

이상 살펴본 경위로 노동조합법이 개정되었다. 혹은 ‘노란봉투법’이 시행되었다. 추진 과정에서 국회 안에서나 밖에서나 논란이 많았고, 법률의 시행 결과를 낙관하며 도입에 찬성한 이들과 부작용을 우려하며 반대한 이들의 대립이 극심했다. 입법과정에서 기대와 우려가 조정되어 합의된 법률안이 도출되지 못했고, 심의 과정에서 법률안에 대한 법학적 관점에서의 의미 있는 문제제기가 전무했다고 볼 것은 아니지만, 대개 우발적 문제제기에 머물렀고 회의를 거듭하며 조문을 가다듬는 데 성공하지는 못했다. 여야 간 양보 없는 대립이 이어지던 가운데 힘의 균형이 무너지며 법률 개정안의 선량한 의도에 대한 기대와 낙관론에 힘입어 각 조문에 대한 특별한 가감(加減) 없이 법률이 개정되었다.⁹²⁾ 요컨대 ‘노란봉투법’에 대한 논의의 마지막까지 이 법안에 대한 합의와 조정, 그 전제로서 이 법안이 가결되었을 때 어떻게 적용될 것인지, 부작용은 없을지에 대한 신중한 검토가 국회에서 이루어졌다고 평가하기 어렵다.⁹³⁾

그러나 법률은 이를 제정한 이들의 기대 또는 우려대로 해석·적용되지 않는다.⁹⁴⁾ 하나의 법률이 홀로 존재하는 것이 아니고 상위법이나 하위법, 다른 법률과 촘촘한 시스템을 구성하고 있으며, 하나의 법률 안에서도 각 조문은 서로 간의 체계적 관계 속에서 존재한다. 객관적인 법률이 만들어져 공표되고 시행된 순간부터 그 법은 문언(文言)의 의미와 체계, 역사적 의미 등을 종합적으로 고려하여 해석되고 적용된다.

92) 이준희(2025), p. 165는 개정 노동조합법에 대해 “놀랍게도 제대로된 개정법 조문의 법리적 분석과 시행시 적용 결과에 대한 논의는 진행되지 못한 채 개정되었고, 그 개정의 내용이 매우 중대하여 수많은 해석과 적용상의 혼란이 예상된다.”고 평가함

93) 2025년 7월, ‘노란봉투법’에 대한 마지막 검토 과정에서 박홍배 의원(의안번호 2208195), 김태선 의원(의안번호 2208800), 박해철 의원(의안번호 2210488)이 대표발의한 각 개정안에 대하여 제출된 검토보고서에서, 국회 환경노동위원회 전문위원은 “과거 2차례 본회의 의결을 거쳤음에도 불구하고 2차례 모두 재의요구권 행사를 통해 최종적으로 부결되었던 심사 경과와 경영계와 노동계의 입장 대립 등을 종합적으로 고려하여 입법정책적으로 결정할 필요가 있다”고 평가하며, 각 개정조항마다 여전히 해소되지 않은 찬반 양론을 충실히 소개하고 있음. 한석현(2025), p. 14

94) 입법자의 의도가 있었다고 하더라도 그것이 제대로 법률 문언으로 관철되지 않았다면 입법자의 노력은 실패하였으므로 법률 해석에 있어 이를 고려할 수 없음. 이계정(2022), p. 135

이 글은 이번에 개정된 노동조합법이 보험산업에 미칠 영향을 분석함을 목표로 하고, 아래에서는 그 전제로 개정된 조문을 축조(逐條)하여 해석하려 한다. 그런데 위에서 검토한 것처럼 ‘노란봉투법’이라는 개념 자체도 전용을 겪었고, 아래에서 볼 것처럼 이번에 개정되거나 신설된 각 조문은 노동법적으로 보아 이를 일관하는 하나의 원리가 있다고 보기는 어렵다. 각각 독자적인 의미와 목적을 갖고 있는 별개의 조문이고, 이들을 하나의 다발로 묶은 것이 ‘노란봉투법’ 또는 ‘개정 노동조합법’이라고 보는 것이 정확하다. 그런 의미에서 ‘노란봉투법이 … 미칠 영향’, ‘개정 노동조합법이 … 미칠 영향’과 같은 물음이 부정확한 것일 수도 있겠다. 보다 정확히 말하자면 이 글은, 개정 노동조합법의 각 규정별 개정 이유와 이에 영향을 미친 국내 학설과 판례, 다른 나라의 입법례나 판례·학설을 참고하여 해당 조문에 대한 헌법합치적⁹⁵⁾이고 체계정합적 해석을 도출하고, 보험산업의 특수성 때문에 해당 조문이 특별히 문제가 될 상황에 대해 선행적인 검토를 수행함을 목적으로 한다.

이하 개정 노동조합법을 항 또는 호별로 나누어 설명할 것인데, 제1절부터 제3절까지는 노동조합법 제2조의 개정, 제4절부터 제10절까지는 제3조(제3조의2 포함)의 개정을 다룬다. 위에서 본 것처럼 ‘노란봉투법’은 원래 제4절부터 제10절까지에 해당하는, 손해배상 책임에 대한 특칙을 정하기 위한 것이었다가 제1절부터 제3절까지에 해당하는, 사용자 등의 범위 확대로 초점이 옮겨갔고, 실제 내용을 검토해 보아도 손해배상책임에 대한 특칙보다 사용자 등의 범위 확대 부분이 우리 법체계에 더 강한 영향을 미칠 것으로 예상된다.

1. 제2조 제2호(“사용자”의 범위 확대)

〈표 Ⅲ-1〉 노동조합법 제2조 제2호

개정 전	개정 후
第2條(定義) 이 法에서 사용하는 用語의 定義는 다음과 같다.	第2條(定義) 이 法에서 사용하는 用語의 定義는 다음과 같다.

95) 헌법합치적 해석(verfassungskonforme Auslegung)이란 “하나의 규범이 여러 가지로 해석될 수 있는 경우, 즉 부분적으로 합헌적, 부분적으로는 위헌적 해석이 가능한 경우 그 규범은 합헌적으로 또한 헌법에 합치되도록 해석되어야 한다는 것”임. 계희열(2005), p.85. 개정 노동조합법의 위헌성 여부를 검토하는 것은 이 글의 범위를 벗어남. 이에 대한 선행연구로는 이준일(2023); 이형태 외(2023); 차진아(2024); 차진아(2025)를 참조 바람

〈표 Ⅲ-1〉 계속

개정 전	개정 후
2. “使用者”라 함은 事業主, 사업의 經營擔當者 또는 그 사업의 勤勞者에 관한 사항에 대하여 事業主를 위하여 행동하는 者를 말한다. 〈후단 신설〉	2. “使用者”라 함은 事業主, 사업의 經營擔當者 또는 그 사업의 勤勞者에 관한 사항에 대하여 事業主를 위하여 행동하는 者를 말한다. 이 경우 근로계약 체결 당사자가 아니더라도 근로자의 근로조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자도 그 범위에 있어서는 사용자로 본다.

자료: 법제처 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr/main.html>) 현행법령 및 연혁법령 검색

가. 노동조합법상 사용자의 개념과 신설된 계약외사용자의 의의

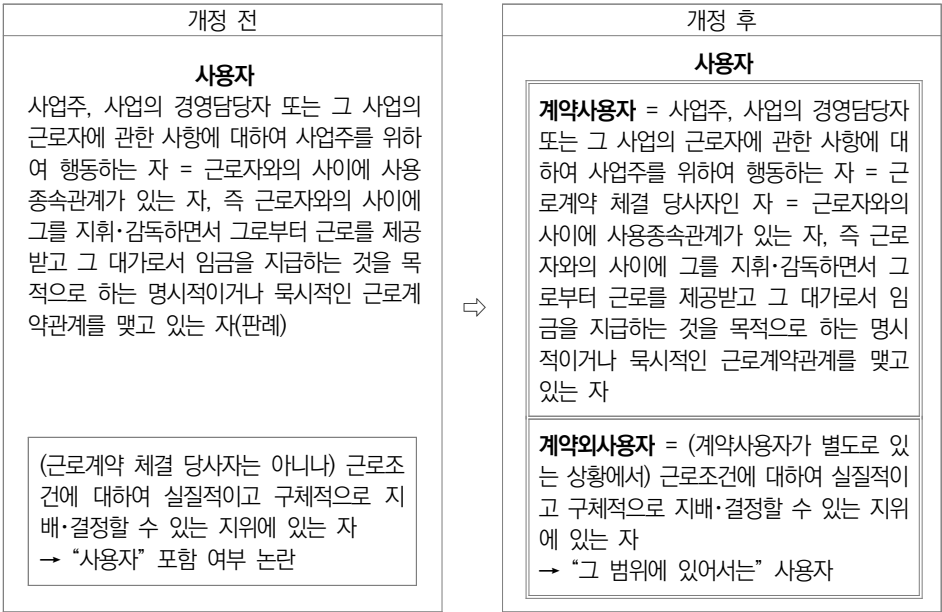
“사용자”는 종래 “사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자”라고 정의되었으나 노동조합법 개정으로 “근로계약 체결 당사자가 아니더라도 근로자의 근로조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자”가 추가되었고, 후자의 경우는 “그 범위에 있어서” 사용자로 간주된다. 기존부터 있던 노동조합법 제2조 제2호 전문의 “사용자”를 ‘계약사용자’, 후문에 새로 추가된 “사용자”를 ‘계약외사용자’라 부른다.⁹⁶⁾

사용자는 근로자가 존재하기에 존재할 수 있는 개념이고, 근로자 역시 사용자가 없이는 존재할 수 없는 개념이다. 근로자와 사용자는 상대적 개념으로서 서로의 존재를 전제로 하고, 이 둘 사이의 관계를 이어주는 법적 장치가 근로계약이다. 노동조합법은 “근로자”를 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”라고 정의하고 있었고 지금도 그러하며(제2조 제1호), 개정 노동조합법상 계약사용자는 이러한 “근로자”와 “근로계약”을 체결한 자라고 이해할 수 있다. 이는 계약외사용자를 정의하며 “근로계약 체결 당사자가 아니더라도”라고 명시한 것의 반대해석으로도 명확하다. 즉 개정 노동조합법상 계약사용자와 근로자는 근로계약을 맺은 양쪽 상대방이다. 그런데 노동

96) ‘계약사용자’와 ‘계약외사용자’는 고용노동부(2026), p. 7 이하의 용어례에 따랐음. 참고로 이승욱(2025), p. 39 이하에서는 각각 ‘직접사용자’, ‘간접사용자’라는 용어를, 이준희(2025), p. 181 이하에서는 각각 ‘협의의 사용자’, ‘광의의 사용자’라는 용어를 사용함. 이 글에서는 가치중립적이고 개정법의 해석상 의미가 명확한 ‘계약사용자’와 ‘계약외사용자’를 사용함

조합법은 과거에도 지금도 “근로계약”을 따로 정의하지 않고 있다.⁹⁷⁾ 그렇다면 노동조합법상 “근로계약”, “사용자”, “근로자”의 관계는 어떻게 이해해야 하는지 문제된다.

〈그림 Ⅲ-1〉 노동조합법 제2조 제2호의 개정으로 인한 사용자 개념의 변화



노동조합법상 “사용자”에 대하여 “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 자”⁹⁸⁾라고 해석하는 것이 우리 판례의 태도이다. 그런데 일부 판결에서는 “근로자”에 대하여 “타인⁹⁹⁾과 사용종속관계가 있는 한 당해 노무공급계약의 형태가 고용, 도급, 위임, 무명계약

97) 「근로계약법」에서는 “근로계약”을 “근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약”이라고 정의하는데(제2조 제1항 제4호), 이 법의 근로자·사용자의 개념과 노동조합법상 근로자·사용자의 개념에 차이가 있어 그대로 인용하기에는 어려움이 있음. 판례 역시 노동조합법의 입법목적과 근로자에 대한 정의규정 등을 고려하여, “노동조합법상 근로자에 해당하는지는 노무제공관계의 실질에 비추어 노동3권을 보장할 필요성이 있는지의 관점에서 판단하여야 하고, 반드시 근로기준법상 근로자에 한정된다고 할 것은 아니다”라는 입장임(대법원 2018. 6. 15. 선고 2014두12598, 12604(병합) 판결)

98) 대법원 2008. 9. 11. 선고 2006다40935 판결

99) 판결 당시 노동조합법상으로는 ‘사용자’, 현행 노동조합법상으로는 ‘계약사용자’를 가리킴

등 어느 형태이든 상관없다”¹⁰⁰⁾는 태도를 취하기도 했다. 후자의 일부 판결에서 언급된 고용, 도급, 위임 계약은 모두 「민법」에서 정하고 있는 전형계약(典型契約)인데 “사용종속 관계는 사용자와 노무제공자 사이에 지휘 감독관계의 여부, 보수의 노무대가성 여부, 노무의 성질과 내용 등 그 노무의 실질관계에 의하여 결정된다”는 해당 판결의 설명에 따르면, 도급이나 위임 계약은 본질상 근로계약에 해당한다고 보기 어렵다. 도급이란 “당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 [생기는]”(「민법」 제664조) 계약이고 위임이란 “당사자 일방이 상대방에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 [생기는]”(「민법」 제680조) 계약으로, 각 그 “상대방”(도급인 또는 위임인)으로부터 지휘 감독을 받는 관계에 있지 않기 때문이다. 요컨대 후자의 판결은 「민법」상 도급이나 위임 계약이라 하더라도 근로계약이 될 수 있다는 의미라기보다는, 계약서에서든 당사자 간 구두 약정에서든 사용된 용어가 “도급”이나 “위임”이라고 하더라도 그 계약의 실질이 고용 또는 근로계약에 해당한다면 이를 묵시적인 근로계약이라고 볼 것이라는 의미로 이해되고, 이러한 점에서 전자의 판례와 같은 취지의 판결이라고 볼 수 있다.¹⁰¹⁾ 판례의 입장과 같이 이해할 때 관련 제도에 대한 설명에 무리가 없다고 생각된다.¹⁰²⁾

정리하면, 노동조합법상 ‘사용자’, 개정 후에는 ‘계약사용자’는 법문상으로는 “사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자”이고, 판례에 따르면 근로자와 명시적·묵시적 근로계약관계를 맺고 있는 자이다. 그 계

100) 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결

101) 최근 대법원 2026. 5. 21. 선고 2018다296229 전원합의체 판결은, 이른바 “지배·개입의 부당노동행위”를 제외하고 “불이익 취급의 부당노동행위”나 “단체교섭 거부”의 부당노동행위”에 있어서 사용자는 “명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자”를 의미함을 명확히 하고 있음. 김형배 외(2026), p. 112의 “[근로계약인] 민법상 고용계약과 같은 의미로 사용되기도 하며, 민법상 도급이나 위임과는 계약의 목적이나 노무제공의 성격에 따라 구별된다. … 근로계약은 고용계약 중에서도 사업 또는 사업장에서 사용자의 지휘명령을 받으며 노무를 제공하는 것을 목적으로 하는 계약”이라는 설명도 본문과 같은 취지로 이해됨. 이와 달리 이철수(2025), p. 108는 “민법상 고용 이외에도 도급이나 위임의 계약 또는 비전형 계약이더라도 그 노무제공의 실질이 종속적 관계에서 근로를 제공하는 것이라면 근로계약관계로 인정될 수 있다. 이러한 의미에서 근로계약은 고용계약보다 그 범위가 넓다”고 설명하나, 노무제공의 실질이 종속적 관계에서 근로를 제공하는 것이라면 「민법」상으로도 고용계약이라고 보아야 할 것임

102) 본문의 판례에 대해 많은 노동법학자들은 다르게 이해하고 있음. 예를 들어 윤애림(2014), pp. 213~214는 “사실우선의 원칙”(The principle of the primacy of fact)을 내세워, “어떤 법제도가 적합한 도급계약을 규율의 대상으로 삼아 도급인과 수급인 간의 관계 등을 규정하고 있고, 어떠한 계약이 그러한 법제도에 의거하여 체결되었다는 사정만으로 해당 계약을 자동으로 도급계약으로 볼 수는 없다. 중요한 것은 계약이 이행되는 실질, 즉 도급인과 수급인의 근로자 사이의 근로관계의 실질을 살피는 것이다.”라고 주장함. 그러나 당사자의 의사표시의 해석상 표현된 것과 진의의 차이를 논하는 것이라면 본문의 판례 이해와 큰 차이가 없을 것이고, 당사자의 의사표시의 해석에도 불구하고 외부의 논자가 달리 법적으로 평가해야 한다는 것이라면 동의하기 어려움

약의 상대방이 노동조합법상 “근로자”임도 자명하다. 그리고 노동조합법 개정으로 계약외 사용자, 즉 근로계약의 당사자가 아니지만 노동조합법상 사용자의 범위에 포함되는 개념이 신설되었다. 개정된 노동조합법상 ‘근로자’와 ‘계약사용자’는 근로계약 관계에 있지만, ‘근로자’와 ‘계약외사용자’는 근로계약 관계에 있지 않다. 우리 입법자는 어떤 이유에서 ‘계약외사용자’라는 새로운 개념을 도입하게 된 것인지, 그리고 법학적으로 계약외사용자가 되기 위한 요건과 그 효과는 무엇인지, 새로운 개념을 도입함으로써 인하여 발생한 문제점은 없는지 차례로 검토한다.

나. 노동조합법 제2조 제2호의 개정취지 및 특이성

1) 노동조합법 제2조 제2호의 개정취지 - 다면적 노무제공관계의 문제

노동조합법 제2조 제2호는, 법률 개정 과정에서 ‘노란봉투법’의 개념 전용 이후 가장 핵심적이지자 논란의 한가운데 있었던 조항이었고, 실제 검토 결과 아래에서 보게 될 다른 어떤 개정 조항보다도 우리 노사관계에 큰 영향을 미치게 될 것으로 판단된다. 해당 조항의 공식적인 개정 이유는 다음과 같다.

“헌법에 보장된 ‘노동3권’은 법률이 없더라도 헌법의 규정만으로 직접적인 법규범으로서 효력을 발휘할 수 있는 구체적인 권리임. 그러나 다면적 노무제공관계가 확산되고 있는 상황에서 실질적으로 근로조건에 대한 지배력을 행사하는 사용자는 형식적인 계약관계의 부존재를 이유로 단체교섭 등의 사용자로서 책임을 회피하고, 근로계약을 체결한 사용자는 근로조건을 개선할 권한과 능력이 없어 근로자들의 노동3권이 사실상 형해화되는 결과를 초래하고 있음. … 근로자의 근로조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자도 사용자에 포함하여 노동3권이 실효적으로 보장될 수 있도록 [함]”¹⁰³⁾

헌법상의 노동3권의 효력에 대해 직접적용설로 보는 것인지 간접적용설로 보는 것인지 “실질적으로 근로조건에 대한 지배력을 행사하는” 자가 이미 사용자인지 이 법의 개정으로 인해 사용자로 보겠다는 것인지 위 개정 이유의 문언만으로는 다소 혼란스럽지만, 최대한 정합적(整合的)으로 이해하자면, “다면적 노무제공관계”에서 근로계약의 상대방이 아닌 자는 “사용자”가 아니었으나, 이 법의 개정을 통해 “근로자의 근로조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자”를 “사용자”에 포함하겠다는 것이다.

103) 2025. 9. 9.자 대한민국정부 관보(제21074호)

‘다면적 노무제공관계’(Triangular employment relation, ‘다면적 근로관계’라고도 한다)란 “한 사업주가 다른 사업주와 근로계약을 맺은 근로자의 노동력을 활용한다는 측면을 의미”¹⁰⁴⁾한다. 전통적인 근로계약은 한 근로자의 노무제공에 대해 한 사용자만이 대응하므로 이면적(二面的) 근로관계라고 부른다면 “근로자의 노무제공에 대해 근로계약의 당사자가 아닌 제삼자가 지휘명령권을 행사”하는, “즉 계약당사자로서의 사용자와 현실적 노무수령자간의 분리”가 일어나는 관계를 다면적(多面的) 근로관계라고 부를 수 있다.¹⁰⁵⁾

다면적 근로관계의 대표적 유형으로 꼽히는 것은 파견근로와 사내하도급(또는 사내하청)인데,¹⁰⁶⁾ 우리나라의 경우 파견근로는 1998년 제정된 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」이 직접적으로 규율하고 있으므로, 다면적 노무제공관계가 실질적으로 문제되는 영역은 사내하도급(또는 사내하청)의 경우라고 볼 수 있다. 다면적 노무제공관계 및 계약외사용자가 실질적으로 문제되는 사내하도급(또는 사내하청)에 대해서는 제Ⅳ장 제2절 다목에서 더 자세히 다루도록 하고, 여기에서 짚어둘 점은, 근로계약의 당사자가 아니면서 어떤 근로계약에 따른 노무로 인한 수혜를 입는 자가 근로조건에 대해 근로자와 협의할 의무를 지우기 위한 것이 이번 개정의 취지라는 점이다. 다면적 근로관계는 우리나라에서만 나타나는 현상은 아니고, 종래 국내에서는 노동법제가 우리와 유사한 일본의 사례를 주로 연구해 왔다.¹⁰⁷⁾ 아래에서는 일본에서 다면적 근로관계에 어떻게 대응해 왔는지 간략히 살펴봄으로써 우리 제도의 특징을 도출해 본다.

2) 일본 노동조합법상 다면적 근로관계의 처리와의 비교

일본은 우리처럼 헌법에서 “근로자의 단결할 권리 및 단체교섭 기타 단체행동을 할 권리”, 즉 ‘노동삼권(労働三權)’을 보호하고 있고, 「노동기준법(労働基準法)」, 「노동조합법(労働組合法)」, 「노동관계조정법(労働関係調整法)」, 일명 ‘노동삼법(労働三法)’을 두고 있다. 「노동기준법(労働基準法)」이 우리의 「근로기준법」에, 「노동조합법(労働組合法)」과 「노동관계조정법(労働関係調整法)」이 우리의 「노동조합 및 노동관계조정법」에 각각 대응한다.

104) 윤애림(2014), p. 169

105) 강성태(1998), p. 190

106) 이철수(2025), p. 710

107) 미국의 경우에는 연방노동관계위원회(National Labor Relations Board)의 결정례 및 이 위원회가 제정한 ‘공동사용자 지위 결정을 위한 규칙(Standard for Determining Joint Employer Status)’을 소재로 다면적 근로관계에 대한 논의가 있으나, 정치적 상황에 따른 부침이 있는 것으로 보임. 이에 대한 국내문헌으로는 강주리(2023); 강주리(2024)를 참조 바람

일본의 「노동조합법(労働組合法)」은 “이 법률(法律)에서 「노동자(労働者)」란, 직업(職業)의 종류(種類)를 불문하고, 임금(賃金), 급료(給料) 기타 이에 준하는 수입(收入)에 따라 생활(生活)하는 자(者)”라고 하여(제3조) 우리 노동조합법상 “근로자”(제2조 제1호)와 흡사하게 규정하고 있으나, “근로계약”을 정의하지 않음은 우리와 같고 “사용자”에 대한 정의규정도 두지 않은 점은 우리(제2조 제2호)와 다르다. 사용자가 범해서는 안 될 “부당노동행위(不当労働行為)”를 열거한 점(제7조)은 우리(제81조)와 같으나, 이에 대한 처벌규정을 따로 두지 않은 점은 우리(제90조)와 다르다.

일본에서도 부당노동행위의 주체인 “사용자(使用者)”가 누구인지에 대해 학설이 분분했다. 제2차세계대전 이후 「노동조합법(労働組合法)」상 사용자는 ‘노동계약관계상의 사용자’라는 견해(노동계약설)가 지배적이었으나, 자본구성이나 임원의 파견 등을 통해 지배기업이 종속기업의 존립 및 기본적 경영방침에 강한 영향을 미치는 경우에는 지배기업이 부당노동행위를 범하는 사용자에 해당한다는 견해가 널리 퍼졌다. 이 중 ‘노동관계상의 제반 이익에 실질적인 영향력 내지 지배력을 미칠 수 있는 지위에 있는 자’를 사용자로 보는 견해(지배력설)와 ‘노동자의 자주적인 단결과, 단결목적에 관하여 대향(對向) 관계에 있는 자’를 사용자로 보는 견해(대향관계설)가 대립했다. 노동계약관계 내지 그에 근사·인접한 관계를 그 기반으로 필요로 한다는 견해(노동계약기본설)도 1980년대 이후 유력하다.¹⁰⁸⁾

일본의 판례로는 흔히 ‘아사히방송(朝日放送)’ 판결(사건)이라 알려진 1995년 일본 최고재판소(最高裁判所) 판결이 유명하다. 이 판결의 주요 부분은 다음과 같다.

“노동조합법(労働組合法) 제7조에서 말하는 ‘사용자(使用者)’의 의의(意義)에 대해 검토하면, 일반적으로 사용자(使用者)란 노동계약상(労働契約上)의 고용주(雇用主)를 의미하나, 동조(同条)가 단결권(團結權)의 침해에 해당하는 일정한 행위를 부당노동행위(不当労働行為)로 배제(排除), 시정(是正)함으로써 정상적인 노사관계를 회복하는 것을 목적으로 한다는 점을 고려하면, 고용주 이외의 사업주(事業主)라도, 고용주로부터 노동자(労働者)를 파견(派遣)받아 자기의 업무에 종사하게 하고, 그 노동자의 기본적인 노동조건(労働条件)에 대해 고용주와 부분적이나마 동일시(同視)할 정도로 현실적(現實的)이고 구체적(具體的)으로 지배(支配), 결정(決定)할 수 있는 지위(地位)에 있는 경우에는, 그 한에서 위 사업주는 동조의 「사용자」에 해당한다고 보는 것이 상당(相当)하다.”¹⁰⁹⁾

108) 윤애림(2016), pp. 292~293

109) 平成7年(1995년) 2월 28日 最高裁判所 判決 平成5(行ツ)17, 民集 第49卷 2号 559頁. 판결 원문은 <https://www.courts.go.jp/hanrei/52526/detail2/index.html>을 참조 바람

“고용주와 부분적이거나 동일시(同視)할 정도로 현실적(現實的)이고 구체적(具體的)으로 지배(支配), 결정(決定)할 수 있는 지위(地位)에 있는 경우”의 의미에 대해 일본의 각 학설은 자신의 입장에 따라 해석을 하고 있고, 이 판례의 법리를 “고용주로부터 노동자를 파견받아 자기의 업무에 종사하게” 하는 외에 어느 범위까지 확대하여 적용할 수 있을 것인지, 지배·결정 가능성은 어떻게 판단할 것인지에 대해 논쟁이 계속되고 있다.¹¹⁰⁾

국내에서도 아사히방송 판결을 연구하고 시사점을 얻으려는 논의가 자주 발견되고,¹¹¹⁾ 아래에서 볼 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결의 “실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자”라는 표현이나, 개정 노동조합법 제2조 제2호의 “근로자의 근로조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자”라는 표현이 아사히방송 판결의 영향을 받았으리라는 점은 쉽게 짐작할 수 있다. 그러나 아사히방송 판결 당시 일본에서는 근로자 파견에 대한 별도의 규제입법이 없었던 상황에서 “사용자 개념의 기능적 분열”을 염두에 둔 측면이 있다거나,¹¹²⁾ 일본 「노동조합법(労働組合法)」은 총칙에서 사용자의 개념을 따로 정의하지 않고 있는 점에서 우리 노동조합법과는 상황이 다르다는 점을 강조하는 견해¹¹³⁾도 있다.

무엇보다 “실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자”는 일본에서도 법문에 있는 표현이 아니고 학설 및 판례에서 그 범위에 대하여 논의가 분분한 상태인데,¹¹⁴⁾ 이를 우리는 그대로 법률에 명시한 결과 그 해석 및 적용의 문제가 무겁게 다가온다. 하나 더 우리 법제상 특이한 점은 “실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자”가 사용자로 간주됨에 따라 부당노동행위를 범할 수 있는 것에서 더 나아가 형사처벌될 수 있는 신분을 얻게 되는 점이다. 아래에서는 이러한 문제를 차례로 검토한다.

다. 계약외사용자의 요건

1) 근로계약 체결 당사자가 아닐 것

개정 노동조합법상 계약외사용자가 되기 위해서는 상대방이 될 근로자와 근로계약을 체결하지 않았어야 하고, 그 근로자는 다른 자(자신의 계약사용자)와 근로계약을 체결하였

110) 고수현(2023), pp. 266~267. 이 글 제IV장 제2절 다목에서 이어서 설명함

111) 강주리(2022); 윤애림(2016)

112) 권혁(2021), p. 92

113) 황태운 외(2013), pp. 273~277, p. 776, p. 783

114) 이에 대해서는 이 글 제IV장 제2절 다목도 참조 바람

여야 한다. 이는 개념상 자명한데, 어떤 두 당사자 간의 계약이 계약서 등에 기재된 명칭에 관계없이 그 실질이 근로계약이라면,¹¹⁵⁾ 이들은 근로계약의 당사자로서 각각 근로자와 계약사용자의 관계에 있는 것이지, 그 일방이 계약외사용자로서의 지위에 설 수 없기 때문이다. 요컨대 어떤 근로자와 계약외사용자의 관계는, 근로계약의 실질이 없으나 노동조합법상 ‘사용자’로서의, 그리고 그에 상응하여 ‘근로자’로서의 각 권리의무 관계가 부여되는 특수한 관계에 서게 된다.

여기에 숨어 있는 요건은, 계약외사용자가 되기 위해서는 다른 계약사용자가 존재해야 한다는 점이다. 즉 어떤 근로자와 근로계약을 체결함으로써 계약사용자가 된 자가 별도로 필요하고, 그 존재를 전제로 하여 계약외사용자가 존재할 수 있다. 이는 근로계약법 제2조 제2호 후문의 첫 두 어절이 “이 경우”라는 점에 비추어서도 명확하다.¹¹⁶⁾ 노동조합법 개정 과정에서 많은 견해가 ‘플랫폼 노동자’의 지위 보호 필요성을 강조하였는데,¹¹⁷⁾ ‘플랫폼 노동자’와 계약을 체결한 자는 계약사용자 해당 여부가 문제되는 경우가 대부분일 것이고, 이 때에는 판례가 말하는 ‘사용종속관계’ 여부를 검토하게 될 것이지, 이번에 신설된 계약외사용자에 해당하는 경우는 거의 없을 것이다. 요컨대 이면적(二面的) 근로관계는, 이번 노동조합법 개정과는 무관하다.

2) 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있을 것

계약외사용자의 핵심적인 요건은 “실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위”이다. 노동조합법에서는 “지배·결정”의 의미를 추단할 수 있는 단서가 전무하고, “실질적이고 구체적”이 아닌 ‘형식적이거나 추상적’인 지배·결정은 대체 무엇인지 역시 알기 어렵다. 규범적(De jure) 개념이라기보다는 사실상의(De facto) 역학관계를 설명하는 것이어서,¹¹⁸⁾

115) 근로계약은 계약의 체결에 있어 특정한 형식을 요하지 않는 낙성·불요식의 계약이고(서울고등법원 2011. 6. 30. 선고 2010누37973 판결, 대구지방법원 2019. 6. 13. 선고 2018가합972 판결, 부산지방법원 2022. 1. 20. 선고 2020가합49481 판결, 서울서부지방법원 2024. 10. 17. 선고 2023가합33866 판결), 「근로기준법」에서는 사용자가 근로조건을 서면으로 교부할 의무를 부과하고 있으나(제17조), 이를 위반하였더라도 처벌하는(제114조 제1호) 것은 별론으로 하고, 계약이 무효가 되는 것은 아님(대법원 2024. 6. 27. 선고 2020도16541 판결 참조)

116) 이준희(2025), pp. 185~187 참조

117) 예컨대 2025년 2월 17일 박홍배 의원이 대표발의한 노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안(의안번호 2208195)의 제안이유 및 주요내용이 있음

118) 박지순(2021), p. 133에 따르면 “근로자의 근로조건에 대한 지배력 또는 영향력은 기업간 경제력과 시장지배력의 결과이지 근로관계의 당사자로서의 권한과 거의 관련 없는 경우가 대부분이므로 개별 사안별로 제3자의 지배력 유무가 일관성 없이 판단될 가능성”이 있음. 이는 노동조합법 개정 전 실질적 지배력설에 대한 비판이나 개정

법조문에 편입되어 법률요건으로 편입되었음에도 그 개념의 내용과 한계를 설정하기가 쉽지 않다.

판례 중에는 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결에서 “실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자”라는, 정확히 개정 노동조합법상 계약외사용자와 동일한 표현을 사용하고, 그는 노동조합법상 부당노동행위의 주체이자 구제명령의 객체인 “사용자”에 해당한다고 판시한 바 있어 주목된다. 노동조합법 제81조 제1항에서는 “사용자는 … 부당노동행위…를 할 수 없다.”라고 규정하고, 제82조 제1항에서는 “사용자의 부당노동행위로 인하여 그 권리를 침해당한 근로자 또는 노동조합은 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있다.”라고 규정하며, 제84조 제1항에서는 “노동위원회는 … 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 구제명령을 발하여야” 한다고 규정하고 있다. 이 판결의 사안에서는 현대중공업 주식회사가 “사내 하청업체”의 “근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위”(노동조합법 제81조 제1항 제4호)를 하였다고 하여 노동위원회가 구제명령을 내린 것이 적법한지 문제 되었는데, 대법원은 현대중공업 주식회사가 사내하청업체 근로자의 “기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자”이므로 “시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자”에 해당한다고 판시했다.¹¹⁹⁾

노동조합법 제2조에서는 “사용자”를 정의하는 외에 별도로 다른 “사용자”를 정의하지 않고 있으나, 위 판결에서는 “구제명령을 이행할 수 있는 법률적 또는 사실적인 권한이나 능력을 가지는 지위에 있는 한 그 한도 내에서는(강조는 필자의 것임) 부당노동행위의 주체

후 해당 개념에 대한 비판으로도 유효함. 노동조합법 개정 전의 기존 논의가 사용자 개념을 재해석함에 있어 “사실적 영역에만 머물고 규범적 영역으로는 확장되지 못하는 문제점”이 있다고 지적하며 대안을 모색한 견해로는 박제성(2016), p. 3, p. 10을 참조 바람

- 119) “실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위”에 있음을 긍정한 이유는 다음과 같음. “① 원고 회사가 공정의 원활한 수행 및 품질관리 등을 위해서 사내 하청업체소속 … 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 개별도급계약에 의해 확정되기 때문에 사실상 이미 확정되어 있는 업무에 어느 근로자를 종사시킬지 여부에 관해서만 결정하고 있던 것에 지나지 않았던 점, ③ 사내 하청업체 소속 근로자는 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 종합…”

로서 구제명령의 대상자인 사용자에게 해당한다”거나 “그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자”, “구제명령을 이행할 주체로서의 사용자” 등의 표현을 사용하여, “실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위”에 있는 자에 대하여 노동조합법 전체에서 사용자로서의 법적 효과가 미친다기보다는 부당노동행위와 구제명령에 대한 규정을 적용함에 한정하여 사용자로서의 지위를 갖는다고 판시한 것으로 해석된다. 즉 노동위원회가 구제명령을 강제해야 하는데, 구제명령은 “사용자”에게만 내릴 수 있으니, (원래는 사용자가 아니나) 이 경우에 한정하여 사용자로 보자는 것이다.¹²⁰⁾

위 판결과 관련하여, 노동조합법 개정 전 “사용자”의 범위에 대한 국내 학설은 분분하였지만, 크게 보아 근로계약의 당사자가 아니더라도 “실질적인 지배력”이 있다면 노동조합법상 “사용자”로 해석할 수 있다는 견해(실질적 지배력설)와, 당사자 간 법률관계가 노무제공과 임금지급이라는 핵심적 요소를 갖추어 근로계약으로 평가할 수 있을 때에야 비로소 노동조합법이 적용된다고 보는 견해(근로계약설)¹²¹⁾가 대립하였다. 실질적 지배력설은 대체로 위 대법원 판결을 지지하는 데에서 더 나아가, 부당노동행위와 구제명령뿐 아니라 단체교섭의무 등 사용자의 의무가 문제되는 경우 전반으로 확대되어야 한다고 주장한다.¹²²⁾ 근로계약설은 위 판결 자체의 결론을 우려하거나,¹²³⁾ 위 판결의 취지는 긍정하더라도 부당노동행위와 구제명령을 넘어서까지 널리 인정해서는 안 된다¹²⁴⁾고 주장한다.

120) 같은 판결에서 “현실적으로 발생하는 부당노동행위의 유형은 다양하고, 노사관계의 변화에 따라 그 영향도 다각적이어서 그에 대응하는 부당노동행위 구제의 방법과 내용도 유연하고 탄력적일 필요가 있는바, 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 때문”이라는 이유를 새삼스럽게 붙인 것도 그러한 이해를 뒷받침함

121) 보다 상세한 국내의 견해 대립에 대해서는 박지순(2021), pp. 129~133; 최정은(2023), pp. 596~598; 황태운 외(2013), pp. 776~779를 참조 바람

122) 하급심 판결 중 예컨대 서울행정법원 2025. 7. 25. 선고 2023구합55658, 2023구합56231(병합) 판결, 서울행정법원 2025. 7. 25. 선고 2022구합69230 판결은 “[대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결의 법리를 단체교섭 거부 부당노동행위에 적용하여 ‘근로자의 기본적인 근로조건을 실질적으로 지배·결정하고 있는 사용자는 노동조합법 제81조 제1항 제3호에 따라 정당한 이유 없이 단체교섭을 거부할 수 없다’고 보는 것이 부당하다고 할 수 없다”고 판시하였고, 서울고등법원 2024. 1. 24. 선고 2023누34646 판결도 같은 취지임. 그러나 이들 하급심 판결은 아래 대법원 2026. 5. 21. 선고 2018다296229 전원합의체 판결의 결론에 어긋나고, 실제 서울고등법원 2024. 1. 24. 선고 2023누34646 판결은 대법원 2026. 7. 9. 선고 2024두37015 판결에 의해 파기되었음

123) 우리 노동조합법은 일본과는 달리 부당노동행위를 형사처벌하기에(제90조, 제81조 제1항), “사용자”는 형벌규정의 구성요건(Tatbestand)에 해당하는데 “사용자”의 범위를 해석으로 확대하는 것은 문제임. 황태운 외(2013), p.780: “대상 판결이 법률상 또는 계약상 사용자로 분명하게 확정되지 않은 자를 현실의 노동관계에서 나타나는 행위의 양태를 사후적으로 해석, 판단하여 결국 형사처벌의 대상을 결정하게 된다는 것은 죄형법정주의 측면에서 여러 문제점을 야기한다.”

124) 권혁(2021), p. 105에서는, 실질적 지배력을 가졌다고 하여 원청이 단체교섭에 참여할 경우 ① 원청과 하청노동자 사이의 단체협약에 하청사용자가 귀속되는 문제, ② 원청이 하청사용자를 위해 하청노조를 교섭에서 압박

“실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위”에 있는 원청사업자가 사내하청업체 소속 근로자들과의 단체교섭에 응하여야 하는지 문제된 사건¹²⁵⁾에서 최근 대법원 2026. 5. 21. 선고 2018다296229 전원합의체 판결은, “원청회사가 사내하청업체 소속 근로자들의 노동조합에 대하여 지배·개입하지 않을 의무 등 소극적 의무를 부담하는 것을 넘어서 적극적으로 단체협약의 체결을 위해 단체교섭에 응할 의무까지 부담한다고 해석하는 것에는 신중할 필요”가 있다고, 일단 개정 전 노동조합법상의 쟁점을 정리하였다. 즉 대법원 전원합의체 판결에 따르면 “실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위”에 있다고 하더라도 그가 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있지 않다면 개정 전 노동조합법상 “사용자”에 해당한다고 볼 수 없고, 단체교섭에 응할 의무는 없다. 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결의 법리는 제한적으로 적용된다.¹²⁶⁾

노동조합법 개정 전에는 “사용자”의 해석상 “실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위”에 있는 자가 포함된다고 볼 것인지 문제 되었다면, 노동조합법 개정으로 “실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위”에 있는 자는 계약외사용자가 되었고, 이제 “실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위”란 무엇인지에 대한 해석과, 이에 해당할 경우 사용자로 간주되는 “그 범위”의 의미는 무엇인지에 대한 해석이 남는다.¹²⁷⁾ 참고로 개정 전 사용자의 개념에 대한 “근로자와의 사이에 사용종속관계가 있는 자, 즉 근로자와의 사이에 그를 지휘·감독하면서 그로부터 근로를 제공받고 그 대가로서 임금을 지급하

할 경우 대법원 판결에서 문제삼은 바로 그 부당노동행위가 될 수 있다는 문제를 지적함. 박지순(2021)은 노동조합법 제81조 제1항의 취지를 들어 부당노동행위의 주체인 사용자는 노동조합법 제2조의 사용자에 해당하지 않더라도 “근로자의 단결활동에 영향을 미쳐 노동3권 보장질서를 침해할 수 있는 지위에 있는 자”(p. 117)라고 이해하면서도, 단체협약제도의 본질을 상세히 규명한 후 “단체협약의 당사자인 사용자는 근로자에 대하여 근로계약관계에 있는 자를 의미한다고 보는 것이 당연”(p. 137)하다고 논증함

125) “하청사업자” 또는 “사내하청업체”는 계약사용자, “원청사업자”는 계약외사용자에 각각 대응함. ‘원청’이나 ‘하청’, ‘사내하청’의 개념에 대해서는 다음 장(제IV장 제2절 다목)에서 자세히 다룸

126) 이 전원합의체 판결의 법리는 곧이어 대법원 2026. 7. 9. 선고 2024두37015 판결에서 인용·확인되었음; “대법원은 그동안 노동조합에 대하여 ‘단체교섭의무를 부담하는 사용자’라 함은 ‘사용종속관계가 있는 자, 즉 근로자와의 사이에 그를 지휘·감독하면서 그로부터 근로를 제공받고 그 대가로서 임금을 지급하는 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자’를 말한다는 취지로 판시하였다. 구(舊)노동조합법 제2조가 적용되는 사안에서, 단체교섭의무를 부담하는 사용자에 관한 종전 법리는 타당하므로 유지되어야 한다(대법원 2026. 5. 21. 선고 2018다296229 전원합의체 판결 참조).”

127) 대법원 2026. 5. 21. 선고 2018다296229 전원합의체 판결에서도 이와 같은 과제를 다음과 같이 인식하고 있음; “법원은 위와 같은 입법적 결단과 경과규정을 두지 않은 입법자의 의사를 존중하여 향후 개정 노동조합법이 적용되는 구체적인 사건에서 노동3권의 실효적 보장이라는 입법목적에 맞게 ‘근로자의 근로조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자’의 개념을 해석하면 충분하다.”

는 것을 목적으로 하는 명시적이거나 묵시적인 근로계약관계를 맺고 있는 자”라는 판례는, 개정 후에도 계약사용자의 개념에 대한 해석으로 유효하다.¹²⁸⁾

그동안 실질적 지배력이 있는 경우 “사용자”에 포함시키자는 해석론 또는 입법론은 많았으나, 정작 어떤 경우에 실질적 지배력이 있는지 그 요건을 진지하게 논의한 것은 찾기 어렵다.¹²⁹⁾ 위에서 본 것처럼 우리 판례는 노동조합법 개정 전 “사용자”의 개념에 근로계약 관계가 없이 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자를 포함시키지 않았으므로, 그러한 자의 요건에 대한 입장도 있을 수 없었다. 몇 개의 하급심 판결이 그 요건을 나름대로 실시하였고,¹³⁰⁾ 개정 노동조합법에 대한 고용노동부의 해석지침 역시 이 문제에 집중되어 있으며,¹³¹⁾ 노동법 학자들이 제시하고 있는 기준도 있다.¹³²⁾

“실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위”라는 추상적 개념은 결국 판례의 축적에 의해 구체화되어야 할 것으로, 2026년 현재로서 판례에 가장 가까이 다다른 해석은 대법원 2026. 5. 21. 선고 2018다296229 전원합의체 판결의 반대의견일 것이다. 이 의견이 그대로 대법원 판례가 될 것이라고 단정하기는 어렵지만, 일단 반대의견이 제시한 판단근거를 다음과 같이 정리하여 참고하려 한다.

128) 개정 노동조합법이 “중전의 판례 법리를 폐기한다”(이승욱(2025), p. 39)는 주장에는 동의하기 어려움

129) 박수근 외(2024), p. 41는 “간접고용 노동자에 대해 원청사업주를 노동조합법상 사용자로 인정할 수 있는지에 관한 연구는 활발하였지만, 실질적 지배력에 기초한 실질적 지배력의 구체적인 판단기준에 관한 연구는 충분하지 않았던 것 같다.”라고 논평함

130) 예컨대 서울행정법원 2025. 7. 25. 선고 2023구합55658, 2023구합56231(병합) 판결은 “교섭 요구 의제에 대하여 원청이 실질적이고 구체적으로 지배·결정하는 지위에 있는지, 사내하청업체 근로자들의 노무가 원청의 사업 수행에 필수적이고 사업체계에 편입되어 있는지, 사내하청업체 근로자들의 노동조건 등을 원청과의 단체교섭에 의해 집단적으로 결정할 필요성과 타당성이 있는지 여부 등을 기준으로 판단하여야 하고, 위와 같은 판단을 함에 있어 사내하청업체 근로자들의 업무가 이 사건 사업장에서 행하여지는 원고 회사의 사업에서 차지하는 비중, 사내하청업체 근로자의 근무방식과 이에 대한 원고 회사의 직·간접적 관여정도, 원고 회사와 사내하청업체의 관계, 사내하청업체의 경제적 독립성 등을 종합적으로 고려하여야 한다.”고 하였고, 서울행정법원 2025. 7. 25. 선고 2022구합69230 판결도 “사내하청업체의 경제적 독립성”을 따로 언급하지 않은 외에는 같은 입장임. 서울고등법원 2024. 1. 24. 선고 2023누34646 판결)에서 유지·인용된 서울행정법원 2023. 1. 12. 선고 2021구합71748 판결은 “노동조합법상 단체교섭 의무를 부담하는 사용자에 해당하는지는 사업주가 근로조건인 교섭요구사항에 대하여 실질적으로 결정하거나, 근로자가 해당 근로조건을 사업주의 의사대로 또는 정해진 대로 복종하여 따를 수밖에 없어 사업주가 해당 근로조건을 지배하고 있는지를 기준으로 판단해야 하고, 그러한 판단을 함에 있어서는 원고와 지배점의 관계, 지배점 택배기사의 업무가 상시적·필수적인 업무인지, 원고의 사업체계의 일부로 편입됨으로써 근로조건을 지배하거나 결정하는 원고의 지위가 지속적인지 등을 종합적으로 고려하여야 한다.”라고 기준을 제시했음. 다만 위에서 본 것처럼 서울고등법원 2024. 1. 24. 선고 2023누34646 판결은 대법원 2026. 7. 9. 선고 2024두37015 판결에 의해 파기됨

131) 고용노동부(2026), pp. 9~32

132) 예컨대 박수근 외(2024), pp. 44~50은 중앙노동위원회 판정을 기준으로 유형화를 시도하고 있고, 김린(2025a), pp. 63~75은 독자적인 기준을 제시하고 있음

“실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위”는 다음 두 가지 요건을 모두 충족해야 한다(이 반대의견의 “수급근로자”를 ‘근로자’로, “도급인”을 ‘계약외사용자’로 각각 대체하여 이해할 수 있다).

첫째, 경제적 종속성의 실질, 즉 “수급근로자의 노동조합이 교섭을 요구한 사항과 관련된 수급근로자의 근로조건에 상당한 영향을 미치는 요소를 도급인이 사실상 단독으로 결정할 수 있어 해당 근로조건에 관한 구체적인 내용을 일부라도 직접 결정할 수 있는 것”이다. 이를 판단함에 있어 고려해야 할 것은 “근로자의 근로조건과 그에 영향을 미치는 요소가 결정되고 통제되는 구조와 방식, 도급인과 수급근로자 사이 업무상 지휘·감독관계의 존부 및 정도, 수급인이 수급근로자가 노무를 제공하는 장소를 관리·변경할 권한이 있는지, 수급인이 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지, 수급인의 전체 거래 중 도급인과의 거래가 차지하는 비율, 수급인이 도급인과 거래를 하지 못하게 되는 경우에도 시장에 접근하여 거래 규모를 유지할 수 있는지, 도급인이 수급인과 재계약·갱신계약을 체결하는 방식·기준 등”이다.

둘째, “수급근로자의 노동3권 보장을 위해 도급인에 대하여도 해당 교섭사항에 관한 단체 교섭의무를 부담시킬 필요성”이 있어야 한다. 이를 판단함에 있어 고려해야 할 것은 ‘첫째’에서 고려한 사정에 더하여 “해당 근로조건에 관련된 요소 중 수급인이 단독으로 결정할 수 있는 것이 존재하는지, 존재하더라도 그 요소가 수급근로자의 해당 근로조건에 상당한 영향을 미치지 못하거나 그 요소만 변경하는 방법으로는 해당 근로조건의 유지·개선을 기대하기 어려운지, 도급인 측에서 이를 결정하고 통제하는 구조 등으로 말미암아 수급인이 해당 근로조건에 관하여 결정할 수 있는 재량이 본질적으로 제한되는지, 수급근로자가 도급인의 사업에 편입되어 그 사업수행에 필수적인 노무를 상당한 정도로 지속적·전속적으로 제공하는지 등”이다.

이 지점에서 인상적인 것은, “수급근로자의 노동조합이 교섭을 요구한 사항과 관련”하여 위와 같은 점을 “종합적”으로 고려해야 한다는 점이다. 우선 위의 반대의견이 제시한 요건은 “종합적”으로 고려해야 할 여러 요소를 우열 없이 열거한 것이어서, 실제 사안에서 어떤 요소가 어느 정도의 강도로 고려될 것인지는, 여전히 알기 어렵다.¹³³⁾ 그리고 아래 라목에서 볼 것처럼 계약외사용자는 “그 범위에 있어서” 사용자이고, 노동조합은 “그 범위에

133) 김형배 외(2026), p. 586은 “대체로 원청과 도급계약 등을 체결한 하청업체 근로자가 원청의 사업장에서 원청 소속 근로자와 공동의 사업목적을 위해 함께 업무에 투입되어 근로를 제공하는 이른바 사내하도급 사례”에서 계약외사용자가 인정될 것으로 전망함

있어서' 단체교섭을 청구할 수 있다. 따라서 위에 "종합적"으로 고려할 요소가 모두 동일하다고 하더라도, 그 교섭의 안건이 다른 경우에는 어느 경우는 위 요건을 충족하고 다른 경우는 위 요건을 충족할 수 없게 된다.¹³⁴⁾ 이 문제가 한층 더 복잡한 방정식이 되는 이유이다.

라. 계약외사용자의 효과

계약외사용자가 되면 "그 범위에 있어서는" 사용자로 "본다". 우리 법률에서 "...로 본다"라는 표현을 사용할 경우 법학에서는 간주(看做) 또는 의제(擬制)라는 법기술로 이해한다. 간주 또는 의제는 "실제와는 다르거나 다를 수 있다는 것을 알면서도 일정한 법률관계에서 어떤 것을 다른 것과 '동일시'하여 다루는 것"¹³⁵⁾을 말한다. 노동조합법상 사용자가 "단체협약체결 기타의 단체교섭을 정당한 이유없이 거부하거나 해태하는 행위"는 부당노동행위로서 제재를 받는바(노동조합법 제81조 제1항 제3호), 사용자로 간주되는 계약외사용자도 '그 범위에 있어서' 단체교섭에 응하여야 하고, 체결된 단체협약을 준수할 의무가 있다.¹³⁶⁾ 단체협약이란 근본적으로 "근로조건에 관한 노동조합과 사용자 또는 사용자단체간에 체결되는 계약"¹³⁷⁾이고, 이는 두 주체가 자유로운 의사에 의하여 근로계약관계라는 법쇄(法鎖)에 편입됨으로써 파생되는 의무인데, 개정 노동조합법과 같이 근로계약관계가 없음에도 어떤 사실상의 관계에 기하여 법률이 단체교섭 및 단체협약 체결의무를 부여하는 것은 우리 법체계가 낡은 법률관계이다.¹³⁸⁾ 아래에서 볼 교섭사항의 "범위"에 따라 지배·결정 유무와 정도가 서로 다르므로, 교섭사항별로 계약외사용자는 달라질 수 있고, 교섭사항에 따라서 여러 계약외사용자와 계약사용자가 부분적·중첩적으로 교섭의무를 부담한다.¹³⁹⁾

"그 범위"는 계약외사용자가 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 근로조건을 의미한다. 계약사용자가 근로계약에 따라 사용자로서의 지위를 획득하고 노동조합법상 사

134) 이승욱(2025), p. 43에서도 "판단기준은 문제되는 근로조건별로 판단하여야 한다"고 주장함

135) 최봉경(2025), p. 4

136) 사용자로 간주된다면 "지배·개입의 부당노동행위"의 주체가 될 것인지 문제될 수도 있겠으나, 위에서 보았듯이 우리 판례상 "실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위"에 있는 자는 이미 계약사용자로서 부당노동행위의 주체가 되는 것이므로 노동조합법의 개정이나 계약외사용자의 법리는 이 경우에 문제될 것이 없게 되었음. 이 글에서 계약외사용자의 효과를 단체교섭 및 단체협약 체결의무를 중심으로 논하는 것은 이러한 이유에서이며, 노동조합법 개정 이후 실제 발생한 문제도 이 부분에 집중되어 있음

137) 헌법재판소 1998. 3. 26.자 96헌가20 전원합의체 결정

138) 김형배 외(2026), p. 585에서는 "근로계약관계 없는 교섭관계라는 변태적(變態的) 노사관계"를 법이 인정했다고 평가함

139) 이승욱(2021), p. 127; 박수근 외(2024), p. 56

용자의 각종 의무를 부담한다면, 계약외사용자는 그중 자신이 지배·결정할 수 있는 범위에 있어서만 사용자가 된다.

개정 노동조합법에 대한 고용노동부의 해석지침은 일반적인 근로조건 영역에서 사용자성 판단에 활용할 수 있는 고려요소를 ① 노동안전 분야, ② 작업환경 분야, ③ 복리후생 분야(성과급·상여금은 임금·수당 분야가 아닌 복리후생 분야에서 다루어진다), ④ 근로시간 분야, ⑤ 작업방식 분야, ⑥ 임금·수당 분야와 같이 유형별로 제시하여 제시하고 있다(이에 한정된다는 의미는 아니다).¹⁴⁰⁾ ①부터 ⑤까지의 분야에 대해서는 계약외사용자가 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 경우 해당 근로조건에 대한 사용자로 간주될 가능성이 크다고 서술하고 있으나, ⑥ 임금·수당 분야에 대해서는 “개별 사안에서 계약외 사용자가 임금에 관하여 실질적·구체적으로 결정하였다고 볼만한 사정이 없는 한 임금에 대해 도급인에게 단체교섭의 상대방으로서의 사용자성이 인정된다고 보기 어렵다”고 하여 다소 소극적으로 보고 있다.¹⁴¹⁾

실제 노동조합법 개정 이후 하청노동자들이 원청사업자를 상대로 교섭을 요구한 건에 대하여 각 지방노동위원회와 중앙노동위원회는, ① 노동안전이나 ② 작업환경에 관한 의제에 대해서는 실질적·구체적으로 지배·결정하는 지위에 있음을 인정하여 계약외사용자에 해당함을 인정한 경우가 다수 있으나,¹⁴²⁾ ⑥ 수당이나 임금 등에 대해서는 아직 사용자성을 인정한 예가 발견되지 않는다.

각 지방노동위원회의 주요 결정(초심)은 다음과 같다. 한국자산관리공사 등 4개 공공기관은 안전관리 및 인력 배치 등에서 하청근로자들에 대한 사용자의 지위에 있다.¹⁴³⁾ 한국공

140) 고용노동부(2026), pp. 22~32

141) 김형배 외(2026), p. 586은 “만약 임금·수당 등 기본적인 근로계약의 내용까지 계약외사용자의 교섭의무로 인정된다면 계약외사용자가 계약사용자를 대체하는 결과가 될 수 있기 때문”이라고 그 이유를 설명함. 박수근 외(2024), p. 63은 “하청노동자의 임금 수준을 외형적으로 결정하고 지급하는 것은 하청사업주이지만, 실제로는 원청사업주가 결정하는 금액에서 결정되거나 원청사업주와 하청사업주의 노무도급계약에서 하청노동자에 대한 임금 지급에 관한 내용이 결정되는 경우가 많[대]며, 더 적극적으로 인정하려는 경향을 보임. 이 견해에 따르면, 원청사업주가 임금·수당 등에 대한 단체교섭의무를 부담한다고 하여 그가 임금청구권의 채무자가 되는 것은 아님

142) 2026년 3월 10일 개정 노동조합법이 시행된 이후 2026년 6월 19일까지 약 100일간 총 원청 사업장 439개소를 대상으로 1,161개 하청노동조합, 총 16.4만명이 교섭을 요구하였고, 이 중 노동위원회에 사용자성 판단이 신청된 원청은 141개소이며, 다시 그중에 사용자성이 인정된 원청은 103개소임. 고용노동부(2026. 6. 22.), “개정 노동조합법 시행 100일, 어렵게 첫발 댄 원·하청 상생·대화 조금씩 진전”, p. 1, p. 6; 본문에 소개된 지방노동위원회 및 중앙노동위원회 주요 결정은 중앙노동위원회 인터넷 홈페이지(<https://nlrc.go.kr/nlrc/main/main.do>)에 보도자료 형식으로 소개된 것들임

143) 충남지방노동위원회(2026. 4. 2.), “개정 노동조합법 시행 이후 공공기관인 원청의 사용자성 첫 인정”

항공사는 하청근로자의 연장근로 체계 개선 교섭의제에 대하여, 학교법인 인덕학원(인덕대학교)과 학교법인 성공회대학교는 대학 시설 관리 용역 하청근로자들의 휴게시설 등 작업환경을 개선하기 위한 교섭의제에 관하여 실질적 지배력을 가진다.¹⁴⁴⁾ (주)포스코는 전국 금속노동조합과 전국플랜트건설노동조합 소속 하청근로자들이 요구한 산업안전 관련 교섭의제에 대하여 사용자로 인정된다.¹⁴⁵⁾ 인천국제공항공사는 7개 하청노동조합이 요구한 산업안전 의제에 대하여 사용자성이 인정된다.¹⁴⁶⁾ SK에너지 주식회사, 에쓰오일 주식회사, 고려아연 주식회사는 전국플랜트건설노동조합 소속 하청근로자들이 요구한 산업안전 보건 관련 교섭의제에 대해서 사용자의 지위에 있다.¹⁴⁷⁾ 한국전력공사는 하청인 배전사업체 소속 근로자들의 작업환경에 관하여 사용자로 인정된다.¹⁴⁸⁾ 주식회사 국민은행, 주식회사 케이비국민카드, 주식회사 하나은행은 하청노동조합인 전국공공운수사회서비스노동조합이 요구한 감정노동자 보호조치의 개선에 관한 교섭의제에 대하여 사용자성이 인정된다.¹⁴⁹⁾ 그러나 지방자치단체인 화성시는 화성시체육회 소속 생활체육지도자들의 수당 등 근로조건에 대해 구체적이고 실질적인 사용자의 지위에 있지 않다.¹⁵⁰⁾

중앙노동위원회의 주요 결정(재심)은 다음과 같다. 중흥건설 주식회사 및 중흥토건 주식회사는 한국타워크레인조종사 노동조합이 교섭요구한 산업안전(작업환경 포함) 의제에 대해서는 사용자로 인정되나, 임금 관련 교섭요구 의제(‘원청의 임금 직불제’)에 대해서는 인정되지 않는다.¹⁵¹⁾ 한화오션 주식회사는 전국금속노동조합이 교섭을 요구한 산업안전 및 작업환경 의제에 대하여 사용자로 인정된다.¹⁵²⁾

144) 서울지방노동위원회(2026. 4. 7.), “공공기관, 대학교의 하청 근로자에 대한 사용자 지위 인정 - 한국공항공사, 인덕대학교, 성공회대학교 -”

145) 경북지방노동위원회(2026. 4. 8.), “경북지방노동위원회, (주)포스코 원하청 교섭 관련 교섭단위 분리 결정 - (주)포스코 하청 전체 교섭단위에서 전국금속노조, 전국플랜트건설노조를 분리 -”

146) 인천지방노동위원회(2026. 4. 8.), “인천국제공항공사 노동조합 상급단체별 교섭단위 분리 결정”

147) 울산지방노동위원회(2026. 4. 9.), “SK에너지 주식회사 등 원청 3개사 대상 원하청 교섭 관련 교섭단위 분리신청 기각”

148) 전남지방노동위원회(2026. 4. 9.), “전남지방노동위원회, 한국전력공사 원하청 교섭 관련 교섭단위 분리 결정 - 한국전력공사 전체 하청 교섭단위에서 ‘배전사업’ 분리 -”

149) 서울지방노동위원회(2026. 4. 9.), “금융기관, 고객센터 하청 근로자에 대한 사용자 지위 인정 - 국민은행, 케이비국민카드, 하나은행 고객센터 교섭단위 분리 결정 -”

150) 경기지방노동위원회(2026. 4. 13.), “화성시체육회 소속 생활체육지도자들에 대한 화성시의 사용자성 불인정”

151) 중앙노동위원회(2026. 6. 4.), “중앙노동위원회, 개정노동조합법 시행 이후 원하청 사용자성 관련 첫 재심판정 - 타워크레인 관련 건설 원청사 2개사 초심 취소 후 공고의무 인정 -”

152) 중앙노동위원회(2026. 6. 15.), “중앙노동위원회, 교섭요구 노동조합 확정공고 이의신청 사건에서 원청의 사용자성 판단 필요성 인정 - 금속노조 웰리브지회 근로자에 대한 한화오션의 사용자성 및 수정공고 의무 인정 -”

물론 중앙노동위원회의 처분에 대해서는 중앙노동위원회 위원장을 피고(被告)로 하여 소송을 제기할 수 있으므로(「노동위원회법」 제27조 제1항 참조), 위 각 노동위원회의 결정은 아직 최종적인 유권해석은 아니다.

마. 계약외사용자 신설의 파생문제와 노동조합법 시행령 개정

1) 노동위원회의 결정기간 연장

개정된 노동조합법 중에는 대통령령에 대한 직접적인 위임 규정이 없으나, 제2조 제2호가 개정되어 계약외사용자가 명시됨에 따라 원청사용자에 대한 하청노동조합의 교섭요구가 증가할 것으로 예상된다. 이에 대처하기 위해 대통령령(「노동조합 및 노동관계조정법 시행령」, 이하 ‘노동조합법 시행령’이라 함)¹⁵³⁾이 개정되었다.

노동조합의 대표자는 그 노동조합 또는 조합원을 위하여 사용자나 사용자단체와 교섭하고 단체협약을 체결할 권한이 있고(노동조합법 제29조 제1항), 노동조합은 기존 단체협약의 유효기간 만료일 이전 3개월이 되는 날부터 사용자에게 교섭을 요구할 수 있다(노동조합법 시행령 제14조의2 제1항). 교섭요구를 받은 사용자는 그날부터 7일간 그 교섭을 요구한 노동조합의 명칭 등을 사업 또는 사업장의 게시판 등에 공고하여 다른 노동조합과 근로자가 알 수 있도록 하여야 하며(노동조합법 시행령 제14조의3 제1항), 사용자가 그 사실을 공고하지 않거나 다르게 공고하는 경우에는 노동조합은 노동위원회에 시정을 요청할 수 있다(노동조합법 시행령 제14조의3 제2항). 노동위원회는 시정 요청을 받은 날부터 10일 이내에 그에 대한 결정을 해야 하는데(노동조합법 시행령 제14조의3 제3항), 노동조합법 개정으로 어떤 하청노동조합이 원청사용자를 상대로 교섭요구를 할 경우, 그들의 법률관계가 “근로자의 근로조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위”에 있는지 여부에 대하여 원청사용자와 하청노동조합의 해석이 다를 수 있고, 원청사용자가 교섭요구를 한 하청노동조합과 그러한 지위에 있지 않다고 판단할 경우에는 교섭요구 사실을 공고하지 않을 수 있으며, 이에 대하여 하청노동조합은 노동위원회에 시정을 요청할 수 있는바, 이러한 요청에 대하여 노동위원회는 해당 사용자가 근로자의 근로조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자인지를 판단하여 시정 요청에 대한 결정을 해야 하므로, “그 결정에 보다 많은 시간이 소요될 수 있어 노동

153) 2026. 3. 3. 대통령령 제36159호로 일부개정·공포되어 2026. 3. 10. 시행됨

위원회의 결정기간을 10일의 범위에서 한 차례 연장할 수 있도록 함으로써 노동위원회의 심도 있는 심의를 보장”¹⁵⁴⁾하기 위해, 노동조합법 시행령 제14조의3 제3항에 “다만, 법 제2조제2호 후단에 따른 사용자에 대한 교섭요구에 관하여 시정 요청을 받은 경우로서 해당 기간 이내에 그에 대한 결정을 하기 어려운 경우에는 한 차례에 한정하여 10일의 범위에서 그 기간을 연장할 수 있다.”라고 단서를 신설한 것이다.

한편 교섭요구를 받은 사용자가 그날부터 7일간 그 교섭을 요구한 노동조합의 명칭 등을 공고한 경우, 그 공고를 보고 다른 노동조합도 교섭을 요구할 수 있고(노동조합법 시행령 제14조의4), 사용자는 공고기간이 끝난 다음 날에 최초에 교섭요구를 한 노동조합과 공고 기간 중 교섭을 요구한 노동조합의 각 명칭, 조합원 수 등을 5일간 공고해야 하는바(노동조합법 시행령 제14조의5 제1항) 교섭을 요구한 노동조합은 공고 내용이 자신이 제출한 내용과 다르게 공고되거나 공고되지 아니한 것으로 판단되는 경우에는 5일의 공고기간 중 사용자에게 이의를 신청할 수 있고(노동조합법 시행령 제14조의5 제2항) 사용자가 이의신청에도 불구하고 공고를 하지 않거나 여전히 다르게 공고한 경우에는 해당 노동조합은 노동위원회에 시정을 요청할 수 있다(노동조합법 시행령 제14조의5 제3항). 노동위원회는 시정 요청을 받은 날부터 10일 이내에 그에 대한 결정을 해야 하는데(노동조합법 시행령 제14조의5 제3항), 어떤 하청노동조합이 원청사용자를 상대로 교섭요구를 할 경우, 이 경우의 시정 요청에 대하여도 노동위원회의 심도 있는 심의가 필요하므로, 노동조합법 시행령 제14조의5 제5항에 “다만, 법 제2조제2호 후단에 따른 사용자에 대한 교섭요구에 관하여 시정 요청을 받은 경우로서 해당 기간 이내에 그에 대한 결정을 하기 어려운 경우에는 한 차례에 한정하여 10일의 범위에서 그 기간을 연장할 수 있다.”라고 단서를 신설한 것이다.

위와 같은 노동위원회의 결정기간 연장은, 노동조합법 개정으로 노동위원회의 관련 업무가 폭증할 것으로 예견되는 가운데 당연하고 필요한 개정이었다고 판단되고, 실제로 개정 노동조합법이 시행된 첫날 하청노동조합 407곳(조합원 8만 1,600명)이 원청 221곳을 상대로 교섭을 요구했으며, 이 중 5곳을 제외한 모든 사업장은 제기된 의제가 명확하지 않고 법리 검토가 필요하다는 등의 이유로 공고를 거부하여¹⁵⁵⁾ 노동위원회의 심의가 개시되었다. 노동조합법 시행령이 개정되어 결정기간이 연장되었음에도 불구하고, 구체적인 사건

154) 2026. 3. 3.자 대한민국정부 관보(제21188호)

155) 매경이코노미(2026. 3. 18.~2026. 3. 24.)(제2351호), “노란봉투법 시행 시작부터 시골...포스코·한화오션 긴장, ‘사용자성’ 관련”; 고용노동부(2026. 6. 22.), p.1. 교섭요구가 제기 원청 사업장은 개정 노동조합법이 시행된 3월 10일부터 31일까지 363개소로 집계되었고, 이후 찾아들었다고는 하나 4월에는 42개소, 5월에는 23개소가 추가되었음

에서 지방노동위원회 사이에서 '사용자성'에 대한 판단이 엇갈리고 있어,¹⁵⁶⁾ 중앙노동위원회나 판례의 판단이 있기까지 관련 논쟁이 다수, 오래 지속될 것으로 예상된다.

2) 교섭단위 분리·통합 결정 기준의 구체화 및 그 문제점

위와 별개로 같은 날 노동조합법 시행령 제14조의11이 개정되어 교섭대표노동조합을 결정하는 단위인 교섭단위의 분리 또는 통합 결정 기준이 구체화되었는데, “법률상 사용자 범위의 확대에 맞추어 교섭단위 분리 또는 통합 결정 기준에 관한 구체적인 규정을 마련할 필요성”¹⁵⁷⁾이 있다는 개정 이유만으로는 정확한 개정의도를 알아채기 어려우므로, 우리 노동조합법상 교섭단체 단일화 원칙 및 예외적 교섭단체 분리 제도에 대한 이해가 필요하다.

2011년 7월 1일(일부 조항은 2010년 1월 1일, 2010년 7월 1일, 2012년 7월 1일 시행), 당시에도 오랜 논란 끝에 개정된 노동조합법이 법률 제9930호로 시행되어, 하나의 사업 또는 사업장에 복수의 노동조합 설립이 가능하게 되면서, 복수의 노동조합 중 교섭대표노동조합을 결정하여 교섭창구를 단일화하는 제도가 신설되었다(제29조의2 이하). “교섭창구 단일화제도는 하나의 사업 또는 사업장에 2개 이상의 노동조합이 병존하는 경우 야기될 수 있는 현실적인 문제, 즉 복수의 노동조합이 각각 독자적인 교섭권을 행사할 수 있도록 할 경우 발생할 수 있는 노동조합과 노동조합 상호간의 반목 및 노동조합과 사용자 사이의 갈등, 동일한 사항에 대해 같은 내용의 교섭을 반복하는 데서 비롯되는 교섭효율성의 저하와 교섭비용의 증가, 복수의 단체협약이 체결되는 경우 발생할 수 있는 노무관리상의 어려움, 동일하거나 유사한 내용의 근로를 제공함에도 불구하고 노동조합 소속에 따라 상이한 근로조건의 적용을 받는 데서 발생하는 불합리성 등의 문제를 효과적으로 해결하는데 그 취지”¹⁵⁸⁾가 있다. 노동조합법상 교섭창구 단일화제도에 대해서는, 단체교섭에서 배제된 노동조합의 단체교섭권 등을 침해하여 위헌이라는 주장이 지속적으로 제기되었으나, 헌법재판소는 노동조합의 단체교섭권 침해를 최소화하기 위한 제도가 마련되어 있고, 교섭창구 단일화 절차에서 투표에 참여함으로써 쟁의행위에 개입할 수 있는 장치가 마련되어 있는 점 등을 들어, 두 차례 합헌 결정을 내렸다.¹⁵⁹⁾

156) 조선일보(2026. 4. 15.), “공공기관은 ‘사용자’ 지자체는 아니다? 노봉법 기준 제각각”

157) 2026. 3. 3.자 대한민국정부 관보(제21188호)

158) 헌법재판소 2012. 4. 24.자 2011헌마338 결정

159) 헌법재판소 2012. 4. 24.자 2011헌마338 결정, 헌법재판소 2024. 6. 27.자 2020헌마237, 2021헌마1334, 2022헌바237(병합) 결정

노동조합법은 교섭창구 단일화를 일률적으로 강제하지 않고, “하나의 사업 또는 사업장에서 현격한 근로조건의 차이, 고용형태, 교섭 관행 등을 고려하여 교섭단위를 분리하거나 분리된 교섭단위를 통합할 필요가 있다고 인정되는 경우”에는 당사자의 신청을 받아 노동위원회가 교섭단위를 분리하는 결정을 할 수 있도록 허용하고 있다(제29조의3 제2항). 대법원 판례에 따르면 “교섭단위를 분리할 필요가 있다고 인정되는 경우”란 하나의 사업 또는 사업장에서 별도로 분리된 교섭단위에 의하여 단체교섭을 진행하는 것을 정당화할 만한 현격한 근로조건의 차이, 고용형태, 교섭 관행 등의 사정이 있음은 물론 이로 인하여 교섭대표노동조합을 통하여 교섭창구를 단일화하더라도 근로조건의 통일적 형성을 통한 안정적인 교섭체계를 구축하려는 교섭창구 단일화 제도의 취지에 부합하지 않는 결과가 발생할 수 있는 예외적인 경우를 의미”하고, “이처럼 교섭단위의 분리를 인정할 수 있는 예외적인 경우에 대해서는 분리를 주장하는 측이 그에 관한 구체적 사정을 주장·증명”하여야 한다.¹⁶⁰⁾ 분리를 원하는 당사자는 사용자가 교섭요구 사실을 공고하기 전, 또는 교섭요구 사실을 공고한 경우에는 교섭대표가 결정된 날 이후에 분리신청을 할 수 있고, 분리신청을 받은 노동위원회는 신청을 받는 날부터 30일 이내에 교섭단위 분리에 관한 결정을 하며(노동조합법 시행령 제14조의11 제5항), 분리신청에 대한 노동위원회의 결정이 있기 전에 노동조합의 교섭요구가 있을 때에는 그 결정이 있을 때까지 교섭창구 단일화 절차의 진행은 정지된다(노동조합법 시행령 제14조의11 제7항).

한편 지방노동위원회의 판정(흔히 ‘초심’이라 함)에 불복할 경우 중앙노동위원회에 그 취소를 구하는 재심(처분)을 신청할 수 있고(「노동위원회법」 제26조 참조), 재심에 불복할 경우 중앙노동위원회 위원장을 피고로 하여 처분에 대한 소송을 제기할 수 있다(다만 이 경우 처분의 효력은 정지하지 않는다. 「노동위원회법」 제27조). 노동조합법에서는 교섭단위를 분리하기 위한 신청 및 노동위원회의 결정 기준·절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하였고(제29조의3 제4항), 그동안 노동조합법 시행령에서는 “절차”에 대해서는 규정하고 있었으나 “기준”에 대해서는 따로 규정을 두지 않았던 것을, 이번 노동조합법 개정으로 원청사용자를 상대로 한 하청노동조합의 교섭요구가 늘어날 것을 감안하여 노동조합법 시행령에 교섭단위를 분리하기 위한 기준을 신설한 것으로 이해된다.

노동조합법은 하나의 사업 또는 사업장에서 ① 현격한 근로조건의 차이, ② 고용형태, ③ 교섭 관행 등을 고려할 것을 기준으로 열거하고 있고(제29조의3 제2항), 판례는 ④ “교

160) 대법원 2022. 12. 15. 선고 2022두53716 판결

섭창구 단일화 제도의 취지에 부합하지 않는 결과가 발생할 수 있는 예외적인 경우”임을, 분리를 주장하는 자가 입증할 것을 추가로 요구한다. 이에 이번 노동조합법 시행령 개정으로 신설된 제14조의11 제3항은 타당하게도, 노동조합법 제29조의3 제2항에서 제시한 세 가지 요건을 각각 구체화하고 있다.¹⁶¹⁾

그런데 노동조합법 시행령 제14조의11 제4항은 특이하게도, 하청노동조합 간 교섭단위의 분리 여부를 결정하는 경우에는 위 ①, ②, ③보다 우선적으로, “노동조합 간 이해관계의 공통성 또는 유사성, 다른 노동조합에 의한 이익 대표의 적절성, 교섭단위 유지 시 노동조합 간 갈등 유발 가능성 및 노사관계 왜곡 가능성 등”을 고려하도록 규정하고 있는바, 그 타당성에 대한 검토가 필요하다.

복수노동조합이 존재할 경우 교섭창구의 문제는, 국가가 입법적 결단을 내려 단일화를 원칙으로 하되 예외적으로 분리할 것을 규정한 것이므로, 법률이 정한 교섭단체의 분리기준(① 현격한 근로조건의 차이, ② 고용형태, ③ 교섭 관행)은 엄격히 해석되어야 할 것인데, 그보다 하위에 있는 노동조합법 시행령 제14조의11 제4항이 이보다 우선하는 다른 기준을 제시한 것은 문제가 있다. 노동조합법 시행령에서 굳이 “노동조합간 이해관계의 공통성 또는 유사성…”을 든 것은, 결국 하청노동조합이 각각 속해 있는 상급단체가 다른 경우 이들을 쉽게 분리하기 위한 것으로 보이는데¹⁶²⁾ 종래 상급단체가 다른 노동조합 간 교섭단위 분리가 가능한지 문제된 다수의 재판례에서, 법원은 상급단체가 서로 다르다는 것만을 이유로 하여 교섭단위 분리가 적정한지는 판단하지 않고, 각각의 경우 사실관계를 ① 현격한 근로조건의 차이, ② 고용형태, ③ 교섭 관행별로 세밀히 살펴 분리를 인정¹⁶³⁾하거나 부정¹⁶⁴⁾하여 왔다는 점을 고려할 때, 다른 노동조합과 달리 하청노동조합에서만 상급단체의 차이를 이유로 한 교섭단위 분리를 널리 인정하려는 충분한 근거를 찾기 어렵

161) 노동조합법 시행령 제14조의11 제3항은 다음과 같이 정리됨

- (i) 현격한 근로조건의 차이: 업무의 성질·내용, 작업환경, 책임비중, 임금체계·구성항목·지급방법, 근무시간, 휴일·휴가, 복리후생, 보수·복무규정 등을 고려
- (ii) 고용형태: 계약의 형태·방식, 직종, 채용방법, 정년, 인사교류 여부 등을 고려
- (iii) 교섭 관행: 노동조합의 가입 대상 및 조합원 자격, 노동조합에 가입된 근로자 범위, 기존의 단체교섭 등 노사 간 협의 여부 및 그 방식, 단체교섭 대상의 적용범위 등을 고려
- (iv) 그 밖에 위 (i)부터 (iii)까지에 준하는 것

162) 고용노동부 외(2026), p. 22를 참조 바람

163) 예: 서울고등법원 2020. 2. 5. 선고 2019누56335 판결

164) 예: 서울고등법원 2016. 10. 19. 선고 2016누48234 판결. 이 판결에서는 그 외에 “별도의 교섭단위로 분리함으로써 달성되는 이익이 교섭창구 단일화 절차를 유지함으로써 달성되는 이익보다 더 크다고 볼 수 없다”는 이익형량 결과도 이유로 들었으며, 이후 대법원 2017. 2. 23. 선고 2016두58949 판결에서 상고가 기각되어 확정되었음

다.¹⁶⁵⁾ 또한 상위법에서 원칙과 예외를 결단하며 예외를 인정할 수 있는 요건을 열거한 상황에서 대통령령이 다른 근거 없이 법률이 정한 예외 요건에 우선하는 다른 요건을 제시하는 것은 체계상 문제가 있다.¹⁶⁶⁾

개정 노동조합법 시행 이후 약 100일간(2026년 3월 10일부터 6월 19일까지) 노동위원회는 29개 원청에 대해 교섭단위 분리 여부를 결정하여, 이 중 12개소에 대해 교섭단위 분리를 인정하였다. 그중 9개소는 사업부문별로 분리되었으나, 2개소는 노동조합 상급단체에 따라, 1개소는 노동조합에 따라 분리되어,¹⁶⁷⁾ 실제 “노동조합간 이해관계의 공통성 또는 유사성”을 이유로 한 분리가 활발하게 활용되고 있음을 알 수 있다. 구체적으로 (주)포스코 하청 전체 교섭단위에서 전국금속노조를 분리함에 있어 “노조간의 갈등 가능성, 이익대표성 등”을 고려하였고,¹⁶⁸⁾ 인천국제공항공사의 하청노동자집단은 “노동조합 간 이해관계의 유사성, 노동조합 간 갈등 가능성 등”을 종합적으로 고려하여 노동조합 상급단체별 3개 교섭단위로 분리하였다.¹⁶⁹⁾ SK에너지 주식회사, 에쓰오일 주식회사, 고려아연 주식회사 등 원청 3개사를 상대로 각각 하청 전체 교섭단위에서 전국플랜트건설노동조합을 별도의 교섭단위로 분리 결정해 달라는 각각의 신청에 대해 근로조건, 고용형태, 교섭관행 외에 노동조합 간 이해관계의 유사성이나 노동조합 간 근로조건 격차 유발 우려를 들어 기각한 예도 있다.¹⁷⁰⁾ 한국전력공사를 상대로 배전사업을 별도의 교섭단위로 분리하는 결정을 함에 있어서는 노동조합의 차이를 언급하지 않고 근로조건 및 작업환경 등만을 고려하기도 했고,¹⁷¹⁾ 주식회사 국민은행, 주식회사 케이비국민카드, 주식회사 하나은행을 상대로 고객센터 부문을 별도 교섭단위로 분리하는 데 있어서는 업무 내용, 근로조건 및 고용형태의 차이만을 고려하였다.¹⁷²⁾

165) 김종수(2026. 3. 3.), “원하청 노조 교섭단위 분리... 노동부 매뉴얼의 ‘맹점’”, 한국경제에서는 “하청노조 사이에 근로조건의 현저한 차이가 없음에도 불구하고 상급단체 노조가 다르다는 이유로 ... 교섭단위를 분리해 주겠다는 발상은 법의 취지를 정면으로 위반하는 것”이라고 비판하고 있음

166) 김형배 외(2026), p. 577에서도 “교섭사항과 직접 관련 없는 노동조합 간 이해관계나 갈등관계를 우선적으로 고려하도록 한 것은 교섭청구 단일화제도의 취지와는 정면으로 배치되어 향후 크게 논란이 될 것”이라고 우려함

167) 고용노동부(2026. 6. 22.), “개정 노동조합법 시행 100일, 어렵게 첫발 댄 원·하청 상생·대화 조금씩 진전”

168) 경북지방노동위원회(2026. 4. 8.), “경북지방노동위원회, (주)포스코 원하청 교섭 관련 교섭단위 분리 결정 - (주)포스코 하청 전체 교섭단위에서 전국금속노조, 전국플랜트건설노조를 분리 -”

169) 인천지방노동위원회(2026. 4. 8.), “인천국제공항공사 노동조합 상급단체별 교섭단위 분리 결정”

170) 울산지방노동위원회(2026. 4. 9.), “SK에너지 주식회사 등 원청 3개사 대상 원하청 교섭 관련 교섭단위 분리신청 기각”

171) 전남지방노동위원회(2026. 4. 9.), “전남지방노동위원회, 한국전력공사 원하청 교섭 관련 교섭단위 분리 결정 - 한국전력공사 전체 하청 교섭단위에서 ‘배전사업’ 분리 -”

172) 서울지방노동위원회(2026. 4. 9.), “금융기관, 고객센터 하청 근로자에 대한 사용자 지위 인정 - 국민은행, 케이비국민카드, 하나은행 고객센터 교섭단위 분리 결정 -”

마지막으로, 어느 하청노동자에 대한 원청의 실질적이고 구체적인 지배·결정권이 인정되어 하청노동조합이 교섭권을 얻은 경우 같은 사업장에서 일하고 있는 원청노동자들의 조합과 교섭창구를 단일화하고, 예외적인 사유가 있는 경우 이를 분리한다는 것이 자연스러운 귀결¹⁷³⁾일 텐데, 노동조합법 시행령의 태도는 명확하지 않고, 고용노동부·중앙노동위원회가 발표한 “원·하청 상생 교섭절차 매뉴얼”은 명시적으로 부인하고 있다.¹⁷⁴⁾ 노동조합법 시행령에서는 이 문제를 명확히 드러내고 있지 않으나, 제14조의11 제4항에서 하청노동조합간의 교섭단위 분리 또는 통합만을 따로 규정한 것은, 하청노동조합과 원청노동조합 사이의 교섭단위 단일화는 부인하는 전제에 있는 것일 수 있다. 현재 법률 수준에서는 하청노동조합에 교섭권이 주어졌을 때 원청노동조합과 창구단일화 대상에 포함되지 않는다고 해석될 근거가 발견되지 않는다. 노동위원회가 하청노동조합과 원청노동조합의 교섭창구 단일화에 대해서는 분리를 원칙으로 하겠다는 내부적인 입장을 세운 것일 수는 있으나,¹⁷⁵⁾ 이러한 입장이 법률에서 정한 원칙과 예외의 순서를 뒤바꿀 수는 없는 것이고, 소송 등에서 문제될 경우 법원을 구속할 수도 없어, 분쟁의 소지를 남겨둔 문제가 있다.

173) 같은 취지로, 이송욱(2025), p. 51: “교섭창구 단일화는 ‘사용자’의 ‘하나의 사업 또는 사업장에서 조직형태에 관계없이 근로자가 설립하거나 가입한 노동조합이 2개 이상인 경우’(노동조합법 제29조의2 제1항)에 해야 하고, 직접사용자든 간접사용자든 노동조합법상 사용자에게 해당하기 때문에 그 ‘사업 또는 사업장’에 복수노조가 병존한다면, 교섭창구 단일화 절차를 거쳐야 하는 것으로 해석할 수밖에 없다. … 노사관계의 실태를 보더라도, 하청기업이 수백개에 이르는 경우가 적지 않은데, 이 경우 원청이 모든 하청기업 노조와 개별 교섭을 하여야 한다면 교섭의 효율성과 근로조건 통일이라는 측면에서 바람직하지 않은 결과가 발생할 가능성이 높다. 이런 점을 고려하면 노조는 간접사용자 사업에서 교섭창구 단일화 절차를 거쳐야 할 것이다. 그런데, 개정법에 의해 사용자 개념을 확대하면서도 교섭창구 단일화 절차와 관련된 현행 노동조합법 및 시행령을 그대로 유지한다면, 원하청 관계에서 원청에 대해 하청노조가 교섭창구 단일화 절차를 거치는 것이 사실상 불가능할 수 있다.” 이에 이송욱(2025), p. 52 이하에서는 개정 노동조합법이 시행되기 전에 교섭창구 단일화 절차에 대한 정비가 필요하다고 주장하였음. 한편 “원하청 교섭에 있어서는 기존의 창구단일화 절차가 적용되지 않는다는 불요설”을 주장하는 견해도 있음(김린(2025a), p. 82 이하). 그러나 이 견해가 근거로 삼는 “기본권 최대 보장의 원칙”은 교섭창구 단일화 제도를 법률로 정한 이상 기본권의 “최대 보장”을 이유로 이를 반복하려는 해석으로서 받아들이기 어려움. 이 견해는 “원청과 하청은 법률적·사실적으로 별개의 사업장”이라는 점도 근거로 삼는데, “일정한 장소에서 서로 유기적인 조직을 구성하여 ‘업’으로서 계속적으로 행해’지는 것(김형배 외(2026), p. 25), 또는 “노동과 자본이 유기적으로 결합되는 조직적 통일체로서, … 작업 단위 내부의 유기적 관련성에 초점을 맞추어 일종의 기능관련적 개념”(이철수(2025), p. 73)이라는 사업(사업장)의 정의에 비추어 볼 때, 원청과 하청의 사업장이 다르다고 단정하기 어려움

174) 고용노동부 외(2026)에서는 “하청노동조합(원)과 원청노동조합(원)은 교섭권의 범위 및 사용자의 책임 범위, 근로자의 특성, 이해관계, 근로조건 결정 방식 등에 있어서 본질적인 차이가 존재”(p. 2)하기에, “하청노동조합(원)은 해당 교섭단위에서 교섭당사자가 아닌 원청노동조합(원)과 교섭창구 단일화 절차를 거칠 필요가 없고, 기존의 원청사용자와 원청(교대)노동조합 간 교섭단위는 종래와 같이 별도로 존재·운영”(p. 3)된다고 설명함

175) 김종수(2026. 3. 3.), “원하청 노조 교섭단위 분리... 노동부 매뉴얼의 ‘맹점’”, 한국경제는 “아마도 노동위원회에서는 원청 노조와 하청 노조 사이에 원칙적으로 교섭단위가 분리될 것이므로 이를 처음부터 별개의 교섭단위로 보는 것이 불필요한 교섭단위분리신청을 막고 노사간에 분쟁을 최소화하는 현실적인 대안이라고 생각”하였으리라 추정하며, “이는 지금이 행정편의주의적인 발상에 불과”하다고 비판하고 있고, 임인영(2025. 11. 28.), “교섭창구 단일화” 혼드는 노란봉투법, 이투데이는 시행령 개정안 전반에 대하여 교섭창구 단일화 원칙이 형해화될 경우, “교섭 비용의 폭증과 현장의 혼란이라는 문제”가 발생할 수 있다며, 이를 “예외가 원칙을 삼키는 사태”가 될 것이라 우려하고 있음

바. 해소되지 않은 문제 - 처벌규정의 명확성의 원칙 위반 여부

1) 우리 노동조합법 규정의 특이성 - 사용자의 부당노동행위에 대한 처벌규정

우리 노동조합법은 “근로자”를 “직업의 종류를 불문하고 임금·급료 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”(제2조 제1호)라고, “사용자”를 “사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자를 말한다. 이 경우 근로계약 체결 당사자가 아니더라도 근로자의 근로조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자도 그 범위에 있어서는 사용자로 본다.”(제2조 제2호)라고 각각 정의한다. 노동조합법상 “사용자”는 단체교섭에 응할 의무가 있고(제81조), 이를 위반할 경우 형사처벌(제90조)될 수 있다. 다른 나라에서 유사한 사례를 찾기 어려운, 우리 노동조합법의 특이한 점이다.¹⁷⁶⁾

그런데 사용자로 간주되는 계약외사용자는 “실질적·구체적 지배·결정”이라는 개념으로 설명되는데, 위에서 본 것처럼 그 내용과 한계를 명확히 알기 어려운 면이 있다. 이것이 단순한 해석상의 어려움을 넘어서 헌법이 허용하는 명확성의 요건을 충족하지 못하면 위헌의 소지가 있다.¹⁷⁷⁾

2) 죄형법정주의와 명확성의 원칙

죄형법정주의(罪刑法定主義)란 범죄와 형벌은 법률로써 규정되어 있어야 한다는 법원칙으로, 우리 헌법 제12조 제1항과 제13조 제1항에서 천명하고 있다.¹⁷⁸⁾ 이 원칙에서 다시,

176) 헌법재판소 1995. 3. 23.자 92헌가14 전원합의체 결정은 「노동조합법」(1963. 4. 17. 법률 제1329호; 개정 1980. 12. 31. 법률 제3350호) 제46조 중 “제42조의 규정에 의한 구제명령에 위반하거나” 부분은 헌법에 위반된다고 결정하며 다음과 같이 지적한 바 있음; “행정위원회에 의한 부당노동행위 구제제도는 미국의 1935년 전국노사관계법에서 시작되었고, 동 제도가 일본을 거쳐서 우리나라에 도입된 것이지만 위와 같이 구제명령위반 행위 자체에 대하여 형벌을 과하는 입법례는 드물며, 더욱이 구제명령이 확정되기 전이나 구제명령이 위법 또는 부당하여 취소된 후에도 그 위반행위에 대하여 구제명령이 확정된 경우와 똑같은 법정형으로 자유형까지 규정한 입법례는 세계 어느 나라에도 없다.”

177) 노동조합법이 개정되기 전, 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결은 “실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자”가 노동조합법상 부당노동행위의 주체이자 구제명령의 객체인 “사용자”에 해당함(개정 노동조합법상 “계약사용자”에 해당한다)고 판시한 바 있었는데, 황태윤 외(2013), p. 780에서는 이 판결을 죄형법정주의 측면에서 비판한 바 있음

178) 헌법재판소 1991. 7. 8.자 91헌가4 전원합의체 결정; “법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다.”라는 말로 표현되는 죄형법정주의는 이미 제정된 정의로운 법률에 의하지 아니하고는 처벌되지 아니한다는 원칙으로서 이는

“법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건이 명확히 규정될 것”¹⁷⁹⁾, 즉 명확성의 원칙이 파생된다. 죄형법정주의와 법률의 명확성 원칙을 독립된 원칙으로 보는 견해도 없지 않으나,¹⁸⁰⁾ “죄형법정주의는 형벌규정의 명확성에 대하여 보다 엄격한 요청을 함으로써 일반적인 명확성 원칙을 강화하고 있다”¹⁸¹⁾고 보아 죄형법정주의의 핵심에 명확성 원칙을 두는 것이 대체적인 설명이다. 어떠한 형벌법규가 명확성의 원칙에 위반될 경우 이는 위헌인 법률이다.

실제로는 어떤 형벌규정이 명확한지 아닌지를 판단하기란 쉬운 일이 아니다. 예를 들어 우리 헌법재판소는 “형법법규의 내용이 애매모호 하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울 뿐더러 범죄의 성립여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없[다]”¹⁸²⁾고 하면서도, “처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 그 점만으로는 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것이라고 볼 수 없다”¹⁸³⁾고도 한다. 후자와 같은 헌법재판소의 입장에 대해서는 “죄형법정주의는 원래 ‘형벌법규의 명확성’을 요구하는 것이지 ‘판례에 의한 명확화’를 요구하는 것이 아니[니]”¹⁸⁴⁾라는 지적이 있다.

무엇이 처벌될 행위인가를 국민이 예측가능한 형식으로 정하도록하여 개인의 법적 안정성을 보호하고 성문의 형벌법규에 의한 실정법질서를 확립하여 국가형벌권의 자의적(恣意的)행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가 형법의 기본원칙이며, 우리 헌법도 제12조 제1항 후단에 “법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라고 규정하고, 제13조 제1항 전단에 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며”라고 규정하여 죄형법정주의를 천명하였고, 이를 근거로 형법 제1조 제1항은 “범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다.”라고 규정하고 있음. 죄형법정주의는 자유주의, 권력분립, 법치주의 및 국민주권의 원리에 입각한 것으로서 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 반드시 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 법률로써 정하여야 한다는 원칙이고, 죄형법정주의를 천명한 헌법 제12조 제1항 후단이나 제13조 제1항 전단에서 말하는 “법률”도 입법부에서 제정한 형식적 의미의 법률을 의미하는 것임은 물론이다.”

179) 헌법재판소 1990. 1. 15.자 89헌가103 전원합의체 결정

180) 정극원(2014), pp. 22~23

181) 한수웅(2021), p. 298

182) 헌법재판소 2001. 3. 21.자 99헌바72 전원합의체 결정

183) 헌법재판소 1990. 1. 15.자 89헌가103 전원합의체 결정

184) 한수웅(2021), p. 299

그럼에도 실제 헌법재판소는 형벌법규가 다소 명확하지 못하더라도 법원의 판례에 의해 구체화되어 있는 경우에는 합헌으로 판단하고 있다. 예컨대 「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」에 따른 처벌규정에 대한 결정에서, 헌법재판소는 “부정청탁금지조항에 규정된 ‘부정청탁’, ‘법령’, ‘사회상규’라는 용어가 다소 포괄적이고 추상적이어서 어느 정도 가치 판단이 필요한 일반개념이지만, 부정청탁금지조항의 입법배경 및 입법취지와 관련 조항 등을 고려한 법관의 보충적 해석으로 충분히 그 의미내용을 확인할 수 있다. 그렇다면 부정청탁금지조항은 건전한 상식과 통상적 법감정을 가진 사람이라면 그 내용을 예측할 수 있으므로 불명확하다 할 수 없고 법을 해석·집행하는 기관이 이를 자의적으로 해석하거나 집행할 우려도 크지 않으므로, 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 보기 어렵다.”¹⁸⁵⁾고 판시한 바 있다.

참고로 「노동조합 및 노동관계조정법」(이 글에서 ‘노동조합법’으로 약칭하고 있음)과 노동조합법 제정(1997. 3. 13.)으로 폐지된 「노동조합법」에 따른 형사처벌규정에 대해서는 다음과 같이 명확성의 원칙에 따른 심사가 몇 차례 내려진 바 있다.

구(舊) 「노동조합법」(1986. 12. 31. 법률 제3925호로 최종 개정되었다가 1996. 12. 31. 법률 제5244호로 공포된 노동조합및노동관계조정법의 시행으로 폐지된 것) 제46조의3 중 단체협약에 관한 부분은 헌법에 위반된다. “단체협약의 구체적 내용을 일일이 범죄구성요건으로 규정하는 것은 입법기술상 곤란할지도 모르나 적어도 처벌법규인 이상 단체협약의 내용 중 그 위반에 대한 처벌을 가하고자 하는 사항을 최소한이나마 특정하여 이를 명확히 규정하였어야 하는데도 불구하고, 이 사건 법률조항은 이러한 노력없이 단지 막연히 “단체협약……에 위반한 자”라고만 규정하고 있을 뿐”이기 때문이다.¹⁸⁶⁾

노동조합법(2001. 3. 28. 법률 제6456호로 개정된 것) 제92조 제1호 다목 중 “징계의 중요한 절차”에 관한 부분은 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반되지 않는다. “법률조항의 입법목적, 수범자의 범위, 단체협약의 특성과 그 체결과정 및 통상의 운용실태, 구 노동조합법 조항에 대해 위헌선언한 헌법재판소 결정의 취지, 이 사건 법률조항의 입법과정에서 논의된 내용을 비롯한 입법경위 등을 종합적으로 고려하여, 이 사건 법률조항의 수범자가

185) 헌법재판소 2016. 7. 28.자 2015헌마236 전원합의체 결정

186) 헌법재판소 1998. 3. 26.자 96헌가20 전원합의체 결정. “단체협약에 위반하는 행위란 전혀 특징이 불가능할 정도로 그 범위가 넓고 단체협약 위반행위의 처벌 가능한 범위가 이렇듯 포괄적이고 광범위하므로 과연 처벌되는 행위가 무엇인지 예측하기 어려워 죄형법정주의의 본질적 요소인 예측가능성을 전혀 보장하지 못하고 있다.” 현행 노동조합법은 단체협약의 내용 중 “임금·복지후생비, 퇴직금에 관한 사항” 등 법에서 열거한 사항을 위반한 자에 대해서만 처벌함(제92조 제2호)

그 구체적인 의미를 충분히 예측할 수 있는 내용으로 합리적이고 객관적인 해석의 기준을 충분히 마련할 수 있을 것으로 보이”기 때문이다.¹⁸⁷⁾

노동조합법(2010. 1. 1. 법률 제9930호로 개정되고, 2020. 6. 9. 법률 제17432호로 개정되기 전의 것) 제81조 제4호 본문 중 “근로자가 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 행위” 부분은 명확성의 원칙에 위반되지 않는다. 그 이유는 다음과 같다. “지배·개입”의 사전적 의미, 이 사건 지배개입금지조항의 입법목적과 연혁, 지배·개입 행위의 특징 및 수범자의 특성 등을 종합하여 보면 ‘지배·개입행위’란 사용자가 노동조합의 조직·운영을 조종하거나 이에 간섭하는 일체의 행위로서 노동조합의 자주성을 저해하거나 저해할 위험성이 있는 행위라고 볼 수 있다. 비록 이 사건 지배개입금지조항은 ‘지배·개입’이라는 다소 광범위한 용어를 사용하고 있으나 수범자인 사용자가 노동조합과의 관계에서 자신의 행위를 결정해 나가기에 충분한 기준이 될 정도의 의미내용을 가지고 있다고 할 것이다. 또한 앞서 본 바와 같은 학설, 판례 등의 집적을 통하여 실무적 기준이 충분히 확립되어 있으므로 법 집행자가 자의적으로 해석하는 것을 허용한다고 보기도 어렵다.”¹⁸⁸⁾

3) 계약외사용자에 대한 처벌규정이 명확성의 원칙에 위반되는지 여부

계약외사용자, 즉 “근로자의 근로조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자”를 형사처벌할 수 있는 노동조합법 규정에 대해서는, 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙에 위배되어 위헌이라는 견해가 있다. 형사처벌조항의 구성요건으로서 범죄를 저지르고 처벌받는, 즉 금지되는 부당행위의 주체의 범위, 문구(문언)나 입법의 목적(입법의도), 법률의 체계적 해석을 통하더라도 그 의미내용을 분명하게 확인하기 어렵기 때문이라는 것이다.¹⁸⁹⁾ 노동조합법 개정 과정에서 두 차례 제출된 대통령의 재의요구서도 “‘실질적·구체적 지배·결정’이라는 불명확한 개념으로 처벌대상인 사용자의 범위를 넓히게 되어 죄형법정주의의 명확성 원칙에도 위반”¹⁹⁰⁾된다거나 “‘실질적·구체적 지배·결정’이라는 개념으로 처벌대상인 사용자의 범위가 모호해져 죄형법정주의의 명확성 원칙에도 위반”¹⁹¹⁾된다고 지적한 바 있다.

187) 헌법재판소 2007. 7. 26.자 2006헌가9 전원합의체 결정

188) 헌법재판소 2022. 5. 26.자 2019헌바341 전원합의체 결정

189) 차진아(2024), p. 164; 차진아(2025), p. 80

190) 대통령(2023. 12. 1.), 「노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안 재의요구서」

191) 대통령(2024. 8. 16.), 「노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안 재의요구서」

이와 달리 명확성 원칙에 위반되지 않아 합헌이라는 견해도, 다음과 같이 발견된다.

① “우리 판례는 부당노동행위의사라는 주관적 요건을 요구하는데 실무적으로 이 요건이 인정되기가 쉽지 않아 부당노동행위 자체가 인정되는 경우가 흔치 않다. 나아가 부당노동행위가 인정되더라도 형량이 낮아(2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금) 사용자 등이 실형에 처해지는 경우는 매우 드물고 벌금형에 그치는 경우가 일반적이다.”¹⁹²⁾

② “하청근로자가 원청을 상대로 단체교섭을 요구하는 사항은 ‘근로조건’에 관한 것으로 각 해당 근로조건이 결정되는 기제를 검토하여 충분히 구체적 기준을 세워나갈 수 있다.”¹⁹³⁾

③ “원청의 사용자성 인정에 대한 대법원 판례와 최근의 중앙노동위원회 판정 및 서울행정법원 판례 등에 나타난 이른바 ‘실질적 지배력설’ 법리를 통해서도 어느 정도 예측 가능성은 있다고 본다. 또한 수범자의 범위도 제한되어 있어 최소한의 예측 가능성을 확보한 바 ... 명확성의 원칙에 전적으로 위배 되었다고 하기는 어렵다.”¹⁹⁴⁾

④ “대법원은 이미 형사처벌이 가능한 지배·개입의 부당노동행위에 관하여 사용자의 개념을 확대하였다. 단체교섭거부의 부당노동행위에 관해서는 단체교섭거부의 정당한 이유를 판단하는 국면이나 부당노동행위의 고의를 판단하는 국면에서 직접 계약관계가 없는 근로자에 대한 단체교섭거부라는 특성이 고려될 수 있으므로, 형사처벌의 위험만을 이유로 노동3권을 제한적으로 해석하는 것은 타당하지 않다.”¹⁹⁵⁾

그러나 위 각 합헌론에는 다음과 같은 문제점이 있다. ① 실무상 형사처벌되는 경우가 적다거나 형량이 낮다는 것은 형사처벌규정이 명확하지 않아도 된다는 근거가 될 수 없다. ② 처벌규정은 구체적 기준이 세워져 있어야 명확하다고 볼 것이지, 앞으로 구체적 기준을 세워 나가겠다는 것이 명확성의 근거가 될 수는 없다. ③ 유사한 사례에서의 대법원 판결이나 하급심 판결, 중앙노동위원회 판정, 국내의 학설 등이 제시하는 “실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위”는 위에서 본 것처럼 여전히 개념이 모호하고, “판례”로서

192) 김린(2025b), p. 85; 이 발제문은 노조법 23조 개정운동본부 등이 공동주최한 국회토론회에서 발제한 내용으로, 이후 발제자가 학술논문의 형태로 같은 주장을 진술한 것은 발견되지 않음. 다만 박귀천(2025), p. 13에서 위 발제문을 인용하며 동의하고 있음

193) 김민기(2024), pp. 541; 이 견해는 서울행정법원 2023. 1. 12. 선고 2021구합71748 판결의 판단기준을 들어 명확성의 원칙에 반한다고 보기 어렵다고 주장함

194) 이형태 외(2023), pp. 99~100

195) 대법원 2026. 5. 21. 선고 2018다296229 전원합의체 판결의 반대이견

확립되었다고 보기 어렵다.¹⁹⁶⁾ ④ 대법원이 “사용자의 개념을 확대”하였다는 것도 마찬가지로 이유에서 이 사안에서 법률을 명확하게 해 주는 “판례”가 되었다고 보기 어렵고, 형사 처벌의 위험으로부터 국민을 보호하는 것과 노동3권을 보호하는 것 사이에서 이익을 형량한다면 몰라도 일방적으로 “형사처벌의 위험만을 이유로 노동3권을 제한적으로 해석하는 것은 타당하지 않다”고 단정하기는 어렵다.

요컨대 개정 노동조합법 제2조 제2호가 사용한 “실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위”라는 낯선 용어는 형사처벌조항의 구성요건의 핵심 개념임에도 불구하고, 판례를 통해 그 개념이 충실하게 해명되었다고 보기도 어렵고, 입법목적이나 입법과정에서 논의된 내용을 통해서도 수범자가 그 구체적인 의미를 충분히 예측하기 어려워, 헌법상 죄형법정주의 원칙에서 파생된 명확성의 원칙에 위반된다는 우려를 불식하지 못하고 있다. 개정 노동조합법에서 가장 핵심적이고 가장 파급력이 큰 조항이 가장 큰 헌법적 위험을 안고 있다.

196) 대법원 2026. 5. 21. 선고 2018다296229 전원합의체 판결 및 대법원 2026. 7. 9. 선고 2024두37015 판결을 참조함. “명확한지 여부는 정도의 문제”라는, ③의 논자의 주장은 실무가(논자는 현직 판사임)의 솔직한 토로라고 인정할 수 있고 하급심 판결이 내세운 기준에 따르면 충분히 구체화 되었다는 판단 역시 실무가의 ‘감’으로 존중할 수 있지만, “명확한지 여부는 … 판단의 주체에 따라 다를 수밖에 없다”는 주장은 받아들이기 어려움

2. 제2조 제4호(“노동조합”의 범위 확대)

〈표 Ⅲ-2〉 노동조합법 제2조 제4호

개정 전	개정 후
第2條(定義) 이 法에서 사용하는 用語의 定義는 다음과 같다.	第2條(定義) 이 法에서 사용하는 用語의 定義는 다음과 같다.
4. “勞動組合”이라 함은 勤勞者가 主體가 되어 自主的으로 團結하여 勤勞條件의 유지·개선 기타 勤勞者의 經濟的·社會的 地位의 향상을 도모함을 目的으로 組織하는 團體 또는 그 聯合團體를 말한다. 다만, 다음 各目的 1에 해당하는 경우에는 勞動組合으로 보지 아니한다. 가. ~ 다. (생략) <u>라. 勤勞者가 아닌 者의 加入을 허용하는 경우</u> 마. (생략)	4. “勞動組合”이라 함은 勤勞者가 主體가 되어 自主的으로 團結하여 勤勞條件의 유지·개선 기타 勤勞者의 經濟的·社會的 地位의 향상을 도모함을 目的으로 組織하는 團體 또는 그 聯合團體를 말한다. 다만, 다음 各目的 1에 해당하는 경우에는 勞動組合으로 보지 아니한다. 가. ~ 다. (개정 전과 같음) <u>〈삭제〉</u> 마. (개정 전과 같음)

자료: 법제처 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr/main.html>) 현행법령 및 연혁법령 검색

근로자는 자유로이 노동조합을 조직할 수 있다(노동조합법 제5조 제1항). 노동조합을 설립하고자 하는 자는 설립신고서에 규약을 첨부하여 고용노동부장관 또는 지방자치단체의 장(“행정관청”이라 한다)에게 제출하면 된다(노동조합법 제10조, 제11조). 행정관청은 설립신고서를 접수한 때에는 3일 이내에 신고증을 교부하여야 하는데(노동조합법 제12조 제2항), 노동조합법 제2조 제4호 각목의 1에 해당하는 경우에는 설립신고서를 반려하여야 한다(노동조합법 제12조 제3항 제1호).

노동조합법 제2조 제4호는 각목 외의 부분에서는 주체성·자주성·목적성·단체성이라는 적극적 요건, 즉 노동조합이 되기 위해 갖추어야 할 요건을, 각 목에서는 소극적 요건, 즉 이에 해당할 경우 노동조합이 될 수 없는 요건을 각각 규정하고 있다. 소극적 요건으로는 (가) 사용자 또는 항상 그의 이익을 대표하여 행동하는 자의 참가를 허용하는 경우, (나) 경비의 주된 부분을 사용자로부터 원조받는 경우, (다) 공제·수양 기타 복리사업만을 목적으로 하는 경우, (마) 주로 정치운동을 목적으로 하는 경우 외에 (라) 근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우가 열거되어 있었는데, 바로 이 (라)가 개정 노동조합법에 의해 삭제되었다. (가), (나), (라)는 주체성·자주성 요건에, (다), (마)는 목적성 요건에 각각 상반된 요

건이다.¹⁹⁷⁾ 요컨대 “근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우”에는 노동조합이 될 수 없다는 요건은 노동조합의 주체성·자주성을 보호하기 위해 규정된 것이었는데, 이번 노동조합법 개정으로 해당 조항은 삭제되었기에, “근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우”에도 노동조합은 적법하게 설립될 수 있음이 명확해졌다.

노동조합법 제2조 제4호 라목은 종래 “근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우”에 “다만, 해고된 자가 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 근로자가 아닌 자로 해석하여서는 아니된다.”라는 단서가 붙어 있었다. 국제노동기구(International Labour Organization; ILO)의 핵심협약인 「결사의 자유에 관한 협약」의 비준을 추진하면서 해당 협약에 부합하는 내용으로 법률을 개정하기 위하여, 사업 또는 사업장에 종사하지 아니하는 근로자에 대하여 기업별 노동조합에 가입할 수 있도록 허용하기 위해 2021년 1월 5일 법률 제17864호로 노동조합법이 일부개정·공포되어 2021년 7월 6일 시행되었다. 이때 제2조 제4호 라목 단서가 삭제되고 제5조 제2항과 제3항이 신설되어 사업 또는 사업장에 종사하는 근로자(“종사근로자”)가 아닌 노동조합의 조합원도 사용자의 효율적인 사업 운영에 지장을 주지 아니하는 범위에서 사업 또는 사업장 내에서 노동조합 활동을 할 수 있고(제2항), 종사근로자인 조합원이 해고되어 노동위원회에 부당노동행위의 구제신청을 한 경우에는 중앙노동위원회의 재심판정이 있을 때까지는 종사근로자로 보게 되었다(제3항).¹⁹⁸⁾ 당시 제2조 제4호 라목 단서만 삭제됨에 따라, 현실적으로 노무제공을 하고 있지 않은 사람이거나 프리랜서로 취업하고 있는 사람임에도 노동조합에 가입하고 있다면 노동조합법상 결격사유가 될 수 있다는 모순이 발생하게 되었다. 이에 이번 노동조합법 개정을 통해 제2조 제4호 라목 전체를 삭제한 것으로 보인다.¹⁹⁹⁾

제2조 제4호 라목이 삭제됨에 따라 근로자가 아닌 자로 구성된 노동조합도 허용되는지의 문제가 있을 수 있다. 그러나 제2조 제4호 각 목 외의 부문에서 명확히 “근로자가 주체가 되어 자주적으로 단결”하여야 한다고 하므로, 근로자가 아닌 자가 노동조합에 일부 포함되더라도 용인된다는 의미이지, 근로자가 아닌 자가 노동조합의 주체가 될 수 있다는 것은 아니다.²⁰⁰⁾

197) 이철수(2025), p. 417

198) 이철수(2025), pp. 420~421

199) 김형배 외(2026), p. 534

200) 고용노동부(2025), p. 4; 그런 의미에서 “근로자가 아닌 자의 가입을 허용하는 경우 노동조합으로 보지 않는 현

3. 제2조 제5호(“노동쟁의”의 범위 확대)

〈표 III-3〉 노동조합법 제2조 제5호

개정 전	개정 후
第2條(定義) 이 法에서 使用하는 用語의 定義는 다음과 같다. 5. “<u>勞動爭議</u>”라 함은 <u>勞動組合과 使用者 또는 使用者團體(이하 “勞動關係 當事者”라 한다) 間에 賃金·勤勞時間·福祉·解雇 기타 待遇 등 勤勞條件의 決定에 관한 主張의 不一致로 因하여 발생한 紛爭狀態를 말한다. 이 경우 主張의 不一致라 함은 當事者間에 合意를 위한 노력을 계속하여도 더이상 自主的 交渉에 의한 合意의 餘地가 없는 경우를 말한다.</u>	第2條(定義) 이 法에서 使用하는 用語의 定義는 다음과 같다. 5. “<u>勞動爭議</u>”라 함은 <u>勞動組合과 使用者 또는 使用者團體(이하 “勞動關係 當事者”라 한다) 間에 賃金·勤勞時間·福祉·해고·근로자의 지위 기타 대우등 근로조건의 결정과 근로조건에 영향을 미치는 사업경영상의 결정에 관한 주장의 불일치 및 제92조제2호 가목부터 라목까지의 사항에 관한 사용자의 명백한 단체협약 위반으로 因하여 발생한 紛爭狀態를 말한다. 이 경우 主張의 不一致라 함은 當事者間에 合意를 위한 노력을 계속하여도 더이상 自主的 交渉에 의한 合意의 餘地가 없는 경우를 말한다.</u>

자료: 법제처 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr/main.html>) 현행법령 및 연혁법령 검색

가. 노동쟁의 개념 확대의 의미와 효과

노동조합법상 “노동쟁의”의 개념이 확대되었다. 기존에는 “노동조합과 사용자 또는 사용자단체” 사이에서 “임금, 근로시간, 복지, 해고 기타 대우등 근로조건의 결정에 관한 주장”의 불일치로 인하여 발생한 분쟁상태를 말하는 것이었는데, “근로조건의 결정에 관한 주장”에 “근로자의 지위”가 포함되었고, 그 외에 “근로조건에 영향을 미치는 사업경영상의 결정에 관한 주장”의 불일치, 그리고 “제92조 제2호 가목부터 라목까지의 사항에 관한 사용자의 명백한 단체협약 위반”이 포함되었다. 이들은 종래 판례상 “노동쟁의”에 포함되지 않았던 것들인데, 이번 법률의 개정으로 포함되게 된 것이다.²⁰¹⁾ 제2조 제5호에 등장하는 “사용자”에는, 제2조 제2호의 개정에 따라, 계약외사용자도 포함될 수 있다. 노동쟁의의

행 규정을 삭제하여, 특수고용노동자, 플랫폼노동자 등 다양한 일하는 사람의 단결권을 보장하고 ILO 등 국제기구의 권고를 따르도록 함(안 제2조제4호라목 삭제)”이라는 입법외도(2025년 5월 12일 박해철 의원이 대표발의한 개정안, 의안번호 2210488)는 다소 과장되어 있음

201) 김형배 외(2026), p. 594

범위가 확대됨에 따라 의무적 교섭사항²⁰²⁾의 범위가 넓어졌다고 볼 수 있다. 노동조합법 개정으로 추가된 “노동쟁의”에 대해서는 다음과 같이 상술한다.

나. 근로자의 지위 등 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치

개정 노동조합법에 대한 고용노동부의 해석지침은, “근로자 지위의 결정에 관한 주장의 불일치”를 “노동관계 당사자 간 고용형태 변경, 징계, 승진 등에 관한 원칙·기준·절차의 설정·변경 등을 둘러싼 분쟁상태”라고 설명하고, “기간제 근로자 등의 정규직 전환 제도의 신설 또는 기준 변경 요구, 징계·승진 제도의 공정성 확보를 위한 기준 마련 또는 변경 요구, 정년 연장과 관련된 기준 설정 요구”를 예로 들고 있다. 다만 “단체교섭 대상은 개별 조합원의 처분에 관한 사항이 아니라 집단적인 기준의 설정·변경에 관한 사항이 전제되는 것”이므로 “해고자 복직 요구 등 개별적 근로자의 해고 효력 다툼, 특정인의 승진 누락에 대한 불만 등 인사권의 고유 영역에 해당하는 사항”은 단체교섭 대상이 되지 않는다.²⁰³⁾ 개별적 인사사항이나 처우에 관한 사항은 고충처리제도에 의하여 해결될 것이다.²⁰⁴⁾

다. 근로조건에 영향을 미치는 사업경영상의 결정에 관한 주장의 불일치

대법원 판례는 헌법 제23조 제1항(재산권), 제119조 제1항(자유와 창의를 존중하는 경제 질서), 제15조(직업의 자유)에 비추어 기업의 경영권을 헌법상의 권리로 인정하는바, 그 내용은 “그가 선택한 사업 또는 영업을 자유롭게 경영하고 이를 위한 의사결정의 자유를 가지며, 사업 또는 영업을 변경(확장·축소·전환)하거나 처분(폐지·양도)할 수 있는 자유”를 의미한다. 헌법상의 권리인 경영권과 헌법상의 권리인 노동3권이 서로 충돌하는 경우에는 이를 조화시키는 해석이 필요한데, “구조조정이나 합병 등 기업의 경쟁력을 강화하

202) 일반적으로 사용자에게 교섭의무가 있는 사항을 ‘의무적 교섭사항’, 사용자에게 교섭의무가 없는 사항을 ‘임의적 교섭사항’이라고 분류함. 의무적 교섭사항에 관하여는 노동조합이 단체교섭을 신청하는 경우에 사용자 측은 이에 성실하게 응할 의무가 있고 쟁의행위의 정당한 목적으로 인정되나, 임의적 교섭사항에 관하여는 사용자가 교섭의무는 없지만 임의로 교섭에 응하여 단체협약을 체결한 경우에 한하여 구속력을 갖게 되며 쟁의행위의 정당한 목적으로 인정되지 않음. 고용노동부 회시(2002. 1. 12.), 노조 68107-33, 「임의적 교섭사항과 의무적 교섭사항의 차이」

203) 고용노동부(2026), p.42

204) 김형배 외(2026), p. 599

기 위한 경영주체의 경영상 조치는 원칙적으로 노동쟁의의 대상이 될 수 없[다]”²⁰⁵⁾고 보았다.²⁰⁶⁾ 같은 논리에서 “정리해고나 사업조직의 통폐합 등 기업의 구조조정의 실시 여부”²⁰⁷⁾ 역시 경영주체에 의한 고도의 경영상 결단에 속하는 사항으로 보았다.²⁰⁸⁾

개정 노동조합법에 대한 고용노동부의 해석지침은, ① 합병·분할·양도·매각 등 기업조직 변동을 목적으로 하는 사업경영상의 결정 그 자체는 근로조건에 실질적·구체적 영향을 미친다고 보기 어려워 단체교섭 대상이 아니나, ② 이러한 사업경영상의 결정을 실현하는 과정에서 근로자 지위 또는 근로조건의 실질적·구체적 변동을 초래하는 정리해고, 구조조정에 따른 배치전환 등은 사업경영상의 결정이라도 단체교섭의 대상이 되고, ③ 합병·분할·양도·매각 등 결정에 따라 정리해고, 구조조정에 따른 배치전환 등이 객관적으로 예상되는 경우 고용보장 요구 등에 관한 단체교섭을 요구할 수 있다고 본다. 단체교섭 요구를 정당한 이유 없이 거부·해태할 경우 부당노동행위에 해당할 수 있다. 특히 ②와 관련하여 위에서 본 대법원 판례에 따라 “정리해고”는 단체교섭의 대상이 될 수 없다는 것이 고용노동부의 행정해석²⁰⁹⁾이었으나, 2026년 3월 10일자로 이를 변경한다고 한다.²¹⁰⁾

요컨대 “사업경영상의 결정에 관한 주장의 불일치”를 노동쟁의 사유로 열거한 개정 노동조합법은 기업의 경영권을 제한하는 법률이고, “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있[나]”, “제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다(헌법 제37조 제2항)”는 것이 우리 헌법의 태도인바, 만약 정리해고, 구조조정에 따른 배치전환이 경영권의 본질에 해당한다고 해석된다면, 이를 침해하는 내용의 법률은 헌법에 위반될 소지가 있다(혹은 과잉금지원칙 위반으로 위헌으로 판정될 소지가 있다).²¹¹⁾

205) 대법원 2003. 11. 13. 선고 2003도687 판결

206) 우리 판례의 경영권 개념에 대해서는 “그 법적 권리성이 불분명하고 나아가 단체교섭사항과 대립하는 고정적, 절대적 의미에서의 경영·인사사항은, 우리의 법제 하에서는 현재 존재하지 않는다”는 비판이 있음. 이철수 (2023), p. 97

207) 대법원 2002. 2. 26. 선고 99도5380 판결

208) 헌법재판소 결정에서는 본문에서와 같이 단체교섭권과 직접적으로 대립하는 의미에서 경영권이라는 개념을 사용한 예를 발견하기 어려우나, 「외국인근로자의 고용 등에 관한 법률」에서 정부가 독점적으로 외국인근로자를 공급하도록 하고 제3자를 통한 외국인근로자의 자유로운 고용을 금지한 것은 “중소기업의 경영권 특히 인사권”을 제한하는 것이라고 판단한 예가 있음(헌법재판소 2009. 9. 24.자 2006헌마1264 결정)

209) 고용노동부 회시(1998. 12. 18.), 협력 68140-477, 「정리해고 철폐와 고용안정특별협약 체결 등을 목적으로 쟁의행위를 하는 경우 정당성 여부」에서는 “긴박한 경영상 사유에 의해 행하게 되는 이른바 정리해고는 경영방침에 따라 고용규모를 결정하는 것으로서 이는 인사·경영권의 본질적인 사항에 해당”된다고 해석했음

210) 고용노동부(2026), pp. 39~41

211) 헌법이론상 우리 헌법 제37조 제2항이 말하는 “자유와 권리의 본질적인 내용”에 재판규범으로서의 실익이 있는

라. 제92조 제2호 가목부터 라목까지의 사항에 관한 사용자의 명백한 단체협약 위반

노동분쟁을 흔히 ‘이익분쟁’과 ‘권리분쟁’으로 나누어 설명하는데, 이익분쟁이란 단체협약의 체결 등 새로운 권리·의무의 형성과 관련된 분쟁이고, 권리분쟁이란 법령, 단체협약 등에 따른 권리·의무의 존부와 이행에 관련된 법적 분쟁이다.²¹²⁾ 권리분쟁은 법원이나 노동위원회를 통해 법적 구제가 가능하므로,²¹³⁾ 개정 전 노동조합법 제2조 제5호가 정의한 “노동쟁의”, 즉 “임금·근로시간·복지·해고 기타 대우등 근로조건의 결정에 관한 주장의 불일치로 인하여 발생한 분쟁”은 이익분쟁에,²¹⁴⁾ 노동조합법상 별칙규정인 제92조 제2호 각 목의 내용은 ‘권리분쟁’에 각각 대응한다고 보아 왔다.

이번 노동조합법 개정은 제92조 제2호 각 목 중 가목부터 라목까지의 사항에 관한 “명백한 단체협약 위반”을 노동쟁의의 대상으로 포함하였다. 이에 따라 노동쟁의의 대상으로 포함될 권리분쟁은 단체협약 중 다음과 같은 내용이다. (가) 임금·복리후생비, 퇴직금에 관한 사항, (나) 근로 및 휴게시간, 휴일, 휴가에 관한 사항, (다) 징계 및 해고의 사유와 중요한 절차에 관한 사항, (라) 안전보건 및 재해부조에 관한 사항. 이와 달리 여전히 노동쟁의의 대상에 포함되지 않는 내용은 다음과 같다. (마) 시설·편의제공 및 근무시간중 회의 참석에 관한 사항, (바) 쟁의행위에 관한 사항.

적법한 노동쟁의가 되기 위해서는 위 (가)부터 (라)까지의 내용에 대한 사용자의 “명백한” 단체협약 위반이 있어야 하는데, 개정 노동조합법에 대한 고용노동부의 해석지침은, 이를 “단체협약 문언의 객관적 의미가 명확하여 해석상 다툼의 여지가 없음에도 사용자가 정당한 사유 없이 불이행한 경우”라고 풀이한다.²¹⁵⁾

지에 대해서는 진지한 의문이 제기되고 있음(이른바 ‘상대설’). 계획열(2004), pp. 159~162을 참조 바람. 그러나 어떤 헌법상 권리의 본질에 가까운 실질을 제약하는 법률은 “본질적인 내용” 심사에 앞서 “과잉금지의 원칙”에 의한 비례성량 과정에서 이미 위헌의 가능성이 높아진다고 평가할 수 있음. 정중섭(2022), p. 403; “실제에서는 과잉제한금지원칙에 위반되지 않으면서 본질적 내용을 침해하는 경우는 존재하기 어렵[다]”

212) 대법원 1990. 9. 28. 선고 90도602 판결을 참조함

213) 이철수(2025), p. 507

214) 정인섭(2005), p. 3

215) 고용노동부(2026), p. 44; 구체적으로 “① 사용자가 단체협약 위반을 스스로 인정하면서도 이행하지 않거나, ② 단체협약 문언이 명확하여 노동위원회의 노동쟁의 조정이나 지방고용노동관서의 노사 교섭지도 과정에서 위반 사실이 객관적으로 확인되거나, ③ 노동위원회의 단체협약 해석이나 중재재정 등으로 위반사실이 확인되었음에도 이를 이행하지 않을 경우” 등은 분쟁상태가 발생한 것으로 볼 수 있다고 함

권리분쟁에 대한 노동쟁의를 허용한 이번 노동조합법 개정에 대해서, “법원이나 노동위원회의 사후적 구제만으로는 신속하고 효과적이며 충분한 해결을 기대하기 어려운 경우에는 단체교섭이나 조정·중재 등을 통한 자주적 해결이 허용되어야 한다”²¹⁶⁾는 입장에서는 찬성하게 될 것이나, “행정적·사법적 절차를 통해 실제적 법률효과가 현실적으로 발생하고 있음에도 이에 대하여 다시 노동쟁의의 대상으로 삼는 것은 교섭을 통한 자율적 해결이라는 취지와 달리 단체협약의 유효기간 중에는 사용자는 교섭의무를 부담하지 않는다는 기본원칙(평화원칙)을 훼손하고 불필요한 분쟁을 양산할 것”으로 우려하는 견해²¹⁷⁾도 있다.

현대국가는 사인(私人)이 자력구제(自力救濟)로써 권리를 관철하는 것을 원칙적으로 금지하고, 헌법과 법률이 정한 재판절차를 통해 분쟁을 해결하는 것을 법치국가적 원리의 핵심 요소로 삼고 있으며, 이를 위해 효과적인 권리 보호를 보장할 의무를 지고 있다(국민의 관점에서는 헌법상 재판청구권을 보유한다).²¹⁸⁾ 이번 노동조합법의 개정을 통해 자력구제 금지 원칙에 대한 예외를 큰 폭으로 늘리게 되었는데, 이들 사안이 국가에 의한 분쟁해결의 독점 원칙이 양보를 해야 할 정도로 정상적 분쟁해결 절차에 고장(故障)이 발생한 사유인지에 대한 진지한 논의가 발견되지 않는다는 점에서, 입법 절차에 대한 아쉬움이 남고, 그 결과물 자체가 다른 분쟁의 원인이 될 수 있다는 점에서 우려된다.

216) 이철수(2025), p. 508; 본문의 인용 부분은 노동조합법 개정 전의 서술임

217) 김형배 외(2026), p. 596

218) 한수웅(2021), p. 1362

4. 제3조 제1항(손해배상 청구 제한 범위의 확대)

〈표 III-4〉 노동조합법 제3조 제1항

개정 전	개정 후
第3條(損害賠償 請求의 제한) 使用者는 이 법에 의한 團體交涉 또는 爭議行爲로 인하여 損害를 입은 경우에 勞動組合 또는 勤勞者에 대하여 그 賠償을 請求할 수 없다.	第3條(損害賠償 請求의 제한) ① 使用者는 이 법에 따른 단체교섭 또는 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인하여 損害를 입은 경우에 勞動組合 또는 勤勞者에 대하여 그 賠償을 請求할 수 없다.
	부 칙 제2조(손해배상 청구의 제한 등에 관한 적용례) 제3조의 개정규정은 이 법 시행 이후 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인하여 발생하는 손해부터 적용한다. 다만, 제3조의2의 개정규정은 이 법 시행 전 발생한 손해에 대해서도 적용한다.

자료: 법제처 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr/main.html>) 현행법령 및 연혁법령 검색

고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있고(「민법」 제750조), 채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다(「민법」 제390조). 따라서 노동조합 또는 근로자가 근로계약에 위배하여, 또는 이와 무관한 행위로 인하여 사용자에게 손해를 입힌 경우에는 이를 배상할 책임이 있음이 원칙이다. 그러나 노동조합법에 따른 단체교섭 등의 행위로 인하여 손해를 입은 경우에는 사용자는 그 배상을 청구할 수 없다는 것이 개정 노동조합법 제3조 제1항의 취지이다. 개정 전의 “이 법에 의한”이 개정 후 “이 법에 따른”으로 바뀌었고, “단체교섭 또는 쟁의행위로 인하여”가 “단체교섭 또는 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인하여”로 바뀌었다. 부칙에 따라 개정 노동조합법 시행 이후 발생하는 손해부터 적용된다.

“이 법에 의한”이나 “이 법에 따른”은 개념상 동일하고, “이 법”은 노동조합법을 의미하는 바,²¹⁹⁾ 노동조합법 제3조 제1항(개정 전 제3조)의 의미는 단체교섭 등이 정당하면 손해배상책임을 지지 않고, 정당하지 못하면 손해배상책임을 진다는 것으로 풀이되어 왔다.²²⁰⁾

219) 개정 과정에서 “이 법”이라는 문구를 수정하려는 시도도 있었음. 예컨대 2025년 3월 11일 김태선 의원이 대표 발의한 개정안(의안번호 2208800)은 “한법”으로 개정하려 했으나, 현행 노동조합법에 규정된 각종 쟁의행위 관련 규정을 형해화할 수 있다는 의견이 있었음. 한석현(2025), p. 43

220) 이철수(2025), p. 614를 참조 바람

노동조합법 개정으로 이러한 해석은 달라지지 않는다.²²¹⁾ 손해배상 청구의 원인은 「민법」상 불법행위(「민법」 제750조 참조)나 채무불이행(「민법」 제390조 참조)을 가리지 않는다.²²²⁾ 노동조합법상 노동조합에 해당하지 않는 조직이나 개별 근로자의 집단적 활동은 노동조합법 제3조 제1항에 따라 면책될 수 없다.²²³⁾

사용자가 노동조합의 활동으로 인하여 손해를 입는 경우는 대개 쟁의행위로 인한 경우이고, 그 쟁의행위가 위에서 본 것처럼 노동조합법에 의해 정당화되어야 면책된다는 것이며, 실제 제3조 제1항(개정 전 제3조)이 문제된 분쟁도 쟁의행위가 정당화될 것인지에 집중되어 있다. 단체교섭이나 이번에 추가된 “그 밖의 노동조합의 활동”이 어떻게 사용자에게 손해를 끼칠 것인지는 판단하기 어려우나,²²⁴⁾ 그 역시 노동조합법에 의해 정당화되어야 면책된다는 점은 마찬가지이다. 결론적으로 노동조합법 제3조 제1항의 개정은 그 자체로는 큰 실익이 없다고 판단된다. 다만 제2조 제2호에 따라 사용자의 개념이 확대되었으므로 그 범위에서는 면책의 범위가 넓어졌다고 볼²²⁵⁾ 여지도 있으나, 이는 노동조합법 제3조 제1항의 개정 자체로 인한 효과라고 볼 것은 아니다.

221) 김형배 외(2026), p. 688을 참조함

222) 이철수(2025), p. 616

223) 권오성(2025)

224) 고용노동부(2025), p. 6에 따르면 “현재도 단체교섭, 쟁의행위뿐만 아니라 노동조합법에 의한 정당한 노동조합 활동은 민형사상 면책으로 보호”하고 있음

225) 권오성(2025)

5. 제3조 제2항(정당방위 규정 신설)

〈표 III-5〉 노동조합법 제3조 제2항

개정 전	개정 후
〈신 설〉 〈참고〉 민법 제761조(정당방위, 긴급피난) ① 타인의 불법행위에 대하여 자기 또는 제삼자의 이익을 방위하기 위하여 부득이 타인에게 손해를 가한 자는 배상할 책임이 없다. 그러나 피해자는 불법행위에 대하여 손해의 배상을 청구할 수 있다. ② (생 략)	第3條(損害賠償 請求의 제한) ② 사용자의 불법행위에 대하여 노동조합 또는 근로자의 이익을 방위하기 위하여 부득이 사용자에게 손해를 가한 노동조합 또는 근로자는 배상할 책임이 없다. 부 칙 제2조(손해배상 청구의 제한 등에 관한 적용례) 제3조의 개정규정은 이 법 시행 이후 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인하여 발생하는 손해부터 적용한다. 다만, 제3조의2의 개정규정은 이 법 시행 전 발생한 손해에 대해서도 적용한다.

자료: 법제처 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr/main.html>) 현행법령 및 연혁법령 검색

노동조합법 제3조 제2항은 신설된 것이지만 「민법」 제761조 제1항 본문의 규정과 정확히 같은 내용을 규정하고 있다.²²⁶⁾ 노동조합법이 「민법」보다는 더 협소하고 구체적인 당사자를 규정하고 있으므로 특별법적 지위에 있다고 볼 수 있지만, 법적 효과가 동일하기 때문에(제761조 제1항 단서의 규정은 노동조합법 제3조 제2항에도 적용된다) 신설된 노동조합법의 규정을 적용하든 「민법」을 적용하든 달라질 것이 없다. 가령 사용자가 아닌 자의 불법행위에 대하여 노동조합 또는 근로자의 이익을 방위하기 위하여 노동조합 또는 근로자가 부득이 그에게 손해를 가한 경우, 노동조합법 제3조 제2항이 적용되는 사안이 아니지만, 「민법」 제761조 제1항이 적용되므로 배상할 책임이 없다.²²⁷⁾

노동조합법 개정으로 새로운 조문이 신설되었음에도 당사자의 권리·의무에 대한 가감(加減)이 전무(全無)하기 때문에, 이는 무의미한 법률이라고 평가할 수 있다. 개정 과정에서 국회에 제출된 어느 보고서에서는, “현재까지 판례는 사용자 측의 단체교섭 거부, 부당해

226) 고용노동부(2025), p. 7에 따르면 노동조합법 제3조 제2항은 “민법 제761조의 정당방위와 같은 개념”임

227) 대법원 2022. 11. 30. 선고 2016다26662, 26679, 26686 판결은 “경찰관이 농성 진압의 과정에서 경찰장비를 위법하게 사용함으로써 그 직무수행이 적법한 범위를 벗어난 것으로 볼 수밖에 없다면, 상대방이 그로 인한 생명·신체에 대한 위해를 면하기 위하여 직접적으로 대항하는 과정에서 그 경찰장비를 손상시켰더라도 이는 위법한 공무집행으로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당한다.”고 하여 노동조합 또는 노동자의 손해배상책임을 부정한 바 있음

고 등의 불법행위에 대응하기 위한 쟁의행위에 대해서는 「민법」 제761조를 적용하고 있지 아니한바, 개정안은 「민법」의 해당 조문을 노동조합법에 명문화하여 사용자의 원인제공에 따른 손해를 노동조합에 청구하는 것을 방지하기 위한 취지²²⁸⁾로 보인다고 설명하고 있다. 그러나 판례가 어떤 법조문을 어떤 상황에 적용하지 않는다는 이유에서 그러한 내용의 법조문을 반복하여 규정한다고 하여 그 해석 및 적용이 달라질 것이라고는 생각되지 않는다. 판례가 「민법」 제761조를 적용하지 않고 있다면 이는 아래에서 볼 요건을 충족하지 못하기 때문일 것이고, 이는 노동조합법 제3조 제2항의 해석으로도 마찬가지이다.

〈그림 Ⅲ-2〉 민법 제761조 제1항과 노동조합법 제3조 제2항 비교

민법 제761조 제1항	노동조합법 제3조 제2항
타인의 불법행위에 대하여	사용자의 불법행위에 대하여
자기 또는 제삼자의 이익을 방위하기 위하여	노동조합 또는 근로자의 이익을 방위하기 위하여
부득이 타인에게 손해를 가한 자는	부득이 사용자에게 손해를 가한 노동조합 또는 근로자는
배상할 책임이 없다.	배상할 책임이 없다.
그러나 피해자는 불법행위에 대하여 손해의 배상을 청구할 수 있다.	-

「민법」 제761조 제1항은 1960년 1월 1일 시행되었을 때부터 개정되지 않고 적용중이며 그에 대한 해석론도 꾸준히 축적되어 왔는바, 노동조합법 제3조 제2항의 해석에 있어서 달라질 것은 없다. 타인(사용자)의 불법행위가 현존해야 하므로 과거의 위법행위에 대한 사후적 보복은 면책되지 않는다.²²⁹⁾ 정당방위는 부득이한 행위여야 하므로 침해행위가 급박하여 국가의 구제를 구할 여유가 없고, 이 침해를 막기 위하여 가해행위 외의 적당한 방법이 없어야 한다. 그리고 방위하여야 할 법익과 상대방에게 주어진 손해 사이에 사회관념상 합리적인 균형 내지 사회통념상 상당성이 있어야 한다.²³⁰⁾

228) 한석현(2025), p. 44

229) 김형배 외(2026), p. 692

230) 홍기만(2022b), pp. 608~609; 고용노동부(2025), p. 7

6. 제3조 제3항(근로자의 책임비율 산정시 고려사항 규정 신설)

〈표 III-6〉 노동조합법 제3조 제3항

개정 전	개정 후
〈신 설〉	第3條(損害賠償 請求의 제한) ③ 법원은 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인한 손해배상책임을 근로자에게 인정하는 경우 손해의 배상의무자인 근로자에 대하여 다음 각 호에 따라 책임비율을 정하여야 한다. 1. 노동조합에서의 지위와 역할 2. 쟁의행위 등 참여 경위 및 정도 3. 손해 발생에 대한 관여의 정도 4. 임금 수준과 손해배상 청구금액 5. 손해의 원인과 성격 6. 그 밖에 손해의 공평한 분담을 위해 고려할 필요가 있다고 인정되는 사항 부 칙 제2조(손해배상 청구의 제한 등에 관한 적용례) 제3조의 개정규정은 이 법 시행 이후 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인하여 발생하는 손해부터 적용한다. 다만, 제3조의2의 개정규정은 이 법 시행 전 발생한 손해에 대해서도 적용한다.

자료: 법제처 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr/main.html>) 현행법령 및 연혁법령 검색

가. 위법한 노동쟁의와 손해배상책임의 일반법리

위에서 검토한 것처럼 사용자는 노동조합법에 따른 단체교섭 또는 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인하여 손해를 입은 경우에 노동조합 또는 근로자에 대하여 그 배상을 청구할 수 없다(노동조합법 제3조 제1항). 그런데 신설된 제3조 제3항에서는 “단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인한 손해배상책임”을 말하고 있는바, 좋게 해석(善解: 선해)하자면 제1항의 “이 법에 따른” 활동이 아닌 경우, 즉 단체교섭 등이 노동조합법에 따라 정당화되지 않아 「민법」의 일반원리에 따라 손해배상책임을 지는 경우를 가리키는 것으로 풀이된다.

노동조합법상 정당화되지 않는, 즉 위법한 쟁의행위로 인하여 손해가 발생하는 경우에는 그 손해 발생의 원인에 많은 당사자의 행위가 결합되어 있는 경우가 보통이다. 우리 「민법」은 이를 “공동불법행위”라고 말하는데, “수인이 공동의 불법행위로 타인에게 손해를 가한 때에는 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다”(제760조 제1항)는 원칙을 선언하고, “공동 아닌 수인의 행위중 어느 자의 행위가 그 손해를 가한 것인지를 알 수 없는 때”에도 마찬가지이며(제760조 제2항), “교사자나 방조자는 공동행위자로 본다.”(제760조 제3항) 여기에서 “연대하여”의 의미에 대해 우리 판례는 확고하게, “부진정연대채무”를 의미한다고 본다.²³¹⁾ 공동불법행위자의 책임은 「민법」에 규정된 “연대채무”(제413조 이하)가 아니라 판례가 따로 요건과 효과를 정한 “부진정연대채무”라는 것이다.

부진정연대채무란 “수인의 채무자가 동일한 내용의 급부에 관하여 각각 독립해서 전부의 급부를 하여야 할 채무를 부담하고 그중 한 사람 또는 수인이 1개의 급부를 하면 모든 채무자의 채무가 소멸하는 다수당사자의 채무관계”²³²⁾를 가리키며, 「민법」상의 연대채무에 비해서 채권자의 지위가 강화된 것이라고 설명된다. “채권자는 채무자 중 누구에게든지 그 채무 범위 내에서 이행을 청구할 수 있고, 한 채무자에게 생긴 사유는 채권자의 채권 만족에 이른 것으로 볼 수 있는 변제 등과 같은 사유 외에는 다른 채무자에게 효력이 없”²³³⁾기 때문이다. 따라서 채권자는 복수의 공동불법행위자 각자에게 채무 전액의 청구를 하게 되나, 공동불법행위자 사이에서는 자신의 책임 정도에 따라 구상을 하게 된다.²³⁴⁾

231) 대법원 1982. 4. 27. 선고 80다2555 판결; 대법원 1995. 10. 12. 선고 93다31078 판결; 대법원 2014. 6. 12. 선고 2012다200189 판결; 대법원 2017. 11. 29. 선고 2016다229980 판결

232) 홍기만(2022a), p. 503; 대법원 2018. 4. 10. 선고 2016다252898 판결은 “부진정연대채무는 여러 채무자가 같은 내용의 채무에 대하여 각자 독립하여 채권자에게 전부 이행할 의무를 부담하는 다수당사자의 법률관계”라고 설명함

233) 대법원 2018. 4. 10. 선고 2016다252898 판결

234) 대법원 2017. 4. 28. 선고 2014다82750 판결. “공동불법행위자 내부관계에서는 일정한 부담 부분이 있고 이 부담 부분은 공동불법행위자의 과실의 정도에 따라 정하여지는 것으로서, 공동불법행위자 중 1인이 자기의 부담 부분 이상을 변제하여 공동의 면책을 얻게 하였을 때에는 다른 공동불법행위자에게 그 부담 부분의 비율에 따라 구상권을 행사할 수 있다(대법원 1999. 2. 26. 선고 98다52469 판결 참조). 이러한 부담 부분의 비율을 판단할 때에는, 불법행위 및 손해와 관련하여 그 발생 내지 확대에 대한 각 공동불법행위자의 주의의무의 정도에 상응한 과실의 정도를 비롯한 기여도 등 사고 내지 손해와 직접적으로 관련된 대외적 요소를 고려하여야 함은 물론, 나아가 공동불법행위자 사이에 특별한 내부적 법률관계가 있어 그 실질적 관계를 기초로 한 요소를 참작하지 않으면 현저하게 형평에 어긋난다고 인정되는 경우에는 그 대내적 요소도 참작하여야 하며, 일정한 경우에는 그와 같은 제반 사정에 비추어 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서 구상권을 행사하도록 제한할 수도 있다”

쟁의행위로 인해 회사에 발생하는 손해는 천문학적인 금액인 경우가 많고,²³⁵⁾ 그것이 위법한 쟁의행위일 경우 노동조합²³⁶⁾과 이에 적극 가담한 조합원 또는 비조합원 등이 공동 불법행위자로서 손해배상책임을 지게 된다. 쟁의행위가 진행 중이거나 끝난 후에 피해를 입은 회사는 이들을 공동피고로 하여 손해배상 청구의 소를 제기하고, 「민사집행법」에 따라 가압류(제276조 제1항, 금전채권에 대하여 동산 또는 부동산에 대한 강제집행을 보전하기 위하여 할 수 있다)를 신청한다. 회사 등의 승소율은, 다른 손해배상 소송에 비해 높은 편이지만,²³⁷⁾ 정작 집행에까지 이르는 경우는 많지 않다.²³⁸⁾ 조합원이나 비조합원 개인을 상대로 큰 금액의 손해배상을 청구하는 한편 가압류를 신청하고, 쟁의행위의 종료 협상 과정에서 소를 취하하는 관행이 일상화되어 있다고 볼 수 있다.

소를 제기하는 것도 자신의 헌법상 권리인 재산권(제23조)과 재판청구권(제27조)을 행사하는 것이므로 나무랄 것이 없고, 구체적인 협상 과정에서 자신의 권리 일부를 포기하는 것(소의 취하)도 문제될 것이 없다. 현실적으로 손해배상 소송이 종료된 후에도 집행에까지는 이르지 않고 있기에 노동조합과 조합원 등 개인 사이에서 구상비율이 어떻게 될 것인지를 판단하기는 쉽지 않으나, 실제 개인들이 궁극적으로 부담하게 될 손해배상의 비율이 클 것이라고 생각되지도 않는다. 그렇다면 제기되었어야 할 문제는, 개인들의 재산을 가압류로 묶음으로써 일상생활에 고통을 받게 하는 것이 가압류라는 제도의 원래 취지, 즉 강제집행을 보전하기 위한 것이 아니라 협상에서의 유리한 지위를 획득하기 위한 괴롭힘(Bullying)의 수단으로 악용되고 있는 것은 아닌지, 만약 그렇다면 이는 정당한지에 집중되었어야 한다.

235) 2009년부터 2022년까지 기업·국가·제3자가 노동조합·간부·조합원을 상대로 제기한 손해배상 소송을 분석한 결과 손해 발생의 가장 큰 원인은 사업장 점거로 인한 생산라인 중단 등에 따른 손실이었음. 같은 기간 중 151건(73개소)에서 2,752.7억 원이 청구되어 그중 49건, 350.1억 원이 인용되었음. 상당수의 소는 취하되었고, 같은 기간 중 총 30건, 신청액 245.9억 원이었던 가압류는 2022년 10월 현재 모두 해제된 상태였음. 고용노동부(2022)

236) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결: “노동조합이라는 단체에 의하여 결정·주도되고 조합원의 행위가 노동조합에 의하여 집단적으로 결합하여 실행되는 쟁의행위의 성격에 비추어, 단체인 노동조합이 쟁의행위에 따른 책임의 원칙적인 귀속주체가 된다.”

237) 고용노동부(2022)

238) 학술논문은 아니나, 노동조합 쪽 관련 자료에서는 이러한 관행을 당연한 것으로 인식하고 있음을 발견할 수 있음. 김린(2025b), p. 86은 “사용자가 노동조합이나 조합원 등을 상대로 손해배상청구소송을 제기하여 승소하더라도 실제로 이 금액을 온전히 강제집행해 돈을 받아냈는지가 의문”이라고 하고, 권두섭(2002), p. 80은 “이제까지 회사로부터 손해배상청구를 당하여 실제로 금전을 물어준 경우는 없다. 대부분의 사업장은 파업이 타결될 시점에 민·형사상 면책조항에 합의함으로써 문제가 모두 해결된다(회사임정에서도 실제 손해배상을 받으려는 목적에서 가압류나 손해배상 청구를 하는 것이 아니고, 노조에 대한 압력수단의 하나로 진행하는 것이므로 대부분은 파업 종료시 타결이 된다)”고 함

민사소송이 권리의 실현이라는 원래의 목적이 아닌, 피고의 특정한 행위를 제어하기 위한 수단으로 이용 또는 남용되는 것은, 노동쟁의의 경우뿐만이 아니고, 우리나라만의 현상도 아니다. 가령 미국에서는 “청원권을 행사한 시민 또는 공적 관심 사항에 관한 발언을 한 시민을 상대로 불법행위에 기초한 거액의 손해배상을 구하는” 경우, 그리고 그 대응방안을 “전략적 봉쇄소송(Strategic Lawsuit Against Public Participation: SLAPP)”이라는 주제로 논의하고 있다.²³⁹⁾ 따라서 위법한 노동쟁의로 인한 손해배상 소송에 있어 개인을 상대로 한 과도한 가압류라는 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 우리 사법제도의 운영 전반에 대한 진지한 고민이 필요하다.

노동조합법의 개정 과정을 반추(反芻)해 보면, ‘노란봉투법’의 개념이 처음 등장했을 때에도, 바로 이러한 개인을 상대로 한 거액의 손해배상 청구 및 가압류가 문제였고, 제3조 제3항의 신설을 통해 이러한 문제가 일소될 것인양 오랜 기간 논쟁이 벌어졌다. 노동조합법 제3조 제3항은 “선택적으로 소를 취하여 부진정연대책임의 법리를 악용하고 있[으며], … 실질적인 배상능력을 고려하지 않는 손해배상액 청구는 노동조합 압박 및 탈퇴를 목적으로 하는 것이므로 이를 방지할 필요가 있다는 의견”²⁴⁰⁾에 따른 것이다. 그렇다면 개정 노동조합법은 과연 이러한 문제를 해결해 낸 것인지, 그 의미를 해석할 필요가 있다. 그에 앞서, 제3조 제3항의 신설에 영향을 미쳤다고 여겨지는 대법원의 2023년 6월 판결에 대한 검토가 필요하다.

나. 대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결에 대한 검토

대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결(이하 이 목에서 ‘대상 판결’이라 함)은 위법한 쟁의행위로 인하여 발생한 손해에 대한 배상책임이 문제 된 사건이다. 다소 길지만 중요한 부분을 인용하면 다음과 같다.

“노동조합이라는 단체에 의하여 결정·주도되고 조합원의 행위가 노동조합에 의하여 집단적으로 결합하여 실행되는 쟁의행위의 성격에 비추어, 단체인 노동조합이 쟁의행위에 따른 책임의 원칙적인 귀속주체가 된다. 위법한 쟁의행위를 결정·주도한 노동조합의 지시에

239) 한국민사소송법학회(2017). “한국에서 … 노동자의 파업 등 단체행동권 행사에 대하여 영업손실 등을 이유로 기업이 노동조합과 조합원에 대하여 손해배상을 청구하고 그 재산에 대하여 가압류를 신청하는 경우”를 봉쇄소송에 포함시켜야 한다는 견해로는 김종서(2016), p. 205가 있음

240) 한석현(2025), p. 41

따라 그 실행에 참여한 조합원으로서의 쟁의행위가 다수결에 의해 결정되어 일단 그 방침이 정해진 이상 쟁의행위의 정당성에 의심이 간다고 하여도 노동조합의 지시에 불응하기를 기대하기는 사실상 어렵고, 급박한 쟁의행위 상황에서 조합원에게 쟁의행위의 정당성 여부를 일일이 판단할 것을 요구하는 것은 근로자의 단결권을 약화시킬 우려가 있다(대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30610 판결의 취지 참조). 그렇지 않은 경우에도 노동조합의 의사결정이나 실행행위에 관여한 정도 등은 조합원에 따라 큰 차이가 있을 수 있다. 이러한 사정을 전혀 고려하지 않고 위법한 쟁의행위를 결정·주도한 주체인 노동조합과 개별 조합원 등의 손해배상책임의 범위를 동일하게 보는 것은 헌법상 근로자에게 보장된 단결권과 단체행동권을 위축시킬 우려가 있을 뿐만 아니라 손해의 공평·타당한 분담이라는 손해배상제도의 이념에도 어긋난다. 따라서 개별 조합원 등에 대한 책임제한의 정도는 노동조합에서의 지위와 역할, 쟁의행위 참여 경위 및 정도, 손해 발생에 대한 기여 정도, 현실적인 임금 수준과 손해배상 청구금액 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”

우선 대상 판결이 “(대법원 2006. 9. 22. 선고 2005다30610 판결의 취지 참조)”라고 한 것이 적절한지 의문이다. 2006년 9월의 판결은 “일반조합원이 불법쟁의행위 시 노동조합 등의 지시에 따라 단순히 노무를 정지한 것만으로는 노동조합 또는 조합 간부들과 함께 공동불법행위책임을 진다고 할 수 없을 것이다.”라는 것으로, 책임의 제한에 대한 판결이라기보다는 불법행위 자체가 성립하지 않는 경우에 대한 판결이어서, 선례로 삼을 만한 것은 아니다. 대상 판결 스스로 “... 판결의 취지 참조”라는 어색한 표현을 사용한 것은, 이 점을 자각하고 있기 때문으로 보인다.²⁴¹⁾

대상 판결은 노동조합과 개별 조합원 등이 공동불법행위를 저질렀다는 점은 부정하지 않는다. 우리 판례에 따르면 공동불법행위, 그리고 그 효과인 부진정연대채무는 “여러 채무자가 같은 내용의 채무에 대하여 각자 독립하여 채권자에게 전부 이행할 의무를 부담하는 다수당사자의 법률관계”이다. 이 판결의 원심에서는 채권자와의 관계에서 노동조합과 개별 조합원 등의 책임을 50%로 일괄 제한하였는데, 대법원은 개별 조합원 등의 책임은 더 제한해야 한다고(줄여야 한다고) 판시한 것이다. 그렇다고 하여 부진정연대채무가 해소된다고 본 것은 아니다. 가령 공동불법행위자 A의 책임감경 비율이 50%, B의 책임감경 비율이 40%, C의 책임감경 비율이 30%라고 할 때 배상액이 20억 원으로 확정되었다면, A는 10억 원을 배상하고, B는 A와 “공동하여” 10억 원 중 8억 원을, C는 A, B와 “공동하여” 10

241) 같은 견해로 이준희(2023), p. 452가 있음

억 원 중 6억 원을 배상해야 한다는 것이다.²⁴²⁾ 한편 이러한 책임감경 비율을 정하는 것은 법원이 형평의 원칙에 따라 재량으로 결정하는 것이어서, 기업에 입증책임이 있는 사항이 아니다.²⁴³⁾ 요컨대 위 예에서 피해자는 A, B, C를 상대로 각자 20억 원을 지급할 것을 구하는 소를 제기하면 되고, 50%, 40%, 30%와 같은 책임감경 비율은 사실심 법원이 법원에 제출된 자료를 기초로 판단한 결과일 뿐이다.

대상 판결의 법리는 우리 대법원의 재판례에서 완전히 새로운 것은 아니다. 대법원은 공동불법행위자의 책임을 차등적으로 제한하는 재판례를 종종 보여 왔다. 예컨대 은행 재무제표에 대한 분식회계 등으로 그 은행이 상장 폐지됨으로써 주식의 주가가 하락하게 되는 손해를 입은 경우, 허위의 사업보고서 등을 공시하는 데에 적극적으로 관여한 자들과, 분식회계를 밝히지 못한 과실책임을 지는 회계법인의 책임감경 비율을 같게 정한 것은 적절하지 않다고 한다.²⁴⁴⁾ 또한, 이사나 감사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 그 임무를 해태함으로써 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있는 경우에 그 손해배상의 범위를 정함에 있어서도 이사별로 책임감경 비율을 달리 하기도 한다.²⁴⁵⁾

그런데 이들 판결이 대체 무엇을 근거로 하여 채무자의 책임을 제한한 것인지 알 수 없다. 우리 「민법」이 형평의 원칙에 따라 채무를 제한하는 것은, 채권자에게 과실이 있는 때, 즉 과실상계(「민법」 제396조, 제763조)이고, 이 경우 법원이 참작할 수 있는 것은 ‘채권자’측의 사정이다.²⁴⁶⁾ 그런데 이들 판결은 ‘채무자’의 사정을 살펴 책임을 제한하고 있다.²⁴⁷⁾ 우리 「민법」은 발생한 손해의 전부를 배상하게 함을 원칙으로 하되, 채권자의 사정(“약한 부주의”)이 있는 경우 이를 감안하여 배상액을 감경하는데, 이는 형평의 원칙 때문이다. 그런데 어느 판결에서 “불법행위 등으로 인한 손해배상사건에서 과실상계 또는 책임제한의 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것...이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하

242) 대법원 공보연구관실(2023), “대법원 2017다46274 손해배상(기) 사건 추가 보도자료”를 참조함

243) 대법원 공보연구관실(2023), “대법원 2017다46274 손해배상(기) 사건 추가 보도자료”

244) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2014다11895 판결

245) 대법원 2007. 11. 30. 선고 2006다19603 판결

246) 대법원 1983. 12. 27. 선고 83다카644 판결. “불법행위에 있어서 가해자의 과실은 의무위반이란 강력한 과실인데 반하여 피해자의 과실을 따지는 과실상계에 있어서의 과실이란 전자의 것과는 달리 사회통념상, 신의성실의 원칙상, 공동생활상 요구되는 약한 부주의를 가리키는 것”

247) 대법원 2007. 11. 30. 선고 2006다19603 판결의 경우 “당해 사업의 내용과 성격, 당해 이사나 감사의 임무위반의 경위 및 임무위반행위의 태양, 회사의 손해 발생 및 확대에 관여된 객관적인 사정이나 그 정도, 평소 이사나 감사의 회사에 대한 공헌도, 임무위반행위로 인한 당해 이사나 감사의 이득 유무, 회사의 조직체계의 흠결 유무나 위험관리체제의 구축 여부 등 제반 사정을 참작”하고 있음

다고 인정되는 경우에는 위법²⁴⁸⁾하다고 말한 것처럼, 이들 판결은 여기에서 한발 더 나아가, 형평의 원칙상 손해를 감경할 수 있다는 전제에서, 채권자의 사정을 살필 때에는 「민법」상 과실상계에 따라, 채무자의 사정을 살필 때에는 (근거를 알 수 없는) “책임제한”의 법리를 내세워 손해를 감경한다는 태도를 취하고 있다. 회계법인의 책임이나 이사의 책임 등 일정 유형에 대해 이러한 법리를 내보였고, 대상 판결을 통해 위법한 쟁의행위 사례가 이러한 유형에 편입된 것이다.²⁴⁹⁾ 그렇다면 우리 대법원의 “판례”는 공동불법행위에 대하여 공동불법행위자가 배상해야 할 금원 전부를 각자 배상하게 하겠다는 것인지, 각각의 사정에 따라 피해자와의 관계에서 책임질 비율을 달리 하겠다는 것인지 의문이 있다. 대상 판결을 내놓으며 대법원은 몇 가지 유사한 재판례를 들어 “기존 판결들에서 인정한 ‘책임 제한 비율 개별화’ 법리를 적용”하였으니 “판례 변경이 아니므로 소부에서 판결²⁵⁰⁾할 것이라고 했지만, 이 정도 수준으로 대법원 판결의 태도가 엇갈리고 있다면 전원합의체를 통해 공동불법행위와 부진정연대채무의 법리에 대해 통일적 해석을 기해야 할 것이다.²⁵¹⁾

대상 판결의 입장 자체는, 부진정연대채무의 법리를 해체하여 책임을 “개별화”한 것이 아닌 점이 선명한데, 이와 달리, 분할채권관계(「민법」 제408조)의 원칙으로 돌아가 각자 별도의 비율에 따른 별개의 채무를 부담하도록 해야 한다는 입법론이 있었다.²⁵²⁾ ‘노란봉투법’ 논의 가운데 제안된 상당수의 법안에서도 이를 의도하였다. 그런데 노동조합의 채무와 근로자 개인의 채무를 분리하는 것이 과연 근로자 개인에게 유리한 것인지는, 고민이 필요하다. 예를 들어 어느 기업에 발생한 손해가 20억 원이라고 하고, 이에 대하여 노동조합의 채무가 18억 원, 근로자 4명의 채무가 각 5천만 원이라고 한다면(과실상계와, 공동불법행위 자체가 해소됨으로 인한 입증책임의 문제는 고려하지 않는다), 그리고 이들의 채무 사이에 어떠한 연대도 없다고 한다면, 노동조합은 근로자 개인의 채무에 대해 아무런 책임이 없다. 따라서 노동조합이 18억 원을 배상한다고 하더라도 근로자 4명의 채무에는 아무런 변동이 없고, 이들은 각 5천만 원을 배상해야 한다. 반면 이들이 부진정연대채무

248) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2014다11895 판결

249) 인천지방법원 2024. 10. 29. 선고 2023가단300633 판결. “대법원은 최근 … 위법한 쟁의행위로 인한 불법행위책임이 문제되는 국면에서 사실심이 노동조합과 개별 조합원의 책임 범위를 달리 설정할 수 있는 근거를 마련하였[다]”. 서울중앙지방법원 2024. 11. 29. 선고 2022가합532477 판결은 점거시위를 주도하는 역할을 하였다고 볼만한 피고들과 나머지 피고들(“단순 가담 피고들”)을 구분하고, 전자의 피고들은 책임을 60%, 단순 가담 피고들은 40% 인정하였음

250) 대법원 공보연구관실(2023), “대법원 2017다46274 손해배상(기) 사건 추가 보도자료”

251) 같은 취지에서 대상 판결을 비판한 것으로 이준희(2023), p. 453이 있음

252) 양승엽(2023), p. 446

관계에 있다면, 노동조합의 채무는 20억 원, 근로자 4명은 20억 원(또는 대상 판결 및 개정 노동조합법 제3조 제3항에 따라 각 5천만 원)의 채무를 연대하여 부담한다. 그러나 (상대적으로 자력이 풍부한) 노동조합이 20억 원을 배상할 경우 근로자 4명의 채무는 소멸한다. 과연 입법을 통해 부진정연대채무 관계를 해소하고 분할채권관계의 원칙으로 돌아가자는 방안이 근로자 개인에게 유리하다고 단정할 수 있을지 의문이다.

다. 제3조 제3항의 해석

“단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인한 손해배상책임을 근로자에게 인정하는 경우”란, 제3조 제1항의 “이 법에 따른”이 아닌 경우, 즉 단체교섭 등이 노동조합법에 따라 정당화되지 않아 「민법」의 일반원리에 따라 손해배상책임을 지는 경우를 말한다. 이 규정은 개정 노동조합법이 시행된 2026년 3월 10일 이후 단체교섭 등으로 인하여 발생하는 손해부터 적용한다(부칙 제2조).

“법원은 … 책임비율을 정하여야 한다”라고 하는데, 노동조합법이나 기타 다른 법률에서 “책임비율”을 정의한 경우를 찾기는 어렵다. 판결에서는 “책임비율”이라는 용어가 종종 사용되는데, ① 채권자와의 관계에서 채무자의 손해배상액을 감경함에 있어 채무자가 부담해야 할 부분을 가리키는 표현으로 사용되기도 하고,²⁵³⁾ ② 공동불법행위자들이 불법행위의 발생에 각자 기여한 정도, 따라서 궁극적으로는 내부적으로 구상할 때 근거가 될 비율을 가리키는 표현으로 사용되기도 한다.²⁵⁴⁾ 제3조 제3항의 “책임비율”은 전자(①)의 의미로 보인다. 재판례 중 “개별 조합원 등에 대한 책임제한의 정도”,²⁵⁵⁾ “책임제한의 사유에 관한 … 비율”,²⁵⁶⁾ “책임감경 비율”²⁵⁷⁾ 등의 표현도 발견되는데, 이 역시 여기에서의 “책임비율”과 같은 의미(①)로 이해된다. 법률 개정에 영향을 미친 대법원 2023. 6. 15 선고 2017다46274 판결의 취지나 입법자료 등²⁵⁸⁾에 비추어 볼 때 노동조합법 제3조 제3항의 신설에도 불구하고 부진정연대채무 관계가 해소된 것은 아니다.

253) 예컨대 대법원 2020. 4. 29. 선고 2014다11895 판결

254) 예컨대 대법원 1992. 3. 10. 선고 91다43459 판결. 이 판결에서는 이러한 개념의 “책임비율”을 과실상계에 있어서의 “과실비율”과 혼동하지 말 것을 경고하고 있음

255) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결

256) 대법원 2015. 5. 14. 선고 2014다206624 판결

257) 대법원 2007. 11. 30. 선고 2006다19603 판결

258) 고용노동부(2025), p. 8

법원이 책임비율을 정함에 있어 참고해야 할 것은 근로자의 (i) 노동조합에서의 지위와 역할, (ii) 쟁의행위 등 참여 경위 및 정도, (iii) 손해 발생에 대한 관여의 정도, (iv) 임금 수준과 손해배상 청구금액, (v) 손해의 원인과 성격, (vi) 그 밖에 손해의 공평한 분담을 위해 고려할 필요가 있다고 인정되는 사항이다. 이 중 (v)의 경우는 손해의 발생 및 확대에 대한 채권자의 기여를 반영할 수 있지만, 나머지 (i)부터 (iv)까지의 사유는 채무자인 근로자의 사정임을 알 수 있다. 이와 같은 사정은 사실심 법원에서 직권으로 정해야 할 것으로,²⁵⁹⁾ 당사자가 입증할 문제는 아니라고 생각된다.²⁶⁰⁾ 손해배상액을 산정함에 있어서 과실상계 사유와 손익상계 사유가 있다면, 책임비율의 산정과 과실상계를 (동시에) 먼저 한 다음 손익상계를 하여야 할 것이다.²⁶¹⁾ 한편 노동조합법 제3조 제3항의 “책임비율”은 형평의 원칙에 따라 채권자와의 사이에서 손해를 감경하기 위한 사정(①)을 의미하므로, 공동불법행위자들이 불법행위 발생에 각자 기여한 정도, 즉 내부적 구상비율이 될 “책임비율”(②)과는 다른 개념이다. 따라서 근로자가 손해의 전부 또는 일부를 배상한 후 구상권을 행사할 때 그 “책임비율”은 전자의 “책임비율”에 대한 법원의 판단에 구속받지 않는다.

위에서 본 것처럼 부진정연대책임 관계가 입법적으로 해소되지 않았다고 하여 그것이 근로자에게 불리하다고 단정할 것은 아니다. 다만 노동조합법 제3조 제3항의 규정은 기업에 의해 쟁의행위 가담자, 쟁의행위 위법성, 쟁의행위로 인한 손해가 입증된 후에 법원의 재량으로 결정되는 단계에 대한 규정이므로,²⁶²⁾ 위법한 노동쟁의가 발생한 경우 기업의 입장에서 소장에 기재할 청구취지나 입증활동이 달라질 것이 없다. 피해자이자 채권자인 기업은 예전과 같은 소장을 제출하게 되고, 그 금원에 따른 가압류를 신청할 수 있다. 따라서 근로자의 입장에서는, 주문에 적시될 배상책임 금액은 다소 감경될 수 있으나(이 부분 역시, 대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결이 ‘판례’로서 기능할 것이었다면, 법률 개정으로 달라진 부분은 없다), 가압류 부분에 대해서는 유리해진 점이 발견되지 않는다.

259) 대법원 2015. 5. 14. 선고 2014다206624 판결, 대법원 2020. 4. 29. 선고 2014다11895 판결을 참조함

260) 고용노동부(2025), p. 8에서는 “사용자가 개인별 손해를 모두 입증해야 한다는 우려 등을 해소하기 위해” 법률이 지금과 같이 개정되었다고 본다.

261) 대법원 2008. 5. 15. 선고 2007다37721 판결. “불법행위 또는 채무불이행에 관하여 채권자의 과실이 있고 채권자가 그로 인하여 이익을 받은 경우에 손해배상액을 산정함에 있어서는 과실상계를 한 다음 손익상계를 하여야 하고..., 이는 과실상계뿐만 아니라 손해부담의 공평을 기하기 위한 책임제한의 경우에도 마찬가지이다.”

262) 대법원 공보연구관실(2023), “대법원 2017다46274 손해배상(기) 사건 추가 보도자료”를 참조함

7. 제3조 제4항(배상액의 감면 청구 규정 신설)

〈표 Ⅲ-7〉 노동조합법 제3조 제4항

개정 전	개정 후
〈신 설〉 〈참고〉 민법 제765조(배상액의 경감청구) ① 본장의 규정에 의한 배상의무자는 그 손해가 고의 또는 중대한 과실에 의한 것이 아니고 그 배상으로 인하여 배상자의 생계에 중대한 영향을 미치게 될 경우에는 법원에 그 배상액의 경감을 청구할 수 있다. ② 법원은 전항의 청구가 있는 때에는 채권자 및 채무자의 경제상태와 손해의 원인 등을 참작하여 배상액을 경감할 수 있다.	第3條(損害賠償 請求의 제한) ④ 제3항에 따른 배상의무자인 노동조합과 근로자는 법원에 배상액의 감면을 청구할 수 있다. 이때 법원은 배상의무자의 경제상태, 부양의무 등 가족관계, 최저생계비 보장 및 존립 유지 등을 고려하여 각 배상의무자별로 감면 여부 및 정도를 판단하여야 한다. 부 칙 제2조(손해배상 청구의 제한 등에 관한 적용례) 제3조의 개정규정은 이 법 시행 이후 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인하여 발생하는 손해부터 적용한다. 다만, 제3조의2의 개정규정은 이 법 시행 전 발생한 손해에 대해서도 적용한다.

자료: 법제처 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr/main.html>) 현행법령 및 연혁법령 검색

노동조합법 개정으로 신설된 제3조 제4항은, 「민법」 제765조와 유사하지만 다소 차이가 있다. 「민법」 제765조는 불법행위로 인한 배상의무자가 배상으로 인해 생계에 중대한 영향을 미침을 이유로 법원에 배상액의 경감을 청구할 수 있다는 규정으로, 우리 「민법」의 제정 전에 우리나라에서 적용되었던 일본민법(흔히 ‘의용민법(依用民法)’이라 함)이나, 우리 「민법」 제정에 참고가 되었을 것으로 추정되는 독일민법, 프랑스민법, 만주국민법(滿洲國民法) 등에서는 유사한 예를 찾아볼 수 없는(스위스민법에 유사한 규정이 있다²⁶³) “이채(異彩)로운” 규정이다. 「민법」 제765조에서 정하는 경감청구권의 법적 성격이나 실무상 손해배상 여부를 다투는 소송과 별도로 소를 제기할 수 있는 권리인지 여부 등의 문제가 남아 있고, 우리 법원 실무에서는 활발하게 이용되고 있는 조문이 아니어서²⁶⁴ 이론상 아직 충분한 검토가 되었다고 보기 어려운데, 노동조합법에서 전격적으로 이와 유사한 규정을 또 도입한 것이다. 제3조 제4항은 개정 노동조합법이 시행된 2026년 3월 10일부터 발생하는 손해부터 적용한다(부칙 제2조).

263) 스위스민법의 유사 규정에 대한 설명으로 오종근(1997), pp. 240~253이 있음

264) 이상의 설명 및 문제제기는 양창수(1999), pp. 254~255, p. 257, p. 268을 참조 바람

문언상 제3조 제4항은 제3항을 전제로 한 것(“제3항에 따른”)이다. 위에서 본 것처럼 손해배상책임을 근로자에게 인정하는 경우 제3항에 따라 “책임비율을 정하”는, 즉 근로자의 손해배상책임을 감면하는 것은 사실상 법원의 전권으로 당사자의 청구를 요건으로 하지 않는데 반해, 제4항에서는 그러한 판단을 촉구하는 권리를 인정하고 있다. 근로자의 청구에 대하여 법원은 “감면 여부 및 정도를 판단하여야” 하는 것이므로, 판단의 결과대로 판결하면 되는 것이지 반드시 감면을 해야 할 의무가 있는 것은 아니다.

제3조 제4항에 따른 권리의 주체는 “제3항에 따른 배상의무자인 노동조합과 근로자”라고 규정되어 있다. 그러나 제3항에서는 “배상의무자인 근로자”에 대해서만 규정하고 있으므로 제4항에서 “노동조합”을 명시한 것은 입법상의 오류이다.²⁶⁵⁾ 법원이 감면 여부 및 정도를 판단할 때 고려할 사항이 배상의무자의 생계에 관한 것이라는 점에서도 “노동조합”에 대하여 감면청구권을 인정할 수 없다.²⁶⁶⁾

「민법」 제765조에서는 “경감(輕減)”을 청구할 수 있다고 하여 면제(免除)를 포함하지 않으나, 노동조합법 제3조 제4항에 따른 청구는 감면(減免), 즉 감경(경감)과 면제 모두 가능하다. 손해배상액을 산정함에 있어서 우리 판례는 「민법」 제765조 소정의 배상액 경감사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것을 과실상계사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것과 동등한 것으로 보는바,²⁶⁷⁾ 같은 취지에서, 그리고 제3조 제3항에 대한 검토 결과와 아울러, 노동조합법 제3조 제4항의 감면 여부 및 정도에 대한 판단은 제3조 제3항의 책임비율과는 동시에 정하고, 손익상계보다는 앞서야 할 것이다.

「민법」 제765조의 경우 배상의무자는 “그 배상으로 인하여 배상자의 생계에 중대한 영향을 미치게 될 경우” 경감을 청구할 수 있으므로, “배상의무자가 그와 같은 배상액의 감액을 받으려면 「민법」 제765조에 규정된 사실을 주장 입증하여 그 감액을 청구하여야”²⁶⁸⁾

265) 이승욱(2025), pp. 73~73, 각주 53에서는 “노동조합”을 삭제하여야 한다고 주장함

266) 김형배 외(2026), p. 694는 입법론상 적절하지 않다고 주장하는 듯하나, 해석상으로도 노동조합에게는 이와 같은 권리를 인정하기는 쉽지 않음. 「민법」 제765조의 해석상 동법상의 청구를 할 수 있는 배상의무자에 법인이 포함될 수 있을지에 대해서 오종근(1997), p. 256, 각주 78은 “손해배상의무의 이행으로 기업운영이 어렵게 될 경우”가 있으므로 이를 긍정하는 반면, 양창수(1999), p. 261에서는 “피해자를 희생시키면서 배상액의 경감을 인정할 필요는 없으며, 배상의 실행으로 재무상태가 극히 악화되더라도 이를 이유로 파산이나 회사정리 등의 절차를 밟으면” 된다는 이유로 이를 부정함

267) 대법원 1996. 5. 10. 선고 93다40454 판결. 「민법」 제765조 소정의 배상액 경감사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것도 과실상계사유와 마찬가지로 사실심의 전권사항에 속한다고 판단하고 있음

268) 대법원 1962. 9. 20. 선고 62다428 판결. “그 청구의 여부에 관하여는 법원은 아무런 석명의무가 없는 것”

하나, 노동조합법 제3조 제4항은 배상의무자인 근로자가 감면을 청구하기만 하면 되고(청구하기는 해야 하고), 법원이 고려할 사항을 주장 입증할 것은 아니라고 보인다.

법원이 판단함에 있어 고려할 점은 “배상의무자의 경제상태, 부양의무 등 가족관계, 최저생계비 보장 및 존립 유지 등”으로 한정되어 있고, “그 손해가 고의 또는 중대한 과실에 의한 것이 아니”(「민법」 제765조)라는 점은 문언상 고려 요소가 아니다. 그러나 배상액 경감제도의 취지가 형평의 원리에 있다는 점에 미루어, 법원이 근로자의 고의 또는 중대한 과실을 감면 여부 및 정도를 판단함에 있어 고려할 수 있을 것이다.²⁶⁹⁾

8. 제3조 제5항(신원보증인의 면책 규정 신설)

〈표 Ⅲ-8〉 노동조합법 제3조 제5항

개정 전	개정 후
〈신 설〉 〈참고〉 신원보증법 제6조 (신원보증인의 책임) ① 신원보증인은 피용자의 고의 또는 중과실로 인한 행위로 발생한 손해를 배상할 책임이 있다. ② 신원보증인이 2명 이상인 경우에는 특별한 의사표시가 없으면 각 신원보증인은 같은 비율로 의무를 부담한다. ③ 법원은 신원보증인의 손해배상액을 산정하는 경우 피용자의 감독에 관한 사용자의 과실 유무, 신원보증을 하게 된 사유 및 이를 할 때 주의를 한 정도, 피용자의 업무 또는 신원의 변화, 그 밖의 사정을 고려하여야 한다.	第3條(損害賠償 請求의 제한) ⑤ 「신원보증법」 제6조에도 불구하고 신원보증인은 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인하여 발생한 손해에 대해서는 배상할 책임이 없다. 부 칙 제2조(손해배상 청구의 제한 등에 관한 적용례) 제3조의 개정규정은 이 법 시행 이후 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인하여 발생하는 손해부터 적용한다. 다만, 제3조의2의 개정규정은 이 법 시행 전 발생한 손해에 대해서도 적용한다.

자료: 법제처 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr/main.html>) 현행법령 및 연혁법령 검색

피용자(被傭者)가 업무를 수행하는 과정에서 그에게 책임 있는 사유로 사용자(使用者)에게 손해를 입힌 경우에 그 손해를 배상할 채무를 부담할 것을 약정하는 계약을 신원보증계약이라 하는데(「신원보증법」 제2조), 이러한 계약을 맺은 신원보증인은 피용자의 고의 또는 중과실로 인한 행위로 발생한 손해를 배상할 책임이 있다(「신원보증법」 제6조). 노동조합

269) 권오성(2025)

법 제3조 제5항은 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인하여 발생한 손해에 대해서는 신원보증인이 배상할 책임이 없다고 규정한 것이고, 이 규정은 2026년 3월 10일 이후 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인하여 발생하는 손해부터 적용한다(부칙 제2조). “단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인하여 발생한 손해”라 하더라도 “이 법에 따른” 것인 경우에는 근로자에게 책임이 없으므로(노동조합법 제3조 제1항), 신원보증계약의 부종성(附從性)에 따라 신원보증인은 원래 책임이 없다. 따라서 제3조 제5항에서 말하는 손해는, 위법한 단체교섭 등으로 인한 손해를 가리킨다. 즉 근로자가 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인하여 사용자에게 손해를 입힌 경우에는 그것이 위법하다고 하더라도 신원보증인이 책임을 지지 않는다는 것이 제3조 제5항의 취지이다.

취업을 앞두고 있는 피용자의 부탁에 의하여 “친척, 친지, 은사 등 특별한 관계에 있는” 자가 무상으로 신원보증계약을 체결하는 경우가 일반적이어서,²⁷⁰⁾ 신원보증제도 자체가 전 근대적이라는 지적이 많았다. 법률 개정 과정에서 크게 논란이 되지 않았고, 신원보증제도 자체의 개선에 앞서 굳이 노동조합법에 이러한 규정을 급히 신설해야 할 정도로 신원보증제도가 악용되어 노동조합의 활동을 간접적으로 억제하고 있다는 자료가 제출된 것도 발견되지 않는다.

근로계약 체결 시 사용자가 신원보증계약을 요구할 경우에도, 많은 경우 신원보증보험계약으로 이를 갈음하는데, 신원보증보험 보통약관에 따라 주계약이 보상하는 손해는 “피보증이 고용관계에 있는 피보험자를 위하여 그 사무를 처리함에 있어 또는 자기의 직무상의 지위를 이용하여 보험기간 중에 절도, 강도, 사기, 횡령 또는 배임의 행위를 함으로써 피보험자가 입은 재산상의 직접손해”²⁷¹⁾로서, 노동조합의 활동에 관한 내용은 포함되어 있지 않으므로, 법률 개정으로 인해 신원보증보험 제도의 운용에는 큰 영향이 없을 것으로 예상된다.

270) 강영수(2020), p. 312

271) 대법원 2017. 11. 29. 선고 2016다229270 판결

9. 제3조 제6항(권리남용금지 규정 신설)

〈표 Ⅲ-9〉 노동조합법 제3조 제6항

개정 전	개정 후
〈신 설〉 〈참고〉 민법 제2조(신의성실) ① 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다. ② 권리는 남용하지 못한다.	第3條(損害賠償 請求의 제한) ⑥ 사용자는 노동조합의 존립을 위태롭게 하거나 운영을 방해할 목적 또는 조합원의 노동조합 활동을 방해하고 손해를 입히려는 목적으로 손해배상청구권을 행사하여서는 아니된다. 부 칙 제2조(손해배상 청구의 제한 등에 관한 적용례) 제3조의 개정규정은 이 법 시행 이후 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인하여 발생하는 손해부터 적용한다. 다만, 제3조의2의 개정규정은 이 법 시행 전 발생한 손해에 대해서도 적용한다.

자료: 법제처 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr/main.html>) 현행법령 및 연혁법령 검색

노동조합법은 제3조 제6항을 신설하여, 사용자는 노동조합의 존립을 위태롭게 하거나 운영을 방해할 목적 또는 조합원의 노동조합 활동을 방해하고 손해를 입히려는 목적으로 손해배상청구권을 행사하여서는 아니된다고 규정한다. 이 조항은 2026년 3월 10일 이후 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인하여 발생하는 손해부터 적용한다(부칙 제2조).

권리는 법에 의해 설정(또는 확인)되는 것이므로 법률에서 어떤 권리를 박탈하면(위헌성 여부는 차치하고) 권리 자체가 없어질 것인데, 해당 조항은 권리가 ‘없다’고 하지 않고 권리를 ‘행사하여서는 아니된다’고 규정한 것이어서 이례적이다. 우리 법체계상 유사한 규정은 「민법」상 “권리는 남용하지 못한다”(제2조 제2항)는 정도를 찾을 수 있다. 노동조합법 제3조 제6항은 권리남용금지제도의 특별규정을 노동조합법에 두었다고도 볼 수 있고, 그 운용 과정에서 권리남용 제도에 대하여 우리 법체계가 축적한 요건과 효과를 참고할 수 있을 것이다.

10. 제3조의2(노동조합 또는 근로자의 책임면제 규정 신설)

〈표 III-10〉 노동조합법 제3조의2

개정 전	개정 후
〈신 설〉 〈참고〉 형법 제355조(횡령, 배임) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다. ② 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항의 형과 같다.	제3조의2(책임의 면제) 사용자는 단체교섭 또는 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인한 노동조합 또는 근로자의 손해배상 등 책임을 면제할 수 있다. 부 칙 제2조(손해배상 청구의 제한 등에 관한 적용례) 제3조의 개정규정은 이 법 시행 이후 단체교섭, 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인하여 발생하는 손해부터 적용한다. 다만, 제3조의2의 개정규정은 이 법 시행 전 발생한 손해에 대해서도 적용한다.

자료: 법제처 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr/main.html>) 현행법령 및 연혁법령 검색

노동조합법 제3조의2는 사용자가 단체교섭 또는 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동으로 인한 노동조합 또는 근로자의 손해배상 등 책임을 “면제할 수 있다”고 규정한다. 이 규정은 2026년 3월 10일 전에 발생한 손해에 대해서도 적용한다. 사용자가 자신의 손해배상청구권을 포기“할 수 있다”는 것을 정한 것이다. “단체교섭 또는 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동”이 “이 법에 따른” 것인 때에는 사용자가 포기할 권리 자체가 발생하지 않으므로, 제3조의2에서 면제할 수 있는 것은 위법한 노동조합의 활동으로 인한 경우를 말한다.

법적 권리의 본질상 권리의 주체는 자유로이 자신의 권리를 포기할 수 있으므로 제3조의2는 당연한 내용을 정하였다고 볼 수도 있다. 입법과정에서 제출된 많은 자료는 쟁의행위 등이 종료된 후에 노사 협상 과정에서 사측 대표가 손해배상을 청구한 소를 취하하는 데 합의하더라도 배임죄(「형법」 제355조 제2항)에 해당하지 않는다는 점을 명확히 하기 위한 취지의 규정이라고 한다.²⁷²⁾ 따라서 제3조의2에서 “사용자”라고 규정하였으나, “사용자”, 즉 “사업주, 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자”(제2조 제2호) 중 사업주는 자연인이든 법인이든 배임죄가 보호하는 “타

272) 한석현(2025), p. 56; “최근 노동조합 및 근로자의 쟁의행위 등에 대한 사용자의 손해배상 청구 과정에서 업무상 배임을 피한다는 명목으로 손해배상을 청구하고, 소송을 취하지 않는 사례가 발생하고 있음”. 그러나 이 보고서에서도 이런 경우에 배임죄로 유죄판결을 받을 것인지에 대해서는 회의적임

인"과 동일인이므로 배임죄가 성립할 수 없고, "사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자"의 경우가 문제 될 것이다. 현실에서는 수십억 원에 달하는 손해배상 청구에 대한 소가 취하되고 있으나, 이에 대하여 사측 대표를 상대로 한 수사가 개시되었다거나 유죄판결이 내려졌다는 소식이 없음에 비추어, 개정 법률의 효과에 대해서는 의문이 있다.

11. 소결

이상 이 장에서는 개정 노동조합법으로 수정되거나 신설된 조항에 대해 검토하였다.

수정된 제2조 제2호는 노동조합법상 "사용자"에 계약외사용자, 즉 "근로계약 체결 당사자가 아니더라도 근로조건에 대하여 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자"를 포함시키고 "그 범위에 있어서는" 사용자로서의 법적 효과를 부여한다. "사용자"는 "근로자"와 대향적인 개념이므로, 결과적으로 "근로자"의 범위가 확대되고, 특히 원청기업과 하청근로자간의 관계가 노동조합법의 범위 안으로 포섭되는 효과가 있다. 그러나 이 조항이 사용하는 "실질적·구체적 지배·결정"이라는 불확정한 개념은 법 시행 후로도 여전히 해소되지 않고 있어, 심지어 헌법상 명확성 원칙에 위반된다는 지적이 있다. 이 규정에 대한 해석과 운용이 정착되기까지는 상당한 진통과 시간이 필요할 것으로 예상된다.

삭제된 제2조 제4호 라목은 2021년 노동조합법 개정 당시 정리되지 못한 부분을 바로잡기 위한 개정으로, 그로 인해 노사관계에서 의미 있는 변화가 있을 것으로 보이지는 않는다.

수정된 제2조 제5호는 노동조합법상 적법한 노동쟁의의 범위를 확대하고, 그로 인해 의무적 교섭사항의 범위가 넓어졌다고 볼 수 있다. "사업경영상의 결정에 관한 주장의 불일치"를 추가한 부분은 기존의 판례와 정면으로 배치되는 것으로서 헌법상의 권리인 '경영권'을 침해한다는 지적이 있을 수 있고, 권리분쟁에 대한 노동쟁의를 허용한 부분은 현대국가에서 원칙적으로 금지되는 자력구제의 폭을 넓히는 것으로서 국가의 사법작용에 대한 위협이 될 소지가 있다. 따라서 이 규정이 운용되는 과정에서 다른 법률에 의해 구축되어 온 법체계와 충돌될까 우려된다.

수정된 제3조 제1항(수정 전 제3조)은 배상책임이 면책되는 경우를 "이 법에 의한 단체교섭 또는 쟁의행위"에서 "이 법에 따른 단체교섭 또는 쟁의행위, 그 밖의 노동조합의 활동"

으로 확대한 것으로, 실질적으로 큰 의미가 있는 개정은 아닌 듯하다. 신설된 제3조 제2항은 「민법」 제761조 제1항에서 정하는 정당방위의 특별규정으로서의 성격을 갖고 있는데, 역시 실질적으로 큰 의미가 있지 않다.

신설된 제3조 제3항은 ‘노란봉투 프로젝트’의 시작점으로서 가장 오래, 큰 주목을 받았으나, 대법원 2023. 6. 15. 선고 2017다46274 판결의 취지를 그대로 규정화한 것이어서 이번 개정 자체가 갖는 의의는 크지 않다. 이 판결 자체가 갖고 있는 문제점도 그대로 조문에 이전되었고, 입법기술상 아쉬움이 남는 부분도 많다. 무엇보다 일반 근로자의 입장에서 가장 절실했던 부분이 거액의 손해배상 청구에 따르는 가압류 신청으로 인한 고통이었다면, 이 개정으로 달라진 점은 거의 없다고 판단된다. 우리 사회 전반에서 소송제도를 남용하는 부분이 있다면, 그리고 가압류 제도 자체에 문제가 있다면 그 부분을 개선하려 연구하고 노력하였더라면 더 나은 효과가 있었을 것이라고 생각된다.

신설된 제3조 제4항은 「민법」 제765조와 유사하게 배상액의 경감을 청구할 수 있는 근거 규정인데, 이채로운 규정에 대한 이채로운 특칙 같은 규정으로서 입법과정에서의 진지한 고민이 없던 것이 아쉽다. 신설된 제3조 제5항은 신원보증인의 책임을 경감하기 위한 규정으로, 우리 사회에서 문제가 많은 신원보증계약제도 전반의 개선 노력이 있었더라면 더 좋았을 것으로 생각된다. 신설된 제3조 제6항은 「민법」 제2조 제2항에서 규정하는, 권리남용 금지 원칙의 특별규정으로 이해된다. 신설된 제3조의2는 사업의 경영담당자 또는 그 사업의 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행동하는 자가 노동조합 또는 근로자의 손해배상 등 책임을 면제함으로써 사업주에게 손해를 끼쳤다는 이유로 「형법」상 배임죄로 처벌될 우려를 해소하기 위한 규정으로 이해된다. 이들 조항 역시 운용 과정에서 큰 역할을 할 것으로 기대되지 않는다.

요컨대 개정 노동조합법 중 실질적인 영향력을 미칠 것으로 예상되는 부분은 사용자와 근로자의 범위를 확대한 제2조 제2호, 그리고 적법한 노동쟁의 및 의무적 교섭사항의 범위를 확대한 제2조 제5호이다. 근로자 개인을 상대로 한 손해배상 청구와 가압류를 제한하겠다는 목표로, 이름도 ‘노란봉투법’이라 지어 추진된 법률 개정 운동은, 출발지에서는 정작 큰 성과를 내지 못하고 엉뚱한 곳에서 닳을 내린 셈이다. 노동조합법, 더 크게는 ‘노동법’이라고 부르는 영역에서의 법률 개정은, 그 분야에서만, 특정 근로자와 사용자 사이에서만 영향을 미치는 것이 아니고, 우리나라 모든 사회 영역에서 효력을 갖고, 영향을 미친다. 그 영향은 법률을 개정한 사람들과 개정 과정에서 의견을 내었던 사람들도 예상하지

못했던 것일 수 있다. 대한민국은 헌법과 많은 법률이 촘촘히 각종 생활관계를 규율하고 있고, 한쪽에서의 나비 날갯짓이 다른 쪽에서의 폭풍우를 불러일으킬 수 있다. 다음 장에 서는 위에서 검토한 노동조합법의 개정이 보험산업에 미칠 수 있는 영향을 예측해 보고, 문제점이 있다면 그 해결방안은 없을지 고민해 본다.