

일본의 근로자파견법 개정과 관련한 최근의 논의

최석환 (일본 동경대학교 대학원 노동법 박사과정)

■ 머리말

일본의 노동법을 둘러싼 근래의 변화는, 우선 1980년대 중반 이후의 산업 및 노동시장의 구조변화(국제화, 여성화, 고령화, 다양화, 서비스화, 정보화 등)의 반영¹⁾, 1990년대 중반 이후의 버블경제 붕괴 이후 ‘잃어버린 10년’의 기간 동안 침체된 경제와 경쟁주의에 대한 대응²⁾, 그리고 최근의 움직임으로, 규제완화 일변도에서 벗어나 고용사회의 안정과 공정을 도모하려는 시도³⁾로 정리할 수 있다⁴⁾.

꾸준히 규제완화의 방향으로만 일관되어 오던 노동 관련 문제였지만, 2006년 이후 본격적으로 주목을 받게 된 격차사회 및 근로빈곤층의 문제는 일본 사회 내에서도 여론에 의해 심각한 논의로 제기되었다. 이와 더불어 2008년의 세계 경제위기와 그로 인한 파견 해지, 연말의 파견촌 운영 등으로 이러한 논의가 가시화되면서, 노동법의 규제에 관하여도 완화 일변도의 기존 틀에서 벗어나

- 1) 고용기회균등법 제·개정, 파견법 제정, 파트타임 근로자법 제정, 고령자 고용안정법 제정, 노동기준법 개정(근로시간 단축 관련) 등.
- 2) 직업안정법 및 파견법 개정, 노동기준법 개정, 개별노동관계분쟁해결촉진법 및 노동심판법 제정 등.
- 3) 단시간근로자법 개정, 최저임금법 개정, 노동계약법 제정, 파견법 개정안 등.
- 4) 菅野和夫(2010), pp.10-11.

보다 강화된 규제가 요구되었다.

본고에서는 최근 일련의 정치·사회적 변화를 겪고 있는 일본에서 근로자 파견에 대한 법제가 어떠한 배경 속에서 어떠한 과정을 거쳐 개정의 방향을 모색하고 있는지, 그리고 그 내용은 어떠한 것인지를 정리하고, 이러한 분석을 통해 향후의 전망을 검토해 보고자 한다.

■ 개정안의 배경 및 개정 과정

법 개정의 필요성 대두

1985년의 파견법 제정 및 이에 수반된 직업안정법의 개정은 이전까지 금지되어 오던 ‘근로자 공급’ 범위에서 ‘근로자 파견’을 제외함으로써 13개 업무에 관해 파견을 허용하였다. 이후 1996년(26개 업무로 확대), 1999년(네가티브 리스트 방식 채용, 26개 업무 이외에 대해 파견기간 1년의 제한 도입), 2003년(제조업에 대한 파견 허용, 파견기간을 조건부로 3년으로 연장) 등의 주요 개정을 거쳐왔다.

2003년 제조업에 대한 파견 허용 이후 점차로 확대된 파견근로는 소득격차를 중심으로 하는 다양한 문제를 야기하였으며, ‘PC방 난민(ネットカフェ難民)’으로 표현되는 일용직 파견은 이러한 문제를 극명하게 드러내는 고용형태로 여러 각도에서 비판을 받았다. 근로자 파견제도는 파견 사업주, 사용자주, 파견근로자가 각각 증가하는 가운데, 노동력의 수급 조절을 위한 하나의 제도로써 기능해 왔으나, 고용관리가 결여된 형태로서의 일용파견 등 일부 파견 형태에서 사회적 문제가 제기되어 온 점, 정사원으로의 고용을 희망함에도 불구하고 어쩔 수 없이 파견근로를 선택, 이러한 고용관계가 장기간에 걸쳐 형성되어가고 있다는 점, 금지업무 파견이나 이중파견 등의 위법 사안들이 현실화되고, 업무정지처분 등의 행정처분이 증가하는 등 지도감독 건수가 늘어나 이러한 사태에 대처할 필요가 제기된 점 등의 필요성에서 개정의 요청이 현재화되게 된다.

2006년 이후 본격화된 문제 제기에 대해, 당시 여당이던 자민·공명 연립정권은 파견법 개정을 준비하게 된다. 2008년 9월, 「향후의 근로자 파견제도의 바람직한 모습에 관한 연구회」의 보고서에 근거하여 노동정책심의회(노정심) 건의가 제출되고, 이를 기반으로 법안이 작성되어 2008년 11월

파견법 개정안이 제170회 임시국회에 제출되었다. 이 법안은 근로자 파견제도에 일정 수요가 존재하는 현실을 감안하여 규제 강화는 필요한 부분에 한정시키는 한편, 파견근로자의 보호와 고용의 안정을 충실화하는 방향으로 검토하는 것이 바람직하다는 기본 인식에 입각한 것이었다. 이를 위해 일용직 파견의 원칙적 금지, 등록형 파견의 상용화, 파견근로자의 적절한 대우 확보, 위법 파견시 사용자에 대한 고용계약 청약의 권고 등이 주요 내용을 이루고 있었다.

한편, 이에 대해 당시 야3당(민주당·사민당·국민신당) 역시 파견법 개정에 가장 적극적이었던 사민당의 논의를 중심으로 3당 합의안을 2009년 6월 제171회 국회에 제출한다. 이 개정안에는 제조업 파견과 등록형 파견의 원칙적 금지, 균등대우원칙의 확립, 사용자책임 강화(파견계약 준수, 연차유급휴가 및 육아휴업 등을 이유로 한 불이익 취급 금지의 명시, 체불임금 등에 관한 파견사업주와의 연대책임, 안전위생 책임의 강화, 성차별 금지, 개인정보 제공의 금지, 단체교섭 응낙 의무 등), 사용자책임 강화(고용계약 간주 규정 도입 및 벌칙의 강화 등이 규정되어 있었다⁵⁾.

정권 교체와 새로운 개정안

2009년 8월의 총선거에 의해 민주당, 사민당 및 국민신당에 의한 연립정권이 성립, 노동법 정책 으로서는 파견법의 규제 강화가 주요한 안건으로 제기되었다. 전술한 바와 같이 자민·공명 연립 정권 하에서도 규제 강화의 움직임이 법안 제출을 통해 나타나고 있었으나, 정권 교체 후 선거 과정에서 각 당의 공약에 의해 제시된 내용이 반영되는 과정에서 보다 규제를 강화하는 움직임이 본격화되었다. 이러한 분위기 속에서 10월 7일에는 후생노동성 대신이 노정심에 대해 <향후의 근로자 파견제도의 바람직한 모습에 관하여>에 대해 자문을 구하였다.

2009년 10월 15일, 개정 파견법의 논의가 노정심에서 시작되었다. 앞에서 언급한 야3당 안을 기본으로 하여 이루어진 논의 속에서 주된 쟁점으로는 등록형 파견의 금지, 제조업 파견의 금지, 균형대우 및 위법 파견에 대한 대응이 논의의 핵심을 이루었다.

5) 한편 위 법안들은 모두 국회 해산과 함께 폐기되었다. 해당 법안들의 내용은 아래 사이트에서 검색 가능하다. http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index_gian.htm

우선, 등록형 파견에 대해 근로자 측에서는 고용의 불안정이나 파견 해지와 같은 문제가 있으므로 금지해야 하며, 파견계약 기간과 근로계약 기간이 일치하는 등록형 파견은 파견 원래의 취지와도 맞지 않는다고 주장했다. 이에 대해 사용자 측에서는 파견을 희망하는 사람들의 필요에 대응하지 못하게 되며, 직접고용으로 이행하지 않게 되어 실업자 증대로 이어질 수 있고, 중소기업의 인재 확보가 어려워진다는 등의 이유를 들어 등록형 파견의 유지를 희망했다. 다음으로 제조업 파견 금지에 관해서는, 고도 숙련기술의 승계를 위한 경우 이외에는 금지해야 하며, 제조업에서 발생률이 높은 산업재해를 감안할 때에도 금지하는 것이 타당하다는 근로자 측의 의견과, 국제경쟁의 격화 속에서 유연한 생산체제의 구축을 위해서는 제조업 파견은 필요하며, 금지될 경우 생산거점의 해외이동이 우려된다는 사용자 측의 주장이 각각 제기되었다. 또 위법 파견과 고용계약 청약 간주에 대해 특히 사용자 측의 의견으로, 기업의 채용 자유 저해 및 계약의 합의 원칙에 대한 저해를 이유로 반대 의견이 제시되기도 하였다.

2009년 12월 28일, 위 부회는 제143회 부회에서 부회보고서를 결정하고 노정심은 후생노동성 대신에 대해 답신⁶⁾을 송부하였다. 2010년 2월 17일, 후생노동성은 위 답신을 근거로 작성된 법안 요강과 관련하여 노정심에 자문을 요청하였으며, 이에 대해 노정심은 원안 그대로 2월 24일 답신을 제출한다⁷⁾. 2010년 3월 19일, 파견법 개정안은 내각의 기본정책 각료위원회를 거쳐 최종적으로 의결⁸⁾⁹⁾되어 제174회 통상국회에 제출되었다.

6) 労働政策審議会 職業安定分科会 労働力需給制度部会(部会長 清家篤), 「今後の労働者派遣制度のあり方について」.

7) 労働政策審議会 職業安定分科会 労働力需給制度部会(部会長 清家篤), 「労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律等の一部を改正する法律案要綱」.

8) 厚生労働省, 「労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律等の一部を改正する法律案について」.

9) 앞의 자문 결과 수립된 정부안의 내용 중 사민당 및 국민신당 측의 요구에 의해 사전 면접 금지의 일부 허용 규정이 삭제되었다. 동 규정은 무기고용에 한하여 사용사업주의 파견근로자에 대한 사전 면접을 허용하는 규정으로서, 사용사업주와 파견근로자의 mismatch을 방지하여 장기고용의 안정화에 기여

■ 개정법안의 주요 내용¹⁰⁾

이러한 배경 속에 성립된 개정법안은, 1차적으로 등록형 파견 및 제조업 파견의 원칙 금지 이외의 개정 사항에 관해 6개월 이내에 시행할 것을 규정하며, 위 두 가지의 금지 사항에 관하여는 3년 이내에 시행하는 것으로 경과조치를 두고 있다¹¹⁾. 법률명을 「근로자 파견사업의 적절한 운영 확보 및 파견근로자의 보호 등에 관한 법률」¹²⁾로 바꾸어 이전까지 파견근로의 객관적인 규제를 행하던 입장에서 파견근로자에 대한 보호의 입장을 명시하였으며, 법 목적에도 ‘파견근로자의 보호 및 고용의 안정’이라는 문구를 삽입하고 있다. 개정안은 사업 규제의 강화, 파견근로자 처우의 개선, 위법 파견에 대한 대응을 축으로 구성되어 있으며, 주요 내용은 아래와 같다.

사업 규제의 강화

이 부분은 파견 해지의 다발 및 고용안정성이 결여된 파견형태의 횡행에 대한 대응 조치로서의 성격을 가진다.

한다는 취지로 도입, 전반적으로 근로자 보호를 중심으로 한 정부안의 내용 중 유일한 규제 완화의 내용으로 평가되었으나, 여성의 경우 사전 면접은 외모를 평가하여 사용 여부를 결정할 수 있다는 불합리가 존재하며, 고용안정을 위해서라면 직접고용으로 해결할 수 있을 것이라는 시민당 측의 강력한 주장에 의해 결국 삭제되었다. 자세한 내용은, 朝日新聞(2010.3.17), 「派遣法改正案, 今国会成立へ派遣先の事前面接解禁せず」.

(<http://www.asahi.com/politics/update/0317/TKY201003170217.html>) 최종방문 2010.6.28.

10) 厚生労働省, 「労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律等の一部を改正する法律案要綱」.

11) 다만, 3년 이내의 시행이라는 경과조치와 함께 등록형 파견의 원칙 금지에 대해서는 시행일로부터 다시 2년의 범위 내에서 정령으로 정하는 날까지의 범위 안에서 등록형 파견을 허용할 수 있도록 하였다. 이는 등록형 파견에 의하더라도 ‘당해 근로자의 고용안정에 큰 지장이 발생하지 않는다고 인정되는 업무’로서, ‘당해 업무에 종사하는 근로자의 고용안정을 도모하기 위해서는’ 등록형 파견이 어쩔 수 없는 선택이라 정령에서 정하는 업무에 한하여 인정된다.

12) 労働者派遣事業の適正な運営の確保および派遣労働者の保護等に関する法律.

등록형 파견의 원칙 금지

“파견사업주는 그 상시 고용하지 않는 근로자에 대해 근로자 파견을 하여서는 아니 된다”는 것을 원칙으로 한다. 원칙 금지이므로 등록형 파견이 예외적으로 허용되는 경우도 존재하며, “업무를 신속·적확하게 수행하기 위해 전문적인 지식 및 기술 혹은 경험을 필요로 하는 업무 또는 그 업무에 종사하는 근로자에 대해 취업형태 및 고용형태 등의 특수성에 의해 특별한 고용관리를 할 필요가 있다고 인정되는 업무”로서 정령에서 정하는 경우 산전 및 산후휴업·육아휴업·개호휴업 취득자의 대체요원 파견, 60세 이상의 고령자 파견, 소개 예정 파견 등이 이러한 예외로 인정된다. 후생노동대신이 위 정령을 제·개정할 때에는 노동정책심의회의 의견 청취가 의무로 부과되어 있다.

사용사업주는 근로자 파견을 제공받을 때에 파견사업주가 당해 근로자를 파견하는 것이 이러한 예외에 해당하지 않는 등록형 파견인 경우 당해 근로자의 파견을 허용하여서는 아니 되며, 이에 위반되는 경우 위법 파견에 해당, 근로계약 청약 간주가 적용된다. 이와 같은 금지조치를 관철하기 위한 전제로서 “파견사업주는 사용사업주에 당해 근로자 파견과 관련한 파견근로자가 상시 고용하는 근로자인지 여부를 통지해야 한다”라는 규정이 함께 도입되어 있다.

제조업 파견의 원칙 금지

근로자 파견이 금지된 업무에, 제조업(가공, 조립 기타 물건을 제조하는 공정의 작업으로서 정령에서 정하는 것에 관련된 업무를 말함)을 추가하였다. 다만, 고용안정성이 비교적 높은 상용고용 파견(상시 고용하는 근로자를 업으로 행하는 근로자 파견에 의해 당해 업무에 종사시키는 경우는)은 예외적으로 허용한다. 따라서 2003년 개정에 의해 제조업 파견이 허용되기 이전의 상태로 돌아가는 것을 원칙으로 하되, 상용고용의 경우는 제외된다.

일용 파견의 원칙 금지

일용근로자(일용직 또는 2개월 이내의 기간을 정하여 고용하는 근로자)의 파견은 원칙적으로 금지된다. 여기에서의 예외는 “업무를 신속·적확하게 수행하기 위해 전문적인 지식 및 기술 혹은 경험을 필요로 하는 업무 중 근로자 파견에 의해 일용근로자를 종사시켜도 당해 일용근로자의 적정한 고용관리에 지장의 우려가 없다고 인정되는 업무 중 정령으로 정하는 업무”로서 정령에 의한 포지티브 리스트 설정 방식으로 이루어진다.

그룹기업 내 파견의 80% 규제

특정 사용사업주에 대한 파견 비율이 과도함으로 인하여 생기는 폐해로서 파견사업주의 의존성 경향이나 사용사업주의 지배 가능성을 방지하기 위하여 특정 파견처에 전적으로 의존하는 파견 형태를 금지한다. 파견사업주는 후생노동성령으로 정하는 바에 따라 규정하는 ‘관계 파견처’에의 파견 비율을 후생노동성 대신에게 보고해야 한다. 여기에서 관계 파견처란 후생노동성령으로 정하는 특수한 관계에 있는 자를 말하며, 당해 사업 연도에 해당 파견사업주가 고용하는 파견근로자의 총 노동시간 중 관계 파견처에서의 노동시간이 차지하는 비율이 80%를 초과하여서는 아니 되는 것으로 규정하고 있다.

파견근로자의 무기고용 전환 유도 및 처우 개선

이 부분은 파견근로자의 노동조건 결정의 불투명성, 직접고용 근로자와 비교하여 상대적으로 낮은 처우, 그리고 그러한 낮은 처우의 고착화에 대한 대응 조치로서의 성격을 갖는다.

파견사업주의 무기고용 전환 노력 의무

일정한 기간의 정함이 있는 파견근로자에 관해 기간의 정함이 없는 고용으로 전환추진 조치를 취할 것이 파견사업주에게 노력 의무화되어 있다. 구체적인 내용으로는, 무기고용 형태의 파견 근로자로서 취업시키는 것이 가능하도록 취업의 기회를 확보하거나, 파견 이외의 형태로서 무기고용이 가능하도록 고용의 기회를 확보함과 동시에, 이들 기회를 유기고용의 파견근로자 등에게 제공할 것, 당해 파견사업주가 직업소개를 행할 수 있는 경우에는 유기고용 파견근로자 등을 소개 예정 파견의 대상으로 하거나 또는 소개 예정 파견에 관한 파견근로자로서 채용할 것, 그 외 유기고용 파견근로자를 대상으로 한 무기고용으로의 전환을 위한 교육훈련 및 기타 전환추진 조치를 취할 것이 노력 의무화되어 있다.

사용사업주에 의해 고용된 근로자와의 균형 고려

2008년 개정안에서는 「파견근로자의 직무 내용 등을 감안한 임금의 결정」이라는 표제 하에 “파견사업주는 자신이 고용하는 파견근로자가 종사하는 업무와 동종의 업무에 관한 일반 임금수준

기타 사정을 고려하여 자신이 고용하는 파견근로자의 직무 내용, 직무 성과, 의욕, 능력 또는 경험 등을 감안하여 그 임금을 결정하도록 노력해야 한다”라고(균형처우는 아닌) 처우 규정을 두고 있었으나 2010년 개정안에서는 ‘균형을 고려한 대우의 확보’라고 하는 표제 하에 “파견사업주는 자신이 고용하는 파견근로자가 종사하는 업무와 동종의 업무에 종사하는 파견처의 근로자의 임금 수준과의 균형을 고려하면서 자신이 고용하는 파견근로자가 종사하는 업무와 동종의 업무에 종사하는 일반 근로자의 임금수준 또는 당해 파견근로자의 직무 내용, 직무 성과, 의욕, 능력 또는 경험 등을 감안하여 그 임금을 결정하도록 배려해야 한다”라고 하여 배려 의무의 형식이기는 하지만 명확히 균형대우를 규정하고 있다. 이 규정의 형식은 2008년 개정안의 문언에, 2007년 개정된 파트타임 노동법¹³⁾ 제9조 제1항의 내용(‘통상의 근로자와의 균형을 고려하면서’, ‘자신이 고용하는 단시간 근로자의 직무 내용, 직무 성과, 의욕, 능력 또는 경험 등을 감안’하여 임금을 결정할 노력의 무)을 더한 형태로 구성되어 있다.

또 2008년 개정안에서는 ‘희망, 능력 및 경험에 상응한 취업 및 교육훈련의 기회 확보 등 필요한 조치를 강구하고’, 파견근로자의 ‘복지증진을 꾀하는’ 노력 의무가 규정되어 있었으나, 2010년 개정안에서는 “파견사업주는 자신이 고용하는 파견근로자가 종사하는 업무와 동종의 업무에 종사하는 파견처의 근로자와의 균형을 고려하면서도 당해 파견근로자에 대해 교육훈련 및 복리후생의 실시 기타 당해 파견근로자의 원활한 파견취업 확보를 위해 필요한 조치를 강구하도록 배려해야 한다”라고 하여 파트타임 노동법 제10조 제2항 및 제11조의 규정 태도와 근접한 모습을 보이고 있다.

파견요금 등의 명시

파견요금과 파견근로자의 임금 차액이 파견요금에서 차지하는 비율(소위 마진율) 등의 정보 공개를 의무화하는 한편, 파견사업주는 파견근로자의 파견시 및 파견요금액의 변경시에 당해 파견근로자에게 “후생노동성령으로 정하는 바에 따라 당해 근로자에 관한 근로자 파견요금액으로서 후생노동성령에서 정한 액을 명시해야 한다”고 규정하여, 투명한 규제가 가능하도록 하였다.

13) 短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律(2008년 4월 시행).

위법 파견에 대한 신속하고 정확한 대응

이는 위법 사내하청 등의 위법 파견의 증가, 행정처분 대상에 해당하는 기업의 증가 등에 대한 대응 조치로서의 성격을 갖는다.

위법 파견은, 금지 업무에 대한 파견근로자의 사용, 무허가 및 미신고 파견업체로부터의 파견 이용, 기간 제한을 초과한 파견 이용, 위법 사내하청(偽裝請負)¹⁴⁾의 경우, 등록형 파견 원칙 금지의 위반으로서 상시 고용하는 근로자가 아닌 자를 파견근로자를 이용하는 경우 등으로 정의되어 있으며, 이러한 위법 파견의 경우, 사용사업주가 위법을 인식한 채 파견근로자를 사용한 경우에는 사용사업주가 파견근로자에 대해 근로계약을 청약한 것으로 간주한다. 즉, ‘해당 시점에 당해 근로자 파견의 의무 제공을 받고 있는 자로부터’ ‘당해 근로자 파견에 관여된 파견근로자에 대해’ ‘해당 시점에 당해 파견근로자의 근로조건과 동일 근로조건을 내용으로 하는 근로계약의 청약을 한 것으로 간주한다’라고 하여 청약 간주를 명문화하고 있으며, 이 규정에 의해 “근로계약의 청약을 한 것으로 간주된 근로자 파견의 의무 제공을 받는 자는 당해 근로계약의 청약에 관한 (상기) 행위가 종료한 날로부터 1년 이내에 당해 청약을 철회할 수 없다”라고 함으로써, 이 청약 간주는 1년간 유효하게 유지된다. 이 기간 내에 동 사용사업주가 “승낙 또는 거절의 의사 표시를 수령하지 못하였을 경우, 당해 청약은 그 효력을 상실”하게 된다.

또한 위법 사내하청의 경우와 같이, 애초부터 청약 간주의 대상이 되는지 여부가 문제가 될 가능성이 있으므로, 파견근로자로부터의 요청에 응하여 후생노동대신이 상기 행위에 해당하는지 여부에 관해 필요한 조언을 할 수 있도록 되어 있다. 또한, 청약 간주에 대해 파견근로자가 승낙하였음에도 불구하고 사용사업주 측에서 당해 근로자를 취로시키지 않을 경우에는, 사법상 고용계약관

14) ‘위법 사내하청(偽裝請負)’은, “이 법 또는 제4절의 규정에 의해 적용되는 법률의 규정 적용을 면할 목적으로 도급 그 외 근로자 파견 이외의 명목으로 계약을 체결하고 제26조 제1항 각호의 사항을 정하지 않고 근로자 파견의 의무를 제공받는 것”이라고 해석되어 있다. 다만, 위법 사내하청과 관련하여 도급과 근로자 파견이 반드시 명쾌하게 구분되는 것은 아닌 탓에, “근로자 파견의 의무 제공을 받는 자가 당해 행위가 위법 파견에 해당하는 행위라는 것을 알지 못하고 그에 대해 과실이 없을 때에는 그러하지 아니하다”라고 규정하고 있다.

제가 존재하는 것을 전제로 한 청구가 가능한 것은 물론, 후생노동대신이 당해 사용사업주에 대해 필요한 조언, 지도, 권고, 공표를 할 수 있도록 되어 있다.

■ 향후의 전망 및 한국에의 시사

상용고용의 의미와 유계약 문제

개정법안 하에서는 등록형 파견 및 제조업 파견의 금지 모두 근로자가 파견사업주에 의해 상용 고용될 것을 전제로 하고 있다. 즉 파견사업주에 의해 상용고용되어 있지 않은 자의 파견을 원칙적으로 금지하고(등록형 파견 금지), 제조업 파견은 원칙적으로 금지되어 있지만 파견사업주에 의해 상용고용되어 있는 경우라면 허용하는 것으로 되어 있다. 이러한 의미에서 현재의 개정안은 파견 근로 자체를 하나의 정착된 고용형태로서 전제함과 동시에 고용안정을 확보하려 한 점이 주요한 취지로서 반영되어 있다고 할 수 있다. 다만, 여기서는 ‘상용고용’의 의미가 무엇인지에 따라 고용 안정의 확보 수준 역시 달라질 수 있다는 점에서 문제를 내포하고 있다. 파견법에서의 상용고용(상시고용되어 있는 근로자)의 정의는 현재까지의 운영에 있어서는, ① 기간의 정함이 없이 고용되어 있는 자, ② 일정 기간을 정해 고용되어 있는 자(또는 ③ 일용직으로 고용되는 자)로서, 고용기간이 반복·갱신되고 있어 사실상 ① 과 동등하다고 인정되는 자(과거 1년을 초과하는 기간 동안 계속 고용되어 있는 자 또는 채용시부터 1년을 초과하여 계속하여 고용될 것이라 예상되는 자)¹⁵⁾로 파악되고 있었다. 다만, 이러한 행정해석이 본 개정안과 관련하여서도 그대로 유지될 수 있을 것인가에 대해서는 이론이 제기되고 있다. 특히 기간의 정함이 있는 근로계약의 반복 갱신이 상용고용에 해당하는가 하는 문제는 이는 노정심의 심의 과정에서부터 계속 지적되어 왔다. 상시고용 근로자라고 하는 개념 자체가 법학적 개념이 아닌 탓에 이러한 혼란은 피할 수 없는 것으로 보인다¹⁶⁾.

15) 厚生労働省 職業安定局, 「労働者派遣事業関係業務取扱要領」, p.16.

16) 濱口桂一郎(2010), pp.88-89.

개정안의 수정 과정에서 사민당은 ‘상용고용=무기고용’으로 정의하는 내용을 법안에 반영시켜야 한다고 주장하였으나 개정안에는 이러한 내용이 포함되지 않은 채 여전히 논란의 가능성을 남겨두고 있다. 실제로 한 조사¹⁷⁾에서는 ‘상용고용(고용기간이 반복 갱신되는 경우를 포함)’ 형의 파견근로자 중 파견계약이 중도 해약된 경우 82%가 실직에 이르렀다는 보고도 있는 탓에 상용고용이라는 범주에 대해서는 보다 명확성을 갖출 수 있도록 재조정이 검토되어야 할 것이다.

비정규직 균형 대우 일반의 논의 가능성

직접적으로는 파견근로자의 균형 대우를 구체화한 개정안의 내용은, 이미 개정된 파트타임 노동법에도 유사한 규제가 도입되어 있는 점을 감안할 때, 그 이외의 비정규 근로자-특히 직접 고용하고 있는 유기계약 근로자-에 대해서도 임금이나 교육훈련, 복리후생과 관련, 파트타임 근로자나 파견근로자와 마찬가지로 구체적인 균형 대우의 내용을 고려하는 근거가 될 수 있다고 하는 지적이 존재한다¹⁸⁾. 파견사업주의 입장에서 볼 때, 직접 고용관계를 갖지 않는 파견처의 근로자와 비교하여서까지 균형을 고려해야 할 배려의무를 규정한 것이 개정안의 태도이며, 이를 감안하면 특정 사용자가 직접 고용관계를 갖는 유기계약 근로자와 무기계약 근로자 사이의 균형을 이러한 수준 이상으로 고려하는 것이 보다 적절한 해석일 것이라는 점을 근거로 하고 있다¹⁹⁾.

위법 파견의 문제

파견법 개정안이 논의되는 가운데 2009년 12월, 위법 사내하청에 대한 **松下**(마츠시타) PDP 최고재 판결이 내려진다. 주문자(도급회사)가 수급인의 종업원에 대해 직접 지휘명령을 행하여

17) 厚生労働省, 「労働者派遣契約の中途解除に係る対象労働者の雇用状況について(速報)」.

18) 이들에 대해 직접 적용될 수 있는 현행의 규제로서는 노동계약법 제3조 제2항(노동계약은 근로자 및 사용자가 취업의 실태에 따라 균형을 고려하며 체결하거나 변경하는 것으로 한다)이 있으나 파견법 개정안이나 파트타임 노동법과 비교하면 상당히 모호한 규정에 그치고 있다.

19) 濱口桂一郎(2010), p.85.

위법한 사내하청이 이루어지고 있었던 본 사안에서는, 주문자와 수급인의 종업원 사이에 근로 계약관계 성립 여부가 다투어졌다. 비슷한 시기에 이루어진 파견법 개정의 움직임과는 별도로 2007년 1심 판결이 내려진 이후 항소심(2008년)에서 1심과는 반대의 판단이 제시되어 주목을 끌었던 본 사건에서, 위법 파견에 대해 어떠한 법적 구성을 취할지에 대해 항소심은 그 실태를 근로자 공급이라고 하면서, 주문자와 수급인의 종업원 사이에 근로계약 관계가 성립한다고 판단 하였다. 이에 대해 최고재는 주문자가 직접 구체적 지휘명령을 통해 작업을 진행시키는 경우 설령 그것이 도급계약이라고 하는 법 형식을 취하고 있더라도 이는 도급계약으로 판단할 수 없으며, 이러한 경우 주문자와 수급인의 종업원 사이에 직접 근로계약이 체결되어 있지 않다면 이는 (위법할지언정) 근로자 파견에 해당하고, 따라서 직업안정법 위반은 성립하지 않으며, 사용사업주와 파견근로자 사이의 묵시적 근로계약 성립에 대하여는 이를 부정하는 취지의 판결을 내렸다.

이러한 최고재 판결의 취지에 따를 경우 위법한 파견이라 할지라도 여전히 파견으로서의 구도는 유지되며, 묵시의 근로계약이 성립하기 위해서는 법인격 형해화에 가까운 엄격한 요건이 만족 되어야 한다. 최고재의 태도는 위법 파견에 대해 계약법상의 '의사해석'에 충실한 모습이며 이를 통해 항소심에서 나타난 규범 목적론적인 해석을 경계하는 듯한 태도를 견지하였다. 이러한 결론에 대해서는 찬반 양론이 제기되고 있으나 양쪽 모두 입법에 의한 해결이 적어도 법논리적으로는 이론의 여지가 적다는 점에 동의하고 있는 듯하다. 파견법 개정안이 입법론적 해결(직접고용 청약의 간주 규정)을 도입하고 있는 점이 여기서 다시 주목된다.

■ 맺음말

이러한 개정안의 규정들을 현재의 규제 태도와 비교한다면 우선 규제를 상당 정도 강화한 입장으로 파악할 수 있다. 다만, 원칙 금지를 규정하면서 예외를 폭넓게 설정해 두고 있어 효과를 예측하기는 쉽지 않으며 유예 기간이 지나치게 긴 탓에 향후 실무에 있어서의 운용이 주목된다. 또한 파견사업주에 의한 상용고용을 통해 파견이라는 고용형태는 인정하면서도 고용안정을 보다 확보하려고 한 시도는 평가할 만하나, 파견근로자가 유기계약의 방식으로 상용고용되어 있는 경우 반드시 이러한 이해가 적절한 것만은 아니라 할 것이다. 이 점에 대해서는 현재 논의 중인 유기계약

법안의 태도 역시 고려하면서, 개정안에서 말하는 ‘상용고용’이 어떠한 의미인지를 명확히 할 것이 요구된다 하겠다.

일본에 있어서의 이같은 파견법 개정안 검토 논의는 한국에도 일정한 시사를 제공한다. 무엇보다 그간 규제 완화의 길을 걸어오던 일본에서도 방향을 바꾸어 보다 강화된 규제를 추진하고 있다는 점이 주목된다. 이에 대해서는 제조업 파견원칙 금지 등을 통한 입구 규제의 방식을 강화하는 한편 상용고용에 의할 경우 다양한 예외를 인정하는 일본의 개정안과, 총 사용기간에 대한 기본적 제한을 가하는 출구 규제와 함께 내용 규제로서의 차별금지를 입법화한 한국의 태도가 각각 양국의 특징을 나타낸다 할 수 있다. 특히 위법 파견과 관련한 입법적 해결의 모색은 위법 사내 하청에 대한 양국 공통의 고민을 제시하고 있다는 점에서 흥미롭다.

2010년 6월 16일, 제174회 국회의 폐회와 함께 동 회기에서 의결에 이르지 못한 파견법 개정안은 차기 국회에서의 계속 심의가 예정된 상태에 있다. 민주당의 수상 교체와 사민당의 연립 이탈, 참의원 선거와 같은 정치적 상황의 변화 속에서 파견법의 개정은 심의 중에 있으나, 과연 선거 후 당초의 개정안에 대한 의결이 국회에서 이루어질지에 대해서는 신중한 접근이 필요하리라 생각 된다²⁰⁾. 7월로 예정된 참의원 선거 결과와 이후의 대응이 주목된다. **KLI**

추가 : 본고의 탈고 이후 2010년 7월 11일의 참의원 선거 결과를 접하였다. 집권 민주당의 참패로 인하여 참의원에서 연립 여당의 과반수 의석 확보가 불가능해졌다. 이러한 정국 속에서 계속 심의가 예정되어 있는 파견법 개정안의 내용과 관련, 법안 성립 여부는 이전보다 더 어려워졌으며, 법안 내용의 변화에 관하여도 더욱 예측이 곤란한 국면으로 전개될 것이 예상된다. 역동적으로 변화하는 정치적 배경 속에서 파견법 개정의 결말은 어떠한 것이 될지 향후의 대응이 주목된다.

20) 실제로, 계속심의 중인 파견법 개정안에 대해서는 지나친 규제 강화를 비판하면서 전면적 수정을 요청하는 주장도 일부 제기되고 있는데다, 사민당이 연립에서 이탈한 사정을 고려하면 참의원 선거 이후 어떠한 형태의 개정안이 추진될지에 대하여는 쉽게 단언할 수 없는 문제라 생각한다.

- 労働政策審議会 職業安定分科会 労働力需給制度部会(部会長 清家篤), 「今後の労働者派遣制度のあり方について」(2009.12.28) <http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r98520000003hjs.html>
- _____, 「労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律等の一部を改正する法律案要綱」(2010.2.24) <http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r98520000004ip8.html>
- 厚生労働省, 「労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律等の一部を改正する法律案について」(2010.3.19) <http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r985200000050fd.html>
- _____, 「労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律等の一部を改正する法律案要綱」(2010.3.19) <http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r985200000050fd-att/2r985200000050jz.pdf>
- 厚生労働省 職業安定局, 「労働者派遣事業関係業務取扱要領」 <http://www.mhlw.go.jp/general/seido/anteikyoku/jukyuu/haken/youryou/dl/1.pdf>
- 厚生労働省, 「労働者派遣契約の中途解除に係る対象労働者の雇用状況について(速報)」(2009.5.1) <http://www.mhlw.go.jp/houdou/2009/05/h0501-4.html>
- 菅野和夫, 『労働法』(第9版), 弘文堂, 2010.
- 西谷敏, 「派遣法改正の基本的視点」, 『労働法律旬報』, 1694号, 2009.
- 水口洋介, 「労働者派遣法の早期抜本改正を求める意見書」, 『季刊労働者の権利』, 284号, 2010.
- 濱口桂一郎, 「労働者派遣法改正の動向の今後の課題」, 『季刊労働法』, 228号, 2010, p.85.
- _____, 「派遣法をどう改正すべきか-本丸は均等待遇」, 『世界』, 788号, 2009.
- 安西愈, 『第9版労働者派遣法の法律実務(上・下)』, 労働調査会, 2008.
- 原昌登, 「松下PDP最高裁判決の解説」, 『労働法学会研究会報』, 2478号, 2010.
- 風間直樹, 「最新労働法解説 改正労働者派遣法案の最新動向-民主 連立政権において派遣法はどのように改正されるのか?」, 『労働法学会研究会報』, 2474号, 2010.