

[비정규직 대책의 현황과 과제

www.kli.re.kr

김근주 · 강성태 · 박귀천 · 박은정
조상균 · 조임영 · 정영훈

비정규직 대책의 현황과 과제

김근주 · 강성태 · 박귀천 · 박은정
조상균 · 조임영 · 정영훈

목 차

제1장 들어가는 말	(김근주)	1
제2장 공공부문 비정규직 정책 : 논의 현황과 과제	(조상균)	4
제1절 들어가며		4
제2절 신정부 이전의 공공부문 비정규직 개선정책의 내용과 과제		6
1. 노무현 정부 공공부문 비정규직 대책의 내용과 한계		6
2. 이명박 정부 공공부문 대책의 내용과 한계		12
3. 박근혜 정부 공공부문 대책의 내용과 한계		18
4. 신정부 이전 정부 공공부문 비정규직 대책의 평가와 과제		22
제3절 문재인 정부의 비정규직 개선정책의 내용과 과제		24
1. 「공공부문 비정규직 근로자 정규직 전환 가이드라인 (2017. 7. 20)」		24
2. 「정규직 전환 가이드라인 발표(7. 20) 이후 계약기간 만료 도래자에 대한 조치요령(2017. 8. 10)」		29
3. 「공공부문 정규직화 추진 관련 추가지침(2017. 9. 22)」		29
4. 「공공부문 비정규직 특별실태조사 결과 및 연차별 전환 계획(2017. 10)」		30
5. 신정부의 공공부문 비정규직 개선정책의 특징과 한계		32
제4절 나오면서		37
제3장 기간제근로자 사용사유 제한 입법의 방향과 체계	(조임영)	39

제1절 머리말	39
제2절 ILO, EU 및 국가별 기간제고용 관련 법제의 구조	41
1. ILO	41
2. EU	42
3. 프랑스	44
4. 독 일	45
5. 일 본	47
제3절 기간제근로자 사용사유 제한 입법의 방향과 체계	48
1. 근로계약의 기본원칙 확립	48
2. 기간제근로자 사용사유 및 기간의 제한	49
3. 기간제 근로계약의 서면작성	66
4. 통제 및 제재	68
제4절 맺음말	70
 제4장 단시간근로자에 대한 법적 쟁점 (박은정 · 박귀천)	73
제1절 서 론	73
제2절 초단시간근로자와 근로시간	74
1. 초단시간근로자의 의미와 적용	74
2. 초단시간근로자와 근로시간	77
제3절 단시간근로자의 비교대상근로자: 통상근로자	79
1. 단시간근로자 비교대상근로자의 문제	79
2. 비교대상근로자로서 통상근로자 문제의 확대	82
제4절 단시간근로자의 초과근로	83
1. 단시간근로자에 대한 초과근로의 제한	83
2. 초과근로에 대한 단시간근로자의 동의	84
제5절 독일의 단시간근로자법제	88
1. TzBfG의 주요 내용	88
2. 비교대상자의 확인	96
3. 소 결	98

제6절 결 론	99
---------------	----

제5장 특수형태근로종사자에 대한 논의 : 걸어온 길,

가야 할 길	(박은정) 101
--------------	-----------

제1절 서 론	101
---------------	-----

제2절 특수형태근로종사자: 걸어온 길	104
----------------------------	-----

1. 논의의 발단	104
-----------------	-----

2. 논의의 전개	106
-----------------	-----

3. 현재의 상황	119
-----------------	-----

제3절 특수형태근로종사자: 가야 할 길	121
-----------------------------	-----

1. 특수형태근로종사자 이름 고쳐 부르기	122
------------------------------	-----

2. 특수형태근로종사자: 노동법을 통한 보호	128
--------------------------------	-----

3. 특수형태근로종사자: 사회보험법 적용의 확대	138
----------------------------------	-----

제4절 결 론	140
---------------	-----

제6장 하도급근로자 보호 방안 : 정책적 접근법과 법적

규율 방안	(정영훈) 141
-------------	-----------

제1절 민간부문 하도급근로자의 문제 상황과 보호의 방향	141
--------------------------------------	-----

1. 하도급근로자의 노동상황	141
-----------------------	-----

2. 하도급근로자 보호를 위한 법제도 및 정책 현황	143
------------------------------------	-----

3. 민간부문 하도급근로자 보호를 위한 정책 및 법제도 개선	
-----------------------------------	--

방향	146
----------	-----

제2절 하도급근로자 보호를 위한 정책 방안	148
-------------------------------	-----

1. 불법파견 근절을 위한 방안	148
-------------------------	-----

2. 사내하도급 가이드라인 이행의 인센티브 제공을 통한	
--------------------------------	--

책임 강화	153
-------------	-----

3. 기타 위법행위에 대한 엄정한 대처	153
-----------------------------	-----

제3절 하도급근로 이용 제한을 위한 법제도적 개선 방향	155
--------------------------------------	-----

1. 비정규직 근로자의 사용 제한을 위한 방법	155
---------------------------------	-----

2. 직접고용원칙의 의의	157
3. 사내하도급과 직접고용의 원칙	160
4. 공중의 생명안전업무의 사내하도급 제한	163
5. 근로자의 생명·건강에 유해·위험한 업무의 사내하도급 제한	166
제4절 하도급근로자의 근로조건 유지·향상을 위한 법제도적 개선 방안	169
1. 도급 사업주의 책임 강화	169
2. 불합리한 격차의 시정	171
3. 고용불안의 완화	174
4. 하도급근로자 이익대표의 제도화	175
제5절 결 론	176
 제7장 사내하청의 새로운 규율방안	(강성태) 178
제1절 서 론	178
1. 연구의 목적	178
2. 용어와 대상	179
3. 사내하청관계의 유형	180
제2절 파견과 도급의 구별	182
1. 이론과 현실	182
2. 판례의 현황	187
3. 행정지침의 개선	197
4. 입법안	202
제3절 노동관계에서 원청의 책임 강화	211
1. 간접고용과 사용자책임 원칙의 수정	211
2. 산업안전	212
3. 임 금	224
4. 단체교섭과 부당노동행위	231
제4절 정리 및 요약	241

1. 파견과 도급의 구별	241
2. 원청의 책임 확대	243
참고문헌	246

표 목 차

<표 2-1> 공공부문 비정규직 인원 현황	9
<표 2-2> 공공기관 부문별 비정규직 현황	12
<표 2-3> 공공부문 비정규직 현황	18
<표 2-4> 공공부문 비정규직 현황	31
<표 2-5> 상시·지속업무 판단기준 개선 내용	33
<표 3-1> 기간제근로자 사용사유의 성질에 따른 구분	50
<표 3-2> 일반적 사용사유의 세부 영역	50
<표 3-3> 일시적 결원 근로자 등의 대체의 세부 사용사유 및 사용기간	52
<표 3-4> 노동력 수요 변동의 세부 사용사유 및 사용기간	60
<표 3-5> 업무의 성질에 따른 필요와 기간제근로자 사용	62
<표 5-1> 2000년 특수고용관계종사자 관련 법안의 주요 내용	108
<표 5-2> 2017년 6월 특수형태근로종사자 산재보험 적용 현황	121
<표 6-1> 2017년도 고용형태별 근로자 공시 현황	148
<표 6-2> 불법파견 근절을 위한 사내하도급 전수조사	153

그림 목차

[그림 5-1] 특수형태근로종사자의 개념상 지위	123
[그림 5-2] 특수형태근로종사자 이름의 재규정	127

제 1 장

들어가는 말

김근주(한국노동연구원 부연구위원)

정치적·사회적 격변기를 통하여 시작된 현 정부는 ‘노동’이라는 범주에서 제기되는 다양한 문제들을 해결하려는 ‘의지’를 여러 차례 표명하여 왔다. 노동이 존중받는 사회를 구현하기 위한 정부의 정책적 의지는 ‘공공부문 비정규직의 정규직 전환’으로 현실화되기 시작하였으며, 향후 방향성에 관해서는 [일자리정책 5년 로드맵]에서 제시하고 있다.¹⁾

[일자리정책 5년 로드맵]에서 제시한 과제들을 요약하면, ① 상시·지속, 생명·안전업무의 정규직 채용원칙 확립, ② 차별시정제도 전면 개편, 처우 개선 등 비정규직 차별 해소, ③ 사내하도급·특수형태근로종사자에 대한 법·제도적 보호방안 마련, ④ 비정규직 등 미조직 노동자의 권익보호 및 이익대변기능 강화이다. 정부 차원에서는 이를 위한 비정규직 법·제도의 개선이 활발하게 논의될 것으로 예상되며, 큰 틀에서는 그간 축적되어 왔던 비정규직 관련 연구들이 현실에서 결실을 맺을 수 있는 토대가 마련되고 있는 듯하다.

하지만 이러한 정책적 흐름이 실질적인 성과로 이어지기 위해서는 비정규직을 둘러싼 학술적·실무적 논의들이 지속적으로 이루어질 필요가

1) 일자리위원회·관계부처 합동(2017. 10. 8) 『일자리정책 5년 로드맵』, “<일자리 질 개선> [8] 비정규직 남용 방지 및 차별 없는 일터 조성”.

2 비정규직 대책의 현황과 과제

있다. 비정규직 보호를 위한 제도적 대안들은 이미 상당 부분 축적되어 있다. 다만 정책적 수용 가능성이 높은 현 시점에서 기존의 대안들을 재검토하고, 새로운 방향성을 모색하는 연구들은 여전히 필요하고 의미 있는 작업이다. 특히 이미 제시된 정책적 방향성을 고려할 수밖에 없는 정부의 논의들을 보완하기 위해서는, 다양한 관점과 분석을 제시하는 연구자들의 노력들이 계속적으로, 자유롭게 이루어져야 할 것이다.

이러한 관점에서, 이 연구는 비정규직 문제를 둘러싼 전반적인 정책적 방향성과 향후 과제에 대하여 전문가들의 자유로운 의견을 소개하고자 하는 목적으로 진행되었다. 이 연구의 내용들은 포럼과 연구보고서,²⁾ 그리고 이 연구의 필자인 연구자들이 기존에 제기하여 왔던 사항들을 현 시점에 맞도록 종합·정리한 것이다. 이 연구는 비정규직에 관한 정책을 고용형태(또는 고용구조)에 따라 구분하여 기간제 근로자(조임영), 단시간 근로자(박귀천·박은정), 특수형태고용인(박은정), 하청근로자로 나누었으며, 이 가운데 원하청 문제에 관해서는 이중화된 노동시장 구조에서의 원하청 일반에 관한 문제(정홍준·정영훈)와 사내하청의 규율 방안(강성태)을 구분하여 논의하였다. 이에 추가하여 정부의 첫 번째 비정규직 대책이라고 할 수 있는 “공공부문 비정규직의 정규직 전환”을 중심으로 한 공공부문 비정규직 정책의 현황과 과제(조상균) 부분을 추가하였다. 이번 연구를 시작으로, 이후에도 비정규직의 보호영역별(집단적 노사관계, 개별적 근로관계, 사회보장관계) 또는 큰 틀에서의 제도별(남용금지제도, 차별시정제도 등) 접근 등에 관해서도 이 연구와 유사한 방식으로, 연구자들의 관점과 견해를 소개할 수 있는 연구를 진행하고자 한다.

이와 같은 주제별 배분을 제외한다면, 이 연구는 각 주제별 연구자들이 독립적으로 완결성을 갖도록 하는 “논문집”의 형식을 취하고 있다. 연구자들은 해당 주제에 관하여 정책적 방향성 및 과제에 대한 전반적인 검토와 함께 기존의 논의들과 다른 새로운 접근 방향을 제시하고자 하였다. 각 부분의 독립성을 고려하여, 연구의 전체 말미에서 ‘결론’ 내지 ‘마무리’

2) 이 연구의 기초가 된 포럼은 한국노동연구원에서 2017년 [저임금 개선 사업]의 일환으로 진행한 “비정규직 포럼”(5~8월)이며, 관련 연구보고서로는 한국노동연구원, 『비정규직 주요 현안에 대한 정책과제 검토(2017. 11)』, 고용노동부 수탁보고서가 있다.

를 정리하지 않았다. 해당 연구자들의 연구 내용은 많은 질문들을 던지고 있어서, 이를 간단하게 요약하는 것이 적합하지 않다고 판단되었기 때문이다. 그리고 그 이면에는 이번 연구 역시 다시 한 번 비정규직 논의를 활발하게 이끌어내기 위한 시작점에 있으므로, 비정규직 논의가 성급하게 마무리되기보다는 전반적인 정책 방향과 세부 내용에 관한 논의들이 지속되기를 바란다는 희망도 담겨져 있다.

이러한 논의들을 자양분으로, 비정규직의 현실을 해소할 수 있는 실효성 있는 정책이 추진되기를 바란다.

제 2 장

공공부문 비정규직 정책 : 논의 현황과 과제

조상균(전남대 교수)

제1절 들어가며

2017년 5월 출범한 문재인 정부는 비정규직 문제 해결과 관련하여 선 거운동 과정에서 주요한 정책공약의 하나로 ‘비정규직 감축 및 처우개선³⁾’을 들었으며, 출범 직후 준비한 「문재인 정부 국정운영 5개년 계획 (2017. 7. 19)」⁴⁾에서도 100대 과제의 하나로 ‘비정규직 감축을 위한 로드 맵 마련을 통해 비정규직 문제의 종합적 해소 추진’, ‘공공기관 일자리 확 충, 정규직 전환으로 좋은 일자리 만들기’ 등을 제시하였다. 특히 이들 정 책의 세부내용 가운데에는 비정규직 남용과 차별을 방지하기 위한 ‘비정 규직 사용사유 제한’과 ‘동일가치노동 동일임금 실현⁵⁾’ 등 오랫동안 학계

3) 더불어민주당(2017), 『제19대 대통령선거 정책공약집 - 나라를 나라답게』 2017. 4. 28. p.75 이하: 비정규직 보호와 관련한 구체적인 공약으로 상시·지속적 업무의 정규직 고용원칙 정착으로 비정규직 규모를 OECD 수준으로 감축하고, 제도적으로 「비정규직 차별금지 특별법」 제정으로 차별 없는 일자리를 마련한다는 내용 등을 들고 있었다.

4) 국정기획자문위원회(2017), 『문재인 정부 국정운영 5개년 계획』 2017. 7.

5) 대선공약으로는 「비정규직 차별금지 특별법」을 제정하여 ‘동일가치노동 동일임금 원칙’을 적용한다고 하였으나, 국정운영 5개년 계획에는 구체적인 법제정에 대한 언급은 없고, 단순히 ‘동일가치노동 동일임금 원칙’ 적용으로 변경되어, 입법을 통하기보다는 차별시정제도 개편 등을 통한 정책시행을 의도하고 있지 않음이 생각된다.

및 노동계가 주장해온 핵심해법이 포함되어 있다는 점과 문재인 대통령이 취임 첫 외부 일정(찾아가는 대통령 1편)으로 인천국제공항을 방문해 ‘공공기관 비정규직 제로시대’를 선언한 점에 비추어 보면 그 어느 때보다도 정책의 적합성과 실현 가능성은 높다고 평가할 수 있을 것이다.

본 연구는 이들 비정규직 문제 해결을 위한 신정부의 정책 가운데 ‘공공부문 비정규직 개선정책’에 초점을 맞추어 이들 정책의 구체적인 내용을 소개 및 분석해 보고, 정책의 한계와 그리고 앞으로의 과제를 도출해 보는 것을 목적으로 한다.

비정규직 문제 해결을 위한 정책을 공공부문에 한정해서 파악하는 이유는 사회 전반의 비정규직 문제를 해결하기 위한 정책과 과제를 도출하기에는 신정부가 출범한 지 1년도 되지 않은 상황에서 내용적 한계가 있다는 현실적인 문제 이외에도, 외환위기 이후 인력활용의 유연성 제고 및 경비절감 등을 위해 비정규직 활용이 크게 증가되었다는 점은 민간부문 뿐만 아니라 공공부문에서도 공통적으로 나타나는 심각한 문제이고, 게다가 비정규직의 사용자로서의 정부가 모범적 사용자(model employer)로서 선도적으로 추진하는 정책이 민간부문에도 일정한 기준으로 작용할 수 있다는 점에서 의미가 있기 때문이다.

이를 위해서 본 연구에서는 신정부 이전과 신정부 출범 이후로 크게 나누어 우선 이전 정부에서 발표된 ‘공공부문에 대한 비정규직 대책’의 개략적인 내용과 그 한계를 각각 또는 종합적으로 도출해 보고, 신정부의 공공부문 비정규직 문제를 해결하기 위해 발표된 일련의 정부대책 가운데 이전 정부와 비교해 차별적이면서 개선된 정책을 중심으로 그 의미와 한계, 그리고 이후의 과제를 제시해 본다.⁶⁾

6) 물론 공공부문에서의 정부대책보다 더 획기적이고 비정규직 문제의 본질에 더 접근했다고 평가받는 서울 등 지방자치단체의 정책들도 있지만, 여기에서는 정부대책에 한정해서 다루는 것으로 한다.

제2절 신정부 이전의 공공부문 비정규직 개선정책의 내용과 과제

1. 노무현 정부 공공부문 비정규직 대책의 내용과 한계

가. 「공공부문 비정규직 대책(2004. 5. 18)」⁷⁾

1) 대책의 배경 및 경과

정부차원에서 마련한 첫 공공부문 비정규직 대책은 노무현 정부에서 나왔다. 노무현 정부는 출범 초기부터 “공공부문의 선도가 없이는 비정규직 문제에 대한 민간기업 규제가 사실상 어렵다”는 인식⁸⁾하에 중앙행정기관·산하기관·지방자치단체·각급학교 등 단위기관 17,000여 개소의 비정규직의 규모 및 근로조건 등에 대한 실태조사(2003년) 이후 그 결과물로서 「공공부문 비정규직 대책(이하, ‘2004년 대책’이라 한다)」을 내놓았다. 2004년 대책의 주요 내용은 다음과 같다.

2) 대책의 기본방향 및 내용

2004년 대책에서는 공공부문의 비정규직 문제에 대한 기본적인 대책방향을 정부기관과 공기업·산하기관으로 나누어 공무원화, 상용화, 처우개선, 근로조건 보호 등 4가지 정책방향을 제시하고 있다.

가) 정부기관

우선 정부기관에서는 ‘공무원이 담당해야 할 업무와 비공무원 신분의 근로자가 담당할 수 있는 업무를 구분하여 인력을 운영’한다는 원칙하에, 공무원이 해야 할 업무를 수행하고 있는 직종에 대해서는 중장기적으로 공무원 증원을 통해 비정규직을 축소하고(공무원화), 그렇지 않은 상시적

7) 관계부처 합동(2004), 『공공부문 비정규직 대책』 2004. 5. 18.

8) 오마이뉴스(2012), 「이게 합리적 비정규직 대책? 범부터 지키시죠」, 2012. 1. 11.

업무에 종사하는 비정규직에 대해서는 신분안정과 처우개선을 통해 안정적인 일자리를 제공한다는(상용직화) 정책 방향을 내놓았다.

나) 공기업·산하기관

반면에 공기업·산하기관의 경우에는 방만한 인력운영을 개선하기 위해 직무분석을 통해 정규직과 비정규직의 업무구분을 명확히 하고, 경영의 효율화·인력운영의 합리화 차원에서 비정규직 사용을 허용하되 불합리한 차별은 적극적으로 시정하겠다는 입장을 밝히고 있다.

다) 공공부문 공통

공공부문에서 공통적으로 공무원화 및 상용직화되지 못한 비정규직의 경우에는 민간부문의 과급효과를 감안하여 민간부문의 동종업무 종사 근로자의 처우수준을 기준으로 하여 단계적으로 처우를 개선하고(처우개선), 처우개선도 어려운 공공부문의 용역근로자의 경우에는 노동관계법령을 위반한 용역업체에 대해 정부용역계약상 불이익을 주는 방안을 마련하여 근로조건 보호를 의도하고 있다(근로조건 보호).

라) 정책의 요지

결국 2004년 대책의 요지는 공무원이 해야 할 업무를 담당하고 있는 직종은 공무원 증원을 통해 공무원화하고, 공무원화하기 어려운 상시적 업무에 종사하는 비정규직은 상용직으로 전환시키겠다는 방안이다.⁹⁾ 또한 적절한 직무분석을 통해 비정규직 사용을 허용하되, 민간부문의 동종업무 종사자 수준까지 처우를 개선해 주고, 용역근로자의 근로조건 보호를 위한 정책을 추진하겠다는 것이다.

당시 정부는 이 대책에 따라 혜택을 받게 되는 비정규직의 규모를 공공부문 전체 비정규직 23만 명의 60%에 이를 것으로 예상하고, 구체적으로 공무원화 대상을 각급 학교의 영양사, 도서관 사서, 상시위탁집배원¹⁰⁾

9) 여기에서 공무원이 해야 할 업무인지 여부에 관해서는 '정책결정·집행 등 책임이 수반되는 업무, 동일한 업무를 상시적으로 수행하는 공무원이 있는 경우'를 판단기준으로 들고 있다.

10) 공공부문의 하나인 우정부문에서 집배업무를 담당했던 기능직 공무원이 위탁업무로 전환되어 비정규고용으로 변화한 과정에 관해서는 신원철(2004. 7), 「우정부문 비정규고용의 재편 과정」, 『동향과 전망』을 참조.

8 비정규직 대책의 현황과 과제

등 4,619명으로, 상용직화 대상을 환경미화원, 도로 보수원, 노동부 직업상담원, 근로복지공단 계약직 27,374명으로, 처우 개선 대상을 각급 학교의 조리보조원, 조리사, 정부부처의 사무보조 등 65,567명으로, 근로조건 보호의 대상으로 청사 내 청소와 경비 등 용역근로자 38,916명을 들고 있다.

3) 2004년 대책의 의의와 한계

2004년 대책은 비정규직 문제의 선도적인 입장에서 공공부문 비정규직 문제 해결을 위한 정부차원의 첫 정책이라는 점과 비정규직 법안이 존재하지 않았던 당시 상황에서 공무원 증원 및 상용화, 처우개선 등 비정규직 문제에 대하여 고용보장과 차별시정이라는 정책방향을 제시하고 있다는 점, 그리고 계속사용의 기준으로 상시업무를 들고 있다는 점에서 의미를 갖는다고 할 수 있다. 다만 정부의 비정규직 문제에 대한 정책 대상에서 모든 공공부문이 아닌 지자체 산하 투자기관이나 국립대 병원 등은 제외되어 있을 뿐만 아니라, 공무원화와 상용직화가 극도로 제한되고 있다는 점¹¹⁾과 대책의 대상에서 간접고용 비정규직 문제에 대해서는 단지 정부용역계약 제도를 바꾸어 노동법을 위반한 업체에 일정한 제재(계약의 해지)를 하겠다는 것 이외에 근로관계 외주화에 대한 근본적인 문제해결 방안을 제시하지 못하고 있다는 점은 한계라고 할 수 있을 것이다.

나. 「공공부문 비정규직 종합대책(2006. 8. 2)」¹²⁾

1) 대책의 배경 및 경과

노무현 정부에서는 2003년에 이어서 두 번째로 공공부문 총 10,198개 기관¹³⁾을 대상으로 비정규직 실태를 조사하였다. 조사결과 공공부문에서

11) 같은 취지로 국회환경노동위(2012.12.), 『공공부문 비정규 대책의 평가와 대안에 관한 연구』, pp.12~16 참조.

12) 관계부처 합동(2006. 8. 2), 『공공부문 비정규직 종합대책』.

13) 2006년도의 조사대상으로는 중앙행정기관 54, 지자체 250, 교육기관 9,493, 공기업·산하기관 401(중앙행정기관 소관 307, 지자체 소관 94) 등 총 10,198개 기관으로 기관 수에 있어서는 2003년 조사에 비하여 적으나, 대상범위는 지자체 산하기관까지 조사범위가 확대되어 더 넓다고 할 수 있다.

의 비정규직은 전체 1,553,704명 가운데 311,666명으로 20.1%를 차지해 2003년 실태조사 결과보다 1.3% 증가한 것으로 나타났다. <표 2-1¹⁴⁾>에서 알 수 있는 바와 같이 공공부문에서 정규직도 늘어났지만, 비정규직은 그보다 더 높은 비율로 증가되었다는 점을 알 수 있다. 기관별로 보면 공기업 및 산하기관이 26.3%를 차지해 가장 높게 나타났다(표 2-1 참조).

이러한 결과를 토대로 정부에서는 노무현 정부 들어서 두 번째의 「공공부문 비정규직 종합대책」(이하에서는 ‘2006년 대책’이라 한다)을 내놓았다. 2004년 대책이 일정부분 공공부문 비정규직의 고용안정 및 처우개선에 기여했다는 점은 부정할 수 없지만, 비정규직 남용 및 차별 해소 등 근본적인 문제를 해결하는 데는 일정한 한계가 있었다는 점을 정부 스스로 인정한 결과라고 할 수 있을 것이다.

<표 2-1> 공공부문 비정규직 인원 현황

(단위: 명, %)

	2003년 실태조사				2006년 실태조사			
	총인원 (A=B+C)	정규직 (B)	비정규직 (C)	비율 (C/A)	총인원 (A=B+C)	정규직 (B)	비정규직 (C)	비율 (C/A)
합 계	1,249,151	1,014,836	234,315	18.8	1,553,704	1,242,038	311,666	20.1
중앙행정기관	272,605	237,004	35,601	13.1	273,715	243,408	30,307	11.1
지자체	305,089	260,442	44,647	14.6	383,801	311,564	72,237	18.8
교육부문	476,358	377,281	99,077	20.8	527,804	415,411	112,393	21.3
공기업·산하기관	195,099	140,109	54,990	28.2	368,384	271,655	96,729	26.3

2) 대책의 기본방향 및 내용

2006년 대책은 ‘비정규직의 남용 방지 및 불합리한 차별 해소’를 목표로 설정하여, 이를 실현하기 위하여 당시 국회에 계류중이었던 비정규직 관련법의 내용과 취지를 일부 반영하여 1) 계약기간을 반복 갱신하여 기간제근로자를 사용하는 상시적·지속적 업무는 원칙적으로 ‘기간의 정함

14) 관계부처 합동(2006. 8. 2), 『공공부문 비정규직 종합대책』, p.4.

10 비정규직 대책의 현황과 과제

이 없는 근로자'가 담당하고, 2) 임금, 기타 근로조건 등에서 불합리한 차별요인을 해소하며, 3) 행정지도·점검 등을 통해 위법·탈법적 비정규직의 사용을 방지하고, 4) 합리적인 원칙을 정립하여 외주근로자의 기본적인 근로조건을 보호한다는 내용의 네 가지 기본방향을 설정하였다.

가) 비정규직 사용관행 개선

2006년 대책의 핵심적인 내용으로 상시적·지속적 업무에 대해서는 원칙적으로 '무기계약근로자'가 담당토록 하고, 명백하게 기간을 정하여 사용할 합리적인 이유¹⁵⁾가 있을 때에만 기간제근로자를 사용해야 한다는 기간제근로자 사용원칙을 제시하였다.

나) 비정규직에 대한 차별요인 해소 및 처우개선

당시 국회에서 논의중이었던 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 등 비정규직 관련법에 포함될 차별시정에 미리 대비할 것과 저임금 근로자 임금수준을 인상할 수 있도록 예산편성 방식을 개선할 것을 밝히고 있다.

다) 위법·탈법적 비정규직 사용 지도·감독 강화

노동관계법 준수, 사회보험 가입을 지속적으로 지도·점검할 것과 공공기관별로 인사노무담당자에 대한 노무관리 교육체계를 구축하고, 비정규직의 특성을 감안하여 퇴직연금제 채택을 적극 지도하며, 그 실적을 정기 점검할 것을 밝히고 있다.

라) 합리적인 외주화(간접고용) 원칙 정립

2004년 대책과 비교해 가장 특징적이라고 할 수 있는 것으로 기관의 업무를 '핵심업무(또는 본연의 업무)'와 '주변업무(또는 부가업무)'로 구별하고 '핵심업무'에 대해서는 공공기관이 직접 수행하며, '주변업무'에 대해

15) 기간제를 사용할 수 있는 예외적인 사유로는 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우 등 당시 입법이 진행중이었던 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 '기간제법'이라 한다.)상의 기간제근로자 사용기간 제한의 예외사유와 일부 동일한 사유를 들고 있지만, 이외에도 '구조조정계획이 확정되어 있는 경우에 기존의 기간제근로자를 한시적으로 사용하는 경우' 등도 예외사유로 들고 있어 그 범위가 현행 기간제법보다 훨씬 더 넓었다고 할 수 있다.

서는 외주화를 허용하는 외주화 대상업무 선정원칙을 세우고, 외주화 타당성 여부에 대하여 점검할 것을 대책으로 제시하고 있다. 여기에서 기관의 업무가 ‘핵심업무’에 해당하는지 여부는 기관의 설립목적, 기능 등을 감안하여 판단하되, 외주화가 인정되는 경우에도 독립성 확보 여부, 외주화에 따른 공익성 또는 공공성 훼손 가능성 여부를 검토하여 최종 판단하는 것으로 하고 있다.

3) 2006년 대책의 의의와 한계

2006년 대책은 공공부문 비정규직 대책이라는 점에서는 2004년에 이어 두 번째 정책이라고 할 수 있지만, 2004년 정책과 비교해 보면 그간의 대책에 대한 평가, 구체적인 4가지 개선방안에 대한 세부 추진일정 계획을 심의·확정하고, 정규직 전환대상 및 외주업무의 직접수행 전환대상 등을 결정하는 ‘공공부문 비정규직 대책 추진위원회’ 설치·운영 등 행정 인프라 구축을 통한 구체적이고 실효성 있는 추진전략을 세우고 있다는 점에서 질적인 측면에서 정부차원의 첫 번째 공공부문 비정규직 종합대책이라고 할 수 있을 것이다. 또한 2006년 대책에서는 ‘상시·지속적 업무’에 무기계약근로자를 사용해야 한다는 기간제근로자 사용원칙을 최초로 제시하였다는 점과 공공부문 비정규직 대책의 초점이 직접고용 기간제 문제에서 간접고용 외주화 문제로 확대되었다는 점은 의미 있는 진전이라고 할 수 있을 것이다.

그러나, 2006년 대책은 공공부문에서 ‘정규직’이라는 개념 대신에 ‘무기계약직’이라는 개념을 처음으로 사용하여 공공부문 비정규직의 ‘정규직 전환’이 아니라 ‘무기직 전환’을 대책으로 제시하여, 결국 정규직과 무기직은 다르다는 관념을 심어주었을 뿐만 아니라, 더 나아가 민간부문에서 널리 성행하고 있는 직군 분리로 인한 근로조건의 차이를 용인하고 있다는 점에서 정책의 적합성 측면에서 한계가 있다고 할 수 있고,¹⁶⁾ 또한 외

16) 공공부문에서 무기직화는 정규직에 비해 차별적 처우를 받아도 기간제법상 차별시정제도를 이용할 수 없게 되기 때문에, 사용자로서 이들을 지속적으로 고용하면서도 차별시정제도를 우회할 수 있는 새로운 인사관리전략으로 활용할 가능성이 있다는 지적이 있었다. 윤애립(2009), 「새로운 차별적 고용형태로서 무기계약직의 실태와 쟁점」, 『산업노동연구』 15(2), p.53.

12 비정규직 대책의 현황과 과제

주화의 문제를 정면에서 다루고 있다는 점은 긍정적이지만, 실태조사에 서조차 별도로 구분하지 않았던 용역·파견에 대해서 대책을 마련한들 애초의 목적이 달성될 수 있을지 의문이라는 평가도 있었다.¹⁷⁾ 그리고 2004년 대책에서와 마찬가지로 실태조사 방법 및 범위¹⁸⁾ 등은 여전히 문제라고 지적할 수 있을 것이다.

2. 이명박 정부 공공부문 대책의 내용과 한계

가. 「공공부문 비정규직 고용개선 대책(2011. 11)」¹⁹⁾

1) 대책의 배경 및 경과

노무현 정부와 비교해 기업친화적인 경제정책을 국정의 최우선과제로 삼고 있었던 이명박 정부에서도 2011년 임기중반을 넘어선 즈음에 공공 부문을 대상²⁰⁾으로 관계부처 합동 실태조사가 실시되었다.

〈표 2-2〉 공공기관 부문별 비정규직 현황²¹⁾

(단위: 명, %)

	2006년 실태조사			2011년 실태조사		
	직접고용		파견·용역	직접고용		파견·용역
	정규직	기간제 등		정규직	기간제 등	
합계	1,242,038	246,844(15.9)	64,822(4.2)	1,350,220	240,993(14.3)	99,643(5.9)
중앙행정	243,408	22,813(8.3)	7,494(2.7)	266,262	18,575(6.3)	7,811(2.7)
자치단체	311,564	67,595(17.6)	4,642(1.2)	327,842	47,516(12.3)	10,259(2.7)
공공기관	271,655	54,614(14.8)	42,115(11.4)	293,085	49,815(12.4)	59,438(14.8)
교육기관	415,411	101,822(19.3)	10,571(2.0)	463,031	125,087(20.5)	22,135(3.6)

17) 은수미(2007. 8), 「공공부문 비정규 대책: 평가와 전망」 『월간 노동리뷰』, p.19.

18) 구체적인 내용에 관해서는 국회환경노동위, 앞의 보고서, pp.19~21 참조.

19) 관계부처 합동(2011. 11), 『공공부문 비정규직 고용개선 대책』.

20) 2011년 실태조사에서는 중앙행정기관, 지방자치단체, 교육기관, 공공기관 10,490개소를 대상으로 하고 있다.

21) 관계부처 합동(2011. 11), 『공공부문 비정규직 고용개선 대책』, p.2.

2011년 실태조사 결과에 따르면, 공공부문 비정규직의 규모는 기간제 등과 파견·용역을 합하여 341,000명으로 2006년 대비 일부 증가한 것으로 나타났고, 이러한 결과는 기간제 등(시간제, 일일근로자, 한시적 근로자)이 이전정부 정책 등의 영향으로 2011년 대비 감소했음에도 불구하고, 간접고용형태인 파견·용역 근로자가 중앙행정기관을 제외하고 모든 기관에서 대폭 상승하여 기간제 등의 감소분을 대폭 상쇄시킨 결과라고 할 수 있다. 결국 공공부문 비정규직은 기간제에 국한되지 않고 다양한 형태로 확대되어 가고 있다는 것을 알 수 있다. 특히 교육기관의 경우에는 기간제 등과 파견·용역 모두 상승하였다는 점이 특징적이라고 할 수 있고, 이 점에 대해서 정부에서는 교육기관(교육청, 각급 학교)의 신규 교육지원 사업(방과후학교 운영보조, 돌봄사업 등)이 대폭 증가했기 때문이라고 밝히고 있다.²²⁾

이러한 실태조사 결과를 토대로 이명박 정부는 ‘그간 공공부문 비정규직 대책 시행 등으로 비정규직의 활용 관행이 일정 부분 개선되고 있지만, 아직도 처우개선의 미흡 등 불합리한 관행도 상존하고 있기 때문에 추가 대책이 필요하다’고 하면서 2011년 「공공부문 비정규직 고용개선 대책」(이하 ‘2011년 대책’이라 한다)을 내놓았다.

2) 대책의 기본방향 및 내용

2011년 대책은 크게 합리적 고용관행 정착, 복지확충 및 처우개선, 청소용역 등 외주근로자 근로조건 개선, 비정규직 고용개선 관리 및 평가체계 구축 등 4가지 부분으로 이루어져 있다.

가) 합리적 고용관행 정착

2011년 대책에서는 이전 노무현 정부의 2006년 대책과 마찬가지로 상시·지속적 업무 종사자의 원칙적 무기계약직 전환 및 채용계획을 제시하고 있다. 여기에서 상시·지속적 업무 종사자인지 여부는 ‘2년 이상 계

22) 이명박 정부하에서 교육기관의 신규 교육지원 사업으로 인하여 채용된 시간제 및 단시간 근로자들의 근로조건 등에 대한 차별문제가 최근 노동위원회 차별시정제도의 주된 대상이 되고 있다. 최근 3년간 전남지방노동위원회에서 다루어진 차별시정 사건의 대부분은 광주광역시 교육청 사건으로 총 21건이 다루어졌거나 진행중이며, 대부분 시정명령이 내려졌다.

14 비정규직 대책의 현황과 과제

속되고, 향후에도 지속되는 업무'인지 여부로 판단하는 것으로 하였다. 다만 이에 해당되는 자 모두가 전환대상자로 되는 것은 아니고 직무분석·평가 기준에 따라 기관별로 일정기준 해당자를 전환하는 것으로 하였다.²³⁾ 또한 비정규직으로 근무하다가 정규직으로 고용 시 비정규직 근무 경력을 인정하는 것으로 하였다.²⁴⁾

나) 복지확충 및 처우개선

맞춤형 복지제도에 대해서 근무기간 등을 고려하여 복지포인트를 지급할 것과 조리사·교육보조 등 학교종사자 및 우편물구분원의 처우개선을 제시하고 있다.

다) 청소용역 등 외주근로자 근로조건 개선

외주근로자 근로조건 개선과 관련해서는 청소·경비 등 단순업무 외주 시 근로자 보호지침을 마련하고, 청소용역을 직영으로 전환하거나 사회적기업 위탁 시 지원할 수 있도록 하고, 용역업체에 대한 근로조건 준수 근로감독을 강화하는 한편, 표준계약서 보급·활용 등의 내용으로 되어 있다.

라) 비정규직 고용개선 관리 및 평가체계 구축

공공부문 비정규직 고용구조 공시제를 확대하고 공공부문 비정규직 실태조사를 정기화하는 내용을 담고 있다.

3) 2011년 대책의 의의와 한계

2011년 대책은 이명박 정부 초기 '백만해고 대란설'을 유포하여 기간제 법상 사용기간 2년을 4년으로 연장하는 것이 올바른 비정규직 대책이라고 강변했던 것에 비하면 공공부문에서 '상시·지속적 업무'에 대한 원칙적 무기직 전환을 의도하고 있다는 점은 인식의 전환이라는 점에서 의미

23) 결국 상시·지속적 업무에 2년 이상 사용했어도 근무평가에 따라 전환 여부가 결정되는 것이다.

24) 종전에는 정부기관의 경우 공공법인에서 행정·경영·연구·기술분야의 정규직원으로 상근한 경력 호봉만을 인정했지만, 공무원 보수규정을 개정하여 유급으로 상근한 경력을 모두 포함하는 것으로 할 예정임을 밝히고 있다. 또한 공공기관의 경우에는 기관별 인사규정 등의 개정을 통해서 시행할 것임을 예정하고 있다.

가 있다고 생각된다.

그러나 이전 대책과 비교하여 전체적으로 보면, 대책의 내용이 비정규직 남용방지와 처우개선에 특별한 내용을 담고 있지 못하고 이전 대책의 재탕이거나 오히려 악화되었다는 평가가 지배적이다. 2011년 대책의 기본방향에서도 ‘공공부문도 효율적인 예산 및 인력운영에 대한 국민적 요구가 있어 비정규직 활용이 불가피’하다는 점을 언급하여 비정규직 개선 대책에 대한 기본인식이 잘못되어 있음을 알 수 있으며, 상시·지속적 업무 종사자의 무기계약직 전환과 관련한 대책에서도 기간제법상 기간제한의 내용을 벗어나 ‘직무분석·평가 기준에 따라’, 이들에 해당되더라도 ‘기관별로 일정기준 해당자를 무기계약직으로 전환’한다는 내용을 담고 있어 범위만 소지가 있었다고 생각된다.

게다가 2011년 실태조사에서 확인된 용역·파견근로자의 남용에 대한 대책이 포함되어 있어야 함에도 불구하고, ‘외주화’를 전제로 ‘외주근로자 보호’를 어떻게 할 것인가에 한정된 내용으로 되어 있었다는 점을 대책의 한계로 제시할 수 있을 것이다.

나. 「‘상시·지속적 업무 담당자의 무기계약직 전환기준’ 등 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침(2012.1.16.)」²⁵⁾

1) 개요

이명박 정부의 2011년 대책에 이어 다음해에 발표된 「‘상시·지속적 업무 담당자의 무기계약직 전환기준’ 등 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침」(이하 ‘2012년 지침’이라 한다)은 2011년 대책에서 제기된 4가지 기본방향에 대한 구체적인 기준을 정하는 것을 목적으로 하고 있다.

2) 지침의 내용(‘무기계약직 전환 기준’을 중심으로)

2012년 지침에서는 무기계약직 전환기준, 복지포인트 및 상여금 지급 기준, 용역근로자 근로조건 보호지침, 정규직 채용 시 비정규직 경력 인

25) 관계부처 합동(2012. 1. 16), 「‘상시·지속적 업무 담당자의 무기계약직 전환기준’ 등 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침」.

16 비정규직 대책의 현황과 과제

정, 기관별 비정규직 고용개선 기능 강화 등의 내용을 담고 있는 것으로 이하에서는 무기계약직 전환 기준에 대해서만 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

가) 상시·지속적 업무 판단기준

2012년 지침에서는 상시·지속적 업무를 (1) 연중 계속되는 업무로서, (2) 과거 2년 이상 계속되어 왔고, (3) 향후에도 계속 지속될 것으로 예상되는 업무를 말한다고 하고 있다.

(1) 당해 직무가 연중 계속되는 업무인지 여부

연간 10~11개월은 기간제 근로자가 담당하고, 1~2개월은 정규직이 대체하여 담당하는 경우는 연중 계속되는 업무로 간주하고, 동일한 장소에서 이루어지는 동종·유사 업무에 수개월 단위로 기간제 근로자를 반복 교체 사용하는 경우에도 연중 계속되는 업무로 간주하며, 급식조리원 등과 같이 방학 등으로 일시적으로 근무가 면제되는 기간이 있더라도 연중 계속되는 업무로 간주하도록 하였다.

(2) 분석 기준일 이전 2년 이상 계속되어온 업무인지 여부

사업의 명칭 여부와 관계없이 기관 내에서 유사·동일한 업무가 과거 2년 이상 계속되어온 경우는 포함하는 것으로 하였다.

(3) 향후에도 2년 이상 지속될 것이 예상되는 업무인지 여부

사업의 명칭과 관계없이 향후 유사·동일한 업무가 계속 수행될 것으로 예상되는 경우를 포함하고, 정부로부터 위탁받은 사업의 경우 위탁 방식 등을 고려하여 기관에서 자체 판단하는 것으로 하였다. 다만 매년 공모선정방식에 의한 사업위탁의 경우 상시·지속적 업무로 보기 어려울 것이라는 점을 부언하고 있다.

나) 전환 예외

기간제법 제4조에서 정한 기간제근로자 사용기간 예외사유에 해당하는 경우에는 전환 대상에서 제외하고, 행정수요의 변화 등으로 향후 업무량 감소가 예상되는 경우에는 예외적으로 기간제로 운영이 가능하도록 하였

다. 다만 이 경우 해당자의 근속기간이 2년 경과 시 무기계약직으로 전환하도록 하였다.

다) 평가 및 무기계약직 전환

상시·지속적 업무에 해당되어 무기계약직 전환대상인 자에 대해 기관이 정한 평가기준 충족 여부를 평가하여 무기계약직으로 전환하되, 근무성적이 불량한 자 등 해당 기관이 자체 평가기준에서 정한 기준에 미달하는 경우는 전환에서 제외되는 것으로 하였다. 그리고 평가기준, 방법 및 절차는 인사위원회 심의 등 절차적 합리성을 확보하도록 하고, 전환시키는 개인별로 근로계약이 종료되는 시점으로 하도록 하고 있다.

3) 지침의 의의와 한계

2012년 지침은 이전 정부대책에서는 볼 수 없었던 일반적인 공공부문에 대한 비정규직 대책의 구체적 기준을 제시함으로써 예측가능성 및 실효성을 높일 수 있다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있을 것이다. 특히 상시·지속업무에 대한 규정이 불분명함으로써 나타날 수 있는 자의적이고 불투명한 전환을 벗어나 기준에 의한 전환이 이루어지게 되었다는 점은 구체적 내용에 대한 평가를 떠나서 긍정적으로 평가할 수 있을 것이다. 다만 상시·지속업무인지 여부에 관해서 향후 2년 이상의 지속성 여부까지 평가기준으로 하고 있다는 점은 기간제법상 기간제한 사유에 비추어 너무 과도한 기준이라고 생각되며, 게다가 행정수요의 변화에 따른 업무량 감소가 예상되는 경우까지 전환예외로 삼고 있다는 점은 위와 같은 장점을 상쇄하고도 남음이 있다고 생각된다. 또한 이 기준대로라면 신설업무의 경우 과거 2년 이상 계속성이 없기 때문에 전환대상에서 제외되는 문제가 발생할 수밖에 없다. 게다가 전환시기가 개인별 근로계약 만료일을 기준으로 하므로 일시에 전환되지 못함으로써 나타날 수 있는 차별의 발생 가능성이 높아졌다고 할 수 있다.

3. 박근혜 정부 공공부문 대책의 내용과 한계

가. 「공공부문 비정규직 고용개선 대책 보완지침(2013. 4.)²⁶⁾」

1) 대책의 배경 및 경과

2013년 2월 취임한 박근혜 대통령은 ‘상시·지속적 업무의 정규직 고용 관행 정책’을 국정과제 및 100일 추진과제로 선정하고,²⁷⁾ 2013년 4월 비정규직 대책 TF팀을 구성하여 「공공부문 비정규직 고용개선 대책 보완지침」(이하 ‘2013년 대책’이라 한다)을 확정 발표하였다. 2013년 대책은 정책명에서 알 수 있는 바와 같이 이명박 정부하의 2011년 대책 및 2012년 지침의 내용을 일부 보완하는 형식으로 박근혜 정부 첫 정책으로 제시했던 것이다.

2013년 대책 발표에 앞서서 2012년 실시된 실태조사는 2011년과 비교

〈표 2-3〉 공공부문 비정규직 현황

(단위: 명, %)

	2011년 실태조사				2012년 실태조사			
	총인원	직접고용		파견· 용역	총인원	직접고용		파견· 용역
		정규직	비정규직			정규직	비정규직	
합계	1,690,856	1,350,220	240,993 (14.3)	99,643 (5.9)	1,754,144	1,393,889	249,614 (14.2)	110,641 (6.3)
중앙 기관	292,648	266,262	18,575 (6.3)	7,811 (2.7)	289,499	263,529	20,074 (6.9)	5,896 (2.0)
자치 단체	385,617	327,842	47,516 (12.3)	10,259 (2.7)	385,050	324,281	49,349 (12.8)	11,420 (3.0)
공공 기관	402,338	293,085	49,815 (12.4)	59,438 (14.8)	450,576	322,475	54,895 (12.2)	73,206 (16.3)
교육 기관	610,253	463,031	125,087 (20.5)	22,135 (3.6)	629,019	483,604	125,296 (19.9)	20,119 (3.2)

26) 관계부처 합동(2013. 4), 『공공부문 비정규직 고용개선 대책 보완지침』.

27) 박근혜 대통령은 대선공약으로 ‘2015년까지 공공부문 상시·지속적 업무의 정규직 전환’을 들고 있다. 『제18대 대통령선거 새누리당 정책공약』(2012), p.186.

해 조사기관 40개소가 추가(공립대학 및 신규 공공기관 추가)되어 실시되었고, 실태조사 결과 직접고용 비정규직 규모는 다소 감소한 것으로 나타났다. 반면, 파견·용역 등 간접고용 비정규직은 0.4% 증가한 것으로 나타났다.²⁸⁾

2) 대책의 기본방향 및 내용

2013년 대책은 기존 정부대책을 일부 보완하는 형식을 취하고 있고, 구체적으로 상시·지속적 업무의 정규직(무기계약직) 전환 지속 추진(상시·지속적 업무 판단 기준 포함), 간접고용을 직접고용으로 전환 시 컨설팅 등 지원과 추진체계 및 행정사항에 대한 일부 변경 및 구체화 내용을 담고 있다.

3) 대책의 의의와 한계

2013년 대책은 종전의 ‘무기계약직 전환’이라는 표현에서 알 수 있었던 인식의 한계를 ‘정규직(무기계약직) 전환’이라고 변경·기술하여 공공부문에 대한 비정규직 대책 가운데 처음으로 정규직이라는 용어를 사용하고 있다는 점과 2011년 대책에서는 기간제법 제4조에서 정한 기간제근로자 사용기간 예외사유에 해당하는 경우 전환 대상에서 제외하는 것으로 하였으나, 2013년 대책에서는 해당 업무가 예외사유에 포함되더라도 상시·지속적이고 전환 필요성이 인정되는 경우라면 관계부처 협의를 통해 전환 대상에 포함하도록 하여 전환대상의 범위를 확대시켰다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있을 것이다. 다만, 2013년 대책은 박근혜 정부 수립 직후 나온 대책으로 상시·지속적 업무 판단 기준 등 기존 대책을 그대로 답습하고 있어서 특별한 내용을 담고 있지 못하다는 점은 한계라고 할 수 있고, 또한 정책의 내용을 결정짓는 실태조사결과 분석단계에서 대부분 ‘2011년 동일한 대상을 기준으로 할 경우 문제가 없다’는 식으로 평가결

28) 이 점에 대해서 정부에서는 조사기관 40개소(3,000여 명)가 추가되었고, 2011년 조사 시 포함되지 않았던 인원(한국전력 검침원 등 9,000여 명)이 추가되었기 때문이지 2011년과 동일한 기준으로 할 경우 오히려 감소한 것으로 추산되어 큰 규모의 차이는 없다고 밝히고 있다. 관계부처 합동(2013. 4), 『공공부문 비정규직 고용개선 대책 보완지침』, p.3 참조.

과에 대한 자의적인 평가가 이루어져, 공공부문 비정규직 문제를 대하는 문제의식에 절박성이 보이지 않았다는 점도 문제로 지적하고 싶다.

나. 「비정규직 종합대책(2014.12.29.)²⁹⁾」

1) 대책의 배경

박근혜 정부는 2013년 대책발표 이후 전반적인 「비정규직 종합대책」(이하 ‘2014년 대책’이라 한다)을 발표하고, ‘비정규직 문제 해결은 공공부문을 통한 선도 등 정부의 노력과 노사의 양보와 협력이 필수’라는 점을 강조하여 그 내용 속에 공공부문 비정규직 고용개선과 관련된 몇 가지 정책을 제시하였다.

2) 대책의 내용

2014년 대책은 기본적으로 2015년까지 65,000명에 달하는 상시·지속 업무에 대해서 정규직으로 전환을 추진한다는 내용으로 되어 있어 종전 대책을 계승하고 있지만, 정규직 전환정책과 더불어 비정규직을 기관별 특성을 감안하여 일정 규모 이하로 제한하고,³⁰⁾ 2013년 대책에서 처음 제기되었던 사용기간 예외사유에 해당하는 경우에도 정규직 전환을 추진한다는 내용 속에 ‘관계부처 협의’라는 조건을 삭제하는 대신에 단순히 ‘기관의 필요 시’에 전환이 가능하도록 하였다.

3) 대책의 의의와 한계

2014년 대책은 이전 대책이 무기직화와 정규직화를 동시에 써왔던 관행에서 벗어나 처음으로 정규직화라는 표현만 사용하고 있다는 점, 비정규직 규모 제한설정 및 전환요건이 일부 완화되었다는 점은 긍정적으로 평가할 수 있을 것이다. 다만 2014년 대책은 어디까지나 비정규직 종합대

29) 고용노동부(2014. 12. 29), 『비정규직 종합대책(안)-비정규직 처우개선 및 노동시장 활력제고 방안-』.

30) 공공기관의 경우에는 2016년부터 정원의 5%, 지방공기업의 경우에는 2016년부터 정원의 8%, 출연연구기관은 2017년까지 정원의 20~30% 내로 감축할 것을 기준으로 하고 있다.

책(안)으로 이후 노사정위원회에서 최종 결정되는 것으로 되고 있고, 비정규직 규모 제한설정도 이전 정부와는 차별되는 대책임에는 분명하나 경우에 따라서는 비정규직 규모를 제한비율까지는 사용할 수 있다는 부정적인 측면도 함께 가지고 있었다는 점은 한계라고 지적할 수 있을 것이다.

다. 「공공부문 비정규직 고용개선 대책(2016.2.17.)³¹⁾」

1) 대책의 배경

박근혜 정부는 지난 2014년 대책에서 2015년까지의 1단계 정규직 전환 계획을 발표하였고, 이후 2단계(2016~2017년) 전환계획을 포함하는 「공공부문 비정규직 고용개선 대책」(이하 ‘2016년 대책’이라 한다)을 2016년 2월에 발표하였다.

2) 대책의 내용

상시·지속적인 업무에는 정규직(무기계약직)을 고용하는 관행을 정착시켜 나간다는 정책방향하에 지난 2014년 대책에서 처음 제기되었던 기간제근로자를 정원의 일정 목표비율 내에서 사용하도록 제한·관리한다는 이른바 목표관리제가 2016년부터 시행된다는 점을 밝히고, 그 대상기관을 공공기관 및 지방공기업으로 한정하였다. 그리고 신설업무의 경우 향후 지속될 것으로 예상되면 ‘과거 2년 이상 지속’ 요건을 충족하지 못하더라도 상시·지속 업무로 판단하여 정규직으로 채용하도록 유도해 나가게 하였다. 또한 비정규직의 처우개선과 관련해서는 맞춤형복지제도, 상여금 등의 수혜를 확대할 것 등의 내용을 담았다. 그리고 공공부문 소속 외 근로자(용역, 파견)의 합리적인 운영방안을 검토하고, 근로조건 보호를 강화한다는 내용을 밝혔다.

3) 대책의 의의와 한계

2016년 대책은 일부 신설사업을 예정하여 상시·지속 업무의 판단기준이 다소 완화되었다는 점은 긍정적이라고 할 수 있지만, 2014년 대책에서

31) 관계부처 합동(2016. 2. 17), 『공공부문 비정규직 고용개선 대책』.

처음 밝힌 ‘비정규직 목표관리제’가 2016년부터 시행된다는 점을 밝히면서도 한시적 업무, 일시·간헐업무 및 업무성격상 비정규직 사용이 불가피한 경우에는 공공기관(공기업·준정부기관)은 정원의 5%, 지방공기업은 정원의 8% 범위와 관계없이 사용 가능하도록 하여 2014년 대책보다 내용이 후퇴되었다고 할 수 있을 뿐만 아니라, 2014년 대책에서는 ‘정규직 전환’으로 단독으로 표현하고 있었음에 비하여 다시 정규직과 무기계약직을 구분하여 병렬적으로 사용하고 있어, 이전의 대책과 비교해 전혀 입장변화가 없음을 보여주고 있다. 그리고 용역, 파견의 경우 직접고용에 관한 내용은 포함되어 있지 않고, 단순히 근로조건 보호에 한정하고 있어 이전 정책에 비하여 한발도 나아가지 못하고 있었던 것으로 보인다.

4. 신정부 이전 정부 공공부문 비정규직 대책의 평가와 과제

가. 비정규직 중 단시간근로자에 대한 대책 부재

지금까지 제기된 공공부문 비정규직 대책의 대상에는 기간제를 주된 대상으로 무기계약직 전환에 중점을 두고, 용역·파견 근로자의 처우개선 측면에만 관심을 두고 있었던 것으로 보인다. 그러므로 비정규직의 또 다른 대상이기도 한 단시간근로자에 대해서는 실태조사 결과에서 비정규직에 포함시켜 파악하고 있었음에도 불구하고, 별도로 단시간근로자를 대상으로 한 정책에 대해서는 언급이 전혀 없다는 점을 지적하고 싶다.

나. 고용안정 방향의 한계

이전 정부에서는 공공부문 비정규직의 고용안정에 대한 정책방향으로 ‘공무원화·상용화’, ‘무기직화’, ‘무기계약화와 정규직화’ 등을 제시하고 있었다. 이러한 방향은 결국 정부기관에서는 공무원이 존재한다는 점을 감안하여 공무원과 같은 별도의 직군을 만드는 것이 불가피하다 하더라도 그렇지 않은 기관에서 이를 구분하는 것은 기존 근로자들과 전환된 근로자 간의 차별적 대우를 전제로 하는 것으로, 장기적으로 조직 내 융화

등에서 문제가 발생할 여지가 많은 것이다. 게다가 기관 내에 동종·유사 근로자가 존재하는 경우에는 기존의 비정규직법상 차별적 처우 시정대상에서도 제외되어 더 열악한 상황에 처하게 되는 문제가 발생하게 된다.

다. 무기계약직 전환기준의 문제

무기계약직 전환기준으로서 ‘상시·지속성’이라는 기준을 제시하고 세부적인 내용이 점차 구체화되고 완화되기는 하였으나, 기본적으로는 연 중 대부분(10~11개월) 계속 근무해야 하고, 과거 2년, 향후 2년 이상이라는 모든 요건을 충족하여야 한다는 점에서 방학이 있는 교육에 종사하는 근로자들이 전환 대상자에서 제외되어 버리는 문제가 발생하게 된다는 점이다. 게다가 이러한 기준은 현행 기간제법상 무기계약직으로 의제되는 기준보다 더 엄격하다고 평가할 수 있을 것이다.

라. 정규직 전환과 관련된 이해당사자의 참여제한

이전 정부의 전환의 핵심은 정부 등 공공기관이 일정한 기준에 해당하는 자를 일방적·시혜적으로 정규직으로 전환하겠다는 데 있다고 이해된다. 이 점은 전환대상자나 기존의 정규직 근로자 등 이해당사자의 이해 및 협조 등을 구하는 절차에 대해서 아무런 대책이 발견되지 않는다는 점에서 쉽게 알 수 있다.

마. 용역·파견 근로자에 대한 정책방향의 한계

이전 정부의 용역·파견 근로자에 대한 정책방향은 실태조사에서 비중이 점차 증가하고 있음이 확인되었음에도 불구하고, 대부분 ‘외주근로자의 근로조건 보호’ 및 ‘외주근로자에 대한 관리 개선’ 등에 한정되어 그 대책으로 발주기관 관리·감독 강화나 부당·불공정 조항 개선 등에 중점을 두고 있었다고 할 수 있다. 물론 노무현 정부의 2006년 대책에서 ‘핵심업무’와 ‘주변업무’를 구분하여 기관의 외주화 대상업무 선정원칙을 세

우기는 하였으나 이는 기존의 외주근로자의 전환대책이 아니라 장래의 대책이라는 한계가 있었고, 이마저도 이명박, 박근혜정부의 대책에서는 보이지 않는다. 서울시 등 일부 지방자치단체의 직접고용 전환정책의 수준에도 미치지 못하는 한계를 드러내고 있었던 것이다.

제3절 문재인 정부의 비정규직 개선정책의 내용과 과제

1. 「공공부문 비정규직 근로자 정규직 전환 가이드라인(2017. 7. 20)」³²⁾

가. 추진 배경 및 의의

문재인 정부는 사회양극화의 주범인 비정규직 문제에서 ‘최대의 사용자’인 공공부문이 ‘모범적 사용자’로서 선도적 역할을 해야 한다는 입장에서 그동안의 소극적 방식에서 탈피하여 근본적인 원인에 대해 보다 전향적인 접근법을 모색하고자 관계기관 대책회의에서 2017년 7월에 발표한 것이 「공공부문 비정규직 근로자 정규직 전환 가이드라인」(이하에서는 ‘2017년 가이드라인’이라 한다)이다.

나. 2017년 가이드라인의 내용

1) 정규직 전환 대상 기관

기존의 중앙정부, 지방자치단체, 공공기관, 지방공기업, 국공립 교육기관(852개소)에 대해서는 1단계로 2017년 가이드라인 발표 직후 정규직 전환을 추진하고, 2단계로 기존 대상기관에 더해서 자치단체 출연·출자기

32) 관계부처 합동(2017. 7. 20), 『공공부문 비정규직 근로자 정규직 전환 가이드라인』.

관, 공공기관·지방공기업 자회사로 확대하고(2018년 상반기), 민간위탁 기관의 이후 실태조사를 거쳐 별도의 전환기준을 마련하여 전환을 추진하는 것으로 하여 전환대상기관을 확대하였다.

2) 정규직 전환 대상

2017년 가이드라인은 정규직 전환 대상 비정규직으로 기간제근로자³³⁾뿐만 아니라, 파견·용역근로자를 모두 포함하도록 하였다. 단 15시간 미만 초단시간 근로자의 경우에는 원칙적으로 정규직 전환 대상이긴 하지만, 근로일의 예측이 곤란하거나 근로일이 주1일 등 전환이 곤란한 경우에는 예외로 할 수 있도록 하였다.³⁴⁾

3) 정규직 전환 기준

기본적으로 비정규직이 수행하는 업무를 기준으로 상시·지속적 업무에 해당하면 원칙적으로 정규직으로 전환해야 한다고 밝히고, 다만 생명·안전업무는 비정규직을 사용할 경우 업무 집중도, 책임의식 저하로 사고 발생 우려가 있으므로 상시·지속적 여부와 관계없이 직접고용해야 한다는 원칙을 밝혀, 비정규직 근로자보호에 사용사유제한의 내용을 처음으로 제시하였다.³⁵⁾

가) 상시·지속적 판단기준

상시·지속적 업무 판단 기준에 대해서는 이명박 정부하에서 추진되었던 2012년 지침과 달리, 연중 계속되는 업무의 기준을 종래 ‘연중 10~11개월 이상 계속’에서 ‘연중 9개월 이상 계속’되는 업무로 단축·변경하고, ‘과거 2년 이상 지속’ 기준을 삭제하고 ‘향후 2년 이상 지속’될 것으로 예

33) 기간제근로자에는 기간의 정함이 있는 단시간근로자도 포함된다. 관계부처 합동, 앞의 2007년 가이드라인, p.10 참조.

34) 그러나 정규직 전환 시에는 가급적 주15시간 이상으로 해서 양질의 시간제일자리로 바꾸는 것이 바람직하다는 의견을 제시하였다.

35) 다만, 생명·안전업무의 구체적인 범위에 대해서는 산업안전보건관리자, 폭발물·화학물질 처리업무, 국가 주요시설 소방업무 등은 범주에 포함될 수 있을 것이라는 점을 밝히면서도 그 외 부분에 대해서는 아직까지 사회적 합의가 이루어지지 않은 상황이기 때문에 사회적 공감대 형성 과정을 거쳐 기준을 수립할 계획임을 밝히고 있다. 관계부처 합동, 앞의 2007년 가이드라인, p.13 참조.

상되는 업무로 하여 그 기준을 완화하였다.³⁶⁾ 그리고 이 기준은 정규직 전환 대상 비정규직에 모두 적용되기 때문에 기간제뿐만 아니라 파견·용역 근로자에게도 모두 적용되는 것으로 하였다.

나) 전환 예외 사유

전환 예외 사유로는 종래 고령자(55세 이상) 등 인적속성에 따른 전환 예외 사유(6개)를 60세 이상 고령자, 운동선수 등 사회통념상 정년까지 근무할 것으로 기대하기 곤란한 경우(2개)로 축소하고, 휴직·파견 업무 대체자 등 업무·직무 특성에 따른 전환 예외 사유(11개)를 휴직대체 등 보충적 근로 등 사유(5개³⁷⁾)로 축소하여 정규직으로 전환할 수 있는 범위를 확대하였다.

4) 정규직 전환 결정기구

정규직 전환을 결정하는 기구로 기간제와 파견·용역을 구분하여 예정하고 있는 것이 특징이다.

가) 기간제근로자의 전환

우선 기간제의 경우에는 신속하고 객관적인 결정을 위해 당사자 간 협의방식보다 기관 내 ‘정규직 전환심의위원회’³⁸⁾를 두고 동 위원회에서 정규직 전환 범위, 전환방식, 채용방법 등을 결정하는 것으로 하였다.

나) 파견·용역의 전환

파견·용역의 경우에는 전환대상업무의 선정, 전환방식, 시기 등을 둘러싸고 이해관계자의 다양한 의견과 요구가 있고, 조세부담 등 국민적 우려도 함께 제기되는 등 과정 관리가 매우 중요하므로 노사 당사자 등 이해관계자의 입장이 최대한으로 반영될 수 있도록 ‘정규직 전환 협의기

36) 다만 일시·간헐적 업무에 종사하거나 사업의 완료 기간 또는 기관의 존속기간이 명확한 경우는 정규직 전환에서 제외되는 것으로 하였다.

37) 업무 특성에 따른 전환예외 사유로는 휴직대체 근로, 경과적 일자리, 고도의 전문적인 직무, 교사·강사 중 특성상 전환의 어려움, 이에 준하는 사유로서 전환심의위원회 등을 통해 정한 경우 5가지 사유로 되어 있다.

38) 위원회 구성과 관련하여 내·외부 인사로 6~10인 범위에서 구성하되, 1/2은 노무관리 등에 전문성을 갖춘 외부인사를 포함하는 것을 권고하고 있다.

구³⁹⁾를 설치·운영할 것을 원칙으로 하였다.

5) 정규직 전환 방식

정규직 전환 방식에도 기간제와 용역·파견을 구별하여 그 기준을 달리 정하고 있다.

가) 기간제근로자의 경우

기간제근로자를 정규직으로 전환하는 경우 자회사가 아닌 기관이 직접 고용하는 것을 원칙으로 한다. 다만 전환 당시 동일·유사한 업무를 수행하는 무기계약직 등이 있는 경우에는 그에 해당하는 직군을 적용할 수 있고, 없는 경우에는 별도의 직군을 신설할 수 있도록 하고 있다.

나) 파견·용역 근로자의 경우

파견·용역 근로자의 경우에는 기간제근로자의 경우와 달리 직접고용에 한정하지 않고, 조직규모·업무 특성을 고려하여 기관별⁴⁰⁾로 직접고용·자회사, 사회적기업 등 전환방식을 결정하도록 하였다. 또한 직종별로 전환방식을 달리할 수도 있다고 하고 있다.⁴¹⁾

6) 정규직 전환에 따른 채용방식

고용 안정과 공정한 채용 원칙 간 조화를 이룰 수 있도록 채용절차를 결정할 필요가 있다는 점을 강조하면서, 원칙적으로 가이드라인 발표 시점에 공공부문에 종사하는 비정규직이 전환 대상자에 해당한다는 점을 밝히고, 현 근로자의 전환을 원칙으로 하되, 전환 채용 대상자에 대해서는 최소한의 평가절차⁴²⁾를 거쳐 정규직 전환을 추진하도록 하였다. 그러

39) 협의기구에는 기관, 파견·용역 근로자(노동조합), 기관 소속 근로자(노동조합), 무노조 대표, 외부전문가 등 정규직 전환 이해당사자와 전문가 등이 협의기구 당사자로 참여할 수 있도록 하였다.

40) 2017년 가이드라인에서는 중앙부처 및 교육기관은 직접고용, 자치단체는 직접고용 또는 공단, 공공기관·지방공기업은 직접고용 또는 자회사 등으로 하는 전환방식 모델을 제시하고 있다.

41) 다만 이 경우에도 국민의 생명·안전과 밀접한 관련이 있는 업무는 직접고용이 원칙임을 밝히고 있다.

42) 어떠한 평가절차를 거칠 것인지는 비정규직의 고용안정이 저하되지 않는 방향으로 기관별로 자율적으로 정하도록 하고 있다.

나 파견·용역의 경우에 전환 후 일정기간 기간제 채용 후 평가를 통해 선별적으로 전환하는 것은 지양하도록 하였다.

다만 예외적으로 공정채용이 보다 요구되는 업무⁴³⁾는 국민들의 공공 부문 채용기회가 박탈되는 불공정이 발생하므로 이 경우 경쟁 방식에 의한 채용을 원칙으로 하되, 가점부여, 제한경쟁 등 일정부분 비정규직 보호도 병행할 필요가 있다고 하고 있다.

7) 정규직 전환 이후 임금체계

전환 이후 임금체계는 직종별 동일가치노동 동일임금 취지가 반영되고 처우개선이 병행되도록 하되, 과도한 국민부담이 발생하지 않도록 기존 근로자와의 협조를 통해 추진하도록 하였다. 정규직 전환 시 동종·유사한 업무를 수행하는 무기계약직 등이 있는 경우 그에 해당하는 직군의 임금체계를 적용할 수 있고, 만약 이러한 근로자가 없는 경우 별도의 직군을 신설하여 별도의 임금체계를 설계할 수 있도록 허용하였다.

8) 전환 시기

전환 시기에 대해서는 기간제의 경우 정부의 정규직 전환 로드맵 발표⁴⁴⁾ 이후 신속히 전환하도록 조치하고, 파견·용역의 경우에는 민간 업체의 예기치 않은 피해를 예방하기 위하여 민간 업체와의 계약이 종료되는 시점을 기준으로 하도록 하고 있다.

9) 무기계약직 등 차별해소 및 처우개선

상시·지속업무 신설 또는 결원 시 처음부터 정규직으로 고용하는 원칙을 확립하고, 무기계약직을 적합한 명칭으로 변경(공무직 등)하도록 하여 조직융화 및 사기 진작을 유도하게 하였다. 그리고 처우 개선과 관련하여 복리후생적 금품은⁴⁵⁾ 차별 없이 지급하도록 하였다.

43) 이러한 업무로 전문직 등 청년 선호 일자리, 인원이 주기적으로 변경되는 경우, 그리고 업무 특성상 공개경쟁을 실시할 합리성이 있는 경우를 예시하고 있다.

44) 고용노동부는 미리 약속한 대로 2017년 10월 25일 ‘2020년까지 공공부문 비정규직 20.5만 명이 정규직으로 전환되고 7.4만 명은 연내 전환이 완료된다’는 「공공부문 비정규직 특별실태조사 결과 및 연차별 전환계획」을 확정·발표하였다.

2. 「정규직 전환 가이드라인 발표(7. 20) 이후 계약기간 만료 도래자에 대한 조치요령(2017. 8. 10)」⁴⁶⁾

가. 배경

고용노동부는 2017년 가이드라인 발표 이후 전환 대상 확정 전에 계약기간이 만료되는 기간제 근로자에 대한 계약해지와 관련하여 이에 대한 조치요령을 시달할 필요성이 제기되어 별도의 조치요령을 발표하였다.

나. 조치 요령

일단 정규직 전환심의위원회를 신속히 구성하도록 하여 논란을 최소화하고, 계약만료 기간제근로자의 근무기간이 2년이 되지 않는 경우에는 계약기간을 2년의 범위 내에서 잠정 연장하고 이후 전환심의위원회의 최종 결정에 따르는 것으로 하였다.

만약 계약연장을 할 경우 전환 대상이 명백하고, 경쟁채용의 대상이 아니라 판단되는 경우에는 계약기간을 잠정적으로 연장하고 이후 전환심의위원회의 결정이 나면 그에 따라 전환 조치하며, 전환 대상 여부가 불분명하거나 전환 대상은 명백하더라도 경쟁채용이 적용되는지 여부가 불분명한 경우에는 일단 계약만료 조치를 하되, 추후 전환대상이 된 경우에는 반드시 전환대상에 포함하고, 경쟁채용인 경우에는 별도 연락하여 채용과정에서 배제되는 사례가 없도록 조치하게 하였다.

3. 「공공부문 정규직화 추진 관련 추가지침(2017. 9. 22)」⁴⁷⁾

고용노동부는 2017년 9월 22일 공공부문 정규직화 추진과 관련하여 추

45) 복리후생적 금품으로 복지포인트, 명절상여금, 식비, 출장비, 통근버스 이용 등을 예시하고 있다.

46) 고용노동부, 『정규직 전환 가이드라인 발표(7. 20) 이후 계약기간 만료 도래자에 대한 조치요령』, 2017. 8. 10.

47) 고용노동부(2017. 9. 22), 『공공부문 정규직화 추진 관련 추가지침』.

가적인 지침을 내놓았고, 거기에는 예산 및 정원, 전환 이후 임금체계, 전환 이후 임금수준, 고령자 친화직종인 청소·경비 종사자 전환 시 조치요령 등에 관한 내용을 담고 있다.

특히 주요한 내용은 다음과 같다. 첫째 전환 이후 임금체계와 관련해서 전환 이후 임금은 ‘직종별 동일가치노동 동일임금’체계 취지가 반영될 수 있도록 하고, 기존의 호봉제 임금체계를 일률적으로 따르는 것은 신중해야 한다. 둘째 전환 이후 임금수준과 관련하여 기관 형평 등을 감안하여 고용안정과 처우개선을 병행하거나 단계적 추진도 가능하다. 셋째 고령자 친화직종인 청소·경비 종사자 전환 시 조치요령으로 청소·경비 종사자 상당수가 60세 이상임을 감안하여 정년을 65세로 설정할 것을 권고하였다.

4. 「공공부문 비정규직 특별실태조사 결과 및 연차별 전환계획 (2017. 10)」⁴⁸⁾

정부는 2017년 가이드라인 발표 시 7월부터 1단계로 중앙행정기관, 공공기관, 지방공기업, 자치단체, 교육기관 등 855개 기관에 대한 공공부문 특별실태조사를 실시하고, 전환 로드맵을 9월경에 발표하겠다고 하였다. 그 결과로 계획보다 다소 늦게 연차별 전환계획으로 2017년 10월 25일 발표된 것이 「공공부문 비정규직 특별실태조사 결과 및 연차별 전환계획」(이하 ‘전환 로드맵’이라 한다)이다.

가. 비정규직 현황(2017년 6월 말 기준)

실태조사 결과에 따르면, 1단계 전환대상 공공부문 총인원은 217만 명으로, 이 가운데 비정규직은 전체의 19.2%인 41.6만 명으로 이루어져 있는 것으로 나타났다. 이 가운데 특히 교육기관은 전체 기간제의 39%, 공공기관은 전체 파견·용역의 61%를 차지하고 있다.

48) 고용노동부(2017. 10. 25), 『공공부문 비정규직 특별실태조사 결과 및 연차별 전환계획』.

〈표 2-4〉 공공부문 비정규직 현황

	총인원	비정규직		
		총계	기간제	파견·용역
합계	2,170	416 (19.2)	246	170
중앙부처	514	37 (7.1)	21	16
자치단체	429	84 (19.6)	71	13
공공기관 ⁴⁹⁾	474	152 (32.0)	47	105
지방공기업	75	18 (24.1)	11	7
교육기관	678	125 (18.5)	96	29

나. 정규직 전환규모

전체적으로 상시·지속 비정규직 중 20.5만 명(64.9%)의 전환이 예상된다고 발표하고, 이 수치는 일단 각 기관의 잠정 전환규모 집계 결과 확인된 17.5만 명과 60세 이상 등 3만 명 정도가 추가 전환⁵⁰⁾이 가능하다는 전제하에 이들을 합한 것이라고 밝히고 있다.

다. 정규직 전환을 위한 제도개선

조사대상의 정규직 전환을 차질 없이 진행하기 위하여 우선 중앙행정기관 평가, 공공기관·지방공기업 경영평가, 자치단체평가에 정규직 전환 노력을 신설하여 평가에 반영하고, 파견·용역 근로자를 정규직으로 전환할 시 자회사를 설립하는 경우 자회사의 안정적인 수의계약을 위해 계약사무규정 개정을 추진하며, 전환자 관리를 위한 표준 인사관리 규정안을 마련하는 등 제도개선 방안도 함께 제시하였다.

49) 공공기관의 범위에 관해서는 『공공기관의 운영에 관한 법률』 제4조에 규정되어 있는 바와 같이 원칙적으로 국가·지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 기관을 말하고, 기획재정부장관이 공기업·준정부기관과 기타공공기관을 구분하여 지정할 수 있도록 하고 있다.

50) 2017년 가이드라인에서는 원칙적으로 60세 이상 고령자는 전환대상에서 제외되었지만, 추가지침(9.22)을 통해서 청소·경비 상당수가 60세 이상이므로 정년을 65세로 설정할 것을 권고하고 있다.

5. 신정부의 공공부문 비정규직 개선정책의 특징과 한계

가. 특징 및 의의

2017년 5월에 출범한 신정부는 짧은 기간 내에 기간제, 파견·용역 등 비정규직에 대해서는 정규직 전환을, 무기계약직에 대해서는 처우개선 및 인사시스템 체계화를 통한 ‘공공부문 비정규직 ZERO’를 비전으로 결과적으로 ‘공공서비스 질 제고 및 정규직 고용관행 민간 확산’을 목표로 한 2017년 가이드라인 등 일련의 후속조치를 발표하였다. 이러한 정책들은 이전 정부의 그것과 비교해 몇 가지 특징 및 의의가 있는 것으로 보인다.⁵¹⁾

첫째, 무기계약직 전환이 아니라 정규직 전환임을 명백히 하고 있다. 종전의 전환 대책이 무기계약직 또는 무기계약직(정규직) 등으로 표현된 점에 비추어 신정부의 대책은 정규직 전환임을 명확히 하고 있다.

둘째, 정규직 전환 대상이 확대되었다. 종전의 대책이 정규직 전환대상으로 기간제에 중점을 두었던 것에 비하여, 신정부는 전환대상을 기간제 뿐만 아니라 용역·파견, 그리고 단시간근로자에까지 원칙적으로 확대하고 있다.

셋째, 정규직 전환 기준을 완화하고 전환 예외사유를 축소하였다. 전환 대상으로서의 ‘상시·지속적 업무’라는 기준은 노무현 정부하에서의 2006년 대책에서 처음 제기되었지만 당시에는 그 구체적인 기준에 대한 설명은 없었다. 그 이후 이명박 정부하에서의 2011년 대책에서 처음으로 ‘2년 이상 계속되고 향후에도 지속되는 업무’로 일정한 기준을 제시하였고, 2012년 지침에서 ‘연중 계속되는 업무로서 과거 2년 이상 계속되어 왔고, 향후에도 2년 이상 계속 지속될 것으로 예상되는 업무’로 보다 구체화되었으며, 여기에서 연중 계속되는 업무란 ‘연간 10~11개월 이상 계속’을 의미하는 것으로 하였다. 박근혜 정부하에서의 2016년 대책에서는 이명박 정부하의 기준을 그대로 이어받으면서도 신설사업의 경우에는 예외적으

51) 2017년 가이드라인의 주요한 내용은 대부분 신정부의 대선공약에서부터 나와 있는 것을 구체화한 것으로, 출범 이후 단기간에 나왔다는 염려에도 불구하고 이전 정부의 정책의 한계를 명확히 인식하고 있다고 생각된다. 더불어민주당, 앞의 정책공약집, p.75 이하 참조.

〈표 2-5〉 상시·지속업무 판단기준 개선 내용

추진 정부 및 대책		상시·지속업무 판단기준
노무현 정부 2006년 대책		구체적 판단기준 ×
이명박 정부	2011년 대책	2년 이상 계속, 향후에도 지속
	2012년 지침	연중 계속되는 업무(연간 10~11개월 이상 계속) 과거 2년 이상 지속 향후에도 2년 이상 계속 지속
박근혜 정부 2016년 대책		연중 계속되는 업무(연간 10~11개월 이상 계속) 과거 2년 이상 지속(단, 신설업무의 경우 적용배제) 향후에도 2년 이상 계속 지속
문재인 정부 2017년 가이드라인		연중 계속되는 업무(연간 9개월 이상 계속) 과거 2년 이상 지속 삭제 향후에도 2년 이상 계속 지속

로 ‘과거 2년 이상 지속’ 요건을 적용배제하는 기준으로 보완하였고, 문재인 정부 들어서 연중 계속되는 업무의 판단기준을 기존의 10~11개월에서 9개월로 단축하고, 과거 2년 이상 지속 요건을 삭제하여 전환 기준으로 상시·지속성 업무 판단기준을 완화하였다고 할 수 있다.

그리고 정규직 전환 기준의 완화와 더불어 정규직 전환 예외 사유를 축소하였다. 특히 기간제법의 영향으로 인하여 55세 이상의 고령자 등 인적숙성에 따른 전환 예외사유를 60세 이상 고령자로 축소하여 기간제법을 뛰어넘는 기준을 제시한 것이다. 이와 같이 정규직 전환 기준을 완화하고 전환 예외사유를 축소하여 결국 정규직으로 전환할 수 있는 범위를 확대했다고 할 수 있다.

넷째, 정규직 사용 원칙으로 ‘비정규직 사용사유제한’을 처음으로 제시하였다. 이 부분은 신정부의 대선공약에서부터 제기된 것으로, 생명·안전업무의 경우에는 상시·지속성 여부를 묻지 않고 정규직 사용원칙을 제시한 것이다. 물론 생명·안전업무가 구체적으로 어떤 업무를 말하는지 명확한 기준을 제시하고 있지는 않지만, 일단 공공부문에서 이러한 비정규직 근로자에 대한 사유제한 방식이 처음으로 제시되었다는 점 자체가 중요한 의미를 갖는다고 할 수 있다.

다섯째, 정규직 전환을 위해서 구체적인 전환범위, 방식, 방법 등을 결

정할 수 있도록 각 기관에 별도의 전환 결정기구를 신설하고 기구에 이해 당사자인 근로자들의 참여를 보장하였다. 특히 파견·용역의 경우에 이해당사자의 입장이 최대한으로 반영될 수 있도록 협의기구의 구성에 이해당사자의 대표자가 참여할 수 있도록 하였다.

나. 신정부의 비정규직 개선정책의 문제점과 과제

위와 같은 신정부의 비정규직 개선정책은 전술한 바와 같이 이전 정부와 비교해 많은 부분에서 개선이 이루어졌다고 할 수 있다. 그러나 신정부가 목표로 삼고 있는 ‘공공서비스 질 제고 및 정규직 고용관행 민간 확산’ 측면에서 보았을 때 몇 가지 아쉬운 점이 있고, 이에 대한 과제를 언급하면 다음과 같다.

첫째, 정규직 전환 방식의 문제점을 들 수 있다. 즉 기간제의 경우 기관이 직접 고용하는 것을 원칙으로 하면서도 전환자를 대상으로 별도의 직군을 신설할 수 있도록 하였고, 파견·용역 근로자의 경우에는 직접고용에 한정하지 않고, 자회사를 통한 전환도 가능하도록 하였다. 물론 정규직 근로자들과의 형평성 등 반발을 최소화하기 위한 방편으로 이해할 수 있으나, 전환의 방법으로 별도의 직군 신설이나 자회사 설립을 허용하는 것은 종전의 무기직(공무직)이라는 용어사용과 동일하게 인식되어 승진, 근로조건 등에 차이가 발생하게 되고, 장기적으로 조직융화 및 차별이 야기될 수 있는 문제로 신중해야 할 사안이라고 생각된다. 이른바 ‘중규직’의 문제가 발생하게 되는 것이다.⁵²⁾ 현재 공공부문에서 용역·파견의 형태로 근무하고 있는 행정·사무보조 및 비서직의 경우에는 한 사무실에서 공채 등으로 채용된 근로자와 함께 근무하면서도 사무실 내 지위가 다르게 되는 문제가 발생할 여지가 많게 되는 것이다.⁵³⁾ 그러므로 일률적으로 별도의 직군을 신설해서는 안 되고, 청소·경비 등과 같이 업무 자체

52) 같은 취지로 김철식(2017. 9), 「문재인 정부의 노동정책」, 『황해문화』, pp.245~248 참조.

53) 이 점과 관련하여 전환 협의기구에 참여해 본 경험으로는 경영층의 입장보다 정규직 근로자의 반발이 생각보다 크다는 점이다. 정규직 근로자의 입장은 이해 못할 바는 아니지만, 대의적인 측면에서 양보와 타협이 불가피할 것으로 보인다.

의 직군분리가 쉬운 분야와 그렇지 않은 분야를 구분해서 이루어지는 것이 바람직할 것으로 보인다.

둘째, 2017년 가이드라인의 내용 가운데 전술한 전환방식과 관련되는 것으로 별도 직군을 신설하는 경우 직군의 임금체계를 달리 설계할 수 있도록 한 점이다. 게다가 2017년 9월에 발표된 추가지침에서는 호봉제 임금체계를 일률적으로 따르는 것에 신중해야 한다는 점도 밝히고 있고, 더 나아가 전환 로드맵에서는 ‘전환 시 임금체계를 일률적인 호봉제보다는 합리적인 형태의 임금체계가 적용될 필요가 있다’고 하여 호봉제를 채택하지 말 것을 내용으로 하는 일종의 가이드라인을 제시하고 있다. 이러한 신정부의 기본 방침은 별도 직군 신설의 경우 결국 임금체계를 기존의 호봉제에서 직무급으로 변동하라는 것을 의미한다고 할 수 있다. 그러나 전체 공공부문 근로자를 대상으로 직무급으로 변동하는 것이 아니라, 전환자만을 대상으로 이루어지는 직무급은 결국 저임금, 보이지 않는 차별을 용인하는 결과를 야기할 수 있고, 연공급 중심의 현행 임금제도의 개선을 목적으로 논의되어온 직무급의 문제가 차별을 정당화하는 수단으로 악용되는 것이라고 할 수밖에 없다.⁵⁴⁾

셋째, 이전 정부의 정책에서도 문제점이라고 지적하였던 정규직 전환에 따른 채용방식으로 ‘최소한’이라는 단서가 붙어 있기는 하지만 평가절차 및 경우에 따라서는 경쟁 방식의 채용을 허용하고 있다는 점이다. 이 문제는 결국 ‘상시·지속적’ 업무 종사 근로자의 정규직 전환이라는 대명제와 맞지 않을 뿐 아니라, 어떻게 평가기준 및 절차를 설정하는가⁵⁵⁾에 따라서 기존의 비정규직 노동조합을 위축시키는 결과를 야기할 수도 있고, 경쟁 방식의 채용이 실질적으로 전환을 배제하는 효과도 나올 수 있는 것이다.⁵⁶⁾ 그러므로 평가절차의 공정성과 객관성을 담보하기 위하여

54) 최근 정부에서는 기존 연공서열형 호봉제를 그대로 두면서 정규직으로 전환할 시 공공부문에서 효율성이 떨어진다는 점을 감안하여 비교적 직무 분석이 쉬운 청소, 사무보조, 설비, 경비, 조리 등 5개 분야를 대상으로 직무급 임금체계 표준안을 제시할 예정임을 밝히고 있다. 한국경제신문(2017), 「30단계 호봉제 폐지, 임금상승 6단계로… 초봉은 늘고 인상폭 줄어」, 2017. 12. 11.

55) 2017년 가이드라인에서는 어떠한 평가절차를 거칠 것인가를 기관별로 자율적으로 정하도록 하고 있다.

56) 이 문제와 관련하여 2017년 가이드라인에서는 평가절차와 관련하여 부당노동행위에

평가기준을 각 기관에 맡길 것이 아니라 표준화된 평가기준 및 절차를 정부차원에서 제공하거나 기존의 근로자를 대표할 수 있는 자와의 협의절차를 거쳐 확립된 기준 또는 근거를 마련하여 정규직 전환에 대한 전환대상자들의 정당한 기대권을 존중해야 할 것으로 보인다. 그리고 마지막으로 경쟁 방식 채용의 경우 탈락자에 대한 배려조치를 별도로 고민해야 할 것으로 보인다.

넷째, 용역·과건의 직접고용 정규직 전환과 관련해서 야기될 수 있는 문제로 용역·과견업체의 예기치 않은 피해를 들 수 있고, 이 부분에 대한 대책이 부족하다는 점이다. 물론 이러한 문제를 감안하여 민간이 보유한 고도의 전문 인력이나 기술, 자본 등이 유기적으로 연계되어 있는 경우나 「소프트웨어산업 진흥법」 등 법령·정책 등에 중소기업 진흥이 장려되는 경우는 정규직 전환대상에서 제외하는 등 일부 대책을 제시하고 있기는 하지만, 거기에 해당되지 않는 용역·과견업체는 기업의 존립이 위태해지는 상황에 빠질 수 있다. 게다가 용역·과건의 정규직 전환 시 자회사를 설립하는 경우 자회사와의 수의계약을 통해서 인력을 공급하는 것이 허용되는 상황에서 민간 기업은 더 큰 피해를 받을 수 있다. 그러므로 업종전환을 도와주거나 직접 피해보상을 해주는 방안 등 다각적인 보완대책이 필요할 것으로 보인다.

다섯째, 기존의 비정규직을 정규직으로 전환했을 시 당연히 이에 관한 비용이 필요할 수밖에 없다. 이와 관련하여 신정부는 2017년 가이드라인의 후속조치로서 ‘각 공공부문 기관은 2018년에 정규직 전환과 관련한 예산 및 처우개선에 필요한 예산을 반영하고, 기관 형평상 일시에 처우개선이 어려울 경우 단계적 추진도 가능하다’는 단 몇 줄에 불과한 대책을 제시하고 있다. 또한 전환 로드맵에서도 2020년까지 상시·지속 비정규직 중 20.5만 명을 전환한다는 구체적인 수치를 밝히면서도, 그에 따른 필요 예산에 대한 로드맵은 보이지 않는다.

물론 정부에서는 용역·과건의 경우 기존의 일부 지자체의 예를 들면서 ‘용역업체에 지급하던 이윤, 일반관리비 등을 활용하면 추가적인 재원 없이 처우개선이 가능하고’, ‘전환 시 임금체계를 일률적인 호봉제보다는

합리적인 형태의 임금체계가 적용될 필요가 있다'고 하면서 국민부담을 최소화하는 방안으로 추진하고 있다고 설명하고 있다.⁵⁷⁾ 그러나 기간제 근로자의 경우, 예산이 한정적으로 운영되는 정부출연연구기관 등 공공기관에서는 별도의 예산지원이 되지 않는 상황에서 필연적으로 전환의 한계가 나타날 것임은 분명하기 때문에 이에 관한 대책이 시급할 것으로 보인다.

제4절 나오면서

각각의 정부에서 구상하여 발표한 비정규직 대책은 기본적으로 모범적 사용자론에 기초하여 공공부문에서부터 모범적으로 비정규직 사용을 억제하고, 이러한 고용관행을 민간부문에까지 확산하고자 하는 의도라고 할 수 있다. 각 정부의 성격에 따라 비정규직 문제에 대처하는 내용 및 방법은 다소 차이가 있다고 하지만, 노무현 정부하의 2004년부터 시작된 공공부문 비정규직 대책은 개선을 거듭하면서 오늘에 이르고 있다고 생각된다.

다만 신정부의 공공부문 비정규직 개선정책이 비정규직 대책의 마지막 정책이 될 것인지에 대해서는 의문의 여지가 있다. 왜냐하면 신정부의 대책을 검토해 보는 한 기본적으로 비정규직의 고용보장 측면에 더 중점이 맞추어져 있어 차별적 처우개선에 대한 문제는 상대적으로 핵심에서 벗어나 있다고 평가될 수 있고, 또한 정부가 좋은 대책을 제시하고 이에 대한 평가·관리를 강화한다고 하더라도 기관마다 재정적인 현황 및 근로자들의 조직화 등 상황이 다르므로 경우에 따라서 정규직 전환 속도에만 중점이 맞추어져 실적에만 집착하거나, 각 기관이 정부 대책의 취지를 악용하여 현실을 도외시한 조직의 비대화에만 열심이거나, 또는 노노 간의 갈등이 야기될 소지가 있기 때문이다. 그러므로 정부로서는 이후에도 전

57) 고용노동부 보도자료(2017), 「공공부문 비정규직 20.5만 명 정규직 전환」, 2017. 10. 26.

환대상 규모의 추이, 차별적 처우 개선상황, 필요한 예산지원, 조직 등 총체적인 점검을 지속적으로 시행하여 개선된 정책모형을 개발하는 것은 물론, 이를 민간부문에까지 확산하는 다양한 방법을 더욱 고민해야 할 것으로 보인다.

제 3 장

기간제근로자 사용사유 제한 입법의 방향과 체계

조임영(영남대 교수)

제1절 머리말

기간제근로자 사용사유 제한이란 법률에서 기간의 정함이 없는 근로계약을 원칙으로 하여 기간제근로자의 사용을 기간을 설정하여 고용해야 할 객관적 필요성에 근거하여 예외적으로 허용하는 것을 말한다. 즉 기간제 근로계약의 체결을 법률로 규제하여 객관적으로 정당한 사유가 있는 경우에만 인정하는 것이다.

기간제근로자 사용에 따른 핵심적인 문제는 고용의 불안정과 차별적인 근로조건이다. 기간제 근로계약이 지니는 기본적인 특질은 정해진 기간이 만료할 때에 특별한 사정이 없는 한 해고제한법의 적용을 받지 않고 근로관계가 당연히 종료된다는 점이다. 이로 인해 기간제 근로계약은 기업의 인력관리의 유연화 등 노무관리를 위한 수단으로 활용될 수 있으나, 근로자측에 대해서는 고용불안정을 비롯해 삶 자체를 불안정하게 한다. 그리고 기업의 기간제근로자 사용의 주요 이유 중의 하나가 인건비 절감에 있는 것으로 확인되고 있으며, 실제 기간제근로자를 비롯한 대부분의 비정규직 근로자들은 임금 등 근로조건에 있어 정규직에 비해 불리한 대

우를 받고 있는 것으로 나타나고 있다. 나아가 차별적인 근로조건에도 불구하고 대부분의 기간제근로자들은 고용의 불안정으로 인해 노동3권의 행사도 현실적으로 제약받고 있다.

이러한 문제점을 가지는 기간제근로자 사용의 남용과 확산은 사회양극화의 주요 원인으로 작용하여 사회통합을 저해할 뿐만 아니라, 노동인권의 측면에서 인간의 존엄과 가치, 차별의 금지, 직업선택의 자유, 근로의 권리, 노동3권 등의 근본가치에 대한 훼손을 초래하고 있다.⁵⁸⁾

2006년 12월 6일 제정되어 2007년 7월 1일부터 시행되어 온 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 ‘기간제법’이라 한다)에서는 기간제근로자의 사용을 원칙적으로 2년으로 제한하면서 일정한 사유가 있는 경우에는 2년을 초과하여 사용할 수 있도록 하고 있다.⁵⁹⁾ 기간제법에서 사용기간만을 제한하고 게다가 2년 초과 사용이 가능한 예외를 넓게 설정함으로써 그 시행 이후 기간제근로자 수는 지속적으로 증가하여 왔으며, 그에 따른 문제점으로 인해 사회적 논란은 증폭되어 왔다. 이에 따라 기간제법의 문제점에 대한 입법정책적 대안으로서 기간제근로자 사용사유 제한이 유력하게 제기되어 왔으며, 이는 지난 대선에서 주요 정책쟁점으로서 부각되었고, 현 정부에서는 이를 국정과제의 하나로 제시하

58) 국가인권위원회(2015), 「비정규직 관련 법률안에 대한 국가인권위원회의 의견」, 2005. 4. 11.

59) 기간제법 제4조(기간제근로자의 사용)에서는 다음과 같이 규정하고 있다.

① 사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있다.

1. 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우
2. 휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 당해 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우
3. 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우
4. 「고령자고용촉진법」 제2조제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우
5. 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우
6. 그 밖에 제1호 내지 제5호에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령이 정하는 경우

② 사용자가 제1항 단서의 사유가 없거나 소멸되었음에도 불구하고 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하는 경우에는 그 기간제근로자는 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 본다.

고 있다.

입법을 통해 기간제근로자 사용사유를 제한하는 경우에 그 구체적인 내용 또는 방식과 관련하여 다양한 세부적인 쟁점들이 있다. 즉 법률에서 어떤 경우에 기간제근로자 사용을 허용할 것인지, 그러한 사용사유를 제한적으로 열거할 것인지 또는 예시적으로 열거할 것인지, 사용기간을 어떻게 설정할 것인지, 어느 범위에서 갱신을 허용할 것인지, 기간제근로자의 연속적인 사용을 어떤 범위에서 허용할 것인지 등이 문제될 수 있다. 이는 기간제근로자 사용사유 제한 입법의 핵심적인 내용들로서 근로자의 고용안정성과 기업의 고용유연성, 또는 고용정책적 측면과 직접적으로 연관되어 있는 쟁점들이다. 기간제근로자 사용에 대한 법적 규율의 정치·사회적인 입법 환경의 변화에도 불구하고 이러한 쟁점들을 비롯하여 기간제근로자 사용사유를 어떻게 제한할 것인지에 대한 구체적인 입법적 검토는 충분하지 않다.

아래에서는 기간제근로자 사용사유 제한 입법의 설계에 있어 기본방향, 사용사유, 사용기간, 계약갱신 등의 주요 쟁점과 관련한 범위에서 ILO, EU 및 프랑스, 독일, 일본의 기간제근로에 대한 규율의 주요 내용을 검토하고, 이를 바탕으로 우리나라에서의 사용사유 제한 방식의 입법 방향과 체계를 살펴본다.

제2절 ILO, EU 및 국가별 기간제고용 관련 법제의 구조

1. ILO

ILO는 1982년에 채택된 제158호 ‘고용종료협약(Termination of Employment Convention; Convention concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer)’에서 사용자의 해고를 정당

한 사유(valid reason)가 있는 경우로 제한하면서(제4조), 이 협약에 따른 보호를 회피할 목적으로 기간제 근로계약을 이용하는 것을 방지하기 위한 적절한 조치를 취할 의무를 비준국에 부과하고 있다(제2조 제3항⁶⁰⁾). 이에 따라 제166호 ‘고용종료권고(Termination of Employment Recommendation)’에서는 구체적인 방지조치로서 ① 기간제 근로계약의 이용을 작업의 성질, 작업이 이행되는 조건이나 근로자의 이익 등으로 인해 고용 관계에 기간을 정하지 않는 것이 가능하지 않은 경우로 제한할 것, ② ① 이외의 기간제 근로계약은 기간을 정하지 않은 고용계약으로 간주할 것, ③ ① 이외의 1회 또는 2회 이상 계약이 갱신된 경우에는 기간의 정함이 없는 것으로 간주할 것 등과 같은 조치의 하나 또는 그 이상을 규정할 것을 제시하고 있다(제3조 제2항⁶¹⁾).

2. EU

1999년 3월 18일 체결된 유럽노동조합연맹(European Trade Union Confederation: ETUC)과 유럽사용자총연합(Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe: UNICE), 유럽공공기업센터(European Centre of Enterprises with Public Participation: CEEP)의 기간제 근로에 관한 기본협약은 1999년 6월 28일 EU지침(Council Directive 1999

60) “Adequate safeguards shall be provided against recourse to contracts of employment for a specified period of time the aim of which is to avoid the protection resulting from this Convention.”

61) “(2) To this end, for example, provision may be made for one or more of the following:

(a) limiting recourse to contracts for a specified period of time to cases in which, owing either to the nature of the work to be effected or to the circumstances under which it is to be effected or to the interests of the worker, the employment relationship cannot be of indeterminate duration;

(b) deeming contracts for a specified period of time, other than in the cases referred to in clause (a) of this subparagraph, to be contracts of employment of indeterminate duration;

© deeming contracts for a specified period of time, when renewed on one or more occasions, other than in the cases mentioned in clause (a) of this subparagraph, to be contracts of employment of indeterminate duration.”

/70/EC of June 1999 concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP)으로 채택되었다. 이 기본협약의 전문에서는 근로시간의 유연성과 근로자의 안정성 간에 보다는 균형의 달성을 목표로 하며, “이 협약의 당사자들은 기간의 정함이 없는 계약이 사용자와 근로자 간의 고용관계의 일반적인 형태이며 앞으로도 계속 그러할 것임을 확인한다. 또한 당사자들은 기간제 근로계약은 특정한 상황에서 사용자와 근로자 간의 필요에 대응하는 것임을 확인한다”⁶²⁾고 하고, 총칙(general considerations)에서는 “기간의 정함이 없는 근로계약이 고용관계의 일반적 형태이며 관련 근로자의 삶의 질에 기여하고 수행성을 향상”⁶³⁾시키며, “객관적 사유에 근거하여 기간제 근로계약을 이용하는 것이 남용을 방지하는 방법”⁶⁴⁾이고, “기간제 근로계약은 사용자와 근로자 모두에게 적합할 수 있는 특정 분야, 업무 및 사업에서의 고용형태”⁶⁵⁾임을 규정하고 있다.

그리고 제5조(남용방지조치) 제1항에서는 “연속적 기간제 근로계약 및 관계의 이용으로부터 발생하는 남용을 방지하기 위한 조치로서 ① 이러한 계약 또는 관계의 갱신을 정당화하는 객관적 이유, ② 연속적 기간제 근로계약 또는 관계의 최장기간, ③ 이러한 계약 또는 관계의 갱신헌수 중 하나 또는 그 이상을 도입한다”⁶⁶⁾고 하고 제2항은 “기간제 근로계약

62) “The parties to this agreement recognise that contracts of an indefinite duration are, and will continue to be, the general form of employment relationship between employers and workers. They also recognise that fixed-term employment contracts respond, in certain circumstances, to the needs of both employers and workers.”

63) “Employment contracts of an indefinite duration are the general form of employment relationships and contribute to the quality of life of the workers concerned and improve performance.”

64) “The use of fixed-term employment contracts based on objective reasons is a way to prevent abuse.”

65) “Fixed-term employment contracts are a feature of employment in certain sectors, occupations and activities which can suit both employers and workers.”

66) “1. To prevent abuse arising from the use of successive fixed-term employment contracts or relationships, Member States, after consultation with social partners in accordance with national law, collective agreements or practice, and/or the social partners, shall, where there are no equivalent legal measures to prevent abuse, introduce in a manner which takes account of the needs of specific sectors

또는 관계가 ① 연속적인 것으로 간주되는 조건, ② 기간의 정함이 없는 계약 또는 관계가 되는 것으로 간주되는 조건을 결정하여야 한다”고 규정하고 있다.

3. 프랑스

프랑스 노동법전에서는 기간의 정함이 없는 근로계약이 원칙임을 확인하고(노동법전 L. 1221-2조⁶⁷⁾. 이하 ‘노동법전’ 생략), 기간제 근로계약 이용사유의 제한, 기간의 상한설정, 갱신횟수의 제한, 기간제 근로계약의 연속적 체결의 제한 등을 규정하고 있다.

기간제 근로계약 이용사유와 관련하여 노동법전에서는 “기간제 근로계약은, 그 사유가 무엇이든 간에, 기업의 통상적이고 지속적인 업무에 속하는 일자리에 지속적으로 근로자를 취로시키는 것을 목적으로 하거나 그러한 결과를 가져와서는 아니된다.”(L. 1242-1조⁶⁸⁾)고 하고, “기간제 근로계약은 명확하고 일시적인 업무의 이행을 위하여만 체결될 수 있다”고 하며 그 이용사유를 한정열거하고 있다(L. 1242-2조⁶⁹⁾). 그 이용사유로는

and/or categories of workers, one or more of the following measures:

- (a) objective reasons justifying the renewal of such contracts or relationships;
- (b) the maximum total duration of successive fixed-term employment contracts or relationships;
- (c) the number of renewals of such contracts or relationships.”

67) 노동법전 L. 1221-2조에서는 “기간의 정함이 없는 근로계약이 노동관계의 통상적이고 일반적인 형태이다. 다만, 근로계약은 기간제 근로계약에 관하여 제4장에서 규정하고 있는 사유 및 조건의 범위 내에서 계약 체결 시에 명확히 정해진 또는 목적의 실현으로 발생하는 기간을 포함할 수 있다.”(Le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail. Toutefois, le contrat de travail peut comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou résultant de la réalisation de l’objet pour lequel il est conclu dans les cas et dans les conditions mentionnés au titre IV relatif au contrat de travail à durée déterminée.)고 규정하고 있다.

68) “Un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l’activité normale et permanente de l’entreprise.”

69) “un contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu que pour l’exécution d’une tâche précise et temporaire, et seulement dans les cas suivants”

① 일시적 결원 근로자 등의 대체, ② 기업 활동의 일시적 증가, ③ 계절적 성격의 고용, ④ 일정한 사업분야에서 이행되는 사업의 성질 및 그 고용의 본래 일시적 성격으로 인해 기간의 정함이 없는 근로계약을 이용하지 않는 것이 항상적 관행인 고용, ⑤ 특정 목적의 실현을 위한 전문직 기사(ingénieurs) 또는 관리직(cadres)의 채용 등을 규정하고 있다. 또한 이러한 통상의 이용사유 이외에 고용정책 및 직업훈련을 위한 기간제 근로계약의 이용을 허용하고 있다(L. 1242-3조). 한편, 파업근로자 대체, 특별히 위험한 작업의 이행, 경제적 해고 이후 일정한 기간에 대해서는 기간제 근로계약의 이용을 금지하고 있다(L. 1242-5조 및 L. 1242-6조).

계약기간은 이용사유에 따라 시기 및 종기를 포함하는 확정기한과 계약목적의 실현으로 종료하는 불확정기한으로 할 수 있다. 확정기한으로 계약을 체결하는 경우에 원칙으로서 상한은 18개월이며, 그 범위 내에서 갱신횟수는 2회로 제한된다(L. 1242-7조 이하 및 L. 1243-13조 이하). 그리고 남용을 방지하기 위해 동일근로자 또는 다른 근로자와의 연속적 계약을 제한하고 있다(L. 1244-1조 이하).

노동법전에서는 이와 같은 기간제 근로계약 이용의 실체적 요건과 더불어 서면요건이나 필요기제사항의 열거 등 형식적 요건을 규정하고 있다(L. 1242-12조 이하).

이러한 실체적·절차적 규제의 실효성을 확보하기 위해 범위반에 대해서는 제재가 규정되어 있다. 사용자가 이용사유를 위반하여 기간제 근로계약을 이용하거나 상한기간을 초과하여 이용하는 등의 범위반에 대해서는 민사제재로서 해당 기간제 근로계약을 기간의 정함이 없는 계약인 것으로 간주하며(L. 1243-11조 및 L. 1245-1조), 이와 더불어 형사제재도 예정되어 있다(L. 1248-1조 이하). 나아가 기간제 근로계약의 남용적 내지 탈법적 이용을 방지하기 위하여 노동조합, 기업위원회 및 근로감독관에 의한 감시·시정기능이 강화되어 있다.

4. 독 일

독일에서 기간제근로를 규율하고 있는 법은 2001년 1월 1일부터 시행

되고 있는 ‘단시간근로 및 기간제 근로계약에 관한 법률’(TzBfG, 이하 ‘단기법’이라 한다)이다. 단기법에서는 기간제 근로계약의 체결을 원칙적으로 정당한 사유(Sachlicher Grund)가 있는 경우에 한하여 허용하고 있다(단기법 제14조 1항. 이하 ‘단기법’ 생략). 정당한 사유에 해당하는 경우에는 ① 노동력에 대한 사업의 수요가 일시적으로만 요구될 경우, ② 직업훈련생 또는 학생이 근로관계로 이전하는 것을 쉽게 하기 위한 경우, ③ 다른 근로자의 업무를 대체하기 위한 경우, ④ 업무의 성질상 정당한 경우, ⑤ 시용을 위한 경우, ⑥ 근로자의 일신상의 사유에 의한 경우, ⑦ 재정법상 기간제 근로자의 고용을 정하고 있는 예산으로 근로자의 보수를 지급하고 이에 따라 근로자를 사용하는 경우, ⑧ 법원의 화해나 조정에 의해 근로계약의 기간이 정해지는 경우를 열거하고 있다.⁷⁰⁾ 이러한 사유는 연방노동법원의 판례에서 기간설정의 정당한 사유로서 인정되어 온 사항이며, 예시열거인 것으로 해석되고 있다. 정당한 사유가 인정되는 기간제 근로계약에 대해서는 최장기간의 제약은 없다.

한편, 단기법에서는 예외적으로 다음과 같이 일정한 범위에서는 정당한 사유가 없어도 기간제 근로계약의 체결을 허용하고 있다. 첫째, 사용자가 해당 근로자와 최초로 노동관계를 가지는 경우에 한하여 2년의 한도 내에서는 정당한 사유가 없어도 특정한 일자를 기간으로 정하여 근로계약을 체결할 수 있으며, 그 기간 내에 최대 3회의 갱신이 허용된다(제

70) “(1) Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Ein sachlicher Grund liegt insbesondere vor, wenn

1. der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht,
2. die Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium erfolgt, um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern,
3. der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird,
4. die Eigenart der Arbeitsleistung die Befristung rechtfertigt,
5. die Befristung zur Erprobung erfolgt,
6. in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe die Befristung rechtfertigen,
7. der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und er entsprechend beschäftigt wird oder
8. die Befristung auf einem gerichtlichen Vergleich beruht.”

14조 제2항). 둘째, 기업을 설립한 이후 4년까지 정당한 사유가 없어도 최대 4년의 기간제 근로계약의 체결을 허용하고 있다. 이 경우 해당 근로자와 이전에 근로계약이 없었던 경우에 허용되며, 4년의 범위 내에서 갱신했수는 제한이 없다(제14조 제2a항). 셋째, 52세 이상 근로자가 기간제 근로계약에 따른 근로관계 개시일 이전 4개월 동안 실업상태에 있는 등 일정한 요건을 갖출 경우에는 정당한 사유가 없어도 최대 5년의 기간제 근로계약을 체결할 수 있으며, 5년의 범위 내에서 갱신했수는 제한이 없다(제14조 제3항).

단기법에서는 기간제 근로계약의 체결은 계약기간을 기재한 서면으로 하여야만 유효한 것으로 규정하고 있다(제14조 제4항). 기간설정이 무효인 경우, 당사자의 합의로 정해진 기일이 도과하였거나 계약목적이 실현되었고 사용자도 알고 있음에도 불구하고 근로관계가 지속될 수 경우에는 기간의 정함이 없는 근로계약관계가 된다(제15조 및 제16조).

다른 한편, 「학술분야 기간제 근로계약에 관한 법률」(Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft)에서는 대학, 연구소, 문화 예술분야의 인력에 관한 기간제 근로계약에 대해 별도로 규율하고 있다.

5. 일 본

일본의 「노동계약법」에서는 동일한 사용자와의 사이에서 체결된 둘 이상의 기간제 근로계약의 계약기간을 통산한 기간(통산계약기간)이 5년을 초과하는 근로자가 당해 사용자에 대하여 현재 체결되어 있는 기간제 근로계약의 계약기간이 만료되기 전까지 당해 계약이 만료하는 날의 익일로부터 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결할 의사표시를 한 경우에는 사용자가 이를 승낙한 것으로 간주한다(노동계약법 제18조 1항. 이하 ‘노동계약법’ 생략). 이와 같은 무기근로계약 전환에 관한 규정의 적용과 관련하여, 「연구개발시스템의 개혁 추진 등에 의한 연구개발능력의 강화 및 연구개발 등의 효율적 추진 등에 관한 법률」 및 「전문적 지식 등을 가진 기간제 근로자 등에 관한 특별조치법」에서는 각각 노동계약법상 무기근로계약 전환신청권 발생까지의 기간에 관한 특례 규정을 두고 있다.

한편, 노동계약법에서는 일정한 경우에 사용자의 기간제 근로계약 갱신거부를 제한하고 있다. 즉 ① 당해 기간제 근로계약이 과거에 반복하여 갱신되었고 그 계약기간의 만료 시에 당해 기간제 근로계약을 갱신하지 않음에 의해 당해 기간제 근로계약을 종료시키는 것이 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고 있는 근로자에게 해고의 의사표시를 하여 당해 기간의 정함이 없는 근로계약을 종료시키는 것과 사회통념상 동일시할 수 있다고 인정되는 경우, ② 당해 근로자에 있어서 당해 기간제 근로계약의 계약기간의 만료 시에 당해 기간제 근로계약이 갱신되는 것으로 기대되는 것에 관하여 합리적인 이유가 있는 것으로 인정되는 경우의 어느 하나에 해당하는 경우에 계약기간이 만료하는 날까지의 사이에 근로자가 당해 기간제 근로계약의 갱신신청을 한 경우 또는 당해 계약기간의 만료 후 지체없이 기간제 근로계약의 체결을 신청한 경우에, 사용자가 당해 신청을 거절하는 것에 객관적으로 합리적인 이유가 없고, 사회통념상 상당하다고 인정되는 경우에는 사용자가 종전의 기간제 근로계약의 내용인 근로조건과 동일한 근로조건으로 당해 신청을 승낙한 것으로 간주한다고 규정하고 있다(제19조).

제3절 기간제근로자 사용사유 제한 입법의 방향과 체계

1. 근로계약의 기본원칙 확립

기간제근로자 사용사유 제한은 원칙적으로 기간제 근로계약이 아니라 기간의 정함이 없는 근로계약으로 근로자를 고용하도록 함으로써 고용의 불안정을 방지하고 기업 내에서 계약형태에 따른 근로자 간 근로조건 격차를 해소하는 것을 목적으로 한다. 곧 기간제근로자 사용사유 제한은 기간의 정함이 없는 근로계약이 원칙이며 기간제 근로계약은 예외적 계약 형태임을 전제로 한다.

ILO, EU, 프랑스 및 독일에서는 이러한 원칙을 직접적 또는 간접적으

로 확인하고 있는데, 프랑스의 입법 사례가 가장 명확하고 체계적이다. 프랑스 노동법전에서는 “기간의 정함이 없는 근로계약이 노동관계의 통상적이고 일반적인 형태이다. 다만, 근로계약은 기간제 근로계약에 관하여 제4장에서 규정하고 있는 사유 및 조건의 범위 내에서 계약 체결 시에 명확히 정해진 또는 목적의 실현으로 발생하는 기간을 포함할 수 있다.”(L. 1221-2조)고 하고, “기간제 근로계약은, 그 사유가 무엇이든 간에, 기업의 통상적이고 지속적인 업무에 속하는 일자리에 지속적으로 근로자를 취로시키는 것을 목적으로 하거나 그러한 결과를 가져와서는 아니된다.”(L. 1242-1조), “기간제 근로계약은 명확하고 일시적인 업무의 이행에 한하여 체결될 수 있다”(L. 1242-2조)고 규정하여 기간의 정함이 없는 근로계약이 원칙이고 기간제 근로계약은 예외적·보충적인 경우에 한하여 허용됨을 명확히 하고 있다.

사용사유 제한 입법의 법체계적 정합성을 확보하고 사용사유의 확정 및 기간제 근로계약의 유효성에 대한 법해석의 방향을 제시하기 위해 법률에서 프랑스와 같은 기본원칙을 명확히 규정할 필요가 있다.

2. 기간제근로자 사용사유 및 기간의 제한

기간제근로자 사용사유 제한의 원칙에 따르면 기간제근로자 사용은 일시적, 임시적 성질을 가지는 업무에 한정된다. 그렇다면 어떤 경우에 이러한 업무의 일시성, 임시성을 인정할 것인지, 그 기간을 어떻게 설정할 것인지가 문제된다. ILO 제166호 ‘고용종료권고’에서는 기간제 근로계약의 이용을 작업의 성질, 작업이 이행되는 조건이나 근로자의 이익 등으로 인해 고용관계에 기간을 정하지 않는 것이 가능하지 않은 경우로 제한할 것을 제시하고 있고, EU지침에서는 기간제 근로계약은 사용자와 근로자 모두에게 적합할 수 있는 특정 분야, 업무 및 사업에서의 고용형태임을 규정하고 있다. 프랑스와 독일에서는 기간제 근로자 사용사유를 구체적으로 열거하고 있는데, 이는 그 성질에 따라 업무의 성질, 계약의 목적 등으로 인해 근로관계의 일시적 성격이 객관적으로 명백하여 기간제 고용을 사용하는 것이 불가피한 전형적인 ‘일반적 사용사유’와 고용정책 등

〈표 3-1〉 기간제근로자 사용사유의 성질에 따른 구분

일반적 사용사유	정책적 사용사유
근로관계의 일시적 성격이 객관적으로 명백한 사유	일정한 정책적 목표에 따라 상시·지속적 업무에 대해 기간제 근로계약을 허용하는 경우

일정한 정책적 목표에 따라 상시·지속적 업무에 대해 기간제 근로계약을 허용하는 ‘정책적 사용사유’로 구분할 수 있다.

일반적 사용사유의 경우에도 구체적인 사용사유에 따라서는 사용기간, 계약갱신 및 연속 등에 대한 규율을 통해 고용불안정의 방지와 기업 인력 운용의 유연성 확보의 조화를 도모하고 있고, 정책적 사용사유에 있어서도 고용불안정의 측면에서 노동시장에 미치는 영향을 고려하여 일정한 범위 내에서 운용하고 있다.

아래에서는 기간제근로자 사용사유를 ‘일반적 사용사유’와 ‘정책적 사용사유’로 구분하여 각각에 해당하는 타당한 사유, 기간 등에 대해 검토한다.

가. 일반적 사용사유

일반적 사용사유는 그 성질에 따라 ① 일시적 결원 근로자 등의 대체, ② 노동력 수요의 변동, ③ 업무의 성질에 따른 필요의 세 범주로 구분할 수 있다.

〈표 3-2〉 일반적 사용사유의 세부 영역

사용사유의 성질	세부 영역
일반적 사용사유	- 일시적 결원 근로자 등의 대체 - 노동력 수요의 변동 - 업무의 성질에 따른 필요

1) 일시적 결원 근로자 등의 대체

가) 사용사유

프랑스 노동법전에서는 근로자의 일시적 결원, 단시간근로로의 일시적 전환, 근로계약의 정지, 일자리 폐지 이전에 근로자의 최종적인 이직, 기간의 정함이 없는 근로계약으로 채용된 근로자의 실제 업무개시의 대기 등과 같은 경우에 이를 대체하기 위한 기간제 근로계약의 체결을 허용하고 있다(L. 1242-2조, 1o). 독일 단기법에서는 다른 근로자의 업무를 대체하기 위한 기간제 근로계약의 체결을 근로계약 기간설정의 객관적 이유가 인정되는 사유의 하나로 열거하고 있고(제14조 제1항 제3호), 질병, 임신, 육아휴직 등에 의한 결원 발생의 대체, 이전 고용되어 있는 근로자의 근로 재개 시까지의 대체 등이 이에 해당하는 것으로 해석되고 있다.

나) 사용기간

기간제 근로계약을 체결하여 근로자를 대체할 경우에는 피대체근로자의 결원 기간 전체를 대체할 경우 피대체근로자의 복귀 내지는 업무개시(결원종료) 등을 기한으로 하는 불확정기한으로 계약을 체결할 수 있다. 그리고 대체계약 시에 결원기간을 즉시 결정할 수 있을 경우(출산휴가, 육아휴가 등)에는 확정기한으로 계약을 체결할 수 있다. 프랑스의 경우 사용자의 필요에 따라 결원기간 전체가 아니라 일부 기간만을 대체하기 위한 부분대체를 허용하고 있으며, 이 경우 확정기한으로 계약을 체결할 수 있다.

대체계약을 확정기한으로 할 경우에 최장기간 및 갱신횟수를 제한할 것인지가 문제된다. 독일의 경우에는 이에 관한 명확한 규정이 없으며, 프랑스 노동법전에서는 확정기한의 기간제 근로계약에 대해 원칙적으로 최장기간을 18개월로 설정하고(L. 1242-8조), 그 범위 내에서 갱신횟수를 2회로 제한(L. 1242-13조)하고 있다. 그리고 기간제 근로계약의 기간만료 시에 노동관계가 지속될 경우 기간제 근로계약은 기간의 정함이 없는 근로계약이 된다(L. 1243-11조). 한편 노동법전에서는 원칙적으로 계약의 연속을 제한하고 있지만 근로자대체의 경우 이전 계약의 만료 시에 동일한 사유에 해당하지 않는 이용사유에 근거하여 새로운 계약을 즉시 체결

할 수 있도록 하고 있다(L. 1244-1조 및 L. 1244-4조).

프랑스, 독일에서는 결원근로자 대체의 경우 해당 결원근로자가 담당하고 있던 직무에 대한 직접적 대체뿐만 아니라 결원근로자의 직무에 다른 근로자를 배치하고 그 근로자의 직무를 대체하는 간접적 대체(연쇄대체)도 사용자의 인사권을 고려하여 인정하고 있다.

한편, 프랑스에서는 일자리 폐지 이전에 최종적으로 이직한 근로자 대체의 경우 확정기한으로 계약을 체결해야 하고 최장기간은 24개월을 초과할 수 없다. 그리고 근로자대표와 사전에 협의해야 한다. 기간의 정함이 없는 근로계약으로 채용된 근로자의 실제 업무개시 때까지의 대체의 경우 계약은 확정기한 또는 불확정기한으로 체결할 수 있으나 9개월을 초과할 수 없다.

다) 검토

일시적 결원 근로자 등의 대체 사유로는 프랑스 사례와 같은 사유를 구체적으로 열거할 수 있을 것이다. 이 경우 그 일시성이 사용자의 주관적 의사와 관계없는 객관적인 성질을 가지므로 남용의 위험성이 제한적이다. 따라서 계약의 기간과 관련하여 일반적으로 유연한 이용방식이 허용되고 있다. 계약기간은 불확정기한 및 확정기한으로 체결할 수 있도록 하며, 확정기한으로 체결할 경우에 근로자의 고용불안정을 방지하기 위해 최장기간을 설정하고 갱신횟수를 제한하는 것이 타당하다. 다만, 일자리 폐지 이전에 최종적으로 이직한 근로자의 대체, 기간의 정함이 없는

〈표 3-3〉 일시적 결원 근로자 등의 대체의 세부 사용사유 및 사용기간

	세부 사용사유	사용기간
일시적 결원 근로자 등의 대체	- 일시적 결원 근로자 대체 - 일시적으로 단시간근로로 전환한 근로자 등 대체	확정기한(상한기간 설정 및 갱신횟수 제한) 또는 불확정기한
	- 일자리 폐지 이전 최종적으로 이직한 근로자 대체 - 기간의 정함이 없는 근로계약으로 채용된 근로자의 업무개시 때까지 대체	확정기한(상한기간 설정 및 갱신횟수 제한)

근로계약으로 채용된 근로자의 실제 업무개시 때까지의 대체의 경우 남용의 위험이 있기 때문에 기간제 근로계약의 이용방식을 프랑스 사례와 같이 확정기한을 원칙으로 하고 최장기간을 제한할 필요가 있다.

2) 노동력 수요의 변동

노동력 수요의 변동에 따른 기간제 근로자 사용사유는 일반적 노동력 수요의 변동, 특별한 노동력 수요의 변동으로 구분할 수 있다.

가) 일반적 노동력 수요의 변동

(1) 사용사유

프랑스 노동법전에서는 기업활동의 일시적 증가에 따른 노동력의 일시적 수요에 대응하기 위한 기간제고용을 허용하고 있다. 이에 해당하는 구체적인 사유로는 ㉠ 기업의 통상적인 활동의 일시적 증가(L. 1242-2조, 2o), ㉡ 기업의 통상적인 활동에 속하지 않는 명확히 한정되고 비지속적인 임시업무의 이행(L. 1242-5조), ㉢ 안전조치를 위한 긴급작업의 이행(L. 1242-8조), ㉣ 원청 또는 하청의 주문과 관련하여 기업에서 그 기업이 통상적으로 사용하는 수단의 한도를 양적, 질적으로 초과하는 수단의 실시를 필요로 하는 다량의 예외적인 수출주문의 발생(L. 1242-8조)을 규정하고 있다. 독일 단기법에서는 이러한 사용사유에 대응하여 포괄적으로 노동력에 대한 사업의 수요가 일시적으로만 요구될 경우(제14조 제1항 제1호)에 기간설정이 정당한 것으로 규정하고 있다.

프랑스에서는 기업의 통상적인 활동의 일시적 증가에 해당하는 경우로서 해석상 신규사업 및 신상품의 출시에 따른 추가적 노동력의 수요에 대해 사업의 성공과 그에 따른 업무의 지속화가 불확실하기 때문에, 또는 실험기간 동안의 새로운 상품 및 사업에 관한 실험은 기업의 통상적이고 지속적인 업무로 볼 수 없다고 하여 기간제 근로계약을 이용하는 것을 긍정하는 것이 일반적이다. 독일에서는 특히 신설기업에 대해서는 경영전망에 대한 불확실성과 인력수요에 대한 예측의 가변성을 고려하여 고용에 대한 유연성을 보장하기 위해 별도의 정당한 사유가 없어도 일정한 범위에서 기간제근로자의 사용을 허용하고 있다.⁷¹⁾

한편 독일에서는 노동력에 대한 사업의 수요가 일시적으로만 요구될 경우에 해당하는 사유로서 일시적으로 인력 수요가 늘어나게 되는 경우와 더불어 휴업, 구조조정, 사업장 폐쇄 등이 예정된 경우와 같이 향후 지속적으로 인력수요가 감소될 것이라는 전망이 있는 경우를 포함하는 것으로 해석하고 있다.⁷²⁾ 반면, 프랑스에서는 기업의 통상적인 활동의 일시적 증가에 기업 활동의 축소 가능성은 해당하지 않는 것으로 해석하고 있다.⁷³⁾

(2) 사용기간

프랑스의 노동법전에 따르면, 기업의 통상적인 활동의 일시적 증가, 기업의 통상적인 활동에 속하지 않는 명확히 한정되고 비지속적인 임시업무의 이행을 사유로 기간제 근로계약을 체결할 경우에 확정기한으로 체결해야 한다. 이 경우 일반적인 계약기간 제한에 따라 최장 기간이 18개월이며, 그 범위 내에서 2회의 갱신이 가능하다. 기간 만료 시에 기간제 근로계약 관계의 즉각적 재개는 허용되지 않으며, 이를 위해서는 기간이 만료된 계약기간의 3분의 1에 해당하는 대기기간 내지 공백기간을 준수해야 한다. 특별한 경우로서 안전조치를 위한 긴급작업 이행의 경우에는 계약기간이 9개월을 초과할 수 없지만, 대기기간 규정을 적용받지 않고 연속하여 계약을 체결할 수 있다. 예외적인 수출주문 발생의 경우에는 최장기간이 24개월로 연장되며, 기간 만료 시에 기간제 근로계약 관계의 즉각적 재개는 허용되지 않으며, 이를 위해서는 기간이 만료된 계약기간의 3분의 1에 해당하는 대기기간을 준수해야 한다.

독일에서는 원칙적으로 해당 사유가 소멸하는 기간까지 가능하며, 그 기간에 객관적 사유가 필요한 것은 아니라고 한다. 신설기업에 대해서는 기업을 설립한 이후 4년까지 정당한 사유가 없어도 최장 4년의 기간제 근로계약 체결을 허용하고 있다. 이 경우 해당 근로자와 이전에 근로계약이 없었던 경우에 허용되며, 최장기간인 4년의 범위 내에서 갱신횟수는 제한

71) BT-Drucks. 15/1204, S.10.(권혁(2011), 『독일 기간제 근로관계법의 적용과 평가 연구』, 경제사회발전노사정위원회, p.68).

72) BAG 3. 12. 1997, AP Nr.196 zu §620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag(권혁, 위의 보고서, pp.32~33).

73) Cass. soc., 4 mars 1992, JurisData n° 1992-000494.

이 없다.

(3) 검토

일반적 노동력 수요의 변동에 해당하는 기간제근로자 사용사유로는 프랑스의 노동법전에서 규정하고 있는 사유와 더불어 독일의 사례와 같이 신설기업의 특성을 고려하여 이에 대한 특례도 일정한 범위에서 고려해 볼 수 있을 것이다. 그리고 독일과 같이 휴업, 구조조정, 사업장 폐쇄 등이 예정된 경우와 같이 향후 지속적으로 인력수요가 감소할 것이라고 전망되는 경우에 기간제 근로자 사용도 타당할 것이다. 다만 기업의 경제적 활동에 내재하는 장래 전개의 불확실성은 사용자가 부담해야 할 전형적인 위험이므로 이를 이유로 기간제근로자의 사용을 허용할 수는 없기 때문에, 이러한 경우에 남용을 방지하기 위해 일정한 기간 이후에는 인력이 불필요하게 될 것이라는 충분한 개연성이 있는 구체적 사실의 존재와 같은 요건의 설정이 필요하다.⁷⁴⁾

계약의 기간은 노동력 수요의 일시적 변동과 지속화를 구별하는 것이 쉽지 않기 때문에 남용의 위험과 고용불안정을 방지하기 위해 프랑스 사례와 같이 최장기간을 설정하여 확정기한으로 체결하도록 하고, 갱신횟수 및 연속적인 계약의 체결을 제한하는 것이 타당하다.

나) 특별한 노동력 수요의 변동

기간제근로자 사용사유로서 특별한 노동력 수요의 변동에 해당하는 경우로는 사업의 완료와 특정업무의 완성을 들 수 있다.

(1) 사업의 완료

프랑스에서 건설, 토목공사 등 한시적으로 사업이 행해지는 일정한 분야에서의 사업의 수행을 위한 근로계약은 사업의 기간에 대한 예측이 가능하더라도 그 기간이 주로 사용자의 추진의사, 작업속도, 재정적·기술적 수단 등에 좌우되어 정확한 판단이 어렵기 때문에 기간제 근로계약이 허용되지 않고 기간의 정함이 없는 근로계약으로 인정되어 왔다. 이와 같은 공사의 완료를 기간으로 하는 공사계약(*contrat de chantier*)은 기간의

74) Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 14 Rn. 20(김기선(2017), 「독일 내의 기간제에 대한 규율」, 한국노동연구원 세미나 발표자료, 2017. 7, p.4).

정함이 없는 계약에 해당하지만, 법원은 공사의 완료 시에 해고는 정당한 이유(cause réelle et sérieuse)가 있는 것으로 인정하여 왔다.

2017년 9월 22일의 ‘노동관계의 예측가능성 및 안정화에 관한 법률명령’⁷⁵⁾에서는 노동법전에 기간의 정함이 없는 공사계약에 관한 구체적인 규정을 도입하였다. 이 법률명령에서는 확장된 단체협약에서 공사기간을 위해 체결되는 계약의 이용이 가능한 조건을 정하도록 하고, 단체협약이 없을 경우에 공사계약은 이러한 계약의 이용이 관행적인 분야에서 체결될 수 있으며, 공사의 완료 시 공사계약의 종료는 정당한 이유가 있는 것으로 규정하고 있다(제30조).

(2) 특정한 업무의 완성

특정한 업무의 완성을 사유로 하는 기간제근로자 사용에 대해 프랑스, 일본에서는 별도의 규정을 두고 있다.

프랑스 노동법전에서는 특정 목적의 실현을 위하여 전문직 기사(ingénieurs) 및 관리직(cadres)을 기간제 근로계약으로 고용하는 것을 허용하고 있다(L. 1242-2조, 6o). 이러한 계약은 ‘프로젝트 계약(contrat de projet)’이라고도 하며, 계약의 목적인 프로젝트의 실현과 더불어 종료되는 것을 특징으로 한다. 노동법전에서는 이러한 기간제 근로계약 체결에 대해 특별한 요건을 규정하고 있다. 확장된 단체협약 또는 확장된 단체협약이 없을 경우에 기업협약에서 이러한 계약에 대해 규정하고 있고 그 단체협약의 적용을 받는 기업에 한하여 계약의 체결이 허용된다. 단체협약에서는 이러한 계약이 적합한 대응일 수 있는 경제적 필요성, 해당 근로자의 재배치 지원, 실효적인 경력획득, 우선적 재고용 및 직업교육, 기간의 정함이 없는 근로계약에 관한 우선적 접근 등의 사항을 기재해야 한다. 특정 목적을 위한 기간제 근로계약은 단체협약에서 정한 전문직 기사 및 관리직에 대해서만 체결할 수 있다. 이는 계약목적의 완성을 기한으로 하는 불확정기한의 계약(L. 1243-5조)이지만, 최소 18개월 이상 및 최장 36개월의 범위 내에서 체결될 수 있으며 갱신할 수 없다(L. 1242-8-1조). 사용자 또는 근로자는 정당한 사유가 있을 경우에 18개월 및 24개월 도과 시

75) Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail.

에 중도에 계약을 해지할 수 있다.

한편, 2017년 9월 22일의 ‘노동관계의 예측가능성 및 안정화에 관한 법률명령’에서는 공사계약과 함께 프로젝트 계약과 같은 맥락에서 계약상 정한 특정업무의 완성이로 종료되는 기간의 정함이 없는 작업계약(contrat d’opération)을 도입하였는데, 공사계약에 관한 규정이 동일하게 적용된다.

일본은 「전문적 지식 등을 가진 기간제근로자 등에 관한 특별조치법」에서 전문적 지식 등을 가지는 기간제근로자(고도전문직)에 관하여 그 특성에 따라 고용관리에 특별한 조치가 강구되는 경우에 노동계약법상 무기계약 전환신청권 발생까지의 기간에 관한 특례를 규정하고 있다. 이 법에 따르면, 이러한 특례의 적용을 희망하는 사업자는 특례 대상근로자의 능력이 유효하게 발휘될 수 있도록 고용관리 조치에 관한 계획을 작성하여 관할 행정관청에 제출하고, 행정관청은 사업주가 신청한 계획이 적절하면 인정을 하며, 인정을 받은 사업주에게 고용되는 대상노동자에 대하여 특례가 적용된다.⁷⁶⁾

특례가 적용될 경우에 노동계약법상 동일한 사용자와의 기간제 근로계약이 통산 5년을 초과하여 반복갱신된 경우에 무기계약 전환신청권이 발생하는데, 특례의 적용대상자가 고도의 전문적 지식 등을 필요로 하고, 5년을 초과하는 일정의 기간 내에 완료하는 업무(특정유기업무. 이하 ‘프로젝트’라 한다. 매년도 행해지는 업무 등 항상적으로 계속하는 업무는 해당되지 않는다)에 종사하는 경우 당해 프로젝트에 종사하고 있는 기간에는 무기계약 전환신청권이 발생하지 않으며, 무기계약 전환신청권이 발생하지 않는 기간의 상한은 10년이다. 한편, 고도전문직 기간제근로자에 대해서도 노동계약법 제19조의 기간제 근로계약 갱신청구권에 관한 규정이 적용된다.

이러한 특례가 적용되는 고도전문직은 ① 박사학위를 가지는 자, ② 공인회계사, 의사, 치과 의사, 수의사, 변호사, 1급 건축사, 세리사, 약제사, 사

76) 厚生労働省, 「高度専門職・継続雇用の高齢者に関する無期轉換ルールの特例について」(<http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11200000-Roudoukijunkyoku/0000075676.pdf>)

회보험노무사, 부동산감정사, 기술사 또는 변리사, ③IT 전략가, 시스템 분석가, 생명보험사업·손해보험사업 등의 수리업무 전문직(Actuary) 자격시험에 합격한 자, ④특허발명의 발명자, 등록의장의 창작자, 등록품종의 육성자, ⑤대졸자로 5년, 단대·고졸졸업자로 6년, 고졸자로 7년 이상 실무경험을 가지는 농림수산업·광공업·기계·전기·건축·토목의 기술자, 시스템엔지니어 또는 디자이너, ⑥시스템엔지니어로서의 실무경험 5년 이상을 가지는 시스템컨설턴트, ⑦국가 등에 의해서 지식 등이 우수한 자인 것으로 인정되어 위 ①에서 ⑥까지에 속하는 자에 준하는 자이며 후생노동기준국장이 인정한 자로서, 일정한 연평균 근로소득의 요건을 갖춘 자이다.

(3) 검토

프랑스, 일본의 사례에서 볼 수 있듯이 사업의 완료나 특정한 업무의 완성을 사유로 하는 기간제근로자 사용에 대해서는 일반적인 기간제근로자 사용사유와는 달리 특별히 규율하고 있다. 건설공사 등 유기사업의 경우에 사업 자체가 한시적이어서 전통적으로 사업의 종료를 기간으로 하는 계약이 인정되어 왔다.

그렇지만 특정한 업무의 완성과 관련한 기간제근로자 사용에 대해서는 고용불안정, 남용의 위험 등이 문제될 수 있다. 일반적인 기간제근로자 사용사유가 근로자의 일시적 결원, 시장상황의 변동에 따른 주문의 일시적 증가 등과 같이 사용자로부터 독립된 외부에서 발생하여 사용자가 지배할 수 없는 사유임에 비하여, 특정한 업무의 완성을 위한 기간제근로자 사용의 경우 사용자가 프로젝트 형태로 노동을 조직하여 이러한 사용사유의 조건을 스스로 만들 수 있고, 그 기간이 상대적으로 장기일 수 있다는 점에서 본질적인 차이가 있기 때문이다. 이에 따라 프랑스, 일본에서는 일반적인 기간제근로자 사용기간을 초과하는 특정 업무의 완성을 사유로 하는 기간제근로자 사용에 대해서는 그 적용대상을 한정하고 사용기간에 대한 특례를 두는 동시에 다양한 보호규정을 두고 있다. 이와 관련한 주요 특징을 보면 다음과 같다.

첫째, 적용대상과 관련하여 프랑스에서는 기본적으로 노사의 단체협약

에서 정하는 전문직 기사, 관리직에 한정하고 있으며, 일본에서는 법률에서 박사학위를 가지는 자 등으로서 연평균 근로소득이 일정한 수준 이상인 자로 제한하고 있다.

둘째, 사용기간과 관련하여 프랑스에서는 특정한 업무의 완성을 기한으로 하는 불확정기한의 계약으로 체결해야 하지만, 최소 18개월 이상 및 최장 36개월의 범위 내에서 체결할 수 있으며 갱신할 수 없고 계약 기간 내에 노사 어느 일방의 중도해지가 가능하도록 하고 있는데, 일본의 경우 최장 10년의 범위 내에서 확정기한으로 체결할 수 있으며, 갱신회수에 제한은 없으나 반복갱신 등 일정한 요건을 갖추는 경우에는 갱신청구권을 인정하고 있다.

셋째, 관련 근로자의 보호를 위해 프랑스에서는 단체협약에서 해당 근로자의 재배치 지원, 실효적인 경력획득, 우선적 재고용 및 직업교육, 기간의 정함이 없는 근로계약에 관한 우선적 접근 등의 사항을 기재하도록 하고 있으며, 일본에서는 사업주가 특례 대상근로자의 능력이 유효하게 발휘될 수 있도록 교육훈련을 받기 위한 유급휴가 또는 장기휴가의 부여 등과 같은 고용관리조치계획을 작성하여 관할 행정관청의 인정을 받을 것을 특례적용의 조건으로 하고 있다.

기업의 일반적인 업무의 일시적 증가와 달리 전문적인 지식·기술의 활용을 필요로 하는 일회적인 장기간의 특정 프로젝트 완성을 목적으로 하는 경우에 그 성질상 기간제근로자 사용의 특례를 둘 수 있을 것이다. 다만, 고용불안정 및 남용의 위험을 방지하기 위해 적용대상, 적용요건 및 사용기간 등을 한정할 필요가 있다. 적용대상과 관련하여서는 고도의 전문직을 대상으로 하되, 업무의 내용과 이행방법을 독자적으로 판단하는 등 업무의 전문성으로 인해 해당 직종의 노동시장에서 프로젝트에 따른 취업이 일반화되어 있고 계약 종료 후에 취업이 용이하여 고용불안정의 위험이 상대적으로 낮으며 임금 등 근로조건이 일반근로자에 비해 높은 직종으로서 노사 간에 이견이 없는 직종을 대상으로 하는 것이 적절할 것이다. 사용기간과 관련하여서는 해당 특정업무의 완성에 필요한 기간을 계약기간으로 하되, 최장기간을 설정하고 근로자의 의사에 반한 장기기간의 구속이나 해당 업무의 진행에 따른 사용자의 고용관계 계속필요

〈표 3-4〉 노동력 수요 변동의 세부 사용사유 및 사용기간

	세부 사용사유	사용기간
일반적 노동력 수요의 변동	- 기업의 통상적인 활동의 일시적 증가 - 기업의 통상적인 활동에 속하지 않는 명확히 한정되고 비지속적인 임시업무의 이행 - 예외적인 수출주문의 발생 - 신설기업	- 확정기한(상한기간 설정 및 갱신횟수 제한) - 공백기간 설정 및 기간만료 시 연속계약 제한
	- 안전조치를 위한 긴급작업의 이행	- 확정기한(상한기간 설정 및 갱신횟수 제한)
	- 휴업, 구조조정, 사업장 폐쇄 등이 예정된 경우와 같이 향후 지속적인 인력수요의 감소	- 확정기한(상한기간 설정 및 갱신횟수 제한)
특별한 노동력 수요의 변동	- 사업의 완료	- 불확정기한
	- 특정한 업무의 완성 * 고도전문직 등으로 적용대상 한정 및 적용요건 설정	- 불확정기한(최장기간 설정) - 중도해지 제한적 인정

성을 감안하여 일정한 범위에서 계약의 중도해지가 가능하도록 하는 것을 검토할 필요가 있다.

3) 업무의 성질에 따른 필요

업무의 성질에 따른 기간제근로자 사용으로는 계절적 성격의 고용이나 특정분야에서 고용의 본래 일시적 성격으로 인하여 기간의 정함이 없는 근로계약을 이용하지 않는 것이 항상적 관행인 고용의 경우를 들 수 있다.

가) 사용사유

(1) 계절적 성격의 고용

프랑스 노동법전에서는 그 업무가 계절의 변화나 공중의 생활방식에 따라 거의 정해진 주기에 따라 매년 반복되는 것이 예정되어 있는 계절적 성격의 고용에 대해 기간제 근로계약의 체결을 허용하고 있다(L. 1242-2

조, 3o). 독일의 경우 기간제 근로계약의 체결이 정당화되는 사유의 하나로 업무의 성질상 정당한 경우를 열거하고 있으며, 계절사업체가 이에 해당하는 것으로 해석되고 있다.⁷⁷⁾

(2) 특정분야에서의 업무의 성질상 기간제고용

프랑스 노동법전에서는 명령 또는 확장된 단체협약에 의하여 정해지는 일정한 사업부문에 있어서 이행되는 활동의 성질 및 이러한 고용의 본래 일시적 성격으로 인하여 기간의 정함이 없는 근로계약을 이용하지 않는 것이 항상적 관행인 고용에 대해서는 기간제 근로계약의 이용을 허용하고 있다(L. 1242-2조, 3o). 이에 따라 기간제근로자의 사용이 허용되는 사업부문에는 삼림개발, 선박수리, 이사, 호텔·레스토랑, 연극·영화, 문화활동, 방송, 홍보, 영화제작, 교육, 여론조사·양케이트, 음반제작, 여가·휴가센터, 식육보존, 프로스포츠, 공사현장이 국외에 있는 건설·토목, 국외에서의 협력·기술원조·토목·연구 등의 업무, 실업자파견협회(association intermédiaire)의 활동, 국제조약과 조약의 적용을 위해 채택된 국제행정협정의 틀 내에서 실시되거나 또는 프랑스에 일시적으로 체류하는 외국인 연구자에 의해 실시되는 과학적 연구, 아동돌봄·노인 및 장애인 지원을 위해 자연인에게 보수를 받고 파견하기 위한 근로자채용 등이 포함된다(D. 1242-1조). 위 리스트에서 열거하고 있는 사업분야의 모든 고용이 그 자체 기간제 근로계약의 대상이 되는 것은 아니다. 즉 사업분야가 리스트에 열거되었다는 사실 그 자체만으로 기간제 근로계약의 이용이 정당화되는 것은 아니다. 위와 같은 사업분야에 속하는 기업이 기간제 근로계약을 이용하기 위해서는 기간의 정함이 없는 근로계약을 이용하지 않는다는 관행이 존재하여야 하고, 고용이 본래 일시적 성격이어야 한다.

독일의 경우 기간제 근로계약의 체결이 정당화되는 사유로서 업무의 성질상 정당한 경우에는 대표적으로 방송분야나 예술분야에서의 기간제 근로계약의 체결이 이에 해당한다.⁷⁸⁾

77) BAG AP Nr.1 zu § 620 BGB Saisonarbeit(권혁, 앞의 보고서, p.35).

78) 김기선(2017), 「독일 내의 기간제에 대한 규율」, 한국노동연구원 세미나 발표자료, 2017.7, p.5.

나) 사용기간

프랑스 노동법전에서는 계절적 성격의 고용, 특정분야에서의 관행적 기간제 근로계약에 대해서는 남용의 위험성이 상대적으로 크지 않기 때문에 유연한 이용방식을 허용하고 있다. 계약은 확정기한과 불확정기한의 선택이 가능하며, 동일근로자와의 계약의 연속이나 동일일자리에 대한 계약의 연속이 금지되지 않는다.

다) 검토

계절적 성격의 고용이나 특정분야에서의 업무의 성질상 기간제고용은 정해진 주기에 따라 매년 반복되는 것이 예정되어 있거나 사업 및 업무의 성질 그 자체로 인해 고용의 일시적 성격이 일반화되어 있다는 점에서 기간제근로자 사용사유인 기업활동의 일시적 증가와는 구분된다. 노동시장 실태조사를 통해 사업 및 업무의 성질 그 자체로 인해 고용의 일시적 성격이 일반화되어 있는 사업분야에 대해서는 기간제 근로계약의 체결을 허용하고 남용의 위험성이 크지 않으므로 유연한 이용방식을 검토할 수 있을 것이다.

〈표 3-5〉 업무의 성질에 따른 필요와 기간제근로자 사용

사용사유	사용기간
계절적 성격의 고용	
특정분야에서의 업무의 성질상 기간제고용	- 확정기한(상한기간 설정 및 갱신횟수 제한) 또는 불확정기한
* 사업 및 업무의 성질 그 자체로 인해 고용의 일시적 성격이 일반화되어 있는 분야	- 동일근로자와의 계약의 연속이나 동일일자리에 대한 계약의 연속 허용

나. 정책적 사용사유

1) 고용정책 및 직업교육

가) 사용사유 및 기간

프랑스와 독일에서는 일정한 범주의 취업취약계층을 대상으로 고용정

책 및 직업교육의 일환으로 기간제 근로계약의 체결을 허용하고 있다. 이와 관련하여 프랑스 노동법전에서는 숙련화계약(*contrat de professionnalisation*)(L. 6325-12조), 고용복귀계약(*contrat initiative-emploi*)(L. 5134-65조 이하), 고용동반계약(*contrat d'accompagnement dans l'emploi*)(L. 5134-20조 이하), 청년고용계약(*contrat emploi-jeune*)(L. 5134-1조), 고령자 기간제 근로계약(*contrat à durée déterminée seniors*)(D. 1242-2조 및 D. 1242-7조)을 규정하고 있다. 주요 특징은 계약의 총기간 및 갱신횟수가 제한되어 있는 점, 계약의 종류에 따라서는 사회적으로 필요한 서비스 등 특정분야에서의 고용으로 제한하고 있는 점을 들 수 있다. 가령, 청년고용계약은 스포츠·문화·교육사업, 환경 영역 등 사회적 유용성이 있는 새로운 또는 충족되지 않고 있는 수요에 대응하는 청년 일자리창출 사업의 개발을 증진하는 것을 목적으로 하며, 교육기관, 경찰청, 지방자치단체, 공공기관 등과 체결될 수 있고, 계약기간은 60개월이다. 고령자 기간제 근로계약은 고령실업자의 고용복귀를 촉진하고 퇴직 관련 추가적 권리의 취득을 가능하도록 하는 것을 목적으로 하는데, 그 목적상 예외적으로 기업의 통상적이고 지속적인 업무에 속하는 일자리를 대상으로 체결될 수 있으며, 57세 이상인 자들을 대상으로 하고, 계약기간은 18개월이며 총계약기간이 36개월을 초과하지 않는 범위 내에서 1회의 갱신이 가능하다.

독일 단기법에서는 기간제 근로계약의 체결이 허용되는 정당한 사유의 하나로 직업훈련생 또는 학생이 근로관계로 이전하는 것을 쉽게 하기 위한 경우를 규정하고 있으며(제14조 제1항), 52세 이상 근로자가 기간제 근로계약에 따른 근로관계 개시일 이전 4개월 동안 실업상태에 있는 등 일정한 요건을 갖출 경우에는 정당한 사유가 없어도 최대 5년의 기간제 근로계약을 체결할 수 있으며, 5년의 범위 내에서 갱신횟수는 제한이 없는 것으로 규정하고 있다(제14조 제3항).

일본의 경우 노동계약법상 동일의 사용자와의 기간제 근로계약이 통산 5년을 초과하여 반복갱신된 경우에 무기계약 전환신청권이 발생하나, 「전문적 지식 등을 가진 기간제근로자 등에 관한 특별조치법」에서는 적절한 고용관리계획을 작성하여 관할 행정관청의 인정을 받은 사업주에게

정년에 달한 후 계속하여 고용되는 기간제근로자에 관해서는 정년 후 계속하여 고용되는 기간에도 무기계약 전환신청권이 발생하지 않는 것으로 규정하고 있다.

나) 검토

고용정책의 일환으로 기업의 상시·지속적인 업무에 기간제근로자의 사용을 허용하는 경우에는 해당 근로자 및 노동시장의 고용불안정화에 미치는 영향을 고려하여 취업취약자 등으로 적용대상자의 범위를 한정하며 계약기간의 상한을 설정하고 갱신희수를 제한하는 것이 타당할 것이다. 다만, 정부 및 지방자치단체에서 직접적으로 운영하는 일자리제공 사업의 경우에는 사업목적, 적용대상자, 예산의 성질 등을 고려하여 별도의 정책 설계가 가능할 것이다.

2) 학술연구분야

가) 사용사유 및 기간

학술연구분야에서의 기간제근로자 사용과 관련하여 독일, 일본에서는 특별법을 두고 있다. 독일의 「학술분야 기간제 근로계약에 관한 법률」(Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft)에서는 대학, 연구소, 문화예술분야의 인력에 관한 기간제 근로계약을 규율하고 있으며, 동법에 따르면 박사학위를 취득하기 이전의 연구 또는 관련 인력은 6년 이내의 범위에서, 박사학위를 취득한 연구인력의 경우 일반 6년, 의학분야는 9년까지 정당한 사유가 없어도 기간제 근로계약의 체결이 허용되며, 외부자금을 활용하는 경우에는 그 프로젝트 기간 중에는 위의 기간이 초과하여도 기간제 근로계약을 체결할 수 있다.

일본의 「연구개발시스템의 개혁 추진 등에 의한 연구개발능력의 강화 및 연구개발 등의 효율적 추진 등에 관한 법률」에서는 ‘과학기술에 관한 연구자 또는 기술자(과학기술에 관한 시험, 연구 또는 과학기술에 관한 개발의 보조를 행하는 인재를 포함한다)로서 연구개발법인 또는 대학 등을 설치하는 자와의 사이에 기간제 근로계약을 체결한 자’ 등에 대해서는 노동계약법상 무기계약 전환신청권 발생까지의 통산계약기간 5년을 10년

으로 하는 특례를 도입하고 있다.

나) 검토

독일, 일본에서는 학술연구분야에서의 기간제 근로계약의 체결을 상대적으로 넓게 허용하고 있는 것이 특징이다. 독일에서 이러한 기간제 근로계약의 허용 이유는 연구기관이 유연하게 인재를 확보하여 연구의 혁신성을 실현하도록 함과 더불어 그 기간은 연구자로서의 경력형성과 향후 진로설정을 위한 준비기간으로서 ‘자격취득기간’의 성질을 가지기 때문이라고 한다.⁷⁹⁾ 그렇지만 독일에서 기간제 근로계약 상한의 지나친 장기화에 따른 남용과 고용불안정의 문제가 사회적으로 지적되고 있는 점도 주목된다.

일본의 경우 학술연구분야의 기간제 근로계약 범위는 앞서 본 특정업무의 완성을 위한 고도전문직의 기간제고용 허용과 동일한 맥락에서 설계되어 있다. 그런데 일본의 사례를 기간제근로자 사용사유 제한 입법에서 그대로 도입할 수 있을지는 의문이다. 왜냐하면 일본에서는 기본적으로 기간제고용을 허용하면서 장기간 반복갱신되는 경우와 같은 남용을 부분적으로 제한하는 것을 목적으로 하는 점에서, 기간의 정함이 없는 근로계약을 원칙으로 하고 기간제고용을 예외적·보충적으로 허용하는 법제와는 근본적인 차이가 있기 때문이다. 또한 연구의 혁신성, 연구개발능력의 강화 및 연구개발의 효율성을 연구자의 고용불안정을 바탕으로 달성할 수 있는지, 나아가 이러한 방식이 바람직한지 등에 대한 논란이 있을 수 있으며, 이는 다른 측면의 연구관리나 인사관리시스템을 통해서도 실현할 수 있기 때문이다.

따라서 학술연구분야에서도 상시·지속적인 업무에 대해서는 기간의 정함이 없는 근로계약을 원칙으로 하고 예외적으로 일회적 프로젝트 등 일시적 업무에 한해 기간제 근로계약을 허용하는 것이 타당하다. 이 경우에 학술연구에 관한 프로젝트가 상대적으로 장기적인 점 등의 특질을 고려하여 위에서 살펴 본 특정업무의 완성을 위한 기간제 근로계약의 한 유

79) BMBF, Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (Wissenschaftszeitvertragsgesetz – WissZeitVG) Informationen zum Verständnis und zur Anwendung.

형으로 편입시켜 규율하는 것이 적절할 것이다.

다. 기간제근로자 사용의 금지

프랑스 노동법전에 따르면, 경제적 이유로 인해 해고가 행해진 사업장에서는 해고 이후 6개월 이내에, 업무의 일시적 증가를 이유로 기간제 근로계약을 이용할 수 없다(L. 1242-5조). 이러한 금지에 대한 예외로서 ① 계약기간을 갱신할 수 없고 3개월을 초과하지 않는 경우, ② 예외적인 수출 주문이 발생한 경우에는 기업위원회 또는 기업위원회가 없고 종업원 대표위원이 있으면 종업원대표위원에 대한 정보제공과 사전협의의 조건으로 기간제 근로계약의 이용이 허용된다(L. 1242-5조). 그리고 집단적 노동분쟁으로 인하여 그 근로계약이 정지된 근로자를 대체하거나 법령에서 정한 특별히 위험한 작업의 이행을 위하여 기간제 근로계약을 이용할 수 없다(L. 1242-6조).

쟁의행위로 중단된 업무의 수행을 위하여 기간제근로자를 사용하는 것은 원칙적으로 금지되는 것이며, 경제적 이유로 인한 해고나 위험 작업의 경우에 그 성질을 고려할 때 프랑스의 사례와 같이 일정한 범위에서 기간제근로자의 사용을 제한하는 것이 타당하다.

3. 기간제 근로계약의 서면작성

프랑스 노동법전에서는 기간제 근로계약을 서면으로 작성하고 그 사용사유를 명확히 기재하도록 하고 있으며, 이를 위반한 경우에 해당 근로계약을 기간의 정함이 없는 근로계약으로 간주하고 있다(L. 1242-12조 제1항). 서면의 기간제 근로계약에는 법률에서 정하고 있는 의무적 기재사항을 포함하여야 한다. 이 의무적 기재사항은 아래와 같이 기간제 근로계약의 이용사유 및 방식에 따라 다르다(L. 1242-12조 제2항, L. 1242-12-1조).

- 기간을 정한 모든 계약에 공통되는 의무적 기재사항; 일자리 및 종사할 업무의 지정 등, 사용기간을 정할 경우에 그 기간, 보수액과 제수당 및 임금부가급여가 있을 경우에는 이를 포함하는 각종 구성요소

의 금액, 적용되는 단체협약, 보충퇴직연금금고의 명칭 및 소재지와 경우에 따라 보험기관의 명칭 및 소재지

- 확정기한으로 체결되는 계약의 의무적 기재사항; 기간의 만료일자와 갱신을 예정할 경우 갱신조항
- 불확정기한으로 체결되는 계약의 의무적 기재사항; 최고고용기간
- 대체계약의 의무적 기재사항; 피대체근로자의 성명과 직업자격

독일 단기법에서는 기간제 근로계약을 체결하는 경우에 반드시 서면으로 하여야만 유효한 것으로 규정하고 있으며, 구체적인 기재사항에 대해서는 규정하지 않고 있다(제14조 제4항).⁸⁰⁾ 독일 연방노동법원에서는 이러한 서면요건성은 기간설정에 관한 당사자 간의 합의에만 미치는 것이고, 기간을 설정하게 된 합리적 사유가 무엇인지⁸¹⁾ 또는 구체적인 근로조건 등 근로계약의 내용이 무엇인지에 대하여는 적용되지 않는다고 한다.⁸²⁾ 이에 따라 근로계약 전체를 반드시 서면으로 할 필요는 없고, 단지 계약의 존속기간에 대하여만 서면형식에 따르면 된다.⁸³⁾ 기간제 근로관계에서 기간 설정의 합리적 사유는 단지 기간제 근로계약의 유효요건일 뿐이고, 이를 서면으로 할 필요는 없다는 것이다.⁸⁴⁾ 기간에 대한 서면요건성이 충족되지 아니하면 해당 기간제 근로계약은 무효가 되며 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 본다.

기간제근로자 사용사유를 위에서 검토한 것과 같이 제한할 경우에 기간제 근로계약은 그 사유에 따라 계약기간, 갱신 등이 다를 수 있기 때문에, 근로자가 자신의 계약에 적용되는 법 규정을 알 수 있도록 하고, 기간제 근로계약의 이용이 적법한지 여부를 확인할 수 있도록 하기 위해서는 프랑스의 사례와 같이 사용사유, 사용기간 등을 서면의 기간제 근로계약에 기재하도록 법률에서 명확히 규정할 필요가 있다.

80) 권혁(2011), 『독일 기간제 근로관계법의 적용과 평가 연구』, 경제사회발전노사정위원회, p.88 이하.

81) BAG 21.12.2005 - 7 AZR 541/04 - NZA 2006, S.323.

82) BAG NZA 2004, S.1134; BAG NZA 2005, S.403.

83) BAG 21.12.2005 - 7 AZR 541/04 - NZA 2006, S.323.

84) Lembke, NJW 2006, S.328.

4. 통제 및 제재

프랑스 노동법전에서는 기간제근로 등 불안정근로와 직접적인 이해관계를 가지는 근로자대표나 노동조합으로 하여금 사용자의 불안정근로의 이용에 관해 개입할 수 있는 법적 수단을 마련해 놓고 있다. 나아가 이러한 통제와 더불어 법률 위반에 대해서는 민·형사 제재를 규정하고 있다. 기간제 근로계약에 관한 법률 적용의 실효성을 확보하기 위해서는 프랑스 사례와 같이 효과적인 통제와 적절한 제재를 법률에 도입할 필요가 있다.

가. 근로자대표의 통제

프랑스 노동법전에서는 근로자대표기구의 통제로서 사용자가 일자리 폐지 이전에 최종적으로 이직한 근로자 대체, 예외적인 수출 주문의 발생을 사유로 기간제근로를 사용하거나 경제적 이유로 인한 해고가 행해진 사업장에서는 해고 이후 6개월 이내에 기간제근로를 사용할 경우에는 사전에 기업위원회 또는 기업위원회가 없고 종업원대표위원이 있으면 종업원대표위원과 사전에 협의하도록 하고 있다(L. 1242-5조, L. 1242-8조). 그리고 사용자는 매 3분기(근로자 300인 이상 기업) 또는 매년(근로자 300인 미만 기업) 기업위원회에 기간제 근로계약 이용 관련 직전기간의 자료 및 당해기간 예상 관련 자료들을 제공해야 한다. 또한 사용자는 기업위원회에 기간제 근로계약을 이용하게 된 사유들을 제출해야 한다. 사용자는 기업위원회에 “기간제 근로계약을 체결한 근로자 수, 이러한 근로자들에 의해 수행된 근로일 수”를 제출해야 한다(L. 2323-51조 및 L. 2323-47조). 이러한 정보들은 기업위원회가 불안정계약의 이용을 통제하고 기간의 정함이 없는 근로계약과 대비하여 그 규모를 비교하는 것을 가능하게 한다(R. 2323-10조 이하 및 R. 2323-9조). 한편, 근로자 300인 이상 기업의 경우에 고용상황에 관한 기업위원회의 3분기 두 회의 사이에, 기간제근로자 또는 파견근로자 수가 기업위원회의 직전 회의 시에 존재한 상황과 비교하여 현저히 증가한 경우에, 기업위원회 위원 다수가 요구하면 이에 대한 검토가 기업위원회의 일반적인 차기회의의 의사일정에 당

연히 포함된다(L. 2323-53조). 이 일반적인 회의 시에 사용자는 기업위원회에 기간제근로자 및 파견근로자 수, 사용사유 및 이행된 근로일 수 등 구체적인 정보를 제출해야 한다. 모든 기업의 기업위원회 또는 기업위원회가 없는 경우 종업원대표위원회는 기간제 및 파견 근로계약의 남용이나 현저한 증가를 확인할 경우에 근로감독관에게 이 문제를 제기할 수 있으며, 근로감독관은 남용의 경우에 사용자에게 불안정해소계획의 실시를 요구할 수 있다.

노동법전에서는 불안정고용과 관련하여 노동조합에 의한 통제의 강화를 목적으로 산별 및 기업별 각각의 임금 등 의무적 연차교섭 시에 노사로 하여금 불안정고용 등의 전개에 관해 검토하도록 하고 있다(L. 2241-2조 및 L. 2242-9조). 이와 관련하여 산별차원의 연차임금교섭 시 사용자 측은 사전에 해당 산업의 고용상황에 관한 보고서를 노동조합에 제출하여야 하며, 나아가 검토과정에서 필요한 정보를 제공하여야 한다. 기업 내 연차교섭 시에도 사용자는 노동조합대표위원회에게 고용상황에 관한 정보를 제공하여야 한다.

한편, 대표적 노동조합은 기간제 근로계약이나 파견근로에 관한 법률의 적용 및 불법노동력공급계약을 둘러싼 분쟁에 있어서 근로자를 위하여 본인의 위임을 증명할 필요없이 소송을 제기할 수 있다(L. 1247-1조). 단, 이 경우에 관련근로자에게 등기로 소송을 고지하여야 하며, 고지받은 근로자가 15일 이내에 이 소송제기에 반대의 의사표시를 하지 않아야 한다. 관련근로자가 15일 이내에 반대의 의사표시를 하지 않으면 묵시적 동의가 있는 것으로 간주한다. 또한 관련근로자는 노동조합이 개시한 소송에 언제나 참여할 수 있으며, 언제라도 그것을 종료시킬 수 있다.

나. 민·형사 제재

1) 민사제재

법률에서는 기간제 근로계약 사용의 일반원칙(L. 1242-1조), 사용사유(L. 1242-2조, L. 1242-3조), 사용의 금지(L. 1242-6조), 사용기간(L. 1242-7조, L. 1242-8조), 서면작성 및 사용사유의 명확한 기재(L. 1242-12조 제1

항), 기간 만료 후 계약관계의 지속(L. 1243-11조 제1항), 갱실히수 등 갱신 관련 규정(L. 1243-13조), 동일 일자리에 대한 연속적 계약체결 시 공백기간 관련 규정(L. 1244-3조, L. 1244-4조) 등의 법 규정을 위반하여 체결된 모든 근로계약은 기간의 정함이 없는 근로계약으로 간주된다고 규정하고 있다(L. 1245-1조).

2) 형사제재

사용자가 기간제 근로계약 사용의 일반원칙(L. 1242-1조), 사용사유(L. 1242-2조 제1항, L. 1242-3조), 사용의 금지(L. 1242-6조), 사용기간(L. 1242-7조, L. 1242-8조), 서면작성 및 사용사유의 명확한 기재(L. 1242-12조 제1항), 근로계약 서면교부(L. 1242-13조), 동일임금의 원칙(L. 1242-15조), 갱실히수 등 갱신 관련 규정(L. 1243-13조), 동일 일자리에 대한 연속적 계약체결 시 공백기간 관련 규정(L. 1244-3조) 등을 위반한 경우 3,750유로의 벌금, 그리고 재범의 경우에 7,500유로 및 6개월의 구금형에 처해진다(L. 1248-1조 내지 L. 1248-11조).

제4절 맺음말

위에서 살펴 본 기간제근로자 사용사유 제한 입법의 방향과 체계를 요약하면 다음과 같다.

(1) 사용사유 제한 입법의 법체계적 정합성을 확보하고 사용사유의 확정 및 기간제 근로계약의 유효성에 대한 법해석의 방향을 제시하기 위해 기간의 정함이 없는 근로계약이 원칙이며 기간제 근로계약은 기업의 통상적이고 지속적인 업무에 속하는 일자리에 지속적으로 근로자를 취로시키는 것을 목적으로 하거나 그러한 결과를 가져와서는 안 된다는 점, 기간제 근로계약은 예외적·보충적인 것으로서 명확하고 일시적인 업무의 이행에 한하여 체결될 수 있다는 점을 명확히 규정할 필요가 있다.

(2) 이러한 기간제 근로계약 이용의 일반원칙을 구체화하여 예외적·일

시적인 업무로서 기간제 근로계약의 이용이 허용되는 사유를 한정적으로 열거하는 방식을 채택하는 것이 타당하며, 사용기간은 사용사유별 기간제 근로계약의 남용위험, 고용에 대한 공정한 위험부담 등을 고려하여 아래와 같이 설정할 수 있을 것이다. 그리고 프랑스 입법 사례와 같이 일정한 위험 작업 등에 대해서는 그 성질을 고려할 때 기간제근로자의 사용을 금지 또는 제한하는 것이 타당하다.

	세부 사용사유	사용기간
일시적 결원 근로자 등의 대체	- 일시적 결원 근로자 대체 - 일시적으로 단시간근로로 전환한 근로자 등 대체	확정기간(상한기간 설정 및 갱신 횟수 제한) 또는 불확정기간
	- 일자리 폐지 이전 최종적으로 이직한 근로자 대체 - 기간의 정함이 없는 근로계약으로 채용된 근로자의 업무개시 때까지 대체	확정기간(상한기간 설정 및 갱신 횟수 제한)
노동력 수요의 변동	- 기업의 통상적인 활동의 일시적 증가 - 기업의 통상적인 활동에 속하지 않는 명확히 한정되고 비지속적인 임시업무의 이행 - 예외적인 수출주문의 발생 - 신설기업	- 확정기간(상한기간 설정 및 갱신 횟수 제한) - 공백기간 설정 및 기간만료 시 연속계약 제한
	- 안전조치를 위한 긴급작업의 이행	확정기간(상한기간 설정 및 갱신 횟수 제한)
	- 휴업, 구조조정, 사업장 폐쇄 등이 예정된 경우와 같이 향후 지속적인 인력수요의 감소	확정기간(상한기간 설정 및 갱신 횟수 제한)
	- 사업의 완료	불확정기간
	- 특정한 업무의 완성 * 고도전문직 등으로 적용대상 한정 및 적용요건 설정	- 불확정기간(최장기간 설정) - 중도해지 제한적 인정
업무의 성질에 따른 필요	- 계절적 성격의 고용	- 확정기간(상한기간 설정 및 갱신 횟수 제한) 또는 불확정기간 - 동일근로자와의 계약의 연속이나 동일일자리에 대한 계약의 연속 허용
	- 특정분야에서의 업무의 성질상 기간제고용 * 사업 및 업무의 성질 그 자체로 인해 고용의 일시적 성격이 일반화되어 있는 분야	

	세부 사용사유	사용기간
정책적 필요	- 고용 및 직업정책 * 취업취약자 등으로 적용대상자 범위 한정	- 계약기간의 상한을 설정하고 갱신횟수를 제한하는 것이 타당함. 다만, 정부 및 지방자치단체에서 직접적으로 운영하는 일자리제공 사업의 경우에는 사업목적, 적용대상자, 예산의 성질 등을 고려하여 별도의 정책 설계가 가능할 것임.

(3) 기간제 근로계약은 그 사유에 따라 계약기간, 갱신 등이 다를 수 있기 때문에, 근로자가 자신의 계약에 적용되는 법 규정을 알 수 있도록 하고, 기간제 근로계약의 이용이 적법한지 여부를 확인할 수 있도록 하기 위해 사용사유, 사용기간 등을 서면의 기간제 근로계약에 기재하도록 하며, 이를 위반할 경우에는 해당 기간제 근로계약은 무효가 되고 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 것으로 본다는 것을 법률에서 명확히 규정할 필요가 있다.

(4) 기간제 근로계약에 관한 법률 적용의 실효성을 확보하기 위해 근로자대표기구에 의한 통제시스템을 도입하고, 법률 위반에 대한 민·형사 제재 규정을 둘 필요가 있다.

제 4 장

단시간근로자에 대한 법적 쟁점

박은정(인제대 교수) · 박귀천(이화여대 교수)

제1절 서론

통계청이 2017년 12월 발표한 『한국의 사회동향』 중 노동편에 따르면 정규직과 비정규직 근로자의 임금격차는 해를 거듭할수록 커지고 있고, 기간제 근로자의 비율은 다소 정체상태인 반면 단시간근로자가 증가하고 있으며, 남녀 모두 청소년과 고령자의 단시간근로 비중이 높은 와중에 여성의 경우 전 연령대에서 단시간근로 비중이 증가하고 있다고 한다.⁸⁵⁾ 단시간근로자가 증가하고, 단시간근로의 비중이 높다고 할지라도 이것이 ‘좋은 일자리’이기만 하다면 단시간근로의 증가를 큰 우려스러운 시각으로 볼 필요는 없을 것이다. 문제는 그렇지 않다는 데 있다. 우리나라의 최저임금은 2016년 기준 임금근로자 평균임금(시간당 임금)의 44.8% 수준인데, 최저임금 미만을(전체 임금근로자 중 최저임금 미만의 임금을 받는 근로자의 비율)은 13.6% 수준이다. 이러한 가운데 정규직근로자의 최저임금 미만율은 7.1%이지만 기간제를 포함한 비정규직근로자의 경우에는

85) 통계청(2017), 『한국의 사회동향』, pp.145~146. 이 보고서의 분석은 통계청의 경제활동인구조사 근로형태별 부가조사결과를 인용하고 있다.

26.9%의 최저임금 미만을 보이고 있고, 특히 단시간근로자는 41.2%가 최저임금 미만의 임금을 받고 있다고 한다.⁸⁶⁾ 이러한 통계자료를 통해 단시간근로자의 근로조건이 상당히 열악한 수준일 수 있음을 미루어 짐작해 볼 수 있는데, 단시간근로자의 실태조사 연구는 다른 비정규직근로형태와 함께 적잖이 이루어지고 있지만, 법률적 관점에서 단시간근로자에 관한 법제연구는 그다지 활발하게 이루어지지 않았다. 비정규직보호법으로 알려진 「기간제 및 단시간근로자의 보호 등에 관한 법률」(이하, 기간제법)이 제정되던 시점의 논의도 주로 기간제근로자의 처우 개선에 관한 내용에 초점이 맞추어져 있었고, 기간제법에서 규정하고 있는 차별시정제도를 통해 차별시정을 요구하는 근로자도 주로 기간제근로자들이다. 단시간근로자들과 해서 차별을 겪지 않는 것도 아닐 것이고, 기간제근로자와 마찬가지로 비정규직근로자로서 적잖은 문제점을 갖고 있을 것이다. 이러한 문제의식하에서 이 글은 특히 단시간근로자에 대한 법 규정을 중심으로, 그 중에서도 특히 초단시간근로자의 의미, 단시간근로자의 비교대상근로자로서 통상근로자의 의미, 단시간근로자의 초과근로를 중심으로 쟁점이 될 수 있다고 생각하는 내용들을 서술해보고자 한다. 그리고 우리나라보다 단시간근로자에 대한 자세한 법 규정을 두고 있는 독일법을 비교법적으로 살펴보고자 한다.

제2절 초단시간근로자와 근로시간

1. 초단시간근로자의 의미와 적용

현행법상 단시간근로자는 “1주 동안의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 1주 동안의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자”이다(근로기준법 제2조 제1항 제8호). 「기간제 및 단

86) 통계청(2017), p.150.

시간근로자의 보호 등에 관한 법률」(이하, 기간제법)이 있기는 하지만, 이 법에서 근로기준법상의 단시간근로자를 기간제법의 단시간근로자로 정의하고 있으므로(기간제법 제2조 제2호), 기간제법상 단시간근로자의 의미는 근로기준법상 단시간근로자의 정의 규정에 따라 이해한다. 기간제법의 제정에도 불구하고 단시간근로자에 대한 정의규정이 기간제법이 아닌 근로기준법에 여전히 남아 있는 이유는, 추론해 보건대, 단시간근로자의 근로조건과 관련하여 근로기준법 제18조에서는 특히 “4주 동안(4주 미만으로 근로하는 경우에는 그 기간)을 평균하여 1주 동안의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자”(소위, 초단시간근로자)에 대하여 근로기준법 일부 규정(제55조 유급주휴일규정 및 제60조 연차유급휴가규정)을 적용하지 않도록 하고 있는 바, 그 적용상의 편의를 위한 것이라고 생각된다. 초단시간근로자에 대한 근로기준법의 적용 제외규정이 없다면 단시간근로자에 대한 입법은 기간제법으로도 충분하지만, 근로기준법상의 적용 제외규정으로 인해 근로기준법의 적용 편의상 단시간근로자 개념과 그 근로조건을 근로기준법에 둔 것이라고 생각할 수 있는 것이다.

단시간근로자의 개념상 근로시간은 실근로시간이 아닌, 소정근로시간을 기준으로 하고 있음을 위 법조문을 통해 알 수 있다. 소정근로시간이란 법으로 정하는 기준근로시간(예를 들어, 근로기준법 제50조에서 규정하고 있는 1주 40시간, 1일 8시간의 근로시간)에 따른 근로시간의 범위에서 근로자와 사용자 사이에 정한 근로시간을 의미하는데(근로기준법 제2조 제8호), 이와 유사한 근로시간으로서 약정근로시간이 있다. 약정근로시간이란 소정근로시간과는 달리, 법정 기준근로시간과 상관없이 이루어지는 근로시간에 대한 약정으로서, 연장근로시간에 대한 약정, 야간근로시간에 대한 약정 등을 예로 들 수 있다.⁸⁷⁾ 그리고 소정근로시간이나 약정근로시간과 달리, 실제 근로를 제공한 시간은 실근로시간이라고 한다.

그런데, 위와 같이 초단시간근로자는 근로자임에도 불구하고 근로계약상의 소정근로시간에 기초하여 사실상 1주 15시간 이상 근로를 제공하는 근로자와는 다른 노동법적 처우를 받고 있다.

근로기준법에 따라, 단시간근로자의 근로조건은 시간비례결정원칙에

87) 대법원 2012. 3. 29. 선고 2010다91046 판결 참조.

따른다. 즉 ‘통상 근로자’의 근로시간에 비례하여 단시간근로자의 근로조건이 결정된다. 따라서 초단시간근로자의 근로조건도 시간비례 결정원칙에 따라 결정되는 것이 원칙일 것이다. 그러나 주휴일과 연차유급휴가에 관한 근로기준법의 최저근로조건을 초단시간근로자에게도 적용하는 것은 다소 부적절하다고 판단했기 때문인지, 초단시간근로자에게는 이들 규정이 적용되지 않도록 하고 있다. 또 기간제법 시행령에서는 초단시간근로자를 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있는 유형의 하나로 규정하고 있고(기간제법 시행령 제3조 제3항 제6호), 「근로자퇴직급여 보장법」(이하, 퇴직급여법)에서는 퇴직금을 주지 않아도 되는 근로자로 규정하고 있다(퇴직급여법 제4조 제1항 단서). 사회보험법제에서는 초단시간근로자를 다소 다르게 규정하고 있는데, 「국민연금법」은 “1개월 동안의 소정근로시간이 60시간 미만인 단시간근로자”인 경우 근로자에서 제외하도록 함으로써 이들이 국민연금법상 직장가입자가 아니도록 하고 있고(국민연금법 시행령 제2조 제4호), 「국민건강보험법」에서도 “1개월 동안의 소정근로시간이 60시간 미만인 단시간근로자”의 경우 직장가입자에서 탈퇴할 수 있도록 규정하고 있다. 「고용보험법」은 “1개월간 소정근로시간이 60시간 미만인 자(1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 자를 포함한다)”에게는 적용되지 않는다(고용보험법 제10조 제2호, 시행령 제3조 제1항).

이와 같이 단시간근로자 중에서도 초단시간근로자는 근로조건상의 불이익뿐만이 아니라 퇴직금 및 사회보험법제의 적용에 있어서도 불이익을 받을 수 있게 되는데, 이러한 초단시간근로자가 근로계약을 체결할 때의 소정근로시간은 1주 15시간 미만이었지만, 실제 일한 실근로시간은 1주 15시간 이상이어도 여전히 초단시간근로자인지 여부에 대한 의문이 발생한다. 다시 말해, 소정근로시간은 15시간 미만이지만, 실근로시간은 15시간 이상인 경우, 초단시간 근로시간의 소정근로시간에도 불구하고 이 근로자에 대해서는 주휴일과 연차유급휴가 등 근로조건이 일반적인 단시간근로자와 마찬가지로 시간비례원칙에 따라 결정이 되는 한편, 사용자는 이 근로자들에 대한 사회보험 가입자가 되어야 하고, 또한 근로자퇴직급여보장법상 퇴직금도 지급해야 하는지 여부가 문제될 수 있는 것이다.

2. 초단시간근로자와 근로시간

최근 국가 정책상 공공부문 비정규직 근로자들을 정규직으로 전환하는 처우개선조치가 이루어지는 과정에서 초단시간근로자들의 지위가 문제되고 있다. 초단시간근로자들은 대개 정규직 전환의 대상이 아니기 때문이다. 공공부문의 비정규직 근로자 정규직 전환 정책과 유사한 조치들이 몇 년 전부터 전국 각 시도의 교육청을 중심으로 행해지고 있었는데, 여기에서도 초단시간근로자들은 정규직 전환 대상으로부터 제외되는 것이 일반적이었다. 그런데 최근에 초단시간근로자로 분류됨으로써 정규직 전환대상으로부터 제외된 한 근로자가 소송을 제기한 사건이 있다.⁸⁸⁾ 근로계약상으로는 소정근로시간을 14시간으로 정해 두었지만, 실제로는 근무기간 중 일상적인 연장근로를 함으로써 실근로시간은 15시간 이상이었다. 이 근로자는, 그럼에도 불구하고 초단시간근로자로 분류됨으로써 정규직 전환대상으로부터 제외된 것에 대한 이의제기를 한 것이다.

또 다른 사건이 있다. 경마장 응급구조사로 일하던 근로자가 1주 중 토, 일요일에만 1일 6시간 50분에서 7시간 20분 근로하는 것으로 근로계약을 체결하면서 근로시간과 함께 2시간의 휴게시간을 정하였다. 따라서 소정근로시간으로는 14시간 40분 내지 14시간 80분을 일하는 초단시간근로자였지만, 휴게시간을 대기시간처럼 운용할 경우에는 휴게시간도 근로시간에 포함됨으로써 초단시간근로자가 아니게 되는 상황이 초래되었다.⁸⁹⁾ 초단시간근로자의 의미를 소정근로시간으로 엄격하게 해석하는 경우라면 이 근로자는 휴게시간의 성격과 상관없이 초단시간근로자로서 해석되어야 하겠지만, 그렇지 않은 경우라면 휴게시간의 해석 여하에 따라 적용

88) 서울행정법원 2017. 9. 22. 선고 2017구합52108 판결.

89) 대법원 2014. 11. 27. 선고 2013다2672 판결. 단 사실관계는 1심 판결인 수원지방법원 2012. 3. 28. 선고 2011가합2802 판결과 2심 판결인 서울고등법원 2012. 12. 7. 선고 2012나34513 판결을 통해 확인. 이 사건은 초단시간근로자의 근로시간을 직접 문제 삼은 것은 아니고, 초단시간근로자의 경우 기간제법상 기간제근로자로서 사용할 수 있는 2년의 기간제법에 대한 적용을 받지 않도록 하고 있는 것에 대한 것이었다. 이 판결에 대한 검토는 박은정(2015), 「기간제법상 사용기간제한을 받지 않는 ‘초단시간 근로자’ 판단을 위한 근로시간의 문제」, 『노동법학』 53, 한국노동법학회, pp.241~245 참조.

법제의 내용이 달라질 수 있는 것이다.

이러한 사건을 통해 초단시간근로자의 근로시간을 생각해볼 필요를 느낀다.⁹⁰⁾

초단시간근로라는 근로형태는, 1주 15시간에 미치지 못하는 근로시간 동안만 근로를 제공하는 근로자들을 노동법상 다른 일반 근로자들과 동일하게 처우할 것인지 아니면 별도의 예외적 조항을 두고 운용할 필요가 있는지의 판단에 따라 설정된 하나의 기준이다. 단시간근로라는 것이 통상근로자에 비하여 짧은 근로시간 동안 근로를 제공하는 근로자들을 집합적으로 묶어 표현하는 용어일 뿐인 것과 같이 말이다. 통상근로자보다 짧은 근로시간을 일하여 단시간근로자로 분류되는 근로자가 초과근로 등을 통해 통상근로자와 같거나 보다 긴 근로시간 동안 일했음에도 불구하고 소정근로시간상 단시간근로자이기 때문에 시간비례 결정원칙에 따라 임금 등을 삭감하는 것이 정당하다는 평가를 받지는 못할 것이다. 초단시간근로자도 마찬가지이다. 소정근로시간이 1주간 15시간 미만(혹은 1개월간 60시간 미만)인 경우 주휴일이나 연차유급휴가권을 부여하지 않는 근로조건을 제공해도 된다고 근로기준법에는 규정되어 있지만, 이 근로자가 실제로는 1주 15시간 이상 근로를 제공하는 경우에도 주휴일이나 연차유급휴가권을 부여하지 않아도 된다고 근로기준법이 허용해주는 것은 아니다.

근로계약은 노사 간의 합의를 기반으로 한다. 소정근로시간은 노사 간 합의에 따라 정한 근로시간이다. 근로자와 사용자가 초단시간 근로에 합의를 하였다면, 사용자는 합의한 대로 소정근로시간을 실근로시간으로 운영하면 된다. 그런데 사용자가 근로계약서상 소정근로시간대로 근로시간을 요구하지 않고 휴게시간을 대기시간으로 이용한다거나, 초과근로를 요구한다거나 했을 때 문제가 발생하는 것이다. 적지 않은 경우 초단시간 근로형태는 퇴직금지급이나 사회보험가입 등의 부담을 피하기 위해 형성되는 경향이 있다. 소정근로시간에서만 초단시간근로자로 설정해 두고

90) 이하의 초단시간근로자의 근로시간에 대한 문제의식과 내용은 박은정(2017), 「초단시간근로자 유형 규정과 근로시간」, 『월간 노동리뷰』 2017년 2월호, 한국노동연구원, pp.110~113 참조.

실제 운용은 그렇지 않음에도 불구하고 소정근로시간을 실근로시간에 앞세우게 된다면, 사실상 무수한 탈법의사를 용인해주는 결과를 초래할 것이다.

따라서 초단시간근로자라는 근로계약상의 지위는 소정근로시간을 통해 결정되는 한편, 초단시간근로자로서의 근로계약을 체결한 사용자는 일단 초단시간근로자에게는 적용되지 않는 노동보호법 및 사회보험법상의 의무를 부담하지 않는다고 볼 것이다. 그러나 실제 근로수행과정에서 연장근로 등을 통해 소정근로시간 이상의 근로를 제공하고, 그에 따라 근로시간이 1주 15시간(사회보험법의 경우에는 1월 60시간) 이상이 되게 되었다면, 그 근로자는 일반적인 단시간근로자(물론, 통상근로자에 비하여 짧은 근로시간을 일하게 되는 경우를 의미한다)와 동일한 처우를 받아야 할 것이다. 소정근로시간을 기준으로 초단시간근로자로서의 지위를 부여하는 문제는 단지 근로계약 성립 시 해당 근로자의 법률적 지위를 확인하는 것일 뿐이라고 보아야 하는 것이다.

제3절 단시간근로자의 비교대상근로자 : 통상근로자

1. 단시간근로자 비교대상근로자의 문제⁹¹⁾

근로기준법상 단시간근로자에 대한 규정에 기초한 단시간근로자의 개념적 징표는 ① 1주 동안의 소정근로시간이, ② 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 ③ ‘통상근로자’의 1주 동안의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자라고 말할 수 있다.

근로기준법에 따른 단시간근로자의 용어개념상, 주로 법정 기준근로시간의 범위 내에서 소정근로시간을 정한 근로자들이 존재하고, 그 근로자들과 같은 종류의 업무에 종사하지만 소정근로시간은 짧은 근로자가 단

91) 이 부분은 박은정(2017), 「기간제법의 쟁점에 관한 제언」, 『노동법학』 64, 한국노동법학회, pp.8~11의 내용을 가져온 것임.

시간근로자이다. 이러한 해석의 결과, 단시간근로자인지 여부가 문제되는 근로자와 같은 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상근로자가 존재하지 않으면 그 근로자가 단시간근로자에 해당하는지 여부를 판단하는 것은 불가능하다. 즉 단시간근로자 개념은 해당 사업장에 비교대상근로자로서 통상근로자의 존재를 전제하는 것이다. 이러한 단시간근로자 개념의 상대성으로 인해 법정 기준근로시간보다 소정근로시간이 짧다고 하여 언제나 단시간근로자인 것은 아니게 된다.

또한, 단시간근로자로서의 지위를 확정지을 수 있게 하는 통상근로자는 단시간근로자와 “같은 종류의 업무”에 종사하여야 한다. 물론 ‘같은 종류의 업무’라는 것은 업무의 내용이 동일해야만 한다는 의미는 아니라고 생각한다. 기간제법 제8조에서는 단시간근로자에 대한 차별적 처우를 금지하면서 비교대상근로자를 “당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 통상근로자”라고 하고 있고, 법원은 비교 대상 근로자로 선정된 근로자의 업무가 단시간근로자의 업무와 동종 또는 유사한 업무에 해당하는지 여부는 취업규칙이나 근로계약 등에 명시된 업무 내용이 아니라 근로자가 실제 수행하여 온 업무를 기준으로 판단하되, 이들이 수행하는 업무가 서로 완전히 일치하지 아니하고 업무의 범위 또는 책임과 권한 등에서 다소 차이가 있다고 하더라도 주된 업무의 내용에 본질적인 차이가 없다면, 특별한 사정이 없는 이상 이들은 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 것으로 보아야 한다고 말하고 있다.⁹²⁾ 근로기준법상 단시간근로자이기 위해서는 통상근로자와 “같은 종류의 업무”에 종사해야 하지만, 차별적 처우가 금지되는 것은 “동종 또는 유사한 업무에 종사”하는 것으로 해석할 이유는 없을 것이다. 그러므로 근로기준법상 “같은 종류의 업무”라는 것은 기간제법상 “동종 또는 유사한 업무에 종사”하는 것을 의미하는 것으로 이해할 수 있다고 생각한다. 단, 이와 같이 “같은 종류의 업무”라는 법률상의 요건을 유연하게 해석한다 하더라도, 단시간근로자로 규정될 필요가 있는 근로자의 업무와 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 근로자가 없는 경우에는 단시간근로자로서 정의되지 못한다.

이 문제는 단순히 단시간근로자 법률상 지위의 확인 문제로만 그치는

92) 대법원 2012. 10. 25. 선고 2011두7045 판결.

것은 아니다. 단시간근로자의 비교대상근로자 문제는 단시간근로자의 초과근로에 대한 가산수당지급의 문제, 기간제법의 차별시정제도상 차별시정 성립의 문제로도 이어진다.

이와 같은 문제를 고려했기 때문인지, ILO의 단시간근로에 관한 협약(C175 - Part - Time Work Convention, 1994)에서는 단시간근로자를 “정상적인 근로시간이 비교가능한 통상근로자(comparable full-time worker)의 근로시간보다 적은 근로자”라고 정의하면서, “비교가능한 통상근로자”는 원칙적으로 동종의 고용관계하에 있거나(has the same type of employment relationship), 동종 또는 유사업종에 종사하고 있거나(is engaged in the same or a similar type of work or occupation), 동종 사업장에 고용되어 있는 경우(is employed in the same establishment)를 의미하는 한편, 동종 사업장 내 비교되는 통상근로자가 없는 경우에는 동종 기업에, 동종 기업에 비교되는 통상근로자가 없는 경우에는 동종 업종에 종사하는 통상근로자(when there is no comparable full-time worker in that establishment, in the same enterprise or, when there is no comparable full-time worker in that enterprise, in the same branch of activity)로까지 그 비교대상근로자를 확대하고 있다. 독일의 단시간 및 기간제 근로에 관한 법률(TzBfG - Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge)에서는 단시간근로자를 “1주 근로시간이 비교대상인 전일근로자의 통상적인 1주 근로시간보다 짧은 근로자를 말한다.”고 정의하면서 단시간근로자의 비교대상이 되는 근로자는 “동일한 형태의 근로관계에 있으며 또한 동일 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자”이고, “사업 내 단시간근로자와 비교대상인 전일근로자가 없는 경우에는 사업 내에 적용될 단체협약에 의해 이를 정한다. 이외의 경우에는 해당 산업분야에서 일반적으로 비교대상 전일근로자로 간주될 수 있는 자를 기준으로 한다.”고 규정하고 있다(독일법에 대해서는 제5절에서 보다 자세하게 검토한다).⁹³⁾

기간제법 제2조에서 단시간근로자를 상대적 개념으로 정의하며 비교대상근로자가 존재하지 않을 수 있는 경우를 상정하지 않은 것은 입법적 불

93) 독일법조문은 김기선 외 편역, 『독일 노동법전』, 한국노동연구원, 2013, pp.805~806에서 인용.

비라고 말할 수 있다.

2. 비교대상근로자로서 통상근로자 문제의 확대

위에서와 같이 단시간근로자에 대한 정의상 비교대상근로자인 통상근로자가 존재하지 않거나 확인할 수 없는 경우, 사실상 문제는 기간제법 제6조 제3항 단시간근로자의 초과근로에 대한 통상임금 50% 가산규정 및 기간제법 제8조 제2항 통상근로자에 비한 차별적 처우의 시정제도 적용에서 발생하게 된다.

우선 기간제법 제6조 제3항은 “사용자는 …(소정근로시간을 초과하여 근로하게 하는) 초과근로에 대하여 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 지급하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이때 초과근로의 의미 등에 대해서는 절을 바꾸어 좀 더 자세하게 검토할 것인데, 이 규정상 단시간근로자가 초과근로를 하면 통상임금의 50% 가산임금을 받게 되어 있다. 그런데 단시간근로자에 대한 정의 규정상 아무리 짧은 시간을 일하는 근로자라도 단시간근로자로서의 법적 지위를 인정받지 못하면 이 규정은 적용되지 않는다. 두 근로자가 똑같이 1주 20시간을 소정근로시간으로서 근로하더라도, 한 근로자에게는 비교대상근로자로서 통상근로자가 있다면 1주 20시간의 소정근로시간을 초과하는 근로시간에 대해서는 50% 가산임금을 받게 되는 반면, 다른 근로자에게는 비교대상근로자로서 통상근로자가 없다면 가산임금을 받지 못하는 결과를 초래한다.

한편, 단시간근로자의 비교대상근로자로서 통상근로자의 존재는 단시간근로자임을 이유로 하는 차별시정제도화도 문제될 수 있다. 기간제법 제8조 제2항에서는 “사용자는 단시간근로자임을 이유로 당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 통상근로자에 비하여 차별적 처우를 하여서는 아니된다.”고 규정하고 있는데 여기에서도 “당해 사업 또는 사업장의 동종 또는 유사한 업무에 종사하는 통상근로자”를 발견할 수 없는 경우 차별적 처우의 주장을 할 수 없다.

이와 같은 문제에 따라서 비교대상근로자인 통상근로자의 개념을 밝혀주는 것, 그러한 통상근로자가 없을 경우 비교대상자를 찾는 것에 대한

입법적 보완이 필요하다고 생각한다.

제4절 단시간근로자의 초과근로⁹⁴⁾

1. 단시간근로자에 대한 초과근로의 제한

근로기준법상의 단시간근로자에 대한 규정을 기초로, 현행 근로기준법과 기간제법은 단시간근로자의 근로조건 등에 대한 규정을 두고 있다. 우선, 근로기준법 제18조에서는 단시간근로자의 근로조건은 그 사업장의 같은 종류의 업무에 종사하는 ‘통상근로자’의 근로시간을 기준으로 산정한 비율에 따라 결정하도록 하면서, 근로조건을 결정할 때의 기준이 되는 사항 등을 대통령령으로 정하고 있다(근로기준법 시행령 별표2, 단시간근로자의 근로조건 결정기준 등에 관한 사항 참조). 그리고 기간제법에서는 단시간근로자의 초과근로 제한에 관한 규정(기간제법 제6조), ‘통상근로자’로의 전환노력의무에 관한 규정(기간제법 제7조)과 함께 차별적 처우의 금지(기간제법 제8조)와 차별적 처우의 시정신청제도(기간제법 제9조 등)를 두고 있음은 주지의 사실이다. 단시간근로자에 대한 근로조건 규정 중 특히 단시간근로자의 처우 개선과 관련하여 중요하게 언급되는 것은 초과근로제한에 관한 것으로서, 단시간근로자의 초과근로에 대해서는 사용자가 통상임금의 100분의 50 이상을 지급하도록 하는 의무가 부여되고 있다(기간제법 제6조 제3항).

단시간근로자는 소정근로시간이 통상근로자보다 짧은 근로자들이다. 특히 자발적 단시간근로자들은 육아 등의 돌봄노동이나 가사, 학업 등의 수행을 위해 근로시간을 줄이는 경우들도 많다. 비자발적 단시간근로자들은 수입의 보전 등을 위해 복수의 단시간 일자리를 선택하는 경우도 많다. 이런 경우 사용자가 단시간근로자에게 초과근로를 요구하게 되면 단

94) 이 절의 내용은 박은정(2017), 「기간제법의 쟁점에 관한 제언」, 『노동법학』 64, 한국노동법학회, pp.20~25의 내용을 다소 수정하면서 가져온 것임.

시간근로자들에게 지장을 주게 될 것이므로 현행 기간제법 제6조는 특히 단시간근로자에 대한 초과근로에 “근로자의 동의”를 요구하고 있음을 알 수 있다. 그리고 이와 함께 초과근로시간을 1주 12시간으로 제한하고, 단시간근로자에게 초과근로에 대한 거부권을 명시적으로 인정하는 한편, 초과근로에 대해서는 통상임금 50%의 가산임금을 지급할 것을 규정하고 있는 것이다. 즉 기간제법은 단시간근로자에 대한 초과근로를 금지하는 것은 아니고, 근로자의 동의라는 절차적 요건을 통해 근로시간 수의 제한과 가산임금지급이라는 방식으로 초과근로를 제한하고자 하고 있다. 가산임금지급에 관한 기간제법 제6조 제3항은 2014년 3월 18일 개정을 통해 신설된 규정이다.

그런데, 초과근로를 통해 만약 단시간근로자의 근로시간이 통상근로자의 근로시간과 같아지거나 더 많아지는 경우가 있을 수도 있다. 기간제법상 단시간근로자에 대한 초과근로를 금지하는 것은 아니고, 초과근로를 통한 총근로시간의 시간 수를 제한하는 규정이 있는 것도 아니기 때문이다. 이러한 경우를 법률이 미연에 예방하고 있지 않다는 사실은 유감스러운 일이다(아래에서 조금 더 상술한다).

한편, 단시간근로자의 초과근로에 대해서는 법이 가산임금지급방식을 통해 제한하고 있기는 하지만, 단시간근로자의 개념 자체가 상대적 개념이기 때문에 비교대상근로자가 존재하지 않을 경우 단시간근로자로서의 지위도 성립하지 않을 수 있음은 이미 말한 바와 같다. 즉, 어떤 사업장에서 1주 30시간 일하는 근로자가 단시간근로자로서 10시간 정도의 초과근로를 수행할 경우 가산임금을 지급받을 수 있지만, 어떤 사업장에서는 단시간근로자가 되지 않아서 가산임금을 지급받을 수 없게 된다는 결론이 도출될 수도 있는 것이다. 이것은 결국 비교대상근로자 존재의 문제와 연결되어 있다.

2. 초과근로에 대한 단시간근로자의 동의

기간제법에서는 단시간근로자의 초과근로에 대하여 사용자는 근로자의 동의를 얻도록 하고 있다. 이에 대해서는 아래와 같은 두 가지 문제점

을 발견할 수 있다.

첫 번째 의문은, “근로자의 동의”에 관한 부분이다. 근로기준법에서도 사용자는 “당사자 간에 합의”한 경우 근로자에게 초과근로를 시킬 수 있도록 하고 있는데, 근로기준법이나 기간제법 모두 “합의” 내지 “동의”의 방법 혹은 조건에 대해서는 별다른 말이 없다. 판례는 근로기준법상 초과근로에 대한 합의는 원칙적으로 사용자와 근로자 간의 개별적 합의를 의미하고, 근로계약 등으로 개별 근로자와 초과근로에 관한 합의를 미리 하는 것도 가능하다고 보고 있다.⁹⁵⁾ 다만 근로자가 입사할 때 초과근로 여부를 회사방침에 일임하는 내용의 근로계약을 체결하는 포괄적 합의의 효력에 대해서는 부정적인 견해와⁹⁶⁾ 긍정적인 견해가 있다.⁹⁷⁾ 합의의 방식에 대해서도 이견이 있는데, 근로기준법 제17조를 준용하여 연장근로 사유·연장근로일수·연장근로업무의 종류 등을 기재한 서면으로 작성되어야 한다는 견해가 있는 반면,⁹⁸⁾ 합의의 방식에는 특별한 제한이 없고, 개별 근로자의 합의권을 박탈·제한하지 않는 범위에서는 단체협약에 따른 합의도 무방하다고 보는 견해가 있다.⁹⁹⁾ 판례는 후자의 입장이다.¹⁰⁰⁾ 그렇다면 단시간근로자의 초과근로에 대해서도 이와 같은 근로기준법상 초과근로에 대한 근로자의 합의로 충분하다고 할 것인가?

기간제법은 근로기준법에는 없는 규정 하나를 두고 있다. 단시간근로자의 초과근로에 대한 거부권이다. 명시되어 있지 않더라도 ‘동의’를 기초로 하는 초과근로에 대하여 단시간근로자는 “동의하지 않을 권리”가 있다고 할 것이지만, 현실적으로 근로자들이 사용자로부터의 초과근로요구에 대해 거부할 수는 없기 때문에 이를 특히 명시하였다고 이해할 수 있다. 또한 기간제법은 단시간근로자가 사용자의 부당한 초과근로요구를 거부한 것을 이유로 하는 해고나 그 밖의 불리한 처우도 금지하고 있으며(기간제법 제16조), 이를 위반한 경우 사용자는 2년 이하의 징역 또는

95) 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다19228 판결.

96) 김형배(2015), 『노동법』(제24판), 박영사, p.452.

97) 임종률(2017), 『노동법』(제15판), 박영사, p.434.

98) 김형배(2015), 『노동법』(제24판), 박영사, p.452.

99) 임종률(2017), 『노동법』(제15판), 박영사, p.434.

100) 대법원 1993. 12. 21. 선고 93누5796 판결, 대법원 1995. 2. 10. 선고 94다19228 판결.

1,000만 원 이하의 벌금에 처해질 수 있고(기간제법 제21조), 단시간근로자의 동의 없이 초과근로를 하게 하는 것만으로도 1,000만 원 이하의 벌금형에 처해질 수 있도록 하고 있다(기간제법 제22조). 근로기준법도 초과근로에 대한 근로기준법 제53조 제1항을 위반할 경우 2년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금형을 받을 수 있다고 규정하고 있는데(근로기준법 제110조), 근로기준법 제53조 제1항은 “당사자 간에 합의하면 1주간에 12시간을 한도로 제50조의 근로시간을 연장할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이 근로기준법 벌칙에서 규제하고 있는 것이 “당사자 간에 합의”인지 아니면 “1주간에 12시간을 한도로”인지, 아니면 두 가지 각각을 혹은 모두를 의미하는 것인지 모르겠지만, 기간제법의 규정보다는 명확하지 않다. 기간제법에서는 단시간근로자의 “동의”와 “거부”가 벌칙 적용의 요건이 되고 있음이 분명하기 때문이다. 이 취지는 단시간근로자의 초과근로에 대한 동의는 명시적이고 구체적일 것을 요구하는 것으로 이해할 수 있고, 나아가 단시간근로자의 근로일 및 근로일별 근로시간은 서면근로계약에 포함되어야 할 내용이므로(기간제법 제17조), 기간제법 제6조에서 직접 밝히고 있지 않기는 하지만 초과근로에 대한 동의 또한 서면으로 이루어져야 하는 것으로 해석된다. 근로기준법 시행령 [별표 2]의 ‘단시간근로자의 근로조건 결정기준 등에 관한 사항’에서도 사용자는 근로자와 합의한 경우에만 초과근로를 시킬 수 있는 것으로 다시 한번 확인하고 있는 한편, “사용자는 단시간근로자를 소정 근로일이 아닌 날에 근로시키거나 소정근로시간을 초과하여 근로시키고자 할 경우에는 근로계약서나 취업규칙 등에 그 내용 및 정도를 명시하여야 하며, 초과근로에 대하여 가산임금을 지급하기로 한 경우에는 그 지급률을 명시하여야 한다.”고 규정하고 있다. 초과근로의 “내용 및 정도를 명시”해야 한다는 것이 불분명하지만, 이것을 근로기준법상 초과근로에 대한 “포괄적 합의”의 수준으로 이해해서는 안 될 것이고, 기간제법의 취지에 맞게 이 부분이 수정되는 한편, 초과근로에 대한 단시간근로자의 동의의 방법을 좀 더 구체화시킬 필요가 있다.

두 번째 의문은 초과근로 자체에 관한 것이다.¹⁰¹⁾ 단시간근로자는 1주

101) 초과근로라는 용어는 기간제법상의 용어이고, 근로기준법에서는 연장근로(근로기

동안의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상근로자의 1주 동안의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자이다. 소정근로시간이란, 법이 정하는 기준근로시간의 범위에서 근로자와 사용자 사이에 정한 근로시간을 의미한다. 그래서 비교대상근로자인 통상근로자보다 1시간이라도 소정근로시간이 짧으면 단시간근로자로 정의됨을 앞서 말하였다. 그런데 기간제법은 단시간근로자의 초과근로를 단시간근로자의 “동의”하에서 허용하고 있다. 단시간근로자의 동의가 있다면 상시적 초과근로도 가능한 것일까? 예를 들어, 1주 40시간 통상근로자들이 있는 사업장에서 1주 32시간 단시간근로계약을 체결한 단시간근로자가 1주 8시간의 상시적 초과근로에 동의함으로써 1주 40시간의 실근로시간을 갖는 것도 가능할까?

기간제법이 단시간근로자의 초과근로의 내용을 금지하지 않고 있고, 또한 근로자의 동의가 있다면 1주 12시간의 범위 내에서 초과근로제공이 가능하므로 형식상 불가능하지는 않을 것이다. 그러나 이것이 허용된다면 단시간근로계약은 단시간근로계약으로서의 의미를 상실한다. 단시간근로자의 초과근로시간에 대한 할증임금제도 도입 취지는 결국 단시간근로계약을 체결한 단시간근로자가 진정한 단시간근로자로서 근로를 제공하도록 하자는 것, 만약 단시간근로자가 초과근로를 함으로써 실질적으로는 단시간근로자로서의 본질을 상실하게 되는 경우라면 단시간근로계약을 이용하지 않을 것을 요구하는 것이라고 생각한다. 기간제법은 이 점을 확인할 필요가 있고, 따라서 1주 12시간 이내의 초과근로를 가능하도록 하는 현재의 조문규정을 유지한다 하더라도 단시간근로자의 실근로시간이 통상근로자의 근로시간과 같거나 그보다 많아지지 않도록 할 필요가 있지 않을까 생각해 본다.

준법 제53조 및 제56조) 혹은 시간외근로(근로기준법 제71조 및 제74조)라는 표현을 사용하고 있다.

제5절 독일의 단시간근로자법제

1. TzBfG의 주요 내용¹⁰²⁾

독일의 단시간근로제도는 여성 고용 증가 및 유연성 제고를 통한 경제 위기 대응과 관련하여 주목받아 왔다.¹⁰³⁾ 독일에서는 이미 1980년대부터 고용 및 경제성장 촉진을 위한 단시간 및 기간제 근로 지원에 대한 필요성이 제기되었고 관련 법제 마련이 시도되었다. 현재 독일의 단시간근로를 규율하고 있는 법은 2000년 12월 21일 제정된 TzBfG인데, 동법의 제정을 통해 단시간근로에 관한 EC지침(97/81/EC)을 독일 국내법으로 이행하게 되었다.

TzBfG 제1조는 동법의 목적이 단시간근로를 지원하고 기간제 근로계약의 허용을 위한 전제조건을 규정하며 단시간근로자와 기간제근로자에 대한 차별을 방지함에 있음을 밝히고 있다. 동법의 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다.

가. 단시간근로자의 개념

단시간근로자라 함은 비교가능한 통상근로자(vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer)¹⁰⁴⁾에 비하여 통상적인 주간 근로시간이 짧은 근로자이다(제2조 제1항 1문). 만일 통상적인 주간근로시간에 대한 합의가 없다면 1년의 기간의 한도 내에서 고용기간 동안의 통상적인 평균 근로시간이 비교가능

102) 이 부분은 이승욱·문강분·박귀천(2010), 『단시간근로 저해법령 개선연구』, 고용노동부, pp.10~18 내용을 중심으로 수정, 보완한 것이다.

103) Weiss·Schmidt(2008), *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Wolters Kluwer, p.58.

104) 동법에서는 영어의 “full-time worker”에 해당되는 “vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer”라는 용어를 쓰고 있지만 본고에서는 우리 현행법에서 사용하고 있는 “통상근로자”라는 용어를 사용하기로 한다.

한 통상근로자보다 짧은 근로자는 단시간 근로자에 해당된다(제2조 제1항 2문). 즉 통상적인 주간 근로시간을 비교하여 단시간근로자인지 여부를 결정하되, 통상적인 주간 근로시간에 관한 약정이 없는 경우에는 1년을 평균하여 통상근로자와의 근로시간을 비교하여 근로시간이 짧은 자가 단시간근로자가 되는 것이다.

또한 TzBfG는 사회법전(Sozialgesetzbuch) 제4편 제8조 제1항 제1호에 따른 “경미한 고용(geringfügige Beschäftigung)에 종사하는 근로자” 역시 TzBfG상의 단시간근로자에 해당된다고 규정하고 있다(제2조 제2항). 사회법전 제4편 제8조 제1항 1호에 따른 “경미한 고용”이라 함은 당해 고용에 대하여 통상적으로 지급되는 임금이 월 450유로를 초과하지 않는 경우를 의미한다. 이는 이른바 “미니잡(Mini Job)”이라 일컬어지는 형태의 고용으로서 근로자 입장에서는 사회보험료 납부 의무를 부담하지 않으면서 일정 한도 액수의 돈을 벌 수 있다는 특징이 있다. 사회법전상 취업자(Beschäftigte)는 원칙적으로 사회보험 가입 및 보험료 납부 의무를 부담하지만 미니잡 제도는 일정액 이하의 월급여를 받고 취업하는 저소득 취업자에 대해서 예외적으로 사회보험료 납부의무를 면제하는 제도이다.¹⁰⁵⁾

근로시간이 주 15시간 이상이더라도 월 450유로 이하의 임금을 받는 경우 혹은 단기간 취업으로서 연 2개월 이하 또는 50일 이하의 근로일을 근로하는 자가 부분적으로 450유로를 초과하는 임금을 받더라도 평균적으로 월 450유로를 넘지 않는 임금을 받는 경우에 대해 사회보험료 납부 의무를 면제한다.

미니잡 종사근로자의 사회보험료 및 근로소득세는 면제되는 대신 사용자는 일률적으로 소정 비율의 보험료 및 세금을 부담함으로써 해당 근로자에게 보험혜택을 주게 된다. 또한 월급여가 450유로를 초과하되 850유

105) 독일 하르츠 노동개혁의 주요 내용 중 하나였던 미니잡의 활성화에 대해서는 저임금 일자리 양산으로 인한 저임금 근로자들의 빈곤 문제가 대두되었고, 특히 미니잡 종사자들의 상당수는 여성이라는 점에서 저임금 여성근로자의 빈곤문제가 심화되었다는 비판이 가해졌다. 이에 관한 상세한 내용은, 박귀천(2015), “독일 노동개혁은 무엇을 남겼나? - 하르츠개혁을 중심으로,” 『노사공포럼』 36, (사)노사공포럼, p.80 이하 참조.

로 이하인 미디잡(Midi-Job)의 경우는 근로자의 최고 부담부분이 통상 사회보험료의 절반에 이르는 수준인 반면 사용자의 부담부분은 일반 취업자에 대한 것과 같은 수준이 되도록 하였다.

나. 차별금지

TzBfG 제4조 제1항은 단시간근로자에 대한 차별금지에 대해 규정하고 있다. 독일연방노동법원은 이 조항에 따른 차별금지원칙이 모든 노동법적 규정들에 대하여 적용되고 따라서 단체협약에 대해서도 적용된다고 판시한 바 있다.¹⁰⁶⁾

단시간근로자는 단시간근로로 인하여 비교가능한 통상근로자에 비하여 열악한 대우를 받아서는 안 된다. 다만 다르게 대우하는 것이 “객관적 사유(sachliche Gründe)”에 의해 정당화될 수 있는 경우에는 예외로 한다. 단시간근로자에게는 임금 또는 기타 분할 가능한 금전적 가치 있는 급부가 최소한 비교가능한 통상근로자의 근로시간에 대한 단시간 근로자의 근로시간만큼에 비례하는 범위 내에서 보장되어야 한다. 즉, 임금 및 기타 분할 가능한 금전적 가치 있는 급부에 대해서는 시간비례원칙이 적용되고 있다.

통상근로자와 단시간근로자를 다르게 대우하는 것을 정당화할 수 있는 “객관적 사유”는 단시간근로의 목적 및 범위와의 관계로부터 도출될 수 있고 일반적으로 “객관적 사유”로는 작업성과 내지 능력, 자격, 직업경력, 상이한 업무 내용 등을 들 수 있다고 해석된다.¹⁰⁷⁾

차별금지에 위반하는 차별적인 협약이나 조치 등은 차별에 해당되는 부분에 한하여 무효가 된다. 차별대우를 받은 단시간근로자는 차별받지 않는 통상근로자가 적용받는 것을 근로시간에 비례하여 보장받을 수 있다. 따라서 단시간근로자는 차별받지 않을 때 받게 되는 급부와 이미 지급받은 급부의 차이에 해당되는 몫을 지급받을 수 있다.

106) BAG 15. 10. 2003 - 4AZR606/02.

107) Henssler · Willemsen · Kalb(Hrsg.)(2008), Arbeitsrecht Kommentar, TzBfG § 4 Rz.17, Rn. 15.

다. 단시간근로 지원

사용자는 관리직에 있는 자를 포함하여 모든 근로자들에게 동법에 따른 단시간근로가 가능하도록 해야 한다(제6조). 동 규정에 대한 입법취지에 의하면 흔히 남성근로자들의 단시간근로와 고도의 전문적인 활동에서의 단시간근로에 대해서는 여전히 회의적인 시각이 존재하고 있고, 따라서 사용자는 특히 단시간근로가 전문적인 활동 영역에서도 매력적인 근로형태가 될 수 있도록 배려해야 할 필요가 있다고 한다.¹⁰⁸⁾ 이와 관련하여 사업장조직법에 따르면 사업장협의회는 단시간근로의 지원을 위한 제안을 제출할 수 있음을 규정하고 있다(사업장조직법 제92조a 제1항). 이러한 제안에 대하여 사용자는 협의를 해야 하고 제안에 대하여 거부하는 경우에는 근거를 제시해야 한다.

라. 구인광고, 일자리에 대한 정보제공

사용자가 사업장 외부적으로 또는 사업장 내부에서 일자리에 대한 구인광고를 하는 경우 그 일자리가 단시간근로에도 적합한 때에는 그 일자를 단시간근로 일자리로서도 광고해야 한다(제7조 제1항). 또한 근로자가 계약상 합의되어 있는 근로시간의 길이, 시·종업시간 등의 변경을 희망하여 사용자에게 요구한 경우에 사용자는 이에 상응하는 당해 사업 내 또는 기업 내에서 충원되어야 할 일자리에 대한 정보를 제공해야 한다(동조 제2항).

한편 사용자는 사업 또는 기업 내의 단시간근로에 관한 정보, 특히 현존하거나 장래에 계획되어 있는 단시간일자리에 관한 정보와 단시간근로 일자리로부터 통상근로 일자리로의 전환 또는 그 반대의 경우에 대한 정보를 근로자 대표에게 제공해야 한다. 사용자는 근로자대표의 요구에 따라 필요한 자료들을 제공하여야 한다(동조 제3항).

108) BT-Drucksache. 14/4374, p.16.

마. 근로시간의 단축

동법에서는 근로자에게 근로시간 단축을 요구할 권리를 인정하고 있다. 즉, 근로관계가 6개월 이상 계속적으로 존속하고 있는 경우에 근로자는 계약상 합의된 근로시간을 단축할 것을 요구할 수 있다(제8조 제1항). 다만 이러한 근로자의 근로시간 단축 요구에 관한 규정은 상시 15명을 초과하는 근로자를 고용하고 있는 사용자에게 대해서만 적용된다(동조 제7항). 즉, 영세규모 사용자에게 대해서는 근로자의 단시간근로 요구로 인한 부담을 지지 않도록 하고 있는 것이다. 이와 같은 근로자의 근로시간 단축을 요구할 권리는 근로자가 통상근로자인지, 단시간근로자인지, 혹은 기간제 근로자인지, 파견근로자인지 여부와 상관없이 적용된다. 또한 관리직에 있는 근로자에게도 적용된다.¹⁰⁹⁾

근로자는 늦어도 단축 시작 3개월 전까지 단축의 범위를 특정해야 한다. 또한 이 경우 근로자는 원하는 근로시간의 배분, 즉 언제부터 언제까지 일하고 싶은 것인지를 알려야 한다(제8조 제2항). 단축된 근로시간이 시작되기 3개월 전까지 단축 범위를 특정하도록 한 것은 사용자로 하여금 조직 내에서 필요한 조치, 예컨대 추가 근로자 고용 조치와 같은 것을 결정할 수 있는 시간을 부여하기 위해서이다. 사용자는 근로자가 원하는 근로시간 단축에 대하여 합의에 이를 것을 목표로 하여 협의하여야 하고 또한 근로시간 배분에 관한 합의도 목표로 해야 한다(제3항).

사용자는 근로자가 희망하는 근로시간의 단축과 배분이 경영상 이유에 반하지 않는 한 근로자의 요구에 동의해야 한다(제4항 1문). 특히 근로시간 단축이 해당 사업의 조직, 일의 진행 또는 안전을 본질적으로 침해하거나 균형이 맞지 않게 지나치게 많은 비용을 초래하는 경우에는 경영상 이유가 존재한다(제4항 2문). 그러나 경영상 이유가 존재하는지 여부에 대한 해석에 관하여 실제로 있어서는 상당히 다툼이 많다. 다만 분명한 점은 단시간근로자의 고용에서 초래되는 추가적인 행정적, 혹은 조직적 부담은 근로시간 단축의 권리를 거부하는 경영상 이유로 간주될 수 없다는 것이다. 또한 사용자가 노동시장에서 적당한 추가 근로자를 발견할 수

109) Weiss, Schmidt(2008), 앞의 책, p.60.

없다는 점 역시 경영상 이유에 해당될 수 없다.

연방노동법원에서 확립된 판례 법리에 따르면 경영상 이유는 다음의 세 단계를 통해 심사된다.¹¹⁰⁾ 첫째, 경영상 이유로 간주되는 근로시간에 대한 규제와 사용자에 의해 발전되고 수행된 조직적 개념 등이 특정되어야 한다. 둘째, 조직적 개념에서 도출되는 근로시간의 규제가 사실상 근로시간의 단축과 갈등을 일으키는지 여부가 사용자에 의하여 확인되어야 한다. 셋째, 경영상 이유가 매우 중대하여 근로자의 근로시간 변경 희망을 이행하는 것이 사업 내 조직, 작업과정 또는 안전을 침해하거나 균형이 맞지 않을 정도로 지나치게 많은 비용을 초래하는 것은 아닌지 여부가 검토되어야 한다.

근로시간 단축 거부 사유는 단체협약에서 정해 놓을 수도 있다(제4항 3문). 그러나 동법 제22조 제1항에 따르면 근로자에게 불리한 동법 제8조 규정과 다른 단체협약은 인정되지 않는다. 따라서 단체협약에서 규정되는 경영상 이유들은 최소한 동법 제8조 제4항의 의미에서의 경영상 이유에 대한 것이 되어야 한다. 한편 경영상 이유를 규정하고 있는 단체협약의 적용범위 내에서 협약의 구속력이 미치지 아니하는 근로자와 사용자는 근로시간 단축의 거부사유들에 관한 협약상의 규정을 적용받을 것에 대해 합의할 수 있다(제4항 4문).

사용자는 근로시간의 단축과 이에 따른 근로시간 배분에 관하여 늦어도 그러한 근로시간 단축을 시작하기 1개월 전에 서면으로 알려야 한다(제8조 제5항 1문). 만일 사용자와 근로자가 근로시간 단축에 대하여 합의하지 못하고 사용자는 근로자가 희망한 개시 시기 1개월 전까지 서면으로 거부하지 아니한 경우에는 근로자가 희망한 근로시간 단축이 유효하게 된다(2문). 이는 근로시간 배분에 관해서도 동일하다(3문). 한편 결정된 근로시간의 배분을 유지해야 할 근로자의 이익보다 이를 변경해야 할 경영상의 이익이 현저하게 큰 경우에 사용자는 늦어도 1개월 전에 변

110) BAG 20.1.2015 AP Nr. 32 zu § 8 TzBfG = NZA 2015, 816; BAG 13.11.2012 AP Nr. 31 zu § 8 TzBfG = NZA 2013, 373; BAG 13.10.2009 AP Nr. 29 zu § 8 TzBfG = NZA 2010, 339; BAG 16.10.2007 AP Nr. 23 zu § 8 TzBfG = NZA 2008, 289; BAG 9.12.2003 AP Nr. 8 zu § 8 TzBfG = NZA 2004, 921; BAG 18.2.2003 AP Nr. 2 zu § 8 TzBfG = NZA 2003, 1392.

경을 통보하여 근로시간 배분을 변경할 수 있다(4문).

사용자가 근로시간 단축에 합의하였거나 혹은 이를 정당하게 거부한 경우에 근로자는 최소 2년이 경과된 후에 근로시간 단축을 다시 요구할 수 있다(제8조 제6항).

만일 근로자가 사용자의 근로시간 단축 거절을 받아들일 수 없다고 생각하는 경우에는 노동법원에 근로시간 단축을 요구하는 소를 제기할 수 있다. 노동법원은 근로자의 근로시간 단축이 경영상 이유에 반하는지 여부를 판단하게 되고, 만일 경영상 이유가 없다고 판단되면 법원의 판결은 근로계약을 근로자의 요구에 따라 변경하는 것으로 내려지게 된다. 이에 따라 근로계약은 자동적으로 변경된다.¹¹¹⁾

바. 근로시간의 연장

사용자는 단시간근로자가 계약상 합의된 근로시간의 연장을 요구한 경우 긴급한 경영상 이유나 다른 단시간근로자의 근로시간요구에 반하지 않는 한 근로자의 요구에 상응하는 동일한 적임의 일자리 충원에 있어서 우선적으로 고려해야 한다(제9조). 근로시간 단축과는 달리 통보 기간에 대한 제한 등에 대해서는 규정하고 있지 않다. 따라서 긴급한 경영상 이유나 다른 근로자의 요구에 반하지 않는 한 단시간근로자는 고용 첫날부터라도 근로시간 연장을 요청할 수 있다고 해석된다.¹¹²⁾

사. 직업교육

사용자는 긴급한 경영상 이유나 다른 단시간근로자의 직업교육요구에 반하는 경우가 아니라면 단시간근로자들도 직업적 발전과 이동성의 지원을 위한 직업교육 프로그램에 참여할 수 있다는 점에 대해 배려해야 한다(제10조).

111) Weiss, Schmidt(2008), 앞의 책, pp.61~62.

112) Weiss · Schmidt(2008), 앞의 책, p.62.

아. 해고제한 규정

근로자가 통상근로관계로부터 단시간근로로의 전환을 거부한 것 또는 반대의 전환을 거부한 것을 이유로 하는 해고는 무효이다(제11조).

자. 호출(Abruf)에 의한 근로

제12조에서는 “호출에 의한 근로”에 관하여 규정하고 있다. 사용자와 근로자는 근로자가 작업량에 따라 근로를 제공하여야 한다고 합의할 수 있다. 이를 이른바 호출에 의한 근로(Arbeit auf Abruf)라고 한다. 이러한 합의에서는 주간 근로시간과 일일 근로시간의 길이를 특정하여야 한다. 주간 근로시간이 정해져 있지 아니한 경우에는 주간 근로시간은 10시간으로 간주된다. 일일 근로시간이 정해져 있지 아니한 경우에는 사용자는 근로자로 하여금 최소한 3시간을 연속하여 근로를 제공하도록 하여야 한다. 단, 근로자는 최소한 4일 전에 통보를 받은 경우에만 근로를 제공할 의무가 있다.

위 규정들은 단체협약에 의해 다르게 정해질 수 있다. 단체협약상 규정들이 위의 법 규정들에 비하여 근로자에게 불리하더라도 주간 근로시간과 일일 근로시간이 특정되고 사전 고지기간이 예정되어 있는 경우에는 단체협약이 적용된다. 또한 단체협약의 적용범위 내에서 협약의 구속력을 받지 않는 사용자와 근로자는 호출에 의한 근로에 관한 단체협약상 규정을 적용하기로 합의할 수 있다.

차. 일자리 나누기(Arbeitsplatzteilung)

제13조는 사용자와 근로자의 합의에 의한 일자리 나누기에 관하여 규정하고 있다. 즉, 사용자와 근로자는 다수의 근로자들이 하나의 일자리에 대한 근로시간을 나누는 것에 대해 합의할 수 있다(제13조 제1항 1문). 일자리를 나누는 근로자들 중 한 명이 근로를 제공할 수 없는 경우, 다른 근로자들이 대신 일할 것을 합의한다면 대신 일할 의무가 있다(2문). 또한

근로계약에서 긴급한 경영상 이유가 있는 경우에 대신 근로할 것을 예정하고 있고 이것이 개별 사안에서 기대 가능한 경우에도 대신 근로할 의무가 인정된다(3문).

일자리 나누기를 하고 있는 한 근로자가 일자리 나누기를 그만둔 것을 이유로 사용자가 일자리 나누기를 하고 있는 다른 근로자들을 해고하는 것은 효력이 없다(제13조 제2항 1문). 다만 변경해고에 관한 권리는 이러한 이유로 인해 영향받지 않는다(2문). 또한 동조 제1항에서 말하는 일자리 나누기는 아니지만 한 근로자집단이 특정 일자리에 정해진 시간대별로 교대근무를 하는 경우에 대해서도 동조 제1항과 제2항이 유추적용된다(제13조 제3항).

이러한 규정들은 단체협약을 통해 다르게 정해질 수 있다. 또한 단체협약의 적용범위 내에서 협약의 구속력을 받지 않는 사용자와 근로자도 단체협약의 규정을 적용하기로 합의할 수 있다(제13조 제4항).

2. 비교대상자의 확인

가. “비교가능한 통상근로자” 존재의 확인 절차

단시간근로자의 비교대상 근로자가 존재하는지 여부에 대한 확인은 다음과 같이 단계별로 이루어지게 된다.¹¹³⁾

첫 번째 단계에서는 사업장 내의 통상근로자 중에서 비교대상자의 존재 여부를 확인한다. 비교대상자의 확인은 원칙적으로 기업이나 기업집단(Konzern) 단위가 아닌 사업장 단위에서 이루어지게 된다. 동일한 종류의 근로관계에 있고 동일 또는 유사한 업무를 수행하는 당해 사업장 내의 통상근로자가 단시간근로자와 “비교가능한 통상근로자”, 즉 비교대상 근로자에 해당된다(제2조 제1항 3문). ‘동일한 종류의 근로관계’와 관련하여, 근로관계의 종류는 예컨대 근로관계가 기간제 근로관계, 기간을 정하지 아니한 근로관계 등으로 구별되고, 법문에 따르면 이러한 근로관계들은

113) BT-Drucksache, 14/4374, p.15. Schaub(Hrsg.)(2017), Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl., C. H. Beck, 2017, § 43. Teilzeitarbeit, Rn. 5.

비교될 수 없다고 해석된다.¹¹⁴⁾

두 번째 단계에서는 만일 당해 사업장 내에 비교 가능한 통상근로자가 존재하지 않는다면 적용 가능한 단체협약을 근거로 하여 비교 가능한 통상근로자가 정해질 수 있다(제2조 제1항 4문). 적용 가능한 단체협약이 다수일 경우에는 해당 산업에서 가장 많은 사용자들이 적용하고 있는 단체협약을 중심으로 판단한다.¹¹⁵⁾

세 번째 단계에서는 만일 직접 적용 가능한 단체협약이 없다면 각 산업부문에서 관행적으로 비교가능한 통상근로자로 볼 수 있는 자를 기준으로 하게 된다(제2조 제1항 4문). 이와 같이 사업장 단위를 넘어 이루어지는 비교대상자 선정 기준은 일반적으로 근로조건이 산별 차원에서 산업별 단체협약을 통해 결정되는 독일의 상황을 반영한 것으로 해석된다.

나. 업무의 동일 또는 유사성

연방노동법원은 단시간근로자와 비교가능한 통상근로자의 노동은 양적으로만 다른 것이지, 질적으로 다른 것은 아니라고 한다.¹¹⁶⁾

TzBfG상 사업장 내의 비교가능한 통상근로자를 확인하는 경우 ‘업무의 동일성’이라 함은 노동과정이 일치하고 근로자가 기술적으로 동일한 일자리에서 각각 혹은 연달아 같은 업무 또는 같은 종류의 업무를 수행하는 경우를 의미한다. 근로자들이 동일한 업무를 수행한다고 하기 위해서는 해당 업무에 근로자를 끼워 넣기 위한 시간 없이 근로자가 바로 교체될 수 있어야 한다. 업무의 활동이나 특징들이 서로 다른 경우에는 주로 수행되는 활동에 근거하여 판단되어야 한다.¹¹⁷⁾

‘업무의 유사성’이라 함은 업무에 대한 요구사항이 포괄적으로 일치하고 짧은 시간 동안 해당 업무에 근로자를 끼워 넣어 교체할 수 있는 경우를 의미한다.¹¹⁸⁾ 사용자가 작성한 직무기술서(Stellenbeschreibung)나 직

114) Schaub(Hrsg.)(2017), 위의 책, § 43. Teilzeitarbeit, Rn. 5.

115) Preis(Hrsg.)(2017), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., TzBfG § 2, Rn. 2.

116) BAG 19.4.2016 - 3 AZR 526/14 = NZA 2016, 820.

117) BAG 23.8.1995 AP Nr. 48 zu § 612 BGB = NZA 1996, 579.

무분류(Eingruppierung)도 업무의 동일성이나 유사성을 판단하는 근거가 될 수 있다.¹¹⁹⁾

TzBfG상 업무의 동일 또는 유사성을 판단함에 있어서 다음의 5가지 사항 중 하나에 해당하면 동일 또는 유사성을 충족하는 것으로 추정한다. ① 일자리 또는 활동에 관한 근로계약서상의 명시적인 내용이 동일한 경우, ② 근로계약서상 서로 상이한 직종으로 표기된 경우라도 근로자들이 상호 대체가능한 경우(단, 대체가능성은 동일성 판단의 필요조건이 아님), ③ 비교대상이 되는 근로자들이 하나의 임금군에 속한 경우, ④ 같은 시기에 여타의 근로조건들은 모두 동일하나 단지 서로 다른 사업 소속이거나 서로 다른 나이 때문에 상이한 임금군으로 분류된 경우, ⑤ 비조합원으로 단체협약에 구속되지는 않으나 하나의 사업에 근무하는 두 근로자가 하나의 단체협약상 임금군에 가정적으로 동일하게 편성된 경우.¹²⁰⁾

한편, 연방노동법원은 단시간근로자에 대한 기업 내 노령연금 지급에 대한 차별 여부가 문제된 사건에서 단시간근로자와 비교대상 근로자와의 업무의 동일성 또는 유사성 판단과 관련하여 만일 사용자가 차별이 문제된 급부를 직무활동이 아닌 다른 요소에 근거해서 부여하는 경우, 즉 예를 들어 근로자의 사업에 대한 소속 여부라는 요소에 근거해서 노령연금을 지급하는 경우에는 단시간근로자와 비교대상근로자 간의 업무의 종류나 내용 등은 중요하지 않다고 판단하였다.¹²¹⁾

3. 소 결

독일의 단시간근로 법제는 실업문제 해결 방안 모색, 경제위기에 대한 대응, 근로자들의 일과 가정 양립 지원, 고령근로자의 조기 연령 수급으로 인한 연금재정 문제 해결 등 다양한 측면과 목적에서 활용되어 왔다. 독일의 TzBfG는 근로자가 근로시간 단축과 연장을 근로자 자신의 권리 행사 차원에서 이용할 수 있도록 근거 규정을 마련해 놓고 있다는 점, 단

118) Schaub(Hrsg.)(2017), 앞의 책, § 43. Teilzeitarbeit, Rn. 5.

119) Schaub(Hrsg.)(2017), 앞의 책, § 43. Teilzeitarbeit, Rn. 5.

120) 중앙노동위원회(2006), 『차별시정제도 참고자료』, p.26.

121) BAG 28.5.2013 - 3 AZR 266/11.

시간근로자에 대한 차별적 처우가 문제되는 경우 비교대상근로자의 확인 절차를 단계별로 나누어 사업장 내뿐만 아니라 해당 산업부문 차원에서 찾을 수 있도록 법적 근거를 마련하고 있다는 점, 일자리 나누기(Job Sharing)에 대한 근거 규정을 마련하고 있다는 점 등에서 우리에게도 입법론적으로 시사점을 준다.

물론 독일에서 단시간근로제도의 일종인 미니잡의 양산으로 인해 저임금 근로자가 증가하고 일자리의 질이 낮아졌다는 비판도 가해지고 있다는 점을 유의해야 한다. 특히 미니잡 종사자 등 단시간근로자들은 주로 여성근로자들이 많다는 점으로 인해 저임금 여성근로자의 빈곤 문제 및 노동시장에서의 성차별 문제와 밀접한 관련이 있다는 점은 우리의 상황과도 유사하기 때문에 더욱 유의해야 할 필요가 있다. 그럼에도 불구하고 독일에서 단시간근로의 긍정적인 활용과 단시간근로자의 권리 보호를 위한 여러 법적 장치가 마련되어 있다는 점은 눈여겨볼 만하다.

제6절 결 론

비정규 형태의 일자리 가운데 기간제근로계약을 활용하는 비율 상승은 다소 정체상태인 데 반하여, 단시간근로자의 비율이 증가하고 있다는 것은 단시간근로자의 법적 지위와 보호에 관해 몇 가지 생각을 하게 만든다. 기간제근로자의 지위 보호를 위한 학술적 연구 동향, 기간제근로계약 활용을 어렵게 할 수 있는 갱신기대권 인정 등에 대한 법원의 해석, 기간제근로계약 체결사유제한에 관한 계속되는 입법적 시도 등이 아마 기간제근로자의 비율 상승을 저해하는 긍정적 요인들로 작용했을 것이라고 보인다. 이에 반하여 단시간근로형태는 언제나 기간제근로 형태를 포함한 상용형 일자리에 대한 보조적 일자리로 인식되는 경향이 있다. 그렇기 때문에 비정규직 보호에 관한 논의의 틀에서도 다소 밀리는 경향이 있음을 인정하지 않을 수 없다. 본고는 비정규근로형태 가운데 점점 비중을 높여가고 있는 단시간근로형태에 관한 현행 법제의 내용에 비판적으로

접근하는 것을 통해 단시간근로자들의 법적 지위와 보호에 관한 입법적 논의가 본격화되기를 바라면서, 쟁점이 될 수 있는 법적 문제점을 짚어 보았다. 그리고 비교법적으로 시사점을 얻을 수 있다고 생각한 독일법제의 내용을 살펴보았다.

법적 쟁점 가운데 가장 시급하게 보완되어야 할 부분은 단시간근로자의 비교대상에 관한 것이라고 생각한다. ILO의 단시간근로자협약이나 독일법과 같이 비교대상근로자가 동일 사업 내에 존재하지 않는 경우를 상정하고 있는 것은 특히 비교법적으로 시사를 받아야 할 것으로 보인다. 그 외, 초단시간근로자의 보호문제, 단시간근로자의 초과근로문제 등에 대한 입법적 보완도 요구된다.

제 5 장

특수형태근로종사자에 대한 논의 : 걸어온 길, 가야 할 길

박은정(인제대 교수)

제1절 서론

제3차 산업혁명이라는 말이 들리기 시작한 지 얼마 되지 않은 듯한데 근래는 제4차 산업혁명이라는 말이 나오면서 기술이 노동에, 고용에 미친 영향들을 얘기하고 있다. 2017년 11월, 한겨레신문사가 주최하여 <일의 미래: 새로운 사회적 합의를 향하여>라는 주제로 열린 제8회 아시아미래포럼의 기조연설자인 리처드 프리먼은 스스로 결정하여 움직이는 AI에 의해 앞으로 125년쯤 후엔 노동을 완전히 자동화할 수 있다고 말했다. 노동이 사라진다는 것이다. 반면 같은 날 특별강연자로 나선 샌드라 폴라스키는 일이 사라지지도 않을 것이고, 사라져서는 안 된다고 말하였다.¹²²⁾

일이 사라질지, 사라지지 않을지는 잘 모르겠지만 최근의 디지털 기술 발전에 의해 노동의 외적 형태에 적지 않은 변화가 발생하고 있는 것은 분명해 보인다. 디지털 플랫폼 노동, 온 디맨드 노동, 앱 노동, 깃 노동 등의 이름으로 “새로운”이라는 수식어가 붙어 있는 이 노동들은 “디지털 유

122) 2017년 아시아미래포럼 기조연설 및 특별강연문은 <http://www.asiafutureforum.org>에서 볼 수 있음.

목민” “프레카리아트”와 같은 신조어를 낳고 있기도 하다.

그런데 노동의 변화는 갑작스러운 것은 아니었다. 직접고용과 종신고
용체제가 간접고용과 비정규고용으로 대체되기 시작하면서 본격적으로
균열이 시작되었다고 말할 수 있고, 근래의 디지털 기술 발전으로 그 균
열이 점차 커지면서 세분화되어 가고 있다고도 말할 수 있지만, 균열된
일터와 균열된 일자리가 이전에는 전혀 없었던 새로운 것이라고는 말할
수 없다는 의미이다.¹²³⁾ 새롭다는 것은 지금까지 있는 적이 없다는 뜻이
다. 그런데 임금노동이 발전되었던 산업혁명 시기의 노동으로부터 지금
까지 노동의 형태가 고정되어 있었던 적은 없었다. 자본의 변화에 따라
노동은 변했고, 사회의 변화에 따라 노동은 변했으며, 사람의 변화에 따
라서도 노동은 변했다. 이 변화에 법과 제도가 적응을 해왔고, 그에 따라
법과 제도 또한 변해왔다. 그러나 변화에 적응하기 위한 법과 제도는 언
제나 보수적이어서 그 경계를 쉽게 늦추려 하지 않는다. 법학이 “법이란
무엇인가”라는 질문을 끊임없이 받을 수밖에 없듯, 노동법학은 “근로자란
누구인가”라는 질문을 받고 있고 그에 답하기 위해 노력하고 있는데, 현
실이 필요로 하는 답과 법이 제시하는 답은 언제나 조금씩 시간차가 있는
듯하다.

특수형태근로종사자라는 용어는 2007년 12월 산업재해보상보험법(이
하, 산재보험법) 개정을 통해 법조문상 처음으로 등장했다. “특수”라는 단
어가 “근로”에 붙어 있는 것처럼 이 용어는 기존과는 다른 형태의 노동을
인정하는 한편, 산재보험법으로 그 다른 형태의 노동이 업무상 겪는 재해

123) 균열일터, 균열일자리라는 표현은 데이비드 와일(2015)의 책(『균열일터』, 황소자
리)에서 가져온 것이다. 데이비드 와일의 표현은 “The Fissured Workplace”로서,
fissured라는 단어를 균열로 번역한 것이다. 그런데 fissured라는 단어와 균열이라
는 단어가 통상 번역상응어로 이용되고 있기는 하지만, 균열은 fissured보다는 복
잡하고 미세한 느낌을 주는 단어이다. 우리가 균열이라는 단어를 사용할 때의 느
낌은 fissured와 함께 fragmented라는 두 단어가 함께하는 것이라고 생각한다.
fissured가 틈이 생겼다는 의미를 갖는다면, fragmented는 조각조각나 버렸다는 의
미를 갖기 때문에 “거북의 등에 있는 무늬처럼 갈라져 터진” 균열(龜裂)이라는 단
어의 의미는 두 단어가 함께하는 것이라고 보는 것이 더 적합하다. 그리고 데이비
드 와일의 fissured라는 단어보다는 번역어인 “균열”이 근래의 일자리를 표현하
는 데 보다 적합하다고 생각한다. 그러므로 본문의 “균열”이라는 표현은 데이비드 와
일의 책 제목으로부터 빌려오기는 했지만, 사실은 그 책 번역자의 번역어를 빌려온
것이라는 표현이 더 적합할 듯하다.

를 보호할 필요성을 밝힌 것이라고 할 수 있다. 그런데 특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호 논의가 시작된 것은 이미 2000년대 초반의 일이다. 특수형태근로종사자들을 법적으로 보호할 것인지 여부에 대한 논쟁으로부터 시작해서, 왜 특수형태근로종사자들은 근로자가 아닌가, 어떤 업무에 종사하는 자들이 특수형태근로종사자인가, 노동법제 중 어떤 법을 이들에게 적용할 것인가 등에 대한 논의를 수년간 계속하다 겨우 만들어 낸 성과가 산재보험법 제125조의 특례규정인 것이다. 법원이 해석을 통해 근로자의 범위를 확장하는 경우는 있었지만 1953년 근로기준법 제정 이후 단 한 번도 바뀌지 않았던 근로자의 정의(“직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 근로를 제공한 자”)에도 불구하고 노동의 변화를 법조문으로 반영한 것이라는 의미를 부여할 수 있다.

특수형태근로종사자라는 개념에 대해 위와 같은 의미를 부여할 수 있다 할지라도 이것은 심각한 한계를 갖고 있다. 이 한계로 인해 이 개념은 더 이상 발전할 수 없는 상태에 놓여 있다. 디지털 기술의 발전과 함께 특수형태근로종사자, 특수형태근로종사자와 유사한 형태의 업무 종사자, 특수형태근로종사자보다 더 특수한 형태의 근로종사자들이 확산될 것이라는 예측이 팽배한데, “노동의 변화”를 감지하고 법조문에 반영한 특수형태근로종사자 개념이 지금보다는 더 “특수한” 노동의 종사자들을 고려하는 한편, 입법적으로 노동법제상 이들 “특수”하거나 더 “특수한” 노동의 종사자들을 포섭할 필요는 없는 것인가에 대한 검토도 필요하다.

이 글은 위와 같은 필요성을 인식하면서 현재 특수형태근로종사자라는 용어가 출현하게 되었던 배경, 경과, 현재의 모습, 그리고 앞으로 나아갈 길에 대하여 생각해보고자 한다. 특히 배경과 경과에 대해서는 기존의 연구들에서도 다룬 바 있지만, 기존의 연구들이 필요에 따라 다소 요약적이고 단편적으로 언급된 측면이 없지는 않으므로 기존의 연구들을 바탕으로 전체적인 배경과 경과를 상세하게 실어 보고자 한다.

제2절 특수형태근로종사자 : 걸어온 길

1. 논의의 발단

대법원 판례상 근로자성에 관한 다툼이 발생한 첫 사례는¹²⁴⁾ 지입차주의 근로자성에 관한 것이다. 스스로 생산수단인 자동차를 갖고 사업주의 사업면허를 이용하여 운송사업을 하는 차주 겸 운전사가 근로기준법상의 근로자인지 여부를 다툰 사례에서, 법원은 “근로기준법의 적용을 받은 근로자라 하려면 사용자로부터 자기의 근로의 대상으로 금품을 받을 것을 목적으로 하여 근로를 제공하는 자를 말한다.”고 하며 지입차주는 근로기준법상의 근로자가 아니라고 판결했다.¹²⁵⁾ 이후 보험모집인, 도급근로자, 시청료징수원, 레미콘차주, 학습지교사, 학원강사, 골프장캐디 등의 근로자성을 다투는 사례들이 축적되는 가운데, 이와 같이 민법상 고용계약이나 도급계약과 같은 전형계약, 용역·하청·위탁·협력 등의 비전형계약 하에서 노무를 제공하지만 실질적으로는 근로기준법상의 근로자성을 다툰 여지가 있을 만큼 근로자와 유사한 지위를 갖는 “근로자 아닌 근로자”들을 “특수고용관계”, “특수계약형태”, “특수고용형태”, “특수고용직” 등으로 부르기 시작했던 것으로 보인다.

다만, 특수고용관계 등의 용어가 본격적으로 등장한 것은 비정규직 근로자에 대한 보호 문제가 사회적 의제로서 채택되기 시작했던 1990년대 후반~2000년대 초반이다. 학술문헌상 이 용어를 처음 볼 수 있었던 것은 근로자성 판단에 관한 1990년대 대법원 판결을 검토한 강성태 교수의 논문이다.¹²⁶⁾ 그 이전까지는 “근로자로 보기 어려운”과 같은 서술식 표현이 주로 사용되었는데, 강성태 교수의 논문에서는 이들을 “특수고용관계”하

124) 필자가 확인할 수 있었던 한도 내에서의 첫 사례이다.

125) 대법원 1972. 3. 28. 선고 72도334 판결.

126) 강성태(2000), 「특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단 - 1990년대 대법원 판결의 검토를 중심으로」, 『노동법학』 11, 한국노동법학회, pp.35~52.

에 놓여 있는 자들이라고 표현하였다. 이 논문에서는 “특수고용관계”라는 용어가 실정법상의 용어도 아니고 그렇다고 당시 노동법학계에서 널리 사용되고 있는 용어도 아닌 바, “종속적 노동의 모습(근로계약적 특징)과 함께 독립적 노동의 모습(자유계약적 특징)을 동시에 가지고 있는 노무공급관계를 염두에 두고 사용”하였다고 밝히고 있다. 특히 “계약의 외형은 도급·위임계약이거나 이와 유사하지만, 계약의 존속과 실질적 전개과정에서 보이는 종속성이 일반 근로계약관계와 흡사한 점이 많은 노무공급관계를 상정한 것”이라는 것이다.¹²⁷⁾

다만 특수고용관계라는 용어를 사용하면서도 모두 일치된 개념으로 이 용어를 이용했던 것은 아닌 듯하다. 2002년 당시 노동부 용역보고서에서는¹²⁸⁾ “고용관계에 따라 근로자를 삼분하면, 전통적 고용관계로 사용주와 고용주가 일치하는 직접고용, 용역근로나 파견근로와 같이 사용자와 고용주가 일치하지 않는 간접고용, 사용자와 고용주는 일치하나 근로계약관계가 모호한 특수고용”이라고 구분하면서, “특수고용관계 종사자의 특성은 전통적인 근로자와는 달리 계약체결의 형태가 근로계약이 아닌 도급 또는 위임이라는 형태를 취하는 경우가 많으며 보수도 성과급으로 지급되거나 근로시간이나 근로제공의 장소에 대한 구속도 엄격하지 않으며 취업규칙의 적용에서도 배제되는 경우가 많다는 특성”을 갖는다고 보았다. 종속성의 측면에서 그 주된 특징을 발견하기도 했고, (어쩌면 동일한 의미일지도 모르겠지만) 노사관계의 특성으로부터 그 주된 특징을 발견하기도 했던 것이다.

여하튼 특수고용관계에 관한 논의의 시발점에서 특수고용관계는 어떤 특정한 직종을 대상으로 하는 것은 아니었다. 법적 분쟁의 과정에서 골프장 캐디, 레미콘 운전자, 보험모집인, 학습지교사와 같은 사람들이 근로기준법상의 근로자성을 주장하면서 퇴직금을 사업주에게 요구한다거나 함으로써 이들 직종이 주로 문제가 되는 특수고용관계 종사자들이라고 인식되기는 하였지만, 법원이 검토하지 않은 영역에서의 특수고용관계 종

127) 강성태(2000), p.35.

128) 안주엽 외(2002), 『특수고용관계 종사자 실태조사』(연구기관: 한국노동연구원), 노동부 학술연구용역보고서.

사자들도 “종속적 노동의 모습(근로계약적 특징)과 함께 독립적 노동의 모습(자유계약적 특징)을 동시에 가지고 있는 노무공급관계” 등에 포함될 여지를 배제한 것은 아니었던 것이다. 2001년 노동부의 연구용역에 따라 한국통계학회가 수행한 “비정형근로자 근로실태조사 표본설계”에서는¹²⁹⁾ 고용형태를 근로기간·근로시간 및 근로제공방식으로 구분하는 한편, 특수고용관계 종사자를 비정형근로자에 포함시키면서 근로제공방식에 따라 전형근로자와 구분이 되는 비전형근로자로서 파견, 용역, 독립도급, 호출근로자, 재택근로자 등을 포함시켰다(이 분류방식이 향후 정부의 비정형근로자 보호대책 등에서의 고용형태 구분 기준이 됨).

2. 논의의 전개

가. 2001년 5월 이전

1990년대 후반부터 특수고용관계 종사자에 대한 논의가 특히 활성화되기 시작한 것은 당시의 경제적 위기상황과 맞물려 있다. 근로기준법상 근로자인지 여부가 논란이 되었던 특수고용관계 종사자에 대한 논의는 어느 정도 제한적인 범위에서 시작이 되기는 하였지만, 경제위기와 함께 이루어진 기업의 구조조정, 그 구조조정하에서 비용절감이라는 목적으로 노동법상 책임을 최대한 회피하고자 하는 노력 및 기존의 일자리로부터 내몰린 사람들이 선택하게 되는 다양한 형태의 노동은 근로자의 비근로자화라는 결과로 나타났다. 1997년 외환위기에 따른 구제금융조치와 함께 가속이 붙은 근로자들의 비정규직화, 기업의 경영합리화를 위한 수단으로 이용된 외주·하청·도급 등의 간접고용방식을 통한 고용 털어내기, 여기에 더해진 근로자 아닌 근로자의 노무제공으로서 특수형태고용은, 지금까지도 진행 중이기는 하지만, 당시 정부의 “비정형근로자 보호대책”을 이끌어내는 한편 노사정위원회 비정규직근로자대책특별위원회(이하, 비정규특위)에서 특수고용관계 대책 방안에 관한 논의를 시작하였다.

129) 류제복 외(2001), 『비정형근로자 근로실태조사 표본설계』(연구기관: 한국통계학회), 노동부 학술연구용역보고서.

우선 정부의 “비정형근로자 보호대책”에서 학습지교사, 골프장캐디, 보험설계사 등 “근로계약이 아닌 민법상의 도급, 위임 등 형태로 노무를 제공”하는 특수고용관계 종사자에 대해서는 경제적 종속관계를 이유로 하여 다음과 같은 보호 대책을 세웠다.

〈2000년 비정형근로자 보호대책 중 특수고용관계종사자 주요 내용〉

- 학습지 교사, 골프장 캐디, 보험설계사 등 근로계약이 아닌 민법상의 도급, 위임 등 형태로 노무를 제공하는 이른바 특수고용관계 종사자의 경우 경제적 종속관계가 있는 등 보호 필요성이 있으므로
- 이들에 대해서는 『근로자에 준하는 자』 개념을 신설하여 대통령령으로 정하는 일부 규정을 적용
 - ※ 적용되는 일부규정: 보수, 정당한 이유 없는 해고제한, 산재보험 혜택
- 다만, 「근로자에 준하는 자」에 대해서는 퇴직금, 근로시간, 휴일·휴가 등은 적용 제외

위 보호 대책에서는 특수고용관계 종사자의 경제적 종속성에 기초한 근로자성을 일부 인정한 결과, 그들을 근로자에 준하는 자로 인식하고 근로기준법의 일부 규정과 함께 산재보험제도를 적용하는 방안을 제시하였음을 알 수 있다. 특히 산재보험의 경우, 산재보험법이 근로기준법상 근로자 개념을 준용하고 있기 때문에 근로기준법상의 근로자가 아닌 특수고용관계 종사자들에게는 산재보험법이 적용되지 않지만 업무상 재해로부터 보호할 사회적 필요성을 인식함에 따라 자영업자 및 그 가족종사자, 특수고용관계에 있는 골프장 캐디, 보험설계사, 학습지교사를 산재보험법의 적용 대상으로 삼기로 하였다. 노동조합에 대한 권리 등 집단적 권리에 대해서는 별도의 언급이 없었다.

한편 이러한 특수고용관계 종사자들의 노동법적 보호를 목표로 한 노동단체 등의 입법청원도 다수 이루어졌다. 당시의 입법청원 제안자와 제안 내용을 정리해 보면 다음과 같다(법조문 번호는 2000년 당시 근로기준법을 기준으로 함).¹³⁰⁾

130) 이 내용은 강성태(2006), 「특수고용직의 노동법적 보호」, 『노동정책연구』 7(3), 한국노동연구원, p.96의 각주 4번 내용을 재정리한 것임.

〈표 5-1〉 2000년 특수고용관계종사자 관련 법안의 주요 내용

제안자	일시	근로자 개념	사용자 개념
한국여성단체연합, 한국여성노동자회협의회, 전국여성노동조합 등	2000. 9. 19.	근로자개념 추가: §14② “근로자가 독립사업자의 형태를 취하고 있는 경우에도 특정사용자의 계산으로 또는 특정사용자의 사업에 편입되어 그 업무를 수행하고 대가를 얻는 경우에는 근로자로 본다.”	사용자개념 추가: §15② “근로계약 체결의 형식적인 당사자가 아니라고 하더라도 당해 근로자의 근로조건 등의 결정에 대하여 실질적인 지배력 혹은 영향력이 있는 자는 사용자로 본다.” §15③ “전항의 실질적 지배력 혹은 영향력이 있는 자는 임금, 근로시간, 복지, 해고 등 그가 영향을 미치는 근로조건에 한하여 근로계약 체결 책임자와 연대책임을 진다.”
비정규노동자 기본권보장과 차별철폐를위한공동대책위원회	2000. 10.	근로자개념 추가: §14② “고용계약을 체결하지 않은 자라 하더라도 특정사용자의 사업에 편입되거나 상시적 업무를 위하여 노무를 제공하고 그 사용자 또는 노무수령자로부터 대가를 얻어 생활하는 자는 근로자로 본다.”	상동
한국노총	2000. 11.	근로자개념 수정: §14 근로자란 직업의 종류를 불문하고 사업 또는 사업장에 임금 “또는 그에 준하는 수입”을 목적으로 근로를 제공하는 자를 말한다. ※ 노조법 §2 I 개정도 함께 요구함(근로자 정의에 “근로자와 유사한 자” 포함).	
한나라당 환경·노동위원회	2000. 10.	근로자개념 추가: §14② “위임·도급 또는 이와 유사한 계약에 의한 개인 자격의 수입·수급자로서 특정인에게 근로조건에 대하여 현저한 영향을 받는 자는 근로자로 본다.”	사용자개념 추가: §15② “근로계약 체결의 형식적 당사자가 아니라고 하더라도 당해 근로자의 근로조건 등의 결정에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자는 사용자로 본다.”

위와 같은 움직임하에서 1999년 9월 1일 출범한 제3기 노사정위원회는 비정규직근로자대책특별위원회(이하, 비정규특위)를 2001년 6월 설치하고 “고용형태의 다양화로 비정규직 근로자가 늘어남에 따라 비정규직 근로자 보호와 노동시장의 유연성을 조화”시킨다는 목적하에서 비정규근로자의 한 유형으로서의 특수고용관계 종사자들에 대한 보호 방안을 논의하기 시작하였다.

나. 2001년 5월 이후의 전개

2001년 7월부터 활동을 시작한 비정규특위의 1차적 성과는 2002년 5월의 <비정규 근로자대책 관련 노사정 합의문>일 것이다. 이 합의문 중 특수고용관계 종사자에 대한 내용을 간추려 보면 다음과 같다.

<2001. 7. 비정규근로자 대책 관련 노사정 합의문>

○ 산업재해보상보험

정부는 특수형태근로종사자 중 「업무상 재해로부터 보호의 필요성이 있는 자」가 산업재해보상 혜택을 받을 수 있는 방안을 강구한다.

2000년 10월 정부의 “비정형근로자 보호대책”에서는 근로기준법상 근로자에 대한 보호 내용의 일부를 특수고용관계 종사자들에게 적용하는 것이 언급되었는데, 비정규특위의 1차 합의문에서는 산재보험 적용에 관한 원칙적 방안만이 언급되었을 뿐이었다. 그리고 특수고용관계 종사자를 “특수형태근로종사자”로 표현하고 있는 것을 볼 수 있다. 다만 이 합의문상의 “특수형태근로종사자”는 종래 특수고용관계 종사자를 의미하는 것으로서, 현행 산재보험법 제125조 특례규정상의 특수형태근로 종사자와는 다르다. 특수형태근로종사자를 포괄적 개념으로 사용하는 한편, 특수형태근로종사자 가운데 “업무상 재해로부터 보호의 필요성이 있는 자”를 산재보험법의 적용 대상으로 삼고자 했던 것이다.

이 합의문 발표 후 노사 양측으로부터 비난을 받던 비정규특위는 활동 종료 시점인 2003년 5월 23일 노사정합의에 의한 합의문 발표가 사실상

불가능해짐에 따라 공익위원들만의 <비정규직근로자 대책 공익위원안>을 발표하게 된다. 여기에는 비정규직 근로자들과 관련한 여러 가지 논점들이 담겨 있기는 하지만 이에 대해서는 생략하고, 특수고용관계 종사자들에 대해서만 간추려 정리해보자면 다음과 같다.

<2003. 5. 비정규직근로자 대책 공익위원안 주요 내용>

<공익위원(안)>

(1) 원 칙

특수형태근로종사자들의 계약조건 유지 내지 개선방안에 대하여 특별한 대책이 필요하고, 이 사안의 중요성에 비추어 좀 더 심도 있는 논의와 연구가 필요하다는 점에 인식을 같이한다. 이에 대해서는 개별적 근로관계법상 보호방안 및 집단적 노사관계법상 보호방안, 특별법제정방안, 경제법상 보호방안(독점규제및공정거래에관한법률, 약관규제법 등), 사회보험법상 보호방안(산재보험 등)들을 강구할 수 있다.

(2) 공익위원들이 특수형태근로종사자들의 보호방안의 하나로 다음과 같이 특별법(‘유사근로자의 단결활동 등에 관한 법률’) 제정방안을 검토하였는데 그 내용은 다음과 같다.

(가) 적용범위

근로기준법 또는 노동조합 및 노동관계조정법상 근로자에 해당되지는 않지만 이와 유사한 지위에 있는 자로서 사회적 보호가 필요한 자를 말하는데, 그 구체적 범위 마련에 있어서는 다음과 같은 점이 고려되어야 한다.

- ① 특정사업주를 위하여 노무를 제공하고 이로 얻은 수입으로 생활할 것,
- ② 타인을 고용하지 않고 본인이 직접 노무를 제공할 것,
- ③ 노무제공에 있어서 직간접적인 사용자의 지휘감독을 받을 것

※ 구체적인 범위 마련에 있어서 해당 직종을 대통령령으로 명시하는 방안에 대해 추후 검토 필요

(나) 개별적 보호내용

유사근로자에 대해서 정당한 사유 없는 계약해지로부터의 보호·성회통으로부터의 보호·보수에 대한 보호방안을 조속히 강구하도록 하되, 기타 보호사항(모성보호, 휴일·휴가제공 등)은 적절한 수준에서 보장하는 방안을 검토한다.

(다) 사회보험 적용

유사근로자에 대해서 산업재해보상보험을 조속히 적용하도록 하되, 기타 사회보험의 경우 그 적용하는 방안을 추후 검토한다.

(라) 단체의 조직권·교섭권·협약체결권

유사근로자들에게는 단체조직권, 교섭권, 협약체결권을 부여한다.

(마) 단체의 설립·교섭 등

유사근로자단체의 설립, 교섭사항, 활동전임자의 지위, 성실교섭의무, 교섭거부금지, 협약의 효력, 부당행위(Unfair Practice) 금지 등에 대해서는 노동관련법상의 관계조항을 준용하여 구체적인 방안을 마련한다.

(바) 분쟁조정 방안

교섭결렬 시 분쟁조정을 위해 직권중재가 이루어지도록 하고, 그 분쟁조정에 관한 절차는 노동조합및노동관계조정법상 관계규정을 준용하여 구체적인 방안을 마련한다.

위 공익위원안을 노사가 반겼을 리는 없다. 특히 적용범위에 관한 공익위원안에서는 ① 특정사업주를 위하여 노무를 제공하고 이로 얻은 수입으로 생활할 것, ② 타인을 고용하지 않고 본인이 직접 노무를 제공할 것, ③ 노무제공에 있어서 직간접적인 사용자의 지휘감독을 받을 것을 요구하고 있는데, 이 기준은 결국 근로자성 판단 기준과 차이가 없다는 비난을 받을 수밖에 없었다.

노사정위원회 비정규특위 활동기간 종료 이후 노사정 합의로 다시 2003년 9월 특수형태근로종사자 특별위원회(이하, 특고특위)가 설치되었다. 비정규특위가 특수고용관계 종사자 이외 기간제, 단시간 및 파견근로자들을 포괄하는 논의를 진행했던 것과는 달리, 특고특위는 오로지 특수고용관계 종사자들에 대한 논의에 집중하기 위해 설치된 것이다. 특고특위에서는 비교법적으로 특수고용관계 종사자들에 대한 보호제도를 비교 분석하는 한편, 노동관계법제 등의 입법적 대책을 논의하였고, 2005년 9월까지 활동하기는 하였지만 실질적 성과는 거두지 못했다. 노사의 격심한 대립구도하에서 특고특위는 “특수형태근로종사자특별위원회 공익위원 검토의견”을 도출하였다. 이 검토의견에서는 특고특위 논의기간 중 노사 간의 실질적 논의와 공론화를 통한 의견수렴이 미진하였다는 점을 고려하여 복수의 안을 제시하게 되었음을 밝히고 있는데, 그 안들의 주요 내용은 다음과 같다.

〈2005. 9. “특수형태근로종사자특별위원회 공익위원 검토의견”〉

<제1안>

- 근로기준법을 준용할 직군(A직군)과 그렇지 않은 직군(B직군), 노동조합및노동관계조정법(이하 ‘노조법’)을 준용할 직군(C직군)과 그렇지 않은 직군(D직군)으로 나누되,
- B직군에 대하여는 별도의 개별적 권리 보호방안을, D직군에 대하여는 별도의 집단적 권리 보호방안을 마련함

<제2안>

- 근로기준법 및 노조법 준용을 배제하되
- 별도의 개별적 권리 보호방안과 집단적 권리 보호방안을 마련함

<제3안>

- 원칙적으로 노조법을 준용하되
- 개별적 권리 보호방안은 별도로 마련하지 않거나 기본적 범위만 마련하고
- 유니언숍, 쟁의행위 등에 관하여는 노조법 준용에 대한 특례를 검토함

특고특위는 논의진행과정에서 효율성을 위해 직종별 전문소위를 구성하였는데, 이때 전문소위가 설치된 직종이 법원에서 근로자성 여부가 문제되곤 하던 골프장캐디, 학습지교사, 보험모집인 및 레미콘기사 등이다. 이 중 위 제1안의 A직군에 해당하는 것이 골프장캐디였고, B직군에 학습지교사, 보험모집인 및 레미콘기사가 포함되었다. A직군은 근로기준법이 적용되므로 당연히 C직군에도 해당하게 되고, B직군은 근로기준법 준용도 안 되는 한편, 노조법 준용도 안 되는 것으로 판단하였다. 결국 골프장캐디만이 근로기준법 및 노조법상 근로자로 인정하는 한편, 다른 직종의 특수고용관계 종사자들은 법적으로는 근로자로 인정하지 않겠다고 하는 것이 위 제1안이었던 것이다. 제2안은 특별법 제정을 통해 접근하자는 것으로 이해할 수 있고, 제3안은 개별적 권리보호방안에 대해서는 별도로 마련하지 않거나 기본적 범위만을 마련하는 대신 노조법상 근로자성을 특수고용관계 종사자들에게 인정하자는 취지를 담고 있다. 어느 방안도 노사의 격렬한 반대가 있었을 것임을 쉽게 예상할 수 있다.

특고특위의 활동기간이 종료된 이후 2006년 7월부터 약 2개월간 노사정대표자회의에서 민주노총의 요구에 따라 특수고용관계 종사자들에 대

한 보호방안을 강구하기 위한 실무협의회를 구성하기로 하고 실무협의회를 진행하기는 하였지만 파행적으로 운영이 되면서 결국 별다른 결론 없이 논의가 중단되었다.

다. 2006년 10월 이후 입법화 논의

노사정위원회에서의 논의가 별다른 성과 없이 종료된 후 정부는 2006년 10월 25일 <특수형태근로종사자 보호대책>을 발표한다. 이 대책에는 그 동안 검토해 온 특수고용관계 종사자들에 대한 산재보험 적용 방안과 함께 경제법적 보호 방안이 포함되어 있다.¹³¹⁾ 여기에서의 산재보험 적용 방안은 특수고용관계 종사자들에게 산재보험법을 적용하도록 하는 한편,

<2006. 10. 25. 특수형태근로종사자 보호대책 주요 내용>

- 규정형식
 - 특례적용(근로자 개념 확대 아님).
- 적용대상
 - 일신 전속성, 경제적 종속성, 비대체성 있는 경우로 한정
(보험설계사, 골프장 경기보조원, 학습지교사, 레미콘운송종사자, 대통령령이 정하는 직종에 종사하는 자)
- 적용방법
 - 사업장 단위로 당연 적용
 - 종사자가 제외 신청 시 예외인정
 - ※ 보험료는 사업자와 종사자 1/2씩 부담.
(단, 사용종속성이 강한 골프장 경기보조원은 사용자가 전액 부담)

131) 경제법적 보호방안의 핵심적 내용은 첫째, '계약의 불합리한 해지', '불합리한 벌칙의 적용', '강제할당' 등을 불공정거래행위로 본다는 것, 둘째, 불공정거래행위에 대해서는 공정거래법에 따라 공정거래위원회에 신고하여 시정을 받을 수 있도록 하고, 특수형태근로종사자에 대해 표준계약서를 작성·보급하며, 계약의 내용을 약관으로 보아 표준계약관으로 신고를 받아 이를 심의하여 불공정한 부분을 제거하도록 한다는 것, 셋째, 보험업법 등을 적용하여 대납, 강제할당 및 홍보, 부당한 거래를 근절시켜 나가는 것을 그 내용으로 하고 있다. 이인재 외(2007), 『특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호방안의 사회경제적 효과분석』, 고용노동부 정책연구보고서, p.57.

근로자로서의 성격도 갖고 있지만 자영업자로서의 성격도 갖고 있음을 고려하여 산재보험료를 50%씩 사업주와 특수고용관계 종사자가 균분하여 부담하는 것을 주된 내용으로 한다.

위와 같은 정부의 대책이 발표된 후 정부는 입법안 마련을 위한 본격적인 작업에 착수하는 한편, 2006년 11월 13일 노동법학자가 중심이 되어 8인이 참여하는 노동부장관 자문위원회 형식의 ‘특수형태근로종사자 보호법안 기초위원회’(위원장: 임종률)(이하, 법안기초위원회)를 구성한 후, 노동법적인 보호방안 검토를 의뢰하게 된다.¹³²⁾ 이 법안기초위원회는 7차례의 회의를 거쳐 가칭 <특수형태근로종사자 보호입법(안)>을 마련, 이를 2007년 4월 27일 노동부장관에게 제출하였는데 특히 사측의 반대가 커서 법안에 대한 논의가 진행되지 못했다. 이에 따라 노동부가 2007년 5월 5일 <특수형태근로자 대책 추진위원회>를 구성하고 1개월에 걸쳐 위 보호입법 초안에 대한 논의를 통해 정부안을 마련하였다. 그러나 절차적 어려움으로 정부가 직접 국회에 정부안을 제출하지 않고, 의원입법 형태로 2007년 6월 14일 국회에 제출하기에 이른다(김진표 의원 대표발의). 그 주요 내용은 다음과 같다.

〈2007년 특수형태근로종사자 법안의 주요 내용〉

- 가. “특수형태근로종사자”(이하 “종사자”라 한다)는 ‘주로 하나의 사업 또는 사업장에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하며, 노무를 제공함에 있어 타인을 사용하지 아니하고, 근로자와 유사하게 노무를 제공하는데도 「근로기준법」 등 노동관계법이 적용되지 아니하여 보호할 필요가 있는 자로서 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 자’로 함(안 제2조).
- 나. 상시 5명 이상의 종사자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장을 이 법의 적용 대상으로 하고, 상시 5명 미만은 대통령령으로 정하는 바에 따라 일부 규정을 적용할 수 있으며, 종사자라 하더라도 보수가 대통령령으로 정하는 금액 이상인 자는 대통령령으로 정하는 일부 규정을 적용하지 아니할 수 있음(안 제3조).
- 다. 사업주는 집단적 노무제공의 거부가 아닌 단체의 정당한 활동으로 손해를 입은 경우에는 단체나 그 구성원에 대해 배상을 청구할 수 없음(안 제4조 제1항).

132) 검토과정의 상세 내용은 이인재 외(2007), p.61 각주 28번 참조.

- 라. 사업주는 종사자에 대하여 남녀의 성(性)을 이유로 차별적 대우를 하지 못하고, 국적·신앙 또는 사회적 신분을 이유로 노무제공 조건에 관한 차별적 처우를 하지 못함(안 제5조).
- 마. 사업주와 종사자는 노무제공에 관한 계약을 서면으로 작성하고, 종사자의 요구가 있으면 그 종사자에게 교부하여야 함(안 제6조).
- 바. 사업주는 종사자에게 합리적인 이유 없이 계약을 해지하지 못하고, 계약을 해지하려면 적어도 14일 전에 예고를 하여야 하며, 사업주가 부당한 해지를 하면 종사자는 노동위원회에 그 구제를 신청할 수 있음(안 제7조부터 제9조까지).
- 사. 사업주는 보수를 통화로 직접 종사자에게 그 전액을 지급하여야 하고, 다른 법령 또는 제22조에 따른 협정서에 특별한 규정이 있는 경우에는 보수의 일부를 공제하거나 통화 이외의 것으로 지급할 수 있으며, 보수를 받을 수 있는 권리는 3년간 행사하지 아니하면 시효로 소멸함(안 제10조 및 제11조).
- 아. 사업주는 1년 이상 사용한 종사자에게 연간 12일의 범위에서 휴가를 주되 청구한 시기에 주어야 하고, 청구한 시기에 휴가를 주는 것이 사업 운영에 막대한 지장이 있는 경우에는 그 시기를 변경할 수 있음(안 제12조).
- 자. 종사자에게 「남녀고용평등법」, 「산업안전보건법」 등에서 정하고 있는 기준에 준하여 임산부의 보호, 육아 휴직, 직장 내 성희롱의 금지 및 예방, 산업안전과 보건에 관한 조항을 적용함(안 제13조부터 제16조까지).
- 차. 상시 30명 이상의 종사자와 계약을 체결한 사업주는 종사자의 고충을 청취하고 이를 처리하는 고충처리위원을 두어야 함(안 제17조).
- 카. 이 법에서 정하는 기준에 미치지 못하는 계약을 정한 경우에는 그 부분에 한하여 무효로 하고, 무효로 된 부분은 이 법에서 정한 기준에 따름(안 제19조).
- 타. 종사자는 노무제공과 관련하여 사업주와 협의를 통하여 계약조건에의 향상을 목적으로 하는 단체를 자유롭게 조직하고 가입할 수 있음(안 제20조).
- 파. 단체의 대표자는 노무제공에 관한 계약조건에 대해 사업주나 사업주단체와 협의할 권한을 가지며, 계약이 체결된 협정에 위반하거나 계약에 규정되지 아니한 사항은 협정에서 정한 기준에 따름(안 제21조 및 제22조).
- 하. 협의가 결렬되거나 당사자의 일방이 정당한 이유 없이 협의에 응하지 않으면 단체 또는 사업주는 노동위원회에 조정을 신청할 수 있고, 노동위원회가 제시한 조정안은 협정과 같은 효력을 가짐(안 제23조).
- 거. 노동위원회는 당사자가 함께 중재를 신청하거나, 당사자 일방의 신청으로 특수형태근로종사자위원회에서 중재에 회부하는 결정을 한 때에는 중재를 행함(안 제24조).
- 너. 제9조의 부당해지 등의 권리구제 신청에 따른 심판, 제23조 및 제24조에 따른 조정 및 중재를 행하기 위하여 노동위원회 내에 특수형태근로종사자위원회를 둠(안 제25조).

- 다. 사업주는 종사자가 단체에 가입 또는 가입하려고 한 행위, 단체를 조직하려고 한 행위, 단체의 업무를 위한 정당한 행위를 한 것을 이유로 계약을 해지하거나 불이익을 주는 행위를 하여서는 아니되고, 권리를 침해당한 종사자 또는 단체는 노동위원회에 구제를 신청할 수 있음(안 제29조 및 제30조).
- 러. 노무제공에 관한 계약조건에 대해 단체와 사업주 사이의 협의, 그 밖에 이를 위한 행위에 대하여는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제19조 및 제26조(제1항 제4호를 제외한다)를 적용하지 아니함(안 제35조).

정부가 법안을 국회에 제출하려면 정부 내부적으로 관계부처 간 협의, 당정협의, 입법예고, 규제개혁위원회 심사, 법제처의 심사, 차관회의, 국무회의의 심의절차(헌법 제89조 제2호) 등을 거쳐야 한다. 특고보호법안의 경우 법안 자체에 대한 사측의 반대가 있었고, 경제법적 보호방안 등과 맞물려 부처 간 의견이 상이하기도 하였기 때문에 정부법안 제출 방식으로는 이 법안이 국회에 상정되기 어렵다고 판단했던 것으로 보인다.¹³³⁾ 이 때문에 국회 환경노동위원회 법률안 검토보고서에서는 “정부는 7년간에 걸쳐 충분하게 논의를 진행시켰고, 독자적인 법률안도 마련한 것으로 보이는데, 마지막으로 의원입법의 형식을 취함으로써 법률안 제출 절차에서 흠결이 있었다는 지적을 받을 수 있”다는 의견을 내비치기도 하였다.¹³⁴⁾ 한편, 특고보호법안이 준비 중이던 2007년 7월, 공정거래위원회는 특수고용관계 종사자들을 개인사업자로 규정하고 상위사업자와 하위사업자 간의 거래상 지위남용을 규제하겠다는 내용의 <특수형태근로종사자에 대한 거래상의 남용행위 심사지침>을 제정, 시행하기 시작하였다. 결국 정부 부처 간에도 특수고용관계 종사자들에 대한 접근 방식에 합의점을 찾지 못하였음을 알 수 있다.

한편, 이와 같은 정부의 입법안 마련과 함께 국회에서는 별도의 의원입법들이 줄을 잇게 되었는데, 기존 근로기준법과 노동조합 및 노동관계조정법(이하, 노조법)을 개정하자는 방향(제1유형: 법률안 9개)과 특별법을 제정하자는 방향(제2유형: 법률안 3개(김진표 의원 법률안 포함))으로 유형화할 수 있다.¹³⁵⁾ 그러나 제1유형이나 제2유형의 특수고용관계 종사자

133) 제269회 국회 정기회 제4차 전체회의록 참조.

134) 실제 국회 정기회 전체회의에서는 법률안 제출 방식에 대한 문제제기가 있었다.

관련 법안은 국회에서 제대로 심의되지 못하고 2008년 5월 29일 임기만으로 폐기되었다.

이후 정부는 특수고용관계 종사자에 대한 보호법안과는 별도로 경제사회발전노사정위원회의 합의안을 토대로 2007년 6월 특수직종 종사자에 대한 산재보험 적용을 위한 산재보험법 개정법률안을 국회에 상정, 국회 환경노동위원회 대안입법제출을 통해 산재보험법 제125조 특례규정을 신설하는 법 개정이 이루어졌다. 7년간의 치열한 논의에도 불구하고 특수고용관계 종사자에 대한 개별적 및 집단적 권리보호를 목적으로 한 특별법 제정은 완벽하게 무산되어 버린 채 산재보험법상 특수형태근로종사자라는 이름의 특례규정 하나가 남게 된 것이다.

라. 산재보험법 제125조의 입법화

2006년 노사정위원회는 2002년 5월의 <비정규 근로자대책 관련 노사정 합의문>에 따라 특수고용관계 종사자에 대한 산재보험 적용 방안을 강구하기로 한 합의에 기초해 <산업재해보상보험 발전위원회>를 구성하고, 여기에서 산재보험제도의 개선방안을 논의하였다. 그리고 이 개선방안 가운데에는 노동부가 2002년 합의문 발표 이후 해마다 연구용역사업 등을 통해 축적해 온 자료를 바탕으로 산재보험법상 특수고용관계 종사자들을 포섭하는 방안이 포함되었다. 물론 이 논의의 바탕에는 노사정위 비정규특위 및 특고특위의 특수고용관계 종사자에 대한 논의들이 있었지만, 비정규특위 및 특고특위의 논의가 특수고용관계 종사자에 대한 개별적 및 집단적 권리보호를 목적으로 하는 특별법 제정의 논의로 방향을 잡음에 따라 쉽사리 결론이 내려지지 못하고 민주노총의 노사정위원회 불참선언으로까지 이르렀기 때문에, <산업재해보상보험 발전위원회>는 민주노총의 참여 없이 한국노총과 경영계, 그리고 정부, 공익위원들로 구성이 되어 2006년 12월 13일 <산재보험제도 개선에 관한 노사정합의문>을

135) 이 유형별 입법발의안에 대해서는 김기선 외(2015), 『공정계약을 통한 특수형태업무종사자 보호방안연구』, 고용노동부 학술연구용역보고서(연구기관: 한국노동연구원), p.15 이하 참조.

발표하였다. 이 합의문은 “산재보험 40년 역사상 최초로 노사정 협의를 통해 산재보험의 재정·징수, 요양·재활, 급여체계, 보험적용, 관리 운영 체계 등 5개 분야, 42개 과제, 80개 항목에 이르는 포괄적인 합의”로서의 의미를 갖는다고 할 수 있는데, 그러나 특수고용관계 종사자에 대한 부분은 사실상 의미를 갖지 못했다. 다음은 위 합의문상 특수고용관계 종사자에 대한 언급이다.

〈2006. 12. 산재보험제도 개선에 관한 노사정합의문〉

4-1 (특수형태근로종사자 산재보험 적용) 특수형태근로종사자에 대한 산재보험 적용문제는 별도로 논의한다.

그럼에도 불구하고 이후 노사정위원회에서 특수고용관계 종사자에 대한 산재보험 적용 문제를 별도로 논의한 내용은 찾아볼 수 없지만, 위 합의에 기초하여 정부는 산재보험법 개정법률안을 마련했고, 정부의 개정 법률안과 다른 의원입법을 종합하여 국회 환경노동위원장 대안입법형식으로 국회에 상정, 2007년 11월 23일 국회 본회의에서 의결됨에 따라 2007년 12월 14일 산재보험법 전부개정법률 가운데 제125조 “특수형태근로종사자에 대한 특례” 규정이 포함된 것이다. 그리고, 주지하는 바와 같이, 산재보험법 제125조 특례규정은 2001년부터 시작된 특수고용관계 종사자들 전반에 대한 포괄적 적용을 의도한 것은 아니었고, 특수고용관계 종사자들을 “계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자”로 보면서, 이러한 보호 필요성을 가진 자들 중 주로 하나의 사업 또는 사업장에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하면서 노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 않는 자들 가운데 산재보험법 시행령으로 규정하는 자들을 “특수형태근로종사자”로 규정하였다.

3. 현재의 상황

2007년 법 개정 당시 산재보험법 시행령의 특수형태근로종사자는 4개 직종의 종사자였지만 점차 직종이 추가되어 현재는 모두 9개 직종의 종사자(보험설계사, 콘크리트믹서트럭 운전사, 학습지 교사, 골프장 캐디, 택배기사, 퀵서비스 기사, 대출모집인, 신용카드회원 모집인, 대리운전기사를)를 특수형태근로종사자로 규정하고 있다.

〈특수형태근로종사자 산재보험 적용 확대 업종 경과〉

2008. 7. 1. 보험설계사, 콘크리트믹서트럭운전사, 학습지교사, 골프장캐디
2012. 5. 1. 택배기사, (전속)퀵서비스기사
2016. 7. 1. 대출모집인, 신용카드모집인, (전속)대리운전기사

한편, 퀵서비스 기사나 대리운전 기사의 경우 대개 복수의 사업주와 관계를 맺고 업무를 제공하고 있는 실태를 고려하여 고용노동부고시(제 2017-21호) “주로 하나의 사업자로부터 업무를 의뢰받아 퀵서비스 또는 대리운전업무를 하는 사람의 기준(퀵서비스기사 및 대리운전기사의 전속성 기준)”을 두고 있음 또한 주지의 사실이다.

〈퀵서비스기사 및 대리운전기사의 전속성 기준〉

주로 하나의 사업자로부터 업무를 의뢰받아 퀵서비스 또는 대리운전업무를 하는 사람의 기준(퀵서비스기사 및 대리운전기사의 전속성 기준)

I. 퀵서비스기사의 전속성 기준

1. 하나의 퀵서비스업체(음식물 늘찬배달업체를 포함한다.)에 소속(등록)되어 그 업체의 배송업무만 수행하는 사람
2. 하나의 퀵서비스업체(음식물 늘찬배달업체를 포함한다.)에 소속(등록)되어 그 업체의 배송업무를 수행하면서 부분적으로 다른 업체의 배송업무를 수행하는 사람으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람
 - 가. 소속(등록) 업체의 배송업무를 우선적으로 수행하기로 약정한 사람
 - 나. 순번제 등 소속(등록) 업체가 정하는 방식으로 업무를 배정받아 수행하는 사람

다. 업무를 수행함에 있어 킷서비스 휴대용정보단말기(PDA 등)를 사용하지 않고 배송업무를 배정받아 수행하는 사람

※ 킷서비스 휴대용정보단말기(PDA 등)란 킷서비스 정보의 수집, 저장, 작성, 검색 및 통신 기능이 결합된 단말기를 말함

라. 수익을 정산함에 있어 월비 등을 정액으로 납부하는 등 사실상 소속(등록) 업체 배송업무를 주로 수행하는 사람

마. 소속(등록) 업체에서 전체 소득의 과반 소득을 얻거나 전체 업무시간의 과반을 종사하는 사람. 이 경우 이와 관련된 소득 및 시간에 대한 구체적 기준은 근로복지공단이 매년 해당 업종의 실태를 조사하여 별도로 정한다.

3. 제1호 또는 제2호에 해당하는 사람인지 여부를 판단함에 있어서는 소속(등록) 업체의 업무 개시 또는 종료시간이 있는지 여부, 배달(콜) 배정 등 소속(등록) 업체의 배달업무 규칙이 운영되어 해당 규칙에 따라 배송업무를 수행하는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.

※ 해당 규칙을 준수하지 않으면 불이익이 있는 경우

II. 대리운전기사의 전속성 기준

1. 서면 약정을 통해 소속(등록) 업체 이외의 다른 업체의 대리운전업무를 수행할 수 없는 사람

2. 하나의 대리운전업체에 소속(등록)되어 그 업체의 대리운전업무를 수행하면서 부분적으로 다른 업체의 대리운전업무를 수행하는 사람으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람

가. 소속(등록) 업체의 대리운전업무를 우선적으로 수행하기로 약정한 사람

나. 대리운전 관제프로그램을 사용하지 않는 대리운전업체에 소속(등록)되어 그 업체의 대리운전업무를 수행하는 사람

※ 대리운전 관제프로그램이란 대리운전 정보의 수집·저장·작성·검색 및 통신이 가능하도록 고안된 프로그램을 말함

위와 같은 기준에 따라 현재 산재보험법상 특수형태근로종사자에 대한 산재보험 적용 현황(2017년 6월 기준)을 살펴보면 다음과 같다.

2017년 6월 기준 특수형태근로종사자 입직 종사자 중 88.14%가 적용제외를 신청하고 있다는 사실, 이에 따라 실적용률은 11.86%에 불과하다는 사실, 콘크리트믹서트럭 운전사나 킷서비스 기사의 적용률은 비교적 높게 나타나지만 보험설계사나 골프장캐디의 적용률은 10%에도 미치지 못한다는 사실, 특히 대리기사의 경우 입직자 수가 14명에 불과한 한편 산재보험 가입자 수는 4명에 불과하다는 사실을 위 자료를 통해 확인할 수 있다.

〈표 5-2〉 2017년 6월 특수형태근로종사자 산재보험 적용 현황¹³⁶⁾

	전체	2008. 7. 적용				2012. 5. 적용		2016. 7. 적용		
		보험 설계사	콘크리트 운전자	학습지 교사	골프장 캐디	택배 기사	퀵 기사	대출 모집인	신용 카드 모집인	대리 기사
입직자	482,761	343,414	12,557	55,691	29,345	11,370	4,561	8,446	17,364	14
적용 제외	425,510	311,827	7,012	49,217	27,707	8,188	2,109	6,323	13,123	4
구성비	88.14	90.80	55.84	88.38	94.42	72.01	46.24	74.86	75.58	28.57
실적용자	57,251	34,586	5,545	6,474	1,638	3,182	2,452	2,123	4,241	10
구성비	11.86	9.20	44.16	11.62	5.58	27.99	53.76	25.14	24.42	71.43

앞에서 특수고용관계 종사자에 대한 노동법적 보호에 관한 논의들, 그리고 그것이 결국은 현행 산재보험법 제125조의 특수형태근로종사자에 대한 특례규정으로 남게 되었다는 것을 말했는데, 그럼에도 불구하고 현재 특수형태근로종사자에 대한 산재보험 적용률은 지난 논의가 무색할 만큼 저조한 실정이다. 이러한 결과가 초래된 이유는 어디에 있을까.

제3절 특수형태근로종사자 : 가야 할 길

현재 특수형태근로종사자와 관련된 논의 주제는 크게 두 가지로 구분할 수 있다. 첫째는 특수형태근로종사자의 개념과 관련된 것이고, 둘째는 특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호의 범위 및 방법에 관한 것이다. 특히 두 번째 주제와 관련하여, 최근 특수형태근로종사자들의 노동3권 보장이 화두가 되고 있다.

136) 최창식(2017), 「특수형태근로종사자 산재보험 보호 현황 및 문제점」, 『특수형태근로종사자 사회적 보호 확대 및 노동권 보장, 어떻게 할 것인가?』, 2017년 특수형태근로종사자 사회적 보호 확대 및 노동권 보장 자료집, p.19.

1. 특수형태근로종사자 이름 고쳐 부르기¹³⁷⁾

가. 특수형태근로종사자 이름의 의미

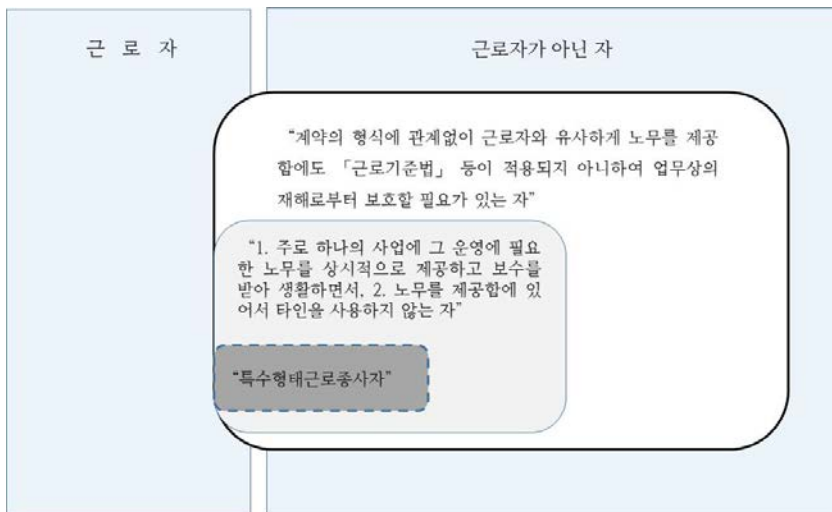
산재보험법은 특수형태근로종사자를 산재보험제도의 적용 대상으로 포섭하면서 “특수형태근로종사자는 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 불구하고 「근로기준법」상 근로자로 인정되지 않아 산재보험의 보호를 받지 못하고 있음. 주로 하나의 사업 또는 사업장에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하며, 노무를 제공함에 있어 타인을 사용하지 아니할 것 등의 요건을 충족하는 자 중에서 일정 직종에 종사하는 자는 산재보험법의 적용 대상이 되도록 함”이라는 입법 목적을 밝히고 있다. 앞서 특수고용관계 종사자들에 대한 논의 과정에서 살펴보았듯, 일부 근로자가 아닌 근로자들에 대해서는 근로기준법상 근로자성이 법원에서 다투어질 정도로 근로자성 인정에 대한 논란이 있지만 근로자로 인정되지 않음에 따라, 산재보험에 의한 보호의 필요성이 있음에도 산재보험의 보호를 받지 못하고 있기 때문에, 특례제도를 통해 산재보험의 경계 안으로 포섭하고자 한 것이다.

이에 따라 현행 산재보험법은 “계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자”로서 1. 주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하면서, 2. 노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 않는 자 가운데 대통령령으로 정하는 자를 “특수형태근로종사자”라는 용어로 칭하고 있다. 그리고 현재 9개 직종의 종사자(보험설계사, 콘크리트믹서트럭 운전사, 학습지 교사, 골프장 캐디, 택배기사, 퀵서비스 기사, 대출모집인, 신용카드회원 모집인, 대리운전기사가)가 특수형태근로종사자로서의 지위를 인정받고 있다. 그러므로 산재보험법상 특수형태근로종사자이기 위해서는 ① 근로기준법상의

137) 이 항의 가 및 나목의 내용은 박은정(2016), 「산재법상 특수형태근로종사자 개념의 비판적 이해」, 『노동법학』 57, 한국노동법학회, pp.135~157의 내용을 부분적으로 인용하면서 수정·첨언하였음.

근로자가 아닐 것, ② 전속성(“주로 하나의 사업에”)이 있을 것, ③ 업무의 계속성(“그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활”)이 있을 것, ④ 업무를 수행함에 비대체성(“노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 않는 자”)이 존재할 것이 요구되는 한편, 여기에 더하여 산재보험법 시행령으로 해당 직종이 명시되어야 한다. 그러므로 특수형태근로종사자는 특정한 노동의 형태 또는 특성을 드러낼 수 있는 일반적 개념이 아니다. 이것은 다만 산재보험법의 적용상 산재보험법 제125조가 규정한 개념적 특징을 갖고 있는 일부 직종들을 집합적으로 지칭하는 도구적 대리표현일 뿐이다.

[그림 5-1] 특수형태근로종사자의 개념상 지위



자료: 필자 작성.

따라서, 특수형태근로종사자라는 용어는 사회적으로 ‘특고’라고 부르는 “근로자는 아니지만 근로자와 유사하게 노무를 제공하는 자” 혹은 근로기준법상 근로자의 정의에 관한 논의 과정에서 나타나는 “경제적 종속자”를 포괄할 수 있는 용어가 아니다. 마치 기간제, 단시간 및 파견근로자가 사회적으로 통용되는 용어로서 비정규직 근로자 전체를 아우를 수 있는 용어가 아닌 것과 마찬가지로이다.

나. 특수형태근로종사자 이름의 요건

그럼에도 불구하고 만약 특수형태근로종사자라는 용어가 포괄적으로 이용될 수 있다면 큰 문제는 아닐 수 있다. 예를 들어, 현재 산재보험법 시행령상 특수형태근로종사자로 분류되어 있는 9개 직종 이외의 직종에 종사하면서 근로자로 인정되지 않는 다양한 형태의 특수고용관계 종사자들을 특수형태근로종사자로 규정할 수 있다면 말이다.

그런데 특수형태근로종사자는 일정한 직종의 종사자를 표현하면서, 위임법령인 산재보험법 제125조의 요건을 충족시켜야 하기 때문에 상당히 제한적인 용어일 수밖에 없다는 점이 현재 산재보험법상 특수형태근로종사자라는 용어의 중요한 한계이다. 다시 말해, 산재보험법 제125조는 “계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자”(A) 가운데에서도 “1. 주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하면서, 2. 노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 않는 자”(B) 중 대통령령으로 정하는 자를 특수형태근로종사자(C)라고 표현하고 있기 때문에 특수형태근로종사자는 위 A와 B의 요건을 충족해야 한다. 그러므로 산재보험법상 특수형태근로종사자에 대한 규정에 기초하였을 때 어떤 노무를 수행하는 자가 특수형태근로종사자이기 위해서는 ① 근로기준법상의 근로자가 아닐 것, ② 전속성(“주로 하나의 사업에”)이 있을 것, ③ 업무의 계속성(“그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활”)이 있을 것, ④ 업무를 수행함에 비대체성(“노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 않는 자”)이 존재해야 한다.

위와 같은 요건으로 인해 2008년 산재보험법 특례제도를 최초 적용받게 된 4개 직종의 특수형태근로종사자와 같이 업무 전속성이 어느 정도 뚜렷하게 드러나는 직종 이외의 특수형태근로종사자들에게는 산재보험법을 적용하기 어려운 결과가 발생한다. 현행 산재보험법 제125조 제1항에서처럼 “주로 하나의 사업”과 같은 업무 전속성의 지표를 요구하는 한, 이를 특정하기 어려운 영역의 특수형태근로종사자들은 애초에 산재보험

법의 적용범위 내로 포섭되기 어려운 것이다. 여기에서 “주로 하나”의 의미가 무엇인지, 다시 말해 복수의 사업체에 노무를 제공하고 있는 경우에는 이 요건을 전혀 충족할 수 없다고 보아야 할 것인지, 또는 복수의 사업체에 노무를 제공하고 있다고 할지라도 그 중 어느 하나의 사업체에 보다 많은 정도로 전속되어 있음을 인정하고 산재보험법을 적용할 것인지와 같은 문제 등이 추가적으로 발생한다. 그리고 이러한 문제에 따라, 앞서 밝힌 바와 같이, 고용노동부 고시를 통해 전속성을 판단하는 기준을 별도로 두고 있을 수밖에 없다. 따라서 산재보험법이 요구하는 전속성을 인정하기 어려운 경우에는 산재보험법의 적용 자체가 어렵고, 앞서 산재보험법의 특수형태근로종사자 적용 현황에서와 같이 산재보험법이 적용될 수 있는 대리운전기사의 수가 14명에 불과한 결과가 나오게 되는 것이라고 생각한다.

다. 특수형태근로종사자 이름의 재규정

특수형태근로종사자에 대한 현행 산재보험법 제125조 특례규정의 한계에 따라 필자는 이 용어를 폐기할 것을 말하곤 하였다. 도구적 개념으로서 산재보험법의 적용확대를 위해 필요한 것이기는 하였지만 지나치게 제한적인 경계를 설정함으로써 현재의 특수형태근로종사자 개념으로 다양한 노무제공형태를 나타내는 근로자가 아닌 자들을 포섭해 내기에는 상당한 한계가 있기 때문이다. 또한 “특수”한 형태의 근로에 종사한다는 것은, 마치 특수하지 않은 것이 정상적인 것이라는 오해를 부를 여지도 있다. 정상적이지 않으므로 다르게 취급할 수 있다는 결론을 이끌어내기 위해서 말이다. 한편, 정규직과 비정규직이 구분될 때의 비정규직 *irregular* 일자리가 지금도 여전히 비정규직이라고 부를 수 있는가 하는 의문을 제기할 수 있는 것처럼, 무엇이 “특수”한 형태의 근로인가에 대하여 곧 의문을 제기할 시점이 도래할 수도 있다. 한 연구에서는 특수형태근로종사자를 포함하여 임금이 아닌 다른 형식의 보수를 받는 자를 ‘비임금 근로자’라는 용어를 사용할 것을 제안하면서,¹³⁸⁾ 비임금근로자라는 개념

138) 박제성(2017), 「비임금근로자의 법적 지위」, 『사회보장법연구』 6(1), 서울대 사회보

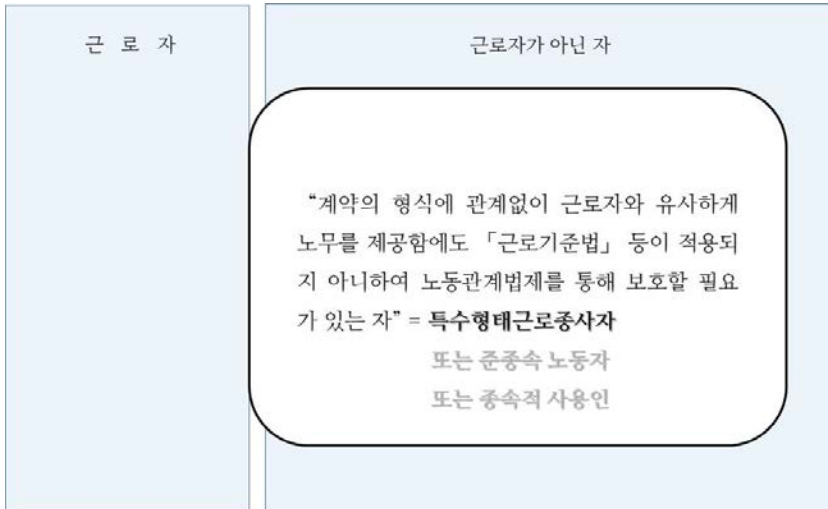
을 통해 근로기준법상 근로자성이 문제되는 노무제공자들을 아우를 수 있도록 하자는 제안을 하기도 하였다.

그럼에도 불구하고 특수형태근로종사자라는 용어를 폐기한다는 것이 쉬운 일은 아니다. 특히 법에서 이러저러한 직종의 종사자들을 부르겠다고 이미 붙인 이름이기 때문에, 어떠한 용어를 새롭게 가져온다고 해도 결국 원래대로의 이름의 의미로 회귀할 가능성도 충분히 있다. 따라서 새로운 용어를 이용해 개념규정을 새롭게 하는 대신, 현재 특수형태근로종사자라는 용어를 그대로 사용하면서 그 의미를 확대시켜나가는 고민도 해볼 수 있다. 현재의 상태에서 가능한 방법 중 하나는 특수형태근로종사자라는 이름을 사용하고 있는 산재보험법 제125조 제1항에서 특수형태근로종사자라는 이름을 “대통령령으로 정하고 있는 직종에 종사하는 자”에게 붙이는 것이 아니라 “계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자”에게 붙이는 것이다. 이렇게 되면 특수형태근로종사자의 구체적 범위를 현재와 같이 직종별로 규정을 하더라도 특수형태근로종사자의 범위가 넓어져 좀 더 포괄적인 이용이 가능하다. 특히, 현재는 산재보험법에서 특수형태근로종사자를 규정하고 있기 때문에 이것이 “업무상의 재해로부터 보호”라고 하는 조건이 붙어 있지만, 다른 법에서 이 개념을 이용하고자 할 때에는 “업무상의 재해로부터 보호”라고 하는 산재보험법의 목적 부분을 해당 법의 목적에 맞게 적절하게 수정을 하면 된다. 예를 들어, 고용보험법에서 특수형태근로종사자 개념을 이

〈산재보험법 특수형태근로종사자에 대한 특례규정의 변용〉

제125조(특수형태근로종사자에 대한 특례) ① 계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자(이하 이 조에서 “**특수형태근로종사자**”라 한다)로서 다음 각 호의 모두에 해당하는 자 중 대통령령으로 정하는 직종에 종사하는 자(이하 이 조에서 “**특수형태근로종사자**”라 한다)의 노무(勞務)를 제공받는 사업은 제6조에도 불구하고 이 법의 적용을 받는 사업으로 본다.

〔그림 5-2〕 특수형태근로종사자 이름의 재규정



자료: 필자 작성.

용하고자 하는 경우에는 “실업의 위험으로부터 보호”라고 수정을 하는 것이다. 좀 더 포괄적으로 생각한다면, 특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호를 고려하면서 산재보험법이 아닌 다른 법에서 이를 규정하는 한편, 산재보험법이 해당 법조문을 준용하도록 하는 것도 고려할 수 있을 것이다.

다만, 위와 같이 특수형태근로종사자라는 이름을 그대로 사용하는 경우, 비록 근로기준법상의 근로자와 노동조합 및 노동관계조정법상의 근로자가 각각 다른 것으로 인식가능하기 때문에 개별적인 법률에서 특수형태근로종사자를 다른 의미로 사용할 수 있기는 하겠지만, 근로자 개념에 대한 오해와 혼란(최근까지도 대법원은 근로기준법상의 근로자와 노동조합 및 노동관계조정법상의 근로자를 구분하지 않고 있었음)을 고려한다면 새로운 용어를 생각하는 것이 보다 타당한 접근방법이라고는 생각한다. 게다가 앞서 언급했던 바와 같이 특수형태근로종사자라는 이름이 갖고 있는 문제점도 간과할 수는 없다.

어느 방향이건, 주된 목표는 특수형태근로종사자라는 이름이 현재의 대상이 아닌, 보다 넓은 대상을 부르는 이름이어야 한다는 것이다. 이름

을 바꾸건 바꾸지 않건 말이다. 만약 이름을 바꾼다면 어떤 이름이 좋을지에 대해서는 갑론을박이 있을 수 있다. 다만 여기에서도 ‘특수’라는 용어는 가급적 지양하는 한편, ‘근로’라는 용어로 인한 오해의 소지를 줄일 수 있도록 하기 위해 이 또한 사용을 지양하는 것이 좋을 것으로 생각한다. 예를 들어, “준종속 노동자”나 “종속적 사용인”과 같이 특수형태근로종사자를 왜 노동법적으로 보호해야 하는가에 대한 필요성을 드러낼 수 있는 방향으로.

2. 특수형태근로종사자 : 노동법을 통한 보호

가. 출발점

2017년 11월 28일 국토교통부는 택배서비스 발전방안을 발표하였다. 택배서비스 발전방안 중 택배기사를 보호하기 위한 방안으로는 택배기사들에게 초과근무수당을 주고, 휴가를 사용할 수 있도록 하는 택배기사 표준계약서를 마련한다는 것, 택배기사들의 산재보험 가입을 확대시키겠다는 것과 같은 택배기사의 노동조건에 대한 내용과 함께 배송편의를 위한 택배 차량 주·정차 허용구간 확대, 노동력 저감기술의 개발, 택배회사가 실제로 받는 금액을 소비자가 알 수 있도록 하는 택배요금 신고제 도입 등과 같은 내용이 담겨 있다.¹³⁹⁾ 이와 같은 표준계약서를 통한 노동권의 보호는 2012년 12월 국민권익위원회의 『특수형태근로종사자 권익보호방안』과 같은 것에서도 제안된 바 있다. 즉 2007년 이후 특수형태근로종사자들에 대한 경제법적 보호로서 「약관의 규제에 관한 법률」에 의한 공정계약방식, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 의한 불공정거래행위 규제방식이 이용되어 왔다. 공정계약방식은 건설기계임대차 표준계약서, 화물자동차운송사업 표준계약서 등이 있고, 불공정거래행위 규제방식은 공정거래위원회의 2007년 「특수형태근로종사자에 대한 거래상지위남용 행위 심사지침」이 있다. 그러나 특수형태근로종사자를 「약관의 규제에

139) 국토교통부, http://www.molit.go.kr/USR/NEWS/m_71/dtLjsp?id=95079985 참조 (최종검색일 2017. 12. 10).

관한 법률」, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 등과 같은 경제법적으로 보호하는 것만으로는 유효한 보호가 부족하기 때문에, 특히 공정한 노무 계약 체결을 위한 표준노무계약서 마련과 같은 방법을 취할 것을 개선방안으로 제시하였다.¹⁴⁰⁾ 택배기사들에 대한 표준계약서 도입이 택배기사들의 노동조건 향상에 큰 도움을 줄 것이라고 생각할 수 있다. 2017년 11월 3일 설립신고필증을 발급받은 택배기사들의 전국택배연대노동조합이 논평을 통해 “택배노동자의 요구들이 담겨 있다는 점에서 이전과 다르게 진향적이라 평가하며 환영한다”고 밝히기도 하였다.¹⁴¹⁾

특정 직종의 표준계약이라는 개별적인 직종에 대한 노동조건의 일정한 계약적 합의는 다른 특수형태근로종사자들에게는 특별한 의미가 없다. 물론 다른 직종으로도 이러한 표준계약서 방식이 확대될 수 있다는 의미를 부여할 수도 있다. 또 노동법에 의한 사회적 보호 전 단계에서 실질적

140) 국민권익위원회(2012), 『특수형태근로종사자 권익보호 방안』, p.24. 단, 국민권익위원회가 말하는 특수형태근로종사자는 산재보험법의 특수형태근로종사자가 아니다. 즉, 국민권익위원회는 특수형태근로종사자를 정의하면서 산재보험법 제125조 제1항을 거론하기는 하지만, 특수형태근로종사자를 “계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자”라고 함으로써 산재보험법이 의미하는 특수형태근로종사자가 아니라, “근로자가 아니지만 노동법적 보호가 필요한 자”를 특수형태근로종사자로 이해하는 것이다. 따라서 특수형태근로종사자 관련 업종을 약39개 업종이라고 하면서, 여기에 산재보험법상 특수형태근로종사자가 포함된다고 말하고 있다. 노동법적 이해에 다소 오해가 있는 부분들이 위 『특수형태근로종사자 권익보호 방안』에서 보이는데, 의도적 오해인지 아닌지는 알 수 없다. 한편, 헌법재판소도 국민권익위원회와 같은 방식으로 특수형태근로종사자 개념을 이해하고 있다. 현재 2016. 11. 24. 결정 2015헌바413에서는 “특수형태근로종사자의 구체적 정의는 다양한데, 주로 ‘자영인의 외양을 띠면서도 실질적으로는 근로자와 유사한 자’ 또는 ‘해당 사업주와 특정 노무의 제공을 약정하고 그 업무수행과 관련하여 사업주의 특정한 지시나 지휘·감독에 구속되지 않는다는 의미에서 근로계약이 아닌 그 밖의 노무공급계약, 즉 자유로운 고용계약·도급·위임에 의거하여 노무제공의무를 부담하는 자’ 등으로 정의되고 있다. 산업재해보상보험법은 특수형태근로종사자를 ‘계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공함에도 근로기준법 등이 적용되지 아니하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있는 자로서 주로 하나의 사업에 그 운영에 필요한 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활하며, 노무를 제공함에 있어서 타인을 사용하지 아니하는 자’라고 정의하고 있다.”고 말하고 있다.

141) 경향비즈, “택배기사 표준계약서 쓰고, 산재보험 가입확대...배송수수료 공개한다” (http://biz.khan.co.kr/khan_art_view.html?artid=201711281046001&code=920100: 최종검색일 2017년 12월 10일).

거래의 우월한 지위를 가진 자들의 지위 남용을 방지할 수 있다는 이점을 갖기도 한다.¹⁴²⁾ 그러나 확대되어 가는 특수형태근로종사자 직종마다 이러한 표준계약서 방식을 적용할 수 있을 것인지, 표준계약서의 내용 위반 시 민사상 계약의 책임을 묻는 이외 어떤 계약강제방법이 있을 것인지, 표준계약서에 담길 노동조건の内容은 어떤 것이고 어떤 효력을 담보할 수 있을 것인지 등에 대한 쟁점을 해소시켜주지는 못한다. 노동법적 보호 논의에 비하여 표준계약방식 등 경제법적 보호의 상대적 용이함으로 노동법적 보호의 당위성에 대한 논의가 동력을 잃게 될 가능성도 있다.

2000년대 초반 시작된 특수형태근로종사자에 대한 법적 보호 논의 과정의 결과적 실패는 노동법적 보호 이외의 다른 보호 방안을 강구하는 것이 합리적이고 효과적임을 말하게 하는 이유가 될지도 모르겠다. 노동법적 보호는 실패한 반면, 국가의 정책적 의지가 보다 자율적으로 형성될 수 있는 사회보험법제의 영역에서 특수형태근로종사자 규정에 성공하고 법적 보호를 제공할 수 있게 되었다는 경험 또한 그러한 이유를 제공하고 있는지도 모르겠다. 노동법적 보호의 영역에서 특수형태근로종사자에 대한 논의를 형성할 수 있기 위해서는 법적으로 특수형태근로종사자에 대한 근로자성 인정이 이루어져야 할 것인데, 근로기준법상의 근로자 개념이 폐쇄적인 한편 그 경계가 쉽게 허물어지지 않는다는 현실적 이유도 있을 수 있다. 특수형태근로종사자들에게 근로자성이 있기는 하지만, 근로자성 이외 독립적 자영업자로서의 성격 또한 존재하는데, 그렇다면 근로자와 동일한 노동법적 보호를 제공하려고 하는 것이 정당한가, 또 그러한 시도가 근로자에 대한 보호 범위를 축소시킬 가능성이 있지 않겠는가 하는 우려도 존재할 수 있다.

그런데 특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호가 요구되는 가장 중요한 이유는, 이들에게 근로자성이 있기 때문이다. 근로자들에게 노동법이 필요한 이유는 노동법이 민법이나 기타 다른 법과 다르기 때문이다. 노동법은 노사의 불평등의 인정으로부터 출발하여 노사의 대등성을 달성하기 위해 만들어졌다. 노사의 대등성을 달성하기 위해 법은 우선 집단적

142) 김기선 외(2015), 『공정계약을 통한 특수형태업무종사자 보호방안 연구』, 2015년 고용노동부 학술연구용역 보고서, p.89.

교섭력을 위한 노동조합을 인정하고 노동조합에 의한 교섭과 쟁의행위를 보장하는 한편, 개별적 근로조건을 법적으로 강제하는 방식을 채택하였다. 이러한 방식을 통해서야 비로소 근로자들의 근로조건이 보호될 수 있다고 생각했기 때문이다. 특수형태근로종사자들에게서 근로자성을 완전히 제거할 수 없다면, 근로자에게 요구되는 노동법적 보호가 특수형태근로종사자들에게도 필요하다는 전제는 충족될 것이라고 생각한다. 공정계약방식이나 불공정거래행위 규제방식을 통한 경제법적 보호가 노동법적 보호 이전 단계로서 의미를 갖는다고 생각하기는 하지만 거기에 머무를 수는 없다.

다만, 특수형태근로종사자를 노동법적으로 보호한다는 당위성과는 별개로, 누구를 어떻게 보호할 것인가에 대한 현실적 문제를 도외시킬 수는 없다. 특수형태근로종사자라는 이름에 대한 개념 규정도 제대로 되지 않고 있고, 어느 정도의 특수형태근로종사자가 노동하고 있는지에 대한 실태조사도 제대로 이루어지지 않고 있으며,¹⁴³⁾ 특수형태근로종사자들의 노무제공형태가 어떤지에 대한 조사도 부족하다. 또한, 가장 중요한 문제는, 예를 들어 학습지교사의 노무제공형태와 레미콘차주의 노무제공형태는 상당히 다를 것인데 이 양자에게 공통적으로 필요한 노동법적 보호의 보편성에 법적 보호 논의가 그칠 것인가, 아니면 노무제공형태에 따라 개별적으로 필요한 노동법적 보호의 예외성에 대해서까지 법을 규정해야 할 것인지 여부이다.

이러한 논점들을 이 글에서 모두 검토할 수 있을 정도로 필자의 능력이 닿지는 못한다. 따라서 이하에서 쟁점이 될 수 있는 사항들과 어느 정도의 원칙적인 방향에 대해서만 검토해 보고자 한다.

143) 주장되는 특수형태근로종사자 수는 48만 명(근로복지공단, 2016년 기준)에서부터 218만 명(국가인권위원회, 2015년 기준)까지 차이가 상당히 크다. 이 차이는 기본적으로 특수형태근로종사자의 범주에 대한 이해로부터 발생하는데, 근로복지공단의 경우 산재보험법상 특수형태근로종사자에 국한되는 수치만을 제공한 것이라고 볼 수 있고, 국가인권위원회는 2015년 『민간부문 비정규직 인권상황 실태조사 - 특수형태근로종사자를 중심으로』 보고서에서 기존의 산재보험법상 특수형태근로종사자 이외 지입차주 등 도급계약을 체결하고 노무를 제공하는 다수의 노동자들을 포함시켰기 때문이다.

나. 노동3권의 보호 : 노조법과 특수형태근로종사자

특수형태근로종사자의 노동조건 보호에 관한 문제는 근로기준법상의 근로자 개념과 관련되어 있다. 택배종사자들의 노동조합 설립신고필증 수리라는 결과에서 보이듯, 특수형태근로종사자가 노조법상 노동조합을 설립할 수 있는 근로자로서의 지위를 갖는가 하는 문제는, 특수형태근로종사자들이 근로기준법상의 근로자로서 퇴직금청구권, 최저임금청구권, 휴가청구권 등 노동보호법제의 적용대상이 되는가의 문제와 다르다. 특수형태근로종사자 중 대표적 직종인 골프장캐디에 대해서도 대법원은 근로기준법상 근로자에는 해당한다고 보기 어렵지만, 노조법상 근로자에는 해당한다고 판결한 바 있다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011다78804 판결, 대법원 2014. 3. 27. 선고 2012두28322 판결, 대법원 2015. 7. 23. 선고 2011두18359 판결 등 참조). 노조법상의 근로자의 경우 직접적인 근로계약의 존재가 요구되는 것은 아니기 때문에, “근로자성 판단기준의 징표를 임금의 종속성 판단 요소보다는 사용자의 지휘·감독의 정도 및 근로자가 독립하여 자신의 위험과 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 등의 주로 ‘업무의 종속성 및 독립사업자성’을 판단하는 평가요소로 삼아야” 한다는 논리에 기초한 것이다.

제20대 국회에 계류된 개정법률안들 중에는 특수형태근로종사자를 노조법상의 근로자 정의 규정에 포함시키고자 하는 노조법 개정법률안들이 있다. 예를 들어 한정에 의원 대표발의안(의안번호 2005441)에서는 ① 계약형식과 관계없이 자신이 아닌 다른 자의 업무를 위하여 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 받아 생활하는 자와 ② 그 밖에 다른 자에게 노무를 제공하는 자로서 이 법에 따른 단결보호의 필요성이 있는 자 중 대통령령이 정하는 자를 노조법 제2조 제1호 단서 규정으로 포함시킬 것을 제안하고 있다. 이정미 의원 대표발의안(의안번호 2679)에서는 ① 자신이 아닌 다른 자의 업무를 위하여 노무를 제공하고 해당 사업주 또는 노무수령자로부터 대가를 받아 생활하는 자, ② 실업상태에 있거나 구직 중인 자, ③ 그 밖에 노무를 제공하는 자로서 이 법에 따른 보호의 필요성이 있는 자 중 대통령령으로 정하는 자를 노조법 제2

조 제1호 단서 규정으로 포함시킬 것을 제안하고 있다. 양 법안은 사실상 동일하다고 할 수 있는데(이정미 의원 안의 ②는 현재도 노조법상의 근로자 개념에 당연히 포함되고 있으므로), 모두 특수형태근로종사자를 염두에 둔 것이다. 그런데 위 법률개정안들은 노조법상 특수형태근로종사자를 근로자에 포함시킬 것을 제안하는 이외 다른 입법적 조치에 대해서는 검토하고 있지 않다.

한편, 국가인권위원회 상임위원회는 2017년 5월 23일 “특수형태근로종사자의 노동기본권 보호를 위한 권고 및 의견표명”이라는 제하에서 고용노동부장관에게 “특수형태근로종사자의 노동3권 보장을 위한 별도의 법률을 제정하거나, 「노동조합 및 노동관계조정법」상 근로자에 특수형태근로종사자가 포함되도록 관련 조항을 개정할 것을 권고한다.”는 권고와, 국회의장에게 “계류 중인 「노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률안」에 대한 심의 등 특수형태근로종사자의 노동3권 보장을 위해 조속히 입법적 개선방안을 논의하는 것이 바람직하다는 의견을 표명한다.”는 의견표명문을 내렸다.

여러 가지 경향과 논리상 특수형태근로종사자를 노조법상의 근로자로 인정하는 한편, 노동3권의 향유자임을 확인하는 것은 큰 논란이 되지 않을 듯하다. 문제는 노조법상 근로자 개념에 특수형태근로종사자를 직접 포함시킬 것인지, 포함시킨다면 어떻게 규정을 할 것인지에 대한 것이다. 해석과 판례상 특수형태근로종사자도 노동3권의 향유자임이 판단되고 있기는 하지만, 법문상 직접 특수형태근로종사자를 노조법상의 근로자로 확인하는 것은 다른 문제이기 때문이다. 현행 노조법상의 노동조합전임자 유급근로시간면제권 보장 문제, 단체교섭창구단일화제도의 적용 문제, 단체협약 구속력 확장제도와의 관련성 문제, 쟁의행위 제한 법제 해석의 문제, 부당노동행위 사용자책임의 문제 등을 해결해야 하는 과제가 뒤따르기 때문이다. 이러한 문제는 결국 노조법상의 근로자로 인정되는 특수형태근로종사자는 어떤 개념적 요소를 필요로 하는가의 문제가 될 수도 있고, 그에 따라 다양한 범주의 다양한 노무제공형태를 보이면서 때로는 전속적이기도 하고 때로는 전속적이지 않기도 한 특수형태근로종사자들을 모두 포섭할 수 있을 것인가 하는 문제와도 연관될 것으로 보인다. 그

리고 어쩌면 이러한 문제들은 현재 기업별 단위노동조합체제를 기본으로 하고 있는 우리 노조법의 틀을 초기기업단위 노동조합체제로 변경할 것을 요구하는 것일 수도 있다.

외국의 입법례를 보더라도 단결권이 보장되는 특수형태근로종사자의 범위는 다소 제한되고 있다. 경제적 종속성이라는 개념을 주로 이용하고 있기도 하지만, 그렇지 않은 경우도 있는데, 이와 관련하여 자주 인용되는 독일의 “유사근로자”도 “주로 한 사람을 위해 노무를 제공하거나, 또는 평균적으로 영리활동의 대가로 얻은 전체 소득의 절반 이상이 한 사람에 의해 지급되는 경우”에 단체협약법의 적용을 받는다고 규정하고 있다(독일 단체협약법 제12조의 a). 캐나다 온타리오주의 노사관계법에서는 “종속적 자영인(dependent contractor)”이라는 개념을 “근로계약하에서 근로를 제공하고 있는지 여부에 관계없이, 그리고 종속적 자영인에 의해 소유된 도구, 차량, 설비, 기계, 기타의 물건을 제공하는지 여부와 관계없이, 종속적 자영인이 경제적으로 의존하는 조건하에서, 그리고 노무를 제공할 의무를 부담함에 있어서 독립자영인보다는 근로자에 더 유사한 조건하에서 보수나 대가를 위하여 다른 자를 위하여 노무를 제공하거나 서비스를 제공하는 자를 말한다.”고 규정하고 있다(캐나다 온타리오주 노사관계법 제1조 제1항).¹⁴⁴⁾

특수형태근로종사자의 단결권 등 노동3권 인정과 보장은 충분한 공감대를 형성하고 있고 미룰 수 없는 과제가 된 듯하다. 남은 문제는 특수형태근로종사자를 어떻게 규정할 것인지, 그리고 현행 노조법을 특수형태근로종사자에게 어떻게 적용할 것인지 등에 대한 세부적 설계일 것이다.

다. 근로권의 보호 : 노동보호법과 특수형태근로종사자

특수형태근로종사자는 원칙적으로 근로자가 아닌 자이다. 집단적 노동관계상 특수형태근로종사자가 노조법상의 노동조합 설립권을 인정받고,

144) 이승욱(2005), 「특수형태근로종사자의 법적 규율을 위한 입법적 모색」, 『노동법연구』 19, 서울대 노동법연구회, p.235. 법 본문은 <https://www.ontario.ca/laws/statute/95l01>에서 확인함(최종검색일 2017년 12월 11일).

그에 따라 사용자와 단체교섭을 하거나 단체협약을 체결함으로써 보다는 노동조건을 형성해 나가는 것은 집단적 자치의 영역이다. 그런데 근로자들에게 적용되는 개별적 노동보호법제의 적용은 집단적 자치의 영역에서 형성해 나갈, 또는 단결권을 행사할 수 없는 특수형태근로종사자들의 노동조건의 기준을 정해주는 문제이다. 또한 집단적 자치를 통한 노동조건은 특수형태근로종사자들이 사업장별, 직종별 혹은 업종별 특수 상황을 반영하여 자율적으로 정해나갈 수 있는 것인 반면, 특수형태근로종사자들에 대한 노동보호법제는 특수형태근로종사자들에게 보편적으로 적용되어야 할 법의 내용에 관한 것이라고 생각한다.

그런데 특수형태근로종사자라는 이름으로 묶여 있다 할지라도 그 이름 아래 놓이는 특수형태근로종사자들은 사업장별, 업종별, 직종별, 나아가 지역별, 산업별로 다양한 실태를 보일 수 있기 때문에 그 보편적 노동보호의 원리가 어떤 것인지는 다소 복잡한 문제이다. 그렇기 때문에 헌법재판소도 특수형태근로종사자의 노동조건에 대한 법적 보호의 필요성은 인정하면서도 “특수형태근로종사자로 분류되는 노무제공자들의 직업이 매우 다양하여 특수형태근로종사자 사이에서도 노무제공의 방법, 성격, 사업주에 대한 경제적 종속의 정도 등이 상이하다. 따라서 사업주에 대하여 사용종속관계가 인정되는 근로자에 대한 보호를 목적으로 마련된 근로기준법은 특수형태근로종사자의 지위 등에 비추어 보았을 때 이들에게 그대로 적용될 수 없다. 결국 특수형태근로종사자는 이들의 지위, 노무제공의 성격·방식 등을 고려한 별도의 특별법에 의한 보호가 필요한 영역이다.”고 판단하였을 것이다.¹⁴⁵⁾

근로기준법이 아닌 특별법에 의해 보호를 하더라도, 위 헌법재판소가 표현을 하고 있듯 “특수형태근로종사자로 분류되는 노무제공자들의 직업이 매우 다양하여 특수형태근로종사자 사이에서도 노무제공의 방법, 성격, 사업주에 대한 경제적 종속의 정도 등이 상이”한데, 그럼에도 불구하고 어떤 보편적 보호의 원칙을 정립할 수 있을지에 대해서 생각을 해 보면, 우선 가장 보편적 근로권 차원의 내용들이 떠오른다. 차별의 금지, 강제노동의 금지, 안전한 일에 대한 권리나 사회보장의 권리와 같은 것들이

145) 헌법재판소 2016. 11. 24. 결정 2015헌바413.

다. 여기에 더하여 근로시간에 대한 권리, 휴게 및 휴일·휴가에 대한 권리, 적정한 임금의 권리, 모성보호에 관한 권리 등이 보장될 수 있을 것인지에 대해서는 특수형태근로종사자의 노무제공형태에 따른 개별적 판단이 요구된다고 생각한다. 특히 이러한 근로권에 관한 내용들은 근로기준법상의 근로자와 같은 종속적 근로자를 염두에 둔 경우가 대부분이기 때문에, 예를 들어 도급계약을 체결하고 화물운송업에 종사하는 특수형태근로종사자에게 근로기준법상 근로시간에 대한 권리를 인정할 수 있겠는가, 대리운전업에 종사하는 특수형태근로종사자에게 휴일 및 휴가의 권리를 인정할 수 있겠는가 하는 문제가 발생하는 것이다. 또한 특수형태근로종사자의 인적 특성이 있으므로, 예를 들어 콘크리트믹서트럭을 운전하는 운전기사에게 모성보호에 관한 권리를 보장할 필요가 있겠는가와 같은 문제도 발생할 수 있다.

이러한 개별적 특성을 모두 반영하는 법을 제정하는 것은 사실상 불가능하다. 그러므로, 근로기준법의 일반적 적용을 원칙으로 하든, 특별법 제정을 기본 방향으로 하든, 다양한 특수형태근로종사자들의 개별적 근로조건에 대한 보호를 어떻게 하는 것이 가장 효과적인 방법일 것인가에 대한 충분한 고려가 필요할 것이다.

생각해볼 수 있는 첫 번째 방안은, 특수형태근로종사자들에 대한 노동3권의 전면적 인정을 전제로 하여, 근로기준법 등 최저근로조건에 대한 일반적 노동법제를 특수형태근로종사자들에게도 적용하는 것을 원칙으로 하되, 단체협약을 통해 해당 직종의 업무특성 등을 반영하여 노동보호법제의 일부 규정에 대한 적용제외를 인정하도록 하는 것이다. 다만 이 방안은 단체협약의 규범적 효력을 전제한 것이라고는 해도 노사 간의 자치협약이 노동보호법제라는 강행법규를 배제할 근거가 될 수 있겠는가 하는 문제, 노동조합이 결성되어 있지 않거나 결성되어 있더라도 단체협약을 체결하지 못한 경우에는 어떻게 할 것인가의 문제, 노동조합이 결성되어 있고 단체협약을 체결하고 있더라도 비조합원들의 근로조건을 단체협약으로 일괄조정해나가는 것에 대한 법적 정합성 문제 등이 수반된다.

두 번째 방안은, 개별적 특성을 반영한 특수형태근로종사자 각각에게 적용될 수 있는 계약의 상제는 지금과 같은 표준계약서 도입이나 공정계

약모델의 개발과 같은 방법을 취하도록 하되, 보편적인 근로권 등 특수형태근로종사자를 포함한 모든 노동자 일반에 대한 특별법을 제정하는 것이다. 예를 들어, 계약체결의 공정성과 부당계약의 금지, 부당계약에 대한 사법적(혹은 준사법적) 평가제도의 규정, 근로기준법상 부당해고의 금지제도에 상응하는 부당계약해지 금지제도의 규정, 근로기준법상 임금지급 원칙에 상응하는 보수지급원칙의 규정, 성희롱 금지규정, 고충처리제도규정 등을 포함하는 한편, 남녀차별금지에 대한 남녀고용평등과 일가정양립지원에 관한 법률 준용, 적용가능한 경우 휴일 및 휴가제도에 대한 근로기준법 준용, 산업안전법 준용 등을 내용으로 하는 것을 생각해볼 수 있다. 필자로서는 이 방법이 합리적이라고 생각하기는 하지만, 이것의 전제는, 이러한 방법을 특수형태근로종사자에게 적용하고자 하는 경우, 결국 현재도 많은 문제점을 나타내고 있는 특수형태근로종사자의 직종별 구분이 이루어져야 한다는 점, 그리고 그 직종에 따른 개별적 표준계약 혹은 공정계약서가 요구됨으로써 그 안에서 다시 노동조건의 규율을 도모해야 한다는 점, 직종별 표준계약 혹은 공정계약서를 마련하지 못할 경우의 대처 방법에 대한 고려가 필요하다는 점, 다양한 특수형태근로종사자들의 개별적 특성을 모두 담아내는 데 한계가 있기 때문에 위와 같은 방법을 취한다고는 하지만 그럼에도 불구하고 어떤 부분을 공통적이고 보편적 노동조건の内容으로 간주하여 법조문화할 것인가에 대한 세부적 논의가 요구된다는 점 등이 난점이다.

세 번째 방안은, 현재의 산재보험법과 같이 특수형태근로종사자들을 직종별로 구분을 하면서, 각 직종에 대한 개별적 특별법을 만드는 것도 생각할 수 있다. 개별적 특수형태근로종사자들의 특성을 가장 잘 반영할 수 있는 한편, 규범력이 보장되기도 할 것이므로 가장 효과적인 방법이라고는 할 수 있겠지만, 특수형태근로종사자의 모든 직종에 대한 특별법을 만드는 것이 현실적으로 가능한 일일 것이냐가 가장 큰 문제가 아닐까 생각한다. 법률은 단일법으로 하면서 그 법률 내에서 장을 구분하여 법과 시행령, 시행규칙을 적절히 활용하여 특수형태근로종사자 직종별 노동조건 상세를 정하는 방법도 생각해볼 수 있다.

어쨌거나 이러한 방안들은 특수형태근로종사자를 현행 근로기준법 안

으로 포함시키는 것은 다소 부적절하다는 생각을 바탕으로 한다. 반면 근로기준법에서 직접 특수형태근로종사자를 규정하는 한편, 근로기준법의 일부 규정만을 적용하도록 하거나, 근로기준법 제63조처럼 적용제외조항을 별도로 둬으로써 특수형태근로종사자에 대한 적용상 합리성을 도모하는 방법을 배제할 수는 없다(최저임금법 등 다른 노동보호법에서는 적절한 준용의 방식을 취할 수 있을 것이다). 그러나 이 경우 특수형태근로종사자마다의 특수한 노동환경을 제대로 반영하지 못하게 될 수 있다는 점, 근로계약의 체결을 전제로 한 종속적 근로관계에 적용되는 근로기준법에서 특수형태근로종사자들이 주로 취하게 되는 업무도급계약 등을 직접 규율하는 것은 부적절하다는 점 등을 고려하지 않을 수 없다고 생각한다.

3. 특수형태근로종사자 : 사회보험법 적용의 확대

우리나라의 사회보험법제는 노동관계법제와 매우 밀접하게 연결되어 있다. 산재보험법과 고용보험법은 기본적으로 근로기준법상의 근로자 개념을 기초로 하는 사회보험체제로 출발했기 때문에 그러한 것이라고 볼 수 있고, 국민건강보험법과 국민연금법도 사업장가입자와 지역가입자를 구분하여 근로자인 자와 근로자 아닌 자의 적용을 구분하고 있다.¹⁴⁶⁾ 이러한 구분에 따라 특수형태근로종사자는 근로자가 아닌 자로서 원칙적으로 산재보험법과 고용보험법의 적용 대상이 되지 않는 한편, 국민건강보험법과 국민연금법상으로는 지역가입자가 된다. 다만 산재보험법은 제125조 특례규정을 두어 특수형태근로종사자 직종을 시행령으로 규정함으로써 그 적용 범위를 확대시키고 있음은 주지의 사실이다. 현재는 특수형태근로종사자에게 고용보험법을 적용시키기 위한 논의가 이루어지고 있는데, 이러한 사회보험법의 적용 확대와 관련하여 먼저 선행되어야 할 문

146) 국민건강보험법과 국민연금법은 사업장가입자와 지역가입자를 구분하면서 근로자를 “직업의 종류가 무엇이든 사업장에서 노무를 제공하고 그 대가로 임금을 받아 생활하는 자(법인의 이사와 그 밖의 임원을 포함한다)”라고 규정하고 있기는 하지만 “사업장의 근로자”가 직장가입자가 되기 때문에 대개 근로기준법상 근로자(즉, 협의의 근로자)는 사업장가입자가 되고, 그 이외 광의의 근로자들은 지역가입자가 되는 것으로 볼 수 있다.

제는 앞서 언급했던 특수형태근로종사자라는 이름의 의미에 관한 것이다. 이 문제에 대해서는 1.에서 충분히 검토했다고 생각하므로 반복하지는 않는다. 그리고 특수형태근로종사자라는 이름을 고쳐 부를 수 있게 된다면, 산재보험법과 고용보험법 등 사회보험법의 적용 대상도 그에 따라 확대되어야 할 것이다.

다만, 적용대상 확대의 문제와 관련하여 해결되어야 할 과제로서 보험료 부과방식의 문제, 보험 가입방식의 문제, 적용방식의 문제 등이 있다. 예를 들어, 현재 산재보험법상 특수형태근로종사자에게는 “주로 하나의 사업”에서 노무를 제공할 것이 요구된다. 이것을 ‘전속성’이라고 한다. 특수형태근로종사자들에게 전속성이 필요한 주요한 이유는 보험료 부담의 문제 때문이다. 현행 산재보험제도는 사용자 책임보험적 성격을 갖고 있기 때문에 근로자의 경우 사용자가 보험가입자가 되어 근로자를 피보험 가입자로서 보호하는 형식이다. 그런데 사용자가 없다면 이 구조가 불가능해지는 것이다(단, 예외적으로 중소기업사업주의 경우 스스로 보험가입자가 되어 보험수혜를 받는 방식이기는 하다). 그런데 특수형태근로종사자의 범위가 확대되어 현재 산재보험법의 특수형태근로종사자와 같은 전속적 특수형태근로종사자 이외, 비전속적 특수형태근로종사자에게도 산재보험법을 적용하기 위해서는 현재와 같은 보험료 부과 방식 체계의 변화가 수반되어야 한다. 그래서 개별 사건별로 산재보험료를 청구하는 것과 같은 건별부과체계 도입 제안이 있기도 하다.¹⁴⁷⁾ 실제 민간 보험제도 중에서는 콜마너와 카카오대리가 대리운전 보험으로 건별 보험료 방식을 채택하고 있다고도 한다.¹⁴⁸⁾

147) 박은정 외(2015), 『비전속적 특수형태근로종사자 산재보험 적용강화 방안』, 2015년 고용노동부 정책연구용역보고서, p.231, 박찬임·황덕순·김기선(2016), 『일자리 형태의 다양화 추세와 산재보험』, 한국노동연구원, p.94 등 참조.

148) 상동.

제4절 결 론

특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호 논의가 시작된 지 17년 여의 시간이 흘렀음에도 불구하고 산재보험법 적용 이외 별다른 성과물이 없다는 것은 이 논의의 어려움을 그대로 보여주는 듯하다. 그러나 이 시간 동안 사실상 적지 않은 변화가 있었다고 생각한다. 법원은 근로기준법상의 근로자 개념을 해석하는 데 다소 완화된 기준을 적용하려는 노력을 하는 듯 보이고, 특수형태근로종사자 중 일부 직종이기는 하지만 노조법상 노동조합을 설립할 수 있게 되었고, 디지털 플랫폼 노동의 확산과 함께 이전보다 훨씬 더 적극적으로 특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호 필요성이 제기되고 있다. 2017년 5월 출범한 문재인 정부는 “노동존중사회실현”을 국정과제로 제시하면서 그 가운데 “고용형태 다양화 등 새롭게 제기되는 수요를 반영하고 취약근로자의 노동권 보호를 위해 2018년부터 노사관계 법·제도 개선 추진”을 세부과제로 제시하고 있다. 2017년 10월 공개된 문재인 정부의 “일자리정책 5년 로드맵”에서는 특수형태근로종사자의 노동기본권 보장을 위한 법·제도적 개선방안을 마련할 것이라고도 했다. 이러한 국가정책 차원에서의 특수형태근로종사자에 대한 접근에 따라 고용노동부를 중심으로 특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호 논의가 매우 적극적으로 이루어지고 있는 것으로 보인다. 이 논의들이 앞으로 어떤 방향으로 흘러갈지는 알 수 없지만, 본문에서 특수형태근로종사자에 대한 논의가 가야 할 방향을 제안한 바와 같이 집단적 및 개별적 노동법제의 적용, 사회보험제도의 확대 적용이라는 결과물을 내보일 수 있게 되기를 바란다.

제 6 장

하도급근로자 보호 방안 : 정책적 접근법과 법적 규율 방안

정영훈(헌법재판소 헌법재판연구원 책임연구원)

제1 절 민간부문 하도급근로자의 문제 상황과 보호의 방향

1. 하도급근로자의 노동상황

미국의 오바마 정부에서 노동부의 임금·근로시간국(Wage and Hour Division)의 국장을 역임한 데이비드 와일(David Weil)은 그의 저서에서 현대 일터의 변화된 양상을 “균열일터(The Fissured Workplace)”라고 묘사하면서 그 원인을 기업에 의한 ‘고용 털어버리기’에 있다고 분석하고 있다.¹⁴⁹⁾ 즉, 현대 기업들은 핵심 비즈니스 모델에 적합하지 않은 활동 영역들을 과감하게 외주화함으로써 경비 절감은 물론 고용주로서의 법적 책임도 함께 털어버리고 있다는 것이다. 데이비드 와일은 이와 같은 고용 털어버리기, 즉 고용의 외부화에 의하여 일터는 균열되고 결국 외부화된 근로자들의 근로조건은 더욱 열악해졌다고 분석하면서 이에 대처하기 위

149) 데이비드 와일(2015), 『균열일터: 당신을 위한 일터는 없다』, 송연수 역, 황소자리, pp.17~18.

한 해결책을 제시하고 있다. 이와 같은 균열일터 현상은 미국뿐만 아니라 우리나라에서도 마찬가지로 발견된다.

이와 같은 고용의 외부화의 확산에 따라서 하도급업체에 고용된 근로자(이하 ‘하도급 근로자’라고 한다)들의 근로조건은 더욱 열악해지고, 헌법 제33조에서 보장하고 있는 노동3권마저도 효과적으로 보장되지 못하고 있는 상황에 있다. 고용의 외부화는 흔히 직접고용과 대비되는 용어로서 간접고용이라고도 부른다. 고용의 외부화(또는 간접고용)에 의해서 하도급 근로자가 직면하게 된 노동상황의 문제점을 정리해 보면 다음과 같다.

첫째로는 가장 일반적이고 근본적인 문제로서 도급업체의 근로자들에 비하여 임금, 복리후생, 휴식·휴가, 근로시간 등과 같은 근로조건이 상당히 열악하다는 점을 들 수 있다. 이러한 열악함은 상대적이면서도 절대적인 것이다. 하도급업체는 통상적으로 도급업체에 비하여 사업규모가 매우 작을 것이라는 점을 생각하면 이러한 열악함은 우리나라에서 흔히 있는 대기업과 중소기업 간의 근로조건 격차의 하나로 치부할 수도 있겠지만, 하도급 근로자들의 근로조건 열악함은 위에서 언급한 고용 털어버리기의 결과라는 점에서 단순히 대·중소기업 간의 근로조건 격차의 문제라고 이해할 수 없다.

둘째로 1998년에 과건근로자보호 등에 관한 법률(이하 ‘근로자파견법’이라고 한다)이 제정되어 종래 금지되어 있던 근로자파견이 합법화된 이래로 근로자파견법을 위반한 하도급을 둘러싼 논란, 특히 근로자파견법을 위반한 하도급 업체의 근로자에 대한 도급 사업주의 직접고용의무 이행을 둘러싸고 노사 간에 격렬한 논란이 끊임없이 이어지고 있다는 점이다. 이는 본질적으로 하도급 근로자의 진정한 사용자가 누구인지를 묻는 것으로서, 진정한 사용자에게 사용자로서의 법적인 책임을 지도록 하는 것을 목적으로 한다.

셋째로는 최근 크게 사회문제가 되고 있는 위험의 외부화 문제이다. 산업안전보건법에는 하도급근로자의 안전보건관리에 대한 도급인 사업주의 책임에 대해서 적지 않은 규정을 두고 있다. 정부와 국회는 사망사고와 같은 중대재해가 발생할 때마다 도급인의 책임을 강화하고 있지만, 하도급

근로자의 중대재해 발생이 끊이지 않고 있는 것을 보면 여전히 안전과 보건 문제는 크게 개선되지 않고 있다고 할 수 있을 것이다.

넷째로는 하도급 근로자의 근로조건의 유지·향상에 대한 실질적인 결정력은 도급업체가 가지고 있지만, 하도급 근로자들이 도급업체에 단체교섭 등을 요구하는 경우에 도급업체는 자신의 근로자가 아니라는 이유로 단체교섭을 거부하고 있는 점이다. 하도급 근로자들이 노동조합을 결성하여 하도급업체와 단체교섭을 하여도 소기의 성과를 거두기 힘든 상황에서 하도급 근로자들에게 헌법에서 보장된 노동3권은 그다지 큰 의미를 가지지 못할 것이다. 원하청 근로자 간의 근로조건의 격차 문제나 산업안전보건법상의 위험관리문제에 관해서 하도급 근로자의 노동조합이 노동3권을 통해서 관여할 수 없다는 점은 위에서 언급한 문제를 해결할 유력한 수단 중의 하나를 버리는 것과 마찬가지이다.

2. 하도급근로자 보호를 위한 법제도 및 정책 현황

이상의 문제를 시정하기 위하여 여러 가지 대응이 강구되어 왔지만, 그 내용은 여전히 빈약하다고 할 수 있다.

먼저 법적인 대응에 대해서 보면 근로기준법과 산업안전보건법에 하도급 근로자의 보호를 위한 몇몇 조항이 발견되는 수준이다. 이는 근로기준법을 핵심으로 하는 노동보호법에서는 원칙적으로 근로자를 “사용”하고 있는 사용자에 대해서 법적 책임을 부과하고 있기 때문이다. 예외적으로 근로기준법에서는 임금지급에 있어서 연대책임을, 산업안전보건법에서는 수급인 근로자의 안전보건관리에 관해서 도급 사업주에게 일정한 법적 책임을 부과하고 있는 정도이다. 즉, 하도급 근로자의 사용자는 하도급업체이기 때문에 원칙적으로 사용자로서의 책임은 하도급업체가 부담한다는 원칙이 서 있다. 법률 이외에 일부 지방자치단체는 조례를 통해 관급공사의 경우 건설근로자의 임금체불 등에 대한 보호방안을 마련하는 경우도 있다. “경상북도 관급공사 지역건설근로자 우선고용과 체불임금 방지 및 하도급업체 보호 조례”, “당진시 관급공사 지역건설근로자 우선고용과 체불임금 방지 및 하도급업체 보호 조례”, “인제군 관급공사 체불임금

금 방지와 지역건설근로자 우선고용 및 하도급업체보호 등에 관한 조례”, “춘천시 관급공사의 지역건설근로자 우선고용과 체불임금 방지 및 하도급업체 보호 조례”를 들 수 있다. 하지만 이들 조례의 이름에서 알 수 있듯이 그 효과는 매우 제한적일 수밖에 없다. 그나마 산업안전보건 분야에 있어서 2000년대 중후반 이후 수차례에 걸쳐 법률이 개정됨으로써 법제도의 내용에 있어서는 하도급 근로자의 생명과 안전 보호에서 어느 정도 진전을 보았지만, 위에서 언급한 바와 같이 실제 효과는 그다지 크지 않다.

다음으로 정책적인 대응에 대해서 보면 법적인 대응과 마찬가지로 그다지 획기적인 것을 발견할 수 없다. 이제까지 하도급 근로자의 보호를 위하여 정부가 추진한 정책 중에서 중요한 것을 보면 다음과 같다. 첫째로 위장도급, 즉 불법파견에 대해서 엄정하게 대처하는 것이다. 하도급 근로자들의 입장에서는 현재의 도급이 불법파견인지를 아는 것이 매우 어렵기 때문에 고용노동부가 엄정하게 근로감독을 하고 직접고용에 해당하는 경우에는 적극적으로 행정적·사법적 조치를 취하는 것은 매우 중요한 의미를 가질 것이다. 둘째로 고용노동부는 불법파견을 방지하기 위하여 도급과 파견을 구분하는 기준을 마련하여 이를 홍보하고 있다. 고용노동부와 법무부(대검찰청)는 각 기관이 도급과 파견을 구분하는 기준이 달라서 발생하였던 혼선을 없애기 위해서 양 기관의 협의를 통해서 2007년에 “근로자파견의 판단기준에 관한 지침”을 작성하였다. 셋째로 위에서 언급한 것처럼 법적으로 하도급 근로자의 근로조건을 보호하기 위한 장치는 산업안전보건법을 제외하면 매우 빈약하지만, 이들 근로자의 근로조건 보호가 매우 심각한 사회문제가 됨에 따라 고용노동부는 2011년 7월에 “사내하도급 근로자의 근로조건 보호 가이드라인(이하 ‘사내하도급 가이드라인’이라고 한다)” 및 “체크리스트”를 작성하여 이를 기준으로 업계의 자주적인 이행노력을 촉구하는 행정지도와 각종 지원을 전개하고 있다. 고용노동부는 하도급 근로자의 근로조건 개선에 대해서 관심이 많은 사업장 중 지역사회와의 파급 효과가 큰 사업장을 선정하여 원하청 상생 및 사내하도급 가이드라인 준수 협약을 체결하고 있다.¹⁵⁰⁾ 또한, 2016년

150) 사내하도급 가이드라인 준수 협약 체결 실적을 보면, 2012년도에는 철강·금속, 기

에는 동 가이드라인의 개정에 발맞추어 가이드라인의 실효성 확보를 위하여 관련 전문가들로 구성된 “비정규직 고용안정·근로조건 개선 서포터즈 활동” 및 근로감독 등을 연계하여 가이드라인 준수 및 이행상황 모니터링을 하고 있다. 넷째로 정부는 2019년도부터 ‘건설산업 일자리 개선 대책’의 일환으로 공공공사 발주자 임금직접지급제, 임금지급보증제, 적정임금제를 시행할 예정이다. 이와 유사한 대책은 이미 2016년에 고용노동부가 ‘노동시장 이중구조 해소 대책’의 후속조치로 발표한 적이 있다. 다섯째 노무현, 이명박, 박근혜, 문재인 정부 모두 공공부문에 있어서 하도급 근로자를 공공기관이 직접고용하거나 공공기관이 설립한 별도의 기관이 고용하는 정책 및 처우를 개선하는 정책을 입안하거나 추진하였다. 문재인 정부는 과거 정부보다 더욱 적극적으로 공공부문의 직접고용정책을 추진하고 있다. 물론 문재인 정부의 정책은 시행 초기이기 때문에 아직은 가시적인 성과를 언급할 수 있는 단계는 아니다. 이와 같은 정책은 중앙정부뿐만 아니라 지방자치단체도 가능한 것인데, 실제로 몇몇 광역 지방자치단체의 경우에는 중앙정부보다 앞서서 직접고용 등의 정책을 추진하여 일정한 성과를 거둔 경우도 있다. 여섯째로 고용형태공시제도의 시행이다. 이 제도는 기업이 비정규 근로자를 고용하는 현황을 공표하여 사회적 부담을 지우는 방법으로 비정규직 근로자의 채용을 자제하고 가능한 한 정규직 근로자로 채용하는 분위기를 조성하기 위한 제도라고 할 수 있다. 공공기관에 대해서는 2007년부터 이 제도가 시행되었고 민간기업에 대해서는 2014년도부터 적용되고 있다. 이 제도는 공공기관에 준하는 사회적 책임을 선도할 수 있는 규모의 기업, 즉 상시 300명 이상의 근로자를 사용하는 사업주는 근로계약기간의 정함이 없는 근로자, 기간제 근로자, 단시간근로자, ‘소속 외 근로자의 수’를 공시하여야 한다(고용정책기본법 제15조의2 제1항). 여기서 ‘소속 외 근로자’라 함은 파견근로자와 사내하도급근로자를 말한다.¹⁵¹⁾ 고용형태공시제도는 고용정책기본법

계·전기장비 업종의 11개 회사, 2013년도에는 IT, 음식료품·화학제품제조 업종의 37개 회사, 2014년도에는 보건·금융 업종의 40개 회사, 2015년도에는 숙박·유통 업종의 46개 회사이다.

151) ‘소속 외 근로자’란 법적 용어가 아니라 고용형태공시제도를 운용하는 고용노동부의 행정상의 용어이고, 법적으로는 “파견근로자보호 등에 관한 법률 제2조 제5호

에 근거하고 있지만, 공시 대상 사업주가 고용형태를 공시하지 않는다고 하여 법적인 제재가 부과되지 않는다. 설혹 과태료를 부과한다고 하더라도 이를 통해서 하도급 근로자의 근로조건 등이 직접적으로 개선되는 것은 아니다. 어디까지나 이 제도는 기업에 사회적 부담을 지움으로써 직접 고용의 분위기를 조성하는 것에 그친다고 할 수 있다. 일곱째로 비정규직 근로자를 정규직 근로자로 전환하는 사업주를 재정적으로 지원하는 제도이다(이른바 정규직전환지원금제도). 이 제도는 직접고용의 형태인 기간제근로자뿐만 아니라 파견근로자와 사내하도급근로자와 같은 간접고용 근로자를 직접고용으로 전환하는 경우에도 지원금을 지급하는 제도이다.

3. 민간부문 하도급근로자 보호를 위한 정책 및 법제도 개선 방향

하도급 근로자의 보호를 위한 법적 근거가 매우 빈약하다 보니 하도급 근로자의 보호를 위하여 정부가 할 수 있는 역할은 매우 제한적일 수밖에 없다. 따라서 하도급의 활용에 대한 법제도적 규율의 개선을 통해 위에서 언급한 하도급 근로자의 문제점을 시정하면서 하도급 근로의 활용에 대한 기업의 동기를 줄이는 정책 수단을 강구하는 것이 효과적인 방법이라고 할 것이다. 즉, 규제와 조정·유도를 병행함으로써 소기의 목적을 효과적으로 달성할 수 있도록 하여야 한다.

그런데 법제도적 규율을 개선하는 것은 실제로 매우 어려운 것이 현실이다. 이는 이해관계가 극명하게 대립한다는 점뿐만 아니라 법리적으로 볼 때 도급 사업주와 하도급 근로자와의 사이에 어떠한 법적 관계를 상정

의 파견근로자 등 다른 사업주가 고용한 근로자로서 법 제15조의2 제1항에 따른 사업주가 그 사업 또는 사업장에서 사용하는 근로자”이다. 고용노동부의 “고용형태공시제도 2017년 기업매뉴얼”을 보면 ‘소속 외 근로자’란 “공시의무 사업주의 ‘사업장 내’에서 사업주 간 파견, 용역, 도급 계약에 의해 근무하는 근로자”를 의미한다고 하면서 “사업장 밖의 근로자, 사업장 내 임대매장 근로자, 납품업자 근로자는 제외”라고 하고 있다. 고용형태공시제도를 민간기업에 대해서 적용할 것을 논의한 국회 환경노동위원회 법안심사소위원회의 회의록을 보아도 ‘소속 외 근로자’는 사내하도급 근로자를 의미한다.

하고, 도급 사업주에게 일정한 법적 책임을 지우는 것이 결코 쉽지 않기 때문이다. 현재의 개별적 근로관계법은 근로계약의 체결을 통하여 창설된 사용자와 근로자의 관계를 원칙적인 규율대상으로 하고, 예외적으로 파견근로관계에 있어서 파견근로자의 근로조건 등에 대한 사용사업주의 책임을 부과하고 있다. 이러한 예외적 취급은 근로자파견관계에는 근로관계의 “실질”이라고 할 수 있는 사용종속관계가 파견근로자와 사용사업주와의 사이에 존재하기 때문이다. 이러한 관계가 존재한다면 사용사업주에 대해서 노동법상의 사용자 책임을 일정한 범위에서 부과하는 것은 법리적으로도 그다지 어려운 문제는 아닐 것이다.

이러한 어려움에도 불구하고 하도급 근로자의 이용에 관한 노동법적 규율의 개선은 결코 포기될 수 없다. 따라서 현실적으로 법제도적 개선 가능성과 필요성이 높은 사항이 무엇인지를 객관적 근거를 통해서 가려내고, 법리적으로는 그러한 사항에 대해서 국가가 법률을 통해서 개입할 수 있는 논거를 강화하는 것이 매우 중요할 것이다. 이러한 작업을 통해서 법률의 제·개정을 추진하면서 기업의 하도급 근로에 대한 이용 동기를 줄여 사내하도급의 규모를 축소하고, 사내하도급을 활용하더라도 기업의 자발적인 책임성을 강화하여 하도급 근로자의 근로조건 제고 등 원하청 근로자 간의 차별을 줄이기 위한 정책적 수단을 적극적으로 모색하여야 할 것이다.

아래에서는 법령의 개정 없이도 현행 법령 틀 내에서 정부의 정책 의지만으로도 가능한 개선 방안에 대해서 먼저 살펴보고, 다음으로 법제도적 개선 방안에 대해서 보기로 한다.

제2절 하도급근로자 보호를 위한 정책 방안

1. 불법파견 근절을 위한 방안

가. 현황 및 개선 방향

고용형태공시의무가 있는 사업주의 공시 결과를 고용노동부가 집계한 결과를 보면 사내하도급이 주로 포함된 ‘소속 외 근로자’의 규모는 2014년도 878,000명에서 2017년 902,000명으로 증가하였다(각 연도 3월 1일 기준).

민간기업에 대해서 고용형태공시제도가 적용된 것이 2014년부터이기 때문에 그 이전의 관련 통계는 고용노동부가 2008년, 2010년, 2012년 세 차례에 걸쳐 300인 이상 사업체를 대상으로 실시한 사업장 고용실태 결과에서 확인할 수 있다. 이 결과를 보면 2008년도에는 사내하도급을 활용하는

〈표 6-1〉 2017년도 고용형태별 근로자 공시 현황

(단위: 천 명, %)

	전체 근로자 수(A=B+C))							
		소속 근로자(B=㉑+㉒))						소속 외 근로자 (C)
		단시간> (①=②+ ③)	기간없음(㉑)		기간제(㉒)			
			단시간 (②)	단시간 (③)				
2017년 (비율)	4,755	3,852 (81.0)	234 (6.1)	2,925 (75.9)	87 (3.0)	928 (24.1)	147 (15.9)	902 (19.0)
2016년 (비율)	4,737	3,805 (80.3)	207 (5.4)	2,905 (76.3)	69 (2.4)	900 (23.7)	138 (15.3)	931 (19.7)
2015년 (비율)	4,593	3,676 (80.0)	195 (5.3)	2,834 (77.1)	56 (2.0)	842 (22.9)	139 (16.5)	918 (20.0)
2016년 대비 비율증감(%p)	-	+0.7	+0.7	-0.4	+0.6	+0.4	+0.6	-0.7

사업장 및 사내하도급 근로자 수는 962개소(54.6%), 368,000명(21.8%)이었고, 2010년에는 사내하도급을 사용하는 사업장이 799개소(41.2%), 사내하도급 근로자는 326,000명(24.6%)으로, 그리고 2012년도에는 사내하도급을 활용하는 사업장은 1,167개소(61.6%), 사내하도급 근로자는 389,000명(19.6%)인 것으로 나타났다.¹⁵²⁾

이와 같이 사내하도급을 활용하는 것은 우리나라 기업의 인력 운용에서 일반적인 경향이 되어 버렸다. 그런데 사내하도급의 확대 과정에서 불법파견이 증가하고 있는 것도 사실이다. 근로자파견법 위반 중에서 가장 심각한 것은 근로자파견법에 따라 사용사업주에게 당해 파견근로자를 직접 고용해야 하는 의무가 발생하는 법 조항을 위반하는 경우라고 할 수 있다. 통상 이를 “불법파견”이라고 한다. 노동계와 일부 언론은 불법파견이 제조업을 비롯한 전 산업에 만연해 있다고 비판한다.¹⁵³⁾ 노동계와 일부 언론의 지적이 어느 정도 사실인지는 확실히 알 수 없으나 최근 고용노동부의 파견근로 관련 근로감독 결과를 보면 제조업에서의 불법파견이 적지 않다는 것은 인정할 수밖에 없을 듯하다. 고용노동부가 2015년 3월부터 5월까지 전국 주요공단의 일시·간헐적 파견 사용업체 311개소 등 파견사업체 및 사용사업체 1,008개소를 대상으로 근로감독을 실시한 결과를 보면 파견근로자 사용사업체 566개소 중 195개소에서 총 3,379명의 근로자를 불법파견으로 사용하고 있는 것으로 확인되었다. 이 근로감독에서 적발된 불법파견 유형 등을 구체적으로 살펴보면, ① 일시·간헐적 사유 없이 파견근로자를 상시적으로 사용하거나 파견대상 업무 외의 업무에 파견근로자를 사용한 경우가 152개소 2,339명, ② 형식적으로는 도급계약을 체결하였으나 실질은 파견(무허가 파견)인 형태가 38개소 1,029명, ③ 파견기간(2년) 위반이 5개소 11명으로 나타났다. 고용노동부가 2014년

152) 고용형태공시제도의 집계 결과와 비교할 때 사내하도급근로자의 수에 차이가 많이 나는 이유는 2017년 고용형태공시제도에서는 고용형태를 공시한 기업이 3,407곳(공시율 99.7%)으로 전체 근로자 수가 4,755,000명인 데 비하여 2012년의 고용노동부 사업장 고용실태 조사에서는 조사 대상 기업이 1,895곳, 근로자 수는 1,986,000명이었기 때문이다.

153) 전국민주노동조합총연맹, “[논평]사후약방문식 불법파견 근로감독, 체감현실과도 거리 멀다(2015. 2. 3)(<http://nodong.org>)”; 경향신문, “비정규직 지능적 불법파견은 폐 만연(2010.11.21)(<http://news.khan.co.kr>)”

10월 27일부터 같은 해 12월 19일까지 무허가 파견이 의심되거나 사내하도급을 다수 사용하고 있는 사업장 210곳(사용사업체 68개소, 파견사업체 142개소)을 대상으로 근로감독을 실시한 결과에서도 다수의 사업장에서 불법파견이 적발되었는데, 19개 사업장에서 1,095명의 근로자를 사용하고 있는 것으로 확인되었다.

2008년의 예스코 사건 전원합의체 판결¹⁵⁴⁾과 2010년 현대자동차 사건 대법원 판결¹⁵⁵⁾ 이후 사내하도급 = 불법파견 = 직접고용의 문제가 노사관계의 현안이 되고 있다. 이들 판결은 사내하도급의 불법파견성과 직접고용의무의 인정 범위를 넓혔다는 점에서 매우 중요한 의미를 가진다. 특히 현대자동차사건 대법원 판결은 단순한 노무도급인 사내하도급에 대해서 불법파견으로 판단하였다는 점에서 매우 중요한 의미를 가지고 있다. 하지만 대법원 판결에서 사내하도급이 불법파견인지의 여부를 판단하는 기준을 제시하고 있다지만, 이를 실제 사내하도급의 현장에 적용하여 노사가 이를 판단하는 것은 여전히 쉽지 않은 것이 현실이다. 적지 않은 사업장들이 개별적으로 노무법인 등으로부터 자문을 얻어서 불법파견 여부를 판단하고 있으나 전문적인 지식부족 등으로 인해 사내하도급의 계속 활용에 대한 합리적인 의사결정에 어려움을 겪고 있다고 할 것이다. 최근에 화제가 되고 있는 파riba게트의 제빵사 불법파견 사건도 불법파견의 판단이 매우 어렵다는 점을 잘 말해준다.

이와 같은 상황을 고려할 때 하도급의 불법파견 근절을 위한 개선 방향은 크게 두 가지로 집약될 수 있을 것이다. 하나는 도급 및 하도급 사업주가 불법파견 여부를 판단하여 스스로 개선할 수 있도록 지원하는 방안이고, 다른 하나는 규모별, 부문별 단계적 전수조사를 통해 불법파견에 대한 시정조치를 내리는 방안이다.

나. 불법파견의 예방 및 자발적 개선을 위한 조치

여기에는 크게 두 가지의 정책 수단이 상정될 수 있다. 첫째로는 가장

154) 대법원 2008. 9. 18. 2007두22320 판결.

155) 대법원 2010. 7. 22. 2008두4367 판결.

“사내하도급 불법과건 예방을 위한 가이드라인”을 작성하여 보급하는 것이다. 이를 통해서 사내하도급을 활용하고 있거나 활용하려고 하는 사업장에서 자가진단을 통해 불법과건의 소지가 있을 경우 정규직 전환을 포함해 시정 조치를 취하기 위한 판단의 기초로 활용하도록 하는 한편,¹⁵⁶⁾ 불법과건이라고 판단되는 경우에는 정규직 전환을 위한 방법을 구체적으로 제시하는 것이다. 둘째로는 사내하도급의 불법과건 여부를 진단하는 가이드라인을 작성하여 주지시킨다고 하더라도 구체적인 상황에 이를 적용하는 것에는 여전히 적지 않은 어려움이 따를 것으로 생각되기 때문에 고용노동부가 노사의 신청을 받아 불법과건 여부를 진단하고 개선서비스를 제공하는 방안을 고려해 볼 수 있을 것이다.

다. 하도급의 활용에 대한 규모별, 업종별 전수조사를 단계별로 실시

하도급이 불법과건, 즉 위장도급의 형태로 확대되는 것을 막기 위해서는 위와 같은 사업주의 자발적인 노력을 촉진하는 조치를 취하는 것도 중요하지만, 불법과건에 대해서는 근로자파견법상의 엄정한 제재를 가하는 것도 매우 중요하다. 근로자들이 도급 사업주에 대해서 불법과건을 이유로 직접고용의무의 이행을 요구하는 소송을 제기하여 그 목적을 달성하는 데에는 상당한 시간과 경제적 지출을 감내하여야 하기 때문에 민사소송을 통한 보호는 불법과건을 근절하기 위한 방법으로서 그다지 효과적이지 않다. 가장 효과적인 방법은 파견근로자를 직접고용하여야 함에도 그렇지 않은 사업주에 대해서 과태료를 부과하는 것이다. 과태료는 직접고용을 내용으로 하는 행정지도를 먼저 하고 그 의무를 이행할 시간을 부여한 다음에 결과적으로 의무를 이행하지 않았을 때 부과할 수 있다는 점에서, 불법과건이 적발되고 이를 시정하기 위한 방법을 모색할 때 노사정이 협의를 하여 적절한 타협책을 모색할 기회가 주어진다는 장점이 있다.

156) 2007년에 마련된 “근로자파견의 판단기준에 관한 지침”에서 규정된 파견과 도급의 구별기준을 근로자파견법에서 정하여야 한다는 주장은 예전부터 있었고, 2015년도에는 국가인권위원회도 권고한 적이 있었다. 그리고 19대 국회에 제출된 근로자파견법 개정 법률안 중에는 은수미 의원 대표발의안과 이인제 의원 대표발의안이 이를 담고 있다.

근로자파견법에서는 직접고용의무에 반하여 파견근로자를 직접고용하지 아니한 자는 3,000만 원 이하의 과태료에 처한다고 돼 있기 때문에 벌금보다 훨씬 사업주에게 경제적 부담을 줄 수 있어서 직접고용의무의 이행을 확보하는 데 더 적합한 제재수단이라고 할 수 있다.

그런데 행정벌의 부과를 통해서 불법파견을 근절하기 위해서는 불법파견의 실태를 고용노동부가 정확히 파악하고 있어야 할 것이다. 이를 위해서는 하도급의 실태에 대한 전수조사를 통하여 관련 자료를 확보하여야 할 것이다. 불법파견 여부를 파악하기 위한 하도급에 대한 고용노동부의 전수조사는 기업에 무분별한 하도급의 고용관행을 줄이라는 정부의 신호로 인식될 수 있으며, 제재가 목적이 아닌 도급의 올바른 활용이란 인식을 통해 사용자의 자발성을 이끌어 내도록 하는 데도 기여할 것으로 생각된다.

다만 전체 업종을 대상으로 한 전수조사는 투입되는 예산 및 행정력 대비 효과가 낮을 수 있으므로 300인 이상 대기업을 우선 조사대상으로 하고, 제조업과 비제조업을 구분하여 시급한 분야를 선정하여 단계별 전수조사를 실시하는 것이 바람직할 것으로 생각된다. 그리고 하도급 중에서도 불법파견의 가능성이 높은 사내하도급을 우선적인 대상으로 하여야 할 것이다. 나아가 이와 같은 전수조사를 효과적으로 수행할 수 있도록 하기 위하여 현행 고용형태공시제도를 수정하여 ‘소속 외 근로자’를 파견근로자와 사내하도급 근로자로 분리하여 공시하도록 하고, 공시를 법적인 의무로 하여야 할 것이다. 위에서 본 바와 같이 공시대상 고용형태의 종류는 대통령령으로 규정하도록 하고 있기 때문에 이와 같은 분류 방법의 개선은 대통령령을 개정하는 것만으로도 손쉽게 할 수 있다.

이와 같은 전수조사는 <표 6-1>과 같이 두 트랙의 로드맵에 따라서 진행된다. 즉, 위에서 언급한 바와 같이 사내하도급 불법파견 가이드라인을 재정비하고 불법파견 진단 및 개선서비스를 통해 불법파견을 개선하는 사용자의 자발적 조치를 이끌어냄과 동시에 규모별, 업종별 전수조사를 단계별로 실시하여 불법파견 적발 시 직접고용을 권고함으로써 그 이행을 감독하는 방식으로 사내하도급의 불법파견을 개선하는 것이다.

〈표 6-2〉 불법파견 근절을 위한 사내하도급 전수조사

사내하도급 불법파견 가이드라인 개발 및 적용 + 불법파견 진단 및 개선 프로그램 운영 → 사용자의 자발적 조치 극대화로 불법파견 축소
 규모별, 업종별 사내하도급 전수조사 대상 선발기준 마련 → 단계별(규모 혹은 업종)로 전수조사 실시 → 불법파견 조사 및 행정지도로 불법파견 근절

2. 사내하도급 가이드라인 이행의 인센티브 제공을 통한 책임 강화

사내하도급 가이드라인의 가장 큰 문제점은 법적 구속력이 없다는 점에 있다. 하지만 이 가이드라인의 내용을 법제화하여 그 준수를 법적으로 강제하는 것에는 상당한 논의의 시간이 필요하다.

따라서 정책적인 차원에서 도급 사업주가 가이드라인을 자발적으로 준수하도록 유도하는 방안을 모색하여야 한다. 즉, 하도급 근로자의 보호와 상생을 위하여 사내하도급 가이드라인을 준수하려고 노력하는 도급 사업주에 대해서는 세제혜택, 공공조달 체결 시 가점 부여 등과 같은 인센티브를 제공하는 방안을 적극 모색할 필요가 있다.

3. 기타 위법행위에 대한 엄정한 대처

가. 하도급법 위반행위 근절

하도급거래공정화에 관한 법률에서 금지하는 도급 사업주의 행위는 하도급 사업주에게 부당한 경제적 부담을 지움으로써 결과적으로 하도급 근로자의 근로조건에도 부정적인 영향을 줄 가능성이 높기 때문에 도급 사업주의 이 법 위반행위에 대해서는 강력하게 대처하여야 할 필요가 있다.

나. 하도급근로자의 노동3권 침해행위에 대한 엄정한 대처

하도급 근로자의 근로조건 등이 상대적·절대적으로 열악하고, 하도급 근로자의 사용자인 하도급업체도 하도급 근로자의 근로조건 개선을 위하

여 노력하는 데에 현실적으로 많은 한계가 있는 상황에서 하도급 근로자 스스로 단결하여 자신의 이익을 지키는 것은 매우 중요한 의미를 가진다. 이는 특히 하도급 근로자의 노동조합이 그 하도급 관계를 지배하고 있는 도급 사업주에 대해서 노동3권을 통한 협상력을 발휘할 수 있을 때 중요한 의미를 가질 것이다. 위에서 이미 언급한 것처럼 하도급 근로자의 근로조건을 향상시킬 수 있는 실질적인 지배력·결정력은 원청 사업주에게 있는 경우가 많기 때문에 하도급 근로자의 노동조합과 원청 사업주와의 사이에 집단적 노사관계의 성립을 인정하지 않으면 하도급 근로자의 노동3권은 헌법상 보장된 기본권으로서의 의의가 퇴색되지 않을 수 없을 것이다.¹⁵⁷⁾

하지만 하도급업체는 도급 사업주와의 관계를 고려하여 하도급 근로자의 노동조합 활동을 억압하는 사례가 적지 않고, 심지어 도급 사업주가 직접 하도급 근로자의 노동조합 활동을 억압하며 하도급업체로 하여금 노동조합 활동을 억압하도록 압력을 가하거나 조정하는 사례도 있다. 현대중공업 사건 대법원 판결¹⁵⁸⁾에서는 하도급 근로자에 대해서 근로계약의 당사자가 아닌 원청 사업주도 하도급 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 하도급 사업주와 유사하게 실질적이고 구체적으로 지배·결정하고 있는 경우에는 부당노동행위(지배개입)의 주체로서 사용자가 될 수 있다고 인정하고 있다. 물론 이 사건의 대법원 판결이 부당노동행위의 유

157) 집단적 노사관계에 있어서 하도급 근로자의 근로조건에 대한 원청 사업주의 책임은 현대중공업 사건 대법원 판결이 보여주고 있는 것처럼 해석의 문제이기는 하지만, 해석을 통한 사용자 범위의 확장은 아직은 확고한 것이 아니기 때문에 이 문제를 근본적으로 해결하기 위해서는 노동조합 및 노동관계조정법 제2조의 사용자 개념을 보다 넓게 정의하는 것이다. 국가인권위원회는 2009년 9월 3일에 “사내하도급근로자 노동인권 개선을 위한 법령 및 정책 개선 권고 인권위 권고”에서 “사내하도급근로자에게 각종 업무를 지시하고 그들을 지휘하면서도 근로계약 체결의 당사자가 아니라는 이유로 노동관계법상의 각종 사용자책임을 회피하는 사례를 방지하기 위해 현행 노동관계법상의 사용자 정의규정을 근로계약 체결의 당사자가 아니라 할지라도 근로조건 등의 결정에 실질적인 영향력을 행사하는 자까지 포함하는 개념으로 개정할 필요가 있다”고 하고 있다. 즉, “근로계약 체결이 없더라도 당해 노동조합의 단체교섭 상대방으로서의 지위를 인정할 수 있거나 당해 노동조합 소속 조합원의 근로조건에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자도 사용자로 본다”는 취지의 문언을 삽입하는 것이다(윤애림, “비정규직 문제 해결의 첫단추는 노동기본권 보장으로부터”, 서강법률논총 제1권 제2호(2012), p.126).

158) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결.

형 중에서 지배개입에 관한 것이기 때문에 불이익 취급이나 단체교섭 거부
 부의 경우에도 이 판결이 실시한 판단기준이 적용되는 것인지는 다소 불
 명확하다.¹⁵⁹⁾ 하지만 이 판결이 실시한 판단 기준은 일본 최고재판소의
 아사히(朝日)방송국 사건 판결의 실시와 동일한 것이고, 이 사건은 원청
 의 단체교섭 거부를 부당노동행위로 인정한 것이기 때문에 현대중공업
 사건 대법원 판결이 실시한 기준을 단체교섭 거부라는 부당노동행위에
 적용하는 것에는 이론적으로 별다른 문제가 없을 것이다.¹⁶⁰⁾

부당노동행위의 구제신청이 있는 경우에 부당노동행위에 해당하는지
 여부를 판단하여 구제명령을 발하는 것은 노동위원회이지만, 부당노동행
 위는 형사처벌의 대상이기 때문에 노동위원회의 구제절차와 별도로 고용
 노동부는 부당노동행위의 혐의가 있는 사용자를 수사할 수 있는 권한을
 가지고 있다. 고용노동부의 공무원인 근로감독관이 부당노동행위에 대한
 수사권을 행사할 수 있기 때문에 이 수사권을 이용하여 고용노동부는 원
 청이 하도급 근로자의 노동3권을 침해하는 행위를 하였다고 판단되는 경
 우에는 적극적으로 개입하여야 할 것이다.

제3절 하도급근로 이용 제한을 위한 법제도적 개선 방향

1. 비정규직 근로자의 사용 제한을 위한 방법

현행 법령 중에서는 하도급을 제한하는 법률은 상당수가 존재하지만,¹⁶¹⁾
 하도급 근로자의 보호를 위하여 하도급의 활용을 제한하는 법률은 산업

159) 권혁, “부당노동행위에 있어서 원청회사의 사용자성”, p.373.

160) 강성태(2016), 「사내하청에 관한 세 가지 판단」, 『노동법연구』 40, pp.69~70; 박수근
 (2008), 「간접고용근로자의 집단적 노동분쟁과 쟁점의 검토」, 『노동법연구』 24, p.46.

161) 예를 들어 건설산업기본법 제29조는 건설공사의 하도급·재하도급을 제한하고 있
 는데, 이는 건설공사의 적절한 시공과 건설산업의 건전한 발전을 도모하기 위한 것
 을 주된 목적으로 한다.

안전보건법 제28조가 유일하다. 동 법 제28조 제1항은 안전·보건상 유해하거나 위험한 작업 중 대통령령으로 정하는 작업은 고용노동부장관의 인가를 받지 아니하면 그 작업만을 분리하여 도급(하도급을 포함한다)을 줄 수 없다고 규정하고 있다. 이 조항은 엄격하게 하도급을 제한하고 있는 것 같지만, 행정 실무상 고용노동부장관의 인가를 받는 것은 그렇게 어렵지 않다.

비정규직 근로자의 사용 그 자체를 제한하는 방법에는 크게 두 가지가 있다. 첫째가 이른바 입구규제이고 둘째가 출구규제이다. 기간제근로자의 사용 제한을 예로 들어 보면 기간제근로자의 사용 목적을 제한하는 것을 입구규제라고 할 수 있고, 사용목적이 아니라 총 사용기간만을 제한하는 것을 출구규제라고 할 수 있다.¹⁶²⁾ 통상 입구규제가 출구보다도 더 엄격한 규제라고 여겨진다. 위에서 본 산업안전보건법 제28조 제1항은 입구규제이기는 하지만 행정관청의 인가를 조건으로 하고 있기 때문에 인가 실무에 따라서는 그다지 엄격한 규제가 아닐 수도 있다. 비정규직 근로자 관련 법률 중에서 기간제근로자 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률은 기간제근로자의 총사용기간을 규제하는 출구규제만을 두고 있지만, 근로자파견법은 파견허용직종을 한정적으로 허용하면서도 파견근로자의 총사용기간도 규제하고 있기 때문에 입구규제와 출구규제를 모두 두고 있다고 할 수 있다. 이에 비해서 단시간근로자의 경우에는 그 사용에 대해서 아무런 제한을 두고 있지 않다. 기간제근로자에 비해서 파견근로자의 사용을 보다 엄격하게 제한하고 있는 이유는 근로자파견의 경우에는 고용과 사용이 분리되어 있다는 것으로부터 초래될 수 있는 문제점이 기간제근로자보다 심각하다는 인식이 있기 때문이라고 생각된다. 이렇게 보

162) 이와 같은 입구규제와 출구규제 이외에도 간접고용을 원칙적으로 금지하는 방법이 있다. 예를 들어 2012년 9월 3일에 은수미 의원이 대표발의한 근로기준법 일부개정법률안이나 2012년 7월 3일에 심상정 의원이 대표발의한 근로기준법 일부개정법률안에서는 사용자는 해당 사업 또는 사업장의 상시적인 업무에 대하여 직업안정법 또는 근로자파견법이 정하고 있는 경우를 제외하고는 근로자를 간접고용하여서는 아니된다고 하고 있다. 그런데 근로자파견은 인정하면서 사내하도급과 같은 간접고용은 원칙적으로 부정하는 것은 논리적으로 타당하지 않을 것이다. 전자가 후자보다도 훨씬 근로자의 고용 및 근로조건에 악영향을 미침에도 사용사업주에게 엄격한 법적 책임을 부과하는 조건으로 법적으로 승인되어 있는 점을 고려하면, 사내하도급을 금지하는 것은 논리적으로 타당하지 않다.

면 비정규 근로자에 관한 법정책에 있어서도 고용의 안정성보다는 직접 고용이 훨씬 중요한 가치를 가진다고도 할 수 있을 것이다.

따라서 하도급 근로자의 이용을 제한한다고 할 때 직접고용의 원칙이 어떠한 의의를 가질 수 있는 것인지에 대해서 고민하지 않을 수 없다. 아래에서는 먼저 직접고용원칙이 무엇인지에 대해서 보고 하도급 관계에서도 직접고용원칙이 구현되어야 하는지에 대해서 살펴보도록 한다.

2. 직접고용원칙의 의의

근로계약의 양 당사자인 사용자와 근로자는 임금과 근로를 상호교환함으로써 서로 이익을 얻는다. 이와 같은 이해를 단적으로 보여주는 것이 근로기준법상의 근로계약에 대한 정의이다. 근로기준법은 근로계약이란 “근로자가 사용자에게 근로를 제공하고 사용자는 이에 대하여 임금을 지급하는 것을 목적으로 체결된 계약”을 말한다(근로기준법 제2조 제1항 제4호)고 정의하고 있다.¹⁶³⁾ 이 정의 조항에서 알 수 있듯이 근로계약의 목적물인 근로 제공의 상대방은 사용자이다. 이렇게 제공된 근로를 사용자가 사용할지 말지는 계약상의 별도의 정함이 없다면 사용자의 자유이다. 물론 사용자는 자신에게 제공된 근로를 사용하지 않는다고 하여도 특별한 경우가 아니면 이미 제공된 근로에 대한 대가인 임금을 지불할 의무가 면제되지 않는다. 그런데 사용자가 제공된 노동력을 제3자에게 사용할 수 있도록 하는 경우가 있을 수 있다. 민법 제657조 제1항은 “사용자는 노무자의 동의 없이 그 권리를 제3자에게 양도하지 못한다.”고 규정하고 있기 때문에 사용자는 다른 모든 조건이 동일하다고 하더라도 근로자의 동의 없이는 근로자가 제공한 근로를 제3자가 사용하게 할 수 없다. 이 조항은 고용계약의 권리·의무의 일신전속성에 관한 것으로서 동 조 제2항에서는 “노무자는 사용자의 동의 없이 제3자로 하여금 자기에 갈음하여 노무를 제공하게 하지 못한다.”고 규정하고 있다. 동 조는 근로계약의

163) 민법 제655조도 “고용의 의의”에 대해서 “고용은 당사자 일방이 상대방에 대하여 노무를 제공할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.”고 정의하고 있다.

목적물인 “근로의 제공”을 누가 하여야 하는지에 대해서뿐만 아니라 누가 사용하여야 하는지에 대해서도 당사자의 동의라는 일정한 제한을 두고 있다. 하지만 민법 제629조 제1항에서 “임차인은 임대인의 동의 없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못한다.”라고 규정하고 있는 것을 보면 이와 같은 제한이 고용관계에서만 특유한 의미를 가지는 것은 아니라고 볼 수 있다. 계약의 목적물을 누가 사용할 것인지가 당해 계약에서 특별히 중요한 의미를 가지는 경우에는, 즉 당해 목적물을 제공한 사람을 보호할 필요가 있는 경우에는 이에 대한 일정한 제한을 두는 것은 민법의 중요한 관심사라고 할 것이다.

그러나 노동법은 민법보다도 더 강한 제한을 부과한다. 즉 근로자의 동의가 있더라도 근로자가 제공한 근로를 제3자가 사용하는 것을 법으로 금지하는 것이다. 이러한 대표적인 법적 제한이 바로 앞에서 언급한 직업안정법(1961년 제정)에 의한 근로자공급사업의 엄격한 제한이다.¹⁶⁴⁾ 직업안정법은 영리를 목적으로 근로자의 노동력 제공에 개입하는 행위에 대해서 엄격한 제한을 가하고 있는데, 이와 같은 제한은 이미 ILO의 제34호 협약(유료고용중개사업자에 관한 조약, 1933)과 제34조 조약을 개정하는 제96호 협약(유료고용중개사업자에 관한 조약, 1949)에 의해서 확인된 것이었다. 이들 협약은 유료고용중개사업의 원칙적 폐지 또는 점진적 폐지 및 강력한 규제를 담고 있는데, 여기서 유료고용중개에는 대가를 받고 근로자를 소개하는 행위뿐만 아니라 공급하는 행위(procuring employment for a worker or supplying a worker for an employer)도 포함되어 있다.

이와 같은 일련의 국제법 규범과 국내법에 의해서 도입·확산된 제한 원리를 노동법학계에서는 “직접고용원칙”이라고 부르면서 현대 노동법의 핵심 원리라고 평가한다.¹⁶⁵⁾ 여기서 직접고용원칙이란 당해 근로자의 근로제공으로부터 주된 이익을 향수하는 자가 근로자에 대한 관계에서 노

164) 직업안정법 제33조는 근로자공급사업을 하기 위해서는 고용노동부 장관의 허가를 받아야 하는데(제1항), 국내에서 근로자공급사업의 허가를 받을 수 있는 사람은 노동조합 및 노동관계조정법에 따른 노동조합뿐이다(제3항).

165) 조경배(2001), 「직접고용의 원칙과 파견근로」, 『민주법학』 19, pp.39~41; 脇田滋(1995), 『労働法の規制緩和と公正雇用保障』, 法律文化社, p.39; 大橋範雄(2007), 『派遣労働と人間の尊厳』, 法律文化社, p.47.

동법상의 사용자로서의 책임을 저야 한다는 원칙,¹⁶⁶⁾ 즉 사용종속관계라는 근로관계의 형식과 내용을 일치시켜서 계약관계와 사용관계의 분리로부터 발생하는 근로자의 불이익을 막고자 하는 원칙¹⁶⁷⁾이라고 할 수 있다. 그렇지만 근래에 들어 앞에서 언급한 바와 같이 국내적으로는 근로자 파견법이 제정되고, 국제적으로는 ILO 96호 협약의 엄격한 규제를 완화하는 내용의 181호 협약(민간고용중개사업자에 관한 협약, 1997)¹⁶⁸⁾이 채택되면서 “직접고용원칙”이 중대한 위협을 받게 되었다는 비판도 있다.¹⁶⁹⁾

이와 같은 직접고용원칙이 주목을 받게 된 것은 근로자파견제도가 합법화되면서부터라고 할 수 있다. 앞에서 본 근로자파견법상의 다양한 법적 규제는 직접고용원칙의 실현과 직·간접으로 관련되어 있다. 특히 근로자파견법상의 파견근로의 사용에 대한 엄격한 제한은 직접고용원칙의 실현을 구현하기 위한 것이다. 근로자파견법상의 엄격한 사용 제한은 첫째는 파견근로에 의해서 직접고용이 대체되는 것을 막는 것이다. 즉, 계속적으로 존재하는 일자리에 근로자를 사용할 때는 직접고용하여 사용해야 한다는 것이다. 따라서 근로자파견법에서는 가능한 한 근로자파견의 대상업무를 제한하고 파견근로자의 사용 기간을 억제함으로써 파견근로를 억제하려고 한다. 이는 한편으로는 정규직 근로자로서 고용될 기회 그 자체를 보호하며 다른 한편으로는 고용이 불안정한 파견근로의 이용 그 자체를 억제한다. 둘째로는 위의 목적을 달성하기 위한 법적 규제를 위반하는 경우에는 그 목적을 구체적으로 실현하기 위하여 당해 파견근로자를 사용사업주가 직접고용하도록 한다는 의미이다.

그런데 근로자파견법에서 직접고용의 원칙은 위와 같이 사용 제한에만 국한되지 않는다. 근로자파견관계는 고용관계와 사용관계가 완전히 분리되어 있는 삼면관계이고, 이러한 관계에서 가장 먼저 제기되는 어려움은

166) 강성태(2002), 「위법한 파견근로와 사용사업주의 책임」, 『노동법연구』 13, p.189.

167) 신권철(2013), 「법정근로관계 설정의 법리」, 『노동법연구』 34, p.193.

168) ILO 181호 협약은 이전의 협약과는 달리 민간고용중개사업자(Private Employment Agencies)를 직업소개사업자, 파견사업자, 구직정보제공사업자로 나누어서 정의하고 있다. 동 협약에서는 계약국은 허가 또는 인가 제도(a system of licensing or certification)에 따라서 민간고용중개사업자의 운영 조건을 결정하도록 하고 있다.

169) 脇田滋, 전거서, 34.

근로기준법과 산업안전보건법과 같은 기본적인 노동보호법의 수범자로서 규정된 사용자를 누구로 보아야 하는가이다. 근로기준법이나 산업안전보건법은 통상적으로 구체적인 “사용관계”를 전제로 하는 규정들이다. 즉, 사용자가 근로자로부터 제공받은 노동력을 사용하고 있다는 것이 당연히 전제되어 있다. 이러한 규정의 수범자를 근로계약의 일방 당사자인 고용 사업주로 하는 경우에는 법적 실효성이 확보될 수 없거나 없을 가능성이 매우 높다. 예를 들어 근로기준법상의 근로시간, 휴게시간, 휴일에 관한 규정은 실제로 근로자를 사용하는 제3자가 아니면 제대로 준수될 수 없고 이 규정의 준수에 대한 행정감독도 역시 제3자를 대상으로 하는 것이 효과적이다. 이 점은 산업안전보건법상의 거의 모든 규정에서 더욱 명확하다. 고용 사업주는 제3자와의 관계에서 파견근로자의 노동력을 제3자에게 이용하게 할 계약상의 의무를 부담하고 있을 뿐이기 때문에 고용 사업주가 제3자의 사업장에서 파견근로자의 안전보건을 위한 산업안전보건상의 각종 안전보건조치를 취한다는 것은 현실적으로 불가능하다. 이러한 상황을 막으려면 결국 근로자의 사용에 관련된 법적 책임은 제3자에게 부담시켜야 한다. 경우에 따라서는 고용사업주와 제3자가 모두 사용자로서의 책임을 부담하여야만 법적 실효성을 확보할 수 있는 경우도 있다. 그럼에도 불구하고 입법자가 이와 같은 사용의 실질에 걸맞은 사용자 책임을 제3자에게 지우지 않는다면, 이는 헌법 제32조의 근로의 권리, 특히 근로조건에 관한 권리를 침해하는 것이 될 것이다.

3. 사내하도급과 직접고용의 원칙

근로자파견법에서 이와 같이 직접고용원칙이 관철되는 것은 파견사업주-파견근로자-사용사업주의 삼면관계를 전제로 한다. 하지만 진정한 의미에서의 하도급이 이루어지고 있다고 한다면 그것이 사내하도급이라고 하더라도 근로자파견법에서와 같은 삼면관계는 존재하지 않는다. 위에서도 언급한 것처럼 근로자파견을 엄격하게 제한하는 것은 고용과 사용의 분리라는 특성으로 인하여 근로자에게 고용불안과 근로조건의 열악화를 가져올 수 있기 때문이다. 그렇다면 하도급의 활용을 제한하는 법리적인

근거는 어디에서 찾아야 하는지를 검토하여야 할 것이다.

이에 관해서는 헌법재판소의 관련 결정에서 일정한 시사를 얻을 수 있다. 헌법재판소는 근로자파견법에서 정한 근로자파견대상업무 외의 업무에 근로자파견을 하는 것을 처벌하는 것이 근로자파견사업을 하는 자의 직업의 자유를 침해하는지의 여부가 다투어진 사건에서 합헌으로 판단하면서, 이러한 제한의 목적 및 필요성을 다음과 같이 실시하고 있다. 헌법재판소는 “우리 헌법은 인간의 존엄성을 보장하도록 근로조건의 기준을 법률로 정할 의무를 부과하고 있다(헌법 제32조 제3항)”고 하면서 “근로자파견, 도급 등과 같은 간접고용은 개별 사용자에게는 단기적으로 노무관리의 편의성 증진과 인건비의 절감효과를 주지만 장기적으로는 기술축적 기회의 상실, 업무충실도 저하 등으로 기업의 체질을 약화시키고, 특히 개별 근로자에게는 정규직 근로자와 같은 일을 하면서도 그보다 낮은 수준의 임금을 지급받고 신분이 불안정한 등 여러 가지 불이익을 가져다 줄 수 있다.”고 하고 있다.¹⁷⁰⁾ 헌법재판소의 이와 같은 실시는 근로자파견법이나 사내하도급이든 간접고용은 장점도 있지만, 단점도 있다는 점을 예리하게 지적하고 있는 것이다.¹⁷¹⁾

하도급이 간접고용이라는 본질적 특성을 공유하고 있다면 하도급에 대해서도 직접고용의 원칙이 적용되어야 한다고 할 수 있을 것이다. 그런데 여기에서 하도급에서의 고용관계에서 발견되는 삼면관계는 근로자파견관계와는 달리 사용관계가 매우 약하고 경제적 지배관계가 훨씬 강하게 나타나고 있는 점에 유의하여야 할 것이다. 이는 하도급의 사용을 제한하고자 할 때 그 강도는 근로자파견관계보다 더 강할 수는 없다는 점을 시사한다. 이와 같이 볼 때 하도급을 규율하고자 하는 경우에는 근로자파견

170) 헌재 2013. 7. 25. 2011헌바395, 판례집 25-2상, 106, 119.

171) 제조업의 직접생산공정업무를 파견금지업무로 하는 것이 헌법에 반하는지 여부가 다툰이 된 사건(헌재 2017. 12. 28, 2016헌바346)에서 헌법재판소는 다음과 같이 판단하고 있다. 헌법재판소는 “헌재로서는 근로자파견의 확대에 인한 사회적·경제적 부작용을 방지할 수 있는 여건이 충분히 갖추어졌다고 단정하기 어렵다.”고 하면서 “이러한 상황에서 제조업의 핵심 업무인 직접생산공정업무에 근로자파견을 허용할 경우 점차 제조업 전반으로 간접고용이 확대되어 수많은 근로자들이 열악한 근로조건과 고용불안에 내몰리게 되고, 이로 인하여 인력난이 심화되는 악순환이 초래되어 결국 제조업의 적정한 운영 자체를 어렵게 할 우려가 있다.”고 하고 있다.

과 같은 입구규제와 출구규제를 모두 선택하는 것은 적절하지 않다. 양자 중에 하나를 적용하고자 한다면 입구규제를 적용하는 것을 신중하게 검토할 수 있을 것이다. 논리적으로 출구규제는 사용관계라는 실체가 있다면 고용관계도 인정하여야 한다는 객관적 사실을 전제로 하여 적용되기가 쉽기 때문이다. 이에 비하여 입구규제는 간접고용의 이용 그 자체가 억제되어야 하는 구체적인 필요성이 타당하다고 인정될 수 있는 업무나 사유와 관련되어 있기 때문에 사내하도급에도 입구규제는 적용될 수 있을 것이다.

그런데 위에서 지적한 바와 같이 하도급에는 현행 근로자파견법과 동일한 입구규제 방식을 적용할 수는 없을 것이다. 현행 근로자파견법은 소위 포지티브 시스템이라고 하는 입구규제 방식을 취하고 있기 때문이다. 즉, 근로자파견이 가능한 업무를 한정적으로 열거하고 있다. 근로자파견법 제4조 제1항은 “전문지식·기술·경험 또는 업무의 성질 등을 고려하여 적합하다고 판단되는 업무로서 대통령령이 정하는 업무”에 대해서 근로자파견이 가능하다고 하고 있다. 하지만 파견이 금지되는 업무로서 제조업의 직접생산공정업무, 건설공사현장에서 이루어지는 업무, 하역업무로서 직업안전법 제33조의 규정에 따라 근로자공급사업 허가를 받은 지역의 업무, 선원의 업무, 산업안전보건 제28조의 규정에 따른 유해하거나 위험한 업무, 그 밖에 근로자 보호 등의 이유로 근로자파견사업의 대상으로는 적절하지 못하다고 인정하여 대통령령이 정하는 업무도 함께 규정하고 있다. 입구규제로서도 매우 강력한 규제라고 하지 않을 수 없다. 따라서 하도급에 있어서는 근로자파견법과 같은 포지티브 시스템에 의한 입구규제를 취하는 것은 논리적으로 볼 때 타당하지 않을 것이다. 결국 하도급에도 적용가능한 입구규제의 방법은 근로자파견법과 같이 사내하도급이 금지되는 업무를 규정하는 것이다. 즉, 네거티브 시스템을 도입하는 것이다.

그렇다면 어떠한 업무에 대해서 하도급을 금지할 것인지를 결정하여야 할 것인데, 이는 매우 어려운 문제이기 때문에 이에 대해서는 다음에서 살펴본다.

4. 공중의 생명안전업무의 사내하도급 제한

가. 제한의 필요성

철도, 선박, 건설 등의 현장에서 대형사고가 빈발하게 되면서 최근 생명존중에 대한 사회적 공감대가 크게 확산되고 있다. 특히 대형사고의 원인 가운데 민영화, 외주화, 민간위탁 등으로 인한 관리 소홀이 지적됨에 따라 시민안전에 위해가 될 수 있고 안전이 무엇보다 중요한 업무의 경우에는 직접고용이 바람직하다는 의견이 많다. 직접고용을 통해 종사자들의 안전의식을 향상시키고 업무를 취급하는 과정에서 안전에 대한 책임감을 갖도록 해야 한다는 것이다.

박근혜 정부 시절에 집권당인 새누리당 의원들이 제출한 근로자파견법 개정법률안을 보면 국민의 생명·안전과 밀접하게 관련된 업무에 파견근로자 사용을 금지하여 이들의 고용안정을 통해 대형사고를 예방하고 사고 발생 시에도 구난활동을 적극 수행할 수 있도록 함으로써 책임 있게 국민의 생명·안전을 지킬 수 있도록 한다는 취지 아래 파견업무금지로 유선·도선에 승선하는 선원의 업무와 철도차량의 운전업무·철도차량의 운행을 집중 제어·통제·감시하는 업무를 추가하고 있다. 또한, “공공부문 비정규직 근로자 정규직 전환 가이드라인(2017. 7. 20)”에서도 “국민의 생명·안전에 밀접한 관련이 있는 업무에 비정규직을 사용할 경우 업무 집중도, 책임의식 저하로 사고 발생의 우려가 있으므로 직접고용이 원칙”이라고 하고 있다. 하지만 2017년 10월 18일에 발표된 “일자리정책 5년 로드맵”에서는 “상시·지속, 생명·안전업무의 정규직 채용원칙 확립”이라고 하면서도 생명·안전과 직접 관련되는 업무(철도·항공 등)의 경우기간제근로자와 파견근로자 사용 금지의 법제화를 추진하겠다고 하고 있을 뿐이다.

나. 직접고용 대상 생명안전업무의 범위

이와 같이 생명안전업무에 대해서 하도급을 엄격하게 제한하여야 할

필요성과 논리적 근거는 상당히 수궁이 가지만, 현행 근로자파견법상의 근로자파견업무에 대해서 강력하게 규제하고 있는 상황에서 하도급마저 금지하는 경우 그 금지의 영향은 매우 강력하다는 것을 염두에 두지 않을 수 없다. 따라서 “금지”를 도입한다고 할 때 반드시 금지가 적용되어야 하는 생명안전업무의 범위를 면밀하게 검토하여야 한다. 즉, 업무에 내재하는 위험 특성, 위험이 현재화될 경우에 발생하는 피해 정도, 위험 발생의 실태 등을 면밀하게 검토하여 금지 이외의 규제로는 공중의 생명·건강을 지키는 것에 있어서 효과를 거두기 어렵다는 점을 객관적인 근거를 바탕으로 설득력 있게 설명할 수 있어야 한다.

이와 관련하여 이인영 의원이 2016년 6월 7일에 대표발의한 “생명안전업무 종사자의 직접고용 등에 관한 법률안”을 보면, 이러한 설득력이 매우 부족함을 알 수 있다. 동 법안의 제안 이유를 보면 “국민들의 생명과 안전을 책임지는 업무에 대해 기간제근로자, 파견근로자를 사용하거나 외주용역에 의한 인력을 사용하게 되면 해당 근로자는 낮은 소속감, 고용 불안 등으로 사용자에게 그 업무의 안전문제를 소신껏 제기하기 어려우므로, 공중의 생명·건강 등에 밀접한 관련이 있는 업무에는 직접고용에 의한 정규직 근로자를 사용하도록 규정할 필요가 있음”이라고 하고 있는데, 이 점에 대해서는 이론이 없을 것이다. 이러한 목적에 따라서 이 법률안에서는 “생명안전업무 사업주는 생명안전업무에 대하여 파견근로자, 기간제근로자, 단시간근로자를 사용하거나 도급(하도급을 포함한다)을 줄 수 없고 생명안전업무 종사자를 직접고용하여야 한다.”고 하여 생명안전업무에 있어서는 비정규직 근로자를 사용하는 것을 원칙적으로 금지하고 있다. 다만, 결원 대체 등의 사유가 있는 경우에는 생명안전업무 사업주는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속 근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있도록 하고 있다. 이 법률안에서는 위의 직접고용책임을 위반한 사업주에 대해서는 3,000만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있고, 나아가 생명안전업무 사업주가 위의 직접고용책임을 위반하여 생명안전업무 종사자로부터 역무를 제공받은 경우에는 생명안전업무 사업주에 대하여 생명안전업무 종사자의 직접고용 등 시정조

치를 명할 수 있고, 사업주가 이 시정조치를 이행하지 아니한 경우는 3,000만 원 이하의 과태료에 처하도록 하고 있다.

이 법안의 가장 큰 문제점은 생명안전업무의 범위이다. 이 법안에서는 생명안전업무가 무엇인지에 관한 일반적인 정의 규정을 두지 않고, 그 업무를 나열하고 있다. ①「선박직원법」 제11조 제2항에 따른 선박직원의 직무, ②「여객자동차 운수사업법」 제3조 제1항 제1호에 따른 노선 여객자동차운송사업의 운전업무, ③「소방기본법」 제16조 제1항에 따른 소방활동, ④「산업안전보건법」 제28조 제1항 및 제29조 제5항에 따른 유해하거나 위험한 업무, 그리고 다음의 별표에서 정하는 업무가 그것이다. 이 법안에서 들고 있는 금지되는 업무의 범위는 매우 포괄적이어서 현행 근로자파견법의 파견금지업무 및 산업안전보건법의 하도급 제한업무까지 모두 포괄하고 있고, 나아가 별표 업무를 보면 노동조합 및 노동관계조정법 제42조의2 제1항의 필수유지업무, 즉 “필수공익사업의 업무 중 그 업무가 정지되거나 폐지되는 경우 공중의 생명·건강 또는 신체의 안전이나 공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무로서 대통령령이 정하는 업무”까지도 포괄하고 있다. 그 이유는 구체적으로 알 수 없지만 “한국은행사업”을 제외하고 있을 뿐이다. 필수유지업무는 “공중의 일상생활을 현저히 위태롭게 하는 업무”도 포함하고 있기 때문에 노동조합법상의 필수유지업무에 착안하여 하도급 금지 업무로서 생명안전업무의 범위를 설정하려는 시도는 타당하지 않다.

따라서 도급(하도급을 포함)을 주는 경우에 공중의 “생명·건강 또는 신체의 안전”에 위험을 발생하게 할 개연성이 높은 업무에 한정하는 것이 타당할 것으로 생각되지만, 이러한 업무의 범위는 객관적인 자료와 이를 바탕으로 한 사회적 합의를 통하여 결정할 수밖에 없을 것이다. 위에서 언급한 “공공부문 비정규직 근로자 정규직 전환 가이드라인”에서는 생명안전업무의 판단기준에 대한 사회적 합의가 이루어지지 않은 상황을 고려하여 생명안전업무의 구체적 범위는 기관별 노사 및 전문가 협의, 다른 기관의 사례, 업무 특성 등을 참조하여 기관에서 결정할 수 있도록 하고 있다. 여기에서는 “산업안전보건관리자, 폭발물·화학물질 처리업무, 국가 주요시설 소방업무 등은 생명안전업무의 범주에 포함될 수 있을 것

임”이라고 하여 생명안전업무를 예시하고 있지만, 이에 관해서 향후 이해관계자 및 전문가 의견수렴 등 사회적 공감대 형성 과정을 거쳐 공공·민간분야에 모두 적용되는 공정하고 합리적인 생명안전업무를의 기준을 수립할 계획이라고 하고 있다.

이와 같이 생명안전업무를의 범위를 사회적 합의를 거쳐서 확정하기 위해서는 상당한 시간이 소요될 것으로 예상되기 때문에 법률 제·개정 이전까지 첫째, 시민안전에 영향을 미치는 업무의 사내하도급 현황을 파악하고 둘째, 가이드라인을 통해 시민의 안전에 영향을 미치는 사내하도급의 업무에 대해선 직접고용을 권고하고 계도하는 노력이 필요할 것이다.

5. 근로자의 생명·건강에 유해·위험한 업무의 사내하도급 제한

가. 제한의 필요성

국민들의 생명과 안전의 보호를 목적으로 하도급을 제한하는 것이 타당하다고 하더라도 업무의 범위를 구체적으로 결정함에 있어서는 상당한 논란이 있을 수밖에 없을 것이다. 그렇다면 보다 범위를 좁혀 먼저 근로자의 생명·건강에 유해·위험한 업무의 하도급을 제한하는 방법을 고려해 볼 수도 있을 것이다. 하도급 근로자의 사망사고가 끊이지 않고 발생하고 있고, 일부 업종에서는 하도급 근로자의 재해사망률이 도급 근로자보다 훨씬 높다는 점 등으로 인하여 이른바 위험의 외주화 문제가 심각한 사회문제로 부각됨에 따라서, 하도급 근로자의 생명과 건강에 심각한 위해를 줄 위험이 있는 업무에 대해서는 하도급을 더욱 강력하게 제한하는 주장이 힘을 얻고 있다. 위에서 지적한 바와 같이 현재 산업안전보건법 제28조 및 제29조에서는 유해위험 작업에 대해서 도급을 제한하면서 도급 사업주에게 하도급 근로자의 안전보건에 관한 다양한 책임을 지우고 있지만, 하도급 근로자의 안전보건 문제는 개선될 기미조차 보이고 있지 않다는 점을 고려할 때 보다 근본적인 대응 방안, 즉 근로자의 생명·건강에 유해·위험한 업무의 하도급 금지라는 방안을 고려할 필요가 있

을 것이다.

이 점은 현행 근로자파견법과 비교할 때도 타당하다고 생각된다. 근로자파견법은 산업안전보건법 제28조의 규정에 따른 유해하거나 위험한 업무, 진폐의 예방과 진폐근로자의 보호 등에 관한 법률 제2조 제3호에 따른 분진작업을 하는 업무, 산업안전보건법 제44조에 따른 건강관리수첩의 교부대상 업무는 근로자파견금지업무로 규정하고 있다. 파견근로자는 사용사업주가 직접 지휘명령을 할 수 있는 근로자이기 때문에 파견근로자에 대해서 사용사업주는 산업안전보건법상의 사업주로 간주된다. 즉, 파견근로자의 안전보건관리 책임에 있어서 사용자는 사용사업주라는 것이다. 이와 같은 간주 규정이 있음에도 근로자파견법은 파견근로자의 생명과 건강을 보호하기 위하여 위의 업무들에 대한 근로자파견을 금지하고 있다. 근로자파견법의 이와 같은 점을 보면 산업안전보건법 제28조의 유해위험업무에 대해서 하도급을 인정하는 것은 모순적이라고 하지 않을 수 없다. 근로자파견에 있어서만 유해위험업무의 위험이 현실화될 가능성이 높은 것이 아니라는 점에서 근로자파견의 경우에만 유해위험업무에 근로자파견을 금지하여야 하는 합리적인 근거는 매우 약하기 때문이다. 근로자파견과 하도급 근로 중에서 산업재해의 위험이 현실화될 가능성은 오히려 하도급 근로에서 더 높을 것이다. 유해위험한 업무를 직접고용한 근로자에게 시키지 않고, 이 업무의 수행을 위해서 외부의 노동력을 활용한다는 점은 근로자파견이나 하도급이나 본질적으로 동일하다는 점을 생각해 볼 때 유해위험업무에 근로자파견을 금지하고 있는 취지는 하도급에 있어서도 그대로 적용될 수 있을 것이다.

나. 직접고용 대상 유해·위험업무의 범위

국회에 제출된 산업안전보건법 개정 법률안 중에 2016년 6월 7일에 한정에 의원이 대표발의한 산업안전보건법 개정법률안은 상시적으로 행하여지는 사업으로서 ①도금작업, ②수은, 납, 카드뮴 등 중금속을 제련, 주입, 가공 및 가열하는 작업, ③ 산업안전보건법 제38조 제1항에 따라 허가를 받아야 하는 물질을 제조하거나 사용하는 작업, ④ 화학물질관리법

제2조 제7호에 따른 유해화학물질 중 고용노동부령으로 정하는 물질을 제조하거나 사용하는 작업, ⑤ 그 밖에 중대한 산업재해가 발생하였거나 유해·위험한 작업으로서 산업재해보상보험법 제8조 제1항에 따른 산업재해보상보험 및 예방심의위원회의 정기적인 심의를 거쳐 고용노동부장관이 정하는 작업(산업안전보건법 시행령 제26조 제1항)은 도급인의 사업장에서 타인에게 하도급을 줄 수 없도록 하고 있다. 한정에 의원 대표발의안은 현행 산업안전보건법 제28조에서 규정하고 있는 안전·보건상 유해하거나 위험한 작업 중 대통령령으로 정하는 작업을 금지작업으로 규정하고 있는 것이다.

그런데 한정에 의원 대표발의안에서 정하고 있는 작업(또는 업무)이 과연 하도급으로 처리하는 경우에 하도급 근로자의 생명·건강 또는 신체의 안전에 위험을 발생하게 할 개연성이 높은 작업(또는 업무)인지는 명확하지 않다. 물론 이들 작업은 직접고용된 근로자에게도 산업재해를 일으킬 위험이 매우 높은 작업임에는 분명하기 때문에 이러한 작업이 하도급 근로를 통해서 이루어지는 경우에 하도급 근로자가 산업재해를 당할 개연성은 더 높다고 생각할 수 있다. 하지만 정작 중요한 것은 이러한 추상적인 위험 발생 가능성이 아니라 하도급 근로자의 중대재해 발생실태와 부합하는지 여부라고 할 것이다. 예를 들어 공사현장의 타워크레인 작업이나 도시철도의 역사 및 선로의 유지·보수 작업 중에 하도급 근로자의 사망 재해가 빈발하고 있지만, 이들 작업은 산업안전보건법 시행령 제26조 제1항에서 규정하고 있는 작업이 아니다. 물론 여기에는 “그 밖에 중대한 산업재해가 발생하였거나 유해·위험한 작업으로서 산업재해보상보험법 제8조 제1항에 따른 산업재해보상보험 및 예방심의위원회의 정기적인 심의를 거쳐 고용노동부장관이 정하는 작업”도 포함되지만, 산업안전보건법 제28조가 2010년에 신설된 이래 이러한 작업으로서 고용노동부장관이 지정한 작업은 단 하나도 없다. 오히려 하도급 근로자에게 중대재해가 많이 발생하는 경우는 산업안전보건법 제29조 제3항에서 규정하고 있는 “토사 등의 붕괴, 화재, 폭발, 추락 또는 낙하 위험이 있는 장소 등 고용노동부령으로 정하는 산업재해 발생위험이 있는 장소”에서 이루어지는 위험 작업이라고 할 것이다. 산업안전보건법 시행령 제30조 제3항

은 이러한 장소로서 22개를 규정하고 있기 때문에 이들 장소에서 수행되는 위험 업무 모두가 하도급 근로자의 생명과 건강에 중대한 위험을 발생시킬 개연성이 높다고 볼 수는 없을 것이다. 따라서 이들 장소에서 수행되는 위험 작업에 관해서 조사하여 실제로 하도급 근로자의 중대 재해 발생 위험이 높은 작업을 찾아야 할 것이다.

제4절 하도급근로자의 근로조건 유지·향상을 위한 법제도적 개선 방안

1. 도급 사업주의 책임 강화

하도급 근로자의 근로조건을 향상시키는 데 있어서 가장 중요한 논점은 하도급 근로자의 근로조건 결정에 관해서 도급 사업주의 책임을 어디까지 인정할 것인지에 있다고 할 수 있다. 앞에서 언급한 바와 같이 근로자파견관계의 삼면관계에서는 근로자파견법 제34조에서 근로기준법 적용에 관한 특례와 제35조에서 산업안전보건법의 적용에 관한 특례를 두고 있다. 근로자파견법은 근로기준법의 적용에 있어서는 원칙적으로 파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여는 파견사업주 및 사용사업주를 근로기준법 제2조의 규정에 의한 사용자로 보아 근로기준법을 적용하도록 하고 있다. 이에 비하여 산업안전보건법에서는 파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여는 사용사업주를 산업안전보건법 제2조 제3호의 규정에 의한 사업주로 보아 산업안전보건법을 적용하도록 하고 있다. 물론 이 특례조항에는 근로기준법 및 산업안전보건법의 각 조항의 구체적인 기능과 역할을 고려하여 일정한 예외를 규정하고 있다.

사내하도급의 경우에도 근로자파견과 동일한 정도는 아니지만 일정한 삼면관계가 존재한다. 위에서 본 것처럼 이와 같은 삼면관계가 존재하는 경우 노동보호법을 적용할 때 당해 노동보호법의 각 조항의 책임을 이행

하는 데 가장 적합한 사람이 누구인지를 찾아내어 그 사람에게 사용자로서의 책임을 부담시켜야 할 것이다. 이것이 바로 직접고용원칙의 요청이고, 이러한 요청은 사내하도급에서도 동일하게 관철되어야 할 것이다. 이와 같은 요청은 현행 근로기준법과 산업안전보건법에서도 일정 정도 수용되어 있다. 앞에서 언급한 임금지급의 연대책임이라든가, 산업안전보건법상의 도급 사업주의 책임이 그 예이다. 임금지급의 연대책임은 하도급 근로의 삼면관계에서 도급 사업주가 가지는 경제적 지배력·결정력에서 그 책임의 근거를 찾을 수 있고, 산업안전보건법상의 도급 사업주의 책임은 이러한 경제적 지배력·결정력에 더하여 당해 사업장 내에서의 노동을 조직하는 결정력·지배력에서 그 책임의 근거를 찾을 수 있을 것이다.

하도급 근로자의 근로조건 보호를 위하여 일정한 근로조건에 대해서 도급 사업주에게 책임을 지우는 것은 이상과 같은 직접고용원칙의 요청에 부합하는 것이라고 할 수 있겠다. 그런데 이와 같은 책임 부과를 법제화하는 것은 그렇게 간단한 문제가 아니다. 그 이유로는 책임을 부과하는 방법이 매우 다양하다는 점을 들 수 있다. 예를 들어 근로자파견법과 같이 도급 사업주를 사용자로 볼 수 있도록 일정한 간주 규정을 둘 것인지, 아니면 하도급 근로자보호법과 같은 독자적인 보호입법¹⁷²⁾을 할 것인지를 선택하여야 할 것이다. 앞에서 언급한 산업안전보건법상의 도급 사업주의 책임은 그 법에서 특별히 규정하고 있는 도급 사업주의 독자적인 책임이다. 즉, 도급 사업주를 그 법의 적용에 있어서 하도급 근로자의 사업주로 간주하겠다는 것이 아니다. 사용자로 간주한다고 규정하는 경우에도 공동사용자로 간주할 것인지, 아니면 각 조항의 성격 등에 따라서 사용자 책임을 분배할 것인지를 결정하는 것도 매우 어렵다. 이와 같은 문제점을 해결하기 위한 방법으로 2012년 7월 3일에 심상정 의원이 대표발의한 근로기준법 일부개정법률안과 같이 “근로계약의 당사자가 아니더라도 임금·고용 등의 근로조건에 대하여 실질적인 지배력 또는 영향력이 있는 자는 사용자로 보며, 임금·근로시간·복지·해고 등 그가 영향을 미친 근로조건에 대하여 근로계약의 당사자와 함께 연대책임을 진다.”는

172) 이러한 입법으로는 18대 국회에서 김성식 의원이 대표발의한 입법안과 19대 국회에서 이한구 의원이 대표발의한 입법안이 있다.

일반 규정을 두는 방법도 있을 수 있다.

사내하도급 근로자의 근로조건의 유지·향상을 위하여 도급 사업주의 책임을 강화하여야 한다는 것에는 대체적으로 공감대를 형성할 수 있겠지만, 위에서 본 것처럼 근로기준법과 산업안전법의 적용에 있어서 도급 사업주의 지위와 책임을 규정하는 방법은 매우 다양하기 때문에 근로기준법과 산업안전법의 모든 조항의 적용에 있어서 도급 사업주의 지위와 책임을 어떻게 규정할 것인지를 검토하여 일정한 합의를 도출하는 데에는 매우 많은 시간이 필요할 것이다. 앞에서 본 심상정 의원 대표발의안과 같이 도급 사업주의 사용자 책임을 매우 포괄적이고 일반적으로 규정하는 것도 하나의 방법일 수 있지만, 이렇게 모호하게 사용자 책임을 규정하게 되면, 법을 적용하고 해석하는 법원은 각 조항의 성격과 의미에 따라서 도급사업주의 책임을 제한적으로 인정하려고 할 가능성이 매우 높다. 나아가 설령 장기간의 논의를 한다고 하더라도 이해관계의 대립이 너무 첨예하기 때문에 이 문제에 있어서 일정한 사회적 합의를 도출하는 것은 매우 어려울 것이다.

따라서 하도급 근로자의 근로조건 중에 도급 사업주의 책임을 인정할 필요성이 높은 사항부터 우선적으로 도급 사업주의 책임을 어떻게 법정화할지를 논의하는 것이 중요할 것으로 생각된다. 이러한 사항으로 가장 중요한 것이 바로 하도급 근로자와 도급 사업주 근로자 간의 격차와 고용불안이라고 할 수 있다. 이에 대해서는 아래에서 본다.

2. 불합리한 격차의 시정

하도급 근로자의 근로조건 중에 가장 심각한 문제는 고용불안과 근로조건의 격차라고 할 수 있다. 이 문제는 도급 사업주의 입장에서 보면 하도급 근로를 이용하는 경제적 유인 중의 하나라고 할 수 있을 것이다. 따라서 이 문제를 시정할 수 있다면 하도급 근로의 활용을 줄이는 데도 일정 정도 기여할 것으로 생각된다. “일자리정책 5년 로드맵”에서도 사내하도급 노동자 실태조사를 토대로 원하청 노동자 간 격차 완화 방안을 마련할 것을 제시하고 있다.

간접고용의 대표적인 형태인 근로자파견의 경우에 근로자파견법 제21조에서 파견사업주와 사용사업주는 파견근로자임을 이유로 사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니된다고 명확하게 규정하고 있다. 이 법에서는 근로기준법 제2조 제1항 제5호에 따른 임금뿐만 아니라 정기상여금, 명절상여금 등 정기적으로 지급되는 상여금, 경영성과에 따른 성과급, 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항에 있어서도 합리적인 이유 없이 파견근로자를 불리하게 처우하는 것을 금지하고 있다.

하도급 근로자의 경우에도 근로자파견법의 차별금지와 유사한 차별금지를 법제도화하여야 한다는 제안은 이전부터 꾸준히 제기되어 왔다. 이 제안의 취지는 하도급 근로자가 도급 사업주의 근로자로 직접고용되어 동일 또는 유사한 근로를 수행했다라면 향유할 수 있는 임금과 복리후생을 포함한 모든 근로조건을 동일하게 향유해야 한다는 것에 있다. 이를 위해서는 동등한 근로조건에 관한 1차적 책임은 하도급 근로자의 근로계약상의 사용자인 하도급 사업주가 지고, 만약 하도급 사업주가 이행하지 못하는 경우에는 도급 사업주가 그 이행책임을 지도록 하는 것이다. 즉 하도급 사업주와 도급 사업주가 연대책임을 지는 것이다.

이와 같은 차별금지의 법제화는 그 제안이 사회적 정의의 관념에 부합한다는 점에서 타당하다고 생각되지만, 도입의 현실적 가능성은 차치하고라도 법리적으로 다음의 점에 대해서 고민하여야 할 것이다. 첫째로는 현재 차별시정제도는 기간제근로자, 파견근로자, 단시간근로자에 대해서 적용되고 있는데, 입법 당초의 기대와는 달리 활용도가 그다지 높지 않다는 점이다. 제도의 활용도가 낮은 이유 및 그 개선 방안에 대해서는 종래 많은 논의와 개선 제안이 있었지만, 이 문제의 해결을 위한 법제도적 개선은 거의 이루어지지 못하고 있다. 하도급 근로자에 대한 차별금지를 법제도화한다고 하더라도 여타의 비정규직 근로자에 관한 차별시정제도의 문제점이 함께 보완되지 않으면 실효성이 있는 제도로서 기능하기는 쉽지 않을 것이다. 비정규직 근로자 모두에 대해서 통일적으로 적용되는 차별시정제도하에서 사내하도급 근로자의 차별금지 문제도 처리되어야 한다는 관점을 견지할 때, 현재의 비정규직 근로자에 대한 차별시정제도의

문제점도 함께 논의되고 개선되어야 할 것이다. 둘째로 규율대상으로서의 하도급의 의미가 명확하지 않다는 점이다. 고용형태공시제도처럼 사업장이라는 물리적 공간을 상정할 수는 있지만, 그 의미가 얼마나 명확하게 신고자들과 행정당국에 의해서 공유되고 있는지는 불명확하다. 즉, 사내하도급이라는 용어의 의미가 명확하지 않다는 점이다. 나아가 고용형태공시제도가 상정하고 있는 사내하도급과 사외하도급으로서의 전속적 하도급이 과연 다른 것인지에 관한 의문도 존재할 수 있다. 단지 하도급 근로자의 취업 장소가 도급 사업주의 사업장 외부에 물리적으로 위치한다고 하여 이러한 물리적 위치의 차이에 따라서 보호대상으로서의 하도급인지 여부가 결정된다면 형평에 맞지 않을 것이다. 하도급 근로자의 취업 장소가 사내이든 사외이든 그것이 갖는 의미가 거의 없는 경우도 분명히 존재할 것이다. 현재의 비정규직 차별시정제도는 근로자와 사용자 사이에 사용종속관계가 직접적으로 존재하고 있기 때문에 차별시정제도의 대상으로서의 근로자가 누구인지를 판단하는 것은 상당히 쉽다. 그러나 하도급은 사내하도급이라고 하더라도 직접적인 사용관계의 강도가 매우 약하기 때문에 규율 대상을 특정하는 것이 법기술적으로 쉽지 않다. 셋째로 하도급의 경우에는 도급 사업주의 내부에서 비교대상자를 찾는 것이 여타의 비정규직 근로자보다 어려울 수 있다는 점이다. 현재 일정 규모 이상의 기업에서는 청소, 경비, 시설물 유지·보수 등의 업무를 도급을 통하여 처리하는 것이 일반적일 것이지만, 이러한 업무에 종사하는 하도급 근로자와 비교될 수 있는 도급 사업주의 근로자는 존재하지 않을 가능성이 매우 높다. 비교대상 근로자의 범위를 넓히는 문제는 현재의 차별시정제도에서도 매우 중요한 입법적 과제로 논의되고 있는데, 하도급의 경우에는 이 문제가 보다 심각하게 현재화될 수 있는 만큼 이에 대한 대책이 마련되어야 할 것이다.

이와 같은 법리적인 문제점을 극복하기 위해서는 사내하도급 노동자 실태조사가 면밀하게 이루어져야 할 것이고, 이를 통해서 보호의 대상을 구체화하여야 할 것이다. 강제적인 차별시정제도가 사내하도급 근로자에게 적용되기 위해서는 적어도 위에서 지적한 문제점은 명쾌하게 해결되어야 할 것이다. 물론 이러한 점을 해결하기 위하여 논의하는 것만으로도

상당한 의견 대립이 예상되고 그에 따라 합의점을 도출하기 위한 시간도 더 많이 필요할 것이다. 따라서 위에서 언급한 사내하도급 가이드라인의 자발적인 이행을 촉진하는 정책을 적극적으로 전개하여 경영계의 우려와 반발을 최소화하면서 경영계의 이해와 사회적 공감대를 형성하려는 노력을 적극적으로 기울여야 할 것이다.

3. 고용불안의 완화

사내하도급 근로자의 고용을 불안하게 하는 가장 큰 요인은 현재의 하도급관계의 종료라고 할 수 있다. 하도급 관계가 종료하게 되면 하도급 근로자들은 경영상 이유에 의한 해고에 처해질 위험이 매우 높을 것이다. 물론 이러한 경우에 이루어지는 경영상 이유에 의한 해고가 정당한지의 여부는 법원이 판단할 사항이지만, 사법적 구제는 매우 긴 시간과 적지 않은 비용이 들기 때문에 이에 대한 입법적인 해결 방안이 모색될 필요가 있을 것이다.

이러한 필요성이 가장 높은 경우는 어떠한 하도급관계가 종료하였더라도 그 하도급에 의해서 처리되던 업무가 계속 존속하는 경우이다. 이러한 경우에 도급 사업주는 자신이 직접고용한 근로자로 하여금 이를 수행하게 하든지, 아니면 다른 하도급 업체를 선정하여 당해 업무를 맡길 것이다. 전자의 경우에 도급 사업주에 대해서 하도급 근로자를 우선적으로 채용하도록 하는 방안을 생각해 볼 수 있지만, 법리적으로 이를 강제하는 것은 매우 힘들다고 할 수 있다. 근로자파견법을 보아도 사용자사업주가 파견근로자를 사용하고 있는 업무에 근로자를 직접고용하고자 하는 경우에는 당해 파견근로자를 우선적으로 고용하도록 노력하여야 한다고 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 우선적 고용의무를 사내하도급에 대해서 적용하더라도 기껏해야 노력의무규정으로 할 수 있을 것이다. 이에 비하여 후자의 경우에는 이를 ‘사업이전’으로 보아 근로관계가 새로운 하도급 사업주에게 승계되는 것으로 규정하는 것은 법리적으로도 충분히 가능할 것으로 생각된다. 정부의 “일자리정책 5년 로드맵”에서도 하도급 사업주가 변경되는 경우에 하도급 근로자의 근로관계가 승계될 수 있도록 하는 방안

을 검토할 것이라고 하고 있다. 비교법적으로 유럽연합의 사업이전에 관한 지침이나 영국의 2006년 사업이전법이 이러한 경우에 있어서 근로관계의 승계를 규정하고 있다는 점을 고려하여야 할 것이다.¹⁷³⁾

4. 하도급근로자 이익대표의 제도화

하도급 중에서 사내하도급은 말 그대로 도급 사업주의 사업장 내에서 이루어지고 있는 만큼 도급 사업주의 경영조직 또는 사업조직에 편입되는 정도가 상당히 높다고 할 수 있다. 이러한 편입이 인정되는 경우 도급 사업주의 결정이 하도급 근로자의 근로조건 등에 직접적으로 영향을 미치는 경우가 많기 때문에 이에 관한 사항에 있어서 도급 사업주와 하도급 근로자 대표와의 협의가 이루어지도록 할 필요가 있다. 하도급 근로자의 경우 노동조합 조직률이 매우 낮다는 점에서도 이러한 협의의 장이 마련될 필요성은 매우 높을 것이다.

하지만 현행 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률은 고용계약을 통하여 근로관계를 맺고 있는 사용자와 근로자를 전제로 하여 노사협의회를 설치하고 고충처리제도를 마련할 것을 규정하고 있기 때문에 하도급 근로자는 이러한 협의에 참여할 수 없고, 고충처리제도를 통해서 고충이 처리될 수 없다.

따라서 적어도 업무수행기간 중에는 하도급 근로자도 하나의 생산공동체의 일원으로 파악하고, 협력적 노사관계의 틀 내에서 소통할 수 있는 장을 마련하여야 할 것이다. 위에서 본 사내하도급 가이드라인도 고충처리제도의 마련을 권고하고 있다. 이를 위해 현행 노사협의회회의 근로자대표를 직접고용관계를 가지고 있는 종사자만이 아니라 사내하도급 근로자도 포함하는 방안을 모색하는 것이 바람직할 것이다. 물론 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률 제20조의 협의사항과 제21조의 의결사항, 제22조의 보고사항 모두에 하도급 근로자 대표의 참여가 요구되는 것은 아니지만, 위에서 언급한 바와 같이 도급 사업주의 결정이 하도급 근로자의 근

173) 이들 두 법령에 대한 소개로는 은수미·김기선·박제성(2012), 『간접고용 국제비교 - 파견/도급 기준 및 보호방안을 중심으로』, 한국노동연구원, pp.211~212.

로조건에 영향을 미치는 경우에는 이러한 사항에 관한 노사협의회에는 하도급 근로자 대표의 참여가 보장되어야 할 것이다.

제5절 결 론

최근 정부의 공공부문 비정규직의 정규직 전환 정책에 따라 공공부문의 사내하도급 중 상시·지속적인 업무는 직접고용으로 전환될 것으로 예상되지만 민간부문의 경우 사내하도급 근로자의 직접고용 촉진 등을 포함한 사내하도급 근로자의 보호를 위한 대책이 매우 부족한 실정이다.

민간부문의 하도급 근로자의 보호 강화가 매우 절실한 상황이라고 할 수 있지만, 근로자파견법에 의해서 근로자파견이 매우 제한적으로 허용되고 있는 상황에서 하도급 근로자 보호를 위하여 강력한 법적 규제를 가한다면 상당한 반발이 일어날 것임은 명약관화하다. 또한, 아무리 생명안전업무 및 유해위험업무라고 하더라도 이러한 업무를 도급으로 처리하는 것을 금지하는 것은 법리적으로도 현실적으로도 매우 어려운 과제가 될 것이다. 따라서 하도급 근로자의 보호를 강화한다는 소기의 성과를 달성하기 위해서는 정책적 접근과 법제도적 접근을 함께 도모하여야 할 것이다.

하도급 근로자에 대한 법적 보호의 도입을 정부가 검토하는 것만으로도 현재의 근로자파견제도의 엄격한 파견가능업무 제한에 대해 완화를 요구하는 목소리는 그만큼 더 커질 가능성이 있다. 만약 근로자파견이 가능한 업무가 현재보다 더 많이 확대되면 그만큼 사내하도급 근로자의 근로조건 보호를 검토할 실익은 줄어들지도 모른다. 하도급 근로의 이용제한과 차별시정제도의 도입을 동시에 검토하는 것은 결국 간접고용, 나아가 비정규직 근로에 관한 노동시장정책 전반의 재검토를 위한 논의를 촉발할 가능성이 매우 클 것이다. 논의의 지평이 넓어지면 넓어질수록 이제까지의 경험에 비추어 보면 법제도 개편은 어려울 가능성이 높다.

따라서 법적인 규제를 도입하는 데는 시간을 가지고 이해당사자들과

충분히 협의하며 사회적 합의를 도출하는 노력을 기울이면서 갈등이 첨예하지 않은 사안부터 법제화를 이룰 수 있도록 하여야 할 것이다. 이와 함께 즉각 실행에 옮길 수 있는 정책을 수립하고 집행하여야 한다. 한편으로는 사내하도급의 불법파견 근절을 위한 방안을 수립, 행정력을 동원하여 이를 철저히 근절하고 하도급 근로자의 노동3권을 침해하는 부당노동행위에 대해서 엄정하게 대처하여야 한다. 그리고 다른 한편으로는 도급 사업주가 자주적으로 사내하도급 근로자의 근로조건을 향상시키고 하도급으로 처리하던 업무를 직접고용한 근로자로 하여금 처리케 하도록 유도하기 위하여 도급 사업주에게 이러한 행위를 위한 인센티브를 제공하여야 할 것이다.

비정규직 근로자의 정규직 근로자 전환을 위한 가이드라인에서 밝힌 바와 같이 이해관계자 및 전문가 의견수렴 등 사회적 공감대 형성 과정을 거쳐 공공·민간부문에 모두 적용되는 공정하고 합리적인 생명안전업무의 기준을 수립하는 것이 급선무이며, 이러한 기준에 따라서 공공부문부터 직접고용원칙을 관철시키면서 민간부문에서는 인센티브를 제공하여 직접고용을 촉진하여야 한다. 이를 통하여 생명안전업무에서 직접고용이 바야흐로 “관행”으로 자리잡게 되는 시점에 이르게 되면 생명안전업무에서 직접고용원칙을 법률로써 강제하는 것에 관해서 본격적으로 논의할 수 있을 것이다.

제 7 장

사내하청의 새로운 규율방안

강성태(한양대 교수)

제1절 서론

1. 연구의 목적

이 연구의 목적은 사내하청관계에서 근로하는 하청근로자의 노동권 보호를 위한 방안을 살펴보는 데 있다. 두 가지를 중점적으로 검토한다. 하나는 사내하청관계의 실체를 확인하기 위해 파견과 도급의 구별 기준을 명확화하는 방안이고, 다른 하나는 하청근로자의 안전, 임금 및 단체교섭 등에서 원청의 책임을 확대하는 방안이다.

원청의 책임 확대에 앞서 먼저 사내하청관계의 실체를 확인하는 일이 먼저이다. 현행법과 판례에 따를 때, 사내하청의 외형을 띤 사업관계는 묵시적 근로관계, 파견관계, 도급관계로 재분류될 수 있고, 해당 관계마다 법적 보호와 책임의 모습이 다르기 때문이다. 이 연구의 전반부는 파견과 도급의 구별이라는 제목하에 사내하청관계의 실질을 가리는 안정적인 방안을 모색해 본다.

이 연구의 후반부는 하청근로자의 노동조건의 기본이라고 할 수 있는

산업안전, 임금 및 단체교섭과 부당노동행위 등에서 원청의 책임을 확대하는 방안을 모색한다. 이를 통해 간접고용시대에 조응하여 종래의 계약책임주의를 어떤 방법으로, 그리고 어느 정도로 능력책임주의가 보완할 것인지 살펴본다.

2. 용어와 대상

사내하청은 다른 연구나 보고서에서는 사내하도급이나 사내도급으로 불리기도 한다. 법적 명칭으로서는 후자들이 더 나은 측면이 있다. 그러나 이 연구에서는 두 가지 이유에서 사내하청이라는 용어를 사용한다.

하나는 사회적으로 일상화된 용어를 그대로 사용함으로써 일반인의 인식과 법·정책의 대상을 같게 한다. 다른 하나는 지위의 불안정성을 보여주기 위해서는 법적으로 안정된 용어보다는 모호성을 가진 일반 용어가 더 효과적이다. 형식적으로는 도급이나 위탁 등 사업적 계약으로 맺어진 사내하청관계는 그 실질에 따라 노동법적으로는 노무대행관계, 근로자와 견관계, 적법한 도급관계 등 세 가지로 재분류될 수밖에 없다. 이 중에서 마지막에 해당하는 적법한 도급관계에 해당하는 사내하청만이 법적 용어인 사내하도급이나 사내도급으로 불릴 수 있을 것이다.

이 연구가 대상으로 하는 사내하청관계는 원칙적으로 장소적 동일성을 전제한다. 즉 하청근로자의 노동이 제공되는 장소가 원청의 사업장인 경우를 상정한다. 이 연구에서 주로 염두에 두는 것이 하청근로자의 산업안전, 임금, 고용 등에 관한 노동 보호와 관련하여 원청의 책임을 어떤 경우에 어떤 방식으로 인정할 것인가이기 때문이다.¹⁷⁴⁾ 또한 사업관계만을 대상으로 한다. 넓은 의미의 사내하청에는 회사와 개인적으로 하청계약을 체결하고 자신의 사업을 수행하는 경우도 있다. 개인사업자로서 업무위탁계약의 형식으로 일하는 이들을 흔히 특수형태근로종사자라 부른다. 이들의 문제는 일반적인 사업적 사내하청과 다른 점이 많고 그에 따라 규율 방식 역시 다를 수밖에 없기 때문에 이 연구에서는 제외하였다.

174) 단체교섭이나 노사협의 등과 같이 집단적 이익대표 제도의 보호를 논의하는 경우에는 굳이 노동 제공의 장소에 구애받을 이유는 적다.

3. 사내하청관계의 유형

현행법과 판례에 따를 때, 사내하청의 외형을 띤 사업관계는 하청근로자의 보호를 위한 개별적 노동법(노동보호법)의 적용 여부라는 관점에서 보면 세 가지로 구분할 수 있다. ① 하청업체에 사업주로서의 실체가 전혀 없어 원청업체의 노무대행기관에 불과한 것으로 보아야 하는 관계, ② 하청업체에 사업주로서 실체가 있긴 하지만 하청근로자에 대한 실질적인 지휘감독은 원청업체가 하는 실질적 근로자파견계약관계, ③ 하청업체가 사업주로서의 실체도 갖추고 있고 하청근로자에 대한 지휘감독도 하는 합법적 도급계약관계가 그것이다. 대법원 판결들 중에서 사내하청관계를 규율하는 법리를 형성한 것으로는 현대미포조선 판결(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결), 예스코 판결(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결), 현대중공업 판결(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결 등) 및 현대자동차 판결(대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결) 등이 있다.

대다수 사내하청 분쟁에서 핵심 쟁점은 ‘원청과 하청근로자 사이에 근로계약 관계가 존재하는가?’이다. 그런데 1998년 파견법 제정으로 하청근로자가 원청을 상대로 근로계약관계의 존재를 주장할 수 있는 방법은 두 가지가 되었다. 하나는 종래와 마찬가지로 자신과 하청이 체결한 근로계약은 무효이고 자신의 근로계약상 진정한 사업주가 원청이라고 주장하는 것이고, 다른 하나는 원청과 하청 사이의 도급관계가 위장이고 그 실질은 파견관계라고 주장하는 것이다. 대부분의 소송에서 두 가지 주장은 동시에 제기된다.¹⁷⁵⁾ 법원은 두 가지 주장 중 앞의 주장이 타당하다고 판단하면 묵시적 근로계약관계 법리에 따라 직접근로계약관계의 성립을 인정한다(묵시적 근로계약 법리). 현대미포조선 판결은 판례가 종전부터 채택한 이 법리를 대공장에서의 사내하청관계에 적용하였다. 둘째, 뒤의 주장처럼 파견관계의 실체가 있었다고 판단하면 구 파견법상 직접고용간주 규정(제6조 제3항) 혹은 현행 파견법상 직접고용의무 규정을 적용하여 합법

175) 이하 판례의 정리는 강성태(2010), 「사내하도급 삼부작 판결의 의의」, 『노동법학』 35, 한국노동법학회, p.2 이하 참조.

파견이든 불법파견이든 상관없이 법정 요건이 충족되면 근로계약관계의 성립을 인정하거나 의무지운다(직접고용간주 또는 직접고용의무 적용 법리). 예스코 판결은 이 점을 밝힌 최초의 대법원 판결이다. 마지막으로 위의 두 가지 경우 어디에도 해당하지 않는다면, 즉 원청과 하청근로자 사이에 도급관계(도급계약상 도급인과 수급인 이행보조자의 관계)만이 존재하면 근로계약이나 파견관계는 부정하지만, 이 경우에도 만약 원청이 하청근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 일정한 권한과 책임을 담당했다면 단체교섭이나 부당노동행위 책임을 인정한다(부분적 사용자성 법리). 현대중공업 판결은 이런 법리를 선언한 대법원 판결이다.

원청 사업주와 하청 사업주 사이의 관계에 따라 원청 사업주와 하청근로자 사이의 법률적 관계도 달라진다. 즉 원청업체와 하청근로자의 법률관계는, ①과 같이 하청업체에 사업주로서 실체가 없는 경우에는 직접고용관계, ②와 같이 두 사업주 사이에 실질적 근로자파견계약이 있는 경우에는 파견근로자와 사용자사업주 간의 사용관계, ③과 같이 두 사업주 사이에 합법적 도급계약관계가 있는 경우에는 수급인의 이행보조자와 도급인의 관계, 즉 노동법상으로는 산업안전 등 극히 일부의 문제를 제외하면 아무 관계가 없다.

원청업체와 하청업체를 비교할 때, 일반적으로는 원청업체가 지불능력을 비롯하여 각종 보호와 대우의 측면에서 월등하다. 근로자의 입장에서 원청업체와 근로관계를 가지는 것이 유리하다. 즉 ①의 직접고용관계가 가장 유리하고, ②의 근로자파견관계가 다음이며, ③의 도급관계는 가장 불리하다. 이 점은 노동법의 적용 혹은 노동법상 책임이라는 점에서도 마찬가지이다. ①의 직접고용관계라면 원청에 대해 모든 노동법이 적용되고, ②의 근로자파견관계라면 파견법에 따라 분배된 일부 책임이 원청에게 부과되는 반면에, ③의 도급관계라면 원청은 산업안전보건법 등 극히 예외적인 경우에만 책임을 질 뿐 대부분의 노동관계법에서 아무런 책임도 지지 않는다.

이렇게 사내하청관계의 실질에 따라 하청근로자의 법적 지위가 확연히 달라지기 때문에 하청근로자의 보호를 위한 방안 마련은 사내하청관계의 실질을 확인하는 작업, 곧 파견과 도급의 구별로부터 시작해야 한다.

제2절 파견과 도급의 구별

파견법 제정 당시부터 파견사업의 합법화와 함께 도급으로 위장된 불법파견의 증가를 가져올 것으로 예상되었다. 이 예상은 사실로 드러났다. 위장도급의 규제를 위해서는 파견과 도급의 구별을 위한 기준의 명확성과 안정성이 필요하다.

현재의 판례를 확인한 후, 이를 기초로 파견과 도급의 구별 기준에 관한 행정지침의 개선 방안 및 입법안을 알아본다. 판례는 대법원 2015.2.26. 선고 2010다106436 판결로 수렴하는 경향이지만 통일된 것은 아니다. 2007년에 만들어진 현행 행정지침은 판단의 기준 등에서 몇 가지 수정과 보완이 필요하다. 입법화의 기초를 갖춘 후 충분한 논의와 공론화 과정을 거쳐 진행하는 것이 바람직할 것이다.

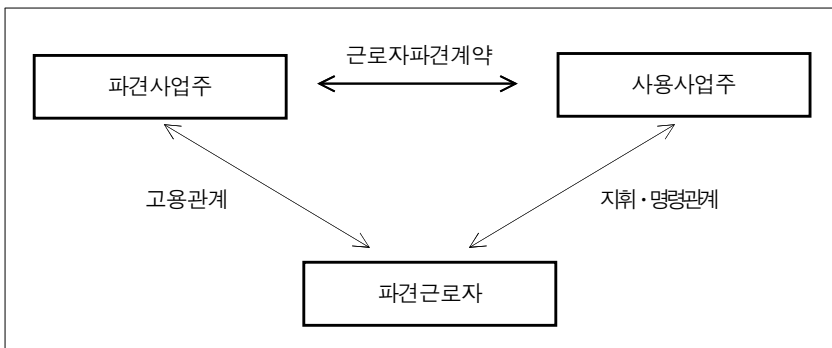
1. 이론과 현실

파견과 도급의 구별은, 풀어쓰면 원청업체의 사업장에서 일하고 있는 하청업체의 근로자가 근로자파견관계에서 사용되는 파견근로자인지 도급관계에서 사용되는 수급인의 이행보조자인지를 구별하는 것은, 적어도 이론상으로는 어렵지 않다. 그러나 현실에서의 사내하청은 계약 형식과 다른 실질을 가진 경우도 적지 않다. 사내하청 분쟁이 발생한 경우 법원은 원청과 하청 및 하청근로자 사이의 실질에 따라 법률관계를 직접고용관계, 파견관계, 또는 도급관계로 재규정한다.

가. 이 론

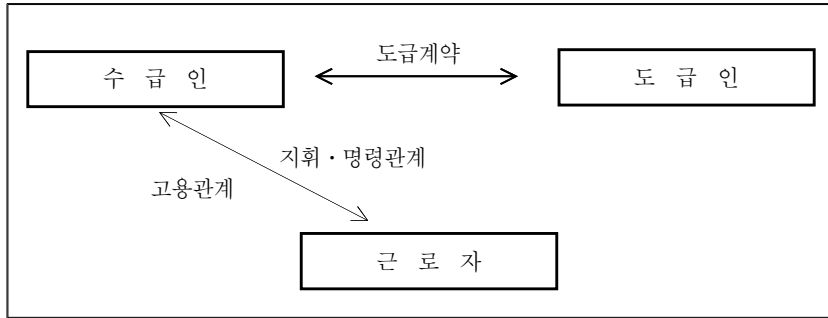
파견법(「파견근로자 보호 등에 관한 법률」을 말한다. 이하 같다.) 제2조 제1호에서 정의하고 있듯이, 파견 곧 ‘근로자파견’이라 함은 “파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의

내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것”을 말한다. 나누어서 설명하면 다음과 같다. 먼저 세 주체이다. 근로자파견 사업을 행하는 자가 파견사업주이고, 파견사업주와 근로자파견계약을 체결하고 파견근로자를 실제로 사용하는 자가 사용사업주이며, 근로자파견을 목적으로 파견사업주와 근로계약을 체결하고 사용사업주에 의해 사용되는 자가 파견근로자이다. 다음으로 세 주체의 관계인데, 근로자파견관계는 고용관계와 사용관계의 분리를 핵심으로 한다. 즉 고용관계는 파견사업주와 파견근로자 사이에 약정, 유지되는 반면, 사용관계 곧 지휘명령관계는 사용사업주와 파견근로자 사이에 파견기간에 한해 유지된다. 3자의 관계는 아래 그림과 같다.

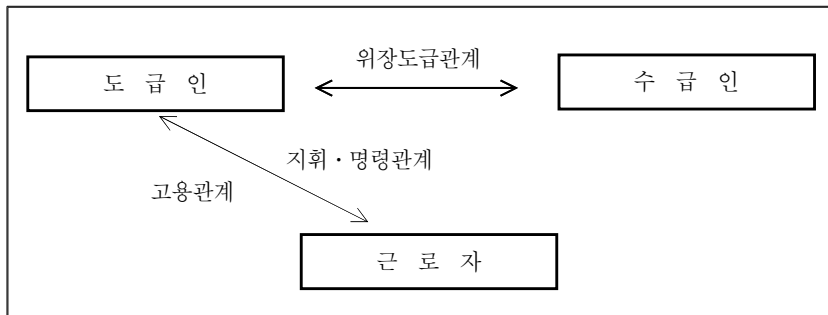


그에 비해 도급은, 민법 제664조에 따르면, 당사자 일방(수급인)이 어떤 일을 완성할 것을 약정하고, 상대방(도급인)은 그 일(유·무형)의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약이다. 사내하청의 경우 원청업체가 도급인이 되고 하청업체가 수급인이 되며, 하청업체의 근로자 곧 하청근로자는 수급인의 이행보조자가 된다. 여기서는 수급인이 독자적으로 자신의 책임과 재량에 따라 자기가 고용한 근로자를 직접사용하여 일을 완성한다. 도급관계에도 도급인, 수급인, 수급인의 이행보조자 등 세 주체가 등장하지만 3자 사이의 법률관계는 근로자파견관계와는 완전히 다르다. 고용관계와 사용관계는 오직 수급인과 수급인의 이행보조자로서의 근로자 사이에만 존재할 뿐, 도급인과 근로자(수급인의

이행보조자) 사이에는 고용이든 사용이든 어떠한 관계도 존재하지 않는다. 3자의 관계는 아래 그림과 같다.



한편, 위와 같은 도급관계에 있는 수급인에게 사업주로서의 실체가 전혀 없는 관계가 판례가 말하는 묵시적 근로계약관계이다. 근로자를 고용한 원고용주가 사업주로서의 실체도 없을 뿐더러 근로자와의 근로계약 관계를 추정할 수 있는 요소도 없고, 도리어 사용자로서의 실질적 역할을 한 것이 제3자인 도급인인 경우이다. 묵시적 근로계약관계는 법률의 규정에 따른 관계가 아니라, 근로계약 이론의 본질에 따른 것이다. 이 경우 근로계약의 본질에 따라 수급인과 근로자 사이의 근로계약은 없는 것으로 보고, 원래부터 도급인과 근로자 사이에 근로계약이 체결된 것으로 본다. 수급인은 독립적인 법인격을 가진 주체로 보지 않고 단지 도급인의 노무대행기관 정도로 파악된다. 3자의 법적 관계는 아래의 그림처럼 재규정된다.



나. 사내하청관계의 실제

파견법이 제정되어 파견사업이 합법화되었다고 해서 불법파견이 현저히 줄어드는 것은 아니다. 사용자의 입장에서 볼 때 근로자파견이라는 간접고용이 근로자의 직접고용보다 노동법상 책임을 경감하는 방법이긴 하지만, 간접고용의 다른 형태인 도급보다는 여전히 부담이 많기 때문이다. 노동법상 일부 책임만 부담한다는 사실은 직접고용보다는 편리하지만, 거의 아무런 책임을 지지 않는 도급보다는 불편하다는 이야기이다. 사내하청이 줄지 않고 그 중 상당한 비율이 불법이라는 최근의 정부 통계는 이런 사실을 증명한다.¹⁷⁶⁾

이처럼 사내하청의 실제에서는 파견법 등 노동법상 사용자 책임을 피하거나 대상업무나 파견기간 등 각종 규제(대상업무, 파견기간, 사업주 책임 등)를 회피하기 위해 도급·위임 등으로 위장하는 사례가 자주 발생하고 있다. 사내하청 분쟁은 최근 노동법의 주요한 특징 중 하나인 노동사법화의 대표적 사례이기도 하다. 판례는 사내하청 분쟁이 발생하면 형식상 수급인과 도급인이 행사한 권한 등을 기준으로 사내하청관계(도급인과 하청근로자 사이의 관계)의 실질을 직접고용관계(묵시적 근로계약 관계), 불법 파견관계, 진정 도급관계 셋으로 재규정한다.

- ① 수급인에게 사업주로서의 실체가 인정되지 않을 뿐더러 하청 근로자에 대하여 지휘·명령을 한 것이 도급인이려면 직접고용관계
- ② 수급인에게 사업주로서의 실체가 인정되지만, 도급인이 하청 근로자에게 지휘·명령을 하였다면 실질적 파견관계
- ③ 수급인에게 사업주로서의 실체가 인정될 뿐만 아니라 하청 근로자에 대하여 지휘·명령도 하였다면 진정 도급관계

176) 박찬임 외(2015), 『사내하도급과 산업안전:제조업을 중심으로』, 한국노동연구원에 따르면, “고용노동부가 2014. 10. 7. 국회에 제출한 「국내 주요 기업 사내하도급 증감현황」에 따르면 조사 대상 49개 대기업에 속한 사내하청업체와 사내하청근로자 수는 2009년 2,906개와 764,010명에서 2013년 3,538개와 1,366,804명으로 각각 21.7%, 78.9% 증가하였다. 그런데 다른 통계 예를 들면 고용노동부가 2015. 9. 국회에 제출한 「파견·사내하도급 파견법 위반 적발현황」을 보면 그 중 상당수가 불법파견에 해당함을 알 수 있다. 위의 자료에 따르면 고용노동부가 2015년 상반기에 점검한 1,800개 사업장 중 538개소가 파견법을 위반하였는데, 그 중 253개소는 근로자파견 대상업무 위반이었고 106개소는 허가의무 위반이었다.”라고 한다.

이렇듯 흔히 말하는 파견과 도급의 구별은 단지 근로자파견관계와 도급관계만을 구별하는 것은 아니며, 그에 더하여 묵시적 근로계약관계까지 구별하는 것이다.

다. 구별 기준의 현황

파견과 도급의 구별에 관한 기준은 현재, 행정과 사법에서는 존재하나 법적 구속력이 있는 법령, 즉 입법으로는 존재하지 않는다. 행정에서는 명문의 지침 형식으로 존재하는 반면, 사법에서는 두 개(이상)의 판례가 혼재되어 불안정한 모습으로 존재한다. 파견과 도급의 구별 기준을 입법화하려는 시도는 있었으나 실패했다. 특히 2015년 ‘노동개혁 5대입법’에 포함되었던 내용은 불법파견의 합법적 도급화라는 비판을 받은 바 있다.

2007년에 마련된 현재의 행정지침은 통일적이고 일관된 기준이라는 점에서는 장점이 있으나, 사업장 단속을 목적으로 하는 행정부 내부의 기준이라는 ‘행정지침’ 그 자체의 본질적 한계를 비롯하여 2007년 지침 제정 이후의 변경된 판례를 적절히 반영하고 있지 못한 점 등 여러 가지 문제점을 가지고 있다. 판례는 다양한 실태에 부합하는 합목적적인 결론을 내린다는 장점은 있으나, 둘 이상의 상이한 판단방식을 가진 판례들이 병존하고 있는 등 법적 안정성이 부족하고 판례가 열거하고 있는 징표가 과연 적절한 것인지에 대한 의문도 있다.

새 정부 들어 파견과 도급의 구별 기준을 입법화하자는 이야기가 종종 들린다. 그러나 입법화의 기초가 충분히 갖추어져 있는지는 의문이다. 비록 판례가 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결로 수렴되고 있는 것은 사실이지만 아직 통일되어 있다고 말하기는 어렵다. 학설에서도 다수가 공감하는 기준이 있는 것도 아닌 것이 지금 상황이다. 기존에 나와 있는 몇 가지 법률 또는 입법안을 살펴본 후, 바람직한 입법의 방향을 검토해 보는 것이 지금으로서는 최선일 듯하다. 실제의 입법화는 충분한 논의와 공론화 과정을 거쳐 진행하여야 할 것이다.

이하에서는 이상의 점들을 감안하여, 현재의 판례를 확인한 후 파견과 도급의 구별 기준에 관한 행정지침의 개선 방안 및 입법안의 방향을 알아

보기로 한다.

2. 판례의 현황

현재 파견과 도급의 구별 기준을 상세히 밝히고 있는 대법원 판결은 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결과 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결 등 두 개이다.

가. 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결

현대자동차 사건에 관한 것이지만 같은 날 선고된 남해화학 사건에서도 같은 내용으로 선고되었다. 2015년 이후 재판실무에서 가장 많이 인용하는 판결로서, 이 판단방식을 따른 대법원 판결로는 대법원 2016. 1. 28. 선고 2012다17806 판결[해고무효확인 등],¹⁷⁷⁾ 대법원 2017. 1. 25. 선고 2014다211619 판결[근로에관한소송]¹⁷⁸⁾ 등이 있다. 이 판결의 판단 법리는 아래와 같다.

“원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당 하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구

177) 「원고들을 고용한 피고 보조참가인과 이 사건 호텔을 운영하는 피고 사이에 형식적으로는 업무도급계약이 체결되어 있으나, 실질적으로는 원고들을 포함한 피고 보조참가인 소속 근로자가 피고 소속 근로자와 혼재된 채 피고의 직접적인 지휘·명령 아래 이 사건 호텔에서 청소 등의 업무를 수행하여 온 것이므로, 원고들은 파견근로자의 지위에 있었다는 취지로 판단하였다. 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 도급계약의 해석 등에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.」

178) 갑 주식회사의 근로자로서 을 주식회사의 공장 내 지원설비의 운전 등 업무에 노무를 제공해 온 병 등이, 을 회사는 파견근로자보호 등에 관한 법률에 따라 병 등에 대한 직접고용의무가 있다고 주장하며, 을 회사를 상대로 고용의 의사표시를 구한 사안에서, 을 회사는 갑 회사의 현장책임자, 현장대리인을 통하여 작업 지시를 한 점, 을 회사 소속 근로자들과 갑 회사 소속 근로자들의 업무 내용이 서로 다른 점 등 제반 사정에 비추어, 병 등이 을 회사에 대한 관계에서 파견근로자에 해당하지 않는다고 본 원심판단을 수긍한 사례.

속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.”

이 판결은 파견과 도급의 구별에서 실질판단을 원칙으로 한다. 즉 해당 법률관계가 “파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, …… 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다.”고 한다.

그리고 실질 판단에는 다음 다섯 가지의 요소들을 사용한다. ① 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, ② 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, ③ 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그 업무에 전문성·기술성이 있는지, ⑤ 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등이다.

위의 요소들 중에서 ①, ②, ③은 지휘명령관계를 판단하는 요소로 보인다. 그리고 ③, ④, ⑤는 고용관계(도급사업주로서의 실체가 있는지)를 판단하는 요소로 이해된다. ③은 ①의 보충적 요소이기도 하지만, 동시에 사업주로서의 독자적 실체에 관한 요소이기도 하다. ③의 요소는 주어를

원청인 제3자로 바꾸면, 즉 “제3자가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한에 관여하는지”로 바꾸면, 원청과 하청근로자 사이의 사용관계를 확인하기 위한 목적으로도 사용할 수 있다. 이러한 요소들은 주로 제조업의 생산업무를 염두에 둔 것으로 보이지만, 이후 하급심에서는 다양한 서비스 산업의 여러 업무에도 적용되고 있다.

나. 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결

또 다른 판례는 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결인데, 2015년 이후에도 위의 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결이 아니라 이 판결을 참조한 판결들도 적지 않다. 예를 들어 대법원 2013. 11. 28. 선고 2011다60247 판결[손해배상(산)],¹⁷⁹⁾ 대법원 2016. 1. 28. 선고 2015도11659 판결[과건법위반·근로기준법위반] 등이 있다. 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결의 판단방식은 아래와 같다.

“도급계약관계인지, 파견근로관계인지 여부는 당사자가 설정한 계약형식이나 명목에 구애받지 않고 계약 목적 또는 대상의 특정성, 전문성, 기술성, 계약당사자의 기업으로서 실체 존부와 사업경영상의 독립성, 계약이행에서 사용사업주의 지휘, 명령권 보유 등을 종합적으로 고려하여 그 근로관계의 실질을 따져서 판단하여야 한다.” (원심은) “원고와 사내협력업체 사이에 체결된 근로계약의 내용, 사내협력업체와 참가인 사이에 체결된 도급계약의 내용, 참가인에 의한 참가인의 사내협력업체 관리 실태, 참가인에 의한 각종 업무표준의 제정 및 실시사실과 함께, 참가인과 사내협력업체 사이에 체결된 위 도급계약에 따라 사내협력업체 소속의 근로자들이

179) 파견근로자보호법의 목적과 내용 등에 비추어 보면, 근로자를 고용하여 타인을 위한 근로에 종사하게 하는 경우 그 법률관계가 파견근로자보호법이 적용되는 근로자파견에 해당하는지 여부는 당사자들이 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애받을 것이 아니라, 계약의 목적 또는 대상에 특정성, 전문성, 기술성이 있는지 여부, 계약당사자가 기업으로서 실체가 있는지와 사업경영상 독립성을 가지고 있는지 여부, 계약 이행에서 사용사업주가 지휘·명령권을 보유하고 있는지 여부 등 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다(대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결 등 참조).

참가인에게 노무를 제공하는 내용과 방식, 그에 관한 참가인의 지배 내지 통제 내용과 범위 등에 관한 판시사실을 인정하고, 그 인정사실에 비추어 원고가 사내협력업체에 고용된 후 참가인 사업장에 파견되어 참가인으로 부터 직접 노무지휘를 받는 근로자과건관계에 있었다고 판단하였다 ... 이러한 원심의 판단은 대법원의 환송판결의 취지에 따른 것으로서 정당하다...”

이 판결에서 중요하게 고려해야 한다고 본 요소는 ① 계약 목적 또는 대상의 특정성, 전문성, 기술성, ② 계약당사자의 기업으로서 실체 존부와 사업경영상의 독립성, ③ 계약이행에서 사용사업주의 지휘·명령권 보유 등이다. 그리고 이 판결이 정당하다고 본 원심, 곧 서울고등법원 2010. 11. 12. 선고 2007나56977 판결의 내용은 아래와 같다.(볼드체와 밑줄은 필자)

“다음과 같은 사정을 종합하면, 원고들은 사내협력업체에 고용된 후 피고의 작업현장에 파견되어 피고로부터 직접 지휘·감독을 받은 근로자과건 관계에 있었다.

1) 계약의 내용 : 피고와 사내협력업체 사이에 체결된 도급계약서의 기재에 의하면 사내협력업체가 업무도급을 받았다는 부분 중 일부는 피고 소속 정규직 근로자의 업무와 동일하여 명확히 구별되지 아니한다. 또한 매 월 말일 기준 도급액에 따른 기성금을 다음 달 15.에 지급하는 것으로 되어 있지만, 이는 일의 결과가 아닌 사내협력업체 소속 근로자들의 노무제공의 정도에 따라 변동적으로 월별 기성금을 지급한 것으로 보이고, 계약 목적에 대한 시간적 기한이 정해져 있지도 않다. 자동차 조립·생산 작업은 대부분 컨베이어 벨트를 이용한 자동흐름 방식으로 진행되었는데, 피고와 도급계약을 체결한 사내협력업체 소속 근로자인 원고들은 대부분 컨베이어벨트를 이용한 공정에 종사하는 사람들이다. 그리고 불량이 발생하는 등 업무상 하자가 있는 경우 피고가 사내협력업체에 대하여 분초의 시간 단위로 하자담보책임을 묻기도 하였으나, 이러한 불량책임을 따지는 것은 정규직 근로자의 경우도 마찬가지이고, 특히 분초의 시간 단위로 책임을 묻는 것은 본래적 의미의 도급과도 어울리지 않는 것이므로, 이는 계약의 실질을 좌우할 중요한 사정에 해당한다고 보기 어렵다. 그리고 사내협력업체에는 고유하고 특유한 도급업무가 별도로 있는 것이 아니라 피고의 필

요에 따라 도급업무가 구체적으로 결정되었고, 특히 피고의 '사내협력업체 관리'라는 표준에 따라 구조조정이 이루어졌으며, 그 경우 다른 사내협력업체가 하던 업무가 도급업무의 내용이 되기까지 하였다.

2) 업무수행의 과정 : 사내협력업체 소속 근로자는 피고 소속 정규직 근로자와 같은 조에 배치되어 근무를 하였을 뿐만 아니라, 그 업무 내용면에 있어서도 동일한 업무를 수행하였으며, 피고는 원고들에 대하여 시업과 종업시간의 결정, 휴게시간의 부여, 연장 및 야간근로 결정, 교대제 운영 여부, 작업속도를 결정하였다. 또 피고는 정규직에게 산재, 휴직 등의 사유로 결원이 발생하는 경우 사내협력업체 근로자로 하여금 그 결원을 대체하게 하였다. 피고는 사내협력업체를 통하여 원고들을 포함한 사내협력업체 근로자들에 대한 근태상황, 인원현황 등을 파악하는 등 사내협력업체 소속 근로자를 실질적으로 관리하여 왔다. 피고는 사내협력업체 소속 근로자들인 원고들에 대한 일반적인 작업배치권과 변경결정권을 가지고 있었고, 그 정규직 근로자와 마찬가지로 원고들이 수행할 작업량과 작업방법, 작업순서 등을 결정하였다. 피고는 원고들을 직접 지휘하거나 또는 사내협력업체 소속 현장관리인 등을 통하여 원고들에게 구체적인 작업지시를 하였는데, 이는 원고들의 잘못된 업무수행이 발견되어 그 수정을 요하는 경우에도 동일한 방식의 작업지시가 이루어졌다. 원고들이 수행하는 업무의 특성 등을 고려하면, 사내협력업체의 현장관리인 등이 원고들에게 구체적인 지휘 명령권을 행사하였다 하더라도, 이는 도급인이 결정한 사항을 전달한 것에 불과하거나 그러한 지휘·명령이 도급인 등에 의해 통제되어 있는 것에 불과하였다.

3) 계약당사자의 적격성 : 사내협력업체 소속 근로자의 담당업무는 동일 작업을 반복하는 것으로서 수급인의 전문적인 기술이나 근로자의 숙련도가 요구되지 않고, 피고가 요구하는 업무를 수행함에 있어 사내협력업체의 고유기술이나 자본 등이 업무에 투입된 바는 없다. 원고들은 피고 소유의 생산관련 시설 및 부품, 소모품 등을 사용하여 피고가 미리 작성하여 교부한 것으로 근로자들에게 부품의 식별방법과 작업방식 등을 지시하는 각종 조립작업지시표 등에 의하여 단순, 반복적인 업무를 수행하였다. 그리고 사내협력업체에는 고유하고 특유한 도급업무가 별도로 있는 것이 아니라 피고의 필요에 따라 도급업무가 구체적으로 결정되었고, 특히 피고의 '사내

협력업체'라는 표준에 따라 구조조정이 이루어졌으며, 그 경우에는 다른 사내협력업체가 하던 업무를 그대로 이어받기까지 하였다."

다. 두 판례의 혼합

최근 하급심 판결 중에는 위의 두 판례를 혼합한 것들도 있다. 수원지방법원평택지원 2016. 12. 21. 선고 2014가합4417 판결이 그러한데, 판단방식은 아래와 같다. (밑줄은 필자)

“파견근로자보호법 제2조 제1호에 의하면, 근로자파견이란 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것을 말한다.

원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견근로자보호법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지, 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등의 요소를 바탕으로 그 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다(대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결 등 참조).

그리고 그 구체적인 기준에 관하여 하급심판례는 대체로 다음과 같이 설시하여 왔다(서울고등법원 2010. 10. 1. 선고 2009나117975 판결, 서울고등법원 2010. 11. 12. 선고 2007나56977 판결 등 참조). 1) 계약의 목적 : 구체적인 일의 완성에 대한 합의 존재 여부(계약 목적이 명확한지 여부, 계약

목적에 대한 시간적 기한이 명확히 정해져 있는지 여부), 일의 완성 후 인도와 수령의 필요 여부, 일의 완성 이전까지 대가 청구를 할 수 있는지 여부(파견의 경우는 객관적인 일의 진척 정도와 관계없이 업무시간의 양에 따라 대가 지급청구 가능), 일의 불완전한 이행이나 결과물의 하자가 있을 경우에 이에 따른 담보책임을 부담하는지 여부(파견사업주는 인력조직이나 선발에 과실이 있는 경우에만 책임 부담) 2) 업무수행의 과정: 수급인이 작업현장에서 근로자에 대한 구체적인 지휘·감독과 이에 수반하는 노무관리(출근 여부에 관한 감독, 휴가와 휴계에 관한 관리·감독, 근로자에 대한 교육 및 훈련에 대한 부담)를 직접 행하는지 여부, 수급인의 업무수행 과정이 도급인의 업무수행 과정에 연동되고 종속되는지 여부, 즉 업무영역에 따른 조직적 구별이 있는지, 아니면 직영근로자와 부분적인 업무의 공동수행을 하는지, 계약대상이 되는 일 이외의 사항에 노무제공을 하는지 여부 3) 계약당사자의 적격성: 도급계약의 목적이 된 일을 할 수 있는 능력(전문적 기술능력, 고도의 전문인력 보유, 작업복이나 기타 보호복 제공, 노무작업 재료의 공급, 독립된 사업시설 보유)을 보유하고 있는지 여부, 전문화된 영역으로 특화가 가능한지 여부”

위의 수원지방법원평택지원 2016. 12. 21. 선고 2014가합4417 판결은 파견 판단의 기본 법리는 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결을 참조한 반면에 구체적 기준은 위의 2012년 대법원 판결이 수긍했던 서울고등법원 2010. 10. 1. 선고 2009나117975 판결, 서울고등법원 2010. 11. 12. 선고 2007나56977 판결¹⁸⁰⁾ 등을 참조했다.

라. 정리와 평가

파견과 도급의 구별 기준에 관해 실시하고 있는 판례는 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결과 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결이다.

두 판결 모두 실질판단을 원칙으로 하며, 이는 정당하다. 실질판단은 노동법에서는 아주 익숙하여, 근로자성이나 사용자성을 판단할 때 혹은

180) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결의 원심.

기간의 정함이 진정한지 등을 판단할 때도 사용된다. 실질판단의 원칙은 특히 두 가지 측면에서 적절하다. 하나는 계약교섭력의 상시적인 능력의 차이 때문이다. 즉 경제적이든 사회적이든 힘에 상당한 지속적 차이가 있게 되면 우월적 당사자는 계약의 형식을 실질과 다르게 만들 능력이 있게 된다. 다른 하나는 노동법의 강행성에 따른 사용자의 동기 때문이다. 노동법상 대부분의 규정은 강행규정이고 대체로 그 이행의 의무와 책임을 사용자가 진다. 만약 해당 계약과 노무 제공의 내용은 비슷하지만 법적 책임에서 차이가 큰 계약 형식이 있다면 사용자로서는 후자를 택하고 싶은 강한 유혹을 받게 된다. 노동관계에서는 이 둘이 결합하여 강행법 적용을 회피하기 위한 목적의 오분류, 오규정 등이 흔히 발견되며, 법은 이를 교정하기 위해 계약의 형식을 그 실질에 맞도록 강제한다.

또한 2012년 판결이 살피는 세 가지 측면들, 곧 계약의 목적, 업무수행의 과정, 계약당사자의 적격성은 2015 판결의 요소들과 상당 부분 겹친다. 계약의 목적은 2015년 판결 기준의 ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위가 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그러한 업무에 전문성·기술성이 있는지와, 업무수행의 과정은 2015년 판결 기준의 ① 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, ② 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지 및 ③ 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지와, 그리고 계약당사자의 적격성은 2015년 판결 기준의 ⑤ 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등과 내용적으로 대동소이하다.

그러나 양자는 무엇에 중점을 두어 파견과 도급을 구별할 것인가라는 관점의 측면에서는 상당히 다르다. 2012년 판결이 “도급으로 볼 수 있는가?”라는 관점에서 판단한 것인 반면, 2015년 판결은 “파견의 요소가 강한지 아니면 도급의 요소가 강한지?”라는 관점에서 판단한 것이다. 2015

년 판결의 서술 순서에서 보면 파견에서 출발하고 있어, 상대적으로 파견으로 볼 것인지에 관해 강조점이 있다고 할 수 있다. 파견과 도급의 구별에서 어느 관점에서 시작할 것인가가 매우 중요하다는 지적도 있다.¹⁸¹⁾ 다만 두 개의 대법원 판결 모두 종합적 고려라는 판단 방식에서는 동일한 입장을 취하고 있어, 출발에서 강조점의 차이가 실제 사건에서 결론의 차이로 이어질지는 의문이다.

한편, 2012년 대법원 판결과 2015년 대법원 판결의 공통적인 문제점은 다음과 같다.

먼저 판례가 제시하는 기준은 파견과 도급만을 구별하는 것은 아니며, 일부 기준은 묵시적 근로관계 또는 직접고용관계로 이어질 수 있는 것이다. 예를 들어 하청업체가 2012년 대법원 판결이 들고 있는 ‘계약당사자의 적격성’이라는 기준이나 2015년 대법원 판결이 들고 있는 ⑤의 기준, 즉 “원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지”를 충족하지 못한다고 했을 때, 당사자들 사이의 관계는 파견관계가 아니라 원청과 하청근로자 사이의 직접고용관계라고 볼 수도 있기 때문이다. 불법파견을 인정했던 2010년 현대자동차 판결에 대한 몇몇 연구자의 비판도 이 부분을 지적한 것이었다.

둘째, 판례는 도급상 지시권과 파견상 지휘명령권의 구별이 어려운 경우 어떻게 대처할 것인가에 침묵한다. 이론상으로는 양자의 구별이 어려우면 파견상 지휘명령으로 추정하는 것이 타당하다. 파견과 도급의 구별이란 노동법상 규제 대상이 되는 파견의 범위를 정하는 것으로, 궁극적으로는 입법자가 그러한 개념을 만든 목적에 부합하도록 그 범주와 대상을

181) 권영환 변호사(2011)는 「‘파견과 도급의 구별’이라는 틀의 재검토」, 『노동법연구』 30, 서울대 노동법연구회, p.301 이하에서 “파견과 도급을 구별하고자 할 때, 크게 나누어 세 가지 방법을 채택할 수 있다. 첫째는 파견에 해당하는지 여부를 적극적으로 심사하는 것이며, 둘째는 파견과 도급의 표지를 들어 어느 쪽이 우세한지를 절충적으로 심사하는 것이고, 셋째는 도급에 해당하는지 여부를 소극적으로 심사함으로써 위장도급을 판단하는 것”이라고 하면서, “세 가지 심사방법은 파견 개념의 탄력성으로 인해, 결과적으로 세 가지 구별기준선의 이동을 가져오게 된다. 파견에 대한 적극적 심사는 협의의 파견에 대한 적극적 심사를 하게 되고 그에 따라 구별기준선은 불법파견과 협의의 파견의 경계에서 확정된다. 절충적 심사는 도급과 협의의 파견의 중간지점에서 구별기준선이 설정되며, 도급에 대한 소극적 심사는 광의의 파견과 도급의 경계에서 구별기준선이 확정된다.”고 주장한다.

확정하는 작업이기 때문이다.

셋째, 지휘명령권 혹은 지배권에 관해 판례, 특히 2015년 판례는 두 가지 파견판단 기준, 즉 ‘① 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지,’ 그리고 ‘③ ‘원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지’를 통해서 간접적인(‘직·간접적으로’) 지시까지는 인정하지만 해당 지시의 현실성과 구속성(‘그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시’)을 요구한다. 더구나 그 정도는 상당할 것(‘상당한 지휘·명령을 하는지’)을 요구하고, 나아가 ‘구속력 있는 지휘명령’, ‘구체적인 업무수행 방식 등에 관한 결정권한’ 등의 언급을 통해 지휘명령의 구속성과 구체적 결정권한까지 요구하며, 주된 대상은 업무수행 및 인사(징계)이다. 그런데 파견관계와 같은 간접고용이 확대되고 그에 대한 관리기법이 발전하고 있는 현실을 고려하면, 미국의 2015년 브라우닝페리스 결정에서와 같이 지배(control)의 다양한 측면과 방식을 모두 고려해야 할 것이다. 즉 직접적인 지배는 물론이고 타인 등을 통한 간접적 지배도 고려해야 하며, 현실적이고 즉각적인 지휘감독뿐만 아니라 계약서상 유보된 권한이나 의무까지 함께 고려해야 하며, 부분적이고 관례적인 것이라고 하여 전체적인 지배의 모습을 파악할 때 함부로 배척해서는 안 될 것이다.

넷째, 종합적 판단에 관해 판례는 주로 양면적 관계, 즉 원청과 하청근로자의 관계 또는 하청과 하청근로자의 관계를 특정해서 지휘감독의 실태 등을 살핀다. 그에 비해 위의 브라우닝페리스 결정은 삼면 관계를 통합하는 관찰, 즉 계약과 조직 체계 등을 통해 연결되는 원청과 하청 및 하청근로자 사이의 삼면 관계에서 이루어지는 업무 수행과 지휘감독의 모습을 전체적으로 조감한다. 기실 근로계약 외에 사업적 계약이 개재됨으로써 근로자의 근로 제공에 셋 이상의 법적 주체가 등장하는 간접고용에서는 해당 근로자의 업무 수행의 횡단적 측면만이 아니라 그것의 종단적 측면, 즉 해당 업무가 기획되고 지시되고 전달되고 수행되고 피드백되고 완성되는 과정을 모두 고려하여야 한다.

다섯째, 집단관찰방식의 필요성이다. 지휘감독 혹은 지배가 개별적으로 행사되는 일은 극히 드물며 거의 대부분은 집단적으로 행사된다. 예를 들어 100명의 근로자들이 동일 작업에 종사하고 있는데, 그 중 한 명의 근로자에게 특별한 지시를 하거나 불이익을 주었다고 가정해보자. 이 경우에 지시나 불이익을 받은 근로자 한 명에게만 지배력을 행사하였고, 나머지 99명에게는 그렇지 않았다고 주장할 수 있을까? 지배는 지휘명령이나 징계 등이 현실적이고 직접적으로 행사되는 대상뿐만 아니라 다른 근로자들에게 동일하게 미치며, 일반적으로 원청의 관리자들은 그럴 목적으로 일부의 하청근로자에게만 영향력을 행사한다. 기실 대부분의 사내하청 관계에서는 원청이 하청근로자에게 직접적으로 지시를 할 이유가 없다. 하청업체 사장에게 압력을 가하면 그를 통해서 자신의 지배를 관철시킬 수 있기 때문이다. 요컨대 집단관찰방식이 지배의 존재 여부를 가리는 원칙적인 기준이다. 만약 어떤 근로자가 이러한 지배 방식에서 벗어나 있었고 그래서 지배가 없었다고 주장하려면 개별적으로 이를 입증해야 한다. 집단적이고 조직적인 노동에서 개별적으로 지휘권의 존재를 입증해야 하는 것은 근로자가 아니라 사용자이다.

3. 행정지침의 개선

명문의 행정지침은 파견과 도급의 구별 기준을 정한 ‘근로자파견의 판단기준에 관한 지침’(2007. 6; 이하 ‘파견판단지침’이라 함)과 그것을 실제 사례에 적용하는 구체적인 방법을 정한 「‘근로자파견의 판단 기준에 관한 지침’ 관련 사업장 점검 요령」(2007. 6; 이하 ‘파견관련 사업장점검요령’이라 함)이 있다.

가. 파견판단지침의 구성 및 판단의 체계

‘파견판단지침’은 목적,¹⁸²⁾ 구성 주체,¹⁸³⁾ 판단의 체계, 판단의 기준으

182) 이 지침은 “(파견법에) 위반한 고용형태를 효과적으로 단속함으로써 근로자파견제도의 적정한 운영을 기하기 위하여, 법 제2조 제1호의 규정에 의한 ‘근로자파견’과

로 구성되어 있다. 이 중에서 중요한 것은 판단의 기준과 체계이다.

판단의 체계는 판단의 순서와 방법에 관한 것이다. ‘파견판단지침’에 따르면, 판단 순서는 【1) 근로자파견에 해당하는지의 여부는 근로자와 고용 계약을 체결한 파견사업주, 수급인, 수입인 등(이하 ‘파견사업주 등’이라 한다)에 대하여 사업주로서의 실체를 인정할 수 있는지를 먼저 판단한다. 2) 파견사업주 등이 사업주로서의 실체가 인정되지 않는 경우에는 당해 근로자를 고용하지 않고 사용하는 사용사업주, 도급인, 위임인 등(이하 ‘사용사업주 등’이라 한다)이 당해 근로자를 직접고용한 것으로 추정하여 노동관계법 위반 여부를 판단한다. 3) 파견사업주 등이 사업주로서의 실체가 인정되는 경우에는 당해 근로자가 사용사업주 등의 지휘·명령을 받는지 여부를 조사하여 당해 고용관계가 ‘근로자파견’에 해당하는지를 판단한다.】

판단 방법은 종합적 판단이다. 즉 ‘근로자파견’에 해당하는지의 여부는 사업주로서의 실체 판단에 관한 기준을 종합적으로 고려하여 판단하는 것이다.

나. 판단의 기준

판단의 기준은 고용관계와 사용관계의 존재를 확인하기 위한 것이다.

하나는 고용관계의 존부, 곧 ‘파견사업주 등에 대한 사업주로서의 실체 판단’이다. 곧 “사용사업주 등과 파견사업주 등 사이에 체결된 계약의 명칭·형식 등에도 불구하고, 파견사업주 등에게 다음 각호의 권한이나 책임이 존재하지 않는 경우에는 파견사업주 등의 실체가 인정되기 어려우므로, 법 제2조 제1호의 근로자파견의 정의 중에서 “파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지”하는 것으로 보지 아니한다. 다만, 4),

근로자파견이 아닌 것을 구분함에 있어 그 판단의 기준을 정하는 것을 목적으로 한다.”

- 183) 구성 주체란 근로자파견에 관여하는 세 주체를 말한다. 파견판단지침에 따르면, “근로자파견은 근로자파견사업을 행하는 자인 ‘파견사업주’와 근로자파견계약에 의하여 파견근로자를 사용하는 ‘사용사업주’ 및 파견사업주가 고용한 근로자로서 근로자파견의 대상이 되는 ‘파견근로자’라는 삼자 관계로 구성이 된다.”

5)는 단순히 육체적인 노동력을 제공하는 경우에는 적용되지 아니한다.”

- 1) 채용·해고 등의 결정권¹⁸⁴⁾
- 2) 소요자금 조달 및 지급에 대한 책임¹⁸⁵⁾
- 3) 법령상 사업주로서의 책임¹⁸⁶⁾
- 4) 기계, 설비, 기자재의 자기 책임과 부담¹⁸⁷⁾
- 5) 전문적 기술·경험과 관련된 기획 책임과 권한¹⁸⁸⁾

다른 하나는 사용관계의 존부, 곧 사용사업주 등의 지휘·명령에 대한 판단이다. 지침에 따르면, “사용사업주 등과 파견사업주 등 사이에 체결된 계약의 명칭·형식 등에도 불구하고, 사용사업주 등이 당해 근로자에 대하여 다음 각 호의 권한을 행사하는 경우에는 법 제2조 제1호의 근로자 파견의 정의 중에서 ‘파견사업주가 … 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것’으로 판단한다.”

- 1) 작업배치·변경 결정권¹⁸⁹⁾
- 2) 업무 지시·감독권¹⁹⁰⁾

184) 채용 면접표, 취업규칙, 근로계약서, 신규 채용자 안전교육, 기타 해고관련 서류 등을 확인.

185) 사무실 임대차 계약서, 사업체 설립비용 부담 여부, 주식회사의 경우 주금 납입 경위 및 주식 소유비율, 기성금 및 수당 지급방법 등을 확인.

186) 4대 보험 가입 증명서, 주민세 및 사업소세 등 각종 세금관련 자료, 근로소득 원천징수 관련 자료, 사용사업주 등과 파견사업주 등 사이에 체결된 계약서, 임원 간순환근무 여부, 기타 단체교섭 관련 서류 등을 확인.

187) 사용사업주 등이 지급하는 기계나 설비, 기자재의 내역과 유·무상 여부를 확인하고, 무상으로 제공할 경우 그 필요성 및 정당성을 확인.

188) 기획관련 작성서류, 사용사업주 등과 파견사업주 등 사이에 체결된 계약서 및 동계약이 단순 노무제공인지 여부, 사업계획서, 파견사업주 등의 업무 수행능력 및 소속 근로자 자격증 유무 등을 확인.

189) 작업계획서, 인력배치 계획서, 관련 회의자료, 기타 작업배치 관련 서류 및 관행 등을 확인.

190) 일일 작업지시서, 안전교육 일지, 조회 개최 여부, 업무관련 지시 전달 방법 등을 확인. 특히 직접고용한 근로자와 혼재하여 같거나 유사한 업무에 종사토록 하는 경우에는 업무 지시·감독권 행사 여부를 보다 신중히 검토. 계약서상 업무의 목적이거나 내용이 지나치게 추상적이어서 사용사업주 등의 지시를 통해 비로소 구체화되는 불확정한 상태에 놓여 있거나 또는 업무 전반을 망라하는 것으로 되어 있어 특정 업무에 한정되지 않는 경우에는 업무 지시·감독권이 인정될 수 있음에 유의.

- 3) 휴가, 병가 등의 근태 관리권 및 징계권¹⁹¹⁾
- 4) 업무수행에 대한 평가권¹⁹²⁾
- 5) 연장·휴일·야간근로 등의 근로시간 결정권(다만, 작업의 특성상 일치시켜야 하는 경우에는 제외한다)¹⁹³⁾

다. 현행 지침의 문제점과 개선방향

제일 큰 문제점은 행정지침의 판례화이다. 즉 행정지침이 판례처럼 불법파견의 최종적 판단을 위한 기준을 가지고 있을 뿐이다. 정작 행정부의 가장 중요한 임무인 적법 또는 합법의 행위를 유도, 촉진, 장려하기 위한 지침은 가지고 있지 않다. 파견과 도급의 구별에 관한 지침만 있지, 정작 합법적 도급 사용을 위한 지침이나 안내는 없다. 종래 유행처럼 번진 판례의 행정지침화의 가장 나쁜 결과라고 생각된다.

둘째, 현행 파견판단지침은 불법파견에 해당하는 경우와 그렇지 않은 경우만을 상징하고 파견적 요소와 도급적 요소가 혼재하고 있는 경우의 지도 방안은 명시되어 있지 않다. 불법파견 여부가 문제되는 대부분의 사업장이 파견의 모습과 도급의 모습이 섞여 있다. 행정부의 근로감독은 사법부의 판결처럼 위법에 대한 법적 책임을 묻기도 해야 하지만, 다른 한편 판결과 달리 위법의 위험을 사전에 배제시키기도 해야 한다. 기실 현실에서는 후자의 필요성이 큰 사례들, 즉 불법파견이라고 단정하기는 어렵지만 불법파견적 요소가 상당한 사례들이 더 많을 것이다. 이런 경우에는 합법도급으로 운영되기 위해 적절한 지도를 하여야 한다. 참고로 일본의 경우¹⁹⁴⁾ 파견과 도급의 구별을 위한 노력과 함께 도급사업의 합법적 운영을 위한 행정적 활동도 경주하고 있다. 파견과 도급의 구별을 위한 기준은 노동성 고시 제37호(1986. 4. 17. 정식 명칭은 労働者派遣事業と請

191) 휴가, 결근, 조퇴, 외출, 지각원, 출근부, 기타 징계관련 서류 등을 확인.

192) 업무수행 및 실적에 대한 평가서, 파견사업주 등의 직원이 현장에서 감독·평가하는지 여부, 잘못된 업무수행이 발견될 경우에 있어서의 조치 관행 등을 확인.

193) 연·월차 유급휴가 사용내역, 일일 근무현황, 기타 근로시간 관련 서류 등을 확인.

194) 박은정(2011), 「일본에서의 위장도급문제에 관한 논의에 대한 검토」, 『법학논집』 15(4), 이화여대 법학연구소, pp.195~199 참조.

負により行われる事業との區分に關する基準)이고, 주요 내용은 아래의 표와 같다.¹⁹⁵⁾

〈노동성 고시 제37호의 주요 내용〉

요건	구체적 내용
1. 노무관리의 독립성	스스로 고용한 근로자의 근로를 직접 이용하고 있을 것.
(1) 노무관리상의 독립성	a. 직접 스스로 업무의 수행방법에 대한 지시 등을 할 것. b. 직접 스스로 업무수행의 평가 등을 할 것.
(2) 노동시간관리상의 독립성	a. 시·종업시간, 휴게, 휴일, 휴가 등의 지시·관리를 스스로 할 것. b. 시간외·휴일근로의 명령 등을 스스로 하고 관리할 것.
(3) 질서의 유지, 확보, 인사관리상의 독립성	a. 스스로의 복무규율을 설정·지시·관리할 것(비밀유지의무의 책임도 포함). b. 스스로 근로자의 배치·근무표 등의 결정·변경을 할 것.
2. 사업경영상의 독립성	자신의 사업으로서의 독립처리가 행해지고 있을 것.
(1) 경리상의 독립성	자기책임에 의한 자금의 조달·지급변제를 할 것.
(2) 법률상의 독립성	민법·상법, 기타 법률상의 사업주책임 수행이 이루어지고 있을 것.
(3) 업무상의 독립성 (a, b 각 경우에 해당할 것)	a. 기계·설비, 기계, 재료 등의 자기조달 등에 따라 업무가 행해지고 있을 것(주문자 측의 기계·설비 등을 무상으로 사용하지 않고, 적어도 임대차계약 등에 따라 비용을 부담하고 있을 것). b. 전문적인 기획·기술·경험으로 자신의 독립된 업무수행이 이루어지고 있을 것(단지 육체적 노동의 제공이 아닐 것).

한편, 후생노동성은 고시 제37호 외에도 ‘도급의 적정화를 위한 자주점검표’나 관련 질의응답집을 제작·배포하는 등 위장도급을 근절하기 위한 행정적 노력을 계속하고 있다.

셋째, 지침상 파견과 도급의 구별은 판례의 변화를 적절히 반영하고 있지 못하다. 2007년 지침이 마련된 후 사내하청 혹은 불법파견에 관한 다

195) 이 기준을 구체화한 1999년 ‘근로자파견사업관계 업무취급요강’(勞働者派遣事業關係業務取扱要領(平11.11.17 女發第325号, 職發第814号通達. 최종개정 平17.5.18 職發0518001号通達))이 나와 있다(박은정, 위의 글, p.198에서 재인용).

수의 판결들이 나왔고 2012년 이후에는 파견과 도급의 구별에 관한 기준을 직접 실시한 판결들도 많다. 2007년 지침은 이러한 판례에 나타난 기준에 맞추어 개정할 필요가 있다.

넷째, 파견과 도급의 구별 및 현행법에는 고용사업주(파견사업주)에게 사업주로서의 실체가 없는 경우를 대비한 규정이 없다. 사내하청관계를 단속한 결과 불법파견이 아니면 무혐의로 종료하게 되어 있다. 그런데 불법파견보다 좀 더 심한 상황, 즉 하청근로자를 고용한 하청업체에 사업주로서 실체가 없는 경우에는 정작 단속할 근거가 마땅치 않다.

다섯째, 불법파견으로 판정된 경우 실질상 파견사업주(도급계약상 수급인)에 대한 감독 내용이 보이지 않는다.

이런 문제점들을 해결하기 위해서는 다음과 같은 개선이 필요할 것이다.

첫째, 파견판단지침 외에 도급사업의 합법적이고 적정한 운영을 위한 지침을 함께 마련한다.

둘째, 파견에 해당함이 명백한 경우와 도급에 해당함이 명백한 경우가 아니라 파견과 도급의 요소들이 혼재되어 있는 경우의 처리 방법을 마련한다.

셋째, 파견판단지침을 현행 판례, 특히 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다 106436 판결에 맞게 수정, 보완하여야 한다.

넷째, 근로자를 형식상 고용하고 있는 원고용주에게 사업주로서의 실체와 독립성이 없는 경우에도 단속의 실효성을 높일 수 있는 방법들을 보완한다.

다섯째, 단속 결과 하청업체에 사업주로서의 실체가 없거나 혹은 실질적으로 파견사업주에 불과한 경우, 하청업체를 적절하게 지도, 단속할 사항들을 보완한다.

4. 입법안

가. 입법안의 종류와 장단점

입법안은 크게 종합적 고려 방식과 추정 방식 및 간주 방식으로 구분

할 수 있다.

종합적 고려 방식은 “다음의 각호의 요소들을 종합적으로 고려하여 결정한다.”라는 식으로 규정하는 것이다. 현행 행정지침인 ‘과건판단지침’과 판례의 입장이 종합적 고려 방식이다. 2015년 정부가 추진하였던 과건법 개정법률안도 종합적 고려 방식이긴 하였으나, 도급친화적인 내용이었다.

추정 방식이란 “다음 각 호의 요소들을 갖추면 과건(또는 도급)으로 추정한다.” 또는 “다음 각 호의 요소 중 하나에 해당하면 과건(또는 도급)으로 추정한다.”라는 방식으로 규정하는 것이다. 추정 방식과 규정 형식은 비슷하나 법 효과의 강도 혹은 정도가 센 것이 간주 방식이다. “다음 각 호의 요소들을 갖추면 과건(또는 도급)으로 본다.” 또는 “다음 각 호의 요소 중 하나에 해당하면 과건(또는 도급)으로 본다.”라는 방식으로 규정하는 것이다. 법의 효과가 추정이 아니라 간주인 것이다. 추정 방식이든 간주 방식에서는 적극적 요소들을 열거하는 포지티브(positive) 방식과 결격 요소들을 열거하는 네거티브(negative) 방식이 가능하다. 오스트리아 근로자과건법이 대표적으로 추정 방식의 입법이며, 입법화에는 실패하였지만 독일 정부가 마련했던 입법안도 추정 방식이었다. 우리나라에서는 노동계가 ‘근로자공급 간주’ 방식을 주장한다.

종합적 고려 방식은 종래 판례에서 사용하던 방법이기 때문에 기존 판례가 명확할 경우 비교적 입법화가 용이하며 노사의 이견이나 갈등도 최소화할 수 있는 장점이 있다. 반면에 판례의 입장이 통일되어 있지 않을 경우에는 입법화가 기술적으로 어려울 뿐더러 입법 과정에서 고려하는 요소들을 두고 이견이 클 수 있으며, 입법 후 법의 적용에서 모호성과 불안정성 역시 클 수밖에 없다는 점 등은 단점이다. 추정 방식이나 간주 방식은 입법 후 법의 적용에서 명확성과 안정성이 상대적으로 크다는 것이 장점이다. 그에 비해 어떤 쪽으로의 추정 또는 간주인가와 열거하는 요소는 무엇인가 등에 관해 이견과 갈등이 클 수 있다는 것이 중요한 단점이다.

나. 입법화의 현실적 여건

과건과 도급의 구별 기준을 법령으로 가지고 있는 국가는 많지 않다.

독일처럼 입법화에 실패한 예도 종종 있다. 그만큼 입법화가 용이하지 않은 주제이다. 어떤 방식으로 규정하는가에 따라 노사의 유리와 불리가 커서 사회적 합의가 쉽지 않기 때문이다. 우리나라에서 파견과 도급의 구별 기준을 입법화하려는 시도는 지난 2015년에 있었으나, 기준의 허술함과 편향성으로 인해 막상 입법화에 성공하지는 못했다.

이번 정부 들어서도 파견과 도급의 구별 기준을 법제화하자는 의견이 종종 들리고 있다. 그러나 현재 우리나라의 상황은 입법화를 위한 조건이 충분히 갖추어져 있지 않다. 통일된 판례도 없다. 가장 체계화되어 대다수 실무에서 원용되는 2015년 대법원 판결도 아직 완성된 것으로 보기에 무리가 있다. 노사 사이는 물론 학설 사이의 이견도 크다.

이하에서는 이런 상황을 고려하여, 나와 있는 외국의 입법례와 국내의 입법안을 소개한 후 바람직한 입법안의 방향을 제시하고자 한다.

다. 외국의 예

1) 오스트리아 근로자파견법¹⁹⁶⁾

오스트리아의 근로자파견법(최근개정일: 2011년 5월 1일)은 근로자파견이 아니라 인력파견을 대상으로 한다. 즉 파견법 제3조에 따르면 인력파견은 “근로제공을 위해 제3자에게 인력을 공급하는 것”을 말하는데, 여기에는 근로자 이외에 근로자와 유사한 자도 포함된다.¹⁹⁷⁾

오스트리아 파견법 제4조 제1항은 “근로자파견에 해당하는지 여부의 판단에 있어서는, 사실관계의 외관적 형태가 아닌 실제 경제적 내용이 결정적 판단기준이 된다.”고 하면서, 제2항에서는 인력파견과 도급의 판단 기준을 제시하고 있다. 이러한 요건에 해당하는 경우에는 형식상 ‘도급계약’의 이행을 위해 제공된 근로를 실질적으로는 인력파견과 동일하게 취급한다. 파견법 제4조의 내용은 다음과 같다.

196) 김기선(2011), 「근로자파견과 도급의 판단」, 『노동법연구』 31, 서울대노동법연구회, p.51 이하.

197) 제3조 제4항에 따르면, “파견인력은 근로자와 근로자 유사한 자를 말한다. 근로자 유사한 자란, 근로관계에 있지 않으나 특정한 자의 위임을 받아 그의 계산으로 노무를 제공하고 경제적으로 종속된 자를 말한다.”

제4조 (판단기준) (1) 근로자파견에 해당하는지 여부의 판단에 있어서는, 사실관계의 외관적 형태가 아닌 실제 경제적 내용이 결정적 판단기준이 된다.

(2) 특히 근로자파견은 파견된 인력이 도급인의 사업 내에서 도급계약의 이행을 위해 근로를 제공하고 있지만 다음 각 호에 해당하는 경우에 존재한다.

1. 도급인의 생산품, 서비스 또는 중간생산물과 다르지 않고 구별되지도 않으며 수급인에게 귀속될 수 없는 일을 완성하거나 그 완성에 협력하고 있는 경우,
2. 근로가 주로 수급인의 원료와 작업도구에 의해 수행되지 않는 경우,
3. 도급인의 사업 내에 조직상 편입되었으며 도급인 감독자의 지시하에 있는 경우, 또는
4. 수급인이 일의 결과에 대하여 책임을 부담하지 않는 경우.

도급과 인력파견의 구별과 관련하여 법률에 규정된 사유 중 하나만 있는 경우에도 인력파견을 인정할 것인지가 문제되었다. 대부분의 판례는 네 가지 법정 중 하나만 충족되어도 인력파견에 해당한다고 판시하였다고 한다.¹⁹⁸⁾

2) 독일의 근로자파견법 개정법률안¹⁹⁹⁾

지금까지 독일의 근로자파견법에도 파견과 도급을 구별하는 기준이 명시된 예는 없다. 1972년 근로자파견법 제정 당시 연방의회의 노동·사회위원회 보고서에서는 파견과 도급의 구별은 법률로 명시하기보다는 연방노동청 고시에 의해 해결되어야 하고, 행정청은 위장도급에 의한 파견허가 의무의 회피를 중점적으로 감독해야 하며, 이를 위해 연방정부는 2년마다 근로자파견의 실태에 관해 연방의회에 보고해야 한다고 하였다.²⁰⁰⁾

198) 예컨대 VwGH v. 4. 9. 2006, 2005/09/0068. 그러나 이러한 태도가 반드시 일관된 것은 아니다. 예컨대 제반사정을 전반적으로 고려해야 한다는 판결로 VwGH v. 18. 12. 2006, 2005/09/0142.

199) 김기선, 앞의 글, p.59 이하 참조.

200) BT-Drucksache VI/3505, S. 2. 이에 관해서는 김기선(2010), 「독일 내 파견근로의 실태와 최근의 논의」, 『노동법연구』 29, 서울대 노동법연구회, p.177 이하 참조.

이후 연방노동청의 고시가 만들어지지 않아 파견과 도급의 구별을 둘러싼 분쟁과 법적 불안정성이 계속되자, 독일정부는 구별기준을 법률로 정하는 방안을 고려한 적이 있다. 1975년 연방노동부는 근로자파견법 개정법률안에서 근로자파견법에 대한 회피가 있음을 보여주는 전형적인 경우를 근로자파견으로 추정하는 규정을 마련하였다. 그 내용은 아래와 같다.

“사용자의 행위가 주로 다른 사업으로 근로자를 파견하는 데 제한되거나, 사용자가 근로자를 다른 사용자의 사업에 파견하고 근로자가 다음 각 호에 해당하는 경우에는 영리를 목적으로 한 근로자파견이 있는 것으로 추정한다.

1. 다른 사용자의 지시에 따라 근로를 제공하거나,
2. 다른 사용자의 근로자와 동일한 업무를 제공하거나,
3. 다른 사용자의 원료 및 작업도구에 의해 주로 업무를 수행하거나,
4. 파견한 사용자가 일의 결과에 대해 책임을 부담하지 않고 근로를 제공하거나, 또는
5. 파견한 사용자에게 대해 시간에 기초한 보수가 지급되는 업무를 수행하는 경우.”

이 법안에 대해서는 주 정부들, 사회보험기관 및 노동계에서는 동의를 한 반면, 경영계가 반대를 함으로써 결국 입법화되지는 못하였다. 그 이후에도 파견과 도급의 구별을 위한 상세한 기준을 입법화해야 한다는 주장은 많았지만 정작 연방정부는 이에 따르지 않고 있다.

라. 국내의 입법안

1) 종합적 고려 방식의 법안

2015년 정부와 새누리당이 제안한 파견법 개정법률안은 대표적인 종합적 고려 방식이다. 법안에서는 “도급 등의 계약에 따라 업무를 수행하는 경우라 하더라도 근로자파견사업을 행한 것으로 보는 기준을 명시함”이라고 제안 이유를 밝히면서, 파견과 도급의 구별 기준을 아래와 같이 규정하였다.

제2조의2(도급 등과의 구별) ① 도급 또는 위임 등(이하 “도급 등”이라 한다)의 계약에 따라 일을 완성하기 위한 업무를 수행하는 경우라 하더라도 근로자파견사업을 행한 것으로 보는 기준은 다음 각 호와 같다.

1. 도급 등을 한 자(이하 “도급인”이라 한다)가 도급 등의 계약에 따른 업무를 수행함에 있어 도급 등을 받은 자(이하 “수급인”이라 한다)가 고용한 근로자의 작업에 대한 배치 및 변경을 결정하는 경우
2. 도급인이 수급인의 근로자에 대하여 업무상 지휘·명령을 하여 업무를 수행하게 하는 경우
3. 도급인이 수급인의 근로자에 대한 근로시간·휴가 등의 관리 및 징계에 관한 권한을 행사하는 경우
4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지에 준하는 사유가 있는 경우로서 고용노동부장관이 정하는 경우

② 도급 등이 근로자파견사업에 해당하는지 여부는 제1항 각 호의 기준을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. 다만, 도급인이 수급인의 근로자에 대하여 근로조건 향상, 산업재해예방, 직업능력개발 등을 위한 지원을 실시하는 등 다음 각 호의 사항에 해당하는 경우에는 근로자파견의 징표로 보지 아니한다.

1. 도급인이 「산업안전보건법」 제29조에 따른 의무를 이행하기 위한 조치를 하는 경우
2. 도급인이 수급인의 근로자의 직업능력개발을 위하여 수급인에게 훈련비용, 장소, 교재 등을 지원하는 경우
3. 도급인이 수급인의 근로자의 고충처리를 위하여 지원하는 경우
4. 도급인이 경영성과에 따른 성과금을 수급인을 통하여 수급인의 근로자에게 분배하는 경우
5. 그 밖에 제1호부터 제4호까지에 준하는 사유가 있는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우

위 법안에 따르면 우선 네 가지 기준을 종합적으로 고려하여 파견인지 도급인지 구별하는 것이 원칙이다. 구체적으로는 “1. 도급인이 도급 등의 계약에 따른 업무를 수행함에 있어 수급인이 고용한 근로자의 작업에 대

한 배치 및 변경을 결정하는 경우, 2. 도급인이 수급인의 근로자에 대하여 업무상 지휘·명령을 하여 업무를 수행하게 하는 경우, 3. 도급인이 수급인의 근로자에 대한 근로시간·휴가 등의 관리 및 징계에 관한 권한을 행사하는 경우, 4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지에 준하는 사유가 있는 경우로서 고용노동부장관이 정하는 경우”를 종합적으로 고려하여 판단한다.

그러나 “도급인이 수급인의 근로자에 대하여 근로조건 향상, 산업재해 예방, 직업능력개발 등을 위한 지원을 실시하는 등” 다섯 가지의 사항에 해당하는 경우에는 근로자파견으로 보지 않도록 하였다. 즉 “1. 도급인이 「산업안전보건법」 제29조에 따른 의무를 이행하기 위한 조치를 하는 경우, 2. 도급인이 수급인의 근로자의 직업능력개발을 위하여 수급인에게 훈련비용, 장소, 교재 등을 지원하는 경우, 3. 도급인이 수급인의 근로자의 고충처리를 위하여 지원하는 경우, 4. 도급인이 경영성과에 따른 성과금을 수급인을 통하여 수급인의 근로자에게 분배하는 경우, 5. 그 밖에 제1호부터 제4호까지에 준하는 사유가 있는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우”가 그러하다.

요컨대 2015년 법안은 외견상으로는 파견과 도급의 구별 기준에 판례와 같이 종합적 고려 방식을 적용하는 형식을 취했으나, 실상은 기존 행정지침인 2007년 파견판단지침을 입법화하되 광범위한 사항을 파견으로 보는 징표에서 제외하도록 함으로써 결과적으로는 사내하청관계를 행정지침보다 더욱 도급관계로 판단하도록 한 것이었다. 기실 파견으로 보아서는 안 되는 기준이나 요건을 법률에서 정하는 입법례는 비교법적으로 예를 찾기 어렵다. 당시 학계에서는 일부 대기업의 불법파견형 사내하청을 합법적인 도급관계로 만들어주려는 시도가 아닌가 하는 의심이 많았다. 이 때문에 노동계는 지금도 이 법안에 대한 트라우마로 파견과 도급의 구별 기준의 법제화에 부정적인 의견이 강하다.

2) 간주 방식의 입법안

노동계가 선호하는 방식은 두 가지의 간주 방식 중 하나인 것 같다. 하나는 판단의 요소(또는 징표)를 열거하고 그 중 하나라도 충족하지 못하면 파견(또는 근로자공급)으로 본다는 것이고, 다른 하나는 판단의 요소

를 열거하고 그 중 하나라도 해당하면 파견(또는 근로자공급)으로 본다는 것이다.

노동계는 파견법을 폐지한 후 직업안정법으로 규율하자는 방안인데, 위의 두 가지 중에서 전자에 해당한다. 파견과 도급의 구별이 아니라 근로자공급과 도급의 구별로 보자고 하면서, 법 위반의 경우 추정보다 강력한 간주 방식을 택하자고 주장한다. 구체적인 내용은 아래와 같다.

○ 파견법 폐지 후 직업안정법에 규정함

○ 직업안정법: 제33조의 2(도급 등과의 구별) 신설

제33조의 2(도급 등과의 구별) ① 근로자를 타인에게 제공하여 사용시키는 자는 다음 각 호 모두에 해당하는 경우를 제외하고는 근로자공급사업을 행하는 자로 본다.

1. 노동력의 공급을 주된 목적으로 하는 것이 아닐 것

2. 다음 각목의 사항에 관하여 도급인의 사업과 독립적으로 스스로 결정하고 직접적으로 지시·관리하는 등 노동력을 스스로 직접 이용하는 경우

가. 업무수행방법, 업무수행결과 평가 등에 관한 사항

나. 휴게시간, 휴일, 휴가, 시업 및 종업시간, 연장근로 등에 관한 사항(근로시간 관련사항의 단순한 파악은 제외한다)

다. 배치결과와 그 변경 및 복무상 규율, 채용 및 해고, 인사이동과 징계에 관한 사항

라. 도급인과 구별되는 독자적 사업목적에 따른 작업조직 및 작업수행방식

3. 다음 각목을 모두 갖춘 경우로서 도급인 또는 위임인으로부터 독립하여 업무를 처리하는 경우

가. 소요자금을 전부 자기책임하에 조달·지급하는 경우

나. 민법, 상법, 기타 법률에 규정된 사업주로서의 모든 책임을 부담하고, 그 근로자에 대하여 법률에 규정된 사용자로서의 모든 의무를 다하는 경우

다. 자기 책임과 부담으로 제공하는 기계, 설비, 기재(업무상 필요한 간단한 공구는 제외) 또는 자재를 사용하거나, 스스로의 전문적인 기획과 기술에 따라 업무를 처리하는 경우로서 단순히 근로자의 노동력을 제공하는 것이 아닌 경우

라. 도급계약에 대한 보수가 수급인의 근로자의 수, 근로시간 등을 기초로 산정되는 것이 아닌 경우

② 제1항의 각호에 해당하더라도 그것이 법의 규정을 위반하는 것을 면하기 위하여 고의로 위장된 경우에는 근로자공급사업을 행한 것으로 본다.

마. 입법안의 방향

첫째, 입법의 형식은 추정 방식이 바람직하다. 기실 입법의 용이성 측면에서 본다면 노사나 입법부에서의 타협을 유도하기 쉬운 종합적 고려 방식이 장점이 있다. 즉 가장 쉽게 입법안을 만드는 방법은 판례를 입법화하는 것이다. 현재의 상태라면 2015년 대법원 판결이 밝힌 다섯 가지 요소를 종합적으로 고려하여 파견과 도급을 구별하라고 하는 것이다.²⁰¹⁾ 그러나 종합적 고려 방식은 개별 사건의 합목적적 해결을 위한 판례로서는 좋은 방법이겠으나, 법적 명확성과 안정성을 지향하는 입법 방식으로 최선의 것은 아니다. 간주 방식은 법적 명확성이라는 점에서는 장점이 있으나, 간접고용관계를 과도하게 단순화시킬 위험성이 있다. 독일의 법률안처럼 추정 방식을 택하는 것이 적절한 타협책이 될 수도 있을 것이다.

둘째, 직접근로관계 혹은 묵시적 근로관계가 인정되는 상황에 대해서도 명시할 필요가 있다. 앞서 판례나 행정해석의 검토에서 본 바와 같이, 파견과 도급의 구별은 근로자파견관계인지 도급관계인지에 더하여 직접고용관계까지 구분하는 것이기 때문이다. 직접고용관계가 인정될 때 임금과 근로조건은 어떻게 할 것인지, 그리고 원고용주인 하청업체의 책임은 어떻게 할 것인지 등에 대해서도 명시하는 것이 바람직하다.

셋째, 판단의 요소 또는 기준은 사업주로서의 실체에 관한 것, 사용자로서 기본적 권한과 책임의 이행에 관한 것, 노동과정의 지배에 관한 것 등 세 가지 측면을 모두 포함할 수 있어야 한다.

201) 법문화한다면 다음과 같다. “파견과 도급의 구별은 당사자 사이의 경제적 관계와 노무제공과정에서의 실태에 따라 다음 각 호의 사항을 종합적으로 고려하여 결정한다. ① 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지, ② 당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성되어 직접 공동작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입되었다고 볼 수 있는지, ③ 원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지, ④ 계약의 목적이 구체적으로 범위의 한정된 업무의 이행으로 확정되고 당해 근로자가 맡은 업무가 제3자 소속 근로자의 업무와 구별되며 그 업무에 전문성·기술성이 있는지, ⑤ 원고용주가 계약의 목적을 달성하기 위하여 필요한 독립적 기업조직이나 설비를 갖추고 있는지 등.”

제3절 노동관계에서 원청의 책임 강화

현행 계약책임주, 곧 계약상 사용자만이 책임을 지는 방식은 직접고용 시대의 산물로서 지금처럼 간접고용이 확산된 상황에 그대로 적용하기에는 한계가 있다. 하청근로자의 노동권을 실질적으로 보호하기 위해서는 능력 있는 원청도 사용자책임을 함께 지도록 해야 한다.

1. 간접고용과 사용자책임 원칙의 수정

현행 노동법은 계약책임주의를 원칙으로 한다. 즉 근로계약을 체결하고 근로자를 사용한 사용자가 노동법상 책임을 지도록 한다. 계약을 체결한 일방이 타방을 직접 사용하는 고용이 일반적이었던 시대, 곧 직접고용 시대에 만들어진 원칙으로 형식적 사용자에 대한 책임의 추궁은 형식과 실질의 일치 또는 통일에 정당성의 근거를 둔다. 간접고용이 확산된 지금도 이 원칙은 적용될 수 있을까?

간접고용은 고용, 곧 근로계약의 체결이라는 형식과 사용, 곧 지휘명령이라는 실질의 분리를 본질로 함으로써 형식적 사용자인 계약상 사용자에게만 노동법상 책임을 묻는 것의 정당성을 그 근거부터 흔든다. 간접고용의 시대라고 부를 만한 현대 사회에 계약책임주의를 고집하게 되면 노동법의 보호는 사라진다. 균열일터 현상은 계약책임주의의 한계와 위험성을 증명하고 있다. 대기업과 능력 있는 기업은 계약 책임주의를 이용하여 다른 법인격에 책임을 전가할 수 있는 반면, 노동법상 보호를 이행하고 위험을 제거할 능력이 없는 법인격과 계약을 체결한 근로자는 보호의 바깥, 위험의 중앙에 서게 된다.

능력책임주의란 해당 노무공급관계를 주도하고 그럼으로써 역으로 현재의 상황을 바꾸어 근로자 보호라는 노동법이 예정한 본래 목적을 달성할 수 있는 능력이 있는 자에게 책임을 지우자는 것이다. 능력책임주의는 간접고용관계에서 발생하는 노동법 회피와 보호의 실종이라는 새로운 위

험에 대처하기 위한 법 원칙이다. 그러나 능력책임주의는 완전히 새로운 것은 아니다. 근로기준법상 도급인의 책임을 비롯하여 파견법상 사용자 사업주의 책임, 산업안전보건법상 도급사업주의 책임과 같이 특정한 상황에서 근로자의 보호를 위해 계약책임주의를 보완하는 원칙으로 존재하여 왔다. 간접고용의 확산에 맞추어 이 원칙을 보다 많은 상황에 적용하자는 것이다. 또한 원청의 사용자책임은 계약책임주의를 보충하는 것이기 때문에 기본적으로 중요한 노동조건에 대해 예외적으로 인정되어야 하겠지만, 만약 원청의 실질적인 법적 지위가 진정한 도급인이 아니라 파견법상 사용자 사업주에 해당하는 경우라면 책임의 대상이 되는 노동조건은 넓어지고 책임의 정도 역시 커질 것이다. 한편, 사내하청관계의 실질이 묵시적 근로관계에 해당한다면 법적으로 원청은 하청근로자의 직접고용 사용자로 취급되기 때문에 별도로 사용자책임의 강화를 논할 필요가 없다. 결국 원청의 책임 강화 문제는 사내하청관계의 실질이 도급관계이거나 파견관계일 때 필요한 아젠다이다.

2. 산업안전

가. 사내하청관계와 산업안전

최근 주요 안전사고와 산업재해의 공통적 특징은 ‘사내하청’이다. 사고가 발생한 장소는 대기업이나 공공기관 등 원청의 사업장(또는 그가 지배하는 장소)인데, 작업자는 원청이 직영 근로자가 아니라 원청과 도급 등 사업계약을 체결한 하청의 근로자이고, 사고에 관한 책임은 거의 하청업체가 부담하고 원청은 현장관리자를 제외하고는 거의 법적 책임을 부담하지 않는다. 최근의 몇 가지 사건의 처리 결과를 보자.

① 삼성전자 화성공장 사건: 2013. 1. 28. 삼성전자 반도체 화성공장에서 불산가스 누출사고로 불산배관 교체작업을 하던 사내하청업체 STI의 근로자들이 사망하는 사건이 발생하였다. STI 관리자와 삼성전자 관리자는 형법의 업무상 과실치사상죄로 벌금형을, STI와 그 임원은 산업안전보건

법의 안전조치 위반죄로 벌금형을 선고받았다. 그러나 삼성전자와 삼성전자의 대표이사는 산업안전보건법 제71조의 행위자나 사업주가 아님을 이유로 무죄판결을 받았다.²⁰²⁾

② 한수원 잠수부 사망사건: 한국수력원자력, 즉 한수원 산하의 발전소에서 협력업체 잠수부가 사망한 사건이 연이어 발생했다. 2014. 1. 6. 한빛 원자력발전소에서 방수로에서 수중작업을 하던 한전KPS 소속 잠수부가 작업 중 질식사하고 이를 보조하던 협력업체인 대화강건 소속 잠수부가 그를 구조하려다 같이 사망하였다. 검찰은 원자력발전소 운영주체인 한수원이나 그 한수원 임직원은 기소하지 않았다. 법원은 원자력발전소 정비비를 담당한 한전KPS 및 그 회사의 안전보건관리 총괄책임자와 담당직원에게 업무상과실치사 및 산업안전보건법 위반으로 벌금형을 선고하였다.²⁰³⁾ 또 2014. 9. 27.에는 한수원 월성원자력발전소에서도 한전KPS의 협력업체 소속 잠수부가 취수구 수문설치 작업을 하던 중 펌프에 유입되어 사망하는 사건이 발생하였다. 이 사건에서도 검찰은 한수원 및 그 관계자는 기소하지 않았다. 법원은 한전KPS의 작업현장관리자와 작업조장에게 업무상과실치사죄로 벌금형을 선고하였다.²⁰⁴⁾

③ 한화케미칼 울산공장 사건: 2015. 7. 3. 한화케미칼 울산 2공장에서 저장조 폭발로 그 내부에서 용접작업을 하던 협력업체인 현대환경 소속 근로자 6명이 사망하였다.²⁰⁵⁾ 이 사건으로 한화케미칼은 벌금 1,500만 원을, 한화케미칼의 임직원들은 집행유예나 벌금을 선고받았다.

이처럼 중대사고가 발생했을 때 원청이나 원청의 대표(경영담당자)가 의미 있는 형사책임을 진 사례는 드물다. 책임이 인정되지 않거나 책임이 인정되어도 가벼운 벌금형에 그친 경우가 대부분이다. 지금의 산업안전보건법상 원청의 포괄적인 안전조치 의무를 인정하기 어렵다는 점이 가장 큰 논거이다. 그런데 해당 장소에서 안전 시스템과 설비를 할 수 있는 능력은 오직 원청밖에 없다. 결국 현재의 법적 시스템부터 바꾸지 않으면

202) 수원지법 2014. 10. 31. 선고 2013고단6589 판결.

203) 광주지법 2015. 4. 2. 선고 2014고단4414 판결.

204) 대구지법 경주지원 2015. 5. 20. 선고 2015고약740 판결.

205) 시사포커스(2015), 「사망의 외주화? ...하청업체 근로자는 '불'인가」, 2015. 7. 6.

대형 안전사고의 발생은 줄지 않을 것으로 보인다.

기실 사내하청관계는 합법적인 도급관계이든 불법적인 위장도급관계이든 직접고용 근로자의 사용보다는 사고의 위험이 훨씬 높다. 최근 연구에 따르면,²⁰⁶⁾ 고용노동부가 2014. 10. 7. 국회에 제출한 「국내 주요 기업 사내하도급 증감현황」에 따르면 조사 대상 49개 대기업에 속한 사내하청 업체 근로자의 산업재해율이 원청 근로자의 그것보다 훨씬 높아, 가령 삼성디스플레이의 경우 직접고용 직원의 산업재해율은 0.02%인 데 비해, 사내하청 22개 업체의 평균산업재해율은 1.25%였다. 사내하청근로자의 산업재해율은 직접고용근로자의 그것보다 62.5배나 높았다. 현대건설의 경우에도 직접고용 근로자의 2013년 산업재해율은 0.06%에 불과했지만 같은 기간 사내하청 719개 업체의 평균산업재해율은 0.24%였다.

나. 법 규정

1) 파견관계

사내하청관계가 실질적으로 파견관계인 경우 원청은 사용사업주가 된다. 먼저 파견법은 산업안전보건법의 적용에서는 특례를 인정하여 사용사업주를 산업안전보건법상 사용자로 본다. 즉 파견법 제35조 제1항은 “파견종업인 근로자의 파견근로에 관하여는 사용사업주를 산업안전보건법 제2조 제3호의 규정에 의한 사업주로 보아 동법을 적용한다.”고 하여 사용사업주에 대해 산업안전보건법상의 사업주로서의 책임을 부과한다. 다음으로 파견법 제35조 제1항에도 불구하고 산업안전보건법 제5조(사업주의 근로자의 안전과 건강을 유지·증진시킬 의무), 제43조 제5항(작업장소의 변경, 작업의 전환 및 근로시간 단축의 경우에 한한다), 제43조 제6항 단서, 제52조 제2항의 적용에 있어서는 파견사업주와 사용사업주를 산업안전보건법 제2조 제3호의 규정에 의한 사업주로 본다. 요컨대 파견관계로 판단되면, 사내하청관계의 하청근로자는, 적어도 산업안전보건법의 적용에서는, 원청의 직접고용 근로자와 거의 동일하게 취급을 받게 된다.

206) 박찬임 외(2015), 「사내하도급과 산업안전: 제조업을 중심으로」, 한국노동연구원.

2) 도급관계

그에 비해 사내하청관계가 실질적으로 도급관계인 경우라면 법적 취급은 완전히 달라진다. 이 경우 원청은 도급인 또는 도급사업주가 된다. 현행 산업안전보건법은 제한적인 범위에서만 하청근로자의 산업안전에 관해 도급사업주의 책임을 인정한다. 도급사업주는 크게 두 가지이다. 하나는 유해위험 작업의 도급 제한이고, 다른 하나는 도급사업주의 산업재해 예방조치 의무이다.

가) 유해위험작업의 도급 제한

산업안전보건법 제28조에 따르면 일정한 범위의 유해위험 작업은 도급에 제한을 받는다. 즉 안전·보건상 유해하거나 위험한 작업 중 도급작업, 수은·납·카드뮴 등 중금속을 제련, 주입, 가공 및 가열하는 작업, 같은 법 제38조 제1항에 따라 허가를 받아야 하는 물질을 제조·사용하는 작업, 그 밖에 유해 또는 위험한 작업으로서 정책심의위원회의 심의를 거쳐 고용노동부 장관이 정하는 작업은 고용노동부장관의 인가를 받지 아니하면 그 작업만을 분리하여 도급(하도급 포함)을 줄 수 없다(산업안전보건법 제28조 제1항). 그리고 고용노동부장관이 위의 인가를 할 때에는 안전·보건평가를 하여야 하고, 산업안전보건법 시행규칙 제28조에서 정한 안전·보건조치의 기준에 미달하게 되면 인가를 취소하여야 한다(산업안전보건법 제28조 제3항, 제4항).

나) 도급사업주의 산업재해 예방조치

도급사업주는 일정한 범위의 사업에서는 산업안전보건법 제29조에 따라 일정한 산업재해 예방조치를 취할 의무를 진다. 즉 제29조 제1항, 제2항에 따라 도급사업주가 취해야 할 조치는 일반 사업주가 취해야 할 제23조, 제24조의 일반적, 포괄적인 의무가 아니라, 일정한 범위의 사업에서 다섯 가지 사항의 의무에 한정된다.

먼저 사업의 범위는 다음과 같다. 같은 장소에서 행하여지는 다음의 사업으로서 (i) 사업의 일부를 분리하여 도급을 주어서 하는 사업, (ii) 사업이 전문분야의 공사로 이루어져 시행되는 경우 각 전문분야에 대한 공사의 전부를 도급을 주어서 하는 사업 중 어느 하나에 해당하는 사업 가운데

데 대통령령으로 정하는 사업²⁰⁷⁾의 사업주는 그가 사용하는 근로자와 그의 수급인이 사용하는 근로자가 같은 장소에서 작업을 할 때에 생기는 산업재해를 예방하기 위한 조치를 하여야 한다(산업안전보건법 제29조 제1항). 원래 산업안전보건법상 ‘사업주’는 ‘근로자를 사용하여 사업을 행하는 자’(산업안전보건법 제2조 제3호)를 말하므로, 여기에서 즉 제29조 제1항에서 말하는 ‘도급인인 사업주’는 ‘사업의 일부를 분리하여 도급을 주어서 하는 사업주’이거나 ‘사업이 전문분야의 공사로 이루어져 시행되는 경우 각 전문분야에 대한 공사의 전부를 도급 주어서 하는 사업주’를 말한다. 원래 동법 제29조 제1항의 도급인인 사업주는 “같은 장소에서 행하여지는 사업의 일부를 도급을 주어서 하는 사업”의 사업주로 규정되어 있었으나, 2011. 7. 25. 법률 제10968호에 의하여 “사업이 전문분야의 공사로 이루어져 시행되는 경우 각 전문분야에 대한 공사의 전부를 도급을 주어 하는 사업”의 경우 해당 사업의 사업주도 추가되었다.²⁰⁸⁾ 그러나 현행법에 의하더라도 도급사업주는 자신이 사용하는 근로자와 수급인이 사용하는 근로자가 같은 장소에서 작업할 때 비로소 제2항의 산업재해 예방을 위한 조치의무를 부담하고, 서비스업에서 타인에게 사업을 전부 도급하는 경우에는 제29조의 의무를 부담하지 않는다는 한계가 여전히 존재한다.²⁰⁹⁾ 한편 사업이 여러 차례에 걸쳐 도급이 된 경우 산업안전보건법 제29조에서 말하는 사업주에는 원수급인만 포함되고 중간 단계의 하청사업주는 포함되지 않는다는 것이 판례의 입장이다.²¹⁰⁾ 또한 산업안전보건법

207) 구법에서는 대상 사업이 건설업, 1차 금속제조업, 선박 및 보트건조업, 토사석광업, 제조업, 서적 잡지 및 기타 인쇄물 출판업 등으로 한정되었으나, 2013. 8. 6. 산업안전보건법 시행령 개정을 통해 현재에는 사무직에 종사하는 근로자만 사용하는 사업을 제외한 모든 사업이 대상이다(산업안전보건법 시행령 제26조 제2항).

208) 이는 전문공정의 단계별로 도급을 주어 공사를 수행하고 있는 경우에도 종합적인 현장 안전관리가 요구되므로 전문분야의 공사 전체에 대해 하도급을 주는 경우에도 원도급업체의 사업주가 자신이 사용하는 근로자 및 수급인이 사용하는 근로자에 대한 산업재해 예방조치를 회피하지 않도록 할 필요성이 제기됨에 따른 것이다(법 개정이유 참고).

209) 강선희(2012), 「산업안전보건법상 사내하도급근로자의 산업안전과 도급사업주의 책임」, 『노동법포럼』 8, 노동법이론실무학회, p.19.

210) “산업안전보건법 제29조 제2항¹⁾ 및 제1항은 도급사업에 있어서 안전보건조치에 관한 규정이고, 같은 법 제18조 제1항은 안전보건총괄책임자에 관한 규정인데, 양자는 모두 그 규범의 수범자를 “동일한 장소에서 행하여지는 사업의 일부를 도급

제29조 제1항, 제2항이 적용되기 위해서는 도급사업주 자신이 사용하는 근로자와 수급인이 사용하는 근로자가 같은 장소에서 작업하여야 하므로 도급인 자신이 사용하는 근로자가 없거나, 자신의 근로자와 수급인이 사용하는 근로자가 같은 장소에서 작업하지 않을 때에는 위 규정이 적용되지 아니한다.

제29조 제2항은 도급사업주가 취해야 할 다섯 가지 조치를 열거하고 있다.

1. 안전·보건에 관한 협의체의 구성 및 운영
2. 작업장의 순회점검 등 안전·보건관리
3. 수급인이 근로자에게 하는 안전·보건교육에 대한 지도와 지원
4. 제42조 제1항에 따른 작업환경측정
5. 발파작업, 화재, 토석붕괴 등에 대비한 경보의 운영과 수급인 및 수급인의 근로자에 대한 경보운영 사항의 통보

제29조 제3항은 제1항에 따른 사업주는 그의 수급인이 사용하는 근로

에 의하여 행하는 사업으로서 대통령령이 정하는 사업의 사업주”라는 동일한 용어로 규정하고 있는 점, 산업안전보건법 제29조 제1항은, 1996. 12. 31. 법률 제5248호로 개정되기 전에는, 그 규범의 수범자를 “제18조의 규정에 의하여 안전보건총괄책임자를 두어야 할 사업주”라고 규정하고 있었고, 그에 따라 제18조와 제29조의 사업주의 의미는 동일하게 해석할 수밖에 없었던 점, 위 법률개정으로 산업안전보건법 제29조가 제18조의 규정을 그대로 인용하는 형식은 없어졌으나, 이는 제18조가 적용되는 사업 중에서 건설업의 경우 규모에 관계없이 제29조를 확대적용하기 위한 입법기술상의 필요에 의한 것으로 보이고, 법 개정을 전후하여 제29조 제2항의 해석을 달리할 사정은 없는 점, 산업안전보건법 제29조의 사업주의 구체적 범위를 규정하고 있는 구 산업안전보건법 시행령(2009. 7. 30. 대통령령 제21653호로 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제26조 제2항은 법 제18조 제1항의 사업주에 관한 규정인 구 산업안전보건법 시행령 제23조를 준용하고 있는 점 등에 비추어 보면, 산업안전보건법 제29조 제2항의 사업주와 같은 법 제18조 제1항의 사업주는 동일한 의미로 볼 수 있고, 한편 산업안전보건법 제18조 제1항에서 규정하는 안전보건총괄책임자의 지정 업무는 사업의 일부를 도급한 발주자 또는 사업의 전부를 도급받아 그 중 일부를 하도급에 의하여 행하는 수급인 등 사업의 전체적인 진행과정을 총괄하고 조율할 능력이나 의무가 있는 사업주에게 해당하는 사항이라고 할 수 있으므로, 사업의 발주자 또는 수급인이 동일한 장소에서 행하여지는 사업의 일부를 도급에 의하여 행하는 경우에 그 수급인으로부터 사업의 일부를 하도급 받은 하수급인은 산업안전보건법 제29조 제2항에 의하여 산업재해예방조치를 취하여야 할 사업주에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2010도2615 판결).

자가 토사 등의 붕괴, 화재, 폭발, 추락 또는 낙하 위험이 있는 장소 등 고용노동부령으로 정하는 산업재해 발생위험이 있는 장소에서 작업을 할 때에는 안전·보건시설의 설치 등 고용노동부령으로 정하는 산업재해 예방을 위한 조치를 하여야 한다고 규정하고 있다. 동조 제3항은 동조 제1항, 제2항과 달리 ‘수급인이 사용하는 근로자가 고용노동부령에서 정하는 산업재해발생위험이 있는 장소에서 작업할 때’라는 요건이 충족되어야 하지만, 도급인이 사용하는 근로자와 수급인이 사용하는 근로자가 같은 장소에서 작업을 할 것을 요하지는 않는다. “고용노동부령으로 정하는 산업재해 발생위험이 있는 장소”란 산업안전보건법 시행규칙 제30조 제4항에서 규정하고 있다.²¹¹⁾ 이러한 장소에서 작업을 하는 경우 도급인인 사업주는 산업안전보건기준에 관한 규칙에서 정한 조치를 취하게 되어 있다(시행규칙 제30조 제5항).

산업안전보건법 제29조 제4항은 제1항에 따른 사업주는 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 그가 사용하는 근로자, 그의 수급인 및 그의 수급인이 사용하는 근로자와 함께 정기적으로 또는 수시로 작업장에 대한 안전·보건점검을 하도록 규정하고 있다.

제29조 제5항은 화학물질 또는 화학물질을 함유한 제제(製劑)를 제조

211) 1. 토사·구축물·인공구조물 등이 붕괴될 우려가 있는 장소 2. 기계·기구 등이 넘어지거나 무너질 우려가 있는 장소 3. 안전난간의 설치가 필요한 장소 4. 비계 또는 거푸집을 설치하거나 해체하는 장소 5. 건설용 리프트를 운행하는 장소 6. 지반을 굴착하거나 발파작업을 하는 장소 7. 엘리베이터홀 등 근로자가 추락할 위험이 있는 장소 8. 영 제26조 제1항에 따른 도급금지 작업을 하는 장소 9. 화재·폭발 우려가 있는 다음 각 목의 작업을 하는 장소 가. 선박 내부에서의 용접·용단작업 나. 안전보건규칙 제273조에 따른 특수화학설비에서의 용접·용단작업 다. 안전보건규칙 제225조 제4호에 따른 인화성 물질을 취급·저장하는 설비 및 용기에서의 용접·용단작업 10. 안전보건규칙 제618조 제1호에 따른 밀폐공간으로 되어 있는 장소에서 작업을 하는 경우 그 장소 11. 석면이 붙어 있는 물질을 파쇄 또는 해체하는 작업을 하는 장소 12. 안전보건규칙 별표 1에 따른 위험물질을 제조하거나 취급하는 장소 13. 안전보건규칙 제420조 제7호에 따른 유기화합물취급 특별 장소 14. 공중 전선에 가까운 장소로서 시설물의 설치·해체·점검 및 수리 등의 작업을 할 때 감전의 위험이 있는 장소 15. 물체가 떨어지거나 날아올 위험이 있는 장소 16. 프레스 또는 전단기(剪斷機)를 사용하여 작업을 하는 장소 17. 안전보건규칙 별표 7에 따른 화학설비 및 그 부속설비에 대한 정비·보수 작업이 이루어지는 장소 18. 안전보건규칙 제574조 각 호에 따른 방사선 업무를 하는 장소 19. 차량계 하역운반 기계 또는 차량계 건설기계를 사용하여 작업하는 장소 20. 전기 기계·기구를 사용하여 감전의 위험이 있는 작업을 하는 장소.

· 사용·운반 또는 저장하는 설비를 개조하는 등 안전·보건상 유해하거나 위험한 작업을 도급하는 자는 해당 작업을 수행하는 수급인의 근로자의 산업재해를 예방하기 위하여 고용노동부령으로 정하는 바에 따라 안전·보건에 관한 정보를 제공하는 등 필요한 조치를 하여야 한다고 규정하고 있다.

제29조 제6항은 제1항에 따른 사업주 또는 제5항에 따라 도급하는 자는 수급인 또는 수급인의 근로자가 해당 작업과 관련하여 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반한 경우에 그 위반행위를 시정하도록 필요한 조치를 하여야 한다.

제29조 제8항은 사업을 타인에게 도급하는 자는 안전하고 위생적인 작업 수행을 위하여 설계도서 등에 따라 산정된 공사기간을 단축하지 아니할 것과 공사비를 줄이기 위하여 위험성이 있는 공법을 사용하거나 정당한 사유 없이 공법을 변경하지 아니하여야 한다고 규정하고 있다.

제29조 제9항은 사업을 타인에게 도급하는 자는 근로자의 건강을 보호하기 위하여 수급인이 고용노동부령으로 정하는 위생시설에 관한 기준을 준수할 수 있도록 수급인에게 위생시설을 설치할 수 있는 장소를 제공하거나 자신의 위생시설을 수급인의 근로자가 이용할 수 있도록 하는 등 적절한 협조를 하여야 한다고 규정하고 있다.

다) 벌칙

산업안전보건법 제29조를 위반한 도급사업주는 형사책임을 져야 한다. 도급사업주가 제29조 제1항을 위반한 경우에는 제70조에 따라 500만 원 이하의 벌금에, 제29조 제3항을 위반한 경우에는 제68조 제2호에 따라 1년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에 처할 수 있다.²¹²⁾

그런데 여기에는 한 가지 중대한 결함이 존재한다. 즉 산업안전보건법 제23조 제1항부터 제3항까지, 또는 제24조 제1항을 위반하여 근로자를 사망에 이르게 하면 제66조의 2에 따라 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금형에 처해진다. 그에 비해 제29조 위반에 대해서는 이런 가중처벌 규정이 없어 도급사업주는 비록 의무를 게을리하여 수급인의 근로자가

212) 산업안전보건법상 각종 조치의무를 이행하지 아니한 경우에는 비록 근로자에게 손해가 발생하지 아니하였다고 하더라도 처벌된다.

사망에 이른 경우에도 산업안전보건법 제70조 또는 제68조 제2호상의 형에 처해진다. 또한 산업안전보건법의 벌칙 규정은 일차적으로 현실의 행위자에게 부과하고, 사업주는 제71조 양벌규정에 따라 해당 벌칙 조문의 벌금형에 처해지며 다만 법인 또는 개인이 그 위반행위를 방지하기 위하여 해당업무에 관하여 상당한 주의와 감독을 게을리하지 아니한 경우에는 면책된다.

다. 개선 방안

1) 개요

사내하청관계는 간접고용을 주도하면서 전 산업에서 빠르게 확산되고 있다. 그런데 하청근로자가 근로를 제공하는 장소는 원청의 사업장이고 그 위험을 지배하는 자는 원청임에도 불구하고, 하청근로자의 안전보건 책임은 하청에게 부과되고 있다. 이를 보완하여 현재 사내하청관계의 실질이 도급관계인 경우 원청의 산업안전 책임을 정하고 있는 가장 중요한 규정은 유해위험 작업의 도급을 제한하고 있는 산업안전보건법 제28조와 도급사업주의 안전조치 의무를 정하고 있는 같은 법 제29조이다. 그런데 이 규정은 앞에서 본 바와 같이 도급관계에서의 산업안전을 확보하기에는 한계가 있다.

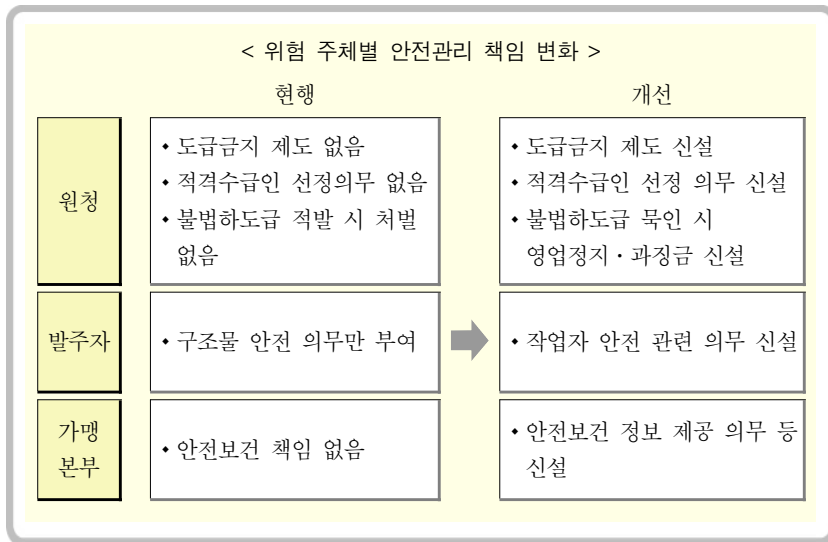
개선 방향은 세 가지이다. 첫째, 도급을 줄 수 없는 업무 또는 작업의 범위를 확대한다. 둘째, 도급사업주의 산업안전조치 의무를 확대하여 원칙적으로 모든 장소의 모든 업무를 포괄하도록 한다. 셋째, 법 위반 시 원청과 원청 경영담당자에 대한 형사책임을 강화한다. 이 점은 최근 정부가 발표한 「중대 산업재해 예방대책」의 발표 내용과 거의 일치한다.

2) 「중대 산업재해 예방대책」(2017. 8. 17. 관계부처 합동)

정부는 추진 배경으로 “그동안 여러 차례 「산재예방대책」을 추진하였으나, 여전히 대형사고*가 반복되고, 구조적·근본적인 문제는 개선되지 않은 상황”이라면서 그 원인으로 “단기성과 중심 경영방식이 확산됨에 따라 안전·보건을 지키기 위한 시스템은 비용 부담을 이유로 정착되지

못하고”, “유해·위험한 작업이 대기업(원청)에서 중소기업(하청)으로 외주화되는 과정에서 안전관리의 사각지대가 확대되었기 때문”이라고 진단했다.

‘세부 추진과제’ 중 ‘위험 주체별 안전관리 책임 강화’에서는 “위험수준별 도급제한 제도를 구축하고, 사업주 외에도 원청·건설공사 발주자·가맹본부도 안전관리 책임을 분담”하도록 정책을 추진하겠다고 한다.



사내하청과 직접적으로 관련된 신설 대책은 도급금지 제도, 적격수급인 선정 의무, 불법하도급 목인 시 영업정지·과징금 부과 등이다. 좀 더 구체적으로 보면 다음과 같다.

가) 위험의 외주화 방지

첫째, 인가를 받으면 사업장 내에서 도급이 가능한 작업(중금속 제련, 도금작업 등) 중 수은 제련 등 유해·위험성이 특히 높은 작업은 도급을 금지한다. 둘째, 도급인가 제도를 강화하여 원청이 안전·보건조치 완료 후 도급을 주는 경우에만 인가를 승인한다. 인가 대상도 확대(불산 작업 등)하고, 해당 작업은 재하도급을 금지한다. 셋째, 사내하청인지 사외하청

인지를 불문하고 모든 업무의 도급에서 원청은 안전관리 역량을 갖춘 적격 하청업체를 선정하도록 의무화한다.

나) 원청(도급사업주)의 안전관리 책임 확대

원청이 책임을 지는 장소를 종래 22개에서 모든 장소로 확대한다. 도급하는 업무가 본연의 업무인 경우에만 책임을 지던 것에서 부수적 업무를 도급하는 때에도 책임을 부과한다. 종래 도급사업주의 안전조치 의무는 원하청 혼재 작업 시에만 적용되었지만, 개선안에서는 혼재작업이 아니라도 적용되도록 한다.

	현행	개선
책임장소	22개 위험장소	모든 장소
책임범위	본연의 업무 도급 시 책임 부과	부수적 업무 도급 시에도 책임 부과
적용요건	원·하청 혼재 작업 시만 적용	삭제(혼재작업이 아니어도 적용)
처벌수준	1년 이하 또는 1,000만 원 이하	7년 이하 또는 1억 원 이하

또한 법 위반에 대한 벌칙을 1년 이하의 징역 또는 1,000만 원 이하의 벌금에서 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처하도록 한다. 그러나 처벌의 강화는 건설업에서 원청이 하청의 불법 하도급 지시·묵인 시에 적용하는 것으로 모든 도급에 적용되는 것은 아니다.

한편, 정부대책에는 프랜차이즈 가맹본부의 안전책임을 강화하는 방안도 포함되어 있다. 즉 가맹본부가 가맹점에 사용하도록 요구한 설비·재료 및 작업방식 등에 관한 안전·보건 정보를 가맹점주에게 제공하도록 의무화하고, 이를 위해 가맹점주 및 가맹점 근로자에 대한 가맹본부의 안전·보건관리 가이드라인을 제정·보급하도록 한다.

3) 법안 및 입법화

정부대책은 지금까지 국회에 제출된 법안을 비롯하여 관련 전문가와 단체의 바람직한 주장을 대체로 반영한 것이다. 관건은 얼마나 조속하게 입법화하는가 하는 것이지만, 실제 입법 시에는 국회에 제출된 법안을 적절하게 종합하되, 일부 사항은 보충이 필요하다.

먼저 국회에 제출된 법안의 내용으로서 주요 개선책은 다음과 같다.

첫째, 산업안전보건법 제28조 제1항을 개정하여 유해·위험한 작업으로서 도급인의 사업장에서 상시적으로 행하여지는 사내하도급을 전면 금지하고, 유해·위험작업 중 일시적·간헐적으로 행하여지는 작업이거나 도급인의 사업장 밖에서 행하여지는 작업에 대해서는 고용노동부장관의 인가를 받아 도급을 줄 수 있도록 한다(한정에 의원 등 14인, 의안번호 2000105).

둘째, 산업안전보건법 제28조 제1항을 개정하여 고용노동부장관의 인가를 받지 아니하면 유해·위험작업의 분리 여부를 따지지 않고 도급을 줄 수 없도록 명시한다(김동철 의원 등 11인, 의안번호 2001513). 또한 유해·위험작업에 대한 고용노동부장관의 도급 인가에 3년의 유효기간을 설정한다(제28조 제2항부터 제7항까지, 정부발의, 의안번호 2000517).

셋째, 유해·위험장소뿐 아니라 도급인의 모든 사업장 내에서 작업하는 수급인의 근로자에 대해 산업재해예방조치를 하도록 확대한다(김동철 의원 등 11인, 의안번호 2001513/정부발의, 의안번호 2000517).

넷째, 도급인의 수급인에 대한 안전·보건 정보 제공의 대상이 되는 작업의 확대이다(정부발의, 의안번호 2004796). 산업안전보건법 제29조 제5항의 개정인데, 화학물질 등의 설비와 관련된 작업 외에 질식 또는 붕괴의 위험이 있는 작업에 대해서도 도급사업의 사업주가 그 수급인에게 안전·보건에 관한 정보를 사전에 제공하도록 하고, 관련 정보를 해당 작업 시작 전에 수급인에게 제공하지 아니한 경우에는 해당 수급인이 도급인에게 해당 정보의 제공을 직접 청구할 수 있도록 한다.

다섯째, 도급 사업주가 그의 근로자 및 수급인의 근로자에 대해 해야 하는 산업재해 예방조치 사항에 제23조·제24조에 따른 안전·보건 조치, 수급인과 수급인의 근로자에게 유해·위험물질 정보 제공 및 사고대비와 위험대처 요령 등의 훈련을 추가한다(한정에 의원 등 14인, 의안번호 2000105).

여섯째, 안전·보건에 관한 협의체의 구성 및 운영을 산업안전보건위원회의 구성(수급인의 근로자를 포함한다) 및 운영으로 하고, 수급인이 근로자에게 하는 안전·보건교육에 대한 지도와 지원을 안전보건 교육에

관한 사항(수급인의 근로자를 포함한다)으로 하며, 안전보건관리자의 선임을 추가한다(심상정 의원 등 10인, 의안번호 2000110).

다음으로 보충이 필요한 사항은 다음과 같다.

첫째, 고의적이거나 상습적인 법 위반은 물론이고 근로자의 사망 등 중대재해가 발생한 때에는 산업이나 업종과 상관없이 가중처벌해야 한다. 또한 실무적으로 형사책임의 1차적 귀속자를 원청 사업주와 경영담당자로 할 필요가 있다.

둘째, 모든 하청작업에서 원청이 주도하고 하청의 노사가 함께 참여하는 확대안전보건위원회의 구성뿐만 아니라, 그 운영에 대해 비용 등 일체의 책임을 원청이 지도록 한다.

셋째, 산업안전보건법의 적용 대상을 사업장 내 작업자 모두로 확대한다. 산업안전은 자신이 고용한 근로자뿐만 아니라 해당 사업장에서 작업을 하는 다른 업체의 근로자, 나아가 위탁이나 도급 등 사업계약을 통해 작업하는 개인사업자 등 모든 사람에게 필요하다. 하청근로자를 포함하여 모든 작업자의 안전에 관한 포괄적인 책임과 의무를 해당 사업장을 지배하는 자에게 지워야 한다.

한편, 산업안전보건법 개정 이전에도 안전과 관련한 근로감독, 즉 안전감독을 강화할 필요가 있다. 중대사고가 발생한 이후에 집중하는 안전감독을 사전적 예방, 교육 지도에 의해 보충할 필요가 있다. 사내하도급 등 산업안전상 취약성이 구조적으로 높은 사업장에 대해서는 기획적인 감독과 주기적인 교육 활동이 중요하다. 작업중지권 역시 예방적으로 활용할 수 있도록 해야 하며, 특히 사고 발생 후 작업중지권이 행사된 경우에는 안전의 확보와 관련자의 확신 이후에만 작업이 재개되도록 해야 한다.

3. 임금

사내하청 등 간접고용관계에서는 임금체불이 발생할 가능성이 더 크다. 현행 근로기준법과 최저임금법은 도급인(원청)의 귀책사유로 수급인(하청)이 근로자에게 임금을 지급할 수 없는 경우에만 원청의 책임을 인정한다. 파견관계에서도 임금은 파견사업주(하청)의 책임이고, 오직 사용

사업주의 귀책사유로 파견근로자에게 임금을 지급하지 못한 때에만 사용사업주도 책임을 지도록 하고 있다. 하청근로자의 임금을 확보하기 위해서는 적어도 최저임금에 대해서는 원청도 함께 책임을 지도록 해야 할 것이다.

가. 현 황

임금체불은 우리 사회의 오랜 숙제이다. 특히 사내하청 등 간접고용관계에서는 임금체불이 발생할 가능성이 더 크다. 그럼에도 불구하고 사내하청관계에서 하청근로자의 임금을 확보할 수 있는 법적 장치는 극히 제한적이다. 현행 근로기준법과 최저임금법은 도급인(원청)의 귀책사유로 수급인(하청)이 근로자에게 임금을 지급할 수 없거나 최저임금액 미만을 지급한 경우에만 원청의 책임을 인정한다. 파견법 역시 임금은 파견사업주(하청)의 책임이고, 오직 사용사업주의 귀책사유로 파견근로자에게 임금을 지급하지 못한 때에만 사용사업주도 책임을 지도록 하고 있다. 한편, 파견근로자에 대해 임금 등에서 차별이 있는 경우, 사용사업주도 차별시정의 책임을 지는지에 관해서는 견해가 대립한다.

1) 파견관계

파견법은 파견근로자의 근로조건 확보를 위하여 근로기준법의 적용에서는 파견사업주와 사용사업주 모두를 사용자로 본다. 그러나 임금과 관련된 사항에 관해서는 오직 파견사업주만을 사용자로 본다. 구체적으로 보면 다음과 같다.

파견법 제34조 제1항 본문은 “파견중인 근로자의 파견근로에 관하여는 파견사업주 및 사용사업주를 「근로기준법」 제2조의 규정에 의한 사용자로 보아 동법을 적용한다.” 그러나 임금 문제에 관해서는 오직 파견사업주만을 사용자로 본다. 즉 파견법 제34조 제1항 단서는 “다만, 같은 법 제15조부터 제36조까지, 제39조, 제41조부터 제48조까지, 제56조, 제60조, 제64조, 제66조부터 제68조까지 및 제78조부터 제92조까지의 규정의 적용에 있어서는 파견사업주를, 같은 법 제50조부터 제55조까지, 제58조, 제59

조, 제62조, 제63조 및 제69조부터 제75조까지의 규정의 적용에 있어서는 사용사업주를 사용자로 본다.”고 규정하고 있다. 이 중에서 임금과 관련된 제34조(퇴직급여제도), 제36조(금품청산), 제43조(임금지급), 제44조(도급사업에 대한 임금 지급), 제45조(비상시지급), 제46조(휴업수당), 제47조(도급근로자의 임금 보장), 제48조(임금대장), 제56조(연장, 야간, 휴일근로에 대한 가산수당)의 적용에서는 파견사업주만을 사용자로 보는 것이다. 그리고 파견법 제34조 제3항은 “③「근로기준법」 제55조, 제73조 및 제74조 제1항의 규정에 의하여 사용사업주가 유급휴일 또는 유급휴가를 주는 경우 그 휴일 또는 휴가에 대하여 유급으로 지급되는 임금은 파견사업주가 지급하여야 한다.”고 하여 사용사업주가 지배하는 근로시간과 휴식 문제에 있어서도 임금 지급은 파견사업주의 책임으로 하고 있다.

사용사업주가 파견근로자의 임금체불에 책임을 지는 경우는 예외적이다. 파견법 제34조 제2항은 “파견사업주가 대통령령이 정하는 사용사업주의 귀책사유로 인하여 근로자의 임금을 지급하지 못한 때에는 사용사업주는 당해 파견사업주와 연대하여 책임을 진다. 이 경우 「근로기준법」 제43조 및 제68조의 규정을 적용함에 있어서는 파견사업주 및 사용사업주를 같은 법 제2조의 규정에 의한 사용자로 보아 동법을 적용한다.”고 규정하고 있다. 그리고 파견법 시행령 제5조(사용사업주의 귀책사유)는 “법 제34조 제2항 전단에서 ‘대통령령이 정하는 사용사업주의 귀책사유’라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 사유를 말한다. 1. 사용사업주가 정당한 사유 없이 근로자파견계약을 해지한 경우 2. 사용사업주가 정당한 사유 없이 근로자파견계약에 의한 근로자파견의 대가를 지급하지 아니한 경우”로 규정하고 있다. 요컨대 사용사업주가 정당한 사유 없이 근로자파견계약을 해지한 경우와 근로자파견 대가를 지급하지 아니한 경우에만 사용사업주가 파견근로자의 임금체불에 책임을 진다.

한편, 만약 파견근로자가 받는 임금 등이 원청 근로자의 그것에 비해 적은 경우에는 원청도 하청과 함께 지급 책임을 지는가? 이에 관한 규정이 파견법 제21조(차별적 처우의 금지 및 시정 등)이다. 제21조 제1항은 “파견사업주와 사용사업주는 파견근로자임을 이유로 사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에

게 차별적 처우를 하여서는 아니된다.”고 하여 차별적 처우 금지의 의무 주체를 파견사업주와 사용사업주로 규정하고 있다. 그런데 이 규정의 해석은 둘로 갈린다. 하나는 파견법 제21조는 파견법 제34조에 따라 근로조건별로 파견사업주 또는 사용사업주에게 차별시정의 책임이 있다는 해석이다. 이 해석에 따르면 임금 등의 차별에 대해서는 파견사업주인 하청만이 책임을 진다. 다른 하나는 임금 등 차별이 있는 경우에는 파견사업주인 하청과 함께 사용사업주인 원청도 책임을 져야 한다는 해석이다.

고용노동부는 파견법 제34조에 따라 차별시정 책임이 나누어진다고 해석한다. 즉 “근로기준법상의 임금·연차유급휴가 등에 관한 사항은 파견사업주가, 근로시간과 휴게·휴일의 부여 등은 사용사업주가 사용자로서 책임을 지게 된다”고 해석한다. 결국 파견근로자가 임금 등의 차별을 받은 경우 임금지급에 대한 사용자 책임은 파견사업주만이 진다는 것이다.²¹³⁾

그에 비해 최근 서울고법 2017. 5. 17. 선고 2016누79078 판결은 파견근로자에게 임금 등 차별이 있는 경우에는 파견사업주인 하청과 함께 사용사업주인 원청도 책임을 져야 한다고 판단했다.²¹⁴⁾ 즉 파견법 제34조는 근로기준법의 적용에 있어 누구를 사용자로 볼 것인지를 정한 규정에 불과하므로, 파견법 제21조의 적용에 있어서도 파견사업주와 사용사업주를 구분해 적용해야 한다고 보기는 어렵다고 판시했다. 또한 사용사업주가 정규직, 즉 직접고용 근로자와 달리 파견근로자들에게 연차유급휴가를 부여하지 않고 연차유급휴가수당마저 지급하지 않은 것은 불리한 처우에 해당한다고 판단했다.²¹⁵⁾

213) 고용노동부(2010), 「기간제·단시간·파견근로자를 위한 차별시정제도를 알려드립니다」, 2010. 9, p.34.

214) 파견근로자들은 파견근무기간(2012. 4. 12 ~ 2015. 1. 9) 동안 비교대상근로자들에게 비해 상여금을 적게 지급받고, 연차유급휴가를 부여받지 못한 것은 차별적 처우에 해당한다며 노동위원회에 구제를 신청하였다. 지방노동위원회는 파견사업주의 책임만을 인정하였으나, 중앙노동위원회는 사용사업주의 연대 책임을 인정하는 한편 2배의 징벌적 금전배상을 명령하였다.

215) 한편 이 사건의 재판부는 사용사업주에게 미지급 연차유급휴가수당 손해액의 2배의 배상을 명한 것은 정당하다고 판단했다. 사용사업주로서는 파견근로자들에게 근로기준법에 따라 연차유급휴가를 부여하거나 연차유급휴가수당을 지급해야 함은 충분히 숙지하고 있었다 할 것이므로, 차별적 처우에 대한 명백한 고의가 있었고, 또한 파견근로자에 대한 차별적 처우가 3개월 내지 2년 8개월이라는 장기간 동안 계속됨으로써 차별적 처우가 반복된 경우에 해당한다 할 것이라는 이유를 들었다.

2) 도급관계

근로기준법 제44조는 도급 사업에서 도급인(원청)이 수급인(하청)의 근로자(하청근로자)에 대한 임금체불에 책임을 지는 경우를 규정하고 있다. 구체적으로 보면 제44조 제1항은 “사업이 여러 차례의 도급에 따라 행하여지는 경우에 하수급인(下受給人)이 직상(直上) 수급인의 귀책사유로 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인은 그 하수급인과 연대하여 책임을 진다. 다만, 직상 수급인의 귀책사유가 그 상위 수급인의 귀책사유에 의하여 발생한 경우에는 그 상위 수급인도 연대하여 책임을 진다.”고 하고 같은 조 제2항은 “제1항의 귀책사유 범위는 대통령령으로 정한다.”고 한다. 근로기준법 시행령 제24조(수급인의 귀책사유)는 “법 제44조 제2항에 따른 귀책사유 범위는 다음 각 호와 같다. 1. 정당한 사유 없이 도급계약에서 정한 도급 금액 지급일에 도급 금액을 지급하지 아니한 경우, 2. 정당한 사유 없이 도급계약에서 정한 원자재 공급을 늦게 하거나 공급을 하지 아니한 경우, 3. 정당한 사유 없이 도급계약의 조건을 이행하지 아니하여 하수급인이 도급사업을 정상적으로 수행하지 못한 경우”로 정하고 있다. 요컨대 도급인이 정당한 사유 없이 ① 도급계약에서 정한 도급 금액 지급일에 도급 금액을 지급하지 아니한 경우, ② 도급계약에서 정한 원자재 공급을 늦게 하거나 공급을 하지 아니한 경우, ③ 도급계약의 조건을 이행하지 아니하여 하수급인이 도급사업을 정상적으로 수행하지 못한 경우에는 도급인도 수급인의 근로자에 대한 임금체불에 수급인과 연대하여 책임을 진다. 한편 제44조의2에서는 건설업에서 임금 지급의 연대책임을,²¹⁶⁾ 44조의3에서는 건설업의 공사도급에 있어서의 임금에 관한 특례를²¹⁷⁾ 각각 규정하고 있다.

216) 제1항에서는 “건설업에서 사업이 2차례 이상 「건설산업기본법」 제2조 제11호에 따른 도급(이하 “공사도급”이라 한다)이 이루어진 경우에 같은 법 제2조 제7호에 따른 건설업자가 아닌 하수급인이 그가 사용한 근로자에게 임금(해당 건설공사에서 발생한 임금으로 한정한다)을 지급하지 못한 경우에는 그 직상 수급인은 하수급인과 연대하여 하수급인이 사용한 근로자의 임금을 지급할 책임을 진다.”라고 하고, 제2항에서는 “제1항의 직상 수급인이 「건설산업기본법」 제2조 제7호에 따른 건설업자가 아닌 때에는 그 상위 수급인 중에서 최하위의 같은 호에 따른 건설업자를 직상 수급인으로 본다.”고 규정한다.

217) 제1항에서는 “공사도급이 이루어진 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 직상 수급인은 하수급인에게 지급하여야 하는 하도급 대금 채무의 부담 범

최저임금법도 근로기준법과 유사한 규정을 두고 있다. 최저임금법 제6조 제7항은 “도급으로 사업을 행하는 경우 도급인이 책임져야 할 사유로 수급인이 근로자에게 최저임금액에 미치지 못하는 임금을 지급한 경우 도급인은 해당 수급인과 연대(連帶)하여 책임을 진다.”고 하고, 같은 조 제8항은 “제7항에 따른 도급인이 책임져야 할 사유의 범위는 다음 각 호와 같다. 1. 도급인이 도급계약 체결 당시 인건비 단가를 최저임금액에 미치지 못하는 금액으로 결정하는 행위, 2. 도급인이 도급계약 기간 중 인건비 단가를 최저임금액에 미치지 못하는 금액으로 낮춘 행위”라고 규정하고 있다. 요컨대 도급인(원청)이 도급계약 체결 당시 인건비 단가를 최저임금액에 미치지 못하는 금액으로 결정하거나 도급계약 기간 중 인건비 단가를 최저임금액에 미치지 못하는 금액으로 낮춘 경우에는 수급인(하청)이 하청근로자에게 최저임금 미달액을 임금으로 지급하면 도급인(원청)도 수급인(하청)과 연대하여 책임을 진다. 두 차례 이상의 도급으로 사업을 행하는 경우에는 “직상(直上) 수급인(하수급인에게 직접 하도급을

위에서 그 하수급인이 사용한 근로자가 청구하면 하수급인이 지급하여야 하는 임금(해당 건설공사에서 발생한 임금으로 한정한다)에 해당하는 금액을 근로자에게 직접 지급하여야 한다. 1. 직상 수급인이 하수급인을 대신하여 하수급인이 사용한 근로자에게 지급하여야 하는 임금을 직접 지급할 수 있다는 뜻과 그 지급방법 및 절차에 관하여 직상 수급인과 하수급인이 합의한 경우 2. 「민사집행법」 제56조 제3호에 따른 확정된 지급명령, 하수급인의 근로자에게 하수급인에 대하여 임금채권이 있음을 증명하는 같은 법 제56조 제4호에 따른 집행증서, 「소액사건심판법」 제5조의7에 따라 확정된 이행권고결정, 그 밖에 이에 준하는 집행권원이 있는 경우 3. 하수급인이 그가 사용한 근로자에 대하여 지급하여야 할 임금채무가 있음을 직상 수급인에게 알려주고, 직상 수급인이 파산 등의 사유로 하수급인이 임금을 지급할 수 없는 명백한 사유가 있다고 인정하는 경우”라고 정하고 있고, 제2항에서는 “「건설산업기본법」 제2조 제10호에 따른 발주자의 수급인(이하 “원수급인”이라 한다)으로부터 공사도급이 2차례 이상 이루어진 경우로서 하수급인(도급받은 하수급인으로부터 재하도급 받은 하수급인을 포함한다. 이하 이 항에서 같다)이 사용한 근로자에게 그 하수급인에 대한 제1항 제2호에 따른 집행권원이 있는 경우에는 근로자는 하수급인이 지급하여야 하는 임금(해당 건설공사에서 발생한 임금으로 한정한다)에 해당하는 금액을 원수급인에게 직접 지급할 것을 요구할 수 있다. 원수급인은 근로자가 자신에 대하여 「민법」 제404조에 따른 채권자대위권을 행사할 수 있는 금액의 범위에서 이에 따라야 한다.”고 정하고 있으며, 제3항에서는 “직상 수급인 또는 원수급인이 제1항 및 제2항에 따라 하수급인이 사용한 근로자에게 임금에 해당하는 금액을 지급한 경우에는 하수급인에 대한 하도급 대금 채무는 그 범위에서 소멸한 것으로 본다.”고 한다.

준 수급인)에게도 도급인과 같은 책임이 부과된다(최저임금법 제6조 제9항 참고)”.

나. 개선 방안

1) 관련 법안

사내하청관계에서 실질적으로 원청의 임금 책임을 강화하는 내용 법안은 두 개이다. 하나는 이인영 의원이 대표발의한 최저임금법 일부법률개정안(2017.9.5)으로, 최저임금법상 도급인이 책임져야 할 사유에 ‘인상 적용된 최저임금액 이상으로 인건비 단가를 조정하지 아니한 행위’를 추가(안 제6조 제8항 제3호 신설)하는 것이다. 다른 하나는 이원욱 의원이 대표발의한 임금채권보장법 일부법률개정안(2017.6.19)으로 하도급거래에서 임금체불을 방지하기 위해 전자정보시스템을 사용하자는 내용이다. 즉 “최근 한국철도시설공단, 서울시 등에서 도입한 IT기반 공사대금·임금체불 방지시스템의 경우 하도급거래상의 임금체불 등이 크게 줄어드는 등 그 효용성이 입증되고 있어, 이와 같은 사례를 전 국가적으로 확산시킨다면 위와 같은 임금체불에 따른 악영향은 크게 줄어들 것으로 전망”된다고 하면서, “이처럼 전자정보시스템을 통해 발주사업의 대금을 지급함으로써 하도급거래상의 임금체불을 방지한 사례를 참고하여 국가 등 공공부문에서 사업을 발주하는 경우 하도급거래상의 사업자 및 근로자에게 대금이 적정하게 지급되도록 전자정보시스템을 사용하도록 하려는 것”이라고 한다. 아울러 고용노동부장관이 근로자의 체불임금, 체불사업주 등 증빙서류를 발급하면서 법률구조신청을 대행할 수 있도록 하는 내용(안 제10조 제5호 신설, 제12조 제2항·제3항, 제21조의2 신설)도 함께 포함되어 있다.

2) 사건

먼저, 사내하청관계의 실질이 파견관계일 때 파견근로자의 임금을 확보하기 위해 사용사업주도 임금책임을 지도록 하는 것이 바람직할 것이다. 이를 위해서는 파견법 제34조 제1항 단서를 개정하여 근로기준법의

적용에서 파견사업주만을 사용자로 보도록 하는 규정에서 임금 관련 규정들을 제외할 필요가 있다. 특히 제43조(임금지급)와 제56조(연장, 야간, 휴일근로에 대한 가산수당)의 적용에서는 파견사업주와 사용사업주 모두를 사용자로 보도록 해야 할 것이다. 만약 이것이 어렵다면 최소한 최저임금의 적용에서는 파견사업주와 사용사업주 모두를 사용자로 보도록 할 필요는 있다. 한편, 파견근로자가 받는 임금 등이 사용사업주인 원청의 직접고용 근로자보다 적은 경우에는 최근 고등법원 판결을 참고하여 원청도 함께 차별시정의 책임을 질 수 있음을 밝히는 행정해석이나 안내서를 낼 필요가 있다.

사내하청관계의 실질이 도급관계인 때에는 도급인(원청)이 수급인(하청)의 근로자(하청근로자)에 대한 임금체불에 책임을 지는 경우를 현행보다 확대하기는 어렵겠지만, 적어도 최저임금의 적용에서는 도급인(원청)에게 보증 책임을 지울 필요가 있다. 만약 이것이 어렵다면 적어도 이인영 의원이 대표발의한 최저임금법 일부법률개정안(2017. 9. 5)처럼, 최저임금법상 도급인이 책임져야 할 사유에 ‘인상 적용된 최저임금액 이상으로 인건비 단가를 조정하지 아니한 행위’를 추가해야 할 것이다.

4. 단체교섭과 부당노동행위

하청근로자가 노동조합을 결성하기도 어렵지만, 결성한 때에도 노동조합 활동 역시 쉽지 않다. 원청의 부당노동행위는 최악의 경우 하청업체 폐업의 방식으로 자행되기도 한다. 2005년 이후 하청노동조합들이 원청에 단체교섭을 요구하는 사례와 그것이 거부된 경우의 쟁의행위 등 각종 분쟁이 증가하고 있다.

사내하청관계에서 노동조합 활동이나 단체교섭과 관련된 명시적인 법 규정은 존재하지 않는다. 분쟁은 사법부에서 해결되고 있는데, 가장 중요한 판례는 2010년의 현대중공업 판결이다. 그러나 판례만으로 간접고용 시대의 노사관계를 규율하기에는 불안정성이 높다. 사내하청관계에서 도급인 또는 사용사업주에 해당하는 원청의 부당노동행위 책임과 단체교섭 책임을 인정하는 명문의 규정이 필요하다. 입법 이전에도 고용노동부는

현대중공업 판결을 기초로 사내하청관계에서의 단체교섭과 부당노동행위에 관한 처리 지침을 만들어 운영할 필요가 있다.

가. 현실

하청근로자가 노동조합을 결성하기는 무척 어렵다. 직접고용 근로자들의 노동조합이 있는 사업장에서도 이 점은 다르지 않다. 어렵게 노동조합을 결성한 경우에도 노동조합 활동을 하기가 쉽지 않다. 뒤에 나오는 현대중공업 판결에서 보듯 최악의 경우 원청은 하청노동조합의 간부가 소속한 하청업체를 폐업시키는 방법으로 노동조합 활동을 무력화시키기도 한다. 하청근로자들이 노동조합을 결성하여 원청을 상대로 노동조합 활동을 하는 사례는 특히 2005년 이후 활발해지고 있다. 박수근 교수가 정리한 몇 가지 관련 사례를 보자.²¹⁸⁾

하청노동조합의 조직형태는 매우 다양하다. 2003년 7월 H자동차 울산공장의 H자동차비정규직노동조합처럼 원청의 직접고용 근로자들과는 별도의 노동조합을 결성하여 활동하는 형태도 있고, 전국금속노동조합 G자동차비정규직지회처럼 하청근로자들이 원청의 사업이 속한 산업의 산업별노동조합에 가입하여 활동하는 형태도 있으며, 울산소재 현대중공업하청노동조합과 같이 일정한 지역을 중심으로 활동하는 지역별노동조합도 있다.

하청노동조합은 자신의 계약상 사용자인 하청이 아니라 원청에게 단체교섭을 요구하는 경우가 많으며, 이때 원청은 대부분 자신은 하청근로자의 사용자가 아니라는 이유로 단체교섭을 거부한다. 원청의 단체교섭 거부에 대해서는 부당노동행위 구제신청을 하기도 하지만 직접 쟁의행위에 돌입하는 경우도 있다. 가장 대표적인 사례가 현대중공업 사건이다.

나. 법 규정

사내하청관계의 실질이 파견관계이든 도급관계이든 해당 노사관계를

218) 박수근(2008), 「간접고용근로자의 집단적 노동분쟁과 쟁점의 검토」, 『노동법연구』 24, 서울대노동법연구회, pp.25~30 참조.

규율하는 명문의 법 규정은 존재하지 않는다. 파견법은 근로기준법의 적용에 관한 특례 규정은 가지고 있지만 파견관계에서 단체교섭과 부당노동행위 등과 관련한 「노동조합 및 노동관계조정법」의 적용에 관한 특례는 정하고 있지 않다. 도급관계에 관해서는 2010년의 현대중공업 판결이 원청인 도급사업주에게 부당노동행위 책임을 인정한 바 있다.

1) 파견관계

파견법은 파견관계에서 단체교섭과 부당노동행위 등과 관련한, 「노동조합 및 노동관계조정법」의 적용에 관한, 특례를 두지 않고 있다. 다만 학설상 사용사업주의 단체교섭과 부당노동행위 책임을 부인하는 견해는 없다. 오직 차이는 단체교섭의 대상과 범위에 관해서이다.

사건은 사내하청관계가 실질적 파견관계일 경우에는 「파견근로자 보호 등에 관한 법률」(파견법)의 다음과 같은 규정들에 따라 일반적인 의무적 교섭사항 전부가 포함된다고 보아야 한다.²¹⁹⁾

첫째, “근로자파견”의 본질, 즉 ‘파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것’에 비추어 사용사업주도 파견사업주와 함께 파견근로자의 사용자이다(제2조 제1호 참고).

둘째, 근로자파견계약의 당사자인 두 사업주는 근로자파견계약에 “1. 파견근로자의 수, 2. 파견근로자가 종사할 업무의 내용, 3. 파견사유, 4. 파견근로자가 파견되어 근로할 사업장의 명칭 및 소재지 기타 파견근로자의 근로장소, 5. 파견근로 중인 파견근로자를 직접 지휘·명령할 자에 관한 사항, 6. 근로자파견기간 및 파견근로 개시일에 관한 사항, 7. 시업 및 종업의 시간과 휴게시간에 관한 사항, 8. 휴일·휴가에 관한 사항, 9. 연장·야간·휴일근로에 관한 사항, 10. 안전 및 보건에 관한 사항, 11. 근로자파견의 대가, 12. 기타 고용노동부령이 정하는 사항”을 서면으로 정하는 바(제20조 제1항 참고), 결국 이러한 사항들은 두 사용자가 공동으로 정한다.

219) 강성태(2016), 「사내하청에 관한 세 가지 판단 — Browning-Ferris, 현대중공업 그리고 KTX」, 『노동법연구』 40, 서울대 노동법연구회. 참조.

셋째, 사용사업주는 파견사업주와 함께 파견근로자에 대한 차별적 처우를 하여서는 안 될 강행적 의무를 지는데(제21조 제1항 참고), 여기서 ‘차별적 처우’가 금지되는 사항에는 “『근로기준법』 제2조 제1항 제5호에 따른 임금, 정기상여금, 명절상여금 등 정기적으로 지급되는 상여금, 경영성과에 따른 성과금, 그 밖에 근로조건 및 복리후생 등에 관한 사항”(기간제법 제2조 참고) 등 근로조건 전반이 모두 포함된다.

넷째, 두 사업주는 원칙적으로 근로기준법의 모든 사항에 대해 사용자로서 책임을 공유하기 때문이다(제34조 제1항 참고).

2) 도급관계²²⁰⁾

사내하청관계의 실질이 도급관계일 때에도 원청에게 일부의 부당노동행위 책임이 있다는 최초의 판결은 현대중공업 대법원판결(대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결; ‘현대중공업 판결’)이다. 판결의 주된 부분은 아래와 같다.

“지배·개입 주체로서의 사용자인지 여부도 당해 구제신청의 내용, 그 사용자가 근로관계에 관여하고 있는 구체적 형태, 근로관계에 미치는 실질적인 영향력 내지 지배력의 유무 및 행사의 정도 등을 종합하여 결정하여야 할 것이다. 따라서 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 그 근로자를 고용한 사업주로서의 권한과 책임을 일정 부분 담당하고 있다고 볼 정도로 실질적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 자가, 노동조합을 조직 또는 운영하는 것을 지배하거나 이에 개입하는 등으로 법 제81조 제4호 소정의 행위를 하였다면, 그 시정을 명하는 구제명령을 이행하여야 할 사용자에게 해당한다.”

현대중공업 판결은 지배개입 사건에서 원청의 사용자성을 인정한 것이다. 같은 날 선고된 불이익취급 사건의 판결들에서는 원청의 사용자성을 명시적으로 부정했다.²²¹⁾ 문제는 단체교섭에서의 사용자성이다. 만약 사

220) 강성태, 위의 글 참조.

221) 현대중공업 사건과 관련된 대법원판결은 모두 7개이다. 관련 소송은 두 가지 방향에서 진행되었는데, 하나는 지배개입 사건으로 현대중공업의 사용자성을 인정한 중노위 구제명령에 대해 현대중공업이 다툼 소송이었고(‘지배개입 소송’), 다른 하

건이 교섭거부의 부당노동행위로 다투어졌다면 현대중공업의 사용자성이 인정되었을 것인가가 논쟁의 핵심이다. 일부에서는 부당노동행위제도상 사용자 개념을 근로기준법상 그것보다 확대하는 것은 타당하지만, 그렇다고 이것이 단체교섭의 상대방인 사용자 개념이 당연히 확대될 수 있다는 것을 의미하는 것은 아니라고 한다.²²²⁾ 그러나 현대중공업 판결은 실질적으로 단체교섭 당사자성까지 인정한 것으로 보인다. 이 판결의 핵심적 부분을 참고한 일본 朝日放送事件 최고재판소 판결(最三小判 平 7. 2. 28)도 원청의 단체교섭 거부를 부당노동행위로 인정한 것이다.²²³⁾ 또한 현대중공업 판결이 사용했던 사용자 판단 기준은 그 이전에 하급심의 사내하청 분쟁에서 종종 사용되었던 것인 바, 관련 하급심 판결들은 원청의

나는 부당해고 및 불이익처분에서 현대중공업의 사용자성을 부정한 중노위 기각결정에 대해 사내하도급 근로자들이 다툼 것이었다(‘부당해고 소송’). 대법원은 전자에 대해 2010. 3. 25. 선고된 2개의 판결들(2007두8881 판결과 2007두9025 판결)을 통해 현대중공업의 사용자성을 인정한 반면, ‘부당해고 소송’에서는 5개의 판결들(앞의 두 판결과 같은 날짜에 선고된 4개의 판결들, 즉 2007두9068 판결, 2007두9136 판결, 2007두9143 판결 및 2007두9150 판결과 2010. 4. 29. 선고된 2007두9051 판결)을 통해 현대중공업의 사용자성을 부정하였다. 7개의 판결들 중에서 4. 29. 선고된 한 개의 판결을 제외한 6개는 모두 같은 재판부에서 선고된 판결들이다.

222) 권혁(2014), 「부당노동행위에 있어서 원청회사의 사용자성」, 『노동판례백선』, 한국노동법학회, p.373.

223) [노동조합법 제7조에서 말하는 ‘사용자’에 관하여 검토하여 보면, 일반적으로 사용자라 함은 근로계약상의 고용주를 말하지만, 같은 조가 단결권의 침해에 해당하는 일정한 행위를 부당노동행위로서 배제하고 시정함으로써 정상적인 노사관계를 회복하는 것을 목적으로 하고 있는 점에서 본다면, 고용주 이외의 사업자라고 해도 고용주로부터 근로자를 파견 받아 자기의 업무에 종사시키고 그 근로자의 기본적인 근로조건에 관하여 부분적이기는 하지만 고용주와 같이 볼 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배, 결정할 수 있는 지위에 있는 경우에는, 그 한도에서, 위의 사업주는 같은 조의 ‘사용자’에 해당한다고 해석함이 상당하다. (중간 생략) 그렇다면, 피상고인은 자신이 스스로 결정할 수 있는 근무 시간의 배치, 노무 제공의 태양, 작업환경 등에 관한 한 정당한 이유 없이 하도급 3사의 종업원이 조직한 상고보조참가인과의 단체교섭을 거부할 수 없다고 할 것이다. 그런데 피상고인은 소화 49년(1974년) 9월 24일 이후 임금인상, 일시금 지급, 하도급회사 종업원의 사원화, 휴게실의 설치를 포함한 근로조건의 개선 등의 교섭사항에 관하여 단체교섭을 요구하는 상고보조참가인의 요구에 관하여 사용자가 아니라는 이유를 들어 단체교섭을 거부하였던 바, 앞의 교섭사항 중 피상고인이 스스로 결정할 수 있는 근로조건(본건 명령 중 [프로그램 제작 업무에 관한 근무의 배치 등 취로에 관련되는 제조건]은 이에 포함된다.)의 개선을 요구하는 부분에 관해서는 피상고인이 정당한 이유 없이 단체교섭을 거부하는 것은 허용되지 않고 이를 거부한 피상고인의 행위는 노동조합법 제7조 제2호의 부당노동행위를 구성한다.]

교섭 당사자성을 정면으로 인정하여 왔다. 예를 들어 원청이 하청근로자의 노동조합을 상대로 방해금지가처분을 신청한 사건에서,²²⁴⁾ 서울남부지법 2007. 12. 10. 2007카합2731 결정은 노조법 제81조 제3호 등의 취지와 내용을 고려할 때, 근로자의 기본적인 노동조건 등에 관하여 부분적이기는 하더라도 근로계약상의 사용자와 같이 볼 수 있을 정도로 현실적이고 구체적으로 지배·결정할 수 있는 지위에 있는 경우, 그 한도 내에서 피신청인이 주장하는 내용 중 일부의 사항에 관해 사용자에게 해당한다고 보았다.²²⁵⁾ 박수근 교수는 현대중공업 판결 이전부터 이 입장을 지지하였다.²²⁶⁾ 즉 “고용관계가 없이 노무제공을 이용하는 자 사이에 집단적 노동관계를 인정하려는 목적은 일정한 사항에 관해 단체교섭의무를 부과하고, 이를 거부하는 경우 노동쟁의조정 또는 쟁의행위, 그리고 부당노동행위로 연결하기 위함”이라고 한다. 다만 “노동력 이용자가 단체교섭의무를 부담하는 사항에 관한 기준과 범위의 결정은 아주 어려운 문제”라고 한다.²²⁷⁾

현대중공업 판결은 단체교섭에 관한 청구가 없었으므로 이에 대해 판단을 하지 않았다. 다만 현대중공업이 구체적이고 실질적으로 결정할 권

224) 하청노동조합은 「① 고용안정(위장도급·불법파견에 대한 시정), ② 휴일근로의 제한, ③ 작업일정 사전통보, ④ 본사 조합원의 본사 출입카드 사용보장, ⑤ 비정규직 지부 조합원들이 근로하는 장소의 사무공간을 확장하고 컴퓨터 등 사무기기를 개선하여 줄 것, ⑥ 증권신물거래소 구내식당 및 주차장 이용 시 정규직원들과 동일한 처우를 하여 줄 것, ⑦ 복지후생시설인 휘트니스룸의 장비 개선 요구, ⑧ 노조사무실과 집기 제공, 홍보활동을 위한 게시판 설치, 사내통신망인 ‘나누미’에 비정규직 지부공간의 개설허용 등 조합활동에 관한 기본사항, ⑨ 시간외 수당의 지급, ⑩ 부당한 임금체불 사례를 지적하면서 적법한 기준에 의한 임금지급 등」에 관하여 단체교섭을 요구하였다(박수근(2008), 「간접고용근로자의 집단적 노동분쟁과 쟁점의 검토」, 『노동법연구』 24, 서울대 노동법연구회에서 재인용).

225) 위의 단체교섭 사항들 중 적어도 제2 내지 7항과 같은 사항에 대하여는 단체교섭의무를 부담하고, 제1, 8 내지 10항의 내용에 대해서는 신청인에게 단체교섭의무가 있다고 단정할 수는 없어도, 불법파견에 해당될 여지가 있고 피신청인들이 단체교섭을 요구하는 것 자체가 위법하다고 판단하기는 어렵다고 보았다.

226) “집단적 노동관계의 사용자성은 반드시 근로계약관계 또는 근로관계가 존재하는 것을 전제로 인정되어서는 아니되며, 노조법이 설정하는 각종 제도의 취지와 목적에 따라 탄력적으로 해석되어야 한다. 특히, 고용과 노동력제공의 관계가 분리되는 간접고용형태에서는 하청업자 소속 근로자가 노무를 제공하는 과정에서 원청회사가 보유 내지 행사하는 실질적 지배력에 초점을 맞추어 집단적 노동관계의 사용자성을 파악해야 한다”고 하였다(박수근(2008), 앞의 글, p.46).

227) 박수근(2008), 위의 글, p.49.

한을 가졌다고 인정한 ‘기본적인 노동조건 등’에 작업 일시, 작업 시간 및 연장, 휴식, 야간 근로, 작업 장소, 작업 내용, 노조활동 시간 보장, 노조 간부의 유급 노조활동시간 보장, 작업의 진행방법 등이 있었다. 박수근 교수는 ‘직접고용으로 파악될 정도의 사실관계가 인정되는 경우가 아니라도, 원청회사가 고용관계가 없는 하청업자 소속근로자들을 위한 단체 교섭에 성실하게 응해야 할 범위를 결정하는 몇 가지 기준’으로 다음을 들었다. “첫째, 근로계약의 성립으로 발생하는 각종 권리의무관계 중 임금은 의무적 단체교섭사항으로 파악하기 어렵다. 둘째, 하청업자와 체결한 근로계약이 그 기간의 존속 등으로 계속 유효하다면, 원청회사에 직접 고용 또는 고용승계를 요구하는 사항은 의무적 교섭사항이 아니다. 셋째, 임금과 직접고용에 관한 사항을 제외한 노동력의 제공과정에서 발생하는 사항은 대부분 의무적 단체교섭의 대상으로 인정된다.”²²⁸⁾ 요컨대 고용(고용 그 자체와 고용승계)과 임금을 제외한 대부분의 근로조건 사항이 교섭사항이 된다고 보았다.

사내하청관계에서 원청이 하청 노동조합과 교섭해야 하는 사항은 어디까지인가? 이론적으로는 다음 세 가지가 가능할 것 같다. 첫째, 브라우닝 페리스 결정, 그 밖에 NLRB의 기준에 따라 자신이 지배력을 가진 사항으로 보는 견해이다. 둘째, 자신이 지배력을 가진 사항과 밀접하여 분리하기 어려운 사항까지로 보는 견해이다. 셋째, 의무적 교섭사항 전부로 보는 견해이다. 마지막 견해는 개별 교섭 사항 사이의 견련 관계보다는 전체적으로 주고받는 방식으로 이루어지는 단체교섭의 특성을 잘 반영하기는 하지만, 종래부터 임금교섭과 다른 단체교섭을 구별한 전통이나 현대차 사내하청 근로자의 신규채용 특별협상에서 보듯이 특정한 사항만을 위한 특별교섭도 있는 현실 등에 비추어 지나치게 교섭 범위가 넓다는 비판도 있을 수 있다.

다. 개선 방안

우원식 의원이 대표발의한 노동조합 및 노동관계조정법 일부개정법률

228) 박수근(2008), 앞의 글, p.49.

안(2017. 2. 14)은 하청업체 파업 시 원청업체에 의한 대체인력의 투입을 금지하는 내용이다. 발의 배경은 다음과 같다.

“이른바 간접고용 형태의 고용계약이 확산되면서 원청회사로부터 간접고용 근로자의 쟁의권을 사실상 박탈하는 조치들이 빈번하게 발생하고 있음. 2015년 삼성전자서비스, LG U, SK브로드밴드, C&M 등의 대기업들은 하청업체 소속 근로자들이 파업하자 다른 하청업체를 대체하여 그 소속 근로자로 하여금 정상조업을 시키거나 직접고용한 근로자를 하청업체 업무에 투입하기도 했음. 공공기관인 정부세종청사 역시 환경미화 하청업체 소속 근로자들이 파업하자 도급업무를 다른 하청업체로 대체하고, 일부는 직접고용한 근로자를 투입한 바 있음. 이는 헌법이 보장하고 있는 노동3권 중 단체행동권을 본질적으로 침해하는 것임. 우리 대법원은 “원청회사가 사내 하청업체 소속 근로자들의 기본적인 노동조건 등에 관하여 실질적·구체적으로 지배·결정할 수 있을 경우 원청도 사용자에게 해당한다”는 판결(2007두8881)과 같이 현실적으로 발생하는 노사관계 및 부당노동행위의 유형의 다양화를 고려하여 그에 대응하는 부당노동행위 구제의 방법과 내용도 유연하고 탄력적일 필요가 있음을 인정한 바 있음. 그러나 주무부처인 고용노동부는 간접고용 근로자의 사실상 박탈하는 조치들에 대해 문제가 없다는 입장을 고수하고 있음. 과거 간접고용 시 투입을 제한하는 기존의 해석(1988. 노사32281-19968)을 뒤집고 하청업체의 파업기간 중 원청이 다른 하청업체를 통해 고용한 소속 근로자로 대체인력을 투입한 조치에 대하여 적법하다는 행정해석(1998. 협력68140-226)을 내린 후로 이를 유지하고 있는 것. 이에 하청업체 파업 시 원청회사에 의한 대체인력 투입을 금지하여 건강한 노사관계 발전과 헌법으로 보장한 근로자의 단체행동권을 실효성 있게 보호하고자 하는 것이 동 법률개정안의 취지임. 또한 동 개정안은 파견근로자 쟁의행위 시 파견사업주의 직접 수행 또는 재파견 요청도 금지하여 파견근로자에게도 동일한 노동3권을 보장하고, 최근 사업주가 쟁의행위를 대비해 미리 인력을 채용하거나 도급, 파견을 받는 형태의 변종 쟁의행위권 무력화 시도가 발생함에 따라 이를 금지하는 내용도 포함시키는 것이 근로자의 노동3권을 보호하는 적절한 방법인 것으로 판단하였음.”

법안의 주요 내용으로는 도급 또는 근로자파견계약에 따른 사업의 원사업주(또는 사용사업주)로 하여금 수급사업주(또는 파견사업주) 소속 근로자들의 쟁의행위로 인하여 중단된 업무를 직접 수행하거나 다른 수급사업주의 소속 근로자로 대체하여 수행할 수 없도록 하며(안 제43조 제3항 신설, 안 제91조), 사용자의 채용 제한의 내용에는 사용자가 쟁의행위 발생에 대비해 사전에 사업과 관계없는 자를 채용 또는 대체하거나 도급 또는 하도급을 주는 경우 및 근로자파견을 받는 경우도 포함시키도록 하는 것(안 제43조 제4항, 안 제91조)이다.

무엇보다 먼저 우원식 의원의 법률안에서 제기한 고용노동부의 행정해석은 다수 학설을 참조하여 수정할 필요가 있다.

다음으로 쟁의행위의 실효성뿐만 아니라 하청근로자의 노동3권 보장을 위해서는 하청노동조합에 대한 원청의 단체교섭의무 및 부당노동행위 책임을 명시할 필요가 있다. 파견관계와 관련하여서는 파견법에 제34의2(노동조합 및 노동관계조정법의 적용에 관한 특례)를 신설하여 사용사업주의 단체교섭 의무 및 부당노동행위 책임을 아래와 같이 명시해야 할 것이다.

- ① 파견근로자가 소속된 노동조합의 대표자와 그 노동조합으로부터 위임을 받은 자는 조합원과 노동조합을 위하여 사용사업주에 대해 단체교섭, 그 밖에 단체협약을 체결할 권한을 가진다.
- ② 사용사업주는 노조법 제81조 각 호의 행위를 할 수 없다. 제1호와 제5호의 적용에 있어서는 근로자파견계약의 해지, 그 밖에 파견근로자에게 근로관계의 종료로 야기하는 사용사업주의 행위는 ‘그 근로자에게 불이익을 주는 행위’로 본다.
- ③ 전항의 경우 노조법 제82조 내지 제86조, 제89조 제2호, 제90조, 제94조, 제95조를 준용한다.

다음으로 도급관계에서 도급인의 단체교섭 및 부당노동행위와 관련해서는 아래의 김선수 변호사의 주장이 가장 많이 인용된다. 김 변호사는 다음의 표와 같이 파견관계와 도급관계를 묶어서 노동조합 및 노동관계조정법에 특칙을 신설하자는 입장이다.²²⁹⁾

또한 김선수 변호사는 「사내하도급근로자 보호법」의 제정도 함께 주장

한 바 있다. 현행 노동관계법상 사내하청관계와 관련하여 가장 곤란한 문제는 그것이 진정·합법도급관계인 경우라고 하면서, 특별법에서 규정되어야 할 것으로 “사내하도급 근로자의 정의 규정, 사내하도급 업체에 대한 최소한의 요건, 사내하도급 대상 업무의 제한, 사내하도급 계약의 형식과 체결절차 및 내용에 관한 사항, 직접고용 또는 파견근로자를 사내하도급으로 전환하는 경우의 요건 및 절차, 사내하도급 전환 시 기존 근로조건의 유지, 노동조합 활동의 보장 및 원청 사업주의 단체교섭 의무, 차별적 처우의 금지 및 차별시정 절차의 준용 등”을 열거했다.

노조법 제2조(정의) ②2. 1문(현행과 같음) 근로계약 체결의 형식적 당사자가 아니더라도 근로자의 근로조건 또는 노동조합 및 조합원의 활동에 대하여 실질적인 영향력이 있는 자도 같다.

제81조(부당노동행위) 1. 및 5. “... 그 근로자를 해고하거나 도급·위탁 계약 등을 해지하거나 그 근로자에게 불이익을 주는 행위

파견법 제34조의2(노조법의 적용에 관한 특례) ① 사용사업주는 파견근로자가 소속된 노동조합과 파견료, 기타 파견취업조건에 관해 교섭할 의무를 진다.

② 사용사업주는 노조법 제81조 각 호의 행위를 할 수 없다. 이때 그 근로자에 대한 파견근로계약을 해지하는 것을 제1호 및 제5호 소정의 불이익을 주는 행위로 본다.

③ 전항의 경우 노조법 제82조 내지 제86조를 준용한다.

그런데 사내하청에 관한 독자적인 특별 입법은 신중하게 접근할 필요가 있다. 첫째, 규율 대상으로서 사내하도급의 범위에 관해 공통된 의견이 없고, 사내하도급의 정의는 파견과 도급의 구별에 영향을 미치기 때문이다. 둘째, 규율의 주요 내용과 방법에 대해서도 논의의 성숙을 기다려야 하기 때문이다. 셋째, 공통적 규율이 필요한 사항(사업양도 및 사업이전 등)과 특별 규율이 필요한 사항을 구별하여 접근해야 하기 때문이다.

229) 김선수(2007), 「비정규법의 대안」, 『비정규직법의 문제점과 대안 토론회 자료집』, 2007. 10. 23, p.52 등.

제4절 정리 및 요약

1. 파견과 도급의 구별

가. 필요성

파견법 제정 당시부터 파견사업의 합법화와 함께 도급으로 위장된 불법파견의 증가를 가져올 것으로 예상되었다. 이 예상은 사실로 드러났다. 위장도급의 규제를 위해서는 파견과 도급의 구별을 위한 기준의 명확성과 안정성이 필요하다.

나. 현 황

파견과 도급의 구별에 관한 기준은 현재, 행정과 사법에서는 존재하나 법적 구속력이 있는 명문의 법령, 즉 입법으로는 존재하지 않는다. 행정에서는 명문의 지침 형식으로 존재하는 반면, 사법에서는 두 개(이상)의 판례가 혼재되어 불안정한 모습으로 존재한다. 파견과 도급의 구별 기준을 입법화하려는 시도는 있었으나 실패했다.

2007년에 마련된 현재의 행정지침은 통일적이고 일관된 기준이라는 점에서는 장점이 있으나, 사업장 단속을 목적으로 하는 행정부 내부의 기준이라는 ‘행정지침’ 그 자체의 본질적 한계를 비롯하여 2007년 지침 제정 이후의 변경된 판례를 적절히 반영하고 있지 못한 점 등 여러 가지 문제점을 가지고 있다. 판례는 다양한 실태에 부합하는 합목적적인 결론을 내린다는 장점은 있으나, 둘 이상의 상이한 판단방식을 가진 판례들이 병존하고 있는 등 법적 안정성이 부족하고 판례가 열거하고 있는 징표가 과연 적절한 것인지에 대한 의문도 있다. 새 정부 들어 파견과 도급의 구별 기준을 입법화하자는 이야기가 종종 들린다. 그러나 입법화의 기초가 충분히 갖추어져 있는지는 의문이다. 비록 판례가 대법원 2015. 2. 26. 선고

2010다106436 판결로 수렴되고 있는 것은 사실이지만 아직 통일되어 있다고 말하기는 어렵다. 학설에서도 다수가 공감하는 기준이 있는 것도 아닌 것이 지금 상황이다. 기존에 나와 있는 몇 가지 법률 또는 입법안을 살펴본 후, 바람직한 입법의 방향을 검토해 보는 것이 지금으로서는 최선일 듯하다. 실제의 입법화는 충분한 논의와 공론화 과정을 거쳐 진행하여야 할 것이다.

다. 행정지침의 개선

첫째, 파견판단지침 외에 도급사업의 합법적이고 적정한 운영을 위한 지침을 함께 마련한다. 둘째, 파견에 해당함이 명백한 경우와 도급에 해당함이 명백한 경우가 아니라 파견과 도급의 요소들이 혼재되어 있는 경우의 처리 방법을 마련한다. 셋째, 파견판단지침을 현행 판례, 특히 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결에 맞게 수정, 보완하여야 한다. 넷째, 근로자를 형식상 고용하고 있는 원고용주에게 사업주로서의 실체와 독립성이 없는 경우에도 단속의 실효성을 높일 수 있는 방법들을 보완한다. 다섯째, 단속 결과 하청업체에 사업주로서의 실체가 없거나 혹은 실질적으로 파견사업주에 불과한 경우, 하청업체를 적절하게 지도, 단속할 사항들을 보완한다.

라. 입법화

파견과 도급의 구별 기준을 법제화하자는 의견이 종종 들리고 있다. 그러나 현재 우리나라의 상황은 입법화를 위한 조건이 충분히 갖추어져 있지 않다. 통일된 판례도 없다. 가장 체계화되어 대다수 실무에서 원용되는 2015년 대법원 판결도 아직 완성된 것으로 보기에 무리가 있다. 노사 사이는 물론 학설 사이의 이견도 크다. 그러므로 입법화는 신중하게 진행할 필요가 있다. 바람직한 입법안의 방향은 다음과 같다.

첫째, 입법의 형식은 추정 방식이 바람직하다. 둘째, 직접근로관계 혹은 묵시적 근로관계가 인정되는 상황에 대해서도 명시할 필요가 있다. 파견

과 도급의 구별은 근로자과건관계인지 도급관계인지에 더하여 직접고용관계까지 구분하는 것이기 때문이다. 직접고용관계가 인정될 때 임금과 근로조건은 어떻게 할 것인지, 그리고 원고용주인 하청업체의 책임은 어떻게 할 것인지 등에 대해서도 명시하는 것이 바람직하다. 셋째, 판단의 요소 또는 기준은 사업주로서의 실체에 관한 것, 사용자로서 기본적 권한과 책임의 이행에 관한 것, 노동과정의 지배에 관한 것 등 세 가지 측면을 모두 포함할 수 있어야 한다.

2. 원청의 책임 확대

원청의 책임 확대와 관련한 논의를 표로 정리하면 아래와 같다.

〈개선방안 종합〉

근로조건	현행	행정 개선	입법안
산업안전	· 도급사업주의 제한적 의무 (법) · 현장책임자 위주의 처벌 (행정)	· 도급사업주 처벌	· 도급금지 업무 · 도급사업주의 포괄적 의무
임금	· 도급사업주의 제한적 책임 (법) · 파견사업주의 책임 (법)	· 사용자사업주의 차별시정책임 인정	· 도급사업주의 책임 확대 · 사용자사업주의 연대책임
고용	· 파견판단지침 (행정)	· 지침 개정	· 파견과 도급의 구별 기준의 입법화
단체교섭	· 현대중공업 판결	· 지침 제정	· 파견사업주와 도급사업주의 부당노동행위 명시

주:*(법)은 노동법령, (행정)은 근로감독 등 노동행정을 말함.

가. 능력책임주의에 의한 보완

계약책임주의, 곧 계약상 사용자만이 책임을 지는 방식은 직접고용시대의 산물로서 지극처럼 간접고용이 확산된 상황에 그대로 적용하기에는 한계가 있다. 하청근로자의 노동권을 실질적으로 보호하기 위해서는 능

력책임주의에 의한 보완이 필요하다. 곧 해당 노무공급관계를 주도하고, 그래서 현재의 상황을 바꾸어 근로자 보호라는 노동법이 예정한 본래 목적을 달성할 수 있는 능력이 있는 자에게 책임을 지우자는 것이다. 능력책임주의는 간접고용관계에서 발생하는 노동법 회피와 보호의 실종이라는 새로운 위험에 대처하기 위한 법 원칙이다.

나. 산업안전

사내하청관계는 간접고용을 주도하면서 전 산업에서 빠르게 확산되고 있다. 그런데 하청근로자가 근로를 제공하는 장소는 원청의 사업장이고 그 위험을 지배하는 자는 원청임에도 불구하고, 하청근로자의 안전보건 책임은 하청에게 부과되고 있다. 이를 보완하여 현재 사내하청관계의 실질이 도급관계인 경우 원청의 산업안전 책임을 정하고 있는 가장 중요한 규정은 유해위험 작업의 도급을 제한하고 있는 산업안전보건법 제28조와 도급사업주의 안전조치 의무를 정하고 있는 같은 법 제29조이다. 그런데 이 규정은 앞에서 본 바와 같이 도급관계에서의 산업안전을 확보하기에는 한계가 있다. 개선 방향은 세 가지이다. 첫째, 도급을 줄 수 없는 업무 또는 작업의 범위를 확대한다. 둘째, 도급사업주의 산업안전조치 의무를 확대하여 원칙적으로 모든 장소의 모든 업무를 포괄하도록 한다. 셋째, 법 위반 시 원청과 원청 경영담당자에 대한 형사책임을 강화한다.

다. 임금

사내하청 등 간접고용관계에서는 임금체불이 발생할 가능성이 더 크다. 현행 근로기준법과 최저임금법은 도급인(원청)의 귀책사유로 수급인(하청)이 근로자에게 임금을 지급할 수 없는 경우에만 원청의 책임을 인정한다. 파견관계에서도 임금은 파견사업주(하청)의 책임이고, 오직 사용사업주의 귀책사유로 파견근로자에게 임금을 지급하지 못한 때에만 사용사업주도 책임을 지도록 하고 있다. 하청근로자의 임금을 확보하기 위해서는 적어도 최저임금에 대해서는 원청도 함께 책임을 지도록 해야 할 것

이다.

먼저, 사내하청관계의 실질이 파견관계일 때 파견근로자의 임금을 확보하기 위해 사용사업주도 임금책임을 지도록 하는 것이 바람직할 것이다. 만약 이것이 어렵다면 최소한 최저임금의 적용에서는 파견사업주와 사용사업주 모두를 사용자로 보도록 할 필요는 있다. 한편, 파견근로자가 받는 임금 등이 사용사업주인 원청의 직접고용 근로자보다 적은 경우에는 최근 고등법원 판결을 참고하여 원청도 함께 차별시정의 책임을 질 수 있음을 밝히는 행정해석이나 안내서를 낼 필요가 있다.

다음으로 사내하청관계의 실질이 도급관계인 때에는 도급인(원청)이 수급인(하청)의 근로자(하청근로자)에 대한 임금체불에 책임을 지는 경우를 현행보다 확대하기는 어렵겠지만, 적어도 최저임금의 적용에서는 도급인(원청)에게 보증 책임을 지울 필요가 있다. 만약 이것이 어렵다면 적어도 이인영 의원이 대표발의한 최저임금법 일부법률개정안(2017.9.5.)처럼, 최저임금법상 도급인이 책임져야 할 사유에 ‘인상 적용된 최저임금액 이상으로 인건비 단가를 조정하지 아니한 행위’를 추가해야 할 것이다.

라. 노동조합 활동과 단체교섭

하청근로자가 노동조합을 결성하기도 어렵지만, 결성한 때에도 노동조합 활동 역시 쉽지 않다. 원청의 부당노동행위는 최악의 경우 하청업체 폐업의 방식으로 자행되기도 한다. 그러나 사내하청관계에서 노동조합 활동이나 단체교섭과 관련된 명시적인 법 규정은 존재하지 않는다. 분쟁은 사법부에서 해결되고 있는데, 가장 중요한 판례는 2010년의 현대중공업 판결이다. 그러나 판례만으로 간접고용시대의 노사관계를 규율하기에는 불안정성이 높다. 사내하청관계에서 도급인 또는 사용사업주에 해당 하는 원청의 부당노동행위 책임과 단체교섭 책임을 인정하는 명문의 규정이 필요하다. 입법 이전에도 고용노동부는 현대중공업 판결을 기초로 사내하청관계에서의 단체교섭과 부당노동행위에 관한 처리 지침을 만들어 운영할 필요가 있다.

참고문헌

[제2장]

- 고용노동부(2014. 12. 29), 『비정규직 종합대책(안) - 비정규직 처우개선 및 노동시장 활력제고 방안』.
- _____ (2017. 8. 10), 『정규직 전환 가이드라인 발표(7. 20) 이후 계약기간 만료 도래자에 대한 조치요령』.
- _____ (2017. 9. 22), 『공공부문 정규직화 추진 관련 추가지침』.
- _____ (2017. 10. 25), 『공공부문 비정규직 특별실태조사 결과 및 연차별 전환계획』.
- 관계부처 합동(2004. 5. 18), 『공공부문 비정규직 대책』.
- _____ (2006. 8. 2), 『공공부문 비정규직 종합대책』.
- _____ (2011. 11), 『공공부문 비정규직 고용개선 대책』.
- _____ (2012. 1. 16), 『‘상시·지속적 업무 담당자의 무기계약직 전환기준’ 등 공공부문 비정규직 고용개선 추진지침』.
- _____ (2013. 4), 『공공부문 비정규직 고용개선 대책 보완지침』.
- _____ (2016. 2. 17), 『공공부문 비정규직 고용개선 대책』.
- _____ (2017. 7. 20), 『공공부문 비정규직 근로자 정규직 전환 가이드라인』.
- 국회환경노동위(2012), 『공공부문 비정규 대책의 평가와 대안에 관한 연구』.
- 김철식(2017), 『문재인 정부의 노동정책』, 『황해문화』.
- 신원철(2004), 『우정부문 비정규고용의 재편 과정』, 『동향과 전망』.
- 윤애림(2009), 『새로운 차별적 고용형태로서 무기계약직의 실태와 쟁점』, 『산업노동연구』 15(2).
- 은수미(2007), 『공공부문 비정규 대책: 평가와 전망』, 『월간 노동리뷰』 2007년 8월호, 한국노동연구원.

[제3장]

권혁(2011), 『독일 기간제 근로관계법의 적용과 평가 연구』, 경제사회발전노사정위원회.

김기선(2017. 7), 「독일 내의 기간제에 대한 규율」, 한국노동연구원 세미나 발표자료.

[제4장]

김형배(2015), 『노동법』(제24판), 박영사.

박귀천(2015), 「독일 노동개혁은 무엇을 남겼나? - 하르츠개혁을 중심으로」, 『노사공포럼』 36, (사)노사공포럼.

박은정(2015), 「기간제법상 사용기간제한을 받지 않는 ‘초단시간 근로자’ 판단을 위한 근로시간의 문제」, 『노동법학』 53, 한국노동법학회.

_____(2017), 「기간제법의 쟁점에 관한 제언」, 『노동법학』 64, 한국노동법학회.

_____(2017), 「초단시간근로자 유형 규정과 근로시간」, 『월간 노동리뷰』 2017년 2월호, 한국노동연구원.

이승욱·문강분·박귀천(2010), 『단시간근로 저해법령 개선연구』, 고용노동부.

임종률(2017), 『노동법』(제15판), 박영사.

중앙노동위원회(2006), 『차별시정제도 참고자료』.

통계청(2017), 『한국의 사회동향』.

한국노동연구원(2013), 『독일 노동법전』.

Henssler · Willemsen · Kalb(Hrsg.)(2008), Arbeitsrecht Kommentar, TzBfG § 4 Rz.17, Rn. 15.

Preis(Hrsg.)(2017), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., TzBfG § 2, Rn. 2.

Schaub(Hrsg.)(2017), Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl., C. H. Beck, § 43. Teilzeitarbeit, Rn. 5.

Weiss · Schmidt(2008), Labour Law and Industrial Relations in Germany, Wolters Kluwer.

[제5장]

강상태(2000), 「특수고용관계와 근로기준법상 근로자성의 판단 - 1990년 대 대법원판결의 검토를 중심으로」, 『노동법학』 11, 한국노동법학회.

_____(2006), 「특수고용직의 노동법적 보호」, 『노동정책연구』 7(3), 한국노동연구원.

국민권익위원회(2012), 『특수형태근로종사자 권익보호 방안』.

김기선 외(2015), 『공정계약을 통한 특수형태업무종사자 보호방안연구』, 고용노동부 학술연구용역보고서(연구기관: 한국노동연구원).

데이비드 와일(2015), 『균열일터: 당신을 위한 일터는 없다』, 송연수 역, 황소자리.

류제복 외(2001), 『비정형근로자 근로실태조사 표본설계』(연구기관: 한국통계학회), 노동부 학술연구용역보고서.

박은정(2016), 「산재법상 특수형태근로종사자 개념의 비판적 이해」, 『노동법학』 57, 한국노동법학회.

박은정 외(2015), 『비전속적 특수형태근로종사자 산재보험 적용강화 방안』, 2015년 고용노동부 정책연구용역보고서.

박제성(2017), 「비임금근로자의 법적 지위」, 『사회보장법연구』 6(1), 서울대 사회보장법연구회.

박찬임 · 황덕순 · 김기선(2016), 『일자리 형태의 다양화 추세와 산재보험』, 한국노동연구원.

안주엽 외(2002), 『특수고용관계 종사자 실태조사』(연구기관: 한국노동연구원), 노동부 학술연구용역보고서.

이승욱(2005), 「특수형태근로종사자의 법적 규율을 위한 입법적 모색」, 『노동법연구』 19, 서울대학교 노동법연구회.

이인재 외(2007), 「특수형태근로종사자에 대한 노동법적 보호방안의 사

- 회경제적 효과분석』, 고용노동부 정책연구보고서.
- 최창식(2017), 『특수형태근로종사자 산재보험 보호 현황 및 문제점』, 『특수형태근로종사자 사회적 보호 확대 및 노동권 보장, 어떻게 할 것인가?』, 2017년 특수형태근로종사자 사회적 보호 확대 및 노동권 보장 자료집.

[제6장]

- 강성태(2002), 『위법한 파견근로와 사용자업주의 책임』, 『노동법연구』 13.
- _____(2016), 『사내하청에 관한 세 가지 판단 - Browning-Ferris, 현대중공업 그리고 KTX』, 『노동법연구』 40, 서울대노동법연구회.
- 권혁(2014), 『부당노동행위에 있어서 원청회사의 사용자성』, 『노동판례백선』, 한국노동법학회.
- 박수근(2008), 『간접고용근로자의 집단적 노동분쟁과 쟁점의 검토』, 『노동법연구』 24, 서울대노동법연구회.
- 신권철(2013), 『법정근로관계 설정의 법리』, 『노동법연구』 34.
- 윤애림(2012), 『비정규직 문제 해결의 첫단추는 노동기본권 보장으로부터』, 『서강법률논총』 1(2).
- 은수미·김기선·박제성(2012), 『간접고용 국제비교 - 파견/도급 기준 및 보호방안을 중심으로』, 한국노동연구원.
- 조경배(2001), 『직접고용의 원칙과 파견근로』, 『민주법학』 19.

大橋範雄(2007), 『派遣労働と人間の尊厳』, 法律文化社.

脇田滋(1995), 『労働法の規制緩和と公正雇用保障』, 法律文化社.

[제7장]

- 강선희(2012), 『산업안전보건법상 사내하도급근로자의 산업안전과 도급사업주의 책임』, 『노동법포럼』 8, 노동법이론실무학회.
- 강성태(2010), 『사내하도급 삼부작 판결의 의의』, 『노동법학』 35, 한국노동법학회.

- 강성태(2016), 「사내하청에 관한 세 가지 판단 - Browning-Ferris, 현대중공업 그리고 KTX」, 『노동법연구』 40, 서울대노동법연구회.
- 고용노동부(2010. 9), 「기간제·단시간·파견근로자를 위한 차별시정제도를 알려드립니다」.
- 권영환(2011), 「파견과 도급의 구별」이라는 틀의 재검토」, 『노동법연구』 30, 서울대노동법연구회.
- 권혁(2014), 「부당노동행위에 있어서 원청회사의 사용자성」, 『노동판례백선』, 한국노동법학회.
- 김기선(2010), 「독일 내 파견근로의 실태와 최근의 논의」, 『노동법연구』 29, 서울대노동법연구회.
- _____ (2011), 「근로자파견과 도급의 판단」, 『노동법연구』 31, 서울대노동법연구회.
- 김선수(2007), 「비정규법의 대안」, 『비정규직법의 문제점과 대안 토론회자료집』(2007. 10. 23).
- 박수근(2008), 「간접고용근로자의 집단적 노동분쟁과 쟁점의 검토」, 『노동법연구』 24, 서울대노동법연구회.
- 박은정(2011), 「일본에서의 위장도급문제에 관한 논의에 대한 검토」, 『이화여대 법학논집』 15(4), 이화여대 법학연구소.
- 박찬임 외(2015), 『사내하도급과 산업안전: 제조업을 중심으로』, 한국노동연구원.

◆ 執筆陣

- 김근주(한국노동연구원 부연구위원)
- 강성태(한양대 교수)
- 박귀천(이화여대 교수)
- 박은정(인제대 교수)
- 조상균(전남대 교수)
- 조임영(영남대 교수)
- 정영훈(헌법재판소 헌법재판연구원 책임연구원)

비정규직 대책의 현황과 과제

- | | |
|-----------|---|
| ▪ 발행연월일 | 2018년 1월 25일 인쇄
2018년 1월 30일 발행 |
| ▪ 발 행 인 | 배 규 식 |
| ▪ 발 행 처 | 한국노동연구원
300147 세종특별자치시 시청대로 370
세종국책연구단지 경제정책동
☎ 대표 (044) 287-6080 Fax (044) 287-6089 |
| ▪ 조판 · 인쇄 | 거목정보산업(주) (044) 863-6566 |
| ▪ 등 록 일 자 | 1988년 9월 13일 |
| ▪ 등 록 번 호 | 제13-155호 |

© 한국노동연구원 2018 정가 11,000원

ISBN 979-11-260-0159-0