

노동정책연구
2010. 제10권 제2호 pp.217~244
© 한국노동연구원

연구논문

파견근로자에 대한 차별시정*

조상균*

본 연구는 파견근로자에 대한 독자적인 차별시정에 대한 본격적인 논의가 필요하다는 전제 하에 파견근로자에 대한 차별시정제도에 대하여 검토한 것이다. 이를 위해서 파견법에 규정된 차별시정제도를 둘러싸고 제기될 수 있는 몇 가지 문제점을 도출하여 일정한 대안을 검토해 보았다.

파견법상 파견근로자에 대한 차별시정제도의 도입이 반드시 파견근로자에 대한 인권의 보호만을 목적으로 하고 있지 않다는 점은 부인하기 어렵다. 그러나 그렇다고 해서 비정상적 고용형태인 근로자파견 관계를 활성화시키기 위해서나 또는 계속해서 용인하려는 목적으로 차별시정제도를 해석·운용해야 한다는 것은 본말이 전도된 것으로 평가할 수밖에 없다. 따라서 사용자업주는 다소 비용의 부담을 지더라도 근로자를 사용하는 데 발생하는 이익만을 누릴 수 있도록 해야 하며, 이는 파견법에 차별시정제도를 도입한 가장 큰 목적이 되어야 할 것으로 보인다.

그러므로 첫째, 노동위원회는 신청인이 외형상 도급근로자라 할지라도 차별시정 판단의 선결 문제로서 다른 기관에 독립적으로 선결 문제로서 이를 판단해야 하며, 둘째, 파견근로자에 대한 차별적 처우를 판단함에 있어 '직접 고용관계에 따라 형성되는 근로조건'인지 '사용사업주의 사업장 편입에 따라 형성되는 근로조건'인지를 구별할 필요는 없고, 이러한 차별에 합리적 이유가 되는지 여부를 판단하는 데 근거가 되어서도 아니 된다. 셋째, 단체협약에

논문접수일: 2010년 4월 23일, 심사의뢰일: 2010년 5월 4일, 심사완료일: 2010년 6월 9일

* 이 논문은 2009년도 전남대학교 특성화분야 연구비 지원에 의하여 연구되었다.

** 전남대학교 법학전문대학원 부교수(skcho@chonnam.ac.kr)

대한 차별은 차별시정제도의 강행규정으로서의 성질상 허용될 수 없다. 넷째, 파견근로자에 대한 차별시정제도의 실효성을 확보한다는 점에서 차별시정명령 이행의무자는 파견사업주 및 사용자사업주의 책임 영역을 구분하지 않고 양자를 시정명령 이행의무자로 판단해야 한다.

핵심용어 : 파견근로자보호 등에 관한 법률, 파견근로자, 차별시정제도, 차별금지, 노동위원회

I. 들어가며

1997년 외환위기 이후 급증하고 있는 비정규직 근로자의 고용보장과 차별적인 근로조건을 시정하기 위한 노력의 결실로 평가할 수 있는 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하, ‘기간제법’이라 한다)」 및 「파견근로자 보호 등에 관한 법률(이하, ‘파견법’이라 한다)」이 시행된 지 어느덧 3년째에 접어들고 있다. 비정규직법의 핵심은 기간제·단시간 또는 파견근로자의 기간 제한을 통한 정규직으로의 전환과 이들에 대한 불합리한 차별을 시정할 수 있는 제도의 마련이다. 특히 후자의 차별시정제도는 정규직 근로자와 비정규직 근로자 사이에 존재하는 불합리한 차별을 해소하는 데 목적이 있는 제도로 이들이 비정규직이라는 이유만으로 정규직 근로자에 비하여 근로조건상 차별을 받는 것을 방지하기 위하여 노동위원회에 차별시정위원회를 통한 시정을 목적으로 하는 비정규직 관련법의 핵심 제도라고 할 수 있다. 이러한 차별시정제도는 그동안 비정규직이라는 이유 하나만으로 차별의 대상이 되어 왔던 비정규직 근로자의 인권을 보호한다는 측면에서 획기적인 제도로 평가할 수 있다.

그러나 비정규직 근로자에 대한 차별적 처우를 방지하기 위한 일환으로 제기된 차별시정제도는 예상과 달리 최근 그 효율성에 심각한 의문이 제기되고 있다. 그 이유는 첫째, 예상과 달리 정규직 근로자와 비정규직 근로자 간의 임금

등의 근로조건에 차별은 개선의 기미가 보이지 않고 오히려 악화되어 가고 있고(표 1 참조1), 둘째, 사업장 규모별로 연차적으로 실시하도록 하고 있어2) 예상대로라면 차별시정 구제신청건수가 점차 증가해야 함에도 불구하고 오히려 신청건수가 최근 급감하고 있다는 점이다(표 2 참조3). 결국 차별시정제도의 의의에도 불구하고 현장에서는 법·제도 효과가 전혀 나타나고 있지 않으며, 제도 이용 면에서 비정규직 근로자로부터 외면받고 있다고 할 수 있을 것이다. 이와 같이 차별시정제도가 근로자들로부터 외면받고 있는 배경으로는 다양한 논의가 가능하겠으나, 결국은 <표 2>에서 알 수 있는 바와 같이 시정명령이 내려진 비율이 2008년 지방노동위원회의 경우 1,896건 신청에 단 22건에 불과하여 비정규직 근로자들의 차별시정의 기대감을 충족시키지 못한 것이 하나의 원인으로 분석할 수 있을 것이다4). 따라서 학계 및 실무계가 나름대로 현 상황을 냉정히 평가해 보고 차별시정제도의 취지에 적합한 해석을 이끌 수 있도록 ‘차별판단’의 명확한 기준을 고민하고, ‘차별시정의 실효성’을 높이기 위한 방법을 내오는 논의의 시급성 및 필요성이 여기에 있다고 할 수 있다.

- 1) 근로조건에 대한 대표적인 지표로서 월평균 임금은 정규직 근로자가 2009년 1~3월 평균이 전년 동기 대비 3만 원 증가한 반면, 비정규직 근로자는 오히려 3.1만 원 감소한 것으로 파악된다(표 1). 게다가 정규직 근로자와 비정규직 근로자 간의 임금격차는 비정규직 법이 시행되었음에도 불구하고 오히려 증가하여 2007년 1~3월에는 71.2만 원, 2008년 1~3월에는 83.2만 원, 2009년 1~3월에는 93.5만 원으로 격차가 더 벌어지고 있다. 특히 본고에서 다루려고 하는 파견근로자가 포함된 비전형근로자의 임금격차는 비정규직 근로자 평균보다 더 많은 5.1만 원 감소하고 있어, 비전형근로자의 근로조건이 더 열악해져 가고 있다는 점을 보여주고 있다.
- 2) 차별시정제도는 사업장 크기에 따라 단계적으로 허용되고 있기 때문에, 상시 300인 이상의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장 및 국가 및 지방자치단체의 기관 등은 2007년 7월 1일부터 시행되었고, 2009년 7월 1일부터는 상시 100인 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 적용된다(기간제법 부칙 제1항 참조).
- 3) 차별시정제도 신청건수의 급감의 원인으로 지적할 수 있는 것은 첫째, 시정신청권자를 근로자에 한정하여 차별시정신청으로 계약해지 등의 불이익을 당할 수 있다는 불안감을 반영하고 있다는 점과 둘째, <표 2>에서 알 수 있는 바와 같이 시정명령이 내려진 비율이 2008년 지방노동위원회의 경우 1,896건 신청에 단 22건에 불과하여 실제적으로 차별시정효과가 거의 나타나고 있지 않다는 점을 들 수 있을 것이다(조상균, 『비정규직 관련법의 문제점과 개선방향』, 『산업관계연구』 20(1), p.116; 서울지노위 편, 『2008년도 차별시정담당 공익위원·조사관 합동 워크숍 자료』, 2008. 6 참조).
- 4) 물론 그 밖에 차별시정제도 신청건수의 급감의 원인으로 지적할 수 있는 것은 시정신청권자를 근로자에 한정하여 차별시정신청으로 계약해지 등의 불이익을 당할 수 있다는 불안감을 반영하고 있다는 점도 들 수 있다(조상균, 앞의 논문, pp.116~117).

〈표 1〉 근로형태별 월평균 임금

(단위: 만원, %, 전년 동기 대비)

	임금							
	근로자	정규직	비정규 직	한시적			시간제	비전형
				기간제	비기간 제			
2009. 1~3월 평균	185.4	216.7	123.2	140.3	149.0	104.6	55.7	113.0
증감률	2.4	3.0	-3.1	-3.1	-2.2	-15.9	-0.2	-5.1
2008. 1~3월 평균	181.1	210.4	127.2	144.1	152.4	124.4	55.8	119.1
2007. 1~3월 평균	172.4	198.5	127.3	144.2	142.9	-	54.2	108.7

자료: 통계청, 「경제활동인구 부가조사」, 2007.3, 2008.3, 2009.3

〈표 2〉 연도별 차별시정 처리 내역

(단위: 건)

	전체	지노위						중노위					
		소계	시정 명령	기각	각하	취하	조정	소계	시정 명령	기각	각하	취하	조정
2009	95	80	10	5	6	48	11	15	8	-	4	3	-
2008	1,947	1,896	22	557	74	768	475	51	18	20	7	4	2
2007	156	156	64	15	3	73	1	-	-	-	-	-	-

자료: 노동위원회, 『조정과 심판』, 제39호, 2009.

본 연구는 위와 같은 논의의 필요성에 착안하여 비정규직 근로자 가운데 파견근로자에 대한 불합리한 차별의 시정에 관한 것이다. 지금까지의 학계 및 실무에서의 논의 과정에서는 사용자와 직접 근로관계에 있는 기간제 및 단시간 근로자에 대한 차별시정제도에 대한 논의나 판정의 분석⁵⁾에만 주안점이 맞추

5) 지금까지 나온 사용자와 직접 근로관계에 있는 기간제 및 단시간 근로자에 대한 차별시정제도에 대해 중점적으로 논하고 있는 연구 문헌으로 조임영, 「비정규직 차별시정제도 운용의 주요 쟁점 검토」, 『법학논총』 17(1) (2010); 박지순, 「비정규직법의 쟁점과 입법정책적 과제」, 『산업관계연구』 19(2009); 조용만, 「비정규직 차별시정에서의 신청인 적격성과 비교대상 근로자」, 『노동법연구』 27(2009); 전윤구, 「비정규직 관계법의 입법적 개선방향」, 『노동법학』 28(2008. 12); 강성태, 「비정규직법 시행 1년의 평가-차별시정제도의 현황과 개선과제를 중심으로」, 『법학논총』 25(4)(2008); 박은정, 「비정규직 차별시정제도 시행 이후 노동위원회 차별시정판정례 검토」, 『노동법학』 27(2008.9); 박주영, 「비정규직 차별사건의 쟁점과 과제-노동위원회의 차별판단 기준의 문제점을 중심으로」, 『민주법학』

어져 있어 직접 근로관계에 있지 않는 파견근로자에 대한 독자적인 차별시정에 대한 본격적인 논의는 아직까지 거의 이루어지지 못하고 있는 것이 사실이다⁶⁾. 그나마 다행인 것은 파견근로자에 대하여 차별시정명령이 내려진 최초의 판정이라고 할 수 있는 현대자동차 사건⁷⁾ 및 금호타이어 사건⁸⁾이 파견근로자에 대한 차별시정 연구의 최소한의 논의 단서는 제공해 주고 있다⁹⁾. 가능한 한 빠른 시기에 파견근로자에 대한 차별시정을 둘러싼 단기간 및 기간제 근로자들에 대한 차별시정과 다른 독자적인 쟁점들에 대한 명확한 관점이 요구된다고 하겠다.

이러한 배경에서 본 연구는 시행 3년째를 맞는 차별시정제도 가운데 독자적인 영역을 갖고 있는 파견근로자의 차별시정제도에 주 관심을 두어, 위의 두 개의 사건을 서로 비교해 보면서, 시행 과정에서 나타난 차별시정제도의 예상하지 못했던 문제점에 대해 몇 가지 쟁점들을 도출해 보고, 파견근로자의 차별시정제도의 독자성에 주안점을 두어 파견근로자에 대한 차별시정의 독자적인 해석 지침 및 운영 지침을 연구하여, 결국 제도의 효율화 및 제도 취지와 의적

37(2008. 9); 고준기·서우석, 「비정규직 근로자 차별시정제도 시행에 따른 운영상의 문제점과 개선방향」, 『지역발전연구』 7(2007.8); 박제성, 「비정규직 차별금지제도의 법적 검토」, 『노동리뷰』 (2007. 7); 조임영 등 4인, 「비정규직 차별시정제도의 운용에 관한 연구-기간제 근로자 차별시정제도를 중심으로」, 국회환경노동위원회 정책연구보고서, 2006. 12 등을 들 수 있다.

- 6) 박중희, 「파견근로자에 대한 차별금지 판단의 대상과 내용」, 『월간 노동법률』 227(2010. 4); 박은정, 「비정규직 차별시정제도 시행 이후 노동위원회 차별시정판정례 검토 II」, 『노동법학』 32(2009. 12); 박수근, 「최근 주요판례 쟁점 및 검토」, 『심판담당 공익위원 워크숍 자료집』 (2008.12. 12); 박중희, 「차별시정제도 시행 1주년 평가와 향후 입법정책적 논의 방향」, 『노동리뷰』 47(2008); 전윤구, 「비정규직 차별시정신청을 둘러싼 해석론의 검토」, 『임금연구』 15(1)(2007); 박중희·강성태·전윤구·강선희, 「비정규직 차별금지 판단 기준 및 운영에 관한 연구」, 중노위 학술연구용역 보고서, 2006. 11 등이 파견근로자에 대한 차별시정제도에 관한 문제점과 해석론을 독자적으로 일부 제기하고 있으나 금호타이어 사건의 행정법원 판결에 대한 박중희 교수의 판례평석을 제외하면, 이 문제에 관한 독자성을 인정하면서 실제 사례를 통한 문제점 제기 및 해석론이 아니기 때문에 한계가 있다고 할 수 있다.
- 7) 충남지노위 2008.11.4. 2008차별 1; 중노위 2009.3.16. 2008차별 26 내지 28.
- 8) 전남지노위 2009.2.9. 2008차별 3; 중노위 2009.4.27. 2009차별 2; 서울행법 2009.12.11. 선고 2009구합22164 판결.
- 9) 2009년 6월 30일 현재, 지방노동위원회에 제기된 파견근로자에 대한 차별시정신청은 중복 신청을 제외하면 총 4건에 불과하며, 이 가운데, 차별시정명령이 내려진 경우에는 본문에서 열거한 2건에 한한다. 나머지 2건의 사건은 조은시스템 사건 경기지노위 2007. 8. 20. 2007차별 1, 대한석탄공사 사건 강원지노위 2009. 8. 17. 2009차별 1 사건이 있다.

합성의 관점에서 검토해 보는 것을 그 목적으로 한다.

II. 파견근로자에 대한 차별금지의 개관

1. 의 의

현행 파견법 제21조 제1항에서는 “파견사업주와 사용사업주는 파견근로자임을 이유로 사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니 된다”고 규정하고, 파견근로자가 차별적 처우를 받은 경우에는 노동위원회에 그 시정을 신청할 수 있도록 하고 있다(동조 제2항 참조). 또한 파견근로자의 성격을 고려하여 비교대상자를 ‘사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자’로 특정하여 향후 발생할 수 있는 논란의 여지를 없게 했으며, 시정신청절차에 관해서는 기간제법을 준용하도록 하여 파견근로자가 차별적 처우를 받은 경우 차별적 처우가 있는 날(계속되는 차별적 처우는 그 종료일)부터 3월이 경과되기 전에 노동위원회에 그 시정을 신청할 수 있도록 하였다(제21조 제3항). 그리고 기간제법과 적용사업장의 범위를 동일하게 하기 위해 5인 이상의 근로자를 사용하는 사업장에 단계적으로 차별시정제도가 적용되도록 하였고¹⁰⁾, 다만 사용사업주를 기준으로 근로자의 수를 파악하도록 하였다(제21조 제4항). 그 밖에 사용자는 파견근로자가 차별시정신청을 이유로 해고 그 밖의 불리한 처우를 하지 못하도록 하고(제21조 제3항), 확정된 시정명령을 정당한 이유 없이 이행하지 않는 자에 대해서는 1억 원 이하의 과태료를 부과하도록 하는 등, 구파견법 제21조의 균등대우원리가 실효성이 없는 훈시적 규정에 불과했다는 사정을 고려하여¹¹⁾ 기간제 및 단기간 근로자와 더불어 파견근로자에 대해 차별적 처우의 금지

10) 각주 2)를 참조

11) 구파견법 제21조에서는 “파견사업주와 사용사업주는 파견근로자가 사용사업주의 사업 내의 동일한 업무를 수행하는 동종근로자와 비교하여 부당하게 차별적 처우를 받지 아니하도록 하여야 한다”고 규정하여 균등대우원리를 규정하고 있었지만, 위반에 대한 별도의 벌칙을 규정하고 있지 않아 실효성에 의문이 제기되었다.

와 그 시정에 관한 구체적 내용을 기술하여 실효성 높은 구제를 예상하고 있다고 할 수 있다.

2. 파견근로자에 대한 차별적 판단 구조

지금까지 나온 파견근로자에 대한 차별시정신청에 대한 노동위원회의 판정서를 검토해 본 결과, 파견근로자의 차별적 처우를 판단하기 위해서, 거의 동일한 판단 구조를 띠는 것으로 파악된다. 이를 구체적으로 기술하면 다음과 같다. 첫째, 신청인이 파견법상 파견근로자인지 여부의 판단이 선행되어야 하고(①), 둘째, 신청인이 선정한 비교대상 근로자가 적정한지 여부를 판단하고(②), 셋째, 파견법 제2조 제7호에서 규정하고 있는 차별적 처우가 존재하는지 여부를 판단하고(③), 넷째, 신청인이 차별적 처우에 해당한다고 주장하는 항목이 ‘임금 그 밖의 근로조건’에 해당하는지 여부를 판단하고(④), 다섯째, 불리한 처우에 대한 합리적인 이유가 존재하는지 여부(⑤), 여섯째, 차별시정 대상 사업주 여부 및 당사자 적격이 있는지 여부를 판단하는 것이다(⑥). 이러한 판단 구조는 일반적으로 기간제 및 단시간 근로자의 차별시정 판단에서도 거의 동일하게 사용되고 있다고 할 수 있으나 구체적 내용에 들어가서는 파견근로자의 특성상 미묘한 특징과 해석론이 제기될 수 있다. 이하에서 파견근로자의 특성에 기인하여 다른 단시간 및 기간제 근로자의 차별시정제도와 해석론상 다르게 처리해야 하는 쟁점과 그 해석에 관해서 논한다.

Ⅲ. 파견근로자 차별시정에 관한 문제점

1. 차별시정 신청권자의 적격성

가. 문제 제기

파견법 제21조 제2항에서는 “파견근로자는 차별적 처우를 받은 경우 노동위

원회에 그 시정을 신청할 수 있다”고 규정하여 일단 이 법에 의해 신청권자의 적격성이 인정되기 위해서는 ‘파견법상 파견근로자’일 것을 요구하고 있다. 여기에서 말하는 파견법상 파견근로자란 파견법 제2조 제5호에서 “파견근로자라 함은 파견사업주가 고용한 근로자로서 근로자 파견의 대상이 되는 자를 말한다”고 규정되어 있다. 따라서 여기서 문제로 될 수 있는 것은 첫째, 적법하게 등록된 파견사업주에 의해 채용된 파견근로자의 경우에는 신청 적격성의 문제는 없겠지만, 외형상 도급관계에 놓여 있으면서 실제로는 사용사업주의 지휘명령 하에 놓여 있는 이른바 위장도급 내지 불법파견의 경우에 실질적으로 파견근로로 인정하여 차별시정 신청권자의 적격성을 갖는가에 있다. 둘째, 또한 이 경우에 선결 문제로서 노동위원회가 독자적으로 불법파견임을 조사하여 판단할 수 있는 것인지, 아니면 일단 노동부나 검찰에 의뢰하여 조사 결과를 그대로 인용해야 하는지가 문제될 수 있다. 셋째, 더 나아가 실질적 파견계약이 성립하여 2년이 경과한 경우 2007년 7월 1일을 기점으로 사용사업주에게 부과되는 고용성립의제(구파견법 제6조 제3항) 및 고용의무(파견법 제6조의2)와 당해 근로자의 적격성과의 관계에서 노동위원회는 파견근로자가 아님을 이유로 신청을 각하해야 하는지가 문제될 수 있다.

나. 불법파견인 경우의 신청인 적격성 문제

파견법상 노동위원회의 그 시정을 신청할 수 있는 자는 파견근로자에 한한다(파견법 제21조 제2항). 즉 파견법상 파견사업주가 고용한 근로자로서 사용사업장에 파견되어 사용사업주의 지휘를 받아 근로를 제공하는 근로자가 신청인 적격을 갖는다고 할 수 있다(파견법 제2조 제5호, 제21조 제2항 참조). 따라서 원칙적으로 근로자 파견과 유사한 사외근로 형태인 도급근로자의 경우에는 수급인이 도급인으로부터 도급받은 업무를 수행하기 위해 근로자를 고용하여 직접 지휘·명령하여 해당 업무에 투입하는 관계를 말하므로, 파견법상 파견근로자에 해당되지 않기 때문에 신청인 적격이 없다고 할 수 있다. 문제는 소위 불법파견 근로자에 대해서 파견법상 차별적 처우의 금지와 그 시정절차를 적용할 것인가에 있다.

이 문제와 관련한 종래의 학설은 파견법은 적법파견에만 적용되고, 위장도급

의 경우 도급근로자는 사용사업주의 정규직은 아니며 노무도급 계약기간이 자신의 근로계약 기간이 되는 기간제 근로자로 보아야 한다는 견해와 파견법은 파견근로자 보호의 목적에서는 불법파견에도 적용된다고 보아야 하고, 따라서 위장도급의 경우 도급근로자는 파견근로자로 보아야 한다는 견해가 대립하고 있었다.¹²⁾ 이 점에 대하여 노동위원회는 수급업체가 사업체로서 실체가 있는지 여부, 사업체로서 실체가 있다면 업무 지시·감독권, 근태관리권 등 지휘·명령권을 행사한 주체가 누구인지 여부를 종합적으로 고려하여 계약의 형식이 파견계약이 아니라도 실질이 파견근로자이면 신청권자가 될 수 있음을 명확히 하였고¹³⁾, 법원에서도 앞의 금호타이어 사건에서 외형상 도급근로자의 근로관계가 파견법상의 근로자 파견에 해당하는지를 판단하여 “이 사건 근로자들은 실질상 파견법상 파견근로자의 지위에 있었다고 봄이 상당하(다)”고 판단하여 실질상 파견법상 파견근로자의 지위가 있는 경우에도 차별구제의 신청인 적격이 있다고 판단하여 노동위원회의 판정을 그대로 인용하고 있다.

결국 파견법상 파견근로자의 정의에 합치하는 한 합법·불법 파견을 불문하고 사외사업주의 지휘·명령하에 노무를 제공하는 실질적 지위에 있다고 한다면 구제신청의 적격성을 갖는다고 할 수 있고, 그 근거는 파견법의 목적 및 파견근로자의 정의 규정에서 찾아야 한다고 생각된다.¹⁴⁾

다. 노동위원회의 선결 문제에 대한 판단 권한의 여부

위에서 살펴본 바와 같이 파견근로에 대한 차별시정의 구제를 신청할 수 있는 자는 파견법상 파견근로자의 정의에 합치되는 ‘적법 파견근로자’ 뿐만 아니라, ‘실질상 파견법상 파견근로자의 지위에 있는 자’도 가능하다고 해석된다. 문제는 노동위원회의 차별시정위원회가 차별시정 판정의 선결 문제로서 이 문제를 독자적으로 판단해야 하는지, 아니면 신청근로자의 법률관계를 노동청이나 검찰에서 판단한 후 그 결정을 인용해야 하는지에 있다¹⁵⁾.

12) 박중희·강성태·전윤구·강선희, 앞의 보고서, p.100 참조.

13) 중앙노동위원회, 『차별시정업무 매뉴얼』, 2009. 4. p.13; 충남지노위 2008. 11. 4. 2008차별1; 전남지노위 2009. 2. 9. 2008차별3; 중노위 2009. 4. 27. 2009차별2.

14) 왜냐하면 파견법 제2조의 근로자 파견의 정의 규정에는 합법파견과 불법파견을 구분하고 있지 않기 때문이다.

실제로 현대자동차 사건이나 금호타이어 사건 모두 법률적 근거나 명확한 해석 지침이 없는 상태에서 이 문제를 둘러싼 논란이 있었던 것으로 보이며, 이에 관한 상황을 우선 정리해 보면 다음과 같다.

1) 현대자동차 사건의 경우¹⁶⁾

이 사건 근로자들이 최초로 현대자동차를 상대로 차별구제를 신청한 것은 2008년 3월 20일이었다. 처음 이 사건을 접수받은 충남지방노동위원회(이하 ‘충남지노위’라 한다.)는 독자적으로 구제신청의 적격성 문제를 판단하지 않고, 2008년 4월 3일 대전지방노동청 천안지청에 이 사건과 관련하여 불법파견(근로자) 여부에 대하여 조사하여 줄 것을 요청하였으며, 대전지방노동청 천안지청은 현대자동차(주)의 불법파견 여부에 대한 진정 사건에 대해 범위반 사실이 없어 내사 종결하였음을 같은 해 8월 26일 충남지방노동위원회에 통보하였다. 그런데 충남지노위는 갑자기 태도를 바꾸어 차별시정위원회 공익위원과 담당 조사관이 2008년 8월 26일 불법파견 여부 및 비교대상 근로자 등을 파악하기 위한 현지 조사를 실시하였고, 결국 2008년 11월 4일 대전지방노동청 천안지청의 결론과 반대로 불법파견임을 전제로 차별시정구제명령을 내리게 된다.

2) 금호타이어 사건의 경우¹⁷⁾

이 사건 근로자들은 2008년 7월 21일 전남지방노동위원회(이하 ‘전남지노위’라 한다.)에 비교대상 근로자인 금호타이어 직원에 비하여 합리적인 이유 없이 차별을 받고 있다며 차별시정을 신청하였다. 그런데 이 사건 근로자들은 전남지노위에 차별시정과는 별도로 2008년 7월 24일 광주지방노동청에 불법파견 진정을 제기하였고, 광주지방노동청은 동 진정 사건에 대하여 2008년 12월 1일 파견법 위반으로 이 사건 사용자들을 입건 수사하게 된다. 전남지노위는 노동청의 판단을 기다려 심리를 연기해 오다가 2009년 1월 9일 차별 사건 현장조사

15) 만약 차별구제신청인이 파견법상 파견근로자에 해당되는지 여부에 관한 선결 문제를 노동위원회가 판단할 수 없다고 한다면 결국 신청인은 자신의 법률관계의 실질에 대한 판단을 다른 곳에서 확인받은 후에야 노동위원회에 구제를 신청할 수 있다는 결론에 도달하게 된다.

16) 충남지노위 2008. 11. 4. 2008차별1.

17) 전남지노위 2009. 2. 9. 2008차별3.

를 실시하고 2009년 2월 9일 광주지방노동청의 결론대로 불법파견임을 전제로 차별시정구제명령을 내리게 된다. 한편, 광주지방노동청의 ‘기소’ 의견으로 입건해 수사한 광주지방검찰청은 이 사건 초심판정이 난 이후, 2009년 5월 1일 ‘금호타이어와 이 사건 근로자 간의 노무관리상 사용종속성은 없다고 판단하여 불기소 결정을 하게 된다¹⁸⁾.

3) 소 결

위의 두 사건의 경우에서 알 수 있는 바와 같이 두 사건 모두 신청인이 적법 파견근로자가 아닌 상황에서 노동위원회는 파견근로자인지의 여부를 선결 문제로서 판단해야 했으며, 다만 이 문제를 차별시정위원회 단독으로 판단해야 하는지 아니면 노동청이나 검찰에서 판단한 것을 인용해야 하는지에 관해서 논란이 있었다는 공통점이 있다. 다만, 이 문제에 관한 대응으로 충남지노위는 우선 노동청에 불법파견(근로자) 여부에 대하여 조사해 줄 것을 요청한 반면, 전남지노위는 이 사건과 별건으로 이 사건 근로자들이 노동청에 진정 사건으로 다루었다는 점에서 차이점은 있다. 그러나 결국 차별시정위원회는 독자적으로 불법파견 여부를 검토하기로 하고, 두 사건 모두 현장조사를 실시하는 등 노동청이나 검찰의 판단에 기속되지 않고, 선결 문제를 판단하고 있다. 게다가 파견근로자에 대한 차별시정에 대한 최초의 사법적 판단이 내려진 금호타이어 사건의 중노위 판정의 취소를 구하는 행정소송에서 노동위원회의 입장을 지지하고 있기 때문에¹⁹⁾, 일단 실무적으로는 노동위원회가 신청인 적격의 문제를 선결 문제로서 독자적으로 판단할 수 있으며, 설령 노동청이나 검찰의 결론과 다르다 하더라도 이에 기속될 필요는 없는 것으로 볼 수 있다. 이는 수차례 기간제 근로계약이 반복 갱신된 근로자들이 차별시정 신청의 당사자 적격이 인정되는지 여부가 문제로 된 사안에서 계약기간이 형식에 불과하여 기간제 근로자에 해당하지 않는다고 각하한 사건²⁰⁾과 마찬가지로, 신청인 적격성이 문제가 되는 사안에서 노동위원회는 적극적으로 이를 판단할 수 있다고 해야 한다.

다만, 과연 차별시정위원회가 근로자의 실제적 근로관계를 판단할 수 있는

18) 광주지방검찰청 2009.5.1. 형제6473.

19) 서울행법 2009.12.11. 선고 2009구합22164 판결.

20) 중노위 2008.6.25. 2008차별20; 경기지노위 2007.12.28. 2007차별11,14병합 등.

전문적 지식을 갖추고 있으나에 대한 지적²¹⁾에 대해서는 주의를 기울일 필요가 있을 것으로 보인다. 그러나 앞의 사례에서도 충남지노위와 대전지방노동청의 판단이 서로 달랐고, 전남지방노동청과 전남지방검찰청의 판단이 서로 달리 나왔음에도 중앙노동위와 행정법원이 이를 인용한 예에서도 알 수 있듯이, 첫째 노동위원회가 노동청이나 검찰청의 판단에 기속되어야 할 아무런 법적 근거가 없고, 둘째, 구체적인 사실관계에서 불법파견 여부를 판단하는 것이 용이한 작업이 아니기 때문에²²⁾ 어느 기관(법무부, 노동부, 검찰)의 판단이 제일 권위가 있는 판단인지 확정할 수 없고, 어떤 경우이든 최종해석 권한은 사법부가 가지고 있다는 점, 셋째, 노동위원회의 존립 목적상 반드시 사법부의 판단과 일치하지 않을 수도 있다는 점 등을 고려하면 노동위원회는 적극적으로 이를 판단해야 할 것으로 보인다. 물론 이를 위해서 차별시정위원의 위촉시 전문성을 어떻게 담보할 것인가에 대한 부분은 노동위원회의 영원한 숙제임에는 틀림없다.

라. 파견근로자의 고용의제 및 사용자업주의 고용의무와 신청인 적격성 문제

그렇다면 또 하나의 문제는 신청인이 파견근로자임을 스스로 주장하여 제기한 차별시정구제 사건에서 차별시정제도가 시행된 2007년 7월 1일을 기점으로 그 전에 이미 불법파견이 2년간 지속되어 직접고용으로 의제된 근로자가 신청한 경우(1유형) 또는 2007년 7월 1일 이후 불법파견으로 사용자가 고용의무를 부담하게 되는 근로자가 신청한 경우(2유형)에 과연 파견근로자의 적격성을 인정할 것인가에 있다. 이 문제는 두 유형을 각각 나누어 살펴본다.

첫째, 1유형의 경우 대법원은 직접고용간주 규정에 의한 사용자업주와 파견근로자 간의 고용성립 의제는 불법파견의 경우에 사용자업주가 파견기간의 제한을 위반한 경우에도 적용되기 때문에²³⁾, 파견법이 시행된 2007년 7월 1일 이전 이미 불법파견 상태가 2년을 초과한 경우에는 이미 직접고용관계가 성립되었다고 할 수 있고, 게다가 이 경우 그 근로관계 기간은 원칙적으로 기한의 정

21) 박중희, 앞의 논문(파견근로자에 대한 차별금지 판단의 대상과 내용), p.65 참조

22) 법무부, 노동부, 검찰은 2007년 4월 불법파견 여부의 판단을 위한 공동 기준인 ‘근로자 파견의 판단 기준에 관한 지침’을 마련하여 시행에 들어갔으나, 실제로는 앞의 사례에서도 알 수 있듯이 통일된 결론을 내오지 못하고 있다.

23) 대법원 2008.9.18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결.

함이 없다고 보아야 하므로²⁴⁾, 결국 스스로 파견근로자임을 자처한 근로자라 할지라도 차별시정을 신청할 수 없다는 결론에 도달할 수밖에 없다. 이는 앞에서 언급한 계약기간이 형식에 불과하여 기간제 근로자에 해당하지 않는다고 각 하한 사건²⁵⁾과 해석을 같이한다고 할 수 있다.

둘째, 2유형의 경우 현행 파견법 제6조의2²⁶⁾에서는 파견기간 2년을 초과하여 사용하거나, 절대적 파견금지 업종에서 파견근로자를 사용하는 경우 사용사업주는 당해 파견근로자를 직접 고용하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 2007년 7월 1일 이후 파견법 제6조의2에서 열거한 사유로 인한 불법파견의 경우에 사용사업주는 당해 파견근로자를 직접 고용해야 하는 의무를 부담하게 되는 것이다. 그러나 이 의무는 사용사업주의 고용의무만을 규정하고 있을 뿐이므로 만약 사용사업주가 직접 고용의무를 이행하지 않는 경우에 파견법 제46조의 과태료에 처하는 것과는 별개로 해당 파견근로자는 파견근로자로서 신청인의 적격성을 갖는다고 해야 한다.²⁷⁾ 또한 그 이후에 사용사업주가 직접 고용한 경우라도 그 이전의 차별적 처우에 대한 시정을 신청할 수 있음은 물론이다.²⁸⁾

다만, 이러한 결론이 파견근로자의 차별시정제도에 과연 유의미한 것인가에 대한 논란은 있을 수 있으나, 파견근로자가 이후 직접고용되었다 하더라도 당해 근로자의 근로조건이 소급적으로 사용사업주의 직접 고용근로자와 같게 된다고 보장할 수 없기 때문에 적어도 근로자 파견계약이 종료된 시점부터 직접 고용된 시점까지의 사이의 공백을 어느 정도 보존해 줄 수 있다는 점에서 적극적으로 해석하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

이러한 논의를 금호타이어 사건에 적용해 생각해 보면, 우선 금호타이어 사건 근로자 2인은 각각 2005년 7월 25일, 2006년 5월 21일 금호타이어의 하도급 업체에 입사한 자들로 2007년 7월 1일을 기점으로 아직 2년이 채 되지 않아 1유형에 포함되지 않을 뿐만 아니라, 차별구제신청일인 2008년 7월 21일은 이 법 시행일인 2007년 7월 1일로부터 2년이 경과되지 않았고, 또한 즉시 고용의

24) 대법원 2008.9.18. 선고 2007두22320 전원합의체 판결.

25) 중노위 2008.6.25. 2008차별20; 경기지노위 2007. 12. 28. 2007차별11,14병합 등.

26) 구파견법상 직접고용간주 규정은 파견법이 2006. 12. 21. 법률 제8076호로 개정되어 제6조의2로 신설된 ‘직접고용의무 규정’으로 대체되었다.

27) 중앙노동위원회, 『차별시정업무 매뉴얼』, 2009. 4. p.13.

28) 조용만, 앞의 논문, p.144.

무 효과가 발생하는 절대적 파견금지 업종에도 해당되지 않아 2유형에도 포함되지 않는다.²⁹⁾ 따라서 파견근로자로서 구제신청의 적격성이 있는 것으로 파악했던 것으로 이해된다.³⁰⁾

2. 파견근로자에 대한 차별처우 금지 영역으로서 ‘임금 그 밖의 근로조건 등의 범위

가. 문제 제기

파견법 제21조 제1항에서 “파견사업주와 사용사업주는 파견근로자임을 이유로 사용사업주의 사업 내의 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 근로자에 비하여 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니 된다”고 규정하고 있고, 파견법 제2조 제7호에서 “차별적 처우라 함은 임금 그 밖의 근로조건 등에 있어서 합리적인 이유 없이 불리하게 처우하는 것을 말한다”고 규정되어 있다. 따라서 파견법상 차별금지 대상은 ‘임금 및 그 밖의 근로조건 등’에 한정된다고 할 수 있다. 그런데, 이러한 파견법상 차별금지 대상은 법문만 살펴보면 직접고용 비정규직 근로자(기간제 및 단시간 근로자)의 차별금지 대상과 동일하다. 따라서 이 문제와 관련해서는 첫째, 고용관계와 사용관계가 분리되는 파견근로자의 특성을 고려하여 그 범위를 따로 확정할 필요가 있는가? 둘째, 확정할 필요가 있다면 그 구체적 판단 기준은 어떠해야 하는가? 등에 대해서는 논란이 예상되기 때문에 이 문제에 대한 명확한 해석이 필요하다 하겠다.

나. 파견근로자에 대한 별도의 고려 필요성 여부

첫 번째 문제에 관해서 학설은 “파견근로자에 대한 차별금지 대상에 대해서

29) 같은 결론으로 박은정, 앞의 논문(비정규직 차별시정제도 시행 이후 노동위원회 차별시정 판정례 검토 II) pp.466~468 참조: 실제로 이 사건 근로자들이 제기한 부당해고구제 사건에서 노동위원회는 “이 사건 근로자들은 개정파견법 제6조의2 제1항의 고용의무 규정이 시행된 2007. 7. 1. 이후 고용기간이 2년을 초과하여 고용의제 규정이 적용되지 않으므로 이 사건 사용자 1(금호타이어)이 이 사건 근로자들을 직접 고용하지 않은 것을 부당해고로 볼 수 없다”고 판단하고 있다. 전남지노위 2009. 7. 13. 2009부해165.

30) 설령 2007년 7월 1일을 기점으로 2년이 경과되었다 하더라도 사용사업주인 금호타이어가 직접 고용을 하지 않은 상태이기 때문에 결론에 있어서는 같다고 할 수 있다.

는 기간제 및 단시간 근로자의 경우와는 달리 별도의 고려가 필요하다”는 점에 일치하고 있다³¹⁾. 그 근거로 파견의 경우는 입법정책적으로 차별금지법리를 끌어들이는 것으로 볼 수 있기 때문에, 차별금지 대상을 동일하게 판단하는 것은 파견 제도의 합법성을 다른 쪽에서는 부인하는 것과 다를 바가 없는 결과가 된다는 점³²⁾ 또는 파견근로자에 대한 차별적 처우의 금지는 파견사업의 앞으로의 향방에 지대한 영향을 미치게 될 것이라는 점³³⁾을 들고 있다. 결국 파견 제도를 기왕에 합법적으로 인정하였다면 시장에서 기능할 수 있어야 하는데, 기간제법과 동일하게 해석·운용한다면 파견 제도를 무의미하게 만들 수 있다는 것을 강조하고 있는 것으로 보인다.

그러나 이들 견해는 파견법의 목적을 ‘파견근로자의 고용안정과 복지증진’ 및 ‘인력수급을 원활하게 함’으로 규정하고 있는 파견법 제1조의 취지 및 파견기간, 파견업무를 제한하고 파견법의 내용을 고려했을 때, 결국 ‘인력수급을 원활하게 함’이란 미명 하에 파견근로자의 착취를 용인하는 지나친 시장친화적 견해라고 생각된다. 게다가 불법파견의 경우에까지 이러한 논리를 강조한다면 불법적으로 사용사업주가 누리는 이익을 법이 그대로 용인하는 결과를 낳게 되어 법의 정의의 측면에서 보았을 때 찬성하기 어렵다. 따라서 설령 파견법상 파견근로자의 차별금지 영역을 기간제법과 달리 해석할 필요가 있다 하더라도 ‘파견근로자의 고용안정과 복지증진’ 과 ‘인력수급을 원활하게 함’ 등 파견법의 2가지 목적의 조화로운 해석이 전제되어야 하며, 이러한 전제는 이후의 논의에서도 관철되어야 함은 물론이다.

다. 파견금지 대상의 구체적 판단기준

1) 학설의 개관

파견법의 두 가지 목적을 조화롭게 해석해야 한다는 전제하에 파견근로자의 특성을 어느 정도 고려하여 파견금지의 대상을 확정한다면 그 구체적 판단기준

31) 박중희, 앞의 논문(파견근로자에 대한 차별금지 판단의 대상과 내용), p.67; 진윤구, 앞의 논문, p.31.

32) 박중희, 앞의 논문(파견근로자에 대한 차별금지 판단의 대상과 내용), p.67.

33) 진윤구, 앞의 논문, p.31.

은 어떠해야 하는가? 이 문제에 관한 학설로는 우선 파견법 제21조 제1항을 엄격하게 해석하여 파견근로자에 대해서는 사용자업주의 동종 내지 유사한 업무에 종사하는 근로자와 모든 조건에서 동일한 근로조건이 보장되어야 하는 것으로 해석해야 한다는 견해 및 파견법 제21조 제1항을 유연하게 해석하여 근로의 대상으로 지급되는 임금이나 근로조건 및 사업장 편입에 따른 근무환경을 제외한 나머지 부분에 대해서는 차별금지 대상에서 제외하자는 견해를 생각해 볼 수 있다³⁴⁾.

2) 노동부 및 노동위원회의 판단 : 금호타이어 사건을 중심으로

이들 견해에 대해서 노동부의 기본적인 입장은 임금 그 밖의 근로조건 등에 대해서 각 항목별로 각각 판단해야 함을 원칙으로 하면서³⁵⁾, “이때의 임금 그 밖의 근로조건 등에는 파견근로자가 파견사업주로부터 지급받은 임금과 파견근로자로서의 근로제공 및 사용자업주의 사업장에의 편입에 따라 형성되는 근로조건만을 의미한다³⁶⁾”고 하여 위에서 언급한 학설 가운데 후자의 견해를 취하고 있는 것으로 보인다. 따라서 파견근로자로서 근로제공 및 사용자업주의 사업장 편입에 따라 형성되는 근로조건이 아닌 경우에는 차별금지 대상 영역에서 제외된다고 하고 있다.

이러한 입장에 노동위원회는 금호타이어 초심 사건에서 기본급, 시간외근로수당 등의 계산 기준이 되는 통상임금, 매월 월차휴가 미사용에 따라서 지급되는 월차휴가 미사용수당, 임금지급 총액을 기준으로 정해진 지급률에 따라 정기적으로 지급되는 상여금, 작업 수행의 위험도를 반영해서 현장 작업자들에게 지급되는 안전수당, 작업 공정별로 업무 난이도를 고려해서 지급되는 공정지원금은 그 성격상 파견근로자가 파견사업주로부터 지급받은 임금 및 파견근

34) 이 문제에 관한 자세한 견해의 소개에 대해서는 전윤구, 앞의 논문, pp.31~32 참조: 이들 견해 이외에도 파견법 제34조에 의해 사용자업주가 사용자 책임을 부담하는 근로조건에 대해서만 차별금지를 제한하는 것으로 해석해야 한다는 견해가 있으나, 동법 제2조 제7호가 차별금지 대상으로 ‘임금’을 명문으로 규정하고 있음으로 규정과 배치되는 문제가 있어 이 견해에 대해서는 논하지 않는다.

35) 중앙노동위원회, 앞의 매뉴얼, pp.31~32: 따라서 기본급은 기본급끼리, 상여금은 상여금끼리 비교하여 불리한 처우 여부를 판단해야 한다고 한다.

36) 노동부 비정규직대책팀-2435, 2007. 6. 26.

로자로서 근로제공에 따라 형성되는 근로조건으로 보아 ‘임금 그 밖의 근로조건 등’에 해당된다고 판단하고 있다. 반면에 직접 고용한 신분에 기하여 비교대상 근로자들에게 지급하고 있거나 적용을 시키고 있는 정년규정, 가족수당, 근속수당, 정기승호, 유급일, 유급휴가 및 경조금, 교육비 보조, 체력단련비, 교통비, 임금협약에 의한 성과배분 및 생산장려금은 그 성격상 파견근로자로서 근로제공 및 사용사업주의 사업장 편입에 따라 형성되는 근로조건은 아니라 할 것이므로 ‘임금 그 밖의 근로조건 등’에는 해당되지 않는다고 판단하고 있다³⁷⁾. 즉 초심판정에서는 노동부 행정해석의 판단 기조를 그대로 유지하고 있었다고 할 수 있다. 그런데 금호타이어 재심판정³⁸⁾에서는 정년, 월차휴가 미사용 수당, 경조휴가 및 경조금, 교육비 보조에 대해서는 “이 사건 근로자들이 시정 신청기간 내에 정년에 도달하지 않았고, 월차휴가를 사용하여 월차휴가 미사용 수당이 발생하지 않았으며, 경조휴가 및 경조금, 교육비 보조는 발생하지 않아 불리한 처우인지 여부를 판단하기 전에 처우 자체가 있었다고 할 수 없다는 이유로 파견법 제2조 제7호의 ‘임금 그 밖의 근로조건 등’의 해당성 여부를 판단하지 않았으며, 근로자들이 신청한 나머지 항목에 관해서는 비교대상 근로자와 비교해 우선 불리한 처우가 있었다는 점은 인정하고 있다. 다만 ‘가족수당, 근속수당, 정기승호, 회사 창립기념 유급휴가, 체력단련비, 교통비, 2008년도 성과배분 및 생산장려금은 그 성격상 사용사업주와의 직접 고용관계에 따라 형성되는 근로조건으로 볼 수 있으므로 파견근로자인 이 사건 근로자들에게 위 근로조건에 대한 불리한 처우는 합리적 이유가 있어 이를 차별적 처우라고 할 수 없다”고 판단하고 있을 뿐이다.

결국 초심에서는 근로자들이 신청한 차별금지 영역을 사업장 편입에 따른 근로조건인지 아닌지 여부를 가지고 바로 ‘임금 그 밖의 근로조건 등’의 해당 여부를 판단한 반면, 재심에서는 일단 처우가 있었는지 여부를 판단하고, 처우가 있었다면 그 처우가 차별이 있었는지 여부를 비교대상자와 비교해 판단하고, 마지막으로 사용사업주와의 직접 근로관계에 따라 형성되는 근로조건에 대한 차별의 경우는 합리적 이유가 있는 차별이라는 판단 논리를 구성하고 있다고

37) 전남지노위 2009. 2. 9. 2008차별3.

38) 중노위 2009. 4. 27. 2009차별2.

할 수 있다. 즉 결론에 있어서는 동일하다고 할 수 있으나, 접근방법 및 판단 기준에 있어서는 미묘한 차이가 있다고 할 수 있다.

3) 사 건

금호타이어 사건 재심판정에서 우리가 찾을 수 있는 유의미한 점은 차별적 처우의 판단 단계에서는 직접고용관계 하에서의 근로조건인지, 사용사업주의 사업장에 편입되어 근로를 제공하는 데에 따른 근로조건인지를 구별하고 있지 않는다는 점이다. 다시 말해서 파견법 제2조 제7호에서 말하는 차별적 처우금지대상으로서의 ‘임금 그 밖의 근로조건 등’은 그 성격상 파견근로자로서 근로 제공 및 사용사업주의 사업장 편입에 따라 형성되는 근로조건만을 가리키는 것은 아니라는 해석이 가능하다. 다만, ‘합리적 이유 여부’에서 판단하여 사용사업주와의 직접 고용관계에 따라 형성되는 근로조건에 대한 불리한 처우는 합리적 이유가 있어 이를 차별적 처우라고 할 수 없다고 판단하고 있을 뿐이다.

따라서 자연스럽게 이 문제는 파견근로자에 대한 차별적 처우를 판단함에 있어서, 근로관계의 특성을 고려하여 직접 고용관계에 따라 형성되는 근로조건과 차별이 있는 것이 과연 합리적인 이유가 있다고 할 수 있는가 하는 문제와 연결된다고 할 수 있다. 일반적으로 ‘합리적 이유’가 무엇을 의미하는지에 대해서는 구체적인 명문의 규정이 없으나, 노동위원회는 ‘자의적이지 않아야 함’을 의미하는 것으로 판단하고 있다³⁹⁾. 그렇다면 노동위원회는 파견근로자에 대한 임금 그 밖의 근로조건의 차별이 자의적이지 않다고 생각하고 있는 것으로 보인다. 그러나 필자가 생각하기에는 충분히 자의적이라는 생각이다. 왜냐하면 파견 제도와 같은 비정상적 고용관계를 법에서 인정하고 있는 것은 파견법 제1조에서 밝히고 있는 바와 같이 ‘인력수급을 원활하게 하기 위함’이지 동종 유사업무에 종사하는 근로자임에도 파견근로자를 차별하도록 허용하자는 것이 아니기 때문이다. 이러한 필자에 의견에 대해서 “파견사업주의 이익준비금 및 일반관리비 등을 고려할 때 사용사업주가 지불해야 하는 총체적인 노무공급 대기는 직접 고용근로자에게 직접 지불하는 비용 이상으로 되면 파견근로자를 활용하는 이익이란 오로지 고용조정의 용이성을 확보하기 위한 정도만이 남게 되어

39) 중앙노동위원회, 앞의 매뉴얼, pp.32~34 참조.

비현실적이다”라는 반론이 있을 수 있으나⁴⁰⁾, 역으로 다소 높은 비용을 지불하더라도 고용조정의 용이성을 확보할 수만 있다면, 사용사업주는 지휘명령에 따른 이익을 고스란히 얻어 갈 수 있다는 점에서 파견 제도의 실효성을 논할 문제는 아니라고 생각된다. 발상의 전환이 필요한 부분이라고 생각된다.

마지막으로 이 문제와 관련하여 경조사비, 자녀학자금 지원, 건강검진비 지원 등 복리후생제도를 차별적 처우금지 영역에 포함시킬 수 있을지 여부 등에 대해서도 논란이 예상되었지만, 노동위원회는 이 부분에 대해서 파견근로자에 게도 적용되어야 하는 것으로 판단하고 있기 때문에, 여기서 자세한 논의는 생략하는 것으로 한다.

3. 파견근로자 차별의 합리적 이유의 범위

파견법 제2조 제7호를 반대로 해석해 보면, 설령 파견근로자에 대한 차별이 있다 하더라도 그 차별에 합리적 이유가 있는 경우에는 차별적 처우에 해당되지 않는다. 따라서 기간제 및 단시간 근로자의 경우에는 단체협약을 적용받지 못해(조합원 자격이 없는 경우가 대표적인 예) 발생하는 불리한 처우는 합리적 이유가 있는 것으로 인정되어 차별시정을 받지 못하게 되는 것이다. 그러나 파견근로자의 경우에는 사용사업주의 직접 근로관계에 있지 않기 때문에 당연히 사용사업주(도급업체)에 속해 있는 노동조합에 가입할 수 없게 되어 단체협약에 의해 차별 발생이 당연한 것으로 인정될 수 있다.

또한 더 나아가 파견사업주 근로자들로 구성된 비정규직 노동조합이 존재하여 파견업체 직원들을 조직대상으로 하여 체결한 비정규직 노동조합 단체협약이 존재하고 있는 경우에 파견근로자의 근로조건이 비정규직 노동조합 단체협약에 의해 임금인상, 각종 수당이 지급되는 상황에서 임금 등 기타 근로조건에 있어서 차별이 있다고 볼 수 있는지 여부가 문제될 수 있다.

이 문제에 관해서 금호타이어 사건에서는 금호타이어 정규직 직원을 조직대상으로 하여 체결한 단체협약서가 있고 금호타이어(주) 내 20여 개 도급업체 직원들을 조직대상으로 하여 체결한 비정규직 노동조합 단체협약이 존재하고

40) 진윤구, 앞의 논문, p.32 참조

있어, 신청인들이 비정규직 노동조합 단체협약에 의해 임금이 인상되고 각종 수당이 지급되는 상황에서 임금 등 기타 근로조건에 있어서 차별이 있다고 볼 수 있는지 여부에 대해서 “파견법에서 규정하고 있는 차별시정제도는 강행규정이므로 단체협약의 규정에 따라서 임금 등을 지급했다 하더라도 결과적으로 비교대상 근로자에 비하여 차별이 발생했다면 단체협약만을 이유로 합리적인 이유가 있다고 할 수 없다⁴¹⁾”고 판단하고 있다. 차별시정제도의 강행규정성을 강조한 것으로 노동위원회의 견해에 동의한다.

4. 차별시정명령 이행의무자

파견근로자에 대한 차별이 확인될 경우, 노동위원회는 차별적 처우에 대하여 사용자에게 시정명령을 발하게 된다. 그런데, 직접 근로관계에 있는 기간제 및 단시간 근로자에 대한 차별시정명령의 경우 쉽게 시정명령 대상을 찾을 수 있겠지만, 파견근로자의 경우에는 파견법 제21조 제1항에서 “파견사업주와 사용자사업주는 파견근로자임을 이유로 …… 파견근로자에게 차별적 처우를 하여서는 아니된다”고 규정하여, 차별을 행하지 말아야 하는 주체로 파견사업주와 사용자사업주 양자를 모두 설정하고 있기 때문에 차별시정명령의 이행의무자가 누구인지에 대해서 논란이 있을 수 있다.

이 문제에 관해서 노동위원회는 “파견법 제21조에서는 파견근로자에게 차별적 처우를 해서는 안 될 의무의 주체를 파견사업주, 사용자사업주 양자로 규정하고 있고, 같은 법 제34조 제1항에서는 파견사업주와 사용자사업주의 책임 영역별로 차별시정 주체를 구분하면서 임금에 관한 사항은 파견사업주 책임 영역임을 명시하고 있으며, …… 이 사건 차별적 처우는 모두 임금에서 발생했으므로 이 사건 차별시정명령 이행의무자는 파견사업주(이다)”고 판단하고 있다. 아마도 노동위원회는 파견법 제34조에서 파견사업주, 사용자사업주 책임 영역을 구분하고 있고 동법 시행령 제5조 규정은 파견사업주의 임금 미지급에 대한 사용자사업주의 연대책임 사유를 “사용사업주가 정당한 사유 없이 근로자 파견계약을 해지한 경우와 근로자 파견계약에 의한 근로자 파견의 대가를 지급하지 아니한

41) 전남지노위 2009. 2. 9. 2008차별3; 중노위 2009.4.27. 2009차별2.

경우로 규정”하고 있기 때문에 연대책임을 부정하면서, 파견근로자의 경우에는 파견법 제34조에서 파견사업주, 사용사업주 책임 영역을 구분하고 있기 때문에 그 영역에 맞추어 시정명령을 내리고 있다고 할 수 있다. 따라서 위와 같이 책임 영역별로 차별시정 대상 사업주를 구분할 경우, 금호타이어 사건과 같이 임금에 대한 차별이 발생한 경우에는 근로계약의 당사자인 파견사업주가 사용자 책임을 지게 되므로 노동위원회는 파견사업주에게 그 시정을 명령할 수밖에 없다는 논거를 들고 있다.

그러나 이와 같이 해석될 경우, 차별시정제도의 실효성에 크나큰 문제점이 발생할 수 있다. 왜냐하면, 실제적으로 임금은 사용사업주와 파견사업주 간의 파견계약에 의해 결정되게 되고, 파견 금액 속에는 파견계약상 당연히 파견사업의 적정한 수수료가 포함되어 있기 때문에 차별이 있다고 하여 파견사업주에게 시정명령을 내린들 파견사업주가 자신의 수수료까지 포기하며 차별에 따른 임금 지급을 하겠는가 하는 의문이 들 수밖에 없기 때문이다.

이 문제에 대해서는 결국 제도의 취지를 살리는 입장에서 차별시정의 경우에는 연대책임을 강화시킨다든가⁴²⁾ 또는 파견법 제21조가 파견근로자에게 차별적 처우를 하지 않을 의무의 주체를 파견사업주와 사용사업주 양자를 규율하고 있기 때문에, 책임 영역을 구분하지 않고 양자를 시정명령 이행의무자로 판단해야 할 것으로 보인다⁴³⁾. 결국 제도의 실효성을 살리면서 법문에 충실한 근거 찾기가 요구된다고 할 수 있다.

42) 최저임금법 제6조 제7항 및 제8항을 유추해서 생각해 보면, 도급인과 수급인이 연대책임을 지는 사유로 도급인이 도급계약 체결 당시 인건비 단가를 최저임금액에 미치지 못하는 금액으로 결정하는 행위를 그 요건으로 들고 있기 때문에 파견법 시행령 제5조에 하나를 추가하여 연대책임의무를 부과하는 방안도 고민해 볼 수 있을 것이다.

43) 같은 논지로 박종희, 앞의 논문(파견근로자에 대한 차별금지 판단의 대상과 내용), p.69: 박종희 교수도 파견법의 입법 목적과 문언상으로도 파견사업주와 사용사업주를 병렬적으로 규정하는 점에 비추어 연대책임을 부담하는 것으로 해석함이 타당하다고 하고 있다.

5. 비정규직 차별시정제도의 공통의 문제(44)

가. 차별시정신청의 주체

파견근로자뿐만 아니라, 단시간 및 기간제 근로자가 사용자로부터 차별적 처우를 받은 경우 해당 근로자는 차별시정위원회에 그 시정을 신청할 수 있다. 따라서 신청권자는 해당 근로자에 한정되며 노동조합의 신청인 자격은 제한된다고 할 수 있다. 이와 같은 노동조합의 신청인 자격의 제한은 결국 해당 근로자가 계약기간 존속 중에는 차별시정제도를 신청할 수 없게 만드는 제약 요인으로 작용하기 쉽고, 파견근로자의 경우에는 파견사업주와의 관계에서 더욱 신청을 할 수 없게끔 강요받을 수 있다.

이 문제에 관해서는 차별적 처우를 당한 해당 근로자의 차별시정 신청의 실효성을 담보하기 위해서 그리고 보통 차별적 처우는 비정규직 근로자 집단에 대해 행해지는 것이 보통이므로 노동조합에 신청권을 인정하여 일괄적으로 해결하는 것이 바람직하다는 점(45)을 들어 해당 근로자가 소속된 노동조합에 신청권한을 확대해야 한다는 주장(46)과 차별구제제도는 개별 근로자의 손해배상 내지 보상청구권을 본질적 내용으로 하므로 노동조합이 직접 신청할 수 있도록 하는 것은 차별구제제도의 취지에 맞지 않다는 점, 현행 노동위원회 규칙상 노동위원회의 승인을 받는 경우 노동조합도 대리인의 지위에서 구제신청 절차에 참여할 수 있는 기회가 보장되어 있다는 점(47), 그리고 남소(濫訴)의 가능성이 우려되고, 노동조합은 제3자에 불과하다는 점 등을 들어 반대하는 견해도 제기되고 있다(48). 그러나 파견근로자를 포함한 비정규직 근로자가 차별시정 신청을 꺼려하는 중요한 원인들을 제거하지 않는 한 현실적인 근로조건 개선은 이루어지기 어렵고, 노동조합의 존재 이유가 조합원의 근로조건 유지·개선에 있으므로 조합원에 대한 차별시정 요구는 노동조합의 본연의 역할이라는 점을 고려

44) 조상균, 앞의 논문, pp.125~128을 주로 참조하였다.

45) 김선수, 「차별시정제도 활용과 외주화 남용금지를 위한 법률 대응 방향」, 『노동사회』(2007. 12) p.57 참조.

46) 전윤구, 앞의 논문, pp.372~376; 강성태, 앞의 논문, p.180.

47) 노동위원회 규칙 제36조 제1항 제5호 참조.

48) 박종희, 앞의 논문, pp.41~42 참조.

해 생각해 보면 차별시정신청의 신청권자에 비정규직 노동자가 가입된 노동조합이 신청권자가 되는 것이 바람직하다고 생각된다.

나. 차별적 처우에 대한 시정대상 기간

현행 차별시정의 신청은 비정규직 근로자가 차별적 처우를 받은 경우 차별적 처우가 있는 날부터(계속되는 처우는 그 종료일) 3월 이내에 신청하도록 하고 있다(기간제법 제9조, 파견법 제21조 참조)⁴⁹⁾. 여기서의 3월은 제척기간에 해당하여 차별적 처우가 있는 날부터 3월이 경과하면 차별시정신청은 각하되는 기준이 되는 것으로 이해되고 있다⁵⁰⁾. 그런데 종래 노동위원회에서는 신청기간인 3개월을 법령에 아무런 명문의 규정이 없음에도 불구하고 신청기간으로서의 기능뿐 아니라 차별적 처우에 대한 시정대상 기간으로 해석하여⁵¹⁾ 구제신청일 이전 3개월에 대한 시정명령을 받았다 하더라도 구제신청일 이후부터 시정명령을 받은 날까지의 구제신청에 대해서는 시정 대상이 아니라는 이유로 기각의 결정을 받아왔다. 결국 차별신청 이후의 차별에 대해서는 다시 구제신청을 해야 하는 예상치 못한 문제를 야기하고 있었다. 실제로 금호타이어 초심사건⁵²⁾에서는 차별시정신청이 있었던 날 이전 3개월 동안에 발생한 차별이 시정대상이고, 그 같은 기간 지급한 급여를 비교해서 발생한 차별에 대해서만 시정대상이 된다고 판단하였다. 다행히 금호타이어 재심사건⁵³⁾에서 초심을 일부 취소하여 “차별적 처우의 시정신청 기간을 차별적 처우를 받은 날로부터 3개월로 규정한 것은 단지 청구권을 유효하게 행사할 수 있는 제척기간을 정한 것에 불과하다”고 판단하여, 차별시정 대상기간은 차별시정신청 3개월 전부터 판정일까지로 하는 판단이 내려져 차별시정 공백기간을 없애는 등 차별시정제도의 실

49) 노동부는 신청기간을 3개월로 한 이유에 대해서 “신청기간은 현행 부당해고 및 부당노동행위 구제신청 기간에 맞추어 3개월로 함”이라고 밝히고 있다 노동부, 『비정규직 보호법을 해설』, 2006. 12. p.39 참조.

50) 최근 노동부는 2009년 4월 1일 근로자 신청 기회를 확대하는 한편, 신청에 따른 근로자들의 부담 완화 방안을 마련한다는 취지 하에 차별시정의 신청기간을 현행 3개월에서 6개월로 연장하는 기간제법과 파견법 개정안을 내놓고 있다.

51) 중앙노동위원회 편, 『2008년도 차별시정담당 조사관워크숍자료』, 2008. 11. 27. p.99.

52) 전남지방노동위원회, 2009. 2. 9. 결정 전남2008차별3 사건.

53) 중앙노동위원회, 2009. 4. 27. 결정, 중앙2009차별2 사건.

효성을 높였다고 평가할 수 있어, 앞으로의 판단이 기대된다.

IV. 앞으로의 과제

본고는 파견근로자에 대한 독자적인 차별시정에 대한 본격적인 논의가 필요하다는 전제 하에 파견근로자에 대한 차별시정제도에 대하여 검토한 것이다. 이를 위해서 파견법에 규정된 차별시정제도를 둘러싸고 제기될 수 있는 몇 가지 문제점을 도출하여 일정한 대안을 검토해 보았다. 특히 차별시정신청권자의 적격성을 둘러싼 문제, 파견근로자에 대한 차별처우금지 영역으로서 ‘임금 그 밖의 근로조건 등’의 범위의 문제, 파견근로자 차별의 합리적 이유의 범위의 문제, 차별시정명령 이행의무자를 누구로 할 것인가에 대한 문제를 ‘파견근로자의 고용안정과 복지증진’과 ‘인력수급을 원활하게 함’ 등 파견법의 두 가지 목적을 염두에 두면서 검토해 보았다.

앞에서 살펴본 바와 같이 파견법상 파견근로자에 대한 차별시정제도의 도입이 반드시 파견근로자에 대한 인권의 보호만을 목적으로 하고 있지 않다는 점은 부인하기 어렵다. 그러나 그렇다고 해서 비정상적 고용형태인 근로자 파견 관계를 활성화시키기 위해서나 또는 계속해서 용인하려는 목적으로 차별시정제도를 해석·운용해야 한다는 것은 본말이 전도된 것으로 평가할 수밖에 없다. 따라서 사용자들은 다소 비용의 부담을 지더라도 근로자를 사용하는 데 발생하는 이익만을 누릴 수 있도록 해야 하며, 이는 파견법에 차별시정제도를 도입한 가장 큰 목적이 되어야 할 것으로 보인다.

그러므로 첫째, 노동위원회는 신청인이 외형상 도급근로자라 할지라도 차별시정 판단의 선결 문제로서 다른 기관에 독립적으로 선결 문제로서 이를 판단해야 하며, 둘째, 파견근로자에 대한 차별적 처우를 판단함에 있어 ‘직접 고용관계에 따라 형성되는 근로조건’인지 ‘사용사업주의 사업장 편입에 따라 형성되는 근로조건’인지를 구별할 필요는 없고, 이러한 차별에 합리적 이유가 되는지 여부를 판단하는 데 근거가 되어서도 아니 된다. 셋째, 단체협약에 대한 차별은 차별시정제도의 강행규정으로서의 성질상 허용될 수 없다. 넷째, 파견근로자에

대한 차별시정제도의 실효성을 확보한다는 점에서 차별시정명령 이행의무자는 파견사업주 및 사용사업주의 책임 영역을 구분하지 않고 양자를 시정명령 이행 의무자로 판단해야 한다.

참고문헌

- 강성태. 「비정규직법 시행 1년의 평가-차별시정제도의 현황과 개선과제를 중심으로-」. 『법학논총』 25(4) (2008): 169~186.
- 고준기·서우석. 「비정규직 근로자 차별시정제도 시행에 따른 운영상의 문제점과 개선방향」. 『지역발전연구』 7 (2007. 8): 1~23.
- 김선수. 「차별시정제도 활용과 외주화 남용금지를 위한 법률 대응 방향」. 『노동사회』 (2007. 12): 54~61.
- 박수근. 「최근주요판례 쟁점 및 검토」. 『심판담당 공익위원 워크숍 자료집』, 2008. 12. 12.
- 박은정. 「비정규직차별시정제도 시행 이후 노동위원회 차별시정판정례 검토」. 『노동법학』 27 (2008. 9): 171~198.
- _____. 「비정규직 차별시정제도 시행 이후 노동위원회 차별시정판정례 검토 II」. 『노동법학』 32 (2009. 12): 431~472.
- 박제성. 「비정규직 차별금지제도의 법적 검토」. 『노동리뷰』 (2007. 7): 62~75.
- 박지순. 「비정규직법의쟁점과 입법정책적 과제」. 『산업관계연구』 19 (2009): 27~65.
- 박주영. 「비정규직 차별사건의 쟁점과 과제-노동위원회의 차별판단기준의 문제점을 중심으로-」. 『민주법학』 37 (2008. 9): 203~244.
- 박종희. 「파견근로자에 대한 차별금지 판단의 대상과 내용」. 『월간 노동법률』 227 (2010. 4): 64~69.
- _____. 「차별시정제도 시행 1주년 평가와 향후 입법정책적 논의 방향」. 『노동리뷰』 47 (2008): 38~50.

- 박종희·강성태·전윤구·강선희. 「비정규직 차별금지 판단기준 및 운영에 관한 연구」. 『중노위 학술연구용역 보고서』. 2006. 11.
- 전윤구. 「비정규직 관계법의 입법적 개선방향」. 『노동법학』 28(2008. 12): 353~385.
- _____. 「비정규직 차별시정신청을 둘러싼 해석론의 검토」. 『임금연구』 15(1)(2007): 4~35.
- 조상균. 「비정규직 관련법의 문제점과 개선방향」. 『산업관계연구』 20(1)(2010. 3): 111~134.
- 조용만. 「비정규직 차별시정에서의 신청인 적격성과 비교대상 근로자」. 『노동법연구』 27(2009): 129~167.
- 조임영. 「비정규직 차별시정제도 운용의 주요 쟁점 검토」. 『법학논총』 17(1)(2010): 325~354.
- 조임영 등 4인. 『비정규직 차별시정제도의 운용에 관한 연구-기간제 근로자 차별시정제도를 중심으로』. 국회환경노동위원회 정책연구보고서. 2006. 12.
- 노동부. 『비정규직 보호 법률 해설』. 2006. 12.
- 서울지노위 편. 「2008년도 차별시정담당 공익위원·조사관 합동 워크숍 자료」. 2008. 6.
- 중앙노동위원회. 『차별시정업무 매뉴얼』. 2009. 4

abstract

The Correcting Discrimination for Temporary Agency Workers

Sang Kyun Cho

This research reviews the correcting discrimination for temporary agency workers, with the presumption that there is a need for a full scale discussion on the possible independent corrective measures for the discrimination against temporary agency workers. To achieve this goal, this paper identifies several issues surrounding the corrective measures provided under the Act on the Protection of Temporary Agency Workers (the ‘Act’) and reviews possible alternatives.

Under the Act, it can hardly be denied that the introduction of the corrective measures is not solely intended to protect the human rights of temporary agency workers. However, it does not necessarily mean that we need to interpret such corrective measures to promote the temp agency practice, an irregular type of employment relationship, or to continue to allow such practice. Such an interpretation would put the cart before the horse. Accordingly, the secondary employer will be permitted to enjoy only the benefits stemming from employing the temp agency workers, even when it means he will be burdened in costs. This should be the biggest goal behind the Act.

First, therefore, the Labor Relations Commission shall determine, independently from other institutions, the status of the applicant as a prerequisite, even when it appears that the applicant seems to be an independent contractor. Second, when it determines the issue of possible discrimination against temp workers, there is no need to determine whether the working conditions are those formed through direct employment relationship or the ones formed through the incorporation into the

secondary employer's job site. Further this should not be a factor in determining whether the discriminative practice is reasonable. Third, the discrimination against collective bargaining agreements shall not be allowed due to the nature of the corrective measures as an enforcement measure. Finally, in order to secure the practical effect of the measures, primary employers and secondary employers shall be both subject to the orders of correction without separating their responsible areas.

Keywords : act on the protection, etc. of temporary agency workers, temporary agency workers, a system of the correcting discrimination, prohibition of discrimination, labor Relations commission