

노동정책연구  
2015. 제15권 제1호 pp.1~41  
한국노동연구원

연구논문

## 비정규직의 불안정 노동 : 비정규 고용형태별 노동법과 사회보장법에서의 배제\*

서정희\*\*

본 연구는 우리나라 비정규직의 불안정 노동이 어떻게 나타나고 있는가에 대해 분석한 것이다. 불안정 노동의 하위 영역으로 고용 불안정과 사회보장 불안정을 노동법에서의 배제와 사회보장법에서의 배제로 살펴보았다. 각 불안정성에 대한 분석은 관련 법률과 판례 및 학설들을 대상으로 하였다.

각 비정규 고용형태별로 고용 불안정과 사회보장 불안정에 차이가 있는지 살펴본 결과, 고용 불안정과 사회보장 불안정에 모두 노출되어 있는 고용형태는 특수형태근로, 용역근로, 일일(호출)근로이고, 일부 불안정한 고용형태는 시간제 근로로 나타났다. 고용에서는 불안정하지만 상대적으로 사회보장에서 안정적인 고용형태는 기간제 근로와 파견제 근로로 나타났다.

본 연구 결과, 비정규 고용형태별로 약간의 차이는 있지만, 비정규 근로자는 고용 불안정과 사회보장 불안정에 대부분 노출되어 있는 것으로 분석되었다.

핵심용어 : 비정규직, 불안정 노동, 고용 불안정, 사회보장 불안정, 기간제 근로, 시간제 근로, 파견근로, 용역근로, 특수형태근로, 일일근로

논문접수일: 2014년 12월 1일, 심사의뢰일: 2014년 12월 29일, 심사완료일: 2015년 1월 16일

\* 이 글은 2014년 사회정책연합 공동학술대회(‘한국사회의 사회안전망을 점검하다’)에서 발표된 글을 수정·보완한 것이다. 토론을 해주신 백인립 교수님(연세대 글로벌행정학과)께 지면을 빌려 감사의 말씀을 전한다.

\*\* 군산대학교 사회복지학과 교수(sjh@kunsan.ac.kr)

## I. 서론

현대의 가장 큰 사회적 문제로 제기되는 것은 불안정 노동이다(Standing, 2011). 불안정 노동은 전반적인 노동조건을 불안정성을 의미하는 개념으로서 일자리의 질이 낮은 상태를 말한다. 불안정 노동은 고용 불안정, 소득 불안정, 사회보장 불안정으로 세분화된다(백승호, 2014 : 61). 불안정 노동의 하위 개념으로서 고용 불안정은 고용형태, 근로제공 방식, 근로시간 등 고용조건과 관련된 불안정성을 의미하고, 소득 불안정은 저임금이나 임금의 지속성이 보장되지 않는 것을 의미하며, 사회보장 불안정은 사회보험, 퇴직금 등의 사회보장 급여에서 배제되는 것을 의미한다(백승호, 2014 : 58, 61~64). 그동안 불안정 노동은 주로 정규직과 비정규직 간의 차이를 중심으로 다루어져 왔다. 그러나 비정규 고용지위는 여러 가지 고용형태로 세분화된다.<sup>1)</sup> 다양한 고용형태가 모두 불안정 노동에 해당되지는 않을 것이다. 이는 비정규 고용지위에 해당하는 일부의 고용형태가 질 좋은 형태로 제공될 때 그러하다. 그러나 우리나라의 현실에서 비정규 고용지위의 상당 부분은 자영자로 간주되거나 공식적으로 비공식 고용(informal employment)으로 존재한다. 우리나라의 경우 비공식 고용을 형식적 의미에서 ‘공적 파악에서 제외되어 있는 고용’으로 규정할 때 행정자료에 가입 또는 등록되어 있지 않은 임금근로자는 전체 임금근로자의 18%인 171만 명에 달하고, 실질적 관점에서 ‘공식적인 또는 법적인 보호로부터 배제되어 있는 고용’으로 파악할 때 전체 임금근로자의 40.2%인 1,750만 명에 달한다(강성태, 2014 : 152). 이러한 임금근로의 불안정성은 비정규 일자리가 질 좋은 일자리가 아닐 가능성이 높다는 증거이기도 할 것이고, 동시에 노동법과 사회보장법이 이들을 보호하고 있지 못하다는 증거이기도 할 것이다.

1) 고용지위(employment status)와 고용형태(employment form)는 차이가 있는 개념이다. 고용지위는 정규직이나 비정규직이나로 세분화되는 개념으로 고용형태의 결과에 해당한다. 고용형태는 고용지위를 결정하는 구체적 고용의 형태로 기간제, 파견제, 시간제 등으로 세분화되는 개념이다.

정책적 차원에서 불안정 노동에 대한 문제의식이 없었던 것은 아니다. 우리나라의 경우 2002년 노사정위원회는 이러한 문제의식에 대한 해법으로서 ‘비정규 근로자 대책’이라는 합의를 이루어냈다. 이 당시 비정규 근로자 대책은 크게 두 가지로 제시되었는데, 하나는 비정규 근로자와 취약근로자를 보다 구체적으로 정의하여 각 고용형태에 따른 근로감독을 강화하는 것이고, 다른 하나는 비정규 근로자와 취약근로자의 사회보험 적용확대 및 복지확충을 이루는 것이었다. 다시 말해 고용 불안정과 사회보장 불안정을 해결하기 위한 합의였다고 할 수 있다. 동 합의가 이루어진 지 12년이 지난 현 시점에서 불안정 노동에 대한 해법으로서 노사정위원회의 비정규 근로자 대책은 어느 정도 달성되었는지, 그리고 그러한 정책적 실현이 고용형태별로 차이가 있는지에 대해 점검해볼 필요가 있다. 이는 두 가지 법적 점검을 요구한다. 첫째, 고용형태별 근로감독의 강화에 대해서는 개별 노동법이 어떻게 비정규직을 규정하고 보호하고 있는지 살펴보아야 하고, 둘째, 비정규 및 취약근로자의 사회보험 확대에 대해서는 사회보장법이 비정규직을 어떻게 포괄하고 있는지 살펴보아야 할 것이다.

노동법과 사회보장법을 살펴보아야 하는 이유는 두 가지 법체계가 불안정 노동의 요소 중 고용 불안정과 사회보장 불안정에 해당하기 때문이기도 하지만, 이 두 가지 불안정성은 서로 연동되어 있기 때문이다. 예를 들어, 사회보장 불안정의 문제는 단순히 사회보장법만을 살펴보는 것으로 해결되기 어렵다. 기본적으로 사회보험의 기본 정의에 해당하는 근로자에 대한 정의가 사회보장법보다는 「근로기준법」이나 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 기간제법), 「과건근로자보호 등에 관한 법률」(이하 과건법), 「직업안정법」 등에 존재하기 때문에 이와 같은 노동법의 범조항과 각 조항들에 대한 구체적 해석으로서 판례, 학설 등에 대한 고찰이 선행되어야 한다. 또한 사회보장법에서 사용자가 근로자의 사회보험료 절반을 부담한다는 규정은 각 고용형태별 근로자에 대한 사용자가 누구인가 하는 문제를 우선적으로 살펴보지 않고서는 답하기 어렵다. 다른 한편 기간제나 단시간 근로자 등의 고용불안정은 사회보장의 불안정으로 연결되기도 한다.

그러므로 본 연구는 크게 두 가지로 이루어진다. 첫째, 비정규 고용지위를 구성하는 구체적 고용형태는 무엇이며, 이들에 대한 노동법적 보호는 잘 이루어지고 있는가를 살펴볼 것이다. 이를 규명하기 위해 개별 법령들과 시행령, 시행

규칙 등의 법규범, 판례, 학설을 분석한다.

둘째, 비정규 고용지위의 구체적 고용형태별로 사회보장 배제가 어떤 방식으로 이루어지고 있는가를 살펴볼 것이다. 이 문제는 고용형태에 대한 정의 규정을 하고 있는 개별법들과 사회보장법들 간의 상충의 문제 혹은 조화의 문제를 규명하는 것이다.

## II. 이론적 배경

### 1. 비정규 고용지위

기본적으로 정규 고용관계는 다섯 가지 특징이 있다. 첫째, 기간의 정함이 없는 무기계약이고, 둘째, 전일제이며, 셋째, 종속 고용이다. 넷째, 상당한 근로소득을 제공하고, 다섯째, 정부의 보조금 지원이 없는 고용관계를 의미한다 (Eichhorst & Mark, 2012 : 77). 이 중 고용형태와 직접적 관련이 있는 특징은 앞의 세 가지이다. 그러므로 이를 기준으로 보면, 비정규 고용은 무기계약에서 벗어나거나, 전일제에서 벗어나거나, 종속고용에서 벗어나는 것을 말한다 (Eichhorst & Mark, 2012 : 77). 우리나라에서 사용하고 있는 고용형태 구분 틀도 이와 크게 다르지 않다. 우리나라의 경우 2002년 비정규 근로자 대책 관련 노사정위원회 합의문에 의한 고용형태를 도식화하면 <표 1>과 같다.

<표 1> 비정규직 근로자의 정의와 고용형태 : 2002년 7월 노사정위원회 합의안

정규직 근로자	비정규직 근로자가 아닌 근로자
비정규직 근로자	일차적으로 고용형태에 의해 정의되는 것으로 ① 한시적 근로자, ② 시간제 근로자, ③ 비전형 근로자 등으로 분류됨.
한시적 근로자	근로계약 기간을 정한 근로자(기간제 근로자) 또는 정하지 않았으나 계약의 반복 갱신으로 계속 일할 수 있는 근로자와 비자발적 사유로 계속 근무를 기대할 수 없는 근로자(비기간제 근로자)를 포함. - 기간제 근로자: 근로계약 기간을 설정한 근로자가 해당됨. - 비기간제 근로자: 근로계약 기간을 정하지 않았으나 계약의 반복 갱신으로 계속 일할 수 있는 근로자와 비자발적 사유(일의 완료, 이전 근무자 복귀, 계절근무 등)로 계속 근무를 기대할 수 없는 근로자

〈표 1〉의 계속

시간제 근로자	직장(일)에서 근무하도록 정해진 소정의 근로시간이 동일 사업장에서 동일한 종류의 업무를 수행하는 근로자의 소정 근로시간보다 1시간이라도 짧은 근로자로, 평소 1주에 36시간 미만 일하기로 정해져 있는 경우가 해당됨.
비전형 근로자	<p>파견근로자, 용역근로자, 특수형태근로종사자, 가정 내(재택, 가내) 근로자, 일일(단기)근로자</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 파견근로자: 임금을 지급하고 고용관계가 유지되는 고용주와 업무지시를 하는 사용자가 일치하지 않는 경우로 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자 파견계약의 내용에 따라 사용자 사업장의 사업장에서 지휘·명령을 받아 사용자 사업을 위하여 근무</li> <li>- 용역근로자: 용역업체에 고용되어 이 업체의 지휘하에 이 업체와 용역 계약을 맺은 다른 업체에서 근무(예: 청소용역, 경비용역업체 등에 근무하는 자)</li> <li>- 특수형태근로종사자: 독자적인 사무실, 점포 또는 작업장을 보유하지 않았으면서 비독립적인 형태로 업무를 수행하면서도, 다만 근로제공의 방법, 근로시간 등은 독자적으로 결정하면서, 개인적으로 모집·판매·배달·운송 등의 업무를 통해 고객을 찾거나 맞이하여 상품이나 서비스를 제공하고 그 일을 한 만큼 소득을 얻는 근무</li> <li>- 가정 내 근로자: 재택근무, 가내하청 등과 같이 사업체에서 마련해 준 공동작업장이 아닌 가정 내에서 근무(작업)</li> <li>- 일일(단기)근로자: 근로계약을 정하지 않고, 일거리가 생겼을 경우 며칠 또는 몇 주씩 일하는 형태의 근로자</li> </ul>

## 2. 불안정 노동

불안정 노동은 전반적인 노동조건에 불안정성을 의미하는 개념으로서 일자의 질이 낮은 상태를 말한다. 앞에서 언급한 것처럼, 불안정 노동은 고용 불안정, 소득 불안정, 사회보장 불안정으로 세분화된다(백승호, 2014: 61). 본 연구에서는 불안정 노동 중 고용 불안정과 사회보장 불안정을 중심으로 불안정 노동을 살펴볼 것이므로 이하에서는 두 가지 불안정성에 한정하여 살펴본다.

### 가. 고용 불안정(precaious employment)

고용 불안정은 고용형태, 근로제공 방식, 근로시간 등 고용조건과 관련된 불안정성을 의미한다. 정규 고용지위를 제외하고 비정규 고용지위에 해당하는 각 고용형태는 고용 불안정 요소를 내포하고 있다. 고용 불안정의 문제는 우리나라

라의 특수한 상황만은 아니다. ILO는 1990년대부터 불안정 노동에 대해 지속적인 문제제기와 논의를 해 왔는데, ILO는 고용 계약적 측면과 근로조건 측면에서 불안정 노동을 정의한다(ILO, 2012 : 29). 이 중 고용 계약적 측면에서의 조건은 다시 두 가지로 세분화되는데, 첫째, 계약기간의 제한이 존재하는 경우 불안정 노동으로 정의한다. 이에 해당하는 고용형태는 기간제 근로, 일용(호출) 근로이다. 둘째, 고용관계의 속성상 삼각 근로관계이거나 위장된 고용관계이거나, 위장된 자영업이거나, 도급계약이거나 파견계약이거나 하면 불안정 노동으로 정의한다. 이에 해당하는 고용형태는 특수형태근로, 용역근로, 파견근로이다.

계약기간의 제한이 불안정 노동을 야기하는 이유는 일시근로자(temporary workers)는 근로계약의 불확실성과 저임금으로 인해 결혼 계획, 출산 계획, 주택 구입 계획 등의 ‘일관성 있는 인생 계획’이 불가능하기 때문이다(ILO, 2012 : 36). 근로관계의 속성이 삼각 근로관계나 위장된 고용관계일 경우 역시 불안정 노동을 야기하는데, 이들은 근로관계의 종속성이 존재함에도 불구하고 일종의 자영업자로 취급받기 때문에 모든 경제적 위험을 전적으로 본인이 떠안게 된다(ILO, 2003). 이러한 비정규 고용형태의 근로자는 위험성이 높은 직무나 건강상의 문제가 예상되는 직무 역시 고용의 불안정성으로 인해 받아들일 수밖에 없는 처지에 놓이게 되는데(ILO, 2012 : 37~38), 이들에게 다른 선택지는 존재하지 않는다(ILO, 2012: 44)

#### 나. 사회보장 불안정(precarious social security)

불안정 노동은 일자리의 질의 반대말로 사용된다. 일자리의 질에서 핵심 차원 중 하나는 비임금 급여(non-wage benefit)이다(Appelbaum et al., 2012 : 12). 비임금 급여는 사회적 임금(social wage)이라고도 불리는데, 연금·건강보험 등의 사회보험, 퇴직금, 유급 휴가 등이 있다. 비임금 급여에서의 차이는 저임금 근로자의 생활수준 측면에서 보면 임금 차이보다도 더 중요한 차이로 나타난다(Appelbaum et al., 2012 : 12).

비임금 급여가 보장되지 않는 사회보장 불안정은 서비스 경제에서 정규 고용관계가 흔들리면서 가속화되었다. 서비스 경제 이전에는 조직된 고용에 기반한

정규 고용관계하에서 사회보장 제도가 임금 대체 제도로서 기능을 해 왔다(Hinrichs, 2010 : 47). 그러나 제조업에서 서비스업으로의 산업구조 변화는 더 이상 정규 고용관계에 의존하지 않게 되었고, 정규 고용관계가 흔들리면서 사회보장 제도 중 특히 사회보험의 기반이 흔들리게 되었다. 정규 고용관계와 사회보험을 중심으로 노동시장과 복지가 작동해 온 유럽 대륙 국가들은 사회보장 불안정을 겪게 되었다. 우리나라 역시 사회보장에서 사회보험이 가장 중심에 있기 때문에 이러한 문제에서 자유롭지 못할 것으로 예상된다.

특히 사용자가 비정규 고용형태 중 어떤 유형의 비정규 고용을 활용할 것인가는 퇴직금과 같은 해고비용이나 사회보험료와 같은 비임금 급여를 낮출 수 있는 방안이 존재하는지에 달려 있다. 이는 해당 국가의 노동법과 사회보장법이 어떻게 구성되어 있는지에 따라 사용자의 선택의 폭이 달라진다. 예를 들어 자영업이 사회보장법에 포함되어 있는 국가의 경우 사용자는 ‘가짜 자영업(bogus self-employment)’ 형태의 특수고용을 선택할 이유가 없다(Eichhorst & Mark, 2012 : 77).

정규 고용관계의 요소들에서 벗어나게 될 경우 영향을 받게 되는 노동비용과 이에 상응하는 고용형태가 무엇인지, 그리고 이러한 각 고용형태별로 처해지는 불안정 노동의 영역을 도식화하면 <표 2>와 같다.

<표 2> 노동비용 절감 경로별 불안정 노동

노동비용 절감 경로	영향을 받는 노동비용 유형	고용형태	불안정 노동 영역
무기계약에서 벗어남	해고비용	기간제, 파견근로	고용 불안정
전일제에서 벗어남	일부 국가의 비임금 급여	시간제, 특히 초단시간 시간제	사회보장 불안정
중속 고용에서 벗어남	임금비용, 비임금 급여, 해고비용	1인 자영업(우리나라의 특수고용 포함)	고용 불안정, 사회보장 불안정

자료: Eichhorst and Mark(2012 : 78) 수정.

### Ⅲ. 비정규 고용형태별 불안정 노동

그렇다면 비정규 근로자는 어떤 형태로 불안정 노동을 경험하게 될까? 이 장에서는 비정규직의 고용형태별로 각 고용형태가 의미하는 바가 무엇인지 살펴보고, 노동법에서의 배제가 유발하는 고용 불안정과 사회보장법에서의 배제가 유발하는 사회보장 불안정을 순차적으로 살펴보기로 한다.

#### 1. 한시적 근로자

##### 가. 고용형태 정의

한시적 근로자는 기간제 근로자와 비기간제 근로자로 구분된다. 그러나 현행 법상 비기간제 한시적 근로자를 보호하는 조치는 거의 없기 때문에 법적으로 보호되는 한시적 근로자는 기간제 근로자에 한정된다. 『기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률』(이하 기간제법)에 의하면 기간제 근로자는 “기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 근로자”이다(법 제2조제1호).

근로계약 관계에서 사용자와 근로자는 계약 당사자로서 대등하기 어렵기 때문에 근로자는 사용자가 일방적으로 설정하는 기간을 따를 수밖에 없고, 기간 만료 후 갱신에 대한 근로자의 기대는 사용자의 재계약(갱신)이라는 선처에 대한 희망에 불과한 경우가 많다(신권철, 2011 : 198). 근로자와 사용자의 대등성을 확보하기 위한 수단 중 하나가 해고 제한의 법리인데, 기간제 근로는 해고 제한의 법리를 봉쇄하는 체계이다(신권철, 2011 : 198). 기간제 근로의 ‘기간 만료’와 해고는 유사한 점이 많다. 기간 만료와 해고는 근로자의 노동을 사업과 분리시키는 근로관계의 종료 사유라는 점에서 동일하고, 기간 만료든 해고든 사용자의 일방적 의사라는 점에서 유사하다(신권철, 2011 : 201). 기간제 근로는 근로관계의 종료에 사용자의 의사표시를 필요로 하지 않고, 새로운 근로계약 체결(갱신)은 사용자에게 원칙적으로 통제받지 않는 권한을 부여하게 된다

(신권철, 2011 : 198). 근로자의 입장에서는 계약기간 자동 종료 이후 계약 갱신을 위해서는 근로계약 기간 동안 사용자에게 보다 강화된 성실성을 보여주어야 하고, 이러한 고용불안을 통해 근로자의 종속성과 사용자의 권한이 동시에 강화되는 결과를 야기한다(신권철, 2011 : 198~199).

이러한 이유로 기간제법이 제정되기 이전의 근로기준법은 유기 근로계약 기간을 1년으로 한정하여 기간제 근로를 보호하고 있었다. 헌법재판소가 밝히고 있듯이, “기간제법이 제정되기 이전까지 근로계약 기간에 대해서는 구 근로기준법 제23조가 규율하였다. 이 규정은 ‘근로계약은 기간의 정함이 없는 것과 일정한 사업 완료에 필요한 기간을 정한 것을 제외하고는 그 기간은 1년을 초과하지 못한다’고 함으로써 원칙적으로 유기 근로계약 기간을 1년으로 한정하였다. 이와 같이 한정된 이유는 근로계약은 원칙적으로 무기계약으로 체결하여야 하고 예외적으로 유기계약을 체결하더라도 그 기간이 1년을 넘지 않도록 하여 근로자가 장기간의 근로를 강요당하는 것을 방지하기 위해서였다.”(헌재 2010헌마219 : 1531). 이후 1996년 대법원의 판결<sup>2)</sup>로 1년을 초과하는 근로계약을 체결하였다 하더라도 그 계약기간의 정함 자체는 유효하며, 약정기간의 범위 내에서 사용자는 근로자에게 1년의 기간이 경과하였음을 이유로 근로관계의 종료를 주장할 수 없고, 기간이 만료되면 당사자 사이의 근로관계는 특별한 사정이 없는 한 종료되었다. 법원의 이러한 판결로 구 근로기준법 제23조는 사실상 그 효력을 잃었고, 1년 이상의 근로계약도 무효라고 할 수 없게 되었다(헌재 2010헌마219 : 1531). 사법부의 법해석으로 인해 근로기준법이 유기계약(기간제 계약)으로부터 근로자를 보호하지 못하게 되자, 이 문제를 해결하기 위해 노사정위원회의 합의 이후 기간제법 제정을 통해 사용자가 2년을 초과하여 기간제 근로자를 사용할 수 없도록(법 제4조제1항) 하는 보호조치를 두었다. 이는 “기간제 근로계약을 제한 없이 허용할 경우 일반 근로자는 단기 근로계약 체결을 강요당하더라도 이를 거부할 수 없을 것이고, 이 경우 불안정 고용은 증가할 것이기 때문에 기간제 근로자 사용기간을 제한하여 무기계약직으로의 전환을 유도하기 위해서”였다(헌재 2010헌마219 : 1529). 특히 이러한 문제에 대해 헌법재판소는 “사용자는 1년 이내의 기간제 근로계약을 반복 갱신하여 근로기준

2) 대법원 1996. 8. 29. 선고 95다5783 판결.

법상 해고제한 규정을 회피할 수 있었고, 1997년 외환위기를 거치는 동안 기간제 근로관계는 전 산업에 걸쳐 급속히 증가하였으며, 기간제 근로자의 근속기간도 계속 늘어나 상시적인 업무에까지 기간제 근로 사용이 남용됨으로써 기간제 근로를 포함한 비정규직 근로 문제는 커다란 사회문제로 등장하였다. 이러한 상황에서 비정규직 근로자에 대한 불합리한 차별 시정과 근로조건 보호를 위한 제도 정비의 필요성은 절실해졌는데, 2006년 12월 21일 법률 제8074호로 기간제법이 제정되어 2007년 7월 1일 시행되기에 이르렀다”고 설명한다(헌재 2010헌마219 : 1532).

#### 나. 고용 불안정 : 노동법에서의 배제

2013년 3월 현재 기간제 근로자는 259만 명으로 전체 임금근로자(1,774만 명) 중 14.6%에 달할 만큼(김유선, 2013: 53) 그 비중이 매우 높다. 259만 명에 달하는 기간제 근로자에 대한 보호조치는 기간제법을 통해 이루어지고 있는데, 동법은 몇 가지 측면에서 기간제 근로자의 고용 불안정을 야기할 가능성이 있다.

첫째, 고용기간이 2년을 초과할 경우 무기계약으로 전환되는 기간제 근로 보호조치에는 예외조치가 존재한다. 기간제법은 2년을 초과하여 기간제 근로자를 사용할 수 있는 적용제외 영역을 설정하고 있는데(법 제4조제1항), 이 중 “정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우”가 포함되어 있다(법 제4조제1항제5호). 정부가 모범 사용자로서 질 좋은 일자리를 제공하는 주체가 되기보다 비정규직을 양산하는 주체가 될 수 있다. 실제로 계약기간을 1년으로 설정하여 매년 기간제 재계약으로 근로하던 공공도서관의 근로자가 3년 후 근로계약 해지 통보를 받은 경우 위 예외조항을 근거로 소송에서 패소하거나<sup>3)</sup>, 공공부문 비정규직 종합대책에서 무기계약직 전환의 예외로 규정된 영어회화 전문강사는 헌법소원의 본안심사조차 가지 못하는 사례<sup>4)</sup>들이 현실의 곳곳에서 발생한다.

애초 근로기준법이 유기계약(기간제 계약)에서 해고와 유사한 논리로 작용하

3) 대법원 2012. 12. 26. 선고 2012두18585 판결(원심판결: 서울고등법원 2012. 7. 25. 선고 2012누432 판결), 서울행정법원 2011. 12. 1. 선고 2011구합25920 판결 등.

4) 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마380.

게 되는 ‘기간 만료’로부터 근로자를 보호하기 위해 설정하였던 유계약의 최소화 조치의 필요성은 현실에 여전히 존재한다. 사용자의 근로자 해고 통지는 그 사유가 명백해야 하고, 사업체의 부도나 경영상의 명백한 어려움이 아니라면 귀책사유 없는 근로자를 임의로 해고할 수 없다. 그러나 기간제 근로의 사용은 귀책사유 없는 근로자를 자유롭게 해고하는 것과 같은 효과를 발생시킨다. 이러한 사용자의 권한 강화와 근로자의 권한 약화 기제를 국가가 사용자가 되는 사업에서 왜 일반 국민을 상대로 행사하도록 규정하고 있는지 의문이다.

정부가 주도적으로 창출하는 노동시장에서 정부는 사용자의 권한 행사를 추구하기보다 모범적인 사용자 역할을 할 필요가 있다. 이러한 문제의식은 서구 선진국의 정부들이 취하고 있는 공식 입장이기도 하다(서정희 외, 2013: 96). 유럽에서 모범 사용자(model employer)는 고용형태, 근로조건, 노사관계 등에서 민간부문에 표준을 제시함으로써 국가의 선도적 역할과 적극적인 공공고용을 강조하는 개념이다(Beaumont & Leopold, 1985: 19; Morgan & Allington, 2002: 35; 서정희 외, 2013: 96에서 재인용). 예를 들어, 영국의 프리스틀리 위원회의 보고서(1953~1955)<sup>5)</sup>에 따르면 모범 사용자는 단순히 가장 높은 임금을 제공하는 사용자가 아니라 고용의 안정성과 지속성을 보장하고, 임금이나 근로조건에 대한 근로자 대표와 적극적으로 협의하는 사용자를 의미한다(Beaumont & Leopold, 1985: 19). 정부는 모범 사용자의 역할을 다함으로써 민간부문에 노사관계의 표준을 제시하고 이를 따르도록 하는 것이다(Morgan & Allington, 2002: 35). 그러나 현재의 기간제법은 모범 사용자의 역할을 수행하는 정부가 아니라 가장 비모범적인 사용자가 될 가능성을 열어두고 있다. 민간 기업에게는 기간제 근로자 고용을 2년까지로 한정하고 이후에는 직접고용으로 전환할 것을 요구하면서, 정작 정부는 무한대로 기간제 근로자를 고용하겠다는 것이기 때문에 민간 시장을 규제하고 감독하는 기능을 수행하는 역할을 담당할 때 문제가 될 수도 있다.

둘째, 기간제법은 기간제 근로자에 대한 차별적 처우를 금지하고 있는데, 차별적 처우에는 임금, 상여금, 성과금, 근로조건, 복리후생 등이 모두 포함된다(법 제2조제3호 가목 내지 라목). 이 조항이 전면적으로 시행된다면 기간제 근

5) Report of the Priestley Commission on the Civil Service(1953~1955).

로가 불안정 노동이 되지 않을 여지가 있다. 그러나 기간제법은 상시 5인 이상 근로자를 사용하는 사업장에만 이 법을 적용하도록 규정하고 있어서(법 제3조 제1항), 비정규직 근로자가 주로 고용되어 있는 5인 미만 사업장이 법에서 배제된다. 이러한 규정은 기간제 근로자의 상당수가 소규모 사업장에서 노동하고 있는 현실을 도외시한 측면이 있다. 이러한 이유로 동법은 ‘보호법’이라기보다는 사실상 우리나라 노동시장에서 장기적으로 기간제 및 단시간 근로계약 체결의 질서와 관행을 바로잡는 데 목적을 둔 ‘계약원칙에 관한 법’이라는 평가를 받기도 한다(예를 들어 이호근, 2010 : 31).

셋째, 기간제법은 2년 이후 정규직으로 전환하지 않아도 되는 영역을 제한적으로 설정하고, 그 외의 영역에서는 2년 이상 기간제 근로자를 사용할 수 없도록 규정하고 있다. 그러나 기간제 근로자를 사용할 수 있는 영역 그 자체를 제한하고 있지 않는다. 앞에서 언급한 것처럼, 기간 만료를 통한 근로계약 종결은 근로자에게 큰 위협이 된다. 그럼에도 불구하고 노동법을 통해 기간제 근로 사용에 대한 업종이나 직무 등에 제한을 가하지 않음으로써 모든 영역에서 2년 이내의 기간 동안 기간제 근로자를 사용할 수 있게 되었다.

#### 다. 사회보장 불안정 : 사회보장법에서의 배제

무기계약에서 벗어난 유형은 엄격한 해고보호 규정을 둔 체제에서 사용자가 높은 해고비용 문제를 해결할 수 있는 차선책으로 선택하는 경로이다(Eichhorst & Mark, 2012 : 77). 노동시장 규제가 심한 상황에서 해고법률의 전반적 자유화가 어렵기 때문에 대규모의 임시직이 필요하게 되고, 이러한 상황에서 기간제 확대는 좋은 전략이 된다(Eichhorst & Mark, 2012 : 77). 이 전략의 사용에서 기간제 근로의 사용은 원칙적으로 동일임금 원칙이 적용되기 때문에 퇴직금 등의 해고비용에만 영향을 미치고, 사회보험료와 같은 비임금 급여(non-wage labor costs)를 낮추지 못한다(Eichhorst & Mark, 2012 : 77). 그러나 실제로 효과적인 동일임금 원칙이 적용되지 않고 재직기간이 짧기 때문에 임금과 비임금 급여를 동시에 낮추는 효과가 나타나기도 한다(Eichhorst & Mark, 2012 : 77).

우리나라의 경우, 기간제법에서 임금, 상여금, 성과금, 근로조건, 복리후생 등이 모두 포함하여 기간제 근로자의 차별적 처우를 금지하고 있고(법 제2조제3

호 가목 내지 라목), 4대 사회보험법에서 기간제 근로자를 직장가입 적용제외로 규정하고 있지 않다. 그러므로 기간제 근로자의 경우 원칙적으로 사회보장 불안정에 노출되어 있지 않다.

## 2. 시간제 근로자

### 가. 고용형태 정의

노사정위원회 합의문에 언급된 시간제 근로자는 현행법상 단시간 근로자에 해당한다. 대법원은 시간제 근로자가 단시간 근로자와 같은 개념인가가 쟁점이 된 사건(대법원 2012. 10. 25. 선고, 2011두22938 판결)에서 “시간제 근무자란 근로기준법상 단시간 근로자와 같은 개념으로 보는 것이 타당”하다고 판시하였다. 그러므로 본 연구에서도 시간제 근로와 단시간 근로는 동의어로 사용한다. 이때 고용형태를 언급할 때는 주로 노사정위원회의 합의문에 의거하여 ‘시간제 근로자’라는 용어를 사용하고, 법의 내용을 설명할 때는 법률 용어인 ‘단시간 근로자’를 사용한다.

『기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률』(이하 기간제법)에 의하면 단시간 근로자는 “『근로기준법』 제2조의 단시간근로자”로서(법 제2조제2호) 구체적으로는 “1주 동안의 소정근로시간이 그 사업장에서 같은 종류의 업무에 종사하는 통상 근로자의 1주 동안의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자”이다(근로기준법 제2조제1항제8호). 그러므로 같은 사업장의 같은 종류의 업무에 종사하고 있는 일반 근로자보다 1주 동안 정해진 근로시간이 한 시간이라도 짧은 근로자는 시간제 근로자라 할 수 있다.

### 나. 고용 불안정 : 노동법에서의 배제

2013년 3월 현재 시간제 근로자는 175만 명으로 전체 임금근로자 중 9.9%에 달한다(김유선, 2013 : 53). 대다수의 다른 국가들의 비정규직 근로자가 시간제 근로자인 데 반해, 우리나라의 경우 시간제 근로자 수는 외국에 비해 그 비율이 높지 않다. 그런 이유에서인지 시간제 근로자에 대한 노동법상의 보호조치는

크지 않다. 시간제 근로자에 대한 노동법적 보호조치로는 기간제법에서 시간제 근로자에 대한 차별을 금지하고 있는 정도이다.

기간제법은 시간제 근로자에 대한 차별적 처우를 금지하고 있는데, 차별적 처우에는 임금, 상여금, 성과금, 근로조건, 복리후생 등이 모두 포함된다(법 제2조제3호 가목 내지 라목). 이 조항이 전면적으로 시행되고, 준수 여부에 대한 관리 감독이 철저히 이루어진다면 시간제 근로가 불안정 노동이 되지 않을 여지가 있다. 그러나 기간제법은 상시 5인 이상 근로자를 사용하는 사업장에만 이 법을 적용하도록 규정하고 있어서(법 제3조제1항), 시간제 근로자가 주로 고용되어 있는 5인 미만 사업장이 법에서 배제된다. 이러한 규정은 시간제 근로자의 상당수가 소규모 사업장에서 노동하고 있는 현실을 도외시한 측면이 있다.

#### 다. 사회보장 불안정 : 사회보장법에서의 배제

비정규 근로의 확대는 외국에서는 주로 시간제 근로의 확대로 나타난다. 시간제 근로는 시간당 임금이 낮고, 사실상 임금이 지급되지 않는 비공식적 초과 근무에 의존하는 경우가 많다(Eichhorst & Mark, 2012 : 77). 일부 국가에서 주당 근로시간이 매우 짧은 ‘초단시간 시간제 일자리’(marginal part-time work)들이 확충되었는데, 이는 사용자 입장에서 초단시간 시간제 일자리는 조세와 비임금 급여에서 이점이 있기 때문에 값싸고 유연성이 높은 노동력을 확보하는 방안으로 활용 가능하다(Eichhorst & Mark, 2012 : 77). 이러한 전략의 사용은 실제로 우리나라의 경우에 가능하다.

우리나라의 경우 기간제법에 의거하여 시간제 근로자는 차별적 처우로부터 보호된다. 그러나 차별적 처우에는 임금, 상여금, 성과금, 근로조건, 복리후생 등이 포함되어 있지만(법 제2조제3호 가목 내지 라목), 사회보험 등은 포함되어 있지 않다. 그리고 사회보장법은 초단시간 근로자를 사회보험에서 배제하고 있다.

『국민연금법』은 시간강사와 사용자의 동의를 받아 근로자로 적용되기를 희망하는 사람을 제외한 초단시간 시간제 근로자를 『국민연금법』에서 배제하고, 『국민건강보험법』은 “1개월간의 소정근로시간이 60시간 미만인 단시간 근로자”(법 제6조제2항제4호, 시행령 제9조제1호, 제2호)를 적용제외 근로자로 규

정함으로써, 모든 초단시간 시간제 근로자를 건강보험 제도로부터 배제시키고 있다(서정희·백승호, 2014: 12). 「고용보험법」은 1개월간 소정근로시간이 60시간 미만인 자(1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 자를 포함한다)를 적용 제외자로 규정하고(법 제10조제2호, 시행령 제3조제1항), 이들 중 “생업을 목적으로 근로를 제공하는 자 중 3개월 이상 계속하여 근로를 제공하는 자와 법 제2조제6호에 따른 일용근로자(이하 ‘일용근로자’라 한다)”는 단시간 근로자임에도 불구하고 적용되는 근로자로 규정하고 있다(시행령 제3조제1항 단서조항).

시간제 근로자에 대한 사회보험 규정은 크게 세 가지 측면에서 시간제 근로자의 사회보장 불안정을 야기할 가능성이 있다.

첫째, 사회보장법은 초단시간 시간제 근로자를 적절히 보호하지 못한다. 기간제법이 시간제 근로자에 대한 차별처우 금지를 규정하고 있음에도 불구하고, 사회보장법은 초단시간 시간제 근로자에 대한 사회보험 배제를 규정하고 있기 때문에 이는 동일 업무를 수행하는 전일제 근로자나 초단시간이 아닌 시간제 근로자에 비해 차별적 처우를 받게 된다. 물론 기간제법의 차별적 처우에 사회보험이 포함되어 있지 않기 때문에 기간제법의 위반은 아니라 할지라도 초단시간 근로자의 사회보험 배제나 평등의 문제는 여전히 남아 있다. 이러한 구조는 사용자로 하여금 초단시간 시간제 근로를 사용할 유인을 제공하게 된다. 실제로 시간제 근로자에 대한 사회보험에서의 차별을 다룬 사건에서 주당 근로시간이 문제가 되었고, 중간 휴식시간이 근로시간인가 아닌가가 쟁점이 되었다. 법원은 “근로자가 작업시간의 도중에 현실로 작업에 종사하지 않은 대기시간이나 휴식·수면시간 등이라 하더라도 그것이 휴게시간으로서 근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니고 실질적으로 사용자의 지휘·감독 아래 놓여 있는 시간이라면 이는 근로시간에 포함되므로(대법원 2006. 11. 23. 선고 2006다 41990 판결) 근로시간을 산정함에 있어서는 이러한 휴게시간까지 포함하여 계산하여야 할 것”(서울행정법원 2009. 9. 18. 선고 2008구합24828 판결)으로 판시하여 사회보험의 시간 규정 해석을 보다 현실화한 측면이 있다. 이러한 다툼의 여지는 실상 사회보장법이 제공하고 있는 것이다. 몇 시간 이상의 근로자만 사회보장법의 적용대상으로 하는 규정은 근로시간을 세분화하여 몇 시간 이하의 근로자를 활용할 여지를 높이게 된다.

둘째, 동일한 시간제 근로자라 하더라도 어떤 사회보험은 적용이 되고, 어떤 사회보험은 적용이 되지 않는다(서정희·백승호, 2014: 15). 국민연금은 월 60시간 미만으로 근로하는 초단시간 시간제 근로자를 적용 제외하되 시간강사는 적용 대상으로 한다. 건강보험은 모든 초단시간 시간제 근로자를 적용 제외자로 본다. 고용보험은 모든 초단시간 시간제 근로자를 적용 제외하되, 3개월 이상 생업을 목적으로 계속해서 일하는 초단시간 시간제 근로자는 적용 대상으로 한다. 산업재해보상보험은 모든 초단시간 근로자를 적용 대상으로 한다. 동일하게 초단시간 시간제 근로자라 하더라도 시간강사인 초단시간 시간제 근로자는 국민연금과 산업재해보상보험은 적용되나 건강보험과 고용보험에서는 배제된다. 3개월 이상 근무한 초단시간 아르바이트생은 고용보험은 적용되지만 국민연금과 건강보험은 적용되지 않는다. 사회보장법이 사회적 위험에 대해 위험분산의 방식으로 사회보장을 하기 위한 제도적 장치임을 고려한다면 초단시간 근로자를 사회보험에서 배제시키되, 일부 초단시간 근로자를 서로 다른 사회보험에 부분적으로 포섭하는 방식은 타당해 보이지 않는다. 시간강사의 생계고나 자살이 사회적 문제로 등장하자 그 대책으로 국민연금법에만 시간강사를 포함하는 법률 개정이 이루어졌다. 시간강사의 생계고와 삶에 대한 비판이 노후소득보장책인 연금만 보장하는 것으로 해결되지 않는다. 의료의 문제나 실업, 산업재해의 문제 또한 존재한다. 어떤 사회적 의제가 주어졌을 때 단편적으로 사회보험 하나를 보장하는 방식으로 정책적 대안을 마련하다 보니 현재의 사회보장법의 적용 대상은 모두 제각각인 형태가 되었다.

셋째, 고용보험법이 초단시간 시간제 근로자의 고용보험 사각지대 해소를 위해 ‘생업을 목적으로 근로를 제공하는 자’라는 단서조항을 통해 적용 근로자를 확대하고자 하는 듯 보인다(시행령 제3조제1항). 그러나 ‘생업을 목적으로 근로를 제공하는 자’라는 단서조항은 다툼의 여지만 둘 뿐 실효적이지 않은 규정이다. 예를 들어, 하루에 4시간씩 주3일 편의점 아르바이트를 하는 대학생은 생업을 목적으로 근로를 제공하는 것인가? 아니면 남은 시간에 용돈을 벌기 위해 근로를 제공하는 것인가? 그렇다면 용돈 벌기는 생업에 해당하는가 아닌가? 법률 그 어디에도 생업이 무엇을 뜻하는 의미인지 법적 정의가 존재하지 않는다.

### 3. 파견근로자

#### 가. 고용형태 정의

파견근로자는 파견근로자보호 등에 관한 법률(이하 파견법)에 규정되어 있는데, “파견사업주가 고용한 근로자로서 근로자 파견의 대상이 되는 자”이다(법 제2조제5호). 파견근로자는 근로자 파견 사업을 행하는 ‘파견 사업주’에게 고용되어, 실제 노동은 파견된 사업장의 사업주인 ‘사용사업주’의 지휘·명령을 받아 수행하게 된다(법 제2조제1호에서 제6호). 그러므로 종래의 근로관계가 사용자와 근로자라는 양자관계를 이루고 있는 것과 달리, 파견근로관계는 파견사업주, 파견근로자, 사용사업주라는 3자 관계에서 형성된다는 특징이 있다(헌재 2011헌바395 : 938).

3자 계약관계를 구체적으로 살펴보면, 첫째, 파견사업주와 사용사업주와의 관계는 근로자 파견 계약을 통해 형성된다. 근로자 파견계약은 파견사업주와 사용사업주 사이에 체결되는데, 근로자의 수, 파견근로자가 종사할 업무의 내용, 파견 사유, 파견근로자가 근무할 사업장, 파견근로자에 대하여 직접 지휘·명령할 자에 관한 사항, 파견기간 및 개시일, 근로시간, 휴일·휴가에 관한 사항, 연장·야간·휴일근로에 관한 사항, 안전·보건에 관한 사항, 근로자 파견의 대가 등의 사항을 포함하여 서면으로 체결하도록 규정하고 있다(법 제20조). 이러한 근로자 파견계약으로 파견사업주는 사용사업주에게 그가 필요로 하는 직업 또는 기술상의 자격을 갖춘 근로자를 파견기간 동안 공급하는 채무를 부담하고, 사용사업주는 근로자 파견의 대가를 지급할 채무를 부담한다(헌재 2011헌바395 : 938).

둘째, 파견사업주와 파견근로자와의 관계는 근로계약관계를 전제로 한다(법 제2조제5호). 파견사업주는 파견근로자에 대하여 임금을 지급할 의무를 부담하고, 파견근로자와의 관계에서 근로시간, 휴일, 휴가 등에 관한 사항을 제외하고는 임금, 해고, 각종 보상 등에 있어 근로기준법의 적용을 받는다(법 제34조 제1항 단서). 한편 파견근로자는 파견사업주와의 고용계약에 따라 노무제공 의무를 부담하는데, 파견사업주와 사용사업주 사이의 근로자 파견계약에 의하여 제3자인 사용사업주에게 노무를 제공한다는 점이 일반적 고용관계와 다르다(헌

재 2011헌바395 : 938).

셋째, 파견근로자와 사용사업주와의 관계는 근로계약의 당사자는 아니지만, ‘묵시적 근로계약’ 관계가 될 수 있다. 파견근로자는 사용사업주와의 관계에서 ‘제3자의 근로자’라 할 수 있다. 원고용주에게 고용되어 제3자의 사업장에서 제3자의 업무에 종사하는 자를 제3자의 근로자라고 할 수 있으려면 원고용주는 사업주로서의 독자성이 없거나 독립성을 결하여 제3자의 노무 대행기관과 동일시할 수 있는 등 그 존재가 형식적·명목적인 것에 지나지 아니하고 사실상 당해 피고용인은 제3자와 종속적인 관계에 있으며, 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자 간에 묵시적 근로계약관계가 성립되어 있다고 평가될 수 있어야 한다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다75088 판결; 서울고법 2013. 3. 13. 선고 2012나59376 판결; 대법원 2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결 등). 하나의 사용자와 근로자 사이에 고용관계와 지휘명령관계가 함께 존재하는 근로계약관계와 달리 근로자 파견관계에서는 고용관계와 지휘명령관계가 분리되어 고용관계는 파견사업주와 맺고, 지휘명령관계는 사용사업주와 맺는다(서울고법 2013. 3. 13. 선고 2012나59376 판결). 근로자가 사용사업주와 종속적인 관계에 있고, 사용사업주가 근로자에 대하여 지휘명령을 할 뿐 아니라 근로자의 채용, 징계, 해고 등 인사에 관한 사항, 임금에 관한 사항 및 고용관계의 유지에 필요한 노무 관리에 관한 사항 등 고용관계에 관한 기본적 사항에서도 주도권을 행사하는 경우에는 사용사업주와 근로자 사이에 ‘묵시적 근로계약관계’가 있다고 볼 수 있다(서울고법 2013. 3. 13. 선고 2012나59376 판결).

파견근로자가 사용사업주의 사업장에서 근로한 기간이 2년이 경과하게 되면 사용사업주와 파견근로자는 더 이상 묵시적 근로계약관계가 아니라 직접고용관계가 된다. 일정한 경우에 사용사업주를 근로기준법 또는 산업안전보건법상의 사용자로 간주하도록 규정하고 있다(법 제34조제1항). 제6조제3항 본문에서 “사용사업주가 2년을 초과하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 경우에는 2년의 기간이 만료된 날의 다음날부터 파견근로자를 고용한 것으로 본다.”고 규정(이하 ‘직접고용간주 규정’이라고 한다)하고, 이후 법 개정을 통해 사용사업주로 하여금 해당 파견근로자를 즉시 고용하도록 하는 의무를 부과하고 있다

(법 제6조의2). 직접고용간주 규정은 사용사업주가 파견기간에 관한 제한 규정을 위반하여 계속적으로 파견근로자를 사용하는 행위에 대하여, 행정적 감독이나 형사 처벌과는 별도로 사용사업주와 파견근로자 사이의 사법(私法)관계에서도 직접고용관계 성립을 의제함으로써 근로자 파견의 상용화·장기화를 방지하고 그에 따른 파견근로자의 고용안정을 도모하는 데에 그 입법 취지가 있다(대법원 2007두22320). 또한 파견사업주가 사용사업주의 귀책사유로 인하여 근로자의 임금을 지급하지 못한 때에는 사용사업주는 당해 파견사업주와 연대하여 책임을 진다(법 제34조제2항)(헌재 2011헌바395 : 939~940).

#### 나. 고용 불안정 : 노동법에서의 배제

파견법이 파견근로자에 대한 노동법적 보호로서 충분한가? 사용자가 인건비 절감을 위해 파견제 방식의 비정규 근로를 확대할 유인이 없도록 최대한의 법적 보호 장치를 하고 있는지 살펴보면, 파견제 근로자는 여러 가지 면에서 노동법에서 배제된다.

첫째, 파견 업무의 허용이 너무 광범위하다. 근로자파견제도는 본래 노동조합에 의한 근로자공급사업 및 특별법에 의하여 허용된 일부 사업(경비용역법에 의한 경비용역사업, 공중위생법에 의한 청소용역사업, 엔지니어링기술진흥법에 의한 기술용역사업 등)을 제외하고는 어떤 형태의 근로자파견제도도 금지하는 엄격한 정책이었다. 그러나 1997년 외환위기 이후 산업구조 및 노동시장의 여건 변화에 따라 파견근로가 급속히 증가하면서 파견근로자들의 근로조건 보호와 원활한 인력수급을 목적으로 1998년 2월 20일 법률 제5512호로 「파견근로자보호 등에 관한 법률」이 제정되어 1998년 7월 1일부터 시행되었다(헌재 2011헌바395 : 939). 이후 불법파견에 대한 제재 및 비정규직인 파견근로자에 대한 보호를 강화하고자 2006년 12월 21일 법률 제8076호로 불법파견 시 사용사업주에 대한 벌칙을 강화하고, 파견기간 초과 시 사용사업주의 직접고용의무에 대한 요건을 구체화하는 보호조치를 규정하였으나, 이와 동시에 파견근로의 활용 범위한 파견대상 업무를 열거 방식으로 규정하는 것은 유지하되 대상 업무가 확대되었다(헌재 2011헌바395 : 940).

2014년 현재 파견 사업 대상 업무는 제조업의 직접 생산공정 업무를 제외하

고 전문지식·기술 또는 경험 등을 필요로 하는 업무로서 통계청의 한국표준직업분류 중 32개의 직업으로 한정된다(기간제법 제5조제1항, 시행령 제2조제1항, 별표 1). 그러나 업무로 보면 이는 187개 업무에 해당한다(이호근, 2010: 36). 동시에 파견 사업을 행하면 안 되는 사업 역시 열거주의로 규정하고 있는데, 건설공사 현장 업무 등 10가지 업무 등이 여기에 해당된다(법 제5조제3항제1호에서 제5호, 시행령 제2조제2항제1호에서 제6호). 파견업이 가능한 업무는 187개로 광범위한 반면, 파견업이 불가능한 업무는 10개로 극히 미미한 실정이다. 이러한 법규정은 결국 파견업체가 1998년 789개에서 2013년 현재 2,314개로 지속적으로 증가하는 데에 기여했다 할 것이다.<sup>6)</sup> 현재 파견근로자의 평균임금은 153만 원으로(고용노동부, 2014: 1) 전체 임금근로자의 평균임금 대비 매우 낮다. 특히 파견 업무가 가장 많이 사용되는 다섯 가지 업무는 사무지원, 음식조리, 고객관련 사무, 자동차운전, 수금 및 관련 업무 순이다(고용노동부, 2014: 4). 사무지원이나 고객관련 사무 등을 파견 허용 업무로 할 만큼 전문 기술을 요하는 업무도 아니거니와 간헐적으로 필요한 업무가 아니다. 그럼에도 불구하고 이런 업무까지 파견대상 업무로 허용하고 있는 법 규정은 재고될 필요가 있다.

둘째, 근로기준법과 동법 시행령은 파견법에 규정되어 있는 파견근로자를 사업장의 상시 근로자 수에서 제외하는 규정을 두고 있다(시행령 제7조의2제4항). 현재 근로기준법의 적용범위는 상시 근로자 5인 이상 사업장이다(법 제11조). 파견근로자를 상시 근로자 수에서 제외하게 되면 사용사업자는 파견근로자를 제외하고 근로자 수를 산정하게 되어 파견근로자를 많이 사용하면 할수록 근로기준법의 적용 대상 규정에서 도피할 수 있게 된다. 그러나 사용사업주는 그 사업장의 근로에 대한 지휘·명령권을 가지고 있고, 실제 그 사업장의 안전에 대해서 책임질 의무가 있다.<sup>7)</sup> 그럼에도 불구하고 노동법상의 가장 최저 기

6) 고용노동부(2014)에 따르면 근로자파견사업은 1998년 789개에서 2013년 2,314개로 매년 꾸준히 증가하고 있고, 사용사업체 수 역시 1998년 4,302개소에서 2013년 15,587개소로 3배 이상 증가한 것으로 나타났다. 파견근로자 수 역시 1998년 41,545명에서 2013년 132,108명으로 3배 이상 증가하였다.

7) 대법원은 파견근로자의 안전에 대한 의무가 사용사업주에게 있다고 판시한 바 있다. 대법원은 2013년 11월 28일 선고 2011다60247 손해배상 판결에서 “파견근로자는 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 되므로, 파견근로자가 파견

준에 해당하는 근로기준에 대해서는 면제가 될 수 있다. 이러한 규정은 논리적으로도 도의적으로 근거가 없다. 근로기준법의 상시 근로자 수를 산정할 때 기간제 근로자나 시간제 근로자는 상시 근로자 수에 산입된다(시행령 제7조의2제4항). 고용형태 중 파견근로자만 제외하도록 되어 있는데 왜 그래야 하는지 논리적 근거를 찾기 어렵다. 프랑스의 헌법위원회(Conseil constitutionnel)와 파기원은 기업 내 종업원대표 선거와 관련해서 근로자 수를 계산할 때 해당 기업의 노동 공동체에 밀접하고 상시적으로 결합되어 있는 사내하도급 근로자와 파견 근로자도 포함해서 계산해야 한다는 입장을 취한다(박제성 외, 2009 : 15).<sup>8)</sup> 현재 우리나라 근로기준법의 파견근로자 수 제외조항은 전적으로 사용사업주만 유리할 뿐 근로자를 보호하는 기능을 하지 못한다.

셋째, 불법 파견을 처벌하기 위한 적극적 조치가 마련되어 있지 않다. 최근 가장 큰 비정규 고용의 형태로 제시되는 문제 중 하나는 사내하도급이다(은수미 외, 2007 : 1). 이 문제는 용역 혹은 도급의 문제에서 다시 다루겠지만, 현재 상당수의 사내하도급은 명칭만 도급일 뿐 파견제에 해당한다. 물론 법원은 “근로자를 고용하여 타인을 위한 근로에 종사하게 하는 경우 그 법률관계가 파견근로자보호법이 적용되는 근로자 파견에 해당하는지 여부는 당사자들이 붙인 계약의 명칭이나 형식에 구애받을 것이 아니라, 계약의 목적 또는 대상에 특정성, 전문성, 기술성이 있는지 여부, 계약당사자가 기업으로서 실체가 있는지와 사업경영상 독립성을 가지고 있는지 여부, 계약 이행에서 사용사업주가 지휘·명령권을 보유하고 있는지 여부 등 그 근로관계의 실질에 따라 판단해야”(대법원 2012. 2. 23. 선고 2011두7076 판결 등) 한다고 판시하고 있다. 그래서 법원

근로 중에 직면하는 생명, 신체, 건강에 대한 위험은 대부분 사용사업주가 지배·관리하는 영역에서 발생”하기 때문에, “파견근로자보호법 제35조제1항 본문에서 ‘파견 중인 근로자의 파견근로에 관하여는 사용사업주를 산업안전보건법 제2조제3호의 규정에 의한 사업주로 보아 동법을 적용한다’고 규정”하고 있고, 파견사업주가 고용한 근로자를 자신의 작업장에 파견받아 지휘·명령하며 자신을 위한 계속적 근로에 종사하게 하는 사용사업주는 파견근로와 관련하여 그 자신도 직접 파견근로자를 위한 보호의무 또는 안전배려의무를 부담함을 용인하고, 파견사업주는 이를 전제로 사용사업주와 근로자파견계약을 체결하며, 파견근로자 역시 사용사업주가 위와 같은 보호의무 또는 안전배려의무를 부담함을 전제로 사용사업주에게 근로를 제공한다고 봄이 타당”하다고 판시하였다.

- 8) 프랑스 헌법위원회 2006년 12월 22일 판결(2006-545), 프랑스 파기원 2007년 11월 7일 판결(06-12309), 2007년 2월 28일 판결(06-60171), 2008년 4월 1일 판결(07-60287) 등 (박제성 외, 2009 : 15).

은 실령 도급계약이라고 지칭하며 관련 계약서를 작성하였다 하더라도 실질적 근로관계가 파견근로에 해당하면 계약의 명칭보다는 실질 근로관계에 따라 파견제로 판단한다(예를 들어 대법원 2011다60247 판결).

그러나 현실에서 근로자는 도급 계약서를 작성하였으나 실제로 자신이 행하는 근로가 위장된 불법 파견이라는 것을 인지하는 것이 쉽지 않고, 인지한다 하더라도 소송으로 귀결되기에는 시간적으로나 경제적으로 많은 걸림돌이 존재한다. 그러므로 정부가 강력하게 불법 파견을 규제할 수 있는 법적 근거를 마련하고, 불법 파견 수행 시 처벌 수준을 보다 강화할 필요가 있다.

넷째, 가장 근본적인 문제로서 본래 근로기준법에서 파견근로를 금지하고 있었던 입법 목적(중간착취 금지)이 파견법을 통해 해결되었다고 할 수 있는가의 문제이다. “근로자 파견은 원래 근로자공급의 한 형태인데, ‘근로자공급사업’은 ‘공급계약에 의하여 근로자를 타인에게 사용하게 하는 사업’(직업안정법 제4조 제7호)으로서 사실상 또는 고용계약에 의하여 자기의 지배하에 있는 근로자를 타인의 지휘 아래 사용하게 하는 사업이므로 이를 자유로이 허용하면 타인의 취업에 개입하여 영리를 취하거나 임금 기타 근로자의 이익을 중간에서 착취하는 폐단이 생길 염려가 있어 근로기준법은 원칙적으로 이를 금지하고(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전문 개정되기 전의 근로기준법 제8조, 위와 같이 개정된 근로기준법 제9조), 다만 직업안정법에 의하여 노동부 장관의 허가를 받은 자에 대하여만 이를 인정하면서 국내 근로자공급사업의 경우는 그 허가 대상을 노동조합으로 한정하고 있었다(직업안정법 제33조제1항, 동법 시행령 제33조 제2항제1호).”(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결). 1998년 2월 9일 ‘경제위기 극복을 위한 사회협약’(이른바 노사정합의)에서 노동시장의 유연성을 제고하는 한 방법으로 제한된 범위 안에서 근로자파견제도를 도입하기로 합의가 이루어졌고, 이를 계기로 파견근로자보호법이 제정되면서 근로자파견사업은 근로자공급사업의 범위에서 제외되게 되었다(직업안정법 제4조제7호)(대법원 2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결).

파견근로는 매우 위험한 형태의 근로 방식이다. 파견근로자와 사용사업주 사이에 존재하는 파견사업주는 사용사업주에게 파견근로자를 보내줌으로써 중간에서 수수료 방식의 이익을 취한다. 파견사업주는 근로자를 파견하고 자신이

중간 마진을 챙기는 방식으로 이익을 취하는데, 파견사업주가 얻게 되는 사업상 이익을 전적으로 파견사업주의 정당한 노동의 대가로 간주하기는 어려운 부분이 있다. 정책적으로 보면, 업무의 일시성과 전문성으로 인해 파견근로가 필요하거나 적절한 인력의 원활한 공급을 이유로 파견근로가 필요하다면, 근로자를 보내주는 것만으로 이익을 취하는 파견사업을 허용할 것이 아니라 고용노동부의 일자리 연계 사업을 활성화하여 사용자로부터 받은 돈의 일부라도 파견사업주가 아닌 파견근로자의 임금으로 온전히 돌아갈 수 있게 하는 방식이 더 바람직할 수 있다. 고용노동부가 이미 워크넷 DB를 구축하고 있고, 각 지역별 고용센터를 갖추고 있기 때문에 현재의 구조하에서도 영리를 목적으로 하지 않는 파견사업이 가능할 것이다.

다섯째, 묵시적 근로관계의 법리는 한계가 있다. 파견근로의 기본은 사용자 사업주가 파견근로자에 대한 지휘·명령권을 가지고 있다는 점이다. 그럼에도 불구하고 왜 근로관계가 묵시적인가 하는 것이다. 묵시적 근로관계를 다투기 위해서는 사용자 사업주와 파견사업주의 실질적 역할을 판단해야 한다. 그러나 소송으로 가기 이전에 현실에서 과연 이런 법리적 판단이 가능할 것인가에 대한 문제가 있다.

#### 다. 사회보장 불안정 : 사회보장법에서의 배제

노동시장 규제가 엄격한 상황에서는 해고법률의 전반적 자유화가 어렵기 때문에 파견제 확대는 시간제와 마찬가지로 사용자에게 좋은 전략이 된다(Eichhorst & Mark, 2012 : 77). 파견제 근로의 사용은 원칙적으로 동일임금 원칙이 적용되기 때문에 퇴직금 등의 해고비용에만 영향을 미치고, 사회보험료와 같은 비임금 급여를 낮추지 못하지만, 실제로 파견제 근로에 대해 효과적인 동일임금 원칙이 적용되지 않고 재직기간이 짧기 때문에 임금과 비임금 급여를 낮추는 효과가 있다(Eichhorst & Mark, 2012 : 77).

사회보장법은 명시적으로 파견제 근로자를 사회보험에서 배제하는 규정을 두고 있지는 않다. 그러나 사회보장법 조항들을 어떻게 해석하느냐에 따라 파견제 근로자가 배제될 가능성도 있다.

『국민연금법』은 사업장 가입자를 “사업장에 고용된 근로자 및 사용자로서 제

8조에 따라 국민연금에 가입된 자”로 규정하고(법 제3조제1항제6호), 사업장에 고용된 근로자란 “직업의 종류가 무엇이든 사업장에서 노무를 제공하고 그 대가로 임금을 받아 생활하는 자(법인의 이사와 그 밖의 임원을 포함한다)”로 정의한다(법 제3조제1항제1호). 이러한 국민연금법의 규정은 파견제 근로자를 적용 제외시킬 소지가 있다. ‘사업장에 고용된’ 근로자가 ‘사업장에서 노무를 제공’한다는 규정은 파견근로자처럼 파견사업자와 사용자사업자가 다른 경우 사업장에서 노무를 제공하는는 하나 사업장에 고용되어 있지 않은 근로자를 배제시킬 소지가 있다. 이론적으로 보면, 사용자사업자와 파견사업자 중 누가 직장 가입의 사업자 부담금을 납부해야 할 책임이 있는가에 대해 논란이 있을 수 있다.<sup>9)</sup> 이러한 규정은 표준고용형태가 일반적인 노동시장 구조에서라면 크게 문제될 것이 없다. 그러나 고용계약을 맺는 사업자(파견사업자)와 업무 지시를 하는 사용자(사용사업자)가 동일인이 아닌 파견제 고용형태가 존재하는 현재의 노동시장 구조에서는 이러한 규정은 법적 사각지대를 유발하게 된다. 사회보장법이 빠르게 변화하는 노동시장의 상황을 반영하지 못하는 대표적인 사례라 하겠다.

『국민건강보험법』은 사용자를 “근로자가 소속되어 있는 사업장의 사업주”로 정의하고(법 제3조제2호가목), 이때 사업장이란 ‘사업소나 사무소를 말한다’고 규정함으로써(법 제3조제3호) 국민연금법과 달리 파견근로자의 사회보험료 납부 책임이 파견사업자에게 있다고 해석할 수 있다. 법원은 사업장의 의미에 대해 국민건강보험법에서 말하는 “사업장이란 사용자가 당해 근로자와 고용관계를 맺고 일정한 영업활동을 영위하는 영업단위로서의 사업소 또는 사무소를 가리키는 것으로 보아야 하며, 이를 단순한 물리적·장소적 개념으로 볼 것은 아니”라고 판시하고(대법원 2008. 5. 29. 선고 2006두8419 판결; 대법원 2013. 10. 24. 선고 2013두12461 판결), “직장가입자란 사용자 본인과 그 사용자와 고용관계를 맺고 보수에서 보험료를 공제할 수 있는 근로자 등”이라고 판시하였다(대법원 2013. 10. 24. 선고 2013두12461 판결). 법원은 명확하게 ‘고용관계’라고 명시함으로써 파견근로자의 건강보험의 사용자는 파견사업주임을 유추할 수 있고, 실제로 하급심(서울행정법원 2009. 9. 18. 선고 2008구합24828 판결)에서는 파견근로자의 사용자는 파견사업주임을 명확하게 판시한 바 있다. 그러

9) 이에 대해서는 ILO(2003) 참조.

나 국민연금법에서의 논란의 여지는 여전히 존재한다.

#### 4. 용역근로자

##### 가. 고용형태 정의

용역근로자는 근로기준법에 언급되어 있지도 않고 별도의 용역근로자를 위한 법률도 존재하지 않는다. 용역은 본래 민법상 ‘도급’의 다른 이름이다. 민법상 도급이란 계약의 일방 당사자(수급인)가 일의 완성을 약정하고 타방(도급인)이 그 일의 결과에 대해 보수의 지급을 약정함으로써 성립하는 계약이다(민법 제664조). 민법상 도급계약의 대상인 ‘일’이란 근로에 의하여 생기는 결과로서 건물의 건축, 선박의 건조, 가구의 제작이나 수선 등과 같은 유형적 결과뿐만 아니라, 원고의 출판, 화물의 운송, 병의 치료, 소송 사건의 처리, 음악의 연주 등과 같은 무형적인 결과도 포함한다(박제성 외, 2009 : 9). 일의 ‘완성’이란 근로에 의하여 일정한 결과를 발생하게 하는 것으로서 수급인이 근로를 제공하였더라도 소기의 결과가 발생하지 않으면 채무를 이행한 것이 되지 않으며, 반대로 약정된 결과를 발생시키면 수급인 자신이 스스로 근로를 공급하지 않았어도 채무를 이행한 것으로 되는 것이 원칙이다(박제성 외, 2009 : 9). 「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 하도급법)은 도급의 종류를 보다 구체화하여 하도급 거래를 “원사업자가 수급사업자에게 제조위탁(가공위탁을 포함)·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 하거나 원사업자가 다른 사업자로부터 제조위탁·수리위탁·건설위탁 또는 용역위탁을 받은 것을 수급사업자에게 다시 위탁한 경우, 그 위탁을 받은 수급사업자가 위탁받은 것을 제조·수리·시공하거나 용역수행하여 원사업자에게 납품·인도 또는 제공하고 그 대가를 받는 행위”로 정의한다(법 제2조제1항). 이때 용역위탁을 “지식·정보성과물의 작성 또는 역무(役務)의 공급(이하 ‘용역’이라 한다)을 업으로 하는 사업자(이하 ‘용역업자’라 한다)가 그 업에 따른 용역수행행위의 전부 또는 일부를 다른 용역업자에게 위탁하는 것”으로 정의한다(법 제2조제11항). 하도급법은 도급의 유형으로서 용역을 규정하고 있기 때문에 용역을 지식·정보성과물에 한정하고 있다. 그러나 고용형태로서의 용역 근로는 하도급법의 용역위탁과 동일시하기는 어려워

보인다. 2002년 노사정위원회의 합의문에 나타난 용역 근로는 “용역업체에 고용되어 이 업체의 지휘하에 이 업체와 용역계약을 맺은 다른 업체에서 근무”하는 고용형태이다. 노사정위원회의 합의문에 규정된 고용형태로서의 용역 근로는 하도급법에 의한 용역위탁을 수행하는 근로라기보다는 민법상 도급을 위한 고용형태로 보는 것이 더 타당할 것이다. 그러므로 용역이란 민법상의 도급의 다른 이름으로서 일의 완성을 약정한 도급인과 수급인과의 계약을 말하며, 고용형태로서의 용역이란 도급의 수급인이 그 일의 수행을 위해 고용한 근로자의 고용형태를 의미한다고 할 수 있다.<sup>10)</sup>

현실에서 민법상 도급은 다양하게 불리는데 제조업에서는 사내하청(사내하도급), 서비스업에서는 용역 또는 외주화, 공공부문에서는 민간위탁 등으로 불린다(이병희, 2012: 2). 법률에서 용역과 도급은 혼용되어 사용되고 있는 경향이 있다. 개별법에서 용역이 언급되어 있는 법률이 「가맹사업 진흥에 관한 법률」, 「건설산업기본법」, 「건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률」, 「상법」 등 2014년 10월 현재 총 162건에 달하고, 도급 역시 2014년 10월 현재 모두 71건의 법률에 언급되어 있을 정도로 매우 광범위하다.

용역(혹은 도급)근로를 이해하기 위해서 파견과 용역(도급)의 차이를 살펴보면, 헌법재판소는 “근로자 파견과 민법상 도급은 모두 근로자를 사용하는 사업주가 근로자를 직접고용하지 않은 채 간접고용의 형태로 근로자의 노동력을 활용한다는 점에서 유사” 하지만 “근로자 파견은 파견사업주가 근로자를 고용한 후 그 고용관계를 유지하면서 근로자 파견계약의 내용에 따라 사용사업주의 지휘·명령을 받아 사용사업주를 위한 근로에 종사하게 하는 것(구법 제2조제1호, 법 제2조제1호)으로서 노무의 제공이 계약의 목적이고 사용사업주가 파견 근로자에 대한 구체적인 업무상의 지휘·명령권을 행사할 수 있는 반면, 민법상 도급은 당사자 일방이 어느 일을 완성할 것을 약정하고 상대방이 그 일의 결과에 대하여 보수를 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 계약(민법

10) 보다 엄밀하게 구분하면 민법상 도급은 계약관계만을 의미하고 있는 데 반해, 하도급법은 도급을 제조위탁·수리위탁·건설위탁·용역위탁으로 도급의 종류를 분류하여 도급과 위임을 모두 포함하는 것으로 정의하고 있다(심재진, 2012: 294). 민법상 도급은 계약의 일방 당사자가 일의 완성을 약정하고 도급인이 그 일의 결과에 대해 보수의 지급을 약정함으로써 성립하는 계약이고(법 제664조), 위임은 당사자 일방이 상대방에 대해 사무처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 그 효력이 생긴다(민법 제680조).

제664조)으로서, 일의 완성이 계약의 목적이며 도급인이 고용관계가 없는 수급인의 근로자에 대하여 지휘·감독을 하지 못한다.”고 설명한다(헌재 2013. 7. 25. 2011헌바395 : 940). 또한 파견과 도급의 차이로 파견 사업은 관할 행정청의 허가를 받아야 하지만(파견법 제7조제1항) 민법상 도급은 그러한 허가를 요하지 않고, 그 계약의 목적이 노동력 자체인지 아니면 노동의 결과인지 여부, 실제 근로자를 사용하는 사업주의 근로자에 대한 직접적인 지휘·감독의 가능 여부 등에 따라 구별할 수 있다고 설명한다(헌재 2013. 7. 25. 2011헌바395 : 940).

그러므로 고용형태로서의 용역근로는 파견근로와 달리 고용사업주와 노동의 지휘·명령을 하는 사업주가 일치한다는 점이다. 파견근로자는 파견사업주와 고용계약을 맺고 업무 지시는 사용자사업주에게 받기만, 용역근로자는 고용계약과 업무 지시 모두 용역업을 수행하는 사용자와 행한다. 2013년 3월 현재 용역근로자는 68만 명으로 전체 임금근로자의 3.8%에 달한다(김유선, 2013 : 53).

#### 나. 고용 불안정 : 노동법에서의 배제

용역근로의 노동법에서의 배제는 크게 두 가지 측면에서 나타난다.

첫째, 용역근로의 노동법적 한계는 용역근로 자체가 노동법적 규정이 아니라 민법상 도급에 해당하기 때문에 노동법적 보호를 거의 받지 못한다는 데 있다. 2007년 7월부터 시행된 비정규직법은 모든 비정규 고용형태를 규율하는 것이 아니라 기간제·시간제·파견 근로만을 대상으로 하고, 최근 격렬한 노사갈등의 원인이 되고 있는 용역근로에 대해서는 노동법적인 규율이 존재하지 않는다(이병희, 2012 : 2). 불법파견이나 원청의 사용자성을 부분적으로 인정하는 법원 판결이 이어지고 있지만, 사용자는 그런 판결에 대해 부당성을 주장하고 있을 뿐 사내하도급 활용 관행에 주목할 만한 변화가 나타나지 않고 있다(이병희, 2012 : 2).

용역근로는 개념상으로 그리고 판례의 법 해석과 적용에서 파견과 구분되지만, 현실에서는 용역이라는 이름하에 파견근로가 행해지고 있다. 용역근로가 중요한 사회적·법률적 쟁점으로 부각되고 있는 데에는 용역근로가 한 가지 중요한 요소를 내포하고 있기 때문이다. 이는 용역근로 역시 파견근로와 마찬가지로 ‘삼각 근로관계’를 전제하고 있다는 점에서 기인한다(박제성 외, 2009 : 2).

삼각 근로관계는 근로자의 권리를 침해할 소지가 많아 각국의 입법이 엄격하게 규제하는 노동력 사용 방식인데, 용역(사내하도급)은 도급인(원사업주) - 수급인(하도급 사업주) - 수급인의 근로자(하도급 근로자) 사이에 근로자 공급 또는 근로자 파견과 유사한 노동관계, 즉 수급인의 근로자에 대해서 도급인이 일정한 지휘명령권 또는 강한 지시권을 행사하는 관계가 나타난다(박제성 외, 2009: 2). 현실에서 활용되고 있는 자동차의 직접 생산공정이나 대형 할인매장 및 백화점의 판매·계산, 건물의 청소와 경비 등은 형식상 도급계약서 작성을 통해 용역근로 형태를 취하지만, 원청업체가 근로자에 대한 지휘명령권을 행사하고 있기 때문에 모두 용역근로가 아닌 불법 파견에 해당한다(박제성 외, 2009: 10).<sup>11)</sup> 실제로 비정규직법 시행 이후 기간제 근로자를 파견·용역 등의 간접고용으로 대체하는 ‘풍선효과’가 나타나고 있다(이병희, 2011). 공식적인 통계에서 포착되지 않는 사내하도급을 고려하면, 간접고용의 증가는 더 클 것으로 예상되는데, 이는 비정규직의 일부 근로형태만을 규율하는 비정규직법의 내재적인 한계뿐만 아니라 불법 파견을 적발하고 시정하는 행정지도가 취약했기 때문으로 추정된다(이병희, 2012: 2).

둘째, 용역근로는 고용승계나 해고제한 등의 노동법적 보호가 이루어지지 않고 있다. 현재 사법부는 용역근로에 대해 상법상의 영업양도 개념의 틀로 접근하여 노동법상의 고용승계나 해고제한 사유를 엄격하게 적용하지 못하고 있다.<sup>12)</sup> 상법상의 영업양도는 영업이나 사업재산의 소유권이 이전되는 반면, 용역은 소유권이 이전되지 않고 원사업주가 도급이나 위임에 의해 이루어진 사업의 결과를 여전히 향유하기 때문에 영업양도와 용역은 고용관계의 문제에서 다른 접근 방식을 취할 필요가 있다(심재진, 2012: 295). 그럼에도 사법부는 원사업주가 자신의 사업의 일부를 용역으로 전환하는 경우를 다른 판결에서 아파트 관리업무의 용역업체로의 위탁이 관리비 절감 등의 경영상의 긴박한 욕구의 필요요건을 충족했다고 판단할 뿐만 아니라 용역업체에 기존의 직원들에 대한 고용승

11) 실제로 대법원은 최근 현대자동차의 사내하도급에 대해 형식적으로 도급계약을 맺고 있으나, 실질적 근로관계에서 파견근로이기 때문에 그 근로형태는 위법하다고 판시한 바 있다.

12) 심재진(2012)은 용역근로라는 표현 대신 사업의 외주화(outsourcing)라는 용어를 사용한다. 고용형태로서의 개념적 정의는 노사정위원회가 비정규 고용형태에 대해 합의한 개념인 용역근로와 다르지 않기 때문에 본 연구에서는 용역근로라는 용어를 사용한다.

계를 부탁하는 정도를 해고회피 노력을 한 것으로 판단하였다(심재진, 2012). 용역근로는 직접 운영하던 업무를 외부에 용역을 줄 경우나 용역업체를 변경하게 될 경우 등에서 고용승계와 같은 고용 안정성이 보장되지 않고 있다.<sup>13)</sup>

#### 다. 사회보장 불안정 : 사회보장법에서의 배제

용역근로자는 앞 장에서 살펴본 바와 같이 민법상 대상으로서 노동법상의 규제에서 다소 벗어나 있기 때문에 사회보장법에서도 크게 쟁점이 되지는 못했다. 다만 「고용보험 및 산업재해보상보험의 보험료징수 등에 관한 법률」은 용역근로자에 대한 사회보험료 납부 책임이 도급인인가 수급인인가 하는 예상 쟁점에 대해 “건설업 등 대통령령으로 정하는 사업이 여러 차례의 도급에 의하여 시행되는 경우에는 그 원수급인을 이 법을 적용받는 사업주로 본다.”고 규정함으로써(법 제9조제1항) 책임 주체를 명확히 하고 있다.

그러나 몇 가지 사업에 한정하여 고용보험과 산업재해보상보험의 보험료 납부 책임만을 명시하고 있을 뿐, 다른 사회보험에서는 엄격하게 규제하고 있지 않다. 특히 서비스 제공이나 일의 완료를 기준으로 건당 계약을 체결하는 방식의 용역근로는 사용자가 근로자를 자영업자로 취급하여 대우할 경우 근로자는 비공식 고용에 놓일 위험이 높고, 사용자는 사회보장에 대한 아무런 책임도 지지 않게 된다. ILO(2003; 2012)는 이러한 방식의 용역근로가 사회보험료와 소득세 등을 납부하지 않는 비용절감형 고용(cost-saving employment)으로 활용되는 방식에 대해 우려를 표명하고 있는데, 현재 우리나라의 사회보험 제도에서는 민사상 건당 계약 방식이나 일용 형식의 용역 근로를 규제할 아무런 법적 근거를 마련하지 못하고 있는 실정이다.

## 5. 특수형태근로종사자

### 가. 고용형태 정의

노사정합의안에서 ‘특수형태근로종사자’라는 표현을 사용한다. 이 표현이 의

13) 용역근로의 구체적인 형태별 노동법상에서의 문제에 대해서는 심재진(2012) 참조.

미하는 바는 흔히 특수고용이라고 불리는 고용형태의 근로자는 실질적 측면에서 근로자임에도 불구하고 법규와 판례 등에서 근로자성이 부정되고 있어 ‘종사자’로 불린다. 근로자성이 부정된다는 의미는 사용자에게 근로를 제공하고 있음에도 불구하고 ‘근로자’가 아니기 때문에 모든 노동법적 보호로부터 배제된다는 것이다. 인적종속성을 전제로 한 사용종속관계 기준으로 근로자성이 인정되지 않는 특수형태근로종사자 문제는 학계에서 지속적으로 문제제기 되어 왔으나, 현재까지 노동법적으로는 근로자성이 인정되지 않고 있다.

특수형태근로종사자가 사용종속관계에서 문제가 되는 부분은 자영업자성이다. 우리나라의 노동법과 그 판례는 자영업자에 대하여 명확하게 규정하거나 해석하고 있지 않다(도재형, 2013 : 208). 법원의 해석을 통해 자영업자를 “근로자에 비하여 상대적으로 소득이 많고, 사업계획·손익계산·위험부담 등의 주체로서 사업 운영에 독자성을 가지고 강행법규에 의한 보호의 필요성이 없는 자”로 간접적으로 추론할 수 있을 뿐이다(도재형, 2013 : 209). 또는 법원이 근로자성을 판단하는 요건으로 제시하고 있는 사용종속관계 틀 속에서 자영업자적 요소를 도출할 수도 있다. 이 경우 자영업자적 요소는 “독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지 여부 (① 근로자 스스로 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 업무의 대체성 유무, ② 비품·원자재·작업도구 등의 소유 여부), 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지 여부”(심재진, 2013 : 203~205)이다.<sup>14)</sup> 특수형태근로종사자는 이러한 자영업자적 요소를 모두 갖고 있기 때문에 근로자가 아니라 사용종속관계라는 틀 속에서 자영업자라는 것이다.

#### 나. 고용 불안정 : 노동법에서의 배제

2013년 3월 현재 특수형태근로종사자는 56만 명으로 전체 임금근로자 중 3.1%에 달하지만(김유선, 2013 : 53), 자영업자로 인정되기 때문에 이들을 규율할 수 있는 노동법적 규율이 전혀 없다. 2002년 노사정위원회에서 특수형태근

14) 장우찬(2014)의 경우, 사용종속관계를 기준으로 근로자와 자영업인으로 구분하고, 사용종속관계의 요소 중 전속성·계속성·비대체성을 기준으로 자영업인을 일반 자영업인과 산재보험법상 특수형태근로종사자로 구분하기도 한다.

로종사자를 비정규 근로자의 범주로 넣는 것에 합의했음에도 불구하고 고용 불안정을 해소하려는 노력은 존재하지 않는다.

근로자로 인정되지 않는다는 것은 노무공급자가 노동법과 사회보장법에서 배제된다는 것을 의미한다. 대부분의 노동법과 사회보장법은 그 인적 적용 대상을 근로자로 한정하고 있기 때문이다(도재형, 2013 : 205). 특히 우리나라의 경우, 특수형태근로종사자의 확대는 1990년대 이후 기업 구조조정의 결과로 나타난다. 기존에 정규직이 행하던 업무를 구조조정 과정을 거쳐 근로자들에게 사업자 등록을 하도록 강제 혹은 유인하는 방식에 의해 특수형태근로종사자가 확대되었다(도재형, 2013 : 210). 이 과정에서 이들은 위장 자영업자로서 실질적으로는 근로자이지만 사용자가 우월적 지위를 이용하여 근로계약이 아닌 도급이나 위임계약을 체결하게 되었다. 업무수행 과정에서도 구체적이고 직접적인 통제 방식 대신에 간접적인 통제 방식으로 전환되어 근로자성 판단에서 업무수행의 자율성이라는 성격을 띠게 된다(도재형, 2013 : 211). 그러므로 특수형태근로종사자는 실질적으로는 종속성을 갖지만 형식적으로 자영업자로 인정되고 있기 때문에 노동법에서 배제되고 있다.

이러한 고용관계로 인해 일부 직종을 제외한 대부분의 특수형태근로종사자가 근로하는 직종에서 표준계약서 없이 불평등 지위에 의한 계약 체결로 근로여건이 열악한데, 근로시간 제한 규정이 없어 장시간 및 불규칙 근무로 과로와 질병 등에 노출되어 있고, 실적 저조 시 해고나 무단 휴무 시 벌금, 법정 휴일에 영업 행위 강요 등으로 특별한 경우를 제외하고 연중무휴로 근로하고 있는 등(국민권익위원회, 2012) 근로기준법상의 근로조건과 관련된 보호를 전혀 받지 못하고 있다.

#### 다. 사회보장 불안정 : 사회보장법에서의 배제

사용자가 해고비용 절감이나 인건비 절감을 위해 비정규 고용을 활용하는 방식 중에 대표적인 방식은 프리랜서와 자영업자를 활용하는 방식이다. 종속 근로자가 수행할 수 있는 업무에 프리랜서를 고용하면 노동비용을 절감하는 데 효과적이다(Eichhorst & Mark, 2012 : 77). 특히 비스마르크식 체제에서 자영업자는 사회보험제도에 포괄되지 않거나 부분적으로만 포함되어 있기 때문에 비

임금 급여가 낮고, 임금경직성이 적용되지 않으며, 해고비용도 없다(Eichhorst & Mark, 2012: 77). 이런 접근 방식은 근로의 성격을 감안할 때 타당한 방식이 아니며, 더 나아가 실제로 종속 근로자이지만 자영업자로 대우하는 ‘가짜 자영업(bogus self-employment)’ 등의 법적 회색지대를 유발하게 된다(Eichhorst & Mark, 2012: 77). 사회보험 등에서 자영업자와 특수형태근로종사자를 포괄하고 있다면 사용자는 이 유형의 비정규직을 만들 유인이 없게 된다. 그러므로 노동법에서의 규정뿐만 아니라 사회보장법이 노동법을 견인하는 역할을 수행할 수도 있다.

우리나라의 경우 가짜 자영업자를 활용하는 방식으로 특수형태근로종사자가 활용된다. 특수형태근로종사자의 사회보장 불안정은 크게 두 가지로 볼 수 있다.

첫째, 특수형태근로종사자의 사회보험은 「산업재해보상보험법」에서 특수형태근로종사자 중 일부인 6개 직종에 한정되어 적용된다. 「산업재해보상보험법」은 특례 규정을 통해 일부의 특수형태근로종사자를 동법에 적용되는 근로자로 상정하고 있다(법 제125조). 산업재해보상보험에 적용되는 특수형태근로종사자의 직종은 보험설계사, 콘크리트믹서트럭 운전자, 학습지도사, 골프장캐디, 집화 또는 배송 업무를 하는 택배원, 퀵서비스 종사자로 한정된다(시행령 제125조).<sup>15)</sup> 특수형태근로종사자는 2012년 현재 약 39개 업종에 종사하며 약 250만 명으로 추정된다(국민권익위원회, 2012: 1). 현재 산업재해보상보험으로 인정되지 않는 대표적인 특수형태근로종사자의 직종은 화물연대운송차주, 흥익회 판매원, 프로선수, 대리운전자, 영화산업스태프, 오케스트라 단원, 방문 판매원, 간병인, 텔레마케터, 정수기 코디, 수도검침원, 시청료 징수원 등 다양하다(국민권익위원회, 2012: 1). 산재보험에서 소수의 특수형태근로종사자가 보험 대상으로 인정되고 있을 뿐 나머지 3대 사회보험법은 모든 특수형태근로종사자를 전제적으로 배제하고 있다.

둘째, 근로자성이 인정된다 하더라도 현재 사회보장법 일부는 여전히 특수형태근로종사자를 배제할 여지가 있다. 「국민연금법」의 사업장 가입자와 관련된 규정은 ‘사업장에 고용된 근로자’ 규정(법 제3조제1항제6호)과 ‘사업장에서 노

15) 특수형태근로자의 산재보험 특례조항의 문제점에 대해서는 장우찬(2014) 참조.

무를 제공'한다는 규정(법 제3조제1항제1호)을 통해 존재한다. 그러나 '소재지가 일정하지 아니한 사업장에 종사하는 근로자'를 적용제외 근로자로 규정하고 있다(시행령 제2조제2호). 이러한 규정은 특수형태근로종사자처럼 사업장에서 노무를 제공하지 않는 레미콘기사와 같은 근로자를 국민연금에서 배제시킬 소지가 있다. 동시에 학습지교사와 같이 가가호호 방문을 통해 근로하는 근로자 역시 배제시킬 소지가 있다. 『국민건강보험법』 역시 '소재지가 일정하지 아니한 사업장의 근로자'를 적용제외 근로자로 규정하고 있는데(시행령 제9조제3호), 『국민건강보험법』의 사용자는 '근로자가 소속되어 있는 사업장의 사업주'이고(법 제3조제2호가목), 이때 사업장이란 '사업소나 사무소'(법 제3조제3호)를 말한다고 규정함으로써 특수형태근로종사자의 배제 문제는 국민연금법과 동일한 문제가 예상된다.

## 6. 일일근로자

### 가. 고용형태 정의

일일근로자는 정확하게 법적으로 누가 일일근로자인지 정의되어 있지 않다. 일일근로는 일용근로로 불리기도 하고, 호출근로로 불리기도 한다. 하루나 며칠 혹은 몇 주 단위로 근로를 계약하는 형태인데, 노사정합의안에 의하면 일일근로는 "근로계약을 정하지 않고, 일거리가 생겼을 경우 며칠 또는 몇 주씩 일하는 형태"를 말한다.

### 나. 고용 불안정 : 노동법에서의 배제

2013년 3월 현재 일일근로자는 79만 명으로 전체 임금근로자 중 4.5%에 달한다(김유선, 2013 : 53). 일일근로자의 노동법상의 보호는 제한적으로 이루어진다. 대법원은 한국방송공사 드라마제작국 외부 제작요원이 형식상 일용근로자이나 실질적으로 상용근로자에 해당한다고 판시하였는데(대법원 2002. 7. 26. 선고 2000다27671 판결), 그 근거로서 "형식적으로 일용근로자라 하더라도 일용관계가 중단되지 않고 계속되어 온 경우에는 상용근로자로 보아야 하고, 사

용자로서는 취업규칙 및 보수규정상의 직원에 준하여 일용관계가 계속된 기간을 계속 근로연수로 계산하여 그에 상응하는 퇴직금을 지급하여야 하고(대법원 1986. 8. 19. 선고 83다카657 판결 참조), 반드시 월평균 25일 이상 근무하여야만 근로자의 상근성·계속성·종속성을 인정할 수 있는 것은 아니라 할 것(대법원 1995. 7. 11. 선고 93다26168 전원합의체 판결 참조)”이라고 제시하고 있다. 특히 “원고들의 월평균 근무일수가 25일 정도이고, 원고들이 참여하던 프로그램을 마치고 다음 프로그램에 참여하기까지 공백기간을 갖기는 하였으나 그 기간이 15일을 넘지 않았으며, 위 기간을 다음 프로그램에 참여하기 위한 대기 기간 또는 재충전을 위한 휴식기간으로 인식하여 온 점을 알 수 있으므로 원고들이 개별 프로그램의 제작에 참여한 기간만이 아니라 피고 공사에서 근무를 시작하여 최종적으로 근무를 마친 전 기간에 대하여 근로의 계속성을 인정할 수 있다.”고 판시하였다. 원고가 일용근로의 기준으로 제시한 25일 이하 근무 기준은 본 소송이 진행된 시기가 주5일 근무제가 시행되기 이전이었음을 감안하면, 주6일 상용근로자의 근무일수를 기준으로 제시한 것으로 보인다. 현재의 기준으로라면 월 20일 이내의 근로가 일용근로인가로 환원할 수 있을 것이다. 그러나 법원은 근로자의 상근성·계속성·종속성의 기준이 월 20일이 절대 기준으로 삼지 않고, 근로관계를 종합적으로 판단할 것을 제시하고 있다. 특히 법원은 절대적 기준은 아니지만 최소 기준을 제시하고 있는데, 1개월 동안 최소한 4~5일 내지 15일 정도 계속해서 근무하였다면 위 요건을 충족하는 것으로 제시하였다(대법원 1995. 7. 11. 선고 93다26168 판결).

그러나 근로의 연속성이 인정되지 않는 경우에는 일용으로 판단하지 않았다. 대법원은 일용관계가 중단되지 않고 계속되면 형식상 일용근로자라 하더라도 실질적 상용근로자로 판단하고, 일용관계가 상당 기간 동안 단절이 되는 경우는 상용근로자에서 제외하였다(대법원 2006. 4. 28. 선고 2004다66995 판결).

그러므로 일용근로자의 노동법상의 보호는 근로의 연속성이 인정되는 경우에 한해서 실질적 상용으로 판단하여 퇴직금 등의 노동법상의 보호조치가 행해지지만, 일용관계의 지속성이 인정되지 못하는 경우에는 노동법상의 보호로부터 배제된다.

#### 다. 사회보장 불안정 : 사회보장법에서의 배제

『국민연금법』은 일용근로자를 국민연금의 적용제외 근로자로 규정한다(시행령 제2조제1호). 『국민건강보험법』 역시 “고용기간이 1개월 미만인 일용근로자”를 적용제외 근로자로 규정한다(법 제6조제2항제1호).

『산업재해보상보험법』은 “근로형태가 특이하여 평균임금을 적용하는 것이 적당하지 아니하다고 인정되는 경우”로 “1일 단위로 고용되거나 근로일에 따라 일당(미리 정하여진 1일 동안의 근로시간에 대하여 근로하는 대가로 지급되는 임금을 말한다. 이하 같다) 형식의 임금을 지급받는 근로자(이하 ‘일용근로자’라 한다)”로 규정함으로써(시행령 제23조), 일일근로자란 임금 지급 기준이 일당인 근로자임을 나타낸다. 또한 동 시행령은 단서조항을 통해 “근로관계가 3개월 이상 계속되는 경우”와 “그 근로자 및 같은 사업에서 같은 직종에 종사하는 다른 일용근로자의 근로조건, 근로계약의 형식, 구체적인 고용 실태 등을 종합적으로 고려할 때 근로형태가 상용근로자와 비슷하다고 인정되는 경우”에는 “일용근로자로 보지 아니한다.”고 규정함으로써 임금산정 기준이 근로일인 일용근로자라 하더라도 근로기간이 3개월이 경과하면 더 이상 일용근로자가 아니라 상용근로자로 규정하고 있다.

임금지급 기준과 근로기간을 결합하여 일용근로자 여부를 판단하는 방식은 법원의 판결에서도 나타난다. 대법원(대법원 2013. 10. 24. 선고 2013두12461 판결)은 일용으로 채용되었다 하더라도 1개월을 초과하여 계속적으로 고용하게 되면 근로자의 상근성·계속성·종속성을 인정할 수 있다고 판시한 바 있다.

그러나 고용기간이 1개월 미만인 일용근로자는 근로관계의 지속성과 상근성이 인정되지 않을 경우 사회보장에서 보호받기 어려운 구조이다.

## IV. 결 론

비정규 고용형태별 불안정 노동은 전방위적으로 나타난다. 비정규 고용형태별로 약간의 차이가 있지만, 비정규 근로자는 노동법적 보호와 사회보장법적

보호에서 취약한 구조에 놓여 있다. 본 연구의 분석 결과를 고용 불안정과 사회보장 불안정의 요소별로 도식화해 보면 <표 3>과 같다.

고용 불안정과 사회보장 불안정에 모두 노출되어 있는 고용형태는 용역근로, 특수형태근로, 일일(호출)근로이고, 일부 불안정한 고용형태는 시간제 근로로 나타났다. 또한 고용에서는 불안정하지만 상대적으로 사회보장에서는 안정적인 고용형태는 기간제 근로와 파견근로로 나타났다. 이는 외국의 비정규 고용형태의 불안정 노동에 대한 연구(Eichhorst & Mark, 2012)와 비교해 볼 때 유사한 결과이다.

이러한 연구 결과를 바탕으로 비정규 근로에 대한 이론적·정책적 함의는 다음과 같다.

첫째, 현재 우리나라의 비정규 근로자는 노동법적 보호와 사회보장법적 보호에서 전반적으로 취약한 구조에 놓여 있음을 알 수 있다. 본 연구의 결과는 그 어떤 수사에도 불구하고 현재 비정규 고용지위 중 대부분의 고용형태는 질 좋은 일자리로 제공되고 있지 않음을 나타낸다. 비정규 고용대책으로서의 노동법과 사회보장법의 보호는 대부분 불안정하게 나타났다. 그러므로 불안정 노동과 불안정 사회보장의 틀 속에서 비정규 근로자의 인간다운 생활권을 보장하기 위해서는 노동법과 사회보장법 모두를 면밀하게 고찰할 필요가 있다.

둘째, 일부 사회보장에서의 안정을 제외하고, 비정규 고용형태는 고용 불안정 요소가 너무 크고, 일부 고용형태에서는 사회보장 역시 불안정하게 나타났

<표 3> 고용형태별 고용 불안정과 사회보장 불안정

고용형태	불안정 노동	
	고용 불안정	사회보장 불안정
기간제	불안정	안정
시간제	일부 불안정(5인 미만)	일부 불안정(초단시간)
파견	불안정	안정
용역	불안정	불안정
특수고용	불안정	불안정
일일(호출)	불안정	불안정

다. 그러므로 일차적으로 비정규 고용형태에 대한 대책은 고용 불안정을 해소하는 것이 선행되어야 할 것으로 보인다. 동시에 사회보장에서의 불안정 문제를 해결해야 한다. 특히 고용형태별로 사회보험 적용범위를 다르게 설정하는 문제의 경우 특정 고용형태의 일자리에 종사하는 근로자는 어떤 사회적 위험은 시급하고, 어떤 사회적 위험은 시급하지 않다고 보기 어렵다. 예를 들어, 특수고용 근로자는 산업재해는 시급하고, 건강상의 문제나 노후소득보장, 실업의 위험은 낮다고 말할 수 있는 근거는 부족하다. 그러므로 고용형태별로 모든 사회보장의 문제를 그때그때 단편적으로 해결할 것이 아니라 보다 근본적으로 고민하고 해결하는 것이 필요해 보인다. 이제 입법의 문제가 남았다.

## 참고문헌

- 강성태(2014). 「비공식 고용과 노동법」. 『노동법연구』 36: 147~178.
- 고용노동부(2014). 「2013년 하반기 ‘근로자파견사업’ 현황」. 고용노동부 고용차별개선과 근로개선정책관.
- 국민권익위원회(2012. 12). 「특수형태근로종사자 권익보호 방안」.
- 김유선(2013). 「2013 비정규직 규모와 실태: 통계청 ‘경제활동인구조사 부가조사’(2013. 3) 결과」. 『노동사회』 171: 50~93.
- 노사정위원회(2002. 7. 22). 「각급 회의체 합의사항」.
- \_\_\_\_\_(2003. 12). 「2003년 12월 말 기준 노사정위원회 합의사항」. 노사정위원회 이행평가위원회. 노사정위원회 홈페이지(최종방문일 2014. 9. 6.)
- 도재형(2013). 「사법과 입법의 사각지대, 특수형태근로종사자」. 『노동법연구』 34: 197~244.
- 박제성·노상현·유성재·조임영·강성태(2009). 『사내하도급과 노동법』. 한국노동연구원.
- 백승호(2014). 「서비스경제와 한국사회의 계급, 그리고 불안정 노동 분석」. 『한국사회정책』 21 (2): 57~90.
- 서정희·백승호(2014). 「사회보험의 법적 사각지대: 임금근로자 적용제외 규정

- 과 규모의 변화」. 『노동정책연구』 14 (3): 37~78.
- 서정희·오욱찬·박경하(2013). 「사회복지 영역 일자리사업 참여자의 근로자성 비교 연구」. 『노동정책연구』 13 (2): 95~126.
- 신권철(2011). 「기간제 근로계약의 무기근로계약으로의 전환」. 『노동법연구』 30: 197~251.
- 심재진(2012). 「사업의 외주화에 따른 고용관계의 법해석론: 유럽연합 및 영국 사례와의 비교」. 『노동법연구』 33: 293~350.
- \_\_\_\_\_ (2013). 「노인일자리사업 참여자의 근로자성에 대한 연구」. 『사회보장연구』 29 (2): 197~235.
- 은수미·조호래·박제성·강병식(2007). 「2007년도 노사관계 실태분석 및 평가: 사내하청 노사관계를 중심으로」. 노동부.
- 이병희(2011). 「비정규직법 시행 3년의 고용효과」. 『경제발전연구』 17 (2): 235~258.
- \_\_\_\_\_ (2012). 「사내하도급의 활용 원인과 고용성과」. 『산업노동연구』 18 (1): 1~33.
- 이호근(2010). 「‘불안정고용(*precarious work*)’의 시대 사회적 보호법제의 실효성과 사회통합적 일자리 창출 대안」. 『한국사회정책』 17 (1): 13~61.
- 장우찬(2014). 「산재보험법상 특수형태근로종사자 적용 특례 조항의 비판적 검토: 특수형태근로종사자에 대한 산재보험료 부담의 타당성 문제를 중심으로」. 『노동정책연구』 14 (1): 155~185.
- Beaumont, P. and J. Leopold(1985). “Public Sector Industrial Relations: Recent Developments.” *Employee Relations* 7 (4): 1~44.
- Eichhorst, W. and P. Mark(2012). “Whatever Works: Dualization and the Service Economy in Bismarckian Welfare States.” In Patrick Emmenegger, Silja Häusermann, Bruno Palier, and Martin Seeleib-Kaiser (eds.), *The Age of Dualization: The Changing Face of Inequality in Deindustrializing Societies*. Oxford University Press.
- Hinrichs, Karl(2010). “A Social Insurance State Withers Away. Welfare State

Reforms in Germany.” In Palier, B.(ed.). *A Long Goodbye to Bismarck? : The Politics of Welfare Reforms in Continental Europe*. Amsterdam University Press.

International Labour Organization(2003). *The Scope of the Employment Relationship*. International Labour Conference 91st Session Report. International Labour Office : Geneva.

\_\_\_\_\_(2012). *From Precarious Work to Decent Work: Outcome Document to the Workers' Symposium on Policies and Regulations to Combat Precarious Employment*. International Labour Office, Bureau for Workers' Activities. - Geneva: ILO.

Kroos, D. and K. Gottschall(2012). “Dualization and Gender in Social Services: The Role of the State in Germany and France.” In Emmenegger, P., Hausermann, S., Palier, B. and Seeleib-Kaiser, M. (eds.). *The Age of Dualization: The Changing Face of Inequality in Deindustrializing Societies*. Oxford : Oxford University Press. pp.100~123.

Morgan, P. and N. Allington(2002). “Has the Public Sector Retained its ‘Model Employer’ Status?” *Public Money and Management* 22 (1) : 35~42.

Standing, Guy(2011). *The Precariat: The New Dangerous Class*. Bloomsbury Academic.

[관례]

대법원. 「1995. 7. 11. 선고 93다26168 판결」. 퇴직금.

\_\_\_\_\_. 「2002. 7. 26. 선고 2000다27671 판결」. 퇴직금 등.

\_\_\_\_\_. 「2006. 4. 28. 선고 2004다66995 판결」. 퇴직금.

\_\_\_\_\_. 「2008. 5. 29. 선고 2006두8419 판결」. 보험료납부고지처분취소.

\_\_\_\_\_. 「2008. 9. 18. 선고 2007두22320 판결」. 부당해고구제제심판정취소.

\_\_\_\_\_. 「2010. 7. 22. 선고 2008두4367 판결」. 부당해고및부당노동행위구제제심판정취소.

\_\_\_\_\_. 「2012. 10. 25. 선고 2011두22938 판결」. 과징금부과처분취소.

- 대법원. 「2012. 12. 26. 선고 2012두18585 판결」. 부당해고구제재심판정취소.  
(원심판결 : 서울고등법원 2012. 7. 25. 선고 2012누432 판결)
- \_\_\_\_\_. 「2013. 10. 24. 선고 2013두12461 판결」. 보험료부과처분취소.
- \_\_\_\_\_. 「2013. 11. 28. 선고 2011다60247 판결」. 손해배상(산).
- 서울고등법원. 「2013. 3. 13. 선고 2012나59376 판결(확정)」. 해고무효확인등.
- 서울행정법원. 「2009. 9. 18. 선고 2008구합24828 판결」. 건강보험료부과처분  
취소.
- \_\_\_\_\_. 「2011. 12. 1. 선고 2011구합25920 판결」. 부당해고구제 재심판정 취소.
- 헌법재판소. 「2013. 10. 24. 2010헌마219 등, 공보 제205호, 1529~1535」. 기간  
제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 제4조 위헌확인.
- \_\_\_\_\_. 「2013. 7. 25. 2011헌바395, 공보 제202호, 935~942」. 구 파견근로자보  
호 등에 관한 법률 제43조 제1호 등 위헌소원.
- \_\_\_\_\_. 「2014. 4. 24. 2012헌마380, 공보 제211호, 868~870」. 상시·지속적 업  
무 담당자의 무기계약직 전환기준 등 공공부문 비정규직 고용개선 추  
진지침 위헌확인.

abstract

---

## A Precarious Work of Non-Standard Workers : Exclusions from Labour Laws and Social Security Laws

Seo Jeonghee

This study analyzes how precarious non-standard workers are in Korea. This study examines exclusions from labour laws which mean precarious employment and exclusions from social security laws which mean precarious social security. The summary of this analysis are followings. First, economically dependent work, subcontract work and daily employed work are precarious employment and precarious social security. Secondly, part-time work is partially precarious employment and partially precarious social security. Thirdly, fixed term contracts work and agency work are precarious employment but non-precarious social security.

Keywords : non-standard employment, precarious work, precarious employment, precarious social security, fixed term contracts work, part-time work, agency work, subcontract work, economically dependent work, daily employed work