

2015년 한국노동법학회 추계학술대회

---

# 한국 사회와 비정규직, 법적 쟁점과 해법

일 시 2015년 10월 16일(금) 14:00~18:00

장 소 서울대학교 근대법학교육백주년기념관 소강당

주 최 (사)한국노동법학회

“이 발표논문집은 2015년도 정부 재원(교육부)으로 한국연구재단의 지원을 받아 발간되었음”

# 프로그램

13:30 ~ 14:00 등 록  
14:00 ~ 14:20 개 회  
                  개회사

진행사회: 권 혁 교수

## 제1부 비교법적 관점에서 바라본 기간제 근로관계 규율과 그 시사점

사회: 문무기 교수

14:20 ~ 15:05 제1주제: 프랑스 기간제 규율에 관한 고찰  
                  - 갱신 횟수 제한을 중심으로 -  
                  • 발표: 김상호 교수(경상대)  
                  • 토론: 조용만 교수(건국대)

15:05 ~ 15:50 제2주제: 최근 일본의 비정규직 근로자보호법제도의  
                  동향과 법적 쟁점  
                  • 발표: 정영훈 박사(헌법재판연구원)  
                  • 토론: 최석환 교수(명지대)

15:50 ~ 16:10 휴 식

## 제2부 합리적인 원하청 관계 구축을 위한 법제도 개선 방향

사회: 하갑래 교수

16:10 ~ 16:55 제3주제: 업무도급관계에서의 위장도급 판단  
                  - 업무 지시권을 중심으로 -  
                  • 발표: 권 혁 교수(부산대)  
                  • 토론: 김기선 박사(한국노동연구원)

16:55 ~ 17:40 제4주제: 하청관계에서 노동법상 책임의 연대와 분배  
                  - 판례분석을 중심으로 -  
                  • 발표: 신권철 교수(시립대)  
                  • 토론: 유성재 교수(중앙대)

17:40 ~ 18:00 종합토론   • 청중 질의응답

18:00 ~       폐 회  
                  폐회사   • 한국노동법학회 회장 김 인 재



# 목 차

## 【제1주제】

프랑스 기간제 규율에 관한 고찰 - 갱신 횟수 제한을 중심으로 - .....	김 상 호	1
토론문 .....	조 용 만	25

## 【제2주제】

최근 일본의 비정규직 근로자보호법제도의 동향 및 법적 쟁점 .....	정 영 훈	29
토론문 .....	최 석 환	55

## 【제3주제】

업무도급관계에서의 위장도급 판단 - 업무 지시권을 중심으로 - .....	권 혁	61
토론문 .....	김 기 선	79

## 【제4주제】

하청관계에서 노동법상 책임의 연대와 분배 .....	신 권 철	83
토론문 .....	유 성 재	113



【제1주제】

## 프랑스 기간제 규율에 관한 고찰 - 갱신 횟수 제한을 중심으로 -

김 상 호\*

1. 문제의 제기
2. 프랑스 기간제 규율의 연혁과 개요
3. 기간제 사용의 사유 제한
4. 계약기간에 대한 제한
5. 갱신(renouvellement)에 대한 제한
6. 무기계약으로의 의제의 효과
7. 결어

### 1. 문제의 제기

우리나라의 기간제법은 2007년 7월 1일 시행된 이후 대대적인 개정이 이뤄질 듯하다. 2015년에 들어와 정부가 주도적으로 노동시장 개혁 방안을 추진하고 있고 그 의제 중에는 기간제법의 개정이 포함되어 있기 때문이다. 구체적인 항목으로는 “총 계약기간(2년) 내 최대 갱신 횟수 제한, 기간제근로자 사용제한 기간의 예외적 연장, 생명 안전 업무 분야에서의 기간제 사용 제한, 노조의 차별시정 신청대리권의 부여”가 포함되어 있다.<sup>1)</sup> 이런 항목들은 지난 9월 15일에 이뤄진 노사정 대타협의 합의문 중 추가논의과제에도 포함되어 있다. 따라서 기간제법 개정 관련 논의가 활발하게 이뤄질 이 시점에서 비교법적 검토 차원의 프랑스의 기간 규율에 관한 고찰은 의미가 있을 것으로 보인다. 발표자는 특히 최근에 기간제의 갱신 횟수 제한을 주제로 하는 연구과제에 참여한 바 있기 때문에 이 부분을 중심으로 발표하고자 한다.

\* 경상대학교 법과대학 교수.

1) 2015년 6월 17일 정부의 ‘1차 노동시장 개혁 추진방안’에서 발표된 내용.

## 2. 프랑스 기간제 규율의 연혁과 개요

프랑스에서 전통적이며 주된 근로계약의 형태는 무기근로계약이다. 프랑스 노동법전의 총칙에 위치한 L. 1221-2조에서는 “근로계약은 기간의 정함이 없이 체결된다.”고 명시하고 있다.<sup>2)</sup>

이런 주된 고용형태인 무기근로계약과 대비되는 기간제근로계약은 일정한 규제 속에서만 허용되어 왔다. 왜냐하면 사용자의 해고조치에 대한 근로자보호규율은 오로지 무기근로계약을 전제로 해서 적용되는데, 사용자는 계약체결시 합의해 둔 기한(terme)의 도달로 계약 자체가 소멸됨에 착안하여 이런 기간제를 해고보호의 회피수단으로 활용할 수 있었기 때문이다.<sup>3)</sup>

그러나 기간약정을 통한 회피행각을 규제하는 노동입법은 오랜 동안 없었고 판례만이 그 충기를 넘어서 계속하여 존속한 근로계약이나 여러 차례 반복하여 갱신된 근로계약에 대해 무기근로계약이 되었다고 확정짓는 방법으로 규제하였다고 한다.<sup>4)</sup>

이처럼 기간제규제입법이 쉽게 나오지 못한 이유는 기간제근로계약이 사업체로 하여금 인력의 일시적인 수요를 충족하는 것을 가능하게 할 뿐만 아니라 실업자의 어려움을 해소하고 다른 한편으로, 기간제에는 정해진 종기까지 통상해고로부터 보호해 주는 효과가 있었기 때문이라고 한다.<sup>5)</sup>

1979년 1월 3일 법률에서 비로소 기간제규제입법을 마련하였다. 당시에 등장한 기간제사용을 규제하고 기간제근로자에게 무기계약근로자와 동등한 권리를 보장하면서도, 사용자에게 기

<sup>2)</sup> Couturier, *Droit du travail 1/ Les relations individuelles de travail*, 1994, p. 166: 그는 “1982년 2월 5일의 오르도낭스는 이런 무기근로계약을 주된 고용형태로 삼는 원칙을 노동법전에서 명시하도록 규정하였다.”고 밝히고 있다. 따라서 당시 노동법전 L. 121-5조에 편제되어 있었다; 한편, Couturier, précité, p. 155면 이하에서는 “1804년 프랑스 민법전 제1780조에서는 ‘노무는 기간을 정하고 사업체를 정하여 거래될 수 있다’고 규정하듯이 유기근로계약의 오랜 기원을 나타내고 있으나 이 규정의 목적은 프랑스혁명의 성과물이라고 할 수 있는 종신적 관계의 금지를 표현하고 농노제와 같은 인적 노예 상황을 재현할 수 있는 종신계약을 금지하려는 데 취지가 있었고, 따라서 제1780조는 당사자들, 특히 근로자가 해지권을 갖는 전제에서 무기근로계약을 체결하는 것은 허용되었다.”고 서술하였다.

이후 1890년의 프랑스 민법 개정으로 제1780조에 “기간을 정하지 않은 노무제공은 양 당사자의 어느 일방에 의해서 언제든지 중단될 수 있다.”는 제2항과 “그럼에도 불구하고 일방 당사자에 의하여 계약이 해지된 경우 그로 인한 손해에 대해서는 배상한다.”는 제3항의 규정이 신설되어, 민법 차원에서 이런 무기의 노무제공이 허용되고 있다. 따라서 Couturier에 따르면, “민법 제1780조에서는 기간의 정함이 있는 노무제공으로서 그 기간의 도달로 계약관계가 종료되는 하나의 유형과 기간의 정함이 없는 노무제공으로서 일방 당사자에 의해서 언제든지 계약관계가 종료될 수 있는 또 다른 유형의 두 가지가 허용되고 있다.”고 서술하였다.

<sup>3)</sup> Rivero/Savatier, *Droit du travail*, 1993, p. 439.

<sup>4)</sup> Rivero/Savatier, précité, p. 440.

<sup>5)</sup> Rivero/Savatier, précité, p. 440.



간제 사용을 용이하게 해 주려는 목적도 있었다.<sup>6)</sup> 예컨대 부재 근로자의 대체나 일시적인 작업의 증가 시에 기간제를 사용할 수 있게 하였다.<sup>7)</sup> 반면, 동 법에서는 반복갱신(renouvellement)을 아주 엄격하게 규율하였다. 당시에, 반복갱신은 1회 허용하는 것을 원칙으로 하면서 그 갱신기간은 최초 계약에서의 기간 보다 같거나 짧아야 하였고 갱신근거를 최초 계약에 마련하고 있어야 하였다.

Auroux보고서에 기초하여 제정된 1982년 2월 5일 오르도낭스<sup>8)</sup>가 있었는데 주요 내용 중으로는 기간제와 파견제를 양 수레 바퀴와 같이 동일하게 규율해 가면서도<sup>9)</sup> 이런 기간제나 파견제 규율 위반 시 당해 근로계약을 “무기로 의제하는”(être réputé à durée indéterminée)는 규율을 도입했다.<sup>10)</sup>

1985년 7월 25일 법률에서는 장기 실업자의 고용문제 해소 등을 위한 기간제규율의 완화조치가 일정 부분 취해졌다.<sup>11)</sup>

1986년 8월 11일 오르도낭스에서는 기간제규율의 완화조치를 일정정도 유지하면서<sup>12)</sup>, 반복갱신에 대한 규율이 만들어졌는데, 최초 계약에서의 기간 보다 같거나 짧게 하는 것으로 하여 2회까지 허용하였다(현행은 다시 1회로 엄격하게 한정한다).<sup>13)</sup>

1990년 7월 12일의 법률에서 비로소 현행법과 같은 기간제법 체제를 완성하였다.<sup>14)</sup> 기간제 사용의 기본원칙으로서 “기간의 정함이 있는 근로계약은 사업의 통상적이고 상시적인 업무에 고용을 지속적으로 제공하는 데 체결될 수 없다.” 원칙이 마련되었고 이는 현행 노동법전 L. 1242-1조<sup>15)</sup>에 그대로 들어와 있다.<sup>16)</sup>

6) 조임영, “프랑스 불안정 근로계약법제”, 영남대 박사학위 논문, 2000, 42면에서는 “79년 법률은 두 가지 목적을 가지고 있었다. 하나는 판례법리에 의하여 엄격히 제한되었던 기간을 정한 근로계약의 영역을 확장하는 것이며, 다른 하나는 이 형태의 계약에 적용할 수 있는 새로운 법제의 도입이었다.”고 서술하고 있는데 같은 지적이라고 보인다.1

7) Couturier, précité, p. 163.

8) “법률명령”이라고 번역되며 법률 개폐의 효력을 지닌헌법 제38조 제1항: “정부는 자신의 프로그램을 이행하기 위하여 한시적으로 법률의 영역에 속하는 조치를 취할 것에 대해 의회에 승인을 요청할 수 있다.”는 규정이 ordonnance의 근거이며 법제연구원, 프랑스법률용어해설집, 2006년에는 법률명령으로 번역하였다.

9) Couturier, précité, p. 164.

10) Couturier, précité, p. 173.

11) Couturier, précité, p. 164.

12) 구체적인 나열방식을 일반적인 규율방식화하는 변화가 있었음(Couturier, précité, p. 165).

13) Couturier, précité, p. 177.

14) Couturier, précité, p. 165; 조임영, 전제논문, 56면에서도 90년 이후의 연혁에 대해서는 소개하지 않았다.

15) L. 1242-1조 (L. 122-1조) : 기간의 정함이 있는 근로계약은 그 어떤 이유에서든 목적적으로나 결과적으로 사업의 통상적이고 상시적인 업무에 고용을 지속적으로 제공하는 데 사용될 수 없다.

16) la loi 2002-73 du 17. janvier 2002, art. 124로써 종래 법에 “그 어떤 이유에서든 목적적으로나 결과

그리고 동시에 관련법 위반 시 무기계약으로 의제하는 규율을 더 보완하였다. 무기계약으로 의제하는 규정 외에<sup>17)</sup> 절차적 의미의 규율로서 의제판결에 관한 규율이 있었다. 즉, 노동법원(conseil de prud'hommes)은 제소 접수 후 한 달 내에 의제 및 배상 판결을 내리도록 하였다. 무기계약으로의 의제효과는 해고법의 적용을 받도록 하는 것인데, 사용자는 부당해고에 따른 각종 배상의무를 부담할 뿐만 아니라<sup>18)</sup>, 이와 별도로 ‘의제조치 시 배상’이라고 하여 일괄적으로 1개월 급여 이상의 배상금이 선고되도록 규정하고 있다.<sup>19)</sup> 또한 당사자 근로자만이 아니라 노동조합에 의해서도 제소가 될 수 있도록 하였다.<sup>20)</sup>

이와 같은 프랑스 기간제 규율의 주요내용은 아래의 표로 요약해 보았다.

규율 항목	프랑스
주된 고용형태	전통적으로, 무기계약 원칙(해고보호의 대상)
기간제 규제의 목적	해고보호규율의 회피 방지 및 불안정고용 증가 방지
사용사유 제한	기본원칙: 통상적이고 상시적인 업무에의 기간제 사용금지 하에서 특정되고 임시적인 작업 수행을 위해 다음의 경우 기간제 사용 가능 구체적인 허용사유:

적으로”를 추가하였다.

17) 대표적으로, 현행 노동법전 L. 1245-1조에 따르면, “L. 1242-1조 내지 1242-4조(기간제 허용 사유), L. 1242-6조(금지사유) 내지 1242-8조(계약기간의 명시 및 최대기간), L. 1242-12조(서면 작성), L. 1243-11조 제1항(계약기간 도과), L. 1243-13조(갱신), L. 1244-3조(휴지기) 및 L. 1244-4조(휴지기 예외)에 위반하여 체결된 모든 계약은 무기 근로계약으로 의제한다.”고 규정한다.

18) Cass. soc., 31 octobre 1989. N° de pourvoi: 86-45252.

19) L. 1245-2조 : “노동법원(conseil de prud'hommes)이 기간제 근로계약의 무기 근로계약으로의 의제에 대해 제소한 경우, 그 소송은 본 위원회 심판부에서 직접 관할하며 심판부는 접수 시부터 1개월 내에 판결을 내려야 한다.

노동법원의 판결은 가처분에 의하여 집행될 수 있다. 법원에서 근로자의 가집행신청을 인정하는 경우, 무기 근로계약의 파기에 관한 제1권 제3편 규정에 영향을 미침 없이, 법원은 당해 근로자에 최소한 1개월 급여 이상의 배상권(indemnité)을 사용자의 부담으로 부여하여야 한다.“

20) Couturier, précité, p. 173; 현행 노동법전 L. 1247-1조: L. 1247-1조 : 대표적인 노조조직은 본 조의 적용에 있어서 근로자를 위한 모든 사법상 조치를 이해관계인의 위임없이도 제기할 수 있다.

다만 당해 근로자는 법령으로 정하는 방법으로 그 사실을 통보받아야 하고, 14일 이내의 기간 동안에 당해 근로자의 반대의 의사표시가 없어야 한다.

당해 근로자는 노동조합이 제기한 소송에 언제든지 참여할 수 있고 언제든지 사건의 종결을 지을 수 있다. D. 1247-1조 : 노동법전 L. 1247-1조에 따라 근로자에게 통보되어야 할 등기우편에는 대표적인 노동조합이 의도하는 소송의 성질과 대상을 밝힌다. 이외에 다음과 같은 사항들이 기재되어야 한다.

1. 소송이 노조조직에 의하여 제기되며 항소(상고)도 노조조직에 의하여 제기될 것임.
2. 당해 근로자는 언제든지 노조가 제기한 소송에 참여하거나 당해 소송을 종결시킬 수 있음.
3. 당해 근로자는 노조에 대하여 동 문서를 수령한 날로부터 15일 내에 소송제기에 반대하는 의사를 표시할 수 있음.

D. 1247-2조 : 동 기간이 경과된 경우에만 당해 근로자의 묵시적인 승낙이 주어진 것으로 추정한다.

	1) 부제 근로자의 대체와 같이 일시적인 결원의 충원 2) 업무의 일시적인 증가 3) 계절적 근로 혹은 관행적으로 무기계약 불사용의 관행(기간제 사용 관행)이 있는 경우로 법령이나 단체협약으로 정하는 분야 4) 실업해소 내지 직업훈련의 차원 5) 간부급 관리직 모집 (이외에 수공업, 농업 등에서의 사업주의 대체 등이 있음)
계약기간 제한	계약기간 제한은 사용사유 제한에 추가적인 제한임 최대기간(갱신 포함) - 18개월, 9개월, 24개월, 36개월로 나뉨 계약기간 자체의 도과도 별도로 문제 삼음
갱신 관련 규율	횡수제한 - 1회 갱신 사전동의는 중요한 요건(문서에 의한 사전동의)
갱신과 연속적 기간제의 구별	연속적 기간제의 경우, 최대기간의 제한과 갱신회수제한을 벗어나는 문제 발생. 다만, 아래의 휴지기가 적용되는 규제를 받음
휴지기 적용	앞선 계약기간의 3분 1의 휴지기 동안에는 직접·무기계약만이 허용되고 이 기간 경과 후에 비로소 새로운 기간제 사용이 허용됨 (다만 광범위한 예외 존재)
서면요건	일정한 기재사항을 포함하는 서면계약을 요건으로 함 <sup>21)</sup>
무기계약 의제 대상	1) 사유 제한 위반 시 2) 계약기간 명시 위반 시 3) 최대기간 도과 시 4) 갱신 사전동의 위반 시 5) 연속계약 시 휴지기 위반 시 6) 서면요건 위반 시 7) 계약기간 자체의 도과
의제 효과 발생 시점	처음 사용한 시점으로 소급됨
의제 효과	계약체결시점부터 무기로 의제함 부당해고에 따른 각종 금전 손해배상청구
의제조치 시 배상권 이직수당	무기계약 의제조치(requalification)시 1개월 급여 이상의 배상 이외에 총 임금의 10%에 해당하는 금전의 지급 <sup>22)</sup>

21) L. 1242-12조(구 노동법전 L. 122-3-1): 기간제 근로계약은 문서로 작성되어야 하며 그 문서에서는 기간의 정함이 있는 근로를 사용하는 이유를 상세하게 밝혀야 하며 관련 법규를 존중하며 근로자의 보호를 보장한다는 문구를 포함하여야 한다.

22) 이직수당의 기간제근로자의 경우 기간만료로 실직하더라도 해고를 당한 것이 아니므로 해고보상금이 주어지지 못한다는 사정에 기인하여 마련되었다. L. 1243-8조에서 다음과 같이 규율한다. “기간제 근로계약의 종료시점에서 그 근로계약관계가 무기 근로계약으로 연속되지 않는 경우에, 근로자는, 자신의 사정이 불안정(précarité)하게 된 데 대한 보상 차원에서 추가적 임금 명목으로 주어지는, 계약 종료 보상금에 대한 권리를 가진다.

이 보상금은 그 근로자에게 지급된 총 임금의 10%에 상응한다.

이 보상금은 근로자에게 주어져야할 총 임금에 가산한다. 이 보상금은 계약이 종료되었을 때 최종임금과 동시에 지급되며 급여명세표에 기재된다.”

이하에서는 기간제의 사용사유 제한과 계약기간 제한을 주된 대상으로 삼아 소개하고자 한다.

### 3. 기간제 사용의 사유 제한

#### 1) 기본원칙(L. 1242-1조)

프랑스에서는 기간제근로계약은 업무의 성격이 일시적인 경우에만 체결할 수 있다는 기본 원칙을 두고 있다. 업무(activité)가 상시적인 한 그 해당 고용(emploi)도 상시적이어야 하므로 이런 상시 업무에서는 기간제근로계약의 체결을 금지하며 이를 위반하는 기간제에 대해서는, 기간제 합의의 무효(nuillté)의 결과로서 무기근로계약으로의 의제되고, 해고법제의 적용에 따른 부당해고에 따른 손해배상관계로 귀결된다.

이런 기본원칙은 프랑스가, 1990년에 불안정고용과의 전쟁을 선포한 것처럼, 기간제 등 불안정고용(emploi pécaire<sup>23)</sup>)의 규모를 줄이기 위한 목적에서 수립된 것이다. 이런 기본대원칙은 현행 노동법전 L. 1242-1조<sup>24)</sup>에 다음과 같이 그대로 들어와 있다.

“기간의 정함이 있는 근로계약은 그 어떤 이유에서든 목적적으로나 결과적으로 사업의 통상적이고 상시적인 업무에 고용을 지속적으로 제공하는 데 사용될 수 없다.”

#### 2) 구체적 허용사유

이런 기본원칙은 노동법전에서 기간제근로계약 체결이 허용되는 한정적으로 열거되는 사유로 구체화되어 있다.

##### (1) 부재 근로자의 대체와 같이 일시적인 결원의 충원(L. 1242-2조 제1호)<sup>25)</sup>

23) 기간제와 파견제를 포함한 불안정고용의 규모는 2005년 기준 전체 근로자의 23% 경제활동인구의 21%를 차지한다([https://fr.wikipedia.org/wiki/Travail\\_pr%C3%A9caire](https://fr.wikipedia.org/wiki/Travail_pr%C3%A9caire)).

24) L. 1242-1조 (L. 122-1조) :

25) L. 1242-2조 (L. 122-1-1조) : L. 1242-3조 (122-2조)에서 정한 경우를 제외하고, 기간의 정함이 있는 근로계약은 오직 특정되고 임시적인 작업의 수행을 위한 목적에서, 그리고 다음과 같은 경우에만 체결될 수 있다.

1. 다음의 사례에서 근로자를 대체하는 경우

- (2) 갑작스런 업무 폭증과 같은 일시적인 수요가 있는 경우(동조 제2호)<sup>26)</sup>
- (3) 계절적 근로의 분야나 관행적으로 무기계약 불사용, 즉 기간제 사용 관행이 있는 분야로서 명령(décret)이나 단체협약으로 한정된 경우(동조 제3호)<sup>27)</sup>
- (4) 수공업 등에서 자유직업인의 대체(동조 제4호)<sup>28)</sup>
- (5) 농업 및 어업 사업주 등의 대체(동조 제5호)<sup>29)</sup>
- (6) 기술사 내지 간부급 관리직 모집의 경우(동조 제6호)<sup>30)</sup>
- (7) 실업해소 내지 직업훈련의 차원에서 특별히 허용되는 경우가 있다(L. 1242-3조 구 법전 L. 122-2조).<sup>31)</sup>

한편, 기간제 근로계약은 파업참가 중인 근로자들을 대체하거나 특별한 의학적 감독을 요하는 위험한 근로를 위하여 체결되어서는 아니 된다고 금지되는 사유(L. 1242-4조 구 법전 L.

- 
- a) 부재(不在)
  - b) 당해 계약에 부관을 둠으로써 또는 당해 근로자와 사용자 간에 문서교환을 통해 단시간으로의 일시적 이전
  - c) 근로계약의 정지
  - d) 기업위원회와의 협의, 혹은 기업위원회가 없는 경우, 종업원대표가 있어 이와 협의의 거친 후에 비로소 존재하는 일자리감축을 앞두고 근로자가 미리 사직하여 공백이 발생한 경우,
  - e) 기간의 정함이 없는 근로계약으로 채용되는 근로자의 실제적인 취업 개시를 대기하면서 그를 대신하는 경우
- 26) 2. 사업의 업무가 일시적으로 증가한 경우
  - 27) 3. 계절적 고용 혹은 다음의 고용, 즉 법령(décret)이나 구속력이 확장되는 단체협약으로 한정된 고용으로서 수행 업무의 성격 및 고용의 일시적 성격으로 인하여 무기 근로계약을 사용하지 않는 것이 일반 관행이 되는 그러한 고용.
  - 28) 4. 수공업·공업·상업 사업주의 대체; 자유직업을 수행하는 자의 대체; 직업적 또는 관례상의 지위에서 사업의 업무에 실제로 참여하는 그 배우자(conjoints)의 대체; 각 직업적 민간회사, 소규모 민간회사 또는 자유업무행사회사의 직원이 아닌 사원의 대체
  - 29) 5. 농촌 및 해양어업 법전 722-1조 1호 내지 4호에 따른 대규모 농작이나 해당 사업의 사업주의 대체; 대규모 농작이나 해당 사업에 실제로 참여하는 자로서 동 법전 722-10조에 따른 친족상의 보조자, 농작회원 또는 그들의 배우자의 대체
  - 30) 6. 단체협약상의 의미로 기술사 및 간부급 관리직을 모집하는 경우 다만, (구속력이) 확장된 산별협정 또는 기업별협정이 이런 목적 실현을 위한 규정을 두고 있고 다음과 같이 한정하는 경우
    - a) 기간제 근로계약이 적합한 해결이 될 수 있는 경제적 필요성
    - b) 일정한 목적으로 기간이 정해지는 근로자가 일자리배치에서의 도움, 취득한 경험의 활성화, 재취업상의 우선권 확보, 직접적인 재훈련에의 접근과 같은 일련의 보장혜택을 볼 수 있고, 고지 기간중에 기간제근로자가 직업적 경력개발을 위한 수단을 동원할 수 있는 제반 조건
    - c) 일정한 목적에 의한 기간제근로자들이 사업 내의 기간의 정함이 없는 근로계약 고용에 대한 우선권을 보유받을 수 있도록 하는 제반 조건.
  - 31) L. 1242-3조: 1. 1242-2조에서 정한 경우 이외에 다음의 경우에도 기간제근로계약은 체결될 수 있다:
    - 1° 일정한 부류의 실업자의 채용을 용이하게 하기 위한 법률규정에 따르는 경우;
    - 2° 사용자가, 법령으로 정하는 일정한 기간과 조건 하에서, 근로자의 직업훈련의 보완책을 피하는 경우

122-3조)도 있다.

각 항목별로 부가적인 설명을 한다면 다음과 같다.

- ① 질병, 육아휴가 등으로 일시적으로 근무부재가 되는 근로자를 대체할 경우 기간제근로계약이 체결되는 것은 상시업무에의 기간제사용금지 원칙에 부합한다.
- ② 업무의 일시적 증가로 인해 기간제근로계약이 체결되는 것도 기본원칙에 부합한다.
- ③ 계절적 근로의 수행도 기본적으로 상시적인 것이 아니므로 기간제근로계약 체결이 허용되는 것이다.
- ③-1, 문제는 무기계약 불사용의 관행이 있는 분야로서 명령(décret)이나 단체협약으로 한정한 경우(제3호)이다. 이것은 프랑스에 고유한 기간제 제도라고 할 수 있다. 여기서 적법한 기간제계약이 체결되려면 두 가지 요건이 충족되어야 한다.
  - 하나는 당해 업무에 무기계약 불사용의 관행이 있어야 한다. 다시 말해 당해 업무에 관행적으로 고용이 일시적인 것으로서 무기계약 불사용이 전제되어야 한다는 것이다.
  - 다른 하나는 이런 전제에서 법령 또는 단체협약에서 정한 분야이어야 한다는 것이다. 법령에서는 이런 관련 분야를 15개로 정하고 있는데<sup>32)</sup> 예컨대 건설분야 및 공공 근로는 이에 딱 맞는 법령상의 항목이 없고 단지 외국에서의 건설현장만이

<sup>32)</sup> D. 1242-1조 (121-2조) : L. 1242-2조 제3호의 적용과 관련하여, 업무의 성격과 고용의 일시적 성격상 기간의 정함이 없는 근로계약을 사용하지 않는 것이 일반 관행이 되어 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결할 수 있는 업무의 분야는 다음과 같다.

- 1° 임산개발;
- 2° 선박의 보수;
- 3° 이사;
- 4° 호텔 및 식당업 레저와 바캉스 센터;
- 5° 전문 스포츠
- 6° 흥행업(spectacles), 문화활동, 시청각산업, 영화제작, 음향편집;
- 7° 교습;
- 8° 정보(information), 앙케이트조사;
- 9° 육류창구보관업;
- 10° 외국에서의 건설 및 토목 공사;
- 11° 외국에서의 협력, 기술지원, 공학 및 연구 활동;
- 12° 노동법전 L. 5132-7조에서 정한 근로공급협회에서 행하는 경제활동에 의한 편입 업무;
- 13° 노동법전 L. 7232-6조 제2호(가사근로공급협회)의 범주에서 자연인(personnes physiques, 집주인을 뜻함)의 처분에 유상(有償)으로 맡기기 위한 목적에서의 근로자채용
- 14° 외국과의 협정 및 동 협정에 기한 행정협정에 따르거나 프랑스에 잠정적으로 체류하는 외국인에 의한 과학연구 분야
- 15° 전시순회(foraines) 업무

있을 뿐이다. 따라서 건설분야에서는 무기계약이 체결되어야 하는 것이다.<sup>33)</sup>

- ④,⑤ 수공업·농업·어업에서의 사업주 내지 자유직업인의 부재시 대체를 위한 기간제의 사용도 충분히 납득될 수 있다.
- ⑥ 기술사 내지 간부급 관리직 모집의 경우는 2008년 6월 25일 노동시장의 현대화 법률(2008-596 du 25 juin 2008, JO 26) 제6조에 의해 새로이 추가된 항목이다. 목적에 따른 기간제로서 그 완성으로 계약이 종료되는 새로운 내용인데 구속력이 확장된 산별 협약 혹은 기업별 단체협약으로 이에 대해 정하는 바가 있어야 하는 것이다.
- ⑦ 실업해소 내지 직업훈련 차원에서 기간제계약이 체결되는 경우도 충분히 납득이 가능하다. 보다 완화된 규율 하에 놓여 있다.<sup>34)</sup>

### 3) 위의 허용 분야에서 사실상 상시적 업무에의 고용제공의 결과가 초래된 경우

문제는 위와 같이 적법하게 해당 항목에 따라 기간제근로계약을 체결하였으나 사실상 상시적 업무에 고용을 제공하는 결과가 초래한 경우이다. 이 경우는, 노동법전 L.1242-1조가 “기간의 정함이 있는 근로계약은 그 어떤 이유에서든 목적적으로나 결과적으로 사업의 통상적이고 상시적인 업무에 고용을 지속적으로 제공하는 데 사용될 수 없다.”고 규정하므로 L. 1242-1조의 위반에 해당하게 된다.

판례는 L. 1242-1조 규정 위반으로 보고 L. 1245-1조에 따라 기간제계약을 무기계약으로 의제하였다. 대표적으로 몇 가지 판결을 소개한다.

- 파기원 사회부(Cass. soc., 24 septembre 2003) N° 01-43248. 원고 근로자들은 남동 지역 사회보장기구연맹과 기간제계약을 체결하여 각각 1986년 8월 12일부터 1997년 3월 8일까지, 1990년 8월 13일부터 1997년 12월 9일까지 연속적으로 여러 부재 근로자들을 대체하자 이에 대해 원고들이 무기계약으로의 의제에 관한 확인을 구한 사례이다. 원심 법원은 이런 연속적 기간제에 의한 근로자 대체는 L. 122-1조(L. 1242-1조)의 규정의 적용에서 벗어난다고 보았으나 파기원은 이런 근로자의 대체가 사실상 고용이 동일한 작업에 속하여서 통상적이고도 상시적인 업무에 연계되었기 때문에 L. 1242-1조의 위반에 따라 무기계약으로 의제된다고 판단하여 파기 및 이송 조치하였다.<sup>35)</sup>

<sup>33)</sup> Couturier, précité, p. 170.

<sup>34)</sup> 관련판례로는 Cass. soc. 16 mars 1999, N° 97-40768 ; CE 23 juin 2004, N° 260945.

- 파기원 사회부(Cass soc., 26 mai 1994) N° 90-43840 : “취미센터에서의 진행자(animateur)가 체결한 기간제계약이 동일한 근로자와 7년 간 체결된 것이면 무기계약이다. 왜냐하면 그 고용은 레저센터에서의 통상적이고도 상시적인 업무에 투입되어 있기 때문이다... 물론 법령에서 정한 기간제 허용분야에 해당하지만 그 분야에서 문제의 고용이 임시적인 성질을 띠고 있어야 그 기간제 근로계약이 체결될 수 있는 것이다. 그러나 당해 근로자들이 통상적이고도 상시적인 작업에 연계된 고용을 수년간의 기간제 계약으로 종사하였다면 노동법원은 정당하게 무기계약으로의 전환을 판단한 것이다.”

- 파기원 사회부 (Cass. soc., 26 novembre 2003) N° 01-44381

파기원에 따르면, 노동법전 L. 122-1조(현행 L. 1242-1조), L. 122-1-1조 제3호(L. 1242-2조 제3호), L. 122-3-10조(L. 1243-11조) 및 D. 121-2조를 종합하여 해석한 결과, 법령 또는 단체협약에서 정한 업무 분야에서는, 해당 고용이 기간제계약으로 제공되려면 그 고용의 임시성이 요구되므로, 무기계약 불사용의 관행이 있어야 한다는 것이다. 또한 연속적인 기간제계약들이 동일한 근로자와 체결된 경우, 무기계약으로의 의제 청구를 받은 사실심 판사들은 고유의 권한으로 해당 고용에 과연 무기계약 불사용의 관행이 있느냐에 대하여 반드시 탐문하여야 하는 것이다. 다만 노사 간의 단체협약으로 그 문제의 분야에서 무기계약 사용을 미리 정해 둔 경우에는 굳이 그럴 필요가 없다고 할 것이다.<sup>35)</sup> 그리고 이런 관행의 존재는 법령(노동법전 D. 121-2조) 혹은 단체협약에서 정한 업무 분야 차원에서 판단되어야 한다.

당해 사건은 X씨가 배구 클럽과 프로선수로서 계약을 체결하였는데 1991년 9월 1일에 당사자 간에 3년의 기간을 정하여 계약을 체결하였다. 그리고 1994년 5월 31일에 2년의 기간으로 갱신을 하였다. 그 갱신된 기간이 종료한 후, X씨는 노동법원에 무기계약으로의 의제와 법정 각종 수당지급을 청구하였다.

이에 대해 원심 법원은 사용자가 유기사용의 관행에 관한 입증을 하지 않았는데 한편 연속적 계약의 기간은 스포츠 계절의 기간을 넘어 섰으며 지속적인 방법으로 상시적인 고용을 제공하였으므로 계절 기간에 국한하지 않았기 때문에 무기계약으로 의제된다고 판단하였다. 그리고 위 기간의 도달에 따라 계약이 파기된 것은 바로 진실하고도 중대한 이유가 없는 해고에 해당한다고 보았다.

그러나 파기원은 원심법원이 탐문하여야 할 것은 직업적 스포츠 업무분야에 무기계약 불

35) 관련 판례로서 N° 02-43249 N° 02-45342 N° 04-40555 N° 04-43053 참조.

36) “sauf si une convention collective prévoit en ce cas le recours au contrat à durée indéterminée.”  
필자의 이해로는, 이것은 법관도 집단적 노사당사자가 단체협약으로 구체적으로 이런 무기불사용 관행 분야를 정하는 것을 존중하고 있음을 드러낸다고 사료된다.



사용의 지속적 관행이 있는지 여부인데도 다른 이유로써 판단함으로써 법적 근거를 제시하지 못한 원심판결의 잘못이 있다고 보고 이를 파기하고 Montpellier 고등법원으로 이송하도록 하였다.

2003년 파기원 판례 이후 법관은 법령이나 단체협약에서 정한 분야의 경우, 과연 **무기계약 불사용의 지속적 관행**이 있는지 여부를 밝히고 이에 따라 무기계약으로 의제하는 결정을 내릴 수 있다는 것이다. 법관이 이를 검토해 보지 않고 다른 이유를 들어 무기계약으로 의제하는 것은 잘못이라는 판례의 변화가 있었다. 그리고 이런 관행의 존재에 대한 입증책임은 사용자가 부담하고 보고 있다.<sup>37)</sup>

#### 4. 계약기간에 대한 제한

프랑스 노동법전은 앞의 사유제한과 병행하여 계약기간에 대한 제한을 적용한다. 따라서 부재 근로자의 대체와 같은 임시성이라는 정당한 사유가 있는 경우에도 최대기간 18개월의 제한이 준수될 것이 요구되고 있다.

##### 1) 종기의 명시

기간제근로계약은 원칙적으로 이 계약은 체결 시로부터 명확하고도 확정적인 종기(terme)를 담고 있어야 한다. 다만, 이런 규율은 질병과 같은 이유로 부재 중인 근로자나 근로계약이 정지된 근로자의 대체를 위한 경우 등 일정한 예외가 있다(L. 1242-7조 구 법전 L. 122-1-2조).<sup>38)</sup>

<sup>37)</sup> Code du travail annoté, 2010, p. 245. p. 246; Cass. soc., 20 septembre 2006, N° 05-41883(C'est à l'employeur de rapporter la preuve qu'il est usage constant dans la secteur de l'activité concerné de ne pas recourir à un contrat à indéterminée pour un tel emploi).

<sup>38)</sup> L. 1242-7조 : “기간의 정함이 있는 근로계약은 체결 즉시 확정적인 종료시기를 명확하게 포함하여야 한다.

다만, 다음의 경우에는 위 계약은 확정적인 종기를 정하지 아니할 수 있다.

1° 부재 근로자의 대체

2° 근로계약이 정지된 근로자의 대체

3° 무기계약근로자의 편입을 대기하는 기간 내의 사용

4° 계절적 성격의 고용 또는 법령 혹은 구속력이 있는 단체협약으로 정하는 분야에서 업무의 성질 및 고용의 임시적 성질상 무기불사용의 관행이 있는 고용

5° L. 1242-2조 제4호 및 제5호에서 정하는 근로자의 대체

이와 같은 중기를 명시하지 않는 경우에는 L. 1242-7조 위반으로서 무기계약으로 의제될 수 있다.<sup>39)</sup>

## 2) 최대기간

기간제계약의 최대기간은 갱신기간을 포함하여 통산 18개월을 넘을 수 없다(L. 1242-8조 구 법전 L. 122-1-2조).<sup>40)</sup>

한편, 근로자보호차원에서, 최소기간의 보장도 있다. 이것은 어떤 일의 완성을 위한 기간제의 경우에 최소 기간이 아직 도달하지 않은 경우 그 기간까지 고용을 보장하는 의미를 갖는다. 특히 사업체에서의 수출용 특별 주문의 발생 시에는 최소 기간이 6개월 이상이어야 한다.

### (1) 기간제 사용 사유별 최대기간

사용사유 유형	최대기간 (중기 명시 혹은 최소기간약정 의무 여부)
부재 근로자의 대체 또는 근로계약이 정지된 근로자의 대체	18개월 (최소기간약정 의무)
L. 1242-2조 제4호 및 제5호에서 정하는 근로자의 대체 (수공업·공업·상업적 사업체의 책임자, 자유직업인, 농업적 사업체의 책임자, 친족상 보조자의 대체)	18개월 (최소기간약정 의무)

기간제근로계약은 이 경우 최소 기간을 정하여 체결된다. 기간제근로계약은 대체된 근로자의 부재가 끝난 때 혹은 해당 목적의 실현으로 종료한다.”

<sup>39)</sup> L. 1245-1조 : “L. 1242-1조 내지 1242-4조(기간제 허용 사유), L. 1242-6조(금지사유) 내지 1242-8조(계약기간의 명시 및 최대기간), L. 1242-12조(서면 작성), L. 1243-11조 제1항(계약기간 도과), L. 1243-13조(갱신), L. 1244-3조(휴지기) 및 L. 1244-4조(휴지기 예외)에 위반하여 체결된 모든 계약은 무기 근로계약으로 의제한다.”

<sup>40)</sup> L. 1242-8조 : 기간제 근로계약의 전 기간은 L. 1243-13조에 따른 요건을 충족하여 행한 갱신을 포함하여 **18개월**을 초과할 수 없다.

동 기간은 무기계약 근로자의 편입을 대기하는 경우 혹은 안전조치로 인하여 긴박한 근로의 요구가 있는 경우에 **9개월**로 단축된다.

동 기간은 다음의 경우 **24개월**이다:

- 1° 해외에서 계약이 이행되는 경우 혹은
- 2° 일자리의 감축에 앞서 근로자가 조기에 사직하는 경우 혹은
- 3° 원청 사업체 혹은 하도급 사업체에서와 같이 기업 내에 수출과 관련된 예외적인 주문이 있고 그 중요도로 인하여 양적으로나 질적으로나 기업이 일상적으로 사용하는 조치보다 더 과도한 조치를 취하여야 하는 경우. 이 경우 최초 계약기간은 6개월보다 짧아서는 아니 된다.

이 규정은 L. 1242-3조의 적용에 따른 기간제 근로계약(실업자 내지 직업훈련의 사유)에는 적용하지 아니한다

무기계약근로자의 편입을 대기하는 기간 내의 사용	9개월 (최소기간약정 의무)
직무의 감축에 따른 퇴직이 확정적인 근로자의 대체	24개월 (중기 명시 의무)
사업체의 업무의 일시적 증가	18개월 (중기 명시 의무)
사업체(원청 혹은 하도급 사업체)에서의 수출용 특별 주문의 발생	24개월 (중기 명시 의무, 최소 6개월)
안전조치에 따른 긴급작업	9개월 (중기 명시 의무)
계절적 성격의 고용	해당 계절의 종료 (최소기간약정 의무)
무기불사용의 관행이 있는 고용	18개월 (최소기간약정 의무)
외국인에게 주어지는 임무	24개월 (최소기간약정 의무)
실업자의 고용을 용이하게 하는 목적의 계약 (CUI-CAE, CUI-CIE 등)	해당 법규에서 정한 기간 (중기 명시 의무)
직업훈련을 보완하는 목적의 계약	해당 법규에서 정한 기간 (중기 명시 의무)
일정한 목적에 따른 기간제(완성으로 계약종료) : 간부직 및 기술직에 한정	최소 18개월에서 최대 36개월

(출처, Les Éditions de l'Atelier/Édition Ouvrières, Guide pratique de l'élude de CE de de CHSCT, 2014. p. 104)

## (2) 최대기간 위반 시 무기계약으로의 의제

L. 1241-8조에서 정한 최대기간을 위반하면 기간제계약은 무기계약으로 의제된다(L. 1245-1조). 구체적인 사례를 보자.

- 파기원 사회부 (Cass. soc., 25 février 2004) N°01-43.072

업무의 갑작스런 증가를 이유로 하여, 1994년 6월 27일부터 1994년 9월 30일까지 산업디자인사로 채용된 원고 근로자의 근로계약에서는 1994년 8월 1일부터 21일까지 (휴가를 위해) 사업체가 문을 닫는 경우 근로계약도 정지한다는 약정을 두었고, 위 근로계약은 갱신되어 1995년 12월 31일까지 지속되었고 이때에 근로관계가 종료되었다.

이에 원고 근로자는 무기계약으로의 의제를 주장하는 등 여러 이유로 노동법원(jurisdiction prud'homale)에 제소하였는데 원심 법원에서는 L. 122-1-2조에서 정한 최대 기간인 18개월

을 초과한 것을 이유로 무기계약으로 의제되었다고 판단하였다. 이에 불복하고 상고한 피고회사는 문을 닫았던 21일을 이 기간에서 제외시켜야 한다고 주장하였으나 파기원에서는 사업체의 문을 닫은 기간이 연차휴가기간인 21일 동안인데 이는 동법에서 정하는 18개월의 예외기간으로 볼 수 없으며 그 **법률규정은 강행규정(ordre public)**이므로 이런 당사자 간의 약정을 통해 기간제계약의 18개월의 기간계산에서 다른 결과를 가져올 수 없다고 하면서 이를 기각하였다.

- 파기원 사회부(Cour de Cassation, Chambre sociale, du 6 octobre 2004, N°02-42.169) 원고근로자는 공공교육 및 Mirecourt농업훈련 기관에서 서비스요원으로서 1992년 3월 16일부터 1999년 3월 16일까지 4개의 1년 기간제 고용연대계약(실업자구제제도의 일환)과 3개의 1년 기간제 고용보장계약을 통해서 근무를 해왔으나 마지막 기간제 계약이 갱신되지 않자 무기계약으로의 의제를 주장하면서 다양한 금전배상청구를 하였다. 원심 법원에서는 L. 322-4-8 조(현행 L. 5134-85조) 제2항에 따라 고용연대계약은 두 번의 갱신이 가능하지만 총 계약기간은 2년을 초과하지 말아야 한다는 규정에 따라 동 계약은 무기계약으로의 의제되며 부당해고에 대한 손해배상청구권이 원고에게 주어진다고 보았다. 이에 불복한 피고가 제기한 상고에 대해 기각하고 원심 법원의 판단을 유지시켰다.

### 3) 약정된 계약기간 자체의 도과

한편, 프랑스에서는 이런 최대기간을 넘지 않더라도 당사자 사이에서 정한 계약기간은 그 자체로서 준수하여야 한다. 그렇지 않고 계약기간을 넘겨서 도과한 경우, 이 때에도 무기근로 계약으로 의제된다(L. 1243-11조).<sup>41)</sup>

## 5. 갱신(renouvellement)에 대한 제한

### 1) 갱신 관련 규율

<sup>41)</sup> L. 1245-1조 : “L. 1242-1조 내지 1242-4조(기간제 허용 사유), L. 1242-6조(금지사유) 내지 1242-8조(계약기간의 명시 및 최대기간), L. 1242-12조(서면 작성), L. 1243-11조 제1항(계약기간 도과), L. 1243-13조(갱신), L. 1244-3조(휴지기) 및 L. 1244-4조(휴지기 예외)에 위반하여 체결된 모든 계약은 무기 근로계약으로 의제한다.”

현행 노동법전의 관련 규정은 다음과 같다:

L. 1243-13조 (구법전 L. 122-1-2조) :

“기간제 근로계약은 일정한 기간으로 **1회 갱신**될 수 있다.

갱신의 기간은 최초의 계약기간에 추가하여 L. 1242-8조에서 정하는 **최대기간을 넘을 수 없다.**

갱신 여부는 당해 계약에서 정하거나 처음에 정한 기간이 도래하기 전에 근로자에게 제출되는 부속서에서 정한다.

이 규정은 L. 1242-3조의 적용에 따라 체결되는 기간제 근로계약에는 적용되지 아니한다.”

처음으로 이에 관한 입법이 마련된 1979년 1월 4일의 법률에서는 기간제계약의 갱신(renouvellement)은 아주 엄격하게 규율되었다. 당시에, 갱신은 1회 허용하는 것을 원칙으로 하면서 그 갱신기간은 최초 계약에서의 기간보다 같거나 짧아야 하였고 갱신근거를 최초 계약에 마련하고 있어야 하였다. 한편, 그 최초 계약에서는 총 기간을 1년 이내로 하는 전제조건으로 하면서 2회의 갱신을 할 수 있는 예외를 허용하기도 하였다. 그런데 1982년 2월 6일 법률에서는 갱신은 1회 허용한다는 원칙 규정만을 두고 2회 갱신의 예외규정을 삭제하였다(당시 노동법전 L. 122-3-2조).

한편, 1986년 8월 11일 오르도낭스에서는 이런 1회의 갱신 허용 원칙을 버리고 최초 계약에서의 기간 보다 같거나 짧게 하는 전제에서 반복갱신을 2회까지 허용한 바 있다.<sup>42)</sup>

다시, 1990년 법률 개정 이후 현재까지 갱신은 1회만으로 허용된다고 위와 같이 규정되고 있다.

## 2) 갱신가능성에 대한 사전합의 요건

구체적인 사례를 보면 반복갱신과 관련된 규율로서 사전에 문서로서 노사 간에 합의가 있어야 한다는 점이 강조되고 있고 이를 위반한 경우에 무기계약으로 의제하는 것<sup>43)</sup>이 드러난

<sup>42)</sup> Couturier, pélicité, p. 177.

<sup>43)</sup> L. 1245-1조 : “L. 1242-1조 내지 1242-4조(기간제 허용 사유), L. 1242-6조(금지사유) 내지 1242-8조(계약기간의 확정 및 상한), L. 1242-12조(서면 작성), L. 1243-11조 제1항(계약기간 도과), L. 1243-13조(갱신), L. 1244-3조(휴지기) 및 L. 1244-4조(휴지기 예외)에 위반하여 체결된 모든 계약은 무기 근로계약으로 의제한다.”

다. 다음을 보자.

- 파기원 사회부(Cass. soc., 13 juillet 2005) N° 03-44927 : 모씨는 la société Solving international 회사와 자문상담역으로 일시적인 업무증가를 이유로 하여 2001년 1월 31일에 기간제 근로계약을 체결하고 그 기간을 2월 1일부터 3월 31일까지 두 달로 하였다. 그리고 나서 2001년 4월 1일에 같은 이유로 다시 2개월의 기간제계약을 체결하였는데, 모씨가 노동법원(le conseil de prud'hommes)에 법률위반에 따른 무기계약으로의 의제를 주장하며 다양한 보상을 청구한 사건이다.

원심판결은 근로자가 사용자에게 동 작업은 그 기간내에 다 끝낼 수 없다고 하는 발언을 통해 그 기간연장에 대한 동의의 의사표시를 하였고 그런 이해 속에서 두 번째 기간제계약에 대한 서명과 첫 번째 계약의 기간 연장에 대한 동의를 하였으므로 근로계약의 갱신에 대해 당사자들 간에 진실한 합의가 있었다는 이유로 그의 청구를 기각하였다.

그러나 파기원은 본 사건에서 애초의 기간제 계약에 갱신조항을 포함하고 있지 않았으므로 당해 처음 계약이 종료되기 전에 부속합의를 통해 갱신에 관한 합의가 주어지고 나서야 비로소 갱신될 수 있는 것이라고 보았다. 반면 원심법원은 당사자 간에 새로운 1개월의 사용기간을 둔 내용으로 두 번째 기간제계약이 처음 기간제계약이 종료된 후에 바로 그 다음 날에 체결됨을 확인하였으면서도 그와 같은 판결을 내림으로써 관련 법규정들을 위반하였으므로 2003년 5월 22일의 파리고등법원의 판결을 파기하고 이를 Versailles 고등법원에 이송한다고 선고하였다.

- 파기원 사회부(Cass. soc., du 30 mars 2005) N° 03-42.655: 위의 사례와 유사하게 갱신에 관한 사전합의를 두지 않고 갱신에 들어간 경우 관련 법률위반을 이유로 하는 근로자의 무기계약의 의제 주장을 인정하였다.

### 3) 갱신히수에 대한 제한

기간제근로계약에 있어 갱신 횟수는 1회로 제한된다. 따라서 갱신을 2회한 경우에는 무기계약으로의 의제 효과가 발생할 수 있을 것이다.<sup>44)</sup> 그러나 이런 갱신히수 위반을 가지고서 무기계약으로 의제를 확인한 실제의 판례는 많지 않다. 또한 실제로 갱신히수 위반으로 인해 무기계약으로 의제된 사례로는 Cass. soc., 7 mars 1990 N° de pourvoi: 87-43651<sup>45)</sup>이 있으

<sup>44)</sup> 앞의 각주 참조

나 그것만을 가지고 무기계약으로 의제하지는 않고 다른 위반사항을 함께 고려하여 그와 같이 결정을 내리고 있다.

이 사건은 근로자가 정신병원관리협회와 기간제근로계약을 체결하여 육아휴직으로 부재 중인 근로자를 대체하였는데 그 계약에서는 1982년 9월 13일부터 1983년 4월 26일에 계약이 종료되도록 되어 있었고 부재 근로자의 그 부재가 연장될 경우에 2개월을 더 한다는 갱신조항이 있었지만 실제로는 계속 근로하였고 사용자가 1985년 5월 2일에 계약해지를 해서 1985년 6월 3일부로 근로계약이 종료된 사건이다.

원심은 사용자에게 해고예고위반, 해고보상, 부당해고에 대한 손해배상 등의 금전보상 조치를 명하였으나 이에 불복한 피고의 상고에 대하여, 파기원은, 원심이 당해 계약에 그 기간이 정해져 있었고 2번 갱신된 사실에 기초하여, 당시 노동법전(L. 122-3-2조)에서는 갱신 횟수를 1회에 한하여 허용하였는데 그 규율을 위반하였을 뿐만 아니라 본래 약정된 기간을 초과하여 계속된 근로관계는 무기계약이 된다는 당시의 L. 122-3-11조 규정(현행 L. 1243-11조)에 따라 일체의 무기계약에 통합되고 이 경우 해고법제에 따라야 한다고 판단한 것에 잘못이 없다고 하여 기각의 판결을 내렸다.

또한 2003년 11월 26일 파기원 판결이후, 무기계약 불사용 관행이 있는 법령상의 업무 분야나 단체협약상의 업무분야의 경우, 그 관행유무가 중요한 것이지 계약의 갱신횟수는 고려사항이 아니라(ils n'ont pas tenir compte du nombre de renouvellements)는 판례 경향을 나타내고 있다.<sup>46)</sup>

생각하건대, 법률상의 갱신횟수 제한이 있음에도 이런 갱신횟수 위반 자체만으로 무기계약 의제를 결정한 판례가 많지 않은 이유는 프랑스에서 기간제의 갱신과 연속적 기간제의 구별을 엄정하게 내린 데에 비롯된 것으로 보인다.

#### 4) 갱신과 연속적 계약의 구별

프랑스에서 갱신은 계약관계의 단절이 없어야 하고, 최초 계약의 내용이 동일하여야 한다고 본다. 또한 갱신의 경우에는 최초 계약기간과 합산하여 최대기간 18개월을 넘어서는 안 되는 규율이 있다. 반면에, 연속적 계약(contrat successifs)은 근로관계의 단절이 있거나 계약 내용이 다른 경우를 말하는데, 이런 최대기간의 산정에서 계약별로 각각 계산되는 것이다.<sup>47)48)</sup>

45) C. Lavanchy/A. Roset/L. Tholy, *Jurisprudence sociale*, Droit du travail, 2005, p. 310에서도 소개되었음.

46) B. Marcelis/A. Roset/L. Tholy, *Le code du travail annoté*, 2014, p. 290.

47) Couturier, précité, p. 177.

이런 구별이 엄정하게 이뤄지는 사례를 들면 다음과 같다:

- 파기원 사회부(Cass. soc., du 19 juin 2002), N° 00-44.438: 원고 근로자가 1997년 5월 12일에 Ecobacier사와 지붕연결공(couvreur)으로 3개월 기간제 계약을 체결하고 1997년 8월 6일의 부속합의를 통해 1997년 8월 11일부터 9월 12일까지 1개월 기간으로 동 계약은 갱신되었다. 원고 근로자는 갱신기간 종료 후 무기계약으로의 의제를 주장하면서 관련 배상금을 청구하였다.

원심 법원은 기간제계약의 갱신이 아니라 연속적인 기간제계약의 체결시의 휴지기 위반에 따른 무기계약으로의 의제로 인정하고 동시에 불안정고용수당(소위 이직수당)의 지급을 피고 회사에 명하였다. 이에 대하여 피고회사는 법원의 판단에 따라 이처럼 무기계약으로 의제된 경우에는 불안정고용수당이 지급될 수 없다고 주장하면서 상고하였다. 그러나 파기원은 이직수당은 심지어 일정한 법률위반에 따라 무기계약으로 의제되는 기간제근로자에게도 과거 기간제로 근무한 사실을 근거로 발생하는 것이기 때문에 주어져야 마땅하다고 판단하였다.

한편, 원심 법원이 무기근로계약으로 의제한 이유는, 동 사안에서 본래 계약의 종료일이 1997년 8월 8일인데 반해 새로운 계약의 개시일은 8월 11일로 정함과 여기서 9일과 10일의 2일의 공백을 둔 것은 바로 휴지기를 3분지 1 기간을 두라는 L. 122-3-11조를 위반한 것이었다. 이에 따라 동 계약은 무기계약으로 의제된다는 것이었다.

그러나 파기원은 2일은 바로 주말의 휴식일이었기 때문에 사실상 8일 이후 새로운 근무일은 11일이므로 바로 이 사건에서는 기간제근로계약의 갱신으로 보아야지 새로운 계약에 의한 연속으로 보아서는 아니되고 따라서 위 휴지기 관련 법률조항의 위반이 있다고 볼 수 없다고 판단하였다.

요컨대, 갱실히수에 대한 엄격한 규제라 할 수 있는 1회의 갱신 규제는 연속적 계약에 의해 벗어날 수 있다. 즉, 하루나 이들의 노무의 공백을 둘 경우 계약 갱신이 아니라 계약의 연속에 해당하기 때문이다.

따라서 이런 규범회피의 가능성을 방지하기 위한 조치로서, 연속적 계약 시에는 휴지기를 두어야 한다는 추가적인 규율이 도입되었다. 즉, 양 계약 사이에 약간의 공백기를 둔다면, 연속적 계약이 되는데, 휴지기라는 앞선 기간제계약의 총 기간의 3분지 1에 해당하는 기간 동안에는 오로지 직접고용의 무기계약 사용만이 허용되고 기간제나 파견제를 사용하지 못한다

48) 조임영, 전제논문, 112면에서도 “계약의 연속과 갱신은 구별된다. 갱신이란 최초 계약의 틀 내에서 기간을 연장하는 것을 말한다. 이에 대해 계약의 연속은 동일 포스트 또는 다른 포스트를 대상으로 동일근로자 또는 다른 근로자와 이전 계약과는 구별되는 새로운 계약을 체결하는 것을 말한다”고 서술하였다.



는 규제를 받게 한 것이다(L. 1244-3조).<sup>49)</sup> 그리고 이를 위반할 때에도 무기계약으로 의제된다.<sup>50)</sup> 따라서 관심의 초점은 이런 갱신 횟수 규제로부터 연속적 기간제에서의 휴지기의 준수 여부에 쏠리게 된 것이다.

그런데 문제는 이런 휴지기 규율에는 일정한 예외가 비교적 넓게 인정된다는 점이다(L. 1244-4조):

- 1° 일시적인 부재근로자의 대체를 위한 목적의 경우나 혹은 대체된 근로자가 새로이 부재가 되어 근로계약이 중단되어 기간제근로계약이 체결되는 때
- 2° 기간제근로계약이 안전조치로 긴박하게 필요한 작업을 수행하기 위해 체결되는 경우
- 3° 계절적 고용을 제공하기 위한 목적으로 기간제 근로계약이 체결되는 경우, 시행령 또는 단체협약으로 정하는 고용분야에서 정규직을 사용하지 않는 관행이 존재하는 경우
- 4° 근로자가 근로계약 파기를 주도한 경우
- 5° 근로자가 스스로 사전에 그만 둔 경우
- 6° 갱신을 거절하는 경우

따라서 이런 항목 사례에서는 동일한 근로자와의 기간제계약은 휴지기 없이 연속적으로 체결될 수 있는 것이다. 부재 근로자의 대체의 경우 기간제 근로자는 한 근로자를 대체하고 나서 또 다른 근로자의 대체를 위해서 연속적으로 사용될 수 있는 것이다. 또한 법령에서 정하는 업무분야 예컨대 문화활동 분야에서 무기계약이 사용되지 않는 관행이 있을 경우에도 휴지기 적용이 되지 않고 연속적으로 기간제가 체결되는 것이다. 이런 연유로 앞서 소개한 판례에서도 수십 차례 기간제가 연속적으로 체결되는 사례들을 보여 주었다.

## 5) 반복하여 체결되는 연속적 계약에 대한 기간제 기본원칙의 적용

프랑스 법원에서는 이런 연속적 기간제 근로계약의 체결이 적법하게 이뤄졌다 하더라도 결

49) L. 1244-3조: 기간제 근로계약이 기간종료가 된 때에 그 근로자의 일자리를 충원할 경우 다음과 같이, 갱신을 포함하는 전체 계약기간에 대한 휴지기(délai de carence)가 다하기까지 기간제 근로계약이나 파견 근로계약은 체결될 수 없다.

1° 계약기간이 14일을 넘는 경우 그 기간의 3분의 1

2° 계약기간이 14일 이내인 경우 그 기간의 2분의 1

50) L. 1245-1조 : “L. 1242-1조 내지 1242-4조(기간제 허용 사유), L. 1242-6조(금지사유) 내지 1242-8조(계약기간의 확정 및 상한), L. 1242-12조(서면 작성), L. 1243-11조 제1항(계약기간 도과), L. 1243-13조(갱신), L. 1244-3조(휴지기) 및 L. 1244-4조(휴지기 예외)에 위반하여 체결된 모든 계약은 무기 근로계약으로 의제한다.”

과적으로 상시적 업무에 기간제의 고용을 제공하게 된다면 이런 계약들은 무기계약으로 의제 된다는 판례를 내놓고 있는 것이다. 상시적 업무에의 기간제 고용을 제공하지 말아야 한다는 기본원칙의 적용을 통해 결국 연속적 기간제가 통제되고 있는 것이다.<sup>51)</sup>

- 파기원 사회부 (Cass. soc., 4. décembre 1996) N° 93-41891. 원고 근로자는 성인장애자 교육협회를 위하여 서비스요원으로서 1986년 5월 22일부터 1990년 7월 24일까지 4년 간 94 차례의 기간제계약을 연속적으로 체결하면서 부재 근로자들을 대체하였다. 동 근로자는 이런 경우 무기계약근로자로 의제됨을 믿고서 노동법원에 무기계약의 의제 및 부당해고에 따른 손해배상을 청구한 사례이다. 원심 법원은 이런 기간제는 상이한 근로자들을 대체한 것이지 계약갱신을 통해 기간의 상한인 24개월을 초과한 사례가 아니므로 무기계약으로 의제되지 않는다고 하여 기각하였으나 파기원은 상시적 업무에의 기간제 사용을 금지하는 L. 122-1조(현행 L. 1242-1조) 위반으로 보아 무기계약으로 의제된다고 보아야 한다는 이유에서 이런 원심 판결(Limoge고등법원)을 파기하고 다른 고등법원(Poitier)으로 이송하였다.

- 파기원 사회부(Cass soc., 26 mai 1994) N° 90-43840 : 취미센터에서의 진행자 (animateur)가 체결한 계약이 동일한 근로자와 7년 간 체결된 것이면 무기계약이다. 왜냐하면 그 고용은 레저센터에서의 일반적이고도 상시적인 업무에 투입되어 있기 때문이다.... 물론 법령에서 정한 기간제 허용분야에 해당하지만 그 분야에서 문제의 고용이 임시적인 성질을 띠고 있어야 그 기간제 근로계약이 체결될 수 있는 것이다. 그러나 당해 근로자들이 통상적이고도 상시적인 작업에 연계된 고용을 수년간의 기간제 계약으로 종사하였다면 노동법원은 정당하게 무기계약으로의 전환을 판단한 것이다.

- 파기원 사회부(Cass. soc., 18 janvier 1995) N° 91-41771 : 안무 교수가 육체표현 센터와 학기년 동안으로 체결한 계약이 6년 간 반복되었을 때, 이것은 무기근로계약으로 본다. L. 122-1-1 3° et D. 121-2, 법령에서 열거한 항목인 교습, 문화활동, 레저 센터에 해당한다 하더라도 6년간 매년의 갱신을 통해 통상적이고도 상시적인 업무에의 고용을 확보한 것이면 무기계약이 된다는 것이다.

- 파기원 사회부(Cass. soc., 23 mai 1995) N° 92-43085 : 발레 무용수가 특정한 공연을 위해서가 아니라 사업의 통상적이고도 상시적인 업무에 연계되어 있는 경우이고 해당 근로자

<sup>51)</sup> Couturier, précité, p. 177; Cass. soc., 10 avril 1991 N° 87-42884.

는 7년간 단절 없이 근무해 온 경우, 무기계약의 지위에 놓인다. 물론 법령에서 정한 기간제 허용분야에 해당하더라도 그 분야에서 문제의 고용이 임시적인 성질을 띠고 있어야 그 기간제 근로계약이 체결될 수 있는 것이다.

- 파기원 사회부(Cass. soc., 25 mars 1998) N° 95-41466 : 보조교사가 매년 학년별로 갱신되어 8년간 방학기간을 제외하고서 지속적으로 근무한 경우 기간의 정함이 없는 계약으로 전환(규명)된다. 왜냐하면 그 고용은 임시성을 나타나지 않기 때문이다. **법령 D. 121-1조에 따라 교습분야에서** 기간제 계약 사용이 가능하지만 기간제계약이 통상적이고도 상시적인 업무의 고용을 제공하는 데 사용되어서는 아니 된다.

결론적으로, 파기원은 기간제가 적법한 예외 규정에 따라 연속적으로 체결된 경우에도 실제로 상시적이고 통상적인 업무의 기간제 고용이 투입된 것이라고 보여지는 경우에는 그 계약은 무기계약으로 의제된다고 본 것이다.

## 6. 무기계약으로의 의제의 효과

프랑스에서 기간제근로계약에 대한 다양한 규율의 위반 시 민사제재는 바로 무기계약으로의 의제(être réputé)이다. 이런 무기계약으로의 의제는 프랑스에서 requalification(재규명)이라고도 표현한다.<sup>52)</sup>

### 1) 소급

무기근로계약으로의 의제는 그 발생시점이 당해 **근로계약 체결 시점**으로 소급된다.<sup>53)</sup> 판례에 따르면 **계약체결시점**부터 무기계약으로 재규명(requalifier)되는 것이라 한다(Cass soc., 8 juillet 2003, N° de pourvoi: 02-45092.<sup>54)</sup> 따라서 처음부터 무기근로계약으로 보고 당해 근로

52) 이는 전환이라는 용어로 번역될 수도 있지만 재규명이라고도 번역될 수 있다고 생각한다.

53) Couturier, précité, p. 174: “계약체결시점에서 기간제 사용의 정당화 사유가 있는지 없는지를 평가해야 한다.”

54) 동 판례에서는 다음과 같이 기술하고 있다. “que le contrat de travail des salariés doit être considéré **ab initio** comme ayant été conclu à durée indéterminée/ 근로자들의 근로계약은 **처음부터** 무기계약으로 체결된 것과 같이 인정되어야 한다.”

자에게는 그와 같은 무기계약근로자로서의 권리가 주어진다는 의미로 보인다.<sup>55)</sup>

## 2) 복직이 아닌 금전손해배상의 권리부여

주의할 점은 기간제계약이 무기계약으로 의제되는 규율의 효과가 우리나라에서는 근로자의 계속적 취업과 정년까지의 고용 보장으로 이해되지만, 프랑스에서는 그 의제의 목적이나 효과는 무기계약에 국한되어 있는 해고규제의 적용을 받기 위함이고, 궁극적으로는 기간도달에 따른 퇴직조치가 부당한 해고로 포섭됨에 따른 금전손해배상 등의 각종 배상에 있다는 것이다.<sup>56)</sup>

이것은 프랑스가 부당해고에 대해 복직이 아닌 손해배상을 원칙으로 삼고 있는 특성에 귀결되는 것으로 이해될 수 있다. 또한 이것은 노동법원 즉 conseil prud'hommes의 특징이기도 한데 노동법원은 사안에 대해 일차적으로 민사조정을 거치는바, 부당해고의 사건에서 사용자는 근로자의 복직의무를 부담하지 않으며 자유롭게 거부할 수 있으며 그 경우에 법원은 금전손해배상으로 제재를 가하게 되어 있다.<sup>57)</sup>

이런 점은 부당해고에 대한 제제가 원직복직을 원칙으로 하는 우리나라에서와 구별되는 부분이다. 따라서 우리나라에서 프랑스의 모델을 따라 기간제에 관한 규제를 다방면으로 구축하고 그 위반 시 제재를 무기계약으로의 의제로 할 경우에는 고려되어야 할 부분이다. 말하자면, 프랑스의 예에 따라, 최대기간의 초과와 별개로, 갱신희수 위반 자체를 이유로, 또는 사유 제한방식을 도입과 함께 그 위반을 이유로 무기계약으로의 의제를 제재로 삼을 경우에, 프랑스에서는 정작 이런 무기로의 의제가 실제로 취업의 강제를 뜻하는 것이 아님을 고려할 필요가 있다.

55) 프랑스 노동법전 L. 1245-2조에 따르면, “노동법원(conseil de prud'hommes)은 기간제 근로계약의 무기 근로계약으로의 의제의 청구로 해소된 경우, 그 소송은 본 법원 심판부에서 직접 관할하며 심판부는 접수 시부터 1개월 내에 판결을 선고한다. 노동법원은, 근로자의 청구를 인용하는 경우, 당해 근로자에 **1개월 임금 이상의 배상(indemnité)**을 사용자의 부담으로 부여한다. 이와 같은 규정은 무기근로계약의 규율에 관한 제2권 3장의 규정의 적용에 영향을 미치지 아니한다.”고 규정한다. 이러한 의제조치시 배상은 **기간제근로계약이 체결된 때부터를 대상으로 한다**(cass. soc., 2006 11. 7. N° de pourvoi: 05-41723). 바로 소급하여 권리를 보전시킨다는 의미로 보인다.

56) Cass. soc., 31 octobre 1989. N° de pourvoi: 86-45252.

57) L. 1235-3조: “근로자의 해고가 진실하고도 중대한 원인이 없이 발생된 경우 법원은 당해 사업체에 동 근로자의 복직(réintégration)을 제안할 수 있다. 당사자의 일방 또는 쌍방이 거부하는 경우에, 법원은 근로자에 대한 배상금을 부여한다. 이런 배상금은 사용자가 부담하며 6개월의 임금에 미달할 수 없다. 이러한 배상금은 L. 1234-9조에서 정하는 해고보상금(소위 해고자체에 대한 보상금)에 영향을 미치지 아니한다.”

## 7. 결어

프랑스의 갱신히트수 제한은 1회로 한정되어 있는데 엄격한 규율이라고 보인다. 프랑스 자체에서도 이런 갱신히트수제한의 엄격성은 실제적으로 적용이 드물게 되는 결과를 낳았다고 보인다.

또한 갱신과 개념적으로 구별되는 연속적 계약은 약간의 공백을 둘 때 새로운 계약이라는 점에서 이런 갱신히트수제한을 회피하는 수단으로 활용된 것으로 보인다. 그래서 프랑스는 다시 연속적 기간제 계약체결시 양 계약 사이에는 이전 계약기간의 3분 1에 해당하는 휴지기 동안에 기간제 등 불안정고용을 사용하지 못한다는 또 다른 규제를 필요로 했다.

그러나 연속적 계약을 전제로 한 휴지기제도에는 광범위한 적용예외가 있고, 이것은 여러 사례에서 나타나듯이 연속적 계약이 장기계약으로 존속하는 결과를 나타낸 것으로 파악되었다.

그래서 결국 기본원칙인 L. 1242-1조의 “기간제근로계약은 그 어떤 이유에서든 목적으로 나 결과적으로 사업의 통상적이고 상시적인 업무에 고용을 지속적으로 제공하는 데 사용될 수 없다.” 규율로 기간제 사용은 규제되고 있는 것으로 이해된다.

여기서, 얻는 시사점은 두 가지이다. 하나는 갱신히트수 1회의 제한은 지나치게 엄격하다는 점이다. 오히려 독일의 경우<sup>58)</sup>와 같이 3회 정도로 갱신히트수를 규제한다면 적정하다고 사료된다. 이로써 계약기간을 객관적 이유없이 쪼개는 행태를 규제할 수 있을 것으로 생각된다.

다른 하나는 양 기간제계약 사이에 공백기를 두는 경우에 대한 대비가 필요하다는 점이다. 약간의 공백(예컨대 보름 정도)을 두는 경우 갱신이 아니라 새로운 기간제 계약이라는 이유로 기간제 관련 규율은 회피될 수 있기 때문이다.

이런 경우 양 기간제계약 사이의 공백기가 충분한 기간 이상, 예컨대 일본처럼 6개월 이상의 공백기를 둘 때 비로소 새로운 기간제근로계약으로 보는 방안도 충분히 고려할 만하다.<sup>59)</sup>

이와 같이 최대기간의 규율과 갱신히트수제한의 규율이 몰각되지 않도록 방지할 필요가 있다고 보인다.

58) 독일 단시간 및 기간제법에서는 다음과 같이 규율한다. “기간제는 객관적인 사유(sachlicher Grund)에 의하여 정당화(gerechtfertigt)되는 경우 적법하다(제14조 제1항). 다만 역월에 따른 기간제 근로계약은 객관적 사유 없이도 2년의 한도 내에서 허용되고, 이런 총 기간 2년까지는 역월에 따른 기간제 계약이 3회까지 연장될 수 있다(제14조 제2항 제1문). 그러나 그전에 근로관계를 맺은 사용자와는 위와 같은 객관적 사유 없는 기간제는 허용되지 않는다(제14조 제2항 제2문).” 제2문에 따르면, 오로지 객관적 사유가 있는 기간제계약이나 무기의 근로계약이 허용된다는 것인데, 연쇄적근로관계(Kettenarbeitsverhältnis)의 형성을 차단하여 해고보호로부터의 면탈을 막고자 하는 것이다.

59) 2012. 8. 3. 노동계약법 개정시 규정됨.

## 참고문헌

조임영, “프랑스 불안정 근로계약 법제”, 영남대학교 대학원 박사학위 논문, 2000.

Couturier, *Droit du travail, 1/ Les relations individuelles de travail*, 1994.

Rivero/Savatier, *Droit du travail*, 1993.

Les Éditions de l'Atelier/Édition Ouvrières, *Guide pratique de l'élú de CE de de CHSCT*, 2014.

C. Lavanchy/A. Roset/L. Tholy, *Jurisprudence sociale, Droit du travail*, 2005.

B. Marcelis/A. Roset/L. Tholy, *Le code du travail annoté*, 2014.

<http://legifrance.gouv.fr>

(위 사이트에서는 프랑스의 법령과 판례를 원문으로 접근가능함)

## 「프랑스 기간제 규율에 관한 고찰」 토론문

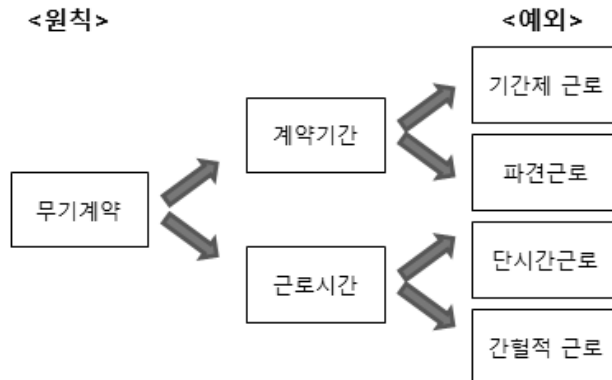
조 용 만\*

### 1. 근로계약 법제의 기본원칙

○ 기간제 근로계약에 관한 프랑스법제는 기간제 사용 사유의 제한, 사용 기간의 제한, 갱신의 제한, 기간 만료 후 재계약(연속적 계약)의 제한 등 기간제 사용에 관하여 엄격히 규제하고 있을 뿐만 아니라 기간제 근로자에 대한 평등대우, 계약종료수당의 지급 등 기간제 근로자에 대한 강한 보호를 하고 있음

- 위와 같은 프랑스법제의 특징은 근로계약의 ‘무기계약’ 원칙(노동법전 L.1221-2조 제1항은 “기간의 정함이 없는 근로계약이 노동관계의 통상적이고 일반적인 계약형태이다.”라고 규정)에 기인한다고 봄

- 프랑스의 무기계약 원칙은 노사 당사자 및 입법에 적용되는 기본원칙 : 계약기간의 측면에서 기간제 근로와 파견근로는 무기계약의 예외이므로 기간제 근로와 파견근로에 대한 규제의 기본 방향과 틀은 동일



\* 건국대학교 법학전문대학원 교수.

- 다만, 발표자께서 지적하고 있듯이 기간제 계약의 규율에 대한 프랑스법제의 엄격성은 해고구제법제의 특수성(금전보상 원칙)과 분리하여 평가할 수 없을 것임

○ 그럼에도 불구하고 기간제 근로계약에 관한 우리의 법제를 비교법적으로 평가하고 개선 방안을 모색함에 있어서는 기간제 근로계약에 관한 법적 규율의 각론에 초점을 두기에 앞서 근로계약에 관한 규율의 총론(일반원칙)에 대한 입장의 확립이 우선되어야 한다고 보는데, 이에 대한 발표자의 생각을 말씀해 주셨으면 함

## 2. 기간제 사용의 금지

○ 발표문에서 일부 언급되고 있듯이 프랑스에서는 아래와 같이 기간제의 사용이 금지되는 경우를 규율하고 있음. 우리의 기간제법에는 이에 관한 규정이 없는데 법제도 개선 관련 발표자의 입장이 무엇인지 궁금함

- 정리해고 후 6개월 내 정리해고 대상 직무에서 업무의 일시적 증가를 이유로 한 기간제 사용의 금지(예외<sup>1)</sup>) : 3개월 이하의 계약기간, 수출 주문의 특별한 증가) : 노동법전 L.1242-5조

- 집단적 노동분쟁(파업)으로 근로계약이 정지된 근로자를 대체하기 위한 기간제 사용의 금지 : 노동법전 L.1242-6조 제1항 제1호

- 부령이 규정하는 위험작업의 수행을 위한 기간제 사용의 금지<sup>2)</sup>(관할 행정관청은 이러한 금지의 예외를 승인할 수 있음) : 노동법전 L.1242-6조 제1항 제2호 및 제2항

## 3. 기간제 계약의 갱신과 계약 간 공백기

○ 갱신 가능 횟수의 제한 관련 프랑스법제의 변화

- 1986년 8월 11일 오르도낭스(법률명령) : 실업문제의 해결 차원에서 갱신 가능 횟수를 종전 1회에서 2회로 증대 등 불안정계약의 이용을 보다 용이하기 위한 목적 ⇒ 1986년 오르

1) 이 경우 사용자의 우선재고용의무가 면제되지 않음(노동법전 L.1242-5조 제4항)

2) 그 취지는 산재의 예방에 있음



도당스 시행 후 우려할만한 수준으로 불안정계약의 이용 증대<sup>3)</sup>)

- ‘불안정계약제의 채택에 따른 고용안정의 촉진’에 관한 1990년 7월 12일 법률(제90-613호) 제4조에 의해 구 노동법전 L.122-1-2조 개정 : 갱신 가능 횟수 2회 ⇒ 1회

\* 동법의 목적은 무기계약 원칙에 대한 예외의 허용 요건을 보다 명확히 하여 불안정계약의 안정고용(무기계약)으로의 전환 촉진 등을 통해 불안정고용의 비율을 축소하는데 있음(동법 제1조)

- ‘사회적 대화 및 고용’에 관한 2015년 8월 17일 법률(제2015-994호) 제55조에 의해 현행 노동법전 L.1243-13조 개정 : 갱신 가능 횟수 1회 ⇒ 2회 (그 취지는 직업경력<sup>4)</sup>의 안정화 및 고용복귀의 촉진)<sup>4)</sup>

※ 갱신 횟수 제한의 예외 : 법령에 근거하여 특정 범주의 실업자 채용 촉진을 위한 기간제 계약의 체결이나 법령이 정한 기간과 조건에 따라 사용자가 근로자에게 직업훈련의 보충을 보장하기 위한 기간제 계약의 체결에는 갱신 횟수 제한 규정이 적용되지 않음(노동법전 L.1243-13조 제4항)

※ 갱신의 금지 : ① 특정 목적의 실현을 위한 기술직 및 간부직 근로자의 채용을 위한 기간제 계약(계약기간 최소 18개월, 최대 36개월)의 경우 갱신 불가(노동법전 L.1242-8-1조)

② 정리해고 후 사업 활동의 일시적 증가를 이유로 3개월 이하의 기간제 계약 체결이 예외적으로 허용되나 이 경우 기간제 계약은 갱신 불가(노동법전 L.1242-5조 제3항 제1호)

○ 우리의 경우 초단기간 계약(이른바 쪼개기 계약) 방지 차원에서 갱신 가능 횟수에 대한 제한의 필요성이 있으나, 갱신 가능 횟수는 총 사용기간 제한의 틀 내에서 어느 정도 허용하는 것이 바람직한가라는 다소 부차적 문제라고 봄. 기간제 근로자의 고용불안 해소 내지 고용안정화를 위해 정부가 제시하고 있는 사용기간의 연장(2년+2년) 방안에 대하여 발표자께서는 어떻게 평가하고 있는지 견해를 듣고자 함

<sup>3)</sup> G. Couturier, *Droit du travail 1/ Les relations individuelles de travail*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, 1996.

<sup>4)</sup> 프랑스 노동·고용·직업훈련 및 사회적 대화부 홈페이지 참조

(<http://travail-emploi.gouv.fr/textes-et-circulaires,1651/2014-2015,2223/lois,2460/loi-no-2015-994-du-17-aout-2015,18879.html>)

○ 한편, 기간제 계약 간 공백기(휴지기)에 관한 규율 방안은 사용 가능 기간, 종전 계약의 기간, 갱신 가능 횟수 등과 관련하여 모색해야 할 문제라고 보며, 사용 가능 기간이 우리보다 훨씬 길고 갱신 가능 횟수에 대한 제한이 없는 일본법제상의 6개월 이상 공백기가 적절한 대안이 될 수 있는지 아니면 프랑스법제와 같이 종전 계약기간의 일정 비율 이상 공백기를 두도록 하는 것이 타당한지 보다 면밀한 검토가 있어야 할 것으로 생각함

- 프랑스의 경우 기간제 계약 만료 시 계약 대상 동일 직무에 새로운 기간제 계약 체결이 가능한 공백기에 관한 규율은 동일 근로자뿐만 아니라 다른 근로자를 사용하는 경우에도 적용된다는 점에 유의할 필요 있음(노동법전 L.1244-3조)<sup>5)</sup>

---

5) 기간제 계약 대상 직무와 다른 직무에 동일한 근로자를 사용하는 경우에도 상당한 공백기를 두어야 하는 것이 원칙이고(그 기간에 대한 명문의 규정은 부재하고 판례법에 의해 규율됨), 다만 공백기 없이 다른 직무에 동일한 근로자를 사용할 수 있는 경우(부재 근로자의 대체 등)에 관해서는 별도로 규율하고 있음(노동법전 L.1244-1조)

# 최근 일본의 비정규직 근로자보호법제도의 동향 및 법적 쟁점

정 영 훈\*

- I. 들어가며
- II. 비정규직근로자보호에 관한 규범적 인식에 관한 검토
- III. 불합리한 차별 금지에 관한 법제도의 현황과 법적 쟁점
- IV. 고용안정에 관한 법제도의 현황과 법적 쟁점
- V. 나오며

## I. 들어가며

1990년대 후반 이래 한일 양국에서 비정규직 근로자문제의 해결은 노동시장정책의 영역을 넘어서 경제·사회정책 분야에서 가장 중요한 현안 중의 하나였다. 비정규직 근로자문제는 단지 노동시장정책의 영역을 넘어서 사회정책과 경제정책 분야에서 매우 복잡한 문제를 야기하고 있기 때문에 비정규직 근로자 문제를 어떻게 포착할 것인가에 따라서 그 정책적 대응의 범위와 내용은 실로 다양하다. 상대적으로 저임금을 받으며 비숙련직무에 종사하는 비정규직 근로자가 증가하게 되면 거시 경제적 측면에서는 내수시장에서의 소비 감소로 이어져 경제성장에 부정적인 영향을 줄 수 있으며, 사회적인 측면에서는 낮은 가처분소득으로 말미암아 결혼을 꺼리는 경향이 발생하여 사회의 지속성에까지도 영향을 미칠 수 있다. 하지만 노동시장에서의 비정규직 근로자보호라는 목적에서 법적인 보호를 강화하겠다는 방법으로 접근하게 되면 그 주된 문제의 관심은 고용의 불안과 격차의 시정에 있다고 할 수 있을 것이다(따라서

\* 헌법재판연구원 책임연구원, 법학박사.

이하에서는 단순히 비정규직 근로자문제라고 지칭할 때는 이 두 가지 의미로 사용하고자 한다).

고용불안과 격차라는 비정규직 근로자문제의 심각성과 사회와 경제에 대한 그 부정적 영향에 대해서는 한일 양국 모두 인식하고 있었지만 이에 대처하는 양국 정부의 기본적인 입장은 사뭇 달랐고, 그로 인하여 입법적 대응의 시기와 입법의 내용도 달라질 수밖에 없었다. 입법적 대응의 시기와 방법만을 놓고 보더라도 우리나라의 경우 1998년 경제위기 이후 비정규직 근로자문제의 심각성이 노동계에 의해서 본격적으로 제기되고 사회적으로도 그 해결의 시급성에 관한 공감대가 형성되면서 기간제 근로자, 파견근로자, 단시간 근로자의 보호를 위한 법제도의 마련을 위한 논의가 동일한 시기에 동일한 논리 하에서 이루어지고 창설되었다. 반면, 일본의 경우 문제의 심각성에 대한 인식은 우리나라와 거의 비슷한 시기에 확산되기 시작하였음에도 불구하고 비정규직 근로자보호를 위한 법제도의 정비가 정부의 노동시장정책의 중요한 의제로 부상하고 법정비를 목적으로 하는 정책적 논의가 본격적으로 개시된 것은 2008년 금융위기의 충격이 직접적인 계기가 되었다고 할 수 있다. 여기에 더하여 일본의 비정규직 근로자 보호법제도는 우리나라와는 달리 동일한 시기에 동일한 논리에 따라서 형성된 것이 아니라 단시간근로자법제도의 정비가 그 선구를 이루고 기간제 근로자, 파견근로자의 보호법제의 정비가 그 뒤를 잇게 되면서 전자의 입법 내용과 논리가 후자에도 영향을 미치면서도 각각의 영역에서 각각의 문제의식과 논리에 따라서 논의가 이루어지고 법제도가 형성되었다고 할 수 있다. 따라서 일본의 비정규직 근로자보호법제도는 각각의 영역을 규율하는 보호법제도의 내용이 매우 복잡하여 구체적인 내용을 일목요연하게 이해하기조차 매우 어렵게 되어 있다.

한일 비교의 방법으로 비정규직 근로자보호법제도를 검토하여 무언가 시사점을 찾으려고 한다고 했을 때 먼저 이러한 차이를 가져오게 된 근본적인 이유가 무엇인지를 이해할 필요가 있다. 이러한 법제도적인 차이를 초래한 이유는 다양하게 분석될 수 있다. 노동사회학이나 노동정치학의 관점에서 노동조합과 같은 노동계의 역량 및 대응전략이나 정당 및 정권의 성격 등을 분석함으로써 그 차이의 연원을 찾으려는 연구가 이루어지고 있지만 비정규직 근로자보호문제의 해결을 주도하는 정부 및 관련 연구자들의 노동시장정책적 인식과 규범적 인식의 차이도 중요한 이유가 될 수 있다. 따라서 본 발표에서는 먼저 이와 같은 관점에서 비정규직 근로자보호문제에 관한 일본 정책 당국 등의 인식이 어떠한지 등에 관해서 살펴보고자 한다. 앞에서 본 바와 같이 일본에서 비정규직 근로자보호문제의 선구는 단시간근로자에 관한 보호정책이었는데, 이에 관한 정책적 인식은 다른 비정규직 근로자보호정책에도 적지 않은 영향을 주었기 때문에 단시간근로자정책에 관한 인식을 축으로 하여 이를 살펴본다. 다음으로 파견근

로자, 기간제근로자, 단시간근로자에 관한 각각의 보호법제도의 현황과 현재 논의되고 있는 각 영역에서의 법적 쟁점에 관해서 살펴보기로 한다. 이에 관해서는 고용의 안정과 격차의 시정이라는 두 가지의 핵심적 문제를 중심으로 이들 쟁점을 둘러싼 법제도의 내용 및 법적 분쟁의 양상에 대해서 살펴본다.

일본의 비정규직 근로자보호에 관한 법제도에 관해서 검토하고 보다 의미 있는 시사점을 얻기 위해서는 이들 법제도가 시행되고 어떠한 변화가 있었는지를 살펴보는 것이 필수적 이지만, 기간제 근로자보호 및 파견근로자보호를 강화하는 법규정이 도입된 것이 2012년이며, 이들 보호규정의 시행일도 기간근로자의 고용안정 및 차별금지규정의 시행일이 2013년 4월 1일부터이고, 파견근로자의 고용안정에 관한 강화된 규정의 시행일은 2015년 10월 1일이기 때문에 이들 법제도 개정이 이들 근로자들의 보호에 어떠한 영향을 미쳤는지를 구체적으로 분석하는 것이나 향후의 방향을 가늠하는 것은 매우 어렵다. 따라서 이 점에 대해서는 향후 지속적인 관심을 가지고 연구해야 할 분야라고 생각된다.

## II. 비정규직근로자보호에 관한 규범적 인식에 관한 검토

### 1. 비정규직근로자보호의 인권적 접근의 의의

비정규직근로자의 고용안정과 차별금지를 어떠한 노동시장정책적 관점과 법규범적 관점에서 접근할 것인지에 따라서 이를 위한 법제도의 달성 과정과 그 내용은 매우 상이할 수 있다. 특히 법규범적인 관점에서 고용안정과 차별금지의 문제를 비정규직 근로자의 인권(또는 기본권)<sup>1)</sup>적 차원에서 접근하는 경우에 이를 달성하려는 힘은 매우 강한 폭발력을 가질 수 있다. 억압을 당하는 어떠한 집단이 각종 철학적 토대(자연권, 인간이익 등)에 근거하여 일정한 권리를 강력하게 요구하기 시작하고 많은 사람들이 그러한 요구의 도덕적 규범성과 정당성을

1) 인권과 기본권을 개념적으로 구분하는 견해가 헌법학계의 다수설이며 사회적 성격의 기본권, 즉 사회적 기본권의 인권성에 대해서 부정적인 입장이 다수를 이루지만 사회적 성격의 권리라고 하여 그것의 인권성을 부정하는 것은 단편적인 견해일 뿐이다. 국제인권법에서 널리 통용되고 있는 인권의 분류법에 의하면 세계인권선언 제3조 내지 제21조의 권리와 ‘시민적·정치적 권리에 관한 국제규약에서 규정되어 있는 권리를 제1세대 인권으로, 세계인권선언 제22 내지 제27의 권리와 경제·사회·문화적 권리에 관한 국제규약에서 규정되어 있는 권리를 제2세대 인권으로 분류하고 있다. 즉 국제인권법에서는 사회적 기본권도 인간의 권리, 즉 인권으로 보고 있다고 할 수 있다. 인권의 실현도 국가를 전제로 하지 않고 그것의 보장을 논하는 것은 실익이 없다는 점에서 사회적 기본권의 인권성을 부정하려는 견해도 그다지 큰 논의의 실익을 갖지 못 할 것이라고 생각된다.

인정하기 시작하면 그 요구는 인권으로 격상된다.<sup>2)</sup> 물론 인권 인정을 위한 투쟁의 과정을 거쳐서 인권 목록에 등재된 인권도 여전히 그 내용과 한계가 모호하고 불명확할 수 있기 때문에 끊임없는 투쟁과 실정화를 통해서 의미와 내용이 보다 구체화되고 명확히 되어야 한다. 따라서 인권을 위한 투쟁의 본질은 그 요구의 인권적 근거를 찾고 인권의 내용을 구체화하면서 실정화하는 것에 있다. 우리 헌법과 일본 헌법에서는 비정규직 근로자의 고용안정과 차별금지가 명문으로 규정되어 있지 않아서 그 권리의 근거가 명확히 인식될 수는 없지만 인권인정투쟁의 과정을 통하여 비정규직 근로자의 고용안정과 차별금지도 헌법에 규정된 기본적 권리의 내용으로 인식될 수 있는 것이다. 일본 헌법 제14조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에서 평등하고 인종, 신조, 성별, 사회적 신분 또는 출신 가문에 따라서 정치적, 경제적 사회적 관계에서 차별을 받지 않는다”고 하여 평등권(또는 평등원칙)을 규정하고 있고, 제27조 제1항은 “모든 국민은 근로의 권리를 가지고 의무를 진다”고 하여 근로권을 보장하고 있기 때문에 일본에서도 비정규직 근로자보호의 과제는 인권적으로 격상될 수 있을 헌법규범적 가능성은 충분하다. 정규직 근로자의 고용안정의 문제, 특히 해고보호의 문제가 근로권에 의해서 뒷받침될 수 있다<sup>3)</sup> 비정규직 근로자의 고용안정의 문제도 역시 근로권에 의해서 뒷받침될 수 있을 것이기 때문이다. 격차의 문제도 역시 헌법의 평등권(또는 평등원칙)에 의해서 뒷받침될 수 있을 가능성은 항상 열려있다.

비정규직 근로자보호라는 과제가 단지 노동시장정책이라는 사회정책의 과제라는 차원에서 인식되는 것에 머물지 않고 인권 또는 기본권의 차원으로 격상되면 그 실현이 보다 용이하게 될 것이라는 점은 두말할 나위가 없다. 통상적으로 사회정책이 행위자, 이해당사자, 자원배분

2) 김효제, 인권의 문법, 후마니타스, 2007, p.129.

3) 헌법재판소는 해고보호의 헌법적 근거를 근로생활과 직접적 관련을 가지고 있는 직업의 자유(헌법 제15조)와 근로권(헌법 제32조)에서 찾고 있는 점은 이에 관해서 매우 시사적이다. 헌법재판소는 우리 헌법상의 경제질서는 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회국가원리를 수용하고 있다는 점과 노동질서는 경제질서를 구성하는 중요한 요소 중의 하나이며 노동시장 및 노동관계에 관하여 헌법은 제32조, 제33조에서 근로의 권리와 근로3권을 보장하는 등의 내용을 담고 있고 제15조에서 직업의 자유를 보장하고 있다는 점을 들어 “이 사건과 같이 근로관계의 존속보호가 헌법적으로 문제되는 경우에 보다 구체적인 준거가 될 수 있는 헌법규정은 우선적으로 제15조(직업의 자유)와 제32조 제1항(근로권)을 들 수 있다”고 하고 있다(헌재 2002. 11. 28. 2001헌바50, 판례집 14-2, 668, 677). 헌법재판소는 직업의 자유와 근로권에 의하여 국가는 “사용자의 처분에 따른 직장 상실에 대하여 최소한의 보호를 제공하여야 할 의무”를 진다고 하고 있다. 이러한 해석은 독일 연방헌법재판소의 결정에서 강한 영향을 받은 것으로 보인다. 독일 연방헌법재판소는 국가는 직업선택의 자유로부터 도출되는 보호의무(Schutzpflicht)를 부담하며 이러한 보호의무는 사용자의 해고로부터 근로자를 보호할 입법적 조치를 취할 것을 내용으로 한다고 한 뒤에 법적으로 불충분한 해고보호가 이러한 보호의무 위반으로 평가되어 기본법 제12조 제1항이 침해되는 경우란 입법자가 제정한 사적인 계약규범에서 사용자의 해고로부터 근로자를 보호할 의무가 충분히 이행되지 않는다고 판단되는 때뿐이라고 한다(BVerfGE 97, 169(175f)).

의 우선순위, 정치와 정책 등이 복잡하게 얽혀 있다는 특성상 어떠한 사회정책의 실현을 요구할 때 인권(또는 기본권)에 기반을 둔 접근, 즉 인권(또는 기본권)을 강조하게 되면 보편적 가치를 갖춘 도덕적, 정치적, 법적 테두리 안에서 사회정책을 시행할 수 있게 되므로 그 사회정책의 대상은 정치·경제의 잔여영역이 아니라 모든 정치·경제의 목적으로 되는 핵심영역으로 격상될 수 있기 때문이다.<sup>4)</sup>

그렇다면 비정규직 근로자의 보호법제의 제정 과정에서 일본 정책 당국이나 정책 입안 관련자들(특히 노동법 전문가들)이 어떠한 인식을 가지고 있을 것인지를 살펴볼 필요가 있다. 이에 앞서 우리나라의 경우를 보면 특히 차별금지와 관련하여 인권적 접근이 매우 강하였다고 평가해 볼 수 있을 것이다. 예를 들어 노무현 당선자의 대통령인수위원회가 발표한 국정과제 중에서 비정규직 근로자의 차별은 국민통합과 양성평등의 구현을 위해 해소되어야 할 5대 차별로서 등장하고 있는데, 나머지 4가지는 성, 학벌, 장애인, 외국인 근로자를 이유로 하는 차별이다. 즉 비정규직근로자에 대한 차별의 금지가 성 및 장애인에 대한 차별금지와 동일한 차원에서 인식되고 있다고 할 수 있다. 이러한 인식은 2005년 4월 국가인권위원회가 정부의 비정규직 근로자보호법안이 비정규직 근로자의 “노동인권”을 보호하기에 충분하지 못하다는 취지의 의견을 표명한 것에서 더욱 강하게 드러나 있다. 즉 비정규직 근로자의 고용안정과 격차 해소의 문제를 국가인권위원회는 “인권”의 문제로 격상하고 있다는 점은 매우 의미심장하다. 이러한 인식은 정책당국을 넘어서 국민들 대다수도 공유하고 있는 인식이라고 볼 수 있다. 예를 들어 국가인권위원회가 2005년 1월부터 3월까지 전국의 15세 이상 성인남녀 1,263명과 인권관련 전문가 90명, 인권·시민단체 관계자 101명을 대상으로 국민인권의식조사를 하여 같은 해 3월 공표한 결과를 보면 “비정규직이라는 이유로 인한 차별”을 가장 심각한 차별이라고 인식하고 있는 것으로 나타나 있다.

아래에서는 일본의 비정규직 근로자보호법제의 선구를 이루고 있는 단시간근로자보호법제도의 도입, 개정을 둘러싸고 전개된 논의를 중심으로 일본의 정책 당국자 및 정책 입안 관련자들이 비정규직 근로자보호문제를 어떻게 인식하고 있었는지에 관해서 살펴본다.

## 2. 비정규직근로자문제에 관한 일본의 인식

### (1) 단시간근로자보호입법에 대한 노동정책 당국의 인식

일본에서 단시간근로자의 보호법제도에 관한 최초의 정책적 검토라고 할 수 있는 1964년의

<sup>4)</sup> Martha Nassbaum, *Cabilities, human rights, and the universal Declaration*. In: *the Future of International Human Rights*, 1999, pp.58-59.

“부인노동력의 유효한 활용에 관한 중고보고(婦人少年問題審議會 婦人勞動部會)”를 보면 “파트타임고용은 가사책임을 부담하는 부인이 가사를 부담하면서 고용의 기회를 얻는 제도인데 이는 서구 제국으로부터 전파된 고용형태로서 우리나라에 있어서 청년층 노동력의 부족에 따라 점차 도입의 기운이 높아지고 있다”고 한 뒤에 “중고연령층 부인의 특성 및 통상 고용과의 관련성에 충분히 유의하면서 우리 사회의 실정에 맞는 파트타임 고용의 도입에 대해서 부인노동력 활용의 견지에서 검토를 행하여야 한다”고 하고 있다. 이러한 언급은 정책의 주된 목적이 “부인노동력의 활용”에 맞춰져 있다는 것을 알 수 있게 한다. 동 심의회는 그 정책적 대응으로서 첫째로는 “파트타임고용에 관해서 그 고용형태, 임금, 노동보호, 사회보험 등을 종합적으로 연구를 행하는 것 등을 통하여 파트타임고용의 근대화를 추진해야 하며”, 둘째로는 “파트타임근로자에 대해서 일반적인 근로자와 마찬가지로 직업의식, 계약의식을 높이는 것이 근로조건의 향상을 위해서 필요하다는 실정에 비추어 볼 때 이에 관한 계몽활동을 전개해야 한다”고 제안하고 있다. 이러한 정책기조는 1960, 70년대의 일본 정부의 단시간근로자 정책을 관통하고 있다. 이러한 정책 기조는 일본 노동성의 인식이기도 하지만, “부인노동심의회”에는 당대의 명망 있는 노동경제적학, 노동사회학, 노동법학자들이 공익의 대표자로서 대거 참여하고 있었다는 점을 보면 이러한 인식은 당시 학계의 주류적 인식이라고 보아도 좋을 것이다.

1980년대에 접어들면서 단시간근로자의 차별문제가 제기되었지만, 일본의 정책 당국의 인식은 여전히 변하지 않는다. 1982년 근로기준법연구회가 노동성대신에게 제출한 보고서를 보면 “파트타임근로자의 채용기준, 채용절차 등이 통상의 근로자의 그것과는 달리 취급되고 있다고 있다는 점에서도 알 수 있는 것처럼 기본적으로는 우리나라의 고용관행을 배경으로 파트타임근로자의 노동시장이 수요측과 공급측 쌍방의 요인에 기하여 통상의 근로자의 그것과는 달리 형성되어 있고 여기에서의 노동력의 공급관계에 기하여 파트타임근로자의 근로조건이 결정되는 것이라고 생각된다”고 하면서 “근로기준법 등에 위반되는 경우는 별도로 하고 이 점에 대해서 행정적으로 개입하는 것은 적당하고는 생각되지 않고 행정적으로는 이상에서 언급한 조치에 의해서 파트타임근로자의 근로환경의 정비에 힘쓰는 것으로 하면서 노사 간에 파트타임근로의 특성, 동종의 업무에 종사하는 통상의 근로자의 근로조건과의 균형을 고려하여 적정한 근로조건이 설정되길 기대해야 할 것이다”고 하고 있다. 일본의 노동시장관행을 존중하면서 단시간근로자의 근로조건 형성을 원칙적으로 노동시장에 맡기기면서 최소한 범위 내에서만 행정적인 지도를 통하여 단시간근로자의 근로환경을 정비하겠다는 것은 단시간근로자의 문제를 단지 노동시장정책의 차원에서만 바라보고 있다는 점을 의미한다. 이 시점까지 격차의 시정은 아무런 의미를 갖지 못 했던 것은 바로 노동관행의 존중이라는 인식이 있었기 때문이라고 생각된다.



단시간근로자에 대한 격차의 시정 문제가 정책적 과제로 본격적으로 인식되기 시작한 것은 1980년대 후반이라고 할 수 있다. 1988년에 여성단시간근로자전문가회의가 제출한 보고서를 보면 “임금, 상여, 퇴직금 등에서의 격차”와 “복리후생에서의 격차”를 지적하면서 이에 대한 대응책을 주문하고 있지만 여전히 그 정책의 기초는 여전히 단시간근로자에 대한 노동정책의 차원에 머물고 있다. 즉 동 보고서는 “파트타임노동이 노동력의 수요측, 공급측 쌍방에 있어서 불가결한 고용형태이며 향후 계속적으로 증가하여 노동시장에서 양적으로도 큰 비중을 차지하게 될 것을 고려하면 고용관리의 개선 등을 통해서 파트타임노동을 하나의 양호한 고용형태로서 사회적으로 확립하는 것과 함께 파트타임노동시장의 원활한 수요조정을 촉진하는 것이 필요하고 이제까지의 파트타임노동대책요강에 기하여 전개되어 온 대책을 일층 확대 강화되어야 한다”고 하고 있다. 이러한 언급을 보면 격차의 시정이라는 문제가 어디까지나 단시간근로라는 취업형태를 양호한 취업형태로 만듦으로써 단시간근로자를 둘러싼 노동시장에서 단시간근로자의 공급을 촉진하겠다고 하는 단시간근로자에 대한 노동시장정책의 일환으로 다루어지고 있다는 점을 알 수 있다.

1990년대에 들어서게 되면서 단시간근로자와 통상 근로자 간의 차별 시정 문제가 보다 본격적으로 정책적 논의의 대상으로 된다. 1993년 제정된 『단시간근로자의 고용관리의 개선에 관한 법률』(이하 ‘단시간근로자법’이라고 한다)에서 처음으로 단시간근로자에 대한 “균형적 처우”의 확보가 규정되기에 이른다. 이후 단시간근로자에 대한 정책 논의의 초점은 일본의 노동시장의 상황과 이른바 일본적 고용관행의 상황을 고려할 때 “균형적 처우”가 어떻게 확보되도록 하여야 하는가에 모아졌다. 이를 위하여 노동성 대신(大臣)은 많은 연구회를 조직하였고 이를 통하여 다수의 자문이 이루어졌다. 이 중에서 특히 중요한 것이 2002년 단시간근로연구회의 보고서이다, 동 보고서에서는 단시간근로자의 균형대우에 관한 종합적이고 체계적인 견해가 제시되었고 이는 이후의 정책 논의의 토대를 이루었으며 그 내용의 대부분이 2007년의 단시간근로자법 개정에 대부분 반영되었기 때문에 동 보고서가 갖는 의미는 매우 중요하다. 이 보고서는 “일본적 균형처우의 틀의 확립”을 제시하면서 “우리나라에 있어서 향후 임금제도의 변화를 고려한다고 해도 유럽과 같은 직무에 의한 평가를 중심으로 하는 동일노동·동일임금의 사고방식은 그대로 우리나라에 적용할 수 없다”고 하여 동일노동동일임금법칙의 법제화에 반대하는 입장을 분명히 하고 있다. 이러한 기초를 기반으로 하여 2007년 단시간근로자법은 통상의 근로자와 직무, 직업생활을 통한 인재활용의 방법, 운용 등 및 계약기간 등의 취업의 실태가 동일한 단시간근로자에 대해서는 단시간근로자임을 이유로 하는 차별적 취급을 하는 것을 금지하고, 그 외의 유형의 단시간근로자에 대해서는 균형 처우를 위한 노력의무를 규정하는 있는 것에 그치게 되었다(이른바 일본적 균형처우의 원칙). 이러한 일본적 균형

처우를 규정하기에 이르게 된 보다 근본적인 이유는 위에서 본 2002년의 단시간근로연구회의 보고서에 잘 나타나 있는데, 동 보고서는 “단시간근로자가 전체 근로자의 약 20%를 차지하고 기간적(基幹的)·항상적인 노동력으로서의 역할을 행하고 있는 상황에서 단시간근로를 노사 모두에게 있어서 선택하기 좋은 양호한 취업형태로 하는 것은 단지 단시간근로만의 문제가 아니라 경제사회 전체의 큰 과제”라는 인식에서 찾을 수 있다. 이로부터 일본의 노동정책 당국은 비정규직 근로자의 격차의 시정 문제를 양호한 근로형태의 확보라고 하는 노동시장정책의 차원에서 검토하고 있다는 점을 다시금 확인할 수 있다.

## (2) 비정규직근로자보호법에 대한 주류 노동법학계의 인식

이상에서 확인한 노동행정당국의 인식은 일본의 저명한 노동법학자들의 견해에서도 분명히 확인된다. 菅野和夫와 諏訪康雄는 비정규근로자의 격차 시정에 관한 법정정책에 관해서 “정규직 근로자와 비정규직 근로자 간의 균등대우원칙을 인정할 것인가의 여부는 선진제국에서도 각기 다른 것처럼 노동시장의 유연성과 그 법규제에 관한 기본관점에 의존하는 입법정책의 문제로서 남녀간의 균등대우와 같은 보편적인 인권원리라고까지는 말 할 수 없을 것이다”고 하고 있다.<sup>5)</sup> 일본의 노동법정책에 지대한 영향을 끼쳐왔던 두 노동법학자는 비정규직 근로자의 문제를 인권(또는 기본권)의 차원, 즉 평등권과 근로권의 차원에서 논의할 수 있는 가능성을 배제하고 그것을 어디까지나 정부의 재량이 광범위하게 인정되는 정책의 영역에서 논의되는 의제로 격하시키고 있다. 일본 헌법 속에서 그 근거를 인식하려고 하는 이론적 모색 없이 고용형태에 의한 차별의 금지는 보편적 인권원리가 아니라는 점을 언급함으로써 격차의 문제 해결을 간단히 정책의 대상으로 격하시키고 있는 점에 주목하지 않을 수 없다.

일본 노동법학계의 이러한 주류적 시각은 2011년의 “근로형태에 따른 균등처우에 관한 연구회”의 보고서에도 더욱 명확히 드러나 있다. 동 보고서는 “인권보장에 관한 ‘균등대우원칙’이라 함은 인권보장의 관점으로부터 성별, 인종 등 개인의 의사나 노력에 의해서 바꿀 수 없는 속성이나 스스로의 의사에 의한 선택의 자유가 보장되어 있는 종교, 신념을 이유로 임금을 포함한 근로조건 등에 대해서 차별적 취급을 금지하는 것이라고 풀이된다(차별적 취급금지원칙)”고 하면서도 “고용형태에 ‘균등대우원칙(불이익취급금지원칙)’은 정규직 근로자·비정규직 근로자 간의 처우 격차가 문제되는 상황에서 주로 노동정책상의 요청으로부터 노사쌍방으로부터의 필요를 바탕으로 단시간근로, 기간제근로, 파견근로라는 고용형태를 선택할 수 있는 유연성과 이들 고용형태를 선택하여도 정규직 근로자와의 균등대우가 보장되는 공정성을 양

5) 菅野和夫/諏訪康雄, パートタイム労働と均等待遇原則 - その比較論 -, 現代ヨーロッパ法の展望, 東京大學出版會, 1998, p.120

립하여 비정규직 근로자의 처우의 개선을 도모하면서 새로운 고용을 창출한다는 것을 목적으로 한다고 풀이 된다”고 하고 있다.<sup>6)</sup> 여기에서는 더욱 고용형태에 의한 차별의 문제를 인권 보장의 관점에서 보지 않겠다는 점이 명확히 드러나 있다. 특히 동 보고서는 2102년 개정 근로계약법 제20조의 “불합리한 근로조건의 금지” 규정이 도입을 위한 사전 작업의 성격을 갖는 것이었다고 할 수 있기 때문에 동조의 해석에도 중요한 영향을 미칠 수 있다는 점에서 주목될 필요가 있다.

이상에서는 비정규직 근로자에 대한 차별의 문제에 관하여 일본 노동정책 당국 및 노동정책 형성에 관여하는 중요한 노동법학자들이 이 문제를 원칙적으로 노동정책의 대상이라고 보고 있다는 점을 살펴보았는데, 이러한 인식은 차별의 문제에만 국한되어 있지 않다. 예를 들어 大内伸哉는 2012년 개정 근로계약법과 개정 근로자파견법상의 고용간주제도를 비판하면서 비판의 중요한 근거 중의 하나로서 비정규직 근로자 보호는 노동정책상의 과제에 불과하다고 점을 들고 있는 점은 예사롭지 않다. 大内伸哉는 “이러한 고용강제가 도입된 배경에는 파견근로자나 기간제근로자와 같은 비정규직 근로자의 고용불안으로부터 발생하는 격차를 시정해야 한다는 사회적 요청이 존재”하기 때문에 “2012년 법 개정은 정치과정에서 이러한 요청이 매우 고도의 것이라고 판단되었기 때문에 일단 이론적인 당부를 도외시하고 채용의 자유를 제한하는 입법을 행한 것이라고 보아야 할 것이다”고 한다.<sup>7)</sup> 다시 말하면 大内伸哉는 2012년의 법개정에 의한 비정규직 근로자에 대한 보호는 이론적으로 볼 때 법규범적인 당위성으로부터 도출된 것이 아니고 이와는 무관하게 사회정책적 요청을 고려한 정치적 결정에 의해서 도입되는 것이라고 이해하고 있는 것이다. 이러한 관점은 비정규직 근로자의 고용불안이라는 문제를 어떻게 해결해야 할지는 고용정책상의 문제일뿐이고 고용불안정을 해소해야 할 법규범적인 당위성은 존재하지 않는다는 입장이라고 할 수 있다.<sup>8)</sup> 이 점은 大内伸哉가 “위법파견에 대한 제재라고 하는 이유만으로 사용사업주의 자유를 제약하는 것은 이론적으로 있을 수 없는 것은 아니라고 하여도, 과연 행위의 반규범성이 고용강제라고 하는 제재내용과 균형을 유

6) 2011년의 근로형태에 따른 균등처우에 관한 연구회의 좌장은 동경대학의 노동법 교수인인 荒木尙志였다. 이점과 관련하여 荒木尙志는 별도의 논문에서 단시간근로자법 제8조가 “차별적 취급”의 금지라고 규정함으로써 고용형태에 의한 차별이라는 용어를 익숙한 것으로 만들었지만 “차별금지”라는 용어는 잘못된 것이기 때문에 고용형태에 의한 “불이익취급의 금지”라고 불러야 한다고 주장하고 있다(荒木尙志, 有期労働契約の立法政策, 労働法学の展望(菅野和夫先生古希記念論文集), 有斐閣, 2013, p.187).

7) 大内伸哉, 雇用強制についての法理論的検討, 労働法学の展望(菅野和夫先生古希記念論文集), 有斐閣, 2013, p.112.

8) 大内伸哉는 이러한 입법적 보호에 대해서 이론적으로 타당하지도 않을 뿐만 아니라 정책적 관점에서 볼 때에도 결과적으로는 비정규직 근로자의 고용을 감소시키고 정규직 근로자의 고용이나 근로조건을 악화시킬 것이기 때문에 타당하지 않다고 비판한다(大内伸哉, 전제논문, p.113).

지하고 있는가라는 의문을 금할 수 없다”고 하는 점에서도 잘 드러난다.<sup>9)</sup> 이러한 평가는 비정규직 근로자의 고용안정이라는 과제를 헌법 규범적 요청이라고 이해하지 않고 단순히 노동시장정책의 과제로 격하시킴으로써 고용안정에 대한 규범적 요청이 사용자의 채용의 자유라는 규범적 요청 보다 훨씬 낮은 가치를 갖는다고 보는 것에 기인하고 있다고 생각된다. 이러한 입장은 노동정책의 형성에 깊숙이 관여하는 노동법학자들이 비정규직 근로자의 보호 과제를 노동시장정책의 차원에서만 포착하고 있는 경향을 상징적으로 보여준다.

### 3. 인권적 관점의 결여와 그 영향

일본 노동행정당국과 소위 주류 노동법학자들이 비정규직 근로자 보호라는 과제를 인권적 관점에서 포착하지 못하고 이를 노동시장정책적 관점에서 접근하면서 법제도를 강구하여 왔다는 점은 일본 비정규직 근로자 보호법제의 역사와 현재를 잘 설명하여 줄 수 있을 것이라고 생각된다. 1980년 중반에 단시간근로자의 보호를 위하여 차별금지의 법정화를 공산당과 사회당이 주장한 이래 일본 노동정책 당국은 각종 연구회나 노동정책관련 심의회에서 이를 검토하게 하고 단시간근로정책은 어디까지나 노동시장정책의 일부이며 일본의 노동시장에서는 동일가치노동·동일임금의 원칙으로 대표되는 차별금지원칙이 적용되기는 것은 적절하지 않다는 결론을 도출함으로써 이를 근거로 종래의 정책 기조만을 되풀이 하여 왔다. 비정규직 근로자 보호의 요청을 인권 차원에서 또는 헌법 규범적 차원에서 인식하지 않고 노동시장정책의 과제로 인식한 결과 비정규직 근로자보호정책에서 선구를 이루어 왔던 단시간근로자 보호법제도의 내용은 아래에서 보는 바와 같이 매우 복잡하게 되었으며 각종 배려의무와 노력의무가 주를 이루게 됨에 따라서 그 법적 실효성을 항상 의심 받지 않을 수 없게 되었다. 즉, 통상의 근로자와 완전히 동일한 경우에만 차별이 금지된다고 하는 매우 비현실적인 해법만이 법정화되었다는 점이 이를 상징적으로 보여준다.

이러한 인권적 관점의 결여는 여타의 비정규직 근로자 보호문제에 있어서도 몇 가지 부정적인 영향을 미쳤다고 할 수 있다. 첫째로는 이러한 인권적 관점의 결여는 기간제근로자 및 파견근로자에 대한 보호 입법의 지체를 가져온 중요한 원인 중의 하나로 지적될 수 있다는 점이다. 기간제근로자의 보호에 관해서 보면 일본의 노동정책 당국은 기간제근로자의 고용안정에 관한 법적 문제를 법원의 판단에만 맡긴 채 오랜 기간 동안 입법적 해결을 위한 노력을 하지 않았다. 또한 파견근로자에 대한 보호의 경우에도 근로파견제도는 노동시장에서의 수요공급을 원활히 한다는 목적에 따라서 도입되었다는 점이 염두에 두어져 있었기 때문에 항상

<sup>9)</sup> 大内伸哉, 전제논문, p.111.

노동시장정책의 관점 및 논리가 파견근로자 보호라는 규범적 요청과 논리를 압도하여 왔다고 할 수 있다. 이러한 점은 종래 파견근로자의 고용안정을 위한 법조항들이 사법적 효력을 결여하였다는 점, 사용자에게 대한 노력의무의 형태로 존재하고 있던 직접고용촉진규정들의 내용도 근로자파견제도의 내적 논리에 따라서 매우 알기 어렵게 규정되어 있었다는 점, 위장도급·불법파견의 법적 효과를 둘러싸고 많은 법적 분쟁이 발생하여 왔지만 이의 해결을 법원에만 맡긴 채 법제도적 개선을 위한 근본적인 대응을 주저하여 왔다는 점에서 잘 드러난다. 둘째로는 기간제근로자에 대한 불합리한 취급의 금지 조항을 도입하였음에도 불구하고(노동계약법 제20조) 이를 노동시장정책적 고려의 결과로 이해할 수 있는 여지를 둠으로써 아래에서 보는 바와 같이 그 해석에 있어서 논란을 낳게 하고 있다는 점을 들 수 있다. 단시간근로자에 대한 균형대우의 원칙이 노동시장정책적 관점에 입각하여 형성되어 왔다는 사실을 볼 때 노동시장정책적 관점은 노동계약법 제20조의 해석을 위축시킬 수 있는 가능성이 있다. 즉, 이 규정은 차별금지라는 인권적 요청이 아니기 때문에 엄격하게 해석될 수 없다는 입장이 제기되는 것이다. 셋째로는 비정규직 근로자에 대한 보호를 노동시장정책상의 의제로만 국한시키다보니 그 논의 대상이 단시간근로자, 기간제근로자, 파견근로자에 국한되고 사내하청근로자의 보호 문제로까지 본격적으로 확산되지 못 하는 현상이 발생하고 있다. 사내하청근로자의 보호 문제가 노동정책의 의제로 본격적으로 등장하기 위해서는 그 의제 설정의 동력으로서 원청 근로자와 하청근로자간의 근로조건 격차 문제가 차별로 인식되어야 할 필요가 있다. 하지만 앞서도 언급한 바와 같이 일본의 노동정책당국 등은 비정규직 근로자의 격차 문제를 노동시장정책의 관점에서만 포착하고 있는 상황에서 격차의 문제가 차별의 문제로 인식되기는 매우 어려워진다. 이 점은 2007년 6월 후생노동성이 작성한 “제조업 도급사업의 고용관리의 개선 및 적정화의 촉진을 위해 도급인이 강구해야 할 조치에 관한 가이드라인”과 “제조업 도급사업의 고용관리의 개선 및 적정화의 촉진을 위해 수급인이 강구해야 할 조치에 관한 가이드라인”의 내용을 보면 복리후생시설의 이용, 교육훈련 기회의 부여에 관한 사항을 제외하고는 원하청근로자간의 근로조건 격차를 어떻게 개선할 것인지에 관해서는 아무런 언급이 없다는 점에서도 잘 드러난다. 당초부터 위 가이드라인은 원하청근로자간의 근로조건 격차의 개선에 대해서는 별다른 관심이 없었다고 보는 것이 적절한 평가일 것이다. 이는 위의 가이드라인을 작성하기 위해서 2006년 10월에 설치된 “제조업 도급사업의 적정화 및 고용관리의 개선에 관한 연구회”가 제조업의 하도급사업에 관한 실태 파악을 위한 조사를 하면서 복리후생시설의 이용이나 교육훈련 기회의 부여를 제외하고는 원하청근로자간의 근로조건 격차에 관한 사항은 조사 내용에 포함시키지 않았다는 점을 보면 잘 알 수 있다.

### Ⅲ. 불합리한 차별 금지에 관한 법제도의 현황과 법적 쟁점

#### 1. 단시간근로자법상의 균형대우

##### (1) 2007년 개정법상의 균형대우

앞에서 언급한 2007년 법 개정의 핵심은 통상 근로자와 동일시해야 하는 단시간근로자에 대해서는 근로조건을 차별을 금지하고 이에 대해서 사법적 효력을 명시적으로 규정한 점(균등대우)과, 종래 행정지침에서 규정되어 있던 균형대우의 대상과 그 내용을 법률에서 명확히 규정한 것에 있다고 할 것이다. 하지만 ‘균등대우’와는 달리 ‘균형대우’에 대해서는 사법적·공법적 구속력이 부여되어 있지 않다.

2007년 개정 단시간근로자법 제8조 내지 11조는 ① 직무내용(업무 내용 및 책임의 정도), ② 배치(인재활용의 구조 및 운용, 즉 인사이동의 유무 및 범위) ③ 기간의 정함이 없는 근로계약의 체결 여부(유기근로계약의 반복 갱신에 의해서 사회통념상 기간의 정함이 없는 근로계약이 체결되어 있다고 볼 수 있는 경우를 포함) 등의 세 가지 기준에 따라서 단시간 근로자를 네 가지 유형으로 나누고 그 각각에 대한 균등·균형 대우의 내용을 규정하고 있다. 그 대략적인 내용을 표로 정리하면 다음과 같다.

<2007년 개정 법률에 의한 단시간 근로자의 균등·균형 대우>

통상 근로자와의 비교			임금		교육훈련		복리후생	
직무내용	배치	계약기간	직무관련임금 -기본급 -상여 -직책수당	그 외의 임금 -퇴직수당 -가족수당 -통근수당	직무수행에 필요한 능력을 부여하는 것	그 외의 것	-급식시설 -휴게실 -탈의실	그 외의 것(경조 휴가 등)
제1유형 (통상 근로자와 동일시해야 하는 단시간 근로자)								
동일	전 고용 기간을 통하여 동일	무기 또는 반복 갱신에 의해서 동일	◎	◎	◎	◎	◎	◎

제2유형 (통상 근로자와 직무의 내용과 인재활용 구조나 운용 등이 동일한 단시간 근로자)			□	-	○	△	○	-
동일	일정 기간 동일	-						
제3유형 (통상 근로자와 직무내용이 동일한 단시간 근로자)			△	-	○	△	○	-
동일	다름	-						
제4유형 (통상 근로자와 직무내용이 다른 단시간 근로자)			△	-	○	△	○	-
다름	다름							

주 : ◎ : 단시간 근로자라는 것을 이유로 하는 차별적 취급의 금지

○ : 실시의무·배려의무

□ : 동일한 방법으로 결정할 노력의무

△ : 직무의 내용, 성과, 의욕, 능력, 경험 등을 감안한 노력의무

## (2) 2014년 법 개정에 의한 균등대우의 강화

2009년 총선거 승리 이후 집권한 민주당 내각은 2010년 6월 새로운 성장전략을 발표하였는데, 동 전략에는 디센트 워크의 실현을 위한 인재·고용전략의 일환으로써 동일가치노동 동일임금을 향한 균등·균형대우를 추진한다는 점이 명시되어 있었다. 이에 따른 후속조치로서 그리고 2007년 단시간근로자법 개정법 부칙 제7조에서 개정법 시행 후 3년을 경과한 시점에서 단시간근로자의 고용에 관한 실태에 기반하여 필요한 대응 조치를 검토해야 한다는 규정에 따라서 후생노동성은 2011년 2월에 “향후의 파트타임 노동대책에 관한 연구회”를 설치하여 구체적인 실행방안을 논의하였다. 동 연구회의 보고서를 바탕으로 2011년 9월부터 노동정책심의회 고용균등분과회에서 심의가 이루어진 결과 2012년 6월 후생노동성 대신에 대한 법 개정의 건의가 채택되었다. 2012년 말에 다시 자민당으로 정권이 교체되는 과정에서 법안의 국회 제출이 늦어졌으나 2014년 4월 16일 국회를 통과하였다(동월 23일 공포).

균등·균형대우와 관련하여 개정된 내용은 다음의 세 가지이다. 첫째로는 2007년 개정법에서는 제8조에서 ‘통상 근로자와 동일시되어야 하는 단시간 근로자에 대한 차별적 취급의 금지’를 규정하고 있었으나 2014년 개정법에서는 ‘단시간 근로자에 대한 대우의 원칙’이 신설되

면서도 제8조로 되었다. 동 조는 “사업주는 그가 고용하는 단시간근로자의 대우를 당해 사업소에 고용되어 있는 통상의 근로자의 대우와 달리하는 경우에는 당해 대우의 차이는 당해 단시간 근로자 및 통상의 근로자의 업무 내용 및 당해 업무에 수반되는 책임의 정도(이하 ‘직무의 내용’이라고 한다), 당해 직무의 내용 및 배치 변경의 범위 기타의 사정을 고려하여 불합리한 것으로 인정되어서는 아니 된다”고 하고 있다. 둘째로 ‘통상 근로자와 동일시되어야 하는 단시간 근로자에 대한 차별적 취급의 금지’는 제8조에서 제9조로 변경되었는데, ‘무기 또는 반복갱신에 의해서 동일’하여야 한다는 요건이 삭제되었다. 이로써 차별이 금지되는 단시간 근로자로 인정되기 위한 요건은 직무내용과 배치의 동일성이라는 두 가지로 되었다. 셋째로 제2유형의 단시간 근로자의 균등·균형대우를 정하고 있었던 제9조 제2항이 삭제되었다.

2014년 법 개정의 논의의 시발은 동일가치노동 동일임금의 실현이라는 정책 구상에 호응하기 위한 것이었지만 실제로 개정이 위의 세 가지 사항에 국한된 것은 2012년 8월에 개정된 노동계약법에서 기간의 정함을 이유로 하는 불합리한 처우의 금지가 신설되었다는 점과 보조를 맞추기 위한 것이었다.<sup>10)</sup> 즉, 2014년 개정법의 8조의 내용은 실제로 근로계약법 제20조의 내용과 본질적으로 아무런 차이가 없다는 점을 알 수 있다.

### (3) 단시간근로자법상의 균형대우의 특징 및 한계

일본의 단시간 근로자에 대한 법정책, 특히 평등한 처우에 관한 법정책은 2003년의 행정지침 등에 의해서 균등·균형대우가 구체적이고 명확히 제시된 이래 점차 규율의 형식과 내용이 강화되어 왔다. 즉 사용자에 대해서 처음에는 노력의무만을 부과하고 국가가 이를 지원하는 형태의 규율방식(이른바 Soft-Law)을 도입하다가 어느 정도 여건이 조성되었다고 판단되면 법적 구속력을 부여 또는 강화하는 규제(이른바 Hard-Law)로 진화해 나가는 형태를 보여주었다.

앞에서도 언급한바와 같이 이와 같은 균등·균형대우의 원칙은 서구에서 발달·정착한 동일가치노동 동일임금 원칙과는 다른 것으로서 일본의 고용관행을 배경으로 하는 매우 독특한 평등대우의 유형이다. 1990년대 후반 단시간 근로자의 균등대우를 둘러싼 정책 논의에 많은 영향을 미쳤다고 평가되는 丸子警報器 사건 長野地裁上田支部판결<sup>11)</sup>도 일본의 고용관행, 특히 연공서열에 의한 임금체계가 주류를 이루고 있다는 점을 근거로 하면서「동일가치노동 동일임금의 원칙」이 公序로서 확립되어 있다는 것에 대해서는 부정하였지만「동일가치노동 동일임금

10) 濱口桂一郎, 雇用形態による均等待遇, 季刊労働法 237號, p.242; 水町勇一郎, 2104年の労働法制の行方, 労働法學研究會報 no.2570, p.14.

11) 長野地裁上田支部, 1996. 3. 15. 判決, 労働判例 690號, p.32.



의 원칙」의 근거에는 시민법의 보편적인 원리인 균등대우의 이념이 존재하고, 이 이념에 반하는 현저한 임금격차는 공서약속에 반하여 위법하다고 판단하여 이 점을 명확히 하고 있다. 또한 2002년의 파트타임노동연구회의 보고서도 “현재 우리나라의 고용처우시스템의 특성 가운데 유의하지 않으면 안 되는 것은 앞서 본 풀타임 정사원에 있어서의 광범위한 배치전환 등과 같은 구속성의 존재”이며 “우리나라에 있어서 파트타임 근로자와 풀타임 정사원의 처우의 균형을 생각할 때 이와 같은 고용처우시스템의 특성도 충분히 고려할 필요가 있다”고 하고 있다. 아직까지 기업단위에서 그리고 노동시장에서 직무급제도가 형성되어 있지 않은 일본의 상황에서 개별 사업장 단위에서 불합리한 차별을 시정하기 위해서는 위와 같은 균등·균형처우를 채택한 것은 현실적인 방안이라는 점은 부정할 수 없을 것이다.<sup>12)</sup>

그런데 2014년 법 개정에서 단시간근로자에 대한 불합리한 차별이 원칙적으로 금지되고 통상의 근로자와의 차별이 금지되는 단시간 근로자의 범위가 확대되었지만 이러한 차별금지를 포함한 균등·균형처우가 실제로 어떠한 효과를 실제로 거둘 수 있을지는 여전히 미지수이다. 그 이유는 첫째로 통상 근로자와의 차별이 금지되는 단시간 근로자의 범위가 확대되었다고는 하지만 여전히 인재활용의 구조 및 운용, 즉 인사이동의 유무 및 범위가 고용의 전 기간에 걸쳐서 동일해야 한다는 점을 차별금지의 요건으로 하고 있는 것은 동 차별금지조항이 매우 제한적으로 적용되게 할 것이다. 앞에서 본 2002년의 파트타임노동연구회의 보고서는 이러한 점을 고려한 균등대우·균형대우를 “일본적 균형처우의 룰”이라고 하고 있는 것에서 알 수 있듯이 당해 사업장에서 일본적 고용관행이 유지되는 한에 있어서는 차별금지라는 법규제의 효과는 매우 제한적일 수밖에 없을 것이다. 실제로 2007년 개정법이 시행된 이래 차별금지조항의 적용이 다투어진 판결은 단 1건<sup>13)</sup>에 그치고 있다. 둘째로 2014년 법 개정에서 도입된 단시간근로자에 대한 불합리한 차별 금지 원칙(제8조)이 어떠한 법적 효과를 가지고 있는지가 매우 불명확하다. 동 조항이 신설된 이후에도 동 법은 여전히 통상 근로자와 동일시되어야 하는 단시간 근로자에 대한 차별적 처우만을 금지하고 있고 기타의 단시간 근로자의 균형적 처우에 대해서는 사용자의 노력 또는 배려의무로 정하고 있다는 점을 보면 단시간근로자에 대한 불합리한 차별 금지 원칙을 규정한 조항이 어떠한 사법적 효력을 갖을지에 관해서는 향후 학계의 논의와 판결을 기다리지 않을 수 없다. 동법 제8조와 그 이하의 조

12) 김훈, 양질의 시간제 일자리 정착 방안, 한국노동연구원 개원 25주년 기념토론회 자료집(“고용률 제고를 위한 임금직무혁신”), 2013, p.75.

13) 大分地裁, 2013. 10. 10 判決(동 판결은 원고 근로자인 단시간근로자가 단시간근로자법 제8조 제1항에서 규정하고 있는 통상 근로자와 동일시해야 하는 단시간근로자이며 사용자가 상여 및 휴일의 부여 등에서 있어서 동 법 제8조 제1항을 위반하였다는 점을 인정한 뒤에 이러한 차별적 행위가 불법행위를 구성한다고 하여 손해배상청구를 인정하고 있다).

항들과의 관계가 마치 제8조의 균형대우의 유형을 구체하고 있는 것이라고 이해한다면 이러한 이해는 당연히 근로계약법 제20조의 이해에도 영향을 미치지 않을 수 없을 것이다. 즉, 근로계약법 제20조의 의미를 단시간근로자법 제8조와 그 이하의 법조항의 관계와 같이 이해할 수 있는 가능성도 있다는 것이다.

셋째로 앞에서 본 제3유형과 제4유형의 단시간 근로자의 균형 대우와 관련하여 이들 법조항이 사법적 효과가 없다는 점과 공법적 제재도 규정되어 있지 않다는 점을 감안하여도 통상의 근로자와 단시간 근로자의 차이를 고려하여 어떠한 정도로 근로조건 등에서 차이를 두는 것이 균형의 범위 내에 있는가에 관한 판단은 매우 어려울 것이다. 단시간 근로자의 차별금지의 법적 효과가 실제로 매우 제한적이라고 할 때 단시간 근로자에 대한 균형대우가 확보되기 위해서는 정부의 강력한 지원책 및 지도·조언이 매우 중요할 수밖에 없을 것이라는 점을 고려해 보면 사업주가 이들 유형의 단시간 근로자에 대해서 법소정의 조치들을 취하고 있는 이상 “균형”이라는 매우 불명확한 개념에 의지하여 그 구체적인 내용에 대해서까지 균형을 이루고 있는지의 여부에 대해서 노동당국이 지도·조언을 하기에는 상당한 한계가 있을 수밖에 없을 것이다.

## 2. 근로계약법상의 기간제근로자에 대한 불합리한 처우의 금지

### (1) 근로계약법 제20조의 신설과 불합리성의 해석 문제

2012년 개정 근로계약법 제20조는 기간제 근로계약을 체결하고 있는 근로자의 근로계약 내용인 근로조건이 기간의 정함이 있는 것에 의해서 동일한 사용자와 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고 있는 근로자의 근로계약의 내용인 근로조건과 다른 경우에는 당해 근로조건과의 차이는 근로자의 업무 내용 및 당해 업무에 수반하는 책임의 정도(이하 이를 ‘직무의 내용’이라고 한다), 근로자의 직무 내용 및 배치 변경의 범위 기타의 사정을 고려하여 불합리하다고 인정되어서는 아니 된다고 하고 있다. 동 조항이 사법(私法)적인 효력을 갖는다는 점에 대해서는 행정해석<sup>14)</sup>을 포함하여 학설에서도 이론이 없다.

동 차별금지를 앞에서 본 단시간근로자법 제8조 제1항에서 규정하고 있는 균등대우와 비교해 보면 직무내용과 배치 등이 통상 근로자와 동일해야 할 것을 요구하고 있지 않다는 점에서 큰 차이를 보인다. 통상의 근로자와 직무내용 등이 동일하다면 당연히 근로조건과의 차이는 불합리한 것으로 판단될 가능성이 매우 높지만 근로계약법 제20조는 직무 내용 등의 차이와

<sup>14)</sup> 2012. 8. 10. 基發 0810 第2號(“労働契約法の施行について”).

이를 이유로 하는 근로조건의 차이와의 관계가 불합리한 것인지의 여부도 문제 삼고 있다고 볼 수 있고, 그렇다면 동조는 균등대우의 원칙 보다는 균형 대우의 원칙을 규정하고 있는 것이라고 볼 수도 있다.<sup>15)</sup> 동조가 동일가치노동 동일임금원칙을 규정하고 있는 것이 아니라는 점은 명확하지만 동조에 관한 입법의 전 과정을 보아도 어떠한 취지의 규정인가에 관해서는 명확히 드러나지 않는다. 어쨌든 직무의 내용 및 배치 변경의 범위에 더하여 기타의 사정까지 고려하여 통상 근로자와 기간제 근로자를 비교하여 그 차이의 정도가 불합리한 것인가를 판단하는 것은 매우 어려운 판단으로 될 것이라는 점은 명확하다.<sup>16)</sup> 특히 행정해석은 “당해 직무의 내용 및 배치의 범위”란 향후 예상되는 것도 포함하여 전근, 승진과 같은 인사이동이나 본인의 역할 변화 등의 유무나 범위를 가리키는 것이고, “기타의 사정”이란 “합리적인 노사 관행 등과 같은 제반 사정이 상정된다”고 하고 있다.

불합리한 것인지의 여부에 관해서 학설 중에는 기간제 근로자의 근로조건이 통상 근로자의 근로조건에 비하여 단지 낮다는 것을 넘어서 법적으로 부인해야 할 정도로 불공정하게 낮아서는 아니 된다는 것을 의미한다고 견해가 있지만<sup>17)</sup> 이러한 견해는 불합리성의 인정 범위를 지나치게 엄격하게 해석하여 동 법의 취지를 부당하게 축소하고 있다고 비판되고 있다.<sup>18)</sup> 노동법학계 내에서 이러한 기본적인 사항에 관해서조차 견해가 일치되지 못 하고 있는 것을 보면<sup>19)</sup> 동 조의 입법이 그다지 면밀한 준비 없이 이루어진 것은 아닌가라는 의문을 갖지 않을 수 없다.

입증책임에 관해서는 불합리성을 기초지우기 위한 사실은 근로자가, 불합리성의 인정을 방해하는 사실은 사용자가 각각 주장·입증해야 한다고 하는 견해가 유력하다.<sup>20)</sup>

## (2) 근로계약법 제20조의 적용을 둘러싼 소송의 현황

15) 土田道夫, 改正労働契約法20條の“不合理な労働條件の相違の禁止”とは, 労働法學研究會報 no.2554, pp.40-41.

16) 菅野和夫, 労働法 第10版, 弘文堂, 2012, p.236.

17) 菅野和夫, 전제서, pp.235-236; 荒木尚志/菅野和夫/山川降一, 詳説労働契約法, 弘文堂, 2014, p.235 (“본조는 어디까지나 문제로 되고 있는 근로조건의 상위가 불합리하다고 평가되는가를 문제로 하고 있는 것으로서 당해 차이에 대해서 합리적인 이유가 있다고까지는 말할 수 없지만 불합리한 이유가 있다고 단정하는 것까지에는 이르지 않은 경우가 있을 수 있다고 생각된다(이와 같은 경우에는 불합리하다고 하는 평가에는 이르지 않는다”).

18) 土田道夫, 전제논문, p.44; 緒方桂子, 改正労働契約法20條の意義と解釋上の課題, 季刊労働法 241號 (2013), p.24; 深谷信夫, 契約法20條を活かすための視点と論点, 労働法律旬報 No.1839(2015.5), pp.10-11.

19) 근로계약법 제20조의 불합리성의 판단에 관한 학설의 견해들을 정리·비판한 문헌으로는 沼田雅之, 契約法20條 - 不合理な労働條件の禁止, 労働法律旬報 No.1815(2014.5), pp.60-75를 참조.

20) 菅野和夫, 전제서, p.237.

위에서 본 바와 같이 계약법 제20조의 불합리성의 존부에 관한 판단이 보다 구체화되기 위해서는 향후 관련 판례가 축적될 필요가 절실한데, 2013년 4월 1일 시행된 이래 5건의 소송이 제기되었다. 이들 사건 중에서 가장 주목 받고 있는 소송은일본우편주식회사를 상대로 하여 도쿄지방법판소와 오사카지방법판소에 각각 2014년 5월 8일과 2014년 6월 30일에 제기된 2건의 소송이다. 이 사건에서 원고들은 우편물 배달업무에 종사하는 기간제 근로자로서 동종의 업무에 종사하는 정규직 근로자들에 대해서 지급되었지만 자신들에게는 지급되지 않았던 8종의 수당을 지불할 것과 자신들에게는 인정되지 않았던 하기·동기휴가 및 질병휴가를 취득할 권리의 확인을 구하고 있다. 이 사건에서는 원고들의 근속연수·연령과 동일한 정규직 근로자의 기본급을 시급으로 환산하여 비교한 결과 기본급은 거의 동일한 것으로 판단되어 청구의 대상에서 제외되었다.<sup>21)</sup> 일본우편주식회사는 우정사업 민영화의 방침에 따라서 우편사업만을 영위하기 위하여 2007년에 설립된 주식회사로서 기간제 근로자가 약 19만 3천명에 달하고 있는 만큼 소송의 결과는 근로계약법 제20조의 해석이라는 법률문제에 그치지 않고 향후 관련 소송에도 상당한 영향을 줄 것이라고 예상되기 때문에 1심 판결의 결과에 많은 관심이 쏠려 있다. 이들 소송의 원고들은 모두 ‘우정산업노동자유니온’이라는 노동조합의 조합원으로서<sup>22)</sup> 동 노동조합의 전면적인 지원 하에 소송을 제기하였는데, 일본노동변호사단 소속의 변호사 십 수인이 각각의 소송에서 변호단을 구성하여 재판을 수행하고 있고 이 소송을 지원하기 위한 모임도 결성되어 활발한 활동을 전개하고 있다.<sup>23)</sup>

이외에도 도쿄지방법판소에는 두 건의 사건이 계쟁중이다. 하나는 東京지하철주식회사의 100% 자회사로서 東京지하철 내의 매점을 운영하는 회사의 기간제 근로자들이 2014년 5월 1일에 제기한 소송이다. 이들은 피고 회사의 매점에서 정규직 근로자와 혼재되어 근무하고 있었다. 이 사건에서 원고들은 자신들에게는 지급되고 있지 않던 퇴직금의 지급, 정규직 근로자들의 월급을 시간급으로 환산·비교한 액수와 자신들의 시간급과의 차액, 상여금의 차액, 각종 미지급 수당의 지불을 청구하고 있다.<sup>24)</sup> 이 소송에서 원고 근로자들은 4명으로 모두 전국 일반노동조합 전국협회 산하의 東京東部노조의 조합원들인데, 노동조합과 피고 회사 사이에는 이러한 근로조건의 격차에 관해서 교섭이 있었으나 결렬되었다. 다른 하나는 취업규칙상의 정년연령(만60세)에 도달하여 퇴직한 후에 기간제의 촉탁직으로 재고용된 근로자 2명이 만 60

21) 水口伴介, 日本郵政・東日本訴訟の現状と今後の開題, 労働法律旬報 No.1839(2015.5), p.20.

22) 도쿄지방법판소에 제기된 소송에서 원고는 3인이고, 오사카지방법판소에 제기된 소송에서 원고는 9인이다.

23) 이 모임의 명칭은 “근로계약법 20조 재판에서 싸우는 우정원고단을 지원하는 모임”이다.(<http://www.20jyosaiban.net/index.html>)

24) 이 사건에 관한 구체적인 내용에 관해서는 滝澤香/青滝美和子/今野久子, 雇用形態による著しい格差は人としての尊厳を奪う -メトロマス事件, 労働法律旬報 No.1839(2015.5), pp.30-34.

세 미만의 정규직 근로자에 비하여 기본급, 각종 수당, 상여금에서 불합리한 처우를 받고 있다는 것을 이유로 2014년 10월과 12월에 제기한 소송이다.<sup>25)</sup> 이들 원고들도 모두 전일본건설운수연대노동조합 관동지부에 가입한 노동조합원들로서 원고들의 근로조건 격차에 관해서 노동조합과 피고 회사 사이에 교섭이 있었으나 결렬되었다.

이상의 네 사건 모두 여전히 구두변론을 진행 중에 있는데 비하여 나머지 한 사건에서 최근에 판결이 선고된 것으로 알려졌다. 이 사건에서는 일반화물운송사업의 화물배송에 종사하는 기간제 근로자가 2013년 9월에 大津지방법판소 하코네지부에 제기한 것으로 동종의 정규직 근로자에게만 지급되었던 무사고수당 등을 비롯한 각종 수당의 지급을 청구한 사건인데<sup>26)</sup>, 판결에서는 통근수당을 제외한 나머지 수당에 대한 지급 청구는 기각된 것으로 알려져 있다. 아직 판결문이 공개되지 않아서 그 이유를 알 수 없으나 피고회사는 무사고수당은 정규직 근로자에 대해서만 지급되고 있으나 기간제 근로자의 경우에도 무사고에 대한 보수는 지급에 반영되어 있다, 작업수당은 정규직 근로자의 기본급으로서의 성질을 갖는다, 식사수당은 장기고용을 전제로 하고 있는 것으로서 우수한 인재의 획득·정착을 목적으로 한다, 주택수당은 장기고용을 전제로 한 배치전환 등이 예정되는 정규직 근로자에 대한 원조의 성격을 갖는다 등의 주장을 한 것으로 알려져 있다.<sup>27)</sup>

### 3. 근로자파견법상의 균형대우 의무

2012년 법 개정에 의해서 파견사업주의 균형대우에 관한 의무가 처음으로 신설되었다. 2012년 개정 근로자파견법 제30조의2 제1항은 파견사업주로 하여금 그가 고용하고 있는 파견근로자가 종사하는 업무와 동종의 업무에 종사하는 사용사업주에게 고용되어 있는 근로자의 임금수준과의 균형을 고려하면서 당해 파견근로자가 종사하는 업무와 동종의 업무에 종사하는 일반 근로자의 임금 수준 또는 당해 파견근로자의 직무의 내용, 직무의 성과, 의욕, 능력, 경험 등을 감안하여 당해 파견근로자의 임금을 결정하도록 “배려하지 않으면 아니 된다”고 하고 있다. 이어서 제2항은 파견사업주는 그가 고용하고 있는 파견근로자가 종사하는 업무와 동종의 업무에 종사하는 사용사업주의 근로자와의 균형을 고려하면서 당해 파견근로자에 대해서 교육훈련 및 복리후생의 실시 기타 당해 파견근로자의 원활한 파견취업의 확보를 위

25) 이 사건에 관한 구체적인 내용에 관해서는 花垣存彦, 定年後再雇用の有期契約社員と定年前の無期正社員の賃金格差 -長沢運輸卯事件, 労働法律旬報 No.1839(2015.5), pp.39-43.

26) 이 사건에 관한 구체적인 내용에 관해서는 中島光孝, 有期契約労働者と無期契約労働者との間の「労働条件の相違」- ハマキョウレスス事件, 労働法律旬報 No.1839(2015.5), p.35-38.

27) 中島光孝, 전계논문, p.37.

하여 필요한 조치를 강구하도록 “배려하지 않으면 아니 된다”고 하고 있다. 위의 의무는 동조의 문언에서 알 수 있듯이 법적인 구속력이 없는 배려의무에 지나지 않는다.

2015년 9월에 개정된 근로자파견법에서는 파견사업주의 균형대우의무 조항이 제30조의3으로 변경되고 제31조의2 제2항을 신설되었는데, 신설된 조항은 제30조의3항에 따라서 파견사업주가 배려하여야 하는 것으로 규정되어 있는 사항에 관한 결정을 함에 있어서 고려한 사항에 대해서 당해 파견근로자에게 설명해야 한다고 규정하고 있다.

## IV. 고용안정에 관한 법제도의 현황과 법적 쟁점

### 1. 근로계약법에 의한 기간제 근로계약의 출구 규제

#### (1) 원칙

근로계약법 제18조 제1항에서 규정하고 있는 출구규제의 내용을 보면 동일한 사용자와의 사이에서 체결된 복수의 기간제 근로계약의 계약기간을 통산한 기간(이하 ‘통산계약기간’이라고 한다)이 5년을 넘는 근로자가 당해 사용자에게 현재 체결되어 있는 기간제 근로계약이 만료되기 전까지 당해 계약이 만료하는 날의 익일로부터 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결할 의사표시를 한 경우 사용자는 이를 승낙한 것으로 간주한다는 것이다. 이 경우 당해 의사표시에 관련된 기간의 정함이 없는 근로계약의 내용인 근로조건은 별단의 합의가 없는 한 현재 체결되어 있는 기간제 근로계약의 내용인 근로조건(계약기간을 제외한다)과 동일한 근로조건으로 된다.

동법 제18조의 출구규제는 다음과 두 가지 특징이 있다. 첫째로는 통산계약기간이 5년을 넘는 근로자라고 하더라도 5년을 넘어서 현재 체결되어 있는 기간제 근로계약이 만료되기 전까지 사용자에게 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결하고자 하는 의사표시를 하지 않으면 무기계약으로의 전환이라는 법적 효과가 발생하지 않는다는 점이다. 둘째로는 이른바 ‘쿨링기간’을 규정하고 있다는 점이다. 동법 제18조 제2항은 당해 사용자와의 사이에 체결된 하나의 기간제 근로계약의 계약기간이 만료한 날과 당해 사용자와의 사이에 체결된 다음의 기간제 근로계약의 기간의 초일과의 사이에 공백기간이 있고 그 공백기간이 6월 이상인 때에는 당해 공백기간 전에 만료한 기간제 근로계약의 계약기간은 통산계약기간에 산입하지 않는다고 하고 있다. 단, 당해 공백기간의 직전에 만료한 하나의 기간제 근로계약의 계약기간이 1년

미만인 경우에 있어서는<sup>28)</sup> 당해 하나의 기간제 근로계약의 계약기간에 2분의 1을 곱하여 얻은 기간을 기초로 하여 후생노동성령<sup>29)</sup>에서 정하는 기간이 공백기간으로 된다. 이러한 쿨링 기간을 설정한 이유는 무기계약전환제도에 의해서 기간제 근로계약의 이용이 지나치게 저해되지 않도록 한 것이다.<sup>30)</sup>

## (2) 예외

근로계약법 제18조는 우리 기간제 근로자 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조 단서와 같은 적용의 예외를 규정하고 있지 않다. 적용의 예외에 관해서는 「연구개발시스템의 개혁 추진 등에 의한 연구개발능력의 강화 및 연구개발등의 효율적인 추진 등에 관한 법률(이하 ‘연구개발능력강화법’이라 함)」과 「전문적 지식등을 가진 기간제 근로자등에 관한 특별조치법(이하 ‘기간제고용특별조치법’이라 함)」에서 각각 규정하고 있다.

먼저 2013년 12월에 개정된 연구개발능력강화법 제15조의2 제1항은 일정한 근로자에 대해서는 근로계약법 제18조 제1항의 통산계약기간의 상한을 5년이 아니라 10년으로 하고 있다. 이러한 근로자는 다음의 네 가지 유형의 근로자인데, 첫째로는 과학기술에 관한 연구자 또는 기술자로서 연구개발법인 또는 대학 등을 설치한 자와의 사이에 기간의 정함이 근로계약을 체결한 자, 둘째로는 과학기술에 관한 실험 또는 연구, 과학기술에 관한 개발 또는 이들 성과의 보급·실용화에 관한 기획입안, 자금의 확보 및 지적 재산권의 취득 및 활용, 이들 성과의 실용화 등에 관한 업무에 종사하는 자로서 연구개발법인 또는 대학을 설치한 자와의 사이에 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 자, 셋째로는 실험연구기관, 연구개발법인, 대학 이외의 자가 실험연구기관, 연구개발법인, 대학과의 협정 기타의 계약에 의해서 공동으로 행하는 과학기술에 관한 실험 또는 연구, 과학기술에 관한 개발 또는 이들 성과의 보급·실용화의 업무에 전적으로 종사하는 연구자 또는 기술자로서 당해 실험연구기관, 연구개발법인, 대학 이외의 자와 기간의 정함이 있는 근로계약의 체결한 자, 넷째로는 공동연구개발 등에 관한 기획입안, 자금의 확보 및 지적 재산권의 취득 및 활용 기타의 업무에 전적으로 종사하는 자로서 당해 공동실험연구개발을 행하는 실험연구기관, 연구개발법인, 대학 이외의 자와의 사이에 기

28) 이 때 당해 하나의 기간제 근로계약을 포함한 2 이상의 기간제 근로계약의 계약 기간 사이에 공백기간이 없을 때에는 당해 2 이상의 기간제 근로계약의 계약기간을 통산한 기간을 가지고 1년 미만인지를 판단한다.

29) 근로계약법 제18조 제1항의 통산계약기간에 관한 기준을 정하는 성령 제2조는 당해 하나의 기간제 근로계약의 계약기간에 2분의 1을 곱하여 얻은 수에 1개월 미만의 단수가 없는 경우에는 그 월 수를 쿨링 기간으로 하고 1개월 미만의 단수가 있는 경우에는 그 단수를 절상한 월 수를 쿨링 기간으로 하도록 하고 있다.

30) 菅野和夫, 전거서, p.225.

간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 자이다.

다음으로 2014년 제정된 기간제고용특별조치법 제2조는 예외로 되는 기간제 근로자를 두 가지 유형으로 정하고 있는데 첫 번째 유형은 전문적 지식 등을 가진 근로자로서 당해 전문적 지식 등을 필요로 하는 업무(5년을 넘는 일정한 기간 내에 완료될 것이 예정되어 있는 업무에 한한다)에 취로하는 자이고, 두 번째 유형은 정년(만 60세 이상의 자에 한한다)에 달한 뒤에 계속하여 당해 사업주에 고용되는 기간제 근로자이다. 첫 번째 유형의 기간제 근로자의 경우에는 사업주와의 사이에 체결된 기간제 근로계약의 계약 기간에 당해 사업주로부터 지불될 것으로 예상되는 임금 액을 1년 분의 임금으로 환산한 액이 후생노동성령에서 정하는 액 이상인 자에 한하고, 전문적 지식 등의 내용에 대해서는 후생노동성령으로 정하도록 하고 있다.

동 법 제8조 제1항은 첫 번째 유형의 기간제 근로자에 대해서는 근로계약법 제18조 제1항의 5년의 통산계약기간을 당해 업무의 개시일부터 완료의 날까지의 기간으로 변경하고 있다. 단 당해 기간이 10년을 넘는 경우에는 10년으로 된다. 그리고 제2항은 두 번째 유형의 기간제 근로자에 대해서는 정년 후 계속하여 고용되는 기간은 근로계약법 제18조 제1항의 통산계약기간에 산입되지 않도록 하고 있다.

### (3) 출구규제의 한계

근로계약법 제18조는 종래 갱신거절의 법리에 의한 해결 보다는 법적 안정성의 측면에서 보면 보다 진전된 입법이라고 볼 수 있지만 통산계약기간의 상한을 5년으로 한 것은 다른 국가들의 법규제와 비교해 볼 때도 지나치게 길다는 점에서 기간제 근로자의 고용안정이라는 소기의 목적 달성에 어느 정도 기여할 수 있을까라는 의문을 갖게 한다.

2011년도 “기간제 근로계약에 관한 실태조사(개인조사)”에 의하면 현재의 근무지에서의 통산근속연수를 보면 1년 초과 3년 이하가 25.%, 3년 초과 5년 이하가 15.8%, 5년 초과 10년 이하가 17.7%, 10년을 초과하는 경우가 11.7%로 나타났다. 이를 누적 기간으로 보면 통산근속연수가 3년을 넘는 비율이 45.3%, 5년을 넘는 비율이 29.5%로 나타났다. 통산 근속기간이 5년을 넘는 경우는 전체 조사 대상 근로자의 3분의 1을 넘지 않는 수준이라는 점을 보면 현실적으로 동법에 의한 보호를 받게 되는 근로자가 상당히 제한적일 것이라고 추측된다.

## 2. 근로자파견법에 의한 파견근로자의 고용안정

2015년 9월 11일에서 국회에서 통과된 근로자파견법 개정안(2015년 9월 30일 시행)은



2012년의 근로자파견법 개정의 연장선에 있다고 보는 것이 좋을 듯하다. 2012년 개정 근로자파견법은 종래 논란이 되어왔던 근로자파견제도의 각종 문제점을 바로잡고자 하는 목적에서 이루어졌는데, 개정 법의 가장 핵심은 바로 고용계약체결의 의사표시 간주 규정(이하 ‘의사표시 간주규정’이라고 한다)이라고 할 수 있다. 2015년 개정 법은 의사표시 간주규정의 내용을 개정한 것은 아니지만 이 조항과 깊은 관계가 있다. 2015년 개정 법은 파견기간의 제한에 관한 규정을 대폭적으로 변경함으로써 의사표시 간주규정의 적용을 대폭적으로 완화했기 때문이다. 이러한 내용적 관련성뿐만 아니라 2012년 개정 법의 의사표시 간주규정의 시행일이 2015년 10월 1일이라는 점만 봐도 2015년 개정 법이 바로 의사표시 간주규정의 적용을 완화하려는 목적에서 이루어졌다는 점을 추측하기란 어렵지 않을 것이다.

2012년 개정 법 제40조의6<sup>31)</sup> 제1항은 근로자파견을 받는 자가 ① 제4조 제2항에 위반하여 파견근로자를 파견 금지 업무 중에 하나에 종사하게 하는 경우, ② 제24조의2에 위반하여 파견사업의 허가 또는 신고를 하지 아니 한 파견사업주로부터 근로자 파견을 받은 경우, ③ 제40조의2 제1항의 규정에 위반하여 파견사용기간을 초과하여 근로자파견을 받는 경우, ④ 근로자파견법 또는 절차에 관한 규정에서 적용되는 법률의 적용을 면할 목적으로 도급 기타 근로자파견 이외의 명목으로 계약을 체결하고 제26조 제1항 각호에서 정하고 있는 사항을 정하고 않고 근로자파견을 받은 경우에는 그 시점에 있어서 당해 근로자파견을 받는 자로부터 당해 근로자파견에 의해서 파견된 근로자에 대해서 그 시점에서의 당해 파견근로자의 근로조건과 동일한 내용으로 하는 근로계약을 체결할 것을 목적으로 하는 의사표시가 이루어진 것으로 간주한다고 하고 있다. 다만 근로자파견을 받은 자가 위의 각 행위에 해당하는 것에 대해서 과실 없이 알지 못하였던 경우에는 동 조항은 적용되지 않는다. 이러한 의사표시 간주는 위의 4가지 행위가 종료한 날로부터 1년이 경과한 뒤에는 철회할 수 있으며(제40조의6 제2항) 또한 동 의사표시는 1년 이내에 당해 파견근로자로부터 승낙 또는 승낙하지 않는다는 의사표시를 받지 않는 경우에는 그 효력을 상실한다(제40조의6 제3항).

2015년 개정 법의 진정한 의도는 바로 위의 ③의 파견사용기간 제한을 완화하는 것에 있었다. 2015년 개정 이전까지는 소위 전문 26업무에 대해서는 사용기간의 제한이 없었고, 그 외의 업무에 대해서는 최장 3년의 파견기간 상한제한이 설정되어 있었다. 그리고 이러한 3년의 파견기간의 제한은 당해 업무를 중심으로 판단되었다.<sup>32)</sup> 이 기간을 초과하면 위법파견에

31) 2012년 개정 법의 의사표시 간주규정의 시행일은 2015년 10월 1일인데, 동 조항이 시행되면 2012년 개정법 제40조의6은 제40조의9로 되도록 하고 있었다.

32) 전문26업무는 파견가능업무가 네거티브리스트화되기 전까지는 상용고용대체의 우려가 적다는 것을 이유로 파견대상업무로 되어 있었는데, 1999년의 법 개정 이후에도 동일한 이유로 파견사용기간 제한의 예외업무로 된 반면, 26개 이외의 업무는 법 개정 후에는 파견가능기간의 제한대상 업무로 된

해당하며 사용사업주에게 근로계약체결의 의사표시 간주의 효과가 발생한다. 2015년 개정 법에서는 이와 같은 업무에 따른 구분을 없애고 아래와 같이 일원화하였다.

① 동일 조직 단위의 기간제한

동일 사업장에서 파견근로자를 사용하는 것은 3년을 상한으로 하며, 이를 초과하여 사용하고자 할 때에는 과반수노조의 의견청취가 필요하다.

② 동일 조직 단위의 기간제한

사용사업주의 동일 조직단위(과)에서 동일한 파견근로자의 사용은 3년을 상한으로 한다.

③ 상용형 파견근로자에게는 위 두 가지 제한이 적용되지 않는다.

이와 같은 2015년 개정법의 내용을 문언상으로만 보면 별다른 문제는 없어 보인다. 사용기간의 상한 설정이 업무 단위에서 개인 단위로 변경되었다는 점이 상용고용의 대체라는 관점에서 볼 때 상당한 후퇴라고 볼 수 있지만 파견근로자 개인의 관점에서 보면 사용기간의 상한이 3년이라는 점에서는 종전과 그다지 다를 바가 없기 때문이다. 또한 종전의 사용기간 제한은 소위 26업무인지의 여부에 따라서 적용여부가 달라졌는데, 실제로 26업무에 해당되는지가 매우 모호한 경우가 많았기 때문이다. 예를 들어 후생노동성령에서 정하고 있는 26업무 중에는 사무용기기조작이나 서류의 분류 및 정리(Filing)과 같은 업무도 있었는데, 이와 같은 업무에 해당하는지의 여부를 판단하는 것은 실제로 쉽지 않았다. 2015년 개정법은 이러한 실무상의 문제점을 개선하여 사용기간의 제한을 알기 쉽다는 한다는 것을 법 개정의 이유로 밝혔지만, 후생노동성이 제시한 “동일 조직 단위의 기간제한”에 대한 해석을 보면 자치 근로자 파견이 무한정 이루어질 수도 있다는 우려가 제기되고 있다. 후생노동성령 2015년 법 개정과 함께 배포한 해설자료는 “동일 조직 단위”인지의 여부는 “이른바 「과」과「그룹」등과 같이 업무로서의 유사성이나 관련성이 있고 당해 조직의 장이 업무의 배분이나 노무관리상의 지휘감독권을 갖는 것으로서 실태에 따라서 판단된다”고 하고 있다. 동 해설자료를 보면 동일한 사업장의 총무과와 경영기획과는 동일한 조직 단위가 아니라고 설명하고 있다. 상식적으로 볼 때 총무과와 경영기획과는 업무로서의 유사성이나 관련성이 없고 양자의 장이 각각 조직단위에서 업무의 배분권이나 노무관리상의 지휘감독권을 갖고 있기 때문에 양자가 동일한 조직 단위가 아니라는 것을 쉽게 알 수 있다. 이에 대해서 총무1과나 총무2과와는 업무의 유사성이나 관련성이 있기 때문에 조직 단위가 동일하다고 설명하고 있다. 이렇게 조직 단위의 동일성 여부에 따라서 사용기간의 상한이 규제되면 사업장의 조직 구성의 상황에 따라서는 동일

---

것이다.

한 근로자를 “과”나 “부”만을 변경하면서 3년을 넘어서 얼마든지 사용할 수 있게 된다. 예를 들어 영업부에는 A를 홍보부에는 B를 각 2년 기간으로 파견하고 2년이 경과한 뒤에는 A를 홍보부로, B를 영업부로 각 2년 기간으로 파견하여도 의사표시 간주규정은 적용되지 않는다. 여기에서 더하여 근로자파견법이 소개예정형 파견 외에는 금지하고 있는 근로자특정행위의 위험성이 존재한다. 사용사업주가 영업부의 A를 선호하여 파견사업주에게 계속 파견을 희망하는 경우에 사용사업주의 희망을 거절하기 힘든 파견사업주는 A를 계속 파견할 방법을 사용사업주와 협의할 가능성이 매우 높을 수밖에 없다. 2015년 개정법에 대해서 야당, 노동변호사단체, 파견근로자단체가 반대한 이유가 바로 여기에 있다. 물론 동일 조직 단위의 기간제한이 존재하기 때문에 조직단위를 변경하는 경우에도 3년의 상한을 넘어서 파견을 받으려면 과반수 노조의 의견을 청취하여야 하지만, 일본의 과반수 노동조합의 성향이 대체적으로 노사협조적이라는 점을 생각을 해 볼 때 근로자파견의 장기화에 대해서 상당한 제약이 될 것으로 생각되지 않는다.

## V. 나오며

일본의 비정규직 근로자 보호법제도의 전체적인 방향성은 이미 단시간근로자보호법제의 정비 과정에서 명확히 밝혀져 있다. 즉, 일본적 고용관행을 존중하면서 노동시장에 큰 충격을 주지 않고 비정규직 근로자와 사용자의 이익에 균형을 도모하려는 것이다. 이 점은 고용형태에 의한 차별의 금지를 법제화하고 있는 고용계약법과 단시간근로자법에 명확하게 나타나고 있다. 이러한 점은 결국 법률이 해석에도 강한 영향을 미칠 것이 분명하고, 결국은 극단적인 병폐만을 제거할 수 있을 뿐 현상을 개선하기 위한 방향으로 작동하기는 매우 어려울 것이다. 일본 정부와 경영계는 일본적 고용관행의 파타를 오랜 기간 주장하면서 오면서도, 그리고 최근에는 이를 고용시장의 구조개혁이라는 과제로 격상하였음에도 차별금지의 법제화와 그 적용에 있어서는 일본적 고용관행을 근거로 하여 그 해석을 완화하려는 이중적인 태도를 취하고 있다. 노동시장에서의 차별의 금지는 노동시장에서의 원활한 이동을 촉진할 수 있는 핵심적인 전제 조건이며, 구조개혁 노선을 취하여 온 일본 정부도 이 점을 솔하게 확인하였지만 실제의 법제화와 법해석에서는 전혀 다른 모습을 보이고 있다. 이러한 상황에서 근로계약법 제20조에 근거하여 제기된 최근의 일련의 소송에서 법원이 이를 어떻게 해석·적용할지의 여부는 매우 중요한 것이다. 법원의 해석에 따라서 향후 고용형태에 의한 차별에 관한 일본적

고용관행의 향배를 달라질 수도 있을 것이다.

이러한 점은 기간제 근로자 및 파견근로자의 고용안정에 관한 법정책에도 동일하게 반영되어 있다. 자민당 정부로서는 비정규직 근로자의 고용안정이라는 중요하고 근본적인 법적 이익 보다는 노동시장정책에서 이들 비정규직 근로자를 어떻게 자리매김할 것인지에 대해서 보다 중요한 관심사이다. 종래 다양한 취업형태의 보장이라는 자민당 정부의 노동시장정책 기조는 비정규직 근로자의 고용불안에서 발생하는 극단적인 폐해들만을 시정의 대상으로 삼고 있었다. 여기에 더하여 제2차 아베내각이 노동시장정책의 핵심과제를 노동시장 내에서의 이동 가능성의 촉진으로 삼으면서 비정규직 근로자의 고용안정은 정부의 노동시장정책과 양립할 수 없게 되어 버렸다. 민주당 정권 하에서 근로자파견법 개정안이 2010년 3월에 국회에 상정되었을 때 자민당은 법률 개정안에서 등록형 근로자파견의 금지와 제조업 파견 금지를 삭제하도록 집요하도록 요구하였고 이를 끝내 관철시켰지만 사용기간의 상한 제한에 대해서는 별다른 문제 제기를 하지 않았다. 하지만 자민당은 정권을 탈환하자 곧바로 의사표시 간주규정의 완화를 추진하였고, 결국 최근에 이를 성사시켰다. 종래 자민당 정부는 1986년 근로자파견법 제정 이래 근로자파견사업을 “사회경제정세 변화에의 대응, 노동자의 다양한 선택지 확보 등의 관점으로부터, 상용고용을 대체할 우려가 적다고 생각되는 임시적·일시적 노동력의 수급 조정에 관한 대책”으로 위치지운 뒤 “상용고용 대체방지의 관점” 하에 사용기간의 상한을 규제한다는 원칙을 가지고 있어 왔지만 2015년 근로자파견법 개정법은 이러한 원칙으로부터 완전히 결별한 듯이 보인다. 2015년 법 개정에서 제25조 제1항에 후생노동성 대신이 근로자파견에 관한 법규를 운용할 때에는 “파견취업은 일시적이고 임시적이라는 것을 원칙으로 한다는 기본 관점”을 배려하도록 노력해야 하여야 한다는 문언을 삽입하였지만 개정 법의 내용을 보면 이러한 원칙이 매우 공허하다는 점을 쉽게 알 수 있다. 2012년 법개정 이후에 脫파견의 경향이 2015년 법 개정에 의해서 어떻게 변화될 것인지, 그리고 일본의 근로자파견제도가 제 25조 제1항에 규정된 원칙처럼 운용될 수 있을지는 좀 더 시간과 관심을 가지고 지켜 보아야 할 것이다.

## 「최근 일본의 비정규직 근로자보호법제도의 동향 및 법적 쟁점」 토론문

최 석 환\*

한국에서와 마찬가지로 일본에서도 비정규직 문제에 대한 관심은 학계와 실무계를 막론하고 중요한 과제로 지적되고 있다. 고도경제성장기와 저성장(마이너스 성장)의 시기, 다시 경기 회복의 시기를 거치며 점차 비정규직을 보충적 요소가 아닌 상시적인 노동력의 담당층으로 받아들이고자 하는 방향으로의 시각 전환이 이루어지고 있고 이는 비정규직 규제에 관한 법제 측면에서의 변화로도 이어지고 있으며 이러한 논의는 다양한 입법, 입법의 추진, 기존의 해석론의 변화 등으로 나타나고 있다. 또한 비교제도적으로 볼 때 흥미로운 점은 비정규직 관련 법제의 구체화가 한국 법과 비교하여 상당히 지체되고 있다는 점이다. 이것이 제도의 연착륙(soft landing)을 증시하는 일본의 노동입법의 특성에 기인하는 것인지, 혹은 법적 규제를 최소화하면서 시장의 기능에 의거한 조정을 기대하고 있는 것인지에 대하여는 다른 차원에서 논의가 필요할 것이라 생각한다.

이하에서는 발표문의 논의에 대한 간단한 커멘트와 함께 몇 가지 질문을 드리는 것으로 토론에 대신하고자 한다.

### 1. 일본의 비정규직 규제

일본의 비정규직 규제가 원칙적으로 노동시장 정책의 일환으로 이루어져 왔음은 발표문에서 지적되고 있는 바와 같다. 발표문에서 제시된바, “부인노동력의 유효한 활용에 관한 중간 보고”에서도 언급된 바와 같이 고도경제성장기의 “근로파견제도는 노동시장에서의 수요공급을 원활히 한다는 목적에 따라서 도입되었다는 점이 염두에 두어져 있었기 때문에 항상 노동시장정책의 관점 및 논리가 파견근로자 보호라는 규범적 요청과 논리를 압도하여 왔다”는 지적이 적절히 언급하고 있는 것처럼, 법안의 명칭 자체도 1985년 입법 당시에는 “근로자파견사

---

\* 명지대학교 법과대학.

업의 적정한 운영의 확보 및 파견근로자 취업조건의 정비 등에 관한 법률”이었다는 점에서도 이러한 시각은 명백히 드러난다. (동법은 2012년 개정에 이르러서야 “근로자파견사업의 적정한 운영의 확보 및 파견근로자의 보호 등에 관한 법률”로 명칭이 변경되었다).

소위 일반적 고용관행(종신고용, 연공서열, 기업별 노조와 협조적 노사관계)의 핵심을 이루는 내부노동시장 중심의 고용이 조금씩 변화를 보이고 있는 가운데, 이러한 분위기는 직접적으로 비정규 근로자의 규제를 바라보는 시각에서의 변화로 구체화되고 있다. 즉 일반적 고용관행을 전제로 하여 경기변동에 따른 노동력 조정의 밸브로 비정규직을 바라보던 시각에서, 외부노동시장의 활성화를 도모하는 시각이 본격화되어가고 있는 시점이 지금이 아닌가 생각되며 규제개혁회의 등에서 논의되는 한정 정사원 등이 이러한 관점을 보다 진전시킨 도달점이라 생각된다.

비정규직의 보호에 대한 규제의 필요성 자체에는 공감하지 않는 사람이 없으리라 생각하지만, 일본의 한정 정사원 논의와 같이, 비정규직에 대한 보호의 방향성이 다른 형태의(비정규직은 아니면서 정사원과 구분되는) 근로자 범주를 만들어 낼 수 있다는 우려도 갖게 된다. 국내에서도 무기 계약직 등으로 고착화되어가는 현실을 감안하여, 노동시장 전체의 분절화, 파편화를 정당화할 수 있는 기제로서의 비정규직 보호법제가 되지 않기 위해서는 어떠한 점들이 고려되어야 할지에 대한 의견이 있으시다면 들려 주셨으면 한다.

## 2. 분석의 관점 : 인권 기반 접근과 노동시장 정책 기반 접근

본 발표에서 분석의 관점으로 제시하고 있는 “고용의 안정”과 “차별의 시정”이라고 하는 축은 일본법제를 이해하는데 적절한 프레임인 동시에 우리 법제를 이해하는 데에도 유용하게 기능한다고 생각한다. 비정규직 규제에 대한 세 가지 방법 - 입구규제, 내용규제, 출구규제 - 중 어떤 규제를 중심으로 할 것인지, 혹은 어떤 조합으로 규제를 구성할 것인지에 관하여는 각국의 노동시장의 현황과 다른 규제의 양상(근로시간규제, 해고규제 등)을 입체적으로 검토하여 결정되어야 하는 문제일 것이다. 이와 구분하여 내용규제에 대하여 본 발표가 강조하는 “인권” 혹은 “차별금지”의 시각에서 본다면 정책의 문제라기보다는 당위의 영역으로 평가할 수 있게 된다.

일본에서는 파견법의 연이은 개정으로 인하여 파견허용 대상 업종이 확대되어 오면서 입구규제는 큰 의미를 갖지 못하게 되어 왔고, 제조업에 대한 파견의 허용은 이러한 흐름에 결정적인 영향을 미쳤다고 판단된다. 그렇다면 “차별의 시정”와 내용규제, “고용의 안정”과 출구규제가 주를 이루는 규제 속에서 전자를 인권 기반의 접근, 후자를 정책 기반의 접근으로 파

악하는 것은 적절한 분석이라 생각된다. 다만 전자에 대하여도 원활한 비정규직 활용의 정착, 근로자들의 비정규직으로의 진입 유도라는 관점에서 정책적 접근으로 파악하는 것 역시 불가능한 것은 아니며, “차별금지”를 통한 노동시장 내 이동의 촉진이라고 하는 발표자의 지적처럼, 일본에서는 이러한 관점에 보다 경도되어 있는 것으로 보인다. “비정규직 근로자보호라는 과제가 단지 노동시장정책이라는 사회정책의 과제라는 차원에서 인식되는 것에 머물지 않고 인권 또는 기본권의 차원으로 격상되면 그 실현이 보다 용이하게 될 것”이라는 분석이나, “우리나라의 경우를 보면 특히 차별금지와 관련하여 인권적 접근이 매우 강하였다고 평가”할 수 있다는 지적은, 비정규직 입법에 있어 일본과의 차이를 적절히 보여 주는 포인트인 동시에, 국내에서의 비정규직 규제완화를 주장하는 입장에 일본의 논의를 오버랩시켜볼 때에도 선결되어야 하는 문제라 생각된다.

발표자의 인권 기반 접근에 대한 주장을 전제로, 일본에서 고용 정책 기반의 논의가 비정규직에 대해 향후에도 여전히 의미를 가질 수 있을 것인지에 대해 어떠한 전망을 갖고 계시는지 듣고 싶다.

### 3. 기간제 근로자의 근로계약법상 불합리한 처우금지

기간제 근로자의 불합리한 처우금지에 관하여는 특히 그 “불합리한 처우”의 의미를 둘러싸고 다양한 논의와 비판이 전개되고 있으며, 실제 분쟁을 통하여 다투어지고 있음은 발표에서 지적된 바와 같다. 노동계약법상 기간제 근로자의 불합리한 처우 금지 규정과 관련하여서는 단시간근로자법의 균등/균형처우 규정이 갖는 제도적 문제점을 고려하여 다양한 처우 실태에 대응할 수 있는 유연한 제도설계를 지향했다는 취지와는 달리, 명확한 판단 기준의 설정이 곤란하고 제도 자체의 효율성이나 실효성이 의문시된다는 비판이나 예측가능성이 낮다는 지적 등이 다수 이루어지고 있다. “노동법학계 내에서 이러한 기본적인 사항에 관해서조차 견해가 일치되지 못하고 있는 것을 보면 동 조의 입법이 그다지 면밀한 준비 없이 이루어진 것은 아닌가라는 의문”이 제기되는 것은 자연스러운 결론이라 평가된다. 이러한 규정의 애매함을 두고 재판규범으로서의 애매함은 인정하면서도 행위규범으로서의 기능을 기대한다는 견해도 발견되고는 있으나 그 효과에 대하여는 제도의 운용 실태를 살펴 보면서 논의해야 할 것이라 생각한다.

기간제 근로자의 경우 동일한 고용주를 전제로 하고 있는 탓에 기업별 노조가 일반적인 일 본의 경우에도 무리없이 근로자 집단(노조 혹은 근로자대표)의 존재를 전제할 수 있으리라 생각하는데, 기간제 근로자와 관련한 불합리한 처우를 없애기 위해서는 취업규칙의 변경이나 단

체협약 체결 등을 통하여 기간의 정함이 없는 근로자를 포함한 근로자 전체에 대한 근로조건 변경이 예상되는바, 법개정용 이유로 하여 근로자 전체에 대한 근로조건을 변경하는 경우 - 불이익 변경을 포함하여- 그 유효성은 쉽게 인정될 것인지, 당해 변경된 취업규칙의 유효성을 인정하는 데에 특별히 고려할 요소가 있다면 어떤 점들이 고려되어야 할 것인지에 대한 의견을 부탁드립니다. 조금 더 확대하면 비정규직 근로자들에 대한 차별금지 / 불합리한 처우 금지를 논의함에 있어 근로자 집단의 관여가 그다지 상정되고 있지 않다. 파견근로자의 3년 이상 고용에 대한 기존 과반수노조의 의견청취 같은 규정은 상시고용 대체라고 하는 점에 입각한 기존 근로자의 보호라는 측면이 고려된 규정으로, 비정규 근로자의 차별금지 / 불합리한 처우 금지에 대하여는 임팩트를 갖고 있지 않은 것으로 이해된다. 일본에서 비정규 근로자의 차별금지 / 불합리한 처우 금지와 관련한 근로자 집단의 관여에 대하여 제도적 대응 혹은 실태로서의 대응이 있다면 소개를 부탁드립니다.

#### 4. 파견법 개정과 고용안정

파견근로자의 고용안정과 관련하여, 발표문에서 직접적으로 언급되어 있지는 않으나 2015년 파견법 개정의 결과로 상용형 파견근로자에게는 제한이 적용되지 않는 것으로 본다는 규정이 삽입된 것은 중요한 의미를 가진다고 평가할 수 있다. 발표문에서 지적된 것처럼 개정법 아래에서는 조직단위의 변경을 통해 실질적으로 파견기간의 상한이 무의미해질 수 있을뿐더러, 상용형 파견근로자의 경우 이러한 제한조차 없이, 위법파견이 아닌 한 동일 부서에서 동일 업무에 대하여 기간의 제한없이 파견근로자로 사용될 수 있다는 점은 “파견의 상시화”라는 관점에서 우려를 갖게 한다. 이러한 우려는 입구규제가 거의 없는 일본의 네가티브 리스트형 파견법제에서는 더욱 그러하다.

다만 다른 한편에서는 “고용의 안정”이라는 것이 반드시 사용자와 일치할 필요가 있는가 하는 전제에서, 파견사업주와의 사이에서 안정적 고용이 확보되어 있다면 사용사업주의 변경은 계속되더라도 근로자 입장에서 일용의 고용 안정은 보장된다는 점을 긍정적으로 평가할 수 있다고 주장한다. 이러한 경우 사용사업주 입장에서는 고용의 부담을 덜기 위하여 상용형의 파견근로자를 선호하게 될 것이고, 그렇다면 근로자를 고용하고 있는 파견사업주를 중심으로 노동시장이 재편될 것이라는 기대(나아가 외부노동시장이 활성화될 수 있을 것이라는 기대)도 가능해진다. 또한 상용형 파견이 중심이 되면 사용사업주의 노무관리 부서에 불과한 형태로 운영되는 영세한 위장도급 업체를 배제할 수 있는 효과도, 낙관적으로는 기대할 수 있을 것이다.



관련하여 앞에서 언급된 “고용안정”과 “차별시정”이라는 두 분석의 축을 전제로, 누구의 고용안정인가 하는 문제(정규직 근로자의 고용안정을 위해 비정규직 근로자의 고용불안정을 대가로 할 수 있을 것인가)와, 어떠한 고용안정인가(사용과 고용이 분리된 상태에서의 고용안정을 어떻게 평가할 것인가)의 문제는 보다 구체화될 필요가 있다고 생각한다.

발표자께서는 이러한 상반되는 지적에 대해 어떤 견해를 갖고 계신지 들려 주셨으면 한다.



【제3주제】

# 업무도급관계에서의 위장도급 판단

## - 업무 지시권을 중심으로 -

권 혁\*

- I. 서설
- II. 위장도급에 관한 판단 원리
- III. 도급 지시권과 근로지시권의 개념상 구별
- IV. 결론 및 시사점

## I. 서설

### 1. 외부인력의 활용 추세와 그 목적

생산을 통해 영리를 추구하는 고전적인 공장제 체계 하에서 근로계약관계가 발생하였다. 사용자는 근로계약을 통해 근로자의 노동력을 지배하고, 활용하여 생산을 한다. 그 대신 사용자는 노동력의 지배 및 활용에 대한 대가로서 임금을 지급한다. 근로자로서는 그 임금이 자신은 물론 그 가족의 생계 기반이 된다. 이러한 전통적 공장제 체계는 경기변동이라는 현대적 문제점을 고려하지 않은 것이다. 생산 수요의 급변은 노동력 활용의 양적 유연화 요구를 초래하였다. 그 결과 직접 근로계약관계의 당사자로 사이에서만 형성되어 왔던 생산관계가 제3자에게로 확대되었다. 이른바 외부 인력의 투입이 이루어지게 되었다.<sup>1)</sup>

직영근로자 대신 외부근로자를 투입하는 것은 이미 독일에서도 일반화되어 있다.<sup>2)</sup> 경기변

\* 부산대 법학전문대학원 교수(부교수), 법학박사.

1) Walle, Der Einsatz von Fremdpersonal auf Werkvertragsbasis, 1998, S.23ff.

2) 일본에서도 마찬가지라고 한다. 다만 이것을 어떻게 대응할 것인가를 두고, 당위(Sollen)와 현실(Sein)이 부딪치고 있다고 한다(Wada, Abschied vom Normalarbeitsverhaeltnis?, FS. Kazuo Sugeno zum 70. Geburtstag, S.578ff.).

동에 대응하는 전형적이면서도 오래된 인력활용방식으로 자리 잡고 있다.<sup>3)</sup> 이는 우리의 경우도 마찬가지다. 이때 외부인력을 활용하기 위한 매개체로서 계약 형태는 다양할 수 있다. 그 중에서 가장 흔히 활용되는 것은 바로 파견근로계약과 도급계약이다. 다만 파견근로관계의 경우 외부 근로자임에도 불구하고 마치 자신의 근로자와 동일하게 해당 근로자의 노동력을 지배하고, 사용할 수 있지만, 그만큼 다양하고 강력한 규제가 뒤따르게 된다. 이에 비해 도급계약을 통한 외부 인력의 활용은, 해당 근로자에 대한 직접적인 노동력 지배가 이루어지지 못한다는 한계가 있으나, 여전히 계약자유원칙이 지배하는 민사전형계약으로서의 속성을 가지는 측면이 있다.

파견근로관계에 관한 노동법적 규제와 업무도급계약관계는 일정한 상관성을 가지는 것으로 판단된다. 파견근로관계에 대한 노동법적 규제가 엄격해지면, 업무도급관계가 늘어나고, 파견근로관계에 관한 노동법적 규제가 완화되면, 업무도급관계는 상대적으로 줄어드는 것이다.<sup>4)</sup> 실제로 최근 독일에서 파견근로자에 대한 보호 강도가 높아지면서, 또다시 도급계약이 파견근로계약관계 상의 노동법적 규제를 회피하기 위한 우회로로 확대 활용되는 추세에 있다는 지적이 나오고 있다.<sup>5)</sup>

분명한 것은 직영근로자만으로는 해소될 수 없는 여건이 존재하는 것은 명확해 보인다. 요컨대 경기변동과 산업환경의 급격한 변화는 외부인력의 활용을 불가피한 세계적 추세로 만들고 있다.<sup>6)</sup> 실제로 경기 상태나 주문수요 상황이 지속적이면서도 고정적이라도 평가할 수 없다면, 고정적인 직영 근로자만으로 기업이 운영되리라 기대하기 어렵다.<sup>7)</sup> 대표적인 경우가 조선 산업이다. 조선 산업의 경우, 이른바 재고 개념이 없다. 주문생산방식이기 때문이다. 그리고 그 주문 규모가 단위 별로 매우 크다. 예를 들어 10척의 배를 생산할 수 있는 조선소에서, 1척의 배에 대한 수주가 들어오지 못한다면, 단순한 산술적 평가에 따르더라도 총10%의 인력이 남아도는 문제가 생긴다. 이러한 상황에서, 조선수주가 일정하게 지속된다고 확신할 수 없는 한, 직영인력의 운용은 상당히 소극적일 수밖에 없다.

같은 맥락에서 독일은 이러한 외부인력의 활용이 크게 세 가지 목적을 지향한다고 평가한

3) 독일에서의 외부 인력 활용 통계와 관련하여서는 [http://statistik.arbeitsagentur.de/nn\\_4236/SiteGlobals/Forms/Suche/serviceSuche\\_Form.html?view=processForm&queryResultId=1088755429&pageNo=3&allOfTheseWords=LEIHARBEITNEHMER](http://statistik.arbeitsagentur.de/nn_4236/SiteGlobals/Forms/Suche/serviceSuche_Form.html?view=processForm&queryResultId=1088755429&pageNo=3&allOfTheseWords=LEIHARBEITNEHMER). 참고.

4) 최근 2013년에 독일 공영방송 ARD에서 <Hungerlohn am Fließband. Die neuen Methoden des Lohndumpings>라는 제목의 다큐멘터리를 통해 문제제기를 하기도 했다.

5) [http://www.haufe.de/personal/entgelt/scheinselbststaendigkeit-wieder-auf-dem-vormarsch/achtung-abgrenzung-von-dienst-und-werkvertrag\\_78\\_132816.html](http://www.haufe.de/personal/entgelt/scheinselbststaendigkeit-wieder-auf-dem-vormarsch/achtung-abgrenzung-von-dienst-und-werkvertrag_78_132816.html)

6) Maschmann, NZA 2013, S.1305.

7) Maschmann, NZA 2013, S.1305.

다. 첫 번째는 전문화(Spezialisierung)이고 두 번째는 유연화(Flexibilisierung)이며, 세 번째는 비용절감(Kostenreduktion)이다.<sup>8)</sup> 이러한 목적을 지향하는 것 그 자체를 비난할 수는 없다. 하지만 그럼에도 불구하고, 외부 인력의 활용이 불법파견이나 위장도급의 실질을 가져서는 안된다. 노동력의 종속적 지배는 오로지 ‘근로계약’이나 ‘근로자파견’을 기반으로 하여서만 가능한 것이기 때문이다. 도급계약을 통해 외부 인력을 활용하면서, 외부인력의 노동력에 대한 직접적 지배가 이루어져서는 아니된다.

## 2. 위장도급 위험의 상시성과 사법적 판단의 난해성

외부인력의 활용은 언제나 위장도급논쟁을 촉발할 수 있는 위험을 내포한다. 우리의 경우도 그러하다. 최근 위장도급 여부와 관련된 일련의 대법원 판결과 하급심 판결들이 나오면서 상당한 사회적 파장을 낳았다. 업무의 일부를 도급화하여, 외부 근로자가 원청회사 내에 와서 도급업무를 수행하는 경우, 적어도 외형적으로 원청근로자와 하청근로자가 구별되지 않는다. 각자 맡은 업무를 수행하는 모습으로 나타나기 때문이다.<sup>9)</sup>

그러나 진성도급과 파견근로를 구별하는 법이론적인 기준은 비교적 명백하다. 근로계약관계는 노동력의 지배를 계약의 목적으로 하고, 도급계약관계는 결과물의 완성을 계약으로 목적으로 한다. 요컨대 근로계약관계는 ‘과정중심적’이고, 도급계약관계는 ‘결과중심적’이다. 근로자의 노동력을 지배하는 것 그 자체를 계약의 목적으로 삼는다. 도급계약은 일의 완성물 인도를 계약의 목적으로 한다. 이러한 본질적인 차이에도 불구하고 노동현장에 놓여진 원하청관계를 두고 위장도급 여부를 판단하는 것은 그리 쉬운 일이 아니다.<sup>10)</sup> 판단을 위한 명확한 기준을 설정하는 것도 어렵다. 그럼에도 불구하고 위장도급 여부에 대한 사법적 판단 결과는 사회적으로 매우 큰 파장을 가져온다. 딜레마다.

종래 오랜 동안 논의를 거듭하여 왔지만, 대체로 위장도급을 판단하는 가장 중요한 지표 중 하나는 단연 ‘지시권’의 행사 여부로 모아지고 있다. 도급계약관계의 가장 큰 속성은 재량적 업무수행이다. 수급인은 도급인에게 일의 완성물을 제공하면 족한 것이고, 그 일의 수행과정이나 방식에 대해서는 수급인의 소관이 된다. 이른바 근로계약관계에서 발견되는 지시권 행사는 도급계약 상의 재량적 업무수행이라는 원칙과 상치된다. 하지만 이 역시 그리 간단한 판단기준이 아니다. 왜냐하면 도급계약관계에서의 지시권 행사관계가 있기 때문이다. 그렇다면

<sup>8)</sup> Maschmann, NZA 2013, S.1305.

<sup>9)</sup> Walle, NZA 1999, S.519.

<sup>10)</sup> Maschmann, Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen, 2001, S.220ff.

위장도급논쟁이라는 복잡한 실태를 풀어가는 핵심키가 바로 지시권과 도급지시권을 구별하는 것이라 할 수 있다.

이하에서는 도급계약관계에서의 도급인지시권(Anweisung)행사와 사용자의 지시권 행사를 구별하는 문제와 관련하여, 종래 우리나라와 마찬가지로 위장도급이 치열하게 사법분쟁으로 비화되었던 독일의 사례를 분석해 보고, 나름대로 합리적 해법을 위한 시사점을 도출하고자 한다.

## II. 위장도급에 관한 판단 원리

### 1. 판단원리: 계약 형식 강제 법리

‘근로자파견’계약으로서의 법적 성질을 가지는지 혹은 ‘도급 또는 고용’계약으로서의 법적 성질을 가지는지 여부는 “거래내용(Geschäftsinhalt)”이 결정하며, 계약당사자들이 바라는 법적 효과 또는 실질적인 거래내용에 상응하지 않는 표시(Bezeichnung)에 의해 결정되는 것이 아니다.<sup>11)</sup>

따라서 고용계약 또는 도급계약에 기초한 제3자의 인력을 활용하는 문제(drittbezogener Personaleinsatz)에서 수급회사의 사용자는 경제적 목적을 달성하기 위해 필요한 행위를 스스로 조직하며, 그 때에 자신의 근로자를 도급회사에 투입하고, 소위 도급계약의 이행보조자로서 노동력을 제공하게 한다. 수급인은 예정된 직무(Dienst)의 이행 또는 제3자에게 계약상 부담하는 일의 완성에 대해 책임이 있다.<sup>12)</sup> 그에 반해 근로자파견은, 그 사용자가 제3자에게 적절한 인력을 파견한 경우에, 제3자는 그 인력을 자신의 경영상의 요구에 따라 자신의 사업장에 자신의 지시(Weisung)에 의해 배치함을 전제로 한다.

이러한 원칙은 우리 대법원에서도 확인되고 있다. 최근 대법원은 “원고용주가 어느 근로자로 하여금 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 그 법률관계가 위와 같이 파견법의 적용을 받는 근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애될 것이 아니라,..” 그 실질을 따져 보아야 한다고 명확히 밝히고 있다.<sup>13)</sup> 이는 노동법의 강행적 효력이라는 속성에 비추어 보면 당연한 전제라고도 할 수 있다. 명칭이나 형식을 통해 노동법의

11) BAG Urteil vom 30. 1. 1991 - 7 AZR 497/89.

12) BAG Urteil vom 30. 1. 1991 - 7 AZR 497/89.

13) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결.

강행적 개입을 배제할 수 있도록 해서는 안되기 때문이다.

## 2. 구별 기준과 영역

외부 인력을 활용하는 실질적인 내용을 살펴, 위장도급 여부를 판단하되, 대법원은 파견과 도급을 구별하는 나름대로의 구별기준을 제시하고 있다. 크게 세 가지 관점으로 그 판단지표를 유형화해 볼 수 있다.

(i) 첫 번째는 (도급)계약의 목적 적격성이고 (ii) 두 번째는 (도급)업무수행과정에서의 적격성이고 (iii) 세 번째는 (도급) 계약 당사자로서의 적격성 판단이 바로 그것이다.<sup>14)</sup>

이로써 그 동안 파견과 도급의 구분을 둘러싸고 불명하고 일관성이 없어 보이던 기준들이 상당부분 구체적으로 명확성을 가지게 되었다고 할 수 있다. 하지만 이 역시 매우 추상적이면서도 일반화된 개념이라는 한계를 지니고 있음을 부인하기 어렵다. 결국 종합적 고려방식이란, 법관의 판단재량이 확대된다는 것을 의미하는 것인데, 개별적 사정에 따라 그에 알맞은 판단을 한다고 하지만, 이는 반대로 법적 안정성 약화를 초래하게 된다.<sup>15)</sup> 어떤 요소가 구체적 상황에서 도급과 파견근로관계를 구별하는 결정적 지표로서 기능할 것인가는 속단할 수 없게 되기 때문이다. 이는 어떤 판사가 재판을 담당하느냐에 따라 그 결과는 얼마든지 다를 수 있다는 것을 나타내므로, 결국 사법불신으로 이어질 위험에 처하게 된다.<sup>16)</sup>

### (1) 목적 적격성

위장도급 여부를 판단함에 있어 그 목적적 적격성은 두 가지 측면에서 조명될 수 있다. 첫 번째는 수급업무의 구체적 확정성이다. 두 번째는 수급업무의 전문성이다.

우선 수급업무의 구체적 확정성에 대해 살펴보면, 도급계약의 경우 그 제공되는 서비스급부 또는 제조될 일(Werk)이 ‘제공’ 및 ‘완성’의 ‘이행, 범위, 물품, 시간과 장소’에 관한 개별 사항들(Einzelheiten)과 관련되어 계약적으로 매우 상세하다는 특성을 가진다.<sup>17)</sup> 다만, 도급계약을 체결하는 경우, 그 도급계약의 당사자들이 부담하게 되는 개별적인 의무사항들은 그 계약

14) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결. 이 사건 판결에 대하여 자세히는 이정, “도급과 파견의 구별기준에 관한 연구”, 노동법논총, 2015. 8, 참고.

15) Schüren, AÜG, § 1, Rn. 83ff.

16) Schüren, AÜG, § 1, Rn. 83ff.

17) BAG vom 1. 12. 1992 - 1 ABR 30/92.

당사자 간의 합의를 통해 별도로 정해 질 수도 있음은 민사계약체결에 있어 계약자유의 원칙에 비추어 당연히 인정된다.<sup>18)</sup>

따라서 도급계약의 가장 중요한 합의내용은 바로 결과물에 대한 구체화이다. 이때 구체화란, 그 완성시점과 그 품질 그리고 인도 시점 등이 포함된다. 만약 이러한 결과물에 대한 구체성이 확보되지 아니하면, 사실상 그 계약의 목적은 노동력 자체에 대한 지배로 밖에 파악할 수밖에 없다. 예를 들어 임원에 대한 운전업무를 외주화하는 경우, 수급업체 소속 근로자인 운전자가 원청회사 임원의 운전업무를 이행하는 경우, 그 운전범위나 운전시간대 등이 명확하게 사전에 확정되어야 한다. 그렇지 않고 막연히 운전업무를 외주화하는 데 그칠 경우, 이는 사실상 그 운전자의 노동력을 지배하는 것으로 밖에 볼 수 없다.<sup>19)</sup>

다음으로 여전히 논란거리로 남아있는 수급업무의 전문성 문제다. 최근 하급심 판례에서 위장도급을 판단하는 기준으로 수급업무의 전문성을 지적한 바도 있었다.<sup>20)</sup> 전형적인 도급계약의 속성이 전문가에게 일의 완성을 맡기는 것이라는 점에서 의미 있는 지적이다. 하지만 도급의 대상이 되는 일이 반드시 전문성을 가져야한다는 당위성은 인정하기 어렵다. 오히려 중요한 것은 그 도급대상이 독립된 계약의 목적으로서의 적격이 인정될 정도의 ‘분리가능성’이라고 보아야 한다.<sup>21)</sup>

## (2) 업무수행과정에서의 적격성

### 1) 지시권의 행사

근로자의 노동력을 ‘어떻게’ 또 ‘무엇을 위해서’ 그리고 ‘언제’, ‘어디에’ 투입할 것인가를 결정하는 것이 바로 지시권의 행사다. 결국 지시권은 노동력을 지배함으로써, 그 노동력의 활용처를 확정하는 것이다. 대법원은 제3자를 위한 업무를 수행하도록 하는 경우 “그 제3자가 당해 근로자에 대해 직·간접적으로 그 업무수행 자체에 관한 구속력 있는 지시를 하는 등 상당한 지휘·명령을 하는지”를 매우 중요한 위장도급 판단기준으로 삼고 있다.<sup>22)</sup> 지시권의 행사는 ‘인간의 노동력 그 자체에 대한 지배’를 의미한다. 이러한 점에서 도급계약관계에서와 같이 미리 ‘도급결과물에 지향된’ 관계에서는 나타날 수 없는 요소이다.

<sup>18)</sup> BAG vom 1. 12. 1992 - 1 ABR 30/92.

<sup>19)</sup> BAG 18. 01, 1989 - 7ABR 21/88, AP BetrVG 1972 §9 Nr.1. 필자는 이를 ‘포괄적 업무도급 금지 원리’라고 칭한다(권혁, “도급대상으로서 업무의 구체성과 불법파견 판단과의 관계 재검토”, 경영법률 25집 제1호, 2014, 557면).

<sup>20)</sup> 서울중앙지법 2014. 9. 18. 판결, 2010가합112450, 2010가합112481.

<sup>21)</sup> 권혁, “도급대상으로서 업무의 구체성과 불법파견 판단과의 관계 재검토”, 경영법률 25집 제1호, 2014, 557면.

<sup>22)</sup> 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결.



## 2) 편입의 발생

다른 한편 대법원은 “당해 근로자가 제3자 소속 근로자와 하나의 작업집단으로 구성돼 직접 공동 작업을 하는 등 제3자의 사업에 실질적으로 편입됐다고 볼 수 있는지”를 위장도급의 판단지표로 고려하도록 제시하고 있다.<sup>23)</sup> 즉, 외부 근로자와 직영근로자가 하나의 작업집단으로 평가될 수 있을 만큼의 조직적 편입 여부를 판단함으로써 위장도급 여부를 가늠할 수 있다고 보고 있다. 대체로 이러한 경우란, 도급인의 근로자와 하청근로자가 동일한 업무를 혼재하여 작업하게 되는 경우에 나타난다.<sup>24)</sup> 직영근로자와 외부 근로자 간에는 업무의 수행이라는 공동의 목표 하에 조직적으로 편입된 상태가 가장 전형적으로 근로관계를 징표하게 된다. 다만 이러한 경우에도 공동작업과 혼재작업은 개념상 구별되어야 한다. 그 외에도 계약 이외의 업무에 수시로 투입되는 경우<sup>25)</sup>, 수급인이 업무와 관련한 관리감독자를 따로 배정하지 않고 도급인의 관리인만 존재하는 경우<sup>26)</sup>와 도급인 사업장에서 동일한 작업복을 제공하여 동질감을 부여한 바 있다면 사실상 편입이 발생한 것으로 평가된다.<sup>27)</sup>

## 3) 하청근로자에 대한 노무관리

대법원은 “원고용주가 작업에 투입될 근로자의 선발이나 근로자의 수, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검 등에 관한 결정 권한을 독자적으로 행사하는지”도 판단의 대상으로 삼고 있다.<sup>28)</sup> 실제로 노동력 제공자에 대한 시간적 구속성은 ‘종속성’ 또는 ‘근로자성’을 판단하는 매우 중요한 지표라고 한다.<sup>29)</sup> 따라서 상시로 대기하도록 하는 의무가 부여되어 있거나, 출근 의무 등을 인정할 수 있다면 이는 근로자의 종속성(Abhaengigkeit)을 징표하는 것이라고 본다.<sup>30)</sup>

다만 유의해야 할 바도 있다. 독일 연방노동법원은 시간 활용 및 배정에 있어 재량성이 보장될 수 없는 이유가 도급업무의 내용 상 속성이나 특성에서 유래된 것이라면, 이러한 시간 배정에서의 재량성 흠결을 두고 근로자로서의 종속성을 단정하는 근거로 삼을 수는 없다고

23) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결.

24) BAG 8. 11. 1978, AP Nr.2 zu §1 AÜG; LAG Frankfurt 11. 7. 1989, EzAÜG BetrVG Nr.56; Schüren, AÜG §1, Rdn.126.

25) BAG 14. 6. 1985, EzAÜG Nr.186; LAG Berlin 1. 2. 1988, AuR 1989, 320; LAG Berlin 1. 9. 1989, LAGE §611 BGB Arbeitgeberbegriff Nr.2.

26) BAG 14. 8. 1985, EzAÜG Nr.186.

27) BAG 30. 1. 1991, AP Nr.8 zu §10 AÜG; ArbG Ulm 2. 11. 1988, EzAÜG §631 BGB Werkvertrag Nr.20.

28) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결.

29) Nicole Neuvians, Die Arbeitnehmeraehnliche Person, 2002, Diss. Bochum, S.31ff.

30) BAG AP Nr.1. 38 zu § 611 BGB Abhaengigkeit; BAGE70, 104(110).

판단하고 있다는 사실이다.<sup>31)</sup>

### (3) 도급 당사자로서의 적격성

도급계약은 민사전형계약의 하나다. 따라서 도급계약의 당사자가 독립된 계약의 주체로서 실질을 가져야 함은 물론이다. 원하청 계약은 원청회사와 하청회사 간 독립된 경영주체성을 전제로 하는 것이다. 예컨대 하청회사가 경영적 독립성을 흠결한 경우라면, 처음부터 하청회사와 하청근로자 간의 근로계약도 그 실체가 없는 것이 된다. 나아가 원청사업주의 독자적인 기업가적 판단이 사실상 하청사업주의 지시권을 통해 구현되는 방식으로, 원청사업주의 지시권을 하청사업주가 대행하는 데 불과하다면 이 역시 불법적인 근로자과견의 사례가 될 여지가 높게 된다.<sup>32)</sup> 중간사용자가 단지 간접사업주의 지시권을 단지 전달하는 자에 불과한 경우라면 사실상 파견근로관계로 파악하여야 하기 때문이다.<sup>33)</sup> 요컨대 수급사업주는 자신의 고유한 경영적 판단의 여지가 있어야 하며, 도급계약으로부터 초래될 수 있는 다양한 민사상 책임을 독자적으로 부담할 능력이 있어야 한다.

## 3. 소결

대법원이 위장도급에 관한 판단기준으로서 세 가지 관점으로 그 판단지표를 유형화해 놓고 있음을 앞서 살펴보았다. 사실 이 세 가지는 각자 독립된 것으로 보이지만, 실은 매우 유기적으로 연계되어 있다. 요컨대 민사계약관계의 전형성과 유형화는 그 계약급부의 주된 목적이 무엇인가를 기준으로 한다. 근로계약이나 도급계약도 마찬가지다. 결국은 계약의 급부 목적이 무엇인가가 본질적인 유형판단의 핵심지표가 된다. 다만 도급계약의 목적으로서 그 적격성을 갖춘 것이라도 그 이행과정에서 재량적인 업무수행이 아니라 도급사업주의 고유한 필요에 대응하여 노동력의 활용이 이루어지는 경우라면 이를 달리 볼 수 밖에 없다. 이러한 점 때문에 오늘날 위장도급 여부를 판단하는 가장 중요한 지표로서 지시권 행사에 주목하지 않을 수 없다. 지시권행사 여부는 계약의 목적이 ‘일의 완성’에 있는 것인지 아니면 ‘노동력의 지배’에 있는 것인지를 가장 명확하게 보여주는 단초이기 때문이다.

다만 이 문제는 해명하는 데 반드시 고려되어야 하는 것이 바로 도급지시권(Anweisung)이라는 개념이다. 이는 사용자의 지시권과 구별되어야 한다. 사용자의 지시권은 근로자의 노동

<sup>31)</sup> BAG AP Nr.21. 35 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>32)</sup> BAG v. 9. 11. 1994, NZA 1995, S.572.

<sup>33)</sup> Küttner/Bauer, Mittelbares Arbeitsverhältnis, Rn. 4.

력 활용 방식과 내용을 확정하는 권한이다. 근로관계에서 사용자는 근로자의 노동력 활용방식을 처음부터 확정하지는 않기 때문이다. 나아가 근로관계가 지속되면서 그 활용방식과 범위를 변경할 수도 있다. 이하에서 자세히 살펴보기로 한다.

### Ⅲ. 도급 지시권과 근로지시권의 개념상 구별

#### 1. 개요

우선 근로자파견에 있어서는 해당 외부 인력의 노동력을 사용사업주가 지배하고 활용하게 된다. 사용사업주는 이 인력들을 자신의 생각과 목적에 따라 사용사업주의 사업장에 사용사업주의 근로자처럼 배치한다. 이 인력들은 완전히 사용사업주의 사업장에 편입되고, 그들의 노무를 단지 사용사업주의 지시(Weisung)에 따라 실시한다.<sup>34)</sup>

사용사업주에 대한 파견사업주의 계약상 의무는, 파견업자가 근로자를 선발하고, 파견업자가 그 선발된 근로자를 사용사업주에게 노무급부를 위해 이용할 수 있게끔 하면 종료된다. 파견사업주는 단지 파견된 근로자의 선발에 있어서의 과실에 대해서만 책임을 부담한다.<sup>35)</sup>

원칙적으로 도급계약관계에서 수급인은 도급업무를 수행함에 있어 자신의 재량적 판단을 통해 그 결과물을 도출하게 된다. 따라서 서비스의 제공 및 일의 제작과 관련하여 서비스공급자(Dienstnehmer) 또는 수급인(Werknehmer)은 자신의 고유한 판단이 존중된다. 도급업무를 수행하게 되는 수급인은 급무의 목적이 된 ‘일의 완성’에 있어 구체적인 실행자이고, 도급인은 일의 완성에 따라 도출되는 결과물만을 인도받으면 족하기 때문이다.<sup>36)</sup>

대체로 이러한 도급계약의 경우, 그 일을 맡긴 사람인 도급인은 수급인이 그가 맡기고자 하는 일(Werk)와 관련하여 전문가라고 판단하고 맡긴 것이다, 그렇기 때문에 도급인은 수급인에 대하여 도급업무와 관련하여 개입이나 간섭을 할 수도 없고, 할 필요도 없다. 따라서 일의 완성에 있어 수급인의 고유한 판단은 존중될 수밖에 없다. 이를 도급계약에 있어 ‘수급인의 재량적 업무수행성’이라고 한다. 수급인의 재량적 업무수행성은 도급계약의 매우 중요한 전형성 요소에 해당된다.<sup>37)</sup>

<sup>34)</sup> BAG, Beschluß vom 28. 11. 1989 - 1 ABR 90/88 - AP Nr.5 zu §14 AÜG.

<sup>35)</sup> BAG AP Nr.2 zu §1 AÜG; BAG AP Nr.1 zu §9 BetrVG 1972.

<sup>36)</sup> BAG vom 1. 12. 1992 - 1 ABR 30/92.

<sup>37)</sup> BAG vom 1. 12. 1992 - 1 ABR 30/92.

따라서 도급 또는 고용계약에 기초한 경우, 해당 업무를 수행하도록 위탁받은 자는 그 계약의 상대방에 대해 계약상 예견되어 있는 노무(Dienste)를 제공하고, 계약상 의무로서 부과된 일의 완성을 도모해야 하며, 이에 대하여 계약상 채무를 부담하게 된다.

서비스 또는 도급계약의 실행을 위해 배치된 근로자들은 수급사업주의 지시(Weisung)를 받는다. 그리고 그는 도급계약의 이행보조자의 지위에 놓이게 된다. 다만 도급인은, 독일 민법 제645조 제1항 제1문에서 주어지는 것처럼, 다시 수급인에게 독립적으로 또는 그의 이행보조자에게 그 일의 실행을 위한 지시를 할 수 있다. 하지만 이러한 지시는 도급인지시권의 행사로 보아야 하며, 이러한 도급인지시권 행사는 해당 도급계약관계를 근로자과건법의 규제대상에 포섭시키는 데 아무런 영향을 미치지 못한다.

## 2. 독일 판례에서 나타난 도급지시권의 속성

이미 독일에서는 1990년대 초부터 도급지시권과 근로지시권의 구별이 논쟁거리였으며 상당히 많은 판결이 도출되었다. 이른바 세척장 업무도급 사례(BAG vom 1. 12. 1992 - 1 ABR 30/92)도 그 하나다.

### (1) 개요 및 사실관계

동 판례의 대상 사건 사실관계는 다음과 같다. A는 주방, 미용관련 물품을 생산하는 회사이다. 냄비, 유리, 주전자와 그 밖에 빗이나 드라이 등 미용관련 제품들이 주 생산제품이다. 이러한 생산품의 공정 중에 용기 및 생산물 부품들을 깨끗하게 세척하는 과정이 있었다. 이를 위해 별도의 세척실이 운영되고 있었다.

이 세척실에는 1990년 5월까지 직영근로자 3명이 근무했지만, 이 세 명의 근로자 가운데 한 직원은 스스로 원하여 1990년 6월 1일부터 다른 행정관련 부서로 옮기고, 나머지 두 근로자도 생산부서에 편성되었다.

이렇게 되자 세척실 업무수행이 어렵게 되었다. 이에 따라 A사는 1990년 6월 21일 H.사와 인력서비스공급계약을 체결하고 H.사로 하여금 세척장의 운영업무를 위탁하게 되었다. 이 계약에 기초하여 1990년 7월 31일 H.회사 직원 3명이 세척장에서 일을 시작했다. 그 후에 모두 5명의 H.사 소속 근로자들이 교대제로 세척장에서 근무했고, A와 직접 근로계약을 체결한 직영근로자들은 그 때부터 더 이상 세척장에서 업무를 수행하지는 않았다.

A와 H.회사는 1991년 5월 21일에 ‘세척장에서의 세척업무’의 위탁에 관한 계약을 갱신하면서 갱신계약서에 새로운 내용을 삽입하고 그 계약을 갱신, 체결하였다.

그런데 그 계약의 내용에 따르면, 세척장에서 업무를 수행하는 근로자에 대하여, A 측이 업무에 관한 업무지시(Arbeitsanweisung) 가능성이 언급되어 있었다. 이 사건은 바로 H.사의 근로자로서 화학회사인 A사의 세척실에서 업무를 수행한 근로자들이 A사에 업무상 조직적으로 편입되었다고 하면서, 사실상 A사의 근로자임을 주장하고, 더불어 A사의 경영협의회(Betriebsrat)에 정당하게 참여할 권한이 있다고 주장한 사건이었다.

판결의 주된 쟁점은, A와 H.회사 간의 세척장에서의 세척업무 도급계약 갱신과정에서, 이른바 원청회사가 일정한 경우를 전제로 하여 하청근로자들에게 세척장 업무에 관한 지시를 할 수 있도록 한 데 있었다.

즉, 앞서 언급한 바대로 도급계약의 핵심적 속성은, 도급계약의 목적을 사전에 명확하게 해 두는 것이다. 도급계약을 하면서, 일정한 경우를 전제로 한 지시권 행사의 여지를 둔 것을 두고 분쟁이 벌어진 사안이다.

결론적으로 보면, 이 사례에서 독일연방노동법원은 서비스업자 또는 수급인 혹은 그들의 이행보조자로서 서비스계약 또는 도급계약에서 합의된 급부를 이행하는 자로서 세척실에서 근로를 제공하는 자들의 경우, 위탁자인 A사의 사업장에 조직적으로 편입되었다고 보기는 어렵다고 보았다. 왜냐하면 이 자들은 위탁자의 영업장 내에서 업무를 수행하는 것이기는 하나 이는 단지 장소적으로 그러하다는 것을 의미할 뿐이고, ‘그들에 의해 제공되는 급부 혹은 그들에 의해 제작되는 일’의 구체적인 ‘방법, 범위, 물품, 시간 및 장소’와 관련하여서는 수급인의 경영상의 판단을 통해 구체적으로 계획되고 확정된다고 보아야 하기 때문이다.<sup>38)</sup> 이른바 일정한 전제 요건 하에서의 지시권 행사 가능성은 도급대상 업무의 속성 상 그 도급업무의 완성을 위해 필요한 사항으로서 미리 예정될 수 있는 것으로 보아야 한다는 취지다.

이러한 판례 취지를 염두에 두고, 이른바 도급지시권과 근로지시권에 관한 구별을 위해 고려될 수 있는 기준을 살펴보기로 한다.

### 3. 도급지시권과 근로지시권의 구별 기준

#### (1) 지시의 ‘대상’: “‘인적 통제권’인가 ‘목적물에 대한 보충권’인가?”

노동법상의 지시권(Weisungsbefugnis)은 ‘인적 통제권’ 차원에서 파악된다. 즉, 근로계약상

<sup>38)</sup> 경영조직법 제99조 상의 고용(Einstellung)은 오히려, 이러한 자들이 스스로 사용자의 업무조직에 편입되고, 사용자가 이들의 업무배치에 있어 근로관계에 관한 전형적인 결정들을 시간과 장소에 맞추어야 하고, 사업자가 또한 이자들에 대한 인적 통제권(Personalhoheit)을 가지는 경우에 존재하게 된다.

의 지시권(Weisungsrecht)은 ‘인적 관련성’을 가진다는 점에서 차이가 있다. 이를 달리 표현하면, 인간의 노동력 그 자체가 근로계약의 급부목적이고, 그 급부목적은 구체적으로 활용하는 것이 사용자적 지시권이다. 그러므로 사용자의 지시권은 그 결과물에 대한 지향성이 아니라 그 과정 및 절차를 지향한다는 속성을 가진다.

이에 반해 도급지시권은 일정한 결과물에 지향한 과제 수행을 전제로 한 지시권(projektbezogene werkvertragliche Anweisung)이라는 점에서, 근로지시권과는 구별된다. 요컨대 목적물에 대한 보충적 지시권으로서 ‘결과물관련성’(sachbezogen)을 가진다. 도급인은, 수급인 또는 그의 이행보조자에게 그 일의 시행을 위한 지시(Anweisungen)를 할 수는 있다. 도급인의 바램과 요구사항을 설명하고, 실행시킬 수 있어야 하기 때문이다. 그러나 기본적으로 수급인의 재량적인 업무수행 여지를 봉쇄할 수는 없다.<sup>39)</sup>

요컨대 도급계약상의 지시(Anweisung)는 맡겨진 일의 완성물에 관련된 형상이나 품질 등에 대한 지시로서의 특징을 가진다. 도급인 지시권의 내용은 이행이 맡겨진 수급업무의 ‘결과물’에 객관적으로 관련되어 있어야 하는 것이다.<sup>40)</sup>

결론컨대 제3자의 지시(Anweisung)에 의해 근로자가 이행해야 할 급부의 대상 내용이 비로소 구체화되는 것으로 평가될 수 있다면, 이는 사용자적 지시권의 행사로 보아야 한다. 이와 달리 제3자의 지시에 의해 종래에 합의했던 도급대상물의 범위 안에서 ‘다르거나 혹은 동일한’ 도급급부의 종류, 순서 및 개별 내용이 확정되어지는 것에 불과하다면 이는 도급계약 차원에서의 도급인 지시권으로 보아야 한다.<sup>41)</sup> 즉, 지시권의 행사가 새로운 노무제공내용을 형성하는 것이라면 근로계약으로서의 지시권을 말하는 것이고, 당초 도급계약의 내용을 보다 세부적으로 구체화하는 것이거나, 그 순서나 종류를 확정하는 것에 그친다면 이는 도급인의 지시권이라고 보아야 한다.<sup>42)</sup>

## (2) 지시의 ‘동기’: “별도의 지시동기가 존재하는가?”

근로관계에서의 사용자로서 지시권은 노동력 제공자의 ‘행동방식’을 결정하기 위한 지시가 주된 내용이 된다. 그러므로 - 도급계약상의 도급인지시권(Anweisungsrecht)의 경우와 달리 - 사용자로서의 지시권을 행사하는 이유가 그때그때 마다 다르며, 별도의 동기(Motivation)를 내포하게 있다.

<sup>39)</sup> 독일 민법 제645조 제1항 제1문; von Hozningen\_Huene, Anm. zu BAG EzA §99 BetrVG 1972 Nr.102.

<sup>40)</sup> Bekker, DB 1988, S.2565.

<sup>41)</sup> BAG Urteil vom 30. 1. 1991 - 7 AZR 497/89.

<sup>42)</sup> BAG Urteil vom 30. 1. 1991 - 7 AZR 497/89.

그러나 도급지시권은 다르다. 도급인지시권은 맡겨진 일의 완성을 구현하기 위한 보충적인 지시에 불과하므로 지시권을 행사할 때마다 별도의 동기(Motivation)나 이유를 함축하지는 않는다.<sup>43)</sup> 도급인은 미리 도급계약을 통해 인도받고자 하는 결과물의 성상을 두고, 자신의 취향과 요구를 구체적으로 미리 제시하는 것이며, 이러한 차원에서 도급지시권의 행사가 이루어질 수 있을 따름이다. 요컨대 도급지시권은 미리 선제적으로 도급계약의 목적이 구체화되어 있고, 또 사후에 이를 보충하기 위한 목적과 동기로 지시권 행사가 이루어지는 것이지, 각 개별 지시마다 고유한 별도의 동기를 가지는 것은 아니다. 노동력의 지배가 아니기 때문이다.<sup>44)</sup>

### (3) 지시권의 ‘이행 목적’: “누구를 위한 이행인가?”

도급지시권과 근로지시권의 구별은 업무상의 지시에 노무제공자가 따르게 되는 이유를 기준으로 해서도 판단할 수 있다. 즉, 제3자가 근로자에게 일정한 업무상의 지시를 한 경우에, 그 지시에 따라 업무를 수행하는 것은, 도급지시권에 따르는 것인지 아니면 근로지시권에 따르는 것인지를 구별하여야 한다. 이를 위해 중요한 것은, 과연 그러한 지시에 따르게 되는 이유가 무엇인가 하는 점이다. 즉, 도급인(제3자)을 위한 것인가, 자신의 사용자를 위한 것인지를 판단할 필요가 있다.

먼저 도급인의 업무관련 지시에 따르는 것이, 도급인을 위하는 것이라면, 이는 사실상 근로관계 당사자로서의 속성을 가진다고 보아야 한다. 다른 한편 도급인의 업무관련 지시에 따르는 것이 수급인사용자(즉 근로계약을 체결한 하청사용자)를 위하는 것이라고 평가되면, 이는 도급관계로서의 실질을 가지는 것으로 볼 수 있다. 수급업무의 내용이 도급인의 사업목적에 지원(Förderung)하기 위한 형태이기 때문이다.

자신의 사용자가 위탁자와의 도급계약 상의 의무를 이행하는 과정에서 경우에 따라 제3자의 지시(Weisungen)에 의해 업무내용이 결정되어지더라도 근로자의 활동을 통해서 제3자의 사업목적에 직접 지원하는 것으로 보기 보다는 오히려 제3자의 지시를 따라 근로자가 업무를 수행하는 것은 ‘계약상 사용자’의 사업목적(도급업무수행)을 보다 충실하게 수행하기 위한 목적에 이바지하는 것으로 보아야 한다.

이러한 점을 염두에 둘 때 위장도급 여부를 판단하는 문제에서, 양 당사자 간에 당초 업무도급계약을 통해 실현하고자 하는 계약의 내용과 그 의도 등을 면밀하게 재검토하는 것이 매우 중요하다는 점을 재확인하게 된다.<sup>45)</sup>

<sup>43)</sup> Bekker, DB 1988, S.2565.

<sup>44)</sup> BAG SAE 1992, S.215.

<sup>45)</sup> BAG NZA - RR 2012, S.455.

#### 4. 구체적인 예외 유형 및 쟁점 재검토

##### (1) 일정한 전제 조건 하에서의 업무지시권 행사인 경우

노동법상의 지시권(Weisungsbefugnis)은 ‘인적 통제권’ 차원에서 파악되며, 이때 인적 통제권은 조직적인 속성을 가진다. 일정한 조건 하에서 필요에 따라 업무 내용에 대한 지시권 행사의 여지가 있는 경우를 구별해서 판단하여야 한다. 요컨대 상시적이고 잠정적으로 하도급계약 내용 범위 내에서 조직적 차원에서의 지시권 행사 즉, 근로내용의 추후적 확정 이루어지는 경우는 편입상태에 놓인 것으로 볼 수 있다.

그러나 일회적으로 도급계약 목적의 올바른 완성을 위해 필요한 범위 내에서 업무의 지시 가능성이 있다면 달리 보아야 한다. 특히 이러한 지시 가능성이 도급계약의 목적 내에 명확하게 명시되어 있다면, 이는 도급계약 상 일의 완성을 위해 필요한 범위 내에서의 도급지시권으로 볼 여지가 있다. 이때 편입상태가 인정될 수 없음도 물론이다. 예를 들어, 긴급상황과 위험상황에서는 원청회사 측이 직접적인 지시를 행사할 수 있도록 도급계약서에 합의해 놓은 경우가 있을 수 있다.<sup>46)</sup> 실제로 이러한 상황이 발생하였을 경우에, 지시권 행사가 이루어지더라도 이는 근로계약관계의 형성을 염두에 둔 것이 아니라 오로지 도급업무의 완성을 위한 협력관계 차원의 지시라고 보아야 한다. 다시 말하면 지시권 행사의 목적이 수시로 변화하는 것이 아니라 오로지 일의 완성에 집약되는 것이다.<sup>47)</sup> 따라서 위와 같은 예에서 원청회사가 하청근로자인 보안 요원에 대하여 지시권을 행사한 경우라도 이는 근로 지시권이라고 볼 수 없다.<sup>48)</sup>

##### (2) 업무수행 방식에 관한 매뉴얼이 제공되는 경우

업무도급계약관계에서 이른바 업무수행방식에 관한 매뉴얼이 제공되는 경우가 있다. 예컨대 다양한 전자 장치에 기한 업무지시가 이루어지는 경우도 있다. 그리고 처음부터 아예 조립작업지시표와 사양식별표, 서열표 등이 제공되는 경우도 있다.

이러한 매뉴얼이나 전자적 지시가 과연 불법과건을 판단하는데 있어 중요한 기준이 될 수 있음은 물론이다. 다만 그 실질적인 내용과 의미를 잘 검토해야 한다. 요컨대 지시권의 내용이 노동력에 대한 개별적 동기에 바탕한 것이라면 이는 불법과건 또는 위장도급관계를 징표하는 것이라 할 수 있다. 즉, 만약 해당 매뉴얼이 근로자의 노동력 그 자체에 대한 지배를 목

<sup>46)</sup> BAG 2012. 1. 18, NZA RR 2012, S.455.

<sup>47)</sup> BAG 2012. 1. 18, NZA RR 2012, S.455.

<sup>48)</sup> BAG 2012. 1. 18, NZA RR 2012, S.455.



적으로 한 것이라 평가되며, 그때 그때 마다 고유한 노동력 제공내용의 변경을 목적으로 하는 것이라면 이는 근로관계로서의 고유성을 내포한 것이라고 보아야 한다. 따라서 만약 도급인이 스스로의 경영적 판단을 통해 당초 정해 놓은 공정과 전혀 관계없는 업무에 배치하거나, 해당 노무제공자의 노무제공능력에 대하여 인사평정에 나서는 등, 노동력 그 자체의 지배를 목적으로 한 경우라면 이는 근로지시권의 범주 내에 있는 것으로 평가되어야 한다.

그러나 이것이 도급업무를 통해 실행될 완성물의 성상이나 품질을 담보하기 위한 일관된 목적을 가진 것이라면 달리 볼 여지도 있다. 만약 도급인의 사양식별표 등의 제공이 도급계약의 목적을 세밀하게 기재하여 제공하는 것으로서, 수급인으로 하여금 도급계약의 내용에 부합하도록 하기 위한 것으로 평가된다면, 이는 도급지시권의 범주에 있다고 보아야 한다.

### (3) 사내 질서 및 업무속성에 기한 노무 관리 사례

지시권의 행사는 노무관련 지시권(arbeitsbezogene Weisung)과 사내질서조직관련 지시권(organisatorische Weisung)을 구별하여야 한다.<sup>49)</sup> 사용자의 지시권 중 조직내 질서 관련 지시(organisatorische Weisung)의 행사는 사내하도급의 경우 불법과견으로서의 실질을 가지는 요소로 단정하기 어려운 경우도 있기 때문이다. 오히려 사업장 내에서의 수급업무 완수라는 고유한 속성에서 비롯된 것일 수 있다. 요컨대 도급인(원청사업체)의 영업장 내에서 업무를 수행하게 되는 이상, 사업장 내 질서나 업무 운용은 도급인에 의해 일원적으로 관리될 여지는 인정되어야 하기 때문이다. 결국 사내하도급의 경우 도급인은, 자신의 영업장 내에서 자신의 직영 근로자는 물론 외부 근로자에 대하여서도, 영업장 질서와 안정 등 제반 조직적 차원에서의 명령과 지휘, 감독이 가능하다고 할 것이다. 실제로 하청사업주가 하청근로자들에 대한 출퇴근 관리는 직접 하였지만, 원청회사가 사내하청근로자들의 작업 시간을 특별히 마련된 시간기록기(Zeiterfassungsgerät)에 의해 산정하고 있었던 사례에서 독일 연방노동법원이 위장도급의 결정적 근거로 삼을 수 없다고 본 경우도 있었다.<sup>50)</sup> 이른바 실제 근로시간의 확인이 사내 안전에 직결되는 경우였기 때문이다.

### (4) 혼재 작업과 공동작업

공동작업이 위장도급 논쟁에서 중요한 의미를 가지는 이유는 다음과 같다. 공동작업을 하게 되면, 그 결과 수급인의 이행보조자로서 원고에게 독립적으로 귀속되어야 할 일의 완성 범위

<sup>49)</sup> BAG AP Nr.2 zu §9 AÜG.

<sup>50)</sup> BAG Urteil vom 30. 1. 1991 - 7 AZR 497/89.

를 확정하거나 확인할 수 없게 되는 문제가 발생한다.<sup>51)</sup> 이렇게 되면 처음부터 도급계약으로서 그 대가의 지급근거가 되는 일의 완성을 확인할 수 없게 된다. 그 결과 만약 대가가 지급된 바가 있다면, 이는 노무제공의 대가로 볼 수밖에 없게 된다. 이처럼 공동작업이라는 개념은 도급계약의 본질과 어울리지 않는 속성이 있다.<sup>52)</sup> 실제로 최근 대법원 판결에서사내협력업체의 수급 업무가 원청 직영근로자의 업무와 동일하여 실제로 구분되지 아니하는 점이 지적된 바 있다.<sup>53)</sup>

이러한 이유로, 서비스공급계약이라도, 기본적으로 서비스제공자에 소속된 근로자가 이행보조자로서 해당 서비스제공자의 지시에 따라 업무를 수행하여야 하여야 하며, 나아가 이러한 업무수행과정에서 서비스를 제공받는 도급업체의 사업장에 구성원으로서 편입되는 일이 발생하면 안된다고 평가한다.

개념상 혼재작업과는 구별되어야 한다. 장소적 공동성에 기인하는 단순한 혼재작업은 이와 구별되어야 하기 때문이다. 장소적 공동성에도 불구하고 업무의 내용과 그 결과물이 분리될 수 있다면, 혼재작업이라도 공동작업으로 평가할 수는 없게 된다. 요컨대 혼재작업과 공동작업은 법개념론상 명확히 구별되어야 한다.

한편 근로자가 그의 휴가를 원청회사인 제3자 및 그의 근로자들과 협의를 통해 결정해야만 한다는 것으로부터 근로자파견이 존재한다는 것이 곧바로 추론되지 않는다. 왜냐하면 그러한 휴가사용에 대한 합의는 제공되는 서비스 또는 도급급부의 종류와 내용에 의해서 구체적으로 조건화되는 경우가 얼마든지 있을 수 있기 때문이다. 요컨대 제공되어야 할 ‘급부’가 특정 시간에 구속되어 제공되어야 하거나, 특정 ‘건물, 설비, 기계 또는 투자시설’에서 제공되어야 하는 경우에, 해당 시설 내에서 근로하는 외부 근로자들 또는 해당 건물 사업주와의 협의를 받는 것은 얼마든지 예견가능한 일이라 할 수 있다.

다만 지시권의 내용 중 인사조직과 관련된 것은 비교적 명확하다. 도급인이 외부로부터 파견된 근로자에 대해 직접적으로 특정 업무에 배치하고 그 업무의 수행에 필요한 다른 근로자들을 붙여 주는 경우에는 근로자파견관계를 암시하는 것으로 보아야 한다.

51) BAG Urteil vom 30. 1. 1991 - 7 AZR 497/89.

52) BAG Urteil vom 30. 1. 1991 - 7 AZR 497/89.

53) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결.

#### IV. 결론 및 시사점

1. 우선 위장도급 판단에 있어 중요한 것은 사실관계의 명료성을 확보하는 일이다. 사실관계 그 자체에서도 매우 다양한 계약적 요소들이 혼재되어 있는 마당에 사실관계 그 자체에 대한 확정 조차 미흡하다면, 위장도급 사례의 판단은 매우 어렵게 된다. 이러한 점 때문에 독일 연방노동법원은 하위법원에 대하여, 구체적인 사실관계의 명료성을 촉구하고 있다. 하지만 정작 이러한 구체적 사실은 단순히 그러한 사실의 존부가 문제가 아니라 그러한 사실을 법개념적으로 포섭하는 문제이다. 따라서 결코 쉽지 않은 일이며, 위장도급 여부에 대한 판단문제가 왜 어려운 것인가를 여실히 보여 주고 있다. 다만 계약의 목적, 급부의 장소, 종류와 방법 및 시간적인 기한 등이 미리 구체화되어 있어야 한다. 그렇지 않으면 불법과견의 소지가 크다.

2. 두 번째로는 개별 지표가 갖는 미묘한 의미를 사실관계에서 명확하게 도출해 내야 한다. 단지 외견상 나타난 지표사실만으로 위장도급여부에 대한 단정적으로 판단해서는 안된다. 예컨대 휴가시점이나 휴게 시점에 대해 또는 연장 근로 여부에 대해 누가 이를 판단하는가가 매우 중요한 위장도급 판단 기준이지만, 도급업무의 내용과 속성 역시 함께 고려하여야 한다. 예컨대 파견근로자가 휴가를 원청회사인 제3자 및 그의 근로자들과 협의를 통해 결정해야만 한다는 사실로부터 곧바로 근로자파견관계를 곧바로 추론할 수는 없다. 휴가사용에 대한 협의는 제공되는 서비스 또는 도급급부의 종류와 내용에 의해서 구체적으로 조건화되는 경우가 얼마든지 있을 수 있기 때문이다.

3. 세 번째로 근로지시권은 그 지시에 의해 근로자가 이행해야 할 급부의 대상 내용이 비로소 구체화된다. 이와 달리 제3자의 지시에 의해 종래에 합의했던 도급대상물의 내용과 성상을 구체화하는 차원에서의 지시인 경우 도급지시권 행사로 볼 여지가 있다. 더 나아가 지시권 행사의 동기도 면밀하게 살피는 동시에, 하청근로자가 원청사업주의 지시를 따르는 경우라도 과연 누구를 위한 것인가도 살펴 보아야 한다.

4. 결론컨대 지시권 행사는 근로계약관계에서만 도출될 수 있는 고유한 것이다. 노동력의 종속적 지배 그 자체가 계약의 목적인 경우에만 지시권의 행사가 가능하기 때문이다. 다만 그 지시권의 행사는 그 실질에 있어 도급지시권과 구별되어야 한다. 이를 위한 보다 면밀한 연구와 판례 축적이 필요해 보인다.



## “업무도급관계에서의 위장도급 판단 - 업무 지시권을 중심으로”에 대한 토론문

김기선\*

I. 발제자께서는 “파견근로관계에 관한 노동법적 규제와 업무도급계약관계는 일정한 상관성을 가지”고 있다는 점을 지적하고 있습니다. 이에 따라 발제자께서는 “파견근로관계에 대한 노동법적 규제가 엄격해지면, 업무도급관계가 늘어나고, 파견근로관계에 관한 노동법적 규제가 완화되면, 업무도급관계는 상대적으로 줄어”들고, 그 예로 “실제로 최근 독일에서 파견근로자에 대한 보호 강도가 높아지면서, 또다시 도급계약이 파견근로계약관계 상의 노동법적 규제를 회피하기 위한 우회로로 확대 활용되는 추세에 있다는 지적이 나오고 있다”고 언급하고 있습니다.

근로자파견과 도급계약을 통한 하청근로자의 활용간의 상관관계를 인정한다고 할 때, 발제자께서 생각하는 ‘도급계약으로의 회피’ 현상을 막기 위한 방안은 무엇인지 고견을 듣고자 합니다.

II. 2015년 2월 26일 대법원은 4개의 사내하도급 관련 판결을 통해 아래에서 보는 바와 같이 근로자파견에 해당하는지에 대한 판단에 대하여 몇 가지 원칙을 밝힌바 있습니다.

“파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 ‘파견법’이라고 한다) 제2조 제1호에 의하면, 근로자 파견이란 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 파견법의 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

---

\* 한국노동연구원 부연구위원, arbeit@kli.re.kr.

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 판결에서 대법원은 ‘실질판단원칙’ 및 ‘종합적 판단 원칙’ 이외에, 근로자파견과 도급의 판단기준도 제시하였습니다. 이와 관련하여 발제자는 대법원이 제시하는 기준을 크게 세 가지의 관점, 즉 (1) “(도급)계약의 목적 적격성” (2) “(도급)업무수행과정에서의 적격성”, (3)(도급) 계약 당사자로서의 적격성 판단으로 구분하고 있습니다. 그러나 사건으로는 대법원은 근로자파견에 해당하는지 여부에 대한 판단기준과 관련하여 근로자파견과 도급계약이 상호 대비되는 특징적인 여러 가지 판단기준을 나열하는 ‘유형적 방법(Typusmethode oder typologische Methode)’으로 5가지의 판단기준을 제시하였고, 이들 판단기준 중 ①과 ②의 요소는 근로자파견임을 적극적으로 보여주는 징표인 반면, ③, ④, ⑤의 요소는 해당 계약이 도급계약임을 보여주는 징표에 해당합니다. 근로자파견과 도급의 구별과 관련한 대법원의 판단 방식 및 기준과 관련하여 발제자의 의견을 듣고자 합니다.

Ⅲ. 근로자파견과 도급의 구별에 관한 대법원의 판단기준에 따르면 원청사업주(또는 사용자)의 지시권 행사는 판단기준 중 하나의 기준으로 실시되고 있는데, 발제자께서는 “위장도급논쟁이라는 복잡한 실타래를 풀어가는 핵심키가 바로 지시권과 도급지시권을 구별하는 것”이라고 보고 있습니다. 그 이유가 무엇인지 궁금합니다.

Ⅳ. 발제자께서는 근로자파견관계에서 사용자사업주가 행사하는 노동법상의 지시(Weisung)와 도급계약에서 도급인이 행사하는 도급상의 지시권(Anweisung)은 구별되어야 한다는 점을 지적하면서, 그 구별기준으로 (1) 지시의 ‘대상’: “‘인적 통제권’인가 ‘목적물에 대한 보충권’인가?”, (2) 지시의 ‘동기’: “별도의 지시동기가 존재하는가?”, (3) 지시권의 ‘이행 목적’: “누구를 위한 이행인가?”를 제시하고 있습니다. 독일 연방노동법원의 판례 또한 노동법상의 지시와 도급상의 지시를 구별하는 것이 필요하다는 입장에서 서 있는 것으로 알고 있습니다. 그러나 이와 같은 입장에 대하여는 ‘지시의 이중적 기능(Doppelfunktionalität der Weisungen)’, 즉 하나

의 동일한 지시는 도급상의 지시인 동시에 노동법상의 지시도 될 수 있다는 점을 간과하고 있다는 주장도 제기되는 것으로 알고 있습니다. 이에 대한 발제자의 견해는 무엇인지 궁금합니다.

V. 발제자께서는 노동법상의 지시와 도급상의 지시를 구별하기 위한 기준을 제시한 이후, 구체적인 예외 유형에 대한 검토를 하고 있습니다. 이와 관련하여 몇 가지 질문을 드리고자 합니다. 또한 근로자과견관계나 도급계약을 통한 하청근로자의 활용 모두 일정한 기간을 목표로 하는 장기계약관계(Dauervertragsverhältnis)라는 점에서 그 지시권 행사의 유형은 매우 다양할 수 있다고 판단됩니다. 이에 따라 발제자가 검토하고 있는 유형이외에 법률판단이 문제되는 여러 가지 유형이 있을 수 있다고 판단되는데, 이와 관련하여도 몇 가지 질문을 드리고자 합니다.

1) 발제자께서는 “일정한 전제 조건 하에서”, 예컨대 “긴급상황과 위험상황에서는 원청회사 측이 직접적인 지시를 행사할 수 있도록 도급계약서에 합의”하였고, “실제로 이러한 상황이 발생하였을 경우에, 지시권 행사가 이루어지더라도 이는 근로계약관계의 형성을 염두에 둔 것이 아니라 오로지 도급업무의 완성을 위한 협력관계 차원의 지시라고 보아야 한다.”고 판단하고 있는데, 이것이 계약관계기간 내내 또는 상당 기간 원청사업주에 의해 지시가 이루어져야 노동법상의 지시로 볼 수 있다는 것을 의미하는 것이지요?

2) 한편, 하청사업주와 원청사업주가 공동으로 지시권을 행사하는 경우, 즉 하청사업주뿐만 아니라 원청사업주도 지시권을 행사한 정황이 있는 경우, 발제자의 견해에 따르면 어떻게 판단되어야 하는지요?

3) 반면, 노동법상의 지시가 없는 경우, 다시 말해 하청사업주뿐만 아니라 원청사업주로부터의 노동법상의 지시가 불필요한 업무의 경우에는 어떻게 판단되어야 하는지요?

4) 발제자께서는 “업무수행 방식에 관한 매뉴얼이 제공되는 경우”로서 “도급인의 사양식별표 등의 제공이 도급계약의 목적을 세밀하게 기재하여 제공하는 것으로서, 수급인으로 하여금 도급계약의 내용에 부합하도록 하기 위한 것으로 평가된다면, 이는 도급지시권의 범주에 있다고 보아야 한다.”고 보고 있습니다. 그러나 이와 같은 경우에는 하청근로자가 외형상으로는 원청사업주가 아닌 하청사업주로부터 지시를 받게 되지만 하청사업주는 별도의 독자적인 권

한을 행사함이 없이 원청사업주가 도급계약으로 사전에 정한 작업지시를 그대로 하청근로자에게 전달하는데 그치게 됩니다. 그리고 이는 원청사업주가 노동법상의 지시권을 행사하는 정황을 은닉하기 위해 형식적으로 선임된 하청사업주의 현장감독인을 통해 지시를 전달하는 경우와 동일합니다. 따라서 이와 같은 경우에는 원청사업주가 지시권을 행사하는 것으로 판단하는 것이 타당할 것으로 보입니다. 이에 대한 발제자의 견해를 듣고자 합니다.



【제4주제】

## 하청관계에서 노동법상 책임의 연대와 분배

신 권 철\*

- I. 서론
- II. 하청노동관계
- III. 판례를 통해 본 하청노동관계의 규율원리
- IV. 결론을 대신하여

### I. 서론

#### 1. 나의 사용자는 누구인가?

20년 전쯤 개봉한 이란 영화 ‘내 친구의 집은 어디인가?’에는 한 어린 학생이 친구의 집을 찾는 여정이 펼쳐진다. 친구의 공책을 돌려주기 위해 영화 두 시간 내내 주인공은 꼬불꼬불한 산과 골목길들을 뛰어 다니며 친구의 집을 찾아 헤맨다. 그것도 밤늦도록 끈질기게……노동법에서 자신의 진정한 사용자를 찾는 일도 이제 그와 같이 꼬불꼬불한 길을 찾아 헤매야 되는 일이 되어 버렸다. 그것도 끈질기게 찾지 않으면 진정한 사용자의 집은 보이지 않는다.

최근 개봉한 한국영화 ‘베테랑’은 그 20년 전과 다르게 자신의 사용자를 직감적으로 알아 버렸다. 영화에서 화물차량 지입차주인 피해자는 자신에게 일감을 주는 소장(하청업체 사장)이 밀린 운송비조차 줄 수 없는 등 아무런 권한이 없다는 것을 알고서 원청인 재벌기업의 빌딩 앞에서 4백 몇 십만 원의 밀린 운송비를 달라고 시위를 한다. 법으로 안 되는 일을 관철시킬 때 쓰이는 시위와 무력은 실은 법이 해 줄 수도 있는 일인데 안 하기 때문에 벌어지는 일이기도 하다.

나의 사용자는 누구일까? 라는 의문은 실은 나로부터 비롯되었다. 최근에 학교와 새로운(갱

---

\* 서울시립대학교 법학전문대학원 교수.

신) 계약을 체결할 때 그 계약의 상대방 당사자는 학교의 총장이었다. 내가 근로자임의 의심할 여지가 없는데 나의 사용자가 총장인지 여부는 의심스러웠다. 게다가 나의 학교는 법인격이 없는 지방자치단체의 영조물이기 때문에 총장은 행정법상의 영조물을 대표(대리)하는 것도 아니다. 그럼 혹시 서울특별시(지방자치단체이며, 법인격이 있다)로부터 영조물 관리와 운영을 위탁받은 하청관계가 아닌가? 라는 의심이 들었다. 이렇게 ‘하청(下請)’이라는 단어는 이제 너무 쉽게 도처에 퍼지면서 모든 것을 그 구조 안에 집어넣을 수 있는 도구처럼 되어 버렸다.

만약 하청관계라면 그럼 결국 내 월급은 누가 주어야 하는지(근로계약상의 임금지급의무)에 관해서도, 임금지급청구는 누구를 상대로 해야 하는지?까지도 모두 의심스럽게 되었다. 이것은 괜히 지어낸 고민이 아님을 학교장의 사용자성과 관련된 판례를 통해서도 확인할 수 있다.<sup>1)</sup> 또한 정부가 예산으로 지원하는 각종 위탁사업들(사회복지사업, 정신보건사업 등)과 그 일을 수행하는 근로자들과의 관계 속에서도 우리는 누가 진정한 사용자가 되는지 잘 알지 못한다. 국가나 지방자치단체가 지원하는 위탁사업들은 예산이 끊기거나 위탁업체를 변경하면 그 소속 근로자들은 갈 곳이 없게 된다(정부는 이러한 점을 감안해 위탁업체를 변경하더라도 고용은 승계하도록 요구한다). 이러한 사회적 모습은 이제 비정규직이라는 표현이 아니더라도 근로자로서의 운명이 쇠사슬처럼 엮인 연쇄적 관계 속에 있음을 보여준다.

## 2. 하청노동의 개념요소

### (1) 하청의 개념

본 글에서 하청(下請)이라는 단어<sup>2)</sup>는 어떤 개념적 도구로 쓰인다. 도급(都給) 또는 하도급(下都給)이라는 법령상 용어를 쓰지 않는 이유는 하청관계를 민법상 전형계약인 도급으로 축소하여 바라보지 않기 위한 것이다. 하청관계는 법률관계이지만 그것은 사실관계도 함께 포착

1) 대법원 1986. 7. 8. 선고 86도722 판결(사립중학교 교장이 비록 일반직 직원에 대한 임면권을 가지지 않더라도 학교예산에서 직원에 대한 임금지급 업무를 이행하고, 업무에 대한 지시와 감독도 있었으므로 근로기준법 제15조 소정의 사용자에게 해당되어 임금체불에 대한 형사책임을 부담한다고 한 사례)

2) 광운직 교수에 의하면 하청(下請)은 하도급(下都給)의 약칭으로 수급인이 맡은 일의 전부나 일부를 다른 제3자가 하수급인으로 맡는 것을 의미한다고 한다(광운직, 채권각론 재전정판, 박영사, 1990, 403면). 즉, 발주자(도급인)->수급인->하수급인의 단계에서 수급인이 하수급인에게 일을 주는 것을 하청이라고 표현하는 것이다. 그러나 다수의 노동법 논문에서는 이러한 하수급인에게 일을 주는 것뿐 아니라 발주자(도급인)가 수급인에게 일을 주는 것도 하청이라고 표현하고 있다. 일본에서는 이를 ‘청부(請負)’라 하고, 우리 민법의 표현으로는 ‘도급’이라 하고 있다. 본 글에서는 노동법 논문에서 자주 쓰는 표현인 하청(下請)이라는 개념을 사용하여 도급(수급), 하도급, 업무위탁, 용역 등의 형식을 모두 포함하는 것으로 사용한다.

하기 때문에 민법상 전형계약인 도급계약을 전제하지 않는다. 우리 노동법의 근로관계가 민법상 고용계약을 반드시 전제하는 것은 아닌 것과 같다.

노동법에 있어 ‘하청’은 ‘사업수행의 유기적 완성을 위한 독립된 법인격 사이에서의 철회가능한 일의 분배’라 일단 정의하고자 한다. 하청의 요소는 다음과 같이 3가지로 구성된다.

i) 독립된 법인격 사이의 관계여야 한다.

한 사업조직 내에서 일체화된 근로관계에 편입되어 있는 부서들은 독립된 법인격을 가지고 있지 않으므로 하청관계라 볼 수 없다. 다만, 독립된 법인격은 개인과 개인 사이에도 가능하며, 반드시 법인임을 전제하지는 않는다. 즉 개인하청과 법인하청이 모두 가능하다.

ii) 사업수행에서 하청업무가 유기적 관계를 이루어야 한다.

하나의 사업을 수행하기 위해 필요한 유기적 업무들(공장 내 작업·청소, 회사 내 보안·경비 등)의 구성부분으로 하청노동이 이루어져야 한다. 장소적 제약이 있을 경우도 있지만(예컨대, 사내하청), 장소적 제약을 요구하는 것은 아니다.

iii) 철회가능한 일의 분배를 이루는 관계여야 한다.

일이란 노무에 의해 생기는 결과로서 건축·제조·수선과 같은 유형적 결과물 외에 출판·운송·공연·치료·사건처리 등 무형적 결과도 포함된다.<sup>3)</sup>

또한 일의 분배는 사업이나 업무의 일부분이 아닌 모든 부분을 넘길 수도 있지만, 그것을 철회하거나 변경 또는 지시할 수 있는 권한을 원청이 보유하고 있다면 사업이나 업무의 완전한 이전이 아니기 때문에 원청이 여전히 지배력을 보유한다. 즉, 일의 분배 후 철회(회수)할 권한(해지권, 철회권, 갱신권 등)을 가지고 있다면 그것은 하청인 것이다.

## (2) 노동관계의 구성

근로관계를 성립하는 근거로서 근대법이 계약을 유일한 근거로 본 이유는 개인적 이성과 자유에 따른 판단만이 복종의 근거가 될 수 있고, 동의 없는 근로관계의 강제라는 것은 결국 신체적 구속과 강제노역을 의미하는 것이기 때문에 허용하지 않은 것이다. 그러나 이러한 근대법적 관점에서 만들어진 고용(근로)계약은 계약체결의 자유와 계약 당시의 대등성에만 의미 있는 얘기일 뿐 계약체결 이후의 관계는 여전히 근로자의 종속과 사용자의 지배를 보장받는

3) 광윤직, 앞의 책, 405면.

다. 즉, 사용자의 업무지시권과 근로자의 복종의무는 근로계약이라는 이름만 붙이면 요구될 수 있는 것이고, 사용자의 취업규칙제정권과 해고의 권한은 사업조직 내 질서와 복종을 강제하는 수단이 된다. 즉, 근로자에게 있어 근로계약의 체결은 자유로울 수 있지만, 그렇게 형성된 근로관계 내에서는 결코 자유로운 관계가 아니라는 것이다.

이것은 사용자에게 있어서도 유사하다. 사용자의 권한을 통제하는 근로기준법의 해고의 제한과 취업규칙불이익변경의 금지는 계약이 만들어 낸 것이 아니라 법이 만들어 낸 것이고, 이것은 사용자의 노동법상 책임을 지속적으로 유지시키고, 사업장 내 통제권은 약화시킨다. 최근의 해고와 취업규칙변경의 완화를 위한 정부와 사용자의 노력은 사용자의 사업장 내 통제권의 강화와 연결된다.

위와 같이 근로관계에서 계약은 최초의 선택이라는 의미만 있을 뿐 그 이후의 관계는 계약보다는 근로와 지시라는 사실과 법제도가 더 크게 지배하게 된다. 근대 민법과 달리 노동법은 사실을 포착하는 데 밝은 눈을 가지고 있다. 노사관계에서도 이러한 노동법의 특징은 잘 드러난다. 단체교섭과 단체행동(파업)이 그 예이다. 계약적 구성의 어려움은 위의 모든 것들이 계약이 아닌 사실행위들로 구성되어 있기 때문이다.

이와 같이 근로관계와 노사관계는 계약관계를 뛰어넘어 바라보아야만 그 실체가 드러난다. 본 글에서 표현하고 있는 노동관계는 개별적 근로관계와 집단적 노사관계를 모두 포함하며, 근로계약 외에도 사용자의 지시와 근로자의 근로, 교섭과 파업 등과 같은 사실관계도 함께 포착한다. 노동관계에 있어 개별적 근로관계와 집단적 노사관계를 구분하는 이유는 각 법률관계에서 주체로 나타나는 당사자의 개념이 동일하지 않을 수 있다는 점에도 그 구별실익이 있다. 예컨대, 판례에 따르면 실업자나 골프장 캐디가 근로기준법에서는 근로자가 될 수 없지만, 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노동조합법’이라 한다)에서의 근로자가 될 수 있다는 점에서도 그러하다.

### (3) 하청노동관계의 구성

최근의 노동관계를 보면,

- i) 사용자 없는 노동관계(지입차주 등 특수고용노동자)
- ii) 형식적 사용자로 구성된 노동관계(사내하청)
- iii) 사용자가 분리된 노동관계(근로자파견 등과 같은 사용과 고용이 구분된 관계)

이렇게 다원화되어 있다. 이를 간접고용이라 표현하기도 한다. 이러한 사용자의 형식화와 분

절화의 계기는 실질적 사용자와의 근로계약이 아닌 다른 계약형태를 이용한 노동력이용방법이 확대되는 상황에서 발생하고 있다. 그 계약의 형식(업무위탁, 용역, 도급, 하도급 등)이 무엇이든지 간에 그 노동력이용방법에는 하청의 요소(계약 당사자로서의 법인격, 유기적 업무의 완성, 철회가능한 일의 분배)를 가지고 있다. 하청노동관계에서는 당사자들의 하청관계 중에서 노동력이용의 법적 관계를 그 중심에 놓고, 각 당사자의 노동법상 권한과 책임을 구성하고자 한다.

## II. 하청노동관계

### 1. 노무공급계약으로서 민법상 전형계약(도급과 위임) 對 하청노동

#### (1) 로마법을 통해 본 하청노동

경제적 생산활동에 있어 그 협업구조를 보면, 고대씨족사회에서는 가족·친족을 통한 농경사회가 주를 이루었다면, 노예제도가 활성화된 로마사회에서는 노예 및 해방노예를 통한 경제적 활동이 주를 이루었다. 자유민인 로마 시민은 노동 자체를 천시하였고, 노동력을 제공하는 저급한 노동은 인격이 없는(사람이 아닌) 물건으로 취급받는 노예를 통해 실현하였다. 다만 로마시대에도 타인의 노동을 사용하거나 타인의 노동을 통해 이익을 취한 자는 그 타인이 자유인이든 노예이든 그의 행위에 대해 책임을 져야 했다. 그 이유로는 타인의 노동으로 인한 이익을 취득하였기 때문에 또는 자신의 위험부담으로 타인의 노동을 사용하기 때문이라고 한다.<sup>4)</sup> 이는 채권자에 대해 이행보조자의 고의·과실에 대한 주인의 책임 또는 근대민법의 사용자책임의 연혁이 된다.

로마시대에 노예의 단순한 노동력 활용만이 아니라 사업적 방식으로 주인(dominus)을 대신해 노예와 그 재산인 페쿨리움(peculium)을 관리·감독하는 관리노예(ordinarius)를 두었는데,

4) D.50.17.149 율피아누스, 고시주해 제67권 : 타인을 이용하여 이익을 취한 자는, 그 타인의 행위에 책임져야만 한다.

D.4.9.7.pr 율피아누스, 고시주해 제18권 : 선박업자는 자신의 모든 선원의 행위에 대하여, 그들이 자유인이든 노예이든 책임져야 한다. 그가 그들의 행위에 대하여 책임지는 것은 부당하지 않다. 왜냐하면 그가 스스로 자신의 위험부담으로 그들을 사용하는 것이기 때문이다. ...일부 중략... 그런데 바로 그 배안에서 손해가 가해진 경우에만 책임진다. 그렇지 않고 선박 밖에서라면, 선원들에 의해서 가해되었더라도, 그는 책임지지 않을 것이다.

위의 번역문은 최병조, 한국 민법의 로마법적 배경과 기초, 법무부, 2013, 189-191면.

그 사회적 구조를 사내하청노동과 비교하여 대조해 볼 필요가 있다. 먼저, 페쿨리움은 i) 주인(가부장)이 상업·무역업·수공업 등의 영업을 위해 관리노예(ordinarius)에 위탁을 맡긴 재산으로서 주인의 회계로부터 분리된 형태로 유한책임을 부담하고<sup>5)</sup>, ii) 관리노예는 페쿨리움 재산에 속해 있는 노예(vicarius)를 일을 시키며 관리감독하면서 주인의 경제적 이익에 복무한다.<sup>6)</sup>

하청노동이란 것이 원청과 하청 사이에 원청의 재산·사업·업무의 일부를 관리해달라는 위탁을 받고서 하청이 자신 또는 타인(하청근로자)의 노동력을 이용하는 것이라는 점에서 로마시대 가부장(주인)이 관리노예를 통해 페쿨리움 재산과 노예의 관리를 실현하여 유한책임과 무한이익을 누릴 수 있었던 노동력활용방식과 유사하다. 즉 i) 페쿨리움은 주인의 회계와 분리된 유한책임을 지는 재산(페쿨리움 관련 소송은 주인에게 책임을 묻는 형태가 아니라 재산인 페쿨리움에 책임을 부과함)이며<sup>7)</sup>, ii) 관리노예는 주인의 지배를 받는 노예(해방노예도 있음)로서 사실상 주인의 대변인이자 노예들과 페쿨리움의 관리자 역할을 하여 노동생산성을 확대시켰다.

우리는 하청노동이 가진 특성이 페쿨리움과 관리노예가 가진 특성과 유사하게 i) 하청의 관리를 통한 원청의 노동법상 책임의 제한(페쿨리움도 유한책임으로 제한됨), ii) 하청을 원청의 사실상 대리인으로 활용(관리노예는 주인의 사실상 대리인으로 역할), iii) 하청을 통한 노동집단의 조직화(관리노예는 재산과 노예의 관리를 통해 사업을 조직화)를 이룬다.

그 이후의 하청노동의 역사를 보면 i) 로마법상 도급(locatio conductio operis)은 주로 물건제작·수선·가공·운송 등을 대상으로 하였고, ii) 중세에 이르러서 도급은 수공업자에 의한 주문생산을 주요한 내용으로 하였고, 그것이 사회적 생산의 중요한 위치를 차지하게 되었지만, iii) 근대적 자본주의경제와 경영의 발달로 시장생산(상품생산) 위주의 공장제공업으로 인해 도급보다는 고용이 발달하게 되었다.<sup>8)</sup>

## (2) 도급과 위임에 있어 사용자성 부정이유

우리 민법의 전형계약으로 도급과 위임은 모두 노무제공계약의 하나이다. 위임은 무상을 원칙으로 하나 특약이 있으면 유상으로도 가능하다. 그러나 로마법에서 ‘위임’은 노예의 저급노무가 아닌 자유인의 고급노무(자유노무)여서 보수가 제공되지 않는 무상이 원칙이었고, 이를

5) 차영길, “로마 상업에서 노예대리인(actor)의 역할과 존재형태”, 부산사학 제32집, 2002, 6면.

6) 차영길, “Peculium과 노예노동의 조직화”, 서양고대사연구 창간호, 1993, 148-154면; 차영길, “로마 해상무역에서 노예대리인(mercator)의 역할”, 중앙사론 제32집, 2010, 327-330면.

7) 차영길, “로마 해상무역에서 노예대리인(mercator)의 역할”, 중앙사론 제32집, 2010, 328-329면.

8) 곽윤직, 앞의 책, 401-402면.

받아들인 독일에서도 ‘위임’은 무상(無償)을 원칙으로 하였기 때문에 의사의 치료나 변호사의 사건처리는 위임이 아닌 도급이나 고용으로 규율한다.<sup>9)</sup>

우리 민법상 도급이 일의 완성을 목적으로 하고, 위임이 사무처리의 위탁을 목적으로 하며 양자 모두 수급인이나 수임인에게 일이나 사무의 처리에 있어 일정한 재량(제3자에게 하도급이나 재위임, 일이나 사무처리에 있어 재량, 전문성이나 독립성의 확보 등)을 보장받는다. 양자 모두 수급인 또는 수임인의 전문성이나 재량성을 기반으로 하기 때문에 도급인(위임인)이 수급인의 근로자에 대해 원칙적으로 책임을 지지 않는다.<sup>10)</sup> 또한 도급인(위임인)이 수급인(수임인)의 근로자에 대해 구체적 지시를 하는 권한은 허용되지 않고(필요할 경우 계약당사자에게 직접 협의), 수급인(수임인)의 일의 완성이나 처리의 최종적 결과에 따라 채무불이행 여부를 판단할 따름이다.

위와 같이 민법상 전형계약인 도급과 위임에서는 도급인(위임인)의 사용자성을 인정할만한 요소(사용자로서의 지휘감독)나 수급인의 실체성(독립성, 전문성, 재량성)을 배제할만한 요소가 드러나지 않기 때문에 노동법상 책임에서 일반적으로 자유롭게 된다. 예컨대, 환자가 병원에 가서 치료를 받았다고 하여(치료위탁계약) 병원 소속 의사의 사용자가 되지 않는 이유 그리고 건물주가 건설회사에 건물공사를 맡겼다고 하여(공사도급계약) 건설회사 근로자에 대해 사용자가 되지 않는 이유는 건물주나 환자가 그 타인의 노무를 지배하는 관계에 있지 않기 때문이다. 결국 하청노동관계에서도 드러나는 것은 노무제공자(하청근로자)와 현실의 노무수령자(원청) 사이에 사용종속관계를 인정할 수 있느냐? 라는 노동법의 기본개념인 사용종속관계로 돌아가게 된다.

하청노동은 기존의 양자 간 노동관계 외에도 가운데 하청업자가 개입하면서 삼자 간 노동관계를 형성하게 된다. 현실의 노무수령자가 하청업자 뒤로 숨게 되면서 결국 하청업자의 가면을 벗기거나 현실의 노무수령자(원청)의 실체를 드러내는 것이 노동법상 책임을 원청에 근거지우는 바탕이 된다.

## 2. 하청노동관계

하청노동은 계약에서 시작된다. 그 계약체결 일방당사자가 직접적 노무제공자가 될 수도 있고, 아니면 간접적 노무공급자가 될 수도 있다. 그 계약의 명칭은 도급, 업무위임(위탁), 용역,

9) 광윤직, 앞의 책, 443-444면.

10) 다만 건설공사의 하도급에 있어서는 근로기준법에 따라 근로자의 임금에 대해 직상수급인이 일정한 요건 하에서 연대책임을 부담한다(근로기준법 제44조의3).

근로자공급 등으로 다양하지만 그 계약명칭에 불구하고 실질적 내용은 일회적 일의 완성이나 사무처리가 아니라 지속적인 노무(서비스를 포함)의 제공을 본질로 한다. 이러한 의미에서 하청노동은 근로자공급사업이나 근로자과견과 같이 노무제공 자체가 목적인 계약, 즉 제3자의 노무를 제공받는 일을 허용하는 계약내용을 포함한다.

### (1) 진정한 도급(위임)과의 구분

지속적 노무의 제공이 아니라 일의 완성이나 사무처리가 목표인 진정한 도급이나 위임이라면 수급인(수임인)과 도급인(위임인)에게 앞서 본 특성들이 있어야 할 것이다. 그것은 수급인(수임인)의 자율성의 보장과 도급인(위임인)의 일처리과정에 있어 불간섭이다. 이 둘은 서로 연결되는데, 도급인(위임인)의 일처리과정에 대한 간섭은 결국 수급인(수임인)의 자율성을 제약하는 것이 되고, 이러한 간섭은 노동법상 책임을 부담하게 되는 중요한 징표가 된다.<sup>11)</sup> 이미 판례가 말하고 있는 원청의 ‘실질적 지휘감독’, 하청의 ‘형해화’와 같은 표현은 결국 수급인의 자율성이 배제되고, 원청의 간섭이 이루어졌음을 의미하는 것이다.

### (2) 하청노동관계의 유형

앞서 본 도급(하도급), 위임, 위탁, 용역 등을 통한 노무제공관계에 더하여 법률에 의해 허용된 근로자공급사업과 근로자과견, 그리고 개인하청이 하청노동관계로 구성될 수 있는지 살펴본다.

#### 1) 근로자공급사업

근로자공급사업은 ‘공급계약에 따라 사실상 또는 고용계약에 의하여 자기의 지배하에 있는

11) 물론 민법에 따르면 도급인이 제공한 재료의 성질 또는 도급인의 지시에 기인한 때에는 수급인의 담보책임이나 도급인의 해제권에 관한 규정을 적용하지 않는다(민법 제669조 본문)고 하여 수급인의 면책을 보장하고 있으나, 위 규정이 도급인의 지시권을 보장하는 것이라 볼 수는 없다. 다만 박윤직 교수는 특약이 없더라도 도급인은 수급인에게 큰 부담을 주지 않는 범위 내에서 적당한 지시나 감독을 할 수 있다고 본다(박윤직, 앞의 책, 411면). 생각건대, 도급에서 지시나 감독은 민법규정에 의한 것이 아니고, 일의 완성이라는 목표를 위한 도급인의 권리라 하기 어렵고, 만약 계약에도 없는 도급인의 지시를 어겼다고 하더라도 그것이 계약사항이 아닌 이상 수급인에게 채무불이행 등의 책임을 묻기도 어려울 것이다. 이러한 사견과는 대조적으로 위 민법 제669조가 도급인의 지시권을 전제로 한다고 보는 견해로는 이점, “도급과 과견의 구별기준에 관한 법리-판례의 변천과 문제점을 중심으로”, 노동법논총 제34호, 한국비교노동법학회, 2015, 262면. 한편, 도급계약에서는 결과물에 초점이 맞추어져 있기 때문에 수급인이 자신의 결정으로 일을 완성하고, 고용과 같은 상대방의 간섭은 중시되지 않는다고 한다(전형배, “도급과 근로자의 안전”, 노동법논총 제31호, 한국비교노동법학회, 2014, 379면).



근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업'을 의미하는데<sup>12)</sup>, 근로자의 사용자를 고용(雇傭)주와 사용(使用)주로 분리시켜 직접고용의 원칙과 중간착취금지의 원칙에 반해 고용노동부장관의 허가가 없는 한 원칙적으로 금지된다(직업안정법 제2조의2 제7호 본문). 국내근로자공급사업의 경우에는 노동조합법상의 노동조합에 대해서만 그 허가자격을 부여하고 있다(직업안정법 제33조). 또한 근로자공급사업 중 하나라 볼 수 있는 근로자파견사업<sup>13)</sup>은 직업안정법의 적용을 배제하여 금지대상에서 제외시키고 있는데(직업안정법 제2조의2 제7호 단서), 이러한 근로자공급사업과 근로자파견사업을 하청노동의 범주에 포함시킬 수 있는지 문제된다.

합법적 근로자공급사업과 관련하여 공급계약을 통해 통상 노동조합이 하역업체 등의 요청이 있으면 자신의 조합원으로 하여금 하역업체 등에 근로를 제공하게 하고 있는 경우 판례는 노동조합을 사용자로 보았다.<sup>14)</sup> 결국 위와 같은 노동조합과 하역업체 사이의 근로자 공급계약도 일의 완성(하역업무의 완성)을 위한 노무제공이라 할 것이므로 하청노동의 한 범주로 포함된다고 할 것이다. 위법한 근로자공급사업과 관련해 판례는 외국 항공사가 외국인 조정사를 대한민국 내 항공회사에 공급하여 항공업무에 종사시킨 사안과 관련해 그 공급행위 자체를 무효화하였지만 일정한 요건 하에서는 외국인 조정사와 대한민국 내 항공회사 사이에 묵시적 근로계약관계를 인정할 여지를 남겨두었다. 위와 같이 합법적 또는 위법적인 근로자공급사업도 다른 법인격(하청)을 통한 노무의 제공이라는 측면에서 하청노동의 범주에 포함시킬 수 있다.

## 2) 근로자파견

근로자파견은 근로자파견계약을 통하여 파견사업주가 자신이 고용한 근로자를 사용사업주에게 파견하여 사용사업주의 지휘명령 하에서 근로하게 하는 것을 말한다(파견근로자 보호 등에 관한 법률(이하 '파견법'이라 한다) 제2조). 근로자공급사업의 한 유형으로 근로자파견을 본다면 근로자파견계약 또한 하청노동의 한 유형으로 볼 것이다.<sup>15)</sup> 근로자파견은 사용사업주에 의한 지휘명령을 전제로 하고 있기 때문에 파견근로자의 근로과정에서 하청의 자율성은

12) 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결.

13) 대법원은 근로자파견을 근로자공급의 한 형태로 보고 있다(위 대법원 판결).

14) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2008두2927 판결(근로자공급사업을 하는 전국항운노동조합연맹 부산항운노동조합이 근로자공급사업 허가를 받아 부산공동어시장 등 하역업체의 요청을 받아 조합원들을 하역 업무에 종사시킨 것에 대해 누가 조합원들의 사용자인가와 관련해 위 노동조합을 사용자로 본 사건이다)

15) 이에 반하여 근로자공급은 사실상 지배 하에 있는 근로자를 타인에게 공급하는 것이고, 근로자파견은 고용계약 관계에 있는 근로자를 타인이 사용하게 하는 것이어서 양자는 구분된다는 견해(채호일, 파견근로와 파견유사근로의 구분기준에 관한 연구, 노동부, 2005, 12면(권영환, “파견과 도급의 구별이라는 틀의 재검토”, 노동법연구 제30호, 서울대 노동법연구회, 2011, 290면에서 재인용)가 있다.

배제되고, 원청의 간섭(사용지휘)은 파견법에 의해 제도적으로 허용된다.

### 3) 개인하청(특수형태근로종사자)

통상 특수형태근로종사자(특수고용노동자)라 칭해지는 사람들(산업재해보상보험법(이하 ‘산재법’이라 한다) 시행령에 규정된 보험설계사, 지입차주, 학습지교사, 골프장캐디, 택배원 등)의 경우 업무위탁이나 하도급 등을 통하여 노무를 제공하는데, 이러한 경우도 하청노동으로 볼 수 있는지 살펴보면, 위와 같은 사람들의 경우도 노무제공 과정에서 하청노동의 특성인 하청의 자율성이 제약되고, 원청의 개입이 강화되어 노동법상 책임의 부과가 가능한 형태로 포섭될 수 있다.

산재법 시행령이 규정한 특수형태근로종사자의 경우 통상 개별적으로 사업자등록을 하여 자신의 사업을 영위하는 것처럼 보여 대법원 판례를 통해 근로기준법상의 근로자 지위를 인정받지 못한 직업들로 주로 구성되어 있는데, 근로자 지위 부정의 이유를 간략하게 정리하면 노무제공과정에서 하청의 자율성(자기고용)과 원청의 불간섭을 기본 근거로 하고 있다.

### (3) 직접근로관계의 해체와 하청노동관계로의 쏠림

최근에 들어 기존의 전형적 근로관계가 해체되는 이유는 노동법이 근로계약에만 기반하였기 때문이다. 근로계약에 기반한 노동관계의 구성을 통해야만 노동법상 책임과 규제들을 통해 근로자 보호가 가능하였기 때문에 사용자가 그 근로계약을 체결하지만 않는다면 그러한 사용자의 노동법상 책임과 규제들로부터 자유로와질 수 있다는 생각이 만연해졌기 때문이다.

파견·사내하청·도급·업무위탁·외주화·자회사설립과 같이 다양한 형태로 고용 없이 노무제공만을 공급받는 방식을 사용자가 확보해 나갈 수 있었고, 그것이 지금의 상황을 만들었다. 이러한 상황에서 하청노동관계를 분석하고자 하는 이유는 두 가지이다.

먼저, 지난 10여 년간 법원과 학계가 계속 쫓아다닌 파견과 도급의 구분, 특수형태근로종사자의 근로자성과 같은 쟁점이 하나의 큰 틀에서 보면 직접근로관계의 해체와 하청노동관계의 정립으로 흐르고 있다는 점이다. 하청노동관계는 직접근로관계와 달리 형식적으로는 노무제공자가 노무수령자(원청)와의 직접적인 근로계약이 없다는 점에서 노동법의 적용여부를 주저하게 만든다. 즉, 원청에 노동법상 책임을 부과하기 어렵게 한다. 그러나 앞서 본 것과 같이 법적 책임은 이익을 얻고, 위험부담을 감수해야 하는 자에게 귀속된다는 법원리는 하청노동에서도 그대로 타당할 것이다.

두 번째로, 하청노동관계는 노동법의 재구성을 요구한다. 최근의 노동관계를 보면, 양면관계에서 다면관계로, 계약을 통한 연쇄적 법률관계로, 노동법상 책임의 회피와 추급(追及)의 순환

관계로, 노동에 있어 종속과 자율의 혼화관계로 변모하고 있는데, 이러한 변화에 하청노동관계가 중요한 역할을 하고 있기 때문에 그 구체적 분석이 요구된다.

### Ⅲ. 판례를 통해 본 하청노동관계의 규율원리

#### 1. 하청노동과 개별적 근로관계

##### (1) 개인하청의 근로자성 인정 여부

지난 20여 년간 우리 대법원 판례가 근로자성 판단의 일정한 징표들을 제시하면서 만들어 온 문구 중의 하나는 “근로기준법상의 근로자 해당 여부는 그 계약형식이 민법상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이(도급계약인지보다)<sup>16)</sup> 그 실질에 있어…일부 중략…임금을 목적으로 종속적 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부”라고 하여 계약형식보다는 종속근로라는 사실에 더 근로자성 판단의 근거를 부여하고 있다. 판례에 나타난 계약형식들 중 근로자성이 인정된 판례들을 보면 다음과 같다.

- i) 강의용역제공계약(대학입시학원 종합반 강사의 퇴직금사건)<sup>17)</sup>, 학원강의 및 수강생 지도관리에 관한 용역계약서(대학입시학원의 산재보험료부과취소사건)<sup>18)</sup>, 촉탁강사위촉규정·시간강사 위촉 및 관리규정(대학교의 시간강사에 대한 산재보험료부과취소사건)<sup>19)</sup>
- ii) 차량위탁용역계약(학원 운전기사의 퇴직금 청구사건)<sup>20)</sup>, 구두로 한 차량운행계약(수영장 전기사 관련 근로복지공단의 부당이득반환청구사건)<sup>21)</sup>
- iii) 위임계약서(카드회사 채권추심원 관련 유족급여부지급처분취소사건)<sup>22)</sup>, 채권추심업무위

<sup>16)</sup> 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결(건설공사 수급인의 근로자성 부정)에서는 ‘관계없이’라는 표현을 썼으나, 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004도29736 판결(대학입시학원 종합반 강사의 근로자성 인정)에서는 ‘보다’라는 비교급 표현을 써서 근로자성 인정에 있어 계약형식을 고려하는 수준이 서로 다른 것으로 보일 수도 있으나 위 두 판결 선고 이후에도 ‘관계없이’나 ‘보다’를 사용한 문구가 사용되어 근로자성을 인정한 판례들이 혼용되고 있다.

<sup>17)</sup> 대법원 2006.12.7. 선고 2004다29736 판결

<sup>18)</sup> 대법원 2007. 1. 25. 선고 2005두8436 판결

<sup>19)</sup> 대법원 2007. 3. 29. 선고 2005두13018 판결

<sup>20)</sup> 대법원 2007. 9. 6. 선고 2007다37165 판결.

<sup>21)</sup> 대법원 2000. 1. 18. 선고 99다48986 판결.

<sup>22)</sup> 대법원 2008. 5. 15. 선고 2008두1566 판결.

### 타계약(신용정보회사 채권추심원의 퇴직금사건)<sup>23)</sup>

근로자성을 인정한 판례에 나타난 계약형식들을 보면 사용자측에서 용역, 위탁, 위임 등의 계약형식을 다양하게 만들었지만 수임인(수탁인)의 노무제공에 있어 재량성의 축소와 위임인(위탁인)의 간섭(가능성)에 비추어 하청노동관계에 있는 위 사안들에 대해서 근로기준법상 근로자로 인정하여 산재보험, 퇴직금 등의 노동법상 보호(거꾸로 원청에게는 노동법상 책임)를 부여하였다.

이와 반대로 근로자성을 부정한 사례들을 보면, i) 원청과 공사도급계약을 체결한 여러 명의 하청업자(하청업자의 근로자들을 사용해 공사완공)에 대해서는 독립한 사업자라는 이유로 근로자성을 부정하여 못 받은 보수에 대한 임금채권으로서의 보장을 부정한 사례가 있고<sup>24)</sup>, ii) 레미콘 회사와 레미콘운반도급계약을 체결하고서 5년 간 일했지만 징계규정의 적용이 없고, 근로시간에 무관하게 운반량(실적)에 비례해 보수가 산정되고, 차량수리비를 회사가 아닌 원고들이 부담하였다는 이유로 근로자성을 부정해 퇴직금청구를 기각한 사례가 있고<sup>25)</sup>, iii) 원청과 계약을 체결한 도급제 사원(하청업자)들이 원청의 작업도구와 소모품을 사용하고, 근무시간이 원청 근로자와 동일하지만 작업물량을 도급제 사원들에게 할당하는 정도의 일반적이고 추상적인 지시감독만 하고, 품질검사 외에는 노무수행의 구체적 지시감독을 하지 않은 점 등을 들어 근로자성을 부정한 사례가 있다.<sup>26)</sup> 위의 세 부정사례를 보면, 모두 도급계약을 체결하였음을 알 수 있고, 하청의 자율성이 보장되고, 원청의 구체적 관여가 배제되었다는 점을 강조하고 있다.

## (2) 하청노동과 묵시적 근로계약

### 1) 광산덕대계약의 사용자

하청노동관계에서 원청의 노동법상 책임을 인정한 사례는 1979년 대법원 판결에 의해 인정된 광산덕대계약(광산주인인 광업권자와 계약을 맺어 광산일부의 채굴권을 확보하는 계약) 관련 산재 손해배상(일실퇴직금 포함)사건에서이다.

사안을 보면, 원청인 동원탄좌개발주식회사(피고)로부터 채탄노무도급을 받은 A와 사이에 근로계약을 체결한 원고가 위 회사 소속 사북광업소에서 채탄선산부로 종사하다가 상해를 입

23) 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009다99396 판결.

24) 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결.

25) 대법원 1997. 11. 28. 선고 97다7998 판결.

26) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010다50601 판결.

고 퇴직한 후 손해배상금을 청구하였는데 원심은 원고가 피고회사의 근로자임을 부정하였다. 그러나 대법원은 ‘광업법 제13조가 광업권을 상속·양도·저당·조광 등의 권리의 목적으로 할 수 없게 하여 광산덕대계약을 금지하는 이유가 광산경영으로 인한 사람의 생명, 신체, 재산 등의 위해우려가 많다는 점에서 다른 사람에게 광업관리를 시켜서는 안 되기 때문이라 하면서 광산사고로 인한 책임 또는 근로기준법상의 책임 등을 면하기 위한 방편으로 노무도급의 형식을 빌려 광업권자와 광부 사이에 도급업자를 개재시켜 놓았더라도 광부의 입장에서는 도급업자를 통하여 실질적으로 일면 광업권자와 고용계약을 맺은 것으로 그들 간에 근로자·사용자 관계가 있다고 보아 위 회사에 노사계약상의 사용자로서의 직접책임(퇴직금 지급채무도 포함)도 지워야 한다’는 취지로 판단하였다.<sup>27)</sup>

위 광산덕대계약 사용자 판결은 세 가지 점에서 하청노동관계의 본질을 지적하고 있다. 첫째로 일정한 유형의 도급관계는 하청업자를 통하여 하청근로자가 원청과 직접 근로관계를 형성하는 것으로 간주할 수 있다는 점이다. 즉, 하청업자가 원청의 사실상 대리인으로 활동하는 모습을 포착한 것이다. 다음으로, 일정한 위험업무나 특정업무는 법령에 의해 하청(노무제공)이 제한될 수 있으며, 이러한 업무에 하청(노무제공)이 이루어지면 하청의 근로자와 원청 사이에 직접적 근로관계를 형성할 수 있음을 보여준다. 끝으로, 원청의 노동법상 직접책임의 근거로서 노무도급의 형식을 통한 근로기준법상의 책임 등 노동법상 책임의 회피에 대한 대응으로서 책임의 추궁(제재로서의)이 허용될 수 있음을 보여주는 것이기도 하다.

## 2) 원청과의 목시적 근로계약관계

### ① 최초의 선례

1999년 대법원 판결(은마아파트 입주자대표회의사건)은 원청(아파트 입주자대표회의)이 위 수탁계관리계약을 체결한 하청업체(아파트관리업자)의 근로자들의 임금, 복지비 등의 지급수준을 독자적으로 결정하기는 하였으나, 하청업체(아파트관리업자 또는 그를 대리한 관리소장)의 근로자들에 대한 임면, 징계, 배치 등의 인사권과 업무지휘명령권이 배제 내지 형해화되어 근로계약이 형식적인 것이라 볼 수 없고, 원청이 하청업체 직원들의 업무내용을 정하고, 업무수행의 구체적·개별적 지휘감독을 했다고 볼 수 없는 이상 원청(입주자대표회의)은 하청 근로자들과 근로계약관계에 있는 사용자가 아니라고 하였다.<sup>28)</sup>

같은 해 선고된 판결(경기화학공업 사건)<sup>29)</sup>에서는 이를 좀 더 구체화하여 ‘원고용주(하청업

27) 대법원 1979. 7. 10. 선고 78다1530 판결.

28) 대법원 1999. 7. 12.자 99마628 결정.

29) 대법원 1999. 11. 12. 선고 97누19946 판결.

체)에게 고용되어 제3자(원청업체)의 사업장에서 제3자(원청)의 업무에 종사하는 자를 제3자(원청)의 근로자라고 하기 위한 요건으로 i) 원고용주(하청업체)가 사업주로서의 독자성이나 독립성 결여(원청의 노무대행기관과 동일시할 수 있는 등의 명목적, 형식적 존재), ii) 제3자(원청)와 근로자 사이에 사실상 종속관계(실질적 임금지급자이자 노무수령자)의 두 가지를 들고 있고, 위의 두 요건이 성립하면 묵시적 근로계약관계를 인정해 하청근로자에게 원청의 근로자 지위를 부여한다. 위 판결 또한 하청노동관계의 두 요소인 노무수행과정에서 하청의 자율성(재량성) 여부와 원청의 간섭 여부를 기준으로 제시하고 있다고 볼 수 있다.

### ② 묵시적 근로계약관계를 인정한 사례

1999년 위 판결 이후 묵시적 근로계약관계를 인정한 사례로는 i) 인사이트코리아(하청) 근로자의 에스케이 주식회사(원청)에 대한 근로자성을 인정한 사례(위장도급의 형식으로 근로자를 사용하여 인사이트코리아라는 법인격을 이용한 것에 불과하고, 실질적으로는 원청이 하청근로자들을 직접 채용한 것과 마찬가지로 근로계약관계가 존재)<sup>30)</sup>, ii) 용인기업(하청) 근로자의 현대미포조선에 대한 근로자성을 인정한 사례(하청업체가 형식적으로 원청과 도급계약을 체결하고, 하청 근로자들로부터 노무를 제공받아 자신의 사업을 수행하는 것과 같은 외관을 갖추었더라도 실질적으로 업무수행의 독자성이나 사업경영의 독립성을 갖추지 못한 채 일개 사업부서로서 기능하거나 노무대행기관의 역할을 수행하고, 오히려 원청이 하청근로자들로부터 종속적 관계에서 근로를 제공받고, 임금을 포함한 제반 근로조건을 정하였다고 봄이 상당함)<sup>31)</sup>가 있다.

### ③ 묵시적 근로계약관계를 부정한 사례

묵시적 근로계약관계를 부정한 사례로는 i) 00 항공사에 고용되어 있는 외국조정사들이 불법적인 근로자공급계약에 따라 아시아나항공에서 조정사로 일하였으나 아시아나항공이 인사권이나 징계권을 행사한 적이 없고, 00 항공사가 명목적 또는 형식적인 존재라 인정하기 어렵다고 한 사례<sup>32)</sup>, ii) 사내협력업체 하청근로자들의 원청인 현대자동차를 상대로 한 소송에서 사내협력업체 사업주의 독자성이나 독립성이 상실되었다고 보기 어렵다고 한 사례<sup>33)</sup>, iii) 한국철도유통 등에 고용된 KTX 여승무원들이 위탁협약을 체결한 한국철도공사를 상대로 근

30) 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003두3420 판결.

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

32) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다56130, 56147 판결.

33) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결(울산 현대자동차 부당해고 및 부당노동행위구제제심판정 취소 사건)

로자지위확인을 구하는 소에서 한국철도유통 등의 독립적 사업경영과 인사권 행사를 이유로 한국철도공사와의 묵시적 근로계약관계를 부정한 사례<sup>34)</sup>가 있다.

④ 하청노동과 묵시적 근로계약관계

하청노동관계에서 하청근로자가 원청이 사용자라고 하기 위해서는 판례에 따르면 두 가지 요건을 극복해야 한다. 하나는 하청의 명목성(독립성 결여)이고, 다른 하나는 원청의 실질성(노무지시 및 수령 등의 실질적 사용자성)인데, 이 둘은 앞서 보았듯이 서로 상관관계가 있어 하청의 독립성(독자성)이 커질수록 원청의 실질성은 줄어들고, 하청의 독립성(독자성)이 적을수록 원청의 실질성은 커지게 된다.

한편, 대법원이 2003년(SK 주식회사 사건)과 2008년(현대미포조선 사건)에는 다소 적극적으로 묵시적 근로계약관계를 인정(하청업체의 독자성 부정)하였다고 보이나 이후 현대자동차 사건 등에서는 묵시적 근로계약관계가 아니라 파견법의 적용을 통한 고용의제의 방식으로 법정근로관계의 설정을 인정하고 있다.

(3) 하청노동과 근로자파견

1) 묵시적 근로계약관계와 근로자파견

파견법의 시행과 더불어 파견법 제정 이전에는 원청을 상대로 판례법리에 따른 묵시적 근로계약관계만을 주장할 수 있었음에 비해, 파견법 시행 이후에는 묵시적 근로계약관계가 부정될 경우를 대비하여 예비적으로 파견법상의 2년 간 파견근로 후 인정되는 고용의제(고용의무) 조항의 규정을 적용하여 원청과 사이에 법정근로관계를 설정하는 사건이 많아졌다.

2) 도급과 근로자파견의 구별기준

최근 파견법 개정안(2015. 9. 16. 의안번호 16869 이인제 의원 외 158명 발의)을 보면 도급과 파견의 구별기준을 파견법 자체에 명시해 두고 있다.<sup>35)</sup> 파견사업으로 보는 적극적 징표

34) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2012다96922 판결; 대법원 2015. 2. 26. 선고 2011다78316 판결.

35) 파견법 일부개정법률안(의안번호 16869) 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

로는 i) 원청의 하청근로자 작업배치나 변경에 대한 결정, ii) 원청의 하청근로자에 대한 업무상 지휘·명령, iii) 원청의 하청 근로자에 대한 근로시간·휴가 등의 관리 및 징계권한 행사, iv) 그 밖에 위에 준하는 사유로서 고용노동부장관이 정한 사유를 들고 있다(개정안 제2조의2 제1항).

그러나 위와 같은 사유에 해당하더라도 i) 산업안전보건법 제29조의 의무이행에 따른 조치, ii) 원청이 하청근로자의 직업능력개발을 지원하는 경우, iii) 원청의 하청근로자에 대한 고충저리지원, iv) 원청의 경영성과에 따른 성과금을 하청을 통해 하청근로자에게 분배하는 경우, v) 위에 준하는 사유로서 대통령령이 정하는 경우에는 파견의 징표로 보지 않는다(개정안 제2조의2 제2항).

위의 적극적 징표를 보면, 그것은 그냥 사용자이지 파견법상의 사용사업주가 아니다. 파견법상의 사용사업주는 결코 하청근로자를 법적으로는 징계할 수 없기 때문이다. 즉, 위의 적극적 징표는 사용자의 징표이지 사용사업주의 징표(사용)가 아니기 때문에 파견으로 볼 것이 아니라 위와 같은 징표가 있다면 근로관계가 바로 성립할 수밖에 없다. 위와 같은 개정안이 통과된다면 우리는 하청근로자를 징계하는 원청이 사용자가 아니라 파견법상의 ‘사용사업주’일 뿐이다라는 법리상 해결하기 어려운 결과에 도달한다. 위 개정안은 원청의 사실상의 권력과 법적 권한을 구분하지 못하면서 원청이 법적으로 가지는 것이 불가능한 권한행사를 해야만 파견으로 인정하겠다는 의미여서 결국은 어떤 도급형태도 파견으로 보지 않겠다는 의미일 수도 있다. 사용사업주인 원청이라도 하청근로자에 대한 징계권, 근로시간 결정권, 작업배치·변경권은 없기 때문에 위와 같은 권한을 가진 원청이라면 그것은 사용사업주가 아니라 사용자인 것이다. 그래서 지금까지 원청은 직접 하청근로자를 징계하거나 근로시간을 결정한 것이 아니라 모두 하청을 통해서 사실상의 권한을 관철시켜온 것이다.

위의 개정안과 달리 판례는 도급과 파견의 구별기준으로 원청의 사용(지휘감독과 사업편입)만을 제시한다. 판례를 인용해 보면 “근로자파견에 해당하는지는 당사자가 붙인 계약의 명칭

---

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



이나 형식에 구애될 것이 아니라, 제3자가 당해 근로자에 대하여 직·간접적으로 업무수행 자체에 관한 구속력 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 근로관계의 실질에 따라 판단하여야 한다”고 하고 있다.<sup>36)</sup>

이는 하청노동에 있어 i) 원청의 노무수령에 있어 상당한 지휘·명령, ii) 하청노동자의 사업편입, iii) 하청의 자율성과 전문성 여부 등을 기준으로 파견근로인지 여부를 파악하고 있음을 알 수 있다. 묵시적 근로계약관계와 비교해 보자면 파견근로가 하청노동에 있어 좀 더 쉽게 인정될 수 있는 요소가 있다. 그 이유는 묵시적 근로계약관계론은 하청의 존재를 사실상 부정하여 원청으로 통일된 하나의 사용자를 만드는 것이어서 하청의 실체가 어느 정도 있는 경우라면 원청과 묵시적 근로계약관계의 성립이 부정되기 쉽다. 또 다른 이유로는 파견법의 경우 그 요건과 효과가 법에 명문으로 규정되어 있고, 하청의 존재 자체를 부정할만한 사유들을 입증할 필요 없이 객관적 노무제공과 지시 사실의 입증 위주로 접근할 수 있기 때문에 묵시적 근로계약관계의 입증보다 좀 더 수월하다.

### 3) 근로자파견 고용의제 사례

근로자파견이 인정되어 최종적으로 대법원까지 가서 최종적으로 고용의제가 인정된 사례로는 i) 현대자동차 사건(아산공장<sup>37)</sup> 및 울산공장<sup>38)</sup>, ii) SK 와이번스 사건<sup>39)</sup>, iii) 예스코 사건(불법파견에도 고용의제 적용)<sup>40)</sup> iv) 한국원자력안전기술원 사건<sup>41)</sup>, v) 금호타이어 사건(직접 제조공정 아닌 포장·운반업무)<sup>42)</sup>, vi) 남해화학 사건<sup>43)</sup> 등이 있다.

36) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결.

37) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다106436 판결(자동차제조공정의 사내협력업체).

38) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결(자동차제조공정의 사내협력업체).

39) 대법원 2008. 10. 23. 선고 2006두5700 판결(하청 운전업체)

40) 대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결(가스공급계약, 접수, 처리업체).

41) 대법원 2011. 6. 30. 선고 2011두8819 판결(하청 운전업체, 심리불속행 기각)

42) 대법원 2011. 7. 1. 선고 2011두6097 판결(하청 타이어포장업체, 심리불속행 기각)

43) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2010다93707 판결

#### (4) 하청노동과 근로자공급사업

근로자공급사업에 해당하기 위해서는 판례는 다음과 같은 3가지 요소를 요구한다.<sup>44)</sup>

- i) 공급사업자(하청)와 근로자간에 고용 등 계약에 의하거나 사실상 근로자를 지배하는 관계(고용관계),
- ii) 공급사업자(하청)과 사용사업자(원청) 사이에 제3자(하청근로자)의 노무제공을 내용으로 하는 공급계약(공급관계),
- iii) 하청근로자와 원청 사이의 사실상 노무이용관계(사용관계)

위와 같이 고용관계·공급관계·사용관계는 근로자파견사업에서 요구하는 고용관계·파견관계·사용관계와 동일한 실질을 가지고 있어 직업안정법의 근로자공급사업은 원칙적 금지규정으로 작용되고, 파견법의 근로자파견사업은 예외적 허용규정으로 작용한다. 근로자공급사업과 근로자파견사업의 구분기준과 관련해서는 근로자공급사업의 한 유형으로 근로자파견사업을 보고 있어 근로자파견사업일 경우에는 파견법이 적용되고, 직업안정법을 적용할 수 없다고 본다.<sup>45)</sup>

근로자공급사업에 해당하는 예로 i) 속칭 티켓다방영업, ii) 부녀자들에 대한 파출부용역 알선<sup>46)</sup>, iii) 판매·사무·비서직 인력관리대행을 통한 인력공급(용역공급)<sup>47)</sup>, iv) 운전기사공급<sup>48)</sup>, v) 외국인 항공조정사 공급<sup>49)</sup> 등이 있는데 모두 고용노동부장관의 허가를 받지 않고서 한 것이어서(또한 국내근로자공급사업은 노동조합만 허용된다) 형사처벌을 받았다.

직업안정법에 규정되어 있는 고용노동부장관의 허가를 받지 않은 국내근로자공급계약은 무효이지만 공급된 근로자(하청근로자)와 공급받은 자(원청) 사이에 실질적 지배종속관계가 이루어지고, 공급업체(하청)가 형식적·명목적 존재로 인정될 경우에는 판례는 묵시적 근로계약관계가 성립될 수 있다고 보고 있다.<sup>50)</sup>

한편, 일부 견해에 의하면, 하청노동, 특히 사내하청의 대부분이 불법파견, 위장도급의 형태

44) 대법원 1996. 11. 12. 선고 99도3157 판결

45) 대법원 2007. 9. 7. 선고 2006도62292 판결(외국인 강사를 고용하여 국내 직원들의 외국어교육을 희망하는 기업체에 보내 외국어교육을 하도록 한 행위는 파견법이 적용되어 직업안정법을 적용하여 위법한 근로자공급사업으로 처벌할 수 없다고 한 사례)

46) 대법원 1985. 6. 11. 선고 84도2858 판결

47) 대법원 1993. 10. 22. 선고 93도2180 판결

48) 대법원 1994. 10. 21. 선고 94도1779 판결

49) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다56130, 56147 판결

50) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다56130, 56147 판결(아시아나항공 사건)

를 띠고 있고, 이러한 형태의 노동력공급은 사실상 근로자공급에 해당하는 경우가 대부분임을 지적하면서 서면의 요식행위인 파견법의 근로자파견계약과 달리 불요식행위인 직업안정법의 근로자공급계약에 해당될 경우 위법한 근로자공급(국내근로자공급사업의 허가를 받을 수 있는 자는 노동조합이어야만 한다)이고, 이 경우 근로자를 공급받아 사실상 사용한 자(원청)가 근로계약상의 사용자(근로계약이 성립)가 되는 것이라 한다.<sup>51)</sup> 이와 유사하게 근로자의 공급과 사용을 모두 형별로서 원칙적으로 금지해 온 직업안정법과 그 예외로서의 파견법, 중간착취의 금지를 규정한 근로기준법의 해석상 불법파견의 경우에는 고용법질서(직접고용의 원칙)을 위반한 것일 뿐만 아니라 사용사업주와 파견근로자 사이에 객관적 사용종속관계가 인정되므로 직접고용의무를 설정하는 것이 가능하다고 보는 견해도 있다.<sup>52)</sup>

생각건대, 현재 노동조합이 허가받은 경우를 제외하고는 모든 국내근로자공급사업은 금지(근로자파견의 경우만 예외적으로 허용)되어 있는 이상, 판례나 위 견해와 같이 근로를 제공 받은 자(원청)와 근로를 제공한 자(하청 근로자) 사이의 근로계약관계 또는 묵시적 근로계약 관계를 인정할 여지는 적지 않다. 특히, 공급업체(하청)의 경우 근로자의 모집과 알선을 그 목적으로 할 뿐 공급업체 자체의 사업은 없는 것이 일반적인데, 자신이 고용한 근로자에 대한 노동법상 책임을 부담할 능력이나 여건이 안 되는 경우라면 그 실체성이나 자율성을 인정하기도 어렵고, 결국 공급받는 자(원청)와의 근로관계 형성을 필요로 한다. 현재의 판례의 한 유형이라 볼 수 있는 묵시적 근로계약관계를 통한 원청의 사용자성 판단은 하청의 실체나 독자성을 너무 쉽게 긍정하여 이를 방패막이로 원청의 노동법상 책임을 면제시키는 경향이 있다.

(5) 하청노동과 원청의 사용자성 인정여부

위에서 본 바와 같이 하청노동에 있어 원청의 사용자성 인정 요건을 판례에 따라 간단히 도식화해 보면 다음과 같다.

<표 1> 하청노동관계에서 원청의 사용자성

하청노동관계의 유형	원청의 요건	하청의 요건	원청의 사용자성
진정도급	비관여	자율성(독립성)	X
개인하청	지배	종속	○ (근로자성 징표요구)
묵시적 근로계약관계	실질적 지배	형식적·명목적 존재	○

51) 박제성 외 4인, 사내하도급과 노동법, 한국노동연구원, 2009, 42-50면.

52) 조경배, “현대자동차 사내협력업체 불법파견(위장도급) 사건 판례평석, 노동법연구 제29호, 2010, 113면.

근로자과건 (합법·불법포함)		상당한 지휘명령	자율성과 전문성	△ (2년 뒤 고용의제 또는 고용의무 발생)
국내 근로자공급 사업	합법 <sup>53)</sup>	공급계약 당사자로서 노무제공요청	노동조합	X (노동조합이 조합원의 사용자가 된다는 것이 판례임)
	위법 <sup>54)</sup>	실질적 지배	형식적·명목적 존재	○ (묵시적 근로계약관계 요건과 동일)

위 표를 보면 하청노동관계에서 원청이 사용자로 인정되는 경우는 i) 판례에 따라 개인하청에서 근로자성을 부여받거나 원청에 대한 묵시적 근로계약관계가 인정되는 경우가 있고, ii) 과건법에서 정한 근로자과건에 해당되어 그 효과에 따라 고용의제(고용의무)되는 것 외에는 원청이 하청근로자의 사용자로서 지위가 인정되지는 않는다.

하청노동관계에서 하청근로자가 원청의 근로자가 되기 위한 요건을 보면, i) 개인하청의 경우에는 판례가 개인(하청)의 근로자징표만을 판단하고 있으나, ii) 하청업체 내에 하청근로자들이 별도로 있는 경우에는 하청업체의 형식성(명목적성) 또는 자율성(전문성)을 따지고, 원청의 실질적 지배 또는 상당한 지휘명령 여부를 따져 근로자과건으로 볼 것인지, 아니면 묵시적 근로계약관계로 볼 것인지를 통해 그 법적 효과를 구분한다.

결과적으로 놓고 본다면, 하청노동관계에서도 여전히 원청의 지휘감독관계(사용종속관계)를 중심에 놓고 있으며, 그 지시나 감독의 대상으로 하청업체 외에 하청근로자에 대해서도 직·간접으로 영향을 미치는지 여부를 판단한다는 점과 하청업체가 사실상 원청의 노무대행기관이나 일개 부서로서의 역할만 하는 경우에는 원청이 실질적 사용자로서 노동법상 책임을 부담하게 되는 형상을 띠고 있다.

위의 표가 보여주는 것은 판례도 사실상 하청노동관계에서 결국 원청과 하청(근로자) 사이의 종속관계(사용지휘관계)를 요구하고, 그 실질적 관계의 정도나 수준에 따라 법률효과가 달라질 수 있음(진정도급일 경우 원청의 노동법상 책임 배제, 근로자징표가 있는 개인하청의 경우 근로자성 인정, 묵시적 근로계약관계의 경우 원청의 사용자성 인정, 근로자과건의 경우 고용의제 등)을 알 수 있다.

53) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2008두2927 판결(항운노조사건)

54) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2002다56130, 56147 판결(아시아나항공사건)

## 2. 하청노동과 집단적 노사관계

### (1) 개관

하청노동에 있어 집단적 노사관계의 규율은 어떻게 할 것인가? 단체교섭과 단체협약, 쟁의 행위(파업)는 모두 사용자를 상대로 해야 하는데, 통상 원청이 법적(집단적 노사관계에서의) 사용자라고 할 수 있는지, 거꾸로 말하면 하청 근로자가 원청의 근로자 지위를 갖는지의 문제로 제기된다.

하청노동관계에서 개별적 근로관계에 비해 집단적 노사관계는 원청의 노동법상 의무나 책임을 인정하는 것이 다소 확장된다. 집단적 노사관계에서는 근로계약관계를 반드시 전제하지는 않기 때문이다. 근로계약관계가 없는 실업자가 노동조합에 가입할 수 있다는 판례<sup>55)</sup>와 근로계약관계가 없는 원청과 사이에 원청의 하청근로자에 대한 부당노동행위에 대해 노동조합법에 근거한 수규자(授規者)로서 원청의 지배·개입의 금지를 명령하는 판례<sup>56)</sup>를 보면 이를 알 수 있다. 학설로도 집단적 노사관계에서 근로계약관계를 요구할 수 있는 것은 고용과 사용이 일치하는 형태에서만 가능하고, 고용과 사용이 분리된 간접고용에서는 다르게 봐야 한다는 견해가 있다.<sup>57)</sup> 이하에서는 이른바 판례가 제시하고 있는 원청의 실질적 영향력설을 기준으로 한 노조법상 사용자 인정의 한계를 살펴본다.

### (2) 원청의 지배·개입

하청노동관계에서 하청근로자가 자발적으로 노동조합을 설립·유지하는 것은 근로계약관계에서 보장되는 것이 아니라 헌법과 노동조합법에 의해 보장된 권리로서 누구도 그 권리를 침해할 수 없다. 다만 노조법상 부당노동행위의 금지명령의 대상자가 될 수 있는지 여부는 노동조합법 제81조가 사용자에게만 부당노동행위의 금지를 부과하고 있기 때문에 여기서의 사용자가 누구인지가 문제된다.

판례는 근로자의 기본적 노동조건 등에 관해 실질적·구체적으로 지배·결정할 수 있는 자를 부당노동행위 금지의무의 대상으로 보았다. 현대중공업 사건에서 판례는 원청회사가 개별 도급계약을 통해 하청근로자의 기본적 노동조건에 관해 하청업체와 권한과 책임의 일정 부분

<sup>55)</sup> 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001두8568 판결(서울여성노동조합 사건); 유사한 사례로 대법원 2011. 3. 24. 선고 2007두4483 판결(영일만신항항운노동조합 사건)

<sup>56)</sup> 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결(현대중공업 사건)

<sup>57)</sup> 박수근, “간접고용근로자의 집단적 노동분쟁과 쟁점의 검토”, 노동법연구 제24호, 서울대 노동법연구회, 2008, 51면.

을 담당하고 있다고 보았고, 원청이 하청업체의 사업폐지 유도행위와 그로 인한 하청 노동조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 지배·개입행위를 하였다고 보았다. 판례는 이에 대한 구제명령으로 부작위명령(“실질적인 영향력과 지배력을 행사하여 사업폐지를 유도하는 행위와 이로 인하여 노동조합의 활동을 위축시키거나 침해하는 행위를 하여서는 아니된다”)도 적법하다고 보았다.<sup>58)</sup>

위 판례에서도 노동법에 있어 사실행위에 대한 포착(실질적 영향력과 지배력)과 이에 대한 개입(사실행위의 예방적 금지)이 드러난다. 위 판례는 하청 노동조합에 대한 원청의 사실상의 지배·개입은 헌법상 단결권의 침해로서 부당노동행위 구제명령을 통해 그 배제를 구할 수 있음을 보여준다. 위 판례가 가진 중요한 의미는 노동법이 가진 장점인 일정한 사실관계로부터 법적관계(책임과 의무를 구성하는 관계)를 구성하는 방식으로 접근하였다는 점이다.

다만 i) 판례가 제시한 실질적 영향력·지배력을 가진 자가 노조법상 부당노동행위의 사용자가 될 수 있다는 사실관계에 근거한 관점이 법적관계에서의 사용자가 될 수 있다고 확대될 수 있는지, 즉 하청근로자의 노동법상 책임의 법적 당사자로서 원청이 권리의무를 부담하게 된다고 확대해석할 수 있는지에 대해서는 의구심이 있다. ii) 또한, 구제명령의 내용을 보면, 추상적인 법리와 유사하게 구체적 내용을 담은 금지명령이 아니라 추상적으로 침해행위의 금지를 요구할 뿐이어서 구제명령을 위반하였는지 여부에 대해서도 또 다른 사실관계의 해석을 요구하게 되는 문제점이 있다.

### (3) 원청과의 단체교섭

위에서 본 판례의 실질적 영향력설이 가진 한계는 하급심인 수자원공사 결정에서 잘 드러난다. 위의 최초의 실질적 영향력·지배력설의 판결은 부당노동행위에 대한 지배·개입이라는 원청의 사실적 행위를 향후에 금지시키는 것이었다. 이후 하급심인 대전지방법원은 원청인 한국수자원공사에 하청(청소 및 시설관리업체) 노동조합과 성실히 단체교섭에 응할 것을 명한다. 다만, 단체교섭 사항 중 원청이 실질적·구체적으로 지배·결정할 수 있는 범위를 한정하였다.<sup>59)</sup>

원청이 지배·결정할 수 있는 범위와 관련해서는 청소 및 시설관리 도급계약을 체결하면서 약정사항으로 한 것(원청의 인원배치조정 요구, 채무자의 작업지시, 근무시간과 과업지시서, 휴게공간 등)에 대해서는 단체교섭을 명하였으나, 하청 근로자의 정년과 임금 등 직접적 고용과 관련된 사항은 원청의 단체교섭사항이 되지 않는다고 하였다.

<sup>58)</sup> 대법원 2010. 3. 25. 선고 2007두8881 판결(현대중공업 사건)

<sup>59)</sup> 대전지방법원 2011. 10. 6.자 2011카합782 결정(한국수자원공사 사건)

위 하급심 판결은 실질적 영향력·지배력설을 판시한 앞서 본 대법원 판결을 원용하면서 위와 같이 교섭사항을 구분(원청이 도급계약을 통해 하청근로자의 근로조건에 영향을 미칠 수 있는 것과 임금과 정년과 같이 하청이 근로계약관계에서 결정해야 하는 것)하였는데, 이는 나름 합리적이라 보이기는 하지만 여전히 한계에 봉착한다. 하나는 원청이 하청 근로자의 임금과 근로시간 등에 있어서도 도급비용의 증액이나 근무시간의 조정 등을 통해 실질적 영향력·지배력을 행사할 수 있다는 점이다. 임금과 근무시간 조정 등도 교섭과정에서 삼면합의(원청과 하청 사이에서 도급비용 인상 합의, 하청과 하청 노동조합 사이에서 임금인상 합의 등)를 통해 이를 수 있다는 점에서 임금과 근로시간을 원청과의 교섭사항에서 제외하는 것은 노사의 자율적 협상과정과 교섭거래과정을 제약하게 된다.

그래도 위 판결이 가진 의의는 집단적 노사관계에서 원청의 사용자성을 향후 확대해 나갈 수 있다는 점에서 그 의미가 있다. 예컨대, 교섭의무가 인정된 이상 단체협약의 당사자가 될 수 있을 것이고<sup>60)</sup>, 교섭에 불응할 경우 원청을 상대로 한 합법적 쟁의행위도 허용될 수 있기 때문이다.<sup>61)</sup> 이러한 확장이 가능한 이유는 앞서 본 바와 같이 집단적 노사관계에서는 근로계약관계를 반드시 전제로 하지는 않기 때문이다.

#### (4) 원청의 사실상의 인사·징계권의 행사

앞서 본 판례의 실질적 영향력설을 원용한 판결이 최근 골프장 캐디 사건에서 있었다. 기존의 판례에 따르면 골프장 캐디는 근로기준법상 근로자는 아니지만<sup>62)</sup> 노조법상 근로자는 된다.<sup>63)</sup> 이것을 거꾸로 보면 골프장 운영자(법인)는 캐디의 근로기준법상 사용자는 아니지만 노조법상 사용자는 되어야 한다.

골프장 캐디 노사관계의 운영방식은 다양할 수 있지만 한 골프장 사례를 예로 들어 보면, 1999년 골프장 캐디(경기보조원) 노동조합이 전국여성노동조합 분회로 결성되어 골프장 운영회사와 2001. 7. 12. 단체협약을 체결하였고<sup>64)</sup>, 캐디들 자치단체에서 정한 경기보조업무를 하

60) 원청과 하청 노동조합의 양자협약, 하청도 포함된 삼자협약과 관련된 구체적 방식과 그 효과에 대해서는 강선희, “원청회사의 사내하청노동조합이 체결한 합의의 법적 성질의 효력”, 안암법학 제41호, 2013, 207-213면 참조.

61) 이와 관련된 사례로는 전주지방법원 군산지원 2006. 4. 12.자 2005카합411 결정(원기업체가 하청업체의 근로자에 대하여 실질적인 사용종속관계를 가지고 영향력 또는 지배력을 행사할 수 있는 경우 단체교섭의 상대방이 된다고 전제한 후 신청인 회사가 업무도급의 형식으로 하청 근로자들을 직접 지휘감독하면서 실질적 영향력을 행사하고 있다고 보아 신청인회사가 하청 근로자들의 출입금지 및 업무방해금지가처분을 구하는 신청을 기각하였다)

62) 대법원 1996. 7. 30. 선고 95누13432 판결(골프장 캐디의 근로기준법상 근로자 지위 부인사례)

63) 대법원 1993. 5. 25. 선고 90누1731 판결, 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두23139 판결(골프장 캐디의 노동조합법상 근로자 지위 인정사례)

는 과정에서 지켜야 할 의무와 그 위반에 대한 제재를 정한 경기보조원 수칙이 있다. 위 골프장 운영회사가 골프장 캐디들에게 단체협약에 없는 무기한의 장기간 출장유보처분을 하여 부당징계무효확인 소송을 제기한 사건에서 대법원은 위 처분이 부당노동행위에 해당하여 아무런 효력이 없다는 이유로 원심판단을 인용하여 위 캐디들의 청구를 인용하였다.<sup>65)</sup> 위 대법원 판결에서도 앞서 본 판례의 실질적 영향력·지배력설이 논거로 제시되는데, 몇 가지 문제점을 지적해 보면 다음과 같다.

- i) 먼저, 골프장 캐디는 개별적 근로관계에 있어 근로자가 아니므로 누구도 해고나 징계를 할 수는 없다는 것이다. 이러한 해고나 징계는 사용자의 사업조직에 편입된 개별적 근로관계가 형성되어 있음을 전제로 하기 때문이다.
- ii) 다음으로, 골프장 운영회사의 출장유보처분은 어떻게 보면 계약관계가 아닌 골프장 소유권에 기한 물권적 청구(나의 골프장에 들어오지 말라는 물권적 방해배제청구)에 기반한 것일 수도 있다.
- iii) 끝으로, 골프장 운영회사는 개별적 근로관계에서의 사용자가 아니라고 하면서도 위 판결은 징계(출장유보처분)가 부당노동행위로서 무효라 하고 있다. 부당노동행위가 집단적 근로관계에서 조합원의 보호장치이기는 하지만 근로계약의 당사자처럼 원직복직이나 해고, 징계를 할 권한은 없음에도 불구하고 이를 근로자에 대한 직접적 징계로 보아 무효로 한 것은 개별적 근로관계의 사용자로서의 지위를 전제로 한 것이다.

위 판결이 보여주는 모순은 원청이 가진 묘한 모습, 법적으로 사용자가 아니면서 실질적으로 사용자인 듯한 모습들에 대해 노동법상 규제를 가하면서 발생하는 법리구성의 어려움을 보여준다. 이러한 법리적 모순을 해결하기 위해서는 실질에 맞게 골프장 운영자를 개별적 근로관계에서도 사용자라고 인정하면 된다. 실제 골프장 운영회사는 부당해고 구제심판의 피신청인이 된 후 신청인인 골프장 캐디의 원상복직을 스스로 약속하기도 한다. 그러나 지금의 판례에 따르면 법적으로 골프장 운영회사는 골프장 캐디를 부당해고할 수도 없고, 원직복직을 시킬 수도 없다. 오직 사실적으로 그럴 수 있을 뿐이다.

64) 노무법인 한길, 골프장업 노사관계유형분류에 따른 노사관계 발전방안, 경인지방노동청 용역보고서, 2006, 26-27면. 위 보고서에 따르면 2006년 1월 기준 캐디(경기보조원)만으로 구성된 노조는 1개, 직원 노동조합만 있는 곳은 31개, 직원과 캐디가 함께 노동조합에 가입된 곳은 3개로 보고하고 있다 (위 보고서 86면).

65) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2011두23139 판결



### 3. 원청의 하청근로자에 대한 노동법상 책임의 구성

#### (1) 사용자 지위부여

하청에 있어 원청의 노동법상 책임의 구성방식 중 위에서 본 것은 주로 해석(묵시적 근로계약관계론)이나 법령규정(파견법상의 고용의제나 고용의무)을 통하여 원청에 하청근로자의 사용자지위(근로관계)를 법률에 의한 설정하는 것이다. 그러나 이런 방식이 가진 단점으로는 원청의 의사에 반한 근로관계 설정으로 인해 금전적 책임뿐 아니라 고용책임까지 부여한다는 것이다. 그러나 실질에 맞게 노동법상 의무와 책임을 원청에 부과하고, 하청근로자 또한 원청에 노무제공의무를 부담하게 되어 하청을 넘어서는 직접적 근로관계 형성을 이루어 노동관계를 원청으로 일원화시킨다. 그러나 아직 이러한 방식은 법령에 의해 예외적(불법파견 등의 경우)이거나 소수의 판례를 통해서만 인정되고 있다. 이와 관련하여 노동의 사용에 의해 직업 이익을 향유하는 원청(사용사업주)는 하청(파견사업주)과 그 관계의 실질에 따라 연대하거나 단독으로 노동법상의 사용자로서 책임을 져야 함을 강조하는 견해가 있다.<sup>66)</sup>

#### (2) 공동사용자 책임

우리 파견법은 사용사업주(원청)와 파견사업주(하청)를 파견(하청)근로자의 파견근로에 관해서 원칙적으로 둘 모두를 근로기준법상의 사용자로 보아 근로기준법을 적용한다.<sup>67)</sup> 다만 파견사업주가 단독으로 사용자가 되는 경우와 사용사업주가 단독으로 사용자가 되는 경우를 구분

66) 강성태, “사내하도급 삼부작 판결의 의의”, 노동법학 제35호, 한국노동법학회, 2010, 18면.  
 67) 파견법 제34조(근로기준법의 적용에 관한 특례) ① 파견중인 근로자의 파견근로에 관하여는 파견사업주 및 사용사업주를 「근로기준법」 제2조의 규정에 의한 사용자로 보아 동법을 적용한다. 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, 제59조, 제62조, 제63조 및 제69조부터 제75조까지의 규정의 적용에 있어서는 사용사업주를 사용자로 본다. <개정 2007.4.11.>  
 ② 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. <개정 2007.4.11.>  
 ③ 「근로기준법」 제55조, 제73조 및 제74조제1항의 규정에 의하여 사용사업주가 유급휴일 또는 유급휴가를 주는 경우 그 휴일 또는 휴가에 대하여 유급으로 지급되는 임금은 파견사업주가 지급하여야 한다. <개정 2007.4.11.>  
 ④ 파견사업주와 사용사업주가 근로기준법을 위반하는 내용을 포함한 근로자파견계약을 체결하고 그 계약에 따라 파견근로자를 근로하게 함으로써 동법을 위반한 경우에는 그 계약 당사자 모두를 동법 제15조의 규정에 의한 사용자로 보아 해당 벌칙규정을 적용한다.

해 놓았는데, 파견사업주가 임금(수당 및 퇴직금 포함), 근로계약 및 근로조건(연장·야간·휴일근로·휴가·요양 및 휴업보상 등 포함), 징계 및 해고(부당해고의 피신청인이 됨) 등 개별적 근로관계에서의 책임을 대부분 담당하고 있고, 사용자사업주는 근로시간(연장근로·탄력적·선택적 근로시간제, 휴게·휴일 등)에 있어 사용자로 간주된다. 파견법이 이와 같이 파견사업주에게만 실질적 노동법상 책임을 지우는 태도에 대해 노동관계에 있어 ‘사용사업주 책임의 축소(일부 면제)’로 보는 입장이 있다.<sup>68)</sup>

실제, 위와 같이 파견사업주가 사용자가 되는 부분과 사용자사업주가 독자적으로 사용자가 되는 부분을 제외하고 나면 둘이 공동으로 근로기준법상의 책임을 지는 부분은 무엇이 남아있을까? 그것은 근로조건의 준수(제5조), 균등처우(제6조), 강제근로 및 폭행의 금지(제7조 및 제8조), 중간착취의 금지(제9조), 공민권 행사의 보장(제10조), 노동위원회 보고 및 출석의무(제13조), 법령요지 게시(제14조), 취업방해 금지(제40조), 제57조(보상휴가제), 연차유급휴가 사용촉진(제61조), 임신부 등 사용금지(제65조) 등이다.

파견사업주나 사용자사업주 중 1인이 위에 규정된 조항의 근로기준법을 위반하였을 경우 나머지 다른 사업주가 어떤 책임을 부담하게 되는지는 해석이 필요하다. 위 규정들 위반의 경우 대부분 형벌규정의 적용을 받는데 근로기준법의 형벌 규정에서도 모두 공동의 사용자로 적용되는 것을 원칙으로 하기 때문에 다른 예외규정이 없는 이상 두 사업주 모두 형사처벌의 대상이 된다. 1인의 사용자(사용사업주 또는 사용자사업주)가 위 규정들을 위반하여 하청근로자에게 민사상 손해가 발생하였다면 양 사업주는 공동사용자로서 연대하여 손해배상책임을 부담해야 한다. 이와 같이 원청과 하청 간에 하청근로자에 대한 사용자로서 형사처벌과 손해배상 책임의 연대는 원청의 노동법상 책임을 강화하며, 단체교섭에서도 위 사항들에 대해서는 공동 사용자로서 교섭의무도 발생하게 된다.

### (3) 특정부분(임금, 산업안전)에 대한 법정책임

이는 건설업이나 도급사업과 같이 특별히 더 취약한 분야의 하청 근로자를 위해 원청이 일정한 금전적 책임을 지거나 산업안전분야나 산업재해와 관련하여 산업안전보건법이나 산업재해의 책임을 법령이나 판례에 근거해 원청에 부과하는 방식이다.

근로기준법은 수차의 하도급에서 원청(직상수급인)의 귀책사유로 하청 근로자에게 임금을 지급하지 못한 경우 원청과 하청의 연대책임을 부담시키고 있고, 건설업에서의 공사도급의 경우에는 위와 같은 원청(직상수급인)의 귀책사유가 없는 경우라도 원청(직상수급인)과 하청이

<sup>68)</sup> 강성태, “위법한 파견근로와 사용자사업주의 책임”, 노동법연구 제13호, 서울대 노동법연구회, 2002, 190면.

연대하여 하청 근로자의 임금지급 책임을 진다(근로기준법 제44조 및 제44조의2).

원청의 산업안전보건법상의 산업안전책임<sup>69)</sup>은 위와 같은 하청의 채무불이행으로 인한 책임을 부담하는 것이 아니라 원청 스스로 법령상의 요구에 따라 하청 근로자를 위한 안전보건에 관한 원·하청협의체를 구성하여 산업재해 예방을 위한 협의를 하여야 한다. 파견법은 이를 보다 확대하여 산업안전보건법상의 일부 사용자(사업주)의 의무들에 있어 파견사업주와 사용자(사업주) 모두를 사용자(사업주)로 간주하고, 산업안전보건법을 위반하는 내용의 근로자파견이 이루어진 경우 파견사업주와 사용자(사업주) 모두를 사용자(사업주)로 보아 벌칙을 적용한다.<sup>70)</sup>

판례는 산업안전보건법의 책임을 지는 사업주는 안전사고를 당한 근로자와 실질적 고용관계가 있는 자로 한정해석 해 왔는데<sup>71)</sup>, 최근에 대법원은 하청근로자들의 사망산재사고에서 원청이 자신의 근로자로 하여금 하청근로자를 감시·감독하도록 지시한 경우 그 원청이 위 법상의 사업주로서 형사처벌 대상이 된다고 하였다.<sup>72)</sup> 위 판결에 대해 실질적 근로관계가 없는 하청근로자에 대해서도 원청에 산업안전보건법령상의 의무와 형사처벌을 할 수 있게 되었지만 그 요건상 원청근로자에 의한 현장감독 등을 요구하고 있다는 점에서 한계를 지적하는 의견이 있다.<sup>73)</sup>

하청근로자 보호(재산상·신체상 보호)를 목적으로 한 근로기준법, 파견법 또는 산업안전보건법이 원청에 대해 법적·강제적으로 하청과의 연대책임 또는 법령에 의해 하청 근로자의

69) 산업안전보건법 제29조(도급사업 시의 안전·보건조치)

② 제1항 각 호 외의 부분에 따른 산업재해를 예방하기 위한 조치는 다음 각 호의 조치로 한다.

1. 안전·보건에 관한 협의체의 구성 및 운영

〈산업안전보건법시행규칙〉 제29조(협의체의 구성 및 운영) ① 법 제29조제2항제1호에 따른 협의체는 도급인인 사업주 및 그의 수급인인 사업주 전원으로 구성하여야 한다.

70) 파견법 제35조(산업안전보건법의 적용에 관한 특례) ① 파견중인 근로자의 파견근로에 관하여는 사용자(사업주)를 산업안전보건법 제2조제3호의 규정에 의한 사업주로 보아 동법을 적용한다. 이 경우 동법 제31조제2항의 규정을 적용함에 있어서는 동항중 “근로자를 채용할 때”를 “근로자파견의 역무를 제공받은 때”로 본다.

② 제1항의 규정에 불구하고 산업안전보건법 제5조, 제43조제5항(작업장소의 변경, 작업의 전환 및 근로시간 단축의 경우에 한한다), 제43조제6항 단서, 제52조제2항의 적용에 있어서는 파견사업주 및 사용자(사업주)를 동법 제2조제3호의 규정에 의한 사업주로 본다.

③ 내지 ⑤ 생략

⑥ 파견사업주와 사용자(사업주)가 산업안전보건법을 위반하는 내용을 포함한 근로자파견계약을 체결하고 그 계약에 따라 파견근로자를 근로하게 함으로써 동법을 위반한 경우에는 그 계약당사자 모두를 동법 제2조제3호의 규정에 의한 사업주로 보아 해당 벌칙규정을 적용한다.

71) 전형배, 앞의 논문, 384면.

72) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2014도3542 판결(사업주가 소속 근로자로 하여금 사업주로부터 도급을 받은 제3자가 수행하는 작업을 현장에서 감시·감독하도록 지시한 경우에도 그 감시·감독 작업에 안전상의 위험성이 있는 때에는 산업안전보건법 위반죄가 성립된다고 한 사례임).

73) 전형배, 앞의 논문, 385면.

보호의무를 규정하고 있어 일정한 조건에 해당하면 당연히 원청에게 임금지급이나 산안법상 책임을 부과할 수 있다는 점에서 하청근로자를 보호하는 시스템의 하나라 볼 수 있지만, 원청에 사용자의 지위를 부여하는 것이 아니고, 주로 사후적으로 임금체불이나 산재사고 이후에 원청의 책임문제가 불거지는 것이어서 당해 근로자의 근로관계 지속 중에는 원청의 책임이 표면으로 드러나지는 않는다.

#### (4) 협약이나 관행을 통한 원청의 사용자 역할

원청이 법령이나 계약상 의무에 근거한 것이 아니라 일정한 방침이나 지침을 두고서 하청업체에 계약이나 방침 등을 통해 하청근로자에 대한 보호를 시행하는 방법도 있다. 예를 들면, 보건복지부 또는 지자체 보건소가 각 지역의 정신보건센터 업무를 지역 의료기관 등에 위탁(하청)하면서 기존의 정신보건센터 직원들에 대해서 새롭게 위탁을 받은 의료기관 등에게 고용승계 및 4대보험 가입(비용은 위탁업무 수행비용 중에 하나로 계상되어 있다)을 위탁의 조건으로 제시한다.

또 다른 방식은 원청이 하청업체 노동조합과의 단체협약을 통해 사용자로서의 일부 의무를 담당하는 것이다. 이러한 방식은 앞서 한국수자원공사 사건에서 보았듯이 아직 초기단계이기는 하지만 하청노동관계에서 노사의 자율적 협의에 의한 사용자 역할과 책임의 분배가 이루어질 수 있음을 보여준다. 여기에는 단체교섭뿐만 아니라 그보다 낮은 수준의 원·하청 노사 협의회 같은 형태가 가능할 수 있다.

다만, 원청의 단체교섭 응락을 쉽게 인정받기 어렵고, 판례나 법령에 의해 원청의 사용자로서의 실질적 역할이 인정되지 않는 이상 원청이 교섭이나 노사협약에 나설 가능성이 많지 않다는 점에서 결국 의무가 아닌 호의에 기대어 원청의 사용자 역할을 기대하기는 어렵다.

## IV. 결론을 대신하여

### 1. 노동법에 있어 책임의 문제

노동법은 과거 근로자를 하나의 법인격의 주체로서 대하지 않았다. 주체가 아닌 보호의 대상으로, 그래서 법적 책임을 묻는 것도 주저하였고, 그것은 종속관계에 있는 자에게 자율적 의사결정에 따른 법적 책임을 강조할 수 없기 때문이다. 그래서 어떤 부당한 계약들은 본인의

의사에도 불구하고 무효로 만들어 책임을 부담시키지 않았고, 그것은 아직까지도 유효한 보호 방법이기도 하다. 거꾸로 사용자에 대해서는 근로관계 존속보호(해고제한), 최저수준 보호(최저임금 등)를 통하여 자유로운 의사결정을 제약하였다. 그에 대한 도피로서 사용자는 이제 근로관계를 설정하려 하지 않는다. 사용자는 근로자에 대한 노동법적 책임을 지고 싶어하지 않는다. 하청노동은 그 책임을 면할 수 있는 유용한 방법이며, 동시에 기존의 사용자의 권한들은 유지하기 위해 하청노동의 근거가 되는 계약(도급, 업무위탁, 위임 등)을 통해 확보하고자 한다. 원청의 모습은 이제 돈만 대고서 수익을 얻고, 그 외의 거주장스러운 고용은 하청에 전가한다. 하청노동은 그래서 내가 근로자인가? 아닌가?의 문제가 아니라 내가 누구의 근로자인가? 라는 질문을 하게 한다. 개인하청은 마치 자기고용으로 인식되면서 상대방을 사용자라 쉽게 생각하지 못하게 하고, 다른 하청노동들은 하청의 법인격을 통해 원청의 사용자성을 숨긴다.

## 2. 하청노동과 노동법

하청노동에 관한 고민은 이미 여러 노동법 학자들이 해 왔다. 하나의 방향은 원청의 자유로운 노동력활용을 위해, 그리고 그와 더불어 노동법상 책임으로부터 자유로워지기 위한 노력에 호응하기 위한 것이고, 다른 하나의 방향은 하청노동의 실질적 사용자를 찾아 그 노동법상 책임을 추궁하고자 하는 것이었다. 전자는 현실을 수궁해야 한다고 하고, 후자는 현실을 극복해야 한다고 한다. 생각건대, 하청노동은 노동력활용의 문제가 아니라 노동인격의 자율이나 종속의 확대, 연쇄적인 계약과 노동사실의 고리를 통한 책임의 전가나 확대를 의미할 수 있다.

원청이 가진 실질적 지배력은 이제 어디서든 볼 수 있다. 경비업체에 소속되어 아파트로 일하러 온 경비원을 아파트 입주자대표회의에서 해고나 교체를 요구하거나(해고나 전보), 상가건물관리단이 건물 관리업체의 직원이 하는 주차관리를 전산장비로 바꾸겠다고 하여 관리업체 직원들의 일자리가 없어지거나(정리해고), 정부의 사회복지예산을 줄이면서 정부보조금으로 운영되는 각종 복지사업을 하는 센터나 프로그램의 운영직원이 줄어드는 경우와 같이 근로자가 자신의 능력과 권리로서 스스로의 일자리를 지키는 것이 쉽지 않게 되었다. 즉, 스스로에게 귀책사유 없고, 법적으로 싸울 수도 없는 당사자들(원청)에 의해 자신의 근로자로서의 운명이 결정된다. 향후의 노동법이 어떤 노동법이 될지, 노동력활용을 도와주는 법이 될지 아니면 노동인격의 자율과 권리의무를 성숙시키는 법이 될지 가르는 것은 하청노동을 향한 법의 태도에 달려 있다고 볼 것이다.



## “하청관계에서 노동법상 책임의 연대와 분배”에 대하여

유 성 재\*

평소 토론자도 관심이 많았고, 최근 실무적으로는 물론 이론적으로도 관심의 높은 주제에 대하여 발표자께서 논리적이고 체계적으로 정리해 주셔서 덕분에 많이 배웠습니다. 발표자께서는 최근 사용자 책임을 회피하기 위하여 사용되고 있는 다양한 형태의 하청관계의 문제들을 개별적 근로관계적 관점은 물론 집단적 노동관계적 관점에서 분석하여 현행법의 문제점과 이에 대한 해결방안을 제시해 주셨습니다. 토론자는 발표자께서 논리전개의 전제로 삼고 있는, “근로관계와 노사관계는 계약관계를 뛰어넘어 바로보아야만 그 실체가 드러난다”는 주장이나, “공동사용자 책임”에 대하여 찬성합니다. 다만, 토론자가 아직 발표자의 주장 가운데 분명하게 이해하지 못한 부분에 대하여 몇 가지 질문을 드리고자 합니다.

토론자는 발표자께서 하청관계에서 원청 사업주와 하청 사업주의 관계를 계약이 아니라, 실질적인 ‘사용종속관계’를 기준으로 판단하여야 한다고 보고, 경우에 따라서는 양자가 공동으로 책임을 져야 함을 주장한 것으로 이해합니다. 토론자의 이해가 맞는지 모르지만, 이를 전제로 드리도록 하겠습니다. 토론자의 이해가 잘못되었다면, 질문의 취지에 맞게 수정하여 답변해 주시길 부탁드립니다.

첫 번째로 발표자는 원청 사업주 및 하청 사업주와 근로자 사이의 ‘사용종속관계’(지시권)가 실질에 있어서 양자에게 분산되어 있다면, 노동법적 책임을 양자에게 분산하여 부담하겠다는 주장이신지요? 만약, 그렇다면 손해배상 책임과 같이 분산이 가능한 책임의 경우에는 문제가 없으나, 고용의무와 같이 책임의 분산이 불가능한 경우도 있지 않을까요? 이러한 경우에 대한 발표자의 해결방법은 무엇인지요?

만약, 그렇지 않고 ‘사용종속관계’가(지시권이) 분산되어 있으면, 발표자께서는 양자 모두에게 공동책임을 묻겠다는 것인지요? 그렇다면 이 경우 원청과 하청의 사용종속관계(지시권)가

---

\* 중앙대학교 법학전문대학원.

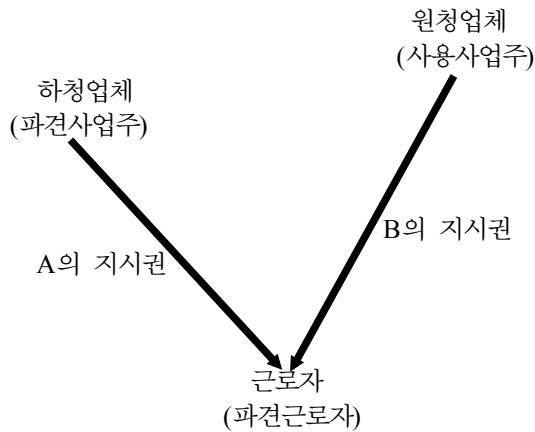
20:80인 경우와 40:60인 경우에 양자는 이러한 차이와 관계없이 항상 100%의 책임을 공동으로 지게 되는 것이지요?

토론자는 위와 같은 문제점 때문에 기존의 틀 안에서 계약유형을 분류하는 방식만을 수정하는 방안이 타당하다고 생각하고 있습니다. 예를 들어 아래와 같이 두 명의 사업주가 근로자에 대하여 지시권을 동시에 행사하고 있는 경우에 각각의 경우에 원청 사업주와 하청 사업주가 어떠한 법적 책임을 져야 하는지를 생각해 보았습니다.1)

하청업체의 지시 (A)		원청업체의 지시 (B)	판례		사건
			하청의 독립성	계약유형	
100	>	0	인정	도급	도급
99	>	1	인정	도급	파견근로관계
98	>	2	인정	도급	파견근로관계
:	>	:	인정	도급	파견근로관계
:		:			
52	>	48	인정	도급	파견근로관계
51	>	49	인정	도급	파견근로관계
50	=	50	인정	도급	파견근로관계
49	<	51	인정	파견근로관계	파견근로관계
48	<	52	인정	파견근로관계	파견근로관계
:	<	:	인정	파견근로관계	파견근로관계
:		:			
21		79	인정	파견근로관계	파견근로관계
20		80	인정	파견근로관계	파견근로관계
19		81	인정	파견근로관계	직접고용관계
:	<	:	인정	파견근로관계	직접고용관계
:		:			
2	<	97	인정	파견근로관계	직접고용관계
1	<	98	인정	파견근로관계	직접고용관계
0	<	100	부정	직접고용관계	직접고용관계

1) 근로자공급계약은 근로자와 계약관계가 아니라, 실질적 지배관계를 전제로 한다는 점만이 근로자파견과 구별되므로 별도로 분류하지 않기로 한다.





직접고용관계의 인정과 관련하여 발표자는 판례가 직접근로관계를 인정하기 위한 요건의 하나로 요구하고 있는 하청 사업주의 “독자성이나 독립성의 결여”는 폐기되어야 한다고 봅니다. 왜냐하면, 판례는 명확한 법적 근거도 없이 하나의 근로관계에 대하여는 하나의 근로계약만이 존재할 수 있다고 전제하고 있기 때문이다. 즉, 토론자는 직접근로관계를 사업주의 “독자성이나 독립성의 결여”와 관계없이 판단하여야 한다고 봅니다. 그리고 그렇게 하여야만, 보다 많은 사건에서 실질에 부합하게 ‘직접고용관계’를 인정할 수 있다고 봅니다.

그리고 토론자는 현행 법체계에서 하나의 근로관계에 대하여 두 명의 사업주의 존재가 인정되는 것이 파견근로관계뿐이므로, 원청 사업주가 사용자(파견근로관계)로 인정되기 위해서는 그가 파견사업주보다 더 많은 지시권을 행사할 필요는 없고, 지시권을 행사하는 것 자체로 충분하다고 봅니다. 즉, 원청 사업주가 조금이라도 지시권을 행사하면, 바로 파견근로관계를 인정하여야 한다는 것입니다.<sup>2)</sup> 이에 대한 발표자의 의견을 부탁드립니다.

두 번째로 발표자도 불법파견의 경우 “사실상 사용한 자(원청)가 근로계약상의 사용자”라는 주장과 “객관적 사용종속관계가 인정되므로 직접고용의무를 설정하는 것이 가능하다”고 보시는지요? 저는 위 주장을 ‘계약이 존재하지 않고, 실질적인 사용만 있는 경우’에도 근로관계의 성립(노동법의 적용)을 인정하는 견해라고 이해하고 있습니다. 그런데 평소 저는 위 주장에 대하여 다음과 같은 이유에서 반대해 왔습니다. 즉, 만약 위와 같은 주장을 수용할 경우, ‘계약은 존재하지만, 아직 실질적인 사용이 존재하지 않는 채용내정자’에 대하여는 근로관계의

<sup>2)</sup> 지시권은 ‘노동법상의 지시권’(arbeitsrechtliche/personenbezogene Weisungen)과 ‘도급계약상의 지시권’(werkbezogene/objektbezogene Anweisungen)으로 구분하고 위에서 말하는 지시권은 ‘노동법상의 지시권’을 의미한다.

성립(노동법의 적용)을 부정해야 하는 것은 아닌지 궁금합니다. 이에 대해서도 발표자의 의견을 부탁드립니다.

정리되지 않은 생각을 축약하다 보니, 두서가 없고 내용이 불필요하게 난해해져 버렸습니다. 죄송하게 생각합니다. 토론을 경청해 주셔서 감사합니다.