은 사실관계에 비추어 보면, B회사는 그 경영 전부를 후나이 전기에 의존하고 있고, 후나이 전기와는 별개의 회사이기는 하지만 양자 사이에는 모자회사 이상의 밀접한 관계가 존재하며, B회사의 존속 나아가 근로자의 고용확보는 후나이 전기의 의향에 달려 있다고 해도 과언은 아니다. 그렇다고 한다면 후나이 전기와 B회사의 근로자 간에 직접적인 고용관계가 있는지 여부가 문제되기는 하지만, 후나이 전기는 B회사의 근로자로 조직된 노동조합과의 사이에는 적어도 B회사 근로자의 고용확보에 관한 단체교섭의 상대방인 사용자에게 해당하는 지위에 있다”라고 판시하였다.<sup>104)</sup>

102) 關西小野田レミコン事件: 大阪高判 1983. 5. 10.

103) 船井電機事件: 徳島地決 1987. 7. 14.

### (3) 관련문제: 자회사 근로자에 대한 모회사의 사용자성

모회사 관계에서 노동관계법상 사용자개념의 확장은 자회사의 노동조합이 모회사를 상대로 단체교섭을 요구한 경우 모회사가 이에 응할 의무를 지는가와 관련하여 주로 논의되어 왔다. 모회사 관계에 법인격부인의 법리가 적용될 경우 자회사의 법인격이 부인되고 모회사가 자회사의 근로자에게 직접적인 근로계약상 책임을 부담하게 되므로, 노동조합법의 적용에 있어서도 모회사를 자회사 근로자의 사용자로 긍정할 수 있다.

그러나 법인격부인의 법리는 그 요건이 엄격하여 매우 예외적으로만 적용될 수 있으므로, 모회사와 자회사 근로자 사이에 사실상 근로계약관계가 존재하지 않더라도 모회사가 실질적으로 자회사 근로자와 대항관계에 있거나 잠재적으로 노사관계의 가능성을 지닌 관계에서 단체교섭을 인정할 필요가 있다고 생각한다.

모회사는 본질적으로 자회사들에 대한 경영간섭 및 통제를 예정하고 있다. 모회사가 자회사의 주식을 상당 부분 보유하고 임원의 임명 등을 통하여 동일한 이사 또는 경영자에 의한 일상적인 지배(common control)가 이루어지는 상황이라면, 모회사를 자회사 근로자에 대한 사용자로 긍정할 필요가 있다. 특히, 모회사가 자회사의 근로관계에 관하여 실질적 결정권을 보유하고 있고 실제로 그 산하의 자회사는 모회사의 결정을 집행하는 역할을 수행하는 경우에는 모회사와 자회사 근로자 사이에 직접적인 근로계약이 존재하지 않는다는 이유만으로 자회사 근로자들이 모회사에 대하여 아무런 노동법상의 권리를 행사할 수 없다고 보아서는 아니 될 것이다.

판례는 소사장제와 관련한 경기○○○ 사건<sup>105)</sup>이나 ○○○○코리아 사건<sup>106)</sup>에서 기존기업이 경영합리화라는 명목으로 소사장 법인을 설립한 후 그 소속 근로자들에게 직접임금을 지급하고, 인사 및 노무관리에도 구체적이고 직접적인 관리·감독을 하여 온 경우, 기존기업의 대표이사가 소사장 법인 소속 근로자들에 대한 관계에서도 사용자의 지위에 있다고 판시하거나, 모회사인 사업주가 업무도급의 형식으로 자회사의 근로자들을 사용하였으나 실질

104) 이 결정의 상세한 내용은 박계성·박지순·박은정, 「기업집단과 노동법」, 한국노동연구원, 2007, 148면 참조.

105) 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도649 판결.

106) 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결.

적으로는 위장도급으로서 사업주와 근로자들 사이에 직접 근로계약관계가 존재한다고 판단하였다.

이러한 논리를 모회사관계에 적용한다면 모회사의 자회사에 대한 지배·개입의 정도가 모회사가 자회사의 근로관계에 관하여 실질적 결정권을 보유하고 있고 실제로 그 산하의 자회사는 모회사의 결정을 집행하는 역할을 수행하는 정도에 이를 경우에는 동일한 결론에 이를 수 있을 것이다. 다만, 판례에 의하면 법인격부인 법리에 근거하여 모회사의 사용자성을 인정하기 위해서는 자회사의 법인격이 형해화(形骸化)될 것이 요구되는바, 현실적으로 독자적인 사업을 영위하는 자회사의 법인격이 형해화 되었다고 인정되는 경우는 드물 것이다.

그런데, 법인격부인은 실제로는 법인격이 부인되는 것이 아니라 주주의 유한책임이 부정되는 것이다. 주식회사 법제에 있어 주주의 유한책임은 기본적으로 '소유와 경영의 분리'를 전제로 한 것이다. 따라서 주주가 회사의 법인격 뒤로 숨기 위해서는 '소유와 경영의 분리', 즉 주주가 경영을 하지 않을 것이 전제되어야 할 것이다. 만일 주식회사의 지배주주가 직접 경영을 하면서 주식회사의 법인격 뒤에 숨는 것은 유한책임제도의 남용으로 평가될 여지가 있다. 따라서 주주의 유한책임을 배제하기 위하여 엄격하게 자회사의 법인격이 형해화 될 것을 요구할 이유는 없다고 생각한다.

#### (4) 검토

법인격부인론(piercing the corporate veil)이란 법인이 법인격이 부여한 목적의 범위를 넘어서 불법적으로 법인격을 이용하고 있다고 인정되는 경우 특정 법률관계에 대하여 그 법인격을 부정하고 법인격이 있는 법인에 대하여 법인격이 없는 것처럼 취급하는 법리이다. 그런데, 법인격부인은 실제로는 법인격이 부인되는 것이 아니라 주주의 유한책임이 부정되는 것이다. 주식회사 제도는 역사적으로 주주의 책임을 주금 납입의 간접책임으로 제한하는 동시에 주식의 양도를 자유롭게 함으로써 불특정 다수인으로부터 자본의 축적을 용이하게 하는 기능을 담당하고, 이러한 주주의 유한책임의 전제로 소유와 경영이 '필연적으로 분리'된 것으로 이해되며, 이와 같이 제3자와의 관계에서 주주가 익명이라는 점이야말로 주주의 유한책임의 근거라고 할



것이다.

주식회사 법제에 있어 주주의 유한책임은 기본적으로 '소유와 경영의 분리'를 전제로 한 것이다. 따라서 주주가 회사의 법인격 뒤로 숨기 위해서는 '소유와 경영의 분리', 즉 주주가 경영을 하지 않을 것이 전제되어야 할 것이다. 만일 주식회사의 지배주주가 직접 경영을 하면서 주식회사의 법인격 뒤에 숨는 것은 유한책임제도의 남용으로 평가될 여지가 있다. 따라서 주주의 유한책임을 배제하기 위하여 엄격하게 회사의 법인격의 형해화를 요구할 이유는 없다고 생각한다.

한편, 대법원은 ○○-○○○○코리아 사건에서 “참가인은 ‘위장도급’의 형식으로 근로자를 사용하기 위하여 ○○○○코리아라는 법인격을 이용한 것에 불과하고, 실질적으로는 참가인이 원고들을 비롯한 근로자들을 직접 채용한 것과 마찬가지로 참가인과 원고들 사이에 근로계약관계가 존재한다고 보아야 할 것”이라고 하여, 원청회사인 ○○와 하청근로자 간의 근로계약관계를 인정하였다.<sup>107)</sup>

대법원이 “법인격을 이용한 것에 불과”한 것이라는 표현을 사용하고 있으나, 이 법리는 결국 하청회사인 ○○○○코리아의 사업주로서의 실체를 부정하는 것으로 아래의 묵시적 근로계약관계 법리와는 다른 독자적인 의미를 찾기 어렵다. ○○-○○○○코리아 사건은 묵시적 근로계약관계 법리에 포함시키는 것이 타당하다.<sup>108)</sup>

## 나. 묵시적 근로계약관계 법리

### (1) 묵시적 근로계약관계의 의의

대법원은 “원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면, 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 피고

107) 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결.

108) 대법원 종합법률정보에 따르면, 묵시적 근로계약관계 법리가 적용된 현대○○조선 판결(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결)은, 해당 법리의 참조판례로서 ○○-○○○○코리아 판결도 들고 있다.

용인은 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.”고 하여, 묵시적 근로계약관계 법리를 제시하고 다수의 사건에서 이 법리를 적용하고 있다.<sup>109)</sup>

묵시적 근로계약관계 법리는 외형상 근로계약을 체결하지 않은 두 당사자 사이에 직접적인 고용관계의 성립을 인정할 수 있는 유용한 이론이다. 그러나 그 요건의 엄격성 등으로 인해 실제 실무에서 그 성립이 인정될 가능성은 그다지 크지 않다는 한계 역시 존재한다.<sup>110)</sup> 즉, 묵시적 근로계약관계가 성립하기 위해서는 수급인에게 ‘사업경영의 독립성’이 없어야 하는데, 판례는 이에 대하여 온전한 독립성이 아니라 ‘약간의 독립성’으로 보고 있다. 수급인에게 그 약간의 독립성만 있으면 비록 하도급 근로자와 도급인 사이에 종속관계가 인정된다 하더라도 근로계약 관계는 부정될 수 있다는 점에서 묵시적 근로계약 법리는 문제점을 안고 있다. 이것은 “종속 있으면 근로계약 있다”라는, 대법원이 확립한 실질주의 판단 원칙<sup>111)</sup>에 반하는 것이다.<sup>112)</sup>

묵시적 근로계약관계 법리는 그 요건의 엄격성으로 인해 인정된 사례보다 부정된 사례가 더 많다. 아래에서는 인정된 사례를 살펴본다.

## (2) 묵시적 근로계약관계 인정 사례

### (가) 소사장 기업 사건<sup>113)</sup>

대법원은 “기존 기업 중 일부 생산부문의 인적 조직이 이른바 ‘소사장 기업’이라는 별개의 기업으로 분리된 경우 그 소사장 기업에 고용된 채 기존 기업의 사업장에서 기존 기업의 생산업무에 종사하는 자를 기존 기업의 근

109) 대법원 1979. 7. 10. 선고 78다1530 판결; 대법원 1999. 7. 12.자 99마628 결정; 대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결; 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결; 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결; 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결; 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다267013 판결 등.

110) 조용만·김홍영, 「로스쿨 노동법 해설」, 오래, 2019, 76면.

111) 근로자성을 판단함에 있어서도 “계약의 형식에 관계없이 실질에 있어 종속적인 관계”로 판단한다는 것이 대법원의 실질주의 판단 원칙이다(대법원 1994.12.9. 선고 94다22859 판결 등).

112) 박제성·노상현·유성재·조임영·강성태, 「사내하도급과 노동법」, 한국노동연구원, 2009, 24면, 27면.

113) 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도649 판결.

로자로 보기 위해서는 그가 소속된 소사장 기업이 사업주로서 독자성이 없거나 독립성을 결여하여 기존 기업의 한 부서와 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적, 명목적인 것에 지나지 아니하고, 사실상 당해 근로자는 기존 기업과 사용종속관계에 있다고 평가될 수 있어야 한다.”라고 하여, ‘기존 기업’과 ‘소사장 기업 근로자’ 간의 근로계약관계를 인정하였다.

(나) ○○○○조선 사건<sup>114)</sup>

대법원은 “○○기업은 형식적으로는 피고 회사와 도급계약을 체결하고 소속 근로자들인 원고들로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행한 것과 같은 외관을 갖추었다고 하더라도, 실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채, 피고 회사의 일개 사업부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 수행하였을 뿐이고, 오히려 피고 회사가 원고들로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하므로, 원고들과 피고 회사 사이에는 직접 피고 회사가 원고들을 채용한 것과 같은 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있었다고 보는 것이 옳다.”고 하여, ‘○○○○조선’과 ‘○○기업 근로자’ 간의 근로계약관계를 인정하였다.

(다) 웰○○(○○○○해양의 자회사) 사건<sup>115)</sup>

피고(주식회사 웰○○)는 ○○○○해양의 자회사로서, ○○○○해양으로부터 단체급식, 수송, 시설물유지관리, 경비업 등을 도급받아 수행하고 있다. 피고의 직원이었던 자가 ‘○○○ 투어’(후에 ‘○○○ 수송’으로 상호 변경)를 설립하고, 피고는 ○○○ 수송 등에 통근버스 수송업무의 재하도급을 주었다. ○○○ 수송 등의 근로자(원고)는 ○○○를 상대로 근로자지위확인의 소를 제기하였다.

대법원은 “○○○ 수송 등이 형식적으로는 피고와 도급계약을 체결하였으나 실질적으로는 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채

114) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결.

115) 대법원 2020. 4. 9. 선고 2019다267013 판결.

노무대행기관의 역할을 수행한 것에 불과하고 피고가 원고로부터 종속적인 관계에서 근로를 제공받고 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당하므로 원고와 피고 사이에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있었다.”고 하여, ‘○○○’와 ‘○○○○ 수송 등의 근로자’ 간의 근로계약관계를 인정하였다.

○○○ 판결은 2008년 ○○○○조선 판결 이후 오랜만에 묵시적 근로계약 관계가 인정된 사례이다. 동 판결은 ‘재하청 관계’라는 특징이 있다. ○○○○는 자신의 사업 본연의 업무(단체급식, 수송, 시설물유지관리, 경비업 등) 중에 일부(수송)를 ○○○ 수송 등에게 재하청을 준 것으로, 이는 성격상 적법도급으로 인정되기 어렵다. 이러한 재하청의 경우에는 ‘하청회사’와 ‘재하청 회사의 근로자’ 간의 묵시적 근로계약관계의 성립을 인정하는 것이 타당하다.

### (3) 묵시적 근로계약관계 법리의 문제점

근로자 A가 용역회사인 B와 계약을 체결하고, 원청기업인 C를 위하여 노무를 제공하는 경우를 가정해보자. 우리나라의 판례에서 A와 C 사이에 직접적인 근로관계를 긍정하기 위해서는, 즉 양자 간에 묵시적 근로관계가 존재한다고 평가되기 위해서는 B의 형해화가 요구된다.

그러나, 위 사례에서 실제로 중요한 것은 A의 노동법적 보호의 관점에서 어떠한 관계를 실질적인 근로관계로 보아야 할 것인가의 평가의 문제이고, 이러한 평가는 위에서 살펴본 사용자 기능을 누가 행사하였는가를 기준으로 해야 할 것이다. 물론, B의 사업기능이 형해화된 경우라면, B는 C가 A에게 임금을 지급하는 도관(tunnel)일 뿐이고, C를 A의 법적인 사용자로 보아야 함은 명백하다.

그러나, 사용자의 특성이 혼합된 사례에서는 이러한 평가 어렵다. 사용자의 기능이 B와 C에게 분할되어 있는 경우 적절하게 책임을 분배하기 위한 하나의 가능성은 분할 사용자(split employers)라는 해결책이다.<sup>116)</sup> 즉, B는 일부 법률의 목적을 위해 사용자가 되는 한편, C는 다른 법률의 목적을 위해 사용자가 된다. 또 다른 가능성은 공동 사용자(joint employers)라는 해결책이다.<sup>117)</sup> B와 C는 연대하여 동시에 개별적으로 사용자 책임을 부담한다.

116) G Davidov, *supra* note 17, p.187.

117) *Ibid.*

후자는 B와 C가 서로 다른 당사자에게 사용자 책임이 있다는 주장을 허용하지 않은 채, 그들 사이에 책임을 분배하도록 할 수 있다.<sup>118)</sup>

이러한 점에서 현재 우리나라의 판례법리는 B의 사업기능이 형해화된 극히 예외적인 경우에 대해서만 해결책을 제시할 뿐, 사용자의 기능이 복수의 기업에 분산된 사례에 대해서는 근로자와 근로계약을 체결한 상대방이 누구인가라는 계약적 식별을 통해 사용자를 특정할 수밖에 없다. 이러한 판례법리는 법률관계의 발생은 당사자의 합의에 근거한다는 계약 도그마 및 사용자 개념의 일원성이라는 전통적인 관념에서 유래한 것으로 이해된다. 사용자의 기능적 개념화를 수용하며, 사용자를 다원적으로 인식하는 것도 당연히 가능할 것이며, 그렇게 되면 어떤 하나의 기업을 사용자로 특정할 것인가의 국면에서 사용자 기능을 행사하는 복수의 기업들 간에 어떻게 사용자 책임을 분배할 것인가로 문제의 초점을 전환할 수 있게 될 것이다.

#### 다. 실질적 근로관계 법리

##### (1) 기본법리

대법원은 “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질이 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 종속적인 관계가 있는지 여부는..... 종합하여 판단하여야 한다. 어떤 근로자에게 누가 근로기준법상 임금지급의무 등을 부담하는 사용자인가를 판단할 때에도 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여 위와 같은 여러 요소들을 종합적으로 고려하여야 한다.”고 하여, 이른바 ‘실질적 근로관계 법리’를 제시하고 있다.<sup>119)</sup>

이 법리는 하청회사의 사업주로서의 실체가 부정되지 않더라도, 원청회사와 하청근로자 간에 실질적인 근로관계<sup>120)</sup>가 인정되는 경우에 원청회사의 사용자 책임을 인정하고 있다. 이는 묵시적 근로계약관계 법리보다 더 진전된

118) *Ibid.* p. 188.

119) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006도300 판결; 대법원 2019. 12. 12. 선고 2019다253175 판결.

120) ‘근로계약관계’가 아닌 ‘근로관계’이다.

법리이다.

## (2) 실질적 근로관계 인정 사례

### (가) ○○ 대형할인매장 사건<sup>121)</sup>

‘○○’(A사)의 대형할인매장에 제품을 납품하는 ‘납품업체’(B사)의 근로자(고소인)에 대하여, ○○이 해당 근로자에게 임금을 지급할 의무가 있는 사용자인지가 문제된 사건이다. 사실관계는 다음과 같다. ○○의 직원들이 납품업체 근로자에 대해 업무지시를 하였고, 근로자는 납품업체의 상품만이 아니라 매장의 전체 상품에 대한 진열·재고관리·창고정리 등의 업무를 수행하였으며, 근로자는 외부 직거래 장터에서 판매보조 업무도 수행하였다.

대법원은 “고소인들은 위 조합과의 사이에 명시적인 근로계약을 체결한 사실이 없다고 할지라도 실질적으로 위 조합에 고용되어 그 지휘·감독을 받는 근로자에 해당하고, 위 농협의 대표자인 피고인이 고소인들에 대하여 근로기준법 제32조<sup>122)</sup>, 제36조<sup>123)</sup> 소정의 의무를 부담하는 사용자에 해당한다고 할 것이며, 납품업체들이 고소인들에게 지급한 돈은 사용자로서 지급한 임금이 아니라 위 조합과 약정에 따라 상품진열 등에 필요한 비용을 부담한 것으로 보아야 할 것이다.”고 하여, 고소인과 농협 간에 근로계약관계는 없다고 하더라도 고소인에 대하여 ○○이 임금지급책임을 부담한다고 판단하였다.

### (나) 여러 차례의 공사도급 사건<sup>124)</sup>

근로자는 다음과 같은 여러 차례의 공사도급에 의하여 근무를 하였다. A 종합건설 → B건설(철근콘크리트 공사 도급받음) → C건설(목공사 도급 받은 미등록건설업자) → D(인력공급업체) → 근로자.

이 사건의 원심판결은 D를 사용자로 보았으나,<sup>125)</sup> 대법원은 “D가 공급한

121) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006도300 판결.

122) 현행 근로기준법 제26조(해고의 예고)

123) 현행 근로기준법 제36조(금품 청산)

124) 대법원 2019. 12. 12. 선고 2019다253175 판결.

125) 대구지법 2019. 7. 4. 선고 2018나314309 판결.

근로자들이 C가 관리하는 이 사건 공사 현장에서 그 지휘·명령을 받아 목공사 업무를 수행한 이상, 근로자들은 종속적인 관계에서 C에게 근로를 제공하였다고 볼 수 있으므로 위 근로자들의 사용자는 C라고 보아야 한다.”라고 판단하였다. 그 결과 근로기준법 제44조의2제1항에 따라 B건설도 임금에 대한 연대책임을 부담한다고 판단하였다.

### (3) 검토

실질적 근로관계 법리는 하청회사의 실체를 부정하지 않으면서도 원청회사의 노동법상 책임을 인정한다는 점에서, 다양한 방식의 중층적 고용구조가 확대되는 상황에서 이 법리의 활용은 중요하다 할 것이다.

기본법리를 보면 “어떤 근로자에게 누가 근로기준법상 임금지급의무 등을 부담하는 사용자인가”를 판단할 때 실질적 근로관계를 기준으로 하고 있으며, 위의 두 사건 모두 임금지급 책임이 문제되었던 사건이다. 그래서 이 법리가 임금지급 책임에 한정되는지 아니면 다른 노동법상 책임의 판단에도 확장될 수 있는지 논란이 될 수 있다.

판례가 “임금지급의무 등”이란 표현을 사용한 점, 근로관계에서 발생하는 사용자의 책임이 임금지급 책임에 한정될 수 없다는 점 등에 비추어, 다른 노동법상 책임의 판단에도 이 법리는 충분히 활용될 수 있다고 본다. 묵시적 근로계약관계 법리의 한계를 극복하기 위하여, (다음 항의 ‘기능적 사용자론’과 함께) 실질적 근로관계 법리의 적극적 활용이 필요하다.

### 라. 파견근로자법리

대법원은 「파견근로자보호 등에 관한 법률」 제6조의2의 직접고용의무의 사법상(私法上) 효과에 대하여 “파견근로자는 사용사업주가 직접고용의무를 이행하지 아니하는 경우 사용사업주를 상대로 고용 의사표시를 갈음하는 판결을 구할 사법상의 권리가 있고, 판결이 확정되면 사용사업주와 파견근로자 사이에 직접고용관계가 성립한다. 또한 파견근로자는 사용사업주의 직접고용의무 불이행에 대하여 직접고용관계가 성립할 때까지의 임금 상당 손해배상금을 청구할 수 있다.”<sup>126)</sup>고 판시하고 있다.

즉, 근로자파견 관계가 인정되더라도, 직접고용의무 규정상 법원에서 확정 판결을 받은 때에 원청회사(사용사업주)와 하청근로자(파견근로자) 간에 근로계약관계가 성립된다. 따라서 노동위원회에 부당해고 등의 절차에서는 근로자파견이 인정되더라도 직접고용관계가 성립하지 않으므로 원청회사의 사용자 자격이 인정되지 않는다.

## 5. 실질적 지배력설

노조법 제81조 제4호 지배·개입에 의한 부당노동행위의 주체로서의 사용자의 개념과 관련하여 소위 ‘실질적 지배력설’을 원용하였다고 평가되는 대법원 판결이 선고된 바 있다. 대상판결의 사실관계와 주요 내용은 다음과 같다.

○○중공업 사내협력사 근로자들로 구성된 사내하청노동조합이 결성된 후 소속 협력사가 연달아 폐업하여 조합원들이 실직하게 되자 사내하청노동조합과 실직된 노동조합원들이 ○○중공업을 상대로 부당해고 구제신청 및 불이익취급과 지배·개입의 부당노동행위 구제신청을 한 사건에서, 중앙노동위원회가 불이익취급 및 부당해고 주장에 대하여는 원청업체와 사내협력사 근로자들 간 묵시적 근로계약 관계가 성립되지 않아 이를 받아들이지 않았고 이에 대해서는 법원에서 다투어진 바 없었으나, 지배·개입 부분에 대해서는 부당노동행위로 인정하고 구제명령을 하자, ○○중공업 측이 원고가 되어 법원에 다투었고, 대법원은 “지배·개입 주체로서 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 것”이라면서 “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 노조법 제81조 제4호 소정의 행위를 하였다면 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다.”고 판시하여 원청업체의 부당노동행위 책임

126) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2013다14965 판결.



을 인정하였다.

이러한 판시는 지배·개입에 관한 것이긴 하지만 부당노동행위 구제명령의 상대방으로서의 사용자에 관한 기존의 대법원 판례법리보다 확장된 입장을 취하였다고 평가받고 있다.

학설 중에는 사용자의 개념을 근로기준법과 노조법 등에 일관되게 단일한 개념을 적용하여야 한다는 견해도 있으나, 근로기준법과 노조법은 법률의 목적과 취지가 상이하며, 노조법 내에서조차도 단체교섭이나 부당노동행위에서 이용되는 사용자 개념은 해당 제도의 목적에 따라 개별적으로 이해하는 것이 타당하다. 판례도 이러한 입장에서 문제된 사안에 따라 그 의미를 달리 이해하는 것으로 볼 수 있다.

### 제3절 원·하청 노동관계에서의 단체교섭에 관한 법적 쟁점

#### 1. 단체교섭의 범위와 내용

##### 가. 국내 판례의 경향

간접고용근로자는 사용사업주의 사업장에서 그의 지휘명령에 따라 일할 뿐만 아니라 사용사업주가 간접고용근로자의 근로조건을 실질적으로 좌우한다. 근로계약의 직접적인 당사자가 아닌 사용사업주가 단체교섭에 응할 의무를 부담하는지, 그리고 사용사업주가 이에 불응했을 때 부당노동행위로 인정할 수 있는지 문제된다.

##### (1) 창구단일화 제도 도입 이전의 재판례

###### (가) 증권노조 ○○○ 비정규직 지회 사건<sup>127)</sup>

“신청인은 적어도 별지 5 목록 제2 내지 7항<sup>128)</sup>과 같은 사항에 대하여는 피신청인 조합 내지 그 위임을 받은 자들과 사이에 단체교섭의무를 부담한다 할 것이고 또한 별지 5 목록 제1, 8 내지 10항 기재 사항의 경우 신청인과 피신청인 황○○ 등 사이의 노동자지위확인 등 소송의 본안판결 확정시까지 신청인에게 위와 같은 사항에 대하여 단체교섭에 대하여 응할 의무가 있다고 단정할 것은 아니더라도 위와 같은 여러가지 사정에 비추어 신청인과 협력업체들과의 위임도급계약이 불법파견근로관계에 해당한다고 볼 여지를 배제할 수 없는 이 사건에서 피신청인 노조가 위와 같은 사항에 대하여 교섭 자체를 요구하는 것을 위법하다고 보기는 어려우므로(다만 단체교섭 역시 신의성실의 원칙에 따라 이루어져야 하는 점, 신청인과 피신청인 노조는 면담 형식의 협상을 진행하면서 그 인원을 5인 이하로 한 점 등을 고려해 단체교섭을 위한 출입인원은 5인 이하로 제한한다.) 신청인의 신청 중 이 사건 건물에의 출입금지를 구하는 부분은 피신청인

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

128) 휴일근로의 제한(2항), 작업일정 사전 통보(3항), 본사 조합원의 본사 출입카드 사용보장(4항), 비정규직 지부 조합원들이 근로하는 장소의 사무공간을 확장하고 컴퓨터 등 사무기기를 개선해 줄 것을 요구하는 사항(5항), 증권선물거래소 구내식당 및 주차장 이용시 정규직원들과 동일한 처우를 해달라는 사항(6항), 복지후생시설인 휘트니스룸의 장비 개선 요구(7항).

청인 노조가 지정한 5인 이하의 인원이 단체교섭을 위한 목적(그 요구를 촉구하는 것을 목적으로 하는 경우 포함)으로 출입하는 경우에 한하여는 이를 받아들이지 아니한다.”

(나) ○○○○건설노조 사건<sup>129)</sup>

“노동조합 및 노동관계조정법이 노동자의 단결권 등을 보호하기 위하여 근로기준법보다 노동자개념을 더욱 확대하고 있는 점, 단체교섭의 당사자로서의 사용자라 함은 근로계약관계의 당사자로서의 사용자에 한정되지 않고 비록 근로계약관계의 당사자가 아니더라도 단체교섭의 대상이 되는 근로조건에 관한 사항의 전부 또는 일부에 대하여 구체적·실질적 영향력 내지 지배력을 미치는 자도 단체교섭의 의무를 부담하는 사용자에 해당한다고 할 것인 점, 현장을 중심으로 이루어지는 건설근로의 경우 그 특성상 원청업체와 건설일용노동자들과의 사이에 직접적인 근로계약관계를 맺고 있지는 않지만 통상 원청업체는 이러한 노동자들의 노무 제공의 모습, 작업 환경, 근무시간의 배정 등을 실질적으로 결정하는 등으로 노동자들의 기본적인 근로조건 등에 관하여 고용주인 하도급업자, 재하도급업자 등과 동일시할 수 있을 정도로 현실적이고 구체적인 지배를 하는 지위에 있다고 볼 수 있는 점 등의 법리에 비추어 원심이 적법하게 채택하여 조사한 여러 증거들을 종합하여 보면, 대구·경북지역에서 건설일용노동자들과 형식적인 근로계약을 맺지 아니한 원청업체들도 위 일용노동자들과 사이에 실질적인 사용종속관계를 맺고 있는 당사자로서 전문건설업체 등 하수급업체와 중첩적으로 사용자로서의 지위에 있다고 인정되고, 특히 법률상 원청업체의 책임이 인정되는 임금지급에 대한 연대책임, 산업안전·보건관리에 관한 조치의무와 산재보험의 적용, 퇴직공제가입 등에 대한 부분과 원청업체가 실질적인 권한을 행사하는 부분에 있어서는 최소한 원청업체에 단체교섭 당사자로서의 지위를 인정할 수 있다고 할 것이다.”

(다) 한국○○○공사 사건<sup>130)</sup>

“노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘법’이라 한다) 제2조 제2호에서 사용자라 함

129) 대구고등법원 2007. 4. 5. 선고 2006노595 판결. 지역노조 간부들이 건설원청업체를 상대로 노조 전임자 활동비 명목으로 금원을 요구하고 이에 응하지 않으면 안전시설미비 등을 촬영하여 고발할 듯한 태도를 보여 단체협약을 체결하고 전임비를 지급받은 것에 대하여 공갈죄로 기소한 사안. 대법원(2007도3165판결)은 위 쟁점에 대해서는 별다른 판단을 하지 않음.

130) 대전지방법원 2011카합782결정. 그러나 항고심인 대전고등법원 2011라102결정에서 파기되어 각하됨.

은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다고 규정하고 있고, 법 제30조에서는 노동조합과 사용자 또는 사용자단체는 신의에 따라 성실히 교섭하고 단체협약을 체결하여야 하며 그 권한을 남용하여서는 아니 되며, 정당한 이유없이 교섭 또는 단체협약의 체결을 거부하거나 해태하여서는 아니 된다고 규정하고 있는바, 여기서 단체교섭의 당사자로서의 사용자라고 함은 근로계약관계의 당사자로서의 사용자에게 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 사용자에게 해당한다고 볼 것이다.”

## (2) 청구단일화 제도 도입 이후의 재판례

2011년 교섭청구단일화 제도의 도입 이후에는 판례의 경향이 바뀌었다. 비교적 최근 전국○○노동조합이 ○○중공업(주)를 상대로 제기한 ‘단체교섭청구의 소’에서 원청의 교섭의무를 부정하는 판결이 있었다(울산지방법원 2018. 4. 12. 선고 2017가합20070 판결).

“근로자의 단결권에 대한 침해행위를 예방하고 그 침해를 회복하는 기능을 수행하는 부당노동행위제도의 관점에서 노동3권에 대한 침해행위는 반드시 명시적·묵시적 근로계약관계에 있는 사용자에게 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 있다. 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 없다. .... 결국 부당노동행위 주체로서의 ‘사용자’와 단체교섭 당사자로서의 ‘사용자’를 동일한 개념으로 해석하기는 어렵다고 봄이 타당하다. 따라서 원청업체가 제3자로서 사내 하청업체 소속 근로자에 대하여 노동3권을 침해하는 사실적인 지배·개입행위를 할 수 있는 지위에 있다는 사실만으로 단체교섭을 포함한 집단적 노동관계 일반에 있어 원청업체의 사용자성이 당연히 인정된다고 볼 수는 없다. 앞서 본 바와 같은 단체교섭제도 안에서의 개별

근로계약관계가 갖는 의미, 단체교섭제도의 목적과 기능 등을 고려할 때, 이 사건에서 피고가 사내 하청업체 소속근로자들과의 관계에서 단체교섭 의무가 있는 사용자에게 해당하는지는 사내 하청업체 소속 근로자들과 피고 사이에 적어도 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가할 수 있을 정도로 사용종속관계가 있는지 여부에 따라 결정된다고 해석함이 타당하다."

#### 나. 일본의 판례

일본의 경우 판례는 파견법상의 사용사업주(派遣先事業主)는 파견근로자가 소속된 노동조합과의 관계에서 원칙적으로 노조법 제7조의 사용자에게 해당하지 않는 것으로 보지만,<sup>131)</sup> 아래와 같이 예외적으로 사용사업주의 노조법상 사용자성을 인정한 하급심 판결이 있다.

- 사용사업주가 직접고용을 결정한 파견근로자와의 관계에 있어서는 노조법상 사용자에게 해당한다고 판단한 사례(쿠보타 사건)<sup>132)</sup>
- 노동자파견법이나 노동자파견계약에서 정한 기본적 사항을 일탈하여 파견이 이루어지는 경우나, 노동자파견법 제44조 등의 규정에 따라 사용자로 간주되어 노동기준법 등에 따른 책임을 부담하는 자가 필요한 규정에 위반된 경우, 부분적이지만 사용자와 동일시할 정도로 파견근로자의 기본적인 근로조건 등을 지배·결정하고 있다고 인정되는 경우에 노조법상 사용자라고 인정한 사례(한큐교통사 사건)<sup>133)</sup>
- 직장환경의 정비 등 취업조건을 단체교섭사항으로 정한 경우에 사용사업주를 노조법상 사용자라고 인정한 사례(고베형무소 관리영양사 사건)<sup>134)</sup>

다만, 파견근로자가 속한 노동조합이 사용사업주를 상대로 취업보장과 직접고용화를 요구한 사안에 관해서 판례는 전반적으로 사용사업주의 노조법

131) 根本 到, “親會社・派遣先會社の勞組法上の使用者性”, 「法學教室」436号, 有斐閣, 2017. 1, 37頁.

132) 東京地判 平23・3・17(항소심은 東京高判 平23・12・21.).

133) 東京地判 平25・12・5.

134) 神戸地判 平24・1・18(항소심은 大阪高判 平25・1・16).

상 사용자성 인정에 부정적인 입장이다(츄고쿠·큐슈지방법정비국 사건,<sup>135</sup>) 가와사키중공업 사건)<sup>136</sup>)

## 2. 교섭창구단일화 절차와의 관계

하청노조의 원청을 상대로 한 단체교섭을 요구하는 경우 현행 노조법상 교섭창구단일화 절차와의 관계에서 사용자가 이러한 단체교섭 요구에 응할 의무가 있는지 문제될 것이다.

먼저, 원청업체가 하청노조가 요구하는 단체교섭의 사용자가 되는 경우 교섭창구단일화 절차가 어떻게 정리되어야 하는지 다투어질 수 있고 교섭창구단일화 절차에 문제가 있다는 이유로 원청업체가 하청노조의 단체교섭 요구를 거부하거나 해태하는 경우 단체교섭거부의 부당노동행위로 볼 수 있는지 논란이 된다. 근로자파견의 경우에도 파견근로자 노조와 사용사업주의 직고용 근로자 노조가 모두 존재하는 경우라면 역시 교섭창구단일화 문제가 쟁점으로 등장할 것으로 예상된다. 이처럼 교섭대표제도의 시행으로 파견근로자 노조 내지 하청 노조와 사용사업주 내지 원청사용자 간의 이해관계는 매우 복잡하고 분쟁의 가능성이 높다.

하청노조나 파견근로자 노조가 다른 노조와의 관계에서 공동교섭 또는 개별교섭을 원청사용자나 사용사업주에게 요구하는 경우 과반수 노조 또는 공동대표단을 구성하여 실질적으로 지배력을 행사하고 있는 정규직 노조가 하청 노조 내지 파견근로자 노조에 호의적이라면 교섭대표노조에 참여하려고 할 것이고 그렇지 않은 경우 자율교섭을 요구하거나 교섭단위 분리 신청을 할 수도 있을 것이다.<sup>137)</sup>

노동쟁의 조정은 단체교섭을 촉진하는 제도이므로, 노동조합의 경우에도 노조법 제29조의2에 의해 결정된 교섭대표노동조합일 것을 요한다. 그런데, 앞에서 본 바와 같이 당사자적격을 확대해 하청노동조합의 원청사업주에 대한 노동쟁의 조정신청의 적격을 인정하는 경우, 하청노동조합에 대해서도 교섭대표노동조합의 지위가 있어야 하는지 문제된다.

135) 東京地判 平27·9·10(항소심은 東京高判 平28·2·25).

136) 神戸地判 平25·5·14.

137) 박수근, 앞의 논문, 157면.

이에 대해서는 필요설과 불요설이 제기될 수 있는데, 필요설에 의하는 경우 다음과 같은 쟁점 등이 제기될 수 있다. ① 원청노동조합과 하청노동조합이 하나의 교섭단위로서 창구단일화를 하여야 하는지, ② 하청노동조합이 독자적으로 교섭단위가 될 수 있다고 보더라도, 하청노동조합이 복수로 존재하는 경우에는 그들간의 창구단일화가 필요한지가 그것이다.

그러나 현행 노조법의 해석론으로는 교섭창구단일화절차를 거치는 것이 불가피하다. 예컨대, 용역직종은 직종의 특성상 용역계약이 이루어지는 현장을 단위로 교섭단위를 분리하여야 한다고 판단한 결정례가 있다.

■ 중노위 2016. 11. 21. 2016단위24 (주)○○○○케이 교섭단위 분리 결정(재심 신청)

“청소 등 시설관리 용역의 경우 그 직종의 특성상 임금 등 근로조건이 용역계약의 내용에 의해 결정되어 사용자의 근로조건에 대한 결정에 있어 재량권이 극히 미미하고, 용역계약기간이 1년 내지 3년으로 단기간의 계약기간으로 이루어져 용역계약기간 만료에 따라 용역업체가 변경된 경우 고용보장 특약에 의해 고용관계는 지속되나 기존 업체와 체결한 단체협약은 소멸하고, 신규 업체와의 단체교섭이 제약을 받는 등 노동조합의 노동3권 행사가 심각하게 제한될 수 있으며, 현장의 원청업체마다 용역계약 조건이 달라 현장 간 근로조건 통일성을 기대하기 어려워 교섭창구 단일화가 오히려 불합리한 결과를 초래할 가능성도 있는 점 등을 고려할 때 용역계약이 이루어지는 현장을 단위로 교섭단위를 분리할 필요가 있다.”

간접고용 근로자와의 관계에서 사용기업(원청)을 사용자로 인정할 경우 단순하게 사용자 개념의 외연이 넓어지는 것으로 그치지 않고, 교섭창구단일화 제도와의 관계에서 ‘교섭단위’의 분리를 인정할 것인지, 원청 이외에 하청기업을 단체교섭에 어떻게 인입(引入)할 것인지, 이러한 3자 교섭방식의 규율과정에서 행정기관에 어떠한 권한을 부여할 것인지 등의 복잡한 문제가 예상된다. 따라서 노조법의 일부 조항의 개정만으로 이러한 다양한 쟁점에 관한 합리적인 규율을 하는 것은 현실적으로 어려움이 예상된다.

한편, 현재의 노사관행상 중층적 노동관계하에서 교섭창구단일화에 대해서는 위와 같은 이론적 난점이 존재함은 물론이고, 실무적으로도 사용자가 단체교섭을 거부하기 위한 전제로서 교섭창구단일화에 협력할 가능성이 사실

상 없다. 즉, 하청노동조합이 원청 창구단일화절차에 참가가 쉽지 않고, 별도의 교섭단위로 보아 교섭요구를 하더라도 원청사업주가 이에 대해 교섭요구 사실공고 등의 절차를 이행할 가능성이 현실적으로 거의 없기 때문이다. 따라서 노동쟁의 조정 서비스를 이용하고자 하는 하청노동조합에게 기대가능성이 없는 지위의 획득을 요구하는 것은 부당하다는 문제제기가 있을 수 있다. 특히 앞에서 조정제도의 서비스적 성격, 당사자 자율에 기초한 분쟁해결이라는 제도적 취지를 고려한다면 단지 서비스를 이용하기 위해 실현불가능한 것을 요구하는 것은 문제가 아닐 수 없다. 이에 교섭창구단일화를 거쳤는지 여부는 쟁의행위의 정당성을 논하는 단계에서 판단하도록 하고 조정 절차 내에서는 이를 다루지 않는 방안도 적극적으로 고려해 보아야 한다.

다만, 노동분쟁은 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 의미하므로, 원청으로서는 적어도 분쟁이 존재한다는 점을 예견할 수 있어야 할 것이다. 따라서, 하청노동조합이 원청에 대한 아무런 교섭요구 없이 막바로 노동쟁의 조정을 신청하는 것은 노동쟁의의 자주적 해결 원칙에 부합하지 않는다고 볼 수 있다. 따라서, 하청노동조합이라도 창구단일화절차를 준수하기 위한 최소한의 조치, 이를테면 원청사업주에 대한 교섭요구 또는 교섭단위 분리신청(노조법 제29조의3 제2항)은 형식적으로라도 할 필요가 있다.

하청노동조합과 원청사업주의 사이의 관계는 마치 산별교섭과 유사한 구조라는 점에서 기업별 노조를 전제로 설계된 교섭창구단일화절차와는 정합성이 떨어지는 것이 사실이다. 이에 장기적 관점에서는 입법적 해결 방안도 적극적으로 고려하여야 할 것이다.

### 3. 공동사용자 개념의 인정과 법리적 가능성

미국식 공동사용자 법리는 간접고용근로자들이 자신들의 근로조건에 대한 사항에 대하여 사용사업주와 직접 논의할 수 있는 교섭구조를 정착시켰고, 공동사업주 소속 근로자의 교섭단위에 포함시킴을 통해 실질적인 집단적 방식의 교섭이 가능케 하고 있다. 미국 공동사용자 개념은 교섭단위와 관계된 것으로, 하나의 교섭단위에 다수 사용자가 있는 경우 그 사용자들이 교섭에 참여한다.

미국식 공동사용자 법리의 도입에 관하여는 (i) 원하청 관계에서 단체교섭



당사자로서 사용자는 실질적 근로계약 내용 결정권자이므로 적법한 도급은 물론 하청이 실질적으로 근로계약 내용을 결정하고 원청이 간접적으로만 영향력을 행사한다면 원청을 사용자로 인정하기 어렵다는 견해와 (ii) 단체교섭 당사자와 단체협약당사자의 구분을 전제로 근로계약관계 없어도 단체교섭이 가능하다는 견해가 있다.

노조법상 사용자 개념을 확장하여 간접고용관계에 있어서도 간접고용근로자의 근로조건에 영향력을 미치는 사용기업을 사용자에게 포함시키는 방안을 적극적으로 고려할 필요가 있다.

#### 4. 모회사 관계 및 공공부문에서의 노동관계의 특수성에 대한 고려

전통적으로 중층적 노동관계의 대표적인 유형으로 원하청관계에서의 노사관계가 문제시 되었다. 그런데 최근에는 모회사를 상대로 자회사 노동조합이 단체교섭을 요구하거나, 공공부문에서 국가나 지방자치단체가 민간사업체에 발주한 사업에 종사하는 근로자로 구성된 노동조합이 국가나 지방자치단체를 상대로 단체교섭을 요구하는 사례도 종종 발생하고 있다.

모회사는 자회사의 최대주주로서 자회사 경영진에 대한 임면권을 보유하고 있고, 자회사의 경영방침을 결정하는바, 자회사에 소속된 근로자의 근로조건은 물론이고 자회사 노동조합의 노동3권 행사에 실질적인 영향력을 미친다. 모회사 관계는 단일한 목적하에 경영의 편의를 도모하고자 별개의 법인으로 분리되어 있을 뿐이라는 점에서 상호 독립한 사업자인 원하청관계보다 더욱 밀접한 관계에 있고, 노동관계에 미치는 영향력 또한 상당하다는 점에서 일반적인 원하청 관계와는 질적인 차이가 있다.

한편, 공공부문에서 관이 발주하는 사업을 수행하는 민간사업장 소속 근로자의 근로조건은 공공기관이 사실상 결정하고 해당 사업을 실행하는 민간사업주는 실질적인 결정권이 사실상 없다는 점에서 어느 원하청사업관계보다도 원청인 공공기관이 민간사업주 노동조합에 미치는 영향력이 강하다.

따라서, 이러한 성격을 지닌 중층적 노동관계에서는 이른바 원청의 지위에 해당하는 모회사나 공공기관의 사용자성을 인정할 필요성이 강하다 할 것이다.

## 5. 중층적 노동관계에서의 단체교섭 활성화를 위한 개선방안

### 가. 종래의 접근방식의 문제점

간접고용 근로자와의 관계에서 사용기업(원청)을 사용자로 인정할 경우, 단순히 사용자 개념의 외연이 넓어지는 것으로 그치지 않고, 교섭창구단일화 제도와의 관계에서 '교섭단위'의 분리를 인정할 것인지, 원청기업 이외에 하청기업을 단체교섭에 어떻게 인입(引入)할 것인지, 이러한 다면적 교섭방식의 규율과정에서 행정기관에 어떠한 권한을 부여할 것인지 등에 관한 입법적 준비가 요구된다.

간접고용근로자의 노동3의 실질적 보호를 위해서는 적어도 노조법의 사용자 정의규정(제2조제2호), 교섭단위의 분리(제29조의3제2항), 교섭원칙(제30조 관련), 단체협약 작성(제31조제1항), 조정개시(제53조제1항), 부당노동행위 관련(제81조 각호) 등의 조항은 개정은 불가피하다.

### 나. 노동조합법상 사용자 개념 정의규정의 정비

#### (1) 2019. 10. 17.자 인권위 권고

“근로기준법은 노동자와 사용자간의 개별적 근로관계를 규율 대상으로 하며, 노동조합법은 노동3권 보장을 통한 집단적 노사관계를 규율 대상으로 하기 때문에, 개별적 근로관계에 비해 집단적 노사관계에서의 사용자 범위는 확장될 수 있다. .... 따라서, 노동조합법 사용자 규정을 개정하여 근로계약 체결 당사자가 아니더라도, 노동조건 및 노동조합 활동에 대하여 실질적 지배력 또는 영향력이 있는 자까지 포함하도록 확대할 필요가 있다.”

#### (2) 노조법상 사용자 개념의 다원성

노조법상 사용자 개념의 확대와 관련하여 노조법상 사용자 개념을 구분하여 확대를 주장하는 논의와 사용자 개념을 통일적으로 이해하면서 확대를 주장하는 논의로 나누어진다.

### (가) 이원설

이원설은 노조법상 사용자 개념을 단체교섭 상대방으로서의 사용자와 부당노동행위 주체로서의 사용자로 구분하고, 부당노동행위의 처벌 규정을 고려 사용자의 범위 분리 필요성 강조하고, 단체협약 중 채무적 부분은 단결권에 근거한 부분으로 규범적 부분이 단체교섭의 본질이므로 단체교섭 당사자로서 사용자는 근로계약 내용 결정권자로 한정한다. 그러나, 근로계약 결정권자를 근로계약의 계약명의자로 한정할 필요가 있는지 의문이다. 적절한 교섭구조의 설계로 해결이 가능한 문제라고 생각된다.

### (나) 일원설

일원설은 단체교섭 당사자와 단체협약 당사자를 분리할 수 있고 근로계약 관계없어도 교섭은 가능하므로 사용자 구별은 불필요하다는 입장이다.

한편, 노조법상 단체교섭 상대방으로서의 사용자를 구분하여 노조법 제80조 이전의 단체교섭 상대방으로서의 사용자는 폭넓게 인정하되 제81조에서의 단체교섭 상대방은 부당노동행위 형벌규정을 고려하여 엄격하게 해석하여야 할 것이라는 견해가 있다.

### (다) 검토

부당노동행위제도는 전통적인 독일식 단결권 질서와는 이질적인 제도이다. 부당노동행위 주체로서 사용자 개념을 해석함에 있어 근로계약관계의 당사자로 국한하는 것은 지나치게 형식적이며 동시에 부당노동행위제도의 입법 목적과도 조화되지 못한다.

하청노조가 원청회사를 상대로 하여 지배·개입행위에 따른 부당노동행위 구제신청사건에서 대법원이 부당노동행위임을 확인하는 판결이 있었는데,<sup>138)</sup> 이 판결은 노사 간 협약자치질서를 침해할 수 있는 지위에 있는 자가 직접적인 근로계약상의 당사자로서 사용자만이 아니라 제3자일 수도 있다는 점을 고민한 경우라고 할 수 있다.

138) 대법원 2010.3.25. 선고 2007두8881, 2007두9075 판결.

## 다. 다면적 노동관계에 적용할 교섭방식 재설계 문제

### (1) 2019. 10. 17. 인권위 권고

“해당 노동관계에 대해 실질적 영향력 내지 지배력을 행사하고 있는 자가 단체 교섭 상대에서 제외된다면, 단체교섭의 원래 목적인 노동조건 개선 및 노동자 이익 보호에 한계가 있을 수밖에 없으므로, 원청의 단체교섭 의무를 부여할 수 있도록 관련 규정을 개정할 필요가 있다.”

### (2) 공동사용자 법리의 도입 필요성

교섭창구단일화 제도가 없는 일본의 경우에는 간접고용근로자에 관한 사용기업의 사용자성이 인정되는 경우 하청노동조합이 사용기업에 단체교섭을 요구함에 특별한 장애가 없다. 반면, 우리나라의 경우 사용기업의 사용자성이 인정되더라도 교섭창구단일화와 관련한 법 적용상 난제가 발생한다.

미국의 경우 ‘단일의 사용사업주가 공동으로 고용한 근로자와 단독으로 고용한 근로자를 결합한 교섭단위’를 인정하고, 사용기업에 이러한 단체교섭에 응할 의무를 부과하는 방식이다. 이러한 법리는 간접고용근로자들이 자신들의 근로조건에 대한 사항에 대하여 사용사업주와 직접 논의할 수 있는 교섭구조를 정착시켰고,<sup>139)</sup> 공동사업주 소속 근로자의 교섭단위에 포함시킴을 통해 실질적인 집단적 방식의 교섭이 가능케 하고 있다. 따라서 간접고용근로자를 노사자치의 영역으로 포섭시켜 간접근로근로자의 실질적인 근로조건 개선을 가능하게 하고 있다는 점에서 우리나라에 수용을 고려할 필요가 있다

## 라. 소결

원하청관계에서 단체교섭당사자로서 사용자는 근로계약 내용의 결정권자이므로 원청기업을 사용자로 인정하기 어렵다는 견해도 있으나, 노조법상 사

139) 미국 공동사용자 개념은 교섭단위와 관계된 것으로, 하나의 교섭단위에 다수 사용자가 있는 경우 그 사용자들이 교섭에 참여함.

용자 개념을 확장하여 간접고용관계에 있어서도 간접고용근로자의 근로조건에 영향력을 미치는 사용기업을 사용자에 포함시키는 입법을 적극적으로 고려할 필요가 있다. 그런데, 교섭창구단일화 제도가 존재하는 우리나라의 경우 사용기업(원청)의 노조법상 사용자성이 인정되더라도 교섭창구단일화와 관련한 법 적용상 문제가 발생한다. 단일의 사용사업주가 '단독으로 고용한 근로자(직영근로자)'와 '공동으로 고용한 근로자(간접고용근로자)'를 결합한 교섭단위'를 인정하고, 사용사업주가 이러한 단체교섭에 응할 의무를 부과하는 방식으로 간접고용근로자를 노사자치의 영역으로 포섭시키는 미국 제도의 수용을 고려할 필요가 있다. 나아가, 간접고용근로자들이 원청업체와 별도의 단체협약을 체결하지 않을 경우 원청업체의 직접고용근로자들이 적용받는 단체협약이 하청업체에 의해 사용되고 있는 간접고용근로자들에게도 확장 적용하는 입법을 고려할 필요가 있다.

### 제3장 부당해고 등 구제신청의 당사자 적격

#### 제1절 근로기준법상 근로자 적격의 판단기준

##### 1. 사용종속관계 판단기준

##### 가. 2006년 대법원 판결의 판단기준(8대 요소)

대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결(이하 '2006년 판결'이라 한다)은 근로기준법상 근로자인지 여부를 판단하는 기준으로 8가지 판단요소를 제시하였고, 이 8가지 요소를 종합적으로 고려하여 근로자성 여부를 판단하고 있다. 이 8가지는 근로자성 판단의 '요건'이 아닌 '요소'이므로, 이 중에 일부의 요소가 결여되어 있더라도 근로자성을 부정할 수 없음은 물론이다.<sup>140)</sup> 즉, 8가지의 판단요소의 측면에서 모두 근로자성의 징표를 충족해야만 근로자로 인정되는 것은 아니다. 따라서 2006년 판결의 판단요소 중에 '핵심 요소'와 '부수 요소'를 먼저 구분할 필요가 있다.

<표 3> 근로기준법상 근로자의 판단기준

판례의 판단기준	8대 요소	구분
근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고,		
여기에서 종속적인 관계가 있는지 여부는		
① 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무	☞ 지휘감독	핵심

140) “전체적으로 보아 임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였다고 인정되는 이상, 근로자에 관한 여러 징표 중 근로조건에 관한 일부의 사정이 결여되었다고 하여 그러한 사유만으로 산업재해보상보장법 및 근로기준법상의 근로자가 아니라고 할 수는 없다.”(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000다57498 판결)

(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지,		
② 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지,	☞ 시간·장소의 구속	핵심
③ 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지,	☞ 소유관계 또는 3자대행	핵심
④ 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지,	☞ 이윤·손실의 위험부담	핵심
⑤ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지,	☞ 보수의 성격	핵심
⑥ 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항,	☞ 보수의 형태	부수
⑦ 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도,	☞ 계속성·전속성	부수
⑧ 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지	☞ 사회보장제도	부수
등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다.		
다만, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지, 근로소득세를 원천징수하였는지, 사회보장제도에 관하여 근로자로 인정받는지 등의 사정은 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 크기 때문에, 그러한 점들이 인정되지 않는다는 것만으로 근로자성을 쉽게 부정하여서는 안 된다.		

## 나. 핵심 요소와 부수 요소

### (1) 핵심 요소

① 지휘감독, ② 시간·장소의 구속은 ‘인적 종속성’의 요소이며, ③ 소유 관계 또는 3자대행 등, ④ 이윤·손실의 위협부담, ⑤ 보수의 성격은 ‘독립 사업자성 또는 경제적 종속성’의 요소이다(‘⑤ 보수의 성격’은 핵심 요소이며 아래의 ‘⑥ 보수의 형태’는 부수 요소이므로, 양자를 명확히 구별해야 한다).

### (2) 부수 요소

2006년 판결은 단서 부분(“다만.....”)을 통하여 ⑥ 보수의 형태와 ⑧ 사회 보장제도 여부는 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 큰 요소이므로, 이것들은 부수 요소임을 명확히 하였다.

아울러 ⑦ 계속성·전속성도 다음과 같은 이유로 부수 요소로 파악하는 것이 타당하다. 전속적 노무제공자 중에도 근로자성이 부정된 사례가 많고, 반대로 근로자성이 인정된 대학교 시간강사<sup>141)</sup>와 같은 시간제 근로자나 복수의 사업주와 계약관계를 맺고 있는 노무제공자가 증가하고 있는 상황에서, 계속성·전속성은 더 이상 핵심 요소가 되기 어렵다.

## 다. 특수고용직종사자의 특징

근로계약을 체결하고 노무를 제공하는 전통적인 모습의 근로자와 달리, 근로기준법(이하 ‘근기법’이라 한다)상 근로자성이 문제되는 노무제공자에 대하여 그간 특수고용노동자, 특수고용직종사자, 특수형태근로종사자 등(이하 총칭해서 ‘특고’라 한다)으로 논의해 왔다. 이러한 특고의 근로자성을 판단할 때에는 전통적인 근로자와는 다른 특징들을 반드시 고려해야 한다. 그렇지 않을 경우, 전통적인 근로자의 모습과는 다른 몇 가지 요소들로 인해 사용종속관계가 분명히 있음에도 불구하고 근로자성이 부정되는 그릇된 판단을 가져올 수 있기 때문이다.

141) 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018, 13025.



### (1) 실적급제 노무제공자

특고의 경우는 거의 대부분이 실적급제의 보수를 받고 있다. 실적급제에서 보수의 '계산'은 근로시간이 아닌 업무의 성과·실적에 따라 이루어진다. 주의할 것은 실적급제의 보수 지급이 근로자성 부정의 징표가 될 수 없다는 점이다.근기법 제47조는 실적급제 임금을 받는 '도급 근로자'에 대해 규정하고 있는데,<sup>142)</sup> 이 규정은 1953년 근기법 제정 때부터 있어 왔다. 제정 근기법부터 근로시간이 아닌 실적 등에 따라 보수를 계산하는 근로자를 상정하고 있었음을 알 수 있다.

실적급제는 보수의 계산방법의 하나에 불과하다. 이것이 곧바로 '보수의 성격'("보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지")을 바꾸지는 않는다. 특고의 근기법상 근로자성을 판단할 때에는 이러한 보수의 특성을 반드시 고려해야 한다. '보수의 계산방법'과 '보수의 성격'을 혼동해서는 아니 된다.

### (2) 지휘감독 방식(수단)의 변화

사용자의 지휘감독의 방식이나 수단은 변화해 가고 있다. 특히 실적급제를 받고 있는 특고의 경우는 '과정관리'(업무수행 과정의 통제)에서 '성과관리'(업무 실적의 통제)를 통한 지휘감독으로 변하고 있다. 시간급제의 경우 업무수행 '과정'에서 그 시간에 대한 직접적인 지휘감독이 이루어지는 반면, 성과급제에서는 과정보다는 성과·실적을 통해 관리를 하게 된다.

'지휘감독의 강도'와 '지휘감독의 방식'을 혼동해서는 아니 된다. 성과관리를 통한 지휘감독으로 그 방식이 변화했다고 해서, 과정관리에 비하여 지휘감독의 강도가 더 적다고 단정할 수는 없다.

### (3) 수입의 편차

실적급제에서는 매월 또는 노무제공자 간에 수입의 편차가 발생하는 것이 일반적이다. 그러나 이러한 수입 편차가 있다고 해서 곧바로 독립 사업자성

142) 제47조(도급 근로자) 사용자는 도급이나 그 밖에 이에 준하는 제도로 사용하는 근로자에게 근로시간에 따라 일정액의 임금을 보장하여야 한다.

을 인정하면 아니 된다. 실적급제라 하더라도 근무시간의 많고 적음에 따라 수입 편차는 발생하기 때문에, 수입 편차가 발생하는 본질적인 원인이 독립사업자성에 있는지를 살펴야 한다.

## 라. 핵심 요소 판단 시 주요 고려사항

### (1) 가격·고객·시간의 선택권 : 사업자성의 징표

특고의 경우는 근로자성과 사업자성이 혼재되어 있다는 특징을 갖는다. 특히 특고의 노무를 제공받는 사업주는 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 계약서와 근무실태에 사업자성의 요소들을 포함시켜, 전통적인 근로자와 모습과 다르게 포장하는 경우가 많다. 전통적인 근로자의 모습과 다른 특고의 근로자성을 판단할 때, 5가지 핵심 요소의 판단 이전에 해당 특고가 진정한 사업자성이 있는지를 먼저 검토할 필요가 있다. 즉, 노무제공자가 가격·고객·시간의 선택권을 갖고 있는지를 살펴보아야 한다.

진정한 사업자성 여부의 판단은, 5가지 핵심 요소에서 판단이 어려울 때 중요한 기준점이 될 수 있다. 즉, 5가지 핵심 요소에서의 판단이 애매할 때(특고의 근로자성 판단은 늘 어렵다), 진정한 사업자성이 인정된다면 각 핵심 요소에서 근로자성 부정의 방향으로 판단될 것이며, 반면에 진정한 사업자성이 인정되지 않는다면 각 핵심 요소에서 근로자성 인정의 방향으로 판단될 것이다.

① ‘가격선택권’은 가장 강력한 사업자성의 징표이다. 대법원 판결례를 분석한 결과, 제품이나 서비스 이용에 대한 가격의 선택권을 갖는 노무제공자는 찾아보기 어렵다. 하급심 판결 중에 골프연습장에서 강습료의 결정권을 갖고 있는 골프강사의 근로자성이 부정된 사례가 있다.<sup>143)</sup>

② ‘고객선택권’을 판단할 때에는 노무제공자가 고객을 선택할 수 있는지(즉, 스스로 고객을 유치할 수 있는지) 뿐만 아니라 고객이 노무제공자를 선택할 수 있는지도 함께 살펴보아야 한다.<sup>144)</sup> 고객이 어떤 제품이나 서비스를

143) 서울동부지법 2020.5.8. 선고 2019고정211 판결.

144) 정수기 기사의 근로자성이 문제된 사건에서, 법원은 “지정된 담당구역 내 고객의 정수기 관리업무만을 수행하게 되어 용역기사는 고객을, 고객은 용역기사를 선택할 수 없었다”라는 점을 근로자성 인정의 근거 하나로 들고 있다(울산지방법원 2017. 11. 2. 선고 2017가단52056 판결).

선택할 때에 회사가 아니라 노무제공자에 더 영향을 받을 때, 그 노무제공자의 사업자성이 인정될 가능성은 높아진다.

③ ‘시간선택권’은 특정 근무 ‘시간대’가 아닌 근무 ‘시간의 총량’의 선택권이 노무제공자에게 있는지를 판단해야 한다. 실적급제에서 성과관리의 통제를 받는 특고의 경우, 노무제공자가 근무 시간대를 선택할 수 있다고 하여 시간선택권을 인정(즉, 근무시간 구속을 부정)해서는 아니 된다. 성과관리에서는 노무제공자의 근무시간의 총량에 따른 실적 등이 중요한 것이지, 그러한 실적을 위해 노무제공자가 어느 시간대에 했는지는 중요하지 않다.

## (2) 지휘감독

① 특고의 사례에서 업무 내용을 노무제공자가 정하는 경우는 찾아보기 어렵다. 대부분의 특고는 자신의 사업이 아니라 타인(사용자)의 사업을 위하여 노무를 제공하므로(예컨대, 보험판매원은 자신의 상품이 아니라 회사의 상품을 판매한다), 그 노무의 내용을 사용자가 정하는 경우가 일반적이다.

② 사용자가 특고에게 일반 근로자의 취업규칙이나 복무규정을 적용하지 않는 것은 매우 자연스럽기 때문에, 이러한 점이 지휘감독 부정의 징표가 될 수는 없다. 특고에게는 일반 근로자와 별도로 업무운용수칙, 업무지침, 가이드라인 등이 적용되는 경우가 많다. 취업규칙이란 “복무규율과 임금 등 근로조건에 관한 준칙의 내용을 담고 있으면 그 명칭을 불문하는 것”<sup>145)</sup>이므로, 특고에게 별도로 적용되는 지침이나 가이드라인은 그 명칭과 관계없이 특고의 취업규칙이 될 수 있다.

③ 노무제공자의 서비스 품질 유지 또는 실적 달성을 위하여 사용자는 다양한 방식의 지휘감독을 행한다는 점을 항상 유념해야 한다. 지휘감독의 방식은 늘 다양하게 변화하더라도, 업무의 효율적 운영을 위하여 사용자는 늘 지휘감독을 할 수 밖에 없다는 본질은 변하지 않는다.

④ 특고에게 적용되는 지침이나 가이드라인 등에 징계에 관한 규정이 없다는 이유로, 계약 위반에 대한 징계 등의 불이익이 없다고 해서는 아니 된다. 노무제공자의 의무불이행에 대한 계약해지 등의 규정이 있는 경우, 그 계약해지가 곧 의무이행을 강제하는 제재수단 또는 징계규정이라 할 수 있다.

145) 대법원 2002. 6. 28. 선고 2001다77970 판결.

### (3) 시간·장소의 구속

‘내근형’ 노무제공자의 경우 시간·장소의 구속을 인정하는데 별다른 장애가 없다. 문제는 ‘외근형’ 노무제공자의 경우이다.

① 노무제공자가 근무시간의 구속을 받는지는 특정 ‘시간대’가 아닌 ‘시간의 총량’의 선택권이 있는지로 판단해야 한다. 예컨대, 학습지교사가 학습지회원과 직접 협의하여 구체적인 교육시간(시간대)을 정하더라도, 학습지회사가 정한 회원당 1주 1회의 교육시간(시간의 총량)에 따라야 하므로, 학습지교사의 근무시간 구속을 인정해야 한다.

② 그때그때 구체적인 근무장소가 다르더라도, 사용자가 지정·할당한 구역 내에서 근무하는 경우에는 근무장소의 구속을 인정해야 한다.

### (4) 소유관계 또는 3자대행 등

① 책상, 컴퓨터, 사물함, 전동카트, 오토바이 등을 누가 소유했는지 그리고 유류비와 통행료 등을 누가 부담하는지는 특별한 고려 요소가 되기 어렵다. 이러한 작업도구 등은 노무제공관계의 실질에 있어 매우 소소한 것들이다. 노무제공의 핵심 기술(예컨대, 강사의 교재나 강의기법)을 누가 보유했는지 그리고 노무제공자가 그것을 자유롭게 활용할 수 있는지가 중요한 판단요소이다.

판례는 “근로를 제공하는 자가 기계, 기구 등을 소유하고 있다고 하여, 곧바로 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위하고 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 안는 사업자라고 단정할 것은 아니다”라고 판시하고 있다.<sup>146)</sup> 따라서 고가의 작업도구(예컨대, 버스나 대형트럭)를 노무제공자가 소유한 경우에 곧바로 노무제공자의 사업자성을 긍정해서는 아니 된다. 그러한 작업도구를 노무제공자가 다른 영업행위에 자유롭게 활용할 수 있는지가 중요하다.

② 3자 대행 여부는 노무제공자가 ‘사용자의 승인 없이’ ‘상시적’으로 대행케 할 수 있는지를 판단해야 한다. 사용자의 승인을 받아야 한다거나 또는

146) 대법원 2000. 1. 18. 선고 99다48986 판결; 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다37165 판결; 대법원 2013. 4. 26. 선고 2012도5385 판결.

일시적으로 제3자를 대행케 하는 것은 근로자성 인정에 장애가 되지 않는다.

#### (5) 이윤·손실의 위험부담

노무제공자에게 가격·고객·시간의 선택권이 있는지를 판단하는데, 특히나 고객선택권 여부가 가장 중요하다. 가격선택권을 갖고 있는 노무제공자는 매우 드물고, 시간선택권은 사업자성의 징표가 좀 약한 편이기 때문이다.

노무제공자가 자신의 경영 능력이나 기술을 통하여 스스로 고객을 유치·개척할 수 있는 기회가 있다면 해당 노무제공자는 이윤·손실의 위험부담을 갖는다고 볼 수 있다.

#### (6) 보수의 성격

시간급제는 노무제공자가 일정한 시간에 대한 보수를 지급받기로 하면서 그 시간에 대해서는 사용자의 지휘감독에 따르겠다는 것이므로, 시간급제의 노무제공자는 강력한 반증이 없는 한 근로자에 해당한다.

대부분의 특고는 실적급제의 보수를 받고 있는데, 해당 노무제공자가 근로자인지 여부는 그 실적급이 '시간비례 실적급'인지 아니면 '능력비례 실적급'인지를 판단해야 한다. 전자의 경우는 근로자로서 받는 보수이며, 후자의 경우는 독립사업자로서 받는 보수이다.

실적급제의 경우 매월 또는 노무제공자 간에 수입의 편차가 발생하는 것이 일반적이는데, 이러한 편차는 노무제공자의 근무시간에 비례해서 발생할 수 있다. 배송 건수에 따라 일정액의 보수를 받는 택배원이나 퀵서비스기사의 경우, 근무시간이 길수록 더 많은 보수를 받는다는 것을 쉽게 알 수 있다.

이러한 '시간비례 실적급'은 '시간급'과 보수의 계산방법에서 차이가 있을 뿐, 본질적으로는 근로 자체의 대가라는 점에서(즉, 보수의 성격 측면에서) 동일하다. 반면에 노무제공자의 경영 능력이나 기술에 따라 수입 편차가 발생하는 '능력비례 실적급'은 노무제공자가 독립적으로 사업을 영위한 것에 대한 대가이지 근로 자체의 대가는 아니다.

## 2. 직업별 근로자성의 유형별 분석

근기법상 근로자성을 판단한 사례들을 각 직업별로 살펴, 근로자성을 ‘인정한 사례’, ‘부정한 사례’, ‘혼재(인정·부정)된 사례’를 분석해 본다. 5가지 핵심 요소를 기본으로 하여 분석할 것이나, 각 직업별로 판단의 주요 포인트가 다를 수 밖에 없으므로, 「각 직업별로 어떠한 요소가 결정적이었는지」에 주안점을 두고 분석해 본다.

### 가. 근로자성 인정 사례

#### (1) 아웃바운드 텔레마케터

‘아웃바운드 텔레마케터’란 전화 등을 통하여 금융회사의 카드론이나 보험 상품 등을 판매하는 노무제공자를 의미한다. 이들은 고객 비대면, 회사 내근, 회사의 고객 데이터베이스 제공 등의 특징이 있다.

##### (가) 카드론 전화권유 판매원(○○은행)<sup>147)</sup>

이 판결은 피고 회사가 ‘카드 텔레마케팅 전화권유판매원 업무운용수칙’과 스크립트 등 가이드라인을 배부하고, 가이드라인 위반 시 계약해지의 불이익이 있고, 통화녹음내용을 모니터링하고, 업무수행과정이나 결과 등에 대하여 관리·감독을 하였고, 그에 대한 제재 수단도 있었다는 점에서 ‘지휘감독’을 인정하였고, 전산의 로그기록을 통하여 근무시간을 확인하였고, 피고 회사의 사무실에서 정규직 3명과 함께 근무하였다는 점에서 ‘시간·장소의 구속’도 인정하였다.

또한 이 판결은, 피고가 사무실·컴퓨터·전화기 등을 제공하였고, 전화권유 판매원은 실적에 따른 수수료를 받기 때문에 상품판매계약을 체결하여 실적을 늘릴 수는 있으나, 피고로부터 고객 데이터베이스를 분배받았으므로 거래할 수 있는 고객의 양 자체를 늘릴 수 없어, 판매원은 그 수입의 규모를 확대할 수는 없었으므로 판매원이 ‘이윤·손실의 위험부담’을 갖는다고 볼 수

147) 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016다29890 판결.

없다고 하여, 판매원의 근로자성을 인정하였다.

(나) 전화 보험설계사(○○○○생명보험)<sup>148)</sup>

이 판결은, 보험설계사는 회사의 '보험영업지침'에 의하여 근무하였고, 지침 위반 시 위촉계약 해지되며, 근무시간과 장소가 지정되어 있고, 보험설계사는 회사가 제공한 데이터베이스에 수록된 고객에게만 전화를 하는 방식으로 보험을 모집하였다는 점 등을 근거로 근로자성을 인정하였다.

(다) 검 토

아웃바운드 텔레마케터의 경우 자기의 상품을 판매하는 것이 아니라 회사의 상품을 판매하므로, 판매 방식(즉, 업무수행 과정)에서 회사의 매뉴얼은 필수적이다. 그래서 정형화된 업무의 수행을 위하여 회사의 지침이나 가이드라인 등에 의한 지휘감독이 이뤄지고 있다. 또한 이러한 지침이나 가이드라인은 텔레마케터의 취업규칙이라 할 수 있다.

회사가 고객 데이터베이스를 제공하기 때문에 텔레마케터에게는 고객선택권이 전혀 없다. 텔레마케터는 이윤·손실의 위험부담을 갖고 있지 않다. 또한 실적에 따른 수수료를 지급받긴 하나, 이는 '시간비례 실적급'으로서 근로자체의 대가이다.

(2) 전기 검침·송달원(○○산업개발)<sup>149)</sup>

이 판결들은 피고 회사는 원고들에게 노무의 품질이 일정 수준에 맞도록 요구하는 방법으로 상당한 지휘감독을 하였고, 업무수행과정에서 복무규정 등을 갈음할 만한 내용이 포함된 지침으로 지휘·감독을 하였고, 원고들은 피고가 할당한 구역에서 업무 수행을 하였으며, 업무량 할당으로 원고들은 스스로 노력으로 고객 유치할 수 없었다고 하여, 원고들의 근로자성을 인정하였다.

전기 검침·송달원과 같은 외근형 근무라 하더라도 회사가 할당(지정)한 구

148) 대전지방법원 2011. 3. 24. 선고 2010나11154(본소), 2010나11161(반소) 판결.

149) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2013다77805 판결; 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다42745 판결; 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013다77706 판결.

역에서 근무하였으므로 근무장소의 구속이 인정되며, 회사가 업무량을 할당 하였으므로 검침·송달원에게는 고객선택권이 없어 이윤·손실의 위험부담을 갖는다고 보기 어렵다.

### (3) 학원 강사

#### (가) 시간급제 강사<sup>150)</sup>

이 판결들은 강사들은 학원이 지정한 교재를 사용하였고, 시간당 보수를 지급받았기 때문에 수강생 수(즉, 수강료)가 강사의 수입에 전혀 영향을 끼치지 않았다는 점 등을 근거로 강사들의 근로자성을 인정하였다.

#### (나) 실적급제 강사<sup>151)</sup>

이 판결은 학원이 담당 학년 및 레벨별 분반, 강의 커리큘럼, 강의 진도표, 강의교재 등을 결정하였고, 강사들은 실적급(매월 수강료의 일정 비율)을 지급받긴 하였으나, '학원이 분반을 지정'(즉, 수강생 수를 학원이 지정)해주었기 때문에 강사들의 이익창출은 자신의 능력과 의사에 전적으로 달려있지 않고, 학원에 의해 일방적으로 통제될 수밖에 없었다고 하여, 강사들의 근로자성을 인정하였다.

#### (다) 검 토

시간급제 강사나 실적급제 강사 사건의 경우 모두 학원이 강의교재 등을 결정하였다. 강사들은 강의에 필요한 핵심 기술이라 할 수 있는 강의교재 등을 결정할 수 있는 권한(즉, 교재선택권)이 없었다. 강사들은 학원이 정한 업무의 내용에 따라 학원의 상당한 지휘감독을 받으며 노무를 제공한 것이다.

한편 실적급제 강사의 사례였던 'ILE 어학원 사건'의 경우, 수강생(고객)이

150) 대입학원 종합반 강사 사건(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결), 대입학원 담임강사 사건(대법원 2007. 1. 25. 선고 2005두8436 판결), 미용학원 강사 사건(대법원 2007. 9. 7. 선고 2006도777 판결), 영어학원 원어민 강사(대법원 2015. 6. 11. 선고 2014다88161 판결).

151) 대법원 2019. 10. 18. 선고 2018다239110 판결.



강사를 선택하는 것이 아니라 학원이 분반을 지정하여 수강생을 배정하였다. 즉 강사에게 고객선택권이 인정되지 않는다. 매월 수강료의 일정 비율을 보수로 지급받았으나, 수강료 액수를 결정하는 '수강생의 수'를 학원이 결정하였기 때문에, 강사들은 노무제공에 따른 이윤·손실의 위험부담을 갖는다고 할 수 없다.

다른 예로, 학원이 수강생을 배정하지 않고 수강생 수(즉, 수강료)의 일정 비율을 보수로 지급받는 강사의 경우, 강사가 핵심기술(교재 제작 및 강의 기법)을 보유하고 그것을 자유롭게 활용하고, 수강생이 강사를 선택(수강생이 학원을 선택하는 것이 아님)하는 경우, 강사의 고객선택권이 인정된다. 또한 수강생 수에 따라 수입이 결정되므로, 동일한 시간의 강의를 해도 강사들 간에 수입의 큰 편차가 발생할 수 있다. 이것이 '능력비례 실적급'이다. 이러한 강사는 이윤·손실 위험을 부담하는 독립사업자에 해당한다.

#### (4) 방송국 종사자

##### (가) 영상취재요원(VJ)<sup>152)</sup>

이 판결은, ○○○와 근로계약을 체결하여 근무하다가 비정규직법의 시행 즈음인 2007. 8. 2. 개인사업자로 전환된 영상취재요원(VJ)은, 방송사가 기획·의도한 특정한 장소에서 일정한 영상을 촬영하여 수정·편집하였고, 보수는 일당액에 실제 근무일수를 곱한 금액을 지급받았기 때문에, 근로자에 해당한다고 판단하였다.

##### (나) 방송제작 PD<sup>153)</sup>

방송제작 PD는 별다른 계약서 작성 없이 부서장과의 면접만을 치른 후 곧바로 ○○○의 제작PD('○○○')로 근무하였는데, 시사프로그램의 성격상 단계마다 ○○○의 기획의도에 따라 업무를 수행하였고, 프로그램 제작 횟수에 따라 주급으로 급여를 받았다.

152) 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010두10754 판결.

153) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2011두19390 판결.

이 판결은, 방송 프로그램의 제작 업무는 재량근로의 대상업무 중의 하나로서(근기법 시행령 제31조 제5호 참조), 방송국 종사자에게 업무의 재량이 있기는 하나, 방송사의 기획의도 또는 해당 프로그램의 책임자(CP, PD 등)의 지시에 따라 근무하였기 때문에, 방송제작 PD의 근로자성을 인정하였다.

#### (다) 검 토

방송국 종사자의 업무는 어느 정도의 전문성이나 재량이 인정되긴 하지만, 방송국의 기획의도 또는 프로그램 책임자의 지시에 구속되는 경우에는 근로자성이 인정된다.

### 나. 근로자성 부정 사례

#### (1) 신규고객 유치형 보험모집인

##### (가) ○○○생명보험 보험모집인<sup>154)</sup>

이 판결은, 보험모집인은 업무수행 중 아무 때나 임의로 이탈이 가능하며 영업활동일수는 월 평균 15일이고, 타인의 노동력 이용할 수 있는 등 업무수행방식에 제한이 없으며, 오로지 자신의 노력으로 체결된 보험계약의 계약고·수금액 등 실적에 따라 수당을 받았다고 하여 근로자성을 부정하였다.

##### (나) 우체국 보험관리사<sup>155)</sup>

이 판결은 우체국보험 계약체결의 중개와 보험료 수금 및 이에 부수하는 업무를 수행하는 보험관리사는, 주된 업무인 보험모집·보험료 수금 등의 활동 시간과 장소에 대해서는 별도의 정함이 없었고, 오로지 자신의 노력으로 체결된 우체국보험계약의 정산계약고, 정산월액보험료, 유지율 등의 실적에 따라 수당을 지급받았다고 하여 근로자성을 부정하였다.

154) 대법원 2000. 1. 28. 선고 98두9219 판결.

155) 대법원 2013. 7. 12. 선고 2011다46371 판결.

## (다) 검 토

신규고객 유치형 보험모집인의 경우, 회사가 고객(또는 고객 데이터베이스)을 배정해주는 것이 아니라, 노무제공자가 “오로지 자신의 노력으로” 신규 고객을 유치하고 그 고객과 체결한 보험 실적에 따라 보수를 받았다. 이러한 보수는 근무시간에 비례하는 것이 아니라 보험모집인의 영업력에 달려 있다. 신규고객 유치형 보험모집인은 노무제공에 따른 이윤·손실의 위험부담을 갖고 있는 독립사업자라 할 수 있다.

### (2) 관리·(신규)판매 병행형 노무제공자

회사가 지정하는 기존 고객을 관리하면서, 신규 고객을 모집하거나 신규 판매를 하는 노무제공자를 의미한다.

#### (가) 야쿠르트 배달·판매원<sup>156)</sup>

오전 중에 ‘고정고객’에 대한 야쿠르트 등의 배달을 마치고, 오후 4시경까지 남은 제품을 행인(行人) 등의 ‘일반고객’에게 판매하며, 매출실적에 따른 수수료를 받고 있는 야쿠르트 배달·판매원에 대하여, 이 판결은, 회사가 일반고객 판매 지역을 통제하지 않았으며, 일정한 제품의 판매를 할당하지도 않았고, 판매원들이 지급받는 수수료의 차이 등을 보았을 때 수수료가 용역의 내용이나 시간과 반드시 비례적 관련성을 가진다고 볼 수 없다고 하여 근로자성을 부정하였다.

#### (나) 학습지회원 관리·모집인(학습지교사)<sup>157)</sup>

주 1회 기존회원을 관리하면서(회사가 관리구역 배정) 한편으로 신규회원을 모집하는 업무도 수행하는 학습지교사에 대하여, 이 판결은, 학습지교사는 일반직원의 취업규칙을 적용받지 않고 ‘재능선생님 업무지침’ 또는 ‘○○교육 사업관리 규정’을 적용받았고(여기에는 승진, 근무시간, 휴가, 징계 등

156) 대법원 2016. 8. 24. 선고 2015다253986 판결.

157) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604 판결.

인사에 관한 규정이 없다), 계약 위반 시 회사는 계약해지를 할 수 있을 뿐 징계 등의 제재조치 없었었고, 교육시간은 학습지교사와 학습지회원이 협의하여 자율적으로 결정하였고 교육장소는 회원의 주거지였다는 이유로 지휘감독과 시간·장소의 구속을 부정하였다.

그리고 이 판결은, 학습지교사가 지급받는 수수료는 업무의 내용이나 시간에 관계없이 객관적인 실적에 따라 결정되었고, 수수료에 차이가 있으므로, 수수료를 근로의 대가인 임금이라 보기 어렵다고 판단하였다. 그 결과 학습지교사의 근로자성을 부정하였다.

#### (다) 검토

(1) 수입의 차이가 독립사업자성이나 위험부담을 부정할 만큼의 큰 차이인지, 동일 또는 유사한 시간의 노무를 제공했음에도 불구하고 개인 능력에 따라 발생하는 차이인지 등에 대한 검토가 필요한데, 위 두 판결은 이를 자세히 검토하지 않고 있다.

(2) 위 두 직업의 경우, ① 고정고객 배달 또는 기존회원 관리와 ② 일반고객 판매 또는 신규회원 모집이라는 두 가지 업무를 수행하고 있다. 전자(①)는 근로자의 모습이며, 후자(②)는 사업자의 모습이라 할 수 있다. 후자에는 분명 고객선택권과 시간선택권이 일부 있다. 이와 같이 근로자성과 사업자성이 혼재된 노무제공자는 얼마든지 있을 수 있다.

(3) 학습지교사의 경우는 전자의 업무를 주로 하고 있다. 회사가 배정한 구역 내의 회원을 관리하는 것을 주된 업무로 하고 있음에도 근로자성을 부정한 판례의 태도는 문제가 있다. 특히 학습지교사의 수입(수수료)의 차이는 관리하는 회원 수(즉, 회사가 정해진 회원들의 관리에 소요되는 시간)에 크게 의존함에도 불구하고, 이를 근로의 대가인 임금이 아니라고 판단한 부분은 문제가 있다. 학습지교사의 수입은 전형적인 '시간비례 실적급'에 해당한다.

(4) 야쿠르트 판결은 후자의 측면을 강조하여 근로자성을 부정하고 있다. 그러나 전자와 후자 중에 무엇이 주된 업무인지에 대한 면밀한 검토가 빠져 있다. 고정고객에 대한 관리의 대가로 일반고객 판매권을 부여한 것이라면 전자가 주된 업무일 것이며, 반대로 일반고객 판매권(사업권)을 주는 대가로 고정고객 관리를 맡기는 것이라면 후자가 주된 업무가 될 것이다. 계약의 목

적, 그리고 각 업무의 시간과 그에 대한 수입의 비중 등을 종합하여 무엇이 주된 업무인지를 파악할 필요가 있다. 야쿠르트 판결은 이런 판단을 하지 않아 문제이다. 만약에 전자가 주된 업무라면, 사업자성이 일부 있더라도 근로자로 인정해야 할 것이다.<sup>158)</sup>

### (3) 골프장 캐디<sup>159)</sup>

이 판결은, 캐디의 업무는 골프장 운영의 필수불가결한 요소가 아니고, 캐디가 제공하는 서비스의 상대방은 골프장이 아니라 내장객(고객)이라는 점을 근거로 캐디의 근로자성을 부정하였다.

캐디에게 독립사업자성이 인정될 여지는 없고, 골프장 사업주의 지휘감독에 따라 골프경기보조 업무를 하고 있음에도 불구하고, 판례는 캐디 업무가 골프장에서 필수적인 것이 아니라는 이유로 근로자성을 부정하고 있다. 이러한 판례의 태도는 매우 문제가 있다.

예컨대, 일부 고깃집에서만 제공하는 '직원의 고기굽기 서비스'가 설령 필수적인 업무가 아닌 경우에도 그 직원의 근로자성이 부정되지 않는 것처럼, 비필수 업무라 하더라도 그 업무를 하는 이상 사용종속관계는 충분히 인정될 수 있다. 또한 서비스업에서는 노무제공자에게 지시를 하는 자(사용자)와 노무제공자의 서비스를 받는 자(고객)가 분리되어 있다는 점을 항상 염두에 두어야 한다. 판례는 이러한 점을 간과하고 있다. 캐디가 제공하는 서비스의 상대방이 내장객이라 하더라도, 캐디가 골프장의 사업을 위하여 골프장의 지시에 따라 노무를 제공한다는 사실이 부정되는 것은 아니다.

### (4) 도급제 사원(용접공, 제관공)<sup>160)</sup>

피고는 굴삭기에 부착하는 파쇄장비의 몸통부분 등을 제작하여 ○○중공

158) 근로계약을 체결한 근로자 중에도 사업자성을 일부 갖는 경우는 있다. 예컨대, 노무법인과 근로계약을 체결한 노무사(이른바 '채용노무사')의 경우, 법인이 지시하는 업무를 주되게 수행하면서, 본인 스스로 고객 영업을 하여 사건을 수입한다. 본인 영업에 의한 사건 수입은 채용노무사에게 고객과 가격의 선택권이 있기 때문에, 분명 이 부분은 사업자로서의 업무이다. 하지만 일부의 사업자성이 있다고 해서, 채용노무사의 근로자성이 부정되지는 않는다.

159) 대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결.

160) 대법원 2016. 3. 24. 선고 2011다1880 판결.

업에 납품하는 회사이다. 원고 A는 월급제 사원(근로계약 체결)으로 입사한 후, 도급제 사원으로 전환하면 수입이 더 좋다는 피고의 권유에 따라 도급제 사원으로 전환하여 용접공으로 근무하였고, 원고 B는 도급제 사원으로 입사하여 제관공으로 근무하였다.

이 판결은, 피고 회사는 원고들에게 납품기한 준수 독촉 및 품질 검사를 하는 것 이외의 지휘감독은 없었고, 원고들은 작업량에 따라 보수액 차이가 발생하였는데, 월급제 사원보다 보수가 더 많았고, 특히 원고 A의 경우 월급제 사원에서 도급제 사원으로 변경되었을 때 보수가 2배가량 더 많아졌다는 점 등을 근거로 근로자성을 부정하였다.

#### (5) 골프 강사<sup>161)</sup>

이 판결은 골프연습장에서 골프강습을 하는 강사(골프 강사)가 4대보험에 가입된 사실은 인정되나, 골프연습장에 게시된 강습료(가격표)에 구매받지 않고 강사가 할인된 가격으로 회원들과 강습료를 별도로 책정하고, 회원들과 구체적인 강습일정 및 시간 등을 구체적 결정하였다고 하여, 4대보험 가입에도 불구하고 강사의 근로자성을 부정하였다.

위 골프 강사의 경우 고객·시간의 선택권뿐만 아니라 '가격선택권'까지 갖고 있다. 골프 강사는 골프연습장 사업주와 일종의 동업관계를 맺고 있다고 볼 수 있으며, 가장 강력한 사업자성의 징표인 가격선택권까지 갖고 있었기에, 4대보험에 가입되어 있음에도 불구하고 골프 강사의 근로자성을 부정하였다. 비록 하급심 판결이긴 하지만, 진정한 독립사업자는 어떠한 사람인지를 보여줬다는 점에서 그 의의가 크다.

161) 서울동부지법 2020.5.8. 선고 2019고정211 판결.

다. 혼재(인정·부정) 사례

(1) 학원통학 버스기사

	인 정	부 정
	대법원 2015. 5. 28. 선고 2014다62749 판결 [퇴직금등]	대법원 2014. 7. 24. 선고 2012두16442 판결 [부당해고구제재심판정취소]
개 요	○○○○○○이션 주식회사	주식회사 ○○○○○연구사
① 지휘 감독	일정한 운행시간에 지정된 코스를 운전. 차량운행 외에 안전지도, 차량 퍼레이드 업무 지시.	출근부에 서명하지 않고, 학생수송 마치면 자유롭게 귀가.
③ 소유관계 또는 3자대행	기사 소유 차량으로 통학운행. 비용과 사고책임 스스로 부담. <u>학원 통학운행 외의 용도로 운행하는 것과 대차운행은 원칙적 금지.</u> 차량 소유권등록은 학원 명의.	기사들은 상당한 가격의 45인승 버스를 구입한 후 실제로 버스를 소유·관리. 운행에 관한 책임 부담. <u>별다른 제약 없이 대차운행, 대리운행을 하고, 업무 외의 다른 영업행위 함.</u>
⑤ 보수의 성격	차량 크기에 따라 고정적인 급여 지급	수수료는 차량의 승차인원, 연식, 운행거리 등에 따라 차등적으로 지급
기 타	근로소득세 납부, 4대보험 가입	

두 판결을 비교해보면 ‘제3자의 대차운행’과 ‘다른 영업행위 사용’ 여부에 서 결정적인 차이가 있음을 알 수 있다. 부정 사례의 경우 통학버스를 다른 영업행위에 사용할 수 있었으며 제3자 대체운행에도 별다른 제약이 없었다. 부정 사례의 경우, 버스기사가 자신의 차량으로 독립하여 사업을 영위한 것으로 평가할 수 있다. 버스와 같은 고가의 작업도구를 소유한 노무제공자의 경우, 노무제공자가 그 차량을 다른 영업행위에 자유롭게 활용할 수 있는지가 핵심적인 기준이 되어야 할 것이다.

(2) 화물운송 기사

	인 정	부 정
	대법원 2013. 4. 26. 선고 2012도5385 판결 [근로기준법위반]	대법원 2013. 7. 11. 선고 2012다57040 판결 [임금]
개 요	<u>철선제품 생산업체와 차량임대계약을 체결하고 자신의 화물차(2.5톤 또는 3.5톤 트럭)로 화물운송 업무 수행.</u>	<u>운수회사인 ○○○○와 운송용역계약을 체결하고, 자신 소유의 차량(11.5톤 트럭)으로 사조대림의 제품을 운송.</u>
① 지휘감독	배송업무 중 회사의 부장으로 부터 구체적인 업무지시. 차량 운행일지 작성·제출. 배송업무 이외에 회사의 다른 업무도 수행.	업무내용, 업무시간 및 장소는 운송용역계약에 의해 정해짐. 고정된 운송일정과 경로에 따라 운송업무를 반복적으로 한 것은 계약의 내용과 특성에 따른 것.
② 시간·장소의 구속	다른 직원과 출퇴근 시간 동일.	
③ 소유관계 또는 3자대행	기사 소유의 차량이나, 영업용으로 등록되지 않아, 회사 명의로 소유권이전 등록. 회사가 차량유지비와 보험료 부담. 회사의 배송업무 이외에 다른 영업행위 금지.	기사 소유의 차량이나 회사 명의로 등록. <u>원고는 일정한 자본을 투자하여 운송사업을 하는 지입차주.</u> <u>화물트럭을 다른 운송업무에 이용하는 것은 금지.</u>
④ 이윤·손실의 위험부담		화물트럭 지입으로 일정 수준의 운송수익 보장(위험부담 없음)
⑤ 보수의 성격	임대료의 명목으로 매월 일정액 지급(2011년 기준 월 270만원 정도)	용역비 명목으로 매월 일정액 지급. 2006년부터는 유류대와 도로 통행료를 포함하여 월 820만원 정도 지급. 피고는 용역비에서 보험료, 관리비, 도색비 등을 공제.



두 사례 모두 트럭을 다른 영업행위에 사용하는 것을 금지하고 있다. 차이점은, 긍정 사례의 경우에는 제조회사(철선제품 생산업체)와 직접 계약을 체결하고 배송업무 이외에 회사의 다른 업무도 수행한 반면, 부정 사례의 경우는 운수회사와 계약을 체결하고 운송업무만 했다는 점이다. 또한 트럭의 크기에도 차이가 있다. 부정 사례의 경우, 판례는 “일정한 자본을 투자하여 운송사업을 하는” 지입차주로 보고 있다. 이러한 점이 근로자성 부정의 주요 근거로 보인다.

### (3) 백화점 판매원

	인 정	부 정
	대법원 2017. 1. 25. 선고 2015다59146 판결 [퇴직금등)	대법원 2020. 6. 25. 선고 2020다211184 판결
개 요	주식회사 ○○○○. 정규직에서 위탁판매원으로 전환.	○○○○ 주식회사. 정규직에서 위탁판매원으로 전환. 6개월마다 계약갱신
① 지휘감독	매장관리지침을 준수하면서 백화점에서 요구하는 통상적인 수준의 서비스 품질을 유지할 것이 요구됨. 전산시스템을 통한 판매현황 확인. 내부전산망을 통해 업무 관련 공지.	매출실적 독려, 상품판매 교육이나 간담회 진행. 브랜드 통일성 확보하고 매출을 제고하기 위한 것.
② 시간·장소의 구속	지정된 백화점에서 백화점 영업시간에 맞춰 근무.	백화점 영업시간에 따라 근무. 근태관리나 휴가 통제하지 않음.
③ 소유관계 또는 3자대행	출산, 휴가 등의 사유가 있을 시 자신의 계산으로 일시적으로 제3자 대행 근무. 아르바이트 채용시 회사가 비용 부담.	위탁판매원은 자기 명의로 사원 채용하고 급여 지급. 위탁판매원이 사원의 근로조건은 독자적 결정.
④ 이윤·손실의	회사가 정한 가격으로 판매. <u>수수료의 상한이 정해져 있어</u>	회사가 정한 가격으로 판매. 임의로 할인판매 못함.

위험부담	<u>스스로의 노력으로 고객을 유치 하더라도 수입의 규모를 일정 수준 이상으로 늘릴 수 없음</u>	
⑤ 보수의 성격	<u>수수료 상한액과 하한액이 있음.</u>	수수료율은 매장별로 다르고, <u>상한액과 하한액이 없음.</u>
기 타		

두 판결의 결정적인 차이는 수수료의 상한액·하한액의 설정 여부이다. 이것 이외의 특별한 차이는 없다. 긍정 사례는 수수료의 상한 때문에 판매원이 스스로의 노력을 고객을 유치하더라도 수입 규모를 일정 수준 이상으로 늘릴 수 없다는 점을 들어 근로자성을 긍정하였다.

그러나 부정 사례처럼 수수료의 상한액이 없다고 하더라도, 지역에 구애받지 않고 스스로 고객을 개척하는 ‘보험모집인’과 백화점에 찾아오는 고객에 한정하여 판매를 하는 ‘백화점 판매원’ 간에 고객선택권의 차이는 분명히 있다. 이러한 점도 면밀히 고려하여 백화점 판매원의 근로자성을 재검토할 필요가 있다.

### 3. 플랫폼 노동에서 근로자성 판단

#### 가. 플랫폼 노동의 유형과 특징

##### (1) 플랫폼 노동의 유형

플랫폼 노동은 일반적으로 두 가지 유형(‘군중형’과 ‘호출형’)으로 나눈다. (1) ‘군중형’(Crowd Work)은 온라인상에서 서비스의 주문과 공급이 이루어지는 것으로, 플랫폼을 통해 주문자가 필요한 과업을 제시하면 이에 대해 다수의 노무제공자들이 해당 업무를 수행한다. (2) ‘호출형’(On-demand Work)은 온라인 주문에 의해 오프라인에서 노무제공이 이루어지는 것으로(Online to Offline), 플랫폼에 연계(등록)된 다수의 대기자 중 한 명에 의해 노무제공이 이루어진다.<sup>162)</sup>

162) 김주병, “직업안정법을 통한 플랫폼노동중개의 규율 가능성과 과제”, 「노동법학」 제70호, 한국노

한편 ILO는 플랫폼 노동을 ‘웹기반형(Web-based)’과 ‘지역기반형(Local-based)’으로 나눈다. (1) ‘웹기반형’은 모든 작업이 전적으로 온라인에서 수행되므로 수요자(고객)와 물리적인 상호작용이 수반되지 않는다. 특정 분야의 프리랜서 및 전문가를 연결시켜주는 크라우드 소싱(Crowd sourcing) 플랫폼이 여기에 포함된다. 웹기반형의 수행업무는 데이터 입력, 인터넷 고객센터 등 단순 업무에서 IT개발, 디자인, 통번역 등 전문성·창의성이 요구되는 업무까지 다양하다. (2) ‘지역기반형’은 수요자의 온라인 주문에 의해 업무가 배당되면 해당 플랫폼이 운영되는 지역에서 오프라인 서비스가 제공되는 형태이다. 운송, 배달, 청소, 심부름 등의 물리적(physical) 서비스가 포함된다. 플랫폼노동자와 수요자(고객) 간에 직접적인 상호작용이 이루어지며 온디맨드 노동(On-demand Work)이라 불리운다.<sup>163)</sup> 이것을 정리하면 아래의 표와 같다.

균중형 Crowd Work	웹기반형 (Web-based)	전적으로 온라인에서 수행	데이터 입력, 인터넷 고객센터, IT개발, 디자인, 번역 등
호출형 On-demand Work	지역기반형 (Local-based)	온라인 주문, 오프라인 서비스 제공(O2O)	운송, 배달, 청소, 심부름

전적으로 온라인에서 수행되는 Crowd Work에 관련된 근로자 적격을 다룬 분쟁은 찾기 어려운 관계로, On-demand Work(승객운송, 배달)를 중심으로 사례를 분석해 본다.

## (2) 플랫폼 노동의 특징

### (가) 디지털을 통한 강한 지휘감독

2020년 3월 타다는 그 서비스를 접었지만, 타다는 플랫폼 노동에서의 근로

동법학회, 2018.6, 2면.  
163) 김주영, “우리나라 플랫폼경제종사자 규모 추정”, 「고용동향 브리프」, 제2호, 한국고용정보원, 2019, 4면.

자성 판단과 관련하여 커다란 족적을 남겼다. 일반 택시회사의 기사(계약상 근로자)와 타다 드라이버(계약상 프리랜서)를 비교했을 때, 디지털을 통한 지휘감독이 훨씬 더 강력하다는 것을 보여줬다. 일례로 타다 회사는 기사의 고객응대 멘트를 철저히 통제하고 있으며 식사나 휴식시간까지 모두 파악·관리하고 있다. 이런 점에서 타다기사의 근기법상 근로자성을 인정한 중앙노동위원회 판정<sup>164)</sup>은 매우 의미가 있다.

지휘감독의 '방식'은 점점 다양해지고 있다. 사람(작업관리자), 매뉴얼, 성과관리에 이어 디지털을 통한 지휘감독이 증가하고 있다. 가장 새로운 방식인 디지털을 통한 지휘감독은 전통적인 지휘감독에 비하여 그 '강도'가 결코 약하지 않다. 플랫폼 노동에서 지휘감독의 방식은 과거와 확연히 달라졌지만 그 강도는 오히려 더 세졌다는 점을 항상 염두해야 한다. 지휘감독의 방식과 강도를 혼동해서는 아니 된다.

#### (나) 사업자성의 부재

플랫폼 노동의 경우 노동중개 방식은 새로울 수 있으나, 승객운송과 배달과 같은 노동 그 자체를 보면 전통적인 노동의 모습과 전혀 다르지 않다. 새로운 노동의 모습이 아니다. 또한 플랫폼 노동 종사자에게 가격과 고객의 선택권은 전혀 없다. 회사가 정한 서비스 이용 가격에 따라 회사가 지정한 고객에게 노무를 제공한다는 점에서, 플랫폼 노동 종사자의 사업자성을 인정할 만한 요소는 없다.

#### (다) 업무요청에 대한 거절의 자유 여부

플랫폼 노동의 주요 특징의 하나로 자율성을 꼽고 있다(나아가 자율성을 일반적인 특징으로 설명하기도 한다).<sup>165)</sup> 따라서 노무제공자는 회사의 업무

164) 중앙노동위원회 2020. 5. 28. 중앙2020부해170.

165) 플랫폼 노동의 특성을 다음과 같이 설명한다. (1) 전속성이 약하다. (2) 수행 업무 또는 서비스가 단기간 또는 단시간에 이루어진다. (3) 근무시간과 장소에 대한 구속성이 약하다. (4) 항시 대기 상태에서 호출을 받아 노동을 제공하는 형식이어서 노동시간과 비노동시간이 구별이 모호하다. (5) 업무 선택 또는 업무 수행에 있어 '자율성' 또는 독립성이 있다(장상준, "플랫폼노동종사자의 법적 보호방안에 관한 연구", 동국대 박사학위논문, 2020, 35~36면; 한인상·신동윤, "플랫폼노동의 주요 현황과 향후과제", 「NARS 현안분석」 제76호, 국회입법조사처, 2019.10, 5면; 이승렬 외, 「플랫폼 종사자 보호를 위한 법·제도적 방안 마련 연구」, 경제사회노동위원회, 2018.12, 61면).

요청을 수락할지 거절할지에 대한 자유가 있다고 한다. 언뜻 보면 플랫폼 노동 종사자에게 이러한 자율성이 있는 듯 하다.

그러나 실제로 이러한 자율성이 있는지는 면밀히 검토해야 한다. 노무제공자가 업무요청을 거절했을 때의 제재나 불이익이 있는지를 살펴야 하는데, 플랫폼 노동에서는 성과관리 또는 프로그램을 통한 불이익(특히 알고리즘에 의한 불이익 시스템) 등으로 그 제재 방식이 다양해졌다는 점을 항상 염두해야 한다.

## 나. 해외 사례

### (1) 승객운송

해외의 우버나 리프트의 경우, 노무제공자(기사)가 본인 소유의 차량으로 승객운송 서비스를 제공하고 있다(회사 소유의 차량을 이용하는 '타다'와 대비된다). 그래서 우버나 리프트는 '자신들은 기사와 고객을 연결해주는 플랫폼일 뿐 기사의 사용자가 아니다'라고 주장하고 있으나, 기사는 우버나 리프트의 근로자에 해당한다는 판결 등이 잇따라 나오고 있다.

#### (가) 영국 우버<sup>166)</sup>

우버의 전직 혹은 현직 기사들(원고들)이 최저임금법상의 최저임금과 노동시간법상의 유급휴가를 청구할 수 있는 노무제공자(worker)인지가 쟁점이 되었다.

2016년 고용심판소는 로그인해서 앱이 열려 있는 경우는 노무제공자 계약이 성립한다고 보았다. 승객운송을 수락한 이후에만 계약이 성립된다는 회사측의 주장은 배척되었다. 우버의 정책상 일정한 수의 '대기자 풀'이 존재할 필요가 있으므로, 로그인이 되었을 때 계약이 성립된다고 본 것이다. 또한 운전기사는 로그인 시 최소 80% 이상을 수락할 의무가 있고, 또한 연속적으로 3번 거부하면 강제로 로그아웃이 되는 벌칙이 있다는 점도 그 이유로 삼았다.

166) 심재진, “영국노동법의 인적 적용범위와 플랫폼 노동”, 『노동법학』 제73호, 한국노동법학회, 2020.3, 121~125면을 참조.

2017년 11월 항소고용심판소는 우버의 항소를 기각했고, 2018년 12월 고등법원<sup>167)</sup>도 역시 우버의 항소를 기각하였다. 현재 이 사건은 영국대법원에 계류 중이다.

#### (나) 프랑스 우버<sup>168)</sup>

우버회사가 2017. 4월에 우버기사의 계정을 차단하자, 우버기사는 해고보상금을 지급받기 위해 노동법원에 소송을 제기하였다. 2020. 3. 4. 프랑스 대법원<sup>169)</sup>은 우버 회사와 기사의 계약을 근로계약으로 인정하였다.

우버 사건에서 프랑스 대법원은 1996년 판례<sup>170)</sup>의 기본법리를 따르고 있는데, 이 기본법리는 “사용자의 지시감독권은 사용자가 근로자에게 업무를 지시하고, 지시 이행 여부를 감독하며, 지시 불이행을 제재할 수 있는 권한을 갖고 있을 때 존재한다.”고 하여 사용종속관계의 개념을 기존보다 더 엄격하게 보고 있다.

우버 사건에서 프랑스 대법원은 ① 기사는 고객을 개척하지 않으며, 가격도 결정하지 못한다는 점, ② 플랫폼 접속으로 사업에 편입되어 있는 한, 우버기사가 운행일과 운행시간을 선택할 수 있다는 사정은 종속관계의 성립을 배척하지 않는다는 점, ③ 우버기사는 플랫폼에 의해 주어진 경로를 운행한다는 점, ④ 우버기사가 세 번 이상 운송을 거부하면 앱 접속이 일시적으로 차단되고, 일정 비율 이상 콜을 취소하거나 경고를 받으면 계정 접근이 차단된다는 점 등을 근거로 근로자성을 인정하였다.

#### (다) 미국 캘리포니아 리프트<sup>171)</sup>

기사에게는 ‘운전자 가이드’ 규정이 적용되고, 기사는 리프트(Lyft)가 승인한 차량만 이용할 수 있으며, 다른 차량을 이용한 기사와 평점이 낮은 기사

167) Uber v. Aslam & others, 2018, EWCA Civ

168) 박제성, “타다의 법적 성격과 타다기사의 법적 지위”, 『노동리뷰』 제181호, 한국노동연구원, 2020.4, 97면을 참조.

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

170) Cour de cassation, Chambre sociale, 1996. 11. 13, No. 94-13187, Société générale 사건.

171) 이다혜, “공유경제(sharing economy)의 노동법적 쟁점”, 『노동법연구』 제42호, 서울대학교 노동법연구회, 2017.3, 420~426면을 참조.

에 대해 리프트는 계약을 해지할 수 있다. 리프트는 기사들의 수락률을 기록하여, 거절률이 높거나 평점이 낮은 기사의 계정을 차단하였다.

2015년 캘리포니아 법원<sup>172)</sup>은 기사들을 근로자로 인정하였다(이후 리프트 사건은 2016년 1월 합의로 종료되었다). 캘리포니아 법원은 근로자 판단기준의 핵심이 '지배권'(right to control)인 것은 맞으나, 꼭 업무의 모든 세부사항에까지 지배를 받아야만 근로자인 것은 아니고, 앱을 사용하여 수행하는 업무의 본질상 일정한 정도의 자유가 보장된다 하더라도 여전히 지배를 받는 근로자가 될 수 있다고 판단하였다.

한편 리프트 판결의 마지막 부분에서 Vince Chhabria 판사는 20세기 노동법은 21세기 문제를 해결하는데 효과적이지 못하다며, 마치 “네모난 말뚝을 주고 두 개의 둥근 구멍 중 맞는 것을 선택하라”고 요청하는 것이나 마찬가지라며, 궁극적으로는 새로운 입법적 해결이 필요할 것이라고 설시하였다.

## (2) 배달(택배)

### (가) 미국 캘리포니아 다이내믹스<sup>173)</sup>

미국의 전국 규모의 배달업체인 다이내믹스(Dynamex)는 배달 물량을 배달기사(배달원)에게 할당하는 방식으로 업무를 수행하였다. 또한 고객이 애플리케이션(앱)을 통해 주문한 물량도 함께 배달하였다. 다이내믹스는 '주문'과 '배달' 앱을 모두 운영하고 있다.

배달원은 배달 스케줄을 본인이 정할 수 있지만, 배달을 못하게 될 경우 회사에 바로 보고할 의무가 있다. 배달원은 할당된 배달의 순서는 배달원이 임의대로 정할 수 있지만, 특정 날짜에 할당된 배달 물량은 반드시 당일 내로 완수해야 하며, 고객이 특정 시간대의 배달을 요구하면 이에 따라야 한다. 배달 업무 중, 회사의 앱을 통해 들어온 주문(on-demand delivery)을 수행하려면 별도의 Nextel 폰을 구입하고, 그 할당 물량에 전적으로 따라야 하며, 배달 거절 시 바로 회사에 알려서 다른 배달원이 배달할 수 있도록 해야 한다.

172) Cotter v. Lyft, Inc., 60 F. Supp. 3d 1067 (N.D. Cal. 2015)

173) 이다혜, “미국 노동법상 디지털 플랫폼 종사자의 근로자성 판단 - 2018년 캘리포니아 대법원 Dynamex 판결을 중심으로 -”, 『노동법학』 제72호, 한국노동법학회, 2019.12, 210~228면을 참조.

배달원들은 캘리포니아 노동법에 의한 초과근로수당, 임금명세서, 기타 배달에 필요한 영업비용 등을 다이내믹스에 청구하였다. 2018년 캘리포니아 대법원<sup>174)</sup>은 ABC 테스트를 적용하여 배달원을 근로자로 인정하였다. ABC 테스트란 독립사업자로 인정될 수 있는 3가지 '요건'을 모두 갖추면 독립사업자이지만, 이 중에 하나라도 결여하면 근로자로 인정하는 판단방법이다. 3가지 요건은 '회사의 지배와 감독으로부터 자유로울 것'(A요건), '회사의 통상적인 영업 경로에서 벗어날 것'(B요건), '독립적으로 사업을 영위할 것'(C요건)이다.

캘리포니아 대법원은 다이내믹스가 고객을 모집하고, 요금을 책정하며, 배달원에게 물품 픽업 장소를 통보하고, 배달과정을 추적하며, 배달원에게 회사 시스템에 기록을 남기도록 요구하였다는 점에서 B요건을 충족하지 못했다고 판단하였다. 또한 배달원들이 자발적·독자적으로 스스로의 영업을 개시했다는 증거 없으므로, C요건도 충족하지 못한 것으로 판단하였다. 따라서 B요건과 C요건이 결여되어 있으므로, A요건은 별도로 검토하지 않은 채 배달원들을 캘리포니아 임금법령상의 근로자로 인정하였다.

한편 이 판결을 계기로 캘리포니아에서는 ABC 테스트를 입법화한 'AB5 법안' 의회에서 통과되었고 2020. 1월부터 시행되고 있다. 캘리포니아 주는 실리콘 벨리가 있는 지역으로서, 점차 증가하는 플랫폼 노동에 대응하여 ABC 테스트가 입법화된 것은 큰 의미가 있다.

#### (나) 프랑스 음식배달<sup>175)</sup>

Take Eat Easy는 디지털 플랫폼에 기반하여 음식배달업을 운영하고 있다. 프랑스 대법원<sup>176)</sup>은 2018. 11. 28. 원심을 파기하고 TEE와 배달원 간의 근로계약관계를 인정하였다. 대법원은, 플랫폼은 배달기사의 위치를 실시간으로 파악하고 그 이동 거리를 합산할 수 있는 시스템을 갖추고 있었다는 점 및 이에 기반하여 배달기사를 제재할 수 있는(실제로 제재한 적이 없다고 하더라도) 권한을 유보하고 있었다는 점에서 볼 때, 노무제공에 대한 플랫폼의

174) Dynamex Operations v. Superior Court (2018) 4 Cal. 5th 903.

175) 박제성, “타다의 법적 성격과 타다기사의 법적 지위”, 『노동리뷰』 제181호, 한국노동연구원, 2020.4, 97면을 참조.

176) Cour de cassation, Chambre sociale, 2018. 11. 28., No. 17-20079.



지시권과 감독권이 존재한다고 할 수 있으며, 이로부터 종속관계가 성립한다는 결론이 나온다고 판단하였다.

## 다. 국내 사례

### (1) 스피드배달 음식배달원<sup>177)</sup>

음식배달원(참가인)은 2013. 11. 26. 배달업무를 하던 중 무단횡단을 하던 보행자와 충돌하는 사고를 당하여 부상을 입었다. 음식배달원이 산재보험법의 적용을 받을 수 있는 근로자인지가 쟁점이 되었다.

대법원은, 참가인을 포함한 이 사건 사업장 소속 배달원들은 가맹점에서 이 사건 프로그램을 통해 배달요청을 할 경우 그 요청을 선택할 것인지 거절할 것인지 여부를 결정할 수 있었고, 그 요청을 거절하더라도 원고(사업주)로부터 특별한 제재가 없었고, 이 사건 프로그램에는 위성항법장치(Global Positioning System, GPS) 기능이 없어 원고가 배달원들의 현재 위치와 배송 상황 등을 관제할 수 없었으며, 배송지연으로 인한 책임을 원고가 전적으로 부담하는 것도 아니라는 이유 등으로 음식배달원의 근로자성을 부정하였다.

대법원이 근로자성을 부정한 주요 근거의 하나는 음식배달원이 배달요청을 자유롭게 거절할 수 있다는 것이다. 그러나 스피드배달 사건(2013년의 사안)은 지금의 배달대행업과 사실관계가 많이 다르다. 지금의 배달대행업은 다양한 강제배차 수단을 통해 실질적으로 거절의 자유를 인정하지 않고 있으며, 또한 GPS 등의 관제 시스템을 통해 실시간으로 배달원의 위치와 배송 상황을 철저히 파악·관리하고 있다. 따라서 스피드배달 사건을 음식배달원의 근로자성에 관한 선례라고 보기는 어렵다.

### (2) 타다 드라이버<sup>178)</sup>

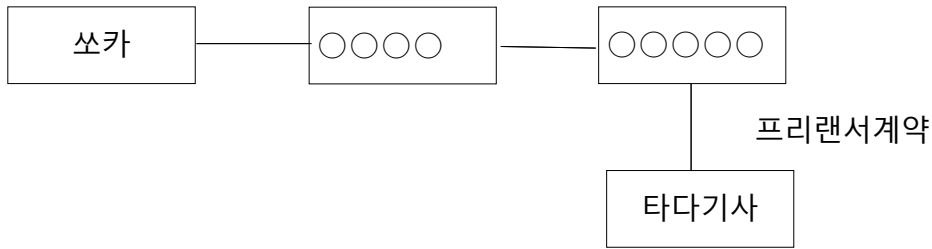
#### (가) 주요 사실관계

타다 드라이버(기사) 사건의 피신청인은 3인이다. ① 타다차량을 소유하고

177) 대법원 2018. 4. 26. 선고 2016두49372 판결.

178) 중앙노동위원회 2020. 5. 28. 중앙2020부해170.

있는 '주식회사 쏘카'(피신청인1), ② 타다 앱을 개발하여 운영하는 '○○○○○ 주식회사'(피신청인2), ③ 인력공급업체인 '○○○○○○ 주식회사'(피신청인3)이다. 신청인은 ○○○○○○과 '드라이버 프리랜서 계약'을 체결하고 타다 기사로 근무하였다.



승객이 서비스를 요청하면 회사는 가장 가까운 거리에 있는 드라이버에게 자동배차(지정배차 또는 강제배차)한다. 드라이버는 배차요청(콜)을 수락하거나 거절할 수 있으나, 콜 미수락에 대한 제재가 있다. 1차는 경고, 2차는 대면교육, 3차는 계약해지이다.

'배차거부(계약해지) 표준 가이드라인'은 교통법규위반, 사고, 음주, 근무규정위반, 실적미달 등을 제재의 사유로 정하고 있고,<sup>179)</sup> 실제로 프리랜서 드라이버 및 파견 드라이버의 수락률은 약 99%에 달한다.<sup>180)</sup>

드라이버 프리랜서 계약에 따르면, 타다기사는 하루 10시간 운행하며 운행 시간대는 매주 선택을 할 수 있다. 프리랜서 드라이버는 매주 목요일 자정까지 구글 폼을 통하여 그 다음주 월~일까지의 희망요일, 차고지, 근무 시작 및 종료 시각을 선택하여 배차를 신청한다. 이 신청을 ○○○○○○이 취합하여 금요일에 확정된 배차표를 공지하고 있다. 배차우선순위가 있는데 1순위는 10시간 근무자, 2순위는 9시간 근무자, 3순위는 그 외의 근무자이다.

#### (나) 중앙노동위원회의 재심판정

서울지방노동위원회가 타다기사의 근로자성을 부정<sup>181)</sup>한 것과 달리, 중앙

179) 판정문 31면.

180) 판정문 19면.

181) 서울지방노동위원회는 신청인은 ① 자신이 운전서비스를 제공할 수 있는 시간, 요일, 차고지 등을 선택할 수 있었다는 점, ② 신청인이 노무제공을 원치 않는 경우에 피신청인이 이를 강제하거나 제재를 가할 수단을 갖고 있지 않았다는 점, ③ 피신청인들이 신청인에 대하여 업무수행 과정에서

노동위원회는 다음과 같은 근거로 타다 기사를 근기법상 근로자로 인정하였다.

① 지휘감독 : 업무내용이 정해져 있어 기사가 자율적인 업무내용을 결정하는 것은 불가능하다. 근무규정, 각종 매뉴얼, 카카오톡 메시지 등은 '복무규정'의 역할을 하고 있으며, 매뉴얼에 따른 업무지시를 받고 있다. 기사가 지시를 위반하면 제재가 따르고, 콜 미수락 등의 운행실적을 계약해지 사유로 규정하고 있다.

② 시간·장소의 구속 : 기사가 근무일과 출퇴근시간을 선택하여 배차 신청을 하고 있으나, 어떤 차량이 어느 차고지에서 언제 운행을 할지는 이미 결정된 상태이므로, 형식적인 절차로 배차를 신청하는 것에 해당한다.

③ 소유관계 또는 3자대행 등 : 기사는 작업도구를 일체 소유하지 않고 있으며, 제3자 대행도 불가능하다.

④ 이윤·손실의 위험부담 : 다른 고객을 유치하여 이윤을 창출할 수 있는 가능성은 원천적으로 차단되어 있다.

⑤ 보수의 성격 : 시간당 보수를 지급받고 있다.

#### (다) 검토

중앙노동위원회는 타다 드라이버인 근로자는 확정된 배차표상의 운행 시간에 따라 출근하고, 각종 규정·매뉴얼 등에 구속되어 애플리케이션을 통한 사용자의 지시에 따라 근로하였으며, 시간당 일정 금액에 근로시간을 곱한 수당을 매월 정기적으로 지급받는 등 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공한 근로기준법상 근로자에 해당한다고 판단하였다.

타다 드라이버의 계약형태는 ① 근로자파견 업체(파견업체)가 자신과 계약을 체결한 기사를 쏘카에 제공하는 형태와 ② 용역업체와 계약을 체결한 프리랜서를 사용하는 두 가지로 나뉜다. 쏘카는 5개 파견업체로부터 600여 명의 파견 기사와 22개사의 파견업체로부터 8,400여명의 프리랜서 운전자 등 총 9천여 명을 운전업무에 사용하였다.

---

지휘·감독을 행한 사실이 확인되지 않는 점, ④ 신청인이 운전서비스 제공에 따라 일정 금원을 받은 사실은 있으나, 이를 근로의 대가라고 보기 어려운 점 등 고려할 때 신청인은 근로기준법에서 정한 근로자에 해당되지 않는다는 이유로 신청을 각하하였다.(서울지방법노동위원회 2019. 12. 26.자 2019부해2668 판정)

과견기사들은 과견업체와 근로계약을 체결하였기 때문에 이들의 근로자성은 크게 논란의 대상이 되지 않는다. 문제는 프리랜서 계약을 체결한 기사들의 근로자성 인정 여부인바, 이 사건 역시 이러한 경우에서 근로자성이 문제된 사안이다.

프리랜서 기사는 용역회사와 '드라이버 프리랜서 계약'을 체결하고, 이 때의 계약의 형식은 '프리랜서 계약', 드라이버의 신분은 '개인사업자'로 분류하였다. 그러나, 타다 드라이버와 과견업체와의 계약 형식이 '프리랜서 계약'일지라도 실제로 타다 드라이버가 과견업체 또는 쏘카나 ○○○○씨에 종속되어 근로를 제공하였다면 이들은 근로기준법상 근로자로 인정되어야 한다.

타다 서비스의 경우 매출과 수익의 주된 부분이 타다 드라이버가 제공하는 운송 수익에 달려있다. 타다 서비스는 승차거부, 난폭운전, 말 걸기가 없는 3무(無) 서비스를 내세워 짧은 시간 내에 170만 명이 넘는 이용자와 9,000명의 드라이버를 가진 서비스로 급성장하였다. 이러한 방침에 따른 드라이버의 고객 응대는 타다 서비스가 시장에서 택시에 비하여 경쟁력을 갖게 하는 중요한 요소였으므로 타다 서비스의 입장에서는 드라이버들의 적정한 업무수행을 위한 서비스의 내용에 대해 지휘·감독을 하고자 하는 유인이 크다고 할 것이다. 실제로 전산망을 통하여 근무시간 선택 및 변경, 스케줄표 공지를 통해 배차지시가 이루어졌다. 또한 15초 내 배차를 수락하도록 하고 거절시에는 패널티를 부여하는 등 제재를 가였다.

또한 타다 드라이버의 프리랜서의 계약 내용을 보면 시간당 10,000원의 고정급의 보수를 지급받는다. 즉, 타다 드라이버들은 시간당 노무 제공에 대해 보수를 지급받으며 타다의 운행 매출 수익에 따른 혜택이나 부진에 따른 혜택과 위험을 부담하지 않는다. 나아가 드라이버는 쏘카가 제공하는 렌터카 차량을 통해 노동력을 제공하고 타다 앱을 통해 매칭된 고객을 이동해 줄 뿐, 스스로 고객을 유치하거나 독자적인 시장 진출의 기회를 확보할 수 없으므로 스스로 이윤을 창출하고 위험을 부담하는 사업자 성격을 갖는다고 보기 어렵다.

이처럼 용역업체가 타다 드라이버에게 시급(時給)으로 계약금액을 정하여 지급하고, 근로시간 및 업무내용들에 대한 지휘·감독권을 행사한 사정 등에 비추어 볼 때 타다 드라이버의 노무제공에는 소위 '인적종속성'이 뚜렷이 드러나며, 타다 드라이버가 독자적인 이윤창출, 이익과 손실에 대한 부담이 없

었다는 사실에서 '경제적 종속성'을 추단할 수 있다.

서울지방노동위원회의 초심판정에서 신청인의 근로자성을 부정하면서 강조했던 신청인에게 근무시간과 장소에 대한 근로자의 선택권이 있다는 점은 이러한 인적종속성을 약하게 하는 부분이긴 하다. 그러나, 모순적이게도 이러한 근로자의 선택권 존재는 타다 드라이버의 경제적 종속성을 두드러지게 하는 지점이기도 하다. 쏘카는 2019년 영업 당시 약 1,500대의 승합차량을 운행하였지만 파견업체 및 용역업체를 통해 9,000여명의 드라이버를 선발하였다. 수요에 비해 공급이 턱없이 많다. 사업의 규모와 매출을 통해 인력수요를 감안하여 인력을 채용하는 전통적인 기업과는 구별된다. 이는 실시간으로 많은 사람들에게 시장으로의 접근기회를 부여하고, 실시간으로 이용자 수요에 맞는 노무제공자를 구인할 수 있는 IT에 기반한 디지털 플랫폼의 성격에 기반한다. 이에 따라 타다 드라이버들은 자유로이 근로조건과 장소를 선택하여 신청하고 운이 좋으면 원하는 장소와 시간을 배정받을 수도 있다. 그러나 수요보다 공급이 많다면 중국적으로 공급자는 수요자의 선택에 좌우될 수 밖에 없다. 결국 공급이 많다는 것은 자신을 대체할 수 있는 인력들이 많다는 사실을 의미하므로 드라이버들은 일감을 배정받기 위하여 남들이 기피하는 시간대의 노동 혹은 장시간 노동을 선택할 수밖에 없는 '강제되는 자유'를 필연적으로 경험하게 되는 것이다.

나아가 드라이버들은 자신의 생계가 달려있는 배차가 거절되지 않도록 높은 수준의 별점을 유지해야한다. 이 때 별점은 배차 거부의 빈도, 고객 만족도, 근태 등으로 평가된다. 결국 타다 드라이버 자신의 자유로운 선택권에 대한 발탁이 이루어지려면 성과에 기반한 사용자의 노무지시권에 더 강력히 종속될 수밖에 없다.

요컨대, 수요와 공급의 불균형을 의도하는 플랫폼의 기술은 계약 당사자간의 지위의 불균형을 만들어내는 강력한 경제적 종속성의 동인(動因)이라고 할 것이며, 이러한 경제적 종속성은 성과에 기반해 이루어지는 노무 지휘·명령권, 즉 인적 종속성과의 강력한 결합을 만들어낸다. 이러한 사실을 종합하여 본다면 타다 서비스(쏘카 및 ○○○○씨)는 타다 드라이버에 대한 구체적 통제를 통하여 타다의 핵심 서비스의 품질을 유지하고, 이를 통하여 이윤을 창출한다는 점에서 타다 드라이버는 실질적으로는 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 근로를 제공하는 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 할 것이다.

## 라. 거절 자유 판단에서 수락률 평가의 의미

회사의 업무요청을 거절할 자유가 있다는 점(자율성)이 플랫폼 노동 종사자의 근로자성을 부정하는 논거 중의 하나이다. 그러나 실질적으로 노무제공자가 거절할 자유가 있는지를 면밀히 검토할 필요가 있다.

타다 사건의 경우, 파견 드라이버(근로계약)나 프리랜서 드라이버(프리랜서 계약)나 모두 수락률이 약 99%로 유의미한 차이가 없음을 알 수 있다. 이런 사정을 보았을 때 타다 기사에게는 배차요청을 거절(미수락)할 자유가 실질적으로 없다. 또한 수락률 평가에 따른 제재나 불이익을 부과했는지가 중요하겠으나, 「수락률 평가 그 자체가 유보된 제재 권한」이라는 점을 염두에 두어야 한다. 프랑스 대법원의 Take Eat Easy 판결처럼, 실제로 제제한 적이 없다고 하더라도 제재 권한은 인정될 수 있다.

거절의 자유가 인정되기 위해서는 강제배차, 수락 거절에 대한 제재 조치 등이 없어야 함은 물론이다. 또한 수락률이 좋은 노무제공자에게 좋거나 많은 일거리를 주는 것도 다른 노무제공자에게는 수락의 강제이다. 수락률이 낮은 경우에는 나쁘거나 적은 일거리를 주기 때문이다. 플랫폼사의 알고리즘 등의 ICT 기술력은 일거리 배분을 통한 제재나 불이익을 충분히 줄 수 있다. 따라서 「수락률 평가 자체가 없는 경우」에 거절의 자유가 인정될 수 있다.

## 4. 플랫폼 노동에서 '8대 판단요소'의 적용

### 가. 실질판단 원칙

대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결(이하 '2006년 판결'이라 한다)은 “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단”하여야 한다고 하여, 실질판단을 제1원칙으로 제시하고 있다.

플랫폼 노동의 경우 계약의 형식을 비롯하여 다양한 측면에서 전통적인 근로자의 모습과 다르게 외관을 갖추고 있기 때문에, 사용종속관계의 본질을 제대로 파악하기 어려운 경우가 있다. 특히 디지털 기술을 통한 노동과정의

통제는 ‘종속관계의 실질 판단’을 어렵게 한다. 따라서 플랫폼 노동 종사자의 근로자성을 판단할 때에는 대법원이 오래전부터 확립한 ‘실질판단 원칙’을 항상 견지해야 한다.

### 나. 8대 판단요소의 구분

2006년 판결이 제시한 8대 판단요소는 “① 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, ② 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, ③ 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, ④ 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와 ⑤ 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, ⑥ 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, ⑦ 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에게 대한 전속성의 유무와 그 정도, ⑧ 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지”이다.

플랫폼 노동에서 근로자성을 판단할 때에도 핵심 요소와 부수 요소의 구분은 앞서 살펴보았던 것과 다르지 않다.

구분		8대 요소
핵심	인적 종속성	① 지휘감독
		② 시간·장소의 구속
	경제적 종속성 (독립사업자성)	③ 소유관계 또는 3자대행
		④ 이윤·손실의 위험부담
		⑤ 보수의 성격
부수	⑥ 보수의 형태	
	⑦ 계속성·전속성	
	⑧ 사회보장제도	

#### 다. 플랫폼 노동에서 핵심 요소의 판단

핵심 요소	판단시 주요 고려 사항
① 지휘감독	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 업무의 내용을 플랫폼 사용자가 정하는지 아니면 노무제공자가 정하는지</li> <li>- 노무제공자에게 공통적으로 적용되는 매뉴얼, 지침, 가이드라인 등이 있는지</li> <li>- 디지털(어플리케이션)을 통한 지휘감독</li> <li>- 수락률(플랫폼사의 업무요청에 대한 노무제공자의 수락률) 평가를 하는지</li> </ul>
② 시간·장소의 구속	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 근무 시간의 총량이 계약상 또는 업계 관행상 정해져 있는지</li> <li>- 일정 구역을 할당하고 그 구역 내에서 업무를 수행하는지</li> </ul>
③ 소유관계 또는 3자대행	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 자전거, 오토바이, 소형트럭 등의 소유 여부는 핵심 고려사항이 아님</li> <li>- (3자대행의 가능성 보다는) 실제로 3자를 대행케 하여 업무를 수행하고 있는지</li> </ul>
④ 이윤·손실의 위험부담	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 동일한 시간의 노무를 제공했음에도 노무제공자 간에 수입의 큰 편차가 있는지, 즉 '능력비례 실적급'에 해당하는지</li> </ul>
⑤ 보수의 성격	

플랫폼 노동의 경우 노동중개 방식은 새로울 수 있으나, 승객운송과 배달과 같은 노동 그 자체를 보면 전통적인 노동의 모습과 다르지 않다. 또한 플랫폼 노동 종사자에게 가격선택권과 고객선택권은 전혀 없다. 플랫폼사가 정한 서비스 이용 가격에 따라 회사가 지정한 고객에게 노무를 제공한다는 점에서, 플랫폼 노동 종사자의 독립사업자성을 인정할 만한 요소는 거의 없다. 또한 플랫폼 노동 종사자의 경우는 대부분 업무(운송, 배달) 건수에 따른 실적급을 받고 있으나, 이것은 시간비례 실적급일 뿐 능력비례 실적급에 해당되지 않는다.

따라서 플랫폼 노동에서는 독립사업자성이 인정될 여지가 거의 없으므로 그 징표들(③ 소유관계 또는 3자대행, ④ 이윤·손실의 위험부담, ⑤ 보수의



성격)보다는, 인적 종속성의 징표(① 지휘감독, ② 시간·장소의 구속)가 더 중요한 핵심 요소이다. 다음 항에서는 플랫폼 노동의 특성에 맞추어 '지휘감독'과 '시간·장소의 구속'을 판단할 때의 주요 고려사항에 대하여 살펴 본다.

## 라. 플랫폼 노동에서 '지휘감독' 판단

### (1) 업무의 내용을 플랫폼 사용자가 정하는지 아니면 노무제공자가 정하는지

승객운송, 배송 등과 같은 정형적인 노동의 경우는 플랫폼 사용자가 그 업무 내용을 정하는 것이다. 업무 내용에 있어 노무제공자의 재량이 끼어들 여지는 거의 없다. 반면, 웹툰 작가나 영상 크리에이터의 경우에는, 웹툰이나 영상과 같은 범주는 플랫폼이 정하지만(또는 플랫폼이 요구하지만), 어떠한 내용의 웹툰 또는 영상을 만들지에 대해서는 노무제공자에게 상당한 재량이 인정될 수 있으므로, 플랫폼 사용자가 업무의 내용을 정한다고 보기 어려울 것이다.

### (2) 노무제공자에게 공통적으로 적용되는 매뉴얼, 지침, 가이드라인 등이 있는지

업무의 내용이나 수행과정에 대하여 노무제공자에게 공통적으로 적용되는 매뉴얼, 지침, 가이드라인 등이 있는지를 판단해야 하는데, 플랫폼 노동의 경우에는 이러한 것들이 문서화(文書化)되지 않은 경우가 많다. 플랫폼 노동에서 매뉴얼은 전자계약서, 알고리즘 등과 같이 그 형태가 매우 새롭다는 점을 고려하여야 한다.

### (3) 디지털(어플리케이션)을 통한 지휘감독

지휘감독의 '방식'은 점점 다양해지고 있다. 사람(작업관리자), 매뉴얼, 성과관리에 이어 디지털을 통한 지휘감독이 증가하고 있다. 특히 플랫폼 노동에서는 스마트폰 어플리케이션과 같은 디지털에 의한 지휘감독이 이루어지고 있다. 디지털에 의한 지휘감독은 전통적 지휘감독보다 더 직접적이고 구

체적일 수 있다는 점을 항상 고려하여야 한다.

노무제공자의 이동 경로 등은 디지털에 의해 이미 정해져 있는 경우가 많다. 우버 사건에서 프랑스 대법원<sup>182)</sup>이 “우버기사는 플랫폼에 의해 주어진 경로를 운행한다”고 하여 근로자성을 인정한 것은 이를 잘 보여준다. 그리고 일부의 이동 경로가 노무제공자의 재량에 유보되어 있더라도 전체적으로는 플랫폼이 획정한 틀 내에서의 경로이기 때문에 역시 지휘감독이 인정된다. 미국의 리프트 사건에서 캘리포니아 법원<sup>183)</sup>이 “꼭 업무의 모든 세부사항에 까지 지배를 받아야만 근로자인 것은 아니고, 앱을 사용하여 수행하는 업무의 본질상 일정한 정도의 자유가 보장된다 하더라도 여전히 지배를 받는 근로자가 될 수 있다”고 판단한 것이나, 다이내믹스 사건에서 캘리포니아 대법원<sup>184)</sup>이 “배달원은 할당된 배달의 순서는 배달원이 임의대로 정할 수 있지만, 특정 날짜에 할당된 배달 물량은 반드시 당일 내로 완수해야 한다”고 판단한 것에서 잘 드러난다. 업무수행 과정에서 극히 일부의 재량 또는 자율성이 있다고 해서 쉽사리 지휘감독을 부정해서는 아니 된다. 디지털에 의한 통제, 플랫폼 사용자와 대면할 수 없는 외근 노동의 특성(분명 전통적 근로자와는 다른 통제와 특성)에 현혹되어서는 아니 된다.

또한 ‘타다 사건은 디지털을 통한 지휘감독이 훨씬 더 강력함을 보여줬다’는 점을 상기해야 한다. 일반 택시회사의 기사(계약상 근로자)와 타다 드라이버(계약상 프리랜서)를 비교했을 때, 타다 회사는 기사의 고객응대 멘트를 철저히 통제하고 있으며<sup>185)</sup> 식사나 휴식시간까지 모두 파악·관리하고 있다. 이것은 기존의 지휘감독 방식으로는 하지 못했던 것들이다. 디지털 지휘감독은 이것을 가능하게 하였다.

#### (4) 수락률(플랫폼사의 업무요청에 대한 노무제공자의 수락률) 평가를 하는지

플랫폼사는 다양한 방식으로 노무제공자의 수락률을 평가한다. 앞서 보았듯이 영국 우버, 프랑스 우버, 캘리포니아 리프트, 국내의 타다의 경우 3번

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

183) Cotter v. Lyft, Inc., 60 F. Supp. 3d 1067 (N.D. Cal. 2015)

184) Dynamex Operations v. Superior Court (2018) 4 Cal. 5th 903.

185) 이런 점에서 타다 기사는 업무상 요구되는 감정을 표현해야 하는 감정노동자이다.

이상의 거절 또는 일정 기준 이하의 수락률이 있는 경우에는 해당 기사  
계정을 차단하거나 계약해지 사유가 된다. 이러한 경우에는 노무제공자의 계  
약 위반에 대하여 플랫폼사가 실제로 제재 권한을 사용한 것이다.

유의할 것은 플랫폼사의 제재는 '유보된 권한'으로도 가능하다는 점이다.  
즉, 실제로 제재하지는 않았더라도 제재할 수 있는 권한만 있으면 지휘감독  
이 인정될 수 있다. 프랑스의 Take Eat Easy(디지털 플랫폼에 기반한 음식배  
달업을 운영) 사건에서, 대법원<sup>186)</sup>이 "플랫폼은 배달기사의 위치를 실시간으  
로 파악하고 그 이동 거리를 합산할 수 있는 시스템을 갖추고 있었다는 점  
및 이에 기반하여 배달기사를 제재할 수 있는(실제로 제재한 적이 없다고 하  
더라도) 권한을 유보하고 있었다"라고 판단한 것에서 알 수 있다.

프랑스의 Take Eat Easy 사건의 경우, 유보된 제재 권한은 '시스템'(배달기  
사의 위치를 실시간으로 파악하고 그 이동 거리를 합산할 수 있는 시스템)을  
기반으로 하고 있다. 발전된 ICT 기술은 이러한 시스템을 쉽사리 가능하게  
해준다.

플랫폼 노동에서 '유보된 제재 권한'의 기반이 되는 시스템의 하나는 '수락  
률 평가'이다. 플랫폼사가 아무런 이유 없이 노무제공자의 수락률을 평가할  
리는 없다. 수락률 평가를 통해 실제로 제재 권한을 행사할 수도 있고, 제재  
권한을 유보해 둘 수도 있다. 그리고 일거리 배분을 통한 상대적 불이익(예  
컨대, 나보다 더 수락률이 좋은 사람에게 많은 일거리를 배분하는 것) 등도  
제재에 포함된다.

결론적으로 플랫폼사가 수락률을 평가한다는 것 자체가, 노무제공자에게는  
거절의 자유가 없다는 것을 말해준다. 수락률 평가 자체가 없는 경우에 노무  
제공자의 진정한 거절의 자유가 인정될 수 있다.

## 마. 플랫폼 노동에서 '시간·장소의 구속' 판단

### (1) 근무 시간의 총량이 계약상 또는 업계 관행상 정해져 있는지

배민커넥트, 쿠팡이츠, 쿠팡플렉서와 같은 클라우드 워크(Crowd work) 방식의

---

186) Cour de cassation, Chambre sociale, 2018. 11. 28., No. 17-20079.

플랫폼 노동<sup>187)</sup>의 경우, 노무제공자가 어느 정도의 시간(시간의 총량)을 근무할 지에 대한 선택권이 있다. 그렇지 않고 계약상 또는 업계 관행상 근무시간의 총량이 대략적으로 정해져 있는 경우에는 근무시간의 구속을 인정해야 할 것이다. 플랫폼 노동의 특성(외근, 디지털 통제)상 노무제공자에게 ‘언제 밥을 먹을지’(또는 ‘언제 휴식을 취할지’) 등에 대한 일부의 시간 재량이 있는데, 이것을 두고 근무시간의 구속을 부정해서는 아니 된다.

## (2) 일정 구역을 할당하고 그 구역 내에서 업무를 수행하는지

플랫폼 노동의 특성에 비추어, 근무장소를 사무실이나 공장과 같은 ‘특정 장소’로 한정해서는 아니 된다. 플랫폼 노동의 경우, 그때그때의 구체적인 근무장소는 계속 바뀐다는 것이 특징이다. 하지만 일정한 구역 내에서 근무하는 것이 일반적이다. 물론 그 구역의 범위는 플랫폼 노동의 종류마다 다르다. 예컨대, 퀵서비스는 서울 전역을 누비면서 간혹 경기도까지 갈 수 있는 반면, 음식배달은 OO구(기초단체의 단위) 내에서만 이루어진다.

중요한 것은 노무제공자가 일하는 ‘구역을 누가 정하느냐’가 핵심이다. 플랫폼사가 일정 구역을 정한 것이라면 근무장소의 구속을 인정해야 할 것이다. 반면 노무제공자가 아무런 제약 없이(즉, 플랫폼사의 통제 없이) 구역을 넘나들며 근무한다면 근무장소의 구속은 부정될 것이다.

---

187) 2017년 8월 ‘우버이츠’는 한국의 배달대행업에 새로운 변화를 가져왔다. ‘일반인’을 배달인력으로 활용하는 ‘크라우드 소싱’(crowd sourcing) 모델을 도입했다. 배달대행업에서 진정한 플랫폼 노동이 시작되는 순간이다. 기존의 배달대행이 오토바이를 이동수단으로 사용한 것에 비해, 우버이츠는 배달인력 확보를 위해 도보·자전거·킥보드·오토바이·자가용 등의 모든 이동수단을 활용토록 하였다. 또한 기존의 배달대행이 전업형 배달이라면, 우버이츠는 비전업형 배달이다. “내가 원하는 시간에, 나만의 이동수단으로, 추가 수익을 올려보세요”라는 우버이츠의 ‘일반인 배달’ 사업모델은 어느 정도 성공을 거두었다. 뒤이어 한국의 업체들도 일반인 배달 사업에 뛰어 들었다. 음식배달업에는 배민커넥트와 쿠팡이츠가 있고, 택배업에는 쿠팡플렉스가 있다(한편 우버이츠는 2019년 9월에 한국시장에서 철수했다).

## 제2절 근로기준법상 사용자 적격 판단의 특수문제

### 1. 타다 사건<sup>188)</sup>에서 사용자 적격 판단

#### 가. 당사자의 관계

주식회사 쏘카(이하 “쏘카”라고 함, 피신청인1)는 2011. 10. 31. 설립되어 상시 약 400명의 근로자를 사용하여 자동차렌트업 등을 영위하는 법인이고, ○○○○○씨 주식회사(이하 “○○○○○씨”라고 함, 피신청인2)는 2011. 1. 28. 설립되어 상시 약 100명의 근로자를 사용하여 소프트웨어 개발업 등을 영위하는 법인이며, ○○○○○○○ 주식회사(이하 “용역업체”라고 함, 피신청인3)는 2017. 6. 29. 설립되어 상시 약 120명의 근로자를 사용하여 인력공급업 등을 영위하는 법인이다.

한편, 신청인은 2019. 5. 23. ○○○○○○과 ‘드라이버 프리랜서’ 계약을 체결하여 타다 드라이버로 근무하던 중 2019. 7. 15. 쏘카, ○○○○씨 및 ○○○○○○로부터 부당하게 해고되었다고 주장하는 사람이다.

#### 나. 타다 서비스의 사업개요

종래 허용되던 기사 포함 렌터카 사업이 유사 택시 영업으로 변질되자 택시업계와 렌터카 업계 간의 분쟁이 격화되었고, 이에 2000년 개정 「여객자동차 운수사업법」(이하 “여객자동차법”이라 한다)은 제34조제2항을 신설하여 자동차대여사업자의 운전자 알선을 금지하되, 같은 항 단서 및 동법 시행령 제18조제1항을 통해 운전자 알선이 허용되는 예외사유를 규정하였다. 한편, 자동차대여사업자의 택시영업 등 렌터카를 이용한 불법 유상여객운송행위의 근절을 목적으로 2007년 개정 여객자동차법은 제34조제3항 및 벌칙 조항을 신설하여 자동차대여사업자의 일반적인 유상운송행위를 금지하였다.

이러한 상황에서 소프트웨어 개발, 데이터베이스 검색, 개발 및 판매, 콘텐츠 제작 및 개발 등을 목적으로 설립된 ○○○○○가 운영하는 ‘타다’라는

188) 중앙노동위원회 2020. 5. 28. 중앙2020부해170.

이름의 애플리케이션(이하 “타다 앱”이라 한다)을 통하여 ○○○○○의 완전 모회사이자 자동차렌트업, 카셰어링 및 관련 중개업 등을 목적으로 설립된 자동차대여사업자인 쏘카가 소유한 11인승 카니발 승합차를 승객에게 임차(賃借)하는 동시에 운전자를 알선(斡旋)해 주는 방식의 모빌리티 서비스 사업(이하 편의상 “타다 서비스”라고 한다)이 2018년 10월 시작되었다.

타다 서비스는 타다 앱을 스마트폰에 설치하고 결제를 위한 신용카드를 등록·가입한 회원(이하 ‘이용자’라고 함)에게 쏘카 소유의 11인승 승합차를 호출과 동시에 용역업체로부터 공급받은 기사(이하 ‘타다 드라이버’라 한다)로 하여금 위 차량을 운전하도록 하는 기사 포함 차량 대여 서비스라는 법형식으로 설계되었다. 이를 위하여 쏘카는 용역업체와 ‘임차인 알선 및 운전 용역 제공 계약’을 체결하였다.

#### 다. 중앙노동위원회의 재심판정

서울지방노동위원회는 타다 드라이버의 근로자성을 부정하여 구제신청을 각하한 탓에 사용자 적격에 대한 판단은 하지 않았다.<sup>189)</sup> 반면에 중앙노동위원회는 타다 드라이버의 근로자성을 인정하면서, 사용자 적격과 관련해서는 ‘○○○○○는 쏘카와의 계약에 따라 애플리케이션을 통해 타다 서비스 운영에 대한 업무를 대행한 업체에 불과하고, 용역업체는 쏘카사에 타다 드라이버를 소개·공급한 업체에 불과하므로, 쏘카사가 타다 서비스의 운영자로서 근로자를 실질적으로 지휘·감독한 사용자이다’라고 판정하였다.

#### 라. 검토

중앙노동위원회 재심판정은 신청인의 근로자성을 긍정하면서 신청인이 제기한 부당해고 구제신청의 피신청인 적격이 누구에게 있는지, 즉 신청인의 사용자가 누구인지의 식별 문제에 관하여 쏘카가 “타다 서비스의 실질적 운영자로서 이 사건 근로자를 실질적으로 지휘·감독한 사용자”라고 판단하였는 바, 이는 ‘묵시적 근로관계’가 인정되는 경우 극히 예외적인 경우를 제외하고

189) 서울지방노동위원회 2019. 12. 26.자 2019부해2668 판정.

는 계약당사자 이외의 제3자를 근로기준법상 사용자로 인정하는데 인색했던 기존의 판례와는 다른 관점의 접근으로, 앞에서 살펴본 '사용자의 기능적 개념'에 영향을 받는 것으로 생각된다. 재심판정 중 관련 판단 부분은 아래와 같다.

「(1) 이 사건 사용자1은 이 사건 사용자2와 '예약중개계약'을 체결하여 이 사건 사용자2가 타다 앱을 통해 회원가입, 이용대금 정산 등 타다서비스 운영에 대한 업무를 대행하게 하였고, 이 사건 사용자3과 '임차인 알선 및 운전용역 제공 계약'을 체결하여 이 사건 사용자3이 이 사건 사용자1의 요구에 따라 타다 드라이버를 소개·공급하도록 하였다. 한편, 이 사건 사용자3은 이 사건 사용자1과의 계약에 따라 이 사건 근로자와 '드라이버 프리랜서 계약'을 체결하여 이 사건 근로자가 이 사건 사용자1의 타다 서비스에서 타다 드라이버로 근로하도록 하였다. 이와 같은 계약을 통해서 이 사건 사용자1은 타다 앱을 통해 실질적인 지휘·명령을 하면서 이 사건 근로자를 타다 드라이버로 사용한 것이다.

(2) 이 사건 사용자1은 타다 드라이버의 근로시간, 시간당 임금 및 산정 방법, 유급 휴게시간의 범위, 추가수당의 지급 조건 등 근로조건에 있어 핵심적인 내용을 결정하였다. 실제로 이 사건 사용자1은 유급 휴게시간을 제공하는 것이 근로기준법상 근로자로 판단될 가능성이 있다는 이유로 시급 및 휴게시간 사용 방법 등을 변경하여 2019. 7. 1.자로 전체 타다 드라이버에 대해 일괄 적용하였고, 드라이버 레벨제와 관련하여서도 2019. 2. 1. 최초 시행 시는 물론 2019. 2. 28. 업데이트 시행 시에도 각 평가 요소 등을 결정하여 전체 타다 드라이버에 대해 일괄 적용하였다.

(3) 이 사건 사용자1은 타다 드라이버에게 적용되는 근무 방법이나 업무처리 방법을 이 사건 사용자2를 통해서 각종 규정, 지침, 타다 앱 등을 이용하여 상당히 구체적이고 상세하게 정하였고, 타다 드라이버는 사실상 이를 위반하거나 임의로 변경하여 업무를 수행할 수 없다. 이와 같은 점에서 비록 운전 서비스의 특성상 실제 그 업무를 처리하는 데 개별적이고 직접적인 지휘나 작업지시는 필요하지 않았다 하더라도 이 사건 사용자1이 이 사건 근로자의 업무수행 자체에 관하여 구체적인 지휘·감독을 한 것으로 볼 수밖에 없다.

(4) 이 사건 사용자1은 타다 앱을 이용하여 타다 드라이버의 업무 수행 과정에 관여하여 관리·감독하였고, 타다 드라이버로부터 자신의 사업 운영에 필수적인 노무를 제공받았으며, 그 사업 운영의 필요성에 따라 직·간접적으로 타다 드라이버의 인원수, 근로시간, 수행된 운전 서비스의 평가, 차고지의 확대 또는 축소

등 업무 수행 방식 및 타다 드라이버에 대한 제재 수단 등을 변경하였다.

(5) 이 사건 사용자1은 타다 서비스의 실질적 운영자로서 타다 서비스를 통일적으로 운영·관리하기 위하여 타다 앱 등을 매개로 타다 드라이버로 하여금 이 사건 사용자1의 기업 조직과 유기적으로 결합하여 이 사건 사용자1의 수요에 맞춰 운전 서비스 업무를 수행하도록 하였다.

(6) 타다 드라이버가 이 사건 사용자1의 로고가 새겨진 차량에 탑승하여 이 사건 사용자1이 정한 기준에 부합하는 복장을 착용하고 이 사건 사용자1이 정한 지침대로 고객을 응대하고 운전 서비스 업무를 수행한 점에 비추어 볼 때, 타다 드라이버는 하나의 직업 집단으로서 이 사건 사용자1의 필수적이고 상시적인 업무를 수행하였고, 그 과정에서 이 사건 사용자1의 사업에 실질적으로 편입되었다고 봄이 타당하다.

(7) 이 사건 사용자들은 타다 드라이버는 이용자의 구체적 지시에 따르는 것일 따름이고, 업무수행 과정에서 이 사건 사용자들이 지휘·명령권을 행사한 바는 없다고 주장한다. 그러나 자동차의 소유, 점유 또는 임대차를 통하여 그 지배권을 얻는 것과 해당 차량의 운전을 담당하는 노무제공자에 대한 지휘·명령권의 귀속 여부는 별개의 기준에 따라 판단되어야 하므로, 물건에 대한 지배권 유무에 따라 노무제공자에 대한 지휘·명령권의 귀속여부를 당연히 결정할 수 있다는 이 사건 사용자들의 주장은 합리적 근거가 없다. 그리고 타다 드라이버의 실제 업무 수행 방식은 일반적인 자동차임대차 계약에서 알선된 운전기사의 그것과 같지 않고(타다 이용자에게는 타다 드라이버의 선택 가능성이 거의 존재하지 않는다), 오히려 택시 운전기사와 유사하거나 그 지휘·명령의 정도가 더 강하다고 볼 여지가 있다.

(8) 한편, 위 '나'항에서 살펴본 바와 같이 이 사건 근로자가 근로기준법상 근로자에 해당하는 것으로 판단되는 각 요소들은 이 사건 사용자1이 타다 서비스의 본질적 요소로써 고안하고 변경해 온 것으로 결국 이와 같은 요소들을 최종 결정하는 이 사건 사용자1이 이 사건 근로자의 실질적 사용자인 것으로 판단된다.」

앞서 Prassl이 제시한 다섯 가지 '사용자의 기능'을 이 사건 재심판정에 적용해 보면, 쏘카는 이러한 다섯 가지 사용자 기능을 모두 행사한 것으로 평가할 수 있다.

첫째, 쏘카가 그 사업 운영의 필요성에 따라 직·간접적으로 타다 드라이버의 인원수 등을 변경하였는 점(위 판시내용 (4) 참조)은 쏘카가 '① 고용관계의 개시 및 종료'에 관한 사용자의 기능을 쏘카 행사하였음을 보여준다.



둘째, 쏘카가 타다 앱 등을 매개로 타다 드라이버로 하여금 쏘카의 수요에 맞춰 운전 서비스 업무를 수행하도록 하였다는 점(위 판시내용 (5) 참조)은 ‘② 노동력 및 그 산출물의 수령’에 관한 사용자의 기능을 쏘카가 행사하였음을 보여준다.

셋째, 쏘카가 타다 드라이버의 근로시간, 시간당 임금 및 산정 방법, 유급 휴게시간의 범위, 추가수당의 지급 조건 등 근로조건에 있어 핵심적인 내용을 결정하였다는 점(위 판시내용 (2) 참조)은 쏘카가 ‘③작업 및 급여 제공’에 관한 사용자의 기능을 쏘카 행사하였음을 보여준다.

넷째, 타다 드라이버는 하나의 직업 집단으로서 쏘카의 필수적이고 상시적인 업무를 수행하였다는 점(위 판시내용 (6) 참조)은 ‘④ 내부시장에서의 기업의 경영’ 및 ‘⑤ 외부시장에서의 기업의 경영’에 관한 사용자의 기능을 쏘카 행사하였음을 보여준다.

쏘카가 행사한 이러한 기능들의 조합이 쏘카가 근로자를 고용하였다거나 사용자로서 행동한 것으로 평가되는 법적 개념을 구성할 정도가 되면 그에 상응하는 노동법의 적용을 받아야 한다는 것이 기능적 사용자 개념의 핵심적인 주장이다.<sup>190)</sup>

이 사건에서 사용자의 ‘계약적 식별’을 고수하는 경우 신청인의 사용자를 쏘카로 식별하는 것은 용이하지 않다. 그런데, 기업은 때때로 고의적으로 그들의 자산을 근로자의 청구에 대한 책임에서 벗어나도록 그들의 기업조직을 구조화하는 방법을 선택할 수 있다.<sup>191)</sup> 이러한 쏘카가 렌터카를 이용한 유상 운송이라는 타다 서비스 사업의 핵심적인 업무인 차량의 조달, 이용객의 모집, 기사 공급을 각각 쏘카, ○○○○○, 용역업체라는 별도의 기업에 분담한 기본적인 이유는 물론 여객자동차 운수사업법상 규제를 면탈할 목적에 있었을 것으로 생각되나, 하나의 사업을 복수의 기업 네트워크를 통하여 수행함을 통하여 그러한 사업에 종속되어 노무를 제동하는 근로자와의 관계에서 직접적인 사용자로 지정되지 않은 나머지 기업들은 노동법상 사용자 책임을 벗어난다는 고려도 있었을 것이다. 이를 통한 규제차익의 추구가 타다

190) 노무제공자 본인의 차량을 이용하는 우버나 리프트의 경우와 달리, 타다 서비스는 쏘카가 차량을 소유하고 있다. 타다 서비스에서 가장 중요한 요소는 차량이라 할 수 있고, 쏘카가 타다 서비스 사업을 주도하였다. 따라서 ○○○○와 ○○○○○은 쏘카의 타다 서비스 사업을 위한 대행업체에 해당하므로, 타다 기사와의 ‘실질적인 근로관계’는 쏘카와 형성되었다고 평가할 수도 있을 것이다.

191) H Anderson, ‘A New Approach to Corporate Structures Involved in Labour Law Breaches’ (2019) Australian Journal of Labour Law, 32 (1), p.23.

서비스가 주장한 '혁신'의 본령이라고 생각된다.

## 2. 아파트관리, 경비업 등에서 사용자 적격

### 가. '입주자대표회의'의 사용자 적격

아파트입주자대표회의가 입주민들로부터 관리비를 징수하고 관리업무를 수행할 근로자를 직접 채용하고 지휘감독을 하는 '자치관리'의 경우 아파트 입주자대표회의의 사용자 적격이 인정된다. 문제는 '위탁관리'이다. 아파트입주자대표회의가 위탁관리업체의 근로자에 대하여 직·간접적인 지시를 하는 경우, 해당 근로자에 대하여 아파트입주자대표회의가 사용자의 지위를 갖는지 문제가 된다.

○○아파트 사건에서 대법원 1999. 7. 12 자 99마628 결정은 “아파트 입주자 대표회의와 사이에 위수탁관리계약을 체결한 아파트 관리업자의 대리인인 관리소장이 관리사무소에서 근무하게 된 직원들과 근로계약을 체결하였다면 그 직원들은 아파트 관리업자의 피용인이라고 할 것이므로, 아파트 관리업자와 위수탁관리계약을 체결하였을 뿐인 아파트 입주자 대표회의가 직원들에 대하여 임금지급의무가 있는 사용자로 인정되기 위하여는 그 직원들이 관리사무소장을 상대방으로 하여 체결한 근로계약이 형식적이고 명목적인 것에 지나지 않고, 직원들이 사실상 입주자 대표회의와 종속적인 관계에서 그에게 근로를 제공하며, 입주자 대표회의는 그 대가로 임금을 지급하는 사정 등이 존재하여 관리사무소 직원들과 입주자 대표회의와 사이에 적어도 묵시적인 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가되어야 한다.”는 법리를 제시하였다. 즉, 이러한 경우에도 판례는 '묵시적 근로계약관계 법리'에 의해 판단하고 있다.

위 판결은 아파트 입주자대표회의가 위수탁관리계약상의 감독권의 범위를 넘어 일부 직원의 채용과 승진에 관여, 관리사무소 업무의 수행상태를 감독, 관리사무소 직원들의 근로조건인 임금, 복지비 등의 지급수준을 독자적으로 결정하여 오기는 하였으나, 근로계약 당사자인 관리업자가 갖는 임면, 징계, 배치 등 인사권과 업무지휘명령권이 모두 배제 내지 형해화되어 그 직원들과 체결한 근로계약이 형식적인 것에 지나지 않는다고 할 수 없고, 또 입주

자 대표회의가 관리사무소 직원들의 업무내용을 정하고 그 업무수행 과정에 있어 구체적·개별적인 지휘·감독을 행하고 있다고 볼 수도 없는 경우, 입주자 대표회의가 그 관리사무소 직원들과 근로계약관계에 있는 사용자라고 볼 수 없다고 판단하였다.

또한 서울행정법원 2015. 6. 4 선고 2014구합19681 판결은 “○○주택이 근로계약 당사자로서 갖는 원고에 대한 인사권과 업무지휘명령권이 모두 배제 내지 형해화되어 원고와 ○○주택 사이의 근로계약이 형식적이고, 명목적인 것에 불과하다거나 원고와 참가인(입주자대표회의) 사이에 묵시적인 근로관계가 성립되어 있다고 볼 수 없다.”라고 판단하였으며, 대전지법 2018. 7. 19. 선고 2017구합1432판결도 “관리사무소의 직원들은 입주자대표회의와 위·수탁 관리계약을 체결한 관리업자의 피용인이므로 입주자대표회의가 사용자로 인정되기 위하여는 묵시적 근로계약관계가 성립되어야” 하지만, “이 사건 입주자대표회의는 임금을 직접 지급하는 하나 인사관리, 근무지시 등 사용자의 권한은 관리회사가 행사하고 있었고, 입주자대표회의가 임금을 지급한 것은 위·수탁 관리계약에 의해 관리회사 대신 지급한 것이라고 보인다”라는 이유로 입주자대표회의의 사용자성을 부정하였다.<sup>192)</sup>

판례는 묵시적 근로계약관계 법리에 의해 입주자대표회의의 사용자 적격을 판단하고 있다. 그러나 아파트 관리의 특성상 위탁관리업체의 지휘감독권이 완전히 부정되기 어려우므로, 묵시적 근로관계 법리에 의할 경우 입주자대표회의의 사용자 적격이 인정되기는 매우 어려울 것이다. 이러한 판례의 입장에 대해서는 다음과 같은 비판이 제기된다.

“판례가 아파트의 위탁관리에 대하여는 입주자대표회의의 사용자성을 부정하고, 기타 위장 사내하도급에 대하여는 묵시적 근로관계의 인정 또는 불법파견으로 간주하고 있다는 점은 의문을 불러일으킨다. 다만 아파트 위탁관리에 관한 판례는 1990년대 후반에 나왔고, 위장 사내하도급 판례는 그로부터 10여 년이 흐른 2000년대 후반 이후에 등장하였다는 점에서 양자를 단순 비교할 수는 없는 측면도 있기는 하다. 그렇다 할지라도 아파트의 위탁관리 관련 판례가 입주자대표회의의 강도 높은 인사권 행사와 근로조건 결정권을 인정사실로 계속 언급하면

192) 아파트입주자대표회의 사용자성에 대해서는 김기선, 「아파트 관리를 둘러싼 노동법적 분쟁에 관한 연구, 한국노동연구원, 2019.12, 15~26면 참조.

서도 입주자대표회의의 사용자성을 극구 부정하는 점은 납득하기 어렵다.”며, “대법원이 향후 판례의 일관성을 유지하려면 공동주택의 위탁관리에서 입주자 대표회의가 위·수탁관리계약을 체결하고도 직접 인사권을 행사하고 근로자들을 지휘·감독하였다면 묵시적 근로관계를 인정하거나 파견법 제7조제3항(허가받지 않고 근로자파견사업을 행하는 자로부터 근로자파견의 역무를 제공받는 경우)을 위반한 것으로 보아 불법파견으로 간주해야 할 것이다.”<sup>193)</sup>

#### 나. 용역경비계약

경북지노위 2003. 1. 28. 2002부해201 판정은 “용역경비계약규정은 효율적이고 안정적인 경비업무의 집행을 위한 상호간의 약정에 불과하며, 회사의 지휘와 감독을 받아 업무를 수행하였다고 볼 증거가 없는 점 등으로 미루어 볼 때 근로기준법상의 사용자라고 볼 수 없다”라고 하였으며, 대법원 2013. 7. 25. 선고 2012다79439 판결은 “피고 ○○○○공항공사가 국가중요시설인 ○○공항의 시설주로서 이 사건 경비용역계약의 목적을 달성하기 위하여 경비업법 등에 따라 부여된 권한을 행사한 것에 불과한 점 등을 종합하여 보면, 그 판시와 같은 사정만으로는 원고들이 특수경비업체인 ○○에스티에스 등에 고용된 후 ○○공항에 파견되어 피고 ○○○○공항공사로부터 직접 지휘·명령을 받는 근로자파견관계에 있다고 보기 어렵다”라고 판단하고 있다.

#### 다. 청원경찰

○○조선해양은 ○○○ 통하여 청원경찰을 임용하였는데, 청원경찰에 대하여 ○○조선해양이 사용자의 지위를 갖는지가 문제된 사안이다. 경남지방노동위원회 2019. 6. 5. 경남2019부해119 판정은 청원경찰법의 취지 및 목적, 청원경찰법상 임용의 법적 성격 등을 살펴볼 때 이 사건 사용자(○○조선해양)가 청원경찰법에 따라 이 사건 근로자들을 임용함으로써 이 사건 근로자들과 이 사건 사용자 간 근로관계가 형성되었으므로 이 사건 사용자는 당사자 자격이 있다고 판단하였다. 즉, ○○○가 이 사건 근로자들과 근로계약을 체결하였고, 이 사건 근로자들에 대한 인사, 교육, 징계 등 인사노무관리를

193) 조성혜, “공동주택의 위탁관리 시 실질적 사용자의 판단: 부당해고의 구제를 중심으로”, 「노동정책연구」 제11권 제3호, 한국노동연구원, 2011, 122면.

직접 행한 사실이 있어 ○○○를 이 사건 근로자들에 대한 사용자로 볼 만한 사정도 있으나, 청원경찰의 임용절차나 근로실태 등을 종합하여 보면 웰리브는 이 사건 사용자의 노무관리를 대행한 것으로 볼 수 있고, 이 사건 사용자의 당사자 적격을 부인하기 어렵다는 것이다.

그러나 중앙노동위원회 2019. 9. 24. 중앙2019부해905 재심판정은 ① 청원경찰법은 근로자들이 청원경찰 직무를 행할 수 있도록 그 복무나 청원경찰로서의 임용, 배치, 보수, 사회보장 등을 근로기준법의 특별법적인 위치에서 규정하고 있지만 근로계약의 형성을 별도로 규정하고 있다고 볼 근거가 없는 점, ② 청원경찰법에서 정하는 청원주(○○조선해양)에 대한 제재 규정이나 청원경찰 배치·임용 승인 규정 등은 관련법령에 따른 승인을 득하지 아니한 자의 무기사용 등 특별한 경찰 직무를 금지하거나 제한하는 것이 그 목적이므로, 그러한 청원경찰법상의 규정이 사법(私法)상 계약의 존속여부에까지 효력이 있다고 볼 수 없는 점, ③ 청원주가 아닌 사용자(○○○)로부터 채용공모, 근로계약서 작성, 일일 근무명령 등 실질적인 지휘명령이 이루어져 온 점, ④ 청원주의 청원 경찰관련 법령에 따라 부과된 청원경찰에 대한 직접적인 의무교육 등의 지휘·명령행위는 공법상 부여받은 필요한 권한을 행사한 것에 불과하여 근로자 파견관계에서 발생하는 지휘·명령 관계라고는 볼 수 없는 점 등을 종합할 때 이 사건 사용자(○○조선해양)는 당사자 적격이 없다고 하였다.

### 3. 용역업체의 변경과 근로관계의 승계

#### 가. 문제의 소재

도급인에 의해 외주 용역업체가 변경되어 기존 용역업체가 수행하던 사업이 신규 용역업체로 이전되는 경우, 기존 용역업체는 불가피하게 그 사업의 전부 또는 일부를 폐지하게 될 것이다. 이렇게 폐지되는 사업에 종사하던 근로자들의 법적 지위에 관해서는 이들의 근로관계가 신규 용역업체에 승계되는지, 승계된다면 구체적인 근로조건은 어떠한 기준으로 정해지는지 등의 문제가 발생한다. 종래 법원은 영업양도시 근로관계의 승계에 관한 판례 법리를 원용하여 이러한 문제를 다루어 왔는데, 도급인에 의하여 용역업체의 변

경이 이루어지는 대다수의 사안의 경우에는 기존 용역업체와 신규 용역업체 간에 어떠한 직접적인 '법률행위'가 존재하지 않으므로 기존 용역업체와 신규 용역업체 간의 영업양도를 인정하기는 어렵고 그 결과 근로관계의 승계도 인정되지 않는다는 것이 판례의 주류적인 경향이었다. 이처럼 종래 판례는 용역업체의 교체에 따라 실질적으로 사업의 이전되는 경우에도 원칙적으로 이를 영업양도로 인정하지 않았고, 따라서 용역업체의 교체로 인하여 기존 용역업체 소속 근로자가 해고되는 경우 이들을 구제할 적절한 방법을 찾기 어려웠다.

#### 나. 용역업체의 변경과 관련한 법률행위의 해석과 보충

##### (1) 영업양도시 근로관계 승계에 관한 판례 법리의 문제점

현행법은 영업양도에 따른 근로관계의 승계에 관하여 어떠한 명문규정을 두고 있지 않고 문제의 해결을 법관의 법형성에 맡기고 있는바, 판례는 “영업의 양도라 함은 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적 물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 말하고 영업을 포괄적으로 양도되면 반대의 특약이 없는 한 양도인과 근로자 간의 근로관계도 원칙적으로 양수인에게 포괄적으로 승계된다.”<sup>194)</sup>는 입장을 취하였다. 이처럼 판례는 영업양도를 '인적 조직'을 포함한 '일정한 영업목적에 의하여 조직화된 업체'의 양도라고 이해하여 왔는바, 이는 마치 영업의 양도인이 자신의 의사로 근로자(인적 조직)를 제3자에게 양도할 수 있다는 취지로 읽힌다. 그러나 고용의 전속성을 선언하고 있는 민법 제657조 제1항의 취지상 이러한 이해는 옳지 않다. 유기적 조직체로서의 영업을 제3자에게 승계되어 사업이 이전됨으로 인하여 근로관계가 제3자에게 승계된다는 이론구성 자체에는 반대하지 않지만, 이러한 근로관계의 승계가 영업양도인과 영업양수인의 의사의 합치에 근거한다는 발상은 근로자를 '인적 조직'이라는 용어로 치환하여 근로자의 인격권을 무시하고 나아가 근로자를 거래의 대상으로 삼는 것에 다름 아니므로 받아들이기 어렵다.

194) 대법원 1994. 6. 28. 선고 93다33173 판결.

그러므로 영업양도시 근로관계가 승계된다는 법률효과는 영업의 양도인과 양수인의 의사가 아니라 영업양도의 결과 발생하는 '사업의 이전'이라는 사실 자체에 법률효과를 부여하는 객관적 법규범에서 찾아야 할 것이다. 이러한 객관적 법규범의 형성은 관련입법이 미비한 우리나라의 상황에서는 법발견 작용인 법의 해석의 문제가 아니라 법의 흠결에 대한 보충으로서의 '법형성 작용'으로 이해되어야 할 것이다. 만일 '사업의 이전'이라는 사실 자체에 법률효과를 부여하는 객관적 법규범의 형성이 곤란하다면, 영업양도 시 근로관계의 승계는 영업의 양도인이나 양수인의 의사가 아니라 근로자의 의사에 따라 결정되어야 할 문제이며, 결국 근로자의 개별적 동의를 전제로 하는 전적과 동일하게 취급할 수밖에 없을 것이다.

## (2) 용역업체의 변경을 영업양도로 볼 수 있는가?

용역업체란 표현은 일반적으로 도급인으로부터 사업의 일부를 외주위탁받아 수행하는 업체를 일컫는 용어로 사용되고 있다. 외주위탁은 어떤 기업이 수행하는 다양한 활동 중 전략적으로 중요한 분야에 그 기업의 자원을 집중시키고 나머지 활동들은 기획에서 운영까지의 일체를 전문기업에 외부화하는 행태를 의미하는바, 이러한 외주위탁은 용역근로자의 고용보장의 관점에서 ①직접고용으로 운영하던 사업의 일부를 기업 외부의 제3자에게 위탁(outsourcing), ②외주 위탁한 사업의 운영주체를 다시 변경하는 외주위탁업체의 변경(service provision change), ③외주 위탁한 사업을 다시 회수하여 직접고용형태로 사업을 운영(insourcing)의 3가지 국면에서 문제가 된다.<sup>195)</sup> 종래 대법원은 외주위탁과 관련된 이러한 3가지 국면을 모두 영업양도에 관한 판례를 원용하는 방법으로 접근했고, 결국 용역업체가 교체된 경우에는 신규 용역업체 간에 실질적으로 사업이 이전된 경우에도 신규 용역업체 간에 근로관계의 승계에 관한 의사의 합치가 존재하지 않는 한 근로관계는 승계되지 않는다는 것이 기본적인 입장이었다.

대법원은 한국○○○공사가 국가와 체결한 기중기선단에 대한 보관위탁계약이 기간만료로 종료됨에 따라 한국○○○공사에서 관련 사업을 폐지하고 그 사업 부문에 종사하던 관리요원을 면직한 후 ○○○○연구원이 국가와

195) 전형배, 『노동판례연구 IV』, 노사신문사, 2016, 181면.

기중기선단에 대한 보관위탁계약을 새로이 체결하고 관련 사업의 수행을 위해 한국○○○공사에서 면직된 근로자들을 신규 채용한 사안에서 “영업양도란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 총체 즉 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 영업양도 당사자 사이의 명시적 또는 묵시적 계약이 있어야 한다.”고 판단하였고, 이를 전제로 한국○○○공사의 기중기선단 보관사업이 영업양도에 의하여 ○○○○연구원에 포괄적으로 이전된 것으로 볼 수 없다고 판단하였다.<sup>196)</sup>

위 대법원 판결 이후 유사한 사안에 관하여 다수의 하급심 판결에서 동일한 취지의 판시가 반복되었다. 예컨대, 서울행정법원 2009. 1. 20. 선고 2008구합24712 판결은 사내하도급에서 수급인의 변경이 영업양도에 해당하는지 문제된 사안에서 “상법상의 영업양도는 일정한 영업 목적에 의하여 조직화된 업체, 즉 인적·물적 조직을 그 동일성은 유지하면서 일체로서 이전하는 것을 의미하고, 영업양도가 이루어졌는가의 여부는 단지 어떠한 영업 재산이 어느 정도로 이전되어 있는가에 의하여 결정되어야 하는 것이 아니고 거기에 종래의 영업 조직이 유지되어 그 조직이 전부 또는 중요한 일부로서 기능할 수 있는가에 의하여 결정되어야 한다.”라고 판시하여 노동법상 근로관계 승계의 요건이 되는 영업양도를 상법상 영업양도와 동일한 개념으로 이해하는 태도를 보였고, 서울고등법원 2012. 5. 4. 선고 2011누35622 판결은 외주용역업체 사이에 계약이 존재하지 않으므로 사업양도로 인정되지 않고 따라서 그 필연적 귀결로 근로관계의 포괄승계는 인정되지 않는다고 판시하였다. 이외에도 대학교가 시설경비업무의 위탁업체를 변경한 사안에서 종전 위탁업체 소속 경비원의 근로관계가 대학교 또는 신규 위탁업체로 승계되지 않는다고 판단하거나<sup>197)</sup>, 시설관리업무계약의 종료로 시설관리업체가 변경된 경우 신규 용역업체 간에 근로관계의 승계를 부정한 사례가 있다.<sup>198)</sup>

이러한 종래의 주류적인 판례는 용역업체의 교체 시 근로관계의 승계 문제를 신규 용역업체 간 의사의 합치라는 계약해석의 관점에서 접근한 것으로 이해되며<sup>199)</sup>, 학설 중에도 기존 용역업체와 신규 용역업체는 계약상대방이

196) 대법원 1997. 6. 24. 선고 96다2644 판결.

197) 서울행정법원 2010. 4. 23. 선고 2009구합36453 판결.

198) 대전지방법원 2011. 6. 2. 선고 2011카합206 결정.

199) 전형배, “외주위탁사업의 이전과 근로관계의 승계: 영국의 입법론과 시사점”, 『노동법학』 제41호, 한국노동법학회, 2012, 157면.



아니므로 후자가 전자 소속의 근로자들과의 근로관계를 승계해야 할 아무런 법적 의무가 없다고 이해하는 견해가 있다.<sup>200)</sup> 그러나 대부분의 경우 용역업체의 교체는 도급인의 의사에 따라 이루어진다는 점에서 신규 용역업체 상호간에 어떠한 법률행위가 존재하는 경우를 상정하는 것은 용이하지 않으므로<sup>201)</sup>, 종래의 판례는 법리적인 정합성을 유지할 수는 있을지언정 용역업체가 교체되어 기존 용역업체의 사업의 일부가 폐지되는 경우에 있어서의 근로자의 보호라는 관점에서는 구체적인 타당성이 인정되기 어렵다고 생각한다.

#### 다. 법률행위의 해석 내지 보충을 통한 문제해결의 가능성

사업이전에 있어서의 근로자의 보호에 관하여 직접 적용할 입법이 미비한 우리나라의 상황에서 도급인에 의한 용역업체의 교체로 신규 용역업체 간에 사업이 사실상 이전되는 경우 근로관계의 (포괄)승계를 인정하기 위한 가장 용이한 방법론은 용역업체의 교체과정에서 체결된 제반 법률행위의 해석 내지 보충을 통해 근로관계의 승계라는 법률효과를 도출하는 방법일 것이다.

##### (1) 신규 용역업체 간에 영업양수도 또는 자산양수도계약이 체결된 경우

용역업체의 변경 과정에서 신규 용역업체 간에 종전 용역업체의 영업 내지 용역업무의 수행에 필요한 물적 설비의 양수도에 관한 계약이 체결되는 경우에는 이러한 계약은 그 명칭에 관계없이 영업양도에 포섭시킬 수 있을 것이며, 따라서 이 경우 근로자의 보호 문제는 영업양도 시 근로관계의 승계에 관한 확립된 판례 법리의 적용으로 해결할 수 있을 것이다.<sup>202)</sup> 물론 이러한 경우에도 신규 용역업체가 신규 용역업체 간에 체결된 계약의 성질이 영업양도계약이 아니라 '자산양수도 계약'이라고 주장하며 종전 용역업체 소속 근로자 전원의 승계를 거부하거나 또는 신규 용역업체가 근로자를 선별적으로 승계하고 일부 근로자의 승계를 거부하는 경우(소위 cherry picking)도 예

200) 조성혜, “아파트의 위탁관리가 근로관계에 미치는 영향”, 『노동법학』 제42호, 한국노동법학회, 288면.

201) 전형배, 앞의 글, 157면.

202) 우리나라에서는 사업의 양도의 경우 노동관계의 승계 여부를 명시한 법률규정이 없기 때문에 학설상 약간의 논란이 있지만, 판례는 일찍부터 노동관계의 당연 승계를 인정해 왔고, 지금은 학자들 사이에서도 이와 다른 견해를 찾기 어렵다는 설명으로 임종률, 『노동법』 제14판, 박영사, 2016, 521면.

상되나, 용역업체의 변경으로 인한 '사업의 이전'은 본질적으로 종전 용역업체가 수행하던 업무를 신규 용역업체가 '그대로' 수행하는 경우, 즉 신규 용역업체의 사업의 실질적 동일성이 인정되는 경우이므로 신규 용역업체 간에 자산양수도계약이 순수한 자산양수도로 인정되기는 어려울 것이다.

## (2) 신규 용역업체와 근로자 간에 근로계약이 체결된 경우

신규 용역업체 간에 물적 설비의 양수도에 관한 계약이 체결되지 않는 경우에도, 신규 용역업체가 종전 용역업체 소속 근로자들과 개별적으로 (명시적이든 묵시적이든) 근로계약을 체결하는 경우에는 근로관계의 존속의 측면에서는 크게 문제되지 않을 것이다. 다만 이러한 경우에는 신규 용역업체가 기존 용역업체의 근로자 전원을 채용하지 않고 선별적으로 채용할 경우 신규 용역업체로부터 근로계약의 체결을 거부당한 근로자를 어떻게 보호할 것 인지는 여전히 문제될 수 있을 것이다. 또한 이러한 경우 신규 용역업체는 종전의 용역업체로부터 근로관계를 승계한 것이 아니라 근로자를 '신규채용'한 것이므로 종전의 용역업체에서의 근로조건은 신규 용역업체를 구속하지 않는다고 주장하는 경우가 대부분일 것인바, 이러한 경우 근로자의 기존의 근로조건을 어떻게 보호할 것인가의 문제가 발생할 것이다(대상판결도 이러한 유형에 속하는 분쟁에 관한 것이다).

## (3) 신규 용역업체와 근로자 간에 계약이 존재하지 않는 경우

위 (1) 및 (2)의 경우와 같이 신규 용역업체가 종전 용역업체와 영업 내지 자산의 양수도에 관한 계약을 체결하거나 또는 개별 근로자와 근로계약을 체결하는 경우가 아니라면, 도급인에 의하여 용역업체가 교체되는 경우 체결되는 법률행위는 결국 도급인과 신규 용역업체 간에 체결되는 도급계약 외에는 존재하지 않을 것이다. 따라서 이러한 경우에는 도급인과 신규 용역업체 간의 도급계약의 해석을 통하여 근로관계의 승계를 인정할 수 있는지 문제될 것이다. 이와 관련해서는 도급인과 신규 용역업체 간의 도급계약을 종전 용역업체 소속 근로자에게 근로관계의 이전에 관한 선택권을 부여하는 취지의 '제3자를 위한 계약'으로 이해하는 해석론을 모색할 필요가 있다고

생각한다. 도급계약의 내용 중에 종전 용역업체 소속 근로자의 고용보장에 관한 조항이 포함되어 있는 경우, 이러한 고용보장 관련 조항은 도급인을 요약자(要約者)로, 수급인(신규 용역업체)을 낙약자(諾約者)로, 대상 업무에 종사하던 근로자를 수익자(受益者)로 하는 제3자를 위한 계약으로 해석하는 것도 가능하다고 생각한다. 나아가 이렇게 해석하는 것이 용역업체가 교체되더라도 종전에 대상 업무를 수행하던 근로자들이 그대로 신규 용역업체로 승계되어 대상 업무가 안정적으로 수행되기를 희망하여 도급계약에 고용보장에 관한 조항을 삽입한 도급인의 진정한 의사에 부합한다고 이해하는 것이 합리적이다.

이와 같은 법률행위의 해석이나 보충으로 근로관계의 승계를 인정할 수 없는 경우에는 결국 용역업체의 변경 및 그 결과 발생하는 신규 용역업체 간의 사업이전이라는 '사실' 자체에 적용할 수 있는 객관적 법규범을 통해 문제를 해결할 수밖에 없을 것이다.

#### 라. 용역업체 변경 시 근로관계의 승계를 인정한 이례적인 판결들

앞에서 본 바와 같이 용역업체 교체의 경우에는 영업양도의 법리가 적용되지 않는다는 것이 판례로 어느 정도 안착된 것으로 평가된다. 이러한 상황에서 명시적 또는 묵시적 계약관계가 없는 신규 용역업체 간에 근로관계의 승계가 인정되기는 어려울 것이나, 몇몇 하급심 판결들은 사업장 관행이나 묵시적 계약관계 등에 착안하여 용역업체의 교체로 인한 사업의 이전에 근로관계의 승계를 인정한 바 있다. 아래에서는 이러한 하급심 판결의 의의와 그 한계를 살펴본다.

##### (1) 사업장 관행에 근거한 고용승계 기대권

서울행정법원은 2013. 8. 27. 선고 2012구합41905 판결에서 용역업체 교체 시 고용승계에 관한 사업장 관행에 착안하여 종전 용역업체 소속 근로자에게 근로관계의 승계에 관한 '기대권'을 인정하고, 이러한 기대권에 상응하여 신규 용역업체는 이들을 승계할 의무를 부담한다는 취지의 판시를 하였다. 위 판결은 종래 자진퇴사자, 이직자, 정년퇴직자를 제외한 나머지 근로자들

에 대하여 대체로 고용을 승계하였고 대상판결의 원고 또한 용역업체가 바뀔 때마다 각 업체와 근로계약을 체결하여 계속 근무한 점에 비추어 ‘입찰을 통해 외주용역업체가 변경되는 경우 신규 용역업체 사이에 특별한 사정이 없으면 근로자들의 고용을 승계하는 관행이 존재한다’고 보고, 이러한 관행을 전제로 기존 용역업체에 고용되어 업무를 수행하여 온 근로자는 신규 용역업체가 자신을 재채용하리라는 ‘상당한 기대’를 갖게 되며, 또한 신규 용역업체는 입찰부터 용역계약의 체결에 이르기까지 특별한 사정이 없는 한 종전 근로자를 재채용할 의무를 부담하게 된다는 사정을 알게 된다는 논리전개를 통하여 이러한 노사관행에 근거하여 신규 용역업체는 원칙적으로 고용 승계 의무를 부담한다고 판단하였다.

그러나 노사관행의 법적 성질에 관해서는 노사관행이 ‘사실인 관습’으로 인정될 경우 당사자 간에 구속력이 인정된다는 입장이고<sup>203)</sup>, 대법원은 이러한 사실인 관습으로서의 노사관행의 성립요건으로 그 관행이 기업사회에서 일반적으로 근로관계를 규율하는 규범적인 사실로서 명확히 승인되거나 기업 내에서의 사실상의 제도로서 확립되어 있음을 요구하여 그 성립가능성을 현저하게 좁게 인정하고 있을 뿐 아니라, 노사 당사자의 일방이 노사관행에 따르지 아니한다는 취지를 표시하는 경우에는 노사관행의 구속력이 배제될 수밖에 없다는 점에서 노사관행에 근거하여 근로관계의 승계에 관한 ‘기대권’이 인정된다고 하더라도 이는 매우 이례적인 경우에 예외적으로 인정될 수 있을 것이다.

나아가 이러한 노사관행에 근거한 기대권은 개별 근로자에 관한 것이므로 개별 근로자에게 근로관계 승계에 관한 기대권이 인정된다고 하더라도 이에 근거하여 취업규칙이나 단체협약 등 자치법규가 신규 용역업체로 승계된다고 해석하기는 어려울 것이다.

---

203) 이처럼 노사관행의 구속력을 노사관행에 대한 당사자 간의 묵시적 합의를 추정하거나, 노사관행을 사실인 관습으로 보아 노사관행이 당사자 간의 법률행위를 보충한다고 하여 노사관행의 구속력의 근거를 법률행위책임으로 구성하는 견해는 그 논리구성에 무리가 없다는 장점이 있다. 현행법이 노사관행의 구속력에 대하여 명시적 근거를 두고 있지 않은 이상, 노사관행의 구속력의 근거를 당사자의 의사에서 구하는 것이 자연스러울 것이다(권오성, “노사관행의 법적 성질에 관한 일고찰”, 『변호사』 제34집, 서울지방변호사회, 2004, 193면).

## (2) 묵시적 영업양도계약

앞서 본 대법원 1997. 6. 24. 선고 96다2644 판결은 “영업양도란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 총체 즉 물적·인적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전하는 것으로서, 영업양도 당사자 사이의 명시적 또는 묵시적 계약이 있어야 한다.”고 판시하였는바, 이러한 판시에 따르면 용역업체의 변경을 영업양도에 포섭시키기 위해서는 신규 용역업체 간에 영업의 양수도에 관한 법률행위가 반드시 존재해야 한다. 그런데 최근 서울고등법원 2017. 6. 14. 선고 2016누62223 판결은 신규 용역업체가 경쟁입찰의 형식을 거쳐 도급인과 직접 도급계약을 체결하였지만 경쟁입찰에 참여함에 있어 ‘종전 용역업체의 인적·물적 조직을 그 동일성을 유지하면서 일체로서 이전받는 것’을 전제로 입찰에 참여했던 사정이 있다고 인정하고, 이를 근거로 신규 용역업체 사이에 묵시적 영업양도계약이 성립되었다고 판단하였다. 그러나 도급인에 의한 용역업체의 변경 과정을 살펴보면 대부분의 경우 기존 용역업체와 도급인 간의 도급계약이 계약기간의 만료나 해지·해제 등의 사유로 종료되고, 신규 용역업체는 기존 용역업체와는 무관하게 도급인과 독자적인 도급계약을 체결하는 것이 상례라는 점에서, 신규 용역업체 간에 직접적으로 사업의 이전에 관한 의사의 합치가 존재한다고 보는 것은 다소 무리한 사실인정이라고 생각된다.<sup>204)</sup>

위 판결이 ‘묵시적 영업양도계약’이란 표현을 사용하고 있는 것은 기존 용역업체가 본건 지회와 체결한 단체협약이 신규 용역업체에 승계됨을 인정하기 위한 고육책으로 생각되며, 구체적 타당성의 관점에서 법원의 이러한 노력은 높게 평가되어야 할 것이다. 그러나 ‘묵시적 영업양도계약’이라는 표현은 사업의 이전에 관하여 기존 용역업체와 신규 용역업체 간에 어떠한 의사교환이 있었음을 전제로 한다는 점에서 적절하지 않다고 생각한다. 만일 기존 용역업체와 신규 용역업체 간에 의사합치가 없더라도 실질적으로 사업의 이전이 있었으므로 영업양도와 동일하게 취급하겠다는 것이 대상판결의 의도였다면 차라리 ‘사실상 영업양도’라는 표현을 사용하는 것이 나았을 것이다.

204) 물론 용역업체의 교체 과정에서 기존의 용역업체와 새로운 용역업체 간에 사업의 설비에 관한 양수도가 이루어졌다면 이에 부수하여 기존의 용역업체의 사업주와 새로운 용역업체 간에 명시적 또는 묵시적 영업양도가 있다고 이해할 수 있을 것이다.

### (3) 제3자를 위한 계약 법리의 원용

대전지방법원 2017. 11. 21. 선고 2015가단228451 판결은 “피고와 ○○○공사는 이 사건 위탁계약을 체결함에 있어 피고가 특별한 사정이 없는 한 기존 근로자들의 고용을 승계하기로 명시하였고, 기존 근로자들의 고용관계에 관하여 근로조건 이행확약서 기재 내용을 따르기로 하는 의사의 표시가 있었던 것으로 볼 수 있는 점, 원고들을 비롯한 ○○○공사와 위탁계약을 체결한 십수 개의 용역업체에 고용된 근로자들의 대부분은 여러 차례 외부 용역업체의 변경에도 불구하고 새로운 용역업체와 근로계약을 체결하고 ○○○공사에서 동일한 업무를 담당하며 계속 근무를 하였던 점, 원고들은 피고에 대하여 이 사건 소장으로 이 사건 위탁계약에 따라 원고들의 고용승계를 주장하며 고용기간에 해당하는 임금을 청구하는 등 수익의 의사표시를 한 사실 등을 종합하여 보면, 이 사건 위탁계약은 원고들이 피고에 대하여 고용승계를 요구할 권리를 직접 취득하도록 하는 제3자를 위한 계약에 해당한다고 볼 수 있다.”고 판시하였다.

이 사건과 관련된 법적 쟁점으로는 ①피고가 이 사건 공사에 입찰참가서류의 하나로 제출한 이 사건 확약서가 이 사건 공사와 피고 간의 위탁계약의 내용으로 편입되었는지, ②위 확약서가 위탁계약에 편입되었다면 위 확약서상의 “정부의 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침 등에 따라 특별한 사정이 없는 한 고용승계를 하겠습니다.”라는 문구의 규범적 의미는 무엇인지, ③위 확약서상 고용승계의 제외사유로 기재된 ‘특별한 사정’의 의미가 무엇인지 등이 문제된다. 대상판결은 이들 쟁점에 관하여 다음과 같이 판시하였다.

(1) 이 사건 위탁계약과 관련된 문서는 일반용역계약서(최종) 외에 용역계약 일반조건, 일반용역계약 특수조건, 일반용역계약 추가 특수조건, 근로조건 이행확약서 등이 있고, 피고가 위 문서들에 기재된 내용을 숙지하고 이를 이행할 것을 확약하며 이 사건 위탁계약을 체결한 사실, 정부의 지침이 곧바로 법적 구속력을 가지는 것은 아니나 공공기관인 이 사건 공사는 정부의 지침에 따라 피고에게 위 확약서의 제출을 요구하였고, 이 사건 위탁계약의 내용을 이루는 여러 문서에서 피고에게 위 확약서에 따른 철저한 이행준수를 요구하고 있는 점, 이 사건 위탁계약과 관련된 문서의 각 내용, 특히 청소용역계약에 있어서 계약조건 중 상충되는 사항이 있는 때에는 일반용역계약 추

가 특수조건, 일반용역계약 특수조건, 용역계약 일반조건 순서대로 해석한다는 조항 등을 종합적으로 고려하면 이 사건 근로조건 이행확약서는 단순히 입찰참가를 위한 권고적 서류에 불과한 것으로 볼 수 없고, 이 사건 위탁계약의 내용에 포함된다고 해석함이 타당하다.

(2) 피고와 ○○○공사는 이 사건 위탁계약을 체결함에 있어 피고가 특별한 사정이 없는 한 기존 근로자들의 고용을 승계하기로 명시하였고, 기존 근로자들의 고용관계에 관하여 근로조건 이행확약서 기재 내용을 따르기로 하는 의사의 표시가 있었던 것으로 볼 수 있는 점, 원고들을 비롯한 ○○○공사와 위탁계약을 체결한 십수 개의 용역업체에 고용된 근로자들의 대부분은 여러 차례 외부 용역업체의 변경에도 불구하고 새로운 용역업체와 근로계약을 체결하고 ○○○공사에서 동일한 업무를 담당하며 계속 근무를 하였던 점, 원고들은 피고에 대하여 이 사건 소장으로 이 사건 위탁계약에 따라 원고들의 고용승계를 주장하며 고용기간에 해당하는 임금을 청구하는 등 수익의 의사표시를 한 사실 등을 종합하여 보면, 이 사건 위탁계약은 원고들이 피고에 대하여 고용승계를 요구할 권리를 직접 취득하도록 하는 제3자를 위한 계약에 해당한다고 볼 수 있다.

(3) 이 사건 근로조건 이행확약서에 의하면, 피고는 ‘특별한 사정이 없는 한 고용승계’를 하도록 되어 있고, 위와 같은 특별한 사정의 주장, 입증책임은 피고에게 있다고 할 것인바, 이에 대한 피고의 주장, 입증이 없으므로 원고들은 피고를 상대로 고용승계를 요구할 권리가 있고, 피고들이 신규채용 형식을 빌려 원고들에 대한 고용승계를 거절한 이상 원고들은 피고를 상대로 고용기간 동안 근로하였을 경우에 받을 수 있는 임금의 지급을 청구할 수 있다고 할 것이다.

이 사건 확약서가 이 사건 공사와 피고 간의 위탁계약의 내용에 포함된다면, 그 다음으로 동 확약서에 기재된 “정부의 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침 등에 따라 특별한 사정이 없는 한 고용승계를 하겠습니다.”라는 문구의 해석이 문제된다. 위 판결은 위 문구를 원고들이 피고에 대하여 고용승계를 요구할 권리를 직접 취득하도록 하는 제3자를 위한 계약으로 해석하였는바, 이러한 판단이 전혀 생소한 것은 아니다. 종래 대전고등법원 2016.10.7. 선고 2016누11696 판결은 “이 사건 청소용역시방서의 고용승계규정은, 이러한 규정을 특별히 명시한 취지 등에 비추어 보면, 제3자인 참가인들에게 직

접 권리를 취득하게 할 목적으로 체결된 제3자를 위한 계약이라고 볼 여지도 충분하고, 이 경우 참가인들이 승낙의 의사를 표시(고용승계 요구)한 이상, 원고로서는 이 사건 청소용역시방서의 고용승계규정에 따라 참가인들에 대한 고용승계의무를 직접 부담한다고 할 것이다.”라고 판시하여 용역업체의 교체 시 위탁업체와 새로운 용역업체 간에 체결된 고용승계의 약정의 법적 성질을 제3자를 위한 계약으로 해석할 수 있는 단초를 제시한 바 있다. 용역업체의 교체 시 근로관계의 승계에 관한 별도의 입법이 없는 우리나라의 상황에서 근로관계의 승계 문제는 결국 용역업체의 교체와 관련한 일련의 법률행위의 해석 내지 보충을 통해 해결될 수밖에 없을 것인바, 이 경우 발주기관과 신규 용역업체가 기존 용역업체의 근로자를 수익자로 하는 제3자를 위한 계약을 체결한 것으로 법률행위를 해석 내지 보충하는 것은 충분히 가능한 계약해석의 방법이라고 생각한다. 특히 이 사건 공사가 본사 사옥의 청소업무를 외주화한 이후 20년 가까이 거의 매년 용역업체가 교체되는 과정에서 위 업무에 종사하던 근로자들의 대부분은 그 소속을 바꾸어가며 동일한 업무를 수행하면서 이 사건 공사의 사업장 내에서 계속 근무를 하여 왔다는 이 사건 공사의 ‘사업장 관행’은 이 사건 확약서를 원고들에게 신규 용역업체와의 근로관계 형성에 관한 선택권(option)을 부여하는 제3자를 위한 계약으로 해석하는 자료로 충분히 기능할 수 있을 것이다. 한편 이 사건 확약서의 의미를 원고들로 하여금 피고에게 근로계약의 체결을 요구할 권리(정확하게 말하면 피고와의 근로관계를 직접 형성할 권리)를 취득하게 하는 제3자를 위한 계약으로 이해한다면, 이 사건 확약서에 고용승계의 제외사유로 기재된 ‘특별한 사정’은 원고의 권리행사에 대한 항변에 해당한다. 따라서 이에 대한 주장, 입증책임이 피고에게 있음은 명백하므로 이 점을 지적하는 위 판결의 판단은 타당하다.

## 마. 검토

용역업체의 교체로 인한 사업의 이전의 경우 근로자의 보호 문제는 근본적으로는 사업이전 시 근로자의 보호에 관한 규율을 목적으로 하는 입법을 통해 해결되어야 한다. 다만 이러한 입법이 마련되기 전까지는 도급인과 신규 용역업체 간의 도급계약의 해석 내지 보충이나 법관의 적극적인 법형성



등 용역업체의 교체과정에서 근로관계에서 탈락한 근로자를 보호하기 위한 다양한 방법론이 모색되어야 할 것이다.

용역업체의 변경과정에서 당사자 사이에 근로관계의 승계에 관한 명시적인 계약이 체결되지 않는 경우에도 가급적 법률행위의 해석이나 보충을 통하여 근로관계의 승계를 인정할 필요가 있다. 이 경우 도급인과 신규 용역업체가 기존 용역업체의 근로자를 수익자로 하는 제3자를 위한 계약을 체결한 것으로 법률행위를 해석 내지 보충하는 방안도 고려할 필요가 있다. 노사관행을 법률행위 해석의 하나의 기준으로 이해하는 판례 법리에 비추어 용역업체 변경 시 근로자가 승계되어 왔다는 사업장 관행은 도급인과 신규 용역업체 사이에 체결된 도급계약을 종전 용역업체 소속 근로자에게 근로관계 승계에 관한 선택권(option)을 부여하는 제3자를 위한 계약으로 해석 내지 보충하는 근거로 기능할 수 있을 것이다.

법률행위의 해석이나 보충으로 근로관계의 승계를 인정할 수 없는 경우에는 결국 용역업체의 변경이라는 '사실' 자체에 적용될 객관적 범규범이 존재하는지 문제된다. 우리나라의 현행 법률은 이에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않은바, 이러한 상황을 법률의 흠결로 이해할 경우에는 영업양도에 관한 판례 법리의 유추를 통하여 이러한 흠결을 보충하는 방안을 고려해야 할 것이다.

### 제3절 소결

#### 1. 근로기준법상 근로자

대법원 판례법리는 근로기준법상 근로자성 판단기준으로 ① 지휘감독, ② 시간·장소의 구속, ③ 소유관계 또는 3자대행 등, ④ 이윤·손실의 위험부담, ⑤ 보수의 성격, ⑥ 보수의 형태, ⑧ 사회보장제도 여부를 제시하고 있다. 다만, 이러한 일반적인 기준을 특수고용노동자 등에게 적용함에 있어서는 이들의 노무제공형태가 전통적인 근로자와는 다른 특징들을 반드시 고려해야 할 것이다.

나아가, 플랫폼 노동의 경우에 있어서의 근로자성 판단의 국면에서는 이들이 계약의 형식을 비롯하여 다양한 측면에서 전통적인 근로자의 모습과 다르게 외관을 갖추고 있어 사용종속관계의 본질을 제대로 파악하기 어려운 경우가 있음을 고려해야 할 것이다. 예컨대, 플랫폼 노동의 경우 노동중개 방식은 새로울 수 있으나, 승객운송과 배달과 같은 노동 그 자체를 보면 전통적인 노동의 모습과 다르지 않다. 또한 플랫폼 노동 종사자에게 가격선택권과 고객선택권은 전혀 없다. 한편, 플랫폼 노동에서는 독립사업자성이 인정될 여지가 거의 없으므로 그 징표들(③ 소유관계 또는 3자대행, ④ 이윤·손실의 위험부담, ⑤ 보수의 성격)보다는, 인적 종속성의 징표(① 지휘감독, ② 시간·장소의 구속)가 더 중요한 핵심 요소라고 할 것이다. 또한, 배달 등의 경우에는 노무제공자의 이동 경로 등은 디지털에 의해 이미 정해져 있는 경우가 많다. 우버 사건에서 프랑스 대법원이 “우버기사는 플랫폼에 의해 주어질 경로를 운행한다”고 하여 근로자성을 인정하였고, 미국의 리프트 사건에서 캘리포니아 법원이 “꼭 업무의 모든 세부사항에까지 지배를 받아야만 근로자인 것은 아니고, 앱을 사용하여 수행하는 업무의 본질상 일정한 정도의 자유가 보장된다 하더라도 여전히 지배를 받는 근로자가 될 수 있다”고 판단한 사례를 고려할 때, 업무수행 과정에서 극히 일부의 재량 또는 자율성이 있다고 해서 쉽사리 지휘감독을 부정해서는 아니 된다. 또한, 플랫폼 노동의 특성에 비추어, 근무장소를 사무실이나 공장과는 같은 ‘특정 장소’로 한정해서는 아니 된다. 중요한 것은 노무제공자가 일하는 ‘구역을 누가 정하느냐’가

핵심이다. 플랫폼사가 일정 구역을 정한 것이라면 근무장소의 구속을 인정해야 할 것이다.

## 2. 근로기준법상 사용자

판례는 법인격부인론(○○-○○○○코리아 사건), 묵시적 계약관계법리, 실질적 근로관계 등의 방법으로 간접고용관계에서 원청기업의 사용자 책임을 긍정한바 있으나, 이러한 판례법리는 중층적 고용관계에서의 사용자 책임의 추급에 아직은 부족한 점이 있다. 사용자의 기능이 다수의 기업에 분할되어 있는 경우 우리나라의 판례법리는 근로자와 계약을 체결한 하청기업의 사업 기능이 형해화된 극히 예외적인 경우에 대해서만 해결책을 제시할 뿐, 사용자의 기능이 복수의 기업에 분산된 사례에 대해서는 근로자와 근로계약을 체결한 상대방이 누구인가라는 계약적 식별을 통해 사용자를 특정할 수밖에 없다. 따라서, 사용자의 기능적 개념화를 수용하여 사용자를 다원적으로 인식하는 법리의 개발이 필요하다. 그렇게 되면 어떤 하나의 기업을 사용자로 특정할 것인가의 국면에서 사용자 기능을 행사하는 복수의 기업들 간에 어떻게 사용자 책임을 분배할 것인가로 문제의 초점을 전환할 수 있게 될 것이다.

## 제4장 부당노동행위 구제신청의 당사자적격

### 제1절 부당노동행위 개관

현행 노조법 제81조 제1항 각호는 부당노동행위의 개념을 직접 정의하고 있지 않으며 단지 종류를 5가지로 나열하고 있을 뿐이다.

노조법에서 부당노동행위의 개념을 직접 규정하고 있지 않고 5가지로 구분하여 종류를 나열하고 있으면서도 일반조항 자체가 없어 보이기 때문에 5가지 유형에 속하지 않는 부당노동행위 형태도 가능할 수 있는 반면에 이런 경우는 규제할 수 없지 않느냐라는 견해도 가능할 수 있으나, 노동3권 보장의 취지 및 지배개입의 개념이 포괄적이라는 점을 감안한다면, 지배개입의 부당노동행위가 보충조항 내지 일반조항에 해당한다고 볼 여지도 있어서 불이익취급, 반조합계약, 단체교섭거부 이외의 다른 부당노동행위 형태는 모두 지배개입에 포섭하여 규율하는 것이 가능하다.

예컨대, 노동조합법 제81조 제1호는 ‘근로자가 노동조합에 가입 또는 가입하려고 하였거나 노동조합을 조직하려고 하였거나 기타 노동조합의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 그 근로자를 해고하거나 불이익을 주는 행위’를, 같은 조 제4호는 ‘근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위’를 사용자의 부당노동행위로 규정하여 금지하고 있는바, 위 두 규정은 위반행위의 대상, 보호법익, 행위태양, 결과 발생의 유무 등 구성요건과 규제대상에 차이가 있다. 이들 규정의 적용관계는 법학방법론의 관점에서 보면 기본적으로 ‘법규(法規)의 경합’의 처리방법에 관한 문제인바, 하나의 사실관계가 복수의 법규의 요건을 충족하는 경우, 이들 각 법규의 법률효과가 병존(並存)하여 발생하는지(민사법의 영역에서는 “청구권 경합”, 형사법의 영역에서는 “경합범” 내지 “상상적 경합”에 해당함) 아니면 하나의 법규가 다른 법규를 밀어내고 그 지위에 관하여 단지 하나의 법규의 법률효과만이 발생하는지(“법조경합”에 해당함) 여하가 문제 된다.

만일 두 법규의 법률효과가 서로 배척하는 관계라면 두 가지 법규 중 하나만 적용되어야 할 것입니다. 왜냐하면, 법질서가 동시에 서로 모순되는 법률효과를 명하는 것은 무의미하기 때문이다.<sup>205)</sup> 그러나, 경합하는 두 법규의

법률효과가 서로 모순이 없는 경우라면 보다 특수한 규범(특별법)의 법률효과가 보다 보편적인 규범(일반법)의 법률효과를 수정 또는 대체한다고 보아야 하는지 문제 될 것이다(소위 “특별법 우선”). 다만, 두 법규 중에서 무엇이 근본적인 규율인지 알 수 없는 경우에는 두 개의 법규는 그 법률요건이 서로 중복되거나 또는 그 법률효과가 서로 배제되지 않는 한 병존하여 적용된다고 보아야 할 것이다.<sup>206)</sup>

그런데, 노동조합법 제81조 제1호와 같은 조 제4호는 그 보호법익에 있어서 차이가 있다. 즉, 노동조합법 제81조 제1호의 불이익취급은 사용자가 근로자의 정당한 노조활동 등을 이유로 당해 근로자에게 해고 및 기타 불이익한 처분을 행함으로써 근로자와 노동조합의 노동3권 실현행위를 위축시키는 부당노동행위를 의미하는 반면, 노동조합법 제81조 제4호에서의 ‘지배’는 사용자가 노동조합의 조직·운영에 관하여 주도권을 가지고 그 의사결정을 좌우하는 것을, ‘개입’은 지배에 이르지 못하는 못하지만, 사용자가 노동조합의 조직·운영에 간섭하여 그 의사결정에 영향력을 미치는 것을 의미한다.<sup>207)</sup> 따라서, ‘불이익 취급’에 해당하는 행위도 노동조합에 대한 사용자의 약체화 공작이라고 인정되면, 이는 지배·개입에 해당할 수 있다.<sup>208)</sup>

한편, 노조법 제82조에서는 사용자의 부당노동행위로 인하여 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 구제를 신청할 수 있다고 규정하고 있으므로, 부당노동행위가 존재한다고 의심되거나 부당노동행위로 인하여 권리침해의 피해를 보았다고 생각하는 경우 근로자 또는 노동조합은 당사자적격이 있는 자로서 구제신청을 할 수 있다.

그런데 여기서 당사자적격이란 소송법상 일정한 권리 및 법률관계에 관하여 소송당사자로서 유효하게 소송을 수행하고 판결을 받기 위하여 필요한 자격을 말하는바, 절차법적 관점에서 필요한 도구적 개념이다. 구제신청절차에 있어서 당사자적격은 신청인 또는 피신청인이 될 수 있는 자격을 의미하는바, 신청인 측의 당사자적격자는 근로자 또는 노동조합이고, 근로자 또는 노동조합은 신청인이라는 점에 대해 명시적으로 규정되어 있다(노조법 제82조 제1항, 노조법 제84조 제2항). 피신청인이 되는 당사자적격자에 대해서는

205) 라렌츠/카나리스(허일태 역), 「법학방법론」, 세종출판사(2000), 115면.

206) 라렌츠/카나리스(허일태 역), 앞의 책, 118면.

207) 이정, 「노동법의 세계」, 한국외국어대학교 출판부(2009), 414면.

208) 스게노 카즈오·이정 역, 「일본노동법」(전면개정판), 법문사(2015), 424면.

명시한 바가 없으나 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 구제명령을 내리도록 되어 있고(노조법 제84조 제1항) 구제명령 또는 기각결정에 불복이 있는 관계 당사자는 재심 및 소제기를 통해 불복할 수 있도록 규정하고 있으므로(노조법 제85조) 해석상 피신청인이 되는 당사자적격자는 사용자일 것으로 추정될 수 있다. 「노동위원회법」의 경우 신청인이라는 용어와 당사자라는 용어를 사용하고 있으나 피신청인이라는 용어는 사용되고 있지 않다.

결국 당사자적격으로서의 신청인과 피신청인은 구제절차를 누리거나 구제절차에 끌려들어가는 것을 통해서 판단을 받고 권리의무의 귀속주체 여부 및 권리의무의 내용을 확인받을 자격을 가진 자를 의미하는 것으로 이해하면 된다.

피신청인 적격이 있는 사용자인지 여부를 결정하는 것은, 구제명령의 상대방이 될 수 있는지 또 구제명령의 이행이 가능한 자인지 여부가 핵심이므로, 즉 구제명령이 '누구에게' 내려질 수 있는가의 문제이므로, 피신청인 적격이 있는 사용자인지 여부를 논하는 것에 있어서는, 논리적으로는 구제명령의 내용과 한계를 먼저 논하는 것이 타당하다고 본다.

## 제2절 구제명령의 내용 및 한계

### 1. 일반론

노조법 제84조의 규정은 노동위원회가 전문적·합목적적 판단에 따라 개개 사건에 적절한 구제조치를 할 수 있도록 하기 위해서 사용자의 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에 사용자에게 구제명령을 발하여야 한다고 규정하고 있을 뿐, 부당노동행위의 성립이 인정되는 경우 노동위원회가 어떠한 내용의 구제명령을 발하여야 하는가에 관하여 구제명령의 내용 및 유형에 대하여 정하고 있지 아니한바, 이는 노동위원회의 재량에 맡겨져 있다고 볼 수 있다.

다만, 구제명령은 그 법적 성격이 하명(下命)이라는 행정처분이기 때문에 행정처분으로서의 요건(주체, 내용, 절차, 형식)을 갖춰야 하며 구제명령의 상대방인 사용자에게 발해지는 것이어서 사용자로 지정되는 자가 이행할 수 있는 것이어야 한다.

### 2. 구제명령의 내용

#### 가. 개요

노동위원회는 신청인에 해당하는 근로자나 노동조합이 구제를 신청한 범위 안에서 판정할 수 있으므로(노동위원회법 제58조) 부당노동행위 구제명령의 내용은 신청인의 신청취지에 충실하게 하되 구제신청제도의 취지를 고려하면 된다.

노동위원회는 구제신청의 전부나 일부가 이유있다고 인정할 때에는 구제명령을 하게 되는데 어떠한 행위가 '부당노동행위임을 인정한다'고 함과 동시에 신청인의 신청취지에 맞게 구제명령을 내리고 있는 것이 실무적 관행이다.

## 나. 부당노동행위의 인정

- 예시 1> 이 사건 사용자가 이 사건 노동조합의 단체교섭 요구를 거부한 행위는 단체교섭거부의 부당노동행위임을 인정한다(중앙 2014부노161 주식회사 ○○○ 부당노동행위 구제 재심신청).
- 예시 2> 이 사건 사용자가 ○○버스 노동조합 ○○○○지부의 지부장에게 근로시간 면제한도 범위를 초과하는 급여를 지급한 것은 경비원조의 부당노동행위에 해당함을 인정한다(중앙 2015부노15 ○○○자동차 주식회사 부당노동행위 구제 재심신청).
- 예시 3> 이 사건 사용자가 이 사건 근로자에게 교내 종합정보시스템 내 전체 메일서비스 이용을 제한한 것과 이 사건 근로자로부터 여러 차례에 걸쳐 강사노조 활동내용이 담긴 이메일 발송 요청을 합리적 이유없이 거부한 행위는 노동조합 및 노동관계조정법 제81조 제4호의 지배·개입의 부당노동행위에 해당함을 인정한다(중앙 2015부해488/부노90, 91 병합 학교법인 ○○학원 부당해고 및 부당노동행위 구제 재심신청).
- 예시 4> 이 사건 사용자가 이 사건 노동조합 집행부의 경영센터 로비 출입을 금지하고 ○○방송노보 배포를 방해한 행위는 지배·개입의 부당노동행위임을 인정한다(중앙 2016부노252, 253 병합 주식회사 ○○방송 부당노동행위 구제 재심신청).
- 예시 5> 이 사건 사용자들이 이 사건 노동조합과 체결한 '노동조합 상호 인정 및 존중 협약'을 준수하지 않은 행위는 지배·개입의 부당노동행위임을 인정한다(중앙 2017부노3 주식회사 ○○○○산업, ○○○○ 산업 주식회사 부당노동행위 구제 재심신청).
- 예시 6> 이 사건 사용자가 2016.10.17. 파업에 참여중인 이 사건 노동조합 조합원들에게 '2016.10월 급여안내서'를 우편으로 발송한 행위는 이 사건 노동조합에 대한 지배·개입의 부당노동행위임을 인정한다(중앙 2017부노 99 한국○○공사 부당노동행위 구제 재심신청).



## 다. 구제명령의 종류

### (1) 구분의 기준

노동위원회가 내릴 수 있는 구제명령의 내용은 크게 부작위명령과 작위명령의 두 가지 형태로 구분해보는 것이 가능하다.

부작위명령의 경우 신청인이 사용자로 하여금 부작위를 요구하는 해당 사항에 대한 부작위를 명령하는 것이며, 작위명령의 경우 신청인의 신청취지에 따라 매우 다양한 형태의 구제명령이 가능하다.

대법원도, 현실적으로 발생하는 부당노동행위의 유형은 다양하고 노사관계의 변화에 따라 그 영향도 다각적이어서 그에 대응하는 부당노동행위 구제의 방법과 내용도 유연하고 탄력적일 필요가 있는바, 예컨대, 사용자의 지배·개입 행위가 사실행위로 이루어진 경우 그 행위 자체를 제거 내지 취소하여 원상회복하는 것이 곤란하며 또한 사용자의 행위가 장래에 걸쳐 계속 반복하여 행하여질 가능성이 많기 때문에 사용자의 지배·개입에 해당하는 행위를 금지하는 부작위명령은 적절한 구제방법이 될 수 있다고 하여 지배·개입 부당노동행위에 대한 부작위명령 형태의 구제명령을 인정하고 있다(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결).

### (2) 부작위명령

부작위명령의 경우 부작위의무자가 특정되므로, 부작위의무가 부대체적 성질을 가진다.

- 예시 1> 이 사건 사용자는 이 사건 노동조합의 활동을 위축 또는 약화시키는 행위를 중지하고, ... (중양 2015부해598/부노111 병합 학교법인 ○○○학원 부당해고 및 부당노동행위 구제 재심신청).
- 예시 2> 이 사건 사용자는 이 사건 근로자들에게 노동조합 활동을 이유로 불이익을 주는 행위를 하여서는 아니 된다(중양 2016부노187 ○○○○저축은행 주식회사 부당노동행위 구제 재심신청).

- 예시 3> 대법원은, 중앙노동위원회가 원고 회사에 대하여 발한 “실질적인 영향력과 지배력을 행사하여 사업폐지를 유도하는 행위와 이로 인하여 노동조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 행위를 하여서는 아니 된다”는 구제명령이 위법하지 않다고 판시하였음(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결).

### (3) 작위명령

금전지급의 작위명령의 경우 부당노동행위의 피해자가 해당 금전을 취득하는 것이 관건이 되고 그가 그 금전을 취득하는 순간 의무이행이 된 것이어서 의무는 소멸하는 것으로 보아도 될 것으로 생각되므로, 금전지급의 작위명령에 있어서의 작위의무는 대체적 작위의무로서의 성질을 가지는 것으로 보이므로 반드시 그 의무 이행이 작위명령의 상대방에 의할 것을 요구하지는 않는다고 보이지만, 그 이외의 작위명령이라면 의무자가 특정되므로 이러한 경우의 작위의무는 부대체적 성질을 가진다고 판단된다.

#### (가) '성과상여금을 차별지급한 것을 취소하고 성과평가를 재실시하여 그 차액분을 지급하라'는 구제명령

- 예시> 이 사건 사용자는 성과상여금을 차별지급한 것은 취소하고, 정당한 성과평가를 재실시하여 이 사건 근로자들에게 성과상여금 차액분을 지급하라(중앙 2015부노5, 6 (주)○○○○○시스템코리아 부당노동행위 구제 재심신청, 중앙 2015부노125 (주)○○○○○시스템코리아 부당노동행위 구제 재심신청, 중앙2017부노14 (주)○○○○○시스템코리아 부당노동행위 구제 재심신청).

판례는, 원고 회사가 개정 특별성과상여금 지급기준에 따라 피고보조참가인을 비롯한 생산직 사원들에 대하여 2014년도 연간 성과평가를 실시하고 그 결과에 따라 특별성과상여금을 지급하면서 이 사건 지회에 소속된 참가인들을 전체적으로 불리하게 평가한 것을 불이익취급의 부당노동행위로 판단하면서 연간 성과평가를 정당하게 다시 실시한 후 평가결과에 따라 산정된 특별성과상여금에서 기존 지급했던 특별성과상여금을 공제한 나머지 금액을 지급하라는 노동위

원회의 구제명령에 대해 구제명령에 관한 재량권 내에서 발할 수 있는 적법한 명령에 해당한다고 판시함. (대법원 2018.12.27.선고 2017두47328 판결, 원심 서울고등법원 2017. 4. 27.선고 2016누67631 판결)

#### (나) 임금지급 명령

- 예시> 이 사건 사용자는 이 판정서를 송달받은 날부터 30일 이내에 노동조합의 지부 총회에 참석한 조합원들에게 공제하였던 임금을 지급하라(중앙 2014부노118 ○○○코리아 주식회사 부당노동행위 구제 재심신청).

#### (다) '부당노동행위임을 인정하는 노동위원회 판정서를 게시'하도록 하는 구제명령

노동위원회는 구제명령을 내리는 경우, '어떠한 행위가 부당노동행위임을 인정한다'고 함과 동시에 '노동위원회로부터 부당노동행위 구제명령을 받은 사실이 있다'고 게시판에 공고하도록 하거나 '구제명령서를 게시하도록' 명령하고 있다.

- 예시> ... 이 사건 판정문을 송달받은 날로부터 10일 이내에 아래 내용의 공고문과 이 사건 판정문을 학교 내부 전산망(인트라넷)을 포함한 학내 게시판 등 이 사건 대학교의 교직원이 쉽게 볼 수 있는 공개된 장소에 15일 동안 게시(등록)하라(중앙 2015부해598/부노111 병합 학교법인 ○○○○학원 부당해고 및 부당노동행위 구제 재심신청).

“이 사건 사용자는 중앙노동위원회로부터 2015.2.2. 이 사건 근로자 13명을 해임 또는 파면한 것은 부당해고이고, 노동조합 및 노동관계조정법 제 81조 제1호 및 제4호의 불이익취급 및 지배·개입의 부당노동행위에 해당된다고 판정을 받았습니다.”

다만 노동위원회가 부당노동행위를 인정하여 구제명령을 하는 경우, 근로자나 노동조합 측에서 사과문 게시를 요구하더라도 주문에 '사과문 게시' 등의 명령을 해서는 안 된다. 왜냐하면 사죄광고나 사과문 게시를 명령하는 것

은 헌법상 양심의 자유 및 일반적 행동의 자유 등을 침해하는 위헌적인 요소가 있기 때문이다(헌법재판소 1991. 4. 1. 선고 89헌마160 결정; 헌법재판소 2002. 1. 31. 선고 2001헌바43 결정 등).

실제로 중노위의 사과문 게시명령(2007부해122/부노39 병합)에 대해 하급심 판결에서 그러한 명령을 발할 법령상의 근거가 없을 뿐만 아니라 헌법상 양심의 자유를 침해한다는 이유로 사과문 게시명령을 취소한 바 있다(서울행정법원 2008. 7. 8. 선고 2007구합29499 판결).

대법원에서도 '사용자의 행위는 부당노동행위임을 인정하는 노동위원회의 판정서를 게시하도록 하는 것'은 구제명령으로 타당하지만, 이를 넘어서 '사용자가 부당노동행위를 하였음을 인정한다'는 내용의 공고문을 게시하라는 구제명령은 사용자가 스스로 인정하거나 형성하지 않은 판단의 표시를 강제하는 것이 될 우려가 있어 인격권을 제한하는 정도가 크다고 볼 수 있는바, 사용자의 인격권에 대한 보다 덜 제한적인 방법으로 목적을 실현할 수 있는데도 더 제한적인 방법을 선택하는 것은 비례의 원칙에 위배되어 위법하며 따라서 사용자로 하여금 '부당노동행위를 하였음을 인정한다'는 취지의 공고문을 게시하게 하는 구제명령은 위법하다고 판시한 바 있다(대법원 2018.12.27. 선고 2017두47328 판결, 원심 서울고등법원 2017. 4. 27. 선고 2016누67631 판결, 원심에서 원고 회사 승소부분이고 원심 내용 확정).

#### (라) 단체교섭요구 응락 명령

○ 예시> 이 사건 사용자는 이 사건 노동조합의 단체교섭 요구에 성실히 응하라(중양 2014부노210, 212 병합 ○○산업 주식회사 부당노동행위 구제 재심신청; 중양 2015부노128 사단법인 ○○○○연구개발원 부당노동행위 구제 재심신청; 중양 2015부노221 사단법인 한국○○○중앙회 부당노동행위 구제 재심신청)

#### (마) 근무복귀 혹은 원직복귀 명령

○ 예시 1> 이 사건 사용자는 이 사건 근로자를 당직근무 복귀시켜라(중양 2018부노88 ○○자동차 ○○대리점 부당노동행위 구제 재심신청).

- 예시 2> 이 사건 사용자는 이 사건 근로자들에 대한 자동차판매용역계약 해지를 취소하고 원직에 복직시켜라(중앙 2017부노84, 92 병합 ○○자동차 ○○판매대리점 부당노동행위 구제 재심신청).

(바) 기타

그 밖의 작위명령의 경우에도 부당노동행위의 유형과 내용에 따라 그에 맞는 구체명령이 가능하므로 다양하게 발령될 수 있다.

### 제3절 부당노동행위 피신청인 적격

#### 1. 일반론

부당노동행위에서의 당사자적격자로서의 피신청인이 문제되므로 우선 노조법상 사용자 개념을 보면, 다음과 같다.

노조법상 사용자 개념: 노조법 제2조 제2호는 "'사용자'라 함은 사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다."라고 규정.

<참고> 근로기준법상 사용자 정의를 보면,

근로기준법 제2조(정의) 제1항. 2. "사용자"란 사업주 또는 사업 경영 담당자, 그 밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자를 말한다.

양자의 개념 정의의 내용이 문언상 유사하다. 즉 사용자의 정의 규정이라고는 하지만 정의가 아니라 종류를 규정하고 있을 뿐이다.

노동조합및노동관계조정법(이하 '노조법')상 사용자 규정과 비교해보면, 노조법 제2조 제2호는 사용자를 "사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자"로 규정하고 있다. 두 법률의 사용자 규정은 얼핏 비슷해보이지만 중대한 차이점이 있다.

우선 '또는'의 위치가 다르고 근로기준법은 '행위'라는 용어를, 노조법은 '행동'이라는 용어를 사용하고 있다는 점이다. 법률에서 행위라는 용어는 법적 의미를 담고 있는 용어이고(예컨대, 법률행위, 행정행위, 어음행위, 소송행위, 위법행위, 불법행위 등) 행동이라는 용어는 그 보다 더 넓게 사실적 의미까지 포함하여 초점이 맞춰진 용어이다. 노조법상 사용자 규정을 보면 '그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자로' 규정하고 있어서 사용자 범위의 확대 가능성이 읽힌다. 반면 근로기준법에서 규정한 '그 밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위하는 자'의 경우 행위라는 표현을 사용하고 있다는 점에서 법적 의미를 담고 있는 행위를 의미하는 것으로 볼 수 있고 그러한 행위를 의미하는 전제에서라면 권한, 책임, 지위 등이 요구되므로 사업주와의 관계를 요구하지 않을 수 없을 것이다. 따라서 근로기준법에서 규정된 사용자 개념은 근로계약 관계를 요구하고 있는 것으로 판단된다.

근로기준법상 사용자는 규정의 해석상 근로조건 이행주체로서의 사용자를 의미한다. 그 전제로 명시적이든 묵시적이든 근로계약관계를 필요로 한다. 왜냐하면 주된 급무의무인 임금과 근로제공이 쌍무계약상 건련관계에 있기 때문이다. 근로기준법상 사용자 규정이 다른 개별적 근로관계법에 준용되고 있다는 점을 비롯하여, 직접적인 근로계약관계에 있지 않은 자에 대한 책임은 임금·최저임금과 관련하여 도급인의 연대책임, 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(이하 '파견법')상 사용사업주의 책임, 「산업안전보건법」에서 산업안전보건에 관한 도급인의 안전보건조치 등 규정에서 별도로 규정하고 있다는 점 등에서 알 수 있듯이 개별적 근로관계법상 사용자는 명시적이든 묵시적이든 개별적 근로관계에 있는 자로 이해된다.

그런데 이와 달리 집단적 노사관계에 있어서의 사용자는 개별적 근로관계에 있는 자에 국한될 필요가 없다고 본다. 왜냐하면, 첫째, 기본적으로 개별적 근로관계법과 집단적 노사관계법의 입법목적이 다르다는 점, 둘째, 헌법상 노동3권이 근로계약을 전제로 하고 있다고 단정하기 어렵다는 점 때문이다. 아울러 이러한 전제로부터, 형식적인 근로계약관계를 중심으로 집단적 노사관계를 해석하게 되면 파견근로자 및 사내하청 근로자 등의 보호가 지나치게 미흡하게 된다는<sup>209)</sup> 점도 고려하지 않을 수 없는 당위성이 발생한다.

요컨대, 개별적 근로관계법상 사용자가 계약관계에 있는 자로 하여금 국가

가 법률로 정한 최소한의 근로조건을 준수하도록 하기 위하여 규정한 것이라면, 집단적 노사관계법 즉 노조법상 사용자는 헌법이 보장하는 노동3권을 최대한 보장하기 위하여 이를 침해하는 행위에 대한 의무주체를 확정하기 위한 것이라 할 수 있다. 이에 따라 노동3권을 침해할 가능성이 있는 주체는 집단적 노사관계의 사용자가 될 수 있는 가능성이 높다고 볼 수 있고 이런 논리에 따라서도 집단적 노사관계에 있어서의 사용자는 개별적 근로관계에 있는 사용자에 국한될 필요가 없다.

한편, 우리나라와는 달리 일본의 경우 노동조합법(労働組合法)에서 사용자 개념에 관한 정의 규정이 따로 존재하지 않는다. 이러한 점은 우리나라 노동조합법과 매우 다른 부분인데, 일본의 경우 해석론을 통해 부당노동행위의 주체인 상대방으로 인정될 수 있는 자의 범위가 해석을 통해 탄력적으로 확대될 수 있는 여지를 가지고 있다고 보인다.<sup>210)</sup>

근로자나 노동조합의 부당노동행위 구제신청에 대해 근로자나 노동조합이 지목하는 상대방에 대해 노동위원회가 부당노동행위가 성립한다고 판정하는 경우 노동위원회는 해당 근로자나 노동조합이 지정하는 사용자에게 구제명령을 내리는데, 여기서 해당 근로자나 노동조합이 지정하는 사용자에게 피신청인 적격이 인정되는지 여부가 쟁점이 된다.

일반적으로 사용자는 고용계약의 당사자인 경영주체를 가리키는 것으로 사용되는데, 개인기업에 있어서는 고용주인 자연인이고, 법인기업에 있어서는 법인 자신이다. 따라서 고용관계가 존재하는 이상, 이러한 자는 불이익취급, 반조합계약, 단체교섭 거부, 지배개입의 어느 유형의 부당노동행위에 관해서도 책임을 져야만 할 것이다.<sup>211)</sup>

한편, 피신청인으로서의 사용자는 구제신청의 상대방 당사자로서 능력을 갖추어야 할 뿐만 아니라, 노동위원회의 구제명령에 따라 이를 시정할 수 있는 지위에 있어야 하기 때문에 예컨대, 지점, 공장 등은 그 자체로는 독립적인 법인격을 갖추지 못하는 한, 피신청인 적격을 논하기 이전에 당사자능력이 없어서 피신청인으로 삼을 수 없을 것이다.

그런데, 특히, 부당노동행위제도가 계약책임을 묻는 것이 아니기 때문에

209) 박수근, “사내파견고용의 실태와 법적 쟁점”, 노동법학 제40호, 한국노동법학회, 2011.12, 161면.

210) 西谷敏(김진국 외 역), 일본노동조합법, 박영사, 2011, 176~180면.

211) 山口浩一郎, 労働組合法, 有斐閣, 1996, 76頁.

사용자개념을 엄격하게 하여 반드시 고용계약의 상대방인 사업주에 한정할 필요가 없고 노조법도 그러한 점이 기본적으로 반영되어 있어서 부당노동행위에 대한 금지의무의 상대방을 사업주에 한정하지 않고 널리 사용자라고 규정하고 있는 것이라고 생각한다. 다만 그러한 점 때문에 부당노동행위에 대한 금지의무를 지는 사용자와 피신청인 적격을 가지는 사용자가 그 외연이 반드시 일치한다고 보기는 어려울 수 있다고 본다.

부당노동행위는 구체적·개별적으로는 특정한 자연인의 행위라는 형태로 발현될 텐데, 그러한 특정한 자연인의 행위가 부당노동행위 주체로서의 사용자의 행위로 평가될 수 있는지 검토를 거쳐야 한다. 사업주 등 사용자의 의사를 구체화한 것으로 추인할 수 없는 사정이 없는 한 사용자의 행위로 평가되어야 할 것이다.<sup>212)</sup> 최종적으로 특정한 그 개인의 행위로 평가되는 경우 부당노동행위가 성립되지 않을 수도 있다.

또한, 부당노동행위 금지의무자를 상대로 부당노동행위 금지명령을 신청하고 금지명령을 발할 수 있어야 하지만, 부당노동행위 금지의무자 중에는 직위나 직급, 권한 등과 관련하여 볼 때, 사용자 개념에는 속할 수 있으나, 실제 부당노동행위 금지명령 신청의 상대방으로서의 피신청인이라든가 금지명령의 발령 상대방으로서는 적절치 않은 경우가 존재할 수 있다. (ex. 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자)

노조법상 사용자는 노조법 위반에 대한 형사책임의 주체가 되며 부당노동행위 주체로도 될 수 있고 부당노동행위에 대해서는 금지의무를 부담하며 위반시 행정처분(구제명령)을 받을 수도 있고 경우에 따라 형벌부과의 대상이 될 수도 있다.

그런데 부당노동행위 구제신청의 상대방으로서의 피신청인 적격이 인정되기 위해서는, 구제명령을 발할 수 있는 상대방이 될 수 있는지 여부가 핵심이 되기 때문에, 구제명령에 대한 이행의무를 가지는 자이면서 동시에 구제명령을 이행할 수 있는 자이어야 할 것이다.

그리고 부당노동행위 금지의무의 사용자 범위에는 부당노동행위의 현실적 사용자에게 해당할 수 있는 사측 인물들이 포함될 수 있으며 이들은 부당노동행위 구제신청의 상대방이 되는 피신청인에 속할 수 있는 사용자와 반드시

---

212) 山口浩一郎, 前掲書, 78頁。



일치하지 않고 그보다 더 넓게 별개로 해당 기업 내외부에 존재할 수 있다는 점을 주의할 필요가 있다.<sup>213)</sup>

그렇다면 부당노동행위 금지의무를 지는 사용자의 범위는 부당노동행위 구제신청의 상대방으로서의 피신청인 적격보다 넓은 것이 아닐까 한다.

부당노동행위 금지의무 사용자 범위 > 피신청인 적격 = 구제명령 수범자 = 구제명령이행자(이행가능자)
-------------------------------------------------------------

다만, 부당노동행위 구제신청의 상대방으로서의 피신청인 적격은 없지만, 부당노동행위 금지의무를 지는 사용자에 속할 수 있는 자의 경우, 구제명령의 이행의무를 지는 자에 대하여 이행보조자에 해당할 수 있을 것이라고 본다.

## 2. 노조법상 사용자의 개별적 검토

### 가. 사업주

부당노동행위 구제명령의 수급자로서의 사용자는 원칙적으로 사업주(사업주 개인, 법인)인 사용자가 가장 중요한데, 부당노동행위에 대한 원상회복은 현실적으로 사업주인 사용자에게 명령하는 것으로 충분하기 때문이다. 사업주 자신이 부당노동행위를 한 경우 이를 즉시 시정하여 원상회복하여야 함은 물론 사업주가 아닌 사용자가 부당노동행위를 행한 경우에도 사업주는 이에 대한 시정을 구체적으로 지시·명령하여야 할 것이다.

피신청인으로서의 사용자는 노동위원회의 구제명령에 따라 이를 시정할 수 있는 지위에 있어야 하므로 부당노동행위 금지의무자인 사용자(노조법 제2조 제2호의 사용자)와 동일할 수는 없고, 원칙적으로 사업주인 사용자에게 피신청인 적격이 있다는 것이 판례의 일반적인 입장이다.

부당노동행위 구제신청 사건은 부당노동행위에 대한 구제를 목적으로 하는 절차이므로 그 피신청인의 당사자적격은 구제명령의 이행의무를 지는 자에 한정된다고 봄이 타당하고, (특히 불이익취급 내지 단체교섭 거부해태의 부당노동행위의 경우) 구제명령을 이행할 주체가 사업주인 사용자인 이상 사

213) 菅野和夫(이정 역), 일본노동법, 법문사, 2007, 612~613면.

업주인 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자는 부당노동행위 구제신청 사건에서 당사자적격이 인정되지 않는다고 봄이 타당하다.

부당노동행위구제신청 자체를 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자를 상대로 제기한 경우 원칙적으로 당사자적격 불비로 각하해야 하는 것이 타당하고, 다만 보정이 가능한 경우라면 신청인으로 하여금 피신청인의 당사자표시를 정정하도록 하여 신청 접수하는 것이 실무상 관행이다.<sup>214)</sup>

#### 나. 사업의 경영담당자

사업의 경영담당자는 사업의 경영 일반에 관하여 책임을 지는 자로서 사업주로부터 사업 경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하는 자를 말한다.

이에 해당하는 자로 주식회사의 대표이사(상법 제389조 제3항), 합명회사나 합자회사의 업무집행사원(상법 제201조, 제209조, 제269조), 유한회사의 이사(상법 제567조), 상법상 지배인(상법 제11조), 학교법인이 설립하여 경영하는 영조물의 대표자인 의료원장(대법원 2008. 4.10. 선고 2007도1199 판결)이나 학교장(대법원 1986.7.8. 선고 86도722 판결) 등을 들 수 있다.

사업의 경영담당자는 노조법에 규정된 사용자로서 개별 규정 취지에 따라 사용자 책임이 인정되는 경우도 있고 그렇지 않은 경우도 있는데, 단체교섭 의무를 부담하는 사용자는 사업주에 한정되지만 부당노동행위의 유형에 따라서는 구제명령의 이행책임이 사업경영담당자에게도 부과될 수 있다고 본다.

노동위원회는 통상적으로 사업주에 대하여만 부당노동행위 구제명령을 내려왔으나, 최근 사업주가 아닌 사업경영담당자 등에 대하여도 부당노동행위 구제명령을 내릴 수 있는지 여부에 관해 가능하다고 인정한 하급심 판결이 등장하였고 이에 대해 대법원 상고심이 진행 중이다.

대전고등법원 2017. 6. 22. 선고 2017누10508 판결(대법원 2017두54005로 상고심 계속 중)은 지배·개입 부당노동행위와 관련하여, “노동조합법에 의하면, 노동조합법상 ‘사용자’라 함은 ‘사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자’를 말하고(제2조 제2호), 사용자는 부당노동행위를 할 수 없으며(제81조), 사용자의 부당

214) 중앙노동위원회, 심판업무매뉴얼, 2016, 39면.

노동행위로 인하여 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있고(제82조 제1항), 노동위원회는 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 구제명령을 발하여야 하는바(제84조 제1항), 근로자나 노동조합이 사업주 외에 사업경영담당자나 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자(이하 '사업경영담당자 등'이라 한다)를 상대로 노동위원회에 구제신청을 할 수 있는지, 노동위원회가 사업경영담당자 등에게 부당노동행위 구제명령을 내릴 수 있는지가 문제된다. 살피건대, 노동조합법 제2조가 '사용자'의 범위를 '사업주'보다 넓은 개념으로 규정한 취지는 노동조합법의 각 조항에 대한 준수 의무자를 사업경영담당자 등으로 확대함으로써 노동현장에 있어서 노동조합법의 각 조항에 대한 실효성을 확보하기 위한 것으로, 위 '사용자' 정의규정이 부당노동행위 등 구제신청절차에서도 동일하게 적용됨으로써 위 사용자 범위를 확대한 취지가 제대로 반영되어야 하는 점, 노동조합법 제81조가 금지하고 있는 부당노동행위의 행위주체에 사업주 뿐 아니라 사업경영담당자 등도 포함된다고 해석하는데 달리 이견이 없고, 부당노동행위 금지의무를 위반할 경우 현실적 행위자인 사업경영담당자 등도 형사처벌이 되는바(노동조합법 제90조), 노동조합법 제82조와 제84조가 부당노동행위 구제신청의 상대방 또는 구제명령의 대상으로 규정한 '사용자'를 위 제81조와 제90조의 경우와 달리 '사업주'로 제한하여 해석할 법적 근거가 없는 점, 부당노동행위 구제명령은 부당노동행위 금지의무의 존재를 전제로 하므로 노동위원회는 금지의무자에게 구제명령을 발할 수 있다고 보는 것이 법규해석상 논리적이고 자연스러운 점 등에 비추어 보면, 사업경영담당자 등에 대해서도 노동위원회에 구제신청을 할 수 있다고 봄이 타당하다."라고 판시한 바가 있고, 해당 사건이 현재 대법원 상고심 계속 중이기 때문에, 지배·개입 부당노동행위에 대한 금지를 구제명령으로 신청하는 경우 사업경영담당자 등의 사용자를 피신청인으로 할 수 있는지 여부는 대법원의 최종적인 판단을 기다려볼 필요가 있다.

위 사건에서는 사업주 이외의 자에 대한 피신청인 적격을 검토하고 있으며 위 사건은 지배·개입이 문제된 것이어서 다른 부당노동행위 유형의 경우에도 곧바로 적용가능한 것인지 여부는 불분명하지만, 부당노동행위 유형별로 구제신청의 피신청인 적격의 범위가 달라질 수 있음을 시사하는 것이라고 추정된다.

#### 다. 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자

노조법상 사용자에 속하는 종류 중 '그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자'(이하 '사업주를 위하여 행동하는 자')란 근로자의 인사, 급여, 후생, 노무관리 등 근로조건의 결정 또는 업무상의 명령이나 지휘감독을 하는 등의 사항에 대하여 사업주로부터 일정한 권한과 책임을 부여받은 자를 의미한다.

그러한 자에 대한 부당노동행위 구제신청의 피신청인 적격이 인정될 수 있는지 여부가 문제되며 관련된 하급심 판결이 존재한다.

서울고등법원 2018. 6. 22. 선고 2018누32417 판결(확정): “원고(사회복지법인 ○○○○)가 ○○요셉의 집을 설립하고 박○○를 그 시설장으로 임명하여 ○○요셉의 집을 운영하게 한 사실, 원고는 ○○요셉의 집과 관련한 행정규제와 관련하여 그 운영주체를 원고로 하여 가평군수에게 장애인 요양시설 신고를 마친 사실, 원고는 감독관청으로부터 시설장이었던 박○○가 그 자격을 상실하였다는 지적을 받고서 시설장 대행으로 이○○를 임명하였던 사실은 앞서 본 바와 같다. 나아가, 원고의 주장과 같이 박○○가 이 사건 근로자들과의 근로계약 체결 여부를 결정하고 그 근로관계에 관한 일체의 사항을 결정하였다고 하더라도, 이는 원고가 박○○를 시설장으로 임명하여 ○○요셉의 집 운영을 담당하게 하였던 데에서 비롯된 것이고, 그에 기하여 박○○가 ○○요셉의 집 운영상 한 행위는 모두 원고를 위하여 한 것으로 보아야 할 것이다. 이러한 근로계약의 실질을 모두 종합하면, 이 사건 근로자들과의 근로계약상 사업주인 사용자는 원고로 봄이 타당하고, 박○○는 이 사건 근로자들과 ○○○○노동조합 사이에서 사업주인 원고를 위하여 행위하는 자로서 근로기준법과 노동조합법상의 사용자가 된다. 한편, 부당해고나 부당노동행위에 대하여 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 구제명령이 발하여진 경우 그 명령에 따라 이를 시정할 주체는 사업주인 사용자가 되어야 한다. 그러므로 그 구제명령이 사업주인 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에 대하여 행하여진 경우에는 사업주인 사용자에 대하여 행하여진 것으로 보아야 한다. 따라서 이에 대한 중앙노동위원회에의 재심 신청이나 그 재심판정 취소 소송 역시 당사자능력이 있는 당해 사업주만이 원고적격자로서 소송을 제기할 수 있다. 이와 같은 법리에 따라 중앙노동위원회가, 초심판정서에 구제명령 상대방으로 박○○가 기재되어 있으나 그 구제명령의 효력은 사업주인 원고에게 미친다고 판단하여 그 판정서의 구제명령 상대방의 표시를 원고로 경정한 조치는 결론에 있어 타당하다.”

위 판결에서는 '시설장'을 '근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자'로 보고, 그에 대해서 당사자적격이 없어서 피신청인이 될 수 없지만, 노동위원회가 이를 간과하고 피신청인으로 받아들여 구제명령을 내린 경우, 이는 사업주에게 행하여진 것으로 보아야 하고, 만일 이에 대해 중노위 재심신청이나 행정소송을 제기하고자 하는 경우 피신청인 적격이나 원고 적격은 사업주만 인정된다는 것이다.

동일한 논리로, 중앙노동위원회의 구제명령이 사업주인 사용자를 위하여 행동하는 자에 대하여 행하여진 경우, 그 구제명령은 사업주인 사용자에게 행하여진 것이므로 중앙노동위원회의 구제명령의 취소소송은 당해 사업주만 제기할 수 있다.

결론적으로, 아직 대법원 입장은 없으나 사업주를 위하여 행동하는 자의 경우 부당노동행위 금지의무를 지는 사용자 범위에는 포함되지만 부당노동행위 구제신청의 상대방으로서의 피신청인 적격은 가지기 어렵지 않을까 생각된다.

## 라. 사용자단체

사용자단체는 사용자와 구별되는 개념이고 부당노동행위 주체로 직접 규정된 바는 없으나 단체교섭 및 단체협약 체결의 상대방이 될 수 있는 자격은 있기 때문에(노조법 제2조 제3호, 제29조, 제30조) 단체교섭거부의 부당노동행위와 관련해서는 피신청인 적격이 인정될 수 있는지 여부를 검토할 여지는 있다.

다만 사용자단체의 개념 자체가 “노동관계에 관하여 그 구성원인 사용자에게 대하여 조정 또는 규제할 수 있는 권한을 가진 사용자의 단체”로 규정되어 있는바, 현재 우리나라에서 이러한 정의 규정에 들어맞는 사용자단체가 존재하는지는 의문이다.

## 3. 부당노동행위 구제신청 상대방으로서 사용자의 확대 인정 문제 및 관련 판례

### 가. 내부적 확대 인정의 가부와 관련하여

사업주 외에 근로자의 근로조건 등에 관하여 직접적인 영향력이나 지배력을 행사하는 기업 내부의 사업주의 일부조직이나 집행기관 또는 업무담당자도 피신청인으로 될 수 있는지 논의가 가능하다.

이와 관련하여, 현실의 행위자와 법률상 권리의무의 주체인 법적 당사자는 구별된다는 점, 집단적 노사관계에서 정상적인 노사관계 확보의 최종 책임은 사업주가 부담하고 그 내부기관이나 업무담당자의 행위는 사업주의 행위로 평가되어 부당노동행위를 구성하는 점, 노동위원회의 구제명령이 발해진 경우 그 명령에 따라 이를 시정하는 주체는 사업주인 사용자가 될 수밖에 없는 점 등을 들어 부정하는 견해가 유력하다(김유성, 김형배 등).

구제명령이 사업주인 사용자의 일부 조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에 대하여 행하여진 경우에는 사업주인 사용자에게 대하여 행하여진 것으로 보아야 하고 따라서 이에 대한 중앙노동위원회 재심신청이나 그 재심판정 취소소송 역시 당사자능력이 있는 당해 사업주만이 원고적격자로서 소송을 제기할 수 있다고 하여 부정적 입장. 대법원 1999. 4. 9. 선고 97누19731 판결(○○○ 기성회 사건), 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결(한국○○○○○연합회 사건) 등.

대법원 2006. 2. 24. 선고 2005두5673 판결: “부당해고나 부당노동행위에 대하여 지방노동위원회 또는 특별노동위원회의 구제명령이 발하여진 경우 그 명령에 따라 이를 시정할 주체는 사업주인 사용자가 되어야 한다. 그러므로 그 구제명령이 사업주인 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에 대하여 행하여진 경우에는 사업주인 사용자에게 대하여 행하여진 것으로 보아야 한다. 따라서 이에 대한 중앙노동위원회에의 재심 신청이나 그 재심판정 취소소송 역시 당사자능력이 있는 당해 사업주만이 원고적격자로서 소송을 제기할 수 있다고 하여야 할 것이다. 그런데 원심판결의 이유와 기록에 의하면, 원고 법인(사단법인 한국○○○○○장애인들의 교육문화, 직업재활 및 사회복지활동과 생활부조 등을 통하여 시각장애인들의 복지증진 및 권익옹호 등을 목적으로 1981. 5. 1. 설립인가를 받은 법인이고, 원고 서울특별시립 ○○시각장애인복지관(이하 ‘원고 복지관’이라고 한다)은 원고 법인이 운영하는 장애인 복지시설로서, 이 사건 원고 법인과 참가인 등과의 사이에서 작성된 근로계약서들에는 사업주란에 원고 법인과 함께 원고 복지관도 기재되어 있지만, 원고 법인의 대표자인 회장이 기명·날인하였음을 알 수 있다. 그렇다면 원고 복지관은 원고 법인이 운영하

는 사회복지시설에 불과할 뿐 원고 법인과 별도의 당사자능력을 갖는 법인격 없는 사단 또는 재단으로 볼 수 없어, 이 사건 재심판정에서 원고 복지관에게 부당하고 구제명령을 발한 것은 실질적으로 사업주인 원고 법인을 상대로 한 것이라 보아야 하고, 따라서 이 사건 재심판정에 대한 취소소송 역시 당사자능력이 있는 원고 법인만이 제기할 수 있다고 할 것이므로, 원고 복지관이 이 사건 재심판정의 취소를 구하는 부분은 당사자능력이 없는 자에 의하여 원고적격 없이 제기된 것으로서 부적법하다고 할 것이다. 이를 간과하고 이 부분 소의 본안에 관하여 심리·판단한 원심판결에는 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.”

서울행정법원 2010.11.12.선고 2009구합50961판결(대법원 2014. 5. 29. 선고 2011두24040판결로 확정): 연구기관(○○개발원)의 선임연구부장 등을 상대로 부당노동행위구제신청이 제기된 사건에서, “부당노동행위구제신청 사건은 부당노동행위에 대한 구제를 목적으로 하는 절차이므로 그 피신청인이 될 당사자적격은 구제명령의 이행의무를 지는 자에 한정된다고 봄이 타당하고, 구제명령을 이행할 주체가 사업주인 사용자인 이상 사업주인 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자는 부당노동행위구제신청 사건에서 당사자적격이 인정되지 않는다고 봄이 타당하다.”

만약 부당노동행위구제신청이 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자를 상대로 제기되었지만 노동위원회가 사업주인 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자에 대해 구제명령을 기왕에 내린 경우라면, 그 구제명령의 이행주체는 사업주로 보아야 한다는 취지인 것이며, 따라서 부당노동행위구제신청 자체를 사용자의 일부조직이나 업무집행기관 또는 업무담당자를 상대로 제기한 경우 원칙적으로 당사자적격 불비로 각하해야 하는 것이 타당하고, 또 그렇게 보아야 보정이 가능한 경우라면 신청인으로 하여금 피신청인의 당사자표시를 정정하도록 하여 신청을 접수해주는 실무와도<sup>215)</sup> 일치하게 된다.

다만, 지점장, 영업소장, 공장장 등이 당해 사업장의 소관사항을 처리할 권한이 있는 경우, 예컨대, 직원의 채용과 해고 등에 관한 권한을 포괄적으로 위임받아 행사하는 경우 등과 같은 경우에는 피신청인이 될 수 있는 것은

215) 중앙노동위원회, 심판업무매뉴얼, 2016, 39면.

아닌지 의문이 들긴 하지만, 이에 대해서는 ‘사업주를 위하여 행동하는 자’로 인정될 여지가 크기 때문에 결국은 사용자 개념의 내부적 확대 문제가 아니라 그저 사용자 중 ‘사업주를 위하여 행동하는 자’의 문제로 귀결될 뿐인 것은 아닌지 하는 생각이 들기도 한다.

## 나. 외부적 확대 인정의 검토

### (1) 문제의식

일반적으로 노조법상 사업주는 근로자와 근로계약을 체결한 상대방 당사자가 사업주에 해당하나, 근로자과견이나 사내하청 등의 고용관계에서는 사용사업주나 도급인이 과견사업주 또는 수급인 소속의 근로자와의 관계에서 근로계약상 상대방 당사자가 아니면서도 이들이 근로자의 근로조건과 노동조합 활동에 대하여 실질적인 지배력이나 영향력 등을 가질 수 있어서 부당노동행위 구제신청의 상대방의 범위가 근로계약 관계 외부의 자로 확대될 수 있는 것은 아닌지 문제될 수 있다.

이와 관련하여, 대법원은 단체교섭의무의 상대방인 사용자에게 대하여 종래 “근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자, 즉 근로자와의 사이에 그를 지휘·감독하면서 그로부터 근로를 제공받고 그 대가로서 임금을 지급하는 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자를 말한다”(대법원 1995. 12. 22. 선고 95누3565 판결, 대법원 2008. 9. 11 선고 2006다40935 판결 등)는 입장을 취한 바 있었다. 그러나, 하급심에서는 “단체교섭의 당사자로서의 사용자라 함은 근로계약관계의 당사자로서의 사용자에게 한정되지 않고 비록 근로계약관계의 당사자가 아니더라도 단체교섭의 대상이 되는 근로조건에 관한 사항의 전부 또는 일부에 대하여 구체적·실질적 영향력 내지 지배력을 미치는 자도 단체교섭의 의무를 부담하는 사용자에게 해당한다”(대구고등법원 2007. 4. 5 선고 2006노595 판결)거나, “노조법 제81조 제3호에서는 사용자가 노동조합의 대표자 등과의 단체교섭을 정당한 이유 없어 거부하거나 해태하는 행위를 부당노동행위로 규정하고 있는바, 단체교섭에서의 사용자는 일반적으로 근로계약상의 사용자를 말하는 것이지만 위 조항이 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 조항에서 정하는 '사용자'에 해당한다”(서울남부지방법원 2007. 12. 10 자 2007카합2731 결정)고 인정한 사례가 있었다.

## (2) 실질적 지배력을 인정한 판례의 등장

노조법 제81조 제4호 지배·개입에 의한 부당노동행위의 주체로서의 사용자의 개념과 관련하여 소위 '실질적 지배력설'을 원용한 판결이 있다.

### ■ 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결:

원심은, ① 원고 회사 사내 하청업체 소속 일부 근로자들은 2003. 3.경부터 비밀리에 노동조합 준비위원회를 결성하고 비밀조합원제도를 유지하여 오다가 일부 조합원의 신분이 노출되자 같은 해 8. 24. 참가인 ○○중공업사내하청노동조합(이하 '참가인 조합'이라고 한다) 창립총회를 거쳐 같은 달 30. 노동조합설립 신고증을 교부받게 되었는데, 원고 회사는 2003. 8. 26. 사내 하청업체 ○○기업 대표 소외 1로 하여금 참가인 조합의 조합원으로 드러난 참가인 4를 사업장에서 근무하지 못하도록 요청하여 근무대기를 하도록 하였고, 같은 달 29. 소외 1에게 참가인 4가 참가인 조합 임원인 사실을 알려준 점, ② 원고 회사의 사내 하청업체는 대부분 원고 회사의 업무만 수행하고 있고, 원고 회사는 사내 하청업체에 대한 개별도급계약의 체결 여부 및 물량을 그 계획에 따라 주도적으로 조절할 수 있는데다가 그 외에도 도급계약의 해지, 사내 하청업체 등록해지 권한을 가지고 있는 등 사내 하청업체에 대하여 우월적 지위에 있었던 점, ③ 원고 회사가 사내 하청업체에게 소속 근로자가 원고 회사에서 유인물을 배포하는 등 회사 운영을 방해하고 있다면서 계약해지 등의 경고를 한 점, ④ 참가인 조합 회계감사인 소외 2가 소속된 ○○○○전기는 2003. 8. 30. 폐업하고, 참가인 조합 위원장인 참가인 1이 소속된 주식회사 ○○기업(이하, '○○기업'이라 한다)은 2003. 10. 8. 폐업하였으며, 그 사이에도 참가인 2가 소속된 ○○산업 주식회

사(이하, '○○산업'이라 한다), 참가인 조합 사무국장인 참가인 4가 소속된 ○○기업(의장부분만 폐지) 등의 사내 하청업체들이 경영상 폐업할 별다른 사정이 없음에도 참가인 조합 설립 직후에 참가인 근로자들이 참가인 조합 간부임이 드러나고 근로조건에 대한 협상요구를 받은 즉시 폐업을 결정한 것을 볼 때, 위 사내 하청업체들의 폐업이유는 참가인 조합의 설립 이외에 다른 이유가 없다고 보이는 점, ⑤ 위 사내 하청업체들은 1997년경부터 설립되어 그 폐업시까지 아무런 문제없이 운영되어 온 회사들로서 전에 노사분규를 경험하여 본 적이 없고, 수십 명의 소속 근로자를 두고 있으며, 위 폐업시기가 본격적인 단체협상을 하기도 전이라는 점에서 위 폐업결정은 사내 하청업체의 독자적인 결정이라고 보이지 않는 점, ⑥ 위 ○○기업의 경우 폐업결정 직후에 그 부분 사업을 인수할 ○○산업이 설립되었고, 실제로 폐업한 위 ○○기업 소속 근로자 상당수가 ○○산업으로 적을 옮겨 ○○기업이 하던 원고 회사 도장5부의 작업을 하고 있으며, ○○산업의 경우 폐업공고 직후 ○○ 주식회사에서 패널 조립업무에 근무할 근로자를 모집하여 ○○산업이 하던 패널 조립작업을 그대로 이어받았고, 원고 회사가 ○○기업에 대하여 계약해지를 예상하고 있었음에도 참가인 조합의 임원이 소속된 ○○기업 의장부분이 갑자기 폐지되고 ○○기업 의장부분 소속 근로자가 ○○기업에 입사하였는데, 영세하고 정보력이 부족한 사내 하청업체들의 독자적인 능력만으로 폐업 및 직원모집, 회사설립 등의 복잡한 업무를 원고 회사의 운영에 아무런 차질이 없도록 위와 같이 신속하게 진행할 수 있었다고는 보이지 않는 점 등을 종합하여 볼 때, 원고 회사가 사업폐지를 유도하는 행위와 이로 인하여 참가인 조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 지배·개입 행위를 하였다고 판단하였다. 이와 같은 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 법 제81조 제4호가 정하는 지배·개입의 부당노동행위 성립에 대한 법리오해 등의 위법이 없으며, 그 밖에 원심의 사실인정을 다투는 것에 귀착하는 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

위 판결의 후속 판결로는 서울고등법원 2017. 5. 24. 선고 2016누68573 판결(대법원 2017. 9. 21. 선고 2017두48116 판결에서 심리불속행 기각으로 원심 확정)이 있는바, 원고(대한○○○장로회 ○○교회)가 원고에게 경비원과 미화원을 공급하는 수급업체와 도급계약을 체결하였는데, 원고 사업장에서 근무하는 수급업체의 근로자들의 기본적인 근로조건에 대하여 그들을 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있었다고 한다면, 원고는 노동조합법

제81조 제4호 소정의 행위의 시정을 명하는 구체명령을 이행할 사용자에게 해당할 수 있다고 보았습니다.

원심 판결(서울고등법원 2017. 5. 24. 선고 2016누68573 판결): “위 인정사실에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 사건 도급계약 및 원고와 ○○유니온과 사이에 체결된 용역계약에 따라 원고에게 ○○○○ 및 ○○유니온이 근로자를 채용함에 있어서 채용 여부 및 근로조건의 결정에 관하여 상당한 권한을 가지고 있었던 점, ② 원고 소속 김○○ 관리실장은 ○○○○가 근로자를 채용함에 있어 면접을 실시하는 등으로 그 채용여부의 결정에 관여하였던 점, ③ 이 사건 도급계약에 의하여 원고 사업장에서 근무하는 ○○○○ 소속 근로자들에 대하여 광범위한 관리·감독을 할 수 있는 권한이 원고에게 부여되어 있었던 점, ④ 원고 소속 직원이 ○○○○ 소속 경비원 및 미화원의 근무일정과 휴무일정 등 근로의 내용을 결정하였고, 구체적으로 업무에 관하여 지시하였으며, ○○○○ 소속 근로자들이 작성한 업무일지에 대한 결재 등을 통하여 그들이 수행하는 업무를 감독하였던 점, ⑤ 원고가 ○○○○ 소속 근로자들에게 임금의 일부를 직접 지급하기도 하였던 점, ⑥ 원고는 직접 고용한 관리직 및 미화원과 ○○○○와 근로계약을 체결한 경비원 및 미화원을 원고가 계획한 동일한 작업 질서에 편입하여 함께 관리하였던 점 등을 종합하여 보면, 원고는 이○○, 윤○○ 등 원고 사업장에서 근무하는 ○○○○ 소속 근로자들의 기본적인 노동조건에 관하여 그들을 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있었다고 할 것이므로, 원고가 참가인을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 노조법 제81조 제4호 소정의 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구체명령을 이행할 사용자에게 해당한다고 할 것이다.”

#### 4. 지배·개입이 문제되는 사안에서 판례 법리 적용을 위한 판단기준

##### 가. 판례가 제시한 실질적 지배력설 원용을 위한 판단기준

기존의 판례에서 제시된 사실관계를 토대로 몇 가지 준거를 추출하는 것이 가능하다. 실질적 지배력 여부의 판단에 대하여는 ○○중공업 판결에서 제시된 내용 및 ‘근로자파견과 도급 판단기준’<sup>216)</sup> 등을 참고하는 것이 적절한 것으로 보인다. ‘근로자파견과 도급 판단기준’은 고용노동부가 발표한 「근로자

216) 고용노동부, 2019. 12. 30.자 보도자료 “「근로자 파견의 판단 기준에 관한 지침」 개정” 참조.

파견과 도급 판단기준에 관한 지침」을 따르는 것으로 같음하고, ○○중공업 판결을 살펴보면, 대법원은 다음과 같은 점을 판단요소로 고려한 바 있다.

- ① 원고 회사가 공정의 원활한 수행 및 품질관리 등을 위해서 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 원고 회사가 작업시간과 작업 일정을 관리·통제하고 있기 때문에 근로자들이 노동조합의 총회나 대의원대회 등 회의를 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 개별도급 계약에 의해 확정되기 때문에 사실상 이미 확정되어 있는 업무에 어느 근로자를 종사시킬지 여부에 관해서만 결정하고 있던 것에 지나지 않았던 점,
- ③ 사내 하청업체 소속 근로자는 원고 회사가 제공한 도구 및 자재를 사용하여 원고 회사의 사업장 내에서 작업함으로써 원고 회사가 계획한 작업 질서에 편입되고 원고 회사 직영근로자와 함께 선박건조업무에 종사하고 있었던 점,
- ④ 작업의 진행방법, 작업시간 및 연장, 휴식, 야간근로 등에 관하여서도 위 근로자들이 실질적으로 원고 회사 공정관리자(직영반장이나 팀장)의 지휘·감독하에 놓여 있었던 점 등을 종합하여 판단함.

○○중공업 판결이 고려한 요소들을 다시 정리하면, 다음과 같이 정리해볼 수 있겠다.

- 하청근로자가 노무를 제공하는 장소는 어디인지
- 원청과 하청의 사업간 독립성이 있는지 여부(예, 장소적 독립성 여부)
- 하청은 원청이 없으면 사업수익을 낼 수 없는지 여부(사업간 종속성 여부)
- 하청근로자의 채용이나 해고에 관여하는지 내지 그러한 결정을 누가 하는지(사업의 독립성 여부 관련)

- 하청근로자에 대한 근로조건 결정을 누가 하는지(사업의 독립성 여부 관련)
- 하청근로자의 근로제공에 대한 지휘명령을 누가 하는지(사업의 독립성 여부 관련)
- 하청근로자의 근로제공에 대한 관리감독을 누가 하는지(사업의 독립성 여부 관련)
- 하청근로자의 임금 등 지급을 누가 하는지(사업의 독립성 여부 관련)
- 하청근로자를 직접 고용 근로자와 동일한 작업 질서에 편입시켜 관리하는지(사업의 독립성 여부 관련)

#### 나. 사실관계 확인을 위해 필요한 사항

부당노동행위 여부를 판단해야 하는 경우, 사실관계 조사 및 확인을 위한 시간적 여유가 노동쟁의조정 등과 비교해서는 많으므로 충분한 사실관계 조사 및 확인을 할 수 있다고 본다.

실질적 영향력 내지 지배력의 판단기준에 따라 부당노동행위 구제명령의 당사자적격 유무를 가려보기 위해 노동위원회가 기초적으로 확인을 시도할 자료를 생각해볼 필요가 있다.

노동위원회가 현장조사를 나가서, 사측으로부터 원하청 간에 체결된 계약서, 작업지시서, 작업확인서 기타 서류, 하청에 대한 원청의 관리감독 내역, 원하청간 주고 받은 공문, 작업배치도 기타 관련 사진이나 동영상, 작업실황 영상, 원청업체 개요(회사 연혁, 대표자 약력, 주주현황, 매출자료, 조직도 등), 하청업체 개요(회사 연혁, 대표자 약력, 주주현황, 매출자료, 조직도 등) 등을 제출받아 확인해야 하고, 노측으로부터 개별 근로자의 계약서 확인, 하청근로자 면담, 노조 활동 관련 자료, 참고인 의견청취 등을 제출받아 확인해야 한다.

#### 다. 사실관계 확인의 함의

사실관계를 면밀히 확인해보면, 실질적 지배력 여부를 위한 판단 외에도 해당 노동관계의 실제적 진실 발견을 통해 근로조건 기타 노사관계의 다양한 사항에 대해 원청기업의 처분가능성 여부까지 확인할 수 있다.

## 5. 지배개입 이외의 부당노동행위에 대해 실질적 지배력설 적용 가부에 대한 검토

### 가. 문제의식

원청의 사용자성 확대에 관한 대법원 판례의 입장에 해당하는 실질적 지배력설을 지배개입 부당노동행위 이외의 부당노동행위 유형에 대해서도 적용할 수 있는지 여부가 문제된다.

이에 대한 판단을 위해서는, 집단적 노사관계에 있어서 사용자 개념의 다양성에 대해 살펴본 후, 부당노동행위 피신청인 적격이 부당노동행위에 대해 구제명령을 받을 수 있고 또 이행할 수 있는지 여부와도 관련된다는 점을 고려하여 부당노동행위 유형별로 살펴볼 필요가 있다고 본다.

### 나. 집단적 노사관계에 있어서 사용자 개념의 다의성

집단적 노사관계법 즉, 노조법상 사용자 개념이 근로계약관계에 있는 자에 국한되지 않는다 하더라도 노조법에서 규정하고 있는 사용자는 부당노동행위 유형에 관계없이 통일적으로 해석 또는 이해되어야 하는 개념인지 아니면 부당노동행위 유형별로 각 규정의 목적과 취지에 따라서 다르게 이해될 수 있는 개념인지 문제된다.

우리 노조법상 부당노동행위 규정은 “사용자는 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 할 수 없다”고 규정하면서 1~5호까지 부당노동행위를 열거하는 규정방식을 취하고 있다. 조문의 규정 형식상으로는 사용자가 1~5호까지의 행위를 하지 못하는 구조로 규정되어 있으므로 문리해석상 사용자 개념의 해석은 통일적이어야 할 것처럼 보인다.

노조법상 사용자 개념은 통일적으로 이해되어야 한다고 본다면, 예컨대, 노동조합의 조직 및 운영에 있어 지배개입의 사용자와 단체교섭거부의 사용자는 동일하게 이해될 수 있을 것이고 이런 입장에 따른다면 지배개입의 부당노동행위에 관한 실질적 지배력설 법리를 제시한 판례의 입장은 단체교섭거부의 부당노동행위에 대한 피신청인으로서의 사용자 범위를 확정하는데 있어서도 원용할 수 있는 근거가 될 것이다.

그러나 노조법상 사용자 개념을 통일적으로 이해하거나 해석해야 할 당위성이 있는지는 의문이다. 왜냐하면, 첫째, 노조법상 사용자 개념은 그 종류가 3가지로 규정되어 있어서 근로자나 노조가 지목하는 상대방에 대하여 부당노동행위 책임을 지을 수 있느냐 아니냐를 판단해야 하는 것이 문제가 되는 것이고, 둘째, 헌법상 보장된 노동3권인 단결권, 단체교섭권, 단체행동권은 그 각각에 있어서 침해하는 행위는 서로 다르고 다양하며 그러한 침해로부터 각각의 기본권을 보장하는 방식이 다를 수밖에 없을 것이기 때문이다. 따라서 노조법 제81조 각호가 규정하고 있는 노동3권 침해행위에 있어서, 각 규정의 목적과 취지에 따라 부당노동행위자이자 구제신청의 상대방이 되어야 하는 사용자의 개념은 달리 해석되는 것이 타당할 것이라고 본다. 이런 이유로 실질적 지배력설을 일률적으로 적용할 수 있는 것은 아닌 것으로 보이고 부당노동행위 유형별로 개별적으로 검토하되 유형에 따라서는 실질적 지배력설로부터 일정 부분 참조를 할 수는 있을 것으로 본다.

우리나라와 부당노동행위 규정형식이 동일한 일본의 경우에도 부당노동행위의 주체가 되는 사용자 개념은 통일적으로 해석되어야 할 것인지 부당노동행위 유형별로 달리 해석되어야 할 것인지 논란이 된다.<sup>217)</sup> 더구나 일본의 경우 노동조합법에서 사용자의 개념에 관한 규정이 별도로 존재하지 않는다. 사용자 개념이 통일적으로 해석된다고 보는 입장에서는 일본 노동조합법상 부당노동행위 주체인 사용자에 대한 판단기준으로서 노동계약기준설 또는 지배력설 등이 제시되고 있으며 소위 아사히(朝日)방송 사건(중노위판정 및 최고재판소 판결 포함)에서도 공통설을 전제로 한 것으로 이해되고 있다고 한다.<sup>218)</sup> 그러나 사용자 개념은 부당노동행위 유형별로 달리 해석되는 것이 타당하다는 유형론 역시 설득력이 있으며 유형론은 그 근거로 첫째, 노동조합법에서 사용자의 정의 규정이 없어서 사용자 개념은 개별 조문이나 각 호마다 합리적으로 해석하는 것이 가능하다는 점, 둘째, 노동조합법 제7조가 규정하고 있는 부당노동행위는 유형별로 그 성질이나 내용이 다르기 때문에 설사 결론적인 의미에서는 각 유형별로 사용자의 범위가 동일할 수는 있을지 모르겠으나 접근방법에 있어서는 사용자 개념은 부당노동행위 유형별로

217) 川口美貴, 企業グループと不当労働行為救済法理 - 親會社と使用者性, 労働法律旬報, no. 1905, 2018.2, 10頁。

218) 川口美貴, 前掲論文, 10頁。

판단될 수 있다는 점이 거론되고 있다.<sup>219)</sup>

요컨대, 부당노동행위의 당사자적격의 문제는 각 부당노동행위의 유형별로 근로자나 노조가 지목하는 상대방에 대해 부당노동행위를 행한 사용자로 인정할 수 있을 것인지 여부가 관건이므로 유형별 검토가 가능한 것이라고 생각한다. 특히 부당노동행위 금지 규정이 '사용자는 1~5호까지의 부당노동행위를 하지 못한다'라는 형식으로 규정하고 있기는 하지만, 부당노동행위의 당사자인 사용자인지 여부를 확인하는 문제는 어떤 부당노동행위가 존재한다고 했을 때 그 부당노동행위의 주체라고 지목되는 자에게 역으로 부당노동행위의 책임을 귀속시키는 것이 가능한지를 판단하면 되는 문제, 즉 판단구조의 문제이기 때문이기도 하다는 점을 간과할 수 없다.

#### 다. 유형별 검토

##### (1) 불이익취급(노조법 제81조 제1호, 제5호)

근로조건에 불이익을 줄 수 있는 자이므로 계약 상대방으로서의 사용자 즉 사업주에 한정될 가능성이 높다고 보인다.

우선 불이익취급의 대표적인 형태에 해당하는 해고, 전보, 징계처분 등과 같이 권한있는 자의 유효한 문서 형태로 발령되어야 하는 불이익취급의 경우 그러한 행위 자체가 근로계약의 상대방으로서의 사용자 즉 사업주의 명의로 이루어지기 때문에 부당노동행위의 상대방은 근로계약의 상대방으로서의 사업주에 한정될 것으로 보이며, 통상 누구의 행위냐라는 문제는 일어나지 않을 것이라고 보인다.<sup>220)</sup> 다만 불이익취급의 유형은 다양하므로, 권한있는 자에 의한 유효한 문서로 발령되는 것 이외의 유형이라면, 근로계약 상대방 이외의 자 예컨대, 원청사용자에 의한 불이익취급이 문제될 수 있는 경우가 있을 것이지만 이러한 경우라고 하더라도 지배·개입의 부당노동행위로 포섭하여 처리하는 것이 가능하다는 점을 간과해서는 안 된다.

파견의 경우에도 파견사업주와 사용사업주, 파견근로자 3자간 관계에서 근로계약 관계가 중심이 되면 파견사업주의 불이익취급이 문제되겠으나 그 이

219) 川口美貴, 前掲論文, 10頁。

220) 山口浩一郎, 前掲書, 77頁。



외의 경우에는 사용사업주의 지배·개입으로 판단하면 되지 않을까 생각한다.

일본의 경우, 계절노동자의 재채용거부가 불이익취급으로 인정된 사안에서 이미 만료된 고용계약의 당사자에게 사용자성을 인정한 예가 있는바<sup>221)</sup> 이는 과거의 근로계약의 상대방에 대한 것이었다는 점에서 실질적 지배력이 문제 되는 사안과는 다른 차원의 사안이다.

따라서, 실질적 지배력설을 원용하여 원청에게 불이익취급의 부당노동행위에 대한 책임을 묻는 것은 적절치 않거나 굳이 그렇게 해야 할 당위성에는 의문이 있다고 생각한다.

한편, 우리 판례는 계약의 형식에 구애받지 않고 노무제공의 실태를 보아 지휘명령관계가 존재한다고 판단되는 때에는 종속적 노동관계를 인정하기 때문에 이러한 경우 불이익취급의 사용자성을 긍정할 수 있다고 보지만, 이런 경우에도 결국 부당노동행위의 상대방은 계약 관계의 상대방이라는 점을 유의할 필요가 있다.

## (2) 반조합계약(노조법 제81조 제2호)

반조합계약은 근로자가 어느 노조에 가입하지 않거나 탈퇴하거나 특정 노조의 조합원이 될 것을 고용조건으로 하는 것이므로 결국 계약체결의 문제이다. 계약을 체결하는 문제이므로 계약 상대방으로서의 명의자가 누구냐가 중요할 것이고, 통상적으로 반조합계약 부당노동행위 상대방은 근로계약 상대방인 사업주에 한정될 것으로 보인다. 경우에 따라서는 원청사용자가 하청기업에 실질적 지배력을 미쳐서 하청기업으로 하여금 하청근로자에 대해 반조합계약을 체결하도록 할 수도 있겠으나 이러한 경우라고 하더라도 지배개입의 부당노동행위로 포섭하여 처리하는 것이 가능하다는 점을 간과해서는 안 된다.

파견의 경우에도 파견사업주와 사용사업주, 파견근로자 3자간 관계에서 사용사업주가 파견사업주로 하여금 파견근로자에 대해 반조합계약을 체결하도록 한다면 마찬가지로 판단하면 되지 않을까 생각한다.

따라서 실질적 지배력설을 원용하여 원청에게 반조합계약 부당노동행위에 대한 책임을 묻는 것은 쉽지 않을 것이라 생각된다.

221) 万座硫黄事件(1952).

한편, 우리 판례는 계약의 형식에 구애받지 않고 노무제공의 실태를 보아 지휘명령관계가 존재한다고 판단되는 때에는 종속적 노동관계를 인정하기 때문에 이러한 경우 반조합계약의 사용자성을 긍정할 수 있다고 보지만, 이런 경우에도 결국 부당노동행위의 상대방은 계약 관계의 상대방이라는 점을 유의할 필요가 있다.

### (3) 단체교섭거부(노조법 제81조 제3호)

단체교섭은 헌법상 노동3권의 한 가지 내용이며 기본권의 제3자적 효력에 의해 사용자측에 직접 요구할 수 있는 사항이어서 사용자측에는 단체교섭의 무가 발생한다. 다만 이 때 노조가 요구하는 사항이 의무적 교섭대상이나 임의적 교섭대상이나도 중요한 고려사항이 될 수는 있을 것이다.

단체교섭의 대상이 되려면 우선 사용자가 법률상·사실상 처분할 수 있는 사항이라야 한다.<sup>222)</sup> 판례도 일찍부터 단체교섭사항에 해당하는지 여부는, 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 사항이 단체교섭의 대상인 단체교섭사항에 해당한다고 판시한 바 있다.<sup>223)</sup>

단체교섭거부의 부당노동행위에 있어서 사용자성이 인정되기 위해서는 해당 단체교섭요구에서 문제되는 사항에 대해서 처분할 수 있어야 할 것이다. 이 때 처분할 수 있어야 한다는 것, 즉 처분가능성은 법률상 처분가능성 외에도 사실상 처분가능성도 포함하는 것이다. 단체교섭거부의 부당노동행위와 지배·개입의 부당노동행위가 개념과 요건이 다르기 때문에 당사자적격의 인정 여부와 관련하여 그 판단기준을 표현하는데 있어서도 각각의 부당노동행위의 성격에 부합하는 표현이 필요하다고 본다. 그렇다면 단체교섭거부 부당노동행위의 여부에서 제시하는 처분가능성이라는 판단기준은 지배·개입의 부당노동행위의 판단기준에 관한 실질적 지배력설에서 말하는 실질적으로 지배하거나 영향력을 미치는 것과 표현은 다르지만 개념상 유사한 측면이 있다고 볼 수 있을 것이다.

222) 임종률, 노동법 제16판, 박영사, 2018, 137면.

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

노조법상 사용자는 그 종류가 3가지로 정해져 있는 것이긴 하지만 단체교섭요구에 있어서 원청 사업주가 하청 근로자의 근로조건에 대해서 처분할 수 있다면 원청 사업주 역시 노조법에서 정하고 있는 사용자 중 '사업주'에 해당할 수 있을 것이라고 본다. 다만 하청 근로자가 요구하는 사항이 무엇이나에 따라 원청 사업주가 처분할 수 있는지 여부는 달라질 것이므로, 단체교섭거부의 부당노동행위에 있어서 노조에 의해 지목된 원청이 부당노동행위의 상대방인 사용자가 되느냐 여부는 교섭이 요구된 대상사항이 무엇이나에 따라 차별적일 수 있을 것이다. 그리고 노조가 교섭을 요구하는 대상사항이 무엇이나에 따라서는 그 거부에 있어서 단체교섭거부의 부당노동행위의 상대방이 되는 사용자가 복수로 존재하는 경우도 가능할 수 있다.<sup>224)</sup>

단체교섭상의 사용자는 근로계약상 사용자이어야 한다는 견해가 있을 수도 있을 것 같지만 단체교섭상의 사용자는 근로계약관계에 있는 자에 국한될 필요가 없다고 보이는바, 단체교섭은 근로조건 유지 및 개선에 그 본질이 있다는 점에 착안하면, 단체교섭의 상대방으로서의 사용자가 되기 위해서는 첫째, 해당 근로조건(임금, 근로시간, 휴식, 작업환경, 산업안전보건, 신분보장 등), 둘째, 근로조건 유지 및 개선을 위한 노동조합 활동 등에 대한 '처분가능성'이 인정될 수 있는지가 중요하다.<sup>225)</sup> 한편, 근로조건 등에 대한 '처분가능성'은 근로계약관계 밖에서도 발생가능한데, 예컨대, 파견법에서 파견근로자와 근로계약관계에 있지 않은 사용사업주에게 사용자로서의 일정한 책임을 부담하게 하는 것은 근로조건에 대한 '처분권한'을 실질적으로 사용사업주가 가지고 있기 때문이라는 점에서 알 수 있다.

만약, 실질적 지배력설을 있는 그대로 원용한다는 관점에서 보자면, 부당노동행위의 주체로서 사용자는 근로계약 당사자인 사업주에 한정되지 않고, 비록 현실적인 근로계약의 당사자가 아니더라도, 단체교섭의 대상이 되는 근로조건에 관한 사항의 전부 또는 일부에 대하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정을 할 수 있는 지위에 있는 사업주는 그러한 영향력이나 지배력이 미치는 부분에서 발생한 단체교섭거부의 부당노동행위에 대해서는

224) 川口美貴, 前掲論文, 11頁.

225) 김기선, “원청사업주에 대한 사내하청 노동조합의 단체교섭 요구 거부”, 월간노사FOCUS, 한국공인노무사회, 2020.7, 10면.

구제신청의 상대방으로서의 사용자 즉 피신청인 적격이 있다는 식으로 논리 구성이 가능하긴 하다.

그런데, 실질적 지배력설에서 언급하는 ‘근로조건 등에 관하여 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위’와 ‘근로조건 등에 대한 처분가능성’이 대상이나 상황에 따라서는 그 범위나 크기에 있어서 중첩되는 부분이 있을 수는 있으나 반드시 같다고 보기는 어려울 수 있다는 점에서 지배·개입 부당노동행위의 사용자와 단체교섭거부 부당노동행위의 사용자가 동일하게 해석될 수 있는 것인지 또는 동일하게 해석되어야 할 당위성이 있는지는 의문이다.

단체교섭거부 부당노동행위 여부의 판단기준으로서의 처분가능성에 대해서 부연하자면, 처분가능성은 실제로 처분하였느냐 혹은 처분가능하였느냐 여부에 관계없이 객관적으로 보아 처분가능한 지위에 있느냐의 여부를 기준으로 판단할 수 있는 것이라고 본다. 또한 처분가능성은 그 대상이나 내용에 따라서는 법률적 관점에서 처분가능성 여부가 문제되는 경우도 있을 것이지만 사실적 관점에서 처분가능성 여부가 문제되는 경우도 있을 것이라고 본다. 예컨대, 원청기업이 하청 노조를 배려하여 공간을 비우거나 새로 마련하여 노조 사무실로 만들어주는 행위와 같이 사실행위를 통해 무엇인가 하청 노조가 원하는 바를 들어주는 것도 가능하기 때문이다. 그렇다면 처분가능성은 법률적 관점의 처분가능성과 사실적 관점의 처분가능성이라고 하는 두 가지 내용을 모두 포함하는 것이라고 하겠다.

처분가능성 = 법률상 처분가능성 + 사실상 처분가능성
-------------------------------

요컨대, 하청 노조에 대해 반드시 하청 사업주가 교섭상대방이 되어야 하는 것은 아니며, 하청이 없더라도 원청과 하청 노조 간의 단체교섭 및 협약 체결은 가능하며, 구체적 근로관계를 정하는 것이 아니라면 원청이 단체교섭을 못할 바도 아니며, 단체교섭을 하는 경우 그 대상사항이 임의적 교섭사항이나 의무적 교섭사항이냐에 따라서 차이는 있겠지만 경우에 따라서는 원청의 단체교섭거부가 부당노동행위가 될 수 있는 경우도 있을 것이라고 생각한다.

(예) 실제로 작업환경이나 직접고용 관련해서 하청 노조가 원청과 직접 교섭하고 단협 체결하거나 직접 교섭하여 해결하는 경우가 존재(콜러 노비타의 경우 하청 직원 전원을 사측과 하청노조간 교섭으로 일괄 정규직 전환 - 다만 이 경우는 고용여부라 임의적 교섭사항).

결국 중층적 고용구조에서 원청사용자(사업주)가 교섭에 응할 의무가 발생 하는지 여부와 관련해서는 대상별로 접근할 필요가 있고 결국 원청사용자 입장에서 그 대상에 대해 처분가능한 것인지 여부를 살펴야 할 것이다.

덧붙여, 모회사-자회사 간의 경우에는 모회사의 자회사에 대한 지배력이 원하청 관계에서보다 더 강할 것이기 때문에 노동관계상의 권리·의무에 관한 사항이든 근로조건의 유지·개선에 관한 사항이든 모회사는 자회사의 노조에 대해 단체교섭의무를 지게 될 가능성이 더욱 높고 모회사가 자회사 노조의 단체교섭요구를 거부하는 경우 단체교섭거부의 부당노동행위 상대방으로서의 사용자로 인정될 가능성이 더 높다고 할 것이다.<sup>226)</sup>

대상별로 처분가능성을 가지게 되는 근거와 관련하여서는 유형별로 분류하여 접근할 필요가 있다.

첫째, 근로계약에 의해 ‘처분가능성’을 가지게 되는 경우가 있는데, 근로계약의 성립과 관련된 사항, 임금 및 그 지급방법 등 근로계약의 이행과 관련된 사항, 근로자의 해고 등 근로계약의 종료와 관련된 사항이 이에 해당한다.<sup>227)</sup> 하청 근로자와 원청사용자 간에 명시적이든 묵시적이든 근로계약관계의 존재를 확인할 수 있다면 원청사용자에게 단체교섭의무를 인정될 수 있다.

둘째, 근로제공에 있어 노무지시권의 행사에 의해 ‘처분가능성’을 가지게 되는 경우가 있을 수 있다.<sup>228)</sup> 대표적으로 연장근로를 포함한 근로시간, 휴게, 휴일 등이 이에 해당할 수 있다. 예컨대, 계약관계와 사용관계가 분리되는 근로자파견의 경우, 파견법이 사용사업주에게 근로기준법 제50조부터 제55조까지(근로시간, 근로시간제, 연장근로, 휴게, 휴일), 제58조(근로시간 계산 특례), 제59조(근로시간 및 휴게시간 특례), 제62조(유급휴가 대체), 제63조 및

226) 川口美貴, 前掲論文, 12~13頁.

227) 김기선, 앞의 논문, 10면.

228) 김기선, 앞의 논문, 10면.

제69조부터 제75조(여성과 소년보호 조항)까지의 적용에 있어서는 사용자업주를 사용자로 취급하도록 규정하고 있어서(과건법 제34조 제1항) 근로제공에 있어서 노무지시권의 행사에 의한 처분가능성을 확인할 수 있는바, 원하청 관계에서도 이를 확인하게 되는 경우가 존재할 수 있다.

셋째, 근로제공에 있어서 노무지시권 행사 내지 노무지시의 모습이 없다고 하더라도 사업장 공간에 대한 '처분가능성', 사업장내 위험원(危險源)에 대한 지배 등으로 인해 단체교섭에 있어서 사용자가 될 수 있는 경우가 존재할 수 있다.<sup>229)</sup> 이러한 경우에 해당할 수 있는 것으로 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. 그런데 이러한 사항들과 관련해서는 법률상 처분가능성보다는 오히려 사실상 처분가능성이 더욱 의미있게 기능하는 경우들이 많을 수 있다고 보인다. ① 노동조합의 활동 보장과 관련해서는 사업장 공간에 대한 지배권을 가지고 있는 한, 이에 대한 '사실상 처분가능성'을 인정할 수 있다. 원청사용자는 자신의 사업장 공간에 대한 지배권을 가지고 있으므로 하청노조의 노조활동 관련하여 원청사용자의 시설관리와의 관계에서 단체교섭 및 협약체결의 여지가 존재한다. ② 직장 내 괴롭힘 금지 등은 근로기준법에서 규정하고 있으나 이는 근로계약관계가 존재하기 때문이 아니라 사업 또는 사업장 내에서 노무를 제공하는 자 모두에 대한 인격권이라는 보편적 인권보호의 측면에서 규정된 것으로 보는 것이 타당하다. 이는 근로기준법이 2019. 1. 15. 개정되면서 직장 내 괴롭힘 금지가 신설된 이후에 과건법이 2019. 4. 30. 개정되면서도 과건법에서 별도로 직장 내 괴롭힘 금지 규정의 준용을 명시하지 않은 것에서도 알 수 있다. 그밖에 균등대우원칙, 강제근로 금지, 폭행금지 등 근로기준법에서 근로관계의 기본원칙으로 규정하고 있는 사항들도 사업 또는 사업장 내에서 노무를 제공하는 자에 대한 인격권 보호의 취지에서 의무가 설정된 것으로 보는 것이 타당하고 따라서 사업 또는 사업장에 대한 법률상·사실상 처분가능성을 가진 자가 부담해야 할 것이라고 본다. ③ 산업안전보건 관련하여서는 「산업안전보건법」 제62조부터 제66조까지에서 도급인(도급사업주)에게 수급인 근로자에 대한 안전보건조치를

---

229) 김기선, 앞의 논문, 11면.

비롯한 일련의 조치의무를 부과하는 이유는, 근로를 제공하는 자에 대한 노무지시권을 가지고 있기 때문이 아니라 원청사업주가 사업장내의 위험원을 지배하고 있다는 것에 근거를 둔 것이다. 산업안전보건의 경우 법률에 의한 의무와 책임이 명시적으로 존재하는 것이므로 하청노조의 교섭요구에 대해 원청사용자의 교섭의무가 발생하는 것으로 보아도 된다고 본다.

임금, 복리후생 등의 문제는 계약관계를 기초로 하는 구체적인 근로조건이기 때문에 계약상대방 명의자 또는 명시적이든 묵시적이든 계약관계의 존재가 중시되므로<sup>230)</sup> 원청이 독자적으로 교섭상대방으로 등장하기는 어렵지 않을까 생각이 들지만, 근로시간, 휴식(휴게·휴일·휴가), 노조활동, 쾌적한 작업환경 기타 산업안전보건이나 직접고용 여부는 원청이 독자적으로 처분가능해서 실행이 가능한 부분이라 의무적 교섭대상의 경우 원청이 충분히 교섭에 응할 의무가 발생할 수 있다고 본다. 다만 구체적인 근로조건 중 하청사업주가 반드시 등장해야 하는 사항의 합의 내용은 결국 하청사업주를 거쳐서 이행되는 형식이라는 점은 간과해서는 안 될 것이다.

한편, 파견의 경우에는 파견법에서 파견사업주의 관장 사항과 사용사업주의 관장 사항을 구분하고 있고 세부적 근로조건 결정 및 이행은 파견계약을 통해 이루어진다는 점에서 파견근로자 노조와 사용사업주 간의 단체교섭 및 협약 체결의 문제는 이러한 점을 고려하여 구분하여 판단할 수 있을 것으로 보인다. 근로자파견에서는, 사용사업주는 파견근로자에 대한 관계에서 근로계약의 당사자로서 사용자는 아니지만, 파견근로자의 작업시간·작업환경·휴식(휴게, 휴일, 휴가 등) 등의 근로조건을 처분가능하였다면 그 근로조건 등에 관하여는 사용자의 지위를 가지므로 이에 관해서는 파견근로자 노조의 단체교섭 요구에 응하는 것이 타당하지 않은가 생각된다. 그러나 파견근로자 노조가 요구할 수 있는 단체교섭 사항은 사용사업주가 처분가능할 수 있는 근로조건에 관한 것이어야 하므로 처분가능성이 미치지 않는 근로계약 갱신, 퇴직금 지급, 유급휴일·휴가에 대한 임금지급 등 근로계약 당사자 관계와 견련되어 있는 근로조건에 관한 단체교섭의 요구는 사용사업주가 이를 거부하더라도 부당노동행위에 해당할 수 없다고 본다. 그밖에 사용사업주

230) 계약명의자가 중요하게 구분되는 것과 관련해서는 파견법 제34조 제3항이 유급휴일 또는 유급휴가 부여는 사용사업주의 관장 사항으로 규정하면서도 해당 휴일 또는 휴가에 지급되는 임금은 파견사업주의 의무로 규정하고 있는 점을 참조할 필요가 있다.

가 사업장 공간에 대한 지배권이라든가 위험원에 대한 지배책임으로 인해 독자적으로 처분가능한 사항이라든가 보편적 인격권 보호의 취지에서 사용사업주가 독자적으로 이행할 책임이 있는 직장 내 괴롭힘 금지 등 쾌적한 작업환경 등에 관한 사항에 대해서는 파견근로자 노조와 사용사업주 간에 곧바로 단체교섭 및 협약체결이 가능한 경우도 있을 것으로 보인다.

관련사례: 한국○○○공사 가처분이의 사건(대전지방법원 2012.3.15. 자 2011카합1209 결정)

[사실관계] 한국○○○공사와 청소용역계약을 체결한 A하청회사 소속의 시설.청소근로자는 전국○○○○○서비스노조(이하 '○○○○노조') 대전지역일반지부 ○○○공사회를 결성한 후 2011. 3. 28.부터 수차례에 걸쳐 ○○○○공사에 단체교섭을 요구했다. 그러나 ○○○○는 "하청업체 근로자와 근로계약관계를 맺고 있지 않다"는 이유로 단체교섭에 응하지 않았다. 노동조합은 정년연장, 업무범위 조정, 폐지처분 대금, 휴게공간 개선, 노조 사무실 제공, 연장근로 조정 등에 대해 원청업체가 실질적으로 지배.결정할 수 있는 지위에 있다는 이유를 들어 단체교섭응낙 가처분신청을 하였다. 단체교섭응낙 가처분신청 사건에 대한 결정(대전지법 2011.10.6.자 2011카합782 결정)에서는, 단체교섭의 사용자는 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 해당한다는 전제에서, 폐지처분, 휴게공간 개선, 노조 사무실 제공, 연장근로 조정, 업무범위 조정 등 일부 사항들에 대한 원청업체의 교섭의무를 인정하고(즉, 부분적 단체교섭의무의 인정), 노동조합 측의 가처분 신청 및 간접강제 신청을 받아들였다(대전지방법원 2011. 10. 6. 선고 2011카합782 결정).

그러나 이 가처분 결정에 대해 한국○○○공사에서 이의신청을 하였고, 이의신청에 대한 결정 사건에서는 원청업체의 단체교섭응낙의무를 부인하며 원결정을 취소하였다. 이에 대해 ○○○○노조는 항고하였으나 더 이상 다투지 않고 항고를 취하하여 원결정 취소가 확정된 바 있다.

[결정요지] <1> 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 정도



로 현실적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는 그 한도 내에서 단체교섭의무가 있는 사용자에게 해당한다. <2> 종전 용역업체와 체결한 청소 및 시설관리 도급계약의 계약특수조건 등에 청소용역 근로자들의 업무수행과 관련한 규정이 존재하였고, 그에 따라 채무자가 청소용역 근로자들의 업무수행에 일정 정도 관여하여 왔다는 사정만으로는 채무자가 근로자들의 별지 목록 기재 근로조건에 대하여 근로계약상의 사용자와 같이 볼 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있다고 보기 어렵고, 달리 이를 소명할 자료가 없다.

가처분신청사건의 결정과 이의신청사건의 결정은 실질적 지배력설을 그 판단의 기초로 하고 있고 부분적 사용자성이라는 개념을 인정하는 것 같으면서도 그 판단기준을 언급함에 있어서는 상당한 차이를 보인다. 가처분신청사건의 결정에서는 '근로조건 등에 관하여 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위'에 있으면 원청도 단체교섭의무가 있는 사용자로 볼 수 있다고 하였으나, 이의신청사건의 결정에서는 '근로조건 등에 관하여 근로계약상 사용자와 같이 볼 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위'에 있어야 원청도 단체교섭의무가 있는 사용자로 볼 수 있다고 하였다. 이의신청사건의 결정은 실질적 지배력설의 판례 법리 관점에서 보아도 실질적 지배력설의 판단기준에서 상당 부분 후퇴하여 대단히 보수적으로 판단을 한 것이라 평가할 수 있다. 이의신청사건의 결정은 이론적 관점에서는 부분적 사용자성 개념을 인정하는 듯한 느낌을 주면서도 구체적 사건 판단에서는 원청사용자의 사용자성을 사실상 부정하는 듯한 태도를 보이고 있어 실질관계에 부합하는 것인지 의문이 있다.

## 6. 제3자에 의해 부당노동행위가 이루어지는 경우

사용자가 교섭권한을 위임한 변호사 등이 불성실한 단체교섭을 하거나 단체교섭을 해태 내지 거부하거나 사용자가 채용 및 인사고과 등을 외부로 위탁하였는데 위탁회사가 조합차별을 하는 등, 현실적 부당노동행위자가 원청관계나 파견관계와는 전혀 다르게 사업 또는 사업장 외부의 제3자가 되는 경우도 생각해볼 수 있다. 그밖에 예컨대, 경비원조라든가 노조전임자 급여

지급 등의 경우에도 사업 또는 사업장 외부의 제3자가 지급하는 것도 생각해볼 수 있다.

이러한 경우, 해당 부당노동행위의 책임을 사용자인 사업주에게 돌릴 수 있는지의 여부가 쟁점으로 등장하게 되며, 현실적 행위자가 인사노무관리상 '사용자'인 기업을 대표하는 입장에 있었는지, 사용자인 기업(그 대표자)에게 그 뜻을 알렸는가 내지는 지시를 받았는지, 사용자인 기업은 부당노동행위가 발생하지 않도록 감독의무를 지니고 있었는지 등 행위자와 '사용자'와의 관계를 검토하여 사용자에 대한 책임귀속 유무를 판단할 필요가 있을 것이다.<sup>231)</sup>

## 제4절 회사분할과 부당노동행위

### 1. 문제의 소재

회사분할 이전에 발생한 부당노동행위로 인하여 발생한 위법한 결과(예컨대 차별적 사고고과)가 회사분할의 결과 신설회사로 그대로 승계되는 경우 등 회사분할을 전후하여 부당노동행위가 발생한 경우에는 ① 회사분할의 효력발생 이전에 분할회사에 발령된 구제명령이 신설회사에게도 효력을 갖는지(구제명령의 승계 문제), ② 회사분할의 효력발생 이전에 분할회사에서 발생한 부당노동행위 사실에 대하여 신설회사를 상대로 부당노동행위 구제신청을 할 수 있는지(부당노동행위 사실의 승계 문제), ③ 회사분할이 부당노동행위에 관한 형사책임에 어떠한 영향을 주는지 등이 문제될 것이다.

한편, 회사분할의 경우 고용의 전속성에 관한 민법 제657조 제1항의 적용을 배제하여 근로자의 반대에도 불구하고 근로관계를 신설회사로 승계할 수 있다는 취지의 2013년 대법원 판결과 회사분할 시 단체협약의 채무적 부분은 신설회사로 승계되지 않는다는 하급심 결정에 따르면, 분할회사가 기존의 근로자 중 노동조합에 가입한 근로자만을 신설회사로 승계시키는 등의 방법으로 노동조합의 활동을 위축을 도모할 여지가 생긴다. 이와 같이 기업이 회사분할이라는 기업재편방법을 부당노동행위의 도구로 사용한 경우, 그러한 회사분할의 법적 효력을 인정할 수 있는지 문제된다.

231) 菅野和夫(이정 역), 앞의 책, 613면.

## 2. 부당노동행위 책임의 승계

### 가. 부당노동행위 구제명령의 승계

회사분할의 효력이 발생하기 전에 노동위원회가 분할회사에게 발령한 부당노동행위 구제명령의 효력이 신설회사로 승계되는가의 문제는 회사분할 시 행정처분의 승계의 문제와 관련된다.

회사분할 시 행정처분의 승계와 관련하여 최근 대법원은 대법원 2019. 4. 25. 선고 2018다244389 판결<sup>232)</sup>에서 “만약 분할회사의 법 위반행위가 분할신설회사에 승계되지 않는다고 한다면 법 위반행위를 한 회사가 법인분할을 통하여 제재처분을 무력화할 여지가 있어 입찰참가자격 제한 제도의 실효성을 확보할 수 없는 점 등을 종합하여 이 사건 처분의 효과는 원고에게 승계된다고 판단”한 원심판결<sup>233)</sup>의 판단을 지지하였다. 위 판결의 1심 판결<sup>234)</sup>은 부정당업자 제재처분의 경우 설비·인허가 등 사업자산에 대해 내려지는 대물적 처분이 아니라 공법상 의무를 위반한 당사자에게 일신전속적으로 부과되는 대인적 처분으로서 그 효과가 분할신설회사에는 승계되지 않는다고 판단하였으나, 항소심에서는 입찰참가자격 제한처분이 성질상 이전을 허용하지 않는 일신전속적인 것이라고 볼 수 없다고 판단하였고, 대법원도 항소심의 판단을 유지한 것이다.

위 판결의 이유 중 ‘만약 분할회사의 법 위반행위가 분할신설회사에 승계되지 않는다고 한다면 법 위반행위를 한 회사가 법인분할을 통하여 제재처분을 무력화할 여지가 있다’는 부분에 주목해 보면, 회사분할의 효력이 발생하기 전에 노동위원회가 분할회사에게 발령된 부당노동행위 구제명령의 효력이 신설회사로 승계된다는 해석될 여지도 있다고 생각된다. 그러나 부당노동행위 구제명령은 구제명령의 대상이 되는 부당노동행위를 한 사용자를 상대로 부당노동행위의 결과를 제거할 것을 명령하는 취지의 제도라는 점에서

232) 이 판결은 입찰담합을 했다는 이유로 공정거래위원회로부터 제재를 받은 후 발주자로부터도 부정당업자 제재처분(6개월)을 받았던 회사가 6개월간 공공입찰에 참여하지 못하게 되자, 공공입찰 사업부문을 분할하여 신설회사를 설립하고, 그 후 신설회사는 조달청이 발주하는 공공입찰에서 낙찰 받았으나 조달청은 제재처분의 효과가 신설회사에 승계된다는 이유로 위 각 입찰을 무효처리 한 사안에 관한 것이다.

233) 서울고등법원 2018. 5. 31. 선고 2018나2010683 판결.

234) 서울중앙지방법원 2018. 1. 26. 선고 2017가합562078 판결.

대인적 처분의 성격이 강하다는 점을 고려할 때, 회사분할의 효력이 발생하기 전에 노동위원회가 분할회사에게 발령된 부당노동행위 구제명령의 효력은 신설회사로 승계되지 않는다고 해석함이 타당하다고 생각된다.

## 나. 부당노동행위 사실의 승계와 구제명령의 피신청인 적격

### (1) 부당노동행위 사실의 승계

분할기일 이전에 발생한 부당노동행위에 대하여 신설회사를 상대로 부당노동행위 구제신청을 제기할 수 있는지와 관련하여서는 먼저 회사분할로 부당노동행위라는 사실 자체가 신설회사로 승계될 수 있는지 검토되어야 할 것이다.

이와 관련하여 회사분할 이전에 이루어진 위법한 공동행위를 이유로 회사분할로 신설된 신설회사에 과징금을 부과한 사건에서 대법원은 “회사분할시 신설회사 또는 존속회사가 승계하는 것은 분할하는 회사의 권리와 의무라 할 것인바, 분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금이 부과되기 전까지는 단순한 사실행위만 존재할 뿐 그 과징금과 관련하여 분할하는 회사에게 승계의 대상이 되는 어떠한 의무가 있다고 할 수 없으므로, 특별한 규정이 없는 한 신설회사에 대하여 분할하는 회사의 분할 전 법 위반행위를 이유로 과징금을 부과하는 것은 허용되지 않는다.”고 판시한 바 있다.<sup>235)</sup> 권리·의무가 아닌 사실관계는 회사분할로 신설회사에 승계되지 않는다는 점을 명확하게 밝힌 위 판결의 취지상 분할계획서에 사실관계가 신설회사에 승계된다는 취지를 기재하더라도 승계의 효력이 없다고 해석하여야 할 것이다.

다만, 위 판결은 ‘분할 전 법 위반행위’에 대하여 신설회사에게 과징금을 부과한 사안에 관한 것이므로, 회사분할 이전에 발생한 부당노동행위 사실이 회사분할의 효력이 발생한 이후 신설회사에서 계속되는 경우 그러한 위법상태의 시정을 목적으로 하는 행정처분도 허용되지 않는다는 의미는 아니라고 생각한다. 따라서 분할기일 이전에 부당노동행위가 발생하였다는 사실 그 자체가 회사분할로 신설회사로 승계되지 않지만, 분할기일 이전에 발생한 부당노동행위의 결과가 분할의 효력이 발생한 이후에도 계속되는 경우(예컨대 차

235) 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006두18928 판결 [시정조치등취소] [공2007하, 2055].

별적 인사고과에 근거하여 산정된 임금결정이 신설회사에서도 계속되는 경우) 분할기일 이후 기간에 발생한 결과에 대해서는 신설회사가 부당노동행위에 대한 책임을 부담한다고 보아야 할 것이다. 이러한 책임은 분할회사가 행한 부당노동행위 사실이 신설회사로 승계되었음에 근거한 것이 아니라 신설회사 스스로가 부당노동행위라는 위법한 상태를 교정하지 아니하였다는 사실에 근거한 것이기 때문이다.

요컨대, 분할기일 이전에 분할회사에서 발생한 부당노동행위로 발생한 부당한 결과가 회사분할의 효력이 발생한 이후에도 계속되는 경우에는 신설회사를 상대로 부당노동행위 구제신청을 할 수 있다고 보아야 할 것이다.

## (2) 분할기일 이전에 발생한 부당노동행위 사실에 대한 구제신청의 상대방

전항에서 검토한 바와 같이 부당노동행위 사실 자체는 승계되지 않으므로 회사분할의 법률효과가 발생하기 전에 발생한 부당노동행위에 대한 구제신청의 피신청인은 분할회사가 되어야 할 것이다.

만일, 이러한 부당노동행위 사실이 분할회사에 잔존하는 사업부문만에 귀속되는 것이라면 기존 노동조합이나 분할회사에 잔류하는 근로자가 분할회사를 상대로 부당노동행위 구제신청을 하면 될 것이므로 특별한 법적 문제는 없다.

그런데, 그러한 부당노동행위 사실의 전부 또는 일부가 신설회사로 승계된 사업부문과 관련이 있는 경우 신설회사로 승계된 근로자가 분할회사를 상대로 부당노동행위 구제신청을 할 수 있는지 문제될 것이다. 이는 부당노동행위 사실 자체는 신설회사로 승계되지 않으므로 회사분할 이후 신설회사로 승계된 근로자와의 관계에서 분할회사의 사용자성을 긍정할 수 있는지와 관계된다.

일본 도쿄지방법판소는 2008년 모리타·모리타에코노스 사건에서 “노동조합법에서 말하는 사용자성을 기초 짓는 노동계약관계는 반드시 현실의 노동계약관계만을 말하는 것이 아니라, 이에 근접하는 과거 시점에서의 노동계약관계의 존재도 노조법상 사용자성을 근거짓는 요소가 된다고 해석함이 상당하고, 본건 회사분할 후 법률관계의 변동을 이유로 분할회사가 신설회사에 승계된 조합원으로 구성된 노동조합의 조합원과의 관계에서 사용자의 지위를

않지 않는다”는 취지로 판시하였으며,<sup>236)</sup> 2016. 8. 17. 개정된 근로계약승계 지침은 “고용주 이외의 사업주도 그 근로자의 기본적인 근로조건 등에 대해 고용주와 부분적으로 하지만 동일시할 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는 그 범위 내에서 사용자에게 해당한다는 등의 판례가 축적되어 있음을 유의하라”고 명시하였다.

일본에서의 논의를 고려해 보면, 회사분할 이전에 있었던 부당노동행위에 대해서는 가까운 과거에서의 근로계약관계에 기초한 노동조합법상 사용자성을 긍정하는 해석이 가능할 것으로 생각된다. 물론, 분할기일 이후 신설회사에서 발생한 부당노동행위에 대하여는 당연히 신설회사를 피신청인으로 하여 부당노동행위 구제신청을 해야 할 것이다.

### 3. 부당노동행위의 수단으로 실시된 회사분할

회사분할의 경우 고용의 전속성에 관한 민법 제657조 제1항의 적용을 배제하고 근로자의 반대에도 불구하고 근로관계를 신설회사로 승계할 수 있다는 취지의 2013년 판결 및 회사분할의 경우 단체협약의 채무적 부분은 신설회사로 승계되지 않는다는 하급심 판결에 따르면, 분할회사는 자신이 고용하고 있던 근로자 중에서 노동조합에 가입한 근로자들을 신설회사로 승계시키는 방법으로 노동조합의 활동을 위축을 도모할 여지가 생긴다.

예컨대 A사에 재직하는 1,000명의 근로자 전원이 甲노동조합에 가입해 있고, A사와 甲노동조합 간에 조합사무실의 제공, 근로시간면제 등의 내용이 담긴 단체협약이 체결되었다고 가정해 보자. A사는 물적분할을 통하여 분할회사인 A사에는 유가증권 등 자산만을 남겨두고 신설회사인 B회사에게 기존의 사업 전부를 이전하면서 기존의 근로자 전원의 근로관계를 B회사로 승계할 수 있다. 회사분할과 영업양도의 차이점 등을 이유로 단체협약의 채무적 부분의 승계를 부정하는 하급심 판결의 견해를 고수할 경우, 이러한 회사분할로 甲노동조합은 신설회사인 B회사는 물론 분할회사인 A사에게도 기존의 단체협약에 규정된 조합사무실의 제공, 근로시간면제 등을 주장할 수 없게 된다. 만일, A사가 甲노동조합의 조합활동에 대한 혐오에서 이러한 회사분할을 한 것이라면, 이러한 회사분할은 노동조합법 제81조 제4호에서 규정한 지

236) 國·中勞委〔モリタほか〕事件：東京地判 2008. 2. 27.

배·개입의 부당노동행위를 구성한다고 평가하여야 할 것이다.

다른 사례로, A사에 소속된 1,000명의 근로자 중 510명은 甲노동조합에, 490명은 乙노동조합에 각 가입한 경우를 가정해 보자. 만일 교섭창구단일화 절차를 거쳐 甲노동조합 교섭대표노동조합으로 결정되어 A사와 단체교섭을 진행하는 도중에 A사가 물적분할을 통하여 기존 공정의 극히 일부만을 신설 회사인 B회사로 이전하면서 甲노동조합에 가입한 근로자 30명과의 근로관계를 B회사로 승계한다면, 이러한 회사분할의 효력이 발생한 이후 분할회사인 A사에 잔류하는 970명의 근로자 중 480명은 甲노동조합의 조합원이고, 490명은 乙노동조합의 조합원이므로 甲노동조합과 乙노동조합의 조합원의 수가 역전되어 장래의 교섭창구단일화 절차에서 甲노동조합에서 乙노동조합으로 교섭대표노동조합이 교체될 가능성이 있다. 만일, A사가 甲노동조합의 조합 활동에 대한 혐오에서 이러한 회사분할을 한 것이라면 이러한 회사분할 또한 노동조합법 제81조 제4호에서 규정한 지배·개입의 부당노동행위를 구성한다고 평가되어야 할 것이다.

위에서 가정한 두 가지 사례의 경우에는 A사가 회사분할을 한 동기가 甲노동조합의 조합활동을 위축시키려는 부당노동행위 의사에 있음은 비교적 명백하게 인정될 수 있을 것으로 생각한다. 이와 같이 부당노동행위의 수단으로 실시된 회사분할과 관련하여 그러한 회사분할로 인하여 손해를 입은 노동조합이 손해배상을 청구할 수 있는지 및 그러한 회사분할 자체의 사법상 효력을 부정할 수 있는지가 문제될 것이다.

### 가. 분할무효의 소

기업이 노동조합 활동을 위축시키기 위하여 회사분할이라는 기업재편수단을 이용한 경우 이러한 행위가 노동조합법 제81조 제4호 소정의 지배·개입의 부당노동행위에 해당한다면 그러한 회사분할의 사법상 효력은 부정되어야 할 것이다. 현행 상법의 해석상 분할계획의 내용이 사법상의 일반원칙인 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하거나 그 내용이 강행규정에 위반되거나 현저히 불공정한 경우도 회사분할의 무효원인이 된다.<sup>237)</sup>

상법 제530조의11 제1항은 회사분할에 관하여 상법 제529조의 합병무효의

237) 이철송, 「회사법강의(제25판)」, 박영사, 2017, 1137면.

소의 규정<sup>238)</sup>을 준용하도록 규정하고 있는바, 이는 합병무효의 소에 관한 법리를 분할에도 원용하도록 하는 취지로 해석될 수 있다. 따라서 노동조합은 ‘분할을 승인하지 아니한 채권자’의 지위에서 분할등기가 있는 날로부터 6월 내에 분할무효의 소를 제기할 수 있다고 생각된다.

문제는 회사분할이 부당노동행위의 목적으로 실시되었다는 사정이 분할무효의 원인으로 인정될 수 있는가이다. 만일 이러한 부당노동행위 의사에 근거한 회사분할의 사법상 효력을 무조건 긍정할 경우 사용자는 회사분할이라는 수단을 남용하여 기존의 사업부문을 완전자회사에 승계시키는 방식으로 단체협약상의 의무에서 벗어날 수 있음은 물론 작업공정의 일부를 완전자회사에 승계시키면서 특정 노동조합에 가입한 근로자만을 완전자회사로 승계시키는 방식으로 교섭대표노동조합의 교체를 도모할 수도 있게 될 것이다.

부당노동행위의 수단으로 회사분할을 이용한 경우 그러한 회사분할의 사법상 효력이 문제가 정면으로 다루어진 국내의 사례나 학설은 찾아보기 어렵다. 다만, 부당노동행위 의사로 회사를 해산한 경우 그러한 해산결의의 유효성에 관한 논의를 참고해 보면,<sup>239)</sup> ① 노동조합의 건전한 발전을 보호하는 것은 현재의 사회적·경제적 질서의 요청이고 노동조합의 합법적 조직 활동을 탄압하고 이것을 붕괴시키는 것을 결정적 원인으로 회사를 분할하는 것은 영업의 자유의 남용으로서 허용되기 어려우며, ② 이러한 회사분할 결의는 단결권의 보장에 관한 헌법의 취지에 위반하는 것으로 공서양속에 위반하고, ③ 회사분할 결의의 동기도 법률행위의 내용으로 평가될 수 있으며 회사분할 결의의 내용·동기·목적은 종합적으로 파악하여 이것들이 일체로서 회사분할결의의 무효의 원인을 형성할 수 있다는 점을 고려할 때 회사분할이 기업경영상의 이유가 아니라 노동조합활동에 대한 혐오라는 부당노동행위 의사에 기인한 것이 명백한 경우에는 그러한 회사분할결의는 무효로 평가되어야 할 것이다. 요컨대 노동조합의 파괴를 결정적 원인으로 하는 회사분할은 영업의 자유의 남용임은 물론 공서양속에 위반하는 것으로 무효라는 평가되어야 할 것이다.

238) 상법 제529조(합병무효의 소) ① 합병무효는 각 회사의 주주·이사·감사·청산인·파산관재인 또는 합병을 승인하지 아니한 채권자에 한하여 소만으로 이를 주장할 수 있다. <개정 1984.4.10.>

② 제1항의 소는 제528조의 등기가 있는 날로부터 6월내에 제기하여야 한다. <개정 1984.4.10>

239) 권오성, “위장폐업의 노동법상 문제점에 관한 소고”, 「판례연구」 제22집 제1권, 서울지방변호사회, 2008, 19면.



한편, 분할무효의 소에서 원고 승소 판결(무효판결)이 확정된 때에는 그 판결은 제3자에 대해서도 그 효력이 있다(대세적 효력).<sup>240)</sup> 다만, 그 판결은 판결확정 전에 생긴 주주 및 제3자 간의 권리의무에는 영향을 미치지 아니한다(소급효의 배제).<sup>241)</sup>

## 나. 행정상 구제

기업이 노동조합 활동을 위축시키기 위하여 또는 교섭대표노동조합의 교체 등 노동조합의 활동에 개입하기 위하여 회사분할을 실시한 경우 이러한 행위는 노동조합법 제81조 제4호에서 규정한 지배·개입의 부당노동행위에 해당할 것이다. 따라서 노동조합은 노동위원회에 분할회사를 상대로 부당노동행위의 구제를 신청할 수 있을 것인바, 이러한 신청에 대하여 노동위원회가 어떠한 내용의 구제명령을 발령할 수 있는지 문제될 것이다.

상법 제530조의11 제1항은 회사분할에 관하여 상법 제529조의 합병무효의 소의 규정을 준용하도록 규정하고 있으며, 이러한 분할무효의 소는 형성의 소로써 이러한 분할무효의 소 이외에 방법으로 회사분할 자체의 사법상 효력을 부정하는 것은 해석상 허용되기 어렵다고 생각한다. 따라서 회사분할이 부당노동행위를 구성하는 것으로 평가되는 경우에도 노동위원회가 회사분할의 무효를 선언하는 취지의 구제명령을 발령하기는 어렵다고 생각된다. 다만, 노동위원회가 구제명령으로 그러한 회사분할이 노동조합법 제81조 제4호에 위반한 부당노동행위에 해당함을 확인하고, 만일 아직 분할기일이 도래하지 아니하여 회사분할이 효력이 발생하지 않은 경우에는 분할절차의 중지(中止)를 명령하는 것은 가능하다고 생각한다.

한편, 노동위원회가 분할회사에게 회사분할 이후 조합사무실이나 근로시간 면제 등 기존의 단체협약의 채무적 부분에 관한 사항의 처리에 관한 사항 등에 관하여 노동조합과 협의를 하라는 취지의 구제명령을 발령하는 것도 가능할 것으로 생각한다.

240) 상법 제530조의11 제1항, 제240조, 제190조 본문.

241) 상법 제530조의11 제1항, 제240조, 제190조 단서.

#### 다. 형사적 구제

노동조합 활동에 관한 개입 등 부당노동행위 의사로 회사분할을 실시한 경우 이러한 행위는 노동조합법 제81조 제4호에서 규정한 지배·개입의 부당노동행위를 구성하고, 따라서 사용자인 분할회사는 부당노동행위에 관한 형사책임을 부담한다. 다만, 앞에서 살펴본 바와 같이 부당노동행위로 인한 형사책임을 형사책임의 성질상 신설회사에 승계될 수 없으므로 신설회사에게 형사책임을 물을 수는 없다.

따라서 회사분할로 수 개의 신설회사를 설립하고 분할회사는 소멸하는 소멸분할의 경우에는 분할회사에게 부당노동행위에 대한 형사책임을 물을 수는 없게 된다. 다만, 사업주인 분할회사의 법인격이 소멸한다고 하더라도 부당노동행위 발생 당시의 분할회사의 대표이사 등 사업의 경영담당자나 공장장 등 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자도 노동조합법상 사용자에 해당한다. 따라서, 이들은 부당노동행위에 대하여 분할회사의 공범(共犯)이 아니라 자신의 사용자 신분에 근거한 정범(正犯)에 해당하므로, 소멸분할로 분할회사가 청산절차 없이 소멸하였다고 하더라도 이들의 형사책임은 그대로 남는다고 할 것이다.

#### 4. 정리

회사분할을 전후한 부당노동행위와 관련해서는 형사책임과 부당노동행위 구제신청 관련 책임의 승계 가능성을 검토하였고, 부당노동행위 구제신청의 피신청인 적격을 살펴보았다. 또한, 부당노동행위의 수단으로 회사분할을 실시한 경우의 구제방법을 검토하였다. 회사분할이 기업 경영상의 이유가 아니라 노동조합활동의 혐오 등 부당노동행위 의사에 기인한 경우에는 분할무효의 소를 제기하는 방법으로 회사분할의 사법상 효력을 다룰 수 있다.

## 제5절 소결

### 1. 쟁점의 정리

노조법에서는 사용자는 부당노동행위를 해서는 안 된다고 규정하면서 부당노동행위의 종류를 나열하고 있다. 그런데 부당노동행위가 있었다고 주장하는 근로자 또는 노동조합이 지적하는 상대방에 대해 부당노동행위 책임을 귀속시킬 수 있을 것인가가 부당노동행위의 판단구조이다. 규정형식은 ‘사용자 → 부당노동행위’ 구조인데 비해 판단구조는 ‘부당노동행위 → 사용자’이기 때문에 사용자 규정이 통일적으로 해석되어야 할 이유는 없다. 즉 부당노동행위 유형에 따라서 근로자 또는 노조에 의해 지목되는 상대방에 대해 해당 부당노동행위 책임을 귀속시킬 수 있는 사용자인지 여부가 달라질 수 있다.

근로자에 대해 직접적인 근로계약의 당사자인 경우 부당노동행위에 대한 사용자 책임을 지는 상대방이 된다는 점에 대해서는 의문이 없다. 그런데 현재 문제되는 쟁점은 원하청구조라든가 중층적 노동관계로 인하여 직접 근로계약관계 뒤에 있는 원청에 대해 부당노동행위 상대방으로서의 책임을 물을 수 있을 것인가가 문제된다. 부당노동행위 유형에 따라서 원청에 대해 부당노동행위 책임을 물을 수 있는지 여부가 달라질 것이다. 일단 지배·개입의 경우 우리 판례가 실질적 지배력설을 원용하여 원청에 대한 부당노동행위의 사용자성을 인정한 바 있다. 향후 크게 쟁점이 될 것으로 예상되는 것은 원청이 단체교섭거부의 부당노동행위의 사용자가 될 수 있을 것인가인데 노조가 요구하는 대상사항에 대해 원청이 법률상·사실상 처분가능한 상황이 있다면 직접 근로관계의 사용자가 아닌 원청에게도 얼마든지 부당노동행위의 상대방으로서의 사용자 책임을 물을 수 있게 될 것이라고 본다.

원하청관계에서 원청기업이 단체교섭거부의 부당노동행위의 구체명령의 상대방으로서의 당사자적격이 있는지 여부와 관련하여 구체적인 판단기준을 제시해보면, 다음과 같다.

구체적 판단기준은 두 가지 단계로 구분하여 검토해 볼 수 있다. 첫째는, 원하청 간의 대등관계 여부를 판단하기 위해 하청의 원청에 대한 의존성 내지 종속성 유무에 대한 것이며, 둘째는 원청의 하청에 대한 우월적 지위를 전제로 하여 하청 근로자의 근로조건 등에 대한 원청의 처분가능성 유무이다.

## 2. 하청의 원청에 대한 의존성 내지 종속성 유무에 대한 판단

하청노동조합이 원청을 상대로 교섭을 요구하는 근본 이유는 자신들의 요구사항에 대한 처분가능성이 하청업체에게 없기 때문이다. 이는 하청업체 자체가 원청에 종속되어 있기 때문이라 할 수 있으므로, 하청이 원청에 대해 경제적으로 의존하고 있는지, 하청이 도급업무의 구체적 수행에 대한 처분권이 있는지 여부 등에 대한 판단이 요구된다. 이를 판단하기 위하여 노동위원회가 당사자들에게 질문할 사항을 정리하면 다음과 같다.

### 가. 업무내용결정에 대한 의존여부

- ① 원청이 하청업체의 작업 내용 전반에 관하여 직접 관리하는지
- ② 원청이 하청의 작업 일시, 작업 시간, 작업 장소, 작업 내용 등에 관하여 실질적·구체적으로 결정하는지? 실제로 원청의 하청에 대한 지시는 어떤 내용으로 이루어지는지? 그러한 결정권한은 무엇에 근거하는지, 예를 들면 도급계약인지, 관행인지, 거래관계에서의 우월적 지위인지 등.
- ③ 하청은 ②와 같이 결정된 사항에 대하여 (1) 이를 변경하거나 수정하는 것이 제시하는 것이 가능한지, (2) 만약 변경 또는 수정한다면 어떤 범위에서 얼마나 가능한지, (3) 변경 또는 수정시 어떤 불이익을 입는지? 도급계약 위반에 의한 계약해지인지, 손해배상청구인지 등, (4) 하청 중 실제로 이러한 불이익을 입은 사례가 있는지?
- ④ 하청은 원청에 의해 결정된 ②의 각 사항의 이행과 관련하여 어느 정도의 재량권을 가지는지? 예를 들면, 원청이 결정한 각 사항에 따라 어느 근로자를 종사시킬지 여부를 결정하는 것에 불과한지.
- ⑤ 하청은 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비, 장비, 전문성 등을 갖추고 있는지 아니면 원청이 하청에 대하여 작업 도구, 작업자재 등 작업에 필요한 물품을 제공하고, 관련 기업조직에 관한 경영자문이나 컨설팅을 하는지?
- ⑥ 하청이 수급한 업무는 (1) 원청 사업장 내에서만 행해질 수 있는지, (2) 원청 근로자들과 혹은 원청의 다른 하청업체들과의 협업이 불가결하게 필요한지, (3) 원청의 업무 프로세스 중 일부를 구성하는지, (4) 원청의

사업장 밖에서 이루어지거나, 원청 또는 다른 하청과의 협업이 불필요하다면, 동일한 업무를 현재의 사업장 환경이나 인력구성을 유지하면서 원청의 경쟁업체를 위해서도 제공하는 것이 가능한지?

#### 나. 원청의 경제적 종속성 검토

- ⑦ 하청은 원청 이외에 다른 독자적인 거래선을 가지고 있는지 여부. 하청의 원청에 대한 수입의존도는 어느 정도인지?
- ⑧ 하청이 원청과의 도급계약 체결을 전후하여 인적 구성 및 물적 자산에 어떤 변동이 있었는지 여부. 만약 도급계약 체결 후 새로운 인적구성과 물적 자산을 갖추게 되었다면, 그러한 인적 구성과 물적 자산의 획득 경로는 어떠한지? 이전 하청업체로부터 이전(직원의 경우 퇴사 후 신규채용, 자산의 경우 양수도계약 등) 받는 것이 주를 이루는지?
- ⑨ 하청은 원청과의 계약이 종료되는 경우 (1) 사업의 영위가 실질적으로 가능한지 여부, (2) 채용중인 근로자와의 근로관계는 어떻게 처리하는지, (3) 원청과의 계약을 위해 소유한 자산이 있다면 그 처리는 어떻게 하는지?

### 3. 하청 근로자의 근로조건 등에 대한 원청의 처분가능성 유무

하청이 원청에게 종속되어 있더라도 법률상·사실상 원청이 하청근로자의 근로조건 등을 처분가능한지 여부에 대한 검토가 필요하다. 이를 위해 확인해보아야 하는 사항을 대략적으로 제시하면 다음과 같다.

- ① 하청근로자가 수행할 업무의 내용·범위·기한 등을 원청이 결정하거나, 그 결정에 있어 원청의 승인이나 감독을 받는지? 하청근로자의 업무는 원청근로자의 업무와 구별되며, 독자적인 전문성·기술성을 요하는지?
- ② 하청근로자의 업무수행에 관한 구체적 사항(작업배치·변경, 작업량, 작업방법, 작업순서, 작업내용, 작업속도, 작업장소, 작업시간 및 연장, 야간근로, 휴게, 휴식 등)에 관하여 하청근로자들이 실질적으로 원청의 공정관리자(직영반장이나 팀장)의 지휘·감독하에 놓여 있다고 볼 수 있는지? 이 경우, 하청의 현장책임자를 거치는 경우를 포함하며,

하청 현장책임자를 통하는 경우 원청 공정관리자의 위 사항에 관한 지시의 빈도나 내용을 구체적으로 확인할 필요가 있을 것이다. 한편, 원청 공정관리자의 지시 외에 하청 현장대리인의 의사결정이 독자적으로 이루어지는 경우가 있는지 아니면 주로 원청의 지휘·감독하에 이루어지는지?

- ③ 원청의 공정관리자(직영반장이나 팀장)의 지휘·감독 내용에 따르지 않는 하청근로자에 대해서는, 원청의 공정관리자(직영반장이나 팀장)는 어떤 불이익을 누구에게 어떻게 줄 수 있는지? 그러한 불이익이 하청근로자에도 직접적인 영향을 미치는지?
- ④ 하청근로자의 노무제공은 원청이 “계획한 작업 질서”에 편입되어 진행된다고 볼 수 있는지? 예컨대,
  - 원청근로자 및 하청근로자가 하나의 작업 집단으로 구성되어 공동 작업을 하거나,
  - 원청근로자 및 하청근로자 상호 간에 도급계약상 업무 외의 업무도 수행하도록 하거나,
  - 하청근로자 내지 원청근로자의 결원 발생 시 서로 대체가 가능한지, 혹은 그러한 대체를 한 사실이 있는지,
  - 같은 공간에서 불가분적으로 작업을 공동으로 하거나 연쇄적으로 하는지,
  - 만약 하청 근로자가 노무제공을 거부하는 경우를 상정할 때, 원청이 해당 하청이 아닌 다른 대체거래선을 용이하게 확보하거나 이를 대체할 재고를 보유하고 있는지(원청의 작업 질서 내에 편입되어 있다면 원청이 직접적이고 구체적인 피해를 입을 것임) 등
- ⑤ 하청근로자가 수행하는 노무는 과거에 원청 근로자에 의해 수행된 적이 있는지? 그것이 어떤 경위로 하청에게 맡겨지게 된 것인지?
- ⑥ 하청근로자의 선발·교체, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검, 승진·징계·해고 등 인사노무와 관련된 사항의 결정·관리에 대해 원청이 개입할 수 있는지? 만일, 개입한다면 어떠한 절차와 방법으로, 어떤 내용으로 하는지?
- ⑦ 하청노동조합이 요구하는 사항이 단체교섭의 일반적 대상에 속하는

- 지(즉, 법률상 처분가능성에 대한 검토), 만약 그러한 사항이라면
- (1) 하청(원청이 아님)이 이를 수용하는데 계약상·사실상 제약이 있는지 여부(예컨대, 원청으로부터 계약해지 내지 손해배상, 계약갱신 거절 등의 불이익을 입을 가능성이 있는지)?
  - (2) 하청이 이를 수용하는 데 계약상·사실상 제약이 없더라도 그러한 요구를 실현시키는 것이 하청 독자적으로 가능한지 아니면 원청의 협력 혹은 양해가 있어야만 가능한 것인지?
- ⑧ 원청의 하청과의 도급계약 갱신거부가 하청 근로자의 실적으로 이어지는지? 원청은 도급계약 입찰시 고용승계를 입찰조건으로 제시할 수 있는지? 실제로 제시한 사례가 있는지? 있다면 그 이유는?
- ⑨ 하청근로자의 산업안전은 원청의 산업안전조치에 영향을 받는지? 원청은 하청근로자를 배제한 산업안전계획을 수립하는 것이 가능한지? 원청이 하청근로자에 대한 산업안전을 실시하는 경우 소요되는 비용은 어느 정도 수준인지(원청이 감당할 수 있는 수준인지 여부, 전체 산업안전 소요 비용 대비 비율로 판단 가능)?
- ⑩ 하청노조에 대한 노조사무실 기타 편의시설 제공 가능 여부와 관련하여 원청이 시설관리에 대한 독점적이고 배타적 권리를 가지고 있는지? (만일, 원청이 사용하는 공간이 임대시설이라면 하청노조에 대한 노조사무실 기타 시설 관련 편의제공 등에 있어 소유자의 동의가 필요할 수 있음)

## 제5장 노동쟁의 조정신청의 당사자적격

### 제1절 노동쟁의 조정제도 개관과 문제제기

#### 1. 조정제도 일반

사람들 사이의 의견 대립으로 인한 분쟁은 인류사에서 늘 존재해왔다. 문제는 분쟁 자체를 억제하는 것이 아니라 발생한 분쟁을 얼마나 현명하고 슬기롭게 해결할 수 있는가이다. 특히 각 개인의 존엄성을 존중하며 각자의 의견 개진을 보장하는 민주주의가 공고할수록 의견 교환이 활발하므로, 그 과정에서 분쟁이 발생할 소지는 더욱 높다는 점에서 분쟁당사자들을 설득하여 원만하고 효율적으로 분쟁을 해결하기 위한 수단을 마련하는 것은 현대민주국가에서는 중요한 문제가 아닐 수 없다. 우리나라도 분쟁해결을 위한 여러 가지의 방법을 마련해 두고 있으며, 이 중에서도 가장 종국적인 국가적 차원의 분쟁해결방법은 소송제도이다. 소송은 사법부에 대하여 분쟁해결을 요구하는 의사표시를 함으로써 사법부의 분쟁해결권한발동을 촉구하는 의사표시라고 칭할 수 있는데, 사법부를 통하는 분쟁해결은 공식적으로 분쟁을 종료시킨다는 점에서 의의가 있으나, 일단 소송이 제기되면 소취하가 허용되는 예외적인 경우가 아닌 한 당사자의 의사나 태도를 묻지 않고 국가기관이 강제적으로 분쟁을 종결시킴으로써 결과적으로 당사자 모두에게 상처를 남기는 경우가 발생하기도 한다. 나아가 사법부를 통한 분쟁해결은 시간과 비용이 많이 소요되고, 절차가 복잡하며, 직업법관이 분쟁당사자의 사정을 충분히 파악하지 못한채 법에 근거해 일도양단의 결론을 내리는 경우도 있는 등 분쟁 해결 과정에서 당사자들의 갈등을 더욱 확대시켜 새로운 분쟁을 야기하기도 한다.

이러한 문제의식하에 좀 더 신속하고, 부드러우면서도 원만한 분쟁해결수단의 도입 필요성이 제기되었다. 이러한 분쟁해결방식을, 이른바 대체적 분쟁해결방식(ADR; Alternative Dispute Resolution)이라 부르는데, 이미 분쟁 유형에 따라 다양한 ADR이 도입되어 시행되고 있다. 그러한 분쟁 유형과 근거 법률을 예로 들어 보면, 환경분쟁(환경분쟁조정법), 개인정보와 관련한



분쟁(개인정보 보호법), 건축 내지 건설업 관련 분쟁(건축법, 건설산업기본법), 주택하자 관련 분쟁(공동주택관리법), 임대차 관련 분쟁(주택임대차보호법, 상가건물임대차보호법), 소비생활 관련 분쟁(소비자기본법, 방문 판매등에 관한 법률, 금융소비자 보호에 관한 법률 등), 저작권에 관한 분쟁(저작권법), 언론보도 등으로 인한 분쟁(언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률) 등이 그것이다.

노동의 공급과 사용을 둘러싸고 발생하는 노동분쟁의 경우에도 이해당사자의 폭이 광범위하고, 국민경제와 밀접한 연관관계에 있으며, 역사적으로 오랜기간동안 지속되고 있는 노자대립을 근간으로 삼고 있는데다, 노동분쟁의 당사자들은 계속적 거래관계에 있다는 점에서 1회성의 분쟁에 그치는 것이 아니라 정기적으로 분쟁이 발생할 수 있다는 특색이 있어 이를 '잘' 해결하기 위해서는 어떤 방식을 강구해야 하는지는 오랫동안 연구의 대상이 되어 왔다. 노동분쟁도 여느 분쟁과 마찬가지로 국가가 마련해둔 궁극적 분쟁 해결수단인 소송제도를 통해 분쟁을 해결할 수 있지만, 앞에서 본 바와 같이 소송제도가 가지고 있는 강제적이면서도 지연된 문제해결, 일도양단의 결론이라는 특성은 오히려 노동분쟁에서는 독으로 작용할 위험도 있다는 점에서 ADR에 주목할 필요가 있다. ADR은 당사자 쌍방의 일치된 자율적 의사에 기초하여 분쟁을 자주적으로 해결한다는 점에서 갈등을 근원적으로 치유할 수 있다는 점에서 계속적 관계에 있는 노동분쟁 당사자 간의 분쟁에 적합하며, 무엇보다도 노동분쟁중에는 누구의 의견이 옳은가라는 정답이 있는 분쟁도 있지만 서로간의 양보와 타협을 통해 '정도'나 '수준'을 다투는 분쟁도 많다는 점에서 그 효용성이 높다. 특히, 노사관계와 같이 실질적 대등성이 인정되기 어려운 당사자들 사이의 관계에서 발생하는 분쟁유형에 대해서도 조정이나 중재 등 ADR을 채용한 기구가 설치·운영되고 있는 경우가 있다. 이를테면, 하도급거래 관련 분쟁(하도급거래 공정화에 관한 법률), 가맹사업거래에 관한 분쟁(가맹사업거래의 공정화에 관한 법률), 대규모유통업자와 납품업자등 사이의 분쟁(대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률) 등이 그러하다.

## 2. 노동쟁의 조정제도의 타율성과 경직성

노동조합 및 노동관계조정법은 집단적 노동분쟁의 해결과 관련하여 이러한 대체적 분쟁해결 수단을 도입하여 규정하고 있다. 즉, 쟁의행위를 하기 위해서는 사전에 노동위원회 또는 노동관계 당사자가 쌍방의 합의 또는 단체협약이 정하는 바에 따라 정한 조정·중재 절차(이하 '사적 조정·중재 절차'라 한다)를 거쳐야 한다는 이른바 '조정전치주의'가 실시되고 있다(노조법 제45조 제2항, 제52조). 노동위원회는 관계 당사자의 일방이 노동쟁의의 조정을 신청한 때에는 지체 없이 조정을 개시하여야 하며, 관계 당사자 쌍방은 이에 성실히 임하여야 한다(노조법 제53조). 이 때 조정은 조정의 신청이 있는 날로부터 일반사업에 있어서는 10일, 공익사업에 있어서는 15일 이내에 종료하여야 하며, 관계 당사자 간의 합의가 있으면 위 기간을 일반사업은 10일, 공익사업의 경우 15일 이내에서 연장할 수 있다(노조법 제54조). 한편, 사적 조정·중재 절차에 있어서도, 사적 조정은 위 기간을 동일하게 적용한다.

노조법은 조정전치주의의 실효성을 확보하기 위하여, 두가지 방법을 도입하고 있는데, 하나는 노동쟁의가 발생한 경우 어느 일방이 이를 상대방에게 서면으로 통보하여야 하도록 하는 것이고(제45조 제1항), 다른 하나는 조정전치주의를 위반하고 쟁의행위에 나아간 경우 형사처벌을 하는 것이다(제91조).

그런데, 노조법이 규정하고 있는 노동분쟁의 해결방식인 조정은 '노동쟁의'를 그 대상으로 한정하고 있다는 특징이 있다. 노조법에 따르면 "노동쟁의"라 함은 노동조합과 사용자 또는 사용자단체(이하 "노동關係 當事者"라 한다)간에 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. 노동관계, 특히 집단적 노동관계에서 발생할 수 있는 분쟁의 양상은 무수히 많음에도 노조법은 이 중에서 '근로조건에 관한 주장의 불일치'만을 조정의 대상으로 규정한 것이다. 여하튼 노조법에 따르면 노동위원회가 다루는 조정의 대상은 '노동쟁의'이며, 노동쟁의의 개념 범위에 포함되지 않는 분쟁, 이를테면 근로조건에 해당하지 않거나 근로조건 해당여부가 모호한 사내복지에 관한 사항, 단체협약 등 기타 각종 노사간 기존의 합의사항의 해석에 관한 사항, 조합원의 신분

사항 등에 대한 의견 불일치와 같이 노사간에 집단적 관점에서 발생가능한 모든 분쟁을 포괄하고 있지 못하다는 한계가 존재한다. 실무적으로도 노동위원회는 조정사건에서 위 노동쟁의의 개념을 엄격하게 해석하여 이에 해당하지 않는 사항에 대한 노사분쟁에 대해서는 조정을 하지않고 대신 행정지도를 하고 있다.

조정이나 중재와 같은 대체적 분쟁해결수단은 앞에서 언급한 바와 같이 당사자 쌍방의 일치된 자율적 의사에 기초하여 분쟁을 자주적으로 해결한다는 점에서 장점을 지니고 있다. 즉, 당사자의 자율과 자주성이 절차를 이끌어가는 힘인 것이다. 그런데 노조법상 노동위원회에 의한 조정은 조정전치주의를 두고 있어 타율적인 절차로 이해될 소지가 있는데, 실제로 노사관계 당사자 역시 이 점을 의식하여 조정을 통한 분쟁해결에 집중하기 보다는 이후의 쟁의행위를 염두에 둔 행태를 보이기도 한다. 나아가 조정의 대상이 노동쟁의로 규정되어 있는데, 이를 실무적으로 한정적으로 해석하는 경향이 있어 노동위원회가 당사자들로부터 타협을 유도할 수 있는 실질적 범위가 제한되는 경직성을 노정하고 있다. 이러한 문제점은 조정전치주의에 대한 완화된 해석이나 노동쟁의 조정에 관한 노동위원회의 관점 전환을 시도한다면 극복할 수 있다. 즉, 이를 통해 노동쟁의 조정을 어느 분쟁과정에서 널리 활용되고 있는 ADR로써의 기능을 수행할 수도 있는 것이다.

### 3. 노동쟁의조정의 문제점 극복 시도 - 노동위원회 실무적 관점에서

#### 가. 조정전치주의에 대한 이해의 관점에서

조정전치주의를 관철하기 위한 노조법상의 장치는 앞에서 본바와 같이 노동쟁의 발생에 대한 서면 통보와 조정전치주의를 미준수한 쟁의행위에 대해 형사처벌을 하는 것으로 이 중 후자는 쟁의행위의 정당성과 관련하여 논의되고 있다. 만약 조정전치주의를 엄격하게 해석하는 입장에 의하면 조정절차를 처음부터 거치지 않았거나, 조정절차가 종료되지 않고 개시된 쟁의행위에 대해 형사처벌을 할 수 있다는 주장을 펼 수도 있을 것이다. 그러나 대법원은 조정전치주의를 위반한 쟁의행위가 정당성이 인정되는지 여부가 문제된 사건에서 다음과 같은 판시를 하고 있다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2004도746 판결).

노동조합 및 노동관계조정법(2006. 12. 30. 법률 제8158호로 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라 한다) 제45조 제2항은 "쟁의행위는 제5장 제2절 내지 제4절의 규정에 의한 조정절차를 거치지 아니하면 이를 행할 수 없다. 다만, 제54조의 규정에 의한 기간 내에 조정이 종료되지 아니하거나 제63조의 규정에 의한 기간 내에 중재재정이 이루어지지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다."고 규정하고 있고, 법 제54조 제1항은 "조정은 제53조의 규정에 의한 조정의 신청이 있는 날부터 일반사업에 있어서는 10일, 공익사업에 있어서는 15일 이내에 종료하여야 한다."고 규정하고 있으며, 법 제91조 제1호는 법 제45조 제2항 본문의 규정을 위반한 자에 대한 벌칙을 규정하고 있는바, 노동쟁의는 특별한 사정이 없는 한 그 절차에 있어 조정절차를 거쳐야 하지만, 노동조합이 노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 하여 조정절차가 마쳐지거나 조정이 종료되지 아니한 채 조정기간이 끝나면 노동위원회의 조정결정이 없더라도 조정절차를 거친 것으로 보아야 한다(대법원 2001. 6. 26. 선고 2000도2871 판결, 대법원 2003. 4. 25. 선고 2003도1378 판결, 대법원 2003. 12. 26. 선고 2001도1863 판결 등 참조).

위 판례에 따르면 조정전치주의의 효력 범위를 두 가지로 나누어 이해할 수 있다. 먼저, "노동위원회가 반드시 조정결정을 한 뒤에 쟁의행위를 하여야지 그 절차가 정당한 것은 아니"라는 취지의 판시로부터는 일단 조정이 개시되었다면 법정조정기간(이른바 '냉각기간')이 도과한 이후에는 쟁의행위를 하는 것이 가능하다는 점이며, 다음으로, "조정종결원인과 관계없이 조정이 종료되었다면 조정절차를 거친 것으로 보아야"한다는 취지는 조정기간이 도과하기 전이라도 노사간 입장차이가 너무 크거나 노사 당사자가 희망하지 않아 조정안을 제시하지 않고 조정을 종료할 경우 이로써 조정전치주의는 충족된 것으로 보아야 한다는 점이다.

즉, 조정전치주의는 쟁의행위에 앞선 냉각기간을 노동관계당사자들에게 부여한다는 의미와 노동위원회가 사건에 개입하여 조정을 시도해 보도록 한다는 사실에 의미가 있는 것이지, 조정이 반드시 일정한 결과를 내야만 한다는 것은 아니다.

조정전치주의에 대한 판례의 입장은 쟁의행위를 하기 위한 절차로서 조정제도가 반드시 엄격하게 따라야만 하는 절차가 아님을 보여준다. 즉, 조정 그 자체가 목적이 아니라 노동쟁의라는 제한된 범위의 분쟁유형에 한하여 '분쟁을 사전에 조정하여 쟁의발생을 회피하는 기회를 주고 또한 쟁의발생을

사전 예고케 하여 손해방지조치의 기회를 부여하려는 데에 그 취지가 있는 것이지, 쟁의행위 자체를 금지하려는 것은 아니'다.<sup>242)</sup> 조정전치주의에 관한 이러한 해석은, '조정'이라는 제도는 어디까지나 분쟁해결을 위한 하나의 수단에 불과하며, 수단의 성격이 소송과 같이 공권적 우위에 기초한 강제적 수단이 아니라 당사자 쌍방의 일치된 자율적 의사에 기초하여 분쟁을 자주적으로 해결한다는 ADR의 본질에 부합한다. 노동쟁의조정제도를 이러한 관점에서 이해한다면, 노동쟁의 조정을 공적으로 담당해가고 있는 노동위원회는 노동쟁의 조정 관해서는, 법원과 같은 고권적이고 강제적인 판단권한을 지닌 준사법기관이 아니라, 사적 조정·중재인과 같이 조정이나 중재에 관한 서비스를 제공하는 기관으로 이해함이 타당하다고 할 것이다.

그런데 노동쟁의 조정제도를 이러한 방식으로 구현해 내기 위해서는 조정을 담당하는 노동위원회 뿐 아니라 당사자 모두 노동쟁의 조정제도를 분쟁해결의 수단 중 하나로 이용하려는 적극적 인식이 필요하다. 이러한 방향으로의 인식의 전환은 단순히 노동위원회가 어느날 갑자기 조정제도를 이런 방향으로 운영하겠다고 선언하는 것으로 이루어지지 않는다. 기존 운영과정에서 노동쟁의 조정제도를 오해하도록 만든 관행은 없었는지 돌이켜볼 필요가 있다.

생각건대, 노동쟁의 조정제도가 서비스로서 인식되지 못하도록 방해한 요인중의 하나로 '행정지도'라는 주문례를 들 수 있다. 행정절차법에 따르면 행정지도란 '행정기관이 그 소관 사무의 범위에서 일정한 행정목적 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도, 권고, 조언 등을 하는 행정작용'을 말한다. 효력의 관점에서 행정지도는 권고나 조언에 불과하므로 당사자에게 어떠한 법적 의무도 부과하는 것은 아니다. 그러나 아무런 법적 의무가 부과되지 않는다고 하여 행정지도를 사인이 하거나 아무런 권한이 없는 행정청이 발할 수 있는 것은 아니다. 적어도 행정지도는 일정한 권한을 가진 기관이 자신이 가진 권한 범위 내에서 행하여야만 한다. 그러한 경우 행정지도는 일정한 사실적 효력을 발휘할 수 있기 때문이다. 이러한 행정지도의 사실상의 효력에 비추어 볼 때, 어느 행정청이 행정지도를 했다는 말은, 해당 행정청이 당해 사안에 대하여 고권적 지위에서 어떤 권한

242) 부산고등법원 2005. 4. 20. 선고 2004나10558 판결.

을 행사할 수 있음을 의미한다. 노동쟁의 조정제도는 노동위원회에 의한 조정 뿐 아니라 사적 조정에 의해서도 가능하다는 점에서 대국민서비스에 불과한데, 이러한 서비스에 대해 노동위원회가 '행정지도'라는 주문을 발함으로써 스스로 일정한 고권적 권한이 있음을 드러내고 있다. 즉, 노동위원회의 행정지도라는 주문의 이면을 통해 국민들은 노동위원회가 조정사안에 대해 일정한 권한이 있다고 추측하게 되는 것이다.

행정지도와 연관된 노동위원회의 권한이란, 추측컨대 조정전치주의와 연관이 있어 보인다. 조정을 거쳤는지 여부는 쟁의행위의 관점에서 볼 때는 쟁의행위로 나아가기 위한 절차적 조건 내지 선결조건에 해당한다. 그동안 노동위원회의 '행정지도'라는 주문은 당해 사안에서 쟁의행위의 바로 이 선결조건이 충족되지 않았다고 노동위원회가 '심판'을 한 것이라는 암시로 당사자들에게 이해되어 왔다. 즉, 노동위원회라는 행정기관이 쟁의행위의 정당성 판단 요소 중 하나인 절차적 조건에서 부정적인 입장을 밝힌 것으로 인식되어 온 것이다. 그 결과 노사관계 당사자 중 사용자는 노동조합이 쟁의행위로 나아가는 것을 저지하기 위한 1차 관문으로 노동쟁의 조정에서 '행정지도'를 받아내는데 혈안이 되었고, 노동조합 역시 쟁의행위를 새로이 제기하고자 하는 사업의 경우에는 이를 통해 쟁의행위의 정당성을 확인받으려는 행태를 보였다. 그런데 행정지도의 주문을 노리는 사용자가 조정에 제대로 응할 리가 만무한바, 노동쟁의 조정제도가 어느 분쟁에서 이용되는 조정제도와 같은 서비스적 지위로 복원되기 위해서는 실무적 차원의 노력의 일환으로 '행정지도'라는 주문 대신 '조정불성립' 혹은 '각하'의 주문을 사용할 필요가 있다.

갑을관계에 놓이기 쉬운 당사자간의 분쟁조정제도 중 노동위원회와 같이 '행정지도'라는 주문을 사용하는 경우가 있는지 자문해 보아야 한다. 이는 조정이 서비스일 뿐 권한의 행사가 아니기 때문이다. 노동위원회는 행정기관이기는 하나 노동쟁의 조정에 있어서는 조정을 담당하는 기구에 불과할 뿐 '쟁의행위 정당성 심판'과 관련하여서는 어떠한 고권적 지위가 없다는 점을 되새길 필요가 있다. 노동쟁의에서 당사자들이 사적 조정을 하는 경우에 해당 조정기구가 '행정지도'라는 주문을 발할 수 없다는 점을 생각해 본다면 이점은 쉽게 확인이 가능하다.

쟁의행위의 정당성은 쟁의행위에 관한 규정의 해석에 의해 판단되어야 하는 문제로서, 조정제도를 담당하는 기구가 이를 판단할 수 없다. '행정지도'

는 노동위원회가 그동안 자신에게 권한이 없는 사안에 대하여 권한이 있는 양 행세해 왔다는 비판으로 이어진다.

구법상 냉각기간 제도를 대체하여 도입된 조정전치주의의 연혁을 고려할 때, 법에서 규정한 일정한 조정기간이 경과한 이후에 쟁의행위를 개시하기만 하면 조정전치주의를 충족한 것으로 새겨야 할 것이다. 따라서 조정위원회에서 어떠한 주문으로 결정을 하였는지 여부는 조정전치주의의 충족 여부에 직접적인 관련이 없다. 요컨대, 쟁의행위로 나아감에 있어 조정전치를 거쳤는지 여부는 당해 조정사건에서 판단할 문제가 아니라 쟁의행위의 정당성이 문제되는 사건에서 판단하면 족하다.

## 나. 노동쟁의의 의미에 대한 이해의 관점에서

### (1) '노동쟁의'에 대한 조정실무의 태도

노조법 제45조 제2항은 쟁의행위를 행하기 위한 전제조건으로 조정절차를 거칠 것을 요구하고 있다. 그런데, 노조법 제5장은 “노동쟁의”의 조정이라는 표제를 두고 있으므로 여러 가지 노동분쟁 중 실무적으로는 노조법상 노동쟁의의 범위에 포함되는 사항만을 조정 및 중재의 대상으로 이해하고 있다.

이러한 실무적 입장은 조정사건에 관한 다음과 같은 주문을 통해 확인이 가능하다. 즉, “이 노동쟁의 조정신청 사건은 「노동조합 및 노동관계조정법」상 노동관계 당사자 간의 노동쟁의라고 단정하기 어려워 우리 위원회의 조정대상이 아니라고 인정한다.”는 것이 그것이다. 이 주문에 따르면 조정신청의 대상이 노동쟁의라고 단정할 수 있어야만 조정을 할 수 있다는 것으로 ‘노동쟁의’ 해당성은 조정절차 이용의 필요조건으로 작용하며, 노동위원회의 업무범위를 한정하는 역할을 수행한다.

### (2) 조정제도의 성격에 기초한 노동쟁의 개념의 적용방식 변화 필요

그러나 옛 속담에 “홍정은 붙이고 싸움은 말려라”는 말이 있다. 조정은 분쟁을 해결하기 위한 수단이지 행정청의 권한이 아니다. 노동쟁의를 조정하는 것은 분쟁을 해결한다는 도구적 관점에서 접근해야 하는데, 자신의 권한 범위내의 것인지를 따지고 있는 것이다. 그 결과 노동위원회의 위와 같은 실무

례는 ‘흥정은 말리고 싸움은 붙이는’ 상황을 초래할 가능성을 보여준다. 조정을 요구하는 분쟁당사자에게 노동쟁의라는 엄격한 기준을 제시하며 거기에 당사자들의 분쟁범위를 맞추라고 강변한다. 그러나 조정은 당사자의 자율에 기반하여 이루어지므로 설령 노동위원회가 당사자에게 노동쟁의에 해당하지 않는 쟁점에 대해 거창한 표현으로 ‘Solution’을 제시하더라도 아무런 구속력이 없어 당사자들이 거부할 수 있으므로 그러한 제안 자체가 위법하지 않다. 나아가 만약 당사자들이 이에 찬성하여 조정에 성공한다면 그러한 조정을 위법하다고 볼 수 있는가? 당사자의 자율의사에 기해 합의된 것이므로 원칙적으로 그 효력이 인정됨은 의문의 여지가 없다. 따라서 ‘노동쟁의’의 의미를 조정의 대상의 관점에서 접근할 때에는 위 주문과 같이 엄격하게 볼 것이 아니라, 노동위원회는 ‘노동쟁의에 해당하지 않음이 명백한 경우’에 한해 조정의 대상이 아니라고 보는 입장을 취할 필요가 있다. 즉, 노동쟁의 해당성을 적극적으로 요구하는 것이 아니라 “노동쟁의 불해당성”이 명확하지 않다면 적극적으로 조정에 임해야 하는 것이다.

노조법은 쟁의행위를 “파업·태업·직장폐쇄 기타 노동관계 당사자가 그 주장을 관철할 목적으로 행하는 행위와 이에 대항하는 행위로서 업무의 정상적인 운영을 저해하는 행위를 말한다”고 정의하고 있는바, 쟁의행위의 목적은 노동관계 당사자의 주장 관철에 있으며, 그러한 주장의 내용이나 범위에 관해서는 아무런 제한 규정을 두고 있지 않다. 즉, 노조법은 분쟁이 격화되어 대외적으로 구체적인 행위 양태로 표출되는 쟁의행위에 대해서는 근로조건의 결정에 관한 사항 이외의 사항에 대해서도 이루어질 수 있다고 규정하면서도, 쟁의행위의 전제가 되는 주장불일치의 쟁점 중에서 오로지 근로조건의 결정에 관한 것만을 조정의 대상으로 명시하고 있어 앞과 뒤가 맞지 않는다. 즉, 쟁의행위의 대상 일체를 조정의 대상으로 포괄하고 있지 못하고 있어 조정이 원만하게 이루어지기 어려운 구조를 띠고 있는 것이다.

예컨대, 노사간에 세 가지의 쟁점이 있는 사안을 가정해 보자. 하나는 임금인상을 결정과 같은 근로조건의 결정에 관한 불일치이고, 다른 하나는 단체협약상 유니온숍 조항의 해석에 대한 것이고, 마지막은 해고된 조합원의 신분에 관한 사항이라고 가정해 보자. 세 가지의 쟁점에 대해 당사자들은 서로간의 협상을 거듭하며, 쟁점 사항에 대해 서로 주고받기를 하며 분쟁을 해결할 수 있다. 예컨대, 임금인상을 낮추면서 해고된 조합원의 복직을 조율



하거나 유니온 슝 조항상 회사의 의무를 완화해 주는 대신 임금인상을 높이는 것과 같이 각자가 제시한 안을 적절하게 분배해 해결하는 것이다. 그런데 노조법상 노동위원회의 조정은 이 중 임금인상율만이 노동쟁의의 개념에 포섭되고, 나머지는 고려의 대상에서 제외되므로 쟁점사항을 종합적으로 고려하기를 희망하는 당사자들의 의사에 충실하지 못하여 적정한 결론을 제안하기도 어렵다. 즉, 조정전치주의의 틀에 의해 오히려 시간만 끌고 그마저도 전체 쟁점 중 일부에 관해서만 다루게 되므로 신속·공정한 노동쟁의 해결이라는 노동쟁의 조정제도의 취지를 온전히 달성하지 못한다는 문제가 발생한다.

### (3) 조정 대상의 적극적 인정 필요 - 중재재정 대상과 비교

한편, 판례는 중재재정의 대상이 문제된 부산○○○○ 사건에서 오래전에 다음과 같이 실시한 바 있다(대법원 2003. 7. 25. 선고 2001두4818 판결).

중재절차는 노동쟁의의 자주적 해결과 신속한 처리를 위한 광의의 노동쟁의조정절차의 일부분이므로 노사관계 당사자 쌍방이 합의하여 단체협약의 대상이 될 수 있는 사항에 대하여 중재를 해 줄 것을 신청한 경우이거나 이와 동일시할 수 있는 사정이 있는 경우에는 근로조건 이외의 사항에 대하여도 중재재정을 할 수 있다고 봄이 상당하다. (당사자) 사이의 기존의 단체협약에는 원고가 이 사건에서 그 효력에 관하여 다투고 있는 위 조항 이외에 조합활동에 관한 조항이 포함되어 있었고, 원고는 임금 등 근로조건에 관한 사항과 함께 조합활동에 관한 사항을 포함하여 교섭을 진행하여 왔을 뿐 아니라, 이 사건 중재절차에서 조합활동에 관한 사항이 중재의 대상에서 제외되어야 한다는 의사를 밝힌 적이 없고, 오히려 조합활동 중 일부 조항의 개정에 관하여 적극적으로 의사를 밝혔으며, 조합활동에 관한 중재조항 중 원고의 의사대로 기존의 단체협약의 내용이 유지된 부분에 대하여는 중재의 대상이 되지 않음을 들어 문제를 삼지 않고 있는바, 이는 직권으로 이루어진 이 사건 중재절차에서 있어서 노사관계 당사자 쌍방이 조합활동에 관한 사항에 대하여 중재를 해 줄 것을 신청한 경우와 동일시할 수 있는 사정이 있는 경우에 해당된다.

이는 노동위원회의 노동쟁의 조정절차에 대해서 시사하는 바가 적지 않은바, 노동위원회도 실무적으로는 중재재정에 관한 위 판결의 수준을 고려하여

조정대상을 이해하고 있는 것으로 보인다. 즉, 노동쟁의에 해당하지 않는 사항만을 조정신청하는 경우에는 행정지도를 하되, 다만, 조정신청한 사항 중 적법한 조정대상이 아닌 사항이 일부 포함되어 있는 경우에는 조정대상을 중심으로 조정절차를 진행한다는 점이다. 이러한 실무는 조정의 서비스적 성격을 일부 반영하고 있다고는 평가할 수 있지만 온전한 대국민 서비스로서의 조정제도에는 다소 못 미친다. 노동위원회의 실무적 조정대상 확정방식은 위 판례에서 인정한 중재 대상과 사실상 동일한 범위를 인정하고 있는 것으로 보인다. 그런데 중재는 당사자에 대하여 강력한 구속력을 발휘하나 조정은 당사자들의 자주적 분쟁해결 의지에 기초하고 있으며 비권력적 행정작용인 만큼 어느 일방 당사자가 적극적으로 이의를 제기하지 않는다면 분쟁사항 전체를 조정의 대상으로 삼는다고 하여 당사자에게 불이익이 발생하지 않으며 오히려 공정한 국가기관이 분쟁해결을 촉진할 수 있어 노동쟁의를 신속·공정하게 해결하도록 기능하는 노조법의 취지에 부합한다. 즉, 조정의 대상은 중재의 대상보다 완화된 기준을 적용할 필요가 있는 것이다.

이를테면, 위 판례가 중재대상의 확장의 경우 특별한 사정을 요구하고 그러한 사정이 있어야 중재대상을 확장할 수 있다고 판단한 것과 방식을 달리 하여, 조정대상의 경우에는 반대로 특별한 사정이 있는 경우에만 대상적격이 부정하는 방식으로 판단할 필요가 있다. 여기서 조정의 대상적격을 부인하기 위한 ‘특별한 사정’이란 오로지 노동쟁의에 해당하지 않는 사항만을 대상으로 조정을 신청하였음이 명백한 경우를 의미한다. 기실 노동분쟁은 다양한 쟁점에 걸쳐서 이루어진다는 점에서 분쟁대상이 노동쟁의인지 아닌지를 명확하게 구분하는 것이 쉽지 않고 여러 쟁점에 대한 주고받기가 이루어지는 경우 그러한 주고받기의 대상에는 노동쟁의의 대상이 포함될 가능성이 많기 때문이다.

#### (4) 소결

이러한 확장적 관점은 노동위원회 조정이 공적으로 제공하는 ADR이라는 서비스에 해당한다는 취지에 더욱 부합하며, 다변화, 다층화되고 있는 현대적 노동분쟁에 대해 공적 기관인 노동위원회가 유연하게 대응할 수 있는 공간을 열어준다는 점에서 장점이 있다. 나아가 이는 입법적 조치가 필요하지

않으며 노동위원회의 실무를 개선함으로써 얼마든지 가능하다는 점에서 검토가 필요한 사항이다.

#### 4. 노동쟁의 조정신청에서의 당사자적격에 대한 검토 필요성

조정전치주의와 조정대상의 확대에 관한 관점은 이미 노동관계 당사자에 해당함이 명백한 노사간의 문제에 노동위원회가 보다 능동적으로 대처하기 위한 관점에서의 접근이라고 볼 수 있다. 이에 대비하여 조정신청 당사자적격의 문제는 노동위원회가 제공하는 조정서비스를 이용할 자격이 있는 자가 누구인지를 확정하기 위한 시도라 할 수 있다. 즉, 그동안의 이론적, 실무적 기준하에서는 노동관계 당사자인지 여부가 불분명하거나 당사자관계가 관행적으로 부정되던 경우이지만, 현실적으로는 노동분쟁의 소지가 있고 이에 대한 당사자들 사이의 자주적 해결을 촉진할 조정서비스의 제공이 필요성이 있는 자가 누구인지를 확인하기 위한 모색이 필요하다. 다만, 이에 대해서는 그동안의 연구성과가 축적되어 있지 못하다는 한계가 존재하는바, 아래에서는 노동쟁의 조정신청의 당사자적격이라는 제목하에 이를 살펴보기로 한다.

### 제2절 노동쟁의 조정신청의 당사자 적격

#### 1. 노동쟁의 조정신청의 의의 및 요건

노조법 제53조에 따르면, 노동위원회는 관계 당사자의 일방이 노동쟁의의 조정을 신청한 때에는 지체없이 조정을 개시하여야 한다. 따라서, 노동위원회는 (i) 관계 당사자 중 일방이, (ii) 노동쟁의에 대한 (iii) 조정을 신청한 때라는 세 요건이 충족되면 조정을 개시할 의무를 부담한다.

여기에서 (i) 관계 당사자라 함은, 노동관계 당사자를 의미하는 것으로, 노동조합과 사용자 또는 사용자단체를 말한다(노조법 제2조 제5호 참조). 이는 노동쟁의조정신청을 할 수 있는 형식적 지위 즉, 당사자능력을 의미한다고 볼 수 있다. 여기에서 노동쟁의조정을 신청할 수 있는 노동조합은 노조법에 의하여 설립된 노동조합이어야 하며(노조법 제7조 제1항), 산별노동조합의 지

부나 분회의 경우에는 노조법시행령 제7조의 설립신고를 한 경우에 한하여 노동쟁의조정 신청을 할 수 있다. 한편, 복수노조 사업장의 경우에는 노조법 제29조의2에 따라 결정된 교섭대표노동조합이어야 한다.

다음으로 (ii) 조정신청은 노동쟁의에 대한 것이어야 하는데, 노동쟁의란 노동관계 당사자간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우등 근로조건에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 뜻하는 것으로 이 경우 주장의 불일치란 당사자간에 합의를 위한 노력을 계속하여도 더이상 자주적 교섭에 의한 합의의 여지가 없는 경우를 말한다(노조법 제2조 제5호). '노동쟁의'의 법적 성질에 대하여, 이를 쟁의행위의 대상 및 단체교섭의 대상과 연계하여 하나의 통일적 개념으로 이해하고 취급하려는 견해가 존재하나, 노조법 체계상 '노동쟁의'는 노동위원회의 조정대상에 관한 규정에서만 사용될 뿐이므로 이를 반드시 쟁의행위의 대상, 단체교섭의 대상과 동일한 의미로 파악할 필요는 없으며, 문언상으로도 노동쟁의 대상은 '근로조건에 관한 불일치'인데 반해 쟁의행위는 '주장의 불일치'로만 규정하고 있다는 점에서 양자의 연관관계를 인정하기는 어렵다.

한편, 정의규정에 따르면 '노동쟁의'는 다음과 같이 두 가지 부분으로 구분되는데 하나는, 어느 당사자들 사이에 분쟁이 존재한다는 점, 다른 하나는 그러한 분쟁이 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우등 근로조건에 관한 주장의 불일치로 인한 것이어야 한다는 점이다. 전자는 분쟁의 당사자가 조정을 받을 인적 자격이 있는지의 문제라고 부를 수 있고, 후자는 조정의 물적 자격이 있는지의 문제라 볼 수 있다. 즉, 전자는 조정신청의 당사자적격이 있는지의 문제이고, 후자는 대상적격의 문제라 볼 수 있다.

셋째, (iii) 조정에 대한 신청이 있어야 하는바, 이는 당사자 중 일방이 하면 충분하며, 신청없이 노동위원회가 직권으로 조정에 회부할 수는 없다는 점을 의미한다.

위 세 요건이 충족되면 노동위원회는 조정을 개시하여야 하며, 당사자는 노동위원회의 조정에 성실히 임할 의무를 부담한다(제53조 제1항). 한편, 위 세 요건이 충족되지 않은 경우에는 조정을 개시할 의무가 없으므로, 당사자의 조정신청에 대해 각하 처분을 하는 것도 이론상 가능하다. 그러나 실무적으로는 조정의 비강제적 성격과 당사자 사이의 자주적 분쟁해결에 조력한다는 노동쟁의 조정제도의 취지를 고려하여 당사자에게 적절한 방법에 의한 분쟁

해결을 촉구하는 의미의 행정지도를 하고 있는 실정임은 앞에서 본 바와 같다.

## 2. 노동쟁의 조정신청에 있어 당사자적격

### 가. 당사자적격의 의의와 판단기준

‘당사자적격’이란 일정한 권리 및 법률관계에 관하여 소송당사자로서 유효하게 소송을 수행하고 판결을 받기 위하여 필요한 자격을 말하는 절차법적 개념이다. 누군가가 엉뚱한 자를 상대로 소송을 제기한다면 이에 대해 판결을 하더라도 분쟁해결의 목적을 달성할 수 없으므로, 무분별한 제소를 제한하고 분쟁의 유효하면서도 적절한 해결을 위해서는 이에 적합한 관계에 있는 자를 선별하여 제소하도록 할 필요가 있기 때문에 당사자적격이라는 개념을 설정하여 이를 검토하는데 활용하고 있다. 특히 국가적 차원에서는 질서유지의 관점에서 해당 분쟁해결절차에서 취급할 필요성이 있는 사건인지 여부도 고려하여야 한다. 당사자적격은 이처럼 당해 분쟁의 정당한 당사자가 누구인지, 질서유지의 관점에서 해당 절차를 이용하도록 하는 것이 효율적이고 합리적인지 여부를 밝히는 개념으로 그 인정기준은 문제가 되는 분쟁절차의 성격에 따라 달리 정할 필요가 있다. 이를테면 소송과 같이 심판을 목적으로 하는 절차의 경우에는 소송의 결과가 당사자에게 미치는 영향이 강제적이고 확정적이므로 당사자적격판단을 엄격하게 따질 필요가 있지만, 이러한 강제력 및 확정력이 약한 조정과 같은 대체적 분쟁해결 절차의 경우 질서유지에 유효적절한 수단이 된다면 이를 엄격하게 판단할 필요는 없다고 할 것이다.

### 나. 노동쟁의조정제도에서의 당사자적격 - 피신청인 적격을 중심으로

#### (1) 문제제기

그렇다면 문제는 노동쟁의 조정제도에서의 당사자적격의 판단기준을 어떻게 파악하여야 하는지 여부이다. 노조법상 노동위원회에 의한 노동쟁의 조정 제도는 제3자인 국가가 개입하여 노동관계 당사자의 자주적인 분쟁 해결을

지원하는 서비스적 성격의 제도로서, 조정의 결과를 당사자가 수락할 의무가 없다는 점에서 당사자적격을 엄격하게 제한할 필요성은 낮다고 볼 수 있다. 오히려 중립적인 위치에 있는 노동위원회의 지원을 노동관계 당사자가 이용하도록 적극적으로 유도하는 것이 바람직한 점, 엄격한 당사자적격을 요구하는 것은 노동쟁의를 예방·해결함으로써 산업평화의 유지와 국민경제의 발전에 이바지 함을 목적으로 하는 노조법의 취지에도 반한다는 점에서 당사자적격을 넓게 인정하는 것이 정책적으로도 바람직하다. 노동쟁의는 노동관계 당사자간에 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우등 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 뜻하는바, 여기에서 말하는 노동관계 당사자가 될 수 있는 노동조합과 사용자 사이에는 어떤 관계가 있으면 노동쟁의 조정신청의 당사자적격이 볼 수 있는지가 쟁점이 된다.

## (2) 노조법상 사용자 개념

노동쟁의 조정은 실무상 거의 노동조합의 신청에 의하여 이루어지므로, 대체로 조정신청을 한 노동조합이 사용자라고 지목한 자 즉, 피신청인의 당사자적격 유무가 주로 문제되는바, 이는 결국 노조법상 사용자의 개념을 노동쟁의 조정제도와 관계에서 어떻게 이해하여야 하는지와 관계가 있으므로 그 일반적 의미를 확인할 필요가 있다.

노조법상 사용자는 “사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자”를 말하는데, 그 해석에 있어서는 다음과 같은 견해 등이 주장되고 있음은 앞에서 본 바와 같다. 다시 한 번 정리해 보면 먼저, (i) 근로기준법상 사용자와 동일하게 근로자와 근로계약을 체결한 자를 사업주로 이해하는 견해(근로계약설), (ii) 고용주로부터 근로자의 파견을 받아서 자기의 업무에 종사시키고, 그의 근로조건에 대해서 고용주와 부분적이긴 하지만 동일시할 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는 그에 한하여 위 사업주는 동조의 사용자에 해당한다고 보는 견해(부분적 사용자설), (iii) 사용자 개념의 외부적 확정에 관한 일반적 기준으로서 “근로관계상의 제이익에 대해 실질적 영향력 내지 지배력을 가질 수 있는 지위에 있는 자를 기준으로 하는 견해(실질적 지배력설), (iv) 근로조건뿐만 아니라 노동3권 행사와 관

련된 노동관계 전반에 지배력을 가진 자를 널리 노조법상 사용자로 보아야 한다는 견해(실질적 대항관계설)가 제기되고 있다.

한편, 학설 중에는 사용자의 개념을 근로기준법과 노조법 등에 일관되게 단일한 개념을 적용하여야 한다는 견해도 있으나, 근로기준법과 노조법은 법률의 목적과 취지가 상이하므로, 노조법 내에서조차도 단체교섭이나 부당노동행위, 혹은 조정의 피신청인적격에서 이용되는 사용자 개념은 해당 제도의 목적에 따라 개별적으로 이해하는 것이 타당하다. 부당노동행위와 관련하여 살펴본 사용자 개념에 관한 판례의 입장 역시 문제된 사안에 따라 사용자의 의미를 달리 이해하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 노동쟁의 조정에 있어서의 사용자 개념도 조정제도의 취지를 고려한 독자적 의미 파악이 일응 가능할 것으로 판단된다.

### (3) 조정의 피신청인적격으로서의 사용자에 대한 중노위의 태도

중노위는 종래 단체교섭의무의 상대방으로서의 사용자성 판단에 관한 대법원 판례와 동일한 입장에서 노동쟁의 조정신청 사건에서 사용자의 피신청인적격을 판단해 오고 있었다(중노위 2019. 6. 19. 결정 중앙2019조정59,65 병합 등).

그런데, 최근 중노위는 노동쟁의 조정신청사건에서 사용자성 판단에 있어 명시적, 묵시적 근로계약 관계의 존부를 검토한 후, “우리 위원회는 사용자가 노동조합 조합원의 근로조건을 구체적이고 실질적으로 지배·결정하고 있는지 여부를 사실조사 및 조정회의를 통해 다각적으로 확인하고자 하였으나, 노동조합의 주장에 대한 입증이 부족하여 이를 확인하기는 어렵다고 판단된다”라고 언급함으로써, 사용자가 노동조합 조합원의 근로조건을 구체적이고 실질적으로 지배·결정하고 있는지 여부에 대한 검토를 하였는바(중노위 2020. 6. 1. 결정 중앙2020조정23 등), 이는 종래의 입장보다는 확장된 사용자적격을 인정하려는 태도로 평가할 수 있다.

### (4) 검토

노동위원회의 역할은 ‘조정’과 ‘심판’으로, 각 역할의 물적 관할은 명확하게

구분되어 있다. 조정의 경우 노동쟁의를 대상으로 삼고 있는데, 조정은 심판과 달리 당사자에게 그 결론을 강요할 수 없으므로 정답이 존재하지 않는다. 따라서 조정은 당사자에게 이익이나 불이익을 주는 것이 아니며, 노동분쟁의 해결을 '촉진', '지원'하는 서비스적 성격의 제도에 불과하다. 따라서, 준사법 기구가 수행하는 심판과 같이 엄격한 기준과 잣대로 적격을 까다롭게 인정해 조정을 한다면 제도적 취지를 살리지 못한다는 비판을 받게 될 것이다.

노동쟁의 조정 신청 사건의 당사자적격을 판단함에 있어서는 조정제도의 이러한 특징을 간과하여서는 안 된다. 조정은 노동쟁의의 완전한 종결을 목적으로 하는 것이 아니라, 당사자 사이의 자주적 분쟁해결을 촉진, 지원하는 데 초점이 있으므로, 결과지향의 절차가 아니라 과정지향의 절차라 할 수 있다. 물론 그러한 과정을 통해 노동쟁의가 종식된다면 최선이겠지만, 그렇지 않더라도 당사자들에게 노동쟁의 해결의 기회를 제공한다는 데 의의가 있을 뿐 노동쟁의를 어떻게 해서든 종결시키는 것 그 자체가 목적이라고 볼 수는 없다. 따라서 노동쟁의 조정절차에서의 당사자적격이나 대상적격은 절차를 무력화시키거나, 불필요한 조정임이 분명한 경우가 아니라면 이를 인정하는 것이 조정의 서비스적 성격에 부합한다.

이러한 관점에서 볼 때, 노동위원회 노동쟁의 조정절차에서의 당사자적격은 어느 노동쟁의의 당사자로서 유효하고 적법하게 조정절차를 이용하여 조정안을 수락할 수 있는' 지위에 있다면 이를 인정하더라도 무방할 것이다. 즉, 노동조합과 그가 지목하는 사용자 사이에 근로조건 등에 대한 교섭을 통해 근로조건 유지·개선이라는 노조법의 목적 달성에 기여할 수 있는 관계에 있다면 당사자적격을 인정하는 것이 가능하다.

이에 노동쟁의 조정신청의 적격이 있는 사용자에 대해, 노조법상 사용자개념에 관한 여러 견해 중 부분적 사용자설이나 실질적 영향력설을 따르는 것으로 보이는 중노위의 입장은 일응 타당성이 있다고 볼 것이다. 부분적 사용자성 혹은 실질적 영향력을 가진 사용자라면 조정절차에서 조정안을 수락해 해당 노동조합의 조합원의 지위향상에 기여할 수 있기 때문이다. 특히 노동위원회는 노동관계의 안정과 발전에 이바지함을 목적으로 하는 기관으로서(노동위원회법 제1조 참조) 변화하는 노동관계의 현실에서 발생하는 문제를 파악하고, 이를 해결하기 위해 노력할 의무를 지고 있기도 하다. 주지하다시피, 자신의 사업에 타인이 고용한 근로자를 직접 편입시켜 사용(또는 이용)하



는 형태인 간접고용이 우리나라에서 널리 이용되고 있고, 그중에서도 사내하도급관계는 그 대표적 형태로, 하청근로자의 노동3권이 보장받지 못한다는 문제가 오래전부터 제기되어 왔다. 사용자책임의 회피 경향, 위협의 외주화 등 노동관계에서 발생하는 문제는 국가의 규제에 의한 대응에 한계가 있으므로 노동조합 스스로 문제를 제기하고 해결하는 등 근로자 스스로 자신의 근로조건을 향상시킬 수 있는 제도적 기회를 마련해 주는 것도 중요한데, 노동위원회는 바로 노동쟁의 조정을 통해 그러한 기회를 제공해 줄 수 있는 대표적인 기관인 것이다. 한편, 근로자파견법은 파견근로자와 근로계약관계에 있지 않는 사용자사업주에 대해 사용자로서의 책임을 규정하고 있으므로, 이를 인정할 취지 역시 참고할 필요가 있다.

#### (5) 당사자적격의 확장 - 대항관계설 적용

좀 더 논의를 확장해, 앞에서 조정의 물적 대상과 관련하여 노동쟁의의 개념을 확장적으로 이해해야 한다는 입장을 취한다면 인적 대상에 대해서도 동일하게 이해하는 것이 바람직하다. 즉, 근로조건의 결정과 무관함(즉, 노동쟁의 무해당)이 명백한 경우가 아닌한 조정의 대상으로 인정하고 '행정지도'를 하지 않는다면, 인적 측면에서도 근로조건의 결정과 전혀 무관한 자라는 점이 명백하지 않는한 해당 분쟁의 당사자들에게 당사자적격을 인정하는 것도 가능하다는 점이다. 특히, 노동분쟁은 근로조건의 결정에만 한정되어 있는 것이 아니며, 분쟁의 특성상 근로조건의 결정만을 선별해 내는 것도 쉽지 않다는 점은 앞에서 본 바와 같다. 실타래처럼 얽힌 분쟁의 쟁점 중 일부만을 떼어내 조정을 하겠다는 발상은 전혀 현실적이지도 않음은 물론이고 노동분쟁의 자율적 해결을 촉진해야하는 노동위원회의 입장에서도 전혀 건설적이지 않다. 나아가 중층적 노동관계가 만연한 현시대의 상황에도 부합하지 않는다. 게다가 직접적인 계약관계가 있거나 실질적 영향력이 있는지 여부를 따져서 당사자적격을 인정하자는 입장 역시 분쟁해결촉진을 목적으로 하는 조정제도의 특성을 십분 살린다고 보기 어렵다. 앞에서 부당노동행위에서의 사용자개념과 관련하여 살펴본 바와 같이 실질적 지배력 유무를 판단하는 기준은 심판에 대해서나 적용할 수 있을 정도로 판단이 용이하지 않았는바, 이를 조정에 대해서도 동일하게 적용한다면 신속한 조정이라는 이념은 간과

될 수밖에 없기 때문이다. 이러한 점들을 고려한다면 조정신청의 피신청인적격을 부분적 사용자설이나 실질적 영향력설에서 더 나아가, 근로조건뿐만 아니라 노동3권 행사와 관련된 노동관계 전반에 지배력을 가진 자를 널리 노조법상 사용자로 보아야 한다는 대항관계설의 입장에서 조정제도의 사용자 개념을 이해하는 방안이 조정제도의 성격과 목적에 더욱 부합한다고 할 것이다.

대항관계설에 의하면 근로조건의 결정 뿐 아니라 노동관계에 영향력을 미칠 수 있는 자에 대해서도 폭넓게 사용자성이 인정되는바, 그러한 관계 조차 '존재하지 않음이 명백한 경우'에 한해 조정신청을 '각하'한다고 가정하면, 이를 노동위원회가 판단하는 것이 어렵지는 않을 것으로 예상된다.

### 제3절 노동쟁의 조정의 대상

#### 1. 당사자적격유무와 노동쟁의조정대상의 구분

앞에서 확장된 기준에 의해 당사자적격이 인정되는 경우, 노동쟁의의 물적 대상에 해당하는 모든 사항을 조정의 대상으로 보아야 하는지가 문제될 수 있다. 왜냐하면 노동쟁의의 조정대상은 조정제도의 취지를 고려하여 결정되는데, 조정은 당사자의 동의를 전제로 최종결론에 이른다는 점에서 조정의 대상을 일정한 사항에 반드시 국한할 필요는 없고, 상황에 따라 적절한 조정대상을 선정하는 것이 가능하기 때문이다. 따라서 노동쟁의의 조정 대상은 근로조건의 결정에 관한 불일치, 이른바 의무적 단체교섭사항 보다는 폭넓게 인정될 수 있다.

'부분적 사용자설'이나 '실질적 지배력설'에 의하더라도 원청사업주에 대해 피신청인적격이 인정되더라도, 조정의 대상은 원칙적으로 원청사업주의 영향력 내지 지배력이 미치는 사항에 한정된다. 다만, 원청의 사업주의 영향력 내지 지배력이 미치는 사항이 무엇인지는 개별 사례에 따라 차이가 있으므로, 노동위원회가 사안별로 유연하게 대응할 필요가 있다.

## 2. 원청의 처분 또는 결정권한이 미치는 사항

노동위원회가 원청사업주의 영향력 내지 지배력을 평가해 구체적 사건에서 조정대상을 확정함에 있어서는 원청사업주가 당해 노동관계에서 어떠한 사항에 대하여 처분 또는 결정 권한을 가지고 있는지가 관건이다. 단체교섭은 사용자가 이러한 권한을 가지고 있는 사항에 대해서 이루어지며, 그렇지 않은 경우에는 무의미한 조정이 될 것이기 때문이다. 원하청관계에서 하청사업주가 아니라 원청사업주를 상대로 하청노동조합이 교섭을 요구하는 이유도 바로 하청사업주가 실질적으로 처분 및 결정할 수 있는 권한을 보유한 사항이 제한적이라는 점에 기인한다.

따라서, 원하청관계에서 원청이 하청 근로자에 대한 관계에서 처분가능한 사항이 무엇인지가 문제 되는바, 이는 일괄적으로 결정할 수는 없고 사안별로 달리 판단되어야 한다. 다만, 이를 하청근로자의 근로조건 내지 노무수행 과정이나 환경 등을 고려하여 다음과 같이 유형화해 볼 수 있다.<sup>243)</sup>

- ① 근로계약의 이행에 관한 사항: 임금 및 그 지급방법, 해고 등 근로관계 종료에 관한 사항
- ② 근로제공에 있어서 노무지시권의 행사: 연장근로를 포함한 근로시간, 휴게, 휴일 등
- ③ 사업장에 대한 지배와 관계있는 사항: 사업장 내에서의 노동조합 활동, 사업장 내에서 노무를 제공하는 경우 (1) 산업안전보건, (2) 직장내 괴롭힘금지 및 예방, 균등대우, 강제근로금지, 폭행금지 등과 같은 기본적 인권 내지 인격권 보장 등에 관한 사항

원청의 처분 내지 결정권한의 인정 용이성의 관점에서 위 세가지 유형을 평가한다면 ③ - ② - ①의 순으로 조정의 대상으로 삼기에 용이할 것으로 예상된다.

③의 경우에는 (1) 산업안전보건에 관한 사항은 산업안전보건법 제62조 이

243) 이하의 분류는 김기선, 원청사업주에 대한 사내하청 노동조합의 단체교섭 요구 거부, 월간노사포커스 7월호, 2020. 7. 10-11면 참조.

하에서 도급인의 관계수급인 근로자에 대한 안전조치 및 보건조치의무를 규정하고 있는바, 이는 도급인이 해당 사업장에 대한 지배력이 있음을 법률 단계에서 인정한 것으로 평가할 수 있다. 나아가 (2) 기본적 인권 내지 인격권 보장에 관한 사항은 헌법 제32조의 근로의 권리에 의해 국가가 이를 보장할 의무를 지며, 국가는 근로기준법을 통해 사업장에 대한 처분권한을 가진 사업주로 하여금 이를 보장하도록 요구하고 있는 등 헌법이나 법령에 의해 사업주의 책임이 폭넓게 인정되는 사항들이기 때문이다.

②의 경우에도, 원하청관계와 유사한 간접고용 형태인 파견근로관계에 대해 파견법이 사용자사업주를 사용자로 간주하도록 규정하고 있는 사항이라는 점에서 원청의 실질적 처분 또는 결정권한이 인정될 가능성이 많다.

한편, ①의 경우에는 원칙적으로 근로계약의 당사자 사이에서 결정될 성질의 것이라는 점에서 원청의 실질적 처분 또는 결정권한이 있다고 단정하기에는 어려움이 있다. 다만, 하청의 원청에 대한 종속의 정도와 그 근거 및 내용에 따라서는 하청근로자에 대한 원청의 처분 또는 결정가능성이 인정될 여지도 있는바, 이는 2020년 원하청 조정신청사건의 예를 중심으로 유형화를 시도해 볼 수 있다.

### 3. 원하청 사이의 유형별 관계

아래에서는 2020년 원청과 하청노동조합의 관계에 있는 조정신청사건의 개요를 살펴본다.

#### 가. 민간부문(사내하청형) - 중앙2020조정24 전국○○노동조합 사건

- 사내하청근로자가 조합원으로 가입한 전국○○노동조합은 ○○○○○(주) 외 8개 원청회사와 '간접고용노동자 권리보장을 위한 기본협약 체결'을 위한 교섭을 위 사용자들에게 2020. 4. 22.부터 같은해 5. 15.까지 3차례에 걸쳐 요청하였으나, 원청회사들이 이를 거부해 조정을 신청하였음.
- 이 사건은 앞에서 본 바와 같이 조합원들이 원청과 직접적, 묵시적 근로관계가 존재하지 않고 실질적 지배결정하는지에 대한 입증이 부족하다는 취지로 당사자적격이 인정되지 않아 조정이 개시되지는 않음.

- 이 사건에서 노동조합측은 산업안전, 차별시정, 단체행동시 대체인력투입 금지 등을 원청에 공통적으로 요구해온 것으로 알려졌는데, 이 중 산업안전이나 차별시정은 위 ③에, 대체인력투입은 ②와 관련이 있는 것으로 보이는바, 당사자적격이 인정된다면 조정의 대상이 될 가능성이 있어 보임.
- 중노위는 결정서에서 사내하도급 근로자의 근로조건 개선을 위해 도급사업주의 배려와 협력이 요구되며, 특히 안전·보건 등에 있어서는 사업장 상황에 맞게 원청이 하도급사용자들과 공동 노력할 것을 권고하였음.
- 한편, 원청에 따라 복리후생, 성과급 등을 요구하였는데, 각 사업장별로 원청이 이에 대해 처분 또는 결정권한이 있는지에 대한 개별적 판단이 필요함.

**나. 공공부문I (공기업 모회사형) - 중앙2020조정23 전국○○○○○○○○○○  
○○○○노동조합 사건**

- 정부의 '공공부문 비정규직 근로자 정규직 전환 가이드라인'에 따라 설립된 한국○○○○공사와 한국○○○○의 각 자회사 소속 근로자가 조합원으로 가입한 전국○○○○○○○○○○노동조합은 한국○○○○공사와 한국○○○○를 상대로 '2020 간접고용 비정규직 노동자 권리보장 기본협약 체결'을 위하여 2020. 4. 29.부터 같은해 5. 15.까지 3차례에 걸쳐 단체교섭을 요구하였으나, 위 두 공기업이 불응하여 조정을 신청하였음.
- 모회사는 '공공부문 비정규직 근로자 정규직 전환 관련 바람직한 자회사 설립·운영 모델(안)' 등 정부지침 및 각 모회사별로 구성된 '정규직 전환 노사전문가 협의체'의 협의 등에 따라 모-자회사간 업무위탁계약이 체결되어 있음.
- 한편, '공공부문 비정규직 근로자 정규직 전환 관련 바람직한 자회사 설립·운영 모델(안)'에 따르면 모회사 공동협의회 등 협의체 운영, 임금을 적정 수준에서 결정하고 자회사 정규직 전환자의 임금 등 근로조건이 저하되지 않게 설계하고록 하고 있는 특색이 있음. 나아가 자회사는 모회사와의 거래에 전적으로 의존하고 있으며, 모회사 역시 자회

사에 업무위탁을 지속적으로 할 수밖에 없는 특수성이 있음.

- 이러한 사정을 통해볼 때, 앞에서 본 민간부문의 경우보다, 모회사가 자회사 근로자의 근로조건의 결정 특히, ①에 해당하는 사항에 실질적으로 개입할 수 있는 가능성이 많음을 알 수 있음.
- 이에 중노위는 당사자적격 부재를 이유로 행정지도에 그치기는 하였으나, 모회사 공동협의체 구성에 노력하고, 산업안전에 대해서도 자회사 노동조합의 참여를 보장하도록 노력할 것을 권고 하였음. 이는 조정 대상의 범위가 민간부문보다는 다소 넓을 수 있음을 시사한 것으로 볼 수 있음.

#### 다. 공공부문II (지자체-민간위탁형) - 중앙2020조정25 전국○○○○노동조합 사건

- 지자체로부터 생활폐기물 수집·운반 업무를 위탁받아 수행하는 업체에 고용된 근로자 등으로 조직된 전국○○○○노동조합은 당초 직고용업체들과 단체교섭을 진행하였으나, 이들이 실질적 결정권한을 가지고 있지 못하다고 판단하여 환경부 및 20개 기초지자체에 '2020 간접고용 노동자 노동안전, 임금 및 복지, 고용안정, 교섭체계 구축'을 요구하며 2020. 5. 13.부터 같은달 20.까지 2차례에 걸쳐 단체교섭을 요구하였으나, 위 상대방이 응답하지 않아 조정을 신청함.
- 이 사건도 결과적으로 당사자적격이 인정되지 않아 행정지도에 그쳤으나, 당사자들의 관계에서 다음과 같은 특징이 있음.
- 생활폐기물처리는 지자체의 고유사무이나, 환경부가 폐기물처리에 관한 원가를 산정을 고시하고, 지자체가 이를 바탕으로 인건비 등 구체적인 기준을 정하고 있는 실정으로, ①에 해당하는 사항에 대해 누가 처분 또는 결정권한을 가지고 있는지 판단하기가 모호한 바, 향후 연구가 필요함.
- 이에 중노위는 정부가 발표한 "민간위탁 노동자 근로조건 보호 가이드라인" 등의 취지를 고려하여 정례적인 공동협의를 통해 근로조건 개선을 위해 노력할 것을 권고하는 수준에 그쳤음.

## 라. 소결

사내하도급으로 대표되던 원하청 유형은 공공부문에서 정부나 지자체를 원청으로 포착하고 단체교섭을 시도하는 등 다양한 형태로 나타나고 있는바, 조정의 대상을 결정함에 있어서 이러한 유형에 따른 세밀한 연구가 필요한 실정이다.

## 제4절 개선방안

### 1. 문제의 소재 - 당사자적격 유무 확인의 현실적 어려움

현행 제도의 구조상 1차적으로 노동조합이 조정신청에 관한 당사자적격이 충족되었다는 사실을 입증하여야 하나, 사용자가 이에 응할 가능성이 낮으므로 스스로 그러한 입증을 하기에는 증거의 편재로 인한 현실적인 어려움이 있다.

노동위원회 역시 10일 내지 15일이라는 짧은 냉각기간 내에 조사권을 행사해 이를 확인해야 하나, 2020년 사례에서 보듯 물리적으로 쉽지 않다. 특히 실질적 지배력 유무에 대한 판단기준을 설정함에 있어서 현재로서는 사법적 판단기준에 의존해야 하는 현실인바, 사법적 판단기준은 사법적 판단에 능숙한 자, 예컨대 판사, 검사, 근로감독관 등이 적용하는 기준이라는 점에서 서비스적 성격의 조정을 구체적으로 담당하는 조정위원들이 이를 감당하기는 기관구성의 관점에서 부적절하다.

이에 아래에서는 이러한 문제를 해결하기 위한 대안을 모색해 본다.

### 2. 대안

#### 가. 조정 전 지원제도 활용

노조법 제53조 제2항은 “노동위원회는 제1항의 규정에 따른 조정신청 전이라도 원활한 조정을 위하여 교섭을 주선하는 등 관계 당사자의 자주적인

분쟁 해결을 지원할 수 있다”고 규정하고 있다.

당사자적격이 있음을 ‘확인’한다는 점은, 해당 당사자 사이에 노동쟁의 발생이 가능하고 따라서, 이를 해결하기 위해 당사자들이 진지하게 대화에 나서야 한다는 점을 의미한다. 따라서, 당사자적격 유무에 대한 확인은 (i) 당사자적격이 확인되면 노동위원회는 당사자 일방의 정식 신청을 접수하여 조정으로 나아가야 하고, 혹은 (ii) 비록 확인되지 않는 경우라도 당사자가 다른 방식에 의해 자주적으로 분쟁을 해결하도록 조기에 지원할 수 있다는 점에서, 어느 쪽이건 당사자적격에 대한 사전 확인은 바람직하다고 할 수 있다.

이에 당사자적격이 문제될 것으로 예상되는 사건에 대해서는 노동위원회가 조정 전 지원제도의 일환으로 당사자적격 유무 확인을 사전에 시도함으로써, 공식 신청 이후의 촉박한 조정시한을 건설적으로 활용할 수 있을 것이다. 같은 취지에서 실질적 지배력 판단을 위해 예비신청(가신청)절차를 두는 방안도 고려해 볼 수 있다.

그러나 원청의 비협조가 지속되는 한 이러한 조사제도는 비록 시간을 더 두고 이루어진다하더라도 실효성을 가지기 어렵다는 한계가 존재한다.

#### 나. 서비스제공 관점에서의 실질적 지배력 내지 대항관계 인정에 관한 판단기준 마련

실질적 지배력은 현행 법령상 구체적 판단기준이 없으므로 부당노동행위에서의 사용자 편에서 다룬 바와 같이 세부적인 여러 가지 기준에 따른 사실관계를 종합적으로 고려하여 그 존부에 대한 판단을 내려야 하는 어려움이 있다. 나아가 이 기준은 사법적 판단기준임을 앞에서 여러차례 언급한 바 있다.

구체적인 조정절차 내에서 실질적 지배력 판단은 조정위원이 하게 되는데, 조정위원의 일반적 구성이나 전문분야에 비추어 실질적 지배력에 관한 고도의 판단을 적절하게 수행할 수 있는지에 대한 의문이 제기될 수 있고, 이는 자칫 중층적 고용관계에 대한 조정제도 이용에 대한 불신이나 회의를 초래할 수 있으며, 노동쟁의 조정제도가 과연 적절한 당사자를 포착하여 운영되고 있지 못하다는 이른바 불공정성 논란을 야기할 수도 있다.

이에 규정을 만들어(상위법령이면 좋겠지만, 우선 중노위의 규칙제정권을



활용하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다) 실질적 지배력 유무를 판단할 수 있는 간명한 기준을 제시할 필요가 있다.

그러한 기준은 노동쟁의 조정제도가 서비스적 제도라는 취지를 고려하여, 조정위원들도 쉽게 수집하고 판단할 수 있는 객관적이고 계량 가능한 자료에 터잡은 것이어야 한다. 이에 대해서는 하도급거래공정화에 관한 법률(이하 “하도급법”)이 원사업자(원청)와 수급사업자(하청)을 규정하고<sup>244)</sup> 동시에 그들 사이에 존재하는 거래 종류를 특정<sup>245)</sup>하는 형식으로 하도급법의 적용대상을 확정하는 방법을 참고할 수 있다. 하도급법은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법”)에서 규정하고 있는 불공정거래행위 유형 중 거래상 지위 남용금지에 관한 특별법으로서, 공정거래법상 “거래상 (우월적 지위)에 있는 자인지 여부(즉, 문제를 제기한 자에 대하여 ‘갑’의 지위에 있다고 볼 수 있는가)를 판단함에 있어 노동법과 같이 실질 판단을 하여야 했으나, 매건마다 그렇게 하는 것이 쉽지 않아 아예 특별법을 만들어 대응한 사례이다.<sup>246)</sup> 참고로 하도급법은 1984년 제정되어 현재에 이르고 있는 등 이른바 갑을관계의 존부를 판단하는 아주 오래된 기준으로 원하청 사이에 널리 적용되고 있어 원청업체의 수용도도 높을 것으로 예상된다.

244) 하도급거래 공정화에 관한 법률 제2조(정의) ② 이 법에서 “원사업자”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다.

1. 중소기업자(생략)가 아닌 사업자로서 중소기업자에게 제조등의 위탁을 한 자
2. 중소기업자 중 직전 사업연도의 연간매출액[생략]이 제조등의 위탁을 받은 다른 중소기업자의 연간매출액보다 많은 중소기업자로서 그 다른 중소기업자에게 제조등의 위탁을 한 자. 다만, 대통령령으로 정하는 연간매출액에 해당하는 중소기업자는 제외한다.
- ③ 이 법에서 “수급사업자”란 제2항 각 호에 따른 원사업자로부터 제조등의 위탁을 받은 중소기업자를 말한다.

시행령 제2조 ④ 법 제2조제2항제2호 단서에서 “대통령령으로 정하는 연간매출액에 해당하는 중소기업자”란 다음 각 호에 해당하는 자를 말한다.

1. 제조위탁·수리위탁의 경우: 연간매출액이 20억원 미만인 중소기업자
2. 건설위탁의 경우: 시공능력평가액이 30억원 미만인 중소기업자
3. 용역위탁의 경우: 연간매출액이 10억원 미만인 중소기업자

245) 제조위탁(가공위탁을 포함함)·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁(하도급법 제2조 제1항 참조)

246) 하도급거래 공정화에 관한 법률 제28조(「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」과의 관계) 하도급거래에 관하여 이 법의 적용을 받는 사항에 대하여는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제23조제1항제4호(자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위)를 적용하지 아니한다.

독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조(불공정거래행위의 금지) ①사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 “不公正去來行爲”라 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니된다. <개정 1996.12.30, 1999.2.5, 2007.4.13, 2013.8.13>

1. 부당하게 거래를 거절하거나 거래의 상대방을 차별하여 취급하는 행위
2. 부당하게 경쟁자를 배제하는 행위
3. 부당하게 경쟁자의 고객을 자기와 거래하도록 유인하거나 강제하는 행위
4. 자기의 거래상의 지위를 부당하게 이용하여 상대방과 거래하는 행위

실질적 지배력을 가지는 원청의 경우 기본적으로 하도급법상 원사업자의 지위에 있는 경우가 많고, 상대 노동조합의 조합원이 근무하는 하청 역시 하도급법상 수급사업자에 해당할 가능성이 많다. 따라서, 위 요건을 일단 차용하되, 근로관계에 대한 실질적 지배력을 상징할 수 있는 요건을 개발하여 추가적으로 적용하는 방안이 간명하다. 그러한 것으로는 원청이 하청의 주된(혹은 유일한) 거래처인지 여부, 원청이 하청에 대해 계약 해지권을 보유하고 있는지, 하청이 원청으로부터 발생시킨 매출액 중 인건비 비중이 일정 수준 이상인지, 작업시간을 원청에 연동시키는지 등을 생각해 볼 수 있을 것이다.

한편, 대항관계설의 입장에서 당사자적격을 판단한다면 이보다는 더 간명하게 당사자적격 유무를 판단할 수 있을 것이다.

#### 다. 조사권의 실효성 확보

노동조합은 구체적 증거를 보유하고 있지 못한 채 정황증거, 기사 등 입증이 어려운 자료만 제출할 가능성이 많고, 실질적 지배력이 있다고 지목된 사용자가 입증 혹은 증거제출에 소극적일 수 있으므로, 위원회가 관련자료를 적극적으로 수집할 필요가 있다.

노동위원회법 제23조는 위원회의 조사권을 명시하고 있고, 조사권 행사에 응하지 않거나, 이를 거부·방해한 경우 500만원 이하의 벌금에 처할 수 있도록 규정하고 있으므로(제31조, 제32조), 이를 적극적으로 활용할 필요가 있다. 다만, 이를 조정개시 후 이를 행사하고 그 결과를 제출받아 검토하는데에는 시간적 한계가 있고, 사용자 측은 이를 십분 활용하여 절차를 지연시킬 것으로 예상된다. 이에 조정 전 지원 단계에서부터 조사권을 활용하여 사용자측의 지연전략에 대응할 필요가 있다. 아울러 노동조합 측도 이러한 문제에 대응하여 필요한 자료를 사전에 수집해 두려고 노력하여야 한다.

한편, 처벌의 수위가 낮아 조사권 비협조에 기꺼이 나아갈 사용자도 존재할 수 있으므로 장기적으로 처벌 수위를 높이는 방안도 고려해 볼 필요가 있음.

## 제5절 관련문제 - 쟁의행위 정당성

노동위원회의 역할은 크게 조정과 심판으로 구분된다. 이 중 조정의 경우 노동쟁의를 대상으로 삼고 있으므로, 노동위원회가 노동쟁의에 대해 어떠한 심판을 할 지위에 있지 않다. 앞에서 본 원하청관계에서의 조정 대상에 대한 검토 역시 의무적 교섭대상과 일치하는 것이 아니라는 점도 이와 동일한 맥락이라 할 수 있다. 노동위원회는 부당노동행위 구제신청에 대한 심판을 통해 쟁의행위의 정당성을 다룰 수는 있지만, 이는 노동쟁의 조정과는 완전히 분리된 별개의 절차이며, 심판과 조정을 담당하는 기구의 구성도 각각 해당 기능의 성격을 고려하여 상이하게 이루어진다.

그런데, 노조법은 노동관계 당사자가 쟁의행위를 하기 위해서는 조정을 먼저 거쳐야 한다는 조정전치주의를 규정하고 있는데, 노동위원회는 노동쟁의 조정과 교섭거부에 의한 부당노동행위에 대한 심판기능을 각각 수행한다는 점에서, 양 기능 사이의 연관성을 두려는 시각이 있다. 즉, 조정전치주의에 근거하여 노동위원회가 조정신청을 받아들여 행정지도를 하지 않고 조정절차에 나아간 경우, 이를 조건전치주의를 거친 것으로 이해하여 쟁의행위의 절차적 정당성이 담보된다고 보려는 입장이다. 이러한 입장은 노-사 양측 모두에게서 나타난다. 노동조합은 쟁의행위의 정당성을 실체적 관점과 절차적 관점에서 담보하기 위하여 노동쟁의 조정절차를 이용하려는 경향을 보인다. 즉, 노동쟁의 조정신청을 하여 행정지도를 면하고 조정절차가 개시된 분쟁의 경우, 조정대상으로 인정받았다는 점에서 일응 쟁의행위의 대상성도 인정받게 되고, 나아가 조정전치를 준수하였다는 점에서 쟁의행위의 사전적 요건을 충족하였다고 일응의 확인을 받은 것으로 이해하는 것이다. 한편, 사용자의 경우에도 이러한 점을 인지하여 노동쟁의 조정신청에서 행정지도를 받아내기 위하여 노동쟁의에 해당하지 않는 분쟁이라거나 당사자적격이 없는 노동조합이라는 주장을 기본적으로 하고 있다.

그러나 노동위원회의 노동쟁의 조정제도는 앞에서 본 바와 같이 서비스적 성격에 불과하며, 준사법적 판단기능인 심판이 아니다. 노동쟁의 조정절차 개시여부를 두고 쟁의행위의 정당성을 인정받았다고 인식하는 견해는 이러한 기능적 차이를 무시하는 것이다. 쟁의행위의 정당성은 사후적으로 사법적

기능에 의존하여 판단되어야 하는 사안으로 분쟁의 자주적 해결을 촉진하는 조정을 통해 이루질 판단이 아니다. 노동쟁의 조정은 대상이 되는 노동쟁의의 해결 그 자체에 초점이 있는 것이지, 쟁의행위에 대한 심판을 목적으로 하지 않으며, 이와는 전혀 무관하다. 즉, 노동위원회의 조정절차를 거친 후 노동조합이 쟁의행위에 나아간 경우, 그러한 쟁의행위가 노조법 제45조 제2항에 따른 조정전치주의를 거쳤는지 여부 즉, 해당 절차를 준수한 쟁의행위인지 여부에 대한 판단은 쟁의행위의 정당성을 다투는 사건을 관할하는 기관이 판단할 문제이다. 그러한 사법적 판단이 조정절차를 개시하였다는 조정기관의 판단에 구속되지는 않는 것이다.

예컨대, 중노위가 하청노동조합의 조정신청사건에서 원청사업주에 대해 실질적 지배력이 인정되지 않았다고 하여 행정지도를 한 경우, 하청노동조합이 그러한 중노위 결정에도 불구하고 쟁의행위에 나아갔다고 가정할 때, 이 쟁의행위는 절차적으로 위법하다고 단정할 수 있는가? 해당 심판기관이 보기에 실질적 지배력이 미치는 사안이라고 본다면, 이 쟁의행위가 노조법 제45조 제2항 위반이 아니라고 판단하는 것도 가능할 것이다. 왜냐하면 노동조합은 조정전치주의를 거치고자 했으나, 중노위가 조정대상이 아니라고 하여 조정을 하지 않은 것이라고 인정할 수도 있기 때문이다. 반대로 중노위는 원청사업주의 사용자적격을 인정해 조정을 시도했으나 조정이 결렬되었고 이에 하청노동조합이 쟁의행위에 나아가자 사용자가 쟁의행위의 정당성을 다투는 경우, 해당심판기관은 중노위와 달리 사용자적격이 없다고 보아 교섭대상이 아닌 자를 상대로 쟁의행위를 한 것으로 정당성이 없다고 판단하는 것도 가능하다.

이와 동일한 관점에서, 노동위원회가 조정절차를 개시함에 있어 쟁의행위의 정당성 유무에 대한 예단을 가지고 조정개시여부 혹은 행정지도여부를 결정하는 것도 노동쟁의 조정제도의 취지나 심판과 조정 기능을 분리하여 취급하는 노동위원회의 역할분담에도 반한다. 판례 역시 노동쟁의는 특별한 사정이 없는 한 그 절차에 있어 조정절차를 거쳐야 한다(대법원 2001. 6. 26. 선고 2000도2871 판결, 대법원 2003. 4. 25. 선고 2003도1378 판결, 대법원 2003. 12. 26. 선고 2001도1863 판결, 대법원 2008. 9. 11. 선고 2004도746 판결 등)고 하여 반대해석상 조정절차를 반드시 필수적으로 거쳐야만 쟁의행위의 정당성이 인정된다고 파악하고 있지는 않다. 조정전치주의는 노조법상 정

한 절차에 불과하며, 쟁의행위의 정당성을 판단함에 있어서는 이것이 고려요소는 될지언정 절대적 기준은 아니라는 취지이다. 즉, 쟁의행위의 정당성과 조정전치주의는 불가분의 관계에 있지 않다고 할 것인바, 이는 곧 노동위원회가 노동쟁의 조정을 개시할지 여부를 판단하는 기준과 법원이 조정전치주의가 준수된 쟁의행위 인지여부를 판단하는 기준은 다를 수 있음을 의미한다.

요컨대, 중노위의 당사자적격 인정여부는 쟁의행위의 정당성에 대하여 아무런 구속력도 가지고 있지 않은데, 그러한 구속력이 있다고 믿는 것은 잘못된 관행이라 할 것이다. 이러한 잘못된 관행으로 인해 당해 절차를 이용할 자격이 있는지 여부를 묻는 절차적 개념인 당사자적격을 마치 쟁의행위의 절차적 정당성에 실제 판단과 연결시켜 이해하는 문제(예컨대, 하청노동조합이나 원청사업주)가 반복되고 있는바, 이 문제를 해결하여 노동쟁의 조정제도가 본래의 성격에 부합하도록 운영될 필요가 있다. 당사자적격은 절차 즉, 사건해결의 전장에 입장할 수 있는 자격이 있는지 없는지만 검사하는 도구적 기준일뿐, 쟁의행위의 정당성이라는 전쟁터에서 실제로 이길지 말지에 대한 판단기준이 될 수 없다.

## 제6절 소결

노조법은 집단적 노동분쟁의 해결을 위해 신속·유연한 대체적 분쟁해결수단(ADR)인 조정제도를 도입하였으나, 조정의 대상을 ‘노동쟁의’ 즉, ‘근로조건에 관한 주장의 불일치’로 제한하여 현실에서 발생하는 모든 집단적 노동분쟁에 대응하지 못하고 있고, 실무적으로도 이러한 틀을 벗어나지 못하고 있다. 그러나 조정의 대상을 확장하여, 오로지 노동쟁의에 해당하지 않는 사항만을 대상으로 조정을 신청하였음이 명백한 경우가 아닌 한 조정의 대상적격을 인정할 필요가 있다. 이러한 관점은 ‘조정은 서비스’라는 입장에 부합하며, 다변화, 다층화되고 있는 현대적 노동분쟁에 노동위원회가 유연하게 대응할 수 있는 공간을 열어준다.

한편, 노조법은 쟁의행위에 앞서 원칙적으로 조정 등을 거치도록 강제하는 ‘조정전치주의’를 채택하였는데, 판례는 “노동조합이 노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 하여 조정절차가 마쳐지거나 조정이 종료되지 아니한 채 조정기

간이 끝나면 노동위원회의 조정결정이 없더라도 조정절차를 거친 것으로 보아야 한다”라고 하여 조정전치주의는 노동쟁의라는 제한된 분쟁유형에 한하여 분쟁을 사전에 조정하여 쟁의발생을 회피하거나 사전예고할 기회를 부여하려는 데에 그 취지가 있을 뿐, 쟁의행위 자체를 금지하려는 것은 아니라는 것이다. 따라서 노동쟁의조정제도는 쟁의행위의 당부를 판단하는 준사법적 제도가 아니라 노동위원회가 제공하는 서비스의 일종일 뿐이다. 그런데 노동위원회의 조정실무는 ‘행정지도’라는 주문을 통해 서비스제공기관이 아닌 고권적 기관임을 각인시키고 있다는 문제가 있다. 그러므로 노동쟁의 조정제도가 서비스적 지위로 복원되기 위해서는 실무적 차원의 노력의 일환으로 ‘행정지도’라는 주문 대신 ‘조정불성립’ 혹은 ‘각하’ 주문을 활용할 필요가 있다.

쟁의행위의 정당성은 쟁의행위에 관한 규정의 해석에 의해 판단되어야 하는 문제로서, 조정제도를 담당하는 기구가 이를 판단할 성질의 것이 아니다. 쟁의행위가 발생한 경우 조정전치를 거쳤는지 여부는 당해 조정사건에서 판단할 문제가 아니라 쟁의행위의 정당성이 직접적인 쟁점으로 다투어지는 사건에서 판단하면 족하다.

‘당사자적격’이란 어느 분쟁에서 정당한 당사자가 누구인지, 질서유지의 관점에서 해당 분쟁해결절차를 이용하도록 하는 것이 효율적이고 합리적인지 여부를 밝히는 절차법적 개념으로 해당 분쟁절차의 성격을 고려하여 인정기준을 정하면 족하다. 노동쟁의 조정제도는 노동관계 당사자 간의 자주적인 분쟁 해결을 지원하기 위해 국가가 제공하는 서비스로서, 조정의 결과가 강제성을 가지지 않으므로 당사자적격을 엄격하게 제한할 필요가 없는바, 구체적으로 노동조합과 사용자 사이에 어떤 관계가 있으면 노동쟁의 조정신청의 당사자적격이 볼 수 있는지가 문제되는데, 노동쟁의 조정신청은 노동조합에 의하여 이루어진다는 점에서 실무적으로는 사용자의 피신청인적격이 문제된다. 노조법상 사용자개념에 대해서는 (i) 근로계약설, (ii) 실질적 지배력설, (iii) 실질적 대향관계설 등이 제기되고 있다. 중노위는 종래 근로계약설의 관점을 취해 왔으나, 최근 조정신청에서는 “사용자가 노동조합 조합원의 근로조건을 구체적이고 실질적으로 지배·결정하고 있는지 여부”에 대한 확인을 시도하면서 종래보다 피신청인 적격을 확장하였다.

앞에서 본 바와 같이 노동쟁의조정은 노동분쟁의 해결을 촉진 내지 지원하는 서비스 성격의 제도이므로 그 당사자적격은 노동쟁의의 당사자로서 유

효하고 적법하게 조정절차를 이용하여 조정안을 '수락할 수 있는' 지위에 있다면 이를 인정하더라도 무방할 것이다. 즉, 노동조합과 그가 지목하는 사용자가 교섭을 통해 근로조건의 유지·개선이라는 노조법의 목적 달성에 기여할 수 있는 관계에 있다면 당사자적격을 인정하는 것이 바람직하다. 특히, 사내 하도급을 필두로 간접고용이 널리 이용되고 있는바, 하청근로자의 노동3권이 보장받지 못한다는 문제가 오래전부터 제기되어 왔다. 사용자책임의 회피 경향, 위협의 외주화 등 노동관계의 고질적 문제에 대한 국가만의 대응에는 한계가 있으므로 노동조합이 자주적으로 문제를 제기하고 해결할 수 있는 제도적 기회를 마련해 줄 필요가 있다. 이러한 관점에서 볼 때 조정신청의 피신청인적격은 실질적 영향력설에서 더 나아가, 근로조건뿐만 아니라 노동3권 행사와 관련된 노동관계 전반에 지배력을 가진 자를 널리 노조법상 사용자로 보아야 한다는 대항관계설의 입장에서 파악하는 것이 합목적적이다.

구체적으로 최근 당사자적격이 문제된 중층적 노동관계로는 ① 대표적인 유형이라 할 수 있는 원하청관계에서의 노사관계 뿐 아니라 ② 모회사를 상대로 자회사 노동조합이 단체교섭을 요구하는 사례, ③ 공공부문에서 국가나 지방자치단체가 민간사업체에 발주한 사업에 종사하는 근로자로 구성된 노동조합이 국가나 지방자치단체를 상대로 단체교섭을 요구하는 사례가 있다. 이 중 ②, ③ 유형의 경우에도 원청의 지위에 해당하는 모회사나 공공기관의 영향력이 적지 않다는 점에서 피신청인적격을 인정할 필요성이 강하다.

당사자적격을 확대하여 인정되는 경우, 노동쟁의 조정의 대상은 원칙적으로 원청사업주의 영향력 내지 지배력이 미치는 사항에 한정된다. 다만, 원청의 사업주의 영향력 내지 지배력이 미치는 사항이 무엇인지는 개별 사례에 따라 차이가 있으므로, 노동위원회가 사안별로 유연하게 대응할 필요가 있는바 이를 유형화하면 다음과 같다.

- ① 근로계약의 이행에 관한 사항: 임금 및 그 지급방법, 해고 등 근로관계 종료에 관한 사항
- ② 근로제공에 있어서 노무지시권의 행사: 연장근로를 포함한 근로시간, 휴게, 휴일 등
- ③ 사업장에 대한 지배와 관계있는 사항: 사업장 내에서의 노동조합 활동, 사업장 내에서 노무를 제공하는 경우 (1) 산업안전보건, (2) 직장내

괴롭힘금지 및 예방, 균등대우, 강제근로금지, 폭행금지 등과 같은 기본적인권 내지 인격권 보장 등에 관한 사항

위와 같이 중층적 노동관계에서 피신청인적격과 조정대상을 확정하더라도 실제 사건에서는 이를 노동위원회가 확인하여야 하는데, 사용자가 조정신청에 성실하게 응할 가능성이 낮다는 점, 사측에 증거가 편재되어 있을 가능성이 많다는 점, 노동위원회의 활동기간이 냉각기간인 10~15일에 불과하다는 점에서 현실적 어려움이 있다. 나아가 실질적 지배력이나 대항관계설에 의한 사용자성 인정은 종래 사법적 판단을 위한 기준으로 제시되었다는 점에서 구체적 조정사건에서 조정위원들이 이를 판단하기에 부적절하다는 문제도 있다.

이에 현행제도 내에서는 조사권(노위법 제23조, 제31조, 제32조)과 조정 전 지원제도(노조법 제53조 제2항)를 활용하여야 하며, 중노위 차원에서 실질적 지배력 내지 대항관계 인정에 관한 기준을 마련하여야 한다.



## 제6장 결론

### 제1절 연구내용의 요약

#### 1. 부당해고등 구제신청의 당사자 적격

##### 가. 신청인 적격

대법원 판례법리는 근로기준법상 근로자성 판단기준으로 ① 지휘감독, ② 시간·장소의 구속, ③ 소유관계 또는 3자대행 등, ④ 이윤·손실의 위험부담, ⑤ 보수의 성격, ⑥ 보수의 형태, ⑧ 사회보장제도 여부를 제시하고 있다.

이러한 일반적인 기준을 특수고용노동자 등에게 적용함에 있어서는 이들의 노무제공형태가 전통적인 근로자와는 다른 특징들을 반드시 고려해야 할 것이다. 특히, 플랫폼 노동의 경우에 있어서의 근로자성 판단의 국면에서는 이들이 계약의 형식을 비롯하여 다양한 측면에서 전통적인 근로자의 모습과 다르게 외관을 갖추고 있어 사용종속관계의 본질을 제대로 파악하기 어려운 경우가 있음을 고려해야 할 것이다. 예컨대, 플랫폼 노동의 경우 노동중개 방식은 새로울 수 있으나, 승객운송과 배달과 같은 노동 그 자체를 보면 전통적인 노동의 모습과 다르지 않다. 또한 플랫폼 노동 종사자에게 가격선택권과 고객선택권은 전혀 없다. 한편, 플랫폼 노동에서는 독립사업자성이 인정될 여지가 거의 없으므로 그 징표들(③ 소유관계 또는 3자대행, ④ 이윤·손실의 위험부담, ⑤ 보수의 성격)보다는, 인적 종속성의 징표(① 지휘감독, ② 시간·장소의 구속)가 더 중요한 핵심 요소라고 할 것이다. 또한, 배달 등의 경우에는 노무제공자의 이동 경로 등은 디지털에 의해 이미 정해져 있는 경우가 많다. 우버 사건에서 프랑스 대법원이 “우버기사는 플랫폼에 의해 주어질 경로를 운행한다”고 하여 근로자성을 인정하였고, 미국의 리프트 사건에서 캘리포니아 법원이 “꼭 업무의 모든 세부사항에까지 지배를 받아야만 근로자인 것은 아니고, 앱을 사용하여 수행하는 업무의 본질상 일정한 정도의 자유가 보장된다 하더라도 여전히 지배를 받는 근로자가 될 수 있다”고

판단한 사례를 고려할 때, 업무수행 과정에서 극히 일부의 재량 또는 자율성이 있다고 해서 쉽사리 지휘감독을 부정해서는 아니 된다. 또한, 플랫폼 노동의 특성에 비추어, 근무장소를 사무실이나 공장과 같은 '특정 장소'로 한정해서는 아니 된다. 중요한 것은 노무제공자가 일하는 '구역을 누가 정하느냐'가 핵심이다. 플랫폼사가 일정 구역을 정한 것이라면 근무장소의 구속을 인정해야 할 것이다.

#### 나. 피신청인 적격

사내하청, 모자기업화 등의 방식으로 고용관계가 중층적으로 형성된 경우에 있어 원청기업이나 모기업 등을 상대로 부당해고등 구제신청을 할 수 있는가의 문제와 관련하여 판례는 법인격부인론(○○-○○○○○○○ 사건), 묵시적 계약관계법리, 실질적 근로관계 등의 방법으로 간접고용관계에서 원청기업의 사용자 책임을 긍정한바 있다.

장기적으로는 사용자의 기능적 개념화를 수용하여 사용자를 다원적으로 인식하는 법리의 개발이 필요하다. 그렇게 되면 어떤 하나의 기업을 사용자로 특정할 것인가의 국면에서 사용자 기능을 행사하는 복수의 기업들 간에 어떻게 사용자 책임을 분배할 것인가로 문제의 초점을 전환할 수 있게 될 것이다.

### 2. 부당노동행위 구제신청의 당사자 적격

원하청관계에서 원청기업이 단체교섭거부의 부당노동행위의 구제명령의 상대방으로서의 당사자적격이 있는지는 (i) 원하청 간의 대등관계 여부를 판단하기 위해 하청의 원청에 대한 의존성 내지 종속성 유무 및 (ii) 원청의 하청에 대한 우월적 지위를 전제로 하여 하청 근로자의 근로조건 등에 대한 원청의 처분가능성 유무라는 두 가지 판단기준을 활용할 필요가 있다

#### 가. 하청의 원청에 대한 의존성 내지 종속성 유무에 대한 판단

하청노동조합이 원청을 상대로 교섭을 요구하는 근본 이유는 자신들의 요

구사항에 대한 처분가능성이 하청업체에게 없기 때문이다. 이는 하청업체 자체가 원청에 종속되어 있기 때문이라 할 수 있으므로, 하청이 원청에 대해 경제적으로 의존하고 있는지, 하청이 도급업무의 구체적 수행에 대한 처분권이 있는지 여부 등에 대한 판단이 요구된다.

**[업무내용결정에 대한 의존여부]**

- ① 원청이 하청업체의 작업 내용 전반에 관하여 직접 관리하는지
- ② 원청이 하청의 작업 일시, 작업 시간, 작업 장소, 작업 내용 등에 관하여 실질적·구체적으로 결정하는지? 실제로 원청의 하청에 대한 지시는 어떤 내용으로 이루어지는지? 그러한 결정권한은 무엇에 근거하는지, 예를 들면 도급계약인지, 관행인지, 거래관계에서의 우월적 지위인지 등.
- ③ 하청은 ②와 같이 결정된 사항에 대하여 (1) 이를 변경하거나 수정하는 것이 제시하는 것이 가능한지, (2) 만약 변경 또는 수정한다면 어떤 범위에서 얼마나 가능한지, (3) 변경 또는 수정시 어떤 불이익을 입는지? 도급계약 위반에 의한 계약해지인지, 손해배상청구인지 등, (4) 하청 중 실제로 이러한 불이익을 입은 사례가 있는지?
- ④ 하청은 원청에 의해 결정된 ②의 각 사항의 이행과 관련하여 어느 정도의 재량권을 가지는지? 예를 들면, 원청이 결정한 각 사항에 따라 어느 근로자를 종사시킬지 여부를 결정하는 것에 불과한지.
- ⑤ 하청은 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비, 장비, 전문성 등을 갖추고 있는지 아니면 원청이 하청에 대하여 작업도구, 작업자재 등 작업에 필요한 물품을 제공하고, 관련 기업조직에 관한 경영자문이나 컨설팅을 하는지?
- ⑥ 하청이 수급한 업무는 (1) 원청 사업장 내에서만 행해질 수 있는지, (2) 원청 근로자들과 혹은 원청의 다른 하청업체들과의 협업이 불가결하게 필요한지, (3) 원청의 업무 프로세스 중 일부를 구성하는지, (4) 원청의 사업장 밖에서 이루어지거나, 원청 또는 다른 하청과의 협업이 불필요하다면, 동일한 업무를 현재의 사업장 환경이나 인력구성을 유지하면서 원청의 경쟁업체를 위해서도 제공하는 것이 가능한지?

**[원청의 경제적 종속성 검토]**

- ⑦ 하청은 원청 이외에 다른 독자적인 거래선을 가지고 있는지 여부. 하청의 원청에 대한 수입의존도는 어느 정도인지?

- ⑧ 하청이 원청과의 도급계약 체결을 전후하여 인적 구성 및 물적 자산에 어떤 변동이 있었는지 여부. 만약 도급계약 체결 후 새로운 인적구성과 물적 자산을 갖추게 되었다면, 그러한 인적 구성과 물적 자산의 획득 경로는 어떠한지? 이전 하청업체로부터 이전(직원의 경우 퇴사 후 신규채용, 자산의 경우 양수도계약 등) 받는 것이 주를 이루는지?
- ⑨ 하청은 원청과의 계약이 종료되는 경우 (1) 사업의 영위가 실질적으로 가능한지 여부, (2) 채용중인 근로자와의 근로관계는 어떻게 처리하는지, (3) 원청과의 계약을 위해 소유한 자산이 있다면 그 처리는 어떻게 하는지?

#### 나. 하청 근로자의 근로조건 등에 대한 원청의 처분가능성 유무

하청이 원청에게 종속되어 있더라도 법률상·사실상 원청이 하청근로자의 근로조건 등을 처분가능한지 여부에 대한 검토가 필요하다. 이를 위해 확인해보아야 하는 사항을 대략적으로 제시하면 다음과 같다.

- ① 하청근로자가 수행할 업무의 내용·범위·기한 등을 원청이 결정하거나, 그 결정에 있어 원청의 승인이나 감독을 받는지? 하청근로자의 업무는 원청근로자의 업무와 구별되며, 독자적인 전문성·기술성을 요하는지?
- ② 하청근로자의 업무수행에 관한 구체적 사항(작업배치·변경, 작업량, 작업방법, 작업순서, 작업내용, 작업속도, 작업장소, 작업시간 및 연장, 야간근로, 휴게, 휴식 등)에 관하여 하청근로자들이 실질적으로 원청의 공정관리자(직영반장이나 팀장)의 지휘·감독하에 놓여 있다고 볼 수 있는지? 이 경우, 하청의 현장책임자를 거치는 경우를 포함하며, 하청 현장책임자를 통하는 경우 원청 공정관리자의 위 사항에 관한 지시의 빈도나 내용을 구체적으로 확인할 필요가 있을 것이다. 한편, 원청 공정관리자의 지시 외에 하청 현장대리인의 의사결정이 독자적으로 이루어지는 경우가 있는지 아니면 주로 원청의 지휘·감독하에 이루어지는지?
- ③ 원청의 공정관리자(직영반장이나 팀장)의 지휘·감독 내용에 따르지 않는 하청 근로자에 대해서는, 원청의 공정관리자(직영반장이나 팀장)는 어떤 불이익을 누구에게 어떻게 줄 수 있는지? 그러한 불이익이 하청근로자에도 직접적인 영향을 미치는지?
- ④ 하청근로자의 노무제공은 원청이 “계획한 작업 질서”에 편입되어 진행된다고 볼 수 있는지? 예컨대,

- 원청근로자 및 하청근로자가 하나의 작업 집단으로 구성되어 공동 작업을 하거나,
  - 원청근로자 및 하청근로자 상호 간에 도급계약상 업무 외의 업무도 수행하도록 하거나,
  - 하청근로자 내지 원청근로자의 결원 발생 시 서로 대체가 가능한지, 혹은 그러한 대체를 한 사실이 있는지,
  - 같은 공간에서 불가분적으로 작업을 공동으로 하거나 연쇄적으로 하는지,
  - 만약 하청 근로자가 노무제공을 거부하는 경우를 상정할 때, 원청이 해당 하청이 아닌 다른 대체거래선을 용이하게 확보하거나 이를 대체할 재고를 보유하고 있는지(원청의 작업 질서 내에 편입되어 있다면 원청이 직접적이고 구체적인 피해를 입을 것임) 등
- ⑤ 하청근로자가 수행하는 노무는 과거에 원청 근로자에 의해 수행된 적이 있는지? 그것이 어떤 경위로 하청에게 맡겨지게 된 것인지?
  - ⑥ 하청근로자의 선발·교체, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검, 승진·징계·해고 등 인사노무와 관련된 사항의 결정·관리에 대해 원청이 개입할 수 있는지? 만일, 개입한다면 어떠한 절차와 방법으로, 어떤 내용으로 하는지?
  - ⑦ 하청노동조합이 요구하는 사항이 단체교섭의 일반적 대상에 속하는지(즉, 법률상 처분가능성에 대한 검토), 만약 그러한 사항이라면
    - (1) 하청(원청이 아님)이 이를 수용하는데 계약상·사실상 제약이 있는지 여부(예컨대, 원청으로부터 계약해지 내지 손해배상, 계약갱신거절 등의 불이익을 입을 가능성이 있는지)?
    - (2) 하청이 이를 수용하는 데 계약상·사실상 제약이 없더라도 그러한 요구를 실현시키는 것이 하청 독자적으로 가능한지 아니면 원청의 협력 혹은 양해가 있어야만 가능한 것인지?
  - ⑧ 원청의 하청과의 도급계약 갱신거부가 하청 근로자의 실직으로 이어지는지? 원청은 도급계약 입찰시 고용승계를 입찰조건으로 제시할 수 있는지? 실제로 제시한 사례가 있는지? 있다면 그 이유는?
  - ⑨ 하청근로자의 산업안전은 원청의 산업안전조치에 영향을 받는지? 원청은 하청근로자를 배제한 산업안전계획을 수립하는 것이 가능한지? 원청이 하청근로자에 대한 산업안전을 실시하는 경우 소요되는 비용은 어느 정도 수준인지(원청이 감당할 수 있는 수준인지 여부, 전체 산업안전 소요 비용 대비 비율로 판단 가능)?

- ⑩ 하청노조에 대한 노조사무실 기타 편의시설 제공 가능 여부와 관련하여 원청이 시설관리에 대한 독점적이고 배타적 권리를 가지고 있는지? (만일, 원청이 사용하는 공간이 임대시설이라면 하청노조에 대한 노조사무실 기타 시설 관련 편의제공 등에 있어 소유자의 동의를 필요할 수 있음)

### 3. 노동쟁의 조정신청의 당사자 적격

#### 가. 조정전치주의관련

노조법은 쟁의행위에 앞서 원칙적으로 조정 등을 거치도록 강제하는 ‘조정전치주의’를 채택하였는데, 판례는 “노동조합이 노동위원회에 노동쟁의 조정신청을 하여 조정절차가 마쳐지거나 조정이 종료되지 아니한 채 조정기간이 끝나면 노동위원회의 조정결정이 없더라도 조정절차를 거친 것으로 보아야 한다”라고 하여 조정전치주의는 노동쟁의라는 제한된 분쟁유형에 한하여 분쟁을 사전에 조정하여 쟁의발생을 회피하거나 사전예고할 기회를 부여하려는 데에 그 취지가 있을 뿐, 쟁의행위 자체를 금지하려는 것은 아니라는 것이다. 따라서 노동쟁의조정제도는 쟁의행위의 당부를 판단하는 준사법적 제도가 아니라 노동위원회가 제공하는 서비스의 일종일 뿐이다. 그런데 노동위원회의 조정실무는 ‘행정지도’라는 주문을 통해 서비스제공기관이 아닌 고권적 기관임을 각인시키고 있다는 문제가 있다. 그러므로 노동쟁의 조정제도가 서비스적 지위로 복원되기 위해서는 실무적 차원의 노력의 일환으로 ‘행정지도’라는 주문 대신 ‘조정불성립’ 혹은 ‘각하’ 주문을 활용할 필요가 있다.

#### 나. 당사자적격 관련

‘당사자적격’이란 어느 분쟁에서 정당한 당사자가 누구인지, 질서유지의 관점에서 해당 분쟁해결절차를 이용하도록 하는 것이 효율적이고 합리적인지 여부를 밝히는 절차법적 개념으로 해당 분쟁절차의 성격을 고려하여 인정기준을 정하면 족하다. 노동쟁의 조정제도는 노동관계 당사자 간의 자주적인 분쟁 해결을 지원하기 위해 국가가 제공하는 서비스로서, 조정의 결과가 강제성을 가지지 않으므로 당사자적격을 엄격하게 제한할 필요가 없는바, 구체

적으로 노동조합과 사용자 사이에 어떤 관계가 있으면 노동쟁의 조정신청의 당사자적격이 볼 수 있는지가 문제되는데, 노동쟁의 조정신청은 노동조합에 의하여 이루어진다는 점에서 실무적으로는 사용자의 피신청인적격이 문제된다.

노조법상 사용자개념에 대해서는 (i) 근로계약설, (ii) 실질적 지배력설, (iii) 실질적 대항관계설 등이 제기되고 있다. 중노위는 종래 근로계약설의 관점을 취해 왔으나, 최근 조정신청에서는 “사용자가 노동조합 조합원의 근로조건을 구체적이고 실질적으로 지배·결정하고 있는지 여부”에 대한 확인을 시도하면서 종래보다 피신청인 적격을 확장하였다.

앞에서 본 바와 같이 노동쟁의조정은 노동분쟁의 해결을 촉진 내지 지원하는 서비스 성격의 제도이므로 그 당사자적격은 노동쟁의의 당사자로서 유효하고 적법하게 조정절차를 이용하여 조정안을 ‘수락할 수 있는’ 지위에 있다면 이를 인정하더라도 무방할 것이다. 즉, 노동조합과 그가 지목하는 사용자가 교섭을 통해 근로조건을 유지·개선이라는 노조법의 목적 달성에 기여할 수 있는 관계에 있다면 당사자적격을 인정하는 것이 바람직하다. 특히, 사내 하도급을 필두로 간접고용이 널리 이용되고 있는바, 하청근로자의 노동3권이 보장받지 못한다는 문제가 오래전부터 제기되어 왔다. 사용자책임의 회피 경향, 위협의 외주화 등 노동관계의 고질적 문제에 대한 국가만의 대응에는 한계가 있으므로 노동조합이 자주적으로 문제를 제기하고 해결할 수 있는 제도적 기회를 마련해 줄 필요가 있다. 이러한 관점에서 볼 때 조정신청의 피신청인적격은 실질적 영향력설에서 더 나아가, 근로조건뿐만 아니라 노동3권 행사와 관련된 노동관계 전반에 지배력을 가진 자를 널리 노조법상 사용자로 보아야 한다는 대항관계설의 입장에서 파악하는 것이 합목적적이다.

구체적으로 최근 당사자적격이 문제된 중층적 노동관계로는 ① 대표적인 유형이라 할 수 있는 원하청관계에서의 노사관계 뿐 아니라 ② 모회사를 상대로 자회사 노동조합이 단체교섭을 요구하는 사례, ③ 공공부문에서 국가나 지방자치단체가 민간사업체에 발주한 사업에 종사하는 근로자로 구성된 노동조합이 국가나 지방자치단체를 상대로 단체교섭을 요구하는 사례가 있다. 이 중 ②, ③ 유형의 경우에도 원청의 지위에 해당하는 모회사나 공공기관의 영향력이 적지 않다는 점에서 피신청인적격을 인정할 필요성이 강하다.

당사자적격을 확대하여 인정되는 경우, 노동쟁의 조정의 대상은 원칙적으

로 원청사업주의 영향력 내지 지배력이 미치는 사항에 한정된다. 다만, 원청의 사업주의 영향력 내지 지배력이 미치는 사항이 무엇인지는 개별 사례에 따라 차이가 있으므로, 노동위원회가 사안별로 유연하게 대응할 필요가 있는바 이를 유형화하면 다음과 같다.

- ① 근로계약의 이행에 관한 사항: 임금 및 그 지급방법, 해고 등 근로관계 종료에 관한 사항
- ② 근로제공에 있어서 노무지시권의 행사: 연장근로를 포함한 근로시간, 휴게, 휴일 등
- ③ 사업장에 대한 지배와 관계있는 사항: 사업장 내에서의 노동조합 활동, 사업장 내에서 노무를 제공하는 경우 (1) 산업안전보건, (2) 직장내 괴롭힘금지 및 예방, 균등대우, 강제근로금지, 폭행금지 등과 같은 기본적 인권 내지 인격권 보장 등에 관한 사항

위와 같이 중층적 노동관계에서 피신청인적격과 조정대상을 확정하더라도 실제 사건에서는 이를 노동위원회가 확인하여야 하는데, 사용자가 조정신청에 성실하게 응할 가능성이 낮다는 점, 사측에 증거가 편재되어 있을 가능성이 많다는 점, 노동위원회의 활동기간이 냉각기간인 10~15일에 불과하다는 점에서 현실적 어려움이 있다. 나아가 실질적 지배력이나 대항관계설에 의한 사용자성 인정은 종래 사법적 판단을 위한 기준으로 제시되었다는 점에서 구체적 조정사건에서 조정위원들이 이를 판단하기에 부적절하다는 문제도 있다.

#### 다. 교섭창구단일화 관련

간접고용근로자도 근로자이기 때문에 당연히 노동3권을 보장받아야 하나, 종래 노동3권의 행사와 관련해서 부당노동행위의 주체인 사용자를 개별적 근로관계법상의 사용자와 동일시해서 명시적이든 묵시적이든 근로계약관계의 존재를 요구하는 법적용이 간접고용 노동자들의 노동3권 보호를 형해화하여 왔다. 이와 같은 원청의 사용자성 인정 문제에 더하여, 현행 노조법상 교섭창구 단일화 제도가 시행된 이후에는 간접고용근로자의 노동3권은 사실

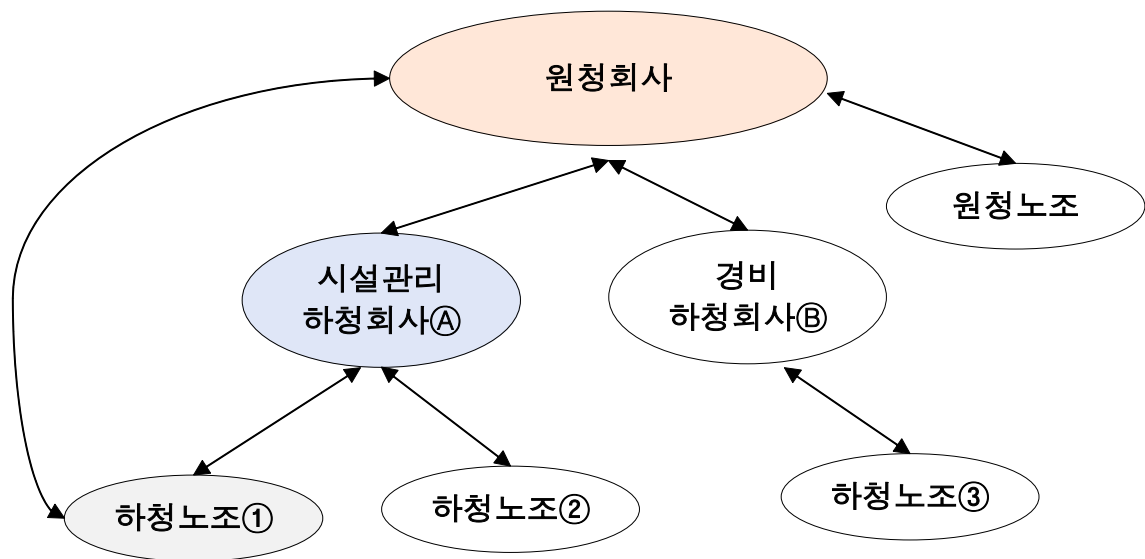


상 사문화된 상황이다. 교섭창구단일화 대상을 원청사업장이 아니라 하청업체 기준으로 하여 전국 각지에 존재하는 동일 하청업체에서 파견한 노동자들과 교섭창구를 단일화하도록 강제되고, 교섭단위가 원청사업장을 기준으로 분리되더라도 하청업체가 변경되면 기존의 단체교섭절차는 사실상 무의미한 상황이다. 나아가, 쟁의절차를 밟고 있는 중에 하청업체가 변경되는 경우에는 새로운 하청업체를 상대로 새로이 교섭창구단일화 절차를 거쳐야 한다.

하청노조의 원청을 상대로 한 단체교섭을 요구하는 경우 현행 노조법상 교섭창구단일화 절차와의 관계에서 사용자가 이러한 단체교섭 요구에 응할 의무가 있는지 문제될 것이다.

노동쟁의 조정은 단체교섭을 촉진하는 제도이므로, 노동조합의 경우에도 노조법 제29조의2에 의해 결정된 교섭대표노동조합일 것을 요한다. 그런데, 앞에서 본 바와 같이 당사자적격을 확대해 하청노동조합의 원청사업주에 대한 노동쟁의 조정신청의 적격을 인정하는 경우, 하청노동조합에 대해서도 교섭대표노동조합의 지위가 있어야 하는지 문제된다.

이러한 쟁점과 관련하여 고려할 수 있는 해석은 다음과 같이 다양하다.



위 그림에서 시설관이 하청회사인 ①사와 근로계약을 체결한 근로자들이 조직한 하청노조①이 원청회사를 상대로 단체교섭을 요구하는 상황을 가정할 때, 이러한 단체교섭에 창구단일화가 필요하기 위하여 교섭창구단일화 절차를 거쳐야 하는지, 이러한 경우 교섭단위는 어떻게 설정해야 하는지에 대

하여는 다음과 같은 입장이 가능할 것이다.

- ① 원청기업 자체를 하나의 교섭단위로 보고, 원청기업이 직접 고용한 직영 근로자들이 조직한 원청노조 및 모든 하청노조들(하청노조 ①, ②, ③)을 대상으로 교섭창구단일화를 거쳐야 한다는 견해
- ② 원청기업 자체를 하나의 교섭단위로 보되, 원청노조와 하청노조의 교섭을 분리하여 원청노조를 제외하고 나머지 하청노조들(하청노조 ①, ②, ③)을 대상으로 교섭창구단일화를 거쳐야 한다는 견해
- ③ 원청기업이 아니라 개별 하청기업을 교섭단위로 보아, 하청회사인 ㉠사의 근로자들이 조직한 하청노조들(하청노조 ①, ②)만을 대상으로 교섭창구단일화를 거쳐야 한다는 견해
- ④ 하청노조가 원청기업을 대상으로 단체교섭을 요청하는 것은 당초 창구단일화제도가 예상한 방식의 교섭방식이 아니므로 창구단일화를 거칠 필요가 없다는 견해
- ⑤ 하청노조가 원청기업을 대상으로 단체교섭을 요청하는 것은 당초 창구단일화제도가 예상한 방식의 교섭방식이 아니므로, 창구단일화 절차를 거쳤는지 여부와 관계없이 하청노조가 원청기업을 상대로 단체교섭을 하는 것은 허용되지 않는다는 견해

기존의 실무상 관행은 위 ⑤의 견해와 같이 창구단일화 절차를 창구단일화 절차를 거쳤는지 여부와 관계없이 하청노조가 원청기업을 상대로 단체교섭을 하는 것은 허용되지 않는다는 방식으로 전개된 경향이 있다.

현재의 노사관행상 중층적 노동관계하에서 교섭창구단일화에 대해서는 위와 같은 이론적 난점이 존재함은 물론이고, 실무적으로도 사용자가 단체교섭을 거부하기 위한 전제로서 교섭창구단일화에 협력할 가능성이 사실상 없다. 즉, 하청노동조합이 원청 창구단일화절차에 참가가 쉽지 않고, 별도의 교섭단위로 보아 교섭요구를 하더라도 원청사업주가 이에 대해 교섭요구사실공고 등의 절차를 이행할 가능성이 현실적으로 거의 없기 때문이다.

따라서 노동쟁의 조정 서비스를 이용하고자 하는 하청노동조합에게 기대가능성이 없는 지위의 획득을 요구하는 것은 부당하다는 문제제기가 있을

수 있다. 특히 앞에서 조정제도의 서비스적 성격, 당사자 자율에 기초한 분쟁해결이라는 제도적 취지를 고려한다면 단지 서비스를 이용하기 위해 실현 불가능한 것을 요구하는 것은 문제가 아닐 수 없다.

이에 교섭창구단일화를 거쳤는지 여부는 쟁의행위의 정당성을 논하는 단계에서 판단하도록 하고 조정절차 내에서는 이를 다루지 않는 방안도 적극적으로 고려할 필요가 있다.

따라서, 위 ③의 견해와 같이 원청기업이 아니라 개별 하청기업을 교섭단위로 보아 하청회사인 ㉠사의 근로자들이 조직한 하청노조들(하청노조 ①, ②)만을 대상으로 교섭창구단일화를 거치면 된다고 보거나, 아니면 위 ④의 견해와 같이 하청노조가 원청기업을 대상으로 단체교섭을 요청하는 것은 당초 창구단일화제도가 예상한 방식의 교섭방식이 아니므로 적어도 조정신청의 단계에서는 창구단일화를 거칠 필요가 없다고 이해할 필요가 있다.

#### 라. 노동쟁의조정과 쟁의행위의 정당성

쟁의행위의 정당성은 쟁의행위에 관한 규정의 해석에 의해 판단되어야 하는 문제로서, 조정제도를 담당하는 기구가 이를 판단할 성질의 것이 아니다. 쟁의행위가 발생한 경우 조정전치를 거쳤는지 여부는 당해 조정사건에서 판단할 문제가 아니라 쟁의행위의 정당성이 직접적인 쟁점으로 다투어지는 사건에서 판단하면 족하다.

## 제2절 향후의 전망

본 연구는 현행 노조법의 규정을 전제로 노동위원회가 관할하는 각종 신청절차의 당사자 적격을 검토하였다.

그런데, 현 정부 출범 이후 ILO 기본협약 비준을 위한 차원에서 경제사회노동위원회 ‘노사관계 제도·관행개선위원회’를 통한 노사정의 사회적 대화를 중심으로 진행되었고, 동 위원회는 2018. 7.부터 2019. 5.까지 노조법 개정에 관한 논의를 기초로 2019년 4월 ‘ILO 기본협약 비준을 위한 노사관계제도·관행 개선 방향에 관한 공익위원 입장’문을 발표하였다.

이후 정부는 ILO 3개 협약(강제노동 제29호, 결사의 자유 제87호·제98호) 비준 추진에 대한 정부 입장을 발표했고, 정부의 노조법 개정안과 협약 비준 동의안이 각각 2019. 10. 4. 및 같은 해 10. 7. 국회에 제출되었으나 20대 국회 임기 만료에 따라 폐기되었다. 이후 제21대 국회가 개원한 이후인 2020. 6. 30. 정부는 노동조합법 개정법률안(의안번호: 2101184, 이하 “정부안”이라고 한다)을 국회에 제출하였으며, 이후 안호영 의원 대표발의 노조법 일부개정안(발의일: 2020. 10. 7, 의안번호: 2104441) 등 복수의 노조법 개정안이 국회에 상정되어 있다.

특히, 안호영 의원안은 정부안과 달리 노조법 제2조 제4호 라목 전체를 삭제하는 한편, 초기업별 교섭을 제도화하기 위해서는 업종이나 근로조건의 유사성, 교섭 관행 등을 고려하여 여러 사업 또는 사업장을 대상으로 교섭단위를 통합하는 제도의 신설을 내용으로 하고 있다.

나아가, 이수진 의원안(의안번호: 2104567, 제안일: 2020. 10. 19.)은 노동조합 전임자에 대한 급여지급 금지 및 근로시간면제제도를 폐지하고 노동조합 전임자에 대한 급여지급 여부는 노사자율로 결정하도록 하며, 노동조합 전임자에 대한 급여지급을 부당노동행위로 금지하는 규정을 삭제함을 내용으로 하며, 또 다른 이수진 의원안(제안일자 2020. 11. 10.; 의안번호: 2105183)은 현행 하나의 사업 또는 사업장의 교섭원칙에서 업종별 및 산업별 교섭 등 교섭구조를 다양화함으로써 유사업종의 근로조건을 통일하고 분쟁을 평화적으로 해결하기 위하여 공동교섭단위의 결정절차 등을 도입하는 내용을 두고 있다.

이러한 법률안들이 실제 입법에 이를 경우, 향후 각종 신청절차에서의 당사자 적격에 관한 판단기준 또한 법개정에 따라 변화되어야 할 것이다. 특히, 안호영 의원안과 이수진 의원안은 정부안에 비하여 초기업별 노사관계의 조성에 전향적인 태도를 보이고 있는바, 이런 내용의 입법이 이루어질 경우 중층적 노사관계에서의 원청에 대한 각종 구제신청의 가능성 또한 넓어질 것으로 예상된다.

## 참고문헌

- 강성태, “특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단”, 『노동법학』 제11호, 한국노동법학회, 2000.
- 권오성, “노사관행의 법적 성질에 관한 일고찰”, 『변호사』 제34집, 서울지방변호사회, 2004.
- 권오성, “위장폐업의 노동법상 문제점에 관한 소고”, 「판례연구」 제22집 제1권, 서울지방변호사회, 2008.
- 김기선, “원청사업주에 대한 사내하청 노동조합의 단체교섭 요구 거부”, 월간노사FOCUS, 한국공인노무사회, 2020.7.
- 김기선, 「아파트 관리를 둘러싼 노동법적 분쟁에 관한 연구, 한국노동연구원, 2019.12.
- 김주병, “직업안정법을 통한 플랫폼노동중개의 규율 가능성과 과제”, 「노동법학」 제70호, 한국노동법학회, 2018.6.
- 김주영, “우리나라 플랫폼경제종사자 규모 추정”, 「고용동향 브리프」, 제2호, 한국고용정보원, 2019.
- 라렌츠/카나리스(허일태 역), 「법학방법론」, 세종출판사(2000).
- 박귀천, “방송연기자 노동조합 사건으로 본 대법원 노동조합법상 근로자성 판단기준과 경향”, 노동법률, 제331호, 중앙경제사, 2018.
- 박수근, “사내파견고용의 실태와 법적 쟁점”, 노동법학 제40호, 한국노동법학회, 2011.12.
- 박재우, “근로자성의 판단 기준에 관한 고찰 - 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두01566 판결 사안을 중심으로-”, 『노동법 실무연구』 재판자료 제118집, 법원도서관, 2009. 6.,.
- 박제성, “타다의 법적 성격과 타다기사의 법적 지위”, 「노동리뷰」 제181호, 한국노동연구원, 2020.4.
- 박제성 외, 「사내하도급과 노동법」, 한국노동연구원, 2009.
- 박제성·노상현·유성재·조임영·강성태, 「사내하도급과 노동법」, 한국노동연구원, 2009.
- 박제성·박지순·박은정, 「기업집단과 노동법」, 한국노동연구원, 2007.

- 스게노 카즈오·이정 역, 「일본노동법」 (전면개정판), 법문사(2015).
- 심재진, “영국노동법의 인적 적용범위와 플랫폼 노동”, 「노동법학」 제73호, 한국노동법학회, 2020.3.
- 이다혜, “공유경제(sharing economy)의 노동법적 쟁점”, 「노동법연구」 제42호, 서울대학교 노동법연구회, 2017.3.
- 이다혜, “미국 노동법상 디지털 플랫폼 종사자의 근로자성 판단 - 2018년 캘리포니아 대법원 Dynamex 판결을 중심으로 -”, 「노동법학」 제72호, 한국노동법학회, 2019.12.
- 이승렬 외, 「플랫폼 종사자 보호를 위한 법·제도적 방안 마련 연구」, 경제사회노동위원회, 2018.12.
- 이정, 「노동법의 세계」, 한국외국어대학교 출판부(2009).
- 이철송, 「회사법강의(제25판)」, 박영사, 2017.
- 임종률, 『노동법』 제14판, 박영사, 2016.
- 장상준, “플랫폼노동종사자의 법적 보호방안에 관한 연구”, 동국대 박사학위논문, 2020.
- 전형배, 『노동판례연구 IV』, 노사신문사, 2016.
- 조성혜, “공동주택의 위탁관리 시 실질적 사용자의 판단: 부당해고의 구제를 중심으로”, 「노동정책연구」 제11권 제3호, 한국노동연구원, 2011.
- 조용만·김홍영, 「로스쿨 노동법 해설」, 오래, 2019.
- 한인상·신동윤, “플랫폼노동의 주요 현황과 향후과제”, 「NARS 현안분석」 제76호, 국회입법조사처, 2019.10.
- 西谷敏(김진국 외 역), 일본노동조합법, 박영사, 2011.
- 根本 到, “親会社·派遣先会社の労組法上の使用者性”, 「法学教室」 436号, 有斐閣, 2017. 1,
- 山口浩一郎, 労働組合法, 有斐閣, 1996.
- 川口美貴, 企業グループと不当労働行為救済法理 - 親会社と使用者性, 労働法律旬報, no. 1905, 2018.2.
- B Simpson, 'A Not So Golden Formula: In Contemplation or Furtherance

- of a Trade Dispute After 1982' (1983) 46 MLR 463.
- D Weil, *The Fissured Workplace—Why Work Became so Bad for so Many, and What Can be Done to Improve It* (Harvard University Press 2014).
- G Davidov, 'Re-Matching Labour Law With Their Purpose', in Guy Davidov and Brian Langille (eds.), *The Idea of Labour Law* (OUP, 2011).
- G Teubner and H Collins, *Networks as Connected Contracts* (Hart 2011).
- H Hansmann and R Kraakman, 'The Essential Role of Organizational Law' (2000) 110 Yale Law Journal 387.
- H Hansmann and R Kraakman, 'Towards Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts' (1991) 100 Yale Law Journal 1879.
- H Anderson, 'A New Approach to Corporate Structures Involved in Labour Law Breaches' (2019) Australian Journal of Labour Law, 32 (1).
- J Getzler and M Macnair, 'The Firm as an Entity Before the Companies Acts' in P Brand, K Costello, and W Osborough (eds), *Adventures of the Law* (Four Courts Press 2005).
- J Fudge, 'The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection' in G Davidov and B Langille (eds), *Boundaries and Frontiers of Labour Law* (Hart 2006).